

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——

釜谷真史

- I. はじめに
- II. BGH1968年9月17日判決の内容
- III. BGH1968年9月17日判決の背景——RG1905年3月21日判決の存在
- IV. 考察——日本の議論への示唆
- V. 結びに代えて

I. はじめに

本稿は、国際私法上の公序に関するドイツ連邦通常裁判所 1968 年 9 月 17 日判決およびその背景を検討することを通じ、日本の外国判決承認要件としての公序に関する最高裁判断枠組みの理解に向けての視座を得ようとするものである。

(1) 民事訴訟法（以下、民訴法とする）118条3号に定める外国判決承認要件としての公序に関しては、カリフォルニア州裁判所による懲罰賠償を命じる判決の承認執行を拒絶したいわゆる萬世工業事件最判（最判 1997 年 7 月 11 日民集 51 卷 6 号 2573 頁）が次のように、外国判決が「我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念に相いれ」るか否かを基準とする枠組み（以下では「基本原則」枠組みとする）を採用している¹。

1 詳しくは、拙稿「外国判決承認執行要件としての公序に関する最高裁『基本原則』枠組みの再検討——懲罰賠償に関する萬世工業事件判決および当時の学説の分析を通じて」西南学院大学法学論集52卷3=4号（2020年）45頁以下参照。

「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右条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、その外国判決は右法条にいう公の秩序に反するというべきである」

その後、代理出産依頼母と子との間の親子関係を認めるネバダ州裁判所命令の承認が問題となった平成19年最決(最判19年3月23日民集61巻2号619頁)でも「基本原則」枠組みが用いられており²、近年では手続公序に関してもこの枠組みによる判断が踏襲されている³。

この点、これら萬世工業事件および代理母事案の下級審においては「あくまでも具体的事案について、当該外国判決の認定事実を前提としつつ……我が国の社会通念ないし道徳観念上真に忍びない過酷な結果がもたらされる」かどうかを判断すべき(萬世工業事件高判)、あるいは「個別のかつ具体的内容に即した検討をしたうえで」「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……に混乱をもたらすことがない」かを判断すべき(代理母事案に関する高決)として、いずれも個別具体的審査が正面から要求されている。

ところが上記2つの最高裁判断においては、「基本原則」枠組みを基礎とし、「我が国の基本原則ないし基本理念」が何であるかの探求が行われるのであって、そこでは個別具体的審査の度合いは大きく低減するものとなっている⁴。そのため、これら最高裁判断に関しては、個別具体的審査をなすべきとの点が、近年しばしば解釈上要求されている内国関連性要件とも関

2 詳しくは、拙稿「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——」西南学院大学法学論集51巻3=4号(2019年)191頁以下参照。

3 最判平成31年1月18日民集73巻1号1頁。外国判決が「民訴法118条により我が国においてその効力を認められるためには、判決の内容及び訴訟手続が日本における公の秩序又は善良の風俗に反しないことが要件とされているところ」として、「訴訟手続」について「基本原則」枠組みによるべきことを明示している。

4 萬世工業事件最判に関して拙稿・前掲萬世工業論文(注1)73-75頁、代理母最決に関して拙稿・前掲代理母論文(注2)203-210頁参照。

連付けて批判されてきたところである⁵。そもそも、外国判決承認要件としての公序については、学説上、法の適用に関する通則法（以下、通則法とする）42条の定める国際私法上の公序と平仄を合わせ、解釈上、①外国判決を承認した結果の異常性と、②事案の内国関連性の2つを要求することが一般化している。最高裁の「基本原則」枠組みがかかる学説の中でどのように位置づけられるのかの検討も求められるところである。

（2）日本の外国判決承認執行制度はドイツ法を母法とする⁶こともあって、萬世工業事件最判が下されるよりも前の時点で、懲罰賠償を命じる外国判決の承認の議論に関し、ドイツ法の状況を紹介する論稿がみられていた。たとえば次のように、ドイツにおいては外国判決承認要件としての公序を定める、ドイツ民事訴訟法（以下ZPOとする）328条1項4号に関し、規定上、「ドイツ法の基本原則」との合致いかがが基準となることが紹介されていた⁷。

「ここでも有益なのは、伝統的に日本の民事法のモデルを提示してきた大陸ヨーロッパ、特にドイツの議論である。

ZPO328条1項4号は『(外国)判決の承認がドイツ法の基本原則と明らかに合致しないという結論に至るとき、特に承認がドイツの基本権と合致しないとき』その外国判決の承認は拒絶されることを定める。それゆえに、この公序要件の審査で引き合いに出されるのは、抽象的にはドイツ法（秩序）の基本原則、憲法上の基本権、ドイツ法の基本思想等である。」

さらに萬世工業事件最判が下される約5年前に下されていた、同じく懲罰賠償を命じる米国判決の承認執行に関するドイツ連邦通常裁判所の判決

5 この点の詳細につき、拙稿・前掲萬世工業論文（注1）75-79頁、同・前掲代理母論文（注2）206-210頁参照。

6 拙稿「日本における外国判決承認執行制度の起草過程とドイツ法——公序要件と実質的再審査禁止原則との関係再考の準備作業として——」西南学院大学法学論集53巻1号（2020年）85頁以下参照。

7 吉野正三郎＝安達栄司「米国の懲罰的損害賠償判決の日本における執行——萬世工業事件控訴審判決——」判タ828号（1994年）96頁。

についても、日本において、下級審判断も含め詳細に紹介されていた⁸。このドイツ連邦通常裁判所1992年6月4日判決(以下、BGH1992年判決とする)⁹は、外国判決承認要件としての公序の枠組みに関して次のように「ドイツ法の基本原則」さらに「そこに含まれる正義の観念」を基準として判示している¹⁰。

「実体公序に関して、仮にドイツの裁判官が審理したとして、ドイツ強行法に基づき(aufgrund zwingenden deutschen Recht)外国裁判所が下したのとは異なる結論に至っていたであろうというだけでは、これに相いれない(unvereinbar)とされるものではない。むしろ、外国法の適用の結果がドイツ法の基本原則(den Grundgedanken der deutschen Regelungen)およびそこに含まれる正義の観念(der in ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen)に、内国の観念からみて耐え難いほどに(nach inländischen Vorstellungen unertragbar erscheint)、著しく相いれない(in so starkem Widerspruch steht)かどうかが基準となる。」(下線は筆者による)

(3) このBGH1992年判決において引用されているのは、ドイツ連邦通常裁判所1968年9月17年判決(以下、BGH1968年判決とする)¹¹である。BGH1968年判決は国際私法上の公序、すなわち民法施行法(以下、EGBGBとする)30条の解釈について、次のように判示していた¹²。

「ドイツ法の目的に対する違反(ein Verstoß gegen den Zweck des deutschen

8 吉野正三郎=安達栄司「ドイツにおける米国の懲罰的損害賠償判決の執行をめぐる諸問題——最近のドイツ連邦最高裁判所判決から」ジュリスト1027号(1993年)112頁以下は、萬世工業最判前に1992BGH判決を正面から取り上げており(なお萬世工業事件最判後のものとして、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」NBL630号(1997年)43頁以下がある)、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)882頁ではその下級審判決(デュッセルドルフ上級裁判所判決を分析する)。

9 BGHZ 118, S.312-351.

10 A.a.O.(Anm.9), RdNr.56.

11 BGHZ 50, S.370-378.

12 A.a.O (Anm.11), RdNr.13.

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

Gesetzes) とされる基準はむしろ(eher), 外国法の適用の結果がドイツ法の基本原則 (den Grundgedanken der deutschen Regelung) およびその背後にある正義の観念 (der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen) に、内国からみて耐え難い (von uns für untragbar gehalten wird) ほどに、著しく相いれない (in so starkem Widerspruch steht) かどうかに着目すべきである。」(下線は筆者による)

もともと、ドイツにおいては外国判決承認要件としての公序が国際私法上の公序と平仄を合わせた形で規定、解釈されており、BGH1968年判決が下された当時は、それぞれ次のような規定であった。

【旧 EGBGB30 条】

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。

【旧 ZPO328 条】

(1) ④外国判決の承認が良俗またはドイツ法の目的と抵触する場合

そしてBGH1968年判決は、当時のEGBGB30条の「ドイツ法の目的」の解釈として、「ドイツ法の基本原則」を明確に枠組みとして示した判決である。そして、上記引用で下線を付した「むしろ」との表現からわかるように、国際私法上の公序に関するそれ以前の解釈を変更した判決でもある。

旧EGBGB30条、および同様の規定をもつ旧ZPO328条1項4号はその後、1971年5月4日に連邦憲法裁判所が下したいわゆるスペイン人事件判決¹³を契機に、以下のように、基本法(Grundgesetz)との関係をも明示した形で1986年に改正されている。

【1986年改正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 desdeutschen 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。

13 BVerfGE 31, S.58-87. スペイン人事件判決については、丸岡松雄『スペイン人事件』(木鐸社、1997年)参照。

(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。

【1986年改正ZPO328条】

(1) ④判決の承認が、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、とくに承認が基本法と相いれない場合

このように、1986年改正EGBGB6条、ZPO328条1項4号いずれにおいても、上記BGH1968年判決で打ち出された「ドイツ法の基本原則」が文言上も正面に現れる規定となっている。この1986年改正法のもとでも改正前の解釈はそのまま妥当するとされており¹⁴、BGH1968年判決の枠組みはいまなお生きている¹⁵。

(4) そこで本稿においては、「ドイツ法の基本原則」を枠組みに明示的に取り込んだBGH1968年判決が、どのような経緯で下されたのかを検討することにより、日本の外国判決承認要件としての公序に関する最高裁「基本原則」枠組みの理解に向けての視座を得ることとしたい。

以下では、BGH1968年判決の内容を概観し(Ⅱ.)、当該判決の背景について検討を加えたい(Ⅲ.)、日本法と比較しながら検討を加えることとする(Ⅳ.)。

14 BT-Drucks. 10/504, S.42, Hans Jürgen Sonnenberger (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd.7, 1990, Art.6 (ders.), RdNr.1, Gerhard Lüke(Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung Bd.1, 2000, Art.328 (Peter Gottwald), RdNr.93, Dieter Henrich(Hrsg.), Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Art 3-6 EGBGB, 2013, Art.6 (Markus Voltz), RdNr.2. 内容的に、外国判決がドイツ法の「基本原則(den wesentlichen Grundsätzen)」と明らかに相いれないことを明確にしたとするものとして、Stein=Jonas(Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 21.Aufl., 1998, Art.328 (Herbert Roth), RdNr.125, ders., Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 22.Aufl., 2006, Art.328(ders.), RdNr.100.

15 なお、Wolfgang Hau/ Roman Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar 56.Aufl., 2020, EGBGB Art.6 (Lorenz), RdNr.14においては、「ドイツ法、基本法の基本原則と明らかに相いれないこと」とは、「単にドイツ法の強行法規の適用結果との単純な相違では不十分」であるとして、上記、懲罰賠償に関するBGH1992年判決を、「常に用いられるBGHの定式」として示している。

II. BGH1968年9月17日判決の内容

1. 事案

X女（ドイツとイタリアの国籍を有する）はA男と婚姻関係にあり、子B1（1953年生まれ）・B2（1957年生まれ）をもうけていたが、1964年3月に離婚判決を得て離婚した。X女はA男と婚姻中であった1962年、1964年にそれぞれ子Z1・Z2を出産しており、Z1らの父親はY男（イタリア国籍）であった。X女はA男と離婚した後、1964年12月にY男と再婚し、さらに1965年2月には子Z1について、同年5月には子Z2の非嫡出性を確認する判決を得た。夫婦による、Z1・Z2は自らの婚姻前の子であるとの申立てにより、1965年10月14日に後見裁判所（ゲッティンゲン区裁判所）は、XYの婚姻により子らの婚姻準正が成立した旨確認する2決定を下した。

ところがその後、後見裁判所は県知事（Regierungspräsidenten）の申立を受け、1966年3月19日に上記1965年の準正確認命令を取り消す決定（以下、本件決定とする）を下した。その理由としてあげられていたのは、子の父の本国法主義をとるEGBGB22条1項によるとイタリア法が準拠法となるが、イタリア法によると、婚姻外関係において生まれたいわゆる姦生子（Ehebruchskind）の準正は認められていないという点であった。

XYは抗告したが、1966年6月7日にゲッティンゲン地方裁判所はこれを棄却した。同地裁は本件決定の上記判断を確認したうえで、補充的に、イタリア法上の姦生子に対する婚姻準正を禁じるイタリア法の適用は、ドイツの公序（旧EGBGB30条）に反しないとした。

これに対しXYが再抗告した。

ツェレ上級地方裁判所は、イタリア法上の姦生子に対する婚姻準正を禁じる規定の適用が、「ドイツ法の目的」に反するとの見解にたった。しかしながらかかる判断は、オランダ法の同様の規定が、たとえ内国関連性が強い場合であっても国際私法上の公序（旧EGBGB30条）により排除されないとした、フランクフルト上級地方裁判所の1956年2月28日判決に抵触するため、ツェレ上級地裁は1966年12月6日、本事案を連邦通常裁判所

(Bundesgerichtshof : 以下 BGH とする) に呈示した。

2. 判旨

(1) BGH はまず準拠法となったイタリア法について次のように述べる¹⁶。すなわち、イタリア民法上、準正は両親双方からの有効な認知が必要であるとする(イタリア民法 280 条, 281 条)。姦生子の場合、懐胎時に婚姻関係になかった親からは認知が可能であるが(同 252 条 1 項)、婚姻関係にあった親からは、当該婚姻が他方配偶者の死亡により解消された場合には認知が可能であるという(同 252 条 2 項)。

イタリア法は死亡による婚姻解消のみを認めており(同 149 条 1 項)、本件のような離別については規定がおかれていない。もっとも、イタリアの判例・学説においては、準正は、当該婚姻関係が、承認された外国離婚判決により解消される場合にも認められるとされており、外国離婚判決は、外国人間でなされた民事婚を離婚するものである場合には承認されるという。この点、本件では、XA 間の離婚に関してこの要件が満たされているものの、次に、解消された婚姻関係において未成年の嫡出子が存在するという場合には大統領布告(Decret des Staatspräsidenten)が必要であるとの規定(同法 252 条 3 項 C.c 号)に反するという。結局、本件では X は前夫 A との間に B1・B2 という未成年の子がいるため、イタリア法上、子 Z1・Z2 の認知及び準正は認められないと判示する。

(2) 次いで BGH は、旧 EGBGB30 条が適用されるかが本件の争点であり、「ドイツ法の目的違反(einen Verstoß gegen den Zweck des deutschen Gesetzes)」をフランクフルト上級地方裁判所と異なる形で理解しているツェレ上級地裁の見解に賛同すべきと述べる¹⁷。そして、「イタリア法の適用がその目的に反することになるドイツ法」とは、準正に関する民法の規定であり、ドイツ法上準正は BGB1719 条により、すべての婚姻前に出生した

16 A.a.O.(Anm.11), RdNr.11.

17 A.a.O.(Anm.11), RdNr.12.

子に対して、姦生子であるかどうかに関わらず認められていることを確認する。

その上で、旧 EGBGB30 条の解釈について、次の通り判示する¹⁸。

(ア) ドイツ法上の準正規定が「イタリア法と相違するというのみ (die bloße Verschiedenheit) で、EGBGB30 条の留保条項の適用が正当化されるわけではない。むしろ、ドイツ国際私法の定める抵触規則により準拠法とされる外国法が、原則として (grundsätzlich) 尊重されなければならない。外国法の適用が禁じられるのはただ、適用の結果が、とくに重大な形で (in einer besonders schwerwiegenden Weise)、ドイツ法の意義と目的 (Sinn und Zweck) と相いれない (widerspricht) 場合に限られる。」

(イ)「ライヒ最高裁判所 (Reichsgericht) のよく知られた定式 (Formel) は、「当該外国法がよりどころとしている国政上および社会的見地と、当該外国法と競合する (konkurrierende) ドイツ法のそれとの間の相違が、当該外国法の適用を通じてドイツの国政上、あるいは社会的生活の基礎を損なうほどに著しい」かどうかに着目するが、この定式は今日では一般的に、狭すぎる (zu eng) ものとして評価されている。」

(ウ)「ドイツ法の目的に対する違反 (ein Verstoß gegen den Zweck des deutschen Gesetzes) の認定基準としてはむしろ (eher)、外国法の適用の結果が、ドイツ法の基本原則 (den Grundgedanken der deutschen Regelung) およびその背後にある正義の観念 (der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen) に、内国からみて耐え難い (von uns für untragbar gehalten wird) ほどに著しく相いれない (in so starkem Widerspruch steht) かどうかに着目すべきである。本件ではこれが認められる。」

このように BGH は、(ア) 旧 EGBGB30 条の適用に際しては単に準拠外国法と内国法との間に相違が存在するだけではその適用は正当化されず、「とくに重大な形で」「ドイツ法の意義と目的に相いれない」ことが必要であると、(イ) その判断枠組みとして当時用いられていたライヒ最高裁判所 (Reichsgericht : 以下 RG とする) による定式が「狭すぎる」と評されているに言及し、(ウ) この RG の定式に代えて新たに、「外国法の適用の

18 A.a.O.(Anm.11), RdNr.13.

結果が、ドイツ法の基本原則およびその背後にある正義の観念に、内国からみて耐え難いほどに著しく相いれないか」との枠組みを採用するとしている。

(3) このBGHの新たな枠組みに基づき、BGHは次のようにあてはめを行っている。

(a) まず、イタリア法上の姦生子に対する準正禁止は、カノン法に由来し、家族と婚姻の純粋性を制度的に保護することを目的としているところ、この目的自体はドイツ法と調和的(基本法6条1項参照)である。しかし、姦生子の準正の禁止という方法は、罪のない子を犠牲にして目的を達成しようとするものであり、イタリアにおいてですらこの禁止を緩和しようとの動きがあることに触れる¹⁹。その上で、BGHは次のように述べる。

「ドイツ法の観点からは、姦生子の準正の禁止は、子を不当に不利に扱い差別するもの(eine nicht gerechtfertigte Benachteiligung und Diskriminierung)である。

基本法はすべての非嫡出子を嫡出子と同様に扱うことを要求している(基本法6条5項)。この憲法上の要請の根底にある基本法の価値(die in diesem Verfassungsauftrag liegende Wertung des Grundgesetzes)は、ドイツ連邦共和国における近時の法発展の根本思想(den Grundanschauungen der neueren Rechtsentwicklung)に属する。準正という法的利益を一定のグループの非嫡出子に与えないという形で、非嫡出子の間に区別を設ける準正規定の適用は、ドイツの法的規律と相いれない(unserer gesetzlichen Regelung widersprechen)のみならず、ドイツ憲法に定められる価値と直接的に相いれない(den von unserer Verfassung gesetzten Wertungen direkt zuwiderlaufen)ものである。

不貞行為を行った当事者に再婚を認めつつ、他方で、その不貞行為から生まれた子に、その当事者によりなされた婚姻における嫡出子の地位を認めないということは、ドイツの視点からは、一貫性に欠け、かつ耐え難いものである(inkonsequent und untragbar)と思われる。かかる[イタリア法上の]規律が、婚姻と家族の保護に資するような抑止効果(Abschreckungswirkung)を果た

19 A.a.O.(Anm.11), RdNr.14. フランスでも同様の動きがあり、1956年7月5日の改正法を通じて、不貞行為を行った男性の子の準正が制限なく(uneingeschränkt)認められることになっていることにも言及されている(Ebd.)。

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

すことは期待しえない。むしろ、子らが、自らの両親の不貞行為に対する罰を、嫡出子の地位が与えられないとの形で受けるということになるのである。』

このようにBGHはドイツとイタリアの法的規律自体を考察し、ドイツ基本法上、非嫡出子と嫡出子の同等取扱いが要請されており、この要請の根底にある価値が、近時の法発展の根本思想であることを明らかにしたうえで、不貞行為を行った親の再婚を認めつつ、その不貞行為から生まれた子には、他の非嫡出子から区別して準正という法的利益を与えないとすることは、ドイツ法から見て耐え難いものであるとする²⁰。

(b) かかる一般的考察に続けて、判旨は具体的考察に入る²¹。はじめに、日本でも公序要件に対し解釈上要求されることが近時一般的となっている、いわゆる内国関連性要件について言及する。

「いかなる場合も (jedenfalls), ドイツ公序違反は、内国関連性 (Inlandbeziehungen) が存在する場合でなければならない。この家族はドイツに居住している。母親は常にドイツに居住しており、イタリア国籍のほかにドイツの国籍をも有している。父親は長年ゲッティンゲンにおいて定職に (einer geregelten Tätigkeit) 就いている。」

判旨はこのように述べ、家族の居住地、両親の国籍、さらに父親の勤務地に言及し、ドイツとの関連性が高いことを認定している。

次いで判旨は、本件Xの前夫Aとの子であるB1・B2をめぐる状況について言及する。

「母の前婚から生まれた嫡出子らの利益が、本件子Z1・Z2の準正により何

20 A.a.O.(Anm.11), RdNr.15. 判旨はこれに続き、両親が有効に再婚し、自らの子らと共同生活を送っているのに、この子らが嫡出子として認められないままであるということは、ドイツにおける家族の一体性との観念に相いれないことにも触れている (Ebd.,)。また、イタリア法上、前婚から生まれた子が未成年である限り準正を認めないとの点についても、上記判断を左右するものではないとも述べられている (A.a.O.(Anm.11), RdNr.16)。

21 A.a.O.(Anm.11), RdNr.17.

らかの影響を受けることを示すものは何ら存在しない。前婚により生まれた嫡出子らは後見資料(Vormundschaftsakten)の内容に従って他の地で生活している。その他の点において、すべての子らが新たな家族共同体において直面するであろう衝突や困難(Konfliktsituationen und Schwierigkeiten)は、子Z1・Z2の準正を禁じ、非嫡出子の身分を維持させるという方法によって解決されるわけでも、緩和されるわけでもない。このような状況では、準正を禁止することは何者にも利益をもたらさない。」

このようにZ1・Z2の準正を認めることがB1・B2に何らの影響を与えない旨述べる。また本件に関係する子ら(Z1・Z2, B1・B2)が困難に直面することは認めつつも、それがZ1・Z2の準正を禁じることでならん状況を緩和するものではなく、むしろ準正禁止が誰にとっての利益にもならないとする。

(c) これらを前提に、判旨は結論を導く。

「そうであるとすれば、ドイツにおいては婚姻前の子がすべて区別なく準正されるということが確立した法学的見解なのであり、そのドイツにおいてドイツ人のように生活する家族に[準正を]禁止するということは、耐え難いとみなされなければならないほどに(sie als untragbar angesehen werden muß),ドイツの正義観念(so sehr gegen unsere Gerechtigkeitsvorstellungen)に抵触する(verstößt)ものである。」

すなわち、ドイツ法の一般の見解、すなわち姦生子を含めすべての子に準正を可能とする見解(上記(a))を前提にすると、事案との内国関連性が存在し(上記(b)前半)、本件子Z1・Z2の準正を認めることにより新たに生じる不都合は、関連当事者であるB1・B2に対しての関係でも認められないという状況(上記(b)後半)のもとで、子Z1・Z2の準正を認めないことは、「耐え難いとみなされなければならないほどに、ドイツの正義観念に抵触する」と結論付けるのである。

こうしてBGHは、本件決定が取消しの対象としていた、1965年10月14日の、後見裁判所(ゲッティンゲン区裁判所)によるZ1・Z2の婚姻準正を

認める2決定の結論を支持し、本件決定およびこれを確認した1966年6月7日ゲッティンゲン地裁決定を取消した。

3. 小括

BGH1968年判決は、1. (3) でも述べたように、外国判決承認要件としての公序(旧ZPO328条1項4号)ではなく、文言をほぼ同じくして規定されている、国際私法上の公序(旧EGBGB30条)に関して判示するものであった。BGHの「外国法の適用の結果が、ドイツ法の基本原則およびその背後にある正義の観念に、内国からみて耐え難いほどに著しく相いれないか」との枠組みは、その当時普及していた、RGによる「当該外国法がよりどころとしている国政上および社会的見地と、当該外国法と競合するドイツ法のそれとの間の相違が、当該外国法の適用を通じてドイツの国政上、あるいは社会的生活の基礎を損なうほどに著しい」かどうか、との定式が「狭すぎる」として²²、これを広げるものとして導入されたものであった²³。

このBGH1968年判決が前提とし、さらに変更したRGの判決は、RGにより1905年3月21日に下されたものである²⁴。そこで次章では、このRGの「定式」(以下、1905年RG定式とする)がどのようなものなのかを検討しよう。

Ⅲ. BGH1968年9月17日判決の背景——RG1905年3月21日判決の存在

1. 事案

マンチェスター在住のX(原告)はグライツ在住のY(被告)に対し、納入済の綱に関する代金支払を求めて訴え提起した。これに対し、Yは複数

22 行き過ぎであるとの評価をするものとして、たとえば、*Leo Raape*, EGBGB Art.30, in: *Theodor Loewenfeld(Hrsg.)*, Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 1929, S.815-816.

23 *Dieter Martiny*, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Bd.3/1, Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach autonomen Recht, 1984, RdNr.995.

24 RGZ 60, S.296-300.

の債権による相殺を主張した。これらの債権は、ベルリン所在の訴外A社が、当時マンチェスターに所在した訴外B社に対し有していた債権を、YがA社から譲り受けたものであった。Xは、B社の事業を積極財産・消極財産ともに承継し、B社の商号に「Limited」を付した上で事業を営んでいた。

Yは、イギリス法、あるいはEGBGB30条経由で(in Verbindung mit)ドイツ商法25条1項により、事業承継前のB社の債務を負う旨主張した。下級審であるグライツ地方裁判所(Landgericht:以下LGとする)、およびイエナ上級地方裁判所(Oberlandesgericht:以下OLGとする)はYの主張を退けたものである。これに対し、RGは以下のように述べ、上告を棄却した。

2. 判旨

(1) RGは前提として、OLGの判示部分、すなわちB社と締結した事業承継契約(Geschäftsübernahmevertrag)により、事業承継前のB社の債権者に対し直接、義務を負うかどうかという問題について、イギリス法を準拠法とし、イギリス法によるとかかる義務は存在しない旨判示した点について確認する。その上でRGは、前半は国際私法の原則により正当であり、後者は外国法が妥当するのであるから上告審では審理しえないとした²⁵。

次いでRGは下級審の判断について触れる。すなわち、LGが、旧EGBGB30条の適用可能性、すなわちイギリス法がドイツ商法25条の目的に抵触し、それゆえドイツ商法典の法文が決定的であるのかという点を否定しており、OLGもこれを正当としていたことを確認する。そして、LGの理由付けについても次のように確認する²⁶。

25 A.a.O.(Anm.24), S.297. なお、イギリス法の解釈部分について上告審で審理しえないとする点について、現行ドイツ民訴法(ZPO)545条1項は「上告は、裁判が法規違反を理由とする場合にのみなしうる」と定めており、外国法やその具体的な解釈については、上告審では主張されえず、外国法の存在とその内容について事実審の判断が原則として拘束力を持つとされている。Zöller, Zivilprozeßordnung, 33.Aufl. (2020, online), Art.545 (Heßler) RdNr.8.

26 A.a.O.(Anm.24), S.297-298. ドイツ商法25条は次のような規定であった(Karl Fechner, Handelsgesetzbuch, 1898, S.8-9, 神戸大学外国法研究会『独逸商法(1)〔復刻版〕』(有斐閣,1956年:原書は1938年)に依拠し、また口語訳するに際し、法務省大臣官房司法法制部「法務資料第465号:ドイツ商法典(第1編~第4編)」(2016年)〔高橋美加〕を参考にした)。

「LGはその理由付けにおいて、ドイツ商法25条は、[1項で事業取得者が、従前の商号使用を継続する場合に、従前の事業主のなした事業から生ずるすべての債務に対する責任を負わせるものであるところ：筆者注]、2項において、事業取得者の責任が、一定の措置を講じることで排除されうることからして、1項は強行規定(zwingende Vorschrift)でないことは明らかであること、したがって、事業取得者の直接責任の原則(das Prinzip der direkten Haftung des Geschäftserwerbers)を持たない外国法は、当該外国法の適用が内国法交通の安全のために(zur Sicherung des inländischen Rechtsverkehr)排除されなければならないほどにドイツ法と抵触する、ということとはできないこと、そしてまた、イギリス法の適用においてYの既得権が害されるともいえない、と判示している。」

(2) RGは、上記のようなLGのドイツ商法25条の解釈に仮に疑念がある(bedenklich)としても²⁷、LGやOLGが下した結論、すなわち旧EGBGB30条が本件においては適用されないと結論に賛同する旨述べる。その理由について、次のように(i)旧EGBGB30条の無制限な適用のもたらす帰結と問題点を示した後、(ii)かかる解釈は同条の成立過程からは否定されることを述べる。

(a) RGはまず、旧EGBGB30条の文言が多義的であり、準拠外国法の適

【ドイツ商法】

25条(1) ①生存中に事業を引き継いだ者で、従前の商号の使用を継続する者は、承継関係を示す付加語を使用している場合もそうでない場合も、従前の事業主のなした事業において生じた一切の債務について責任を負う。

②従前の事業主またはその相続人が明示的に商号の継続使用に同意していた場合、事業に起因する債務は債務者に対しては事業の取得者に移転されたものとみなす。

(2) これと異なる合意は、商業登記簿に登録及び広告された場合か、あるいは取得者又は譲渡人が第三者に通知した場合に限って、第三者に対し効力を有する。

(3) 商号の使用が継続されない場合、事業の承継者は、特別な債務負担根拠が存在する場合、特に承継者が債務の引き受けを商慣習法上の方法において広告した場合にのみ、従前の事業場の債務についての責任を負う。

27 判旨においては、25条2項も1項同様、取引の安全を目的にしたものであると考えた場合は、必ずしも2項が1項の例外とはいえないことになり、したがって2項が、1項が強行規定でないことを基礎づけるための理由にはならない可能性が示されている(A.a.O.(Anm.24), S.298)。

用がドイツ法と抵触するような場合には、あまねく当該外国法の適用が否定されるような解釈も可能であることを認める²⁸。

「文言上、外国法の適用におけるドイツ法の目的との抵触を要求している限りにおいて、この規定は不明確かつ多義的 (unbestimmt und mehrdeutig) である。というのも、あらゆる法は目的を有しているのだから、文言のみを考慮すれば (bei alleiniger Berücksichtigung des Wortlautes)、外国法の適用がドイツ法と相いれず抵触する事例においては、外国法がまったく適用されえないことになりうるからである。」

その上で、かかる解釈は法が望むところではないという。仮にそのような解釈を取るのであれば、これは通常の間際私法のありかたを著しく破壊するものであるから、立法者はその意思を一義的に示すべきであるところ、旧 EGBGB30 条の条文の構成 (Fassung) からみても、また成立過程にかんがみても、立法者のそのような意図は示されていないというのである²⁹。

(b) このように旧 EGBGB30 条の無制限な解釈ができないとする根拠として、RG は、同条の条文構成および成立過程を挙げている。

まず、ゲープハルト草案においてすでに、本来は外国法が準拠法となるべき場合において、問題となる内国法に内在する道徳的、経済的、あるいは政治的な動機 (sittlichen, wirtschaftlichen oder politischen Motive) が、当該内国法の排他的適用を求めているかが、個々の事案ごとに判断されなければならないとされていることが紹介される。

それに続き RG は、民法典制定第2委員会での議論について紹介している。すなわち、まず第2委員会においては、内国の見解と法文 (den einheimischen Anschauungen und Rechtssätzen) のうちの多くが、これと対立する外国法が内国で承認されず、適用されなくなるほどに基本的な性格を有している (so grundlegender Natur) という点について、合意が存在していたのであって、この規定をどのように構成するかのだけがはっきりしない状態であった点である。一方では、考慮されるべき事例をすべて包含

28 A.a.O.(Anm.24), S.298.

29 Ebd.

できるほどに、文言を十分に広範なものとしようとする要請、他方では、一般抵触規則³⁰それ自体が疑問視されるほどに広げるべきでないとの要請があったという。

次に、第2委員会が結果的に、ゲープハルト第2草案で用いられていた「公序に反する (gegen die öffentliche Ordnung) 場合」との文言を、これがあまりに漠然としていて、無制限であり、誤解を招きやすい (zu unbestimmt, zu unbegrenzt und irreführend) という理由で削除し、代わりに「ドイツ法の目的に反する (gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes) 場合」との文言を採用したことに言及する。当該文言の採用に関しては、この規定があるドイツ法の目的の中に準拠外国法の排除 (Ausschließung) が含まれる場合には、当該外国法は適用しないという意味である旨、強調されていたことも援用する。

その上で、内国法が排他的に適用 (ausschließliche Geltung) されるべきの判断について、第2委員会においては、立法者があらかじめ、すべての個々の法文に対して定めることは不可能であり、それゆえ裁判官は、問題となった事例において審査を行わなければならない、その際には法の目的³¹への指示 (die Hinweisung auf den Zweck des Gesetzes) が、裁判官に信頼できる手がかり (einen verlässlichen Anhalt) を与えるとされていた点を紹介している。

(3) 最後に結論として、RG は次のような定式を掲げる³²。

「したがって、30条は、良俗違反が明らかな場合を除き、国際私法によって準拠法とされる外国法の適用は、当該外国法がよりどころとしている国政上

30 原文は「これに先行する条文の法文 (die Sätze der vorhergehenden Artikel) 」 (A.a.O.(Anm.24), S.299) 。

31 議事録によると、動議として「外国法は、その適用がドイツ法を通じ、その文言と目的により排除される場合には適用されない」(下線は筆者による)との提案がなされていたところ、「目的」と並んで法の「内容」とすべきであるかについては編集上の問題であるとされている。Benno Mugdan (Hrsg), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1.Bd. (1899), in: Mugdan Gesamte Materialien zum BGB, 5.Bd. (2005), S.305.

32 A.a.O.(Anm.24), S.299-300.

および社会的見地 (den staatspolitischen oder sozialen Anschauungen) と、当該外国法と競合する (konkurrierende) ドイツ法のそれとの間の相違が、当該外国法の適用を通じてドイツの国政上、あるいは社会的生活の基礎 (die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens) を直接 (direkt) 損なうほどに著しい場合に、国際私法により基準となる外国法の適用が禁じられる、との意味において理解されなければならない。」

また、旧 EGBGB30 条が適用された効果として、外国法が適用されなくなり、内国法が適用されることになるとも述べる³³。

そのうえで RG は、上記定式の本件へのあてはめを行い、ドイツ商法 25 条にはこのような排他的な適用が認められないとした。ドイツ商法 25 条が事業承継者の直接責任を認めているが、これは、あくまでも取引安全の見地 (Verkehrsanschauung) から設けられた合目的規定 (Zweckmäßigkeitvorschrift) に過ぎないのであって、社会政策的にみて (sozialpolitisch)、イングランドで行われた事業承継に対し、事業承継者の直接責任の制度を持たないイギリス法の適用を排除すべきというほどの顕著さ (Erheblichkeit) は見いだせないというのである³⁴。

3. 小括

1905 年 RG 定式は、旧 EGBGB30 条の「ドイツ法の目的に反する場合」との文言に関して判示されていたものであった。もともとその文言上、準拠外国法の適用がドイツ法と抵触するような場合にはすべて、「ドイツ法の目的に反する」とする無制限な解釈も可能であった。しかし RG は、このような、通常の——一般抵触規則を通じ準拠法を決定する——国際私法のあり方を著しく破壊するような解釈は、立法者がその意思を一義的に示した場合でなければならないとする。

RG は、成立過程の議論に遡り解釈の指針を探る。グープハルト草案段階においてすでに、問題となる内国法が道徳的、経済的、あるいは政治的な動機により排他的に適用されるかが、個々の事案ごとに判断されるべきと

33 Ebd.

34 A.a.O.(Anm.24), S.300.

されていたことを示す。そして、民法典制定第2委員会においては、①内国の見解および法文の多くが、外国法適用を認めないほどに基本的な性格を有するというには合意があるものの、これをどのように条文化するかについては明確化できなかったこと、②結果的に「公序に反する」との文言は誤解を招きやすい等の理由で「ドイツ法の目的に反する場合」との文言に修正され、この規定は、当該内国法の目的の中に準拠外国法の排斥が含まれる場合に、この準拠外国法を適用しないことを意味すると強調されたこと、このような内国法の排他性の判断は、裁判官が個々の事例において、法の目的を手がかりにして審査すべきとされたことを確認していた。

このように、1905年RG定式、すなわち、「良俗違反が明らかな場合を除き、国際私法によって準拠法とされる外国法の適用は、当該外国法がよりどころとしている国政上および社会的見地と、当該外国法と競合するドイツ法のそれとの間の相違が、当該外国法の適用を通じてドイツの国政上、あるいは社会的生活の基礎を直接に損なうほどに著しい場合」との定式は、旧EGBGB30条の「ドイツ法の目的に反する場合」との文言が、無限定な解釈により一般抵触規則が無意味となってしまふとの懸念を払拭するために、その適用を限定するために立てられたものであった。その際には、成立過程における議論、とくにこの文言が、外国法が準拠法となる場合であっても、一定の内国法が道徳的、経済的、あるいは政治的な動機ゆえに排他的に適用されるべきであるが、これは非常に基本的な性格を有する内国法に限定され、しかも個々の事案において当該内国法の目的を手がかりに判断されるとの議論が基礎とされていた。

この1905年RG定式は、旧EGBGB30条の適用をより厳格化させるものとの評価がなされていたのであり³⁵、この定式を「狭すぎる」ものとして、変更したのが本稿Ⅱ. でみたBGH1968年判決であった³⁶。

35 *Sonnenberger*, a.a.O.(Anm.14), RdNr.53は、立法過程における「法秩序と国家社会(Staatsleben)の極めて重要な利益(vitale Interessen)」という思想を具体化したものと評している。

36 BGH1968年判決同様「狭すぎるので広げる」と表現するものとして、*Martiny*,

IV. 考察——日本の議論への示唆

以下では、「ドイツ法の基本原則」を定式中に明示的に取り込んだBGH1968判決の内容とその背景について、要約し振り返ったうえで(1)、ここから日本の議論にどのような示唆が得られるかについて検討する(2)。

1. BGH1968年判決の意義

本稿で検討してきたように、日本の外国判決承認執行制度要件としての公序に関する最高裁の「基本原則」枠組みに影響を及ぼしたと思われる、ZPO328条1項4号に関するBGH1992年判決、およびそこで引用される旧EGBGB30条に関するBGH1968年判決は、いずれも「ドイツ法の目的と抵触する場合」との文言に関して、これを制限するという目的で定式を示したものであった。

日本法における公序要件とは異なり、ドイツ法においてはその当時、公序要件は、「良俗」に抵触する場合と、「ドイツ法の目的」に抵触する場合というように分けて規定されていたのであって、BGH1968年判決、そしてこれにより解釈が変更されたRG1905年判決もまた「ドイツ法の目的」に関して判示したものであった。ところが、この「ドイツ法の目的」違反の要件は、——RG1905年判決の中で示されていたように——すべての法には目的があるということに鑑みると、結局すべてのドイツ法が外国法適用や外国判決承認を妨げるとの結論を導きかねないとの懸念があった。

そこで、1906年RG判決がこれを制限し、「当該外国法がよりどころとしている国政上および社会的見地と、当該外国法と競合するドイツ法のそれとの間の相違が、当該外国法の適用を通じてドイツの国政上、あるいは社会的生活の基礎を直接損なうほどに著しい場合」との限定解釈を示していた。しかしながらこの1905年RG定式に対しては、適用される場面が狭すぎるとの批判があったため、これをうけてBGH1968年判決が内国関連性の

a.a.O.(Anm.23), RdNr.996. これに対し、「フレキシブルにする」ものと表現するのは、*Sonnenberger*, a.a.O.(Anm.14), RdNr.54.

要件を付けつつ、「外国法の適用の結果が、ドイツ法の基本原則およびその背後にある正義の観念に、内国からみて耐え難いほどに著しく相いれないかどうか」との定式に緩めたものである。

留意すべきなのは、1968年BGH定式は1905年RG定式を緩めたものとはいっても、依然として、「ドイツ法の目的」違反を、限定して解釈するものであるという点である。すなわち、RGでは内外法それ自体の間の相違が「ドイツの国政上、あるいは社会的生活の基礎を直接損なうほどに著しい」かどうかに着目して認定していたのに対し、BGHでは、内外法を適用した結果の間の相違に着目し、これが「ドイツ法の基本原則およびその背後にある正義の観念に、内国からみて耐え難いほどに著しく相いれないか」限定して認定するためのものである。法自体への着目から、適用結果への着目へとシフトさせて、「ドイツ法の目的」違反を限定解釈しようとしたものであり、かかる限定の意図は、上記Ⅱ. 2. (3) でみたように判旨あてはめにおいて内国関連性の検討が明言されていることから読み取れる³⁷。

2. BGH1968年判決からの日本法への示唆

このような点から、日本の外国判決承認執行要件としての公序に関する、萬世工業最判や代理母最決に関して、どのような示唆が得られるであろうか。

(a) 第1に、1968年BGH定式の基礎となる法文の文言が、「ドイツ法の目的に反する場合」であったのであり、日本法の「公序良俗」とは異なる点である。すでに別稿で示した通り³⁸、執行要件におかれていた「執行し得ない行為」の要件は、承認要件創設に伴い、ドイツ法に倣ってより実体面に踏み込む要件へと変更されるのであるが³⁹、日本においては制定議論の早

37 なお現在、BGH1986年判決は内国関連性に関する項目内でも紹介されている。Dieter Henrich (Hrsg.), Staudinger Kommentar zum BGB, Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen, Neubearb.(2005), Art.328 (Ulrich Spellenberg) RdNr.480.

38 拙稿・前掲起草過程論文(注6)85頁以下。

39 拙稿「外国判決承認要件としての公序と実質的再審査禁止原則について——1898年ドイツ民法起草段階の議論を参考に——」国際私法年報22号(2021年)191頁以下参照。

い段階から「日本に於ける公の秩序又は善良の風俗に反せざるとき」との文言が用いられていた⁴⁰。

ドイツのように、内国法自体を公序の発動基準として参照することが明確にされている法制であれば、BGH1968年判決のいうような、「ドイツ法の基本原則およびその背後にある正義の観念」を問うことは自然であろう。しかしながら、日本法上はかかる文言が存在しないし、また公序観としても、国家的公序説が一般的に受け入れられつつも、内国法、とりわけ内国強行法に反しているという理由だけでは公序違反とはならないことについても合意がみられ、全体として公序発動は制限的、抑制的であるべきとの見方が一般的である。

萬世工業事件や代理母事案の下級審でも、かかる見方に沿った公序の判断枠組みが示されていた。すなわち、萬世工業事件地判では、外国判決の承認執行により「我が国の社会通念ないし道德観念上真に忍びない過酷な結果がもたらされるか」との枠組みが用いられていたし、代理母高決では、「涉外性を考慮してもなお譲ることができない内国の基本的価値、秩序に混乱をもたら〔さないか〕……個別のかつ具体的内容に即して検討」すべきとされており、両者とも、事案の詳細に立ち入ってあてはめを行っていた⁴¹。このように、「我が国の社会通念ないし道德観念」や「内国の基本的価値、秩序」といった表現は入っていても、力点はむしろこれらに「真に忍びない過酷な結果がもたらされ」ないか、「混乱をもたらさないか」という、

40 日本において初めての、外国判決承認規定では、「外国裁判所の判決が、日本の法律に依れば許すべからざる行為又は公の秩序若しくは善良の風俗に反する事項を是認したるものに非ざるとき」とされていたが（民事訴訟法案280条4号）、その後、議論のないままに「日本の法律に依れば許すべからざる行為」が外され、「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する事項を是認したるものに非ざるとき」（民事訴訟法改正起家会決定案316条3号）となっている。拙稿・前掲起草過程論文（注6）109-113頁参照。

41 萬世工業事件地判に対して、実際のあてはめがその当否を問うものであることが実質的再審査禁止原則との関係で問題とされていたが、判断枠組み自体への批判はみられていなかった（拙稿・前掲萬世工業論文（注1）60-61頁）。また代理母事案高判においても、公序内容を「抽象的・一般的命題」にすべきとの批判がなされていたが、個別具体的事案を前提とすること自体には異論がなかった（拙稿・前掲代理母論文（注2）199-201頁）。

結果の部分にあり、「我が国の社会通念ないし道徳観念」や「内国の基本的価値、秩序」が何であるかの探求はなされていないのである。

このように公序発動の契機となった価値基準が何であるかよりも、公序違反と判断されるべき状況そのものに重心をおく公序判断と、最高裁「基本原則」枠組みのように、ストレートに「内国法の」基本原則を探求し、それを出発点として公序審査を行う手法はなじみにくいように思われる。とりわけ、日本においてはかかる謙抑的公序観の下で、かかる枠組みは最高裁「基本原則」枠組みのもとでどのように説明されうるのかについても、検討が必要であろう⁴²。

(b) 第2に、萬世工業最判や代理母最決においてはBGH1968年判決とは異なり、「基本原則」の内容についての判示はなされているものの、内国関連性の検討等、個別具体的判断がほとんどなされていないという点である。

すなわち、BGH1968年判決でのあてはめでは、前述Ⅱ. 2. (3)のとおり、まずドイツ基本法6条5項がすべての非嫡出子を嫡出子と同様に扱うことを要求しており、この背景にある基本法の価値が根本思想であるとした上（一般的考察）、さらに当事者の居住地や国籍等においてドイツとの関連性が高いことを内国関連性として認定し、さらに、間接的に影響を受ける関係者（Xの前夫との子ら）をめぐる具体的状況をも考慮し（具体的考察）、最終的に「耐え難いとみなされなければならないほどに、ドイツの正義観念に抵触する」と結論付ける。

これに対し、両最高裁判示における、「外国裁判所の判決が……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」のあてはめでは、事案の個別具体的事情に踏み込んだ判断はなされていない。

42 なお、また、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抵触規則との衝突が生じ得ることも、代理母最決に関する評釈が指摘するところである。というのも、「基本原則」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もの、と構成した場合、日本民法とは異なる実親子関係の成立が一律に公序違反とされることになるが、これは通則法28条・29条において外国法が準拠法となる可能性を当然の前提としていることと相反するからである。以上の点につき、拙稿・前掲代理母論文（注2）207-208頁参照。

萬世工業事件最判では⁴³、準拠法たるカリフォルニア州法と比較しつつ日本法上の不法行為法の特質を示した上で、「不法行為の当事者間において、被害者が加害者から、実際に生じた損害の賠償に加えて、制裁及び一般予防を目的とする賠償金の支払いを受け得るとすること」が「基本原則」と相いれないと結論付けるに過ぎない。また、代理母最決においては⁴⁴、日本法上、

43 萬世工業最判における該当部分の判示は次の通り(抜粋)。

(a) 民訴法200条3号について、「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右条件を満たさないとすることはできないが、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、その外国判決は右法条にいう公の秩序に反するというべきである。」

(b) (i) カリフォルニア州法の定める懲罰的損害賠償の制度は、「悪性の強い行為をした加害者に対し、実際に生じた損害の賠償に加えて、さらに賠償金の支払を命ずることにより、加害者に制裁を加え、かつ、将来における同様の行為を抑止しようとするものであることが明らかであって、その目的からすると、むしろ我が国における罰金等の刑罰とほぼ同様の意義を有するもの」である。

(ii) これに対し日本法上の「不法行為に基づく損害賠償制度は、被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補って、不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とするものであり」「加害者に対する制裁や、将来における同様の行為の抑止、すなわち一般予防を目的とするものではなく、「加害者に対する制裁及び一般予防を本来的な目的とする懲罰的損害賠償の制度とは本質的に異なるというべきである。我が国においては、加害者に対して制裁を科し、将来の同様の行為を抑止することは、刑事上又は行政上の制裁にゆだねられているのである。」

(iii) 「そうしてみると、不法行為の当事者間において、被害者が加害者から、実際に生じた損害の賠償に加えて、制裁及び一般予防を目的とする賠償金の支払いを受け得るとすることは、右に見た我が国における不法行為に基づく損害賠償制度の基本原則ないし基本理念と相いれないものであると認められる。」

(c) 「したがって、本件外国判決のうち、補償的損害賠償及び訴訟費用に加えて、見せしめと制裁のために被上告会社に対し懲罰的損害賠償としての金員の支払を命じた部分は、我が国の公の秩序に反するから、その効力を有しないものとしなければならない。」

44 代理母最決における該当部分の判示は以下の通り(抜粋)。

(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することはできないが、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巻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、様々な社会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

実親子関係が「一義的に明確な基準によって一律に決せられるべき」であるから、日本民法「に定める場合に限って実親子関係を認め」との定める母子関係決定ルールによるべきであって、これと異なるネバダ州裁判は「基本原則」に相いれないと述べるのみである。事案についての言及はせいぜい、前者では当該外国判決が「実際に生じた損害の賠償に加えて、制裁及び一般予防を目的とする賠償金の支払いを受け得る」ものと認定する点、後者でも、当該外国判決が「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ない者の間にその成立を認める内容のもの」であると認定する点のみであって、それ以上に、当該事案の内国との関連性や判決により影響を受ける関係者をめぐる具体的状況等への言及はない。

すでに両判断に関する評釈の多くにおいて、内国関連性に関する判示の必要性は指摘されているところである⁴⁵。この点、日本の最高裁の「基本原則」枠組みにおいては、BGH 定式のような、「内国からみて耐え難いほどに著しく」という文言が枠組み内に入っていないことを理由に、内国関連性のような個別具体的検討は必要ないとの解釈も可能ではあろう⁴⁶。しかし、

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。」

45 学説の詳細については、拙稿・前掲代理母論文（注2）207-210頁および前掲萬世工業論文78-79頁参照。

46 この点、外国判決承認執行要件としての公序は、国際私法上の公序とは異なり、「日本における公の秩序又は善良の風俗」と、「日本における」との文言が入っていることを理由に、国際私法上の公序のような謙抑性は働かないとすることも、可

第1の点でも述べたような謙抑性をベースとする日本の公序観からは、ある価値基準が「基本原則」とされただけで、内国関連性を考慮することなく、これと異なる結果を導く外国判決の承認執行が拒絶されるとの解釈は、説得力を欠くのではないか。

もっとも、最判「基本原則」枠組みにおいても内国関連性に関する判示が必要であるとしても、そこで何が検討されるべきかについてが、別途明らかにされる必要があろう。BGH1968年判決は、上述の通り、内国法の基本思想についての一般的考察のちに、具体的考察として、①当事者の居住地や国籍といった内国関連性、さらに②判決により関係当事者に生じる影響が論じられている。同じ「具体的」考察であっても、①②は観点が異なるのであって、この設定の仕方により公序発動の可否は大きく左右される。日本においても、「内国関連性」要件を解釈上要求する学説が多いが⁴⁷、その場合、どのような視点からの判断が必要なのかが明らかにしない限り、公序要件充足の判断が恣意的になる恐れがあると思われる。

V. 結びに代えて

(1) 本稿では、「ドイツ法の基本原則」を枠組みに明示的に取り込んだBGH1968判決の内容と背景について明らかにし、そこから日本外国判決承認要件としての公序に関する最高裁「基本原則」に関してどのような示唆が得られるかについて検討してきた。

すなわち、BGH1968年判決は、ドイツ法における「ドイツ法の目的」への抵触との公序要件に関してのものであって、この要件は無限定に適用された場合、国際私法の否定につながるとの危惧があった。そこで、RG1905年判決はこれを内外法の目的間の相違が「ドイツの国政上、あるいは社会

能性としてはありうる。しかし、両者は同一の基準とされることが近時の一般的見解であり(たとえば、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法II』(日本評論社、2002年)451頁、高桑昭「わが国における外国判決の承認についての再論」成蹊法学72条(2010年)91頁など)、このような理由づけは困難であろう。

47 この点、代理母最決における議論について、拙稿・前掲代理母論文(注2)213-215頁参照。

的生活の基礎を直接損なうほどに著しい場合」とすることで限定的に解釈したが、この定式では狭すぎるということで、BGH1968年判決が内外法の適用結果に着目し、「ドイツ法の基本原則およびその背後にある正義の観念に、内国からみて耐え難いほどに著しく相いれないかどうか」との枠組みに緩め内国関連性等の個別具体的事情の考慮も含め、判断するものであった。

日本法への示唆としては、第1に、日本法上の公序の文言が「日本法の目的」違反ではなく公序良俗をいうだけであり、かつ日本では謙抑的公序観が一般的である中で、直接に「内国法（日本法）の」基本原則を問題とする最高裁「基本原則」枠組みをどのように理解すべきか、検討の必要があるという点である。

第2に、「基本原則」枠組みをとり、加えてBGH1968年の枠組みのように内国関連性等の検討をなすべきとしても、そこでの個別具体的検討が何のために、どの程度なされるべきなのか、内国関連性概念を明確にすることにより明らかにすべきという点である。

(2) 上記課題に取り組むべく、今後は、日本における国際私法上の公序に関する議論について検討を進めるが、ここでもドイツの議論を参酌しつつ検討を進める予定である。

本稿でみた通り、ドイツにおいては外国判決承認執行要件としての公序、また国際私法上公序いずれにおいても、本稿での議論の対象となった「ドイツ法の目的」と並び、「良俗」が文言上要件として定められていた⁴⁸。両者は起草段階から区別されており、その関係についても議論がなされていた⁴⁹。日本法は、基本的にドイツ法を母法として外国判決の承認執行制度を

48 ドイツにおける展開については、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）173-178頁参照。

49 国際私法上の公序に関する条文案等は次の通り。

【1881年 ゲーブハルト民法第1草案】*Oskar Hartwig/Friedrich Korkisch, Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts 1881-1896, 1973, S.66.*

35条 外国法は、その適用が内国法を通じてその規定により、またはその規定の目的によ

構築していたものの、公序の文言に関しては結果的にドイツ法とは異なる「日本に於ける公の秩序又は善良の風俗に反せざるとき」の文言を採用している⁵⁰。もっとも、学説においてはしばしば、ドイツにおける「ドイツ法の

り排除される場合には適用されない。

【1887年ゲープハルト民法第2草案】Ebd., S.73.

35条 外国法は、その適用が良俗または公の秩序に反する場合には適用されない。

【1887年法規の空間的適用範囲 (Räumliche Herrschaft der Rechtsnormen)】Ebd., 182.

24条 外国法の適用は、その適用が良俗または公の秩序に反する場合にはなされない。

【1895年第2委員会草案 および連邦参議院提出草案 (Bundesratsvorlage)】Ebd., S215, 257.

2264条 (2389条) 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反する場合、または外国法が外国人の権利を不当な方法で侵害する場合にはなされない。

【1895年国際私法第1読会集成 (Zusammenstellung des Ergebnisses der kommissarischen Berathung über das internationale Privatrecht)】Ebd., S.363-364.

2389条 外国法の適用は、その適用が良俗またはドイツ法の目的に反する場合にはなされない。

【1896年民法施行法】Ebd., S.430.

30条 外国法の適用は、その適用が良俗またはドイツ法の目的に反する場合にはなされない。

第1委員会審議後に出された第1草案（「法規の空間的適用範囲」）をもとに議論された民法典制定第2委員会での議論が重要である（審議内容については、Mugdan, a.a.O.(Anm.31),S.303-306参照）。同委員会では多くの動議が出されており、「良俗」についても、良俗の維持は「ドイツ法の目的」に包含されるためにこれを削除すべきとの動議が出されていた。しかしこれに対しては、第1に、草案がこの両者をしばしば並置しており、ただ「ドイツ法の目的」のみを規定した場合には、内国の法的確信 (Rechtsbewußtsein) のようなものが保護されない恐れがあること、第2に、事案の状況によっては1ないし2つの外国法の適用だけが問題となり、ドイツ法はそもそも問題にならないような場合においても、内国の良俗観念により外国法の適用が妨げられるという場合もあること、という理由で良俗という文言は維持されることになった (ebd., S.306)。また、「公の秩序」の削除についても議論されている (ebd., S.305)。なおこれらの点について、櫻田・前掲 (注48) 177-178頁参照。

- 50 日本の立法者がゲープハルト第2草案の「公の秩序」を採用したが、ドイツ法はゲープハルト第2草案から離れ、「ドイツ法の目的」を採用したためであるとされる。この点につき、久保岩太郎「法例第30条に就て」一橋論叢18巻5号(1947年)279頁、櫻田・前掲(注48)177-178頁参照。

目的」「良俗」の区別を前提とした議論が参照されていたようである⁵¹。よって、ドイツにおける公序要件に関する文言の変遷、およびそれをめぐる議論⁵²を整理することを通じて、日本の公序に関する議論をよりクリアに整理することができると思われる。

なおドイツにおいては、本稿I.(3)で触れた通り、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⁵³が契機となり、憲法と国際私法の

51 たとえば、跡部定次郎『国際私法論（上巻第2）』（弘文堂、1925年）は次のように述べている（読みやすさを優先し、できる限り原文カタカナ書きをひらがな書きに、旧字体を新字体に改めている）。

「従来の学説、立法例等に採用せられたる外国法排斥の諸種の標準を対比研究するに、結局二個の標準に帰するが如し。即ち一は道德の原則にして一は法律の目的、精神是れなり。即ち外国法の適用が内国の道德の原則に反するとき又は内国法の目的、精神に反するときは該適用を排斥すと為すものなり。現に独逸民法施行法第三〇条は此の二標準を掲げ、外国法の適用が善良の風俗又は独法の目的に反するときは云々と言えり。この善良の風俗とは独逸の倫理、道德の觀念を指すものなることは、同国学説の一致する所なり。……」（同・471頁）

「扱[さ]て爰[ここ]に研究すべきは一国の道德の原則と国法の目的、精神との二標準は全く独立したる二個の標準なりや否やの問題なり。之れを一般論として法律と道德とは決して相背馳したる目的を有するものに非ざるは言うを俟たずと雖も、本問に於ける二標準は更らに一層密接なる關係を有す。即ち二者共に外国法適用の排斥たる共通目的を有するのみならず、此の共通目的を達する為に採らざるところの手段も亦全く同一なり。其の共通手段とは何ぞや、国家の意思なり、国家の強行意思なり。此の道德の原則は各個人の道德觀念に非ず、哲学者の理想的道德に非ず、現在国家の道德觀念なり。猶お此の道德觀念は国家が私法的國際交通の一般原則に違反して自己の公益保護のために強行せんとする道德觀念なり。故に此の道德の原則は国法が認めて之れを強行せんとする原則なり。随いて此の道德の原則は国法の目的、精神の中に之を求むることを得るものなり。即ち此の標準は既に国法の目的、精神なる標準を採用するときは当然その中に包含せられ独立の存在を喪うものなり。」（同・472-473頁）

52 たとえば、「良俗」はすでに「法の目的」の概念に包摂されているとの指摘（法文上の相違ではなく学問的解決（die Wissenschaftliche Lösung）が必要という。Ernst Frankenstein, Internationales Privatrecht, Bd.1, 1926, S.191）もあるが、両者を区別し、「ドイツ法の目的」と「良俗」との間には、前者は外国法からの防御機能（Abwehrfunktion）を有するのに対し、後者は自国法の貫徹を優先しようとするとの相違があるとする見解（Hans Dölle, Der ordre public im internationalen Privatrecht, Ernst Wolff (Hrsg.), Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London 1950, 1950, S.403）や、「良俗」は「ドイツ法の目的」よりも本質的に厳格（wesentlich strenger）でなければならないとする見解（Leo Raape/Fritz Sturm, Internationales Privatrecht, Bd.1, 1997, S.210）もある。

53 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

関係が、とりわけ公序要件をめぐり議論されてきた⁵⁴。1986年に国際私法上の公序、外国判決承認執行要件としての公序いずれも、「ドイツ法の目的」「良俗」の両概念がまとめられたものとして「ドイツ法の基本原則」を要件としつつ⁵⁵、さらに基本法(Grundgesetz)との関係を明示するものとなっている。

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⁵⁶。この問題を考えるにあたって、公序発動のきっかけとなる価値基準、規範が何であ

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断したものである。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、ドイツ国際私法上各当事者の本国法が準拠法とされているところ(EGBGB13条1項)、スペイン人男性に必要とされた婚姻能力証明書をスペイン官庁が公布しなかったために、ハム上級地方裁判所に同証明書提出の免除を求めたものである。スペイン法では当時、カトリックの影響のもと、教会法上有効な婚姻をなした者はその後再婚できず、外国離婚判決もスペインでは承認できないものとされていた。これらの点について、丸岡・前掲(注13)21頁以下参照。

54 ドイツにおける動きについては、*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。

55 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おり、続けて、「ドイツ法の目的」としては本稿で紹介したBGH1968年判決の定式が示され、「良俗」のメルクマールとしては特定の法文の中にはなく、民法の一般条項に含まれる不文の法倫理的原則(ungeschriebenen rechtsethischen Grundsätze)が手掛かりとなるとされていることが示されている(Bundestagsdrucksache 10/504, 1983, S.43.)。

学説においても、注14で示したように、「ドイツ法の目的」と「良俗」とを区別する従来の議論を基礎とする見解が多いが(たとえば、*Sonnenberger*, a.a.O.(Anm.14), RdNr.50.は両者の関係の基準は同じではなく、2つの部分的に重なり合う円(zwei sich teilweise überschneidende Kreise)であると表現する)、かかる2分した議論が不明確であり改正後は意味を持たないとする一部の見解(例として、*Markus Würdinge(Hrsg.)*, *Juris Praxis Kommentar BGB*, Bd.6, 2020(online), Art.6 (*Baetge*), RdNr.60)においても、従前の判例は公序条項の具体化のために考慮されうるとしている。

56 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。

るのかという点をクリアにすることは、理論的観点から重要であろう⁵⁷。今後は、これらの議論の発展も注視しつつ研究を進めていくこととしたい。

57 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。

本稿との関係でみると、たとえば、山内・同論文では、準拠外国法の適用結果を「わが国で受け入れがたいとみなす場合、外国法不適用という結果を導く法律構成」として、⑦「憲法規範はまったく顧慮されず、公序条項の適用場面において、準拠外国法の適用結果がわが国の公序良俗に反するか否かが判断され」の見解（「憲法規範不適用説」）、④公序「の概念中に憲法規範の内容」を取り入れ、「準拠外国法の適用によって、わが国の憲法下における価値観に反する結果がもたらされるとき」に公序違反とする見解（「憲法規範間接適用説」）、⑤公序に先立ち、準拠外国法が「憲法に適合するか否かを憲法上の人権規範を直接適用することによって判断する」法律構成があるとされる（同745-749頁）。

そして、①に対しては、「公序違反か否かの判断過程そのものが不透明（ブラックボックス）のまま残されている」、すなわち「公序違反か否かを判断する基準」それ自体が事前に明らかにされていないという意味で、この構成を維持することは判断主体以外の者にとって不意打ちになる可能性がある」との指摘（同745頁）、②に対しても、公序により人権規範を用いて適用結果の妥当性を判断しうるとするとしても、公序良俗という「表現に該当するかと否かという、肝心の前提的争点……の判断基準（公序条項の法律要件を解釈する際の一つの判断基準、準拠外国法の適用を排除するか否かという争点に回答を与える判断基準（公序条項）の適用基準）」について検証が必要であるとの指摘（同758-760頁）がなされている。これらは人権規範と公序、憲法と公序との関係についての議論の必要性を指摘するものであるとともに、従来の議論において、公序発動の基準が準拠外国法の「適用結果」を問うというところで広く合意があるために、それ以上に「適用結果」が公序違反であるという判断を導いた、公序発動の背後にある価値基準、規範が明確にされずにきたことを示唆するものとも考えられる。