

# 国際私法における方式概念(二)

——フランス判例法を手がかりとして——

岡 本 善 八

- 一 はじめに
- 二 発展の五段階
- 三 絶対的行為地法主義
- 四 選択主義への移行(以上二八〇号)
- 五 実質準拠法の選択
- 六 判例の現在の立場
- 七 法例八条に関する私見
- 八 フランス法の方式規定
  - (1) フランス民法一三四一条
  - (2) フランス民法一三二五条
  - (3) フランス民法一六九〇条
  - (4) 一九三五年営業財産法一二条
  - (5) フランス民法九三一条
- 九 むすび(以上本号)

## 五 実質準拠法の選択

先に述べたごとく、フランスでは Pommereu 氏が、その作成地であるドエ慣習法に依拠しないで、住所地法であるパリ慣習法の方式に従い作成した自筆遺言に関する一七二一年一月一五日パリ高等法院 (La Grand'Chambre du Parlement de Paris) 判決が、方式絶対行為地法主義を採用した後、<sup>(25)</sup>一八八年後の一九〇九年の破毀院判決により、少なくとも遺言方式については、行為地法のほか、遺言者の本国法による方式も有効と解されるに至ったのであるが<sup>(26)</sup>、この一九〇九年判決が行為地法の任意性を遺言方式につき認めた後、これを財産法上の契約にも拡大した画期的な判決として、破毀院民事第一部一九六三年五月二八日 (Société Les Films Roger Richebé 対 Société Roy Export Company et Charlie Chaplin 事件) 判決〔前掲表<sup>68)</sup>〕がある。事実を要約すると、次のようになる。一九二〇年米国で無声映画「キッド」(The Kid) が製作せられ、チャーリー・チャップリンが著作権者として、米国ワシントン著作権局 (Copyright Office de Washington) に一九二一年登録された後、若干の経過を経て、同映画の複写ならびに上映権が一九五五年一二月パリに於て、チャップリンよりモロッコに本店をもつ Société Roy Export de Tanger 社に譲渡せられ、さらに同社は一九五六年一二月にリヒテンシュタインに本店をもつ Société Roy Export de Vaduz 社に譲渡した。ところが、別に Société Les Films Roger Richebé 社がイタリアヤ会社より提供せられたネガにより同映画のコピーを作成し、フランスにおける上映のための配給契約を締結する事実が発生したため、Société Roy Export de Vaduz 社が原告として、フランスにおける唯一の権利者であることの確認、被告会社 Richebé の譲受行為の無効、ならびに被告会社のコピー作成ならびに配給行為が権利侵害である旨の確認を求める訴えを提起すると共

に、在仏コピーの差押ならびに五千万フランの損害賠償を求めたものである。他方原作者チャップリンはその訴訟に参加し、無声映画に許諾なく音楽を付し、かつフランス語による中間説明文を添えたことは、同一性保持権 (*Droit moral*) を侵害するものとして、名目的に一フランの損害賠償を請求したものである。原作者チャップリンが一九五五年に第一の会社に対して行った著作権譲渡は、合衆国一九〇九年三月四日法の規定に従い、英文で作成され、譲渡人の署名のみがなされる「著作権譲渡証書」 (*assignment of copyright*) の方式によっており、第一会社が現在権利を主張する原告会社に譲渡した際も同一の方式によっているのであるが、これに対し被告会社は行為地法たるフランス法的方式を充していないことを理由に原告の権利を争った。

第一審のセーヌ民事裁判所一九五八年二月一五日判決〔前掲表②〕は、譲受人の署名が存在しないことにより、行為地法たるフランス民法一三二八条、一三二三条、ならびに一三二五条で定める双務契約に関する方式を備えないことを指摘すると共に、他にこれを特別法上有効ならしめる規定が存在するかを検討し、譲渡は、著作権譲渡契約の要式性を定める一九五七年三月一日法第五三条の施行（一九五八年三月一日）の前になされていることから、適用しうる法として革命期の一七九一年一月一三日デクレおよび一七九一年七月一九日デクレがあるとし、前者の「すべての著作物は方式を備えた書面による著作者の同意がない場合は上演することができない」（第三条）の規定、あるいは、後者の「著作者と興行主との間の合意は完全に自由であり、市町村その他いかなる公務員も、これに課税し、あるいはその代金の減額を求めることはできない。……」（第二条）の規定などから、著作権譲渡に当っては、書面において当事者の合意に加えて債務内容の記載をなすべきことが義務付けられているとの解釈を導き、かつ同法はフランス法でいう警察法規《*lois de police*》として直接適用がなされることを理由に、債務内容である代価の記載のな

いその著作権譲渡を無効と判断した。

その控訴審判決であるパリ控訴院第一部一九五九年四月二九日判決〔前掲表⑥〕は、これに対し、現在でもしばしば引用せられる次のような注目すべき見解を示した。同判決は、Batifolの鑑定書、すなわち方式に関して「選択の可能性を本国法に限定するときは、契約当事者の国籍が異なることはしばしば生じるのであるから、契約における方式選択の可能性がもつ有用性はほとんど奪われる。判例は、すでに契約の实质については、当事者に対しその選択した法に準拠しうることを認めているのであるが、同じ自由を方式について認めないという理由は見出し得ない」とする意見、ならびにこれを支持した法制意見官 (l'avocat général) の Combaldieu の意見を採用して、次の判断を示した。すなわち、「第一審判決は、フランス法を準拠法とすることにより、場所は行為を支配するの法理を絶対的適用原則と解する誤りをおかしている。この法理は、当事者が契約締結地法の方式に従った場合は、その契約は方式に関しては有効であることを彼らに保証することにより、当事者の利益の安全を計るものであることは、疑いの余地はない。然しながら同時に、契約当事者が当事者自治の原則により (en vertu du principe de l'autonomie de la volonté)、本国法であると否とを問わず、彼らが良く知っており、かつ選択した法に依拠することを妨げるものではないことが認められねばならない」、「契約の实质の準拠法につき当事者に完全な選択の自由を認める場合に、方式については行為地法によることを義務付ける理由は見出し難い」とし、先行する譲渡行為がすべて米国法に準拠していること、当該の譲渡に当たっても、米国外で譲渡行為をなすときは米国領事の面前で譲渡の確認手続をなすべき旨を定める米国法上の手続がなされたことなどを考慮し、米国法を实质の準拠法と解すると共に、その方式を有効とした。また一七九一年デクレについては、その中の行政秩序に関するものは属地的に適用されるが、著作権に関する契約自体につき

特別の方式を要求するものと解すべきでなく、かかる合意は諾成主義の原則によりうるものとした。

右の控訴院判決は、破毀院一九〇九年判決が採った行為地法任意主義の法理を、遺言のほか財産法的行為に拡大すると共に、選択の範囲につき当事者自治を認める点で画期的なものであったが、他方 Loussouarn<sup>(27)</sup> または Luis-Lucas などにより、方式準拠法の決定については、便宜性のほか、法律行為の安定性《la sécurité》の確保も考慮すべきであり、その意味で選択は契約が充分な《suffisamment》関係を有する法の範囲に限定すべき旨の批判がなされた<sup>(28)</sup>。

右の控訴院判決に関する破毀申立につき、破毀院民事第一部一九六三年五月二八日判決〔前掲表⑧〕は、最終的に、「場所は行為を支配するの原則は、国際契約がフランスにおいて、その実質の準拠法である外国法が定める方式に従って締結されたときは、これに対抗し得ない。従って、当事者が実質に関しアメリカ合衆国法に準拠している本件著作権譲渡に関して、控訴院判決がアメリカ法上有効である《assignment of copyright》の方式に依拠しうることを当事者に認めたことは正当と解される」との判断を下した。方式選択の自由を財産的合意にまで拡張すると共に、控訴院判決に対する批判をも考慮し、実質準拠法上の方式選択を認めたものである。

(25) Niboyet, J.-P., *Traité de Droit International Privé Français*, tome V. (1948), p. 218. 及び *Locus regit actum* の法諺が、この一七二二年パリ高等法院判決で強行法的ひびきを伴って始めて用いられたとされる点に「ついで」Naquet, E., S. 1903, 1. 75; Pradier-Fodéré, *Traité de Droit International Public*, tome 3, (1887), p. 961.

(26) 一九〇九年判決が選択の範囲を本国法に限定したことは、契約の方式については不当な結果をもたらすものとして批判的立場を採る学説として Batiffol, H., *Conflicts de Lois en matière de Contrats*, (1938), n. 428; Loussouarn, Y., 《*Donation et testaments*》, J. Cl. Droit international, fasc. 557B, (1955), n. 24; Malaurie, P., 《*Actes Juridiques*》, J.-Cl. Droit International, fasc. 551B, (1960), n. 156; Rigaux, F., 《*Acte*》, *Encycl. Dalloz, Droit international*, vol. 1, (1969), n. 50; Batiffol, H., 《*Contrats et Convention*》, *Encycl. Dalloz, Droit international*, vol. 1, (1969), n. 111. Contra Niboyet,

J.-P., *Traité*, tome V, (1948), n. 1457.

(27) *Rev. trim. dr. com.* 1959. 557 (Loussouarn).

(28) Louis-Lucas, P., *La Liberté Contractuelle en Droit International Privé Français*, Mélanges en l'honneur de Jean Dabin (1963), p. 771.

## 六 現在の判例の立場

方式準拠法に関し、破産院の現在の立場を示すものは、破産院民事第一部一九七四年十二月一〇日 (Pierucci 対 Hanay 事件) 判決〔前掲表⑥〕である。フランスの「営業財産の売買価格に関する一九三五年六月二九日法」(Loi du 29 juin 1935 relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce) の第一二条に関する事件である<sup>(29)</sup>。

同条は、「①営業財産 (Fonds de commerce) の任意的譲渡を確認する書面には、その譲渡が (仮装的に・筆者注) 他の契約の条件及び方式において合意された場合、あるいは会社に対し現物出資された場合をも含め、次に掲げる事項が売主により記載されねばならない。(1)直前の売主の氏名、取得に関する書面の日付及び種類、ならびに、無体的要素、販売物品及び有体的設備に区分した直前の取得価格、(2)営業財産の負担となる先取特権及び質権の状況、(3)過去三か年、取得後三年に満たないときは、取得の時から、各年度毎の取引金額、(4)前号で定める期間における商業上の利益、(5) (営業財産に包含せられる・筆者注) 不動産賃借権、その取得日付、存続期間、賃貸人及び賃借権の譲渡人あるときはその者の氏名及び宛先。②前項で定める事項が記載されないときは、一年以内に買主の申立ある場合は、<sup>(30)</sup> 売買契約の無効を生ぜしめるものとする」と定める。

右の規定の国際私法問題が破毀院で最初に扱われたのは、破毀院民事第一部一九六六年六月二十八日(Société Cametz 対 Rousset 事件)判決〔前掲表⑦〕である。マルセーユに本拠をもつフランス会社が、同地に住所をもつフランス人に対し、コート・ジボアールに所在する営業財産を売却する契約を同地で締結したが、合意を確認した私署証書に一九三五年法一二条で定める記載がなされていなかった事案であるが、原審の Aix-en-Provence 控訴院は、契約地、両当事者の国籍、住所地がすべてフランスであることから、当事者はフランス法に準拠する意思を有したものととして、前掲第一二条を適用し、無効を申し立てた買主の主張を認めた。売主は、売買はフランス国外に所在する営業財産に関するものであり、当事者は所在地法に準拠したものと解すべきであるとして破毀の申立をしたのであるが、破毀院は、「原審は当事者の意思解釈に関する最上級審として、当該事情を考慮し、当事者がその合意をフランス法に準拠せしめることを諒解したものと解したのであり、控訴院判決は妥当であると判断した。

しかしこの判旨は次の事件において判例変更されたと解するのが多数の見解である。破毀院民事第一部一九七四年一月一〇日判決〔前掲表⑧〕であるが、フランス人間で、ルクセンブルグ公国所在の営業財産の売買契約を、一九六九年フランスで口頭の合意により締結し、買主は若干期間運営の結果、収益が期待に反したため、一九三五年法一二条違反を理由として無効を申し立てたものである。控訴審は買主の主張を認めたため、売主は、同法一二条は実質に関する規定であり、当事者の準拠意思は営業財産所在地法に依拠しているものと解すべきであるから、ルクセンブルグ法によるべきものとして破毀を申立てた。これに対し破毀院は、「同法一二条の規定は、わけても買主に対し判断材料を提供することを目的とはするが、営業財産の任意的譲渡を確認するための書面の作成に関する規定であり、契約がフランスで締結せられるときは、方式を実質に関する準拠法、または本国法によらしめる当事者の意思が確定

せられない限り、その契約に適用せられる方式に関する規定である」との判断を示した。<sup>(31)</sup>

しかし右の一九七四年判決の判旨は、一方的抵触規定として示されていることもあろうが、法例八条に比較するも一体を貫く論理に欠ける印象を与える。このような一種のあいまいさは、フランス判例が方式規定に内在する政策の多様さにもかかわらず、画一的に *Locus regit actum* との関係で処理することによると考えられる。一九〇九年判決は、比較法的にみて普遍性がある遺言の方式の問題、一九六三年判決は、国際取引における取引定型化の問題、さらに一九七四年判決は後述のごとくむしろ経済行政法に関するものであり、方式概念の中に次々と異質のものが包摂されているともいえよう。この意味で現在も行為地法を原則的準拠法とするフランス国際私法の方式概念には、わが法例八条の適用にはなじまないフランス独自の政策的要求の確保が内在している可能性が認められよう。

(29) D. P. 1935. 4. 313. (J. O. du 30 juin 1935...Recitatif, J. O. du 18 juill.).

(30) Jauffret, A., 《Fonds de Commerce》, Encycl. Dalloz, Droit Com., 2 éd. (1974), n. 286; Supp. (1978), n. 1286; Ripert / Roblot, Droit Commercial, 10 éd., tome I, (1980), n. 592.

(31) Barifol, H. et Lagarde, P., Droit international privé, tome II, (1983), p. 323, n. 6.

## 七 法例八条に関する私見

フランス国際私法の方式概念の検討に先き立ち、視点を得るために最低限必要と考えられる、法例八条に関する私見の要約を次に述べることにする。

第一に、八条一項における「行為ノ効力」を文字通り成立と異なる効力と解すべきかについては、<sup>(32)</sup>立法経過からは、



当時債権契約に関する分割指定が意識されていたとは考えられず、「實際上より言えばかかる法律行為の成立と効力とはその準拠法を同じうするを以て例とするから、成立を定むる法律に依ると言ふも効力を定むる法律に依ると云ふも其結果に於て異なる所は無いのである」と解されていた事情などを考慮するときは、<sup>(33)</sup>ゲーブハルト第一草案九条の理由書の表現はともかく、<sup>(34)</sup>法例としては単に実質の意味で用いられていると解すべきである。<sup>(35)</sup>また当事者の期待保護の見地からは、成立と効力のいずれかの準拠法上の方式を充足する場合は有効と解することとなる。例えばドイツ民事保証の書面性（独民七六六条）にしても、軽率な保証を阻止する点で、詐欺、錯誤における表意者保護に類する制度と解するときは成立と解され、当事者が予測しているよりも深刻な負担が生じるが故に注意を喚起する趣旨の規定とみれば効力により深い関係をもつものと解され、いずれに属するかの判別が容易でない場合もあるし、また本来国際私法の方式準拠法決定については、方式規定に内在する各国の公序的目的の相互的尊重を重視する立場と、<sup>(36)</sup>特定国の国内取引を念頭においている方式規定により、国際的法律行為が予期に反して有効性を失うことを阻止する期待保護の立場があるが、<sup>(37)</sup>法例八条は基本的に後者の立場を採ると考えられるからである。

第二に、行為地法の適用は、実質準拠法上公正証書を必要とする場合は、行為地においてそれと等価的な証書を作成した場合にのみ有効とする趣旨か、<sup>(38)</sup>行為地法にいわば白紙委任することを意味するかについては、行為地法の選択適用の趣旨は、その行為地における実質準拠法上の方式の実行の事実上の不可能を救済するほか、当事者の有効性に対する合理的期待の保護にあると解するならば、<sup>(39)</sup>後者の立場が妥当となろう。

第三に、法例九条が八条にも適用されるか否かの問題については、批判も予想されるが次の見解を妥当としたい。七条、八条ならびに九条の相関関係は、立法経過はともかく、客観的には主・従・付則の機能を果している。第七条

が債権行為に関する規定であると解する限り、第八条も客観解釈からは債権行為に関する規定と解するほかはなく、ただ身分行為については類推適用が許されることとなる。この意味では二項但書は、フランス法系のごとく合意に債権的効力のほか物権的効力が生じうる場合の注意的規定と解されることとなる。第九条を債権行為に関する前二条と異なる比重をもつ付則的規定とみるならば、付則規定は必ずしも直前の条文に連結するものでなく、第九条二項が七条の「成立及効力」という用語を踏襲すること、さらに方式行為地法主義は沿革的に隔地行為を前提としていないことなどを考慮するときは、第九条は第八条には適用されないものと解すべきである。かりに適用説に立てば、例えばフランスより隔地的に贈与の申込を受けた日本の相手方は、申込の発信地たるフランス法上の公正証書作成のためフランスに赴くことが義務付けられると解するのが通説的理解であろうが、そのことは隔地的行為そのものの自己否定を意味することとなる。従って隔地的行為の方式準拠法は理論により決定せざるを得ないが、累積的適用説はもとより各方的適用説も、結果的には一国の方式規定に内在する政策目的を相手方に拡張することを意味するものであり、法律行為の有効性に対する期待を破る可能性があることを考慮すれば、いずれか一方において方式上有効であるときは契約全体を有効とする選択的適用説を妥当としたい。<sup>(40)</sup>

(32) 両説の対立については、斎藤武生・「法律行為」、国際私法講座二卷(一九五五年)、三六四頁。近時では、沢木敬郎・国際私法入門(一九七二年)、一七七頁。山田鏝一・国際私法(一九八二年)、二五一頁。なお、石黒一憲・「国際私法と国際民事訴訟法との交錯」(2)、法学協会雑誌九七卷(一九八〇年)、一号一七頁以下では、この点につきかなり立ち入った議論が展開されている。

(33) 山田三良・国際私法(一九四〇年)、五六三頁。江川英文・「Locus regit actum の我が国際私法上に於ける適用」(山田三良教授還暦祝賀論文集)(一九三〇年)、三七頁、註16。これに対する批判として、山口弘一・日本国際私法論〔上巻〕、

(一九二七年) 三二八頁。

- (34) Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, hrsg. von Werner Schubert, Allgemeiner Teil, Teil 1, (1981), s. 177.
- (35) 石黒・前掲論文九七卷一号一〇頁注(一三六)および二五頁参照。
- (36) Batifol 教授が、特定国で収入印紙が添付されていない文書を民事的に無効とする規定がある場合は、これを国際私法上方式と解すべきであり、この事は法廷地国において外国の徴税業務を行うことを意味するものではないと解する立場の根柢には本文のような理念があると考えられる。Batifol, H. et Lagarde, P., Droit international privé, tome II, (1983), p. 326. Fedozzi, P., "De L'Efficacité Extraterritoriale des lois et Des Actes de Droit Public," R. des Cours, tome 66 (1929) II, p. 179; Nussbaum, A., Deutsches Internationales Privatrecht, (1932), s. 89.
- (37) Lando, O., "On the Form of Contracts and the Conflict of Laws," Recht und Internationaler Handel, Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag (1973), p. 261.
- (38) わが国で等価主義的主張が見られるのは贈与の方式に関するものであるが、実方正雄・「各種の契約」、国際私法講座二巻、四五一頁。なお近年のドイツ国際私法における等価主義的傾向については、桜田嘉章・「西ドイツにおける外国公証行為の効力について」、公証法学六号(一九七七年)、四三頁以下、ならびに石黒・前掲論文、法学協会雑誌九七卷四号八五頁。
- (39) 石黒・前掲論文、法学協会雑誌九七卷五号九一頁七行。
- (40) 岡本善八・「国際私法における外債発行」、同志社法学六〇号(一九六〇年)、三六頁注(10)。なお、石黒・前掲論文、九七卷一号二八頁参照。外国文献としては、Lando, O., op. cit., p. 261.

## 八 フランス法の方式規定

民法レベルにおいても、フランス民法はわが民法に比較して、狭義の要式行為のほか、間接的要式行為とも称せられる、いわゆる事前の証拠《la preuve préconstituée》の規定など、方式規定は多岐に渉るが、本稿では法例八条の<sup>(41)</sup>

立場から重要性をもつと考えられる若干の規定のみを検討することとする。

(1) フランス民法一三四一条 近年各国の国際私法学において、法性決定に関し最も論議が集中する規定と解されているが、<sup>(42)</sup>同条は、その目的物の価額または価格が五〇〇〇フランを超えるときは(一九八〇年七月一日デクレ一条により改正)、すべての行為は公証人の面前においてなすか、私署証書を作成せねばならないと定める。<sup>(43)(44)</sup>これに対し、商事については商法一〇九条は、「商人に関するときは、商行為については、法に別段の定めある場合を除き、すべての証拠方法《par tous moyens》により証明することができる」(一九八〇年七月一日法一一一条による改正)と定める。<sup>(45)</sup>

わが国では同条を方式規定と解するのが有力説と考えられる。<sup>(46)</sup>国際私法の基本的理念である判決調和を考慮する理論であり、フランス法が行為地法を適用すること、ならびにドイツの多数説であることから、充分傾聴に値する理論である。フランスでは当初 *Loisel* により示されるごとく、証人は書面に勝る《*témoins passent lettre*》の原則が行われていたが、一五六六年のムーランの王令五四条、ならびに一六六七年の王令二〇条により、<sup>(47)</sup>百リール以上の事件について、裁判の確実のため人証を排斥し、金額以外の点ではこれをほとんどそのまま踏襲したのが前掲一三四一条であるとせられる。<sup>(48)</sup>

この規定に関してドイツ判例の立場を示すものとして従来引用されたものは、連邦通常裁判所一九五四年七月三日判決である。<sup>(49)</sup>転借人たる原告は、転貸人ならびに所有者たるフランス人の相続共同体の諒解を得て、転借物たるドイツ所在のレストランの戦争による損傷を自己の費用で修復したのであるが、相続共同体(*Die Erbengemeinschaft*)の代理人と原告との間で締結した、修繕費相当の使用契約(*Die Abwohnervereinbarung*)に関する被告の責任による

不履行を理由として、相続共同体に対し一万ドイツマルクの損害賠償の訴を提起したものである。争点の一として、代理権授与行為に関する、フランス民法一九八五条「……委任行為は口頭においてもなしうるが、証人による証明方法は、本法中の「契約または合意に基づく債権一般」に関する章で定める場合のほかは認められない」の規定から、結果的に問題となる民法一三四一条の適用の有無につき、次のような判断を示した。これらの規定によれば、「代理権は書面により授与されるべきものであり、口頭の場合も有効ではあるが、訴訟においては代理の目的が五〇〇〇フランを下廻る価格である場合にのみ人証が認められることとなる。この規定によれば、本件の代理権の証明は不可能となるが、この論理によることはできない」。「およそ裁判所はその固有の手続法で定める証拠方法のみを許すべきであり、そのことは、実体的法律関係が準拠する国の法が、これに反する立場を採用する場合も異ならない」。「ここで問題とされるフランス民法一九八五条に関する証拠方法の許容の問題は手続法たる性質をもつものであるから、法廷地法、従ってドイツ民事訴訟法により判断すべきものである」と判示した。

然しその後、下級審ながらマンハイム地方裁判所一九七一年三月一六日判決<sup>(50)</sup>は、前掲連邦裁判所判決が外国証拠規定が実体法的効力をもつ場合につき若干の留保を示している点に言及し、フランス民法一三四一条に類似した規定であるイタリア民法二七二一条および書面の証拠価値制限に関する二七〇四条につき、これらは当事者をして確認手続を採らしめることにより財産の移転時期を明確ならしめようとする点で、単なる証拠規定にとどまらない立法政策を見出しうるとして方式の問題として性質を決定している。<sup>(51)</sup>

また連邦通常裁判所自体が、一九六一年一月二九日判決<sup>(52)</sup>で、既に当該英国規定が一九五四年に廃止されていたのを見落した上での見解ではあるが、一九五六年の契約に関して、一〇ポンド以上の財物についての売買契約について

書面が作成されていない場合は、裁判所による強制履行をなし得ない旨を定める英国一八九三年動産売買法四条の性質につき、これを方式の規定と解しており、これにより一九五四年七月三〇日判決の立場は黙示的ながら変更されたと見る説がある<sup>(53)</sup>。旧英国動産売買法四条やアメリカ統一商法典第二節二〇一条のごとく、書面が存しない場合に強制履行し得ない趣旨の規定は、フランス民法一三四一条のごとき人証排斥の規定と異なり、前者は実体法の問題に属すると解するならば<sup>(54)</sup>、判例変更はなかったこととなり、いずれも人証を排斥する点では同一である点に着目するならば判例変更が存在したこととなる。

ドイツの学説では、すでにフォン・バールによりこの問題が採り上げられ<sup>(55)</sup>、そこに何らかの実体法的効果が見出される限り、方式の問題とみて民法施行法一条の適用対象となると解するのが多数説である<sup>(56)</sup>。後述のごとく、フランスの判例自体が民法一三四一条を方式の規定と看做していないにも拘らず、ドイツで方式説が支配的である理由の検討は困難を伴うが、次のような事情が考えられる。

第一に、ドイツ私法史におけるフランス法の比重が考えられよう。周知のごとく、一八〇四年のフランス民法の理念は、ナポレオンの支配力とも相俟って、特に西ドイツに大きな影響を与え、ライン左岸地域では一九〇〇年に至るまで、またバーデンでは一八〇九年以来ラント法として採用されていたという経過は<sup>(57)</sup>、フランス民法一三四一条の性質決定についても、方式に準ずるものと解する方がドイツ地域における判決統一に寄与することが感ぜられたであろうし、また同時にドイツ民法に対するフランス民法の影響が存在したことを考慮すると<sup>(58)</sup>、ドイツ民法自体は証拠方法同時提出主義の撤廃など証拠法に関する新たな展開を示したのであるが、フランス民法が認める手続、すなわち行為地法上書面不作成の場合は人証により得ないときは、法廷地においても人証により得ないとする法理をド

イツ訴訟手続においても採用することに、さしたる異和感が感ぜられなかったということになろう。

第二に、ドイツ民法一九二〇年代の改正作業に関連する主張の中に見出しうるごとく、訴訟の過剰阻止のためにはフランス民法一三四一条のごとき法定証拠主義の採用を望む意見があるが、<sup>(59)</sup>このような立場からは一三四一条のごとき規定を方式の問題としてドイツ訴訟手続で採用するならば、限定的ながら訴訟促進が計られると見られることとなる。

第三に、ドイツ周辺には例えば一九三〇年代においても、<sup>(60)</sup>フランス民法一三四一条、イタリア民法一三四一条、ルーマニア民法一一九一条、ロシア民法一三六条その他スペイン法、オランダ法、ギリシャ法など、一定額以上の民事訴訟に人証を排斥する規定が存在するのであるが、<sup>(61)</sup>ドイツ国際私法がこれらを手続法と決定するときは、証拠自由主義を採るドイツ国内で諾成的に成立する契約に関する救済が周辺諸国で得られないことを意味する。その不安がドイツのフランス民法一三四一条に関する方式説の最も決定的な根拠ではないかと推測される。

これらの理由のうち、最後の点はわが国における方式説についても根拠となりうるものであるが、この問題はフランス民法一三四一条についていえば、フランス法自体がこの点につき現実にどのような法理を採用しているかにかかると問題である。学説の中には、同条は人証の劣位を規定し、当事者に予備的に証拠方法を準備させることにより訴訟数を抑制するという立法政策の発現であるから公序規定と解するものもあるが、<sup>(62)</sup>破毀院判例は同条を単なる私益保護規定と看做し、当事者は契約に先立ち、または後に、従って訴訟手続中においてもその利益を放棄しうるものと解している。すなわち、事実審裁判官に対し、書証不存在の主張をなさなかった当事者は、その主張の権限を有効に放棄したものともみなされ、破毀申立の理由として証書の不存在を主張することは許されない。<sup>(63)</sup>

フランス民事訴訟法は、特に一九七五年一月五日デクレ以来<sup>(64)</sup>、証拠に関する職権が拡大されたが、フランスでは訴訟法を私法と位置付けてきたのであり、訴訟の進行についても証拠の問題にしても、始動的地位にあるのは原告であり、裁判官はひたすら中立かつ受動的地位にあったのであるが、<sup>(65)</sup>このような訴訟手続の構造が、国際私法レベルにおいても、破毀院一八六四年二月二三日判決〔前掲表<sup>(29)</sup>〕、同一八八〇年八月二四日判決〔前掲表<sup>(35)</sup>〕などにおいて、「方式(sa form)および証拠方法(son mode de preuve)」と表現して、両者の異質性を認めつつ、証拠規定は「人の合意により排除することが許されない公序規定ではない」ことから、当事者の期待保護のためには行為地法によるべきであるとの法理をもたらししたものといえよう。

他方破毀院一九五八年六月一七日(Figue 对 Dame Figue 事件)判決〔前掲表<sup>(33)</sup>〕は、フランス人夫婦がガマラ市裁判所で得た離婚判決のフランスにおける執行を拒絶したものであるが、同判決は、「その地の訴訟手続に従って判決をなし、ガマラで有効な証拠方法(les moyens de preuve)を採用することは適法な管轄をもつ当該裁判所の権限に属する事項ではあるが、フランス国際私法によれば、離婚の实质については、フィギュ夫婦の共通本国法であるフランス法のみが適用される。フランス国内法において、自白を離婚における唯一の証拠とすることを禁止することは、単なる合意により離婚をなすことを禁ずる実質の規定と解せられる」との立場を支持した。ここで扱われる証拠の問題はいわゆる「事前の証拠」《Preuves préconstituées》に関するものでなく、証拠調手続一般に関するものであり、また外国判決に関しての判断であるが、同時にフランス民法に関する判断としての普遍性を持つ。然しこの判決により、従来の事前の証拠に関する行為地法上の効力の援用を認める法理がフランス民事訴訟法上排除されたとは解すべきではない。Locus regit actum の法理は、方式について適用せられるときは、行為地法の方式を充す



ときはその行為は方式については有効であることを意味するが、事前の証拠に関して適用せられるときは、書面の作成を必要としない地で書面なくしてなされた行為について、証人または推定などすべての証拠方法による証明を認めることを意味したのであるが、この法理自体はフランス民法の枠内で存続すると解しうる。然しながらこの事は逆にフランス民法上、書面を必要とする地で契約した当事者に対し、法廷地法上認められるにもかかわらず人証を拒否すべきことを、裁判所に強要するものと解すべきではない。破毀院一九五九年二月二四日 (Issac 対 Dame Issac 事件) 判決〔前掲表<sup>64</sup>〕が、イスラエル人相互のトルコにおけるユダヤ婚に関する婚姻証書の証明力についてはあるが、「法廷地法上の証拠方法を採用することはフランス裁判官の権限に属するところではあるが、このことは当事者が行為地である外国の証拠規定を援用することを妨げるものではない」とするのは、前述のごとく証拠の問題は法廷地法による原則に立ちながら、補充的に行為地法を援用することを肯定したものと考えられる<sup>66</sup>。上述のところから、仏民一三四一条はフランス法自体の中で、右に述べた意味におけるフランス民法上の証拠規定として把握されていると結論付けうる。

要するに現在のフランス法理では、仏民一三四一条に反してフランスで締結された契約に関し、日本裁判所が人証に基づき下した判決もフランスで承認され、逆に日本で同条に違反して締結された契約についても、フランス裁判所は人証によりうることとなる。このような事情にあるときに、なおフランス民法一三四一条を方式の規定として、フランス民法一〇九条との適用限界の確定、当事者による規定の利益の放棄の態様、上告理由としての許容性などを、結果的にわが国証拠法上の問題として持ち込むことは、わが国の民事訴訟手続に新たな混乱をもたらすこととなろう。この意味では、この種の規定は当該の民事訴訟手続規定として、わが国では適用の余地のない規定と解することが妥

- (41) Verdot, R. et Hébraud, P., «Acte», *Encycl. Dalloz, Droit Civil*, 2 éd., (1970), no. 86; Voirin, P. et Goubeaux, G., *Manuel de Droit Civil*, 18 éd., (1974), p. 418; Weill, A. et Terré, F., *Droit Civil, Les Obligations*, (1975), p. 126; Delestraint, P. D., *Droit Civil, Les obligations*, 6 éd., (1977), p. 25; Weill, A. et Terré, F., *Droit Civil, Introduction générale*, 4 éd., (1979), pp. 322 et 368; Goubeaux, G. et Bihl, P., «Preuve», *Encycl. Dalloz, Droit Civil*, 2 éd., (1979), no. 246; de Juglart, M., *Droit Civil*, tome I, (1980), p. 140; Delestraint, P. D., *Droit Civil, Principaux Contrats*, 7 éd., (1982), p. 22.
- (42) 石黒・前掲論文「九七卷一号一頁」注(一四一)° Marschall v. Bieberstein, *Prozessuale Schranken der Formfreiheit im internationalen Schuldrecht*, *Festschr. für Beitzke*, (1979), s. 630.
- (43) Larombière, L., *Théorie & Pratique des Obligations*, (1857), tome 5, p. 5; Mourlon, F., *Répétitions du Code Napoléon*, 5 éd., (1859), tome 2, p. 823; Marcade, V., *Explication du Code Civil*, 7 éd., (1873), tome 5, p. 106; Aubry, C. et Rau, C., *Cours de Droit Civil Français*, 4 éd., (1879), tome 8, p. 299; Demlombe, C., *Traité des Contrats*, (1879), tome 7, p. 8; Baudry-Lacantinerie, G., *Précis de Droit Civil*, 2 éd., (1886), tome 2, p. 859; Planiol, M., *Traité élémentaire de Droit Civil*, 3 éd., (1905), tome 2, p. 379; Colin, A. et Capitant, H., *Cours élémentaire de Droit Civil Français*, 6 éd., (1931), p. 865; Savatier, R., *Cours de Droit Civil*, (1944), tome 2, p. 303; Laborde, M. et Lacoste, *Droit Civil*, (1947), tome 2, p. 226; Carbonnier, J., *Droit Civil*, tome 2, 2<sup>ème</sup> Partie, (1957), p. 413; Cremieu, L., *Traité élémentaire du Droit Civil*, (1958), tome 2, p. 79; Julliot de La Morandière, L., *Droit Civil*, (1963), p. 149.
- (44) Dalloz, L. juill. 1980. 276 (J. O. 16 juill., p. 1778); R. trim. dr. com. 1980. 4. 821.
- (45) Dalloz, L. juill. 1980. 273 (J. O. 13 juill., p. 17750); Parléani, G., *Un text anachronique: le nouvel article 109 du code de commerce*, Dalloz, 1983, *Chronique XII*, p. 65.
- (46) 川上太郎・国際私法講義要綱(一九五三年)・八七頁。斎藤武生・「法律行為」国際私法講座二卷(一九五五年)・三六三頁。山田録一・国際私法(一九八二年)・二五〇頁。沢木敬郎・「手続は法廷地法による」の原則について」立教法學一三

- 卷(一九七四年)、三一頁以下は、国際私法学者として証拠の問題の検討の重要性を指摘した画期的論文であるが(三六頁)、『フランス民法一三四一条については、方式説に傾く立場と考えられよう(同三一頁、五四頁)。なお、沢木・「手続と実体の性質決定」(沢木編・国際私法の争点、一九七〇年)、一四三頁、渡辺惺之・「韓国でなされた日本における訴取下げ契約の準拠法」(判例時報一〇三〇号(一九八二年)、一七九頁、同・「訴訟手続」(木棚編・国際私法、一九八三年)、一一六頁。
- (47) Larombière, L., op. cit. p. 5; Nagel, H., Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess, 1967, s. 191.
- (48) D. 1880. 1. 447; S. 1880. 1. 413. Lorenzen, E. G., The Statute of Fraudes and the Conflict of Laws, 32 Yale L. J. 311, 318-20 (1923); —, Selected Articles on the Conflict of Laws, (1947), p. 331; Rabel, E., The Conflict of Laws, vol. 2, 1960, p. 505, note 73; Rheinstein, M., Das Rechtsgeschäft im Internationalen Privatrecht, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht, Bd. 4, (1933), s. 365, (a); Schlesinger, R. B., Comparative Law, 4 ed., (1980), p. 405, note 44.
- (49) JZ 1955. 702, mit Anm. Gamillscheg = ZP 68 (1955) = IPRspr. 1954/55 Nr. 1. Staudinger-Firshing, EGBGB, (1970), Art. 11 Anm. 90; Soergel-Kegel, 10 Aufl., (1970), Art. 11 Anm. 22; Frey, P., Anwendung ausländischer Beweismittelvorschriften durch deutsche Gerichte, NJW 1972. 1602. Anm. 1; Erman-Arndt, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7 Aufl. Bd. 2, (1981), Art. 11 Anm. 7; MünchKomm-Spellenberg, EGBGB, (1983), Art. 11 Anm. 25; Palandt-Heldrich, EGBGB, 42 Aufl., (1983), Art. 11. Anm. 3), b); Dietrich, H., Conflict of Laws, (Business Transactions in Germany, edited by Ruster, B., 1983), chapter 18, p. 40, note 22; Soergel-Kegel, EGBGB, 11 Aufl., (1984), Art. 11, Rz 28 Fn 7; Marschall v. Bieberstein, aaO S. 630.
- (50) LG Mannheim, Urt. v. 16. 3. 1971, NJW 1971. 2129.
- (51) 法廷地法主義の立場からの批判として、Frey, P., aaO S. 1603.
- (52) MDR 1962. 400 = JZ 1963. 167, mit Anm. Lüderitz, A.
- (53) Lüderitz, A., JZ 1963. 170.
- (54) 証拠に関する規定は基本的に手続法であるが、一九五四年変更前の英国法や米国法のうとき提訴不能の規定は債務の属性(Eigenschaft der Obligation)に関する規定として両者の相違を認める見解として、Schnitzer, A. F., Handbuch des

internationalen Privatrechts, 4 Aufl., Bd. I, (1957), S. 137; Bd. II, (1958), S. 853.

(15) Von Bar, Theorie und Praxis des IPR, Bd. 2, (1889), s. 377 ff.

(16) Von Bar, Zitelmann, Rabel, Lewald, Nussbaum, Raape, Riezler, Arndt, Zweigert, Wolff, Kegel, Staudinger-Frirsching Ferid. (Gamillscheg, JZ 1955, s. 704 und dort zitierte.)

(17) Saleilles, R., Le Code civil et la Méthode historique, Le Code Civil, 1804-1904, Livre du Centenaire, par La Société d'Études Législatives, tome 1, (1904, Réimpression, 1979), p. 97; Zaitay, I., Rechtsvergleichende Bemerkungen über den Code civil und das Bürgerliche Gesetzbuch, AcP 157, (1958), s. 480; Schnitzer, A., Vergleichende Rechtslehre, 2 Aufl., Bd. I, (1961), s. 195; David, R. and Brierley, J. E. C., Major Legal Systems in the World Today, (1968), p. 51, note 29; Mittels, H.-Lieberich, H., Deutsches Privatrecht, 6 Aufl., (1972), s. 17; Schubert, W., Das Französische Recht in Deutschland zu Beginn der Restaurationszeit (1814-1820), Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 94, Germ. Abt., (1977), s. 129; Lange-Kohler, BGB, Allgemeiner Teil, 17 Aufl., (1980), s. 40; Schlesinger, R. B., Comparative Law, 4 ed., (1980), p. 261.

(18) Tissier, A., Le Centenaire du Code de Procédure, Rev. trim. dr. civ., tome 5 (1905), p. 630; Mühl, O., Beweisinterlokut und Beweisbeschluß in hannoverschen Prozeßrecht und der geltenden Reichszivilprozeßordnung, ZZP Bd. 66, (1953), Heft 3, s. 165; Conrad, H., Deutsche Rechtsgeschichte Bd. II, (1966), s. 470; Schubert, W., Das Streben nach Prozeßbeschleunigung und Verfahrensgliederung im Zivilprozeßrecht des 19. Jahrhunderts, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 85, Germ. Abt., (1968), s. 151; van Caenegem, R. C., History of European Civil Procedure, in International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XVI, Ch. 2., (1971), p. 93; Nörr, K. W., Hauptthemen legislatorischer Zivilprozeßreform im 19. Jahrhundert, ZZP Bd. 87, (1974), s. 279.

(19) Anhänger einer Einschränkung des Zeugenbeweises: Fuchs, Schiffer, Kann, Abraham, Philippi, Dix, Hoeck, Kann R., Der Einzelrichter, Z. für Deutschen Zivilprozeß, Bd 49, (1925), s. 124; Abraham, H. F., Von der Formfreiheit zum Formenzwang? Z. für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 50, (1926), s. 44. Abweichend: Rühl, H., Einschränkung oder Verbesserung des Zeugenbeweises? Z. für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 56, (1931), s. 2 ff.

- (38) ドイツ法自体においても、既に一七九四年プロシヤ普通州法典 (ALR, I, 5 §§ 131 ff) が五〇 Taler を超える法律行為に書面を必要としたことに着眼すべきであらう。Fränkel, Schriftliche oder freie Vertragsform?, Jhering's Jahrbücher, Bd. 24, (1866), s. 391; Abraham, H. F., aaO s. 25; Heldrich, K. Die Form des Vertrages, AcP, Bd. 27, (1941), s. 94; Lorenz, W., Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP Bd. 156, (1957), s. 392.
- (39) Weiss, A., Traité de Droit International Privé, 2 éd., tome 5, (1913), p 517, note 1.; Schönke, A., Rechtsvergleichende und rechtspolitische Bemerkung zum zivilprozessualen Beweisrecht, Z. für Deutschen Zivilproß, Bd. 61, (1939), s. 12. 447 Rabel, E., Das Recht des Warenkaufs, Bd. I, (1957), s. 108.
- (40) Bartin, E., in Aubry et Rau, Cours de Droit Civil Français, 5 éd., tome 12, (1922), 761, p. 299, texte et notes 3, 4 et 5.
- (41) Weill, A. et Terré, F., Droit Civil, Introduction générale, 4 éd., (1979), p. 369; Goubeaux, G. et Bihl, P., 《Preuve》, Encycl. Dalloz, Droit Civil, 2 éd., tome 6, (1979), p. 23. Req. 22 juill. 1878, S. 1879. I. 212; Civ. 8 juin 1896, D. 1897. I. 464.
- (42) Denis, J-B, Quelques Aspects de L'Évolution Récente du Systeme des Preuves en Droit Civil, Rev. trim. dr. civ., (1977), p. 671; Vincent, J., Procédure Civil, 19 éd., (1978), p. 16.
- (43) Tissier, A., op. cit., p. 652; Vincent, J., op. cit., pp. 34 et 506.
- (44) Batiffol, H. et Lagarde, P., Droit international privé, 7 éd., tome II, (1983), p. 542.
- (45) わが法例修正案理由書も、第八条に關し、「仏国法ノ如ク証書ニ法定証拠力ヲ付与スル諸国ニ於テハ或ハ証書ノ証拠力ヲ規定スルコトヲ要スルモ我國民事訴訟法ノ如ク所謂採証自由主義ヲ採ル諸国ニ於テハ証書ノ証拠力如何ヲ規定スルノ必要ナシ」と述べる。
- (2) フランス民法一三二五条・一三二八条 一三二五条「①双務的合意を含む私署証書は、別個の利害関係にある當事者の数と同数の原本をもって作成されるのでなければ、有効でない」の規定の起源は、ローマ法にもフランス古法にも見出し得ず、一七三六年八月三〇日のパリ高等法院判例に於て始めて見出されるが、双務契約では双方に同様の

実効性が保障せられることが本質的要請となることに求められ、かつ初期では当事者が是認し、あるいは一方が履行するときも有効とならなかった。<sup>(68)</sup> 然し民法一三二五条はこの判例の立場を修正的に採用したものと解せられており、また違反の効力につき証明力を失うにすぎないと解していることから、<sup>(69)</sup> 本条も民法一三四一条と同じくフランス民法上における事前の証拠の問題と解しうる。

フランス民法一三二八条「私署証書は、その登録の日、証書の署名者若しくはその一方の死亡の日、またはその内容が封印調書若しくは財産目録調書のごとき公務員により作成される証書において認定される日からでなければ第三者に対して日付を主張し得ない」と定める。<sup>(70)</sup> この規定が第三者に対する対抗力を定める以上、財産および信用に関する取引安全をフランス全土において確保するための公序規定と解し、外国で作成された私署証書は、フランスで同条の手續を採ることにより始めて確定日付を主張しうるとするのが従来の多数説と考えられるが、<sup>(71)</sup> 判例は、破毀院民事部一八九二年五月二三日 (Princesse Roukia 対 Kramer 事件) 判決〔前掲表<sup>(68)</sup>〕、同一九二六年五月一二日 (Soc. Breton Bidard et Cie. 対 Tong Nghi et autres 事件) 判決〔前掲表<sup>(69)</sup>〕、ならびに同一九四四年二月一日 (Soc. Téalémit et Soc. anon. de transports Jonemann 対 Comp. française pour l'exploitation des procédés Thomson-Houston 事件) 判決〔前掲表<sup>(70)</sup>〕など一貫して、「外国で作成された証書は、その方式に関する証明力 (leur force probante) に関するを問わず、また当事者間の係争であると第三者への対抗力に関する係争であるとを問うことなく、証書の作成地の規定に従う」との立場を採用している。わが国の見地からは、前掲の一三四一条の場合と同じく、右の立場自体がフランス民事訴訟法上の証拠に関する規定と看做しているものと解すべきである。

(38) Larombière, L., op. cit., p. 330; Aubry, C. et Rau, C., op. cit., p. 226; Planiol, M. et Ripert, G., op. cit., 2 éd.,

tome 7, (1954), p. 902.

(68) Civ. 15 janv. 1946, D. 1946. 131, S. 1946. 1. 29 (G. I.); Civ. 14 déc. 1964, D. 1965 Somm. 58; Civ. 22 janv. 1968, D. 1968 Somm. 50, Gaz. Pal. 1968. 1. 258; Civ. 26 juin 1973, D. 1973 Somm. 144.

(70) Demelombe, *Traité des Contrats*, tome 6, (1879), p. 325.

(71) Laurent, *Droit civil international*, t. 2, no. 252; Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, 1 éd., p. 797; Duguit, *Conflits de législation relatifs à la forme des actes civils*, pp. 103, 124 et 130, cités par Cohendy, *Em.*, D. 1892. 1. 473. Vincent et Penaud, *Acte sous seing privé*, n. 20, *Dic. de droit intern. privé*, cité par S. 1892. 1. 521. S. 1944. 1. 107, note anonyme.

(3) フランス民法一六九〇条 わが民法四六七条に対応するフランス民法一六九〇条は、債権譲渡に関し「①譲受人は、債務者に対し譲渡の通知 (*la signification*) をなす場合のほかは、第三者に対抗することができない。②前項の規定にかかわらず、譲受人は、債務者により公正証書の形式に基づく譲渡の承諾がなされたときは対抗することができる」と定める。第二項にいう承諾が単に知ることの意味である点は日本法と同じであるが、第一項の通知は執行官の送達を意味する。パリ慣習法一〇八条を起源とするが、商事についても適用される。国際私法に関する破毀院判決は未だ存しないようであるが、パリ控訴院一九一〇年二月一六日判決<sup>(73)</sup>、パリ控訴院一九二七年一月一八日判決<sup>(74)</sup>ならびにコルマール控訴院一九三五年一月一六日判決など、いずれも通知の必要性につき債務者の住所地法主義を採用しているものと解されている<sup>(75)</sup>。ただその後のパリ控訴院一九六九年二月一日判決は、スイス会社間のスイスにおける債権移転につき、特に国際私法上の論議をなすことなく、フランス民法一六九〇条で定める通知の方式がふまれており、その譲渡はフランス法上債務者に対抗しうる旨を認めているが<sup>(76)</sup>、事実関係を検討すれば債務者の住所はフランスに所在することから、従来の判例の立場を踏襲したものと解する立場と<sup>(77)</sup>、準拠法の言及がないことから、すべ

ての他の公示の制度と同じくフランスの公的信用に関する規定であり、譲渡がフランスで何らかの効力を生ぜしめるものである限り、外国法の適用を排斥して直接適用したものと解する立場がある<sup>(78)</sup>。いずれにしても一六九〇条自体は実質の問題と解しており、また債務者の住所地法適用の根拠については、債権の原因行為とは独立に、動産物権の所在地と同じくそこに債権が所在すると擬制的に論理構成するものもあるが、国内事件であるが、破産院商事部一九八〇年三月一九日判決<sup>(79)</sup>が、譲渡人との共謀ある場合は別として、一六九〇条の規定に従って債務者に対して最初に通知をなした譲受人は、その手続の履行前に譲受人の存在を知っていた場合も、後に手続を行う譲受人に優先すると判断することなどからも、そこに公示の本拠があることを理由とすることが妥当であり、わが法例一二条の趣旨も同様に解すべきであろう<sup>(80)</sup>。

(72) Loussouarn, Y. et Bourel, P., *Droit international privé*, 2 éd., (1980), p. 531, note 9; Batifol, H. et Lagarde, P., *Droit international privé*, 7 éd., tome 2, (1983), p. 338. イタリヤ判例では、ローマ破産院一八九四年一月七日判決で、イタリヤ民法一五三九条・一五四〇条につき、債務者の属人法、実質的には住所地法を適用したもの(S. 1895. 4. 13)があり、ドイツ判例では、フランス民法施行地域に関し、一八九七年三月二三日帝国裁判所判決(RG 39, 376; S. 1899. 4. 31)は一六九〇条につき債務者の住所地法主義を採ったが、一九〇二年一月二九日判決(S. 1906. 4. 21)一九〇八年六月三日判決(S. 1909. 4. 29)は原債権準拠法主義を採用するに至った。

(73) S. 1912. 2. 276.

(74) D. H. 1928. 91.

(75) Holleaux, D., 《Cession de Créance》, no. 21, *Encycl. Dalloz, Droit intern.*, tome I, (1968), p. 285. 初期の判例に、フランスに住所を有しない債務者に対する通知は、フランス検事局への通知だけでは充分でないとするものがあるが、公序規定と解するものか否かは明らかでない。Paris, 28 févr. 1825, Rieg, A., 《Cession de Créance》, *Encycl. Dalloz, Droit civil*, 2 éd., tome 2, (1970), p. 10.



- (76) 原債権準拠法説の立場から、この判決に批判的な主張は、Larroumet, C., D. 1970. 524. など、Gaz. Pal. 1969. 2. 9.
- (77) Kahn, P., J. 1969. 923; Loussouarn, Y., Rev. trim. dr. civ. 1970. 170.
- (78) Dayant, R., R. 1970. 402. なお、ナンシー控訴院一九七六年四月二二日 (Banque N. 对 Durull es-qual, 事件) 判決が、輸出金融に関して、外国の輸入業者に対する債権に関する質入れについても、民法二〇七五条で定める債務者への通知がなされていないときは、第三者である輸出業者の管財人に対抗し得ないと判示するのは、同条を公序法と看做しているものとも解せられよう。Vasseur, M., La protection du banquier en cas de mobilisation de créances nées à court terme sur l'étranger, Rev. trim. dr. com., (1977), p. 39.
- (79) Com. 19 mars 1980, D. 1980 Inf. rap. 327; 《Cession de Créance》, Encycl. Dalloz, Droit civil, 2 éd., mise à jour 1983, p. 58.
- (80) フランスでは、債権担保による融資の場合に民法二〇七五条による通知を不要ならしめる立法として、一九六七年九月二八日オールドナンスおよび一九六九年一月三二日法一六条があったが、一九八四年一月二四日法六一条乃至六四条により改正された、一九八一年一月二日法によれば、「金融機関が私法人、公法人、または職業的活動に関して自然人に対し融資をなす場合、融資の利益を受ける者が公法人、私法人、または職業的活動を行う自然人など第三者に対して有する債権を譲渡又は質入するときは、金融機関に対し計算書 (un bordereau) を引き渡すのみで足りる」(art. 1) として、計算書に為替手形類似の法的性質を認めることにより、例えば、外国輸入業者に対する国内輸出業者の債権の、金融機関に対する質入れについては、外国債務者に対する通知なくして、輸出業者の破産管財人に対抗しうる途を開いているが、この種の規定も法例一二条の立法趣旨からは債務者の住所地法により適用の当否が決定せらるべきであらう。Gavaldà, C., La cession et le nantissement à un banquier des créances professionnelles, D. 1981, Chron. 199; Schmidt, D. et Gramling, P., La loi no. 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises, D. 1981, Chron. 217; Cabrillac et Rives-Lange, Rev. trim. dr. com. 1981. 114; Vasseur, M., L'application de la loi Dailly, D. 1982, Chron. 273; Stoufflet, J., Propos sur La Transmission des Créances, Études dédiées à Alex Weill (1983), p. 511; Hemmelé, J. et Vangasse, O., Réflexions sur les apports de la loi du 24 janvier 1984, dite 《loi bancaire》, à la loi du 2 janvier 1981 et sur la cession à titre de garantie, Banque, 1984. 297.

(4) 一九三五年營業財産法一二条 本条に関する一九七四年破毀院判決〔前掲表⑦〕は、これに先行する一九六六年破毀院判決〔前掲表⑦〕と同じく外国所在の營業財産に関するフランス国内の取引に関するものであるが、両者が理論構成を異にしながら、同条の適用是認の結論で一致している点で注目せられている。一九六六年判決の立場については、同条を實質に関する規定と性質決定したものと解する立場<sup>(81)</sup>、行政法規と判断したものと解する立場<sup>(82)</sup>、この判決は特に同条の性質決定をしたものでなく、破毀申立理由で本件の契約の實質準拠法としては、營業財産所在地法であるコート・ジボール法への準拠意思があったと解すべきであるとの主張がなされたのに対し、控訴審がそれらの事情の下に当事者がフランス法に準拠したものと判断したのは、最上級事実審としての権限においてしたものである旨を述べているにすぎないと解する立場<sup>(83)</sup>などが見られた。これに対し一九七四年判決は、同条を明確に方式の問題と性質決定し、かつ方式準拠法については、従来通り行為地法を原則的準拠法としつつ、当事者が特に實質の準拠法または本国法に依拠する意思を有した場合はこれを認めるとする法理を総括的に明示したものであり、法性決定と選択範囲の明示の二点で画期的判決とせられる。

一九三五年六月二九日の營業財産法は、全文二〇条より成るが、沿革的には營業財産の買収後一九二九年に端を發した世界恐慌による營業不振のため、代金支払に困難を來した營業財産買主救済の目的を以て、支払猶予ならびに債務軽減を定めたものである<sup>(84)</sup>。その第一章「營業財産の売買価格」第一条乃至第一条については、例えば、G. Ripertによれば、既に誠実に代金を支払った者については、そのために家族が非常な負担に苦しむ場合も何ら救済を与えないものであり、同法制定に関する立法機関へのデモの状況などからも、立法者が議席を失う不安にかられて、法の一般概念によって特定層の債務者を利することを意図したものであることは疑いの余地はないと断定している。フラ

ンスでは戦時または経済的危機において、しばしば支払猶予立法 (Les lois de moratoire)、または裁判所による執行猶予決定 (Le délai de grâce) を採用する事例を見出し得るのではあるが、前掲の一九三五年法は、およそ営業財産の買収を試みるという、相当の専門的知識を有することが予想され、かつ余儀なく営業財産を売却する売主に比較すればむしろ経済的優位に立つ買主の投機の失敗を救済するものであり、立法当時より、売主の買主に対する担保 (Garantie due par le vendeur à l'acquéreur)、合意の瑕疵 (Vice du consentement)、買主の蒙った重大損害 (Lésion subie par l'acquéreur)、予見不能 (Imprévision)、衡平 (Equité)、社会的利益 (Intérêt social) など諸般の弁護論にもかかわらず、妥当性を欠くとの非難が存在していた<sup>(85)</sup>。

本稿の対象である第二章一二条は、第一章のごとき遡及的救済を計るものでないとしても、当事者間に確定的合意により有効に契約が成立する場合も、買主に一年間の試験操業の後に契約を取消しうる特権をもたらしものであり、また取消権の存在を契約時に売主に対し告知すべきことを買主に義務付けていないことから、売買契約の成立を確信して営業の管理権をも移転し、代金の支払いをひたすら期待している売主に対して予期しない取消権が行使されることにより売主は致命的な損害を蒙ることとなる。営業財産の投機的取引が大量に行われ、売主の詐欺的行為が頻発するという異例な経済状況にある場合はともかく、通常の経済環境の下ではいかにも異様な買主保護立法といわざるを得ない。

フランス判例の立場を普遍化すれば、わが国に所在する営業の譲渡契約がたまたまフランスで締結された場合も、その買主は同条により取消権を行使することが認められる余地があるのであるが、フランス法上の営業財産は、のれんなどの無体的要素、有体設備、ならびに販売目的物の三要素による組織体に関して、特有の経済価値を認める無体

財産権であつて、比較法的にも特異な財産権であり、<sup>(86)</sup>それを前提とする諸般の規定は、第三者的に見ればフランス所在の営業財産に関してのみ適用すべきものと考えられる。一九七四年破毀院判決は、営業財産の所在地を問わず、フランス国内における営業財産取引における特異な買主保護政策を貫く結果をもたらすものである<sup>(87)</sup>が、わが国際私法の立場からは方式と解するよりも実質の問題と見ると共に、所謂特別連結理論との関連において解決すべきものである。

右の一九七四年破毀院判決に先き立つ留意すべき判決として、パリ控訴院一九七一年四月二三日 (Leprovost 対 Wilhelm 事件) 判決〔前掲表<sup>(8)</sup>〕がある。Leprovost が一九六六年九月にアルゼリヤで、アルゼリヤ通貨により一万ダイナールの借入をなしたが、一九六二年一月三日のアルゼリヤ法により効力が認められる一九三六年七月一日デクレ第三条の、金銭貸借および賃貸借を確認する行為には検認の手續 (Les formalités de visas) が必要であり、これに反するときは無効であるとの規定に反していた。パリ控訴院は、方式に関する場所は行為を支配するの原則は任意的であるから、当事者は他の法を選択し得るのであるが、本件の場合債務者のみがアルゼリヤに居住し、相手方はフランスに居住するフランス人相互間で締結されたものであり、さらに両者の間で利息について合意がなされていなかったほど善意に満ちたものであり、書面はフランス民法一三二六条の規定に合致しているなどの事実から、かかる状況の下では当事者には共通本国法であると共にアルゼリヤ法より当事者に便利と思われるフランス法の方式による意思が認められるとの判断を下した。この一九三六年デクレ第三条は、当時アルゼリヤで盛んに行われた高利貸付の弊害抑制のため、利付貸借につき公務員による許可を義務付けたという歴史的背景をもつものである。実質準拠法とは独立の方式準拠法指定の自由を明示的に認めていること、ならびに一九六三年チャップリン判決の表現に比

較して、行為地法があくまで原則であって、当事者が他の法に準拠しようるのは例外に止まるといふ落差を強調している点に特殊性が見られる。<sup>(88)</sup> またこの判決は一九七四年破毀院判決と同じく、経済行政法的手続を一般の方式問題と性質決定することにより、経済行政法の効果のフランス国内における確保または排除の結果を導くための論理操作の手段とするという、近時のフランス判例の一の傾向を示しているものとして注目に値している。

- (87) Clunet, 1967. 377, note Kahn, P.; Rev. cr. dr. int. pr., 1967. 334. note Batiffol, H.; Rev. trim. dr. com., 1967. 966 note Loussouarn, Y.; D. 1975. 685, note Malaurie, P. et Morin, G.; Clunet, 1975. 543, note Kahn, P.
- (88) Rev. cr. dr. int. pr., 1967. 338, note Batiffol, H.
- (89) Rev. cr. dr. int. pr., 1975. 476, note A. P.
- (84) D. P. 1935. 4. 313; Gabreau, L. et Taillefer, J., La nouvelle législation sur les fonds de commerce, (1935), p. 45; Genin, A. et Prugnard, P., Le règlement des prix de vente des fonds de commerce (1936), p. 177; Lehmann, R., Le fonds de commerce en droit international privé, J.-Cl. Droit Int., (1957), no. 1; Batiffol, H., «Contrats et Conventions», no. 64, Encycl. Dalloz, Droit. Int., (1968), p. 568; Jauffret A., «Fond de Commerce», Encycl. Dalloz, Droit Com., (1973), no. 297, p. 23; Supp., (1978), no. 1286; Juglart, M. et Ippolito, B., Droit Commercial, 2 éd., v. 1, (1975), p. 400; Hamel, J., Lagard, G. et Jauffret, A., Droit Commercial, 2 éd., v. 2, (1980), p. 27; Roblot, R., Traité élémentaire de droit commercial, 10 éd., tome 1, (1980), p. 414.
- (85) Ripert, G., Le Régime Démocratique et Le Droit Civil Moderne, (1948), p. 139; Genin, A. et Prugnard, P., op. cit., p. 23.
- (86) Martin, R., Wenner, W., Pourbaix, H., Vanzetti, A., Guil, J. et Kunst, A., Le fonds de commerce et la propriété commerciale dans la CEE, Dalloz chron. 1960. 109; Houin, R., Fonds de Commerce et Droit Comparé, Aspects Nouveaux de la Pensée Juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, v. 1, (1975), p. 137.
- (87) Clunet, 1975. 545, note Kahn, P.

(88) Rev. crit. 1973. 61, note Lagarde, P.

(5) フランス民法九三一条 フランス民法は贈与の方式につき、贈与に関する公正証書の作成(九三一条)、受贈者の承諾に関する公正証書(九三二条)、動産贈与の場合は、対象物の評価目録 (*État estimatif*) の作成を必要とし(九四八条)、そのいずれかを欠くときは、贈与者あるいは贈与者の債権者を含むすべての利害関係人による無効の主張が認められる<sup>(89)</sup>。

わが国の国際私法学においては、贈与契約に他の契約と異なる特殊性を認めながらも、基本的には債権契約と把握し、黙示的指定意思もしくは推定的指定意思に基づき、贈与者の本国法または住所地法を準拠法とするのが通説的立場と考えられる<sup>(90)</sup>。この通説的立場に立つ場合、フランスに住所をもつ第三人富豪が、日本に本拠をもつ社会事業団の特定の国際的福祉活動に共鳴し、署名を付した寄付の申込書を郵送し、わが国より承諾をも意味する感謝状が送付せられた後も、寄付者の住所地かつ行為地がフランスである以上、贈与に関するフランス法上の公正証書が作成されてないため、無効と解すべきこととなるのであろうか。わが民法上かかる信託的譲渡の性質を有する寄付についても、贈与に関する民法五五〇条の類推適用を認める立場があるが、国際私法上の贈与観念の把握についてもかかる立場を踏襲するならば、前掲の設例の場合の寄付は無効と解する理論も成り立ち得よう。

フランス民法における贈与の規定の特殊性は、まずその設けられる規定の位置に見られるのであり、第三編「所有権取得についての各種の方法」の第一章「相続」に続く第二章「生存者間の贈与および遺言」の中に収められている。贈与の公証人の許における登録制度は既に一五三九年の王令に見られ、さらに一七三一年の王令において踏襲されたが、その立法理由としては徴税の便宜性<sup>(91)</sup>、あるいは契約の慎重化への配慮<sup>(92)</sup>などが挙げられている。しかし一七三一年

の王令自体がフランス全土で好意的に受取られ、革命八年芽月四日法による遺留分制度の確認を経て、さしたる対立意見もなく民法九三一条において旧制度における規定が再現したのは、既に一八世紀において法定相続人保護の理念が一国的確信として定着していたことが最大の理由とせられている。<sup>(93)</sup>

然しながら、フランス法上すべての無償行為に九三一条以下が適用されるかについては、労務の無償提供のごとき物または権利の提供ならざる場合が除外されることは当然として、判例は妻の同母異父姉妹の窮亡状態救済のための終身年金の設定のごとき自然の情に基づく出捐には贈与の方式を要求しないほか、労務者に対する手当金の追加についても、いわゆる報酬的贈与 (*donation rémunératoire*) と解せられるときは方式を要求しないというごとき限定的態度を示すほか、特に(i)仮装的贈与 (*donation déguisée*)、例えば、売買契約の形態を採りながら、現実の支払なきままに領収書を発行するごとき場合、(ii)間接的贈与 (*donation indirecte*)、例えば、その行為自体は中立的性格を持つ、相当額以下の売却、虚有者のための用益権の放棄、債務の免除、第三者のための契約として生命保険契約を締結するごとき場合、(iii)現実贈与 (*don manuel*)、すなわち有体動産の現実引渡による贈与がなされた場合などには贈与の方式を必要としないとする立場が定着しているものといえる。<sup>(94)</sup> 慣行的贈与 (*présents d'usage*) についても、判例が方式不要と解するのも現実贈与の場合と同様の考慮によるものといえよう。<sup>(95)</sup>

最後に寄付申込に対する九三一条の不適用の問題がある。破毀院審理部一八二九年四月七日判決は、一九〇五年一月九日法まではフランスにおいて礼拝設備と国家あるいは自治体との分離が確立せず、教会堂が補助金の対象あるいは公企業 (*établissement public*) であり得たという状況におけるものであるが、自治体に対し教会建設のための寄付の申込がなされたが、生存配偶者が受贈者の承諾なきままに申込者が死亡していることを理由に無効を主張した

事件につき、パリ控訴院一八二七年二月一日判決の、この契約は「他の住民と共に寄付者自体をも利する公役務 (un service public) のための有償契約であって、贈与ではない」との判旨を支持している。これに対し、破毀院審理部一八六三年四月一四日判決<sup>(97)</sup>は、資産家の若い日の思出に残っていた教会の鐘の再現のための寄付の申込につき、その申込は、「その者の気まぐれ (son caprice)、ファンタジックな感情 (sa fantaisie)、かゝ虚栄心 (sa vanité) を満足させるためにのみなされており」、寄付者がそれを等価物と考えている限り、有償契約が存在しているとして贈与の方式を不要と解した。行政裁判所もコンセーユ・デ・ター一八七七年六月二二日判決<sup>(98)</sup>において、教会再建のための皇帝の自治体への寄付につき、具体的根拠は示さないが、「公共事業 (travaux publics) の実現に参加するための申込を有効ならしめるために、法は特別の方式を要求していない」と述べており、エクス控訴院一八八二年一月三日判決<sup>(99)</sup>は、マルセーユ市が皇帝の宮殿建設用として提供した土地につき、九三一条・九三二条の贈与の方式不備を理由に返還を求めた事件に関して、「宮殿の建設という負担を伴う贈与であり、滞在という形であっても主権者のマルセーユ居住による自然の利益などを考慮すれば、……双務かつ有償契約である」と解しており、これに関連する登記税支払いに関するものではあるが、破毀院審理部一八八八年三月七日判決も前掲判決の立場を前提としている<sup>(100)</sup>。以上のごとく、無形の経済的利益あるいは贈与者の満足感にまで、等価的利益を認めることにより、有償契約を導こうとする破毀院判例の立場は、次の破毀院民事部一八九四年七月一九日判決により一応の区切りを示しているものといえる<sup>(101)</sup>。一八九四年判決は、個人が自治体に対し教会用設備ならびにテニスコート建設のための土地を譲渡したものであるが、「他に土地を所有して得られる利益に比較して最上の利益が等価的に得られることを念頭に置いて合意しており、……これを受理した自治体はそれに相当する負担をしているのであって、……有償契約と解される」と判示して



おり、二〇世紀に入っても、オルレアン控訴院一九一一年七月六日判決<sup>102</sup>、寄付者の個人的好みを強調する礼拝堂の建設の寄付につき、「宗教的感情と芸術的好みを満足させることにより、金銭出捐に相応する利益がもたらされる」としているのが注目される。

二〇世紀に至ると、この点につきツールーズ控訴院一九一一年一月一七日判決は、教会に関する寄付についても、「信仰心または自尊心と、これに対する、教会の整備ならびに危険防止目的のための金銭出捐との間には等価的利益を見出し難い」と判示し、その上級審である破毀院民事部一九二一年七月一九日判決も、破毀院民事部一九一一年一月八日判決、ならびに審理部一九一三年一月一七日判決と同趣旨の、「贈与が有償行為であるか否かを決定するためには……礼拝に関する公企業 (l'établissement public) に課せられる負担が、贈与者にとり贈与財産の価値に相応する利益をもたらしているかどうかを探求せねばならない」とするに至った<sup>103</sup>。このような判例の変更は、一般的には従来の判例の反省の結果ともいえようが、初等教育の非宗教化に関する一八八六年一〇月三〇日法一九条に定める宗教学校建設のための贈与の取戻し権、教会と国家の分離に関する一九〇五年二月九日法九条および一九〇八年四月一三日法三条による教会への贈与の取戻し権の規定などが、<sup>104</sup>行政法規の立場からとはいえ、一九世紀期の破毀院の理論構成の不備を暗黙に示したことによるものともいえよう。一八八六年法一九条は、「修道者により管理され、もしくは宗教的性格をもつ学校または幼稚園を設置する負担付で、本法以前に自治体に対してなされた贈与または遺贈に関するすべての訴えは、その学校の非宗教化または廃止の決定が官報で公告された日から二年内に提訴されない場合は受理されない」とし、国教分離に関する一九〇八年四月一三日法三条により改正された、一九〇五年法九条三項では、「(取り戻しの訴訟)は、贈与、遺贈、もしくは慈善寄金を理由とする場合についてのみ、且つ本人または直

系相続人のみが提起することができる」と規定されているのであるが、前掲一八六三年四月一四日破毀院判決で示されているように、寄付者の満足感が出捐に対する等価物であるならば、後日かかる救済のための規定を設ける必要はないからである。然し破毀院自体も、宗教教育施設のための寄付については、民事部一八八六年十一月三日判決、同一八八七年六月二二日判決、審理部一八八八年二月六日判決、民事部一八八八年六月一八日判決では条件付贈与と解している。<sup>(105)</sup>初等教育の非宗教化という画期的な文教政策の円滑な実現のための一八八六年法一九条の規定からは、教育施設のための寄付を満足心を対価とする有償契約とするときは救済が与えられないこととなることから、贈与と解すると共に、贈与の方式が充されている場合も、贈与の推力的かつ決定的動機 (*le motif impulsif et déterminant de la liberte*) である条件が実現しないときは撤回し得るとの理論に途を求めたものといえる。前述の破毀院民事部一九二一年七月一九日判決が礼拝施設に関する寄付を条件付贈与と解しているのも、同様に一九〇五年法九条による取り戻し権を広く認めようとする意図が働いているものと考えられる。

右のように公共的施設のための寄付の法的性質は、特別法上の取り戻し権との関連で問題となる場合は、負担付贈与と解し、その負担の実行の有無を問題としたのであるが、民法九三一条、同九三二条の方式との関連で問題となるときは、精神的満足感を対価とする有償契約と解することにより、ともかく贈与の方式を要しないという結論を導いていたものといえる。然るにその後破毀院民事部が募金申込に関する民法九三一条の適用の有無について始めて判断を示したものとされる、破毀院民事部一九二三年二月五日 (*Bailly 対 Ville de Nancy 事件*) 判決が現われるに至った。ナンシーの市会議員が一家の柱が軍役に服したため困窮する軍人家族の救済のため電報で十万フランの寄付を申し出たのに対し、市長が同人も出席する市会において謝辞を述べたことが議事録においても認められるのであるが、

市が配分行為を実行したにもかかわらず寄付の実行を拒否したものである。ナンシー控訴院一九二〇年三月一七日判決は、「募金に関する申込 (la souscription) は、単に名誉に関係する義務にとどまらず、法的義務を生ぜしめている。これに適用せられる規定は贈与に関する規定でなく債務に関する規定である。この債務は受益者との関係では慈善に関し、募金組織との間では有償性が認められる非典型契約 (un contrat inomé) であるが、この非典型契約は何ら特別の方式に従うことを必要とするものではない」と解したのであるが、前掲破毀院判決は、募金申込の法的性質の具体的分析をすることは避けたが、「募金申込はその性質上 (par sa nature)、生存者間の贈与に関する行為に關して民法九三一条で定める方式に従うことを要しない」と明示するに至ったのである。<sup>(107)</sup>

右の募金申込に九三一条が適用せられない理由としては、Appletonのごとく行政法学者の立場から、本件の場合の申込は軍人家庭の救済という疑問の余地なき行政目的のために、自治体によってなされている募金に対するものであり、公役務に関する自発的協力の申出である限り私法上の契約と解すべきでないとする点に根拠を求める立場もある。<sup>(108)</sup> 然し本稿で先に示した社会事業団の特定の福祉活動に対する寄付のごとき場合は私法契約と解すべきであるが、この場合も一部学説のごとく負担付贈与と解することは、申込が募金組織に対する財産帰属の意図を有しないことから妥当でなく、また初期の破毀院判例のごとく精神的満足を以て有償契約における寄付財産の対応利益と考えるならば、ほとんどすべての贈与に九三一条・九三二条の適用の余地がなくなるといえる。結局は、公共的事業の共同の実現のための財産の拠出は、特定人の財産増加、あるいは財産分配の意図 (l'animus donandi) が存在しない限り贈与と解すべきでないとする Claro および Naquet の立場が妥当と考えられる。<sup>(109)</sup> 判例が寄付に九三一条を適用しない実質的理由は、この点に求められるものといえよう。

仏民九三一条の立法趣旨については、私法レベルにおいては家産維持の理念と共に軽率な財産拋出行為の防止が挙げられるのであるが、教会の鐘再現のための寄付に関する破毀院審理部一八六三年判決では、むしろその気まぐれ(son caprice)の中に等価物を認めることにより、いわゆる軽率な財産拋出行為の防止を實行していないのであり、民事部一九二三年二月五日判決も、軍人家族の扶助目的の寄付申込に対する謝辞を市会において受け、社会的名声を得ながら後日実行を拒否するという軽率極まりない行為についても九三一条の援用を認めていない。この意味では判例は九三一条の規定の中に、遺贈に類した性格をもつ財産分配行為としての贈与の抑制機能のみを見ているといえる<sup>(10)</sup>。子の出生による贈与の取消可能性を定める九五三条との関係においても、仏民九三一条は日民五五〇条の規定とは異質の規定であり、わが国際私法上は法例二五条の相続の実質の問題と解することが妥当であろう。

(89) 鈴木ハッヨ・「フランス贈与法の特異性について」、大阪市大法学雑誌三卷二号、一九五六年、八〇頁。同・「フランス贈与法の特異性について」、比較法学会編・贈与の研究(一九五八年)、一五五頁、山口俊夫・概説フランス法上(一九七八年)、五二七頁。方式違反が絶対的かつ公序的無効とされる点は、Civ. 12 juin 1967, D. 1967. 584, note Breton; Rev. trim. dr. civ. 1967. 853, note Savatier. Savatier, R., 《Donation》, Encycl. Dalloz, Droit Civil, 2 éd., (1972), n. 202, n. 254 et n. 284; Delestraint, P. D., Droit Civil (Contrat de Mariage et Régimes Matrimoniaux, Successions, Libéralités), 7 éd. (1981), p. 148.

(90) 久保岩太郎・国際私法(富士出版・一九四九年)、一四八頁。江川英文・国際私法(一九五〇年)、二三六頁。同(一九七〇年)、二二三頁。実方正雄・「各種の契約」、国際私法講座第二卷(一九五五年)、四四九頁。久保岩太郎・国際私法(有信堂・一九五九年)、一六三頁。

(16) Regnault, H., Les Ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau (1929), pp. 269-271, cited by Dawson, J. P., Gift and Promises, Continental and American Law Compared, (1980), p. 43, n. 33.

(35) Bourjon, F., Le Droit commun de la France (1770), 2: 126; Duplessis, "Traité des Donations," in Oeuvres (1778)

- 2: 195; Ricard, "Traité des donations," 1: 230, cited by Dawson, op. cit., p. 43, n. 34.
- (35) von Mehren, A., "A General View of Contract," *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 7, chapter 1, (Feb. 1980), p. 25; Dawson, op. cit., p. 44.
- (4) Savatier, R., op. cit., p. 3 et s.
- (5) *Encycl. Dalloz, Droit Civil*, tome 3, Relais automne 1983 p. 15, n. 51.
- (6) *Jur. gén.*, 《Dispositions entre-vifs et testamentaires》, p. 420, n. 1.
- (7) D. 1863. 1. 402; S. 1863. 1. 362.
- (8) D. 1877. 3. 86.
- (66) D. 1883. 2. 245.
- (90) D. 1888. 1. 268.
- (10) D. 1895. 1. 125.
- (102) D. 1922. 1. 76, note (17).
- (103) D. 1922. 1. 99, 31 Espèce.
- (104) S. *Lois annotées de 1887*, p. 181; D. 1906. 4. 14; D. 1908. 4. 53.
- (105) S. 1887. 1. 241; S. 1887. 1. 244; S. 1888. 1. 158; S. 1889. 1, note Labbé, J.-E.
- (106) D. 1920. 2, 65, note Appleton, J.
- (107) D. 1923. 1. 20.
- (108) D. 1920. 2. 66.
- (109) D. 1903. 2. 122, note. Claro, C.; S. 1920. 1. 298, note Naquet, E.
- (11) von Mehren, A., op. cit., p. 25.

## 九 む す び

右においてフランス国際私法判例で扱われた広義の方式規定のうちの若干のものにつき、わが法例八条の見地から方式の規定と解することが妥当か否かを検討した。各国実質法中の方式規定には多様な立法目的が内在しているが、そのうちでも、普通約款による取引、遺言、あるいは夫婦財産契約などのごとく、要式性に関する立法政策につき一致が見られることが多い方式問題の場合は、各国実質法相互で共感が得られ易いのであるが、近年のフランス判例においては、経済行政上の政策実現のための書面作成または行政許可を要件とする規定についても、伝統的な国際私法上の方式規定と解する傾向が見られる。

方式有効性拡大へと機能した初期のフランス判例の表現に比較して、この種の法規に関するパリ控訴院一九七一年判決〔前掲表⑦〕、および破毀院一九七四年判決〔前掲表⑦〕が、方式については原則的には行為地法によることを強調し、後者は、実質準拠法または本国法に依る準拠意思が存在する場合は例外的にその指定を有効とする立場を示しているのは、その方式規定の経済行政法たる性質を意識して、属地的適用を原則として採用したものであり、当事者が敢てそれ以外の法を指定する場合は、属地法による保護を意識的に放棄するものとして、国際取引における当事者の便宜を計ったものと解される。このような傾向は、ドイツ民法三一三条の適用に関するドイツ判例の中にも見出しうるのであるが、これらをかかって遺言方式に適用せられたと同一の原則で解決しようとする姿勢については、当面の結論の当否についてはともかく、理論的には疑問を禁じ得ない。

本稿は法例八条の方式概念の判断基準について明確な結論を導くに至っていないが、一般的には諾成主義を重視す

るわが日本民法の立場から、国際的要素を考慮した場合には、その外国法上の方式規定につきいかなる程度の互換性が認められるかを個別的に検討してゆく外はないのではないかと考えられる。

(一九八四年八月三一日)

訂正 同志社法学一八〇号二二頁二二行目の「締結された契約には締結されない」は、「……契約には適用されない」、二四頁注(23)一行目の「一八一九年五月一日パリ控訴院判決」は、「一八一六年……」と訂正する。