

資 料

## 日独における外国法の調査および適用

ハンス・プリユッティング  
金 炳 学 訳

- I 序論
- II ドイツにおける国際民事訴訟法の発展傾向
- III 日本における国際民事訴訟法の基礎的状況
- IV ドイツにおける外国法調査の基礎的状況
- V 外国法の調査に際しての日本の状況と「条理」の影響
- VI 外国法の不明
- VII 私見
- VIII 結論及び展望

### I 序 論

今日、外国法の調査及び適用の問題は、通常、国際民事訴訟法のひとつの構成部分として理解されている<sup>(1)</sup>。まさしくそれ故に、外国法の調査及び適用というテーマは心から尊敬する慶應義塾大学石川明名誉教授の古稀をお祝いし捧げるのに最適であろうと思われる。同様に、石川明先生が多種多様な方法において貢献された業績について、若干の感謝を申し上げる試みが行われるべきで

---

(1) Vgl in diesem Sinne insbesondere *Geimer Internationales Zivilprozeßrecht*, 3.Aufl 1997, S.664ff ; *Linke Internationales Zivilprozeßrecht*, 2.Aufl 1995, S.107ff ; *Nagel/Gottwald Internationales Zivilprozeßrecht*, 4.Aufl 1997, S.366ff ; *Schack Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2.Aufl 1996, S.243ff ; *Schütze Deutsches Internationales Zivilprozeßrecht*, 1985, S.115ff.

あろう。石川先生は世界中に知られた訴訟法学者であり偉大な研究者であられるばかりでなく、とくに日独の学術的連携の熱心な推進者であられた。さらに、石川先生は、様々な努力とコンタクトを通してアジアとヨーロッパの間の意見交換のために決定的な貢献をなされた研究者であられる。学問上の後継者の育成における石川先生の重要な役割も忘れてはならないであろう。同時に、石川明先生は多様な方法でケルン・アルムニクラブに寄与されており、とくに「日本ケルン・アルムニクラブ」の発足以来、会長を務めておられる。石川明先生が私の前任者であられたゴットフリート・バウムゲルテル教授とともにケルンにおいて日独法学の集中的な協働作業を促進されたことによりケルン大学名誉法学博士であられるということ、ここで述べておきたい。

日独の法学について比較する試みは、おそらくは非専門家が推測するであろうことよりも、周知のとおり様々な方法において魅力的かつ期待される多大な有益性がある。その背景には、日独の法が様々な点で類似性と一致性を示しているという認識された事実がある。このことは、何よりもまず民事訴訟法においても当てはまる。何故なら、1867年徳川幕府末期およびいわゆる明治時代の初期以降、数多くのその他のドイツの法律とならんで当時の1877年の新CPOは、ほぼ完全な状態で日本法へと継受されたからである（1890年の日本民事訴訟法、1891年施行）。日本の民事訴訟法が1926年と1996年の2度にわたり根本的に改正された場合においても、今日まで日独の民事訴訟法間の極めて重要な類似性は継続して存在する。その際、とりわけ国際民事訴訟法に目を向けるならば、国際民事訴訟法は両国において比較しうる出発点と欠点を有している。すなわち、国際民事訴訟法は両国において包括的な法典化がなされておらず、20世紀において長期にわたる重大な困難を有しており、国内民事訴訟法および国際私法からの独自の法領域として発展してきた。しかし、出発点におけるそのような類似性にもかかわらず、詳細には理論及び実務において多大な相違点が存在する。これについて以下にわたり個別的に少し詳しく検討する。

## II ドイツにおける国際民事訴訟法の発展傾向

国際民事訴訟法は、その概念及び起源によれば国際私法の借用である。既に、言語的表現は国際私法を模倣しており、したがって概念は同様に不明確である<sup>(2)</sup>。この点においては、国際私法と同じく事実によって国際的な関連が創出される以下の意味での内国法が問題となる。というのは、法的紛争において

は何らかの形で国境をまたがる関連性が示され意義を有するからである。今日においても国際民事訴訟法の起源は学説においても同様に国際私法から推論される。したがって、ドイツにおいては国際私法のほぼすべての重要な教科書およびハンドブックは国際民事訴訟法に関する部分を含んでいる<sup>(3)</sup>。ドイツにおける国際民事訴訟法の独自の領域の困難を克服してきた発展と、国内民事訴訟法および国際私法からの国際民事訴訟法の解放のように、特に中心問題を国際裁判管轄が占めている。もちろん、すでに国家のあらゆる主権的行為と同じく、司法権は原則としてそれぞれの内国に制限されることは常に自明のことであった。それ故、ドイツの民事裁判権は常にドイツ領域内においてのみ行使され得るし、行使され得た。しかしながら、この取り決めは国境を越える事実関係に際して、もしくは、ドイツの裁判所との一定の内国関係に關しての外国における事実関係に際して、いかなる法的要件もしくはいかなる規定にしたがって判断されるのかという問題についてなんら言及していない。それについて、原則上、既述した国際裁判管轄に基づく問題は、本来そして約50年前までひとつの独立したカテゴリーとして顧みられることがなかった。このことは場所的關係における裁判管轄の行使によって述べられたにすぎない<sup>(4)</sup>。そのような見解が徐々にそして完全に克服され、国際民事訴訟法がその間に独立した法領域として確立された場合も、依然として、十分でない規範的基礎が残されている。法源として引き合いにだされるドイツ民事訴訟法は、若干の且つ散在した諸規範にすぎない。確かに、今日、内国法は多数の国際条約と重なり合っている。国際慣習法さえも国際民事訴訟法の枠内で役割を果たしている。

特に困難かつ欠陥を有する出発状況というこの状況は、徐々に、判例及び法

(2) *Riezler* Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht, 1949, S.2; *Schack* Internationales Zivilverfahrensrecht, 2.Aufl 1996, Rn 2.

(3) Vgl etwa *v. Bar* Internationales Privatrecht, Bd I, 1987, S.323ff; *Ferid* Internationales Privatrecht, 3.Aufl 1986, S.154ff; *Firsching* Einführung in das internationale Privatrecht, 3.Aufl 1987, § 18; *Kropholler* Internationales Privatrecht, 1990, §§ 56ff; *Neuhaus* Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2.Aufl 1976, S.335ff; *Raape/Sturm* Internationales Privatrecht, Bd 1, 6.Aufl 1977, S.302ff; *Soergel/Kegel* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd 10, 12.Aufl 1996, Art 38 EGBGB, Anh IV.

(4) Vgl etwa noch RGZ 126, 199; RGZ 150, 268; *Rosenberg* Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 9.Aufl, 1961, S.67f; zuletzt in diesem Sinne noch *Rosenberg/Schwab* Zivilprozeßrecht, 10.Aufl, 1969, S.71ff.

律上の学説の大きな意義を増してきた。このことはドイツにおけるこの法領域についてのすべての記述の多数においてとくに明確に述べられている。既述した著書とならんで（脚注1と2で挙げられた文献参照）、この点に際しては、とくに1982年以来、外国及び国際私法に関するマックス・プランク研究所によって編集された若干の国際民事手続法のハンドブックを指摘することができる。また、今日、ZPOに関する大コンメンタールもこの法領域の一貫した記述を含んでいる。この膨大な学説上の様々な意見の相違に基づいた場合でさえ、また、立法者によって規定されていない問題に注目すべき多数の意見が加わりうる場合においてさえ<sup>(5)</sup>、このことは、法領域の学術的洞察によって判例が生じた問題を解消し、同じく、判例法上、法領域の継続性及び部分的な閉鎖性が達成されたという調査結果に変更はない。

### III 日本における国際民事訴訟法の基礎的状況

まえに示唆した日独の民事訴訟法の共通の出発点にもかかわらず、特に、国際民事訴訟法の領域においては極めて異なる発展が生じた。これは、ある部分では日本の法学が徐々に法律実務と法学問との間の厳密な分離が存在することになったことに起因する。日本の民事訴訟法学者は、その研究および調査を頻繁に外国の法秩序との比較において推し進め、外国において活動することも稀ではなかった。しかし、外国法に関する記述と議論は日本の研究者の独自の考察に基づいて学術論文集への若干の抽象化に帰着した。この学術的研究が日本の実務によって尊重される機会がほんのわずかにしか存在しなかったことが、さらに続く結果である。他方、日本においては大学の法学部教授の職業と裁判所における実務家が極めて厳格に分離され、関係が相互に断たれていた。このことによって、過去においてはドイツにおいて認められているような実務的に重要な題材の集中的な観察が常になされなかった<sup>(6)</sup>。それ故、国際民事訴訟法に関する日本の研究者の極めて賞賛に値する学術的な研究が多数存在するにもかかわらず<sup>(7)</sup>、今日まで、日本の国際民事訴訟法の広範囲にわたる全体的記述は

(5) Vgl *Linke* Internationales Zivilprozeßrecht, 2.Aufl, 1995, S. 4.

(6) Vgl hierzu insbesondere *Nakamura* Japan und das deutsche Zivilprozeßrecht, in Habscheid, Das deutsche Zivilprozeßrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen, 1991, S.445 ; vgl auch den Bericht von *Mansel* JZ 1994, 618.

いまだ存在しないということを確認することができる<sup>(8)</sup>。確かに過去25年から30年までにおいて、日本においても国際民事訴訟法は固有の法領域として構成され、はっきりとその特性があらわれていた。ドイツの状況と比べてはるかに少ない裁判所の判決の数は、しかし、欠缺ある法律上の諸規定が重ねあわされる、特色ある裁判法を生成させることができなかった。むしろ日本法においては、比較的、しばしば国境にまたがる事実関係に際して国内手続規定を引用した。しかしながら、国内手続規定は単純に類推適用されるのではなく、それぞれの法適用は「条理」という法制度によって特徴づけられる。このことに関しては後述する（V参照）。この日本の特殊性にちなんで、*Rahn*は、日本の民事法方法論において重大な法律上の欠缺はなんら存しないであろう、と指摘している<sup>(9)</sup>。その他に、とりわけ、日本の学説の特徴であろうと専門家によって指摘されているところは、その著者が依然としてなによりもまず各外国法の研究者として理解され、また、その限りにおいてその著者の学術的な記述は常に外国法に関する報告形式であらわされているということである<sup>(10)</sup>。

#### IV ドイツにおける外国法調査の基礎的状況

ドイツの法的状況は、外国法の調査に際してこの問題がZPOにおいて明白に定められている限りにおいて特別の状況にある。ZPO293条（訳者後注 i）は、法的問題それ自体が、証拠能力及び証明の必要性がない場合にかかわら

---

(7) Vgl zur japanischen Literatur insbesondere *Ishikawa/Kojima* Internationales Zivilprozeßrecht, 1994 ; *Mikazuki/Nakano/Takeshita* Seminar zum Zivilprozeßrecht, 1985 ; *Sawaki/Aoyama* Theorie des internationalen Zivilprozeßrechts, 1987 ; vgl ferner etwa *Dogauchi* Jurist 1028, 1993, S. 163; *Ikehara* Internationales Privatrecht, Allgemeiner Teil, 1973 ; *Ishiguro* Internationales Privatrecht, Teil 1, 2. Aufl, 1990 ; *Kaise* Das Zivilprozeßgesetz in der internationalen Gesellschaft, 1993 ; *Kono* IPrax 1990, 93 ; *Takeshita* FS Nakano, 1995, Bd II, S. 513.

(8) Daher ist die neue Dissertation von *Petersen* Das internationale Zivilprozeßrecht in Japan, Diss jur Köln 2001, besonders verdienstvoll. Diese Arbeit gibt eine umfassende Übersicht insbesondere auch über die japanische Rechtsprechung zum internationalen Zivilprozeßrecht.

(9) *Rahn* Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan, 1990, S. 399.

(10) Vgl dazu *Petersen* (Fn. 8), S. 4.

ず、この点において、例外的に、法的な判決の基礎の部分領域が証拠法に仮定されると明らかにしている。同じく、ZPO293条はドイツ法によれば外国の法規範もドイツの裁判官にとって法規として取り扱われると示している。すなわち、外国の法規範は事実としては扱われない（争いがあるが）支配的な見解である<sup>(11)</sup>。それについて、ZPO293条は裁判官が法自体を知り知らなければならないという、「*jura novit curia*（法は裁判所が知っている）」という原則のあらわれとしてみなされなければならない。

何よりもまず、裁判官は適用しようとする外国法を職権によって見つけ出さなければならないということは明らかである<sup>(12)</sup>。この問題に関しては当事者の処分権はなんら存在しない。裁判官は各個別的事例において判断を強制される状況に置かれる。終局的にノン・リケット（*non liquet*）であることはこの場合において許されない。

それ故、とりわけ、いかにして裁判官が個別的に外国法の調査を実行するかという問題は興味深い。今日、ドイツにおいてきわめて広く認められている見解によれば、裁判官にはこの問題に対して3つの異なる方法がある。裁判官は、まず第1に、純粹に裁判所内部の調査を行うことができ、証拠法との繋がりはなんら示されない。したがって、個別的に裁判官は独自の文献上の調査を使うことが許されているのと同じく、自らが自由に処理できる自己の外国法の法的知識を訴訟において用いることが許されている。裁判官に開かれている第2の方法は、定型化されていない手続における調査である。この方法は通常、自由証明という標語によって特徴付けられている。その場合、裁判官はこの点、職権に基づき活動しZPOの証明手段に制限されないということが意図されている。したがって、裁判官は、文書の提出を求めることができ、もしくは様々な機関の照会を取り寄せることができる。とりわけ、裁判官は、私人、内国及び外国の官庁、したがって、大使館、領事館、省に照会を求めるということはありうる。第3のそして最後の方法は、裁判官にとっての定型化された証拠手続である。ここにおいては、裁判官はZPOの規定にしたがい証拠命令を発しなければならず、また鑑定人の規定を遵守しなければならない。

これら種々の方法の固有の問題性は、外国法の調査のための方法の選択に際して裁量が裁判官に委ねられているということに存する。そうすることで、裁

(11) Vgl zuletzt ausführlich dazu *Spickhoff* Fremdes Recht vor inländischen Gerichten : Rechts- oder Tatfrage ?, ZJP 112(1999), S.265ff.

(12) BGHZ 77, 32=NJW 1980, 2022.

判官は、たとえば裁判官が定型化された照会のみを鑑定人に求めることができるというZPOの規定をかいくぐることができる。当然の疑念にもかかわらず、ドイツにおいては、今日、裁判官に調査方法の選択に対するそのような裁量を委ねなければならない<sup>(13)</sup>。

## V 外国法の調査に際しての日本の状況と「条理」の影響

ドイツの法的状況との相違において、日本の1996年民事訴訟法にはドイツ民事訴訟法293条と比較しうる規範が存在しない。確かに、最初の1890年の日本民事訴訟法は、本質的にドイツ民事訴訟法293条に対応する規定を含んでいた。しかし、この規範は1926年に補充されることなく削除された。それ以来この点においては欠缺がある。実務においては、日本におけるこの領域において裁判所の実務処理方式が認められうる。学説において主張される見解は、相当程度ドイツの学説によって特徴付けられる<sup>(14)</sup>。それ故、日本の学説によれば、外国法の引用は法規範として取り扱われ、事実として取り扱われるのではないという意見にしたがっている<sup>(15)</sup>。さらに、ドイツにおけるのと同様に、裁判官は外国法を職権に基づいて調査しなければならないということになる。最終的には、日本においてもドイツと類似して、裁判官には外国法を調査する異なる3種類の可能性が与えられる。また、裁判官にはその裁量にしたがって裁判所内部の努力の枠内において、定型化されていない照会（自由証明）によって、もしくは、定型の鑑定人によって自己の調査を行うか否かを判断する。最終的には、日本においてもドイツにおけるのと同様に、調査された外国法は自己の法的観念にしたがって解釈されたり適用されるのではなく、むしろ、外国の裁判官がこれについて行うのと同じ方法において解釈され適用されるであろうという見解が主張されている。

日独の視点の間の特異な相違点は、これに対し二つの興味深い領域において生じる。ひとつは、ドイツにおいてはZPO559条（訳者後注 ii）及び562条（訳

(13) Vgl dazu MünchKomm ZPO, 2.Aufl 2000, § 293 Rn 31.

(14) Vgl *Matsumoto* Einige prozessuale Probleme bei der Anwendung ausländischen Rechts im japanischen Zivilprozeßrecht, in: *Recht in Japan*, Heft 9, 1993, S.27ff.; ferner hierzu die Dissertation von *Petersen* (s. oben Fn.8), S.404ff.

(15) *Matsumoto* a a O (Fn14), S.29.

者後注iii)によって排斥されるが、日本の判例と学説は、事実上適用した外国法を上告しようとしている。外国法が調査されない場合、裁判官はいかなる処置をとるのかという、実にきわめて困難且つ興味深い問題が提起される。この問題を以下において日独の視点から少し詳しく考察する(Ⅵ参照)。

二つの前述した概念上の争点の向こう側において、ここで簡潔に「条理(古代の出典においては「道理」と呼ばれる)」という法制度を述べなければならない<sup>(16)</sup>。表現の内容は、「物事の道理」であり、およそ「理性的な方法」を意味する<sup>(17)</sup>。その概念は、たとえば「通常すべての社会構成員が従うべき原則」もしくは、「各歴史社会の基本構造において適合するであろうし、また、裁判官の裁量によって社会的な関係から演繹されなければならない、認められなければならない理想的な方法」として説明される<sup>(18)</sup>。特に興味深いことに、1875年(明治8年)にいわゆる裁判事務心得が制定され、その3条にそれぞれの場合に適用すべき法律の順序が規定されている(太政官第103号布告)。しばしば引用されるこの規定は以下のとおりである。すなわち、「民事裁判手続においては、制定法の欠缺においては、慣習により、慣習の欠缺においては、『条理』にもとづいて判断する」<sup>(19)</sup>(訳者後注iv)。今日、日独において「条理」という原則は、しばしば事物の本性の理由付けと同一視される。「条理」は、とりわけ、成文法もしくは慣習法が欠けている場合において適用される。その限りにおいて、太政官政令103号第3条も方法論的な手引きとして理解される。実務において、今日、とりわけ国際民事訴訟法の領域においては「条理」への言及がみられる。

確かに実務上の法適用に際して、たとえば、日本の裁判所は国際裁判管轄の重要な領域において法規範に代わって「条理」という理由付けをまったく引用せず、国際民事訴訟法の規定が欠ける場合には、むしろ、内国訴訟法の規範がややもすれ引用されがちであり、内国訴訟法の適用が条理によって考慮されるということに注意しなければならない。これは、「条理」が独自の法源ではな

(16) Vgl dazu insbesondere das wichtige methodische Werk von *Rahn* *Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan*, 1990, S.87, 89ff, 149ff; ferner *Bölicke ZJapanR Bd1*, 1996, S. 7ff; *Röhl ZJapanR Bd 1*, 1996, S. 67ff; *Pertersen* (Fn. 8) S. 61ff mwN.

(17) *Rahn* (Fn.16), S.87.

(18) So die Hinweise bei *Bölicke ZJapanR Bd 1*, 1996, S.11.

(19) Vgl *Rahn* (Fn.16), S.88.

く、むしろ、現存するその他の法規則の基盤の具象化と欠缺を埋め合わせるための法原則として存在するというを示している<sup>(20)</sup>。

## VI 外国法の不明

裁判所の様々な努力にもかかわらず、判決に適する外国法が個別事例において確定することができないということを常に阻止しうるわけではない。事実の確定の領域と異なり、外国法の調査および適用の領域では、日本においてもドイツにおいても証明責任に関する判断は存在せず、裁判官は適用すべき法の見解に至らなければならない。したがって、裁判官の裁判義務（Entscheidungszwangs）という面で、この状況は今日まで日本においてもドイツにおいても最終的に明らかにされていないいくつかの問題を提起している。

1 ドイツにおいてはこの問題に対し異なる5つの見解が主張されている。まず第一に、外国法が不明の場合には法廷地法（lex fori）に拠らねばならず、同時にドイツ法を適用すべきであるとする。この見解は特に判例において主張されており<sup>(21)</sup>、たとえば法律に基づいてオーストリアとスイスという隣邦においては定められている、とする。第2の見解によれば、類似した法秩序の引用によってひとつの解決がみいだされる、とする<sup>(22)</sup>。第3の見解は、外国法の不明の場合には国際的な統一法及び共通の法原則の引用が優先する、とする<sup>(23)</sup>。第4の解決案は、抵触法の予備的連結（Hilfsanknüpfung）及びそれと同時にそのつどの先決問題の変更が適用すべき法の交替を達成するというにある<sup>(24)</sup>。第5のそして最後の可能性として以下の見解が主張される。すなわち、ひとつの提案された解決方法に優位を当然に与えるのではなく、あらゆる考える代替的解決策を個別事例に応じて引用すべきである、とする<sup>(25)</sup>。まず、すべての提案された打開策は暫定的解決策にすぎず、その結果ひとつの解決に絶対的優

(20) Die Frage, ob "jōri" als eine eigenständige Rechtsquelle zu betrachten sei, ist sehr streitig. Die hier vertretene Auffassung folgt der Arbeit von *Petersen* (Fn 8), S.63ff.

(21) BGHZ 69, 387 = NJW 1978, 496 ; BGH, NJW 1982, 1215.

(22) *Schack* Internationales Zivilverfahrensrecht, 2.Aufl 1996, Rn 641 ; Stein/Jonas/*Leipold* ZPO, 21.Aufl, § 293 Rn63.

(23) Vgl dazu *Kötz* RabelsZ 34 (1970) 671 ; *Kreuzer* NJW 1983, 1947.

(24) Vgl hierzu *K.Müller* NJW 1981, 484 ; *Kreuzer* NJW 1983, 1946.

(25) *Linke* Internationales Zivilprozeßrecht, 2.Aufl 1995, Rn280.

位を与えられないということが認められなければならない。個別事例において、それぞれの場合に同一の解決方法が妥当するわけではないということも認めなければならない。したがって、結論として過去においては調査の方法に際してと同じく裁判官に個別事例においていかなる前述した解決方法が最適の代替的解決を期待させるのかという余地を与えるべきであるということは明らかである。

2 日本においても、外国法の不明の事例において自国の（したがって、日本の）法を引用すべきであるとする見解がみられる。ドイツと同じく、この見解は特に判例において主張されている。これに対し学説においては類似した法秩序を優遇すべきであるという意見がある<sup>(26)</sup>。いずれにせよ、日本においては第3の主張が広く唱えられており、それによれば問題は「条理」という法原則の引用によって解決すべきであるとする<sup>(27)</sup>。

この見解は、実務上、いかなる影響を及ぼすのであろうか？ たとえば、抵触規定それ自体によって適用されなければならない外国法が一部のみ調査された場合、部分的に調査された法の枠内において、類推の方法で存在する欠缺の埋め合わせを試みなければならないということが「条理」に基づいて示されるべきである。引用する外国法全体が調査されない限りにおいて、一部には、「条理」の考慮のもとに不備を類似の法秩序の適用によって埋め合わせねばならないという提案がなされている。それゆえ、適用すべき法律自体が朝鮮民主主義人民共和国には存在しないであろうという判決が日本にある。この点において、個別事例においては大韓国の法律に拠る。しかしながら、このことも朝鮮民主主義人民共和国と大韓国の異なる社会的、法的制度に対して非常に疑わしい。したがって、さらに、朝鮮民主主義人民共和国の法を大韓民国と旧ソビエト連邦の法の組み合わせた適用によって埋め合わせるとする判決がある<sup>(28)</sup>。確かに、最終的には「条理」の適用のもと、未知なる外国法に代わってそのつど日本法の規定が妥当するという判決も稀ではない。そのような解決は裁判官にとって合目的的で役立つものであるし、他方、そのつどの判断が、「条理」の考慮のもとに個別事例に応じた、融通性があり実践的な裁判官の行動様式を可能とすることとなろう。いずれにせよ、この際に（ドイツ法におけるのと同

(26) In diesem Sinne *Matsumoto* in : GedS Peter Arens, 1993, S.297, 307.

(27) Vgl dazu V am Ende.

(28) So etwa eine Entscheidung des Familiengerichts Tokyo v 13.6.1963 ; vgl hierzu *Petersen* (Fn.8), S.414.

じく）、自国の法を引用する更なる代替可能性としてみる場合、個々の裁判官が即座に外国法を調査することを断念する危険は完全には否定できない。

したがって、日独における異なる方法論的アプローチにもかかわらず、結論的には双方の法秩序規範において個別的には類似した批判を免れることはできないし、そのつどの暫定的な解決策だけを明示することができるに過ぎない解決方法が歩まれているということを確認しなければならない。

## Ⅶ 私 見

従来の考察は、裁判官がそのつど適用すべき外国法を調査できない場合、日独及びその他多くの外国における異なる方法論的出発点にもかかわらず、結論として多くの比較しうる暫定的解決策が支持されていることを示している。そのつどの解決方法に関する批判が正当に繰り返され過去においても現在においてもなされる場合、裁判官は自己の裁判の義務に基づいて特に困難な状況にあるということ認めなければならない。不明確な法律状況に際して裁判官の裁判義務が取り除かれるということは、将来においてもまた決して意義を有し得ないことは確かである。裁判所の拒絶の裁判(eine verweigerte Entscheidung)は、当事者にパンの代わりに石を与える（何の足しにもならないものを与える）ことになる。問題は、裁判官にとって外国法の引用に際して不確実性が当事者に和解勧誘をなし、または他の方法で紛争の調停に努めるといふ特別の機会があり得ないか、またはあるべきではないかどうかということから、切り離されなければならない。まさしく、そのような処置が（正当であると）肯定される場合、この前提に基づいて協調的な合意をみいださない当事者が裁判官による紛争の調停を必要とするということ認めなければならない。したがって、裁判官の裁判の義務を取り除くことがジレンマからの決して適切な方法ではない場合、各人は固有の適用すべき法がみあたらず、それ故、根拠が存しないという考える判断のみは常にほとんど偶然に適切でありうる。それに従えば、裁判官の判断が適切な法的基礎に基づいた一定の蓋然性によってのみ常に付与される判決は、あらゆる資料を利用し尽くしたにもかかわらず、外国法の調査が不可能である場合においてのみ認められうる。

この考察は、理論的な方法がジレンマからより強い程度において外国法の調査が可能でありかつ導かれるという方向に向かうべきであるだということを示している。たとえ、これが過去には多くの場合に夢物語であったとしても、今

日、外国法の調査可能性と裁判官の知識が総体として明らかに増大してきたとは世界中至るところにおいて示されている。いずれにせよ、日独にとって、この主張は、詳細な実務の調査の枠内において検証されうる。もちろん、今日の視点から外国法の調査の問題はここ数年前には誰も可能であるとは考えなかったようなEメールの方法におけるインターネットと情報伝達の進んだ発展の基礎に全世界の接続がある程度生成したという事実を考慮して調査されねばならない。外国の大使館及び大学との交流の継続、全世界のデータバンクの照会ならびに他の裁判官、司法大臣、特定の研究所の専門知識の利用は、今日およびより増大された将来において外国法の不明の事例が極端な例外に過ぎなくなりうるということになる。このことは、特に判断を下すべき場合において適用できると考えられる、外国の成文法の法秩序、慣習法及び判例法が示されるところで妥当する。外国法それ自体が法の欠缺を含んでいる場合、もしくは、いかにしてこれらの法を外国の裁判所が適用するであろうかということを個別事例においてみいだすことが困難である規範的基礎状況が存在する場合、このことを判断することは難しいに違いない。なぜなら、紛争を判断する裁判官は可能な限り外国の法的現実を自己の判断の基礎としなければならないという原則が妥当するからである<sup>(29)</sup>。それらの場合、もし国際的に認知された方法的な処置の標準が存在するのであれば有益であろう。確かに過去において、まさしく方法論的な処置の枠内において重大な欠陥が存在するということが繰り返し指摘された。しかし、ここにおいても（もともと、さしあたってはヨーロッパの考察のレベルにおいて）一定の変化の兆しがあると考え<sup>(30)</sup>。

したがって、私の印象によれば、我々は僅か数年中に各コンメンタール及び教科書における外国法の不明に関する部分が、現存する情報能力を利用し尽くした場合、この問題は通常もはや存在しない、という指摘を含めるべき状況にある。そのような確証は広範囲にわたる意義を有するだろう。すなわち、裁判官が将来、法的争訟をそれ自体としては外国法の適用すべき規範に基づいて判断しないという限りにおいては、あらゆる資料を利用し尽くしたにもかかわらず外国法の調査が失敗したということが例外的に証明されなければ、その点において同時に常に法律上の誤り（したがって、ドイツ法によればZPO293条違反）が存することになるであろう。そのような法律上の誤りはドイツにおいて

(29) MünchKommZPO, 2.Aufl 2000, § 293 Rn 57.

(30) Vgl zuletzt hierzu *Berger* Auf dem Weg zu einem europäischen Gemeinrecht der Methode, ZEuP 2001, 4, 12ff.

も上告という法的手段によって責問されよう。何故なら、その際上告理由となる手続的瑕疵が問題となるのであって、外国法の審査が上告審においてZPO549条（訳者後注 v）及び同562条に基づいて排斥され、外国法の不適切な適用の枠内における実体法的瑕疵が問題とされるのではないからである<sup>(31)</sup>。

## VIII 結論及び展望

今日、比較法が労多くかつ苦難に満ちた作業であるということは一般に認められている。短期間ではなかなか成果は得られない。法、法調査、法適用は全体として、静的な事象ではなく動的な事象であるということは確かである。それゆえ、それぞれの法適用がそれ自体すでに法の継続的形成の萌芽を秘めているということは、徐々に認知された方法論の手掛りである。ひとつの法領域の包括的な法典化もまた、法の発展及び法の継続的形成を阻止することはできない。これは、ドイツの視点からとりわけ1794年のプロイセン普通法において示されてきた。

しかし、長期的に法発展の力学はまさしく比較法的視点によっても影響を受け特徴付けられてきた。過去130年にわたる日独の法的連携を今日振り返れば、多くの障害にもかかわらず強まっていることが示される。テレコミュニケーション、電子情報の現在の発展は、ここにおいて確実にさらなる推進を生ぜしめた。それどころか、外国法の調査という特別の問題にとって現代技術は問題解決それ自体にさえなりえる。

石川明慶應義塾大学名誉教授ははるか未来を見据えられ、すでに1995年に「民事訴訟法における法比較の特殊性」に関する論文を以下のような言葉で締めくくられた。すなわち、「将来、世界は国境がなくなる。この状況において共通の法制度を発展させることは明らかに必要である」<sup>(32)</sup>。

現在、共通の世界法は、今日においてもいまだまるで未来の夢であるかもしれない。しかし、強化された比較法および外国法のますます集約化された知識の道は明白に示されている。

(31) Vgl dazu MünchKomm ZPO, 2.Aufl 2000, § 293 Rn 67, 68.

(32) *Ishikawa* Eigenheiten der Rechtsvergleichung im Zivilprozessrecht, Keio Law Review 1995, Heft Nr 8, S. 1ff, 20.

〔訳者あとがき〕

本稿は、Köln大学のHanns Prütting教授が、ドイツにおいて公開された石川明慶應義塾大学名誉教授の古稀祝賀記念論文集、Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag am 27.November2001にて捧げられた“Ermittlung und Anwendung von ausländischen Recht in Japan und Deutschland”の翻訳である。本訳文が、Hanns Prütting教授の主張されることを誤ることなく伝えることができているとすれば、訳者の喜びこれに過ぎるものはない。訳者は、ドイツ学術交流会奨学生としてケルン大学民事手続法研究所にて研究する機会に恵まれたが、研究滞在中、Prütting教授より貴重な御教示を頂いた。

翻訳に際し多大な労をおとりいただいた石川明慶應義塾大学名誉教授および翻訳を快く承諾下さったHanns Prütting教授に対して、この場をお借りし、心より御礼申し上げる。

Für die Ermöglichung dieser Übersetzung danke ich Herrn Prof. Dr. Hanns Prütting herzlich.

KIM Byonghak

なお、脚注における略語表記は原文のままである。

〔訳者後注〕

(注 i) ZPO293条〔外国法、慣習法および規約〕

外国法、慣習法および規約は、それらが裁判所に知られていない限りにおいてのみ証明を必要とする。これらの法規を調査する際には、裁判所は、当事者の提出した証拠に制限されず、その他の証拠方法を使用し、かつそれを使用するために必要な事項を命じる権限を有する。

〔法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ民事訴訟法典』（法曹会、1993）から引用した。以下ZPOの規定についても同じ。〕

(注 ii) ZPO559条〔上告審の調査範囲〕

①当事者がなした申立てに限り上告裁判所の調査に服する。

②上告裁判所は主張された上告理由には拘束されない。職権により斟酌すべきではない手続上の瑕疵に関しては、不服が申し立てられた判決は、その瑕疵が第554条及び第556条により責問された場合に限って、これを調査することができる。

(注iii) ZPO562条〔上告理由とならない法律〕

第549条によりその法律違背が上告理由とならない法律の存在及び内容に関する控訴裁判所の裁判は、これを上告審でなすべき裁判の基準とする。

(注iv) 裁判事務心得〔明治8年6月8日太告103〕

第3条 民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ慣習ニ依リ慣習ナキモノハ条

理ヲ推考シテ裁判スヘシ

〔我妻栄編『旧法令集』（有斐閣，1968）31頁。〕

（注 v）ZPO549条〔上告理由〕

①上告は，裁判が連邦法の違反に基づく場合，又はその適用領域が一つの高等裁判所の管轄区域を越える規定の違反に基づく場合に限り，これを理由とすることができる。

②上告裁判所は，第一審の裁判所が事物管轄もしくは土地管轄を有したか否か，労働裁判所の管轄が発生していたか否か，又は家族事件の存否についてはこれを調査しない。