

Title	いわゆる手続公序に関する一試論
Sub Title	A Relation between Public Policy and Due Process - A Tentative Suggestion
Author	山田, 恒久(Yamada, Tsunehisa)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1986
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.10 (1986. 10) ,p.66- 88
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19861028-0066">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19861028-0066</a>

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.

# いわゆる手続公序に関する一試論

山 田 恒 久

- 一、はじめに
- 二、我国の学説の概観
  - (一) いわゆる手続公序の内容
  - (二) 条文上の根拠
  - (三) いわゆる手続公序に関する通説
- 三、考 察
  - (一) 通説に対する疑問
  - (二) 比較法的検討
  - (三) 試 論
- 四、おわりに

## 一、はじめに

最近の民事訴訟法学の手続保障に関する議論の成果には注目すべき点が多い。手続保障と判決の効力の関連につい

ては特に優れた論稿が数多く発表されている。<sup>(1)</sup> そうしてこれらの議論を通じて、十分に手続の保障がなされる事が判決の効力にとって不可欠である事が明らかにされて来たと考えられる。<sup>(2)</sup> 涉外生活関係の拡大により、ある国で下された判決を他国で承認するという場合も頻繁になったが、このような外国判決の承認という場面でも(当該外国判決が判決国において如何なる状況の下で、特にどのような手続保障が尽くされていたのかというように)、手続の保障という事が重要な点になる事には疑いがない。

おりしも、昭和五八年六月八日に、最高裁は、それまで殆んど判断される事の無かったいわゆる手続公序に関して、初めてその見解を明らかにした。<sup>(3)</sup> 事案は、アメリカ合衆国コロンビア特別行政区連邦地方裁判所において下された外国判決に基いて我国においてその執行が求められたというもので、判旨は、彼の地と我国の相互の保証の有無を考慮にあたって、我国の民事訴訟法二〇〇条三号の公序に反するか否かの判断には、その外国判決の内容のみならず成立手続も含まれるとしたものである。<sup>(4)</sup> この判決には、成立手続とは具体的にどのような事柄が含まれるのかが明瞭には示されておらず、他の民事訴訟法二〇〇条各号の要件との関係も触れられていない。本稿は、右最高裁判決を契機として最近論じられるようになった、判決の成立手続という判決承認の要件、いわゆる手続公序に関しての、若干の考察を試みるものである。

(1) 谷口「手続保障の基礎理論のために」民訴雑誌二七号一三九頁以下、井上「手続保障第三の波(一)」法学教室二八号四二頁以下。

(2) その点の詳細について、拙稿「判決効と手続保障に関する基本視点」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集二二号三頁以下参照。

(3) 最判昭五八・六・七民集三七卷五号六一頁。

(4) 本件の概要は以下のとおり。XがYに対してアメリカ合衆国コロンビア特別行政区の連邦地裁で得た売掛代金の支払を命ずる判決に基いて、我国に執行判決が求められたが、Yはコロンビア特別行政区の判決承認の要件は我国のそれと概ね一致す

るが、判決の成立手続に関する要件が我国より嚴重であるため相互の保証に欠ける可能性がある点を争った。一審・原審とも成立手続も民事訴訟法二〇〇条三号の公序の内容及と考へ得るので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は重要な点で一致するとしてY敗訴の判決を下した。これを不服としたYの上告に於て最高裁は「我が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つても、同条三号の規定は、外国裁判所の判決のみならずその成立も我が国の『公ノ秩序又ハ善良ノ風俗』に反しないことを要するもの」と解するものが相当である。」と判示して、Yの上告を棄却した(尚、本判決は相互の保証要件に関して従来判例を変更した意味でも重要な意義を持つがここでは割愛した)。

## 二、我国の学説の概観

### (一) いわゆる手続公序の内容

いわゆる手続公序の具体的な内容として考えられていたのは、外国裁判所が対席口頭弁論を否定していない事、内容の確定判決を無視していない事、当事者が公序に反する方法で外国判決を確定させていない事などであった。<sup>(1)</sup> 現在ではこれらに加えて、司法の独立を著しく侵害された状況の下で判決が下されていない事、<sup>(2)</sup> 判決が詐欺的手段により成立せしめられていない事、<sup>(3)</sup> 被告の防禦権が保障されている事、<sup>(4)</sup> 除斥忌避事由に該当するような関係のある裁判官によつて判決がなされていない事、<sup>(5)</sup> 十分な手続保障がなされた上で、当該外国判決が下されていたか否かを問おうとして言えないが、承認国からみて、十分な手続保障がなされた上で、当該外国判決が下されていたか否かを問おうとしていると思われる点で諸説を括りうる。従つて、外国判決の手続保障が十分でなかった場合に我国のいわゆる手続公序に反すると解しているのが通説であると言えよう。

### (二) 条文上の根拠

いわゆる手続公序が、外国判決承認の要件を定める民事訴訟法二〇〇条各号のいずれを、その条文上の根拠として

いるかという点についても、若干の争いがある。

管轄に関する民事訴訟法二〇〇条一号に、条文上の根拠を求める学説は、管轄の騙取のような場合にその可能性がある事を示唆する学説を除けば殆んど無い。<sup>(7)</sup>

同条四号にそれを求める見解も、現時点では見当らない。同号の相互の保証を、相対的に解する事によって、相手国がいわゆる手続公序を外国判決承認の要件としている限度で、我国においても、これを要件とする可能性も無いわけではない。しかし、相互の保証が存在するか否かは、承認以前に決まっていなければならないので、相手国との関係で承認の要件が可変となる事は許されない。従ってこのような可能性を認める事はできない。

二号が想定する、敗訴日本人被告が公示送達によらずに訴訟の開始を知らされる事が、いわゆる手続公序の一類型である点については、学説上争いはない。しかし、二号を類推あるいは拡大して解釈する事によって、その他のいわゆる手続公序の類型を扱おうとする所説と、二号の規定の体裁から考えて、類推あるいは拡大した解釈には無理があり、他の条文上の根拠によって、他の類型を扱う必要があると考える所説がある。<sup>(8)</sup>

いわゆる手続公序の類型は基本的には三号の公序の一内容と考えるのが多数説である。二号に根拠を求める少数説は、多数説のように三号の公序の一内容と解すると、公序の概念が肥大化する点を危惧している。<sup>(9)</sup> 多数説は少数説に共感を抱きながらも、二号が、「敗訴ノ被告カ日本人ナル場合ニ於テ公示送達ニ依ラスシテ訴訟ノ開始ニ必要ナル呼出若ハ命令ノ送達ヲ受ケタルコト又ハ之ヲ受ケサルモ応訴シタルコト」(傍点筆者) という非常に限定的な規定であるために、これを類推あるいは拡大する解釈にはなじまないという、先に触れた反論をしている。

### (三) いわゆる手続公序に関する通説

いわゆる手続公序の内容として、当該外国判決が下された手続が十分に手続保障をなされていた事が考えられるとしても、具体例に関しては必ずしも一致していない。しかし、もともと手続保障という事柄自体が、学説上未だ充分

に展開形成されていないので、その外縁部分で、諸説の扱いが区々となるのは已むを得ないと言えよう。これは、いずれ手続保障に関する理論の発展によって克服されるであろう問題であり、それ自体が非難されるべき点ではない。

一方、条文上の根拠の点については、少数説、多数説の対立はあるものの、両説はもとも同根のものであって、二号と三号のいずれに根拠を求めるかという二者択一的な問題なのだとすれば、本質的な問題点ではない。もともと少数説の危惧は、公序概念の肥大化に関するものであるが、二号の類推あるいは拡大という事は、単に公序という言葉を使用しないという事に過ぎず、実際上は、同様の危険を内含する点で、多数説に対する批判として、的を射たものとは言い難い。のみならず、少なくとも公序には自ら一定の限界があるのに比べて、二号の類推あるいは拡大には、限界がそれ自体にはないとも言えるから、肥大化の危険はかえって少数説の方にあるのかも知れない。その上、二号の制限的文言は、類推あるいは拡大を許すものとは、到底考えられないから、少数説に与する事はできない。ところで、この点に関する多数説は（いわゆる手続公序に触れている学説が少ないが）、触れている学説の殆んどがこの見解を採るといふ意味で、通説と言えるように考えられるので、以下では通説として扱う事にする。

従って、以下では、いわゆる手続公序についての通説を、「外国判決が下された手続が十分な手続保障をなされていた事を、我国の民事訴訟法二〇〇条三号にいう公序の内容と理解して、外国判決承認の要件とする」という立場と考えて、論を進める事にする。

- (1) 岩本「三ヶ尻・要論（下）一一〇七頁、細野・要義Ⅳ二二七頁、松岡・註釈Ⅵ二二二頁。
- (2) 矢ヶ崎「村松編コンメンタール民事訴訟Ⅱ二〇三頁。
- (3) 高桑「外国判決の承認及び執行」新・実務民事訴訟講座（7）一四二頁、道垣内「涉外判例研究」ジュリスト七二二号一  
九八〇頁（前掲最判の一審判決の評釈）、松岡「国際取引における外国判決の承認と執行」阪大法学一三三・一三四号五一頁。
- (4) 高桑・前掲一四二頁、三井・注解強制執行法（1）一四五頁。
- (5) 高桑・前掲一四二頁。

- (6) 桜田・判例評論二八八号三〇頁（前掲最判の原審判決の評釈）。
- (7) 桜田・前掲三一頁。
- (8) 貝瀬「涉外判例研究」ジュリスト七九一号一一〇頁（前掲最判の原審判決の評釈）。
- (9) 桜田・前掲三一頁、松岡・前掲五二頁。
- (10) 貝瀬・前掲一一〇頁。

### 三、考 察

#### (一) 通説に対する疑問

##### (1) 再審制度との関係

通説の挙げるいわゆる手続の公序の具体例は、我国の民事訴訟法四二〇条に規定される再審の要件に近似する。判決手続において、手続の保障は既判力の基礎として重要な意味を持つから、手続の保障が十分になされていない手続の結果得られた判決に、既判力が尚そのまま認められるような取扱いを許す事はできない。従って、外国判決の得るに至った手続が十分な保障の下にあったか否かの具体例が、それと近似するのも無理からぬ事と、言わねばならない。しかし、その事は、実質的には、承認手続が再審手続的役割を果たす事をも意味する。

そもそも再審は、我国において外国判決の効力が認められる事を前提として、論じられる性質のものである。その効力の存否を決する手続において再審の要件の存否を審査するのでは、効力の存否の判断過程に、あたかもその存在を前提とするような判断過程が優先するような、論理的先後関係の逆転を是認する事になる。

たとえ両判断過程が同時に進行しようとしても問題が起る。再審は一審の係属していた裁判所を管轄裁判所とするのが通常であるが、これは再審が一審の裁判所でなされるのが好ましいあるいはそこでやる事が必要だからであり、

再審要件の審査は一審のなされた裁判所が専属管轄権を有するのが筋であるという意味であらう。いわゆる手続公序は、再審要件に近似するから、管轄についても一審が係属した裁判所に係属させる方が、妥当なように思われる。その点で、通説のように我国において問いうるとするよりは、当該判決を下した判決国にその点の審査をまかせる方がよいように思われる。

最近、外国判決の承認において安定性と正当性の均衡が保たれる必要があるという事が指摘されているが、承認手続は、承認国における安定性に関する問題であり、再審手続は、基本的には、判決国における正当性に関する問題であらうから、いわゆる手続公序を要件に加える事は、承認国の安定性と判決国の正当性を、同次元の問題として扱う可能性を、意味するものに他ならない。しかし、承認国における安定性と正当性と、判決国における安定性と正当性とは、それぞれが、それぞれとして独立であるべきで、それぞれで完結すれば良い筈の性質のものであり、右のような混同は不当なように思われる。

## (2) 内容審査との関係

民事執行法二四条二項の規定から、我国においては、承認における内容審査が許されないという解釈が得られるという点で学説上の争いはない。但、審査の資料の範囲については、判決書の主文に限定する考え方と、理由中の判断にまで拡げてよいとする考え方の対立がある。前説に従えば内容審査の危険は殆んどないが、後説に従えば内容審査の危険が生じるのは否めない。しかし、内容を審査する事、すなわち外国判決の内容が正当であるか否かという事と、我国の承認要件を満たしているか否かという事とは、本質的に異なるから、範囲が拡がる事自体には問題が無い。確かに、範囲が拡がれば内容が目に触れる機会も多くなるから、内容審査への危険も感じられる。しかしこれは、承認要件と内容との峻別によって回避しうる。主文に限るという考え方は、内容審査の危険を回避しようとする意図自体は評価できるが、右に述べたように理由の部分範囲に含ませると考えても達成できるから、範囲を狭めねばならない



必然性はない。のみならず、何らかの要件があつて、これが満たされているか否かを調べなければならぬ時に、その調査の材料が制限されているのは、十分にこれをしつゝ事は不可能である。その意味で審査の範囲の広狭の議論は焦点をはずれているように思われる。話はむしろ審査の要件の立て方自体が内容審査につながる方向でなされねばなるまい。承認要件が確立されれば、審査の範囲はその要件を満たしているか否かを明らかにするため、無限であつてかまわない。むしろ、その審査のために無限に拡がっていなければならぬ。もともと、要件自体が内容審査には絶対に関わらないものであれば、審査の範囲は広くても、内容審査の危険はないし、逆に立てられた要件は徹底的に調査して然るべきであろう。しかし、無限に許されるのが筋だとしても、広範囲な審査を必要とするような要件が正当であるか否かは、別な問題として考えられねばならない。いわゆる手続公序に反するか否かの判定は、手続公序というものを通説のように理解する限り、判決書に記載された内容すらも越えて、外国訴訟手続の個々の手続状況をもその審査の範囲に加えねばならない事になる。その点では、実体的な公序以上に実質審査に接近する。ドイツでは、新証拠の提出を禁ずるという方策を立てるが、その事は逆に、そういう証拠がいわゆる手続公序にとつて、必要なものであるという事実を示唆していると言えよう。問われねばならないのは、そのような実質審査に接近する危険性を持つ要件の立て方の当否そのものである。その意味で、審査の範囲を限定しなければならないような危険を胎む要件の立て方には首肯しえない。さらに、個々の手続の一部始終を審査の範囲に加える事は、一種の内容審査そのものであるとさえ考えられる。従つて、この点から考えても、いわゆる手続公序（通説のいうような意味での手続公序）を、判決承認の要件の一つとする通説には疑問を持たざるを得ない。

### (3) 国際的二重起訴禁止との関係

いわゆる国際的二重起訴禁止という事に関しては、従来の、「外国における訴訟係属は我国との関係では何ら意味を持たないので、国際的な二重起訴を禁止するという考え方は成り立たない」という通説に対して、最近その不当性

を指摘して、何らかの形でこれを禁止しようとする考え方が有力になりつつある<sup>(5)</sup>。特に有力に主張されている所説は、ドイツ的な処理に類似した取扱いをするべきであるというものである<sup>(6)</sup>。外国判決承認の規定を設けるという事は、外国の判決手続の結果を我国において評価する事に他ならない。結果が評価される以上、この結果に向けて為される手続も、内国におけるそれと同様の評価をうけると考える方が一貫すると思われるので、この有力な所説は正当であると思われる。

ところで、右の有力説によれば、国際的<sup>(7)</sup>二重起訴禁止という原則に触れるか否かは、当該外国判決が我国において承認されるか否かという判断を前提とするので、この承認予測が重要な役割を果たす。先に述べたように、承認するという事から、外国訴訟係属を評価する可能性がある事を推論するのであるから、承認予測が国際的<sup>(8)</sup>二重起訴禁止において、必然的であるのは間違いない。しかし、いわゆる手続公序を外国判決承認の要件に加える事を前提に考えると、承認予測は殆んど不可能とならざるを得ない。民事訴訟法二〇〇条二号に掲げられた要件のみは、既に訴訟係属している訴訟にあっては、訴訟開始当時の過去の問題として、満たしているか否かの判断、すなわち承認予測をなしているが、それ以外のいわゆる手続公序の類型の多くは、これから先の将来における手続の問題であって、当該訴訟が終了して初めてその審査が可能となるので、承認予測も不可能と言わざるを得ない。もちろん、予測は可能な限りで判断されれば良いと考える事もできるが、それはむしろ予測する事自体を無意味にするものであって、正当とは思われない。承認予測の要件を国際的<sup>(9)</sup>二重起訴の禁止においては問わないという姿勢もありうるが、承認予測は国際的<sup>(10)</sup>二重起訴の禁止にとって必然的なものであり、これを除く事は、よって立つ基礎そのものを失う事を意味すると思われるので、矢張り正当とは思われない。従って残された考え方は、承認予測の要件から民事訴訟法二〇〇条二号の場合を除く他のいわゆる手続公序の類型を除外する事以外にはないように思われる。換言すれば、外国判決の承認要件には、いわゆる手続公序（通説がいう意味での）は含めないという意味である。

以上の事から、承認予測を前提とする国際二重起訴禁止に於て、外国判決承認要件に「いわゆる」手続公序を含めるといふ通説には、疑問があると言わざるを得ない。

(4) 手続は法廷地法によるという原則との関係

手続は法廷地法によるという原則は、現在においても通説としての地位を占めている<sup>(7)</sup>。例外的な取扱いが必要な場合もありうる事を指摘する所説もあるが、基本的な姿勢として、この原則自体を否定するものではない。

確かにある外国判決について実体的公序とは別に、それが成立するまでの手続自体を対象とするような手続的公序というものが、考えられる余地は充分にある。しかし、実体法は各国の衝突規則によって、準拠法をとりこむ事により、完全な法廷地法主義的取扱いはなされない。従って、実体法上の問題については、承認国においてもある程度の独自の立場をとる事が許される可能性があり、実体的公序を考慮する余地があり得る訳である。ところが、手続は、原則的に法廷地法主義を絶対として確立させているので、手続的公序を承認国が考慮するのは難しいように思われる。もともと「いわゆる」手続公序を外国判決の承認において問うという事は、ひらたく言えば、判決国と承認国に手続のやり方に相違がある時に、判決国のやり方ではなく承認国のやり方を、優先させようとする意味を持つ。たとえその間いような場合を、判決国の手続が著しく不当な場合に限定するとしても、その意味が無くなる訳ではないように思われる。従って、部分的にはあれ手続は法廷地法によるという原則が大きく後退する事態は免れまい。そうした点からも、「いわゆる」手続公序を、外国判決承認の要件に含める通説には、疑問を持たざるを得ないのである。

(5) 民事訴訟法二〇〇条の規定の体裁との関係

通説が民事訴訟法二〇〇条二号に他のいわゆる手続公序の類型を含めて考える事はできないとする理由が、同号の限定的な表現に求められている事は既に述べた。しかしこの批判はその「いわゆる」手続公序の類型の条文上の根拠を、同号には求められないという事を説明するだけであって、通説が三号の公序に条文上の根拠を求めようとする立

場を、直接基礎づけるものではない。従って、通説は、外国判決手続が不当である場合に何故我国の公序に反する事になるのかという理由を、明らかにする必要があるように思われる。のみならず、民事訴訟法二〇〇条二号の限定的な文言が、同号の類推あるいは拡大を許すものではないという指摘は、通説とこの点に関する少数説とが同根である事を考えあわせれば、通説にとっても決定的な指摘となる可能性を持っている。民事訴訟法二〇〇条は二号に限らず、全体として非常に限定的な表現を用いているために、その体裁の欠点が指摘され、種々の批判がなされてきた。しかし、解釈論として、条文に忠実な態度をとる限り、民事訴訟法二〇〇条は全体として、二号以外のいわゆる手続公序の類型を問わないという姿勢を、二号の場合にだけ非常に限定して外国判決承認の要件として規定したという立法者の態度から、窺い知る事もできるように思われる。<sup>(9)</sup>確かに、いわゆる手続公序の他の類型の存在を、立法者が知らなかったという可能性もあり、そのために、外国判決承認の要件としてのその点に関する立法がなかったという事も考えられない訳ではない。事実、同条の立法時における委員会の応酬を見ても、その点に関する議論は無かったようにも思われる。<sup>(10)</sup>しかし、民事訴訟法典が全体として、手続の保障についての規定を欠いていた訳ではない。先に触れた再審手続の規定の存在はその例証とも言えよう。従って、当時の立法者も、手続の保障の必要性を既に意識していたと考えられるので、周到な立法者のこの点に関する誤りは無かったと思われる。そうして、右のように解する限り、民事訴訟法二〇〇条二号に「いわゆる」手続公序の条文上の根拠を求め得ないという事を、二号の限定的な文言を理由に結論する通説は、同条全体の制限的な文言を類推ないし拡大する可能性を持つという意味で、矛盾したものでないかという疑いを持たざるを得ない。

(1) 松岡・前掲二六頁。

(2) 兼子・新修民事訴訟法体系三三九頁。

(3) 矢ヶ崎・前掲二〇三頁、菊井・村松・全訂民事訴訟法I一一三八頁、高桑・前掲一四二頁。

- (4) 三ツ木「涉外判例研究」ジュリスト八二〇号一〇八頁（前掲最判の判例評釈）。
- (5) 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三頁以下、道垣内「国際的訴訟競合」法協九九卷一一一頁以下。
- (6) 当該外国の判決の承認が予測される場合には、国際的二重起訴の禁止に触れるという考え方。法制としては、フランス・イタリヤ型（自国の訴訟係属が優先する。例えばイタリヤ民事訴訟法三条、イギリス・アメリカ型（基本的には全く顧慮しなく）があると思われる。Iskavan Szasz, *International Civil Procedure*, 541 (1967)。
- (7) 渡辺・国際私法概論二四八頁。
- (8) 澤木「手続は法廷地法による」の原則について、立教法学一三三三頁以下。
- (9) 江川「外国判決の承認」法協五〇卷一一号二〇六八頁は「……判決が如何なる手続に依って為されるかは問ふ処ではない……」として、二〇〇条二号を「一の例外」と解釈している。
- (10) この間の詳細について、矢ヶ崎「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卷一号四二頁。

## (二) 比較法的検討

### (1) 米法上の取扱

米法上、判決承認に関する制定法として考えられるのは、「Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act, 1962」である。<sup>(1)</sup> 同法によれば、外国判決承認の要件として、(イ) 管轄があった事、(ロ) 適切な通知が欠けていない事、(ハ) 判決を取得する際に詐欺がなかった事、(ニ) 公序に反しない事、(ホ) 内外判決の抵触のない事、(ヘ) 管轄の合意がなかった事、(ロ) 不適切な法廷地でない事などが、挙げられている。<sup>(2)</sup> 「いわゆる」手続公序の類型かと思われるのが、(ロ)と(ハ)であろう。但、この法律はすべての州で採用されているわけではない。

第二リステイトメント（衝突規則）によれば、セクション九八で、公正な裁判<sup>(3)</sup>に基いて下されたもので有効な判決<sup>(4)</sup>は、アメリカにおいて承認されると説かれている。セクション九二では、この有効性を判断する基準として、(イ) 判

決国がその事件につき管轄を有していた事、(d)、適切な送達と審問の機会が与えられていた事、(e)、判決国内の管轄裁判所であった事(特別管轄)、(f)、裁判所が有効な権力によって手続を主宰した事が示されている。「いわゆる」手続公序について、関係した事項は、(d)だけであろう。

ところで、この第二リステイトメントの、セクション九八のコメントCには、*Hilton vs. Guyot* 事件が挙げられ、公正な裁判の具体的内容を知る手がかりとして掲げられている。この判例はかなり古いものではあるが、相互の保証の要件を除いては、未だに先例としての価値を持つと考えられている。実際、リステイトメントは法的拘束力が必ずしもあるとは言えないし、統一法 (Uniform Act) は、採用していない州では意味を持たないから、唯一、明確な形でもとまった判決承認の要件を論じた同判決の意義は、大きなものであると言えよう。<sup>(5)</sup> この判決が挙げる要件は、以下の十個である。(i)、管轄、(ii)、防禦の機会の保障、(iii)、公正な手続、(iv)、外国人に対しても公平、(v)、記録、(vi)、詐欺がない、(vii)、礼讓・国際法上、承認を拒否する理由がない、(viii)、相互の保証、(ix)、確定判決であること (final judgment)、(x)、公序に反しないこと。但し、(ix)の相互の保証については、ニューヨーク州をはじめ多くの州で否定的である。<sup>(7)</sup> ここで、「いわゆる」手続公序に該当するのは、(ii)、(iii)、(iv)などであろう。

以上のことから、米法上、いわゆる手続公序の類型として考えられるのは、適切な送達、防禦の機会の保障、外国人に対しても公平、詐欺などであろう。<sup>(8)</sup> しかし、このうち詐欺については若干の問題が残る。米法上詐欺は、*extrinsic fraud* と *intrinsic fraud* とに分類されているが、このうち前者は、相手方の審問の機会を何らかの方法でうばうといういわば手続的な側面を持ち、後者は、審理の過程で虚偽の証拠を用いるなど実体的な側面を持つと言われている。後者は、審理の過程でこれを見抜けなかった相手方にも非があるという意識から、前者のみが、後に問うるものとされ、判決承認の要件として考えられている。<sup>(9)</sup> この点から考えると、適切な送達ないしは防禦の機会の保障の具体化の一種とも言えよう。従って、我国の「いわゆる」手続公序と大きな点での差異はない。のみならず、その重点

が、民事訴訟法二〇〇条二号と同様送達にある点が注目しうる。

(2) 仏法上の取扱

フランスの外国判決承認の制度は、かつては、外国裁判所に対する不信感から、いわゆる実質審査主義に立つものであった。具体的には、執行判決訴訟の裁判官 (*le Juge de l'exequatur*) は、外国判決の拘束力を受けずに、法律問題についても、事実問題についても、再調査する事ができ、場合によっては、執行判決を下す事を拒絶し又は修正する事が許されていた。<sup>(10)</sup>その後、フランスの判例・実務は、徐々にその保護主義的性格を弱め、実質審査主義は後退し続け、<sup>(11)</sup>一九六四年一月七日の破毀院判決において、実質審査主義の排除が宣言されるに至った。<sup>(12)</sup>この判決の中で、破毀院は、従来の実質審査主義を排すると同時に、執行判決を下すための条件を五つ呈示した。それは、(i)、判決裁判所に一般管轄権があった事、(ii)、その裁判所において採用された手続の規則適合性、(iii)、フランス国際私法によって指定される準拠法の適用がなされていた事、(iv)、国際公序に適している事、(v)、法律的詐欺がなかった事である。この判決を以て、フランスの承認制度は大きく変容したと言えよう。

かつての実質審査主義の時代にあつては、いわゆる手続公序の問題が個別的にとりあげられる余地は殆んどなかったように思われる。外国判決手続に、手続的な瑕疵があつたとしても、フランスにおける再度の実質審査の段階で充分な審理がつくされるため、先行する判決の手続的瑕疵のみを争う必要がなかったと思われる。

一方、先の一九六四年一月七日の破毀院が掲げた要件のうち、(ii)と(v)は「いわゆる」手続公序との関連性があると言えよう。(ii)の手続の規則適合性とは、当該外国判決手続が、判決手続国の手続規定に従っていたか否かを問うものである。果して、承認国の裁判官がその役割を充分に果し得るかという問題は、しばらくおくとして、<sup>(13)</sup>それ以外のいわゆる手続公序の類型が、(iii)の公序の問題と考えられている点では、<sup>(14)</sup>我國の取扱いに類似している事が指摘できよう。但、仏法上の取扱いは、いわゆる手続公序の問題を考慮するための積極的な役割を果たすとは思われない。準拠法の

要件は、実質審査主義ほど極端ではないが、かなりそれに近い意味を持っている。<sup>(15)</sup> もちろん、準拠法の要件がある事がそのまま、短絡的に、積極的な役割を果たさない理由になるわけではない。しかし、準拠法の要件の存在は、実体に関する自国優先の立場に立つものである。そのフランスが、手続に関しても同様の態度をとる可能性は充分にある。事実、手続の規則適合性を問うという姿勢は、準拠法の要件と同一線上に並ぶもののように思われ、少なくとも、自働承認制度を採用する我国では、異質な立場として考えておくべきだと思われるのである。

(3) 英法上の取扱い

英法上、外国判決承認の要件として考えられているのは、(イ)、当該判決国に管轄があった事、(ロ)、詐欺がなかった事、(ハ)、公序に反しない事、(ニ)、自然的正義<sup>(16)</sup>に反しない事などである。このうち、(ニ)の自然的正義が、我国の「いわゆる」手続公序に近似する。これは、米法上の、「due process」に類似した内容を持つものであるが、英法上は自然的正義「natural justice」という用語が一般的で、「due process」という用語は、あまり見かける事ができない。内容的には、およそ訴訟であるからには備えていなければならない手続的な保障ともいうべきもので、一方当事者のみに有利な取扱いをしない事、防禦の機会を保障する事などが考えられる。具体的な問われ方としては、防禦のための用意をするのに十分な時間的余裕が与えられていない通知のし方がされた場合などが考えられる。しかし、単なる手続の相違、例えば証拠の許容性などは、「手続は法廷地法」の原則(Lex fori)から考えられて、問うべきではないとさえ<sup>(18)</sup>えられている。

尚、この自然的正義は基本的には、コモンロー上のものであり、外国判決承認に関する成文法には、明確な形では規定されていない。但、Administration of Justice Act 1920<sup>(19)</sup>には、滞りなく送達を受けとっておらず出頭もしていない場合は、外国の判決は承認されないと規定されており、又、Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act 1933にも適切な時機に訴訟開始の通知を受けとらず不出頭の場合には承認しない旨の規定がある。



又、詐欺については、米法との取扱いに若干差異があり、詐欺の申し立てが容易である点が指摘されている<sup>(22)</sup>。従って英法上の判決承認要件としての詐欺は、我國の、「いわゆる」手続公序の類型としてのそれより広いもののように思われる<sup>(23)</sup>。

(4) 独法上の取扱い

ドイツの外国判決承認の要件は、ZPO三二八条第一項に規定されている。同条の規定の内容は、身分関係についての例外規定に相違がある他は、一号が管轄、二号が敗訴独国人の保護、四号が公序、五号が相互の保証についてであつて、文言も殆んど我國と同様のものである。「いわゆる」手続公序に関する学説も我國同様、四号の公序の一内容として、理解されている<sup>(24)</sup>。いわゆる手続公序は、ここでは、西ドイツ手続法の原則に反する手続である場合として理解されている。但、英法との関係で、法廷侮辱を理由に被告がイギリスの裁判手続から排除された場合には、西ドイツの公序には反しないとす<sup>(25)</sup>る判例などがあり、他国の手続との相違は、できるだけ寛大に対処しようという方針のようである。

ところで、ZPO三二八条は、ドイツ国際私法の改正作業の動きとあいまって、改正の途上にある。いわゆる手続公序に関係のある改正は二点ある。第一点は、我國の民事訴訟二〇〇条二号に該当する敗訴独国人の保護の規定が、自国民保護の色彩を薄くするために、国籍を問わない規定となる事。第二点は、我國の民事訴訟法二〇〇条三号に該当する公序の規定を、「訴訟法上の本質的な原則と明らかに相容れない結果をもたらす時、特に、その承認が基本権と相容れない時」という規定に変更するというものである。前者は、法的審尋の機会を、一般的な公序の規定に委ねる事なく、保障する旨を明らかにするものであり、後者は、「公序」の概念を、より明確な形で規定したものであるとされるが、単なる手続の相違のみを理由に、いわゆる手続公序に反するというような考え方は許されないと、理解されて<sup>(26)</sup>おり、従来の学説・判例の立場を踏襲しているようである。

右のようであるとすれば、我国の「いわゆる」手続公序の重要な核となる法的審尋の保障は、我国の通説とは異なり、ZPO三二八条二号（我国の民事訴訟法二〇〇条二号）に、その根拠が求められる事になる。改正によって彼我の規定の体裁が異なったものとなったために生じた取扱の差異である事は否めない。しかし、留意しなければならぬのは、いわゆる手続公序は、解釈によっては二号の問題とする事はできないという示唆と、立法によってでも、「公序」ではなく二号の問題と考える改正の姿勢である。しかし、独法上の今回の改正が、我国の参考になるか否かは疑わしい。同条を含めた今回の国際私法の改正は、ドイツと多くの国の間に張りめぐらされた、数多くの条約を背景としたものであり、そのような基盤を持たない我国を同列に論じる事には、問題があると思われるからである。

- (1) 同法を採用してゐる州は、一二州。
- (2) Uniform Act § 4 (6) (1) ~ (6).
- (3) fair trial.
- (4) valid judgment.
- (5) Hilton v. Guyot, 159 U. S. 113, 1895.
- (6) R. B. Ginsburg, Recognition and Enforcement of Foreign Civil Judgments: A Summary View of the Situation in the United States, 4 International Lawyer, 725. A. Homburger, Recognition and Enforcement of Foreign Judgment, 18 The American Journal of Comparative Law, 381.
- (7) R. B. Ginsburg, supra note 6 at 725.
- (8) Fair and Adequate Procedure *„billig und angemessen“* A. von Mehren and Trautman Recognition and Foreign Adjudication, 81 Harvard Law Review, 1962.
- (9) R. B. Ginsberg, supra note 6 at 727.
- (10) H. Batifol, Droit International Rivé, 6<sup>e</sup> ed. t. II, p. 465.
- (11) この間の歴史的展開については、矢沢「フランス国際民事訴訟法上の実質審査主義の廃止について」熊本法学三三卷七七頁以下に詳述されている。

- (21) Cass. Civ., 7 janvier 1964.
- (22) H. Batifol et P. Lagar de, op. cit., p. 485 et s.
- (23) H. Batifol et P. Lagar de, op. cit., p. 489.
- (24) この頃で既に詳細な論議がある。この頃で Cass. Civ., 7 janvier 1964 を参照されたい。またこの頃で「米法とフランス法の衝突」K. H. Nadelmann, French Courts Recognize Foreign Money-Judgments: One Down And More To Go, 13 The American Journal of Comparative Law, 72. を参照されたい。
- (25) natural justice.
- (26) J. H. C. Morris, The Conflict of Laws, 432.
- (27) Morris, supra note 17 at 457.
- (28) S. 9 (2) (c).
- (29) S. 4 (1) (a) (iii).
- (30) Administration of Justice Act 1920, S. 9 (2) (d), Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act 1933, S. 4 (1) (a) (iii).
- (31) Morris, supra note 17 at 430, Chesire, Private International Law 148.
- (32) 例として「米法との差違をいふ」K. H. Nadelmann And A. von Mehren, Equivalences in Treaties in the Conflicts Field, 15 The American Journal of Comparative Law, 198.
- (33) Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, 13. Auf. S. 955, Nagel, Internationales Zivilprozessrecht, 2. Auf. S. 272.
- (34) BGHZ, 48, 327, 331, Urt v. 18. 10. 1967.
- (35) K. Firsching, Die deutsche IPR-Reform und der deutsche international Verfahrensrecht, ZZP, 95, 1362.
- (36) 邦文のものとして例として「石黒」西ドイツ国際私法改正のための一九八三年新草案（政府案）をいふ。判例タイムズ五〇七号一五六頁。

### 三 試 論

#### (1) いわゆる手続公序の分類の可能性

通説に疑問があるとしても、「いわゆる」手続公序の種類のすべてが、外国判決承認の要件とする事ができないと

結論するのは早計であろう。我国で考えられているいわゆる手続公序の具体例には、二つの別個の性質を持った類型が混在しているように思われる。換言すれば、手続の保障が十分でなかった場合の態様の区別によって、いわゆる手続公序は、大きく二つに分類されるという事である。その一方は、制度的な手続保障に欠けていた場合であり、他方は、個別的な手続保障に欠けていた場合である。前者は、いわば判決国の訴訟制度の平面において問われる手続保障に関わるもので、後者は、個別具体的な訴訟手続の平面において問われる手続保障に関わるものである。例えば、ある国の訴訟で、裁判所が防禦の機会を十分に与えずに裁判をしたという場合に、その裁判所が属する国家の制度自体の内に、その防禦の機会を与えないような欠陥がある時には、これを制度的手続保障に欠けていると考え、制度としては十分に整備されているものの、たまたま当該訴訟においてだけ、防禦の機会が充分に与えられてなかった時には、個別的手続保障に欠けていると考えるわけである。いわゆる手続公序の、具体例として挙げられたものを右の視点から見てみると、外国裁判所が対席口頭弁論を否定していない事が制度的手続保障に該当し得る可能性を持つとは言え、右のような意識に基づく類型化がなされていないため、明らかにこれに該当するものは殆んどなく、むしろ、個別的手続保障に重点が置かれたものばかりとなっていると言えよう。

## (2) 個別的手続保障の取扱い

個別的手続保障が十分であったことが、承認要件として妥当なものであるか否かを検討する。

まず第一に、再審制度との関係、特に承認制度における安定性と正当性の均衡のとり方という視点から考えてみる。個別的手続保障に欠ける場合に承認国でこれを要件とする事は、承認国の側から見た正当性の要求に基くものであるが、しかし、互いに独立した国家が、互いの判断の正当性を補充しあえる筈はなく、従って、正当性と安定性は、各国家で完結していなければならないため、その正当性を問いうるのは判決国でなければならぬように思われる。

第二に、内容審査禁止との関係について考えてみる。自働承認システムの採用は、単に一定の要件が備った時に承

認められるというだけでは、充分機能しない。何らの手続を経る事なく承認されるシステムとして成り立つためには、その要件が単純で一目瞭然であるように立てる努力が必要である。その点で、個別的手続保障は、過去の手続の、成り行き、一部始終が審査の対象となるので一目瞭然な要件とは言い難い。逆説的に言えば、そのように複雑・多様な審査は、ある意味では、内容審査そのものに他ならない。

第三に国際的二重訴訟禁止の原則に関連する承認予測の問題に関してであるが、個別的手続保障がこれを不可能にするのは明らかであろう。

第四に、手続は法廷地法によるという原則との関係では、右原則の下で、個別的手続保障を問う事は、相手国の手続のやり方を問題にする危険が含まれる可能性がある。

第五に、我国の民事訴訟法二〇〇条の体裁は、二号に掲げられた個別的手続保障に欠ける場合のみを唯一の例外とし、それ以外を問わない趣旨を持つと解する方が条文に忠実なように思われるのであった。

その上、実体法上の公序と、個別的手続保障の差異も確認しておく必要がある。実体法上の公序は、判決国においては全く正当なもので、我国で承認が拒絶される以外には、当事者の救済はありえない。一方、個別的手続保障に欠ける場合には、判決国においてももとより不当なものであって、判決国においても何らかの方法で是正される可能性がある（その可能性が無い場合には、当該判決国の制度が、制度的手続保障に欠けている場合と考えるべきものであろう）。その意味で、両者は同列に論じる事ができない。

以上の検討から、個別的手続保障に欠けていたか否かを、外国判決承認の際に問う事はできないように思われる。(3) 制度的手続保障の取扱い

制度的手続保障とは、およそ訴訟である限り制度自体が備えていなければならない手続保障を指す。具体的には、(イ)、両当事者が対立して平等に手続に関与する事、(ロ)、通常の訴訟の本案の審理については弁論主義が採用されてい

る事、(イ)、個別的手続保障に欠けた判決を救済する手続を持っている事、(ニ)、司法権が独立している事などの要素が考えられる。<sup>(1)</sup> およそ通常の文化国家の訴訟制度であれば、右のような要求は普通充分に満たされているから、この制度的手続保障が、外国判決を我国において承認する際に、問題となる機会は殆んどあり得ないと思われる。

ところで、我国の民事訴訟法二〇〇条の体裁から、又、公序概念の肥大化の危険回避の意味から、同条二号三号を制度的手続保障の条文中の根拠とする事はできない。もともと制度的手続保障の存在を問うという事は、当該判決国の資質を問うものであり、基本的には、管轄の問題として考える事ができ、その意味で条文中の根拠は、一号に求める事ができるように思われる。

管轄に関する通説的見解は、直接管轄と間接管轄は、一つの準則の表裏の關係にあり、直接管轄については、普遍的な立場が正当であると考えられている。<sup>(2)</sup> 従って、間接管轄について考える時も、普遍主義に立った分配に従う事になる。<sup>(3)</sup> この場合、被告の住所、不法行為地等いくつかの管轄原因とならんで、訴訟経済上の考慮、例えば、応訴の負担、証拠収集の便宜等が考慮されねばならないとされている。普遍主義的な立場に立てば、すべての管轄は並列的に存在し、管轄原因が多数の場合に分散している場合には、管轄権を有する国はその意味では同順位に複数ある事になる。このため、より好ましい裁判所を選ぶ必要が生じ、これを決定する基準がいわゆる訴訟経済である。この適切な法廷地を決定する際に、この訴訟経済以上に、正義の要求にとって、より本質的な意味が、制度的手続保障にはあると思われるのである。<sup>(4)</sup>

ところで、安定性と正当性の均衡の点では、制度的手続保障の欠ける場合は、判決国が既にその判決の正当性を維持する機能を失っているため、承認国でこれを補って当事者の救済を図る必要がある。内容審査の禁止の点では、制度的手続保障の存否の審査は、内容に関わるものではないので問題とならない。国際的二重起訴禁止における承認予測も、個別的手続のその後の成り行きを考慮に入れる必要が全くなく、いわば手続外の問題であるため、可能である

と言えよう。もともと管轄が否定されるため、正当な法廷地とは評価されず、その国家の手続に依る事自体が許されないもので、手続は法廷地法によるという原則に反する事もない。条文上の根拠に関しても、我国の民事訴訟法二〇〇条の二号にも三号にもこれを求めないため、何ら類推あるいは拡大の必要も危険もない上、条文の体裁にも忠実でありうるように思われる。

以上の検討から、手続保障に関連する外国判決承認の要件は、制度的手続保障のみであって、これ以外に「手続公序」と認むべきものはないように思われる。

(1) この点に関する検討は、民事訴訟制度の本質と深く関わる問題であり、慎重になされねばならない、今後の研究の課題としたい。

(2) 池原「国際的裁判管轄権」新実務民事訴訟講座(7)一八頁、青山「国際的裁判管轄権」民訴法の争点五〇頁。

(3) 間接管轄については、若干問題があり、特に、民事訴訟法二〇〇条一号の解釈につき、規定が「……否定セサルコト」となっているものを、「我国から見ても管轄がある」という解釈の不当を指摘するものとして、林脇・涉外判例研究ジュリスト四八五一六八頁、三ツ木「涉外判例研究」ジュリスト一七七号八一頁がある。所論に従えば、管轄否定要素として、制度的手続保障が有力な位置に置かれる事は想像に難くない。のみならず、所論は、通説に対する批判として正当なものを含んでいるが、本稿の焦点が定まらなくなるのを惧れ、この点に関しては別稿を予定している。

(4) この考え方を示唆するものとして、A. von Mehren, Recognition and Enforcement of Foreign Judgment — General Theory and The Role of Jurisdictional Requirements, 167 *Recueil Des Cours*, 39.

#### 四、おわりに

外国判決承認の要件の一つと考えられているいわゆる手続公序に関して、従来の学説が個別的手続保障に重点を置いて論じていた事に疑問を呈するとともに、手続保障に関する外国判決承認の要件としては、制度的手続保障のみを

民事訴訟法二〇〇条一号を根拠として問いうるという可能性を指摘した。

およそ独立した主権国家間の判決承認は、各国が恣意的に諾否を、決し得る筈である。にも拘らず、その国家の枠組を破って、交通が頻繁になり、そこに一つの涉外社会が成立すれば、その涉外社会の存在を前提とし、国家もその能力の範囲でこれに関与して、文化国家としての使命を果たさねばならない。もともと、承認・不承認は恣意が許されるとは言え、互いに文化国家としてこの涉外社会を保護し後見しあうという共通の方向性を持つと認めあえる国家間では、協働してその役割を果たすのが筋である。従って、相互に共通性のある国家間では、なるべく承認するよう態度をとるべきなのである。我国が採用する自働承認システムも、独立した主権国家同士でありながら、原則的に承認するのが筋なのだという事を表明しているように思われる。又、歴史の教えるところも同様であろう。

右のような考え方は、それ自体、十分な検討が必要であろう。しかし、本稿で述べたように、いわゆる手続公序という外国判決承認の要件が、あまり広い範囲にわたるものでは無いという事が明らかになった事は、外国判決がそれだけ、承認され易くなる事を意味する。他の個々の具体的の場合に関する検討がさらに積み重ねられる必要があるとしても、本稿が、右のような外国判決承認制度の理解の一助となれば幸いである。