

## 国際私法における公序判断の基準時

白井 伸明

しらい のぶ あき

大阪市立大学大学院法学研究科後期博士課程

はじめに

1. 日本の学説・判例
2. フランスの学説・判例
3. ドイツの学説・判例
4. 検 討

おわりに

はじめに

法の適用に関する通則法〔以下、「通則法」〕第42条などに規定されている国際私法における公序則は、準拠外国法の適用が我が国の公序良俗に反することとなる場合には例外的にその適用を排除するというものであり<sup>(1)</sup>、その発動要件としては、準拠外国法の適用結果の反公序性、及び内国関連性の2点で判断するというのが通説である。しかし、公序判断がなされる法的問題が過去に発生したものであって、その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<sup>(2)</sup>、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のかにより、その結論は異なってくる可能性がある。それゆえ、その公序判断を行うための時点、すなわち公序判断の基準時をどのように設定するのかを考える必要がある。この問題については、日本でもこれまで議論はされてきたが、必ずしも充分には検討されてこなかったように思われるため、本稿において検討することとしたい。

公序判断の基準時が問題となる事例としては、例えば、婚姻関係が破綻している現在においても異教徒間の婚姻を無効とするエジプト法を適用することは公序に反するとした東京地方裁判所平成3年3月29日判決<sup>(3)</sup>や、外国でなされた重婚につき、重婚状態が解消され、婚姻期間が5年に及んでおり、夫婦及

び子らが日本に居住している現在においては、重婚を無効とするフィリピン法の適用は公序に反するとした熊本家庭裁判所平成22年7月6日判決<sup>(4)</sup>を挙げることができよう。これらの判例についてはいずれも後で取り上げることとする。

以下では、日本、フランス、ドイツの順に各国の学説・判例を取り上げ、その後若干の検討を行う。

なお、本稿が対象としているのは狭義の国際私法における公序であるが、フランスやドイツでは一般に、外国判決の承認・執行における公序と区別せずに論じられているため、本稿で取り上げるものの中にもそれらにまたがって検討しているものが含まれているということをお断りしておきたい。

## 1. 日本の学説・判例

### (1) 学説

わが国における学説としては、まず久保岩太郎の見解を挙げることができるだろう。久保は、準拠外国法の適用が「法律要件の側面に関する場合」と「法律効果の側面に関する場合」とに分け、前者の「法律要件の側面に関する場合にはその法律要件の実現当時が準拠時点となる。例へば婚姻の成立要件に関するときは婚姻締結当時なる如くである。蓋しこの時点のみが内国の公序良俗に交渉を生ぜしめるからである」とし、後者の「法律効果の側面に関する場合にはその法律効果の主張の当時が準拠時点となる。例へば親子関係に基く扶養請求権の主張の如きはその主張当時なる如くである」と述べている<sup>(5)</sup>。もっとも、これ以降この見解に従う学説はこれまでのところ見当たらない。

近時では、(a)基準時は現在であるとする見解<sup>(6)</sup>と、(b)法律関係を成立させようとした過去の時点であるとする見解<sup>(7)</sup>が主張されており、前者が多数説である。

#### (a) 基準時は現在であるとする見解

この見解を詳しく論じているものとして、ここでは道垣内正人のものを取り上げる。道垣内は次のように主張する。すなわち、「公序則の目的はあくまで

例外的に国内法秩序のコアの部分を守ることにより、時間の経過とともに、もはや目くじらを立てないでよくなる場合や、その逆も考えられる」ため、「判断基準時はあくまでも常に現在であるべきである」が、その結果当事者や第三者に不測の損害を与えることになる事情がある場合は別である<sup>(8)</sup>、としている。

(b) 法律関係を成立させようとした過去の時点であるとする見解

この見解を唱えるのが早川吉尚である。以下のように主張している。「法の適用は、現実には裁判時点において裁判官により行われるものであるが、理論的には、婚姻や契約を成立させようとした時点において潜在的に適用がなされ、婚姻や契約の有効・無効が確定しているはずである（したがって、裁判における作業は、理論的には、婚姻や契約を成立させようとした過去の時点における法適用につき遡って確認を行うものであるということになる）。とすれば、公序の発動も同様であり、婚姻や契約を成立させようとした過去の時点において、当該時点に存在する事実関係を前提に、わが国の法とは著しく内容を異にする外国法の適用の結果として『異常な結果』が発生しているか否かが判断されるべきであろう」<sup>(9)</sup>、とする。

そして、上記1(1)(a)の見解に対しては、「後の事実関係の変化によって、過去の時点における法律関係に対する公序発動の有無が変動、すなわち、法律関係の有効・無効が変動するといった帰結をもたらしてしまい、法的安定性という点で問題がある上に、訴え提起の時点を意図的に遅らせる等による恣意的な操作を可能にするという問題もある」<sup>(10)</sup>、と批判している。

(2) 判例

上記1(1)(a)説、1(1)(b)説の双方から検討がなされている判例として、(a)東京地方裁判所平成3年3月29日判決があるため、まずこれを取り上げる。その次に、現在を基準時として公序判断を行った、(b)熊本家庭裁判所平成22年7月6日判決をみることにする。

(a) 東京地方裁判所平成3年3月29日判決<sup>(11)</sup>

仏教徒である日本人女性Xとイスラム教徒のエジプト人男性Yが日本で婚姻したものの、その後XY間の婚姻関係が破綻し、XがYに対して主位的請求として婚姻無効の確認を求めた、という事案である。

これに対して裁判所は、「婚姻の実質的成立要件の準拠法は、……各当事者の本国法となるが、イスラム教徒であるYに適用されるエジプトの法令によると……、イスラム教徒であるYと仏教徒であるXとの婚姻は、異教徒間の婚姻として禁止され、右婚姻は無効とされているものと解される。しかしながら、単に異教徒間の婚姻であるというだけの理由で、日本人であるXとエジプト人であるYの婚姻を無効とすることは、信教の自由、法の下での平等などを定め、保障する我が国の法体系のもとにおいては、公序良俗に反するものと解さざるを得ないので、本件においては、……改正前の法例30条〔筆者注：通則法第42条に相当する規定〕により前記イスラム教徒に適用されるエジプトの法令の適用を排除するのが相当である」と判断した<sup>(12)</sup>。

この判決に対して、前記1(1)(a)説の道垣内からは、「問題は、……婚姻が破綻し、日本法によれば離婚が認められるような事情のもとで、なお婚姻の有効性について適用されるエジプト法によれば婚姻無効であるという結果が日本の公序に反するとしなければならないかである。確かに、婚姻時にはその婚姻を異教徒間のものであるとの理由で無効とするような準拠法の適用は排除すべきであろう。しかし、今やその婚姻は破綻し、解消が求められているのである。その段階になって、なお、過去の婚姻を無効とするエジプト法の適用結果を公序違反として排除することによってのみ、日本の法秩序は守られるというべきであろうか。もちろん、この夫婦の間に子供が生まれていたり、あるいは、相続がらみで第三者に影響が及ぶといった事情があれば別であるが、本件ではそのような事情はないようであり、もはや、過去の婚姻に適用されるエジプト法を淡々と適用して婚姻無効を確認してもよかったのではあるまいか」<sup>(13)</sup>、という見解が示されている。

他方で、前記1(1)(b)説の早川は、「現時点ではX・Y間の婚姻関係は実質的に破綻しているといえるかもしれないが、少なくとも日本の役所において婚姻

届を提出した時点においては双方とも明らかに婚姻をのぞんでいたというケースである。すなわち、時系列に沿って考察してみると、婚姻の実質的成立要件の充足の有無が審査されるべき婚姻の成立時点においては、X・Y間の婚姻は何ら実質的に破綻していなかった。とすると、その時点において適用されたエジプト法は、婚姻を望む二人につき、異教徒間婚姻というだけで、婚姻を認めないという結果をもたらすものであったのであり、やはりその結果は、当該時点においては、わが国の法秩序からみて『異常』と評価せざるを得ないものではないか<sup>(14)</sup>、としている。

このように、この判決は事実状態の変化が生じた事案であり、基準時を過去の時点とすれば公序に反するが、現在とすれば公序には反しないと考えられる事案である。

(b) 熊本家庭裁判所平成22年7月6日判決<sup>(15)</sup>

これも事実状態の変化が生じた事案であるが、この判決は現在を基準時としたものと考えられ、そして公序違反の結論を導いた判決である。

事実関係は次の通りである。日本人男性Xとフィリピン人女性Yが2004年にフィリピンで婚姻をしたものの、既にYは同国人男性Aと婚姻しており、本件婚姻は重婚であった。その後次第に夫婦関係が悪化し、XがYに対して重婚を理由とする婚姻無効（フィリピン家族法第35条4号<sup>(16)</sup>）の確認を求めて訴えを提起した、という事案である。

この事件において裁判所は、「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。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、X・Y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、長女もYとともに入国し約5年間日本で生活していること、二女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、長女及び二女がX・Y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。したがって、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<sup>(17)</sup>。

仮に過去の婚姻時点を基準時とすれば、本件婚姻はフィリピンでなされており、Yらは当時フィリピンに居住していることから内国関連性は弱いと判断することも可能であり、Aが存命のその当時において重婚を無効とすることは公序に反しない、との結論も導きうるものであったと思われる。しかし、裁判所は、婚姻の約半年後のAの死亡、5年の婚姻期間、Yと長女の日本での約5年間の生活、次女が出生以後日本で生活していること、といったその後の事情を考慮して公序判断を行い、フィリピン法の適用は公序に反するとしてその適用を排除した。

## 2. フランスの学説・判例

### (1) 学説

フランスでは、法律関係の発生時点と裁判時点との間で公序観念が変化した場合に裁判官はいずれの時点の公序を用いるべきであるのかという問題について、伝統的に公序の現在性 (*actualité de l'ordre public*) が唱えられている。すなわち、公序観念の裁判的性質、及びその観念を事案ごとに評価する必要性を根拠に<sup>(18)</sup>、現在の公序が用いられるとするものである。

例えば、バルタンは次のように述べている。「裁判官は、……本来の準拠法の規定がその精神によって自身にあまりにも衝撃を与える場合には、その規定を自国の立法の相当する規定に置き換えることが可能である。しかし、裁判官がその準拠法の規定を衝撃的であると感じることができるのは、係争の法律関係に判決を下す日においてのことにすぎない。そのような準拠法の規定は、その日において自国の立法の精神と衝突する場合にしか、その日に裁判官に衝撃を与えない。したがって、裁判官が本来の準拠法の原則と比較するのは、その日において自国の立法を支配している原則に対してにすぎないのであり、そしてその比較から、本来の準拠法の規則的適用または裁量的排除を結論付ける。

自国の立法の原則と本来の準拠法の原則との間に根本的な対立がかつて存在していたということは、裁判官にとって重要なことなのか」としている<sup>(19)</sup>。公序の発動を行うのは裁判官であるということを前提にして、そこから必然的に現在の裁判時点の公序によるという考え方だといえるだろう。

これに対して、緩和された公序 (*ordre public atténué*) の理論<sup>(20)</sup>を前提に、権利の成立 (*création*) の場合には、「ある権利がフランスの公序の効果によって有効に生じえなかった場合、その公序の後発的な変化は、決定的に喪失している有効性をその行為に付与しえない」としてその成立当時の公序観念により、他方で権利の効力 (*efficacité*) の場合には公序の現在性が適用されるとする見解もあった<sup>(21)</sup>が、現在ではこれに従う見解はみられない。

近時でも、現在の公序を用いるとする見解が優勢である<sup>(22)</sup>が、公序の現在性を原則としつつ、それに制限を設けようとする見解も有力に唱えられている。

その有力説を唱えるマイエールは、「裁判官は現在の状態の公序を考慮しなければならない。これが公序の現在性の原則である。すなわち、裁判官が下す判決は集団感情と衝突してはならないし、法廷地の立法政策に反してもならない。この集団感情や立法政策は、無論、判決が下される時点のものである。しかし、現在性の原則は過度に絶対的に理解されてはならない。公序の内容の変化は一般的に立法政策の変更から生ずる。正義と不正義の感情や、我が国の文明の基本的原則は一夜のうちには覆されない。そこで、立法者の黙示的ではあるが明確な意思が現在性の原則に障害を設けることが可能である」として、「公序の領域が増大する場合」と「減少する場合」の双方において、新法の経過規定を参照して判断することを主張する<sup>(23)</sup>。

マイエールのように、かつては公序違反とされなかったが現在では公序違反とされる場合、かつては公序違反だったが現在では公序違反とされない場合の双方についてこのような制限を設けるとする見解<sup>(24)</sup>の他に、その前者の場合にだけ時際法を参照して判断するという見解もある<sup>(25)</sup>。例えば、アンセルとルケットは、公序の要請が弱まる場合に公序の現在性を適用することは何の困難も生み出さない、としている<sup>(26)</sup>。

ここまで取り上げてきた公序の現在性は、公序観念の変遷が問題となる場合

の理論であり、古くから検討されているところであるが、事実状態の変遷と公序の関係を検討している文献はあまり多くない。新しいものとしては、ノールが、近接性 (proximité)<sup>(27)</sup>の基準時 (le moment de référence) という観点から論じている<sup>(28)</sup>。

## (2) 判例

ここでは、公序の現在性の考え方を採用したパリ控訴院第1部1936年1月2日判決<sup>(29)</sup>を取り上げる。

ロシア人男性Aは、自身のロシア人妻Yを包括受遺者とする自筆遺言を遺して1913年9月30日に死亡する。その後、自身がA Y夫婦の養子であると主張するロシア人Xの訴えにより、A Y夫婦とXの間の養子縁組の成立が問題となり、Yは、Xは適法に養子となっていないと主張した。

裁判所は、その養子縁組が1912年にロシアでロシア法によって有効に成立して、XがA Y夫婦の養子となったことを確認し、「1912年にロシアでなされた養子縁組は、フランスの立法がその当時において養親となる者は50歳以上であること、及び養子となる者は成年であることを要請していたが、Aは49歳でしかなく、Yは45歳でXは12歳であったから、フランスの公序に反していた」という主張に対して、「しかし、1923年6月19日の法律が我がフランス民法典第343条以下を改正して、養子をとるための最低年齢を40歳に引き下げ、また、養親と養子の間に15歳の差が存在しさえすれば、子が成年であることをもはや要請していない」として、「Xが援用する養子縁組がフランスでその効果を生じうるかどうかを評価するのが適切であるのは、本日 (ce jour) においてである。現在の立法はそれに対して何らの障害も設けていない」とし、Xの請求を認めた。

公序観念の変化が問題となった事案であり、かつては公序に反していたが現在ではそうではないと評価できる事例である。本件では、過去にロシアでなされた養子縁組につき、現在の基準からみて公序違反ではないと判断しており、公序の現在性が用いられている。

### 3. ドイツの学説・判例

#### (1) 学説

ドイツでは、(a)原則的な基準時を現在とする見解<sup>(30)</sup>が通説であるが、その他に(b)個別事案ごとに考える見解<sup>(31)</sup>や、(c)時際法の一般原則から考える見解<sup>(32)</sup>も主張されている。以下、順番にみていくことにする。

#### (a) 原則的な基準時を現在とする見解

この見解を最近比較的詳しく論じているものとして、ここでは(i)ゾンネンベルガー、(ii)フランク、(iii)ハインの説を取り上げる。

#### (i) ゾンネンベルガー

公序違反は、適用結果がドイツの基本的観念から明白に逸脱しており、かつ、事実関係が実質的 (sachlich)、空間的 (räumlich)、時間的 (zeitlich) に、現在のドイツ法秩序における公序と非常に緊密な関係を示しているがゆえに法的結果を受け入れることが耐えられないとみられる場合にだけ、認定されるべきである、とする<sup>(33)</sup>。ここでいう「実質的」とは適用結果の反公序性のことを指し、「空間的」は内国関連性を意味し、そして「時間的」として彼が挙げるのが現在関連性である。判断されるべき事実関係が現在関連性を示していることが必要であり、現時において内国関連性がある場合でも、現在関連性は欠けることがあるとして、遠い過去になされた児童婚の締結を例として挙げている<sup>(34)</sup>。たとえその婚姻の締結がそれ自体としては公序違反を意味するとしても、当事者らが現在に至るまで長期間婚姻生活を送ってきた場合には現在関連性が欠けている、として、重要であるのは、現在関連性の強度が考慮に入れられるということである、としている<sup>(35)</sup>。

#### (ii) フランク

フランクは結論部分において、原則として内国判決言渡し時の価値規準が決定的となるのであって、これと異なることが当てはまるのは、時際法が、以前

に生じた国内事件につき、価値規準の変化後もかつての価値規準を適用する場合だけである、と述べている<sup>(36)</sup>が、そこに至る過程において、判例をいくつか挙げながら論証している。

まず児童婚の事例を3つ挙げている<sup>(37)</sup>。1つ目のハーナウ区裁判所2009年5月6日判決では、婚姻当時13歳の妻と14歳の夫により27年前にイエメンで締結され、その後子が4人生まれているという婚姻について、同裁判所は公序に反して無効であるとした。次に、ダルムシュタット区裁判所2011年2月25日決定では、婚姻当時ソマリア人妻は14歳であり、婚姻期間はほぼ18年に及び、子が1人生まれているという婚姻について、公序違反と判断された。3つ目のベルリン高等裁判所2011年11月21日決定<sup>(38)</sup>においては、同裁判所は、17歳のドイツ人夫と14歳のレバノン人妻が2年3ヶ月前にレバノンで締結し、子が1人生まれている婚姻に対して、それは公序に反すると判断した。

これらはいずれも過去になされた児童婚を公序違反と判断したものであるが、これらの事例に対してフランクは、民法典施行法（以下、「EGBGB」）第6条は適用結果を問題にするものであり、「結果というものが意味するのは、婚姻の締結それ自体ではなく、それゆえ婚姻締結の日付でもない。むしろ、今ここで、すなわち、ドイツの視点からみてこの問題が内国と法的な関連性を有している時点において、あるカップルが既婚とみられるべきかどうかということの意味する」として、ゾンネンベルガーの現在関連性の見解を支持し、そして「時はあらゆる瑕疵を治癒する」とも述べている<sup>(39)</sup>。

また、フランクは、養子縁組について、「親子の関係が裁判時点までにどれほど展開してきたのか、特に、子が養親の下でこれまでどのくらい生活してきたのか、子とその血縁上の親との間の関係が存続しているのかどうか」といったことが「公序の時間的相対性を理由に決定的に重要となる」と述べて<sup>(40)</sup>、公序が直接に問題となった事例ではないが、欧州人権裁判所2007年6月28日判決<sup>(41)</sup>を取り上げている。

事案は次の通りである。ペルーの裁判所は1996年11月6日に、ペルー法を適用して、ルクセンブルク国籍を有する未婚女性のX1と、当時3歳のX2との間に完全養子縁組を成立させる判決を下した。X1は、X2を連れてルクセ

ンブルクへと戻り、このペルー判決の執行命令 (exequatur) を求めた。ルクセンブルクにおいては外国判決の承認には準拠法要件が課されるどころ、同国民法第370条は養子縁組の成立の要件については養親の本国法によることを定めており、同法第367条は完全養子縁組は夫婦しかすることができないと定めていたため、承認は拒否された。そこで、X1とX2はルクセンブルクを相手取り、欧州人権裁判所に欧州人権条約第8条違反などを申し立てた。

裁判所は、同条約の適用可能性について、パラグラフ117で、「本件では、X1は1996年以降あらゆる点においてX2の母として振舞っている。従って、『家族的な結び付き (liens familiaux)』が彼女らの間に『事実上 (de facto)』存在している。当裁判所は、[ルクセンブルク] 政府が、家族的な結び付きが申立人ら2名の間で形成されていることに異議を唱えていない、ということを描する。第8条は適用されうることになる」として適用可能性を認める。続いてパラグラフ132で、「当裁判所は、執行命令を拒否した判決は状況の社会的現実 (la réalité sociale de la situation) を考慮していないと考える」、パラグラフ133で、「当裁判所は、この種の事件において優先しなければならないのは子の最善の利益である……ことを想起して、ルクセンブルクの裁判官らが、外国で有効に成立し、条約第8条の意味における家族生活に相当する法的身分を考慮しないということは当然あってはならなかったと考える」とし、パラグラフ135では、「当裁判所は、本件ではルクセンブルクの裁判官らが、申立人らの間で先行して事実上存在していた家族的な結び付きの承認を拒否し、そうして状況の具体的検討を免れることは当然あってはならなかった、という結論に至る」と述べて、そしてパラグラフ136で、「上で述べたことから、当裁判所は条約第8条違反があったと考える」、という結論を導いている。

フランクは、抵触法上準拠法となる自国法の貫徹以上に重要であるのが子の福祉である、と述べており<sup>(42)</sup>、この判決は事実状態の継続の尊重、及び子の最善の利益を重視したものであるとみることができるだろう<sup>(43)</sup>。

### (iii) ハイン

ハインは以下のように主張する。すなわち、公序違反の判断基準時は原則と

して裁判所による裁判の言渡しの時点である。しかし、既に当事者間で完結している法律行為や、物権的効力が第三者に及んでいる法律行為については、信頼保護や法的安定性の観点から、法律行為の成立時点での法的状況が決定的となるべきである。それに対して、裁判時点ではまだ完結していない継続的債務関係の場合には、その履行に起因する、今日のドイツ法秩序の基本的価値に対する違反が、事情によっては、当事者の信頼以上に重要となりうる、と<sup>(44)</sup>。

この記述においてハインが取り上げているのが、ドイツ連邦通常裁判所〔以下、「BGH」〕2001年3月29日判決<sup>(45)</sup>である。事案について簡潔に述べれば、次の通りである。エストニアがソ連に属していた時期にエストニア人作曲家のAが作った、9曲の楽譜の出版権の帰属が争われており、Aは、ソビエトの著作家たちは当時、ソビエトの著作権に係る国家機関であるVAAPによって強制的に代理されていた、と主張した。

裁判所は、「上告で援用されている、公序の留保の審査の際には規則的に裁判の時点に照準が合わせられるべきであるという原則は、本件では適用されない。法律行為の有効性の問題については、その成立時に妥当していた規定が基準となる。本件でもこの準則が妥当することが求められる。その準則は、その締結時点で当時妥当していた規定に適合していた法律行為が法的状況の変化を理由に無効になる、あるいは、ある法律行為の無効が法改正により事後的に治癒されることになるならば、それは一般的に法的安定性の要請と両立しえないだろう、という考慮に基づいている。このことは、処分行為の有効性が問題になっている場合には、特に当てはまる」、と述べた。

BGHは法律行為の有効性が問題となる場合には、例外的にその成立時の基準によるとしたのであるが、これに対してハインは、当事者間で完結している法律行為や、物権的効力が第三者に及んでいる法律行為については、その当時に基準時とするが、継続的な債務関係の場合には必ずしもそうはしない、としていたのである。

#### (b) 個別事案ごとに考える見解

この見解を唱えるデレは以下のように述べている。基準時を現在とすれば、

法律行為の、例えば婚姻の当時の考え方に従っていた当事者らを不当に取り扱うことになるし、他方で基準時を過去とすれば、現在の社会生活の基盤となっているがゆえに考慮されないままであってはならない我々の共同生活の諸原理が無視されるという危険を冒すことになるため、「このような状況にあつては、統一的で、全ての事案に妥当する解答を与えてはならず、事案ごとにその時々的事实関係のあらゆる事情を考慮して正解を探すよう努めなければならない。次のことだけを一般の方針としなければならないだろう。すなわち、我々の共同生活の基本的原則に属する、またはそれを考慮することが現時において必要不可欠である、諸原理が問題となっている場合には、たとえその諸原理が、基準となる事実状態の実現の時にはまだ効力を有していなかったとしても、それは顧慮されなければならない」、としている<sup>(46)</sup>。

ラーペは、変化したのが特定の法律の目的だけなのか、その背後にある良俗に関する基本的な考え方もなのか、その相違が多いのかわずかなのか、当事者らの重大な利益が危険にさらされているのかどうか、それが実質的にというだけなのか観念的にもそうなのか、法律行為の履行の際に既に当局が、例えば戸籍吏が関与していたのかどうか、などが重要なのであり、基準時はいつかという問いに対する一般的解答は与えられえない、という<sup>(47)</sup>。

このラーペの見解に対しては、シュトゥルムが批判として3点を挙げている。第1に、今日の我々にとって耐えがたい結果が、個人の利益に関わるということによって、耐えられるものになるのではない。公序は苛酷条項ではない、という。第2に、ドイツ当局の関与は、信頼保護や存続保護に影響を及ぼすのに充分ではない。当局が誤りを犯すことはありうる、とする。第3に、我々が中世の囚人のように鉛の重りを後ろに引きずっていくことになれば、法改正〔の効力〕や法改正の意欲が弱められる。そしてそれによる画期的な力が尊重されない。国民の自覚や価値意識は、ある外国の法規が昨日には内国でもなお通用するものであったが、今しがた放棄された場合にも、その外国法を拒否することを裁判官に求める、としている<sup>(48)</sup>。

また、シュピクホフも、留保条項は客観的に確定されるべき内国公序の保護のために設けられたものであって、問題となっている事実関係の実現当時にお

いては外国法の適用は公序に反していなかったのであるから、その適用が公序に反するという事にはならないであろうという当事者の主観的な信頼は、もっぱら客観的に確定されるべき公序違反性の検討には何ら影響を及ぼさないとして、この3(1)(b)の立場は取らずに、基準時は裁判時点であると考えている<sup>(49)</sup>。

### (c) 時際法の一般原則から考える見解

この立場からは次のように主張されている。すなわち、「判断のための基準時は、ドイツの時際法の一般原則から生じる。このことは特に、継続的な法律関係の場合に外国法に対してより寛容になってきたことは一種の準拠法変更に至りうる、ということの意味する。しかし逆に、1度有効に基礎付けられた法律関係——そしてここでは特に家族法上のそれ——が、考え方の変化によって遡及的に無効にされてはならない」、という<sup>(50)</sup>。

ここでいう「時際法の一般原則」とは、「一度取得されたものは、適用される法の変更によって、その存続に影響を及ぼされてはならない」という原則であり、この原則はドイツの時際法全体に一貫しているものだとしている<sup>(51)</sup>。

## (2) 判例

### (a) ハム上級地方裁判所 1958年11月10日決定<sup>(52)</sup>

この裁判は、事実状態の変化が生じた事案である。

1955年5月4日にAが、生来のドイツ人である未婚女性Bの娘としてドイツで出生する。インド国籍を有するヒンドゥ教徒の男性Cが、同年8月10日にカーメン区裁判所でAを認知した。同年12月31日にBとCがドイツで婚姻する。その後、BC夫妻は、自身らの婚姻によりAが嫡出子の身分を取得したことの確認を求めてカーメン区裁判所に申し立てた。同裁判所は1956年6月26日決定で申立てを却下し、ドルトムント地方裁判所も同年11月13日決定で理由が無いとして却下した。これに対して、BC夫妻から再抗告がなされた。しかし、1957年8月26日にCはBとAを連れて、インドへと帰っている。

裁判所は次のように述べる。本件の準拠法は夫の本国法である、インドのヒ

ンドウ法である。同法は婚姻準正を認めておらず、本件夫妻は公序により同法の適用は排除されるという見解である。しかし、その適用は必ずしもドイツの公序に反するものではないし、「母と子が本件手続中に父に従ってインドへ行ってしまったのであるから、……強度の内国関連性が場合によっては異なる結論へと導きうる、ということにはこれ以上立ち入る必要は無かろう」、とした。

準正が問題となっているので、仮に準正が成立したとされる時点を基準時とすれば、本件婚姻はドイツでなされており、AとBはドイツ人であって、Cも当時ドイツに住んでいたことから、その当時においては強度の内国関連性があったという判断もありうるどころかと思われるが、裁判所はそうは考えずに、ABCの3名ともドイツを離れているという現在の事実状態を考慮して公序判断を行った、という判例である。

(b) ライヒ裁判所第4民事部 1935年10月10日判決<sup>(53)</sup>

この判決は、ナチス政権時代のものであり、やや特殊な事例ではあるが、公序観念の変化が生じた事案としてここで取り上げる。

原告であるキリスト教徒の女性がオーストリア国籍のユダヤ人男性を被告として婚姻無効の訴えを提起する。控訴審は、異教徒間の婚姻を禁止するオーストリア法（オーストリア一般民法典（以下、「ABGB」）第64条）の適用は——婚姻締結時にドイツで妥当していた考え方に従えば——EGBGB第30条によりドイツの法律の目的に反するために排除されるとして、婚姻無効の訴えを退けていた。

これに対して、ライヒ裁判所は次のように述べて現在の公序観念を用いる。すなわち、宗教の相違を婚姻障害事由としている外国法は、ドイツ法がその婚姻障害事由を知らないのであるから、良俗やドイツ法の目的に反すると述べることはできない、とした1931年のライヒ裁判所の判例が既にある。この判例は、1935年9月15日のドイツ血液及びドイツ名誉保護のための法律<sup>(54)</sup>に現れているような、今日のドイツにおける支配的な見解に従って、維持されなければならない。ABGB第64条は人種の違いではなく宗教の相違を婚姻障害事由

としているのではあるが、その規定は、ドイツ血液の純潔の維持というドイツの立法者によって追求されている目的を促進するのに適している。このような状況にあっては、婚姻の有効性について裁判をする場合、外国法の適用が公序に反するかどうかという問題は婚姻締結時に妥当していた考え方に従って判断されるべきであるという控訴審の見解が正しいのか、それとも、ドイツの裁判官が外国法の適用という問題を扱う時点での考え方を基礎にするべきであるのかという点は、これ以上検討する必要はない、と。

婚姻締結の日が記載が無いため不明であるが、この判決は婚姻を遡及的に無効にしたものと解されている<sup>(55)</sup>。ここでは判決日の約1ヶ月前の法律が持ち出されており、控訴審の判断からも、本件婚姻がなされた当時においては異教徒間婚姻の禁止はその時のドイツの公序に反するものであったと考えられるが、裁判所は現在の公序観念に基づいて公序判断を行い、婚姻を無効とすることは公序に反しないとしたのである。

#### 4. 検 討

ここまでで日本、フランス、ドイツの学説・判例をみてきた。最後に、これらを踏まえて若干の検討を行う。

結論から述べれば、原則として、基準時は現在とすべきと考える。

上で取り上げた、1(1)(b)法律関係を成立させようとした過去の時点であるとする見解についてであるが——以下では、便宜上、この見解を法律関係発生時説と呼び、基準時は現在であるとする立場を現在説と呼ぶことにする——、まず、「訴え提起の時点を意図的に遅らせる等による恣意的な操作を可能にする」という点が指摘されていたが、公序判断の結果を変えるためだけに訴えの提起を意図的に遅らせるということは実際には滅多に起こりえないのではないかと、と思われる。

この他に、「後の事実関係の変化によって、過去の時点における法律関係に対する公序発動の有無が変動、すなわち、法律関係の有効・無効が変動するといった帰結をもたらしてしまい、法的安定性という点で問題がある」ということも指摘されていたが、法的安定性の確保は、これまで見てきたように、現在

説の立場においても考慮されているところであり、例外として処理できるところであると思われる（例外の定め方についての私見は後述する）。

また、法的安定性の確保それ自体は確かに重要なものではあるが、法律関係発生時説によると、かつては公序に反するために成立しえなかったが、現在では公序違反とはされないという場合において、長年継続している事実状態に対して保護が与えられないということになりうる。例えば、本来であれば公序により無効とされるべき婚姻関係が長期間継続していた場合において、婚姻成立当時の無効という判断を現在においてなすことになるが、このことこそまさに法的安定性を害することになるといえよう。前述の欧州人権裁判所2007年6月28日判決は、子の最善の利益も考慮して、継続している事実状態を尊重していたのであり、またフランクは「時間はあらゆる瑕疵を治癒する」とも述べていた。もちろん、事実状態が継続してさえいればそれを常に尊重するということまで述べるつもりはないが、継続している事実状態は尊重すべき重要な要素であると思われる。

また、フランクは、仮設例として、「妻が、当初は、自身の同意無しに（もしかしたらそれどころか彼女の知らないうちに）言い渡された〔一方的〕離婚に対して反対していたが、その後諦めて、そして何年か後に最終的には自ら再婚をしようとしている場合」を挙げている<sup>(56)</sup>。この場合において、法律関係発生時説に立つと、そのような一方的離婚はその離婚当時において公序に反すると考えられるため離婚は成立せず、その女性は、前婚については諦め、再婚しようとしている現在においてもかつての婚姻関係に縛られ続けることになる。同様に、好意認知についても、それ自体は公序に反するものだと考えられるが、その後その好意認知に基づく父子関係が長期間継続している場合<sup>(57)</sup>には、法律関係発生時を基準時とすると、その認知時点において公序に反していたとして長年継続している父子関係が否定されることになり、子の福祉に反するという結果が生じることになるだろう。

加えて言えば、過去の公序観念を用いるとした場合、過去のある特定の日付における公序観念を特定することになるが、その公序観念が変化の過渡期にあった場合などは、その特定が困難になりうるということも指摘できるのでは

ないだろうか。

上記のような不都合が生じるのは、基準時を法律関係発生時とすることで、その処理が硬直的なものになってしまうというところに原因があるのではないか。つまり、法律関係発生時における公序判断の結論を、公序観念や事実状態が変遷した後においても維持しようとするために、前記の問題点が生じることになるのだと思われる。そうした不都合を避けるためには、法律関係発生時以降現在までの事情を考慮して、ある程度柔軟に対処する方がよいと考える。「準拠法の適用結果が公序違反か否かの判断」は「時々刻々となされていると考えるべき」であるが、「公序違反か否かのその結論が、後々までそのまま維持されるか」というと、必ずしもそうは思われたいとする道垣内の見方<sup>(58)</sup>が正当であると思われる。

最後に、例外の定め方について考える。例外としては、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よる、ということが考えられる。マイエールの言うように、立法者の黙示的だが明確な意思によるとして、当該法律の時際法を参照することは適切であると思われる。また、公序の変化は判例変更により生じることもしばしばあるところ、裁判所が判決理由等の中で経過規定を示している場合<sup>(59)</sup>には、それに従うことが妥当だと考える。

そのような経過規定が無い場合については、道垣内の言うように、当事者や第三者に不測の損害を与えることになることや、ハインの言うように、信頼保護や法的安定性の観点から、法律行為が既に当事者間で完結していることや、法律行為の物権的効力が第三者に及んでいるときは、例外であるとすればよいのではないかと考えている。

### おわりに

以上において公序判断の基準時に関する内外の学説・判例を取り上げ、検討してきたが、まだ不十分な点も多々あろう。この問題については今後もなお研究していきたいと考えているが、大方のご教示を賜ることができれば幸甚である。

また、本稿では、狭義の国際私法における公序判断の基準時の問題を取り扱ってきたが、「はじめに」で述べたように、フランスやドイツではこの問題は一般に外国判決の承認・執行における公序と区別されることなく論じられている<sup>(60)</sup>。日本法においてもそのように取り扱うことが望ましいのか、あるいは分けて考えるべきであるのか<sup>(61)</sup>。この点については、今後外国判決の承認・執行の問題について研究を深めた上で検討し、改めて取り上げることをしたい。

- (1) 本稿は、このようないわゆる消極的公序のみを対象としており、特定の事項には法廷地の法規が直接的に適用されるいわゆる積極的公序は対象としていない。
- (2) これらは、櫻田嘉章・道垣内正人編『ロースクール国際私法・国際民事手続法(第3版)』(有斐閣, 2012年) 42-43頁で「わが国の公序観念の変化があった場合」, 「問題となる事案における事実状態の変化があった場合」が挙げられているのを参考にしたものである。

この前者の例として、日本においては性転換につき、平成16年(2004年)施行の「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」により公序が変化したと考えられている(溜池良夫『国際私法講義(第3版)』(有斐閣, 2005年) 536頁)。また、フランスでは、同性婚を認めた2013年5月17日の法律により公序が変化したと考えられており(Thierry Vignal, *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd. (Sirey, 2014), n° 181, pp. 115-116; Dominique Bureau et Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, 3<sup>e</sup> éd. (PUF, 2014), n° 467, pp. 543-544), 破毀院第1民事部2015年1月28日判決(*Recueil Dalloz*, 2015, p. 464, note Hugues Fulchiron; *La semaine juridique*, 2015, p. 525, note Léna Gannagé; *Revue critique de droit international privé*, 2015, p. 400, note Didier Boden *et al.*; *Journal du droit international*, 2015, p. 597, note Johanna Guillaumé et Sara Godchot-Patris *et al.*) も、同性婚を認めていないモロッコ法の適用は公序に反すると判断している。

後者の例としては、過去に外国でなされた親子関係の成立が問題となっている場合で、その当時当事者らは当該外国に居住していたが、現在は日本に居住している、といったケースが考えられる。

- (3) 『家裁月報』第45巻3号67頁, 『判例時報』第1424号84頁, 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)〔以下, 『百選』〕20頁。

- (4) LEX/DB: 25464099, 『百選』 22 頁。
- (5) 久保岩太郎「法例第三〇条に就て」『一橋論叢』 第 18 卷 5・6 号 (1947 年) 284-285 頁。
- (6) 池原季雄『国際私法 (総論)』 (有斐閣, 1973 年) 257 頁, 山田鎌一『国際私法 (第 3 版)』 (有斐閣, 2004 年) 143 頁, 道垣内正人『ポイント国際私法 総論 (第 2 版)』 (有斐閣, 2007 年) 265 頁, 河野俊行「第 42 条 (公序)」櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法 第 2 卷』 (有斐閣, 2011 年) 335 頁, 澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門 (第 7 版)』 (有斐閣, 2012 年) 58 頁, 廣江健司『国際私法』 (国際書院, 2015 年) 75 頁。また, 好意認知につき, 国友明彦「国籍法の改正——国際私法的観点から」『ジュリスト』 第 1374 号 (2009 年) 21 頁注 40, 親子関係事件につき, 竹下啓介「生殖補助医療と親子関係——代理母出生子の『母』の決定」『百選』 141 頁。
- (7) 早川吉尚「公序(1)——異教徒間婚姻を禁止するエジプト法」『百選』 21 頁。
- (8) 道垣内『前掲書』 (注 6) 265-267 頁。
- (9) 早川「前掲解説」 (注 7) 21 頁。
- (10) 同上。
- (11) 注 3 で掲げたものを参照。
- (12) 本件については, 「エジプト法の禁じているのは, イスラム教徒の女と非イスラム教徒の男の婚姻であるから, 公序を援用するまでもなかったはずである」と指摘するものもある (横山潤『国際私法』 (三省堂, 2012 年) 104 頁注 17) が, 複数の文献において, エジプト法ではイスラム教徒の女はイスラム教徒の男としか婚姻できず, イスラム教徒の男はイスラム教徒, キリスト教徒, ユダヤ教徒の女としか婚姻できないとされており (塙陽子『イスラム家族法 [研究と資料] 2——エジプト・レバノン・トルコ・付イスラエル——』 (信山社, 1999 年) 18 頁, Hossam El-Ehwany, «Le droit égyptien de la famille et l'exception d'ordre public», in Nathalie Bernard-Maugiron et Baudouin Dupret (dir.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord* (Bruylant, 2012), p. 34, Mohamed S. Abdel Wahab, «L'ordre public en droit international privé égyptien de la famille», in *ibid.*, pp. 83-84), 筆者としては本件におけるエジプト法の適用に誤りは無かったと考えている。
- (13) 道垣内『前掲書』 (注 6) 266-267 頁。
- (14) 早川「前掲解説」 (注 7) 21 頁。
- (15) 注 4 で掲げたものを参照。
- (16) 同法第 35 条柱書は「次の場合には, 婚姻は当初から無効とする」として, 4 号

で「第41条〔筆者注：前婚配偶者が一定期間不在の場合になされた婚姻〕の場合を除き、重婚であるとき」と定めている（J. N. ノリエド（奥田安弘・高畑幸訳）『フィリピン家族法（第2版）』（明石書店，2007年）105頁）。

- (17) このように、裁判所はX Y夫婦の婚姻が無効になると子らが嫡出子の身分を失うことになるかと判断しているが、無効婚から生まれた子の嫡出性についてはなお検討が必要である。この問題は嫡出親子関係の成立の問題と法性決定すべき（溜池『前掲書』（注2）493頁）であり、通則法第28条1項に従って、日本法とフィリピン法のいずれかによって嫡出親子関係が成立することとなれば、子らは嫡出子の身分を失わないことになる。しかし、日本法には無効な婚姻から生まれた子を嫡出子とする規定は存在しておらず、またフィリピン法においても、フィリピン家族法第165条が「有効な父母の婚姻がなく懐胎し、かつそのまま出生した子は、この法律に別段の定めがない限り、非嫡出子とする」と定めており、その例外に当たるのが同法第54条であるが、同条前段は「婚姻の取消しもしくは第36条による婚姻無効確認の判決が確定する前に懐胎または出生した子は、嫡出子とみなす」としており、本件で適用された同法第35条4号の重婚による婚姻無効は同法第54条の対象外であるから、ゆえに子らは非嫡出子となる（フィリピン家族法第165条及び第54条の条文はそれぞれ、ノリエド『前掲書』（注16）199頁及び163頁によった）。従って、子らが嫡出子の身分を失うことになった裁判所の判断は、結論において正当であったと考えられる（黄軻霆「本件判批」『戸籍時報』第672号（2011年）61頁。また、増田勇「フィリピン家族法における婚姻無効と子の嫡出性について」『法務通信』第728号（2012年）26-27頁も参照）。
- (18) Miguel de Angulo Rodriguez, «Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international», *Revue critique de droit international privé*, 1972, n° 8, p. 375.
- (19) Étienne Bartin, *Étude de droit international privé* (A. Chevalier-Marescq, 1899), p. 283. なお、ここでバルタンを取り上げたのは、ラガルドによれば、フランスにおいて公序を例外として体系化したのはバルタンのこの文献である、とされている（Paul Lagarde, «Ordre public», in Dominique Carreau *et al.* (dir.), *Répertoire de droit international*, tome III (Dalloz, 1998), n° 5, p. 2) ためである。
- (20) フランスにおける権利の取得が問題となっている場合と、外国で取得された権利の効果をフランスで生じさせることが問題となっている場合とを区別し、後者の場合には公序の発動は謙抑的になされるというものである。日本語の文献でこれに触れているものとしては、折茂豊『国際私法研究』（有斐閣，1992年）240頁（ただし、「『公序の減殺せられた効果』説」として）、ジェラルド・レジエ（多喜

寛訳)「家族関係と国際私法上の公序」西海真樹・山野目章夫編『今日の家族をめぐる日仏の法的諸問題』(中央大学出版部, 2000年)55頁などがある。

- (21) Jean-Paulin Niboyet, *Traité de droit international privé français*, tome III (Sirey, 1944), n° 1031, pp. 536-538. このニボワイエの見解を支持するものとしては, Christian Gavalda, *Les conflits dans le temps en droit international privé* (Sirey, 1955), n° 172, p. 227 note 2 がある。
- (22) Dominique Holleaux, Jacques Foyer et Géraud de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé* (Masson, 1987), n° 594, p. 293 ; Henri Batiffol et Paul Lagarde, *Traité de droit international privé*, tome I, 8<sup>e</sup> éd. (L.G.D.J., 1993), n° 364, pp. 585-586 ; Dusan Kitic, *Droit international privé* (Ellipses, 2003), p. 78 ; Patrick Courbe, *Droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd. (Armand Colin, 2003), n° 196, p. 97 ; Sandrine Clavel, *Droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd. (Dalloz, 2010), n° 270, p. 140 ; Bureau et Muir Watt, *supra* note 2, n° 467, p. 543.
- (23) Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, 11<sup>e</sup> éd. (L.G.D.J., 2014), n° 209, pp. 154-155.
- (24) Vignal, *supra* note 2, n° 181, p. 116.
- (25) Bertrand Ancel et Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd. (Dalloz, 2006), § 6, p. 538 ; Yvon Loussarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10<sup>e</sup> éd. (Dalloz, 2013), n° 385, p. 368 ; Bernard Audit et Louis d'Avout, *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd. (Économica, 2013), n° 376, p. 340.
- (26) Ancel et Lequette, *supra* note 23, § 6, p. 537.
- (27) これについては, レジエ「前掲論文」(注20)61頁, Patrick Courbe, «L'ordre public de proximité», in *Le droit international privé : esprit et méthodes : Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* (Dalloz, 2005), p. 227 を参照。
- (28) Nicolas Nord, «Ordre public international et appréciation de la proximité par le juge», in *De code en code : Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr* (Dalloz, 2009), p. 588. ノールはそこで, この基準時の問題はめったに取り扱われてこなかったとしている (*Ibid.*)。
- (29) *Revue critique de droit international*, 1936, p. 459 ; *Journal du droit international*, 1936, p. 327.
- (30) Soergel/Kegel (1996) Art. 6 EGBGB, Rn. 29, S. 298-299 ; MünchKommBGB/Sonnenberger (5. Aufl. 2010) Art. 6 EGBGB, Rn. 87, S. 1549 ; Staudinger/Voltz (2013) Art 6 EGBGB, Rn. 144-146, S. 865 ; Rainer Frank, „Die zeitliche Relativität des Ordre Public“, in *Festschrift für Spyridon VI. Vrellis* (Nomiki Bibliothiki, 2014), S. 287 ; MünchKommBGB/von

Hein (6. Aufl. 2015) Art. 6 EGBGB, Rn. 204–205, S. 2021.

- (31) Leo Raape, *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl. (Franz Fahlen, 1961), S. 99–100 ; Hans Dölle, *Internationales Privatrecht ; Eine einföhrung in seine Grundlagen*, 2. Aufl. (C.F. Müller, 1972), S. 114.
- (32) Christian von Bar und Peter Mankowski, *Internationales Privatrecht*, 2. Aufl., Band I. (C.H. Beck, 2003), S. 719–720.
- (33) Sonnenberger, *supra* note 30, Rn. 87, S. 1549.
- (34) *Ibid.*
- (35) *Ibid.*
- (36) Frank, *supra* note 30, S. 296.
- (37) もつとも、前二者の判例は未公刊である (*Ibid.*, S. 290, Fn. 12, 13)。
- (38) *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2012, S. 1495 = *Das Standesamt*, 2012, S. 142 mit Anm. Rainer Frank, *Das Standesamt*, 2012, S. 129.
- (39) Frank, *supra* note 30, S. 291.
- (40) *Ibid.*, S. 294.
- (41) CEDH 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, requête n° 76240/01. この判決は、欧州人権条約の適用根拠を論じる文脈においてであるが、西谷祐子「国際私法における公序と人権」『国際法外交雑誌』第108巻2号(2009年)78頁でも取り上げられている。
- (42) Frank, *supra* note 30, S. 294.
- (43) なお、この他にフランクは、代理懐胎が問題となったフランス破毀院2008年12月17日判決 (*Bulletin des arrêts des chambres civiles*, 2008, N° 10, p. 251) も挙げているが、この事件は、その判決により破毀後の移送がなされたパリ控訴院の2010年3月18日判決に対して再度破毀申立てがなされ、2011年4月6日に2度目の破毀院判決が下されている。そしてこの2011年判決について、フランスを相手取り、欧州人権裁判所に条約違反の申立てがなされ、2014年6月26日にフランス敗訴の判決が下されている。そしてその欧州人権裁判所判決の内容は基準時の問題と直接に関連するものではないため、ここでは割愛した(破毀院2011年4月6日判決、及び欧州人権裁判所2014年6月26日判決の概要については、幡野弘樹「代理懐胎と親子関係—ヨーロッパ人権裁判所判決とフランス法を参照しつつ」『法律時報』第87巻11号(2015年)26頁を参照)。
- (44) von Hein, *supra* note 30, S. 205.
- (45) *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, Band 147, S. 179.

- (46) Dölle, *supra* note 31, S. 114-115.
- (47) Raape, *supra* note 31, S. 99-100.
- (48) Leo Raape/Fritz Sturm, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl. (Franz Fahlen, 1977), S. 219.
- (49) Andreas Spickhoff, *Der ordre public im internationalen Privatrecht ; Entwicklung - Struktur - Konkretisierung* (Alfred Metzner, 1989), S. 95.
- (50) von Bar und Mankowski, *supra* note 32, S. 719.
- (51) *Ibid.*, S. 332.
- (52) *Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts*, 1960/61, Nr. 115.
- (53) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Band 148, S. 383.
- (54) この法律については、江川英文「人種的差別に基く婚姻禁止法の渉外的効力」『国際法外交雑誌』第39巻1号（1940年）1頁に解説がある。
- (55) von Bar und Mankowski, *supra* note 32, S. 719, Fn. 1137. そして、上記3(1)(c)の立場からは、この判決は好ましからざる（*unerfreulich*）裁判と評されている（*Ibid.*, S. 333, Fn. 953）。
- (56) Frank, *supra* note 30, S. 292.
- (57) 国友「前掲論文」（注6）21頁注40で挙げられている例である。
- (58) 道垣内「前掲書」（注6）265頁。
- (59) 判例が経過規定を定めた例としては、非嫡出子の法定相続分規定について違憲判断を下した最高裁判所大法廷平成25年9月4日決定（『最高裁判所民事判例集』第67巻6号1320頁）を挙げることができるだろう。そこでは、「本決定の違憲判断は、A〔筆者注：本件における被相続人〕の相続の開始時から本決定までの間に開始された他の相続につき、本件規定〔筆者注：民法第900条4号〕を前提としてされた遺産の分割の審判その他の裁判、遺産の分割の協議その他の合意等により確定的なものとなった法律関係に影響を及ぼすものではないと解するのが相当である」とされている。もっとも、この規定は既に立法による対応がなされているため、この判旨が現在でも意味を有するわけではない（平成25年12月11日法律第94号により民法第900条は改正されており、その附則第2項で「この法律による改正後の第900条の規定は、平成25年9月5日以後に開始した相続について適用する」とされている）。
- (60) 外国判決の承認・執行における公序判断の基準時の問題を考える際に重要となる自動承認制度につき、ドイツにおける立法上の沿革については、釜谷真史「外国判決【自動承認】制度の意義（上）・（下）」『西南学院大学法学論集』第37巻2・3号（2005年）1頁、同巻4号（2005年）47頁を参照。

- (6) 上記1(1)(a)説の道垣内は、民事訴訟法第118条における公序違反性判断の時点についても現在の公序によるとし(澤木・道垣内「前掲書」(注6)332頁)、他方で上記1(1)(b)説の早川は外国判決の確定時であると説いており(早川吉尚「実体的公序」高桑昭・道垣内正人編『新・裁判実務大系第3巻 国際民事訴訟法(財産法関係)』(青林書院, 2002年)360頁)、両者とも狭義の国際私法における公序と関連付けて論じているわけではないが、結論においてはそれぞれの通則法第42条の公序判断の基準時の見解と一致している。一方で河野俊行は、通則法第42条については上記1(1)(a)説を採っている(河野「前掲解説」(注6)335頁)が、外国判決の承認においては外国判決確定時が基準時だとしている(河野俊行「国際的な子の奪い合い」澤木敬郎・畑場準一編『国際私法の争点(新版)』(有斐閣, 1996年)186頁)。