慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究二二三〕 判決原本に言渡前他へ転補された裁判官の署名捺印がある場合と民訴第一九一条第三項 (最高裁昭和二五年一二月一日第二小法廷判決) 一 民訴法二〇〇条四号所定の「相互ノ保証アルコト」の意義 二 民訴法二〇〇条三号の規定と外国裁判所の判決の成立についての公序良俗 (最高裁昭和五八年六月七日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	大内, 義三(Ouchi, Yoshizo) 山田, 恒久(Yamada, Tsunehisa) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1984
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.57, No.8 (1984. 8) ,p.132- 139
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19840828-0132

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔最高裁民訴事例研究二二三〕

昭二五15（最高民集四巻一二号六五一頁）

判決原本に言渡前他へ転補された裁判官の署名捺印がある場合と民訴第一九一条第三項

家屋明渡請求事件（昭二五・一二・一第二小法廷判決）

控訴審で、裁判長A、二宮判事、B判事によって審理がなされ、昭和二四年四月二一日に弁論を終結し、判決言渡期日を同年五月七日と指定し、告知した。しかし、二宮判事は五月二日付で東京地方裁判所に転補を命ぜられた。判決言渡期日たる五月七日には、A、B、Cより成る裁判所は、判決言渡期日を五月三一日に変更した。そして同日にはA、B、Dが列席して判決を言渡した。しかし、その判決原本には二宮判事の署名捺印があった。

上告人はこの点を捉え、判決原本は五月七日以後に作成されたことは明らかであるのに、二宮判事の署名捺印があるのは民訴法第一九一条第三項に違反している。これは同法第三八七条にいう「判決ノ手続カ法律ニ違背シタル」場合に該当するから、原判決は破毀を免れないと主張した。

最高裁は、次のように判示して上告を棄却した。

「原判決原本は特段の反証のないかぎり原審における最終口頭弁論期日たる昭和二四年四月二一日から二宮判事が転補の辞令受領の日までに作成されたものと解するのが相当であって右判事が転補の辞令を受領した以後に作成されたと認むべき事跡はない。論旨は最終弁論期日において指定された昭和二四年五月七日の判決言渡期日が変更された事実を捉えて原本の作成が五月七日以後即ち二宮判事転補の日以後に作成されたものであると主張する。しかし原本が作成されていても都合によって言渡期日を変更することもあるのであるから言渡期日の変更があったからとて直ちにその期日後に原本が作成されたと認めることはできない。」

判旨に賛成であるが、若干の疑問がある。

一　本判決はいくつかの体系書で引用されているが、[1] 引用のみで論評がなされていない。また、本件の判例批評はいずれも判旨に賛成している。[2] しかし、仔細に検討してみると判旨に若干の疑問がないわけではない。

ところで、訴訟が裁判をするに熟すると（一八二条）、裁判所は、口頭弁論を終結して判決内容の確定にとりかかる。判決の内容は、その基本となる口頭弁論に関与した裁判官の意見によって決定される（一八七条一項）。判決内容が確定すると、裁判所は判決書（判決原本）を作成する。[3] この書面には、判決内容として主文、事実及び争点、理由が記載され、そのほか当事者及

び法定代理人、裁判所も記載される。[4] そして、判決をした裁判官がこれに署名捺印する（一九一条一項）。[5] 裁判所が記載され、裁判官が署名捺印をするのは、どの裁判所、裁判官が関与したのかを明確にして、責任の所在をはっきりさせるためである。究極的には直接主義から導かれよう。

判決に関与した裁判官が、判決原本に署名捺印するのに支障がある場合（病気、出張、死亡、転任、退官など）には、他の裁判官がその事由を記載して[6]署名捺印することになる（一九一条三項）。[7]

二　本件では、二宮判事は五月二日付で他の裁判所に転補を命ぜられており、他の裁判官がその旨を記載すべきなのに、二宮判事自身の署名捺印があるのはおかしいという点が問題になった。結局、いつ判決原本が作成されたのか、即ち、転補の辞令受領の日の前か後かが決め手になる。

上告人は、五月七日の判決言渡期日が変更された事実を促えて、その日以後（即ち、二宮判事の転補の日以後）であると主張している。これに対して本判決は、判決原本が作成されていても都合によって判決言渡期日を変更することもあるから、判決言渡期日の変更があったからといって、直ちにその期日後に判決原本が作成されたと認めることはできない。特段の反証のないかぎり、二宮判事が転補の辞令受領の日までに作成されたものと解するのが相当であるとしている。

判旨の説くところは一見もっともらしく思われるが、次の点で疑問を感じる。

(1)「特段の反証」というが、外部の人間にとって判決原本がいつ作成されたのかを知ることは不可能であろう。[8] 裁判官本人しか知らないことを立証せよというのは無理な注文といえる。上告人は、判決言渡期日が五月七日から五月三一日に変更されたので、多分判決原本は五月七日以後に作成されたのであろうと推測している。これは判旨が要求する「特段の反証」といえないが、外部の人間としてはこれで充分な主張といえよう。

中野教授は、「判決原本に裁判官の署名捺印があることは、それが同裁判官の在任中に為されたことを推定せしめるというべきであるから」格別の反証が必要であると解されている。[9] 裁判官に全幅の信頼を置かれるのは結構であるが、では一体どのようなことを、如何にして反証すればよいとお考えなのであろうか。[10]

(2)　(1)と関連するが、上告人が右の意味での充分な主張をすれば、それにもかかわらず裁判所が棄却しようとする場合には、実情をよく知っている裁判所側が、判旨の中で判決原本がいつ作成されたのかを明らかにすべきであると解する。

青山調査官の判例批評によると、二宮判事の転補前に判決原本が既に作成されていたが、当事者からの申出によって、当時進行中の示談の経過を待つために判決言渡を延期していたものであるという。[11] この事情を考慮すれば判旨は正当といえる。しかし、これは青山調査官が書かれたことであり、判旨にはこの

ような事情について何も触れられていない。判旨の中で明らかにすべきである。

三　本件判旨には以上のような疑問があるが、もし原審裁判所が速やかに判決を言い渡しておれば、このような訴訟は生じなかったであろう。(12)(13)

(1)　兼子・体系三二六頁、新堂・民訴法（第二版）三九四頁、小山・民訴法（三訂版）三七六頁、斎藤・民訴法概論（新版）三四八頁。

(2)　中野・民商三二巻四号一七一頁、青山・判タ八号五三頁、三ケ月・判例民訴法一七九頁。

(3)　判決書（判決原本）については、村松・「判決書」民訴法講座(3)七三五頁以下、岩松＝兼子編・法律実務(5)五七頁以下、賀集・「民事判決書の合理化と定型化」実務民訴(2)三頁以下等参照。

(4)　Vgl. § 313 I ZPO.

(5)　判決原本には、判決内容の決定に関与した裁判官が署名捺印する。判決の言渡だけに関与した裁判官は含まない。

「判決ニハ判決ノ基本ト為ルヘキ口頭弁論終結当時ニ関与シタル判事カ署名捺印スヘキモノニシテ単ニ判決言渡ニ関与シタルニ過キサル判事カ之ニ署名捺印スヘキモノニ非サルコト明ナル」（大判昭一五・四・一七法律評論二九巻民訴二三八）。

ドイツでも同様である。Vgl. Thomas-Putzo, ZPO (12. Aufl., 1982), S. 622.

(6)　この附記の署名捺印がないと違法となり取り消される。「判事六本木縫之助ノ署名捺印ナク且同判事カ署名捺印ヲ為スニ差支アル旨ノ附記アルコトナシ是民事訴訟法第二三七条第一項（旧法）ノ規定ニ違背シタルモノニシテ判決作成手続ニ於テ不法アルモノトス」（大判大一五・九・九新聞二六三〇号一四頁）。

(7)　Vgl. § 315 I ZPO.

(8)　三ケ月教授は、実際問題としてこのような立証（当時はまだ判決書が作成されていなかったという立証）は極めて困難、殆ど不可能であると解されながら、他の事情により延期する可能性も抽象的にはありうるので、その立証ができぬ以上、上告理由にはならぬとされてもやむをえないとして判旨に賛成されている。同・前掲書一八一頁。

(9)　中野・前掲書一七三頁。

(10)　この点について、中野教授、三ケ月教授は何ら書かれていない。

(11)　青山・前掲書五三頁。

(12)　三ケ月教授も、「真に判決書ができていたならば、万難を排して所定の期日に言い渡すことが妥当であった」と解されている。同・前掲書一八一頁。

(13)　本件では直接問題となっていないが、一九一条三項に関して、退官または転任した裁判官が判決原本に署名捺印することができるかどうかという問題がある。判例は消極に解している。「本件記録ニ依レバ原裁判ヲ為シタル判事前田直之助ガ判決言渡後大審院判事ニ補セラレ其ノ職務ヲ執ルニ至リタル以後ニ於テ判決原本ガ作成セラレタルコト明ナルヲ以テ右原本作成ノ当時ニ於テハ同判事ハ前示ノ理由ニヨリ之ニ署名捺印スルニ差支アリシモノト云ハザルベカラズ、然ルニ同判事ガ原本ニ署名捺印シタルコト記録ニヨリ明瞭ナレバ原判決ハ違法ニシテ破毀ヲ免レズ」（大判大一一・五・三一新聞二〇一二号二一頁、同旨、斎藤編・注解(3)二二九頁、菊井＝村松・全訂Ⅰ一〇五七頁）。

思うに、判決原本の署名捺印は、要するに判決内容の決定に関与

したことの証明にすぎないのであるから、評決後に退官または転任しても、その当時の資格で署名捺印できると解する（同旨、兼子・条解四八一頁、中野・前掲書一七二頁）。

大内　義三

昭五八1（最高民集三七巻五号六一一頁）

一　民訴法二〇〇条四号所定の「相互ノ保証アルコト」の意義

二　民訴法二〇〇条三号の規定と外国裁判所の判決の成立についての公序良俗

執行判決請求事件（昭五八・六・七第三小法廷判決）

昭和四五年一一月六日X（原告・被控訴人・被上告人）は、Y（被告・控訴人・上告人）に対し、アメリカ合衆国コロンビア特別行政区の連邦地方裁判所に売掛代金の支払を求める訴を提起した。同年一二月一四日訴状を受理したYは同地区弁護士Aに事件を依頼した。Aは翌年の昭和四六年一二月一〇日に裁判所に出頭し管轄権を認めた。その後裁判所はYに宣誓供述のための出頭を命じたがYは応じず、昭和四七年四月二七日Yに五万余ドルの支払を命ずる判決が下り、同年六月二八日に右判決が確定した。

Xは、右判決に基き我国の裁判所に執行判決を求めた。一審・原審の主要な争点は、コロンビア特別行政区の判決承認の要件が、我国のそれと概ね一致するとは言え、成立手続に関する要件（被告に充分な防禦の機会を与えていたか否か、審理が正規の主張立証に基き文明国の認める法則に適った公正な手続によっていたか否か、外国人に対しても公平な司法を保障するような法制の下で行なわれたか否か、等）を付加されているため、相互の保証に欠ける可能性がある点にあった。一審・原審はともにXの請求を認めて、判決の成立手続に関する問題は我国の民訴法二〇〇条二号の公序に含まれ、そのため、コロンビア特別行政区の判決承認の手続の要件と我国のそれとは重要な点で一致すると判示した。Yはこれを不服として上告したが、本判決はこれに応えて、〈第一点〉、民訴法二〇〇条四号に定める「相互ノ保証アルコト」とは当該判決をした外国裁判所の属する国において、我国の裁判所がしたこれと同種類の判決が同条各号所定の条件と重要な点で異ならない条件のもとに効力を有するものとされていることをいうものと解するのが相当である。……なお、〈第二点〉、我国と当該判決国との間の相互の保証の有無についての判断にあたっても、同条三号の規定は、外国裁判所の判決の内容のみならずその成立も我国の「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗」に反しないことを要するとしたものと解するのが相当であるとして、Yの上告を棄却した。

判旨に若干の疑問がある。

一　本件でその効力を争われた外国判決は、アメリカ合衆国コロンビア特別行政区の連邦地方裁判所で下され、彼の地の訴訟法によって既に有効に確定した判決である。我国の民事訴訟法二〇〇条は、右のような外国判決を我国において承認する場合の要件を定めている。同条は、一号で管轄権、二号で敗訴被告が日本人である場合の呼出に関する特別要件、三号で公序に反しないこと、四号で相互保証を要求し、右要件を満す外国判決は、我国においても効力を有するとする。本件のコロンビア特別行政区で下された外国判決の効力を承認するためには、我国

との間に相互の保証が存在することが前提となる訳なのであるが、彼の地の外国判決承認の要件は、管轄権、公序、相互の保証という我国と同様の要件の他、被告の防禦の機会の保障、公正な手続に則っていること、外国人に対しても平等な扱いをしていること、記録されていること、判決を詐欺などによって取得していないこと、国際法の諸原則、礼譲からみて承認してはならないような特別な理由のないことなどが要求されており、我国のそれとは若干の相違がある。一般に、これらの要件は手続公序に関する要件と言われている。我国には手続公序を明示的に要件とした規定がないが、学説上は、民訴法二〇〇条三号にいわゆる公序の中に含まれると解する説が有力に主張されている。[1] 本判決もこれと同様の判断を前提として、彼の地と我国の承認の要件にはいわゆる手続公序の要件が含まれており、又、承認の要件が重要な点で一致していれば、相互の保証があるという解釈から、両国の間には相互の保証ありと判決したものである。

二　手続公序が我国においても承認の要件とされると考えられるとしても、例えば、当該外国手続法で求められる適式な呼び出しがなかったか否かを問うことができるのか、というような問題は埒外である。本来、外国判決に、その判決国の訴訟法上の瑕疵が含まれるならば、これを是正すべく争う地は、判決国であって承認国ではないからである。従って、この点から考えて、いわゆる手続公序の問題を、二〇〇条二号にかからしめようとする考えは妥当ではない。[2] 本来は、判決国の手続に適っている以上、その手続的瑕疵を我国で蒸し返すのは筋が違うのではあるが、あえて自国民保護の立場からこの規定を置くのである。自国民保護の制度はなるべく制限的に解すべきことから、二号に手続公序の問題をかからしめるのは、結局、限定的であるべき二号の本旨にそぐわないと思われるのである。

一方、判旨は、判決国において制度的に手続保障が担保されている事が、我国の承認の要件の一つである二〇〇条三号の公序の内容に含まれるとする。判旨の指摘するとおり、手続保障が制度的に担保されているか否かは、外国判決承認のための重要なポイントになる事は間違いない。手続保障が十分になされていない手続によった訴訟の判決には既判力は認め難いというような、判決の重要な要素たる既判力と手続保障の関係から考えて、当然と思われる。従って、判決承認の際の、当該判決国の手続が制度的に正当か否かの判断は（二〇〇条三号に基くか否かは別にして）、必然的なものであり、それを明示した点で、本判決は高く評価されるべきものであろう。

三　主権国家が分立する国際社会の中で、ある国が、その主権に基いて下した判断―判決―が、その判決を下した判決国以外の国々に対して当然に拘束力を持つという事は、主権国家の原則から考えて、言うことができない。しかし、判決国以外の国が、他国において宣せられた判決を、自らの主権に基いて自国内においても通用する旨の意思の表明をすれば、話は別である。

そうしてこの、外国判決が自国内でも効力を持つという宣言こそが判決の承認であろう。

判決が紛争の法的解決を目指すものである以上、それは一種の法の具体化に他ならず、承認は、外国において具体化された法が承認国においても妥当する旨の宣言という事になる。とすれば、国際私法において、準拠法が指定され準拠外国法が我国において法として適用されるメカニズムと、他国において宣せられ、具体化された法が我国において妥当するという宣言のメカニズムとは、同様のものと言えよう。従ってその国際私法の準拠法指定に際して機能する公序条項（我国の法例三〇条）と、外国判決の際に機能する公序条項（民事訴訟法二〇〇条三号）とが、同じ役割を果すことは当然と言える。換言すれば、我国における、法例三〇条にいわゆる公序と民事訴訟法二〇〇条三号にいわゆる公序とは同じ意味内容を持つ。[3] 本判決もこの点について、同旨の解釈に立つことを明らかにするものである。しかし、それならば、判示のように、手続公序が、民事訴訟法二〇〇条三号に含まれると考える事はできまい。[4] 法例三〇条は、我国の準拠法指定の規則に従って決定された準拠実質法を我国において適用することが、我国の公序を紊す虞れがある場合には、この準拠法によらず、我国の実質法によるとする。同様の機能を民事訴訟法二〇〇条三号が持つとすれば、考えられるのは、具体化された法の内容が我国の公序に反するような場合（例えば、妾奉公を命ずる判決）である、すべての問題を、公序の中にとり込むのは、事柄の本質を見失う虞れがあり、なるべく避けるべきであろう。実際、手続保障が十分になされていなかった判決の承認をすれば我国の司法秩序が紊されるというのは、承認すれば公序が紊れるという事以外の内容を持っていない。従って、承認する事ができない理由を明らかにするものとは言い難いのである。

四　先に述べたとおり、主権国家の分立状態にあっては、本来、承認・非承認は全くその専権に属するところであった。にもかかわらず、我国では、民事訴訟法二〇〇条各号の消極的な要件を具備する時には何ら特別な手続を経ずに（当該外国判決の内容の審査もしないで）承認するという、自動承認システムを採用している。これは、専権的な問題でありながら、一部の例外を除いて原則的には、外国判決は承認するのが当然という意味であろう。我国の学説の中には、仲裁判断ですら判決と同じ効力を認めるぐらいであるから外国裁判所の判断には、我国の判決と同様の効力を認めても良いとする考えもある。[5] しかしこれは、承認の可能性を示唆するものではあるが、なぜ当然に、承認しなければならないのかは、依然として、明らかではない。当事者の便宜を説くのも説得的とは言えない。[6] ある国家に対する審判要求がその国家限りのもので、他の国家に対する審判要求は別個なものと考えることも、当事者の単なる便宜のためだけに国家の主権は後退しないと考えれば、それも仕方の無い事と、言えるからである。

それでも尚、外国判決の承認が自動的であるのは、その根拠を、外国判決の内容自体に求めることができる。確かに、国家は分立し、世界は色分けされている。しかし、人はその枠組を破って自由に交通し、そこには一つの社会（いわゆる国際社会）が成立している。その一つの社会に妥当する法は、その社会に対して当然に唯一でなければならない。従って、考えられる最も合理的な手続によって得られた判断―判決（具体的な法の宣言）―があるならば、これと異る判断のありよう筈はない。だからこそ、外国判決は承認するのが原則なのである。(7)

しかしそれは、下される判断が具体的な法の宣言である事が前提であるから、その判断主体が、法の宣言者たるにふさわしい資質を備えている事を要する。すなわち、その裁判国が、例えば、司法権の独立の保たれた国家であるか、又、制度として適正な呼出をするなど防禦権の保障を整備した国家であるかなどが問われる事になる。本来、手続保障が判決の法としての正当性の担保の核をなすものである以上、それは、承認にあたって相手国の裁判主体たる資質として問われるべきものなのである。すなわち、いわゆる手続公序の問題とは、民事訴訟法二〇〇条一号の要件として吟味されるべき性質のものであろう。国際裁判管轄権の所在を問う時に重要な要素として、原告・被告にとっての公平さを考慮する必要があることは争いのないところであるが、一般にそれは地理的あるいは経済的意味あいしか持っていない。しかし、その訴訟地の手続自体が、原告・被告の公平を確保できないものであるならば、それは、地理的・経済的な理由以上に、管轄権の分配にとって決定的なものと考えられるからである。

五　手続公序と呼ばれる問題が、判旨のようにではなく、民事訴訟法二〇〇条一号に関わるものであるとしても、結局、右要件が、民事訴訟法二〇〇条に含まれる事に違いはない。従って次に問題となるのは相互の保証である。従来の判例は、相互の保証の有無の基準として、「我国と等しいか相手国の方が寛い条件で我国の判決を承認する場合」を挙げていたのに対して、本判決は「重要な点で異ならない条件のもとに効力を有するとされる場合」と判示して、前者の国際性に欠ける条件を緩和して、従来の学説の批判(9)に応えたものとなった。

判決の承認とは、他国において宣言された当該社会に妥当する唯一の法を自国においても当然に妥当することを宣言するものであった。これは、実体法上は、当該社会に妥当する法が一個であること、手続法上は、その法を宣言する主体が唯一であること（彼我の裁判自体を同一視しうるかということ）を意味する。相互の保証の要件とは、この同一判断主体か否かの判別の機能を営むという、判決の承認の本質に根ざす不可欠の要件である。相互の保証の要件が報復的機能を持つ故に、この要件の撤廃を主張する所説もある。(10) しかし、この報復的機能とは、先に述べた同一主体か否かの判別に基いて同質の主体の判断であれば承認するという相互の保証本来の目的的機能の反作用である、判

断主体が異質な主体である場合にこの判断を排斥する機能を指すものであろう。従って、相互の保証要件の目的は報復にあるわけではなく、結果的に報復的場合があるに過ぎない以上、所説の主張するように、単純にこの要件を撤廃しえないように思われる。確かに、すべての国家が同一主体性を持つに至れば、相互の保証の要件は意味を失うであろうが、それは、報復の余地が無いからではなく、むしろ、相互の保証という要件が、十分満されているために、その要件が不要と映るだけである。相互の保証はその意味で依然として重要な要件なのである。

ともあれ、相互の保証の問題にとって問われるべきは判断主体の同一性の有無であり、本判決がその点を、承認手続が重要な点で共通している事と判示した事は、正にその事を意味するのだと思われる。

六、右のように解する結果、本判決判示第一点については賛成するが、第二点については若干の疑問があって首肯しえないと言えよう。

(1) 三井・注解強制執行法(1)一三九頁、竹下「外国判決による強制執行と手続権の保障」法学教室二四巻一〇五頁、高桑・新実務民訴講座七巻一四二頁。
(2) 桜田・判例評論二八八号三二頁。
(3) 江川「外国判決の承認」法協五〇巻一一号二〇七〇頁。
(4) 江川前掲二〇六八頁。
(5) 兼子・民事訴訟法体系三三八頁。
(6) 三浦・国際私法二六〇頁。
(7) 伊東「国際二重訴訟の鍵点」慶應義塾創立一二五年記念論文集法学部法律学関係一二頁。
(8) 大判昭八・一二・五。
(9) 江川前掲二〇七三頁、池原・渉外判例百選（増補版）一八二頁、高桑「外国判決の承認及び執行」新実務民事訴訟講座第七巻一四四頁。
(10) 桜田前掲三二頁。

山田恒久