

# 国際私法上における消費者契約・労働契約の連結方法

村 上 愛\*

- I はじめに
- II Mayer説とその後のフランスの学説の展開
- III 日本法の検討
- IV おわりに

## I はじめに

日本の国際私法上、強行法規の抵触法的処理については次の2つのものが認められてきた。通常の（双方向的）抵触法規による処理と直接的適用による処理である<sup>1)</sup>。平成18年6月に「法例」に代わり制定された「法の適用に関する通則法」（以下、通則法と略称する）は、その11条および12条において、いわば第3種の抵触法的な処理を与えている。これらの規定は、消費者契約および労働契約との関係において当事者自治を認めながら、消費者の常居所地および労務提供地の強行規定の適用可能性を肯定している。明文の規定こそないものの、直接適用されるべきいわゆる国際的強行法規の存在それじたいは立法に際しても認識されているとすると<sup>2)</sup>、通則法11条および12条の立法により、日本の国際私法には強行法規の新たな連結方法が導入されたといえよう。

このような処理は1980年契約債務準拠法に関するローマ条約5条および6条のそれに鼓吹されたものとみられる<sup>3)</sup>。ローマ条約もまた、強行法規の連結方法につき、次の3種類のを認めている。

- ①当事者による法選択、

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第5巻第3号2006年11月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

- 1) たとえば、折茂豊『当事者自治の原則』（創文社、1970）287頁以下は、それぞれ「私法」と「公法」として、「公法」である労働法は属地的に適用されるとしている。
- 2) 『法の適用に関する通則法関係資料と解説』別冊NBL110号235頁を参照。

②当事者による法選択に加えて、当事者の一方が消費者または労働者という属性をもつ場合に認められる客観的連結、

③通常の抵触法規に依存しない連結である<sup>4)</sup>。

その意味で、少なくとも契約関係については、通則法制定後の日本の国際私法とローマ条約は、強行法規の連結方法という点で、同様の処理を与えているといっても過言ではないであろう。

ローマ条約7条に相当する規定の立法が見送られたことからわかるように、いわゆる国際的強行法規の輪郭は依然として明確ではない。とはいえ、その直接適用性に異論のない法規が問題である以上、これまでと同様に、実務上それほど大きな不都合を惹起しないであろう。他方で、通則法11条および12条の各規定の想定する強行規定が何かは、その新奇性のゆえに、解釈論上の問題を提起するとみられる。

本稿は、比較的早くから強行法規の3分類を唱えていたMayerの見解を手がかりとしながら、上記3つの連結方法に服する強行法規の相互関係とくに②に分類される法規の性質を検討し、通則法11条および12条にいう強行規定の属性を明らかにしようとするものである。この目的のために、次の2点を順次検討する。すなわち、Mayerの見解における強行法規の抵触法上の処理とその後のフラン

---

3) 前掲註(2)151頁以下を参照。消費者契約および労働契約における当事者自治の原則の制限に関しては、溜池良夫『国際私法講義』(有斐閣、第二版、1999)330頁以下、山田録一『国際私法』(有斐閣、第三版、2004)313頁以下等を参照。ローマ条約5条をめぐる議論に関しては、出口耕自「国際私法上における消費者契約(1)(2)」民商92巻4号40頁、5号1頁、同「ヨーロッパ国際消費者契約法の混迷」国際私法年報6号116頁、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」法学63巻5号617頁等を参照。ローマ条約6条をめぐる議論に関しては、米津孝司『国際労働契約法の研究』(尚学社、1997)等を参照。

4) フランスの学説上、②の連結方法に服する強行法規と③の連結方法に服する国際的強行法規の関係は不明確である。「*lois de police*」は、両者を指すのか、それとも国際的強行法規のみを指すのか争いがある。これにたいして、ドイツでは、*lois de police*に相当する「*Eingriffsnormen*」は国際的強行法規のみを指すと考えられている(MünchKomm-Spellenberg, 4.Aufl., 2006, Art.34 EGBGB, Rz.10)。本稿では、②の連結方法に服する強行法規と③の連結方法に服する国際的強行法規の双方を含むものとして、*lois de police*という表現を使いたい。

スの学説の展開（Ⅱ）、そして、通則法11条および12条にいう強行規定の特定である（Ⅲ）。

## Ⅱ Mayer説とその後のフランスの学説の展開

Mayer<sup>5)</sup>は、一国の法規を適用根拠の点から公法、*lois de police*、私法の3つの種類に分類する。ローマ条約5条ないし7条の各規定に服する強行法規を*lois de police*に位置づけるMayerは、*lois de police*の観念に依拠してローマ条約5条ないし7条の各規定に服する強行法規の属性を分析する。その後のフランスの学説は、必ずしも*lois de police*の観念に依拠することなく、ローマ条約5条ないし7条の各規定に服する強行法規の属性を検討している。たとえば、Leclercはフランス実質法上の経済的公序論における「指導的公序」と「保護的公序」の抵触法的な意味を明らかにし、ローマ条約5条ないし7条の各規定に服する強行法規の属性をこれらの観念に基づいて説明する。以下では、Mayerの見解、そしてその後のフランスの学説の展開をLeclercの見解を中心にみてみたい。

### 1. Mayer説の紹介

Mayerは、消費者法および労働法を*lois de police*に位置づけている。Mayerによると、ローマ条約5条および6条は法廷地国の*lois de police*の適用基準を双方化した規定である、とされる。以下では、Mayerによる*lois de police*の定義およびその画定基準を示したのち（1）、法廷地国の*lois de police*の適用基準の双方化に関するMayerの見解を紹介する（2）。

#### 1) *lois de police*の定義およびその画定基準

Mayerは、一国の法規を適用根拠の点から以下の3つの種類のものに分類する。第1は、国際私法法規によって指定される私法的法規である。私法的法規は国際私法法規によって適用根拠を付与される。第2は、法規の目的を達成するため、

---

5) Mayerの見解に関しては、Mayer, *Les lois de police étrangères*, Clunet, 1981, 277; Mayer, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in: Ghestin/Fontaine (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, 513; Mayer/Heuzé, *Droit international privé*, 8 éd., 2004を参照。

国際私法法規による指定をまつことなく、内国と一定の関連性をもつ状況にたいして必ず適用される法規である。lois de police、直接適用の法規、または必要的適用の法規と呼ばれる。この法規は、自ら地域的適用範囲を特定し、事案がこの地域的適用範囲に入る場合に、必ず適用される。第3は、国家の存在が含意される問題を規律する公法である。公法の適用根拠は国際法にある。公法に属する問題について、各国は専属的な立法管轄権を有するので、法の抵触は発生しない、とされる<sup>6)</sup>。lois de policeと公法は、その性質上、次のように区別されている。すなわち、前者はもっぱら「個人に要求する行動を通じて」、国家が任を負う社会を組織するのにたいして、後者は国家そのものの「自律的な組織」を組織する。他方で、Mayerは消費者法、労働法そして不正競争防止法などをlois de policeと解し、公法とは別個の観念に位置づけている。公法もlois de policeも自ら地域的適用範囲を特定し、その地域的適用範囲に含まれる事案にたいして必ず適用されるという点では同一である。しかし、Mayer説においては両者が明確に区別される<sup>7)</sup>。

Mayerによると、lois de policeは、「直接適用の法規または必要的適用の法規」というカテゴリーの下位カテゴリーを構成する、とされる。直接適用の法規または必要的適用の法規とは、国家が自国と特定の関連を有する事案にたいしてその

---

6) 「公法」は次の4つに分類される。①国籍法や税法のように、国家がいわば法律関係の主体となる法規、②憲法のような国家の組織に関する法規、③刑法のように、国家がその固有の目的または少なくとも国家に関心のある目的を実現するために、その機関を通じて私人の法律関係に直接介入する法規、④出入国管理、輸出管理等、国家の領域における人や物の移動を規律する法規である (Mayer/Heuzé, *Droit international privé*, 8éd., 2004, 74-77)。

7) 公法とlois de policeの区別について、Mayerは次のように説明する。すなわち、公法はいかなる抵触法上の問題もひきおこさない点で、lois de policeとは異なる。立法管轄権を配分する国際法上のルールが存在し、各国にたいし、公法に関する問題を規律するための排他的な権限が付与される、と (Mayer, *Les lois de police étrangères*, Clunet, 1981, 302)。公法において、法秩序は専属的かつ無制限の権限を有するので、国際私法法規による指定の場合のように法秩序の権限の有無は問題にならない。公法的法規の場所的基準は、法秩序の内部である実質的解決 (たとえば、課税、国籍を付与する) とこれに反対する解決 (たとえば、非課税、国籍を付与しない) を画定するのに役立つ (Mayer, *Le rôle du droit public en droit international privé*, *Rev. intern. dr. comp.*, 1986, 471-482)。

適用を義務づける法規である。したがって、この法規の属する法秩序は、国際私法法規によって指定されない場合でも事案を規律する権限を有しうる<sup>8)</sup>。通常、地域的適用範囲は、法規の目的を達成するために（つまり立法者の追求する政策目的を達成するために）付与される。このように、法規の目的が一定の地域的適用範囲を要請する場合、この法規は *lois de police* と呼ばれる<sup>9)</sup>。

それではいかなる法規が *lois de police* と解されるか。Mayerによると、法規自体が必要的適用範囲を明らかにするのは非常に例外的であり、そのため、法規自体がこれを明らかにしない場合、法規の内容および目的から必要的適用範囲を

8) Mayer, *Les lois de police étrangères*, Clunet, 1981, 287.

国際私法上、ある実質法規が法律問題に解答を与えるためには、2つの条件が満たされなければならない。第1に、この実質法規の属する法秩序は、この紛争を最も適切に解決する任を負った法秩序、すなわち国際私法法規によって指定された法秩序でなければならない。第2に、事案は、実質法規の地域的適用範囲に含まれなければならない。これら2つの条件を満たしてはじめて、実質法規の法律効果が発生する。通常、実質法規はその地域的適用範囲を特定していない。このような実質法規は、地域的に制限のない適用範囲を有すると考えられ、国際私法法規によって指定されるとただちに適用される。したがって、ある実質法規の適用可能性は、①国際私法法規によって指定された法秩序への所屬と、②事案が実質法規の地域的適用範囲に入るという2つの条件によって決定されるというよりも、むしろ①の条件によって決定されるということが出来る。これにたいして、直接適用の法規または必要的適用の法規は、国際私法法規の指定する準拠法のいかに問うことなく、自ら特定した地域的適用範囲に含まれる事案にたいして必ず適用される。実質法規の地域的適用範囲と国際私法法規による法秩序の指定の関係について、横山潤「地域的に条件づけられた外国実質法規の適用」獨協14号1頁1頁以下を参照。

9) Mayer, *Les lois de police étrangères*, Clunet, 1981, 287-292.

これにたいして、法規の目的とは無関係に、もっぱら立法者の要求によって地域的適用範囲が付与される場合、この法規は直接適用の法規であっても *lois de police* ではない。Mayerは、このような法規としてフランス民法311-15条を挙げている。Mayerによると、同条は法廷地法の適用可能性を不当に拡大するものであり、適切ではない。311-15条は、311-14条の規定（「親子関係は子の出生時の母の属人法による。母の知らないときは子の属人法による」）にも拘わらず、嫡出子及びその父母、非嫡出子及びその父母の一方がフランスに共通の常居所または別個の常居所を有するときは、親子関係の他の諸要素が外国法に依拠することができた場合においても、身分占有はフランス法上身分占有から派生する全ての効果を生ずるものとする、としている（Mayer/Heuzé, *Droit international privé*, 8éd., 2004, 97. 条文訳は横山潤『国際家族法の研究』（有斐閣、1997）257頁を参照した）。「直接適用の法規であっても *lois de police* ではない」このような法規は、本来私法的法規に分類される法規にたいして、立法者が地域的適用範囲を不当に付与したものと考えられる。

解釈によって明らかにしなければならない、とされる<sup>10)</sup>。そして、Mayerは、法規の内容および目的ゆえに必要な適用範囲が要求される法規として、以下の3つものを挙げる<sup>11)</sup>。

(a) 一方当事者を他方当事者から保護する法規。こうした法規は、契約当事者の意思によって回避されることのないように、客観的な基準にしたがって適用されなければならない。消費者法や労働法が想定されているようにみえる。

(b) 領域上で契約を安全に履行するための法規。こうした法規は、領域上で画一的に適用されなければならない。物権に関する法規などである。

(c) 直接の目的である個人の保護を超えて、個人の形成する集団に固有の利益に奉仕する目的をもつ法規。このような利害関係は、伝統的な抵触法規によって必ずしも考慮されないので、この種の法規は強行的に適用されなければならない。不正競争防止法などである。

Mayerは、*lois de police*を厳格に(c)の法規に限定するFrancescakisの見解に異議を唱える。Francescakisは、*lois de police*を「国家の政治的、社会的そして経済的な組織の保護のためにその遵守が必要とされる」法規と定義しており<sup>12)</sup>、これは、(c)の集団的な利益に関わる法規を想起させる。これにたいして、Mayerは国家の政治的、社会的そして経済的組織にそれほど関わらなくても、その目的から地域的適用範囲が要請される法規があるとして、(a)の個人を保護する法規および(b)の領域上で画一的に適用されなければならない法規も *lois de police*であるとしている<sup>13)</sup>。Mayerによると、(a)の消費者法や労働法および(b)の物権に関する法規も集団的な利益に多かれ少なかれ関わる以上、(c)における「集団的な利益」を画定するのは困難であり、そのため、集団的な利益（または政治的、社会的、経済的組織）という基準は *lois de police*を画定するうえで適切ではない、とされる<sup>14)</sup>。

---

10) Mayer, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in: Ghestin/Fontaine (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, 520-525.

11) Mayer, *Les lois de police étrangères*, Clunet, 1981, 289-292.

12) Francescakis, *Rép. Dalloz droit international*, 1re éd., v° *Conflit de lois*, n° 137.

13) Mayer, *Les lois de police étrangères*, Clunet, 1981, 291.

## 2) 法廷地国の lois de police の適用基準の双方化

裁判官は、自国の実質法規が lois de police であるか否かを決定するために、実質法規の内容および目的を検討し、当該法規が固有の地域的適用範囲を要求するか否か、そして、必要とされる範囲を探求しなければならない。それでは、外国の実質法規が問題になる場合も同様に処理されるのか。換言すると、外国の lois de police は双方向的抵触法規ではなく一方的抵触主義的に適用されるのか<sup>15)</sup>。否定説に立つものとして、たとえば、Toubiana の見解がある。Toubiana によると、外国の lois de police は法廷地国の lois de police の適用基準を双方化することで得られる双方向的抵触法規によってのみ適用される<sup>16)</sup>。法廷地国の lois de police の地域的適用範囲と同一の地域的適用範囲を外国の関連法規に与えるのである。これにたいして、Mayer は法廷地国の lois de police の適用基準の双方化を原則として否定して、次のように主張する。すなわち、ある特定の問題について、法廷地国法の追求する目的と外国法の追求する目的は必ずしも一致しないので、必要な地域的適用範囲に関する基準も必ずしも一致しない。したがって、裁判官が外国の lois de police を適用する際には、この法規の作成者が追求する目的を検討しなければならない。ただし、消費者契約および労働契約の領域では、各国の立法者は等しい目的のもとで lois de police を定めており、その適用基準は一致すると考えられる。したがって、これらの領域では、例外的に法廷地国の lois de police の適用基準を双方化することができる、と<sup>17)</sup>。

Mayer は、ローマ条約5条および6条を法廷地国の lois de police の適用基準の双方化によって説明する。そして、ローマ条約5条・6条と7条の関係を次のよ

---

14) *ibid.*, 291-292.

15) Mayer は、外国の lois de police の適用を肯定したうえで、外国の lois de police が内国の双方向的抵触法規によって指定される法秩序に属する場合、これを契約準拠法の一部として適用するよう主張する。さらに、外国の lois de police が抵触法規によって指定された法秩序に属しない場合であっても、外国の lois de police をそれ自体として適用する余地がある、としている。Mayer によると、裁判官は外国の lois de police の目的の実現が必要的であると考えられる場合には常にこれを遵守しなければならない、そしてこれにより判決の国際的調和が実現する、とされる (Mayer/Heuzé, *Droit international privé*, 8éd., 2004, 93 を参照)。

16) Toubiana, *La domaine de la loi du contrat en droit international privé*, 1972, n° 259.

うに説明する。すなわち、双方化は特定の「事項」、換言すると、契約のカテゴリー（たとえば、労働契約）や人のカテゴリー（たとえば、消費者）を対象としており、法規の内容（たとえば、価格の決定に関する法規、利息の制限に関する法規、または労働時間に関する法規等）に応じて、法規（群）を対象とすることはできない。というのは、法規（群）の数は非常に多く、これを双方化の対象とすると、方法が非常に複雑になるからである。双方化の対象となる事項には多様な *lois de police* が含まれるので、その中には通常の適用基準（消費者の常居所地や労務提供地）とは異なる適用基準を有する *lois de police* もある<sup>18)</sup>。双方向的抵触法規と並行して、*lois de police* の一方的な適用が認められることで、双方化ではカバーされない *lois de police* の適用が可能になる、と<sup>19)</sup>。Mayer は、ローマ条約5条および6条の対象となる *lois de police* を含む全ての *lois de police* がローマ条約7条の規定を介して適用されうるとしている。ローマ条約7条における *lois de*

---

17) Mayer, *Les lois de police étrangères*, Clunet, 1981, 292-296; Mayer, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in: Ghestin/Fontaine (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, 525-527.

ただし、Mayer は、ローマ条約5条および6条においては、消費者の常居所地法や労務提供地法の適用が（契約準拠法よりも消費者や労働者にとって有利であるという）法規の保護的性質に服することから、ローマ条約5条および6条における双方化を「偽双方化（pseudo-bilatéralisation）」と表現する。「…偽双方化を行うことは時に可能である。すなわち、特別な連結基準による外国法の指定は、この場合、同法の *lois de police* たる性質（たとえば、その弱者保護的な性質から引き出される、または特定の行動を禁止するという事実から引き出される）の確認にしたがう。…例外的に、国益があらゆる国においてある特定の関係の規制に結びつく——この規制の内容がどのようなものであろうと——と合理的に推定できる場合、真の双方化を行うことも考えられる。消費者保護の領域は、このようなものでありうる」（Mayer/Heuzé, *Droit international privé*, 8éd., 2004, 95）としている。

18) たとえば、1975年7月4日のバリ控訴院判決（Paris, 4 juillet 1975, *Rev. crit.*, 1976, 485, note A. Lyon-Caen）は、フランス法人とフランス人間で締結され、ユーゴスラビアで履行された労働契約（契約準拠法は労務提供地法であるユーゴスラビア法）にたいし、有給休暇に関する1939年のフランスのデクレを *lois de police* として適用した。A. Lyon-Caenによると、本判決は、フランスで労務が提供されなかったにも拘わらず、有給休暇に関するフランス法を *lois de police* として適用したことから、労務提供地という適用基準に加えて、「使用者の事業所」という補完的な適用基準を認めている、とされる。

19) Mayer, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in: Ghestin/Fontaine (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, 532-533.

policeの定義（「準拠法のいずれであるかを問わず…適用可能な強行法規」）は非常に広いので、消費者や労働者を保護する lois de police もこれに含まれると考えられること、また、ローマ条約7条の規定は外国の lois de police の適用にいくつかの条件を設けているが、消費者法や労働法の lois de police を特に除外していると推測するのは困難であることをその根拠としている<sup>20)</sup>。

## 2. その後のフランスの学説の展開

Mayerは、ローマ条約5条および6条を法廷地国の lois de police の適用基準の双方化によって説明する。双方化を前提にすると、冒頭で述べた3つの連結方法に服する強行法規の相互の関係はどのように解されるのであろうか。双方化のためには、「雇用」や「消費者契約」という特定の「事項」全体が、労務提供地や消費者の常居所地を適用基準とする lois de police によって規律されなければならない。双方化を肯定するならば、ローマ条約5条および6条の各規定にいう強行法規は、冒頭で述べた②の連結方法に服する強行法規のみを指すことになる。①の連結方法に服する強行法規は含まれない。しかし、法廷地国の lois de police の適用基準の双方化を前提として、ローマ条約5条および6条の各規定に服する強行法規の属性を説明することには賛成できない。以下では、法廷地国の lois de police の適用基準の双方化の当否を検討し（1）、つづいて、フランス実質法上の経済的公序論における「保護的公序」と「指導的公序」の観念とその抵触法的な意味を明らかにする Leclerc の見解を紹介する（2）。

### 1) 法廷地国の lois de police の適用基準の双方化の当否

法廷地国の lois de police の適用基準の双方化にたいする批判は、Fadlallahの次の言葉に要約されると思われる。すなわち、「lois de police の特性は、その一方的メカニズムにあるというより、むしろ法規の内容とその地域的適用範囲との結合関係にある。双方化は、この具体的で特殊な関係を見落としている。地域的要素は lois de police の実質的な一貫性、すなわち、その効力と強く結びついているにも拘わらず、双方化すると先験的かつ実質的な解答に無関心な方法に基づい

20) Mayer, Les lois de police étrangères, Clunet, 1981, 328, note 146.

て、抽象的に推論される。…外国の *lois de police* の適用と法廷地国の *lois de police* の適用は対称的ではない。外国の *lois de police* の適用は、この国での特徴である適用の必要性を法廷地国に反映したものである<sup>21)</sup>」。上にみたように、Mayerは、双方化を原則として否定するものの、消費者契約や労働契約の領域では、これを例外的に肯定する。以下では、双方化に必要な条件を整理した Moreau の見解<sup>22)</sup> を参考として、消費者契約および労働契約の領域において双方化が可能か否かを検討したい。

(a) 政策を実現するために *lois de police* が介入する必要性

双方化のためには、双方化の対象となる領域について各国が *lois de police* を定めていなければならない。もし、ある国が双方化の対象となる領域中の実質法規にたいして必要な地域的適用範囲を付与していなければ、この法規にたいして先験的に、そしてあらかじめ決められた基準によって必要な地域的適用範囲を付与するのは適切ではない。私人間の契約関係の規律にそれほど積極的ではない国もあるので、各国が法廷地国と同様に特定の領域に介入し、*lois de police* を定めるとはかぎらない<sup>23)</sup>。

(b) *lois de police* の適用基準の一致

双方化の対象となる領域について各国が *lois de police* を定めているだけでは不十分である。さらに、*lois de police* の必要な地域的適用範囲が一致していなければならない。*lois de police* の地域的適用範囲、すなわちその適用基準は法規の内容および目的と密接に関連する。たとえ、ある領域について各国が *lois de police* を定めていても、各国が法廷地国と同じ目的を追求しているとはかぎらない。法規の内容や目的が異なると、それに応じて *lois de police* の地域的適用範囲も異なりうる<sup>24)</sup>。

(c) 双方化の対象となる「事項」における国益の遍在

双方的抵触法規は、「婚姻」や「能力」などの事項を単位として法秩序に適用

---

21) Fadlallah, *La famille légitime en droit international privé*, 1977, n° 137.

22) Moreau, *Lois de police et contrat international de travail*, thèse, Paris X, 1993, 59-64.

23) *ibid.*, 60.

24) *ibid.*, 61.

可能性を付与するのにたいして、*lois de police*は特定の法規（群）を単位として適用可能性を付与する。法廷地国の*lois de police*の適用基準の双方化によって得られる双方向的抵触法規は、特定の「事項」を対象とする。したがって、双方化のためには、この事項全体が*lois de police*に服すること、換言すると、この事項全体が国益によって支配されていることが必要である。しかし、一般に国際私法は私益に関わり、国益には部分的にしか関わらない<sup>25)</sup>。

Moreauによると、法廷地国の*lois de police*の適用基準を双方化するためには、以上の3条件が充足されなければならない、とされる<sup>26)</sup>。それでは、消費者契約および労働契約の領域において、この3条件は充足されるのであろうか。Moreauは、いずれの領域においても、(a)と(b)の条件が充足されると述べている<sup>27)</sup>。すなわち、各国は事業者よりも不利な立場に置かれる消費者の保護という等しい目的のもとに、自国の領域上で消費活動をする全ての者にたいして自国法の適用を要求する。同様に、各国は労働者保護という等しい目的のもとに、自国の領域上で労務を提供する全ての労働者を対象とする法規を定める。いずれの場合も、特定の政策を実現するために*lois de police*が介入し、その適用基準（消費者契約は消費者の常居所地、労働契約は労務提供地）も一致する<sup>28)</sup>。次に、(c)の条件について、Moreauは労働契約の領域のみがこれを充足するとしている。というのは、労働法は労働関係に関して生じるあらゆる問題に解答を与えるのにたいして、消費者法は契約に関して生じる問題の一部にすぎない消費者の利益保護にしか関わらないからである。Moreauによると、売買契約や役務提供契約全体を消費者の常居所地法に服せしめるのは適切ではなく、一般債権法によって規律される契約の側面について当事者自治の原則を排除する理由はない、とされる<sup>29)</sup>。

労働契約の領域において(c)の条件が充足されると考えるMoreauの見解には疑問がある。消費者契約のみならず労働契約の領域においても、*lois de police*が「消費者契約」や「雇用」という事項全体を規律するとは思われない。今かりに、日

---

25) *ibid.*, 61.

26) *ibid.*, 62.

27) *ibid.*, 63.

28) *ibid.*, 64.

本の労働基準法は *lois de police* であると考えれば、その適用基準（労務提供地）は事項（雇用）ではなく、労働基準法という法規（群）を単位として実質法規の適用範囲が決定される。横山が指摘するように、雇用という事項を単位として双方化すると、雇用に関する法規の総体が指定の対象となるので、民法の雇用に関する規定もこれに含まれることになる。民法の雇用に関する規定は通常の私法的規定であるから、これを *lois de police* と考えるのは困難であろう<sup>30)</sup>。 *lois de police* によって規律されない契約の側面について、契約債権に関する一般法である当事者自治の原則を排除する理由はないと思われる。消費者契約や雇用という事項に関わる法規の総体ではなく、そのうちの *lois de police* についてのみ適用基準を双方化して特別な抵触法規を作成するならば、同一事項の内部で *lois de police* とそれ以外の法規にたいして異なる抵触ルールを認める結果になる。しかし、国際私法はある事項について法秩序に適用可能性を付与するので、消費者契約や雇用という事項の内部で、異なる抵触ルールに服する法規の併存を認めることはできない。

ローマ条約5条および6条を法廷地国の *lois de police* の適用基準の双方化によって説明するならば、ローマ条約5条および6条にいう強行法規は、冒頭で述べた3つの連結方法のうち②の連結方法に服する強行法規のみを指し、①の連結方法に服する強行法規を含まない。しかし、ローマ条約5条および6条の適用において、これら双方の強行法規を区別することはできない<sup>31)</sup>。ローマ条約5条および6条は、消費者契約や労働契約という契約類型に関わる法規を双方化した規定であるとは考えにくい。ある契約にたいして②の連結方法に服するか否かを決定

---

29) *ibid.*, 65-71. Moreauは、「経済的弱者（消費者または労働者）にたいして、彼らの法律状況と関連する立法中の保護的規定による保護を保障するのが望ましい」として、消費者契約および労働契約について特別な抵触法規を定めるよう主張する。Moreauによると、ローマ条約5条および6条は、*lois de police* の適用基準を「偽双方化」した規定である、とされる。消費者の常居所地法や労務提供地法の適用可能性は、同法が消費者や労働者を保護するかという法内容に左右されるからである。Moreauは、これを、法内容に左右されることなく消費者の常居所地法や労務提供地法を一貫して適用する「完全な双方化」の前段階に位置づける。そして、労働契約の領域においては、完全な双方化を認めるのが望ましいとしている。

30) 横山潤「外国の輸出管理と国際私法」国際91巻5号9頁。

するのは契約類型ではなく、当事者の一方の属性であるにすぎないからである<sup>32)</sup>。

たしかに、ローマ条約の立法経緯に鑑みると、ローマ条約5条および6条を法廷地国の *lois de police* の適用基準の双方化によって説明する Mayer の見解は、規定のうえでも正当化されていたと思われる。1972年のローマ条約草案には、消費者契約や労働契約に関する特別な双方向的抵触法規はなく<sup>33)</sup>、民法上の強行規定以外は全てローマ条約7条に相当する条約草案7条で処理されることが予定されていた<sup>34)</sup>。草案は、強行法規を①の連結方法に服する強行法規と③の連結方法に服する国際的強行法規に2分類していたものとみられる<sup>35)</sup>。Mayer の見解は、国際的強行法規のうち双方化が例外的に可能な強行法規 (*lois de police*) を、第

31) ドイツにおいても、ローマ条約5条・6条を国内法化したEGBGB29条・30条にいう強行法規は、当事者の合意により排除できない保護法規を意味し、ここには消費者や労働者に関する特則や判例法理のみならず一般的な契約に関する規定も含まれる、とする見解が多数説である。MünchKomm-Martiny, 4.Aufl., 2006, Art.29 EGBGB, Rz.56, Art.30 EGBGB, Rz.34-36; Staudinger-Magnus, 13.Aufl., 2002, Art.29 EGBGB, Rz.102, Art.30 EGBGB, Rz.75-78.

日本法上、①の連結方法に服する強行法規と②の連結方法に服する強行法規を区別して解釈・適用するのが適切ではないことを示すものとして、たとえば、労働基準法26条と民法536条2項の適用が問題になった東京高判昭和57・7・19労判390号36頁が挙げられる。事案は、アメリカ法人Yに雇用され、日本で労務を提供していた日本人Xが、Yにたいし、ストライキに伴う休業命令により休業した間の賃金の支払いと、予備的に休業手当の支払いを請求した、というものである。賃金請求権は民法536条2項において規定され、休業手当は労働基準法26条において規定されている。通説および判例によると、休業手当債権と賃金債権は競合し、労働基準法26条における使用者の帰責事由は、民法536条2項におけるそれよりも広く、民法上は使用者の帰責事由とならない経営上の障害も天災事変などの不可抗力に該当しないかぎりにはそれに含まれる、とされる（最二小判昭和62・7・17民集41巻5号1283頁、菅野和夫『労働法』（弘文堂、第7版補訂版、2006）、216頁）。このように、労働基準法26条と民法536条2項は密接に関係するので、一方のみを解釈・適用すると法規の趣旨を損なうおそれがあり、適切ではないといえよう。しかし、判決は、各請求権の基礎となる民法と労働基準法の適用可能性に言及し、賃金債権については、当事者の黙示意思および法例7条2項の行為地法を根拠に日本法（民法536条2項）を、休業手当債権については、強行規定である労働基準法26条を当然に適用すべきである、とした。結論は妥当であるが、2つの請求権にたいして異なる抵触法上のアプローチを採用した点には疑問がある。

32) たとえば、民法96条の錯誤に関する特則である「電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律」は、当事者の一方が消費者の場合には②の連結方法に服する強行法規に分類されるが、当事者双方が事業者の場合には①の連結方法に服する強行法規に分類されるであろう。

3種の強行法規として国際的強行法規とは別の枠組みで処理することを理論的に正当化するものであったといえる。

Mayer説において、②の連結方法に服する強行法規は、③の連結方法に服する国際的強行法規の例外として位置づけられるように見える。しかし、法廷地国の *lois de police* の適用基準の双方化から導かれるこのような位置づけには疑問がある。②の連結方法に服する強行法規は、むしろ①の連結方法に服する強行法規の例外として位置づけられると考えられる。すなわち、①の連結方法に服する強

- 
- 33) ただし、当事者自治の原則を認める条約草案2条は3項において、「しかし、労働関係において、当事者による法選択は、労働者が通常労務を提供する国で実施される労働者保護的な強行規定 (*dispositions impératives protectrices du travailleur*) に違反することはできない」として、労働関係において当事者自治の原則を制限していた。なぜ、労働契約についてののみ当事者自治の原則が制限され、保険契約や消費者契約については同様の制限が認められなかったのか、必ずしも明らかではない。これを批判する見解として、たとえば、Hartleyは、「消費者契約にたいする規定が、労働契約にたいする規定に沿って作られるべきか否か」を検討すべきであるとした (Hartley, *Some Aspects of the Draft Convention from the Point of View of British Law*, in: Lando/v. Hoffmann/Siehr (eds.), *European Private International Law of Obligations*, 1975, 112)。Landoも、消費者契約に加えて保険契約についても、労働契約と同様に当事者自治の原則が制限されるべきであったとしている (Lando, *The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-contractual Obligations*, *LabelsZ*, 1974, 20-21)。
- 34) 条約草案7条は、「契約が、2条、4条、5条、6条、16条、17条、18条そして19条3項によって適用可能とされる法の属する国以外の国とも同様に関連を有し、そしてこの別の国の法の中に次の規定、すなわち、他のいかなる国の法も排斥して強行的に当該領域を規制する規定 (*des dispositions réglant impérativement la matière d'une façon qui exclut l'application de toute autre loi*) が存在する場合、規定の特別な性質または目的によって正当化されるかぎり、これらの規定が考慮される」と定める。
- 35) 経済的弱者の関わる契約は、草案7条とは別の枠組みで処理されるべきであるとする見解もあった。たとえば、Landoは、③の連結方法に服する国際的強行法規の中で、経済的弱者を保護する私法的法規と外国為替管理法に代表される公法的法規を区別し、もっぱら公法的法規が条約草案7条の対象になる、とした。Landoは、保護的な私法的法規が双方向的抵触法規の指定の対象になることを前提として、経済的弱者の関わる契約において当事者自治の原則を排斥する。そして、消費者契約は消費者の常居所地に、また、労働契約は労務提供地に連結するよう主張した。これにたいして、草案7条を支持する Batifol/Lagardeは、対等当事者間の契約と経済的弱者の関わる契約の区別は困難であると指摘し、経済的弱者の関わる契約も一方的アプローチによって処理するのが適切であるとした。すなわち、各国は、自国の保護的法規が国際的契約に適用を要求するか否か、そしてどの程度要求するかを決定し、外国はこの適用要求を考慮すべきである、とする (Batifol/Lagarde, *Droit international privé*, t. 2, 5 éd., 1971, 222-224を参照)。

行法規のうち、当事者の一方が消費者または労働者という属性をもつ場合には、客観的連結によっても適用されうるものが②の連結方法に服する。ローマ条約5条および6条の規定を法廷地国の *lois de police* の適用基準の双方化によって説明するのが適切ではないとすると、双方化に代わる手がかりとして、フランス実質法上の経済的公序論における保護的公序と指導的公序の区別に着目したい。

## 2) 国内的公序の国際的平面への投影

Leclerc<sup>36)</sup>は、ローマ条約5条および6条の対象となる法規とローマ条約7条の対象となる法規の区別基準を指導的公序と保護的公序の区別に求める。Leclercによると、ローマ条約5条および6条は保護的公序を、そしてローマ条約7条は指導的公序を国際的平面へ投影した規定である、とされる。以下では、フランスの経済的公序論における指導的公序と保護的公序の区別を概観したのち（イ）、Leclercの見解を紹介する（ロ）。

### イ) フランスにおける経済的公序論

フランスの学説上、フランス民法典6条の「公序」は、古典的な政治的公序と経済的公序に区別される<sup>37)</sup>。すなわち、立法当初、公序として念頭に置かれていたのは、社会秩序の維持に最小限必要な国家の政治的秩序や家族組織の防衛であった<sup>38)</sup>。この古典的公序にたいして、経済的公序は、契約当事者間の契約関係を調整するために経済的自由を制限する公序である。学説上、経済的公序の観念は規制目的に応じて、「指導的公序」と「保護的公序」に区別される。前者は、貨幣価値の維持、生活必需品の確保、生産物の価格の統制など社会一般の利益のために一定の経済的目標の達成を目指すものであるのに対して、後者は労働者、賃借人、消費者などの経済的弱者保護を目的として契約内容を規律するものであ

36) Leclerc, *La protection de la partie faible dans des contrats internationaux*, 1995.

37) フランス法上の公序概念に関して、以下のものを参考にした。山口俊夫「現代フランス法における『公序 (ordre public)』概念の一考察」法学協会百周年記念論文集第三卷（有斐閣、1983）44頁以下、後藤卷則「フランス法における公序良俗論とわが国への示唆」椿寿夫＝伊藤進編『公序良俗違反の研究』（日本評論社、1995）152頁以下、森田修「民法90条」川島武宣＝平井宣雄編『新版注釈民法(3)』（有斐閣、2003）112頁以下。

38) 山口・前掲註（37）47-48頁、後藤・前掲註（37）156-157頁、森田・前掲註（37）112頁

る<sup>39)</sup>。指導的公序と保護的公序は、その違反の効果において区別される。すなわち、指導的公序の違反行為の効果は絶対無効とされる一方で、保護的公序の違反行為については、被保護者にのみ無効主張を認めれば足りる相対無効とされる。さらに、指導的公序の違反行為は一般的に禁止されるのにたいして、保護的公序は経済的弱者保護のために法律行為の有効性の最低基準を定めるものであることから、その違反行為は経済的弱者の利益になるかぎりですら許容される<sup>40)</sup>。

さて、フランスでは、労働者に有利な違反を許容する労働法規は特に「社会的公序」と呼ばれる。フランス労働法上、公序は「社会的公序(相対的公序)」と「絶対的公序」に区別され、社会的公序は、労働法に固有の公序であって、労働者に最低限の保護を保障し労働者に有利な違反を許容する<sup>41)</sup>。これにたいして、絶対的公序は労働者に有利な違反を許容しない。社会的公序には、次の2つの機能が

---

39) 山口・前掲註(37)59頁、後藤・前掲註(37)157-158頁、森田・前掲註(37)112-113頁。

40) 山口・前掲註(37)60頁以下。被保護者の利益になる違反として、「労働者の賃金や労働条件に関する法定最低基準を上回る約定や、消費者保護のために法定された契約撤回権の行使期間の延長の特約などを始め、さらに、特定の契約における一方当事者による相手方に対する情報提供義務に公序性が認められたような場合」(山口・前掲註(37)61頁)が挙げられている。山口説によると、指導的公序と保護的公序は、公序違反の法律行為の追認または既得権の放棄可能性という点からも区別される。指導的公序違反の効果は当事者の意思に左右されないのにたいし、保護的公序違反については、被保護者による追認が認められ、したがって既得権の放棄は可能である、とされる(山口・前掲註(37)62頁)。

41) 社会的公序および絶対的公序に関しては、Pélissier/Supiot/Jeanmaud, *Droit du travail*, 22 éd., 2004, n° 80, n° 784-786; Bonnechère, *L'ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité*, Dr. ouvr., 1988, 171; Rozes, *Remarques sur l'ordre public en droit du travail*, Dr. soc., 1977, 311等を参照。

社会的公序は、労働協約と法規との関係で問題になる。労働法典L.132-4条は「協約および協定は、現行の法律および規則より労働者に有利な規定を含むことができる。協約および協定は、これらの法律および規則の公序の規定に違反することはできない」と定める。しかし、フランスでは労働条件を規制する法規のほとんどが公序規定なので、協約は現行法規と異なる定めをできないことになる。そこで、公序概念を「絶対的公序」と「相対的公序」にわけ、労働条件を規制する労働法規の大部分を労働者に有利な違反を許容する社会的公序として、法規よりも有利な協約の定めを認めるのである。1973年3月22日のコンセイユ・デタ判決(Cons. d'Et. 22 mars 1973, Dr. soc., 1973, 514)において、協約は、労働者に有利なかぎり労働法における公序に違反するという原則が確立された(矢部恒夫「フランス法における労働協約と労働契約」学会誌労働法61号106-107頁を参照)。

あるとされている。第1に、法律の規定より労働者に不利な協約を排斥する禁止的機能、第2に、労働者に有利であれば法律への違反を認める許可的機能である<sup>42)</sup>。社会的公序は、法律に違反する法規を排斥するものとして介入するというよりも、むしろ、労働者に最も有利な法規を優先させ、内国の規範の抵触を解決する原則として介入する。労働法の大部分は、絶対的公序ではなく社会的公序である<sup>43)</sup>。社会的公序は、労働協約と法規との関係で問題になるというその特殊性ゆえに、保護的公序の属する「民事的」カテゴリーに属しないとの見解もみられるが、社会的公序も個人を保護する保護的公序の一つに位置づける見解が有力である<sup>44)</sup>。Leclercは、保護的公序と社会的公序には同一の機能、すなわち法規の定める保護の最低基準を上回る場合のみ当事者の意思を有効とする機能があることから、これらを「保護的社会的公序」として、その国際的平面への投影を明らかにしている<sup>45)</sup>。そこで、以下では、労働法上の社会的公序を含む場合には、「保護的社会的公序」と表現して、Leclercの見解をみてみたい。

ロ) 国内的公序の国際的平面への投影

Leclercは、国内的公序の要請を国際的平面で保障するために *lois de police* の

42) Rozes, *op.cit.*, 312.

43) 労働法中にも絶対的公序と考えられる法規は存在する。1973年3月22日のコンセイユ・デタの判決 (Cons. d'Et. 22 mars 1973, Dr. soc., 1973, 514) によると、その文言上強行的な性質を示す規定、または、労働法の領域を超える場合、もしくは、その性質上協約関係を越える利益や保障に関わる場合には、憲法において表明される基本原則や国内法（場合によっては国際法）上の法規に違反することはできないとされる。労働法上、公序の法規にたいする違反の禁止は相対的であるが、労働法の外では、通常原則（絶対的な違反の禁止）が労働契約および労働協約に適用されるといえる。さらに、判決は「その性質上協約関係に属しないことを理由に、利益または保障は交渉の領域から外れる」として、この場合にも労働協約による有利な違反が許されないとしている。このような事項として、公務員の権限や労働審判所の管轄権（たとえば、官庁が権限を有しない場合に、当事者は解雇をこの官庁の許可に服せしめるよう合意することはできない）や、罪刑の法定（国家機関のみが罪刑の法定に関する権限を有するので、当事者は協約法規違反が刑罰によって制裁されるとの合意をすることはできない）が挙げられる (Pélissier/Supiot/Jeanmmaud, *Droit du travail*, 22 éd., 2004, n° 785)。

44) Couturier, *L'ordre public de protection; heurts et malheurs d'une vieille notion neuve*, in: *Etudes J. Flour*, 1979, 113.

45) Leclerc, *op.cit.*, 373.

観念が生まれたと考える<sup>46)</sup>。そして、ローマ条約5条ないし7条の規定は、国内的公序を国際的平面へ投影した規定であるとする。Leclercによると、国内法上、指導的公序と保護的社会的公序の性質は異なるので、国内的公序を国際的平面で実現する *lois de police* の性質は、この *lois de police* が国内法上指導的公序にあたるか保護的社会的公序にあたるかに応じて、異なる<sup>47)</sup>。指導的公序を投影する *lois de police* は、事案にたいして直接的に適用され、違反行為を許さない。指導的公序の法規は、経済的または社会的組織の保護に必要なものを最小限かつ最大限保護することを目的とする。したがって、国際的平面においても違反行為は認められない<sup>48)</sup>。これにたいして、保護的社会的公序を投影する *lois de police* は、保護の最低基準を保障するにとどまり、事案にたいする直接的な適用を必ずしも要求しない。保護的社会的公序の *lois de police* は、もはや直接適用の法規たる性質を失い、「最低限の適用の法規」、すなわち保護の最低基準を下回る外国法に代わって適用される法規であるといえる。*lois de police* の観念はもはや直接適用の法規と同義ではなく、保護的社会的公序の領域では、直接適用のメカニズムが放棄される<sup>49)</sup>。ローマ条約7条の規定は指導的公序、ローマ条約5条および6条の各規定は保護的社会的公序のメカニズムを国際的平面に投影した規定である、とされる<sup>50)</sup>。

Leclercの見解を強行法規の3分類に当てはめると、指導的公序は③の連結方法に服する国際的強行法規に対応する。そして、保護的社会的公序は、②の連結方法に服する強行法規の中核を構成する。ただし、保護的社会的公序は、②の連

---

46) *ibid.*, 364.

47) *ibid.*, 374-380.

48) *ibid.*, 375-376.

49) *ibid.*, 376-380.

50) 欧州司法裁判所は *Arblade* 判決において、7条の対象となる「public-order legislation」とは、「その適用が加盟国の政治的、社会的または経済的秩序の保護にとって非常に重要なため、当該加盟国の領域上の全ての者および当該加盟国内の全ての法律関係がその遵守を要請される規定である」とした (Judgment of the Court of 23 November 1999. Criminal proceedings against Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL (C-369/96) and Bernard Leloup and Sofrage SARL (C-376/96), ECR [1999] I -8453, para. 30)。

結方法に服する強行法規のみならず、①の連結方法に服する強行法規も含むことに注意しなければならない。かくして、ローマ条約5条および6条の規定の対象となる強行法規が保護的社会的公序に対応すると考えるならば、ローマ条約5条および6条という強行法規には、①の連結方法に服する強行法規と②の連結方法に服する強行法規の双方が含まれることになる。Leclerc説においては、ローマ条約5条および6条の対象になる強行法規は保護的社会的公序、ローマ条約7条の対象になる強行法規は指導的公序にそれぞれ対応するとされるが、ローマ条約7条を介して保護的社会的公序である②の連結方法に服する強行法規が適用されることは否定されない<sup>51)</sup>。この点において、LeclercはMayerと同様の立場に立つ。しかし、ローマ条約7条は③の連結方法に服する国際的強行法規のみを対象にするという見解も有力であり、ローマ条約7条と5条・6条との関係については学説上争いがある<sup>52)</sup>。

Leclercは、労働契約に関するフランスの判例法理を保護的社会的公序の国際的平面への投影であると評価している<sup>53)</sup>。たしかに、フランスでは、労務提供地法が原則として適用可能とされ、その一方で、同法よりも労働者にとって有利な契約準拠法が適用されるというルールが判例上認められていた。これは、1972

51) Leclerc, *op.cit.*, 567-573. Leclercによると、ローマ条約7条の対象となる法規に関して、「条約によって定められた唯一の制限は、lois de policeと性質決定されること、そして介入するlois de policeと契約との間の密接な関連である」から、②の連結方法に服する強行法規もこれに含まれる、とされる。

52) ②の連結方法に服する強行法規は、ローマ条約7条を介して適用されるか。フランスでは、肯定説が多くみられる。MayerやLeclercは、②の連結方法に服する強行法規全体がローマ条約7条を介して適用されるとしている。ドイツでも肯定説が有力であるが、これらはローマ条約7条を介して適用される②の連結方法に服する強行法規を制限している。すなわち、②の連結方法に服する強行法規と③の連結方法に服する国際的強行法規の厳格な区別は困難であり、②の連結方法に服する強行法規の中には国際的に強行的な性質を有する法規もあるので、このような強行法規についてはローマ条約7条を介して適用される、とされる（MünchKomm-Spellenberg, 4.Aufl., 2006, Art. 34, Rz. 25, Staudinger-Magnus, 13.Aufl., 2002, Art.34 EGBGB, Rz.37. 反対、Kropholler, Internationales Privatrecht, 5.Aufl., 2004, 493-496; v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Bd.1, 2.Aufl., 2003, § 4, Rz.91）。

53) フランスの裁判例に関しては、多喜寛「フランスの判例における国際労働契約」法学新法98巻1・2号325頁以下を参照。

年5月31日の破毀院社会部の Thuillier 判決<sup>54)</sup>において初めて現れた。Thuillier 判決で問題になったのは、セネガルでの就労を目的としてフランス法人 Expand Afrique Noir 社に雇い入れられたフランス人 Thuillier の解雇である。フランス法は3ヶ月の解雇予告期間を定め、セネガル法は1ヶ月の解雇予告期間を定めていた。1ヶ月の解雇予告期間をもって解雇された Thuillier は、フランス法の適用を求めて提訴した。破毀院は契約準拠法であるフランス法の適用を認め、「セネガル法は労務提供地の公序に属する規定であって、労働の組織化および行政的規制に関わり、かつ労働者に有利なものについて当然に適用される。これにたいして、セネガル法は、契約締結地において契約締結時に妥当するフランス法によって規律される契約の重要な保障、とりわけ労働契約の期間および範囲に関わるものを Thuillier の犠牲において修正することはできない」とした。解雇予告期間は、「契約の重要な保障、とりわけ労働契約の期間および範囲に関わる」と考えられ、契約準拠法であるフランス法が適用された。Thuillier 判決において、労務提供地の労働法規は、「労務提供地の公序に属し、労働の組織化または行政的規制に関わるもの」と、「契約の重要な保障、とりわけ労働契約の期間および範囲に関わるもの」の2つのカテゴリーに区別され、もっぱら前者について、公序という表現を用いて労務提供地法に原則的な適用可能性が認められたといえる。しかし、法規のこのような区別は不明確かつ不要であると批判された<sup>55)</sup>。その後、1977年5月25日の破毀院社会部の Montfort 判決、1978年3月31日の破毀院社会部の Royal Air Maroc 判決<sup>56)</sup>は、Thuillier 判決における法規の区別を放棄し、労働契約に関する判例法理を確立したと評価されている<sup>57)</sup>。労働契約に関するこの特別な判例法理は、労働法上の社会的公序のメカニズムを国際的平面へ投影したものであるとする見解が労働法学にもみられる。たとえば、Rodière は、「内国労働法は、労働者から奪うことのできない基本的保護を労働者に保障するが、労使の代表は、労働者にとって有利であればこの基本的保護に違反することができる。…このような国内メカニズムから、国際私法は次のものを取り入れる。すなわち、

---

54) Soc. 31 mai 1972, JCP, 1973, fasc.17, 317, note G.Lyon-Caen; Rev. crit., 1973, 683, note Lagarde.

ある国家法——これは労務提供地法である——は労働者から奪うことのできない基本的保護を労働者に保障するが、別の国の法を指定する当事者の意思が労働者の利益になるならば、この当事者意思の効力を否定する理由はない。契約準拠法は労務提供地法の保護的法規を補完する役割を果たす<sup>58)</sup>』としている。

Leclercは、保護的社会的公序においては国内的公序と国際的公序が一致するという確認を出発点として、国内的公序を国際的平面へ投影する仕組みを説明する<sup>59)</sup>。通常、内国の強行法規に反する外国法の適用の全てが国際的公序によって

- 
- 55) たとえば、Rodièreは、Thuillier判決における法規が不要と考えられる理由として、次の2点を挙げる。第1に、労務提供地の公序に属する「労働の組織化および行政的規制」の範囲と「契約の重要な保障」の範囲を厳格に区別するのは、非常に困難である。第2に、實際上、各カテゴリーにたいするルールは大きく異ならないので、両者を区別する利益はない。Rodièreによると、「労働の組織化または行政的規制に関わる法規」については、労務提供地法が当然に適用されるが、「労働者に有利であること」という条件に服する。他方で、「契約の重要な保障」については、契約準拠法が適用されるが、労働者の利益になる場合には労務提供地法が適用される。したがって、いずれにせよ契約準拠法と労務提供地法のうち労働者に有利なものが適用されるという同一の結果になる、とされる (Rodière, *Conflit de lois en droit du travail*, *Juriscl. dr. int.*, fasc.573-1, mars 1986, n° 34)。また、A.Lyon-Caenも、Thuillier判決における法規の区別について、「労務提供地法と契約準拠法の調和のとれた組み合わせは一般的な効力を有する。労働関係の行政的側面と債務的側面を対置させる理由はない」としている (Soc. 25 mai 1977 et Soc. 31 mars 1978, *Rev. crit.*, 1978, 701, 707, note A.Lyon-Caen)。
- 56) Soc. 25 mai 1977 et Soc. 31 mars 1978, *Rev. crit.*, 1978, 701, note A.Lyon-Caen.
- 57) Montfort判決においては、イギリス法人Sterling-Foundry社と同社のフランスにおける外交商業代理人Montfort (フランス在住のベルギー人) 間の契約について、労働関係における仲裁条項の禁止に関するフランスの規定の適用いかがが問題になった。破毀院は、「フランスで26年間労務が提供されたので、フランス法上の労働者保護的な公序の規定が適用される」として、労務提供地法であるフランス法を適用した。他方で、Royal Air Maroc判決においては、モロッコ法人Royal Air Maroc社とフランス人パイロットBertin間の契約について、パイロットによる賃金および損害賠償の請求が争われた。破毀院は、「フランス法を準拠法とする当事者の共通意思は、モロッコ法——たとえ同法が通常適用されうるとしても——よりも労働者に有利なかぎりでは適法である」として、契約準拠法であるフランス法を適用した (モロッコは航空機の搭乗員の労務提供地とみなされていたといえる)。両判決は一見したところ矛盾する。しかし、A.Lyon-Caenは、両判決から特別な抵触法規、すなわち、労務提供地法が原則として適用される一方で、労働者に有利な契約準拠法も適用されうるといふ抵触法規を引き出した (Soc. 25 mai 1977 et Soc. 31 mars 1978, *Rev. crit.*, 1978, 701, note A.Lyon-Caen)。
- 58) Rodière, *Conflits de lois en droit du travail: etude comparative*, *Dr. soc.*, 1986, 120を参照。
- 59) Leclerc, *op.cit.*, 390-400.

排斥されるわけではなく、国際的公序は国内的公序よりも厳格である。しかし、Leclercによると、保護的社会的公序においては国内的公序と国際的公序は一致するとされ、保護的社会的公序のメカニズムを国際的平面に投影するローマ条約5条および6条は、準拠法の指定と国際的公序の留保を並置した抵触規定であると表現される<sup>60)</sup>。Leclercは次のように説明する。すなわち、保護的社会的公序は、その地域的適用範囲に入る全ての契約関係にたいして、保護の最低基準を保障する。したがって、国際的契約にたいしても国内的公序が貫徹されなければならないという意味で、保護的社会的公序の領域では国内的公序は国際的公序といえる。保護的社会的公序の地域的適用範囲は、消費者契約においては消費者の常居所地、労働契約においては労務提供地であると考えられる。国際的契約において当事者が法選択をし、契約準拠法が消費者の常居所地や労務提供地の保護的社会的公序に違反する場合、契約準拠法は排斥され、保護的社会的公序の法規がこれに代わって適用される。契約準拠法の内容の参照、その排斥、そして保護的社会的公序による置換えというこの一連の手続は、国際的公序のそれに等しい。そうであるとする、保護的社会的公序という国内的公序違反は国際的公序違反を意味するということができる。このように国内的公序と国際的公序が一致する保護的社会的公序においては、保護的社会的公序の保障する保護の最低基準を下回る契約準拠法は常に排斥され、保護的社会的公序がこれに代わって適用されるので、国際的公序の例外が拡大する、と<sup>61)</sup>。Leclercによると、当事者による法選択が国際的公序の例外によって容易に空洞化されることのないように、ローマ条約5条および6条は、国際的公序による介入を要求するであろう保護的社会的公序が属する法秩序（消費者の常居所地、労務提供地）に権限を付与した、とされる<sup>62)</sup>。Leclercは、抵触法規に国際的公序の留保を組み込むことで、保護的社会的公序が国際的平面へ投影されると考えている。

---

60) *ibid.*, 391-393.ただし、Leclercは、次の点で国際的公序の変形が認められるとしている。すなわち、客観的連結により指定される法が法廷地法ではなく外国法の場合、公序は法廷地の基本原則ではなく、外国の基本原則を保護するという点である。Leclercは、これを公序の例外に伝統的に認められる領域の拡大であると説明する。

61) *ibid.*, 390-394.

### Ⅲ 日本法の検討

これまでの検討を踏まえて、日本法を考察したい。ローマ条約5条および6条が保護的社会的公序を国際的平面に投影した規定であると考ええるならば、わが国の通則法11条および12条の各規定も保護的社会的公序という観念に依拠して把握できないであろうか。すなわち、通則法11条および12条にいう強行規定を、国内法上「保護的社会的公序」に対応する規定と解するのである。以下では、消費者契約、労働契約の順に検討する。

#### 1. 消費者契約

消費者契約の領域では、2000年に消費者契約に関する包括的な民事ルールである消費者契約法が制定された。それ以前は、消費者が本来ならば望まない契約の拘束力から逃れる手段として、民法上の錯誤や詐欺・強迫に関する規定のほか公序良俗に関する規定が用いられていた。とりわけ、公序良俗については、フランス民法典6条の公序論から示唆を得て、「消費者公序」の観念を導入して民法90条を積極的に活用すべきであるとの見解もみられる<sup>63)</sup>。民法上の手段のみでは

62) *ibid.*, 404, 485-494. Leclercによると、消費者の常居所地や労務提供地という基準は、契約の重心、すなわち契約関係との量的接点のみならず、最低限の保護の保障を強行的に要求する保護的公序の適用意思の尊重という質的接点も考慮したものである、とされる。

63) たとえば、フランスの経済的公序論の活用に積極的な後藤は、保護的公序の観念に着目し、消費者取引などの場面におけるその実際上の意義を強調する。そして、判例によって民法90条の中に保護的公序・相対無効を承認すべきである、とする（後藤・前掲註(37) 159頁以下）。また、大村は、フランス法の公序の分類を参考にし、問題となる法令の性質を区別して法令違反行為の効力を考える。大村説においては、政治的公序と経済的公序の分類に対応して、法令は「警察法令」と「経済法令」に分類され、さらに、「保護的公序」と「指導的公序」に対応して、経済法令は「取引利益保護法令」と「経済秩序維持法令」に分類される。そして、経済法令は、個々の取引の直接的な規律や取引環境の整備を目的とするので、取引の効力を否定する必要があることが多い、とされる。すなわち、「経済法令」のうち、消費者関連の諸法令に代表される契約当事者の保護を目的とする「取引利益保護法令」の違反においては、法令違反行為の効力を否定することは法令の規制目的の実現に役立ち、当事者の信義・公平にも適う。また、独占禁止法や不正競争防止法などに代表される「経済秩序維持法令」の違反においても、取引の安全に配慮しつつ、市場の確保、競争の維持という価値を尊重してある程度まで当事者間の信義・公平を後退させて、法令違反行為の効力を否定することも必要である、とされる（大村敦志「取引と公序——法令違反行為効力論の再検討（上）（下）」ジュリ1023号82頁、1025号66頁）。

消費者契約に関する諸問題に十分対処できないとして、消費者契約に関して民法の不備を補うために、民法の特別法として新たに消費者契約法が制定された。ただし、消費者契約法が適用されないために民法が適用される場合のほか、消費者契約法と重複して民法の適用を検討すべき場合もあることに注意しなければならない<sup>64)</sup>。消費者契約法は民法の錯誤や詐欺・強迫、公序良俗の規定と密接に関係しており、両者を切り離して解釈・適用するのは適切ではないからである。消費者保護に関する特則である消費者契約法、これらの民法上の規定、そして判例法理は保護的公序に対応し、通則法11条にいう強行規定にあたると思われる。その他の法律としては、電子消費者契約について誤操作による意思表示にたいして民法95条但書を適用しないと定める電子消費者契約特例法が保護的公序に対応するであろう。

消費者契約の領域には、消費者契約法以外にも割賦販売法や特定商取引法など業法と呼ばれる規制が存在する。これらの規制は、特定の事業分野に適用範囲を絞り、事業者には法律違反があった場合には行政措置や罰則を発動する。業法上の規制に違反した場合の法律効果は、原則として行政的・刑事的なものであり、民事的效果を伴わない。こうした行政的規制は、保護的公序ではなく、指導的公序または国際私法法規の指定の対象にならない「公法」としてその地域的適用範囲が探求され、一方的に適用されると思われる。ただし、業法である割賦販売法や特定商取引法の中にも、民事上の効果が定められている規定が存在し、これらの規定は保護的公序であると考えられよう。このような規定として、①クーリング・オフに関する規定（割賦販売法4条の4、29条の4、30条の6による4条の4の準用。特定商取引法9条、24条、40条、48条、58条）、②損害賠償額の予定条項・違約金条項を制限する規定（割賦販売法6条、30条の3、特定商取引法10条、25条、49条）、③抗弁切断条項を無効とする規定（割賦販売法30条の4第2項、29条の4第2項による30条の4の準用）、④期限の利益喪失の要件を限定する規定（割賦販売法5条、30条の6による5条の準用）がある<sup>65)</sup>。

64) 千葉恵美子「消費者契約法と割賦販売法・特定商取引法」ジュリ1200号29頁。

65) 千葉・前掲註(64)30-31頁、大村敦志『消費者法』（有斐閣、第二版、2003）234-235頁。

## 2. 労働契約<sup>66)</sup>

通則法12条にいう強行規定は保護的社会的公序に対応する規定であると解するならば、労働法上、いかなる規定が保護的社会的公序であると考えられるか。労働基準法の各規定との関連では次のように把握できよう。

労働基準法は労働契約の多くの部分を私的自治に委ねており（1条2項、2条1項）、労働契約をめぐる紛争は、労働基準法、民法、そして判例法理によって解決される。とりわけ、判例法理は労働契約の当事者間の非対等性やその継続的性質などを考慮して、労働立法に規定のない領域において、信義則（民1条2項）および権利濫用法理（同条3項）を活用して形成されたルールであり、紛争の解決にあたり重要な役割を果たしている<sup>67)</sup>。労働基準法、民法、そして判例法理という労使紛争を解決するためのこの一連のルールが保護的社会的公序に対応すると考えられる。とはいえ、労働基準法の全ての規定が保護的社会的公序であるとは思われない。労働基準法には、労働条件の最低基準を定める刑罰法規・行政取締法規という側面と民事的側面がある。このうち民事的側面のみが保護的社会的

66) 日本では、学説上、労働契約について法例7条の当事者自治の原則は一定程度制限され、労働基準法や労働組合法は、日本で労務が提供されるかぎり常に必ず適用されるという見解が有力であった（実方正雄「各種の契約」国際法学会編『国際私法講座第2巻』（有斐閣、1955）460頁、溜池・前掲註（3）358頁等を参照）。他方で、折茂によると、国家の公法的規整を通して重要な労働条件の大部分についてしがわられるべき一定の基準が示されている労働契約においては、契約自由の原則を前提とする当事者自治の原則は、「もはやその実質的意義をほとんど失っているものとみてさまたげない」（折茂・前掲註（1）270-278頁を参照）。折茂説にたいする批判として、横山潤「国際私法における公法」『国際私法の争点』（有斐閣、新版、1996）22頁以下を参照。裁判例の中にも、労働契約について当事者自治の原則を制限したものがある。カリフォルニア州法人に勤務する米国人労働者の解雇に関する東京地決昭和40・4・26労民16巻2号308頁は、カリフォルニア州法を契約準拠法と認定したが、解雇の効力については、「法例第7条の採用した準拠法選定自由の原則は屬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」として、労働組合法7条1号により解雇を無効とした。労働契約の準拠法をめぐる議論に関しては、澤木敬郎「労働契約における当事者自治の原則と強行法規の連結問題」立教9号145頁、陳一「国際的労働関係の適用法規の決定に関する一考察(1)(2)」法協111巻9号1374頁、111巻11号1666頁、山川隆一『国際労働関係の法理』（信山社、1999）、米津・前掲註（3）等を参照。

67) 浅倉むつ子＝島田陽一＝盛誠吾『労働法』（有斐閣、第二版、2005）79-80頁。

公序に対応するといえよう<sup>68)</sup>。したがって、労働基準法の国際的な適用を考える際には、これら2つの側面を区別することが重要であると思われる。

現在、労働基準法とは別に、労働契約の分野において、民法の特別法となる「労働契約法」の制定が検討されている。「労働契約法制の在り方に関する研究会」が2005年に出した最終報告書（以下、「最終報告」と略称する）によると、労働関係が公正で透明なルールによって運営されるようにするため、「労働基準法とは別に、労働契約の分野において民法の特別法となる労働契約法制を制定し、労使当事者がその実情に応じて対等な立場で自主的に労働条件を決定することができ、かつ、労働契約の内容が適正なものになるような労働契約に関する基本的なルールを示すことが必要である<sup>69)</sup>」とされる。労働契約法は、民法の特別法である消費者契約法等と同様の性質を有するといわれ、紛争が生じた場合に最終的に民事裁判を通して当事者がその権利を実現し紛争を解決することを目的とする<sup>70)</sup>。

---

68) 山川は、強行法規を「準拠法指定のアプローチ」に服するものと、「地域的適用範囲画定のアプローチ」に服するものに2分類し、各労働法規がいずれに分類されるかを探求する。山川説によると、前者に服するのは、国際私法法規によって適用根拠を付与される私法上の強行法規、そして後者に服するのは、国際私法法規を媒介とすることなく、自ら特定する地域的適用範囲に含まれる事案にたいして必ず適用される強行法規である、とされる。そして、山川説においては、労働基準法は「日本国内に存在する事業に適用される」という一方的抵触規則を有する「絶対的強行法規」であり、労働基準法の刑罰法規・行政取締法規という側面と民事的側面は区別されることなく、全体として地域的適用範囲画定のアプローチに服する、とされる（山川・前掲註（66）178頁以下）。しかし、私見によると、労働基準法の民事的側面は、保護的社会的公序の中核を構成する②の連結方法に服する強行法規であると解される。ある規定が、③の連結方法に服する国際的強行法規または公法的規定の場合、その地域的適用範囲は一方的抵触規則と考えられる。しかし、そうではない場合、規定の地域的適用範囲は国際私法法規によって指定される実質法規の地域的要素にすぎない。この地域的要素の考慮いかにに関して、横山・前掲註（8）17頁以下は次のように述べている。すなわち、実質法規の地域的適用範囲が「最小限」の場合には、国際私法法規によって指定された実質法規の地域的要素を考慮する必要はない。事案が「少なくとも」その地域的適用範囲に入れば法規は必ず適用され、事案が法規の地域的適用範囲に入らない場合、換言すると、実質法規が事案にたいして適用を欲しない場合であっても、同法は国際私法法規によって指定されれば適用されるからである。これにたいして、「最大限」の場合には、地域的要素が考慮され、事案が国際私法法規によって指定された実質法規の地域的適用範囲に入らない場合、この法規は適用されない、と。

69) 最終報告9-10頁。

70) 最終報告11-12頁。

労使当事者の対等な立場での自主的な決定を促進する規制である労働契約法は、保護的社会的公序に対応すると解されるであろう。現行法の解釈としては、労働基準法のうち、民事的側面にに関わり、労働契約法に移行するであろう規定は、保護的社会的公序に対応すると考えられる。このような規定として、客観的に合理的でなく、社会通念上相当でない解雇を無効とする18条の2、就業規則の最低基準効を定める93条、年次有給休暇を取得したことによる不利益取り扱いをしないよう求める136条、有期雇用を規制する14条、そして解雇予告について定めた20条などが挙げられる<sup>71)</sup>。他方で、罰則および監督指導により履行を確保することが重要で、ひきつづき労働基準法において定められることが適切な規定<sup>72)</sup>であっても、その民事的側面は保護的社会的公序であると考えて差し支えないであろう<sup>73)</sup>。

71) 野川忍「労働契約法の意義」法時77巻12号78頁。14条や20条について、野川は、刑罰と行政監督を担保とした規定としておくことは適切ではないとする一方で、「労働基準監督署が事業所の労働関係に監督権限をもって介入する手だてとして、個別の契約内容にかかる期間の設定の有無や解雇予告制度は有効に機能しうるものであり、そのような手だてを排除することが妥当であるとは言い切れない」とも指摘する。しかし、この点については、「15条に規定された労働条件の明示義務を徹底させ、使用者に対しすべての労働条件についてその基本的定めを書面化を義務付け、当該書面を保管させることとすべきであろう。…以上の措置を施したうえで、雇用契約法の労働契約の部分については、契約ルールとしては労働基準法から切り離して固有の法体系とすることとなろう」とされる。

72) 最終報告10頁は、このような規定として、強制労働の禁止や中間搾取の排除等のように基本的な人権に反する封建的な労働慣行の排除を目的とする規定、そして労働者の賃金の支払いや適正な労働時間を実現するための規定等を挙げている。

73) その他の労働関係法令のうち、罰則や監督指導を背景とすることなく民事的效果を有する規定を含む法律（育児介護休業法や労働契約承継法等）は保護的社会的公序であるといえよう。

指導的公序と考えられる労働法規に関しては、労働法上の国際的強行法規に関するドイツの議論が参考になると思われる。たとえば、Martinyは、労働法上の国際的強行法規として、労働時間および最低限の休憩時間に関する法律および行政規定、有給休暇に関する規定、時間外労働の割増金を含む法定の最低賃金に関する規定、妊婦、出産後の婦人、児童および未成年者の労働条件および就労条件との関係における保護措置、事業場における安全、健康保護および衛生に関する規定、そして最大労働時間に関する規定等を挙げている（MünchKomm-Martiny, 4.Aufl., 2006, Art.30 EGBGB, Rz.120-127）。

#### IV おわりに

通則法11条および12条は、第3種の強行法規の連結方法、すなわち当事者による法選択に加えて、当事者の一方が消費者または労働者という属性をもつ場合に認められる客観的連結に服する強行法規（②の連結方法に服する強行法規）を新たに導入した。通則法11条および12条の各規定にいう強行規定の性質は、保護的社会的公序という観念を国際的平面に投影することにより把握できると考えられる。この観念は、消費者や労働者の保護を主たる目的とする *lois de police*（②の連結方法に服する強行法規）のみならず、*lois de police*ではない私法上の強行法規（①の連結方法に服する強行法規）をも包摂することができるからである。他方で、③の連結方法に服する国際的強行法規は指導的公序に対応すると解するならば、通則法11条および12条の対象となる強行規定と国際的強行法規は、その性質上区別されるであろう。

保護的社会的公序と指導的公序という観念に着目すると、3種類に分類される強行法規の相互関係は次のように整理できる。第1に、*lois de police*と呼ばれる法規は、双方向的抵触法規によって指定される②の連結方法に服する強行法規と、直接的に適用される③の連結方法に服する国際的強行法規に区別される。両者は、（国内法上保護的社会的公序たる性質を有するか、指導的公序たる性質を有するかという）法規の性質および（契約準拠法上の法規として適用されるとともに客観的連結によっても適用されるか、契約準拠法に拘わらず一方的に適用されるかという）事案への連結方法のうえで異なる。第2に、①の連結方法に服する強行法規と②の連結方法に服する強行法規は厳格には区別されない。当事者の一方の属性によって、ある実質法規が①と②のいずれに分類されるかが決定される。②の連結方法に服する強行法規は、①の連結方法に服する強行法規の例外として位置づけられ、抵触法上両者を切り離して解釈・適用するのは適切ではないと思われる。