慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	国際民事訴訟における当事者の意思の働き
Sub Title	Le rôle de la volonté individuelle dans la procédure civile en matière internationale
Author	林脇, トシ子(Hayashiwaki, Toshiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1966
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.39, No.5 (1966. 5) ,p.1- 36
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19660515-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

国際民事訴訟における当事者の意思の働き

林　脇　トシ子

はしがき
一　訴訟の過程と当事者の意思の関与
二　訴訟上の用語の意味の限定
(一)　当事者主義と職権主義
(二)　事実の主張、立証をめぐって
三　判決例および学説
四　問題点の整理
(一)　訴訟物および事件の渉外性の主張
(二)　連結点
(三)　準拠外国法の主張、立証
あとがき

はしがき

意図　法一般について、法における人間の意思の働きを解明しようと思い立つてから、すでに数年が過ぎた。法一般とい

つても、私にとつて研究可能な法分野は、民法と国際私法である。これまでに、民法については、代理意思、[一] 動機の錯誤[二]の方面から、国際私法については、法性決定ないし訴訟物[三]の方面から、法により規制を受ける人間がかえつてその意思によつていかに法に働きかけるかの問題を考察してきた。根本的には同じ関心から、今度は、国際民事訴訟における人間の意思の働きの問題を取り上げてみたい。

範囲　国際民事訴訟における人間の意思の働きというとき、次のような問題が、まず、心に浮かぶ。

(1)　訴訟物について　訴訟物を何と考えるかに結びつくものであるが、訴訟物決定について当事者の意思はどのように関与するか。ここでの当事者の性質決定および準拠法の主張はどのような意味をもつか。

(2)　連結点について　準拠法国決定のための要件事実――たとえば、法例三条一項その他にいう準拠法である「本国法」決定のための「国籍」、七条一項にいう「当事者ノ意思」、一一条一項にいう「其原因タル事実ノ発生シタル地」――の確定について、事実の主張および証拠の蒐集につき弁論主義によるのか、職権探知主義によるのか。

(3)　準拠外国法についての当事者の主張、立証　外国法の適用は、それが適用されるべき旨の当事者の主張をまつのか。その主張があつても、外国法の内容の証明も、また、当事者に委ねられるのか。

以上の問題を取り上げ、人間の意思の働きを国際民事訴訟の一面において捉えることを試みたい。

方法　主に若干の関係判決およびそれに対する判例批評から――すでに、幾多の有益な判例批評がなされているが、それらはまだバラバラの状態に置かれているので――問題点の整理に当たり、私見の発表にまでは至りえないかと思う。この問題については、なかんずく、田中徹氏が早くから一貫した研究を行つておられ、私の発表も同氏の研究に負うところが大きい。判例批評を除いて、発表された論説の数は少いが、矢ヶ崎高康氏[四]、三浦正人氏[五]、越川純吉氏[六]の諸説を参照させていただいた。[七]

(一) 「代理意思について」法学研究三四巻四号、昭和三六年四月。
(二) 「動機の錯誤」綜合法学四五号、昭和三七年四月。
(三) 「国際私法規定の在り方」慶應義塾創立百年記念論文集（法学部）第一部法律学関係所収、昭和三三年一一月。「国際私法上の性質決定」久保岩太郎先生還暦記念論文集所収、昭和三七年六月。
(四) 矢ヶ崎高康「『法性決定論議の大半は法政策的調和の問題に還元さるべきの論』――牴触法方法論私見――」法政研究二七巻二・三・四号。
(五) 三浦正人「国際私法における適応問題研究」。
(六) 越川純吉「渉外民事事件の諸問題」。
(七) 本稿の執筆後、海老沢美広氏の「国際私法事件における訴訟物」青山法学論集七巻一号所収の論文を読ませていただいた。訴訟物について正面から論じられたものであり、私の小論も引用しておられるので、論点にお答えしなければならないのであるが、今回は間に合わなかったことをお許し願いたい。

一

まず、訴訟の過程をたどりながら、当事者の意思の関与がどのような面で問題になりうるかを考えてみたい。それより前に、理論上、訴訟における当事者の意思の関与、すなわち訴訟が広く当事者主義によるか職権主義によるかは、どこの国の法を基準として考えるかという問題があるが、今ここではそれには深く立ち入らない。理論的には、この点は国際民事訴訟法によつて解決されるべきものであるが、ひとまず、不文の国際民事訴訟法上、原則として手続は法廷地法によるという原理があるものと仮定し、また、或る事柄が当事者主義で取り扱われるべきか職権主義で取り扱われるべきかの問題も、広い意味で手続の問題に含まれるものとして（実は、一国の実体法と手続法との関係では、実体の規律の仕方を前提として手続の規律が定まる場合があり、当事者主義によるか職権主義によるかも実体の問題と深く結びついているので、これを実体の考慮なしに手続の問題としてしまうのは早計であるが）、日本の民事訴訟法を対象にして考えていく。

まず、訴訟は当事者の申立をまつて始まる（民訴一八六。以下、本章および次章においてとくに明記しない場合は民事訴訟法の条数を示

す）。この意味で、まず、当事者の意思が大きく働く（当事者主義の訴訟＝訴なければ裁判なしという形での当事者の意思の関与。但し、当事者主義の形をとりながらも、実体との関連で、私人に代わる検察官の請求によって訴訟が始まる場合がある〔民七四四Ⅰ、人訴一九以下〕）。――この申立は、紛争の両当事者からの申立という意味ではなく、紛争の一方当事者が、相手方との関係で、国家の裁判を求める申立をいい、これが訴である。訴の成立によつて、訴提起者と国家との間に法律関係が成立し、相手方への訴状の送達によつて（二二九Ⅰ）、国家と相手方との間にも法律関係が成立する。ここに、二当事者（対立）主義（国家は法判断の主体として登場）の訴訟係属の状態が生ずる。

訴訟が係属すると、裁判所は訴に答えるため、訴訟物について法判断をし判決に示さなければならない。法の判断をするためには、事実が顕出され、確定されなければならない。まず、事実の顕出は口頭弁論によるのであり（二二五Ⅰ本、一九一Ⅱ。必要的口頭弁論）、口頭弁論は次のようにして進行し、事実の確定にいたる。

(1)　原告の本案の申立（訴訟物自体についての判断を求める申立）　この申立は訴状の記載と同じであるが（二二四Ⅰ）、必要的口頭弁論主義の要請に基く。以後、原告の意思によつて定められた訴訟物をめぐつて（それがどのような形で定められるかが問題であり、後述するところである）訴訟は展開する（一八六）。この意味で、訴訟において当事者の意思の果たす役割は大きい。

(2)　被告の反対の申立

(3)　原告はその申立を支える事実を述べる。この事実の顕出は（どの範囲の事実がこれに含まれるかが問題となる）当事者の自由かつ責任で、裁判所が当事者の顕出しない事実を判断の基礎とすることは許されない。この意味でも、当事者主義がとられており、当事者の意思が訴訟の展開を左右する（一八五）。

(4)　被告は原告によつて述べられた事実を、認め或は争う。被告がその事実を認めた（当事者間に争いがない）場合に

は、裁判所は証拠による必要なく、そのまま事実を確定したものとしなければならない（二五七前）。

(5) 争われた事実は、原則として、証拠をもつて確定しなければならない。証拠（資料）の提出も当事者の自由かつ責任で、裁判所が当事者の顕出しない資料を判断の基礎にすることは許されない。

当事者が、口頭弁論において、自己の申立を維持し或は相手方の申立を斥けるために提出するこのような主張と証拠方法とを総称して、攻撃防禦方法と呼ぶ。争点が明らかとなり、攻撃防禦方法が揃つたならば、裁判所は証拠調により或は立証責任に従つて、自由心証主義に基き（一八五）、事実の真偽を判断する（事実の確定）。事案が判決に熟したとき、裁判所は、口頭弁論を終結する（一八二）。

判決言渡し＝法判断　判決言渡しは、法判断の機関としての裁判所の権限に属する。但し、判決言渡しによらないで訴訟手続が終了する場合として、訴の取下、請求の拋棄と認諾、訴訟上の和解の場合がある。これらはいずれも、当事者の意思によつて訴訟手続を終了させるものであり、ここにも、当事者の意思の関与がみられる。

以上のすべての段階にわたつて、訴訟手続の進行、たとえば期日の指定、弁論および証拠調の展開については、原則として、裁判所の権能かつ職責で行われ、当事者の主導によつて行われるのではない。この点では、当事者主義はとられていない。(二)

以上、一般の民事訴訟についてその過程を眺めてきたが、これまでのところを渉外民事訴訟に則して考えると、次の点に注意が払われるべきものと思われる。

(1) 訴訟物決定の面で、裁判所は原告の訴訟物についての性質決定に拘束されないことは、性質決定が法判断であり、法判断は裁判所の専権に属するところから、一般の訴訟同様明らかである。しかし、訴訟物については、後述のように、とくに当事者が意識的に自己の法判断を示し、それに基いてのみ裁判所の法判断を求めているときには、裁判所はそれに拘束さ

れる。渉外民事訴訟上、このような意識的な法判断の選択が、衝突法と実質法との二重の性質決定とからんで、どのような意味をもつか。

(2) 訴訟の枠を定める事実の主張、争いある場合の立証は当事者の自由かつ責任であるというときに、この事実のなかに、実質法上の法律効果に直結する要件事実が含まれることは疑いないが、準拠実質法決定という衝突法上の法律効果を生ずる要件事実＝連結点はここにいう事実に含まれるのか。たとえば、当事者の国籍、住所、不法行為地がどこかについても当事者の主張、立証をまつのか。このことは、訴訟の実体についての判断以前に、管轄の肯否に関する要件事実についても問題となりうる（但し、管轄の肯定という訴訟要件については、訴訟の実体についてとは別に、その要件事実の蒐集につき職権主義をとることが考えられ、ここでは取り上げないが、別の考慮が払われるべきである）。

(3) 法判断の面で、日本において一般の訴訟であれば、法とはもちろん日本法を指すのであるが、渉外事件では、法判断も二段階に行われる。すなわち、まず、連結点の確定によつて、準拠法決定という法判断がなされ、その後、具体的事件に対する実質的な法判断が行われなければならない。後者において、その基準となる法が外国法である場合、外国法適用について、当事者の主張、その存在および内容についての立証をまつのか。或はより遡つて、そもそもその事件が外国法の適用される可能性のある事件、すなわち渉外事件であることは、当事者の主張、立証をまつのか。

以上の諸点を渉外事件における特異なこととして解決すべきか、或は一般の訴訟事件と同様に解決してよいのか。このような問題のなかにあつて、渉外民事訴訟における準拠実質法適用前の段階（準拠実質法適用の過程についての問題は今回の検討から除く）での当事者の意思の働きの問題を追つていきたい。

（一）以上の訴訟の過程についての説明は、伊東乾「民事訴訟法」を参照した。

二

訴訟における当事者の意思の働きという問題を捉えるとなると、当然、当事者主義、それに対する職権主義が議論の中心になる。ところが、当事者主義対職権主義は訴訟の種々の面で現われてくるので、用語上の混乱が起こり易い。そこで、まず、当事者主義対職権主義について、次に、事実の主張、立証をめぐつて、本稿で問題となる範囲の用語について、その意味を限定しておきたい。(一)

(一) 当事者主義と職権主義

訴訟手続の発展について、当事者の支配を認める建前が当事者主義であり、当事者の支配を認めず、国家が権力的におしすすめる建前が職権主義である。これは、問題の側面を四つに分けて考えることができる。

(1) 訴訟開始の主導権および審判の対象を定める権能の問題、(2) 訴訟の発展を途中で打ち切る権能の問題 (1)、(2)についての当事者主義を処分権主義（処分主義）といい、職権主義を職権調査主義という。前者によれば、訴訟は当事者の申立があつてはじめて開始され、当事者の請求の範囲をこえて裁判所は審理と判決とをすることはできず、また、一たん訴訟が始まつても当事者はいつでも判決によらずその手続を打ち切らせることができる。後者によれば、国家は紛争を探知して自ら訴訟を始め、裁判所は当事者の請求に拘束されず、自由に審理を始め判決を与えることができ、また、一たん訴訟を開始した以上当事者の希望によつて手続を打ち切ることを認めない。——法は、本案に関して、処分権主義を採用している。その結果、①当事者開始主義（一八六）、②不告不理の原則（一八六、三七七、四〇二、四二七参照）、③変更主義（狭義の処分権主義）（一三六〔訴の取下〕、三六三、三九六〔控訴、上告の取下〕、二〇三〔和解、抛棄、認諾〕等）が認められる。これに対し、手続の組立て、審理の方式、訴訟行為が適法であるかどうか、訴訟要件がそなわるかどうかについては、原則として、職権調査主義

が行われる（二五五、四〇五参照。妨訴抗弁については被告の主張をまつて調査する。また、責問権の拋棄、喪失の生じうる範囲では職権調査主義は行われない）。

(3)　手続進行の促進力の問題　この面についての当事者主義を当事者進行主義と呼び、職権主義を職権進行主義と呼ぶ。前者によれば、訴訟の促進は当事者の自由かつ責任で、たとえば、期日の指定や書類の送達は当事者が自ら、或は当事者の申立によつてこれを行い、弁論や証拠調の進行も当事者の主導によつて行われる。後者によれば、訴訟の推進は裁判所の権能かつ職責とされ、裁判所の主導によつて行われる。――法は、原則として、職権進行主義を採用した。その結果、①期日の指定（一五二Ⅰ、Ⅲ）、訴訟書類の送達（一六〇。例外一七八Ⅰ）、口頭弁論の指揮統制（一二六）、証拠調の運行（二七一その他）の規定が認められる。②訴訟の進行について当事者に申立権を認めないが、③例外的に手続進行の権能が当事者に与えられる場合（一五二Ⅴ、一七八Ⅰ、二一六等）には、裁判所は申立について許否の裁判をすべきである。

(4)　判断の基礎になる資料を持ち出す責任の問題　この面での当事者主義を弁論主義といい、職権主義を職権探知主義という。裁判所が法判断を行おうとすれば、事実と証拠とが不可欠である。その意味で、判決の基礎になるすべての事実、すべての証拠資料をひつくるめて訴訟資料という。この意味の訴訟資料の顕出を何人の責任とするかで、前者によれば、その顕出は当事者の自由かつ責任で、裁判所が当事者の顕出しない資料を判断の基礎にすることは許されず、後者によれば、訴訟資料は裁判所が当事者の言い分に関係なく、進んで探知すべきである。――事が公益に関することの深い場合は、職権探知主義によらざるをえない。一般に、通常の民事訴訟では、弁論主義がより合理的なものと考えられ、採用されている。その結果、①請求自体に関し、判決の基礎になるべき事実は当事者の弁論に顕われたものに限り、裁判所はそれ以外の事実を基礎として判決することを許されない（一八五、一九一Ⅱ）。②当事者間に争いのない事実は、その通りの事実があつたものとして、判決の基礎にしなければならない（二五七前、一四〇Ⅰ本）。③当事者間に争いのある事実は証拠を用いて確定すべき

であるが、その際、判断の基礎にすべき証拠資料も、当事者によつて顕出されたものに限るのであつて、それ以外の証拠資料を斟酌しえない（一八五、二五七、二五八）。当事者が顕出した証拠資料のみで事実の真否をいずれとも判断しえないときは、立証責任の問題として処理すればよい。これに対し、職権探知主義のとられる範囲として、通常の訴訟の請求自体に関しても、①訴訟物の法的評価のための資料や、②間接事実[二]およびその証拠は、職権をもつて探知されるべきであり、③主要事実[三]についてさえ、釈明処分[三]（一三二）、検証の際の鑑定（三二四）、職権当事者訊問（三三六）の許される結果、職権探知主義の入り込む余地がある（①、②は判決の基礎となる事実を直接に形成する事項に関しないから、厳格には弁論主義と職権探知主義の対立の問題ではない）。

これら四面の問題のうち、本稿で当事者の意思の関与という観点から取り上げようとするのは、(1)のうちの審判の対象を定める権能の問題（処分権主義対職権調査主義）と、(4)の弁論主義対職権探知主義の問題である。(1)のうち、訴訟開始の主導権の問題は疑問の余地がなく、(2)はむしろ準拠実質法適用の段階で問題になるし、(3)では職権主義（職権進行主義）が原則として採用されているという理由で、ここでは触れない。

（一）　伊東・前掲参照。

（二）　主要事実と間接事実については、「法律効果の発生に直接必要な事実、換言すればその法律効果を規定する法規の構成要件に該当する事実を、主要事実といい、あるいは直接事実または要件事実ともいう。主要事実のうちには、一定の法律要件を定めた法規の要件事実の外に、能力など法律効果発生の一般要件事実、詐欺、強迫のごとき効力発生の障害事実、一定の法律効果を定める法条に反対の法規の要件事実などがある。この主要事実の存否を経験則により推認させる事実を、間接事実または徴表（憑）という。…　民事訴訟においては、判決によつて権利関係の存否が判断されるのであるが、それは通常権利の発生消滅の法律効果を確定することによつてなされる。したがつて、その法律効果を規定する法規の主要事実が、判決の基礎となる事実として確定されねばならない。間接事実……は、主要事実の存否を判断する手段としての意義をもつにすぎない。しかし、主要事実の存否は直接証拠から直ちに認定されることは稀で、多くは間接事実……の媒介により認定されるから、こ……の事実は訴訟上重要な役割を果す。」「弁論主義の支配する民事訴訟では、事実のこの区別は、主張責任および立証責任との関連において重

要な意義をもつている。弁論主義の下では、判決の基礎になる主要事実は、必ず当事者の主張がなければ裁判所はこれを斟酌することができない。当事者の弁論に現われない主要事実は、公知であつても、また裁判所が証拠調の結果から心証をえていても、判決の基礎にできない。これに反して、間接事実は主要事実を認定する証拠資料の機能をもつにすぎない事実であるから、当事者の主張がなくても弁論に現われるかぎり、裁判所はそれを斟酌してさしつかえない」（小室直人「主要事実・間接事実・補助事実」民事法学辞典上巻所収。なお、村松俊夫「間接事実と間接証拠（民訴覚書）」法律時報三〇巻六号六二頁以下参照）。

（三）釈明処分は訴訟指揮権に由来するもので、訴訟資料の解明に関する。(3)に述べた訴訟手続の進行について職権進行主義がとられていることとの関連で、証拠資料の顕出の面でも弁論主義をとりながら、職権探知主義によるのと近い結果が生じうる。

（二）事実の主張、立証をめぐつて

事実の主張、立証は、いずれも当事者の訴訟行為によつてなされるので、まず、当事者の訴訟行為上の概念を必要な限りでまとめておく。

(1)　申立　当事者が、裁判所に対して、その一定の訴訟行為を求めるためにする供述を、申立という。その性質は一種の意欲の表示である。申立は本案の申立と訴訟上の申立（証拠の申出〔二五八、二七五、三一一、三三三〕も形式的にはこの申立に含まれる）に分けられる。

(2)　主張（陳述）　事実や法律関係の存否について知識を表白するための当事者の供述を、陳述もしくは主張という。その性質は観念の通知である。陳述は、その内容を標準として、法律上の陳述と事実上の陳述とに分けられる。

(a)法律上の陳述　①法令の存否や解釈に関する意見の陳述　法の判断は裁判所の専権に属するから、当事者の陳述は、裁判所に対して注意を促すことになるだけで、裁判所を拘束することはない。　②訴訟物の存否の陳述　原告が自ら請求と反対方向の陳述をする場合を請求の拋棄といい、被告が請求と同方向の陳述をする場合を請求の認諾という。請求の拋棄もしくは認諾があるときは、法の判断についてではあるが、例外的に、裁判所の審判をまたずに訴訟は終了する。　③訴訟物以

外の法律関係に関する陳述で、当事者間に争いのないときは、その存否は陳述通りのものとして証拠を用いずに、一応、判決の基礎としてよい。当事者の一方が自分に不利益な相手方の法律上の陳述を承認することを権利自白と呼ぶ（訴訟物自体に関する権利自白が請求の抛棄、認諾である）。しかし、訴訟物以外の法律関係に関する権利自白は、元来法の判断は裁判所の職権に属するのであるから、後述の事実の自白と異つて、陳述者はいつでもこれを撤回することができる。法律上の陳述が相手方によつて争われるときは、陳述者はこれを構成すべき事実を主張し、さらにこれを証明して、自分の主張する法律関係の存否を裁判所に納得させる必要を生じる。

(b)事実上の陳述　これは事実の存否についての陳述で、弁論主義の下では当事者の弁論に現われた事実だけが判決の基礎となる結果、訴訟上の地位は重要である。当事者の一方が相手方の自己に不利益な事実上の陳述を承認することを自白といい（権利自白に対して事実上の自白という）、自白された主要事実は、証拠を用いずに、裁判所はその通りを判決の基礎としなければならない。自白は撤回を許されない（自白の不可撤回性。禁反言の原則による）。公知の事実に反する自白にも効力が認められる。

(c)抗弁　法律上の陳述であると事実上の陳述であるとを問わず、相手方の陳述の承認を前提として、これと両立しながら、相手方の期待する法律効果の発生、存続を阻害するような材料を陳述することを、抗弁と呼ぶ。

次に、前述の弁論主義の下では、裁判所の法判断の基礎をなす事実（主要事実）は当事者によつて顕出され、その事実について当事者間に争いのある場合には、当事者の申出による証拠によつて確定されなければならない。そこで、証拠とその評価という面から必要な概念を明確にしておきたい。

(1)　証明の必要

(a)証明の不必要な場合（二五七）　①自白　この場合は、前述したように、弁論主義の一内容である。　②顕著な事実　公

知の事実と職務上知れたる事実とを含む。しかし、裁判所に顕著な事実でも、弁論主義の下では、主要事実である限り、当事者の主張がなければ判決の基礎となしえない（当事者の顕出をまつ）から、それが証明を要しないというのは、当事者によつて顕出された上で証明は必要としないということである。

(b)証明を必要とする事項　その中心は事実である（一八五）。法は裁判所の知るところなのであるから、法規や、また経験法則[二]については、証明を必要としないのが原則である。しかし、後二者についても、現実には裁判官にとつての一般教養をこえた経験法則、たとえば専門的学術的法則や法規、たとえば外国法、自治法規については、証明を要すると解される。但し、これらについては当事者の証拠の申出をまたず、職権で探知すべきである。[三]

(2)　主張、立証責任

(a)主張責任　弁論主義の下では、主要事実は、当事者がこれを主張しなければ判決の基礎にならない。そこで、或る事実が顕出のないものとしてその存否を仮定されることによつて、当事者の一方が受ける不利益を主張責任という。

(b)立証責任　顕出された主要事実について争いがあり、しかも、提出された証拠を調べてみても、結局、存否いずれの心証をもえられずに終わることもある。このような場合でも裁判所は判決を与えなければならない地位にあるから、裁判所にとつて、当該事実を存否いずれかに仮定して、これに基いて判決を与えるほかに途はない。こうした仮定によつて当事者の一方が受けるべき不利益を立証責任または挙証責任といい、個々の事実につきいずれの当事者にこの種の不利益を帰せしめるべきかの問題を、立証責任の分配と呼ぶ。主張責任は弁論主義の採用と結びついているが、立証責任は、弁論主義の採否に拘わらない訴訟一般の問題である（当事者の証拠の申出にまつても、裁判所の職権探知によつても、事実の存否いずれの心証もえられない場合のあることは同様である）。立証責任の分配は、事実の蓋然性と当事者間の衡平とに基いて決せられ、一般的にいえば、或る法律効果の主張者はその法律効果の積極的、原則的、典型的な要件事実の存在について、相手方は同一法律効果の阻却的

規定事実の存在について、それぞれ立証責任を負う。(三)

(一) 経験法則について証明を要しないというのは、経験法則が法であるか事実であるかという問題から離れて、経験法則は、事実の法的評価の際に用いられる知識であつて、判決の基礎となる具体的事実ではないから、弁論主義の適用を受けないことに基く（三ヶ月章「民事訴訟法」一五八頁参照）。

(二) 外国法の存在、内容についての証拠資料を提出する者に、鑑定証人、鑑定人がある。自分が過去に知りえた事実を証拠資料として供述するように命ぜられた第三者を証人といい、その証拠調が証人訊問である。事実の知得が特別の学識経験に基く場合、すなわち鑑定証人（三〇九）の場合でも、事実の供述に終始すべき限りでは、なお証人である。これに対し、特別の学識経験に属する事項について意見（判断）を証拠資料として報告するように命ぜられた第三者を鑑定人という。このような専門家の意見を求めて裁判所の能力を補うための証拠調が鑑定である。

(三) 立証責任に関連して、提出される証拠に本証と反証の区別が認められる。本証とは、当事者が自ら立証責任を負う事実を証明するために提出する証拠であり、反証とは、その事実を否認する相手方の提出する証拠である。したがつて、本証は、主張事実について裁判官に積極的に確信を抱かせることができて初めてその目的を達するものであるのに対し、反証は必ずしも相手方の主張事実の反対が真実であるとの確信を抱かせなくとも、本証に基き生じる確信を妨害し動揺させて、相手方の主張の真偽が不明であるとの心証に持ち込めば目的を達する。何故ならば、その場合は、立証責任の原則の適用によつて、自己に有利な結果となるからである（兼子一「民事訴訟法体系」二四〇―一頁参照。なお、同「推定の本質」民事法研究一巻所収参照）。

三

まず、本稿で取り上げようとする問題に関連する判決を、㈠訴訟物および事件の渉外性の主張、㈡連結点――国籍、契約準拠法の合意、不法行為地――、㈢準拠外国法の主張、立証の順に紹介する。(一)

㈠ 訴訟物および事件の渉外性の主張

(1) 判決年月日不明東京地裁判決、昭二八（タ）二一九号親子関係不存在確認請求事件（タイムズ四二号四八頁、国私例集八四三、一六一五頁――田中徹「親子関係存否確認訴訟の裁判管轄権と訴訟物」ジュリ一九一号八九頁）――1(二)

（三）〔判旨〕「本件に於ける確認の対象は、法律関係が存在しないと云う事実関係の存在であつて、法律の適用によつて処理されるべき実体はないから、本件については、準拠法の問題は生じない。従つて、本件については、法例の適用はない。」

(2)昭三二・一二・九福岡地裁小倉支部判決、昭三〇（ワ）五二七号損害賠償請求事件（柳春淵対国、不法行為下級民集昭三二度九九八頁――田中徹「準拠法の確定と弁論主義――国家賠償法六条と弁論主義」ジュリ二六五号一七八頁）――6

判決のなかで訴訟物および事件の渉外性の主張に触れて論じているわけではないが、後の学説との関連で、ここに引いておく。

(3)昭三五・四・一二大阪地裁判決、昭二九（ワ）五九七四号売掛代金請求事件（ダリオ・ブラッハ対角谷栄蔵、下級民集一一巻四号八一七頁――沢木敬郎「物権的請求権の行使に代わる損害賠償請求権の準拠法――準拠法として特定の国の法規の適用を主張する当事者と右主張事項についての立証責任の有無」ジュリ二三三号一〇二頁）――10

判決のなかで直接に訴訟物に触れているわけではないが、原告の請求を第一次請求＝所有権に基く物件の返還、第二次請求＝物権的請求権の行使に代わる損害賠償請求、第三次請求＝契約上の債権に基く請求に分けて判断し、いずれも失当として、原告の請求を棄却している。また、原告の第二次請求について、準拠法がいかなる国の法律であるかということ自身紛争の内容であるから、原告は特定の国の法律の適用があることを訴訟上主張、立証する必要があるとして、これを主張、立証していない原告の請求を棄却している（後出(22)の〔判旨〕参照）。

(4)昭三七・四・九前橋地裁桐生支部判決、昭三六（ワ）四号不動産所有権移転登記請求事件（藤田君子ことと朴鶴伊対正田ヒデ、下級民集一三巻四号六九五頁）――13

〔判旨〕「原告は大韓民国人であつて、このことは訴訟記録編綴の桐生市長作成の登録済証明書により明らかであるので、本件は国際私法の適用を受けるものである。」判決は、原告の主張なしに、事件の渉外性を認めて、国際私法を適用している。

（二）連結点

(A)国籍

(5)昭三二・六・二八大阪地裁判決、昭二九（ワ）四一一八号損害賠償請求事件（趙道子対小山泰平ことと康泰平、下級民集八巻六号一二〇八頁、国私例集一〇一二頁――林脇トシ子「日本でなされた不法行為に基く外国人間における損害賠償請求」ジュリ二二五号八九頁）――5

〔判旨〕「訴外人及び原告等が大韓民国の国籍を有する外国人であることは被告の争わぬところであるからその相続の準拠法は法例第二

五条によつて被相続人たる訴外人の本国即ち大韓民国法に従うべきである」。

(6)判決6—上出(2)に同じ。

判決のなかで、連結点——国籍についてとくに論じているわけではないが、後の学説との関連で、ここに引いておく。

(7)昭三四・九・三東京高裁判決、昭三三（ネ）一七八九号建物所有権移転登記抹消登記手続請求及び仮処分執行取消反訴請求控訴事件（呉裕仁対田中テル、下級民集一〇巻九号一八六〇頁、時報二〇〇号一九頁、東高民時報一〇巻九号一八二頁——欧竜雲「外国人たる共同親権者の一人が単独で法定代理人として提起した訴訟」ジュリ二一七号二〇六頁）——7

〔判旨〕「職権をもつて考えるのに、本訴における第一審被告（第一審反訴原告、控訴人）は……未成年者であること、記録編綴……の東京都武蔵野市長の登録済証明書により明らかであつて、本訴はその親権者父…　を法定代理人として追行されているところ、記録編綴…の中華民国駐日大使館の証明書によれば、控訴人は中華民国の国籍を有し、」

(8)昭三四・一〇・六神戸地裁判決、昭三二（ワ）一一三九号物件引渡請求事件（ジェー・シー・アーリー対シー・エム・サホウスキー、下級民集一〇巻一〇号二〇九九頁——早田芳郎「日本在住の英国人夫婦間の財産の帰属の準拠法」ジュリ二二七号七八頁）——8

〔判旨〕「法例第一五条によつて本件では婚姻当時の原告の本国法によるべきであるが、原告が英国人であることは被告が明らかに争わないので自白したものとみなすべく、特別の事情のない限り婚姻当時も又英国人であると認められるので、」

(9)判決13—上出(4)に同じ。（(4)の〔判旨〕参照）

(10)昭三七・一一・一六大阪地裁判決、昭三一（ワ）三九〇九号損害賠償請求事件（アシャティック・コンソリデーテッド・カンパニー対小西貿易株式会社、時報三三九号三六頁——三ッ木正次「外国通貨表示の給付判決の可否——外国通貨表示の給付判決と民法四〇三条」ジュリ二八九号三〇六頁）——14

〔判旨〕「原告が一般商品の輸出入貿易を営むフィリッピン共和国法令により設立された組合であり、被告が原告と同一業務を営む株式会社であるとの原告主張事実は被告において明らかに争わないから自白したものとみなす。」

(11)昭三八・四・一三大阪地裁判決、昭三三（タ）八四号離婚請求事件（家裁月報一五巻一一号一一五頁、タイムス一六〇号一八四頁、同一五二号六六頁）——16

判決は、原告、被告の国籍を当事者間に争いのない事実であるとして確定し、また、国籍だけでなく、住所についても同じ態度をとつて

いる。

(B)　契約準拠法の合意

(12)昭二六・二・六奈良地裁判決、昭二二（ワ）一七号担保金返還並びに損害賠償請求事件（藤沢秀三郎対中村一則、下級民集二巻二号一四六頁、国私例集四八三頁――三ツ木正次「口頭弁論期日における訴訟当事者双方による準拠法についての意思の表明二、日本国籍を有する者が朝鮮においてした法律行為の効力等に関する準拠法」ジュリ二〇九号九一頁）――2

〔判旨〕「適用すべき法律は専ら法例第七条に依り定むべきところ、原、被告双方が訴訟係属後……の口頭弁論期日において日本の法律による意思を表明したことが記録上明白である。」

(13)昭三一・一一・二九東京地裁判決、昭二七（ワ）一〇二六号傭船料請求事件（コンパニア・デ・トランスポーテス・デル・マー・ソシエダット・アノニマ対新野村貿易株式会社、下級民集七巻一一号三四三〇頁、国私例集一一一一頁――土井輝生「日本商法と在米船主間の傭船契約の解除と準拠法」ジュリ二〇三号八一頁）――4

〔判旨〕「当事者双方は本件傭船契約の成立及び効力の準拠法を日本法とする旨の裁判上の合意をなしたから以下本件にはわが法令を適用して判断する。」（原、被告はともに、その主張の中で、準拠法につき特別の定めがなかつたから、法例の規定により行為地法である日本商法に拠るべきであるとしている。）

(14)昭三五・四・九東京高裁判決、昭三一（ネ）二二九〇号保険金請求控訴事件（グレート・アメリカン・インシュアランス・カンパニー対アライド・インダストリアル・コーポレーション、下級民集一一巻四号七六五頁――田中徹「当事者間に争いのない準拠法確定の前提たる事実」ジュリ二八三号九六頁）――9

判決のなかでは準拠法確定について触れていないが、控訴人、被控訴人の主張中、被控訴人は「本件契約の成立及び効力について、当事者は日本の法律によるという意思であつた。」といい、控訴人は「本件契約の効力については日本法が適用さるるものであることは認めるが、」といつている。

(15)判決14――上出(10)に同じ。

〔判旨〕「本件売買契約は日本国内で締結されたことは当事者間に争がないところ、原告において右契約の効力につき日本、フィリッピン何れの法令に依るべきかの点について別段の定めをしたとの主張立証がないから、本件契約の効力は法例七条二項により行為地法である

日本法により決せられることになるところ、」

(16)判決10―上出(3)に同じ

〔判旨〕「法例第七条によりその準拠法を定むべきところ、契約当時原、被告間において準拠法の指定につき、特段の明示の意思がなされていなかつたことは、当時者間に争がない。」「原告は、本件訴訟開始後原、被告共に日本の実体法に基いて攻撃防禦の方法を重ねて来たものであるから、訴訟開始と同時に原、被告間において日本法に依るべき暗黙の合意があつたものである旨主張するが、被告が……、実体関係については、原告の主張事実（日本法に基く請求権の発生要件事実）を全部否認し、その請求を全面的に争つていることは、当裁判所に顕著な事実であり、……本件訴訟における原告、被告の態度により、準拠法指定に関する当事者の黙示的意思の存在を推定することは出来ない」。「右法律関係については、同条第二項により、当事者の意思が分明でない場合として、行為地法に依るべきものであるが、」

(C) 不法行為地

(17)判決10―上出(3)に同じ。

〔判旨〕「法例第一一条によれば、その債権の成立及び効力については、その原因たる事実の発生した地の法律に依るべきところ、本件塡補賠償請求権の発生した地……が、何処の地であるかについては、原告の何等主張、立証しないところである。即ち、右地点が日本国内であることについては何等の証明がないのであるから、本件塡補賠償請求につき日本法の適用があるとする原告の主張は、その証明を欠くものと言わねばならない。」

(三) 準拠外国法の主張、立証

(18)判決2―上出(12)に同じ。

〔判旨〕「本訴並びに反訴は主として我国がポツダム宣言を受諾した以前において、日本に国籍を有する原、被告双方が朝鮮においてなした法律行為の成立及び効力に関する民事上の争訟であつて、法律行為の成立の当時において朝鮮において現行民法中第三編債権に関する規定、商法中商行為に関する規定と同一の民事法規がそれぞれ制令として施行せられ、又明治四十四年三月法律第三十号に依り貨幣法が同

地に施行せられていたことは当裁判所に顕著な事実であつて、共通法の廃止せられた結果適用すべき法律は専ら法例第七条に依り定むべきところ、」

(19)昭二七・五・二〇名古屋地裁半田支部判決、昭二六（ワ）四四号離婚請求事件（下級民集三巻五号六七六頁、国私例集六〇一頁――丸岡松雄「外国法不明の場合の法廷地法の適用」ジュリ二〇九号九頁）――3

〔判旨〕「原、被告は何れも外国人であるから法例第十六条に依り本件離婚の準拠法は其の原因たる事実の発生した時に於ける即ち本件に於ては被告が原告を遺棄した時に於ける夫たる被告の本国法に依るべきものである事が明であるが、本件離婚原因発生当時即ち昭和二十二年四月頃の朝鮮に施行せられて居た法令の内容は原告の明にしないところであるばかりでなく、当裁判所に於て調査するも之を明確にし得ないから斯る場合は日本の法令に依り其の原因の有無を判断するを相当とする。」

(20)判決5―上出(5)に同じ。

〔判旨〕大韓民国の「相続がわが国の領有当時のまま旧民法の長子相続制度（家督相続）を用いていることは公知の事実であるから、原告X_1は訴外人の長女として、右賠償請求権を相続により取得した」。

(21)判決7―上出(7)に同じ。

〔判旨〕中華民国「民法第一〇八四条に照せば、父母は未成年の子女に対して保護及び教養の権利義務を有することが明らかであるので、本訴も亦、控訴人の父母が共同親権者としてこれを追行すべきであつた」。

(22)判決10―上出(3)に同じ。

〔判旨〕判決は、原告の第二次請求について「或る法律関係につき、適用さるべき準拠法たる特定の国の法律の内容が、如何なる内容であるかは、訴訟当事者の主張立証をまつことなく原則として裁判所が職権を以て調査すべき事項であるが、（即ち、特定の法規の内容は、紛争解決の尺度に過ぎないのであつて、紛争そのものではない。）これに対し、或る法律関係につき適用すべき準拠法が如何なる国の法律であるかは、単に民事紛争解決の尺度の問題であるに止らず、当事者間の紛争の内容そのものであるから、（即ち、本来民事紛争の対象となるべき事

項である。）準拠法として特定の国の法規の適用を主張し、その法規の適用により自己に有利な法律効果の発生（請求権の存在）を主張する当事者において、特定の国の法律の適用があることを訴訟上主張、立証する必要があるものと言わなければならない。」として、原告の第二次請求は、その前提事実（塡補賠償請求権の発生した地がどこの地であるか）につき証明がない以上、その余の判断を経ることなく失当であるとしている。

(23) 昭三七・一・二二福岡地裁小倉支部判決、昭三三（ワ）四五〇号家賃請求事件（新井モセ対姜琼完、下級民集一三巻一号六四頁――村岡二郎「外国法についての主張・立証責任」ジュリ二七九号八四頁）――11

〔判旨〕「訴外人は大韓民国の国民であつて、しかも右契約当時においては満二十年未満のものであるから、若し同国の法令にして、我民法の定める如く、満二十年未満のものを未成年者としてその法律行為能力を制限しているものであるならばその制限の限度はどうであるのか、また父若しくは母においてその法定代理人として代理行為をなし得るとすれば、これが行使は単独によりなし得るのかまたは共同してのみこれをなし得るのかにつき、その法規は当裁判所において顕著でなく、従つて右の点については原告において自ら主張立証すべき責あるものであるのみならず、更に本件建物についての売買契約当事者に関しても、訴外人本人においてこれをしたのか、またはその任意代理人若しくは法定代理人においてこれをしたのかについての原告の主張如何によつて、被告側の防禦方法も自ら異り、且つ、右がその本国法により有効であるか否かも判断の対象となるものである 以上原告が若し本件売買契約につき代理人による契約締結の事実についても判断を求めるものであるならば、自ら進んでかかる点につきその主張並に立証を尽すべき責あるものというべきである。」として、判決は、この主張がない以上、訴外人本人が売主として契約を締結したという主張以上に出ず、この事実は証拠上認定できないとしている。

(24) 昭三七・四・六大阪高裁判決、昭三五（ネ）一〇八三号損害賠償請求控訴事件（東京海上火災保険株式会社対マエルスク・ライン・リミテッド、下級民集一三巻四号六五三頁、時報三二二号三八頁――佐藤哲夫「名板貸の責任に関する準拠法」ジュリ二七一号一〇二頁）――12

〔判旨〕「商法第二三条による責任は、他人の商号使用者が為した取引に基く債務についての右商号使用許諾者の責任であるから、債権契約についての補充責任の問題として、純然たる法定債権とは異り、契約準拠法によるべきものと解するを相当とするところ、本件運送契

約の準拠法がカナダ法であることは控訴人の自認するところであるから、同国法において右の責任問題が如何に規定されているかを論外として、直ちに日本商法を適用すべきであるとする控訴人の主張は理由がなく、また右カナダ法の内容を明らかにしない以上、法例第三〇条の適用も問題とならないから、右の理由によつても控訴人の主張を正当化し得ない。」

(25)昭三八・二・二七東京高裁判決、昭三六（ネ）二三四二号行政行為無効確認請求控訴事件（（ソリー・ワタナベ対大蔵大臣、行政例集四巻二号三八二頁――三ッ木正次「無記名証券の占有の効力とその準拠法」ジュリ三一三号一五五頁））――15

〔判旨〕「（証券の占有に推定以上の効力を認める準拠法の規定あることは控訴人の主張しないところである）。」

(26)判決16―上出(11)に同じ。

〔判旨〕「本件離婚請求は、夫の本国法である中華民国の法律によるべきところ、同国の離婚法が原告主張のとおりであることは被告も争わないで、同国には実定法として原告主張どおりの離婚法規が存するものと認定できる。これに反する証拠はない。」

（一）関係判決は、戦前にも重要なものがいくつかあるが（たとえば、明三八・一二・二〇大審院民二判決、明三八（オ）五三一号）、ここでは戦後のものに限った。次に本文に掲げている判決を一覧表にまとめて、索引の用に充てる。なお、評釈者名に括弧のあるのは、現在問題としているところを評釈中で取り扱つていないものである。

引用番号	判決年月日	裁判所名	本文での掲載番号	評釈者名
判決1	判決年月日不明	東京地裁	(1)	田中　徹
2	昭26・2・6	奈良地裁	(12)(18)	三ッ木正次
3	昭27・5・20	名古屋地裁半田支部	(19)	丸岡松雄
4	昭31・11・29	東京地裁	(13)	土井輝生
5	昭32・6・28	大阪地裁	(5)(20)	（林脇トシ子）
6	昭32・12・9	福岡地裁小倉支部	(2)(6)	田中　徹
7	昭34・9・3	東京高裁	(11)(21)	（欧　竜雲）
8	昭34・10・6	神戸地裁	(8)	早田芳郎

9	昭35・4・9	東京高裁	(14)	田中徹
10	昭35・4・12	大阪地裁	(3)(16)(17)(22)	沢木敬郎
11	昭37・1・22	福岡地裁小倉支部	(23)	村岡二郎
12	昭37・4・6	大阪高裁	(24)	佐藤哲夫
13	昭37・4・9	前橋地裁桐生支部	(4)(9)	
14	昭37・11・16	大阪地裁	(10)(15)	三ッ木正次
15	昭38・2・27	東京高裁	(25)	三ッ木正次
16	昭38・4・13	大阪地裁	(11)(26)	

(二) 判決掲載誌等の引用に次の略語を用いた。

下級民衆＝下級裁判所民事裁判例集

家裁月報＝家庭裁判月報

行政例集＝行政事件裁判例集

国私例集＝国際私法関係事件裁判例集

ジュリ＝ジュリスト

東高民時報＝東京高等裁判所（民事）判決時報

時報＝判例時報

タイムズ＝判例タイムズ

不法行為下級民集昭三二度＝不法行為に関する下級裁判所民事裁判例集（昭和三十二年度）

(三) 判旨として掲げているが、その判決のなかでの要旨というわけではなく、現在取り扱つている問題に関連する範囲に限つている。

次に、これらの判決に対する判例研究を中心として学説を紹介する。

(一) 訴訟物および事件の渉外性の主張

上掲のいずれの判決も、訴訟物の問題をそれとして意識して取り上げているのではなく、したがつてそれらに対する判例

研究も判決批判というよりは、それを契機として学問上の問題を設定しようとするものといえよう。

田中　徹氏　判決1―(1)の研究(一)　確認訴訟の訴訟物について、これを一定の実体法上の権利ないし法律関係とは解しない。そのように解することの不都合は、①衝突法上、単一の権利ないし法律関係も単位法律関係に分解されて準拠実質法に連結される。したがつて、一定の実体法上の権利ないし法律関係と呼んでも単に名前だけにすぎない。②確認判決確定後、他の準拠法上の権利を構成して再訴した場合、前判決は一定の実体法上の権利関係を確定したにすぎないから、他の実体法上の権利を主張する後訴には影響を与えない。田中氏は以上の考察から一つの提案をされ、法例上の概念としての一定の法律関係を想定し、これを渉外確認訴訟の訴訟物であると考えようとされる。

判決6―(2)の研究　給付訴訟について、裁判所は当事者の性質決定および準拠法の主張には拘束されない。したがつて、裁判所がその性質決定に基き確定した準拠法が原告主張のそれと異つた場合にも、請求棄却とはならない。既判力の範囲も一定の準拠実体法上の権利に限られるのは不当に狭い。

沢木敬郎氏　判決10―(3)の研究　判決では原告の主張する請求の各々について、準拠法を決定し、その請求権の有無を判断しているが、裁判所は牴触法適用の段階で、法律関係の性質決定という国際私法の解釈技術によつて、単一の牴触規定を決定しなければならない。判決の立場は、法律関係の性質決定を当事者に委ねたのと同一の結果を招来する。沢木氏は、判決が原告の第二次請求について、準拠法如何を紛争の内容としていることをここでの問題として取り上げておられないが、これが訴訟物決定をそのような形で当事者に委ねているという意味であれば、ここでの問題に関連する。

矢ヶ崎高康氏(二)　裁判所の面前に出てくる渉外事件は、当事者の請求権という形ですでに法的に構成されているものであり、裁判所はこれを尊重し、これを出発点としなければならない。裁判所は、事実に照らして、当事者の主張する準拠法によつて構成された請求権が首尾一貫しているか否かを審理すべきである。これが首尾一貫していない場合には、もちろん、請求は棄却される。

三浦正人氏(三)　三浦氏は、牴触規定の対象は法性決定の対象であり、それがまた訴訟物であるという理解の下に、このような対象が法

律関係か事実関係かは牴触規定の在り方によつて異つてくるとされる。このような対象は、法律的にみた事実関係、「法律概念によつて表示されるところの事実関係」とみるべきである。訴訟物は、主観的には、原告の予想する準拠法に基く権利であつても、裁判所はその性質決定に拘束されるものではない。訴訟物は、特定の実質法から切り離して特定されうるものであり、事実関係に引き直しうるものである。したがつて、矢ヶ崎氏におけるような意味での請求棄却説はとらない。

越川純吉氏(四) 当事者は、渉外生活関係に発生した権利もしくは法律関係――その権利または法律関係は選定法則にしたがい選定される準拠法上の権利または法律関係の主張であるを要しない――を主張すればよい。たとえ原告の選定法則上の主張が誤つていても、それだけで請求棄却にはならない。ただ、原告が自己の判断する選定法則による準拠法上の権利だけを主張している場合、裁判所がそれと異る法の適用を妥当とするならば、請求棄却の他はない。当事者主義の結果である。越川氏は結論的に次のような見解を示される。渉外訴訟事件の訴訟物は、渉外権利または渉外法律関係である。渉外権利は、渉外実体法（事項法と選定法とを含む）上の関係である。

(二) 連結点

(A) 国籍

判決の傾向は、当事者の国籍を、職権で認定している（訴訟記録編綴の書類によるものが多い）ものと(五)、当事者間に争いがない或は原告の主張を被告が明らかに争わないとして原告の主張通りに確定しているものとに分かれる(六)。判例研究は、主に、後者の場合を取り上げ、連結点としての国籍にまで弁論主義(七)が及ぶかを問題としている。

田中 徹氏 判決6―(6)の研究 国籍のもつ意味として、まず、事件の渉外性、すなわち審理の対象が渉外法律関係であるか否かの判断に関係する。次に、連結点としての意味がある。この両者について、国籍の確定は弁論主義によるのか職権探知主義によるのか。元来、弁論主義の妥当するのは、直接事実、すなわち実体法上の要件事実の確定に限定されるものであるが、この妥当範囲を国際私法の適用、準拠法の確定についても及ぼすべきか。田中氏は以上のように問題を提起された上で、次の解決を示される。当事者の主張事実中に、わが国国際私法上連結点となりうる要素についてそれが外国的である旨の事実の主張があり、それが当事者の提出した証拠によつて立証さ

れた場合には国際私法の適用が考えられる。そして、当事者の主張、立証によつて連結点たる事実または概念を確定し準拠法を決定する。このように弁論主義の妥当範囲を準拠法の確定についても及ぼすことが、現在の弁論主義の訴訟制度と調和する。

早田芳郎氏　判決8―(8)の研究　自白ないし擬制自白の対象となるのは実体法上の法律効果の判断に直接必要な事実に原則として限られ、法規の解釈適用については認められない。ところで、国籍の確定は実体法上の法律効果の判断のための要件事実ではなく、抵触法上の法律効果、すなわち準拠法の確定のための要件である。このような抵触法上の段階は、実体法上でいう法規の探索と事実の認定の分け方からいえば、法規の探索の過程の一部としてとらえられるべきである。ここには弁論主義の働く余地はなく（職権探知主義による）、自白の拘束力は排除される。

越川純吉氏(八)　連結点が単純な事実問題と同一視できないのは当然であるが、事柄をおおまかに法規の探索と事実の認定とに分けて、法規については職権探知と割り切ることはできない。訴訟制度として法規も証明すべきだという制度があるのだから、連結点について自白を認めるべきだという論も立とう。以上の考察から、越川氏は、連結点を構成する事実について事実の自白を認めてよいとされる。

(B)　契約準拠法の合意

契約準拠法について、裁判上口頭弁論期日に合意があつたとしてそれを準拠法とするもの、準拠法の定めについて当事者の主張、立証がないとして行為地法を準拠法としているものがある。ここでは、判決のいう裁判上の合意がいかなる意味をもつか（法例七条一項の合意のうちに含まれるのか、それとは別の実体法上の問題として理解するか）、準拠法の合意について当事者の主張、立証がなければ、これを問題にしえないのかが、判例研究の対象となつている。

三ッ木正次氏　判決2―(12)の研究　三ッ木氏は、口頭弁論期日における準拠法の合意について、次のような見解を示される。①明示の当事者指定とはなしえない。契約当事者が訴訟当事者である場合に限り、いわゆる黙示ないし推定意思探求の一つの手掛りとしての意味があるにすぎない。②法例七条一項と離れて、訴訟上の合意と考える。この合意によつて、裁判所は当該訴訟に関する限り他の準拠法を適用しえない。このような合意を認める障害はない。訴訟法の立場からは手続形成的効果を生ずるわけではないから、このような効果を直接

の目的とするいわゆる訴訟上の合意ではない。しかし、（形式上）法の認めない訴訟契約であつても強行規定に違背することがないので、このような合意も認めてよい。

判決14―(15)の研究　三ツ木氏はその解決を示すことなしに、次のような問題を提起しておられる。準拠法確定の前提たる事実についての弁論主義および職権探知主義の妥当性如何。その立場如何によつては、判決でいう準拠法について「別段の定めをしたとの主張立証がない」という行文も問題とされようし（主張、立証がなければ認定できないのか）、行為地について「日本国内で締結されたことは当事者間に争がない」限りこれに反する認定がされえないかも議論の対象となろう。

土井輝生氏　判決4―(13)の研究　法例七条一項にいう当事者による契約準拠法の指定は、本来契約の締結時になされるべきもので、裁判時になされるべき性質のものでない。準拠法についての裁判上の合意は、当事者の意思探求に当たつての考慮すべき一要素とみるべきで、裁判所はこれに拘束されない。また、判決は裁判上の合意とするが、これは訴訟上の効果を生ずることを目的とするものではないからいわゆる訴訟契約とも異る。土井氏は一つの提案として、訴訟時の合意は、裁判所がこれにしたがうことを適当と認める場合には、遡つて契約締結時からその法が準拠法であつたと擬制して適用するという論理的操作によるのが妥当である（いつでも訴訟上の合意を認めるとすれば、契約締結後第三者が権利義務を承継したときに、契約当事者でない承継者が準拠法について合意をなすことを認める結果となつて不都合である）とされる。

田中　徹氏　判決9―(14)の研究　弁論主義対職権探知主義について、事実の確定に関してであればすべての事実についてその主張も立証も弁論主義により、法規の探索に関してであればそこに含まれる事実についても職権探知主義によらなければならないというものではなく、合目的見地に立つて解決すべきである。では、連結点たる事実の確定のためにはどうか。田中氏は次のような解決を示される。連結点たる具体的事実は、争いの対象たる権利関係の存在を基礎づける事実であるから、その認定のための証拠蒐集について裁判所が職権探知をもつて介入することは争いある権利関係についてとられる弁論主義との不調和を免れない。そこで連結点たる具体的事実について、裁判所は、当事者の提出した証拠に基いて認定を行う。しかし、裁判所は当事者の争いのない陳述に拘束されない。これを妨げる証拠のない限りでこれにしたがうべきもので、丁度間接事実についての取扱いに似ている。また、証拠上連結点たる事実が確定できないときに（職権探

知主義をとつても同じ事態は生じうる）、請求を棄却し、抗弁を認めてはならないということを意味するものではない。田中氏はこの判例研究において、判決6―(6)の研究についての態度を変更しておられる。

越川純吉氏(九)　準拠法の合意は、連結点を構成する事実についての主張の一致としては有効であるが、選定法則として裁判官を拘束する判断法則を変更する力はない。

(C) 不法行為地

沢木敬郎氏　判決10―(17)の研究　法例は、紛争解決の尺度となるべき法規を決定するための法規であり、その適用解釈は当事者の処分に委ねるべき性質のものではない。これとの関連で、連結点決定のための事実は、裁判所が法例適用上の前提として職権で調査すべきであり、弁論主義の対象とならない。当事者による連結点の主張、立証のない場合でも、裁判所は、その決定のために必要な資料の提出を当事者に求め、それに基いて判断すべきである。

(三) 準拠外国法の主張、立証

判決のなかには、当事者の主張なしに外国法を準拠法として適用しているもの、さらにそのなかでも、適用に当たつて準拠外国法の内容を公知の事実としているもの、原告主張の内容について被告が争わずまた反対の証拠もないとしているものがあり、これに対し、準拠外国法について当事者の主張およびその内容の立証を要するとするもの、また準拠外国法如何の問題と外国法の内容の問題とを分け、後者は職権で探知すべきであるが、前者は紛争の内容をなすものであるから当事者の主張、立証にまつとするものがある。

丸岡松雄氏　判決3―(19)の研究　丸岡氏は次のような問題提起の後、もつぱら比較法的考察をされる。外国法の内容が不明であるとき、裁判所は調査の義務を負うか、またこの調査にもかかわらず外国法の内容がなお不明のとき如何なる解決がとられるべきか。

沢木敬郎氏　判決10―(22)の研究　職権調査事項か否かという点では、準拠外国法如何の問題とその内容如何の問題とは区別しえない。

連結点によつて指定された法を適用することは、法例適用の問題であり、義務的なものであつて、当事者の処分に委ねえない。

村岡二郎氏　判決11―(23)の研究　村岡氏は、まず、判決が「国際私法上外国法が適用されるべき場合であつても、当事者の主張がない以上、その外国法を適用すべきではなく、また、当事者がそれを主張しても、その外国法の内容が当事者によつて証明されない限り――それが裁判所に顕著である場合は別として――その外国法を適用すべきではない。」というのは、外国法の適用について弁論主義の支配を認めようとするものであるとされる。村岡氏は、これに対して次のような解決の方向を示される。弁論主義は法の適用には及ばない。外国法については何らかの方法で調査、証明を要することが多い。しかし、この調査、証明の方法は当事者の立証に限られない。また、外国法の内容を確知しえない場合については、種々の説があるが、判決のように、事実に関する立証責任の分配に準じて取り扱うことは不当である。

佐藤哲夫氏　判決12―(24)の研究　佐藤氏は評釈のなかで間接的な意見として、次のように述べておられる。裁判所は、当事者の援用如何に拘わらず、国際私法が準拠法として指定する外国（実質）法を適用すべきであり、当事者の証明の有無に拘わらずその外国法の内容を調査すべく、遂に内容の知りえない外国法はただ条理によつてこれを補充すべきことについては疑いない。

三ッ木正次氏　判決15―(25)の研究　三ッ木氏は問題点として次のことを挙げられる。判決が「証券の占有に推定以上の効力を認める準拠法の規定あることは控訴人の主張しないところである」としているが、これは、準拠法如何についての主張か、準拠法の内容についての主張かが明らかでない。また、証券或はその写しが証拠として提出されておりそのなかに準拠法についての定めがあつても、これを採用できないか。

越川純吉氏(一〇)　外国法は法であつて、しかも訴訟制度として外国法の主張、立証責任を規定することはできる。外国法は法であるから、裁判官が訴訟外で外国法を知つているときは、証拠を用いないでその私知を利用できる。また主張し立証しても外国法が明らかでない場合は、法の欠缺の場合として条理によつて法を宣言すべきであり、事実の場合に、立証できないときは、その事実に基く請求が棄却されるのと異る。

（一）判例研究は、ジュリスト掲載の「渉外判例研究」である。前出の判決引用における末尾の文献を参照。

（一一）矢ヶ崎・前掲一三七頁以下。

(三) 三浦・前掲一五三頁以下。
(四) 越川・前掲一七二―三頁。
(五) 当事者が任意に提出した書類のうちに、当事者の国籍が記載されているという場合には、国籍についての当事者の主張があつたと考えられるのであろうか。
(六) 或は判決を身分事件に関するものと財産事件に関するものとに分けて、この点を考察する必要があろうか。
(七) 当事者の国籍を知るという意味が、後述のように、職権調査主義対処分権主義の対立の範囲でとらえられているのか、職権探知主義対弁論主義の対立の範囲でとらえられているのかが、明確にされていない。
(八) 越川・前掲一八一頁。
(九) 越川・前掲一八〇頁。
(一〇) 越川・前掲一八三頁。

四

前章に掲げた判決および学説に素材を求めながら、㈠訴訟物および事件の渉外性の主張、㈡連結点、㈢準拠外国法の主張、立証について、以下順次に、考えられる問題点を整理しておきたい。

㈠ 訴訟物および事件の渉外性の主張

国際私法学において渉外事件の訴訟物は何かということがまだ意識的に取り上げられ論じられていなかつたときに、さらに訴訟物一般について訴訟物旧説に対する新説の対立が喧伝されて、議論が紛糾しているように思われる。或る者は、訴訟物は、渉外事件においても一般の訴訟事件と同様に、特定の権利もしくは法律関係であるとするが、これに対しては、そのように理解するとすれば、訴訟物には特定の法秩序が前提となつているはずであるのに、渉外事件では、衝突法の段階を経てはじめていかなる法秩序が準拠法となるかが分かるのであるから、矛盾が生ずると非難する。そして、或る者は、訴訟物は、渉外事件においてとくに、或は一般の訴訟事件におけると同様に、原告の事実的な要求であるとし、また、他の者は、

渉外事件の訴訟物は国際私法上の法律関係であるとする。(一)

私の現在の未確定な思考の方向だけを示すならば、まず、訴訟物は、渉外事件においても一般の訴訟事件においても、全く同様に考えられるべきであると思う。渉外事件においては、訴訟物は衝突法の段階と実質法の段階とで二重の性質決定を受けるため、一見、渉外事件の訴訟物に特殊性が認められるようにみえる。しかし、これは外見にすぎない。次に、一般の訴訟事件と共通に考えて、訴訟物は、特定の権利もしくは法律関係である。(二) いわゆる旧説の立場に立つ。何故このような見解に立つかといえば、訴訟手続は紛争の法的解決の手続であり、判決は法の判断である。そして、この法判断の下される対象が訴訟物であるならば、その対象は法的な評価を受けたものでなければならないからである。法的解決は、単に或る事実の存否が疑問とされていて、それを確定すれば終わるというものではない。また、その解決を求める訴において、請求は単なる事実の羅列では足りず、どのような方向で法の判断が行われるべきかの法的主張がなされなければならない。さらに、訴訟物は、既判力の客観的範囲との関係でも、何について判決が下されたのかが確定されうるものでなければならない。そして、この意味の特定の方法としては、或る法の上の権利もしくは法律関係として特定される他はない。しかし、このように訴訟物を解することは、原告の主張そのものが特定の法秩序に基く特定の権利もしくは法律関係の存否の主張として構成されたものであることを要求するものではない。原告の主張は具体的な事実関係の存否の主張（但し、法的な意味をもつた、法的紛争を提示するような）であつて差し支えなく、これを中心に法的評価が重ねられて訴訟物が形成されるのである。したがつて、渉外事件において訴訟物旧説に向けられる批判、すなわち、衝突法の段階を経なければ特定の準拠法が定まらないから、訴訟物はそれまで確定しないではないかという批判は、実は批判とはならない。何故ならば、訴訟物ははじめから確定した形で存在しているのではなく、訴訟の発展とともに形成され、事件が判決に熟すると考えられる段階で訴訟物もまた完成するからである。訴訟物についての紛争は、その根本において、訴訟物ははじめから固定したものかどうかというこの点

についての考え方の相違に基く。訴訟における当事者と裁判所の役割について、前者は事実を提示するものであり、後者は法の判断を下すものであると考え、また訴訟物は当事者が提示するものであると考えるところから、或る者は、訴訟物を事実関係そのものとみる。しかし、訴訟物は当事者によつて提示された形でそのまま固定してしまうものではなく、事実的にもまた法的評価を経るという点でも、訴訟の過程に応じて形成されるものである。この意味で、訴訟の対象を定める力は確かに当事者にあるが、ここでも当事者の意思が生まの形で妥当するわけではなく、法的評価を経て法的に構成されたものとして妥当するのである。

以上にみてきた一般的な場合に対し、原告の請求が特別な形で行われる場合がある。国内訴訟事件においても、訴訟物については特別に、その法的評価、性質決定についても、当事者が意思を表明している（それだけに限定して）場合には、裁判所はその意思決定に拘束される。渉外事件においてもこれと同様の場合が考えられる。たとえば、原告妻が死亡した夫の遺産について夫婦財産制上の権利を請求しているときに、裁判所は夫婦財産制上の権利は認められないが相続権は認められるとして、請求認容の判決を下すことは許されない。さらに、渉外事件においては、原告が特定の法秩序における夫婦財産制上の権利を請求しているときに、特定の法秩序におけるという点についても、当事者の主張は裁判所を拘束するか。疑問はあるが、次のように考えることが可能であろうか。訴訟物については、その法的評価に関してまで、当事者の意思が裁判所を拘束するという意味では、法的評価の基準となる準拠法についてまで（夫婦財産制上の権利といつても法が変わるにしたがつてそれぞれ個性的なものであるから、特定の準拠法上というのはまさにこの法的評価に基準を与えることになる）当事者の意思が裁判所を拘束すると考えられる。但し、その結果として、当事者に準拠法指定の効果を与えるわけではないから（法例七条一項の場合を除いて）、裁判所が独自の連結をなして決定した準拠法と当事者の主張するそれとが異るときは、請求棄却の結果を招くことになろう。このように考えたとき問題になるのは、どの範囲で既判力が生じるかということである。判決が特定の準拠法上の権利

もしくは法律関係の存否についてだけ判断したと考えれば、次に同じ具体的な事実に基いて適用されるべき準拠法を指示しないで訴を提起し請求を行つたときには、この請求につき全面的には既判力は及ばず、後訴につき請求の利益が認められることとなろう。

(二) 連結点

まず、法例の規定のなかで、連結点とされているものには、たとえば、

(1)国籍 ①「本国法ニ依リテ之ヲ定ム」(法例三I、一三I本、一九I、二一、二二)、②「本国法ニ依リ」(四I前、五)、③「本国法ニ依ル」(一四、一五、一六本、一八II、一九II、二〇、二三I、二四、二五、二六)、④「属シタル国ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム」(一七)、⑤「属スル国ノ法律ニ依リテ之ヲ定」める(一八I)。

(2)「当事者ノ意思ニ従ヒ其何レノ国ノ法律ニ依ルヘキカヲ定ム」(七I)。

(3)「其原因タル事実ノ発生シタル地ノ法律ニ依ル」(一一I)がある。

次に、連結点は、法例の規定のなかで、形式的にはどのような位置にあるかをみよう。たとえば、法例三条一項「人ノ能力ハ其本国法ニ依リテ之ヲ定ム」という条文は、或る事実が人の能力に関する問題であるならば=法律要件→法例三条を適用して→その人の本国法によつてこれを決すべきである=法律効果(法律要件事実=小前提、法例三条=大前提により、法律効果=断定をうる)という形式的な意味をもつ(同様に、七条一項「法律行為ノ成立及ヒ効力ニ付テハ当事者ノ意思ニ従ヒ何レノ国ノ法律ニ依ルヘキカヲ定ム」においては、或る事実が法律行為の成立および効力に関するならば、当事者の意思によつて定められる法律が準拠法として適用されるという意味をもつ)。したがつて、形式的には連結点は法律効果のなかに位置を占める。これに対し、実質法規定、たとえば民法九五条本文「意思表示ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効トス」においては、或る意思表示について法律行為の要素に錯誤があるという事実があつたときは=法律要件→その意思表示は無効である=法律効果という関連をもつている。

そこで、当事者の請求は、意思表示は無効であるとの確認を求める＝請求の趣旨、何故ならばその意思表示について法律行為の要素に錯誤があるから＝請求の原因という構成をとることになる。そして、本稿の問題と関連しては、この請求の原因になる要件事実について、その主張、立証は当事者の自由かつ責任であるという弁論主義が行われるわけである（もつとも、実質法においても、法律効果決定のために確定を要する事実は、必ずしも形式上法律要件群のなかにあるばかりでなく、法律効果の規定のなかにもある。たとえば、民法七〇九条「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」において、故意、過失で他人の権利を侵害した場合には＝法律要件、これによつて生じた損害を賠償しなければならない＝法律効果という形式をもつているが、ここで主張、立証を要する事実は、故意或は過失、権利侵害の他に、損害の発生（因果関係をともなつた）である。もつともこの規定は、さらにこれらをすべて要件の形で次のように書き変えることもできる。すなわち、故意または過失によつて他人の権利を侵害し、もしこれによつて損害が発生したならば、その損害を賠償する責めを負う）。

以上においては、実質法の規定と衝突法の規定を形式的にパラレルにおいて考察したが、実は、連結点についての混乱は、このパラレルにおきえないものをパラレルに考えようとしたところから生じているものと思われる。衝突法においても実質法とパラレルに考え、法律要件に含まれる事実については弁論主義、法律効果については法の適用の結果当然生ずる効果であるから弁論主義の採用の範囲外とするというように、形式的な解決はとりえない。実質法規定においては、法律効果はまさに具体的な法判断、たとえば、無効である、取り消しうる、損害賠償義務を負うという法判断を示すが、衝突法規定においては、法律効果は、たとえば、本国法による、行為地法によるとか、当事者の意思によつてきめられた法によるということである。前者においては、無効であるという法判断が示されれば、あとは法的に無効とはどのような意味かという法の解釈の問題が残るだけである。これに対し、後者においては、法判断のなかにある本国法とは何か、行為地法とは何か、どのような場合に準拠法が当事者の意思によつてきめられたといいうるかはもちろん法の解釈問題であるが、さらに、本国法とは当事者が国籍をもつている国の法であると解釈されるとすれば、どこにその国籍があるかという事実が明らかにされない

限り、その法判断は完うされない。このように考えると、衝突法規定上の法律効果は、さらに、もし人が或る国の国籍（連結点）をもつているならば＝法律要件→その国の法が支配する＝法律効果（準拠法決定）に分析される。そこで、新たに、この意味の要件事実について弁論主義が行われるか、職権探知主義によるのかという問題が起こりうる。この問題もまた事実の確定にからむという意味で、弁論主義対職権探知主義の対立の問題となりうるが、元来この対立が問題とされた実質法の範囲での議論とは趣きを異にする。すなわち、実質法の面では、実質法、具体的な法律効果決定のための要件事実が主要事実といわれ、これについて弁論主義が行われるのであるが、衝突法の分野では、具体的な権利もしくは法律関係ははじめから法律効果としては予定されていないからである。そこで、衝突法上の連結点を構成する事実について弁論主義によるか、職権探知主義によるかを考えるとき、単にそれが事実であるから、或はそれが規定の形式上法律効果のなかに含まれているからという理由で解決しうるものではなく、別の考慮から解決する他はあるまい。

連結点について弁論主義対職権探知主義の対立を問題とする前に、処分権主義対職権調査主義の対立が考慮されなければならない。すなわち、連結点は解決されるべき紛争の実体に属するか否かの問題である。法判断の対象を提出するのは当事者であつて、裁判所は紛争を探し出し紛争の範囲を定めてそれを法判断の対象とすることを許されてはいない。もし連結点が法判断の対象、紛争の実体に属するとすれば、このように当事者の処分に委ねられる。反対に、連結点が紛争の実体には属さない、たとえば、管轄の肯定に当たつて当事者の住所がどこにあるかが問題となる場合には、これは紛争の実体には属さず、紛争解決の前提となる訴訟要件として職権調査によるが、連結点もむしろこれに近い関係にあるとすれば、処分権主義対職権調査主義の対立では、後者に決を与えなければならない。前節において考察した訴訟物との関連で、連結点は紛争の実体そのものには属さない（当事者の間で連結点について意見が異ることは考えられるが、これが直ちに紛争の実体をなすものではない）。別に提出されている紛争の実体をめぐつて、その解決の途次、裁判所は衝突法を適用して準拠法を決定しなければならず、連

結点についての当事者の主張の有無を問わず、連結点についてはこれを取り上げなければならない。しかし、このことは次の段階として、直ちに、連結点である事実の認定について職権探知に結びつくものではない。職権調査主義をとり、しかもその事実の証明は当事者にまかせるということも可能な建前である。そこで、現在私にとつては未解決であるが、連結点については、職権調査しかも職権探知という建前（結局、職権探知主義の採用）と、職権調査しかしその事実の証明については一部弁論主義の採用という二つの建前が考えられる。両者の問で解決を要するのは、連結点を構成する事実について当事者間に争いのないとき、或は原告の主張を被告が明らかに争わないとき、それがたとえ裁判所に顕著なところに反しても、裁判所はそのまま事実を認定しなければならないかという点である。(三)(四)

(三) 準拠外国法の主張、立証

準拠法の主張、立証といつても、前出判決10が指摘しているように（その結論はとるところではないが）、準拠法の主張と立証とでは多少問題の在り方が異るように考えられる。まず、準拠法の主張は、訴訟物および事件の渉外性の主張の問題と関連する。或る考え方によれば、当事者が事件の渉外性を主張し、それを基礎づける事実を証明したときにはじめて国際私法の適用があるのであり、さらに、いかなる法が準拠法となるのかということも、訴訟物を決定するものとして当事者が主張すべきであり、裁判所はその主張をまつて行動を開始する。すなわち、準拠法の主張をめぐつて処分権主義をとる考え方がある。しかし、この点については、上に訴訟物について検討したところからみて、特別の場合を除いては、当事者の請求は具体的な事実関係を中心とした法的主張であり、それを法的に評価するのは裁判所の仕事であるから、準拠法が何かは処分権主義に服すべき事柄ではない。裁判所は、当事者の請求のなかから渉外事件であるか否かを知り、事件が渉外性をもつ場合には、自ら国際私法を適用して準拠法如何を知らなければならない。

準拠法の主張が処分権主義対職権調査主義の対立の面で考えられる余地があるのに対して、準拠法の立証は、はじめから

職権探知の範囲での問題である。たとえ準拠法が外国法であつても、それは法であり、紛争解決の基準であるから、その内容の調査、その結果としての適用は裁判所の仕事であり、弁論主義の採用されるべき問題ではない。但し、外国法の内容を自ら知ることを裁判所に義務づけるのは酷であるというところから、証明を要するとすることができよう。しかし、これについては当事者の証拠の申出をまたず、職権で探知すべきであり、証明の方法も当事者の立証に限られるのではなく、学識者の鑑定の助けをかりるという方法もとりえよう。また、外国法の内容が不明である場合（これは弁論主義によつても職権探知主義によつても、すなわち当事者の立証をまつても裁判所が積極的に調査しても起こりうることであるが）、どのような方法がとられるか。準拠法の内容については、事実について心証がえられない場合とは異つて、立証責任の分配の方法で解決するというわけにはいかず、何らか法を見出だして紛争を解決しなければならない。準拠法の内容不明の場合として別に検討されるべき問題である。

（一）　前章に掲げた学説のなかで、矢ヶ崎氏は訴訟物は一般に当事者の請求権という形ですでに法的に（具体的な準拠法の下で）構成されており、裁判所はそれに拘束されるとしておられるが、本文後述の特別の場合を除いて、訴訟物の法的評価は裁判所の仕事であるといわなければならない。訴訟物旧説の立場に立つても、矢ヶ崎氏の説にはこの点に疑問がある。これに対し、三浦氏は、訴訟物は特定の実質法から切り離して特定されうるものであり、事実関係に引き直しうるとされ、正確には判断できないが、新説の立場に立たれるようである。この点については、新説一般に対する疑問と同様に、訴訟物の中核は確かに具体的な事実関係であるが、訴訟物として法的な意味をもつのは特定の実質法によつて法的評価を受けたものではなかろうか。また、田中氏は、給付訴訟の訴訟物については新説の立場をとられるようであるが、確認訴訟の訴訟物については、その特定という考慮から新説の立場に立つことに躊躇され、ただ、これを実質法上の権利ないし法律関係と解することには反対であるとして、法例上の概念としての一定の法律関係とされる。まず、法例上の概念としての一定の法律関係とは何かを説明していただいた後でないと批判の限りではないが、疑問となるのは、それが法例上の個々の規定に含まれている概念であるとすれば、事件として解決を必要とする具体的な生活関係を含んだ概念ではなく、したがつて訴訟物とはなりえないのではないか。越川氏の説は賛成しうる見解のように思われるが、説かれるところが僅かであるため、より具体的に敷衍していただきたい。

（二）　この点で、林脇・前掲慶應義塾創立百年記念論文集の見解を一部分改める。

（三）前出学説のなかで、田中氏は、弁論主義の妥当するのは、本来実質法上の要件事実の確定についてであるが、さらにこの範囲を超えて、準拠法の確定についてまで弁論主義の範囲を拡張することを主張される。しかし、その後一部改説されたところによると、これは必ずしも弁論主義の採用ではなく、連結点については、間接事実なみに、自白、擬制自白は、裁判所に顕出され真実とみられる他の事実に反しない限りで効力をもつとしておられる。したがつて、田中氏の説は、職権調査―職権探知主義をとられる沢木氏の説と近くなつている。その差異は、証拠の蒐集を当事者に委ねるか、裁判所が自らこれに当たるかという点にあろうか。

（四）連結点のなかでは、契約準拠法の合意が大きな問題を提供するが、これについては他の機会に独立の問題として論じたいので、ここでは触れない。

あとがき

渉外事件における当事者の意思の働きという主題で論議を進めてきたが、当事者の意思といつても法的に問題とされる場合には、赤裸々な意思に近い場合もあるが（訴訟上の或る種の申立）、当事者の意思がその中核となつているとはいえ実はその意思が法の立場から評価されることによつて意味をもつ場合が多い（権利もしくは法律関係の存否としての訴訟物、準拠法指定の黙示の意思）。本稿の次に予定される当面の課題は、前章までに提出してきた問題の一つ一つに自分で解答を与えていくことであるが、さらには、より将来の課題として、法生活のなかで当事者の意思とは何か、それが心理的、事実的な意思との関係でどのような意味をもつのか、すなわち、上述の意思について、法生活のなかで大きな比重をもつのはむしろ法的に評価された意思であるように考えられるので、そのようなものとしての法的意思は当初の真意からへだたつたものになりはしないか、一体、当事者の意思（真意）はどれだけ法生活のなかに行われるのかという問題を引き続いて検討していきたい。

（一九六五年四月二五日）