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

Title	外国判決承認要件としての相互保証(一) : その現代的意義
Sub Title	Verbürgung der Gegenseitigkeit als Anerkennungsvoraussetzung ausländischer Urteile in Japan
Author	芳賀, 雅顯(Haga, Masaaki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2017
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.90, No.11 (2017. 11) ,p.1- 36
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20171128-0001

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.

外国判決承認要件としての相互保証（一）

――その現代的意義――

芳賀雅顯

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　若干の比較法的考察
1　序論
2　ドイツ
（1）立法の経緯
（ア）一八七一年ドイツ民事訴訟法草案
（イ）第一読会草案
（ウ）その後の民事訴訟法改正
（エ）一九八六年国際私法改正
（オ）その他の法律
（2）学説および判例の状況
（ア）相互保証に関する基本理念の対立
（イ）現在の評価
（ウ）解釈による適用制限
（エ）憲法と相互保証の関係
（オ）その他の問題
3　オーストリア
（1）現行法の状況
（2）旧法下における扱い
（3）形式主義を採用した理由
（4）相互保証に対する評価
4　その他の国における状況
5　比較法的概観のまとめ
（1）ドイツ・オーストリア
（2）その他の国々

（以上、本号）

Ⅲ　日本における議論
Ⅳ　まとめと検討

（以上、九十巻十二号）

Ⅰ　はじめに

私権の実現を図るためには、最終的には国家による救済が必要である。このことは、渉外民事事件において外国の訴訟手続で得られた結論を内国で実現する場合にも妥当する。しかし、外国裁判所の結論が無限定に内国で認められるわけではない。わが国では外国判決の承認について、法律上の自動承認制度が採用されているが、(1) 外国判決の承認は一定の要件を充足している場合に限り、認められる。すなわち、内国法による外国判決に対する評価が必要とされるのであり、その基準を定めているのが民事訴訟法一一八条である。

この内国法による評価を定める外国判決承認要件の中で、最も国家的利益を反映したものが相互保証の要件といえる。すなわち、この要件は、判決国が承認国の判決を承認する場合に限り、当該外国の判決を承認国において承認するというものである。かつて、この要件の正当化根拠として、相互保証の要件を設けることで外国での日本の判決承認（とくに給付判決の承認）が促進されることが期待されると説かれてきた。(2) そこには判決国と承認国の主権の調整という政策的な側面が大きく横たわる。しかし、わが国の民事訴訟法制定当初、強制執行に関する規定の中で定められていた外国判決の承認要件が、その後の改正によって判決手続の規定に移行したことで、相互保証の要件が給付訴訟以外にも適用される可能性が生じ、他方でこの要件は国家的利益の追求のために私権の実現を阻害することになるといった批判にさらされることとなった。

このように相互保証の要件に対しては、学説から多くの批判が寄せられているにもかかわらず、これまでの民

事訴訟法の改正ではこの要件に対する変更はなされなかった。一九九六年民事訴訟法改正に際しても、相互保証の要件は削除されることはなかった[3]。他方で、判決国との相互保証が正面から問題となった事例がいくつか出てきており[4]、それに対応してわが国の研究者による論考も現れてきている[5]。

本稿は、わが国における相互保証の要件に関する根拠とそれに対する批判、比較法的動向、他の民事手続法における改正状況の検討を通じて、とくにこの要件の位置づけ（公益的性質）を再検討することを目的とする。その際、以下のような点を中心に検討する。まず、わが国民事訴訟法における相互保証の要件がどのような経緯で現在の形になったのかを確認するために、ドイツ民事訴訟法における展開を確認する。また、ドイツと同様に外国判決の承認要件として相互保証を要求するものの、ドイツとは異なる形で相互保証を判断するオーストリアでの相互保証に関する議論を紹介する。その上で、わが国における判例および学説の状況を整理した上で、若干の考察を試みたい。

Ⅱ　若干の比較法的考察

1　序論

外国判決の承認要件としての相互保証については、比較法的にみると、これを必要とする立場と、不要とする立場に分けることができる。後述のように、近時は、外国判決の承認に際して相互保証の要件を不要とする立法が外国において見いだされる。他方、相互保証を要求する立場は、個別的に相互保証の有無を検討する立場（ドイツなど）と、条約などを通じて相互保証が認められることを要求する立場（オーストリアなど）とに分けることができる。わが国の民事訴訟法は、ドイツの立場を採用している。

2　ドイツ

（1）立法の経緯

（ア）一八七一年ドイツ民事訴訟法草案

一八七一年ドイツ民事訴訟法の第一草案では、外国判決を執行するための要件として相互保証は定められていなかった[6]（なお、外国判決の承認に関する当時の規定は、民事訴訟法には置かれていなかった[7]）。

以下、条文の試訳を掲げる。

【一八七一年ドイツ民事訴訟法草案（試訳）[8]】

第五七八条

第一項　外国裁判所が下した判決に基づく強制執行は、執行判決によってその許可が言い渡された場合にのみ、実施される。

第二項　執行判決の言渡しを求める訴えは、管轄を有する区裁判所または地方裁判所（六二二条）に提起するものとする。

第五七九条

第一項　執行判決は、［外国］判決の法律適合性（Gesetzmäßigkeit）を審査することなく言い渡さなければならない。

第二項　執行判決は、以下の場合には言い渡されないものとする。

第一号　外国裁判所の判決が、当該裁判所に適用される法によると確定していないとき、

第二号　判決を下す裁判官の法によると、執行を認めた場合、禁止されている行為が強制されることになるとき、

第三号　判決を下す裁判官の法によると、外国裁判所が所属する国の裁判所が管轄を有しなかったとき、

第四号　敗訴した債務者がドイツ人であり、かつ、訴訟を開始する呼出状または命令が当該債務者本人に対して受訴裁判所所属国において、または司法共助の実施を通じてドイツ帝国内において送達されなかった場合に、この者が応訴しなかったとき。

一八世紀のドイツでは、ドイツ諸邦間での判決執行は司法共助によるものとされていた。[9] そして、相互保証の要件は、ハノーファー法二九条、オルデンブルク法三三七条、ヴュルテンベルク法一一条およびバーデン法八四八条といった訴訟法において定められていたとされるが、[10] 一八七一年草案では要件とされなかった。その理由は、この要件を裁判官の判断に服させることができないと考えられたことによる。そして、いかなる程度で特定国に対して報復（Retorsion）を行使して執行を拒否するのかは、むしろ特別立法の対象であると考えられていた。[11]

（イ）第一読会草案

その後、帝国議会司法委員会において、はじめて相互保証の要件が挿入された。[12] 草案六一一条は、外国判決承認要件として、一八七一年草案と同様に、一項で、法律適合性（Gesetzmäßigkeit）の審査をしないこととして実質的再審査の禁止をうたい、[13] 二項で承認を拒絶する要件を定めた。すなわち、二項は、外国判決が判決国法上確定していない場合（一号）、執行を認めると承認国であるドイツでは禁止されている行為を強制することになる場合（二号、公序違反に相当）、判決国が間接管轄を有していない場合（三号）、外国訴訟開始時において被告に手

続保障が与えられていない場合（四号）、である。

しかし、ハノーファー選出の議員である[14]、シュトルックマン（Struckmann）が「相互保証がないとき（wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist）」を外国判決の不承認事由として追加することを提案した[15]。その理由として、報復（Wiedervergeltung）を法原則として掲げることで、個別事案において中央官庁の裁量によって判断されるよりもドイツ人がより一層保護されることになるし[16]、また、この原則はドイツ帝国の名誉と尊厳（Ehre und Würde）の保持に合致するというものであった[17]。この提案は他の議員らの賛同を得て、相互保証の要件は承認要件の一つとして採用された[18]。そして、その後、変更を受けずに、一八七七年民事訴訟法では六六一条が外国判決の承認を定めていた。

（ウ）その後の民事訴訟法改正

一八七七年民事訴訟法は六六一条において、外国判決に基づき強制執行を行うための要件に関する規定を置いた。その後、一八九八年改正においては、民事訴訟法三二八条が判決手続の中に外国判決承認に関する一般的要件を置き、七二二条および七二三条が外国判決に基づく強制執行について定めた。

一八七七年法から一八九八年法に改正する際の特徴的な点は、次の点にある。第一に、外国判決承認に関する規定を強制執行の部分から判決手続の部分へと移したことである。一八七七年法は、強制執行を行うための要件として外国判決承認の規定を定めていた。そのため、執行を予定しない種類の判決には同条の適用はなされないと考えられていた。他方、一八九八年法では、外国判決の国内的効力は強制執行の際にだけ問題となるのではないとの認識から、外国判決承認要件は強制執行の部分から判決手続へと移された。第二に、第一の点とも関係するが、一八九八年改正では、（狭義の）執行とは関わらない非財産事件については、相互保証を不要としたこと

である。

以下、一八七七年法と一八九八年法の条文の試訳を掲げる。

【一八七七年ドイツ民事訴訟法（試訳）[19]】

第六六一条

第一項　執行判決は、判決の法律適合性（Gesetzmäßigkeit）を審査することなく言い渡さなければならない。

第二項　執行判決は、以下の場合には言い渡されないものとする。

第一号　外国裁判所の判決が、当該裁判所に適用される法によると確定していないとき、

第二号　強制執行を許可するドイツ裁判官の法によると、執行を認めた場合、禁止されている行為が強制されることになるとき、

第三号　強制執行を許可するドイツ裁判官の法によると、外国裁判所が所属する国の裁判所が管轄を有しなかったとき、

第四号　敗訴した債務者がドイツ人であり、かつ、訴訟を開始する呼出状または命令が当該債務者本人に対して受訴裁判所所属国において、または司法共助の実施を通じてドイツ帝国内において送達されなかった場合に、この者が応訴しなかったとき。

第五号　相互の保証がなされていないとき。

【一八九八年ドイツ民事訴訟法[20]】

第三二八条

外国裁判所ノ承認ハ左ノ場合ニ於テ除斥セラル

一から四、略

五、相互ヲ保セサルトキ

第五ノ規定ハ判決カ財産権ニ非サル請求ニ関スルトキ及ヒ独逸国ノ法律ニ従ヘハ内国ニ裁判籍ヲ有セサルトキニ於テ判決ノ承認ヲ妨クルコトナシ

第七二三条

執行判決ハ裁判ノ適法ナルヤ否ヤヲ調査セスシテ之ヲ為ス

執行判決ハ外国裁判所ノ判決カ其裁判所ニ行ハルル法律ニ従ヒ確定シタルトキニ於テ始メテ之ヲ為ス。第三百二十八条ニ因リ判決ノ承認カ除斥セラルルトキハ之ヲ為スコトヲ得ス

（エ）一九八六年国際私法改正

ドイツ国際私法は、一九八六年（同年七月二五日公布、同年九月一日施行）の法律によって大きく改正された。[21] その際には、外国判決の承認に関する規定の変更もなされた。改正作業に際してはいくつかの試案が示されたが、たとえば、キューネ教授による改正案（キューネ草案）では、外国判決承認に関して相互保証の要件の廃止が提案された。[22] しかし、政府草案はこの提案を退けて相互保証の要件を存続させた。一九八三年一〇月二〇日連邦議会に提出された政府草案の理由書には、相互保証の要件について次のような記載がある。「［民事訴訟法三二八条］一項五号によると、相互の保証がない場合には、外国判決は承認されない。二項は、判決が非財産的請求に関するものであり、かつドイツ法によれば内国に管轄が基礎づけられていない場合、または親子関係事件である

場合には、相互保証の例外が認められる。これらの規定を、キューネは削除しようとしている。今回提出された草案は、この変更を〝時期尚早（verfrüht）〟と判断した。財産法の領域における［相互保証の要件の］削除がもたらす影響は、これまで十分に検討されてきていない。相互保証の要件を確認するための適切な手段を準備するといった、別個の中間的な解決方法は、これまで探究されてこなかった。現行三二八条および裁判所構成法に関しては、今回提出された草案において国際私法が新たに定める領域について、一項五号を削除する必要性はない。」[23]。

この対応に対しては、ドイツの学説は、おおむね非常に厳しい評価を下しているといえる。たとえば、クロフォラーは、ほとんど説得力を有しない（wenig überzeugend）と評している。[24] もっとも、ドイツ民事訴訟法三二八条二項は、非財産的な（nichtvermögensrechtlich）請求権について相互保証は不要としている。この点は日本法と大きく異なる。

（オ）その他の法律

倒産法三四三条は、外国倒産手続の承認につき相互保証を不要としている。[25] 他方、家事事件および非訟事件手続法（FamFG）一〇九条四項は、争訟的家事事件（Familienstreitsachen）および生活パートナー事件（Lebenspartnerschaftssachen）に関する裁判の承認につき、相互保証の要件を残している。[26] また、外国扶養法（Auslandsunterhaltsgesetz）は、六四条一項において、同法一条一項一文三号に基づき相互保証を有する国の扶養に関する債務名義について、家事事件および非訟事件手続法（FamFG）一一〇条に基づいて執行を行うことを定めている。外国扶養法一条一項一文三号の相互保証は、同項二文によると、連邦司法省が確定し、官報に公告されることによって認められる。[27] これは、形式的相互保証（förmliche Gegenseitigkeit）と呼ばれる。

（2）学説および判例の状況

（ア）相互保証に関する基本理念の対立

ドイツ民事訴訟法三二八条は、オーストリアと異なり、形式主義に基づく相互保証ではなく、判決国と相互保証があるか否かを個別的実質的に判断する方法を採用している。すなわち、条約締結や政府の通達による相互保証の一律的な判断ではなく、個別事案ごとに裁判所が相互保証の有無を判断するというものである。

相互保証の考えは、かつては応報的思想が強かった。この考えは、一部の学説の支持を得ていた。たとえば、ラーペは、この規定は「一種の応報（Vergeltung）を命ずるものであり、外国国家に対して圧力をかける手段である」とし、また承認は無償で与える（verschenken）ものではないとして、相互保証の制度を積極的に評価する。[28] この考えによると、相互保証の目的は、外国におけるドイツの債務名義の実現を確実にすること、および一定の条件下で外国債務名義のドイツ国内での実現を阻止することであり、そこでは国家の公権的行為だけが基準となり、市民の利益ではないことになる。[29] したがって、権利追求者の利益は犠牲にされることになる。[30] なお、ドイツの立法者は、もう一つの目的をもって相互保証を定めていたとされる。すなわち、外国判決の最低レベルの保証（Garantie für Mindestqualität）として作用させるというものである。[31]

しかし、古くから相互保証に反対する意見が有力説によって唱えられていた。たとえば、ルートヴィッヒ・フォン・バールは、おおよそ、次のように述べている。[32] すなわち、相互保証は「国際［訴訟］法の進展を基礎づけることに、まったく相応しくなく、実際は後退させるものである。相互保証を要求する国がそれぞれ、相手国に対して法的交流を促進するリベラルな規準を求めていても、双方ともに相互保証を認めることを思いとどまる。また、相互保証が認められた場合でも、裁判官の誤解によって突如実務全体を台無しにする場合がある。つまり、

たとえば、A国が特別な理由に基づき執行を拒否した場合に、B国がそのことに対して包括的な理由に基づいて拒否する反応を示したとする。その場合、ただちに両国の相互保証の否定は一般的なものとなる」、と。また、ルートヴィッヒ・フォン・バールは、当時の著名な国際私法研究者であるアッセルが相互保証に批判的であることや、イングランド、アメリカ合衆国、イタリアなどでも相互保証を要求していないとして、この制度に対する批判を展開している。[33]

（イ）現在の評価

このように、学説では、相互保証の要件については民事訴訟法制定当初から賛否が分かれていた。一九八六年の国際私法改正以前において、ドイツでは、相互保証の要件を設定した目的（ドイツ判決の外国での承認を促進させる）は達せられていないという点で一致を見ているとされる。[34]また、実務上、当事者、しかも外国訴訟で勝訴したドイツ人当事者がドイツ国内で執行する場合にも困難な問題をもたらすと説かれる。したがって、相互保証の要件は、裁判所の国際的な協調を阻害するだけでなく、関係当事者に耐えがたい負担をもたらすものとであると評価され、こんにちでは不要論が有力となっている。[35]もっとも、シュッツェは、今なお、相互保証の要件は、手続的正義（prozessuale Gerechtigkeit）および国際商取引におけるドイツ人の利益確保の要請から認められるとして相互保証を擁護するが、[36]近時の学説においては少数説にとどまると思われる。

そのため、現在では、相互保証に対する批判を受けて、相互保証の要件を緩やかに解釈し適用を制限する動きがみられ、学説および実務において定着していると評価することができるものもいくつかある。そこで、つぎに相互保証の要件を制限的に解する立場をみていきたい。

（ウ）解釈による適用制限

第一に、「判決国が『これまで』ドイツとの相互保証を認めていたこと」という判決国における承認の実施を要求している立場が有力であるが、これを緩和する考えがある。[37] 相互保証の要件の判断は、抽象的になすのではなく、外国の承認に関する法とドイツ法とを具体的に比較をすることでなすが、[38] その際に基準となるのは現実の実務運用であると説かれる。しかし、このような判決国での実務運用を証明することができない場合（たとえば、判決国において法改正が行われた場合）、相互保証がないとするのではなく、この相手国における承認法を検討するのがこの見解である。[39] その理由は、条約等がない場合に、判決国と承認国の双方の国が承認する用意はあるものの、相手国の最初の行動を期待していたにもかかわらず、それがなされないために双方ともに承認することができなくなること（両すくみ状態）の不合理性があげられる。[40]

第二に、従来の見解と異なり、相互保証の不存在が確定しない場合には外国判決を承認するという立場が、少数であるが近時有力に主張されている。[41] 通説・判例によると、相互保証の証明責任は外国判決を援用する者が負うと解されている。[42] この支配的見解は、民事訴訟法三二八条が定める要件は、外国判決の承認が認められるための積極的要件として把握し、承認を求める当事者がその要件の存在を主張立証すると理解する。他方、少数説は、条文の文言に着目する。ドイツ民事訴訟法三二八条の文言自体は、外国判決承認要件を消極的要件の形で規定している。すなわち、ドイツ民事訴訟法三二八条一項柱書は「外国判決は、以下の場合には承認されない。」とし、五号で「相互の保証がないとき。」と定めている。そのため、内国債務者である被告が相互保証の不存在につき証明責任を負う（承認要件ではなく、不承認の要件と解し、承認を争う当事者が相互保証の不存在につき証明責任を負う）というものである。

第三に、部分的相互保証の理論があげられる。[43] 国際社会における法秩序が多様であることにかんがみると判決

国と承認国の承認基準の完全な一致はありえないため[44]、相互保証の有無を判断するに際して、全体的に考慮して、当該判決の種類について承認国法の承認要件の構成と判決国法の要件が総じて同じであれば十分であるとする見解である。この見解は比較的古くから説かれ[45]、また現在では学説および判例における支配的見解である[46]。すなわち、すべての種類の判決について判決国と相互保証が認められる必要はなく、承認が求められた判決の個別的な判決形態（欠席判決と対比した争訟的な判決、金銭支払を命ずる判決、離婚判決など）につき相互保証の有無を判断するというものである。そこで、特定のドイツの裁判が、外国判決を下した判決国において承認されないのであるならば、同種の裁判についてのみドイツでは相互保証はないことになる。たとえば、中南米では欠席判決（Versäumnisurteile）は承認されないことから、これらの国で下された欠席判決はドイツで承認されないが、それ以外の通常の争訟的判決は承認される[47]。もう一つの例としては、南アフリカでは、普通裁判籍で下された判決は承認されるが、義務履行地で下された判決は承認されないとされていることから、ドイツでは、南アフリカ判決が被告の住所を管轄原因としている限りにおいては判決を承認すると説かれる[48]。他方、南アフリカの判決が義務履行地管轄に基づいている場合には、ドイツでは承認されないことになる。この場合、鏡像理論に基づき南アフリカ判決の間接管轄が肯定されていたとしても、相互保証がないとして承認されないことになる[49]。

外国判決が不承認となる場合の典型例としてあげられるのは、判決国が、外国判決を承認する場合に実質的再審査（révision au fond）を行う場合[50]、あるいは自国民には自国判決だけを通用させる国の判決の場合（フランス民法一四条、一五条。いわゆる管轄特権Jurisdiktionsprivilegとドイツでは呼ばれている[51]）、などがあげられる。

（エ）憲法と相互保証の関係

この相互保証の規定（民事訴訟法三二八条一項五号）が、ドイツ基本法に適合しているか否か議論がある[52]。すな

わち、相互保証の要件は個人の利益を犠牲にして国家的利益の貫徹を目指しており、また同号は同じくドイツの債権者であっても、ドイツと相互保証のある国の裁判所で債務名義を得た場合と相互保証のない国で得た場合とによって、実質的な根拠がないにもかかわらず異なる扱いがなされるため基本法三条一項に違反するとして、外国訴訟の勝訴当事者がドイツ人の場合には相互保証は常に不要とするという立場がある。[53] しかし、連邦憲法裁判所は、[54] 相互保証の要件が憲法に適合していることを前提にしていると解されている。また学説においても、通説は相互保証の規定には批判的ではあるものの、それでも憲法裁判所と同様に、相互保証の要件は憲法に適合しているとの見解が多数を占めている。[55] 他方で、相互保証の要件に好意的な評価を下しているシュッツェは、この点について、そもそも相互保証は私人の利益を定めているのではなく、国家の公権行為に焦点を当てているのであるから、平等原則の問題ではないとする。[56] もっとも、近時のドイツにおける学説の趨勢は、相互保証を国家的利益から当事者の利益へとシフトさせる傾向がみられることから、シュッツェの批判が現在のドイツにおいてどこまで説得的かは疑問が残るところである。その点で、マルティニーによる違憲説に対する反論の方が、より適切であるように思われる。マルティニーは、このような場合について平等原則違反を根拠づけることは容易ではないとして、おおよそ次のように述べる。すなわち、「ドイツ国内で訴訟を提起し債務名義を得たドイツ人債権者と、外国の債務名義を提出したドイツ人債権者とを、憲法上完全に平等に扱うことを求めることはできない。外国の裁判は、その国固有の司法システムから生じており、ドイツのそれではない。それゆえ、そのチェックのために特別に承認要件が設けられた。また、外国の債務名義を有しているすべてのドイツ人債権者を、完全に平等に扱うことも同様に求められていない。なぜなら、判決国はさまざまであるし、外国判決もまた相異なった条件において下される」[57] からである、と。

（オ）その他の問題

中国との相互保証をめぐっては、ドイツでは肯定否定の議論がある。[58] ベルリン上級地方裁判所はこれを肯定している。[59] しかし、判例評釈においては、この裁判所の判断をめぐる評価は二分している。[60]

相互保証の要件を充足していない場合、原告は再度、内国で訴訟を提起することになる。[61] また、相互保証の要件を充足しているか否かの判断に際しては、裁判所、当事者あるいは官署に過大な負担を生じさせることとなる。[62] そこで、シャックは、法律によって相互保証を法律上推定したり、あるいはオーストリアのような官報で公告するといった方法も考え得るし、より適切であるのはスイス、イタリア、ポーランド、スペインなどのようにこの要件を廃止することであると述べる。[63]

3　オーストリア

（1）現行法の状況

オーストリアは、執行法（Exekutionsordnung）七九条二項において、外国判決を執行するには条約（Staatsverträge）または通達（Verordnungen）[64] によって相互保証が認められていることを求めている（認証された相互保証 qualifizierte Gegenseitigkeit と呼ばれている）。[65] ただし、家族法上の外国判決には適用されない。[66] まず、執行法七九条の試訳を掲げる。

【オーストリア執行法（試訳）】

第七九条

第一項　外国で取得され、かつ、第二条で掲げられた債務名義に属しない公文書および証書（外国の債務名義）

に基づく執行の許可は、これらの公文書および証書がオーストリアで執行可能であると宣言された場合になす。

第二項　公文書および証書は、これらが作成された国の規定に基づいて執行可能であり、かつ、条約または通達によって相互保証が認められる場合には、執行可能であることが宣言されなければならない。

そして、条約や通達で判決国との相互保証が確認されていない場合には、たとえ事実上（tatsächlich）は相互保証があるとしても、オーストリアの裁判所は、外国判決の執行を求める申立を拒否しなければならないとされる[67]。この点はかなり厳格に解されているようであり、外国でオーストリアの債務名義が執行される場合でも、オーストリアの方で条約等により相互保証を認めていない場合には、オーストリアでは執行は許可されない[68]。そして、ある文献は執行法七九条二項にいう条約は締結されたことがないとされ[69]、また、通達もわずかの国についてしかなされていないため[70]、このオーストリアの制度は国際的な執行に対しては極めて敵対的（höchst feindlich）な態度として位置づけられると説く[71]。しかし、現実には、他の各種二国間あるいは多国間条約やヨーロッパ規則によってカバーされているため、相互保証があるとの宣言をする機会はそれほど多くはなく、アメリカ合衆国、カナダおよびオーストラリアの扶養料に関する債務名義が最も重要な適用事例であるとされる[72]。

（2）旧法下における扱い

旧法下（一八九五年以前）においても、外国判決を執行するに際しては、相互保証の要件を課していたとされる[73]。相互保証の有無を確定する作業は、裁判所自身がなしていた。もっとも、行政による相互保証の確認が多数なされていたとされるが、これはたんに情報提供機能を有していたにすぎず、拘束力を有するものではなかった

とされる。そして、一八九六年執行法は、[74] 現在でも妥当している七九条を定め、[75] 相互保証は条約または帝国官報において公告された政府声明を通じて認められるとされていた。[76]

（3）形式主義を採用した理由

オーストリアが、ドイツと異なり、形式主義に基づく相互保証、すなわち、条約や政府の宣言によらないと相互保証を認めないとしたのは、どのような理由によるのか。オーストリアの立法者は、三つの点を考慮してこのような規律を定めたとの指摘がある。[77] 第一に、法的確実性（Rechtssicherheit）が高められる点があげられている。[78] すなわち、条約あるいは政府の宣言があるか否かで、判決国との相互保証の有無が決せられるため、裁判所としては、相互保証の有無の判断が極めて容易に、かつ画一的になされることになる。もっとも、制定当時の立法者が意図した「形式主義に基づく、確実な根拠（eine formelle, sichere Grundlage）」[79] は、現在では、憲法との関係でその堅固な立場が弱められているとされる。すなわち、政府による通達は、通常裁判所による法律適合性の審査（Gesetzmäßigkeitskontrolle）に服するとされ、たとえば、ある国の相互保証が政府の通達では肯定されているものの、実際には存在しない場合には法律に適合していないとされる。[80] そのため、相互保証の存否について疑念が生じた場合には、裁判官は手続を中止するとともに、この問題を憲法裁判所に委ねることになると説かれる。

形式主義を選択した、第二の点としては、裁判所ではなく官署（Behörde）が外国との法的交流をコントロールする点があげられる。一九世紀末の民事訴訟法制定当時のオーストリアの国際的な社会情勢をもかんがみると、外国判決が内国で効力を認められるか否かの問題は、当然のこととして国家的利益の問題でもあったとされる。執行法七九条の制定史に関する資料によると、外国判決を執行する場面においては、政府だけが、当該外国国家が内国と特別な関係にあることを考慮することができる立場にあったとされる。[81] ここで特徴的なことは、相互保

証があるとされていたのは当時のオーストリア＝ハンガリー帝国と外交上密接な関係にあった、ドイツ、ルーマニア、イタリア、リヒテンシュタインといった国に限られていたことである。これは、相互保証を一種の外交問題としてとらえていたことを意味する。

第三の観点として、形式主義は相互保証の有無を確定させる作業負担を裁判所から解放させる点があげられる。[82] 相互保証の有無を確定させるためには、当該判決国裁判所が所属する国の法について正確な知識を有することが無条件に求められるが、そのような状況にある裁判所はごくわずかであるし、また、法的交流の少ない遠く離れた国の場合にはなおのことである。裁判所が、相互保証の有無を確定させるために外国法を検討する作業から解放されるのであれば、それは大いに意味のあるところであり、当時の立法者もこの考えが形式主義を採用する中心的な考えの一つであったとされる。[83]

（4）相互保証に対する評価

もっとも、オーストリアでも、近時の有力説は相互保証に批判的である。[84] そして、先にあげた三つの点についても、批判がある。[85] 第一番目の、行政による通達によって相互保証が決定されることで法的確実性が高められるという点は、こんにち、先に述べたように法律適合性の観点から裁判所の審査に服する場合があること、そして、外国の法状況の変化に官署が迅速に対応できるのか問題があること、そして、実際に国内官署の対応に問題があった場合には、受訴裁判所と憲法裁判所の二つの裁判所の判断に服するため、第一の目的はその意義を失っているとの指摘がある。第二については、外交問題を民事手続法に結び付けることは、まったくもって不適切である（völlig unsachgemäß）と説かれる。第三の点については、外国法の確定の困難さは国際私法の問題であり、現在は、オーストリア民事訴訟法二七一条二項によって司法省への照会によって柔軟に対応することができると

いう。

4　その他の国における状況

近年、外国判決承認に関する外国の立法動向を紹介する文献では、相互保証の要件を撤廃する立法例が少なからず紹介されている。本稿では、きわめて簡単ではあるが、それらの国の動向について言及しておきたい。

（1）アメリカ合衆国

アメリカ合衆国においては、外国判決の承認執行は州法上の問題とされているが、三つのタイプに分かれるとされている。比較的最近の文献によると、法状況としては、一九六二年統一外国金銭判決承認法の全部または一部を採択している州が一六州、二〇〇五年の改正統一外国金銭判決承認法の全部または一部を採択している州が一八州とコロンビア特別区、そしてコモンロー諸原則（一九八七年対外関係法第三リステイトメントを含む）を踏襲している州が一六州あるとされている。[86]

一九六二年統一外国金銭判決承認法は相互保証を要求していない。[87] 二〇〇五年の改正統一外国金銭判決承認法も同様である。一九八七年対外関係法第三リステイトメントも、相互保証を要求していない。[88] しかし、テキサス州のように、統一法を採択した州の中には法典化するに際して相互保証を要件化したところもある。[89]

（2）スイス

スイス連邦共和国では外国判決の承認に関しては、国際私法が規定している。スイスでは一九八七年国際私法典制定に際して、[90] 相互保証の要件は必要とされなかった。[91] しかし、スイスの国際民事手続法の領域において、相

互保証が一切廃止されたのかというとそういうわけではない。スイス国際私法一六六条において、破産手続の承認に関しては相互保証が求められている。

【スイス国際私法（試訳）】

第一六六条

第一項　倒産債務者の住所地で下された外国の破産に関する裁判（Konkursdekret）は、以下の場合には、外国の破産管財人または外国債権者の申立てに基づき承認される。

a）b）略

c）裁判を下した国が相互保証（Gegenrecht）を有する場合

この規定の趣旨は、破産手続においてスイスの当事者のみが一方的に給付をなすのは著しく不平等であるとの認識から設けられたとされる[92]。しかし、この理由づけが正当化されるかは非常に疑問であると説かれる[93]。実務上も非常に不評のようである[94]。

なお、スイス国際私法は、一般民事事件については外国判決承認要件として相互保証を認めなかったが、間接管轄が詳細に定められており、それによって相互保証的観点が代替されているとの有力説による指摘がある[95]。間接管轄は、鏡像理論――厳格に解するか緩和させるかはともかく――を前提とする場合、承認国の直接管轄が認められる範囲で判決国の国際裁判管轄を肯定するものであるから、その意味において管轄レベルにおける相互主義という評価をすることができる[96]。

（3）スペイン

スペイン王国は、二〇〇九年より相互保証の要件を廃止している。[97]

（4）ブルガリア

ブルガリア人民共和国は、二〇〇五年五月の国際私法典で、[98] 外国判決承認要件としての相互保証を廃止した。[99] 旧法下においては、国際条約、二国間司法共助、または事実上の相互保証（tatsächliche Gegenseitigkeit）があることを理由とする場合にのみ外国判決の執行をなしうるとしていたが（旧民事訴訟法三〇三条）、新法では承認要件（国際私法一一七条）を充足していれば執行することができるとされた（国際私法一二〇条）。

（5）ポーランド

ポーランド共和国は、二〇〇八年一二月五日の民事手続法典（Zivilverfahrensgesetzbuch）で、相互保証の要件を廃止した。[100] 学説からは、相互保証の要件は報復（Retorsion）の概念を判決承認に持ち込むものであり問題であること、また、相互保証は外国においてポーランドの判決承認を容易にする有用な手段とはいえないこと、さらに、これまで承認した実績のない国との関係で相互保証の有無を確定させることは困難であること、といった批判がなされており、これらの批判を考慮して相互保証の要件を削除するに至った。

（6）マケドニア

旧ユーゴスラビアを構成していたマケドニア共和国は、二〇〇七年七月四日の国際私法典で、[101] 外国判決の承認要件としての相互保証を廃止した。[102] すでに隣国のアルバニアやブルガリアは相互保証を廃止しており、[103] その流れ

に沿うものである。

（7）モンテネグロ

モンテネグロ共和国は、二〇一三年一二月二三日の国際私法によって[104]、外国判決承認要件としての相互保証を廃止した[105]。

5　比較法的概観のまとめ

（1）ドイツ・オーストリア

ドイツおよびオーストリアは、わが国と同様に相互保証を維持している。そこで、後述の日本法の解釈における若干の視座を得ることに重点を置いて、わが国とドイツやオーストリアとの法状況の比較を試みたい（日本法の状況は後述するが、ここでは日本法について先取りすることになる）。ドイツ、オーストリアは相互保証を維持している点では日本と共通性があるものの、より詳細に見てみると、これら三国にはいくつかの異なる点がある。

第一に、ドイツ、オーストリアは、緊密な関係を有する国々との関係では条約を締結しており、国内固有法が適用される場面は相当程度限定されている。その意味では、実務上、固有法が重要性を持つ場面はそれほど多くはないとも評価しうる。これに対して、日本法の場合、民事訴訟法一一八条が決定的役割を果たしており、同条のカバーする範囲が極めて広く、同条の果たす役割は非常に大きい。

第二に、ドイツ、オーストリアでは、相互保証の問題は財産権上の請求権に限定されており、家族法上の問題に適用はないとの立法的な手当てがなされている。これに対して、日本法（民事訴訟法一一八条）では、このような限定はない。したがって、日本法では、外国判決承認に関する規定の制定経緯を背景に、とりわけ離婚事件

や非訟事件に関する裁判について、民事訴訟法一一八条の適用をめぐり議論が生じた。

第三に、ドイツ、オーストリアは財産関係について相互保証を維持しているが、相互保証の有無に関する判断方法が両国で異なる。ドイツは日本と同様に裁判所による個別判断の方式を採用しているが、オーストリアは条約あるいは政府の宣言による一律判断方式を採用している。換言すると、相互保証についてドイツは法的判断、オーストリアは政治的判断によっているといえる。個別判断方式を採用するドイツでは、相互保証の有無を判断することの負担が問題視されている。すなわち、相互保証は承認要件であることから承認を求める原告が主張立証することになるが、外国法の解釈をめぐる負担（鑑定費用など）が当事者に重くのしかかる。そこで、ドイツの一部の学説は、オーストリア方式に好意的である。他方、オーストリア方式は、外国判決の承認が問題となった時点以前に相互保証の有無につき明確な判断が提示されている点で利点がある。しかし、オーストリア方式の問題点として、政府が、外国の法改正に関する状況を的確・迅速に把握し、政府の宣言に反映することができるのかが指摘されている。また、近年の法治国家原則に関する関心の高まりから、相互保証の問題を政府の一律的な管掌とすることに疑問が提起され、最終的には裁判所の判断に服するとの考えが出てきている。この立場からすると、オーストリア方式の利点である簡易迅速な判断が確保できなくなる場面が生ずることになる。

第四に、ドイツ、オーストリアのいずれの国においても、相互保証という制度について、学説の大勢は批判的である。相互保証の制度は、「判決国が承認国の判決を承認するならば、承認国は判決国の判決を承認する」という建前であるから、具体的な事件の解決とは無関係な次元での判断である。このような扱いをする根拠として、この要件を制定した当初は、「国家の尊厳」、あるいは「外国における内国債務名義の実現可能性を高める」といった、公的利益・国家的利益が説かれていた。オーストリアにおいて条約締結あるいは政府による宣言によって相互保証の有無が決められるという扱いは、相互保証の問題が政治的性格を有しているとの制定当初の理解を

現代まで維持していると評価することができる。なぜならば、オーストリアでは、制定当初、相互保証の問題は裁判所の判断になじまないとされていたからである。しかし、こんにち、相互保証の国家的利益性格に批判が寄せられている。

第五に、伝統的な相互保証の国家利益的性質論を、私益保護の性格から構成する試み（相互保証があるとの認定に向けた要件判断の緩和化）の可能性について、ドイツとオーストリアでは相当異なる。ドイツでは、個別判断方式を採用しているため、解釈上柔軟な判断の可能性があり、学説・実務においても、いくつかの提案がなされ定着したものもある。その一として、判決国における相互保証に関する実務慣行を重視しつつも、判決国における実務がない場合、相互保証がないとするのではなく判決国の承認に関する法を判断基準にするというものである。その二として、相互保証に関する証明責任を転換、あるいは相互保証の存在を推定するという考えも提唱されている。その三として、部分的相互保証の理論によって、不承認とする外国判決の範囲を限定するという考えが示されている。たとえば、判決国においては財産所在地管轄に基づく外国判決は承認しないという立場をとっている場合、ドイツでは当該判決国が財産所在地国に該当する場合には承認しないが、当該判決国が普通裁判籍所在地国である場合には承認することで、不承認となる場合の範囲を限定する。これら三つのうち、その一とその三は、学説・実務において支持されているといえる。他方、一律判断方式を採用するオーストリアでは、ドイツのような柔軟な解釈を許容する素地に乏しい（むしろ、そのような事態が生じないようにすることを目的として形式主義が採用されているといえよう）。

第六に、第五その一とも関係することであるが、条約等による一律的な判断を行うオーストリアでは固定的な判断がなされるのに対して、ドイツのように個別的な判断を行う方式の場合は、本来ならば当該具体的事件との関係（時点）で相互保証が判決国との間に存在するのか否かを判断することになるはずである。しかし、ドイツ

では、個別事案における相互保証の有無に関する判断が事後の裁判所の判断に影響を及ぼすことを念頭に置いて議論をしている。つまり、かつて自国が判決国でどの様な扱いを受けていたかを問う態度を示している（ライヒ裁判所の判例）。このような判決国における承認実務を重視する立場は、相互保証を国家の尊厳という観点から基礎づけていたころの見解の影響を受けていると考えられる。しかし、私権の実現を重視する立場からは、判決国における過去の承認実務を重視せず、承認に関する双方の国の法制度を抽象的に比較する方向に移行していくことも考えられる。

第七に、ドイツおよびオーストリアとの相互保証の有無について確認しておきたい。かつて、ドイツでは、ドイツ法を継受した日本との関係で相互保証があるか否かについて否定する有力な見解があった。しかし、こんにち、学説および判例は日本との相互保証を肯定している。このことは、相互保証の有無を判断するに際して内外国法の比較が現実的に困難であることを示すものといえる。また、オーストリアとの相互保証があるか否かについてであるが、条約やオーストリア政府による宣言がないかぎり、わが国との相互保証はないことになる。

（2）その他の国々

近年、相互保証の要件を廃止する国々が増えてきているといえる。かねてからヨーロッパでは、多くの国が相互保証を廃止しているとされる。[106] 西ヨーロッパでは、二〇一五年のスペインの法改正が注目される。また、近年、東ヨーロッパの新興国において、相互保証を廃止する立法を行っている。

アメリカ合衆国では外国判決の承認は州法の管轄事項とされている。一九六二年統一外国金銭判決承認法、二〇〇五年統一外国金銭判決承認法、対外関係法第三リステイトメントのいずれでも相互保証の要件は求められていない。しかし、いくつかの州ではモデル法を採択しつつも相互保証の要件を独自に定めている。

（1） 参照、鈴木忠一＝三ケ月章編『注解民事執行法（1）』三六五頁〔青山善充〕（第一法規出版、一九八四年）、鈴木正裕＝青山善充編『注釈民事訴訟法（4）』三六四頁〔高田裕成〕（有斐閣、一九九七年）。

（2） 参照、矢ケ崎武勝「外国判決の承認並にその条件に関する一考察（二・完）」国際法外交雑誌六〇巻二号八〇頁（一九六一年）、櫻田嘉章『国際私法〔第六版〕』三九〇頁（有斐閣、二〇一二年）。後述のように、日本法のモデルとなったドイツにおいては、ドイツ判決が外国において執行されることを促進させる手段として相互保証の要件の有用性が説かれ、（法）政策的側面が強調されていた。Vgl. Laugwitz, Die Anerkennung und Vollstreckung drittstaatlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, 2016, S. 290 ff.

（3） 参照、法務省民事局参事官室編『一問一答・新民事訴訟法』一三六頁（一九九六年、商事法務研究会）。また、外国判決承認に関する規定の改正をめぐる「民事訴訟手続に関する検討事項」（いわゆる検討事項）、「民事訴訟手続に関する改正要綱試案」（いわゆる要綱試案）、「民事訴訟手続に関する改正要綱案」（いわゆる改正要綱案）と現行法の対比は、三宅省三ほか編『新民事訴訟法大系（4）』四五六頁（青林書院、一九九七年）を参照。

（4） 福岡地判昭和五七年三月二五日ＪＣＡジャーナル一九八四年一二月号二頁（返還前の香港につき否定）、最判昭和五八年六月七日民集三七巻五号六一一頁（コロンビア特別区につき肯定）、最判平成一〇年四月二八日民集五二巻三号八五三頁（返還前の香港につき肯定）、大阪高判平成一五年四月九日判時一八四一号一一一頁（中華人民共和国につき否定）、東京高判平成二七年一一月二五日 LEX/DB25541803（中華人民共和国につき否定）。

（5） たとえば、奥田安弘「外国判決の承認執行における相互の保証要件の合憲性」法学新報一二三巻五・六号六七頁（二〇一六年）、早川吉尚「外国判決承認執行制度における『相互の保証』の要否」ジュリスト一二三二号一三六頁（二〇〇二年）、渡辺惺之「外国判決の承認・執行の『相互の保証』要件」渡辺惺之＝野村美明編『論点解説国際取引法』二五一頁（法律文化社、二〇〇二年）、Elbalti, Reciprocity and the recognition and enforcement of foreign judgments: a lot of bark but not much bite, Journal of Private International Law vol. 13 (2017), 184, 192. ちなみに、奥田論文は、歴史的背景にも踏み込む詳細な論文である。

（6） Geimer/Schütze, Internationale Urteilsanerkennung, Bd. 1/2. Halbband, 1984, S. 1750.

（7）これは、当時のドイツにおいては外国判決の承認と執行を区別し、外国判決の承認は既判力の承認の問題ととらえられていたところ、既判力の承認は実体法の問題と理解されていたことと関係する。外国判決の承認は民事訴訟法の問題ではなく、国際私法すなわち、当時、民法施行法（EGBGB）制定に向けて作業がなされていたゲープハルト草案が、その対象となっていた。ゲープハルト第一草案、第二草案ともに三七条が外国判決の承認に関する規定を置いているが、相互保証を承認要件として定めていない。Hartwieg/Korkisch, Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts 1881-1896, 1973, S. 67 und 73 f. ゲープハルト草案の議事録では、一八七七年民事訴訟法六六一条は外国判決の執行だけを対象としており、既判力等については法の欠缺があるため、立法の必要があるとしていた。Vgl. Hartwieg/Korkisch, a. a. O., S. 150.

（8）条文は、Entwurf einer Deutschen Zivilprozeßordnung von 1871, in: Dahlmanns, Neudrucke zivilprozessualer Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, 1971, S. 402 による。

（9）矢ケ崎武勝「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考察」国際法外交雑誌六一巻三号二六頁（一九六二年）。

（10）Entwurf einer Deutschen Zivilprozeßordnung von 1871, a. a. O. (Fn. 8), S. 435.

（11）Entwurf einer Deutschen Zivilprozeßordnung von 1871, a. a. O. (Fn. 8), S. 435.

（12）Vgl. Gottwald, Grundfragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen, ZZP 103 (1990), 257, 280.

（13）ドイツでは、Prüfung der Gesetzmäßigkeit は révision au fond と同義とされる。Vgl. Max-Planck-Institut, Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts: Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983, RabelsZ 47 (1983), 595, 674.

（14）Graupner, Zur Entstehungsgeschichte des §328 ZPO, in: FS. Ferid, 1978, S. 183, 200.

（15）Hahn, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung und dem Einführungsgesetz zu derserben vom 30. Januar 1877, 1880, S. 804.

（16）Hahn, a. a. O. (Fn. 15), S. 804.

(17) Hahn, a. a. O. (Fn. 15), S. 805.

(18) Graupner, a. a. O. (Fn. 14), S. 201.

(19) 条文は、Hartwieg/Korkisch, a. a. O. (Fn. 7), S. 150 Fn. 179 による。

(20) 松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編『日本立法資料全集（45）民事訴訟法〔明治三六年草案〕（3）』四〇三頁、四五五頁（信山社、一九九五年）にしたがった。

(21) 同改正については、桑田三郎＝山内惟介編著『ドイツ・オーストリア国際私法立法資料』（中央大学出版部、二〇〇〇年）が有益である。

(22) キューネ草案（国際私法および国際手続法の改革に関する法律案）は、Max-Planck-Institut (Hrsg.), Reform des deutschen internationalen Privatrechts, 1980, S. 123 ff. に掲載されている。この草案は、第二章国際手続法、第一節国際民事訴訟法において、民事訴訟法の変更を提案している（S. 132）。以下に試訳を掲げる。同草案では、相互保証は求められていない。

「§32 民事訴訟法の変更

1．三二八条は、つぎの条文を有する。

〝三二八条

以下の場合には、外国判決は承認されない。

第一号　外国国家の裁判所または官署が、ドイツ法によると国際裁判管轄を有しないとき、

第二号　判決の承認が、公の秩序、とりわけ憲法上の基本的権利に反することとなるとき〟

2．以下　略」。

(23) Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des internationalen Privatrechts, BT-Drucks 10/504, S. 88.

(24) Kropholler, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2004, S. 656 Fn. 53.

(25) Münchener Kommentar/Thole, InsO, 3. Aufl. 2014, §343 Rdnr. 25. 同条一項によると、外国倒産手続が承認されない事由は、外国裁判所が倒産管轄を有していない場合（一号）、および公序に反する場合（二号）である。Vgl. Uhlenbruck/Lüer, InsO, 14. Aufl. 2015, §343 Rdnr. 6 ff.

(26) Münchener Kommentar/Rauscher, FamFG, 2. Aufl. 2013, §109 Rdnr. 58 ff.; Zöller/Geimer, ZPO, 31. Aufl. 2016, §109 FamFG Rdnr. 73.

(27) 法的安定性および簡便性が、この方法の根拠としてあげられる。BT-Drucks 17/4887, S. 33. 連邦官報によって公告された法域は、アメリカ合衆国、カナダのほとんどの州、そして南アフリカであるとされる。Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 38. Aufl. 2017, §1 AUG Rdnr. 1. なお、この外国扶養法の旧法に関する記述であるが、同法は、アメリカ合衆国諸州やコモンウェルス諸国との関係で、扶養に関する債務名義の執行を促進することを意図していたとされる。Martiny, Recognition and Enforcement of Foreign Money Judgments in the Federal Republic of Germany, 35 Am. J. Comp. L., 721, 752 (1987).

(28) Raape, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961, S. 137.

(29) Geimer/Schütze, a. a. O. (Fn. 6), S. 1751.

(30) Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2013, §12 Rdnr. 190.

(31) Vgl. Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl. 2015, §328 Rdnr. 116.

(32) L. v. Bar, Thoerie und Praxis des Internationalen Privatrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 1889, S. 510. ほかに、Süß, Die Anerkennung ausländischer Urteile, in: FG. Rosenberg, 1949, S. 229, 238 ff. ズースは、おおよそ、つぎのように述べる。「各々の国家がなす公権行為の効力は、領域的な限界がある。国家は自らの主権に基づいて外国の公権行為を承認することができるが、しかしながら原則としてなし得るのではない。その理由は、社会的、風習的、国家政策、経済政策あるいはその他のイデオロギー上の前提から生ずる外国司法に対する不信にある。この信頼の欠如は、公序によって対応することができよう。では、相互保証の要件は何のためにあるのか。外国は内国判決を承認することで、その国の裁判制度は改善されるのか。パラグアイが我々の判決を承認すれば、我々はパラグアイの判決に対して一層信頼するのであろうか。」と。このように、相互保証の要件の意図するところは公序によって対応可能であることを述べる。また、ズースは、自国判決を他国で執行させる手段としてカリフォルニア州法が急遽改正された例をあげて、相互保証が一種の政治的手段として用いられる場合の弊害を指摘する。この事案は、サンフランシスコでの巨大地震と火災のあとに、カリフォルニア州裁判所がドイツの保険会社に対して保険金の支払いを命ずる判決を下したが、ド

イツの裁判所はこの判決の執行を認めなかった。そこで、カリフォルニア州は一九〇七年民事訴訟法において、外国判決に自国判決と同一の効力を認めることを規定した。そこで、これによってカリフォルニア州判決をドイツで執行することができるかが問題となった。ライヒ裁判所（RG, Urt. v. 26. 03. 1909, RGZ 70, 434）は、当事者の一方の立場を変更することを目的とする法律によって、当事者間において既に存在する法律関係は影響を受けないとして、執行判決を認めなかった。ズースは、このカリフォルニアの州法変更を相互保証の要件の有害性の一例として捉えている。Süß, a. a. O., S. 239 f.; vgl. auch Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 7. Aufl. 2017, Rdnr. 964.

(33) L. v. Bar, a. a. O. (Fn. 32), S. 510 f.

(34) Basedow, in: Max-Planck-Institut (Hrsg.), Reform des deutschen internationalen Privatrechts, 1980, S. 101.

(35) Vgl. C. v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2003, §5 Rdnr. 62 ff.; Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2015, §13.46; Münchener Kommentar/Gottwald, ZPO, 5. Aufl. 2016, §328 Rdnr. 129; Sonnentag, Anerkennungs- und Vollstreckbarkeitshindernisse im autonomen deutschen Recht, ZVglRWiss 113 (2014), 83, 93 ff.; Stein/Jonas/Roth, a. a. O. (Fn. 31), §328 Rdnr. 116; Thole, Die Entwicklung der Anerkennung im autonomen Recht in Europa, in: Hess (Hrsg.), Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht, 2014, S. 25, 50.

(36) Schütze, Probleme der Verbürgung der Gegenseitigkeit bei der Anerkennung ausländischer Zivilurteile, in: FS. Martiny, 2014, S. 825, 827 f.

(37) Vgl. Musielak/Stadler, ZPO, 14. Aufl. 2017, §328 Rdnr. 31; Stein/Jonas/Roth, a. a. O. (Fn. 31), §328 Rdnr. 125.

(38) Rauscher, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2017, Rdnr. 2619.

(39) BGH Urt. v. 15. 11. 1967, BGHZ 49, 50, 52; Prütting/Gehrlein/Völzmann-Stickelbrock, ZPO, 8. Aufl. 2016, §328 Rdnr. 35; Rauscher, a. a. O. (Fn. 38), Rdnr. 2621.

(40) Kropholler, a. a. O. (Fn. 24), S. 657; Zöller/Geimer, a. a. O. (Fn. 26), §328 Rdnr. 266.

(41) Pfeiffer, Kooperative Reziprozität, RabelsZ 55 (1991), S. 734, 751 ff. 768. りの立場に好意的な文献として、Linke/Hau, a. a. O. (Fn. 35), §13. 48; Kropholler, a. a. O. (Fn. 24), S. 657.

(42) BGH, Urt. v. 29. 04. 1999, NJW 1999, 3198; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 75. Aufl. 2017, §328 Rdnr. 46; Nagel/Gottwald, a. a. O. (Fn. 30), §12 Rdnr. 194; Stein/Jonas/Roth, a. a. O. (Fn. 31), §328 Rdnr. 117; Thomas/Putzo/Hüßtege, a. a. O. (Fn. 27), §328 Rdnr. 20.

(43) 石川明ほか編『EUの国際民事訴訟法判例（Ⅱ）』二三三頁〔越山和広〕（信山社、二〇一三年）も参照。

(44) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O. (Fn. 42), §328 Rdnr. 46; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2015, Rdnr. 2880.

(45) Hellwig, System des Deutschen Zivilprozessrechts, Erst. Teil, 1912, S. 832; Riezler, Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht, 1949, S. 554.

(46) BGH Urt. v. 30. 09. 1964, NJW 1964, 2350; Geimer, Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland, 1995, S. 94; Geimer, a. a. O. (Fn. 44), Rdnr. 2881; Geimer/Schütze, a. a. O. (Fn. 6), S. 1767 ff.; Martiny, in: Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Bd. Ⅲ/1, 1984, Kap 1, Rdnr. 1280 ff.; Münchener Kommentar/Gottwald, a. a. O. (Fn. 35), §328 Rdnr. 132; Schack, a. a. O. (Fn. 32), Rdnr. 967; Stein/Jonas/Roth, a. a. O. (Fn. 31), §328 Rdnr. 121.

(47) Rauscher, a. a. O. (Fn. 38), Rdnr. 2620.

(48) Schack, a. a. O. (Fn. 32), Rdnr. 967; vgl. Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung, 4. Aufl. 2015, §328 Rdnr. 78 Fn. 227.

(49) Vgl. Roth, Anmerkung zur Rechtsprechug, ZZP 112 (1999), S. 483, 487.

(50) Schütze, Deutsches Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2005, Rdnr. 342 Fn. 171では、ライと裁判所以来、一致した見解であると説かれる。また、文献でも古くから同様に説かれている。たとえば、Seuffert, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 1910, S. 549は、実質的再審査を行う国の判決は承認しないと説く。

(51) BGH, Urt. v. 16. 03. 1970, NJW 1970, 1002.

(52) 日本において、最近、この問題につき検討を試みるのが、奥田・前掲注（5）一〇〇頁。

(53) Puttfarken, Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile deutscher Kläger—

verfassungswidrige Gegenseitigkeit, RIW 1976, 149, 150 f.

(54) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23. 03. 1971, BVerfGE 30, 409.

(55) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O. (Fn. 42), §328 Rdnr. 46; Geimer/Schütze, a. a. O. (Fn. 6), S. 1753; Martiny, a. a. O. (Fn. 46), Kap. 1 Rdnr. 1222 ff.; Stein/Jonas/Roth, a. a. O. (Fn. 31), §328 Rdnr. 116.

(56) Geimer/Schütze, a. a. O. (Fn. 6), S. 1753.

(57) Martiny, a. a. O. (Fn. 46), Kap. 1 Rdnr. 1223.

(58) Vgl. Geimer, a. a. O. (Fn. 44), S. 1514.

(59) KG, Beschl. v. 18. 05. 2006, NJW-RR 2007, 1438. 同様に肯定する見解として、Nagel/Gottwald, a. a. O. (Fn. 30), §12 Rdnr. 198.

(60) 相互保証を否定する見解として、Deißner, Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen im deutsch-chinesischen Rechtsverkehr und Wirksamkeit von Schiedsabreden nach chinesischem Recht, IPRax 2011, 565, 573; Neelmeier, Anerkennung einer ausländischen Gerichtsentscheidung zur Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung, SchiedsVZ 2007, 100, 104.

(61) Schack, a. a. O. (Fn. 32), Rdnr. 966.

(62) 相互保証の有無の判断は、必ずしも容易ではない。たとえば、日本の旧民事訴訟法の承認要件（旧民訴二〇〇条）はドイツ法（ドイツ民訴三二八条）をほぼ翻訳的に継受したにもかかわらず、Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO, 19. Aufl. 1969, §328 Ⅷ D (S. 1421) は、ドイツと日本の相互保証を否定していた。石黒一憲『現代国際私法（上）』五六六頁（東京大学出版会、一九八六年）、鈴木＝三ケ月編・前掲注（1）四二一頁〔青山〕も参照。しかし、りんにちでは、相互保証は一般的に肯定されている。Vgl. Stein/Jonas/Roth, a. a. O. (Fn. 31), §328 Rdnr. 137.

(63) Schack, a. a. O. (Fn. 32), Rdnr. 968 f.

(64) りりでの Verordnungen は、いわゆるヨーロッパ民事訴訟法における Verordnungen（ブリュッセル（Ⅰa）規則など）を指すものではない。連邦官報に公告された政府の宣言（Regierungserklärungen）を指すものとされる。Angst/Jakusch/Mohr, Exekutionsordnung, 15. Aufl. 2012, Art. 79 Anm. 2 (S. 496); Angst/Jakusch/Pimmer,

Exekutionsordnung, 15. Aufl. 2009, Anm. zu §79 (S. 238).

(65) Angst/Oberhammer/Garber, Kommentar zur Exekutionsordnung, 3. Aufl. 2015, §79 Rdnr. 18 (S. 857). オーストリアでは、相互保証は三種類に分けて論じられている。まず、形式的相互保証（die formelle Gegenseitigkeit）は、外国国家が外国人を自国民と同様に扱うときには、自国はその外国人を自国民と同様に扱う場合を指す。つぎに、実質的相互保証（die materielle Gegenseitigkeit）は、たとえば、ある外国人の本国において、すべてのオーストリア人が例外なく宣誓を受けなければならないとされる場合には、この国の外国人はオーストリアでも常に宣誓が必要となると説かれる。実体的相互保証によると、外国人が内国において、内国民がその本国におけるのと実質的に同様の扱いを受けるときをいうとされる。そして、認証された相互保証（die qualifizierte Gegenseitigkeit）とは、相互保証が一定の方式、たとえば、条約や政府の宣言で確定されているときにのみ相互保証が認められる。Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. 1990, Rdnr. 2401.

(66) Angst/Oberhammer/Garber, a. a. O. (Fn. 65), §79 Rdnr. 23 (S. 858).

(67) Neumayr, Europäisches Zivilverfahrensrecht entlang der Donau, in: Hess (Hrsg.), Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht/Europäisches Vollstreckungsrecht, 2014, S. 93, 99.

(68) Angst/Jakusch/Mohr, a. a. O. (Fn. 64), Art. 79 E. 2 (S. 504).

(69) Burgstaller/Anzinger, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2000, Rdnr. 5. 12.

(70) Vgl. Burgstaller/Burgstaller, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2000, Rdnr. 1. 22.

(71) Czernich, Zu den Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung fremder Entscheidungen nach autonomem Recht (§79 EO), JBl. 1996, 495, 496; Burgstaller/Anzinger, a. a. O. (Fn. 69), Rdnr. 5. 12.

(72) Vgl. Neumayr, a. a. O. (Fn. 67), S. 99; Nunner-Krautgasser, Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen-Rechtsentwicklung im Überblick, ÖJZ 2009, 533, 535.

(73) 以下の記述は、主として、Czernich, a. a. O. (Fn. 71), S. 499.

(74) Gesetz v. 27. 5. 1896 RGBl. 79 über das Exekutions- und Sicherungsverfahren.

(75) Vgl. Matscher, Grundfragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in

Zivilsachen aus österreichischer Sicht, ZZP 103 (1990), 294, 297.

(76) 執行法施行直前（一八九八年一月一日）に、相互保証があるとの通達がなされたのは、ハンガリー、ボスニア・ヘルツェゴビナ、ドイツ、イタリア、リヒテンシュタイン、ルーマニアなどである。Hoyer, Bemerkungen zur Geschichte der Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Österreich im 19. Jahrhundert, ZfRV 1964, 94, 102.

(77) Czernich, a. a. O. (Fn. 71), S. 499 ff.

(78) Vgl. Hoyer, a. a. O. (Fn. 76), S. 103.

(79) Justizministerium (Hrsg.), Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozeßgesetzen, Bd. 1, 1897, S. 493.

(80) このようなケースは少なくとも一例あるとされ、リヒテンシュタインとの相互保証の有無が問題となった事案があるとされる。Czernich, a. a. O. (Fn. 71), S. 499 Fn. 41.

(81) Justizministerium (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 79), S. 494.

(82) Angst/Oberhammer/Garber, a. a. O. (Fn. 65), §79 Rdnr. 18 (S. 857).

(83) Justizministerium (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 79), S. 493.

(84) たとえば、クラリークは相互保証の削除を主張する。Kralik, Die Gegenseitigkeit bei der Zwangsvollstreckung ausländischer Titel, ÖJZ 1959, 253, 258.

(85) Czernich, a. a. O. (Fn. 71), S. 499 ff.

(86) Strong, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in the United States, in: Hess (Hrsg.), Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht, 2014, S. 57, 66.

(87) See also 50 C. J. S. §1357 (2009).

(88) Restatement of the Foreign Relations of the United States §482 (1987).

(89) 参照、松岡博『国際取引と国際私法』一四一頁、一五九頁以下（晃洋書房、一九九三年）。なお、安達栄司「判批」判タ八七〇号五九頁（一九九五年）は、統一外国金銭判決承認法を採択したニューヨーク州（東京地判平成六年一月一四日判時一五〇九号九六頁）、カリフォルニア州（東京高判平成五年六月二八日判時一四七一号八九頁）につき相互保証が肯定されていることから、同法を採択している州との関係では日本との相互保証が疑問とされることは

ないと述べる。しかし、二〇一〇年にアメリカ合衆国でスピーチ・アクトが制定されたことから（後述）、状況は変わったと考えられる。

(90) 同法に関する資料として、石黒一憲「スイス国際私法第二草案（一九八二年）について（一）（二）（三・完）」法学協会雑誌一〇〇巻一〇号一六四頁、一〇一巻二号一〇四頁、一〇一巻六号一三八頁（一九八三年、一九八四年）。

(91) Basler Kommentar/Däppen/Mabillard, IPRG, 3. Aufl. 2013, Art 27 Rdnr. 3; vgl. Walder, Grundfragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile, ZZP 103 (1990), 322, 341. なお、スイスでは相互保証を意味する表現として、Verbürgung der Gegenseitigkeit の他に、Gegenrecht、あるいは Gegenrechtsvorbehalt が用いられる。Vgl. Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl. 2001, S. 437.

(92) Vgl. Basler Kommentar/Däppen/Mabillard, a. a. O. (Fn. 91), Art 166 Rdnr. 35.

(93) Furrer/Girsberger/Siehr, Schweizerisches Privatrecht, XI/1, IPR Allgemeine Lehren, 2008, Rdnr. 900; vgl. auch Zürcher Kommentar/Volken, IPRG, 2. Aufl. 2004, Art. 166 Rdnr. 96.

(94) Basler Kommentar/Däppen/Mabillard, a. a. O. (Fn. 91), Art. 166 Rdnr. 35 ("sehr unbeliebt").

(95) Zürcher Kommentar/Volken, a. a. O. (Fn. 93), Art. 25 Rdnrn. 69 und 78.

(96) 芳賀雅顯「外国判決承認要件としての国際裁判管轄」法律論叢七二巻五号五二頁（二〇〇〇年）。

(97) Schack, a. a. O. (Fn. 32), Rdnr. 969.

(98) 二〇〇五年ブルガリア国際私法の条文は、RabelsZ 71 (2007), S. 457 ff.

(99) Musseva, Das neue internationale Zivilverfahrensrecht Bulgariens in Zivil-und Handelssachen, IPRax 2007, 256, 260.

(100) Ereciński/Weitz, Das neue autonome Internationale Zivilverfahrensrecht in Polen, ZZP Int 13 (2008), 57, 80.

(101) 条文のドイツ語訳は、IPRax 2008, S. 158 ff. に掲載されている。外国判決の承認要件については、一〇一条から一一〇条にかけて規定がある（a. a. O., S. 167）。

(102) Jessel-Holst, Zum Gesetzbuch über internationales Privatrecht der Republik Mazedonien, IPRax 2008, 154, 157.

(103) Jessel-Holst, a. a. O. (Fn. 102), S. 157.

（104） 条文のドイツ語訳は、IPRax 2014, S. 556 ff. に掲載されている。外国判決の承認要件は、一四一条以下に定められている。

（105） Jessel-Holst, Neukodifikation des internationalen Privatrechts in Montenegro, IPRax 2014, 553, 555.

（106） Gottwald, a. a. O. (Fn. 12), S. 279.