

国際商法における総則的諸問題

岡 本 善 八

- 一、序 説
- 二、国際商法自主説
- 三、自主説と商の觀念
- 四、商行為概念
- 五、商人概念
- 六、商人固有の制度

一

国際私法学の対象は、ひろく私法抵触問題を包含し、その限りに於ては、理論的には、単に民法の抵触のみならず、商法の抵触問題をもこれに包含すべきであるとせられる点については殆んど異論を見ない所であるが、現実には、一般に国際私法学の著作の中でこれに言及しているものは必ずしも多くない。⁽¹⁾⁽²⁾

その理由としては、単に著者が便宜的に自己の研究をその範囲に限定したにすぎないという理由に基くものも多いが、附随的には、次の如き事情が、この分野の研究を促進せしめない理由となっているものと考えられる。第一に商事法においてはその技術的性質が強いために、商事に関する国際生活の安全保障は、その性質からして、国際私法的解決よりも世界統一法の実現によることの方が望ましく且つその実現の可能性が大であることが挙げられる。然しながら立法論としてはともかく、現実にはこの理由は、研究の必要性を何ら減少せしめない。第二に、国際取引においては、實際上その紛争は商事仲裁制度の利用により解決せられる事が多く、従って国際商法の実用的価値が、国際民法固有の分野における程大きくない事が挙げられる。⁽⁸⁾その点は確かに注目するに足る事実ではあるが、然し商事仲裁制度もその利用については、おのづから限度があるのであり、究極的な解決手段としての国際商法の理論的研究の価値を減少するものではない。かくの如く国際商法の問題は理論的にも実際的にも充分に研究に値いすべきものであるが、嘗って国際商法の基本的著作とせられた諸著書より既に数十年を経過した現在において、極めて概括的ながら今一度これらの理論について一べつを試み問題点を明らかにすることも無益ではなからうと考えるものである。

(1) 久保・国際私法概論(昭二五)序二頁、実方・国際私法概論(昭一七)序四頁、は明示的に国際商法の問題を留保し、川上・国際私法講義要綱(昭二七)も積極的にふれていない。積極的に取扱っているものとしては江川・国際私法(昭二五)、山口・日本国際私法論(明四三)、佐々・国際民法撮要(大一一四)等が挙げられる。

(2) 国際商法についての外国主要文献としては次のものがある(年代順)―Meili, Das internationale Civil u. Handelsrecht, 1902.; Diena, Trattato di diritto commerciale internazionale 3vols, 1900—1905.; v. Bar, Internationales Handelsrecht in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, Bd. I 1913; Frankenstein, Internationales Privatrecht, Bd. I 1929; Surville et Arthuy, Cours elementaire du droit international prive, 7ed. 1929; Geiler in Düringer-Hachenburg, Kommentar zum HGB. Bd. I 1930; Ficker, Internationales Handelsrecht, IPR, in Rechtsvergleichenden Handwörterbuch, 1933; Tranvers, Droit commercial Int., vol. V et VI, 1932-38; Cavagliere, Il Diritto Int. Commerciale,

1936 ; Schnitzer, Handbuch des Int. Handels- und Scheckrechts, 1938 ; Arminjon, *Precis de dr. i. pv. commercial*, 1948 ; Wurdinger, *Internationales Handelsrecht*, in RGR Komm. Z. HGB, 1953.

(3) 商事仲裁制度については、中田・「商事仲裁制度の概観」岡山大・法経学会雑誌三号。その国際私法上の問題については、川上・「国際商事仲裁に関する国際私法理論」神戸法学雑誌一卷五七七頁、同・「外国仲裁判断の執行」(国際经济法研究会・国際不正競争の研究、一六九頁以下)

二

国際商法について最初に検討すべき問題は、その基本的態度として、国際商法上の衝突解決には、なるべく国際民法上の解決原則を適用することとし、国際商法の特殊原則の樹立を可及的に忌避すべきであるか(国際商法非自主説)、国際商法の特殊概念を発見し、これにはこの特殊性に適合する如き国際商法解決の特殊原則を樹立して、国際民法の原則は右の如き特殊原則なき場合に限って準用すべきであるか(国際商法自主説)の問題がある。(1)この点についての従来の学説が何れに属するかについては、必ずしも劃一的に區別し得るわけではない。然し国際商法自主の態度をかなり明示的に肯定するものとしては、Meili, v. Barがあるが、一般的には国際商法の自主性を明示的に説くものは少ないようである。(2)わが国における見解としては、国際私法学者中でも特に海事法その他商事法に関心を注ぐ学者は国際商法自主説を支持するのに対し、(3)一般に国際私法学者は国際商法自主説に対し積極的肯定を与えていないものと解せられる。(4)

わが法例は、もとより明文上この点を明白にしないが、法例修正案参考書によれば、「本案ハ法律適用ノ通則ニ関スル規定ノ普通法ナルカ故ニ本案ニ規定セル事項ト同一ノ性質ヲ有スル事項ニテモ特別ノ規定ヲ要スヘキモノハ之ヲ特別法ニ譲リタリ諸外国ノ法例ニ於テモ亦然リ今其主要ノ事項ヲ左ニ列举セン (イ) 船舶ニ関スル事項即チ船舶ノ所在地

海損、衝突及ヒ救助ニ関スル国際私法的特別規定ハ之ヲ船舶及ヒ航海ニ関スル特別法ニ讓ルコトトセリ(ロ) 破産ニ関スル国際私法的特別規定モ亦同一ノ理由ニ依リ且特別法トシテ制定セラルヘキ破産法ノ修正未タ完成セサル為メ之ヲ破産法ニ讓ルコトトセリ(ハ) 外国裁判所ノ宣言シタル判決ノ執行ニ関スル規定モ亦……」として、その法律関係の性質上法例の適用を制限すべき余地あることを認めつつ、原則として商事関係をも包括的に規定せんとしたものであると解せられる。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

上述の如き二つの見解の限界は具体的には必ずしも明確でない場合もあり得ることが予想されるが、基本的態度としては、国際商法はその独自の見地からその準拠法を探究すべしとする国際商法自主説の立場が妥当ではなからうか。涉外事件における適用法規の決定については、わが国に於てもザヴィニー以来の法律関係性質説に依拠している事は言うをまたないが、その準拠法の決定は、単に抽象的に事の性質から自動的に決定せられるのではなく、おのずからそこに政策的考慮が介入していることは、属人法に関する二主義の対立の事実からも容易に理解しうる。一方商事生活関係に於ては一般市民生活とは甚だ異なる政策的考慮が払われている事も亦周知の事実であつて、かかる涉外的民事法律関係と涉外商事法律関係の色彩の差異を看過し、劃一的に法例の規定を適用するならば、現実的に取引社会の要請に応え得ない事態が多々生じうる事が考えられる。この点につき、近年 Arminjon は「諸般の事情から数国の法に連結する外觀を呈し、且つ民事的性格をもつか商事的性格をもつか決定し難い法律行為があるとする。この法律関係に適用すべき国法を探究するに先立って、まずそれが商行為であるか否をか決定することが必要である。もし商行為であるならば、法律衝突の問題は、商法に特有の連結規則《règles de rattachement propres au droit commercial》によつて解決せられることになる」すなわち「法性決定が連結に先立ってなされねばならない」と明白に国際商法自主の見解を述べているのも同様の趣旨に基くものと考えられる。尤も国際商法自主説と雖も、私の解

する限りでは、国際商法に関する特別の規定のない場合及びその法律関係の性質上から国際私法の一般原則に依り得ない場合の外は法例第三条以下の規定に従うべきものであるとする、いわば消極的見解と真向から対立するものではなく、むしろ法律関係の性質上から法例なる一般原則により得ない場合を拡大鏡的に考察し、これに普遍的基準を附するものであるともいえる。その意味に於ては、基本的な立場の表現の相異にもかかわらず、現実的な取扱に於てさしたる差異を生じないという事態も考えられないではない。然しながら、国際私法の一般原則たる法例の適用を受くべきでない法律関係のうち、量的にも質的にも大なる比重を占める商事法関係を確定する普遍的な基準を提供しようとする点に於て、国際商法自主説の実益は見出し得るのであり、更に国際商法自主の立場を明確にしないかぎり、ともすれば法例の規定を不当に拡大しうる可能性のある事はある程度予想しうる所であるから、その意味に於て基本的態度として国際商法自主の立場を採るか否かを決定しておくことは全く無益の事ではないといえよう。かかる観点からして、国際商事事件につき適用すべき法源としては、(一) 成文商事国際私法、(二) 慣習商事国際私法、(三) 国際商法条理、(四) 国際民法の順序に従って適用することが妥当である。⁽⁸⁾

(1) この点につきわが国に於て注目すべき示唆を与えたものとしては、田中誠二・「国際商法の基本問題」(国際法外交雑誌三一巻五及六号)がある。

(2) Meili は国際商法においては専ら營業に関するから本国法を原則としていないで住所地法が原則となること並びに国際商法は民法統一立法をとる国があるにもかかわらず国際民法と別個に取扱うべきこと、その法源としては、日本商法第一条の趣旨と同じく国際成文法、国際慣習法、国際民法を逐次適用すべきことを主張する。(Meili, a. a. o. s. 296 f.) また v. Bar はその序説において、「ここでは商事紛争に関する国際私法の一般原則をのべるのではなく、単に国際商法に特有な問題であり、かつ国際私法の一般原則を適用すべきでない問題を取扱っているのである」が、かかる問題については「取引保護の要求」(Erfordernis der Verkehrssicherheit) を考慮し、特に属人法として住所地法を適用すべきであるとする。(v. Bar, a. a. o. s. 327) 之に対し Frankenstein は「国際私法上では商法が特殊性を發揮する点は少なく、之は主として債権法に属し、債権法の

原則は直ちに商法的債權法上に移すことができる」とする。(Frankenstein, a. a. O. I, s. 400) Melchior も亦「ドイツ衝突規則に於ては、商人及び商行為につき、非商人及び民事行為と異なる準拠法を適用すべしとする原則は、成文的にも上級審の判例上にも確定的に存在していない。……かかる問題は原則として債權關係につき生ずるが、その債務準拠法により決定すれば足り」との見解をとっている。(Melchior, Grundlage des d. i. p. 1932, s. 152) その他國際私法における通説は、默示的に非自主説を採るものと解せられ、商法学者に於てもかゝる自主性を明示するものはないようである。Endemann, Handbuch des deutschen Handels-See- u. Wechselrechts, 1881, S. 108; Lehmann u. Hoeniger, Lehrbuch des H. R. 1921 S. 40; Staub's Kommentar zum HGB, 1921 S. 3.; Wurdinger, ibid S. 17.

(3) 國際商法自主説を明示するものとしては、田中(誠)・前掲論文及「船荷証券免責條款論」一〇九頁以下、山戸・「海事國際私法論」七頁以下。

(4) 江川教授は、「國際商法に関する規定を特に設けている立法例もあるが、多くは國際私法の一般規定に依り國際民法と國際商法とを同一に取扱つてゐる。……我國に於ては法例第三条以下に國際私法の一般原則を設けているから國際商法に関する特別の規定のない場合及び其の法律關係の性質上から國際私法の一般原則に依り得ない場合の外は法例第三条以下の規定に従うべきものである」とせられる。江川・「國際商法」法律学辞典八四七頁。商法学者も亦商法の特異性及び統一商法の実現が國際私法の法則及び存在領域に対して重大な影響を与える事は一般に認めてゐるが、多数説は積極的に自主説を明示していない。田中耕・総則概論二一五頁、大隅・総則八九頁、大森・総則商行為法五八頁・石井・演習講座九頁、西原・日本商法論一卷一九五頁。

(5) 法例修正案参考書五頁、なお法例の立法者の意図が、商事關係をも統一的に規律する事にあつた点は、例えば「近世各国ノ通商貿易發達シ」(同一三頁)、「為替行為」(同一五頁)「保險契約」(同一〇頁)「旅客ノ携帶品ノ如キ海陸運送中ノ貨物」(同一二頁)等の用語を散見することからも推測しうる。

(6) これに対し、國際商事規定をもつものとしては嘗ての一八八三年伊商法五八条がある。これは疑義ある規定であるが、通説によれば民事行為能力については本国法により、商事行為能力については行為地法によるものと解せられている(Diena, Clunet 1920, 79)。なお一九二六年ポーランド國際私法二条は「商人ノ其營業上ノ取引ニ於ケル人的能力ハ其企業ノ本拠ニ行ハルル法律ニ依ル」とする。かなり広汎に國際商事規定をもつものとしては、一八八九年モンテヴィデオ条約の三十四ヶ条の規定、一九二八年ブスタマンテ法典の六十四ヶ条の規定、一九三〇・三一年手形小切手条約がある。

(7) Arminjon, *Precis de droit international prive commercial*, 1948, P. 22 et 23. これは国際商法自治説についての極めて明白な表現としてかなり注目すべきものがある。ただ彼はここでは商行為なる概念を用いているが、これは彼が商事なる法性規定について法廷地実質法主義をとり且仏商法が商行為法主義をとる事との関連に於て理解すべきである、なお Arminjon によれば、Cavaglieri (*ibid.*, P. 55) も同趣旨をとせられている。Escarra も、商事に関する法律衝突は、特に単純且柔軟なる解決を要求するものであり、国際商法は国際私法の特種部分であるとする (*Cours de droit commercial*, 1952, P. 33)

(8) 田中(誠)・前掲論文七〇頁、山戸・前掲書五一頁。但し佐々・前掲書二五七頁は国際商事条理についてはふれていない。

三

前述の如く基本的には国際商法自主説を妥当とする場合、渉外商事関係と渉外民事関係を区別すべき基準は何に求むべきかという点が当然考慮されねばならない。この点は国際商法自主説を唱導する学者によっても明確に言及せられていない。この問題も亦、準拠法決定の前段階として法適用の対象たる法律関係の性質を決定するという点に関しては、国際私法における重要問題の一である法律関係性質決定論の一にすぎないともいえる。⁽¹⁾ 然しながら国際私法一般において取扱われる法性決定は、例えば代理の問題は委任契約の一側面か別個の法律関係かというが如きいわば同一平面に於て行われるのに対し、国際商法自主説を採用する場合には、更にそれが法例の規定により一般的に規律せられることを妥当とする法律関係かそうでないかの点についての性質決定をも含む点にその特異性が存する。これは理論的にはすべての場合にかかる考慮がなされるべきであるが、保険・海商・手形・小切手・商業帳簿の如き通常民法上の規定とは殆んど独立の商法上の制度とせられているものについては、恰も一段階により決定せられる外観を呈するのに対し、民法上にも本質的に同一の法律関係の規定する商事代理、商事契約、商事共同債務等に於ては、かかる二重性が明白なる形をとる。かかる意味での商の觀念の決定については、国際商法自主説をとる場合に

於ても、法の適用過程としては先ず第一次的に前述の平面的な法律關係の性質決定がなされた後に國際商法なる特別規定を適用すべきか否かが問題となるのであるから、問題となる対象が法律行為に属するものである場合には商行為概念を媒介とし、又それが行為主体の組織に関する問題である場合には商人の概念を媒介としてその基準を決定すべきであるという理論も成り立ち得る。⁽²⁾ 然しながら各国実質法上例えば商行為法規を適用すべきや否やは必ずしも商行為なる概念によつてのみ決し得ない場合もあるのであり、又商行為概念は通常限定列举的に規定せられている実情から、必ずしも商行為・商人の概念にかかわらず國際商法独自の合理的・政策的考慮により決定する事が妥当であると思われる。現今商法学に於ては、古今東西の商法の考慮の結果、その核心に基いて実質的意義における商法なる概念を樹立せんとする試みがなされているが、かくして探求せられた觀念は、上述の合理的考慮に対し依拠しうる基準を提供するものといえよう。尤もかかる実質的意義における商の概念も、学者により若干その把握の方法内容が異つてゐる事は周知の点であるが、ここでは「企業を中心とする生活關係」をもつて國際商法の対象たるべき商事關係として把握し、且つ企業とは「継続的な意図の下に計画的に不定量の利率獲得のために資力と労力とを賭する独立の經濟単位」と解することが妥当である⁽³⁾と考へる。

- (1) Melchior は國際商法自治説に対し反対であるが、この問題を法性決定に關しの上記している。(Melchior, Grundlage, S. 151)
- (2) Arminjon はかかる法廷地実質法により決定せられる商人概念及商行為概念を媒介として國際商法独自の連結をなすべき方法によつてゐる。

- (3) この規準は稍、抽象的である觀を免れないが、これは國際商法自主説自体が、かかる一般的規準を提出する点にしか現実的意味をもたないという点から生ずる当然の結果である。

(一) 大陸系諸国に於ては、実質商法の事項的適用範囲を決定すべき基準として、商行為又は商人の二概念が採用せられてゐる事は周知の所であるが、国際商法に於て商行為概念が問題となり得る場合としては次の二つの場合があり得る。その一は、前述の如き国際商法自主説を採る場合の商の觀念決定に関連して問題となる場合であるが、この点については既にのべた所による。その二は、特定の準拠法の適用をみる場合に民法法の適用限界の基準として問題となる場合である。この点については、法廷地法主義、營業所々在地法主義、準拠法主義等があるが、⁽¹⁾これは実質法上の特別法規の適用要件に関する問題であるから、第三の主義に従い、それが債務關係に関するものである場合には債務準拠法により、また物權に関するものである場合は物權準拠法により決定することが妥当である。

① (i) 法廷地法主義—Lyon-Caen et Renault によれば外国に於てなされた行為が、民法上商行為となる時は、債務準拠法によらず民法によるべき事を公益的理由及実定法上から主張する。然しなから反面外国法により商行為とみなされ民法上商行為でない場合には、国際私法上の一般原則からその外国法によるとする。趣旨一貫しない。(Traite de droit commercial, Sed. t. I n. 183) (ii) 準拠法主義—これは特に契約に關して論ぜられる事が多い。(Asser-Rivier, element de d. i. p. n. 33-35; Weiss, Traite t. VI P. 371; Surville et Arthuy, Cours élémentaire. P. 640; Valery, Manual. n. 892; Zitelmann, ibid. II S. 136-146; Bar, ibid. S. 357; Melchior ibid. S. 159; Nussbaum, d. i. p. s. 211; Diena, ibid, I. p. 69; Rabel, Conflict of Laws, I. P. 172.) (iii) 營業所所在地法主義—Frankenstein, ibid. II S. 403; Projet, art. 411. 412. 商事務務については債務者の營業所所在地法により、数個の營業所をもつ時は、取引が行われた營業所を基準とする。理論的には前者に属する

(二) 商事的行為能力については、民事行為能力と別個に準拠法を定める分離主義と非分離主義があり、前者には行為地法主義、營業所々在地法主義があり、後者には属人法主義、行為地法主義がある。⁽¹⁾この点については本國法主義を原則とすべき点民事的の行為能力と同一であるが、商事行為については、ひろく外国内における取引についても法例第三條二項を類推適用すべきであろう。⁽²⁾⁽³⁾また現今の支配的學説が非分離主義をとる事よりすればかなりの批判が予想さ

れるが、隔地的商事行為についても、一般に企業活動は非個人的でありその活動の中心たる営業所々在法上能力あるときは、わが国に於てもその効力を認めることが望ましいのではないかと考える。なおかくの如く行為地法又は営業所々在地によるべき場合には、その禁治産宣告については、当該地の裁判所の下した宣告の効果のみを認めるのでなければ、かかる主義を採る事の実益は殆んど消滅することにならう。

- (1) 分離主義—(a) 行為地法主義—一八八三年伊商法五八条(一九三九年廃止)(b) 営業所所在地法主義—ポーランド国際私法第二條。非分離主義—(a) 行為地法主義—英米では一般に取引的行為能力については行為地法による。尤も英国に於ては有力学説は近年は契約準拠法説に傾く(Dicey, *Conflict of Laws*, 6 ed, 1949, Rule 139; Cheshire, *Private International Law*, p. 214) (b) 制限付本国法主義—法例三条二項又は之に準する立場。明示的に非分離主義をとるものとしては、v. Bar (ibid. s. 328) Melchior (ibid. S. 152) Survilli (ibid. P. 639) Arminjon (ibid. p. 39)。明示的非分離主義の立法としてはホルトガール商法一二条、プスタマンテ法典二三二条。その他明示せざるも大陸法系の支配的学説並に立法に之に属する (Rabel, ibid. I p. 187) (c) 制限付住所法主義—(Frankenstein, *projet*, 1948, Art. 56, 89, et 91)

- (2) わが国の有力学説は、商事的行為能力についても、法例三条の規定によるべきと解する。江川・国際商法(法律学辞典)、佐佐・前掲書二六四頁。明示的ならざるも久保・概論一一五頁、川上・要綱七一頁以下も同旨と解せられる。法例三条二項の規定については、外国に於て法律行為がなされた場合に適用がないが、立法論としては属人法を行為地法によつて制限すべき場合を単に法律行為が内国に於て行われる場合にのみ限定しなればならない理由はないとする見解(江川・「国際私法に於ける取引保護主義について」杉山教授還曆祝賀論文集三〇頁)と、法例三条二項につき「外国モ之ト同様ナル理由ヲ以テ同様ナル規定ヲ設ケタルトキハ其規定ノ結果ハ我国ニ於テ之ヲ認ムヘキモノナルカト云フニ理論上然リト答ヘザルベカラズ」(跡部・法例三条の規定に就て、法学論叢一九卷四号五二三頁)とする見解とが対立している。久保・概論一二二頁、川上・要綱七四頁は前説を採る。企業取引については、単なる内国取引保護の見地というよりも、企業取引一般について要請せられる取引保護の観点から、之を普遍的に認めることが妥当であると考えられる。

ひろく国際私法上商人概念が問題となる場合に於ても、商行為の場合と同じく、国際商法の自主的限界の基準として問題となる場合と、一定の準拠法が決定せられた後に実質民法法の適用基準として問題となる場合があり得る。前者の場合については、既述の如く国際私法独自の合理的考慮によりこれを決定すべきである。後者については、恰も婚姻の身分的効力の先決問題として婚姻の成立が独自の準拠法による決定を要求する如く、商人の観念は特有の資格又は身分の問題として先決的に決定すべきか否かの問題があるが、これは、問題となる法律関係の準拠法により同時に決定せらるべき問題である。⁽¹⁾

(一) 自然人又は法人が営業上の権利義務の主体となり得るか否かに関し、商人なる観念が与えられる事があるが、これは権利能力一般に関する理論により解決すべき問題である。すなわち特別権利能力に関して問題となる時は、当該権利の準拠法により商人の概念も決定せられることは当然である。

(二) 各国法上年令的又は病理的理由による精神未熟者及び妻に対しその能力を制限しその保護を計ることが意図されているが、特に営業活動に関し個々な能力補充によらずして一般的に行為能力を補充する制度がある(例、仏商二民二二三条、日商五条・民六条、独民一一二条・一三五四条)。商人の観念がこの所謂営業能力及び能力補充に関し用いられる場合がある。これも本質的には行為能力の問題として本国法によるべきであるが、営業に関する包括的行為能力の問題であるからして営業所々在地法によりかかる行為能力が認められるときはその効力を認める事が妥当である。⁽²⁾

(三) 次に法律行為につき当事者の商人資格が問題となる場合がある(例えば独商三五五条(交互計算契約)、これには、法廷地法主義・営業地法主義・準拠法主義があるが、これもその法律関係に準拠実質法中商法を適用すべきか否かの問題であり、当該法律関係の性質により、それぞれ債務準拠法又は物権準拠法により決定することが妥当である。⁽³⁾

(1) 統一主義—公法的制度にのみ限定するかの論旨は必ずしも明確でないが、一応「商人資格」(La qualite de Commerçant,

Kaufmannseigenschaft)なる概念を設定する説としては(i)本国法主義 (Weiss, Traite elementaire, 2ed. p. 360) (ii)住所地法主義 (Rolin, De détermination de la qualité de Commercant, Revue de d. i. p. 1936 P. 29) (iii)行為地法主義 (Asser et Rivier, Eléments. n. 29) (iv)営業所所在地法主義 (Frankenstein, ibid. II S. 408-409; Wurdinger, ibid. S. 20) (v)主たる活動地法主義 (Cavaglieri, ibid. P. 124 et 135) 等がある。(主として Arminjon, ibid p. 33 et suiv. による)

Rabel, ibid. I P. 171.; Diena, ibid. I n. 14. p. 101 も商人資格を、商行為法の適用の前提として問題となる場合をも含めて営業所所在地法によらしめているようである。かくの如く商人資格を統一的に営業所所在地法によらしめるときは、営業所所在地が不文法である時、又は完全商人と不完全商人との区別を設けない主義である時は決定困難な場合が生じうる。分割主義—Bar, ibid. S. 330; Melchior, ibid. S. 151; Wolff. P. 293; Nussbaum, ibid. S. 209.

(2) Niboyet は営業能力《Les capacités professionnelles》の問題は営業開始の条件であり、属地法に属し、仏民二二三条・仏商二条・四条等の規定は、フランスにおける妻の営業能力についてその国籍の如何を問わず専ら適用せられるものであるとする (Traité, de d. i. p. f. 1948, p. 541. 543)。この種の規定は、公示の特殊効力については、その地の営業所相互間の取引にその効力を限定すべきであるが、特にその性質が許すべからざるものでない限り外国に於てもその効力を認むべきであると考えらる。

(3) (i) 法廷地法主義—Lyon-Caen et Renault, n. 211. (ii) 債務準拠法主義—Bar, Nussbaum, Melchior (iii) 営業所所在地法主義—Diena, I n. 14; Frankenstein, II. S. 403. Rabel I. p. 171. なお Düringer-Hachenburg-Geiler (Bd. I S. 39. 40)によればある行為が商行為であるか否かの問題は、営業所所在地法によるがある規定の適用の前提として一方的商行為又は双方向的商行為が存在していなければならぬか否かについては行為地法による。

六

(一) 商業帳簿は、企業の合理的経営を欲する商人の個人的利益にも関係するが、この制度が法的規律の対象となるのは、一般公衆の利益保護の観点に基く。その作成保存義務は公法上の監督規定であり、営業所々在地法による。(1)わが国に支店を設ける場合に於ては、属地破産に関する破産法第三条、外国会社の属地清算に関する商法四八五条との関

連に於てその支店に関する營業につきわが商法の規定が適用せられるものと解すべきである。⁽²⁾ 提出又は呈示義務については、一般に訴訟当事者及第三者がかかる義務を負うか否かについては營業所々在地法により、その請求手続、義務違反につき証拠調における不利益及び商業帳簿の証拠力については法廷地法によるべきである。⁽³⁾ 何れにしてもかかる問題は本質的には私法衝突問題には属しない。

(二) 商業登記については、その公法上の登記義務・許容性・登記手続については營業所々在地法による。⁽⁴⁾ 登記の私法上の効力については、商業登記の制度は、一国の内国取引保護のための属地的・公益的規定であるとして、外国に於てその効力を否認すべきか否かの問題、及びかりにかかる効力を認める場合いかなる範囲でこれを認むべきかの問題がある。この点従来の国際私法理論は、その創設的効力(例、独商二条、)、補完的効力(例、独商五条、株式法二一六条)についてはこれを認めるものと解せられるが、その対抗力については、必ずしも明確でない。然しその対抗力についても、少くともその地域内の營業所相互間の取引については外国に於てもこれを認める事が妥当であると考えられる。その取引が内国的性格をもつ場合には、その地の取引保護機構の効果を外国に於ても認める事が究極的には一般的な国際取引の安全に資する事になるからである。隔地的取引については、それが公告を前提とする制度である限り、その効力は当然には及ばない。積極的な公示行為を行った者の第三者に対する責任として一般原則により解決せられる事になる。

(1) 江川・国際私法、三二七頁。佐々・前掲二六七頁。v. Bar, *ibid.* S. 331; Diena, I. 182; Nussbaum, *ibid.* S. 212; Schnitzer, S. 121; Arminjon, *ibid.* p. 43.; Meili, *ibid.* s 163; Wurdinger, *ibid.* S. 21 明示的立法例としてはスペイン商法一五条、ポルトガル商法一〇九・一一二条。

(2) 貸借対照表の公告の規定(商二八三条二項)は外国会社の日本營業所については適用せられないものと解せられるが、立法論としてはこの種の規定を設ける事が望ましい。

(3) 提出義務に違反した時に、事実認定につき不利益を蒙るや否や(独民訴四二六・四二七条、仏商一七条、日民訴三一六・三一

七条)については、(i)立証すべき法律行為の行為法主義 (Surville, n. 450) 効果法主義 (Asser et Rivier, n. 95) 營業所所在地法主義 (Lyon-Caen et Renault, n. 301; Diena, I, n. 209) 法廷地法主義 (v. Bar, ibid. S. 343) 等がある。商業帳簿による証拠が許されるか、又はその証拠力については、次の主義がある。証拠能力 (Zulässigkeit) については、法廷地法主義 (Riezler, Internationales Zivilprozessrecht, 1941, S. 481; Nussbaum, deutsches i. p. r. 1932, S. 411) と実質に關する準拠法主義 (Weiss, d. i. p. p. 514.) がある。一八七八年のチューリッヒ国際法會議 (Institut de droit international) も亦「証拠方法の許容性 (admissibilité) (文書、証言、誓約、商業帳簿) 及其の証拠力 (Force probante) は証明すべき事実又は行為の發生地法による」とする。証拠力 (Beweiskraft) については、日旧商法三九条乃至四一条、仏商一二条の如く法定証拠力を認めるものと、独民訴二八六条、日民訴一八六条の如き一般原則に従い自由心証主義によるものがある。これについては「本法施行地域外に於て作成地法に従つて作成せられた商業帳簿は、本法施行地域内において作成せられた商業帳簿についてその地で認められるより広範囲且つ長期の証拠力をもたない」とする相互主義 (オーストリ民訴二九五条二項)、作成地法主義 (Savigny, system, Bd. 8, s. 355. ユーゴ民訴三九一条二項)、事実又は行為發生地法主義 (前掲一八七八年国際法會議草案)、原則的には法廷地法によるが、契約準拠法に於て特殊の効力を認める時は之による主義 (Bar ibid. S. 342)、原則的には実質的な法律關係の準拠法によるが、その実質法が商法帳簿の特殊の効力を認めない場合に於ては訴訟地に於てもかかる特殊の効力を認めない場合に限り、また実質の準拠法がこれを認めるとき解釈上疑わしい時は作成地法による主義 (Riezler, ibid. S. 844)、法廷地法主義 (ドイツ判例 Nussbaum, ibid. S. 411) など Meili, ibid. S. 514; Lyon-Caen, ibid. 3ed. n. 88; Schmitzer, ibid. S. 177. 参照。

(4) 江川・前掲三二七頁、佐々・前掲二六五頁、Schlegerberger(Ficker), ibid. W, S. 464; V. Bar ibid. S. 331; Nussbaum, ibid. S. 211; Wurdinger, ibid. S. 21; Surville, ibid. p. 645; Lyon-Caen, ibid. no. 447; Arminjon, ibid. p. 43; Code Bustamante, art. 241

(5) 外国人による商業登記については、わが国では非訟事件手続法二〇九ノ二の他の一般的規定は存しないが、外国人も日本に營業所を設置する限りに於ては、日本法によると解せられる。なお独商一三条b「個人若クハ法人又ハ商事会社ノ本拠ガ外国ニ在ルトキハ、国内ノ支店ニ關スル申請、署名、提出及登記事項ハ總テ支店ノ存スル地方ノ裁判所ニ付之ヲ為スコトヲ要ス(第一項)。支店設置ノ登記ニハ亦支店ノ場所ヲ記載スルコトヲ要ス。支店ノ商号ニ附加文字アルトキハ亦之ヲ登記スルコトヲ要ス(第二項)。ソノ事項ニツイテ外国法ニ別段ノ定メナキトキハ、申請、署名、提出、登記及公告ニ付テハ、本店又ハ会社ノ本拠ニ關ス

ル規定ニヨル」仏商四七条（一九五三年法）「仏法上商人タル資格ヲ有シ且ソ領土ニ於テ商業活動ヲ行フ者ハ自然人タルト法人タルトヲ問ワズ又仏国人タルト外國人タルトヲ問ワズベテ以下ニ定ムル条件ニ從ヒ商業登記簿ニ登記ヲ為スニトヲ要ス」。四八条「特ニ次ノ者ハ此ノ義務ヲ負フ、三、外國ニ住所ヲ有シ仏國ニ於テ代理店又ハ支店ヲ設クル總テノ外國商事企業、五、仏國領土ニ於テ活動スル外國、団体又ハ公的施設ノ商業上ノ代表者又ハ代理人」

(三) 商業使用人及代理商と本人たる營業主たる關係は雇傭又は委任契約に基くものであり、その契約準拠法による。⁽¹⁾ また代理については、代理権授与行為の準拠法によるべきであるが、⁽²⁾ 第三者との關係については、營業主の利益を考慮するか相手方の保護を考慮するかにより基本的に二つの立場に分ち得るが、それが營業に關する問題である限り公衆保護に重点をおくべきである。⁽³⁾⁽⁴⁾ 従つて、それが隔地的取引である場合に於ては營業所々在地法によるべきである。然し、国内的法律關係について法例三条二項の趣旨を類推しひろく行為地法による事が妥当である。⁽⁵⁾ 更に同一法域にある營業所相互の取引についてはその地の代理權に關する登記の効力をわが國に於ても認むべき事は前述したところである。代理權の成立・範圍・消滅・表見代理の效果は第三者に關する限りすべて上述の準拠法によるべきである。

(四) 商号の選定、廢止、登記義務は、その營業所々在地法による。⁽⁶⁾ 支店所在地に於て本店の商号をそのまま使用し得るか否かについてはその支店所在地法によるべきである。商号讓渡に關しては、その債權的行為については法例七条により、その物權的行為については讓渡人の營業所々在地によるべきであらう。⁽⁷⁾ 商号の侵害については、商号權は一面に於て人格權たる性質をもつと同時に無体財産權たる性質をもつものであるが、その財産權たる性質も著作權・商標權の如くその効果は場所的に嚴密に限定せられるものではないから、國際私法上の問題を生じ得る。⁽⁸⁾ 商号の侵害も亦不法行為の一種であるから、侵害地の法によるべきである。⁽⁹⁾ 登記商号に附着する特殊の効力については、相手方

も亦同一法域に営業所をもつ場合にのみ之を認めるべきであらう。商号侵害については一般にかかる原則によるべきであるが、わが国における商号侵害をも含めた不正競争行為については、不正競争防止法の規定がある点に、留意せねばならない。同法によれば、わが国における不正競争については専ら同法の実質的規定によって処理せられると同時に、工業所有権保護同盟条約国に属する者以外の外国人にして、日本に住所又は営業所を有しない者は、その差止請求権（第一条）及び損害賠償請求権（第二条）を行使し得ない事になる。従って非商人の氏名権の侵害を除いては、国際私法上の問題が発生する余地はない。⁽⁴⁰⁾ 外国に於て発生した商号侵害行為については、単に私権保護を目的とするその地の私法上の原則のみによるべきか、一国経済秩序維持を目的とする経済法たる性質をもつ不正競争法の規定をも適用すべきかの問題が生ずるが、かかる理念は現在各国に於て普遍的に認められている限り、わが国に於てもかかる経済法的効力を認める事が妥当であると考えられる。⁽⁴¹⁾ これらの点については、なお検討すべき点を残すが、紙数の点から別の機会に譲る事とする。

(1) 雇傭契約については(i)行為地法主義(ii)主人の住所地法主義(iii)労働地法主義等があるが(Rabel, *ibid.* ■ P. 184) その属する営業所所在地法主義が妥当であり当事者自治は許されないものと解すべきである。代理商契約については、代理商の営業所所在地法主義による事が妥当である。この場合は当事者自治を認めて差支ない。

(2) わが国に於ては、一般に代理権の発生・範囲については、法例第七条によるのが通説である(江川・前提一九二頁、久保・概論一四一頁、実力・概論一六二頁)。内部関係に関する限り商事代理権についても同様に解して差支ない。

(3) 一般に営業所所在地法によるべきものとしては、江川・前掲三二八頁、佐々・前掲二六九頁、Nussbaum, *ibid.* S. 264; v. Bar, *ibid.* S. 345; Frankenstein, *projet*, art. 35(b); Moser, *Einzelinteresse u. Verkehrsschutz bei internationaler Betrachtung der gewillkürzten Stellvertretung*, *Festschr. zur 50-Jahr Feier der Handelshochschule St. Gallen*, 1949, S. 26 ff.; Lyon-Caen, *ibid.* ■ n. 547; Wurdinger, *ibid.* S. 21.

(4) 支店に従属する商業使用人については、その支店所在地法による。V. Bar, *ibid.* S. 345; Hupka, *Die Vollmacht*. 1900, S.

252; Wharton, 2 vol. 1905, p. 867; Rabell, *ibid.* III, p. 156; Wurdinger, *ibid.* S. 21.

(5) この点は特に旅行販売人 (Traveling salesman, Handelsreisende, le Commis-Voyageur) について問題となる。前述の如く、本人の利益をかなり考慮すべき能力の問題についても、内国取引について行為地法によるとする限り、代理権については当然之を認めざるを得ない。

(6) 江川・前掲三七頁。佐々・前掲書二二六頁によれば、本国法主義、営業所所在地法主義、折衷主義のうち、商号選定については本国法主義により、その保護及び第三者對抗要件については営業地法によるとする。なお v. Bar, *ibid.* S. 331; Wolff, *ibid.* p. 292; Raape, i. p. R. 4. Auf. S. 611; Frankenstein, *Projet*, art. 267; Nussbaum, i. p. r. S. 209; wurdinger, *ibid.* S. 21.

(7) なお商号が営業と共にせざれば譲渡し得ないか否かの問題は、譲渡人については単に権利自体の性質をもつにすぎないから物権の問題に準じて本文の如く解すべきであるが、譲受人がかかる商号を使用しうるか否かは譲受人の営業所所在地の相手方保護に関する所が多いから譲受人の営業所所在地法によるべきである。(Arminjon は、営業所所在地法及契約準拠法が商号のみの譲渡を認める場合にも、第三者保護のため法廷地法による。p. 49) 譲渡に伴う譲受人の責任、譲渡人の債権の譲受人に対する弁済の効力及び名板貸の問題は、譲渡人の商号又は他人商号の使用の外観を信頼した者の不測の損害を救済する趣旨をもつ規定であるから譲受人の営業所所在地法によるべきである。個別的な債務準拠法による事はかかる特殊な効果に関する企業取引の迅速且つ統一的処理を困難ならしめる。但し債務準拠法の一般原則が相手方保護について有利である限りは、かかる規定の効力を認めるべきであろう。

Wurdinger は商号付営業譲渡の効果を営業所所在地法によるべきものとするが、外国人が独乙にある支店を商号付で譲渡する場合の効果について独商二五条を適用するものとしている。(ibid. s. 21) 恐らくは、営業譲渡が場所的移転を伴う場合を予想していないのではないかと考えられる。Nussbaum は企業の譲渡・相続による債権移転の問題は本店所在地法によるとする。(ibid. s. 210) ドイツ判例では独商二五条一項(日商法二六条同旨)は、ドイツ債権者に対しても公序に基き適用する事を認めず。(RG. 60, 300; 73, 363) Wurdinger, S. 294; Melchior, S. 392.

(8) 国際私法理論に於ては、法性決定につき法廷地実質法主義がとられるため独乙では人格権説が有力であると解せられる。v. Bar, *ibid.* S. 331; Raape, *ibid.* S. 611; Fricke, *Grundlage des deutschen interlokalenrechts*, 1952, S. 124; Nussbaum, *ibid.* S. 293. なお Diena, I S, 197.

- (9) 商号保護に関しては、独判例 (RG. 2 Okt. 86. 18. 28. 31; RG. 13 Nov. 97. 40, 61, 64; RG. 31 Mai 1900, 46, 125. 132) 端判例 (Meili, *ibid.* II 262) オーストリ判例は営業所所在地法によるが、ベルギーはすべて屬地法による (Cass. belge, Dec. 26, 1876) 仏では条約の定めある時又は相互性が保障せられる場合外は外国人に対し保護を与えない (Nussbaum, *ibid.* S. 213; Rabel, *ibid.* I. p. 170 による)。尤も独判例については Gervais 事件 (RG 29. Okt. 20, Bd. 100, S. 182) に於ては商号保護の問題は営業所所在地法によるべきであるが、独民一二条による制限をうけるとせられたのであるが、Eskimo Pie Corporation 事件 (RG. 3 Juni 27 Bd. 117. S. 218) に於ては営業所所在地法主義の妥当性に考慮の余地を残し、むしろ法廷地法に傾くものと解されている。Raape (*ibid.* S. 607) も亦氏名及商号保護の問題は、公序に関するものとして法廷地法によるべき事を主張する (Ficker, *ibid.* S. 130)。侵害地法によるものとしては、Arminjon, P. 48.
- (10) 外国に於て発生した商号侵害については、それについて人格権保護に関する私法上の請求と営業利益保護に関する不正競争法上の請求を別個に取扱うべき実益があるが (例えば独不正競争法二一条と独民八五二条における消滅時効の差異)、わが国における侵害行為については、本文の如く商号侵害につき不法行為地法主義をとる限り、現実にはかかる差別をする実益はない。なお村上・「商号権保護と不正競争防止法」(新報第五〇卷三号八七頁)「商第二十条及第二十一条は昭和十三年法律第二号を以て改正追加せられたる不正競争防止法第一条第二号に包摂せらるる規定で殆んど独立存在の価値がない」
- (11) 喜多・「不正競争禁圧の法史と法理」(国際不正競争の研究、一二七頁)。「いづれの国でも営業自由を確立した近代私法の下では経済的事実としての活潑な自由競争の中からやがて道義的な含みをもつた不正競争の問題が先づ登場し、その禁圧の法理は商標法上の商標権のごときものから被害利益を連想することに始つて特殊な不法行為としての基礎づけに及び、かくして私法的訴権による救済を可能ならしめる法制を形成した。……各国不正競争法はそれぞれの民商法ないし訴訟法と密接な関連があるので、必ずしもその内容を同一にしないが、しかし若干の技術的差異を別とすれば大体において類似した理論構成に立っているといえよう」とされる。
- (12) Nussbaum は不正競争は不法行為の問題として民施一二条によるべきものとする。なお独乙では外国における内国人相互の不正競争につきドイツ法による慣行がある事を指摘し、その理論構成として、かかる場合は不正競争の結果は内国に介入し従つてその行為地は内国であるとする立場は許されないが、内国に営業所をもつ企業はすべてその総体的な競争行為につき外国におけるものについても内国の不正競争法により規律せられるものであるとする観点からすれば認め得るが、この場合は外国法の適用はない事になるとする (Nussbaum, *ibid.* S. 340)。