

# 外国法の取扱いに関する新条約の実現可能性について

——ハーグ国際私法会議における検討会合

高 橋 宏 司

## 一. 本稿の目的

国際私法規則において外国法が準拠法となる場合、その外国法の適用について、さまざまな困難な問題が生じる。国際私法の分野で数多の多数国間条約を作成してきた国際機関であるハーグ国際私法会議の Special Commission (現 Council) on General Affairs and Policy<sup>1)</sup>は、二〇〇六年四月に、その事務局 (Permanent Bureau) に対して、外国法の取扱いに関する新条約の実現可能性についての検討 (フィージビリティ・スタディー) を依頼した。それを受けて事務局は、二〇〇七年二月二三、二四日に、ハーグにおいて専門家会合 (meeting of experts) を開いた<sup>1)</sup>。会合の結論は、外国法へのアクセスを容易にする必要性は認識しつつも、効率的かつ実効的な新条約の実現可能性について答申するにはさらなる検討が必要であるという慎重論となり、事務局は、Council on General Affairs and Policy に対して、フィー

ジビリティ・スタディーの継続を勧告した。会合はBrainstorming形式(自由奔放にアイデアを出し合う集団思考方法)で行われ、事務局がまとめたレポート<sup>(2)</sup>は、ハーグ国際私法会議のホームページに公開されている。<sup>(3)</sup> Councilは、その二〇〇七年四月の年次会合で、年末までに加盟国にアンケートを実施することにより、外国法情報が実務的に求められている法分野およびアクセスの困難さを特定し、アクセス向上のために事務局が検討している複数のモデルについて、実現可能性の点を含めたコメントを加盟国から求めることを事務局に要請した。本稿では、二月に行われた専門家会合において扱われた諸問題のうちいくつかについて、事務局のレポートよりも踏み込んで紹介するとともに、筆者の所見をまとめる。<sup>(4)</sup>

## 二．外国法の取扱いに関するアプローチの検討対象からの除外

専門家会合は、外国法の取扱い (“treatment of foreign law”) を検討課題として招集されたが、会合の冒頭で、事務局の発議によりコンセンサスができたのは、外国法の取扱いに関するアプローチについての統一は目指さず、外国法情報へのアクセスを向上させる方法を模索するということであった。

外国法の取扱いに関するアプローチに属する問題としては、準拠法指定規則が指定するところの外国法の適用についての裁判上の当事者の主張の要否、準拠外国法の内容の当事者による立証の要否、その証拠方法、<sup>(5)</sup> 鑑定人の選任方法、鑑定人の尋問の可否と方法、入手した外国法情報の解釈方法、<sup>(6)</sup> 外国法の内容が不明の場合の処理、外国法の適用違背についての上訴の可否などの問題がある。これらの問題のいくつかについて、会合前に、出席予定者などの所属国における処理につきサーベイがあり、<sup>(7)</sup> その結果、処理の多様性があきらかになり、統一が困難であると感じられ、かつ統一の

必要性も高くないと判断された。そこで、これらの問題は、手続問題として統一の対象としないことになった。筆者も結論は支持したが、<sup>8)</sup>理屈としては次のような異論もありえよう。

まず、これらの問題の統一の必要性は一概に低いとは言えない。というのは、当事者の主張がなければ、準拠法選択規則の指定した準拠法であつても適用しないという国と、当事者の主張がなくとも、準拠法選択規則の指定に従つて準拠法を適用する国とが併存すると、そもそもハーグ国際私法会議が数多くの条約によつて準拠法選択規則を統一してきた趣旨が損なわれるという見方もできるからである。同様のことが、外国法の内容の立証の要否、外国法の内容の不明の場合の処理、外国法の解釈手法についても言いつる。

次に、統一の可能性については、特に、外国法の主張や立証の要否の点については、歩み寄りができるのではないかとの意見があつた。当事者の主張と立証を必要としている国の中でも伝統的に最も極端な立場をとつていたインングランドでさえ、最近の控訴院の判決で、遠くない将来に、外国法の内容を職権で調査できるようになることの期待が表明されている。<sup>9)</sup>むしろ、外国法へのアクセスを良くする仕組みの構築の方が実現可能性が低いという予想も成り立ちうる。なぜなら、それには、単なる概念操作ではなく、インフラ整備が必要であり、法制度の変更に加えて費用の支出を要するからである。例えば、外国からの求めに応じて自国法の情報を提供して解釈を示唆する公的機関の設立のためには、司法行政における組織改編と費用支出が必要となる。<sup>10)</sup>賛同する国の数が伸びなければ、費用対効果の面でも見合わなくなる。ちなみに、わが国では、法適用通則法の二〇〇六年の成立の際、衆・参両議院において、「準拠法となる外国法の適用が確かかつ迅速になされるよう、国際私法及び外国法の調査研究を行う体制を確立すること」という附帯決議が可決されている。但し、附帯決議には法的拘束力はない。

外国法へのアクセスを向上させる仕組みの構築に限定して検討するという方針は、以上のような問題もはらむが、会

合では、外国法情報へのアクセス向上のために複数の異なる経路を整備することを目指し、そのために複数のモデルが検討された。そのうち、最も時間が費やされたのは、ロンドン条約の改良版の作成である。

### 三. 外国法についての情報の交換網の整備（ロンドン条約やモンテビデオ条約の改良版の作成）

外国法についての情報の交換網を整備する条約には、既存のものとして、ロンドン条約（European Convention of 7 June 1968 on Information on Foreign Law）、モンテビデオ条約（Inter-American Convention of 8 May 1979 on Proof of and Information on Foreign Law）などがある。

ロンドン条約の構築した仕組みは、基本的には以下のとおりである。各締約国は、自国法に関する情報提供の依頼を他の締約国から受け、それに対応するために、受理機関（receiving agency）を置かなければならない。<sup>12</sup> さらに、各締約国は、外国法に関する情報提供の依頼を自国の裁判所から受けて外国の受理機関に転送する送付機関（transmitting agency）を置くことができる。<sup>13</sup> したがって、情報提供の依頼は、依頼国に送付機関が置かれている場合にはその機関を通して、置かれていない場合には依頼を受ける国の受理機関に対して直接に、依頼国の裁判所からなされることになる。<sup>14</sup> 情報提供の依頼を受けた受理機関は、みずから回答を作成するか、自国その他の公的機関が作成するよう、依頼を転送することができる。<sup>15</sup> さらに、適当と認められる場合には、あるいは行政組織上の理由により、民間の団体または資格を有する法曹が回答を作成するよう、受理機関は情報提供の依頼を転送することができる。<sup>16</sup> いずれの方法であれ回答がなされるよう確保する義務を受理機関は負う。<sup>17</sup>

このような条約がある中で、新たな条約をハーグ国際私法会議が作成するならば、その目的は次の点に求められよう。

まず、ロンドン条約は、欧州評議会（Council of Europe）により作成されたが、その加盟国を中心に、それ以外の国も含めて、<sup>18</sup>四三カ国が締約国になっている。他方、モンテビデオ条約は、中南米諸国のほか、スペインを加えて、一カ国が締約国になっている。しかし、いずれも、これ以上に締約国が大幅に増える機運に欠けている。そこで、ハーグ新条約は、より広く世界的に批准される条約を目指すことになろう。

次に、ロンドン条約・モンテビデオ条約ともに、利用される頻度が低いので、より頻繁に利用される条約を目指すことになろう。そこで、この種の条約の有用性を考えるに、会合では、係争額が大きく、裁判費用に糸目をつけない訴訟では利用されまいであろうと指摘された。特にイングランドに多いそのような訴訟は、会合ではロールス・ロイスの訴訟というニックネームで呼ばれた。そのような訴訟では、外国法情報は、ロンドン条約のようなメカニズムに拠る必要はなく、涉外法律事務所の各国オフィス間や提携法律事務所間で、容易にかつ迅速にやりとりされる。したがって、裁判の場で実際に争いになるのは、当該外国法所属国でも未解決であるような複雑な問題についてである。例えば、外国法上の時効について裁判で争いとなるとすれば、時効期間が何年であるかというような単純な問題についてはなく、時効の起算点が当事者の善意・悪意により異なるかという問題や、民事と商事で時効期間が異なる場合で、当該取引が民事と商事のいずれに属するかというような、より複雑な問題についてである。すなわち、ロールス・ロイス的訴訟では、外国法の証明は、情報取得をいかにするかではなく、取得された情報をいかに解釈するかが、実際には問題となり、各当事者は自ら鑑定人を選任して、自己に有利な主張を展開することになる。他方、係争額がそれほど大きくない中級以下の事件<sup>20</sup>においては、外国法情報に自らアクセスする資力のない当事者にとって、専門家へのアクセスを安価に実現する条約があれば有益であろうと会合では考えられた。

これらの目的をかなえるために、会合では、ロンドン条約にどのような改良をはかるべきかが検討された。以下では、

筆者の見解も織り込みながら、そこでの議論を紹介する。

ロンドン条約の第一二条は、回答に長期を要する場合には、受理機関は、依頼をした外国当局にその旨を伝え、もし可能ならば、回答がなされるであろう日も伝えなければならずと規定する。ロンドン条約の下では、回答に通常三週間から八週間かかり、一年以上かかったこともある。<sup>21)</sup>三週間から八週間は長くはないという見方もできるが、一年以上もかかることがあるとすれば、たとえ第一二条の規定に従った通知があるとしても、特にわが国のように計画審理<sup>22)</sup>を用いている裁判所は、条約に依拠して外国法情報を取得するインセンティブを失うことになる。したがって、新条約で目指すべきは、迅速な処理を可能とするとともに、より重要なのは、遅延の可能性をなくすことであろう。しかし、そうは言っても、依頼を受けた国に遅延の責任を負わせることが現実的でなければ、実際には遅延をなくすことは困難かもしれない。

ロンドン条約の下では、受理機関が、民間の団体または資格を有する法曹に依頼を転送する場合を除いて、依頼は無料である。<sup>23)</sup>依頼を受ける件数が依頼する件数よりも恒常的に多い国もあることに鑑みれば、この規定は、情報が価値を有する現代社会にそぐわないばかりか、情報提供に必要な技術と作業量を軽視するものであろう。この問題は、もし、ロンドン条約が頻繁に利用されていけばより強く認識されたであろう。各国の裁判所がロンドン条約をあまり使わなかったおかげで、条約は限定的ながら成功しているという皮肉な見方もある。<sup>24)</sup>より頻繁に利用される新条約を目指すのであれば、対価の請求を認めるのが当然ということになる。<sup>25)</sup>

ロンドン条約は、依頼は、依頼先の国の公用語によりなされるか、公用語に翻訳されなければならないと規定している。<sup>26)</sup>しかし、必ずしも公用語に限定する必要はないのではないかという意見があった。例えば、イスラエルでは、公用語はヘブライ語とアラビア語であるが、ヘブライ語での依頼を求めるよりも英語での依頼を認める方が、依頼内容に

ついでに誤解が少なくなるだろうとイスラエルからの出席者は話した。

ロンドン条約の場合、外国法の情報提供の依頼は、訴訟当事者が書いてもよいが、裁判所から発せられなければならない<sup>(29)</sup>。訴訟当事者が外国法の立証責任を負っているイングランドでは、伝統的には、当事者の選定した鑑定人によって証明することになっているため、ロンドン条約の下では、大英帝国からの依頼は、少なくとも二〇〇二年春頃までは、一件もない<sup>(31)</sup>。他方、裁判所が職権で外国法の内容を調査しなければならない国でも、わが国で言う正式鑑定は、実際には、あまり行われておらず、むしろ私鑑定が数多くなされているのではないかと思われる。というのは、裁判所に指定された鑑定人は、鑑定を申請した当事者に有利な意見を提出するとは限らないので、私鑑定を頼む方が安心でき、かつ早く効率的であることが多いであろうからである<sup>(32)</sup>。会合では、ロンドン条約と異なり、各訴訟当事者による依頼も認めることが事務局から提案された。そして、両当事者から依頼があり、異なる専門家によって回答されれば、同一の外国法について、異なる内容の情報が提供されることもありうるという説明がなされた。この提案が実現すれば、専門家を見つけることのできない当事者にとって特に有益であろう。わが国の場合、私鑑定として利用されるであろうし、十分に効率的なメカニズムとなれば、イングランドのロールス・ロイス的訴訟の当事者でさえ利用するようになるかもしれない。なお、紛争発生前の私人による依頼も可能とする案も出された。

このほか、会合では特に検討されなかったものの、当初の事務局案には、シビル・ロー諸国で準司法的権限を有する公証人や、仲裁廷など裁判所以外の紛争解決機関にも依頼権限を認める案が含まれていた<sup>(33)</sup>。

発信機関を創設するかどうかについては、ロンドン条約同様、締約国の判断に委ねることに異論はなかった。発信機関は、適切に依頼の様式を整えたり、翻訳したりする役割を果たし得るが、他方で遅延の原因にもなる。また、ロンドン条約の問題点の一つとして、提供される情報が、照会事項に既定されてしまうことが挙げられているが、これは発信

機関が介在するとより深刻になるであろう。スイス比較法研究所 (Swiss Institute of Comparative Law) からの出席者によると、同研究所の経験では、依頼者と直接やりとりする方が、依頼内容の明確化を求めたり、審理の推移に機動的に対応することができてよいそうである。国ごとに発信機関を置くよりも、全世界に一つのクリアリング・ハウスをハグ国際私法会議などに設ける提案もなされた。

情報提供者については、これを一つに絞らず、依頼者に提供者の選択を認めることにコンセンサスができた。さらに、受理機関をスキップして直接に、選択した提供者に依頼することを依頼国の裁判所に認める案も出された。<sup>(35)</sup> 提供者の選択を認めることによつて、競争的環境が作られ、それにより、遅延の軽減も期待できる。

情報提供者の質の確保も話題となった。まず、受理機関としては、ロンドン条約の下で、大英帝国は Foreign and Commonwealth Office を指定しているところ、会合では、イングランドの裁判官が、同機関のイングランド法の解釈能力に疑問を呈した。たしかに、具体的事件が係属していない機関が、抽象的に法解釈論を提示するのは、困難が大きいであろうが、解釈にまで踏み込まない情報提供で済むならば、能力のある受理機関を指定できる国も少なくはないであろう。民間の情報提供者には、免許・認可を付与することが事務局により提案された。しかし、会合ではその当否を疑問とする声が強かった。そもそも、免許・認証制は競争的環境の創設と矛盾する側面がある。また、付与機関を国際機関とすると必ずしも提供者の能力が分からないし、これを国内機関としても、適切な審査がされるとは限らないという指摘がなされた。法曹免許を付与された者は、当該国の法についての助言ができるはずであり、それに加えて免許・認可を要求する理由はないと思われる。

回答の内容については、ロンドン条約は、必要と認められる限りで、制定法の条文や判例に、学説や立法資料や立法解説を添えてもよいと規定する。<sup>(36)</sup> このような概括的な規定でもよいかもしれないが、情報提供のパッケージングの仕方

をより具体的に規定することも考えられよう。というのは、外国法情報は、そのままで事案に適用されうることは稀で、むしろ解釈を経て初めて適用可能となることが多いと思われるからである。その際、制定法・判例法のいずれが類推適用になじむのかは、外国法情報として決定的に重要となる可能性がある。この点、シビル・ロー諸国では、制定法が類推適用され得るが、判例法は、最上級審レベルの判例などの例外はあっても一般的には当該事件のみに関連性を有するのに対し、コモン・ロー諸国では、これと反対の解釈手法をとる。そこで、自国法の情報提供にあたって、そのいずれの部分が類推適用されうるのかを示唆するよう求めることは有益ではないかと思われる。<sup>(38)</sup>

情報提供を依頼した裁判所に対して、提供された情報が拘束力を有するかについては、ロンドン条約は否定している。<sup>(39)</sup> この点、新条約に付加価値を与えるべく、提供された情報に真実であることの推定 (rebuttable presumption) を認める旨規定する提案がなされた。しかし、そのような明文規定を置かなくとも、当該外国における外国法の専門家から提供された情報には、事実上の推定力が働く可能性が高く、むしろ、明文規定まで置いてしまうと、反証が困難になるという弊害が懸念される。<sup>(40)</sup> 多数意見は、ロンドン条約同様、情報提供を依頼した裁判所に証拠力の判断を委ねることに賛成した。

ロンドン条約には、情報提供者の尋問に関する規定はない。コモン・ローの伝統では、口頭証言が重視され、鑑定意見は、厳しい尋問により検証されて初めて価値が認められる。<sup>(41)</sup> 外国法が正しく適用されるかということよりも、証明のプロセスが公正であることの方がより重視されるとさえ言える。<sup>(42)</sup> したがって、コモン・ロー諸国によって新条約が広く利用されるためには、当事者の申立てがある場合に、情報提供者の尋問への出頭を確保する必要があると思われる。この問題は、手続問題ではあるものの、新条約では情報提供者が外国に所在することが想定されているために涉外的要素を含むので、条約で扱う許容性があると考えられる。但し、出頭義務を抽象的に定めるだけでは不十分で、国境を越えた

出頭の強制を具体的にどう行うかという困難な問題をほらむ<sup>(43)</sup>。ちなみに、スイス比較法研究所からの出席者によると、同研究所では、外国からの依頼に応じる場合には、担当の鑑定人が外国裁判所で尋問に応じる意思があるかどうかを通知することになっているとのことである。

ロンドン条約やモンテビデオ条約は、その広報が不十分であることを反省し、新条約については、成立後にハーグ国際私法会議によるサポート体制をとる提案が事務局からなされた。その内容としては、例えば、定期的な見直し、「良い慣行指針」(Guides to Good Practice)の作成、中央当局間のネットワーキングの機会の提供、判例や統計資料のオンラインでの公開が考えられる。ハーグ国際私法会議では、既に一九八〇年の国際的な子の奪取の民事面に関する条約についてこのようなサポート体制を構築している<sup>(44)</sup>。このようなハーグ国際私法会議ならではのサービスが提供されれば、条約の利用度も高まっていく可能性がある。

#### 四 インターネット上などでの自国法情報の外国に向けた提供

ロンドン条約のような条約による外国法情報の交換網の整備と併せて、他の方法による外国法情報へのアクセス向上も検討された。そのひとつが、インターネット上で、各国が自国法の情報を外国に向けて提供する案である。法令の改正や判例変更も含めて、当該国の責任で情報提供するというものである。無料の情報源として、特に、資力の乏しい個人に有益であろうとして検討の対象となった。

インターネットによる自国法の外国に向けた発信は、様々な団体によって、様々な理由・動機で自発的に既に進行中である。ハーグ国際私法会議の事務局がモデルとして想定しているものは、EU's European Judicial Networkのもの

ある。例えば、電子メールによる送達の有効性を法廷地法だけでなく送達国の法にも依らせる判例がコモン・ロー諸国を中心に増えてきており、送達についての外国法情報の需要が高まっているところ<sup>45)</sup>、European Judicial Networkのホームページ<sup>46)</sup>で情報を得ることができる。また、World Legal Information Instituteは、法は人類共通の資産であるとの発想で、独立した非営利の立場で、無料の法へのアクセス運動 (Free Access to Law Movement) を現在八六カ国で展開している。それらとは別のプロジェクトとして、自国法の国際商取引における準拠法採用が国益にかなうとの発想で自国法を外国向けに紹介している国として、シンガポールなどがある<sup>48)</sup>。日本でも少なくとも二つのプロジェクトが進行中である<sup>49)</sup>。

このように、法情報の外国に向けた発信が様々な団体によって自発的に進行中であるところ、ハーグ国際私法会議のような国際機関の主導で行う場合には、いくつかの問題点がある。まず、使用する言語を統一するべきかという問題である。会合では、少なくとも英語で提供すべきということに異論がなかった。加えて、フランス語による提供もするべきだとの意見が出たが、例えばアジア諸国間では、フランス語による提供をする必要性は低いと思われる。英語以外の言語については各国の判断に任せればよいのではないか。次に、情報提供にかかる費用と、情報の正確性についての責任を負担することに、各国から広く賛同を得られるかという問題もある。費用と責任には、情報の更新や翻訳から発生するものもある。法情報のうち法令については、わが国では、総務省がホームページにおいて、わが国の法令情報を日本語で提供している<sup>50)</sup>ので、これに翻訳の作業が加わることになる。責任については、同ホームページでは、責任放棄条項<sup>51)</sup>が掲げられているが、日本において日本語が読める者と異なり、自ら情報の正確性を確認する他の手段に乏しい外国の者にとっては、責任放棄条項が付された情報の有用性は疑わしい。

このような問題点がある以上、ハーグ国際私法会議が主導して行うものは、対象とする法分野を限定して、内容のし

つかりとしたものにするべきであろう。この点、シビル・ロー諸国では、外国の家族法情報への需要が高いことが、会合出席者の発言から窺われた。また、家族法分野は紛争解決産業の金儲けの源泉ではないので、国益や私益に左右される民間や各国のイニシアティブに委ねては、情報の提供が充分になされないおそれがある。そこで、ハーグ国際私法会議のような国際機関が主導する意義があるかもしれない。しかし、コモン・ロー諸国では、家族法分野は、多くの問題に法廷地法が適用されることから、外国法情報の需要が小さい。さらに、特にイングランドでは、多くの商事分野の涉外事件がロンドンの海事法廷 (Admiralty Court)・商事法廷 (Commercial Court) に係属することから、国益や關心も商事分野にあるようである。したがって、どの分野の外国法情報に需要が大きいかは、国によって異なるようである。そこで、ハーグ国際私法会議の作成した条約のうち、特に需要の大きい分野から始めるとよいかもしれない。現に、一九八〇年の国際的な子の奪取の民事面に関する条約、一九九三年の国際養子縁組に関する子の保護及び国際協力に関する条約、および将来に作成予定の扶養債権の国際的取立てに関する条約について、ハーグ国際私法会議の下で、各国の法情報の編成作業が進んでいる。<sup>53)</sup>

## 五. 裁判所間の直接の連絡のためのネットワークの構築

当初事務局から出されていた案の中に、外国法情報を提供する目的で、裁判所間の直接の連絡のためのネットワークを構築する案があった。限定的にはあるが、裁判所間の直接の連絡は既に行われているようである。

例えば、国際倒産の分野では、UNCITRAL 国際倒産モデル法に、裁判所間の協力義務 (二五条一項)・協力請求権 (同二項) が規定されている。そして、協力の形態として、情報の提供<sup>54)</sup>、並行倒産の調整などが二七条に例示列挙されてい

る。よって、例えば、並行倒産の場合に、一方の国の裁判官が他方の国の裁判官に、その国の法の下での各種債権の優先弁済権について照会することが起こりうると思われる。

また、一九七〇年の民事又は商事に関する証拠の収集に関する条約の下で、ベラルーシ、イスラエル、スイス、バルバドス、中央当局として司法機関を指定しているため、これらの国の間では裁判所間の直接の情報の交換が起こりうる。但し、これが外国法情報の交換にどれほど利用されているかは明らかでない。

そして、過去一〇年間は、一九八〇年の国際的な子の奪取の民事面に関する条約の下で、一八カ国の二〇人のリエゾン裁判官の国際的ネットワークが組織された。<sup>(56)</sup> 実際の通信は限定的にししか行われていないようであるが、例えば、二〇〇二年には、カリフォルニアの裁判官がイングランドの裁判官に対して、電話により、イングランド法に関して照会した例がある。<sup>(57)</sup>

裁判所間での直接の通信に際しては、トラブルを避けるために、手続的問題 (procedural) に限定し、当事者に事前通信の概要を通知し、適切な場合には当事者が同席し、通信を記録し、合意を文書化するという慣例がある。<sup>(58)</sup>

しかし、会合では、一般的に、外国法情報について裁判所間のネットワークを作ることには、賛成が少なかった。以下のような問題点が指摘できよう。まず、裁判官同士が直接通信するという法文化のない国でこの方法が根付くかという問題がある。次に、他国の裁判所・裁判官と直接通信する裁判官を任命する必要がある。任命プロセスは国によって異なるが、多くの国では、行政府ではなく、司法府による司法行政機能の一環とされているとされている。<sup>(59)</sup> 任命された裁判官は、並行倒産などの場合と異なって具体的な事件の係属なしに、抽象的に自国法の情報や解釈を伝える役割を担うことになる。この点、一般的な権限をもつコモン・ロー諸国の裁判官と異なり、シビル・ロー諸国の裁判官は、他国の裁判官との通信ができる権限が制定法上認められていなければならないので、手続法の整備が必要となる。さらに、

通信の内容が、法の情報・解釈である場合は、単なる手続的問題の情報伝達ではなく、より複雑な実質的判断を要する。それを翻訳作業を介して同時双方向的に行うとかなりの困難が伴う。<sup>60</sup> 誤った情報・解釈が伝われば、裁判官の責任も問題となりうる。逆に、裁判官からは正しい情報・解釈が伝えられるという前提をとれば、相手方裁判官は、その判断を拘束されてしまうことになり、これも不都合であると考えられるかもしれない。

## 六．結 語

会合出席前には、この種の会合の参加者は、プロジェクト推進論を提唱するであろうと予想していたが、実際の会合の議論では慎重論がかなり強く、事務局としては、フィジービリテーター・スタディーの継統をCouncilに要請するといふ結論をとらざるを得なかった。

事務局の提案する複数のモデルは、いずれも外国法情報へのアクセス向上のために有益であろうが、それぞれに問題がある。まず、ロンドン条約のような条約による外国法情報の交換網の整備は、本稿で見たように各論にも多くの検討課題があるが、総論として、交換網整備にかかる費用に見合った成果が挙がるかどうかという費用対効果の問題を見極める必要があると思われる。次に、インターネット上などでの自国法情報の外国に向けた提供は、はたして、民間や個別の国のイニシアティブに任せておけず、ハーグ国際私法会議という国際機関が中央統括的に進めるべき内容があるのかがまず検討されるべきであり、それがあつたならば、各論的問題は克服可能であろう。そして、裁判所間の直接の連絡のためのネットワーク構築は、法文化の違いのほか、各論的・技術的問題が大きい。このように、それぞれのモデルは問題をはらむが、各論の検討が進めば、総論の姿も異なってくる可能性がある。今後の議論の進展を見守りたい。

附録 参考資料 日本の裁判所における外国法の取扱い（ハーグ国際私法会議事務局のサーベイに対して筆者が提出し

たもの。西谷裕子教授も提出され、事務局編の文書（本稿脚注7参照）では、簡略な統一様式の記載になっている。）

#### I. Nature of Conflict of Laws Rules: Mandatory or Optional ('*fakultatives Kollisionsrecht*')

- The predominant academic view is that the courts should apply on their own motion the foreign law as specified by the choice-of-law rules. The case law suggests that this view has had strong influence upon practice but it is not always followed. Moreover, according to some practitioners' observations, the Japanese courts often assume that the foreign law is the same as Japanese law in the outcome of its application, especially on commercial law issues.
- It must be noted that the Japanese choice-of-law rules allow the parties to agree to change the governing law in contract (Article 9 of the Act on the Application of Laws), tort (Article 21 of the same Act), restitution and *negotiorum gestio* (Article 16 of the same Act). It is thought that those provisions cover agreement in court.

#### II. Ascertaining foreign law:

##### (a) who and for which issues?

- The courts are expected to ascertain the content of the foreign law by conducting research themselves even if the parties provide no evidence. In practice, the Japanese courts generally try to live up to this expectation but since the time and resources available to them are limited, they also usually request the parties to provide assistance. The parties usually oblige since it is in their own interests to have their interpretation of the foreign law accepted. But

the court is not bound by the evidence adduced by the parties. In a few cases which sit on the other end of the spectrum, the courts dismissed the claim on the ground that the claimants failed to prove that the applicable foreign law recognised the basis of their claim.

- It is not clear how likely the courts will embark on their own investigation into the foreign law if there is a consensus on its content between the parties.
- (b) (i) fact or law?; Foreign law is treated as law of a peculiar kind.
- (ii) means:
  - The courts can look at sources as wide ranging as possible and assess their probative value individually on a case-by-case basis. Thus they may consult textbooks, case reports, and legislation in their own libraries and may ask for research assistance from the Library of the Supreme Court and the National Diet Library.
  - The courts may also summon experts on the foreign law such as university professors. The parties may suggest their preferred expert for consideration. But the court is not bound by the parties' suggestion. Opinion is divided, though, whether the courts have power to summon experts on their own motion. The expert's role is to offer an impartial objective view of foreign law as an assistant of the court.
  - It is also open to the courts to submit inquiries to the embassy or consulate of the given foreign country, academic institutions, and the Japanese Ministry of Foreign Affairs which would forward the queries to the Japanese embassy or consulate in the given foreign country (According to the record kept at the Supreme Court, there was no case in the past year in which the last method was used).

(iii) costs

• The court generally bears the costs of own research on foreign law. But if the court summons an expert, the resulting costs, including the remuneration of the expert, form part of the court fees which are to be borne by the parties (Articles 2(2), 11(1-1) of the Act on the Court Fees in Civil Cases). Whether this is the case is a moot question, though, if the court summons an expert on its own motion (supposing that it has such power). The party bearing the court fees is generally the losing party, though this rule is subject to many exceptions (Article 61 et seq. of the Code of Civil Procedure).

- If parties adduce as their documentary evidence opinions of experts chosen by them, the parties bear the costs with respect to their respective experts.
- Both the court fees and the costs of adducing evidence can be covered by legal aid. It must be noted, however, that the Japanese legal aid is not a grant but only provides an advance which must be repaid. According to a person in charge of administering the legal aid, there are few, if any, cases in which legal aid was actually sought to cover the costs of expert witnesses on foreign law. But there are many such cases involving experts on medical science and real estate evaluations.

III. Effects of failure to establish foreign law (substitution law)

A variety of solutions has been suggested in the academic literature and the Japanese courts have adopted different solutions in different cases. Those solutions will be examined in turn below.

## 1. Dismissing the claim

If a claim must have a basis in a certain legal system for it to stand, it may be thought to follow that a claim must fail if the content of its governing law cannot be ascertained.

There is little academic support for this solution and the courts have adopted this solution only in a small number of cases since this solution is effectively a refusal to adjudicate (*non liquet*). It is particularly objectionable if the court applies a foreign law on its own motion notwithstanding that the plaintiff based his claim on Japanese law.

## 2. Applying what is believed to be the most similar legal system to the applicable foreign law

This approach envisages the application of e.g. French law where Belgian law must be applied, and where a US State law is applicable, the law of a sister State may be applied.

There is a Japanese case in which South Korean law was applied because the content of the applicable North Korean law could not be ascertained. In another case, Turkish law was not clear as to how to prove that a child was born from a married couple. The court applied French law since both Turkey and France were members of the Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC, International Commission on Civil Status).

This approach relies on an assumption that the nearest legal system has the same rules. In the cases where this assumption is likely to be unfounded, this approach is inappropriate. Thus in one case, North Korean law on certain issues of succession could not be ascertained. Since South Korean law on succession was favourable to the eldest son, the court thought it was unlikely that North Korean law was the same, given that North Korea was a

socialist country and had a constitution enshrining the principle of equality. The court refused to infer that South Korean law was the same as North Korean law.<sup>(66)</sup>

3. Application of what the court sees as reasonable rules (*iori*, reason, natural justice, common sense, *ultima ratio*).

In one case,<sup>(67)</sup> North Korean law of divorce could not be ascertained. The court relied upon *iori* to grant a decree of divorce on the ground of disappearance for a period of time.

In another case,<sup>(68)</sup> the court similarly relied upon *iori* to grant a decree of divorce on the ground that the respondent had breached the duty of chastity and maliciously abandoned his spouse. However, the court did not grant a petition for the division of property upon divorce on the ground that it was not recognised as of right under *iori*. For the same reason, the court refused to rule who was to have a parental right.

While the concept of *iori* is useful for its flexibility, it lacks certainty and predictability. There are, therefore, issues which cannot be determined by *iori*, e.g. interest rates and limitation period. And yet it is precisely those issues which there is greatest need to determine as they are likely to be different between different legal systems.

4. Applying Japanese law as the law embodying reasonable rules

There are a number of cases in which this solution was adopted.<sup>(69)</sup> This solution is less subjective than the application of what the court see as reasonable rules and hence less dependent on the judges' arbitrary decisions.

5. Application of Japanese law as the *lex fori*

This is a doctrinally awkward solution as it involves a surrender of what the Japanese academic opinion assumes as the court's responsibility, i.e. the application *ex officio* of the foreign law specified by the choice-of-law rules.

However, this solution has some academic support as a pragmatic solution and was adopted in some cases.<sup>(70)</sup>

6. Application of another legal system closely connected to the dispute

There are cases in which the court could not ascertain the content of the applicable foreign law (often North Korean law) and applied Japanese law instead, partly because the facts were closely connected with Japan. Thus in one case,<sup>(72)</sup> the court could not ascertain the grounds of divorce under North Korean law and applied Japanese law partly because of the wife's close connection with Japan.

IV. Review

(a) Review of application of conflict of laws rule

- Appeals to the Supreme Court are permitted as of right in limited cases where there is a violation of the Japanese Constitution (Article 312(1) of the Code of Civil Procedure) or a breach of certain specified rules of procedure (Article 312(2) of the Code of Civil Procedure). Those provisions do not cover erroneous applications of conflicts rules.
- Separately, the Supreme Court has discretion to grant a petition to appeal if it considers the case involves important issues of statutory interpretation (Article 318(1) of the Code of Civil Procedure). A petition for appeal on the application of conflicts rules may be granted under this provision.
- (b) Review of application of foreign law
  - The erroneous applications of foreign law do not fall within the cases in which appeals are permitted as of right (Article 321 (1) and (2) of the Code of Civil Procedure).

- Opinion is divided whether the discretionary appeals (Article 318(1) of the Code of Civil Procedure) may be granted on the points of foreign law. Some commentators take the view that it is not, on the ground that the role of the Japanese Supreme Court is to unify the interpretation of Japanese law. But the leading opinion holds that points of foreign law, too, are subject to the discretionary appeal on the ground that the role of the Supreme Court is also to provide relief to the parties in the cases wrongly decided by the lower courts and that leaving erroneous interpretations of foreign law unattended would bring the judicial system into disrepute. But the commentators taking this view admit that the Court may exercise the discretion restrictively when foreign law is the subject of petition for appeal. So the crux of the question is when the Court will consider erroneous applications of foreign law to be important issues within the meaning of Article 318(1) of the Code of Civil Procedure. Though the importance of individual cases is a factor to be taken into account, a weightier factor will be whether the issue arises frequently in the Japanese courts, as would be the case with the causes of divorce under Korean law.
- The only relevant cases, the Supreme Court cases on 2 July 1981 and on 25 February 1997, were decided prior to the amendment of the Code of Civil Procedure. In those days, appeals were permitted more widely: when there was a breach of statutes clearly affecting the lower court's decision (then Article 394 of the Code of Civil Procedure). In both cases, the Supreme Court heard appeals on matters of foreign law. In the former case, the Court quashed the lower court decision which calculated the share of inheritance by applying the new Act of South Korea when it should have applied the old Act. In the latter case, the Supreme Court affirmed the lower court's decision to grant divorce under South Korean law.

#### V. Treaties/ Arrangements in force

There is no specific treaty, bilateral or multi-lateral, in force on the treatment of foreign law in the courts.

#### VI. Relevant Legislation

- There is no specific legislation on the treatment of foreign law in the courts.
- The Code of Civil Procedure, prior to its amendments in 1926, provided in Article 219 that the content of the applicable foreign law, local customary law and commercial customary law must be proved by the parties while also conferring on the court the power of investigation regardless of whether the parties submit proof. This provision was deleted on the ground that the rule contained was self-evident and unnecessary.
- With respect to insolvency cases, unlike Articles 25 and 26 of the Model Law, Japanese law does not provide for cooperation between courts but makes some provisions on cooperation between trustees. Thus there are provisions empowering the Japanese trustees to seek information from, and give information to, foreign trustees (Article 245 of the Bankruptcy Act) but there is no similar provision *vis-à-vis* foreign courts. It was thought by the legislators that cooperation between trustees would be generally sufficient in the case of parallel insolvency proceedings. But this does not mean that the Japanese trustees are prohibited from giving information to foreign courts, especially where there is a request from foreign courts. On the other hand, Article 3 of the Regulation on the Recognition of and Assistance to Foreign Insolvency Proceedings provides that the Japanese court, in ruling whether to recognise or assist foreign insolvency proceedings, may require the foreign trustee to provide information on the foreign law

concerning the foreign proceedings.

- (1) 筆者はハーグの事務局から招聘を受けて出席し、日本政府からは西谷祐子教授が出席した。但し、会合における出席者の発言は、個人の資格によるものとして扱われた。
- (2) Permanent Bureau, "Feasibility Study on the Treatment of Foreign Law: Report on the Meeting of 23-24 February 2007" (General Affairs and Policy, Prel. Doc. No 21 A, March 2007)
- (3) [http://www.hecq.net/upload/wop/genaff\\_pd21ae2007.pdf](http://www.hecq.net/upload/wop/genaff_pd21ae2007.pdf)
- (4) 本稿は、国際私法フォーラム(二〇〇七年三月一七日、於:学習院大学)での報告のお誘いをいただかなければとまっていたいなかった。同フォーラムにおける参加者の有益なご指摘に感謝する。
- (5) 例えばイングランドでは、原則として鑑定によることになっており、当事者が法令や判例を引用するだけでは証明できない。
- (6) 例えば、解釈論だけでなく立法論にまで踏み込んでよいかという問題がある。国際倒産について日本法が準拠法となった事案で、属地主義を採用していたかつての条文を普及主義的に解釈できるかが争われたカナダの判例に、Orient Leasing Company Ltd. v. The Ship Kosei Maru ([1979] 1 F.C. 670連邦裁判所)がある。
- (7) サーベイの結果を事務局がまとめたものは、Feasibility Study on the Treatment of Foreign Law: Summary Tables on the Status of and Access to Foreign Law in a Sample of Jurisdictions (Prel. Doc. No 21 B (March 2007) [http://www.hecq.net/upload/wop/genaff\\_pd21be2007.pdf](http://www.hecq.net/upload/wop/genaff_pd21be2007.pdf))。なお参考までに、事務局の求めに応じて筆者が提出した資料を本稿の附録に掲げる。
- (8) 但し、会合では、手続問題にもさまざまな問題が含まれ、その統一の可能性に程度の差があることを指摘した。
- (9) Morgan Grenfell & Co. Ltd. v. Saec ([2001] EWCA Civ 1932 (判例集には未登載)) 第五三パラグラフ。但し、当事者による適用の主張は必す要か、職権調査は義務的か選択的か、当事者による調査とどのような関係に立つかなどの問題まで踏み込んでいない。
- (10) わが国の最高裁判所事務局も、現在のところ、わが国の法令の公権的解釈を示す権限を有していない。
- (11) モンテビデオ条約は、裁判所以外の機関による情報提供の依頼も締約国は認めることができ、紛争解決手続が開始されている場合以外にも依頼できる点などがロンドン条約と異なる。
- (12) 二条一項

- (13) 二条二項
- (14) 五条
- (15) 六条一項
- (16) 六条二項
- (17) 一〇条、一一條
- (18) ベラルーシ、コスタリカ、メキシコ、およびモンテネグロ
- (19) ロンドン条約の一九九〇年代の利用調査 (Rodger, van Doorn, "Proof of Foreign Law: the Impact of the London Convention", 46 (1997) *International and Comparative Law Quarterly* 151) による「最も利用回数が多いドイツでも、年に二〇二〇件程度しか要求をし、受けておらず (*Ibid* at p. 188)」、自国の外国法の専門家や専門機関に依頼する頻度の方が高いのではないかと推測される。モンテビデオ条約の利用状況については資料があまりなく、会合ではスペインからの出席者があまり利用されていないことを述べた。
- (20) イングランドでも、インターネット取引などで消費者が関わる抵触法問題が増える中、中級以下の事件の重要性も増す。これを指摘するものに Penning, "Foreign Law in National Courts" (Canivet, Andenas, Falgoutte (eds) *Comparative Law Before the Courts* p. 13所収 at p. 17) がある。
- (21) Permanent Bureau "The Treatment of Foreign Law: Succinct Analysis Document" (Feasibility Study on the Treatment of Foreign Law: Report on the Meeting of 23-24 February 2007 (General Affairs and Policy, Prel. Doc. No. 21 A, March 2007)) 第六二二パラグラフ
- (22) 民事訴訟法第一四七条の二(一四七条の三(特に第三三項))
- (23) この点について会合でコンセンサスがあった。
- (24) 一五条一項
- (25) 典型例は連合王国。
- (26) Janters-Jareborg "Foreign law in national courts: a comparative perspective" (2003) 304 *Recueil des cours* 181, 318
- (27) この点について、会合ではコンセンサスがあった。
- (28) 第一四條一項
- (29) 三條一項

- (30) 一九九八年の改正により、The Civil Procedure Rules は、裁判所は、双方当事者が鑑定を希望する場合に、単独の鑑定人を指定することができると規定する (Rule 35.7 (1))。しかし、特に大規模訴訟では、各当事者が鑑定人を選任することは稀ではなく (Andrews, *English Civil Procedure* (2003) パラグラフ三二・〇五)、会合にインクランドから出席していた Pentman 氏からの口頭の情報によると、外国法証明の場合には、裁判所による単独の鑑定人指定は通常行われていないようである。
- (31) Desch, "Best Practices Survey of the European Convention on Information on Foreign Law" CDCJ (2002) 15 (Council of Europe の文書) p. 6
- (32) 石川正・加藤新太郎・高橋宏志・森脇純夫「現代型訴訟と鑑定——私鑑定も含めて(座談会)」(二〇〇四年七八二号) NBL p.4 at p.9 (石川・森脇発言)。本座談会は、国内法についての鑑定を中心に話されており、仮に国内法について正式鑑定が許されるとしても、当事者としては鑑定申請せずに、むしろ私鑑定人によるであろうと述べられている。理由は、外国法の鑑定にもあてはまる。
- (33) 仲裁廷の外国法情報へのアクセスの困難さを指摘するものに、Kaufmann-Kohler "The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply It? How? And a Few More Questions" [2005] *Arbitration International* 631, 635があげられる。
- (34) Janters-Jareborg "Foreign law in national courts: a comparative perspective" (2003) 304 *Revue des cours* 181, 317
- (35) 依頼する者が訴訟当事者などの私人である場合には、受理機関をスキップすると、条約のメカニズムによらずに、自ら外国で鑑定人に依頼すること等しくなる。
- (36) 七条
- (37) これは会合における筆者の提案であったが、あまり関心は得られなかったように思われる。
- (38) 八条
- (39) これは会合における筆者の主張であった。
- (40) *Macmillan Inc v Bishopsgate Investment Trust plc and Others* (No 4) (CA) [1999] C.L.C. 417 (CA) 判決は、鑑定人の所作や尋問に対する返答が鑑定意見の信頼性を判断するのに重要な要素であると述べている(第一パラグラフ)。但し、インクランドでは、一九九八年の Civil Procedure Rules によって提出されることになり (Rule 35.5 (1))、尋問のために鑑定人に出頭を求める申立てをする前に、Rule 35.6 (1) に従って、書面による質問がなされなければならない (Civil Justice Council, "Protocol for the Instruction of Experts to give evidence in civil claims" (2005) 第一七・一五パラグラフ)。外国法の鑑定において、これらの規定で認められた裁判所の裁量がどのように行使されているかについて、筆者

外国法の取扱いに関する新条約の実現可能性について

同志社法学 五九卷二号

四四 (四四)

は情報をもつてなる。

- (41) 日本では、私鑑定人は中立性がないにもかかわらず、反対尋問の機会がないが、実務的には、改めて証人として採用して、そこで証人として反対尋問するという方法はある。石川正・加藤新太郎・高橋宏志・森脇純夫「現代型訴訟と鑑定―私鑑定も含めて(座談会)」(二〇〇四年七八二号) NBL p 4 at p 11 (高橋・加藤・石川発言) 参照。
- (42) Fentiman "Foreign Law in National Courts" (Gaiwet, Andenas, Fairgrieve (eds) Comparative Law Before the Courts p 13所収 at p 15)
- (43) 以上の点は、筆者による会合での指摘である。詳しい検討は時間切れとなった。
- (44) 良い慣行指針について [http://www.hechne/index\\_en.php?ad=publications\\_listing&sub=4](http://www.hechne/index_en.php?ad=publications_listing&sub=4) 判例の公開について <http://www.incadat.com/index.cfm>参照。
- (45) Permanent Bureau "The Treatment of Foreign Law: Succinct Analysis Document" (Feasibility Study on the Treatment of Foreign Law: Report on the Meeting of 23-24 February 2007 (General Affairs and Policy, Prel. Doc. No 21 A, March 2007) ⑥ Annex 2) 脚注六九。
- (46) [http://ec.europa.eu/civiljustice/serv\\_docserv\\_doc\\_por\\_en.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/serv_docserv_doc_por_en.htm)
- (47) <http://www.worldlii.org/>
- (48) <http://www.singaporelaw.sg/>。法律コミュニティーの利益の擁護を目的として政府によって設立された Singapore Academy of Law という団体が、裁判官・法曹実務家・官僚・学者の協力を得て運営している。
- (49) 法令外国語訳推進のための基盤整備 (<http://www.cas.go.jp/sesaku/hourai/>) および「日本法の透明化」プロジェクト ([http://www.tomeika.jur.kyushu-u.ac.jp/index\\_jp.html](http://www.tomeika.jur.kyushu-u.ac.jp/index_jp.html))。
- (50) <http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/dxssearch.cgi> (法令データ提供システム)
- (51) 「データ内容の正確性については、万全を期しておりますが、官報で掲載された内容と異なる場合は、官報が優先します」「総務省は、システムの利用に伴って発生した不利益や問題について、何ら責任を負いません」との文言が使われている。
- (52) 例えば、イングランドでは、離婚・離婚の際の財産分与、子の親権・監護権、養子縁組は、法廷地法に服する。但し、婚姻能力、婚姻の有効性、相続には外国法の適用可能性がある。
- (53) Council に対する専門家会議のレポートの脚注六。
- (54) (b)号



外国法の取扱いに関する新条約の実現可能性について

(72) Tokyo District Court, 28 September 1954.

同志社法学 五九卷一号

四六 (四六)