

11 公序(3)——賭博契約を有効とするネヴァダ州法

東京地裁平成5年1月29日判決

(昭和53年(ワ)第2576号不当利得返還等請求事件)

(訟月39巻11号2215頁, 判時1444号41頁, 判タ818号56頁)

〈事実の概要〉

X会社(原告)は米国ネヴァダ州法に基づいて設立された会社である。Xは、ネヴァダ州ラス・ヴェガスにおいてホテル経営、およびその営業の一部として同州から公認賭博場開設の免許を受けてホテル内でカジノも主宰している。ネヴァダ州は、州法等により賭博免許保持者に旅費・宿泊費等を免許保持者が負担して州外の個人客を招待し、信用によって賭博をさせ、生じた債権(賭金債権)を州外で回収すること(「ジャンケット」と称される)を認めている。Xは日本人客によるジャンケットを計画し、その結果、昭和49年、日本在住の訴外Aを日本でそのジャンケット代表者として賭博管理局に登録し、Aが日本での集客、ジャンケットの企画・実行、賭金債務の回収、回収金の一時保管を行った。さらにXは、日本での回収金が外国為替管理法等により日本国外への持出しが困難なところから、日本での運用を計画し、それが具体化するまで訴外BをXの代理人としてAからその回収金を受領し、保管させることにした。しかるにA等が日本人客からの集金に際しての恐喝および恐喝未遂、さらに外為法違反の容疑で逮捕・検挙されたため、XはA等との契約を解除する旨の意思表示をし、それぞれが保管する金銭の引渡しを求めた。ところが、A等は捜査過程において、検察官の求めに応じ、所有権放棄書とともに回収金を証拠品として任意提出した。昭和52年A等に対する有罪判決は確定したが、これらの裁判では没収、追徴等の附加刑の求刑はなされず、その言渡しもなされなかった。検察官は、昭和51年回収した小切手につき還付不能として刑事訴訟法499条に基づき押収物還付公告をおこなった。Xは還付公告期間中に当該回収金の還付ないし返還を請求したが、Xは還付を受けるべき正当な資格を欠くとして還付は認められず、その準抗告および特別抗告いずれの申立ても棄却され(東京地決昭和52・8・8判時954号121頁, 最決昭和54・12・12刑集33巻7号839頁), 回収金について歳入編入処分がなされた。そこでXがY(日本国一被告)を相手に不当利得返還請求の訴えを提起したのである。

〈判旨〉

認容(確定)。

Xと日本人客との間の契約の準拠法については、本判決は当事者間に明示の準拠法の指定はないが、法例7条1項(法適用通則法7条)の規定の趣旨にしたがって、ネヴァダ州法を準拠法とすることが当事者の意思に最もよく適合するものと認定した上で、ネヴァダ州法の適用と公序の関係につき以下のように判示した。

(i) 「法例(旧)30条(法適用通則法42条)の規定の法意は、国際私法の一般原則によって外国法を適用した結果によって我が国の私法的社会秩序が著しく害されるような場合において、一定の限度でその適用を排除しようとするものであるから、当該外国法の適用を排除すべきか否かについては、当該事案の内国関連性及び当該外国法の我が国の私法秩序に与える影響などを総合考慮して決すべきところである。

そして、……日本人客がラス・ヴェガスにおいて我

が国で行われれば犯罪を構成するような種類の賭博を信用によって行うことができ、それによって負担した債務は帰国後に日本国内において円貨で支払えばよいものとすることによって我が国の外為法の規制を潜脱しようとするものであるとして捉えるときは、いかにも我が国の法秩序に対して著しい衝撃となるものであるとの印象を与えることを否定できない。」

(ii) 「しかしながら、Xと日本人客との間におけるジャンケットにかかる契約の目的とされた賭博ないし日本人客がXの経営するホテルのカジノで行った賭博は、……一般的には賭博を違法としてこれを禁止する法制の下における例外として、主宰者を賭博免許保持者に限定したうえで、ネヴァダ州法並びに同州賭博委員会及び賭博管理局の規則の規制と州賭博管理局の管理の下に行われている公認のものであって(その意味では、これを我が国における競輪、競馬等の公営賭博に類比して考えることもできないわけではない)、そこでは公正の確保、弊害の防止及び財源の確保の観点から賭博の種類、方法、主宰者、従業員等について厳重な管理がなされており、日本人が彼地において円貨をもって返済するとの約束の下に信用によって賭博を行うこと自体は、私法上、公法上又は刑事法上、これを違法とする理由は全くない。」

(iii) 「また、およそ公序条項を適用して外国法の適用を排除すべきかどうかは、当該外国法の内容自体が内国の法秩序と相容れないかどうかということではなく、当該外国法を適用して当該請求又は抗弁を認容し又は排斥することが内国の社会生活の秩序を害することになるかどうかによって決すべきものであると解すべきところ、本件におけるいわゆる本問題は、Xの日本人客に対する賭金債権の請求権の存否でもなければ、Xの賭金債権の回収業務の受託者に対する回収金の返還請求権の存否でもなく、既に日本人客が任意に回収業務の受託者に支払った賭金債務の弁済金又はそれを化体した小切手等が前記のような経緯によって国庫に帰属したことによってXが被った損失ないし損害については、XがYに対して不当利得の返還請求権又は不法行為による損害賠償請求権を有するかどうかなのであって、そのような意味においては、Xと日本人客との間の信用による賭博にかかる前記のような契約関係は、内国社会との牽連関係において間接的かつ希薄であるものといわなければならない。」

(iv) さらに、Xと日本人客との間のジャンケット契約について、まずネヴァダ州法が我が国の為替管理制度を潜脱するために殊更に案出され実施されたものではないこと、Xが有効に賭金債権を取得した以上、この債務の弁済のための支払についての許可が付与される余地があると解しようとして、「ジャンケットに関する契約が当然に外為法違反の行為を随伴し又はそれ自体を契約の目的とするものであるということもできない。そして、いずれにしても、外為法、外為令による法規制は、本来自由であるべき対外取引を外国為替政策上の見地から過渡的に制限する取締法規に過ぎないのであるから、我が国の私法的社会秩序の根本理念とはかかわりが少なく、これに違反して締結された契約も私法上は有効であると解される……」ところであ

る。
そして、以上のような事情や……経済協力開発機構の『資本移動の自由化に関する規約』の趣旨に照らしても、……本件においては、法例〔旧〕30条〔法適用通則法42条〕の規定により公序条項を適用してXと日本人客との間のジャンケットに関する契約につきネヴァダ州法の適用を排除すべき場合に当たるとはいえない。』

〈解説〉

1 問題点

本判決では賭博契約を有効とする外国法の適用を公序で排斥できるか否かが問題となっている。しかし、XのY（日本国）に対する請求自体は不当利得返還請求であり、Xと日本人客との間の契約は、不当利得返還請求権の存在を認めるための先決問題である点に特徴がある。さらに判決文においては法例旧30条〔法適用通則法42条〕による外国法の適用排除の可否と民法90条による回収金保管契約の無効が並列的に論じられており、果たして国際私法における公序と民法という公序良俗との相違も問題となるが、これについては問題点の指摘にとめておく。

2 先決問題における公序

国際私法上の公序は、本判決にも述べられているように、我が国国際私法上の一般的な抵触規定にしたがって指定される準拠法を適用すると、内国公序が害される場合に当該外国法の適用を排斥するものである。このような外国法の排斥が認められるには、①外国法の適用結果の反公序性、②事案と内国社会の密接関連性の存在の2要件が充足されなければならない。

ところで、先決問題における公序則の発動は、本問題における場合と何か異なる点があるのだろうか。この点について山田鉦一教授は次のように説く。

「公序にもとづく外国法の適用の排除は、本問題（Hauptfrage）については、ほとんど問題とならない。例えば、一夫多妻の制度を認める国に属する者が内国でこれを実行することは公序に反するが、第2の妻、第3の妻から生まれた子が内国に在る父の財産に対して主張する相続権を認めても、これを公序違反として否認すべき理由はない」（山田鉦一『国際私法〔第3版〕』〔2004〕146頁）。

では先決問題においては、本問題と異なり、公序則の発動が「ほとんど問題とならない」のはどうしてであろうか。これについて溜池教授は次のように述べられる。

「このように、その外国法の適用が先決問題の準拠法として問題となるような場合には、その効果が間接的となるから、わが国の私法的生活の秩序を現実害するにいたらず、したがって、公序の問題とならないことが比較的多い」（溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』〔2005〕214頁）。

つまり先決問題においては、公序則発動のための②の要件、内国密接関連性を充足しないことが多いので問題とならない場合がほとんどだということである。しかし、本判決ではこの点、論理のすりかえがなされている。

判旨③で引用したように、ここでの本問題は不当利得返還請求権等をXがYに主張できるからであり、したがってその前提たる賭博契約関係については「内国社会との牽連関係において間接的かつ希薄であるもの」といわなければならない」とされている。すなわち、賭博契約は本問題ではなく、先決問題であるにすぎない。先決問題ならば、内国との密接関連性が間接的かつ希薄である。したがって、公序則発動のための要件を充足していないというのである。

しかし、先決問題であれば、すべて内国関連性が希薄ということにはならない。このことは、ある法律関係が先決問題として現れるか、それとも本問題として

訴訟で問題となるかは、訴訟当事者の訴訟戦略によるところが大きい点からしても明白である。

3 刑法の適用と公序

では、本件は本当に内国関連性が希薄な場合であったといえるのであろうか。本判決においては賭博契約が我が国では刑法上の犯罪を構成するという点よりも、外国為替管理法違反のほうに注意が大きく向けられている。しかし、ここで考えなければならないのは、むしろ我が国では刑法上処罰される賭博行為を外国で行う契約が果たして許されるものかということである。

このような海外賭博ツアーについては刑法上も相当議論されており、その処罰可能性について学説に対立がある。しかし、刑法の場所の適用範囲については、これを処罰条件と見る考えが通説である（山本和昭『国際犯罪と共犯の処罰について』警察学論集28巻9号76頁、松浦洵『外国における犯罪と刑法の適用——賭博ツアーをめぐる』ひろば32巻11号38頁）。つまり、外国でなされた我が国の刑法の定める構成要件に該当する行為は、我が国では処罰されないが、だからといって刑法上違法な行為ではないとしているのではない。しかも、「犯罪地」には共犯者の行為をした地も含むとするのが通説、多数説である（佐久間修『越境犯罪』における犯罪地の決定）刑法雑誌43巻1号150頁）。すると本件のように賭博行為の教唆にあたるA等の行為は日本でなされているのであり、Xもその教唆に加担しているのである。また、賭博罪の保護法益は単に個人の財産的利益の保護ではなく、国民一般の健全な経済観念・勤労観念を保護法益と見るのが通説・判例であり（最大判昭和25・11・22刑集4巻11号2380頁、田藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』〔1990〕288頁）、本件においてもまさに我が国民の経済観念・勤労観念が害されているのである。すると当該賭博の実行行為が、それを違法としないネヴァダ州でなされたとしても、我が国の社会法益が害されているのであって決して内国関連性が希薄とはいえない。

また我が国の法適用通則法42条（法例旧30条）は排斥型公序の形式を採用し、あたかも消極的公序のみを認めているようにも読めるが、これは必ずしも絶対的・強行的に適用を求める公序法の存在を認めないというものではない。公序法に反するような外国法の適用は公序違反として排除されるにすぎない。つまり、絶対的・強行的に適用される内国法の適用範囲においてはそもそも外国法の適用そのものを初めから認めないとする積極的公序の考え方が、一旦は外国法の適用を認めた上で、我が国の公序法に反するような外国法についてはその適用を排斥するという消極的公序の考え方の中に吸収されているにすぎない。そこで刑法の適用をこの積極的公序の観点から見直すと、このように刑法上違法の評価が及ぶ場合、その処罰が不可能であっても、賭博行為を有効と見る外国法の適用を容認することはありえないことになる。

以上からすると、本件ではネヴァダ州法の適用は公序によって排斥されてしかるべきものであったと考えられる。

〈参考文献〉

- 本文中に引用したものを以外に、本件の判例評釈として
神前禎『時の判例』法教156号114頁
早川吉尚『涉外判例研究』ジュリ1044号147頁
中野俊一郎『涉外判例百選』第3巻34頁
佐藤やよひ『ゼミナール国際私法』〔1998〕129頁

さとう
佐藤やよひ

関西大学教授