

Title	国際二重訴訟の鍵点
Sub Title	
Author	伊東, 乾(Ito, Susumu)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	1983
Jtitle	慶應義塾創立一二五周年記念論文集：法学部法律学関係 (1983. 10) ,p.3- 18
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BN01735019-00000001-0003">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BN01735019-00000001-0003</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.

## 国際二重訴訟の鍵点

伊 東 乾

慶應義塾の創立一二五周年（昭和五八学年）のために法学部の祝賀論文集が企画された年（昭和五七学年）は、偶々、私どもの民事訴訟法ゼミナール（大学院民事訴訟法合同演習）が国際私法のゼミナール（同・国際私法合同演習）と連合して国際民事訴訟法の研究に携った年でもあった。テーマは慎重にこれを国際的裁判管轄権に限定したことであったが、私自身は何故か寧ろ国際二重訴訟の問題に関心を惹かれていた。そこで、年祭の記念として、国際二重訴訟に関し私が言いたかったことを、覚え書き風に記録しておこうとするのが、本稿の意図である。

国内において「裁判所ニ繫属スル事件ニ付テハ当事者ハ更ニ訴ヲ提起スルコトヲ得ス」（民訴二三一条）とされるのと同様に、外国の裁判所に係属する事件についても当事者は本邦で更に訴を提起しえないとせらるべきものか否か。本稿はこれに答えて、もし当該外国裁判所の判決がわが国で承認せられるべきものである場合は、当事者が重ねてわが国で訴を提起することは許されないと解すべし、と説くものであるから、結論的にいうかぎり、学界の現段階では、別に目新しい所説を展開することにはならない。わが国の学説は、外国訴訟係属を顧慮すべきでないとするのが通説であると言われ来<sup>(1)</sup>って久しいが、昨今では、むしろ、判決の承認を条件として訴訟係属をも顧慮すべしと説くことが、普通になって来たように見受けられるからである<sup>(2)</sup>。

にも拘らず、あえて覚え書を遺そうとするのは、結論に至るその過程において、もう少し論理の筋が尊重せられてもよいと考えるためである。どこでもそうであるように、ここにもまた、相対的処理のうちに解消されてしまつてはならない絶対的な要請がある。それは何かということ、この機会に一言明かにしておきたい。題して「鍵点」という所以である。

(1) 官脇幸彦「涉外事件訴訟における諸問題」貿易実務講座第八巻「貿易と法律」第九編第三章第二節(その5①)が代表的な解説とされている。独立の学説としては林脇トシ子「外国における訴訟係属の効果その他」(涉外判例研究、ジュリ一六三号六七頁が外国訴訟係属の不顧慮を説いているのを代表として挙げる)ができる。

(2) 海老沢美広「外国裁判所における訴訟係属と二重起訴の禁止」青法八巻四号一頁以下(その二七—三〇頁)、矢吹徹雄「国際的な重複訴訟に関する一考察」北法三二巻三・四号二二〇三頁以下(その二二二頁)、沢木敬郎「国際的訴訟競争」新・実務民事訴訟講座第七巻一〇五頁以下(その一一六頁)。

一

国内での二重訴訟禁止の立法理由については、「主として①被告を不当な負担から救済する、②重複した審理判断の無駄を省く、③矛盾した裁判による混乱を予防する、という三点が指摘されるべきことには争いが無い」と言われている<sup>(1)</sup>。これに反して、国際二重訴訟の場合には、こうした立法理由が必ずしも妥当しないであろう。

例えばリーツラアは次のように言っている。「A国の裁判所で既に訴訟を係属せしめている原告が同じ紛争をB国裁判所の面前に持ち出すなら、それは先ず、誠実な訴訟追行の要請と調和しない権利濫用的な態度と見える。だが何時でも彼に対してそのような非難が為されるわけではない。A国で訴を既におこしてしまつてから後にはじめて彼が、同じく管轄権を有するB国での訴訟の見込みの方が有利だということに気がつくということは、ありう

る所である。それは法秩序に基づくこともあれば、手続がヨリ多く迅速なためであることもあり、A国では裁判所の独立が侵されている為ということもある。二つの裁判所の面前での同時訴訟追行はとって不利なもう一つの根拠とみえるのは、それが裁判所その他の司法機関の労力を二重に費やさしめ、訴訟費用を増大せしめ、従って訴訟経済の原則に抵触するに至る、ということである。訴訟経済の原則の維持は当事者の利害に関わるだけではなく、国家の利害にも関わることである。だが当事者にとっては事情次第でこの観点もまた上述の反対考慮の背後に退くことがあり、国家にとっては、およそ自己の管轄権を肯定するのであるかぎり、事情次第では自己の公の秩序を理由として、事件が外国の裁判所によってのみならず自国の裁判所によって裁判せられることが重要になることがある。最後に二重の訴訟係属の最悪の弊害は背馳する裁判とこれに結びつくビッコの法律関係の成立との危険である。だが、この危険もまた、外国判決を承認しない国の立場からは成立しない<sup>(2)</sup>、と。ドイツにあって唯一人、外国訴訟係属の不顧慮を説くシュッツェもまた、もちろん相似た考慮を示している<sup>(3)</sup>。

にも拘らず、外国訴訟係属は国内の訴訟追行にとって関わりをもたないとする<sup>(4)</sup>ことは、何と不自然なことであるか。このことは、NJWの一片隅で、右のシュッツェと通説(但しドイツでの通説)の擁護者シュワイケルトとの間で交わされた小論争が、よくこれを示しているということが出来る。はじめには、シュッツェが、上掲の考量のほか、訴訟係属の効果の拡張については既判力の場合のような明文の規定がないこと、及び、係属する訴訟の判決が後日承認をえられるかどうかの判断は極めて困難で、その予測を裁判官に強いることは裁判官に透視能力を具えた資質("Hellsichtliche" Qualitäten)を要求することになることを挙げて、通説(ドイツの通説)に抗し、外国訴訟係属の不顧慮を説いたのであった<sup>(4)</sup>。これに対して、シュワイケルトが、明文の規定の除外にはそれなりの理由のあること、外国判決を承認しながら外国訴訟係属を無視するのは均衡を失すること、及び、判決承認の予測に必ずしも透

視能力は要求されないことを挙げて反論したのち<sup>(5)</sup>、シュッツェ側から、反論がいずれも見当違いである旨の再反論がなされて小論争は終わっているが、シュワイケルトの反論が、後退しながらの立論であることと、無用にして過剰な言及が含まれていることとの故に、著しく説得力を欠くため、一見シュッツェの方が遙かに筋が通っているように見える。けれども、再思してみれば、シュッツェから残るところは、ただ、上掲の考量のほか、明文規定の欠缺と承認予測の困難とだけであろう。前二者については容易に対立した判断を立てられるし、承認の予測も可能な場合が少なくないのであるから、これだけで外国訴訟係属の不顧慮を説くのは、いかにしても「割り切り過ぎ」の譏りを免れない。どう立論をしようと、外国判決の承認が外国訴訟係属に対して有する内在的「実質的な関連は、訴訟の構造に照らして否定しえない事実をなすように思われる。論争を蒸溜してみれば、たとえシュワイケルトから何も残らぬにせよ、シュッツェからは、ひとり、ただ、「形式論の強さ」だけが残るのである。外国訴訟係属の放任は、不自然な措置と見ないわけにいかない。

- (1) 住吉博「二重起訴禁止の範囲と効果」民事訴訟法の争点二五〇頁以下（その一五〇頁第一段）。
- (2) E. Riezler, Internationales Zivilprozessrecht, 1949, SS. 452 u. 453.
- (3) R. A. Schütze: Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens, NJW. 1963 Heft 33, S. 1987 (Nfr. 3).
- (4) a. a. O., SS. 1486 f.
- (5) K. D. Schweickert: Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens, A., NJW. 1964 Heft 8, SS. 336 f.
- (6) R. A. Schütze: Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens, B., NJW. 1964 Heft 8, SS. 337 f.

二

実は、国内での二重訴訟禁止が、既に、被告を不当な負担から救済することやら、重複した審理判断の無駄を省くことやら、矛盾した裁判による混乱を予防することやらを、立法理由とするものではあるまい。

このことについては嘗て別の機会に書いたことがある。「人は勝訴のためにはそのチャンスを殖やしたいのが自然だから、訴訟経済は理由にならず、前に確定した判決の既判力が他を拘束するから既判力の抵触は生ぜず、一つの手続でやっても二つの手続でやっても後訴原告の得失は同じだということの言えないかぎり、被告の迷惑だけの後訴の提起を妨げるわけにはいかない」と、其処に、私は書いた。<sup>(1)</sup>二重訴訟への対処を、これを放任する場合の利益・不利益、これを禁止する場合の利益・不利益の、単なる比較考量で決めようとするのでは、結局は、ただ、あくも言える、こうも言えるという選択肢の前に辿りつくだけであって、選択肢から選択を行なうその決定打は与えられることがないのである。そうした考え方に甘んじるかぎり、国内においても、二重訴訟の禁止は、合理的な制度だということの言えるのと同程度において、不合理な制度ないしはどうでもよい制度と断じることまた可能になる、と言ってよい。

「それでも、人は、上記のような二重の訴が許されるとしたら、それは可笑しいと感じるに違いない。民訴二三一条には恠かに合理性があるのである。それは何故かと考えるとき、一つの同じ事項について裁判所の判断は一つしかありえない筈だ、ということに想到することができるであろう。これは、裁判所という行為主体の、判決という行為の、行為効に他ならない。審理は判決のために行なわれるのであるから、判決が一つでなければならぬとき、審理の手続もまた一つでなければならぬのであって、その分裂を避け一つの判決のための審理手続を一つに

保とうとするのが、二重訴訟禁止の制度であるに他ならない<sup>(2)</sup>。

行為効というのは、あらゆる行為主体に対し、理由のない矛盾と反覆とを禁じる訴訟上の要請であって、訴訟上、同一・一箇の行為主体は、個人成長上意味のない矛盾行為を許されず、また、自己表現上意味のない反覆行為を許されないのである<sup>(3)</sup>。裁判所は一箇の行為主体であり、判決はまた裁判所に発する一箇の行為であるから、同一対象に関する判決を裁判所は原則として複数にすることを許されず、いわんや原則として相互に矛盾する複数の判決を下すことを禁じられる（ひとりただ判決主文中の判断についてのみならず、判決理由中の判断をも含め、すべての「判断」についてそうである）。

という要請が格別に意味をもつのは、異なる裁判所の相互間においてである。異なる裁判所がどうして同一・一箇の行為主体と言えるのか。

「前後両訴訟の裁判官が「別人」であり前後両訴訟の裁判所が「別個の機関」であるのは、裁判官相互の關係「裁判所相互の關係」においての話で、事実上は別人の裁判官、事実上は別箇の裁判所も、訴訟当事者に対し、国民に対する關係では、法律上、同一・一箇である。この道理は、合議体裁判所が、構成裁判官相互の關係では場合に独立でありながら、合議体としては不可分の一体をなすという關係にはじまり、人が、同一法律問題に関する五〇の裁判所の五〇の異なった所見を、独立が保たれていて洵に結構とは言わず、却って必ず判例の統一を求めるという關係に至るまで、随所に顕現しているのを認めることができる。……もともと、私人の側からみれば、裁判官が誰であり、どこを裁判所が裁判に当るかは、どうでもよいことで、いずれの裁判官も、どこを裁判所も、過去・現在・未来のすべての裁判所・裁判官が、ただ裁判所すなわち国家という一つの主体として行為するものであることが、忘れられてはならない<sup>(4)</sup>。裁判所が行為主体として同一・一箇であるが故に、行為としての判決は分裂す

ることを許されず、それ故にまた、判決のためにのみ存在する訴訟手続もまた、同じく分裂することを許されないのである。かくして、国内での二重訴訟の禁止は、裁判所の裁判所としての同一・一箇性に、その合理性(立法理由・存立根拠)を有すると言わなければならない。

その際、理念としての同一・一箇性を現実の制度として論理的に担保しているものは、既判力の全国的妥当であること、言うまでもない。裁判所の確定判決の既判力が乙裁判所によっても承認されなければならないが故に、乙裁判所は甲裁判所との行為主体としての異別性を主張しえないのである。

(1)(2) 伊東乾「行為効講義控」法学研究五三卷一七頁以下(その二頁)。

(3) 行為効については、前註所掲論文のほか、伊東乾「行為効の理論」法学研究五〇卷一頁以下、同「信義則に代わるもの」民商七八卷臨時増刊(三六頁以下、同「訴訟における法と行為」吉川追悼論集『手続法の理論と実践』上巻一頁以下。

(4) 註(1)所掲論文一四頁。

### 三

そうであるとするれば、國際二重訴訟の場合にも、外国判決の承認によって、国内二重訴訟の場合と同じ状況が与えられる、と言わなければならない。甲国裁判所の判決の効力が乙国にも承認されることによって、且つその限度では、甲国裁判所と乙国裁判所との間の行為主体としての同一・一箇性が保障せられるのである。

わが国の民事訴訟法は、第二〇〇条で、一定の要件のもとに、しかし自動的に、外国判決の効力を承認する旨、明規している。然らば、同じその要件のもとでは、國際二重訴訟もまた国内二重訴訟と同規に服すべきであって、両者を切離して考えるがときは、甚だしく不自然である。

ドイツの通説はそうした文脈において形成せられているものに他ならない。そこでも、外国判決は、ZPO三二



八条によつて、一定の要件のもとに、しかし自動的に、その効力が承認されることになっている。そうして、そのことを根拠として、係属中の外国訴訟がドイツでその効力を承認せられる判決に達すべき場合には、国際二重訴訟もまた国内二重訴訟と原則として同一の規律に服すると考へるのが、通説の姿勢なのである。<sup>(1)</sup>

この国では、立論の根拠として、外国訴訟係属の顧慮と外国判決の承認との間の密接な結びつきが指摘せられることが、普通なことになっていると見受けられる。前にみたりッラアが、顧慮と不顧慮との利害得失からは結論を留保しつつ、「承認との関連」こそ「決定的 (ausschlagend) なり」として、そこから訴訟係属の顧慮を導いたのは、その典型と言へるであろう。例の小論争の中でさえ、シュワイケルトは、「訴訟係属の顧慮と ZPO 三二八条による承認との間の密接な結びつき」に照らして事を考へることが「事柄に即した (sachgemäß) な」問題の解決に適する」と言っている。<sup>(4)</sup> けだし、至当な大勢と言わなければならぬ。

比較法的には、国際二重訴訟の処理について、右のようなドイツ流の解決のほか、イタリア流の解決と、英米流の解決とが、区別できると言われている。<sup>(5)</sup> イタリアではそれは全く顧慮せられないのであり、<sup>(6)</sup> 英米ではそれは「裁判官に与えられた広い裁量権に処理」が「委ね」られる。中であつて、フランスでは、長い間国際二重訴訟が顧慮せられることはなかったが、「一九七四年の判例変更によつて、ドイツにおけると似た解決がとられるに至つた」<sup>(8)</sup>。他にドイツ流の処理をする国には、オーストリア並びにスイスがあり、<sup>(9)</sup> 多国間条約の中にもドイツ流の処理を採用したものが多い。<sup>(10)</sup>

だが、実は、ドイツ流以外の処理をする国でも、窮極において問題の解決を左右しているものは、外国判決の承認との関連に他あるまい。現に、嘗てのフランスについては、当時のそこでの国際二重訴訟の不顧慮は「外国判決の不承認と結びついていた」と言われており、<sup>(11)</sup> 現在でも外国訴訟係属を顧慮しないイタリアについても、それは

「外国判決の扱いと論理的に結びついて」おり、そこでは外国判決の効力が承認されないことの「当然の帰結である」と言われている<sup>(12)</sup>。また、英米流の処理についても、「二重訴訟の尺度にわれわれとおなじ事件の同一性、当事者の同一性の厳密さを要求し、そのうえでさらに外国判決も容易に内国において承認される社会を想定したばあいには、英米流のかんがえにしたがっても、二重訴訟が被告を苦しめるだけの濫訴になるとみるべきことがずっと多くなるのではあるまいか」と言う者がある<sup>(13)</sup>。

筋はこうである。外国判決が国内でも承認せられるべき場合は、その限度で、事件係属中の外国裁判所と、後に訴の提起を受けた内国裁判所との間に、判決の行為主体としての同一・一箇性が成立する。同一・一箇の行為主体は原則として判決を複数にすることを許されない。審理手続は判決のためにのみあるのであるから、判決の複数が許されない場合には、訴訟手続の複数もまた当然に許されない。その故に、外国判決が国内でも承認せられるべき場合には、何処であれ、またこのことのみを根拠として、その限度で、当然に、国内での並行審理は不適法になるのである。逆に外国判決が国内で承認せられない場合には、国際二重訴訟が不適法とせられるべき根拠に缺ける。たとえば二重の訴訟が vexatious or oppressive なりとして排斥せられるべき場合は生じるであろうが、これは、一般的な濫訴の問題であって、厳密には二重訴訟の問題ではない。かくて、国際二重訴訟の鍵点は、外国判決の承認にある、ということができる。この視座からのアプローチが、幾つかの可能なアプローチの一つとしてではなく、基本的には唯一の、決定的なアプローチとせられなければならない。

(12) 道垣内正人「国際的訴訟競合」(一)法協九九巻八号一一五頁以下(二)同九号一三四八頁以下(三)同一〇号一四七一頁以下(四)同一号一六六頁以下(その(一)一一八九頁)。国際二重訴訟の比較法的考察はこの文献が完璧に近く詳密・適切である。この論文は日本における現状「問題解決のための試論」にも言及のうえ全体の「結論」をも掲げることが予定しているものであるから、わが国における解釈論も展開されることになるのであろうが、この最後の部分は未だ公開されていない。

- (2) 道垣内前掲(一)一一七五頁、一一九〇頁。
- (3) Riezler, a. a. O., S. 453.
- (4) Schweickert, a. a. O., S. 337.
- (5) 道垣内前掲(一)一一五四頁。
- (6) 道垣内前掲(一)一一五四頁(三)一一一九頁。
- (7) 道垣内前掲(一)一一五四頁(三)一四九七頁、一五一一頁。
- (8) 道垣内前掲(一)一一九〇頁。
- (9) Riezler, a. a. O., S. 453.
- (10) 道垣内前掲(四)一七一〇頁。
- (11) 沢木前掲一一五頁。その後のドイツ流への転回もその原因は「外国判決の承認・執行手続における実質的再審査 (révision au fond) の廃止(註略)であろう」とされている(道垣内前掲(一)一一〇四頁(一)一三五七頁)。
- (12) 道垣内前掲(三)一一五二〇頁。
- (13) 海老沢前掲二〇頁。
- (14) これは有名な英米法上の原則だが、正しくはイングランドで一頃を支配したスコット判事定立の判断基準であるにすぎず、その後のイングランドの判例法上にはこれと異なる判断基準が支配している由である(道垣内前掲(三)一四八一頁、一四九七頁)。

#### 四

更に一步を進めていえば、外国判決の効力自体、承認されるのが原則であって、承認されないのは例外であろう。もちろん、事柄の筋としての話であって、統計上の話ではない。国境をこえて取引があり、紛争が生じ、その解決が行われるということは、そこに一つの社会があるということを物語る。一つの社会は一つの判決を要求するであろう。それ故に、国際社会においても、その社会のために下された一つの裁判所の判決は、その社会内では、普遍的に妥当するのが、当然なのである。

この点、あるいは、反対に、外国の判決はこれを承認できないのが原則と、そう考える方が普通であるかも知れない。たとえば、リーツラアも、次のように言つて、その外国判決の承認に関する叙述を、説きおこしているのである。「裁判所の判決とこれに多くの点で等置せられる裁判所の裁判とは、それ自体としては唯これを発した国家の領域についてののみ妥当する国家行為である。この国家（簡単に判決国家と呼んでおく）の外側ではそれらは効力を展開することができない。外国がそれらを一般的には承認しないとすれば、このことは、判決中にもまた他の国家で支配する基本観念とは異なり或いは対立しさえもする国家政策的基本観念が表現されていることがあるものだ、ということによって正当化せられる。……国家の立法は概ね、外国の裁判は承認せられず執行せられないという原則を、明示的には表明していない。その例外をなすのがオランダの *Wetboek van Burgerlijke Regtvoering* の四三一条であつて、それは、外国の裁判官もしくは裁判所によって下される判決は、立法によって明示的に指定せられた諸場合を除いては、王国において執行せられることなく、（外国の）訴訟事件は更めてオランダの裁判官の面前で弁論せられ、彼によって裁判せられる、と定めている」<sup>(1)</sup>。

けれども、主権国家对立の現状のような国際社会において、国家が外国判決を承認するかどうか、その完全に自由に属することは、当然のことである。問題は、その当然の一つ前に、承認を自然とする状況があるのか、それとも不承認を自然とする状況があるのか、ということに他ならない。そうして、国際取引の成立と、これに伴う紛争の発生、従つてこれを裁判することの必要の顕現とは、国家の存否を問わぬ自然の消息なのであるから、外国判決もまた、不承認よりは承認の方が、自然な傾向だと言わなければなるまい。

もともと、国家と訴訟制度との関係は、次のように理解せられる。すなわち、「個人対個人の法主張・説得は、労も多く、障礙も多い。法は実現されなければならないものであるから、それ自体の要求として、人間集団に対し

て二面の設備を強制する。一方には、頻多・類型的な法主張を一般化して実定法規をつくり、個人がこれによることをえしめて、主張の労を軽減することであり、他方には、実定法規による主張であれ、これによらない主張であれ、説得・接衝の結果を強行的・公権的に実現しうる法主張の場を作って、主張の障礙を除去することである。どのような人間集団の法であれ、法は、当該集団中の最も適格を具えた人もしくは機構に、義務としてその設営の負担を課するのである。近代社会においては国家がそうした負担を課せられる。ここに、国家実定法という制度が成立し、民事訴訟制度が設けられる理由があり、法令が有効とせられるのも、確定判決が既判力を付与せられるのも、いずれもこれに基づき且つその限度においてのことである<sup>(2)</sup>。

国際取引によって成立する国際社会もまた、法によって、裁判所と訴訟手続との設営を義務づけられる。主権国家対立の国際社会の現状では、未だ直ちには、あるべき裁判所・あるべき訴訟手続が与えられないだけである。現状における国際裁判管轄権の策定は、あるべき裁判所と現実の裁判所との間における調和の模索でなければならぬ。そうして、いずれか一つの管轄権ある裁判所の訴訟手続は、当該国際社会にとっての唯一の訴訟手続でなければならぬ。かくて、国際二重訴訟取扱の根源は、外国判決の承認を通じ、更に遡って窮極には、国際取引の成立による一国際社会の顕現に在る、ということが出来る。

勿論、解釈論は、成文法国では当面の立法を、判例法国では当座の判例の集積を、それぞれ経由しないわけにはいかないであろう。それが主権国家対立の現実である。けれども、外国判決は承認せられ、訴訟手続は統一せられるのが、在るべきよう<sup>(3)</sup>なのであるから、疑わしき場合にはそれぞれこれを肯定する方向へ舵をとるのが合理的とせられなければならない。沿革的および比較法的にみた場合、否定はようやく肯定に転じつつあり、どちらかと言えば肯定が主流を占めているように見受けられるのは、健全な傾向を示すものと言ってよいであろう<sup>(4)</sup>。

- (一) Riezler, a. a. O., SS. 509-512.
- (二) 伊東前掲「訴訟における法と行巻」一〇頁。
- (三) 道垣内前掲(一)(二)(三)(四)は全体としてそのように理解せられるべきものと思われる。
- (四) ガイマがヨーロッパ経済共同体の協定の二二条(イ)をあげて、これによれば「他の条約締結国の裁判所の面前における訴訟係属は常に顧慮せられるべきである」といふ「承認の予測は許されぬ」と附言してゐるのは(R. Geimer, Internationales Zivilprozessrecht (Sonderdruck aus Zöllers Zivilprozessordnung), Ann. O., III, S. 136)「ヨーロッパ経済共同体があるべき国際社会の一試行形態と認められるだけに興味をかゝる」。

## 五

そこで、わが国の現行法の解釈としても、外国判決が承認せられるその限度において、二重訴訟もまた顧慮せられるべきものと解すべきである。<sup>(1)</sup> 国際社会においても訴訟手続が統合せられるのが「あるべき方向」であるところ、外国判決の承認はその現実的な可能条件を与えるものに他ならないからである。わが国では、民事訴訟法第二〇〇条で、外国判決の自動承認制度が採用された。掲げられた要件についてはなお立法論的に改善の余地があるとしても、<sup>(2)</sup> その基本の姿勢は健全であるから、国際二重訴訟についてもその健全な姿勢が延長せられなければならない。<sup>(3)</sup>

(二) その際、二重訴訟としての顧慮がはたらくのは、同一事件にかかる前後両訴訟の間においてであって、訴訟物の全部もしくは一部が重複する場合に同一事件ありとすることができる。<sup>(3)</sup> その限度をこえた複数訴訟間の調整は一般濫訴の問題であって、一主体Ⅱ一判断Ⅱ一手続Ⅱ一手続という合理性からハミ出す問題を、二重訴訟の問題として捉え<sup>(4)</sup> べき根拠はない。従って、同一事件の範囲は国内二重訴訟の場合も国際二重訴訟の場合も同一でなければならず、<sup>(5)</sup> 訴訟物理論もまた、その性質上、彼我について異なることを許されていない。

(二) また、二重訴訟の顧慮は、外国判決承認の延長なのであるから、外国判決の既判力の顧慮と同じく、抗弁事項ではなくて、職権調査事項であると考えられなければならない。<sup>(6)</sup> 外国訴訟係属が内国裁判所には知られ難いということは、単なる事実上の消息にすぎないのである。

(三) だが、係属中の外国訴訟が、後日、国内でも承認せられる判決に達するかどうかは、予測であつて、既定の事実ではない。そうして、その予測は、とりわけ公序に反するに至りはしないかどうかの判断において、頗る困難であろう。そこで、外国判決が承認せられるその限度において、二重訴訟もまた顧慮せられるべきだと言つても、もしその趣旨が、判決承認の確実な予測を要求するものであるとすれば、それは裁判所に対して不可能を強いることにならざるをえない。<sup>(8)</sup> それ故に、ここでの要求は、昨今のドイツの通説もいふように、承認に達しないであろうとの重大な疑念 (ernstliche Bedenken) の存しないかぎり、同一事件は二重訴訟として顧慮せられなければならない<sup>(9)</sup> という趣旨でなければならぬ。係属外国裁判所が管轄権を有すること (民訴二〇条一号)、日本人当事者が適式な呼出をうけたこと (同二号)、および相互の保証 (同四号) は、確実にこれを判定することができるであらう (外国判決承認のための積極的要件)。これらは、積極的にその存在が確定せられなければならない。これに反して、公序の要件 (同三号) は留保条項と考えられれば足りる (外国判決の承認を阻却する消極的要件)。積極的諸要件にして充足せられるかぎり、そうして外国訴訟係属の事実にして明かなかぎり、二重訴訟は顧慮せられるのが原則であつて、公序違反に関し重大な疑念の存する場合に例外として二重訴訟の顧慮が放棄せられるのである。<sup>(11)</sup>

(四) かく、外国二重訴訟の処理が予測に基づくものである以上は、処理の方法としても、後訴不適法却下のほか、後の訴に基づく訴訟手続の中止が考えられてよいであらう。<sup>(12)</sup> 承認されると予測した判決が実際には承認されずにおつたという喰い違いは、どうしてもこれを回避するわけにいかず、却下一本槍ではそうした場合に生ずる弊

害に対処しきれないからである。理論的には、これは、当然承認なら却下という結びつきの、その前提が当然承認から一定の要件のもとでの承認へと差しかえられることに基づく、おのずからの弛緩と、理解することができる。果たして解釈論上中止を容れる余地があるかが懸念せられているけれども、国内の訴訟について既に民調規五・家審規一三〇・特許一六八II等の規定ある以上は、これを肯定してよいと考えられる。ただし、却下と中止とは裁判所の裁量によって選択しうるものとすべきであろう。<sup>(14)</sup>

(五) 最後に、証明責任が、積極的要件については被告側に、消極的要件については原告側にあること、言うまでもない。<sup>(15)</sup>

(1) 四頁註2所掲の文献みな同説。これに対して大須賀度「二重起訴の禁止」ジュリ国際私法の争点一六九頁は「二重訴訟の問題を外国判決の承認との関連でのみ考えるのは狭きに失する」という。

(2) たとえば相互の保証などを要件とする必要があるまい。海老沢前掲二七頁註1。そこには掲げられていないが同旨を説くものとして Th. Süß: Die Anerkennung ausländischer Urteile, in Festgabe zum 70. Geburtstag von L. Rosenberg, SS. 229 ff.

(3) 伊東前掲「行為効講義」一一頁。

(4) 海老沢前掲三二頁・矢吹前掲二二一九頁・沢木前掲一一七頁はいずれも同一を要しないとす。

(5) たとえば世界各国で国際私法規定が異なるとしても、内国訴訟と外国訴訟との間で訴訟物理論を共通にすることが、必ずしもいわゆる新訴訟物理論を採らざるをえないことになるわけではない。顧慮せられるべきは「実質的な」法規範なのであるから、法規範以前の端的な生活利益へ逃避しなければならぬ必然性はないのである。

(6) 海老沢前掲三〇頁・矢吹前掲二二二〇頁は職権調査事項説だが、沢木前掲一一七頁は抗弁説をとる。

(7) ドイツの通説は古くは「ZPO三二八条(わが国の民訴一〇〇条に当る)によって裁判がわが国で承認せらるべきである」場合(劃註および傍点筆者)に「外国裁判所の面前における訴によっても……訴訟係属とその効果とが成立する」と言っていた(Schneider, a. a. O., S. 88)。

(8) この点が既述のようにシュネツェの通説批判の要点であった(六頁註六)。

(9) Rosenberg-Schwab, 12. Aufl., S. 539.

(10) シュナイダーのたてた公式(Schneider, a. a. O., S. 88)。「ローゼンシュワブの説明(前註)もこれを採用したものと云われている(Sch



weickert, a. a. O., S. 337)。

(11) 同旨。矢吹前掲二二八頁。沢木前掲一六頁も同旨か。

(12) Rosenberg-Schwab, a. a. O.

(13) 沢木前掲一八頁。

(14) 矢吹前掲二二八頁は中止一本説。沢木前註も本来は同旨か。

(15) 積極的要件について沢木前掲一七頁。消極的要件について Schneider, a. a. O. (Schweickert, a. a. O., S. 337. はこれに反対するがそれでは首尾が一貫しない)。

(昭和五八年二月二〇日稿)

後記 本稿の脱稿・提出ののち校正締切時までの間に、道垣内前掲の(五・完)が刊行された(法協一〇〇巻四号七一五頁以下)。これによってドイツ流の処理を説く論稿がまた一つ加わったことになるが、その詳細な論証は他に秀でてゐる。但し、外国判決の効力の承認というのが当該判決の外国で有すべき効力の承認という意味なのかどうかはなお疑問もあるう。