

# 国際私法上の公序に関する近時の日本の裁判例と学説(1)

——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. 裁判例および評釈の検討

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, 本号)
5. [裁判例 5] 大阪高裁平成 26 年 5 月 9 日判決
6. [裁判例 6] 東京家裁平成 31 年 1 月 17 日判決

## III. 考察

## IV. 結びに代えて

### I. はじめに

本稿は、近年の日本の裁判例において国際私法上の公序がどのような要件のもとで発動されてきたかを、学説の反応とともに検討することにより、論者による公序要件の理解の相違を明らかにし、公序発動要件に関し今後検討されるべき課題を示そうとするものである。

(1) 日本において現在、国際私法上の公序は、法の適用に関する通則法(以下、通則法とする) 42 条に規定されている。この規定は 2006 年制定の通則法において、法例 33 条を同一の内容で引き継ぎ制定されたものであり<sup>1</sup>、

1 本条の制定経緯につき、例えば、河野俊行「通則法42条」櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法(2)』(有斐閣、2011年)332頁参照。

文言は以下の通りである。

通則法42条 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。

本条の審査において、準拠法とされた外国法の規定自体を問題とするのではなく、その「適用」が問題とされる点についてはいずれの見解も認める<sup>2</sup>。そして、本条の公序の発動基準は内国の国家的立場から決定されることについて<sup>3</sup>、またその内容が、「適用結果が日本の基本的私法秩序を害する場合」といった表現で示されること<sup>4</sup>についてもおよその一致がみられ、近時では事案と日本との関連性の強さを問うべきという、いわゆる内国関連

- 2 条文上もこれを明らかにするために、平成元年改正前法例30条では「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)との文言が、平成元年法例33条では「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」に改正されている。澤木敬郎=南敏文編著『新しい国際私法——改正法例と基本通達——』(日本加除出版, 1990年)36頁(澤木敬郎)。
- 3 これに対して、国際私法統一の効果を減殺しないために、文明諸国一般を通じ共通とされるものを公序とすべきとする見解(普遍的公序論)もある。折茂豊『国際私法の統一性』(有斐閣, 1955年)339頁以下。
- 4 松岡博編『国際関係私法入門[第4版補訂]』(有斐閣, 2021年)62頁〔黄勳霆〕。「基本的私法秩序」類似の表現を取るものとして、「適用の結果が現実にわが国の私法的社会生活の秩序を害し国際私法上の公序に反する場合」(出口耕自『重点講義国際私法』(法学書院, 2015年)137頁)、「適用の結果が法廷地の日本の私法秩序の根幹部分を害するようなとき」(神前禎ほか『国際私法[第4版]』(有斐閣, 2019年)84-85頁〔元永和彦〕)、「事件の国際的要素を可能な限り好意的に考慮してもなお維持されるべき、日本の私法秩序の基本原則・基本観念」を公序の基本理念とするものなどがある(櫻田嘉章ほか『演習国際私法CASE30』(有斐閣, 2016年)248頁〔多田望〕)。  
また「私法」ではなく「法秩序」とするものとして、「内国の基本的な法秩序をまもるため」(木柵照一ほか『国際私法概論[第5版]』(有斐閣, 2007年)86頁〔松岡博〕)、「わが国の基本的法秩序を現実に侵害するおそれがあること」(櫻田嘉章『国際私法[第7版]』(有斐閣, 2020年)137頁)、「適用によって内国が維持しようとしている基本的法秩序が破壊される」とき(道垣内正人『国際私法入門[第8版]』(有斐閣, 2018年)57頁(なお同書は「適用した結果、看過しがたい事態となること」とも表現している)等があり、他に「日本法に内在する基本的価値に反するか否か」(河野・前掲(注1)334頁)や、「わが国が維持しようとしている国際私法秩序を著しく害するおそれがあること」(中西康ほか『国際私法[第2版]』(有斐閣, 2018年)110頁)といった表現も見られる。

性要件<sup>5</sup>についても多くの学説で取り上げられている。

このように準拠外国法の適用の結果に対して公序が発動され、その際に内国関連性が考慮されることには合意があるように思われる。かかる共通理解を背景に、裁判例に対する評釈などの事例に即した議論においては、①準拠外国法の適用結果の反公序性ないし異常性<sup>6</sup>と②内国関連性という2つの要素を取り上げ議論するという判断定式が一般的になっている。

(2) しかし、この判断定式が意味するところについては、より詳細に見た場合には相違が存在するように思われる。①について、例えば外国法の適用結果を観察するのみならず、その前提として外国法自体の異質性を検討する必要があるのかという議論<sup>7</sup>があるし、②についても、①の「外国法の適用結果」との関係をどのように考えるか、例えば「外国法の適用結果」の反公序性ないし異常性が大きい場合にもなお内国関連性が必要なのか<sup>8</sup>、

5 論者により、厳密には異なる用語が用いられている（「内国関連性」とするものとして、例えば中西ほか・前掲書（注4）110頁、神前ほか・前掲書（注4）86頁、松岡編・前掲書（注4）63頁〔黄〕、道垣内・前掲書（注4）58頁、櫻田ほか・前掲書（注4）251頁〔多田〕、「内国的関連性」とするものとして例えば横山潤『国際私法』（三省堂、2012年）99頁、「内国牽連関係」とするものとして、例えば櫻田・前掲書（注4）138頁、「内国との関連」の大小として検討するものとして、出口・前掲書（注4）140頁など多岐にわたる）が、本稿では「内国関連性」で統一する。

6 「反公序性」と表現するものと「異常性」と表現するものとに大別される。一般に「準拠外国法の適用結果の反公序性」との表現は、本文（注4の箇所）にみたような、国際私法上の公序の定義——外国法の「適用結果が日本の基本的私法秩序を害する場合」には当該準拠外国法を適用しないということ——を表現したものを示したものであるが、評釈等ではむしろ、公序発動要件の1つとして、準拠外国法の適用結果が内国法適用の場合のそれとは、公序発動を検討すべきほどに異なっていることを示しているように思われる。この点、「適用結果の異常性」（道垣内正人『ポイント国際私法（総論）〔第2版〕』（有斐閣、2007年）259頁）や「適用結果の不当性」（櫻田ほか編・前掲書（注4）251頁〔多田〕）とする見解はこのことをより端的に示すものと考えられるが、この点については後述する。

7 必要とする見解として、例えば横山・前掲書（注5）98頁、他方必要条件ではないとする見解として、舩場準一「判解」池原季雄＝早田芳郎編『涉外判例百選〔第3版〕』（有斐閣、1995年）32頁）。

8 例えば、舩場準一「法例30条」島津一郎編『判例コンメンタール（7）民法V（相続・涉外家族法）』（三省堂、1978年）949頁は「わが涉外法的基本原理の具体的準則を当該の具体的事案まで及ぼさせるだけの正当な利害関係や利益をわが国が持つか否か……〔という〕“正当な利害関係”の存否・強度の判定のための下位規準」、櫻

一定限度を超えれば内国関連性に関わりなく一律に公序違反となるのかといった点<sup>9</sup>に関し、少なからず見解の相違がみられる。

そしてこの相違は、実際の公序判断においても異なる結論を導く可能性があるにもかかわらず、これらの議論は上記の定式の陰に隠れている。というのも、上記①に関して挙げた例について、外国法の内容の異質性を前提とする見解においても、最終的に公序を発動するにあたっては「結果」に着目することに異論はないからであり、上記②で挙げた例についても本定式は「結果の反公序性ないし異常性」と「内国関連性」の両者を要素として取り上げるにすぎず、いずれの見解をも整合的に説明しうるからである。もともと公序要件は一般的な形で基準を立てることが難しく、最終的には事例ごとに判断を行うしかないという性質<sup>10</sup>があることも相まって、かかる理解の相違についての議論は深まっていない。

(3) そこで、本稿ではこのような公序要件についての見解の相違の一端を明らかにすべく、近時の裁判例とこれに対する学説の反応を、上記2要素、すなわち①外国法の適用結果の反公序性ないし異常性と②内国関連性の2要素を用いた判断定式に着目しつつ分析することとしたい。具体的には、2007(平成19)年以降本稿執筆時(2021年6月)までに下され、データベース上確認できた裁判例のうち、国際私法上の公序が発動された判決および審判例6件について、主として公序判断部分に限定して検討を行

---

田・前掲書(注4)138頁は「本来指定された準拠法の適用をやむを得ず排除するための、つまり公序の条項を発動することを国際的に正当ならしめるだけの利益をわが国が有することが必要である」とし、この要件は、適用結果の反公序性がある場合にも「なおそれを制限する意味で必要」としている。

9 例えば、道垣内・前掲書(注4)59頁は、「公序則が発動されるか否かは、外国法適用結果の異常性と事案の内国関連性の度合との相関関係で決まる」とし、「異常性が同じ程度でも、内国関連性の度合が低ければ公序違反とはされず、ある限度以上に関連性が高まってはじめて公序違反とされる」としつつ、「もっとも、外国法適用結果の異常性がある限度を超えると、もはや内国関連性の度合いにかかわらず、一律に公序違反とされることもあろう」とする。

10 個々の事案において具体的な事情を勘案して判断せざるを得ないとされる(例えば、出口・前掲(注4)140頁)。

う<sup>11</sup>。

なお、国際私法上の公序には、広義には民事訴訟法118条3号に定める外国判決承認執行要件としての公序も存在するが、若干の文言の相違があることも踏まえ<sup>12</sup>、本稿ではひとまずこれを除外し、別稿にて検討する。

## II. 裁判例および評釈の検討

### 1. [裁判例1] 宇都宮家裁平成19年7月20日審判<sup>13</sup>

#### (1) 事実の概要および審判要旨

【事実の概要】イラン国籍の夫と日本人妻が、イラン国籍の未成年との養子縁組の許可を申し立てた事案である。養子縁組を認めないイスラム法の適用を公序違反とした初めての公表事例とされる<sup>14</sup>。

X1男(イラン国籍)は平成13年の来日後にX2女(日本国籍)と知り合い、平成16年に長女Aをもうけ、平成17年にX1X2は婚姻した。一方、Y(イラン国籍、1999年イランで出生)はX1の妹Bおよびその夫C(いずれもイラン国籍か)の子であり、平成16年にBCとともに来日しX1とともに生活していた。その後、BCの離婚により、Cは単身イランに帰国しており、平成17年4月からはYはBとともにX1X2A家族と同居している。Yは平成17年には日本の小学校に入学し、小学2年生の現在、元気に通学している。

X1X2は、Yに日本で十分な教育を受けさせ能力を伸ばしたいと考えており、Yを実の子のように思っている。X1X2とも収入があり、夫婦仲は円満

11 検索には「LEX/DBインターネット」および「Westlaw Japan」を用いた(最終確認2021年6月12日)。

12 民訴法118条3号は「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。」と規定しており、「日本における」という文言が入っている点で、通則法42条とは異なっている。

13 家裁月報59巻12号106頁。本審判に関する評釈として、植松真生「判解」平成20年度重要判例解説(ジュリスト臨時増刊1376号、2009年)333-335頁、金汶淑「判評」民商法雑誌139巻1号(2008年)119-125頁、中野俊一郎「判評」私法判例リマークス37号(2008年下)152-155頁、森田博志「判評」千葉大学法学論集23巻3号(2008年)159-166頁、横山潤「判解」櫻田嘉章=道垣内正人編『国際私法判例百選[第2版]』(有斐閣、2012年)26-27頁。

14 森田・前掲(注13)161頁。

であり、経済的問題はなく、Yとともに日本で生活する予定であり、単独ではなく共同でYの養父母となることを望んでいる。X1X2はYもX1X2を慕い、Aを妹のようにかわいがっている。実母Bも、1人でYを養育するのは経済的に困難であること、イランに戻るとCに奪取され虐待されるおそれがあるとして、X1X2とYとの養子縁組を強く希望し、平成18年に養子縁組同意書を提出している。

なおCは所在不明である。Bはイラン裁判所にCとの離婚を申し立てており、平成19年にBは離婚およびYの養育権をBに与える旨の判決を得ている。

### 【審判要旨】

(i) 31条1項により養親の本国法に加え、養子の本国法上の保護要件が適用されるとした上で、X1とYとの関係には「専らイラン法が適用」され、X2とYとの関係には「準拠法として日本法が適用され、併せて保護要件についてイラン法が適用」されるとする<sup>15</sup>。その上でイラン法を検討し、イラン法は人的不統一法国であり所属する宗教により本国法を決定すべきとし、イスラム教徒であるX1の本国法はイスラム法(40条1項前段)、Yについては「所属する宗教はいまだ決まっていない」として、その本国法はYの最密接関係法である日本法である(40条1項後段)とされた<sup>16</sup>。

(ii) そして、X2とYとの縁組は日本民法上認められることを認定した後、次のようにイスラム法を適用した。

(a) 「イスラム法においては、養子縁組は認められていないので、X1とYとの関係においては、イスラム法の適用により、本件養子縁組は認められないこ

15 養父子関係と養母子関係とで分けて準拠法を決定することについての批判として、森田・前掲(注13)162頁。

16 Yの本国法を40条1項後段の「最も密接な関係がある法」として日本法とした点について、イランには「その国の規則」(40条1項前段)があるのであって、Yの所属する宗教が決まっていないからといってかかる規則がないとするのは妥当でないとの批判がなされている(植松・前掲(注13)334頁、中野・前掲(注13)154頁、森田・前掲(注13)163頁。同旨、金・前掲(注13)123頁、横山・前掲(注13)26頁)。

とになるところ、このような結果は、日本国民法を適用した結果とは異なることが明らかである上、X1X2 夫婦が、前記認定のとおり、双方とも〇〇で、今後も Y と共に日本で生活し、将来は（略〔本文ママ〕）する予定であること、及び X1X2 夫婦が、どちらかが単独で未成年者の養親となればよいと考えているのではなく、あくまでも共に未成年者の養父母となることを望んでいることを考慮すると、X1 と Y との関係において、イスラム法の適用により、本件養子縁組を認めないものとするのは不当であるといわざるを得ない。」

(b) 「したがって、本件養子縁組の可否に関しては、X1 と Y との関係においてイスラム法を適用することは、我が国の公の秩序に適合しないものというべきであるから、通則法 42 条により、その適用を否定するのが相当である。」

(c) 「そして、以上認定説示したところによれば、X1 と Y との関係については、準拠法も保護要件も日本国民法を適用するのが相当であると解されるところ、民法の前記各規定によると、本件養子縁組は前記各要件を満たすものと認められ、また、前記認定の事実によれば、本件養子縁組は未成年者の福祉に適うものというべきである。よって、本件養子縁組を許可することとし、主文のとおり審判する。」

## (2) 本審判への評価

本件判旨は、(a) イスラム法が養子縁組自体を認めていないため、イスラム法適用の結果、養子縁組が認められなくなることを認定した後に、(b) 「日本国民法を適用した結果とは異なることが明らか」とし、(c) さらに X1X2 および Y が今後も日本で生活予定であること、X1X2 とともに Y と共同養子縁組することを望んでいることを考慮し、(d) 「本件養子縁組を認めないとするのは不当であるといわざるを得ない」として公序を発動する。

本判決が公序を発動したことに対しては、学説では賛否が分かれている。いずれも大枠において①準拠外国法の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<sup>17</sup>、検討を加えているが、学説の中には、

17 このうち②について、適用結果の反公序性と表現するものとして、金・前掲（注13）124頁、澤田・前掲（注13）6頁。他方、適用結果の異常性とするものとして、長田・前掲（注13）44頁、森田・前掲（注13）164頁、植松・前掲（注13）334頁（なおこの見解は後述の通り、さらに「外国法内容の異常性」をも必要とする）。中野・前掲（注13）155頁はあてはめの中で「適用結果が我が国の公序に反するといえるかどうか」との表現を取るにとどまる。なお、内国関連性について、澤田・前掲（注13）6頁は「公序発動を正当ならしめるだけの利益を我が国が有することの必要性」と表現する。



公序要件の解釈の枠外での議論を展開するもの——そもそも公序発動の必要はなかったとするもの——もある。そこで以下、まずは公序要件の解釈内で公序発動の結論を支持する見解(ア)、公序発動の結論を支持しない見解(イ)をいずれも公序要件判断の2要素に着目し分析したうえで、(ウ)そもそも公序を発動する必要がなかったという点から判旨を批判する見解、に分けて紹介する。

(ア) 公序発動の結論を支持する見解をみると、まず、②の内国関連性に関してはX2が日本在住日本人、X1・Yが相当期間日本に居住し、今後もそれが続くと思われる点を挙げる点ではほぼ一致している<sup>18</sup>。他方①適用結果の反公序性ないし異常性については、本件判旨が準拠外国法の内容自体で公序発動いかんを判断せず、適用の結果を検討していることが、次のように公序の謙抑性の観点から肯定的に確認されている<sup>19</sup>。

『公序』に関する規定(通則法42条)は、準拠法として指定された外国法の適用を例外的に排除するためのシステムであり、その発動は慎重に行われなければならない(山田録一『国際私法』128頁ほか)とし、その適用要件として、第1に、外国法適用の具体的な結果の反公序性を挙げる。つまり、外国法が準拠法について指定されており、その外国法を問題となっている具体的な事案へ適用した結果が、我が国の公序に反するとして排斥されるのは、その適用の具体的な結果である。この点については、平成元年の『法例』改正の際、当時の法例の『公序』に関する規定が『外国法ニ依ルヘキ場合ニ於テ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ

18 中野・前掲(注13)155頁、澤田・前掲(注13)6-7頁。金・前掲(注13)124頁は、これらに加えYが日本の生活に慣れていることを挙げる。

19 澤田・前掲(注13)6頁。なお、中野・前掲(注13)155頁は、「準拠外国法が養子縁組をもたないとしても、それだけをもってわが国の公序に反するということではできない」と前置きしたうえで、「十分な内国牽連性と反公序性が認められる場合には縁組禁止国法の適用を排除する余地」はあるとする。金・前掲(注13)124頁は、養子の利益を考慮して具体的な事案ごとに公序の発動を慎重に行うべきとしており、森田・前掲(注13)165頁も、公序は内国の基本的法秩序の維持を目的とすることから、「外国法適用結果の異常性」と「事案の内国関連性」との相関関係で決まるとしたうえで、公序発動は「適用が排除される外国法の内容を弾劾したものの誤解を生じかねず……各国の文化・伝統・価値観の多様性を尊重し最密接関係地法の適用を原則とする国際私法の基本に忠実な立場からは、極めて慎重であらざるを得ない」とする。



反スルトキ』と規定し、規定の内容自体を問題としているかのように誤解を与えるおそれがあったことから『規定カ』から『規定ノ適用カ』に改められたという経緯がある。通則法 42 条はもちろんこれを承継する形になっている。』

次に適用の結果を判断対象とするとして、どのような結果が反公序性を有するもの、異常性を有するものと判断されるかについて、判旨同様、先に養子縁組が認められないとの結果が「日本民法を適用した結果とは異なることが明らか」であることを挙げてから、養親が縁組を切望し養子が今後も日本居住見込みであることからすると、縁組を認めないことが「不当な結果をもたら」し、「X1X2 と Y の期待にも大きく反する」とするものもある<sup>20</sup>。ここでの「不当な結果」が何であるかは明確ではないものの、当事者がいずれも生活している日本の法においては養子縁組成立が認められており、かつ当事者がそれを望んでいるにも関わらず、準拠法外国法の適用によってはそれが認められないこと、すなわち、日本法適用によって当事者の期待が裏切られることを問題視するものと思われる。

また、Y の「日本における生育に養子縁組が重要な役割を果たしうるとすれば、公序違反との判断は是認される」、あるいは Y の「福祉の観点から、本審判の結論には賛成する」とする見解<sup>21</sup>は、子の福祉を判断基準とするものといえよう。この点、同じく子の福祉を基準としつつ、それが基準となる根拠に言及するのが次の見解である<sup>22</sup>。

---

20 澤田・前掲（注13）6頁。

21 前者は中野・前掲（注13）155頁、後者は森田・前掲（注13）165頁。中野・同所には、Y が実母と同居している点で適用結果が我が国の公序に反するといえるかは微妙であるとの前置きがあり、また、ドイツ裁判例において、養子縁組の否定がドイツ法の基本観念に反する結果をもたらすかどうか審査され、子の福祉がドイツ家族法の基本原則をなす等の理由でイラン法適用が公序により排斥されたことが言及されている。

なお、本文で後述（イ）するような、当事者の本国が養子縁組を禁止するなど、当事者生活地と本国との間の法制のギャップが大きくとも本国法の態度は無視すべきでないとする見解においても、要保護状態の子を保護できず、将来において日本で養親子関係を営む蓋然性が高いといった場合には、子の利益の観点から公序を発動する可能性があるとされている（横山・前掲（注13）27頁）。

22 金・前掲（注13）124頁。

「反公序性とは日本の基本的法秩序を現実に害するかどうかであって、日本民法が未成年者養子縁組の際に家裁の許可を必要とするのは未成年者の福祉を守るためであるところ、YがX1X2およびAと安定した共同生活を送っているのに対し、実母Bが1人でYを養育するのは困難であり、本件養子縁組を強く希望し同意を与えていること等の諸般の事情に照らして子の福祉に反する」

この見解では、「反公序性＝日本の基本的法秩序を現実に害するか」と言い換えた上で、本件で問題となる日本の基本的法秩序とは、日本民法が未成年者養子縁組に家裁の許可を必要としていること（民法798条参照）に言及しつつ、「未成年者の福祉を守るため」であると解釈されている。

(イ) 他方、公序発動の結論を支持しない見解においては、①適用結果の反公序性・異常性、および②内国関連性いずれの要素に関しても異論がみられる。

まず②の内国関連性について、すべての当事者が日本に居住する点は認めつつも、X2以外は全員がイラン国籍を有しており、Aもまたイラン国籍を有している可能性があったことから疑問が呈されている<sup>23</sup>。

①について、第1に、公序発動を支持する見解が「子の福祉」の観点から適用結果の反公序性・異常性を認定していたのとは対照的に、公序を発動し日本法を適用することがかえって子の福祉に反しうる、との指摘がなされている<sup>24</sup>。というのも、日本で養子縁組を認める審判をしたとしても、かかる審判はイランで承認される可能性が低いのであって、今後子Yらがイランに里帰りした時に実父CやYの親族が、Yの引き渡しなどをめぐり

23 長田・前掲(注13)44頁。なお、X1X2を一体的に捉えることは問題であり、X1とYに照準を合わせると内国関連性はそれほど強くないとの指摘もある(森田・前掲(注13)165頁)。前提としてX1Y間とX2Y間の養子縁組はそれぞれ別個のものとして準拠法決定するとしつつ、公序判断の場面でX1X2を一体として扱うのは論理的一貫性を欠くと指摘する。

24 この点、公序違反との結論を支持する見解の中にも、子の福祉の判断は困難であること、すなわちより容易な縁組の成立を図ることが子の保護になるのか、慎重な処理が子の保護になるのかは、必ずしも明らかでなく具体的事案ごとに子の福祉を考えなければならないとの指摘もなされていたところである(金・前掲(注13)124頁)。横山・前掲(注13)27頁は、養親本国法が許容しないような親子関係は原則として否定すべきとする。

イランの裁判所で争うといった事態が想定できるという<sup>25</sup>。イラン法は養子縁組類似の他の制度で子の保護を図っている中で、本件 Y はかかるイラン法上の「養子」にもなり得ないような子であること、戸籍実務上 X2 との間での単独縁組の可能性もあったことを考えると、結果の異常性を認めるには足りないとの指摘もある<sup>26</sup>。

第2に、そもそも外国法適用の結果を判断する前提として、外国法自体の異常性への評価、すなわちイスラム法が養子縁組自体を認めていないことへの評価を行っていないことを問題視するものもある。準拠外国法を適用した結果を検討する前提として準拠外国法の内容自体に異常性が認められることが必要であり、この点を判断すべきというのである<sup>27</sup>。

「学説においては、通則法 42 条に規定する公序則の発動要件としては、事案の日本との関連性および準拠法たる外国法の適用結果の異常性が重視されているように観察される……。それだけでなく外国法の内容の異常性も公序則発動の要件として勘案されるべきと考えられる（最判平成 10・3・12 民集 52 巻 2 号 342 頁も参照）。たしかに、公序は外国法の内容を糾弾するためのものではない。しかし、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得る一般的例外条項との区別が曖昧になるという問題が既に指摘されている……。さらに、外国法の内容にいかなる異常性が見だし得るのかを検討しなければ、公序則発動の要件たる適用結果の異常性を判断する際の基準を見だし得ないことにもなりかねない。」

25 植松・前掲（注13）335頁。同旨、横山・前掲（注13）27頁。植松・同所は、X1があくまで法的親子関係成立を望んでいるならイラン法に基づき棄却せざるを得ない、とする。とりわけ、Yが実母とともにX1やX2らと同居しこれらの者に現実的な養育を受けている本件において、X1Yに法的な親子関係を認めることを日本の公序が認めているとは考えられないと指摘する。

26 長田・前掲（注13）44頁。戸籍実務ではこの「配偶者がその意思を表示することができない場合」に外国人配偶者の本国法により養子縁組ができない場合を含め、単独養子縁組を可能としていることに触れる。なお、横山・前掲（注13）27頁は、Yがイラン法の観点からは要保護状態にあるといえず、「イランの裁判所」がX1・Y間に里親制度に類似したカファーラの成立を認めないであろうこと、またイランが他国によるイラン法適用を想定しているとは考えられないため、「日本の裁判所」が通則法31条1項の規定を類推適用し、カファーラを成立させることもできないとする。

27 植松・前掲（注13）334-335頁。

論者は、外国法の適用結果に焦点を当てる見解について、それ自体を否定しないし、「公序は外国法の内容を糾弾するためのものではない」として、平成元年改正で「外国法の規定の適用が」との形で改正されたことも踏まえている。しかし論者は、「結果」を問題とすることは認めつつ、その前提において外国法「内容」の異常性をチェックしておくべきであり、それが「結果」の異常性を判断する際の基準となるという。その上で養子縁組を禁止するイスラム法の内容の異常性を検討すると、内容に異常性ありとは評価できないという。その理由として、イスラム法にはカファーラという実親子関係と類似した養育関係を成立させる制度があること、そしてカファーラは、日本も採択する「児童の権利に関する条約」において子の保護措置として養子縁組と同等取り扱いを受けていること、さらにイランにはカファーラとは異なり、より養子縁組に近い farzandkhandegi という制度があることを挙げる<sup>28</sup>。

(ウ) 以上、本審判の公序発動との結論に対する姿勢で分類してきたが、これらとは別の観点で本審判を論ずるものとして、そもそも本件での準拠法選択が誤りであり、公序がその誤りを是正するものとして働いているとの指摘もある。

論者は夫婦共同養子縁組に関しては、養親夫婦の最密接関係地法として、婚姻の一般的効力の準拠法によるべきとする。これによればX1X2の同一常居所地法ないし最密接関係地法として日本法が一体的に適用されることになる所、本件審判は養父子・養母子関係それぞれ別個に準拠法決定したために、公序発動せざるを得なくなったと批判する<sup>29</sup>。この点、ドイツにおいて、夫婦の一方又は双方による養子縁組が婚姻の効力の準拠法とさ

---

28 植松・同上。

29 森田・前掲(注13)165-166頁。横山・前掲(注13)27頁は、異国籍夫婦による縁組では適応問題が生じるとし、養親夫婦の同一常居所地法への連結を可能とするベルギー国際私法のような規定があれば、日本法を準拠法とすることが可能であったと指摘する。

れるため(民法施行法22条後段)、このような外国法が準拠法となるのは、實際上、夫婦双方がその国に属する場合に限られ、公序の発動には極めて慎重な態度が求められるとする指摘があるが<sup>30</sup>、この指摘も抵触規則のあり方と公序発動の態度とを関連付ける点で類似している。

## 2. [裁判例2] 福岡高裁平成21年2月10日判決<sup>31</sup>

### (1) 事実の概要および判旨

【事実の概要】 アルゼンチンにおける交通事故による日本人子の死亡により、日本人両親が運転していた日本人を相手に、不法行為等に基づく損害賠償請求を求めた事案であり、準拠法とされたアルゼンチン法による損害賠償額の算定が公序違反とされたものである。

A(日本国籍、常居所日本)はX1・X2夫婦(いずれも日本国籍、常居所日本)の長女であり、交際相手であったY(日本国籍、常居所日本)のアルゼンチンへの取材旅行に同行し、レンタカーを借りて旅行していたが、平成17年9月、運転中の車が横転しAは車外に投げ出されて同日死亡した。そこで、X1・X2がYに対し、雇用契約等の契約上の安全配慮義務違反、または不法行為に基づく損害賠償金の支払いを求めた。

原審(福岡地裁飯塚支部平成20年3月14日判決)は雇用契約等の契約の成立は否定したが、不法行為については準拠法をアルゼンチン法として、不法行為の成立を認め、同法に基づく損害賠償を認めた。そこで、Yが敗訴部分につき、原判決がアルゼンチン法の解釈を誤っている等と主張して控訴したものである。

### 【判旨】

(i) 雇用契約等の契約による安全配慮義務については、「事実関係から

30 中野・前掲(注13)155頁。

31 判例時報2043号89頁、判例タイムズ1299号238頁。本判決に関する評釈として、国友明彦「判評」私法判例リマックス40号(2020年上)150-153頁、高杉直「判解」櫻田嘉章=道垣内正人編『国際私法百選[第2版]』(有斐閣、2012年)80-81頁、森田博志「判解」速報判例解説(法学セミナー増刊、2010年)337-340頁、横溝大「判解」平成21年度重要判例解説(ジュリスト臨時増刊1398号、2010年)330-332頁。

YとAとの間に雇用契約…が成立していたと認めることができない」としてこれを否定した。次いで「不法行為についての準拠法について」、本件事故が発生しAが死亡したのが通則法施行前であるため、通則法附則3条4項より法例が適用されるとし、法例11条1項により「不法行為地法であるアルゼンチン法が準拠法となるのが原則」とする<sup>32</sup>。そして同法を「適用することが我が国の公序に反する場合には、法例33条により同法の適用を排除し、日本法を適用することがある」として、「具体的検討」を「損害額の項で行う」とする。

(ii)「損害額……について」<sup>33</sup>の項において、まず「アルゼンチン民法の内容、解釈」<sup>34</sup>として、「命の価値 (VALOR VIDA)」として「被扶助者たる被害者(相続人)が扶助者(被相続人、犠牲者)の死亡によって受けられなくなった経済的扶助」のみが補償の対象となり、他に「精神的損害 (DANIO MORAL)」として、「精神的損害に対する賠償行為は被害者が死亡した時は

32 この点、森田・前掲(注31)338-339頁は、日本人間で、外国において発生した自動車同乗事故に基づく損害賠償請求について従来の裁判例を分類し、本件は、端的に事故発生地法を準拠法とする裁判例の1つとしうるようにもみえるが、日本法を準拠法としても結論が変わらないことからすれば、実質的には、日本法を準拠法とする類型とみうることを指摘する(論者は、法例11条1項の原因事実発生地は、「国際私法の基本中の基本である最密接関係地原則を堅持している法例や通則法においては、『結果発生地』概念を広く解釈しても」よいとして、「第2次損害発生地であり最密接関係地でもある」日本がこれにあたるとする)。

33 不法行為に基づく損害賠償額の算定(損害の金銭的評価の問題)について、判旨はこれを「不法行為の準拠法」によらしめている。これについて、国友・前掲(注31)152頁は「通説の説くように、損害賠償額の算定の問題は不法行為の成立要件や効果面でのその他の問題から切り離す必要はない」とする。

34 判旨は、アルゼンチン民法の解釈を「アルゼンチンの裁判所の採用する方法によるべき」であり、「同法の条文のみを翻訳して日本法の解釈により適用することは許されない」との見解を示す。その理由としては、「法例が外国法を準拠法として指定するのは、外国法を内国法に組み入れようとする趣旨ではなく、外国法を当該外国の裁判所が行うように解釈適用することを求めたものであるから」としている。外国法適用に関する外国法編入説を採らないことを理由しているように読めることについて、外国法編入説を退け、外国準拠法は当該法秩序の観点から決定すべきこととしたとしても、「外国裁判所が行うように解釈適用」すべきことにはならないとの指摘がある(横溝・前掲(注31)331頁、国友・前掲(注31)152頁。横溝・同所は、当該外国裁判所の判例や解釈は、当該外国法外国法規範の確定にとって重要であるが、内国裁判所が従わなければならないのは、これらが規範として確定し、当該法秩序において法的拘束力を有する場合にのみであると指摘する)。



法定推定相続人のみがこの権利を引き継ぐ」等認定する。判旨はこれを前提としてアルゼンチン法を適用した場合の X1X2 の損害を、以下の通り検討する。

(a) 「亡くなった A 固有の損害としての逸失利益は認められず、X1X2 は、A から受けられなくなった経済的扶助や支出した葬儀費用の限度で命の価値 (VALOR VIDA) の賠償を受けることになるが、X1X2 が A から経済的扶助を受ける必要性を認めるに足りる証拠はないから、被控訴人らは支出した葬儀費用の限度でしか賠償を受けられなくなる。」

(b) 「この点は措くとしても、独身で知的レベルの高度な者が死亡し、その親が相続人となっているケースについての裁判例では、命の価値 (VALOR VIDA) の賠償額は、米ドル換算で多くて 10 万米ドル、平均すると 3 万 7383 米ドルであり……、我が国の死亡事故における大卒の 24 歳の女性の逸失利益及び葬儀費用の損害賠償基準に照らし著しく低額である。また、これと別な損害として観念される精神的損害 (DANIO MORAL) についても、米ドル換算で多くて 6 万米ドル、平均で 3 万 8433 米ドルであって……、これも我が国の死亡事故における死亡慰謝料の損害賠償基準に照らし、著しく低額である」。

(c) 「これらのことと、Y、A 及び A の両親で相続人である X1X2 は、いずれも日本国籍を有し、日本に常居所があること……、Y は、旅行中の事故につき日本国内で保険に加入することも可能であったことを考慮すると、本件において、損害賠償の範囲につきアルゼンチン法を適用して損害賠償額を算定することは我が国の公序に反するものというべきであり、法例 33 条により、同法の適用を排除し我が国の不法行為における損害賠償の範囲 (民法 416 条類推適用) によるのが相当である<sup>35</sup>」。

## (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) では本件で「命の価値 (VALOR VIDA)」としては葬儀費用程度の賠償しか受けられない旨、

---

35 内国法適用説を採用したものとされており、これに対しては、論理性では欠缺否認説が勝るものの、起草趣旨に沿い基準として明確との評価がある (森田・前掲 (注 31) 340 頁)。なお横溝・前掲 (注 31) 332 頁は、本件判示は損害賠償の範囲のみを公序発動の対象としたにもかかわらず、実際には算定についても公序発動の対象となっていることを指摘し、判旨が額の算定を正面から公序発動の対象としなかった背景には、欠缺否認説に立つと公序発動後の処理に困難があったからであると推測する。



損害賠償の範囲について述べ、次いで (b) ではかかる本件事情を措き、「独身で知的レベルの高度な者が死亡し、その親が相続人となっているケースについての裁判例」の最高額や平均が、「我が国の死亡事故における」同様の事例の「損害賠償基準に照らし、著しく低額」であるとして、賠償額に焦点を当て検討する。そして (c) では本件当事者が日本に国籍および常居所を有すること、および Y が日本国内で保険加入が可能であったことを認定し、これら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。

本件裁判所が公序発動したことについては批判が多い。検討枠組みについて、[裁判例1]に関する評釈のように①準拠外国法の適用結果の反公序性ないし異常性と②内国関連性の2要素に明言するものは少ないものの、検討の基礎にはされていると思われる<sup>36</sup>。この点、本件は X1X2 と Y、また A も日本に常居所を有する日本人であることから②内国関連性の部分を問題視するものはみられず<sup>37</sup>、多くが要素①の準拠外国法の適用結果の反公序性・異常性の部分について議論する。また、本判決に対しては[裁判例1]同様、そもそも公序を発動する必要がなかったという点から、本判決を批判するものがある。そこで以下では、(ア) まず公序要件の解釈に関して判旨を批判する見解を検討した後、(イ) そもそも公序を発動する必要がなかったとする批判について紹介する。

(ア) 公序発動に関する本件判示に疑問を呈するものとして、第1に、賠償額に関する批判がある。この点、逸失利益や慰謝料について、金額面で少なくとも4倍近くの開きがあることから反公序性を肯定できるとの見解

36 森田・前掲(注31)339頁は評釈中にこの2要素を明言する。横溝・前掲(注31)332頁は「内国関連性」のみを明言し、国友・前掲(注31)153頁は「適用結果の反公序性の判断」についてのみコメントされている。

37 本件判旨(c)がいうようにY、A、X1・X2いずれもが日本に国籍、常居所をともに有することを挙げて肯定するか、少なくとも問題視はされていない(森田・前掲(注31)339頁、横溝・前掲(注31)332頁)。なお、横溝・同所は、本件判旨(c)の後半部分、Yが旅行中の事故につき日本国内で保険に加入することも可能であったとする部分について、この部分を「根拠として掲げた理由は判然としない」としつつ内国関連性の判示として理解する。

もあるものの<sup>38</sup>、比較対象とされた日本法秩序の理解が問題であると指摘されている。というのも、判旨は日本民法に基づく賠償基準により算出される金額と比較している。しかし、日本で効力を有する制定法の中には、モンテリオール条約、ワルソー条約等アルゼンチン民法より低額の賠償額となることを許容しているものもあり、判旨のような解釈がかかる条約を含めた日本の制定法全体における最低額の損害賠償額の定めと適合しないというのである<sup>39</sup>。

第2に、公序発動の範囲が広すぎるとの批判がある。本件判決は、「命の価値 (VALOR VIDA)」「精神的損害 (DANIO MORAL)」を根拠とする損害賠償額の低さを理由として公序を発動しつつ、遅延損害金を含む損害賠償の全範囲について日本法を適用していると指摘する。公序発動は「準拠外国法が基本的に最密接関係原則によって導かれたものであることから、極めて慎重でなければならない」として、少なくとも弁護士費用や遅延損害金についてはアルゼンチン法を適用すべきであったと批判する<sup>40</sup>。

(イ) 次に、そもそも公序発動の必要がなかった事例であるとする批判として、第1に、外国法の解釈・適用に誤りがあったとの指摘がある。本件損害賠償額の算定の際によるべきアルゼンチン法規範は、損害賠償の範囲、および損害賠償額の決定に際し考慮されるべき諸要素に止まるのであって、算定額そのものは含まれないとする見解がある<sup>41</sup>。これによると、損害賠償

38 森田・前掲(注31) 339頁。

なお、横溝・前掲(注31) 332頁は、両親固有の慰謝料請求を認めないサウスダコタ州法につき、「損賠の請求主体並びに損賠の対象範囲及びその方法については不法行為制度の根幹にかかわる」として公序を発動した岡山地裁平成12年1月25日判決に関し、「これでは不法行為に関する重要な問題すべてについて事案の内容を問わず直ちに公序則が発動される」との批判があったことを紹介している。

39 国友・前掲(注31) 153頁。2005年にAが日本からアルゼンチンまでの片道航空運送中の事故で死亡した場合、上記ヘイグ改正条約が適用され、運送人は約款により25万フラン(280万)まで低く限定することが可能であることを指摘し、判旨のような解釈は上記条約を含めた日本の制定法全体における最低限の損害賠償額の定めと適合しないと批判する。

40 森田・前掲(注31) 340頁。

41 横溝・前掲(注31) 331頁。なお、損害賠償の範囲についての公序判断について、こ

額が著しく低額な場合には公序審査の対象となるとしても、本件で、アルゼンチン法上考慮要素とされる、個人的な特別な状況や、事故当時の被害者や両親の年齢や個別的・社会的状況を考慮し、日本裁判所が独自に損害賠償額を算定することで、著しく低額になることは回避し得たとされる。

第2に、準拠法選択が誤りであったとする見解がある。論者は、法例11条1項の「原因タル事実ノ発生シタル地」に「現実かつ具体的に生じた損害(二次的・派生的損害)」を観念する。本件においても二次的損害発生地かつ最密接関係地として、日本を「原因タル事実ノ発生シタル地」と解釈すべきであったのであり<sup>42</sup>、そもそもアルゼンチン法を準拠法としたことが問題であったというのである<sup>43</sup>。

### 3. [裁判例3] 熊本家裁平成22年7月6日判決<sup>44</sup>

#### (1) 事実の概要および判旨

【事実の概要】日本人男がフィリピン人女に対し、重婚を理由として婚姻の無効確認を求めた事案である。準拠法とされたフィリピン法を適用した結果、婚姻が遡及的に無効となるどころ、前婚配偶者の死亡により重婚状態が既に解消している等の事情を考慮するとかかる結果は公序に反するとされた。

Y女(フィリピン国籍)は1989年フィリピンにおいてA男と婚姻した。1991年にAが逮捕され刑務所で服役した等の事情があり、Yは1993年に

---

の点特別留保条項の存在趣旨を強調すれば、日本法と異なる結果をもたらす外国法はおおよそ公序違反とすることも考えられるが、特別留保条項への批判が強いこと、またこのような公序則の活用は「不法行為に関する準拠法選択の意義を全く失わせてしまうこと」からすると、抑制的に考えるべきであり、日本法に比べて損害賠償範囲が限定されているというだけでは公序則を発動すべきでないとする(横溝・同上)。

42 以上、森田・前掲(注31)339頁。

43 森田・前掲(注31)340頁。高杉・前掲(注31)81頁は、通則法下では通則法20条により日本法を準拠法とできたはずで、その場合、公序発動は不要だったであろうとする。

44 判例集未公開、LEX/DB文献番号25464099。本判決に関する評釈として、大村芳昭「判解」速報判例解説8号(法学ゼミナー増刊)(2011年)365-368頁、黄勳霆「判評」戸籍時報672号(2011年)54-61頁。

Aの実家を出て、翌年来日し、熊本県でダンサーとして稼働した。X男（日本国籍）はYと、Yの働く店の客として知り合い交際を始めた。Yがフィリピンに帰国した後も、Xがフィリピンに会いに行くなどして交際を続け、YはXの子Bを出産した。Yは2004年6月にBとともに来日し、約6か月間日本に滞在しXと婚約した。

XYは2004年12月にフィリピンの方式で婚姻し、Yは2005年4月、Bとともに来日しXとの生活を始めた。BはXの認知に伴い2006年に日本国籍を取得している。その後、Yは二女Cを出産したが、次第にXYの夫婦関係が悪化し、2008年からは別居するに至った（BCはYとともに生活している）。Xは2009年にBCの監護者をXとする審判を申し立てたが、却下され、Xの即時抗告の申立ても福岡高裁において棄却されている。そこでXがYに対し、フィリピン家族法上重婚は無効であることを理由に婚姻無効確認を申し立てたものである。Yはかかる結論は公序違反に反すると主張したものである。なお、Aは2005年6月に死亡している。

### 【判旨】

(i) 裁判所は「前提事実」として、YA間の婚姻、XY間の婚姻、およびXY間での子B、Cの出生について争いがないことを認定する。次いで「争点及び当事者の主張」として、XY双方が、XY婚姻の当時に重婚関係にあったことに関して争いがないことを確認し、XYの婚姻の成立につき、通則法24条1項により各当事者の本国法によるべきとする。Xの本国法は日本法であり重婚が婚姻取消事由とされているのに対し、Yの本国法はフィリピン法であり、同法によると重婚が婚姻無効事由であるとしたうえで、「重婚は、婚姻の実質的成立要件のうち双方向的婚姻障碍に該当するから、厳格法の原則に従い、重婚の効力についてはフィリピン家族法に基づき無効とするのが原則」であるとする<sup>45</sup>。

この点Yによると、フィリピン家族法の適用によりXY間の婚姻を無効

45 この部分の解釈につき、大村・前掲（注44）368頁は、「厳格法の原則」に言及していることを根拠に、本件判旨は少なくとも双方要件につき累積的適用をなす見解を採用したものではないと分析する。

とすることは、BCの日本国籍を喪失させ、不法滞在者として退去強制させられるという極めて過酷な結果をもたらすため公序良俗に反すると主張されているため、「本件の争点はフィリピン家族法の適用が公序良俗に反するかどうかである」とする。裁判所はこれに対し、Xによる反論、すなわちBはすでにXが認知しており、Cも嫡出子とする出生届により認知とみなされるのであるから、法務大臣への届出により日本国籍が認められ、在留も認められるとの反論を引用する。

(ii) 裁判所は、上記【事実の概要】に示した事実を認定した上で次のように判示し、「通則法42条に基づき、フィリピン家族法35条4号の適用を排除すべきであるから、XとYとの婚姻は無効とはいえない」とした。

(a) 「XとYとの婚姻について、フィリピン家族法35条4号を適用すれば、婚姻は遡及的に無効となり、初めから婚姻関係はなかったものとされる。」

(b) 「しかし、㊦Yの前婚の配偶者であるAは、XとYとの婚姻が成立した約6か月後に死亡しており、既に重婚状態は解消していること、㊧XYの婚姻期間は5年を経過しており、㊨Yは2005年4月に日本に入国後、約5年間日本で生活していること、BもYとともに入国し約5年間日本で生活していること、Cは出生してから現在まで日本で生活していること、㊩他方で、XとYとの婚姻が無効となれば、B及びCがXYの嫡出子たる身分を失うことになることなどの事情を考慮すれば、XとYの婚姻について、重婚を無効とするフィリピン家族法を適用することは、その結果においてわが国の公の秩序又は善良の風俗に反するものと解するのが相当である。」(文中の㊦～㊩は筆者による)

## (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、まず準拠法たるフィリピン家族法35条4号を適用することにより、XY間の婚姻が遡及的に無効となることを認定する((a)部分)。そして、㊦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<sup>46</sup>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（(b)部分）。判旨が㊦において、婚姻無効が子の法的地位に与える影響を重視して、公序発動との結論を出す点で特徴的であるとされる<sup>47</sup>。

本件での公序発動との結論に対しては学説からは好意的な反応が示されている。いずれもこれまでの裁判例の評釈同様、①外国法適用結果の反公序性ないし異常性②事案の内国関連性とが前提とされており、このうち②内国関連性に関しては、上記判旨㊦と同様の点を挙げ肯定されている一方<sup>48</sup>、①の外国法適用結果の反公序性ないし異常性に関しては議論がある。そこで以下、適用結果の反公序性ないし異常性の要素に焦点を当て、(ア)本件のこの要素の充足に疑問を呈する見解、(イ)この要素が存在すると解釈する見解に分けて紹介する。

(ア)適用結果の異常性・反公序性の要素が満たされていない可能性を説くものとして、第1の見解は、上記判旨㊦のBCが「嫡出子たる身分を失うことになるなどの事情を考慮すれば」とし、フィリピン法適用によりBCが「嫡出子たる身分を失うこと」を問題としている点に着目する。次のように、BCに関する嫡出親子関係の問題は、本件で問題となっているXY間の婚姻無効とは別の単位法律関係に属するのであって、XY間の婚姻無効の公序違反性は、婚姻当事者であるXYの事情に限定して捉えるべきとの指摘である<sup>49</sup>。

---

46 なお、黄・前掲（注44）61頁は、無効婚から出生した子が当然に嫡出子身分を失うかについては、別途通則法28条により準拠法決定のうえ検討すべきと指摘する（もっとも、本件で28条適用により準拠法とされるフィリピン法において、本件のような無効婚子を嫡出子とみなす規定の適用がないので結論において正当とする）。

47 大村・前掲（注44）367頁。また、黄・前掲（注44）60-61頁は、フィリピン法は離婚禁止国であり、Yは本件婚姻前に婚姻解消することができなかったことが公序判断の背景にあったと指摘する。また黄・同所は、本件Xは本件訴訟提起前にBCらの監護権を争うために審判を申立てていることから、本件無効確認請求を公序ではなく、権利濫用法理を活用する可能性もあるとしている。

48 大村・前掲（注44）367頁、黄・前掲（注44）59頁。大村・同所ではこれに加え、BCとも今後も日本で生活することを望んでいることに触れる。

49 黄・前掲（注44）59-60頁。

「裁判所はXとYとの婚姻が無効となれば、子らが嫡出子たる身分を失うことも挙げているが、……そもそも婚姻を無効とすることが公序に反するかを判断するに際して、このような事情を考慮してもよいかについて、疑問がないわけではない。というのは、嫡出親子関係の成立は、婚姻の成立とは別個の単位法律関係であり、通則法42条にいう外国法『の規定の適用』結果を、婚姻当事者であるXとYの事情に限定して捉えることが可能である。」

第2の見解として、BCが「嫡出子たる身分を失うこと」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に比べて、適用結果が異常・反公序性があるといえるほどの問題なのかが問うものがある<sup>50</sup>。もともとYは、フィリピン法の適用によりXY間の婚姻が無効とされた場合にはBCの日本国籍が失われ、不法滞在者として退去強制されるとの理由で公序発動を求めていた。しかしXが主張するように、BCは平成20年12月改正国籍法により、法務大臣への届け出により日本国籍が認められ日本在留も認められるため、Yの主張は当たらないところ、本判決は新たに「嫡出子たる身分」の喪失を問題としたものである<sup>51</sup>。

(イ) 上記(ア)の2見解がいずれも、一般的な謙抑的公序観を前提とするものであるが<sup>52</sup>、他方で、「公序条項の積極的な活用」という観点に立ち、

50 大村・前掲(注44)368頁、黄・前掲(注44)59-60頁。大村・同所では、判旨において②の事情「など」とされている点が、「不明確な表現が加わることによって一層難解な理由付けとなってしまっている点が気になる」とも述べられている。

51 大村・前掲(注44)367-368頁は、かかる事情はXYとも主張していない事情であるところ、人事訴訟においては職権探知が採用されつつ(人訴20条前段)、当事者の手続保障の観点から当事者の意見を聞かねばならない(後段)とされているため、どちらも主張していない理由が請求棄却の理由となる場合には、裁判所が当事者の意見を聞いた結果を判決中に明示すべきであると指摘する。

52 上記(ア)の第1の見解である黄・前掲(注44)58頁は、通説的見解として、公序は本来適用すべき原則的な準拠法の適用を排除するという例外的なものである以上、その発動を慎むべきとしたうえで、国際私法上の公序は日本の基本的な私法秩序を保護するためのものであって、国内実質法上の公序よりも狭いことを確認する。また、同第2の見解である大村・前掲(注44)367頁も、「我が国の国際私法は内外法平等を基本とし、内国実質法の優位を認めないのが原則であるが、法規範やその解釈が国によって様々に異なる現状に鑑み」、公序が置かれているとする。



本件の適用結果の異常性・反公序性の要素を認めようとする見解もある。論者は、公序発動を「例外的な場合に限定する」の一般的謙抑的公序観のもとでは公序違反とすることは困難であるとしつつ、次のようにいう<sup>53</sup>。

「通則法 42 条にいう外国法『の規定の適用』結果を、婚姻当事者である X と Y との事情に限定して捉える」として、「婚姻当事者の事情を中心に考慮すべきことは当然であるが、子の存在は夫婦の婚姻から生じた重要な生活事実であり、そして婚姻が無効となれば子の嫡出子たる地位に影響が波及することは現実に生じうる以上、このような事情を取り上げて考慮する必要性を一概に排除すべきではないように思われる」

「……前婚が既に解消された重婚の取消しを認めない日本法の趣旨は、いったん有効とされた婚姻から生じた生活事実を重んじ、身分秩序の安定を保護することである。本件婚姻についていえば、そのほとんどの期間が日本国内において営まれ、また子らをもうけ、夫婦及び子らがすべて日本に居住していることからすれば、日本国内の身分秩序を形成するものであり、その安定を保護するために日本法がフィリピン法よりも重要な利益を有するということができよう。本件公序判断の趣旨はフィリピン法の適用を排除し、本件婚姻を維持することによって日本国内の身分秩序を保護する点にあるとすれば、公序条項の積極的な活用を主張する有力説の立場から正当化することが可能であろう。」(下線は筆者による)

論者は、上記引用内下線部にいう「公序条項の積極的な活用を主張する有力説」を次のように紹介している<sup>54</sup>。

「国際私法の基本理念は、事案の解決に最も適切な法を適用する点にあるとし、国際私法の法選択規則が準拠法の内容と適用結果を考慮せず機械的に適用され、実際の事案で具体的妥当性が確保されない場合には、むしろ最も適切な法の適用という基本理念の実現を公序条項に担わせ、その積極的活用を主張する有力説がある」

53 黄・前掲(注44) 60頁。「国際私法上の公序は日本の基本的な私法秩序を保護するためのものとし、その発動はあくまで例外的な場合に限定するという通説の立場」からは、「日本法上前婚の解消によって取消しを免れるべき重婚であっても、これを無効とする準拠外国法の適用結果は、国際私法上の公序に反するとまでは言い難い」としている。

54 黄・前掲(注44) 58頁。

このように公序を「事案の解決に最も適切な法の適用という基本理念の実現」のための方策として捉えた場合、「事案に最も密接な法」の探求のために、婚姻当事者たるXYの事情のみならず、子に関わる問題も取り上げて考慮すべきことになり、結局「日本法がフィリピン法よりも重要な利益を有する」としてこれが「事案に最も密接な法」として適用されうるといふ。

なお日本法がフィリピン法よりも「重要な利益」を有し、「事案に最も密接な法」とされる理由について、論者は、日本法上の「前婚が既に解消された重婚の取消を認めないとの規範」に依拠する。この規範の趣旨が「いったん有効とされた婚姻から生じた生活事実を重んじ、身分秩序の安定を保護」するにあると解釈した上で、本件事案状況を検討し、XY間の婚姻が日本国内で営まれ、XYおよびBCがすべて日本居住であるため、XYおよびBCをめぐる家族関係がすでに「日本国内の身分秩序を形成」しているとされる<sup>55</sup>。上記規範の「身分秩序の安定」の保護の観点からは、「日本法がフィリピン法よりも重要な利益を有する」とするのである。

#### 4. [裁判例4] 東京家裁平成22年7月15日審判<sup>56</sup>

##### (1) 事実の概要および審判要旨

【事実の概要】コロンビアおよびイラン国籍の母が、イランおよびコロンビア国籍の未成年者に対する親権を有する、イラン国籍の父(元夫)に対し、親権者を自らに変更することを求めた事案である。準拠法とされたイラン法を適用した結果、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ができないことになるところ、かかる結果が親権者の変更が子の福祉

55 なお、本件論者は、判旨⑦については、日本法によれば本件婚姻は婚姻取消されない婚姻であることを、④については婚姻が相当期間にわたり平穩に存続していることを示唆するものと位置付けている(黄・前掲(注44)59頁)。

56 家裁月報63巻5号58頁。本審判に関する評釈として、大村芳昭「判評」民商法雑誌144巻4=5号(2011年)557頁、熊谷久世「判解」新・判例解説Watch(法学セミナー増刊)11号(2012年)333頁、黄勅霆「判評」戸籍時報691号(2012年)44頁、佐藤やよひ「判解」平成23年度重要判例解説(ジュリスト臨時増刊1440号,2012年)311頁、嶋拓哉「判評」ジュリスト1434号(2011年)152頁。

を中心として決定すべきとの日本の社会通念に反するとして、公序違反を認定した。親権者を常に父とし母への変更を認めないイラン・イスラム法の適用を公序違反とした初めての公刊事例とされる<sup>57</sup>。

X女(コロンビア・イラン国籍)は1998年短期滞在の在留許可で来日し、在留期間経過後もとどまり、1999年11年頃に同じく違法滞在状態だったY男(イラン国籍)と交際を始めた。Yは2001年に逮捕されイランに退去強制されたものの、その後再び日本に不法入国しXと同居生活を始め、同年子Z(イラン・コロンビアの二重国籍)をもうけた。Zについて残留手続をとらなかったため、Zは超過滞在となった。また同年、Xの子AもX短期滞在の在留資格で来日し、XYおよびZと同居し、区立小学校に通学するようになったが、在留期間経過により超過滞在となった。XYは2002年に東京都に婚姻届を提出し受理された。

その後XYはXの病気治療のためイランで生活することを決め、入国管理局に出頭し、2003年退去強制により、Z・Aとともにイランに出国した。イラン滞在中に不和となったため、XYは再び日本で生活しようとするようになり、2004年にZ・Aとともに他人名義旅券を使用し来日した。しかし日本においても夫婦関係が修復されなかったため、X・Yは同年、XがAを、YがZを引き取る形で別居をはじめ、その後同年Zの親権者をYとする離婚届が東京都により受理された。

Xは2007年にB男(外国国籍、日本での永住資格を有する)と婚姻し、B、Bの子であるC・DおよびAと、Xのもとで同居を始めた。XとAは、XがBと婚姻しており、日本に生活基盤を有すること等を理由とし、2008年入国管理局に出頭し在留特別許可を申請した。

Yは2008年に交通事故を起こし現在、日本国内で服役中である。Yの逮捕後、ZはYの交際相手であるE女(日本国籍)が監護していたが、2009年からはEからの依頼を受けXが監護するようになった。XはYに対し、Zの親権者をYからXに変更することを提案したところ、YはXに対し実刑判決が確定して自分には戻れないからZのことはXに頼みたいとし

57 嶋・前掲(注56)153頁。

て、イラン大使館での未成年者の親権について手続をするように依頼した。YはZの代理人として、XをZの後見人として選ぶ旨記載した手紙をXに送り、Xがこれをイラン大使館に持参したが手続上の問題からYの要望は実現しなかった。

ZはXが引き取って以来、心身ともに健康に成長しており、2009年からはX住所地近くの小学校に通学している。Xは2009年入管法違反の現行犯で逮捕され、有罪判決を受け、入国管理局に収容されたのち、2010年入管法54条2項により仮放免されている。Xの収容中はBがZの監護養育を行っており、今後もBはZの監護養育に協力する意向である。Xは、Zの親権者となった後は、在留資格のないZについても法定代理人として在留特別許可申請をすることを予定している。

#### 【審判要旨】

(i) 裁判所は最初に、すべての当事者が日本に在住していること、Zが今後も日本で生活することが見込まれることを理由に、日本の国際裁判管轄を肯定する。準拠法について、38条1項本文により「Xの本国法はコロンビア法、Y及びZの本国法はイラン法」になる<sup>58</sup>とし、イランは人的不統一法国であって、「同国には通則法40条1項にいう『規則』がない」ため、Y・Zの本国法は「当事者に最も密接な関係がある法」とすべきであり<sup>59</sup>、Yがイスラム教徒であること、Zは「特定の宗教に入信していない」が、イランにおいてYの親族と同居していたことから、Y・Zの本国法は「いずれもイラン・イスラム法と認定するのが相当」とした。

(ii) 「本件における準拠法は、Y及びZの共通本国法であるイラン・イ

58 その認定が不十分であることが指摘されている(佐藤・前掲(注56)311頁、大村・前掲(注56)560-561頁、熊谷・前掲(注56)335頁、黄・前掲(注56)48-49頁)。

59 本件のような不統一法国の国籍を有する者について、本件は、①かかる国籍を有するY・Xの本国法の同一性を判断するにあたり、先に各人について「本国法」の絞り込みを行い、②その際、イランに「その国の規則」(40条1項)がないため、「当事者に最も密接な関係がある法」によるとしているが、それぞれについての批判がある(①②いずれも指摘するのは、嶋・前掲(注56)153-154頁、①を指摘するのは熊谷・前掲(注56)335頁、②を指摘するのは大村・前掲(注56)561頁、佐藤・前掲(注56)311-312頁、黄・前掲(注56)49-50頁)。

スラム法となるが（通則法32条）<sup>60</sup>」とした上で、次のようにイラン・イスラム法を適用する。

「⑦上記認定した当事者らの生活状況、特に、Yが刑事施設において受刑中であり、現実親権者としての義務を果たすことができない状態にあることに鑑みれば、Zの親権者をYからXに変更すべき必要性が高く、④YもXが親権者となることに賛成の意向を示していると認められるにもかかわらず、⑤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、かかる結論は、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ものと解するのが相当である。

よって、本件においては、通則法42条により、イラン・イスラム法を適用せず、日本法（民法819条6項）を適用して、未成年者の親権者をYからXに変更するのが相当である。」（⑦～⑤は筆者による）

## (2) 本審判への評価

本判決は公序発動に至る理由付けとしては、⑦Yが受刑中であり親権者としての義務を果たせていない現状からすると、親権者をYからXに変更する必要性が高いこと、④Yも親権者変更に賛成していることを認定し、⑤準拠法たるイラン・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。

本判決が公序を発動したことに對して、学説では賛否が分かれている。いずれも大枠においてこれまで紹介した裁判例同様、①準拠外国法の適用結果の反公序性ないし異常性と②内国関連性とが考慮要素とすることが前

60 YZ間の親子関係の存在やその前提としてのXY間の婚姻の有効性について、さらにZが未成年であるかについても、先決問題として取り上げるべきことが指摘されている（佐藤・前掲（注56）312頁）。とくに未成年であるかの点については、行為地能力についての通則法4条1項を適用するとイラン法が準拠法となり、イスラム暦上はZが成年に達している可能性があり、その場合、親権変更ではなく後見開始および後見人の選任とすることで、通則法5条や35条2項2号により日本法を準拠法とすることも可能だったことの指摘もある（佐藤・同上）。

提とされているようである<sup>61</sup>。また本判決に関しては、[裁判例1]と同様、学説の中には、公序要件の解釈の枠外での議論を展開するもの——そもそも公序発動の必要はなかったとするもの——もある。そこで以下、[裁判例1]での紹介と同様、まずは公序要件の解釈内で公序発動の結論を支持する見解(ア)、公序発動の結論を支持しない見解(イ)をいずれも公序要件判断の2要素に着目し分析したうえで、(ウ)そもそも公序を発動する必要がなかったという点から判旨を批判する見解、に分けて紹介する。

(ア) まず本判決の判断に賛同する見解として次のようなものがある。

④「本事案では、当事者すべてがわが国に居住している等内国牽連性を裏付ける要素が存在するが、Xへの親権者変更を認めないというイラン・イスラム法の適用結果は、現在の親権者であるYが収監中であること等の状況下では、Zの親権者変更の具体的な必要性を無視するものであり、本件の具体的な事情に照らしてみれば、日本の法秩序の許容限度を逸脱していると評価できるであろう。」<sup>62</sup>

⑤「本件において、XとYの婚姻届と離婚届及び婚姻生活のほとんどが日本でなされ、子Zが日本で出生して以来、ほとんどの期間を日本で生活しており、少なくともこれらは上記最高裁判決の事案と共通するものであるといえる。これに加えて、Xがすでに永住外国人と婚姻し現在在留特別許可を申請していることを考えれば、内国関連性は必ずしも薄弱とはいえないように思われる。またZが現にXとBによる監護養育を受けながら日本の小学校に通学しており、Xが本件でZの親権者となればZについても在留特別許可を申請する予定であることを考えれば、イラン法を適用し親権者の変更を認めないことは子の福祉に反するものと考えられ、公序を発動した本件の結論には賛同することができる。」<sup>63</sup>

引用部分にある「上記最高裁判決」とは、離婚に伴う未成年者の親権者

61 熊谷・前掲(注56)335頁、黄・前掲(注56)50頁、嶋・前掲(注56)155頁。なお、熊谷・前掲(注56)336注20および嶋・前掲(注56)155頁においては、外国法内容の異質性を要件とすべきとする見解について、言及、紹介されている。

62 嶋・前掲(注56)155頁。

63 黄・前掲(注56)51頁。

指定に関し、自動的に父親を指定する韓国民法 909 条の適用が問題となった昭和 52 年 3 月 31 日最判(民集 31 卷 2 号 365 頁)である<sup>64</sup>。韓国民法 909 条の適用が、扶養能力ない父に親権者としての地位を認め、実際に扶養能力のある母から親権者の地位を奪うことになり、ひいては親権者指定を子の福祉を中心に決定すべきとする我が国の社会通念に反する結果をきたすとして、公序を発動したものである。

まず 1 つ目の要素である、①の外国法適用結果の異常性ないし反公序性についてみると、評釈⑤ではイラン・イスラム法の適用が親権者変更の具体的必要性を無視するものであって、日本の法秩序の許容限度を逸脱していると判断し、評釈⑥では Z が現在 X・B による監護を受けて生活していること、X が Z の親権者として在留特別許可申請予定であることからすると、イラン法適用により親権者の変更ができなくなることは子の福祉に反するという。これらはいずれもイラン・イスラム法適用により親権者変更ができなくなることによる子 Z が被る不利益をいうものであり、それゆえ、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が、「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」とする本件判旨⑤に対しても好意的な評価を下している<sup>65</sup>。上記昭和 52 年最判の判断枠組みおよび手法を踏襲するものとも評されている<sup>66</sup>。

2 つ目の考慮要素である②内国関連性の観点に関しては、評釈⑤では当事者すべてが我が国に居住していること、評釈⑥では XY の婚姻届、離婚届、婚姻生活の大半が日本でなされ、ほとんどの期間を日本で過ごしていること、さらに X が日本永住外国人と婚姻し在留特別許可申請中であることといった、細やかな認定を行っており、いずれもかかる内国関連性要素

64 韓国民法909条の適用が、扶養能力ない父に親権者としての地位を認め、実際に扶養能力のある母から親権者の地位を奪うことになり、ひいては親権者指定を子の福祉を中心に決定すべきとする我が国の社会通念に反する結果をきたすとして、公序を発動したものである。

65 なお、熊谷・前掲(注56)335頁は、公序において子の保護に対する配慮が払われていることを指摘している。

66 嶋・前掲(注56)155頁。



を先に当てはめようとして、1つ目の、適用結果の異常性・反公序性要素についての上記の検討を行っている。この点、本件判旨は内国関連性要素についての直接の言及がない点で異なるものの、上記2評釈ではとくに問題視されていない。また、上記昭和52年最判では在日韓国家族が当事者となっていたことについて、評釈⑥は、本件事案も子Zが日本で出生して以来、ほとんどの期間を日本で生活しているという点で、最判事案と共通するとの評価をなしている。

(イ) 一方、本判決の公序発動の結論を支持しない見解には、まず内国関連性について批判するものがみられる。公序判断を謙抑的に行うべきとの見解から見ると、判旨が事案の内国関連性を具体的に検討せずに公序判断を下した点が問題であるし、さらに、前掲昭和52年最判事案は在日韓国家族に関するものであるのに比して、当事者のすべてが不法滞在で、強制退去を命じられる可能性のある外国人である本件は、内国関連性が薄弱で公序を発動すべきとは言えない可能性があるという<sup>67</sup>。

(ウ) また、本判決の公序発動の結論を支持しない見解の中には、そもそも公序発動の必要がなかった可能性があるとの指摘もある<sup>68</sup>。すなわち、本判決においては公序発動の前提として、イラン・イスラム法適用上、母への親権者変更ができないことが前提とされ、公序発動が議論されているところ、そもそも同法上、父が受刑者であることを理由に母への親権者変更も可能だった可能性があるとして、準拠法の解釈について疑義を唱えるものである<sup>69</sup>。

67 黄・前掲(注56)50-51頁。ただし論者自身は、本件でも内国関連性は薄弱ではないとしている(黄・前掲(注56)51頁)。

68 ただし、大村・前掲(注56)562頁はXの親権を認めた判旨結論には賛成しつつ、Zの本国法認定に問題があるとする(Zの本国法はコロンビア法であり得たのであり、その場合公序を用いずに同じ結論を導けた可能性があるとする)。

69 イラン・イスラム法上、本件で問題とされる「親権」がイラン・イスラム法における身上監護権に当たる可能性があるところ、イラン法上7歳で監護権は母から父に移行するものの、近時は父が監護者として不適格の場合には母に監護権が与えられることもあるとすれば、本件でも父が受刑者であることを理由に母への親権者変更も

(続)

---

可能だった可能性があるという(佐藤・前掲(注56)312頁)。また熊谷・前掲(注56)335-336頁も、「イラン法において母は全く親権に関わる権利が認められていないか」は疑問であるとし、一般にイスラム法においては父が子の扶養について総括的な義務を持つ一方で、母は实际的に養育する権利(監護権)を有しており、監護権は一定年齢までは優先的に母に付与されるのが原則であり、「イスラム法における子の監護については、少なくとも母は全くの無権利とはなっていない」ことを考えると、異質性はさほど大きなものとはいえないとする。