

## 外国法適用制度総論(2)

担当 横溝 大

## 一 はじめに

- ・ 準拠法選択規則による外国法の選択: 各国法秩序の特徴や法の内容から中立的に行われる。  
←内外国法の平等。
- ・ だが、外国法の選択・適用プロセスにおいては、法廷地法秩序の根本的価値や各国の一定の実質法規の内容や目的が考慮される場合がある。→前者は公序、後者は強行的適用法規。
- ・ 両者を区別して論じる必要はないという見解もあるが<sup>1</sup>、公序があくまでも当事者の利益を保護しようとするものであるのに対し、強行的適用法規は国家の利益に供するものであり、両者は異なるという見解もある<sup>2</sup>。以下では一応区別して説明する。

## 二 公序

## (1) はじめに

- ・ サヴィニー型抵触法体系→「暗闇への跳躍」: その具体的な適用を考慮せずに準拠法を選択→その具体的な適用が内国法秩序の根幹に反する場合の安全弁として公序規定が置かれている(通則法 42 条。平成元年の改正において「適用」がという文言が加わる。←外国法そのものではなく、適用結果の異常性を問題にしていることをより明確にするため<sup>3</sup>)。

## (2) 審査基準と審査の対象

- ・ 裁判例・学説上、①当該外国法適用の適用結果の内国社会生活秩序への影響、②当該事案の日本との関連性(牽連性)の 2 つの要素の相関関係で決定される(通説)<sup>4</sup>。例: 一夫多妻婚を認める国の法律の適用。日本でこれから第 2 の婚姻をしようとする場合と、外国において一夫多妻婚をしていた夫が死亡し、妻の一人が第三者に対し日本で財産権を主張する場合とでは、公序の発動に差が生じ得る。←内国牽連性が異なるため<sup>5</sup>。

<sup>1</sup> Andreas Bucher, "L'ordre public et le but social des lois en droit international privé", *Recueil des cours*, Tome 239 (1993-II), 9, at 43.

<sup>2</sup> Benjamin Rémy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé* (Dalloz, 2008).

<sup>3</sup> その問題点につき後述。

<sup>4</sup> だが、外国判決承認執行制度も含め、最高裁による近時の一連の判決を見るならば、このような立場とは異なる動向、とりわけ我が国との密接関連性による差異を考慮しない傾向が見て取れる。後述の最判平成 14 年 9 月 26 日の他、最判平成 9 年 7 月 11 日民集 51 巻 6 号 2573 頁(懲罰的損害賠償)に関する最高裁の公序判断を見よ。

<sup>5</sup> だが、婚姻締結時に我が国と関係のない一夫多妻婚を営む家族が日本に移住することは可能だろうか。参照、多喜寛「国際私法における一夫多妻婚(2・完)」法政理論 8 巻 2 号(1975 年)1

- ・ 一般に、公序審査の対象は、外国法規範乃至法制度自体ではなく、選択された外国法規範を当該事案に適用した結果であるとされている。例：時効期間が100年という外国法規に關し、弁済期より98年を経過した債権について適用される場合と、3年を経過した債権について適用される場合とで公序の発動に差が生じ得る、とされる<sup>6</sup>。→だが、このような説明には疑問がある。

**【例】最高裁昭和52年3月31日判決民集31巻2号365頁**

「ところで、本件離婚に伴う未成年の子の親権者の指定に關する準拠法である大韓民法 909 条によると、右指定に關しては法律上自動的に父に定まっており、母に親権者が指定される余地はないところ、本件の場合、大韓国民法の右規定に準拠するときは、扶養能力のない父である X に子を扶養する親権者としての地位を認め、現在実際に扶養能力のあることを示している母である Y から親権者の地位を奪うことになって、親権者の指定は子の福祉を中心に考慮決定すべきものとするわが国の社会通念に反する結果を來たし、ひいてはわが国の公の秩序又は善良の風俗に反するものと解するのが相当であり、これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。したがって、本件の場合、法例 30 条[通則法 42 条]により、父の本国法である大韓国民民法を適用せず、わが民法 819 条 2 項を適用して、Y を親権者と定めた原審の判断はもとより正当である」。

→母を親権者にすべきであるという具体的結論を前提として外国法の適用を排除している。だが、このような具体的結論は、何らかの実質法規範に基づかなければ出来ない筈であり、外国法の適用が我が国法秩序に反するか否かを判断する段階で持ち出すべき事情ではないのではないか<sup>7</sup>。  
←このような弊害は、公序判断の対象を外国法の適用結果としたことから生じている<sup>8</sup>。→そのような比喩を止め、公序判断の対象を外国法規範乃至法制度自体とした上で、事案との関係で問

---

頁、8 頁。尚、ドイツでは、一夫多妻婚の妻がドイツ国内に常居所を移すことは公序に反しないとされている。ヨルダン人夫婦の第二妻がドイツに居住し滞在許可を求めた事例に關する 1985 年 4 月 30 日連邦行政裁判所判決 (BVerwG 71, 228)、*MünchKomm BGB* (3. Aufl., 1998), *Internationales Privatrecht*, at 673 (Coester); Dirk Looschelders, *Internationales Privatrecht* (Springer, 2004), at 204. 婚姻挙行時に我が国との密接関連性がない場合、国際的法律関係の矛盾の回避という観点からは、そのような夫婦の我が国における居住を認めるべきであるように思われる。

<sup>6</sup> 神前＝早川＝元永・第 2 版 86 頁。

<sup>7</sup> このような事情を認めれば、裁判所は、まず最初に導きたい具体的結論を実質法規範の適用以前に決定し(本件では母を親権者とする)、その上でその結論を導けない外国法は公序違反とすることが可能になってしまい、外国法適用制度が意味をなさなくなってしまう。

<sup>8</sup> 同様の問題を孕む裁判例として、**那覇家審昭和 56 年 7 月 31 日家月 34 巻 11 号 54 頁**、**神戸地判昭和 56 年 9 月 29 日家月 34 巻 9 号 110 頁**、**横浜地判昭和 58・11・30 判時 1117 号 154 頁**、**水戸家土浦支審平成 11・2・15 家月 51 巻 7 号 93 頁**、**大津家審平成 12・1・17 家月 52 巻 7 号 101 頁**。

題となる具体的法規範を明確にすべきでは<sup>9</sup>。

**【例】** 時効期間が 100 年という前述の場合

- ・ 弁済期より 98 年を経過した債権が問題となる場合：問題とすべきは、「弁済期より 98 年では債権は消滅しない」という具体的規範。→公序違反。
- ・ 弁済期より 3 年を経過した債権が問題となる場合：問題とすべきは、「弁済期より 3 年では債権は消滅しない」という具体的規範。→公序違反とならない。

**【例 2】 東京地判平成 2・11・18 判例時報 1384 号 71 頁**

「子の福祉を基準に考えるべき離婚後の親権者指定につき、母が指定されない旨の右[韓国民法 909 条]規定は、わが国の公序に反し、適用されないというほかない。」

→最高裁と同様に韓国民法 909 条を公序違反としているが、いずれが親権者として妥当かという具体的結論を問題とすることなく、子の福祉を基準に考えることが出来ない点からこれを公序違反としている点で最高裁の判断と異なる。→こちらが妥当。

**(3) 公序の内容**

- ・ 以前：ここでいう公序は、「私法の範囲における人類共通の法律概念—少なくとも文明国における—を標準として決定すべきもの」(普遍的公序論)<sup>10</sup>。←抵触法が国際的共同体を前提にした国際法である、或いはあらねばならぬという時代の名残。→人類共通の価値観の存在についての疑問。→通則法が日本法であるという前提からは、ここでいう公序も当然日本の公序(だが、実質法における公序である民法 90 条と、外国法適用の際に発動されるここでいう公序では、発動される局面の違いから、その内容も当然に異なって来ると言えると言える)<sup>11</sup>。
- ・ 公序の内容を一般的・抽象的な形で決定するのは不可能。→合目的的観点からは、「法廷地法秩序の根本的・本質的価値の集合」と言い得る<sup>12</sup>。
- ・ 公序の内容は規範なのか価値なのか。→規範を含めるとするならば、強行的適用法規との違いはどこにあるのかが難しくなる。
- ・ 公序は原則に限定される：子の利益、財産権の保護、民事手続の基本的法規等<sup>13</sup>。
- ・ これまで、我が国で公序違反とされた例：子が父の死後認知を求める規定を有しないリヒテンシュタイン法(東京地判昭和 47 年 3 月 4 日判時 675 号 71 頁)、離婚を禁止するフィリピン法

<sup>9</sup> 公序を事後的に介入するものではなく、準拠法の探求の段階で既に介入するものとして理解する Bucher, *supra* note (1), at 69 も或いは同旨か。

<sup>10</sup> 田中耕太郎『世界法の理論 第 2 巻』(1954 年)100 頁以下。

<sup>11</sup> 但し、ヨーロッパ人権条約を基礎とした各国共通の公序の形成に注意する必要がある。

<sup>12</sup> Bucher, *supra* note (1), at 25.

<sup>13</sup> Bucher, *id.*, at 26-27.

(神戸地判昭和 54・11・5 判時 948 号 91 頁)、財産分与請求権を認めていない韓民法(東京地判昭和 63 年 5 月 27 日判タ 682 号 208 頁)、異教徒間の婚姻を無効とするエジプト法(東京地判平成 3・3・29 家月 45 卷 3 号 67 頁)、中国の「一人っ子政策」を反映した規定(神戸家審平成 7 年 5 月 10 日家月 47 卷 12 号 58 頁)、領域外の行為を特許権侵害の対象とする米国特許法 271 条(b)・283 条(最高裁平成 14 年 9 月 26 日第一小法廷判決民集 56 卷 7 号 1551 頁)等。

#### (4) 公序則発動の効果

- ・ 適用結果排除後の措置→欠缺が生じるので別途異なる法を適用すべきとの立場もあったが(法廷地実質法か法廷地涉外実質法か条理か補充的準拠法か)、現在は、日本の公序法が適用される(欠缺否認説)との立場が有力<sup>14</sup>。但し、その基準は日本民法と異なるとされる。また、具体的な事例に際し、どこまでそのような基準を裁判官が設定できるかという実際上の困難性もある。

#### 【参考文献】

- Andreas Bucher, “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *Recueil des cours*, Tome 239 (1993-II), 9.
- Benjamin Rémy, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé* (Dalloz, 2008).
- 田村精一「わが国際私法における公序条項の適用について」大阪市立大学法学雑誌 13 卷 2・3・4 号(1966 年)467 頁

### 三 強行的適用法規

#### (1) はじめに一強行的適用法規という概念

- ・ 私人間の国際的法律関係に関係する法規範は、純粋な意味での私法に限られるわけではない。→外国為替管理法や輸出入管理法、経済法、労働法といった各国の社会的経済的政策を体現する法規範も介入し得る。
- ・ そのような法規範の適用関係を抵触法上位置付けるために考え出されたのが強行的適用法規という概念。我が国でも、とりわけ我が国労働法の介入が問題となった事例を契機として議論が活発化。

【裁判例】東京地決昭和 40 年 4 月 26 日判時 408 号 14 頁(米国カリフォルニア州法人に雇用され日本国内において勤務している米国人の解雇)→労働契約自体の準拠法は加法

「…解雇の効力は、労務の給付地であるわが国の労働法を適用して判断すべきであって、この点

---

<sup>14</sup> 例えば、池原・総論 262 頁。

に関するかぎり法例第 7 条[通則法 7 条]の適用は排除されるものと解すべきである。けだし、労働契約関係を律する労働法はひとしく労使の契約関係を規律する一般私法法規と異なり、抽象的普遍的性格に乏しく各国家がそれぞれ独自の要求からその国で現実に労務給付の行われる労使の契約関係に干渉介入し、独自の方法でその自由を制限し規整しているので、労働契約に基づく現実の労務給付が本件の如く継続して日本国内で行われるようになった場合には、法例第 7 条の採用した準拠法選定自由の原則は属地的に限定された効力を有する公序としての労働法によって制約を受けるものと解するのを相当とするからである。」

- ・ とは言え、強行的適用法規の適用根拠やその決定基準、また準拠法選択規則との関係に関する議論は未だ十分とは言い難く、その明確化は今後の議論に委ねられている。→今回の本法制定においては、強行的適用法規の明確化が困難であること、抽象的な規定を置いた場合の実務上の混乱の可能性、明文規定がなくても解釈による適用も可能であること等を理由に、「絶対的強行法規の適用については、特段の規定を設けず、解釈にゆだねる」とこととされた<sup>15</sup>。
- ・ 尚、従来我が国では、涉外実質法、公法、絶対的強行法規、介入規範、強行適用法規等様々な名称が用いられて来たが、近時は絶対的適用法規という用語が定着しつつある<sup>16</sup>。→絶対的強行法規という用語は、「相対的強行法規」という対比されるべき概念の存在を前提とするが、抵触法上このような概念を設定する必要があるとは思われない。他方、「強行法規」では、実質法上の概念との混同の恐れ。→本講義では、便宜上「強行的適用法規」という用語を用いる。

## (2) 強行的適用法規の決定基準

- ・ 準拠法選択規則による通常の準拠法指定に拘らず、我が国が法廷地である限り、その内容が貫徹されるべきであるという法規が強行的適用法規。→ある法規が強行的適用法規であるか否かの決定基準：当該法規の趣旨・目的に示される強行性乃至公権力性。
- ・ 国家の政治的・社会的・経済的組織の保護に必要な法規<sup>17</sup>が強行的適用法規であることには特に異論がないが、契約の一方当事者についての特定の私的利益を保護する法規までも強行的適用法規とするか否かという点には争いがある<sup>18</sup>。→各法規の保護法益が一般的か

<sup>15</sup> 法務省民事局参事官室『国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明』(平成 17 年 3 月 29 日)131 頁。

<sup>16</sup> 近時では、この用語を用いる裁判例も登場し(東京地判平成 16 年 2 月 24 日判時 1853 号 38 頁)、また、今回の法例改正においても、法務省民事局参事官室『国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明』等においてこの用語が使用された。

<sup>17</sup> Francescakis, “Quelques précisions sur les lois d’application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois”, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1966, 1.

<sup>18</sup> 近時の議論状況につき、例えば、Hans-Jürgen Sonnenberger, “Eingriffsrecht – Das trojanische Pferd im IPR oder notwendige Ergänzung?”, *IPRax* 2003, 104; Arnaud Nuyts, “L’application des lois de police dans l’espace”, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 88

具体的かという区別が有益では。←保護法益が一般的である場合、利益侵害に基づく請求権者の決定といった問題に国家政策の介入する要素が大きいように思われるから<sup>19</sup>。

- ・ いずれにせよ、その判断には問題の性質上困難が伴う。→公序同様、問題となる実質法規毎に個別具体的に議論をせざるを得ない<sup>20</sup>。
- ・ 我が国の下級審裁判例でこれまで強行的適用法規とされて来たと解され得るもの：労働組合法 7 条(前掲東京地決昭和 40 年 4 月 26 日)、平成 16 年改正前特許法 35 条(東京地判平成 16 年 2 月 24 日判時 1853 号 38 頁)、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号(大阪地判平成 16 年 11 月 9 日判時 1897 号 103 頁)、独占禁止法(東京地判平成 19 年 8 月 28 日判時 1991 号 89 頁)。
- ・ 最高裁レベル<sup>21</sup>：外国為替管理及び外国貿易管理法、外国為替管理令(最判昭和 40 年 12 月 23 日民集 19 卷 9 号 2306 頁、最判昭和 50 年 7 月 15 日民集 29 卷 6 号 1029 頁)及び人身保護規則 4 条(最判昭和 53 年 6 月 29 日家月 30 卷 11 号 50 頁)に限られる。また、平成 16 年改正前特許法 35 条は強行的適用法規であることが否定された(最判平成 18 年 10 月 17 日民集 60 卷 8 号 2853 頁)。
- ・ 学説上強行的適用法規であると主張されている法規：租税法、経済法中の一定の法規、手続法中の一定の法規、一定の労働法規、一定の消費者保護法規等。
- ・ 強行的適用法規でないとされているもの：独禁法 25・26 条、証券取引法(金融商品取引法)内の賠償責任規定、不正競争防止法中の規定等。
- ・ 争いがあるもの：利息制限法、不正競争防止法の民事的救済規定、男女雇傭均等法、会社法 135 条、消費者契約法 8-10 条等。

### (3) 強行的適用法規の国際的適用範囲

- ・ 強行的適用法規の国際的適用範囲についても、矢張り個別法規の趣旨・目的によるべきだとする立場が学説上主流。
- ・ 強行的適用法規の適用が、罰則など様々な規制手段により担保される、私人の権利に対する公権力の介入である以上、趣旨・目的という必要性の観点からだけではその国際的適用を正当化出来ない。→私人の権利を国家権力の専断から保護しようとする罪刑法定主義と同様の観点から、事案の具体的判断が恣意的なものにならず、当該法規を適用される当事者の予測可能性を確保するために、事案と日本との一定以上の密接関連性が認められる場合

---

(1) (1999), 31, at 40-44; 西谷祐子「消費者契約及び労働契約の準拠法と絶対的強行法規の適用問題」国際私法年報 9 号(2008 年)29 頁、42 頁以下。

<sup>19</sup> 不正競争法に関する文脈ではあるが、拙稿「抵触法における不正競争行為の取扱いーサンゴ砂事件判決を契機として」知的財産法政策学研究 12 号(2006 年)185 頁、231 頁参照。

<sup>20</sup> Pierre Mayer, “Les lois de police étrangères”, *Clunet*, 1981. 277, at 279.

<sup>21</sup> 尚、大審院判例には時効を「公益的規定」としたものもある(大判大正 6 年 3 月 17 日民録 23 号 378 頁)。但し、同判決は公序の枠内での判断に留まる。

に限って、適用が正当化されると考えるべき<sup>22</sup>。

#### (4) 強行的適用法規の適用

- ・ 強行的適用法規の適用に関する法律構成が問題となるのは、とりわけ第三国の強行的適用法規が問題となる場合。現在では、①第三国の強行的適用法規の所謂特別連結を主張する見解と、②そのような特別連結を認めず契約準拠法の解釈においてその事実的影響を考慮する見解とが対立。
- ・ ①の立場は、「当事者にとって中立の法…を当事者が選択したからといって、その法秩序の公法を適用する理由はなく、「外国公法の適用いかんは内国の政策とも関わる問題」であるため、「その適用を当事者の意志に依存させるべきではない」として、契約準拠法の強行的適用法規の適用を否定し、契約準拠法とは別個独立に、「外国法規の適用意図」、「契約関係と外国との空間的関連性」、及び「外国公法の目的・内容の受容可能性」の3つを要件として、第三国の強行的適用法規の適用を提唱するもの<sup>23</sup>。
- ・ 他方、②の立場は、「無限定な第三国の強行法規の介入」を疑問視し、主観的意思を準拠法選択上の1つのファクターとして客観的に連結される契約準拠法と法廷地法以外の「絶対的な強行法規の適用」は認めないとしつつ、「第三国の強行法規…の事実的影響」は、「契約締結上の帰責事由なき債務不履行」などとして、「契約準拠法の枠組みの中で」評価することが可能であると述べる<sup>24</sup>。

#### 【裁判例】東京高裁平成12年2月9日判決判時1749号157頁<sup>25</sup>

- ・ 原告Xの東京から米国カリフォルニア州への転居に際し、Xとの間で、X所有の家財道具一式について運送契約を締結した被告Y1が、運送中に運送品の一部である高価なイラン製絨毯4枚を紛失させたとして、Xが、Y1に対し、運送契約の債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償請求として、右イラン製絨毯の当時の時価相当額である964万2400円の支払いを求め、また、運送契約締結に際し、Y1が、被告Y2(日本法人)との間で、Xを被保険者とする貨物海上保険契約を締結していたことから、Y2に対し、保険契約に基づく保険金支払請求として、Y1と連帯して、本件絨毯についての付保金額である当時の時価相当額の支払いを求めると共に、前記運送及び保険引受、事故後の調査並びに本件訴え提起後の各段階におけるYらの不誠実な態度により、Xが多大な精神的損害を被り、また、弁護士費用の出費を余

<sup>22</sup> 以上につき、拙稿[判批]ジュリ1126号(1998年)351頁、353頁及びジュリ1220号(2002年)143頁、145頁参照。その際、どの程度の密接関連性が要求されるのかは、各法規の公権力性、すなわち各法規を担保する罰則などの規制手段の程度によって異なることになろう。

<sup>23</sup> 横山潤「外国公法の適用」池原季雄＝早田芳郎編『涉外判例百選[第三版]』(1995年)41頁、同「国際私法における公法」澤木＝秋場編・争点22頁、24頁。基本的に同様の立場を採るものとして、西谷・前掲注(18)47頁以下。

<sup>24</sup> 石黒一憲『金融取引と国際訴訟』(有斐閣・1983年)59頁以下。

<sup>25</sup> 同判決につき、拙稿「第三国の輸入管理法の考慮」櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選[新法対応補正版]』(有斐閣・2007年)30頁。

儀なくされたとして、Yらに対し、不法行為に基づく損害賠償として、慰謝料 300 万円及び弁護士費用 1000 万円の支払いを求めた事例。

- ・ 一審判決(東京地判平成 10・5・13 日判時 1676 号 129 頁)、Y1 に対する請求を一部認容。だが、イラン取引規則により米国法上米国への輸入が禁じられている物品の海上運送において、当該物品について生じた損害を填補することを内容とする本件保険契約が、被保険利益を欠き、それ自体公序良俗に反するものとして無効であるとして、Y2 に対する請求を棄却。X 及び Y1 が控訴。

「本件事故発生当時、イラン原産の物品の米国への輸入は、イラン取引規則により原則的に禁止されており(同規則 560・201 条)、イラン製の絨毯については、5 枚以内であれば一般的に輸入が許可されるが、それを超える枚数の輸入については、同規則 560・504 条 a に基づき米国財務省外国資産管理局の特別許可を取得しない限り、そのうち一枚であっても輸入が許されないこと(同規則 560・514 条 b)が認められるところ、…絨毯を日本から米国に輸入した X の行為は、イラン取引規則 560・201 条により禁じられている米国法上違法な行為と認められる。」

「本件保険契約は、米国への輸入が米国法上禁じられているイラン製絨毯を日本から米国に運送するに当たり、当該絨毯について生じた損害を填補することを内容とするものであること、本件保険契約に基づいて保険金を支払うことについても同様に禁じられており、右支払を行えば保険者が刑事訴追を受ける可能性も存在することが認められる。しかし、…少なくとも、日本国においては、個人が趣味で蒐集して所有し又は保管しているイラン製絨毯を住居の移転に伴って引越荷物(家財道具)として日本から米国に運送することは何の法律にも違反しないのであり、それがイラン取引規則に反し、X において同規則が定める米国内への持ち込みについての特別許可を取得することがおよそ不可能であったとしても、同規則は米国の行政上の一時的な規制にすぎず、絨毯は麻薬や武器などの物品それ自体に問題がある通常の禁制品とは異なるものであるから…、契約を無効としてまで取締りを徹底する必要があるかは疑問の生じるところであり、本件運送契約が公序良俗に反して無効であるということはできず、したがって、本件保険契約の被保険利益が公序良俗に反するものであるということも困難である。そして、右に述べたところからは、本件運送契約及び本件保険契約が履行不能であるということもできない。」

→本件絨毯の米国内への持ち込みが米国のイラン取引規則に違反するという点を日本の実質法における公序良俗に違反するかという観点から判断(一審判決の判断枠組を基本的に踏襲)。契約準拠法中の公序判断において第三国の強行的適用法規の事実的影響を考慮(②の立場)。

#### 【同判決の問題点】

- ・ ①我が国実質法上の公序良俗に、外国法の下での違法性が含まれるべきか否か、また、含まれるとしても、法廷地の法政策と合致しない外国法の下での違法性をも公序良俗違反とすべきか、という点は、現状では必ずしも明らかではない。



- ・ ②本判決の枠組に素直に従えば、運送契約の準拠法が外国法であった場合には、第三国の強行的適用法規の当該外国法における公序良俗違反性を判断する必要があるが、これは容易なことではない。
- ・ ③このような準拠実質法に基づく判断枠組を採用する場合でも、契約準拠法による判断の前提として、問題となる契約の具体的な履行が第三国の強行的適用法規に違反するか否かにつき矢張り判断する必要があるが生じる。→如何なる基準によりある国の強行的適用法規の管轄を認めるのか、明確にする必要。
- ・ 国際社会におけるアクターの一部である外国国家及びその法秩序の存在を認める限り、当該外国による私人間の国際的法律関係への介入を我が国抵触法においても一定限度で評価すべきであり、また、その方が国際社会の現実により合致するという点で、国際的に活動する当事者にとっても資する。
- ・ 他方、契約や不法行為等の各単位法律関係の連結素が定められた際に考慮された利益と、外国強行的適用法規の適用において考慮されるべき利益とは異なる<sup>26</sup>。例えば、契約が問題となった場合に、外国強行的適用法規の適用を通常連結素となっている当事者の意思に依らしめることには問題がある。→例えば契約の債務不履行に基づく請求や不当利得返還請求において、その前提として契約の有効性が争われる場合には、契約準拠法や不当利得の準拠法とは切り離して、管轄や公序等一定の要件の下に強行的適用法規の適用を認めるべき。
- ・ 要件：従来挙げられている「外国法規の適用意図」、対象となる法律関係と「外国との空間的関連性」、及び「外国公法の目的・内容の受容可能性」については、「外国法規の適用意図」は、第三国強行的適用法規の法廷地での適用が法廷地の法政策的観点から行われる以上問題にはならない筈<sup>27</sup>。また、「外国公法の目的・内容の受容可能性」を法廷地の裁判所が判断することが権力分立の観点から適切と言えるか。→寧ろ、外国国家行為承認制度と外国強行的適用法規の適用との連続性を顧慮し<sup>28</sup>、同制度の承認要件を参照し、①国際管轄、②関係当事者に関する手続保障、③公序を機軸とした要件を課すべき<sup>29,30</sup>。

<sup>26</sup> Schurig は、ここでいう強行的適用法規の適用は、単に密接関連性があれば良いというわけではなく、抵触法上の利益という観点から「正当な」関連性が必要であり、強行的適用法規にとって準拠法として選択された国が「正当な」連結であったとしても、それは単に偶然の一致に過ぎないとする。Schurig, “Zwingendes Recht, >Eingriffsnormen< und neues IPR”, *RebelsZ*, 54 (1990), 217, at 245.

<sup>27</sup> Schurig, *supra* note (26), at 234-238.

<sup>28</sup> 拙稿「国際倒産法の再検討⑥ 否認・双務契約・相殺(下)」NBL666号(1999年)37頁、38頁以下。

<sup>29</sup> 拙稿「国際預金取引への国家干渉に関する抵触法的考察」金沢法学 40 卷 2 号(1998年)189頁、212 頁以下。

<sup>30</sup> 尚、第三国の強行的適用法規の適用につき、現行法の解釈としては難しいとする見解もあるが(元永＝神前＝早川・147 頁)、この点については、強行的適用法規に関する規定は体系内在的な構造に関るので余分であり、明文規定の有無が解釈に影響を与えるものではないとする、

**【参考文献】**

- Pierre Mayer, “Les lois de police étrangères”, *Clunet*, 1981. 277.
- Klaus Schurig, “Zwingendes Recht, > Eingriffsnormen< und neues IPR”, *RabelsZ*, 54 (1990), 217.
- ・ 拙稿「抵触法における不正競争行為の取扱いーサンゴ砂事件判決を契機として」知的財産法政策学研究 12号(2006年)185頁、225頁以下。

---

Schurig, *supra* note (26), at 234-235 参照。