

日本における外国判決承認執行制度の 起草過程とドイツ法

——公序要件と実質的再審査禁止原則との関係再考の準備作業として——

釜谷真史

- I. はじめに
- II. 外国判決承認執行要件としての公序に関する条文の変遷——問題の所在の再確認
 1. 条文の変遷
 2. 立法過程における公序要件導入をめぐる議論
- III. 「民事訴訟法改正案」323条成立に至るまで
 1. 明治民訴法における外国判決執行要件の成立
 - (1) テヒョー草案 595 条
 - (2) 民事訴訟法草案議案
 2. 明治民訴法改正作業着手から「民事訴訟法改正案」323条成立まで
 - (1) 民事訴訟法調査委員会における議論 (㉗の時期)
 - (2) 第1次法典調査会第2部会における議論 (㉘の時期)
 - (3) 第2次法律取調委員会における議論 (㉙の時期)
 - (4) 民事訴訟法改正調査委員会における議論 (㉚の時期)
 3. 小括
- IV. 結びに代えて

I. はじめに

本稿は、民事訴訟法(以下、民訴法とする)118条3号に定める外国判決承認執行要件としての公序と、民事執行法(以下、民執法とする)24条4項¹の定めるいわゆる実質的再審査禁止原則との関係を整理するための準備作業として、日本の外国判決承認執行要件の定立にドイツ法が与えた影響について、明治から大正期にかけての日本の外国判決承認執行制度創設にいたる経緯を検討して明らかにしようとするものである。

(1) 別稿で指摘した通り²、民訴法118条3号に定める公序要件の審査においては実質的再審査禁止原則との抵触が懸念されており、代理母に関する最高裁平成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)が引用した、懲罰賠償に関す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)がいわゆる「基本原則」枠組みを採用した背景にも、実質的再審査禁止原則との関係への危惧があったと推測される。

すなわち、萬世工業事件地判(東京地判平成3年2月18日民集51巻6号2539頁)では、当時の一般的な公序審査基準、すなわち、「わが国社会で真に忍び難い事態が発生するか否か」に基づき、当該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が、その中で事実認定の1つを「誤記と解するほかない」とし、また法的評価についても「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」と断じ、公序違反を認定した。これが外国判決の当否を問題としているとして批判的となった。加えて同事件を離れてより一般的に、日本法からみれば異質な懲罰賠償制度に基づく外国判決の評価を、公序要件でなすとする見解が存在しており、かかる見解に対して、実質的再審査禁止原則との抵触が問題視

1 平成30年人事訴訟法等改正までは24条2項に規定されていたものである。

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

された。このように萬世工業事件をめぐる議論の中では、常に公序審査と実質的再審査禁止原則との関係が取りざたされていたのである³。

この点、萬世工業最判は、民訴法118条3号公序を「外国裁判所の判決が我が国の採用していない制度に基づく内容を含むからといって、その一事をもって直ちに右条件を満たさないということではできないが、それが我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものと認められる場合には、その外国判決は右法条にいう公の秩序に反する」とする（いわゆる「基本原則」枠組み）。この枠組みであれば、当該外国判決をめぐる問題となる基本原則、およびそれに相いれないとする事態を先に確定することを可能にする。それにより、公序審査に際しては、かかる事態が生じるかどうかのみが判断されればよいということになるのであって、もはや必ずしも当該外国判決の個別具体的事情の審査に立ち入る必要はなくなる。実質的再審査禁止原則との関係も問題となくなることである⁴。

しかしながら、最高裁「基本原則」枠組みのもとでも、個別具体的判断がなしえないわけではない。萬世工業最判事件において地判が個別具体的判断をなし、最判が個別具体的事情に立ち入らずに判断したのと同様に、代理母最決事件においては、高裁（東京高決平成18年9月29日民集61巻2号671頁）の個別具体的判断⁵と、最判の「基本原則」枠組みを基礎とした個別具体的事情に立ち入らない一般的判断とが対照的であった⁶。もし仮に、最高裁「基本原則」枠組みの内容として「子の福祉」⁷をおき、たとえばその内容⁸として「子のおかれている状況を調査し、子の最善の利益にな

3 この点について、拙稿・前掲萬世工業論文（注2）82-84頁参照。

4 この点について、拙稿・前掲萬世工業論文（注2）73-75頁、84頁参照。

5 判示内容とこれに対する学説については、拙稿「外国判決承認執行要件としての公序の判断枠組みと課題——平成19年代理母最決を契機に——」西南学院大学法学論集51巻3=4号（2019年）194-203頁参照。

6 代理母最決の判断も、実質的再審査禁止原則との抵触を避けることに役立っていたとする見解が存在していた点について、拙稿・前掲代理母論文（注5）205-206頁参照。

7 日本の国際親子法における子の利益保護、子の福祉の考慮について、横山潤『国際家族法の研究』（有斐閣、1997頁）144頁以下、松岡博『国際家族法の理論』（大阪大学出版会、2002年）49頁以下参照。

8 子の奪い合い紛争に関してであり状況が異なるが、裁判所による子の引渡請求の可否の判断にあたり、「子の最善利益」という要素が決定的役割を果たしており、「裁判

るような判断をなすべき」とするのであれば、まさに高裁のなしたような個別具体的判断が求められることになるからである。そうであるとするならば、最高裁「基本原則」が実質的再審査禁止原則との抵触を回避するためのものとして機能するとは、必ずしも言えないことになる。

このことは、昨年下された最判平成31年1月18日(民集73巻1号1頁)⁹においては、手続的公序に関しても「基本原則」枠組みに依拠したことを考えるとなおさらである。手続的公序に関しては、そもそも外国判決の認定事実内に、手続的公序違反の有無を判断するに必要な情報が含まれていることは期待できないことが指摘されており¹⁰、「基本原則」枠組みを用いたとしても個別具体的事案に立ち入って審査する必要性が高い。

このように考えてみると、萬世工業事件最判の「基本原則」枠組みはその導入時点においては個別具体的判断を排し、実質的再審査禁止原則との抵触をも回避することに役立っていたとしても、そこで問題となる「基本原則」の内容いかんによっては再度、公序と同原則との抵触が問題とされかねないと思われる。

(2)ところで、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との関係については、すでに日本においても詳細な論稿がある¹¹。そこ

所はその事案に現れた諸事情を総合的に衡量したうえで、引渡しを請求者とその相手方のいずれに子の監護を委ねるのが適当なのか(子にとって利益なのか)という点をめぐって判断」とされる(早川眞一郎「子の引渡しをめぐる実体法上の問題——(3)子の福祉に適った権利の実現」論究ジュリスト32号(2020年冬号)73-75頁)。

9 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頁ほか。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。

10 たとえば、中西・後掲(注11)(4)10-11頁。

11 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。

では実質的再審査とはその「内国でもう一度訴訟をやり直してみて同じ結果になることを確認したうえで承認する」こと、「つまり外国裁判所と同じ作業、すなわち本案請求が認められるか否か、当事者間の権利義務の存否の判断をやり直すこと」¹²であるのに対し、(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」ものであって¹³、両者は異なっていると説明される。そして、公序審査においては、上記のような意味での実質的再審査とならないよう「自覚」¹⁴することが必要であるが、かかる公序審査に必要な限りにおいて外国判決に立ち入って判断することも可能であるとされている¹⁵。このような理解は一般的に受容されており¹⁶、そうであれば実質的再審査禁止原則は個別具体的判断それ自体を禁じるものではなく、ただ外国裁判のやり直しにならないよう留意すべきとされるにすぎないことになるはずである。

この点、日本の外国判決承認執行法制の母法とされるドイツ法は、この「基本原則」枠組みの形成に関しても影響を与えていることは別稿で述べたところであるが¹⁷、そのドイツ法において公序は実質的再審査禁止原則の「例外」と表現されることは日本でもしばしば紹介されている¹⁸。このことが、

12 以上、中西・前掲(注11)(4)26-28頁。

13 中西・前掲(注11)(4)11-12頁。

14 手続的公序に関してであるが、中西・前掲(注11)(4)11頁。

15 中西・前掲(注11)(4)15頁。

16 たとえば、木柵照一ほか『国際私法概論 [第5版]』(有斐閣, 2007年)353頁〔渡辺愷之〕, 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〕, 澤木敬郎=道垣内正人『国際私法入門 [第8版]』(有斐閣, 2018年)351-352頁, 神前禎ほか『国際私法 [第4版]』(有斐閣, 2019年)299-301頁〔早川吉尚〕, 櫻田嘉章『国際私法 [第7版]』(有斐閣, 2020年)400頁など。

17 拙稿・前掲萬世工業論文(注2)70-72頁以下。

18 たとえば、石黒一憲『現代国際私法(上)』(東京大学出版会, 1986年)385・523頁, 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)94頁, 中西・前掲(注11)(2)19頁。

もっとも、吉野=安達・同上は、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なすのは、短絡」であるとする。その理由として、ドイツにおいては「外国の裁

日本の議論においても、公序が実質的再審査禁止原則と抵触する存在であるとの印象を与えているとも思われる。

ところが、ドイツにおいて公序が実質的再審査禁止原則の「例外」と表現されていることについて、日本においては必ずしも明らかにされていない。とりわけ、ドイツにおいてこの問題が、外国判決承認を規定するドイツ民訴法(ZPO)328条の起草過程において、当時すでに存在していた執行要件(ドイツ旧民訴法(CPO)661条)をもとにそれをいかに修正、変更するかという議論の中で取り上げられていたという点については、これまであまり注目されてこなかった。

すなわち、ドイツにおいては日本同様——この点については本稿Ⅱ.1.で改めて確認する——、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年民訴法(CPO)661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、と規定するのみであった(同661条2項2号)。これは執行行為自体の態様をコントロールするものであって、実体面に踏み込むものではなかったために、実質的再審査禁止原則との抵触は問題とされなかった。しかしその後、1898年民訴法(ZPO)改正で328条に承認要件が創設されることになり、それに伴い、「外国判決の承認が、善良の風俗またはドイツ法の目的と抵触する場合」に承認されないとの公序要件のほか、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。そのため、かかる一連の要件導入に至る過程には、実質的再審査禁止原則との

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(注11)(2)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、両者は別だと言えばよい」とする。

関係を含め、多くの議論が残されている¹⁹。

(3) そこで本稿においては、ドイツにおけるかかる議論を検討し、実質的再審査禁止原則と公序の関係について日本法への示唆を得るための前提作業として、そもそも日本の外国判決承認制度における公序要件が、ドイツにおける議論に影響を受けたものであるのかについて確認することにした。具体的には、明治期の日本における外国判決執行制度の創設、そしてその後の改正議論と大正期における承認要件の定立という各過程における議論に着目して、日本においてどのような議論がなされてきたのか、またドイツ法からいかなる影響を受けていたのかについて整理してみたい。

以下、まず民訴法118条3号公序要件の文言の変遷に着目し、日本における議論状況について確認し、本稿での問題の所在を明確にする(Ⅱ)。その上で、日本の承認執行法制の起草過程を、その文言の変遷に留意しつつ、ドイツにおける承認執行法制がどのように影響を与えているかという観点から検討を加え(Ⅲ)、最後に今後の展望を述べる(Ⅳ)。

なお、本稿においては、法令および法令草案等の資料の引用の際には、読みやすさを優先してできるだけ旧字体を新字体に、またカタカナ書きをひらがなにし、適宜濁点、読点をつけて引用することとする。また横書きに伴い、漢数字をアラビア数字に改めている。

19 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風俗(die gutten 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(その他については第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。

Ⅱ. 外国判決承認執行要件としての公序に関する条文の変遷—— 問題の所在の再確認

1. 条文の変遷

(1) 日本における外国判決承認執行制度を概観すると、1890(明治23)年制定の民訴法(以下、明治民訴法とする)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)²⁰。その後、1926(大正15)年の民訴法改正により(以下、大正民訴法とする)、外国判決承認要件として200条が創設され、またそれにより民訴法515条の2項に定められていた執行要件はそのままこの200条を参照する形で改正された。その後、1979(昭和54)年民執法の制定に伴い執行に関する条文が民執法22条6号、24条に移されたこと²¹、ま

20 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)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。

21 2019(平成31)年人事訴訟法改正により、債務名義に関する22条6号が「確定した執行判決のある外国裁判所の判決(家事事件における裁判を含む。第二十四条において同じ。)」に、また執行判決に関する24条が以下のように改正され、文言追加とともに、従前の2~4項が4~6項にそれぞれ移動している(下線部は改正部分)。

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(家事事件における裁判に係るものにあつては、家庭裁判所。以下この項において同じ。)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) 前項に規定する地方裁判所は、同項の訴えの全部又は一部が家庭裁判所の管轄に属する場合においても、相当と認めるときは、同項の規定にかかわらず、申立てにより又は職権で、当該訴えに係る訴訟の全部又は一部について自ら審理及び裁判をすることができる。

(3) 第1項に規定する家庭裁判所は、同項の訴えの全部又は一部が地方裁判所の管轄に属する場合においても、相当と認めるときは、同項の規定にかかわらず、申立てにより又は職権で、当該訴えに係る訴訟の全部又は一部について自ら審理及び裁判をすることができる。

(4) 執行判決は、裁判の当否を調査しないではないなければならない。

(5) 第1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118条各号(家事事件手続法(平成23年法律第52号)第79条の2において準用する場合を含む。)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。

た1996（平成8）年新民訴法制定により手続的公序が明文化されたことを除けば、現在も基本的構造は同様である。

（2）ここで、実質的再審査禁止原則と公序要件についてその変遷を確認してみると、まず実質的再審査禁止原則は明治民訴法における執行要件創設時から存在しており（明治民訴法515条1項）、それが現在まで受け継がれている。

これに対し、公序要件は執行要件創設時には存在しなかった。明治民訴法における執行要件には、現在の民訴法118条3号に定める公序要件のような、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のである。ただ、外国判決が「強て為さしむことを得ざる行為を執行せしむ可きとき」との、当該行為の内国における執行可能性を求める要件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）。

かかる明治民訴法515条2項2号の下では、外国判決主文からは「金銭支払命令」にみえるに過ぎない外国判決に執行判決を付与するに際して、「強て為さしむことを得ざる行為を執行せしむ可き」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²²。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の対象と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。そのため、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。

その後、前述の通り1926（大正15）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、執行要件は基本的にすべて承認要件として引き継がれた。すなわち、大正民訴法200条1号の間接管轄要件は明治民訴法515条2項3号を、200条2号の手続保障要件は515条2項4号を、200条4号の相互性要件は515条2項5号をほぼ字句もそのままに受け継

（6）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。

22 議論の概要について、拙稿・前掲萬世工業論文（注2）49-56頁参照。

いだものであった。ただし執行要件のうち、上記の、「強て為さしむことを得ざる行為を執行せしむ可きとき」(明治民訴法515条2項2号)は、「外国裁判所の判決が日本に於ける公の秩序又は善良の風俗に反せざること」という公序要件に改められることになる(大正民訴法200条3号)。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。

【資料：外国判決承認執行制度に関する明治民訴法と大正民訴法の比較】

	明治民訴法	大正民訴法
承認要件		第200条 外国裁判所の確定判決は、左の条件を具備する場合に限り其の効力を有す 一 法令又は条約に於て外国裁判所の裁判権を否認せざること 二 敗訴の被告が日本人なる場合に於て公示送達に依らずして訴訟の開始に必要な呼出若は命令の送達を受けたこと又は之を受けざるも応訴したること 三 外国裁判所の判決が日本に於ける公の秩序又は善良の風俗に反せざること 四 相互の保証あること
執行要件	第514条 (1) 外国裁判所の判決に因れる強制執行は、本邦の裁判所に於て執行判決を以て其適法なることを言渡したるときに限り之を為すことを得。 (2) 執行判決を求むる訴に付ては、債務者の普通裁判籍を有する地の区裁判所又は地方裁判所之を管轄し、又普通裁判籍なきときは第17の規定に従いて債務者に対する訴を管轄する裁判所之を管轄す。 第515条 (1) 執行判決は裁判の当否を調査せずして之を為す可し (2) 執行判決を求むる訴は左の場合に於ては之を却下す可し 第一 外国裁判所の判決の確定と為りたることを証明せざるとき 第二 本邦の法律に依り強て為さしむことを得ざる行為を執行せしむ可きとき 第三 本邦の法律に従へは外国裁判所か管轄権を有せざるとき 第四 敗訴の債務者本邦人にして応訴せざりしとき。但訴訟を開始する呼出又は命令を受訴裁判所所屬の国に於て又は法律上の共助に依り本邦に於て本人に送達せざりしときに限る 第五 國際条約に於て相互を保せざるとき	第514条 (1) 外国裁判所の判決に因れる強制執行は、本邦の裁判所に於て執行判決を以て其適法なることを言渡したるときに限り、之を為すことを得。 (2) 執行判決を求むる訴に付ては、債務者の普通裁判籍を有する地の区裁判所又は地方裁判所之を管轄し、又普通裁判籍なきときは、第8条の規定に従いて債務者に対する訴を管轄する裁判所之を管轄す。 第515条 (1) 執行判決は裁判の当否を調査せずして之を為す可し (2) 執行判決を求むる訴は左の場合に於ては之を却下す可し 第一 外国裁判所の判決の確定と為りたることを証明せざるとき 第二 外国判決が第200条の条件を具備せざるとき

2. 立法過程における公序要件導入をめぐる議論

明治民訴法下での執行要件、「強て為さしむことを得ざる行為を執行せしむ可きとき」が、承認要件においてなぜ公序要件に姿を変えて承認要件に組み入れられたのか。

(1) この点、大正民訴法 200 条における外国判決承認制度が創設される過程に関しては、1919 (大正 8) 年 7 月 18 日に始まる、司法省内に設置された民事訴訟法改正調査委員会での議論がよく知られるところである²³。実質的議論が行われたのは 1921 (大正 10) 年 12 月 15 日の第 2 回会議からであり²⁴、承認制度を定める「民事訴訟法改正案」323 条については、1923 (大正 12) 年 2 月 13 日に審理の対象とされている²⁵。

【民事訴訟法改正案 (第 1 案・議案)】

第 323 条 外国裁判所の確定判決は左の場合に於て相互の保証あるときに限り其効力を有す

- 1 法律に於て外国裁判所の裁判権を否認せざるとき
- 2 敗訴の被告か日本人なる場合に於て公示送達によらずして訴訟の開始に必要な呼出又は命令の送達を受けたとき又は之を受けざるも応訴したるとき
- 3 外国裁判所の判決か日本に於ける公の秩序又は善良の風俗に反せざるとき

このように「民事訴訟法改正案」323 条においてはすでに公序要件が導入されている。なぜ草案 323 条を創設することになったのか、その要件をいかに定めるかという点については、起草委員により次のように述べられている。

23 この議論を紹介する文献として、たとえば矢ヶ崎・前掲 (注20) (1) 43-45頁、青山・前掲 (注20) 366頁、中西・前掲 (注11) (4) 29-30頁。

24 松本博之「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録について」松本博之ほか編『日本立法資料全集12：民事訴訟法 (3) [大正改正編]』(信山社, 1993年) 3頁。

25 「資料615：民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第37回」松本博之ほか編『日本立法資料全集12：民事訴訟法 (3) [大正改正編]』(信山社, 1993年) 379頁以下。

「此323条は現行法の515条に当るのであります。之は外国裁判所の確定判決を我国に於て承認する規定でありますからして強制執行の手續に関するよりは、寧ろ矢張り判決の既判力の問題として此要件を極めた方が適當であると云う上から致しまして外国裁判所の判決の確定問題を規定したのであります。」

「如何にして外国の裁判所の確定判決に付いて既判力を認めるかと云う要件に付きましては矢張り現行法の515条の執行力に付いて定めたるところの要件と大差はない。唯此執行に關係ある要件だけを除きまして、確定力に關係ある要件だけを茲に掲げた訳であります。」

このように、外国判決の承認の問題は既判力の問題であるため、国内判決の既判力と同じ場所に規定すべきであるとし、その要件については515条から執行に關係する要件のみを除いたとされる。具体的には次のように、實質的再審査禁止原則を定める515条1項を草案323条に移さない理由について、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って²⁶、なぜ515条では「強て為さしむことを得ざる行為を執行せしむ可きとき」だった要件が、「外国裁判所の判決が日本に於ける公の秩序又は善良の風俗に反せざること」という公序要件に改められたのかについては、説明がないのである²⁷。

「其訳は是は其執行判決を求める場合即ち外国判決に基いて強制執行をする場合に是が必要でありますから外国裁判所の判決の確定力の問題と致しましては之を要件とする必要はないのでありますから、そこで本案に於きましては第1項のような規定を存しないのであります。」

26 なお、實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(注11)(4)28頁以下は、起草委員が「執行判決は裁判の当否を調査せずしてこれをなすべし」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つたがゆえであつて、「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つた」と分析する。

27 なお、明治民訴法515条2項5号「國際條約に於て相互を保せざるとき」が、草案では「相互の保証あるときに限り其効力を有す」と柱書に移動されたことは触れられているが、理由への言及はない。

この草案 323 条は、その後いくつかの表現の修正を経たものの、基本的にそのままの内容で大正民法 200 条へと受け継がれている²⁸。とすると、この草案 323 条自体の沿革、すなわち外国判決承認要件が「民事訴訟法改正案」において規定されるようになった経緯が重要となろう。

(2) 明治民法の改正に着手されてから大正民法が成立するまでの改正議論は²⁹、㊦司法省の民事訴訟法調査委員会 (1895 (明治 28) 年 2 月～)、㊧内閣直属の (第 1 次) 法典調査会第 2 部会 (1899 (明治 32) 年 3 月～)、㊨司法省の第 2 次法律取調委員会³⁰ (1906 (明治 39) 年 6 月～)、㊩司法省

28 「民事訴訟法改正案」323条は、その後次のような過程を経て大正民法200条の文言となっている。

まず、1923 (大正12) 年5月の第45回民事訴訟法改正調査委員会総会終了後になされた、起草委員会による検討事項の整理 (「資料480: 民事訴訟法改正案修正問題 (起草委員会再審議問題)」松本博之ほか編著『日本立法資料全集11: 民事訴訟法 [大正改正編] (2)』(信山社, 1993) 236頁) において、「外国裁判所の確定判決は、本条各号に記載する凡ての条件に該当する場合に限り、其効力を有する主旨を明かにするの要なきや」との指摘がなされている。これは323条柱書において、「外国裁判所の確定判決は左の場合に於て相互の保証あるときに限り其効力を有す」とされており、1号から3号までの要件がすべて満たされていることが要件かどうか、不分明だったことによる。

この指摘を受けて、1925 (大正14) 年4月の委員会総会で配布された「資料481: 民事訴訟法改正案 (第2案)」323条 (同・272頁) においては、相互性要件が柱書から4号へと戻されたうえで、「外国裁判所の確定判決は左の条件を具備する場合に限り其効力を有す」との表現に修正されている。

次いで、1925 (大正14) 年4月から7月の委員会総会で審議対象となった「資料482: 民事訴訟法改正案 (第3案)」(同・304頁) では全体に条文番号の整理が行われたため、条文番号が196条に修正され、また柱書が「其効力」から「其の効力」に変更された。そして、同年10月15日に完成した「資料499: 改正民事訴訟法案 (第4案)」(同・378頁) においては条文番号が200条となる。

その後、翌1926 (大正15) 年2月12日の第41回帝国議会上に提出された「資料500: 民事訴訟法中改正法律案 (議会提出・第5案)」(同・420頁)、および最終的にまとめられた「民事訴訟法中改正法律正文」(同・518頁) においてはそれぞれ、手続保障に関する2号についてのわずかな字句の修正がなされている (前者では「送達を受け」が「送達を受けたこと」に修正され、後者では「呼出又は命令」が「呼出若は命令」に修正されている)。

29 明治28年民事訴訟法調査委員会の設置から、大正15年3月24日の大正民法公布までの間には、約30年4か月がかかっている (鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』(有斐閣, 2004年) 282頁)。

30 「第2次」とするのは、明治民法起草の際に設置された法律取調委員会との区別のためである (鈴木・前掲 (注29) 256頁)。

の民事訴訟法改正調査委員会(1919(大正8)年7月～)以降の各段階に大別することができる³¹。このうち、上記(1)で紹介した日本でよく知られている立法議論は、㊦の段階のものであり、それより前の議論、すなわち上記(1)でみた「民事訴訟法改正案」323条が改正議論の中にいつ、どのように現れたのかについてはこれまで明らかにされてこなかった。

日本の外国判決承認執行法制の沿革に、ドイツの同法制が大きな影響を与えていることはよく知られている。たとえば、「衆知のように旧民事訴訟法にあっては、1877年のドイツ旧民事訴訟法第661条にならって第515条に、第514条の執行判決の規定を受けて」執行要件を定めた³²、あるいは大正民訴法200条についても「ドイツに於てこうした立法態度〔筆者注：執行要件のみを定めていたこと〕について批判がなされ、1898年の改正に於て、より一層広く、外国判決承認一般が採りあげられたのに影響され」、起草に至った³³との指摘がある。実際、外国判決執行要件について定めた明治民訴法514条・515条、承認要件について定めた大正民訴法200条の文言自体からも推測することは可能であり³⁴、本稿で問題としている、明治民訴

31 明治民訴法施行後から大正改正法までの議論について、鈴木・前掲(注29)231頁以下は、「施行後の混乱」(同書第1章)、「民訴法調査委員会」(第2章)、「法典調査会」(第3章)、「〈第2次〉法律取調委員会」(第4章)、「民訴法改正調査委員会——大正改正法の成立」(第5章)とに分けており、本稿もその分類に従っている。

32 矢ヶ崎・前掲(注20)(1)43頁。

33 矢ヶ崎・前掲(注20)(1)43-44頁。他に、青山・前掲(注20)366頁、中西・前掲(注11)(1)3頁(「我国の母法たるドイツ」)、小室百合「外国判決承認・執行制度の意義について——ドイツにおける歴史的沿革を手がかりとして——」東北法学16号(1998年)4頁(「日本の外国判決承認・執行制度は、ドイツのそれを明治民事訴訟法制定時にほぼそのままの形で導入し、その後、当該制度の基本的枠組みを変更することなく、専らその要件を洗練化しつつ現在に至っている」)等。

34 ドイツ各条文は以下の通りである。

【1877年ドイツ民訴法(CPO)】

660条

- (1) 外国裁判所の判決に基づく強制執行は、執行判決によってその許可が宣告された場合に限り行われる。
- (2) 執行判決を求める訴えについては、債務者がその普通裁判籍を有する地の区裁判所または地方裁判所が管轄権を有する。かかる普通裁判権が存在しない場合には、第24条に従い債務者に対して訴えを提起しうる区裁判所または地方裁判所が管轄権を

法での「強て為さしむことを得ざる行為を執行せしむ可きとき」との執行要件から大正民法で公序要件への改正も、1877年ドイツ民法（CPO）から1898年ドイツ民法（ZPO）への改正と文言的にほぼ同じものであり、ドイツ法の与えた影響が看取できる。とすれば、ドイツ法改正議論において、公序をはじめとした外国判決承認要件と実質的再審査禁止原則との関係についてどのように論じられてきたのかを参照することによって、わが国における解釈の指針も得られるであろう。

この点、1993年からは、上記分類における④以前の時期にさかのぼっての民法改正関係資料が相次いで公刊されており、「民事訴訟法改正案」

有する。

661条

- (1) 執行判決は裁判の法律適合性（Gesetzmäßigkeit）を審査せずになされる。
- (2) 執行判決は以下の場合には下されない。
 - ①外国裁判所の判決が、判決国法によるといまだ確定力を得ていない場合
 - ②強制執行の許容性に関して判断するドイツ裁判官の法によると強制することが禁止されている行為を、執行によって強制することになる場合
 - ③強制執行の許容性に関して判断するドイツ裁判官の法によると、外国裁判所が属する国のいかなる裁判所にも管轄が認められない場合
 - ④判決債務者がドイツ人であって応訴しなかった場合において、訴訟開始の呼出もしくは命令が判決国において本人に送達されず、またはドイツ帝国においてドイツの司法共助によって送達されなかった場合
 - ⑤相互性が保証されていない場合

【1898年ドイツ民法（ZPO）】

328条

- (1) 外国裁判所の判決は、以下の場合には承認されない。
 - ①ドイツ法によると、判決国のいかなる裁判所にも管轄が存しない場合
 - ②敗訴した被告がドイツ人であり、かつ応訴しなかった場合において、訴訟開始の呼出又は命令が、判決国内で被告本人に送達されず、またはドイツ司法共助により送達されなかった場合
 - ③判決において、ドイツ人当事者の不利になるかたちで、民法施行法13条1項3項、17条、18条、22条の規定、あるいは13条1項に関わる同法27条の規定の一部と抵触する場合、または同法9条3項に該当する事例において、死亡宣告が出された外国人の妻の不利になるかたちで同法13条2項に抵触する場合
 - ④外国判決の承認が善良の風俗またはドイツ法の目的と抵触する場合
 - ⑤相互の保証がないこと。
- (2) 本条5号の規定は、外国判決が財産上の請求に関するものではなく、かつドイツ法によるとドイツに裁判籍が存しない場合には、当該外国判決の承認を妨げるものではない。

323条がどのような形で起草されたかについて検討することが可能になっている³⁵。

そこで、ドイツ民法における立法議論を検討する前提として、以下本稿では、(1)でみた「民事訴訟法改正案」323条が起草されるまでの過程を、明治民法における外国判決「執行」要件制定の段階も含めて検討し、ドイツ法からの影響がいつどのようになされたのかを確認することにしたい。

Ⅲ. 「民事訴訟法改正案」323条成立に至るまで

1. 明治民法における外国判決執行要件の成立

(1) テヒョー草案 595条

日本の最初の近代型民事訴訟法とされる明治民法は、欧米諸国との間の不平等条約の改正を原動力に行われたとされ、1886(明治19)年の司法省内の法律取調委員会の設置から始まった。この委員会では、法律取調委員会の設置直前に、ドイツ人であるテヒョーの手によって司法大臣に提出された草案(以下、テヒョー草案とする)が審議の俎上にのせられた³⁶。テヒョー草案においてはすでに、外国判決に関してその執行についての規定がおかれている。

【1886年 テヒョー草案(邦訳)】³⁷

35 松本博之ほか編著『日本立法資料全集10-14:民事訴訟法〔大正改正編〕(1-5)』(信山社,1993),同『日本立法資料全集43~46:民事訴訟法〔明治36年草案〕(1-4)』(信山社,1994-1995年)。

36 以上,鈴木・前掲(注29)117頁。

37 『訴訟法草案 完』(国会図書館デジタルコレクション,DOI:10.11501/1367772)。なお,ドイツ語原著は次の通り(Entwurf einer Civilprozessordnung Für Japan (UEBERSETZUNG),Tokio,1886(国会図書館デジタルコレクション,DOI:10.11501/1367774)。なお「UEBESetzung(翻訳)」と付されているがこちらが原著である(鈴木・前掲(注29)93頁))。

Art. 595

(1) Aus dem Urtheile eines Ausländischen Gerichts findet die Zwangsvollstreckung statt, wenn ihre Zulässigkeit von einem Japanischen Gerichte durch ein Vollstreckungsurtheil ausgesprochen ist.

第 595 条

- (1) 外国裁判所の判決は本邦裁判所の判決を以てその執行を許可したる時に非ざれば之を執行することを得ず。
- (2) 執行の許可を求むるの訴訟は被告の管轄治安裁判所若しくは始審裁判所之を管轄す。若し其裁判所あらざる時は第 20 条に掲げたる裁判所を以てその管轄なりとす。
- (3) 執行許可の判決は外国裁判所の判決の当否を調査することなく之を為すものとす。但左の場合に於いては其の訴訟を却下す可し。
 - ①判決確定の証書なき時
 - ②本邦法律において禁じたる行為を為すに非ざれば執行し難き時
 - ③本邦と外国との間に於て本条の事項に付き条約あらざる時
- (4) 本条の執行に付ては此法律の規定に従う

このテヒョー草案（邦訳）595 条は、1877 年ドイツ民法（CPO）660 条・661 条と、一部相違はあるもののきわめて類似している。すなわち、本草案 696 条 4 項に対応する CPO 条文はなく、逆に CPO661 条 3 項（間接管轄要件）および同条 4 項（訴訟手続開始文書の送達要件）が含まれていないという相違はあるものの、本草案 595 条 1 項が CPO660 条 1 項、同条 2 項が同条 2 項に対応しており、本草案 3 項は柱書本文が CPO661 条 1 項に、同項 1 号から 3 号まではそれぞれ CPPO661 条 2 項 1 号、2 号、そして 5 号に対応している点で類似点は大きい³⁸。

(2) Für die Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurtheils ist dasjenige Friedensgericht oder Landgericht zuständig, bei welchem der Schuldner seinen Durch den Wohnsitz begründeten Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen jedes Gericht, bei welchem nach den Bestimmungen des Art. 20 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

(3) Eine Prüfung der Richtigkeit der in dem ausländischen Urtheile enthaltenen Entscheidung ist ausgeschlossen.

(4) Die Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurtheils ist ausgeschlossen:

1.) wenn nicht die Rechtskraft des ausländischen Urtheils von dem ausländischen Gericht bescheinigt ist;

2.) wenn durch die Vollstreckung eine Handlung erzwungen werden soll, welche nach dem Japanischen Rechte verboten ist;

3.) wenn nicht durch Staatsverträge die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

(5) Die Vollstreckung regelt sich nach dem Vorschriften dieses Gesetzes.

38 なお、テヒョー草案（邦訳）595 条 3 項柱書本文の実質的再審査禁止原則は、但書の

この点、テヒョー草案が1877年ドイツ民訴法(CPO)に依拠しているということは、テヒョーが草案提出の際に添えた書簡の次の部分からも読み取れる³⁹。

「抑^{そもそも}本國法草案は可成^{なるべく}欧州申請訴訟法中の拔群なる者、即ち1877年1月30日の独逸訴訟法に基くことを務め、其各部に至りては、李国〔筆者注：プロイセン〕の実施条例及び法律または1867年澳国〔筆者注：オーストリア〕訴訟法草案及び他の法律、又1868年瓦敦堡〔筆者注：ヴェルテンベルグ〕訴訟法等を以て模範と為せり」

法律取調委員会は1887(明治20)年12月から民法、商法と並び民訴法の審議を同時進行で始めるのであるが⁴⁰、取調委員にはこのテヒョー草案、および訴訟法組合に所属する報告委員が作成した下記の「民事訴訟法草案」が配布された⁴¹。

【民事訴訟法草案第23回】

第595条

- (1) 外国判決の判決に因れる強制執行は本邦の裁判所に於て執行判決を以て其適法なる事を言渡したる時は、之を為す事を得。
- (2) 執行判決を發するの訴に付ては債務者の住所に因れる管轄籍を有する区

3要件(1号確定性、2号日本では認められない行為の執行でないこと、3号相互性)によって制限されているため、この点で承認要件、とりわけ2号の執行不許行為でないことを求める要件が、実質的再審査禁止原則の例外であるようにも読める。しかし、このような条文構成は邦訳のみであり、テヒョー草案ドイツ語原文では注(37)のように、実質的再審査禁止原則(テヒョー草案595条3項)と執行要件(テヒョー草案4項)はそれぞれ別の条文であるため、訳出の問題であってこの点を重視することは難しいと思われる。

- 39 前掲『訴訟法草案 完』3-4頁。テヒョーからの、当時の司法大臣山田顕義にあてた献辞の中の一節である(鈴木・95頁)。なお、テヒョー草案については松本博之「既判力の対象としての『判決主文に包含するもの』の意義——立法史的考察」法学雑誌62巻1号(2016年)200頁以下参照。
- 40 鈴木・前掲(注29)142頁。
- 41 「民事訴訟法草案第23回」『日本近代立法資料叢書(23)1:民事訴訟法草案』84頁、「同」『同(24)4:民事訴訟法議案』96頁(いずれも商事法務研究会、1986年)。

裁判所又は地方裁判所之を管轄し、又此の如き裁判所なき時は第20条の規定に従い其の債務者に対する訴えを管轄する裁判所之を管轄す。

(3) 外国に於ける判決に包含せる裁判の正否は之を調査する事を得ず。

(4) 執行判決を發するの訴えは左の場合に於ては之を却下す可し。

第一 外国裁判所の判決の確定と為りたる事が訴裁判所に因りて証明せられざる時

第二 本邦の法律に依り禁ぜられたる行為を執行せしむ可き時

第三 國際條約に因り相互なる可きことが保せられたる時

(5) 其執行は此法律の成規に従う。

ほぼテヒョー草案595条と同じであり、相違するのは、4項2号の執行不許行為でないことを定める4項2号の訳が、「本邦法律において禁じたる行為を為すに非ざれば執行し難き時」から、「本邦の法律に依り禁ぜられたる行為を執行せしむ可き時」となり、よりテヒョー草案ドイツ語原語版(wenn durch die Vollstreckung eine Handlung erzwungen werden soll, welche nach dem Japanischen Rechte verboten ist)に近いものとなっている点のみである。

もともと、この草案はテヒョー草案を基礎として、さらにモッセの独自の起草をも部分的に加えられながら作成されたものであり、条文によってはテヒョー草案とは大きく異なるものであった。とはいえ、モッセによる起草は、テヒョーがドイツ法を離れて起草した部分⁴²を改めてドイツ法寄りに変えたものである⁴³。またモッセが起草しなかったために他の報告委員が修正した箇所もあるが、これもテヒョー草案が存在する部分についてはそれがドイツ法とかけ離れている場合に限られていた⁴⁴。この点、草案595条はもともとテヒョー草案の段階からドイツ法に依拠したものであったため、修正の必要がなかったものと思われる。

42 鈴木・前掲(注29)97頁,143頁。

43 鈴木・前掲(注29)143頁によると、モッセ草案の内容は「もうまったくといってよいほどドイツ法(CPO)とそっくりであった」とされる。

44 鈴木・前掲(注29)156頁。

(2) 民事訴訟法草案議案

法律取調委員会には、上述のテビョー草案、「民事訴訟法草案」があらかじめ配られていたが、これに加えて審議数日前には、「民事訴訟法草案」作成以降の検討結果を反映させて作成した議案（「民事訴訟法草案議案」）が配布されていた。ここで「民事訴訟法草案」595条は次のように修正されている⁴⁵。

【民事訴訟法草案議案】

第505条

- (1) 外国裁判所の判決に因る強制執行は、本邦の裁判所に於て執行判決を以て其適法なる事を言渡したるときに限り、之を為す事を得。
- (2) 執行判決を求むるの訴に付ては、債務者の普通裁判籍を有する地の区裁判所又は地方裁判所之を管轄し、又普通裁判籍なきときは、第17条の規定に従いて債務者に対する訴を管轄する裁判所之を管轄す。

506条

- (1) 執行判決は裁判の当否を調査する事なくして之を為す可し。
- (2) 執行判決を求むるの訴は、左の場合に於ては之を却下すべし。
 - 第一 外国裁判所の判決の確定と為りたる事を其裁判所に於て証明せざるとき
 - 第二 本邦の法律に依り、強て為さしむる事を得ざる行為を執行せしむ可きとき
 - 第三 敗訴の債務者本邦人にして応訴せざりしとき。但訴訟を開始する呼出又は命令を受訴裁判所所属の国に於て又は司法共助に依り、本邦に於て本人に送達せざりしときに限る
 - 第四 国際条約に於て相互を保せざるとき

「民事訴訟法草案議案」505条1項・2項は草案595条1項・2項を移し、「民事訴訟法草案議案」506条1項・2項は草案595条3項・4項を移し、2つの条文とした点で、規定ぶりもCPOにより近接するものとなっており、これは各条文の傍に記されたメモ書きからも明らかである。すなわち、「民事

45 「民事訴訟法草案議案第35号」『日本近代立法資料叢書(22)3:民事訴訟法草案議案意見書』101頁(商事法務研究会,1985年)。同一のものが『日本近代立法資料叢書(23)1後半:民事訴訟法草案議案意見書』(商事法務研究会,1986年)236頁にも収録されている。

訴訟法草案議案」505条の傍には「独第660条」、同506条の傍には「独第661条」との付記がある。また、この草案には修正理由が掲げられており、それによると、2つの条文に分けたのはドイツ法に倣ったものとされている⁴⁶。

また、「民事訴訟法草案議案」には、民訴法草案には存在しなかった送達要件が新設されている（「民事訴訟法草案議案」506条2項3号）。修正理由によると、「第3号を新たに加えたるは欠席判決を受け敗訴となりたる場合に於て此事項必要と思考すればなり」とされているが、送達要件はもともとCPOには存在するものの民訴法草案には存在しなかったものであり、CPOにより近接させた結果であると考えられる。

さらに、民訴法草案595条5項の、執行を執行国法によるとする規定の削除についてはとくに説明がないが、かかる条文がCPOに含まれていなかったからであると推測される。

その他は表現の修正にとどまっており、修正理由にもその旨の説明がなされている。なお、執行不許行為でないことを求める民訴法草案595条4項2号も、「本邦の法律に依り禁ぜられたる行為を執行せしむ可き時」との文言から、「民事訴訟法草案議案」506条2項2号では「本邦の法律に依り、強て為さしむる事を得ざる行為を執行せしむ可きとき」との文言に修正されているが、これも内容的な修正ではないとされる⁴⁷。

この「民事訴訟法草案議案」等をもとに法律取調委員会で審議された結

46 「〔民事訴訟法草案議案505条〕第3項以下は甚だ其体裁宜きを得ざる故独法に倣い之を裂て別条と為したり」とする（「民事訴訟法草案議案第35号修正ノ理由」『日本近代立法資料叢書（22）3：民事訴訟法草案議案意見書』103頁）。

47 「第2号中『禁ぜられた』の5字を削り本文の如く修正したるも亦先例に倣いたり」とする（同上103頁）。なお、「民事訴訟法草案議案」506条2項2号の例として、「第2号は第三者の手中に存するものを差出せしむる場合又は民事に於て拘留する場合等」が具体的に掲げられている点が注目される。

果⁴⁸、まとめられたのが次の「修正民事訴訟法草案」である⁴⁹。

【修正民事訴訟法草案】

第505条

- (1) 外国裁判所の判決に因れる強制執行は、本邦の裁判所に於て執行判決を以て其適法なる事を言渡したるときに限り、之を為す事を得。
- (2) 執行判決を求むるの訴に付ては、債務者の普通裁判籍を有する地の区裁判所又は地方裁判所之を管轄し、又普通裁判籍なきときは、第17条の規定に従いて債務者に対する訴を管轄する裁判所之を管轄す。

506条

- (1) 執行判決は裁判の当否を調査する事なくして之を為す可し。
- (2) 執行判決を求むるの訴は、左の場合に於ては之を却下す可し。
 - 第一 外国裁判所の判決の確定と為りたる事を証明せざるとき
 - 第二 本邦の法律に依り、強て為さしむる事を得ざる行為を執行せしむ可きとき
 - 第三 本邦の法律に従えば外国裁判所が管轄権を有せざるとき
 - 第四 敗訴の債務者本邦人にして応訴せざりしとき。但訴訟を開始する呼出又は命令を受訴裁判所所属の国に於て又は司法共助に依り、本邦に於て本人に送達せざりしときに限る
 - 第五 国際条約に於て相互を保せざるとき

「修正民事訴訟法草案」においては、同506条2項3項に、CPOには存在したが民訴法草案、民事訴訟法草案議案にはなかった間接管轄要件が新たに導入されているが、その他は目立った修正は行われていない。

48 法律取調委員会の審議の様子は「民事訴訟法草案議事筆記」『日本近代立法資料叢書(22)4:法律取調委員会民事訴訟法草案議事筆記』(商事法務研究会,1985年)に収められている。しかし欠けが多く(鈴木・前掲(注29)153,158頁参照)、外国判決執行に関し議論されたと思われる箇所についても欠落しているため(488条に関し審議された第35回から、520条に関し審議された38回まで欠落。前掲「民事訴訟法議事筆記」462頁参照)、「民事訴訟法草案議案」505条、506条に関しどのような議論がなされたのかは不明である。

49 505条につき「修正民事訴訟法草案第12回」『日本近代立法資料叢書(24)1:修正民事訴訟草案』(商事法務研究会,1985年)70頁、506条につき「同第13回」同71頁。「民事訴訟法草案議案」や、法律取調委員会での審議の結果を取り込んだ新しい草案である(鈴木・前掲(注29)162頁)。

1888（明治21）年9月からはこの「修正民事訴訟法草案」をベースに、第二読会に相当する「再調査」が開始された⁵⁰。その結果は「民事訴訟法再調査案」⁵¹にまとめられ、以後元老院、枢密院の審議を経て、1900（明治33）年4月21日に天皇の裁可を得て公布されることになる。これが、明治民法514条・515条に定められた外国判決執行要件である。

2. 明治民法改正作業着手から「民事訴訟法改正案」323条成立まで

Ⅱ. 2. で述べたように、明治民法の改正議論は、㊦司法省の民事訴訟法調査委員会（1895（明治28）年2月～）、㊧内閣直属の（第1次）法典調査会第2部会（1899（明治32）年3月～）、㊨司法省の第2次法律取調委員会（1906（明治39）年6月～）、㊩司法省の民事訴訟法改正調査委員会（1919（大正8）年7月～）以降の各段階に大別され、「民事訴訟法改正案」323条は㊩の段階の議論である⁵²。

50 鈴木・前掲（注29）148頁。再調査は1888（明治21）年12月にひとまず終了したとされる（鈴木・前掲（注29）162-163頁）。

51 「民事訴訟法再調査案」「日本近代立法資料叢書（23）2：民事訴訟法再調査案」75頁（商事法務研究会、1986年）。条文番号の変更、および語句の変更がなされている。

【民事訴訟法再調査案】

574条

(1) 外国裁判所の判決に因れる強制執行は、本邦の裁判所に於て執行判決を以て其適法なる事を言渡したるときに限り、之を為す事を得。

(2) 執行判決を求むるの訴に付ては、債務者の普通裁判籍を有する地の区裁判所又は地方裁判所之を管轄し、又普通裁判籍なきときは、第17条の規定に従い債務者に対する訴を管轄する裁判所之を管轄す。

575条

(1) 執行判決は裁判の当否を調査せずして之を為す可し。

(2) 執行判決を求むるの訴は、左の場合に於ては之を却下す可し。

第一 外国裁判所の判決の確定と為りたる事を証明せざるとき

第二 本邦の法律に依り、強て為さしむる事を得ざる行為を執行せしむ可きとき

第三 本邦の法律に従えば外国裁判所が管轄権を有せざるとき

第四 敗訴の債務者本邦人にして応訴せざりしとき。但訴訟を開始する呼出又は命令を受訴裁判所所属の国に於て又は司法共助に依り、本邦に於て本人に送達せざりしときに限る

第五 国際条約に於て相互を保せざるとき

52 本稿Ⅱ. 2. (2) 参照。

そこで以下では、明治民訴法が制定されてから、民事訴訟法改正案323条ができるまでを㉗から各時期順に追うことにする。

(1) 民事訴訟法調査委員会における議論(㉗の時期)

明治民訴法施行から約5年経過した1895(明治28)年12月に、司法省は民事訴訟法調査委員会を設置し、明治民訴法改正に着手した⁵³。その目的としては、①明治民訴法実施により実務上明らかになってきた同法の欠陥を修正すること、②明治民訴法施行後に編纂された民商法等⁵⁴の実体法との調整を図ること、また③条文の読みにくさを改め字句を修正することが掲げられていた⁵⁵。

起草委員は、先んじて実施していた全国の裁判所・検事局への改正意見照会⁵⁶を参考に修正案を提出しており、調査委員会ではこれが審議対象とされた。ここでの審議結果を整理訂正⁵⁷したものが、「民事訴訟法修正案」⁵⁸と

53 松本博之「民事訴訟法〔明治36年法典調査会案〕の成立」松本博之ほか編著『日本立法資料全集43：民事訴訟法〔明治36年草案〕(1)』(信山社, 1994年)3頁, 鈴木・前掲(注29)234頁。

54 同時期に、民法前3編(総則, 物権, 債権各論)の起草が終了し、帝国議会に提出されていた(鈴木・前掲(注29)234頁, 「明治民法(明治21・31年):立法過程(第1~3編)」『法律情報基盤』<https://law-platform.jp/pages/5d64aa3aea0bef11a9d7ac7d> (2020年6月26日確認)参照)。とくに、旧民法の証拠編に存在していたために明治民訴法には規定を置いていなかった事項,たとえば裁判上の自白,文書の成立に関する推定力の規定等について,旧民法の証拠編が全面削除となったために民訴法において新たに規定を設ける必要が生じていた(鈴木・前掲(注29)235頁)。

55 「資料4:法典調査会〔第2部〕民事訴訟法議事速記録——明治33年9月19日(第1回)」松本博之ほか編著『日本立法資料全集43:民事訴訟法(1)〔明治36年草案〕』(信山社, 1994年)228-229頁。なお,鈴木・前掲明治民訴法(注53)3-4頁,鈴木・前掲(注29)234-235頁参照。

56 鈴木・前掲明治民訴法(注53)3頁,鈴木・前掲(注29)237頁。

57 民訴法調査委員会は,裁判所,検事局,弁護士会から寄せられた修正意見を参考に,起草委員が修正案を提出し,それを審議した結果,「民事訴訟法原案」が修正原案としてまとめられていたようである。それを整理訂正したものが,「民事訴訟法修正案」とされている。以上の点につき,鈴木・前掲明治民訴法(注53)3頁参照。

58 「資料2:(1895年)民事訴訟法修正案」松本博之ほか編著『日本立法資料全集43:民事訴訟法(1)〔明治36年草案〕』(信山社, 1994年)125頁以下。1989(明治32)年頃の作成(鈴木・前掲明治民訴法(注53)14頁),あるいはそれよりも早い時期(鈴木・前掲(注29)251頁)とされている。

してまとめられている。ただし「民事訴訟法修正案」においては外国判決執行に関する明治民法514条・515条に關しての修正はなされておらず、外国判決承認への言及もみられない⁵⁹。

これより先、議論の舞台は法典調査会に移される。

(2) 第1次法典調査会第2部会における議論 (㊦の時期)

もともと法典調査会は、上記民法調査委員会設置よりも早い時期、1893(明治26)年に施行延期が決まった民法・商法を新たに起草するために、内閣直属の機関として発足したものである⁶⁰。法典調査会が起草審議した民法前3編は1896(明治29)年6月に、残る後2編も法例、民法施行法、人事訴訟手続法とともに1898(明治31)年6月に公布された。また商法も翌1897(明治30)年に審議終了し、帝国議会に提出されたのち、1897(明治30)年に公布された。

その後も法典調査会は解散せず、1899(明治32)年法典調査会規則の改正により、「法典及び付屬法令の改正又は制定に關する事項を起案審議」することとなった。そのため、上記司法省の民法調査委員会は解消され、民法の改正も法典調査会第2部会において審議されることになる⁶¹。

法典調査会第2部の起草委員により、「民訴甲第1号」が作成されているが⁶²、第1編総則のみ(211条まで)であって、法典調査会の審議には前述の「民事訴訟法修正案」がそのままの形で審議の対象となった可能性も指摘され

59 「民事訴訟法修正案」は明治民法466条部分、すなわち第3編「上訴」相当部分までの検討で終わっている(前掲「民事訴訟法修正案」195頁参照)。なお、鈴木・235頁において、訴え提起を訴状送達によってなすべきとする条文について、「明治民法と異なり、ドイツ法の全面的な模倣である」ことを指摘している。

60 鈴木・前掲(注29)240頁。

61 松本・前掲明治民法(注53)6頁。

62 「資料3：(1899年頃)民訴甲第1号」松本博之ほか編著『日本立法資料全集43：民事訴訟法(1)〔明治36年草案〕』(信山社、1994年)197頁以下。1900(明治33)年頃のものとして推測され、前述の「民事訴訟法修正案」に起草委員による修正が加えられてきたものである(鈴木・前掲明治民法(注53)15頁)。

ている⁶³。その「民訴甲第1号」は「民事訴訟法修正案」同様、外国判決の執行あるいは承認に関する言及はない。

法典調査会の審議は1900(明治33)年9月から開始された。もっとも会議が行われたのは1901(明治34)年7月までであって、その後は中断され、1903(明治36)年3月末に正式に解散されるまでの活動は明らかではない。法典調査会第2部会は何らかの事情で時間的制約を受けており⁶⁴、そのなかで大急ぎで作成されたものと推測されているのが、「民事訴訟法案」である。この「民事訴訟法案」において、日本において初めての、外国判決承認規定がおかれるのである(「民事訴訟法案」280条)⁶⁵。

63 鈴木・前掲明治民訴法(注53)8-9頁。

64 鈴木・前掲明治民訴法(注53)9頁。なおその背景について、鈴木・前掲(注29)245頁には次のような分析がある。

「北清事変(義和団の北京攻撃)以来軍事費がかさみ、他方アメリカにおける外債募集に失敗するなど、財政事情はきわめてひっ迫していた。これに対して行政整理による財源のねん出が叫ばれたのである。清浦〔筆者注:司法大臣清浦奎吾〕は、毎年相当な経費を要し、その割合に成果の上がない法典調査会に、就任早々から見切りをつけ、明年(35年)3月には廃止すると決めたようである。」

その中で、民訴法担当の起草委員が「たとえ規模を縮小しても民訴法案の結了まで法典調査委員会を存続」させてもらえるよう、当時の清浦司法大臣にかけあっていることが記されている(鈴木・前掲(注29)246-247頁)。

65 「資料41:民事訴訟法案(法典調査会第2部起草)」松本博之ほか編『日本立法資料全集45:民事訴訟法〔明治36年草案〕』(信山社、1995年)85頁。執行要件については下記の通り。

【民事訴訟法案】

第628条

(1) 外国裁判所の判決に因る強制執行は、日本の裁判所が執行判決を以て執行の許すべきものなることを宣言したときに非ざれば之を為すことを得ず。

(2) 執行判決を求むる訴えは債務者の普通裁判籍所在地の管轄区裁判所又は管轄地方裁判所の管轄とす。債務者の普通裁判籍なきときは、第18条の規定に従い債務者に対し訴えを提起することを得べき裁判所の管轄とす。

第629条

(1) 執行判決は外国裁判所の裁判の当否を調査せずし之を為すべし

(2) 外国裁判所の判決が効力を有せざるものなるときは執行判決を求むる請求を棄却すべし

【民事訴訟法案】

第280条 外国裁判所の判決は左の場合に限り効力を有す。

- 一 外国裁判所の判決が其国の法律に依り確定したるとき
- 二 日本の法律に依れば外国裁判所が管轄権を有したるとき
- 三 敗訴の被告が日本人なる場合に於て応訴したるとき、又は其者が受訴裁判所所属の国内に於て又は日本の法律上の共助に依り訴訟の開始に必要な呼出又は命令の送達を受け欠席したるとき
- 四 外国裁判所の判決が、日本の法律に依れば許すべからざる行為又は公の秩序若しくは善良の風俗に反する事項を是認したるものに非ざるとき
- 五 国際上相互の担保あるとき

この「民事訴訟法案」280条では、「外国裁判所の判決は左の場合に限り効力を有す」という形で、外国判決承認についての定めをおいている。同条は、明治民訴法515条2項1号から5号までの執行要件を基本的にそのまま引き写している点で、民事訴訟法改正案323条と同じ構造である。本稿の関係で注目すべき、明治民訴法515条2号の「強て為さしむことを得ざる行為を執行せしむ可きとき」との要件については、「日本の法律に依れば許すべからざる行為……を是認したるものに非ざるとき」と文言を変えており、加えて「公の秩序若しくは善良の風俗に反する事項を是認したるものに非ざるとき」との文言も追加されている。

「民事訴訟法案」に字句修正を加え整理したとされる⁶⁶ものが「明治36年旧法典調査会案」⁶⁷であり、外国判決承認に関しては「民事訴訟法案」と内容はそのままに、条文番号のみ284条に移して規定されている。

【明治36年旧法典調査会案】

第284条 外国裁判所の判決は左の場合に限り効力を有す。

- 一 外国裁判所の判決が其国の法律に依り確定したるとき

66 松本・前掲明治民訴法（注53）9頁。

67 「（1903年ごろ）民事訴訟法改正案——旧法典調査会案（明治36年）」松本博之ほか編『日本立法資料全集10：民事訴訟法〔大正改正編〕』（信山社、1993年）64頁。同案は遅くとも1902年にはできあがったとされている（松本・前掲明治民訴法（注53）9頁参照）。

- 二 日本の法律に依れば外国裁判所が管轄権を有したるとき
- 三 敗訴の被告が日本人なる場合に於て応訴したるとき、又は其者が受訴裁判所所属の国内に於て又は日本の法律上の共助に依り訴訟の開始に必要な呼出又は命令の送達を受け欠席したるとき
- 四 外国裁判所の判決が、日本の法律に依れば許すべからざる行為又は公の秩序若しくは善良の風俗に反する事項を是認したるものに非ざるとき
- 五 国際上相互の担保あるとき

「民事訴訟法案」になぜ外国判決承認を定める280条が創設されることになったのか、その経緯が問題となるが、法典調査会第2部会の議事録は1901(明治34)年7月まで残されているものの⁶⁸、ここまでで審理されているのは1条から86条までに過ぎず、87条以下の条文については第2部会審議にかけられた形跡がないため⁶⁹、明らかでない。

この点、司法省がのちに刊行した『欧州各国民事訴訟法』⁷⁰には、上記草案が参照を指示している諸外国の法文内容が掲載されている。そして上記「民事訴訟法修正案」や「民訴甲第1号」においては、明治民訴法の対照条文とともに、諸外国の法条番号が記されているものの⁷¹、前述のとおり、こ

68 詳細な議事録が残されている。「資料19-40：法典調査会(第2部)民事訴訟法議事速記録——明治34年5月2日(第15回)——同年7月12日(第36回)」松本博之ほか編『日本立法資料全集44：民事訴訟法〔明治36年草案〕』(信山社, 1995年)3-454頁。

69 松本・前掲明治民訴法(注53)9, 15頁。これによると、法典調査会委員勤務調による推測であり、委員会審議を省いたか、審議があったとしても急いだため議事録の作成がされなかったものとされる。

70 司法省編『鷗州各国民事訴訟法』(1929年, 法曹会)。同内容が松本博之ほか編『日本立法資料全集45：民事訴訟法〔明治36年草案〕』(信山社, 1995年)359頁以下および同『日本立法資料全集46：民事訴訟法〔明治36年草案〕』(信山社, 1995年)3頁以下において、「関連資料」として掲載されている。そのうち、ドイツ民訴法に関しては「独逸民事訴訟法(1898年5月17日発布, 1909年6月1日修正)」が同46巻359頁以下におかれている。

71 なお、この両草案において参照されているドイツ法条について、すなわち「民事訴訟法修正案」では「参看」、「民訴甲第1号」では「参照」として掲載されている「独」の法条であるが、前者は1899(明治32)年あるいはさらに早い時期、後者は1900(明治33)年の作成であり(松本・前掲明治民訴法(注53)14-15頁, 鈴木・前掲(注29)251頁), 1898年ドイツZPOを参照することが可能だったのかは確かめる必要があるかと思われる。この点、鈴木・前掲(注29)239頁には送達に関して「当時のドイツ法の規定(ZPO207条)をまね」た規定がある、との記述がある。

れらには外国判決承認への言及がなく、参考にならない。他方、外国判決承認に関する規定を有する「民事訴訟法案」「明治36年旧法典調査会案」においては、諸外国法条番号についての資料内での直接の言及はない。ただし、「民訴法条対照」と題された資料⁷²においては、「改正案284」条の箇所、「現行法514, 515」条とともに、「独328」条が掲げられている⁷³。

この「独328」条は、1898年ドイツ民訴法（ZPO）328条に創設された外国判決承認規定であることは明らかである。また「改正案284」条はその条文番号から見て「明治36年旧法典調査会案」であると判断できる。ここで「明治36年旧法典調査会案」が「民事訴訟法案」の字句修正のみにより成立しており⁷⁴、内容的にみても「明治36年旧法典調査会案」と「民事訴訟法案」とは同一であることからみても、ここで問題としている「民事訴訟法案」280条は、1898年ドイツ民訴法（ZPO）328条を参照して作成されたものと考えられる。

（3）第2次法律取調委員会における議論（㉞の時期）

1903（明治36）年4月に法典調査会が廃止され、司法省内では第2次法律取調委員会が設置される。1911（明治44）年3月に商法改正が可決されたのち、同年5月には民事訴訟法改正起草委員が選任され、第1回起草委員会が開催されている。この民訴法起草委員会では、上記「明治36年旧法典調査会案」が素材として取り上げられるものの⁷⁵、主査委員会、総会いずれの段階においても、外国判決承認に関する「明治36年旧法典調査会案」284条が議論された形跡はない⁷⁶。

72 「関連資料44：民訴法条対照」松本博之ほか編『日本立法資料全集11：民事訴訟法〔大正改正編〕』（信山社，1993年）666頁以下。

73 「民訴法条対照」同上687頁。

74 松本・前掲明治民訴法（注53）16頁。

75 松本博之「民事訴訟法〔大正15年〕改正の経過」松本博之ほか編『日本立法資料全集10：民事訴訟法〔大正改正編〕（1）』（信山社，1993年）4-5頁。

76 「明治36年民訴法改正案」は1911（明治44）年5月31日の第3回民訴法改正起草委員会から、1914（大正3）年5月4日の第101回同委員会までで、1条から順に取り上げられているが、219条までで終わっている（「民事訴訟法改正起草委員会審議録」松本博之ほか編『日本立法資料全集10：民事訴訟法〔大正改正編〕（1）』（信山

1915(大正4)年3月になり、起草委員会は法文の起案に取りかかる。起案は、まず起草委員会内の起案会で行われた⁷⁷。起案会では仮決定案が出され、それを検討したうえで決定案が作成された。次いで、起草委員会がこの起案会決定案を順次審議、起草していった⁷⁸。

起草委員会は1919(大正8)年7月4日の第199回委員会までに、上訴に関する規定まで起案を終了しており、外国判決承認に関する「明治36年旧法典調査会案」284条も審議の対象となっている。

外国判決承認に関する「明治36年旧法典調査会案」284条は、「民事訴訟法起案会決定案」316条として現れる⁷⁹。ここでは「明治36年旧法典調査会案」284条とは異なり、「日本の法律に依れば許すべからざる行為」との文言が外され、公序良俗のみとなっている。

社、1993年)311-554頁)。また、民法法改正委員会は立法事項を、「民事訴訟法改正起草委員会決議」(松本博之ほか編『日本立法資料全集10:民事訴訟法〔大正改正編〕(1)』(信山社、1993年)』569-617頁)にまとめているが、ここに外国判決承認規定への言及はなく、起草委員会が具体的法文の起草に入る前に、主査委員会の議決を得ようとしてまとめた基本重要事項24点の中にも外国判決承認規定は含まれていない(「議民乙第1号問題 民事訴訟法改正に関する問題」松本博之ほか編『日本立法資料全集10:民事訴訟法〔大正改正編〕(1)』(信山社、1993年)』619-624頁)。

主査委員会は上記「議民乙第1号問題 民事訴訟法改正に関する問題」に取り組んでいるために、ここでも外国判決承認規定は取り扱われておらず(「民事訴訟法改正主査委員会日誌」松本博之ほか編『日本立法資料全集10:民事訴訟法〔大正改正編〕(1)』(信山社、1993年)』625-695頁)、そこで絞込まれた総会審議事項にも含まれていない(「議民甲第11号民事訴訟法改正に関する総会議案」〔同一部修正〕松本博之ほか編『日本立法資料全集10:民事訴訟法〔大正改正編〕(1)』(信山社、1993年)』697-699頁)。

- 77 鈴木・前掲(注29)258頁、松本・前掲大正民法(注75)5頁。これまでは起草委員会から始めていたのを、起案会を設けることでより慎重を期したものとされる(鈴木・前掲(注29)268頁)。
- 78 鈴木・前掲(注29)268頁(その決議を主査委員会に提案、さらに主査委員会がその決議を委員総会に提案という手順で行われた)、松本・前掲大正民法(注75)5-6頁。
- 79 承認規定は「起案会仮決定案」にも含まれていたと予想されるが、前掲注(75・76)『日本立法資料全集10:民事訴訟法〔大正改正編〕(1)』の原典である「池田寅二郎関係文書」に含まれていないため(松本・前掲大正民法(注75)12頁参照)、確認することができない。

【民事訴訟法改正起案会決定案（起草委員会議案）】⁸⁰

第316条

外国裁判所の確定判決は左の場合に限り日本に於て其効力を有す。

- 一 日本に於て外国裁判所の管轄権を否認せざるとき
- 二 敗訴の被告が日本人なる場合に於て公示送達によらずして訴訟の開始に必要な呼出又は命令の送達を受けたるとき又は之を受けざるも応訴したるとき
- 三 外国裁判所の判決が、日本に於ける公の秩序又は善良の風俗に反する事項を是認したるものに非ざるとき
- 四 相互の保証あるとき

また、起草委員会の審議結果である「民事訴訟法改正起草委員会決議案」では相互保証要件（起案会決定案316条4号）が柱書に移されたほかは、条文番号もそのまま引き継がれる。

【民事訴訟法改正起草委員会決議案（第1案）】⁸¹

第316条

外国裁判所の確定判決は左の場合に於て相互の保証あるときに限り其効力を有す。

- 一 法律に於て外国裁判所の管轄権を否認せざるとき
- 二 敗訴の被告が日本人なる場合に於て公示送達によらずして訴訟の開始に必要な呼出若し命令の送達を受けたるとき又は之を受けざるも応訴したるとき
- 三 外国裁判所の判決が、日本に於ける公の秩序又は善良の風俗に反せざるとき

1919（大正8）年7月に起草委員会が上訴に関する規定まで起案を終了した直後、法律取調委員会が廃止され、すぐに司法省内には民事訴訟法改正調査委員会が設けられた⁸²。

80 「資料475：民事訴訟法改正起案会決定案（410条まで）（起草委員会議案）」松本博之ほか編『日本立法資料全集11：民事訴訟法〔大正改正編〕（2）』（信山社、1993年）89頁。

81 「資料476：民事訴訟法改正起草委員会決議案（第1案）」松本博之ほか編『日本立法資料全集11：民事訴訟法〔大正改正編〕（2）』（信山社、1993年）129頁。

82 以上、鈴木・前掲大正民法（注75）7頁。

(4) 民事訴訟法改正調査委員会における議論(㊦の時期)

1919(大正8)年10月に第1回民事訴訟法改正調査委員会起案会が開かれ、起草方針として、上記法律取調委員会民事訴訟法起草改正起草委員会で決議された草案を議案として、継続審理することになった。法律取調委員会時代に未起案のまま終わった部分について、上記(3)と同様、起草委員会は起案会による起案をもとに審議したうえで、全体について起草を行った⁸³。ここで成立したのが、民事訴訟法改正調査委員会委員総会に提出するための「民事訴訟法改正案」である⁸⁴。

「民事訴訟法改正起草委員会決議案」316条は、「民事訴訟法改正案」において内容はそのままに、条文番号のみ323条に移動されており、これが、前述Ⅱ.2.で紹介した「民事訴訟法改正案」である。

3. 小 括

ここで、本章で検討した内容をまとめておきたい。

(1) まず、「民事訴訟法改正案」323条3号にみられた公序要件の源泉について、これは1903年前後に法典調査会第2部会が作成した「民事訴訟法案」であり、この規定は日本で初めての外国判決承認規定であった。ここでは、明治民法において執行要件とされていた「強て為さしむことを得ざる行為を執行せしむ可きとき」(明治民法515条2項2号)との要件が、承認を対象にその形を変えて「日本の法律に依れば許すべからざる行為……を是認したるものに非ざるとき」となり、さらに「公の秩序若しくは善良の風俗に反する事項を是認したるものに非ざるとき」との文言も追

83 鈴木・前掲(注29)278頁。

84 民事訴訟法改正調査委員会が本文で述べたように法律取調委員会の活動を引き継ぐ形で行われていることもあって、どこからが民事訴訟法改正調査委員会で行われたのか判断としない部分がある。ここでは、鈴木・前掲(注29)278頁本文および292頁注93に従い、「民事訴訟法改正案(起草委員会案)」が民事訴訟法改正調査委員会にて作業されたこととして分類した。

なお、本文Ⅱ.2.で紹介している「民事訴訟法改正案(第1案・議案)」323条は「民事訴訟法改正案(起草委員会案)」323条(松本博之ほか編『日本立法資料全集11:民事訴訟法〔大正改正編〕(2)』(信山社,1993年)172頁)と同じ内容である。

加されていた（「民事訴訟法案」280条4号）。

この「民事訴訟法案」280条4号の文言はその後、1915（大正4）年から始まる司法省内民法起草委員会による起案作業によって、「民事訴訟法改正起案会決定案」316条となり、ここで「日本の法律に依れば許すべからざる行為……を是認したるものに非ざるとき」が外れ、公序良俗要件のみとされ、これが「民事訴訟法改正案」323条3号となるのである。

そして公序要件の導入の理由について、起草過程においては何らの議論もなされておらず、そもそも外国判決承認についての規定をおく理由についても触れられていなかった。

（2）他方、本章での検討によって、日本における外国判決執行制度、および承認制度の創設いずれにおいても、ドイツ法が直接影響を与えていたことが明らかになった。

すなわち、明治民法において創設された外国判決執行制度について、最初の草案である1886（明治19）年の「テヒョー草案」の段階からすでに規定がおかれていた。ドイツ人テヒョーの手によるこの草案は、日本独自の規定もおかれていたものの、基本的に1877年ドイツ民法（CPO）に依拠していたのであり、外国判決執行を定める同草案595条もCPOの執行規定に類似したものであった。明治民法のその後の起草過程において、いくつかの修正が加えられていくものの、それらはいずれもCPOの外国判決執行規定たる660・661条により近寄せていく方向で修正されていた。その結果できあがったのが明治民法514・515条であって、本稿で問題としている「強て為さしむことを得ざる行為を執行せしむ可きとき」の文言も、CPO661条2項2号「強制執行の許容性に関して判断するドイツ裁判官の法によると、強制することが禁止されている行為を執行によって強制することになるとき」を継受したものであった。

次いで、大正民法で創設された外国判決承認制度について、承認に関する初めての草案である上記「民事訴訟法案」は1900（明治33年）以後に作成されたとみられており、これはちょうどその時期にドイツで成立していた1898年ドイツ民法（ZPO）328条が影響を及ぼしていることが立

法資料から明らかとなった。本稿で問題としている公序要件についても、ほぼZPO328条1項4号と同じ文言であった⁸⁵。

以上のことより、「民事訴訟法改正案」323条起草過程においては、「強て為さしむことを得ざる行為を執行せしむ可きとき」から公序要件へと文言を変える理由は示されておらず、ただ、外国判決執行要件の議論から一貫してドイツ民訴法の影響を受けてきたことが明らかになった。

IV. 結びに代えて

本稿においては、実質的再審査禁止原則と公序の関係について、ドイツ法の議論から示唆を得るための前提作業として、そもそも日本の外国判決承認執行制度における公序要件が、ドイツにおける上記議論から影響を受けたものなのか、明治民訴法、大正民訴法における起草過程を検討した結果、それが肯定されることを示してきた。以下では、今後の検討の方向性について触れることとしたい。

(1) 前述の通り、日本・ドイツいずれにおいても、外国判決承認制度に先行して執行制度が存在し、現在、承認制度も執行制度と同じく民訴法(ZPO)の中の1規定となっている。しかし、ドイツにおいて外国判決承認制度を定めるZPO328条は、当初、国際私法法典化作業の一環として議論が始められたのであり、この点で日本とは大きく相違する。

すなわち、ドイツにおいては、外国判決執行要件のみが存在する時点において、すなわち1898年ドイツ民訴法(ZPO)が制定される以前からす

85 ただし、ドイツ民訴法(ZPO)328条1項4号においては「判決の承認が良俗又はドイツ法の目的に抵触するとき(wenn die Anerkennung des Urteils gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde)とされており、「公序」の部分で「ドイツ法の目的」となっている点で厳密には異なる。ドイツにおける公序良俗論の影響を受けている部分であり(この点につき、たとえば林幸司「ドイツ民法典形成過程における『公序(Öffentliche Ordnung)』概念の消失」法学論集(駒澤大学)49号1頁)、検討を要する。

に、外国判決の承認の問題が、外国判決に基づく既判力の抗弁をいかなる要件の下で認めるかという形で議論されていた。具体的には、この外国判決に基づく既判力の抗弁の主張の際に、外国判決執行要件たるCPO661条を課すべきかについて論じられていたのであり⁸⁶、この点、この問題の実体的側面を強調する立場からは、執行とは区別すべきであるとしてCPO661条を課すべきでないとの主張がなされていた。かかる見解にたった場合には、外国判決の承認の問題は執行からは区別し、実体問題として国際私法の射程範囲とすべきと考えられた。それゆえ、その時期に始まった国際私法法典化作業において、国際私法で取り扱うべき問題の1つとして外国判決承認に関する議論が取り扱われていたし、初期の草案たるゲープハルト第1、第2草案には承認に関する規定がおかれていたのである⁸⁷。

86 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・前掲自動承認論文（注19）37-45頁参照。

87 ゲープハルト第1、第2草案における外国判決承認に関する規定は以下の通り。

【1881年ゲープハルト第1草案】

37条 (1) 判決の効力は判決国法によって決される。

(2) 外国裁判所の判決は次の場合には承認されない。

①判決国法によると判決がいまだ確定していない場合

②ドイツ法によると外国裁判所の属する国のいかなる裁判所にも管轄が存しない場合

③ドイツ法によれば強制することが許されない行為の実行、またはドイツ法が被告の行為の結果としては認めていない私罰の支払いを命じる場合

④当事者の一方がドイツ人であり、かつ7条1項、16条・18条・21条22条及び24条の諸原則に当該ドイツ人の不利になるかたちで抵触している場合

⑤被告がドイツ人であり、かつ応訴しなかった場合において、訴訟開始の呼出もしくは命令が、判決国において本人に送達されず、またドイツ帝国において司法共助の付与によってもその者に送達されなかった場合

(3) 外国裁判所の判決は、同等の判決に認められるドイツ法によって効果より大きな効果を有しない。

【1887年ゲープハルト第2草案】

37条 (1) 判決の効果は判決国法によって決される。

(2) 外国裁判所の判決は次の場合には承認されない。

①判決が外国裁判所に妥当する法律によるといまだ確定していない場合

②ドイツ法によると外国裁判所に属する国のいかなる裁判所にも管轄が存しない場合

③被告がドイツ人であり、かつ応訴しなかった場合において、訴訟開始の呼出もしくは命令が、判決国において本人に送達されず、またドイツ司法共助の付与によってもその者に送達されなかった場合

④判決の承認が善良の風俗または公の秩序に反する場合、または判決が私罰を命じる

このように外国判決の承認を国際私法で扱うべき1問題として考える場合には、外国判決の内容、とりわけ実体的側面をチェックする要件を、国際私法上の一般的抵触規則や公序と平仄を合わせて考えようとするのは自然なことであった。そして、このような外国判決の実体的側面のチェックは、それまでの、執行要件に対するいわば外形的チェックとは異なり、外国判決の実体面に立ち入るものでもある。それゆえに実質的再審査禁止原則との関係が議論されてきたのである⁸⁸。

(2) 他方、日本における外国判決承認制度創設と国際私法法典化の関係を見てみると、外国判決承認規定が創設された1926(大正15)年民訴法改正よりも約30年早い、1898(明治31)年に法例が制定され施行されている(以下、「明治法例」とする)。しかも、明治法例の起草過程においても、ドイツ国際私法草案(ゲープハルト第1,第2草案)が重視されている。

しかしながら、明治法例の起草過程においては、外国判決の承認に関する規定がおかれた形跡は見られない。

そもそも、明治法例は1890(明治23)年に公布されたものの施行延期となっていた旧法例(以下、「明治23年旧法例」とする⁸⁹)をベースとして修

ものである場合

⑤判決の言渡しにあたり、当事者の一方がドイツ人であり、かつ7条1項、16条・18条1項、21条・22条及び24条の諸原則に当該ドイツ人の不利になるかたちで抵触している場合

(3) 外国裁判所の判決に、ドイツ法によりドイツ裁判所の判決よりも大きな効力が与えられる場合には、この部分の効力は承認されない。

- 88 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、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(内国人保護のための準拠法条項、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・前掲自動承認論文(注19)23頁参照)。
- 89 旧法例の不備の原因として、当時最新の立法案であったドイツのゲープハルト第1,第2草案がまったく参照されていなかったことについて、川上太郎『日本国における国際私法の生成発展』(有斐閣,1967年)60頁。

正するという方法で起草作業が進められたものである⁹⁰。その修正作業は、できる限り万国に共通の規定を作るとの方針の下でなされ、中でも当時最新の立法案だった上記ドイツ国際私法草案（ゲープハルト第1、第2草案）が重視されていた⁹¹。

ところが、起草者であった穂積陳重は前提として、旧法例を修正すべき理由として、「不要ないし他の法律に規定すべき事項を含んでいる」ことを掲げていた。そしてその一例として、もともと明治23年旧法例に存在した外国判決執行に関する規定——執行は執行国法による旨規定するものであった——を挙げ⁹²、このような手続面の問題については不要、ないし民訴法に移すことが妥当であるとした⁹³。それゆえ結局、明治23年旧法例の執行規定は明治法例では外されることになった。さらにこの関連で、穂積は「外国判決の効力に関して」も規定を置く必要があることについても、ゲープハルト第1草案他を挙げて言及するものの、日本ではこれを訴訟法に譲るとの旨を、明治民訴法514条・515条を挙げて示している⁹⁴。この点、明治民訴法514条・515条は上述の通り、外国判決の「執行」要件なのであるから、「承認」要件を訴訟法におくべきとするための論拠としては十分ではないも

90 旧法例は、民商法とともに明治26（1893年）から実施されることになっていたものの、公布後その実施についての激しい反対が出たため、明治25年11月24日法により明治29（1896）年まで延期されることになる（川上・前掲（注89）50頁以下）。その後、本文中に記した明治31年法例が成立し、とって代わられることになる。旧法例実施延期の事情については、同・51頁以下。

91 川上・前掲（注89）74-76頁。

92 旧法例13条「訴訟手続は其訴訟を為す国の法律に従う。裁判及び合意の執行方式は其執行を為す国の法律に従う」。なお、旧法例の起草過程においては、「裁判及び契約の執行方法は其執行を為す国の法律に従う」との、外国判決の執行に関わる規定がおかれていた（民法草案人事編理由書、19条）。この点につき、川上・前掲（注89）26頁以下。

93 旧法例の修正が必要な理由として、起草者は、旧法例中には他の法律で規定すべき事項を定める規定が含まれており妥当でないとし、その中に訴訟手続について法廷地法、執行方法について執行地法の原則を定める旧法例13条を挙げている（川上・前掲（注89）72頁）。なお、その他の理由としては、一般法律の適用に関する通則を規定するものではあるが、旧法例には無用の規定が含まれていること、本国法主義を定める旧法例3条が「人の身分及び能力」「親属の關係及び其關係より生ずる権利義務」に適用するというのは広すぎるということが挙げている（川上・前掲（注89）72-73頁）。

94 川上・前掲（注89）55頁。

の、日本の起草者が外国判決承認の問題を国際私法の枠外としたことが読み取れる。

その後、民訴法の改正作業が行われることになり承認要件が民訴法内に起草されることになるが、その理由は、本稿Ⅱ. 2. で紹介した通り、外国判決承認の問題は「強制執行の手續に関するよりは」「判決の既判力の問題」として定めたほうがよいとされるのみでそれ以上の説明はなく、たしかに既判力というキーワードは出ているものの、実体的側面からのさらなる検討、ましてやすでに法典化が終了していた国際私法との関係についての考察へとつながるものではなかった。むしろ、すでにドイツでは外国判決承認規定が民訴法内に創設されていた(1898年ZPO328条)ために、それに合わせて日本においても民訴法に承認規定を創設されたに過ぎないと推測されることは、本稿ですでに述べた通りである。このように日本においては、外国判決承認規定の起草作業は国際私法の法典化とは無関係に、もっぱら民訴法の改正問題として取り扱われてきた。

(3) 以上のように、ドイツと日本いずれにおいても外国判決執行要件が承認要件として基本的に引き継がれ、執行要件と同じく民訴法の中に規定されるに至ったとしても、ドイツにおいては、承認規定を創設するにあたって承認要件には執行要件とは異なり、実体的側面に配慮した議論がなされていたのであって、その観点から外国判決執行要件審査に関しておかれた実質的再審査禁止原則が、外国判決承認要件創設にあたってどのように作用するかが論じられている。これに対し、日本においては、外国判決の承認要件創設はあくまでも民訴法改正議論の中で扱われたものであり、しかもそれはドイツにおいてすでに民訴法の中に創設済みだった承認法制に倣ったにすぎない。

とすれば、日本における外国判決承認執行法制を考えるにあたっては、このようなドイツにおける議論を前提とした検討が必要であることになる。そこで次稿においては、ドイツにおいて外国判決承認要件の創設に際して、どのような議論がなされていたのかについて検討を進めていくことにしたい。