

# 外国判決「自動承認」制度の意義（上）

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 ゲーブルト第一草案

#### 第一項 概観

#### 第二項 国際私法の一環としての規定

#### 第三項 承認規定と一八七七年民法六六一条の関係

#### 第四項 内国公序に関する要件の加重

#### 第五項 相互性要件の不採用

### 第二節 ゲーブルト第二草案

#### 第一項 概観

#### 第二項 一般的公序条項の導入

#### 第三項 相互性要件の不採用

### 第三節 小括（以上、本号）

## 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

### 第二節 民法典制定第二委員会審議

### 第三節 民事訴訟法改正作業

## 第四章 小括

### 第四章 考察

#### 第一節 特別手続を必要としない承認制度の意味

#### 第二節 「自動承認」制度とは何か

#### 第五章 おわりに

## 第一章 はじめに

### 第一節 問題の所在

本稿は、わが国の外国判決承認制度の特徴をあらわす「自動承認」という用語が多義的に用いられている現状において、この制度の基礎となったドイツ民訴法三二八条の沿革をたどることにより、その意義を明確にしようと試みるものである。

一 外国判決はわが国においてどのような効力を持つのか、これを定めるのが、民訴法一一八条、民執法二二条六号および同法二四条の規定である。民訴法一一八条は、わが国において外国判決は同条所定の要件を具備することにより、「その効力を有する」と定め（外国判決の承認）、民執法二二条六号は、外国判決も、執行判決請求訴訟（同法二四条）において得られた執行判決を伴うことによつて債務名義となりうることを定める。このように、わが国においては外国判決の承認のためだけには特別の手續を必要としないとされていることを称して、「自動承認」制度という用語が用いられることがある。そして、手續面に着目して「自動」性を捉える、かかる理解には異論がない。かかる理解に加え近時、手續面における「自動」性を超えて「自動」性を理解する見解が有力に唱えられている。わが国のような特別手續を必要としない承認制度の下では、外国判決は当該外国において効力を得た時点（以後、外国判決確定時とする）ですでに、わが国において承認されているというのである。ところが、このように実効的効力の面においても「自動」性を認めようとする見解に対しては、これを否定し、手続的見地からのみ自動性を認める見解が対峙しており、見解の一致をみるにはいたっていない。

外国判決「自動承認」制度とは何を意味するのか、具体的には、手続的観点からのみ「自動」であると捉えるべきなのか、

あるいは、実体的観点からも「自動」であると捉えるべきか。従来、正面から論じられることはなかったこの問題を論じる契機を与えたのは、子の引渡しに関する東京高裁平成五年一月一五日判決（家月四六卷六号四七頁）<sup>(1)</sup>である。民訴法一一八条に定める要件はいつの段階で充足されていなければならないのかという、民訴法一一八条要件充足が求められるべき基準時を論じる前提として、外国判決がいつの段階でわが国に承認されるのかという承認の基準時が問題とされ、その根拠に「自動承認」であることが挙げられたのである。一方では、わが国のように承認に特別な手続を要求しない法律制度の下では承認は外国判決確定時に生じること、これを「自動承認」制度であるとしたうえで（手続面および実体的効力の両面における自動承認）、民訴法一一八条要件充足の基準時もこの時点におくべきと主張された<sup>(2)</sup>。他方、承認に特別手続が必要とされていないといっても手続の軽重以上のことを導き出されるのではないとして、「自動」であるのは手続面のみであると見る見解が主張された<sup>(3)</sup>。外国判決が承認されるのは、現実にはむしろ、わが国の裁判所において当該外国判決が問題とされた時点（以後、要件審査時とする）<sup>(4)</sup>であり、民訴法一一八条要件充足の基準時もこの時点を基準に求められるべきとされたのである。このように承認の基準時を論じる根拠として、わが国の承認制度の捉え方が問題となったというわけである。

問題となるのが、実体的効力の面においても「自動」性を認める見解の根拠がどこにあるか、である。この見解は、わが国の承認制度が、執行には執行判決請求訴訟という特別手続が必要とされるのとは対照的に、承認のための特別手続を必要としないこと、そのことのみから、実体的効力の面における自動性を説く<sup>(5)</sup>。しかし、特別手続を必要としないとはいえ、承認のためには一定の要件の充足が必要とされる点を強調すれば、その要件の充足が現実に審査される時点で重点をおき、この時点で承認の実体的効力が生じるとすることも考えられよう。とすれば、実体的効力の面においても「自動」性を認めようとするの

であれば、外国判決の承認に特別手続が必要とされていないということがどのような意味を有しているのか、この点を明らかにする必要があると思われるのである。

二　そもそもなぜ、わが国の承認制度は現行制度のような、特別手続を必要としない制度として形作られたのか。この点、わが国の承認法制はドイツにおける承認法制を基礎として成立したという点については、広く知られるところである。<sup>(6)</sup> 現行承認制度である民訴法一一八条は、旧民訴法二〇〇条をほぼそのまま引き継ぎ一九九八年から施行されているものである。旧民訴法二〇〇条三号に規定されていた公序要件に、学説裁判例において議論されてきた手続的公序<sup>(7)</sup>を明文として加えたほかは、旧民訴法二〇〇条の条文をそのまま引き継いでいる。この旧民訴法は、一九二六年、それまでの明治民訴法を改正して成立したものであった。しかし、一八九〇年に制定されたこの明治民訴法においては、旧民訴法二〇〇条に対応する規定は存在しなかった。一八九〇年明治民訴法制定の段階においては、外国判決の執行に関して、五一四条に執行判決訴訟の管轄に関する規定を、五一五条に執行判決の審理および要件に関する規定をおくにとどまり、外国判決の「承認」に関する規定はおかれていなかったのである。このように承認に関する規定が欠如していたところ、一九二六年の民訴法改正によって、旧民訴法二〇〇条の承認規定が創設されるにいたるのである。

しかし、なぜこのように承認に関しても規定がおかれるようになったのか、そして、なぜ現在のような特別手続を必要としない承認制度の導入にいたったのか、その経緯については、改正に関しての審議事録では、わが国においては外国判決の効力を認める必要性があるのは執行の場合には限らないと説明されるのみである。<sup>(8)</sup> それゆえ、承認に関して規定が必要であるという要請がある点は明らかであるとしても、なぜ承認に関しては執行とは異なり、特別な手続を必要とする法制をとらないの

かについては、なんら明らかではないのである。

ここで参考となると思われるのが、ドイツにおける議論である。というのも、そもそも一八九〇年のわが国明治民法が外国判決の執行に関する規定を有し、承認に関する規定を持たなかったことは、一八九〇年明治民法が、一八七七年ドイツ民法を模範としていたことに由来する。一八七七年ドイツ民法は、六六〇条および六六一条に外国判決の執行に関する規定し、承認に関しては規定をおいていなかった<sup>(9)</sup>のである。さらにその後、執行力以外の効力についての取扱いの問題として、外国判決の効力の執行力以外の効力の「承認」に関する立法が問題とされ、一八九八年にドイツにおいては民法が改正され、ドイツ民法三二八条に承認規定を創設されることになる<sup>(10)</sup>。そして、この一八九八年ドイツ民法改正を契機に、わが国においても一九二六年改正において旧民法二〇〇条の承認規定が創設されるにいたつたのである<sup>(11)</sup>。このようにドイツにおける立法を追いかける形でわが国の承認執行法制が整備されたというのが実際のところであり、実質的議論は、少なくともわが国承認法制制定段階ではなされていなかったと評価される状況である。したがって、わが国の外国判決承認制度の意義、とくに承認に特別手続を必要としないことの意味を考えるにあたっては、わが国承認法制の基礎を形作っているドイツ承認法制について、歴史的沿革にさかのぼって検討することが不可欠といえるであろう<sup>(12)</sup>。

三　なおドイツ承認法制の沿革を検討することは、ドイツ承認法制が創設された時点において、比較法的にみて特別手続を必要としない承認法制を採用することが決して必然的なものではなかったという点をみると、意義深いものであると思われる。というのも、ドイツ民法三二八条のように、外国判決の承認について執行の場面と区別し、特別手続を必要とせずに要件のみを定める法制は、承認に関する法システムとして考えうる唯一の方法ではなかった。たとえば、一九四二年イタ

リア民訴法は、外国判決の効力を内国において考慮するためには、執行力に限らず全ての効力について特別手続を要するとする承認制度を採用していたのである。<sup>(13)</sup>

この一九四二年イタリア民訴法が採用される時点のイタリアの法状況は、ドイツにおける法状況と大きく異なるものではなかった。ドイツは、前述のように一八九八年ドイツ民訴法三二八条制定以前に、民訴法六六〇条および六六一一条において外国判決に基づく執行については規定を有していたのであるが、この状況は一八六五年イタリア民法典前加編一〇条三項、民訴法九四一条において執行についてのみ規定を有していたイタリアの状況となら異なるものではなかった。その後、イタリアにおいては、一九一九年モルターラ改正、次いで一九四二年民訴法改正によって、内国において外国判決に基づく執行が問題となる場合に限らず、全ての効力の考慮に特別手続を必要とする法制に改められた。<sup>(14)</sup> 他方、ドイツにおいても、一八八三年ライヒ最高裁判所が、既判力の考慮にも執行判決が必要である旨の判断を下しており、<sup>(15)</sup> イタリア同様、すべての外国判決の考慮に執行判決同様の取扱い、すなわち特別手続の制定につながる伏線は存在した。それにもかかわらず、一八八三年改正ドイツ民訴法三二八条はこのような特別手続を採用するのではなく、承認に必要な要件のみを定めるといふ道を選んだのである。

イタリア同様に執行に関して同様の法制度を採用していたドイツが、なぜイタリアとは異なり、一九世紀以降も手続を必要としない承認制度を維持することとなったのか。このような視点からドイツ承認制度の沿革を検討することによって、わが国の特別手続を必要としない承認制度の意義を明らかにし、もって「自動承認」という用語の意義を明確にすることができるものと思われる。

## 第二節 ドイツ民訴法三二八条制定過程概観

前述のように、一八九八年ドイツ民訴法三二八条は、すでに制定されていた一八七七年ドイツ民訴法を改正する形で制定された。<sup>(17)</sup> どのような経緯で一八九八年民訴法三二八条が制定されるにいたったのか、その経緯の概略について整理し、以降の制定過程検討の視点を定めることにしたい。

一八七一年ドイツ帝国成立後に、連邦法制定作業が進められる中、民事分野に関しても統一立法を望む声が強まっていった。そこで民法に関しても、民訴法に若干遅れつつも一八七四年に、民法典制定第一委員会が設置され、制定作業が進められることになった。<sup>(18)</sup> そして、外国判決承認に関する規定は、この民法典制定作業において、具体的には最初の「草案」である民法準備草案 (Vorentwurf) 二七条の中ではじめて、見出されることになるのである。外国判決承認規定は、制定のスタート段階では民法典の一部として起草されていたのである。

もともと、民法典といっても、外国判決承認規定がおかれていたのは、実質法としての民法の部分においてではなく、国際私法に関する部分においてであった。現在、ドイツ国際私法は民法 (BGB) とは別の独立した民法施行法 (EGBGB) において規定されているところ、民法準備草案が出された段階では、国際私法は民法総則の一部として規定することが予定されていた。<sup>(19)</sup> つまり、外国判決承認規定は、制定過程当初は国際私法規定の一部として起草されていたということになる。

民法典は、民法典制定第一委員会、帝国司法庁準備委員会、民法典制定第二委員会、連邦参議院、そして帝国議会という過程を経て制定されているが、<sup>(20)</sup> 外国判決承認に関する規定は、民法典制定第一委員会において準備草案二七条として登場し、同委員会での審議を経て同委員会草案二五条として引き継がれる。しかし、続く民法典制定第二委員会審議において、外国判決

の「承認」に関する規定は国際私法における規定としてではなく、一八七七年制定民訴法を改正することにより規律すべきであると決定される。それを受け、以後、外国判決承認規定に関しては、民法典制定委員会においてではなく、民法典制定の一環としてなされていた民訴法改正委員会において議論され、最終的に一八九八年民訴法三二八条として結実することになるのである。

後にみるように、準備草案三七条の段階においてすでに、外国判決承認規定は、三二八条同様、承認のためは要件の充足のみを必要とし、特別手続は必要としないという法制を採用していた。民法典制定第一委員会草案二五条においても、そしてその後の議論においても、この点についての姿勢は変わることはなかった。<sup>(21)</sup>とすれば、起草のスタート時点である準備草案の段階で、なぜこのような承認法制が採用されていたのか、まずはこの点に着目する必要があるだろう。その上で、どのような議論を経て、国際私法における規定ではなく、民訴法における規定となったのかを調べるべきと思われる。

### 第三節 本稿の構成

以上のような経緯にかんがみると、ドイツ民訴法三二八条が特別手続を必要としない承認制度を採用することとなった経緯を検討するにあたっては、当初国際私法の一規定として起草された理由はどこにあるのか、また、にもかかわらずのちに民訴法の改正により規定されることになった理由はどこにあるのか、これらの点に着目する必要があるものと思われる。

そこで以下では、次の順序で検討を加えていくことにしたい。まず、外国判決の承認に関する規定を国際私法の一環として扱うことにした民法準備草案の理由書を詳しく検討し（第二章）、その草案が制定委員会のどのような審議を経て民訴法へ移

動されて制定されるにいたったのかを検討する(第三章)。その上で、手続を必要としない承認制度の沿革上の意味について考察を加え、わが国の現行民法一一八条に定める承認制度をどのように理解すべきか、「自動承認」という用語との関係で論じることにした(第四章)。

## 注

- (1) 本判決および本判決をめぐる議論については、拙稿「外国判決承認執行制度と外国判決後の事情について——子の引渡しに関する平成五年東京高裁判決を契機に——」九大法字八三号(二〇〇二年)一三一頁、および同「公序(1)——子の引渡し」櫻田嘉章、道垣内正人編『国際私法判例百選』(有斐閣、二〇〇四年)一九二頁参照。
- (2) 渡辺惺之「判批」平成五年度重判解(一九九四年)二九八頁、山田恒久「判批」池原季雄、早田芳郎編『涉外判例百選』第三版(有斐閣、一九九五年)二二二頁、横溝大「判批」ジュリスト一一〇五号(一九九七年)一五五頁、河野俊行「国際的な子の奪い合い」煇場準一編『国際私法の争点』新版(有斐閣、一九九六年)一八六頁。
- (3) 竹下守夫「判例からみた外国判決の承認」新堂幸司ほか編『中野先生古稀祝賀 判例民事訴訟法の理論(下)』(有斐閣、一九九五年)五四六頁、海老沢美広「外国判決執行の一断面・執行と変更のあいだ——特に子の引渡判決の執行を中心に」朝日法学論集二五号(二〇〇〇年)三六頁、渡辺・前掲判批(注2)二九八頁に対して疑問を呈するものとして、高田裕成「民法二〇〇条」鈴木忠一、青山善充編『注釈民事訴訟法』(有斐閣、一九九七年)。また、外国離婚に伴う外国扶養料判決の執行が問題となった東京高判平成一三年二月八日(判タ一〇五九号三三三頁)に関してではあるが、中西康「判批」平成一三年度重判解(二〇〇二年)三三八頁。
- (4) なおすでに別稿で論じたように(拙稿「外国判決承認要件充足の基準時と承認の発生時点——ドイツにおける議論と比較して——」『国際私法年報五号(二〇〇四年)一六七頁参照)、民法一一八条要件充足の基準時と承認の基準時は、かならずしも一致するというわけではない。というのも、民法一一八条要件充足の基準時には、承認の基準時とは別途検討されなければならない問題を含んでいるからである。

第一に、民訴法二一八条要件は承認の要件としてのみでなく、民執法二四条の定めるように「執行」の要件としても機能するため、執行要件として民訴法二一八条要件が問題となった場合には、承認の基準時と別途充足の基準時を設けることが可能だからである。また第二に、民訴法二一八条に掲げる個々の要件、とくに三号の公序要件など、その要件の趣旨をどのように考えるかによって、一定の基準時が導かれることがあるためである。

- (5) この点、わが国同様承認のために特別の手續を必要としない制度をもつドイツでは、一般的に、承認とは外国判決の効力の内国への拡張であり、かかる拡張に特別手續が必要とされていない以上、外国で効力が生じた時点で内国への効力拡張も生じていると理解される。ドイツにおいて実効的効力における自動性を認める見解は、「承認」外国判決の効力の内国への拡張であることを前提として、特別手續を必要としない点を理解する結果、外国判決確定時が承認の発生時点とされているようである。以上の承認の基準時点についてのドイツの議論については、拙稿・前掲（注4）参照。

- (6) 旧民訴法二〇〇条の沿革を概観するものとして、たとえば、青山善充「民事執行法二四條」鈴木忠一「三ヶ月章編」注解民事執行法（一）（第一法規、一九八四年）三六六頁、小室直人「渡部吉隆」齋藤秀夫「民事訴訟法二〇〇條」齋藤秀夫ほか編「注解民事訴訟法（三）」（第一法規、一九九一年）一五頁、高桑昭「外国判決の承認及び執行」新・実務民事訴訟講座（七）（日本評論社、一九八二年）一三〇頁、高田裕成「民事訴訟法二〇〇條」鈴木忠一「青山善充編」注釈民事訴訟法（四）（有斐閣、一九九七年）三五六頁など参照。

- (7) 手続的公序およびその制定経緯に関しては、早川吉尚「手続的公序」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）三五二頁以下参照。

- (8) 「民事訴訟法改正調査委員会速記録」（法曹会、一九二九年）七二二頁、「第五十一回帝国議会民事訴訟法改正法律案委員会速記録」（法曹会、一九二九年）三六九頁参照。立法経緯については、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（一）」国際法外交雑誌六〇巻一号（一九六一年）四三頁以下に詳しい。

- (9) ドイツにおける外国判決承認制度沿革一般については、たゞやば「Dieter Martiny, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts Band3/1, (Tübingen, 1984), RdNr.18-67. Rudolf Graupner, Zur Entstehungsgeschichte des §328 ZPO, in: Andrews Helldrich (Hrsg.), Konflikt und Ordnung (Festschr. Für Murad Ferid zum 70. Geburtstag, München, 1978), S.138ff. 前者は、古代から現代までの承認制度の発展が簡潔にまとめられている。

なお、邦語文献としては、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

法学一六号（一九九八年）一頁以下、中西康「外国判決の承認執行における revision au fond の禁止について」（一）（四・完）法学論叢一三五巻二号一頁、四号一頁、六号一頁、一三六巻一号一頁（以上、一九九四年）がある。前者はドイツにおける外国判決承認執行制度のうちとりわけ執行制度の沿革を追うもの、後者は実質的再審査禁止原則に着目しつつ沿革を追うものであり、本稿もこれらの論稿に負うところが大きい。

(10) *Martiny, a.a.O.* (Fn.9), RdNr. 50ff., insbes. RdNr. 52.

(11) 矢ヶ崎・前掲（注8）四三頁以下参照。起草過程では、外国判決の確定力を考慮するにすぎない場合には、外国判決に基づいた強制執行を求める場合とは異なり、執行判決は必要とされないと述べられるにとどまっている。

(12) なお、ドイツにおいてはその後、一九四一年に婚姻法第四施行令二四条（一九六一年親族法変更法七款に引き継がれる）において、婚姻事件に関する外国判決に関しては、法律関係の安定をはかるべく、確認手続が導入されるにいたり（s. *Martiny, a.a.O.* (Fn.9), RdNr. 57 ff. (3)）、この点で日本の現状とは異なる。

また、一九八六年には、非訟事件訴訟法一六条が新設されており、非訟事件に関する外国判決の承認に関して、そもそも承認のアプローチが用いられるべきかが議論されているわが国（たとえば、子の引渡しに関する平成五年東京高裁判決ではこれを否定し、第一審判決（東京地裁平成四年一月三〇日判決参照）では肯定している。これに対して学説上はこれを認める見解が多数を占めている。この点の議論を概観するものとして、海老沢美広「非訟事件裁判の承認」澤木敬郎・塚場準一編『国際私法の争点「新版」』（有斐閣、一九九六年）二四六頁参照）とは、立法上の解決がなされている点で異なるのである。

(13) 一九四二年イタリア民法七九六条一項は、外国判決の全ての効力の承認に控訴院による有効宣言判決（*delibazione*）を要求し、七九七条にその要件を定めた（西谷祐子「イタリアにおける外国判決承認制度と国際私法」『国際法外交雑誌』一〇一卷一号（二〇〇二年）五九頁参照）。条文は次の通り（安井光雄・飯塚重男「イタリア民事訴訟法典の翻訳」（一三・完）上智法学論集一八巻二号（一九七五年）一六八頁以下および *Cappellati/Pertilo, Civil Procedure In Italy*, (Hague, 1965), S. 367ff. 参照）。

【一九四二年イタリア民事訴訟法】

七九六条 (1) 内国において外国判決の効力を主張しようとする者は、当該判決が執行されるべき地の控訴院における（相手方に対する）呼出しによって、訴えを提起しなければならない。

七九七条 (1) 控訴院は次の各号に掲げる事項の存在を認めるときは、判決によって、内国における外国判決の効力を宣言する。

a、イタリアの現行裁判管轄規則によると、判決国の裁判官が当該訴訟を審理しえたこと。

b、呼出状が判決国法によって送達され、適当な出頭期間が定められていたこと。

c、当事者が判決国法によって出頭したこと、あるいは同法によって欠席が確認されかつ宣言されていること。

d、判決国法によると、判決が確定していること。

e、判決がイタリア裁判官の下した判決と矛盾しないこと。

f、同一の訴訟につき同一の当事者の間で、外国判決が確定するよりも先に、イタリア裁判官のもとで訴訟手続が係属していないこと。

g、判決が、イタリアの公序に反する判断を含まないこと。

(2) 判決の実行 (attuazione) のためには、外国判決およびその有効性を宣言する控訴院の判決にもとづいて、名義 (titolo) が作成される。

(14) 一八六五年イタリア民法典前加編一〇条三項は、外国判決の執行に際しては、民事訴訟法典の規定するところにしたがって執行宣言を得ることを要求していた。イタリア民法九四一条はこれを受けて、外国判決に執行力を付与するには控訴院による有効宣言判決を得る必要があることを規定し、さらにその要件として、外国裁判所の管轄が認められること、被告に対する適式な呼出しがあったこと、内国公序に反しないことなどを定めていた。以上、西谷・前掲（注13）五四頁以下参照。

(15) 西谷・前掲（注13）五九頁参照。なお、承認に対しても執行同様の特別手続を必要とすることとなったこの一九四二年イタリア承認法は、一九九五年のイタリア国際私法改正により、特別手続を必要としない承認法制へと改められた（西谷・前掲（注13）七二頁参照）。条文は次の通り（Materiale Italien, Gesetz vom 31. Mai 1995 Nr. 218, Reform des Italienischen Systems des Internationalen Privatrechts, RabelsZ 61 (1997), S. 344ff. および奥田安弘・桑原康行「イタリア国際私法の改正」戸籍時報四六〇号（一九九六年）六八頁以下参照）。

【一九九五年イタリア国際私法典】

六四条 外国判決は、次の場合、いかなる手続をも必要とすることなく、イタリアにおいて承認される。

a、イタリアの裁判管轄法によると、判決を言渡した裁判官が当該訴訟を審理しえたこと。

b、訴訟手続の開始が、訴訟が行われた地の法律によって被告に通知されており、防御に関する基本的権利が侵害されていない

127。

c、当事者が、判決国法によって出頭したか、あるいは同法によって欠席が宣告されたこと。

d、判決国法によると、外国判決が確定していること。

e、外国判決が、イタリア裁判官によって言渡された確定判決と矛盾していないこと。

f、同一の争訟につき同一の当事者間で、外国の訴訟手続よりも先に開始された内国訴訟手続が係属していないこと。

g、外国判決の内容が公序に反する結果をもたらさないこと。

(16) ライヒ最高裁判所一八八三年一月二九日判決 (RGZ Bd. 8, Nr. 115, S. 385f.)。この判決については、第二章第二節において後述。

(17) 執行制度が、領邦相互間の政治的原理から、法的原則へと変容する過程については、矢ヶ崎武勝「外国判決の執行に関するドイツ法体系の原則成立過程についての若干の史的考察」国際法外交雑誌六一巻二号（一九六二年）一七八頁、および小室・前掲（注9）の両稿に述べられているところである。また、一八七七年民法成立過程については、矢ヶ崎・同論文二〇〇頁以下、小室・前掲（注9）三七頁以下、および中西・前掲（注9）（二）一三五巻四号二頁以下に詳しい。

(18) ドイツ民法典成立史に関しては、石部雅亮「ドイツ民法典の成立史に関する一考察」比較法研究（一九九七年）五頁以下、および同「ドイツ民法典編纂史概説」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、一九九九年）三頁以下に詳しい。また、ドイツ民法編纂資料に関しては、児玉寛Ⅱ大中有信「ドイツ民法典編纂資料一覽」石部雅亮編・前掲書v頁以下に簡潔にまとめられており、参照されたい。

(19) 民法準備草案の初版（ゲープハルト第一草案）では五条から四〇条、改訂版（ゲープハルト第二草案）では五条から三九条である。その後の制定過程において、国際私法が特別法である民法施行法において規定されるにいたった事情については、長い間明らかにされていなかった。その理由の一つには、民法典編纂作業における、国際私法制定に関する資料の公表が遅れていたことがあげられると思われる。というのも、民法典編纂作業に関しては、作成当初から委員会議事録や草案等、数多くの資料が公表されてきたにもかかわらず、国際私法に関しては、主として以下の二つの時期に関する資料は当初公表されず、それぞれ遅れて公表されたからである。

一つは、民法準備草案（ゲープハルト第一・第二草案）から民法典制定第一委員会の議論を経て第一草案にいたる時期の資料であり、また一つは、民法典制定第二委員会終了後連邦参議院審議までの時期の資料である。民法準備草案に関しては、一九一五年になってからNiemeyerの手により公表され（*Theodor Niemeyer, Zur Vorgeschichte des internationalen Privatrechts im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, München/Leipzig, 1915*）、その他の部分、すなわち民法典制定第一委員会による第一草案およびその理由書、そして第二委員会最終結後から

連邦参議院での議論にいたる過程については一九七三年のHartweg/Korkischの資料集（*Oskar Hartweg/Friedrich Korkisch, Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts 1881-1896*, (Tübingen, 1973)）によつて公表されるのである。

Hartweg/Korkischの資料集においては、その冒頭でHartwegにより、国際私法に関する立法作業についての資料の公表が妨げられた理由でもあり、さらには国際私法の民法施行法への移動が決定されることになった背景について、同資料集の意義とともに説明がなされてゐる（*Oskar Hartweg, Die Entstehung der Art. 7-31 EGBGB, in: ders./Friedrich Korkisch, Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts 1881-1896*, (Tübingen, 1973), S. 23ff.）。Hartwegによれば、国際私法に関する規定を民法典の中におくことに対しては、成文化自体不要であるし、ましてや国内法であることが明確な民法典における規律は必要でないとする外務省（*das Auswärtige Amt*）と、必要であるとする帝国司法庁（*das Reichsjustizamt*）の間に見解の相違があり、立法作業を通じかかる相違が顕在化したという。そして、その妥協として、民法施行法における規律の道が選択されたのであったのだという（*s. Hartweg, a.a.O. S.32*）。

(20) 児玉中・前掲（注18）viii頁以下参照。

(21) なお、EGBGBに規定された国際私法規定と、ゲープハルト草案に端を発する草案との異質性が指摘されており、注（19）に述べたような事情がその背景にあるとされる点（*Hartweg, a.a.O. (Fn. 19), S.38f.*）についても考慮が必要かとも思われるが、外国判決承認規定は、本文に述べたように、民法典制定第二委員会においてすでに民法典における規定が断念されており、むしろゲープハルト草案に始まる起草過程における議論を忠実に反映しているものと思われる。そこで、この点については本稿では深く立ち入らない。

## 第二章 民法典制定第一委員会審議にいたるまで

### 第二節 ゲープハルト第一草案

#### 第一項 概観

一八七四年、連邦参議院は民法典制定第一委員会の委員選任を行い、委員は引き続いて準備草案作成の任務を五人に割り振った。準備草案のおおのの部分の起草は、途中、個々の部分の内容に齟齬が生じないように会合が設けられながら、一八八一年一〇月まで行われた。そのうち民法総則の部分についてはバーデン参事官Gebhardの担当とされた。また、民法総則には抵触法 (Kollisionsrecht) が含まれるとされていたため、Gebhardは国際私法に関する問題をも取り扱うこととなった。<sup>(23)</sup> Gebhardは、遅くとも一八七九年に自分の担当部分に関する準備草案を詳細な理由を付して完成させたとされている (なお、Gebhardはのちに、修正を加えた第二版を準備草案として提出し、第二版が第一委員会の審議資料とされている。そのため、以後、本稿ではGebhardの準備草案を、初版をゲープハルト第一草案として、第二版を同第二草案として紹介することにする)。ゲープハルト第一草案三七条において、Gebhardは外国判決承認に関する規定をおいたのであるが、これはどのような規定であつたのだろうか。<sup>(25)</sup>

前章で触れたように、当時ドイツにおいては、外国判決に関する規定としては一八七七年民法訴訟法六六〇条および六六一条に執行に関する規定が見出されるのみであり、承認に関する規定は存在しなかった。かかる状況にあつてGebhardは、国際私法

に関する規定（同草案五条から三九条）のひとつとして、三七条に外国判決の承認の効果に関する規定をおき、またこれにあわせて執行制度に関する一八七七年民法六六一一条についても規定の仕方を変えることを規定した（ゲープハルト第一草案四〇条）。一八七七年民法六六〇条、六六一一条およびゲープハルト第一草案三七条、四〇条は以下の通りである。

【一八七七年民法】

六六〇条 (1) 外国裁判所の判決に基づく強制執行は、執行判決によつてその許可が宣告されたときにのみ行われる。

(2) 執行判決の付与を求める訴えについては、債務者がその一般裁判権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一般的裁判権の存在しない場合には、二四条により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有する。

六六一条 (1) 執行判決は判断の正当性を審査することなくなされる。

(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、執行によつ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つて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つて送達されなかつた場合
- ⑤ 相互性が保証されていない場合

【ゲープハルト第一草案】

三七条 (1) 判決の効力は判決国法によつて決される。

(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、かつ七条一項、一六条、一八条、二二条、二三条および二四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、  
また司法共助の付与によつてドイツ帝国におい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つて効果より大きな効果を有しない。

四〇条 民訴法六六一条に代えて、以下の規定をおく。

次の場合には執行判決を言渡すことはできない。

① 本法典三七条によると外国裁判所の判決が承認されない場合

② 相互の保証がない場合

両者を比較すると、第一に、Gebhardは外国判決承認に関する規定を国際私法に属するものとして、当時民訴法に規定されていた執行規定とは区別して規定していることが読み取れる。そこで、Gebhardはなぜ外国判決承認に関する規定を国際私法の規定の中においたのかについて、検討を加える必要があると思われる。

第二に、承認は一定の要件を具備した場合に生じるといふ法制とされており、その要件は全体として一八七七年民訴法六六一条と大枠で一致し、とくに三七条二項一号、二号、五号要件のように、当時存在していた執行判決言渡しのための要件と重なる部分が多かったことがわかる。その一方で、承認要件において新設されあるいは要件が加重されている要件（前者として同条四号、後者として同条三号）や、承認要件においては必要とされていない要件（一八七七年民訴法六六一条五号要件）のように、執行判決言渡しの要件とは異なる要件も存在していたことも指摘できよう。思うに、承認のための要件が執行判決言渡しのための要件と重複していたということは、のちに、承認規定を民訴法に移動させるひとつの根拠ともなったともいえるのであり、なぜ執行判決言渡しの要件と大枠で一致させる形で承認要件を定立したのかについて、検討の必要がある。その上で、なぜ執行判決要件と異なる要件を掲げる必要があったのかという点について調べることで、Gebhardが承認の趣旨をどのようなものとして考えていたのかを推し量ることができよう。

そこで以下では、まず外国判決承認規定を国際私法の中においた趣旨について、ゲープハルト第一草案理由書の該当部分を紹介する（第二項）。次に、承認のための具体的要件について、既に存在した外国判決の執行に関する規定と承認に関する規定の関係についてGebhardがどのように考えていたか、検討を加える。具体的にはまず、ゲープハルト第一草案四〇条の規定の仕方にあらわれる一般論を検討し（第三項）、次いで承認要件は執行要件とどのように異なりうるのか、公序について（第四項）および相互性について（第五項）、Gebhardが草案理由書で述べた見解を紹介することにした。

## 第二項 国際私法の一環としての規定

外国判決の承認に関する規定を国際私法の中におくのか、この点、ゲープハルト第一草案における外国判決承認規定のおかれている条文の位置に着目しつつ草案理由を検討することにより、より明確に示唆が得られるように思われる。というのも、Gebhardは外国判決承認に関する三七条を、訴訟開始が係争中の法律関係に与える効力に関する規定である三六条と前後に並べておき、また草案理由も、これら二条が一体のものとして示されているからである。外国判決の効力、さらには訴訟開始の効力といった手続面にかかわる問題が、主として実体的法律関係に関する問題を取り扱う国際私法において規律されるべきとされているのか、この点に着目しながら、以下、ゲープハルト第一草案理由書を見ていくことにしたい。

### 【一八八一年ゲープハルト第一草案】

三六条 (1) 訴訟開始が裁判所における訴訟に係属している法律関係に与える効力については、その効力が訴訟法的性質を有するものでない限りにおいて、問題となつている法律関係を規律する法によつて判断される。

(2) 外国裁判所に係属する訴訟の開始の効力は、それが私法的性質を有するか訴訟法的性質を有するか (privatrechtlicher oder prozessualer Natur) にかかわらず、次の場合には承認 (Anerkennung) されない。

① 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

② 訴えがドイツ人に対して提起されている場合であり、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、判決国において本人に送達されず、また司法共助の付与によつてドイツ帝国においてもその者に送達されなかつた場合

一 Gebhardは、三六条および三七条の草案理由冒頭で、訴訟というものの、とくに訴訟開始という事実や判決が実体的法

律関係に影響を及ぼす存在であることを確認する。<sup>(27)</sup> それゆえ、問題となる実体的法律関係の準拠法が裁判官の法（すなわち法廷地法）と異なる場合に、訴訟開始や判決が当該訴訟の対象となる実体的法律関係にどのような効力をもたらすかを判断するための法を決する必要があるという。Gebhardの視点は、「訴訟を規律する法」と「実体的法律関係の準拠法」が異なる場合を念頭におき、かかる場合に実体的法律関係へ訴訟が及ぼす影響をいずれの法が決するか、というものである。

まず、「訴訟開始」が法律関係に与える影響については、詳細な検討の結果、問題となる効力が訴訟法的効力であるか実体的効力であるかを区別し、実体的効力に属すと判断されるものについては、当該法律関係の準拠法によって判断すると規定する<sup>(28)</sup>。他方、「判決」が法律関係に与える影響については、次のように述べ、訴訟を規律する法たる判決国法がもつばら基準となるとしている（ゲーブハルト第一草案三七条一項）。すなわち、訴訟開始というものが問題となる効力というのは当事者の側の請求権の主張という事実に基づくものであるのに対し、判決は訴訟資料に基づいて正当とされる裁判官の言渡しに基づくものである。裁判官が当該判決言渡しに権限を有している以上、当該裁判官によって下された判決に対しては、裁判官の国で与えられるのと同様の意味が与えられなければならない。したがって、判決国法（Rechte des Prozeßgerichts）によって判断されるのは、判決に服した法律関係に対する判決の直接的効力のみならず、当該判決の既判力の範囲および第三者への有効性に関するものである<sup>(30)</sup>。と。このように判決が当該法律関係に与える影響を考える際には、当該実体的法律関係の準拠法も考慮に値するものの、裁判官が当該訴訟および判決に権限を有している以上、その判決の効力も当該裁判官の法、すなわち判決国法を基準として判断するというのである。

二 以上の議論を前提とした上でGebhardは、このような訴訟開始ないし判決が「外国」でのものであった場合に論を進

める。当該実体的法律関係に関する訴訟が外国裁判所において係属し、場合によっては判決が下されるにいたった場合に、そのような事実には、内国でどのような意味が与えられるべきかが問題となると、と考えるのである。<sup>(31)</sup>

Gehhardは一定の要件を掲げた上で所定の要件を満たさない場合には、訴訟開始の効力および外国判決の「承認を拒絶する」ものと規定した（ゲープハルト草案三六条二項、三七条二項）。ここで掲げる要件を満たした外国訴訟開始の効力および外国判決は「承認」され、三六条一項および三七条一項と同様の取扱い、換言すると、訴訟開始が実体的法律関係に与える影響は、当該効力が民事法に関する限り判決国法ではなく実体的法律関係の準拠法によって判断され、他方、外国判決の効力は、当該法律関係の準拠法によってではなく判決国法によって判断されるということになるのである。

この点、外国判決の効力が判決国法によって判断されることになる結果、問題となる外国判決の効力が同種の法律関係に対する内国判決が有する効力と異なる場合が考えられることになる。そこで、ゲープハルト草案三七条三項においては、ドイツが締結している条約に含まれている条項にならない、外国判決には同等の内国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は付与しない旨の規定がおかれた<sup>(32)</sup>

三 以上の検討より、ゲープハルト第一草案三七条一項は、単に、外国判決にいかなる効果を与えるかという観点から規定されたものではなく、訴訟係属に端を発する訴訟上の行為が、問題となっている法律関係にどのような影響を与えるかという観点から、統一的に検討された一規定であることが読みとれる。外国判決という訴訟上の行為を、訴訟法上の問題としてのみ捉えるのであれば民訴法における規定が想定されるが、Gehhardはこのように外国判決が実体的法律関係にいかなる影響を及ぼすかという観点からアプローチする。すなわち、実体的法律関係の規律に関して外国の法がどのように働くのかを決する

のが国際私法であるのであれば、外国訴訟あるいは外国判決が実体的法律関係の規律に関してどのように働くのかを決することもまた、当然国際私法の任務であるとされる。そのために、国際私法における規定となったのである。

### 第三項 承認規定と一八七七年民訴法六六一条の関係

前項で述べたように、Gebhardは外国判決の承認の問題を実体的法律関係の側から見ることで国際私法の問題の一環として捉えたのであるが、具体的起草にあたっては起草当時すでに存在した、外国判決の執行に関する一八七七年民訴法六六一条の存在は大きく、同条を考慮せざるを得なかった。すでに存在する執行規定との関係について、Gebhardはどのように考えていたであろうか。Gebhardはこの点につき草案理由書において、承認と執行の関係として以下のように一般的に述べている。

Gebhardは、外国判決の執行は、外国判決の承認および外国判決に先行する訴訟上の行為の承認を前提として含んでいる、すなわち、外国判決の執行が、外国裁判官の判断 (Judikats) に既判力の抗弁としての資格を認めるといふ外国判決の承認を前提として存在しているという。それゆえ、当該外国判決に基づく執行に必要な内国執行機関の発動を求めるといふ外国判決の執行のためには、単に外国判決に既判力の抗弁としての資格を認める承認の場合よりも加重された要件充足を必要とすることになるというのである。このことは逆に、承認のための要件については、執行に関する要件がすでに存在するとしても、外国判決の承認が「執行」よりも少ない要件のもとで認められるとすることを妨げるものではなく、ただ要件を定立するのであればその内容は執行要件と大きく異なるものであってはならないということを要請するにとどまる、と述べているのである。<sup>(34)</sup>

以上のようにGebhardは外国判決の執行にとって承認は前提要件であり、執行に関しては承認を前提としてそれにさらなる

要件が加えられうるということを基礎にし、現実に承認要件を定めるに際しては、執行に関して現存する民訴法を参照しながら作成することにしたのである。これらは草案の規定の仕方にも現れている。Gebhardは承認と執行の両方を草案中にそれぞれ三七条、四〇条に規定し、執行要件を定める草案四〇条において、承認要件である草案三七条を要件のひとつとして全面的に組み入れた上で取り込んだ上で（ゲープハルト第一草案四〇条一項）、さらに承認要件にはない相互性要件を新たに執行要件として設けることにしたのである（同草案四〇条二項）。そして承認要件自体は一八七七年民訴法六六一条を参照したため、結果として承認要件はその当時存在していた執行要件と大枠と一致するものとなった。

しかしながら、このゲープハルト第一草案三七条規定の承認要件と一八七七年民訴法六六一条規定の執行要件との間には、大きく分けて二つの相違点が存在する。第一に、執行要件たる民訴法六六一条一項において定められる実質的再審査禁止原則が、ゲープハルト草案の承認に関する規定においては、三七条二項三号および四号という二つの規定により破られており、もはや実質的再審査原則は民訴法六六一条からも削除されるべきであるとする<sup>(35)</sup>。第二に、民訴法六六一条五項の相互性要件が、ゲープハルト草案の承認規定においては導入されなかったことである<sup>(36)</sup>。そこで以下では、ゲープハルト第一草案三七条の承認要件と一八七七年民訴法六六一条の執行要件との違いを、この二つの観点からみていくことにしたい。

#### 第四項 内国公序に関する要件の加重

##### 一 一八七七年民訴法要件の継受

Gebhardが承認要件を起草するに際して、まず問題としたのが、一八七七年ドイツ民訴法六六一条一項の「執行判決は判断

の正当性を審査することなくなされる」という、いわゆる実質的再審査禁止原則の存在であった。Gebhardはこの原則があるがゆえに、準拠法選択規則上の公序条項（ゲープハルト第一草案三五条）が外国判決の執行や承認に対してほとんど意味を持たなくなってしまうと指摘する。そして、唯一かろうじて、一八七七年民訴法六六一一条二項二号要件、すなわち、「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」という要件において、内国公序保護のための条項が見出せるとする。<sup>(37)</sup> 国際私法上の公序は、実体的法律関係の判断に外国法が用いられることによって、内国法秩序が乱れることをくい止めるための安全弁であるが、Gebhardによると、外国判決の承認によって実体的法律関係の規律に外国判決の判断内容を取り入れられることになるのであり、ここでも同様の問題が生じうる。そのことをGebhardは案じたのである。

そこで、彼はまず、この一八七七年民訴法六六一一条二項要件について、民法準備草案の起草に際しても、その内容は基本的に維持したまま取り入れる（ゲープハルト第一草案三七条二項二号前段）。ただし、その際、同号の後段において、その内容を一歩進めて、外国裁判所において下される私罰（Privatstrafen）の承認に関しても制限を加えることが検討された。<sup>(38)</sup> というのも、ゲープハルト第一草案一三条二項においては、準拠法選択規則として、外国法によって形成された私罰は、内国法がかかる私罰を不法行為の効果として認めている（anerkennt）限りにおいて命ずることが許される、との規定をおくことにしていた。そこでこの規定と平仄を合わせ、かかる私罰を命ずる外国判決も、それがドイツ法と調和する限りで承認されるとする制限を設けるべきと考えたのである。

かかる経緯で、一八七七年民訴法六六一一条二項二号要件は、承認拒絶理由としても、ドイツ法によれば強制することが許さ

れない行為の実行を命ずる場合として規定されることになり、加えて新たに、「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ずる場合」を掲げることになったのである（ゲープハルト第一草案三七条二項三号前段および後段）。

## 二 一八七七年民法要件を越えた内国公序保護要件の導入

さらに、Gedhardtは、外国判決中の判断により内国の実体的法秩序が乱されうるといふ問題について、考察する。彼は、一八七七年民法において、前述のように外国判決の実質的再審査が禁じられ、唯一、六六一条二項二号においてのみ、外国判決の実体的内容を考慮しうるとされていることを述べた後で、このように実体的判断を拒絶するシステムを留保することなく貫くことにより、以下のような二つの問題がもたらされると指摘する。第一に財産法上の請求権に関して、第二にドイツ人の婚姻および家族法上の問題の執行に関して、である。

第一の財産法上の問題とは、外国判決が、内国法によると有効とは認められない行為を基礎として判断している場合にも、かかる判決の執行を内国裁判官が引き受けなければならないのかという懸念である。Gedhardtはこれをたしかに無視できない問題であるとはしつつも、当時存在していた条約にかかる制限を設けるものはなく、またこれまで實際上大きな不都合が生じていないことにかんがみると、再審査禁止原則を破ってまで解決する必要はないとする。<sup>(40)</sup>

第二の婚姻法上の問題とは、婚姻法・身分法関係の事件においてドイツ人に下された、ドイツ法と調和しない内容の外国判決の承認執行が求められた場合の、次のような憂慮である。当時の民法の国際的裁判管轄規則は、婚姻事件をはじめとする

すべての身分に関する事件に関して、住所が内国にあると外国にあるとを問わず、住所を基準としていた。その一方で、かかる問題の準拠法には、ゲープハルト第一草案では本国法が連結点として選ばれていた。さらに実質的再審査禁止原則を貫くとするならば、ドイツ人カップルの婚姻を無効であると判断する外国判決は、たとえドイツ法によると有効な婚姻が成立している場合であってもこれを承認しなければならなくなるというのである。<sup>(41)</sup>

これに対して、Gebhardtは二つの解決法を紹介する。ドイツ人の身分事件に関する外国判決の承認執行を一切排除するとの見解と、外国判決がドイツ法を準拠法として判断したことを要求し、この点に関しての審査をするとの見解である。<sup>(42)</sup> 前者の見解を採用した場合には、無審査システム（das System der Nichtprüfung）は守られる。しかし、外国に居住するドイツ人に関する争訟が、ドイツ民法の規定により外国裁判所の管轄とされている以上、当該外国で有効な判決が下された場合にこれを承認しないわけにはいかない。したがってドイツ人の身分関係に関する外国判決の承認執行を一切排除する前者の方法は採用できず、後者の方法のみが残された。

他方、ドイツ法を準拠法として判断したことを要件とする後者の方法に対しては、かかる保護の対象たるべき身分関係を包括する概念（Gesamthezeichnung）が見出されないとの問題点があった。<sup>(43)</sup> さらに、個人の身分や婚姻に関わる法的争訟というものには多種多様な性格のものが含まれること、すなわち（ア）婚姻の存在、存続または解消、身分の存在や不存在というものが直接に訴訟の対象となるものもあれば、（イ）婚姻や離婚、または身分関係から生じた私法的な効果としての扶養料、持参金の返還、子の引渡しなどの引渡し請求を目的とするもの、また法定相続人の相続回復請求において、その法定相続人とされる者の嫡出性が問題となる場合のように、付随的に婚姻等の存在・不存在が問題となるものがあるというのである。<sup>(44)</sup> このよ

うに身分関係に関わる法的争訟の多様性にかんがみると、「身分関係」といった一定の法律関係を包括的に承認対象から除外するとする方法は、問題がない方法とはいえないとする。

そこで、ゲープハルト草案においては、先に掲げた二つの解決法のいずれとも異なる手法で、この問題を解決しようと試みられた。すなわち、問題となる個々の事例に該当する準拠法選択規則を取り出して列挙し、これらの事例に関する外国判決の承認が問題となった場合には、当該判決がドイツ人の不利になる場合には承認を拒絶することにしたのである（ゲープハルト第一草案三七条二項四号）<sup>(45)</sup>。これが内国人保護条項である。

以上のように、ゲープハルト第一草案で承認要件を定立するにあたっては、当時すでに存在していた執行要件に関する要件とできるだけ齟齬がないようにと、承認要件に存在した内国公序に関する要件が基礎にされていたものの、それでも承認については実体面からアプローチするために、執行要件とは異なる、承認要件よりも厳格な内国公序に関する要件が必要であるとされていたのである。

### 第五項 相互性要件の不採用

一八七七年民法六六一一条に定める外国判決執行要件とゲープハルト第一草案三七条に定める承認要件の第二の相違点は、相互性要件に関してである。一八七七年民法六六一一条二項五号は相互性要件を定めており、この相互性要件を承認要件にも導入するかが問題となるが、Gebhardはこれを不要であるとした<sup>(46)</sup>。

一 一八七七年民訴法要件

相互性要件は、民訴法草案段階の条文である六一一条では存在しなかったのであるが、委員会審議においては導入の必要性が激しく議論されて、一八七七年民訴法六六一一条二項五号への導入が決定された。そこでGedhardはまず、一八七七年民訴法における相互性要件の導入にあたって、どのような議論があったかを紹介する。

委員会において相互性要件の導入を支持する論者からは、以下のことが主張された。<sup>(48)</sup> すなわち、司法共助における相互性の原則は、すべての国家に対して相互に定立されるべきである。国際法は相互性の原則に依拠しているものであり、ドイツ裁判所が下した判決が外国裁判所において原則的に執行されるであろうという想定することは誤っている。相互性要件を導入しないとなると、「報復 (Retorsion)」によって対応することになるが、報復という措置は事後的なものであり、また報復原則の発動には政治的中央機関にこの問題の判断をゆだねなければならないという問題がある。したがって、かかる報復原則の発動に解決をゆだねることなく判断を可能とするために、「相互性要件」を法的制度として整備することが必須である、と。

他方、相互性要件の導入を否定する論者は、相互性が国際法の基礎であるとする論拠に対し、相互性の要件は近時の国際法学者や国家によって放棄されているだけでなく、実際にヨーロッパの政治的場面においても相互的執行については了解済みとされていることを指摘する。さらに、相互性要件が存在することによって、ドイツ人が外国で締結した商取引に関わる外国判決の執行ができなくなるなど、ドイツ人やドイツ企業が関与する国際的商取引において不利益を生じること、相互性判断が現実には技術的に困難であることを挙げて<sup>(49)</sup>いる。

## 二 Gebhardの見解——相互性不要説

Gebhardは、前述のような一八七七年民法起草段階における議論を紹介した後に自説を述べる。執行要件として相互性を掲げた場合、相手国がドイツ裁判所の判決の執行を完全に拒絶する場合だけでなく、合法性の審査を課すなど、より厳格な要件を課す場合にも、執行を拒絶することになると指摘する。<sup>(50)</sup> また、相互性要件は一般的に判断されるべきものではなく、個別具体的事例において問題となる判決をドイツ裁判所が下したと仮定し、そのドイツ判決を当該外国が執行するかを判断しなければならぬところ、個別事例において、かかる判断は内国裁判官にとつても決して容易なものではないことをも指摘する。<sup>(51)</sup> 執行要件として、相互性は問題を含むものであると考えるのである。

そこで、Gebhardは承認要件としては、相互性要件を必要としないとの判断を下す。その根拠としてまず、ゲープハルト第一草案は三九条において、ドイツ国民を当該外国国籍者より法的に劣位に取り扱う国に対しては、当該国籍者に対して「報復権 (Vergeltungsrecht)」を発動する旨を規定していることを挙げる。次に、外国判決のうち一定の重要なカテゴリーにおいては、相互性の要件を定立することができないことを挙げる。というのも、前述のように婚姻のような身分関係事件に関しては、外国居住のドイツ人は当該外国の国際裁判管轄に属することとされている。にもかかわらず、このドイツ人が当該外国裁判所によって得た判決を、当該外国判決そのものに関わる事由以外の理由で承認しないことは、あまりに不当である<sup>(52)</sup>と考えるのである。

さらに、執行に対して相互性を要求しながら、他方で承認には相互性を要求しないことの不都合を検討する。<sup>(54)</sup> ドイツ国籍者が外国に居住するドイツ国籍者を被告として、被告が居住する外国裁判所において確定力ある判決を得たものの、当該外国と

ドイツの間には相互性が欠如しているためにこの外国判決を執行できないという事例である。この点Gebhardは次のように指摘する。債務者が後にドイツに転居したときには、当該外国判決について承認はされるが執行はなされないため、結果として債権者は、「当該債権についての既判力はあるものの執行ができない」という法的状況に陥る。しかし、Gebhardは、このような場合には、当該外国判決の承認によって、当該法律関係に対してドイツにおいて新訴を提起することまでを妨げるものではないとして、問題とならないと論じる。

このように相互性に関しても、これが執行要件には含まれていたためにGebhardは考慮の対象とはするものの、承認要件として導入する必要はないとする。もつとも、ゲープハルト第一草案の段階においては、なぜ承認要件には相互性要件が必要とされないのか、承認と執行の違いに言及するものではなく、相互性要件を導入することによる実際上の不都合性を指摘するにとどまるものである。

## 第二節 ゲープハルト第二草案

### 第一項 概観

各準備草案起草者から準備草案が出揃った後、一八八一年には民法典制定第一委員会総会（Gesamtkommission）が開催されるにいたった。<sup>(55)</sup>

しかし、国際私法の部分である五条から四〇条までの審議は、他の部分が審議されるまではなされない旨の委員会決定が下

された。その理由については、国際私法に関する規律は、実質的規律に関する民法部分の審議を済ませた後にはじめて可能であるとの考慮が働いたものとされている。<sup>(56)</sup>このように国際私法に関する部分の審議が後回しにされている間に、Gehardは、第一委員会で審議が終了した部分の実質法を適宜参照しながら、自らの草案を修正し、一八八七年にはゲープハルト第二草案を完成させた。<sup>(57)</sup>

ゲープハルト第二草案は以下のように規定する。

【一八八七年ゲープハルト第二草案】

三七条

(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 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、または判決が私罰の宣告を含む場合

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、かつ七条一項、一六条、一八条一項、二二条、二二条および二四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) 外国裁判所の判決は、同等の判決にドイツ法によって認められる効果より大きな効果を有しない。

四〇条 削除

ゲープハルト第一草案と第二草案の間には、若干の文言の変更<sup>(58)</sup>のほか、ゲープハルト第一草案でも問題となった、内国の公

序に関わる規定にさらに変更が加えられた。また、ゲープハルト第一草案において承認要件への導入見送りが決定された相互性要件に関しても、結論は変わらなかつたものの、多くの紙幅を割いて説明が加えられている。これは、ゲープハルト第一草案完成後にライヒ最高裁判所の裁判例が下されたこと、それに応じて学説においても相互性要件についての議論が活発になったことを受けたものと思われる。

また、ゲープハルト第一草案四〇条が削除された。前述の通り、第一草案四〇条は、外国判決承認に関する三七条の規定が創設されたことを受けて、外国判決の執行要件を定めていた民訴法六六一条を改正すべき旨を規定するものである。すなわち、外国判決の執行が必ず承認を前提としていることに着目して、執行要件を定める民訴法六六一条の規定も、承認要件であるゲープハルト第一草案三七条の充足（ゲープハルト第一草案四〇条一項）、および三七条には含まれないとされた相互性要件の充足（同条二項）との形に改正する旨を規定したものであった。しかし、かかるゲープハルト第一草案四〇条において規定されていた内容は、施行法ないし民訴法改正関連法によって規律されるのが適切であると判断されたのである。<sup>(59)</sup>

四〇条は削除されたものの、新たな規定において規律されるべき内容として、草案理由書は二点挙げる。まず、一八七七年民訴法六六一条一項が規定する実質的再審査禁止原則は引き続き規定されることが望ましいということである。内国公序保護規定を設けたとしても、この原則を維持することはなお正当化しうるし、またこの原則自体は意義のあるものである、というのである。<sup>(60)</sup> また、相互性に関して、ゲープハルト第一草案においては執行に関してのみ、民訴法六六一条の内容を引き継ぎ要件として存続させていたのであるが、ゲープハルト第二草案では執行に関してもこれを不要とすべきであると述べている。<sup>(61)</sup> その根拠としては、まず、草案三七条で承認要件から相互性要件をはずしたのであれば、執行の要件としてもこれを除外するこ

とは憂慮すべき問題とはならないことを挙げ、また、相互性要件それ自身の有効性への疑問、すなわち相互性要件を緩やかに解するのであれば内国民保護に資するものではなくなるであろうし、逆に厳格に解するとなるとほとんどの国との間に相互性が保証されないということになってしまふことを挙げているのである。<sup>(62)</sup>

## 第二項 一般的公序条項の導入

前述のように、ゲープハルト第一草案では、内国公序に関わる規定として、一八七七年民法六六一条二項二号要件の内容を拡大して、ドイツ法上の強制禁止行為の執行拒否、さらには、外国私罰の執行拒否をも加えてゲープハルト第一草案三七条二項三号を設け、さらに内国人保護条項である同草案同条同項四号をもおいた。後者の内国人保護条項に関しては、ゲープハルト第一草案に大きな変更が加えられることなく、ゲープハルト第二草案三七条二項五号として受け継がれた。しかし、前者の、ゲープハルト第一草案三七条二項三号に関しては、前段のドイツ法上の強制禁止行為の執行拒否条項が、善良の風俗または公の秩序に反する判決の承認拒絶へと、一般的な公序要件のかたちに変更され、ゲープハルト第二草案三七条二項四号として規定された。

Gebhardはゲープハルト第二草案でも、内国公序保護規定と実質的再審査の関係について改めて論じる。

まずGebhardは、一八七七年民法において外国判決に対する実質的再審査禁止原則が定められていることに再び触れ、この原則があるがゆえに内国裁判官は、外国判決の判断過程でドイツ法がしかるべき方法で考慮されたか、あるいは外国判決が内国法規に反していないかについて、立ち入ることができないという。そして、ゲープハルト第一草案三七条二項三号および

五号は、かろうじてこのような内国公序に関する審査を行う場を提供するものと位置づける<sup>(63)</sup>。しかし他方で、Gehardは善良の風俗および公の秩序に反する判決の承認を拒絶する条項（以下、一般的公序条項と呼ぶこととする）の規定の必要性を説き、ゲープハルト第二草案三七条二項四号において一般的抽象的なたちにおける公序条項を導入する。一般的公序条項導入がなぜ必要なのか、Gehardは一八七七民法制定にいたるまでの立法・立法草案において、実質的再審査禁止規定と内国公序に関する審査規定がどのように規定されてきたかを検討することによって、論証しようと試みる。

一 民法上の実質的再審査禁止原則は、司法共助の供与に関する一八六九年六月二日連邦法（以下一八六九年連邦法とする）、一八六一年ドイツ連邦司法共助法草案（いわゆるニュルンベルグ草案。以下ニュルンベルグ草案とする）に由来する。ニュルンベルグ草案および一八六九年連邦法には、一般的公序条項はおかれていなかった。その背景には、両法においては、内国公序をとくに保護する規定をおく必要性を感じさせないような事情があったのだと、Gehardは指摘する。まず、両法において想定されている「外国」判決とは、純然たる外国（fremdländisch）判決ではなく、ドイツ国内の他領国において下された判決であった<sup>(64)</sup>。また、ニュルンベルグ草案においては、個人の身分、婚姻・離婚等に関する法律関係については特別の配慮をしていた<sup>(65)</sup>。そのため、一八六九年連邦法およびニュルンベルグ草案においては、一般的公序条項を置いていなくとも、さほどの不都合が生じなかつたのである。

もつとも、一八六六年ハノーファー草案（der hannöversische Entwurf）では、基本的に司法共助の形をとりつつ、純然たる「外国」判決も含まれるとも思われる文言であったため、審議においては、内国禁止・命令規範に違反する「外国」判決の執行を問題視する見解が強く主張された。これに対して多数派は、ハノーファー草案に含まれる相互性要件に着目し、相互性<sup>(66)</sup>

要件によって、内国禁止・命令規範に反する外国判決の執行を拒絶することが可能であると考えていた。相互性要件はまずはその条約によってのみ充足されるものと考え、問題となつていような内国禁止命令規範違反の外国判決に対しては、このような判決に対してもなお司法共助をなすべきだが、これを相互性の問題として問うことになるかとされたのである。<sup>(67)</sup>

他方、一八六四年プロイセン草案 (der preussische Entwurf)<sup>(68)</sup>では、もはや外国判決執行の問題を司法共助の枠組みにおいては捉えず、おのおの外国判決それ自体を問題にし、執行に必要な要件を定めるといふ法形式に転換が図られることになる。そこで、実質的再審査禁止規定をおくと同時に、外国判決が内国の禁止規範あるいは強制・公法規範に抵触する場合に執行を拒絶するとの、一般的公序条項をおくことになる。<sup>(69)</sup>その反面、相互性要件は姿を消しており、内国公序に関するコントロールは、もっぱらこの一般的公序条項にゆだねられることになつていた。

二 しかしながら、プロイセン草案に依拠して作成された一八七〇年北ドイツ草案 (der norddeutsche Entwurf)<sup>(70)</sup>では、実質的再審査の禁止が明確に定められたものの、プロイセン草案のような直接的な一般的公序条項はおかれなかった。代わつて、内国法によると禁止されている行為の強制禁止 (同八九七条二項二号)<sup>(71)</sup>の形に姿を変えて定められたこととなつた。北ドイツ草案およびその後の民訴法草案において、プロイセン草案のような直接的な一般的公序条項が規定されなかつたのはなぜだったのか。

Gebhardはまず、一八七一年民訴法草案理由書により、その背景を次のように分析している。<sup>(72)</sup>第一に、外国判決が内国禁止規範に違反してはならないとの一般的公序条項を設けた場合には本案判断が必要となる場合が生じるが、これは実質的再審査禁止原則との抵触が問題となるとの疑念が提示されたためである。第二に、一般的公序条項は、本来当該法律関係に適用され

るはずのない内国法が適用されることになるという結論を導き、一般的に正当化根拠に欠くと指摘されていたためである。このように一般的公序条項と実質的再審査禁止原則とが真つ向から抵触する中、一般的公序条項は、内国強制禁止行為の執行拒絶という形に弱められるにいたつたと位置づける。さらに、Gehhardは、一八七一年民訴法草案において一般的公序条項の導入が見送られた背景には、相互性要件の存在があるのではないかと指摘する。相互性要件は、民訴法第三草案まで課されていなかったにもかかわらず、帝国議会において導入が決定されたのであるが、その導入の理由の一つとして、ハノーファー草案における議論同様、内国公序を守るという機能は相互性要件によつても果たされうる、という考慮があつたのではないかと推測するのである。<sup>(74)</sup>しかしながら、相互性の要件はその充足のいかんが外国法に左右されることを導くだけであり、実際には内国公序の保護を図る手段とはなり得なかつたと、Gehhardは指摘する。

三　そこで、相互性要件を介した内国公序の考慮が機能しない現状においては、プロイセン草案同様、むしろ積極的に、内国公序を判断する要件を定立すべきではないかとするのである。その積極的根拠としては、ゲープハルト第一草案理由書でも述べた外国判決を承認することと内国公序を守ることとの関係を、国際私法上の一般的公序規定のみならず、ここではさらに、実質法上の一般的公序規定をも引き合いに出しながら論じる。すなわち民法委員会草案一〇六条は実質法上の公序を定め、公序良俗に反する法律行為は無効であると定める。またゲープハルト第二草案三五条は国際私法上の公序を定め、外国法はその適用が公序良俗に違反するときには適用が排除される。かかる結論が正当であるとするのであれば、外国判決に対しても、その判決が公序違反となる場合にはその承認を拒絶することが要請されるということになるだろうとする。<sup>(75)</sup>また、一般的公序条項をおいたとしても、公序違反を基礎づける事実関係が裁判から明白に導かれるというのではない限り、承認を求める当事

者の反対当事者が公序違反を基礎付ける事実を訴訟上の防御方法として主張することになるのであり、実務運用上にもさしたる困難をもたらすものではないだろうとして、自らの見解を補強する。<sup>(76)</sup>

このようにしてゲープハルト第二草案三七条二項四号においては、内国法上の強制不許行為の執行禁止に代えて一般的公序条項が導入されることになったのである。

### 第三項 相互性要件の不採用

次に相互性についてであるが、<sup>(77)</sup>結論的には、ゲープハルト第二草案もゲープハルト第一草案同様、相互性要件を外国判決「承認」要件へ導入することはしなかったため、この点で第一草案、第二草案の間に相違は存在しない。しかし、Gebhardが第一草案を完成させた一八八一年以降に、外国判決の「執行」ではなく承認が求められる事例に関して、数例のライヒ最高裁判所判例が出された。<sup>(78)</sup> Gebhardはそのうち二つの判例を引用し、またこれらの判例をめぐる議論をゲープハルト第二草案に織り込むことにした。

これらの議論は単に、判例を紹介するにとどまるものではなく、以下のような理由から、Gebhardの承認観を明確にするのに役立つものであった。これらの判決が下された当時は、外国判決の執行要件のみが存在し、外国判決の承認については何らの規定もおかれていない段階であった。そのため、外国判決の「執行」が正面から問題となるのではなく単に承認のみが問題となる事例にも、「執行」要件たる六六一条が適用されるべきかが問われた。つまり、「そもそも外国判決の執行以外の効力を考慮する場合に、外国判決執行要件である民訴法六六一条を適用する必要があるのか」が問題となり、その中で、相互性要件

の適用の問題も議論されるのである。<sup>(79)</sup>これは、外国判決承認規定の起草者としてのGebhardの視点である、「外国判決承認要件に相互性要件をも含めるか」との問題意識とは異なるものの、外国判決承認規定と相互性要件との関係を考える重要な契機を与えたものとなった。

一 ライヒ最高裁判所一八八三年判決——相互性必要説

(1) Gebhardが引用する二つのライヒ最高裁判所判例のうち、Gebhardが重視していると思われるのが、一八八三年一月二九日判決<sup>(80)</sup>（以後、ライヒ最高裁判所一八八三年判決とする）である。これは、ドイツでの訴訟において、被告が、スウェーデン・ストックホルム地裁で下された一八七四年一月一三日判決に基づき、既判力の抗弁（*exceptio rei iudicatae*）を主張したものである。外国判決に基づき既判力の抗弁を主張する場合には、当該外国判決に民法六六一条の要件を充足することを要求するかが問題とされ、ライヒ最高裁判所はこれを肯定したものである。<sup>(81)(82)</sup>

ライヒ最高裁判所一八八三年判決では、外国判決を既済事件の抗弁として主張する場合に民法六六一条要件の充足を必要とするかという問題に対し、この問題が民法六六一条の起草過程における議論からは読みとれず解釈にゆだねられることを示した上で、問題解決に必要な各論点にふれつつ、論じている。このように本判決が結論のみならずその結論にいたる過程まで比較的詳細に論じていることもあり、Gebhardはこの判決の内容を簡潔にまとめてではあるが、紹介している。<sup>(83)</sup>本稿でもその内容を追ってみることにしよう。

まず、本判決は問題の所在につき、次のように述べる。すなわち、民法六六一条の要件は外国判決の執行要件を定めるも

のであり、これを既判力の抗弁を認めるための要件とすることには反対意見も多く見られる。というのも、民訴法六六一条の規定は、それが民訴法の中に存在していること自体からも分かるように、手続法上の意味を有するのであり、ある訴えや抗弁を判決に基づいて認めるべきかといった実体法上の問題は規律しないというのである。また、本規定は文言上、確認判決や棄却判決を対象とはしていない、と。その上で、本判決は本規定を既判力の抗弁にも規定することを認めるかという問題については、民訴法草案理由書においても、また帝国議会の司法委員会の審議においても言及されておらず、参考にすることができないと述べるのである。<sup>(84)</sup> Gehardはこれを換言して、強制執行のために定立された要件が、実質的確定力の承認にそもそも不可欠であるのかは、承認および執行制度の内在的根拠 (innere Gründe) に依拠して決することになると述べている。<sup>(85)</sup>

続けて、ライヒ最高裁判所一八八三年判決がいうには、たしかに、民訴法六六一条の文言を素直に読むと、同条は、外国判決の執行力の宣言を求める訴えについての規定であるように見える。しかしながら、民訴法六六一条の要件は外国判決に依拠する確認判決、さらには既判力の抗弁にも適用されなければならないという。なぜなら、確認判決には民訴法六六一条要件が課されないとなると、相互性が保証されていない国の判決に関して、当該外国判決の執行を求めるのではなく、外国判決に依拠した当該法律関係の確認を求める訴えを起し、それに対して下されるであろう内国判決を基礎として内国における執行を求めるといふ、いわば民訴法六六一条要件の回避を認めることになる<sup>(86)</sup>という。さらに、民訴法六六一条は外国判決に由来する訴えに関して実体的権利にまで介入するものであるから、外国判決に関する既判力の抗弁に關しても同様に同条の適用が認められるべきであるとするのである。<sup>(87)</sup>

また、判決の拘束力は当事者の意思に基づくものではなく、国家権力の管轄ある機関の言渡しとしての特性に基づくもので

<sup>(88)</sup>ある。そして、国際法上、国家は、外国国家の裁判所が下した裁判の承認執行を義務づけられているわけではない。たしかに今日、国際関係の発展に伴い、ある国の裁判所の判決が他の国においても判決として承認され、執行にも共助が与えられるということが生じている。しかしこれは、関係する諸国家が同様の行動に出て、しかもその行動が他の国家の期待に添っているという、まさに相互性がかなえられた状態ではじめて機能するものである。したがって、相互性の要件は、外国判決の執行に關してだけでなく、承認に關しても、本質的に必要とされるものである<sup>(89)</sup>。Gebhardはこのように、ライヒ最高裁判所一八八三年判決を丁寧で紹介する。

(2) その上で、Gebhardは、学説においてもまた、外国判決の執行力以外の効力を考慮に入れる場合に民訴法六六一条所定の執行要件の充足を必要とする見解も存在すると、紹介する。たとえば、民訴法学者であるWachの見解によると、既判力（実質的確定力）の承認は民訴法六六一条の基礎を形成しており、これと、外国法と外国訴訟追行をみとめる一般的原则にかんがみると、(a)民訴法六六一条の要件を充足したすべての外国判決には、既判力があらゆる方向において尊重される反面、(b)同条を満たさない外国判決に対しては既判力の承認もなされず、これに反する考慮をなすことは許されない<sup>(93)</sup>という。さらに、かかる外国判決の承認と執行を同様に扱うことを正当化する議論として、裁判権の発動たる行為としての判決は国家権力の発動といえるのであり、その射程範囲は、これを下した国家領域内に制限されるという見解が紹介された<sup>(94)</sup>。

## 二 Gebhardの見解——相互性不要説

ライヒ最高裁判所の判決において、外国判決の承認にも民訴法六六一条の要件の充足が求められ、その中には相互性要件も

要求されるにいたったのであるが、Gebhardは、ゲープハルト第一草案においてもあらわれていた自らの見解、すなわち相互性要件は執行要件としては維持されても承認要件には導入しない（相互性不要説）との見解を変えなかった。ゲープハルト第二草案理由書においては、反対説の論拠にも配慮しながら、改めて自説を展開しているのが、以下みていくことにしよう。

(1) Gebhardはまず、承認と執行の関係について、改めて説明する。外国判決の実質的確定力 (materiellen Rechtskraft) の承認の問題は実体法たる民法に属すのに対して、外国判決が執行されるべき要件は訴訟法に属する問題である。判決の承認問題に関する判断は、判決の法的存在および有効性が判決の執行許容性の前提要件であるという限りにおいて、判決執行という訴訟法に属する問題の判断にとって「先決的な (präjudizielle)」問題であると主張する。<sup>(95)</sup>そして、ゲープハルト第一草案の規定は、まさにこのことをあらわしたものであるという。すなわち、Gebhardはゲープハルト第一草案では、三七条二項一号ないし五号において承認要件を規定し、これを前提にゲープハルト第一草案四〇条において、外国判決執行のための要件の一部としてこの三七条二項の承認要件を借用するとの条文構成を採用し、外国判決承認要件には相互性要件は採用しなかったものの、ゲープハルト第一草案四〇条においては、外国判決の執行の場面では相互性要件を維持する旨定めたのである。そしてこのことは、ゲープハルト第二草案において第一草案四〇条を削除したことによっても、<sup>(96)</sup>なんら変更はないという。これはWachのいう前述(b)のテーゼと対立するものであった。すなわち、Wachは、外国判決が執行要件である民法六六一条の要件を満たしていない場合には、既判力も、これが執行の基礎である以上承認されないとする。しかしGebhardは、外国判決の執行が既判力の承認を前提とするからといって、執行力のすべての要件が同時に既判力の承認の要件とされなければならない必然性はないというのである。<sup>(97)</sup>他方、判決の執行とは、いわば判決に付け加えられる行為であることから、付け加え

られるべき行為たる執行に関する要件は、本体たる判決の既判力の承認に関する要件以上のものとなりうるという。<sup>(98)</sup>

次にGebhardtは、外国判決の承認と執行の性質に着目して論じる。判決の有効性と執行力との間に相違があるのと同じように、「承認」と「執行」との間には本質的な相違があるという。<sup>(99)</sup> 有効な判決であるにもかかわらず、当該判決には命令的要素が欠けるがゆえに、執行は可能ではないということもありうる。外国国家が命じた執行命令には、内国に対する命令的要素が欠けている。外国判決の執行に相互性を要求しようとする理由は、内国に対する命令的要素の欠落のゆえに外国判決の執行には当然には協力できないところ、相手方国家が同様の問題を抱え、相互的に協力を求めて歩み寄る場合には助力しようとする点にある。とはいえ、ある国家がこのような相互的思想の上に立っていたとしても、外国判決の中に含まれる、宣言的・決定的部分の承認に関してまでも相互性要件を条件としなければならないとは限らないという。

また、Gebhardtは、国家権力の発動としての判決の射程範囲は、これを下した国家領域内に制限されるという論拠について、反論する。内国においては、国際私法を通じて、外国国家の法と法の中に含まれる外国国家の意思がわが国において通用することを認めている。とすれば、外国判決について、その中に裁判官の国家的法適用行為が示されているということを理由に、全く承認せず、あるいは条件付きでのみ承認するとすることは、全く説明できないであろうという。<sup>(100)</sup> その問題点は、ドイツ法がドイツ人に対してさえも、外国国家の国際裁判管轄を認めているということと考えた場合には、より顕著であるとするのである。<sup>(101)</sup>

(2) さらにGebhardtは、かかる理論的な理由付けにとどまらず、現実的にも、外国判決の承認要件に相互性要件を取り込むことで問題が生じることを指摘する。<sup>(102)</sup> 外国人について、当該外国人の本国において、準拠法により、離婚あるいは婚姻無効宣

告が下された場合、または同様に、外国人の嫡出性や認知が判決により確認された場合において、当該外国とは相互性の保証がないという理由のみで、当該判決を承認せず、これに関連して問題となる家族法上、財産法上の効果をも認めないとすることは、非常に問題であると指摘する<sup>(103)</sup>。さらに問題となる例を、二つ挙げている。

・ドイツ戸籍吏が、本国において一度離婚している外国人とドイツ人との間の婚姻を、当該外国人に関する離婚判決が相互性の保証がないために承認されない、という理由で拒絶する場合。

・ドイツ裁判官が、離婚した外国人がその本国においてドイツ人と婚姻する場合に、離婚判決が当該外国とは相互性の保証がないために承認されない、という理由でこの婚姻を無効と判断する場合<sup>(104)</sup>。

Gebhardtは、自国民の利益が、多くの重要な関係において害されていないという場合には、ここで問題となるような外国判決によって生み出された事実を考慮すべきであると主張する。つまり、彼の主張は、自国民ではなく外国人の身分関係が問題となる場合において、当該外国人の本国が下した判断をわが国において、とくに相互性といった事案とは無関係の要件によって否定することは適切でないばかりか、否定する利益にも欠けることを主張するものであると要約できよう。Gebhardtは、フランス学説・実務においても、とりわけ外国人の婚姻身分関係において、その本国あるいは他の国において許容される方法で下された判決は、問題なく有効なものと認められているとの見解がとられていることを紹介している<sup>(105)</sup>ことから、そのことが読みとれる。

Gebhardtはこのように外国人がその本国で得た、身分関係事件における判断を尊重しないことの不当性を指摘することに加えて、内国人が外国で得た身分関係事件における外国国家の判断を尊重する必要があることも指摘する。前述したように、当

時のドイツ国際裁判管轄規則では、外国に住所を持つドイツ人は、ごくわずかな例外を除いて、身分婚姻事件の訴えについては、その専属管轄はその外国住所の裁判所であると規定されている。かかる管轄規定を考慮すると、わが国民訴訟法の管轄規則によつてドイツ人が服すべきとされた管轄国の裁判所によつて当該問題において下された判決は、判決の正当性と無関係の理由に基づいて承認が拒絶されてはならないであろうと述べる。<sup>(10)</sup>

以上要するに、身分関係事件においては、当事者が外国人である場合においても、また内国人である場合においても、相互性といった直接事案の正当性と関与しない事由によつて外国国家の判断の承認が妨げられることは不当であると述べるのである。

(3) 結局、ゲープハルト第二章案における Gelhard の相互性に関する論旨は、次のようにまとめられよう。

第一に、ライヒ最高裁判所一八八三年判決は、承認に相互性を必要としないと、執行要件に相互性を課していることを回避することになり不都合であるとするが、むしろ、承認要件に相互性を課すことによる不都合のほうがより重大である。

第二に、承認が執行の前提であるということはその通りとしても、それは執行要件には承認要件よりも厳格な要件が課されることを導くが、執行に課される要件がそのまま承認の要件とされるべきことを導くものではない。

執行要件に相互性が含まれている理由は、外国判決の命じる執行命令によつては、内国は自国国家権力の発動を義務付けられるわけではなく、あくまでも相互的思想においてのみ助力しうるとされるところにある。この点、必要説は、判決の承認も本質的に、外国の国家意思を内国において認めるという意味においては執行となんら異なるものでなく、かかる取扱いが国際法上義務付けられていない以上は、承認に執行同様相互性の要件を要求して当然のものであるとする。しかし、承認は、外国判決の中に含まれる法律関係の確認部分を内国においても認めようとするものに過ぎない点で執行とは異なり、そもそも準拠

法選択を任務とする国際私法において、外国法に含まれる外国国家意思を内国においても認めることを前提としていることをあわせ考えれば、外国判決の確認的部分を執行同様に取り扱うことは妥当でない。

### 第三節 小括

以上のように改訂を経ながら成立した民法準備草案すなわちゲープハルト第二草案三七条において、外国判決承認に関する規定は、国際私法に属する規定として、また外国判決の執行とは異なる性格を有する規定として、誕生することになった。この規定は民法典制定委員会においてどのような審議を経て、国際私法の規定からはずされ、一八九八年民訴法三二八条として成立することになるのか、次章では民法典制定第一委員会審議以降の議論について、検討する。

(未完)

### 注

- (22) *Hartwig, a.a.O.* (Fn. 19) S.27f. また、石部・前掲(注18)九頁以下も参照。
- (23) *Hartwig, a.a.O.* (Fn. 19) S.29.
- (24) *Hartwig, a.a.O.* (Fn. 19) S.25.
- (25) *Hartwig, a.a.O.* (Fn. 19) S.30. なお、小室・前掲(注9)五六頁以下では、管轄・送達要件に重点を置きつつ、理由書において触れられている問題についてまとめられている。
- (26) なお、ゲープハルト第一草案に関しては、Gebhardは三六条と三七条の草案理由を、その両条をまとめて一括して述べるという形式をとっている。*Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S.260ff.
- (27) *Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S.260.
- (28) 訴訟手続の問題は訴訟が行われる裁判所の国の法、すなわち法廷地法が決するということを確認した上で、実体的効力に関する問題について

て争いが残っていることを指摘する。一方で、「準契約的法律関係（Quasikontraktverhältnis）」や「敗訴判決を受けた者の義務（obligatio condemnari oportere）」は訴訟を通じて生じる以上、訴訟法が妥当すべきであるとか、あるいはローマ法の *Aktionemecht* による「判決の効力の基礎は訴訟開始時点への判決の遡及にあるのであり、遡及は訴訟の性質として与えられている以上法廷地法が妥当するとする」といった根拠で法廷地法が導かれることがあるが、現代では説得力を持ち得ないという（*Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S.261f.）。むしろ、訴訟開始が請求権の内容や存在にどのような影響を与えるかは、請求権を判断する準拠法によって統一的に判断される必要性があるのであり、問題となる個々の効力に着目して、法廷地法か当該法律関係の準拠法に振り分けるべきという。

(29) *Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S.264.

(30) ebenda.

(31) *Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S.260. なお、判決国法によるべきとする見解が有力であったが、これと並んで、実体的法律関係に対する影響が

問題となることから、問題となる当該法律関係に適用されるべき準拠法の適用範囲も問題とされた。結果的には、内国訴訟開始に関して、問題となる効力が民事法に属する場合には当該法律関係に適用される準拠法によって定めるとされたにとどまり、外国裁判所の訴訟開始あるいは判決が問題となる限りにおいては、判決を下した国の法、すなわち判決国法に従うことが定められた。

(32) この表現は、ゲーブハルト第一草案、第二草案共通である。

(33) *Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S.291ff. 外国判決を承認するのであれば、本来的には、外国判決の既判力の範囲と第三者に対する効力は、当該外国法によって決せられるべきである（*Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S.291.）。しかし、承認はまったくの留保なくなされるわけではない点については認めざるを得ず、かかる規定の導入となったとしてこれ（*Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S.292.）。

(34) *Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S.265. 外国判決の執行が認められるときには承認が必ず認められる、換言すると、外国判決の承認なき執行というものは考えられないことも述べている（*Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S.287.）。

(35) *Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S.287f.

(36) *Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S.286f.

(37) *Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S.271.

(38) *Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S.281ff.

(39) *Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S.272f. なお、小室・前掲（注9）五九頁参照。

(40) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.273ff.

(41) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.273ff. のような判決は原則として「承認」のみが問題となるが、同時に財産法上の問題が出てくる場合には「執行」も問題となる。なお、一八七七年民法において、身分関係事件の裁判管轄権について、次のような規定をおいていた。

【一八七七年民法】

五六八条 (1) 離婚および婚姻の無効もしくは取消し、または婚姻生活の再開 (Herstellung des ehelichen Lebens) を訴訟物とする争

訟 (婚姻事件 (Ehesachen)) に関しては、夫が一般裁判籍を有する州裁判所が専属管轄を有する。

(2) 妻を遺棄し、かつ居所を外国にのみ有する夫に対しては、夫が原告を遺棄した当時ドイツ人であった場合に限り、ドイツ帝国内における夫の最終常居所の州裁判所において訴えを提起することができる。

(42) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.275.

(43) 身分 (Status) / 民事上の身分 (bürgerlicher Stand) / 身分関係 (Standesverhältnisse) / 家族法的地位 (familienrechtlichen Stellung) など、論者により概念が区々としていた。Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.275.

ニュルンベルグ委員会の審議では、「市民的な身分と婚姻 (bürgerlichen Stande und der Ehe)」との案が出されたのであるが、第一読会においてその「市民的身分」というものの概念が不明確であることに加え、婚姻関係事件が除外される点で不当であると批判された。そのため、「婚姻、婚約、個人身分事件における裁判 (Erkenntnisse in Ehe-, Verlöbniß und Personenstandsachen)」との表現に改められた。その後第一読会においては、個人身分または、婚姻もしくは婚姻の存在もしくは婚姻解消を対象とする (den Personenstand oder die Eingehung, das Bestehen oder die Trennung der Ehe zum Gegenstande haben) 法的争訟」と変更された。s. Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.275f.

(44) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.276. この問題に関してニュルンベルグ委員会では、多数説は、例外的処理を (ア) だけでなく (イ) にも拡張すべきであるとした。というのも、婚姻や身分から必然的にもたらされるべき財産法上の関係についての判断は、婚姻の存続や解消そのものに関する判断、あるいは婚姻の存在や解消に関して既に下された判決が法律に適合しているかを判断したものと、同一の考慮がなされるべきだから、という。

(45) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.276ff. 問題とされた事例は次のようなものである。

- ① ドイツ法による制限行為能力者であるドイツ人が、行為能力者として判断されている場合 (ゲープハルト第一草案七条一項)
- ② 婚姻締結時にすでにドイツ国籍を有していたドイツ人間で成立した婚姻が、ドイツ法によっては認められない理由により無効であると宣言

する場合（ゲープハルト第一草案一六条）

③ 婚姻締結時には外国籍を有していたドイツ人間で現在も継続している婚姻を、ドイツが認めるのとは異なる理由により無効であると宣言する場合（ゲープハルト第一草案一六条）

④ ドイツ国籍者またはドイツ国の保護を受ける者その他のドイツ国籍者または外国国籍者が、外国所在のドイツ帝国の外交代表または領事のもとで締結した婚姻を、無効であると宣言する場合

⑤ ドイツ人間で継続している婚姻を、ドイツ法によってはなんら離婚原因とならない理由において離婚させる場合（ゲープハルト第一草案一八条）

⑥ 子の出生時の母の夫の本国法によると嫡出子とされるドイツ人を、非嫡出子として扱う場合（ゲープハルト第一草案二一条）

⑦ ドイツ人の側では有効である子の認知または養子縁組が、ドイツ法あるいは他の準拠法によると有効であるにもかかわらず、これを無効であると宣言する場合（ゲープハルト第一草案二一条）

⑧ 二四条の場合において、ドイツ人の妻と子にとって不利な外国法が適用される場合（ゲープハルト第一草案二四条）

(46) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.287.

(47) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.284.

(48) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.284ff.

(49) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.285.

(50) 一八七七年民訴法においては、すでに述べたように限定的な公序条項が存在するのみであったため（一八七七年民訴法六六一条二項二号）、一般的公序要件を課す諸外国との間にはつねに相互性が認定されなくなると指摘している（Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.286）。

(51) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.286.

(52) ゲープハルト第一草案三九条は、次のような規定である。

【ゲープハルト第一草案】

三九条 ドイツ帝国国籍者が、ある国において当該内国民より劣位の法的地位におかれた場合、連邦参議院の同意のもと帝国宰相の命令を通じて、当該国籍を有する者およびその権利承継者に対して報復権（Vergeltungsrecht）を適用する旨、決定することができる。

(53) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.287.

- (54) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.288.
- (55) Hartwig, a.a.O. (Fn. 19) S.31.
- (56) ebenda.
- (57) ebenda.
- (58) 三七条二項二号の「判決国法による」との内容が、nach dem für das ausländische Gericht geltenden “Rechte”からnach den für dieses Gericht geltenden “Gesetzen” (“は筆書きに変更されていること”、ゲーブハルト第二草案三七条二項五号(ゲーブハルト第一草案同条同項四号)の「判決の言渡しにあたり (bei Erlassung des Urteils)」の文言が挿入されたことが挙げられる。Vgl. Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.11ff. u.21f.
- (59) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.388.
- (60) ebenda.
- (61) ebenda.
- (62) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.389.
- (63) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.383f. ゲーブハルト第二草案三七条二項五号の内国人保護の規定について触れ、かかる内国人保護規定の法形式は近時の立法ではしばしば見られると指摘する。それどころか、一八八一年六月一日のハンガリー執行手続法六〇条五項ではハンガリー国籍資格者の個人的な身分に関わる問題においては、ハンガリー国籍資格者に対して下された外国判決はハンガリーで執行されることはできないという、思いきった方策を掲げている。しかし、ドイツにおいては、前述の通り内国人に対しても身分関係事件の一般裁判籍を「居所」におくとする管轄規則があるのであり、外国に居住するドイツ国民は否応なく身分関係事件については居所のある、外国裁判所の門戸を叩き、判決を求めることが建前となる。かかる管轄規則を前提とする限り、このような思いきった内国人保護の規定は採用することはできない。したがって、ゲーブハルト第二草案三七条二項五号に定めるような、一方当事者がドイツ国籍者である場合に、一定の法律関係について、ドイツ国籍者が不利になる場合にのみ承認を拒絶するという内国人保護の規定の仕方が、当面は妥当な方法であると一応結論づける。
- (64) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.385.
- (65) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.384f.
- (66) ハノーファー草案四五条。同条は次のように規定する(小室・前掲(注9)三九頁参照)。

【一八六六年ハノーファー草案】  
四五条 (1) ラントの裁判所は相互に司法共助を与えなければならない。

(2) 他国の裁判所に対しては、この法律が定める裁判籍またはラントの法律の規律に留保された裁判籍のもとで開始される法律上の争訟において、相互性が保証される限りで、司法共助が行われうる。（以下略）

(67) *Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S.385.

(68) 一八六四年プロイセン草案は以下のように規定する（中西・前掲（注9）（二）一三五卷四号三頁参照）。

【一八六四年プロイセン草案】

九七二条 外国裁判所の判決に基づく内国での強制執行は、それが内国裁判所によって執行可能と宣言されたときにのみ行われる。

九七二条 外国判決の執行力の確定は、次の場合には行われぬ。

- ① 判決が下された国の法律によるとそれが確定力をなお有していないとき
  - ② 第一審として裁判した裁判所が内国の法律によると管轄を有していなかったとき
  - ③ 判決の内容が内国の禁止的法律に反するとき、または内国法の強行的法規範もしくは内国公法と相容れないとき
- 九七三条 外国裁判所の判決が執行宣言されるべきかの審査の際には、それに含まれている裁判の正しさは審査されない。

(69) *Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S.385.

(70) 北ドイツ草案は以下のように規定している（中西・前掲（注9）（二）一三五卷四号四頁以下参照）。

【一八七〇年北ドイツ草案】

八九六条 外国裁判所の判決に基づく強制執行は、その許可が内国裁判所の判決によって言い渡された場合にのみ行われる。

八九八条 (1) 執行判決は判決の適合性を審査せずに下されなければならない。

- (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その裁判所において妥当している法によって確定していないとき
  - ② 執行によって内国法によると禁止されている行為が強制されるとき
  - ③ 内国法によると外国裁判所の属する国家の全体としての裁判所が管轄を有していなかったとき
  - ④ 敗訴判決を受けた債務者が内国人であり、この者が訴訟に应诉しなかったこと

(3) 訴訟を開始する呼出状または命令が債務者に受訴裁判諸国で本人に送達されたか、もしくはこの法典の規定に従い司法共助の供与を通じてそれが内国で送達されたときには、四号の規定は適用がない。

(71) 北ドイツ草案八九八条一項の実質的再審査禁止原則、および同八九七条二項二号の内国法上の禁止行為の強制禁止規定は、それぞれ一八七一年民訴法第一草案五七九条一項、同条二項二号に引き継がれ、これが結局のところ一八七七年民訴法六六一条一項および同条二項二号へとつながることになる。

(72) 一八七一年民訴法第一草案は、次のように規定する(小室・前掲(注9)四六頁参照)。

【一八七一年民訴法第一草案】

五七八条 (1) 外国裁判所の判決による強制執行は、執行判決によって執行が許されることが宣言された場合に限り行われる。  
(2) 執行判決を求める訴えは、管轄を有する区裁判所ないし地方裁判所に提起されなければならない。  
五七九条 (1) 執行判決は、当該外国判決の適法性を審査せずに行われなければならない。  
(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その裁判所に妥当している法によると確定していないとき
- ② 執行判決を下す裁判官の法によると。禁止されている行為が執行によって強制されることになるとき
- ③ 執行判決を下す裁判官の法によると、外国裁判所の属する国家の全体としての裁判所が管轄を有していなかったとき
- ④ 訴訟を開始する呼出状または命令が債務者に受訴裁判諸国で本人に送達されず、あるいは司法共助の供与を通じてドイツで送達されなかったときに限り、敗訴判決を受けた債務者が内国人でありこの者が訴訟に応訴しなかったとき

(73) Niemeyer, a.a.O.(Fn. 19) S.386.  
ebenda.

(75) Niemeyer, a.a.O.(Fn. 19) S.386f.

(76) Niemeyer, a.a.O.(Fn. 19) S.388.

(77) なお「相互性」要件については、いかに相互性の充足を判断するのかといった細かな問題につき裁判例をもとにして議論がなされているため、Gebhard<sup>9)</sup>れをいくつか紹介してこそNiemeyer, a.a.O.(Fn. 19) S.372f.

(78) Niemeyer, a.a.O.(Fn. 19) S.376ff. ライヒ最高裁判所一八八三年一月二九日判決 (RGZ Bd.8, Nr.115, S.385ff.) と同一八八六年六月三〇日判

決（RGZ Bd.16, Nr.106, S.432ff.）を引用している。

- (79) なお、相互性と承認要件に関する議論は、大きく二つのレベルに分けてなされていることに留意すべきである。一方は、外国判決の執行以外の効力の考慮（承認）に民法六六一条の適用があるか否かという点に関する議論であり、他方は、相互性という政治的要素のきわめて強い要件と、外国判決の「承認」との関係に関する議論である。ここで紹介する、ライヒ最高裁判所判決を契機になされた議論は、前者に関する議論である。

- (80) RGZ Bd.8, Nr.115, S.385f. 本件はドイツおよびスウェーデンに居所を有するスウェーデン遺言相続人（Testamentserben）らを被告とする、相続財産の遺留分の補充（Ergänzung der Pflichtteil des Nachlasses）を求める訴えである。本件以前に原告は、スウェーデン・ストックホルム裁判所において、スウェーデン在住の共同相続人らに対して、①スウェーデン法に基づく遺留分および②生前贈与分を相続財産に組み入れることを主張する訴えを提起した。ストックホルム地裁は、請求①については認容したもの、②については棄却した。本件は、被告がストックホルム地裁判決の②の部分について、既判力の抗弁を主張したが、ライヒ最高裁判所はこの抗弁を認めなかったというものである。

- (81) 本件では、既済事項の抗弁を主張、したがって本件スウェーデン判決を主張する側である被告からは、一度もスウェーデンとドイツの間の相互性の存在について言及がなされなかったと判断されている。

また、控訴審裁判所が、ドイツ判決がスウェーデンで既済事項の抗弁としての取り扱いを受けているかについては言及がなく、ドイツ判決はスウェーデンでは執行されないとのみ判断を下している。上告審裁判所は、手元にある全資料によると外国判決に対してはそもそもスウェーデン裁判所では全く効力が与えられていないことが読みとられる以上、執行のみならず既済事項の抗弁の主張も認められないものと推測する。そして、これらの推定を覆す事実の主張が被告からなされていない以上、当該スウェーデン判決に基づく抗弁は棄却されると結論付けらる。RGZ, Bd.8, S.390.

- (82) もう一つは、本判決後に下された一八八六年六月三〇日判決である。この判決は、ドイツでの訴訟以前である一八七七年八月二二日に、オーストリア・ウィーン王国商事裁判所が原告勝訴の支払い命令を下していたため、原告が執行判決を経由せずに外国判決に基づいて被告に敗訴判決を下すことを通じて外国判決の内容を実現することは許されないと判示、予備的請求をみるとめ、やはり民法六六一条の要件充足を必要としたものである。RGZ Bd.16, Nr.106, S.432f.

- (83) *Niemeyer, a.a.O.* (Fn. 19) S.378f. *gebhardt* ライヒ最高裁判所の判断として紹介するだけであり、一八八三年一月二九日判決を紹介したものは明言しているわけではない。しかし、その論述内容からは、一八八三年判決を引用したものは明らかである。

- (84) RGZ Bd.8, S.387.
- (85) *Niemeyer*, a.a.O. (Fn. 19) S.377.
- (86) このように、訴訟法に関する規定が、実体的問題にまで介入することについて、判決はより詳細に民法一九三条の内国判決の既判力の問題を引き合いに出して論じている。
- すなわち、一九三条は、内国判決の実質的確定力 (die materielle Rechtskraft) の範囲を規定しており、その限りで民事法に (das Bürgerliche Recht) 介入しているのであるから、民訴法が外国判決に関して、確定力ある判決に民事法を通じて確定される効力を内国において付与するための要件を定めることはなんら不自然なことではないのである。RGZ Bd.8, S.387.
- (87) *Niemeyer*, a.a.O. (Fn. 19) S.378.
- (88) RGZ Bd.8, S.389.
- (89) ebenda. Gebhardts 同様に引用する (*Niemeyer*, a.a.O. Vorgeschichte S.378)。
- なお、この部分に引き続き判決は、相互性要件が一八七七年民訴法草案においては規定されなかったのは、この要件を除去しようとする意図ではなく、この当然の要件に関して政治的中央機関を立法的規定を通じて制限しないほうがふさわしいという意図であった、と述べている。
- (90) *Niemeyer*, a.a.O. (Fn. 19) S.377ff. なお、これに対応する *Wach* 原典該当分は、*Adolf Wach*, Handbuch des Deutschen Zivilprozessrecht, Bd.1, Leipzig, 1885, S.224ff.
- (91) *Niemeyer*, a.a.O. (Fn. 19) S.377. *Wach* は、民訴法六六一条の執行判決がよりどころとするのは変動を受けることのない基礎 (unantastbaren Grundlage) としての、外国の確定力ある判決であるという (*Wach*, a.a.O. (Fn. 90) S.225)。外国判決の実質的確定力の承認が執行の基礎であるとの意味において、Gebhardt 引用のように「実質的確定力の承認が民訴法六六一条の基本思想をなす」(*Wach*, ebenda) というのである。
- (92) 給付判決でなくとも積極的あるいは消極的確認判決、請求棄却判決、そして外国判決が別訴の基礎として用いられた場合にも同様に考慮されなければならないこの意味である。 *Wach*, a.a.O. (Fn. 90) S.226.
- (93) *Niemeyer*, a.a.O. (Fn. 19) S.377f.
- Wach* の議論の主眼は、外国判決の執行に関する規定のみが存在する現状において、外国判決の有する実質的確定力の問題は、たしかに明文規定は存在しないものの、規律されていないわけではない点にある (Vgl. *Wach*, a.a.O. (Fn. 90) S.228. Anm.18)。当時、実質的確定力

は執行判決を経てはじめて承認されるとして既判力の発生を執行判決に条件付ける学説が多数を占めており、これへの反対学説としての存在意義があった。

しかし、外国判決の実質的確定力の承認が執行判決に依存せず、むしろ実質的確定力の承認が執行判決の基礎であるとするからといって、実質的確定力の承認のために執行要件の充足を必要とするのは論理的に当然の帰結ではない。すなわち、Wachtのテーゼからは、外国判決の執行のための要件が、実質的確定力の承認のための要件を包含していなければならないとすることは帰結されるが、その逆は導かれない。したがって、外国判決の承認要件を執行要件と同一とするWachtの見解は、この点において論証が不十分であり、Gebhardが批判するのもこの点である。Vgl. Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S. 378.

(94) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S. 380.

(95) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S. 376.

(96) 以上につき Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S. 376f. 四〇条削除の趣旨は、規定内容を民訴法関連法案に移す点にあり、相互性に関する見解については変わることはなごころ。もつと前述の通り、Gebhardはゲープハルト第二章案においては、外国判決の執行に関しても相互性は必要ではなごころ。Vgl. Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S. 388f.

(97) GebhardはWachtのテーゼの前半部分、すなわち、民訴法六六一一条を充足した外国判決には実質的確定力が認められるとする点については同意する。(Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S. 377.) 後半部分について説得力に欠けると批判する。(Niemeyer, a.a.O. S. 378.)

(98) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S. 378.

(99) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S. 379. また、外国判決の実質的確定力に基づいて内国で既済訴権 (actio iudicati) を申し立て、この申し立てに対して下された内国判決に基づいて強制執行を実現する場合には、相互性要件をはじめとした外国判決執行要件を回避することにはならず、かかる場合には、当該強制執行は内国判決の執行として行われることを指摘する。(Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S. 380.)

(100) ebenda.

(101) ebenda.

(102) Gebhardは海外での状況をも紹介している。(Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S. 380ff.)。フランスやイタリアの状況を紹介し、外国においては、漸次、外国判決の承認を執行から区別し、外国判決執行のために定立された要件を純然たる承認に適用するといった、承認執行の同等取り扱いを拒絶する方向に動いていると述べ、このような諸外国の状況からも、外国判決の承認と執行の区別は正当化されるであろうという。

(103) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.381.

(104) Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.382.

(105) ebenda.

(106) 身分事件に関する当時の裁判管轄規定については前注(41)参照。Gebhardt、Wachの外国訴訟係属の承認に関しての、国家は外国判決が尊重されるときには、原告を外国訴訟に移送してはならないと言及 (Wach, a.a.O. (Fn. 90) S.247) にちやれてくる。Niemeyer, a.a.O. (Fn. 19) S.383.