

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——

釜 谷 真 史

- I. はじめに
- II. 萬世工業事件当時の外国判決承認執行要件としての公序に関する学説
 - 1. 公序審査対象に関する議論
 - 2. 公序内容に関する議論
 - 3. 小括
- III. 萬世工業事件判決と外国判決承認執行要件としての公序学説との関係
 - 1. 事案
 - 2. 東京地裁平成3（1991）年2月18日判決
 - 3. 東京高裁平成5（1993）年6月28日判決
 - 4. 最高裁平成9（1997）年7月11日判決
- IV. 考察
 - 1. 最高裁「基本原則」枠組みの導入の経緯
 - 2. 今後の検討課題（1）——外国判決承認執行要件としての公序と実質的再審査禁止原則の関係
 - 3. 今後の検討課題（2）——外国判決承認執行要件としての公序と国際私法上の公序との関係
- V. 結びに代えて

I. はじめに

本稿は、代理出産による母子関係が問題となった最高裁平成19年3月23日決定(民集61巻2号619頁。以下、代理母最決とする)が引用する、いわゆる萬世工業事件最高裁判決(最高裁平成9年7月11日判決・民集51巻6号2573頁。以下、萬世工業最判とする)が採用した、民事訴訟法(以下、民訴法とする)118条3号公序要件を、「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」かどうかで判断する枠組み(以下、「基本原則」枠組みとする)が、わが国においてどのような経緯で成立したのかについて、当時の学説状況、萬世工業事件および各審級判決に対する学説の反応をたどり、今後の検討課題を明らかにしようとするものである。

(1) 代理出産により出生した子と依頼母との間の法的親子関係が問題となった代理母最決は、これを肯定するネバダ州決定を外国判決承認アプローチによりわが国においても考慮するとしたものの、民訴法118条3号公序要件を欠くとして承認を拒絶した。

代理母最決は、冒頭で、[1]問題となる「公序＝我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念」が何であるかを問題とし、問題となる外国判決の内容がこれに「相いれない」かを審査するとの枠組みを提示する。次いであてはめにおいて、[2]「公序＝我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念」が「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」であり、「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」と示す。その上で、[3]「本件ネバダ州裁判は、我が国における身分法秩序を定めた民法が実親子関係の成立を認めていない者の間にその成立を認める内容」であるから、「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」ないとして、公序違反を認定した。

このように代理母最決では、日本民法の基本原則・基本理念が何であるかにのみ焦点が絞られ、本件親子をめぐる個別具体的事情——依頼母夫婦と子との間に血縁関係があり、すでに養育している点、代理母との間に親子関係をめぐる争いが存在しない等——に言及がなされない。そのこともあって、最決に対する批判はこの点に集中している¹。

(2) しかし、別稿で示した通り²、この代理母最決の枠組みは、原審である東京高決（平成18年9月29日民集61巻2号671頁、以下、代理母高決とする）とは異なり、事案の個別具体的検討を必ずしも必要としない枠組みである。

すなわち、代理母高決では、民訴法118条3号の公序要件審査とは、「個別的就具体的内容に即した検討をしたうえで、本件裁判の効力を承認することが実質的に公序良俗に反するかどうか」、すなわち「涉外性を考慮してもなお譲ることのできない内国の基本的価値、秩序」に反するかを判断するものとされた。そしてそこにいる「内国の基本的価値、秩序」が何を指すのかについては提示されないまま、そこで問題となっている外国裁判の承認結果が「涉外性を考慮してもなお譲ることのできない内国の基本的価値、秩序に混乱をもたら」しているかが判断される。問題となった外国判決を承認した個別具体的結果が検討の出発点とされ、これが「いかに異常で重大なことなのか」を問うのであるから、高決枠組みにおいては、個別具体的事情への言及はまさに本質的要請ということになる。

- 1 事案の個別具体的判断を要求する理由づけは、論者によって異なる。たとえば、具体的当事者との間に親子関係成立を認めることがいかに異常で重大かを示せていないとするもの（佐藤文彦「いわゆる代理母に関する最高裁決定について——公序に関する判示の問題点」戸籍時報614号（2007年）53頁、林貴美「判評」判タ1256号（2008年）42頁）、結果の異常性や内国関連性といった公序要件を相関的に捉えるために、事案に特有な要素をくみ取った個別判断が必要とするもの（長田真里「代理母に関する外国判決の効力～民訴118条の適用に関して」法律時報79巻11号（2007年）48頁、矢澤昇治「私の親は、誰ですか（1）：代理出産に基づき実親子関係の成立を認めたい外国判決の承認を否定した最高裁平成19年3月23日決定を契機として」専修法学論集111号（2011年）159頁）、代理母最決の射程範囲が広すぎる点を問題とするもの（佐藤・前掲29頁、早川眞一郎「判解」法律のひろば2008年3月号63頁、林・同上、横溝大「判評」戸籍時報663号（2010年）21頁）等がある。
- 2 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。

他方、代理母最決の枠組みにおいては、「公序＝我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念」をどのようなものとするか、これに相いれないとはどのような状況を指すと定義し、それによりその後の公序審査の方向性を決める。それゆえ、「我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念」を代理母最決のように、「(日本)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」ことと定めてしまえば、もはや当事者をめぐる個別具体的認定は必要ではなくなることになる。

このように、代理母高決の枠組みでは必然的に個別具体的審査が要求されるのに対し、代理母最決の枠組みにおいては「公序＝我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念」の内容確定が先に行われることにより、その内容いかんによっては、問題となる外国判決の個別具体的審査は必ずしも必要とならなくなるのである。

(3) この代理母最決が採用する「基本原則」枠組みは、決定が引用している通り萬世工業最判を踏襲するものである。萬世工業最判に関して学説においては、主として、懲罰賠償を命じる外国判決の取扱い、とりわけ公序要件該当性が議論されており、新たに導入された「公序＝我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念」とする枠組み(以下、「基本原則」枠組みとする)自体が、直接の議論の対象とされたことはなかった。

そこで以下では、最高裁の「基本原則」枠組みがわが国において導入されるに至った背景について、まず萬世工業事件当時の、外国判決承認執行要件としての公序に関する学説を概観したのち(Ⅱ)、その中での各審級判決の位置づけ、および各判決への学説の反応を、審級を追って紹介する(Ⅲ)。その上で、最高裁の「基本原則」枠組みの導入の経緯をまとめ、今後の課題を示すこととしたい(Ⅳ)。

なお、外国判決の承認について定める現行民訴法118条は、本稿末尾の表にまとめている通り、1926(大正15)年民訴法改正で創設され(200条)、1996(平成8)年民訴法改正により本条文となったものである。また、外国判決の執行判決について定める現行民事執行法(以下、民執法とする)24条は、1890(明治23)年民訴法により規定された514条・515条が、

1926（大正15）年改正で一部修正を受けたのち、1979（昭和54）年民執行法成立により本条文となったものである。以下では、1890年民訴法を「明治民訴法」、1926年改正民訴法を「旧民訴法」、1996年改正民訴法を「民訴法」ないし「現民訴法」として表記する。

Ⅱ. 萬世工業事件当時の外国判決承認執行要件としての公序に関する学説

萬世工業地判が出される時点において、旧民訴法200条3号公序要件の審査に関しての議論は、主として、①公序審査が外国判決の主文のみを対象とするか、あるいは判決理由中の判断にも及ぶか、②公序の内容は民法90条と同じであるか、という形で形成されていた。以下、概観する。

1. 公序審査対象に関する議論

まず公序審査対象については、民事執行法（以下、民執行法とする）24条2項が、「執行判決は、裁判の当否を調査しないでしなければならない」と定めていること、いわゆる実質的再審査禁止原則との関係が議論の中心となっていた。

すなわち古くは、旧民訴法200条3号要件の審査が及ぶのは、外国判決の主文に限られ、判決理由中の判断には及ばないとされていたのであって（主文限定説）、その理由として次のように、主文に限定しなければ実質的再審査禁止原則に反するということが示されていた（下線は筆者による）。

「判決で確定した権利関係自体が、日本において認めることのできない性質・種類のものであることを意味する（例えば犯罪行為をなす義務を命ずるが如し）。しかし、その権利関係がわが国法上認められる種類のものでさえすれば、判決の理由中の判断がわが強行規定に反し、又は公序良俗に反してわが法上無効な法律行為を基礎としているか否かはこれを問わない。それでないと判決内容の当否をもう一度問題とすることになって、判決の承認の趣旨に反するから

である(民訴515条1項[現民執法24条2項]参照)³。

これに対し、判決主文は債務者が債権者に一定額の金銭を支払うこと、ある物を引き渡すことを命じるにすぎないため、賭博債権や禁制品取引のチェックが及ばないことになるとの問題意識が示されるようになる。そこで学説では、公序審査が判決理由中の判断にも及ぶとする見解(主文非限定説)も唱えられることになり、その結論は広く学説で受け入れられることになる⁴。

「例えば、賭博を公認している外国の裁判が、賭博で負けた金の支払を命じている場合には、主文はただ金銭の支払を命じているだけで公序良俗に反していないし、裁判の当否を審査すべきでない(515条1項[現民執法24条2項]参照)から、本条に該当しないとの説があるが、賭博で負けた金の支払を命ず

-
- 3 兼子一『強制執行法』(弘文堂, 1949年)79頁。同旨、石川明『強制執行法(総論)概論』(鳳舎, 1967年)37頁。
- 4 菊井維大=村松俊夫『民事訴訟法総則(法律学体系コンメンタール編 民訴法I)』(日本評論新社, 1957年)671頁、三井哲夫「強制執行法515条」岩野徹ほか編『注解強制執行法(1)』(第一法規, 1974年)143頁(菊井=村松前掲を引用)、青山善充「民事執行法24条」鈴木=三ヶ月編『注解民事執行法(1)』(第一法規, 1984年)402頁、高桑昭「外国判決の承認及び執行」『新・実務民事訴訟講座(7)』(日本評論社, 1982年)142頁、竹下守夫「民事訴訟法200条」兼子一ほか編『条解民事訴訟法』(弘文堂, 1986年)650頁、高田裕成「財産関係事件に関する外国判決の承認」澤木敬郎=青山善充編『国際民事訴訟法の理論』(有斐閣, 1987年)390頁。

この点結論同旨であるが、理由づけにおいて公序の相対性を問題とするものもみられる。宮脇幸彦「訴訟」市川亨ほか編『貿易実務講座(8)』(有斐閣, 1962年)555頁は、主文限定説が「すべての場合について妥当するとはいい難い」と指摘しているし、小室直人「民事訴訟法200条」斉藤秀夫編著『注解民事訴訟法(3)』(第一法規, 1973年)353頁は、当事者の国籍を基準として外国人が当事者の場合には判決主文に限るとする。

このうち後者は、矢ヶ崎武勝「外国判決の承認並にその条件に関する一考察(二・完)」国際法外交雑誌60巻2号(1961年)210頁を基礎とするものである。すなわち、矢ヶ崎論稿は、主文限定説に対して、たしかにドイツ帝国裁判所判決には「外国判決を承認する為には、ただ外国裁判所がその判決を下すのに基いた事実関係だけを基礎にすべきであることを明らかにしている」ものもあるとする。しかし続けて、オーストリア、スイスといった国では反対の態度がとられていること、またドイツには「善良の風俗の法律関係が……直接の争訟の対象ではなく請求権の条件」に過ぎなかったときに、その請求権が外国人に関するものである限りは良俗違反とは見る必要がないとの議論を援用し、当事者の国籍に着目した公序の相対性の議論を展開する。

ることは、わが国の公序良俗に反するし、わが国でそれを公序良俗に反するかどうかを審査するのは、外国の判決の内容の当否を審査するのではないから、本号に該当する」⁵

ここでは、公序審査が判決理由中の判断にも及ぶとすることの理由として、かかる公序審査は、「外国の判決の内容の当否を審査するのではない」ことを挙げるのみである。主文限定説が、判決理由中の判断についての公序審査は、「判決内容の当否をもう一度問題とすることにな」とするのとは対照的であり、説明不足の感が否めない。この点、次に掲げる見解は、公序審査が、「外国判決をそのまま受け止めたうえで、これを承認・執行することが日本の公益や道徳観念から是認し得るか否かを審査」するもの、すなわち「外国判決」そのものを判断対象として当否を問題とするものではないことを示すことで、なぜ判決理由中の判断が実質的再審査禁止原則に抵触しないのかを示そうとしたものと考えられる⁶（下線は筆者による）。

「思うに、公序良俗によるチェックは、外国判決をそのまま受け止めたうえで、これを承認・執行することが日本の公益や道徳観念から是認し得るか否かを審査するものであるから、理由についてこれを行っても、判決の当否を調査すること——これは、その主張・証拠からそのような結論に達したことの当否を審査することをいう——にはならず、理由判断説が正当である。……判決理由の一部に日本の強行法規と矛盾する部分があればそのことから当然にその判決が日本の公序良俗に反するわけではない。強行法規や道徳律にも強弱があるし、判決の対象がどの程度日本と密接な関係を有するかも無関係ではない。要

5 菊井＝村松・前掲（注4）671頁。

6 青山・前掲（注4）402頁。なお萬世工業事件最終後に出された論稿であるが、「最近では、実体的公序審査との関係でも、実質的再審査の禁止は、当該外国判決の判決国法による当否及び承認国法による当否の審査を禁止するのみで、その効力の承認が承認国の公序に反するか否かの観点からこれを審査することまで禁止するものではなく、この観点からの審査に必要な限り、外国判決に踴れていない事実・証拠をも顧慮しうる」との見解を紹介し、かかる取り扱いを支持している（竹下守夫「判例から見た外国判決の承認」『中野貞一郎先生古稀祝賀・判例民事訴訟法の理論（下）』（有斐閣、1995年）540頁）。

は、かかる判決を日本で承認し執行することが日本の私法秩序にとって容認できるかを、判決に現れたすべての事情を総合的に判断して決すべきである」

このように、萬世工業事件が東京地裁で問題となった時期には、公序審査は外国判決主文に限らず判決理由中の判断にも及び、またその理由づけとして、公序審査が実質的再審査禁止原則とは無関係であるとの説明がなされていた。

また上記は、公序審査が判決理由中の判断にも及ぶことが実質的再審査禁止原則に抵触するかを問題としたのであるが、これをさらに敷衍して、公序審査そのものと実質的再審査禁止原則との関係について、同原則は「当該判決の法的当否を審査しないことを意味するにとどま」るのであるから、公序審査自体、「外国判決の内容の当否の調査ではな」く実質的再審査禁止原則に抵触しないとすものもみられた⁷。

2. 公序内容に関する議論

旧民訴法200条3号公序要件に関して議論されていたもう1つの点は、公序内容をどのように理解するかという問題である。承認執行要件としての公序要件が、民法90条の公序や、国際私法上の公序(平成元年改正前法例30条、現・法の適用に関する通則法(以下、通則法とする)42条⁸)の公序と同じなのか、あるいは異なるのか、という審査基準の広狭の問題である。

1. で示したように、公序判断に必要な審査であれば、たとえ審査対象を

7 高桑・前掲(注4)142頁。

8 現在、通則法42条に規定されている国際私法上の公序は、下記のような立法上の変遷を経ているが、いずれも公序良俗を基調とする点では共通している。

【1898(明治31)年法例(=「平成元年改正前法例」)】

30条 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ハ之ヲ適用セス

【1989(平成元)年法例(=「平成元年法例」)】

33条 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ハ之ヲ適用セス

【2006(平成18年)年法の適用に関する通則法(=「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。

判決理由中の判断に広げることも実質的再審査禁止原則により妨げられるわけではないとの理解のもとで、次の段階として、公序とは何なのかという、審査基準の寛厳の問題が重要な地位を占めるようになったともいえよう。

この点、古くは旧民法200条3号の「公の秩序又は善良の風俗」とは、民法90条の公序良俗と全く同義であるとする見解も存在した⁹。しかし、同条同号の公序は国際私法上の公序（平成元年改正前法例30条）と同じであるとの見解¹⁰が現れ、広がりを見せる¹¹。代表的な見解としては例えば次のような論稿が挙げられる。

「民訴200条3号の公序も、ちょうど法例30条が外国法の規律内容それ自体を弾劾するためのものではないのと同様に、外国判決の内容的当否それ自体を

9 「外国判決に於て宣言したる法律的效果」が、「日本の裁判所の裁量に従い善良の風俗、即ち道義及進行に関する日本国民の实践的慣行及一般通念」や「公の秩序即ち日本の国家生活または経済生活の基礎観念」に反してはならないという（以上、竹野竹三郎『新民事訴訟法釈義（中巻）』（有斐閣、1930年）599頁。原文カナ書き）。また、細野長良『民事訴訟法要義（第4巻）』（厳松堂書店、1934年）226頁は公序要件の趣旨を「我国の公益を害して迄も外国判決の効力を認むべきにあらざる」からとし（原文カナ書き）、河本喜与之『民事訴訟法提要』（南郊社、1934年）506頁も同様である。

10 江川英文「外国判決の承認」法学協会雑誌50巻11号（1932年）2069頁、矢ヶ崎・前掲（注4）207頁。なお、宮脇・前掲（注4）555頁は「外国判決の内容が日本の公益（強行規定）又は社会的道徳に反していること」とし、続いて「民法90条、法例30条」を参照する。また小室（直）・前掲（注4）353頁も「法例30条とその目的を同じくする」とする。

もっとも、小室（直）・同所は続けて「この公序良俗は判決国の公序良俗や国際私法上の公序良俗ではなく、日本の公序良俗であることは規定上明らかであり、民法90条の概念に一致」するとも述べており、混乱がみられる。この点についてはさらなる検討が必要であるが、これは論者のいう「国際私法上の公序良俗」を当時活発に議論されていたいわゆる普遍的公序を念頭に置いたものであって、論者の「民法90条」は現在の国際私法の理解するところのいわゆる国家的公序に類似した理解であるものと推測される。

11 高桑・前掲（注4）142頁、青山・前掲（注4）401頁、小島武司＝猪股孝司「民執法24条」石川明ほか編『注解民事執行法上巻』（青林書院、1991年）215頁。

なお、青山・同所は続いて、国際私法上公序違反とされるような外国法を適用した外国判決が、必ずしも承認執行要件としての公序に違反するわけではない点で、旧民法200条3号の公序が法例30条の公序よりも狭く、他方旧民法200条3号公序には手続公序が含まれる点で法例30条公序よりも広いとして、法例30条の公序とは一致するわけではないことを説く。

問う(なお民訴〔ママ〕24条2項参照)ものではない。また、それは、法例30条が外国法の適用の結果としてわが国社会で真に忍び難い事態が発生するか否かを問題とするのと同様に、外国判決の効力をそのまま承認した場合に、その結果として同様の事態がわが国社会で生ずるか否かを問題とすることにどまるものである。……法例30条と民訴200条3号とは、同じく抵触法(狭義の国際私法と国際民訴法とを統轄したそれ)上の公序として、その基本を一にするものであると言える。」¹²

ここにおいて、旧民訴法200条3号公序の問題は、国際私法上の公序の議論と平行に考えられている。国際私法の公序において、「外国法の規律内容それ自体を弾劾」するのではなく、「外国法の適用の結果としてわが国社会で真に忍び難い事態が発生するか否かを問題」とすることと平行に、旧民訴法200条3号公序においても「外国法の内容的当否それ自体を問う」のではなく、「外国判決の効力をそのまま承認した場合に」「わが国社会で真に忍び難い事態が発生するか否かを問題」とするのである。

この点、国際私法上の公序において「外国法の規律内容それ自体を弾劾」するのではないことは、当時においても、内外法の平等という国際私法上の前提の中では公序はあくまでも例外規定であるからと説明されるのが一般的であった¹³。旧民訴法200条3号公序において「外国判決の内容的当否それ自体を問う」のではない理由については、ここでは実質的再審査禁止原則(民執法24条2項)が挙げられているのみである。

また同時期に、旧民訴法200条3号の公序が、わが国の実質法そのものではなく限定的であるということ、民法90条との広狭を直接表現することはせず、「わが法秩序の基本原則ないし基本理念」「わが国の法秩序の基本」と表現するものもみられた¹⁴。例えば、次のような記述である¹⁵。

12 石黒一憲『現代国際私法(上)』(東京大学出版会、1986年)557頁。

13 当時の議論について、たとえば塚場準一「公序」池原季雄＝早田芳郎編『涉外判例百選〔第2版〕』(有斐閣、1986年)36頁参照。

14 前者は、竹下・前掲(注4)649頁、後者は同じ論者による、少し後の時期の論稿における表現である(竹下・前掲(注6)540頁)。

15 竹下・前掲(注4)649頁。

「もとより外国判決がわが法と異なる実体法を適用し……ているからといって、それだけで承認を拒否するのでは、外国判決承認の制度を認めたことと矛盾してしまう」ことから、「外国判決を承認し、その効力を認めることが、わが国の法秩序の基本原則と抵触し、わが国の基本的法理念と相容れない場合に、その承認を拒否する」というのが民訴法200条3号の趣旨であり、「ここにいる公序良俗とは、このような、一般的道徳観念に支えられた、わが法秩序の基本原則ないし基本理念を指す」。

この見解も、「外国判決がわが法と異なる実体法を適用」していることを問題とするのではなく、「外国判決を承認し、その効力を認めること」を問題とする点で、先に引用した見解と共通する。しかし、この見解においては、国際私法上の公序との対比はなされていない。ただ端的に、「外国判決がわが法と異なる実体法を適用」していることを理由に不承認とすることは「外国判決承認の制度を認めたことと矛盾」するとし、それを根拠に、「外国判決を承認し、その効力を認めることが、わが国法秩序の基本原則と抵触し、わが国の基本的法理念と相容れない」かを基準とすべきとする。

以上のように、旧民訴法200条3号の公序が、民法90条と同一ではなく、国際私法上の公序と一致する、あるいは民法そのものとは異なり狭く解されるとの理解が広く定着し、その基準は、外国判決を承認した結果が、「わが国社会で真に忍び難い事態が発生するか否か」、「わが法秩序の基本原則ないし基本理念」に反するか、というような表現で示されていた。

3. 小 括

以上みたことを要約すると、萬世工業地判が下される当時の公序学説では、第1に、公序審査は外国判決の主文のみならず判決理由中の判断にも及ぶかが実質的再審査禁止原則との関係で議論され、同原則との抵触はないとされていた。第2に、公序の内容は民法90条よりも狭く、外国判決を承認した結果が、「わが国社会で真に忍び難い事態が発生するか否か」、「わが法秩序の基本原則ないし基本理念」に反するかを問うものとされていた。

以下では、かかる学説状況において、萬世工業事件各審級の判決がどのように位置づけられ、どのような評価を受けていたのかを、順を追って検討する。

Ⅲ. 萬世工業事件判決と外国判決承認執行要件としての公序学説との関係

1. 事案

萬世工業事件の事案は以下の通りである。

X社(米国オレゴン州組合)は、Y1(日本法人:萬世工業株式会社)の子会社であるA社(米国カリフォルニア州法人)との間で、Y1社のオレゴン州への工場進出計画に伴い、土地賃貸借契約を締結した。しかし、この工場進出計画が頓挫したために両社間に法的紛争が生じた。A社はカリフォルニア州裁判所において、Xの欺罔的行為を理由に、当該賃貸借契約が拘束力をもたない旨の確認と損害賠償を求めた。これに対し、Xは反訴を提起し、Aに当該契約の履行を求めるとともに、Y1社及びその社長であるY2に対し、欺罔的行為があったことを理由に損害賠償を求めた。

カリフォルニア州上位裁判所は陪審による審理を経て、本訴については当該賃貸借契約に法的拘束力がない旨を宣言するとともに、反訴については、Aに対する請求は認容せず、Y1Y2に対しては補償的損害賠償として42万余ドル、Y1に対しては112万余ドルの懲罰的賠償を支払うように命じた(以下、本件外国判決とする)。本件外国判決が確定したため、Xは日本において本件外国判決の執行を求めたものである。

2. 東京地裁平成3(1991)年2月18日判決

(1) 判旨および公序学説における位置づけ

第1審である東京地判平成3年2月18日(民集51巻6号2539頁、判例時報1376号79頁、判例タイムズ760号250頁。以下、萬世工業地判とする)は、懲罰的損害賠償を命じる外国判決であっても、一切承認対象と

ならないわけではないとしたうえで、旧民訴法 200 条 3 号公序要件について次のように判示した。

(a) 「本件外国判決の認定事実 外国判決が我が国の公序に反するかどうかを判断するに際しては、当該法制度それ自体の我が国の公序との抵触の如何を問題にするのではなく、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、執行される内容及び当該事案と我が国との関連性の双方からみて、当該判決の執行を認めることが我が国の公益や道徳観念に反する結果となるか、あるいはその執行により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ことになるかどうかの点を判断すべきである。」

(b) 「Y1 の責任の根拠について Y1 に関して本件判決上認定されているのは、(ア) Y1 が A の株式の 90 パーセントを有しており、被告 Y2……が Y1 と A の役員を兼任していたこと、(イ) 1979 年 11 月 2 日頃、A 社長である B が Y1 を代表して独占開発者契約書の付加条項を作成したこと及び(ウ) その頃、Y1 は A を訴外 C に売却する交渉をしていたことの三点のみである。

しかし、本件外国判決の認定によれば、……右(イ)のように Y1 が付属契約を締結したという本件外国判決の認定は、他との事実的・論理的関連性を明らかに欠くというべきであり、右の認定部分は、B が A を代表して付加条項を作成したことの誤記と解するほかはない。

そして、本件外国判決においては A には懲罰的損害賠償だけでなく補償的損害賠償さえ課されていないことからすれば、Y1 に対して子会社である A の行為についての代理責任ないし監督責任が問われたとは考え難いから、同判決は、結局、右(ア)及び(ウ)の事実のみに基づき Y1 自身の不実表明についての加害行為があると判断し、これに対して懲罰的損害賠償を課したものと考えるほかはない。」

(c) 「我が国の公序との抵触の有無について 右認定の事実関係をもとに本件外国判決の公序違反の有無について検討するに、Y1 に対する懲罰的損害賠償の根拠とされた『意図的不実表明』及び『重要事実の意図的隠蔽あるいは抑制』については、前記のような事実が認定されているにとどまるところ、

かかる事実のみから被告萬世に『意図的不実表明』又は『重要事実の意図的隠蔽あるいは抑制』ありとするのは、経験法則及び論理法則に照らしていかにも無理があるというべきであり、しかも、独占的開発者契約の当事者としてXらとの間で取引を進め、後に右契約の無効を主張するに至ったAについては、補償的損害賠償さえも認められなかったことと対比すると、ひとりY1に対して前記のような薄弱な根拠に基づき本件訴え提起時の邦貨換算にして約1億5000万円にも上る巨額の懲罰的損害賠償を命ずる外国判決の執行を容認することは、我が国における社会通念ないし衡平の観念に照らして真に忍び難い、過酷な結果をもたらすものといわざるを得ない。

したがって、本件外国判決のうち懲罰的損害賠償を認めた部分の我が国における執行を認めることは、我が国の公序に反するものというべきである。』

萬世工業地判の規範定立部分(判旨(a)部分)では、公序審査にあたっては、外国「法制度それ自体の我が国の公序との抵触の如何を問題にするのではな」いとし、「あくまでも具体的事案について、……執行される内容及び当該事案と我が国との関連性の双方からみて、当該判決の執行を認めることが我が国の公益や道徳観念に反する結果となるか」「その執行により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ことになるかどうか」を判断すべきとした。

その枠組みの下で(b)では本件外国判決が懲罰賠償を認容するに至った過程について詳細に検討したうえで、(c)で本件外国判決の執行は「我が国における社会通念ないし衡平の観念に照らして真に忍び難い、過酷な結果をもたらす」として公序違反を認定する。

この萬世工業地判を、旧民訴法200条3号公序学説との関係でみると、判旨の規範定立部分(判旨(a)部分)、すなわち、「あくまでも具体的事案について、……執行される内容及び当該事案と我が国との関連性の双方からみて、当該判決の執行を認めることが我が国の公益や道徳観念に反する結果となるか」「その執行により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ことになるかどうか」という判断枠組

みは、前述Ⅱ 2. でみたような、当時の一般的な公序内容の理解、すなわち旧民法200条3号の公序は90条よりも狭く、外国判決承認の結果として、「わが国社会で真に忍び難い事態が発生するか否か」という理解に沿ったものであったと位置付けることができる。

さらに、続くあてはめ部分(判旨(b)部分)では、外国判決の内容が、主文(金銭支払を命じる部分)を超えて判決理由にも及び、具体的詳細に検討されている。これも前述Ⅱ 1. でみたように、旧民法200条3号公序要件の審査対象に関する議論、すなわち公序要件審査は外国判決の理由中の判断にも及び、しかもかかる審査は実質的再審査禁止原則とは無関係であるという、当時の一般的な公序審査対象に関する議論に沿うものと位置付けられる。

(2) 学説における評価¹⁶

- 16 萬世工業事件地判に関する主な評釈・解説として、石黒一憲「判評」私法判例リマークス4号(1992上)167頁以下、海老沢美広「判解」『平成3年度重要判例解説』(有斐閣、1992年)271頁以下、神前禎「判評」ジュリスト1023号(1993年)138頁以下、小室百合「判評」法学(東北大学)55巻5号(1991年)797頁以下、坂本昭雄「判評」金融・商事判例921号(1993年)48頁以下、須藤典明「判解」『平成3年度主要民事判例解説』(判例タイムズ790号、1992年)258頁以下、道垣内正人「判評」判例評論391号(判例時報1388号、1991年)202頁以下、渡辺惺之「判評」特許管理41巻10号(1991年)1321頁以下。

萬世工業事件高判に関する主な評釈・解説として、春日偉知郎「判解」『涉外判例百選 [第3版]』(有斐閣、1995年)224頁以下、同「判解」『平成5年度重要判例解説』(有斐閣、1994年)290頁以下、早川吉尚「判評」ジュリスト1050号(1994年)193頁以下。

萬世工業事件最判に関する主な評釈・解説として、大隈一武「判評」西南学院大学法学論集31巻1号(1998年)31頁以下、岡田幸宏「判解」法学教室210号(1998年)70頁以下、古閑裕二「判解」法律のひろば1998年1号54頁以下、佐久間邦夫「本件判解」法曹時報52巻4号(2000年)1129頁、櫻田嘉章「判解」『平成9年度重要判例解説』(有斐閣、1998年)291頁以下、田尾桃二「判評」金融・商事判例1031号(1998年)53頁以下、道垣内正人「判評」私法判例リマークス18号(1999上)156頁以下、早川吉尚「判評」民商法雑誌119巻1号(1998年)78頁以下、森田博志「判評」法学協会雑誌117巻11号(2000年)1697頁以下。横溝大「判評」判例評論495号(判例時報1643号、1998年)231頁以下、横山潤「判解」『国際私法判例百選』(有斐閣、2004年)195頁以下、同「判解」『国際私法判例百選 [第2版]』(有斐閣、2012年)224頁以下。

萬世工業事件他、懲罰賠償を命じる外国判決の承認執行に関する主な論文として、石黒一憲「アメリカの懲罰的損害賠償制度と“国境”——東京地判平成3年

ところが、判旨(b)でなされた詳細な公序審査に対しては、公序審査が判決理由に及ぶことは問題ないとしても、審査が外国判決の事実認定に踏み込んでなされており、このことが実質的再審査禁止原則に反するとの批判が向けられた。たとえば、公序審査が判決理由に及ぶとしても、実質的再審査禁止原則があるのだから、それは判決主文との解釈に資する限りというように限定的になされるべきであって、地判の判断は許容範囲を逸脱しているといった批判¹⁷、内国裁判所が外国裁判所の認定をやり直し、根拠の薄弱さを批判していることは実質的再審査禁止原則違反であるといった批判である¹⁸。また、米国の陪審制度上、判決からは事実関係が明確にされえないことを考えると、いわば「陪審裁判の『冷えた記録』」をもとに、米国の過去の要件を実質二重推論するのは不当であり、そうしないことが

2月18日判例時報1376号79頁を契機として——」貿易と関税1991年10月号40頁以下、河野俊行「アメリカの懲罰的損害賠償判決と国際民事訴訟法上の若干の問題について——ドイツ・スイスにおける最近の状況を手がかりとして——」法政研究58巻4号(1992年)867頁以下、小林秀之「懲罰的損害賠償と外国判決の承認・執行(上・下)」NBL473号(1991年)6頁以下・477号(1991年)20頁以下、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(上・下)——萬世工業事件最高裁判決を契機として」NBL629号6頁以下・630号(以上1997年)42頁以下、酒井一「米国懲罰的賠償判決の承認と執行に関する一考察(1・2完)——外国判決の承認と執行の分化試論——」民商法雑誌107巻3号(1992年)353頁以下・107巻4=5号(1993年)660頁以下、須藤典明「懲罰賠償判決のわが国での執行の可否と今後の課題」自由と正義49巻4号(1998年)62頁以下、道垣内正人「アメリカの懲罰的損害賠償判決の日本における執行」中野貞一郎ほか編『民事手続法学の革新:三ヶ月章先生古稀祝賀(上)』(有斐閣,1991年)424頁以下、中西康「外国判決の承認執行におけるrévision au fondの禁止について(1~4完)」法学論叢135巻2号1頁以下・4号1頁以下・6号1頁以下・136巻1号(以上1994年)1頁以下、中野俊一郎「懲罰的損害賠償を命じる外国判決の承認・執行——萬世工業事件最高裁判決をめぐって」NBL627号(1997年)19頁以下、早川眞一郎「懲罰的損害賠償を命じる外国判決の承認執行」澤木敬郎=塚場準一編『国際私法の争点[新版]』(1996年)241頁以下、藤田泰弘「涉外民事訴訟の実務と問題点」自由と正義11号(1980年)22頁、同「アメリカの懲罰的損害賠償は日本では執行できない」判例タイムズ953号(1997年)61頁以下、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、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」判例タイムズ828号(1994年)89頁以下。

17 小室(百)・前掲判評(注16)98頁。

18 道垣内・前掲判評(地判)(注16)206頁、渡辺・前掲判評(注16)1325頁。

実質的再審査禁止原則の趣旨にも合致する¹⁹との指摘もあった。

これらはいずれも、萬世工業地判が本件で行った具体的認定・評価方法に対する批判である。すなわち、萬世工業地判は、本件外国判決がY1に懲罰賠償を命じる根拠とした事実認定のうち1つを、「誤記と解するほかない」と認定し、また外国判決がその他の事実のみを根拠にY1の意図的不実表明を認定し、懲罰賠償を課したことを、「経験法則および論理法則に照らしていかにも無理がある」と評価していた。そのような地判の本件での具体的認定・評価が、外国判決の事実認定をやり直し、外国裁判所の判断が誤っていると断じるものであって、実質的再審査禁止原則に反するとして批判されていたのである²⁰。

このように萬世工業地判に対して実質的再審査禁止原則との抵触が指摘されたのは、地判の具体的認定・評価方法に問題があったからであった。しかし、このような具体的認定・評価方法の問題とはまた別に、そもそも懲罰賠償を命じる外国判決の承認執行可能性をどのように判断すべきか、学説において議論が深化した²¹。

大別すると第1に、そもそもこの問題を、旧民訴法200条3号公序要件ではなく、問題となる外国判決が旧民訴法200条柱書の「外国判決」にあたるかという、いわゆる承認適格性の問題として議論すべきとの見解（承認適格否定説）、第2に、承認適格性を肯定し公序要件の中で判断するとしたうえで、懲罰賠償制度そのものの異質性を問題とする見解（性質基準公序説）、第3に、同じく公序要件の中で判断する中で、具体的事案における

19 坂本・前掲判評（注16）50頁。小林・前掲（上）（注16）11頁は、本件外国判決のようにアメリカ陪審制の下でなされた外国判決について、その特質、すなわち1審で陪審が事実認定の結論だけを示し、控訴審での再審査も限定的であることを考えると疑問であるとする。

20 石黒・前掲論文（注16）49頁、中西・前掲（3）（注16）13頁、海老沢・前掲判解（注16）273頁（「外国判決の事実認定を点検し、事実誤認があるだけの理由不備だということも許さるべきことでない」）。

21 学説の分類については、たとえば、早川（眞）・前掲（注16）241頁以下、中野（俊）・前掲（注16）22頁以下を参照。本文中の「性質基準公序説」「金額基準公序説」との用語は中野（俊）・同所による。

請求額の過大さを問題とする見解(金額基準公序説)に分けられる。

第1の、懲罰賠償を命じる外国判決の承認執行可能性を承認適格性で判断すべきとの学説(承認適格否定説)は、かかる外国判決を承認対象とすることは懲罰賠償制度のような「私人を公権力行使主体に擬」する制度の域外的執行を認めることにつながり妥当でない²²、あるいは旧民法200条柱書のいう「外国判決」は民事判決を指すところ、懲罰賠償は民事性を有さない²³、といった理由で承認適格性を否定するものである²⁴。これに対しては、承認適格性の段階では簡明かつ形式的判断をなすべきであるとの批判²⁵や、民事訴訟による私人当事者たる被害者への賠償支払を命じる判決であれば、判決の国際的相互通用のルールに乗せることは認められるべきといった批判²⁶が向けられた。

第2の、懲罰賠償を命じる外国判決の承認適格性を肯定しつつ、公序要件の中で懲罰賠償制度そのものの異質性を問う見解(性質基準公序説)は、懲罰賠償制度は、加害者に対する制裁による不法行為の抑止を目的とする制裁的、刑事的性格を有する制度であり、日本法上現に発生した損害を填補することを原則とすることからみると異質であるとする²⁷。これに対して

22 石黒・前掲判評(注16)169頁, 同前掲(注16)42頁。

23 道垣内・前掲論文(注16)432頁, 同・前掲判批(地判)前掲(注16)205頁。

24 同旨, 神前・前掲判評(注16)141頁。このように承認適格性において判断した場合には公序審査の問題自体が生じず, よって実質的再審査禁止原則との抵触も生じない(石黒・前掲判評(注16)171頁および前掲(注16)45頁は承認適格性の審査は, 「承認要件論に入る前の問題として, 民執法24条2項の拘束を受けない」としている。渡辺・前掲判評(注16)1325頁もこの点を指摘する)。

25 前者は酒井・前掲(1)(注16)361頁, 後者は渡辺・前掲判評(注16)前掲1325頁。なお, 小室(百)・前掲判評(注16)800頁は懲罰賠償という名の一事をもって承認の対象外とすることはできないとするが, 本説の論者は懲罰賠償という名ではなく実質をもって区別することにも言及しており(たとえば石黒・前掲論文(注16)43頁), この点では必ずしも当たらないと思われる。

26 渡辺・前掲判評(注16)1325頁, 坂本・前掲判評(注16)51頁, 須藤・前掲判解(注16)259頁。

27 藤田・前掲自由と正義論文(注16)22頁, 道垣内・前掲判批(地判)(注16)206頁以下。但し, 道垣内論稿は, 本文第一の, 承認適格性で判断すべきとする見解であって, 「仮にそれが民事判決の範疇に入るとしても」という条件付きで述べているに過ぎないが, 「懲罰的損害賠償という制度の刑事法的性格から, それを適用して金銭の支払を命ずることは, わが国の実体的公序に反する」議論すべきである

は、日本法内部においても刑事的性格を有する法規があることに鑑みると、これを理由に公序違反とすることは難しいし、今後日本で懲罰賠償制度を導入した場合にはもはや公序違反とはいえなくなるといった批判²⁸、また旧民法200条3号の公序は前述Ⅱ2. で述べたように、民法90条より狭く、承認の結果が我が国の社会通念観念に照らし忍び難い過酷な場合に発動されるのであるから、刑事的性格を有するだけで公序に反するとするのは困難であるとの批判が寄せられた²⁹。

第3の、公序要件段階の問題とし、当該事案における請求額の過大さを判断対象とする見解（金額基準公序説）として、例えば、カリフォルニア州の懲罰賠償制度の機能を踏まえ、本件外判の場合についてわが国の観点から見て訴訟費用填補機能や精神的損害賠償機能があるかを検討し、相応の金額を越えた部分は、「わが国の法秩序に混乱をもたらす、被告に忍びがたい過酷な結果をもたらす」から公序違反とすべきとする見解が挙げられる³⁰。このように「相応の金額」を超えた部分について公序違反とする見解は他にもみられた³¹。この見解においては、すでに前述Ⅱ2. でみたような当時の通説的公序内容理解、すなわち旧民法200条3号の公序は民法90条よりも狭く、国際私法上の公序に一致するのであるから、具体的承認

とし、かかる議論であれば実質的再審査禁止原則に触れることはないとしている（同・208頁）。

28 小林・前掲（下）（注16）24頁、石黒・前掲論文（注16）45頁、酒井・前掲（1）（注16）370頁、須藤・前掲判解（注16）259頁。

29 須藤・前掲判解（注16）259頁。

30 小林・前掲（下）（注16）24-25頁。論者は、懲罰賠償そのものが公序に反するとする見解と、無制限に承認執行を認めるとする見解との対比の中で、「中間的なアプローチ」であると表現している。

31 小室（百）・前掲判評（注16）802頁、渡辺・前掲判評（注16）1326頁、河野・前掲（注16）886頁（外国判決中どの程度の賠償額が承認可能かという問題として捉え、想定不可能な賠償額が言い渡される場合には日本に受け入れられない機能を果たす損害賠償が内包されていると推定し、よほどの特殊な事情がない限り一定限度を超える部分は承認しないとの機能的な扱いをすべきとする。論者はのちに、原則承認肯定説へと改説している。Toshiyuki Kono, Die Anerkennung von US-amerikanischen über punitive damages in Japan, in: *Heldrich/Kono (Hrsg.)*, Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts (1994), S.46), またそのような解釈の可能性を示すものとして神前・前掲判評（注16）141頁。

結果が過酷な結果をもたらすかを基準とすべきとの理解が前提とされている³²。

この第3の見解(金額基準公序説)は、第1、第2の見解と比べて、個々の外国法規や問題となった外国判決に着目することを可能とするものであり、当時の、具体的承認結果を問題とすべきとする通説的公序理解によりなじみやすい見解であった。しかしこの第3の見解に対しては、公序の謙抑的性格を考えると数百万ドルの給付判決の執行を許したとしても、わが国の道徳観念に反するほど耐え難いとはいえないとの批判³³のほか、「相応の金額」との基準で公序違反を判断する点が実質的再審査禁止原則に抵触するとの批判が寄せられた。すなわち、この説によると外国判決において認定された損害額の再評価が不可避であるが、これは執行裁判所があたかも上訴裁判所となることを意味し、承認裁判所が判決国裁判所の事実認定、法の解釈・適用の当否を審査することを許さないとの原則(実質的再審査禁止原則)に反するというのである³⁴。

また、第3の見解の論者の多くが前提としていた一般的公序理解、すなわち、具体的承認結果が過酷な結果をもたらすかを基準とすべきとする点について、かかる具体的審査自体が、実質的再審査禁止原則に反する可能性があるとの指摘も散見されていた³⁵。この点、第3の見解の論者も、具体

32 たとえば、渡辺・前掲判評(注16)1325頁は「公序というのは極めて例外的に、当該判決の通用性を内国で認めることは、わが国の根本的法秩序の維持という視点から真に耐え難い場合の、緊急ブレーキのような役割を負うもの」とする。

33 酒井・前掲(1)(注16)374頁。公序で判断し、とりわけ従来のように具体的承認結果が過酷な結果をもたらすかを基準とする限りは、不承認とする結論を導くことは難しいとの指摘すらあった。たとえば、神前・前掲判評(注16)141頁。なお、萬世工業高判に対する論稿であるが、早川(吉)・前掲判評(高判)(注16)195頁も、「従来の公序観からすれば公序違反という結論は導けなかったはずである」とする。

34 酒井・前掲(1)(注16)373頁、神前・前掲判評(注16)141頁。なお、他には「相応の金額」の算定が、実務の側に相当の重荷を背負わせるものであるとの批判もある(石黒・前掲論文(注16)49頁、神前・前掲判評(注16)141頁)。

35 海老沢・前掲判解(注16)273頁は次のように述べる。

「民訴法200条3号の「公序」は抵触法上の概念であって、民法90条の「公序良俗」より

的な承認結果が過酷な結果をもたらすかを基準とした「個別的考察」をなすべき³⁶と述べつつも、そのことと実質的再審査禁止原則との抵触の可能性を認めている³⁷。それゆえにかかる「個別的考察」という方向を保ちつつ、外国判決の事実認定に踏み込まずに審理すべく、「類型的考察」をすべきと主張しているところである³⁸。

は狭く限定されて解されるべきである」とすると、「個別的考察」が1つのアプローチとして浮かび上がってくるが、『実質的再審査禁止』の原則との兼ね合いで可能なのか、可能としてもどのように行うのが大きな問題となってくる。」公序と実質的再審査禁止原則は、「公序は外国判決を承認国の法原則に照らして点検する作業だから、もともと実質的再審査だともいえる……し、そうかといってこれを広げれば、承認制度そのものを危うくすることになるから……元来緊張の関係にあるといえる」。

続いて、「相応の金額」を測ることも、陪審制の下では判決に具体的事実認定が現れないのが常態であるが、外国訴訟記録を証拠調べすることも「承認の域を超え」て困難であるとして、結局本文第1、第2のような「カテゴリカルな処理」しかないとの方向性が示されている。

なおこの点、河野・前掲（注16）888頁は、外国判決中で言い渡された損害賠償の機能を考慮し部分的に承認するという作業は、論者のいうように賠償額から推定する場合には実質的再審査禁止原則には抵触しないとみる。

36 萬世工業地判もかかる「個別的考察」を行っていると評価する。小林・前掲（下）（注16）24頁。

37 「懲罰的損害賠償の基礎となった事実を詳細に吟味し、懲罰的損害賠償を命じたことの当否を論じるというアプローチがそもそも可能なのか、大きな問題になってくる」とする（小林・前掲（上）（注16）11頁）。ここで注目すべきと思われるのは、論者は「個別的考察」をなすべきとする理由としても実質的再審査禁止原則を挙げている点である（小林・前掲（下）（注16）23頁）。

「『実質的再審査禁止』の原則は、外国の司法制度への信頼と尊重に基づいているが、外国判決をそのまま承認・執行するとわが国の法秩序に混乱を生ずる場合に承認・執行を拒絶できる民訴法200条3号の『公序』条項との関係はかなり微妙である。『公序』条項の発動を広く認めれば、『実質的再審査禁止』の原則は骨抜きになってしまうので、両者の関係は緊張関係にあるといっておく、そのため、後者の原則を重視して民訴法200条3号の『公序』条項を狭く解するのが、ほぼわが国の通説になっている。民法90条の公序よりも狭く、我が国の公益や道徳観念に著しく反し真に忍びえない過酷な結果をもたらす場合にのみ発動される一種の『伝家の宝刀』ないし『安全弁』が民訴法200条3号の『公序』条項と把握するのである。」

38 「当該外国判決で問題となった懲罰的損害賠償が内包する機能を検討したうえで、訴訟費用填補機能や慰謝料的機能の部分があるのが、あるとしたらどの程度かを、ある程度類型的に考察する程度にとどめるべき」とし（小林＝吉田・前掲（下）（注16）47頁）、この点は実質的再審査禁止原則との関係をどのように考えるかによるとする（同・49頁）。

(3) 小 括

以上のように、萬世工業地判は、旧民訴法200条3号の公序内容、審査対象に関する議論双方において、当時の一般的な学説の理解に沿ったものであった。しかし、本件外国判決がY1に懲罰賠償を命じる根拠とした事実認定のうち1つを、「誤記と解するほかない」と認定し、また外国判決がその他の事実のみを根拠にY1の意図的不実表明を認定し、懲罰賠償を課したことを、「経験法則および論理法則に照らしていかにも無理がある」と評価していた。そのような地判の本件での具体的認定・評価が、外国判決の事実認定をやり直し、外国裁判所の判断が誤っていると断じるものであって、実質的再審査禁止原則と抵触するとの強い批判を浴びた。

さらに、このような地判のとった具体的な公序認定・評価方法の不適切さに関してのみならず、より一般的に、懲罰賠償を命じる外国判決の承認執行可能性について、そもそも公序要件で判断すべきなのか、判断すべきとして懲罰賠償を命じる外国判決のどのような点を問題とするのかに関して、それぞれ実質的再審査禁止原則との抵触の観点から議論がなされるようになっていたのである。

3. 東京高裁平成5(1993)年6月28日判決

(1) 判旨および公序学説における位置づけ

第2審東京高判平成5年6月28日(民集51巻6号2563頁, 判例時報

もっとも、この「類型的考察」が「個別的検討」の一つといえるのかは議論の余地がある。たしかに、この「類型的考察」を唱える見解は、「個別的検討」をしつつ実質的再審査禁止原則との抵触を防ぐことを目的に生まれたものである。しかし、「類型的」検討説は、懲罰賠償法制の中には性質の異なる法が含まれていることに鑑みると、懲罰賠償を認める外国判決について懲罰賠償という外形だけで一律に公序違反を認定するのではないとして、問題となる個々の判決、当該法規に着目し公序違反性を判断するとするものである。ここで「個別的」に解されているのは主として法規についてに過ぎず、具体的事例について、問題となる外国判決を承認した結果を個別具体的に検討し、「忍びがたい過酷な結果をもたら」しているかを検討しているのではない。そうであるとすれば、「類型的」検討説が「個別的」検討の一種であるといえるのは、「懲罰賠償を命じる判決」ということで一律に処理をしないという意味においてのみであり、公序学説の紹介のところで述べたような、問題となる外国判決を承認した結果を個別具体的に検討し、「忍びがたい過酷な結果をもたら」すか否かを判断するものとは分類するのは不正確ともいえる。

1471号89頁、判例タイムズ823号126頁。以下、萬世工業高判とする）は次のように判示した。

(a) 「米国の多くの州で認められている懲罰的損害賠償は、……懲罰的損害賠償は、加害者の悪性が強いと認められる場合に、通常の補償的損害賠償とは別に加害者に対する制裁として、被害者への支払が命ぜられるものである。その目的としては、予防的效果……や、抑止的效果……等があげられ……〔その〕目的を達成するために、懲罰的損害賠償の額は、被害者の被った損害の評価でなく、加害者の行為の反社会性によって決せられるものとされる。カリフォルニア州の懲罰的損害賠償制度もこのような目的のもとに設けられたもの」である。

(b) 「懲罰的損害賠償は、本質的には加害者の行為の反社会性を処罰する……という点に重点が置かれていることは明らかであり、民事上の裁判により被害者である私人に対して金銭の支払を命ずる方法によって実現される点において民事上の権利として構成されているとはいえ、その目的は我が国において罰金を科するものとされている場合とほぼ同様の目的を実現する制度であることは否定できないところである。」「ある国の法的制度が他の国からみて実質において民法と理解されるべきか刑事法と理解されるべきかは、……その法的制度が設けられた趣旨、目的、その制度が果たすべきものとして期待されている役割等を考慮し、当該法制度の本質を実質的に検討して、これを我が国の法制度の下においてどう評価するかという観点から判断すべきものと解するのが相当である。」「我が国においては、不法行為による損害賠償は現に被害者に生じた損害を填補することを目的とするものとされ、懲罰の目的で現実に被害者に生じた損害を越える賠償を命ずることは、不法行為による損害賠償制度の予定しないところであるばかりか、むしろ許されないとされているところである。……懲罰的損害賠償は、我が国の法制度の下において認められている民事上の損害賠償制度とは相容れないものであり、懲罰的損害賠償の制度は、すでに判示した趣旨、目的、及びその果たすべき役割からみて、我が国の法制度の下では、その実質において、むしろ刑事法の領域に含まれるものとみるのが相当で

ある。」

(c)「懲罰的損害賠償として金銭の支払を命ずる米国の裁判所の判決は、我が国における民事上の不法行為に基づく損害賠償制度とは大きくかけ離れた法制度のもとでなされた裁判であり、懲罰的損害賠償は、むしろ我が国の法制度上は罰金に近い刑事法的性格を持つものとみるべきこと、民事執行法24条、民事訴訟法200条にいう「外国裁判所の判決」というのは、我が国からみてその外国裁判所の判決が我が国の民事の判決に当たると認められるものであることを要すること……を考えると、懲罰的損害賠償を命ずる米国の裁判所の判決をもって民事執行法、民事訴訟法の右各条が予定する外国裁判所の判決といえるかどうか自体が疑問である上、これが右各条にいう外国裁判所の判決に当たると解しても、民事訴訟法200条3号の公序の要件の適合性が問題とならざるを得ず、我が国の法秩序のありかたからいって、本件外国判決の執行を認めることは我が国の公序に反すると解される。いずれにしても、懲罰的損害賠償を命じた部分につき執行判決を求める1審原告の請求は理由がない。」

このように高判は、(a)でカリフォルニア州をはじめとする米国懲罰賠償制度の目的を考察した上で、(b)では一般論として、ある外国法制度が民事法、刑事法のいずれと理解すべきかについては、当該外国法制度の「趣旨、目的、その制度が果たすべきものとして期待されている役割等」から「本質を実質的に検討して、これを我が国の法制度の下においてどう評価するかという観点から判断すべき」との基準を定立し、本件カリフォルニア州懲罰賠償制度は刑事法に属するものとあてはめる。(c)ではこれを踏まえた上でさらに、カリフォルニア州懲罰賠償制度が日本法と「大きくかけ離れた法制度」であるとも述べ³⁹、それゆえに旧民訴法200条の承認適格性が「疑問」であるとする。そして仮に承認適格性が認められるとしても同条3号要件において、「我が国の法秩序のありかたからいって」同条を満たさないと結論付ける⁴⁰。

39 吉野=安達・前掲判タ論文(注16)92頁。

40 吉野=安達・前掲判タ論文(注16)93頁は判断の先取りであるとして批判する。

萬世工業高判を旧民訴法 200 条 3 号公序学説との関係でみると、高判は、先に本件外国判決の承認執行適格性に「疑問」を呈したうえで、仮に適格性が認められるとしても、という形で予備的に旧民訴法 200 条 3 号要件の検討を行い、「我が国の法秩序のありかたからいって、本件外国判決の執行を認めることは我が国の公序に反する」とするのみである。よって、旧民訴法 200 条 3 号公序を判旨がどのようにとらえているか、ここから判別することは困難である。

もっとも、次の 2 点において、高判は萬世工業地判とは異なっていることは確認できる。まず、萬世工業高判が、直截に懲罰賠償制度と日本の法制度を比較し、「法秩序のありかた」を問題としている点で、萬世工業地判が「当該法制度それ自体の我が国の公序との抵触の如何を問題にするのではな」いとしたこととは異なる。次に、懲罰賠償制度一般を問題とし、本件事案の詳細には一切立ち入っていないことから、地判が「あくまでも具体的事案について、……執行される内容及び当該事案と我が国との関連性の双方からみて……我が国の公益や道徳観念に反する結果となるか、……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ことになるか」を判断すると示していることも異なる⁴¹。

とすると、萬世工業高判は少なくとも、地判とは異なり、従来の学説上唱えられていた、外国判決を承認した結果が「わが国社会で真に忍び難い事態が発生するか否か」を問題とする公序理解には立っていないものということになる。

(2) 学説からの評価

萬世事件高判は、本件外国判決の具体的事案には立ち入らず、カリフォルニア州懲罰賠償制度の検討のみを行うことで承認を否定している。これ

41 春日・重判判解（注16）291頁は高判について、地判が当該法制度それ自体のわが国公序との抵触のいかんを問題とするのではなく、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、当該判決の執行により我が国の社会通念ないし道徳観念上真に忍びえない過酷な結果をもたらすかどうかの判断を判断すべきとするのとは対照的、とする。

は地判に対する学説で唱えられていた、懲罰賠償を命じる外国判決の承認の問題を承認適格段階で判断すべきとする見解(承認適格否定説)、ないし、懲罰賠償判決の有する刑事的性格を理由として一律に公序違反性を認定する見解(性質基準公序説)にたつものと考えられる。

学説においてはまず、高判が承認適格性を否定したとみえる点に関して議論が集中した。これに対しては、たとえば外国判決承認執行制度は実損を超えた外国国家政策の実現に助力する制度ではなく、懲罰賠償を命じる外国判決は同制度の枠外の存在であるとして、肯定的な評価をするものがみられた⁴²。しかし、多くの見解は、本件が私人間での請求であることを考えると民事判決性を否定することは困難である、として批判的であった⁴³。

次いで、予備的になされた公序判断に関して、高判が懲罰賠償制度一般を問題として日本法と比較し、本件事案の詳細には立ち入っていない点について、地裁がとったような、具体的承認結果が過酷な結果をもたらすかを基準とすべきとする立場から批判される。懲罰賠償の刑事的性格それ自体を問題とすべきではなく、賠償額が高額であるがゆえに執行債務者にとって過酷であることを問題にすべきであるというのである⁴⁴。

しかし、公序要件の中で懲罰賠償制度そのものの異質性を問うべきとする見解(性質基準公序説)の中からは、高判が、懲罰賠償制度一般に着目したことを好意的に受け止めるものがみられた。たとえば「もっぱらその制度の主旨、目的、効果の点で懲罰的損害賠償部分の承認は、日本の民事上の損害賠償制度と矛盾するというをその執行不許可の理由に挙げていることは正当」⁴⁵といった評価である。その理由として、本件外国判決に

42 早川(吉)・前掲判評(注16)194頁。

43 吉野=安達・前掲判タ論文(注16)92頁、春日・重判判解(注16)291頁。

44 春日・重判判解(注16)292頁。これはⅢ3.(2)でみた「類型説」に立つ見解である。すなわち、旧民訴法200条3号公序は「安全弁」であり、民法90条の公序よりも狭く国際私法上の公序と一致するのであるから、公序違反性は「賠償額が高額に過ぎ、執行債務者にとって過酷であるという点に求められるべき」であり、「相応の金額」のみが承認されるが、実質的再審査禁止原則に反するとの危惧があり、という。具体的結果を問題としつつ、実質的再審査禁止原則との抵触を懸念し、類型的判断に留めようとする見解をとるものである。

45 吉野=安達・前掲判タ論文(注16)前掲95頁。

命じられる損害賠償の性格を示す事実の判示がないにもかかわらず、填補賠償の余地を承認国で独自に仮定し、その部分を執行可能とするならばそれは実質的再審査を意味するという⁴⁶。むしろあるべき公序判断は、高判のように「日本における民事・刑事の区別、民事上の損害賠償制度の趣旨・機能、民事上の基本原則または日本の法的正義の観念が指示され得るにとどまる」ものであると述べ、そう解すべき根拠としてドイツにおける議論を援用する⁴⁷。

ドイツ民法「328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。」

論者は、公序審査において引き合いに出されるべきなのは、承認国の基本原則、憲法上の基本権、承認国実質法の基本思想等であるとし、懲罰賠償を命じる外国判決の承認にあっても、承認国の不法行為規則、基本権、法治国家性から導かれる比例性原則といった承認国の価値基準を用いるべきという⁴⁸。

承認国の「基本原則」等が公序判断に用いられるとすることは、従来の公序内容理解において、「わが法秩序の基本原則ないし基本理念」に反する

46 吉野=安達・前掲判タ論文(注16)前掲93頁。

47 以上、吉野=安達・前掲判タ論文(注16)95-96頁。

48 吉野=安達・前掲判タ論文(注16)96頁。なおこの論者は、公序審査の対象については、外国判決における事実上法律上の確定から出発することを前提とする。これは、下記のようなドイツの議論をベースとした論者の公序審査枠組みによるものである。すなわち、公序要件の判断の際には、まず手続的公序違反審査により「外国の裁判所によって事実関係がゆがめて認定され、その故のドイツの公序違反が承認拒絶を理由付けることになるという危険性」が取り去られ、その際には実質的再審査禁止原則は問題にならない。手続的公序違反がないとされた場合には、次に外国裁判所の実事実上法律上の確定から出発して実体的公序要件を審査するのであって、ここでは「実質的再審査の禁止を維持している」とする枠組みである(以上、吉野=安達・前掲判タ論文(注16)94-95頁)。

か、との表現と軌を一にするものであって、この点で目新しいものというわけではない。注目されるべきなのは、その意味内容である。この見解によると、承認国の「基本原則」等の内容によっては、それにより要求される当該外国判決の審査も、一般的抽象的レベルでなされうることになるのであって、地判のように、具体的承認結果が過酷な結果をもたらすかを問題とする必要はなくなる、ということである。

以上のように考えると、従来、旧民訴法118条3号公序は、外国判決を承認した結果が、「わが法秩序の基本原則ないし基本理念」に反するか、「わが国社会で真に忍び難い事態が発生するか否か」という形で表現されてきたが、その意味内容は、その「基本原則」等や「真に忍び難い事態」をどのようなものとして構成するかによって大きく変わるのであり、個別具体的検討の要否もそれにより決まることになる。したがって、上記性質基準公序説のように、公序内容を、内国法との制度比較を通じた一般的なものとして設定した場合は、問題となる外国判決を個別具体的に検討することなく公序判断が行われうるのである。

なお、萬世工業地判に関して議論の中心となっていた、旧民訴法200条3号公序審査と実質的再審査禁止原則との関係であるが、高判は、承認適格性判断であれ、公序判断であれ、いずれにせよ本件外国判決の具体的事案には立ち入らず、カリフォルニア州懲罰賠償制度の検討のみを行っていることもあり、実質的再審査禁止原則との抵触を問題とするものはみられない。

(3) 小 括

萬世工業高判においては仮に「外国裁判所の判決に当たると解しても」という形で予備的に旧民訴法200条3号要件の検討を行うのみであり、かつ、懲罰賠償制度一般を検討対象として公序違反を導いていることから、萬世工業地判において問題とされた、懲罰賠償を命じる外国判決の承認と実質的再審査禁止原則の関係は問題とならなかった。

この点、学説において萬世工業高判を支持する見解（性質基準公序説）においても、外国判決を承認した結果が、「わが法秩序の基本原則ないし基本理念」に反するかを検討する枠組みを前提とし、（問題となっている外国法の）懲罰賠償制度そのものを判断の俎上にのせる。かかる枠組みは、従来の公序内容に関する学説のもとでも説明することが可能であるだけでなく、本件外国判決の事実認定や法律判断に踏み込む必要はなくなるため、実質的再審査禁止原則との抵触は問題とならないという特徴があった。

4. 最高裁平成9（1997）年7月11日判決

（1）判旨および公序学説における位置づけ

最判は本件外国判決の承認適格性についてはとくに触れないまま、公序要件の判断に踏み込んだ。

（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いうこととはできないが、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てんして、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。

最判の(a)部分では、公序審査は、外国判決が日本の「法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれない」かを基準とすることが示される。そのあてはめ部分である(b)では、(i)でカリフォルニア州法の懲罰的損害賠償制度が日本法上の刑罰に相当するものであると分析するとともに、(ii)で日本法の不法行為に基づく損害賠償制度が補填的目的のみを有し、一般予防を目的としないものであって、一般予防の機能は刑事・行政上の制裁により果たされていることを示す。そして(iii)において、カリフォルニア州のような一般予防を目的とする賠償金支払を認めることは、(ii)で述べた日本法上の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に相いれない」とし、(c)で公序違反を結論付ける。

旧民訴法200条3号公序学説との関係でみると、最判は冒頭の(a)部分で、公序審査は、外国判決が日本の「法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれない」かを基準とすることを示し、そのあてはめ部分である(b)では、カリフォルニア州法に基づく賠償金支払を認めることは、日本法上の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に相いれない」と結論付ける。

かかる最判の枠組みは、すでに高判に対する学説紹介において触れてい

た、承認国「基本原則」を基準とする見解とほぼ同一のものであるため、最判の枠組みと従来の学説との関係については、すでに性質基準公序説に関して説明したことがここでもあてはまる。すなわち、公序内容について従来と同じく、民法90条より狭く解し、外国判決を承認した結果が「わが法秩序の基本原則ないし基本理念」に反するかを基準とするものに属すると解することができる⁴⁹。しかし、そこでの公序の意味内容は地判で理解されていたものとは異なり、不法行為に基づく損害賠償制度は補填的目的のみとするといった一般的なものとして設定することによって、公序審査は問題となった外国法制度の検討だけで済むことになった。

(2) 学説による評価

萬世工業最判は、本件外国判決の承認執行適格性については触れないまま、旧民訴法200条3号要件の解釈に入ったのであるが、この点については学説上、最判が承認適格性を肯定し、懲罰賠償を命じる外国判決の承認問題について公序要件で判断したとする理解が一般的である⁵⁰。

そして、このようにカリフォルニア州法のみを検討対象とし、カリフォルニア州法の制度的異質性を理由に反公序性を認定することに対しては、公序要件の中で懲罰賠償制度そのものの異質性を問う学説（性質基準公序説）を支持する論者からは⁵¹、肯定的な評価がなされている⁵²。他方、外国の

49 小林＝吉田・前掲（下）（注16）46頁は、最判が公序を制限的に狭く解したものと指摘し、また調査官解説も最判が「民法90条の公序よりも狭く、国際私法上の公序といわれる法例33条の公序と一致する」解するものとして紹介している（佐久間・前掲判解（注16）1129頁）。

50 中野（俊）・前掲（注16）27頁、小林＝吉田・前掲（上）（注16）11頁、櫻田・前掲判解（注16）292頁、須藤・前掲（注16）70頁、田尾・前掲判評（注16）58頁、横溝・前掲判評（注16）232頁、道垣内・前掲判評（最判）（注16）158頁。

これに対し、早川・前掲判批（最判）（注16）82頁は承認適格性に言及したのではなく、この問題については最高裁判決レベルでは未決着であるとする。

51 中野（俊）・前掲（注16）23頁。この見解は第三説に対しては、「賠償額の過大さを問題とすることに「共感を覚える」が、「相当額を決めることの困難さ、および実質再審査禁止原則との関係につき得心のいかないところが残る」と疑問を呈する。そして、非民事判決説に対しては、涉外事件の多様性に鑑みて公序説のほうが妥当であるとする。

52 他に、田尾・前掲判評（注16）58頁、藤田・前掲判タ論文（注16）63頁。なお道垣

法制度自体を問題とするのであれば、承認執行対象性の問題として処理するほうが、承認執行制度の趣旨や公序則要件の従来解釈により整合的であったとの指摘もなされている⁵³。

(i) しかしながら、多くの学説においては、最判がカリフォルニア州制度自体を問題とし、個別具体的事情に踏み込んだ審査を行わなかった点に関して批判が投げかけられている。旧民訴法200条3号公序判断は、外国判決を承認した具体的結果が「異常」、「我が国の基本的法秩序を害するか」を問題にすべきであるから、公序違反とすることは妥当ではないとするのである。たとえば次のような見解がある。

⑦「そもそも本判決が提示する公序違反性の認定基準自体が、これまでの理解、すなわち、公序とは緊急ブレーキであり、その発動は当該法制がまさに『異常』である場合のみに限られ、麻薬の売買契約を内容とするような外国判決のようなものしか公序違反にならないとされてきたことと対比して、一歩後退しているようにもみえる点が気にかかる。」⁵⁴

④「旧民訴法200条3号の公序については、法例33条との関係が問題となる。反対説もあるが、排斥後の処理において違いはあるものの、一般にその趣旨において両者は一致するとされる。すると、外国判決そのものではなく、その判決の効力、すなわち、本件カ州判決の効力をわが国で認めた具体的結果が我が国の基本的法秩序を害すること、つまり公序に反するかが問題となるのである。判示がカ州の制度自体を公序に反するとしたというのであれば、公序の判断と

内・前掲判評(最判)(注16)159頁は、承認適格性を否定する見解に立ちつつ、仮に公序で判断するとした場合には、懲罰賠償を命じる判決の承認執行がわが国の不法行為制度の基本原則・基本理念と相容れないという理由で全面的に公序違反とすることには、その限りで賛成とする。

53 横溝・前掲判評(注16)234頁。

54 早川(吉)・前掲判評(最判)(注16)、横溝・前掲判評(注16)233頁も同旨。早川(吉)・前掲判評(注16)89頁は注において、萬世工業地判に関する評釈である渡辺・前掲判評1325頁、および最判に関する評釈である小林=吉田・前掲判評(注16)46頁、また従来学説Ⅱ2.で紹介した青山・前掲(注4)362、402頁を引用する。

しては疑問である。」⁵⁵

これらの見解の背景には、前述Ⅱ 2. でみたような、旧民法200条3号公序を国際私法上の公序と同様と捉える見解がある。すなわち、同条同号の公序が民法90条よりも狭いということ、国際私法上の公序とパラレルに考え、国内実質法の立場から判断するのではなく、国際私法の立場から、「外国法の規律内容それ自体を弾劾」するのではなく、外国判決を承認した結果が、「わが国社会で真に忍び難い事態が発生するか否か」を基準に、「緊急ブレーキ」として判断すべきとする理解である⁵⁶。そこでは、外国法が内国法とは相違すること、そのうえで内外法を平等に取り扱うことを前提としつつ、内国実質法上の公序基準より厳格に、より狭くなすべきであるとされる⁵⁷。かかる観点からは、萬世工業最判が、単にカリフォルニア州法制

55 櫻田・前掲（注16）293頁。注において、高桑昭「外国判決承認の要件としての公序良俗」澤木敬郎＝塚場準一編『国際私法の争点〔新版〕』（1996年）237頁を引用しており、高桑論稿は次のようにいう。

旧民法200条3号の「趣旨は、外国の法令あるいはその判断基準がわが国における法令、判断基準と異なることがあっても外国裁判所の判決（外国判決）を承認するが、そのことがわが国の基本的法秩序、道徳的観念に反することになるときは当該外国判決を承認しないということにある。これは外国法の規定の適用の結果が公序良俗に反するときその規定を適用しないとした法例33条と同じような考え方によるものである。したがって、本号の公序良俗が日本の公序良俗であることは明らかであるが、民法90条の公序良俗とは必ずしも同じではない。」

56 本文引用部分前半（早川（吉）・前掲判評（最判）（注16）89頁）は、「公序とは緊急ブレーキであり、その発動は当該法制がまさに『異常』である場合のみに限られ」とするのみであるが、この部分には引用注として、渡辺・前掲判評（注16）1325頁（「公序というのは極めて例外的に、当該判決の通用性を内国で認めることはわが国の根本的法秩序の維持という観点から、真に耐え難い場合の、緊急ブレーキのような役割を負うもの」）、小林＝吉田・前掲（下）（注16）46頁（「わが国の公序や道徳観念に著しく反し真に忍びえない過酷な結果をもたらす可能性がある」）が掲げられている。

57 国際私法上の議論として、たとえば溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』（有斐閣、2005年）215頁以下は、公序発動は「あくまでも国際的私法関係を規律の対象とする国際私法の立場において判断されるべきであって、国内的私法関係を規律の対象とする実質法の立場において判断されるべきではない。……国際的私法関係の場合においては、これら〔筆者注：日本民法の能力に関する規定や親族・相続に関する規定の大部分のこと〕の強行に反しても必ずしも公序違反とはならない。もし、これ

度のみに着目して、それが日本の「法秩序の基本原則ないし基本理念に相入れない」とすることは、この判断基準自体が緩いように感じられるのであり(上記引用部分⑦の学説)、また、実際のあてはめにおいて現実に本件外国判決を承認した結果まで踏み込んだうえで「基本原則ないし基本理念に相入れない」かどうかを審査していない点でも不適切ということになるのである(引用部分④の学説)。

外国判決を承認した具体的結果に着目すべきことを、内国関連性、すなわち問題となった外国判決と日本との関連の深さを求める要件⁵⁸との関係で指摘するものもある。旧民訴法200条3号公序要件の審査には、事案の内国関連性も考慮して総合判断すべきということを前提に⁵⁹、本件判示によると、事案の内国関連性の多寡によらずに一律に、少なくともカリフォルニア州判決については一律に、公序違反とされることになる点が問題であると指摘するのである⁶⁰。たとえば、次のような見解が挙げられる⁶¹。

を国際私法上においても公序違反とするならば、結局、わが実質法中の強行規定に反する外国法の適用は一切排斥されなければならないことになる」としている。

- 58 当該外国判決と日本とのつながりの強さを必要とすることにつき、萬世工業事件判決に関する評釈でも「内国関連性」(道垣内・前掲判評(最判)(注16)159頁、櫻田・前掲判解(注16)293頁)のほか、「内国牽連性」(早川(吉)・前掲判評(最判)(注16)90頁、中野(俊)・前掲(注16)26頁、横溝・前掲判評(注16)233頁)、「日本との関連性」(横山・前掲判解(最判・第2版)(注16)225頁)と異なる表現がみられるが、本稿では近時教科書等で比較的多く用いられる「内国関連性」で表記する(たとえば、木柵照一ほか『国際私法概論』[第5版])(有斐閣、2007年)352頁〔渡辺惺之〕、小林秀之=村上正子『国際民事訴訟法』(弘文堂、2009年)150頁、中西康ほか『国際私法[第2版]』(有斐閣、2018年)195頁)。
- 59 早川(吉)・前掲判評(最判)(注16)90頁。同所で引用されるのは本稿Ⅱ1.でも紹介した、青山・前掲(注4)402頁(「強行法規や道徳律にも強弱があるし、判決の対象がどの程度日本と密接な関係を有するかも無関係ではない」)。他に、内国関連性要件を前提に議論をするものとして、櫻田・前掲判解(注16)293頁、中野(俊)・前掲(注16)26頁、森田・前掲判評(注16)1702頁、横溝・前掲判評(注16)233頁、横山・本件百選判解(注16)195頁。
- 60 横溝・前掲判評(注16)233頁、森田・前掲判評(注16)1702頁。早川(吉)・前掲判評(注16)90頁は、本件事案は、日本での行為ではなく米国での行為に懲罰賠償が課されているという点からすれば、内国関連性が高い事案とはいいたいと指摘する。
- 61 横溝・前掲判評(注16)233頁。

㊦「民訴法 200 条 3 号に言う実体的公序の判断については、結果の異常性を内国牽連性との相関関係において捉えるべきであるとの主張が一般的であり、外国の訴訟制度それ自体を実体的公序の対象とすることは、その判断が内国牽連性に左右されない点で、従来の公序則概念からは疑問があるといえよう。」

(ii) これらの批判に対しては反論がなされている。まず、批判が前提とする立場は維持しつつも、それと整合的に萬世工業最判を理解しようとする形での反論をみてみよう。

たとえば、最判がカリフォルニア州制度自体を問題とし、個別具体的事情に踏み込んだ審査を行わなかったことへの批判に対して、旧民訴法 200 条 3 号公序審査に個別具体的判断が必要であることを前提としたとしても、制度的異質性を理由にした反公序性の認定は、基本的には個別事案ごとの審査であって、「ただ、外国法制度の性質を問題とするために、類型的な審査に比重がおかれる」にすぎず⁶² 問題ないと説明するものがある。

また、最判において内国関連性要件への言及がなかったとされる批判に対しても、旧民訴法 200 条 3 号公序に関して内国関連性要件が必要であることを前提としても、本件事案には「強度の反公序性（制度的異質性）」が認められるのであって、かかる場合には、「わが国で執行が求められること自体から」内国関連性が認められると解せるとの見方が示されている。あるいは、本件においては内国関連性の存在が問題なく認められていたために、最判がこの点に言及しなかったに過ぎないとの説明もある⁶³。

62 中野（俊）・前掲（注16）26頁。

63 前者につき中野（俊）・前掲（注16）26頁、後者につき森田・前掲判評（注16）1702頁。櫻田・前掲判解（注16）293頁も本件が現地法人ではなく日本人である親会社のみが主として責任を負い、懲罰的損害賠償を日本で求めるという点で内国関連性が高い事案であるとする。

なおこの点、最判の射程範囲について、他州の懲罰賠償判決の承認執行の事例には及ばず、別途検討すべきと指摘する見解（小林＝吉田・前掲（下）（注16）46頁）も同趣旨と思われる。論者は第3説をとり、公序内容を「より制限的に、当該外国判決がわが国の公序や道徳観念に著しく反し真に忍びえない過酷な結果をもたらすような場合にかぎって」承認執行を拒否するべきとするのである（同・45頁）。それを前提に、最判の「基本理念」枠組みが「公序を制限的に狭く解した」ものと理解したうえで（同・46頁）、判旨では「カリフォルニア州の規定とわが国の損害

次に、最判に対する批判の前提自体に異を唱える立場からの反論として、第1に、公序の個別具体的審査自体に異を唱える立場からの反論がある。公序における「具体的事案の個別審査は常に」実質的再審査禁止原則違反の危険を孕むのであって、「一律に、具体的事案の個別審査が必要だというのは、自己矛盾の態度」であるという。論者は、公序が問題となる法律関係には、賭博金請求のようなタイプと、一夫多妻を認める法のもとでの第二・第三夫人からの扶養請求のようなタイプの2種があり、具体的正義が問題となるのではない前者では厳正に一律無効とすべきであるというのである⁶⁴。

第2に、旧民訴法200条3号公序審査における内国関連性要件の位置づけについて、異論を唱えるものも見受けられる。たとえば、旧民訴法200条3号公序には、そもそも国際私法上の公序との場合と同様の強度の内国関連性が常に要求されるという必然性はない、あるいは「刑事的な判決」のように結果の異常性が極めて高い判決が問題となる場合には、内国関連性が極めて薄くても公序違反となりうる、との反論もなされている⁶⁵。

(iii) これらの最判への批判および反論は、旧民訴法200条3号の公序に関する論者の見解の相違を浮き彫りにするものである。

最判は、カリフォルニア州法と日本法の分析を通じ、カリフォルニア州の懲罰賠償制度が日本法上の不法行為制度の「基本原則ないし基本理念に

賠償の機能との比較を軸に展開されており、示された判断はあくまでも本件の事案に即したものと理解するのが妥当」とし、第3説のもとで最判を理解しようと試みている。

64 以上、藤田・前掲判タ論文(1997年)(注16)64頁。その理由として論者は、「画一性の要請」「厳正・迅速な裁判と法の下での平等」を掲げ、とくに後者の点では、具体的事案の個別審査が「国際私法学の影響を受け」た「現代における大岡裁判」であるとして、米国から日本への訴状直接郵送を被告日本人の語学力等を個別具体的に判断すべき学説を援用しつつ、批判する。

65 前者につき中野(俊)・前掲(注16)26頁、後者につき道垣内・前掲判評(注16)159頁。

なお後者に対しては、米国本拠の被告の、米国での行為に対し懲罰賠償を命じる米国判決から逃れるため、被告が日本に資産を移したような場合、内国関連性は低く公序違反とは言い難いのではないかとの疑問が呈されている(森田・前掲判評(注16)1703頁)。

相いれない」として公序違反を導く。最判と同様の枠組みを採る、上述の承認国「基本原則」を基準とする見解においては、あるべき公序判断は、高判のように「日本における民事・刑事の区別、民事上の損害賠償制度の趣旨・機能、民事上の基本原則または日本の法的正義の観念が指示され得るにとどまる」とされるのであって、公序審査では、どのような承認国「基本原則」が外国判決に対峙するのか、それが問われるのみである。承認国の「基本原則」等の内容によっては、それにより要求される当該外国判決の審査も一般的抽象的レベルでなされることになるのである。

これに対して、最判を批判する学説は、このような外国法と日本法との一般的制度比較のみで、「基本原則ないし基本理念に相いれない」とするのでは不十分、とする点にある。かかる批判の背景には、前述Ⅱ 2. でみた通り、旧民訴法 118 条 3 号の公序と国際私法上の公序とが同一であるとの理解があり、そこでは、現実に個々の具体的事案において、当該外国判決を承認することによって当事者や社会に、具体的にどのような不都合な結果が顕在化するか⁶⁶、それが「恐び難い結果」であるかを検討することが想定されている。この見解では、個別具体的審査は単に審査の方法という側面のみならず、公序発動を導く価値規範そのものにもかかわる重要なものということになる。

なおこの点、最判を支持する見解の中には、個別具体的判断が必要であることを前提とした場合でも、制度的異質性が反公序性の理由であるならば、個別具体的事案の内容までに踏み込む必要はなく、類型的審査でよいとする見解があるのは上記(ii)でみたとおりである。この見解において、個別具体的判断が必要とされることは、おそらくはその審査の方法としての側面を指してであって、むしろこの見解で中核をなすのは、公序違反という結論を導く価値規範であって、その規範が制度的異質性を問題とするのであれば、その規範への当てはめもまた制度自体に着目した、「類型的」審査にとどまると考えているものと推測される。

66 もっとも、どのような不都合な結果が「恐び難い結果」とされるかは、論者によって、また問題とされる事例においても異なる。

また、最判をめぐる議論は、国際私法上の公序において必要とされることの多い「内国関連性」要件についても、なぜかかる要件が必要なのか、必要としてそれを明示的に認定する必要があるのかについて、検討の必要があることを示している。

(3) 小 括

萬世工業最判は、旧民訴法200条3号公序の内容を、外国判決が日本の「法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれない」かとし、カリフォルニア州法の懲罰賠償制度と日本法上の損害賠償制度とを比較するという枠組みで判断するため、地判で大きく問題となった実質的再審査禁止原則との抵触の問題も引き起こさなかった。

かかる公序内容理解は、地判のように、「わが国社会で真に忍び難い事態が発生するか否か」を事案の個別具体的事情に沿って判断する方向性とは異なるものであるが、従来の旧民訴法200条3号公序をめぐる議論で一般的に受け入れられてきた「わが法秩序の基本原則ないし基本理念」に反するかを問題とするものと同方向のものとして位置付けることができた。そして、最判に対する学説の反応を通じ、そもそも、「わが法秩序の基本原則ないし基本理念」に反する事態と、「わが国社会で真に忍び難い事態」とが異なりうること、最判を個別具体的判断の点から批判する論者は、公序の内容として後者を重視していることが明らかになった。

IV. 考 察

本稿の目的は、最高裁の「基本原則」枠組みがわが国において導入されるに至った経緯について明らかにし、今後の課題を示すことにあった。以下、ここまで検討してきたことを要約しつつ、検討を加えることにしたい。

1. 最高裁「基本原則」枠組みの導入の経緯

(1) 萬世工業地判が下された当時、旧民訴法200条3号公序については

一般的に次のように理解されていた。まず、①公序審査は外国判決の主文のみならず判決理由中の判断にも及ぶのであって、このように解しても実質的再審査禁止原則との抵触はないこと、次いで②公序の内容は民法90条よりも狭く、外国判決を承認した結果が、「わが国社会で真に忍び難い事態が発生するか否か」、「わが法秩序の基本原則ないし基本理念」に反するかを問うものとされていたことである。

そしてこの②で、外国判決を承認した結果を問題とする背景には、公序判断の際には外国法そのものを判断対象とするのではなく、外国法の適用結果を問題とすべきとの、いわゆる「公序の謙抑性」といわれる国際私法の議論の影響があった。加えて、「外国判決の結果」を対象とすると示すことで、「外国判決」そのものを公序審査の対象とするのではない、すなわち「外国判決の当否」を判断するわけではない、ということを明らかにする意図もあった。このように、当時の旧民訴法200条3号公序を理解する際には、実質的再審査禁止原則との抵触の問題が意識されつつ、公序と実質的再審査禁止原則とは無関係であるとの解決をみていた状況であった。

(2) その中で萬世工業地判は、旧民訴法200条3号公序は、「あくまでも具体的事案について、当該外国判決の事実認定を前提としつつ」外国判決をめぐる状況を具体的に審査するものとしたうえで、本件外国判決の執行は「我が国における社会通念ないし衡平の観念に照らして真に忍び難い、過酷な結果をもたらす」とした。この公序判断は上記①の200条3号審査対象は本件外国判決主文に限られないことに沿っており、また用いられた基準も上記②と同一なのであり、よって萬世工業地判は当時の学説理解に沿って成立したものであるとすることができる。この公序判断枠組みについては学説からも支持されていた。

ところが、判断過程において地判は、本件外国判決が懲罰賠償を認容するに至った過程について詳細に検討し、本件外国判決の理由不備を挙げたため、学説からは、これが実質的再審査禁止原則に抵触しているとして強い批判が浴びせられた。当該箇所は、外国裁判所の事実認定をやり直し、外国裁判所の判断が誤っていると断じるものであり、まさに実質的再審査

禁止原則に反する典型例ともいえ、この点の指摘は当然であった。

しかし実質的再審査禁止原則に関しては、これにとどまらず、地判以降活発に論じられることになった、懲罰賠償を命じる外国判決の承認執行可能性の議論全般において、再度言及されるようになった。地判が前提としたような、外国判決をめぐる状況の具体的審査そのものが、実質的再審査禁止原則との抵触を引き起こすのではないかとの疑念である。そこで、公序審査自体をよりカテゴリーカルになさざるを得ないのではないかとの見解や、あるいは地判のような具体的審査を維持しつつも、外国裁判所の実事認定には踏み込まない「類型的審査」をなすべきとの主張がみられるなど、「事案に立ち入らずに懲罰賠償判決の承認可能性を判断する」ための理論構成が試みられることになっていた。

(3) 萬世工業高判は、明言はしないものの、本件外国判決の承認執行適格性を否定し、予備的に公序要件充足性をも否定した。その際高判は、カリフォルニア州法と日本法との法制度の比較を検討の主軸に据えたのであるが、これは、上記のように事案に立ち入らずに懲罰賠償判決の承認可能性を判断する試みがみられていた中では、自然な流れとして位置付けられよう。

高判に対しても、本件外国判決をめぐる具体的な審査がなされていない点への批判はあったが、そのような見解も、実質的再審査禁止原則との抵触を危惧するがゆえに「個別的」判断を志向しつつも、「類型的」判断をなすことを唱えるにとどまった。むしろ、高判が懲罰賠償制度一般に着目したことを好意的に捉え、ドイツの議論を参考に、「わが法秩序の基本原則ないし基本理念」に反するかを承認国実質法の価値基準を用いてなすべきことを提唱する見解がみられるに至っていた。

(4) その状況で下されたのが萬世工業最判の、「基本原則」枠組みに基づく判断である。「基本原則」枠組みは、地判時点で一般的な公序内容理解の1つであった、「わが法秩序の基本原則ないし基本理念」に沿うものであって、しかも、実質的再審査禁止原則に抵触せずに、公序要件で懲罰賠償判決の問題を検討するために適したものであった。

2. 今後の検討課題 (1) ——外国判決承認執行要件としての公序と実質的再審査禁止原則の関係

(1) このように、萬世工業事件において最高裁が「基本原則」枠組みを採用した背景には、旧民訴法 118 条 3 号公序要件審査において、懲罰賠償を命じる外国判決の承認に関しては、実質的再審査禁止原則の関係が頻繁に問題とされていたという事情があった。この問題を旧民訴法 118 条 3 号公序要件の枠内で考える前提に立つのであれば、「基本原則」枠組みは、実質的再審査禁止原則との関係において、もっともクリアな解決方法を提示するものだからである。

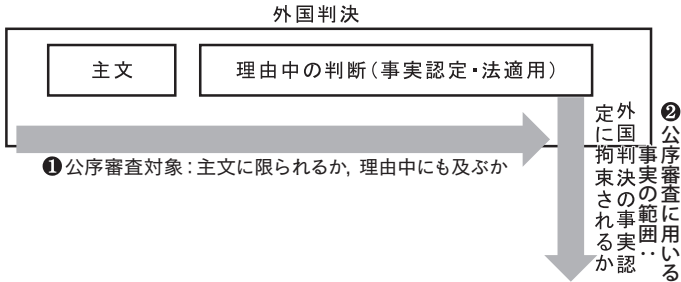
そこで民訴法 118 条 3 号公序の審査枠組みのありかた、なかでも最高裁「基本原則」枠組みをどのように評価するかにあたっては、第 1 に、萬世工業最判が「基本原則」枠組みを採用する背景に民訴法 118 条 3 号公序の審査と実質的再審査禁止原則の抵触の問題があったことに鑑み、かかる問題を回避するためには、「基本原則」枠組みでなければならないのか、という点が明らかにされる必要がある。換言すると、実質的再審査禁止原則のもとでは個別具体的判断をなすことが禁じられるのか、という問題である。

本稿でみたように、日本においては萬世工業地判時点ですでに、旧民訴法 200 条 3 号公序の審査対象に関して、またそもそも公序審査自体、実質的再審査禁止原則とは抵触するものでないとの説明がされてきた。「民執法 24 条 2 項で禁止される実質的再審査は、外国の裁判所がその外国の手続法・実体法に従って正しく裁判したかどうかを問題にするのに対して、〔旧〕民訴法 200 条 3 号の公序審査は、その外国判決の結果が日本の法秩序に照らして日本で受容可能なものかどうかを問題にする」のであって、「両者は、その目的及び判断基準によって明確に区別される」といった説明である⁶⁷。

そして地判後にも、この点に関する詳細な研究が出されている。従来の民訴法 118 条 3 号要件に関しては、公序要件審査が外国判決主文に限らず、判決理由にも広げられるかが実質的再審査禁止原則との関係で議論され、

67 吉野＝安達・前掲判タ論文（注16）94頁。

これが肯定され、実質的再審査禁止原則には抵触しないとされていたことは既述の通りである（下図における①）⁶⁸。近時では手続的公序が明文化されたことも相まって、この問題は別の視点、すなわち、公序審査は外国判決がなした事実認定に拘束されるのかという視点からも議論されるに至っている（下図における②）⁶⁹。



論者によると、実質的再審査とは、「外国裁判所と同じことの内国でのやり直し」であって、「外国裁判所が正しい判決を下したか」——「外国裁判所が適用した法律によって正しいという意味と、承認国の実体法によって正しいという意味の両方」において——を問題とすることである。これに対し、実体的公序審査は「外国判決を承認した結果が、涉外性を考慮してもなお譲ることのできない内国の根本的な価値、秩序と相いれないかを問題とする」⁷⁰。このように実体的公序審査と実質的再審査禁止原則は別である

68 萬世工業地判以降のものとして、たとえば、高田裕成「民事訴訟法200条」鈴木正裕＝青山善充編著『注釈民事訴訟法（4）裁判』（有斐閣，1997）382頁，酒井一「民事訴訟法118条」小室直人ほか編『基本法コンメンタール 新民事訴訟法（1）』（日本評論社，1997年）248頁，岡田幸宏「外国判決の効力」伊藤眞＝徳田和幸編『講座新民事訴訟法Ⅲ』（弘文堂，1998年）385頁，雛形要松「民事訴訟法118条」三宅省三ほか編集代表『注解民事訴訟法Ⅱ』（青林書院，2000年）554頁，早川吉尚「手続的公序」高桑昭＝道垣内正人編『新・裁判実務大系（3）国際民事訴訟法（財産法関係）』（青林書院，2002年）361頁，木柵照一ほか『国際私法概論 [第5版]』（有斐閣，2007年）353頁〔渡辺惺之〕，小林秀之＝村上正子『国際民事訴訟法』（弘文堂，2009年）146頁，本間靖規ほか『国際民事手続法 [第2版]』（有斐閣，2012年）192頁〔中野俊一郎〕など。

69 中西・前掲（4）（注16）4頁以下。

70 中西・前掲（4）（注16）10-11頁。

のであるから、公序審査において、外国判決の事実認定には拘束されないという⁷¹。

しかし、他方において、このような「割り切り」の困難さもまた指摘されるところであり⁷²、公序審査と実質的再審査禁止原則との抵触の懸念が、萬世工業事件を契機とした一連の議論において頻繁に示されていたのはすでにみた通りである。そしてこのことが、萬世工業高判にみられるような、外国判決への個別具体的判断に踏み込まない、内外法制度の一般的比較による判断、ひいては萬世工業最判の「基本原則」枠組みの採用を導いた可

71 中西・前掲(4)(注16)12-15頁、石黒・前掲(注12)524頁(「外国判決が、承認国側として承認の可否を決する上でrelevantな事実を認定していないこともある」。ただし、「総じて承認要件の審査に際して極力外国裁判所の実事認定を尊重すべきことは実質的再審査禁止原則との関係で当然」であるとも指摘する)、早川(吉)・前掲(注69)大系362頁、竹下守夫「民訴法118条」兼子一ほか『条解民事訴訟法[第2版]』(弘文堂、2011年)642頁。
この点、早川(吉)・同所は次のように説明する。

実質的再審査禁止原則「の淵源は、訴訟経済といったものにはなく、その当時に裁判権を有していた王や領主相互の礼讓……にあったことを考え合わせると、同法理の内容は『実体問題に関して外国裁判所がなした事実認定や法適用を『間違えている』と言ってはならない』という点にのみにある……。とすれば、現地でどのような事実認定や法の解釈適用がなされたのかを確認するための調査作業は(それを『間違えている』と言わない限り)いくらでも行って構わない。また、その結果として確認された適用法規が、我が国の実体法の秩序の整合性を著しく損ねるような類のものであるか否かをチェックする公序審査も、いくらでも行って構わないことになる。」

なお、公序審査は「外国判決内容の当否自体を審査するものではないから(民執24条2項参照)」、主文のみならず「主文の基礎となった認定事実をも考慮」すべきとしつつ、「外国裁判所が認定しない事実は斟酌しえないことはいうまでもない」とするものとして、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)452頁。

72 吉野=安達・前掲判タ論文94頁。同所では、高田・前掲(注4)390頁(承認制度は承認国法とは異なる実体・手続法の適用を前提として、判決国司法制度への信頼を基礎に成り立っており、公序要件は承認が「一国の法秩序に混乱をもたらす場合に承認を拒絶し、内国の法秩序の統一性を維持する」ためのものである、としたうえで、実質的再審査禁止原則との関係は「ひとつの問題」であって公序要件は「いわば『安全弁』としての(のみ)[ママ]適用されることが期待」されるとする)が引用され、この見解の背後には、「実質的再審査禁止原則を承認論上の大原則として重視する立場」があるとして、石黒一憲『国際私法[新版]』(有斐閣、1990年)225頁を引用して説明する。なお、石黒・同所は旧民訴法200条のもとで手続保障を3号公序要件の中で審査するとした場合、実質的再審査禁止原則との関係が問題となり、「自らある種の抑制的態度が必要」としている。

能性が高いことについても、本稿で示した通りである。これは代理母最決をめぐる議論においてもみられるところである⁷³。

(2) この点、日本における旧民訴法200条3号公序要件に関する議論を振り返ると、前述Ⅱ1. でみたように古くはいずれも実質的再審査禁止原則との関係で議論されていた。なぜそうになっていたのかについて、条文の文言に着目した検討がこの問題への手掛かりを与えられると思われる。

すなわち、明治民訴法においてはそもそも外国判決承認についての規定はなく、執行についての規定のみがおかれていた(明治民訴法514条、515条)⁷⁴。当時から実質的再審査禁止原則は存在していたものの(明治民訴法515条1項)、旧民訴法200条3号公序要件のような、外国判決の実体面をコントロールする規定は存在しなかった。ただ、外国判決の内容をコントロールする条項として、執行判決の1要件として、外国判決が「強テ為サシムコトヲ得サル行為ヲ執行セシム可キトキ」が定められているに過ぎなかった(明治民訴法515条2項2号)。この規定の下では、外国判決主文からは「金銭支払命令」に過ぎない外国判決について、「強テ為サシムコトヲ得サル行為ヲ執行セシム」ことになるのかを判断することが必要であり、その判断の際に判決理由中の判断をも考慮しうるかが議論されていた。ここでは、強制執行により実現されるべき「行為」が日本において強制執行しうる性質のものであるかが問われているに過ぎず、外国判決においてなされている事実認定、法的評価の当否に踏み込む必要がなかったため、実質的再審査禁止原則との抵触は直接の問題とはされていなかった。

73 北村賢哲「判評」千葉大学法学論集23巻2号(2008年)180頁は、代理母最決において「基本原則」枠組みが採られ、その内容が実親子関係を定める基準が一義的に明確で、かつ一律に決せられるべきとの、「説明が省略されている印象をぬぐえない」説明となっていることの背景として、かかる準則をとることにより「外国判決の主文のみ判断すれば公序違反か否か判断できる」ため「実質的再審査禁止との抵触を完全に回避できる」というメリットがあったとしている。

74 日本の外国判決承認執行制度に関する規定の変遷については青山・前掲(注4)66頁以下、また旧民訴法200条の沿革については、矢ヶ崎武勝「外国判決の承認並にその条件に関する一考察(1)——民訴法第200条の解釈適用について——」国際法外交雑誌60巻1号(1961年)43頁以下参照。

しかしその後、1926年の民訴法改正により、外国判決承認要件として200条が創設されることになり、明治民訴法515条1項の実質的再審査禁止原則、および2項1号はそのまま存続させつつ、同条2項2号以下は200条を参照する形で改正された。この旧民訴法200条3号において、旧来の「強テ為サシムコトヲ得サル行為ヲ執行セシム可キトキ」（明治民訴法515条2項2号）が公序要件に改められることになり、ここで初めて公序要件と実質的再審査禁止原則との抵触の問題が生じることになったのである。ところが、この改正に際して、公序要件と実質的再審査禁止原則との関係についてはとくに論じられていない⁷⁵。

この点、日本における1926年民訴法改正に際して参照されたのは、ドイツ民訴法である。ドイツにおいても、日本と同様に、はじめは外国判決承認に関する規定はなく、執行要件のみが定められていた（1877年民訴法（CPO）660条、661条）。実質的再審査禁止原則は当初から明記されていたが（1877年CPO661条1項）、公序要件は存在しなかった。ただ、外国判決の内容をコントロールする条項として、執行要件として「ドイツ法によると、強制することが禁止される行為を執行により強制することになるとき」には執行判決が下されない、と規定するのみという点も日本と同様であった（1877年CPO661条2項2号）。それが、1898年民訴法（ZPO）改

75 大正12（1923）年民事訴訟法改正調査委員会において審理された改正案323条の中には、すでに公序要件、すなわち「外国裁判所ノ判決ガ日本ニ於ケル公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セザルトキ」が含まれている（改正案323条3号）。他方、実質的再審査禁止原則（明治民訴法515条1項）が改正案323条に含まれず、そのまま執行判決要件として残されることについて、起草委員の説明によると、明治民訴法515条1項は外国判決に基づき強制執行をする場合に求められるものであって、外国判決の確定力が問題となる場面では必要がない旨の説明がなされているのみである。

以上、『民事訴訟法改正調査委員会速記録』（法曹会、1929年）721頁。なお矢ヶ崎・前掲（注75）43頁は、日本が承認要件を創設した背景に、ドイツ法改正の影響がある旨示唆する。

なお、実質的再審査禁止原則が執行判決要件として残されることになった点について、中西・前掲（4）（注16）28頁以下は、起草委員が「執行判決ハ裁判ノ当否ヲ調査セズシテコレヲナスベシ」との表現にとらわれ、外国判決の承認のみが裁判上問題となり、承認要件を審査することを念頭に置かなかったがゆえであって、「少なくとも起草委員の理解からすると……特に深い意味はなかった」と分析する。

正で328条に承認要件が創設され、公序要件のほか、これまで執行要件には含まれていなかった要件が課されることになったのである⁷⁶。

ドイツにおいては、日本とは異なり、1898年民訴法改正よりも前の時点、すなわち承認要件が存在する前の時点から、外国判決の効力の承認と実質的再審査禁止原則との関係に関する議論が存在していた。外国判決に基づく既判力の抗弁をドイツにおいて認める際に、外国判決執行要件たるCPO661条が課されるべきか、という問題についての議論である⁷⁷。その後、国際私法立法作業の過程において、外国判決に基づく既判力の抗弁の主張が、その実体的側面を強調することにより国際私法の1規定として起草されるに至る。結果的には、外国判決承認は民訴法において規律されることになるのであるが、承認要件としてどのような規定をおくかは、同時に起草作業が進められていた国際私法の一般的抵触規則や公序規定とともに、実質的再審査禁止原則との関係で議論されていたのである⁷⁸。すでにわが国

76 詳細については別稿で検討するが、規定の変遷のみ概観すると、ゲープハルト民法第1草案(1881年)ではCPO661条2項2号の「ドイツ法によると、強制することが禁止される行為を執行により強制することになるとき」を引き継いだうえで(ゲープハルト民法第1草案37条2項3号前段)、「私罰(Privatstrafe)の支払を命じるとき」(同条同項同号後段)と、準拠法条項——当事者の一方が内国人であって、一定の内国抵触規則において規定される原則にドイツ人が不利になる形で違反する場合——とが規定された(同条同項4号)。

その後、ゲープハルト民法第2草案(1887年)では、内国法上の強制禁止行為である場合を問題とするCPO661条2項2号や第1草案37条2項3号前段が、「判決の承認が善良の良俗(die guten Sitten)または公の秩序(die öffentliche Ordnung)に反する場合」(ゲープハルト民法第2草案37条2項4号前段)に変更されている(他については第1草案から変更はない)。

以上の点につき、拙稿「外国判決『自動承認』制度の意義(上)」西南学院大学法学論集37巻2=3号(2005年)17・31頁参照。

77 外国判決の既判力の抗弁の主張の際に、執行に準じるものとしてCPO661条要件の充足を要求する見解と、実体的法律関係の変動であり執行とは別であるとしてCPO661条要件を課さない見解とに分かれており、とりわけ相互性要件に関して議論されていた。この点につき、拙稿・前掲(注76)37-45頁参照。

78 実質的再審査禁止原則との関係については、すでにゲープハルト第1草案の段階で議論がなされている。すなわち、同草案では、当時並行して起草作業が進められていたドイツ国際私法の一般的抵触規則のうち、上記注77で示した、一定のものについては内国人の不利にならないことを要求する条項(内国人保護条項、ゲープハルト第1草案37条2項4号)、および「私罰」の不承認を定める条項(ゲープハルト民法第1草案同条同項3号後段)の2つが新たに導入されており、これらが実質的再審査禁止原則を破る規定とされていた(拙稿・前掲(注76)23頁参照)。

の学説でも紹介されている通り、現在ドイツにおいては、公序審査は実質的再審査禁止原則の例外であるとされることがあるが⁷⁹、それはどのような意味であるのかを、この制定過程における議論を通じて明らかにすることによって、ここでの問題、すなわち民訴法118条3号公序要件審査においては、実質的再審査禁止原則を避けるためという理由で、「基本原則」枠組みが要求されなければならないのかについても、示唆を与えるものと思われる⁸⁰。

79 たとえば、石黒・前掲（注12）385・523頁、吉野＝安達・前掲判タ論文（注16）94頁、中西・前掲（2）（注16）19頁。

もっとも、吉野＝安達・前掲判タ94-95頁は、公序が実質的再審査禁止原則の例外とされることが多いものの、「公序の留保が、即、禁止されている実質的再審査を意味するとすのは、短絡」であるとす。その理由として、ドイツにおいては「外国の裁判所によって事実関係がゆがめて認定されていることが公序違反となるという「危険性は、手続的公序の審査によって取り除かれ」ることを前提としたうえで、手続公序違反がない限りにおいて実体公序審査では外国裁判所の確定から出発するのであることを示し、これは日本の伝統的理解と異なるものではないという。

また、中西・前掲（2）（注16）19-22頁は、必ずしも「例外」とする見解ばかりではないことを紹介し、「公序は実質的再審査の禁止の例外と言う必要はないはずであり、両者は別だと言えよ」とする。

80 さらに、ドイツにおいて、外国判決承認要件としての公序の問題が国際私法上の公序の問題と平仄を合わせ、また一般的抵触規則を考慮しつつ議論されていたことは、民訴法118条3号公序を「基本原則」枠組みと日本の一般的抵触規則規則との関係の問題について示唆を与える。

この問題は代理母最判を契機に議論されたものである（詳細につき、拙稿・前掲（注2）207-210頁）。すなわち、親子関係に関する一般的抵触規則である通則法28・29条は父母（および子）の本国法を準拠法と定め、日本が法廷地となった場合において外国法が準拠法となる可能性を認める。にもかかわらず、代理母最判のように、「日本民法が実親子関係を認めない者の間にその成立を認め、それ以外の場合には実親子関係の成立を認めない」ことを基本原則とし、また民訴法118条3号の公序が通則法42条の公序と同じであると考えた場合、外国法に基づき、日本法と異なる親子関係を認めることは国際私法上、公序違反となることになる。結果として、通則法28・29条によって外国法を準拠法としうるとしたことの意味が失われるという問題である。

萬世工業事件ではこの問題は正面から議論されなかったが、これは、不法行為に関する日本の一般的抵触規則が留保条項（通則法22条）を有していることにおいて、不法行為が問題となる事案では、萬世工業事件のように不法行為が外国において行われていたとしても、日本が法廷地となった場合には、不法行為に関する留保条項（通則法22条、法例11条2・3項）が存在することによって、いずれにせよ日本法が準拠法となる。そのため、萬世工業事件のように、外国で懲罰賠償判決が下され、それに対し最判のように「基本原則」を用いて日本の不法行為法の「基本原則

3. 今後の検討課題(2) ——外国判決承認執行要件としての公序と国際私法上の公序との関係

(1) 最高裁の「基本原則」枠組みをどのように理解するかに関しては、第二に、萬世事件最判に対する批判および反論によって論者の公序理解には相違があることを踏まえた検討が必要である。すなわち、前述Ⅱ2.でも示したように萬世工業地判当時の通説的な公序理解とは、外国判決を承認した結果が、「わが国社会で真に忍び難い事態が発生するか否か」、「わが法秩序の基本原則ないし基本理念」に反するかというものであった。異なる表現がなされてはいるが、それはいずれも、日本民法90条そのものの基準ではなくそれよりは限定的であるということにおいては共通しているであり、「わが法秩序の基本原則ないし基本理念」に反する事態、イコール、「真に忍び難い事態」であると理解することも可能なものであった。

しかし、最判をめぐる議論を通じ、「基本原則」に反する事態であるかどうかを、最判がなしたように外国法と日本法との一般的制度比較によって判断することで十分とする見解と、そうでない見解等があることが明らかとなった。後者の、一般的制度比較による判断では足りず、当該事案に踏み込んだ個別具体的判断が必要とする見解には、民訴法118条3号公序は単に民法90条よりは狭いということの意味するのみならず、より制限的に、現実に個々の具体的事案において、当該外国判決を承認することによって当事者や日本社会に、具体的にどのような不都合な結果が顕在化するか、それが「忍び難い結果」であるかを検討することが想定されている。これに対して、前者の、一般的制度比較による判断で十分とする見解においては、同条同号公序にかかる限定的な意味合いまでを想定しているわけではない。上記のような「真に忍び難い事態」でなくとも、「法秩序の基本原則ないし基本理念」に反する事態は生じうると考えるのである。

このように、民訴法118条3号公序に関する最高裁の「基本原則」枠組みは、萬世工業事件当時の公序理解とも一応整合的に理解することができるもの

則」を基準に公序審査をなしたとしても、日本を法廷地とした場合の一般的抵触規則の規律との間に大きな齟齬をもたらさないのである。

の、その内容を限定的に捉え、「真に忍び難い事態」であるかまでを問題とするかどうかによって、その評価に大きく相違が生じる。もし限定的に捉えるべきとする見解に立つのであれば、萬世工業地判が基礎としていた「真に忍び難い、過酷な結果をもたらす」かどうかという判断枠組みが妥当なのであって、萬世工業最判の「基本原則」枠組みはかかる公序理解に反するものということになる。そして、仮に「基本原則」枠組みで考えとしても、その「基本原則」の内容は、当該外国判決をわが国で承認することによって、判決に関わる当事者や日本社会に不都合を顕在化させるか、「真に忍び難い事態」が生じるかを、個別具体的な審査を通じて判断すべきということになる⁸¹。これに対し、かかる限定的理解を必要としない見解に立てば、最高裁の「基本原則」枠組みは妥当なものということになる。

もっとも、民訴法118条3号公序要件に関するこのような理解の相違は、萬世工業事件のように、どちらの理解によってもいずれにせよ公序違反という結論がもたらされ、かかる結論に対し学説から大きな批判がなかった事例においては、実際は大きな意味を持つわけではない。

ところが、代理母最決の事案においては、民訴法118条3号公序要件に関する理解の相違——事案の個別具体的検討の有無——が公序判断結果の違いを生んでいる。代理母高決においては萬世工業地判同様、「当該外国判決を承認した結果を具体的事案に踏み込んで『忍び難い事態』が発生しているか」を判断した結果、問題となったネバダ州裁判の内容に関し、関係者——代理出産の依頼者、分娩出産者、また出生した子ら——間に争いがない状態であったこともあり、公序違反性が認められないという結論になった。他方、代理母最決においては萬世工業最判同様に「基本原則」枠組み

81 もっとも、何が「真に忍び難い事態」であるかは、必ずしも、個別具体的事案の検討を通じて判明する不都合性というものに限る必要はなく、一般的・類型的に想定することも可能である。そしてその場合には、かかる一般的・類型的な形で表現された「真に忍び難い事態」が生じているかを公序審査として行うことになる。このように考えると、旧民訴法118条3号の内容を「真に忍び難い事情」を基準とするとの表現を採った場合でも、そこで想定される内容によっては個別具体的な公序審査は必要がないこととなりうる。

により、「実親子関係を定める基準は一義的に明確であるべき」ことを理由に、「日本民法が実親子関係を認めない者の間にその成立を認め、それ以外の場合には実親子関係の成立を認めない」ことを基本原則とするため、日本民法とは異なる者を母とするネバダ州裁判には公序違反性が認められる結論になる。このように民訴法118条3号公序要件をいかに理解するかによって結論の相違が生まれうることを考えると、この点についての議論を深める必要性は大きいと思われる。

(2) 民訴法118条3号公序の内容を限定的に捉え、「真に忍び難い事態」であるかを問題とする理解の背景には、同条同号の公序が、単に民法90条よりは狭いということの意味するのみならず、より限定的であり「異常」であること、あるいは国際私法上の公序と同じものでなければならぬとの理解が含意されうることはすでに示した通りである⁸²。

国際私法の公序に関する議論をみると、外国法そのものを審査対象とすべきではなく、外国法適用の結果を重視すべきとする点において、学説の一致を見ている⁸³。そして、どのような事態が生じた場合に公序違反との判断が下されるのかについて、それが内国の国家的立場から決定されるもの、すなわち国家的公序であること⁸⁴、とはいえ内国法、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ということについても合意がみられる。しかし、そこから先、「どのような事態が生じた場合に公序違反となるのかについて、その多くは「適用結果が日本の基本的私

82 本文Ⅱ2. 参照。教科書においても、国際私法上の公序との連続性が説かれている(一例として、中西ほか・前掲191頁)。

83 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〕。

84 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。

法秩序を害する場合」⁸⁵と表現するのみであって、そこで問題となる「日本の基本的私法秩序」が何なのかについてはそれ以上の言及はなされない⁸⁶。

85 松岡博編『国際関係私法入門 [第4版]』(有斐閣, 2019年) 62頁〔黄勳霆〕。松岡ほか・前掲(注59) 86頁〔松岡博〕も同旨(「内国の基本的な法秩序をまもるため」)。

同様のものとして、櫻田嘉章『国際私法 [第6版]』(有斐閣, 2016年) 136頁(適用した結果が「わが国の維持されるべき私法的秩序を著しく損なう場合」, 「わが国の基本的法秩序を現実に侵害する恐れがあること」, 中西ほか・前掲(注59) 109頁「わが国が維持する基本的私法秩序を著しく害する恐れがある場合」), 神前禎ほか『国際私法 [第4版]』(有斐閣, 2019年) 84-85頁〔元永和彦〕「準拠法の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とき」), 道垣内正人『国際私法入門 [第8版]』(有斐閣, 2018年) 57頁(「適用した結果, 看過しがたい事態となること」「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), 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) 334頁(「日本法に内在する基本的価値に反するか否か」), 出口耕自『重点講義国際私法』(法学書院, 2015年) 137頁(外国法の「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」)。

86 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(たとえば, 出口・前掲(注86) 140頁)。

裁判例においても, 外国法を適用した結果が(おそらくは日本法を適用した結果と比較して) 不当であることを具体的事情の下で認定するものが多くみられる。たとえば, たとえば通則法において公序を発動した裁判例を概観しても, 「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」とする宇都宮家審平成19年7月20日, 婚姻無効となれば子が嫡出子の身分を遡及的に失う等の具体的事情の下で「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」とする熊本家判平成22年7月6日, イスラム法によると一方的意思表示による離婚を認めることになること, 原告に財産後見及び身分後見が原告に帰属する余地はないこと, 離婚慰謝料制度がなく離婚慰謝料が認められないことが「我が国の公の秩序又は善良の風俗に反する結果」になるとする東京家判平成31年1月17日, 「外国法を準拠法として適用した結果が看過し難い事態」嫡出否認が除斥期間経過により認められないことにより, 実母が2名存在することになることが「我が国の法制度上, 許容することができないもの」として公序違反とする大阪高判平成26年5月9日などがある。

もっとも, 東京家審平成22年7月15日では, 具体的事案において親権者が受刑中であり親権者の義務を果たせないにもかかわらず, 子の親権者を父から母に変更できないというイラン・イスラム法の「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」として, 「我が国の社会通念」の内容を「親権者の変更は子の福祉を中心に考慮して決定すべき」と一応の明確化が図られている。

なお, 日本の裁判例にみられる国際私法上の公序の一般的内容をまとめたものとして, 舛場準一「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) 947-948頁参照。「〔正義〕公平の原則〔理念〕」, 「わが国の〔婚姻に関する〕道義的見地」, 「日本国の法理念の基本原

たしかに、「日本の基本的私法秩序を害する場合」という基準はもともと、公序が外国法自体を糾弾するものではないこと⁸⁷、すなわち公序発動事例を限定しようとする趣旨にでたものであることを鑑みると、外国法が、内国強行法に反しているという理由だけで公序発動されているわけではないことが示せば十分なのかもしれない⁸⁸。

しかし他方で、「我が国の涉外法的見地からした当該事案における具体的

則」, 「わが国が維持せんとする私法的社会秩序」, 「日本国憲法の理想」, 「わが民法の精神」, 「日本の身分関係秩序」 「普遍的な人間性の観点」 「わが国における親族共同生活並びに社会秩序の基盤」と、抽象的な表現が並んでいる。

- 87 公序要件として、外国法そのものに内容的異常性があることを明示で要求するものもある一方(たとえば、横山潤『国際私法』(三省堂, 2012年)98頁)、必要条件ではないとするものもある(たとえば、煇場準一「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)。

これは主として、そこで問題となった一般的抵触規則の連結政策そのものに起因する不都合を解決する手段として用いられること、すなわち一般的例外条項として用いられることをどのように考えるかに関わる。平成元年法例改正前においては家族法分野で夫の本国法主義が広範に採用されていたため、一般的抵触規則で定められる準拠法によると不都合な結論となる場合が多く、それを是正するため一般的例外条項としての公序の発動が議論されていた。この点の議論を概観するものとして、田村精一「公序則の適用」澤木敬郎=煇場準一編『国際私法の争点[新版]』(有斐閣, 1996年)63-64頁参照。

- 88 この点、公序要件の1つとして内国関連性を要求する見解が一般的であるが、内国関連性≒適用結果を問題とすること、とするものもあれば(たとえば、澤木敬郎「判評」判例評論224号(判例時報859号)(1977年)139頁、田村精一「判評」ジュリスト337号(1966年)143頁、同「公序」木棚照一=松岡博編『基本法コンメンタール』(日本評論社, 1994年)167頁)、内国の公序発動を正当化するための要素として考えるものもある。

後者としてたとえば、煇場・前掲(注87)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」、櫻田・前掲(注86)137-138頁は「本来指定し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」として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」とする。

なお、河野・前掲(注86)341頁は裁判例の分析を通じ、「現実的」には公序判断において内国関連性の強弱が決定的であり、それにより以降の公序判断プロセスが左右されていると指摘する。すなわち、①内国関連性が希薄であれば公序を論じる余地はなく、②内国関連性が十分であれば、外国法内容の異質性の大小に応じてさらに適用結果の異常性を勘案しつつ、公序違反性を判断するという。

妥当性」⁸⁹、「具体的事案に対する具体的判断の渉外的妥当性」⁹⁰を問うことを主張するものも存在している。ここでは「日本の基本的私法秩序」が何であるかを突き止めるということからは距離がおかれ、むしろ個々の事案において妥当な解決自体を直接に問うものとなっている。かかる発想は、本稿で取り上げてきた民訴法118条公序をめぐる議論、すなわち外国判決を承認した結果が内国「基本原則」に反する事態であるかどうかの審査は、内外法の一般的制度比較による判断では足りず、当該事案に踏み込んだ個別具体的判断が必要とする見解に影響を与えているものと推測される⁹¹。

89 舛場・前掲（注87）948-949頁。反公序性判定のための実質的な基準は、「我が国の渉外法的見地からした当該事案における具体的妥当性という準則」であって、「単なる一般的・抽象的・形式的なそれだけでは足りず、さらに、個別的・具体的・実質的な性格のものでなければならず、「反公序判定の具体的な準則の内容は、決して先験的・抽象的に定まっているものではなく、判例の「集積から帰納して、いくつかの類型を事後的に抽象することのみが可能」とする。

90 田村・前掲（注88）63頁。論者は、国家の後見的規制が私法分野で大きくなっていく時代においては、渉外事件に対し法廷地の立法目的を顧慮実現する手段として、「法廷地の立法目的から見て不適切な結果を生ぜしめる外国法の適用排除というあらたな意味」が公序に与えられるとする（田村精一「わが国際私法における公序条項の適用について」法学雑誌13巻3=4号（1967年）472頁）。

これを支持する松岡博「機能的公序論」『国際私法における法選択規則構造論』（有斐閣、1987年）291-292頁では、国際私法の基本理念は「事案の解決に最も適切な法、つまり事件に関連を有する当事者と国の利益を最もよく調整することのできる法を適用」することにあるとし、公序の実際的機能の1つとして「法例の硬直的、概括的な法選択規則の機械的な適用によって生じる妥当でない結果を回避する」機能があるとする。

91 国際私法上の公序においては、条文上「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」（通則法42条）とされ、民訴法118条3号が「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、「日本における」公序良俗であることと明記されている点で相違する。

なお、この点、国際私法上の公序においては「基本原則」枠組みを明確に採用した裁判例は見当たらないが、萬世工業事件最終後に下されたカードリーダー事件最終（最終平成14年9月26日民集56巻7号1151頁）は平成元年法例33条（現通則法42条）の適用に際し、米国特許法に基づく差止および廃棄請求について、登録国である米国法が準拠法となるとしたうえで、次のように外国法の適用が内国法秩序の「基本理念」と相いれないことを理由としている。

「米国特許法……によれば、本件米国特許権の侵害を積極的に誘導する行為については、その行為が我が国においてされ、又は侵害品が我が国内にあるときでも、侵害行為に対する差止め及び侵害品の廃棄請求が認容される余地がある。」

「しかし、我が国は、特許権について前記属地主義の原則を採用しており、これによれ

この点、国際私法上の公序の議論において、「適用結果が日本の基本的私法秩序を害する場合」とはどのような事態を指すとされているのか、学説の議論を整理し明らかにすることによって、民訴法118条3号の議論の方向性を示すことができるのみならず⁹²、国際私法上の公序の議論自体の明確化も図られるものとする⁹³。

V. 結びに代えて

本稿では、萬世工業最判が採用した「基本原則」枠組みがわが国において採用された経緯について、当時の学説状況および各審級判決に対する学説の反応をたどり、同原則が主として、実質的再審査禁止原則との抵触を

ば、各国の特許権は当該国の領域内においてのみ効力を有するにもかかわらず、本件米国特許権に基づき我が国における行為の差止め等を認めることは、本件米国特許権の効力をその領域外である我が国に及ぼすのと実質的に同一の結果を生ずることになって、我が国の採る属地主義の原則に反するものであり、また、我が国とアメリカ合衆国との間で互いに相手国の特許権の効力を自国においても認めるべき旨を定めた条約も存しないから、本件米国特許権侵害を積極的に誘導する行為を我が国で行ったことに米国特許法を適用した結果我が国内での行為の差止め又は我が国内にある物の廃棄を命ずることは、我が国の特許法秩序の基本理念と相いれないというべきである。」

「したがって、米国特許法の上記各規定を適用して被上告人に差止め又は廃棄を命ずることは、法例33条にいう我が国の公の秩序に反するものと解するのが相当であるから、米国特許法の上記各規定は適用しない。」

92 「基本原則」の中身をどのように考えるか、そこにどのような制約原理があるかの探求が必要となるのであり、本文で述べたことはその際の指針となる。

この点、最判批判に反論する見解のうち、公序が問題となる法律関係を「具体的正義」が問題となるか否かで2種に大別するものがあったが(Ⅲ4.(2)参照)、これは、具体的正義が問題となるわけではないタイプの法律関係では一律の判断、具体的正義が問題となる場合には個別具体的審査をなすべきとして、公序違反という結論を導く規範、価値基準(公序準則)により公序審査のあり方を変えることの可能性を示すものである。もっとも、「基本原則」の枠組みの中で両者を包括的に位置づけることもまた可能であると思われる。

93 いまなお争いのある公序発動後の処理についての議論も、そのことを反映したものである。たとえば、折茂豊「公序条項適用の結果について」『国際私法研究』(有斐閣、1992年)175頁以下、多喜寛「国際私法上の公序則の適用について」戸籍時報420号(1993年)26頁以下、山内惟介「わが国際私法における公序条項の適用について」『国際公序法の研究——抵触法的考察——』(中央大学出版部、2001年)3頁以下、横山潤「法廷地為替管理法の適用に関する一考察：公序説と涉外実質法説の検討」一橋論叢78巻6号(1977年)751頁以下。

回避するために適した枠組みであったと評せることを示してきた。そして、この枠組みをどのように理解するかについては、実質的再審査禁止原則が民訴法118条3号公序要件審査に制約を与えているのか否かを、沿革的観点から明らかにすべきこと、また同条同号の議論に影響を与えてきた国際私法上の公序（通則法42条）の議論において、「真に忍び難い事情」を判断すべきとする見解がどのように形成されてきたのかを明らかにすべきことを指摘した。

1997（平成9）年に萬世工業最判が下されてから20年以上が経過し、また2007（平成19）年に代理母最判が下されてからも10年以上が経過した。昨年、民訴法118条3号要件につき、手続的公序に関して最高裁で判断が下され、ここでも萬世工業最判の「基本原則」枠組みが踏襲されている⁹⁴。外国判決に関する手続公序に関する要件は、1996（平成8）年民訴法改正により、118条3号の中に「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」という文言によって明文化されたものである⁹⁵。手続的公序については、適正手続の保障や審問権の保障、判決の詐欺的手段による取得、裁判官に明らかな不正や偏頗がある場合といった形である程度具体的に議論されており、しかもかかる内容が「手続法の基本原則」であると表現されていたため⁹⁶、最高裁の「基本原則」がなじみ

94 最判平成31年1月18日民集73巻1号1頁。評釈として、長田真里「判評」JCAジャーナル66巻4号（2019年）10頁、酒井一「判解」法学教室464号（2019年）121頁、横溝大「判評」ジュリスト1538号（2019年）135頁、川嶋四郎「判解」法学セミナー779号（2019年）118頁他。萬世事件最判では旧民訴法200条3号の公序について一般的に「基本原則」枠組みによるべきことをいうのみであるが、最判平成31年は、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。

95 旧民訴法200条3号は「外国裁判所ノ判決カ日本ニ於ケル公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルコト」と規定するのみであって、手続的公序に関しては旧民訴法200条3号の要件に包摂するとの見解の他、2号の要件あるいは裁判管轄権要件の中で考慮するとの見解等がみられていたところである（概観するものとして、高桑・前掲（注56）238頁参照）。

96 青山・前掲（注4）403頁、高桑・前掲（注56）238頁、小林＝村上・前掲（注59）152頁、木棚ほか・前掲（注59）353頁。

やすい土台がある。もっとも、実体的公序に比べると、その具体的内容に関する議論が習熟しているわけではないとの指摘もある⁹⁷。ここでは、国際私法上の公序との関係は問われないものの、実質的再審査禁止原則との抵触はやはり問題となりうるため⁹⁸、以降の研究においてはこの点に関しても視野に入れつつ検討を進めることにしたい。

97 長田・前掲判評(注95)12頁、横溝・前掲判評(注95)137頁。

98 木棚ほか・前掲(注59)353頁は、個別的手続上の瑕疵を問題とすると、「判決承認の名を借りた再審に他ならない」と指摘する。また小林＝村上・前掲(注59)153頁は、「『手続的公序』概念の立法化には賛成であるが、外国判決承認の根幹である『実質的再審査禁止の原則』とのかねあいから、「手続保障」に関わる基本的なものに限定するべき」であるとし、「外国の訴訟制度とわが国のそれとの差異から生ずる末梢的な違いはあまり問題」とせず、「承認国であるわが国の憲法32条が裁判を受ける権利を保障していることから導かれる基本価値を基準とすべき」とする。その理由として、実質的再審査禁止原則は「外国の異なる訴訟手続きの結果をそのまま受け入れようとする思想に基づいており、『公序』はその範囲で、『実質的再審査』をする面がある」ことを挙げる。

【参考資料：日本における外国判決承認執行に関する条文の変遷】

	承認規定	執行規定
1890（明治23）年 民訴法成立 （＝「明治民訴法」）	[規定なし]	民訴法第514条 (1) 外国裁判所ノ判決ニ因レル強制執行ハ本邦ノ裁判所ニ於テ執行判決ヲ以テ其適法ナルコトヲ言渡シタルトキニ限之ヲ為スコトヲ得 (2) 執行判決ヲ求ムル訴ニ付テハ債務者ノ普通裁判籍ヲ有スル地ノ区裁判所又ハ地方裁判所之ヲ管轄シ又普通裁判籍ナキトキハ第八条ノ規定ニ從ヒテ債務者ニ対スル訴ヲ管轄スル裁判所之ヲ管轄ス 民訴法第515条 (1) 執行判決ハ裁判ノ当否ヲ調査セシテ之ヲ為スコトヲ得 (2) 執行判決ヲ求ムル訴ハ左ノ場合ニ於テハ之ヲ却下ス可シ 第一 外国裁判所ノ判決ノ確定ト為リタルコトヲ証明セサルトキ 第二 本邦ノ法律ニ依リ強テ為サシムコトヲ得サル行為ヲ執行セシム可キトキ 第三 本邦ノ法律ニ從ヘハ外国裁判所カ管轄權ヲ有セサルトキ 第四 敗訴ノ債務者本邦人ニシテ応訴セサリシトキ但訴訟ヲ開始スル呼出又ハ命令ヲ受訴裁判所所屬ノ国ニ於テ又ハ法律上ノ共助ニ依リ本邦ニ於テ本人ニ送達セサリシトキニ限ル 第五 國際條約ニ於テ相互ヲ保セサルトキ
1926（大正15）年 民訴法改正 （＝「旧民訴法」）	民訴法第200条 外国裁判所ノ確定判決ハ左ノ条件ヲ具備スル場合ニ限リ其ノ効力ヲ有ス 一 法令又ハ條約ニ於テ外国裁判所ノ裁判權ヲ否認セサルコト 二 敗訴ノ被告カ日本人ナル場合ニ於テ公示送達ニ依ラスシテ訴訟ノ開始ニ必要ナル呼出若ハ命令ノ送達ヲ受ケタルコト又ハ之ヲ受ケサルモ応訴シタルコト 三 外国裁判所ノ判決カ日本ニ於ケル公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルコト 四 相互ノ保証アルコト	民訴法第514条（変更なし・略） 民訴法第515条 (1) 執行判決ハ裁判ノ当否ヲ調査セシテ之ヲ為スコトヲ得 (2) 執行判決ヲ求ムル訴ハ左ノ場合ニ於テハ之ヲ却下ス可シ 第一 外国裁判所ノ判決ノ確定ト為リタルコトヲ証明セサルトキ 第二 外国判決カ第二百条ノ条件ヲ具備セサルトキ
1979（昭和54）年 民訴法成立		民執法第22条 強制執行は、次に掲げるもの（以下「債務名義」という。）により行ふ。（中略） 六 確定した執行判決のある外国裁判所の判決又は仲裁判断
1996（平成8）年 民訴法改正 （＝（現）民訴法）	民訴法第118条 外国裁判所の確定判決は、次に掲げる要件のすべてを具備する場合に限り、その効力を有する。 一 法令又は条約により外国裁判所の裁判権が認められること。 二 敗訴の被告が訴訟の開始に必要な呼出し若しくは命令の送達（公示送達その他これに類する送達を除く。）を受けたこと又はこれを受けなかったが応訴したこと。 三 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。 四 相互の保証があること。	民執法第24条 (1) 外国裁判所の判決についての執行判決を求める訴えは、債務者の普通裁判籍の所在地を管轄する地方裁判所が管轄し、この普通裁判籍がないときは、請求の目的又は差し押さえることができる債務者の財産の所在地を管轄する地方裁判所が管轄する。 (2) 執行判決は、裁判の当否を調査しなくてしなければならない。 (3) 第一項の訴えは、外国裁判所の判決が、確定したことが証明されないとき、又は民事訴訟法第百十八条各号に掲げる要件を具備しないときは、却下しなければならない。 (4) 執行判決においては、外国裁判所の判決による強制執行を許す旨を宣言しなければならない。