

公序違背による外国法の適用排除について

—— 排除対象に関する若干の考察 ——

佐 藤 文 彦

一 問題の所在

1 法の適用に関する通則法第 42 条は、外国法の適用が公の秩序または善良の風俗に反する場合、これを適用しないことを定めている。その一方で、具体的事案において、外国法の適用が公序に反するとされる場合、その事後処理がいかになされるべきかという点については、直接的には規定されていない。このため、従来、外国法の適用排除後に、規範の欠缺が生じるか否かという問題として、換言すれば、いわゆる欠缺肯定説と欠缺否認説との対立として、議論が深められてきた¹。法の適用に関する通則法第 42 条の文言上、曖昧な「公の秩序または善良の風俗に反する」のがいかなる場合かという点と並んで、文言に直接規定のない、かかる事後処理のいかに問われるべきことは、その重要性に鑑みても、当然であろう。

それならば、排除の対象を示す「これ」という文言は、何を意味するか。日本語表現において、ここにいう「これ」は、代名詞であるから、「外国法」を指すことになりそうである。そうすると、排除対象となるのは、独立抵触規定によって指定された、当該外国法秩序全体である、ということになり、いわゆる欠缺肯定説と欠缺否認説との対立も、こうした認識を前

1 たとえば、山内惟介『国際公序法の研究』（中央大学出版部、2001年）3頁以下を参照。

提としているかのようである。もっとも、従来、この点については、必ずしも立ち入った議論がなされていないように見受けられる。

しかしながら、後述するように、我が国の裁判例には、公序違背を理由に外国法の適用を排除するにあたり、指定された外国法全体ではなく、指定された外国法中の、公序違背をもたらす特定の規範のみを排除しているものが散見され、その点を指摘するものも現れている。そればかりでなく、さらに近時では、公序違背により外国法の適用が排除された後、特定の外国規定の適用を排除するだけで事案が解決される場合もある旨を指摘する見解も現れている。

こうしてみると、外国法の適用が公序違背を理由として排除される場合、排除されるのは常に指定された当該外国法全体なのか、それとも当該外国法の特定の規範に限定される場合もあるかという、排除対象の点を、改めて検討してみる余地があるように思われる。むしろ、論理的には、排除対象のいかに、排除後の処理方法のいかに先行してが検討されるべきであるはずであるにもかかわらず、排除対象のいかに、従来、あまり自覚的に検討されていないのではないかという疑問を提起する余地があるように思われるのである。

2 このような問題関心から、本稿では、まず、視座を確定させるため、若干のドイツの学説及び我が国の学説を確認した上で、公序違背を理由に排除される外国法の範囲につき、理論的に検討を加える。これは、裁判例を整理するための視座を設定するためであり、あわせて、特にドイツの学説に触れるのは、上述のような疑問をもつ契機となったのが、在外研究中に接したドイツの文献であったからである。次いで、とりわけ平成元年以降の裁判例のうち、外国法の適用が、公序違背を理由に排除された裁判例を概観し、排除される外国法の範囲に注目しつつ、類型化を試みる。公序条項が一般条項であるため、具体的な事例を踏まえることが、不可欠だからである。その両者を踏まえて、公序違背を理由に、外国法中の一部の規定のみを排除することの可能性を、考えてみることにしたい。

こうした検討が、公序に関する議論に、いささかでも寄与するところが

あれば、何よりのこととされなければならない。

二 公序違背により排除される準拠外国法の範囲

1 学説

(一) ドイツの学説

(1) はじめに、冒頭の疑問を抱くきっかけとなった、ユンカーの指摘を引用しておこう。

ユンカーは、公序違背の法律効果という項目で、まず、次のように述べる。すなわち、「民法典施行法第6条は、ある外国の法規につき、個々の事案において、内国におけるその適用を排除する。その他の、公序に違反しない外国法は、そのまま適用される。公序違背の、さらなる法律効果については、区別がなされるべきであり、それは、その外国法規が単に適用されないままであり得るか、それとも代用法が発見されなければならないかという点による」²、と。

次いで、異質な規範の不適用という項目で、次のように述べる。すなわち、「異質な法規の、単なる不適用をもって、それで済ませておくことができるのは、異質な準拠法上の、異議を唱えられるべきではない部分に基づいて、公序に適合する結論が得られる場合である。その他の諸規定により埋められるべき欠缺というものは、存在していない。公序違反の規範により命じられている法律効果が、単に考慮の外に置かれるのである (MünchKomm-Sonnenberger, Art. 6 EGBGB Rdnr. 93)。このような場合にあたるのは、行為の禁止が話題となる場合 (例えば、宗教の相違による婚姻の禁止) や、私法上の制限 (例えば、法律上の免責)、あるいは、直ちには考えることのできないような、法的状態の変更 (例えば、法定担保権の成立) である。これらの場合において、異質な規範は、単に適用されない。その他については、法律関係は、当該準拠法に服したままである

2 Junker, Internationales Privatrecht, 1999 München, Rz. 280.

(Kropholler § 36 V)³、と。

もとより、準拠外国法全体が排除される場合があることもまた、当然に想定されている。すなわち、「民法典施行法第6条が適用されるのは、外国のある規定の積極的な内容がドイツの法の見解と矛盾する場合だけではない。留保条項は、まさに外国における規律の不存在から、ドイツ公序に対する違背が明らかとなる場合にも、出番となることがある。そのような諸事案においては、民法典施行法第6条は、まさにドイツ法の適用をする道を開くのである。例えば、外国法が、子の嫡出を否認する可能性を定めていないということがある……。このときは、直ちにドイツ法が適用されるべきである」⁴、と⁵。

(2) このように、ユンカーは、公序違背により外国法の適用が排除される場合において、準拠外国法の特定の規定のみの適用が排除されることがあると述べるのであるが、上述の引用から既に明らかのように、これは、ユンカー独自のものではない。ユンカーが引用する、ミュンヘナー・コンメンタール第3版におけるゾンネンベルガーの指摘にも、国際私法第3版におけるクロポラーの指摘にも、同内容の記述がみられる⁶。

ケーゲルもまた、コンメンタールにおいて、「外国法が第6条を理由に適用されないとき、外国法においては『欠缺』が、それも、厳密に受け取れば、すべての場合において生じる」という認識を前提に、端的に「単に

3 Junker, a. a. O., Rz. 281.

4 Junker, a. a. O., Rz. 282.

5 なお、注意すべきは、この場合、ドイツ法が代用法として適用されるのであるが、「代用法としてのドイツ法の適用が、明らかに適切ではない結論をもたらすときは、判例もまた、例外的に新たな事案に関連する実質規範を形成するという打開策を選択している (BGHZ 60, 68, 76)」(Junker, a. a. O.) とも指摘されていることである。こうした指摘は、我が国における議論にも、ほとんど直接的に関連するものであり、非常に関心を引くものであるが、本稿の課題ではないので、ここでは立ち入らない。別稿を期することとしたい。

6 念のために付言すれば、その後の改訂版においても、その内容は維持されている。Vgl. MünchKomm-Sonnberger, 4. Aufl., Art. 6 EGBGB, Rz. 94 und Kropholler, IPR, 6. Aufl., 2006 Tübingen, § 36 V (S. 254).

外国のその規定が適用されない」という処理が行われることがあると述べている⁷。

これと同趣旨の記述は、その他の論者にも見られるところである⁸。

(3) 結局、ドイツの学説上、「公序条項の機能、及び立法者により強調される、異質な法に対する寛容の原則から、最初に導かれるのは、異質な法の不適用は、公序違背の結論を排除するのに必要な限りでのみ、問題となる、ということである。第6条は、指定の修正ではなく、具体的な適用範囲の修正をもたらすものであるから、その他の（公序に適合する）準拠法上の法規は、引き続き適用される⁹」というのが、「一般的見解」¹⁰であるということになる。

(二) 我が国の学説

(1) 我が国の場合、公序違背の効果として、外国法の適用が排除される場合、排除の対象はいかなるものかと考えられているか。

この点、「法例制定当時においては、立法者は公序により法例の当該規定自体が排除され、原則である内国法の適用が復活すると考えていたようである」¹¹。つまり、排除対象は、自国の独立抵触規定であって、準拠外国法の適用は、それに連動する形で排除されると理解されていた、ということになる。

しかし、「学説の多数は欠缺が生じうることにふれながら日本法の適用を認めてきた」¹²。それならば、公序違背により、自国国際私法の独立抵触規定が排除されるのではなく、当該規定により指定される準拠法が排除され、「欠缺が生じうる」として、いかなる範囲で排除が行われるのか。こ

7 Soergel-Kegel, 12. Aufl., 1996 Stuttgart u. a., Art. 6 EGBGB Rz. 34.

8 Vgl. z. B. Palandt-Thorn, 2015 München, 74. Aufl., Art. 6 EGBGB Rz. 13.

9 Staudinger-Voltz, 2013 Berlin, Art. 6 EGBGB Rz. 205.

10 A. a. O.

11 櫻田嘉章・ジュリスト 993号 213頁。

12 櫻田嘉章「公序則の適用」(『国際私法の争点(新版)』(有斐閣、1996年)) 87頁。

の点、欠缺肯定説において、どのように考えられているかが問題となるところであるが、あまり明確な言及は見当たらない。

それでも、たとえば、「久保教授にみられる補充的送致論などを除けば、牴触規定による当初の指定を固定するところにその特質があったのではなかろうか」¹³ という指摘がある。この指摘から伺われるのは、かつての学説の多くは、公序違背により排除されるのは、指定された当該準拠外国法中の特定の規定であって、当該準拠外国法全体ではないということが、前提となっているということである。従来の学説について、「排除部分について外国法欠缺に準じる」¹⁴ (傍点筆者) という指摘もまた、指定された準拠法中の、特定の規定の適用が前提となっているように思われる。

また、補充的連結説の立場を前提とする、「一般的留保条項と呼ばれる法例第 30 条にとっての牴触規定としての意味は、……当初の指定を無効とし、あらためて指定をやりなおすところにあるように思われる」¹⁵ という指摘は、それまでの学説と対比されている点にも鑑みれば、排除の対象が当該外国法全体であると認識させやすい。とはいえ、必ずしも排除対象が明言されているわけではない。

さらに、いわゆる法廷地法説からの立場からすれば、一般論として、法廷地法による補充は、事案の解決に必要な範囲とされることであろう。逆に言えば、その範囲で外国法も排除されるのであって、いわば、公序違背を理由に排除される外国法の範囲は、事案によって異なる、ということになるのであろうか。

このように、従来、学説上、公序違背により排除される外国法の範囲については、あまり自覚的に、また明確に述べられているわけではない。

(2) 判例評釈等においても、公序違背により排除される外国法の範囲に言及するものは、ほとんど見受けられない。「通常は、公序が発動後の処

13 山内・前掲書 47 頁 (註 81)。

14 櫻田嘉章・ジュリスト 993 号 213 頁。

15 山内・同上。

理も問題となるが、本件では、準拠外国法上の特定の縁組障害が排除されるにすぎないため、外国法適用排除後に規範の欠缺は生じない¹⁶ という指摘が見受けられるくらいであろう。

これに対し、近時現れたのが、次のような見解である。すなわち、「法廷地の抵触規定が解決を提供しない場合や外国法の内部で処理が行いえないときには、原則として法廷地国たる日本の実質法が適用される」が、これとは別に、「外国規定の適用を排斥するだけで、事案が解決される場合もある。たとえば、イスラム教徒の女と他の宗教に属する男との婚姻を禁ずる外国の規定を排斥すれば、当該外国が定める他の婚姻要件が充足されているかぎり、婚姻の有効な成立を認めることができる」、と¹⁷。この見解は、明らかに、公序違背により、準拠外国法全体が排除される場合もあるが、準拠外国法中の特定の規定が排除されるにとどまる場合もある、ということを前提としている。

この見解は、ドイツの学説において、一般的な見解とされるものとの、大枠において類似している。すなわち、外国法全体の適用を排除するのではなく、むしろ、外国法の適用を維持しながら、公序良俗に反するような結論をもたらす、特定の規定のみを排除することで、解決を図ることができる場合がある、という点においてである。

(三) 検討

(1) 周知のように、法の適用に関する通則法 42 条と、ドイツ民法典施行法 6 条は、「規定振り」が「似ている」¹⁸ し、日本法がドイツ法の影響をも受けていることもまた、周知のとおりである。このため、法の適用に関する通則法 42 条において、公序違背を理由に排除される外国法の範囲を検討するにあたり、参考とはなるが、参考になるにすぎない。そこで、これ

16 實川和子・別冊ジュリスト 172 号 [国際私法判例百選] 23 頁 (なお、同・別冊ジュリスト 185 号 [国際私法判例百選 新法対応補正版] 23 頁をも参照)。

17 横山潤 『国際私法』(三省堂、2012 年) 101 頁。

18 櫻田嘉章・道垣内正人(編) 『注釈国際私法 第 2 巻』(平成 23 年、有斐閣) 333 頁 (河野俊行)。

までに触れてきた学説を顧慮しつつ、一般的に、公序違背を理由に、外国法の適用が排除されるとき、排除の対象は、論理的に決定できるものなのかどうかにつき、検討することとしたい。

確かに、「一般的留保条項と呼ばれる法例第 30 条にとっての牴触規定としての意味は、……当初の指定を無効とし、あらためて指定をやりなおすところにあるように思われる」かもしれない。法例第 33 条についても、法の適用に関する通則法 42 条についても、同様のことが言えるかもしれないし、さらに、いわゆる例外条項（是正条項）との対比で言えば、是正条項が、最も密接な関係に照らして、当初の指定をやりなおすのに対し、公序条項は、具体的な準拠法の適用結果に照らして、当初の指定をやりなおすものであるという観点からすれば、公序違背により排除される外国法の範囲は、常に指定された準拠法全体であるという理解は、日本の現行法上、さらに補強されていると評すべきかもしれない。

とはいえ、「公序発動は実質的妥当性の回復であって、それを連結自体をやり直すことで実現するのではない。自国実質法そのままでもまた自国牴触規定自体の貫徹でもないのが公序である」¹⁹ という指摘もあるため、こうした理解が当然視され得るわけではない。また、是正条項の場合とは異なり、公序条項の場合、具体的な適用結果に照らして判断するがゆえに、指定された準拠外国法全体中に、しかるべき制度ないし規定が存在せず、そのためにその適用結果が公序に反する場合もあるが、準拠外国法中の、特定の規定の適用結果が公序に反する場合もある。後者の場合、公序違背を理由に、当初の指定をやりなおすとしても、自国の独立牴触規定そのものを排除すると考えるのでもない限り、やり直されるべき範囲が、常に準拠外国法全体でなければならないという、論理的必然性は存在しないのではなかろうか。

そうであるとすれば、公序違背を理由に指定された準拠外国法の適用が

19 櫻田嘉章・ジュリスト 993 号 213 頁。

排除される場合、まず排除の対象を確定し、その範囲に応じて指定をやり直すという可能性も考える余地がある。つまり、指定のやり直しを考えると、その必要性や方法を、排除のあり方に応じて、考えるべきであるかもしれないのである。

(2) 思うに、公序違背の有無が、具体的な適用結果に着目して行われる以上、排除対象は、基本的にかかる結果をもたらす準拠外国法と理解すべきものであって、自国の独立抵触規定それ自体ではない。また、公序違背を理由とする外国法の適用排除が、あくまでも例外的に、謙抑的に行われるべきであるとするならば、排除される外国法の範囲もまた、限定的であるべきである。

もし、公序違背と評価される結論が、指定された準拠外国法中の特定の規定を適用した結果としてもたらされており、かつ、当該規定を存在しないものとして外国法を適用するならば、公序に反しない結論を得られる場合、全体として準拠法たる外国法の適用を維持しつつ、公序違背の結論をもたらす特定の規定のみを排除することが、常に当該準拠外国法全体を排除したりするよりも、公序則の謙抑的な発動という理念に、より整合的であるのではなかろうか。先のドイツの学説が述べているところに照らして言えば、公序により、準拠外国法の具体的適用範囲が修正されると解する余地があるのではなかろうか。この意味において、近時我が国で現れた見解は、正当とみるべきであろう。

かかる観点からすれば、検討されるべきは、公序に反しない結論を得るためには、いかなる場合に、指定された準拠外国法全体が排除されなければならない、いかなる場合に、準拠外国法中の特定の規定の排除で足りるのかを、類型化により明らかにすることである。

以下に項を改め、我が国の裁判例を手掛かりに、これを概観して類型化を試みつつ、検討を進めることとする。

2 平成元年以降の裁判例

(一) 着目する裁判例と着眼点

公表されている裁判例のうち、便宜的に、平成元年以降にくだされたものを概観すると、平成元年改正前法例 30 条、法例 33 条、法の適用に関する通則法 42 条の適用²⁰により、外国法の適用が、公序違背を理由に排除されている裁判例は、現在まで知られているところでは、14 件存在する。

以下、さしあたり時系列に沿って、裁判例を概観する。その際、本稿の関心からは、多くの判例評釈で中心的に触れられている、公序違背の有無に関する判断の当否には、触れられないこととなる。本稿で特に注目されるのは、公序違背により適用が排除されているのが、指定された準拠外国法中の特定の規定か、それとも当該外国法全体か、という点である。その点の確認のためには、あわせて、欠缺補充に関する判示にも注意が払われることとなる。その上で、何らかの類型化が可能か、検討を試みることにする。

(二) 概観

親権者の変更が申し立てられた、松江家裁平成元年 9 月 13 日審判²¹は、「本件については、父の本国法である大韓民国法によるべきところ、同国民法 909 条によれば、夫婦が離婚するに際し、当事者間の未成年の子の親権者の指定については自動的に父に定まっております、本件申立の如き親権者変更の制度は同国法では認められないものと解される」が、認定された事実を照らして、公序違背が認められるので、「法例 30 条により、親権者変更を認めない大韓民国民法の適用を排除し、事件本人の親権者を父である相手方から母である申立人に変更するのが相当である」と判示している。

債務の不存在確認が本訴で求められ、反訴で離婚に伴う慰謝料が請求された、神戸地裁平成 2 年 6 月 19 日判決²²は、離婚によって被った損害を

20 なお、法例 30 条旧規定が準用された裁判例もいくつか存在するが、ここでは触れないこととする。

21 家庭裁判月報 42 巻 1 号 120 頁。

22 判例時報 1383 号 154 頁（評釈として、坂本倫城・判例タイムズ 790 号 154 頁）。

賠償すべきかどうかは、離婚の効力に関する問題であるから、法例 16 条により、夫たる原告の本国法たる韓国民法が準拠法となるが、韓国民法上、協議離婚の場合、離婚による慰謝料支払い義務を認めないものと解される（しかも、財産分与も認められないと解される）ので、「韓国民法を適用する限り、被告の原告に対する慰謝料請求は理由がないことになるが」、公序違背が認められるので「本件については、法例 30 条により、夫の本国法である韓国民法の適用を排斥し、日本国民法を適用するのが相当である」と判示する。

離婚及び夫婦間の子の親権者指定が求められた、東京地裁平成 2 年 11 月 28 日判決²³は、離婚につき、法例 16 条、14 条により、「夫婦の共同常居所地法である日本法」を適用するとともに、「親権者指定について、法例 21 条により、子の本国法（韓国法）と父である被告の本国法（韓国法）とが同一であるから、韓国法が適用されることとなるが、韓国民法 909 条によれば、法律上自動的に父とされる。しかし、子の福祉を基準に考えるべき離婚後の親権者指定につき、母が指定されない旨の右規定は、わが国の公序に反し、適用されないというほかない。してみれば、本件においては、法例 21 条所定の第二次的準拠法である子の常居所地法（日本法）を適用するのが相当である」と判示する。

主位請求として婚姻無効が、予備的に離婚が請求された、東京地裁平成 3 年 3 月 29 日判決²⁴では、婚姻無効確認の訴えにつき、「改正前法例 13

23 判例時報 1384 号 71 頁、判例タイムズ 759 号 250 頁（評釈として、谷口牧子・北海学園大学法学研究 30 巻 524 頁（3 号 103 頁）、櫻田嘉章・ジュリスト 993 号 210 頁、横山潤・ジュリスト臨時増刊 1002 号 [平成 3 年度重要判例解説] 263 頁、中西康・別冊ジュリスト 133 号 [涉外判例百選 第 3 版] 4 頁、神前禎・別冊ジュリスト 133 号 [涉外判例百選 第 3 版] 36 頁、多喜寛・別冊ジュリスト 185 号 [国際私法判例百選 新法対応補正版] 136 頁、横田勝年・判例タイムズ 790 号 152 頁、多喜寛・別冊ジュリスト 172 号 [国際私法判例百選] 132 頁）。

24 家庭裁判月報 45 巻 3 号 67 頁（評釈として、出口耕自・ジュリスト 1057 号 119 頁、村重慶一・戸籍時報 432 号、信濃孝一・判例タイムズ 821 号 164 頁、早川吉尚・別冊ジュリスト 210 号 [国際私法判例百選 第 2 版] 20 頁）。

条1項により、各当事者の本国法によることになるが、イスラム教徒である被告に適用されるエジプトの法令によると、イスラム教徒である被告と仏教徒である原告との婚姻は、異教徒間の婚姻として禁止され、右婚姻は無効とされている」ところ、「単に異教徒間の婚姻であるというだけの理由で、日本人である原告とエジプト人である被告の婚姻を無効とすることは、……公序良俗に反するものと解さざるを得ないので、……改正前の法例30条により前記イスラム教徒に適用されるエジプトの法令の適用を排除するのが相当である」。「しかるところ、その他に本件婚姻が無効となるべき事情は認められない」と判示する。

日本人夫と中国人妻が夫婦共同で、日本人2名を養子縁組することの許可が求められた、神戸家裁平成7年5月10日審判²⁵では、養子縁組の成立の準拠法の1つである中国養子縁組法8条1項を「そのまま適用することは、……相当でないというべきである」。「同規定は、法例33条によって適用を排除されるというべきである」。「ほかに、中国養子縁組法に本件の養子縁組の成立の妨げとなるような規定はみあたらない」と判示している。

日本人夫とフィリピン人妻とが共同で、妻の非嫡出子たるフィリピン人を養子縁組することの許可が求められた、水戸家裁平成11年2月15日審判²⁶では、養子縁組の実質的要件について、養親の本国法たる日本法に加え、養子の本国法上の同意要件が適用されるところ、フィリピン家族法

25 家庭裁判月報 47 巻 12 号 58 頁（評釈として、元永和彦・ジュリスト 1137 号 148 頁、田村精一・私法判例リマークス 14 号 151 頁、實川和子・別冊ジュリスト 185 号 [国際私法判例百選 新法対応補正版] 22 頁、別冊ジュリスト 172 号 [国際私法判例百選] 22 頁。

26 家庭裁判月報 51 巻 7 号 93 頁（評釈として、澤田省三・戸籍 695 号 22 頁、駒田泰士・ジュリスト 1175 号 97 頁、小山昇・撰南法学 23 号 79 頁、村重慶一・戸籍時報 512 号 50 頁、植松真生・ジュリスト臨時増刊 1179 号 308 頁、齋藤彰・別冊ジュリスト 185 号 [国際私法判例百選 新法対応補正版] 134 頁、中山直子・判例タイムズ 1036 号 162 頁、齋藤彰・別冊ジュリスト 172 号 [国際私法判例百選] 130 頁、齋藤彰・別冊ジュリスト 210 号 [国際私法判例百選 第 2 版] 146 頁)。

188条3号により要求される同意がないことを理由に、養子縁組の成立を認めないことは、公序良俗に反するので、「その限りにおいてフィリピン家族法188条3号の適用は排除されるべきであり、本件においては、養親となろうとする者の嫡出子で10歳以上の者の書面による同意を備えなくとも、養子縁組の成立は妨げられない」と判示されている。

ブラジル人夫が、ブラジル人妻との婚姻中に生まれた子を相手方として嫡出否認の申立がなされた事案である、大津家裁平成12年1月17日審判²⁷は、本件嫡出否認の申立につき、法例17条により、相手方の出生当時における申立人および母の本国法であるブラジル民法が準拠法となるところ、「同法の嫡出子の規定の適用によると、本件の事実関係においては嫡出否認の申立ては認められない」ところ、「本件においては、法例33条によりブラジル民法の適用を排除し、日本民法を適用するのが相当である」と判示している。

協議離婚に伴う財産分与に基づく、土地所有権の登記の移転等が求められた事案で、東京高裁平成12年7月12日判決²⁸は、「控訴人は、中華民国民法は財産分与を認めていないから、控訴人の被控訴人に対する財産分与は効力を有しないと主張」するが、「協議離婚に際し、夫から妻への財産分与を全く認めないことは、我が国の公の秩序又は善良の風俗に反するものといわざるを得ないから、旧法例30条により、財産分与を認めない中華民国民法は適用されないと解すべきである。そうすると、財産分与の成立及び効力は、日本民法によることになる」と判示している。

特許権侵害が問題となった事案で、最高裁平成14年9月26日判決²⁹

-
- 27 家庭裁判月報52巻7号101頁（評釈として、村重慶一・戸籍時報527号38頁）。
28 家庭裁判月報53巻5号174頁、判例時報1729号45頁、判例タイムズ1099号250頁（評釈として、熊谷久世・沖縄法政研究3号87頁、鳥居淳子・判例評論509号49頁（判例時報1746号227頁）、大村芳昭・戸籍時報545号2頁、竹下啓介・ジュリスト1268号231頁、南敏文・判例タイムズ1096号226頁）。
29 民集56巻7号1551頁、裁判所時報1324号7頁、判例時報1802号19頁、判例タイムズ1107号80頁（評釈として、道垣内正人・ジュリスト臨時増刊1246号〔平成14年度重要判例解説〕278頁、高部真規子・最高裁判所判例解説民

は、「米国特許法の上記各規定を適用して被上告人に差止め又は廃棄を命ずることは、法例 33 条にいう我が国の公の秩序に反するものと解するのが相当であるから、米国特許法上の各規定は適用しない」と判示している。

日本人とイラン人の夫婦が、イラン人未成年者を養子縁組することの許可が求められた、宇都宮家裁平成 19 年 7 月 20 日審判³⁰では、次のように判示されている。すなわち、イラン人とイラン人未成年者との養子縁組について、通則法 31 条 1 項により、イスラム法を準拠法としたうえで、イスラム法では養子縁組は認められておらず、イスラム法の適用により、養子縁組は認められないことになるが、「イスラム法を適用することは、我が国の公の秩序に適合しないものというべきであるから、通則法 42 条により、その適用を否定するのが相当である」。「以上認定説示したところによれば、……準拠法も保護要件も日本民法を適用するのが相当である」と。

アルゼンチンで発生した交通事故にかかる損害賠償等が問題となった、福岡高裁平成 21 年 2 月 10 日判決³¹では、不法行為に基づく損害賠償請

事篇平成 14 年度 687 頁、高部真規子・ジュリスト増刊最高裁時の判例 3 私法編 2 221 頁、渡辺惺之・私法判例リマークス 28 号 154 頁、松岡千帆・判例タイムズ臨時増刊 1154 号 176 頁、西谷祐子・別冊ジュリスト 185 号 [国際私法判例百選 新法対応補正版] 74 頁、早川吉尚・別冊ジュリスト 185 号 [国際私法判例百選 新法対応補正版] 94 頁、石黒一憲・別冊ジュリスト 170 号 [特許判例百選 第 3 版] 214 頁、西谷祐子・別冊ジュリスト 172 号 [国際私法判例百選] 92 頁、早川吉尚・別冊ジュリスト 172 号 [国際私法判例百選] 92 頁、高部真規子・ジュリスト 1239 号 130 頁、横溝大・別冊ジュリスト 209 号 [特許判例百選 第 4 版] 200 頁、島並良・別冊ジュリスト 210 号 [国際私法判例百選 第 2 版] 104 頁、吉田和彦・ジュリスト増刊 [実務に効く知的財産 判例精選] 228 頁)。

30 家庭裁判月報 59 巻 12 号 106 頁 (評釈として、金?淑・民商法雑誌 139 巻 1 号 119 頁、澤田省三・戸籍 820 号 1 頁、森田博志・法学論集 23 巻 3 号 159 頁、中野俊一郎・私法判例リマークス 37 号 152 頁、植松真生・ジュリスト臨時増刊 1376 号 [平成 20 年度重要判例解説] 333 頁、南敏文・別冊判例タイムズ 22 号 272 頁、長田真里・戸籍時報 656 号 38 頁、横山潤・別冊ジュリスト 210 号 [国際私法判例百選 第 2 版] 26 頁)。

31 判例時報 2043 号 89 頁、判例タイムズ 1299 号 238 頁 (評釈として、長谷川俊明・国際商事法務 37 巻 10 号 1345 頁、横溝大・ジュリスト臨時増刊 1398 号

求につき、アルゼンチン法が準拠法となるが、「本件において、損害賠償の範囲につきアルゼンチン法を適用して損害賠償額を算定することは我が国の公序に反するものというべきであり、法例 33 条により、同法の適用を排除し我が国の不法行為における損害賠償の範囲（民法 416 条類推適用）によるのが相当である」とされている。

重婚を理由とする婚姻無効確認の訴えにつき、熊本家裁平成 22 年 7 月 6 日判決³²は、通則法 24 条により、日本法及びフィリピン法が適用されるが、「厳格法の原則に従い、重婚の効力についてはフィリピン家族法に基づき無効とするのが原則である」ところ、「通則法 42 条に基づき、フィリピン家族法 35 条 4 号の適用を排除すべきであるから、原告と被告との婚姻は無効とはいえない」と判示している。

コロンビアとイランの国籍をもつ母が、イラン国籍を有する父に対し、イランとコロンビアの国籍を有する子の親権者を、父から母へと変更することが求められた、東京家裁平成 22 年 7 月 15 日審判³³においては、通則法 32 条により、イラン・イスラム法が準拠法となること、「イラン・イスラム法に準拠するときには、親権は常に子の父が有し、子の親権者を母に変更することはできない」ことになるが、かかる結論は公序に反するので、「通則法 42 条により、イラン・イスラム法を適用せず、日本法（民法 819 条 6 項）を適用して、未成年者の親権者を相手方から申立人に変更するのが相当である」と判示している。

[平成 21 年度重要判例解説] 330 頁、森田博志・速報判例解説（法学セミナー増刊）7 号 337 頁、目代マリ・別冊判例タイムズ 29 号 [平成 21 年度主要民事判例解説] 278 頁、国友明彦・私法判例リマックス 40 号 150 頁、高杉直・別冊ジュリスト 210 号 [国際私法判例百選 第 2 版] 80 頁。

32 評釈として、大村芳昭・速報判例解説（法学セミナー増刊）8 号 365 頁、大村芳昭・別冊ジュリスト 210 号 22 頁。

33 家庭裁判月報 63 巻 5 号 58 頁（評釈として、大村芳昭・民商法雑誌 144 巻 4 = 5 号 557 頁、嶋拓哉・ジュリスト 1434 号 152 頁、佐藤やよひ・ジュリスト臨時増刊 1440 号 [平成 23 年度重要判例解説] 311 頁、熊谷久世・新・判例解説 Watch（法学セミナー増刊 11 号 333 頁、黄勅霆・戸籍時報 691 号 44 頁）。

親子関係の存在確認が求められた、大阪高裁平成 26 年 5 月 9 日判決³⁴においては、出生以外の事由に嫡出性を取得する場合の嫡出親子関係の成立につき、法例 17 条旧規定を類推適用し、韓国法を適用すべきところ、韓国民法 865 条 2 項により、実親子関係存否確認の訴えが、出訴期限を徒過して提起された不適法な訴えとなるが、この規定を適用して訴えを却下することは、我が国の公序に反することになるため、「通則法 42 条を適用して、韓国民法の適用を排除すべきである。……法廷地法である我が国の民法に従って、……控訴人の請求を認容するのが相当である」と判示している。

(三) 類型化の試み

(1) これらの裁判例を、排除対象に着目するならば、いかなる分類が可能か。これらの裁判例では、排除対象が明確になっているものと、そうでないものとがある。まず、明確なものを整理するところから始めたい。

送致された事項全体につき、準拠外国法が排除されていると目される裁判例は、次の 5 件である。すなわち、松江家裁審判、神戸地裁判決、東京高裁判決、宇都宮家裁審判、東京家裁審判、である。

これらの裁判例に共通するのは、当該準拠外国法中に、しかるべき規定も制度も存在しないがゆえに、公序違背をもたらすような結論が出されてしまっている、という事情である。具体的にみると、松江家裁審判では、親権者の変更が問題となり、準拠外国法上、それに該当する規定も制度も存在しないと考えられていた。神戸地裁判決では、離婚の際の財産分与が問題となり、準拠外国法上、それに該当する規定も制度も存在しないと考えられていた。東京高裁判決では、離婚の際の財産分与が問題となり、規定も制度も存在しないと考えられていた。宇都宮家裁審判では、養子縁組の成立が問題となり、準拠外国法上、それに該当する規定も制度も存在しないと考えられていた。東京家裁審判では、親権者の変更が問題と

34 判例時報 2231 号 53 頁（評釈として、村重慶一・戸籍時報 721 号 76 頁、佐藤やよひ・ジュリスト臨時増刊 1479 号 [平成 26 年度重要判例解説] 298 頁）。

なり、準拠外国法上、それに該当する規定も制度も存在しないと考えられていた。

(2) これに対し、外国法中の特定の規定のみが排除されたとみられるのは、次の5件である。すなわち、東京地裁判決、神戸家裁審判、水戸家裁審判、最高裁判決、熊本家裁判決、である。

外国法中の特定の規定のみが排除されたと目される裁判例に多いのは、婚姻または養子縁組の、成立しないし不成立（無効）が問題されており、特定の規定によってもたらされる、婚姻の無効や養子縁組の不成立が、公序違背によって排除されているという事情である。換言すれば、当該規定さえ排除できれば、公序に反しない結論（婚姻の有効な成立、養子縁組の成立）を導くことができたという事情である。このような事情が端的にあてはまるのは、次の4件の裁判例である。東京地裁判決では、婚姻の無効が争われ、無効原因となる特定の規定が排除されている。神戸家裁審判では、養子縁組の成立が問題となり、成立要件の1つである特定の規定が排除されている。水戸家裁審判でも、養子縁組の成立が問題となり、成立要件の1つである特定の規定が排除されている。熊本家裁判決でも、婚姻の無効が争われ、無効原因となる特定の規定が排除されている。

このような事情が端的にあてはまらないものの、最高裁判決でも、アメリカ法上の、特定の規定の排除が明言されている。

ただし、準拠外国法上の、当該規定のみが排除され、準拠外国法の適用それ自体は維持されていることを、明言する（ないし判旨から伺わせる）か否かは、裁判例において、分かれるところである。これを明言するのが、東京地裁判決、神戸家裁審判、水戸家裁審判で、その点に積極的に触れられていない、最高裁判決、熊本家裁判決もある。

(3) 上記の10件の裁判例とは異なり、判旨の上からは、排除対象がそれほど明確ではないのが、東京地裁判決、大津家裁審判、福岡高裁判決、大阪高裁判決、である。それならば、これらの裁判例において、排除対象はいかなるものと理解されるか。

まず、東京地裁判決である。本件では、離婚の際の親権者指定につき、

準拠法たる韓国法上の、自動的に父を親権者とする韓国法の規定が排除されているのであるが、韓国法の中に、母を親権者と定めることのできる規定は、存在しない。このため、準拠外国法上の特定の規定の適用を排除し、その適用自体を維持するのでは、送致された事項（本件では、離婚の際の親権者指定）につき、しかるべき解決を得られる可能性のある明文規定は、存在しないことになるがゆえに、第二次的準拠法たる子の常居所地法（日本法）が、補充的に適用されている。この意味において、送致された事項全体につき、外国法の適用が排除されていると位置づけることができよう。

これと同様に位置づけられるのが、大津家裁審判である。本件では、嫡出否認が問題となり、ブラジル法（審判理由の中では言及されていないが、ブラジル民法 338 条、339 条、340 条であろう³⁵）を適用しても、否認が認められないという結論が、公序に反するとされている。当該規定を排斥してしまうと、その他に、ブラジル法中に、本件事案で嫡出否認を認めることのできる規定は、存在しないことになる。このため、準拠外国法上の特定の規定の適用を排除し、その適用自体を維持するのでは、送致された事項（本件では、嫡出否認）につき、しかるべき解決を得られる可能性のある明文規定は、存在しないことになるがゆえに、「ブラジル法」の適用を排除し、日本法が、補充的に適用されている。この意味において、やはり、送致された事項全体につき、外国法の適用が排除されていると位置づけることができよう。

これらとはいささか異なるのが、福岡高裁判決である。本件では、損害賠償の範囲に関するアルゼンチン法の規定の適用結果が、公序良俗に反し、アルゼンチン「法の適用」が排除されている。こうした判決の表現からは、単にアルゼンチン法が排除されているかのようにも見受けられる。とはいえ、「我が国の不法行為における損害賠償の範囲（民法 416 条類推適用）によるのが相当である」という表現からは、不法行為の成立および

35 村重慶一・戸籍時報 527 号 39 頁を参照。

効力に関する諸問題のうち、アルゼンチン法上の、損害賠償の範囲に関する規定だけが排除され、それに該当する部分に限って、日本法が補充されていると考えるべきであろう。

さらに判然としてないのが、大阪高裁判決である。本件では、法例 17 条旧規定の類推適用により、もっぱら韓国法が準拠法とされ、韓国民法 865 条 2 項により、出訴期限が徒過し、訴えが却下されるという結論が公序に反すると評価されている。当該規定のみが排除されているようにも見受けられるが、「韓国民法の適用を排除すべきであり」、「法廷地法である我が国の民法に従って、……控訴人の請求を認容するのが相当である」という表現からは、韓国法上の特定の規定が排除されているとは理解しがたく、また、依拠しようとする日本法について、特定の規定ないし制度が具体的に指摘されていないため、韓国法が全体として排除されていると理解すべきであろうか。

(3) これらの裁判例を、排除対象に着目すれば、次のように分類することができよう。

すなわち、公序違背により外国法の適用が排除された場合において、排除対象が判然としない大阪高裁判決を一応度外視すれば、(a) 準拠外国法が全体として排除される場合（松江家裁審判、神戸地裁判決、東京地裁判決、大津家裁審判、東京高裁判決、宇都宮家裁審判、東京家裁審判）と、(b) 準拠外国法中の特定の規定のみが排除される場合（東京地裁判決、神戸家裁審判、水戸家裁審判、最高裁判決、福岡高裁判決、熊本家裁審判）とである。

そして、いずれに分類すべきか、必ずしも判然としない、大阪高裁判決がある。

3 検討

(一) 類型化の適否

(1) 外国法の適用が排除された裁判例を、排除の対象に注目して類型化すると、(a) 準拠外国法が全体として排除される類型と、(b) 準拠外国法中

の特定の規定のみが排除される類型とに、分類することができる。

とはいえ、いずれに分類すべきか、必ずしも判然としない 大阪高裁判決も存在する。このような裁判例が存在することは、かかる類型化それ自体が不適切であるという可能性がある。そこで、かかる類型化の適否について、更に検討することとしたい。

(2) 公序違背を理由に、外国法の適用が排除されるとき、送致された外国法が全体として排除される類型 ((a) 類型) に、典型的に該当するのは、当該準拠外国法中に、しかるべき規定も制度も存在しないため、当該外国法の適用結果が公序違背をもたらすような結論が出されてしまうがゆえに、準拠外国法が全体として排除される場合である。たとえば、我が国で「比較的よくみられる事例」であった「いわゆる“フィリピン離婚”³⁶のように、離婚準拠法として、フィリピン法が指定された場合であり、従来、公序違背による準拠外国法の適用が排除された後に、いかなる処理が行われるべきかという点をめぐる議論において、典型的に想定されてきた類型であるといえよう。

ただし、これとはいささか異なるものも見受けられる。すなわち、準拠外国法が全体として排除されるものの、東京地裁判決、大津家裁審判のように、当該外国法中に、事案を判断するために必要な制度ないし規定は存在するものの、その適用結果が公序に反することとなり、当該準拠外国法中に、その他のしかるべき明文規定を見出すことができないため、結果的に、当該準拠外国法を全体として排除せざるを得なくなったという類型がある。

これに対し、準拠外国法中の特定の規定のみが排除され、当該規定を除外した、準拠法それ自体の適用は維持される類型 ((b) 類型) がある。

この類型では、準拠外国法中に、事案を判断するために必要な規定が存在するものの、その適用結果が公序に反するという点では、(a) 類型の一

36 山内・前掲書 3 頁。

部と同様である。ただし、当該準拠外国法を全体として排除するのではなく、当該規定を除外し、当該準拠法の適用が維持されるという点で、

(a) 類型の一部と異なるものである。

この (b) 類型の中にも、準拠外国法中の、特定の規定の適用を排除するだけで、当該準拠外国法の適用を維持しつつ、それ以上の処理を行わない類型と、準拠外国法中の、特定の規定の適用を排除し、当該準拠外国法の適用を維持しつつ、排除されたその一部分について基準となる法規範の補充が行われる場合（福岡高裁判決）とがある。

(3) このようにしてみると、大阪高裁判決が、いずれに分類すべきか、判然としない理由が明らかとなる。すなわち、準拠外国法中の、特定の規定の適用結果が公序に反するという点だけをとってみれば、本件は、(a) 類型にも (b) 類型にも該当し得るために、曖昧になってしまうのではないかと。更に、本件のように、出訴期限に関する規定の適用結果が公序に反するというのであれば、一見したところ、当該規定の適用を排除すれば足り、準拠外国法たる韓国法の適用それ自体は維持しつつ、出訴期限に関する規定が欠缺したとみて、この部分に関する補充がなされるべきか否かを考えるべきではないかとも思われる。すなわち、本件は、(b) 類型に該当するのが自然であるかのように思われるにもかかわらず、判旨の表現に照らす限り、準拠法たる韓国法の適用が全体として排除され、日本法が補充されるという、(a) 類型に該当するかのように見受けられるためである、と。

このことは、これまで述べてきた類型化に対して、法的安定性の観点から、いささか疑問を呈することになる。とりわけ、準拠外国法中の、特定の規定の適用結果が公序に反するとき、当該準拠外国法全体を排除するか、当該準拠外国法の適用を維持するののかという点を、いかなる基準により判断するののかという疑問が生じることとなり、この基準を明確化できなければ、処理が恣意的なものとなりかねない。この点に加えて、(b) 類型に該当する事例につき、当該準拠外国法の適用を維持するとしても、特定の規定の適用を排除するだけで済ませるのか、特定の規定の適用を排除するこ

とで生じた欠缺を補充するのかという点を、いかなる基準で判断するのかという疑問が生じるし、この基準を明確化できなければ、処理が恣意的なものとなりかねない、と。

かかる疑問それ自体は、一面で正当なものとされるべきであろう。法的安定性の観点から、あるいは、恣意的な処理を排するために、準拠外国法中の、特定の規定の適用結果が公序違背をもたらす場合、常に当該外国法の適用それ自体を排除するという考え方、換言すれば、法の適用に関する通則法 42 条にいう「これ」は、常に指定された準拠外国法全体であり、準拠外国法中の特定の規定のみが排除されることはない、という解釈もまた、あり得べきものである。

他面で、そもそも公序規定そのものが、あらゆる事案に対処できる一般条項である以上、多様な事案に対処し得るよう、開かれた法律要件が用いられているのであり、それにもかかわらず、「これ」という法律効果についてだけは、殊更に一義的な解釈がなされるべきであるとは思われない。むしろ、準拠外国法の具体的事案への適用が問題となる場合は、実に多様なものであり、準拠外国法全体を排除するか、それとも外国法中の特定の規定を排除するか（この場合、特定の規定を排除だけで済ませるか、それとも部分的な欠缺の補充を行うか）は、準拠外国法の解釈問題であるとともに、後述するように、一種の適応問題と捉えるべきものであるから、定型的な判断こそ馴染まないというべきではなからうか。更に言えば、大阪高裁判決は、肯定的にも否定的にも評価できるものであり³⁷、そのような曖昧さは、従来、欠缺肯定説が、公序違背により排除される準拠外国

37 一方で、韓国民法の特定の規定のみを排除することは、韓国民法の解釈として不適切であると理解されたために（たとえば、出訴期限は、否認制度全体の中で、いかなる原因で否認が認められるかという点とも密接に関連しているため、出訴期限に関する規定のみの適用を排除することは、許されないと考えられるから）、準拠外国法たる韓国法の適用を全体として排除したとみることもし得るが、他方で、本来、出訴期限に関する当該規定の適用のみを排除し、その他の韓国法上の諸規定はそのまま適用する（後は「放置」する）べきであって、誤った判断がなされているとみることもし得る。

法の範囲について、自覚的に論じていなかったことに起因するものであって、より一般的に言えば、論理的に先行して判断されてしかるべき、排除対象のいかんが自覚的に検討されないまま、欠缺補充が行われたがゆえに生じた曖昧さとみられるように思われる。

既に触れたように、理論的には、公序違背を理由に、外国法中の特定の規定のみを排除するというそれ自体は、あり得べきものであり、公序条項の、効果の点に関する謙抑的な運用という観点からも、しかるべきものであろう。

それゆえ、外国法の適用が公序違背と判断される場合において、当該準拠外国法中の特定の規定の適用により、公序に反する結論がもたらされているときは、当該規定だけを排除するという可能性は、やはり認められるべきである。上記の (a) 類型と (b) 類型とは、区別しておくのが適切であり、このような分類を行うとすれば、公序は、(a) 類型においては、連結のやり直しという機能を果たすことになるが、(b) 類型においては、送致範囲ないし適用範囲の修正という機能を果たすことになる。

(二) 外国法の修正的適用の許容性

(1) このように考えることができるとしても、(b) 類型については、別の観点から、疑問を呈する余地がある。すなわち、準拠外国法中の特定の規定の適用を排除し、当該準拠外国法の適用それ自体を維持しつつ当該準拠外国法を修正的に適用することになるが、そのような外国法の修正的適用が、許容されるか否かという点である（ここには、排除された部分についてのみ、法廷地法等を補充するという処理を行うことができるかどうかという問題も、含まれることになる）。かかる外国法の修正的適用は、既に指摘されているように、「正確には“外国法の適用”³⁸とはいえないからである。

この点は、「外国法は、当該外国においてなされているのと同様に解釈

38 横山・前掲書 101 頁。

されるべきである」という周知の基本原則に照らし、当然疑問とされるべきであろう。もし、かかる外国法の修正的適用が一切許容されないとすれば、(b) 類型においても、当該準拠外国法全体を排除せざるを得ないこととなり、理論的ないし観念的な整理はともかく、実践的には、(a) 類型とは別に、(b) 類型を区別する実益が失われることになるからである。

(2) 異論はあり得るかもしれないが、既に指摘されているように、このような処理は、一種の「適応問題」³⁹ として、許容されるのではなからうか。たとえば、外国法が準拠法となる場合において、(当該外国の) 裁判所の関与が必要となる場合において、我が国の裁判所がこれを代行できるかどうかという点が問われるとき、これは、外国法における裁判所という概念の、修正的な解釈適用が行われていることに他ならない。若干の条件が付されるにせよ、代行は一般に許容されるものである。つまり、外国法の修正的な適用は、必要があれば許容されるものであるし、むしろ、外国法の修正的な解釈を一切排除する理由こそ見当たらず、かえって、「公序」こそが、かかる解釈を許容する根拠になると考えるべきである。このことによって、準拠外国法の適用を可及的に維持し、その排除範囲を必要最小限度にとどめることができるとするならば、公序条項の謙抑的、抑制的な運用という観点からも、望ましいものと考えられるのではなからうか。

この場合、準拠外国法中の、特定の規定のみの適用を排除し、それ以外の準拠外国法の適用は維持されるという処理は、「放置」という、適応問題の解決方法に該当すると位置づけることができる。もっとも、「放置」という評価は、特定の規定のみの適用を排除するという部分を強調したものであり、それ以外の準拠外国法の適用が維持されるという点を強調すれば、「実質法的適応」がとられていると、また、排除された部分についてのみ、法廷地法等を補充するという処理は、「抵触法的適応」がとられて

39 横山・同上。

いると、位置づけることができる。

要するに、準拠外国法中の特定の規定の適用を排除し、当該準拠外国法の適用それ自体を維持することで、準拠外国法を修正的に適用することになるが、それは、当該規定のみを排除するだけで処理するにせよ、排除された部分についてのみ、法規範ないし法秩序の補充を行うにせよ、許容されるものと考えらるべきであろう。かくして、公序違背による外国法適用排除の場合において、特定の規定の適用だけを排除するという処理は、やはり許容されるべきものである。

(3) このように、外国法の修正的適用が、一種の適応問題として許容されるとすれば、後は、いかなるときに、いかなる処理が行われるのかという点が、改めて問われることになる。もとより、適応問題である以上、具体的な事案のいかんと、準拠法の内容いかににより、個別に判断せざるを得ないであろう。この点については、別稿が予定されており、その中で検討したいが、それでも、上述の裁判例に照らすだけで、いくつかの指摘が可能であるように思われる。

第一に、「放置」という処理が、いかなる場合に認められるのか、という点についてである。(b) 類型に該当する裁判例のうち、東京地裁判決、神戸家裁審判、水戸家裁審判、熊本家裁判決では、準拠外国法中の特定の規定の適用を排除しつつ、当該準拠法それ自体の適用を維持し、それで解決をしているが、これらの事例では、準拠外国法に加えて、日本法が適用されているか、あわせて考慮されているという共通点を有する。その一方で、大阪高裁判決では、法例 17 条旧規定の類推適用により、もっぱら韓国法が準拠法となっている。この点に着目すると、「放置」という処理が認められるのは、準拠外国法以外に、あわせて日本法が適用ないし考慮されている場合であると考えられる可能性もある。とはいえ、これに該当しない裁判例（最高裁判決）も存在する。このため、現時点では、準拠外国法以外に、あわせて日本法が適用ないし考慮されているかどうかは、「放置」という処理を行ううえでの基準となるとは即断できない。

第二に、「実質法的適応」が行われるといっても、上述の「放置」のよ

うな、いわば消極的適応ではなく、準拠外国法の枠内で、しかるべき規範を創造ないし補充するという、いわば積極的適応も、理論的にはあり得る解決方法である。むしろ、協議離婚に際しての未成年者の親権者指定につき、フィリピン法が準拠法となるところ、フィリピン家族法上、協議離婚に際して未成年者である子の親権者を指定する制度は存在しないが、外国人と離婚するに際しての、子の親権者の指定については、別居の際の親権者の指定を定めた同法 213 条を類推適用するのが相当であるとして、制度の不存在から、公序違背による外国法の適用の排除を回避している裁判例⁴⁰が存在することに鑑みれば、実際の裁判例において、採用されてしかるべきであるようにも思われる。

それにもかかわらず、上述の裁判例の中に、かかる処理が行われていないことには、どのような意味が認められるであろうか。もとより、今後、理論的にこのような処理を排除する理由がみあたらない以上、かかる処理を行う裁判例が現れるかもしれない。それでも、これまでのところ、特定の規定の適用のみを排除する、いわば消極的適応が主に採用されているのは、偶然であろうか。それとも、準拠外国法の枠内であれ、公序を根拠にしてであれ、しかるべき実質法的な解決を見出すことが、困難ないし不可能であると考えられたからであろうか。あるいは、そうした解決を見出すことが可能であるとしても、立法府ではなく、司法府として、裁判所が、そうした解決の採用を、自制しているからであろうか。

第三に、独立抵触規定により、一個の準拠法に送致されるべき事項の一部のみを、別個の準拠法に送致し直す（連結をやり直す）、「抵触法的適応」は、一見不自然に見受けられるものの、論理的に排除される理由はないし、

40 東京高裁平成 17 年 6 月 6 日決定（家庭裁判月報 58 巻 11 号 40 頁、判例タイムズ 1213 号 307 頁（評釈として、西島太一・ジュリスト臨時増刊 1332 号 [平成 18 年度重要判例解説] 301 頁、林貴美・民商法雑誌 136 巻 6 号 752 頁、植松真生・私法判例リマックス 35 号 140 頁、小野寺規夫・判例タイムズ 1245 号 240 頁、酒井一・別冊ジュリスト 210 号 [国際私法判例百選 第 2 版] 212 頁))。その当否については、ここでは立ち入らない。

その不自然さも、公序を根拠とする例外的な処理であると考えれば、否定的に捉えられるべきではなかろう。このような処理は、裁判例においても採用されているが（福岡高裁判決）、逆に言えば、1件しか存在しない。いかなる場合に、かかる処理が行われるべきか、明確にされていないからであろうか。あるいは、かかる処理が行われることによって、過度なモザイク化をきたすおそれがあるために、回避されているのであろうか。

三 結語

1 本稿においては、法の適用に関する通則法第42条により、外国法の適用が公序に反する場合において、何が排除対象となるのかが、検討された。

みられたように、この点について、ドイツの学説上は、準拠外国法が全体として排除される場合と、準拠外国法中の、特定の規定が排除される場合とがあることが広く認められているのに対し、我が国の学説上は、従来、あまり自覚的かつ明確に論じられてこなかったものの、近時、ドイツの学説に類似する見解も現れている。論理的には、排除方法のいかに論じるに先立って、排除対象を検討すべきであり、この見解と同様に、準拠外国法中の特定の規定についてのみ、その適用が排除される可能性があることが確認された。そのうえで、平成元年以降の、外国法の適用が排除された裁判例をもとに検討すると、準拠外国法が全体として排除される場合と、準拠外国法中の特定の規定のみが排除される場合があり、このような区別は、異論はあるかもしれないが、やはり認められるべきであるとともに、その場合に行われる外国法の修正的適用も含めて、許容されるべきである。

2 本稿では、公序違背により外国法の適用が排除される場合における、排除対象のいかに課題とされたため、直接的に関連するものの、排除後の処理のいかにについては、裁判例との関係で、若干触れるにとどまっている。

それでも、次の点は、指摘できよう。一般に、裁判例においては、公序違背により外国法の適用が排除された場合、法廷地法たる日本法により欠

論 説

欠の補充がなされると理解されている。とはいえ、みられたように、とりわけ、準拠外国法中の、特定の規定の適用だけが排除されるとき、単純に欠缺補充として日本法が適用されているわけではない。もとより、このような処理を直ちに是とすることはできないが、この現象は、従来の学説における、欠缺肯定説内部での見解の相違が、排他的なものではなく、本来、適用場面を異にすることに起因する相違にあたるのではないかと思わせる。近時のドイツにおける学説及び裁判例の動向をも踏まえた検討には、別稿を期したい。