

法体系における介入規範の適用問題について

—実質法と抵触法の協働という視点から

嶋 拓哉
しま たくや

北海道大学大学院法学研究科教授

- I はじめに
- II 介入規範の連結政策
- III 介入規範性と適用要件
- IV 介入規範の適用問題に関する考察
- V 結びにかえて

I はじめに

介入規範は準拠法の如何に拘わらず適用されるべき法規範であり、単なる国内的強行性に対比して、国際的強行性を有するものと位置付けられる⁽¹⁾。しかしながら、こうした一般的な理解の定着にも拘わらず、具体的に如何なる実質法規が如何なるケースにおいて介入規範として適用され得るかという実際的な問題を巡っては、必ずしも十分な検討が進んでいないのが現状である。その原因としては、特別連結の実質的内容、介入規範性の要件を巡り議論があることに加え、国内各実質法規の制定に当たって、国際的な適用意思および空間的適用範囲に十分な関心が払われてこなかったこと等を指摘することができる⁽²⁾。介入規範の適用問題は、本来的には抵触法と実質法の協働により、その実態が解明され得る類の問題であり、そうした視点から再検証する必要があると思われる⁽³⁾。

本稿では、以上のような問題意識に立って、介入規範の適用問題について、ドイツの学説・裁判例を参照したうえで、抵触法の視点はもとより実質法の視点をも織込み、検証作業を行うことを目的とする。

II 介入規範の連結政策

1 通常連結と特別連結

抵触法では、単位法律関係毎に通常連結ルールに基づき準拠法が決定されるが、介入規範の適用はこうした通常連結ではなく、特別連結に拠るものと考えられている。一般論ではあるが、通常連結では概ね双方向的な抵触規定に基づきいずれかの関連国の法が準拠法として指定されるのに対して、特別連結では一方的な抵触規定に基づき主として法廷地法の適用が問題とされるに止まる。ドイツでは、特別連結に関連して、介入規範には国際的な適用意思を有する実質規範とともに、その制定国による一方的な抵触規定が盛り込まれているとの見解が広く提唱されるに至っている⁽⁴⁾。こうした見解に拠れば、内国規範の国際的な適用意思は、その規範に空間的適用領域にかかる実質法上の制限が内在しない限りにおいて、その介入規範自身に対する抵触法上の適用命令（Anwendungsbefehl）を意味するのであって、それは特別な規定（*lex specialis*）⁽⁵⁾として通常連結に優先し、かつ準拠実質法の如何に拘わらず当該介入規範の適用を命じるものとして位置付けられている⁽⁶⁾。そうであれば、介入規範が国際的な適用意思を有する以上、そこには抵触規定が自動的に内包されることになる⁽⁷⁾。特別連結という連結政策それ自体が自律的でかつ実質的な意味を有しているわけではなく、「介入規範の適用に当たっての連結のあり方」を形式的に指し、単に通常連結の例外といった程度の意味を有するに過ぎないことに留意する必要がある。

なお従来、ドイツ民法施行法（以下、「EGBGB」という）34条が内国介入規範の特別連結を規定していた⁽⁸⁾が、同条項は特別連結に関する開放規定（*Öffnungsklausel*）であり、どの内国法規が介入規範に該当するかという問題を棚上げしつつも、とにかく契約法の領域において、国際的強制力を有する法廷地法たる内国法規の適用を明示的に肯定したものであると解されてきた⁽⁹⁾。つまりは、EGBGB 34条自体は法の適用に関する指示（連結に関する独自の内容）を含んでおらず、従って抵触規定とは見做されていない⁽¹⁰⁾。

いずれにせよ、一般的な理解によれば、特別連結は通常の準拠法決定ルール

の外から (von außen) 私法的法律関係を規律する抵触法上の処理である以上、当該連結は当事者自治原則が妥当する国際契約法の領域に限らず、客観的連結に拠るべきその他法領域も含めて、広く渉外的法律関係において問題となり得るものである⁽¹¹⁾。B. von Hoffmann 博士は「EGBGB 34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介入規範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⁽¹²⁾。また、H. Sonnenberger 博士も、「ローマ I 規則 9条およびローマ II 規則 16条は、不文律の一般規則を明文化したのものとして理解すべきである」との指摘を行っている⁽¹³⁾。実際に、国際家族法の領域において、ドイツ国籍の女性が遺言による財産処分により生前入所していた国外の養老施設に対して自身の資産を提供したことが、入居者等による養老施設への報酬外給付の禁止を規定したドイツ養老施設法 (Heimgesetz) 14条1項に抵触しないかが争われた事案がある。その事案において、オルデンプルク高裁決定は、養老施設法 14条1項は EGBGB 25条1項に基づき相続準拠法として適用されるのではなく、ドイツ国内で属地的に適用されることを要求しているとして、本事案における同条項の適用を明確に否定した⁽¹⁴⁾。学説は一般に、同高裁決定を、養老施設法 14条1項の介入規範性を肯定したものと位置付けている⁽¹⁵⁾。また国際不法行為法の領域において、学説では、有価証券取引法 (Gesetz über den Wertpapierhandel) に関連して、14条のインサイダー禁止規定や 31条以下の行為・組織義務規定等の介入規範性を巡る検討がなされ、異論もあるが、これを肯定する見解が提唱されるに至っている⁽¹⁶⁾。

2 特別連結の位置付け

ドイツ抵触法の学説では、特別連結はあくまで例外的処理であり、抑制的に取扱うべきとするのが伝統的な見解である⁽¹⁷⁾。従前には、EGBGB 29条において、消費者契約における準拠法の主観的法選択が消費者の常居所地法中の強行法規の適用を排除し得ないと規定する一方で、EGBGB 34条では、同じく準拠法の主観的法選択が介入規範の特別連結を妨げない旨が規定されていたことから、両規定の重複関係について議論がなされてきた。とりわけ両規定の重複適

用を否定する学説からは、介入規範の特別連結に抑制的な理由として、① EGBGB 34 条に規定する特別連結は、当事者自治の例外をなすものであり、当事者の予測可能性を確保するためにも、可能な限り抑制的な取扱いが求められること、② EGBGB 29 条および 34 条がその起源を有するローマ条約の目的は抵触法の統一を通じた判決の調和にあるが、各国家が介入規範の特別連結を過度に行うことは、こうしたローマ条約の目的に背反する惧れがあること、③ EGBGB 29 条は消費者契約法にかかる基本的な局面を規律するものであるとの評価がより強く意識されるべきであり、29 条の適用領域に踏み込んで 34 条による特別連結が行われるとすれば、このような 29 条の位置付けとの間で摩擦が生じかねないこと、④ EGBGB 29 条が規律する領域において 34 条に基づく特別連結を行うことにより、29 条の規定内容が空洞化する惧れがあること等が挙げられていた⁽¹⁸⁾。こうした見解は通常連結と特別連結の相互排他性を主張し、介入規範の抑制的な適用を求めるスタンスに拠っていることから、結果として、介入規範性の要件である公益要件を相対的に厳格に解する立場と親和性を有していた。

これに対して、通常連結と特別連結の重複を認める見解も比較的有力に提唱されていた。例えば、契約当事者間における構造的不平等の解消を目的とする実質法規を「特別私法 (Sonderprivatrecht)」と称した上で、消費者契約の幾つかの類型および労働契約一般に関してはその特別連結が想定され得るとする見解はその代表例である⁽¹⁹⁾。特別私法は介入規範とは異なり、常に EGBGB 34 条による特別連結の対象となるわけではないが、ローマ条約全体の体系を踏まえれば、EGBGB 29 条の適用範囲に含まれる国内の特別私法であっても、34 条に基づく特別連結の対象となり得るとの結論を導き出しており、介入規範の公益要件を相対的に緩やかに解する立場と親和性を有していた。こうした有力説は、多かれ少なかれ、いわゆる The Giuliano and Lagarde Report の記述⁽²⁰⁾に依拠して展開されており、EGBGB の条文解釈に当たっても、欧州全体の法動向に着目し欧州域内における法解釈の調和・統一に重きを置く視点に立脚していたと言える。

Ⅲ 介入規範性と適用要件

1 介入規範性の要件

介入規範の適用が特別連結という形態に拠るとはいえ、抵触法上の連結に委ねられる以上は、飽くまで私法的法律関係を規律する法規範としての性格を有することが必要になるであろう。加えて、介入規範が通常の準拠法決定ルートに拠らず特別連結という例外的なルートを通じて適用されるという従来の見解に依拠する以上は、介入規範の適用に当たっては、総じて抑制的な取扱いが求められることは既述のとおりである。現在の一般的な見解によれば、介入規範はその規範の目的が公益の実現に求められる場合に限定されることになる。

以下では、これら2点について若干の敷衍を行い、議論の前提を明確化させることにする。

(1) 問題となる法規範が何らかの私法的効力を発生させること

ドイツでは、抵触法は渉外的要素を有する私法的法律関係を対象とし、介入規範が抵触法上の連結により適用される以上は、その規範が何らかの私法的効力を発生させるものであることを要件として求めている。上述のオルデンプルク高裁決定でも、養老施設法14条1項の介入規範性を肯定するに当たって、同条項違反の遺言がドイツ民法（以下、「BGB」という）134条の意味における無効であることを認定しているのは好例である。また学説においても、例えば、有価証券取引法における規制条項の介入規範性を判断するに当たって、各規制条項の私法的効力の有無、具体的には民事法上の不法行為損害賠償責任という効力発生の有無が検証されている。こうした従来の裁判例や学説の見解を踏まえると、介入規範性の要件として、当該規範の違反が私法的効力を生ぜしめることを要求しているのは明らかであろう。

この要件は、私法的効力を伴わない単なる行政法規と介入規範とを区分するためのメルクマールとして機能し得るが、わが国では本要件はさほど重視されていないのが実際である。例えば、わが国裁判例では、外国為替および外国貿易管理法30条等に違反する行為は「刑事法上違法ではあるが、私法上の効力

に何ら影響がない」とされている⁽²¹⁾が、学説には、同法が一般に介入規範の範疇に属すると考えるものもある⁽²²⁾。こうした見解では、公権力の行使を直接的に規定する行政法規と公益を目的としつつ私法的法律関係を規律対象とする介入規範とを混同して論じる傾向が見受けられる。もっとも、その背景として、法廷地以外の第三国の介入規範の適用を考慮しなければ、単なる行政法規と介入規範を区別して論じる実益はなく⁽²³⁾、加えてわが国では第三国の介入規範の適用に消極的な見解が大勢を占めている⁽²⁴⁾ことを念頭に置いておく必要があるであろう。ローマ I 規則 9 条 3 項は、第三国の介入規範が契約債務の履行に違法という私法上の効力を付与する場合に限定してその適用を肯定しているが、わが国においてはこうした第三国の介入規範の適用が認められていない以上、内国介入規範の適用が問題になるに過ぎず、純粋な行政法規と介入規範を区別せず取り扱ったとしても、實際上問題が生じるわけではない。こうしたことから、ドイツと異なりわが国ではさほど本要件が重視されていないと推察することができる。

(2) 法規範が国際的な適用意思 (internationale Geltungswille) を有すること

介入規範たり得るためには、その法規範が国際的な適用意思を有することが要件として求められる⁽²⁵⁾。これはまさに準拠法の如何に拘わらず自身の適用を求める当該法規範の意思である⁽²⁶⁾。しかしながら、ドイツにおいても、実際に国際的な適用意思が明文で表出されている場合は、不正競争防止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) 等の一部⁽²⁷⁾に限られており、大半の法律にはこうした国際的な適用意思を示す条項は盛り込まれていない。すなわち、大半の法律に関しては、個々の法律の目的や機能等に照らして国際的な適用意思の有無を判断していかざるを得ないという困難に直面することになる⁽²⁸⁾。そしてその場合に、国際的な適用意思の有無を判断するために用いられるのが公益要件⁽²⁹⁾であり、上記の私法的効力の実現を担保するために公的なコミットメント (典型的には行政上の制裁措置や罰則) が付与されているかが重要なメルクマールになると考えられている⁽³⁰⁾。例えば、ドイツでは、養老施設法 14 条 1 項が養老施設の受遺資格を、公正証書作成法 27 条が公証人等の受遺資格

を、各々制限しているが、前者には後者と異なり行政上の制裁措置が付されていることを以って、前者についてのみ介入規範性を肯定する見解が提唱されている⁽³¹⁾。これなどは、公的なコミットメントの存否を基準として介入規範性の有無を判断している典型例と位置付けられる。なお従来、介入規範性の有無を判断するに当たって、問題とされる法規範が公法、私法のいずれに属するかを基準とする見解⁽³²⁾も提唱されたが、その基準が不明確で偶然的であるほか、実際の法適用では公法と私法が密接に連動する複雑な様相を呈しているが、この基準はそうした実態を反映していないとの批判が強く、多くの支持を得るには至らなかった⁽³³⁾。

もっとも、既述のとおり公益要件の具体的な射程範囲を巡って学説上争いがあり、これが介入規範の具体的な範囲を不明確なものとしている原因の一つである。通説的理解は、公益概念を国家政策上および経済政策上の利害に限定し、特別連結の抑制的な取扱いを目指す立場に依拠している。裁判実務もこうした見解に立っており、消費者信用法についてその主たる立法目的は契約当事者の利害調整にあるとし、介入規範性を否定した裁判例がある⁽³⁴⁾。他方において、公益概念を国家政策および経済政策上の利害に限定することなく、社会政策および市民社会政策上の利害をも含むものと位置付ける見解も有力に主張されている。こうした見解は、私人間の公平な利害調整を通じて公益を実現し得るとの立場に依拠し、私的利害の調整と公益の実現をともに目的とする法類型の存在を肯定するものであり、従来 EGBGB 29 条の適用もなく、また通説的見解によれば特別連結も認められなかった消費者保護規定（消費者信用や住居賃貸借に関する法規範）について、その介入規範性を認め法廷地の介入規範として適用を図ることで、消費者保護の実現を目指すという実際的な意義を有していたと言えよう。

2 介入規範の適用要件

介入規範の適用要件は、事案が当該規範所属国と密接牽連性を有していることである⁽³⁵⁾。介入規範の特別連結理論においては、主観的要素 (subjektive Element) と空間的要素 (räumliche Element) が要求されてきた。前者が国際的な

適用意思を指すとすれば、後者はまさに内国との密接牽連性を指し示していると考えられる⁽³⁶⁾。従来内国牽連性の要件を不要とする見解⁽³⁷⁾もみられたが、現在ではこの要件の存在を前提とする見解が大勢である。契約準拠法の如何に拘わらず特定の内国法規の適用が肯定され得るのは、具体的事案が当該規範所属国との関係において、少なくとも空間的に密接な関連性を有している場合に限られるというのがその根拠である。しかし、後者の内国牽連性の要件に関しては、実際の事案においてその要件の充足を具体的に判断するのは容易なことではない。国際的な適用意思と同様に、介入規範の空間的適用範囲を明文で規定していない場合が通常であり、如何なる前提が満たされれば介入規範の適用を認めるべきかが明確ではない。結局のところ、具体的な事案に則して、自国とどの程度の関連性を有する事案であるかを丁寧に検証しつつ、内国法規を介入規範として適用するのが妥当か否かを個別具体的に判断していくほかに途はない。この点はわが国の利息制限法を例に採ると、問題の所在が容易に理解できると思われる⁽³⁸⁾。

なお、学説の中には、介入規範性は、単に保護法益に拠るに止まらず、具体的事案の内国牽連性の程度も含めて総合的に判断されるべきと主張するものもある⁽³⁹⁾。しかしながら、通説は具体的事案が如何に密接な内国牽連性を有していたとしても、公益保護を目的としない法規が介入規範として位置付けられるわけではないとし、介入規範性は飽く迄実質法の保護法益に基づき判断されるべきであり、内国牽連性の要素は介入規範性の認定に当たって考慮されないとの見解に立っている⁽⁴⁰⁾。

IV 介入規範の適用問題に関する考察

1 抵触法と実質法の協働

介入規範の適用に当たっては、①国際的な適用意思の問題（問題とされる法規が準拠法に関係なく、自身の適用を求めるか）、②空間的適用範囲の画定の問題（いかなる地理的範囲において、介入規範が適用され得るか）という2つの問題を分離して論じる必要がある⁽⁴¹⁾。

このうち、国際的な適用意思の問題（①）は、あくまで準拠実質法の如何に

拘わらず実体関係に適用されるべきとする法規範の意思表示の問題であると考えれば、当該法規範が属する実質法秩序の問題として捉えれば足りるのであろう。ローマ条約7条1項1文では、「この条約に基づきある国の法が適用される場合に、事案に密接牽連性を有する第三国の法によれば、契約準拠法如何に拘わらず適用されなければならない強行法規があるときには、その限りにおいて、当該第三国の強行法規に効力が付与されることがある」(傍点は筆者による)と規定しているが、この条文が国際的な適用意思の有無という問題を介入規範性が問題となっている法規範の制定国(Erlass-Staat)の判断に委ねることを指し示した趣旨であることは明白である。

これに対して、空間的適用範囲の画定の問題(②)は、実質法と抵触法双方に関係する問題として捉えることが可能である。例えば、K. Schurig博士はある法規範の適用範囲が同一の法秩序に属する他の法規範の適用範囲と一線を画する場合、そこには当該法秩序における実質法上の制限が存在しているとする一方で、他の法秩序における類似の法規範の適用範囲と一線を画する場合には、抵触法上の制限が関係しているとする *Alternativtest* を提唱している⁽⁴²⁾が、これなどは法規範の適用範囲の制限が実質法と抵触法いずれにも根拠を有し得ることを提示した好例である。空間的適用範囲に関する抵触法上の制限と実質法上の制限の分離という問題は一般に不明確で扱いにくい側面を有しており⁽⁴³⁾、特に両方の制限が同時に重複的に課されるケースを想定すると、*Alternativtest* 自体に対しては、問題の複雑性を安易なモデル化の下で捨象しているとの批判も可能である。しかしながら、理念として、抵触法上の制限と実質法上の制限を峻別したうえで、空間的適用範囲の問題を議論していくという原則的な視点を維持していくことは重要である。特に、介入規範の適用と準拠実質法の適用とは代替的選択の関係にあり、そこにはある実体関係を介入規範に拠らしめるか、あるいは近接する他の実体関係と纏めて準拠法秩序に拠らしめるべきかという問題が包含されている。介入規範の国際的強行性はその制定国の実質法上の考慮に基づき規定されるべきものであるが、このことは、法廷地国がその制定国の判断に自動的、強制的に従うことを意味するものではない⁽⁴⁴⁾。法廷地国は、介入規範の国際的適用意思に縛られることなく、自国の抵触法に基づき

独自の視点から当該介入規範の存在に考慮を払うか、およびどの程度考慮するかを決定しなければならず、少なくともその限りにおいて抵触法上の関与がなされるべきと考えられる⁽⁴⁵⁾。

なお、介入規範を抵触法の完全な枠外で直接事案に適用されるべき法規範と位置付ける見解も見受けられる。介入規範に相当する法規範を“selbstgerechte/autonomitierte Sachnormen”⁽⁴⁶⁾とか、あるいは“lois/règles d'application immédiate”⁽⁴⁷⁾と呼称する学説がそれである。こうした見解は、介入規範性の決定やその適用範囲の画定を介入規範制定国が自律的に決定でき、従って抵触法上の考慮を払うことなく適用がなされるとの立場に拠っていると考えられている⁽⁴⁸⁾。しかしながら、ドイツでは、従来より特別連結の存在を規定したEGBGB 34条が契約法領域に限り存在しているからといって、そのことは他の法領域において公益法規が抵触法の枠外で直接的に適用されることを意味しないと考えられてきており⁽⁴⁹⁾、介入規範であっても抵触法の関与の下で適用がなされるべきであるとの見解が確立している⁽⁵⁰⁾。また第三国の介入規範の適用を想定した場合には、その適用に当たって法廷地国における抵触法上の考慮が働いていることは明白であり、介入規範の適用に当たり抵触法の関与を否定する見解は理論的に破綻していると考えるのが適切であろう。

既に説明したとおり、ドイツでは、介入規範には、国際的な適用意思を有することにより、実質規範に付加して、隠れた形で一方的な抵触規定が内包されているとの見解が広範に支持されている。こうした見解は、介入規範であっても、あくまで実質法規と抵触法規という2つの法類型に基づき理論的に整理し得るものであるとされ、その限りで“selbstgerechte/autonomitierte Sachnormen”等を提唱する学説とは一線を画すと考えられている⁽⁵¹⁾。しかしながら、それは形式的な議論に過ぎるように思われる。介入規範が隠れた抵触規定を有しているとしても、その隠れた抵触規定は、介入規範の国際的な適用意思に起因し当該規範が内包する抵触法上の適用命令である。法廷地の抵触規定に基づき介入規範が適用されるのではなく、介入規範制定国の意思によってその適用が決していることに変わりなく、その限りでは“selbstgerechte/autonomitierte Sachnormen”等を提唱する学説と根本において大差ないと指摘することが可能で

はないであろうか。ドイツにおける一般的理解は、介入規範の一方的な適用を命じる単純な抵触規定を想定し、介入規範自身はその不文の抵触規定をも内包するとの発想に立脚するものである⁽⁵²⁾。しかしながら、その他の実質法規はこうした構造を持たず、法廷地の抵触規定に基づき準拠法としての指定を受けるのみである。果たして介入規範と他の実質法規との内部構造に関するこうした相違を如何なる根拠を以って正当化し得るのか疑問なしとしない⁽⁵³⁾。介入規範も抵触法と実質法から構成される渉外的法律関係にかかる法適用の枠組みの中で処理すべき問題であることを踏まえつつ、介入規範の適用に当たっては、実質法と協働してやはり法廷地の抵触法が果たすべき役割を見据え、その連結政策に関する具体的・実質的な内容を探求することが重要ではないであろうか。介入規範とても私法的法律関係を律するという点では通常連結の対象となり得る他の実質法規と同じであり、単に介入規範が保護すべき法益が公益に裏打ちされたものであるとの一事を以って、抵触法レベルにおける取扱い、および抵触規定の存在形式や存在場所を異にするのであれば、それぞれ実質法的価値と抵触法的価値を混淆するものであるとの批判が妥当するように思われる。

2 公序則との異同関係

介入規範と公序則の関係については、両者間に本質的な差異を認めない見解がある。例えば、A. Lüderitz 博士は、公序則を準拠外国法の適用結果を排除する消極的公序と内国法規の適用を貫徹させる積極的公序 (= 介入規範) に区分することに関して、仮に消極的公序により外国法の適用を排除した場合であっても法廷地法による補充が求められることから、結局のところそうした区分は然程有意義ではないと結論付ける⁽⁵⁴⁾。こうした学説においては、EGBGB 6条と34条が共に国家にとって不可欠な価値・秩序に関する条項を体现しているとして、両者を同等のものとして位置付けており⁽⁵⁵⁾、究極的にいずれかが不要との結論に至る。

これに対して、両者の相違点を強調する見解も存在するが、こうした見解にも実際には様々な視点に着目したものがある。中でも、適用スタンスの違いを指摘する見解や、両者が取扱う法規範の質的な相違に着目した見解は説得性を

持ち得る議論である。前者の見解の代表例として、U. Magnus 博士は、EGBGB 6条は外的視点 (Außenperspektive) に立脚し外国法の適用結果の受入れを判断するのに対して、EGBGB 34条は内的視点 (Innenperspektive) に立脚し内国法の適用の拡張を図っていることから、両者の規定は全く異なる適用スタンスを有しており、互いに独立して存在していると主張する⁽⁵⁶⁾。また後者の見解の代表例は D. Martiny 博士である⁽⁵⁷⁾。同博士は、EGBGB 34条は契約準拠法の如何に拘わらず自国の介入規範を適用することから、送致にかかる通常の考え方を根本的に排除するものとして位置付ける。そのうえで、34条に規定する介入規範が自動的に公序としての性格を有するとまでは言えず、よって EGBGB 6条が保護対象とするドイツ法秩序の本質的な基本原則を必ずしも保護するものではないとの見解を展開する。

この点、両者の異同をどのように考えるべきであろうか。まずもって、介入規範は、通常連結とは別の抵触法上のルートにより、準拠法が規律する実体関係と切り離される形で、特定の実体関係について適用がなされる。公序則を発動すれば、その準拠法排除の結果として生じる法の欠缺を補充するために内国法を適用することになるが、介入規範の適用はこうした補充法の適用とは性格を異にする⁽⁵⁸⁾。それは、詳細や具体的な内容は不明確であるにせよ、介入規範の適用を根拠付ける特別な抵触規定が存在していることを意味すると考えて差し支えないであろう。つまりは、公序則が実質法上の正義という視点に立脚し、準拠外国法の適用結果を修正するのに対して、介入規範が抵触法上の正義に基づき、準拠外国法の適用結果の妥当性を斟酌せずに適用される点に、両者の相違を求めることができると考えられる⁽⁵⁹⁾。

取扱う法規範の質的な相違や適用スタンスの違いに着目する見解は結局のところ、こうした両者の適用根拠となる視点・価値レベルの相違に帰着する可能性があるであろう。介入規範が他の連結により指定される準拠法と同じレベルにおいて、これら他の準拠法と並列的な位置付けを受けて、ある実体関係の規律を法廷地の抵触規定から命じられるのに対して、公序則は抵触法上の連結を経て既に指定された準拠法を法廷地実質法上の価値判断に基づき排除する機能を有することになる。抵触法上の視点に基づき適用が予定される介入規範と、

主として法廷地実質法の価値観に基づく公序則とでは、その根拠や存在意義が異なる以上、それぞれが取扱対象とする法規範の範囲は必ずしも一致しないと考えるのが適当であろう。また、適用スタンスにおいても、介入規範が抵触規定に基づく法選択プロセスを経て適用が予定されるのに対して、公序則が適用段階における準拠法の排除という機能を有する以上、飽く迄印象の問題ではあるが、抵触法の視点から、前者について積極的適用という側面が強調されるのも首肯し得るところである。

なお、ドイツでは少数説ながら、P Mankowski 博士によって、公序則に関するEGBGB 6条を独立した一方的抵触規定と位置付ける見解が提唱されている⁽⁶⁰⁾。この見解によれば、EGBGB 6条は、事案の内国牽連性を要求したうえで実質法規の適用を指示する、純然たる一方的抵触規定であるとする一方、従前のEGBGB 34条は、他の実質法規の適用を封ずる機能を有するに過ぎず、それ自身が抵触規定としての機能を有するわけではないものの、別途で不文の一方的抵触規定の存在を前提にするものとして位置付けられる。そのうえで、同博士は、明文か不文かの違いはあるものの、公序則と特別連結はともに各々固有の一方的抵触規定に基づき実質法の適用を図る以上、制度上厳格に分離されるべきであり、公序則により適用される実質法規と特別連結により適用される実質法規は構造的に峻別されるべきであるとの結論を提示する。確かにEGBGB 6条を自律的な抵触規定として位置付ける見解⁽⁶¹⁾は散見されるが、文言解釈として無理があり少数説に止まる⁽⁶²⁾。また、Mankowski 博士も、公序良俗に反する法律行為を無効とするBGB 138条について、EGBGB 6条の中核的領域に属する以上、同条項が同時に介入規範足り得ないことを論じているに過ぎず、必ずしも総ての民事実質法規につき自説の検証を行っているわけではなく、その議論の具体的妥当性には疑問がある。

V 結びにかえて

介入規範の適用に当たっては、国際的な適用意思の問題は当該規範の制定国に委ねられるものの、空間的適用範囲の画定というプロセスは実質法のみならず併せて抵触法も機能する局面である。介入規範の国際的強行性はその制定国

の実質法上の判断に委ねられるべきものであるが、このことは、法廷地国が制定国の判断を自動的に受け入れることを意味しない。法廷地国は、介入規範の適用に当たって、その国際的な適用意思に縛られることなく、自身の抵触法に基づき当該介入規範に考慮を払うか否かを決定しなければならず、少なくともその限りにおいて抵触法上の関与がなされるべきと考えられる。また、介入規範と公序則との関係を論ずるにおいても、抵触法と実質法との区別が重要な意義を有していると考えられる。すなわち、公序則が実質法上の正義という視점에立脚し、準拠外国法の適用結果を修正するのに対して、介入規範が抵触法上の正義に基づき、準拠外国法の適用結果の妥当性を斟酌せずに適用される点に、両者の相違を求めることができると思われる。

- (1) Cheshire, North & Fawcett, *Private International Law*, 14th ed. (Oxford Univ. Pr., 2008), 728ff. なお、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〕—利息制限法の絶対的強行法規性を巡る議論」国際商事法務 38 巻 3 号 345-347 頁 (2010 年) を参照。
- (2) 道垣内正人「国内法の国際的適用範囲—国際私法の観点から」自由と正義 61 巻 5 号 20 頁 (2010 年)。
- (3) こうした視点から介入規範の適用問題を捉えたものとして、A. Arnold, *Lex fori als versteckte Anknüpfung* (Duncker & Humblot, 2009), 154ff がある。
- (4) G. Kegel, *Die selbstgerechte Sachnorm, in Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweig* (C. F. Müller, 1976), 51, 69 und 86; R. Radtke, *Schuldstatut und Eingriffsrecht: Systematische Grundlagen der Berücksichtigung von zwingendem Recht nach deutschem IPR und dem EG-Schuldvertragsübereinkommen*, ZVglRWiss 84 (1985), 325, 331ff; E. Lorenz, *Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht*, RIW 1987, 569, 578; K. Schurig, *Zwingendes Recht, Eingriffsnormen und neues IPR*, RabelsZ 54 (1990), 217, 234; M. Zeppenfeld, *Die allseitige Anknüpfung von Eingriffsnormen im Internationalen Wirtschaftsrecht* (Duncker & Humblot, 2001), 91; C. von Bar/P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, Band I, 2. Aufl. (C. H. Beck, 2003), § 4 Rdn. 12 [P. Mankowski]; B. von Hoffmann/K. Thorn, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl. (C. H. Beck, 2007), § 4 Rdn. 15; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl. (Mohr Siebeck, 2006), 109; P. Mankowski, *Strukturfragen des Internationalen Verbrauchervertragsrechts*, RIW 1998, 287, 290.

- (5) Mankowski, a.a.O. (Fn. 4), 290.
- (6) Radtke, a.a.O. (Fn. 4), 332; Kropholler, a.a.O. (Fn. 4), 109; K. Siehr, Normen mit eigener Bestimmung ihres räumlich-persönlichen Anwendungsbereichs im Kollisionsrecht der Bundesrepublik Deutschland, *RebelsZ* 46 (1982), 357, 362. なお、井之上宜信『国際私法学への道程』(日本加除出版, 1995年) 137-138頁を参照。
- (7) J. Kropholler 博士は、介入規範に内包される抵触規定を「隠れた抵触規定 (versteckte Kollisionsnorm)」と呼ぶ (ders, a.a.O. (Fn. 4), 109) ほかに、R. Radtke 博士は「偽装された抵触規定 (verkapptes Kollisionsnorm)」と称している (ders, a.a.O. (Fn. 4), 331f)。
- (8) EGBGB 34条には、「本節(第5章第1節)は契約に適用されるべき法を顧慮することなく実体関係を強制的に規律するドイツ法規の適用を制限するものではない」との規定が設けられていたが、2009年12月にローマI規則が発効したことに伴い、EGBGB 34条を含めて同第5章第1節は失効した。ローマI規則9条は、EGBGB 34条に代わって、介入規範の適用問題を規律するもの、内国介入規範の適用に関する限り、本質的な内容変更はなされていない (Münchener Kommentar BGB, Band 10, 5. Aufl. (C. H. Beck, 2010), IPR Einl. Rdn. 38 [H. Sonnenberger])。
- (9) F. Ferrari et. al., 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, EGBGB/IPR-Einleitung zu Art. 27ff EGBGB, 13. Aufl. (de Gruyter, 2002), EGBGB Art. 34 Rdn. 1-3 [U. Magnus]。
- (10) H. Sonnenberger, Die Eingriffsnorm: ein internationalprivatrechtliches *σημανδalon*?, in Festschrift für Wolfgang Fikentscher: zum 70. Geburtstag (Mohr Siebeck, 1998), 283, 288; Mankowski, a.a.O. (Fn. 4), 290.
- (11) Arnold, a.a.O. (Fn. 3), 155; A. Halsdorfer, Der Beitritt Deutschlands zum UNESCO-Kulturgüterübereinkommen und die kollisionsrechtlichen Auswirkungen des neuen KultGüRückG, *IPRax* 2008, 395, 399.
- (12) H. Soergel Kommentar zur BGB, Band 10, 12. Aufl. (W. Kohlhammer, 1996), EGBGB Art. 34 Rdn. 13 [B. von Hoffmann]。
- (13) Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn. 8), IPR Einl. Rdn. 38 [H. Sonnenberger]。なお、嶋拓哉「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」北大法学論集62巻1号238-242頁(2011年)を参照。
- (14) OLG Oldenburg Beschluß vom 19. Februar 1999 (5 W 29/99), *FamRZ* 1999, 1312.

- (15) P. Mankowski, Anmerkung zum OLG Oldenburg Beschluß vom 19. Februar 1999, FamRZ 1999, 1313; H. Dörner, Zur Anknüpfung von § 14 HeimG, IPRax 1999, 455. なお、嶋・前掲注(13) 230-233 頁を参照。
- (16) Münchener Kommentar BGB, Band 11, 5. Aufl. (C. H. Beck, 2010), IntKapMarktR Rdn. 283ff, Rdn. 337 und Rdn. 354 [A. Schnyder].
- (17) Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn. 9), EGBGB Art. 29 Rdn. 67ff [D. Martiny]
- (18) C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl. (Dr. Otto Schmidt, 2004), Rdn. 405 [R. Freitag]. 同様の見解に立つものとして、Kropholler, a.a.O. (Fn. 4), 500-501; Staudinger Kommentar, a.a.O. (Fn. 9), EGBGB Art. 34 Rdn. 71 [U. Magnus]; P. Mankowski, Entwicklungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht 2003/2004 (Teil 1), RIW 2004, 481, 487f; Bar/Mankowski, a.a.O. (Fn. 4), § 4 Rdn. 91 [P. Mankowski] 等がある。また、労働者の労務提供地強行法規の適用を規定する EGBGB 30 条と 34 条との関係において両者の重複を認めないとの見解を示すものとして、M. Franzen, Internationales Arbeitsrecht, in Arbeitsrecht-Blattei systematische Darstellung (Forkel, 1993), 920ff がある。
- (19) B. von Hoffmann, Inländische Sachnormen mit zwingendem internationalem Anwendungsbereich, IPRax 1989, 261, 266; 同様の見解に立つものとして、Hoffmann/Thorn, a.a.O. (Fn. 4), § 10 Rdn. 95ff; W. Erman Handkommentar BGB, 12. Aufl. (Dr. Otto Schmidt, 2008), EGBGB Art. 34 Rdn. 12 und 15 [G. Hohloch] 等がある。
- (20) O. J. C282/1, 28.
- (21) 最判昭和 40 年 12 月 23 日民集 19 卷 9 号 2306 頁 (2313 頁参照)。
- (22) 石黒一憲教授が「外為法は今なお紛れもない絶対的な強行法規としての性格を、強固に有している」(石黒一憲『金融取引と国際訴訟』(有斐閣, 1983 年) 38 頁) と論じているのが代表的である。ただ、同教授は、「わが国で従来より、外為法違反の事実、契約の有効性に影響を受けないとの見方が定着しているが、それ自体の当否はともかく外国では必ずしもかかる扱いが一般的とは言えない」(同 38 頁) との言及を行っており、外為法違反の行為の私法的効力について昭和 40 年最高裁判決とは異なる認識に立っていることに留意する必要がある。
- (23) 道垣内正人教授は、東京地決昭和 40 年 4 月 26 日労民集 16 卷 2 号 308 頁に関して、「本判決がこの『(絶対的) 強行法規の特別連結理論』を導入したと断言することはできない。というのは、本件は法廷地国である日本の「公序法」が適用された事例であるため、単に、労働組合法の規定を『公法』と捉えてそれを属地的に適用したと見ることもできるからである。両者の違いが出てくるのは、外国の

そのような規定を適用するかという場面においてである」と正当な指摘を行っている（道垣内正人『ポイント国際私法総論〔第2版〕』（有斐閣，2007年）77-78頁）。

- (24) わが国解釈論上第三国の介入規範の適用を消極的に捉えるものとして、道垣内・前掲注(23)78頁，神前禎＝早川吉尚＝元永和彦『国際私法〔第3版〕』（有斐閣，2012年）148頁〔神前禎〕，石黒・前掲注(22)59頁，同『国際私法〔新版〕』（有斐閣，1980年）288頁以下，山田録一『国際私法〔第3版〕』（有斐閣，2004年）325頁，溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』（有斐閣，2005年）362-363頁，澤木敬郎＝畑場準一編『国際私法の争点〔新版〕』（有斐閣，1996年）43頁〔出口耕自〕。他方，これを肯定的に論ずるものとして，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37巻4号170-171頁（1997年），池原季雄＝早田芳郎編『涉外判例百選〔第3版〕』（有斐閣，1995年）41頁〔横山潤〕がある。
- (25) A. Stoll, *Eingriffsnormen im internationalen Privatrecht: Dargestellt am Beispiel des Arbeitsrechts* (P. Lang, 2002), 11-13; J. Taupitz, *Kaffeefahren deutscher Urlauber auf Gran Canaria: Deutscher Verbraucherschutz im Urlaubsgepäck?*, BB 1990, 642, 649; Reithmann/Martiny, a.a.O. (Fn. 18), Rdn. 399ff [R. Freitag]; Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn. 9), EGBGB Art. 34 Rdn. 8ff [D. Martiny]; Kropholler, a.a.O. (Fn. 4), 18ff und 153; BGH Urteil vom 23. April 1998 (III ZR 194/96), NJW 1998, 2452, 2453; BGH Urteil vom 27 Februar 2003 (VII ZR 169/02), NJW 2003, 2020, 2021.
- (26) Staudinger Kommentar, a.a.O. (Fn. 9), EGBGB Art. 34 Rdn. 10 [U. Magnus].
- (27) ドイツ不正競争防止法130条2項。
- (28) Arnold, a.a.O. (Fn. 3), 155.
- (29) Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn. 9), IPR Einl. Rdn. 51ff [H. Sonnenberger] und EGBGB Art. 34 Rdn. 13 [D. Martiny]; Kropholler, a.a.O. (Fn. 4), 498; Staudinger Kommentar, a.a.O. (Fn. 9), EGBGB Art. 34 Rdn. 57 [U. Magnus]; H. Bamberger/H. Roth (Hrsg.), *Kommentar zum BGB*, Band 3, 2. Aufl. (C. H. Beck, 2008), EGBGB Art. 34 Rdn. 11 [A. Spickhoff]; Erman Handkommentar, a.a.O. (Fn. 19), EGBGB Art. 34 Rdn. 12 und 15 [G. Hohloch]; Soergel Kommentar, a.a.O. (Fn. 12), EGBGB Art. 34 Rdn. 8 [B. von Hoffmann]; P. Mankowski, *Internationales Seeschiffsregister, Anknüpfung von Heuerverträgen und Qualifikationsfragen im internationalen Arbeitsrecht*, IPRax 1996, 405, 409.
- (30) Dörner, a.a.O. (Fn. 15), 455f; Mankowski, a.a.O. (Fn. 15), 1314. なお，石黒・前掲注(22)39-40頁，および嶋・前掲注(13)226頁を参照。

- (31) Mankowski, a.a.O. (Fn. 15), 1314.
- (32) J. Schulze, Das öffentliche Recht im internationalen Privatrecht (A. Metzner, 1972), 112f.
- (33) Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn. 9), EGBGB Art. 34 Rdn. 12 [D. Martiny]; Staudinger Kommentar, a.a.O. (Fn. 9), EGBGB Art. 34 Rdn. 50 [U. Magnus]; Reithmann/Martiny, a.a.O. (Fn. 18), Rdn. 400 [R. Freitag]; Erman Handkommentar, a.a.O. (Fn. 19), EGBGB Art. 34 Rdn. 12 [G. Hohloch].
- (34) BGH Urteil vom 13. Dezember 2005 (XI ZR 82/05), BGHZ 165, 248.
- (35) Münchener Kommentar a.a.O. (Fn. 9), EGBGB Art. 34 Rdn. 19 [D. Martiny]; Staudinger Kommentar, a.a.O. (Fn. 9), EGBGB Art. 34 Rdn. 62 [U. Magnus]; Reithmann/Martiny, a.a.O. (Fn. 18), Rdn. 401 [R. Freitag]; Kropholler, a.a.O. (Fn. 4), 498.
- (36) W. Wengler, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht: Eine rechtsvergleichende Studie, ZVglRWiss 54 (1941), 168ff; K. Zweigert, Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote, RabelsZ 14 (1942), 283, 289.
- (37) Radtke, a.a.O. (Fn. 4), 331.
- (38) 道垣内・前掲注(2) 21 頁。
- (39) W. Kohte, Verbraucherschutz im Licht des europäischen Wirtschaftsrechts, EuZW 1990, 150, 153f.
- (40) Kropholler, a.a.O. (Fn. 4), 498; Staudinger Kommentar, a.a.O. (Fn. 9), EGBGB Art. 34 Rdn. 62 [U. Magnus].
- (41) Kropholler, a.a.O. (Fn. 4), 153; B. von Hoffmann, Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen, RabelsZ 38 (1974), 396, 408; J. Fetsch, Eingriffsnormen und EG-Vertrag (Mohr Siebeck, 2002), 28f.
- (42) K. Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht (Dunker & Humblot, 1981), 58–64; G. Kegel/K. Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (C. H. Beck, 2004), 53–58.
- (43) M. Schubert, Internationale Verträge und Eingriffsrecht: ein Beitrag zur Methode des Wirtschaftskollisionsrechts, RIW 1987, 729, 733.
- (44) M. Kuckein, Die ‚Berücksichtigung‘ von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationalen Vertragsrecht (Mohr Siebeck, 2008), 25.
- (45) Kuckein, a.a.O. (Fn. 44), 25; Lorenz, a.a.O. (Fn. 4), 578; Radtke, a.a.O. (Fn. 4), 325, 331 und 343.
- (46) Kegel, a.a.O. (Fn. 4), 51ff.
- (47) I. Schwander, Lois d’application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR: Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht (Schul-

thess, 1975), 184ff.

- (48) Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn. 9), IPR Einl. Rdn. 67 [H. Sonnenberger].
- (49) Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn. 9), IPR Einl. Rdn. 67 [H. Sonnenberger]. なお、ローマ条約7条1項2文は、「介入規範に効力を付与するか否かを検討するに当たっては、その規範の性質、目的、および適用または不適用の結果に考慮が払われなければならない」と規定しており、外国法規に介入規範性が認められたからといって、法廷地国がその適用を強制されるわけではないことが示唆されている。
- (50) Reithmann/Martiny, a.a.O. (Fn. 18), Rdn. 394 [R. Freitag]; Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn. 9), IPR Einl. Rdn. 67 [H. Sonnenberger]; G. Mäsch, Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz: eine Untersuchung zu den Art. 29 I, 27 III und 34 EGBGB (Duncker & Humblot, 1993), 134.
- (51) Kuckein, a.a.O. (Fn. 44), 22.
- (52) 井之上・前掲注(6) 142頁。
- (53) 井之上・前掲注(6) 142頁。
- (54) A. Lüderitz, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. (A. Metzner, 1992), Rdn. 215. なお、同様の見解に立つものとして、Bamberger/Roth, a.a.O. (Fn. 29), EGBGB Art. 34 Rdn. 3 [A. Spickhoff] がある。
- (55) W. Däubler, Das neue Internationale Arbeitsrecht. RIW 1987, 249, 255.
- (56) Staudinger Kommentar, a.a.O. (Fn. 9), EGBGB Art. 34 Rdn. 40 [U. Magnus].
- (57) Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn. 9), EGBGB Art. 34 Rdn. 132 [D. Martiny]. 同じ見解に立つものとして、A. Junker, Die “zwingenden Bestimmungen” im neue internationalen Arbeitsrecht, IPRax 1989, 69, 75, および H. Weber, Das Zwingende an den zwingenden Vorschriften im neuen internationalen Arbeitsrecht, IPRax 1988, 82, 84 がある。
- (58) Kuckein, a.a.O. (Fn. 44), 56.
- (59) Kuckein, a.a.O. (Fn. 44), 57.
- (60) P. Mankowski, Art. 34 EGBGB erfaßt § 138 BGB nicht!, RIW 1996, 8, 10.
- (61) Schurig, a.a.O. (Fn. 42), 252ff.; A. Epe, Die Funktion des Ordre public im deutschen internationalen Privatrecht (Tübingen, 1983) 139ff.
- (62) Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn. 8), EGBGB Art. 6 Rdn. 2 [H. Sonnenberger]; P. Neuhaus, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl. (Tübingen, 1976), 97; A. Spickhoff, Der ordre public im internationalen Privatrecht: Entwicklung, Struktur, Konkretisierung (A. Metzner, 1989), 135; H. Dölle, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. (C. F. Müller, 1972), 104.

[嶋 拓哉]

法体系における介入規範の適用問題について 141

(追記) 本稿は、科学研究費補助金(課題番号 22530044, 24330024)による成果の一部である。