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

Title	渉外事件における外国法の違背と上告理由
Sub Title	Le contrôle de la oour suprème sur l'application des lois étrangères
Author	林脇, トシ子(Hayashiwaki, Toshiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1986
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.2 (1986. 2) ,p.37- 66
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	須藤次郎先生退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19860228-0037

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.

渉外事件における外国法の違背と上告理由

林　脇　ト　シ　子

一　はじめに
二　外国法適用の特殊性
三　外国法解釈の統一
四　解決の二つの方向
五　渉外事件における法令違背
六　あとがき

一

内国における外国法の適用という問題にはこれまでも興味をもってきた。しかし、それは、どちらかというと、内国において外国法が適用されるという場合の外国法の性質如何という学問体系上、理論上の興味が主であった。ところが、筆者の中で、理論的な学問体系の構築を目指す方法論に反省が生まれたのと前後して、この問題が形を変えてより具体的に眼の前に現われてきた。これが最判昭和五六年七月二日定期預金払戻請求事件、民集三五巻五号八八一

頁である。この事件は、日本に居住する韓国人が死亡し、その妻、原告を含む子らの間で相続が開始したが、被相続人が被告信用組合に対して有した預金債権につき原告から払戻請求がなされたのに対し、被告から、この預金債権と、逆に被告信用組合が被相続人並びに原告に対して有した貸金債権とを相殺する意思表示がなされ、相殺充当について判示されたものである。涉外事件の観点から本件をみると、相続人の一人である原告の上告理由は、原裁判所は原告の請求額を判断するについて相続準拠法である韓国民法の解釈、適用を誤った違法がある、すなわち、原判決は原告の相続分を二九分の六としているが、これは昭和五四年一月一日から施行された改正後の民法の条文によるものであり、本件相続が開始したのはそれより前であるから、改正法附則五項[2]により旧法を適用すべきところ誤って新法を適用した結果、原告に支払われる額が過少になった、というにある。最高裁判所はこの上告理由を認容し、原判決を破棄、自判した。

ここでは、外国法の違背は上告理由となるかという形で、実務上解決が迫られる具体的な問題が提起されている。そして、おそらく、これは、内国で適用される外国法の性質如何といった学問体系上の理論的思弁から直接結論を引出すことの不可能な——方法論的に不適当な——問題であろうし、また立法者によって熟考の上制定された法条を根拠に挙げて答を出すことも不可能な問題であろう。とすれば、上告制度の目的と、法適用の場面での外国法適用の特殊性、涉外事件を扱う現在の環境と当事者の利益の保護という諸要素を勘案した上で、現行法制度の中でふさわしい答は何かを検討しなければならないであろう。このような方法で問題を解決する一つの試みとしてこれを取上げてみたい。

（1）林脇・（涉外判例研究）ジュリスト八〇五号（昭五九・一・一-一五）二三九頁参照。

（2）「(5) この法律の施行前に開始された相続に関しては、この法律の施行後にも従前の規定である旧法を適用する。」（大韓民国民法一九七七年一二月の改正民法の附則五項、権逸・新版韓国親族相続法〔昭五五・一〕二六一頁より引用。）

二

1　外国法の性質づけ

内国裁判所において外国法が適用されるというときに、それは日本法が適用されるのと全く同じ意味合いなのか、もし全く同じ意味合いであるとすれば一つの上告制度の中で法令違背が一方（内国法の違背）では上告理由とされ、他方（外国法の違背）ではそうとはされないという根拠は見出し難い。そこで、まず、外国法適用には何らか特殊性があるのか、それとの関連で内国法の違背とは区別してその上告対象性が考えられなければならないのかが検討されるべきであろう。法規定に則して言換えれば、民事訴訟法三九四条は上告理由として「判決ニ影響ヲ及ボスコト明ナル法令ノ違背アルコト」を挙げている。したがって、ここに取上げている問題は、形式的にいえば、渉外事件の上告についても民事訴訟法三九四条が適用されるか（①）、適用されるとしたとき、三九四条でいう「法令」の中に外国法も含まれるか（②）の問題となる。[1] 実質的にいえば、内国法である日本法がこの「法令」に当るのは当然であるから、裁判上内国裁判所における取扱いとして、外国法も日本法と同じように取扱われるのかが、ここでの問題である。この問題は、従来理論面からは、内国裁判所で外国法が適用される場合の外国法の性質づけを通して理解しようとしてきた。この点で、外国法事実説、外国法変質説、外国法法律説などに見解が分かれるのは周知の通りである。[2]

これらいずれの説も理論上検討すれば、なお批判にさらされる。また、これらの説のいずれもが理論的観点から唱えられたのか、むしろ実際上外国法を内国裁判所でどのように取扱うかの観点から唱えられているのか、各説の論議の基盤が同じなのかも明かでない。外国法事実説は理論上は次のように説かれる。渉外私法関係の規律につき、法は国際私法規定を通して外国法によらしめることがあるが、ここでも裁判官が適用するのは内国法である国際私法であって、外国法を適用するのではない、国際私法は外国法上の権利の存在という事実を内国における権利賦与の条件と

するものであって、外国法もこれによって創設された権利も内国法上は単なる事実であり、国際私法が適用されて始めて法上の権利となる（ここから、外国法事実説ないし既得権説 vested rights theory と呼ばれる）、とする。このような外国法事実説は、渉外的私法交通の余り盛んでない時代の理論で国際礼譲の考え方から発しており、今日国際私法上渉外事件の規律を外国法によらしめる必要性に照らして、このように説くことが合目的的か疑問なしとしない。ただ、この説が、実際上の観点から、内国における外国法適用の困難に着目し、渉外事件において権利を主張する当事者は、その事実、つまり外国法上権利を取得していることを主張、立証しなければならないとする点は注目される。今日多くの説は外国法法律説をとっているように思われるが、外国法法律説の普及に伴って、外国法適用の意味、とりわけ外国法の適用に伴う困難の法律上の意味づけを問うことが蔑ろにされてしまったように思われる。これに対し、外国法変質説は、元来外国の裁判所の裁判官に裁判規範として与えられている法が内国において適用される根拠を示そうとする点で正しい基盤に立っているが、この説が唱える外国法が内国法秩序に編入されるとはどのような意味をもっているのかをさらに進んで明かにしなければ解決に役立たない。

この点について以前私は次のように考えた。[3] 渉外事件の規律について現在なお一国の裁判所がこれに当らざるをえず（EC裁判所などの例外を除いて）、一国の裁判所は国際協調の理想を追うとしてもなお国際機構の裁判所ではなく一国の国内裁判所であるから、元来そこで適用される法はその国の裁判所に裁判規範として与えられているものというべきである。つまり、裁判所は法を適用して裁判を行うが、この裁判の基準となる法を裁判規範と呼ぶならば、その裁判規範は裁判所に法として与えられているもの、逆にいえば裁判規範の効力は、それにつき立法権を有する国の裁判所で適用され、その範囲に限定される。このように考えると、渉外事件であってもそれが一国の裁判所で取上げられるならば、国内の裁判規範を適用して裁判して差支えないということができる（法適用の理論的正当性の問題）。しかし、他方、一国の裁判所に裁判を要求して現われる事件の側からみると、外国的要素を含む渉外事件について、この

ような取扱いをすることは、次の理由で妥当性を欠く。すなわち、民法、商法などの法が裁判規範として裁判所で適用されるのは、これが、それ以前に人の行為の準則として行為規範の性質をもつことに根拠づけられるのであり、したがって渉外私法関係の当事者にとり行為規範となることが予想されないような関係の密接でない法を裁判規範として適用することは妥当性を欠く（法適用の妥当性の問題）。そこで、現在行われているような国際私法（わが国でいえば法例）を通しての渉外事件の規律が行われるのであって、適用される法の妥当性を確保する見地から、渉外事件、これをそれぞれの単位法律関係に分解して、これに最も密接な関係をもつ法を求め、これを準拠法として指定するという特殊な機能を国際私法（法例）は営むことになる。

このようにして或る場合は内国法がまた或る場合は外国法が準拠法として適用されるが、いずれの場合にも、渉外事件に適用される準拠法の妥当性は、特定の国家の法であるところに求められるのではない。特定の国家の法という資格からいえば外国法がわが国で適用される根拠はない（却ってその裁判規範性を通して内国法適用の理論的正当性がえられる）。しかし、渉外事件を惹起す渉外的な生活関係はすでに国家の枠を越えており、渉外事件に適用される法の妥当性の根拠も、特定の国家の法という資格に求めることはできず、法の行為規範性を通して、より生まのままの社会と法との結びつきに求められる。少し詳しく述べるならば、渉外事件の舞台となる渉外的私法的な生活の場と法との結びつきは、次のようにみることができよう。一つの私法的な社会の存在は、その構成員間の私法的な共同意識によって支えられているとすると、個別的な生活分野について、たとえば渉外的な意味での経済取引社会は個々に認めうるとしても（このような分野が増々拡がりつつあることは確かである）、私法的な生活関係すべてにわたって構成員の共同意識を基礎とするような一つの渉外的私法的な全体社会は未だその存在を認めえない。したがって、また、その全体社会に固有の法ももちろん存在しない。とすると、この全体社会が成立するとすれば、そこで妥当すべき法に代る法を求めることになる。そこで、それはなお完全な法規律とはいえないが、上述のように国際私法を通して、個別的な

場合についての妥当な規律を目指し、単位法律関係として把握された一つの法律要件事実について効力を及ぼしうる複数の社会の法のうち、いずれがその事実と最も密接な関係にあるかを検討して準拠法が定められる。このようにして定められる準拠法はそれぞれの国家法の資格においてではなしに、ありうべき渉外的な私法社会の法に代るものとして（擬制された行為規範性をもつ）適用される。このようにみてくると、上述の外国法事実説は、一国にとって自国の定立した裁判規範以外は法でない、法であるか事実であるかの二者の間に規範ではあるが国家法とは異るものの存在を認めないという考え方に立ち、法の概念を余りに狭くとる点で妥当性を欠き、現在の渉外的私法交通に則さない。この点では外国法変質説も外国法法律説も同様に、外国国家法を考えている点に問題が残る。[4] この点を補うならば、一般に外国法の適用といっていることは、厳密には国家法としての外国法の適用ではなく、その外国の中にあって私法的な生活の場となっている社会の法の適用にほかならない。そして、そのような社会の法が内国において適用をみるのは、準拠法指定の機能をもつ法例の規定（それ自体裁判規範である）と合して、日本の（法例は日本の立場から最も適切とする法を準拠法として指定する）裁判規範として作用するものである。

2　外国法の裁判上の取扱い　法例の規定と合して始めて裁判規範として意味をもつ外国法は、実務上、内国裁判所でいかに取扱われるか、これが外国法適用の意味を問う問題の第二の側面である。すなわち、外国法適用の意味を問うのは準拠外国法の性質をめぐる理論的な問題であり、諸説の対立はこの点に関するのはもちろんであるが、同時に外国法が適用されるべき場合であるか、外国法の調査、証明、確定、解釈、外国法不明の場合の扱い、適用上の違背などに関連して、裁判を行う上で意味あるものということができる。たとえば、外国法の存在、内容について、当事者により明かにされるのをまつのか、裁判所の職責をもって明かにするのか、裁判所の職責をもってなす場合にも内国法の適用の場合とは異った何らかの特殊性を認めることができるのか、といった問題がこれである。この意味で、外国法事実説は、他の二説が外国法も法として適用される、したがって外国法の適用は当事者の主張、立証をま

たず裁判所の職責としてなすとするのに対し、準拠外国法の適用に当り、外国法を裁判上事実と同様に取扱う、すなわち、当事者が外国法を採用し、かつこれを証明するのでなければ、裁判所は外国法を適用する権限も職責もない、とするところに特徴がある。外国法が法であるか事実であるかという問題を理論的に考えるならば、法例の指定により準拠法として外国法が適用される場合には、その外国法も規範として適用されることは、上述のように議論の余地のないところである。しかし、外国法を裁判上どのように扱うかは外国法が法か事実かの議論からは一義的に決まるものではなく、規範としてもいかなる種類の規範であるかによって裁判上の取扱いが異ることも考えうる。外国法事実説に立つからといって、外国法適用の主張、外国法の存在、内容の証明を事実の主張、立証と考えて、すべて当事者に委ねることは適切でない(5)(外国法の主張、立証がないとき直ちに内国法を適用し、或は外国法不明のとき原告の請求を棄却するのは、同様に適切でない)。しかし、また、外国法も法として適用されるといっても、外国法を現実に探索し、確定する困難も無視できない。内国法のように内国の裁判所に始めから裁判規範として与えられているものの適用と異り、外国における社会の法が国際私法を通して適用されるに至るのであるから、裁判所に自力によって外国法を探索せよというのが無理であれば、裁判所は鑑定等補助的な方法をとり、当事者に外国法についての資料を提出させることを許さないものではない(6)。

この点で参考になるのは、旧民事訴訟法(明二三・四・二一法二九、明二四・一・一施行、後に大一五法六一〔昭四・一〇・一施行〕により改正を受けた第一編ないし第五編)二一九条である。同条は「地方慣習法、商慣習及ヒ規約又ハ外国ノ現行法ハ之ヲ証ス可シ裁判所ハ当事者カ其証明ヲ為スト否トニ拘ハラス職権ヲ以テ必要ナル取調ヲ為スコトヲ得」と規定していた。この規定の趣旨は文言から必ずしも明かでないが、裁判所が外国法を知る手段として当事者に証明させることもできる(「証ス可シ」というのは、当事者に知られない状態で法確定をしては適当でない、当事者から異議が申立てられるようにとの配慮による)。しかし、それは事実の証明の方式(第三章証拠)に拘束されず、裁判所はあらゆる認識

材料を用いうるし、職権で調べることができる、と考えられている。ところで、現行法にはこの規定はない。その間の経緯については次のように言われている。すなわち、現行民事訴訟法の立案者は、新しい二六一条の規定、「裁判所ハ当事者ノ申出テタル証拠ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ其ノ他必要アリト認ムルトキハ職権ヲ以テ証拠調ヲ為スコトヲ得」とする職権証拠調べの規定（昭二三法一四九により削除され、現在この規定も存在しない）に基き、当事者が証明するのはもちろん、職権によって外国法についての証拠調べをなすことを得るから、旧二一九条のような規定がなくとも差支えないと解していたようである。しかし、このような理解は誤っている。というのは、この二六一条は証拠法の適用を受ける事実についての規定であり、外国法の証明（当事者による証明に委ねるとしても、法についての証明である）については適用されない（現在はこの二六一条も証拠法上弁論主義の観点からもっぱら当事者の主導にまかせ職権証拠調べは行わない、として削除されている）。このような経緯からすると、むしろ現行法の下でも、旧二一九条は本来置かれていてもよい規定であって（文言は必ずしも適切ではないが）、その規定の趣旨は生きていてよいと考えられる。(7) 旧二一九条によれば、外国法は地方慣習法と同様に取扱われるものであり、直接には国家法というよりは地方社会の規範であり、或は外国の社会規範であるものが、法例二条或は三条以下の規定を通すことによって、わが国の国家法の枠内で裁判規範性を付与されることになる。ここに法例の法適用法としての基本的性格が認められるのであり（ちなみに、法例一条は法の施行について、つまり法が適用されるに至る法の効力発生時期を定める）、二条および三条以下は、或る社会の規範を裁判規範として採用し、その適用を定める法適用法としての作用を営む。裁判所において現在行われている取扱いとして、外国法は法（規範）ではあるが、内国法とは異った取扱いが行われうる、ということになる。

（1）通常②の問題のみが取上げられるが、①についても問題性を認めるものがある。桜田嘉章・（昭和五七年度重要判例解説）ジュリスト七九二号（昭五八・六）二七五頁参照。

（2）たとえば古くから説かれているところでは、川上太郎「外国法の適用」斎藤博士還暦記念『法と裁判』（昭一七・一二）

一七一頁以下参照。

(3) 林脇「外国法の適用と裁判所」国際私法講義（昭四五・一一）六四―六七頁。

(4) 外国法変質説については、外国法はいかなる法として内国法秩序に編入されるかの次第によっては、編入の要件として内国における公布の手続を要しないか、外国でその外国法が改正されたらどうか、などの点が問題となる。

(5) 英米法では事実説をとるとされるが、ここでも当事者により提出された証拠資料から外国法の内容を認定する作業は裁判所に委ねられ、純粋の事実とは異る。なお、アメリカで職権で外国法を調査、適用することにつき、Uniform Judicial Notice of Foreign Law Act (1936)、詳細は、海老沢美広「アメリカにおける外国法の主張と証明」青山法学論集八巻一号（昭四一・六）九四頁以下参照。

(6) narra mihi factum, narro tibi jus という法諺で „jus" は具体的な判決における当事者の権利を指すものであろうが、その基礎になる抽象的な法を全て裁判所が現実に知っているとはいえない、しかし知るべきものとされるのが jura novit curia であろう。法を知ることの職責は裁判所にあるが、裁判所としてはそのためにあらゆる手段を使うことができる。その意味で外国法を証明の対象とすることはできるが、このことはイコール事実の証明の問題として証明責任分配の法則に服せしめることではない。村上博己「準拠外国法の調査と証明」司法研修所創立20周年記念論文集第2巻（民事編2）（昭四三・七）五九頁以下参照。

(7) ドイツ民事訴訟法二九三条は、この規定のもととなったものであり、「外国ノ現行法、慣習法及規約ハ、裁判所ニ知レザルモノニ限リ、之ガ証明ヲ為スコトヲ要ス。此ノ法規ヲ調査スルニ付テハ、裁判所ハ当事者ノ提出シタル証明ニ制限セラルルコトナシ。裁判所ハ、其他ノ調査方法ヲ使用シ且其ノ使用ノ為必要ナル命令ヲ為スノ権限ヲ有ス。」と規定している（訳文は現代外国法典叢書による。なお、石川明訳「ドイツ民事訴訟法典」法務資料四四〇号〔昭五七・三〕参照。西ドイツ民事訴訟法の訳文については以下も同じ）。後述の西ドイツ国際私法改正作業でも、二九三条は文言を明確にして同じ趣旨を保持している。

三

1　上告制度の目的

二で述べた外国法適用の特殊性が外国法違背の上告対象性にどのような影響を与えるかが、次に検討されるべき問題であるが、この解決のためには上告制度の目的との関連で考えなければならない。一般に上告の対象となるのは、事実問題と法律問題とを分けて、法律問題がこれであるとされる。外国法の適用についても、それが法律問題か事実問題かという問い方をすれば、そして事実問題とは法の適用を受ける小前提としての事実の確定の問題であり、法律問題とはその法的評価（大前提たる法の解釈を通して、確定された事実がその法に包摂されるかという）の問題であると基本的に理解するならば、それが法律問題であることは明かである。ただ、外国法の存在、内容について当事者の証明を許す、或は専門学者の鑑定を要するなど、まず法適用の規範的問題以前に法の存在、内容についての認識の問題が介在していることが、法律問題であってもその上告対象性に何らかの影響を与えるかが、ここでの問題である。

上告制度の目的が何であるかについては、民事訴訟法学者の間になお争いがあるもののようであり、その解明は専門分野における研究に委ねる他はない。(1) ただ、極めて常識的に思いつくことだけを若干述べ、議論の展開の緒としたい。一般に、事実問題は上告の対象とされない、法律問題は上告の対象となる、というときに、その理由は何か。まず、①事実の確定については弁論主義により当事者によって認定の資料が持出される。これを基礎にして事実が確定されるから、事実認定に不満があるといっても当事者の持出した資料が不十分である場合には裁判所の認定を攻撃することはできない。②当事者の持出した資料から裁判所のなした事実認定は帰結されないという場合に事実認定の誤りが問題となるが、これは原則として自由心証の問題とされている（民訴一八五）。判断者が異ればその判断も異りうるが、裁判所において事実を聴取した当該裁判官の専門職としての能力にその認定を委ねるのを適当とし、ただ、一

回の判断における万一の誤りに備えて二審までを事実審とし、一審と二審の事実認定に差異が生じた場合には、上級審の判断に拘束力を認めている（民訴四〇三）。③一回限り生起する事実（類型的な事実を云々することはできるが、全く同じ事実は生起しえない）の認定は後の裁判における事実認定を拘束することはないから、一つの裁判における事実認定から他の裁判における予測可能性を問題にする必要はない。これらの理由から事実問題は上告対象性が否定される。但し、当事者により持出された資料からそのような事実認定を行うことがいかにも（明かに）無理であるという場合には、当事者の利益保護の観点から審理不尽として、或はその帰結が経験則に基くとされた場合に、それが経験則として後の裁判においても影響をもつことが不適切であれば経験則違背として、上告理由とされる。これに対し、法判断をめぐる問題は、①法の存在、内容について確知するのは裁判所の職責であることから、弁論主義によって（証明責任分配の法則によって）上告対象性排斥とはいかない。この点では内国法についても外国法についても同様である。②法は同種の事件について反復適用される。その過程で、一つの裁判所でなされた法解釈に法的な意味での拘束力はない（とくに下級裁判所間に先例拘束の関係はない。憲七六Ⅲ参照）から、各裁判所は自ら正しいとするところに従って解釈を行い、その結果、下級裁判所の間で一つの法令についての解釈が区々となることはありうる。これ自体法生活の安定という点から好ましくない（当事者の予見可能性ないし予測可能性を奪うという点で、訴訟と係りをもちうる一般人の利益を害する）。また逆に、一つの裁判所の行う解釈に法的な意味での拘束性はないとしても、事実上それが先例となって影響をもち、下級裁判所の判断が統一されつつあるときに、果してその判断（法解釈）が先例となって不都合はないか、それとは異る正しい判断を示して不適当な判断が先例となることを妨げる必要はないかという考慮が働く。これが、事実審の上に法律審としての第三審を置いた理由となるものと考えられる。このようにして上告審は、法令の解釈、適用について内容の不適当と思われる下級審の判決が先例となることを防止しようという観点から（もっとも、これも当該事件の当事者の利益と離れて上告が認められるわけではなく、「法令ノ違背」が「判決（の結果）ニ影響ヲ及ボスコト」

がなければ取上げられない）「法令ノ違背」を上告理由とするが、その結果、[2] 個別具体的な事件における当事者の利益保護とならんで、法解釈の統一および判決の統一が期待され、一般人の予測可能性の利益とつながる。

2　外国法の解釈　上告制度が結果的に判決の統一の実現を期待するとすれば、外国法の違背につき上告を認めることによって、外国法の解釈に統一を齎しうるかの観点から、外国法も民事訴訟法三九四条にいう「法令」の中に含まれるかの議論がなされなければならない。ところで、唯一の最上級裁判所における外国法の解釈についての統一を考察するには、それ以前に、およそ一般的に内国法も含めて、法の解釈とはいかなるものかについて一応の目安を立てておかなければならない。或る一つの条文について無数の解釈が自己を正しいものと主張し合う状態を肯定できないとすれば、法治国家における法の解釈はいかにあるべきか。ひとまず、法の解釈とは、立法者が法を定立するに当って眼前にみた利益紛争がいかなるものであり、それをいかに調節しようとしたかを認識することによってなされる歴史的解釈でなければならないと考えている。このような解釈の実現を考えるとき、ここでは裁判所と内国法との結びつきにおいて、法はその法が定立された国の裁判官に宛てて適用が指示されるものであり、その限りで裁判官は立法資料を駆使して、その立法の原因となった利益調節を認識して解釈を行うことができる。また、このような過程で、法の解釈に統一を齎すことが可能である。しかし、今問題にしているように、内国裁判所が外国法を適用するとなると、内国裁判所にとって内国法を解釈するように外国法を解釈することはほとんど不可能といってよかろう。現実に不可能であるということと同時に（現実に可能か否かというのであれば、内国法についても歴史的解釈がかなりの困難を伴うことは否定できない）、理論上も、本来自分に宛てて立法されたのでない法について、立法者意思を探りながらする解釈、場合によっては法の欠缺を補充し、法を創造する作業を行うことは不可能である。それをよくなしうるのはその外国の裁判官である。

外国法は、通常いわれるように、その外国において法として確定され、解釈、適用される通りに、内国においても

解釈、適用されるとすると――外国法を外国国家法として把握するところから結果し、内国裁判官は当該外国の法廷に座して裁判する如くに、外国法の解釈、適用を行わなければならない、とする（両端にあると思われる外国法事実説も外国法法律説も同様で、外国法事実説では内国裁判所は法適用の作用を行うというよりは、外国法上既得の法律状態をそのまま内国で認めることになる）――、ここで外国法の解釈の統一とは、内国における外国法についての解釈と、外国におけるその解釈との統一ということになる。とすると、外国法の違背を上告理由とすることによって、このような作業に上告裁判所がかかわるとき、外国法の確定および解釈は、事実の証明と同様の困難を齎す。つまり、内国裁判所で内国法の解釈を行う場合には、上述のように立法者の歴史的意思の確定が解釈であるといっても、その意思は立法者の眼前にある諸利益の衝突をどのように調整すべきかという規範的意思であって、このような意思の確定は単なる事実の確定ではなく、内国裁判所は、固有の立場で、立法者の与えた規範の内容を規範として確定することができる（内国裁判官は判決により内国法を具体化するし、法の欠缺に当っては内国法を創出することができる）。しかし、外国法については、外国におけるその確定、解釈を事実として認識した上で、それに追随した判断をしなければならず、内国裁判所にとっては、外国における解釈から離れて独自に規範性を与える解釈を行うことはできない。内国裁判所は、外国法については、„ce qui est admis《en fait》“を確認するのであって、„ce qui doit être“（admis）を確認するのではない、といわれる。(3) この考え方からいえば、外国法の解釈、適用について内国裁判所における独自の統一は実現不可能であって、外国におけるその統一を前提としてそれに追随することになる。或は翻って、このような外国法の解釈、適用の理解が誤りであって、外国法の解釈、適用についても最上級裁判所においてその統一が結果しなければならないとすれば、そこでの統一とは当該外国におけるその外国（国家）法の解釈との統一をいうのではなく、これと離れることはあっても、内国における外国法についての独自の解釈の統一をはかることにあるのか、この点の理解如何によって問題の解決が異ってこよう。

（1）最近の文献として、講座民事訴訟法⑦上訴・再審（昭六〇・六）を挙げるに止める。同書所収の鈴木重勝、大須賀虔、花村治郎、小室直人教授らの論文およびそこに引用されている文献参照。

（2）唯一の最上級裁判所である最高裁判所の職務は上告につき裁判権を有する（裁七1、民訴三九三I）。但し、高等裁判所が上告裁判所となる場合があるが（裁一六3、民訴三九三I）、一定の事由あるときは（民訴規五八）高等裁判所は事件を最高裁判所に移送しなければならない（民訴四〇六ノ二）。このような制度の下で、最高裁判所は「法令の解釈適用について…前に最高裁判所のした裁判に反する」判断をしようとするときは、大法廷を開いて裁判しなければならないし（裁一〇3）、また、下級審裁判所もすでに確定した最上級裁判所の判断と異る判断をすると上告制度によって上告審でそれが覆えされる。そこで最上級裁判所の判断に事実上の拘束力を生じ、裁判所の判決が統一される。

（3）v. Pierre Mayer, Droit international privé (Précis Domat), 1977, p. 149.

四

上述のところから、外国法の違背も上告の対象となるかの問題に、肯定、否定二つの解決の方向が示唆される。そして、外国では、この問題につき立法、実務、学説ともに、二つの考え方の間で葛藤がある。これに対し、従来わが国では、外国法も規範であるという点から直ちに、外国法の解釈の誤り、適用違背も、法律審である上告裁判所の判断を受けるための上告理由に該ると考えるのが自然と思われてきた。実際、わが国においてはこの点についてほとんど立入った議論が行われないまま、学説も実務も、初期の学説での少数の例外を除いて、[1] 外国法の違背も当然に「法令ノ違背」として上告理由となるものとしてきた。一で挙げた本論文執筆の契機となった判決も、上述のように韓国民法の適用違背が上告理由とされた珍しい事例であるが、裁判所は上告を容れるについてとくに外国法も「法令」に含まれるかという点には触れず、また判例集の編集者もこの点を判示事項としていない。しかし、この問題は、たとえば西ドイツ、フランスでは、わが国とは逆に、外国法の違背は上告理由とならないとする規定或は実務上の取扱

いがあり、そのため最近の法改正作業の中で上告理由とする提案がなされている状況であるから、全く議論の余地のない問題ではない。そこで、西ドイツ、フランスにおける議論を参照しながら、この問題を検討してみたい。

a　西ドイツ　西ドイツ民事訴訟法五四九条は上告理由として「連邦法の違反」Verletzung des Bundesrechts を挙げているため、[2] 限定的に上告法（上告の対象となる法）revisibles Recht が問題となり、外国法はこれに含まれないという取扱いがなされてきた。[3] しかし、国際私法改正の作業の中で、[4] 最近これ（外国法の不可上告性）に対する批判的見解が多くみられ、批判者として、Ferid, Kegel, Schütze, Zöller/Wolfsteiner, Jauernig の名が挙げられている。[5] 批判者が一致して挙げているとされる点は、上告の対象を制限することは一つの政策としても、中央の最上級の裁判所はその文献探索の可能性からいって、外国法を最も良く探求することができる、そして外国法の適用をみる事例の大部分の場合において、法（外国法）の統一的な適用の必要性が（内国法についてと）同様に存在していること、である（そしてこの分野で、下級裁判所は最上級裁判所による指導が必要である、とする）。

このような観点から、法改正について、Neuhaus/Kropholler は、民事訴訟法五四九条につき、外国法の違背は上告理由となる revisibel とする改正を提案している。[6] すなわち、„Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung des Bundesrechts oder einer Vorschrift beruht, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus erstreckt, oder auf der Verletzung fremden Rechts.“ がこれである。これに対し、Kühne（国際私法）草案は、現行法と同様に、外国法については係争手続上不可上告性を保持している（この点について何ら提案を行っていない点で）。ドイツ議会 Deutscher Rat の提案もこれと同じである。この考え方の基礎として採用されるのは、上告裁判所の権威が外国法を適用してなされる疑問のある判決によって損われることがないようにとの考慮であり、また外国法の違背が上告理由となると、連邦裁判所が外国法の解釈および適用を示すことになるが、この点についての知識を外国に与えることは、連邦裁判所の仕事ではない、ということであ

る。これに対し、批判者の側は、権威という論拠は全く正当といえないし、スイス国際私法草案も一九〇条で外国法の不可上告性を明かに放棄したし、草案のための最終報告書によれば、ベルギー、イタリア、オーストリアにおいては外国法適用につき上告審で審理が行われているが、虞れられるような結果は何ら生じていないと報じられている、とする。また、連邦裁判所が外国法の解釈、適用について統一するというのは、下級裁判所による外国法の適用との関係で目的合理性に属する問題であって、外国主権への侵害など存しないことはもちろんである、とする。

ここでの議論から、現行法維持の側と批判者の側とでは、最上級裁判所が外国法の解釈、適用について判断を示すことに異った意味を与え、そのことから外国法の違背を上告理由とするかについて見解が分れているように思われる。すなわち、現行法維持の側は、最上級裁判所が外国法の解釈にかかわるならば、その判断によって外国にも通用する（いわば外国の下級裁判所をも拘束する）ような法解釈が示され、外国と内国との法判断の統一がはかられなければならないこと、そして、そのようなことはおよそ不可能であるし、少くとも不適切であるとして、外国法の違背につき上告対象性を否定する。これに対し、批判者の側では、最上級裁判所が外国法の解釈、適用についての判断を統一するといっても、内国裁判所における限りでの統一（内国の下級裁判所に指針を与える）であって、外国にまでその判断を押付けるものではない。外国法の違背を上告の対象として内国における判断の統一をはかることができる、とするものと思われる。

b　フランス[7]　フランスでは明文の規定は置かれておらず、学説と実務（判例）の間に従来より意見の相違があった。学説では、外国法の解釈を事実の証明の問題と同様に下級審の判断にのみ委ねることを拒否してきたが、これに対し、裁判所は、このような学説に動かされることなく、外国法の連結の原理（つまり衝突法の適用）のみが破毀院によってコントロールされ、外国法の内容の証明および解釈はこれを下級審の審理に委ねている。ここでは、破毀院の主要な役割は[8]、フランス法の解釈の統一を確保することにあり、外国法についてのフランスの解釈と外国の解釈との

統一を確保することではない、とする。(9) このように実務（判例）が外国法の違背を上告理由としないことに固執しているのは、次の点に理由があるものと思われる。外国法も渉外的生活関係にとってそれによることが便宜であり妥当であるとして適用されるものであるが、外国法はフランスにおいて公布されているわけではなく、外国における現状のままで適用される。つまり、外国法のすべての淵源、成文法も慣習法も判例も差別なしに考慮しなければならないし、またフランス裁判所は自分自身の観点から評価するのではなく、外国（におけるその裁判所）の観点に従って評価するのでなければならない。そうでなければ、外国法を適用したというのはうそになる。このような意味での外国法の適用は、外国法源を探ね、その外国における解釈を探ねることによって得られる。そして、外国法の外国における現状のままでの確定は、事実の証明と同様の困難を提供する。つまり、外国法の解釈は、訴訟上いうところの法律問題であることは止めないが、事実の証明と同様の取扱いを要求する。このような状況からいって、外国法の確定および解釈が破毀院の関与からはずれることは避けられない結果である、とする。

このような外国法における議論を眺め、また遡って上述二と併わせ考えると、次のような方向に考えを進めることができよう。外国法も内国において規範として適用されるのであるから、外国法の解釈も外国でいかに解釈されているかの事実の認識に尽きるものではなく、規範の意味内容の確定であることは内国法の解釈と同様である（外国法の欠缺の場合に、欠缺という事実の認識に止まることはできず、裁判官は規範を創出して裁判しなければならない）。ところで、その規範の意味内容については、次のようにいうことができよう。準拠外国法は外国国家法としての資格で適用されるのではなく、外国における社会の規範が内国国際私法を通して内国で裁判規範として採用されるものであることは上述したが、このように外国における私法的な生活の場としての社会と外国国家社会とを一応切離しても、その社会の法の解釈は、おそらく外国国家の行う解釈が最もよくその法の成立の基礎となった利益状況を把握するものであろうから、外国法の解釈は外国でなされる解釈をまず正確に把えることによってなされなければならない（外国法の内容

の認識作用）。このことは国際私法が外国法を準拠法として指定することの中に予定されており、この意味で、内国裁判官は外国の裁判所に座す如くに裁判せよというのは正しい。問題は、外国法の内容の認識が現実には内国法におけると同様には完全に行われない（法を知ることが裁判所の職責であるといっても、内国法におけると同様にこれが完全に行われると期待するのは、現在なお擬制にすぎる）とするならば、この裁判所による外国法の内容の認識の点を批判して上告を許すのが適当かの点にある。つまり、外国法の内容が裁判所によって適確に把握できるという限りでその把握が明かに誤っていると主張する場合にはこれを上告の対象とすることは適切であろうが、外国法の内容が裁判所にとっても必ずしも明確でなく（この場合直ちに外国法の内容不明という扱いにすべきかという別の問題が生ずるが）、当事者に証明させ、鑑定をまって確定したような場合に、この内容を批判することは上告の対象として適切であるかの問題が、まず第一に生ずる。さらに、外国法の適用の場面で、たとえば複数の外国法或は外国法と内国法の配分的適用が生ずるような場合に、外国法の内容の認識を前提とした上で、複数法間の調整（適合）を行わなければならない場合が生じよう。つまり、渉外的生活関係の特質は外国法の意味内容の渉外性への適合（調整）の作用を必要とし、この作用を経て外国法は適用される。ここまでの作業を外国法の解釈、適用と呼ぶならば、これはすでに外国法の内容の認識に止まらず、準拠法の規範的意味内容の確定という内国裁判所に固有の作業であって、この点に誤りがあれば、当然上告の対象とされてよかろう。

（1）中島弘道・日本民事訴訟法第二編乃至第五編（昭五）一六七六頁。

（2）「上告ハ、裁判ガ連邦法ノ違反、又ハ其ノ適用範囲ガ控訴裁判所ノ管轄区域外ニ及ブ規定ノ違反ニ基クコトヲ理由トスルトキニ限リ、之ヲ提起スルコトヲ得」（ド民訴五四九Ⅰ）と規定され、連邦と各ラントとの関係からわが国におけるとは事情が異り法の場所的効力範囲の観点から上告の対象となる法が定められている。したがって、「連邦法」という文言から直ちに外国法はここに含まれないという解釈が出るのかは疑問がないわけではない。

（3）vgl. Stein-Jonas-Grunsky, ZPO. 20. Aufl. §549.

(4) 国際私法改正草案は連邦参議院の審議を経、一九八三年一〇月二〇日連邦議会に送付、一九八四年二月から同法務委員会がその審議を開始したが、未だ法案可決に至っていない。

(5) Peter Gottwald, Auf dem Weg zur Neuordnung des internationalen Verfahrensrechts, ZZP. 95. Band, Heft 1 (1982), S. 3 ff.（とくに SS. 8-9）、同じく Karl Firsching, Die deutsche IPR-Reform und das deutsche internationale Verfahrensrecht, ZZP. 95. Band, Heft 2 (1982), S. 121 ff.（とくに SS. 134-135）による。

(6) Neuhaus/Kropholler 草案。s. Rabels Z. 44. Jg. Heft 2 (1980), S. 341.

(7) フランスの国際私法改正作業については、文献に当るのが不十分なため言及を留保し、従前の議論の紹介に止めた。

(8) フランスの破毀院への申立は、終審としてなされた判決を特定の限定された破毀申立事由に基いて破毀してもらうことを目的とする特別の不服申立方法であると理解され（フランス民事訴訟法六〇四）、破毀院は判決につき法解釈の統一を図るという性格が浮彫りにされる。もっとも破毀院についての制度改正により、差戻だけでなく、自判できることになった（フランス司法組織法L一三一―五）。詳しくは、「註釈フランス新民事訴訟法典」法務資料四三四号（昭五三・九）および「フランス司法組織法典」法務資料四三八号（昭五六・三）参照。

(9) v. P. Lerebours-Pigeonnière, Droit international privé, 8e éd. par Y. Loussouarn (Précis Dalloz), 1962, p. 364 et suiv.

五

1 法令の違背と裁判例

外国法の解釈、適用も、理論上、内国法のそれと全く異質のものとはいえないが、ただ、解釈、適用の実践上、その最初の段階で、外国法の当該外国における解釈、適用の現状という事実を認定する側面をもつから、これに伴う困難をどこまで考慮するかが、現実面での問題として現われる。このようにみてくると、外国法の違背は上告理由となるかという問題についての解決は、理論上形式論理的に、「法令」とは適用規範すべてを含み、したがって外国法も含まれるとか、或は逆に、「法令」とは内国法に限るとかいう一義的な解決ではなく、何らかの政策の選択、いずれの解決をとるのが適切であるかの問題と考えられる。この政策面を考えるには、渉外事

件における「法令ノ違背」およびその中で外国法の違背がどのような地位を占めているのか、現状を把握しておくことが必要であろう。

問題となった具体的な事件からみると、戦前、戦後を通して、渉外事件で上告され、上告裁判所の判断が示されたケースはほぼ九〇件に及ぶ（形式的に大審院、最高裁の判決を拾ったもので、控訴院、高裁が上告審として審理を行ったものは含まれていないから、正確なデータとはいえない）。そのうちで、外国法の違背という上告理由が明示的に取上げられ、外国法の解釈、適用に誤りがあったとして上告を認容したのは、本論文の冒頭に掲げた事件が始めてとみられる。同じ上告理由が採用されなかった例においても、上告裁判所が上告理由に答え、自ら外国法の内容の確定、解釈を行っているものの数は限られている（外国法の内容に触れている例を後に挙げることにする）。

次に、渉外事件において法令（内国法、外国法を含めて）の違背が現われる場面を想定すると、[1][2]

a　国際私法適用の段階での違背　準拠法の決定に過誤ある場合で、広い意味での国際私法規定の適用の誤り

(1)　国際私法規定（法例）を適用しない違法、国際私法規定の存否、内容の判断についての過誤　たとえば韓国人間の不法行為につき直ちに日本法を適用した例で、法例の規定を適用しない違法が上告理由とされた。[3]

(2)　狭い意味での国際私法規定の適用の誤り――(i)係争の渉外私法関係の性質決定を誤り、たとえば、夫婦財産関係につき、法例一五条によらずに一四条によった。(ii)当該国際私法規定の定める連結概念（国籍、住所、不法行為地、行為地、当事者の意思等）の解釈、確定を誤り、連結点がどこの国にあるかを誤って、その結果、準拠法を不当に決定した。[4]

(3)　反致の場合における過誤（法例二九）　準拠法として「本国法ニ依ルヘキ場合」でないのに反致を認めたとか、「其国（準拠法国―林脇註）ノ法律ニ従ヒ」といっているのに外国国際私法を全然斟酌しない場合（この二つの場合は、直接、法適用法としての性格をもつ法例に違背するもので、一般の内国法の違背と変りはない）、または外国国際私法を誤って

解釈し反致の有無を判断した結果、準拠法が不当に決定された場合（この場合は、外国国際私法の解釈を誤った結果、内国国際私法の不当適用となる）

(4) 公序に関する判断の誤り（法例三〇） 準拠外国法適用の結果が公序に反するか否かの判断の誤り（公序に反すると誤って判断し、不当に準拠外国法の適用を排除した、或はその逆の場合で、直接法例三〇条の不当適用となる）、或は準拠外国法の解釈、内容を誤った結果、その適用が公序に反するか否かの判断に誤りが生じた場合[5]

b 準拠法適用の段階での違背 準拠法（今とくに問題にしているのは外国法）の中で、適用すべきでない法条を適用し、適用すべき法条を適用しなかった場合、または適用すべき法条の解釈を誤った場合[6]

c a、bでは、準拠法をめぐって、準拠法決定の過誤と準拠法の解釈、適用の過誤を「法令ノ違背」としてみてきたが、それ以外の外国法の違背については、ここでは触れない。[7]

このようにみてくると、渉外事件における法令の違背は、直接、内国法である国際私法規定（法例）の違背と、国際私法による準拠法決定段階で生じる外国法の違背ないし準拠外国法の違背（準拠外国法の解釈、適用の過誤）とがある。前者については内国法の違背として上告理由となることに疑問はないが、後者についてここでの問題が論議される。後者についても、反致、公序規定の適用をめぐって外国法の違背がある場合には結局法例二九条、三〇条の不当適用となるのであり、その意味で内国法の違背として取上げればよいし、また準拠外国法の違背についても、法例による準拠法の指定は準拠外国法を正しく適用することを命じているのであるから、そこに過誤があれば結局は法例の違背であるとする議論も行われうる。しかし、後述するように、後者では間接の不当適用を問題とするのではなく、直接の違背、つまり外国法の違背として取上げるべきであろう。

本論文の冒頭で掲げた事件の他、上告裁判所が外国法の内容の確定、解釈を行っている最近の例として、次の事件を挙げることができる。最判昭和四四年一〇月二一日認知請求事件、民集二三条一〇号一八三四頁――事件は、日本

の国籍を有する非嫡出子から、中華民国の国籍を有する血統上の父に対する認知の訴の許否が問題となったもので（認知請求事件）、子は父の養育を受けていた。認知の要件につき、法例一八条一項で、父については父の、子については子の本国法によるが、父の本国法である中華民国民法一〇六五条一項後段によれば養育（撫育）により認知がなされたものとされるが、子の本国法である日本法（法例二七I但）によれば、認知には認知の届出（民七八一I）、或は認知の判決（民七八七）、審判を得なければならない。そこで、子から認知請求がなされたのが本件であるが、中華民国民法の上出の条文によれば、認知の要件が備わっている場合にさらに血統上の父に対して認知の訴を提起しうる旨の規定は存在しない。そこで、本件につき日本民法七八七条にしたがって認知の訴を提起しうるとすることは、中華民国民法に抵触するのではないかという疑問が生ずる。このような事情の下で、原審は、法例三〇条の法意に照らし、中華民国民法の適用を排除しもっぱらわが民法のみに従い、認知の訴を適法な訴と認めている。すなわち、原審は、中華民国民法ではこのような場合に強制認知を許さないと判断したため、それはわが国における公序に反するとして法例三〇条を適用したものである。これに対し、上告審では、中華民国民法は、一般に、血統上の父に対して認知の訴を提起することを禁止しているものではなく、むしろ、同法一〇六七条において、相当広範囲にこれを許しているのであり、また同法一〇六五条一項後段の場合においても、血統上の父が非嫡出子を自分の子として養育している事実があれば、もはやそれ以外の何らの手続をも要せず、当然に、認知の効力が発生する、と中華民国民法の内容を確定した上で、本件認知の訴を認めるのは、法例三〇条によるまでもなく、中華民国民法の法意にそうものである、とする。そこで、原審が、法例三〇条の法意に照らし、もっぱらわが民法のみに従って認知の訴を認めたことは、法例三〇条の解釈、適用を誤ったものである、としながら、しかし、原審も、結論においては、本件認知の訴を適法な訴と認めているのであるから、この違法は、原判決に影響を及ぼすものではない、として上告を棄却している。

結局、この事件では、直接中華民国民法の解釈、適用の違背ではなく、法例三〇条の適用違背（つまり、内国法の適

用違背）が問題とされた。しかし、その判断に当って、最高裁判所は中華民国民法の内容に詳細に言及している点が注目される。直接外国法の解釈、適用の誤りが上告理由とされる場合と、本件のように法例三〇条の適用違背が上告理由とされるが、外国法である中華民国民法の解釈如何によって、法例三〇条の適用をみるべき場合か否かが決まるという場合、および本来的な法例三〇条の違背の三者を比較してみると、次のようにいうことができる。本来的な法例三〇条の違背（純粋に内国法の違背としての）とは、準拠外国法を正しく解釈し、適用したとして、その結果が内国の（国際的な）公序に反するか否かの点でその判断を誤った、つまり法例三〇条に規定する公序の解釈を誤り、当該場合が公序に反しないのに反すると判断し、或はその逆の場合には、まさに法例三〇条の違背がある。これに対し、外国法の解釈、したがって外国法適用の結果についての認識を誤り、その結果法例三〇条を不当に適用した（適用すべきでない法例三〇条を適用し、或は、同条を適用すべきであったのに適用しなかった）場合には、法例三〇条の適用違背を上告理由としても、最高裁判所はこの点の判断をするためには外国法の内容につき判示しなければならない。このことは、直接外国法の違背が上告理由とされる場合と同じである。

このように考えると、準拠外国法の解釈を誤ったため公序に反するか否かの判断に過誤が生じた場合には、端的に外国法の解釈の誤りとして扱うことが適切であると考えるが、ここで特徴的なのは、公序が問題となる場合の多くは単純な外国法の解釈の誤りというより、ここに挙げた事例にみられるように、複数の準拠外国法或は外国法と内国法の配分的適用において（婚姻の成立、認知など）、準拠外国法間での或は外国法と内国法との調整（適合）の問題が生ずる点である。すなわち、外国法の解釈はあたかも外国裁判所がなす如く解釈することが第一段階として要請されることは既述の通りであるが、第二段階として渉外事件の特性に合わせたいわば調整が行われなければならず、内国裁判所の行う外国法の解釈、適用は、内国裁判所の立場からするこの調整を考慮しなければならない。この意味で、外国法の解釈は、外国法の内容の事実的な認識作用と併わせて、内国裁判所における規範的解釈である。ここに挙げた

事例について具体的にみると、認知の要件は、父については父の、子については子の本国法というように、同一一個の法律関係について複数の異った法が適用をみる場合には（配分的適用）、その間に何らかの調整を行った上で適用することが必要となる。つまり、中華民国民法では一般的に強制認知を禁止しているわけではないが、血統上の父が養育している場合にはすでに認知の効果が生じているため更めて強制認知の必要はなく、したがって強制認知の方法が定められていない。ところが、日本民法では養育認知（事実による認知）は認められておらず、認知の届出（の形をとった意思表示）か判決（審判）による認知を必要としている。そして、この事例においては認知の効果が得られるか否かが問題なのであって、中華民国民法ではすでに認知の効果は発生しており、日本民法においても認知の要件を満たしうる場合とすれば、中華民国民法上当該場合に認知の訴を認めていないからといって認知の請求を棄却するのは適切な法の適用とはいえず、結果として認知の効果は得られるものとしなければならない。とすれば、わが国で認知が求められる場合には、日本法で認めている届出によるか（父が生存していれば）認知の判決をもらうか（強制認知）の方法によらざるをえず（調整の問題として、日本法におけるこの要件を、すでに父の本国法では認知の効果が発生しているからとしてはずすことはできない）、しかもこれは中華民国民法の排除（法例三〇条による）によってではなしに、中華民国民法によりながら、このような結論に至るものである。

2　解決の手がかり　このように事例の側から検討してくると、上告理由となる外国法の違背とは、純粋に外国法がその外国でどのように解釈、適用されているかの認識の誤りというよりは（もちろんこれについても当事者により上告理由とされうるが）、わが国における渉外事件についての外国法の適用を前提として、その解釈が妥当であるかが問題となるように思われる。このような上告が行われる顕著な例は、上述の法例三〇条関係（形式的には法例三〇条違反であるが、実質的には外国法の解釈、適用の誤り）、これに加えて法例二九条関係が予想される。同条は「当事者ノ本国法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其国ノ法律ニ従ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキトキハ」と規定し、ここで本国の国際私法の内容の確

定が問題となる。そして、その内容如何により、事件がわが国に反致されるか否かが決定される。反致の場合が未だ上告審で争われていないのは意外の感もするが、いわゆる隠れた(ないし隠された)反致(hidden renvoi, versteckte Rückverweisung)の取扱いが上告審で争われることもあろうかと予想される。わが国でその事例がかなり多いが、アメリカ人を一方当事者とする離婚や養子縁組について、反致により日本法を適用している例がある。この場合、アメリカでは(といっても、本来アメリカについては各州毎に立論すべきであるが)、或る問題につき「住所地法による」という直接の国際私法上の考え方はないが、全体から総合的に判断して、住所地法である日本法に準拠すべきものと考えられていると解されるか否かが、反致の成否を決定することになる。アメリカでは自国に裁判管轄権がある場合、法廷地法である自国実質法を適用する、しかもその裁判管轄権は住所地国に認められるところから、住所地国である日本が事件を管轄している場合には日本法を準拠法とするという態度をとっていると解釈されるならば(このような解釈がなされうるか否かが隠れた反致の問題点である)、日本への反致が認められることになる。[8] このような反致を隠れた反致と呼ぶのは、本来の反致は準拠法国の国際私法が日本法が準拠法となるような規定をおいている場合に日本に反致されるのに対し、隠れた反致においては、準拠法国で通常なされる解釈から当然にその結果が生ずるのではなくて(アメリカでは自州に管轄があるかどうかを考え規定しているだけである。そして自州に管轄があれば法廷地法である自州法が適用されるだけのことで、外国にいかなる場合に管轄があるかを規定しているわけではないから、純然たるアメリカ法の解釈から生ずる結果ではない)、日本における反致(法例二九)の観点からアメリカ法を構成し直した、日本的に変容を受けた解釈となっている。つまり、上述の公序も含めて、公序、反致にみられるように、特定の外国の特定の法がしばしば問題となり、その内容の理解如何によって、その法の適用の結果がわが国の公序に反するか否かが決定され(法例三〇)、或はわが国への反致が肯定されるか否かが決まる(法例二九)という場合には、法例三〇条、二九条の解釈、適用の見地から外国法の内容がわが国に固有に確定される(当該外国ではそのように確定されない、というよりは確定される必要がない)ことにな

る。ここでの特定の外国法の内容の把握が区々であっては不都合といわざるをえない。

このように外国法の違背が上告理由とされ、結果的に内国における外国法の解釈が統一されることが期待される場合とは、その多くは純粋に外国法の解釈そのものというよりは、外国法の内容の認識如何によっては内国法の適用が左右される場合、たとえば、反致、公序、相互の保証が問題となる場合ということができる。これが一つの大きなグループである。この他に純粋に外国法の解釈、適用の違背（外国法の確定および外国法が当該外国でどのように解釈、適用されているかの認識の誤り）が取上げられるのは、本研究の発端となった事例のように、外国の経過法が問題となるような場合で、経過法は形式的、一義的に内容を確定しうるものであるから、そのような外国法の内容は「裁判所に顕著なところ」[9]であり、したがって下級審におけるその解釈、適用の誤りも顕著である場合に、外国法の違背の主張が認められることになる。[10]

(1) 川上・前掲「外国法の適用」一八八頁以下参照。

(2) 「法令ノ違背」について、旧民事訴訟法四三五条は「法則ヲ適用セス又ハ不当ニ適用シタルトキハ法律ニ違背シタルモノトス」と規定していた。西ドイツ民事訴訟法五五〇条参照。

(3) 大判明四一・六・二九彙報一九巻民法三一八頁（判例体系・国際私法(1)一九〇一頁によった）――日本の領事官が駐在する国において日本の裁判権に服する韓国人間の不法行為による損害賠償請求事件を裁判するに当り、不法行為地を確定しないで日本民法を適用することは、法例の規定（一一）を適用しない違法があるとする上告を容れて、破毀差戻した。また、大判大九・三・一五新聞一六八五号一六頁は、遺産引渡請求事件で、上告人は、被相続人に子女があるとしてもすべて日本国籍を有しないから遺産を相続する権利がない、この点に判断を与えていない原判決の不当を攻撃したのに対し（上告理由は必ずしも適切でないが）、被相続人、子女の国籍は相続準拠法、親子関係の存否について影響を与えるので、この点を判断していない原判決は判断遺脱、理由不備の判決であるとして破毀差戻した。なお、大判明三八・一二・二〇民録一一輯一八〇六頁は、外国人間でニューヨークにおいて締結された運送契約に関する損害賠償請求事件で、渉外事件であるから適用法規（法例七条による準拠法）を定める必要があり、そのためには当事者の意思および行為地を確定しなければならないのに、この点を不問

に措いた原判決は審理遺脱、理由不備の判決であると上告したのに対し、この当事者の意思を審究するのは事実問題で上告理由とならないとして棄却した（上告理由は行為地法を適用せず日本法によったことも攻撃しているので、判決はこの論点に答えていない）。

(4) 最判昭四四・四・一〇判時五五六号四一頁――朝鮮済州道南郡に本籍を有する被相続人につき、韓国籍を有したとして（上告人は朝鮮民主主義人民共和国の国籍を有するものと主張）、その相続に関し韓国法により長男でない上告人は相続人でないとした原判決には法適用の誤りがあるとして上告したが、原審の判断を肯定し上告を棄却した（建物収去土地明渡の確定判決に基く強制執行に対する第三者異議事件）。最判昭三四・一二・二二家裁月報一二巻二号一〇五頁、判時二一一号一三頁――日本に在住し中国浙江省鎮海県に籍貫を有する一八才未満の者について、その訴訟行為能力および法定代理人の決定につき、無国籍人として（日本国と中華民国との間の平和条約一〇条の解釈の結果）法例二七条二項により住所地法たる日本法を適用した原判決は本国法の決定を誤ったと上告したのに対し、平和条約により中国国籍を失うものではないが、中華民国の民法によるも中華人民共和国の法令に徴するも、原審の終局の判断は正当であるとして棄却した（家屋収去土地明渡請求事件）。

(5) 最判昭五二・三・三一民集三一巻二号三六五頁――離婚に伴う未成年の子の親権者を法律上自動的に父とする韓国民法に準拠することはわが国の公序に反するとする原審判断を憲法の国際協調主義並びに法例三〇条の違背並びに事実認定上の経験則違背を理由に上告したが、上告棄却。最判昭五〇・六・二七家裁月報二八巻四号八三頁――韓国人父に対する日本国籍を有する子らからの認知請求事件で、死後認知の出訴期間を一年に限定する韓国民法を適用し認知の要件を具備しないとするのはわが国の公序に反するとする上告理由に対し、公序に反するとは認め難いとして上告棄却。最判昭四四・一〇・二一については後に詳述する。

(6) 一の冒頭に掲げたのはこのケースである。最判昭三七・八・一〇民集一六巻八号一七一二頁――日本在住の韓国人を被告として追行していた建物収去土地明渡請求事件で、その死亡により訴訟承継人が問題となった。昭和三一年死亡当時の慣習により遺産相続の相続人を決定した原判決を、韓国相続法上相続人の認定の誤りとして上告したが、棄却。大判明四一・一一・二民録一四輯一〇八五頁――雇傭契約に基く給料支払について、準拠法たるイギリス法上の金銭支払義務の履行地についての解釈の誤りを上告理由としたが、原審が結論的に履行地を債権者の所在する場所に認めたのは適当として上告棄却。

(7) たとえば、外国国籍法の解釈、適用の誤り、いくつかの法律における相互の保証の判断の誤り（国賠六、外国判決の承認、執行につき、民訴二〇〇4、民執二四Ⅲ）などを挙げることができる。後者につき、たとえば、外国判決の承認について、相

互の保証があるか否かは、その外国でわが国の判決をどのように扱っているかを見極めることで、承認の要件についての外国法の規定のみならず、外国判決、条約の批准なども含んで調査が必要となる。この点に誤認があると、直接には外国法（状態）の認識の誤りが結局日本法の適用違背を惹起す（相互の保証を調べろと命じているのに、これを全く遺脱して判決した場合には、直接民事訴訟法二〇〇条四号の違背となる）。純然たる事実としての外国法状態の認識の誤りであれば明かな誤り（条約があるのに看過したというような）以外は上告理由とならないが、その外国法状態の認識を基礎にしてどの程度で相互の保証ありとみるか内国法適用上の価値判断の問題とすれば上告理由となる。外国（アメリカ合衆国コロンビア特別行政区）判決の承認につき、相互の保証ありとした東京高裁昭和五七年三月三一日判決（判時一〇四二号一〇〇頁）に対し上告があり、最高裁ではもっぱら「相互ノ保証」とは何かの検討を行い、上告棄却された（最判昭五八・六・七民集三七巻五号六一一頁）。

なお、大判大五・一〇・一八民録二二輯一九一六頁は、日本に居住する者の間の給料等支払請求事件で、本国ベルギーのリエージュ裁判所への管轄の合意があるとして上告人より妨訴抗弁が提出されていたが、合意の有効性をめぐってベルギーで管轄の合意を認めるかベルギー法の内容の立証を上告人に課し、原審ではこの立証なしとして上告人の抗弁を排斥した。上告人は妨訴抗弁をベルギー法の内容にかからしめるのは法則違反である等の理由を挙げて上告したが、棄却。

(8) 隠れた反致が問題となった事例として、いずれもアメリカ合衆国人と日本人間の事件であるが、判旨の中で隠れた反致を肯定したものに、福岡地判昭三〇・一・一九下民集六巻一号四六頁（離婚事件、結論的には日本に住所なしとして反致の成立は認められていない）、東京家審昭五〇・九・一六家裁月報二八巻八号八二頁（親子間の法律関係事件、結論的にも反致の成立を認めている）がある。なお、隠れた反致を否定するものも、養子縁組事件に多く（東京家審昭四一・九・二家裁月報一九巻四号一一〇頁、東京家審昭四三・八・六家裁月報二一巻一号一二八頁）、離婚事件についてもみられる（東京家審昭四三・八・二二家裁月報二一巻一号一二一頁）。

(9) 本件判決中にみえる文言で、民事訴訟法二五七条後段の文言「裁判所ニ於テ……顕著ナル事実ハ之ヲ証スルコトヲ要セス」との混同を非難するには当らないであろう。

(10) 外国法の違背が上告理由となるかというとき、外国法の違背を示すことは上告理由書の要件を満たし民事訴訟法三九九条の却下を免れる、この意味で外国法の違背は上告対象性ありとしても、外国法の違背が明かでない（外国法の解釈そのものに疑義がある）場合には、上告棄却とせざるをえない。強いて上告裁判所が外国法の解釈を示し、その統一をはかろうとすることは却って不都合な場合がある。たとえば、外国において当該法条の解釈が確定していない、或は判例による法生成の途上に

あるというときに、仮りに上告裁判所において外国法の解釈を統一しても、さらにその変更が必要となったときに、同種の事件が上告裁判所に係属するまで待たなければならないし、却って、下級審裁判所における外国の現状に即した外国法の適用を妨げることにもなる。この意味で、上告裁判所は、上告を認容するについては次の事柄を考慮することになる。すなわち、公序、反致といった内国法の適用が問題となる場合の外国法の内容確定の例を除いて、外国法の解釈の誤り、適用の違背が問題となる場合には、外国法の内容が裁判所にとって明かであって、しかも、その外国法の違背が判決の結果を左右する場合に限ると考えるべきであろう。公序、反致の場合には外国法の内容確定を通して結局内国法の適用が問題となることと併わせて、その外国法の反復適用の可能性も考慮の一つとなる。先に、上告制度の根拠として、裁判所の或る判断が先例とされてよいかという観点から先例とされることが適切でないときに上告が認められるとした。この点から、その外国法について反復適用の可能性がないとすれば、或る判断を先例としてよいかという考慮とか、解釈の統一による予測可能性の利益とかを考慮する必要はなく、むしろ一回限りの事件の解決の妥当性（事実の確定における正しさと同様に）が支配する。

フランス民法改正作業中、国際私法改正試案（Avant-projet de loi relative au droit international privé, Chapitre III Section I）二八条では一項で「外国法の解釈は上告審を開始させることはできない。」二項で「外国立法上の明確な疑問なき規定の違反は上告を開始させることができる。」（傍点筆者）とされていたが、一九四九年一一月一五日の会期に Commission plénière で採択され整理された国際私法草案二四条では、先の二八条一項だけの文面となっている。

また、西ドイツ民事訴訟法改正では、二九三条は、これまですでに妥当していたが文面の不明確のために屢々批判されていた条文の争いなき解釈の再現にすぎない、とされる。五四九条一項については、最上級審の指導が必要であるが、最上級審の過重の荷については grundsätzlich bedeutsame Sachen のみ取り上げるという一般的な授権（裁量的受理か？）によって軽くされている。それでもなお過重を心配するのであれば、違背 Verletzung を歪曲 Entstellung としてもよい（フランスの dénaturation の概念に従って）、とする。v. Rabels Zeitschrift 44. Jg. Heft 2(1980)所収の資料中 P. H. Neuhaus und J. Kropholler の Entwurf eines Gesetzes über internationales Privat- und Verfahrensrecht (IPR-Gesetz), SS. 340, 341.

六

このような解決は、国際私法の現段階における現実の解決面での政策としても妥当なものであると考えられる。[1] 外国法を事実と同様に扱い当事者に主張、立証させる、したがって事実審で確定されもはや上告の対象とはならないという考え方は、国際交通が稀であった時代にはそれなりの妥当性を有していたであろうが、国際交通が頻繁になった現在、外国法についての可能な限りでの適正な解釈、適用も内国法についてのそれと同様に要求されて然るべきであり、そしてまたそれが可能な状態が作り出されつつあるといえる。[2] この意味で外国法違背の上告対象性を否定することは妥当ではなかろう。とりわけ、実務的にいって外国法の確定、解釈について下級審裁判所の判断にのみ委ねず、最も外国法の探索に便宜な立場にある最上級裁判所の判断を仰ぐことは適切な処理といえよう。

なお、実務的には、外国法の違背に上告対象性を認めるかの議論は、外国法の認識の困難が極めて強い影響をもつと考えられるので、手続的な面で、外国法の適正な認識を得るためのより細かな具体的な方策が立てられなければならない。わが国はハーグ国際私法条約には民事訴訟手続に関するいくつかの条約に加盟しているが、さらに外国法についての情報蒐集のルートの確立に努力し、また鑑定の方法をどのように利用するか、民事訴訟法の側からの協力を得て検討すべきことが残されているように思われる。[3]

(1) 上告件数を減らすという見地から上告理由を制限する政策との関連は、ここでは考慮されていない。

(2) わが国には直接関係しないが、外国法情報に関するヨーロッパ条約（La convention européenne du 7 juin 1968 relative à l'information sur le droit étranger）も締結され、フランス判例が多少の展開を示す動因になっている。

(3) ペーター・アレンス、石川明訳「ドイツ民事訴訟における外国法の適用をめぐる訴訟上の諸問題」法学研究五五巻六号（昭五七・六）三三頁以下は、一九七五年七月一〇日連邦裁判所判決をめぐって、外国法の探知における鑑定人と証拠法の定める手続の関係を中心に論ずる。わが国においても、渉外事件における鑑定の役割について検討されるべきであろう。