

# 国際私法における外債発行

—— 国債発行を中心として ——

岡 本 善 八

- 一 は し が き
- 二 国家債務の法的性質
- 三 国債を含む広義の公債準拠法
- 四 投資者保護制度
- 五 裁判権免除および執行免除

—

わが国において公債に関する国際私法問題が特に論議せられるに至ったのは、周知の如く東京市仏貨公債事件（大審院昭九・一二・二七判決）を中心とする時期であったが、わが外債発行の実情は右事件の如く日露大戦後の第一次外債導入期に属するもののほか、第一次大戦後の第二次外債導入期をへて満州事変に至るものがあるが、その後第二次大戦における中断をへて、戦後あらたに「産業投資特別会計の貸付の財源に充てるための外貨債の発行に関する法律」（昭三三・法一七八）に基き、昭和三四年二月において戦後最初の外貨国債の発行をみるに至った。<sup>(1)</sup>更に戦前の外貨債については、「外貨処理法」（昭一八法六〇）に基き地方債・社債につき邦貨に借りがえ得なかつたものについて

は、政府承継がなされたのであるが、右の邦貨債に借りかえた外債処理につき戦後において「旧外貨債処理法による借換済外債の証券の一部の有効化等に関する法律」（昭二六法二八九）を制定し、所有者から要求する場合に大蔵大臣が指定すれば、その所有証券を外貨債とする途をひらき、翌二七年に減債資金を設定するに至った。その後昭和二七年以来の外債処理会議の結果、対英米関係については、「外債処理協定」の調印をみ、仏貨債については昭和三十一年七月同様に協定をみたが、ただ大正元年発行の東京市五分利付仏貨公債については額面再評価につき漸やく解決をみるに至っているようである。右の如くわが外債は、従来の段階では社債についても実質的に国債と同一の性質をもつに至っている。従つて従来発行せられた広義の公債をめぐる法律問題の検討については、まず国家対外債務の特質が国際私法上いかなる範囲で考慮せらるべきかが問題とる。この事は、戦後における民間会社の外資導入においては、国際復興開発銀行により直接に、あるいは日本開発銀行を通じて間接に借り入れる場合が多いが、かかる場合政府は契約を締結することが多いが、<sup>(2)</sup>かかる問題の検討についても若干の手懸りを提供することにもなる。ただ今後の外債発行においては、民間会社の場合純然たる私的社債の形式をとる可能性が多いものと考えられるが、ここでは後述の如くまず国債を中心として検討するが、国債についても可及的に社債と同様に解決すべきものとする立場を妥当とするから、ここで述べるところは社債の場合にも当然準用せられることとなる。従つて、広義の公債の準拠法および投資者保護に関する問題は両者に共通する問題である。ただ本稿は当面の国債を一応の手懸りとするため、ごく簡単ではあるが、最後に国家債務固有の問題として訴訟手続上の裁判権免除および執行免除の問題につき私見をのべることにする。<sup>(3)</sup>

(1) 昭三四・三・二官報付録九六五五号参照。

(2) 国際復興開発銀行の最初の貸付は、一九四七年におけるフランス準公法人たる Credit National に対するものであったが、

この場合もフランス政府が保証をしている。Alexanrowicz, *international economic organisations*, 1952, p. 148. また、アメリカにおける戦後の民間会社の外債発行の最初のものは、一九五九年三月KLM航空会社債である。佐々木「外債発行に関する諸問題」(商事法務研究、一六九号、一九六〇年)。

(3) 本稿はその問題点を、主として G. Van Hecke, *problèmes juridiques des emprunts internationaux*, 1955. および Mario Mattucci, *the representation of bondholders in international loan contracts* (the Conflict of laws and international Contracts, 1951, p. 90) に負うものである。なお国際金銭債務に関する近年の有力な文献としては、DeLaune, *Jurisdiction of Courts and International Laws*, *American Journal of Comparative Law*, 6 (1957), p. 189. があるが、これについては部分的に参照するにとどめる。

## 二

国債をも含めた国家債務の法的性質は、特に对人管轄権に関し論議せられるところであるが、被告たる外国が任意服従せる場合の対物管轄権決定についてもその考察の実益がある。更にまたその法的性質の決定が準拠法探求にかかりの影響を及ぼすことも否定し得ない。その法的性質に関連する学説は、右の諸場合に関するものを個別的に検討することは小稿の到底なし得ないところであり、ここにはさし当って Hecke により一般的な類型として挙げられている三類型を示すにとどめる。第一説はベネズエラ国債に関し Drago の主張する説で、国債発行は統治行為たる性質をもつ行為を媒介とするものであると同時に、紙幣発行と同一の法的性質を有し国家と引受人との間には私法関係は生じないとして統治行為として把握し、<sup>(1)</sup> Warin も亦国家行為を統治行為と民事行為に区別するが、国家債務については統治行為と解しており、<sup>(2)</sup> Poliss の初期の理論は、国家債務は債権者がその強制をなし得ない独自の性質をもつものであると解する。<sup>(3)</sup> 第二説は、国家債務は国際債務と国内債務により債務国の立法権の及ぶ範囲が異なる点において区別すべきであるが、原則として民事行為と解するものであり、Wilhelm Kaufmann は債権者が債務国民である

場合は債務国は立法権に基き債権に変更を加え得るが、外国人である場合その債権を害し得ないとし、<sup>(4)</sup> Freund は同様に外国債権者は国際法上の保護が与えられる差異を指摘し、John Fischer Williams は条約を一方的に変更し得ないと同様に国際債務を一方的に変更し得ないと解する。<sup>(5)</sup> 第三説は、国内的債務たると国際的債務たるとを問わず民事行為と解するもので、Lewandowski, Sack, Trotabas, Jeze などがこれに属する。<sup>(6)</sup> 右の諸説が年代の経過と共に第一説より第三説への推移を示すことは興味ある現象であるが、そのいづれの見解が妥当であるかは、債務国の利益と投資者保護の比較考量により決定すべきである。国家債務の公的性格を強調することは現実的には国家債務の免責の可能性を増大せしめることになるが、基本的態度としては、一般的概念としての統治行為 (actes jure imperii) と民事行為 (actes jure gestionis) の区別の上に立って、可及的に民事行為と解することが一般に弱者の立場におかれる私人たる債権者保護に合致する点において妥当であると共に、その事が究局的には当該国家の資金調達をも容易ならしめることにもなる。ただその国際的特殊性はこれを無視し得ないことは当然であつて、この点においては第二説が妥当ではないかと考える。以上により特に国家の私人に対する国際債務については、原則として民事行為と解すべき旨の結論を得たのであるが、特に公債発行については民事行為と解すべきであり、法例第七条の当然適用をなすべきか否かはともかく国際私法の一般理論によりこれを決すべきである。次にこれに関連し、債権者が外国である場合にも右と同一の理論により決すべきか否かが問題となる。この点については、従来の支配的理論および常設国際司法裁判所は専ら国際公法と解してきたが、<sup>(8)</sup> これに関する批判的見解も存しないではない。たとえば Jeze は債務の形式に基き公債発行の形式をとるに至るときは商事債務であるが、その他の国家間の債務は政治債務であると解し、Fischer William は国家間の債務の若干のものは外国銀行对国家債務に類似するとのべ、Mann は国家間の債務についても商事的性格を有するものについては私法適用の余地あることを暗示する。<sup>(9)</sup> これについては、Lauterpacht の如く内国法

衝突の問題を排除し普遍的実質私法によるべき見解もなり立ち得るが、当事国家の意思により国際私法によるべき指定ある場合にはこれを否定すべき積極的理由はないのではないかと考える。<sup>(40)</sup> ただ推定意思ありや否やの決定は甚だ困難であるが具体的事情を考慮して決定するほかはないが、少くとも公債の形式をとるときは国際私法理論によるべき推定意思ありと解すべきであろう。また右の理論により国際私法の適用が認められるとき、同時に裁判権免除の特権を放棄するものと解すべきではなからうか。<sup>(41)</sup>

- (1) Luis M. Drago, *Les emprunts d'Etat et leurs rapports avec la politique internationale* (Revue générale de droit international public, 1907, p. 251)
- (2) Albert Wuarin, *Essai sur les emprunts d'Etats et la protection des droits des porteurs de fonds d'Etats étrangers*, 1907, p. 23.
- (3) Nicolas E. Politis, *Les emprunts d'Etat en droit international*, 1894, p. 16.
- (4) Wilhelm Kaufmann, *Le droit international et la dette publique égyptienne*, R. D. I. L. C, 1890, p. 566.
- (5) Fischer Williams, *Le droit international et les obligations financières internationales qui naissent d'un contrat*, *Recue il des Cour I*, 1923, p. 317.
- (6) Lewandowsky, *De la protection des capitaux empruntés en France par les Etats étrangers ou les sociétés*, 1896, p. 27.; A. N. Sack, *Les effets des transformations des Etats sur leurs dettes publiques et autres obligations financières*, 1927, p. 33; Trotabas, *Précis de science et législation financières*, 1938, n. 474; Jeze, *Science des finances*, 1931, p. 294. 本邦の国債は并々 G. Van Hecke, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, 1955, p. 1~19. 参照。
- (7) Verdross, *Volkerrecht*, S. 291. 参考 Bindschedler, *La protection de la propriété privée en droit international public*, R. d. C. 90 (1956), p. 220. 参照。
- (8) Jéze, R. d. C. 53 (1935), p. 381 参照。
- (9) Williams, *ibid.* p. 349; F. A. Mann, *The law governing State contracts*, B. Y. B of I. L. (1944), p. 19-21.
- (10) Lauterpacht, *Private law sources and analogies of international law*, 1927, p. 5.

- (1) Mann, *ibid.* p. 28. なお Jessup, *A Modern Law of nations* (1948), p. 141. もこれと同旨。
- (2) 実方・「金約款論」昭一四・六一〇頁もまた「公債募集の關係に付いては」「國家其の他の公法人と雖も……私人の地位に立つて之を行うものであることは、現今の学説上議論のない所であり、従つて、此の關係に債務者の主權者たる地位を持ち出すことは適切でない」とせられるが、この見解を更に本文の如く擴張すべきではないかと思われる。

### 三

右の如く國家の民事債務につき國際私法上の一般原則によつても、具体的に法例七条を適用すべきか否かが問題となる。この点は久保博士のいわゆる特殊法源によるべきか普通法源によるべきかの問題であるが、<sup>(1)</sup>現実は法例七条を適用すると同一の結果が生じうる可能性があるにしても、後述の証券売買たる債權行為のほかは、特殊法源により決するものと解する事が理論的には正確である。公債発行がいかなる法的性質を有するかについては、社債を手懸りとして考察するならば、その端的に對立する理論としては、金銭消費貸借又はこれに準ずるものと解する理論と証券売買行為と解する理論とがある。この点については、後説によるときは例えば交付された債券が目論見書記載の性質を有せざりし場合又は交付された債券が無効又は不真正のものであつた場合における責任の歸着、発行主体が社債券を交付せず又は引受人または申込人が社債金を払込まざる場合等において相手方に対しいかなる權利を有するかの問題<sup>(2)</sup>と債券上の權利に關する問題は別個の單位法律關係として別個の準拠法を要求することとなる。<sup>(3)</sup>この事は総額引受の如き場合たと直接発行の如き場合たとを問はず、ただその当事者が異なるだけである。そのうち証券売買行為については、法例七条により決すべきであるが、その推定意思としては募集地法によるものと解することが妥当である。

ついで論点となるのは債券の表彰する權利の準拠法である。広義の公債の法的特質としては、(1)特定人ならざる一

般公衆の募集を予想すること、(2)借入の総額が均分化されていること、(3)各債権者につき条件が同一なることと、(4)通常証券の発行がなされることを挙げうる。<sup>(4)</sup>以上の特質を考慮するときは、通常の債権行為を予想する法例七条を直ちに適用することは妥当でない。<sup>(5)</sup>以上の(2)(3)の特質からして同一の発行行為による公債は可及的に単一の準拠法を要求することとなり、(1)の特性よりして準拠法決定については投資者保護を考慮するを要するが、具体的には(4)との関連において特定の証券市場を媒介とする投資者についてはいかなる法を準拠法となすことがその目的をより達成し得るかを考慮して準拠法を決すべきことになる。公債特に狭義の公債については、法例七条を当然適用すべきでないと解する場合においても、条理上準拠法指定を認むべきか否かについては、起債者の公的性質からして当事者自治を否認すべき見解も成り立ち得るが、既述の検討からしてこの見解は妥当でない。更におよそ証券法規の目的は実質的に投資者保護にあることからすれば、客観的に募集地法によらしむべきではないかとも考えられるが、募集地法違反の場合は不法行為に準じ募集地法による救済の可能性があるから強いて明示的指定を否認すべき理由がないと解することが実情に合致した解決となろう。かかる明示的指定として債務国法を指定する場合には、その後の債務変更立法の効力が及ぶか否かの問題があるが、前述の如く債務の国際的性格を考慮するときは当該債務国民にのみその効力が及ぶものと解すべきである。ついで証券面上明示または黙示的指定なきときは、原則として募集地法によるべきである。<sup>(6)</sup>投資者としては証券市場における投資物件の選択に当っては利廻りその他の経済条件を比較考量すべきであるが、比較の対象たる証券特に債券につき準拠法をそれぞれ異にするときは証券取引の迅速を害するし、起債者としても証券発行に当っては募集地の慣習・募集技術・慣行的典型約款に服従するのが通常であり、募集地法適用により不測の不利益は生じない。<sup>(6)</sup>かかる理論によるときは、同一の内部的発行手続による同一形式の証券についても、募集地を異にする時は統一性を損うことになるが、証券債務の一体性は、起債者の資金調達事務の簡易化をその本来の目的とするので

あり、内部的な発行手続の一体性により直ちに準拠法を単一化すべきではない。ただ社債に特に見出し得る如く零細社債権者保護を考慮する場合にはこれを集合的に取扱うことが望ましいが、この場合は何が保護の実益を挙げうるかの別個の観点から可及的に一体として準拠法を採求すれば足りる。従つて募集地を異にする場合に分割的に準拠法を決定することがかえつて債権者の利益に合致することとなる。<sup>(7)</sup> ただ募集地法主義によるときは、債券面上募集地の明示がなく且つ数地が募集地とせられている場合には準拠法採求が困難となる。この点において起債者の属人法によると解する理論は傾聴に値いする。ただ公債発行が通常間接募集の形態をとり、受託会社の表示等よりして募集地の探求の困難は實際上稀であると考えられるが、募集地法の採求が債券記載事項より採求することが困難なる無記名式債券が発行せられた場合にも、転得当時における証券所在地法上その善意取得が認められる場合にはこれを認めるべきであるが、<sup>(8)</sup> その無因証券性・文言証券性については、外債発行の場合ある程度の調査の負担を認め募集地法によらしめるべきではないかと思われる。以上の準拠法の適用範囲は、原則として実質的成立要件と効力についてである。両者を分割的に指定しうるか否かについては、一般債務関係と同じくこれを否定すべきである、と考える。

その他の付屬的問題については、一般債権と同じく別個に考慮すべきである。

(1) 能力 その行為能力については、明示的ではないが、この場合においても法例三条を適用するのがわが通説であると解しうる。然しここでは、売買行為自体についても可及的に有効ならしめることが、資金調達の簡便化の要求に応えうることからして、原則としてその者の本国法によるが、募集地法上その能力が認められるときは能力ありと解すべきである。起債者については、定款または設立準拠法規により発行能力に制限ある場合は、特別権利能力の問題であるが、国際私法上においては、それが相手方の利害に関する点においては異ならないから、自然人の行為能力の規定を類推的に拡張し、属人法上能力が認められない場合も募集地法上能力が認められるときは肯定すべきである。<sup>(9)</sup>



(2) 機関 機関の代表権については、わが国の通説としては専ら屬人法によるものと解せられるが、この点についても前述の場合と同じく屬人法を原則とするが、少くともその代表権の範囲については募集地法によるべきではなからうか。これに対し代理人の代理権限については募集地法によるべきである。

(3) 方式 公債発行については、一般法たる法例八条が準用せられるか否かについては、その方式の機能に従って別個の考慮をなす必要がある。法例八条はその沿革的意味または法文の排列の形式はともかく、方式に関する準拠法の選択を認めることによりその法律行為の有効性を効大しうる点に現実的機能がある。しかもその場合の方式は、当事者ならびに第三者をして法律行為の成立を客観的に明白ならしめるものであるが、そこで主として考慮されているのは契約当事者の私的利益である。国債発行についても売買行為自体については右の一般理論により、ただ効果法として明示的指定なき時は募集地法によることは前述の如くである<sup>10)</sup>。然しながらまず債券自体の記載事項については投資者保護を主眼とするものであるから、直ちに右の一般理論によるべきかについては疑問の余地がある。ただこの場合も、明示的指定法または募集地法の方式を備うる場合に有効であると共に、起債者の屬人法上の方式を備うるときもこれを有効と解すべきではないかと思われる。一般に広義の公債について各国立法が投資者保護を考慮する実情においては、逆説的に選択の範囲を広めてよいのではないかと考える。ただ募集地法上の方式の不備あるいは目論見書等の不作成ならびに不備により生ずる投資者の損害については準不法行為または代表者の責任を募集地法により追求し得ることになる。

(1) 久保博士は、法源を普通法源と特殊法源とに区別せられ、「特殊法は普通法に優先するとの原理によって、特殊の成文及び慣習法源が普通の成文及び慣習法源に優先することは疑がない(日商一条参照)。問題は特殊の条理法源が普通の成文及び慣習法源に優先するかの点にある。これを肯定すべきものと信ずる」とのべられている。国際私法・昭三四、三八頁。傾聴すべき見解である。ここに広義の公債に関する問題も博士のいわゆる特殊法源によって解釈せらるべき問題である。

- (2) 例えは、Oser-Schoenberger, Das Obligationrecht, S. LXXXI.
- (3) Hecke, *ibid.* p. 10 は「ケインズ」に於ては「Rechtsvergleichendes Handwörterbuch III (1929~1938), S. 42; Meili, *Internationales Zivil und Handelsrecht II*, S. 59; Cosack, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 1930, S. 266 に於ては社債発行につき証券売買説が主張されるが、銀行または最初の申込人の転売については売買説をとりうるが、発行自体については消費貸借と解する。この点に関するわが国の学説が分れることは周知のところである。(石井・一八頁以下・鴻・一五頁)。
- (4) 田中耕・社債の法律的特異性(商法研究第一卷六〇一頁)、石井・「社債法」五頁、鴻・「社債法」九頁。Rabel, *The Conflict of Laws*, III 1950, p. 12.
- (5) この点については、前述の大審院昭和九・一二・二七判決(昭八(外)二九八一号)に関する諸学説は必ずしも一致していない。まづこれを廻る諸学者の見解は、法例七条による明示の指定を認める点においては殆んど一致をみている。ただ実方教授は、旧説において契約が契約自由の範囲内において契約条項よりして法律関係が明瞭となる限り準拠法如何を問題とする必要はなく本件については準拠法如何が問題とせらるべきではないとせられる(実方・民商法一卷六一〇頁以下)。その意味は、国際的法律事件については一次的に万民法的考慮をなすべきものとせられるのか、また国際私法理論といかなる点で結合するかが明らかでない。現実的考慮からするならば、かなり理由のある主張とも考えられるが、ここでは国家債務に関する特異性を可能な限り排除する理論を採用することを考慮し、国般私法の一般原則により解決すべきであるとの見解を採用したい。特に諸学説の見解の分れる所は推定意思としていかなる準拠法をとるかである。(1)法例七条二項を直ちに適用し民法を準拠法とするもの——前掲大審院判旨、仏国国際私法の解釈に関する杉山・「東京市仏貨公債訴訟意見書」一九頁以下。(2)公債記載文言が、英国的技術を使用し、英文を基礎とすることを理由として英法を準拠法とするもの——高柳・「国際的証券約款の解釈」法協五十周年記念論文集第二部三二四頁以下。(3)一方の当事者が公法人であり、また本件公債が無記名債権であり、契約方法が付合的且つ大量的であることを理由として日本法を準拠法とするもの——江川・判例民事法昭九・五六八頁以下、実方・前掲五九八頁以下。(4)明示指定ある場合はそれにより、これなきときは公社債発行地および約定履行地を最も有力とするもの(但し両者が異なる場合には明示されていない)——実方・「金約款論」昭一四・六九五頁以下。(5)意思不明のときは行為地法として起債地法によるもの——その性質を債権売買行為としてこれをとるもの、石井・社債法八五頁、債権的行為であるとするが同じ結論をとるもの、鳩・社債法一六・六二頁。なお担保付社債信託法第一七条および九七条二項の規定は、一見社債発行につき会社社団法人法を準拠法とするものの如く読みうるが、その本旨は日本会社に対する監督規定であり、社債発行の準拠法自体については別に考慮すべき

である。一方が国家である場合にはその属人法を推定的指定と解するものとしては債権的行為に関するものであるが、江川・国際私法二一五頁、久保・国際私法一六四頁、折茂・国際私法各論一〇五頁、講座二卷四二九頁。これに対し、川上・国際私法講義要綱、山田・国際私法は直接には言及せられておらない。

- (9) ここにいわれる募集の観念は、証券発行 (die Ausstellung) 証券の交付 (die Ausgabe) 証券業者または銀行への引渡 (die Aushändigung) を意味するのではなく、公衆による大量的買付がなされる地を意味する。Nusbaum, Deutsches Internationales Privatrecht, 1932 S. 331. かく募集地法によるべきことを明示するものについては Schnitzer, Handbuch des I. P. R. II S. 627; Rabel, 'Conflicts rules on the Conflict of laws and international contracts, 1951, p. 139. これに対し、Hecke, *ibid.* p. 70. は数地で募集せられる場合においても単一公債であるときは、募集地法によらず償還地法により、また募集地も償還地も複数である場合は、債務者の住所地法によるとする。Niederer はその具体的事情を考慮し、最も緊密なる募集地を以て準拠法とする。Niederer, Probleme bei internationalen Anleihen, in Festgabe für Eugen Grossmann, 1949. これに対し、国債・社債について属人法による説としては、Arminjon, *ibid.* pp. 262, 263, 266.

- (7) 広義の公債につきその属人法を推定意思とする理論 (Cour permanente de Justice Internationale dans l'affaire des emprunts Série A no. 20) は、要するに利害考量の点からいえば、効力の点からも、統一的処理の簡便性の点からも起債者の利益を保護するものであるが、然し一九三〇年代の各国判例は殆んど起債者利益を考慮していない。オーストリア (O. G. H. Nov. 26, 1935)・デンマーク (S. Ct. Jan. I, 1939)・英国 (Rex v. International Trustee for the protection of Bondholders A. G. [1937] A. C. 500-H. L.)・ハンバー (S. Ct. Dec. 8, 1937)・モントーン (S. Ct. Jan. 30, 1937)。更にスイスにおおつてはドイツのヤング債につき Parri Passu 条項が付せられている場合にも、分割的募集がなされる場合、スイス法によつてゐる (B. G. Mai 26, 1936) 主として Rabel III, p. 15; Schnitzer, Handbuch des i. P. h. II. 1950, p. 625.

- (8) この点につき現在の国際私法理論に、証券上の権利移転が指名債権の譲渡に関するか無記名または指図式債権の譲渡に関するかについては当該債権自体の準拠法によるものがあるが、証券取得者の保護に徹していなう Niboyet, Manual de d. i. p. 2ed. no. 699. Raape, Internationales Privatrecht, 1955, S. 583. 折茂・国際私法各論一五九頁)。この点むしろ証券自体に着目して、その記載の形式・比較法的考察を手懸りとして、流通保護を高度に考慮すべきか否かを決定し、かかるものであるときは、むしろ所在地法を準拠法とすべきではないかと思う。Arminjon, Précis de d. i. p. commercial, 1948, p. 261 は、その何れに属するかは、国債、社債等については、その属人法によるとする。更にまた善意取得については、証券の表彰する権利

と証券なる紙片に対する物権についてこれを分ち、後者についてはその所在地法、それが表彰せられる権利がいかなる意味をもつかについては債務準拠法によるとする見解もあるが(Frankenstein, I. P. R. II S. 111; Nussbaum, D. I. P., S. 330. 参照)、然し証券の物権的取得者は同時に表彰する権利をも取得しうると解するのでなければ、その制度の目的を達し得ない。

(9) 例えば、有限会社が社債を発行しうるか否かの如きである。

(10) 近年久保博士は、隔地的法律行為につき、(i)完結地説 (ii)双方行為地累積説 (iii)各地方行為分離説 (vi)申込発信地説、等の諸学説があるが、*locus regit actum* の精神は当事者に容易に法律行為をすることができるようにする点にあるとの見地から、従来双方行為地累積説を改め、各地方行為地説を採用せられるに至っている。(久保・隔地的法律行為の方式の準拠法、青山法学論集第一巻第一号、三一三頁) 私見は、その精神をより徹底し、むしろ選択主義が妥当ではないかと考えるが、債券については、その特殊性に基き、行為地としては、募集地法のみにより統一的に処理すべきではないかと思う。

#### 四

(一) 公債の如く対公衆的債務については当然履行の確保が考慮されねばならないが、その方法としては次の類型がある<sup>(1)</sup>。

(イ) 借入目的を指定することにより、その流用に伴う危険性を防止する如き、あるいは債務者が新たな債務負担又は担保提供につき債権者の承認を必要とするが如き方法があるが、これは本質的には別個の債権関係であるが、公債自体に密接なる関係をもつ問題であるから、特に準拠法指定ある場合のほかは、原則として募集地法によるべきである。

(ロ) いわゆる人的担保たる保証の方法である。中世においては、国家債務につき個人又は都市が保証をなす現象がみたが、今日においては逆に私人の国際的債務に対し国家が保証をなすことが多い<sup>(3)</sup>。かかる保証については保証債務一般の問題として解決すれば足りる。ただ復興開発銀行に対する国家保証については別に考慮することを要すること

を要する。<sup>(4)</sup>

(ハ) 国家債務について執行免除との関連において物的担保が設定せられることは稀であるが、ただ執行免除が絶対的でない場合にかかる例をみるにすぎない。これらについては、担保物権あるいは無体財産権または証券の担保の問題として考慮すれば足る。<sup>(5)</sup>

(ニ) 償還資金としての減債基金の設定、関税収入・財政的独占企業の産物・国家企業の収入が特に指定せられる場合がある。その法的性質については、当事者間の債務内容の問題であり、特に担保力を有しないと解するのが通説である。<sup>(6)</sup> 然し後述の如くそれが具体的に信託行為がなされた場合には特殊の効力を生ずると解すべきである。

(ロ) 公債の不履行の場合には、額面が比較的小額である場合は個人的にその責任を追求することは不利であり、また諸般の事情により元金・利息・保証につき変更を余儀なくされることがあるが、かかる場合均一の条件にある債権者集会を通じて履行の実現・条件の変更が計られることがあり、あるいはかかる目的をもつ第三者を媒体としてその実現を計る二類型があるが、更に具体的には次の如き場合がある。

(i) 任意的債権者集会 債権者集会の古典的なものであり、関係当事者間については予め何らの約定はなく、後日債権者が交渉の便宜上任意的に構成する債権者集会であるが、<sup>(7)</sup> その法的性質が組合たると社団たるとを問わず、まず当事者の意思によるべきであり、推定意思としては事務所所在地法によるべきであるが、かかる債権者集会が起債者集会起債者との間になした約定の効果については公債準拠法により、その団体に加入しない債権者を拘束しうるか否かは第三者のためにする契約の問題としてその準拠法を決定すべきである。<sup>(8)</sup> またかかる加入せざる債権者と債権者集会との間には事務管理の問題が生ずるが、法例第一条における「原因タル事実発生地法」としては集会の事務所々在地によるべきである。法定的債権者集会ある場合に任意的債権者集会がいかなる効力をもつかは後述の法定債権者集

会に関する問題と同一の準拠法によるべきである。

(ii) 常置的保護団体 右の任意的債権者集会に比し、事実上実効性を強化するために、外国証券所持人保護を目的とする常置団体が利用せられることがある。この種の最古のものは一八六八年英国における The Corporation of Foreign Bondholder があり、更にこれに範を採り、一八九八年ベルギーの l'Association pour la Défense des Détenteurs de Fonds Publics 更に同年フランスにおよぶ l'Association Nationale des porteurs français de valeurs étrangères が設立せられ、米国においても一九三三年に the Foreign Bondholders Protective Council Inc. が設立せられた。これらはその構成員が公的性格を有し、債務者がその約定を尊重しない時は、債務者の発行する新証券の取引を当該地の証券市場が拒否することによりその信用に悪影響を与えることを通じて事実上その履行を強制する。この場合においては、債権者と保護機関の法律関係は、委任あるいは事務管理と解せられるが、委任の場合の推定意思としては事務所々在地法によるべきである。以上の(i)および(ii)の制度は全債権者を当然に拘束し得ない欠陥をもつ。<sup>(9)</sup>

(iii) 明定的債権者代表または債権者集会 これは債券発行当時より債権者により債権者団体の存在が認められている場合である。かかる場合には債権者は個人的に権利を行使し得ないのが通常であるが、証券面におけるかかる約定の有効性については、その債権に及ぼす効果は公債準拠法により、その組織自体については明示なきときは同じく募集地法によるべきである。<sup>(10)</sup> またその中に包含せられる銀行を招集権者とする約款・多数決約款・撤回不能委任約款についても同様に解すべきである。募集地が数国に渉る場合は、かなり合理的な方法と考えられる。

(iv) 信託制度 英米において一般に採用せられ、わが国においても周知の如く担保付社債信託法(明三八法五二)として採用せられている制度である。信託については、委託者・受託者・受益者の三関係者があり、且つ債権的性質と物権的性質が混在する。しかも元来英米法系の制度であるためその法性決定は困難であるが、委託者対受託者の関

係は委任に準ずるものと解し明示的指定なきときは受託者の營業所々在地法により、受託者対受益者の關係はむしろ若干の物権的要素ならびに直接当事者の意思を介しないことから、強行的に信託会社の營業所所在地法によると解すべきである。<sup>112)</sup>

(v) 法定的債権者集会 大陸において社債権者保護並びに起債者の便宜を考慮して設けられる制度である。国債の場合は恐らく全く利用されないのではないかと考えるが、理論的には債券準拠法によるべきであり、明示なきときは募集地法である。ただ各国のかかる立法は、自国会社の自国内における発行を予想するものと考えられるが、その立法者の定める限界にかかわらず国際私法上は、上述の如く解すべきものと思う。<sup>112)</sup> 第三国において転得せる債権者については、前述の如く無記名式の場合は債務者に不利な場合が生ずるため、若干疑義を残すが、債権者団体自体については右の如く統一的に準拠法を適用すべきであろう。かりに特定国が自国民保護のためにのみ債権者集会に関する規定を設ける場合も、他国裁判所はこれに拘束されない。<sup>113)</sup>

(1) Hecke, *ibid.* p. 241 et suiv. 247e.

(2) 例えば、国際復興開発銀行よりの借入（例えば一九四九年三月のベルギ借款）、あるいは輸出入銀行より借入（例えば一九四八年十月の英国借款）等の約款には用途の指定がなされており、また一九四七年のベルギー国有鉄道のスイスを発行地とする債券には、現在の債務者の財産に担保権を設定し、あるいは財産的価値を減ずる行為の禁止約款が存している。

(3) 例えば前掲のベルギ債についてはベルギー国家が連帯債務を負うている。一般に国際復興開発銀行より公企業が借入を行う場合には国家が保証をなすのが通常である。

(4) 国際復興開発銀行のなす借款の約款には、例えばベルギ債務の場合（一四号債務）その第九条二項では「本約定および債券の規定の解釈は効力発生当時のニューヨーク州法による」とする反面、その第一項は「本約定および債券に関する債権債務は、いづれかの国家・州・政治区分のこれに反する法の規定にかかわらず有効かつ執行可能である」とのべる。この二つの規定の關係については、本来国際法上の主体相互間の契約であるから、いづれかの国内法に従うのは自由であり従ってその強行法規を排除しうると解するか、この關係は本来国際法上の問題であるが、第九条二項は単に実質法的と指定しての意味を有すると解するか

について見解が分れうる。

- (5) 社債に関する不動産抵当につき同旨、Beal, *Conflict of Laws*, II, p. 946. この場合浮動担保 (a floating charge) またはこれに類する場合については、包括準拠法としては起債者の属人法によるべきものと考へる。その構成財産が必ずしも物権のみで構成されないことを考慮し、履行を求めんとする法廷地法による見解もある。Hecke, *ibid.* p. 246.
- (6) England; Twycross v. Dreyfus (1877) 5 Ch. D. (Cr. A.) France: Paris 25 juin 1877. ただ外国債権者あるいは債権者の国家代表者によりその受領および配分の継続的委員会が設定せられるが如き場合にはその実効性が期待し得る。Wuarin, *ibid.* p. 221 は、第二次大戦前の例として、その構成員につき、(a) 債権者所属国家によるもの (エジプト債・ギリシャ債) (b) 発行に関与した金融機関によるもの (トルコ債・セルビア債)、(c) 債権者によるもの (トルコ債) の三類型があるとす。なお第一次戦後のオーストリ債・ハンガリ債・ドイツ債の場合においては国際連盟が介入している。

(7) Matteucci, *ibid.* p. 90.

(8) この場合は、その大量的取引処理の便宜上、債権者代表と起債者間の契約によって決定せらるべきであり、後者の準拠法としては、明示的指定なき場合は、公債準拠法を優先的に考慮すべきではないかと思う。

(9) Matteucci, *ibid.* p. 91.

(10) *ibid.* p. 90. なおかかる債権者保護制度を明定するものとしては、一九二七年ペルー六分債 (第五章一五条)、ベルギー一九三六年償還社債 (一八条)、一九二二年チェッコ国債 (一五条) がある。Matteucci, *ibid.* p. 92.

(11) Matteucci, *ibid.* p. 92 は、債権者保護のため第三者たる財務代理人 (financial agent) を明定するペルー債の如きは、債権者集会の場合と異なり委任の本質をもつと解するが、その場合は撤回不能約款が附合的に定められることからしても特殊の性質があるから、一般の委任の問題と異なり本文の如く解すべきではなからうか。ただ証券面上明示されない場合は、公債準拠法とは異なる法を指定しうるが、この場合も特別の事情なき限り募集地法を推定意思と解すべきであらう。債権者集会の法的性質については、仏において一九三六年一〇月三〇日法により法人格が認められるまでは、民法一八三二条による民事組合か、一九〇一年一月一日法による association であるかにつき争われた点は留意すべきである。この点は Escarra, *Traité théorique et pratique de l'organisation des obligataires* (1922) 25 ff. また多数決約款・撤回不能委任約款の公序違反の問題がこれに関連して生ずるが、多くの場合公序違反を生じない可能性が極めて強いであらう。Matteucci, *ibid.* p. 98.

(12) これを全く財産所在地法によらしめるとの理論もなり立ち得ないではないが (Rabel II, p. 14 参照)、近年の米判例 *Hut-*



chison v. Ross (1933) 262 N. Y. 381, 187 N. E. 65. 4446 ニューヨーク法 Personal Property Law, art. 2 § 12 a は偶然的な物の所在地よりも信託会社の業務地法によらしめている。

(13) Matteucci, *ibid.* p. 91. N. 1. は、この制度は募集地が数地に涉るときは、法的処理が一致しない欠陥があるとす。この種の法規の最初のもは一八七四年のオーストリア管理入法 (Kuratorengesetz) がある。その後ドイツ (一八九九・一二・四法)、ベルギ (一九一三)、スイス (一九三六年改正債務法)、オランダ (一九三五・九・一三改正法)、フランス (一九三五)、イタリ (一九四七) 等があるが、判例上社債権者集会の多数決条項を有効と認めるものとしては、英・米・カナダがある。これらのうち独・仏法は主として債権者保護に重点があり、端・白・和は和議・破産を避けることにより債務者保護に重点がある。これらの準拠法決定については、社債について論ぜられるのが通常である。独においては独に本店を有する会社についてのみ適用せられ (一八八九・一二・四法第一条)、端も同様である。白・伊も同様の如くである。これに対し、仏・墺においてはその募集地法をとるものと解せられる (仏一九三五・一〇・三〇法三三条)、墺 (Cordonnier, La protection des obligataires, p. 73)。更に仏法は他国法と異なり、社債のみならず、外国債についても規律する点留意すべきである。

## 五

すでに述べた如く、伝統的理論によれば国家債務については次の二点に関しその実効性につき不安があるとせられる。ただこの問題については、未だ見解は動揺しており、小稿においても、単なる問題点の提起にとどめたい。

(1) 伝統的理論によれば、他国に不動産ある場合または裁判権服従を表示しない限り、国家の平等および独立の觀念に基き一国は他国の裁判権に服しない<sup>(1)</sup>。裁判権服従の表示については、明示的方法のみならず默示的方法も認められる<sup>(2)</sup>。かくて統治行為と民事行為とを区別し、後の行為については、その裁判権免除を否認する学説・判例の見解の発展をみるに至ったが<sup>(3)</sup>、ただ独・英・米判例においては否定的であったが、これらの国においても近年においては裁判権免除を否認する傾向を示していることは注目に値する<sup>(4)</sup>。然しながら、この理論を認めるとしても、統治行為と

民事行為の区別の標準については若干の困難がある。この点につき国家の追求する目的を規準とし、公的作用の行使としてなされた行為でない場合は裁判権免除を認めないとする見解<sup>(5)</sup>、国家がその行為をなすに至った手続を規準とし、命令・徹発等によらない私法的手続によるものについては裁判権免除を認めない見解<sup>(6)</sup>、あるいは、そのなされた行為の性質に鑑みて、それが商事行為であるときは免除を認めないとする見解等がある<sup>(7)</sup>。各国の判例は、具体的にはかなり商事的色彩をもつ海上運送<sup>(8)</sup>、鉄道運送<sup>(9)</sup>、国家独占事業<sup>(10)</sup>についても、また必ずしも商事的性格を有しない軍需品買入<sup>(11)</sup>、公共事業、公債募集の委託等<sup>(12)</sup>について見解が分れている。国家の金銭債務については、各国の判例は、スイスを除き裁判権免除を認めない例は多くない<sup>(13)</sup>。裁判権免除を認める理由としては、事実上裁判官に国家の財政能力を調査することが困難であること<sup>(14)</sup>、あるいは理論的には、国家の平等性、独立性の伝統的観念に基き、むしろ外交交渉に委ねるべきことにその基礎を求めている。然し国家債務についても、その行為の性質上私法的行為に性質を同じうするもの、特に外国に担保権を設定し、あるいは一般公衆に対する公債発行<sup>(15)</sup>についてもそれに関連する減債預金または担保権が募集地に設定せられているときは裁判権免除を否認すべきではいかと考える。近年における国家機能が進化し特に外資調達に際し、国家が直接あるいは従属的に介入する場合には、むしろ原則としてかかる見解を採用することの方が実情に合致するのではなからうか。更にこれに関連して連邦国家の支分国又は州につき、裁判権免除を主張し得るか否かについても判例は分れるが、同様の理由によりまた特にこの場合は国際法上国家と同一の地位をもつものではないから、右と同様の理論によることが妥当である。特に独立の主権をもたない都市町村その他の地方公共団体については当然に裁判権免除は認められない。また行政的目的をもつ公法人又は公的団体についても裁判権免除を認める各国判例は多いが<sup>(16)</sup>、仏・米においては緩和的傾向が存する<sup>(16)</sup>。これについても国家の場合に準じてこれを解決すべきである。

- (1) この点に関し、近年新たに問題を提起せられたものとしては、沢木「涉外事件における裁判管轄権に関する一考察」（国際法外交雑誌五八巻三号、七二頁以下）がくわしく論ぜられている。
- (2) Allen, *The position of foreign States before national Courts*, 1933 p. 18-20.
- (3) 例え、Laurent, *Droit civil international* III, p. 42; Rolin I, p. 206; De Raepen, *Etudes sur la compétence civile à l'égard des Etats étrangers*; De Visscher, R. P. I. L. C. 1922, p. 309; Bar II, p. 673; Schmitzer II, S. 638; 判例としては、白・伊のほか、端・奥・エチオピア・ギリシヤ・フランス等があるが、不定的なものとして、独の RG. 12 dec. 1905. 英の Pacey-Morris, p. 133; Wolff, P. I. L. p. 57 に掲げるものを参照。なお近年の諸要判例の態度については、Lauterpacht, *British Year Book*, 28 (1951) p. 394; Lalive, R. D. C. 3 (1953) 等参照。近年におきて裁判権免除理論をひろく採用する国家は、わづかに英国をよびん連ならびにその衛星国である。(E. J. Cohn, *Waiver of immunity*, B. Y. I. L. 34 (1958) p. 260)。なほ de laume, *ibid.* P. 201~209.
- (4) Friedmann, B. Y. B. 1938, p. 123-130; Lowenfeld, I. L. A. Report of the 44th Conference Copenhagen 1950, p. 204-207; Kuhn, *Am. Journal* 1946, p. 374; Riezler, S. 394-420; Lauterpacht, B. Y. B. 1951; Cohn, B. Y. B. 1958.
- (5) Paradier-Fodéré, *Traité de droit international* III, p. 508.
- (6) De Raepen, *Etudes*, p. 94-95; Weiss, *Rec. d. Cours* I, p. 520-522; De Visscher, R. D. I. L. C. 1922, p. 311.
- (7) Niboyet, *Traité* VI, p. 217;
- (8) 英・米・独・和の如し、伊はこれらに免除を認めない (Heck, *ibid.* p. 273)。
- (9) 独は認めるが、白・伊は免除を認めない。
- (10) 白・エチオピアは鳥糞肥料・煙草に関する独占事業につき認めない。更にソ連の貿易につき、ソヴェトの商事代表につき、白・伊は認めていない。
- (11) 伊・白は免除を否認、仏・米は免除を肯定。
- (12) 白 *Bruscelles* 4 janv. 1896, 22 nov. 1907.
- (13) 伊では整理国債 (*la dette consolidée*) については免除を認め、仏・英・独・米は一般に免除を認めず（一九世紀末葉から二〇世紀初頭にわたる判例）、ベルギーの判例は分れている。わづかにスイスは債務が行為地ならびに募集地がスイスである場合に裁判権免除を認めていない。

- (14) Bar II, S. 673; Wuarin, p. 121. 反対 Weiss, Rec. Cour I, p. 522.
- (15) Allen, p. 9. 近年の判例としては英国の *Krajina v. The Tass Agency* [1949] 2 All. E. R. 274 (C. A.)
- (16) *Hanson, B. Y. I. L. 1950, p. 323-324; Wolff, P. I. L. p. 56, Oppenheim-Lauter pacht I, p. 240.*

(2) かりに裁判権免除を認めない場合において生ずる更に困難な問題がある。すなわち、被告国家に対する勝訴の判決を得た原告は、法廷地国における被告国財産に対しいかなる範囲で執行による実を挙げうるかの問題である。この点については、裁判権免除を認めない国家においても、否定的見解を採る国家もあるが、<sup>(1)</sup>その財産の種類に応じてこれを認める判例又は理論も存するし、<sup>(2)</sup>更にその財産の種類を区別せず自国内所在の外国所属財産に執行を認めるイス判例の如きもある。<sup>(3)</sup>この点については財産の種類により、著しく当該外国の公的機能が害せられない限り、その執行可能性を認めることが妥当であると考える。特に法廷地に担保権又は減債預金を設定したときは、これを肯定すべきであろう。

次に執行に関連して国家の支払不能の問題がある。私人については、破産・和議・整理・更生により当事者の利害調整に関する諸手続があるが、国家についてはかかる場合の立法は皆無であるといつてよい。ただ外国債権者については、特に外交交渉により弁済の途を講ずるほかはない。かかる国家の支払不能に関する法律的考察は、いまだ何らの法的成果をあげていない実情である。この点は、たとえば私人の破産と国家の破産とは債務者の機能の相違よりして同一に論じ得ないことは当然認めるべきである。ここでは、一応の示唆として *Fischer William* の提案をかかげるとどめたい。彼は、(1)債務国は継続的にその活動を続けうる、(2)その内国債務額の決定は、合理的な人の判断により決定せらるべき事実問題である、(3)国家の経済的能力を決定すべき重要な要素はその国民の財産である、(4)その譲渡能力は他国の経済政策を考慮して判断せねばならない、(5)債務の常況および目的を考慮せねばならぬ等をあげて

いる。<sup>(4)</sup>然し現実には、これが純粹に法的问题として具体化することは殆んどないと考えてよい。<sup>(5)</sup>

- (1) 白 Bruxelles 27 juin 1921 ; 24 mai 1933.
- (2) 伊 Cass. It. 13 mars 1926. 同様の理論をとるものとしては、Van Praage, R. D. I. L. C. 1935, p. 129 ; Niboyet, Traité VI, p. 361 ; Riezler, *ibid.* S. 401-402.
- (3) その他仏においても、当初は外国に対する執行免除を認めたが、ソ連商事代表に関しこれを否認し (Cass. Fr. req. 19 février 1929)、「白においてもかかる影響が見出される (Bruxelles 30 avril 1951, Rev. Crit. 1952, p. 111)
- (4) Heck, *ibid.* p. 26.
- (5) 追記—前掲東京市五分利付公債 (前掲二五頁参照) については、ブラック国際復興開発銀行総裁の調停を受諾すべき旨が、昭三五・六・九の東京都議会財務主税委員会において鈴木副知事より報告せられている。調停案の内容は、「都は支払遅延の期間中、所有人が元利金の支払を受けなかったため、資金が利用できなかったことによる損失として5%の利子の追加支払いを三十六年三月から行なえ」とするものを骨子とするものであり、回答には六月三十日までの期限を付したものであり、フランス側もすでに調停案を受諾する意向を示しているので、これで大正十五年以来紛争が生じ、昭八のフランス判決において東京市敗訴、昭九の前掲日本判決における東京市勝訴を経て、三四年ぶりに解決をみることとなる (昭三五・六・一〇朝日夕刊参照)。