



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	国際家族法の領域における絶対的強行法規について：養老施設法14条の適用を巡るドイツ裁判例を中心に
Author(s)	嶋, 拓哉
Citation	北大法学論集, 62(1), 244[1]-217[28]
Issue Date	2011-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45736
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR62-1_005.pdf



国際家族法の領域における 絶対的強行法規について

—— 養老施設法 14 条の適用を巡るドイツ裁判例を中心に ——

嶋 拓 哉

1. 問題の所在

従来よりわが国においても絶対的強行法規の適用が議論されてきたが、それは主として当事者自治の原則に基づき指定される契約準拠法との関係においてであった。すなわち、当事者がある国の法規の潜脱を目的として、わざわざ他国の法を契約準拠法に指定した場合であっても、そうした法規の適用回避を許さないために、絶対的強行法規としての法適用が議論されてきた経緯があり、現在に至るまでとりわけ当事者自治の原則を制限する法理の一つとして論じられることが多い。わが国の下級審裁判例を見ても、労働契約の領域において契約準拠法所属国でないわが国の労働法規の適用を認めた事案が存在する¹が、これなどは数多くの評釈においてわが国労働法規の絶対的強行法規性を肯定したケースである旨の説明がなされている²。また労働契約や消費者契約について

¹ 東京地決昭和40年4月26日労民集16巻2号308頁。

² 本判決の評釈・解説としては、安屋和人＝田村精一「判批」法と政治17巻1号69頁（1966年）、我妻栄編集代表『涉外判例百選』（有斐閣、1967年）76頁〔桑田三郎執筆〕、澤木敬郎「判批」判例時報422号73頁（1965年）、同「判批」立教法学9号145頁（1967年）、山口浩一郎＝菅野和夫＝西谷敏編『労働判例百選〔第

は、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という）上、契約準拠法の適用のみならず、労働者や消費者の意思表示に基づきその労働契約の最密接関係地法や消費者の常居所地法中の強行法規の適用が予定されており、加えて、法廷地の絶対的強行法規が適用されるとすれば、契約を巡る法の適用関係が一段と複雑になることから、とりわけこれら法領域における絶対的強行法規の適用問題が高い関心を集め議論が集中することは当然の帰結と言えるであろう。

他方において、絶対的強行法規の理論について、「必ずしも当事者自治によって準拠法が定まる場合にのみ適用されるのではなく、その性質上、国際私法により準拠法決定がされるすべての場合に適用される一般理論と位置づけるべきである」³とか、「強行法規の特別連結論は、理論的には国際私法のいずれの分野においても問題となる」⁴といった見解が示されている。これらは絶対的強行法規の適用を準拠法決定のあらゆる場面において問題とする立場に拠っているが、わが国においては、絶対的強行法規の適用が問題となった事案が契約を巡る法的紛争に限られ、かつその裁判例も僅少であること⁵も手伝って、国際契約法以外の領域における絶対的強行法規の適用事案が具体的に想定され議論されているわけではない。本稿では、ドイツの学説および裁判例に基づき、国際契約法以外の領域の中でも、特に国際家族法における絶対的強行法規の適用問題に焦点を当てて検証を行うこととする。

6版』(有斐閣、1995年) 260頁 [尾崎正利執筆]、櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選 [新法対応補正版]』(有斐閣、2007年) 28頁 [陳一執筆] 等がある。

³ 澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門 [第6版]』(有斐閣、2006年) 197-198頁。

⁴ 神前禎＝早川吉尚＝元永和彦『国際私法 [第2版]』(有斐閣、2006年) 147頁 [神前禎執筆]。なお、特に国際家族法の領域における絶対的強行法規の適用を論じたものとして、笠原俊宏『国際家族法新論 [補訂版]』(文真堂、2009年) 129-130頁がある。

⁵ わが国における絶対的強行法規に関する裁判例については、嶋拓哉「わが国抵触法体系における利息制限法の位置付けに関する一考察 [4]」『国際商事法務』38巻4号489-490頁（2010年）を参照。

2. 国際契約法以外の領域における絶対的強行法規の適用問題

ドイツ民法施行法（以下「EGBGB」という）では従来、契約上の債権債務関係（vertragliche Schuldverhältnis）の準拠法を規定する第5章第1節に34条を設け、「本節は契約に適用されるべき法（das auf den Vertrag anzuwendende Recht）を顧慮することなく実体を強制的に律するドイツ法規の適用を制限するものではない」旨規定していた。同条項は、契約準拠法に拘らず適用される、ドイツ法体系における絶対的強行法規の特別連結に関する白地規定（Öffnungsklausel）であり、どの内国規定が絶対的強行法規に該当するかと、特別連結は具体的にどのようなになされるのかといった問題を棚上げしつつも、とにかく契約法の領域における国際的強制力を有する法廷地法（lex fori）たる内国法規の適用を明示的に規定したものであると解されてきた^{6 7}。2009年12月に契約債務の準拠法に関する欧州議会および理事会規則（以下「ローマ I 規則」という）⁸が発効したことにより、EGBGB 第5章第1節は失効し、ローマ I 規則9条により新たに絶対的強行法規の適用問題が規律される

⁶ F.Ferrari/E.Kieninger/P.Mankowski/K.Otte/I.Saenger/A.Staudinger, Internationales Vertragsrecht Kommentar (C.H.Beck, 2007), EGBGB Art.34 Rdn.1-2 [A.Staudinger]; Münchener Kommentar BGB, Band 10, 4.Aufl. (C.H.Beck, 2006), IPR Einl. Rdn.74 [H.Sonnenberger] und Art.34 Rdn.1-4 [D.Martiny]; J.von Staudinger Kommentar BGB/IPR-Einleitung zu Art.27ff EGBGB, 13.Aufl. (de Gruyter, 2002), EGBGB Art.34 Rdn.1-3 [U.Magnus].

⁷ なお、EGBGB34条には法の適用に関する指示（連結に関する独自の内容）が含まれていない（H.Sonnenberger, Die Eingriffsnorm: ein international-privatrechtliches *σκανδαλον*?, in B.Großfeld/R.Sack/T.Möllers/J.Drexler/A.Heinemann(Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Fikentscher: zum 70. Geburtstag (Mohr Siebeck, 1998), 283, 288; P.Mankowski, Strukturfragen des Internationalen Verbrauchervertragsrechts, RIW 1998, 287, 290）ことから、同条項は抵触規定と見做されていない（Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, aa.O. (Fn.6), EGBGB Art.34 Rdn.1 [A.Staudinger]）。

⁸ Verordnung (EG) Nr.593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. EU 2008 Nr.L177 S.6.

ことになったが、同条1項では、絶対的強行法規について「国家による当該法規の尊重が、政治、社会、経済体制をはじめとする同国の公益確保にとって決定的であって、本規則の下で契約に本来適用されるべき法の如何を問わず、当該法規の適用範囲内の事象に対して須らく適用されるべきもの」との定義がなされている。これは欧州裁判所の見解⁹を基に設けられた規定であるとされる¹⁰が、その内容はドイツの通説および裁判例が採用してきた見解とも一致している¹¹。また、ローマI規則9条2項は同規則によって法廷地の絶対的強行法規の適用が制限されない旨を規定したものである。EGBGB34条およびローマI規則の前身である契約債務の準拠法に関するEEC条約（以下「ローマ条約」という）¹²7条2項の規定内容を踏襲したものであり、それに本質的な変更は加えられていない¹³。

しかしながら、ドイツでは、EGBGB34条等が国際契約法の領域のみ

⁹ Jointed Cases C-369/96 and C-376/96 (1999) ECR I-8453; C-374/96 (1998) ECR I-8385.

¹⁰ Cheshire, North & Fawcett Private International Law, 14th edition (2008, Oxford Univ. Pr.), 739.

¹¹ 例えば、絶対的強行法規についてローマI規則9条1項と同様の見解を示した判決としては、BAGE 63, 17, 32ff.; 71, 297, 316ff.; 80, 84, 92ff.; 100, 130, 139ff.がある。また、学説としては、J.Kropholler, Internationales Privatrecht, 6.Aufl. (Mohr Siebeck, 2006), 21-23; J.von Staudinger, a.a.O. (Fn.6), EGBGB Art.34 Rdn.57 [U.Magnus]; A. Junker, Empfiehlt es sich, Art.7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrungen zu präzisieren?, IPRax 2000, 65, 70; P.Mankowski, Internationales Seeschiffahrtsregister, Anknüpfung von Heuerverträgen und Qualifikationsfragen im internationalen Arbeitsrecht, IPRax 1996, 405, 408ff.; U.Magnus, Englisches Kündigungsrecht auf deutschem Schiff-Probleme des internationalen Seearbeitsrechts, IPRax 1991, 382, 385.

¹² Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980, ABl. EU 1980 Nr.L266 S.1.

¹³ ローマ条約7条2項（並びにEGBGB34条）とローマI規則9条2項との関係を論じたものとして、Cheshire, North & Fawcett, a.a.O. (Fn.10), 739; Münchener Kommentar BGB, Band 10, 5.Aufl. (C.H.Beck, 2010), IPR Einl. Rdn.38 [H.Sonnenberger] がある。

を対象としていることを以って、それ以外の領域において絶対的強行法規の存在および適用が否定的に解されているわけではなく、絶対的強行法規がその他の法領域においても広く存在し適用され得ると考えられてきた¹⁴。この点は古くはローマ条約の起草段階で既に論じられていたことである。U.Drobnig 博士は、ローマ条約起草案7条に関連して、「不法行為法上の請求権または不当利得に基づく請求権に代表されるような純粋な非契約法債権を含む場合においてさえ、当該債権債務の準拠法（the *lex obligationis*）以外の法（例えば、準拠法所属国以外の国の外国為替管理法）における排他的かつ強制的な条項の適用が考慮される必要がある」との指摘を行っていた¹⁵。また、EGBGBを巡っては、B.von Hoffmann 博士が「EGBGB34条の主たる適用領域は実際には契約上の債権債務であるが、内国もしくは外国の絶対的強行法規の考慮は不法行為法上および不当利得法上の請求権についても想定され得る」との見解を示している¹⁶ほか、H.Sonnenberger 博士も「EGBGB34条の唯一の機能は、国際私法上の抵触規定により指定される準拠実質法上の債権債務に関する規定が公益の保障に資する法廷地法上の規定に優先し得ないということを取って確認したことにあるに過ぎない。これは至極当然のことであり、これを根拠付ける成文規定がなくとも顧慮されるべきであり、EGBGB34条の適用領域外においても妥当する事柄である」と、同様の指摘を行っている¹⁷。

さらに、P.Mankowski 博士は、絶対的強行法規の理論が経済法もし

¹⁴ A.Arnold, *Lex fori als versteckte Anknüpfung* (Duncker & Humblot, 2009), 155; Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.13), IPR Einl. Rdn.38 [H.Sonnenberger]; A.Halsdorfer, *Der Beitritt Deutschlands zum UNESCO-Kulturgutübereinkommen und die kollisionsrechtlichen Auswirkungen des neuen KultGüRückG*, IPRax 2008, 395, 399.

¹⁵ U.Drobnig, *Comments on Art.7 of the Draft Convention*, in O.Lando/B.von Hoffmann/K.Siehr (ed.), *European Private International Law of Obligations* (Mohr Siebeck, 1975), 82, 82f.

¹⁶ H.Soergel *Kommentar zur BGB*, Band 10, 12.Aufl. (W.Kohlhammer, 1996), EGBGB Art.34 Rdn.13 [B.von Hoffmann].

¹⁷ Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.6), IPR Einl. Rdn.74 [H.Sonnenberger].

くは契約法の領域に限定されるのではなく、その他の法領域にも妥当するという理解が次第に拡大しているとの認識を示したうえで、国際家族法の領域においても絶対的強行法規の存在を想定し得ることを明確に主張する。すなわち、「国家構成員そのもの、特に自国の公務員または軍人に対するコントロールの確保という国家政策上の目的を有する婚姻制限についても、絶対的強行法規性が肯定されるべきである。家政に関する一定の共通観念を維持するために、遺言者による相続法上の任意処分に制約を課す場合についても、同様である。また、医薬品販売における薬局の専売権をはじめとして、保健政策に根拠を有する法制度を守るための広告・勧誘規制も絶対的強行法規であるし、国家的文化承継の保護に関する特別規定についても通常はその絶対的強行法規性を肯定して差し支えない」として、国際家族法の領域を含め広範な法領域に亘って具体的な事例を提示するに至っているのである¹⁸。このうち、同博士は、自国民と外国国籍者の婚姻に対する国家管理的な法制度の存在を例に取り、議論を敷衍している。サウジアラビア¹⁹およびアルバニア²⁰等では、1960年台から70年代にかけて、自国民、特に軍人または公務員が外国国籍者と婚姻する場合には国家当局の許可を必要とする旨の法規が相次いで制定された経緯があるが、こうした外国の法規定が自国民を管理するためにその婚姻に制約を課す趣旨であれば、当該法規定の絶対的強行法規性を肯定して差し支えないとの見解を示している²¹。また同博士はこれに付随して、外国国籍者による自国民の養子縁組についても同様のことが当てはまるとする。こうした養子縁組に制約を課す外国法規定が存在しており、かつ、当該外国法規定が子の福祉を優先的に考慮する趣旨ではなく、国民の管理を目的とするものである場合には、当該法規定が

¹⁸ C.von Bar/P.Mankowski, Internationales Privatrecht, Band I, 2.Aufl. (C.H.Beck, 2003), § 4 Rdn.81 [P.Mankowski].

¹⁹ Beschluß des Ministerrates von Saudi-Arabien, bekanntgemacht am 15. Juli 1973, Das Ständesamt 1974, 276.

²⁰ Dekret-Erlaß über Eheschließungen zwischen albanischen Staatsangehörigen und Ausländern vom 5. Dezember 1966, RabelsZ 31, 716 (1967).

²¹ P.Mankowski, Anmerkung zum OLG Oldenburg Beschluß vom 19. Februar 1999, FamRZ 1999, 1313, 1314.

絶対的強行法規としての性格を帯びると考えているようである²²。

3. 国際家族法領域の絶対的強行法規を巡るドイツ裁判例

(1) 1999年2月19日付オルデنبルク州高等裁判所決定²³

(事実関係)

1994年5月27日にドイツ国籍の女性Aが死亡したことから、利害関係人Bが1992年5月2日付でAが行った遺言による財産処分に基づき、自身が単独相続人であると主張し、相続証書の付与にかかる申請を行った。Bはドイツ国外に所在する養老施設の経営者であり、Aは遺言作成時に既に当該施設に入居し生活しており、Aの遺言作成もBの了解を得て行われた経緯がある。これに対して、Aの妹Cは、1992年5月2日付の当該財産処分が養老施設法(Heimgesetz)²⁴14条1項に違反していること、およびAに遺言能力がなかったことを理由として、Aによる当該財産処分が無効である旨主張して、Bと対立した。簡易裁判所はBの申請に基づき相続証書を付与したが、地方裁判所は1992年5月2日付の遺言によるAの財産処分が養老施設法14条1項に基づき無効であるとし、相続証書付与の撤回を命じたことから、今度はBがこれに異議を申立て、相続証書の付与を求めたのが本件事案である。

(判決要旨)

オルデنبルク州高等裁判所は、1992年5月2日付の遺言によるAの財産処分が養老施設法14条1項に違反していないとしたうえで、原審を破棄し地方裁判所に審理を差戻した。

養老施設法14条1項は、養老施設の運営主体に対して、その入居者ま

²² Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314.

²³ OLG Oldenburg Beschluß vom 19. Februar 1999 – 5 W 29/99, FamRZ 1999, 1312.

²⁴ 同法を説明したものとして、本沢巳代子「西ドイツ老人ホーム法の実証的研究」大阪府立大学経済研究34巻2号83頁以下(1989年)および下森定編『有料老人ホーム契約』(有斐閣、1995年)9頁以下[本沢巳代子執筆]がある。

たは入居申込者から、またはこれらの者を利するように、同法4条に沿って合意された報酬以外に金銭または金銭的価値ある物の給付を提供させ、または約束させることを禁ずる条項である²⁵。本事案では、ドイツ国籍者が遺言による財産処分によってドイツ国外に所在する養老施設の運営主体に資産を提供した場合にも、同条項の適用があるか否かが争点となったが、オルデンブルク州高等裁判所は、こうしたケースにおける養老施設法14条1項の適用を否定する判断を下している。すなわち、同高等裁判所は、①従来までは営業法（Gewerbeordnung）38条により、州政府に対して養老施設の営業に関する法規命令を公布する権限を付与していたが、1975年1月1日付で養老施設法が発効して以降は、同法がドイツ国内の総ての養老施設の統一的な最低基準を規定することとされたこと、②養老施設法の下では、養老施設の運営主体は州政府が指定する監督官庁による営業許可を取得する必要があること、③同法では、養老施設と入居者との私契約に対する公法的規制を設けていること（4条）や、所定の報酬以外に運営主体が入居者から不当に利得を得ることを厳

²⁵ 養老施設法14条1項および4条（いずれも当時）は以下のとおり。

14条1項

Dem Träger eines Heims ist es untersagt, sich von oder zugunsten von Bewohnern Geld- oder geldwerte Leistungen über das nach § 4 vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen.

4条

1項 Zwischen dem Träger und dem künftigen Bewohner ist ein Heimvertrag abzuschließen.

2項 Der Inhalt des Heimvertrags ist dem Bewohner unter Beifügung einer Ausfertigung des Vertrags schriftlich zu bestätigen. Insbesondere sind die in § 1 Abs. 1 Satz 3 genannten Leistungen des Trägers im einzelnen zu beschreiben und das dafür insgesamt zu entrichtende Entgelt anzugeben.

3項 Das Entgelt darf nicht in einem Mißverhältnis zu den Leistungen des Trägers stehen.

4項 Der Träger hat vor Abschluß des Heimvertrags den Bewerber schriftlich über den Vertragsinhalt, insbesondere über die Leistungen und die Ausstattung des Heims sowie die Rechte und Pflichten der Bewohner, zu informieren.

しく禁止していること（14条）に加え、同法14条違反の行為は秩序違反行為と認定され（17条1項3号²⁶）、営業許可の撤回および営業停止に至る旨規定されていること（15条3項4号、16条2項2号²⁷）等を認定したうえで、「こうした主として公法的な性格を有する規制は、養老施設法14条1項がドイツ国内での適用を要求していること、従って、EGBGB25条1項の連結点である国籍の別に則して養老施設法の適用の有無を決するのは適当でないことを物語っている」との見解を示すに至った。

さらに、同高等裁判所は、「仮にも養老施設法14条1項の適用を入居者（＝被相続人）の国籍に拠らしめたとすれば、確かにドイツ国籍者の

²⁶ 養老施設法17条1項（当時）は以下のとおり。

Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. entgegen § 6 Abs. 1 Satz 1 ohne Erlaubnis ein Heim betreibt,
2. ein Heim betreibt, obwohl ihm dies durch vollziehbare Verfügung nach § 16 untersagt worden ist,
3. entgegen § 14 Abs. 1 sich Geld- oder geldwerte Leistungen versprechen oder gewähren läßt oder einer nach § 14 Abs. 7 erlassenen Rechtsverordnung zuwiderhandelt, soweit diese für einen bestimmten Tatbestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist.

²⁷ 養老施設法15条3項および16条2項（いずれも当時）は以下のとおり。

15条3項

Die Erlaubnis kann widerrufen werden, wenn der Träger des Heims

1. die Art des Heims, für die die Erlaubnis erteilt worden ist, unbefugt ändert oder andere als die zugelassenen Räume zum Betrieb verwendet,
2. Auflagen nach § 12 nicht innerhalb der gesetzten Frist erfüllt,
3. Personen entgegen einem nach § 13 ergangenen Verbot beschäftigt,
4. gegen § 14 Abs. 1, 3 oder 4 oder eine nach § 14 Abs. 7 erlassene Rechtsverordnung verstößt.

16条2項

Der Betrieb kann untersagt werden, wenn

1. der Träger des Heims eine Anordnung nach § 12 nicht befolgt,
2. die Voraussetzungen für den Widerruf einer Erlaubnis nach § 15 Abs. 3 Nr. 3 oder 4 vorliegen.

遺言の自由は海外においても保護され、介護サービスの給付に対する過大な支払を阻止することはできるものの、他方で同法のより本質的な立法目的、すなわち養老施設内の平穏や個々の入居者の福祉を脅かす、付加的な金銭提供やその提供の約束の有無に基づく差別的な取扱いを阻止することができないという不合理な結果を惹起してしまう」との懸念を表明している。そのうえで、「養老施設法14条は、国籍を連結点とすることにより同一の養老施設の入居者について異なる取扱いを行うことを正当化しておらず、同法14条に基づく私的自治を制限する不当な利得の禁止は、同法上の監督を受けるすべての養老施設に適用されるべきである」と結論付けるのである。

(2) 本決定以前の学説状況

本決定当時においては、養老施設法14条1項の国際的な適用範囲を巡って、学説上2つの見解が対立していた。

まずR.Birk博士は、同条項の目的は相続人または非相続人の保護にあるとし、その適用をEGBGB25条1項²⁸に拠らしめるべきとする見解を唱えていた²⁹。同博士は、この問題を論じるに当たって、重要と考えられる考慮要素として、相続人または被相続人の保護と養老施設という関連機関の制度的な保護の2つがあるとしつつも、後者は、養老施設法の規制においてはあくまで前者の反射的效果に止まるとする。また同博士は、公証人等に関しても公正証書作成法(Beurkundungsgesetz)に同様の法規定が存在している³⁰ことを指摘したうえで、これら類似の法

²⁸ EGBGB25条1項は以下のとおり。

Die Rechtsnachfolge von Todes wegen unterliegt dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte.

²⁹ Münchener Kommentar BGB, Band 10, 3.Aufl. (C.H.Beck, 1998), EGBGB Art.25 Rdn.208 [R.Birk].

³⁰ 公証人に関しては、公正証書作成法27条による同法7条の準用がこれを規定している。これらの条文(当時)は以下のとおり。

7条：Die Beurkundung von Willenserklärungen ist insoweit unwirksam, als diese darauf gerichtet sind,

規定について別個の連結政策を採るのではなく、抵触法上 EGBGB25条によって統一的に処理するのが説得的であるとの判断を下している。こうした R.Birk 博士の見解は、養老施設法14条1項の規定は養老施設の運営主体が受遺者として指定され得る資格（受遺能力）を有するか否かという問題を取扱うものであり、相続としての性質決定を行うのが適当であるという考えに依拠している。その結果として、養老施設の所在地に拘らずドイツ国籍者が遺言を行う場合には、同条項の適用が須らくなされるものの、外国国籍者が遺言を行う場合には、仮令その者がドイツ所在の養老施設に入居している場合であっても、一切同条項は適用されないという帰結になる³¹。

これに対して、H.Dörner 博士は、養老施設法14条1項では相続法上の受遺資格の有無を最初から判断する必要がない以上、相続としての性質決定を行うのではなく、ドイツ国際私法における不文律の抵触ルールに基づきドイツに所在する養老施設に属地的に適用されるべきとの見解を展開する³²。同博士の見解によれば、養老施設法14条1項はドイツ国内の養老施設において生活するすべての入居者を巡る法律関係に適用されるべきものであり、従って、ドイツの養老施設に住む外国国籍の入居者にも適用があるとの結論に至ることになる。他方において、外国所在の養老施設に入居しているドイツ国籍者が作成した遺言に対して同条項

-
1. dem Notar,
 2. seinem Ehegatten oder früheren Ehegatten oder
 3. einer Person, die mit ihm in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist oder war, einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen.

27条 : Die § 7, § 16 Abs. 3 Satz 2, § 24 Abs. 2, § 26 Abs. 1 Nr. 2 gelten entsprechend für Personen, die in einer Verfügung von Todes wegen bedacht oder zum Testamentsvollstrecker ernannt werden.

³¹ H.Dörner, Zur Anknüpfung von § 14 HeimG, IPRax 1999, 455, 455.

³² J.von Staudinger Kommentar BGB/IPR Art.25, 26 EGBGB; Anhang zu Art.25f EGBGB: Ausländische Rechte, 13.Aufl. (de Gruyter, 1995), EGBGB Art.25 Rdn.127 [H.Dörner].

は適用されないとの帰結が導かれることになる³³。

(3) 本決定の位置付け

本決定は、(2)で紹介した学説のうち後者の見解(H.Dörner 博士の見解)を採用したものであり、評釈においても、本決定により養老施設法14条1項の絶対的強行法規としての性格が正当に(zu Recht)根拠付けられたとして、概ね肯定的な評価が示されている³⁴。

一般にある法規が絶対的強行法規に分類され得るか否かは、当該法規の意義および立法目的に照らして決せられると考えられているが、これら学説によれば、養老施設法14条1項の意義・目的は、金銭欲に左右されないような養老施設の雰囲気醸成し、介護世話人に依存する施設入居者が抑圧される心配なく自由に自身の財産処分を行い得る環境を整備することにあるとされる³⁵。そして、私法的な方策を補完するものとして、同条項の違反に対して制裁が予定されるなど、ドイツ国内における養老施設経営の最低基準を定めるべく公法的規制が盛り込まれているが、まさにこれこそが同条項の絶対的強行法規性を根拠付けるメルクマールであると評価されている³⁶。確かに、こうした制裁の存在は養老施設の運営主体に対して、入居者への金銭贈与の働きかけを行うインセンティブを削ぐ方向に機能するが、それは飽く迄反射的な効果に過ぎないと考えられている³⁷。

また、R.Birk 博士が指摘する公正証書作成法における公証人等に対する同様の規制についても、本決定を支持する学説からは、そもそも特定の者が受遺者として指名されることについて制限を課されたからといって、これら類似する法規の適用を一律に相続にかかる通常連結に拠

³³ Dörner, a.a.O. (Fn.31), 455.

³⁴ Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1313; Dörner, a.a.O. (Fn.31), 455. 但し、本決定およびこれを支持する学説に反対する見解として、Münchener Kommentar BGB, Band 11, 5.Aufl. (C.H.Beck, 2010), EGBGB Art.25 Rdn.208 [R.Birk]がある。

³⁵ Dörner, a.a.O. (Fn.31), 455.

³⁶ Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314; Dörner, a.a.O. (Fn.31), 455-456.

³⁷ Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314.

らしめる必然性はなく、個々の法規の目的に照らして抵触法上異なる性質決定が許容されるべきであるとの反論が示されている³⁸。ここでも、これら学説は、監督法上または秩序違反法上の手段が規定されているか否かを重視する。すなわち、養老施設法には本決定中で判示されたように、営業許可の撤回等に代表される公法的な制裁措置が予定されているのに対して、公正証書作成法においては、禁止規定に反して受遺者となった公証人等に対して、こうした公法規制的な措置は何ら盛り込まれておらず、単にかかる財産処分私法的有效性が否定されるに止まるが、このことは同法の主要な目的が遺言者の保護に求められることを示唆していると指摘する。また公証人は受遺者から排除されるべき一類型に過ぎず、公正証書作成法においては、通訳、聾啞者の代弁者、利害関係を有する証人等も受遺資格を制限されていることから、その主たる立法目的は利害の抵触の排除に求められるべきであって、公証人制度自体の維持および同制度の健全性確保は同法の副次的な目的に過ぎないと結論付けている³⁹。

さらに、本決定を支持する学説は、養老施設法の適用を相続にかかる通常連結に拠らしめた場合に、法の適用結果の面（Rechtsfolge）において不都合が生じることを指摘する。すなわち、養老施設法では、同法14条1項違反の結果として科される公法的な性格を有する制裁は養老施設を名宛人とするものであり、執行管轄権の限界という視点からみれば、その実効性を確保するためには養老施設がドイツの領域内に所在していることが重要であるとする⁴⁰。これに対して、被相続人の国籍を連結点として養老施設法の適用の有無を決する立場に依拠すれば、外国の養老施設に居住するドイツ国籍者については、結局のところ同法による実効的な保護を享受できないという事態を甘受しなければならないと指摘する⁴¹。また、P.Mankowski 博士は、養老施設法14条1項を相続として性質決定した場合には、ドイツ所在の養老施設の間で同法類似の規

³⁸ Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314; Dörner, a.a.O. (Fn.31), 455.

³⁹ Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314.

⁴⁰ Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314; Dörner, a.a.O. (Fn.31), 456.

⁴¹ Dörner, a.a.O. (Fn.31), 456.

制を有しない外国の国籍を保有する資産家を優先的に入居させるべく競争が生じたり、相続の領域において限定的ではあれ法選択の自由を許容している国の国籍保有者に着目する養老施設が出現する惧れがあると指摘する⁴²。さらに、抵触法上相続分割主義が採用され、かつ実質法上養老施設法14条1項類似の規制を課していない国に不動産を有している者を優先的に入居させたり、そうした法制を有する外国に不動産を所有していないかを入居時に尋ねる慣行が生じかねないなど、養老施設法14条1項の適用を相続にかかる通常連結に拠らしめることにより、殊更不適切な帰結に至りかねないとの懸念を表明している⁴³。同博士はこの点について詳細な説明を行ってはいないが、被相続人の本国法主義に対し重大な制約を課していた当時のEGBGB 3条3項（現行法3a条2項に該当）⁴⁴の存在を念頭に置いた記述ではないかと考えられる。すなわち、同条項に基づき、目的物が相続準拠法所属国以外に所在しており、その所在地国において、動産の相続と不動産の相続で異なる抵触法的規律がなされていれば（こうした法制を採用している国では、動産の相続は被相続人の属人法、不動産の相続はその所在地法にそれぞれ拠らしめているのが典型である）、特に不動産の相続に関しては、EGBGB25条に基づき準拠法として指定された被相続人の本国法の適用が排除され、代わりにその所在地国法が当該不動産の相続について優先的に規律するとの結論に至ることになる⁴⁵。つまり、ドイツ国籍を有する者がドイツ所在の

⁴² Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314.

⁴³ Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314.

⁴⁴ 当時のEGBGB 3条3項は以下のとおり。なお、この規定をそのまま承継する形で、2008年12月10日付改正法によりEGBGB 3a条2項が設けられ、翌2009年1月11日より施行されている（BGBl I S.2401）。

Soweit Verweisungen im Dritten und Vierten Abschnitt das Vermögen einer Person dem Recht eines Staates unterstellen, beziehen sie sich nicht auf Gegenstände, die sich nicht in diesem Staat befinden und nach dem Recht des Staates, in dem sie sich befinden, besonderen Vorschriften unterliegen.

⁴⁵ 従来のEGBGB 3条3項の意義等を説明したものとして、Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.6), EGBGB Art.3 Rdn.17ff. [H.Sonnenberger];

養老施設に外国の不動産を遺贈する場合には、不動産の遺贈を巡りその所在地たる外国法が適用され、ドイツ養老施設法14条1項の適用が排除されるという事態を念頭に置いた記述と考えられる。

4. 絶対的強行法規のメルクマールを巡るドイツの議論とわが国家族法

(1) 絶対的強行法規のメルクマールを巡るドイツの議論

一般にドイツでは、絶対的強行法規の適用に対して比較的抑制的な姿勢を採る立場が優勢であるが、それには2つの理由があると思われる。第一に、絶対的強行法規は国際的な強行性を有していることが求められるが、果たして個々の実質法が準拠法如何に拘らず適用されるべきとする国際的な適用意思 (internationale Geltungswille) を持ち合せているか否かが明確ではないという点である。不正競争防止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)⁴⁶の如く条文で国際的な適用意思を明示している場合は兎も角、そうでない場合には、解釈により各実質法の絶対的強行法規性を確認していくほか方策はない⁴⁷。この場合、条文のみを一瞥しただけではその法規の国際的な適用意思の有無が明確ではないため、まさにそうした法規の適用が当事者の予見可能性および法的安定

H.Bamberger/H.Roth(Hrsg.), BGB, Band 3, 2.Aufl. (C.H.Beck, 2008), EGBGB Art.3 Rdn.10ff. [S.Lorenz]; W.Erman Handkommentar BGB, Band 2, 12.Aufl. (Dr. Otto Schmidt, 2008), EGBGB Art.3 Rdn.13 [G.Hohloch] 等がある。なお、石黒一憲『国際私法〔第2版〕』(新世社、2007年) 407-408頁に同条項の趣旨について簡潔な説明があるほか、その前身規定である1986年改正前のEGBGB28条を説明したものとして、川上太郎『現代外国法典叢書(21) 国際私法〔独逸国際私法・仏蘭西国際私法〕』(有斐閣、1955年) 独逸国際私法151-154頁がある。

⁴⁶ 不正競争防止法130条2項は以下のとおり。

Dieses Gesetz findet Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes veranlasst werden.

⁴⁷ Arnold, a.a.O. (Fn.14), 155.

性を損ねるとの批判が強い。第二に、絶対的強行法規の適用は特別連結によるものであるが、これを多用することは準拠法ルールにより最密接関係地法の適用を求める通常連結を不当に圧迫しかねないと考えられている点である。絶対的強行法規は私法的法律関係を通常の連結政策の外側から (von außen) 規律する例外的な処理と考えられており⁴⁸、例えば、ドイツにおいても契約法領域における特別連結を規定した EGBGB34条に関して、「当事者による法選択の自由の例外をなすものであり、当事者間における法的不確実性を極力回避するためにも可能な限り抑制的な取扱いが求められる」⁴⁹との見解が示されているところである。このようにドイツでは特別連結が一般的な迂回規定 (Ausweichklausel) に仕立て上げられ、その結果として準拠法決定にかかる原則的ルールが排除されることに対して強い警戒感があると言えよう⁵⁰。

そのうえで、絶対的強行法規の第一の要件は既に述べたとおり、国際的な適用意思の存在である。個別に法規を検証すると国際的な適用意思を明示していないケースが大勢であり、こうした場合には、各法規の趣旨、意義または目的等に照らしてその絶対的強行法規性を判断していくほかないとされる⁵¹が、実際にどのようなメルクマールの下でこれを認

⁴⁸ Mankowski, aa.O. (Fn.21), 1313.

⁴⁹ C.Reithmann/D.Martiny(Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 6.Aufl. (Dr. Otto Schmidt, 2004), Rdn.405 [R.Freitag]. 他にも同様の見解を表明するものとして、Bamberger/Roth, aa.O. (Fn.45), EGBGB Art.34 Rdn.13 [A.Spickhoff]; Münchener Kommentar, aa.O. (Fn.6), EGBGB Art.34 Rdn.16 [D.Martiny].

⁵⁰ BGH Urteil vom 13. Dezember 2005 (XI ZR 82/05), BGHZ 165, 248は、ドイツ消費者信用法の絶対的強行法規性が争点となり、これを否定した事案であるが、その判旨の中で「実質法上の規定が国際的な強行法規性を有するか否かという点については慎重な判断が求められる。それはEGBGB34条が一般的な迂回規定に仕立て上げられるべきではなく、それによって、ローマ条約やEGBGBにおいて支配的な原則である当事者による法選択の自由が排除されるべきではないという基本理念に基づくものである。」との見解が述べられている。本判決の詳細については、嶋拓哉「わが国抵触法体系における利息制限法の位置付けに関する一考察 [3]」国際商事法務38巻3号347頁以下(2010年)を参照。

⁵¹ W.Wengler, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im IPR,

定していくべきかについては学説上争いがある。当初は問題となっている法規が公法あるいは私法的な性格のいずれを有しているかといった基準が提唱された⁵²が、こうした基準は流動的であり往々にして偶然的なものであるほか、実際の法適用では私法と公法が互いに強く絡み合い複雑な様相を呈していることから、こうした単純な図式を用いるのは不适当であるとの批判が寄せられており、多くの支持を得るには至っていない⁵³。そこで、現在の大半の学説は個別の法規の目的を基準として絶対的強行法規性の有無を判断していく立場を採っている⁵⁴が、次に問題となるのは、如何なる目的を有していれば、その個別法規の絶対的強行法規性を肯定し得るかという点である。この点、支配的な見解は、各法規の目的が国家政策および経済政策に代表される公的利益（öffentliche Interessen）に向けられていることを判断基準に据えており、当事者の私的利益（private Interessen）の調整および保護を目的とする法規についてはその絶対的強行法規性を否定する⁵⁵。本稿で紹介した1999年2

ZVglRWiss. 54 (1941), 168, 176ff.

⁵² J.Schulze, Das öffentliche Recht im international Privatrecht (Alfred Metzner, 1972), 112f.

⁵³ K.Neumayer, Anmerkung zum BGH Urteil vom 17. Dezember 1959, RabelsZ 25 (1960), 649f.; Münchener Kommentar, aa.O. (Fn.6), EGBGB Art.34 Rdn.12 [D.Martiny]; Erman, aa.O. (Fn.45), EGBGB Art.34 Rdn.12 [G.Hohloch]; J.von Staudinger, aa.O. (Fn.6), EGBGB Art.34 Rdn.50 [U.Magnus]; Soergel, aa.O. (Fn.16), EGBGB Art.34 Rdn.8 [B.von Hoffmann]; Reithmann/Martiny, aa.O. (Fn.49), Rdn.400 [R.Freitag]; O.Palandt BGB, 66.Aufl. (C.H.Beck, 2007), EGBGB Art.34 Rdn.3 [A.Heldrich]; Magnus, aa.O. (Fn.11), 385; P.Mankowski, Wichtige Klärungen im Internationalen Arbeitsrecht, IPRax 1994, 88, 94ff.

⁵⁴ Münchener Kommentar, aa.O. (Fn.6), EGBGB Art.34 Rdn.13 [D.Martiny]; J.von Staudinger, aa.O. (Fn.6), EGBGB Art.34 Rdn.56 [U.Magnus].

⁵⁵ Münchener Kommentar, aa.O. (Fn.6), EGBGB Art.34 Rdn.13 [D.Martiny]; J.von Staudinger, aa.O. (Fn.6), EGBGB Art.34 Rdn.57 [U.Magnus]; Reithmann/Martiny, aa.O. (Fn.49), Rdn.400 [R.Freitag]; v.Bar/Mankowski, aa.O. (Fn.18), § 4 Rdn.91ff. [P.Mankowski]; Kropholler, aa.O. (Fn.11), 497ff.; Bamberger/Roth, aa.O. (Fn.45), EGBGB Art.34 Rdn.11 [A.Spickhoff]; Magnus, aa.O. (Fn.11), 385; BAGSAE 1997, 31, 34; BAGE 63, 17, 31ff.; BAGE 71, 297, 316.

月19日付オルデンプルク州高等裁判所決定では、養老施設法14条1項の目的を「ドイツ国籍者の遺言の自由の保護」ではなく、「養老施設における平穏や福祉を脅かす、金銭の追加的授受に起因する不平等な取扱いの阻止」に求め⁵⁶、その絶対的強行法規としての性格を肯定したが、支配的な見解からは、こうした同高等裁判所の判断に対して、公正証書作成法における同様の規定が単に利害の抵触（Interessenkollisionen）等を除外することを目的としているのとは異なり、養老施設法14条1項は同施設の制度的保護（Institutionenschutz）に重点を置いていることを踏まえれば、妥当な判断であるとの評価がなされているところである⁵⁷。

なお、学説において、公正証書作成法と養老施設法との間で絶対的強行法規性の判断が異なる原因は、法規違反に伴う行政上の制裁措置の有無にあると考えられている。H.Dörner 博士が「養老施設法は、私法的な手段を補完するものとして、養老施設に関する国内一律の最低基準の設定を求める公法的な規定を付け加えている。こうした公法的な規定が盛り込まれていることは、同法の私法的な規定が、特別連結の手法により、ドイツ国内に所在する養老施設のすべての入居者を巡る法律関係に適用されるべきことを強く裏付けるものである。特に同法14条違反は、オルデンプルク州高等裁判所が正当に指摘しているとおり、秩序違反行為であり、営業法規上の制裁の対象とされる」⁵⁸と論じているが、これは同法14条1項違反の遺言はBGB134条の意味における無効であり⁵⁹、この私法的効力の実現を担保するために、こうした遺言を行うよう入居者に働きかけを行った養老施設に対して究極的には営業許可の撤回等の制裁処分を科しているという同法の構成全体を適切に評価した見解であろう。まさにこうした行政上の制裁措置の存在こそが、同法14条1項の絶対的強行法規としての性格付けにとって相当に決定的なメルクマールと位置付けられているのである⁶⁰。

⁵⁶ a.a.O. (Fn.23), 1313.

⁵⁷ Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314.

⁵⁸ Dörner, a.a.O. (Fn.31), 455-456.

⁵⁹ BGH Urteil vom 9. Februar 1990 (V ZR 139/88), BGHZ 110, 235, 240.

⁶⁰ P.Mankowski 博士は、1999年2月19日付オルデンプルク州高等裁判所決

(2) わが国家族法における絶対的強行法規

このように見てくると、絶対的強行法規としての性格を付与され得るためには、私法的法律関係に効果を及ぼす法規規定が公的利害、すなわち国家政策・経済政策上の利害 (staats- und wirtschaftspolitische Interessen) を体現する目的を有していることが必要であり、より具体的には、①当該法規違反が何らかの私法的効力を発生させるものであること、②①の私法的効力の実現を担保するための公的なコミットメント (典型例は行政上の制裁措置や刑罰) が付与されていること、の2点を充足する必要があると考えられる。この点に関連してわが国の現行家族法を見る限り、絶対的強行法規性を有する条項は存在しないと思われる。実際にわが国の裁判例では、国際家族法の領域において公序則を活用することにより準拠外国法を排除した事例は多数に上るが、絶対的強行法規の適用が争点とされた事例は存在しない。戦後制定された民法の親族・相続編ではわが国実質法として最低限遵守されるべき習俗に関する一定の基準を設けてはいるものの、国家政策的な利害を背景として積極的に私人の家族関連の領域に介入するような規定は見受けられない。この理由としては、①戦後の民法改正においては、新憲法に盛り込まれた欧米的な自由主義・民主主義的な理念を家族法領域においても体現することが強く求められ⁶¹、改正親族・相続法が私人の身分関係に国家が過度に介入することに経じて抑制的なスタンスであったこと⁶²、②家庭裁判所

定の評釈において、こうした制裁手続の存在について、“Dies ist ein recht sicheres Indiz für eine eingriffsrechtliche Qualifikation.” との指摘を行っている (Mankowski, aa.O. (Fn.21), 1314)。もっとも、罰則等の制裁の有無のみが絶対的強行法規か否かを決するメルクマールではないという点につき正当に言及したものとして、石黒一憲『金融取引と国際訴訟』(有斐閣、1983年) 39-40頁がある。

⁶¹ 唄孝一＝竹下史郎「新民法の成立」・中川善之助他編『家族問題と家族法1』(酒井書店、1963年) 367頁以下(特に367-371頁を参照)。

⁶² 福島正夫教授は、刑法、行政法規、選挙制度の公法諸制度と家族制度の関連を歴史的に根拠付けたうえで、「わが国では、私法制度のみでなく公法諸制度も、時期によって度合の濃淡はあるが、全体として常に家族制度との関連を

による家事審判が、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚する改正親族・相続法の実効性確保に向けて手続処理を担うという使命を帯びつつ、家事事件の実際的な解決において専門性を駆使し重要な地位を占めるに至ったこと⁶³等が考えられるところである。

特に、本稿で取り上げた養老施設を受遺者とする遺言を例にとってみると、わが国においても、ドイツ養老施設法14条1項が規定していると同様に、養老施設によって入居者に強圧的な働きかけがなされたり、入居者の事理弁識能力の低下に付け込んで遺言を書かせるケースは想定され得る。しかしながら、わが国の現行法においては、制度的観点からこうした事案発生を阻止を目的とするドイツ養老施設法類似の法規はもとより、施設入居者の私法上の権利の保護強化を目的とした法規も存在しておらず、こうした遺言の効力に関しては、民法をはじめとする私法体系における一般法理に沿って処理されることになるであろう⁶⁴。また、

たもってきたのである。戦後のいわゆる逆コースは、ふたたびこの道を歩むものではないであろうか」との指摘を行っている（福島正夫「公法諸制度と家族制度」・中川善之助他編『家族問題と家族法1』（酒井書店、1963年）452頁）。このように、戦後しばらく経た後であっても、家族制度と公的制度が密接に関連することを通じて、国家権力による統制の手段として国民再組織のための家制度が家族法の領域に再び持ちこまれ、家父長理念が復活することへの懸念が表明されていたことを指摘しておく必要がある。いずれにしても、日本の家族法は総じて、国民が共有すべき家族のあり方等に関する最低限の基準を定めてはいるものの、それを越えて、国家が国民に対してより限定した形で範となるべき家族のあり方を示し、積極的な形でその実現を図るといった手法を採用してはいないと言えるであろう。

⁶³ 斎藤秀夫＝菊池信夫編『注解家事審判法〔改訂〕』（青林書院、1992年）55頁〔斎藤秀夫執筆〕、青山達「調停前置主義について」・『現代家族法体系1〔総論・家事審判・戸籍〕』（有斐閣、1980年）314-316頁、西原諒「戦前戦後の民法改正過程に現れた家事審判制度」法政研究（九州大学）34巻4号129-135頁（1968年）。

⁶⁴ 熊本地判平成17年8月29日判時1932号131頁は、Aが死亡前に被告Y（日本赤十字社）に対して1億4千万円の寄付を行ったが、Aの相続人である原告Xは、Aが当時86歳の高齢で精神障害者等であったことから、意思能力がなかった状態であったことを理由に、本件寄付は無効であるとし、AからYに対する不当利得返還請求権を相続したとして、本件寄付相当額の返還を求めた事案で

養老施設も民法958条の3に規定する特別縁故者となり得ることが認められている⁶⁵など、ドイツとは異なり、わが国の家族法体系においては、養老施設が入居者の遺産の分配に与えることに対して、一般的にはそれほど強い拒否反応は示されてもいないと言えよう。もっとも、わが国ではこれまで老人介護の在り方として住み慣れた地域社会における在宅介護が中心に据えられてきたこと等⁶⁶から、ドイツに見られるような事案が顕現化していないだけのことであって、今後、高齢化社会を迎える中で少子化が進行していけば、自ずと養老施設における老人介護の重要性がクローズアップされることであろう。わが国でも、ドイツ養老施設法を参照しつつ、「(社会福祉施設への入所について) 契約構成をとる場合には、国および地方公共団体の監督責任を十分に明確にしておかなければ、結局は、社会的・経済的に弱い立場にある老人や障害者の権利が侵害されることになってしまう。(中略) そして有料老人ホームについても、

ある。熊本地裁は「Aには、本件寄付当時、動機において間接的に妄想の影響を受けていたものとみられるものの、自己の行為の法的な結果を認識・判断することができる能力(意思能力)がなかった状態にあったとまでは認定することができない」とし、Xの請求を退けている。養老施設を受遺者とする遺言の効力が訴訟として争われた事案は存在しないが、仮にこうした事案が現実に訴訟として係属した場合には、上記熊本地裁の判決等を参照する限り、遺言作成時における遺言能力の有無や受遺者による強迫行為の有無等の認定を行い、私法上の一般法理に基づいて処理が図られるものと考えられる。

⁶⁵ 二宮周平『家族法〔第3版〕』(新世社、2009年) 309頁。

⁶⁶ なお2005年夏に国民生活センターが有料老人ホームに対して実施した「有料老人ホームにおける暮らしの実態調査」(対象数1530社、有効回収数785社)によれば、寄付や遺言による財産の受け取りに関する質問に対して、全体で有効回収数の8割程度の老人ホームがこうした財産を受け取ることはないと回答してきており、加えて「内部規程もなく、財産を受け取ることもない」と回答した先は有効回収数の7割に上るとの調査結果が得られている(国民生活センター『有料老人ホームをめぐる消費者問題に関する調査研究－有料老人ホームの暮らしが快適であるために－』(国民生活センター、2006年) 122頁)。この調査結果が必ずしも未回答先も含めた全養老施設のスタンスを反映しているかは判然としないが、従来、わが国の養老施設が総じて、入居者の遺言による財産の受け取りに対して抑制的であったことも、ドイツのようなトラブルが生じなかった一因ではないかと推察される。

入居者の権利保護のために、同様の公的なコントロールを強化・拡張していくことが必要であろう」(括弧内は本稿執筆者による)との主張もなされている⁶⁷。本稿はわが国の社会保障政策および老人福祉の在り方をテーマとするものではなく、その主張の当否を論ずる立場にないが、退職後に海外に転居する日本国籍者が次第に増えてきていること等を踏まえれば、こうした主張に沿って新たな法規定が制定された場合には、その地理的適用範囲および絶対的強行法規性の有無といった点にも十分な留意を払う必要があると思われる。

また、わが国の現行法体系においては、公務員・軍人に代表される特定の範疇に属する自国民の婚姻等について国家機関の許可を成立要件とする特別法も存在しない。もっとも、戦前においては、勅令等により、華族の婚姻、協議上の離婚、離縁、養子縁組等には宮内大臣の認許を⁶⁸、陸軍現役軍人の婚姻には陸軍大臣等の許可を⁶⁹、海軍現役士官等の婚姻

⁶⁷ 本沢・前掲注(24)[大阪府立大学経済研究34巻2号]111頁。

⁶⁸ 華族令(明治40年皇室令第2号)14条1項、2項、17条1項。各条文は以下のとおり。

14条

- 1 項 有爵者婚姻、養子縁組、隠居、協議上ノ離婚若ハ離縁又ハ家督相續人ノ指定若ハ其ノ取消ヲ爲サムトスルトキハ戸籍吏ニ其ノ届出ヲ爲ス前、隠居ヲ爲スニ付キ裁判所ノ許可ヲ要スル場合ハ其ノ許可ヲ請求スル前宮内大臣ノ認許ヲ受クヘシ
- 2 項 有爵者遺言ヲ以テ養子縁組ヲ爲シ又ハ家督相續人ノ指定ヲ爲スノ意思ヲ表示シタルトキハ養子トナル者又ハ之ニ代ハリテ承諾ヲ為スコトヲ得ヘキ者ニ在リテハ其ノ承諾ヲ爲ス前、被指定者又ハ其ノ法定代理人ニ在リテハ相續ノ承認ヲ爲ス前宮内大臣ノ認許ヲ受クヘシ

17条1項

有爵者ノ家族婚姻、養子縁組、分家、廢絶家再興又ハ他家相續ヲ為シ若ハ他家ノ家族トナラムトスルトキハ有爵者又ハ其ノ法定代理人ハ之ニ同意ヲ爲ス前宮内大臣ノ認許ヲ受クヘシ

⁶⁹ 陸軍現役軍人ノ婚姻ニ關スル件(大正10年勅令第481號)。条文は以下のとおり(条文は穂積重遠『親族法』(岩波書店、1933年)309頁による)。

陸軍現役軍人婚姻ヲ爲サントスルトキハ、親任官同待遇者ニ在リテハ陸軍大臣ノ奏請ニ依リ勅許ヲ仰ギ、其ノ他ノ者ニ在リテハ陸軍大臣ノ定ムル所ニ依リ許可ヲ受クベシ

には海軍大臣等の許可を⁷⁰それぞれ要するものと規定されていた。また日本人が外国人を養子または入夫とするには内務大臣の許可を要件とする旨の特別法が制定されていた⁷¹。一般には、旧民法776条本文の規定⁷²に基づき、所定の国務大臣等の許可が具備されないとこれらの者の婚姻等が有効に成立しないことと解されており、その限りにおいて、これら勅令等は婚姻要件に関する民法の規定内容に変更を加えるものと考えられていたようである⁷³。このうち、日本人が外国人を養子または入夫とする場合に内務大臣の許可を要求する特別法は明らかに涉外的な養子縁組等を対象にしており、立法目的が子の福祉等ではなく戸主を中心とするわが国の伝統的な家制度の維持に求められるとすれば、その絶対的強行法規としての性格が肯定され得るであろう⁷⁴。加えて、華族・軍人の

⁷⁰ 海軍現役士官現役特務士官候補生及現役准士官ノ婚姻ニ關スル件（大正10年勅令第483號）。条文は以下のとおり（条文は穂積・前掲注（69）309-310頁による）

海軍現役士官・現役特務士官・候補生及現役准士官婚姻ヲ爲サムトスルトキハ、親任官同待遇者ニ在リテハ海軍大臣ノ奏請ニ依リ勅許ヲ仰ギ、其ノ他ノ士官及候補生ニ在リテハ海軍大臣、特務士官及准士官ニ在リテハ在籍鎮守府司令長官ノ許可ヲ受クベシ

⁷¹ 外國人ヲ養子又ハ入夫ト爲スノ法律（明治31年7月11日法律第21號）1条。条文は以下のとおり。なお、森本富士夫『日本親族法』（文信社、1926年）81頁参照。

日本人カ外國人ヲ養子又ハ入夫ト爲スニハ内務大臣ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス

⁷² 旧民法776条本文は以下のとおり。

「戸籍吏」ハ婚姻カ第741條第1項、第744條第1項、第750條第1項、第754條第1項、第765條乃至第773條及ヒ前條第2項ノ規定其他ノ法令ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得ス

⁷³ 穂積・前掲注（69）310頁。但し穂積先生は、これら華族及び軍人の婚姻に対する制限は、その階級内における取締規定にほかならず、民法上の要件を加重するものではないとの見解に立脚し、「許可なくして結婚した華族または軍人が制裁を受けることはあるだらうが、婚姻の効力には影響がない筈である」として、反対の見解に立っている。

⁷⁴ BGB1746条1項4文には、「養親となるべき者と養子となるべき者の国籍が異なる場合には、養子縁組に対する後者の同意には後見裁判所の許可を要する」との規定が置かれている。この規定の目的は決定的に子の福祉（Kindeswohl）

婚姻等に関して国務大臣の許可等を要求する勅令等は配偶者等が外国人である場合に限定した定めではないが、国家政策上の利害に基づき特定の範疇に属する自国民を管理する目的を有する⁷⁵以上、華族・軍人を巡る渉外的な婚姻等の有効性を巡る事案において、これら勅令等の絶対的強行法規性を認める余地は大いにあり得たものと考えられる。

5. 結語

今日に至るまで、絶対的強行法規の適用問題がクローズアップされてきたのは圧倒的に国際契約法の領域においてであった。国際契約法の領域において広く当事者自治の原則が導入されるに至り、絶対的強行法規の理論を当事者自治の原則に対する有効な、そして恐らくは唯一の制約原理として位置付ける動きが顕著になった⁷⁶ほか、特に消費者契約および労働契約においては、弱者保護という実質法上の要請を抵触法の領域においても反映させるべく、消費者の常居所在地や労務給付地への客観的

に求められており、また、裁判所の許可がなかったからといって、養子となるべき者の同意の存在が否定されるわけではなく、またそれが無効とされるわけではないと解されている（Bamberger/Roth, aa.O. (Fn.45), BGB § 1746 Rdn.6 [W.Enders]）。なお、P.Mankowski 博士は、同条項に関連して、仮にこうした規定が国民の管理を目的とした養子縁組の制限という趣旨を有するのであれば、その絶対的強行法規としての性格が問われることになるとの見解を示している（Mankowski, aa.O.(Fn.21), 1314）。

⁷⁵ 軍人の婚姻制限は、明治14年陸軍省達甲第13號「陸軍武官結婚條例」、および明治18年海軍省達乙第14號「海軍武官結婚條例」に始まる。前者の第一条は「凡ソ軍人ハ最モ品位ヲ重ンズ。故ニ其配偶者ヲ擇ミ以テ終身ノ括計ヲ維持セシメ、家政ヲ治メテ以テ其職掌ヲ確守セシム。若シ配偶者匹ヲ擇バズ之ヲ輕忽ニセバ、一ハ以テ其品位ヲ傷ケ、一ハ以テ其營生ニ煩ハサレ、遂ニ其職掌ヲ汚シ、隨テ全軍ノ精力ヲ殘フニ至ル。仍テ左ニ其ノ制限ヲ設ク。」と規定している（穂積・前掲注（69）311頁）。かかる婚姻制限は軍人にとって相応しい婚姻か否かを軍当局の視点から判断するための法制度であり、その立法目的は、軍人の品位の維持、終身の活計維持および家政の安定を通じた職掌の確守、そして究極的には軍全体の規律維持にあると言える。

⁷⁶ 嶋・前掲注（5）490-492頁。

連結⁷⁷と並行して、法廷地および第三国の絶対的強行法規の適用問題がクローズアップされてきたと言える。ドイツの学説においては、絶対的強行法規を公的利害に関わる実質法規に限定するのが通説的理解であるが、国際契約法の領域においては、消費者・労働契約を中心として、私人間の公平な利害調整を通じて公的利害を保護・実現し得る余地があるとの立場⁷⁸に拠りつつ、私的利害の調整と公的利害の実現を兼ね備えた特別私法（Sonderprivatrecht）の存在を主張する見解⁷⁹も提唱されるに至っている⁸⁰。

このように、絶対的強行法規に関する議論は国際契約法の領域に集中し、かつそこでの議論は他の領域に比べて著しく突出したものとなっていたが、実際には、不法行為や不当利得等に代表される契約法以外の国際財産法、延いては国際家族法の領域においても、その理論は有効に機能し得る余地があることが指摘されている。国際家族法については本稿で紹介した事例の如くであるが、不法行為等非契約債務法の領域におい

⁷⁷ 例えば、スイス国際私法120条においては、消費者契約は消費者の常居所地法によるとしたうえで、当事者の主観的な法選択を排除する旨の規定を置いている。石黒一憲教授は、こうした法制を参照しつつ、立法論として、消費者・労働契約について、消費者の常居所地や労務給付地への客観的連結が適切であるとの主張を展開している（石黒・前掲注（45）104-105頁）。

⁷⁸ K.Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht (Duncker & Humblot, 1981), 149f.; M.Zeppenfeld, Die allseitige Anknüpfung von Eingriffsnormen im Internationalen Wirtschaftsrecht (Duncker & Humblot, 2001), 23f.; H.Sonnenberger, Eingriffsrecht – Das trojanische Pferd im IPR oder notwendige Ergänzung?, IPRax 2003, 104, 105.

⁷⁹ Soergel, aa.O. (Fn.16), EGBGB Art.34 Rdn.4ff. [B.von Hoffmann]; Erman, aa.O. (Fn.45), EGBGB Art.3 Rdn.12ff. [G.Hohloch].

⁸⁰ なお、絶対的強行法規が目的とする「公的利害」について、通説の見解はこれを国家政策・経済政策上の利害（staats- und wirtschaftspolitische Interessen）に限定するのに対して、ここで紹介した近時提唱されている見解によれば、国家政策・経済政策上の利害に止まらず、社会政策・市民社会政策上の利害（sozial- und gesellschaftspolitische Interessen）をも含むと考えており、後者の見解は通説の見解に比べて、「公的利害」概念が指し示す範囲を実質的に拡張していると評価し得る。

ては、非契約債務の準拠法に関する欧州議会および理事会規則（ローマⅡ規則）⁸¹16条が絶対的強行法規の適用問題を規定しており、例えば、ドイツ有価証券取引法（Wertpapierhandelsgesetz）14条におけるインサイダー取引禁止規定、および同法31条以下の行為義務・組織義務に関する規定等についてその絶対的強行法規性が問題になり得るであろう⁸²。これら法領域の別に拘らず共通する絶対的強行法規のメルクマールは既述のとおり、「公的利益＝国家政策・経済政策上の利害」に求められるが、果たして国際契約法の領域において、「公的利益」概念の射程に社会政策・市民社会政策上の利害をも含め、絶対的強行法規の実質的な範囲を拡張するのであれば、国際家族法や国際不法行為・不当利得法等に代表される他領域との整合性を十分に意識し説明を行うことが要求されるというべきであろう。

また国際家族法の領域に限って言えば、総じて主観的法選択の妥当する領域が拡張される傾向にあり、近い将来こうした動きとの関係で、同領域における絶対的強行法規の存在意義を再度整理する必要が生じてくる可能性があると思われる。わが国においても、通則法の制定に伴い、夫婦財産制に関連して限定的ながら当事者自治の原則が導入されたが、欧州連合では、夫婦財産制の領域に止まらず、より広範な分野にわたって当事者による主観的法選択を導入する動きがあることに注意する必要がある⁸³。例えば、「離婚および法定別居の準拠法領域における強化手続の実施に向けた理事会規則提案」⁸⁴においては、①法的安定性（legal

⁸¹ Verordnung (EG) Nr.864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABL EU 2007 Nr.L199 S.40.

⁸² こうした議論の詳細については、Münchener Kommentar, aa.O. (Fn.34), Internationales Kapitalmarktrecht Rdn.283ff und Rdn.336ff. [A.Schnyder]を参照。

⁸³ 国際家族法領域に当事者自治の原則を導入しようとする近時の欧州連合の動向については、国際私法学会第122回大会（平成22年10月開催）における林貴美准教授（同志社大学）による最新の情報を網羅した詳細な報告を参考にさせていただいた。

⁸⁴ Vorschlag für eine Verordnung (EU) des Rates zur Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und

certainty)と予見可能性(predictability)の確保、②柔軟な事案処理の実現(flexibility)を目的として、離婚や法定別居の領域において当事者自治の原則を広範に導入することが図られている。より具体的には、離婚・法定別居の成立に関して、夫婦の常居所地法、国籍を有する国の法および法廷地法の中から主観的法選択により準拠法を定めることを原則としつつ(同規則提案3条)、そうした選択がない場合に限り客観的連結により準拠法を決定する(同4条)旨のルールを導入が検討されている。また、相続に関しては、「相続における裁判管轄、準拠法、判決および公的文書の承認執行並びに欧州相続証明書に関する欧州議会並びに理事会規則提案」⁸⁵により、被相続人の死亡時の常居所地法を準拠法とする客観的連結(同規則提案16条)に並行して、被相続人が国籍を有する国の法を主観的に選択できる(同17条)ように、新たなルールを創設することが展望されている。果たして、国際家族法における当事者自治原則の広範な導入という動きは比較的同質な欧州という特定の地域における特異な事例として評価されるべきであり、決してわが国の国際家族法がこれに追従するべきではないと考えるが、いずれにせよ国際家族法における主観的法選択の導入という問題がクローズアップされれば、世界観や人生観、家族・家系および市民社会・共同体のあり方に対する社会的認識、習俗等が各国毎に異なる以上、消費者・労働契約の領域で既に見られた現象と同様に、その外在的制約要因として、公序則と並んで絶対的強行法規の存在が重要視され、概念の再定義や機能拡充が求められる可能性も否定しきれないところである。

(追記)

本稿は、平成22年度科学研究費補助金(基盤研究(C))「わが国抵触

Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, KOM (2010) 105 endg./2-2010/0067 (CNS).

⁸⁵ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, KOM (2009) 154 endg. - 2009/0157 (COD).

法体系における絶対的強行法規の機能的・動態的分析（研究代表者：嶋拓哉）」、財団法人全国銀行学術研究振興財団（2009年度学術研究助成）「金融経済活動のクロスボーダー化と国家的経済秩序との交錯（研究代表者：嶋拓哉）」、および平成21年度科学研究費補助金（基盤研究（B））「金融システムの変動と消費者・投資者保護法制（研究代表者：瀬川信久名誉教授）」の成果の一部である。紙幅をお借りして、関係者の皆様に謝辞を申し上げる。