

国際私法上の公序に関する近時の日本の裁判例と学説(2・完)

——公序発動要件再検討のための準備作業として——

釜 谷 真 史

I. はじめに

II. 裁判例の検討

1. [裁判例 1] 宇都宮家裁平成 19 年 7 月 20 日審判
2. [裁判例 2] 福岡高裁平成 21 年 2 月 10 日判決
3. [裁判例 3] 熊本家裁平成 22 年 7 月 6 日判決
4. [裁判例 4] 東京家裁平成 22 年 7 月 15 日審判 (以上, 54 卷 1 号)
5. [裁判例 5] 大阪高裁平成 26 年 5 月 9 日判決 (以下, 本号)
6. [裁判例 6] 東京家裁平成 31 年 1 月 17 日判決

III. 考察

1. 裁判例・評釈における議論の小括
2. 考察——今後の検討課題

IV. 結びに代えて

II. 裁判例の検討 (承前)

5. [裁判例 5] 大阪高裁平成 26 年 5 月 9 日判決⁷⁰

(1) 事実の概要および判旨

70 判例時報2231号42頁。本判決に関する評釈として、安達敏男=吉川樹士「外国法と公序良俗によるその不適用について（主に大阪高裁平成26年5月9日判決（判時2231号53頁）の紹介を中心として）」戸籍時報722号（2015年）48-51頁、櫻田嘉章「判評」戸籍時報724号（2015年）41-49頁、小山昇「判解」新・判例解説Watch17号（2015年）337-340頁、佐藤やよひ「判解」平成26年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1479号，2015年）298頁、村重慶一「判解」戸籍時報721号（2015年）76-77頁。

【事実の概要】元韓国籍で日本に帰化した男性と内縁関係にあった韓国籍女性との間に生まれた子が、韓国の戸籍および家族関係登録簿上は、後に男性の妻となった別の韓国人女性が母とされているとして、母とされた女性との間の親子関係不存在確認を求めた事案である。親子関係存否確認の訴えについて1年の出訴制限を定める韓国民法の適用が、公序違反となるとされた。

X女(韓国籍)は、1966年に、京都市で当時内縁関係にあったA男(元韓国籍、2005年日本に帰化)とB女(朝鮮籍)の間に生まれ、京都市に出生届が出されている。Aは、1968年ごろまでにBとの同居を解消し、1970年ごろからC女(韓国籍)と内縁関係に入った。XはC及びその子らDEとともに大阪市内に居住するようになり、以降、Cが死亡するまでの間Cと同居していた。XはCが自らの実母でないことを知っていた。1980年にA・Cは韓国駐大阪総領事に婚姻届を提出したが、その際、X及びDEをA・C間の子として届け出たため、韓国の戸籍及び家族関係登録簿のXの母欄にはCの氏名が記載されている。Cは1987年9月2日京都市内で死亡し、Xは同日ごろC死亡の事実を知った。

Xは1995年ごろにAから、Xの実母はBであることを告げられ、一度面会したが、その後の連絡は途絶えていた。Xは2012年に捜査機関に身柄を拘束された際に、Bが2011年に死亡していたことを知った。Xは司法書士に依頼し、Xの戸籍を韓国から取り寄せたところ、送付された2012年付の除籍謄本により初めて、上記A・Cの婚姻の事実、および戸籍等への実母欄記載がCであることを知ることとなった。そこでXは弁護士にBの所在調査を依頼し、外国人登録原票の写しによりBがすでに死亡していた事実を知った。

2013年、Xは京都家裁に、Xと亡Cとの間の親子関係不存在確認(第1の訴え)ならびにXと亡Bとの間の親子関係存在確認をを求める訴え(第2の訴え)を、B・Cいずれも死亡していることから検察官を被告として提起した。

原審⁷¹（京都家裁平成25年11月25日判決）はいずれも通則法28条、29条1項により準拠法を韓国法とし、当事者の一方が死亡した場合の出訴期間をその死亡を知った日から2年以内と制限する韓国民法865条2項の立法政策は「それ自体が合理性を欠くとはいえず」同条同項「自体が直ちに我が国の公序良俗に反するものということはでき」ず、また「事実関係を総合しても」同規定を「適用するのが相当でないとする事情も認められない」として、通則法42条に反することはないとした。そして、第1の訴えは出訴期限制限に反するため不適法として却下し、第2の訴えについては認容した。原審が第2の訴えを認容したことから、Xが、第1の訴えについてのみ、原判決に即した家族関係登録簿の訂正がされた場合、XにはB、Cと2人の実母が存在することになり、公序に反することは明らかであるとの補充主張を加え控訴したのが本件である（第2の訴えは確定）⁷²。

【判旨】

(i) 国際裁判管轄について肯定した後⁷³、準拠法について、Cが昭和62年に死亡していることから、平成元年改正前法例（「旧法例」）が適用されるとし、「旧法例には、17条（嫡出親子関係の成立に関する規定）及び18条（認知に関する規定）に定めがあり、これによれば、涉外親子関係の成立の判断は、まず嫡出親子関係の成立についてその準拠法を適用し、これが否定された場合には、嫡出以外の親子関係の成立についてその準拠法を適用して行うべきものと解すべき」とする。そして、「旧法例」17条本文

71 判例時報2231号57頁。

72 櫻田・前掲（注70）47頁は、本件での本来の目的であるXの母に関する戸籍訂正について、韓国法（家族関係の登録等に関する法律107条）が「確定判決による戸籍訂正」を定めており、本件第1の訴えを基礎づけるには、1審判決の第2の訴え部分では「確定判決」としてXの戸籍訂正ができないということの証明が必要であったとする。

73 X・Cともに韓国の国籍を有していることから国際裁判管轄が認められるかが問題としたうえで、条理により、母子関係の存否について、当該身分関係の当事者の一方であり、被告となるべき者が死亡している場合には、生存していれば被告となるべきものの最後の住所地国に管轄が認められるのが相当として、日本の国際裁判管轄を肯定した。

が出生当時の母の夫の本国法によるとされているが、これは「文言上出生という事実による嫡出性を取得する嫡出親子関係の成立について」の規定であるとして、出生以外の事由により嫡出性を取得する場合の嫡出親子関係の成立については、規定を欠いているものとして、最高裁平成12年1月27日判決を引用し⁷⁴、同条の類推適用により、「嫡出性を取得する原因となるべき事実が完成した当時の母の夫の本国法」によるとした。本件では、XとCの親子関係の成立に関しては、「母」とされるCとその夫であるAとが婚姻した当時の、Aの本国法たる韓民法が適用されると認定された⁷⁵。

(ii) 準拠法たる韓民法865条2項は、実子関係存否確認の訴えを提起する場合において、当事者の一方が死亡した時は、その死亡を知った時から2年内(2005年前の改正前の規定では1年内)に検事を相手方として訴えを提起しようとの規定があり、裁判所はこれを、「意思能力がある者が、当事者の一方の死亡という単純な事実を知った日から」の期間と解した⁷⁶。本件では、XはC死亡日にその事実を知ったのであるから、同条2項により第1の訴えは出訴期間を徒過して提起された不適法な訴えであるとされた。

これらを前提に、判旨は次のように、韓民法865条2項を適用することが通則法42条に反するかを検討した。

74 この点、櫻田・前掲(注70)46頁は、最判平成12年1月27日に依拠することについて、改正前の法例の立場としては問題であること、改正前法例の適用関係として参照するにしても、当該最判が実母子関係でなく法定母子関係を対象としている点で本件事案のための先例となりうるのか疑問であると指摘する。

75 櫻田・前掲(注70)46頁は、本件第1の訴えで問題とされているのはXがAC夫婦間の子であるという意味でのXの嫡出性ではなく、最判平成12年が前提とするような、出生以外の事由による母子関係の存否でもないのであるから、法例17条、18条を段階的または同時に適用して、端的に父または母の本国法を適用し、韓民法の認める分娩の事実を確認すれば足りるとする。そして、Bの分娩によりXがBの子であることが確定している本件ではCの分娩の事実が否定され、嫡出性の前提である母子関係は不存在となるとする。

76 韓民法865条2項の「その死亡を知った日」を、判旨のように厳格に解することには疑問も呈されている(小山・前掲(注70)339頁)。

(a) 「通則法 42 条は、外国法によるべき場合において、その規定の適用が公の秩序又は善良の風俗に反するときは、これを適用しない旨定めているところ、……外国法の内容は、それを制定した国家の主権行使の結果であって、他の国が干渉すべき事柄ではないのであるから、通則法 42 条の規定は、外国法の規定内容自体を問題とするものではなく、外国法を準拠法として適用した結果が看過し難い事態になる場合に適用されるものであると解すべきである。また、仮にこのような場合であっても、当該問題となっている事案と内国との関連が低い場合には、同条の規定を適用すべきではないと解するのが相当である。」

(b) 「そこで、これを前提に検討するに、……Xは、我が国において出生し、その後、我が国に居住している者であり、また、亡Cも、長期間にわたって我が国に居住していた者であるということが出来るから、本件は、我が国との関連性がある事案であるということが出来る。」

(c) 「そして、……韓国民法 865 条 2 項は、実子関係存否確認の訴えについて、当事者の一方の死亡を知った日から 2 年間という比較的短い期間内に訴えの提起をしなければならぬ旨が定められているのに対し、我が国においては、民法の解釈上、親子関係存否確認の訴えについては、そのような制限は設けられていない。韓国民法が実子関係存否確認の訴えについて上記のような出訴期間の制限を設けた趣旨は、訴権の濫用による弊害、身分関係の速やかな確定及び年月の経過によって証拠が希薄になる点等を考慮したものであると解され、このような規定は、立法政策として一応の合理性を有するものということが出来る。」

(d) 「しかしながら、本件では、本件第 2 の訴えにおいて、Xと、その実母である亡Bとの親子関係の存在が確認されており、既に原判決の本件第 2 の訴えに係る部分は、これに対する不服申立てがされなかったことによって確定しているのであるから、仮に、本件第 1 の訴えの提起が不適法で許されないものであるとされた場合には、Xには実母が 2 名存在することになってしまうところ、このような二重の実母子関係の存在は、我が国の法制度上、許容することができないものというべきである。したがって、このような場合にまで、準拠法である韓国民法を適用して、本件第 1 の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ということが出来る。」

(e) 「以上のとおりであるから、本件においては、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。そして、……Xと亡Cとの間に親子関係が存在しないことは明らかであるから、法廷地法である我が国の民法に従って、本件第 1 の訴えに係る X の請求を認容するのが相当である。」

(2) 本判決への評価

本判決は公序発動に至る理由付けとして、まず(a)で「外国法の内容」が「制定した国家の主権行使の結果であって、他の国が干渉すべき事柄ではない」ことを理由に、外国法の規定内容自体を問題とするのではなく、適用結果が「看過し難い事態になる場合」に発動されること、さらに「仮にこのような場合であっても」内国関連性が低い場合には発動されるべきでない旨を説く。

あてはめとして、(b)でまずXが日本で出生し、X・Cいずれも長期間日本に居住していることから内国関連性が認められるとする。次に(c)で韓国法上、実子関係存否確認の訴えに2年間の出訴制限が設けられているとし、日本法上かかる制限がないとはいえ、かかる韓国法上の制限は、訴権乱用や証拠の問題を考慮したものとして立法政策上の一応の合理性があるとする。しかし、(d)では本件の事情、すなわち第2の訴えに対する原判決の確定により、Xには「実母が2名存在することになってしまう」ところ、かかる二重の実母子関係の存在は、「我が国の法制度上、許容することができない」のであって、このような場合に韓国民法を適用し第1の訴えを却下することは公序に反すると判示する。

本件での公序発動との結論に対しては、賛同する見解、批判する見解の双方が存在する。いずれも①適用結果の反公序性・異常性、②内国関連性⁷⁷の2要素が考慮されており、各要素についての判断も異なっている。そこで以下では、(ア)公序発動の結論を支持する見解、(イ)公序発動の結論を支持しない見解に分け、上記2要素に着目して紹介する。

(ア)公序発動の結論を支持する見解においては、①適用結果の反公序性、②内国関連性のいずれの要素も肯定されている。

まず①適用結果の反公序性について、判旨が(c)において、韓国法上の実子関係存否確認の訴えに関する2年の出訴制限に対し、立法政策上一応の合理性ありとしつつ、(d)で同規定を適用した結果、二重の実母子関係が

⁷⁷ なお、佐藤・前掲(注70)298頁は内国関連性について「内国密接関連性」とする。

存在することになり公序に反するとした点について、原審が同規定立法趣旨の合理性のみを理由に公序に反しないとしているのとは異なり「その適用結果をも踏まえて適切に判断している」との好意的な評価がみられる⁷⁸。

この点、論者の中には、(c)の出訴期間制限という規定内容自体にも反公序性を看取しうるとするものもある。例えば、類似の議論がなされてきた認知に関しては日本でも出訴期間制限があるのに対し、親子関係存否確認訴訟に関しては日本ではないという点で日本法との乖離が大きく、韓国法の規定内容そのものの異常性についても肯定しうるとの指摘がある⁷⁹。さらに、認知に限らず親子関係訴訟の短い出訴期間は、中世以来の婚姻による家庭保護重視の宗教的価値観を反映した、婚外性交渉への処罰的性格をもつのであり、現在、「普遍的価値となった」子の利益を保護するためには公序を発動することは当然であるともされる⁸⁰。

次に②内国関連性についても、Xらが外国国籍ではあっても当事者すべてが日本に居住している、または死亡まで居住していたことを理由に、学説からも肯定されているようである⁸¹。

78 佐藤・前掲(注70) 298-299頁。同旨、小山・前掲(注70) 340頁。また小山・同所は、本件は、公序判断の第3の要素としての「外国法の内容の異質性」が高くないものの、「適用結果の異常性」が著しく高い場合であったと評価する。

79 佐藤・前掲(注70) 298-299頁。最判昭和50年6月27日が、死後認知に出訴期限を父または母の死亡から1年としていた韓国民法864条につき、出訴期限を3年とする日本民法787条と比較し韓国民法の適用に公序違反性を認めなかった点に触れ、本件事は当該最判事案とは異なり、日本法上出訴期限がそもそも存在しないという点で規定内容そのものの異常性も肯定し得る事案だったとされる。さらに論者は、出訴期限の相違というものが立法技術的なものに過ぎず、内容の異常性を認めにくい中で、内国関連性の強い事案における不都合に対処するには、外国法適用結果を排斥するのではなく、適用をいかに回避するかを検討すべきであるとし、実効的国籍論により常居所地法を適用する方法、出訴期間制限を手続と法性決定する方法、反致を利用する方法、日本の出訴期間制限を絶対的強行法規とみる方法、機能的公序論により事案解決にもっとも適切な解決のために公序を活用する方法、といった手法を検討する(結論において、論者は伝統的公序論でよいとする)。

80 佐藤・前掲(注70) 299頁。

81 小山・前掲(注70) 340頁。なお、佐藤・前掲(注70) 299頁は直接本件の内国関連性の多寡については触れていないが、「本件のように在日韓国・朝鮮人が当事者になっている場合」について論じていることから、内国関連性の充足を前提としているものと思われる。

(イ) 公序発動の結論を批判する見解においては、①②のいずれの要素についてもその充足が疑問視されている。

論者は本判決が前提としている、本件第1の訴えを認めないとXに実母が2人存在することになるとの前提を疑問視する⁸²。すなわち、控訴審でXは、原審判決に即して韓国法上の家族関係登録簿の訂正が行われた場合に、母子関係が二重に存在にすることを主張しているが、論者によれば、本件第2の訴えの確定により、BのXの分娩によりXがBの子であることが確定している本件では、Cの分娩の事実は否定され、韓国法上母子関係は不存在となるとされる。さらに、Xの韓国法上の家族関係登録簿の訂正も、Xを分娩した実母Bが存在することが証明されれば可能なはずであるという⁸³。

かかる理解を前提に、論者は①適用結果の反公序性および②内国関連性の2要素について次のように評する⁸⁴。

「また仮に、実母が2人となったとしても、韓国戸籍簿上そうなりうるだけで(韓国法上は親子関係存否確認の訴えの期間制限により、実態にそぐわない戸籍表示を許容しているといわざるを得ない)、韓国法上の戸籍訂正の必要性を理由に、我が国の公序に反するということがいえ、公序判断の要件である内国関連性において、我が国との関連性がよほど強い事情がない限り認められない(当該事項と我が国との関連性が問題なのであって、一般的に在日外国人の問題だから内国関連性があるとはいえない)。」

このように①については、仮に韓国家族登録簿の訂正ができなかったとしても、かかる実態にそぐわない表示は、韓国法上親子関係存否確認の出訴期間制限を設けたことを原因として生じたものであり、かかる韓国法上の登録簿訂正の必要性を理由に反公序性があるとはいえないとする⁸⁵。

82 櫻田・前掲(注70)49頁。

83 櫻田・前掲(注70)47頁。第1の訴えを理由づけるためには、実態にそぐわない戸籍表示原審第2の訴え部分の判決ではXの家族関係登録簿訂正ができないことの証明が必要であったとする。

84 櫻田・前掲(注70)49頁。

85 櫻田・前掲(注70)49頁。

また、②の内国関連性についても、論者はそれより前の部分で一般に①適用結果の反公序性が弱くても、②内国関連性が強ければ、公序による準拠外国法の適用排斥が正当化されると述べる⁸⁶。上記引用部分はそれを受けての論述であり、そのときの内国関連性とは一般的に在日外国人であるということでは足りず、「当該事項と我が国との関連性が問題」であるとする。本件では上記のように①適用結果の反公序性は弱いため、「よほど強い」内国関連性が必要であるところ、そのような事情は見当たらないと指摘するのである⁸⁷。

6. [裁判例6] 東京家裁平成31年1月17日判決⁸⁸

(1) 事実の概要および判旨

【事実の概要】 いずれも日本永住資格を有するミャンマー国籍の夫婦において、夫の一方的宣言によるタラク離婚がなされたため、妻が改めて離婚の成立、子の親権者の指定、および養育費と離婚慰謝料の支払いを求めた事案である。裁判所は、タラク離婚を公序違反と判示し、これらのXの請求を認めた（養育費・離婚慰謝料については一部認容）。

X女とY男（いずれもミャンマー国籍のイスラム教徒）は永住者の資格で日本に在留している。XとYは2008年にタイでイスラム法に基づき婚姻し、その後東京都内で婚姻生活を開始し、2011年に子Zをもうけた。Zは日本に住民票を有し、永住者の資格で日本に在留していた。Xは2015年頃から体調不良が続いたためミャンマーで休養することになり、2016年1月Zを連れてミャンマーに一時帰国した。Zはその頃から、ミャンマーのヤンゴンに在住しXの母により監護されているが、現在も年1回、心臓病の持病の定期検査のため来日している。

2016年10月ごろXと、Yの親族間にトラブルが生じ、YからXへの電

86 櫻田・前掲（注70）48頁。

87 以上、櫻田・前掲（注70）49頁。本判決を、「皮肉にも我が国の利害に深く関わらないがゆえに認容したのもといえよう」とも評している。

88 家庭の法と裁判22号121頁。本判決に関する評釈として、大村芳昭「判解」令和元年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1544号、2020年）298-299頁。

話の回数や仕送り額が減少した。YはXに対し、Xが日本に帰国しても一緒に住まない旨伝え、Xが同年12月5日に日本へ帰国するまでの間にYは都内の自宅から転居し、以後X・Yは別居している。XとYは2016年12月10日と21日の2回、2人で面会した。Yは2度目の面会において、「タラーク、タラーク、タラーク」と唱えて一方的に離婚を宣言し(以下「本件タラーク離婚」とする)、2017年1月19日付ミャンマーの新聞に、XとYがイスラム法に従いタラーク離婚したとの広告を掲載した。2017年5月以降、YからXへの生活費や婚姻費用の支払いは途絶えている。XはYとの婚姻関係の修復を望んでいたが、2017年8月ごろ、YのフェイスブックでYが近い将来の結婚相手として女性を紹介する画像を閲覧し、Yの裏切りに愛想が尽き、婚姻関係の修復は不可能であると考えているようになっている。

【判旨】

(1) 国際裁判管轄について、Yの住所が日本国内であることから我が国に国際裁判管轄が認められるとした。また、X・Y・Zはいずれもミャンマー国籍であること、Zが現在一時的にミャンマーに在住しているもの、出生から4年6か月間日本に在留していたこと、日本に住民票を置き、永住者の資格を有していること、現在も年に1度来日して持病の定期検査を受けていること、近い将来にXと日本で在留する予定であることに照らし、常居所地が日本であるとした⁸⁹。これらを前提に、XYの離婚には通則法27条・25条によりX・Yの同一本国法たるミャンマー・イスラム法、Zの親権者指定には通則法32条によりZとX・Yの同一本国法たるミャンマー・イスラム法、Zの養育費については扶養義務の準拠法に関する法律2条によりZの常居所地法たる日本法、離婚慰謝料に関しては通則法27条・25条によりX・Yの同一本国法たるミャンマー・イスラム法が適用されると

89 この点について、大村・前掲(注88)299頁は、Zが2016年1月以降ミャンマーに滞在し、年1回程度来日するに過ぎないという状況からして、その常居所を日本とすることに疑問の余地はあるとしつつ、Zが出生から4年半日本に在留していたこと、日本に住民票を置き、永住者の資格を有していること、近い将来にXと日本で在留する予定であることを重視すれば、常居所を日本とすることも可能であるとしている。

した。

(2) 続く準拠法の適用においては、日本法が準拠法となった養育費以外の、離婚請求、親権者の指定、離婚慰謝料請求については、以下の通り準拠法たるミャンマー・イスラム法を適用したうえで、公序を発動している。

(i) 離婚について

「イスラム法を適用すると、本件タラーク離婚が成立することになるが、このような夫の一方的意思表示による離婚を認めることは、我が国の公の秩序又は善良の風俗に反する結果になると解されるから、本件タラーク離婚については、……通則法 42 条により、イスラム法の適用を排除して日本法（民法）を適用し、無効と認めるのが相当である。……Y は、平成 28 年 12 月 5 日の別居以降、正確な理由なく 1 年以上 X と性交していないことが認められるから、ミャンマーイスラム離婚法第 2 章 1 C に基づき、X と Y の離婚が認められることになる。」

(ii) Z の親権者の指定について

「イスラム法を適用すると、少なくとも Z の財産後見及び身分後見が X に帰属する余地はないことになるが、今後、Z が X の下で監護養育され、診療契約、在学契約等を締結することを考えると、X に財産後見及び身分後見を認めないことは、我が国の公の秩序又は善良の風俗に反する結果になると解されるから、Z の親権者の指定については、通則法 42 条により、イスラム法の適用を排除して日本法（民法）を適用すべきである。そして、上記認定の別居に至る経緯のほか、Z の出生後、X が主として Z を監護養育し、現在は X の母が一時的に Z を監護養育している状況……に鑑みれば、X を Z の親権者と定めるのが相当である。」

(iii) 離婚慰謝料について

「イスラム法には、離婚慰謝料の制度は存在しないことが認められるが、上記認定の別居に至る経緯に照らせば、X に離婚慰謝料を認めないことは、我が国の公の秩序又は善良の風俗に反する結果になると解されるから、離婚慰謝料については、通則法 42 条により、イスラム法の適用を排除して日本法（民法）を適用すべきである。そして、上記認定の別居に至る経緯のほか、本件に現れた一切の事情を考慮すると、Y は X に離婚慰謝料 300 万円の支払義務を負うものと認めるのが相当である。」

(2) 本判決への評価

本件では裁判所は、(i) 離婚請求 (ii) 親権者指定 (iii) 離婚慰謝料請求いずれにおいても、まず、(a) イスラム法を適用した結果について言及

される。すなわち、(i) タラーク離婚が成立すること、(ii) Zの財産後見及び身分後見がXに帰属する余地はないこと、(iii) 離婚慰謝料の制度は存在しないことが述べられる。次いで、(b) 本件の事情に照らすとかかる結果が「我が国の公の秩序又は善良の風俗に反する結果になる」とされる。すなわち、(i) 「夫の一方的な意思表示による離婚を認めること」、(ii) 「今後、ZがXの下で監護養育され、診療契約、在学契約等を締結することを考えると、Xに財産後見及び身分後見を認めないこと」、(iii) 「別居に至る経緯に照らせば、Xに離婚慰謝料を認めないこと」が公序良俗に反するとするものである。その上で、(c) 42条を発動し、その効果として日本法が適用されるとして、日本法に基づきそれぞれの請求を認めている。

本判決が公序を発動したことについては、とくに(ii) 親権者指定については評価しつつ、(i) 離婚請求に関しては批判する学説がある⁹⁰。この見解もこれまでみてきた裁判例評釈と同様、①外国法適用結果の反公序性ないし異常性と②内国関連性の2要素を挙げつつ検討しており、いずれも②については「辛うじて」満たすといっているとされている⁹¹。そこで以下、(ア) 公序発動の結論が支持される(ii)への評価について、(イ) 公序発動の結論が批判されている(i)への評価について、①外国適用結果の反公序性ないし異常性の要素に着目して紹介する。

(ア) 公序を発動した(ii)を評価する見解において、①適用結果の異常性については、イスラム法自体について、「伝統的なイスラム法の規律によれば、子の後見人(日本法の親権者に相応する)は常に父であり、母は子

90 論者は、離婚を認める結論自体には賛成し、その法的構成として、離婚の成立を認めるという結論自体に異常性が認められない以上、公序は発動せずにそのまま本件タラーク離婚の効果を認めるのが適切であるとする(大村・前掲(注88)299頁)。

91 大村・前掲(注88)299頁。(i) 離婚については、X・Yいずれも日本の永住者の在留資格を有し、日本において婚姻生活を営んでいたこと、タラーク宣言も日本で行われていたことから、「辛うじて」内国関連性が認められ、さらに別居中の現在もX・Yいずれも国内に居住していることを加えれば強い内国関連性が認められうるという。他方、(ii) 親権者決定に関しては、Zが日本を離れてから一定期間経過しているため疑問の余地があるとしつつ、Xの母がミャンマーで監護している現状が暫定的なものと解することで、辛うじて充足といいうる、としている。

が幼い頃に監護を分担するだけの地位とされている」とし、「個別の事情を無視して母の後見人資格を認めないのは、父母の側からいえば両性の本質的平等に反するし、子の側からいえば子の保護の点で問題がある」と指摘する。その上で、本件では、Zの出生以来、X自身あるいは暫定的にXの母が一貫してZを養育してきたことで、Zは安定した養育環境のもとにいたと認定する。それゆえ、イスラム法の適用により後見人がXではないとの結論を出すことは、かかる養育環境を一方的に破壊する結果となり、子Zの福祉の観点から問題であり、「日本法が適用される場合と比べて明らかにZの保護に欠け」るため、①結果の異常性要件を満たすと結論付ける。

(イ) 他方、公序を発動した(i)に対しては、①の適用結果の異常性について、2つの点から批判が加えられている。

第1に、公序判断の基準時に着目し、判旨が本件タラーク離婚のなされた時点を経済基準に公序判断を行ったことを批判するものである⁹²。すなわち、タラーク離婚当時、XY間には「離婚の合意はなく、その他離婚を正当化できるような事情は何ら存在しなかった」のであるから、この時点を経済基準とすれば①適用結果の異常性の要件が満たされるという。しかし、論者は「公序判断の段階で、可能な限り直近の事実関係にまで配慮することが紛争の妥当な解決に資する」として、本件訴訟時を経済基準とすべきとする。その場合、タラーク離婚後、Xはフェイスブックの一件によりYに愛想をつかして婚姻関係の修復は不可能であると考え始め、いまやYとの離婚を積極的に望んでいるという事実も考慮の対象となる。よって、離婚というイスラム法適用の結果はむしろXの意思に沿うものであって、①適用結果の異常性があるとはいいがたいことを指摘するのである⁹³。

第2に、上記第1のように要件審査時を経済基準として①適用結果の異常性を判断した場合、「本件タラーク離婚の効力を認めても」、公序を発動して「日

92 大村・前掲(注88)299頁。

93 公序基準時を要件審査時とする理由について、「公序判断の段階で、可能な限り直近の事実関係にまで配慮することが紛争の妥当な解決に資する」ことを挙げている(大村・同上)。

本で離婚判決を認めても、婚姻関係終了という意味での離婚という結論には差がない。とすれば、ここで公序を発動するという事は、「『夫による一方的な離婚宣言』に法的効力を認めるか」という、外国法の法内容そのものを問題とすることになるのではないかとの疑問である⁹⁴。判旨がミャンマー・イスラム離婚法第2章1Cに基づく離婚を認めている点についても、同じミャンマー・イスラム法でも裁判離婚は公序に反しないが一方的宣言によるタラク離婚は公序に反するという論理であり、これは適用結果を問題とするのではなく、その理由を問題としているものとして、妥当でないといわれる⁹⁵。

Ⅲ. 考察

ここまで国際私法上の公序に関する近時の日本の裁判例とそれに関する評釈をみてきた。以下では、まずここまでの部分の小括として、裁判例や評釈において公序要件に関してどのような理解の相違がみられるのかを、①外国法適用結果の反公序性ないし異常性と②内国関連性の2要素に着目しつつまとめ(1.)、その上で国際私法上の公序の発動要件について検討されるべき課題について考察することにした(2.)。

1. 裁判例・評釈における議論の小括

(1) 適用結果の反公序性・異常性の前提としての「規定自体の反公序性」

最初に取り上げるのは、1つ目の要素である適用結果の反公序性・異常性に関して、その前提として、準拠外国法自体の反公序性・異常性を要求するかという議論である。

学説では「裁判例1」に関して、通則法42条の適用結果の反公序性・異常性を検討する前提として、「規定自体の反公序性」を問題とすべきである

94 大村・前掲(注88)299頁。

95 大村・同上。

との見解がみられた（以下、法内容異常性必要説とする）。この見解によると、準拠外国法の内容に異常性を見出すことができた場合に、次のステップとして適用結果の異常性が考慮されるという、2段階の判断を経ることになる⁹⁶。他方、同じく〔裁判例1〕に関する評釈において、平成元年法例改正で「規定」の反公序性から「規定ノ適用」の反公序性へと文言を改めたことを挙げつつ、準拠外国法適用結果の反公序性・異常性のみを考慮すべきとするものがあった（以下、法内容異常性不要説とする）。

裁判例においては、準拠外国法の適用結果を示しながらその公序違反性が検討されることが大半であり、公序判断部分で準拠外国法の内容を取り上げ、直接言及するものは本稿の検討した範囲では3件のみである⁹⁷。そして、さらにその内容の妥当性について踏み込むものは1件（〔裁判例5〕）にとどまり、他は、「イスラム法においては、養子縁組が認められていないので」当事者間に養子縁組が認められなくなる旨が示された〔裁判例1〕、「アルゼンチン民法の内容・解釈」が紹介された上で、損害賠償額が低額となる旨が示された〔裁判例2〕というように、準拠外国法の内容の評価に立ち入るものではない。

さらに〔裁判例5〕は、「通則法42条の規定は、外国法の規定内容自体を問題とするものではなく、外国法を準拠法として適用した結果が看過し難い事態になる場合に適用される」と一般論を述べつつ、韓国民法の定める実子関係存否確認の訴えの2年間という出訴期間制限規定の妥当性判断に踏み込んでいた⁹⁸。そして、「立法政策として一応の合理性を有する」との評価を下したにもかかわらず、当該法を適用した結果、「実母が2名存在す

96 この判断に対しては、原審において韓国民法の出訴期間制限自体の立法趣旨の合理性のみを理由に公序違反性を認めなかったこととの対比で、好意的な評価があったことについては、すでに述べた通りである。本稿Ⅱ1.(2)(イ)参照。

97 他は準拠外国法の内容は判旨内の「前提事実」の記載（〔裁判例3〕）、証拠の参照（〔裁判例6〕）という形でなされたり、「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り」というように、適用結果と区別のつかない形で示されたり（〔裁判例4〕）という状況である。

98 本稿Ⅱ5.(1)参照。

る」という「我が国の法制度上、許容することができない」状況が生じるとして、公序を発動する。このように〔裁判例5〕は、準拠外国法内容の異常性がないことを確認しつつもなお、法適用結果の異常性があることを理由に公序を発動するとするものであって、法内容異常性不要説の中でもとりわけ強く、必要説とのコントラストを示すものといえよう。

(2) 「結果の反公序性・異常性」判断の多様性

次に、外国法適用結果の反公序性・異常性に関して、(1)でみた法内容異常性必要説や〔裁判例5〕のほかは、一般に、外国法内容には立ち入らずに、外国法適用結果に焦点を当てて公序判断をなしていた。外国法適用結果の反公序性・異常性判断がどのような視点でなされるべきかについての議論を、3つに分けて整理してみたい。

(ア) 第1に、「外国法適用結果の反公序性・異常性」ありとして評価された裁判例の中には、本来は準拠法決定プロセスあるいは適用プロセスにおいて解決されるべき問題が含まれていると指摘するものがあつた。

準拠法決定プロセスに問題があつたとされるものとして、〔裁判例1〕〔裁判例2〕がある。〔裁判例1〕では、イラン人夫と日本人妻がイラン国籍の未成年との養子縁組許可を求めたのに対し、裁判所は養父子・養母子関係それぞれ別個に準拠法決定し、通則法31条により、養父子関係についてはイラン法、養母子関係については日本法を準拠法とした。イラン法を適用した結果、養子縁組が認められないために公序が発動されたものであるが、学説からは、そもそもこの問題は養親夫婦間の婚姻の一般的効力の準拠法によらしめられるべきであつて、そうであれば本件で公序発動の必要がなかったと批判されていた⁹⁹。〔裁判例2〕では、旅行先であつたアルゼンチンでの事故による、日本人両親から日本人加害者への損害賠償請求が問題となり、裁判所は法例11条1項によりアルゼンチン法を準拠法とした。アルゼンチン法を適用した結果、賠償額が低廉となるために公序が発動された

99 本稿Ⅱ1.(2)(ウ)参照。

ものであるが、学説からは、法例 11 条 1 項の「原因タル事実ノ発生シタル地」に二次的・派生的損害が生じた地を含めた場合、日本法が準拠法となるのであって、やはり公序発動は必要でなかったとの指摘があった¹⁰⁰。

準拠法適用プロセスに問題があったとするものとして、上記〔裁判例 2〕について、アルゼンチン法のうち適用されるべきだったのは、損害賠償の範囲や損害賠償額決定の考慮要素のみであり、賠償額については裁判所が独自に算定することで、低廉な額になることを回避しえたとの指摘がある¹⁰¹。〔裁判例 4〕では、コロンビア及びイランの国籍を有する母が、イラン及びコロンビアの国籍を有する子の親権を自らに変更するよう、イラン人元夫（子の父）に求めたのに対し、裁判所は通則法 32 条により、イラン・イスラム法を準拠法とした。同法を適用した結果、親権者変更が認められないことになるために公序が発動されたが、学説からはそもそもイラン・イスラム法上、母への親権者変更をなしえた可能性があるとして、準拠法解釈上の問題が指摘されていた¹⁰²。

(イ) 次に、準拠外国法適用の「結果」を評価するにあたり、何をもって反公序性ないし異常性があるとするかについての判断が論者により大きく分かれるものが存在していた。

〔裁判例 1〕において判旨は、養子縁組自体を認めないイスラム法適用により、養子縁組が認められなくなる結果が、日本民法適用の結果とは異なっており、この結果が、子をはじめとした当事者が日本で生活予定であり、養親夫婦が子となる者との縁組を望んでいる状況では、「不当」であるとした。学説においては、判旨同様に「不当な結果」であることを、当事者の期待、子の福祉といった点、あるいは日本民法を援用しながら肯定するものがあ

100 本稿Ⅱ 2. (2) (イ) 参照。

101 本稿Ⅱ 2. (2) (イ) 参照。

102 本稿Ⅱ 4. (2) (ウ) 参照。また〔裁判例5〕に関して、判旨が第1の訴えを許さないとXに実母が2名存在することになる、との前提に立っていることに対し、「Bが実母であることは韓国に戸籍を持たないBについて戸籍上表示の方法がなく、また表示上の母も1人であり、これが訂正されなくても実母が2人いることにはならない」として、その解釈の誤りが指摘されている（櫻田・前掲（注70）49頁）。

る一方で、同じく「子の福祉」というキーワードを挙げつつも、日本審判のイランでの承認可能性が低いこと、イラン法上の養子代替制度でも「子」とされないような事例であることを背景に、日本での縁組を認めることがかえって子の福祉に反しうるとして批判するものがあった¹⁰³。

[裁判例3]では、準拠法たるフィリピン家族法適用により、XY間の婚姻が遡及的に無効となる結果が、現時点では配偶者死亡により重婚状態が解消され、当事者が日本で生活しており、婚姻無効により子が嫡出子の身分を失うといった事情を考慮すると、「結果において」公序に反するとされた。判旨では、「嫡出性を失う」ということが問題視されていたのに対して、学説においては、親子関係や日本国籍、日本での在留資格が否定される場合と比較して、「結果の異常性を肯定できるほどの問題なのか疑問」との指摘があった¹⁰⁴。

これらはいずれも、結果の反公序性を判定する論者の具体的基準いかんにより、結論が大きく変わることを示すものであり、中には「子の福祉」といった同じキーワードを用いつつも、そこで含意される内容が異なることにより、公序違反性の判断が分かれるものもあった。

(ウ)さらに、「結果」の反公序性ないし異常性を判断すべき時点、いわゆる公序審査の基準時についても、議論がなされていた¹⁰⁵。

[裁判例6]においては、問題となったタラーク離婚の有効性について、判旨はタラーク離婚時点を基準とする旨、判示していた。これに対しては、「可能な限り直近の事実関係にまで配慮することが紛争の妥当な解決に資する」として、日本における公序要件審査時を基準とすべきとの指摘があった。公序判断の基準時には、いつの時点の準則を用いて(準則面)、いつの時点の事実に対して(事実側)公序判断を行うのかという2つの異なる側面が

103 本稿Ⅱ1.(2)(イ)参照。

104 本稿Ⅱ3.(2)(ア)参照。

105 この問題について、白井伸明「国際私法における公序判断の基準時」国際私法年報17号(2015年)132頁以下参照。同稿136-137頁において、本稿で扱った[裁判例3]が紹介されている。

あり¹⁰⁶、それぞれについて行為時¹⁰⁷と要件審査時と異なる時点が想定される。本件では、行為時たるタラク離婚時にはXY夫婦間には離婚合意はなく、離婚を正当化する事情もなかったのに対し、要件審査時たる本件訴訟時には妻Xが夫Yに愛想を尽かし離婚を積極的に望んでいるという、事実側での事情の変化があった。そのため、行為時を基準時とすると結果の反公序性・異常性は大きく、要件審査時を基準とすると小さくなるという相違が生じたのである。このように、公序判断の基準時をどの時点におくのかによって結論が異なりうる、との問題も指摘されていた¹⁰⁸。

(3) 「内国関連性」の位置づけ

最後に、公序審査の第2の要素である内国関連性について、論者によりその意味合いが異なっていたことを示しておきたい。大別すると、(A) 第1の要素である外国法適用結果が「反公序性・異常性」を有するかどうかの判断基準として組み込まれているもの、(B) 外国法適用結果の反公序性・異常性の要素とは切り離されているもの、とに分けられる。以下では、裁

106 なお白井・前掲(注105)132頁では、「公序判断がなされる法的問題が過去に発生した……時点から現在までの間に「公序観念や事実状態の変遷があった場合、どの時点の公序観念や事実状態を基礎にして判断を行うかにより、その結論は異なってくる可能性がある」と指摘されている。そこでの「公序観念」(本稿では「準則」)は厳密には、通則法42条自体から要請される一般的な公序判断枠組みと、当該事件で問題となる個別的な価値準則、たとえば「宗教の違いを原因として婚姻を無効とすることは妥当でない」「父のみを親権者とし母への親権者変更を認めないとすることは不当である」といった価値準則は区別されるのであり、一般の公序判断枠組みの中にいわば個別的価値準則がはめ込まれる形で公序判断がなされているものと思われる。この点、基準時の問題が問われるのは、一般的には後者であろう。

この点、外国判決承認執行要件としての公序に関する基準時に関してであるが、拙稿「外国判決承認要件充足の基準時と承認の発生時点——ドイツにおける議論を参考に——」国際私法年報5号(2003年)152頁以下も参照。

107 白井・前掲(注105)149頁では「法律関係発生時」と表現される。

108 白井・前掲(注105)147-149頁は、行為時には公序違反として無効とされるべき婚姻関係が長期間継続していた場合を例に挙げる。このような場合に婚姻無効との判断を現在維持することはかえって法的安定性を害するとして行為時説を退け、また、公序観念が変化の過渡期にある場合には過去の一定時点の公序観念を特定することは困難であることも挙げたうえで、要件審査時を基準とすべきと主張する。論者は例外として、「国際私法上の公序を構成するような法律・判例の経過規定がある場合」にはそれに従うとする。

判例を分類したのちに、学説について整理する。

(ア) 本稿でみた6つの裁判例では、[裁判例6]以外の5つの裁判例が当該事案における内国的要素に触れて判示しており、そのうち[裁判例1・2・3・4]が(A)「外国法適用結果の反公序性・異常性」の判断要素の1つとして組み込むもの、残る[裁判例5]が(B)「外国法適用結果の反公序性・異常性」の判断と内国関連性とを切り離すものに位置づけられる。

まず、(A)について裁判例をみると、[裁判例1]においては、イスラム法適用により養子縁組が認められなくなるとの結果が日本民法適用結果とは異なることを述べた上で、当事者が今後も日本で生活予定であることを養親双方の共同縁組意思とともに考慮し、「本件養子縁組を認めないとするのは不当」と結論付けている。

[裁判例2]では、アルゼンチン法上の損害賠償の範囲、本件のようなケースの裁判例の最高額や平均が、日本に比べ著しく低額と述べた上で賠償額を算定し、本件当事者が日本に国籍及び常居所を有すること等を考慮すると、損害賠償の範囲につきアルゼンチン法を適用し損害賠償額を算定することが公序違反である、と結論付ける。

[裁判例3]では、フィリピン家族法適用の結果、XY間の婚姻が遡及的に無効となることを認定した上で、Yの前婚配偶者Aが死亡しており重婚状態が解消していること、XYの婚姻期間が5年継続していること、BがYとともに約5年間、Cは出生してから現在までいずれも日本で生活していること、XYの婚姻が無効となるとB・CがXYの嫡出子の身分を失うこと等の事情を考慮すると、「結果において」公序に反するとしている。

また、[裁判例4]では、子の父たるYが受刑中であり親権者を母Xに変更する必要性が高く、Yも親権者変更賛成していることから、イラン・イスラム法の適用により親権者変更ができないことになることは、「親権者の変更は子の福祉を中心に考慮して決定すべきものとする我が国の社会通念に反する結果をきたし、ひいては公の秩序又は善良の風俗に反する」としている。

これらの裁判例においては、内国関連性の存在が当該準拠外国法適用結果を公序違反あり、ないし異常性ありとの判断に組み込まれており、内国関連性が、適用結果の反公序性・異常性の有無を判断するための重要な要素とされている。

これに対して、(B) 内国関連性を適用結果の反公序性・異常性とは切り離して検討するのは[裁判例5]である。すでに触れたように¹⁰⁹、[裁判例5]は(a) 外国法の規定内容自体を問題とするのではなく、適用結果が「看過し難い事態になる場合」に発動されるとするものであるが、さらに「仮にこのような場合であっても」内国関連性が低い場合には発動されるべきでない旨の一般論を説く。ここでは内国関連性は、「外国法適用結果の反公序性・異常性」の有無を判断するための要素とはされておらず、「仮に」「外国法適用結果の反公序性・異常性」があるとされた場合であっても、重ねて必要とされるべき要素とされている。もっとも判旨は、これに続くあてはめ部分においては、冒頭で内国関連性について検討しており、この点で一般論とは対応していない¹¹⁰。

(イ) 評釈では、内国関連性という要素を公序判断において明示的に要求する見解においては、多くの場合、[裁判例5]と同様に(B)「外国法適用結果の反公序性・異常性」の判断とは直接結び付けずに、端的に事案に日本とのつながりが存在するかを検討していた。

たとえば、[裁判例1]に関しては養親たるX2が日本在住日本人であり、他方養親たるX1および子Yも相当期間日本に居住していること¹¹¹、[裁判例

109 本稿Ⅱ5.(2) 参照。

110 [裁判例5]の判旨は、あてはめ冒頭で、子Xが日本で出生し、当事者のいずれもが長期間日本に居住していることから内国関連性が存在すると認定する。その上で、韓国法上の出訴制限の合理性を認めつつ、本件では原判決の確定によりXに二重の実母子関係が存在することになることが、「我が国の法制度上、許容することができ」ないために、韓国民法を適用し第1の訴えを却下することは公序に反すると判示する。このように、「外国法適用結果の反公序性・異常性」があった場合に、内国関連性が重ねて検討されるとする一般論とは対応しないものとなっている。

111 本稿Ⅱ1.(2) 冒頭参照。

2] に関しては事故の加害者・被害者また被害者の両親とも日本に常居所を有する日本人であること¹¹², [裁判例3] に関しては夫Xが日本人, 妻Yおよび子が5年間または出生以降現在まで日本で生活していること¹¹³, といった事情を取り上げて検討している。いずれも, 判旨においては外国法適用結果の反公序性・異常性を判断するための一要素として用いられていたのとは異なり, 内国関連性の充足の問題は, 結果の反公序性・異常性の判断とは切り離して検討(B)されていた¹¹⁴。

他方, 学説においても内国関連性を, 適用結果の反公序性・異常性を判断するための一要素として検討するもの(A)も存在していた。たとえば, [裁判例3] に関しては, 当該事案における婚姻がほとんどの期間, 日本において営まれており, 夫婦や子がすべて日本に居住しているといった内国関連性を踏まえ, 当事者の「生活事実」が「日本国内の身分秩序を形成」するとし, この身分秩序の安定を保護するために公序を発動する, とする理解が存在していた¹¹⁵。この見解は前提として, 「準拠外国法の適用結果が果たして公序に反するかは, 当該事案と日本との関連性を斟酌して判断しなければならない」としている¹¹⁶。また [裁判例5] に関して, 「韓国法上の戸籍訂正の必要性を理由に, 我が国の公序に反するということはいえず」, 「我が国との関連性がよほど強い事情がない限り認められない」として, 結果の反公序性の判断に内国関連性を関連付けるものがあった¹¹⁷。

112 本稿Ⅱ2.(2)冒頭参照。

113 本稿Ⅲ3.(2)冒頭参照。

114 なお, 本稿Ⅳ4.(2)(ア)㉓の見解は, 「当事者すべてがわが国に居住している」ことを, 適用結果の反公序性・異常性の一要素として判断しているようであるが, いったん切り離して検討しているとも読むことができるように思われる。

115 本稿Ⅲ3.(2)(イ)参照。そこでも紹介したように, かかる理解は「公序条項の積極的な活用を主張する有力説」による場合に可能であるとされている。

116 同一の論者によって [裁判例4] に関しても同様に論じられている。

117 本稿Ⅴ5.(2)(イ)参照。なお論者は同稿において, 通則法42条の発動の要件として, ①外国法の内容自体ではなく適用結果が公序に反すること, また②内国関連性が認められることを掲げており, ①②の関係はここからは明確には把握できない。しかしながら, これに続く箇所, 「反公序性が弱くても, 我が国と事案との関連性が強ければ, 我が国の公序による準拠外国法の適用排斥が正当化される」としており, 少なくともこの箇所に関しては本文(B)の意味で用いているように思われる。

2. 考察——今後の検討課題

以上のように、近時の裁判例やそれらに関する評釈においては、通則法42条の発動要件として、①外国法適用結果の反公序性・異常性と②内国関連性とが考慮要素とされるべきことは前提とされつつ、詳しく見た場合には論者の間に下記のような理解の相違が存在していた。

すなわち、①の前提として外国法内容そのものの反公序性・異常性があることを要求すべきか、あるいは逆に要求することは許されないとみるべきなのか（以下、【議論A】と表記）、①の外国法適用結果が公序に反する、あるいは異常であるというのはどのような状態のことを指すのか（以下、【議論イ】と表記）、そして、②の内国関連性は①の判断とは別に必要とされるのか、それとも①の判断の重要な要素として必要とされるのか（以下、【議論ウ】と表記）という理解の相違である。

(1) このような相違は、本稿の検討からみる限り、【議論A】の外国法内容の反公序性・異常性を要求するかについての議論に着目することによって、相互に関連させて分析しうるように思われる。

まず、[裁判例1]の評釈や[裁判例5]の判旨に典型的に見いだされるような、通則法42条の判断において「外国法の規定内容自体を問題とするものではなく、外国法を準拠法として適用した結果が看過し難い事態」([裁判例5])になるかを問う定式のもとでは、【議論A】における議論対立は必ずしも表出しない。このことは、「はじめに」で述べた通りである。というのも、後半部分を強調することで【議論A】のいずれの立場も一応整合的に説明可能であり、前半部分である「外国法の規定内容自体を問題とするものではなく」の部分について、「外国法の規定内容を問題とするのみならず」と解釈し、法内容自体の審査の重要性も否定しなければ、法内容異常性必要説も説明可能だからである。

しかしながら、この点[裁判例5]で付されていた「外国法の内容は、それを制定した国家の主権行使の結果であって、他の国が干渉すべき事柄

ではないのであるから」といった、法内容自体の審査の可能性を否定する説明を付した場合は別である。例えばある教科書では次のような記述がみられる¹¹⁸。

「公序則は外国法の内容を非難するものではない。その内容はそれを制定した国家の主権行使の結果であって、他の国が干渉すべき事柄ではない。問題は、その外国法を日本で準拠法として適用した結果、看過しがたい事態となるということである。」

ここでは外国法内容については国家主権の観点から他国が「干渉」しえないことを理由に、公序則においても外国法内容を「非難」しえないとされ、「外国法を日本で準拠法として適用した結果」を問題とすべきとされている。仮に、「外国法内容に踏み込むこと」＝「外国法内容への非難」と理解すべきと考えた場合には¹¹⁹、【議論ア】において法内容異常性必要説に立つことが難しくなる。そしてこのような解釈を前提にすれば、自然と、【議論イ】のように「結果の反公序性・異常性」判断にのみ判断が集中するであろう。また、【議論ウ】についても、「結果の反公序性・異常性」に着目する場合には、法内容の判断とは異なり、実際に個別具体的事案に適用する作業が必要となるため、この個別具体的事案への適用過程そのものが内国関連性判断であり、あえてこの作業と切り離して内国関連性を別個に判断する必要性は少なくなる。このように、【議論ア】の法内容異常性判断の必要性に

118 道垣内・前掲書(注4)57頁。また、木棚ほか・前掲書(注4)87頁は「公序条項の発動に当たっては、外国法の内容そのものが問題となるのではなく、その適用の結果を問題とすべきである。……外国法の内容そのものを抽象的に問題とし、指弾するのではなく、事件と我が国との関連をも含めて、その具体的な適用の結果を問題とすべきである」とあり、「指弾」という語が用いられている。

これに対し、中西ほか・前掲書110頁は、「公序が発動されて準拠外国法の適用が排斥されるのは、外国法の抽象的な規定の内容がわが国の法と内容を著しく異にするというだけでは足りず、その外国法の規定に基づいて一定の請求・抗弁を認容しまたは斥けるという具体的な解決・処理をすることがわが国の私法的生活の秩序を現実害するからである」としており、法内容の異常性検討を一応の前提としているとも読める。また、櫻田ほか・前掲書(注4)[多田]149-150頁は「外国法と日本法の規定の内容が異なること」という形で内容を問題にする。

119 「外国法内容に立ち入ること」が外国法への非難となるのかについて、それが法廷地国際私法上の公序判断の一要件として行われる限りにおいてはあたらなないと思われるが、今後の検討課題としたい。

関する議論は、本稿裁判例の検討で確認された見解の相違全般に、少なからず影響を与えるように思われるのである。

他方、「結果の反公序性・異常性」に判断を集中させ、【議論Ⅰ】でみたように準拠法決定・適用プロセスにおける不都合を除去するために公序を用いることに対しては、【議論ア】における法内容異常性必要説からの批判がそのまま当てはまる。すなわち、[裁判例1]に関して法内容異常性必要説は、「外国法の内容の異常性を公序則発動の要件の1つとしなければ、準拠法の適用段階で問題となる公序則と準拠法の選定段階で問題となりうる一般的例外条項との区別が曖昧になる」としていた¹²⁰。当該評釈において引用されていたのは、次のような議論である¹²¹。

「外国法の内容的異常性を問わないと、公序則と一般的例外条項との区別が曖昧となる。個別的・具体的な事案において内国が最も密接に関連する地であっても、外国法が内容的に異常でない限り、公序則を用いて内国法の適用を導くことはできない。外国法に内容的異常性がないにもかかわらず外国法の適用結果が不当とみられるのは、たとえば当該外国法の予見を当事者に期待できないにもかかわらず、これを準拠法として指定する抵触規範そのものに起因する。このような不都合を解決する手段として（通則法15条・20条の規定を一般化する）一般的例外条項の存在を解釈論上肯定することも考えられないではない。しかし、通則法の制定に際して、このような一般的例外条項は否定されたのである。」

引用部分より、法内容異常性必要説においては、「抵触規範」たる通則法による準拠法指定が不適切であることの是正は、原則的抵触規則により指定された準拠法よりも明らかにより密接な関係がある地がある場合の例外を定める「通則法15条・20条の規定を一般化」するような「一般的例外条項」により行われるべきであるとされており、公序をその手段として用いるべきでない」と主張されている。とすれば、【議論Ⅰ】でみたような、準拠法決

120 本稿Ⅱ1.(2)(1)参照。

121 横山・前掲書(注5)99頁、なお同「家事事件における公序則の適用」野田愛子＝梶村太市編『新家族法実務大系(5)調停・審判・訴訟』(新日本法規出版、2008)491-493頁も参照。

定・適用プロセスで生じた不都合除去のための公序発動について、少なくとも、準拠法決定プロセスの問題を解決するための公序の発動が批判されることになる¹²²。この観点からも、【議論ア】の法内容異常性必要説と、【議論イ】との間には一定の関連があることが読み取れよう。

(2) そもそも、この〔裁判例5〕の判旨のような「外国法の規定内容自体を問題とするものではなく、外国法を準拠法として適用した結果が看過し難い事態」を問題とする定式は、条文の文言解釈上、形成されてきたものである。

本稿のいくつかの箇所でも触れたが¹²³、通則法42条の前身であり、同条と内容を同じくする法例33条は、平成元年改正により文言改正がなされている。すなわち、平成元年改正前法例30条は、「外国法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其規定カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキ」(下線部は筆者による)と、外国法自体が公序審査の対象となっているとも読める文言であったところ、平成元年改正において「外国法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其規定ノ適用カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキ」(改正後法例33条。下線部は筆者による)に改正されている。

かかる改正は、平成元年改正時点において学説上、具体的な適用結果に着目すべきとの解釈が一般的であったことを受けたもの、と説明されてきたのは本稿でも紹介した通りである。しかし正確には、「其規定ノ適用」、すなわち適用結果の反公序性・異常性に着目すべき点には一致があったものの、「其規定」、すなわち外国法内容の反公序性・異常性をいかに考慮するかについては、当時から争いが存在していた。そこでは、本稿でみた議論状況と同様に、法内容についても判断することを前提とする見解¹²⁴と、

122 この点、かかる目的での公序発動について、本稿で検討した評釈においては、公序の謙抑性の観点から問題提起がなされるにとどまっているが(本稿Ⅱ3.(2)(イ)参照)、外国法内容異常性必要説による、公序条項を「一般的例外条項」として用いるべきでないとの批判は今なお、検討されるべきであろう。

123 本稿Ⅰ(1)、Ⅱ1.(2)(ア)および(イ)参照。

124 例えば、殊場準一「法例30条」島津一郎編『判例コンメンタール(7)民法V(相続・渉外家族法)』(三省堂、1978年)943頁によると、次のように説明されている。

法内容について立ち入ることを否定する見解¹²⁵が存在していたのであって、平成元年改正によっても、この点が解決されたわけではなかった。つまり、本稿での【議論A】の、法内容自体の異常性をみるべきかの問題については、いまだ決着がついていない状況とみるべきであろう。

そうであるとすれば、法内容異常性をめぐる当時の議論状況はなお検討の必要があり、これを手掛かりに、本稿で明らかとなった【議論A】をはじめとした問題についての検討も進めることができるものと思われる。

検討の際には、日本における国際私法上の公序の議論に大きな影響を及ぼしたドイツの議論をも併せて参照することが有用と考えられる。というのも、本稿でみた法内容異常性必要説のような、公序発動の前提として外国法内容の異常性について考慮する見解は、かつてはドイツでの議論状況を参照してなされていたためである¹²⁶。

る。

(平成元年改正前法例30条)「の趣旨は、単にわが国法とその内容を異にする、あるいは、わが国の立場からみて好ましくないと考えられる政策を盛り込んでいる外国の法律それ自体を、そのことだけを理由として排除しようとするものではない。そのような内容を持つ外国法を、当該の事案の具体的な状況に対して適用した場合に、わが国の立場からみて許容しがたい結果をもたらす、と判断されるときに初めて反公序という認定が下されるのである。要するに、外国法の内容、およびその具体的な適用がもたらす結果、その双方の要素において反公序性がないかぎり、本条にいわゆる「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキ」には当たらない。」

- 125 例えば、池原季雄『国際私法（総論）』（法律学全集59巻、有斐閣、1973年）258頁によると、次のように説明されている（旧字体は新字体に改めた）。

「国際私法上で例外的に公序の法則が援用される場合にも、内外諸国の実質法に対する上位法としての新法の中立性は出来る限り保たれるべきものであって、この法則の趣旨も、好ましくない外国法自体を弾劾することではなく、内国を巡る渉外的私法生活における最低限の秩序を維持し、内国の社会生活秩序を守ることにとどまるべきものである。従って、公序の法則を援用するか否かの決定に当って問題になるのは、外国法の内容自体ではなくて、その適用、しかもその結果である。すなわち、その外国法を具体的な事案の解決・処理のために適用した結果が、内国の社会生活の秩序に如何なる影響を与えるかが問題である。」

- 126 日本法は、基本的にドイツ法を母法としつつ起草作業を行ったが、結果的にドイツ法とは異なる文言を採用するに至っている。すなわち、日本の立法者がゲーブハルト第2草案の公序良俗との文言を採用したが、ドイツ法はゲーブハルト第2草案から離れ、「良俗」「ドイツ法の目的」を採用した（この点につき、久保岩太郎「法

すなわち、ドイツにおいてはかつて、国際私法上の公序要件として、「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。」との規定が置かれており(1986年改正前EGBGB30条)、「良俗」「ドイツ法の目的」が文言上要件として定められていた¹²⁷。両者は起草段階から区別され、この「良俗」要件に関しては、学説上、準拠外国法の内容に着目した議論がなされていたのである。

しかしながらその後、外国法内容が異常であるからといってそれだけで公序を発動することは妥当ではないとして、議論は適用結果を重視する方向にシフトし、さらには1986年ドイツ国際私法改正により「ドイツ法の目的」「良俗」違反を問う文言から、「ドイツの基本原則と明らかに相いれない結果をもたらす」かどうかを基準とする文言に改正された¹²⁸。このような背景により、現在ドイツでは、外国法内容への着目いかにについては以

例第30条に就て」一橋論叢18巻5号(1947年)279頁、櫻田嘉章「改正前法例第30条について」法学論叢138号1=2=3号(1995年)171-178頁参照)。にもかかわらず、学説においてはしばしば、ドイツにおける「良俗」「ドイツ法の目的」の区別を前提とした議論が参照されていた(たとえば、跡部定次郎『国際私法論(上巻第2)』(弘文堂、1925年)。

127 1986年改正前EGBGB30条は次のような規定であった。

【1986年改正前EGBGB30条】

外国法の適用(Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes)は、その適用が良俗(die guten Sitten)あるいはドイツ法の目的(den Zweck eines deutschen Gesetzes)に抵触する(verstoßen)場合にはなされない。

ドイツにおける展開については、櫻田・前掲(注126)173-178頁、また簡単には拙稿「国際私法上の公序に関する1968年ドイツ連邦通常裁判所判決の成立と背景——日本民訴法118条3号に関する最高裁「基本原則」枠組み理解に向けて——」西南学院大学法学論集53巻4号(2021年)197-200頁参照。

128 1986年改正後EGBGB6条。規定内容は以下の通り。

【1986年改正後EGBGB6条】

(1) 外国法(Eine Rechtsnorm eines anderen Staates)は、その適用が、ドイツ法の基本原則(Wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts)と明らかに相いれない(offensichtlich unvereinbar)結果をもたらす場合には適用されない。

(2) 外国法は、とくにその適用が基本法と相いれない(unvereinbar)場合には適用されない。

ドイツにおける法発展については、さしあたり、Dieter Henrich(Hrsg.), Staudinger Kommentar zum BGB, Einleitung zum IPR ; Art 3-6 EGBGB, Neubearb., 2003, Art.6 (Dieter Blumenwitz), RdNr.134ff.等を参照。

前ほど大きくは議論されていない状況である。とはいえ、ドイツにおける、1986年改正前EGBGB30条の制定当時から1986年ドイツ国際私法改正に至るまでの「良俗」との文言をめぐる議論の進展は、日本における当時の議論を理解するのに役立つものと思われる。

IV. 結びに代えて

本稿では、国際私法上の公序をめぐる近時の日本の裁判例6例とそれに関する評釈を題材に、国際私法上の公序をめぐる議論を整理し、公序発動要件を再検討するための課題を検討してきた。

要約すると、裁判例および評釈からは、通則法42条の発動要件として、①外国法適用結果の反公序性・異常性と②内国関連性とが考慮要素とされるべきことは前提とされつつ、①の前提として外国法内容そのものの反公序性・異常性があることを要求すべきか、あるいは逆に要求することは許されないとみるべきなのか（【議論ア】）、①の外国法適用結果が公序に反する、あるいは異常であるというのはどのような状態のことを指すのか（【議論イ】）、②の内国関連性は①の判断とは別に必要とされるのか、それとも①の判断の重要な要素として必要とされるのか（【議論ウ】）、といった点について理解の相違があることを明らかにした。

そして、これらについての議論の背景には、外国法内容そのものの反公序性・異常性を問うことについての見解の相違があり、その相違が、「外国法の規定内容自体を問題とするものではなく、外国法を準拠法として適用した結果が看過し難い事態」を問題とする定式の中では表出していなかったこと、しかしながら外国法内容そのものの反公序性・異常性を問うかどうかの対立は、上記公序をめぐる議論に幅広い影響を与えていることから、再検討の必要があることを示した。そして再検討に際しては、この問題が平成元年改正前法例30条の文言をめぐる議論されていたことを踏まえ、当時の議論状況を、それに影響を与えていたと思われるドイツの議論を参照しつつ検討すべきとの方向性を示した。

ドイツにおいてはⅢでも触れたように、1986年国際私法改正により、「ドイツ法の目的」「良俗」の両概念をまとめたものとして「ドイツ法の基本原則」が要件とされているが¹²⁹、ここではさらに基本法(Grundgesetz)との関係が明示されるものとなっている。これは、1971年連邦憲法裁判所により下されたスペイン人事件判決¹³⁰が契機となり、憲法と国際私法の関係が、とりわけ公序要件をめぐり議論されてきたこと¹³¹を受けてのものである。

近時日本においても、ヨーロッパにおける動きを受けて、国際私法、とりわけ公序と人権規範との関係を問い直す動きが活発である¹³²。日本において公序に関し広く受け入れられている、①準拠外国法適用結果の反公序性・異常性、②内国関連性の2要素による公序判断も、かかる動きの中でどのように機能するのか、再度確認する必要があるだろう。①については例えば、外国法適用結果の「反公序性・異常性」とはどのような状態を指すのか、一般に国家的公序であってかつ民法90条の公序とは異なるとされるが、人権規範はどのような形で効力を及ぼすのか、また憲法との関係はどのようなか¹³³、といった点、②については、例えば内国関連性は公序発動のきっかけ

129 立法趣旨説明では、「ドイツ法の基本原則」とは、従前のEGBGB30条に含まれる良俗とドイツ法の目的という概念がまとめられたもの(zusammengefaßt werden)との説明がなされている(Bundestagsdrucksache 10/504, 1983, S.43.)。

130 スペイン人事件とは、離婚歴のあるドイツ人女と独身のスペイン人男との間の婚姻について、ドイツ国際私法上準拠法となった当時のスペイン法上、相手方の離婚が婚姻障害とされる結果、婚姻締結ができなくなることに對し、連邦憲法裁判所が、「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」との基本法6条1項の侵害であると判示したものである。スペイン人事件については、丸岡松雄『スペイン人事件』(木鐸社、1997年)参照。

131 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.

132 西谷祐子「国際私法における公序と人権」国際法外交雑誌108巻2号(2009年)57頁以下、林貴美「公序のヨーロッパ化および普遍化」国際法外交雑誌116巻2号(2017年)136頁以下、中西康「外国判決を承認する義務?」山本克己ほか編『民事手続法の現代的課題と理論的解明』(弘文堂、2017年)425頁以下など。

133 国際私法とりわけ公序と憲法との関係についての論稿として、たとえば、君塚正臣「法例(国際私法学)における「公序」論の憲法学的検討——法例33条と憲法学の交点について」東海大学文明研究所紀要19巻(1999年)39頁以下、伊藤敬也「涉外

となる価値準則（規範）が何であるかにより異なりうるのか、といった点が問題となるが、現在の議論では十分な答えを示していないように思われる。今後の検討においては、これらの議論の発展をも注視し研究を進めていくこととしたい。

訴訟における国際私法上の公序良俗と憲法（1）」青山法学論集44巻1号（2002年）104頁以下、山内惟介「国際私法と憲法との関係に関する一考察——公序条項の法律要件解釈をめぐる素描的検討」法学新報120巻1=2号（2013年）715頁以下など。