

公序違背により排除される準拠外国法の範囲について

——ドイツの裁判例を中心に——

佐藤文彦

- 一 問題の所在
- 二 ドイツの裁判例における公序違背により排除される準拠外国法の範囲
- 三 結語

一 問題の所在

1 公序違背により排除される準拠外国法は、いかなるものか。

この点については、既に若干の検討を加えたことがある。⁽¹⁾ 本稿は、この筆者における継続的研究の一環として、公序違背により準拠外国法の適用排除が問題とされている、ドイツの若干の裁判例を素材として、検討しようとするものである。

公序違背により排除される準拠外国法の範囲について（佐藤）

2 はじめに、裁判例を検討する前提として、ドイツにおける現行公序規定たる民法典施行法第六条及びその立法趣旨を踏まえ、公序違背による準拠外国法の排除の範囲を、理論的に検討する。次いで、公序規定が一般条項であり、具体的事例を踏まえた検討が欠かせないため、若干の裁判例が、個別に概観されるとともに、簡単な整理がなされることになる。これを踏まえて、公序違背により排除される準拠外国法の範囲について、全般的な検討が加えられる。

こうした検討を通じて、何かしら自然に浮かび上がるものを見出すことができれば、何よりのこととされなければならない。

二 ドイツの裁判例における公序違背により排除される準拠外国法の範囲

1 民法典施行法第六条

(一) 現行規定の表現形式と立法趣旨

(1) 現行民法典施行法第六条は、次のように規定されている。

〔第六条 公序 (ordre public)〕

他の国の法規は、その適用がドイツ法上の本質的諸原則と明らかに相入れない結果をもたらすときは、適用されない。かかる規定は、とくにその適用が基本権と相入れないときは、適用されない⁽²⁾。

(2) この表現形式は、いわゆる西ドイツ国際私法改正のための政府草案における公序規定⁽³⁾と同一である。その趣

旨は、理由書の中で、次のように述べられている。

「本草案はオーストリア国際私法典第六條第二文とは対照的に公序違反の法律効果を要件事実として書き換えることを放棄しているが、その目的は実務に弾力的なかつ細分化された解決策を残しておくことにある。他国の法をできる限り大切にしようとするこの原則にきわめて容易に沿うようにすれば、公序違反の各場合についてすぐにドイツ法に頼るようには定めないこととなる。他国法上のふさわしい規定を利用すること、事情によつてはそれ以上に当該事案に関する新しい実質規定を形成することが、他国法を顧慮する度合いをより強いものとしよう。解決策として考へることのできる帯域幅は一般に、具体的事例において問題とされるのが量的に分離可能な法律効果であるか否かという点に圧倒的に依存している。後者すなわち分離できない事例、身分問題の場合、唯一の実行可能な打開策がドイツ法の適用にあるのはよくあるところである」⁽⁴⁾。

(二) 排除対象

(一) 現行民法典施行法第六條の文言によれば、外国法の適用が公序に違背するときの排除対象は、「他の国の法規 (eine Rechtsnorm eines anderen Staates)」である。

その理由は、理由書の中で、端的に表明されているわけではない。

理由書で述べられているのは、「他国の法をできるだけ大切にしようとする」観点から、外国法の適用排除後に、すぐにドイツ法による補充を行わないという点である。このことは、もちろん認められるべきであろう。それにとどまらず、この観点から、排除される外国法の範囲もまた、最小限度にとどめられるべきである、ということまで含め

公序違背により排除される準拠外国法の範囲について (佐藤)

て理解することは、自然なことであるように思われる。それゆえ、排除対象を限定的に、当該準拠外国法全体ではなく、準拠外国法中の法規(Rechtsnorm)と理解し、明文化することもまた、自然なことであろう。

もとより、外国法中の特定の規定の適用を排除することは、「外国法はその外国において解釈適用されるのと同様に解釈・適用されるべきである」という、準拠外国法の解釈・適用にあたっての原則と抵触するところがある。とはいえ、立法理由に即して言えば、「他国法を顧慮する度合いをより強いものと」するという観点から、外国法の適用排除後に、直ちにドイツ法によるのではなく、「他国法上のふさわしい規定を利用すること、事情によってはそれ以上に当該事案に関する新しい実質規定を形成すること」を肯定するのであれば、準拠外国法中の特定の既定の適用を排除し、その他の規定の適用を維持するという形での、外国法の修正的適用についても、当然、肯定的に評価されるべきであろう。

(2) その一方で、準拠外国法の、特定の規定の適用が公序違背となるような結論をもたらすのではなく、しかるべき規定ないし制度が存在しない場合についてはどうかであろうか。この場合、当該外国法中の、どの法規を適用しても、公序違背とならない結論に至ることはないのであるから、結局、当該準拠外国法全体が排除される、ということになる。

とはいえ、このような場合であっても、外国法の適用が排除された後の処理として、前述のような「他国法上のふさわしい規定を利用すること、事情によってはそれ以上に当該事案に関する新しい実質規定を形成すること」が認められるとするならば、常に当該準拠外国法全体が排除される、ということにもならない。そうであるとすれば、これらいずれの場合においても、共通して排除されるのは、準拠外国法において解釈適用されるのと同様の解釈・適用、

ということになる。

それ以上の、具体的な排除対象は、排除後の処理と同様に、個別具体的な事案に応じて変化する、ということになる。あるいは、個別具体的な事案における、排除後の処理に応じて、排除対象も変化する、というべきであろうか。さらに言えば、排除対象のいかんと、排除後の処理とを、明確に区別することなく、全体として一体的に判断する、ということになるのかもしれない。

(3) とはいえ、論理的には、排除対象が画定された後に、その後の処理が行われるのであるから、観念的には、排除対象の具体的な範囲をいかに画定すべきかが、排除後の処理に先行して問題となるのではなからうか。

それならば、排除対象は、いかに画定されるべきか。前述のように、排除対象が可及的に限定されるべきであるととしても、その限界は、どこにあるのか。立法理由の上で、「唯一の実行可能な打開策がドイツ法の適用にあるというのはよくある」とされるのは、「解決策として考えることのできる帯域幅は一般に、具体的事例において問題とされるのが量的に分離可能な法律効果であるか否かという点に圧倒的に依存して」おり、「後者すなわち分離できない事例、身分問題の場合」である。この表現に即して言えば、法律効果の量的分離可能性に着目しながら、排除対象を画定する、ということは考えられるかもしれない。とはいえ、法律効果の、「量的」「分離可能性」とは何かという点からして、明確ではない。

結局、その基準のいかんは、より具体的な事例を踏まえつつ、検討するほかないように思われる。

2 ドイツにおける若干の裁判例

(一) 概観の対象

それならば、具体的な事件において、裁判例は、公序違背により排除される準拠外国法の範囲を、どのように考えているであろうか。

公序にかかわる裁判例の数も膨大なものになるが、ここで、そのすべてを網羅的に踏まえて検討することはできないため、さしあたり、現行民法典施行法第六条を踏まえてくだされた裁判例、それも、特にコンメンタール⁽⁵⁾で挙げられている、若干の裁判例を概観していくこととする。

もとより、この概観にあたっては、注目されるのは、排除対象のいかんである。このため、排除の当否には、触れないこととする。これに対し、排除後の処理のいかんは、排除対象と関連する限りにおいて、確認されることとなる。

(二) 若干の裁判例

(1) 一九九二年四月二九日ハム上級地方裁判所決定

一九九二年四月二九日ハム上級地方裁判所決定⁽⁶⁾(以下、裁判例①)において問題となったのは、イラン法の適用による相続分のいかんである。一九五二年以来、ドイツに居住するイラン人(バハイ共同体所属)が、一九八八年に遺言を残さないまま死亡したところ、その相続人たる妻、子(三人)、母の、相続分のいかんが問題となった。

本件では、いわゆるドイツ・イラン居留協⁽⁷⁾定第八条第三項第二文により、イラン法（シア派のそれ）が適用されることを前提に、相統法をとつてみれば、女性が相統分のうえで男性よりも不利益な立場となることを認めつつも、ハム上級地方裁判所は、本件では、その適用が公序に違反せず、ドイツ法は適用されないとして、次のように判示する。

「原審が正当に前提としているのは、イラン相統法の適用が、本件では、民法典施行法第六条の意味において、ドイツ法の主要な諸原則、とりわけ基本法第三条第二項、第三項の基本権と相容れないわけではない、ということである」。

このため、公序違背によりイラン法の適用が排除されているわけではない。そのため、傍論ではあるが、ドイツ法の適用がないことを理由づけるうえで、次のような指摘もなされている。

「最後に指摘されるべきは、公序違背があるとされるべき場合であっても、相統人の相統につき、イラン法に代えて、ドイツ法が適用されるべきではない、という点である。民法典施行法第六条が述べるのは、ただ、いかなる事情のもとで、『即自的に (im selbst.）』採用される外国法が適用されるべきではないのか、ということである。いかなる法が代わりとなるのかは、未解決のままである。立法者は、実務を自覚的に、常に『ドイツ法廷地法』を代用法として関係づけることで、固定することを望まなかった。このため、新たに編纂された民法典施行法の下でも、依然として、事情に応じて解決されるべき選択肢は、ドイツ法の適用と、修正された外国法である……。このため、疑義がないのは、外国法の修正された適用が、ドイツ公序に矛盾しない結論に至る場合であろう。ここで、最も自然な可能性は、イラン相統法により妻の相統分に妥当する規律を適用することであろう……。妻は、その結果、イラン——ドイ

ツではない——相統法により、夫と同じ割合を、それも不動産についても得る、ということになるであろう」と。
本件判旨では、傍論ながら、民法典施行法第六条に基づく、公序違背による準拠外国法の適用の排除対象とされているのは、「即自的に (an sich) 援用される外国法」の「適用」であるとされている点が目を引く。「即自的に適用される外国法」という表現の意味するところは、必ずしも明確ではないが、当該外国において解釈・適用されているままの外国法、ということであろう。

また、外国法の修正された適用に触れているが、その意義には、はっきりしない点が多い。ドイツ公序により、準拠外国法の適用が排除されることを避けるといふ必要性はあるのかもしれないが、準拠外国法をどのように修正して適用することの許容性(ないしその根拠)ははっきりしないし、いかなる範囲の修正が許容されるのかという点も判然としない。

(2) 一九九二年一〇月一四日連邦通常裁判所決定

一九九二年一〇月一四日連邦通常裁判所決定⁽⁸⁾(以下、裁判例②)で問題となったのは、離婚後の親権者のいかなである。イラン夫婦(シーア派を信仰)が、ドイツの裁判所の判決により離婚していたところ、この夫婦の間に、一九八〇年、一九八二年、一九八三年に出生した三人の子のうち、第一審は、一九九一年に、イラン法により、第二子の監護権者を父と判断しつつも、同法を適用して第一子及び第三子の監護権者を父とすることは公序に違反するとして、母を親権者とした。これに対し、父が抗告し、上級地方裁判所は、三人すべての監護権が父に帰属すると判断した。これに対し、母が再抗告したものである。

本件において、連邦通常裁判所は、いわゆるドイツ・イラン居留協定第八条第三項第二文により、イラン法(シー

「ア派のそれ」が適用されることを前提とする。そのうえで、イランの現行法上、民法第一一八〇条により、父が親権者となるとしつつ、とりわけ民法典施行法第六條第二文の観点、すなわち基本法第一條及び第二條により保護される、人格の自由な発展の権利に基づいて、子の福祉が考慮されるべきであるとしつつ、次のように判示している。

「関与者の本国法の適用の拒絶において、自らの領域において、有意義または主張できるかもしれないイラン法に對する差別はないのであり、ただ、イラン民法第一一八〇條を、ドイツ裁判所により具体的かつ無制限に適用することは、我々の憲法秩序と矛盾することが——それと子の福祉が対立する場合には——ある、ということが確認されるにすぎない。このため、彼らの知らない法秩序が押し付けられるのではなく、むしろ、彼らにはせいぜい、その本国法の適用がドイツ裁判所を通じて禁じられる——ドイツ法の主要な諸原則と明らかに相容れない結論がもたらされる場合には——にすぎない」。

「更なる事実の処理のために、当裁判所は次の点を指摘する。更なる確認により、子の福祉はその母のもとにとどまる必要があることになるとき、イラン法の適用が公序違反をもたらさないのは、イラン法が、事実上の身上監護を、居所決定権とともに、母に委ねる可能性を定める場合である。……法一二條……が、もはや継続的に効力をもたない場合であっても、抗告審は、その職権調査義務の枠内で、その可能性がイラン法の諸原則により存するか否かを審理しなければならない」。

「ただし、そのような可能性がイラン法により排除されるべき場合、公序違反が、子……についての親権の規律につき、ドイツ法が適用されるということに、必然的になるわけではない。むしろ、試みられるべきは、公序に違反する規定の不適用により生ずる規律の欠缺を、イラン法に従った可能性により埋めることである。このことは、たとえ

ば、父に財産監護がおかれたまま、その一方で母に身上監護が委ねられる、という形で行うことができる」。

裁判例②が、排除対象として明言しているのは、「イラン民法第一一八〇条を、ドイツ裁判所により具体的かつ無制限に適用」することである。

そのことにより、「規律の欠缺」が生じるとされ、それを「イラン法に従った可能性により埋める」とされる。とはいえ、一般的に、どのような補充であれば、イラン法（更には、準拠外国法）に従った可能性となるのか、その方法や限界は示されていないし、また、具体的に、母に身上監護を委ねるといふ例示が、なぜイラン法に従った可能性であるのかという点については、明確に示されていない。

(3) 一九九四年八月一八日ハム上級地方裁判所決定

一九九四年八月一八日ハム上級地方裁判所決定（以下、裁判例③）では、離婚に関する訴訟救助が問題となった。一九九〇年に婚姻した、ムスリムのモロッコ夫婦のうち、妻が訴訟救助を求め、離婚が認められる見込みが問われた。

本件で、民法典施行法第一七条第一項第一文及び第一四条第一項第一号により、離婚準拠法はモロッコ法となるどころ、離婚の可能性において、妻は、夫に比べて、明らかに不利な立場におかれており、成果を挙げる見込みがないとされ、公序違背が問題となった。この関連で、次のような判示がなされている。

「まさに高度な内国牽連性をもつ諸事案——本件では、これは、出生から存在する内国居住により、明らかに、当地の社会的な状況に広く申立人が統合されていることが認められる——において、民法典施行法第六条が命じるのは、本国の法律の規律に制限されない解決を求めることである」。

そのうえで、妻の法的地位を夫にあわせて、モロッコ法を修正的に適用し、妻にもタラーク離婚を認めるような解決は不適切であるとして、次のように判示する。

「打開策として優先に値するのは、むしろドイツ法の適用であるが、けだし、それが準拠法それ自体 (an sich) の展開可能性が欠ける、または十分ではないときに、民法典施行法第六条により関係づけられるべきだからである。妻の離婚にドイツ法を関係づけることで、夫に、基本法第三条第二項の観点で疑義のある不利益が生じることを避けるために、この種の事案で許容されるのは、離婚の効果について、離婚準拠法それ自体 (an sich) に立ち返り、そしてそのために、民法典施行法第一八条第四項の適用範囲を合目的に確定することである。限定された代用的なドイツ法の適用——これは婚姻破綻に際して裁判による離婚をもたらす——……」。

本件では、排除対象は、明確である。離婚準拠法たるモロッコ法のうち、その一部分、より具体的に言えば、モロッコ法上の、離婚の要件の部分の適用が排除されている。

その際、離婚の効果は別にして、これまでに見られた裁判例とは異なり、モロッコ法の修正的適用がなされるのではなく、ドイツ法を適用しているが、それは「準拠法それ自体 (an sich) の展開可能性が欠ける、または十分ではない」場合だから（本件では、妻の法的地位を夫にあわせて改善するような解決は不適切であるため、準拠法それ自体の展開可能性が欠ける、または十分ではないから）であるとされている。とはいえ、そのような場合に当たるかどうかの、一般的な基準は示されていない。

(4) 一九九六年七月五日ツヴァイブリュッケン上級地方裁判所判決

一九九六年七月五日ツヴァイブリュッケン上級地方裁判所判決⁽¹⁰⁾（以下、裁判例④）において問題となったのは、扶養

料請求についてである。当事者はアルジェリア人夫婦であり、アルジェリア裁判所の判決により離婚しているが、この判決において、再婚が可能となる時、すなわち、待婚期間が経過するまでの間、夫から妻に扶養料の支払が認められていた。しかるに、離婚した妻は、その後の事情の変化により、自身と子の扶養料の支払を、元夫に対して求めたのである。

本件において、準拠法は、後述のようにアルジェリア法となり、これをそのまま適用すれば、当該請求は認められないところ、次のような判示をしている。

「そのような公序違反が認められるのは、本件のように、扶養を要する夫婦の一方が嫡出子の世話を理由に、その父母の義務を著しく懈怠することなく、その自らの十分な生計を確保するような状況にない場合である」。

「ドイツ公序は、つまり、世話をし、そしてそのために需要のある父母の一方に、他方に対するその生計を確保する請求を命じるのであるが、けだし、世話をする父母の一方の需要は、夫婦双方の共同の決心に依拠するからである。公序違反の肯定は、もちろん、欠缺のあるアルジェリアの請求権規則の代わりに、ドイツ法が現れることを自動的にもたらしものではないが、けだし、準拠法への可及的に少ない介入の原則が妥当するからである。外国法の修正的適用が不可能または満足のいくものではない場合にのみ、代用規範がドイツ法から展開されるべきである。その種の扶養料請求の算定に関しては、しかし、一般に扶養料の最小限に依拠すべきではなく、民法典施行法第一八条第七項により、扶養料請求が認められるべきであり、その算定に際しては、権利者の需要及び義務者の経済状況が考慮されるべきである。これは、アルジェリア家族法第七九条第一文により、まさに適切な扶養の供出に足り得るものである」。

本件において、公序違背の結論がもたらされるのは、離婚後の扶養を待婚期間に限定する、アルジェリア法第六一条を適用するためである。そのため、排除対象は、民法典施行法第六条の文言に照らしても、アルジェリア法中の、当該規定(だけ)ということになりそうである。

しかしながら、判旨は、欠缺があるのは、「アルジェリアの請求権規則」であるとしつつ、「準拠法への可及的に少ない介入の原則」を理由に、代用規範としてのドイツ法ではなく、アルジェリア法の修正的適用を優先させている。この構成が、いかなるものなのかは、判旨からは判然としないように思われる。

(5) 一九九七年一月三日デュッセルドルフ上級地方裁判所判決

一九九七年一月三日デュッセルドルフ上級地方裁判所判決⁽¹¹⁾(以下、裁判例⑤)では、イラン人夫婦(シーア派)の離婚及び二人の子の親権が問題となった。

本件では、まず、離婚につき、いわゆるドイツ・イラン居留協定により、イラン法が準拠法となるが、イラン民法によっても離婚が可能であると認定している。そして、いわゆるタラク離婚はドイツ公序に反するとしつつ、次のように判示されている。

「ドイツ公序違反がもちろんドイツ法の適用をもたらずのは、わずかに、外国法の残された法律の欠缺を埋めることが、その他の諸原則——ドイツ公序と相容れるもの——の助けを借りては不可能な場合である。これに対応して、ここでは、婚姻の解消は、ドイツ法によってもイラン法によっても知られている離婚を通じて行われなければならない。」

また、監護権についても、同じくドイツ・イラン居留協定により、イラン法が準拠法となることを前提に、イラン

民法第一一六九条、第一一八〇条等によれば、男子は二歳まで、女子は七歳まで母に限定的な身上監護と考えられるものの、未成年者は父の親権に服し、また、家族法第一二条(旧規定)は、離婚の際に親権を母に委ねる可能性を定めていたが、現行法上、この種の規律が行われていないため、イラン法を適用すれば、父を親権者とすることになるべきところ、次のように判示して、イラン法の適用を排除している。

「このような強固な内国牽連性があるとき、ドイツ法の主要な諸原則と明らかに相容れないのは、ドイツの裁判所が、子の福祉を考慮しないままに親権に関する判断を行わなければならない、その一方で、ここでの法的理解によれば、離婚との関連における親権に関する判断に際して、基本法第一条第一項及び第二条第一項の意味における人格の発展に対する固有の権利を有する子の福祉が決定的でなければならない、かかる福祉に対応するのは、子が、その人格を發展させるために最大の支援を期待できる父母の一方に、支援原則(Förderprinzip)にしたがって親権を委ねることであって、そして憲法上当然に要請されるのは、子の意思を考慮することであり、その福祉と相容れることである。このため、相手方に受け入れられなければならないのは、強固な内国牽連性を理由に、ドイツ公序違背が、すべての範囲でイラン法の不適用可能性をもたらす、ということである。申立人の娘は、当事者間で異論のある諸理由に基づき、現在のところ、父と接触することを拒否しているので、イラン法とドイツ公序との抵触が取り除かれ得るの
は、考慮されるべき娘の、子の意思を顧慮して、きょうだいの別れを回避するために、身上監護を、居所決定権及び扶養事件における子を世話をする権利を含めて、子を過去に恒常的に世話し、監護して、そしてそのことにより、その主たる関係者となっている申立人に、そして財産監護は相手方に委ねられるが、けだし、この規律が子双方の福祉に最善に合致するからである」。

とりわけ監護権との関係では、「すべての範囲でイラン法の不適用可能性をもたらす」と判示されている点から言え、排除対象とされるのは、イラン法全体である、ということになりそうである。そのことは、監護権者の決定にあたり、支援原則や、子の意思の考慮といった、ドイツ法の思考に沿った判断がなされており、必ずしも明言されていないが、代用法として、ドイツ法による処理がなされているかのように見受けられることも合致する。

とはいえ、ドイツ法を、国内事件において解釈適用されるのと同様に適用した場合、本件のような事案で、相手方に財産監護が委ねられることがあるのか、疑問であるとともに、ここでの結論は、イラン法の内容に配慮しているかのようにある。このため、監護権との関係で、イラン法の適用が排除され、ドイツ法が適用されるといっても、ドイツ法の修正的適用が行われているかのようである。

(6) 二〇〇一年五月三十一日シュレーレスヴィヒ・ホルシュタイン上級地方裁判所決定

二〇〇一年五月三十一日シュレーレスヴィヒ・ホルシュタイン上級地方裁判所決定⁽¹²⁾(以下、裁判例⑥)で問題となったのは、養子縁組である。トルコ人夫婦が、トルコ人たる孫との養子縁組をするため、裁判所に申し立てをしたというものである。

本件において、準拠法となるのは、民法典施行法第二二条第二文、第一四条第一項により、トルコ法である。区裁判所、地方裁判所とも、準拠法がトルコ法であり、同法により養子縁組を認めないことは、公序に反しないと判断して、養子縁組を認めなかったが、上級地方裁判所は、次のように判示している。

「確かに原則として要請されるトルコ法の適用は、正当にも肯定されるが、それでも、第六条によるドイツ公序の手を借りた、この法の審査に際して(抽象的な)養子となるべき者の子の福祉の法的地位の価値と(具体的な)存在す

る内国牽連性が考慮外のままとされている」。

「民法典施行法第六条により、外国のある法規範が適用されるべきではないのは、その適用が、ドイツ法の主要な諸原則と明らかに相容れない場合である。これがとりわけ適用されるべきでないのは、その適用が基本権と相容れない場合である。これらの諸要件は、トルコ民法第二五三条による、婚姻卑属を理由とする、絶対的な養子縁組障碍との関係で、地方裁判所の見解に反して、存在する」。

「……現在のトルコの法状態は、わけても、現行ドイツ憲法およびドイツ養子法と相容れないが、けだし、これは、一般的に、養子となるべき者の、子の福祉を、考慮外におくからである」。

「結局、総合的な評価は……トルコ法を適用した結論が、具体的事案において、根本的なドイツの正義の観念と受忍し難い形で矛盾し、そしてそのために、トルコ民法第二五三条はその限りで介入しない、ということになる」。

「このため、区裁判所は、養子縁組の諸要件を、この他に審査しなければならない。トルコ法が存続する限り、これが適用されるべきであろう。その排斥を通じて欠缺がある限り、適切な規定を欠き、ドイツ法が代用法として関係づけられるべきである。このことは、とりわけ、民法典第一七四五条についてあてはまる。更に、関与者及びドイツに住む関与者二人の娘にも、養子縁組について聴聞がなされるべきであろう」。

本件裁判において、少なくとも、養親となるべき者が三五歳以上であり、かつ嫡出子のないことを要求する、トルコ民法第二五三条第一文が排除対象となることは、一目瞭然であろう。それに加えて、養子となるべき者の福祉が考慮の外におかれているという点が、憲法（及び養子法）と相容れないとされることで、何が排除されるのかは、必ずしも明確ではないように思われる。

(7) 二〇〇一年一月一六日ツヴァイブリュッケン上級地方裁判所判決

二〇〇一年一月一六日ツヴァイブリュッケン上級地方裁判所判決⁽¹³⁾(以下、裁判例⑦)では、離婚の可否が問題となつた。一九八二年にレバノンで婚姻し、一〇年以上ドイツに居住するレバノン人(ムスリム・シーク派)夫婦の離婚が問題とされたのである。

本件において、民法典施行法第一七条第一項第一文、第一四條第一項第一号により、準拠法はレバノン法(イスラム・シーク法)になるところ、同法によれば、本件では離婚は成立しないところであつたが、次のような判示がなされた。

「それにもかかわらず、当事者の婚姻は、代用的にドイツ実質法の適用において解消されるべきであるが、けだし、第一次的に適用されるべき当事者の本国法が、夫にのみ、婚姻解消の権利(タラク)を認め、その一方で、妻が——夫のインポテンツの場合という例外を伴うが——離婚の(二方的な)権利を有しておらず、基本法第三条第二項の同権原則を侵害し、そしてそのために、ドイツ法の主要な諸原則と相容れないからである(民法典施行法第六条第二文)」。

「民法典施行法第六条の意味における公序違背があるか否かという問題は、常に個々の事案との関係で審査されるべきものである。ドイツの基本権と外国法とが抽象的に相容れないことではなく、もっぱら基本法と外国法の状況に對する個別審査の結論が、相容れないことが、ドイツ法の適用を正当化する。このため、イスラムの婚姻は、ドイツ裁判所の(形成)判決を通じて、イスラム実質法の適用において、解消され得るのは、それが夫により——妻の同意を得て、またはその意思に反して——言い渡された離別に基づく場合であつてもそうであるのは、婚姻がドイツ法に

よつても解消され得る限りにおいてである」。

「これと同じことは、もちろん、基本法第三条第二項を考慮して、妻にも認められなければならない。したがって、彼女もまた婚姻の解消を（夫の意思に反して）求めることができなければならないのは、婚姻がドイツ法により解消され得る場合である。それでも、第一次的に適用されるべき、ムスリム・シージャ法が上に述べたところにより、彼女にかかる権利を認めていないので、この公序違背の規律の欠缺は、ドイツ法の離婚原因を引き合いに出すことを通じて、埋められなければならない」。

本件においても、公序違背として排除されるのは、一見したところ、ムスリム・シージャ法全体である。

とはいえ、判旨は、ムスリム・シージャ法が「第一次的に適用されるべき」であると述べている。これは、公序違背がなければ適用されるべきであるという趣旨で理解することもできるが、別の趣旨で理解することもできるように思われる。ドイツ法上は離婚可能な本件事案で、ムスリム・シージャ法において、ドイツ公序の観点からは、あるべき離婚を認める規定が存在しない、すなわち「規律の欠缺」が存在していると評価されるのであり、ここにいう欠缺は、ムスリム・シージャ法の適用が排除されたために生じたものではない。そのため、ムスリム・シージャ法が全体として適用を排除されるのではなく、むしろ、その適用を維持しつつ、ドイツ公序により規律の欠缺があると評価される部分について、ドイツ法が補充されている、と。もつとも、ムスリム・シージャ法のうち、離婚を認める規定が存在せず、離婚が認められないがゆえに、その離婚の要件に関する部分が公序違背を理由に排除され、そこに生じた規律の欠缺を、ドイツ法により補充している、という趣旨で理解することも可能であろう。

(8) 二〇〇四年三月四日コブレンツ上級地方裁判所決定

二〇〇四年三月四日コブレントツ上級地方裁判所決定⁽¹⁴⁾（以下、裁判例⁽⁸⁾）では、ユーゴスラヴィア（セルビア）人夫婦の、離婚後の扶養料請求が問題となった。

本件において、扶養料請求の準拠法は、民法典施行法第一八条第四項第一文により、離婚準拠法たるセルビア法が準拠法となるどころ、セルビア法上は、当該請求は認められないものであった。この点に関して、次のような判示がある。

「ただし、セルビア法……第二八八条における離婚後扶養の主張の期間制限は、本件では適用することができないが、けだし、これは、ドイツ法の主要な諸原則と明らかに相容れないからである」。

「更なる手続のために、当裁判所が指摘するのは、ドイツ公序違反が、事情により可能な扶養料請求を、ドイツ法により測るということを自動的にもたらすものではない、ということである。むしろ、準拠法への可及的に少ない介入の原則が妥当する……。これにより、本件では、扶養料請求は、セルビア法……第二八七条、第二八八条第一項、第三〇九条、第三二〇条により行われるべきである。これにより、民法典施行法第一八条第七項により考慮される、権利者の需要と義務者の経済関係に十分に考慮がなされる」。

本件で排除対象となっているのは、明らかに、セルビア法第二八八条、それも、離婚後扶養の主張にかかる期間制限の部分である。それ以外の部分は、準拠法たるセルビア法の適用が明言されている。このことは、当該部分の適用排除により、欠缺が生じることも、欠缺補充が必要となることにも触れられていないことから、明らかである。

そして、このような特定の規定（の一部）を排除するだけの、準拠外国法の修正的適用が、ドイツ法の適用に優先して行われる根拠として、「準拠法への可及的に少ない介入」の原則が挙げられている。ただし、かかる原則と、公

序条項そのものとの関係は、いささか判然としないように思われる。

(9) 二〇〇八年二月一九日デュッセルドルフ上級地方裁判所

二〇〇八年二月一九日デュッセルドルフ上級地方裁判所(以下、裁判例⑨)⁽¹⁵⁾で問題となったのは、イラン法による相続分のいかんである。被相続人はイラン人(ムスリム・シーア派)であり、相続人は、寡婦(ドイツ人、クリスチャン)と、被相続人の兄弟姉妹五人(イラン人)である。遺言がないため、相続証明書にかかる手続において、彼らの法定相続分のいかんが問題となった。

本件で、ドイツ・イラン居留協定により、準拠法はイラン法となるどころ、デュッセルドルフ上級地方裁判所は、イラン法上の、寡婦と寡夫との相続分の相違に関する規定と、相続排除事由としての宗教の相違に関する規定を、いずれも公序に違背すると判断し、次のように判示する。

「二つの確認された違反の法律効果は、もちろん異なるものである」。

「二番目に挙げられた違反の法律効果は、相続排除理由が考慮されなままである、ということである」。「この状況にあつては、寡婦の宗教の所屬は重要ではなく、この点に関する調査を事実審が行う必要はない」。

「先に扱われた違反の法律効果は、外国法への可及的に少ない介入の要請を考慮して、すなわち、できるだけ準拠外国法に基づいて、その他の、違反にあたらぬ部分において判断されるべきであり、その後で、代用法としてのドイツ法によることができる」。

「それぞれの違反の効果は、上述の理由から、ドイツ法適用の端緒となるのではなく、生存する妻が、生存する男性と同様に扱われる、ということにある」。

本件の排除対象は、明確に見える。すなわち、寡夫よりも少なく、寡婦に対する相続分を定める特定の規定であり、宗教の相違を相続排除事由とする特定の規定である。

そのうえで、前者については、「外国法への可及的に少ない介入」の要請に基づき、寡婦に対する相続分に関する規定の欠缺が存在することを前提に、寡夫に関する規定を寡婦に拡張する形で、イラン法の修正的適用を行うのに対し、後者については、特定の規定の排除後に、欠缺の存在を認めることもしなければ、補充の必要に触れてさえないという、対照的な処理を示す点で、特徴的である。

とはいえ、このような相違が生じる根拠等は、明確に示されているわけではない。

(10) 二〇一〇年一月二七日ハム上級地方裁判所決定

二〇一〇年一月二七日ハム上級地方裁判所決定⁽¹⁶⁾(以下、裁判例⑩)においては、ドイツに居住するモロッコ人夫婦につき、妻が離婚訴訟を提起するため、訴訟救助を申立て、勝訴の見込みの有無が問題となった。

本件で、離婚準拠法は、民法典施行法第七条第一項第一文、第一四条第一号により、準拠法はモロッコ法によるべきことを前提に、モロッコ法を適用すれば妻には本件では離婚が認められないこととなるが、それは公序に反するとして、次のように判示して、離婚が認められる可能性があるとする。

「モロッコ法第四四条以下を依然として適用できないものと考えるべき場合、最初に試みられなければならないのは、存在する法律の欠缺を第一次的に援用されるモロッコ法の諸原則を通じて埋めることである」。

「補助的に、ドイツ実質規定に拠ることができるのであり、これによると——上に述べたように——いずれにせよ十分に勝訴の見込みがある」。

本件における排除対象は、離婚を認めないモロッコ離婚法である。

ただし、「存在する法律の欠缺を第一次的に援用されるモロッコ法の諸原則を通じて埋めることである」と述べられているため、離婚準拠法たるモロッコ法が、全体として排除されているかどうかは、必ずしも明確ではない。

(三) 小 括

右にみられた裁判例は、ごく限られたものにすぎない。それでも、これらの裁判例を概観するとき、いくつかの類型に整理することができるように思われる。

まず、準拠外国法上の、特定の規定（ないしは特定の規定の一部）のみが排除しつつ、準拠外国法のその他の部分を、そのまま適用する類型である（裁判例⑧、及び、裁判例⑨の宗教による相続排除に関する部分）。そして、これと同様に、準拠外国法上の、特定の規定が排除されるとするが、当該準拠法内の、その他の規定を用いて、準拠法の修正的適用を行う類型がある（裁判例②、及び、裁判例⑨の寡婦に対する相続分に関する部分）。

これに対し、特定の規定ではなく、準拠外国法を（ある程度まとまった形で）排除し、ドイツ法の適用により解決をする類型がある（裁判例③、⑦）。この類型には、その可能性を認める裁判例⑩まで含めて理解しておくことができよう。また、ドイツ法の適用により解決をしているが、ドイツ法の修正的適用が行われるかのような類型もある（裁判例⑤）。

その一方で、位置づけが判然としない裁判例もある。特定の規定を排除しているようであるが、判然としない裁判例④、⑥があり、また、公序に反しないように準拠外国法の修正的適用を行う可能性を示唆する裁判例①がある。

3 検 討

(二) 特定の規定の排除か

(1) 右に概観された裁判例は、いかに理解され、評価されるべきか。

このうち、外国法の適用が公序違背となるとき、当該準拠外国法上の、特定の規定(ないしは特定の規定の一部)のみを排除しつつ、準拠外国法のその他の部分を、そのまま適用する類型は、「他の国の法規 (eine Rechtsnorm eines anderen States)」を排除対象とする、民法典施行法第六条の文言に即したものである。そして、かかる処理は、公序の謙抑性とも整合するし、「準拠法への可及的に少ない介入」という観点から、根拠づけられている、とも思われる。

また、外国法の適用が公序違背となるとき、当該準拠外国法上の、特定の規定が排除されるとするが、当該準拠法内の、その他の規定を用いて、準拠法の修正的適用を行う類型についても、排除対象という観点からすれば、同様のことがいえるであろう。

(2) とはいえ、ここで行われている、外国法の修正的適用をめぐることは、判然としない点が少ない。

右に述べたように、公序違背を理由に、外国法の修正的に適用される場合が一方で存在するが、他方で、裁判例①のように、準拠外国法が、公序違背とならないように修正的に解釈・適用される場合がある。それならば、そのような区別は、そもそも適切なのであろうか。もし、区別がなされるべきであるとすれば、その根拠はいかなるもので、また、いかなる基準により区別がなされるべきなのであろうか。こうした点は、判然としないように思われる。

このような不明瞭さは、外国法の修正的適用にあたり、当該準拠法内の、その他の規定を用いて、準拠法の修正的

適用を行う類型にもみられるところである。

まず、準拠外国法の修正的適用が行われるか、ドイツ法による解決が行われるかは、裁判例の表現に従えば、「準拠法それ自体 (an sich) の展開可能性」(裁判例③)の有無及び程度によることになるであろう。それならば、ここにいう展開可能性の有無は、何を基準にして判断されるのであろうか。それが、もし、理由書が述べるように、「他国法上のふさわしい規定を利用すること」ができるか否かに求められるのであるとすれば、「ふさわしい」か否かの一般的な判断基準は何か、また、どのように「利用」されるべきなのであろうか。こうした点に、明確に言及している裁判例は見受けられない。

もつとも、こうした一般的な基準を提出すること自体が不適切であり、個々の事案に照らし、具体的な解決が図られるべきである(図るよりない)、とする見方もあろう。それならば、たとえば、裁判例②のように、一定年齢以下の子について認められている身上監護権の規律を援用した解決や、裁判例⑨のように、寡夫に対する相続分に関する規定を援用した解決は、どのように評価されるべきであろうか。少なくとも、これらはいずれも、準拠外国法が想定している解決ではない。そのため、当該準拠外国法から見て、「ふさわしい規定を利用」していることとはできないであろう。むしろ、ドイツ法から見て、事案が類似し、価値判断を同じくする(換言すれば、ふさわしいと目される)規定を、規律の欠缺がある別の場面に、類推適用しているかのようである。

これとは逆に、展開可能性が否定された例をみると、裁判例③では、モロッコ法上、本件で妻に離婚は認められず、それは男女同権に反するところ、夫に認められるタラーク離婚を、妻に認めるという形でモロッコ法を修正的に適用し、離婚を認めることは不適切であると評価され、結局ドイツ法の適用に至っている。そこでは、そのような評

価の根拠としては、モロッコ法の観点ではなく、ドイツ法の観点が強調されている。

このようにみると、展開可能性の有無及び程度、あるいは、他国法上のふさわしい規定の利用は、準拠外国法ではなく、ドイツ法に基づいて行われている、ということになるのではなからうか。

このことは、準拠外国法上の、特定の規定（ないしは特定の規定の一部）のみを排除しつつ、準拠外国法その他の部分を、そのまま適用する類型（裁判例⑧、及び、裁判例⑨の宗教による相続排除に関する部分）についても、そのままあてはまるように思われる。当該部分を欠いた形での準拠法の適用は、当該準拠外国法の予定するところではなく、本来適用されるべき、準拠外国法そのものの適用ではあり得ない。むしろ、ドイツ公序の観点から、結論だけでなく、その処理方法としても是とされる解決である、と評すべきではなからうか。さらに、位置づけが曖昧な裁判例④も、この趣旨から理解できるように思われる。すなわち、裁判例④では、扶養料請求を待婚期間に限定する規定のみを排除し、その他の規定を適用して解決しており、その意味では、欠缺が生じる余地はないはずであるにもかかわらず、公序违背により、「アルジェリアの請求権規則」に欠缺があると評価されているところ、準拠外国法そのものが全体として排除されていると考えるならば、やはり請求権規則の欠缺があると理解できるのである。

(3) この意味において、民法典施行法第六条の文言に反するとともに、裁判例の表現上の傾向に反することとなるが、公序による排除対象は、準拠外国法上の特定の規定であるというのではなく、常に準拠外国法全体であると考えるべきである。ここに準拠外国法とは、より厳密に言えば、そして裁判例①の表現を借りれば、即自的な援用される準拠外国法の適用、換言すれば、当該外国において解釈適用される通りの外国法の適用である。

(二) 準拠法の修正的適用の意義

(1) それならば、準拠法が修正的に適用されるとは、いかなる事態の謂いであると理解すべきか。

右にみられたように、準拠外国法上の、特定の規定(ないしは特定の規定の一部)のみを排除しつつ、準拠外国法のその他の部分を、そのまま適用する類型であれ、準拠外国法上の、特定の規定が排除されるとするが、当該準拠法内の、その他の規定を用いて、準拠法の修正的適用を行う類型であれ、いずれも、準拠外国法そのものの適用ではなく、ドイツ法の観点から、展開可能性の有無及び程度が検討され、あるいは、ふさわしいと目される規定に依拠して解決が行われている。もとより、本稿で概観された裁判例は少数にとどまるため、これ以外の解決方法があり得ないわけではないが、これらの類型はいずれも、規範構造的には、ドイツ法ないしドイツ公序により、準拠外国法の再構成という形で、涉外実質法が形成されている、とみることができようと思われる。

(2) このように、準拠外国法の修正的適用とは、新たに構成された涉外実質法の適用であるとするならば、その内容は、ドイツ法ないしドイツ公序の観点から、自由に行うことができそうである。しかしながら、ここでの涉外実質法の構成は、準拠外国法の再構成という枠組により、制約が課せられている。

そのような制約と結びつけられるのは、裁判例においてしばしば言及される、準拠法への可及的に少ない介入の原則という建前ではなからうか。このような理解が可能であるとすれば、この建前もまた、その一見した表現から受ける印象である、公序違背により排除される準拠外国法の範囲を限定する趣旨のものではない、ということになる。むしろ、公序違背により、準拠外国法そのものの適用が排除されることを前提に、涉外実質法の構成にあたり、排除された(適用されない)準拠外国法の諸規定を、可及的に多く考慮することを求める建前という意味で、理解すべきこ

とになろう。それと同時に、準拠法への可及的に少ない介入の原則は、最も密接な関係の原則により選択された準拠法の尊重という意味合い以上に、裁判所による恣意的な規範創造の否定という意味における法的安定性への配慮という意味合いが強いものとなろう。かかる理解は、右にみられた類型のいずれにおいても、まったく新たな規範を作り出すことが避けられていることとも合致する。

(三) 第二次的なドイツ法による代用的解決

(一) 準拠外国法の適用が、公序違背により排除される場合、いかなる処理がなされるべきかについて、現行民法典施行法第六条は、明言していない。これは、先に触れた理由書で触れられているように、すぐにドイツ法による補充を行わず、「他国法上のふさわしい規定を利用すること、事情によつてはそれ以上に当該事案に関する新しい実質規定を形成すること」を肯定するためである。ただ、ここでは、いずれの解決が優先するのかという点までは述べられておらず、個別具体的な事案に応じて、より適切な解決を選択する、ということになる。これと同様の趣旨は、当時の学説を引用しつつ、「新たに編纂された民法典施行法の下でも、依然として、事情に応じて解決されるべき選択肢は、ドイツ法の適用と、修正された外国法である」(裁判例①)と、当初は裁判例においても受け入れられていた。しかし、最近では、準拠外国法の修正的適用を優先的な解決として、ドイツ法の適用を補充的な解決として位置づける裁判例が多い。

その当否にはここでは立ち入らないが、最近の裁判例を前提とすれば、公序違背により排除される準拠外国法を修正的に適用することができないとき、換言すれば、準拠外国法上のふさわしい規定を手掛かりに、涉外実質法を構成

することができないときに、補充的にドイツ法によるべきことになる。概観された裁判例で具体的に言えば、離婚準拠法上、離婚を認める（ふさわしい）規定がない場合に、当該準拠法の適用が公序違反によりその適用を排除されるときである。

(2) このようにみえてみると、その位置づけが不明確な裁判例⑥が、いかに理解されるべきかが改めて問われることになる。

裁判例⑥では、養子縁組の成立を妨げる、特定の規定（の一部要件）の適用が公序違反にあたるとして、その適用が排除されている。そのことは、「養子縁組の諸要件を、この他に審査しなければならない。トルコ法が存続する限り、これが適用されるべきであろう」という判示とも合致する。

しかしながら、それに続けて、判旨は、「その排斥を通じて欠缺がある限り、適切な規定を欠き、ドイツ法が代用法として関係づけられるべきである。このことは、とりわけ、民法典第一七四五条についてあてはまる。更に、関与者及びドイツに住む関与者二人の娘にも、養子縁組について聴聞がなされるべきであろう」とする。ここで「欠缺がある」との評価は、養子となるべき者の福祉が考慮の外におかれているという点で、憲法（及び養子法）と相容れないとされることと結びつけられているのであるが、このことは、ドイツ民法典第一七四五条が特に挙げられていることとも合致するのである。それならば、ここでは、何が排除され、どこに欠缺があるとされて、ドイツ法が援用されているのであろうか。

ここまでの理解に即して言えば、特定の規定（の要件の一部）の適用が公序違反にあたるとして適用が排除されるとしても、トルコ養子法それ自体の適用が排除されたとみるべきであり、そこに欠缺が発生したとみて、ドイツ法が

代用法として関係づけられている、と理解することができるかもしれない。しかしながら、トルコ養子法それ自体の適用が排除されたとしても、ドイツ法の補充的適用に優先して、涉外実質法の形成という意味における、トルコ法の修正的適用が検討されるべきであるとすれば、かかる理解は不適切であるし、トルコ法を引き続き適用することを前提とするかのような判旨の指摘とも、整合しないことになる。

とはいえ、子の福祉を考慮外におく点が問題視されていることを強調すれば、ドイツ法からみて、トルコ養子法上の、養子縁組の成立を妨げる規定の適用が公序違反にあたることに加えて、養子縁組の成立について、本来あるべき規定が存在していないという欠缺があると、裁判例は評価しているのかもしれない。そのため、養子縁組の不成立という結論をもたらすトルコ法の規定の一部は公序違背により当然排除されるが、その他のトルコ養子法上の諸規定の適用は維持されているものの、欠缺がある（と評価される）限りで、ドイツ法の補充がなされている、と。しかし、このように理解することもまた、不適切であろう。けだし、そもそも公序違背の有無の審査対象は適用結果であつて、準拠外国法の内容ではないからである。

このため、本件判旨は不当である、という評価も可能であろう。

とはいえ、次のような理解が、可能であるかもしれない。すなわち、公序違背の結論をもたらすため、確かに、トルコ養子法それ自体の適用は排除される。このとき、準拠外国法の再構成としての涉外実質法の形成が優先的になされるべきであり、ここでは、トルコ法上の、特定の規定（の一部）を除外する形での、修正的適用がなされるものと、一応は考えられる。とはいえ、養子縁組（の要件）にかかわる涉外実質法を形成するために、トルコ法を再構成しようとしても、トルコ法上には子の福祉を考慮するための規定がないため、ドイツ法からみて、トルコ法の手掛かりを

欠き、しかるべき涉外実質法を形成することができない。そのため、この部分については、ドイツ法が補充的に適用される、と。一般化していえば、涉外実質法の形成にあたり、その適用を排除された準拠外国法に手掛かりを求めることになるが、その手掛かりが部分的に欠けているとき、部分的にドイツ法が補充的に適用される、という構成である。換言すれば、公序違背により排除された準拠実質法を主として、部分的かつ補充的にドイツ法をもとに、新たな涉外実質法が形成されているのであり、これは、理由書に挙げられている、「事情によつてはそれ以上に当該事案に關する新しい実質規定を形成」する場合にあたる、と。

かかる理解に対しては、いくつかの疑問が提起されることであろう。第一に、かかる構成に対する、素朴な違和感である。従来、公序違背による準拠外国法の適用排除後の処理につき、涉外実質法の構成と、ドイツ法の補充的適用とは、二者択一の選択肢として考えられることが多かったところ、両者を組み合わせ、いわば折衷的な処理を觀念することが違和感をもたらすのは当然のこと、それは、とりもなおさず、法の適用の簡明性に反するのではないかという疑問でもある。その疑問から、第二の疑問が提起されることになる。すなわち、涉外実質法として準拠外国法を再構成する際、部分的にはあれ、公序違背によりその適用を排除された準拠外国法中に、しかるべき手掛かりを欠くとされるならば、もはや、事案の解決にふさわしい涉外実質法が構成できないものとして、端的にドイツ法を補充的に適用すべきではないかという疑問である⁽¹⁸⁾。

前者の疑問に対しては、確かに、かかる構成が、法の適用の簡明性に反するところはあると評価される面があることは、否定できないであろう。とはいえ、かかる構成は、準拠外国法の適用が公序違背により排除された場面において、法的安定性（涉外実質法として、トルコ法の枠組をもとに、これを修正的に適用し、恣意的な構成を排する）と具体的妥

当性（子の福祉の考慮ないし実現）をはかるために、やむを得ないものであると評価することもできる。このため、決定的な疑問になっているとはいえないであろう。また、後者の疑問についても、本件裁判例の構成を、そのように理解する可能性は、否定できないように思われる。そのみならず、かかる処理は、簡明な解決であり、法的安定性に資するという点で、合理的な理由もあると評価されるべきであろう。とはいえ、公序違反により排除された準拠実質法を主として、部分的かつ補充的にドイツ法をもとに、新たな涉外実質法を形成するという処理にも、右に触れたように、相応の根拠が認められるし、裁判例でしばしば言及される、準拠法への可及的に少ない介入の原則に、よりよく適合する。そうであるとすれば、これに対して、簡明でないし法的安定性の観点から、全面的なドイツ法の補充的適用を優先させるべき根拠もない以上、後者もまた、決定的な疑問とみることはできないのではなからうか。

三 結 語

1 本稿では、公序違反により排除される外国法の範囲いかんという問題関心から、ドイツ民法典施行法第六条を確認したうえで、若干の裁判例が概観された。

ドイツの裁判例を類型的に整理すると、位置づけの判然としないものもあるが、まず、準拠外国法上の、特定の規定（ないしは特定の規定の一部）のみを排除しつつ、準拠外国法のその他の部分を、そのまま適用する類型、これと同様に、準拠外国法上の、特定の規定が排除されるとするが、当該準拠法内の、その他の規定を用いて、準拠法の修正的適用を行う類型がある。これに対し、特定の規定ではなく、準拠外国法を（ある程度まとまった形で）排除し、ドイ

ツ法の適用により解決をする類型がある。

それらの分類が行われる基準等に着眼しつつ検討すると、民法典施行法第六条の文言に反するとともに、裁判例の表現上の傾向に反することとなるが、公序による排除対象は、準拠外国法上の特定の規定であるということではなく、常に準拠外国法全体であると考えるべきである。ここに準拠外国法とは、より厳密に言えば、即自的な援用される準拠外国法の適用、換言すれば、当該外国において解釈適用される通りの外国法の適用である。

ここで、準拠外国法の適用が排除された後において、準拠外国法が修正的に適用されるという表現は、規範構造的には、ドイツ法ないしドイツ公序により、準拠外国法の再構成という形で、涉外実質法が形成されている状況をい、準拠法への可及的に少ない介入の原則という建前もまた、その一見した表現から受ける印象である、公序違背により排除される準拠外国法の範囲を限定する趣旨ではなく、涉外実質法の構成にあたり、排除された（適用されない）準拠外国法の諸規定を、可及的に多く考慮することを求めるとい趣旨であり、また、最も密接な関係の原則により選択された準拠法の尊重よりも、裁判所による恣意的な規範創造の否定という意味における法的安定性への配慮を意味するものである。

さらに、裁判例においては、公序違背により準拠外国法の適用が排除される場合において、準拠外国法を修正的に適用すること、換言すれば、その適用を排除された準拠外国法上のふさわしい規定を手掛かりに、涉外実質法を構成することが排除後の処理として優先され、これができないときに、補充的にドイツ法によるとされる。その際、その適用を排除された準拠外国法上のふさわしい規定だけでなく、部分的にドイツ法を手掛かりに、涉外実質法を構成する可能性があることが示された。

2 本稿で概観された裁判例は、ごく限られたものにすぎない。このため、右のような検討結果は、安易に一般化され、是とされるべきではなく、公序違背による準拠外国法適用排除に関する理解の枠組の、一つの可能性にすぎない。より多くの裁判例の検討を積み重ねることだけでなく、近時の学説の丹念な検討も、排除対象のいかんと排除後の処理のいかんとを結びつけた検討も、この主題にかかわる、今後の課題である。また、ドイツ法の修正的適用の限界や、涉外実質法の構成にあたってのドイツ法の考慮の可能性等、本稿の中で残されている課題も少なくない。わが国における理解に、影響があり得るかどうかを含めて、引き続き検討を重ねたい。

- (1) 佐藤「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——」名城法学第六六卷一・二合併号五〇九頁以下。
- (2) 桑田三郎・山内惟介編著『ドイツ・オーストリア国際私立法資料』四一一頁。本書に収録されている翻訳の、連邦官報(BGG)等の原資料については、特に引用を省略する。
- (3) 同上・一四八頁。
- (4) 同上・二四三頁。
- (5) *Palandt/Thorn*, BGB, 2015 München, 74. Aufl., Art. 6 EGBGB Rz. 13.
- (6) OLG Hamm, FamRZ 1993, III = IPRax 1994, 49.
- (7) Niederlassungsabkommen zwischen dem Deutschen Reich und dem Kaiserreich Persien v. 17. 2. 1929 (RGBl. 1930 II S. 1006).
- (8) BGHZ 120, 29 = StAZ 1993, 5 = FamRZ 1993, 316 = IPRax 1993, 102 = NJW 1993, 848.
- (9) OLG Hamm, IPRax 1995, 174.
- (10) OLG Zweibrücken, FamRZ 1997, 93.

公序違背により排除される準拠外国法の範囲について (佐藤)

- (11) OLG Disseldorf, FamRZ 1998, 1113.
 - (12) OLG Zweibrücken, NJW-RR 2001, 1372 = FamRZ 2002, 698.
 - (13) OLG Zweibrücken, NJW-RR 2002, 581.
 - (14) OLG Koblenz, FamRZ 2004, 1877.
 - (15) OLG Disseldorf, FamRZ 2009, 1013 = NJW-RR 2009, 73 = IPRax 2009, 520.
 - (16) OLG Hamm, NJW-RR 2010, 1090.
 - (17) v. Bar, Internationales Privatrecht, 1987 München, Bd. I, Rz. 640 f.
 - (18) この他に、さらに遡っていえば、公序との関係で、子の福祉を考慮すべきことを求めることの当否も問題となるところである。いわば、積極的公序のような形で、養子縁組の成立にあたり、子の福祉を考慮すべきドイツ法の適用をする可能性も検討する余地がある。より一般的にいえば、とりわけ、民法典施行法第六条第二文により、公序違背が基本権と結びつけられる場合において、ドイツ法を、より積極的に適用する可能性が、考えられるかもしれない。
- とはいえ、こうした点は、本稿の課題を越えるものであり、今後の課題としたい。

〔附記〕 本稿は、国際私法学会第一三〇回大会二日目（二〇一七年六月四日）における報告を基礎とし、質疑における御意見・御質問を踏まえたものである。

（本学法学部教授）