

## 準拠外国法の内容不明の場合の処置

—外国法の解釈と裁判所による法創造—

根本洋一

はじめに

本稿は、国際私法により外国法が準拠法になった場合において、その外国法の内容が明らかでないときにはどのようにすべきか、という問題<sup>1)</sup>について検討するものである。

### 第1章 類似する諸問題

準拠法の内容が明らかでない場合には、そのままでは、裁判所は裁判をすることができない。涉外事件において裁判所が裁判をすることができない状態が発生する原因は、連結点に関する原因と実質法に関する原因に分けることができる。それを簡単に見てみよう。

#### 第1 連結点

連結点に関する原因は二つに分けることができる。第1は、連結点が存在しない場合であり、第2は、連結点がどの法域に存在するか明らかでない場合である。

1 連結点が存在しない場合には、別の連結点により準拠法を決めなければならない。例えば、相続に関しては被相続人の本国法が準拠法になる（法例26条）が、被相続人が国籍を持たず、常居所を持つ場合には常居所地法が準拠法になる（法例28条2項本文）。婚姻の効力に関しては夫婦の同一本国法が準拠法になる（法例14条前段）が、夫婦の同一本国法がなく、夫婦の同一常居所地

法がある場合には同一常居所地法が準拠法になる（法例14条前段）。

2 連結点がどの法域に存在するか明らかでない場合にも、別の連結点により準拠法を決めなければならない<sup>2)</sup>。例えば、被相続人がどの国の国籍を持つか明らかでない場合において被相続人が常居所を持つときには、常居所地法を準拠法とすべきである<sup>3)</sup>。

## 第2 実質法

実質法に関する原因も二つに分けることができる。第1は、連結点所在地に法が施行されていない場合であり、第2は、連結点所在地に法が施行されている場合において実質法の内容が明らかでないときである。

1 連結点所在地に法が施行されていない場合には、別の連結点により準拠法を決めなければならない。

(1) 国籍にあつては、連結点所在地に法は必ず施行されている。住所にあつても、住所の判断に関して領土法説によるなら、連結点所在地に法は必ず施行されている。

(2) 目的物所在地に法が施行されていない場合には、別の連結点により準拠法を決めなければならない<sup>4)</sup>。

(3) 不法行為地に法が施行されていない場合にも、別の連結点により準拠法を決めなければならない<sup>5)</sup>。

2 連結点所在地に法が施行されている場合において法の内容が明らかでないときにはどうすべきであろうか。本稿はこれを検討するものである。

## 第2章 解決策

この章では、国際私法によりA国法が準拠法になる場合においてA国法の内容が明らかでないときにどうすべきかという問題について、どのような解決策があるかを見る。まず、種々の解決策を形式に従って分類し（第1節）、次に、各々の解決策の実質的根拠を見る（第2節）。

### 第1節 解決策の分類

この節では、種々の解決策を形式に従って分類する。

第1 まず、解決策の基本的な形態を見てみよう。

第1の解決策(①説)は、請求を棄却し、または、抗弁を却下すべきであるとするものである<sup>6)</sup>(以下では①説を「請求棄却説」と呼ぶ)。

第2の解決策(②説)は、A国法の全体より判断して類推補充すべきであるとするものである<sup>7)</sup>。

第3の解決策(③説)は、A国法の法系などの諸事項を考慮してA国法の内容を推測すべきであるとするものである<sup>8)</sup>。

第4の解決策(④説)は、当該法律関係に関してA国法の内容に最も近似する内容を持つとみられる・別の法域の法(以下、「最近似法」と呼ぶ)を適用すべきであるとするものである<sup>9)</sup>(以下では④説を「最近似法適用説」と呼ぶ)。

第5の解決策(⑤説)は、当該法律関係との間にA国に次ぐ密接関連性を持つ法域の法を適用すべきであるとするものである<sup>10)</sup>(以下では⑤説を「段階的連結説」と呼ぶ)。

第6の解決策(⑥説)は、法廷地法を適用すべきであるとするものである<sup>11)</sup>(以下では⑥説を「法廷地法適用説」と呼ぶ)。

第2 上に挙げたものは解決策の基本的な形態であるが、複数の解決策を併用する説もある。すなわち、④説と⑤説を併用する説<sup>12)</sup>、②説から④説までの諸説と⑥説とを併用する説<sup>13)</sup>、⑤説と⑥説を併用する説<sup>14)</sup>である。

## 第2節 解決策の実質的根拠

この節では、各々の解決策の実質的根拠を見る。

A国法の内容不明の場合の解決策を、その実質的内容に従って分類すると次の三つになる。第1は、A国法を適用する立場、第2は、次順位の密接関係地法を適用する立場、第3は、法廷地法を適用する立場である。

### 第1 A国法を適用する立場

#### 1 ②説から④説まで(A国法適用説)

A国法の全体より判断して類推補充すべきであるとする説（②説）は、国際私法によるA国法の指定に忠実たろうとするものである。A国法の法系などの諸事項からA国法の内容を推測すべきであるとする説（③説）も同様である。

最近似法適用説（④説）はどうか。B国法の内容とA国法の内容が同一である蓋然性が最も高いことに基づいてB国法が準拠法になることはできない。従って、④説においては準拠法はA国法である<sup>15)</sup>（以下では、②説から④説までを総称して「A国法適用説」と呼ぶ）。

## 2 ⑥ 説

特定の法律関係（例えば、婚姻）に関して法系を同じくする複数の実質法の間には類似性がある。同一民族から構成される複数の国家の実質法の間にも類似性はある。しかし、個々の法律問題（例えば、損害賠償額、相続分）に関して、これらの複数の実質法が採用する解決が完全に同一である蓋然性は低い。他方で、個々の法律問題に関して、法廷地法の内容とA国法の内容が同一である蓋然性も高くない。従って、個々の法律問題に関しては、最近似法の内容とA国法の内容が同一である蓋然性と、法廷地法の内容とA国法の内容が同一である蓋然性はあまり異ならない。かくして、⑥説は、②説から④説までの諸説の一種と考えることは不可能ではない<sup>16)</sup>。

## 第2 次順位の密接関係地法を適用する立場

### 1 ⑤ 説

段階的連結説（⑤説）がこの立場に立つことはいうまでもない。

### 2 ⑥ 説

国際裁判管轄は、訴訟当事者の住所、目的物所在地、不法行為地などにより発生するから、法廷地と法律関係の間には実際にはなんらかの関係があることが多い（ただし、前提問題・先決問題に関しては、法廷地と法律関係との間の関連性が強くない場合は少なくない）。いずれにしても、⑥説を⑤説の一種と考えることは不可能ではない<sup>17)</sup>。

## 第3 法廷地法を適用する立場

⑥説がこの立場に立つことはいうまでもない。

## 第4 ま と め

A国法の内容不明の場合の解決策は、A国法を適用する立場、次順位の密接関係地法を適用する立場、および、法廷地法を適用する立場に分けることができる。

この中で、法廷地法適用説（⑥説）はA国法適用説（②説から④説まで）の一種と考えることもできるし、段階的連結説（⑤説）の一種と考えることもできる。このように、法廷地法適用説は、さまざまな根拠により基礎付けることができる。

## 第3章 政策分析

### 第1節 はじめに

外国法の内容不明の場合にはどの解決策をとるべきかを検討する際には、どの解決策を採用するとどんな結果が発生し、その結果は誰にどんな利益・不利益をもたらすかを知ることは重要である。そのために、諸説を次のように分類する。

第1に、②説から⑥説までは、特定の実質法を適用する必要はないとする説（②説と③説）と、特定の実質法を適用すべきであるとする説（④説から⑥説まで）に分けることができる。

第2に、④説から⑥説までは、A国法の内容を推測すべきであるとする説（④説）と、A国法の適用をあきらめる説（⑤説と⑥説）に分けることができる。

第3に、⑤説と⑥説は、法廷地法と外国法を平等に扱う説（⑤説）と法廷地法を優先する説（⑥説）に分けることができる。

以下では、諸説を順次これらの基準に従って分類し、どの説が誰にどんな利益・不利益をもたらすかを見てみよう。

### 第2節 政策分析

#### 第1 十分な一次資料に基づく法解釈

1 ②説と③説においては裁判所は十分な一次資料を入手しないで法を解釈するのに対して、④説から⑥説までにおいては裁判所は十分な一次資料を入手して法を解釈する。

十分な一次資料がある場合には、裁判所が法解釈に費やすべき時間・費用・労力は少ないから、裁判所に利益をもたらす。また、裁判所が費やすべき時間が少ないことは訴訟当事者に利益をもたらす。

十分な一次資料がある場合には、裁判所の価値観(法廷地法の価値観, 裁判官の個人的価値観)が法的判断に混入する可能性は少ないから、法律関係の当事者に利益をもたらす。

かくして、裁判所が法解釈に費やすべき時間・費用・労力は少ない方が望ましいという政策, 裁判所の価値観が法的判断に混入する可能性は少ない方が望ましいという政策は、②説と③説を排斥し、④説から⑥説までを基礎付ける<sup>18)</sup>。

2 なお、①説にあっては当該法律関係に関する法的判断は請求棄却・抗弁却下により直ちに終了するから、1に述べた諸政策は①説をも基礎付ける。

## 第2 外国法の内容の推測

1 ②説から④説までにおいては裁判所はA国法の内容を推測して適用するのに対して、⑤説と⑥説においては裁判所はA国法以外の法(外国法または日本法)を十分な一次資料に基づいて適用する。

(1) 外国法の内容の推測が的中する蓋然性は高くない。ところで、裁判所が誤った解釈の下で法を適用する場合には法律関係の当事者が不利益を受けることはいうまでもない。かくして、正しい解釈の下で法を適用すべきであるという政策は、②説から④説までを排斥し、⑤説と⑥説を基礎付ける<sup>19)</sup>。

(2) 裁判所は、不十分な一次資料に基づいて外国法の内容を推測するための職員・設備を持つわけではないし、裁判官もそのような能力を持つわけではない。従って、外国法の内容を不十分な一次資料に基づいて推測させることは、裁判所・裁判官の能力を越えた要求であり、裁判所にとって不利益である。かくして、裁判所にその能力を越えたことをさせるべきではないという政策は、②説から④説までを排斥し、⑤説と⑥説を基礎付ける<sup>20)</sup>。

2 なお、日本の裁判所がA国法に関する一次資料を十分に入手し得ない場合に行われる請求棄却・抗弁却下はA国法の真の内容に従った法的判断である

とはいえない。従って、法を正しい解釈の下で適用すべきであるという政策は④説を排斥する。これに対して、裁判所の能力を越えることを裁判所にさせるべきではないという政策は①説を基礎付ける。

### 第3 外国法の内容の調査に伴う不利益

1 外国法の内容不明の場合に、裁判所は、②説から⑤説までにおいては外国法の内容の調査を継続するのに対して、⑥説においては日本法を適用する。

外国法の内容の調査を継続する場合と日本法を適用する場合とを比較すると、裁判所は前者においては後者におけるよりも多くの時間・費用・労力を費やさなければならない。従って、日本法を適用することは裁判所に利益を与える。また、裁判所が費やすべき時間が少ないことは訴訟当事者に利益を与える。

さらに、外国法を適用する場合には、日本法を適用する場合よりも、裁判所が誤った解釈の下で法を適用する可能性が大きい。誤った解釈の下で法を適用することは法律関係の当事者に不利益を与えるから、日本法を適用することは法律関係の当事者に利益を与える。

かくして、外国法の内容の調査のために一定の限界を越えて時間・費用・労力を費やすべきではないという政策、正しい解釈の下で法を適用すべきであるという政策は、②説から⑤説までを排斥し、⑥説を基礎付ける<sup>21)</sup>。

2 なお、請求棄却説にあつては当該法律関係に関する法的判断は請求棄却・抗弁却下により直ちに終了するから、外国法の内容の調査のために一定の限度を越えて時間・費用・労力を費やすべきではないという政策は①説をも基礎付ける（また、第2の2参照）。

### 第3節 ま と め

#### 1 政策考慮を行う立場と行わない立場

②説と③説は、外国法の内容不明の場合に特有の政策を、なんら実現しない（しかし、個々の国際私法規定が実現しようとする政策を忠実に実現しようとする）。従って、②説と③説は政策考慮を行わない説である。これに対して、④説から⑥説まではなんらかの政策を実現する説である。

#### 2 法廷地法適用説の特色

法廷地法適用説（⑥説）は次のような特色を持つ。第1に、政策考慮の点では、②説から⑥説までの中では法廷地法適用説は最も多くの政策を実現する。第2に、解決策の実質的根拠の点では、法廷地法適用説は、A国法適用説の一種と考えることもできるし、段階的連結説の一種と考えることもできる（前出第2章第2節第4参照）。

学説では、法廷地法適用説（他の解決策と法廷地法適用説とを併用する説を含む）は決して少なくなく（前出第2章第1節参照）、立法例においても法廷地法を適用すべきであるとするものが少なくない<sup>22)</sup>のは、このような理由に基づくと思われる<sup>23)</sup>。

3 外国法の内容不明の場合にとるべき解決策を政策考慮に基づいて決めようとするなら、どの政策がどの政策より重要であるか（どの政策を実現すべきか）を価値判断により決めなければならない。しかし、ここでは、諸政策の比較衡量は行わないこととする。

次章では、諸説の違いを別の観点から検討する。

## 第4章 裁判所による法創造

### 第1節 はじめに

#### 第1 諸説の相違点

段階的連結説（⑤説）とA国法適用説（②説から④説まで）は、諸政策の考慮に際して異なる価値判断を行っている。すなわち、段階的連結説は、一定の政策を実現すべきであるという価値判断を行っているのに対して、A国法適用説の中の②説と③説は、なんら政策を実現する必要はないという価値判断を行っている。

しかし、段階的連結説とA国法適用説の違いは諸政策の考慮の点だけにあるのではない。両者の対立は、A国法の内容が明らかでない場合には日本の裁判所はA国法の内容を作るべきか否か、という点にある<sup>24)</sup>。

#### 第2 法規範の認識と創造

法と事実の間には、さまざまな違いがある。法は法的三段論法における大前



提であるのに対して、事実は小前提である。法の適用は裁判所の職権・職務であるのに対して、事実の提出は、財産法上の法律関係に関する訴訟では、訴訟当事者の権限・責任である。法の内容の認定は厳格な証明による必要はないのに対して、事実の認定は厳格な証明によらなければならない。法は上告審の審理に服するのに対して、事実は上告審の審理に服さない。

法と事実の相違点は、このように多様である。しかし、法と事実の本質的な相違点は、事実は認識の対象であるのに対して、法は価値判断による創造の対象である（換言すれば、事実は裁判所が認定する以前に存在するのに対して、法規範は裁判所が法解釈を行う以前には存在していない）という点にある。

この章では、裁判所による法解釈の特質を明らかにする。まず、裁判所が自国法を適用する場合を検討し（第2節）、次に、裁判所が外国法を適用する場合を検討する（第3節）。

## 第2節 日本法と日本の裁判所

この節では、まず、日本の裁判所が日本の制定法を解釈する場合を検討し（第1款）、次に、成文規定の欠缺の場合の法解釈を検討する（第2款）。

### 第1款 制定法の解釈

#### 第1 はじめに

裁判所が、「Tの事実が存在する場合にはRの権利が発生する」という成文規定に関して、tという具体的事実はTに該当する、と判断する場合には、裁判所は、「tの事実が存在する場合にはRの権利が発生する」という法規範（＝法律要件と法律効果により構成される命題）を創造した、と考えることができる<sup>25)</sup>。同様に、法学者も成文規定の解釈により法規範を創造する、と考えることができる。従って、裁判所も法学者も法解釈により法規範を創造する、ということができる。

裁判所は甲野太郎対乙山花子の訴訟が提起された場合に法解釈を行うのに対して、法学者は訴訟の存否を問わず法解釈を行う（判例研究は特定の訴訟に関して法解釈を行うものであるが）。しかし、裁判所は、甲野太郎対乙山花子の事案が持つ種々の属性に注目し、その属性を持つ事案一般に関して法解釈を行

うものである<sup>26)</sup>。法学者も一定の属性を持つ事案一般に関して法解釈を行う。この点でも、裁判所の法解釈と法学者の法解釈に違いはない。

それでは、裁判所は法規範を創造する、とはどんな意味においてであろうか。以下で検討してみよう。

## 第2 裁判所の法解釈と法学者の法解釈

### 1 日本の裁判官の立場に立つて行う価値判断——法解釈の客観性

法の任務は裁判所が行う法的判断の基準になることにある。従って、日本の裁判官は、日本法の解釈の際には、日本の裁判官の立場に立つべきであり、特定の政治思想の信奉者などの立場に立つべきではない。この点で、裁判官は客観的な立場に立つべきである<sup>27)</sup>。

法学者についてはどうか。法学者が一定の解釈を主張する場合には、法学者は裁判所がそのように解釈すべきことを主張しているのである(後出3(1))。従って、法学者も、日本法の解釈の際には、日本の裁判官の立場に立つべきである。

かくして、裁判官も法学者も日本法の解釈の際には日本の裁判官の立場(=客観的な立場)に立つべきであり、この点で、法解釈の際に従うべき解釈態度・解釈方法には違いはない<sup>28)</sup>。

### 2 複数の法解釈の等価性——法解釈の主観性

#### (1) 異なる解釈者と異なる解釈

法解釈は価値判断であるから、同一の法律問題に関して複数の解釈者が相互に異なる解釈に到達することがある。このようなことは、法学者甲と乙の間、裁判官丙と丁の間、法学者甲と裁判官丙の間で起こり得る。この点で、法解釈は主観的である。

#### (2) 同一の解釈者と異なる解釈

法解釈は価値判断であるから、同一の法律問題に関して同一の解釈者が異なる時点で相互に異なる解釈に到達することがある。法学者にあつては改説であり、裁判官にあつては判例変更である<sup>29)</sup>。法学者が裁判官になってから、かつての説を改めることもあろう。

#### (3) 複数の法解釈の等価性

法解釈は価値判断であるから、同一の法律問題に関して複数の解釈が行われ

る場合<sup>30)</sup>には、どの解釈が最も妥当な解釈であるかを判断することは極めて困難である<sup>31)</sup>。

### 3 法学者の法解釈

#### (1) 他の解釈者に対する要求

法学者は、法解釈の際には、その主観において裁判官であるが、客観的には裁判官ではない。このために、法学者は、「この法規範を法解釈により創造せよ」と裁判所に対して要求する<sup>32)</sup>。この点で、法学者の行う法解釈は他の解釈者(=裁判所)に対する要求という形態をとる。これに対して、裁判所が行う法解釈は、他の解釈者(例えば、同種の別の事案を後に解決する裁判所)に対する要求ではない<sup>33)</sup>。

#### (2) 解釈論と立法論

法学者は解釈論を主張する場合もあり、立法論を主張する場合もある。解釈論も立法論も、法に関する・国家機関(裁判所、立法機関)に対する要求である。

(ア) 法学者は、解釈論を主張する際には、主観的には裁判所の立場に立っているのに対して、立法論を主張する際には、主観的には立法機関の立場に立っている。裁判所の立場と立法機関の立場という違いはあるが、法学者がその主観において客観的な立場に立っているという点で立法論と解釈論は類似する。

(イ) 解釈論も立法論も価値判断である。このために、同一の成文規定の解釈に関して複数の法学者が相互に異なる解釈論を主張することがあり、同一の法律問題に関する立法に関して、複数の法学者が相互に異なる立法論を主張することがある。また、このために、法に関する同一の要求が、解釈論として主張されることもあり、立法論として主張されることもある(例えば、法学者甲は、ある法規範(法律要件と法律効果により構成される命題)を解釈論として主張し、同じ法規範を法学者乙は立法論として主張することがある)。

法に関する・国家機関に対する要求が解釈論であるか立法論であるかは、主張者が解釈論として主張しているか、それとも、立法論として主張しているかにより決まる。換言すれば、主張者が主張している法規範(例えば、「Tの事実が存在する場合にはRの権利が発生する」という法規範)の内容は、その主張が解釈論であるか立法論であるかを判断するための基準にはなり得ない。

### 第3 裁判所による法解釈の特色

#### 1 公的な法的判断

(1) 裁判所が行った・審判の対象(例えば、給付訴訟においては、給付請求権の存否)に関する判断は一定の効力(既判力など)を持つから、この点で、公的な判断である。

裁判所が審判の対象に関する判断を行うためには、種々の法的判断(例えば、売買代金請求事件においては、売買契約の有効性など)を行う必要がある。ところで、法の任務は、裁判所が法的判断を行う際に判断基準(裁判規範)になることにある。そこで、この法的判断の基準になるものを「法」と定義しよう。

(2) 一個の訴訟において裁判所は複数の法律問題に関して判断することが少なくない。換言すれば、裁判所は、一個の訴訟においては、法解釈により複数の法規範(=法律要件と法律効果により構成される命題。前出本款第1参照)を創造するといえる。しかし、そのすべてが、上に述べた意味の「法」であるというわけではない。

第1に、裁判所が法解釈により創造した法規範の中には、審判の対象に関する判断を行うために必要な法規範がある(例えば、裁判所が売買代金請求訴訟において売買契約は有効であると判断した場合には、この判例から、「A、B、Cの事実が存在する場合には売買契約は有効である」という法規範を引き出すことができる。この法規範はその事件において審判の対象に関する判断を行うために必要な法規範である)。このような法規範は、上に述べた意味の・法の任務を果たしているから「法」である。

第2に、裁判所が法解釈により創造した法規範の中には、審判の対象に関する判断を行うために必要でない法規範(=傍論)がある。このような法規範は、上に述べた意味の・法の任務を果たしていないから「法」ではない。

第3に、上訴審で破棄・取消が行われた場合には、破棄・取消の原因となった・原審の裁判における法解釈は、その事件の最終的な解決のための判断基準ではないことに帰するから、法の任務を果たすものではない。従って、「法」ではない。

(3) 法学者の行う法解釈が、上の意味における・法の任務を果たさないことは明らかであるから、学説(法学者の行う法解釈)は「法」ではない<sup>34)</sup>。

(4) 成文規定(法律の規定など)はどうか。裁判所において法的判断の基準

になる法規範は、「Tの事実が存在する場合にはRの権利が発生する」という成文規定ではなく、裁判所がこの成文規定の解釈により創造した、「tの事実が存在する場合にはRの権利が発生する」という法規範である。従って、成文規定は、それだけでは、上に述べた意味の法の任務を果たすものではないから「法」ではない。

(5) かくして、裁判所が法的判断を行う際に判断基準になる命題を「法」と定義するなら、確定した(=通常の不服申立手段により争うことができない)裁判(最高裁判所の裁判であると下級裁判所の裁判であると問わない)における法的判断のうち、審判の対象に関する判断を行うために必要な法的判断(=法解釈、法規範)だけが「法」である<sup>35)</sup>。

## 2 判例の法源性

裁判所が法解釈により創造した法規範は、その事件において「法」である。それでは、その法規範(=判例)は、同種の別の事案を後に判断する裁判所に対しては法(法源)であろうか。

裁判所は制定法に従うべきである、という法規範(憲法76条3項など)は存在する。このために、裁判所は制定法を改正することはできない。これに対して、裁判所は判例に従うべきである、という法規範は存在しない。それどころか、判例変更を許容する規定がある(裁判所法10条但書3号、刑訴410条2項)。従って、法源とは裁判所が法解釈を行う際に従わなければならない(=変更することができない)命題であると定義するなら、判例は後の裁判所に対しては法(法源)ではない<sup>36)</sup>。

## 第4 「裁判所による法創造」の意味

以上にのべたことをまとめると次のようになる。

第1に、裁判所が法的判断を行う際に判断基準(裁判規範)になる命題を「法」と定義するなら、裁判所は、法解釈により当該事案に関して法を創造する<sup>37)</sup>のに対して、立法機関は法を創造しない。第2に、裁判所が法解釈の際に従うべき命題(=裁判所が変更することができない命題)を法(法源)と定義するなら、立法機関は法を創造するのに対して、裁判所は法を創造しない。

## 第5 裁判所が行う法解釈の認識

裁判所が行う法解釈を事実として認識することができる。しかし、この認識は法解釈そのものではない。

### 1 判例法の確定

法規範は法律要件と法律効果の部分から構成される。裁判所が法解釈により創造した法規範の法律要件は、判例に現われた事実のうちの重要な諸事実の総和であり、その法規範の法律効果は、判例における法的判断の結論（権利変動が発生する、または、発生しない）である。裁判所が法解釈により創造した法規範が何であるかを明らかにする<sup>38)</sup>ことは、法学の重要な課題のひとつである。

さて、日本では、厳格な先例拘束性の原理（判例を変更することができないという制度）は採用されていないから、最高裁判所がX事件において法解釈を行う際に、判例（Y事件）において既に創造された法規範の内容が妥当ではないと考えた場合には、最高裁は判例を変更することができる<sup>39)</sup>。従って、裁判所が法解釈により既に創造した法規範の内容が何であるか（＝法はいかに「あるか」の問題）を明らかにする行為は現在なすべき法解釈（＝法はいかに「あるべきか」の問題）そのものではない<sup>40)</sup>。

### 2 裁判所が行うであろう法解釈の予測

#### (1) 法解釈の予測

裁判所が行うであろう法解釈を第三者は予測することができる。例えば、最高裁判所が過去に行った法解釈や最高裁の現在の人的構成などに基づいて、最高裁が特定の法律問題に関して現在どんな解釈を行うであろうかを法学者（さらに、下級裁判所の裁判官）は推測することができる。この推測は蓋然性に基づく判断であるから事実認識である<sup>41)</sup>。裁判所が現在（または、近い将来）行うであろう法解釈を予測することは法学の重要な課題のひとつである<sup>42)</sup>。

#### (2) 法 解 釈

最高裁判所が現在行うであろう法解釈を推測・予測することは事実認識である。これに対して、法解釈は解釈者自身による価値判断（主観的行為の実践）であり、他の解釈者が行うであろう解釈を予測すること（他者の行う主観的行為の客観的認識）ではない<sup>42a)</sup>。例えば、下級裁判所の裁判官の行うべき法解釈は、最高裁の行うであろう解釈を予測することではない<sup>43)</sup>。

### 3 ま と め

裁判所が法解釈により過去に創造した法規範が何であるかを明らかにすることは現在なすべき法解釈のために有益である。裁判所が行うであろう法解釈を予測することも法解釈のために有益である。しかし、法解釈は、裁判所が判例により過去に創造した法規範が何であるかを明らかにする行為に尽きるものではないし、裁判所が行うであろう法解釈を予測することでもない。

#### 第2款 成文規定が存在しない場合

この款では、ある事項について成文規定が存在しない場合に行うべき法解釈を検討する。

##### 第1 価値判断に基づく・法規範の創造

ある事項を規律する成文規定が日本に存在しない場合には裁判所はどうすべきであろうか。

刑法の場合を考えてみよう。刑法では罪刑法定主義が採用されているので、裁判所が成文の刑罰規定に基づかないで有罪判決をすることは禁止される。ところで、罪刑法定主義を極端な形で理解すると、裁判所は成文の刑罰規定に依拠しさえすれば、いかなる行為にも刑罰を科すことができることになる。それにもかかわらず、裁判所が成文の刑罰規定に依拠しないで有罪判決を行うことを禁止する制度が採用されているのはなぜであろうか。

罪刑法定主義を採用した場合には、被告人の行為が特定の刑罰規定に該当する旨を判決理由で説明しなければならないから、裁判所が有罪判決を行うことは、罪刑法定主義を採用しない場合（＝裁判所は成文規定に依拠しないで有罪判決をすることが許される）におけるより困難になる。ところで、刑罰は制裁であるから、国家の刑罰権の行使を抑制することが望ましいという政策<sup>44)</sup>を重視するなら、罪刑法定主義を採用することが必要になる。刑法では、このような理由により罪刑法定主義の原則が採用されていると考えることができる<sup>45)</sup>。

それでは、民法の領域ではどのように解すべきであろうか<sup>46)</sup>。民法の領域で裁判所が成文規定に依拠しないで法規範を創造して裁判を行うことが許されないと考えると原告は敗訴するが、これは、先に既成事実を作った者が勝つ、という結果をもたらす。民法では私人間の法律関係が問題になる<sup>47)</sup>から、この

結果は妥当ではない<sup>48)</sup>。従って、民法の領域では、裁判所が成文規定に依拠しないで価値判断により法規範を創造することを禁止すべきではない<sup>49) 50)</sup>。

## 第2条 理

裁判事務心得(明治8年太政官布告103号)3条は、「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」と定める。そこで、条理とはどんな意味であるか、また、条理は法源であるかについて考えてみよう<sup>51) 52)</sup>。

### 1 価値・価値体系

裁判所は、法解釈(成文規定が存在しているか否かを問わない)を行う場合には、価値判断に基づいて法規範を創造する。この価値判断の際に裁判所が依拠する個々の価値、ないしは、価値体系を「条理」と呼ぶことはできる<sup>53)</sup>。

条理は法源であろうか。裁判所が法規範を創造する際に従わなければならない命題を法源と定義するなら、条理(=法解釈・価値判断の際に依拠すべき価値体系)は法源ではない<sup>54)</sup>。

### 2 法規範

裁判所は、成文規定の解釈により法規範(法律要件と法律効果により構成される命題。前出本節第1款第1,第4参照)を創造するし、成文規定が規律していない事項に関しても法規範を創造することが許される(前出本款第1参照)。裁判所が法解釈の際に従うべき命題(=裁判所が変更することができない命題。この命題は裁判所が法解釈を行う以前に存在する)を法源と定義するなら、裁判所の法解釈により創造される命題は法源ではない。

裁判所の法解釈により創造された法規範を「条理」と呼ぶ用語例がある<sup>55)</sup>。

## 第3節 外国法の解釈

この節では、まず、外国法の解釈について検討し(第1款)、次に、外国法の内容不明の場合の処置を検討する(第2款)。

### 第1款 外国法の解釈

この款では、日本の裁判所は準拠法たるA国法の解釈により法規範を創造す



ること（第1）、および、この法規範はA国の法規範であること（第2）を明らかにする。

## 第1 外国法の解釈と法規範の創造

### 1 価値判断

#### (1) 認識と価値判断

法解釈は、既存の法規範の認識ではなく、価値判断に基づく・法規範の創造である。従って、日本の裁判所によるA国法の解釈も、既存の法規範の認識ではなく、価値判断に基づく・法規範の創造である。この点で、日本の裁判所による外国法の解釈は、法はいかに「あるか」という問題ではなく、法はいかに「あるべきか」という問題である。日本法の解釈も外国法の解釈も、法はいかに「あるべきか」という問題であり、この点で両者は異ならない<sup>56) 57)</sup>。

準拠法たるA国法の解釈は価値判断であるから、第1に、現に存在する法の認識（例えば、A国の最高裁判所の判例が創造した法規範が何であることを明らかにすること）ではないし、第2に、A国の最高裁判所が行うであろう解釈を予測することでもない（日本法の解釈については、前出第2節第1款第5参照）。

#### (2) 解釈論と立法論

日本の裁判所によるA国法の解釈は、価値判断に基づく・法規範の創造であり、換言すれば、法はいかに「あるべきか」という問題である。この価値判断は、A国の裁判官の立場に立つて行う価値判断（＝解釈論）であり、A国の立法機関の立場に立つて行う価値判断（＝立法論）ではない（ただし、立法論と解釈論の間に明確な境界線があるわけではない。前出第2節第1款第2の3(2)参照）。

### 2 価値判断の客観性と主観性

#### (1) 価値判断の客観性

A国法の解釈はA国の裁判官の立場に立つて行う価値判断である。従って、日本の裁判官は、A国法の解釈に際してはA国の裁判官の立場に立つべきである<sup>58)</sup>（法解釈の客観性については、前出第2節第1款第2の1参照）。

#### (2) 価値判断の主観性

法解釈は価値判断であるから、複数の解釈者が相互に異なる解釈に達することがある。このために、A国法上の同一の法律問題に関して日本の最高裁判所

とA国の最高裁判所が異なる結論に達することがある。例えば、日本の最高裁がA国法を解釈した後に、同種の事案<sup>59)</sup>に関して異なる解釈をA国の最高裁が行った場合である。この場合には、A国の最高裁の解釈は準拠法所属国の最も上級の裁判所の解釈であるがゆえに妥当な解釈である、と考えるべきではない（複数の解釈の等価性については、前出第2節第1款第2の2参照<sup>60)</sup>）。

法解釈は解釈者自身による価値判断であるから、先例において作られた法規範が何であるかを明らかにすることに尽きるものではない（前出第2節第1款第5参照）。従って、A国<sup>61)</sup>の最高裁判所がA国法を解釈した後に、同種の別の事案に関して日本の裁判所が判断すべき場合にも、日本の裁判官はA国の裁判官の立場に立って解釈すべきである、というほかはないのであり、日本の裁判所はA国の最高裁の判例に従うべきであると解すべきではない<sup>62)</sup>。

## 第2 外国法の解釈による外国法の創造

日本の裁判所は準拠法たるA国法の解釈により法規範を創造するが、この法規範はA国法であり、日本法ではない<sup>63)</sup>。以下で、この点を見てみよう。

### 1 外国法を適用した判例

(1) 日本のF裁判所がA国法を準拠法として裁判を行った後に、それと同種の別の事案を日本のG裁判所がA国法を準拠法として解決すべき場合には、その間にA国法の内容（制定法、判例）が変化していない限り、G裁判所はF裁判所の先例をA国法に関する判例として尊重することができる。これに対して、G裁判所が日本法を準拠法として解決すべき場合には、G裁判所はF裁判所の先例を日本法に関する判例として扱うことはできない。判例の変更に関しても同様である。すなわち、例えば、日本の最高裁判所がA国法を準拠法として裁判を行った後に、それと同種の別の事案を最高裁がA国法を準拠法として解決すべき場合において、先例が妥当ではないと判断したときには、最高裁は先例を変更し得る。

これらの点で、日本の裁判所がA国法の解釈により創造する法規範はA国法であり、日本法ではない。

(2) A国の裁判所であれ、日本の裁判所であれ、裁判所がA国法を解釈して創造した法規範はA国法である。しかし、日本の最高裁の判例は日本の最高裁により変更されることができのに対して、A国の最高裁により変更されるこ

とはできない。この点で、A国の裁判所がA国法を適用した判例と日本の裁判所がA国法を適用した判例は異なる。

## 2 裁判所と立法機関

日本の裁判所が行ったA国法の解釈と矛盾する立法をA国の立法機関が行った場合には、日本の裁判所の判例は存在意義を失う<sup>64)</sup>。これに対して、日本の国会は、日本の裁判所がA国法を適用した判例を立法により覆すことはできない。この点でも、日本の裁判所がA国法の解釈により創造した法規範はA国法であり、日本法ではない。

## 第2款 外国法の内容不明の場合の処置

### 第1 外国法の内容不明の場合の処置

#### 1 認識の対象

##### (1) 認識の対象

日本の裁判所がA国法を適用する際には、A国の裁判官の立場に立って解釈しなければならない(前出本節第1款第1の2(1)参照)。具体的には次の通りである。第1に、日本の裁判所はA国法の法源(例えば、制定法の文言)を認識し、その法源に従って解釈しなければならない。第2に、日本の裁判所はA国の裁判所が従うべき・A国法解釈の方法(例えば、立法理由を参照することが許されるか否かという問題、制定法の文言に厳格に従って解釈しなければならないかという問題)<sup>65)</sup>を認識し、その方法に従って解釈しなければならない。第3に、日本の裁判所はA国法の価値体系を認識し、その価値体系に従って解釈しなければならない。

##### (2) 基準時

日本の裁判所はA国法に関するこれらの事項(法源、解釈方法、価値体系)を認識しなければならないが、裁判所が認識すべき対象は、判決の時点における・これらの事項である<sup>66)</sup>。

#### 2 認識と価値判断

A国法に関する上記の事項(特に、法源)を掲載する一次資料はA国で発行される。また、その一次資料が日本の裁判所に到達するためには一定の期間を必要とする<sup>67)</sup>。従って、A国で発行される一次資料のすべてに発行日のうちに日本の裁判所が接し得る制度が実現しない限り、日本の裁判所は、第1に、判

決の時点における・A国法の法源等を認識することはできず、第2に、判決以前の時点における法源等も不完全に認識し得るに過ぎない<sup>68) 69)</sup>。

このように、どの国の実質法が準拠法になるかを問わず、日本の裁判所は外国法の法源などの・判決の時点における状態を認識することはできないから、認識し得た法源、認識し得た・法解釈の方法、および、認識し得た価値体系に従って準拠法を解釈(=価値判断に基づく・法規範の創造)すべきである。この点で、外国法の内容不明の場合の処置の問題は外国法の解釈の問題の一環である<sup>70)</sup>。

## 第2 外国法の解釈

### 1 外国法の解釈に必要な事項

法解釈は、価値判断に基づく・法規範の創造である。従って、A国法を解釈する際には、A国法の法源を認識するだけでなく、A国の価値体系とA国の法規範の形態を認識することが必要である。以下では、後の2点に関して考える。

#### (1) 価値体系

日本の裁判所は、種々の資料に基づいてA国法の価値・価値体系を認識することができる。例として、以下のものを挙げることができよう。

第1に、当該法律関係に関する成文規定はA国法の価値体系を示す<sup>71)</sup>。例えば、離婚の許容性が問題になっている場合には、離婚の許容性に関するA国の成文規定からA国の価値体系を認識することができる。第2に、当該法律関係と関係が深い法律関係に関するA国の成文規定(例えば、離婚の許容性が問題になっている場合には、婚姻制度に関する・憲法、民法などの諸規定)も、その国の価値体系を示す。第3に、A国社会の現状はA国法の価値体系を認識するために重要な資料である。例えば、A国の民族構成、宗教、社会体制である。

#### (2) 法規範の形態

日本の裁判所がA国の法規範を解釈により創造する際には、既存の法規範を模範とする方法が有益である。このためには、当該法律関係に関してA国法の内容に類似する内容を持つ蓋然性が高い法を参照することが望ましい。

まず、当該法律関係に関するA国の学説は重要な参考資料である。

次に、当該法律関係に関してA国法の内容と同じ内容を持つ蓋然性が高い法も重要な参考資料である。第1に、当該法律関係に関する・A国の既に廃止さ

れた制定法は、普通は、A国の現在の制定法に類似する。第2に、A国法と法系を同じくする法がA国法の内容と同じ内容を持つ蓋然性は高い。第3に、A国となんらかの点（例えば、地理的位置、民族、宗教、社会体制）で同一性・類似性を持つ国の法がA国法の内容と同じ内容を持つ蓋然性も高い。

## 2 解釈方法の多様性

A国の法源に関する一次資料についても、A国法の解釈方法あるいは価値体系に関する資料についても、日本の裁判所が入手し得る資料の量は事案に応じてさまざまである。このために、外国法の解釈の方法を一般的な形で述べることは困難である。例えば、第1に、A国の成文規定と社会事情（宗教など）だけからA国法を解釈し得る場合がある。第2に、A国の憲法・民法の諸規定に照らしつつ、A国法と法系を同じくするB国法の成文規定の文言を大幅に修正して適用すべき場合もある。第3に、A国の憲法・民法の諸規定に照らしつつ、B国の成文規定とB国の学説に従うべき場合もある。外国法の解釈の際にこれらのどの方法によるべきかは事案により決まるのであり、外国法の解釈の際にはどんな方法を採用すべきであると予め決めておくことはできない。

# 第5章 基本観念の対立と学説の発展

## 第1節 基本観念

外国法の内容不明の場合の処置に関しては、日本の学説は、さまざまな点で対立している。第1は、裁判所は法規範を認識するのか、それとも、創造するのかという点である。第2は、どんな政策を実現すべきかという点である。第3は、外国法と法廷地法を平等に扱うべきか、それとも、法廷地法を優先すべきかという点である<sup>72) 73)</sup>。

この中で最も重要な対立は、第1の点（法規範の認識と創造）をめぐる対立である<sup>73a)</sup>。そこで、この章では、法規範認識の考え方（以下、「法規範認識説」という）に立つ諸説（第2節）と法規範創造の考え方（以下、「法規範創造説」という）に立つ諸説（第3節）に分けて、諸説がどのような態度をとっていたかを見る。最後に、諸説の発展の過程を見る（第4節）。

## 第2節 法規範認識説

法規範認識説に立って外国法の内容不明の場合の処置を考える説は、請求棄却説、段階的連結説、および、法廷地法適用説である。

### 第1款 法規範の認識

この款では、請求棄却説、段階的連結説、および、法廷地法適用説は、すべて、外国法に関しては、法規範認識説に立っていることを見てみよう。

#### 1 請求棄却説

跡部は外国法の内容不明の場合の処置に関して次のようにいう。

「裁判所カ総テノ調査方法ニ依リテ、外国法カ内国法ト一致スルノ確信ヲ得タルトキハ、是レ裁判所ハ既ニ外国法ヲ知ルモノニシテ、〔……〕裁判所カ外国法ヲ知ラサル場合ニアラス。若シ又裁判所カ此ノ如キ確信ヲ得サリシニモ拘ラス、内国法ヲ適用ストセハ、是レ本来外国法ノ適用ヲ命シタル内国国際私法ニ明カニ違反スルモノト云ハサル可ラス。故ニ正当ナル解決トシテハ、〔……〕当事者カ恰モ訴訟上攻撃防御ノ事実ヲ証明セサリシ場合ト同一ニ決定シ、原告ノ訴タルト被告ノ抗弁タルトヲ問ハス、之ヲ却下スヘキモノナリ〔……〕。」<sup>74)</sup>

このように、跡部は、外国法の内容に関する「確信」を問題にしている。従って、跡部は、日本の裁判所は外国法の法規範を認識する、と考えていたといえよう<sup>75)</sup>。

#### 2 段階的連結説

神前はA国法適用説(②説から④説まで。前出第2章参照)に関して次のようにいう。

「本来の準拠法に従って裁判を行うことがもっとも望ましいことはもちろんである。しかし、それを外国法が『不明』な場合にも貫こうとするこのような考えは、不可能を強いるものと言えないであろうか。すなわち、そもそも外国法の内容が推定等によって明らかになるのであれば、その外国法は不明とは言えないはずであり、また逆に外国法が不明であるとはその内容を推定等の方法によっても確定し得ないことを指すと考えるのが自然だからである。」<sup>76)</sup>

「準拠外国法が不明な場合には、『本来の準拠法による解決』という視点を貫徹することは不可能と考えられる〔……〕。」<sup>77)</sup>

この叙述から、神前は、日本の裁判所は外国法の法規範を認識する、と考えているといえよう<sup>78) 79)</sup>。

### 3 法廷地法適用説

三ヶ月は次のようにいう。

「ローマ法以来の『汝は事実を与えよ、我法を与えん』[……]という素朴な法格言[……]の出発点は、いうまでもなく、事実の面については当事者の認識の方が優越すべきであるし、法の認識については裁判官の認識の方が優越すべきであるということである。」<sup>80)</sup>

「準拠法として選ばれた外国法に関する限り、むしろそれと何等かの関連をもつ当事者側の知識の方が、付け焼刃的に当該外国法の探求へと散発的に向かわざるをえない内国の平均的裁判官側の認識よりも正確であるか、少なくとも同等であるとみる考え方が出て来ても少しも不思議ではないのである。」<sup>81)</sup>

「当該外国法の解釈について、その国で判例・学説が[……]食い違っているときに、どの判例を、また、どの学説をとって外国法となし、もって裁判の基準とすべきかという問題が生じる[……]。この問題は、結局は、何が当該外国の現在の時点において通説であるかの認定に帰するわけである[……]。」<sup>82)</sup>

この叙述から、三ヶ月は、少なくとも外国法に関しては、日本の裁判所は法規範を認識する、と考えているといえよう。

## 第2款 各説の比較

跡部説、神前説、三ヶ月説の共通点は、日本の裁判所は外国の法規範を認識するという考え方である。それでは、この三説は、どの点で異なるのであろうか。

### 1 国際私法に対する忠実度

(1) 請求棄却説の論拠は次の通りであると思われる。

第1に、日本の国際私法がA国法を準拠法としたからA国法を準拠法として裁判を行うべきである。第2に、日本の裁判所は外国法を創造すべきではない。従って、請求を棄却すべきである。

請求棄却説の論拠は上に述べた通りであると思われる。従って、請求棄却説は国際私法によるA国法の指定に忠実である。

(2) 段階的連結説と法廷地法適用説(三ヶ月)の論拠は次の通りであると思

われる。

第1に、A国法の内容不明の場合には裁判所は法的判断をすることができない。第2に、日本の裁判所は外国法を創造すべきではない。従って、A国法以外の法を準拠法とすべきである<sup>83)</sup>。

段階的連結説と法廷地法適用説の論拠は上に述べた通りであると思われる。この両説は国際私法によるA国法の指定には忠実ではない。

## 2 利益衡量

段階的連結説も法廷地法適用説も政策考慮・利益衡量を行う見解である(前出第3章第2節参照)。請求棄却説も多くの政策を実現する(前出第3章第2節参照)が、請求棄却説は政策考慮・利益衡量に基づいて主張されているわけではない<sup>84)</sup>。

## 3 普遍主義と国家主義

請求棄却説はA国法を準拠法として裁判を行うから普遍主義に立つ。段階的連結説も外国法と法廷地法を平等に扱うから普遍主義に立つ。これに対して、法廷地法適用説は法廷地法を優先するものである(国家主義)<sup>85)</sup>。

## 4 法規範認識説と事実

段階的連結説と法廷地法適用説(三ヶ月)は、A国法が準拠法になるためにはA国法の内容が明らかであることが必要である、とするものである。換言すれば、これらの説は、実質法の内容が明らかであるか否かはどの法域の実質法が準拠法になるかを左右する要因である、と考える説である。この点で、これらの説は、外国法の内容の不明を、連結点所在地における法(国家法秩序)の不存在、ないしは、連結点の不存在・連結点所在地の不明(これらについては、前出第1章参照)と同様に扱う考え方である。

これに対して、請求棄却説は、A国法が準拠法になるためにはA国法の内容が明らかであることは必要ではない、とするものである。しかし、請求棄却説は、外国法の内容が明らかにならない場合には内容の調査を終わりにして請求の当否を判断する。これは、実体法上の法律要件に該当する具体的事実の扱い方と同じである。

## 第3節 法規範創造説



法規範創造説に立つてA国法の内容不明の場合の処置を考える諸説は、A国法を準拠法として裁判を行うものである。

法規範創造説に立つ諸説は、A国法が準拠法になるためにはA国法の内容が明らかであることは必要ではない、とするものであり、その点で請求棄却説に類似し、段階的連結説および法廷地法適用説（三ヶ月）と異なる。

法規範創造説に立つ諸説は二種類に分けることができる。第1は、法廷地法を資料・素材としてA国の法規範を創造すべきであるとする説である（国家主義、第1款）。第2は、A国の価値体系を基準として法規範を創造すべきであるとする説である（普遍主義、第2款）。

### 第1款 国家主義

法規範創造説と国家主義とに立つ説は、法廷地法適用説である。

山田（三）は次のようにいう。

「近世諸国の司法制度に於ては〔……〕裁判所は〔……〕裁判の準則となるべき実体法の欠陥に就ては自由に之を補充することを得べき広汎なる解释权を有し、成文法なき場合には慣習法に依り、慣習法なき場合には条理に依り、自ら正当と信ずる所に従つて必らず裁判を与えねばならないのである。即ち裁判所は法律の不備欠点を理由として裁判を拒絶することを得ざるものである。然るに今外国法を適用するに当り、当事者之を証明することを得ず裁判所亦之を知ることを得ざる場合に、適用すべき法律の不明なることを理由として訴訟を却下するが如きは、實際上裁判の拒絶と同様であつて、国際交通の安全を害するの非難を免れざるが故に、依るべき外国法が不明なる場合に於ても、裁判官は条理に依つて裁判せざるを得ないのである。然し斯る場合に係争問題に該当する内国法の規定は裁判官の主観的条理よりも一層確實なる客観的条理たるを失はないから、寧ろ条理として内国法に依つて裁判するを以て正当とすと言はざるを得ないのである。」<sup>86)</sup>

この説は、日本の裁判所が外国法を創造することを許容する見解である。また、この説は、日本法を資料・素材として外国法を創造すべきであるとする点で、法廷地法を優先する考え方（国家主義）に立つ<sup>87)</sup>。

なお、法廷地法適用説は、諸説の中で最も多くの政策を実現する（前出第3章参照）が、山田（三）は、政策考慮・利益衡量を行っているわけではない。

## 第2款 普遍主義

法規範創造説と普遍主義とに立つ諸説は、政策考慮・利益衡量を行わない説（第1）と、政策考慮・利益衡量を行う説（第2）に分けることができる。

### 第1 政策考慮を行わない説

政策考慮を行わない説は、田中（耕）、久保、川又、溜池の各説である。

#### 1 田中耕太郎

田中（耕）は、外国法の内容不明の場合の処置に関して次のようにいう。

「法の欠缺の場合に於ける一般的理論に従い欠缺を補充する方法〔……は〕ノイベッケルの主張する所であり、是れ蓋し正当なる論である。曰く、此の立場は『体系』の思想（Gedanke des “Systems”）より生ずる。内国国際私法が指定するのは外国の一法律規定ではなくして、外国の法律秩序、即ち民法、英法其の他の法の全複合体である（auf fremde Rechtsordnung, auf den ganzen Komplex des französischen, englischen, usw. Rechts）。法律秩序の『欠缺』の補填に際しては拡張解釈、類推、慣習法及び裁判例が顧慮せらるる。条理は如何。若し此の商標に依って内国の法律思想の密輸入を試むるならば、其れは許さるべきではない。一法律秩序の欠缺は外国の諸法律秩序に依って補充せらるるを得ぬ云々〔……〕。要するに此の見解に依れば、内国の法律思想に非ざる一般的なる条理に依る補充は之を認むるのである。」<sup>88) 89) 90)</sup>

この説は、第1に、法規範創造説に立つ見解であり<sup>91)</sup>、第2に、法規範の創造の際には準拠法上の価値体系に従うべきである（普遍主義）とする見解である。

#### 2 久保岩太郎

久保は、外国法の内容不明の場合の処置に関して次のようにいう。

「準拠実質法上の法規の欠缺の場合と同様に、当該準拠法たる外国法の全体より判断し類推補充して問題の涉外私法関係を規律すべきものと信ずる。尤も準拠外国法全体の精神すら知り得ず類推補充の途なき場合の如きは、なほ疑もあるが条理に基いて問題の法律関係を規律すべきであらう。」<sup>92)</sup>

この説は、第1に、法規範創造説に立つ見解である。第2に、「当該準拠法たる外国法の全体より判断し」という文言と、「準拠外国法全体の精神」とい

う文言は、法規範の創造に際してはA国法の価値体系を基準とすべきである、ということの意味するから、この説は普遍主義に立つ<sup>93)</sup>。

なお、「当該準拠法たる外国法の全体より判断し」という文言は、裁判所がA国法以外の法を参照することを禁止する趣旨であるか否かは明らかではない<sup>93)</sup>。

### 3 川又良也

川又は、外国法の内容不明の場合の処置に関して次のようにいう。

「〔外国法の内容不明の〕場合は、もはや適用すべき法が欠缺しているのと同じ状態であるから、それに代るべきものとして条理によらざるを得ないのである〔……〕。そこにおいては如何なる意味においても国際私法が本来意図するままの解決は望めない場合であるから、我々はその本来あるべき解決に最も近いものを以て満足すべきであると同時に、そうした解決に達するような努力はしなければならない。それは不明なる外国法秩序において、おそらく妥当するものと確信することのできる法を探求することによってのみ可能であり、この場合の条理は、まさにそのようなものでなければならないのである。」<sup>94)</sup>

「直接近似法を適用せよとする説も未だ完全ではない。というのはたとえ同一法系に属している国の法といえども、それぞれの国固有の立法によって、その間にかかなりの相違が生じる場合が考えられるからである〔……〕。従って直接近似法を適用するだけでなく、それを中心として、知り得るならばその他の諸条件、例えば地理的、民族的、政治的諸条件や当該国家の法秩序の基本的精神、当該法秩序内における拡張解釈類推等による修正の可能性を認めるべきであろう。」<sup>95)</sup>

この説も、第1に、法規範創造説に立つ見解であり<sup>96)</sup>、第2に、法規範の創造の際には準拠法上の価値体系に従うべきである（普遍主義）とする見解である。

川又説は、また、A国法の内容と同じ内容を持つ蓋然性が高い法を、A国法の価値体系に照らして修正すべき場合もあり、修正すべきでない場合もあり、どちらの方法によるべきかは事案ごとに決めるべきである、とするものである（「修正の可能性を認めるべきであろう」）。これは、政策考慮を行わないものである（前出第3章第2節第1参照<sup>97)</sup>）。

### 4 溜池良夫

溜池は、外国法の内容不明の場合の処置に関して次のようにいう。

「その国の属する法系、もしそれが不明のときには、その国の社会体制や国民の宗教などからその国の属する法系を推定し、さらには、その国の過去の法制度がわかる場合はこれを参考にするなどして、その国に『おそらく妥当している法律 (wahrscheinlich geltendes Recht)』を考えて、これを条理として裁判の基準とすべきであると思われる。」<sup>98)</sup>

「不明な北朝鮮法の発見にあたって、先ず朝鮮において伝統的におこなわれてきた固有の法律について、これを他の社会主義諸国の法制と比較考察のうえ、社会主義的法律秩序の基本精神により補正を加えたものをその内容として認識すべきであろう。」<sup>99)</sup>

この説も、第1に、法規創造説に立つ見解であり、第2に、法規創造の際には準拠法上の価値体系に従うべきである(普遍主義)とする見解である。

## 5 ま と め

1から4までに掲げた諸説は、外国法の内容不明の場合の処置に関して、法規創造説と普遍主義とに立つ。そして、これらの諸説は、すべて、外国法の内容不明の場合に特有の諸政策(第3章参照)を全く比較衡量しない<sup>100)</sup>。

これに対して、法規創造説と普遍主義とに立ちつつ、外国法の内容不明の場合に特有の諸政策を比較衡量する説がある。次にその説を見てみよう。

## 第2 政策考慮を行う説

法規創造説と普遍主義とに立ち、政策考慮・利益衡量を行う説は、最近似法適用説である。

池原は、外国法の内容不明の場合の処置に関して次のようにいう。

「準拠法たる外国法の内容が問題の点について不明であるというのは、当該外国法中にこの点について法の欠缺がある場合に準じるものともみられるので、それに準じて、その外国法秩序の基礎たる価値体系に解決の基準を求めべきものとするのは、理由のないことではない。しかし、当該外国法についての調査が困難である場合には、その基礎たる価値体系を的確に認識することも容易ではなく、各国の裁判所は条理の具体的な認識において往々にして恣意的になる虞れが少なくない。そこで、ほんらい準拠すべきであった法秩序と最も近似しているとみられる法秩序に裁判の基準を求めることが、かような場合〔準拠法たる外国法が不明な場合〕における最も実際的かつ合理的な解決方法とし

て考えられるのである。かくして、〔その外国法と最も近似しているとみられる法律を適用する〕説が、近時の学説や判例に多くの支持をえているのは、正鵠をえたものといえよう。<sup>101)</sup>

この説は、第1に、最近似法を資料・素材としてA国法の法規範を創造すべきである、とするものであるから、法規範創造説に立っている。第2に、この説は、どの法域の実質法の内容がA国法に最も近似するかをA国の価値体系に従って判断する<sup>102)</sup>から、普遍主義に立つ。

この説は裁判官の恣意的な判断を排除すべきであるとする。ところで、複数の法域の実質法のうちでB国法の内容が当該法律関係に関してA国法の内容に最も近似するが、同じではない、と見られる場合に、A国の価値体系に従ってB国法の法規範を裁判官が修正することを許容すると、修正の際に裁判官の恣意的な判断が混入する可能性がある。従って、この説は、上の場合には裁判官による修正を許容しないものと思われる。この点で、池原は政策考慮・利益衡量を行っている、といえよう（第3章第2節第1参照）。

### 第3 「条理説」と「近似法説」

第1と第2に挙げた諸説は、すべて、法規範創造説と普遍主義とに立つ。これらの諸説のうちの、ある説は条理説と呼ばれ、別の説は近似法説と呼ばれる。また、同一の説が、ある者から条理説と呼ばれ、別の者から近似法説と呼ばれることもある<sup>103)</sup>。しかし、日本の裁判所はA国法の内容不明の場合にはA国の価値体系に基づいて法規範を創造すべきである、とする点でこれらの諸説は類似する<sup>104)</sup>。

## 第4節 結 語

### 第1款 基本觀念の相違と学説

外国法の内容不明の場合の処置に関する諸説は、三つの観点ないしは座標軸（法規範認識説と法規範創造説、政策考慮をどの程度行うべきか、普遍主義と国家主義）に従って分類することができる。以下では、どの基本觀念がどの基本觀念と結びつくと、どんな説になるかを見てみよう（第1—第3）。また、

国際私法によるA国法の指定に対して、どの説が忠実であるかを見てみよう（第4）。

### 第1 法規範の認識と創造

法規範認識説に立つ説は、請求棄却説（跡部）、段階的連結説（神前）、および、法廷地法適用説（三ヶ月）に分けることができる。法規範創造説に立つ説は、A国法適用説（田中（耕）、久保、池原、溜池、川又）と法廷地法適用説（山田（三））に分けることができる。

### 第2 普遍主義と国家主義

普遍主義は、法規範認識説と結び付くこともあり（跡部、神前）、法規範創造説と結び付くこともある（田中（耕）、久保、池原、溜池、川又）。国家主義（法廷地法適用説）は、法規範認識説と結び付くこともあり（三ヶ月）、法規範創造説と結び付くこともある（山田（三））。

### 第3 政策考慮・利益衡量

政策考慮・利益衡量を行わない説は、法規範認識説と結び付くこともあり（跡部）、法規範創造説と結び付くこともある（田中（耕）、久保、溜池、川又）。政策考慮・利益衡量を行う説は、法規範認識説と結び付くこともあり（神前、三ヶ月）、法規範創造説と結び付くこともある（池原）。

### 第4 準 拠 法

A国法の内容不明の場合に、A国法を準拠法として裁判を行う説もあり（跡部、山田（三）、田中（耕）、久保、池原、溜池、川又）、A国法以外の実質法を準拠法として裁判を行う説もある（神前、三ヶ月）。

## 第2款 学説の発展の歴史

### 第1 学説の発展

ある時代の学説は、その時代の新しい学説により批判され、後者は更に次の時代の学説により批判される。過去において克服された基本観念が新しい基本観念と結び付いて新しい学説に姿を変えて再生することもある。以下では、こ

の観点から諸説を見てみよう。

1 1923年に跡部は請求棄却説を主張し、1932年に山田（三）は法廷地法適用説を主張した。ここでは、法規範認識説と法規範創造説の対立（そして、後者の勝利）を見ることができる。

2 1933年に田中（耕）は、A国法の価値体系（『体系』の思想）による補充を主張した。ここに、法規範創造説の内部における、国家主義と普遍主義の対立（そして、後者の勝利）を見ることができる。田中（耕）説は、久保、溜池および川又により受け継がれた。

3 1973年に池原は最近似法適用説を主張した。ここに、法規範創造説と普遍主義とに立つ利益衡量説の出現を見ることができる。

4 1987年に三ヶ月は法廷地法適用説を主張し、1990年に神前は段階的連結説を主張した。ここに、法規範認識説に立つ利益衡量説の出現を見ることができる。かくして、法規範認識説（跡部）は山田（三）により克服されたかに見えるが、利益衡量と結びついて再生した（神前、三ヶ月）。国家主義（山田（三））は田中（耕）により克服されたかに見えるが、利益衡量と結びついて再生した（三ヶ月）。

## 第2 日本の学説の原点

跡部説は、第1に、A国法を準拠法として裁判を行うべきであるとする説（＝国際私法によるA国法の指定に忠実な説）であり、第2に、法規範認識説に立つ説である。第1の、A国法を準拠法として裁判を行うべきであるとする考え方は、山田（三）、田中（耕）、久保、池原、溜池、および、川又に受け継がれた。第2の、法規範認識説は、神前と三ヶ月に受け継がれた。かくして、外国法の内容不明の場合の処置に関しては、跡部説は日本の学説の原点である。

### 第3款 おわりに

第1 久保は、「民法が一段構造（平面構造）であるに対し国際私法は二段構造（立体構造）になってゐる」という<sup>105)</sup>。また、国際私法は「法の法」であるといわれることもある<sup>106)</sup>。

裁判所は法解釈に際して法規範を認識するのか、それとも、創造するのか、という問題、あるいは、政策考慮・利益衡量を行うべきか否かという問題は、

国内法上の個々の法律問題に関しては解釈論上の実益を伴わないことが少なくないと思われる。しかし、国際私法にあつては、このような基本的な問題に関する考え方の違いが学説の著しい対立(前出第2章参照)となって現われる。これは、法に関する考え方の微妙な相違が、国際私法の「法の法」という性質により増幅されるためであると思われる(前出本節第1款参照)。

## 第2 澤木は次のようにいう。

「国際社会の中に複数の法秩序が並存していることを前提として渉外的法律関係の法規制を行なうという場合、いかなる方法を採用するか、その理論的根拠を何に求めるかについては、きわめて多様な見解の対立がある。今日われわれが国際私法と呼んでいるものは、わずか一四〇年前にサヴィニーによって基礎づけられたものであるが、なお国際私法の意義および性質については、基本的な見解の対立が存在しており、現在でもそれは超克されていない。[……]このような意味で、国際私法の歴史、とくにその理論史の研究は、国際私法の理解およびその現代的課題の認識のための不可欠の前提なのである。」<sup>107)</sup>

この叙述は外国法の内容不明の場合の処置に関するものではない。しかし、外国法の内容不明の場合の処置に関する日本の各々の学説は、それが現われた時代の法学の状況を反映しているように思われる<sup>108)</sup>。

1) 筆者がこの問題について考える機会を得たのは、涉外判例百選(第3版)[1995]において、「外国法の内容不明の場合の処置(長野家裁昭和57年3月12日審判, 家庭裁判月報35巻1号105頁)」「(同書28—29頁)」という項目の執筆を割当てられたことによる。ここに、同書の編集者である、池原季雄先生と早田芳郎先生に感謝の意を表する。

2) 池原[1973]247頁三。

3) 溜池[1993]110頁参照。

4) 折茂豊・国際私法(各論)(新版)89—90頁[1972], 澤木[1990]208頁。

5) 折茂・前掲書(注4)183—184頁注10, 山田(鑛)[1992]325頁。

6) 跡部[1923]418頁。

7) 久保[1953]58頁。

8) 川又[1956]30—31頁, 溜池[1993]241頁。

9) 池原[1973]242—243頁。

10) 矢吹[1986]261—263頁, 神前[1990]1039—1040頁。また, 山内[1981]147—148頁三, 四, 石黒[1990]160頁参照。



- 11) 山田 (三) [1932] 402—403頁, 三ヶ月 [1987] 269頁。
- 12) 池原 [1973] 243頁は、「ほんらい準拠すべきであった法秩序と最も近似していると思われる法秩序に裁判の基準を求める [という] 解決方法にもよりえない場合の最後の手段としては [……] 当該の渉外的生活関係が関連を持っている諸法域の法秩序を勘案して具体的に妥当な解決をはかるほかないであろう」という。これは、第1段階として④説を採用し、第2段階として⑤説を採用する説である。
- 13) 山田 (録) [1992] 124—125頁, 櫻田 [1994] 121—122頁は、第1段階として②説ないし④説を採用し、第2段階として⑥説を採用する。  
 焔場 [1976] 27頁八は、「近似諸国法から集成された概括的基準に依り法廷地法を修正した規定を構成する。そして、これを法廷地国の条理として適用する」(傍点は原文) という解決を主張する。これは③説と⑥説を折衷する説である。
- 14) 神前 [1990] 1040頁は、段階的連結の最終段階を法廷地法とする。矢吹 [1986] 261—263頁も同旨。これは、第1段階として⑤説を採用し、第2段階として⑥説を採用する説である。
- 15) 神前 [1990] 1023頁注79は、「近似法適用の根拠は、それが内容的に本来の準拠法に類似しているということだけであり、その近似法に独自の根拠はないと考えられる」という。
- 16) 準拠法たる外国法の内容不明の場合には法廷地法を適用すべきであるが、当該法律関係に関して、法廷地法が比較法の観点から風変わりな内容を持つとき、法廷地法の内容と準拠法たる外国法のうちの知り得た部分とが調和しないときなどには、法廷地法を適用すべきではないという考え方がある。Kropholler [1994] 195—196参照。これは、A国法の内容と法廷地法の内容が異なる蓋然性が高い場合には法廷地法を適用すべきではないという考え方である。
- 17) 焔場 [1986] 33頁六, 神前 [1990] 1024頁注82, 1040頁注121参照。
- 18) 池原 [1973] 243頁 (④説) は、「当該外国法についての調査が困難である場合には、その基礎たる価値体系を的確に認識することも容易ではなく、各国の裁判所は条理の具体的な認識において往々にして恣意的になる虞れが少なくない」という。三ヶ月 [1987] 268頁 (⑥説) は、「各国法にまたがる不文の条理の発見という学者的作業を、決して学者とはいえぬ平均的裁判官に要求することは、過重の負担を強いることになるというべきであり、一国の司法制度のエネルギーの合理的配分という見地からしても問題である」、「無限に主観的な要素のまざれ込む余地のある条理なるものに最後の解決を托することは、甚だ問題だというべきであ [る] 」という。なお、三ヶ月による・条理説の理解については、神前 [1990] 1002頁注10参照。
- 19) 神前 [1990] 1000頁 (⑤説) は、「当該外国法以外の資料から本来の準拠法の内容を推定することがどこまで真実に合致しうのか [……] といった疑問も生じよう」という。
- 20) 神前 [1990] 1000頁 (⑤説) は、「裁判官にとってこのような作業 [当該外国法以外の資料から本来の準拠法の内容を推定すること] はかなり困難なものではないか、といった疑問も生じよう」という。三ヶ月 [1987] 267頁 (⑥説) は、「一国の平均的な裁判官から [……] 高度な比較法的知識を常に要求し、最も近接した法

(外国法のまた外国法)の発見を義務付けることは理論倒れの感がすることは否めず、訴訟の現場からすれば实际的でないという致命的な批判を免れぬであろう」という。

21) 三ヶ月〔1987〕269頁(⑥説)は、「国内法を適用するもやむをえないとする説〔……〕は、平均的な裁判官の能力からみて無理がない」という。

22) 神前〔1990〕1019頁注66, 櫻田〔1994〕121頁参照。

23) 法廷地法適用説が種々の観点から基礎付けることができることは既に指摘されている。舩場〔1986〕33頁五, 六, 道垣内〔1986〕267—268頁三, 神前〔1990〕1024頁注82, 1040頁注121参照。

24) 舩場〔1986〕33頁五は次のようにいう。なお、引用文中、「近似法」の意味については、後出注103参照。

「近似法の代用法としての適格性には全く疑問の余地がないであろうか。もともと近似法は準拠法国の真実の法とは言い難い。法廷地たる日本の法でもない。いわば、いずれの国の法でもない架空のものである。裁判官が当該事案のために個別に『立法』したというのが真実に近い。それを当該準拠外国法として適用するときは、指定された準拠法の適用という『外観』は守りうる。しかし、その虚構性は覆うべくもない。」

さらに、石黒〔1990〕160頁, 後出第5章第2節第1款の2(神前説)参照。

25) 裁判所が創造した法規範が何であるかを明らかにするための基準・方法については、田中(英)〔1977〕33—40頁(1)参照。

26) 末弘〔1953〕34, 39頁, 田中(英)〔1977〕20—21頁(b)。

27) 団藤〔1973〕177頁は、「裁判官は、『これが客観的に正しい法実現である』とみずからの良心によって信じることにしたがって裁判をするべきである。〔……〕『裁判官としての良心』は、本来の主観的良心を中核としながらも、客観的法の実現という客観的要請との関係で、変容を受けたものである」という。平野〔1966〕74頁は、「裁判官は、自己の価値規準に従って裁判すべきものではなく、国民の多数の持つ価値観ないし国民の中の指導的な価値規準に従って裁判をすることが要請される」という。

28) 団藤〔1973〕は、「裁判官的良心と法学者的良心の間には本質的な違いはないものともいってよい」という(319頁)が、さらに続けて、「微妙な点」においては両者の間には違いがあるという(320頁)。

29) 最高裁判所が判例を変更するためには、裁判官の構成が変更したことは必要ではない。

30) 例えば、裁判所が行った法解釈を法学者が批判する場合、X事件における最高裁判所の法解釈と、(X事件と同種の)Y事件における地方裁判所の法解釈が異なる場合、上訴審で破棄・取消が行われた場合(上訴審の法解釈と原審の法解釈。なお、後出第3—1(2)の最後の段落参照)である。

31) 個々の法律問題に関して、複数の解釈の優劣を判断するための具体的な基準を明らかにすることは極めて困難である。加藤〔1966〕49—50頁は、「法の解釈において〔……〕どちらが『正しい』解釈かを検証する方法は、自然科学における実験と

- は異なり〔……〕存在しないのである」という。これに対して、星野〔1968〕は、「価値判断の客観的妥当性〔……〕に関しては、価値判断につき一定の基準に照して正しいか正しくないかが決められるとする説〔……〕をとりたいが」（36頁）、「法律の特定の解釈が客観的に妥当であり、他の解釈が誤っているときめつけるべきではない。われわれは、個々の解釈ができるだけ客観的に妥当なものであるよう努力し、その時点ではいちおう最上と信じて解釈するのであるが、果してそれが客観的に妥当であるかを判定する権限はわれわれにはないのである」（46頁、傍点は原文）という。
- 32) 平野〔1966〕72頁は、「法律学の内容は〔……〕実践的な努力を含んでいる。それは判例を変更し、維持し、作りだすために裁判官にはたらきかけ、説得しようとする努力である」という。
- 33) 裁判所法4条と民訴407条2項は、同一の事件に関しては上級審の裁判所の法的判断は下級審の裁判所を拘束すると定める。この拘束力については本稿では立ち入らない。この拘束力については、兼子一・竹下守夫・裁判法（第3版）133—136頁〔1994〕参照。
- 34) 田中（英）〔1974〕215頁は、傍論と学説の類似性を指摘する。
- 35) 「判例を度外視して現行法の何たるかを知ることは今や全く不可能となった」、「判例を知らないでどうして現行法を知ることが出来やう」（民法判例研究会・判例民法大正10年度の序1、2頁、1923。初出は1921）ということばにおける「現行法」は本文に述べた意味における「法」である、と理解することができる。
- 36) 星野〔1971〕35頁は、「判例は法源ではない」という。
- 37) 末弘〔1953〕35、36—37頁。
- 38) 前出注25参照。
- 39) 加藤〔1979〕5頁は次のようにいう。  
 「裁判官は、つねに目前の事件について具体的妥当性をもつ解決を心がけるべきであり、単に先例があるという理由で判断を停止してよいものではない。〔……〕裁判官として大切なことは、従来判例のわくの中で忠実に仕事をするのではなく、個々の事件に妥当な解決を与えることなのである。  
 裁判官としては、もし前の判例が適当でなかった、あるいは、時代の変化のため適当でなくなったと思えば、判例を変更して、新しい判例をつくり出すこともできるし、そうすることがむしろ義務でもある。」  
 また、中野〔1986〕17—19、26—27頁参照。なお、下級裁判所の裁判官については、平野〔1966〕67—68頁参照。
- 40) しかし、加藤〔1979〕4—5頁は、次のようにいう。  
 「判例の妥当範囲とか『射程距離』とかいうことばで論じられる〔……〕問題〔……〕は、単に事実の客観的認識の問題にとどまるものではなく、その判例をどこまで適用させるのがよいかという価値判断を内蔵している〔……〕。」  
 厳格な先例拘束性の原理（＝判例を変更することができない制度）の下では、裁判所は、判例において創造された法規範の内容が妥当ではないと考えた場合には判例における些細な事実を重要な事実であるとする傾向がある、といわれる。田中

- (英) [1964] 55—56頁, 同 [1967] 65—66頁。従って, 厳格な先例拘束性の原理の下では, 過去の判例において創造された法規範が何であるかを裁判所が明らかにする行為は現在なすべき法解釈と不可分の関係に立つといえよう。
- 41) 平野 [1966] 71—72頁。
- 42) 末弘 [1953] 40頁。
- 42a) 法解釈の「主体性」については, 団藤 [1973] 316—322頁参照。
- 43) 中野 [1986] 22頁は, 「[下級裁判所の] 裁判官は『最高裁のするであろう判断』に拘束される」という。また, 同21, 24頁(2)参照。この見解については次の2点を指摘することができる。第1に, 法解釈は解釈者自身による価値判断であり, 他の解釈者の行うであろう解釈を予測することではない。第2に, 最高裁の法解釈と原審の法解釈が異なる場合には最高裁は原判決を破棄する(民訴407条1項)が, 最高裁による原判決の破棄は審級制度の帰結である。最高裁が行うであろう法解釈に原審が従わなかったから破棄されたという説明(=法解釈の観点に立つてする説明)をすべきではない。
- 44) 罪刑法定主義の根拠については, 平野龍一・刑法(総論I) 64—66頁 [1972] 参照。
- 45) 刑法の領域においては裁判所の法創造に際して罪刑法定主義はどのような意味を持つかについては, 田中(英) [1977] 50—51頁注68参照。
- 46) 平野 [1966] 60頁は, 刑法の領域における成文規定の不存在と民法の領域におけるそれとを比較している。
- 47) 刑法は, どんな行為が行なわれた場合に国家は行為者に対してどんな刑罰権を取得するかを定める。従って, 刑法は国家と個人との間の法律関係を規律する。団藤重光・刑法綱要総論(第3版) 473—474, 514, 4頁 [1990] 参照。これに対して, 民法は, どんな事実(意思表示, 時間の経過など)が存在する場合に私人間のどんな権利が変動(発生・変更・消滅)するかを定める。従って, 民法は私人と私人との間の法律関係を規律する。刑法と民法は, この点で異なる。
- 48) 田中(英) [1974] 248—249頁(c)参照。
- 49) 我妻 [1965] 20頁(口)は, 「今日では, 民法に全然規定のない事項で, 判例法上の一制度となっているものも少なくない」という。また, 法規範の内容不明と不存在については, 兼子一・民事訴訟法体系(増訂版) [279] (1) (256頁) [1965] 参照。民法の領域における「判例法の成立およびこれによる制定法の補充」については, 兼子一・実体法と訴訟法——民事訴訟の基礎理論——12—14頁 [1957] 参照。民訴394条は, 上告理由として, 「判決ニ憲法ノ解釈ノ誤アルコト其ノ他憲法ノ違背アルコト又ハ判決ニ影響ヲ及ボスコト明ナル法令ノ違背アルコト」を掲げる。上告審は法律審であるから, 成文規定の不存在の場合にどのような法規範を創造すべきかという問題に関して上告審は審理し得ると解すべきである。兼子一他・条解民事訴訟法 § 394-3 (1206頁)(松浦馨) [1986] は, 「[民訴394条の] 法令とは, 法源のいかんを問わず, 裁判所の遵守適用すべき憲法以外のすべての法規を指す」という。
- 50) 国際私法上の問題に関して成文の国際私法規定が存在しない場合にはどうすべき

であろうか。詳しく検討する余裕はないが、成文の国際私法規定が存在しない場合には裁判所は価値判断（日本の国際私法上の価値体系に基づく価値判断）により法規範を創造することが許される、と解すべきである。池原〔1973〕35頁は、「国際私法に関する制定法〔……〕の欠缺〔……〕は、立法による補正が及ばない限り、慣習法（判例法）や条理によって補充され〔……〕るほかない」という。

- 51) 太政官布告が日本国憲法の下で法源であるか否かについては、竹内昭夫他編集代表・新法律学辞典（第3版）942頁（「太政官布告」）〔1989〕参照。なお、裁判事務心得が現行法であるか否かという問題には本稿では立ち入らない。この問題については、杉山直治郎「明治八年布告第百参号裁判事務心得と私法法源——チェニー先生の古稀を祝して——（二）、（四）」法学協会雑誌49巻10号1751—1757頁、12号2159—2163頁〔1931〕、団藤〔1973〕145頁参照。
- 52) 田中（耕）〔1933〕402頁は、裁判事務心得3条の「条理」は、「自然法の補充的機能に外ならない」という。また、同33—34頁参照。しかし、本稿では自然法論に立ち入ることはできない。後出注72、91参照。
- 53) 「条理」ということばは、民法上の価値体系という意味と、国際私法上の価値体系という意味に用いられる。

川島〔1965〕25頁は、「条理とは〔……〕常識的なことばでいえば、〔……〕『物の道理』であるが、より精密に言えば、実定法体系の基礎となっている基本的な価値体系である。〔……〕条理は具体的事件の法的価値判断に適するような具体的な判断規準ではないから、裁判官が条理にもとづいて具体的事件に対して価値判断を加えるには、この基本的価値体系を具体化して当該の具体的事実関係のための具体的判断規準にまで構成しなければならない」という（傍点は原文）。また、末弘〔1953〕36、42—43、47頁参照。

溜池〔1993〕241頁は、外国法の内容不明の場合の処置に関して、「近似法の適用の根拠は、それが条理に合致することにある」という。また、林脇〔1978〕131頁二は、「条理にしたがった裁判とは、条理という一つの裁判準則があるわけではなく、裁判官が全法体系の中で当該事件の判断にとって適切である基準を作り出し、それに基づいて裁判することであり、涉外事件についていえば、準拠法に所属する裁判官が下すであろう判断を条理上求めることである」という。林脇〔1977〕123頁も同旨。これらにおいては、「条理」は特定の法域の民法上の価値体系という意味で用いられている。

池原〔1973〕37—38頁は、「実定国際私法の基礎をなしている基本的な価値体系たる条理ともいべきもの」、「国際民事訴訟法の基本理念としての条理」、「国際私法上の条理は〔……〕わが実定国際私法の基礎をなす価値体系の中に求めなければならない」という。国際私法上の価値体系に基づく・法規範の創造（成文の国際私法規定が存在しない場合）の例については、溜池〔1993〕76—77頁（2）参照。

- 54) 川島〔1965〕26頁。

- 55) 溜池〔1993〕241頁は、外国法の内容不明の場合の処置に関して、「その国に『おそらく妥当している法律〔……〕』を考えて、これを条理として裁判の基準とすべきであると思われる」という。ここでは、「条理」は、裁判所により創造された法

規範という意味で使われている。

- 56) 石黒〔1994〕230頁は、「外国法の解釈もまた、法創造的な作業であることにかわりはないのである」という。

本文で述べたことは日本の最高裁判所による外国法の解釈に関しても妥当する。なお、溜池〔1993〕242頁参照。

田中(英)〔1964〕60頁は、「日本の裁判所でA国法の内容が問題になったときに裁判官がA国法について独自の見解を出すのはどうであろうか。この場合に問題になっているのは、A国法がこう『であるか』ということであり、こう『あるべきか』ということではない」という。妥当ではない。

- 57) 従って、A国の学説が論じていず、A国の裁判所の判例も存在しない法律問題に関しても、日本の裁判所は判断し得る、と解すべきである。

- 58) 池原〔1973〕233頁。

- 59) A国の国内的法律関係に関してなすべきA国法の解釈と、渉外的法律関係に関してなすべきA国法の解釈は、必ずしも同じであるとは限らない。池原〔1973〕233—234頁。従って、複数の渉外的法律関係が同種であるか否かの判断に際しては、国内事件において考慮すべき事項(前出注24参照)に加えて、当該法律関係の空間的属性(当事者の国籍・常居所、目的物所在地、法律行為地など)をも考慮しなければならないであろう。ただし、どのように考慮すべきか(例えば、国名は重要な事実か)という問題には本稿では立ち入らない。

- 60) 換言すれば、日本の最高裁の解釈とA国の最高裁の解釈のどちらについても、A国法の解釈として妥当であるかという問題が生ずる。

- 61) 田中(英)〔1967〕62—65頁は、イギリスでは貴族院の厳格な先例拘束性の原理(=判例を変更することができないという原理)は、19世紀の中頃に採用されたが、1966年に廃棄されたという。また、田中(英)〔1980〕480—482頁は、アメリカでは厳格な先例拘束性の原理は一度も存在したことはなく、現在コモンウェルス諸国で厳格な先例拘束性の原理を採用している国は存在しないという。従って、本稿では、A国においては厳格な先例拘束性の原理が採用されていないものとする。

- 62) 石黒〔1990〕162—163頁。

日本の裁判所がA国の最高裁判所の解釈と異なる解釈を行った場合には、どちらの解釈についても、A国法の解釈として妥当であるかという問題が生ずる。

- 63) 国際私法により準拠法になる外国法の性質については、溜池〔1993〕235—237頁参照。

- 64) 日本の裁判所が日本の制定法を解釈した判例は、その制定法を日本の立法機関が改正した場合には覆される。また、例えば、憲法を解釈した判例を国会は覆すことはできない。これらについては、田中(英)〔1977〕15頁(b), 17(d)—19頁参照。

- 65) 英米の制定法の解釈方法については、田中(英)〔1980〕§622(503—07頁)参照。

- 66) 裁判所は最も新しい法(時際法を含む)を適用すべきである。従って、第1審裁判所は第1審判決の時点における法(時際法を含む)を適用すべきであり、控訴審裁判所は控訴審判決の時点における法を適用すべきである。上告審裁判所は上告審

判決の時点における法を適用すべきである。上告審裁判所の適用すべき法については、兼子一他・前掲書（注49）§394—7（1211頁）（松浦馨）参照。

外国法についても同様に解すべきである。すなわち、日本の裁判所（事実審であるか法律審であるかを問わない）が判決をする場合には、その判決の時点における・A国法の法源（時際規定を含む）を認識すべきである。なお、この点は準拠法の不変更主義の場合でも変わりはない。例えば、物権変動に関しては、「原因タル事実ノ完成シタル当時」（法例10条2項）における目的物所在地たるA国の・判決の時点における法源（時際規定を含む）を日本の裁判所は認識すべきである。

甲府地裁昭和51年10月29日判決（判例時報852号105頁、林脇〔1978〕）は、「裁判において判断の基準となるべき法令は裁判時に効力を有する法令〔である〕』という。

67) 一次資料は二つの種類に分けることができる。第1は官報である。個々の制定法が法源たるためには官報により公布されることが必要であるから、官報は個々の制定法を法源たらしめるものである。官報は、また、法源を認識するための資料である。第2は法令集である。法令集は法源を認識するための資料であるに過ぎない。制定法の成立、公布および施行については、清宮四郎・憲法I（第3版）175—176頁（2）、419—420頁（4）—（6）〔1979〕参照。

68) 道垣内〔1986〕268頁三参照。

69) 「外国法の内容不明」とはどんな状態を意味するのかという問題がある。

第1に、日本の裁判所は日本法に関しては判決の時点までに発行された一次資料をすべて入手することができるから、判決の時点における法源を完全に認識することができる。これに対して、外国法に関しては、判決の時点までに発行された一次資料をすべて入手し得るわけではないから、判決の時点における法源を認識することはできない。従って、「判決の時点における法源」を「法の内容」と呼ぶなら、日本法の内容は日本の裁判所にとって明らかであるのに対して、外国法の内容は、どの国の法の内容でも、日本の裁判所にとって明らかではない。

第2に、日本の裁判所は日本法を適用する場合にも外国法を適用する場合にも、既存の法規範を認識しているのではなく、法規範を創造しているのである。換言すれば、日本法でも外国法でも認識の対象たる法規範は存在しない。従って、法的判断に必要な法規範（前出本章第2節第1款第3参照）を「法の内容」と呼ぶなら、日本法の内容も外国法の内容も日本の裁判所にとって明らかではない。

いずれにしても、外国法の内容は日本の裁判所にとって常に不明である。なお、「外国法の内容の不明」の意味については、焔場〔1976〕26頁一、二、神前〔1990〕1039頁注112参照。

70) 外国法の内容不明の場合の処置の問題と外国法の解釈の問題の連続性は既に指摘されている。道垣内〔1986〕268頁三、神前〔1990〕1040—1041頁、石黒〔1990〕161頁。

ドイツでは、NeubeckerとMelchiorは、外国法の内容不明の場合の処置を外国法の解釈の問題の一環として扱っている。後出注89、90参照。

71) 平野〔1966〕75頁は、「価値規準が明白でないときは、法規の中からこれを引き

出すという作業をしなければならない。法規は、多かれ少なかれ、自ら価値を選択しこれを示していると考えられるからである」という。

72) 澤木〔1990〕9—10頁は次のように述べる。

「八世紀の長きにわたって国際私法理論を支配してきたスタチュートの理論は、一九世紀に入ると基本的な反省を迫られることになった。〔……〕スタチュートの理論を克服する過程では、〔……〕あらゆる根本問題が論じられた。〔……〕そこには、自然法論と経験主義法学、普遍主義と国家主義、概念法学と利益法学等の法思想上の対立が背景に存在していた。」

この叙述は外国法の内容不明の場合の処置に関するものではないが、本文で述べた3つの観点を示すものと思われる。

なお、本稿では自然法論に立ち入る余裕はない。Zitelmann が自然法論に立つか否かについては、田中(耕)〔1933〕7頁注4、89—90頁、澤木敬郎「国際私法上の連結点のあり方について」立教法学1号178—179頁〔1960〕、澤木〔1990〕12頁参照。また、前出注52、後出注91参照。

73) 本稿では、「普遍主義」を、外国法と法廷地法を平等に扱う主義、という意味で使い、「国家主義」を、法廷地法を優先する主義、という意味で使う。

73a) 田中(英)〔1966〕70—71頁は次のようにいう。

「コモン・ローの古典的な考え方のもとでは、裁判官は法を創るのではない。彼はあくまでも、既に存在する、そしてすべての法律問題について直ちに解答を与えることのできる、完全無欠なコモン・ローを宣明する(declare)にすぎないものと観念される。」

田中(英)は、このような・コモン・ローの古典的な考え方の例として、William Blackstone の見解を挙げる。田中(英)70頁によれば、Blackstone は判例変更に関して1765年に次のように述べたという。

「後の裁判官は、あえて新しい法を創ろうとするのではなく、古い法が誤って表示されているのを是正しようとするものである。というのは、従前の判決が明白に不条理または不正だと判ったときは、このような判示は悪い法であったとするのではなく、それは法ではなかったと宣明されるのである。すなわち、その判示は、誤って決定されたものであり、確立された国の慣習ではないと宣明されるのである。」

田中(英)82頁によれば、John Austin (1790—1859) は、このような考え方に対して1885年に次のように述べたという(引用文中、括弧は田中(英)による訳文のまま)。

「判例法またはコモン・ローは、裁判官によって作られたものではなく、誰によって作られたものでもない不可思議な何かであり、(私の推測では)永劫の昔から存在し、裁判官は時宜に応じてそれを宣明するにすぎないという[のは]、わが国の裁判官によって懐かれている子供だましの擬制[である]。』

Blackstone と Austin が、それぞれ、自然法論に対してどのような態度をとったかについては、碧海純一他編・法学史231—235頁(伊藤正己)〔1976〕参照。

74) 跡部〔1923〕417—418頁。この見解は Zitelmann〔1897〕289の見解である。

75) なお、跡部〔1923〕256頁は、成文の国際私法規定の欠缺に関して次のようにい



う（傍点は原文）。

「余輩ハ国際法主義ノ見地ニ基ツキ〔……〕裁判官ハ恰モ立法者カ衝突法規ヲ設定スル場合ニ於ケルト同様ナル地位ニ立チテ問題ヲ解決スヘキモノト信ス〔……〕。」

このように、跡部は、成文の国際私法規定が存在しない場合には裁判官が法規範を創造することを許容した。

76) 神前〔1990〕1000頁。

77) 神前1003頁注16。

78) 神前1000頁は国内法に関しては裁判所の法創造機能を認める。

79) 矢吹〔1986〕261頁（段階的連結説）は次のようにいう。

「裁判官が、当該外国法の裁判官が当該外国法を適用するのと同じだけ当該外国法を知ったと確信をもてない状況が外国法不明ということになる。」

従って、矢吹も、日本の裁判所は外国法を認識する、と考えているといえよう。

80) 三ヶ月〔1987〕250頁。

81) 三ヶ月252頁。

82) 三ヶ月270頁。

83) 三ヶ月は、A国法の内容不明の場合にはA国法の内容と法廷地法の内容が一致する、と推測しているのではない。三ヶ月〔1987〕268—269頁（5）（6）。従って、A国法の内容不明の場合には、三ヶ月説においては、準拠法はA国法ではなく日本法である。

84) ただし、Zitelmann〔1897〕290は、複数の国の国際私法が同一国法を準拠法とする場合において、各国の裁判所にとって準拠法の内容不明のときに、各国の裁判所が請求を棄却すれば判決の内容が一致するのに対して、各国の裁判所がそれぞれ法廷地法を適用すると判決の内容が一致しない、という。

85) 神前説にあっては、段階的連結の最終段階は法廷地法であるが、法廷地法の適用の根拠のひとつは法律関係と法廷地との間の密接関連性である。神前〔1990〕1040頁注121。矢吹〔1986〕262頁も同旨。これに対して、三ヶ月説にあっては、法廷地法の適用の根拠は法律関係と法廷地との間の密接関連性ではない。この点でも、神前説は普遍主義に立つ。

86) 山田（三）〔1932〕402—403頁。

87) 櫻田〔1994〕122頁は、「連結自体をやり直すのではなく、内国法により補充することもやむをえないであろう」という。

ここに引用した部分は、第1に、A国法を準拠法として裁判を行う（＝「連結自体をやり直すのではなく」）ものであり、第2に、法廷地法を素材としてA国法の法規範を創造し、この法規範により不明な部分を補充するものであるから、この2点において山田（三）説に類似する。櫻田説については、前出注13参照。

88) 田中（耕）〔1933〕372—373頁。引用文中、「補充せらるるを得ぬ」までの部分はNeubecker〔1912〕35の見解である。また、「条理は如何」は、原文では、„Natur der Sache?“である。

実方〔1942〕98—99、95—96頁は、本文で引用した田中（耕）の見解と同旨である。

89) Neubecker [1912] は次のようにいう。

「証明されない法規範 (Rechtssatz) は存在しない, 「法秩序の『欠缺』(„Lücken“ von Rechtsordnungen) がいかに補充されるべき (auszufüllen sind) かは, どんな場合にそもそも『欠缺』があると考えるべきかという前提問題と同様に, 困難な問題である。」(S.35)

「いかに行なわれるべきかを一般的に表現しようとするなら, 次のように定式化することができるであろう: その事案を外国の法秩序の裁判官が彼の法に従って判断すべきであろう場合に彼が行なうべきであろうが如く, ドイツの裁判官は行なうべきである (der deutsche Richter [……] hat so zu verfahren, wie der betreffende Richter der fremden Rechtsordnung zu verfahren hätte, wenn er den Fall nach seinem Rechte zu entscheiden hätte)。」(S.36)

Neubecker は, また, 他の法域の法が判断のための手がかりを与え得る (kann [……] Fingerzeige für die Entscheidung geben) 場合や, 他の法域の法が参照されるべき (muß [……] herangezogen werden) 場合などの例を挙げている (S.35—36)。

かくして, Neubecker の見解は, 第1に, 外国法の解釈は法規範の創造であると考ええるものであり (なお, 跡部 [1923] 422頁注3参照), 第2に, 外国法の内容不明の場合の処置の問題は外国法の解釈の問題の一環であると考ええるものである。

90) Melchior [1932] § 285 (S.423) は, 外国法の内容不明の場合の処置に関して, Neubecker に依拠して, 次のようにいう。

「当該外国の裁判官は同じ問題に関して法の欠缺に直面したらどのように判断するであろうか, とドイツの裁判官は自問すべきである。」

Melchior・前掲は, また, 類似する法秩序の諸規定が参照されるべき (sind die Vorschriften verwandter Rechtsordnungen heranzuziehen) 場合の例をいくつか挙げている。

かくして, Melchior の見解は, 前注89に挙げた2点において, Neubecker の見解と同じである。Melchior の見解については, 神前 [1990] 1002頁注11参照。

91) 田中 (耕) は, 成文規定の欠缺の場合における・条理による補充を, 「自然法の補充的機能に外ならない」とする。前出注52, 72参照。

92) 久保 [1953] 57—58頁。久保岩太郎・国際私法概論57—58頁 [1946] も同旨。

93) 久保は, 「準拠外国法全体の精神」を知り得ない場合には「条理に基いて [……] 法律関係を規律すべきであらう」という。そこで, ここにいう「条理」の意味 (前出第4章第2節第2款第2参照) が問題になるが, この問題には立ち入らない。

94) 川又 [1956] 30頁。

「おそらく妥当するものと確信することのできる法」を探求すべきであるとする見解は, Wolff の見解である。

川又28頁。

95) 川又30—31頁。

96) 川又は, 「条理」を, 裁判所が創造した法規範 (前出第4章第2節第2款第2の2) という意味で用いている。川又 [1956] 27—28, 32頁参照。

97) Wolff [1954] 88は次のようにいう。

「裁判官は、おそらく妥当している法の調査により満足すべきである (der Richter wird sich mit der Ermittlung des *wahrscheinlich geltenden Rechts* begnügen).」

Wolffの見解については次の2点を指摘し得る。第1に、「おそらく妥当している法の調査」ということばは、法規範の創造を意味するのか、それとも、現に存在する法の認識を意味するのか(前出第4章第3節第1款第1の1参照)、明らかではない。第2に、Wolff [1954] 88—89は、準拠法の内容と類似する内容を持つ・別の法域の法を適用 (anwenden)すべき場合の例をいくつか挙げるが、別の法域の法を準拠法の価値体系に基づいて修正すべき場合があるか否かについては論じていない。

- 98) 溜池 [1993] 241頁。引用文中の「条理」の意味については、前出注55参照。
- 99) 溜池 [1959] 311頁。
- 100) 江川 [1970] 114頁は、外国法の内容不明の場合には「裁判の基準たる法の欠缺する場合と同様に、条理によって裁判すべきである」という。この見解も、法規範創造説と普遍主義とに立ち、政策考慮を行わない見解である。
- 101) 池原 [1973] 242—243頁。
- 102) 畑場 [1986] 33頁五は、「〔最近似法適用説〕 一般的近似性のある第三国の法規定をそのまま転用しようとする〔説である〕」という。しかし、最近似法適用説は、どの法域の法が最近似法であるかを民法典全体の類似性により判断するものではなく、当該法律関係(例えば、何が離婚原因であるか)に関する法の類似性により判断するものである。例えば、A国の民法典が全体としてC国法を継受したこと、および、当該法律関係に関するA国の民法典の諸規定がB国法を継受したことが判明した場合には、最近似法適用説はB国法を最近似法とするものである。
- 103) 川又 [1956] 28, 30—32頁と溜池 [1993] 241頁は、第1と第2の諸説をすべて「条理説」に属せしめる。畑場 [1986] 33頁三、五は、第1の3と4の説(川又説と溜池説)と第2の説(池原説)が「条理説」の一種であることを認めつつ、前者(川又説と溜池説)を「近似法説」と呼び、後者(池原説)を「近似国法説」と呼ぶ。
- 104) 「条理説」と「近似法説」の間には本質的な違いはないということは既に指摘されている。林脇 [1977] 123頁、同 [1978] 131頁、道垣内 [1986] 268頁三、神前 1002頁注10。
- 105) 久保 [1953] の序1頁。田中(英) [1974] 347頁は、「国際私法 [……] は [……] 普通の法律の分野が平面幾何だとすれば立体幾何のようなもので [ある]」という。
- 106) 溜池 [1993] 11頁。また、折茂豊・国際私法の統一性10頁注4 [1955] 参照。
- 107) 澤木 [1990] 6頁。また、櫻田 [1994] 36頁参照。
- 108) 日本では、外国法の内容不明の場合の処置に関して新しい学説が現れる場合には、ドイツの最新の学説を参照することが多い(例えば、跡部 [1923] と Zitelmann [1897], 田中(耕) [1933] と Neubecker [1912], 川又 [1956] と Wolff [1954])。本稿では、ドイツの学説が日本の学説に与えた影響については断片的に触れたに過ぎない。また、ドイツにおける学説の発展の過程については検討することができな

かった。

### 【参考文献】

〔雑誌論文が後に論文集に収録された場合には、初出の年と論文集の頁数により引用する。〕

舛場準一・涉外判例百選（増補版）26頁（東京家裁昭和38年6月13日審判，判例タイムズ148号130頁）〔1976〕

舛場準一・涉外判例百選（第2版）32頁（東京家裁昭和38年6月13日審判，家庭裁判月報15巻10号153頁）〔1986〕

跡部定次郎・国際私法論（上巻）〔1923〕

池原季雄・国際私法（総論）〔1973〕

石黒一憲・国際私法（新版）〔1990〕

石黒一憲・国際私法〔1994〕

江川英文・国際私法（改訂，増補）〔1970〕

加藤一郎「法解釈学における論理と利益衡量」碧海純一編・現代法学の方法（岩波講座・現代法15巻）25頁〔1966〕

加藤一郎『判例の拘束力』について」加藤一郎・平井宜雄編・民法の判例（第3版）4頁〔1979〕

川島武宣・民法総則〔1965〕

川又良也「我国裁判所における外国法の適用」法学論叢62巻5号1頁〔1956〕

神前禎「準拠外国法の『不明』をめぐる」法学協会雑誌107巻6号999頁〔1990〕

久保岩太郎・国際私法概論（改訂版）〔1953〕

櫻田嘉章・国際私法〔1994〕

実方正雄・国際私法概論〔1942〕

澤木敬郎・国際私法入門（第3版）〔1990〕

末弘巖太郎「判例の法源性と判例の研究」民法雑記帳（上）29—40頁〔1953〕

末弘巖太郎「法源としての条理」民法雑記帳（上）41—47頁〔1953〕

田中耕太郎・世界法の理論（第2巻）〔1933〕

田中英夫「外国判例の読み方——自分の国の判例の場合とは違うべきではないか——」法形成過程53頁〔1987。初出は1964〕

田中英夫「判例の不遑及的変更」法形成過程69頁〔1987。初出は1966〕

田中英夫「イギリスにおける先例拘束性の原理の変更について」法形成過程62頁〔1987。初出は1967〕

田中英夫・実定法学入門（第3版）〔1974〕

田中英夫「判例による法形成——立法による法形成との比較を中心に——」法形成過程3頁〔1987。初出は1977〕

田中英夫・英米法総論（下）〔1980〕

溜池良夫「朝鮮人の本国法として適用すべき法律——北朝鮮法の適用問題を中心として——」国際家族法研究292頁〔1985。初出は1959〕

溜池良夫・国際私法講義〔1993〕

- 団藤重光・法学入門〔1973〕
- 道垣内正人・昭和60年度重要判例解説（ジュリスト862号）266頁（札幌地裁昭和59年6月26日判決，家庭裁判月報37巻7号65頁）〔1986〕
- 中野次雄編・判例とその読み方（第1部「判例について」3—127頁，中野次雄執筆）〔1986〕
- 林脇トシ子「涉外判例研究」（名古屋地裁昭和50年10月7日判決，判例時報817号98頁）ジュリスト632号121頁〔1977〕
- 林脇トシ子「涉外判例研究」（甲府地裁昭和51年10月29日判決，判例時報852号103頁）ジュリスト661号129頁〔1978〕
- 平野龍一「法学における理論の役割」碧海純一編・現代法学の方法（岩波講座・現代法15巻）57頁〔1966〕
- 星野英一「民法解釈論序説」民法論集1巻1頁〔1970。初出は1968〕
- 星野英一・民法概論I（序論，総則）〔1971〕
- 三ヶ月章「外国法の適用と裁判所」澤木敬郎・青山善充編・国際民事訴訟法の理論239頁〔1987〕
- 矢吹徹雄「判例研究」（札幌地裁昭和59年6月26日判決，判例時報1140号123頁）北星論集23号253頁〔1986〕
- 山内惟介「涉外判例研究」（東京地裁昭和55年2月22日判決，判例時報973号109頁）ジュリスト737号146頁〔1981〕
- 山田三良・国際私法（第二分冊）〔1932〕
- 山田録一・国際私法〔1992〕
- 我妻榮・民法総則（新訂）〔1965〕
- Jan Kropholler, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., 1994
- George Melchior, Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, 1932
- Neubecker, Internationales Privatrecht auf deutsch-rechtlicher Grundlage (Jahrbuch für den Internationalen Rechtsverkehr, 1912/1913, S.8)〔1912〕
- Martin Wolff, Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl., 1954
- Ernst Zitelmann, Internationales Privatrecht, 1. Band, 1897