

# 外貨金銭債務の弁済と代用給付権： 民法第403条の抵触法的考察

いたたに まさる  
板谷 優

## 要 旨

わが国の代用給付権規定である民法第403条は、従来、私法上の規定と捉えられ、渉外的法律関係においても、通常の抵触法的指定の枠組みによって適用されると考えられてきた。しかし、近時、同条を公法的規定と捉えたうえで、通常の抵触法的指定とは異なる公法適用理論の枠組み（公法適用理論ないし強行法規の特別な連結理論）によるとする学説が提唱されている。そこで、本稿では、抵触法的指定による従来の学説と公法適用理論による学説とを対比しつつ、代用給付権の準拠法に関する議論の整理を試みる。

具体的には、まず、民法第403条の沿革等の検討を通じて、同条の実質法上の位置付けを明らかにする。次に、国際私法学上の代用給付権の準拠法に関する従来の学説のサーベイを行ったうえで、民法第403条の渉外的法律関係における適用について、抵触法的指定による学説と公法適用理論による学説の比較検討を行う。

キーワード：外貨金銭債務、任意債務、強行法規、外貨現実支払特約、  
当事者自治の原則、補助準拠法、強行法規の特別連結論

本稿を作成するに当たっては、道垣内正人教授（東京大学）、森田宏樹教授（東京大学）、道垣内弘人教授（東京大学）から有益なコメントを頂戴した。なお、本稿で示されている内容および意見は筆者個人に属し、日本銀行の公式見解を示すものではない。

板谷優 日本銀行金融研究所研究第2課（現人事局）（E-mail: masaru.itatani@boj.or.jp）

## 1. はじめに

本稿は、民法第403条の渉外的法律関係への適用という観点から、外貨金銭債務<sup>1</sup>の弁済について債務者に付与される代用給付権（*facultas alternativa*：補充権、代用権と呼ばれることもある）の準拠法に関する問題を検討することを目的とする。

代用給付権とは、外貨金銭債務について、債務者が外貨の給付に代えて、代用給付として内国通貨による給付を行う権利であり、これを認める立法例は少なくない<sup>2</sup>。わが国においては、民法第403条が代用給付権について規定しており、債務者は、同条に基づき、その選択により外貨の給付に代えて円貨の給付を行うことで外貨金銭債務を免れることができる。

わが国の国際私法上の議論に目を転ずると、同条は従来、純然たる私法上の規定として、通常の牴触法的指定に服すると考えられてきた。しかし、近時、同条を、公法的性質を有する規定と捉え、牴触法的指定とは異なるアプローチによる適用を提唱する学説が現れている。そこで、本稿では、各学説について整理のうえ、その比較検討を行うこととする。

本稿の論述は次の順序で進められる。まず、代用給付権の沿革および第403条のわが国法体系上の位置付けについて概観する(2節)。次に、代用給付権の準拠法をめぐる従来の牴触法上の議論を整理する(3節)。そして、近時、新たに提唱されている、代用給付権の牴触法上の取扱いを強行法規の特別連結論や公法の適用の問題として処理するアプローチについて検討する(4節)。最後に、渉外的法律関係における代用給付権規定の適用に当たり、通常の牴触法的指定による場合と、強行法規の特別連結論や公法の適用の理論による場合とでは、具体的問題の解決に当たっていかなる相違が生じるのかを検討し、そのうえで、本稿による検討のまとめを行うこととする(5節)。

## 2. 代用給付権の制度的背景

### (1) 第403条の立法趣旨と代用給付権の沿革

上述のように、第403条は、外貨金銭債務について債務者に内国通貨（円貨）による代用給付権を付与した規定とされるが、同条の原型となる規定は、既に旧民

1 当事者間の債権債務関係を債権者の視点から「債権」と呼称するか、債務者の視点から「債務」と呼称するかは論者や文脈により区々である。本稿では、主として、債務者の代用給付権の有無・内容について検討するため、基本的には、債務者の視点からの「債務」の語を用いることとする。ただし、「任意債権」、「任意債務」の語は、論者により異なる意味合いで用いられる場合がある（後掲脚注32参照）。

2 Wood [1980] p. 53、Mann [1992] p. 314。主要国の例としては、ドイツ民法（以下BGBとする）第244条1項や、スイス債務法第84条が挙げられる。なお、1994年ユニドロワ（UNIDROIT）国際商事契約原則においても、外貨で表示された金銭債務につき、原則として支払地通貨による支払が認められている（第6.1.9条1項、2項。同原則については、UNIDROIT [1994] を参照）。

法（明治23年（1890年）法律第28号）中にみることができる。旧民法財産編第465条3項<sup>3</sup>は、円貨換算に伴う為替リスクを債務者の負担としたうえで、外貨金銭債務につき円貨による弁済を認めており、当該規定は若干の字句修正を経て現行民法の第403条に引き継がれている<sup>4</sup>。

ボワソナード（Gustave Emile Boissonade）の手による旧民法の理由書では、同法財産編第465条3項の立法趣旨について「本邦ニ於テハ外國貨幣ノ過半ヲ得ルノ甚タ困難ナルコト頗ル多カル可ク……<sup>5</sup>」と説明されており、また、現行第403条の立法趣旨についても、梅謙次郎博士が、日本国内における外貨の希少性を指摘している<sup>6</sup>ことから、同条は、外貨取得が困難であることを前提に、内国債務者の便宜に配慮したものであることが窺われる。

もっとも、現行民法典施行後、昭和初期に著わされた実方正雄博士の論考においては、代用給付権の制度趣旨について、内国債務者の便宜に加えて、自国通貨の流通保護の観点が強調されている。すなわち、実方博士は、代用給付権制度は、「既に第十六世紀以來、債權者に損害を及ぼさざる限りに於て債務者に代用給付を爲す権限が認められ、此の慣行は初め爲替手形上の領域にのみ行はれて居たが、漸次一般化するに至つた<sup>7</sup>」ものであり、代用給付権の慣行が形成された理由は、「辨濟地に於て手形債務の對象たる外國通貨を取得することの困難に存在するであらう<sup>8</sup>」とされるが、それが今日のように制度として各国に普及し、一般化するに至ったのは、「國家的自己意識の成生に伴ひ、國民經濟的根據より、自國領域上に於ける自國通貨の排他的流通を確保せんとする傾向に基因するものと考へられる<sup>9</sup>」とされ

3 旧民法財産編第465条「金貨又ハ銀貨ヲ以テ負担ノ金額ヲ指定シタルトキハ債務者ハ独り爲替相場ノ損益ヲ受ケ法律上ノ他ノ貨幣ヲ以テ義務ヲ免カルルコトヲ得 金貨又ハ銀貨ヲ以テ負担ノ金額ヲ弁済ス可キコトノ要約アリタルトキモ亦同シ 外國ノ貨幣ヲ以テ弁済ヲ爲ス可キコトヲ合意シタルトキハ債務者ハ右ノ規定ニ從ヒ自己ノ選択スル法律上ノ貨幣ヲ以テ其外國ノ貨幣ノ価額ヲ弁済シテ義務ヲ免カルルコトヲ得」(条文については、我妻 [1968] p. 140を参照した)

4 法典調査会議事速記録中には、現行第403条に相当する民法修正案原案第402条（「外國ノ貨幣又ハ紙幣ヲ以テ債權額ヲ指定シタルトキハ債務者ハ履行地ニ於ケル爲替相場ニ依リ日本ノ貨幣又ハ紙幣ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得但別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス」）の沿革について、「本條八（筆者注：旧民法）財産編四百六十五條第三項二修正ヲ加ヘタノデアリマス」との穂積陳重委員による説明がある（法務大臣官房司法法制調査部 [1984] p. 21）。なお、同条は、第9回帝国議会において政府が衆議院に提出した「民法中修正案」では第402条であったが、同院における法案修正により第349条（流質契約の禁止）が新設された（林 [1965] p. 282 [林 良平]）ことを受け、貴族院送付段階では第403条に繰り下げられ、現在に至っている。

5 ボワソナード民法典研究会 [2001a] p. 685。なお、旧民法財産編第465条3項は、ボワソナード草案をほぼそのまま継受したものである（ボワソナード民法典研究会 [2000] pp. 605～609）。

6 法典調査会において梅委員は、フランスの書店に書籍を注文するという設例を挙げて、その代金債務につき「日本ニ於テ私が拂ウトキニハ日本ニ於テ極メテ稀ナル佛貨ヲ以テ拂ウト云フ意味デナクシテ佛貨ヲ日本ノ金ニ直ホシテ日本ノ相場ヲ以テ拂ウ其意味ヲ四百二條（筆者注：現行第403条）ニ規定シテアル」と発言している（法務大臣官房司法法制調査部 [1984] p. 5）。

7 実方 [1934a] p. 514。

8 実方 [1934a] p. 514。

9 実方 [1934a] p. 514。

ている。そして、「單に外貨取得の不便を緩和せんとする債務者の便宜<sup>10</sup>」のみでは、「履行にありては債務關係の對象が給付せらる可しとする債務法上の基本原則を變更するに充分では無い<sup>11</sup>」ことを踏まえ、代用給付権は、内国債務者の便宜という私經濟的利害と自国通貨の流通保護という國民經濟的利害の「双面的要求を基礎とし、双面的效果を目標とせるものと言ひ得るのである<sup>12</sup>」とされている<sup>13</sup>。

## (2) 第403条の法体系上の位置付け

第403条の性格については、債務者の便宜・保護のための制度という同条の立法趣旨を踏まえ、これを任意法規と解するのが現行民法の起草者以来の通説とされる<sup>14</sup>。通説が同条を任意法規と捉えてきたことは、暗黙のうちに、同条を純然たる私法上の規定であると認識してきたことを示唆する。このため、わが国の國際私法上の議論においても、同条は、純然たる私法上の規定として、通常の牴觸法的指定の枠組みの中で取り扱われてきた。

これに対して、実方博士は、「代用給付権に關する法規は、形式的には債務法上の一規則ではあるが、實質的意義に於ては、單純なる債務法の一部ではなく、其れはむしろ、自國領域内に於ける邦貨の流通に優越的地位を保障せんとする國家主義的貨幣行政上の要求が債務關係の決済手續に關與し、上記の債務對象が給付せらる可しとする原則を曲歪した一場面なのである<sup>15</sup>」と説かれている。

そして、近時においては、國際私法学の見地から、第403条を公法的な規定とする見解が主張されている。すなわち、道垣内(正)教授は、「そもそもこれらの通貨をめぐる問題の中には、一國の通貨主権にかかわり、公法としての通貨発行国法が少なくともその領域内では当然に適用されると解すべきものがある。たとえば、自国通貨の強制通用力を維持することは國家が独自の經濟運営を行う基礎であるか

10 実方 [1934a] p. 516。

11 実方 [1934a] p. 517。

12 実方 [1934a] p. 517。

13 ドイツの代用給付権規定であるBGB第244条についても、内国債務者の保護と内国通貨の優先という二重の特権付与機能 (eine doppelte Privilegierungsfunktion) が内在していると説かれており (Schmidt [1997] Rdnr. 2.)。歴史的には、内国債務者の外貨調達に困難に配慮した制度であったが、今日では、内国通貨の優先に、より重点が置かれているとされる (Schmidt [1997] Rdnr. 72.)。

14 法典調査会で審議された民法修正案原案第402条には、「但別段ノ定アルトキハ此限ニ存ラス」との但書があり、審議中、穂積委員も、「特別契約ヲ許スノデアリマスカラ別段ノ定アルトキト云フモノハ除クヤウニ致シタノデゴザイマス」と説明している (法務大臣官房司法法制調査部 [1984] p. 21)。当該但書は、政府が衆議院に提出した「民法中修正案」の段階では削除されているが、当該衆議院提出法案を対象とする「未定稿本 民法修正案理由書」では、「本條ノ規定ニ異ナル規定アルトキハ之ニ從フヘキコト八固ヨリ至當ノ事ト云フヘシ」(廣中 [1987] pp. 395~396)との説明がなされているため、少なくとも立法担当者は同条項を任意法規と考えていたものと推量される。民法の体系書においても、例えば、中島 [1922a] pp. 211~212が同条は任意法規であると明言している。

15 実方 [1934a] p. 517。実方博士は、同時期の別の論稿において、第403条は「國民經濟的には、貨幣政策的利害に於て内貨の需要を高め、其の優位を保障せんとするものである」とも述べられている (実方 [1934b] p. 13)。

ら、外国通貨の支払を約定していても債務者はこれに代えて日本の通貨で支払ってよいことを定める民法四〇三条は、民法典の中に置かれてはいるが、右の意味での通貨に関する公法であるというべきであろう<sup>16</sup>」とされ、同条が私法の一般法たる民法典中にありながら、実質的には公法的性質を有する規定であると明確に指摘したうえで、同条について、「これに反する特約は認められないということになる<sup>17</sup>」とされる。そして、このような理解を前提として、同条の渉外的法律関係における適用上も、通常の牴触法的指定と異なる取扱いを提唱されている<sup>18</sup>。

以上のような学説の状況を前提とすれば、わが国民法第403条の国際私法上の取扱いについては、純然たる私法上の規定として通常の牴触法的指定によるのか、道垣内(正)教授が説かれるように<sup>19</sup>、公法的性質を有する規定として、強行法規の特別連結や公法の適用によるのが問題となる。この点について検討するのが次節以降の目的であるが、具体的な検討の前に、第403条が適用される外貨金銭債務(「外国ノ通貨ヲ以テ債権額ヲ指定シタル」債務。以下では、「第403条外貨金銭債務」と呼ぶ)に関する実質法上の議論を概観しておきたい。ここで検討する論点は、第403条と第402条3項との関係、外貨現実支払特約の効力、第403条の適用範囲(債権者の代用給付権の有無、法定債務についての代用給付権の有無)の3点である。

### (3) 第403条外貨金銭債務の性質をめぐる議論

#### イ. 第403条と第402条3項との関係

わが国民法には、外貨金銭債務に関する規定として、第403条のほか第402条3項が存するため、第403条外貨金銭債務の性質を探求するに当たっては、両規定の趣旨と相互関係について検討する必要がある<sup>20</sup>。現行民法起草者<sup>21</sup>や現行民法典施

16 澤木・道垣内 [2000] pp. 171 ~ 172。当該記述は、澤木敬郎教授ご逝去後に道垣内(正)教授による改訂(第4版(1996年))によって付加されたものである。

17 澤木・道垣内 [2000] pp. 171 ~ 172。

18 なお、実方博士は、第403条に自国通貨の流通保護の要請が内在することを指摘されてはいるものの、外貨現実支払特約の有効性については、「其の約款(筆者注: 現実支払約款)の有効性は、外国通貨の流通に關する貨幣行政的禁止規定の存せざる限り、民法第四〇三條の解釋上當然の事理に屬する」(実方 [1934a] p. 523)とされ、同条を任意法規と捉えたうえで、その同条の渉外的法律関係における適用についても通常の牴触法的指定に服するとされている(後述3節(3)ロ.)点においては、道垣内(正)教授の見解とは異なっている。

19 道垣内 [2000] p. 227。

20 川地 [1996] p. 99。

21 「此四百二條(筆者注: 現行第403条)ノ場合ハ外國ノどるトカぼんどトカ云フモノノ債權ノ額ヲ示スコトニナツテ居ル夫故ニ矢張り日本ノ貨幣又ハ紙幣ヲ以テ辨濟ヲスルコトガ出來ルト云フコトニナツテ居ル其ぼんどヲ受ケルトカ或ハどるヲ受ケルトカ然ウ云ウコトデナイ場合、外國ト取引ヤ何カヲスル時ニ於テ外國ノ貨幣又ハ紙幣ニ依ルト云フコトデナイ場合ヲ示シタルノデアリマス夫故ニ殊更ニ『債權額ヲ指定シタルトキハ』ト書イテアツテ『外國ノ貨幣又ハ紙幣ヲ以テ債權ノ目的』トハ書イテナイ」(法務大臣官房司法法制調査部 [1984] p. 3 <穂積発言>)。また、梅 [1902] p. 23、富井 [1929] p. 120も同旨。

行後の初期の学説<sup>22</sup>は、第403条外貨金銭債務を外貨で表示された一定額の価値の給付を目的とする債務と捉えていた（以下、この立場を「外貨表示金額債務説」と呼ぶ）。これは、第403条外貨金銭債務を外国の貨幣単位で表示された金銭的価値の給付を目的とする債務と捉え、外貨の給付を目的とするものを第402条3項の問題（第403条の適用範囲外）とする見解<sup>23</sup>であり、第403条（「外国ノ通貨ヲ以テ債権額ヲ指定シタルトキ」）および第402条3項（「外国ノ通貨ノ給付ヲ以テ債権ノ目的ト為シタル場合」）の文言からは比較的素直に導かれ得る解釈であろう。

しかしながら、民法学説上は、第403条外貨金銭債務を任意債務と解する立場（以下、この立場を「任意債務説」という）が長らく通説とされている<sup>24</sup>。任意債務とは、一個の特定した給付を目的とするが、債務者が他の給付に代える権利を有するものであるとされる<sup>25</sup>、<sup>26</sup>。任意債務説は第403条外貨金銭債務の目的を外貨の給付と解したうえで、債務者には外貨の給付に代えて円貨による代用給付権が認められている点に着目し、任意債務の一種と捉えるものである。上述のように外貨表示金額債務説は、第403条外貨金銭債務を、外貨で表示された一定の金銭的価値の

22 岡松 [1898] pp. 32~33、横田 [1916] pp. 149~150、石坂 [1921] pp. 221~223註1、磯谷 [1927] pp. 88~89。

23 ドイツにおいても、BGB第244条外貨金銭債務を一定額の価値の給付を目的とする純粋価値債務（*reine Wertschuld*）と考える説が存在しているとされる（川地 [1996] pp. 23~30）。例えば、BGB施行後の初期の学説として、ジベール（Heinrich Siber）は、外貨金銭債務を価値債務と捉え、外国本位と内国本位のいずれで履行するかは、履行の態様の問題に過ぎないと考えるべきであり、したがって、債権者がなし得るのは価値の請求のみであるとしている（Siber [1914] SS. 59~60）。

24 勝本 [1930] pp. 211~212、我妻 [1964] pp. 62~63、於保 [1972] pp. 61~62、奥田 [1992] p. 72ほか。

25 我妻 [1964] p. 62~63ほか。また、民法の体系書では、任意債務のその他の特徴として、以下のような点が挙げられている（我妻 [1964] pp. 62~63、奥田 [1992] p. 72ほか）。

任意債務は、選択債務のように数個の給付が選択的に債務の目的となっているのではなく、他の給付は補充的地位にあるに過ぎない。

本来の給付が原始的不能であれば債務は成立しない。

債務の現実の弁済が完了するまでに代用給付が履行不能になったとしても債務者は本来の給付を免れ得ないが、他方、代用給付権のない債権者は、本来の給付を請求し得るだけである。

仮に、債務者が代用給付権を行使する旨の意思表示をしても、実際に給付をなすまでは、本来の給付をなす権利または義務は消滅せず、債務者は代用給付権行使の意思表示にもかかわらず改めて本来の給付をなすことも可能である。

なお、任意債務の目的が、代用給付権の行使によって、いかにして消滅するに至るかという点については、論者によって見解が異なる。例えば、ポワソナードの手による旧民法の理由書では、債務者の代用給付権行使によって本来の債務の目的がさかのぼって目的たることを止めるとされている（ポワソナード民法典研究会 [2001a] p. 577）。また、仁井田益太郎博士は、債務者の代用給付権行使は本来の債務の目的が変更されると同時に弁済による債務消滅の効果が生じるとしていた（仁井田 [1917] p. 5）。しかしながら、今日では、債務者の代用給付権行使によって債務の目的が変更されるとする見解は見当たらない（我妻 [1964] pp. 62~63、於保 [1972] pp. 61~62、奥田 [1992] p. 72）。

26 旧民法は、任意債務に関する規定（財産編第436条1項「債務者カ一定ノ物ヲ主トシテ負担スルモ他ノ物ヲ与ヘテ義務ヲ免カルルノ権能ヲ有スルトキハ其義務ハ任意ナリ」）を置いていたが、現行民法典には任意債務に関する規定は置かれていない。これは、富井政章委員が任意債務は一種の代物弁済の予約にほかならないと説明して起草条文から削除したためであるとされる（尾島 [1999] p. 330。なお、旧民法条文については、我妻 [1968] p. 138を参照）。

給付を目的とする債務と捉えるため、外貨による給付が円貨による給付かは履行の態様の問題であると考えられることになり、任意債務説は、外貨の給付を債務の目的と捉えるため、外貨による給付と円貨による給付とは本来の給付と代用給付の関係に立つものと捉えることになる。このため、任意債務説によれば、第402条3項に規定する外貨金銭債務と第403条外貨金銭債務とは、ともに外貨の給付を目的としたものとなるが、第403条は、その債務について円貨での代用給付権を債務者に付与する点で第402条3項と異なることとなる。

そもそも、任意債務説は、大正期から昭和初期の川名兼四郎博士、中島玉吉博士の学説に端を発し<sup>27</sup>、それ以後の民法学説に踏襲されている<sup>28</sup>。第403条外貨金銭債務の性質を任意債務概念により説明する手法は、現行民法典成立以後のドイツ法の継受に由来すると思われる<sup>29</sup>が、この間の事情は必ずしも判然とせず、任意債務説に立つと思われる学説にも、第403条外貨金銭債務の本来の目的が何かを明確に述べていないものが散見される。また、任意債務の法的性質については、1922年(大正11年)に著わされた仁井田博士の論考<sup>30</sup>が学説の到達点とされており、その後、今日に至るまで学説の大きな展開は見られていないとされている<sup>31</sup>。このため、任意債務概念の位置付けについてはなお検討すべき点も残されているように思われる。

さらに、近時の学説には、第403条外貨金銭債務の目的を一定額の外貨の給付と解することを認めつつも、それを通説のように任意債務概念を用いて説明すること自体に疑問を呈するものがみられる。例えば、淡路剛久教授は、「法律の規定で任意債権とされているものは、それぞれ独自の制度であり、これらを統一的に任意債権と呼ぶ必要性は疑わしい<sup>32</sup>」とされている。また、旧民法上の任意債務(財産編第436条)の概念は、「主トシテ負担スル」給付が特定している点において選択債務

27 川名 [1915] p. 81、中島 [1930] pp. 57 ~ 58。

28 勝本 [1930] pp. 211 ~ 212、我妻 [1964] pp. 62 ~ 63、於保 [1972] pp. 61 ~ 62、奥田 [1992] p. 72等、現在の通説といえよう。

29 ドイツにおいては、BGB第244条は内国債務者に代用給付権 (Abfindungsbefugnis, Ersatzungsbefugnis) を付与した規定である。同条が適用される外貨金銭債務の法的性質については、これを純粹価値債務と解する説 (純粹価値債務説) と任意債務と解する説 (任意債務説) があるが、学説上は、圧倒的多数が任意債務説を支持し、判例上も任意債務説が優勢であるとされている (川地 [1996] pp. 15 ~ 30)。なお、第403条に関する記述において明示的にドイツ学説の引用が見られる体系書としては、川名 [1915] p. 81、石坂 [1921] pp. 207 ~ 211、223が挙げられる。

30 仁井田 [1917] 。

31 尾島 [1999] pp. 332 ~ 333。

32 淡路 [2002] p. 46。なお、「任意債権」の語については、任意債務 (債務者が代用給付権を有する債務) と同じ意味で用いられる場合もあるが、債権者が代用給付請求権を有する場合を「任意債権」と指称し、債務者が代用給付権を有する場合の「任意債務」と区別する論者がみられる (牧瀬 [1976] p. 98、高桑 [1999] p. 688) ほか、債務者が代用給付権を有する場合と債権者が代用給付権を有する場合の両者をあわせて「任意債権」と呼称する論者がみられる (仁井田 [1917] pp. 5 ~ 14、石坂 [1921] pp. 208 ~ 214)。本引用文中において、淡路教授は、「任意債権」の語を、債務者が代用給付権を有するという意味の任意債務と同じ意味で用いられている。

とは異なり、したがって、当該給付が債務者の責に帰することができない事由で履行不能となれば債務者は債務を免れるものであった<sup>33</sup>とされる。この点、金銭債務についてはそもそも履行不能が考えられないため<sup>34</sup>、平井宜雄教授は、第403条外貨金銭債務の法的性質を任意債務概念によって説明することに疑問を呈されている<sup>35</sup>。

このように、第403条外貨金銭債務の性質を任意債務概念を用いて説明すること自体に検討の余地があると思われることを踏まえると、通説たる任意債務説の論拠は、必ずしも強固でないように思われる<sup>36</sup>。それでは、民法起草者や現行民法典施行後の初期の学説が採っていた外貨表示金額債務説による場合には、第403条外貨金銭債務の法的性質はどのように説明できるであろうか。

まず、前述のように、外貨表示金額債務説においては、第403条外貨金銭債務に関して、外貨による給付を行うか円貨による給付を行うかは履行の態様の問題であると考えられる<sup>37</sup>ため、この立場によれば、第403条外貨金銭債務と第402条3項に規定する外貨金銭債務（「外国ノ通貨ノ給付ヲ以テ債権ノ目的ト為シタル場合」）と

33 平井 [1994] pp. 38~39。なお、ボワソナードの手による旧民法の理由書においては、財産編第436条の条文に沿って、目的物滅失の原因が、不可抗力、債務者の過失、債権者の過失による場合に場合分けされ、それぞれの場合に目的物滅失の負担がいずれの当事者に属するかについての解説がなされている（ボワソナード民法典研究会 [2001a] pp. 576~584）。その意味では、旧民法上の任意債務の概念は、目的物滅失の場合のリスク分担に着目した法技術であったと思われる。

34 特定物債務の場合はもちろん、種類債務であっても、目的物の特定の後は目的物の滅失・履行不能が生じ得るが、金銭債務については、目的物の範囲を特定する抽象的・一般的標準さえなく、数量をもって表示された一定の貨幣価値を目的とし、これを実現する物（貨幣）自体が全く問題にされない点で種類債務よりも一層抽象的であるため、普通の種類債務のように目的物の特定や履行不能は生じないとされる（我妻 [1964] p. 35）。実方博士は、金銭債務について履行不能が起こり得ないのは「貨幣経済組織のもとに於ける金銭債務の一般的特性に基くものと認め得られる所であるから、外国金銭債務に就ても同様の地位が與へられて然る可きである。外国貨幣の本國にありて資本流出が禁止せられて居る場合にあつても尙然りと考へらるゝ」（実方 [1934a] p. 554）とされたうえで、「外国本位が消滅に歸したときには、其の國の換算規定によりて新本位に變形せらる可きであらう。又、經濟政策的要求に基く法規上の禁止に依り内國に於ける外國通貨の給付が不能となつた場合には（特に現實拂外國金銭債務に付き）、同價値の内國通貨が外國貨幣に代りて給付せらる可きものと解する」（実方 [1934a] pp. 554~555）とされている。

35 平井 [1994] pp. 38~39。石黒 [1994a] p. 53、淡路 [2002] p. 46も平井説を支持する。

36 川地宏行助教授は、ドイツ法上の議論を参照して、通説たる任意債務説をより綿密に理論付ける見解を提唱されている（川地助教授は、この見解を、ドイツ型任意債権説と命名されている）。これは、BGB第244条の法的性質に関するドイツの通説を第403条外貨金銭債務について導入したものであり、第403条外貨金銭債務の本来の目的を一定額の外貨の給付とし、内国通貨の給付を補充的な目的とする点では、わが國の通説たる任意債務説と同一であるが、貨幣法（行政法、lex monetae）と債務法（私法）との機能分担を強調し、金銭債務とは、債務法が貨幣制度を定める貨幣法を受容し利用することで成立すると構成し、外貨の給付が内國において債務免責力を有する根拠を通貨単位とそれを表章する通貨との不可分性に求めるという点に特徴を有する（川地 [1996] pp. 119~129）。また、その結果として、通説たる任意債務説が外貨の給付による債務免責力の根拠を当事者の合意に求めるのに対して、ドイツ型任意債権説は債務免責力の根拠を通貨単位と通貨との不可分性に求める点で異なっている。

37 前述のとおり、BGB第244条外貨金銭債務を一定額の価値の給付を目的とする純粹価値債務と捉えるドイツの学説は、外国本位と内國本位のいずれで履行するかは、履行の態様の問題に過ぎないと考えるべきであり、したがって、債権者がなし得るのは価値の請求のみであるとしている（Siber [1914] SS.59~60.）。



は、前者が外貨の給付を履行方法のレベルで捉えるのに対し、後者はこれを債務の目的のレベルで捉える点で区別される。また、この立場によれば、第403条外貨金銭債務は、外国の貨幣単位で金額が表示されている点で特殊性を有するに過ぎず、わが国において円貨による給付が認められるのは、円貨に強制通用力が付与されている以上、いわば当然の事理を規定していることとなる<sup>38</sup>。

#### ロ．外貨現実支払特約の効力

国際取引実務では、外貨金銭債務の弁済について、契約当事者間で外貨現実支払特約 (effectivo clause)<sup>39</sup>がなされる場合がある。外貨現実支払特約とは、第403条のような代用給付権規定の適用を排除する効果を有するものである<sup>40</sup>。このため、代用給付権規定を、公法的ないし強行法規的規定と捉える場合には、このような特約の効力いかに問題となる。

この点、ドイツにおいては、ドイツ国内で弁済される外貨金銭債務について、明文で債務者に代用給付権を付与している (BGB第244条1項)<sup>41</sup>が、同項但書は、「ただし、当該外国本位で支払うことを合意したときは、この限りではない」とし、当事者の合意 (現実支払特約) により当該代用給付権を排除することを明文で認めている<sup>42</sup>。一方、フランスでは、ドイツと異なり代用給付権に関する明文の規定は存

38 なお、川地助教は、外貨表示金額債務説について、わが国国内で強制通用力を有していない外貨による支払に債務免責力が認められる根拠が不明であると指摘されている (川地 [1996] p. 102)。

39 例えば次のような条項が契約書中に挿入される (五十嵐 (紘) [1987] p. 564)。

##### Obligation to Make Payments in Dollars

The obligation of the Borrower to make payments in Dollars of the principal of and interest on the Notes and any other amounts due hereunder or under the Notes to the Agent, (1) shall not be discharged or satisfied by any tender, or any recovery pursuant to any judgement, which is expressed in or converted into any currency other than Dollars, except to the extent that such tender or recovery shall result in the actual receipt by the Agent on behalf of the Banks of the full amount of Dollars expressed to be payable in respect of the principal of and interest on the Notes and all other amounts due hereunder or under the Notes, (2) shall be enforceable as an alternative or additional cause of action for the purpose of recovering in Dollars the amount, if any, by which such actual receipt shall fall short of the full amount of Dollars so expressed to be payable and (3) shall not be affected by judgement being obtained for any other sum due under this Agreement or on any Note. Dollars shall mean dollars in the lawful money of the United States of America.

40 実方博士は、外貨現実支払特約が付された外貨金銭債務の特殊性として、債務者は約定した外貨の一定額の弁済を行うことによるのみ免責されるのであり、したがって、債務者が約定外の通貨による弁済をなす場合には、債権者が、債務者の費用と危険において、受領した通貨を契約通貨に換価する権限を有するものとされている。そして、約定外の通貨の支払によって債権者が損害を受けた場合には、さらに損害賠償の請求を行うことも妨げないとされている (実方 [1934a] p. 540)。

41 BGB第244条の場所的適用範囲については、ドイツ国内に履行地が存在する場合に適用されるとされており (実方 [1934a] pp. 524~525、石黒 [1983a] pp. 176~177) 国外でなされる弁済についてはBGB第244条の適用はないと解される。

42 このため、ドイツ国内で弁済される外貨金銭債務は、現実支払特約の有無により、不真正外貨金銭債務 (単純外貨金銭債務。外貨で弁済できるが、BGB第244条によってドイツの通貨でも弁済され得るもの) と真正外貨金銭債務 (現実支払特約付外貨金銭債務。現実支払特約により約定された外貨でのみ弁済されるべきもの) とに分類される (Schmidt [1997] Rdnr. 7~8.)。

在しないが、判例法により、国内取引と国際取引とを峻別<sup>43</sup>のうえ、国内取引については、契約当事者間の外貨現実支払特約は無効とされる<sup>44</sup>。すなわち、フランスの裁判所は、フランス銀行券の強制通用と法定通用<sup>45</sup>を定める貨幣法規は「警察と公安に関する法としての性質を帯びる」ものとし、「それ故、同法は公序に関わり、民法六条（「公の秩序及び善良の風俗に関する法律に反する当事者間の定めは無効である」：筆者注）に基づきそれに反する私人間の特約は禁止される」としており<sup>46</sup>、<sup>47</sup>、また、外貨現実支払条項（外貨現実支払特約）についても、フランス銀行券を支払から排除する点において金貨支払条項と同一視したうえで、これを無効としているとされている<sup>48</sup>。

わが国についてみると、前述のように、国際私法学の見地からの議論としては、第403条を公法的規定と解し、これに反する特約を認めないとする立場<sup>49</sup>が存在するが、第403条外貨金銭債務について任意債務説に立つ民法学説上の通説は、第403条を任意法規としており、これは外貨現実支払特約により、債務者の有する代用給付権を排除し得るといふ趣旨であると解することができよう<sup>50</sup>、<sup>51</sup>。もっとも、任意

43 両者は、当初、契約が2国間に効果を及ぼすか否かといった、国境を越えた価値の往來の有無を基準として区別されていたが、その後、契約の涉外的性格の有無を基準とするに至ったとされている（川瀬 [1991] pp. 363～365）。

44 なお、同国判例は、国内取引について、内国通貨（フラン）で支払うべき金額を外貨で表示することは許容しているとされる（川地 [1996] pp. 212～213）。

45 強制通用（cours forcé）とは、銀行券の兌換が免除されたことを意味し、他方、法定通用（cours légal）とは、債権者が受領を拒絶することができないことを意味するとされる（実方 [1937] pp.18～19）。

46 本文中に引用の判旨（破毀院民事部1873年2月11日。金銭貸借契約における金貨支払条項の効力が争われた事案）については、川地 [1996] pp. 160～161を参照した。

47 正価の兌換が行われていた時代には、銀行券と金貨との等価性は兌換によって制度的に保障されていたが、兌換停止後、つまり、強制通用力と法定通用力が併存することとなって以後は、銀行券と金貨との等価性は法による強制によって維持されるものとなり、このことが公序を形成するとされている（川地 [1996] p. 166）。

48 川地 [1996] pp. 78～79、161～162（破毀院民事部1927年5月17日。アルジェリア所在の不動産の賃料がイギリス・ポンドで支払うこととされていた事案）。

49 道垣内(正)教授は、第403条を通貨に関する公法とされたうえで、「これ（筆者注：第403条）に反する特約は認められないということになる」とされている（澤木・道垣内 [2000] p.172）。道垣内(正)教授が念頭に置かれている「これに反する特約」とは、債務者の代用給付権を排除するという意味での外貨現実支払特約を意味すると考えられる。

50 なお、実方博士も、「債務者の代用給付権は当事者の合意に依つて排除することが許される。『現實支拂約款（die Klausel “effektiv,” “et non autrement.”）』の場合即ち之である。此の場合債務はeffektiv Valutaschuld（筆者注：外貨現実支払債務）と爲るのであつて、其の約款の有効性は、外國通貨の流通に關する貨幣行政的禁止規定の存せざる限り、民法第四〇三條の解釋上當然の事理に屬する」とされる（実方 [1934a] p. 523）。また、最近における国際私法学の分野においても、例えば、石黒一憲教授や高桑昭教授は同条を任意法規とされている（石黒 [1983a] p. 178、高桑 [1999] p. 682）。

51 わが国の手形法第41条3項、小切手法第36条3項は、明文で外貨現実支払特約を認める。もっとも、統一手形条約第2付屬書の第7条および統一小切手法第2付屬書の第17条は、各国が内国通貨擁護または為替政策遂行のために自国において振り出され、または支払われる手形、小切手は必ず自国の通貨によって行ふ必要がある旨の立法を行う例が多かったことにかんがみ、「批准又は加盟後に緊急状態の發生したる場合」に限り、外貨現実支払特約の効力を一時的に否定する権限を締約国に与えている。なお、「緊急状態の發生したる場合」とは、主として為替相場の危機もしくは危機が生ずるおそれのある場合を指し、その認定は各国が自由になし得るものとされている（大橋 [1933] pp. 766～769）。

債務説に立った場合、外貨現実支払特約がなされ、債務者の代用給付権が排除されれば、第403条外貨金銭債務は、第402条3項に規定する外貨金銭債務と異なるところなくなる。また、起草者以来の学説である外貨表示金額債務説に立った場合には、第403条外貨金銭債務は外貨で表示された一定額の価値の給付を目的とする債務であるため、外貨現実支払特約により排除されるのは履行方法としての円貨の給付に過ぎないこととなろうが、債務者は外貨の給付を行わない限り本旨弁済をなし得ないため、その実質においては、やはり、外貨の給付を目的とする債務（第402条3項の守備範囲）を負うのと結果として異なることはないといえる。以上の点を踏まえれば、外貨現実支払特約がなされている場面では、任意債務説、外貨表示金額債務説のいずれの立場によっても、あえて第403条外貨金銭債務（債務者に代用給付権が付与された、外貨の給付を目的とする債務、あるいは、外貨で表示された一定額の価値の給付を目的とする債務）を觀念したうえで、当事者間の特約により債務者の代用給付権が排除された（したがって、第403条は任意法規である）と考える必要はなく、単に、第402条3項の外貨の給付を目的とする債務が成立したものと解せば足りるようにも思われる<sup>52</sup>。

このように、外貨現実支払特約付きの外貨金銭債務を第402条3項の守備範囲と捉えて、第403条外貨金銭債務と峻別する見解によれば、外貨で支払わなければならない債務（第402条3項）と外貨で支払い得る債務（第403条）とで適用法条を明確に区分することができる。しかし、道垣内(正)教授のように第403条を公法的規定と捉えたうえで、外貨現実支払特約を排除するという見解を推し進めれば、適用法条いかににかかわらず外貨現実支払特約付きの外貨金銭債務を認める余地がなくなるようにも思われ、その場合には、第402条3項と第403条との抵触が問題となり得るように思われる。それでは、第403条を公法的規定と捉えたうえで、外貨現実支払特約は無効であるとする道垣内(正)教授の見解は、どのように位置付けることができるであろうか。この点の検討に当たっては、まず、内国通貨の特定の金種および外貨による支払特約の効力に関する、旧民法と現行民法との間の立法政策の変遷をたどることとしたい。

旧民法財産編第463条1項は、「金銭ヲ目的トセル債務ニ於テハ債務者ハ其選択ヲ以テ金若クハ銀ノ国貨又ハ強制通用ノ紙幣ヲ与ヘテ義務ヲ免カル」としたうえで、同条3項において、「本条ノ規則ニ違背スル合意ハ無効ナリ」として、内国通貨の特定の金種（金貨や銀貨等）による支払を約する金種特約を明文で無効としていた。同条の趣旨について、ボワソナードは、「貨幣ヲ規定シ之ニ強制通用ノ性質ヲ付スル所ノ法律ハ公ノ秩序ニ基ク所ノモノニシテ所謂公法ナルヤ明カナリ」としたうえで、特定の金種による支払の合意を許すと、これが慣用となって特定の種類の貨幣だけが用いられ、「立法者ノ経済上財政上企画シタル目的貫徹セス巧ミニ之ヲ避ク

52 この点については、道垣内(弘)教授より示唆を頂いた。

ルヲ得ルニ至ル可シ<sup>53</sup>」と説明している。

また、ポワソナードは、外貨金銭債務に関する旧民法財産編第465条3項（「外国ノ貨幣ヲ以テ弁済ヲ為ス可キコトヲ合意シタルトキハ債務者ハ右ノ規定（筆者注：同条2項）ニ従ヒ自己ノ選択スル法律上ノ貨幣ヲ以テ其外国ノ貨幣ノ価額ヲ弁済シテ義務ヲ免カラルコトヲ得」）についても、「國貨タリトモ或ル種ノ貨幣ニ限り必ス之ヲ以テ弁済ヲ為ス可キコトヲ約シ他ノ強制通用ノ貨幣ヲ用ヒサル可キコトヲ約スルスラ猶ホ之ヲ禁止スルカ故ニ外國ノ貨幣ヲ以テ弁済ス可キノ要約ヲ許スコトアラハ全ク論理ニ背反スト謂ハサル可カラス<sup>54</sup>」としたうえで、外貨現実支払特約は「数多ノ邦國ニ於テ十分有効ナリト認メタリト雖トモ本法ニ於テハ其輩ニ倣ハス<sup>55</sup>」として、これを有効と認めない立場を明らかにしている<sup>56</sup>。

これに対して、現行民法においては、梅博士が金種特約について、「法律ハ如何ナル種類ノ貨幣ト雖モ皆同價值ノモノト看做スニ相違ナキモ固ヨリ當事者ノ便宜ニ従ヒ時トシテハ金貨ヲ喜ヒ時トシテハ銀貨ヲ便トスルコトアルヘキハ其豫期スル所ニシテ種類ノ貨幣ヲ製スルハ一ニハ此便宜ヲ得セシメンカ爲メナリ<sup>57</sup>」とされたうえで、「兩換ノ勞ヲ避ケ且一定ノ時期ニ或貨幣ノ一定ノ額ヲ得ンカ爲メニ特ニ或人ヨリ或種類ノ貨幣ヲ給付セシムルコトヲ契約スルハ不可ナリトスルノ理アルヘカラス是レ新民法ニ於テ舊民法ノ主義ヲ舍テ本條（筆者注：第402条）第一項但書ヲ以テ特約ノ自由ヲ認メタル所以ナリ<sup>58</sup>」としてその有効性を明言されており、旧民法の考え方は明示的に変更されている<sup>59</sup>。そして、第402条1項但書が同条3項により外貨金銭債務にも準用されていることから、外貨について金種特約を有効とする趣旨は明確であり、また、金種特約を有効とする以上、金種を限定しない外貨一般に

53 ポワソナード研究会 [2001a] p. 677. この場合の「立法者ノ經濟上財政上企画シタル目的」が何を指すかは必ずしも明らかではないが、ポワソナードは、種々の貨幣が等しく額面による債務免責力を有する場合、債権者は市価の最も高い貨幣による弁済を愛好する傾向があり、他方、債務者は市中で取得しやすい貨幣で履行することに利益を有するため、「同一ノ地位ニ在ラハ債務者債権者ニ比シテ保護ヲ受クヘシトノ原則ニ従ヒ」債務者に通貨の選択権を与えることとしたとしている（ポワソナード研究会 [2001a] pp. 674 ~ 675）。

54 ポワソナード研究会 [2001a] p. 685.

55 ポワソナード研究会 [2001a] p. 685.

56 もっとも、外貨現実支払特約を無効とする理由は、債務者の保護に配慮して内国通貨について金種特約を無効とする一方で、外貨現実支払特約を有効とすることは、論理的に一貫しないというものであったため（ポワソナード研究会 [2001a] p. 685）債務者が任意に外貨を給付した場合に、その給付の効力までも否定する趣旨ではなかったものと考えられる。

57 梅 [1902] p. 20.

58 梅 [1902] pp. 20 ~ 21.

59 実方博士も、旧民法財産編第463条3項は金種約款を禁止していたが、現行民法第402条1項但書は逆に、明文をもって金種約款を承認したものであると明言されている（実方 [1937] p.15）。また、中島博士は、国家の製造した貨幣の中である種類のものを選択して債権の目的とする金種約款は、選択しない貨幣の強制通用力を排斥するものであり、貨幣主権（Münzhoheit）と衝突するため、その効力については疑いを生ぜざるを得ないが、現行民法第402条1項但書および2項の規定は、金種約款の有効性を前提とするものであるとされている（中島 [1922a] pp. 202 ~ 203）。

ついでに現実支払特約を無効とすることは論理的に一貫しないため、少なくとも現行民法の起草者は、第403条に外貨現実支払特約を排除する強行的な効力を認める趣旨ではなかったと考えられる。

しかしながら、現行民法の制定時には、内国通貨内での金種選択の可否の問題に力点が置かれており<sup>60</sup>、外貨金種特約（およびその前提となる外貨現実支払特約）の許容性については、内国通貨の金種選択における当事者の便宜という議論の延長線上で検討されているため、外貨現実支払特約の効力を認めることと、内国通貨たる円貨に強制通用力<sup>61</sup>が付与されていることとの緊張関係について十分に意識されていなかった面があるように思われる。すなわち、内国通貨間での金種選択の可否が問題となる場合においては、選択の対象となる貨幣はいずれも強制通用力を有する円貨であり、特定の円貨での支払の特約は、円貨の強制通用力全体を否定するものではないといえる<sup>62</sup>のに対し、外貨現実支払特約が問題となる場合においては、円貨の強制通用力全体との牴触が問題となり得ると考えられるからである。

このような観点からは、貨幣法規は公序に属し、外貨現実支払特約が公序に牴触するとする上述のフランス法の立場のように、内国通貨の強制通用力ないし代用給付権を一国の公序ないし貨幣秩序といった観点から基礎付けることも不可能ではないように思われる。そして、ボワソナードが、内国通貨の金種特約の禁止を公序と

60 このような状況が生じた理由としては、旧民法（1890年（明治23年）公布）および現行民法制定時（前三編（総則・物権・債権）につき1896年（明治29年）公布）においては銀本位制が採用されており、内国通貨相互間で市場価値に差異が生じていたことから、内国通貨間の金種選択に関する法規整に関心が払われていたためではないかと推測される。なお、わが国は、1884年（明治17年）の兌換銀行券条例の制定により銀本位制を採用したのち、1897年（明治30年）制定の貨幣法により金本位制に移行したが、1931年（昭和6年）に金本位制を離脱し、管理通貨制度へと移行している。わが国の通貨法制の変遷に関する概説については、牧瀬 [1991] p. 161以下を参照。

61 ここでの「強制通用力」とは、「債権者は受領を拒否できない」という意味である。「強制通用力」という用語が「銀行券の兌換が免除されている」という意味で用いられる場合には、これと区別するため「法定通用力」という用語が用いられる（前掲脚注45参照）が、わが国では、「強制通用力」という用語は、「法定通用力」の意味において一般に用いられているとされており（森田 [1997] p. 33）、本稿もこの意味で「強制通用力」の語を用いる。

実方博士は、（本来の用語法に従って）「法定通用力」とは、それが付与された対象を契約の所定量だけ受領することを強制する点に中核があるとされている（実方 [1937] p. 43）が、この場合の「法定」とは、具体的には、法定通用力を付与された貨幣を債権者が受領しなければ、履行遅滞に陥るという不利益を受けるということを意味するに過ぎないとされている（実方 [1937] pp. 28～29）。なお、内国通貨への法定通用力の付与について、実方博士は、現代貨幣制度のもとでは、国家の金銭に対する関与の本質的なものは貨幣の制定者となることであるが、さらに、「殆んど總ての國家は或る金銭種に就いて補助的手段を採用する」とされ、ある金銭種への法定通用力の付与は、優れた支払手段としての地位の付与を行うものであると説明されている（実方 [1937] p. 43）。もっとも、実方博士は、国家の関与は以上にとどまり、國家が緊急の必要を認め、明示的・形式的にその旨の立法を行う場合以外は、法定通用力を強行的なものとするとはできないとされる（実方 [1937] p. 26）。

62 中島博士は、「金貨約款八國家ノ製造發行セル貨幣ノ中ニ就キテ其種類ヲ選擇シテ債權ノ目的トナスヲ約スルモノニシテ國家ノ製造發行セル貨幣ノ強制通用力ヲ否認シ又八國家ノ製造發行ニ係ラサル物體ヲ以テ貨幣ト認メントスルモノニ非サルカ故ニ國家ノ貨幣權ト衝突スルモノニ非サルカ故ニ金貨約款ヲ無効ト認ム可キ理由ハ此方面ニハ存在セサルモノノ如シ」（中島 [1922b] pp. 362～363）とされている。

しての強制通用力との抵触という観点から基礎付けたうえで<sup>63</sup>、外貨についてもその趣旨を及ぼしていると考えられる点も、このような文脈から理解する余地があるように思われる。

この点を踏まえると、道垣内(正)教授が、一国の通貨主権を出発点として、国家が独自の経済運営を行う<sup>64</sup>という観点から強制通用力および代用給付権規定に公法的ないし強行的性質を付与する必要性を示唆される点は、公序の観点から強制通用力および代用給付権を把握しているフランス法や旧民法におけるボワソナードの立場に連なるものと考えられるように思われる。また、上述のように、現行民法制定時の議論において、外貨現実支払特約と円貨の強制通用力の緊張関係が必ずしも十分に意識されていなかった面があるとすると、第403条を通貨に関する公法として位置付け、代用給付権を排除する特約を無効とされる道垣内(正)教授の見解は、第403条にBGB第244条のような明文の但書規定がない中において、現行民法の解釈論としても、第403条の意義を再考する視座を提供するものとして、有益な示唆を含んでいるように思われる。

#### 八．第403条の適用範囲

それでは、内国債務者の便宜、自国通貨の流通保護という第403条の制度趣旨は具体的事案への適用に当たってどこまで及ぶのであろうか。以下では、債権者の代用給付権の有無と、法定債務の代用給付権の2つの観点から、同条の適用範囲に関する問題を検討することとする。

63 旧民法制定過程の終期においてボワソナードが執筆した旧民法の理由書の邦文訳においては、上述のように、「貨幣ヲ規定シ之ニ強制通用ノ性質ヲ付スル所ノ法律八公ノ秩序ニ基ク所ノモノニシテ所謂公法ナルヤ明カナリ」との記述がなされており（ボワソナード民法典研究会 [2001a] p. 677）また、旧民法制定過程の初期におけるボワソナード執筆による「プロジェ（Projet）初版」の邦文草案注釈においては、「貨幣ヲ制定シ及ヒ之レニ強令ノ通用カラ與フル所ノ法律八公益ノ法律即チ『取締及ヒ保安ノ法律』ト稱スル所ノモノタルコト顯然タリ（振り仮名原文）」との記述が見られる（ボワソナード民法典研究会 [1999] p. 89）。ボワソナードの手による旧民法の立法資料に関する考証については、大久保・高橋 [1999] pp. 262～267、ボワソナード民法典研究会 [2001b] pp. 1～17を参照。なお、ここでいう、「取締及ヒ保安ノ法律」とは、1804年制定のフランス民法第3条1項（「取締及び保安に関する（les lois de police et de sûreté）法律は、領土内に居住するすべての者に対し義務を課す」）にいう“les lois de police et de sûreté”を念頭に置いていたものと推測されるが、lois de police et de sûretéとは、伝統的には、領土に居住するすべての者を拘束する、国家組織および刑事に関する法を意味し、拡張的には、政治的、社会的および経済的組織の擁護のためにその適用が必要であり、外国法の適用を排除する法を意味するとされる（山口(俊) [2002] p. 348）。

64 澤木・道垣内 [2000] pp. 171～172。

## (イ) 債権者の代用給付請求権の有無

第403条が債務者に代用給付権を付与している点については争いが無いが、同条は、債権者が代用給付請求権（補充権）を有するか否かについては何ら規定していない。このため、外貨金銭債務について債権者はいかなる通貨による支払を求めることができるかが問題となる。この点について、最判昭和50年7月15日（ドルで表示された保証債務について債権者が円貨による支払を求めた事案）は、「外国通貨をもって債権額が指定された金銭債権は、いわゆる任意債権であり、債権者は、債務者に対し、外国の通貨又は日本の通貨のいずれによって請求することもできるのであり、民法四〇三条は、債権者が外国の通貨によって請求した場合に債務者が日本の通貨によって弁済することができることを定めるにすぎない（傍点筆者）」と判示し、第403条の適用範囲外としつつも、債権者の円貨による請求を認めた。同判決に対する判例評釈の多くは、本判決が「外国通貨をもって債権額が指定された金銭債権」を講学上の任意債権（債権者が代用給付請求権を有する債権）<sup>65</sup>とみて、債権者に円貨による代用給付請求権を認めたものと解している<sup>66</sup>が、田尾桃二調査官の手による同判決の調査官解説においては、「外国通貨債権といっても通常の場合外国通貨をもって債権の価値を表現しているだけで特定物のように当該通貨の給付に重きをおくものではなく、その意味では金額債権である<sup>67</sup>」とされている。また、債権者に円貨による請求を認める根拠について、同解説は、「我が国においては民法が外国通貨債権を認めているのであるから、外国通貨による請求、裁判、執行ももとよりできるのであるが、四〇二条二項の強制通用力ある通貨による弁済という原則、四〇三条が円貨による補充を認めていることによると、我が国においても我が国の法定通貨による請求、裁判、執行を原則としていると解することができ、そのような視点に立つと、民法四〇三条を、単に外国通貨による請求に対して債務者に円貨による補充権を与えただけの片面的規定であると解し、外国通貨債権につき円貨による請求ができるか否かについては格別の規定はなく、前述の原則によってよいと解しうる<sup>68</sup>」とされている。このため、本判決が「いわゆる任意債権（傍点筆者）」と判示しているのは、講学上の任意債権概念を援用する趣旨ではなく、債権者は、外貨と円貨のいずれでも請求できるという程度の意味であり、債権者に円貨による請求を認める根拠は、任意債権の性質論（補充権の有無）によるのでは

65 学説上、債権者が代用給付請求権を有する債権債務関係を「任意債権」と指称し、債務者が代用給付権を有する債権債務関係を「任意債務」と指称するものとしては、牧瀬 [1976] p. 98、高桑 [1999] p. 688 がある。

66 五十嵐（清）[1976] pp.218～220、鈴木 [1976] pp. 119～122、牧瀬 [1976] pp. 94～99、田中（徹）[1976] pp. 232～233、大塚 [1976] pp. 459～461、後藤 [1995] pp. 104～105、板村 [1987] pp. 203～205。

67 田尾 [1979] p. 333。

68 田尾 [1979] p. 333。このほか、「我が国において提起されている大部分の外国通貨債権の請求は円貨によってなされており、このことは受付から執行にいたるまでの訴訟手続の簡便化に裨益することが大きい」といった実務上の要請も指摘されている（田尾 [1979] p. 333）。

なく、上記のように、外貨金銭債務についても、「我が国の法定通貨による請求、裁判、執行を原則としている」点に求められると解する余地もあるように思われる<sup>69</sup>。いずれにせよ、同判決が判示しているように、債権者の代用給付請求権の問題は第403条の射程外であり、本稿ではこれ以上立ち入らない。

#### (ロ) 法定債務の代用給付権

次に、第403条については、同条の文言(「外国ノ通貨ヲ以テ債権額ヲ指定シタルトキ」)が契約債務を想定しているように解することができることから<sup>70</sup>、法定債務にも適用されるか(債務者に代用給付権が認められるか)否かが問題となる。この点については、わが国の判例の立場は明確ではなく<sup>71</sup>、また、民法学説上も、この点について明示的な議論はなされていないとされている<sup>72</sup>。

国際私法学説をみると、実方博士により、債務者が代用給付権を有するのは、「外國金銭債務の發生が法規に基くと法律行為に基くとを問はぬこと論を俟たない<sup>73</sup>」とされているほか、第403条の文言は第402条3項を言い換えたに過ぎず、両条の適用される外貨金銭債務の範囲は等しいと考えれば、第402条3項に外貨による法定債務が含まれる以上、第403条も同様に外貨による法定債務に適用があるとする解釈論も主張されている<sup>74, 75</sup>。

69 ただし、川地助教は、「外貨表示債権(円貨での代用給付権が付いた外貨債権。債務者は円貨による支払ができる)」と「外貨価値債権(最終的に給付すべき円建金額を外貨価値にリンクさせた円貨債権。債務者は円貨での支払を義務付けられ、債権者も円貨支払請求しかできない)」とは、明確に区別すべきであるが、わが国においては、外貨表示債権についても、円貨による支払が原則と考えられているため、両者の区別が曖昧になるおそれがあるとしたうえで、前記最高裁判決(最判昭和50年7月15日)やこれを支持する学説が、債権者に円貨支払請求権を認めたのは、両者を混同していることによるのではないかとされている(川地[1996]pp. 124~125)。しかし、上記の田尾調査官解説が、「外国通貨による請求、裁判、執行ももとよりできる」(田尾[1979]p. 333)として、外貨による請求の余地を認めていることを踏まえると、本件の「外国通貨債権」の性質を「外貨価値債権」と捉えることはできないように思われる。

70 伊東[1973]p. 62。ドイツにおいても、BGB第244条の文言(「ユーロ以外の本位で表示された金銭債務」)から契約債務の場合にのみ同条の適用があるとした裁判例が、学説から批判されている(Schmidt[1997]Rdnr. 25、石黒[1994a]p. 51、川地[1996]pp. 46~47)。

71 法定債務に第403条の適用を認める旨を明言した裁判例は見当たらない。なお、伊東[1973]p. 62は、東京地判昭和46年4月30日(運送人の履行補助者たる荷役業者の過失によって揚げ荷が毀損したため、荷送人から荷役業者に対して不法行為による損害賠償請求がなされた事案)を、第403条の法定債務への適用を否定した事例として挙げているが、公刊された判例集(判タ265号p. 244)には該当箇所が掲載されていない。そのため、石黒教授も同事例に対する評価は留保されている(石黒[1994a]p. 52)。

72 石黒教授は、「民法四〇三条が不法行為請求についても適用されるか否かについての民法学者の議論も、私の調べた限りでは、なされていない」とされている(石黒[1994a]p. 52)。

73 実方[1934a]p. 517。

74 伊東[1973]p. 62。

75 このほか、石黒教授は、不法行為の場合についてBGB第244条の適用を肯定するドイツの学説を参照したうえで、同条の法定債務への適用を肯定される(石黒[1994a]p. 51、石黒[1994b]p. 59)。また、高桑教授は、同条の法定債務への適用を肯定されるものの、その根拠は示しておられない(高桑[1999]pp. 682、692注37)。



主要国においては、代用給付権は契約債務であると不法行為債務であることを問わず、外貨をもって表示される債務に共通の問題とされている例もあることから<sup>76</sup>、少なくとも沿革的には、契約債務のみについて認められるべきものではないと考えられる。また、内国債務者の便宜、本国通貨の流通保護という代用給付権制度の沿革からみた制度趣旨に照らすと、契約債務と法定債務を別異に取り扱うべき理由は存しないと思われ、制度趣旨の貫徹という観点からはさらに、法定債務について債権者の代用給付請求権をも認める余地があるものと思われる。このように考えると、わが国において、不法行為債務その他の法定債務について同条の適用ないし類推適用を否定する理由は見当たらないように思われる。

### 3. 代用給付権の準拠法 : 抵触法的アプローチ

#### (1) 設例

前節では、第403条外貨金銭債務に関する実質法上の議論を概観した。本節は、第403条のような代用給付権規定が涉外的法律関係においてどのように機能しているかを具体的に設例を用いて示すことから始めたい。

ロンドン所在の英国企業（売主・債権者）が、フランクフルト所在の日本企業の現地法人（買主・債務者）に製品を売却した。売買契約の準拠法はドイツ法、売買代金債務は英国ポンド建てであり、親会社である日本企業は、この売買代金債務につき債務保証をした（債務保証契約の準拠法もドイツ法とする）。その後、当該現地法人が売買代金の支払未了のまま倒産したため、売主である英国企業が親会社である日本企業に対し、保証債務の履行として、わが国でポンドによる支払を請求したとする。

このような支払請求を受けた場合に、保証債務者たる日本企業はポンド建ての保証債務について円貨によって弁済することができるか（代用給付権を有するか）、その場合には、代用給付権の有無・内容（換算の時点や為替相場）を規律する準拠法は何か、というのがここでの問題である。

若干議論を先取りすると、わが国の国際私法である法例中には、代用給付権の準拠法の指定について直接定める規定は存在しない<sup>77</sup>が、伝統的な国際私法学説は法例第7条1項が規律する契約債務を念頭に置いて、代用給付権の準拠法について論じている。すなわち、代用給付権の有無・内容は、外貨金銭債務の実質に関する問題

76 Wolff [1950] p. 476. ヴォルフ (Martin Wolff) は1938年にドイツからイギリスへ移民した国際私法学者であるが、引用の著書は基本的にイングランド国際私法について論じたものである。

77 諸外国の国際私法の中には、代用給付権の準拠法について明文の規定を置いているものがある。例えば、スイス国際私法第147条3項は、「いずれの通貨で支払うかは、支払がなされるべき国の法に従って判断される」と規定している。

であるため、外貨金銭債務にかかる契約の効力の準拠法、すなわち債務の準拠法によるとの考え方（以下では、「債務準拠法説」という）に立てば、本設例では、保証債務の契約準拠法たるドイツ法（BGB第244条）が代用給付権の有無・内容を決定することとなる。他方、代用給付権の有無・内容は、外貨金銭債務の履行の態様の問題であるため、履行地法によるとの考え方（以下では、「履行地法説」という）に立てば、日本法（第403条）が代用給付権の有無・内容を決定することとなる。

さらに、前述の第403条の性質を通貨に関する公法と捉える学説からは、代用給付権規定の適用を、通常の特約法的指定の枠組みではなく、公法適用の理論によって処理しようとする考え方（以下では、「通貨公法説」という）が提示されている。

代用給付権の特約法上の位置付けをめぐる議論はこのように錯綜しているが、通貨公法説に依拠した処理は、次節（4節）で検討することとし、本節ではまず、特約法的指定に依拠する債務準拠法説および履行地法説による処理について検討する。なお、検討に際しては、議論の単純化のため、わが国が法廷地となる場合を想定することとする。

## （2）債務の準拠法によるアプローチ（債務準拠法説）

このアプローチは、代用給付権の有無・内容が債務の実質に関する問題であるとして、その準拠法を、契約の効力の準拠法（債務の準拠法）に求めるものであり<sup>78</sup>、その説くところは次のようなものである。

外貨金銭債務につき、外貨で表示された一定額の金銭債務をどの通貨で弁済するかは選択は、為替相場の変動等を通じ、現実給付される金銭の額に影響を与え得ることになる。その額の多寡によっては、債務全額の弁済とされ、あるいは、一部弁済とされ、あるいは、全く履行がないものと評価される可能性がある<sup>79</sup>。給付行為にこうした法的評価（弁済の有効性の評価）を加えるのは債務の準拠法にほかならず、履行地の法がどのような効力を認めているかは問題とならない<sup>80, 81</sup>。

以上のように、代用給付権の有無・内容を債務の準拠法によって評価すべきであ

78 債務準拠法説による論者としては、溜池 [1999] p. 383、高桑 [1999] pp. 673~680が挙げられる。

79 高桑教授は、「金銭債務の履行においていかなる通貨を給付すべきか（弁済の通貨）は、契約における当事者間の権利義務の問題であるから、その契約の準拠法の定めるところによるべきである。すなわち、準拠法で弁済の通貨について当事者の合意に委ねているならば、その合意で定めるところにより、そのような定めがなければ、契約の準拠法の定めるところによる（例えば、わが国の民法四〇三条のような規定があればそれによる）」とされ（高桑 [2003] p. 153。ただし、「履行地法で支払に用いる通貨について強行規定があり、または公法的規律が行われているときは、それに従う」（高桑 [2003] p. 153）とされている点について、後掲脚注126参照）。また、「弁済に当たって約定と異なる通貨を用いることは、為替相場の変動によって、給付される金銭の量に変動を生ずることになるので、弁済の通貨の問題は履行の態様の問題ではなく、債務の実質に関する問題というべきであろう」とされている（高桑 [1999] p. 676）。

80 田中（徹）[1985] p. 94。

81 例えば、高桑教授は、「履行地のいかににより、代用権の帰属、換算の時点の変わってくることのほうが当事者、とくに債権者にとって大きな問題である」（高桑 [1999] p. 696）として債務準拠法説を支持されている。

るとする債務準拠法説には傾聴すべきものがある。しかし、同じく抵触法的アプローチを採りながら、反対説ともいえる履行地法説に与する立場も有力である。それではなぜ、履行地法説が有力なのか。次に、履行地法説の説くところをみることにしたい。

### (3) 履行地法によるアプローチ（履行地法説）

わが国の国際私法学説は、債務の履行の態様に関する事項については、伝統的に、当事者自治の原則によって指定される契約の効力の準拠法とは別に、履行地法が適用されることを認めている。かつて講学上、「履行の補助準拠法」と呼ばれていたものがこれに当たる。このため、代用給付権の有無・内容が債務の履行の態様に関する問題であるとすれば、代用給付権の準拠法は、履行地法によるべきこととなる。そして、履行の態様に関する事柄について、履行地法が契約準拠法とは別に適用される実質的根拠は、履行地法によらなければ現実に債務の履行ができないという事情に求められるとされる<sup>82</sup>。例えば、履行の態様にかかる取引の日（休日）、取引の時間といった事項は、その性質上、履行地の法律や慣習以外には規律し得ない事柄であり、こうした事項については、履行地の法が独立した一つの準拠法として適用されると考えるのである<sup>83</sup>。

もっとも、補助準拠法をめぐる国際私法学説は近年大きな変化をみせているため、履行地法説の国際私法体系上の位置付けを明確にするためには、まず、補助準拠法に関する議論の展開を概観する必要がある。そこで、履行地法説を検討する準備段階として、まず、補助準拠法に関する議論を振り返ることにする。

#### イ．履行の補助準拠法

##### (イ) 契約準拠法の指定に関する従来の通説（準拠法単一の原則）

わが国の法例上、契約の成立および効力の準拠法は、第7条1項により「当事者ノ意思ニ從ヒ」決定される<sup>84</sup>。同条については、「法律行為ノ成立及ヒ効力」との文言をめぐって、その成立と効力のそれぞれにつき別個に準拠法を指定できるかどうか争われてきた。伝統的な学説は、「成立及ヒ効力」は単一の準拠法に従うことが原則であると解していた（準拠法単一の原則）<sup>85</sup>。その理由としては、法律行為

82 西 [1964] p. 692注(2)。

83 例えば、1980年EEC契約債務準拠法に関するローマ条約第10条2項や1987年スイス国際私法第125条は、履行の態様につき、履行地法の適用を定めている。

84 法例第7条1項の文言は、「法律行為」であるが、これは、一方的法律行為である信託等も適用対象に含めるためにこのような体裁となったのであり、同項の主たる適用対象は契約であることはいうまでもない（澤木・道垣内 [2000] p. 166、道垣内 [2000] pp. 213~214）。

85 久保 [1939] pp. 126~127、160、実方 [1952] p. 219、江川 [1952] p. 231。古くは、「親族法上ノ法律行為ノ成立及ヒ効力ノ準拠法スラ同一ナルコトヲ要セサル我法例ノ精神ニ徴スレハ意思ノ自由ヲ廣ク認メタル（即チ自治ノ原則）法律行為ニ在リテ當事者カ成立ノ準拠法ト効力ノ準拠法トヲ分離シ得ヘカラサル理由ナシ」として、分割指定を認める見解（山口(弘) [1910] p. 163）もあったが、少数説にとどまる。

の成立と効力とは原因結果の関係において結合されているものであるから、身分法上の法律行為のように（例えば、法例第13条、第14条）法例が特に両者について異なる法律を指定する場合を除き、成立と効力とは一体として同一の準拠法によらしめるべきであるとの配慮<sup>86</sup>や、成立と効力を同一の準拠法によらしめることにより、異なる準拠法間の体系的不整合の問題、すなわち、適応問題（調整問題）が生じるおそれを回避できることが挙げられていた。

#### （ロ）補助準拠法をめぐる議論

もっとも、契約の成立と効力を同一の準拠法に服せしめるべきとする従来の通説も、契約上の一定の要素については、その性質上、特に、契約の準拠法とは異なる法が適用される場合のあることを認めている。この場合の契約上の一定の要素とは、例えば、履行の態様（mode of performance）、給付の目的たる貨幣、契約文に用いられた文言の解釈等であるとされており、これらにはそれぞれ、履行地法、貨幣所属国法（lex monetae）、当該言語の母国法、が適用されるものとされている<sup>87</sup>。そして、こうした契約上の一定の要素に適用される契約準拠法とは異なる準拠法が、講学上、補助準拠法と呼称されてきた<sup>88</sup>。

#### （ハ）準拠法単一の原則の放棄と補助準拠法概念の衰退

補助準拠法については、補助「準拠法」という名称とは裏腹に、それを実質法的指定<sup>89</sup>と理解する論者もあり、契約準拠法との関係が必ずしも明確にされていなかった面があった<sup>90</sup>。この点について明確に整理したのは鳥居淳子教授の論考である。鳥居教授は「もしも、補助準拠法たる履行地法は、当事者の意思にかかわらず、また、契約準拠法の規定にも左右されることなく、履行の態様・方法に関して

86 久保 [1939] p. 160.

87 外貨金銭債務の履行については、貨幣所属国法（貨幣に関する事項）と履行地法（履行の態様）という2種類の補助準拠法が問題となるが（川地 [1996] pp. 107～108）、代用給付権に関する事項は履行地法に服するとされている（川地 [1996] p. 122）。また、貨幣の補助準拠法は抵触法的指定ではなく実質法的指定（後掲脚注89参照）であるとの指摘がある（実方 [1939] pp. 532～536）。

88 補助準拠法の語はドイツの学者ヌスバウム（Arthur Nussbaum）が提唱したNebenstatutの訳語であり、実方博士により初めて用いられた（鳥居 [1965] p.44。ただし、実方博士は、「補助的準拠法」という用語を充てられている（実方 [1952] pp. 228～229））。なお、「最近のドイツではNebenstatutという用語を使用する学者は少ない」との指摘がある（山田 [2003] pp. 334～335注4）。

89 実質法的指定とは、当事者が、法律行為の準拠法の許容する範囲内において（当該準拠法の強行法規に反しないかぎり）法律行為の内容として、準拠法所属国以外の国の法律を指定する場合であり、法律行為の内容を当事者が細目的に定める代わりに、一定の国の実質法を指定することにほかならない。他方、抵触法的指定とは、契約そのものを支配する法律（準拠法）の指定を当事者の意思に委ねることである（江川 [1952] pp. 218～219、実方 [1952] pp. 204～205、山田 [2003] pp. 313～314）。

90 例えば、江川英文教授は、「法律行為を構成する一定の要素につきその性質から特にその法律行為自體の準拠法とちがう法律によることを適当とする場合がある。もちろん、これは法律行為自體の準拠法によつて排斥されないことを必要とするが特に当事者による反対の意見が表示されない限り適用される（傍点筆者）」（江川 [1952] p. 233）とされており、補助準拠法を実質法的指定の意味で理解されているように思われる。

は、常に契約準拠法を排斥して適用されるという解釈が、わが法例につき、可能であるとすれば、このような履行地法は、適用の対象たる事柄に軽重の差があるにしても、準拠法としては独立したものであって、方式や能力に関する準拠法と同じ資格で、わが国際私法により、直接に指定される法であるといえよう<sup>91</sup>」とされる。もっとも、鳥居教授のように、契約関係につき複数の準拠法が並立的に適用されるとする立場を採るならば、上述の準拠法単一の原則との牴触が問題となるが、この点、鳥居教授は「当事者による複数の準拠法指定が許されるとすれば、当事者はもちろんこの問題につき契約準拠法以外の法（履行地法にかぎらず）を指定することができる。そして、当事者が明示ないし黙示的に他の法につき合意をしていないときには、事柄の性質上、この問題については当事者は履行地法による意思であると国際私法により推定することも不可能ではないであろう<sup>92</sup>」とされ、準拠法単一の原則を放棄したうえで、当事者意思の推定により法例第7条1項に履行地法適用の根拠を求めるという方向性を志向されている。

そして今日、法例第7条に関しては、法律行為の「成立」と「効力」の準拠法をそれぞれ別に指定することを特に禁ずる理由はないとして、準拠法単一の原則を放棄する学説が多数であり、さらに進んで、当事者による分割指定を認める方が、そもそも当事者による法選択を認めた趣旨、つまり法適用に対する当事者の期待可能性を確保し、国際取引の安全と円滑をはかるということに資するとして任意の分割指定（*dépeçage*）を認める説も有力である<sup>93, 94</sup>。

こうした中で、補助準拠法概念についても、有力な学説は「黙示の準拠法の分割指定を認めるという立場からは、履行の態様・方法についてのみ履行地を抵触法的に指定していると見るべきであり、これは分割指定の一場合に過ぎないと考えることになる<sup>95</sup>」、あるいは、「契約の効力の準拠法について分割指定を認め、反対の意思の表示がないかぎり、履行地法によるとの黙示の準拠法の指定があると解する

91 鳥居 [1965] p. 49.

92 鳥居 [1965] p. 56.

93 高桑 [1999] p. 674、澤木・道垣内 [2000] p. 168。道垣内(正)教授は「そもそも『準拠法単一の原則』という場合、どの大きさを契約を捉えるのか定かではない。一般に契約には多くの合意が含まれており、どうやって契約の数を数えるのかという問題があるはずである。一つの契約書に書き込まれていれば一つと数えるわけにいかないことは明らかであり、そもそもこの原則には無理な点があったというべきである」とされる（道垣内 [2000] p. 220）。

補助準拠法概念の提唱者であったヌスパウムも、補助準拠法を契約準拠法の分割指定の可否の問題との関係で論じていた（石黒 [1983b] p. 294）。しかし、ヌスパウムは、履行の態様や貨幣の問題については、準拠法の分割指定を行うことが合理的だと考えていたものの、当事者が契約の一部分につき任意に法を分割指定することに対しては批判的であったという指摘がなされている（石黒 [1983a] p. 167、石黒 [1983b] p. 300注4）。

なお、立法例として、1980年EEC契約債務準拠法に関するローマ条約第3条1項3文は、「(契約の)両当事者は、契約の全体または一部のみについて、法選択を行うことができる」として分割指定を明文で認めている。

94 ただし、石黒教授は準拠法相互の矛盾抵触の問題が生じることを極力回避すべく、統一的な生活事実関係は極力単一の準拠法により処理すべきであるとの立場にたたれる（石黒 [1983a] pp. 124~126）。

95 道垣内 [2000] p. 227.

立場を妥当と考える<sup>96</sup>」と整理している。その意味では、準拠法単一の原則を前提に提唱された補助準拠法という概念は、もはや歴史的なものであるといえよう<sup>97</sup>。

以上で今日の国際私法体系上の履行地法説の位置付けを確認した。次に本題に戻り、代用給付権の準拠法について履行地法説を採る場合の理論的問題を検討することとする。

#### ロ．代用給付権の準拠法：履行地法によるアプローチ

外貨または内国通貨のいずれで弁済するかという問題は、“wie”（具体的な履行方法）の問題であって、“wieviel”（どれだけ履行するか）の問題ではない<sup>98</sup>、とのフレーズが好んで用いられるように、補助準拠法概念を提唱したヌスバウム以来、どの通貨で債務を弁済するかは履行の態様の問題であると考えられてきた<sup>99</sup>。したがって、履行地法説のもとでは、わが国が履行地であれば、当事者が異なる意思表示をしていない限り、債務の準拠法のいかににかかわらず第403条の適用が肯定されることになり<sup>100</sup>、債務準拠法上に代用給付権に関する規定が別途存在してもそれは適用されないこととなる。

もっとも、履行地法説については、2点留意すべき点がある。

第1に、「履行地法」といった場合の「履行地」は、契約上の履行地ではなく、「現実の履行地」を意味するものとされている<sup>101, 102</sup>。なぜなら、そうであってこそ、履行の態様につき、契約の準拠法とは別に履行地法の適用を観念する実益があるからである。例えば、日本国内で現実に履行がなされるからこそ、債務者に円貨の代用給付権を与える意味がある<sup>103</sup>。また、ドイツの代用給付権規定であるBGB第244条

96 高桑 [1999] p. 675。

97 澤木・道垣内 [2000] p. 171では、（補助準拠法という考え方は）「契約は全体として一つの法律によって規律されるという準拠法単一の原則のもとでのものであり、……今日では準拠法の分割指定が認められ、かつ、これは明示の指定による分割に限定されず、黙示の分割指定も可能であると考えられるため、補助準拠法という説明は有害無益であるというべきである」とされている。

98 実方 [1934a] pp. 529 ~ 530、石黒 [1983a] p. 177。

99 実方 [1952] pp. 229 ~ 230、鳥居 [1965] p. 42、石黒 [1983a] p. 177。

100 実方 [1934a] pp. 518、524 ~ 525、530、西 [1964] p. 691、石黒 [1994a] p. 53、松岡 [1995] p. 108。

101 実方 [1934a] pp. 526 ~ 527、530、西 [1964] p. 691。

102 わが国民法の解釈論としては、所定の履行場所で履行することが給付の本質的要素であれば、「その違反は、直ちに主たる給付義務違反を生ずる」とされている（磯村 [1970] p. 186〔北川善太郎〕）ものの、現実の弁済の提供においては、信義則にてらし、判例上かなり柔軟な扱いがみられるとされる（磯村 [1970] p. 188〔北川善太郎〕）。例えば、判例は、当事者間に履行場所についての別段の合意がない場合は、債権者の住所で弁済すべきであることは第484条から明白であるとしつつ、債権者の住所以外の場所で弁済を受領しても債権者にとって別段の不利益がないといった特別な事情がある場合には、債権者は弁済受領を拒否できないとしている（大判昭和14年3月23日法律新聞4425号pp. 17 ~ 18。少額の金銭債務を負担する者が、住所地外をたまたま訪れた債権者に弁済の提供をした事案。同事案では別段の不利益はないとされた）。この点を踏まえれば、債務の履行場所が、特約により定められた履行場所または債権者の住所（特約がない場合。民法第484条）と異なることをもって、当然に債務不履行と評価されるわけではないように思われる。

103 現行民法の起草者も第403条はわが国で履行行為がなされる時に適用があるものと考えていた（法典調査会での審議中、末松謙澄委員の「日本で履行スルトキノ場合文ケヲ見タノデアリマスカ」との質問に対して、穂積委員が「然ウデゴザイマス」と回答している。法務大臣官房司法法制調査部 [1984] p. 22）。また、石田 [1936] p. 100もこの点を明言する。

が「ユーロ以外の本位 (in einer anderen Wahrung als Euro) で表示された金銭債務を国内において支払うべき場合、ユーロで支払うことができる (傍点筆者)」としているのはこの点に配慮したものにほかならない。したがって、履行地法説を採る場合、契約上の履行地と現実の履行地が結果的に異なった際には、代用給付権の準拠法としては後者の法を適用すべきことになる<sup>104</sup>。

第2に、代用給付権の準拠法について履行地法説を採る場合には、履行地法上の換算の時点や為替相場に関する規整に従って内外通貨の換算を行うこととなるが、これは、債務の実質に関する問題を生じさせるものではない (債務の内容には関係しない) と解することになろう。実方博士は、この点について、「債務者の代用給付権は辨済方法に於ける特殊性を意味するに過ぎないのであり、債務関係の内容自体に關與し得るものではない<sup>105</sup>」とされているほか、石黒教授は、「少なくとも現在のわが国をはじめとする今日の諸国のノーマルな状態における、したがって自由で開かれた外国為替市場を前提したとき、また、普及しつつある為替リスクのヘッジのための諸技術をもある程度念頭に置いたときには、ヌスパウムがBGB二四四条について説いていたように、これ (筆者注: 換算の時点や為替相場) をも履行の態様の問題と考えることで十分なのではあるまいか<sup>106</sup>」とされている。

以上が履行地法説の概要である。次に、債務準拠法説と履行地法説についてのまとめを行う。

#### (4) 小括

##### イ．債務準拠法説と履行地法説の評価

ここまでの債務準拠法説と履行地法説の検討から、各説について次の点を指摘することができよう。

まず、債務準拠法説については、代用給付権規定の立法趣旨の実現の面での難点があるように思われる。先にみたように、代用給付権が、外貨に比して本国通貨の方が調達容易であるという意味での内国債務者の便宜の要請に加えて、本国領域内における本国通貨の流通保護という要請をもあわせてもっているとした場合、債務準拠法説はこの2つの要請に同時に応え得るのであろうか。

先ほどの設例でいえば、債務準拠法説では、代用給付権の有無・内容は、債務 (契約) 準拠法たるドイツ法で判断することになろう。すると買主・債務者である日本企業がわが国で任意に弁済をなす場合、第403条ではなくBGB第244条が適用

104 もっとも、スイス国際私法第147条3項は、現実の履行地ではなく約定の履行地よるとしている。これは、債務者が、契約または法によって定まる履行地以外の自己に有利な場所を選んで履行することを認めるべきではないとする立場である (草案段階での紹介として、石黒 [1983a] p.180、石黒 [1984] p.161)。

105 実方 [1934a] p. 535。

106 石黒 [1983a] p. 178。

され、代用給付の通貨はユーロということになる。逆に、債務準拠法が日本法であれば、第403条によって、外国において現実の履行がなされる場合にも、円貨で支払うことができるということになる<sup>107</sup>。

このように、国内において第403条を適用しない場合、代用給付権の趣旨である内国債務者の便宜・内国通貨流通の保護は達成されず、反対に、外国において同条を適用しても、債務者の円貨調達便宜・日本国内における円貨の流通保護に資するわけではない<sup>108</sup>。債務準拠法説を採る高桑教授はこの点に配慮し、第403条は債務の準拠法が日本法であって、かつ、日本で弁済すべき場合に限り適用があるものとされ<sup>109</sup>、第403条の適用の場面を限定的に解されている。

一方、履行地法説であるが、前述のとおり、履行地法説は、換算の時点や為替相場といった代用給付権の内容をも履行の態様の問題に含めることにより、代用給付権の問題を履行の態様の問題に純化しているといえる<sup>110</sup>。しかし、換算の時点や為替相場が、給付される内国通貨の額の多寡に影響を及ぼす可能性は否定し得ないため、これらが債務の実質の問題ではないとする履行地法説の論者の理由付けは、必ずしも十分ではないように思われる<sup>111</sup>。

---

107 国際私法の体系書には、「代用給付権に関する問題も債権の内容に関するものであるから、本来、債権自体の準拠法によるべきである。したがって、右の民法四〇三条は債権の準拠法が日本法である場合には当然に適用されることになる。しかし、代用給付権に関する問題は、債権の内容であるが、履行の態様に関する問題であるから、補助準拠法として履行地法の適用が認められる。したがって、わが民法四〇三条の規定は、債権の準拠法が外国法である場合でも、とくに当事者による反対の意思表示されない限り、履行地たる日本国内で支払われる金銭債権について適用されるものというべきである」(山田 [2003] p. 382) と述べるものもある。この説によれば、第403条は、債務の準拠法が日本法の場合と、履行地が日本の場合、という比較的広汎な適用の余地をもつこととなり、前者の場合には、外国での弁済行為についても、債務準拠法が日本法である限り、第403条を適用することとなる。しかし、日本国外において第403条を適用することには、本文で指摘したような難点が存する。なお、第403条の趣旨を円貨以外の通貨による弁済にまで拡張し、契約関係の準拠法が日本法である場合には、「A国の通貨で表示された金銭債務を履行地であるB国の通貨で弁済する場合にも準用し得るものと解すべきであろう」とする説もある(溜池 [1999] p. 383)。

108 実方 [1934a] p. 525。

109 高桑 [1999] p. 677。高桑教授は、債務者による代用給付権の規定の意義につき、「内国には外国通貨が数量的に十分に存在しないことを考慮し、債務者に弁済の便宜を与えたことにあると解する」とされている(高桑 [1999] p. 685)。第403条は債務の準拠法が日本法であって、かつ、日本で弁済すべき場合に限り適用があるものとされる教授の立場によれば、わが国で第403条が適用される機会は、理論上は、履行地法説による場合よりも少なくなろう。

110 石黒 [1983a] pp. 178 ~ 179。

111 実方博士の論考(実方 [1934a, 1952])が執筆された当時においては、金為替本位制ないし固定相場制が基本とされていたため、換算の時点や為替相場を履行の態様の問題として捉えることは理由のないことではなかったといえるかもしれない。また、今日の変動相場制のもとにおいても、先物市場等が整備された現在の外国為替市場を前提とすれば、契約当事者の工夫によって、換算の時点や為替相場が債務の実質(内容)に及ぼす影響を遮断することも可能であろう(石黒 [1983a] p. 178)。しかしながら、換算の時点や為替相場が、給付される内国通貨の額の多寡に影響を及ぼす可能性を一般的に否定し、これを履行の態様の問題に純化することには無理があるように思われる。



このように、代用給付権の趣旨からは、弁済する通貨の選択に関して履行地法によることには相応の理由があり、他方、代用給付行為の内容を判断する法として債務準拠法の役割を認める立場も傾聴に値するが、両説とも、それぞれ難点がないではない。このため、両説の論拠を踏まえた折衷的な見解も唱えられている。すなわち、西賢教授は、代用給付権が存在するかどうかは、「債務額に関しないで、支払ないし履行の態様の問題であるから、履行地法によるべきであろう<sup>112</sup>」とされつつ、外貨の支払地通貨への兌換の機構、換算時期や為替相場に関しては、「債務額、すなわち、債務の実質の問題であるから、債権の準拠法によるべきである<sup>113</sup>」とされている<sup>114</sup>。この見解（以下では、「折衷説」と呼ぶ）は、履行の態様は履行地法によらしめるのが合理的であるという履行地法説の論拠を踏まえつつ、換算の時点や為替相場といった代用給付権の内容が債務の実質に関するものであることを承認する立場といえよう<sup>115</sup>。

上記の3つの説において、代用給付権の準拠法としての債務準拠法と履行地法の適用範囲の切り分けはそれぞれ次のようになる。まず、債務準拠法説による場合には、履行遅滞の要件とその効果、履行不能等の問題はもちろん、代用給付権の有無、代用給付権の内容（換算の時点や為替相場）<sup>116</sup>といった事項がすべて債務準拠法に従って判断される。次に、履行地法説による場合には、債務準拠法はのみを規律し、とにつき、履行地法に従って判断することとなる。最後に、折衷説による場合には、債務準拠法はとを規律し、についてのみ、履行地法によることとなる。これら3つの説は、いずれも、債務の実質に関する事項は債務準拠法によることを前提としたうえで、履行の態様に関する事項は債務の実質にかかわらない範囲で履行地法によらしめるか否かの点で債務準拠法説と履行地法説・折衷説とに分かれ、さらに、履行の態様に関する事項の範囲をどう解するか（との双方が包含されると考えるのか（履行地法説）あるいは、のみがそうであると考えるのか（折衷説））の点で分岐していると整理することができよう（下表参照）。

	履行遅滞の要件とその効果、 履行不能等の問題	代用給付権の有無	代用給付権の内容 (換算の時点や為替相場)
債務準拠法説	債務の準拠法	債務の準拠法	債務の準拠法
折衷説		履行地法	債務の準拠法
履行地法説		履行地法	履行地法

112 西 [1964] p. 691.

113 西 [1964] p. 691.

114 畑口 [1996] も折衷説を支持する。

115 折衷説のような法律構成を導く理論的基礎としては、履行地法説と同様に、鳥居教授が示唆されるごとく法例第7条1項の解釈論としての準拠法の分割指定と準拠法選択にかかる当事者意思の推定に求めることができると思われる。

116 第403条には円貨への換算時期に関して何ら規定がない。この点について、起草者は、「始メハ『履行ノ當時』ト書イテ置キマシタガ何ウモ爲替相場ト言ヘバ拂ウ時ト云フコト八分ルト云フノデ吾々ノ中デ除イタノデアリマス」(法務大臣官房司法法制調査部 [1984] p. 22 <穂積委員発言>) としている。

## ロ．外貨現実支払特約の準拠法

それでは、代用給付権の有無と表裏をなす外貨現実支払特約の成立および効力の準拠法は、抵触法説の各説において、どのように判断されることとなるのであろうか。まず、履行地法説の見地からは、石黒教授が、外貨現実支払特約は「十分に、基本的な債務の内容（substance of obligation）をなすと言い得るものである<sup>117</sup>」ことから、「代用給付の点は換算の基準レートや基準時点を含めて履行の態様の問題と解するとしても、特定国通貨による現実支払特約の成立および効力は、本体たる契約の準拠法によらしめるべきであろう<sup>118</sup>」とされている。また、石黒教授が参照されているスイス国際私法第2草案（1982年）の第143条（現行スイス国際私法第147条に該当）は、同条3項において、「いずれの通貨で支払うべきかは、支払がなされるべき国の法による」として代用給付権の準拠法につき履行地法を採用する<sup>119</sup>一方、同条2項において、「ある通貨が債務の額に対して有する効果は、その債務の準拠法による」として、外貨現実支払特約の意義や効果については、金約款その他の貨幣価値担保約定等と同様、債務準拠法で規律することとしている<sup>120</sup>。

次に、債務準拠法説を採られる高桑教授は、金もしくは金貨によって支払う特約（金約款、金貨約款、金価値約款）について、「このような特約の有効性及びその効力は債務そのものの問題であるから、債務の準拠法による<sup>121</sup>」とされていることから、金約款等と同様の機能を営む外貨現実支払特約の成立および効力についても債務の準拠法によらしめる趣旨と推測され、折衷説についても同様に解してよいと思われる。

このように、抵触法説の各説は、いずれも、外貨現実支払特約の成立および効力を債務準拠法に従って判断する立場を採っていると解されるが、履行地法説または折衷説による場合には、債務準拠法上は有効とされる外貨現実支払特約が履行地法上は無効とされる場合等、履行地法上の代用給付権に関する法と債務準拠法上の外貨現実支払特約の成立および効力を規律する法との間で矛盾抵触が生じる可能性があると考えられる<sup>122</sup>。

117 石黒 [1983a] p. 179.

118 石黒 [1983a] p. 179.

119 ただし、スイス国際私法第147条3項は、現実の履行地法ではなく約定上の履行地法によるとしている点について、前掲脚注104参照。

120 石黒 [1984] p. 161.

121 高桑 [2003] p. 156.

122 実方博士は、金約款の効力は債務の実質に関する問題であるため、債務準拠法によるとしつつ、金約款が、特定の金貨種による支払に関するもの（金貨約款）である場合は、履行の態様に関する問題であり、補助準拠法たる履行地法が適用されるとする。そのうえで、履行地法が金貨約款を無効とする場合には、債務者が、（約定された金貨種以外の通貨による）債務名額の支払で免責されるか否かの判断は、債務の実質に関する問題として債務準拠法によるべきであり、反対に、債務準拠法が金貨約款を無効とする場合には、これが「純然たる履行方法」のみを禁止する趣旨であれば、金貨約款の効力の判断は、履行の態様の問題として補助準拠法たる履行地法によるべきであるとされる（実方 [1939] pp. 524 ~ 530）。

## 八．実質法上の議論との関係

次に、第403条外貨金銭債務に関する実質法（民法）上の議論と牴触法上の議論との関係について整理してみたい。上記（2節(3)イ.）のとおり、第403条外貨金銭債務の法律構成としては、任意債務説と外貨表示金額債務説とがあり、両説の法律構成上の基本的な相違点は、外貨の給付を履行方法のレベルで捉えるのか（外貨表示金額債務説）、それとも債務の目的のレベルで捉えるのか（任意債務説）にある。

第403条外貨金銭債務の性質につき、従来の国際私法学説が実質法（民法）上のいずれの説を前提としていたかは必ずしも明らかではないように思われるが<sup>123</sup>、<sup>124</sup>、いずれの説を採用にせよ、国際私法の準拠法決定プロセスにおいては、外貨で金額を表示された債務に対する当該外貨以外の通貨による弁済について、その最密接関係地法を採求することになると考えられる。このため、実質法上の外貨金銭債務の性質をめぐる任意債務説と外貨表示金額債務説の対立は、代用給付権の有無・内容の準拠法の決定に関する結論に相違をもたらすものではないと思われる。

## 4．代用給付権の準拠法：牴触法的指定によらないアプローチ

### （1）代用給付権規定の公法的性質に着目する見解

次に、以上のような牴触法的処理とは異なる理論的枠組みによって代用給付権の準拠法の問題にアプローチする学説（通貨公法説）について検討することにした。

道垣内(正)教授は、第403条について、「通貨をめぐる問題の中には、一国の通貨主権にかかわり、公法としての通貨発行国法が少なくともその領域内では当然に適用されると解すべきものがある。たとえば、自国通貨の強制通用力を維持することは国家が独自の経済運営を行う基礎であるから、外国通貨の支払を約定していても債務者はこれに代えて日本の通貨で支払ってよいことを定める民法四〇三条は、民法典の中に置かれてはいるが、右の意味での通貨に関する公法であるというべきであろう<sup>125</sup>」とされる。そして、道垣内(正)教授は、同条を通貨に関する公法と捉えることの帰結として、渉外的法律関係における同条の適用を、通常の牴触法的

123 高桑教授は第403条外貨金銭債務の目的は一定額の外貨の給付であると明言されている（高桑 [1999] pp. 680～682）ため、少なくとも、外貨表示金額債務説を前提とするものではないと思われる。

124 国際私法学説では、計算通貨（勘定通貨）と支払通貨の区別がなされることが多い。計算通貨とは、通貨の評価機能を意味するもので、債権・債務の内容を、具体的に5万円、あるいは1万ドルというように表示するものであるのに対し、計算通貨によって表示された債務を具体的に履行する通貨を支払通貨という（牧瀬 [1976] p. 97）。しかし、これは債務の目的が何であるかという観点からなされた分類ではない（高桑 [1999] p. 681）。

125 澤木・道垣内 [2000] pp. 171～172。

処理ではなく「強行法規の特別連結や公法の適用として説明すべきである<sup>126</sup>」とされる。

代用給付権規定には、内国債務者の便宜と自国通貨の流通保護という2つの異なる要素が混在していると解し得ることは既に指摘したが、道垣内(正)教授が第403条の性質を公法的なものと理解されているのは、自国通貨の流通保護という要素をより重視されていることによるものと思われる。

さて、通貨公法説のように渉外的法律関係への第403条の適用を強行法規の特別連結あるいは公法の適用関係として処理する見解をどう考えるか。検討を始める準備段階として、まず、国際私法学説が渉外的法律関係における強行法規ないし公法の適用を、理論的にどう扱ってきたのかを概観することにする。その際に検討される諸理論は、契約の準拠法に関する当事者自治の原則と、同原則の適用を制限し、同原則の無限定な承認により生じる問題点を克服するものとして機能する法廷地公法の適用理論、公法の属地的適用の理論、強行法規の特別連結論、そして公序論である。

## (2) 当事者自治の原則の意義と限界

### イ．当事者自治の原則の意義

法例をはじめとするわが国の国際私法は、ドイツのサヴィニー(Friedrich Carl von Savigny)が創始した体系を採用しているとされる<sup>127</sup>。サヴィニー型国際私法体系においては、事案の生活事実関係をいくつかの単位法律関係に分解し、それぞれの単位法律関係ごとに、それと最も密接な関係のある地の法(最密接関係地法)を選び出すための媒介となる要素(連結点または連結素という)が定められ、適用されるべき準拠法が特定され、準拠法の適用等がなされるという4段階のプロセスを経て、単位法律関係ごとに最密接関係地法が探求される<sup>128</sup>。

契約の準拠法については、わが国の法例第7条1項にみられるように、契約当事者による準拠法指定(当事者自治)を認めるのが一般的であるが、当事者の合意を連結点とする準拠法の指定方法では、サヴィニー型国際私法が目指す最密接関係地法の適用は必ずしも保証されない。このため、当事者自治の原則は国際私法体系上異質な存在とされている<sup>129</sup>。それにもかかわらず、国際私法理論が、当事者の合意を連結点とする連結政策を採用している理由は何に求められるのであろうか。

126 道垣内[2000] p. 227。折茂[1972] pp. 145~146における履行地国公法の連結に関する考え方もこれに近いと思われる。また、溜池良夫教授も、「(代用給付権規定が)履行地における外国通貨による支払の禁止・制限等の公法上の規制との関係における規定であるときには、そのような規定の問題は、公法的性質の問題として属地法たる履行地法によらしめるべきである」とされている(溜池[1999] p.383)。さらに、債務準拠法説に立つ高桑教授も「履行地法で支払に用いる通貨について強行規定があり、または公法的規律が行われているときは、それに従う」との留保を付けておられる(高桑[2003] p.153)。

127 サヴィニー型の国際私法体系に関する概説として、道垣内[1999] pp. 59~82を参照。

128 その簡潔な説明は、道垣内[1999] pp. 35~58、澤木・道垣内[2000] p. 15以下を参照。

129 道垣内[2000] pp. 207~209。

最密接関係地法を探求する場合、身分関係では、自然的・血縁的な結合を基礎とするため、当事者の属人法を適用することが妥当であり、物権関係では、物理的・排他的な利用・支配という土着的性質からみて、目的物の現実の所在地の法を適用することが合理的である。しかしながら、契約関係は、身分関係や物権関係とは異なり、観念的・人為的な性格が顕著であることから、契約の締結地、その履行地、目的物の所在地、契約当事者の本国ないし常居所地等、一応の牽連関係を有する要素を抽出することはできても、そのいずれが優先するかを一般的に示すことは困難である。このため、国際私法理論は、契約関係を一律にいずれかの法に服させることを断念し、それに代わって当事者の意思によって定められた準拠法を国際私法上も承認するとの連結政策を採用するに至った<sup>130</sup>。また、当事者の合意をそのまま連結点とする手法は、実質法上の契約自由の原則の国際私法への反映ないしは投影として、渉外的法律関係において当事者の意思を尊重し、当事者の正当な期待の保護に資するとされ、その体系上の位置付けの異質さにもかかわらず、各国において抵触法ルールとして採用されるに至っている。

#### ロ・当事者自治の原則の限界

ところが、資本主義経済の発展に伴って社会のさまざまな面で契約自由の原則にひずみが生じたことから、私人間取引への国家の後見的介入が要請されるようになり、いくつかの取引類型において「私法の公法化」という現象がみられるようになった。この結果、国際私法上も、当事者自治の無限定な承認は、次のような問題を生ずることとなった。

例えば、A国法が労働時間などにつき労働者の権利を保護する労働者保護法規を有していたのに対し、B国法にはそのような労働者保護法規が存在していない場合、A国内で労務給付が行われる労働契約につき、当事者間の合意によりB国法が準拠法として選択されると、A国の行政上の強行法規たる労働法規の趣旨は、たやすく潜脱されることになる。こうしたケースでは、無限定な当事者自治は許されず、A国の労働法規を契約関係に適用する理論が要請される。同様の問題は、消費者保護法や、借地借家法等の分野においても生じ得る。国際私法理論上、これらは当事者自治の原則の限界の問題として、盛んに議論されてきた<sup>131</sup>。

当事者自治の原則を制限する理論として、かつては、当事者自治の原則の妥当する範囲を契約と一定の関係にある国の法の範囲に限定しようとする量的制限論、当事者による準拠法選択が、ある特定の国の強行法規を潜脱する意図でなされた場合にその法選択を否定する法律回避論、当事者自治の原則の妥当すべき領域を特定の国の任意法規の範囲に限定しようとする質的制限論が提唱された。しかし、今日では、当事者自治の原則と理論的に両立し得ないこれらの理論の支持者はほとんどみ

130 折茂 [1970] pp. 9~10、16~17。

131 当事者自治の原則の限界に関する議論の概観については、折茂 [1970] p.127以下を参照。

られない<sup>132</sup>。現在、これらの理論に代わって有力なのは、当事者自治の原則と両立し得るかたちで、当事者自治の無限定な承認によって生じてきた実際上の不都合の克服を企図する法廷地公法の適用理論（法廷地強行法規の適用理論）、公法の属地的適用の理論および強行法規の特別連結論、ならびに、当事者自治による準拠法指定を認めたいうえで、当事者が選択した法を適用した結果が、内国法秩序の観点から許容し難い場合に、その適用を排除することをその機能とする公序論である<sup>133</sup>。これらの諸理論（以下では、便宜上、「公法適用理論」と総称する）は、後述のように、国際私法体系上の位置付け等の点で相互に異なるものの、法廷地あるいは第三国の公法ないし強行法規を、通常の抵触法的指定とは異なる連結方法によって適用するという意味で共通の基礎を有するものといえる。なお、国際私法を初めて成文化したフランスの国際私法規定であるフランス民法第3条1項（「取締及び保安の法律は、領土内に居住するすべての者に対し義務を課す」）は、その適用範囲について、ある生活事実関係から出発してそれに適用されるべき法律を探求するというサヴィニー型国際私法体系の考え方（4節(2)イ.）とは異なり、個々の法規から出発してその適用範囲を定める方法を探っているとされている<sup>134</sup>。同条における「取締及び保安の法律」は、立法者の意図においては、公法的性質の法を中心として考えられていたものとみられ得る<sup>135</sup>とされているため、公法適用の理論は同条と共通の発想に立つものといえよう。

以下では、公法適用理論の諸理論の具体的内容について考察したうえで、その比較検討を行うこととする。

### （3）公法適用理論の理論枠組み

#### イ．国際私法上の「強行法規」概念について

公法適用理論の各論的検討に際しては、国際私法上の「強行法規」概念についての議論を予め整理する必要がある。

「強行法規」と呼ばれる法規群は、国際私法の観点から次の2種類に区分することができる。第1の類型は、国際私法上、契約準拠法として指定された場合にのみ適用される強行法規である。このような強行法規は、当該強行法規所属国法が契約準拠法となる限りにおいて、当事者の合意によって適用を回避することができない

132 松岡 [1991] p. 119。当事者自治の原則に対する制限論については、山田録一教授の体系書に簡潔な紹介がなされている（山田 [2003] pp. 316～319）。

133 松岡 [1991] p. 119。

134 折茂 [1970] pp. 319～320。なお、同条を含むフランス民法典は、サヴィニーがその著書（「現代ローマ法体系」第8巻（1849年））において、生活事実関係から出発してその最密接関係地法を探求するという方法論を提唱したとされるのに先立つ1804年に制定されている（折茂 [1970] p. 346）。

135 折茂 [1970] p. 332。なお、フランスにおいては、「公序に関する法律」の適用についても同条と同様であるとされ、両者は「直接的適用の法律」という共通の標識のもとにまとめられ得るとされている（折茂 [1970] p. 319）。

ものである。したがって、契約当事者は、当該強行法規所属国法以外の他国の法を契約準拠法として指定することにより、このような強行法規の適用を逃れることができる。

これに対して、第2の類型は、国際私法上、強行法規の特別連結論等においてその適用が問題となる強行法規である。これらは、実質法上の強行法規の中でも強行性の程度が高く、契約準拠法のいかにかわらず適用されるものであり、当該強行法規所属国法以外の他国の法を契約準拠法として指定しても、その適用を排除することはできない。この類型に属する強行法規は、諸外国で“internationally mandatory rule”（英）、“loi de police”（仏）あるいは“Eingriffsnorm”（独）等と呼称されているものであり、以下では、第1の類型と区別する意味で、便宜上、「国際的強行法規」と呼ぶこととする<sup>136</sup>。

自国の強行法規にどの程度の強行性を付与するかは、各国の立法政策の問題であり、ある実質法上の強行法規が国際的強行法規であるか否かは、明示の定めがあればそれにより、明示の定めがなければ当該法規の立法趣旨を考慮して判断することとされている<sup>137</sup>。また、国際的強行法規については、当事者による任意の法選択を許すような準拠法指定の方法はなじまず、後述のように抵触法的指定とは異なるルールによる適用がなされるとされる。

さらに、公法適用理論における公法規定と第2の類型の強行法規との関係につき付言すれば、次のように整理することができるとされる。

まず、公法とは、私法と対比されるものであり、私法が対等の私人間の利害調整を目的としているのに対し、公法は公益の実現を第一義的な目的としているとされる<sup>138, 139</sup>。そして、刑事法、行政法、税法、経済法といったものが公法の例とされている。しかしながら、一国の法体系中には、刑法のように国家が物理的強制力によってその遵守を担保している純然たる公法から、国家が私人間にデフォルト・ルールを提供しているに過ぎない純然たる私法（任意法規）に至るまで、数多くの法規がスペクトルを成している。「法はその背後に何らかの政策を有しているものであり、私法と公法の差はこの法政策の強さの程度の差でしかない<sup>140</sup>」と指摘されるように、

136 石黒教授は第1の類型を相対的強行法規、第2の類型を絶対的強行法規と呼称されている（石黒 [1994c] pp. 46～51）。また、わが国では、第2の類型の強行法規について“Eingriffsnorm”の訳語である「介入規範、介入規定」といった語を用いる論者も多い。

137 石黒 [1983a] pp. 31～32。

138 田中(二) [1972] pp. 32～33。

139 なお、折茂豊教授は、国際私法学の観点から、「国家は個人をして一応自由にしてその社会関係を形成せしめ、単に個人間において生じた争の解決をもとめられた場合においてのみ、はじめてそこに介入することとし、しかも、そうした争の裁決に当たっては、個人がその自由意思によって定めたところを準拠とするものが私法であり、「国家が個人にたいして、その意思の如何にかかわらず、一定の社会関係を形成すべきことをもとめ、個人の側からする要請をまたず、国家権力による強制を予定して、一方的にその実現に向かって働きかける、というもの」が公法であるとされる（折茂 [1970] p. 288）。

140 道垣内 [1988] p. 231。

公法と私法の境界線は必ずしも明確ではない。他方、強行法規とは、法律の規律内容の実現について国家の関心の度合いが高いものであり、その中でも国際的強行法規は、特に国家の関心が高く、法律関係の準拠法のいかにかわらず適用されるものである。

公法が公益の実現を第一義的な目的とする点で、対等の当事者間の私的な利害の調整を目的とする私法と区別されることにかんがみると、公法とされる法規は、実質法上、公益の実現の観点から強行法規性が認められる場合が多く、したがって国際私法上も、国際的強行法規とされる場合が多いといえよう。逆に、国際的強行法規性を肯定する基礎となる高度の強行性を有する法規は、国家の社会・経済政策的関心を強く反映しているという意味で、公益の実現という公法的色彩を帯びるケースが多いと思われる。法廷地公法の適用理論や公法の属地的適用の理論、そして強行法規の特別連結論が、ともに事実関係から出発してそれに密接に関連する地の法を探求するという牴触法的アプローチではなく、法規の趣旨・目的から出発しその地域的適用範囲を考えるアプローチを採っているのは、公法と国際的強行法規との間に、このような関連性があるためと考えられる。

#### ロ．法廷地公法の適用理論

この理論は、ある債権債務関係について、法廷地が強い法政策的利害を有している場合、当事者自治の結果選択された準拠法の適用が制限され、法廷地の公法が適用されるとするものである。

ただし、この理論は、法廷地の公法がいかなる資格によって債権債務関係に適用されるのかという点において、理論的な整理が十分でないように思われる。本来、公法と私法を峻別したうえで、私法についてはサヴィニー型国際私法によってその適用関係を定め、公法についてはそれぞれの法規自体の立法趣旨に照らしてその地域的適用範囲を判断してゆくというのが、現在の国際私法理論における公法適用の基本的処理方法である<sup>141</sup>。法廷地公法の適用理論が、このような基本的処理方法に則って、法廷地公法を通常の牴触法的指定とは別途の方法で適用するものなのか、あるいは、道垣内(正)教授が試論として提示されているように、通常の牴触法的指定として、ある債権債務関係に適用される準拠法が外国法である場合には、法廷地法が法廷地という連結素によって選択され、両者が著しく矛盾抵触する場合には準拠法たる外国法の適用を排除するとの処理がなされていると考える<sup>142</sup>のか、明確な整理はなされていないようである。

141 道垣内 [1999] p. 73。

142 道垣内 [1988] p. 232。



## 八．公法の属地的適用の理論

この理論は、国家の強い政策的利害のもとに制定された法規としての一国の公法は、その国の領土内において属地的に適用されるとするものである（公法の属地性の原則）。もっとも、「属地性」の内容は多義的であり、「一国の公法は、その国の領土内において生じた事実関係に対して適用される」という意味のほか、「一国の公法は、原則としてその国の裁判所によってのみ適用される」という意味でも用いられるとされる<sup>143</sup>。この理論によれば、例えば、わが国で労務給付が行われる労働契約関係をめぐる紛争がわが国裁判所に持ち込まれた場合には、公法的性質を有するわが国の労働法規が適用されることとなるが、わが国の労働法規が、労務給付行為のなされた地の公法として適用されるのか、法廷地の公法として適用されるのか、が判然としない面がある。前述の法廷地公法の適用理論と区別する意味では、「公法の属地性」を「一国の公法は、その国の領土内において生じた事実関係に対して適用される」という意味に解するべきであろうが、同理論が、法廷地外の他国で生じた事実に対して当該他国の公法を当然に適用することまで裁判所に要求するものかは必ずしも明確ではないように思われる。この点について、明確な解決を提示するのが、後述の強行法規の特別連結論であるといえよう。

## 二．強行法規の特別連結論

### （イ）理論の嚆矢

「強行法規の特別連結」の理論は、ヴェングラー（Wilhelm Wengler）によって提唱された<sup>144</sup>。その骨子は、当事者の選択した契約の準拠法（Schuldstatut）でも法廷地法（lex fori）でもない、契約関係と実質的な関係をもつ第三国の強行法規の適用を特別の連結を通じて確保しようとするものである<sup>145</sup>。こうした特別連結を認めることにより、どの国が法廷地となっても、また、法廷地ごとの抵触法規定の相違により準拠法とされる法が異なっても、係争法律関係に密接な関連性を有する国の強行法規の適用が確保されることとなる<sup>146</sup>。

この理論は、結果として当事者自治の制限として作用する点において、法廷地公法の適用理論、公法の属地的適用の理論、公序論等と共通するが、次の点で異なる。すなわち、法廷地公法の適用理論、公法の属地的適用の理論、公序論では、法廷地

143 折茂 [1950] pp. 70～78、折茂 [1970] pp. 356～394。

144 ヴェングラーの所説については、わが国でも既に多くの研究がある。本節の記述もこれらに負うところが大きい。主要なものとして、桑田 [1952] pp. 50～66、横山 [1984] pp. 41～78、佐藤 [1997] pp. 139～172を参照。ヴェングラー自身は、法を公法・私法に区別し、そのうちの公法について抵触法的処理とは別途の適用を考えるという方法に反対していたとされる（佐藤 [1997] p. 165）。したがって、ヴェングラーの所説を本文のように抵触法的アプローチと別立てで論ずるのは正確ではないかもしれないが、国際的強行法規の適用によって結果的に当事者自治の原則を制限することには変わりがないことから、本節に含めた。

145 松岡 [1993] p. 183。

146 立法例として、1980年EEC契約債務準拠法に関するローマ条約第7条1項や、スイス国際私法第19条が、強行法規の特別連結論を規定している（道垣内 [2000] p. 211）。

法上の強行法規の適用は可能であるものの、契約準拠法でも法廷地法でもない第三国の強行法規を適用することはできないが<sup>147</sup>、ヴェングラーの理論では、法廷地裁判官の立場からみて、当事者の法選択によって回避されるべきではない第三国の強行法規を適用することができる。

1941年(昭和16年)の論文の中で、ヴェングラーは、国際的な法の調和、すなわち、各国において裁判の結果ができる限り一致することという国際私法の理念に照らせば、純然たる第三国強行法規の適用が、法廷地において認められるべきである(強行法規の特別連結)としている<sup>148</sup>。そして、自ら公準(Postulat)と呼ぶ、第三国強行法規の適用を認めるに当たっての具体的な適用要件として、外国強行法規自身が当該法律関係への適用を欲すること、強行法規を定めた国と法律行為との間に密接な関連性が存すること、外国強行法規の規定が法廷地の公序に反しないことの3つを提示している<sup>149</sup>。

#### (ロ) 理論の発展

今日、強行法規の特別連結論は各国の立法や条約の中で採用されるに至っている<sup>150</sup>。しかし、同理論についての理解は必ずしも軌を一にしているわけではない。この点を、1980年EEC契約債務準拠法に関するローマ条約を例にとりて若干敷衍すると、ドイツでは、ヴェングラー理論に端を発する同条約第7条のみならず、非渉外的事案に関する特別規定(第3条3項)<sup>151</sup>および、消費者契約および労働契約・労働関係

147 松岡 [1991] p. 121、松岡 [1993] p. 183。

148 Wengler [1941] S. 181。ただし、ヴェングラーが特別連結論を唱えているのは、債務法(Schuldrecht)の分野である。

149 Wengler [1941] SS. 197、202、211。

150 わが国国際私法学説のヴェングラー理論に対する評価はさまざまである。同理論に対する評価として、道垣内(正)教授は、「サヴィニー型国際私法体系がその動揺を隠すかのように、その基本的枠組みを維持しつつ『強行法規の特別連結理論』を導入することは、結局は、自己防衛を図りながら、その実、敵を陣地内に引き入れているようなものであって、いずれは現在の体系が崩壊するのではないかと危惧させるところなのである」(道垣内 [1999] p. 79)とされており、石黒教授は、単一の契約関係は極力単一の準拠法により統一的に規律されるべきとの立場から、複数の第三国の強行法規の介入を広く認めることに反対され、同理論に否定的な立場を採られる(石黒 [1983a] pp. 49~61)。また、わが国法例の解釈論として同理論を採り得るかについては、道垣内(正)教授が、「法例には明文の規定はないが、もともと公法の適用関係については、刑罰法規を除いて(刑法一条以下及び八条参照)、地域的適用範囲に関する明文の規定は存在しないのが一般的であり、『私法の公法化』の動きの中で、解釈論として『強行法規の特別連結論』をとることは可能であると思われる」(道垣内 [2000] p. 211)とされるのに対し、出口耕自教授は、「特別連結論は、伝統的国際私法理論と調和しがたい側面を有している」ため、「伝統的国際私法の実定法体系たる法例の解釈として特別連結論を採用することには、無理があるように思われる」(出口 [1985] p. 32)とされている。

151 同条約第3条における強行法規とは、渉外的法律関係においては、一方的に適用されることを予定していない強行法規、すなわち、国内においてのみ、実質法上当事者の合意によっては排除されない強行法規のことである。この規定によって、ある事案が準拠法選択時に一国としか牽連性を有しない場合には、当事者が他国法を選択してもその国の強行法規の適用を排除することができない(西谷 [1999] p. 7)。つまり、非渉外的事案について、準拠法を外国法とすることによって内国の強行法規を潜脱することを防止する規定と考えられる。

に関する特別規定（第5条、第6条）までもが強行法規の特別連結を定めた規定と称されているとされている<sup>152</sup>。

まず、ヴェングラー理論に端を発する第7条は、渉外的法律関係について契約準拠法とは無関係に一方的かつ強行的に適用される国際的強行法規をその対象とする特別連結を定めるものである<sup>153</sup>。

これに対して、消費者保護を定める同条約第5条は、当事者が選択した法秩序の消費者保護レベルが、当事者の選択がなかったならば適用されたであろう消費者の常居所地法上の消費者保護のレベルを下回る場合には、後者の強行法規が適用されるとするものであり、労働者保護を定める第6条も同様の構造となっている。すなわち、第5条と第6条が規定する強行法規は、それぞれ消費者保護規定と労働者保護規定に限定されるとはいえ、渉外的法律関係に一方的に適用されることを予定していない強行法規を含む内国法秩序の強行法規のすべてである。また、第5条の連結方法は、個別的な法規の適用意思を問うことなく、当事者が選択した法と消費者の常居所地法のうち消費者保護に厚い方を適用するのであるため、ヴェングラーの提唱した強行法規の特別連結論とは異なる。さらに、第7条では、こうした強行法規の適用が裁判官の裁量に委ねられているのとは異なり、第5条では、消費者保護の程度によって消費者の常居所地法の適用が裁判官に義務付けられている。

このように、今日では、ひとくちに強行法規の特別連結論といっても、さまざまなバリエーションが考えられるが、以下の考察では、これらの見解に対する評価には立ち入らない。上述のように、公法と国際的強行法規とは概念上、重なり合う部分が多く、具体的な公法規定ないし強行法規の適用上は、両者が実質的に一致する場合が多いと考えられることを踏まえ（4節(3)イ.）、強行法規の特別連結論を「契約準拠法・法廷地法以外の法秩序に属する国際的強行法規ないし公法の適用を特別の連結を通じて確保する理論」という意味で用いることとする。

152 西谷 [1999] pp. 2~3。ドイツは、同条約第3条3項、第5条、第6条、第7条2項を1986年の民法施行法（EGBGB）改正により国内法化している（西谷 [2002] p. 43）。

153 同条約第7条のような連結方法の理論的根拠については、まず、当事者が選択した法秩序上の国際的強行法規は通常の抵触法的指定によって適用され、それと並んで、第三国あるいは法廷地の国際的強行法規が特別連結されるとする見解がある。しかし、これに対しては、当事者が選択した法秩序に属するか否かで国際的強行法規の適用根拠が異なるのはおかしいとの批判があり得る（西谷 [1999] pp.12~13）。また、契約準拠法から援用される国際的強行法規と特別連結される国際的強行法規が同じ性質の法規であるならば、特別連結される法は準拠法決定の過程で潜在的にはその対象となっていたが結局選択されなかったものであり、それを再び特別連結として適用の対象とすることは、論理的に一貫しないとの指摘がある（出口 [1985] pp. 8~9）。それならばむしろ国際的強行法規は一律にその固有の法理によって適用されるとする見解も主張されている（西谷 [1999] p. 13）。

## ホ．公序論

公序論とは、当事者が指定した準拠法を具体的に適用した結果、法廷地の私法的社会秩序からみて受け入れ難い状況が生ずる場合に、当該外国法の適用を排除するものである（法例第33条参照）。上記（4節(2)ロ.）の設例でいえば、当事者による法選択を原則として有効と認めながらも、その法適用の結果が法廷地の公序に反する場合には、当該外国法の適用結果を排除することによって、労働法規の潜脱を防止できる。

もっとも、同理論は、外国法を準拠法として適用した結果、内国が維持しようとしている基本的法秩序が破壊されるおそれがある場合に、当該外国法の適用結果を排除するというものであり、国際私法体系上の適用場面は、準拠法たる外国法の適用の後の段階である。また、公序論と法廷地公法の適用理論とは、法廷地の法政策的利害をその理論的基礎とする点で共通しているが、公序論によった場合には、準拠法たる外国法の適用結果の排除後にどのような基準によって当該事案を処理するかについて判例と学説とが分かれており<sup>154</sup>、一定の指針を示すことは困難である。このため、同理論は本稿で考察の対象としている代用給付権規定の適用の理論枠組みとして援用することは適当でないと思われることから、以上の考察にとどめることとする。

## （4）小括：公法適用に関する諸理論の比較検討

以上が、公法適用に関する諸理論の概観である。

道垣内（正）教授が指摘されるように、第403条のごとき代用給付権規定を国家的利益の実現を目的とする公法的性質を有する規定と理解するならば、このような規定は当事者の意思にかかわらず、抵触法的指定とは異なる連結方法で渉外的法律関係に適用されるべきこととなる。それでは、第403条適用のための理論的枠組みとして、上述の法廷地公法の適用理論、公法の属地的適用理論、強行法規の特別連結論の各理論では、具体的事案の解決においてそれぞれどのような共通点・相違点が生じるのであろうか。

まず、強行法規の特別連結論であるが、同理論の特色として、法廷地公法の適用理論や公法の属地的適用理論によった場合とは異なり、債務準拠法でも法廷地法でもない、純然たる第三国の強行法規を適用することが可能となる点が挙げられる<sup>155</sup>。この点を設例を用いて検証してみたい。

154 多くの裁判例は、準拠外国法適用結果排除後に日本法を適用する（内国法適用説）という処理を行っているが、通説は、公序によって外国法の適用を排除する場合には、既に内国公序の立場から一定の結論が出されているはずであり、改めて何らかの規範を補充するという問題はないとする（欠缺否認説）（道垣内 [1999] p. 273）。

155 正確には、適用を欲するこうした第三国強行法規は、理論上、複数あってもよい。第三国強行法規が複数あって相互に適用を主張し合う場合に生じ得る難点を指摘するものとして、石黒 [1983a] pp. 45、54～57を参照。

スイス・バーゼル所在のドイツ企業の現地法人（売主・債権者）が、東京所在の日本企業（買主・債務者）に製品を売却した。売買契約の準拠法はドイツ法、製品の価格はユーロ建てで表示されていた。当該日本企業は、バーゼルにおいて売買代金債務をスイス・フラン建てで、当該ドイツ企業の現地法人に弁済した。このとき、外国為替市場では、スイス・フランがユーロに対して減価傾向にあったため、債権者たるドイツ企業の現地法人はこの支払を不服として、債務者である日本企業に対し、わが国でユーロによる売買代金債務の履行を請求した。こうした事案がわが国裁判所に持ち込まれた場合、法廷地たるわが国の裁判所としては、どのように判断すべきであろうか<sup>156</sup>。

上記3節(4)でみたように、代用給付権規定を純然たる私法規定と捉えて、代用給付権規定の有無を履行地法によって判断する履行地法説ないしは折衷説によれば、端的に履行地法たるスイス債務法第84条を代用給付権の準拠法として適用することができる。しかし、代用給付権規定を公法上の規定と解した場合、法廷地公法の適用理論によれば、法廷地たるわが国の公法規定しか適用の候補となり得ず<sup>157</sup>、同法第84条が公法的規定と性質決定されたとしても、これをわが国で適用する理論的な足がかりがない<sup>158</sup>。また、公法の属地的適用の理論によれば、スイス国内でなされた履行行為にはスイスの公法規定が適用されることとなろうが、同理論が法廷地たるわが国においてスイスの公法規定の適用を確保することまで要求するかは明確ではない。これに対して、強行法規の特別連結論によれば、法廷地であるわが国においても、同法第84条を第三国たるスイスの強行法規として適用する余地が生じることとなる。

以上で公法適用に関する諸理論によるアプローチの比較検討を終える。これらの理論について、どの説がいかなる利点あるいは難点を有するのかについては、抵触法的アプローチと公法適用アプローチの横断的検討とあわせて、次節において一括して論ずることとする。

156 本設例においては、議論の単純化のため、わが国に国際裁判管轄が認められることを前提とする。

157 もっとも、法廷地公法がいかなる根拠によって法律関係に適用されるかについて争いがあることは既に述べた(4節(3)口.)。

158 もっとも、ある外国の法が契約準拠法として包括的に指定される場合には、当該準拠法所属国の国際的強行法規は、国内法上の強行法規および任意法規とともに、契約の私法的側面(契約の成立と効力)に影響を及ぼす範囲で、法廷地において適用されることとなる(石黒[1983a] p. 43)。

## 5 . 諸アプローチの比較検討とまとめ

### (1) 抵触法的アプローチと公法適用アプローチの比較検討

#### イ．両アプローチの比較検討

3節と4節では、代用給付権の適用に関する諸アプローチの紹介と若干の比較を行った。ここでは、抵触法的アプローチと公法適用アプローチの双方を横断的に比較検討することにしたい。

まず、代用給付権の準拠法について、抵触法的な処理による場合のアプローチとしては、債務準拠法説、履行地法説、折衷説の3つの説が唱えられている(3節(4))が、これらの3つの説は、代用給付権の有無の準拠法について、債務準拠法によるか(債務準拠法説)、履行地法によるか(履行地法説、折衷説)という点で大別されることを確認しておく。

次に、抵触法的処理によらないアプローチとしては、法廷地公法の適用理論、公法の属地的適用の理論、および強行法規の特別連結論がある(4節(3))。以下では、これらを便宜上一括して、「公法適用説」と呼び、各個別の説に言及する場合にはその都度明記することとする。

両アプローチの比較検討に当たっては、代用給付により外貨金銭債務の弁済がなされたが、債権者がその弁済の効力を争って出訴した場合(債務者の行った代用給付が債務の本旨に従った弁済と認められるか否かが争われた場合)を素材とし、現実の履行地が法廷地と一致する場合、現実の履行地が契約準拠法所属国と一致する場合、および、現実の履行地が法廷地・契約準拠法所属国のいずれとも異なる地である場合とに分けて検討することとする。

まず、現実の履行地が法廷地と一致する場合には、履行地法説・折衷説、および公法適用説の間では結論に差異は生じない。すなわち、履行地法説・折衷説では、契約準拠法の分割指定と当事者意思の推定により履行地法の適用を導くことができ、公法適用説では、強行法規の特別連結論を持ち出すまでもなく、法廷地公法の適用あるいは公法の属地的適用として処理することができる。これに対して、債務準拠法説では、契約準拠法が法廷地法である履行地法と一致しない限り、履行地の代用給付権規定の適用が確保されない場合が生じる。例えば、現実の履行地と法廷地とが、ともにわが国であれば、履行地法説・折衷説、および公法適用説によれば、第403条の適用が確保されることになるが、債務準拠法説によれば、第403条の適用が確保されるのは、契約準拠法が日本法である場合に限られることとなる。

次に、現実の履行地が契約準拠法所属国と一致する場合には、債務準拠法説によっても、履行地の代用給付権規定の適用が確保されるほか、履行地法説・折衷説による場合には、履行地法と契約準拠法が一致しているため、契約準拠法の分割指定を行うまでもなく、履行地法の適用を導くことができる。また、公法適用説によれば、そのいずれの説によっても、法廷地または第三国の公法規定を援用することなく、契約準拠法所属国法上の公法として、履行地の代用給付権規定が適用されることと

なると思われる<sup>159</sup>。

以上のように、債務準拠法説による場合には、現実の履行地が契約準拠法所属国と一致する場合にのみ、履行地法上の代用給付権規定の適用が可能となるため、契約準拠法所属国以外の地で現実の履行がなされた場合には、当該履行地の代用給付権規定を適用する法律構成は見出しがたい。上記4節(4)の設例でいえば、スイス国内でなされた代用給付行為に対して、スイス法上の債務法第84条ではなく、契約準拠法たるドイツ法上のBGB第244条を適用する結果となり、このような場合には代用給付権の趣旨（内国債務者の保護・内国通貨流通の保護）が達成されないという難点が生じることは、3節(4)イ.において指摘したとおりである。

それでは、現実の履行地が法廷地、契約準拠法所属国のいずれとも異なる純然たる第三国である場合はどうか。公法適用説のうち、法廷地公法適用の理論によると、現実の履行地の代用給付権規定を法廷地で適用する理論的な足がかりがないことになる。次に、公法の属地的適用の理論によると、現実の履行地の公法としての代用給付権規定がこれを規律することとなろうが、この理論では、法廷地において、純然たる第三国の公法としての代用給付権規定の適用を認めることは必ずしも保証されない。また、債務準拠法説による場合には、契約準拠法所属国と現実の履行地が異なるため、現実の履行地の代用給付権規定を適用することはできない。したがって、代用給付権規定の適用のための法律構成としては、以下の2つの可能性のみが残る。第1は、履行地法説または折衷説により、代用給付権の有無については、履行地法によらしめる構成であり、第2は、公法適用理論のうち、強行法規の特別連結論により、当該代用給付権規定を第三国の強行法規ないし公法として適用する構成である。例えば、A国法を契約準拠法とする外貨金銭債務について、わが国でなされた円貨による代用給付をめぐる係争が、B国の裁判所に持ち込まれた場合を想定すると、第1の構成では、代用給付権の有無については履行地法として第403条の適用が導かれる（ただし、履行地法説が、換算の基準時点や為替相場については履行地法によるのに対し、折衷説は、この点につき債務準拠法説による）のに対し、第2の構成では、現実の履行地（わが国）の公法規定として端的に第403条の適用を導く余地がでてこよう。もっとも、公法の適用理論による場合であっても、強行法規の特別連結論を認めることについては、前述のとおり法例の解釈論としては学説が分かれていることを踏まえると、なお慎重な検討を要すると思われる。

#### ロ．検討

上記イ.においては、抵触法的アプローチのうち、債務準拠法説による場合の難点を指摘したが、代用給付権の有無について履行地法の適用を導く履行地法説および折衷説による場合にも、次のような難点が存在するように思われる。

159 前掲脚注158参照。

そもそも、履行地法説および折衷説は、代用給付権の有無について履行地法によるのが当事者の合理的な意思にかなうとして履行地法の適用を導くものであるが、鳥居教授の所説のごとく契約準拠法の分割指定を肯定したうえで黙示の当事者意思の推定として履行地法を適用する構成は、やや技巧的に過ぎるのではなからうか。国際私法理論が、契約の成立および効力につき、当事者の意思を連結点として採用している根拠の1つは、契約当事者の予測可能性の保護ということであったが、現実の履行地は、現実の給付があるまで確定しない以上、現実の給付以前に履行地を連結点として想定しても契約当事者の予測可能性の保護に資するかどうかは疑わしいといえよう。この点、代用給付権規定を公法的な性質を有する規定とみる場合には、当事者の予測可能性の保護は、そもそも関心対象とならないこととなる。

また、抵触法的アプローチ（折衷説ならびに、その基礎となる債務準拠法説および履行地法説）による場合、第403条が法定債務に適用される場合の説明に窮することになると考えられる。上述（2節(3)ハ(ロ)）のとおり、そもそも、第403条が法定債務に適用されるか否かは必ずしも明確ではないが、仮に、第403条が法定債務にも適用されるという立場を採る場合には、法定債務の準拠法に関する法例第11条1項の解釈との調整という難問が生じるように思われる。すなわち、伝統的な抵触法指定のアプローチのもとで代用給付権の準拠法を論じた際に履行地法説に関して言及した伝統的な補助準拠法概念や、鳥居教授の所説にみられるように契約準拠法の分割指定と当事者意思の推定により履行地法の適用を導き出す考え方は、いずれも契約準拠法（法例第7条1項）に関するものであったことに留意されたい。一方、わが国では、法定債務の成立および効力の準拠法は法例第11条1項により「原因タル事実ノ発生シタル地ノ法律」とされている。この場合、まず、契約準拠法の分割指定により債務の履行の態様について履行地法を適用する説（履行地法説、またはそれに依拠した折衷説）は、法定債務については採ることができないのは当然である。また、伝統的な補助準拠法概念に回帰するとしても、これを法定債務の場合にも拡張することは困難であろう<sup>160</sup>。このため、法定債務について、履行の態様（代用給付権）に関して「原因タル事実ノ発生シタル地ノ法律」とは異なる準拠法を観念することは理論的に困難であるように思われる。

それでは、債務準拠法説と同様の理論構成のもとで、法定債務の代用給付権の有無・内容を「原因タル事実ノ発生シタル地ノ法律」によらしめることは妥当であろうか。上述（3節(2)）のとおり、債務準拠法説は、代用給付権を債務の実質に関する問題と捉えることを理論的基礎とする。そして、同説の論者は、暗黙のうちに、外貨金銭債務が契約債務である（法例第7条1項が適用される）ことを前提に議論を組み立てているように思われる<sup>161</sup>。これは、当事者自治の原則を踏まえ、債務の実質の判断を契約当事者の意思によらしめる趣旨と考えられるが、法定債務について

160 補助準拠法概念の提唱者であったヌスバウムも、補助準拠法を、契約準拠法の分割指定の可否の問題との関係で論じていたとされる（石黒 [1983b] p. 294）。

161 例えば、高桑 [2003] p. 153を参照。



は、判断の基準たるべき当事者の意思が存在しない。したがって、法定債務を当事者自治を前提とした契約債務と同列に論ずることは困難であろう。結局、牴触法的アプローチによる場合は、法定債務との関係で調整困難な問題が生じるように思われる。

他方、代用給付権規定を公法的規定と理解した場合、それは牴触法的指定の埒外となり、法定債務について第403条が適用されるか否かの点は、公法的規定たる第403条の趣旨・目的に則って判断されることになるため、当事者の意思は問題とならない。さらに、この場合には、法例第11条1項では代用給付権の準拋法として履行地法が観念できないことも何ら不都合ではないといえる。

以上の諸点から明らかなように、法定債務の代用給付権をも視野に入れた場合には、牴触法的アプローチによる立論は理論構成として必ずしも十分ではないように思われる。これに対し、第403条を公法的規定と理解した場合には、外貨金銭債務の発生原因のいかんにかかわらず、渉外的法律関係における第403条の適用を導き出すことができることになる。そして、このように解した場合、外貨金銭債務が契約債務であり、契約準拋法が日本法である場合には、外貨金銭債務の内容（実質）については債務準拋法上の規定である第402条3項が規律する一方、代用給付権の有無・内容については公法的規定である第403条が規律し、両条項が重疊的に適用されることになろう。

## (2) まとめ

以上の比較検討を踏まえたうえで、本稿の考察についてのまとめを行うこととしたい。

従来、第403条は、暗黙のうちに、あくまでも金銭債務の内容に関する規定である（貨幣法秩序に関する規定ではない）と捉えられ、その結果として、渉外的法律関係においても、通常の牴触法的アプローチにより、同条が適用されると解されてきたものと思われる。これに対し、道垣内(正)教授は、同条を通貨に関する公法と捉えたうえで、通常の牴触法的指定と異なる公法適用アプローチによることを説かれている。

2節で検討したように、代用給付権の有無・内容は各国の法制ごとに区々であり、例えば、フランス法においては、公序（*ordre public*）の内容をなす一国の貨幣法秩序に関する問題として論じられている。このことは、代用給付権に関する法制度が、私人間の利害調整にとどまるものではなく、一国の貨幣法秩序と交錯する領域に位置していることを示しているといえることができる。

また、国際私法上は、各国法令中の規定が公法・私法のいずれに分類されるかは、国際私法に固有の目的から区別されなければならないとされる<sup>162</sup>。そして、国際私

162 横山 [1996] p. 22.

法において、公法としての処理が問題となるのは、その立法目的の実現のために、通常の国際私法規定の指定する準拠法とは別個独立に適用される法規であるとされている<sup>163</sup>。また、ある規定がどのような法典中に置かれるかは一国の法制度構築の便宜から決定されるものであり、国際私法上の公法・私法の区別は法典上の分類とは全く異なった次元でなされるべきものである<sup>164, 165</sup>。このような観点からは、国際私法学の見地から第403条を公法的性質を有する規定と捉える道垣内(正)教授の見解は、現行民法制定時の議論において、外貨現実支払特約と円貨の強制通用力の緊張関係が必ずしも十分に意識されていなかった可能性があることを踏まえ、第403条の意義を再考する視座を提供するものとして、有益な示唆を含んでいるように思われる。

さらに、第403条の渉外的法律関係への適用に当たり、現行民法起草者の見解に従って同条を私法上の任意法規と捉えたうえで、第403条の適用を当事者自治による契約準拠法の指定(法例第7条1項)の枠組みにより導く従来の抵触法的アプローチについては、理論的な難点があるように思われる。すなわち、代用給付権の準拠法については、現実の履行地が契約の履行段階において判明するものである以上、契約当事者の予測可能性の保護を理論的基礎の1つとして当事者の意思を連結点とする法例第7条1項の枠組みによる合理性は必ずしもないと思われる。さらに、法定債務について代用給付権が問題となる場合には、そもそも契約債務に適用される法例第7条1項によることはできず、他方で、法定債務の準拠法に関する法例第11条に依拠して履行地法の適用を導くことは困難であると考えられる。加えて、法例中に、端的に現実の履行地を連結点とする理論構成を導く手がかりとなる規定を見出すことは困難であると考えられる。

これに対して、第403条の渉外的法律関係への適用に当たり、公法適用アプローチを採用する場合には、同条は抵触法的指定の埒外の規定となり、当事者意思にかかわらず、法廷地たるわが国において、法廷地公法の適用ないし公法の属地的適用として処理されることとなろう。この場合、当事者の予測可能性の保護はそもそも関心対象とならず、また、債務の発生原因いかにかわらず、第403条の適用を導くことができる。

163 横山 [1996] p. 22.

164 折茂 [1970] p. 295、石黒 [1994c] p. 139注125。

165 例えば、折茂教授は、公法と私法とは、国家の制定した法的基準に従うことが私人の意思に委ねられているのか、あるいは、国家の側から一方的に強制されているのかを基準として決せられており、公法または私法に分類された法規は、それぞれ異なる準拠法決定の方法によって渉外的法律関係に適用されることになるとされている(折茂 [1970] pp. 287 ~ 290、297 ~ 302)。

## 参考文献

- 淡路剛久、『債権総論』、有斐閣、2002年
- 五十嵐 清、「弁済の通貨」、『ジュリスト臨時増刊No. 615 昭和50年度 重要判例解説』、有斐閣、1976年、218～220頁
- 五十嵐 紘、「外貨払判決と日本における別訴の可否」、澤木敬郎・青山善充（編）『国際民事訴訟法の理論』、有斐閣、1987年
- 石黒一憲、『金融取引と国際訴訟』、有斐閣、1983a年  
 、「国際金融取引と国際私法」、鈴木祿弥・竹内昭夫（編）『金融取引法大系 第3巻 為替・付随業務』、有斐閣、1983b年  
 、「スイス国際私法第二草案（1982年）について（3・完）」、『法学協会雑誌』第101巻第6号、有斐閣、1984年、138～178頁  
 、「ボーダーレス・エコノミーへの法的視座 / 第三十五回 外貨とは一体何なのか？（2） 外国金銭債務論序説」、『貿易と関税』1994年5月号（第42巻第5号、通巻第494号）日本関税協会、1994a年、44～54頁  
 、「ボーダーレス・エコノミーへの法的視座 / 第三十六回 外貨とは一体何なのか？（3）・完 外国金銭債務論序説」、『貿易と関税』1994年6月号（第42巻第6号 通巻第495号）日本関税協会、1994b年、46～65頁  
 、『国際私法』、新世社、1994c年
- 石坂音四郎、『日本民法 第三編 債権総論 上巻』、有斐閣、1921年
- 石田文次郎、『債権総論講義（債権総則・契約総則）』、弘文堂、1936年
- 磯谷幸次郎、『債権法論（總論）』、巖松堂書店、1927年
- 磯村 哲（編）『注釈民法（12） 債権（3）』、有斐閣、1970年
- 板村丞二、「外国通貨表示の債権について円貨により請求することの可否と換算方法等 最高裁昭和五〇年七月一五日判決」、塩田親文（編）『外国為替判例研究』、中央経済社、1987年
- 伊東すみ子、「不法行為にもとづく外国金銭債権 円切上げにともなう為替差損は誰が負担すべきか」、『自由と正義』第24巻第9号、日本弁護士連合会、1973年、59～68頁
- 梅 謙次郎、『訂正増補第十八版 民法要義 卷之三 債権編』、明法堂、1902年
- 江川英文、『国際私法』、有斐閣、1952年
- 大久保泰甫・高橋良彰、『ボワソナード民法典の編纂』、雄松堂出版、1999年
- 大塚正民、「判例評釈 昭和50年7月15日」、『民商法雑誌』第74巻第3号、有斐閣、1976年、451～461頁
- 大橋光雄、『新統一手形法論 下巻』、有斐閣、1933年
- 岡松参太郎、『四版 註釋 民法理由 下巻』、有斐閣、1898年
- 奥田昌道、『債権総論〔増補版〕』、悠々社、1992年
- 尾島茂樹、「仁井田益太郎『任意債権』」、加藤雅信・池田眞朗・大村敦志・鎌田 薫・道垣内 弘人・水野紀子・山本敬三（編）『日本民法施行100年記念 民法学説百年史』、三省堂、1999年

- 於保不二雄、『債権総論〔新版〕』、有斐閣、1972年
- 折茂豊、「屬地主義理論について」、『法學』第14巻第1号、良書普及會、1950年、69～87頁  
、『当事者自治の原則』、創文社、1970年  
、『國際私法（各論）〔新版〕』、有斐閣、1972年
- 勝本正晃、『債権総論 上巻』、巖松堂書店、1930年
- 川地宏行、『外貨債権の法理』、信山社、1996年
- 川名兼四郎、『債権法要論』、金刺芳流堂、1915年
- 久保岩太郎、『國際私法』、三笠書房、1939年
- 桑田三郎、「國際私法における強行的債務法の連結問題」、『法學新報』第59巻第11号、中央大學法學會、1952年、50～66頁
- 後藤明史、「弁済の通貨」、池原季雄・早田芳郎（編）『別冊ジュリストNo.133 涉外判例百選 第三版』、有斐閣、1995年、104～105頁
- 佐藤やよひ、「ヴェングラーの『強行法規の特別連結論』について」、『甲南法学』第37巻第4号、甲南大学法学会、1997年、139～172頁
- 実方正雄、「外國金銭債務の辨済」、『東北帝國大學法文學部十周年記念 法學論集』、岩波書店、1934a年、499～561頁  
、「外國金銭債務の相殺」、『法學』第3巻第5号、岩波書店、1934b年、471～511頁  
、「金銭に於ける法定通用並びに強制通用と契約の自由 民法に於ける金約款有効性の一焦點」、『法學』第6巻第2号、岩波書店、1937年、14～58頁  
、「金約款論』、有斐閣、1939年  
、「國際私法概論（再訂版）』、有斐閣、1952年
- 澤木敬郎・道垣内正人、『國際私法入門〔第4版再訂版〕』、有斐閣、2000年
- 鈴木五十三、「涉外判例研究 最判昭和50年7月15日」、『ジュリスト』613号、有斐閣、1976年、119～122頁
- 田尾桃二、「判例解説 最判昭和50年7月15日」、『最高裁判所判例解説民事篇（昭和五十年 度）』、法曹会、1979年、325～335頁
- 高桑 昭、「外国の通貨の給付を目的とする債務の弁済」、『京都大学法学部創立百周年記念 論文集 第三巻 民事法』、有斐閣、1999年、665～699頁  
、「國際商取引法』、有斐閣、2003年
- 田中二郎、「要説行政法 新版』、弘文堂、1972年
- 田中 徹、「弁済の通貨」、我妻 榮（編）『別冊ジュリスト No. 16 涉外判例百選（増補版）』、有斐閣、1976年、232～233頁  
、「國際的金銭債権」、遠藤 浩・林 良平・水本 浩（監）『現代契約法大系 第9巻 國際 取引契約（2）』、有斐閣、1985年
- 溜池良夫、『國際私法講義 第2版』、有斐閣、1999年
- 出口耕自、「國際私法上における消費者契約（二・完）』、『民商法雜誌』第92巻第5号、有斐閣、1985年、1～39頁
- 道垣内正人、「法適用關係理論における域外適用の位置付け法適用關係理論序説』、松井芳 郎・木棚照一・加藤雅信（編）『國際取引と法』、名古屋大学出版会、1988年

- 、『ポイント国際私法 総論』、有斐閣、1999年
- 、『ポイント国際私法 各論』、有斐閣、2000年
- 富井政章、『民法原論 第三卷 債権総論 上』、有斐閣、1929年
- 鳥居淳子、「涉外債権契約の補助準拠法」、『名古屋大学法政論集』第30号、名古屋大学法学部、1965年、38～59頁
- 中島玉吉、『民法釋義 卷之三 債権総論上』、金刺芳流堂、1922a年
  - 、『金貨約款論』、『民法論文集』、金刺芳流堂、1922b年
  - 、『債権総論』、金刺芳流堂、1930年
- 仁井田益太郎、「任意債権」、『法學協會雜誌』第35卷第7号、法學協會出版、1917年、1～14頁
- 西賢、「金銭債権」、国際法学会(編)『国際私法講座 第三卷』、有斐閣、1964年
- 西谷祐子、「ドイツ国際消費者契約法上の諸問題 、『強行法規の特別連結』に関する一考察」、『法學』第63卷第5号、東北大学法学会、1999年、1～38頁
  - 、『欧州における国際消費者契約法』、『NBL』744号、商事法務、2002年、43～53頁
- 畑口 紘、「代用給付権」、『ジュリスト増刊 国際私法の争点(新版)』、有斐閣、1996年、155頁
- 林 良平(編)『注釈民法(8) 物権(3)』、有斐閣、1965年
- 平井宜雄、『債権総論 第二版』、弘文堂、1994年
- 廣中俊雄(編)『民法修正案(前三編)の理由書』、有斐閣、1987年
- 法務大臣官房司法法制調査部(監)、『日本近代立法資料叢書3 法典調査会 民法議事速記録三』、商事法務研究会、1984年
- ボワソナード民法典研究会(編)『ボワソナード氏起稿 註釈 民法草案 財産編 第四卷(百 - 百三十五)』、雄松堂出版、1999年
  - (編)『ボワソナード氏起稿 再閲修正 民法草案註釈 第二編人権ノ部』、雄松堂出版、2000年
  - (編)『民法理由書 第二卷 財産編人権部』、雄松堂出版、2001a年
  - (編)『公文類聚 第十四編 明治二十三年 卷之八十一 民法草案』、雄松堂出版、2001b年
- 牧瀬義博、「新判例評釈 最判昭和50年7月15日」、『判例タイムズ』333号、判例タイムズ社、1976年、94～99頁
  - 、『通貨の法律原理』、信山社、1991年
- 松岡 博、「契約」、木棚照一・松岡 博・渡辺惺之、『国際私法概論 新版』、有斐閣、1991年
  - 、『国際取引と国際私法』、晃洋書房、1993年
  - 、『外国金銭債務』、国際法学会(編)『国際関係法辞典』、三省堂、1995年、107～108頁
- 森田宏樹、「電子マネーの法的構成(4)」、『NBL』622号、商事法務、1997年、33～39頁
- 山口弘一、『日本国際私法論』、巖松堂書店、1910年
- 山口俊夫(編)、『フランス法辞典』、東京大学出版会、2002年
- 山田録一、『国際私法 新版』、有斐閣、2003年
- 横田秀雄、『債権総論』、清水書店、1916年
- 横山 潤、「外国公法の適用と“考慮” 、『いわゆる特別連結論の検討を中心として』、『国際法外交雑誌』第82巻第6号、有斐閣、1984年、41～78頁

- 、「国際私法における公法」、『ジュリスト増刊 国際私法の争点（新版）』、有斐閣、1996年、22～24頁
- 我妻 榮、『新訂 債權總論（民法講義）』、岩波書店、1964年  
（編）『旧法令集』、有斐閣、1968年
- Mann, F.A., *The Legal Aspect of Money*, (5th ed.), Oxford University Press, 1992.
- Schmidt, Karsten, “§244,” *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 244-248 (Geldrecht)* (13. Bearb.), Sellier-de Gruyter, 1997.
- Siber, Heinrich, “§244,” *Planck’s Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 1.Häuf., Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil)* (4. Aufl.), J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1914.
- UNIDROIT, “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts,” 1994.（曾野和明・廣瀬久和・内田 貴・曾野裕夫（訳）、「ユニドロワ国際商事契約原則」、『NBL』754号、商事法務、2003年、53～66頁）
- Wengler, Wilhelm, “Die Anknüpfung des zwingenden Shuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie,” *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, Bd. 54, 1941, SS. 168-212.
- Wolff, Martin, *Private International Law*, (2nd ed.) Edition, Oxford University Press, 1950.
- Wood, Philip, *Law and Practice of International Finance*, Sweet & Maxwell, 1980.