

國際契約における不法性について

岡 本 善 八

- 一、はしがき
- 二、意思自治説に對する批判
- 三、債務強行法規適用に關する諸學説
- 四、意思自治説と判決調和
- 五、個別狀況説と附屬的私見
- 六、(一)個別狀況説における指定の機能
(二)個別狀況説と商事仲裁制度
- 七、むすび

國際契約に關する行爲能力及び形式的成立要件以外の問題、すなわちその實質的成立要件及び効果の準據法決定に當つては、この兩者を包括的に且つ當事者自治の原則によつて處理するといふ態度が、從來大多數の國家の立法判例の採り來つた所であつた。⁽¹⁾すなわち、準據法に關する當事者の明示の指定あるときはこれにより、明示

國際契約における不法性について

の意思なき時は默示又は推定意思によるべしとする。この *Dunoulin* により唱導せられた原則については、從來より特に大陸の學者により批判を受けるところが多かつたのであるが、然し少くとも從來の状態に關する限りは、實際的にも且つ理論的にもその攻撃に堪え得るものであつたのみならず、個人的自由を法の究極目的とする近代的法理念の典型的な實現であつたという意味で大きな歴史的役割を果し得たとさえいい得るのである。

然るにこの間第一次及び第二次大戦を媒介として、各國の貿易振興の必要、各個人の過度の不平等排除の爲にする多數の強行法規の制定が行われ、従つて國際契約の締結も既往に比し著しく複雑性を増すに至つた爲、近年に至つて國際私法における當事者自治の原則の妥當性を検討せんとする試みが、各國有力學者によりなされるに至つている。本稿も又そうした傾向に示唆せられ、契約の不法性の準據法について、從來の如く當事者自治の原則により決定することが妥當なりや否やを立法論的に検討せんとするものである。

(I) 判例としては、米 \parallel 連邦裁は意思自治主義。州裁のうち行爲地法主義は六州(内不確實一)、履行地法主義は十六州(内不確實五)、意思自治主義は十一州及びコロロンビヤ區。英 \parallel 從來意思自治主義を採るものと解する見解を支配的とするも、近年に於ては同説と狀況説と相半ばす。佛 \parallel 意思自治主義。明示意思なく、その性質上準據法を決定し難き時は、行爲地法。獨 \parallel 意思自治主義。明示なき時は履行地法によるが多數。立法としては、一八九八年日本法例七條、一九一六年舊ブラジル法前加篇一三條、一九一八年アルゼンチン法、ブスタマンテ法典第一六六條、一九二六年ポーランド法第七條、一九三八年伊民法前加篇第二五條、一九四〇年ギリシヤ法。P. Arminjon, *Précis de Droit international Privé Commercial*, 1948, p. 140; Lorenzen, *Selected Articles on the Conflicts of Laws*, 1947, p. 261 et seq.; Batifol, *Les Conflicts de Lois en matière de Contrats*, 1938, p. 27 et seq.

(2) Dumoulin (1500-1566) の主張は次の如きである。すなわち、契約においては當事者の意思が最高である。意思が明示せられない場合には、それを探求すべきであり、それには契約締結の際における總ての状況により探求すべきであり、行爲地はこの状況の一ではあるが唯一のものではない、とする。彼以前に既にイタリーの Salicet (1412), Rochus Curtius (1495) において意思自治の觀念が存在しないではなかつたが、債權契約の分野で明確に意思自治を主張し、且つ推定意思の探求の仕方、合理性、實用性を示した點にその功績が認められている。(Lainé, Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des Statuts, t. I, 1889, p. 232; Batifol, *ibid.* p. 23)

二

意思自治の原則については、從來諸學者により各種の觀點より批判がなされているが、それらはおおむね次の點に歸し得るようである。

その一は、意思自治の原則の論理的可能性の問題ともい得るものである。すなわち、意思自治における當事者の準據法指定行爲自體の有効性、たとえば準據法指定行爲が詐欺、強迫、錯誤等の瑕疵を伴つた場合の効力はいかにして決定せらるべきであるか、もしこれが何らかの實質法規により決定せらるべきものとすれば循環論となるとの批難が存し得る。⁽¹⁾ 然しながら、この「意思自治の原則に反對するいわば古典的議論」に對しては、既に次の如き妥當な再批判がなされている。すなわち、意思による準據法指定行爲自體の有効性の問題は純粹に牴觸法上の問題であつて、決していづれかの國の實質法上の問題ではない。従つて意思自治の原則は決して循環論に陥るものではなく、論理的に可能であるとする。この意味に於て、この種の批判は意思自治の原則を斥けるに不

充分であるといひ得る。⁽²⁾⁽³⁾

その二は、強行法規潜脱の可能性という、いわば政策的問題である。意思自治の原則のもとにおいては、公序に基き法廷地強行法が適用せられる場合を除いては、當事者が明示的又は默示的に選擇した準據法の強行規定には服するが、他のいづれの外國の強行規定の適用も受けなものとせられている。従つて例えば、フランスに於てフランスが英國人にスイス所在財産を賣却し、その準據法としてドイツ法を指定する場合には、當事者はその自由意思によつてその服従すべき強行規定を選び、その支配に服することを欲しないフランス・イギリス又はスイス等の強行規定を避けうる可能性が認められることになるが、果してこれが妥當であるかとの疑問が呈示せられている。⁽⁴⁾ この第二の種類に屬する批判については、意思自治の原則それ自體の採用については明らかに一致している各國判例に於ても、この點については確定的な態度が與えられていないという意味に於て、學問的論議を必要とするのみならず、前述せる如き近年の國際取引の複雑性の増大という實狀からしても十分に検討に値するものであり、最近の意思自治の原則に對する諸學者の批判も概ねこの點に論議の焦點が置かれているものといひ得る。ここでは、まづこの點について有力な議論を提供してゐる ⁽⁵⁾Cheshire, ⁽⁶⁾Batifol, ⁽⁷⁾Wengler の理論及びわが國においてこの問題に新たに示唆を與えられた江川教授の理論に一の手懸りを求めつゝ問題點を探ることとする。

(1) かかる理論は、⁽⁸⁾Brocher, Cours de droit international privé, t. II, 1883, p. 67 et Suiv. 次いで v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, II Bd., 1889, SS. 4-5 により形成せられた後、より精密に

著' Zitelmaen, Internationales Privatrecht, 1897-1912, 1 Bd, S. 275 ff. 雜報 1110 頁以下 Melchior, Grundlagen des deutschen IPR, 1932, S. 500; Niboyet, La theorie de l'autonomie de la volonté, 1927. p. 52, 53.

- (2) 實方「國際私法上の於ける當事者自治の原則」(法學一卷一一號、一一〇頁以下)
- (3) 川上「獨逸國際私法」昭一七、一五九頁、同「佛蘭西國際私法」昭一四、一五一頁以下。
- (4) Batifol, *ibid.*, p. 12 et suiv.; Batifol, Public Policy and the Autonomy of the Parties-Interrelations between imperative legislation and the doctrine of party autonomy, (lectures on the conflict of laws and international contracts, 1951) p. 69.
- (5) Cheshire, *International Contracts* (1948); *Private International Law* (1952), p. 199.
- (6) Batifol, *ibid.* (1938); *Public Policy and the Autonomy of the Parties* (1951)
- (7) Wengler, "Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht" (*Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*. Bd. 54, Heft 4. SS. 168-212)
- (8) 江川「國際私法上の意思自治の原則に關する一考察」(田中博士還曆記念論文集、昭二七、四四一頁以下)

三

(一) 近年における一連の諸論議に有力な契機をもたらしたと考えられる Cheshire の見解は、形式的には英國判例の解釋の問題として主張されている爲、必ずしも明確ではないが、然しそれは一面において英國判例の態度を意思自治の原則によるものと解する Dicey の見解に對する批判であると共に立法論として意思自治の原則に對

國際契約における不法性について

する批判としての側面をもつていえるといえよう。彼の理論の特質の一は、まづ例えば Dicey によれば *proper law* によつて包括的に規律せられた法律關係のうち、債務の成立 (*creation*) と實質 (*substance*) の問題を區分し、後者すなわち契約の効果、換言すれば兩當事者の相互的權利義務、契約違反の効果等については、その契約と何らかの現實的關係がある限り當事者の指定を認め、意思自治の原則に對し若干の讓歩を示しているのに對し、前者に對しては、狀況說又は多元的客觀說ともいへべき理論を主張していることである。

彼が意思自治主義に賛し得ない理由としては、おおむね次の二點に求めることができよう。その一は、例えば英國の商人がパリのフランスの小賣商に毛織物を賣り付け、その債務準據法としてジャバ法を指定するが如き場合をも容認するような極端な理論の上には、*コモン・ロー* は健全な發展を遂げ得ないという點である。その二は意思自治の原則に於ては、準據法指定における合意そのものの有効性を決定すべき法を發見することが不可能なことである。これに對する通常の解答は、この問題は英々國際私法自體により決定せられるといふのであるが、かかる理論は容認することはできない。何故ならば、國際私法の機能は、特定の契約の有効・無効を決定するにあるのではなく、單にその有効性を決定すべき準據法を指定するに止まるからである、と主張している。従つてその歸結として、何らかの客觀的連結素を求めることにならざるを得ないのであるが、然しこの點については、「連結點のうちの一つ、例えば履行地文をとり出し、これを決定的とすることは不合理な結果を生ずる。取引の便宜のためには嚴格主義は絶対に避くべきである」として一元的客觀說をしりぞけ、「契約はサヴィニーの主張する如く、連結素を決定することは困難であるが、然したとい契約が數國に關係をもつにしても、他國より一國

により密接な関係をもつことはあり得るのであり、それが契約の所屬すべき國である。契約の多數の國家への結合は複雑多様である。……然し大多數の事件に於ては、その結合が最も重要であり持續的と考えられる一の國を示すことは可能とならう。その當事者、締結の事情、内容、目的等の分析により、その現實的な重點、重要性の中心が何れにあるかを明らかならしめる。合理的な人間は本能的に、例えば、それがフランスの契約か、イギリスの契約かを示すことができよう」として、その契約が最も密接なる関係を有する國法を準據法とすべきことを主張するのである。⁽¹⁾

更にこの問題との關連に於て契約の不法性については次の如く主張する。すなわち、債務成立の有効性については、契約が最も密接なる関係を有する國の法のみが適用されるのであるが、たゞ特に不法性の問題については、それが成立に影響をもつにもかかわらず契約準據法のみによつて決定すべきではないとし、これについて、次の六つの法を順次検討している。(i)契約準據法によつて不法な契約は、英國に於て執行することを得ない。(ii)英國の顯著な公序を侵害する契約については、英國に於て訴を提起し得ない。(iii)契約が、その成立を禁止する英國制定法の範圍に屬するときは、英國に於て執行し得ない。(iv)行爲地法による不法な契約も、準據法により有効なるときは英國に於て執行し得る。(v)契約準據法によれば有効であるが、契約履行地の法により不法な契約が英國に於て執行され得ないとする理論については疑問がある。(vi)その契約が他の點に於てその國に關係をもつのでなければ、契約當事者が國籍又は住所により從屬する國の法によりその履行が不法であるという理由では執行を斥くべきではない。⁽²⁾

(二) Batifol は 'Cheshire' の理論にかなりの關心を示しており、従つてその結論は後者に類似するが、Cheshire が主として意思自治の原則の論理的可能性という古典的議論にその根據を置くのに對し、Batifol は強行法規潜脱の可能性の排除という觀點から論じており、且つ意思自治の原則についてもその存在意義についてかなり好意的な見解を示している點にその特質があるといえる。

Batifol の理論は結論的には次の通りである。すなわち、「一般的に述べるならば、裁判官はその法を適用する可能性ある數國と契約との關係を検討せねばならない。契約中にある當事者の準據法指定についての約定は、當事者がそれを最も現實的に關係あるものとするとして裁判官に示唆を與えるにすぎない。原則にはこの指定通り準據法は決定せられる。然しもしかかる指定が取引の明白なる構造と矛盾する場合には、それによるべき理由はない。且つ當事者より指定せられた法が契約の事實と何ら關係をもたない場合も同様である」とする。⁽³⁾

その理由として擧げる點は次の點である。すなわち、「もし立法者又は裁判官が立法又は判例によつて一定の規則を採用することが妥當と考える場合に於ては、我々は少くともそれが設定せられた國に於てはその規則は望ましいものであると考えざるを得ない。然るに多くの人は法は必要ではあるが、一種の好ましからざるもの (an evil) として出来る丈潜脱せんとするものである。この意味に於て法と自由とは對立するものである」。而して「適用せられる可能性あるすべての法規が問題となる點について強行規定を有する時に、契約と現實的關係なき法が指定せられる場合には、その選擇が強行規定潜脱のあらわれであると結論せざるを得ないのである」。⁽⁴⁾「世界に存在している諸國の法はそれ／＼その行われるべき經濟的・道德的範圍をもつから、その内容は異なる。然し

契約が外國と何らかの關係をもつ場合には、外國人との關係が必要であり而もかかる關係は外國法の外國における有効性を前提とせざるを得ないものであるから、その契約が外國法によつて履行せらるべきことを許すものである。然しながら、契約がその事件と何ら現實的關係をもたない國法に委ねられる場合には、それを執行すべき理由があるであろうか。……もし國際關係が外國法の尊重を前提とするものであるならば、それは唯その外國法がその契約を規律するに値いする場合のみである」とするのである。⁽⁶⁾

(三) Wengler の理論は、裁判の調和の思想を究極目的とするものであるが、具體的には債務準據法の決定の問題と契約内容に關する強行規定適用に關する問題とを絶縁して考察している點にその特質を有する。

債務準據法については、後述の如く強行規定についてはその固有の原則によつて債務準據法の如何を問はず適用せられるとする理論との關連に於て、無制限的意思自治に委ねており、また當事者が債務準據法として合意した法秩序中の特定の強行法規を明示的に排斥することも可能であるとする。のみならず、銀行、カルテル等の大規模の國際取引においては補充規定がいつれかの國法からとらるべきでなく、當事者意思の探究がもとめらるべきことがあり得るとするのである。

次に強行法の適用については次の如き提案がなされている。

(i) 債務準據法に屬する強行規定は、その規定自身が適用を欲し、かつ、その規定を定めた國と法律行爲との第三國からみて充分なる密接なる關係あるため、その強行規定を排除し得ない時は、その強行規定が適用せられるが、それ以外の場合には、その強行規定を明示的に排除することも可能であり、時にはそれに代えて他の無

關係なる國の強行規定を契約内容として指定することも可能であるとする。

(ii) 法廷地強行規定の適用可能性は、その規定の合目的な場所的適用範圍の探究に依存するのであり、かくて探究された適用意思の範圍内においては、法廷地法が準據債務法として適用されると否とにかかわらず、當該法律關係に對して法廷地強行規定が適用せられる。

(iii) 外國強行法については、(1) 規定自身が適用を欲すること、(2) 債務關係に對してその規定が眞に密接なる關係をもつこと、(3) 法廷地の公序、すなわち原理的な正義の觀念や法廷地の個々の目的に背反しないか、または內國關係が存在するがために排斥せられない、という三つの條件が具備する限りに於ては適用せられる。

而して法律行爲によつて定められた債務關係の内容が、以上の三種の強行法規に違反する場合の効果については、それらの強行法規の規定を累積的に適用し、そのより強い制裁を以て決定的な効果とするのである。

(四) 江川教授は、當事者自治の原則の妥當性に對し次の如き理由に基いて疑問を掲げられる。すなわち、「國際私法上、當事者自治の原則を認める限り、當事者の自由なる準據法の指定により、いわゆる留保條款の適用によつて法廷地の強行規定の適用される場合を除いては、當事者が適用を欲しないいかなる強行規定の適用をも自由に排斥しうる結果となる」。(8) 「もつとも、意思自治の原則のもとにおいても、……當事者の意思によつて決定された準據法の強行規定に反することはできない……しかし意思自治の原則のもとでは、契約の準據法は當事者の自由選擇しうる場所であり、従つて、當事者はその自由なる意思によつてその服従すべき強行規定を選び、その支配に服することを欲しない強行規定を避けうる可能性が認められることになる。これはそもそも、強行法そ

のもの性質を相容れないものではなからうか⁽⁹⁾とせられ、その準據法について次の如き見解を採用せられる。すなわち、「物權關係に對する所在地法、身分關係に對する本國法もしくは住所地法のようなものは、契約關係即ちすべての契約に通じて考えることは困難である。しかし、これはすべての態様の契約關係についてなにか唯一の準據法を考えるからであつて、契約關係の各態様の差異に應じて個別的の考慮を拂うならば、それぞれについて必然的の結びつきをもつた法秩序を發見することは不可能ではないのではなからうか。各契約關係につき、その性質からなんらかの固有の法秩序というものが考えられるのではなからうか。その内容が主として人の意思によつて創られる契約關係は千差萬別である。これを劃一的に取扱つて、その準據法を求めようとしても、妥當な結果のえられないのは當然であらう⁽¹⁰⁾」とせられるのである。

- (1) Cheshire, *International Contract* (1948); *International Private Law* (1952), p. 202.
- (2) Cheshire, *I. C.*; *I. P. L.* p. 222.
- (3) Batifol, *Public Policy and the Autonomy of the Parties*, (Lectures, p. 78)
- (4) Batifol, *ibid.*, p. 71.
- (5) Batifol, *ibid.*, p. 73.
- (6) Batifol, *ibid.*, p. 72.
- (7) Wengler, "Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht" (*Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*. Bd. 54. Heft. 4) の論文については、桑田「國際私法における強行的債務

法の連結問題」(法學新報五十九卷一一號)において詳細に紹介せられている。

國際契約における不法性について

- (8) 江川・前掲論文、四五〇頁。
- (9) 江川・前掲論文、四五一頁。
- (10) 江川・前掲論文、四五四頁。

三

以上の如き諸學者の當事者自治主義の妥當性についての見解は、Cheshire の場合については必ずしも明確には強調されていないにしても、一般的には強行法潜脱の可能性の排除にその目的を置いてゐる事がうかがわれる。従つてこの問題を検討するについては、まづ強行法潜脱の可能性の排除とは一般的に何を意味するかが問題となる。通常法律潜脱行爲 (Fraud a la loi) とは、特定の強行法規の存在により一定の目的の實現が不可能となる場合に、異常な仕方にて一連の事實を設定し、よつて當該強行法規の適用を免がれその意圖する經濟的又は社會的結果を實現することをいうのであつて、⁽¹⁾⁽²⁾ 例えば(1)一國に於て營業を行わんとする會社が、設立條件・稅法等のより寛大な國に於て設立せられる場合、(2)本國法によれば禁止し得ない近親者がより寛大なる他國に於て婚姻を行う場合、(3)本國法によれば離婚を禁止せられる當事者が、他國に住所を移轉し爾後新國籍を取得する場合、(4)遺留分に關する規定を潜脱するためにイングランドに選定住所を設定せんとする場合、(5)契約準據法が行爲地法である場合にその強行規定を免れるため、より寛大なる土地に旅行し、そこで契約を締結する、等々が考へられよう。このような行爲がなされた場合に當事者の意圖に従つた効果を發生せしむべきかは、周知の如く特

にフランスに於て論議せられる所であつて、そこでは *fraus omnia corruptit* なる法諺に基き、異常なる連結點を設定することにより特に内國強行規定を詐欺的に潜脱せんとする行爲はフランスにおいては無効であり、潜脱せんとした規定は潜脱行爲がなかりし如く適用せられるとする理論が行われている。然しながら、この點については必ずしも潜脱の意思という主觀的要素を理由として一般的に當事者の意圖を斥けることが果して妥當か否かは疑わしい。例えば例(3)の場合の如きは、當事者が諸般の公務を自ら負擔する意圖をもち、且つ當該國家の國籍法の要件に従つて新國籍を取得する以上は當事者の要求は承認せられ得るものとせねばならないしまた例(5)の場合に於ても一國の法制上かゝる偶然的要素をもつ連結素が採用せられている以上當事者の意圖は容認せられると解するのが現行法解釋及び運用としては妥當であらう。然しながら、所謂法律潜脱論は必ずしも感情論として斥けるべきではなく、その内部において次の如き注目すべき立法的要求を持つていることを無視すべきでない。すなわち、およそ立法者は、當事者をして一定の事實發生につき時間的場所的選擇を許すことにより強行法規の適用につき自由なる選擇を生ぜしめる可能性ある立法をなすべきでないということ、換言すれば、既存法における準據法についての立法論的批判が含まれていることに留意すべきである。

次に意思自治の原則においては強行法潜脱の問題は、いかなる仕方に取り上げられたのであろうか。從來契約準據法決定につき意思自治主義が採用される場合にも、右の如き法律潜脱行爲の問題が全く無視されたわけではない。すなわち、大陸においては、意思自治の原則が採用せられる場合に於ても、當事者の指定し得る範圍はその事實と實質的關連をもつ實質法に限定せられるのであり、何ら實質的關連をもたない實質法が指定された場合

には當事者の衝突規則的指定のなかつたものとみなす、とする所謂量的制約が加えられていることが學說・判例に於てうかがわれる。その理由が「衝突規則が法の場所的牴觸の解決をその目的とするものであることは、少くとも解釋論としては、殆んど争のない所であるから、法律の地的衝突が觀念し得ない場合には、衝突規則の適用はあり得ない」として、いはゞ自治原則自體の屬性に求められる場合もある⁽³⁾。然しながら各國の判例の態度はむしろこの量的制約論が法律潜脱行為を防止し得るとする點は理由を求めているようであり、學說においてもこの點に根據をおくものもないではない。然しながら強行法規潜脱理論は、その法律關係について通常強行法により規律せらるべき事項について、より望ましい特定の準據法の適用を主張しているものであり、かかる立法的要求に關する限りこれを妥當と考えるべきであることは前述した通りである。然るに量的制限論の根據を強行法潜脱の可能性の減少に求める理論は、一面において當事者による準據法指定を許容し、從つて契約が本來主として當事者の意思により成立するものであるとする基本的觀念を容認しつつ、他面において適用すべき特定準據法の存在を前提とする強行法潜脱の排斥を顧慮するものであり、必ずしも調和せる理論とはいひ難いものがある。

(1) 法律潜脱行為については、齋藤「内國法律詐欺行為論」(法學論叢二〇卷五號、六〇一六二、六五頁)。

(2) Lerebours-Piseounière, Précis de droit international privé, 1948, p. 386; R. Savatier, Cours de droit international privé, 1953, p. 241; Arminjon, Précis de Droit international privé commercial, 1948, p. 102.
川上「佛蘭西國際私法」六六頁。

(3) 實方・前掲論文、七〇二頁。

(4) アメリカにいつは、Andrews v. Pond, 1839, 13 Pet. 65, 10 L. Ed. 65, なる連邦裁判決及び Crawford v. Seattle,

Renton and Southern Railway Co, (1915) 86 Wash. 628. 150 p. 1151. 英國の民法 Vita Food Products, inc. v. Unus Snipping Company, Ltd. P. C. 1939. [1939] A. C. 277. 於てその指定が善意 (bona fide) であること
要求せられたる。ハインズとオックスは R. G. 21 Sept. 1899, E. 44. 300. イタリとオックスは Corte di Cassazione. 26
Juli 1929, Corte Cass. 1929. 1291. フランスの民法 Civ. 19 fév. 1930 et 27 janv. 1931.

四

然るに意思自治の原則については、他面判決調和という観点からこれを支持する見解のある事に若干の留意を拂わねばならない。かかる見解は、何れも判決調和の爲に債務準據法として意思自治の原則を當然の前提として認める點に於て一致するが、債務强行法規の適用については、準據法以外の關係ある强行法規の累積的適用によりいはゞ無効の可能性の増大化により判決の統一を計るものと、逆に判決不調和の原因となるべき法廷地强行法規の適用を制限し、その有効の可能性の増大化により判決の統一を計るものがある。

Wengler の理論は、既に指摘した如く「裁判調和」の理念にその基礎を置いている。⁽¹⁾しかるに、各國の判例は債務準據法について意思自治の原則を採用する點に於ては異常ともい得る程の一致を示していることは周知の點である。従つて氏により意思自治の原則が當然の原則として承認せられたのは容易に首肯し得る點である。たゞ各國判例相互の不調和は、内外强行法規の適用の規準にその原因をもつものであるから、その點についての妥當な調整を行うことにより裁判の調和を計らんとしているものである。すなわち、氏によれば、各國判例の態度は、内國法の適用については、それが自國法が準據法であるという條件にかからしめられているのは、きわめ

てまれであるのに對し、外國強行法の適用については、當該外國法が同時に債務準據法である場合に限られてゐるのであり、その調和のためには(1)内外強行法規はそれが債務準據法に屬する場合にのみ適用するという原則を採用するか、(2)内外強行法規を各別に債務準據法であるといふなどにかかわらず適用する、という原則を採用するという二つの方法の一を選択する外はないとせられる。この點については、Wengler により、裁判調和の理念と相並んで重視すべき強行法規の客觀的規準による適用の必要性を顧慮せられる場合には、債務準據法として意思自治の原則を採る限は第二の方法によらざるを得なかつたのではなからうか。この理論は裁判調和の觀點からするならば、明らかに注目すべき理論ではあるが、次の點において検討せらるべき問題を残していると考へられる。すなわち、(一)一國の法制は本來自足的であり一體であるという觀點からするならば、債務準據法と適用強行規定とを全く別個に二元的に取扱う點に考慮せらるべき問題が残ること、(二)更に、氏によれば強行規定が累積適用せられる場合には、その最も有効より遠ざかるものを適用するという如く、強行規定のもつ消極的作用のみ著目せられているが、然し強行規定は若干の内容の契約を抑壓する作用をもつのみならず、これに代えて特定内容の契約又は債務を或は當事者の意思として擬制し、或は當事者の意思にかかわらず強行せんとする積極的作用をもつものがある。例えば勞災補償における補償額又は、爲替管理法における公定爲替相場の様である。もしかゝる積極的作用における強行法の衝突を顧慮する必要があるならば、累積的適用だけでは充分妥當な結果が得られないのではなからうか。すなわち、そこに適用せられているのは、各國強行法を最大公約數において抽象化したものであり、各國強行法のもつ政策目的の組織的體系的實現という要求は、判決調和のために全く犠牲にさ

れているといえよう。(三)最後に、從來各國の判例は意思自治の原則の採用についての見解の一致を示しているにしても、將來意思自治の原則に對して少くともその適用すべき範圍を制限するとする傾向が存在していることは否定できないのであり、その意味に於て、この原則を裁判調和という觀念から、直ちに承認することは必ずしも無條件に賛成し得ないといえよう。⁽²⁾

判決調和の觀點から意思自治主義の原則を支持する第二の理論としては、Rabelのそれが考えられる。これは、準據法決定については、意思自治の原則によるべきであり、たゞ裁判所は、法廷地の民事強行規定については、基本的な公序違反、例えば奴隸、賣淫、弱少者に對する不當な債務負擔等の場合を除いてはその適用を顧慮せず、且つ法廷地法たる公法的強行規定例えば労働法・酒類の賣買禁止法・行政法・財政法の規定については、それらが契約準據法である場合にのみ適用せらるべきであるとするものである。⁽³⁾この理論は判決調和の觀念からはかなり妥當な見解ともい得るが、しかしこれは、從來の意思自治主義の無條件的承認を前提とするものであり、後述の如く適用せらるべき強行法規が全く當事者の自由により選擇せらることは近年の實狀に合致しないものといわねばならぬ。

(一) その裁判調和の理念については W. Wengler, Les principes généraux du droit international privé et leurs conflicts, Rev. Crit. de D. I. P. T. XLI 1952, p. 595 et suiv.

(二) 立法例としては一九四二年ブラジル國際私法第九條、一九四八年チエッコスロバキヤ國際私法第九條等。判例としては、米連邦裁の Alaska Packers Association v. Industrial Accident Commission of California (1935, 294 U.

國際契約における不法性について

- S. 532) 事件に於ては、雇傭契約に於て當事者により主たる事業地たるアラスカ法が指定されているにもかかわらず、契約締結地及び貨銀支拂地がカリフォルニアであることその他を考慮してカリフォルニア勞災補償法の適用がなされている。フランスに於ては、一般に無制限的當事者自治が認められているが、*Quebec Steamship Co. c. Seugès de la Quintinie et Cie* (cass. civ. Dec. 5, 1910) 事件に於て、ニューヨークに於て作成せられた傭船契約書に於てニューヨーク法が準據法として指定せられている場合に、船舶がフランス向であることを理由として免責條項にフランス法が適用せられている。更に近年における *Cie française de l'Afrique Occidentale c. Sté du Haut Ogooué* (Cour d'appel d'Aix, 13 juillet 1948) 事件に於てもかかる傾向がうかがわれる。これはパリ所在の C. F. A. O. 會社がマルセイユ所在の S. H. O. 會社より佛領西アフリカ所在財産を買入れ代價として一九四六年一月に佛領アフリカの Port-Gentil 所在の Banque de l'Afrique Occidentale の S. H. O. 會社の勘定に對して五五〇萬フランを拂込むべき契約を一九四五年十一月に文書により締結したのであるが、その後一九四五年十二月廿六日に本國フランに對し一・七の比率をもつ植民地フランに關する立法が成立した爲、賣主が一九四六年一月に五五〇萬本國フランを拂込んだのに對し、買主は同額の植民地フランに相當する九三五萬本國フランを拂込をなすべきことを主張した事件である。この場合裁判所は、當事者の意思を推定し西アフリカ所在の不動産の對價として西アフリカの銀行に拂込まれるものであり、且つ買主は西アフリカに再投資する意圖をもつものであるから、その契約は西アフリカに作用するものであるといひ得るのであり、買主は植民地フランで五五〇萬フランを拂込むべしとする判決を下しているのである。これは當事者が法的衝突を全く豫想しない時でさえ、即ち當事者の意思にかゝわらず、裁判官はその契約の狀況に基いて特定の強行法規を適用すべき一例と考えられているのである。Maury, d. i. p. 1951 p. 121: Rev. crit. de d. i. p. 1949, p. 332. 英國の Boissevain V, Weil, [1949] I. K. B. 482, 490-1. 拙稿「英國國際私法における當事者自治の原則」(同志社法學一九號)参照。
- (9) Rabel, Conflict of Laws, Vol. 2, ch. 33 p. 581.

國際私法における衝突規則的當事者指定が認められ得る根據は、債權關係に於ては他の法律關係における如き明瞭に優越せる連結素を得ることができないという點に加えて、各國實質法において債權法に屬する大部分の規定が任意規定であること、すなわち實質法的意思自治が重要な機能を果していることに求められている。然しながら、前者については、江川教授も指摘せられる如く、契約的關係を劃一的に考慮せず契約關係の各態様の差異に應じて個別的の考慮を拂うならば、それぞれについて必然的の結びつきをもつた法秩序を發見することは不可能ではないといひ得るのであり、更に後者については、各國實質法における意思自治主義の機能は著しく變貌をとげている點に留意せられねばならない。すなわち、保險・銀行・運送・倉庫等の大企業を相手方とする取引において所謂「普通約款」が適用せることは夙に認められる現象であるが、それらに對し更に國家的認可の必要性又は強行法により制約等が如えられており、特に近年においては、勞働・社會福祉・重要物資管理等における國內立法は次第に増大する現象を示しており、特に國際取引・爲替管理等の貿易立法の増大は、國際性の故に一層契約の自由性を制約していることさうかがわれるのである。すなわち、契約自由の原則はその内容、相手方形式、締結自體の自由等諸般の點において制約を蒙つてゐるものといえる。かくの如く、一國において契約に對し適用され得る可能性ある法規の總體から意思自治の機能を考慮する時は、この實質法上の原則が、連結素の客觀的決定という國際私法上の一般原則に對し著しい例外をなす、衝突規則的意思自治を要求する丈の機能をいぜ

んとして保有しているか否かについては疑問を抱かざるを得ない。すなわち、現在の如く各國に於ける債務強行法規の制定が普遍的恒常的現象として認められる限りに於ては、およそ國際的契約が締結せられる限り、その締結により國內公益に重要な影響、すなわち、その國家が法廷地となる場合には、當然公序違反としてその有効性を否定する程度の重要性をもつ影響を蒙むる特定國家の存在を考慮せざるを得ないのである。従つて不動産物權について所在地國の公益を考慮して所在地法を適用することが望ましいと同様の意味に於て、契約についてもそれが客觀的にいかなる國家の公益により密接なる關係をもつかいはゞ行政權の分配ともいうべき觀點からその準據法を決定することが望ましいといえよう。たゞ前述の如く、契約關係については、その複雑性の故に他の法律關係の場合に比しその準據法の決定に若干の困難を伴うことは否定し得ないであらう。

たゞこの點については、このような一連の債權強行法規は屬地法的性格をもつのであり、外國裁判所に於てはその適用を考慮すべきでないという理論も成り立ち得る。從來の大陸の判例の中にはかかる傾向を示しているものも存在している。⁽³⁾然しながら、その債務強行法規が著しく特殊的異常である場合はともかく、労働法規、爲替管理法規に端的に見出し得る如くこれらが國際的現象となる場合に於ては、むしろ、具體的法律關係に密接なる關係を有する債務強行法規の管轄を認めることが、國際間における經濟的協力の必要性の見地から妥當であるといえる。

以上のような見解からするならば、この問題の解決については、次の如き理論によることが妥當であると考えられる。

(一) (イ) 基本的準據法—契約の實質的成立要件（すなわち當事者の合意及び約因の存否）、契約の不法性（すなわち、契約の強行法規による禁止的作用）、契約の効果（すなわち、強行法規の積極的作用をも含めた當事者の權利義務）については、當該契約の總體的具體的事情に基き最も密接なる關係ある法を準據法とすることが妥當である。この場合、何れの國の法を以て準據法となすことが妥當であるかを決定するかについては、單に行爲地、支拂地、當事者の本國及び住所、目的物の所在地等を形式的に考慮するのではなく、それが實質的特に經濟的に何れの國家に密接なる關係をもつかを考慮すべきことに留意すべきである。

(ロ) 副準據法—右にのべる如く、國際契約關係は、より密接度の高い國の法により基本的に規律せられるにしてもその不法性の問題については、これを當該基本準據法の規律のみに委ねることが妥當でない場合が生ずる。例えば、保險契約については、保險業者の業務上の本據の所在地法を以てその準據法となす場合に、⁽⁴⁾ その保險料支拂が保險契約者の居住地の爲替管理法に違反する場合の如きである。既にふれた點からも推し得る如く、現在の如き國際經濟機構における國際契約の締結は、單に私人たる當事者の債權債務の發生を結果する丈でなく、同時にそれに密接なる關係を有する國家の爲替資金の相互的増減という二重の構造をもつて⁽⁵⁾ いるのであり、しかもこの二國の契約に關して有する利害は他の國に比し特に大なるものがあることが認められる。この意味に於て契約の不法性に關する限りは、單に基本的準據法所屬國の強行法規のみならず、いはゞ契約の相手國の強行法規をも累積的・消極的に適用し、その兩者のうち有効より遠ざかる効力を以て契約の効力とすることが理論上妥當であり判決調和という基本的理念にもより接近し、ひいては、債務取立の可能性の増大という實務上の要求にも應え得

るのではないかと考えられる。

(二) 法廷地強行法—法廷地強行法は、その法律關係に關連ある強行規定の存在それ自體を以て適用すべきものではなく、(i)法律關係と強行法との間に密接なる關連あること、(ii)強行規定自體がその適用を要求していること、(iii)その適用の結果法廷地の公益が著しく害せられる場合にのみ適用せらるべきものである。従つて法廷地強行法は、それが同時に契約準據法である場合を除いては、單に消極的作用を營むにすぎない。また當該強行法規が自ら適用を要求しているか否かに具體的に各法規の内容を檢討することが必要であるが、ごく概括的には次のものが一應の標準となり得る。すなわち(i)瑕疵擔保責任の如く、當事者の衡平維持の見地に立つ法廷地強行規定は適用せられない。たゞ責任制限に關する規定が、船主責任に關する如く經濟的弱者保護を目的とし法廷地經濟に重大なる影響あるときは、上述の民事強行規定と異なり法廷地法の適用をみることがある。(ii)勞働立法借地借家立法・農地法の如く、それ自體國內的適用を要求するものについては、別段の事情のない限り準據法により法廷地法は顧慮せらるべきではない。(iii)食糧管理法・麻藥取締法・爲替管理法・關稅法・獨占禁止法の如くその性質が經濟統制法又は重要なる公序維持を目的とする法律であり、且つその違反に罰則を伴う場合は、法廷地のかかる法規に反する内容を有する契約は不法となる。

(1) 江川・前掲論文、四五四頁。

(2) 大平・「經濟的國際協力」(國際法講座第二卷、一〇一頁以下)

(3) 例えば、ドイツ貨幣管理法に關するスイス連邦裁判所の *Schweizerisches Bundesgericht, Amtliche Sammlung*

der Entscheidungen, 60 II. 294; 61 II. 142; 68, II. 42. ノンメントとParis App. C., J. Clunet, 1933, 963.
ムメントにおける R. G. 104, 50, 12. 2. 22. ムメントにおけるロムヤ爲替管理法と關する R. G. 108 241 (3. 10. 23) Cl.
1924, 1077; KG 1. 4. 26 IW 2002. ノンメント法と關する Landgericht Berlin 19. 2. 32 JW 2306 u. KG 27. 10. 32
JW 3773. ノンメント法と關する RG 121, 337 ff (27. 6. 28)

(4) 山戸・「保險契約に關する準據法」(私法九號) 参照。

(5) この點は既にフランスの理論に於て見出される。Att. Gen. Paul Matter, opinion in Cass. Civ. (Mai 17, 1927) D.
1928. I. 25, S. 1927. I. 289, Clunet 1931, 6; Matter in Étude de droit civil a la mémoire de Henri Capitant
(1939) I, 4 ff. at Nouv. Revue 1943, 209.; Cass. Civ. (Feb. 14, (1934) D. 1934. I. 73. 78, S. 1934. I. 297. (Rabel,
Conflict of Laws, Vol. 3, 1950, p. 38)

六

右の如く債務準據法として個別狀況説による場合には通常次の二點が検討せらるべき問題として残る。

その一の點は、狀況説による場合には具體的に判決がなされるまでは、その法律關係が當事者により豫測し難いという缺陷をもつてゐるといふ點である。⁽¹⁾この點については、およそ法律關係は判決がなされるまでは具體的な關係は確定し得ないのであり、必ずしもこの場合にのみ固有な現象ではないといふ辯護がなされ得るが、然し何らかの確定的連結要素が明記せられる場合に比し、當事者の豫測が甚だ困難となることは否定し得ない。これは契約が合理的な企業計畫によりなされる商取引において、特に考慮せらるべき問題を含んでゐる。この意味に

において、チエツコスロバキヤ國際私法第四四條以下、ポーランド國際私法第八條以下等に規定されるように詳細なる規定が設けられることが望ましいといえる。⁽²⁾⁽³⁾

その第二の點は、狀況説における當事者の指定の評價の問題である。

(1) その一は、考慮せらるべき連結素が相互に均衡し準據法を發見し難い場合に當事者の指定は全く無視せらるべきものとなるのか、または何らかの意味で考慮せらるべき要素をなすかという點である。この點については契約締結に關する諸般の事情が許す限りに於ては、當事者指定が一個の事實として有力な要素をなすことが認められているようである。すなわち當事者の指定はそれ自體決定的でないけれども、考慮せられるべき要素が均衡し、特に優越的な連結素が發見し得ない場合には、事實上當事者の指定が決定的となるのであるとせられる。⁽⁴⁾この點の検討については、まずかかる連結素の均衡が具體的にいかなる場合に發生するかを考慮せねばならない。既にふれた如く狀況説を支持し得る根據は、單に債務關係においては劃一的な連結素によるときは妥當なる解決を得ることが困難であるという理由のみでなく、現在の各國の事情、國際經濟の實情の下では、契約關係についてもこれに密接なる關係を有する行政法規の干渉については、當事者の自由なる潜脱を認めないことが望ましいという實質的理由に求むべきである。この意味で、連結素が均衡する具體的な場合は、例えば日本の貿易商社が米國の貿易商社より商品を購入すべき賣買契約を通信により締結し、支拂地がニューヨーク、引渡地が東京であるという如き形式的に連結素が均衡していると共に、實質的にも輸出入國の何れの法規を適用すべきかが問題となる場合である。このように貿易取引の場合には當事者の指定を一の事實的要素として顧慮することの妥當性に

ついでには、それが實務的に便宜であるにしても、指定の事實が必ずしも他の要素と同地位において考慮せらるべき客觀的要素ではないという觀點に於ては、若干の疑問が残らざるを得ない。いいかえれば、強行法の適用についてはその性質上當事者の自由を排斥するという原則に對し明らかに一の例外を認めているものと解せられるのである。しかしながら、この點に於ては、前述せる副準據法の適用がこの理論的不統一性を補い得るものと考えらる。この意味に於て、前述の如く連結素の均衡せる場合には、實務上の便宜をも考慮に入れるならば、當事者が輸出入國の何れか一方の法を指定した場合には、その指定せる法を以てその準據法とすべきであるが、他の一方の國家の強行法規に違反する場合には不法とすることが妥當であらう。

(四) その二は、商事仲裁條項による仲裁と強行法規との關連である。⁽⁵⁾從來に於ても契約文言中に紛争發生の決にそなえあらかじめ苦情申請をなすべき仲裁々判所を指定する慣行が存したが、かかる場合に實體問題についての解決の基準となるものは、いはゞ萬民法的商事條理であり、その意味に於て裁定の實行がその事件に密接なる關係を有する強行法規、又はそれについて執行をなすべき法廷所在地の強行法規に違反する場合が発生し得るが、かかる場合にもその裁定をそのまま是認すべきや否やの問題がある。およそ商事仲裁制度は、ある意味においては國際私法的意思自治主義よりもより廣範圍に當事者の自由を認める商人裁判所としての性格をもつ點において、狀況説の基礎とする國際契約觀と甚だ異なる契約觀をその基礎に置いていることは否定し得ない。然し近年における國際經濟における商事仲裁制度の發展整備は、實務上これを全く無視することを得ないのであり、狀況説を採る場合においてもその制度の法的保護を全く無視することは妥當でないと考えられる。この意味に於て

は、商事仲裁裁定の執行については、前述の意味における別個に決定される契約準據法及び副準據法の規定に違反しない裁定に關する限り内國において執行せられ得るものと解することが妥當である。その意味では Wengler の理論を加味した解決方法によらざるを得ない。

(1) この點については、推定自治に對する批判が狀況説についてもあてはまるわけである。例えば、Goodrich によれば、「當事者自治説について生ずる困難については、更にその適用に關する不確實性が存在する。何人も、裁判所が彼らの指定せんと意圖した法をいかに確定するかを豫測することができない。…事件が英國裁判所に繫屬したときは、英國裁判所は英國法が指定されたものとして判斷する傾向にあり、わが國においても同一の事實について裁判所は推定意思につき異なつた結論に達している。これは、法を不幸な状態に放任することとなる。何故ならいかなる判決が下るから當事者にとり非常に重要なものであつて、營業及び個人的行爲につき將來の紛争を豫防せんとする場合に、案内書として以上に重要なものであるから」と述べている。Goodrich, Handbook of the Conflict of Laws, 1949, p. 326.

(2) ポーランド國際私法(一九二六・八・二法)の中で契約に關するものとしては次の如きものが擧げられる。

第七條 「當事者は契約準據法として、本國法住、所地法、行爲地法、履行地法、物の所在地法の一を指定することを得る。」
第八條 「當事者が契約準據法を適用しない時は、次の法が適用せられる。一、取引所又は公的市場に於て行われる取引

については、その地に行われる法。二、不動産に關する取引については、不動産所在地法。三、小賣取引については、賣主の營業所に在地法。四、公法人との契約については、公法人の本據地の法。五、保險契約については、保險者の營業地法。但ポーランド所在の外國保險會社の代理店との契約についてはポーランド法。六、公證人・辯護士等の知的職業に關する契約については、繼續的職業地法。七、勞働契約については、事業地法」

第九條 (抄)「その他の場合については、當事者の共通住所地法。共通住所なき時は、片務契約は債務者の住所地法、双

務契約については行爲地法。行爲者の住所不明なる時は行爲地法による。」

(江川「波蘭共和國の國際私法」(法協四九卷第九號)一四五頁以下、實方・前掲論文・四一九頁、久保・『國際私法概論』附録四四頁、23 *Revue de droit international privé*, 1928, p. 190)

チエツコスロバキヤ國際私法(一九四六・一〇・三)に於ては、次の如く規定せられる。

第九條 當事者は、法律關係と指定せらるべき法との間に重要な關係の存す場合に、その準據法を指定することができ。但しその選擇は、本章の規定によりその法律につき適用せらるべき法の強行規定に反することを得ない。

第四四條 不動産に關する契約は不動産所在地法による。

第四五條 取引所又は市場における契約はその所在地法による。

第四六條 その他の契約については、その法律關係につき合理的管轄を有つ法による。例えば一、商事活動又は企業活動としての賣買契約及び勞務契約については、賣主又は請負業者の營業所所在地法による。二、保險契約は保險業者の所在地法による。再保險契約及び取引所又は市場に於て締結せられるものについても亦同じ。保險業者の所在地以外の代理人により締結せられる時は代理人の所在地法による。三、醫師・獸醫・辯護士・公證人・特許代理人・土木技師その他一般に公共的職業に屬する者に對する契約は、これらの者の住所地法による。四、繼續勞働契約は雇傭者の營業所所在地法による。五、その他の契約は、當事者の住所地法による。もし住所が同一でない時は、直接的契約については行爲地法、隔地的契約については承諾者の住所地法による。この場合營業に關する法律行爲である時は、住所地法によらずして營業所々在地法による。(Rev. Crit. de d. i. p. 1949, p. 379)

(3) この點については、Rabel は次の如く述べている。(一)當事者の營業所又は住所が所在する國に於て契約締結に關するすべての行爲がなされる時はその國の法による。(二)不動産に關する契約——不動産所在地法。(三)銀行に對する契約——國際契約における不法性について

國際契約における不法性について

一一四

手方の主たる勘定の設定せられたる支店所在地法。(四)社債發行——その發行が本來的になされるべき金融市場の法。(五)買契約——賣主の所在地法、但し買主の所在地又は賣主の所在する以外の大陸に於て履行せられるものについては買主の所在地法。瑕疵の検査又は通知義務については、契約に於て検査をなすべき地として指定せる法。(六)委任——代理人が特定の營業所を通じてその機能を果たすときは、營業所々所在地法。その他については、代理人がその主たる取引について同意をなせる地の法。(七)一手販賣契約——契約内容を提供する者の所在地法。(八)雇傭契約——被傭者が從屬する施設の所在地法もし、存しない場合は、雇傭者の主たる營業所々所在地法。(九)運送契約——海上・空中運送に於てその旗國法が適用される場合を除き運送開始地の法。(十)損害保険契約——證券引渡當時の物の所在地法。(十一)保證契約——主たる債務と條件が本質的に異なる場合を除いて主たる債務の準據法。

(Rabel, *Conflict of Laws*, Vol. 2, 3; *Conflict Rules on Contracts*-lecture of Michigan Law School, printed in 1951, p. 127)

(4) Cheshire, *International Contract: Private International Law*, 1948, p. 206; Batifol, *Party Autonomy and Public Order*,

(5) 商事仲裁制度については、川上・「國際商事仲裁に於ける國際私法問題」(私法六號)、原・「米國の商事仲裁制度と國際商業會議所の和解及び仲裁規定に就て」(同志社商學三ノ一)、關口・「國際商事仲裁制度と民事訴訟法改正の必要」(シエリヌト六五號)、Lorenzen, "Commercial Arbitration" (*Selected Articles on the Conflict of Laws* 1947; Cheatham, Goodrich, Griswold, Reese, *Conflict of Laws*, 1951, p. 335.

(6) Batifol, *Party Autonomy and Public Order*.

以上の検討により明らかになる點は次の如く要約することが可能であらう。

(イ) 契約の不法性について適用せらるべき強行法規は當事者の指定のみに委ねらるべきではない。

(ロ) かゝる不法性の準據法は、所謂債務準據法と同一であることが望ましい。

(ハ) かかる不法性の決定については、事情により副次的準據法の適用を必要とすることがある。

(ニ) 商事仲裁制度による裁定については、いはゞ不法性の準據法が債務準據法の問題とは獨立に適用せられる。

以上の所論は、基本的には債務準據法として個別狀況説を妥當とする點に於て Niboyet の舊説⁽¹⁾と軌を一にし、準據法以外の強行法規適用を顧慮する點に於て Wengler の理論に負うものであるが、この理論の是認せらるべき理由としては、冒頭に述べた如く近年における國際經濟狀態の變遷、強行法規増大の事情に求むべきであると考へるものである。⁽²⁾

(1) Niboyet, *Manual de droit international prive*, 1928, Nos 692 et suiv.

(2) この意味に於て前掲の學説は、この點との關連に於て近年の若干のものに限定せられている。