

外国判決「自動承認」制度の意義（下）

釜谷真史

- 第一章 はじめに
- 第一節 問題の所在
- 第二節 ドイツ民法三二八条制定過程概観
- 第三節 本稿の構成
- 第二章 民法典制定第一委員会審議にいたるまで
- 第一節 ゲープハルト第一草案
- 第二節 ゲープハルト第二草案
- 第三節 小括（以上、前号）
- 第三章 民法典制定委員会における審議
- 第一節 民法典制定第一委員会審議
- 第一項 概観
- 第二項 判決の効果の準拠法に関する議論
- 第三項 内国公序要件に関する議論
- 第四項 内国人保護要件に関する議論
- 第五項 相互性に関する議論
- 第六項 民法第一草案
- 第二節 民法典制定第二委員会審議
- 第一項 概観
- 第二項 判決の効力の準拠法および確定性要件に関する議論
- 第三項 内国人保護要件および内国公序要件に関する議論
- 第四項 民法第二草案
- 第三節 民事訴訟法改正作業
- 第四節 小括
- 第四章 考察
- 第一節 手続を必要としない承認制度の意義
- 第二節 「自動承認」制度とは何か
- 第五章 おわりに

第三章 民法典制定委員会における審議

第一節 民法典制定第一委員会審議

第一項 概観

一八八一年一〇月四日より民法典制定第一委員会においては始められた民法草案に関する審議であるが、国際私法に関する部分の審議が後回しにされたことは前述の通りであり、国際私法に関する部分草案が審議の対象とされたのは一八八七年九月の第六九九会期になってからであった。⁽¹⁰⁷⁾この時点では、ゲープハルト第二草案が完成していたため、第一委員会では結局、ゲープハルト第一草案には触れられることなくゲープハルト第二草案についての審議が進められた。

審議の前提として最初に、外国判決の承認の規定を、民訴法六六一条の執行規定とは別に改めて規定する必要があるかについて議論された。⁽¹⁰⁸⁾その際の議論は以下のようなものであった。民訴法六六一条はその構成と規定の位置からも明らかのように、外国判決の執行のみを扱っている。この点、学説・実務における通説によると、この六六一条の規定は、間接的に外国判決の実質的確定力についても規定していると考えられるとされている。しかし仮に、民訴法六六一条の規定に外国判決の承認についての間接的判断が見出されるとしても、それだけでは十分とはいえない。訴訟法的見地から見ても執行とは全く異なる、外国判決の実質的確定力の承認の問題については規定が存在しないのであり、ここには法規の欠缺が存在する。よって外国判決の承認についての規定を創設する必要はある。このような見解が、委員会の多数を占めたのである。

その後、個々の動議についての審議が進められた。ゲープハルト第二草案三七条二項一号（外国判決の確定性）、二号（外国裁判所の管轄）、三号（外国訴訟における送達）に関しては、ほぼ草案通りで審議を通過した。⁽¹⁰⁾ これ以外の規定についての審議について、以下見ていくことにしよう。

第二項 判決の効果の準拠法に関する議論

ゲープハルト第二草案三七条一項および三項、すなわち、判決の効果は判決国法によって決し（三七条一項）、外国判決には、それと同等の判決にドイツ法によって認められる効果よりも大きな効果を有しない（同条三項）との規定について、以下のような議論を経て、結果としては、ゲープハルト第二草案が、草案理由の内容とともにほぼそのまま受け容れられた。ただし、「判決の効力は、判決裁判所が属する国の法が決する。しかしながら第三者に対する効力は、効力がドイツ法と両立しない限りにおいて排除される。」と一項にまとめられることになった。⁽¹¹⁾

審議においては、外国判決の効力をどの法によって考慮するかについて、立法的判断が必要であることが確認され、順次ゲープハルト草案理由書の内容が審議された。すなわち、外国判決の効力は判決を下した国の法律が基準となり、客観的既判力の問題に関してももっぱらこの法が判断するとする。⁽¹²⁾ というのも、確定力ある判決中に存在する、当事者間で争われている法律関係についての最終的な判断というものは、それが訴訟遂行の過程と密接な関係を持つがゆえに、その判断の射程範囲は当該判決国法によって決せられ、これが維持されなければならないからである。しかし、外国判決の第三者に対する効力は別理解されなければならない。第三者は訴訟になんら関与していないことを考慮すると、外国判決は、当該判決が内国裁判所に

おいて下されていたのであれば得ていたであろう効力以上の効力を持つことはできない、との制限を設けられるべきというのである。⁽¹⁴⁾ 以上のように検討され、第三者に対する効力、という点が明言されたほかは、基本的にゲープハルト草案の内容で審議を通過した。

第三項 内国公序要件に関する議論

ゲープハルト草案三七条二項四号の規定は、「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、判決が私罰の宣告を含む場合」と、前半と後半の二つの内容を持っていた。審議当初、動議1aとして「四号規定のうち、私罰を命ずる判決の不承認に関する部分を削除すること」との動議が出されていた。⁽¹⁵⁾ 審議の結果、後半部分である私罰に関する部分を削除し、前半の一般的公序条項を維持することが決定された。⁽¹⁶⁾

審議においては、多数説は、ドイツ民法六六一条の沿革上、このような一般的公序条項が実質的再審査禁止原則との関係で、問題を抱えてきたことを認識していた。その上で多数説は、ゲープハルト草案理由書も示しながら、内国実質法である民法草案一〇六条の一般的公序規定（「その内容が公序良俗に反する法律行為は無効である」）や、国際私法における一般的公序規定である民法草案三五条（「外国法は、その適用が公序良俗に反するときには適用されない」）に鑑みると、内国の公序を守ろうとする規定は、外国判決の承認の場面にも必ず必要であると論じる。⁽¹⁷⁾ また同時に、このような規定を創設したとしても、これによりもたらされる実質的再審査禁止原則の変更はわずかなものにすぎず、現実的な困難や耐え難い状態が発生することはないだろうと考えていた。⁽¹⁸⁾

その上で、草案中の私罰に関する要件を削除する動議については承認された。なぜなら、この要件は前述のとおり、国際私法の規定における私罰に関する規定である、ゲープハルト第二草案一二条二項「(不法行為の債権債務関係については、不法行為が行われた地の法によるが) 外国法の適用の際に生じる私罰に関しては認められない」との規定に対応して設けられたものであった。しかし、国際私法上の私罰に関する規定は、この国際私法上の公序に関する草案三五条に吸収されるべきものとして削除されたことを考えると、外国判決承認の場面で、今なお私罰を強調して規律する意味はないとされたのである。⁽¹⁹⁾

第四項 内国人保護要件に関する議論

ゲープハルト第二草案三七条二項五号は、一定の国際私法の条項を掲げ、問題となる外国判決がこれらの国際私法規定とドイツ人の不利になるよう抵触する場合には、当該外国判決の承認を認めないとするものである。この内国人保護要件に関しては、ゲープハルト草案理由書の内容が大まか認められた。もつとも、掲げられる国際私法の条項の範囲が広すぎるとされ、⁽²⁰⁾審議冒頭で動議1bとして、「五号において対象とされている条文から草案七条一項を削除すること」との動議が出された。⁽²¹⁾ゲープハルト第二草案七条一項とは、行為能力の問題について原則として本国法に送致することを定めるものであったが、完全に本国法に送致するわけではなく、三項で内国取引保護規定を設けているものである。⁽²²⁾そのため、ゲープハルト第二草案三七条二項五号において守ろうとする内国人保護の要請は、七条自体で図られており、三七条で重ねて保護する必要はないとされたのである。⁽²³⁾

第五項 相互性に関する議論

Gebhardは第一草案、第二草案を通じて、外国判決の承認に関しては相互性の要件を必要としない見解を貫いていた。これに対し、審議冒頭で、動議1cとして、以下の動議がなされていた。⁽¹²³⁾

「六号として、『相互性が保証されていない場合』との規定を加えること。ただし、ドイツ法によると職権主義が妥当するすべての身分事件、すなわち婚姻の存在確認・無効・取消可能性もしくは離婚、子の嫡出性の否認、または親子関係の存在の確認を対象とする訴訟において、一方当事者がドイツ人である場合には、ドイツ裁判所が専属管轄を有するとする、または内国の裁判籍を認める、という内容を施行法に規定することを留保する。」

審議において、相互性不要とすべきこと、そしてその理由としてGebhardが掲げていた論拠は、多方面から評価を受けるものであった。⁽¹²⁴⁾しかしそれにもかかわらず、委員会の多数派は、相互性要件を必要であると考えた。なぜなら、相互性要件といたった重要で、純粋な法律学的見地のみによつては判断することができないような問題においては、すでに存在する民法六六一条二項五号「相互性」要件と異なる判断をなすべきではないからというのである。また、外国判決の承認要件の規律が執行要件の規律と異なるということは、不合理なものであり避けるべきであった。⁽¹²⁵⁾

その他に相互性要件を導入すべきとする積極的な論拠はとくに挙げられなかったが、Gebhardが相互性要件を導入することに対して憂慮するような、実際上の問題点について触れ、そのような問題は生じないであろうとされた。というのも、上述動議1cに提示されるような方向で施行法の中に規定が設けられた場合には、そのことによつて解決されるであろうという。すな

わちGebhardは、身分関係事件において外国居住の内国人は、住所を有する国に専属管轄を有すると定めるドイツ管轄法が存在するために、外国において訴えを提起しなければならないにもかかわらず、相互性という政治的性質を有する要件を理由としてかかる外国で得た判決を承認してもらえないというのは不合理であると指摘していた。しかし、施行法によりかかる管轄法が改正された場合には、内国における訴え提起の道が開かれるのであり、少なくともこの点に関しては問題が解消するといふことになるのである。⁽¹²⁶⁾

さらに、外国人の身分事件に関してその本国で下された判決に関しては、相互性の保証の有無を、個別に、当該事例を内国と当該外国で立場を入れ替えた事例において、ドイツ裁判所の判決が当該外国において承認されるか否かで判断すると解釈するのであれば、承認が拒絶されるようなことにはならないであろう⁽¹²⁷⁾。なぜなら、ドイツ裁判所によってドイツ人の身分関係事件に対して下した判決に対して、外国が承認を拒絶することはまず考えられず、したがって相互性は存在すると判断されるから、というのである。

第六項 民法第一草案

以上のような第一委員会での審議を経て、外国判決承認に関する規定は民法第一草案二五条に規定されることになった。⁽¹²⁸⁾ 民法第一草案二五条は次のような規定である。

【一八八七年民法第一草案】

二五条 (1) 判決の効力は判決国法により決する。しかしながら、第三者効については、この効力がドイツ裁判所の判決に与えられていない場合には認められない。

(2) 外国裁判所の判決の承認は以下の場合にはなされない。

- ① 判決が判決国法によると、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が属する国のいかなる裁判所にも管轄が存しない場合
- ③ 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
- ⑤ 判決の言渡しにあたり、ドイツの当事者が不利になるかたちで、八条、一〇条一項ないし三項、一三および一四条、また一〇および一三条の規定に関する限りにおいて一六条に抵触している場合⁽¹²⁹⁾
- ⑥ 相互性が保証されていない場合

第二節 民法典制定第二委員会審議

第一項 概観

民法典制定第二委員会は一八九〇年二月一日招集され、一八九一年四月一日委員会審議が開始された。⁽¹³⁰⁾ 外国判決承認に
関する規定は民法第一草案二五条として、一八九五年三月に第二委員会第四〇九会期において審議の対象となった。⁽¹³¹⁾

一 第二委員会で審議された内容の中で——とりわけ本稿との関係において——最も重要な点は、ゲープハルト草案の段階から国際私法規定の一環として民法制定作業のなかで行われてきた外国判決承認規定は、民訴法に規定すべきであり、民訴法改正作業において外国判決承認規定を起草する旨が決定されたという点であろう。国際私法の起草過程においてはじめて明文

規定をおくことが検討された承認規定が、ここではじめて、現行法同様に民法法において規定されるべきことが論じられるのである。

しかしながら、なぜ民法法に規定されるべきなのか、その理由について審議録からは直接明らかにならない。

すなわち、審議では冒頭で動議1として、外国判決の承認に関する第一草案二五条全体を、民法法二九三条のf条に移し規定すること(動議1a)と、一八七七年民法法六六一一条一項実質的再審査禁止原則のあとに二項として次のような規定をおくべきこと(動議1b)が提案された。⁽¹²⁾

「執行判決は、外国裁判所の判決が判決国法によって確定力を生じた場合にのみ、下される。執行判決は、二九三条f条により内国において当該判決の承認がなされない場合には、下されない。」

しかし審議においては、民法法に移動することそのものについての議論はなされず、後述の、各承認要件の仕方に力点がかかることになる。そして、民法法に移動することについては、民法法六六一一条二項についての動議1bとともに、二五条についての議論の最後に、採択されることが述べられるのみなのである。もともと、民法法六六一一条の改正に関する動議1bとあわせて論じる説明からは、もともと外国判決については執行に関する規定が民法法にあるのであり、また承認規定の創設に合わせて執行規定も改正が加えられるのであるから、執行規定と平仄をあわせて民法法に規定すべきであると考えていたことは推測できる。いずれにせよこれ以降、外国判決の承認についての議論は民法(国際私法)そのものの制定作業から離れ、民法制

定に伴う民訴法の改正作業の中で取り扱われることとなる。

二 動議1においては、前述のように、外国判決承認規定の制定を民訴法改正作業にゆだねることと同時に、具体的承認要件を次のように修正することが提案された。第一に、判決の効力について定める第一草案二五条一項と判決の確定性を要求する同条二項一号の削除、第二に、一定の場合について内国人保護を定める同五号の削除（以上、動議1a^α）、第三に、一般的公序条項である同四号の修正である（動議1a^β）。民法典制定第二委員会の審議は、おもにこの動議を中心になされている。そのため、この動議に含まれていない論点である相互性要件については、反対意見も唱えられず、そのまま承認されるにいたっている。⁽¹³³⁾

そこで、以下では、動議1aの上述の三点について、どのような議論が展開されたのかをみていくことにしたい。なお、動議1bは、第一の点である判決の確定力に関する要件の削除といたいのものとして提案されている。そこで、第一の点に関しては、動議1bも含めて検討することとする。また、第二の点である、五号の内国人保護条項の削除に関しては、第三の点である一般的公序条項を定める四号に関連付けて議論がなされているため、これらはまとめて検討することとしたい。

第二項 判決の効力の準拠法および確定性要件に関する議論

審議では、最初に、外国判決の効力について定める第一草案二五条一項を削除する点について、多数決が得られた。

まず、当該外国判決の内容がどのようなものであるかを、当該外国裁判所に適用される法律、つまり判決国法が決定すること自体については正当であり、また当然のことでもあるという。⁽¹³⁴⁾しかし、審議では、この規定によりドイツ裁判官はいずれに

せよ、当該判決の第三者効について、問題となる法律関係の準拠法がドイツ法であるか否かを区別しなければならぬのでないかとの指摘がなされた。⁽¹³⁵⁾ 準拠法がドイツ法である場合、外国判決はドイツ裁判所の判決が有するよりも広範な効力を持つことはできないことは当然であり、この意味で、同条一項二文の制限は正当であるがまた当然のことだといふのである。他方、外国法を準拠法として裁判がなされたような場合、ドイツ法が同様の事例において当事者に限って判決の効力を認めるからという理由だけで、外国法が判決に対し第三者効力を認めるといふことを否定することは妥当ではないとの声が上がったのである。⁽¹³⁶⁾

したがって、上述の一項に規定されていた内容は、学説あるいは実務のなかで実現されることを信託することとし、条文上は削除することで合意された。

次に、外国判決の確定を要求する一号の削除が提案され、合意がなされた。⁽¹³⁷⁾

審議では次のような議論がなされた。すなわち、一号に規定されている外国判決の確定要件は、もとは一八七七年民訴法六六一条二項一号に定められていた確定要件を、承認要件の中に移したものである。しかし、この確定要件は外国判決の執行に關しては意義があるものの、外国判決の承認に關しては、この要件は当然のものであり規定するに及ばないことになった。⁽¹³⁸⁾ そこで、確定要件を承認要件から削除することについては合意が得られた。その上で、動議1bのように執行の場面に關してはあらためて確定要件を課すかどうかが問題となるとされたが、最終的には、確定要件を民訴法六六一条二項の中で補おうとする動議1bが採択されることになった。

第三項 内国人保護要件および内国公序要件に関する議論

第一草案二五条二項四号および五号の要件については、審議においては、一般的公序条項を定める四号から議論がなされた。まず、四号に定める一般的公序条項は、第一草案二四号⁽¹³⁹⁾に定める国際私法上の公序が前提となっている点について、合意が得られた。⁽¹⁴⁰⁾ 国際私法上の公序の根底に存在する原則は、外国判決の承認の場面にも貫徹されなければならないというのである。したがって、当該外国判決の承認が善良の風俗またはドイツ法の目的に反する場合、また、当該外国判決が外国人の権利を不当な方法で侵害する外国法に基づく場合には、当該外国判決の承認は拒絶されるべきであるとされる。

次に、第一草案二五条二項五号の内国人保護条項について、この規定を削除すべきであるとの動議の論拠が紹介される。⁽¹⁴¹⁾ 内国人保護条項の削除が必要な根拠は、五号が存在することによって、四号に規定される一般的公序条項の意味が曖昧になる点にあるという。具体的には、四号は、外国判決が「ドイツ法」の目的に反するときには承認されない旨規定するが、ここでいうドイツ法とは、ドイツ国際私法の規定をも含むと解釈しうる。とするならば、外国裁判官が五号に掲げる国際私法規定の目的に反するようなかたちで考慮しなかったことをもって、四号の「ドイツ法の目的」に反するものとして承認を拒絶することになりうる。また、五号に掲げるドイツ国際私法の原則が外国裁判官によって考慮されなかったという事案に関しても、これがドイツ法の目的に反するものと捉えられるがゆえに、当該外国判決の承認が拒絶されるのだとも考えうるという。

しかし多数派は、第一草案二五条四号のもとで考慮されるドイツ法とは、ドイツの実質法に限らず、国際私法をも含むというその前提自体の正当性に問題があると主張したため、五号の削除は見送られた。⁽¹⁴²⁾

もっとも、多数派によっても、五号で列挙されている事例は四号の一般公序規定において示されるような問題意識を具体化

するものであること、それ自体については認められるにいたった。そこで審議の過程において、「とくに (insbesondere)」という言葉を用いて、五号の内容を四号に挿入し、四号に一本化するという案が提案され、採択されることになったのである。⁽¹⁴³⁾

第四項 民法第二草案

一 民法典制定第二委員会四〇九会期終了後すぐ、四一〇会期に入る前の段階で、第二委員会決議暫定集成 (Vorläufige Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs)⁽¹⁴⁴⁾がまとめられた。⁽¹⁴⁵⁾暫定集成は「国際私法 (Internationales Privatrecht)」と題して国際私法規定を一条から二七条までにまとめているが、その末尾には、第一に、第一草案二五条が削除されること、また二五条二項の代わりに、施行法草案一一条において次のような民法規定をおくべきことが記されている。⁽¹⁴⁶⁾

【第二委員会決議暫定集成】

民法法二九三条f条 外国裁判所の判決は、以下の場合には承認されない。

①ドイツ法によると外国裁判所が属する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を通じても送達されなかった場合

③外国判決の承認が善良の風俗もしくはドイツ法の目的に反する場合、または判決が外国人の権利を不当な方法で侵害する外国法を適用する場合。なおドイツ法に反する場合としては、とくに、判決においてドイツ当事者の不利になるようなかたちで、一〇条、一二条一項ないし三号、五号、および一五条、一六条、一八条の規定に抵触する場合をいう。

④相互性が保証されていない場合

第一草案と大きく異なる要件は三号要件である。これは四〇九会期において、第一草案二五条二項四号および五号の内容は、「*insbesondere*）」という言葉を用いて一つの条項としてまとめるべきであるとされたことを受けたものである。⁽¹⁴⁷⁾

第二に、民訴法六〇一条二項には次のような規定を補充すべきであると記されている。

執行判決は、外国裁判所の判決がその裁判所に適用される法によって確定力を得ているときに限って下される。

執行判決は、当該判決の承認が二九三条f条によって認められないときには下されない。

二 この第二委員会決議暫定集成に関しては、その後一八九五年五月から一〇月にかけて開かれた、第二委員会四二〇会期⁽¹⁴⁸⁾において、ごく簡単に議論の対象とされている。ここで出された動議は、決議暫定集成において定められる民訴法二九三条f条の三号後半の「なおドイツ法に反する場合としては、とくに、判決においてドイツ当事者の不利になるようなかたちで、一条、……一八条の規定に抵触する場合をいう」との部分削除することを求めるものであり、また、その代わりに三号aとして、「判決において判決において、ドイツ人当事者の不利になるかたちで、一〇条、……の規定に反する場合」という要件を付け加えるべきことを提案するものであった。⁽¹⁴⁹⁾これは四〇九会期での決定事項を翻し、第一草案の規定ぶりに戻すことを意味するものである。

この点、第一草案二五条二項四号と五号は、いずれも内国規範の目的を考慮すべきである点で共通するものの、四号は実質

法上の秩序を問題とするのに対し、五号は国際私法上の秩序を問題とする点で議論の平面が異なるのであり、別個の要件としたほうがよいとして、この動議は採択された。

この議論を経てまとめられたのが、編集会議決議暫定集成 (Zusammenstellung der Beschlüsse der Redaktions-Kommission) ⁽¹⁵⁰⁾ である。ここでは上述の、三号後半を三号 a として独立すべきとの決議を受けて、四号が設けられている。そして、この編集会議決議暫定集成の内容を変えることなく、条文番号のみを変更して確定したものが、第二草案である。編集会議決議暫定集成および第二草案は内容を同じくするので、以下まとめて紹介することにしよう。⁽¹⁵¹⁾

【編集会議決議暫定集成】

施行法草案一条において以下の点が規定されるべきである。

一、次の規定を、民法法二九三条 f 条として制定すること。

外国裁判所の判決は、以下の場合には承認されない。

① ドイツ法によると外国裁判所が属する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を通じても送達されなかった場合

③ 判決の承認が善良の風俗もしくはドイツ法の目的に反する場合、または判決が外国人の権利を不当な方法で侵害する外国法を適用する場合

④ 判決において、ドイツ人当事者の不利になるかたちで、民法二二四五条、二二四七条、二二五二条ないし二二五四条、または二二四八条に抵触する場合

⑤ 相互性が保証されていない場合

二、六六一条二項は次の規定によって補充されるべきである。

執行判決は、外国裁判所の判決がその裁判所に適用される法によって確定力を得た場合に限り下される。

執行判決は、当該判決の承認が二九三条f条によって認められない場合には下されない。

その後、若干の修正が加えられた修正第二草案が提出され、これが連邦参議院提出草案として用いられることになった。⁽¹⁵²⁾

三 一八九五年一月二日および一八九六年一月八日に行われた、民法典制定第二委員会四五〇会期および四五三会期においては、第二草案において指示されている民訴法の改正に關しての議論が取り上げられた。このうち、四五〇会期においては、第二草案にいうところの二九三条f条に關して、異議はとくに出されず、同様の内容をもつ二九三条h条として民訴法に導入することとされた。⁽¹⁵³⁾ また四五三会期においては、第二草案六六一条二項の内容について、草案の内容通りに変更されることが異議なく承認された。⁽¹⁵⁴⁾

続いてまとめられた、決議暫定集成 (Fassung der Regelung in der Vorläufigen Zusammenstellung) 二九番に二九三条g条の制定について、また、八四番に六六一条二項の改正内容に關しての規定が見出されるが、⁽¹⁵⁵⁾ 一般的公序条項を定める三条に、「判決が不当な方法で外国人の権利を侵害する外国法を適用する場合」を付け加えている点を除けば、第二草案の内容とほぼ同じである。

その後の、裁判所構成法・民訴法・倒産法および民訴法倒産法施行法に關する改正法（以下、民訴法等に關する改正法とする）の連邦参議院提出草案第二編の三三番において、二九三条g条として第二草案二九三条f条の内容が取り込まれることが規定され、また同草案第二項八七番において六六一条二項の改正の内容についても取り扱われた。⁽¹⁵⁷⁾ 本草案に定める二九三条g条は、第二草案二九三条f条と比べてみると、第二草案においては内国人保護条項が四号、一般的公序条項が三号であったの

が、改正法においては、内国人保護条項が三号、一般的公序条項が四号と配置が逆になっているが、その他の点ではほぼ同様の規定となっている。

第三節 民事訴訟法改正作業

以上は民法典制定第二委員会での作業であったが、これ以降は、民法典制定に伴う民事訴訟法改正作業に舞台を移すことになる。

一 帝国司法庁が出した一八九七年五月一四日の、民事訴訟法改正法の基本原則と題する書面では、第二草案同様、二九三条fの新設と、六六一条二項の改正がうたわれている。⁽¹⁵⁸⁾この基本原則は第二草案と比べると、二九三条f条では、前述の民事訴訟法等に関する改正法同様、三号と四号の順序が入れ替えられており、また内国人保護を定める三号の内容に若干変更が加えられているほかは、すでに規定のあったものに関しては大きな変動は見られない。しかし、二九三条f条に二項をおき、一定の事案に対しては五号に定める相互性要件が適用されない旨、規定している。相互性の適用除外の条項が新設された点で、目新しいものである。

そして一八九七年一月に、連邦参議院に対して民事訴訟法改正法に関する連邦参議院提出草案が出され、⁽¹⁵⁹⁾同じ内容で一八九七年一月二月帝国議会に同草案が帝国議会提出草案として提出された。⁽¹⁶⁰⁾本草案二九三条f条において外国判決の承認に関する規定がおかれることと、⁽¹⁶¹⁾六六一条には二項がおかれること⁽¹⁶²⁾が示された。

【民事訴訟法連邦参議院・帝国議会提出草案】
八一・二九三条以下に次の規定をおく。(中略)

二九三条f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、かつ応訴しなかつた場合において、訴訟開始の呼出もしくは命令が、判決国内で本人に送達されず、またはドイツ司法共助の付与により送達されなかつた場合
- ③ 判決において、ドイツ人当事者の不利になるかたちで、民法施行法一三条一項もしくは三項、一七条、一八条、二二条の規定、もしくは二三条一項に關係する同法二七条の規定の一部と抵触するとき、または同法九条三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一三条二項に抵触する場合
- 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) 本条五号は、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。

一七二、六六一條二項の場合に次の規定をおく。

- (1) 執行判決は、外国裁判所の判決がその裁判所に適用される法によつて確定力を得た場合に限り下される。
- (2) 執行判決は、当該判決の承認が二九三条f条によつて認められない場合には下されない。

改正理由書においては二九三条f条各号について、とくに民法六六一条との相違点に触れて説明を加えている。冒頭において、外国判決承認規定設置の理由が簡潔に述べられている。すなわち、これまで民法六六一条において外国判決の執行に關してのみ規律をおいていたが、外国判決の確定力は執行の場合のみならず他の方面においても考慮されるとして、国際私法に關する規定を民法施行法に規定することと関連して、外国判決承認に關する規定を一般的に民法二九三f条として規律することにした、とされている。⁽¹⁶³⁾

二 その後審議ではとくに異議が出されることはなく、民法改正に関する一八九八年五月一七日法（以下、一八九八年民法改正法とする）が成立するにいたつた。⁽¹⁶⁴⁾一八九八年民法改正法九一番、一八九八年の規定は、民法改正法連邦参議院・帝国議会提出草案民法八一番、一七二番とまったく同一の規定である。

こうして誕生したのが一八九八年の改正民法である。⁽¹⁶⁵⁾二九三条f条は三二八条となり、一八七七年民法六六一条二項の改正については、六六一条が六六〇条とともに七二三条、七二二条に移動したことにともない、七二三条二項においてなされることになった。以上のように、一八九八年改正民法によって、ドイツの新しい外国判決承認執行制度が誕生することになったのである。

【一八九八年改正民法】

三二八条 (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、訴訟開始の呼出もしくは命令が、判決国内で本人に送達されず、またはドイツ司法共助の付与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、民法施行法一三条一項三項、一七条、一八条、二二条の規定、あるいは一三条一項に關係する同法二七条の規定の一部と抵触するとき、または同法八条三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一三条二項に抵触する場合
 - 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) 本条五号は、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。

- 七二三条 (1) 外国裁判所の判決に基づく強制執行は、執行判決により執行が許されることを宣言した場合に限り、なすことができる。
- (2) 執行判決を求める訴えは、債務者の普通裁判籍、所在地の区裁判所、または地方裁判所が管轄し、普通裁判籍がないときは、第二三条により債務者に対して訴えを適することができると区裁判所または地方裁判所が管轄する。
- 七三三条 (1) 執行判決は裁判が法律に適合するかどうかを審査しないとする。
- (2) 執行判決は外国判決が判決国法によると確定した場合において、なすことができる。
- (3) 判決の承認が第三二八条により認められない場合には執行判決はなされない。

第四節 小括

以上、外国判決承認規定が、Gebhardによりゲープハルト第二草案に規定されてから、最終的に一八九八年改正民法に規定されるまでをみてきた。それではここで、ゲープハルト第二草案における承認規定と、それ以後の草案、すなわち第一草案、第二草案、そして一八九八年民法における承認規定との間には、どのような同一点および相違点があり、その際にはいかなる議論がなされていたのか、本稿との関係で問題となる点についてまとめてみたい。

第一に、外国判決承認制度がおかれる法典についてである。ゲープハルト第二草案においては、外国判決承認規定は国際私法の一規定として規定されており、これが第一草案までは引き継がれる。しかし、第二草案以降は民法に規定すべきであるとされ、これが一八九八年民法まで引き継がれる。この点について、民法典制定第二委員会においてはほとんど議論がなされていない。ただ、民法六六一條二項への規定を創設するという点とひとくくりになされて、変更の動議が採択されるのみであった。⁽¹⁶⁶⁾

第二に、承認された外国判決の効果についてである。ゲープハルト第二草案においては、外国判決の効果に関する規定が承認要件として創設されていたが、この規定は第一草案までは維持されたものの、第二草案以降は削除されている。ここでは、外国判決の効果が判決国法によって決されるのは当然であり規定をおく必要はないとされ、他方、判決国法で認められる外国判決の効果の範囲を内国法によって制限することは、とくに準拠法を外国法として判断している場合に関しては議論の余地があるとして、いずれにしても規律が見送られることになっていた。⁽¹⁶⁷⁾

第三に、公序要件についてである。ゲープハルト第二草案においては、執行要件において掲げられていた公序要件よりもより詳細な公序要件を掲げていた。すなわち、一八七七年民訴法六六一一条においては内国における強制が許されない行為のみを拒絶事由としていたが、ゲープハルト第二草案では外国法上の私罰を拒絶すると共に、一般的公序条項および内国人保護条項を創設していた。かかる公序条項に関してはその後もおおよそGehardの議論が支持され、私罰については削除されたものの、残る一般的公序条項および内国人保護条項については、第一草案以降も維持されていた。⁽¹⁶⁸⁾

第四に、相互性要件についてである。ゲープハルト第二草案では、承認に関しては相互性は必要がないとして、承認要件としては相互性を必要としていなかった。しかし、第一草案において相互性要件が採用され、これが第二草案以降も維持されることになった。ここでは、Gehardの承認と執行の本質にさかのぼる議論に対しては理解が示されたものの、相互性のような政治的要素の強い要件についてはとくに、すでに存在する民訴法要件とは異なる判断は控えるべきであるとする意見が出され、またGehardが指摘するような導入により生じる実際の問題は、別途解決が可能であるとされたことにより、結果として導入が決定された。⁽¹⁶⁹⁾そしてその後は議論がなされることなく、一八九八年民訴法に引き継がれているのである。

以上がゲープハルト草案以降、民訴法三二八条にいたるまでの議論であった。次章においては、かかる検討をもとに、外国判決「自動承認」制度の意義——特別な手続を必要としない承認制度の意義——について考えることにしたい。

注

- (107) *Hartweg, a.a.O.* (Fn. 19) S.31. *Hartweg/Korkisch, a.a.O.* (Fn. 19) S.147ff.
- (108) *Hartweg/Korkisch, a.a.O.* (Fn. 19) S.150. なお、一九九〇年『Jakobs/Schubertの手により、主としてHartweg/Korkischの資料集を補充するものについて』資料集成が刊行されている（*Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert* [Hrsg.], *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Einföhrungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Nebengesetze*, (Berlin/New York, 1990). なおこの点については、見玉Ⅱ大中・前掲（注18）Ⅹ頁以下参照）。そのため、Jakobs/Schubert, a.a.O. S.255ff.においても、議事録を参照することができ。
- (109) なお、草案三七条二項「外国裁判所の判決に承認は拒絶される（Dem Urteile eines ausländischen Gerichtes ist die Anerkennung versagt.）」から、「外国判決の承認は拒絶される（Die Anerkennung des Urteils eines ausländischen Gerichtes ist ausgeschlossen.）」へと変更された。*Hartweg/Korkisch, a.a.O.* (Fn. 19) S.151.
- (110) なお、ゲープハルト第二草案三三六条については、一項については、学説対立があるのみであり、実務上立法判断が必要とされているわけではなく、規定の必要がないと指摘され、また二項については、外国訴訟開始が内国で効力を持つのは当該外国において下された判決が内国で承認されるときに限られるという点について争いがなく、規定の必要がないとして、結局三六条全体が削除されることとなった（*Hartweg/Korkisch, a.a.O.* (Fn. 19) S.144f.）。
- (111) *Hartweg/Korkisch, a.a.O.* (Fn. 19) S.150.
- (112) *Hartweg/Korkisch, a.a.O.* (Fn. 19) S.151.
- (113) なお、この点はゲープハルト草案の理由書とは異なる。ゲープハルト草案理由書においては、訴訟国法と実体準拠法との相克が問題となり、

判決の効力を決する法律はいったん訴訟遂行について権限を認めたのであれば、そこで下された判決も訴訟法国の法に従って判断されるべきとするのである。

- (114) *Hartwieg/Korkisch*, a.a.O. (Fn. 19) S.151.
- (115) *Hartwieg/Korkisch*, a.a.O. (Fn. 19) S.148.
- (116) *Hartwieg/Korkisch*, a.a.O. (Fn. 19) S.151.

この点、本規定を、民訴法六六一条二号の規定同様、「当該判決が強制されてはならない義務を伴う行為を要求する場合」に変更すべきとする案、また、審議の過程で、「判決が確認した法律関係あるいは義務が、公序に反する場合」との案が提出された (*Hartwieg/Korkisch*, a.a.O. (Fn. 19) S.151)。しかし、前者の動議でもある民訴法六六一条二項を越えた公序規定を採用することが決され、前者の動議が却下された結果、中庸的ともいえる後者の動議も、いずれにせよ実質的再審査禁止原則に全く触れないものであるとはいえない以上、その意義が少ないものとなったとわれ、却下されてくる (*Hartwieg/Korkisch*, a.a.O. (Fn. 19) S.152)。

- (117) *Hartwieg/Korkisch*, a.a.O. (Fn. 19) S.152.
- (118) ebenda.
- (119) ebenda.
- (120) *Hartwieg/Korkisch*, a.a.O. (Fn. 19) S.148.
- (121) *Niemeyer*, a.a.O. (Fn. 19) S.13. 第一委員会においてもこれらの規定は若干の文言の修正はあるものの、そのまま受け入れられ (*Hartwieg/Korkisch*, a.a.O. (Fn. 19), S.80ff.)、第一草案二条二項および三項として規定された (a.a.O. S.179)。
- (122) *Hartwieg/Korkisch*, a.a.O. (Fn. 19) S.152f.
- (123) *Hartwieg/Korkisch*, a.a.O. (Fn. 19) S.148f.
- (124) *Hartwieg/Korkisch*, a.a.O. (Fn. 19) S.153.
- (125) ebenda.
- (126) *Hartwieg/Korkisch*, a.a.O. (Fn. 19) S.153f.
- (127) *Hartwieg/Korkisch*, a.a.O. (Fn. 19) S.154.
- (128) *Hartwieg/Korkisch*, a.a.O. (Fn. 19) S.182f. 第一草案の国際私法に関する部分について当時は公表がなされていない点については、注

19 参照。第一委員会審議終了後の一八八七年二月二七日に、委員会議長はライヒ宰相 (Reichskanzler) ビスマルクに対して草案を送っているのであるが、その書簡には、国際私法の部分については公表を控えてほしい旨の記述がある (s. Hartwig/Kortisch, a.a.O. S. 177f.)。もっとも、第一草案は、その後の第二委員会の原案とされているために、第一委員会議事録 (Achilles/Gebhard/Spain [Dearb.], Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Im Auftrage des Reiches=Justizamts, (Berlin, 1899), S. 11f.) においても収録されている。

ここに掲げられている国際私法の各条文は次のようなものである (Hartwig/Kortisch, a.a.O. (Fn. 19) S. 180f.)。

【民法第一章案】

八条 (1) 婚姻は、各婚姻当事者の本国法によって判断される。

一〇条 (2) 婚姻の方式は、もっぱら婚姻が締結される地の法律によって判断される。

(1) 婚姻の解消は、婚姻解消の原因となった事実が生じた時点の、夫の本国法によって判断される。

(2) 離婚と別居は、離婚または別居の訴えを提起する時点の、夫の本国法によって判断される。

(3) 夫が他国の国籍を有していた時期に生じた事実は、その事実が当該国の法によっても離婚原因または別居原因である場合に限り、離婚原因または別居原因として主張することができる。

(4) 離婚および別居についてドイツ裁判所は、外国法が適用される場合であっても、訴えがドイツ法によってもなお基礎付けられる場合にその限りでのみ、判断することができる。

一三条 子の嫡出性は、母となる者の夫の子の出生当時の本国法、夫が子の出生時に死亡していた場合には最後の本国法によって判断される。

一四条 (1) 非嫡出子の認知は、父との関係では父の、子との関係では子の認知当時の本国法によって判断される。

(2) 嫡出宣言 (Ehelichkeitsklärung) は父の本国に認められる。宣言に必要な方式についても当該国の法が定める。

(3) 認知の効果は、父の認知当時の本国法によって判断される。

(4) 第一項ないし第三項の規定は、養子縁組に準用される。

一六条 (1) 夫がライヒ国籍を喪失したが、その妻がライヒ国籍を有し続けている場合、九条および一〇条一項ないし三項の規定による

と外国法が準拠法とされる限りにおいて、当該外国法ではなく、ドイツ法が適用される。
(2) 両親の一方がライヒ国籍を喪失し、その嫡出子がライヒ国籍を有し続けている場合、一三条および一五条の規定によると外国法が準拠法とされる限りにおいて、当該外国法ではなく、ドイツ法が適用される。

- (130) *Hartwig, a.a.O.* (Fn. 19) S. 37f.
(131) *Hartwig, a.a.O.* (Fn. 19) S. 37.
(132) *Achilles/Gebhard/Spahn, a.a.O.* (Fn. 128) S. 86. 第二委員会の審議録は、国際私法部分も他の民法部分と同様に公表されている。
なお、*Jakobs/Schubert, a.a.O.* (Fn. 108) S. 298ff.にも採録されている。
(133) *Achilles/Gebhard/Spahn, a.a.O.* (Fn. 128) S. 89.
(134) *Achilles/Gebhard/Spahn, a.a.O.* (Fn. 128) S. 86.
(135) *Achilles/Gebhard/Spahn, a.a.O.* (Fn. 128) S. 87. この点、ゲープハルト草案では、涉外訴訟における実体法（当該法律関係に適用される準拠実体法）と訴訟法がそれぞれ異なる国に属するために生じる問題は、裁判官が当該裁判に対して判断を下す権限を与えられた以上、当該判決が、判決国においていかなる意味を付与されるかを基準に判断する、という意味において判決国法と定められていた（*Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S. 264f.）。ここでは準拠実体法と裁判国訴訟法とのすり合わせは判決国においてすでになされている。しかし、第一委員会審議においては、判決国を基準とするといながらも準拠実体法が内国法であるか否かを問題としており、この点でGebhardの所説とは理解が異なるものと思われる。
- (136) *Achilles/Gebhard/Spahn, a.a.O.* (Fn. 128) S. 87.
(137) ebenda.
(138) ebenda.
(139) 第一草案二四条は、「外国法は、その適用が善良な風俗あるいは公の秩序に反する場合には、適用がなされない」と規定する。s. *Achilles/Gebhard/Spahn, a.a.O.* (Fn. 128) S. 10.
(140) *Achilles/Gebhard/Spahn, a.a.O.* (Fn. 128) S. 88.
(141) ebenda.
(142) *Achilles/Gebhard/Spahn, a.a.O.* (Fn. 128) S. 88f.

- (143) *Achilles/Gebhard/Spahn, a.a.O.* (Fn.128) S.89.
- (144) 邦訳は児玉Ⅱ大中・前掲 (注18) x 頁によった。
- (145) *Hartweg, a.a.O.* (Fn. 19) S.38. 第二委員会決議暫定集成の条文については、*Jakobs/Schubert, a.a.O.* (Fn. 108) S.300ff. 参照。
- (146) *Jakobs/Schubert, a.a.O.* (Fn. 108) S.305.
- (147) なお、第二委員会決議暫定集成の審議過程においては、掲げられた国際私法の規定によるとドイツ (実質) 法が適用されるような事例において、当該外国判決がドイツ人の不利になるようなかたちでドイツ法を適用しなかった場合、という狭めた規定にすべきであるとの意見もあつたと付記されている (*Jakobs/Schubert, a.a.O.* (Fn. 108) S.305)。しかし、このような規定を設けた場合には、実際に公序が発動される場面が非常に限られてしまうと指摘されている。
- たとえば、ドイツ人と本国法によると婚姻能力のある外国人の間における、決議暫定集成一〇条によると有効であるような婚姻を念頭におくこととする。外国裁判所がこの妻の婚姻能力を、本国法によってではなく、婚姻能力を否定する婚姻挙行地法によって判断したがゆえに、この婚姻を無効であると判断した場合、決議暫定草案の形式であれば承認が拒絶されるが、問題とされる規定形式であれば、決議暫定草案一〇条によるとそもそもドイツ (実質) 法が適用されないような事例であるという理由で、承認が拒絶されなくなってしまうのである。この点に *Jakobs/Schubert, ebenda*.
- (148) *Hartweg, a.a.O.* (Fn. 19) S.38.
- (149) *Achilles/Gebhard/Spahn, a.a.O.* (Fn.128) S.228.
- (150) 邦訳は、児玉Ⅱ大中・前掲 (注18) x 頁によった。
- (151) 編集会議決議暫定集成一条から三〇条が、そのまま、第二草案二二三六条から二二六五条に振り替えられている。*Jakobs/Schubert, a.a.O.* (Fn. 108) S.305ff. においては、第二草案の条文番号で見出しがつけられており、編集会議決議暫定集成の条文番号はかつこ内に示されている (よって本文中、二二三条上条の内容として掲げられる四号要件の条文番号は第二草案のものである)。
- (152) *Jakobs/Schubert, a.a.O.* (Fn. 108) S.310ff. 児玉Ⅱ大中・前掲 (注18) xi 頁参照。この修正第二草案においては、本文において紹介したような第二委員会決議暫定集成、編集会議決議暫定集成にみられるような、外国判決承認に関する記述はみられなくなっている (vgl. *Jakobs/Schubert, a.a.O.* (Fn. 108) S.313)。
- (153) *Jakobs/Schubert, a.a.O.* (Fn. 108) S.1123ff. 条本文内容は——四号要件で引用される国際私法規定の番号が、引用先である国際私法本体の条

文番号のずれに伴い変更されていることを除き——第二章案と同様である。

(154) *Jakobs/Schubert*, a.a.O. (Fn. 108) S.1139f.

(155) *Jakobs/Schubert*, a.a.O. (Fn. 108) S.1158f.

(156) *Jakobs/Schubert*, a.a.O. (Fn. 108) S.1205.

(157) *Jakobs/Schubert*, a.a.O. (Fn. 108) S.1194 u.1205. なお、民訴法等の改正に関する改正法は、次のように規定する。

【民訴法等に関する改正法】

三三三、二九三条以下に次の規定をおく。(中略)

二九三条g条 外国裁判所の判決は、以下の場合には承認されない。

①ドイツ法によると外国裁判所が属する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を通じても送達されなかった場合

③判決において、民法施行法二二条一項および三項、一六条、一七条、二二条、二二条一項に関連する二六条の部分の規定にドイツ人当事者の不利になるかたちで抵触し、または同法六条三項に死亡宣告された外国人の妻の不利になるかたちで抵触する場合

④判決の承認が善良の風俗またはドイツ法の目的に反する場合

⑤相互性が保証されていない場合

八七、民訴法六六一条二項に、次の規定をおく。

執行判決は、外国裁判所の判決がこの裁判所に適用される法によると確定力を得ていないときには下されない。

執行判決は、当該判決の承認が二九三条gによつて認められないときには下されない。

Jakobs/Schubert, a.a.O. (Fn. 108) S. 1257 u. 1323ff. 以下のよつた規定である。

【民訴法改正法の基本原則】

民訴法二九三条f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ドイツ法によると外国裁判所が属する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、訴訟開始の呼出もしくは命令が判決国に

において本人に送達されず、またドイツ司法共助の付与を通じても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、民法施行法一三条一項三項、一七条、一八条、二二条、あるいは同法二七条のうち一三条一項に関わる部分に抵触する場合、または九条三項の事例において、死亡が宣言された外国人の妻の不利になるかたちで一三条一項に抵触する場合

④判決の承認が善良の風俗もしくはドイツ法の目的に反する場合

⑤相互性が保証されていない場合

(2) 五号の規定は、二五条によると外国裁判所が属する国の全体としての裁判所が専属管轄を有する場合、または判決が非財産上の請求権に関わりかつドイツ法によると内国に裁判権が基礎付けられないような場合には、承認を妨げることはない。

六六一条一項 (1) 執行判決は、外国裁判所の判決がその裁判所に適用される法によって確定力を得た場合に限り下される。

(2) 執行判決は、当該判決の承認が二九三条fによって認められない場合には下されない

(159) *Jakobs/Schubert*, a.a.O. (Fn. 108) S.1323ff.

(160) *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materiaten zu den Reichs=Justizgesetzen auf Aenderung des Kaiserlichen Reichs=Justizamtes, 8.Band,

Materiaien zum Gesetz beir. Aenderungen der Civilprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozessordnung, (Berlin, 1898), S. 1ff.

(161) *Jakobs/Schubert*, a.a.O. (Fn. 108) S.1340, *Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Fn. 160) S.21.

(162) *Jakobs/Schubert*, a.a.O. (Fn. 108) S.1358, *Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Fn. 160) S.41.

(163) *Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Fn.160) S.106.

(164) *Jakobs/Schubert*, a.a.O. (Fn. 108) S.72ff.

(165) *Martiny*, a.a.O. (Fn.9) RdNr.52.

(166) 第三章第二節第一項参照。

(167) 第三章第二節第二項参照。

(168) グープハルト草案については第二章第一節第四項および第三章第二節第二項、民法制定第一委員会における議論については第三章第一節第三項および第三章第一節第四項、第二委員会における議論については第二章第二節第三項を参照。

ゲープハルト草案については第二章第一節第五項および第二章第二節第三項、民法制定第一委員会における議論については第三章第一節第五項を参照。

第四章 考察

本稿の目的は、「自動承認」という用語が、特別手続を必要とせずに承認されるという手続的意味においてのみ用いられるべきなのか、それとも、特別手続が不要であることに加え、外国判決は当該外国での確定時にわが国において承認されるといふ実体的意味においても用いられるのかを明らかにすることにあつた。これを考察するために、本稿では、特別手続を必要としないということが何を意味するのか、わが国の承認制度の基礎を形作つた一八九八年ドイツ民訴法三二八条の沿革をたどつてきた。

本章では、これまでみてきた一八九八年ドイツ民訴法三二八条の沿革を参考にしながら、これらの問題について考察することとした。具体的には、まず承認に対して特別手続を必要としないということ自体の有していた意味を明らかにし（第一節）、その上で、かかる承認制度のもとでは承認は当該外国での確定時にわが国に承認されるということが導かれるのか（実体的意味における自動承認）、「自動承認」という用語の関係で検討を加えることにする（第二節）。

第一節 特別手続を必要としない承認制度の意味

前章までにおいて、承認制度は起草過程の端緒であるゲープハルト第一草案においてすでに、当時存在していた外国判決執行制度のような特別手続を必要とせずに、ただ承認に必要な要件の充足のみを求めるものとして、定められていたことをみてきた。そしてこの点については、Gebhardによる準備草案起草から一八九八年改正民訴法における三二八条制定にいたるまで、変更が加えられることはなかったことを確認した。つまり、「特別手続を必要としない」点については、起草過程当初からそ

の姿勢は一貫していたといえる。となれば問題となるのは、ゲープハルト草案起草段階において、いかなる理由により承認には特別手続が必要とされないこととされたのか、である。

一 特別手続を必要としない規定となった一番の理由は、Gebhardが、外国判決の承認を執行から区別した上で、国際私法の一環として議論していたということである。

(1) ゲープハルト第一草案理由書に述べられていたように、Gebhardは、民法準備草案のうちの民法総則および国際私法の部分の起草に携わっていた。実体的法律関係に対しては、内国法のみならず外国法も影響を及ぼしうるとして、かかる実体的観点から国際私法規定を起草しており、その延長上で、実体的法律関係が法廷地実質法ではなく外国法によって規律される場合に、法廷地手続法と当該実体的法律関係に適用される法との齟齬が問題となる考え、規定を設けていた。具体的には、訴訟開始と判決が実体的法律関係に及ぼす影響について決する法について、前者につきゲープハルト草案三六条、後者につき同三七条において、いずれも一項で原則を定める。そして二項では、法廷地が外国である場合、すなわち外国の訴訟係属と外国の判決が実体的法律関係に及ぼす影響について、定めるのである。

このようにGebhardは国際私法に関する草案起草に際して、「外国判決の承認」という狭い問題設定ではなくより広く、判決に代表されるような訴訟手続が実体的法律関係にどのような影響を及ぼすのかという観点から、外国判決の承認の問題を組上に載せていたのである。そのため、内国において外国法を適用するということと、外国の判決を承認することが、いずれも実体的法律関係に影響を及ぼす存在としてひとくくりにされ、国際私法の問題という同じレベルの問題として捉えられていることになる。ゲープハルト草案において、一八七七年民法六六一一条の執行要件で求められるよりも重い、国際私法上の公

序と同じレベルの公序に関する要件が必要とされていたのは、外国判決も外国法同様、実体的法律関係に影響を及ぼす存在として捉えられていたがゆえのことであつたといえよう。

(2) この Gebhard の見解は、一八八三年ライヒ最高裁判所判決に代表される見解のように、承認と執行を区別することなく同等の取扱い——相互性要件の定立——を要求しようとする見解に対しても、対抗しうるものであつた。承認と執行の同等取り扱いを主張する見解は、外国国家のつた主権行為は、それを発動した国家の領域内にその効力は限定され、現在の国際法のもとでは他国においてこれを認める義務はないことを出発点とする。そして、外国判決が、当該外国国家がその主権のもとで下した国家行為の一つであるところ、承認と執行はともに、外国判決という国家行為を問題にして取り扱う点では、何ら異ならないと説くのである。

これに対し、Gebhard は理論的に次のように反論することができた。たしかに外国判決は外国国家行為であり、主権行為であるといえる。しかしながら他方で、ドイツは国際私法において、外国法の適用をも認めている。外国制定法という外国国家の意思がわが国において考慮されるのであれば、外国判決という国家行為の効力をわが国において認めることも可能である。またさらに、執行に対し相互性が必要とされるのは、外国国家が命ずる執行命令には内国執行機関に対する命令的要素が欠けており、あくまで歩み寄りがある場合に助力しようとするにすぎないからである。これに対し、外国判決中の宣言的・決定的部分を承認するには、かかる歩みよりに依拠する必要はないとも述べる。

二 ただし、外国法の適用と外国判決の承認がともに実体的法律関係に影響を及ぼす存在という点では同じレベルの問題であり、国際私法の問題として扱われるとしても、この二つがどのような関係に立つのか、とくに外国判決の執行とはどのような

に異なるのか、ゲープハルト草案理由書では明らかではない。そこで、Gebhardが草案理由書においてしばしば引用しているBarの見解を参考にしながら、考えてみることにしよう。

Barは、確定力ある外国判決の効力を、内国においてどのような法理論によつて認めるべきか、中世にさかのぼり検討を加えている。⁽¹⁷⁾ドイツにおいては古くから、外国判決の効力を内国で認めることについて、さまざまな理論付けが試みられてきたが、いずれも不十分であったという。⁽¹⁸⁾そこでBarは次のような見解を説く。

まず、裁判官が下す判決 (das richterliche Urteil) の性質について論じ、判決はその本質において、個々の争われている事件に関して規律する法たる、「個別法 (lex specialis)」であるという。というのも、紛争となっていない事件において、一般法 (das allgemeine Gesetz) が黙示に当事者の意思を支配するように、紛争となつている事件においては、個別法たる判決が、当事者の意思を支配するからである。そしてもし、このように判決が一般法の具体的適用であることについての絶対的な信頼 (eine absolute Sicherheit) があるのならば、外国裁判官が下した判決に対しても、個々の法律関係に関する外国法規の適用に関する原則と同様の原則が、当然にあてはめられるべきことになるのである。すなわち、「ある国の法がある請求権についての判断の基準となるというのであれば、その国においてその請求権について下された裁判官の判決も、判断の基準として認めなければならない」という命題を立てなければならないというのである。⁽¹⁹⁾

次に、Barによると、判決が当事者の自由な意思決定に服する法律関係に関するものである限りは、当事者が紛争より前に、あるいは事後に、明示にあるいは黙示に外国判決に解決をゆだねようとするのであれば、外国判決の承認が承認されるべきであると考えられる。というのも、当事者の自由な意思決定はそもそも国際的に有効なものとされている。そしてそれは、当事者の

意思が直接に基準となる場合のみならず、当事者の意思によって裁判所の下す判断が基準として認められる場合にもあてはまるからだといふ。⁽¹³⁾

要するにBarの理論は、判決というものは法を個別事例に適用した結果であり、法を一般法とするのであれば判決は個別法を適用すべき存在であり、両者とも当事者の意思を黙示であれ支配している点を前提とする。そして、国際私法は外国の「法」を適用することを認めるのであるから、同様に、外国の「判決」を考慮することをも認めるべきであるといふのである。

もっとも、Barの議論とGebhardの議論は完全に一致するわけではない。というのもBarの議論においては、判決国Ⅱ内国国際私法が指定した準拠法の所属国であることを前提とする議論となっており、問題となる外国判決の国際裁判管轄（間接管轄）について準拠法によるコントロールを及ぼす。その上で、当事者の自由な意思決定が認められる分野については、当事者が任意で従うことにした判決についても、これを当事者の意思として判断の基準として認めるべきとして例外を設ける。これに対し、Gebhardは間接管轄に関して、とくに準拠法によるコントロールを及ぼすことはしない。⁽¹⁴⁾この点についてはさらに検討する必要があるものの、Gebhardにおいては、外国判決を「個別法」として用いる場合には、もはや準拠法による管轄のチェックを行うのではなく、Barのいう後者の当事者の意思についての論拠に依拠し、手続法上管轄が認められる国の判決であればこれを「個別法」として認めたものと考えたものと思われる。

三 以上、Barの所説を参考にしながらGebhardが外国判決の承認に関する規定を国際私法立法の一規定として創設した理由を、執行と対比しながらまとめると、次のようになる。

Gebhardは、外国判決が規律の対象とする実体的法律関係に着目して、外国判決の承認を取り扱った。当事者間の実体的法

律關係を一般的に、黙示に規律する「法」について、国際私法は内外法の区別をすることなく、その適用關係を定める。とするならば、当事者間の実体的法律關係を個別的に、より直接的に規律する「判決」についても、一定の要件のもとでその解決基準をわが国においても用いるべきである、としたのである。このことは言い換えれば、Gebhardにとって、外国法の適用が、外国法による法律關係の規律を、(内国において) 国際私法を通じて認めることであるように、外国判決の承認は、外国判決によって生じた法律關係の変動を、より直接的な基準として内国において(国際私法を通じて) 認めることであつたと考えられるのである。

この点、外国判決にもとづいて内国での執行を認めるには、外国判決には、内国執行機關の現実の発動を命ずる要素が含まれていないため、内国において執行判決により、かかる要素を付与する必要がある。しかしながら、Gebhardのように外国判決の承認を外国法の適用と同じ平面で考えることにより、外国判決を内国に認めるための特別な理論を必要とせず、国際私法を通じて外国法の適用が認められているのと同様に説明できることになつたのである。

このGebhardの基本的な考え方については、その後の立法作業において起草の場が民法改正作業に移された後も引き継がれていることについては、すでに検討したとおりであり、したがって、Gebhardの承認観は一八九八年民法三二八条に引き継がれているものといえる。そして、わが国において、承認制度の起草段階で特段の議論がなされていないことにかんがみると、わが国における現行民法一一八条に規定される承認制度を理解する場合には、このようなGebhardの承認観を考慮すべきと考える。

第二節 「自動承認」制度とは何か

以上の議論を前提に、特別手続を必要としない承認制度においては、外国判決の承認は外国判決確定時においてなされるという意味（実体的意味における自動承認）までも含意しているのかという点について、考察することにした。

一 上述のように、一八九八年ドイツ民法三二八条は、承認のために特別手続を必要としないという制度を採用しており、かかる制度のもとでは沿革上、承認とは外国判決によって生じた法律関係の変動を内国において認めることである、と理解すべきであると思われる。このような承認制度のもとでは、承認はいつの段階でなされていると考えるべきであろうか。

本来この問題は、承認の問題が外国法の適用と平仄を合わせて論じられていたのと同様に、外国法の適用の場面と同様に考えられるべき問題であろう。本稿ではこの問題に深く立ち入って検討することができないが、少なくとも、次のことが指摘できる。すなわち、たしかに、外国法は内国における裁判の場においてはじめて、その効力が主張されるのであるから、このように裁判における機能を捉えれば内国裁判の時点ということになるであろう。しかし、外国法は内国における裁判より以前の段階においても外国において、そして私人たる当事者に対しては効力を有してはいたはずである。そして、そうであるからこそ、内国においても紛争解決の基準として、あえて外国法をも用いることにしているのである。とすれば、外国法は、内国国際私法が準拠法と指定の対象とする限り、たとえ潜在的にはあっても、その法が有効である限り内国においても効力を有することを前提としているものと思われる。

これを外国判決の承認にあてはめてみると、外国判決はたしかに、内国における裁判の時点ではじめてその効力を主張されるのであるから、この点を捉えれば内国における要件審査時においてその効力が認められることになる。しかし、外国判決は

当該外国において効力を獲得した段階で、当該外国において、そして裁判の当事者に対してはその効力を有していたはずである。そうであるとするならば、外国判決はたとえ潜在的にはあつても、その外国判決が有効に効力を獲得した段階で、内国においても効力を有することになったことを前提とすべきであろう。つまり、手続を必要としない承認制度については、わが国の学説で含意される実体的意味においても、「自動承認」という用語が用いられるべきことになる。

二 この点ドイツにおいては、すでに別稿で紹介したとおり、外国判決の承認は、「外国判決の承認」⁽¹⁷⁾外国判決の効力の内国への拡張」として説明されている。⁽¹⁸⁾このテーゼは、外国判決によって生じた法律関係の変動が内国においても認められることを意味することを、そのまま指し示しているものといえよう。このような外国判決の効力のわが国への拡張が、特別な手続における宣言等ではなく、法律の規定によらしめられていることをさして、「法律による自動承認」であるとされているのである。また、「外国判決の執行」⁽¹⁹⁾外国判決への内国における執行力の付与」とされる点も、外国判決が内国執行機関に対して有することのない命令的要素を、執行判決を通じて付与するものとして、沿革上の議論をそのまま引き継ぐものとして理解することができる。

そのため、かかる背景を持つドイツにおいては、「自動承認」という用語は、承認のために特別な手続を必要としないという手続的意味のみならず、外国判決が当該外国で効力を有した段階でわが国においてその効力が認められるという、実体的意味においても理解されているのである。⁽²⁰⁾またかかる「自動承認」は、あくまでも執行力との対比の上で理論的にも説明できるものである。したがって、ドイツにおいては、執行力は承認の対象として認められることはない。

三 それでは、わが国においては承認制度をどのように理解すべきであろうか。

(1) この点についてはまだなお検討の必要があるが、特別手続を必要としない点についてのわが国における独自の沿革上の議論がないことにかんがみて、まずはドイツにおける沿革上の意義を基礎とすべきと考える。したがって、わが国においても、「自動承認」という用語は、手続的意味のみならず、実体的意味においてもまた、理解されるべきである。

この点、実体的意味においても「自動承認」の語を用いる見解を振り返ってみると、その根拠として承認に特別手続を必要としないことのみが挙げられていたために、なぜ、外国判決確定時に承認が生じるのかについての論証が不十分となっていた。これは、この見解がドイツにおける議論と同様の理解であったにもかかわらず、「承認」外国判決の執行力以外の効力の内国への拡張」とのテーゼが明確に唱えられていなかったためである。とすれば、この見解を根拠付けるためには、ドイツにおける拡張のテーゼを改めて受け容れることが必要となるであろう。

他方、手続的意味においてのみ「自動承認」の語を用いる見解は、外国判決の承認はむしろわが国における裁判の時点になされるものであるとの、裁判の時点を強調する見地を基礎にするものであった。しかしこのような見解は、旧イタリア外国判決承認制度のような、承認特別訴訟を要求する法制のもとであるならば別段、わが国のような特別手続を必要としない承認制度とは整合的でないというべきであろう。手続がないとはいえ「内国裁判所において問題となる時点」を強調するという解釈によって、イタリア旧承認法制同様のコントロールをなしていくべきだが、改めて問われるのである。

(2) もっとも、わが国においては前述のように、ドイツにおいて見られるような承認制度に対する前提たる、「外国判決の承認」外国判決の効力の内国への拡張」との考え方は、以前より唱えられてはいたものの、⁽¹⁸⁾現在必ずしも前提として共有されているわけではないように思われる。むしろ近時は、外国判決の既判力の客観的範囲に関する学説のように、外国判決の有す

る効力を判決国法にゆだねるのではなく、わが国の立場から独自に律すべきであるとして、かかる考え方に警鐘を鳴らす傾向が強まっているといえよう。⁽¹²⁾ かかる状況においては、「自動承認」を実体的意味に理解する学説が受け入れられず、むしろ手続的意味において理解する学説が強く唱えられることも無理のないこととも思われる。

このようなわが国の現状にかんがみると、「外国判決の承認」^{II}外国判決の効力の内国への拡張」とのテーゼを、本稿で述べたように、承認とは実体的法律関係の変動に着目した制度であるという観点から見直すことが必要であると思われる。それと同時に、拡張のテーゼが定着していない現状では、「自動承認」という用語はむしろ、手続的意味に限定して用いるべきではなからうか。なぜなら、「承認」^{II}外国判決の効力の内国への拡張」とのテーゼが明確に受け入れられていない現状においては、「自動承認」という用語のみで実体的意味における自動承認をも示そうとすることは難しく、また、議論の意味内容を曖昧にしてしまう可能性のほうが大きいからである。そこで、「自動承認」という用語は当面、手続的意味においてのみ用いられるべきであり、実体的意味における自動承認を指し示したい場合には、「実体的意味における」といった旨の限定をふすべきであると提言したい。

注

(12) *Ludwig von Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts 2. Aufl., 2. Bd., (Hannover, 1889), S. 409ff.* 中世後期までは、ローマ皇帝にすべての裁判権が根拠付けられており、その権威のもとで外国判決の承認執行が語られていたという。しかし、ローマ教皇の権威が崩壊し、領域的主権が確立された時期以後、また国家管轄権の概念が定着することにより、判決は国家権力の発動としてその効力は当該国家の領

域内にとどまるとの見解が台頭するにいたったことが論じられている。

- (171) たとえば、外国判決と矛盾するような内国手続は外国国家の司法権を侵害するものだという見解や、外国判決を既得権として基礎付ける見解、判決を当事者間の契約とみなすといった見解が唱えられるが、前者に対しては外国判決を承認しないからといって当該外国判決が外国において効力がなくなるわけではなく、ただ当該外国の中にとどめることになるだけであるとの批判があり、後者に対しては、個々の判決が契約とみなしうるとしても、それは原告被告双方が納得して裁判に臨んだ場合のみであつてはまるこの批判が当てはまるという。またその後は礼讓理論のみが持ち出されるようになったというが、礼讓理論そのものが批判されるものであり、これも十分ではないえなともいう。 *von Bar*, a.a.O. (Fn.170) S.411f.

(172) *von Bar*, a.a.O. (Fn.170) S.413f.

(173) *von Bar*, a.a.O. (Fn.170) S.414.

(174) *von Bar*, a.a.O. (Fn.170) S.427.

(175) ゲーブハルト第一草案、第二草案における議論では、一八七七年民法六六一条における管轄要件を基礎として論じられているようである。 *Vgl. Niemeyer*, a.a.O. (Fn. 19) S.280f. n. 384.

(176) この点については、時際法との関係に留意しながら検討する必要がある。時際法に関する議論の概観として、三井哲夫「国際私法と時際法」澤木敬郎・畑場準一編『国際私法の争点「新版」』（有斐閣、一九九六年）一〇頁参照。

(177) 拙稿・前掲（注4）一六一頁以下参照。

(178) 例として、*Reinhold Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht 3. Aufl., (Köln, 1997), Rdnr.2776.

(179) *Geimer*, a.a.O. (Fn.178) Rdnr.3100f.

(180) もっとも、特別手続を必要としない承認制度を採用する結果、実際に後訴あるいは執行判決のかたちで裁判所において係属しない限りは、問題となる外国判決の承認の可否は不明確なままということになる。法律関係が不明確であることは、家族関係事件に関しては非常に不都合であることから、ドイツにおいては一九四一年婚姻法第四施行令（現在では一六五一年の親族法変更法七款）により、婚姻関係に関する外国判決の承認のために、各ラント法務省の承認確認手続が導入された（*Martiny*, a.a.O. (Fn.9) Rdnr. 1635f.）。

しかしそれによつても、実体的意味における自動承認、すなわち、外国判決の効力がその確定の段階で内国に拡張される点に変更はないと考えられている。そのため、ラント法務省の承認手続には法律関係創設機能はなく、確認的意味を有するにすぎないとされている（*Reinhold*

Geimer/ Rolf A. Schütze, Internationale Urteilsanerkennung Band 1, 2. Halbband, (München, 1983) S.1607)。したがって、親族法変更法七款に定める承認確認手続によつては、「外国判決の効力の内国への拡張」としての承認の意義は本質的には失われていないと考えられる。しかし、「自動承認」との関係では、手続が必要であると明文で法定された以上、手続的意味における自動性は失われているといわざるをえない。そこで、自動承認の用語は現在においても手続の存在しない承認、すなわちドイツ民法法三二八条による承認に限定して用いられており (Vgl. Reinhold Geimer, Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile, (München, 1966), S.35)、他方、「外国判決の承認」外国判決の効力の内国への拡張」との意義は、かかる「確認的」手続を必要とする承認制度においても妥当するとされているのである (Geimer, ebenda)。

(181) 青山・前掲(注6)三六五頁、中野貞一郎「現代法律学全集」三・民事執行法「第二版」(青林書院、一九九一年)一六六頁。また「拡張」との文言を用いないものの、外国判決が外国法上有する効力を「そのまま尊重する」との表現をとるものとして、宮脇幸彦「訴訟」市川亨ほか編「貿易実務講座(八)」(有斐閣、一九六二年)五五〇頁。

従来、「拡張」の問題が議論されてきたのは、主として執行判決の意義についてであった。すなわち、執行力は国家機関に現実の執行を命じる効力であり内国では承認されず、執行判決によつて新たにわが国の執行力が付与されるとする見解は、執行判決を形成判決であるとすると(中野・前掲書二六七頁)。これに対し、執行力も既判力等と異なるものではなく、拡張すると既判力であっても国家機関に対して一定の判断を命ずる効力であることにかんがみれば執行力と異ならず、執行力だけを取り上げて承認対象からはずすことは不当であると批判し、執行力も他の効力同様に承認され、拡張されるとする見解がある(竹下守夫「民法法二〇〇条」兼子一ほか編「条解民事訴訟法」(弘文堂、一九八六年)六四二頁以下)。この見解は、執行判決は確認判決であるとする。後者の議論においては、執行判決の意義はとくに、手続保証のため、承認要件の具備の判断を執行担当機関ではなく判決機関にゆだねる点に求められている(竹下・前掲六四三頁、三ヶ月章「民事執行法」(弘文堂、一九八一年)八二頁以下。手続保証という点は明示しないものとして、高桑昭「外国判決の執行」高桑昭・道垣内正人編「新・裁判実務体系(三) 国際民事訴訟法(財産法関係)」(青林書院、二〇〇二年)三八七頁)。もともと近時は議論の実益がないとして論じられることがなくなっているが、外国判決を承認することは何を意味するのかという本稿の問題意識からは、非常に興味深い問題である。この点のさらなる検討は他日を期したい。

(182) 承認の効果論について活発な議論がなされてこなかった原因は、「拡張」という抽象的な定義からすべてを導こうとしたからであるとの批判がなされたのである(石黒一憲「現代国際私法(上)」(東京大学出版会、一九八六年)四〇五頁以下)。議論の概要について、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Ⅱ青山善充編『国際民事訴訟法の理論』（有斐閣、一九八七年）三七二頁以下、越山和弘
「国際民事訴訟法における既判力の客観的範囲」法学研究六八巻七号（一九九五年）四三頁以下、松本博之「国際民事訴訟法における既判力
問題」石部雅亮ほか編『法の国際化への道…日独シンポジウム』（信山社、一九九四年）一〇五頁以下参照。

第五章 おわりに

本稿では、近時用いられることの多い「自動承認」という用語に着目し、特別手続を必要としないわが国の外国判決承認制度とはどのような制度なのかを探ってきた。その結果、特別手続を必要としない承認制度とは、国際私法同様、実体的法律関係に目を向けることによって成立した制度であり、沿革上は外国判決確定時に承認がなされると考えるのが自然であること、したがって「自動承認」も、沿革上の議論を参考にするのであれば実体的意味においても理解すべきことを明らかにした。もつとも、かかる沿革だけでなく、「承認Ⅱ外国判決の効力の内国への拡張」というテーゼ自体も受け入れられているとは言いがたいわが国の現状においては、「自動承認」を何らの限定もふさずに、実体的意味において用いることは議論の混乱を招くことになりかねず、現状では、手続的意味においてのみ用いるべきであろうことを提言した。

ドイツ、そしてわが国における承認制度の根幹とも言うべき、「承認Ⅱ外国判決の効力の内国への拡張」のテーゼであるが、これを受け入れるとしても、このテーゼの内容についてはさらに詰めていかなければならないことは前章で述べた通りである。このテーゼが問題となる具体的場面としては、次のような場面が挙げられる。たとえば、(ア)承認された外国判決の既判力の客観的範囲を判断する法律は判決国法と承認国法のいずれであるか、(イ)外国判決後に生じた事情に基づいて外国判決の内容を変更することができるか、できるとしてその準拠法は外国判決において用いられた準拠法とすべきか、といった問題である。これらの問題への解決方法は本来、拡張のテーゼをただ貫くのであれば、いずれも外国判決の内容に拘束される方向に向かう。すなわち、(ア)については判決国法による判断によることになり、⁽¹⁸³⁾(イ)については外国判決の変更は当該判決を下した外国のみがなしようとするか、あるいは内国においてなしようとしてもその準拠法は外国判決において用いられた法を用

いる、という結論につながる。しかしながら、外国判決の承認が外国判決の効力の内国への拡張であるとしても、それは無制限ではなく、すでに学説において的確に指摘されているように内国法による制限を課することができるもの⁽¹⁸⁴⁾というべきである。

外国判決の承認とは、外国判決による実体的法律関係の変動を考慮する、「外国判決の効力の内国への拡張」であることを直視した上で、今後改めてこの「考慮」「拡張」の射程範囲について、研究を進めていくこと⁽¹⁸⁵⁾としたい。

(完)

注

(183) これを正面から問題としたのが、Matscher'sche (Franz Matscher, Zur Theorie der Anerkennung ausländischer Entscheidung nach österreichischem Recht, in: *Hans W. Pasching/Winfried Kralik* [Hrsg.], Festschr. Für H. Schima, (Wien, 1969), S.265ff.)。Matscherは外国判決の承認を、「拡張」ではなく「付与」として捉えるべきではなくと問題提起するのである。この論稿の影響は大きく、Matscherの学説を引用するものは多い(たとえば、Geimer, a.a.O. (Fn.178) RdNr.2778, Martiny, a.a.O. (Fn.9) RdNr.366)。ただし、この論稿は承認規定を有さず執行規定でカバーするオーストリアの法制を前提とした議論である。

(184) (イ)の問題について(議論の概要について、海老沢美広「非訟事件裁判の承認」澤木敬郎・坪場準一編『国際私法の争点「新版」』(有斐閣、一九九六年)二四七頁参照)、わが国独自に内国国際私法によって定めるとの見解が多く(鈴木忠一「外国非訟裁判の承認・取消・変更」法曹時報二六卷九号(一九七四年)一四八三頁、石黒一憲「国際民事訴訟法」(新世社、一九九六年)一三四頁)、結論として妥当な判断であると思われる。外国判決の内国への拡張と考えることからこれらの結論をどのように導くことができるのか、さらに検討を加える必要があると思われる。

(185) また、外国判決の「判決」性もさらに詰められるべき問題であろう。GebhardtはBarとは異なり、外国裁判所の管轄について内国国際私法

の指定する準拠法所属国であることを要求していない。むしろ、裁判所という場で下されたという点を重視し、この点に信頼を置くものであるといえよう。しかし、信頼をおくべき裁判はどのようなものを想定すべきであるのか、わが国において改正民訴法で導入された手続的公序等の要件との関係も含めて、検討する必要があるであろう。

*本稿は、二〇〇二年二月に九州大学に提出した博士学位請求論文の一部に、加筆修正を行ったものである。なお、本稿の執筆過程で、科学研究費補助金（平成一〇年度―一二年度特別研究員奨励費・平成一六年度若手研究（B））の助成を受けた。