

外国法の違憲審査

工藤達朗

- 一 問題の所在
- 二 連邦憲法裁判所のスペイン人事件決定
- 三 国内で適用される外国法の違憲審査
- 四 外国で適用される外国法の違憲審査
- 五 外国法の国内憲法適合的解釈

一 問題の所在

「外国法の違憲審査」とは見慣れないテーマである。少なくとも日本の憲法学ではそうだ。憲法のテキストを見ると、憲法八一条の違憲審査の対象として、明文で規定された「法律、命令、規則又は処分」のほか、条約や立法不作為などについて論じられているが、外国法の違憲審査の可否が検討されることはない。⁽¹⁾一見すると「法律」の中に「外国の法律」も含まれそうであるが、解説を読むと日本国内の法律（国会が憲法五九条の手続で制定する形式的意味の法

律)に限定されている。⁽²⁾このように外国法への言及がされていないのは、そもそも外国法が国内において効力を有するという事態を想定していなかったからだと思われる。

その理由はこう推測される。憲法の効力が及ぶ範囲(通用範囲)は空間的・地理的に限定されている。すなわち、日本国憲法は日本の国内(領土内)においてのみその効力を有するのである。⁽³⁾同様に、A国の憲法の通用範囲はA国内に限られるし、B国の憲法の通用範囲はB国内に限られる。したがって、日本国憲法の効力がA国やB国には及ばないように、A国やB国の憲法の効力が日本国内に及ぶことはない。日本国内で効力を有する憲法は日本国憲法だけである。だからこそ、日本国憲法が日本国内では最高法規であり、日本国憲法を頂点とした国内法秩序が通用しているのである。したがってまた、A国内ではA国憲法が、B国内ではB国憲法が排他的に通用する憲法であるが故に、それぞれ最高法規なのである。そして、日本国憲法の授權により効力を有する規範、すなわち憲法の定める機関が、憲法の定める手続で制定した法規範(例えば、国会が制定した法律)の効力も日本国内に限られるのは当然である。日本国憲法の効力が及ばない空間・地域では日本国の法律も効力を有しないのである。同様のことは、A国の法律、B国の法律にも当てはまる。

つまり、日本国憲法を頂点とした国内法秩序は日本国内においてのみ効力を有するのであり、外国において効力を有することはない。同様に、外国の法秩序もそれぞれの国内においてのみ効力を有するのであって、日本国内で効力を有することはない。であれば、外国法の違憲審査が問題になることはない、というわけである。

これに対して、国際私法のテキストでは、外国法の適用に一章が割かれている。⁽⁴⁾国際私法は、複数の国々の法律の抵触が問題となる渉外的法律関係において、適用されるべき準拠法を決定する。抵触規定によって指定された準拠法

は、日本法（内国法）であることもあれば外国法であることもある。外国法が指定された場合には、日本の裁判所が外国法を適用するのである。

例えば、A国民の行為能力はA国法によって、B国民の行為能力はB国法によって定められるし、A国籍を有する男性とB国籍を有する女性が日本において結婚しようとする場合も、裁判所ではA国法やB国法が適用される（法の適用に関する通則法四条一項・二四条一項参照）。そこで、A国法やB国法と同じ内容の法律が日本で制定されたら違憲無効と判断されるべきものであった場合、日本の裁判所は事件に適用するはずの外国法に対して違憲審査権を行使することができるとかが問題となる。

憲法九八条によれば、日本国憲法は日本国の最高法規であって、日本国内ではその条規に反する一切の法規範はその効力を有しないのであるから、国内で適用される外国法に対しても憲法の効力が及ぶ。そして、憲法に反する法律は無効だから、違憲審査権を有する裁判所は事件で違憲の外国法を適用してはならない。憲法からは当然こう考えられそうである。

ところが、国際私法の代表的テキストは、「準拠法たる外国法が直接憲法の制限をうけると解さなければならぬ根拠はない」⁽⁵⁾、「国際私法により準拠法として指定された外国法は、その適用にあたっては……憲法を含むいかなる内国法の制限もつけない」⁽⁶⁾とする。法の適用に関する通則法四二条は、「外国法によるべき場合において、その規定の適用が公の秩序又は善良の風俗に反するときは、これを適用しない」と定めるので、公序に反する外国法は適用を排除されるのであるが、「内国の憲法に違反する外国法の規定は、直ちに無効としてその適用を排除されるのではなく、その外国法の適用の結果が内国の公序に反するときに、その適用が排除されるのである」⁽⁷⁾とか、「外国法の規定が単

にわが国の憲法に反するとの一事をもってその適用が公序に反すると断定することは妥当ではない」とされている。⁽⁸⁾ 憲法の効力は国際私法によって援用された外国法には及ばず、したがってまた、裁判所の違憲審査の対象とならないのである。

本稿はこのような国際私法の学説を憲法の観点から検討することを目的とする。⁽⁹⁾

まず、ドイツの連邦憲法裁判所が下した「スペイン人事件決定」を概観し、それを参考に日本国内で適用される外国法に対する違憲審査の可否について検討する。続いて外国で適用される外国法の違憲審査についても論じ、あわせて、外国法に対する憲法適合的解釈の可能性にも触れることにしたい。

二 連邦憲法裁判所のスペイン人事件決定

ドイツでも五〇年前までは日本の国際私法の学説と同様の見解が判例・通説であった。それが変化するきっかけとなったのが、連邦憲法裁判所が一九七一年に下した「スペイン人事件決定」⁽¹⁰⁾である。この決定は、婚姻締結の自由（基本法六条一項）に対する介入がドイツの抵触規定によって援用された外国法の適用に基づくからといって、違憲審査を排除する理由にはならないとして、外国法（スペイン法）を適用した原決定を違憲として破棄し、事件を上級地方裁判所に差し戻した。すでに別稿で紹介したところであるが、ここでもう一度確認しておきたい。⁽¹¹⁾

まず問題は二段階に区別される。第一は、ドイツの抵触規定の合憲性であり、第二は、ドイツの抵触規定によって援用された外国法の適用の合憲性である。

第一のドイツ抵触規定について、判例・通説も違憲審査の対象となることは認めるが、その技術的・価値中立的性格を強調し、違憲審査はきわめて緩やかにしか行われなかつた。平等については恣意の禁止という緩やかな審査、自由権については本質内容保障の審査という、これ以上制限したら権利の否定に等しいぎりぎりの限界を超えているか否かの審査にとどまるというのである。これに対して、連邦憲法裁判所はこう述べた。

「この見解は、憲法の優位にも、基本権の中心的意義にも適合しない。国際私法においても、基本法一条三項の指導的規範から出発すべきなのであって、この規範は基本法の効力範囲においてすべての国家権力を直接的効力をもって基本権に拘束する。ここから明らかなことは、第一に、ドイツの立法者が抵触規定を制定する場合も、前憲法的法を継受する場合も、憲法より下位の諸法律に当てはまると同様の原則が当てはまるといふことである。〔すなわち〕ドイツ国際私法は、国内法かつ国家法として、基本権に照らして全面的に審査されなければならないのである」(BVerfGE 31, 58 [72])。

連邦憲法裁判所は、国際私法の特殊性を問題とすることなく、他の法律と同様に全面的な違憲審査が行われなければならないとした。けれども、外国法の多様性と可変性に鑑みると、個別の事案で適用される外国法の内容がどのようなものになるか、立法者があらかじめ見通すことは不可能である。したがって、審査されるのは、ドイツ立法者による連結点の選択が基本法に一致しているか否かに限られる。本決定では抵触規定(民法典施行法二三条)は合憲とされたが、例えば、ドイツの抵触規定が婚姻や離婚に対してもつばら夫の本国法を基準としていた場合は、基本法二三条

二項に違反する⁽¹²⁾。この点は連邦通常裁判所も認めているので、ここではこれ以上取り扱わない。

問題は第二の外国法に対する違憲審査である。通説・判例は、「ドイツの抵触規定によって援用された外国法の適用の場合には、基本権の尊重は原則として問題とされるべきではない」とする。連邦憲法裁判所はその見解を次のように要約している。

連邦通常裁判所は、「強度の内国的関連性を有する事実関係の場合でさえ、ドイツ憲法を完全に排除する。法的行為の効果が基本法の効力範囲を超える場合、すなわち、外国と何らかの関連性を有する事実関係の場合には、憲法の諸原則は、人権も含めて、外国法に反して適用されるべきではない」というのである。その後の判決でこの見解を若干修正し、民法典施行法三〇条の枠内においてのみ違憲審査を認めたが、連邦通常裁判所によると、「憲法規範は実質規範として、私法上の法律関係にかかわる場合にはドイツ私法の適用可能性を前提としているので、憲法の人的効力範囲 (Reichweite) と空間的効力範囲は抵触規定によってその範囲が画定される」のである。他国の法規は基本法と一致していなければ最初から適用されないとすれば、不適切であるとともに、国際法の原則に違反するだろう。したがって、「国際私法の領域で基本権が効力を発揮するのは、民法典施行法三〇条を含むドイツの抵触規定がその可能性を開いた場合に限られる」(BVerfGE 31, 58 [71 f.])。

これに対して、連邦憲法裁判所は、次のように述べてこの見解を退けた。

「基本権は憲法の不可分の構成部分であり、基本法における国家生活の自由で民主的な秩序の本来的核心である。それゆえ、その効力範囲は、通常法が特定の分野をどのように規律しているかとは無関係に、むしろ、憲法規範それ自体から直接に解明されるべきである。これと異なる見解は、国際私法の特異性をもってしても正当化されえない」。現行のドイツ抵触規定はこの法領域を秩序づける唯一の道ではなく、多くの可能性が存在する。連邦通常裁判所の基本的理解では、立法者が「基本権から自由な」空間を創り出せることになってしまう。民法典施行法三〇条を援用しても、この点は何も変わらない。というのは、この規定が、国際私法の中へ基本権が照射する入口 (Einfaktor) と理解されるのではなく、基本権の適用範囲を狭く限定するものになっているからである。そのため、「通常法の立法者が自由に処分することのできる規範が、憲法規範のランクと効力範囲を決定する結果となっているのである」。

「この支配的見解は、外国の立法者はその国の憲法だけに拘束され、そして通説によれば、ドイツの抵触規定によって援用された外国法は、内国における適用によって外国法としてのその性質を失うものではない、ということによっても正当化されない。たとえこの見解から出発しても、ドイツの行政庁と裁判所による法適用の際に問題なのは、ドイツの国家権力の行使であり、この権力は基本法一条三項と二〇条三項の命令に服しているのである」(BVerfGE 31, 58 [73 f.])。

そのうえで、連邦憲法裁判所は外国法に対する基本権の適用には二つの方法がありうるとする。第一は、「抵触規定によって援用された法の適用を直接限界づける障壁 (Schranke) を基本権の中に見出す」方法であり、第二は、「民法典施行法三〇条を援用する」方法である。第一の解決方法は基本権の直接適用説、第二は間接適用説といえよう。

連邦憲法裁判所は第二の方法についてこう述べた。

「第二の解決方法においては、耐えられる基本権侵害と耐えられない基本権侵害が区別されてはならない。むしろ、民法典施行法三〇条を経由した基本権の実現は、この条項を、基本権が国際私法の中に『侵入する入口 (Einbruchstelle)』と理解しなければならぬだろう〔リユート判決を引用〕。その結果、個別事件における外国法の適用によって生じるすべての基本権侵害は、ドイツ公序の介入を引き起こすことになる。その際、正しい基準が次の審査から明らかとなる、すなわち、当該の個別的な基本権は、その文言、内容および機能によれば、他の諸国との同格と、それらの国々の法秩序の独自性を考慮したうえで、外国と関連性を有する事実関係に適用されることを要求しているのか否か、〔要求しているとしたら〕いかなる範囲で要求しているのかを審査することから明らかとなるであろう」(BVerfGE 31, 58 [86 f.]。

連邦憲法裁判所のこの決定は国際私法の改革につながった。ドイツの立法者は第二の解決方法を選択した。改正後の民法典施行法六条はこう定める⁽¹³⁾。「他の国の法規は、その適用がドイツ法上の本質的諸原則と明らかに相いれない結果をもたらすときは、適用されない。かかる規定は、とくにその適用が基本権と相いれないときは、適用されない」。こうして、スペイン人事件決定は、立法者によって国際私法の中に規範的に固定され、個別事例を超えて一般化されたのである⁽¹⁴⁾。

三 国内で適用される外国法の違憲審査

連邦憲法裁判所のスペイン人事件決定を踏まえていくつか検討しよう。

1 まず、この決定からは、従来の判例・通説が、外国の立法者は立法する際にその国の憲法にのみ拘束され、ドイツの基本法に拘束されないことを、外国法に対して裁判所の違憲審査権が及ばない根拠としていたことがわかる。

これに対して、連邦憲法裁判所は、基本法一条三項から出発する。それによれば、「以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権及び裁判を拘束する」。確かに、この規定が念頭に置いている公権力は、ドイツの公権力であって、外国の公権力ではない。⁽¹⁵⁾したがって、外国の立法者が立法する際に拘束されるのは、自国憲法の基本権であって、基本法の基本権ではない。しかし、その外国法を国内で適用するドイツの裁判所や行政庁は、基本法の基本権に拘束されるのを免れることはできない。基本権による拘束は例外のない包括的な拘束である。基本権から自由な領域は存在しない。裁判所は基本権を侵害する法律を適用することはできない（そうすれば自ら基本権侵害を犯すことになる）ので、国内で適用される外国法も、原則として、基本権に照らして審査されなければならないのである。そして、基本法二〇条三項は、「立法は憲法的秩序に、執行権及び裁判は法律及び法に拘束されている」と定める。裁判所は法律に従わなければならないが、その法律は憲法に適合していなければならない。したがって、外国法であるという理由で、裁判所が違憲の法律を適用すべき義務があるとされてはならないのである。

憲法と基本権の通用範囲から考えてみよう。

近代国家は領域国家であり、領土は国家の不可欠の構成要素である。国家はその領土内においてすべての人々を排

他的に支配する権限（統治権）を有する。したがって、立法権に基づいて国法を制定し、人々の行動を規律するとともに保護するのである。¹⁶ 他方で領土は国家権力の限界であり、領土の外に統治権は及ばず、国法も効力を有しない。ドイツの基本法の効力はドイツ国内にしか及ばず、日本国憲法の効力は日本国内にしか及ばないのである。

したがって、外国において通用している外国法の効力は、その国の立法機関の制定に基づく。そして立法機関の権限はその国の憲法に基づく。その外国においては、その国の憲法が適用され、他国の憲法（基本法や日本国憲法）の効力はそこには及ばない。したがって、外国で通用している外国法に対してドイツの憲法裁判権も日本の違憲審査権も及ばない。しかし、他方で、外国の立法機関の権限も自国限りであって、ドイツや日本には及ばない。外国の憲法の効力もその国の領土内に限られ、他国には及ばないからである。ここで問題としているのは日本国内で適用される外国法である。この外国法に対して外国憲法の効力も外国の立法権も及ばない。したがって、外国の立法権はそもそも日本国内には及んでおらず、日本の裁判所の違憲審査権も日本国内にしか及ばないので、日本の裁判所が外国法の違憲審査を行っても外国の立法権の侵害にはならないのである。

2 続いて、ドイツの抵触規定によって援用された外国法は、内国での適用によって外国法としての性質を失うものではなく、あくまで外国法として適用されるという理由で、憲法の適用も受けなければ違憲審査の対象でもないとされている。

日本でも、国際私法のテキストによると、国内で適用される外国法の性質について、学説は外国法事実説と外国法法律説に分かれ、後者は外国法変質説（外国法編入説）と狭義の外国法法律説に分かれる。裁判で適用される外国法

は、裁判が行われている国の国際私法によって指定されるのであるが、外国法変質説は、国際私法の指定により外国法は内国法に変質ないし編入され、内国法として適用されると考えるのに対して、狭義の外国法法律説は、外国法は外国法として適用されると考えるのである。⁽¹⁷⁾

日本の学説では、内国において適用される外国法が内国法に編入されるわけではなく、あくまで外国法として適用されるということが、外国法が違憲審査を免れる理由とされている。例えば、「外国法が国際私法の指定により内国法へ変質ないし編入されるものと」「解すると、外国法の規定は、内国の憲法を含む上位法の制限を当然に受けることになる」が、それでは「国際私法により準拠法として指定された外国法は、その適用にあたっては、公序（法例三三条）に反しない限り、憲法を含まいかなる内国法の制限も受けまいとする」「通常の方」と矛盾することになるので、「外国法変質説は妥当ではない」というのである。⁽¹⁸⁾しかし、これが理論的な説明となっているのかは疑問である。というのは、外国法が違憲審査の対象となるという結論は、「通常の方」（＝通説）に反するので、外国法は「内国法に変質したり編入されることなく、外国法として適用される」と解すべきであるというのは、多数説と少数説の理論的正当性が争われているときに、少数説は多数説と矛盾するので正当ではない、といっているのと変わらないからである。

さて、連邦憲法裁判所の決定は、たとえその見解から出発しても、外国法を適用するのはドイツの裁判所であるから、基本法の基本権によって拘束されるとする。つまり、外国法が内国法に変質するか、外国法として適用されるのかという外国法の性質に関する議論は、外国法が憲法の適用を受けるか否か、違憲審査の対象になるか否かの議論とは結びつかないということである。連邦憲法裁判所は、外国法の性質に関する議論について特定の学説を採用しては

いないが、ここでは外国法は内国における適用においても外国法としての性格を失わない、ということの意味を見よう。

外国における外国法の効力は、外国国家の統治権（立法権）に由来する、あるいは外国憲法の授權に基づく。しかし、外国の統治権も外国憲法の効力も日本には及ばない。したがって、外国法が日本国内で効力をもつ根拠は、日本の立法者（国会）が外国法に日本国内における効力を与えたからであって、当該外国法の（外国における）立法者が日本国内における効力を付与できるわけではない。そもそも「国際私法上、外国法を適用するのは、その外国法所屬国が、その適用を欲するからではない」⁽¹⁹⁾のである。

つまり、外国法が日本国内で効力を有するのは、日本の立法者が自ら制定した抵触規定（国際私法）によって外国法の適用を命じたからである。⁽²⁰⁾そして日本の立法者の権限や抵触規定の効力根拠は日本国憲法であるから、日本国内で適用される外国法の効力根拠は日本国憲法なのである。⁽²¹⁾とすると、外国法に対して日本国憲法の効力と違憲審査権が及ぶのはむしろ当然である。

国内の立法者は違憲の法律を制定することはできないし、憲法の適用を排除する法律を制定することもできない。立法者にとって憲法から自由な領域は存在しないのである。国内の立法者が外国法と同じ内容の法律を制定したら憲法適合性の審査を受けるのは当然である。立法者が自ら制定した場合には違憲無効とされる法律と同じ内容の外国法を指定すれば違憲審査を免れることができるというのでは、憲法上の脱法行為を認めるものであろう。外国法は外国法として適用されるという理由で違憲審査を排除することはできないのである。⁽²²⁾

3 ところで、抵触規定によって援用される外国法は、国内で適用されても外国法の性質を失うわけではないから、「憲法を含むいかなる国内法の制限もうけない」というのであれば、国内法である公序（法の適用に関する通則法四二条）の適用もあり得ないはずであろう。外国法の適用に対して公序の適用を認めながら基本権の適用を認めないのは矛盾しているのではないか。憲法を含む他の国内法と公序は何が違うのか。

この点、国際私法上の公序は国内の憲法を超越した一種の自然法だと考えられているのかもしれない。例えば、「憲法は、もともとその国における基本的公序を表現するものであり、必ずしも、そのすべてが、世界に普遍的な公序を表現するものでもなく、国際的私生活関係における公序を表現するものでもない」とされて⁽²³⁾いるから、その可能性もありそうである。連邦憲法裁判所はこれに対して、現行のドイツ抵触規定は唯一の道ではなく、様々な可能性があると⁽²⁴⁾した。つまり、国際私法は自然法を実定化したものではなく、立法者がその権限で自由に処分できるものなのであるから、他の法律と同じように憲法に服さなければならぬのである。このことは国際私法上の公序にも当てはまる。公序の内容も自然法によって充填されるのではなく、憲法によって充填されるべきなのである。

4 あるいは、憲法は公法であり、私法関係は私法の領分である、公法である憲法の効力は私法関係には及ばない、ということかもしれない。そうであれば、私法が特別に憲法の適用を認めた場合だけ憲法は私法関係で効力をもちうるので、結局この場合も、下位法である法律が憲法の効力範囲を決定することになるのである。しかし、すでに一九五八年のリュート判決⁽²⁵⁾において、連邦憲法裁判所は、基本権は国家に対する市民の防御権であるだけでなく、客観的価値秩序を樹立したのであり、その価値体系は憲法の基本決定として法のあらゆる領域において妥当しなければ

ならないとした。現在では憲法の効力が私法にも及ぶことは広く認められている。私法も憲法から自由な領域ではないのである。もしも憲法よりも下位の法律で憲法の適用範囲を広げたり狭めたりできるとすれば、それが可能なのは、憲法自体がそれを認めた場合に限りとなると考えなければならない。

5 また、連邦通常裁判所が、「憲法の人的効力範囲と空間的効力範囲は抵触規定によってその範囲が画定される」とするのに対して、連邦憲法裁判所は、基本権の人的・空間的効力範囲は基本権を含む憲法規範によって決定されなければならない、とする。そうであれば、ある事案に対し、A国憲法（およびA国法秩序）を適用すべきか、B国憲法（およびB国法秩序）を適用すべきかを決定する抵触規定を憲法の外に求める試みは否定される。憲法の適用範囲を決定できるのは憲法自体である。憲法と基本権の効力範囲は、法律の規定に左右されることなく、「憲法規範それ自体から直接に解明されるべきである」。

そこで、憲法は、外国との関連性を有する事件において、純然たる国内における事件においてと全く同様に適用されることを要求しているのか、問題となる。連邦憲法裁判所が個々の基本権について、「その文言、内容および機能によれば……外国と関連性を有する事実関係に適用されることを要求しているのか否か、「要求しているとしたら」いかなる範囲で要求しているのか」を解釈によって確認すべきことを要求していることはすでに（二二）見た。同決定はこうも述べている。

「ある基本権は、その本質に従えば、憲法の効力範囲における生活秩序との一定の関連性を前提とすることがあり

うるので、完全にまたは主として外国と関連する事実関係において（基本権を）無制限に貫徹することは、基本権保護の意味を誤ることになる。どの程度そうなのか、一般的には決められない。むしろ、当該憲法規範は、その文言、意味および目的によれば、「ドイツ」連邦共和国内の公権力の考えうるすべての適用について妥当しようとしているのか、それとも、多かれ少なかれ強度の外国との関連性を有する事実関係の場合には、何らかの区別を許容し、あるいは要請しているのか、ということが、憲法規範の解釈によってその都度確認されるべきなのである」（Byrd, *supra* 31.58 [77]）。

連邦憲法裁判所は、基本権は、外国と関連する事実関係において、純然たる国内の事実関係と全く同じように適用されるわけではない、とする。そもそも内国との関連性を有しない事件には基本権は適用されないのである。しかし、適用されるか、どの程度適用されるのかは各憲法（基本権）規定の「文言、意味および目的」にしたがって個別的に判断するしかないとする。

この点を、日本国との平和条約を締結した結果、日本国民の在外財産が無補償で収用されたため、その国民が日本国に補償を求めた事件（在外財産補償請求権事件…最大判昭和四三年一月二七日民集三二卷一二号二八〇八頁）を例として考えてみよう。原告は、日本国が平和条約を締結し、日本国民の在外資産に対する請求権を放棄したことは、私有財産を公共のために用いたことになるから、憲法二九条三項の正当な補償が必要であるとして訴えを提起した。最高裁は、在外財産の喪失は戦争損害として国民のひとしく受忍しなければならなかったところであり、これに対する補償は憲法の全く予想しないところであるとして、上告を棄却した。

この事件をドイツの三段階審査に基づいて、保護領域、介入（制限）、憲法上の正当化の順序で考えると、最初に問題となるのは、在外財産は日本国憲法二九条のいう「財産権」（二項）ないし「私有財産」（三項）なのか、という点である。例えば、日本に滞在する外国人が、その本国において有する財産を本国の国家機関によって無補償で取用されても、日本国憲法の適用が問題となることはないだろう。²⁶その財産は日本国憲法の保障する「財産権」でも「私有財産」でもないからである。この事件でも、日本国憲法の基本権保障は外国に及ばず、日本国民が外国において外国法に従い形成し所有する財産は日本国憲法の保障する「財産権」でないとすると、日本国憲法の適用はないのである。この点が明らかにされ、憲法上の財産権に含まれるとされた次の段階で、財産権への介入が問題になる。本件で在外財産を取用したのは外国の国家権力である。しかし、外国の国家権力が拘束されるのはその国の憲法であって、日本国憲法には拘束されない。日本国憲法が拘束するのは日本の国家権力だけである。外国の国家権力の行為に対して日本国憲法二九条三項は適用されない。そうすると、外国の国家権力の行使であっても、それを日本の国家権力に対して使であるとみなすことができるかどうかの問題となる。平和条約を締結したことが、日本の国家権力による取用と評価されるかである。

これが肯定され、かつそれが公共のために用いたと判断されたときに初めて、無補償の取用が憲法に違反しないか問題となる。最高裁は戦争損害として無補償の取用も憲法違反ではないとしたのである。戦争損害はすべての国民の一般的制約であって特別の犠牲ではない、ということであろう。事案によっては、特別の犠牲であるとしたうえで、著しく低額の補償でも「正当な補償」とされることもあるかもしれない。

連邦憲法裁判所は、外国との関連性を有する事件について、個々の基本権ごとに、その適用があるか、どのように

適用されるかを判断すべし、というのであるから、基本法一四条の「所有権」だけでなく、五条一項の「意見」は外国でも表明できるか、六条一項の「婚姻及び家族」には、外国において外国法によつて締結され、現在もなおその地に居住する人々の結合も含まれるのか、ということから議論をはじめなければならぬ⁽²⁷⁾。基本権の効力の区別と修正は、保護領域、介入、憲法上の正当化のどの段階でも問題となる。いずれにせよ、憲法自体の解釈によつて決定しなければならぬのである。

6 最後に、ドイツの基本法は国際社会に対して開かれた憲法である。外国法に対する違憲審査は、外国法の尊重という基本法の基本的立場に反するのではないか、という問題もある。日本国憲法も国際協調主義をとっているのでドイツと同様の疑問が生じる。この点、連邦通常裁判所は、「他国の法規は基本法と一致していなければ最初から適用されないとすれば、不適切であるとともに、国際法の原則に違反する」としていた。これに対して連邦憲法裁判所はこう述べた。

「援用された外国法の適用についても基本法の妥当要求を承認することは、基本法の効力範囲を外国にまで不当に拡張することを意味するものでもなければ、ドイツの価値観を外国に押し付けることを意味するものでもない。外国法は、その国の憲法や、その国の効力範囲の諸事情 (Gegenheiten) から切り離されて、基本法との一致が一般的に審査されるのではない。そうではなく、ドイツの国家権力の国内法的行為が、多かれ少なかれ強度の国内的関連性を有する事実関係に関連して、基本権侵害になるか否かだけが問題とされるのである。その際、外国法の適用が基本権

規範に当たって「砕ける」としても、外国法の規定に対する一般的評価がなされるわけではない。外国法の規定は、ドイツの公権力によって適用されるために制定されたのではなく、その国においては是認され、または有意義なものである。そうではなく、その具体的適用が、一定の点でドイツの憲法秩序と調和しないことが確認されるにすぎないのである」(BVerfGE 31, 58 [74 f.])。……)のような前提の下での基本権の適用は、国際法の一般原則(基本法二五一条)にも、超国家的共同体への拘束(基本法二四条)にも違反しない。(BVerfGE 31, 58 [75 f.])。

「基本権帝国主義」や「基本権の押し付け」は学説でも当然に否定されている。⁽²⁸⁾しかし、ドイツ国内で適用される外国法の違憲審査を認めても、外国で通用している外国法の効力に影響はないから、ドイツ法を外国に押し付けたことにはならない。また、外国で適用される外国法の規定それ自身が一般的に違憲無効とされるのではなく、そのドイツにおける具体的適用が違憲無効とされるのである。したがって、日本の憲法学の用語を使えば、法令違憲ではなく、適用違憲である。そうであれば、外国法を尊重しても、ドイツの抵触規定によって援用された外国法が基本権適合性の審査を受けることなく適用されるべきだということにはならないのである。

四 外国で適用される外国法の違憲審査

日本国の統治権も、日本国憲法の効力も、日本国内(領土内)にしか及ばない。したがって、外国において適用される外国法に対して日本国憲法の効力は及ばず、日本の裁判所の違憲審査権も及ばないのであるから、外国で適用さ

れる外国法に対する違憲審査は問題となり得ないように思われる。

けれども、日本の裁判官が外国法を適用する場合、その外国法は外国法として適用されるべきであるから、日本の裁判官はその外国法を外国の裁判官が行うように解釈・適用しなければならないとされる。⁽²⁹⁾したがって、日本の裁判官は、まずはその外国法が日本国憲法と一致しているか否かを審査するのではなく、外国憲法と一致しているかどうかを審査しなければならない。もしも日本の裁判所が外国憲法との不一致が疑われる外国法を適用しなければならぬ事件において、その国の裁判所は違憲審査権を有するにもかかわらずいまだ違憲判決が下されていないとしたら、日本の裁判所は当該外国法に対して違憲無効の判断をすることができるとどうか問題となる。国際私法のテキストでは、「内国裁判所として当該外国法秩序の立場から違憲と判断できるときには、そのような外国法の規定を適用すべきではない」とされる。⁽³⁰⁾また、「その外国においては、判決があつて初めて違憲・無効とされる場合には、わが国において違憲の判断をなしえないが、その外国において、違憲の法令は判決をまたず当然無効とされる場合には、わが国において違憲の判断をなしうると考えるべきであろう」という学説もある。⁽³¹⁾

後者の学説から検討しよう。この学説は、外国において違憲法律が（違憲判決以前に）当初から無効とされるのであれば日本の裁判所もその法律を無効と判断できる（その法律に対して違憲審査権を有する）が、違憲判決によつてはじめて無効となる（それまでは違憲法律も有効である）のであれば、外国の裁判所が違憲判決を下すまでは日本の裁判所はその法律を無効と判断することはできない（違憲審査権を有しない）とする。違憲無効な法律に対しては無効判決を下してもよいが、違憲であるが有効な法律に対して無効判決を下すことはできないというわけである。

一見なるほどと思わせるが、違憲法律が当初から無効なのか、それとも違憲判決を受ける（違憲判決で取り消される）

までは有効なのか、という問題と、違憲審査権の有無の問題を混同しているように思われる。二つの問題は直結するものではない。裁判所の違憲判決はその法律が当初から無効であることを確認するにとどまるのか、それまで有効な違憲法律を（原則として）過去にさかのぼって無効とするのかは、違憲審査権が肯定された後の問題である。

また、その国でどちらの立場がとられているのかは判断が難しい場合がある。例えば日本では、違憲法律は原則として当初から無効であると考える学説が多数説といえるだろう。だからこそ過去の事件に対して違憲法律は適用されないと説明されることになるが、違憲判決によつてそれまで有効であつた法律が遡及的に無効とされたという説明も可能である。さらに、違憲ではあるが無効ではないという判決が下されることもあれば、将来に向かつてのみ無効とする判決が下されることもありうる。つまり、違憲判決の手法によつてはどちらともいえることがこの学説では考慮されていない。

また、日本の通説では、違憲判決は個別的効力しか有しないので、違憲判決を受けた法律も当該事件限りで無効になるにすぎず、他の事件との関係ではその法律はなお有効なのである。この学説は、違憲判決を受けた法律は一般的に無効になることが前提であるように思われる。その意味でこの学説は日本の状況に適合的ではない。

続いて、日本の裁判所による外国法の違憲審査（外国憲法との適合性審査）を一般的に認める前者の学説に移ろう。この学説に対しては、国内で適用される外国法の違憲審査（日本国憲法との適合性審査）をすることにはきわめて否定的であるにもかかわらず、外国で通用している外国法の違憲審査（外国法がその国の憲法に適合しているか否かの審査）を積極的に肯定していることに驚くとともに違和感がある。国内で適用される外国法について、まず最初に国内憲法との一致が確認されなければならないとしたら国際法の原則に反する（連邦通常裁判所）と主張しつつ、外国で適用さ

れる外国法を一般的に違憲無効と判断できるというのは、矛盾していないのか。

日本の裁判所は外国法の解釈適用にあたって外国の裁判所がするように外国法を解釈適用するのであるから、日本の裁判所は外国の裁判所が有する権限を有し、外国の裁判所が違憲審査権を有しているのであれば、外国の裁判所がするように違憲審査権を行使できるといのであろう。

しかし、日本の裁判所が外国の裁判所が行うように外国法を解釈すれば自動的に外国裁判所の権限をすべて行使できることにはならないだろう。外国法を解釈・適用する日本の裁判所の権限は、日本の法秩序によって付与されているのであって、外国憲法やその法秩序によって付与されているのではない。日本の裁判所による外国法の適用は、日本の統治権の行使である。そもそも日本国が外国において通用している外国法の有効無効を判断する権限を有するの
か疑問である。

しかも、日本国内で適用される外国法の違憲審査はその適用が無効とされるだけであるが、外国において通用している外国法に対する違憲審査は、外国において通用している法律自体の違憲無効を決定するものである。適用違憲ではなく法令違憲である。国内で適用される外国法の違憲審査について、どうして適用違憲にとどめるのかについて、ドイツの憲法学説では、「国内の法適用機関は、その外国法を無効と宣言してはならない。なぜなら、国際法に違反して外国の法領域に介入することになるからである。すべての法秩序は、その法規範の最終妥当な運命を自律的に決定する⁽³²⁾」とされている。この学説によれば、たとえその国の裁判所がするように解釈したのだとしても、他国の裁判所がその国の法律を一般的に無効と判断することは、国際法の原則に違反することになるように思われる。

確かに、日本の裁判所の違憲判決の効力は外国には及ばないから、外国において通用している外国法は個別的にも

無効となることはない、ということではきよう。しかし、そうであるなら、国内で適用される外国法を違憲無効とした場合も同様である。外国法が外国憲法に違反し無効であると判断しなくとも、日本国憲法に違反するから無効だと判断すればよいのではないか。

これを逆に考えてみると、例えば、日本の最高裁判所も、民法の婚外子の相続分差別や女性の再婚禁止期間の規定を違憲とする判決を下しているが、最高裁の違憲判決が下されるよりも前に外国の裁判所がそれらの日本の法律は日本国憲法に違反して違憲無効であると判決することを認めるということである。ここに問題はないのだろうか。違憲判決を下した外国の裁判官は日本の裁判官がするように日本国憲法を解釈した結果だから問題ないというのであれば、日本の裁判官がするように日本法を解釈適用する条件で外国人を日本の裁判官に任命してもかまわないことにならないのではあるまいか。そうであれば、国家主権とも国民主権とも相いれないだろう。

この問題について論じる日本の憲法学説は見当たらない。ただし、アングロ・イラニアン石油会社事件（東京高裁昭和二八・九・一一判決、高等裁判所民事判例集六卷一二巻七〇二頁、下級裁判所民事裁判例集四卷九号二二六九頁）に言及した学説はある。この事件で裁判所は、外国法（イランの石油国有化法）が国際法に違反しているか否かの判断はできないとした（要旨¹）が、これについて小嶋和司は、「日本国は、他国の、国際法違反の効力について判断する権能をもたない。したがって、日本国の裁判所もまた、その権能をもたず、それは、日本国の領域内に存する物の所有権といった私法秩序にかかわる事案であつても例外でない」との論理が「ヨリ簡明であつた」とする。³³ 同じ論者の他のテキストでは、「日本国に判断権のない事項については、日本国の裁判所にも判断権がない。たとえば、外国の国内法の効力について日本国には判断権がなく、その無効の可否を、日本の裁判所は判断しえない」として、この事件を例に挙

げている。⁽³⁴⁾ 文脈は微妙だが、「外国の国内法の効力」に日本の司法権は及ばないとは、外国で通用する外国法が外国の憲法に適合するかどうかの審査も否定するもののように思われる。⁽³⁵⁾ たとえ外国の裁判所が行うように解釈した結果であるとしても、日本国の司法権が外国に及ぶわけではなく、日本の裁判所が外国の裁判所になるわけではないからである。もちろん、一つの学説だけで憲法学全体の傾向を語ることはできないが、国際私法学説とはかなり隔たりがあるように思われる。

五 外国法の国内憲法適合的解釈

外国法の国内憲法適合的解釈の可能性について一言触れて終わりとしたい。

日本の裁判官が国内の事件で外国法を適用する場合、その外国法を外国の裁判所がするように解釈しなければならぬ。そうすると、その外国法を文字通り解釈すると外国憲法の基本権を侵害すると判断される場合、日本の裁判官はその外国法を外国憲法に適合するよう解釈することができることになろう。憲法適合的解釈（合憲解釈）⁽³⁶⁾である。そのうえで、国内の事件に適用した結果が違憲と判断される場合には、その外国法は適用されてはならない。

それでは、外国憲法に適合するよう解釈してはならないのか。日本の国際私法の学説が、外国法を外国法として解釈すると日本国憲法に適合するよう解釈してはならないのか。日本の国際私法の学説が、外国法を外国法として解釈するとうときは、日本国憲法に適合するよう解釈してはならない、ということの意味するよう思われる。そもそも日本の学説は外国法に対する違憲審査を認めない以上、外国法の憲法適合的解釈も認めないであろう。ドイツの憲法学

説では違憲審査が認められるため憲法適合的解釈も肯定されているか、結論が述べられているだけで、具体的な事例が挙げられていない。私法の具体的解釈は国際私法学説に委ねられているのかもしれない。日本でも可能性を議論することはできないであろうか。もちろん、その前に国内で適用される外国法に対する憲法の適用が認められなければならないのであるが、それが認められれば、憲法適合的解釈は法律の規定自体を無効とせず、その効力を維持するので、違憲無効判決よりも日本の国際私法の学説にとっても受け入れやすいようにも思われるのである。

- (1) 若干の例を挙げると、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第七版）』（岩波書店、二〇一九年）三九六頁、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、二〇一一年）六三四頁、野中俊彦Ⅱ中村睦男Ⅱ高橋和之Ⅱ高見勝利『憲法Ⅱ（第五版）』（有斐閣、二〇一二年）二七八頁（野中執筆）、高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第五版）』（有斐閣、二〇二〇年）四五七頁、長谷部恭男『憲法（第七版）』（新世社、二〇一八年）四四五頁など。
- (2) ただし、学説の中には、「法律」に地方公共団体の制定する「条例」も含まれるとされるものがある。樋口陽一Ⅱ佐藤幸治Ⅱ中村睦男Ⅱ浦部法穂『註解法律学全集4・憲法Ⅳ』（青林書院、二〇〇四年）一〇三頁参照。本条の法律に条例は含まれないと解しても、法律等は例示的列挙と解されるので、条例が違憲審査の対象であることに変わりはない。
- (3) 渡辺康行ほか『憲法Ⅱ総論・統治』（日本評論社、二〇二〇年）二六頁（工藤達朗）参照。詳しくは、工藤達朗「日本国憲法の通用範囲に関する一考察」法学新報二二三巻五・六号（二〇一六年）二五三頁。
- (4) 江川英文『国際私法（改訂）』（有斐閣、一九七〇年）一〇九頁、山田録一『国際私法（第三版）』（有斐閣、二〇〇四年）二一九頁、溜池良夫『国際私法講義（第三版）』（有斐閣、二〇〇五年）二四三頁など。
- (5) 溜池・前掲注（4）二一六頁。
- (6) 溜池・前掲注（4）二四四頁。
- (7) 山田・前掲注（4）一四六頁。
- (8) 溜池・前掲注（4）二一七頁。

(9) 私はこのような問題の存在を、山内惟介「国家法体系における外国法の位置付け——憲法と国際私法との接点を求めて——」比較法雑誌五二巻四号(二〇一九年)一頁以下ではじめて教えられた。国際私法を勉強したことのある人なら当然のことなのだろうが、実は私は学生時代に国際私法を選択したことも、その後勉強したこともない。本稿にも初歩的な誤解に基づく記述がある。指摘を受けて訂正したい。

ほかにも、山内惟介「国際私法と憲法との関係に関する一考察——公序条項の法律要件解釈をめぐる素描的検討——」法学新報一〇〇巻一・二号(二〇一三年)七一五頁以下。後に、山内惟介「国際私法の進化と発展」(信山社、二〇一六年)一八七頁以下に収録(第五章「憲法との対話——外国法の位置付け」、同「国家法体系における外国法の概念について——憲法と国際私法との役割分担をめぐって——」比較法雑誌五三巻三号(二〇一九年)一頁がある。

(10) BVerfGE 31, 58. 丸岡松雄「スペイン人事件(国際私法著作集第三巻)」(木鐸社、一九九七年)二二頁以下に全訳がある。また、桑田三郎『国際私法の諸相』(中央大学出版部、一九八七年)八五頁以下の紹介を参照。

(11) 工藤達朗「国際結婚の自由——スペイン人事件の検討」法学新報二二七巻三・四号(二〇二一年)一四三頁。

(12) 桑田・前掲注(10) 九九頁以下参照。

(13) 桑田三郎「山内惟介編著『ドイツ・オーストリア国際私法立法資料』(中央大学出版部、二〇〇〇年)四二一頁参照。なお、民法典施行法六条二文とパラレルなのが、民事訴訟法三二八条四号である。それによれば、外国裁判所の判決は、「判決の承認が、ドイツ法の重要な原則と明らかに抵触する結果を導くとき、特に、判決の承認が基本権に抵触するときは」承認されてはならないのである。法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典』(法曹会、二〇二二年)一一五頁。

(14) Vgl. Christian Starck, Art. 1 Abs. 3, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz, 4. Aufl. 1999, S. 141 Rn. 210.

(15) Vgl. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, 1988, §72 V S.1229 f.; Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 12. Aufl. 2012, S. 54.

(16) Vgl. Stern (N 15), S. 1229; Peter Badura, Der räumliche Geltungsbereich der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 47 S. 1059 f.; また、領土および領土権に「つて」、工藤達朗『統治』と『所有』(阪本昌成先生古稀記念論文集『自由の法理』(成文堂、二〇一五年)一一頁以下参照。

(17) 溜池・前掲注(4) 一四三頁以下参照。

- (18) 溜池・前掲注(4) 二四四頁。
- (19) 江川・前掲注(4) 四九頁。
- (20) 国際私法(抵触規定)が命じればなぜ外国法が国内で法源性を有するのか、ということも問題となりうる。山内・前掲注(9)「位置付け」四頁以下参照。
- (21) 多喜寛「国際私法における外国法適用の法的意思について」同『国際私法の基本的課題』(中央大学出版部、一九九九年)三〇頁は、「わが国における当該外国法の妥当根拠はわが国の法律、ひいては日本国憲法なのである」とする。
- (22) 多喜・前掲注(21) 三七一―八頁参照。
- (23) 溜池・前掲注(4) 二一六頁。
- (24) 民法上の公序について興味深い指摘がある。オリヴァー・レブシウス「基準設定権力」マティアス・イエシユテットほか(鈴木秀美・高田篤・棟居快行・松本和彦監訳)『越境する司法』(風行社、二〇一四年)一六二頁は、リユート判決(次注参照)の分析から、「連邦憲法裁判所は、連邦通常裁判所の手から自然法を叩き落とした」と述べる。自然法であれば連邦通常裁判所が自らその内容を決定することができるが、憲法(基本権)であれば連邦憲法裁判所が決定したところに従わなければならないのである。
- なお、最近では、日本の国際私法の学説の中でも、憲法(基本権)による公序の価値充填を肯定する学説が有力になりつつあるようである。西谷祐子「国際私法における公序と人権」『国際法外交雑誌』一〇八巻二号(二〇〇九年)五七頁、林貴美「公序のヨーロッパ化および普遍化」同誌一一六巻二号(二〇一七年)一二二頁。
- (25) BVerfGE 7, 198. 木村俊夫「言論の自由と基本権の第三者効力」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』(信山社、二〇〇三年)二四事件(一五七頁)参照。憲法と私法、基本権の私人間効力をめぐる最近の議論については、ドイツ憲法判例研究会編(小山剛編集代表)『憲法の規範力と市民法』(信山社、二〇二〇年)。
- (26) Vgl. Stern (N 15), S. 124f.
- (27) Vgl. Florian Becker, Grenzüberschreitende Reichweite deutscher Grundrechte. in: Iseunsee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band K, 2013, § 240 S. 526 Rn. 30. 私も以前「属地的基本権」からの問題を考えたことがあるが、基本権規定が適用されるか否かという保護領域レベルの検討にとどまった。工藤達朗「基本権の属人的保障と属地的保障」法学

新報二二〇卷一・二号(二〇一三年)一〇七頁以下。なお、在外財産補償請求事件の解釈として、芦部信喜『人権と議会政』(有斐閣、一九九六年)五二七頁を見ると、日本政府の行為が公用収用にあたるとしつつ、「二九条三項は完全な形でそのまま適用されない」として、結論的に最高裁判決に賛成している。憲法上の財産権であることは当然の前提であると考えているようにある。

- (28) Vgl. Stern (N 15), S. 1228, 1243 f.
- (29) 山田・前掲注(4) 一三四頁。
- (30) 山田・前掲注(4) 一三四頁。
- (31) 溜池・前掲注(4) 二四六頁。
- (32) Stern (N 15), S. 1245.
- (33) 小嶋和司「司法権の限界」同『憲法学講話』(有斐閣、一九八二年)一一〇頁。
- (34) 小嶋和司『憲法概説』(良書普及会、一九八七年)四八九頁。
- (35) これに対して、溜池・前掲注(4) 二四六頁は国際法違反の判断により積極的である。山田・前掲注(4) 一三四頁も同様である。
- (36) Vgl. Becker (N 27), S. 535 Rn. 53.
- (37) Vgl. Stern (N 15), S. 1245; Badura (N 16), S. 1075 Rn. 35.

(本学法科大学院教授)