

外国判決承認執行要件としての公序の判断枠組みと課題  
——平成19年代理母最決を契機に——

釜 谷 真 史

西南学院大学法学論集  
第51巻 第3・4号 抜刷  
2019年 3月 発行

# 外国判決承認執行要件としての公序の判断枠組みと課題

——平成19年代理母最決を契機に——

釜谷真史

- I. はじめに
- II. 代理母高決の判断枠組みとこれに関する学説
  - 1. 代理母高決の内容
  - 2. 学説
- III. 代理母最決の判断枠組みとこれに関する学説
  - 1. 代理母最決の内容
  - 2. 学説
- IV. 検討
  - 1. 2つの判断枠組みと個別具体的判断との関係
  - 2. 2つの判断枠組みの課題
- V. 結びに代えて

## I. はじめに

本稿は、外国判決承認要件である民事訴訟法（以下、民訴法とする）118条3号の公序要件の判断枠組みについて、代理母に関する最高裁平成19年3月23日決定（民集61巻2号619頁。以下、代理母最決ないし単に最決とする）をめぐる議論を題材として、判旨を分析し課題を明らかにしようとするものである。

- 1. 代理母最決の事案の概要は次の通りである。

日本人男性 X1 と日本人女性 X2 は 1994 年に婚姻したが、2000 年に X2

は疾病による子宮摘出のため懐胎・出産が望めなくなった。そこでX1X2夫婦は、X1の精子とX2の卵子を用いた生殖補助医療により子を得たいと考え、これが認められている米国ネバダ州に赴いた。2003年5月、同国同州在住の米国人女性Aに対してX1X2夫婦の受精卵の移植が行われ、同じ頃、X1・X2夫婦とAおよびその夫Bとの間で有償の代理出産契約が締結された。同年11月にAは双子Z1・Z2を出産し、直後からX1らはZ1らの監護を開始した。同年12月ネバダ州ワシヨー郡管轄ネバダ州第二司法地方裁判所家事部（以下、ネバダ州裁判所とする）は、①X1・X2らがZ1らの血のつながった、法律上の父母であると認められること、②Z1らが出生する病院及び出生証明書を作成する責任を有する関係機関に、X1らを子らの父母とする出生証明書を準備し発行すること等を内容とする命令（以下、本件ネバダ州裁判ないし単に外国裁判とする）を出した。2004年1月、X1・X2はZ1らを持って日本に帰国し、同月Y〔東京都品川区長〕に対し、X1X2を父母とするZ1らの出生届を提出した。しかしYは、X2による分娩の事実が認められないことを理由として、出生届を受理しなかった。そこでX1・X2は東京家裁に、本件出生届の受理を命じることを求める申立てをなしたものである。

2. この申し立てに対し原々審（東京家審平成17年11月30日民集61巻2号658頁）は、法例17条〔現法の適用に関する通則法（以下、通則法とする）28条〕によりX1・X2の本国法である日本法が準拠法となるとした上で、代理懐胎についても分娩者が母とされることに合理性があり、血縁主義が社会的に許容されていない状況では、法律上の母子関係については分娩者＝母とされるべきであるとして、Xらの訴えを却下した。

次いで、原審（東京高決平成18年9月29日民集61巻2号671頁。以下、代理母高決ないし単に高決とする）は、原々決定を取消し、Yに対し出生届の受理を命じた。本件ネバダ州裁判は民訴法118条所定の外国裁判所の確定判決に該当するとした上で、同条3号の公序良俗に反しないことを理由とするものであった。

これに対し最高裁は、原審と同じく民訴法118条要件を問題としたもの

の、本件ネバダ州裁判が同条3号の公序良俗に反するとして、原決定を破棄し、原々決定に対するX1らの抗告を棄却した。

3. 原々審は、本件ネバダ州裁判の効力に触れず、XらとZらとの親子関係を、法例〔現 通則法〕の定める準拠法により直接定める、いわゆる準拠法アプローチ<sup>1</sup>を採っていた。これとは対照的に、代理母高決と最決はいずれも、本件ネバダ州裁判の効力を、民訴法118条の定める外国判決承認制度を通じて考慮しようとする、いわゆる承認アプローチをとる点で共通する<sup>2</sup>。しかし、高決と最決では、民訴法118条3号にいう（実体的）公序要件の判断においては大きな相違がみられる。

すなわち、高決は、本件事案をめぐる個別具体的な事情を詳細に検討したうえで、本件ネバダ州裁判の承認の可否を判断する。これに対し最決は、これらの個別具体的な事情には踏み込まない。最決は、本件ネバダ州裁判の

1 非訟事件に関し、すでに外国において裁判が下されている場合に、これをどのように扱うかについては、通則法をはじめとした日本の国際私法ルールにより定まる準拠法により判断するとする準拠法アプローチ（国際私法的アプローチ）と、民訴法118条の外国判決承認要件を満たせばその効力を日本でも認めるとする承認アプローチ（国際民訴法的アプローチ）とがある（両アプローチについてはたとえば、海老沢美広「非訟事件裁判の承認」澤木敬郎・塚場準一編『国際私法の争点〔新版〕』（有斐閣、1996年）246頁、河野俊行『国際私法判例百選〔新法対応補正版〕』（有斐閣、2007年）203頁等参照）。

準拠法アプローチをとった場合、本件ではX1・X2が日本人であるため、少なくとも本件のような裁判では通則法28条により日本法が準拠法とされるというのが一般の見解であり（佐藤やよひ「外国で『代理母』を利用して出生した子をめぐる母子関係の決定について」学術の動向2005年5月号43頁。その他、本件Aのような分娩母を準拠法決定の「母」として固定する基準とする見解等、学説の状況については、早川吉尚「国境を超える生殖補助医療——国際私法の観点から」ジュリスト1243号（2003年）34頁および中西康「国際親子法の展望」民商法雑誌135巻6号（2007年）966頁以下参照）、この場合米国出生前命令は考慮されないことになる。

異なるアプローチを採ることになった背景として、東京高決では抗告審で民訴法118条適用の主張があったのに対し、高決事例では主張がなかった点が指摘されている（熊谷久世・鎌田晋「外国における代理出産とわが国の公序」沖縄法学38号（2009年）53頁）。

2 なお、本件ネバダ州裁判を承認アプローチにより処理するためには、理論的には、非訟裁判に民訴法118条が直接適用されるかという問題もクリアされる必要がある。この点については、岡田幸宏「本件判解（最決）」速報判例解説（法学セミナー増刊）2号（2008年）151頁、中野俊一郎「本件判解（最決）」ジュリスト1354号（2008年）333頁、村上正子「外国非訟裁判の承認執行制度再論——子の監護・扶養に関する裁判を中心に」民事訴訟雑誌51号（2005年）183頁以下参照。

命じる、「卵子を提供したが出産していない女性＝母」との結論のみに着目し、それが「我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないもの」かどうか、もっぱら日本現行民法における実親子関係、とりわけ母子関係の解釈に注力し、結論を下す。このように、代理母高決と最決においては、民訴法 118 条 3 号の公序判断の際、本件ネバダ州裁判に関する個別具体的事情をどのように考慮するかについて、その姿勢には明らかな差異がみられるのである。

そこで本稿では、代理母高決と最決においてみられる、民訴法 118 条 3 号の公序判断の差異に着目し、これらの決定の理由づけを分析するとともに、決定に対して学説上投げかけられた批判を整理することにした。この作業を通じて、外国判決承認要件としての公序の判断枠組みの現状と課題を明らかにしたい。

## Ⅱ. 代理母高決の判断枠組みとこれに関する学説

### 1. 代理母高決の内容

原々審では、XらとZらとの親子関係を、法例 17 条 1 項により Xらの本国法である日本法を準拠法として定めたいえで日本法により判断するという、いわゆる準拠法アプローチが用いられていた。それゆえ原々審においては、本件ネバダ州裁判は法的判断の対象とされていなかった。これは、同じく外国において代理出産により出生した子と日本人親の親子関係が問題となった大阪高決平成 17 年 5 月 20 日(判時 1919 号 107 頁)と同様である。ところが、X1 らは抗告理由において、本件ネバダ州裁判が民訴法 118 条の「適用ないし類推適用」によりわが国で効力を有する旨、補足的主張を追加したこともあり、高決ではこの点に判断が及ぶことになった。

以下、民訴法 118 条 3 号要件に関する代理母高決の判示のうち、実体的公序に関する部分を引用する。

- (1) 「公序良俗に反しないとは、その判決の承認によりわが国での効力を認め、法秩序に組み込むことでわが国の公序良俗（いわゆる国際私法上の公序であ

## 外国判決承認執行要件としての公序の判断枠組みと課題

り、涉外性を考慮してもなお譲ることのできない内国の基本的価値、秩序を意味する。)に混乱をもたらすことがないことを意味すると解されている。]

(2)「このような公序良俗を検討する前提として、まず、本件裁判が民事訴訟法 118 条所定の外国裁判所の確定判決に該当しないとした場合における法律解釈等を検討する。」

「……本件は涉外的要素があるので、準拠法が問題となるところ、本件については X1 ら等との間の嫡出性が問題となることから、法例 17 条 1 項が指定する法律が準拠法となる。そこで、X1 らが本件 Z1 らの父母であるかどうかは、X1 らの本国法である日本の法律が準拠法となる。」

「母子関係の成立に関するわが国民法の解釈論については、当裁判所も原審と同様の考え方をとるものであり……、これを引用する。そうすると、民法の解釈上、X1 らを Z1 らの法律上の親とすることができない。」他方、AB 夫妻と Z1 らとの親子関係について準拠法となる「AB 夫妻の本国法であるネバダ州……法上、代理出産契約は有効とされ、これによれば、本件子らが AB 夫妻の子であることが否定される。

このように本件子らには、法律上の親が存在しないこととなる。これを避けるためには、法例 33 条に基づきネバダ州修正法の適用を排除し、日本の民法に従い AB 夫妻の子であるとするのが考えられるが、当然のことながら AB 夫妻の居住するネバダ州では X1 らが Z1 らの法律上の親とされており、Z1 らは、このような各国の法制度の狭間に立たされて、法律上の親のない状態を甘受しなければならないこととなる。」

(3) これを踏まえ「本件裁判の承認の要件としての公序良俗を判断するについてはあくまで、本件事案について、以下のとおり個別的就体的内容に即した検討をしたうえで、本件裁判の効力を承認することが実質的に公序良俗に反するかどうかを判断すべきである。」

このように高決は、まず (1) で民訴法 118 条 3 号の公序とは「国際私法上の公序」であり、「涉外性を考慮してもなお譲ることのできない内国の基本的価値、秩序」であるとする。次いで (2) で、仮に本件ネバダ州裁

判が承認されなかった場合に本件がどのように処理されることになるのかを論じ、Z1 らが、X1 らとの間ともまた AB との間とも親子関係が認められないことになり、「法律上親のない状態を甘受」せねばならない不都合な事態となる、と指摘する。これらを前提とし、(3) で改めて、公序要件判断基準に立ち戻り、「個別のかつ具体的内容に即した検討をしたうえで、本件裁判の効力を承認することが実質的に公序良俗に反するかどうか」を問題とすべき、と論じる。

このように高決は、本件ネバダ州裁判が代理母契約を有効とする外国法に基づき X1 らと Z1 らとの実親子関係を認めているということを出発点として、続く部分では、(3) の基準に則り、以下のように個別具体的な検討を行う。以下、要約して引用する。

(ア) 現行法制度は自然懐胎のみの時代に制定されており、一定条件下で人工授精による懐胎が現行法制度下でも容認されていることからすると、代理出産契約があるからといってその契約に基づき親子関係を確定することはないとしても、外国でなされた他の人為的な操作による懐胎又は出生について、外国の裁判所がした親子関係確定の裁判については、厳格な要件を踏まえた上であれば十分受け容れる余地はある。

(イ) Z1 らは、X2 の卵子と X1 の精子により、出生しており、X1 らと Z1 らは血縁関係を有する。

(ウ) 本件代理出産契約に至ったのは、X2 の疾病により自ら懐胎により子を得ることが不可能となったため、X1 らの遺伝子を受け継ぐ子を得るためには、他に方法がなかった。

(エ) A はボランティア精神で代理出産を申し出ており、動機・目的において不当な要素はないし、X1 らが A に支払う手数料は A の働きや経費に関する最低限の支払いで、子の対価ではない。契約内容も A の尊厳を侵害する要素を見出せない。

(オ) A らは親となることを望んでおらず、ネバダ州裁判により X1 らが血縁上、法律上の親とされているため、Z1 らは法律的に受け容れるところがない状態が

## 外国判決承認執行要件としての公序の判断枠組みと課題

続く。X1らはZ1らを出生直後から養育しており、今後も実施として養育することを強く望んでいる。Zらの福祉にとっては、わが国においてX1らを法的な親と認めることを優先すべき状況となっており、抗告人らに養育されることがもっともその福祉に適う。

このように、高裁は（ア）現行法の制定時期やその後の生殖補助医療の発展を考慮すると、かかる外国裁判所による親子関係確定を「受け容れる余地」があることを冒頭で述べる。次いでX1とZらとの血縁関係を認定し（イ）、代理出産契約に至った経緯（ウ）や同契約の内容（エ）、Z1の現在の監護状況（オ）を具体的事情に立ち入って検討し、本件ネバダ州裁判がやむを得ない事情の下でなされた判決であり、これを承認することが望ましい状況であることを示す。個別具体的検討はさらに続く。

（カ）厚生科学審議会生殖補助医療部会が、代理懐胎を一般的に禁止する理由として挙げている子らの福祉の優先、人を専ら生殖の手段として扱うことの禁止、安全性、優生思想の排除、商業主義の排除、人間の尊厳の六原則はいずれも、本件では当てはまらない。現在、わが国では代理母契約について、明らかにこれを禁止する規定はなく、代理懐胎を否定するだけの社会通念が確立されているとまではいえない。

（キ）法制審議会において、外国で代理懐胎の依頼者夫婦が実親となる決定がされた場合、代理懐胎契約はわが国の公序良俗に反するため、その決定の効力はわが国では認められないとされたが、この議論における公序良俗とは、法例33条又は民訴法118条3号の公序良俗を指す。本件裁判は、本件代理出産契約のみに依拠して親子関係を確定したのではなく、Z1らがX1らと血縁上の親子関係にあり、AB夫妻もZ1らをX1らの子と確定することを望んでいて関係者の間に争いが無いことも参酌して、Z1らをX1らの子と確定したのであり、前記議論があるからといって、本件裁判が公序良俗に反するものではない。

（ク）生命倫理に関する問題につき、わが国民法の解釈ではX1らがZ1らの法律上の親とされないにもかかわらず、外国の裁判に基づきX1らをZ1らの法

律上の親とすることに違和感があることは否定できない。しかし、身分関係に関する外国裁判の承認については、かつては法例が指定する準拠法上の要件も満たすべきであるとの議論がなされたが、現在は民事訴訟法 118 条に定める要件が満たされれば、これを承認するものとされている。よって外国裁判の承認の構造上、法例 17 条が指定する日本の民法を適用する余地はなく、上記違和感があるからといって、本件裁判が公序良俗に反するということができない。

このように、(カ) 日本において代理母契約を「明らかに」「禁止する規定」がなく、「代理懐胎を否定するだけの社会通念」は「確立」されていないこと、これと並んで、(キ) 法制審議会での、外国における代理母依頼者を親とする外国判決が承認されないとの議論があるからといって、これらの者の間に血縁関係があるような本件ネバダ州裁判は「公序良俗に反しない」こと、(ク) 日本民法上 X1 と Z1 らとの親子関係が認められないと本国法判決の結論とが相違することの「違和感」があっても、「外国裁判の承認の構造上、法例 17 条が指定する日本の民法を適用する余地はない」ため、本件ネバダ州裁判は「公序良俗に反するということができない」とする。

以上をまとめると、高決枠組みとは、本件ネバダ州裁判の判断内容を出発点として「個別のかつ具体的内容に即した検討をしたうえで、本件裁判の効力を承認することが実質的に公序良俗に反するかどうか」、すなわち「涉外性を考慮してもなお譲ることのできない内国の基本的価値、秩序」に反するかを判断するという枠組みである。

## 2. 学説

それまで、代理出産により出生した子と親との法的親子関係の判断については原々審のような準拠法アプローチを採るべき、とする見解も主張されてはいたが、一部にとどまり<sup>3</sup>、代理母高決がこれによらず承認アプ

3 代理母から出生した子と親との親子関係確認の裁判は、いわば出生前養子縁組と同視しうることを理由に、外国養子縁組裁判に関する戸籍実務の取り扱いと同様に、準拠法アプローチを採るべきとする（佐藤やよひ「判解」『国際私法判例百選』新法対

チによったことを評価するものが多数であった<sup>4</sup>。

さらに、民訴法118条3号の公序要件の判断に関し、個別具体的な事案の考慮を行った点については、これを肯定的に捉える見解が多くみられた<sup>5</sup>。とくに、本件事案においては高決も認定している通り、本件ネバダ州裁判の内容について当事者間に争いが無いこと——X1らとZ1らとの間には血縁関係があること、X1らがZ1らを出生直後から養育し今後も実施として育てることを強く望んでおり、A夫妻も了解済みであること——から、その結論についても妥当であると評するものもあった<sup>6</sup>。

(1) しかし、公序要件の審査には個別具体的な事案の考慮が必要であることは認めつつも、それは公序判断が個別具体的事実を前提とすべきというにすぎず、公序要件判断の内容自体は「抽象的・一般性のある命題」で

応補正版』(有斐閣、2007年)123頁)。

この見解に対しては、この見解が争訟性の少なさを理由とする点について、争訟性の多少は承認アプローチの内部においてもその要件設定により考慮可能であるから、決定的な理由とならないとの批判や(岡野祐子「本件判解(高決)」ジュリスト1332号(2007年)306頁)、ドイツで採用されていた承認アプローチにおける準拠法要件についても、現在ドイツでも当該要件は撤廃されており(矢澤昇治「私の親は、誰ですか(1):代理出産に基づき実親子関係の成立を認めた外国判決の承認を否定した最高裁平成19年3月23日決定を契機として」専修法学論集111号(2011年)123頁)、各国ごとに国際私法ルールが異なる現状で外国判決に内国国際私法ルールの遵守を求めるのは不適切であるし(早川眞一郎「本件判評(高決)」判例タイムズ1225号(2007年)判タ68頁)、内国国際私法ルールが定める準拠法を適用してもそれがかならずしも望ましい結論になるわけではない(矢澤・同上、岡野・同上、大村芳昭「判評」ジュリスト1335号(2007年)136頁)といった批判がある。

4 岡野・前掲注(3)306頁、林貴美「本件判評(最決)」判例タイムズ1256号(2008年)41頁、横溝大「本件判評(最決)」戸籍時報663号(2010年)17頁、矢澤・前掲注(3)123頁等。

5 岡野・前掲注(3)306頁、矢澤・前掲注(3)・159頁、長田真里「代理母に関する外国判決の効力～民訴118条の適用に関して」法律時報79巻11号(2007年)48頁。

この点、前二者は公序違反としないとの結論についても妥当であるとする。たとえば、岡野・同上は、X1らがZ1らと血縁関係を有し、養育し、実子として育てることを望んでいること、またABとの間に親子関係に関する争いが無い点から、妥当であるとする。これに対し、長田・同49頁は、代理母高決のとり個別具体的審査が望ましいとしつつ、代理母高決の挙げる7要素は、内国関連性の強さ、法律回避的な意味合いが強かったことを考えると、結果の異常性を緩和しないと公序違反の結論を導く。

6 岡野・前掲注(3)306頁、矢澤・前掲注(3)162頁。

あるとする批判があがった。以下、引用する。

「たしかに、……外国判決の効力を日本において認めることの具体的な結果（民事訴訟法 118 条 3 号の場合）が日本の公序に反するか否かが審査される。その意味では、問題となった各事案の個別的・具体的内容に即した検討が行われるべきであることはたしかである。……このような意味で、公序要件についての判断が当該事案の個別的・具体的内容を前提とすべきことは当然のことである……<sup>7</sup>。」

「〔しかし〕そもそも、ある具体的な外国判決の効力を日本で承認することが公序に反するか否かを判断するためには、そこで問題となる公序の内容が何かを明らかにする必要がある。そして、公序の核心は、平成 9 年最高裁判決もいのように、「我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念」なのであるから、公序の内容はおのずから抽象的・一般性のある命題にならざるを得ない。そうだとすると、……その外国判決の個別的・具体的な結果のみを比較の対象にしただけでは十分な検討はできず、その外国判決の基礎にある原則や理念のレベルにまでさかのぼったうえで、その外国判決の内容・特質をとらえ、それを日本の原則や理念と見比べて判断する必要がある。……。

〔平成 9 年最判は〕問題となっている外国判決の基礎にある法や制度の原則・理念にさかのぼってその外国判決の特質を見定めて、それが日本の原則・理念に抵触するか否かを判断するプロセスを示している。そこでは、その外国判決の具体的事案を前提としつつも、一般的・抽象的なレベルでの検討を経て、公序違反か否かが判断されているのである<sup>8</sup>。」

この見解は、民訴法 118 条 3 号の要件が個別具体的に行われること自体を否定するわけではない。日本の公序に反するかどうかの審査対象は、外国判決の効力を日本において認めることの具体的な結果であるから、問題となった各事案の個別的・具体的内容に即した検討が行われるべきこと自

---

7 早川（眞）・前掲注（3）判タ 69 頁。

8 以上、早川（眞）・前掲注（3）判タ 70 頁。

体は認める<sup>9</sup>。しかし、「公序の核心」である公序の内容自体は、最高裁平成9年7月11日判決（民集51巻6号2573頁、いわゆる萬世工業事件最高裁判決）のいう「わが国の法秩序の基本原則ないし基本理念」という、抽象的一般的命題であるとするのである。

さらに、代理母高決のように、民訴法118条3号の審査において個別具体的状況にのみ注目することの弊害も指摘されている。

「公序要件の判断に際しては、当該外国判決の内容そのものを一般的・抽象的に評価するのではなく、その外国判決を承認することが具体的に日本の公序を害するか否かを見る必要がある。その意味で、当該事案の個別的・具体的内容を十分考慮すべきことはいうまでもない。しかし、だからといって、当該事案の関係者すべてにとって望ましい解決であれば公序に反しないというわけでは、もちろんない。とくに、争訟性のない（または弱い）裁判や、当事者の合意内容を確認する実質を持つ裁判については、事案関係者がそろってその外国判決の承認を歓迎することも多いであろうから、事案関係者の利害状況だけに目を奪われていたのでは、そもそも公序としてどのような点を問題にすべきかすら明らかにならないまま、公序要件の実質的チェックがなされずに終わってしまう恐れがある<sup>10</sup>。」

公序の内容によっては、当事者が仮に全員、問題となる外国判決の承認を望んでいるような場合であっても、公序違反とされるべきこともありうる。にもかかわらず、高決のように個別具体的状況のみが公序の判断対象

---

9 早川（眞）・前掲注（3）判タ62頁。同評釈は続けて、平成9年最判が、懲罰的損害賠償制度それ自体を一般的定型的に判断しており「外国判決の内国牽連性が問われないことになってしまうとの批判」があることにふれ、これに対しては、「たしかに、公序判断に際しては具体的事案を前提として外国判決の内国牽連性の程度をチェックすべきであるが、しかし、その前段階として、その外国判決を日本で承認することがそもそも日本の公序に反する可能性があるか否かを判断する際には、この最高裁判決の示したような原則・理念のレベルでの検討が必要であろう」として、内国関連性のチェックに関しては具体的事案を前提にしてなされるべきであるが、それと「わが国の法秩序の基本原則ないし基本理念」の設定とは区別されると反論する。

10 早川（眞）・前掲注（3）判タ74頁。

とする前提にたつと、かかる場合でも承認という結論が導かれることになり、結果的に公序要件が機能しなくなるというのである。

(2) 高決を批判する上記見解がいうところの、わが国の「法秩序の基本原則ないし基本理念」という枠組みは、抗告許可申立理由書<sup>11</sup>において重視されることとなる。

すなわち、同理由書は、まず[1]民訴法118条3号は外国判決の効力を認めた結果が、「外国判決に対しても維持されるべき、わが国法秩序の基本原則ないしそれを支えている基本理念」に反し、わが国の法秩序を害する場合にその承認を拒否するものであり、このような基本理念が公序の内容であるとする。そして、[2]わが国民法の分娩者=母とする原則は、生殖補助医療が発展した現在においてもなお、「外国判決に対しても維持されるべき、わが法秩序の基本原則ないしそれを支えている基本理念」=公序であるところ、[3]本件ネバダ州裁判は代理出産により出生したZらと代理出産を依頼したX2との法律上の母子関係を確定する内容であり、その効力を認めると、Z1らを懐胎・出産していないX2を法律上の母とすることになり、わが国の公序に反する、よって民訴法118条3号の要件を具備しないという。

抗告許可申立理由書の論理をまとめると次のようになる。

- [1] 「公序=わが国法秩序の基本原則ないし基本理念」との解釈枠組み提示
- [2] 本件で問題となる「公序=法秩序の基本原則ないし基本理念」内容の確定：日本民法の「分娩者=母」ルール
- [3] 本件ネバダ州裁判の内容が[2]に反することの確定

この論理のもとでは、[3]の認定は、あくまでも[2]の内容に対応するものであればよいということになる。実際、同理由書も「本件裁判は、代理出産により出生した本件子らと代理出産を依頼した相手方X2との法律

---

11 民集61巻2号637頁以下、とくに639-640頁。

上の母子関係を確定する内容のものであるから、その効力を認めると、本件子らを懐胎・出産していない相手方 X2 を法律上の母とすることになり、我が国の公序に反する」とのみ判示し、本件ネバダ州裁判をめぐる個別具体的事情には立ち入らずに公序判断を行っている<sup>12</sup>。

このような過程を経て下されたのが、代理母最決である。

### Ⅲ. 代理母最決の判断枠組みとこれに関する学説

#### 1. 代理母最決の内容

最決は、原決定の民訴法 118 条 3 号に関する判示部分につき次のように判示し、原決定を破棄、原々決定に対する X らの抗告を棄却した。

(ア)「外国裁判所の判決が我が国の採用していない制度に基づく内容を含むからといって、その一事をもって直ちに上記の要件を満たさないということではできないが、それが我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものと認められる場合には、その外国判決は、同法条にいう公の秩序に反するというべきである(最高裁平成 5 年(オ)第 1762 号同 9 年 7 月 11 日第二小法廷判決・民集 51 卷 6 号 2573 頁参照)。」

(イ)「実親子関係は、身分関係の中でも最も基本的なものであり、様々な生活上の関係における基礎となるものであって、単に私人間の問題にとどまらず、公益に深くかかわる事柄であり、子の福祉にも重大な影響を及ぼすものであるから、どのような者の間に実親子関係の成立を認めるかは、その国における身分法秩序の根幹をなす基本原則ないし基本理念にかかわるものであり、実親子関係を定める基準は一義的に明確なものでなければならず、かつ、実親子関係の存否はその基準によって一律に決せられるべきものである。したがって、我が国の身分法秩序を定めた民法は、同法に定める場合に限って実親子関係を認め、それ以外の場合は実親子関係の成立を認めない趣旨であると解すべ

---

12 なお、抗告理由書においては、本文に紹介した部分の後に、「本件子らの福祉を最重視しても」、X1とZらの父子関係を肯定することが可能であること、特別養子縁組によりX2とZらとの母子関係も形成しうることを理由に、本件ネバダ州裁判の効力は認められないことも付言されている(同上641頁)。

きである。以上からすれば、民法が実親子関係を認めていない者の間にその成立を認める内容の外国裁判所の裁判は、我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものであり、民訴法 118 条 3 号にいう公の秩序に反するといわなければならない。」

…前記のとおり実親子関係が公益及び子の福祉に深くかかわるものであり、一義的に明確な基準によって一律に決せられるべきであることにかんがみると、現行民法の解釈としては、出生した子を懐胎し出産した女性をその子の母と解さざるを得ず、その子を懐胎、出産していない女性との間には、その女性が卵子を提供した場合であっても、母子関係の成立を認めることはできない。

(ウ) 以上によれば、本件ネバダ州裁判は、我が国における身分法秩序を定めた民法が実親子関係の成立を認めていない者の間にその成立を認める内容のものであって、現在の我が国の身分法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものといわざるを得ず、民訴法 118 条 3 号にいう公の秩序に反することになるので、我が国においてその効力を有しないものといわなければならない。」

代理母最決は、高決を批判する見解でも援用されていた、平成9年萬世工業事件最判の枠組みを援用するものであり、大枠においてみると、上で紹介した抗告許可申立理由書とほぼ同じような論理構成、すなわち、

- [1] 「公序＝我が国法秩序の基本原則ないし基本理念」との解釈枠組み提示
- [2] 本件で問題となる「公序＝法秩序の基本原則ないし基本理念」内容の確定
- [3] 本件ネバダ州裁判の内容が [2] に反することの確定

との構成をとっている。最決の(ア)が抗告許可申立理由書の [1] に、最決の(イ)が同理由書の [2] に、そして最決の(ウ)が同理由書の [3]

にほぼ対応している。

もっとも、同理由書の〔2〕に相当する部分である（イ）の、「公序＝我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念」の内容については、両者の認定には違いがみられる。

抗告許可申立理由書においては、分娩者＝母とするルールは生殖補助医療が発展した現在においても公序内容を構成する、とするのであり、「公序＝我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念」＝「分娩者＝母」とされていた。

ところが最決では、「公序＝我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念」＝「我が国の身分法秩序を定めた民法は、同法に定める場合に限って実親子関係を認め、それ以外の場合は実親子関係の成立を認めない」ことであるとされ、その理由として、「実親子関係を定める基準は一義的に明確」でなければならず、かつ、「実親子関係の存否はその基準によって一義的に」決せられなければならないことが挙げられる。そのため、最決判旨においては、「分娩者＝母」ルールは、その「同法の定める場合」の中身を示すものとして機能するにすぎず「公序＝我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念」そのものではなくなっているのである<sup>13</sup>。

最決の〔3〕のあてはめにおいても、抗告許可申立理由書同様、本件ネバダ州裁判の承認が〔2〕に反する結果となるか、すなわち「本件ネバダ州裁判は、我が国における身分法秩序を定めた民法が実親子関係の成立を認めていない者の間にその成立を認める内容」であることのみが問題とされることになり、それ以上の個別具体的事情の審査はなされないものとなった<sup>14</sup>。

13 この点、林・前掲注(4)42頁は、代理母最決は、分娩者＝母を日本の法秩序の基本原則ないし基本理念とみて分娩していない女性を母とすることを異質だとしたのではなく、公益及び子の福祉に関わる実親子関係の成否は一義的明確な基準で一律に決せられるべきであり、具体的事情で個別に決せられるべきでないとの理解の下、代理出産の当否につき議論が成熟していない現時点で、代理母を肯定する判断をなすことを問題としたのではないかとしている。

14 北村賢哲「判評」千葉大学法学論集23巻2号(2008年)180頁は、「〔最決の〕基準であれば、外国判決の主文のみ判断すれば公序違反か否か判断できる」こととなるため、「この準則は……実質的再審査禁止との抵触を完全に回避することにも役

## 2. 学説

本件ネバダ州裁判が民訴法 118 条 3 号にいう公序に反し承認されない、との代理母最決の結論自体に反対する意見は一部にとどまり<sup>15</sup>、これを支持するものが多くみられた<sup>16</sup>。しかしながら、その理由付けに対しては強い批判が向けられており、その多くは、最決では本件ネバダ州裁判をめぐる具体的事実への言及がないことへの批判である<sup>17</sup>。

(1) 第一に、民訴法 118 条 3 号の公序要件の判断基準として、解釈上、①外国判決を承認・執行した場合に内国でもたらされる結果の異常性・重大性、②事案と内国との牽連性の強さ（以下、内国関連性とする）が総合的に考慮される<sup>18</sup>ことを前提に、その検討の際に個別具体的事情の考慮が必要となるとするものが挙げられる。

たとえば、最決は本件ネバダ州裁判が単に民法が認めていない者の間に実親子関係を認めることを認定するのみであり、X2 らと Z1 らとの間に実親子関係の成立を認めることがいかに異常で重大なことなのかを説示して

---

立つ」として、最決が「公序＝我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念」＝「日本民法が定める実親子関係以外を認めない」こととした趣旨は、民事執行法（以下、民執法とする）24条2項に定める実質的再審査禁止原則との抵触回避にあったと論じる。

15 矢澤・前掲注 (3) 155頁以下。

16 早川眞一郎「本件判解（最決）」水野紀子ほか編『家族法判例百選 [第7版]』（有斐閣，2008年）64頁，中野俊一郎「本件判解（最決）」『平成19年重要判例解説』（有斐閣，2008年）334頁，長田・前掲注 (5) 49頁は、倫理的観点から、内国で代理出産に厳しい規制をかけようとする場合には、外国での潜脱を正面から認めるような法解釈は取れず、この点からは最決の結論が妥当とする。長田49頁も結論的には公序違反に当たるとしつつ、公序審査のあり方としては個別具体的審査が望ましいとする。

17 このほか、本件における「公序＝我が国の身分法秩序の基本原則ないし基本理念」の内容が説得的でなかった点も、学説からは批判の対象とされる。この点につき、注 (28) 参照。

18 佐藤文彦「いわゆる代理母に関する最高裁決定について——公序に関する判示の問題点」戸籍時報614号（2007年）53頁，長田・前掲注 (5) 48頁。なお、これらにおいては、本間靖規ほか『国際民事手続法』（有斐閣，2005年）192頁〔中野俊一郎〕や、早川吉尚「実体的公序」高桑昭＝道垣内正人編『新・裁判実務大系 (3) 国際民事訴訟法（財産法関係）』（青林書院，2002年）359頁が参照されている。

いないために、判旨は説得力を欠くという指摘<sup>19</sup>がある。この指摘は主として、上記公序要件のうち、①の結果の異常性・重大性を示すためのものとして、事案の個別具体的検討を要求するものである。

また次のような指摘もある。すなわち、上記公序要件①②を相関的に捉えるために、制度の一般論的な比較だけでなく、その事案に特有の要素を踏まえた審査、とくに国際家族法の分野においては、「子の福祉」や「子の最善の利益」を十分にくみ取った審査をなす必要がある。そして、民訴法118条3号の公序は民法90条とは異なるのであるから、代理出産契約が民法90条違反であったとしても直接民訴法118条3号違反とはせずに、かかる審査を通じて慎重に公序審査を行うべきであるとの指摘である<sup>20</sup>。この指摘は、上記公序要件の①の結果の異常性・重大性を緩和するファクターとして<sup>21</sup>、また②の内国関連性を測る要素として、個別具体的事情の考慮を求めているものと考えられる。かかる見解からは、むしろ高決の決定のような、個別具体的審査が望ましいと評価されている<sup>22</sup>。

(2) 一方、代理母最決の射程範囲を限定するために、事案の個別具体的事情の考慮を求めるものもある。

前述の通り、最決は、「公序＝我が国法秩序の基本原則ないし基本理念」であるとの枠組みを前提とし、その公序の内容を、実親子関係の成立はわが国の民法の定める場合に限る、と判示する。これをそのまま文字通り理解し、またさらに民訴法118条3号の公序が通則法42条にいう公序と同じ内容であるということ前提とすると、通則法28条や29条の規定の意義が失われるとされる。というのも、通則法28条や29条は父母（さらに29条では子）の本国法を準拠法とし、外国法が準拠法となりうる可能性を当

19 佐藤（文）・前掲注（18）53頁。なお同所を引用するものとして林・前掲注（4）42頁。

20 長田・前掲注（5）48頁。

21 長田・前掲注（5）49頁は、現在の日本社会においては、医療面、立法の指針いずれも、代理出産という行為を禁止する方向に進みつつあるものであり、その流れの中でこの事案が公序違反でないというためには少なくとも内国関連性がかなりの程度低くなければならないと指摘する。

22 長田・前掲注（5）49頁、矢澤・前掲注（3）158頁。

然の前提とし、さらに28条では父母の本国法を選択的に連結することで、実親子関係の成立をより容易に認めようとしている。にもかかわらず、準拠外国法の適用により、日本民法とは異なる実親子関係の成立を一律に公序違反とすることは不当だからである<sup>23</sup>。

とりわけ判例にはすでに、日本民法にはない韓国法上の「継母子関係」という日本民法にはない嫡出親子関係を認めているものがあり（最決平成12年1月27日民集54巻1号1頁）、日本民法が定める実親子関係以外の成立を認めないとする代理母最決の公序内容は、かかる判例と矛盾するとも指摘される<sup>24</sup>。

そこで学説の中には、このような問題をクリアすべく、代理母最決は本件事案のような場合を——暗黙のうちであれ——想定して下されたものであるとして<sup>25</sup>、本件の個別具体的事情を考慮しその射程範囲を狭めて理解するものがみられる。

たとえば、代理母最決は、代理懐胎による母子関係の成立という個別的法律問題に限定し、その成立を認めるか否かがわが国の身分法秩序の根幹をなす基本理念ないし基本原則にかかわるかを問題にすべきだったとして、この射程範囲を、代理懐胎制度に基づく外国判決の承認に事項的に限定する可能性を示唆するもの<sup>26</sup>、代理母最決の事案が、親とされる者である X1 ら

23 佐藤（文）・前掲注（18）53-54頁、早川眞一郎「本件判解（最決）」法律のひろば2008年3月号63頁、同・前掲注（16）家族法百選65頁、林・前掲注（4）判タ42頁、横溝・前掲注（4）21頁。佐藤（文）・同上はタイ法上離婚後310日目まで嫡出推定が認められる点、早川（眞）・同上はフランス法上、身分占有を理由とする実親子関係成立が認められる点を引き合いに出し、最決の論理によると、このような日本法と異なる内容を有する外国法に基づく親子関係が一律公序違反となってしまうことを指摘する。

24 佐藤（文）・前掲注（18）54頁、横溝・前掲注（4）21頁。

25 早川（眞）・前掲注（23）ひろば63頁以下、横溝・前掲注（4）21頁。

26 横溝・前掲注（4）23頁、林・前掲注（4）判タ42頁、竹下啓介「本件判解（最決）」道垣内正人＝櫻田嘉章編『国際私法判例百選 [第2版]』（2012年）141頁。

なお、横溝・前掲注（4）23頁は、代理母最決が実親子関係一般を対象とした背景には、代理母懐胎の是非について議論のある現状で中立的態度を示したいという配慮があったのではないかと推論する（なお、北村・前掲注（14）183頁は、最決は代理出産について中立的であり、実体法的価値を薄めて判断した点に意味があるとする）。

この点、平成9年萬世工業事件最判についても、類似の理由で判決の立場を支持す

が日本に居住する日本人夫婦であり、Z1ら を日本に連れ帰り日本で養育していることから事案と日本との関連性の強さに着目し、適用範囲を限定しようとする可能性が示されている<sup>27</sup>。かかる見解からは、代理母最決と同様の内容、すなわち代理懐胎による母子関係の成立を認める内容の外国判決でも、内国牽連性の少ない事例では承認の余地があることになろう<sup>28</sup>。

また、具体的事情として、本件で親子関係が問題となる X1 および X2 が日本人であることと関連し、本件で問題となる Xら と Zら との親子関係については、日本で準拠法アプローチを通じ審理される場合には、通則法 28 条により X1 らの本国法たる日本法が準拠法とされる点も挙げられている<sup>29</sup>。代理懐胎契約および代理出産といった日本では実現が困難な行為を外国において実行し、依頼者と子との間の実親子関係の成立という効果を日本に及ぼそうとすることが一種の脱法行為であるとし、いわゆる法律回避が類型的に公序違反に該当するとの立場にたつことで、最決の適用範囲を限定

---

る議論があった。すなわち、平成9年最判が下された当時は、懲罰的賠償制度について実体法上、議論が急速に進展していた時期であり、「懲罰的損害賠償について好意的な学説やその採用を提案する立法試案さえ登場している現状で、懲罰的損害賠償そのものがわが国の『公序』に反するというのは困難だろう」（小林秀之「懲罰的損害賠償と外国判決の承認・執行（下）——萬世工業事件（東京地判平3・2・18）の検討」NBL477号（1991年）24頁）との分析がなされていた。

27 横溝・前掲注（4）23頁（「親子関係が問題となる者が日本に居住する日本人夫婦」。同旨、竹下・前掲注（16）141頁）、早川（眞）・前掲注（23）ひろば64頁（「代理出産の依頼者が日本在住の日本人夫婦であることや生まれた子を日本に連れ帰ってきたこと」）、佐藤（文）・前掲注（18）54頁（X1らが「ともに日本に常居所を有する日本人であるだけでなく、本件子らを日本で養育していること」）。もっとも、佐藤（文）はかかる限定の可能性を示唆するのみである（代理母最決事例は、分娩者が外国居住の外国人であり、外国で親子関係裁判がなされている点において実質的涉外性があり、このような限定は説得力がないとする）。

28 中野・前掲注（16）334頁、横溝・前掲注（4）23頁。これに対し、佐藤（文）・前掲注（18）55頁は、本件事案においても、涉外性の度合いは高く、内国関連性の高さを理由にすることは困難であるとする。

なお、このように事項的適用範囲を限定したとしても、基準の一義性、明確性という判旨の「公序」内容は説得力に欠けており、むしろ、何ら法制度が整備されていない我が国で代理懐胎により母子関係を成立させることが、いかに母子関係に関する我が国の基本的価値観に反するかという点を示したほうが説得的であったとの指摘がある（横溝・前掲注（4）21頁）。

29 佐藤（文）・前掲注（18）56頁、早川（眞）・前掲注（23）ひろば64頁および同65頁注6。

する可能性を示すものといえる<sup>30</sup>。

(3) もっとも、これらの個別具体的な事案の検討を求める見解のすべてが、判決中に、個別具体的検討を明示的に行うべきことまでは求めていない点には注意が必要である。上記(2)でみた見解で、とりわけ問題を判決の射程範囲の問題として捉えている場合にはそうである。

たとえば、「本決定に…〔上記(2)冒頭で述べたような〕問題があるとすれば、それは……本決定が、キー・センテンスの命題の適用範囲を自覚的に検討することなく、この命題を無限定の一般的なものとして提示していることに由来する」として、この「キー・センテンスの適用範囲を適切に限定」することが重要であるとの指摘や<sup>31</sup>、本件においては「我が国身分法秩序との関係の強さが明らかであったため、最高裁は、内国牽連性の強さを十分に意識することなく謂わば当然の前提として判示した」ものとして理解すべきとの指摘<sup>32</sup>がなされている。

#### IV. 検討

このように代理母最決および高決をめぐることは、そのいずれに対しても、個別具体的な判断が必要であるとの言及がなされてきた。ここでは以下、高決と最決それぞれの判断枠組みと個別具体的な判断との関係を整理したうえで(1.)、2つの判断枠組みに関して検討されるべき課題を示すことにしたい(2.)。

##### 1. 2つの判断枠組みと個別具体的な判断との関係

(1) 代理母最決の枠組みであるが、すでにみた通り、

[1] 「公序＝法秩序の基本原則ないし基本理念」との解釈枠組み提示

[2] 本件で問題となる「公序＝我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念」内容の確定

30 長田・前掲注(5)49頁も、Xらは、国内で代理出産が不可能であったためにネバダ州での代理出産に踏み切ったという点を捉え、法律回避の意味合いが強いとする。その他、林・前掲注(4)43頁も内国関連性との関連ではあるが、法律回避の要素を指摘する。

31 早川(眞)・前掲注(23)ひろば63頁。

32 横溝・前掲注(4)19-20頁。

### 〔3〕 本件ネバダ州裁判の内容が〔2〕に反することの確定

という論理構造をとっており、本件ネバダ州裁判の検討（〔3〕）に入る前に、何が「公序＝我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念」であるかを確定させる（〔2〕）。さらに、内国の基本原則ないし基本理念に相いれない状態が何であるかも、本件ネバダ州裁判の検討以前に、あらかじめ内国の立場から判断するものである。

この枠組みの構造上は、「我が国の基本原則ないし基本理念」と相いれない状態とは何かがあらかじめ確定されているのだから、当該外国判決の承認によってかかる状態が生じるかどうか判断さえできれば、それ以上の個別具体的判断を行う必要はない。換言すれば、具体的判断が必要かどうかは、基本原則をどのようなものとするか、基本原則と相いれないとはどのような状況を指すと定義するかによって決まるのであり、これらを最決のように認定すれば、——その基本原則や、基本原則と相いれない状況の定義が適切であるかは別問題であるが——もはや当事者をめぐる個別具体的認定は必要ではなくなることになる。

この点、代理母最決に対しては、すでにみた通り学説上、具体的事情の考慮が必要であるとの批判がなされているところであるが、最決の射程範囲の問題は残るものの、少なくとも最決の枠組みの構造からはかかる考慮は要求されていないとみるべきであろう<sup>33</sup>。

33 たとえば、「原審ではなおざりにされた本件で守られるべき内国の基本原則が何かを最高裁は明確に示したが、その一方で、本件事案において内国の基本原則にどのような影響が及ぶのかについては言及していない……外国の法制度の異質性のみから反公序性を導くべきではなく、あくまでも具体的事案においてその判決の効力を日本で認めることによる結果を問題とすべきである」（林・前掲注（4）判タ42頁）と指摘があるが、公序審査において当該事案にどの程度踏み込むかは、最決の枠組みにおいては何を「基本原則」とするかにかかっていることを考えれば、むしろこの最決の枠組み自体を問題視する必要があるように思われる。

なお、本文Ⅱ 2. でも紹介した早川（眞）・前掲注（23）ひろば62頁は、「公序要件の判断においては、当該外国判決の効力を日本において認めることの具体的な結果が日本の公序に反するか否かが審査されるべきであり、その意味では、問題となった事案の個別的・具体的内容に即した検討が行われる必要がある。」（①とする）とし、それに続いて「しかし、公序に反するかどうかは、その事案で問題とならうる公序とは何かというある程度抽象的・一般的なレベルでの議論を経なければ判断できないはずであ〔る〕」（②とする）と述べている。これは、②が定まって

(2) これに対し、代理母高決の枠組みであるが、民訴法 118 条 3 号の公序要件審査とは、「個別のかつ具体的内容に即した検討をしたうえで、本件裁判の効力を承認することが実質的に公序良俗に反するかどうか」、すなわち「涉外性を考慮してもなお譲ることのできない内国の基本的価値、秩序」に反するかを判断するものである。

たしかに、この「内国の基本的価値、秩序」という文言自体は、最決の「我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念」という文言と類似している。しかし、高決ではこれに続く部分において、「涉外性を考慮してもなお譲ることのできない内国の基本的価値、秩序」が具体的に何であるのか、前もって示され、それが出発点とされるわけではない<sup>34</sup>。

むしろ高決枠組みでは、「個別のかつ具体的内容に即した検討をしたうえ

---

初めて①でどのような検討がなされるかが決まるということになるという、最決の枠組みの立体的理解を示唆するものであると同時に、②の内容によっては①の「具体性」の度合いは極めて低いものでありうることをも示すものとも考えられる。

34 なお本文Ⅱ.1. で示した代理母高決の判示のうち、たしかに(ア)および(カ)～(ク)については、一定のルールを引き合いに出していることから「内国の基本的価値、秩序」を示しているといえなくはない。しかし、これらのルールに言及しているのは、高決が、原審たる東京家審の日本法の解釈たる、代理出産によって出生した子の母＝分娩母とのルールの認定を前提としていることを受けてのものと思われる。すなわち、東京家審はこのルールを、①平成15年の厚生科学審議会生殖補助医療部会による代理出産禁止の結論や、②法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会による同年の要綱中間試案が、代理懐胎の場合でも出生した子の母＝分娩母とすることから導いている。

そして(ア)、(カ)～(ク)は、いずれも、かかる日本法のルールが必ずしも常に妥当するわけではないことを示すものである。(ア)はこのルール自体が外国判決承認という場面で絶対的に妥当するものではないとするもの、(カ)はこのルールの根拠①があったとしても、法的はこれを禁じる規定がなく、社会通念も確立されてないことから、代理出産禁止という規範自体がそれほど強いものではないとするもの、(キ)は②の法制審議会において代理懐胎の依頼者夫婦が出生した子の実親となる決定の効力は認められないとする議論があったとしても、それは一般的なものであり本件具体的な事案のように当事者が血縁親子関係にあり、当事者間にも争いのない事例にはあてはまらないとするもの、そして(ク)は、本件で準拠法アプローチが採られる場合には日本法が準拠法となるが、かかる「準拠法アプローチで準拠法とされるべき法」は承認アプローチでは考慮されない以上、日本民法のルールは適用の余地がないとするものである。

このように高決判断においては、「内国の基本的価値、秩序」には一応触れられているとはいえ、検討の順序としては外国判決の内容が先にあり、その効力を妨げるものではないという意味での消極的な検討に留まるものといえよう。

で、本件裁判の効力を承認」すなわち「承認によりわが国での効力を認め、法秩序に組み込む」とどうなるのかが問われ、個別具体的承認結果が公序審査の出発点とされる。そしてその「涉外性を考慮してもなお譲ることのできない内国の基本的価値、秩序」とは何を指すのかについては直接提示されないまま、承認結果が、「涉外性を考慮してもなお譲ることのできない内国の基本的価値、秩序に混乱をもたら」しているかが判断される。端的にいうと、本件裁判の効力を内国で承認する個別具体的結果が「いかに異常で重大なことなのか」<sup>35</sup>が問われるものといえる。

このように高決の判示においては、問題となった外国判決を承認した個別具体的結果が検討の出発点とされ、内国で承認することが「いかに異常で重大なことなのか」が問われる。ここでは個別具体的結果を問うことは、この枠組みのまさに本質的要請ということになるのである。

(3) 以上まとめると、最決の枠組みにおいては、冒頭で「我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念」が何か、およびこれに「相容れるか」が問題とされ、本件で公序発動の引き金となる価値基準（公序準則）が明らかとされる。それゆえそれに応じて、公序判断に必要な個別具体的審査の度合いも決まる。これに対し、高決の枠組みにおいては、公序準則は示されない。むしろ問題となる外国判決の個別具体的な承認結果を出発点として、「涉外性を考慮してもなお譲ることのできないほどの異常な事態が生じ」ているかが判断されるため、公序判断には事案の個別具体的審査が不可欠となる、という相違がある。

## 2. 2つの判断枠組みの課題

(1) 仮に、個別具体的判断自体をなすことが公序審査の本質的要請であるとするならば、代理母最決のように、基本原則の内容いかんでは個別具体的判断が必要とされない判断枠組みは、それ自体妥当でないということになる。そこで、代理母高決にみられるような、公序判断において個別具

35 佐藤（文）・前掲注（18）53頁。なお、本間ほか・前掲注（18）〔中野〕192頁は、公序要件の1つを「外国判決を承認・執行した場合に内国でもたらせる結果の異常性・重大性」と表現する。

体的判断が必要であるとする議論を今一度精査する必要がある。

この点、たしかに学説上、民訴法 118 条 3 号の公序審査には個別具体的判断が必要とする見解が多数である。しかし、なぜ個別具体的判断が必要なのか、その意味内容、また根拠に関しては学説上も議論が錯綜している。

すでにみたように、代理母最決・高決に関する学説上の議論においても、民訴法 118 条 3 号の議論において解釈上要求されている 2 要件、すなわち、①結果の異常性と②内国関連性を判断するために必要であることは広く前提として受け入れられていた。ところが、詳細に見ると、結果の異常性を緩和するためなのか、内国関連性要件自体の判断のためなのか、あるいは判決にいう「基本原則ないし基本理念」の射程範囲を狭めるためなのか、その内容は多岐にわたっている。そして、その多様性に対応し、その判断に要求される個別具体性の程度もまた多様である。

たとえば、すでにⅢ .2. でみたように、代理母最決の事案は、「日本に居住する日本人夫婦であり、我が国身分法秩序との関係の強さが明らかであった」ために、最高裁が「内国牽連性の強さを十分に意識することなく、謂わば当然の前提としたうえで判示した」と解釈する見解がみられる<sup>36</sup>。ここでは、問題となる事案の内国との関連の深さが裁判所の判断の当然の前提とされているということをもって、②の内国関連性要件が「潜在的に」が判断されていると解すのであり、かならずしもそれ以上の個別具体的判断を要求しているわけではない。代理母高決を支持する見解においては、反公序性自体を判定するためには個別具体的判断が不可欠であるのとは対照的である。

そこで、民訴法 118 条 3 号の公序判断において個別具体的判断が必要であるとする議論を今一度精査し、これを肯定する場合も、何のためにどの程度の個別具体的判断が要求されるのかを明らかにする必要があると思われる。その際には、民訴法 118 条 3 号に関するこれまでの議論を立法趣旨も含め検討することに加え、議論に大きな影響を与えている、国際私法上

36 横溝・前掲注(4)19頁。中野・前掲注(16)334頁も「内国牽連性に乏しい事例では承認の余地があり得るように思われる」としており、同じく本件においては、内国関連性要件が満たされていると判断しているものと考えられる。

の公序、すなわち通則法 42 条に関する議論<sup>37</sup>も併せて参照することが求められるよう。

(2) これとは別に、個別具体的判断を必ずしも必要としない、代理母最決の枠組みそのものについての検討も必要である。とりわけ、この最決・最判の枠組みが民訴法 118 条 3 号の公序要件のみならず、通則法 42 条の公序要件としても意義を有すると考える場合には、この枠組みが「我が国の基本原則ないし基本理念」の確定や、「我が国の基本原則ないし基本理念」に相容れない状態の確定を先行させ、個別具体的事案の判断を必須のものとし、従来からの公序理解との整合性の観点で問題を引き起こさう。

というのも、本稿でみたように、本件では X1 ら、Z1 ら、A 夫妻といった関係当事者間において外国裁判の内容について争いが無い状態<sup>38</sup>であり、子の福祉の観点からは本件ネバダ州裁判を承認することのほうが望ましいとも考えられる状況であった。この点を最重視する場合、もはや外国判決の承認することが、代理母最決の枠組みにいうような「異常で重大」な事態を招くとは言い切れなくなる。ところが、代理母最決の枠組みは、「基本原則」の構成によってはかかる個別具体的事案の検討を切り捨てることを可能とする。そもそも、国際私法においては一般的に、公序の発動は「慎重」でなければならない（「公序の謙抑性」）と説明されている<sup>39</sup>ことからすると、

37 櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法 (2)』(有斐閣, 2011年) 336頁〔河野俊行〕は、通則法42条の公序判断についての従来の説明には洗練の余地があるとし、「外国の内容の異質性」「適用結果の異常性」「内国関連性」の3つの要素に配慮し、判断枠組みを構築すべきとする。

38 これを理由に代理母最決の結論を評価する学説があることについて、本文Ⅱ 2. 参照。

39 溜池良夫『国際私法講義 [第3版]』(有斐閣, 2005年) 208頁、道垣内正人『ポイント国際私法総論 [第2版]』(有斐閣, 2007年) 253頁、松岡博ほか『国際私法概論 [第5版]』(有斐閣, 2007年) 86頁〔松岡博〕、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法 (2)』前掲注 (37) 334頁〔河野俊行〕、神前禎ほか『国際私法 [第3版]』(有斐閣, 2012年) 84頁〔元永和彦〕、神前禎『プレップ国際私法』(弘文堂, 2015年) 157頁、出口耕自『論点講義 国際私法』(法学書院, 2015年) 136頁、櫻田嘉章『国際私法 [第6版]』(有斐閣, 2016年) 134頁、多田望「公序」櫻田嘉章ほか編『演習国際私法CASE30』(有斐閣, 2016年) 248頁、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門 [第8版]』(有斐閣, 2018年) 57頁、中西康ほか『国際私法 [第2版]』(有斐閣, 2018年) 109頁など。

代理母最決の枠組みは、従来の国際私法上の公序理解と対立するとも考えられるのである。

さらに、これも代理母最決に対し学説から批判されているように、基本原則の内容によっては、国際私法ルール、すなわち通則法が定める一般の抵触規則との衝突が生じ得るところも問題といえるであろう<sup>40</sup>。

この点もともと、代理母最決の枠組みは、すでに述べた通り平成9年萬世工業事件最判を踏襲している<sup>41</sup>。どのような経緯でこの枠組みが採用に至ったのか、公序判断枠組みという観点からの検討は、従来の議論では十分になされてこなかったように思われる。その背景には、萬世工業事件最判は懲罰賠償を命じる外国判決の承認執行が日本で初めて問題となった事例、という点で世間の注目を集めた事件であり<sup>42</sup>、そこでは懲罰賠償を命じる外国判決の承認執行がそもそも公序要件で問題とされるべきかが主として議論されていた<sup>43</sup>という事情がある。そこで、萬世工業事件最判に依拠した再度の最高裁判断が下された今、改めて、この枠組みがそれまでの学説・裁判例の中でどのように位置付けられるのかを検討する必要があるのではなかろうか。

なお、この萬世工業事件最判の判断は、時期的、文言的にみて、同じく

---

40 本文Ⅲ2. (2) 参照。

41 なお、「基本原則」枠組みを採用した判決は、平成9年最決後は向井最決以外には、シンガポール裁判所が言渡した損害賠償に基づく金銭支払判決の承認執行が問題となった東京地判平成18年1月19日(判タ1229号334頁)がある。ただし手続的公序に関して問題となった事案である。

42 米国の懲罰的賠償制度の内容自体についての比較法的観点から、日本での承認執行可能性を検討する論稿が多くみられた。紙幅の関係上すべてを挙げることはできないが、代表的なものとしてたとえば、酒井一「米国懲罰的賠償判決の承認と執行に関する一考察——外国判決の承認と執行の分化試論——(1・2完)」民商法雑誌107巻3号(1992年)353頁、107巻4=5号(1993年)660頁、河野俊行「アメリカの懲罰的損害賠償判決と国際民事訴訟法上の若干の問題について——ドイツ・スイスにおける最近の状況を手がかりとして——」法政研究58巻4号(1992年)867頁、小林秀之=吉田元子「アメリカの懲罰的損害賠償判決の承認・執行——萬世工業事件最高裁判決を契機として」(上・下)NBL629号6頁、630号(いずれも1997年)42頁、早川吉尚「懲罰的損害賠償判決の承認執行」本郷法政紀要1号(1993年)257頁。

43 議論状況を概観するものとして、早川眞一郎「懲罰的損害賠償を命じる外国判決の承認・執行」澤木敬郎=塚場準一編『国際私法の争点[新版]』(有斐閣、1996年)241頁。

懲罰賠償を命じる米国判決のドイツにおける承認が問題となった、ドイツ連邦通常裁判所（BGH）の1992年6月4日判決<sup>44</sup>を参考としているものと推測される。そこで、萬世工業事件最判の枠組みを検討するにあたっては、このBGH1992判決を参考にすることが有用であると思われる。さらにその検討の際には、日本法とドイツ法との間には、国際私法上の公序、および外国判決承認執行要件としての公序の規定文言に、大きな相違があることにも留意することが求められよう<sup>45</sup>。

- 44 BGHZ118,12. 外国判決承認要件に関する公序（ZPO328条1項4号）について、同判決は次のように判示する。

「外国判決は、ドイツ裁判官がドイツの強行規定の適用によって（aufgrund zwingenden deutschen Rechts）、外国判決とは異なる結論に至ったであろうというだけでは、実体的公序に相いれないということにはならない。むしろ、外国判決の適用の結果が、ドイツ法ないしドイツ法に含まれる正義観念（Gerechtigkeitsvorstellung）の根本思想（Grundgedanke）と、内国の〔正義〕観念からみると耐え難い（unertragbar）ほどに、著しく相容れないか（in so starkem Widerspruch steht）どうかが基準となる。」

またこのBGH1992年判決は、国際私法上の公序に関するBGH1968年9月17日判決（BGHZ50,370）を引用しており、BGH1968年判決は次のように判示する。

「外国法適用の結果が、ドイツ法ないしドイツ法に含まれる正義観念（Gerechtigkeitsvorstellung）の根本思想（Grundgedanke）と、内国からみて耐え難い（unertragbar）ほどに、著しく相容れないか（in so starkem Widerspruch steht）どうかが基準となる」

- 45 たしかにドイツ法は、日本の国際私法・民訴法の母国とされるが、その公序規定（通則法42条、民訴法118条3号）の文言には大きな差異が存在する。「ドイツにおける公序則と我が国における公序則の発展、その性格が同一と言いうるのことはなお検討を要する」（櫻田嘉章「改正前法例第30条について」法学論叢138巻1・2・3号（1995年）178頁）との指摘もある。

本文で紹介したBGH1968年判決が下された当時、ドイツにおいて妥当していた国際私法上の公序規定は「外国法の適用は、その適用が良俗あるいはドイツ法の目的に抵触する場合にはなされない」（1986年改正前EGBGB30条）、外国判決承認要件としての公序規定は「外国判決の承認が善良の風俗またはドイツ法の目的と抵触する場合」（1986年改正前ZPO328条1項4号）というもので、いずれも「ドイツ法の目的」が文言上明示されていた。それゆえ、BGH1968年判決もまた、「ドイツ法の目的と抵触する場合」という要件に関する解釈として採用されたものであった。それゆえ、内国法の目的、趣旨が検討の出発点となることも不思議ではない。

ところがこの点、日本の外国判決承認に関する公序要件は、平成9年萬世工業事件最判当時、「外国裁判所の判決が日本に於ける公の秩序又は善良の風俗に反せざること」（旧民訴法200条3号、かな書きに改めた）と規定されており、日本法の「法の目的」や趣旨が正面に出る規定ではない。それゆえ、萬世工業事件最判のように、内国法を検討の出発とする枠組みは本来、文言上なじみにくいものと思われるので

## V. 結びに代えて

本稿においては、代理母最決と高決においては、ネバダ州裁判をめぐる事案の個別具体的判断の位置づけが枠組み上異なることを明らかにし、両枠組みにはそれぞれ検討されるべき課題が含まれていることを示してきた。

この点、日本の外国判決承認執行制度や国際私法ルールの母国とされるドイツにおいては、公序の機能は、消極的機能 (Negative Funktion der *ordre public*) と積極的機能 (Positive Funktion der *ordre public*) という2つの概念を用い、これらを対置させて説明されてきた<sup>46</sup>。すなわち、前者は、外国法〔外国判決〕の適用結果〔承認結果〕を出発点として「耐えがたさ」「過酷さ」がないかを審査する公序の機能であり、後者は、外国法〔外国判決〕を出発点とせずに、内国法を出発点として審査する公序の機能を指す。この両者の関係については、強行規定の適用の問題とも関連して、長年の議論の蓄積がある<sup>47</sup>。

---

あり、これらの点を検討する必要があると思われる。

46 Paul Heinrich Neuhaus, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts (1962) S.257ff., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band7 (1983) Art.30, RdNr.3ff. (Kreuzer), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band7, 2.Aufl.(1990) Art.6, Jan Kropholler, Internationales Privatrecht, 5.Aufl.(2004) S.242ff., Gerhard Kegel/Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, 9.Aufl.(2004) S.516ff., RdNr.16 (Sonnenberger), Staudinger Kommentar zum zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Neubear. Art. 6EGBGB (2013) RdNr.8ff. (Voltz).

なお、ドイツにおいては、1994年改正でEGBGB34条「この款は、契約に適用されるべき法に関わらず事案に強制的に規律するようなドイツ法の規定の適用を妨げない。」との規定が設けられ、公序の積極的機能に関しては34条に吸収され、消極的機能が従来の公序規定(6条)に残ったと説明されることが一般的であった (Kegel/Schurig, a.a.O. S.516)。なお、EGBGB34条はローマI規則施行により、2009年に廃止されている。

47 たとえば, Karl Heinz Neumayer, Zur Positiven Funktion der Kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel(1963), Barbara Weitz, Inlandbeziehung und ordre public in der deutschen Rechtsprechung zum internationalen Familienrecht(1981), Kurt Siehr, Grundrecht der Eheschließungsfreiheit und internationales Privatrecht, Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom ordre public, RabelsZ 36(1970) S.585ff. このうち後者2論稿は、公序とドイツ基本法との関係が問題となった著名なスペイン人事件 (BverfG. Beschl. Vom 4.5.1971: BverfGE31,58, 邦語文献として、丸岡松雄『スペイン人事件』(木鐸社, 1997年)) に端を発するものである。

他方、日本においては、従来、公序についてはその消極的機能のみが取り上げられることが多く、また公序と強行法規の適用の問題も切り離されて論じられることが一般的であったように思われる<sup>48</sup>。本稿で取り上げた、代理母最決と高決との枠組みの相違は、最決が公序の積極的機能に着目した枠組み、高決が公序の消極的機能に着目した枠組み、と捉えることも可能であるとすれば、上記の課題の検討を通じ、日本における強行法規と公序との関係の整理にも示唆を与えうるであろう<sup>49</sup>。この点に留意しながら、今後の検討を進めることとしたい。

---

48 日本の、外国為替管理及び外国貿易管理法を題材に、法廷地で強行的に適用される法と国際私法、とりわけ公序の関係を考察したものとして、横山潤「法廷地為替管理法の適用に関する一考察——公序説と涉外実質法説の検討——」一橋論叢78巻6号（1977年）751頁および同「法廷地為替管理法の適用に関する一考察——公法説の検討」一橋研究2巻3号（1977年）64頁。

49 この点、「介入規範と通則法第42条に規定する公序則との関係をどのように捉えるか」という問題も、単に理論面に止まらず実際の法の運用に影響を及ぼし得るという意味で重要な論点である。仮に両者を同一の根源を有する法理として捉えたとすれば、公序則の適用に当たっては謙抑性を要求しつつ、他方で介入規範の積極的適用を提唱するというのでは整合性が取れない惧れが生じるであろう。つまり、両者の関係を如何に整理するかによって、介入規範の実運用におけるスタンスにも影響が生じるわけであり、今後、海外での議論をも踏まえつつ、わが国においても両者の関係を理論的に整理していくことが求められるであろう。」との指摘（嶋拓哉「ドイツ抵触法上の消費者保護規定と介入規範に関する一考察——連邦最高裁判決を足掛かりとして——」北大法学論集60巻6号（2010年）1832頁）は示唆に富む。

