

外国判決承認要件としての公序と 実質的再審査禁止原則について

—— 1898 年ドイツ民訴法起草段階の議論を参考に

釜谷真史
かまたに ま ふみ

西南学院大学法学部准教授

1. はじめに
2. ドイツにおける外国判決承認規定起草過程概観
——問題の所在の再確認
3. ゲーブハルト第1草案における実質的再審査禁止原則の削除と内国
人保護のための準拠法要件・私罰の不承認要件の導入
4. ゲーブハルト第2草案における一般公序要件の導入と実質的再審査
禁止原則の復活
5. おわりに

1. はじめに

本稿は、外国判決承認要件を定める民事訴訟法（以下、民訴法とする）118条3号の公序審査に際して、民事執行法（以下、民執法とする）24条4項に定める実質的再審査禁止原則がどのような意味を有するのか、これらの規定の母法とされるドイツ法の起草過程、とりわけドイツにおいて承認制度が創設された時期において、承認要件として定立されるべき要件と実質的再審査禁止原則との関係をめぐり交わされた議論を検討することによって、示唆を得ようとするものである。

(1) 民訴法118条3号に定める公序要件の審査においては、以前より実質的再審査禁止原則との抵触が懸念されており、代理母に関する最高裁平成19年3月23日決定（民集61巻2号619頁。以下、代理母最決とする）が引用した、懲罰賠償に関する萬世工業事件最高裁平成9年7月11日判決（民集51巻6号2573頁）が、後述のいわゆる「基本原則」枠組みを採用した背景にも、実質的

再審査禁止原則の抵触への危惧があったとも推測される⁽¹⁾。

すなわち、萬世工業事件地判（民集51巻6号2539頁，判例時報1376号79頁，判例タイムズ760号250頁）では、当時の一般的な公序審査基準であった、「わが国社会で真に忍び難い事態が発生するか否か」という基準で、当該外国判決が懲罰賠償を認容するに至った過程が詳細に検討された。事実認定の1つを「誤記と解するほかない」とし、法的評価を「経験法則および論理法則に照らしていかにも無理がある」と断じて公序違反を認定したため、外国判決の当否を問題としているとして批判的となった。加えて当時、同事件を離れてより一般的に、懲罰賠償制度に基づく外国判決の承認執行可能性を公序要件で判断する見解があり、かかる見解に対しても、実質的再審査禁止原則との抵触が問題視された。このように萬世工業事件をめぐる議論の中では、実質的再審査禁止原則との関係がしばしば取りざたされていた。

これに対し萬世工業最判は、民訴法118条3号の公序を、「外国裁判所の判決が……我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものと認められる場合には、その外国判決は右法条にいう公の秩序に反する」とする（以下、「基本原則」枠組みとする）。この枠組みであれば、当該外国判決をめぐる問題となる基本原則、およびそれに相いれないとする事態を先に確定さえすれば、もはや当該外国判決の個別具体的事情の審査に立ち入らずに済むことになる。ゆえに、実質的再審査禁止原則との関係も問題となくなるのである。

しかしながら、最高裁「基本原則」枠組みのもとでも、その「基本原則」の内容として、個別具体的判断を要するものをおいた場合には、個別具体的判断が必要とされることになる⁽²⁾。そうであるとするならば、最高裁「基本原則」が実質的再審査禁止原則との抵触を回避するためのものとして機能するとは、必ずしも言えないことになる。さらにこのことは、昨年下された最判平成31年1月18日民集73巻1号1頁⁽³⁾においては、手続的公序に関しても「基本原則」枠組みに依拠したことを考えるとなおさらである。手続的公序に関しては、そもそも外国判決の認定事実内に、手続的公序違反の有無を判断するに必要な情報が含まれていることは期待できないことが指摘されており⁽⁴⁾、「基本原則」枠組みを用いたとしても個別具体的事案に立ち入って審査する必要性が高いか

らである。

このように考えてみると、萬世工業事件最判の「基本原則」枠組みはその導入時点においては個別具体的判断を排し、実質的再審査禁止原則との抵触をも回避することに役立っていたとしても、そこで問題となる「基本原則」の内容いかんによっては再度、公序と同原則との抵触が問題とされかねないと思われる。

この点、外国判決承認執行要件としての公序と実質的再審査禁止原則との関係については、すでに日本においても詳細な論稿がある⁽⁵⁾。そこでは実質的再審査とはその「内国でもう一度訴訟をやり直して同じ結果になることを確認したうえで承認する」こと、「つまり外国裁判所と同じ作業、すなわち本案請求が認められるか否か、当事者間の権利義務の存否の判断をやり直すこと」⁽⁶⁾であるのに対し、(実体的)公序審査は「外国判決を承認した結果が、涉外性を考慮してもなお譲ることのできない内国の根本的な価値、秩序と相いれないかを問題とする」ものであって⁽⁷⁾、両者は異なっていると説明される。そして、公序審査においては、上記のような意味での実質的再審査とならないよう「自覚」⁽⁸⁾することが必要であるが、かかる公序審査に必要な限りにおいて外国判決に立ち入って判断することも可能であるとされている⁽⁹⁾。このような理解は一般的に受容されており⁽¹⁰⁾、そうであれば、最高裁「基本原則」枠組みを実質的再審査禁止原則との抵触を防ぐためのものとして理解することは妥当でなく——すなわち、同枠組みのもとでも個別具体的審査は可能である——、むしろ別の位置づけを与えられるべきことになる。

(2) そもそも、公序審査が実質的再審査禁止原則と抵触するとの懸念には、「基本原則」枠組みの形成に関しても影響を与えていると思われるドイツ法において⁽¹¹⁾、公序は実質的再審査禁止原則の「例外」と表現されていること⁽¹²⁾が影響を与えているものと推測される。この、ドイツにおいて公序が実質的再審査禁止原則の「例外」とされる議論は、外国判決承認につき定めるドイツ民訴法(ZPO) 328条の起草過程に遡る⁽¹³⁾。

ドイツにおいて、1877年ドイツ民訴法(CPO)では外国判決の「執行」のみ

が定められていた(CPO 660条, 661条)。実質的再審査禁止原則は当初から明記されていたものの(CPO 661条1項), 公序要件は存在せず, ただ, 「ドイツ法によると, 強制することが禁止される行為を執行により強制することになるとき」には執行判決が下されない, と規定するのみであった(同661条2項2号)。同号は執行行為自体の態様のみをコントロールするものであったために, 実質的再審査禁止原則との抵触は問題とされなかった。

その後, 1898年民訴法(ZPO)改正で, 外国判決の「承認」についても規定することになる⁽¹⁴⁾。承認要件は執行要件をベースとし, それに必要な修正を加えるという形で行われ, 上記執行態様をコントロールする要件に代えて「外国判決の承認が, 善良の風俗またはドイツ法の目的と抵触する場合」に承認されないとの公序要件が導入され, さらに執行要件には含まれていなかった要件が課されることになる。このような一連の要件の追加にもかかわらず, 結果的に実質的再審査禁止原則は維持されることになるが, 起草過程においていったんはこれらの要件が実質的再審査禁止原則を破るものであるとして, 同原則を削除するとの提案もなされるなど, 承認要件として導入される公序要件と同原則との関係が詳細に論じられていたところである。

これに対し, 日本の外国判決承認執行制度も, ドイツと同様に執行制度が先行し, 1890(明治23)年制定民訴法515条には実質的再審査禁止原則が置かれるとともに(1項), 公序要件ではなく, 「本邦の法律に依りて強て為さしむことを得ざる行為を執行せしむ可きとき[原文カナ書き]」との, 執行行為自体の態様を問う要件のみをおいていた(同条2項2号)。その後, 1926(大正15)年改正民訴法200条に創設された承認要件において, 執行行為の態様を問う要件に代えて公序要件(3号)が新たに採用しつつ, 実質的再審査禁止原則はそのまま維持された。

ところが日本におけるこれらの立法過程においては, 公序要件と実質的再審査禁止原則との関係はおろか, なぜ執行行為の態様を問う要件が公序要件へと修正されなければならないのかについての言及はない⁽¹⁵⁾。この点, 立法過程における資料を見る限り, ドイツの規定変遷から受けた影響が大きいことに鑑みると⁽¹⁶⁾, ドイツにおける上記議論, すなわち公序要件等の導入が実質的再

審査禁止原則を「破る」ものとされ同原則が削除されながらも、その後復活した理由を探究することにより、従来の議論とはまた別の方向から、実質的再審査禁止原則と公序審査との関係をクリアにすることができるものと思われる。

(3) そこで以下では、まず1898年ドイツ民訴法(ZPO)において創設された外国判決承認規定について、その起草段階を概観し、本稿の問題の所在を再確認した後(2.)、公序要件と実質的再審査禁止原則との関係についての議論の中心となったゲーブハルト第1草案(3.)および第2草案(4.)を順に検討し、これらから日本法への示唆を得ることとしたい。

2. ドイツにおける外国判決承認規定起草過程概観 ——問題の所在の再確認

(1) 2つの起草期と外国判決承認規定

1898年民訴法(ZPO)328条の起草過程は大別して2つの過程に分けられる⁽¹⁷⁾。

(a) 第1期はゲーブハルトによる準備草案(Vorentwurf)の起草期である。外国判決承認の起草はもともと、国際私法の起草作業の一環として、民法起草作業の中で始められ、ゲーブハルトは1879年までには第1準備草案(以下、G Iとする)を詳細な理由とともに完成させている。1881年10月から民法典編纂第1委員会全体会合(Gesamtkommission)において審議が始まったものの、国際私法部分は、他の実体法に関する部分草案がすべて審議されるまで差し戻されることとされ、結局その会期のほぼ最後に審議されることとなった。ゲーブハルトはこの6年間の空白の間に、その間に進められていた実質法すなわち民法に関する委員会審議に対応させる形で修正を加え、第2準備草案(以下、G IIとする)を完成させている⁽¹⁸⁾。

この2つの準備草案において、外国判決承認に関する規定は、当時の1877年民訴法(CPO)に規定されていた外国判決執行規定とは別個に、国際私法の一環として規定されている(G I 37条、G II 37条)⁽¹⁹⁾。

(b) 第2期は、民法典制定委員会における審議の過程である。上述の通り後

回しとされていた国際私法部分についての審議が1887年9月になり始まり、G II 37条が審議対象となった。第1委員会においては、おおよそG IIの規定内容が承認され、民法第1草案にも引き続き国際私法の1規定として取り入れられている（民法第1草案25条）。

ところが、民法典制定第2委員会においては、外国判決承認規定は執行規定同様に民訴法におかれるべき旨の動議が出され、以降民訴法の1規定としての位置づけを与えられることになる（民法典制定第2委員会決議暫定集成293条f）。以降、民法典制定に伴う民訴法改正作業に舞台は移され、内容はほぼそのままに1898年改正民訴法（ZPO）328条として結実する⁽²⁰⁾。

(2) 起草過程における実質的再審査禁止原則と公序関連規定——問題の所在の再確認

(a) 起草過程各草案における実質的再審査禁止原則と公序関連規定の変遷をみると、まず、G I ではCPO 661条2項2号の「ドイツ法によると、強制することが禁止される行為を執行により強制することになるとき」を引き継いだうえで（G I 37条2項3号前段。以下、「内国における強制禁止行為の不承認要件」とする）、「私罰（Privatstrafe）の支払を命じるとき」（同後段。以下、「私罰の不承認要件」とする）と、内国人保護のための準拠法要件——当事者の一方が内国人であって、一定の内国抵触規則において規定される原則にドイツ人が不利になる形で違反する場合——とが規定された（同条同項4号）。そのうえで、CPO 661条も、その1項に定められていた実質的再審査禁止原則を削除する形に修正すべきとされていた（G I 40条参照）。

次いでG IIでは、私罰の不承認要件や内国人保護のための準拠法要件をはじめ、G I の要件が基本的に引き継がれているが、内国における強制禁止行為の不承認要件が一般公序要件「判決の承認が良俗（die guten Sitten）または公の秩序（die öffentliche Ordnung）に反する場合」に変更されている点（G II 37条2項4号前段）、実質的再審査禁止原則を削除するとしていたG I 40条が削除され、実質的再審査禁止原則は引き続きCPO 661条に残すべきとして復活させられている点が異なる。

その後、民法典制定第1委員会審議では一般公序要件および内国人保護のための準拠法要件は維持されたものの、私罰の不承認要件は外された。同第2委員会審議では一般公序要件の文言が修正され、「良俗又は公の秩序」が、「良俗又はドイツ法の目的 (den Zweck eines deutschen Gesetzes)」とされた。もっとも、これらの変更、修正は、直前に行われていた国際私法規定に関する審議過程の議論を反映した結果であり、外国判決承認それ自体に関わる問題というわけではなかった⁽²¹⁾。

これらをまとめると次のようになる。

【1898年ドイツ民法 (ZPO) 328条起草過程における規定の変遷】

	ゲープハルト 第1草案 (G I)	ゲープハルト 第2草案 (G II)	民法第1草案 「法規の空間 的適用範囲」	民法第2草案 (民法第293条 f としての制定)	1898年 ZPO
	①なぜ削除したのか				
実質的再 審査禁止 原則	CPO 661 条 1 号から削除 (40条)	CPO 661 条 1 項に復活 (40 条)	(CPO 661 条 1 項のまま)	(CPO 661 条 1 項 のまま)	(CPO 661 条 1 項のまま)
	②復活したことと 公序との関係				
公序 関連要件	内国における 強制禁止行為 の不承認 (37 条 2 項 3 号前半)				
		良俗又は公の 秩序に反する 場合 (37 条 2 項 4 号 前段)	良俗又は公の 秩序に反する 場合 (25 条 2 項 4 号)	良俗又はドイツ 法の目的に反す る場合、又は判 決が外国人の権 利を不当な方法 で侵害する外国 法を適用する場 合 (293 条 f 2 項 3 号)	善良の風俗ま たはドイツ法 の目的と抵触 する場合 (328 条 1 項 4 号)
	私罰の不承認 (37 条 2 項 3 号 後段)	私罰の不承認 (37 条 2 項 4 号 後段)	×	×	×
	準拠法要件 (37 条 2 項 4 号)	準拠法要件 (37 条 2 項 5 号)	準拠法要件 (25 条 2 項 5 号)	準拠法要件 (293 条 f 2 項 4 号)	準拠法要件 (328 条 1 項 3 号)

(b) 本稿との関係で重要となるのは、次の2点である。

まず、G I 40条において、なぜ実質的再審査禁止原則を定めるCPO 661条1項が削除されたのかという点である(表内①)。G I 37条は、CPO 661条から、内国における強制禁止行為の不承認要件をそのまま引き継ぎつつ、私罰の不承認要件、および内国人保護のための準拠法要件を追加している。これらの新たに追加された公序関連要件と実質的再審査禁止原則との関係がどのように論じられているのかを検討する必要がある。

次に、G IIにおいて、なぜ実質的再審査禁止原則が復活したのかという点である(表内②)。この点、同草案では、内国における強制禁止行為の不承認要件が一般公序の形に拡大されている。この要件や、G Iから引き継いでいる内国人保護のための準拠法要件との関係でどのように議論されているのかを検討する必要がある。

そこで以下、ゲープハルト草案理由書に的を絞り、そこで参照されている草案をも参照しつつ、上記2点について検討を進めることにする。

3. ゲープハルト第1草案における実質的再審査禁止原則の削除と内国人保護のための準拠法要件・私罰の不承認要件の導入

(1) 実質的再審査禁止原則の削除の趣旨

ゲープハルトはG I 37条で外国判決承認規定を創設すると同時に、G I 40条において、実質的再審査禁止原則を定める1877年ドイツ民法(CPO) 661条1項の削除を定める。ゲープハルトは40条の起草理由として、G I 37条に規定する外国判決承認要件は、内国人保護のための準拠法要件(G I 37条2項4号)、私罰の不承認要件(同3号後段)という執行要件にない2つの要件を追加しており、これら2つの観点で実質的再審査禁止原則が破られている(das System der Nichtprüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung in zweifacher Hinsicht durchbrechen)点でCPO 661条の執行要件と相違することを挙げる。そのため、承認要件創設と同時にCPOを改正しなければならないという。というのも、同時に承認されることのない執行というものは考えられない(Vollstreckung eines

Urteils ohne gleichzeitige Anerkennung desselben ist nicht denkbar) からとゲープハルトは説明する。すなわち、執行は承認を前提としているところ、いったん実質的再審査禁止原則を破る形で承認審査が行われるのであれば、執行要件審査に関して同原則を維持したとしても、執行が承認を前提とするものである以上は無意味となる。ゲープハルトは、実質的再審査禁止原則はCPOでは厳格に定められていたが、G Iではわずかに限定的に認められるにすぎないとし、それゆえ、ゲープハルトは40条において、執行要件としても実質的再審査禁止原則を廃止することを提案するのである⁽²²⁾。

この説明によると、G Iで新たに加えられた2つの公序関連要件により、実質的再審査禁止原則が「2つの観点で破られる」ことになり、同原則を定めるCPO 661条1項の削除につながったことになる。そこで以下では、上記、G Iで追加された2つの要件についてのゲープハルトの説明をみてみよう。

(2) 内国人保護のための準拠法要件導入と実質的再審査禁止原則

(a) 実質的再審査禁止原則を貫徹することによる問題

CPO 661条1項の実質的再審査禁止原則について検討を進める冒頭でゲープハルトは、CPO第3草案による同原則の次のような説明を直接引用する⁽²³⁾。

「内国裁判官は、外国判決の実体的合法性に関する判断をなしえず (Dem inländischen Richter steht keine Kognition über die materielle Rechtmäßigkeit des auswärtigen Erkenntnisses), したがって外国判決作成過程において自国実質法が考慮されているか否か (ob bei Abfassung dieses Erkenntnisses die materiellen Gesetze seines Staates berücksichtigt sind oder nicht) も判断をなしえない。判決の過程に自国の命令・禁止規範への違反があるか否かという問題ですら (Selbst auf die Frage, ob etwa gebietende oder verbietende Gesetze seines Staates bei Findung des Urteils verletzt worden sind), 内国裁判官は立ち入ることが許されない。」

この引用によると、内国裁判官は、自国すなわち内国の実質法に外国判決が抵触しているかを、たとえ命令・禁止規範であっても問題としないことになる。

ここでゲープハルトが問題としたのが、G I 35条の国際私法上の公序、すなわち「外国法は、その適用がその規定または規定の目的により内国法により

排除されるときには適用されない」との規定である。G I 35条の意味は、CPO 661条1項の実質的再審査禁止原則があることによって、外国判決の執行に対してはもちろん、承認に対しても間接的に奪われてしまうのであり、わずかに内国における強制禁止行為の不承認要件(CPO 661条2項2号)に弱められた形で見出されるのみだと指摘する。ゲープハルトは、CPO 661条本文の実質的再審査禁止原則を、「実質的判断を拒絶するシステムの、無条件での貫徹(die vorbehaltlose Durchführung des jede sachliche Kognition ablehnenden Systems)」と評し、この原則が存在することにより最悪の結果が生じてしまうことを憂慮する⁽²⁴⁾。

この点、ゲープハルトによると、諸外国では外国判決の効力を考慮に際して、G I 35条に相当するような一般公序条項が課されているという。また、学説においても、CPOが規定する範囲、すなわち内国における強制禁止行為でないことという範囲での制限で十分とする見解は少数であるとし、より広範囲の制限を唱える見解、例えばフォン・バル(von Bar)が、外国判決を通じて実現される請求権が内国法上良俗違反であるとみなされる場合、あるいはそもそも実現ができないような内容なものである場合には執行を拒絶すべきと説くことを紹介する⁽²⁵⁾。

(b) CPOの問題点(1): 内国法上非難されるべき行為を基礎とする財産法上の判決への対処

かかる比較法的、学說的検討を踏まえ、ゲープハルトはCPOの抱える2つの問題点を指摘する。

第1に、財産法上の請求権に関し、例えば賭博債務の支払を命じる判決のように、外国判決が内国法上不法で(verwerfliches)無効な行為を基礎にしたものであるときであっても、ドイツ裁判官は外国判決の執行を認めなければならないのかという点である。

ゲープハルトはこれを看過しがたい問題とはするものの、CPOが実質的再審査禁止原則を採用するにあたり基礎としていたニュルンベルグ草案の審議過程において、同原則を破ってまで考慮するほどのものではないとされていたと説明する。すなわち、ドイツ領邦(Staaten)間で結ばれていた数多くの条約に

おいてかかる制約は設けられていなかったにもかかわらず、不都合な事態は生じていなかったことが強調されていたという。そしてゲープハルトは、現在においても、実質的再審査禁止原則を一般公序要件で制約しないことで生じる耐えがたさ（Unzuträglichkeit）は、同原則を制約することで生じる耐えがたさよりはましであるとして、一般公序要件はおくべきでないとする⁽²⁶⁾。

(c) CPO の問題点(2)：内国人に関するドイツ法と矛盾する家族法上の判決への対処（内国人保護のための準拠法要件）

CPO の抱える第 2 の問題点としてゲープハルトは、ドイツ人の婚姻法・家族法上の争訟に関わる判決の執行に言及し、この点についての対応が必要とする。

そもそも憂慮すべき事態が生じるのは、ゲープハルト草案が国際私法ルールに関しては本国法主義を採用する一方で、CPO が婚姻事件をはじめすべての身分関係事件について、内外人を問わず住所管轄を認めているからである。この状況では外国居住のドイツ人には当該外国に管轄があることになる。もし当該外国で婚姻が無効と判断された場合、たとえドイツ国際私法上はドイツ法が準拠法とされ、ドイツ法上は完全に有効とされる場合であったとしても、CPO の実質的再審査禁止原則のもとでは、当該外国判決を承認執行しなければならないことになるというのである。ドイツ国籍の子の嫡出性に関しても同様の問題が生じるのであり、ゲープハルトは、かかる事態は回避すべきと主張する⁽²⁷⁾。

そこでゲープハルトは 2 つの解決法を示す。第 1 に、ドイツ人に関わる身分・家族事件判決の承認執行を一切拒絶する方法、第 2 に、当該外国判決がドイツ法を準拠法として判断していることを要求し、この点に関する審査を行うという方法である。

第 1 の方法について、これは前述のニュルンベルグ草案が採用した方法であり、婚姻の成立、存続、解消を対象とする法律関係に関しては、外国判決が当該国の国民に対して出された判決のみを考慮の対象とするものである。これによると、かかる分野について内国人に対して出された判決はすべて内国において考慮されなくなるのであり、無審査のシステム（das System der Nichtprüfung）

は維持される。しかし、CPOにおいては、外国在住ドイツ人は外国裁判所の管轄下におかれるにもかかわらず、当該外国で下された判決を承認されないというのは認めがたく、この方法は採りえないという⁽²⁸⁾。

第2の方法については、ドイツ法遵守を要求すべき法律関係とはどのようなものなのか、共通理解が得られるような包括的概念がないという問題点がある⁽²⁹⁾ところ、ゲーブハルトは、明確性の観点から、問題となる個々の事例に着目し、承認の際にドイツ人が不利に置かれることがあってはならない国際私法原則を掲げるという方法でクリアすることにした。これが内国人保護のための準拠法要件である⁽³⁰⁾。

(3) 私罰の不承認要件導入と実質的再審査禁止原則

次いで、内国における強制禁止行為の不承認要件(CPO 661条2項2号)要件について、ゲーブハルトは承認に対しても同様の要件が課せられるとする(G I 37条2項3号前半)⁽³¹⁾。そのうえで、上述の通り内国人保護のための準拠法要件という形で実質的再審査禁止原則を破っているのであるから(wenn einmal das Prinzip der sachlichen Nichtprüfung durchbrochen wird)、一步進めて、私罰を命じる外国判決の承認執行についても制約を付す必要があるのではないかと問題提起する。

すなわち、ゲーブハルトはG I 13条1項において不法行為につき不法行為地法原則を定め、2項で、「外国法で有効とされる私罰は、内国法が不法行為の効果として認める場合に限り、その範囲において認められる」として外国私罰に関する内国留保条項をおいていた。これは、ドイツ裁判官は外国法の実現を、内国法が同じ行為を違法と判断する限りにおいて助力すべきとの考慮に立つものである。もしかかる考慮が適切であるとするならば、私罰を命じる外国判決もまた、ドイツ法と調和する限度において承認されるべきであるというのである⁽³²⁾。このようにして、ゲーブハルトは、内国における強制禁止行為の不承認要件に加え、私罰の不承認要件をおいた(G I 37条2項3号後半)。

(4) 小 括

以上まとめると、まず、G Iにおいてゲープハルトは実質的再審査禁止原則を、CPO 第3草案に依拠し、内国裁判官は外国判決の実体的合法性に関する判断をなしえず、外国判決に至る過程に内国実質法を考慮したか、内国の命令・禁止規範に違反されていたかという問題ですら立ち入れないとの、厳格な意味において理解していた。

同時に、ゲープハルトはかかる厳格な理解のもとでは問題が起こることも認識しており、内国法上非難されるべき行為を基礎とする財産法上の判決や、内国人に関するドイツ法と矛盾する家族法上の判決への対処を検討していた。前者に対して一般公序規定で対処する必要性を認識しつつも、一般公序要件で実質的再審査禁止原則を制約することで生じるデメリットは、メリットよりも大きいとして、これを断念していた。しかし後者に対しては、当時のCPOの管轄規則との関係で対処は不可欠であるとされ、内国人保護のための準拠法要件を置くこととされた。さらに、当時立法作業中の国際私法ルールにおいて外国私罰に関する特則が設けられていたことに鑑み、私罰の不承認要件も新たに導入されることになった。

このようにゲープハルトが、国際私法ルールの影響を受けつつ、CPO 661条に存在しなかった内国人保護のための準拠法要件（G I 37条2項4号）、私罰の不承認要件（同3号後段）を設けたことにより、当該外国判決が一定の事例において内国法を適用しているかを検討せざるを得なくなった。これは、ゲープハルトがベースとしていた厳格な意味における実質的再審査禁止原則理解、すなわち、外国判決が内国実質法を考慮しているかについて内国裁判所は立ち入ってはならないというルールに反するものであった。それゆえ、ゲープハルトは上記2要件が実質的再審査禁止原則を、2つの観点で「破る」ものと考え、CPOから実質的再審査禁止原則を削除するに至ったのである。

4. ゲープハルト第2草案における一般公序要件の導入と実質的再審査禁止原則の復活

G IIでは、G Iにおいて導入された新たな2つの要件（内国人保護のための

準拠法要件、私罰の不承認要件)が維持されつつ、執行要件から引き継いだ内国における強制禁止行為の不承認要件が一般公序の形に拡大された。にもかかわらず同時に、G I でいったんはCPOから削除された実質的再審査禁止原則が復活させられた。以下では、まずG I において導入された2要件が維持された点を確認したうえで(1)、なぜ内国における強制禁止行為の不承認要件が一般公序要件へと姿を変えたのかという点(2)、次いで、G IIではなぜ実質的再審査禁止原則が復活されることになったのかという点について検討することにする(3)。

(1) 内国人保護のための準拠法要件・私罰の不承認要件と実質的再審査禁止原則——G I に存在した要件

ゲーブハルトはまずG I 同様、CPOの原則によると内国裁判官は実体的法律適合性(die materielle Rechtsmäßigkeit)について判断する権限がなく、ゆえに内国裁判官は、外国判決がドイツ法を、ふさわしい方法によりその判断の基礎にしているかはもちろん、判決に至る過程において内国の命令・禁止規範への違反があったかすら判断すべきでないことを確認する。そしてG I は、内国人保護のための準拠法要件、および私罰の不承認要件の導入によって、この原則を制限した(hat modifiziert)ことも確認する⁽³³⁾。

これらの制限のうち内国人保護のための準拠法要件の必要性について、ゲーブハルトは、近時の立法例として新たにハンガリー法を引き合いに出し再確認する。すなわちハンガリー執行法は、ドイツCPO同様「開かれた立場」(den freien Standpunkt)を採用しつつ⁽³⁴⁾、同時に、ハンガリー人の身分関係事件に関する外国判決の執行を認めないとの例外でこの問題に対応している。しかし、ドイツCPOはドイツ人に対しても住所管轄を原則とする管轄規則を採っているため、かかる判決を一律不承認とはしえない。よって、内国人保護のための準拠法要件という手段を採ることは正当化できるとする⁽³⁵⁾。

(2) 一般公序要件導入と実質的再審査禁止原則——内国における強制禁止行為の不承認要件に代えての一般公序要件の導入

次いで、G I の内国における強制禁止行為の不承認要件に代えて、一般公序を導入する点について論を進める。ゲーブハルトは、この点においてG II がG I より一歩さらに進んだ (einen Schritt weitergeht) ものであると表現し、導入の理由について次のように他の立法例を挙げて説明する。

(a) 一般公序に関わる事項についての公序以外での立法例

(i) 一定の事項を執行対象から外した立法例　まずゲーブハルトは、司法共助に関する1869年6月21日の北ドイツ連邦法、および同法が依拠するニュルンベルグ草案を挙げる。ドイツCPOの、外国判決の合法性について一切の審査を禁じる原則は、これらを範にとるものである。ところがこれらはいずれも、その適用を、非常に緊密な連帯関係に立つドイツ各邦 (Staat) 間に限定しており、さらにニュルンベルグ草案は本稿でも触れた通り (3.(2)(c))、個人の身分に関する一定の外国判決を執行の対象外としている⁽³⁶⁾。それゆえ、CPOとは前提を大きく異にするという。

(ii) 相互性により解決した立法例　次にゲーブハルトは、実質的再審査禁止原則が外国との関係で最初に問題とされた法案としてハノーファー草案を挙げる。ハノーファー最終草案は、外国判決の執行に関して、この草案を採用する邦 (Staat) の判決のみならず外国の判決をも対象とするものとし、ただし外国判決に対しては相互性を要求する旨、規定していた。

ゲーブハルトは同草案の審議過程に言及する。すなわちそこでは、外国判決が自国 (邦) の命令・禁止規範に違反する場合であっても執行を認めなければならないのかという、強い憂慮の声が上がっていた。かかる批判に対しては、外国との関係においては相互性の保証は条約によってのみ判断されるものであって、自国の命令・禁止規範に反するような司法共助であっても受け入れるべきかについては条約締結の際に判断されう旨、さまざまな方面から確約されたことで、原案が受け入れられることになったという⁽³⁷⁾。

このようにゲーブハルトは、一般公序の規定がおかれなかった立法において、問題となるべき事項については執行の対象から外したり (ニュルンベルグ草案)、

この問題は相互性要件の中で解消される問題とされたり(ハノーファー草案)というように、別の形で解決されてきたことを説明する。

(b) 一般公序を導入した立法例

ゲーブハルトは続いて、実質的再審査禁止原則をおきつつ、さらに一般公序を導入した立法として、プロイセン草案を挙げて説明する。

プロイセン草案は、973条において「外国裁判所の判決に執行力を認めるかの審査に際しては、外国判決に含まれる判断の正しさについての審査(eine Prüfung der Richtigkeit der darin enthaltenen Entscheidung)はなされない」との、実質的再審査禁止原則を定め、それとともに、972条3項において、外国判決の執行力は、「当該判決の内容が内国の禁止規範に違反し、あるいは内国の強制規範と相いれない場合」には認められないと規定する。ゲーブハルトは、プロイセン草案理由書において、この2つの規定がいずれも、プロイセン王国一般裁判所法(AGO)第1編第24章30条に基づいて形成されてきた、プロイセンの実務に対応したものであると、短く述べている⁽³⁸⁾。

このAGOに基づいて形成されたプロイセンの実務とは何か、ゲーブハルトが引用するプロイセン草案理由書をみると、上記AGO30条が冒頭に引用されている。同条は、外国判決を王国内の他の国で礼儀として(gehörig)執行しなければならないが、例外として司法省により「事案自体に対して」判断がなされる可能性があるとする。この例外の解釈をめぐる実務では種々の疑問点が提示されており、これらは一般法原則や、国際法の原則に立ち戻り解決されるという。このうち、裁判所が法の適用に際してとるべき本質的原則(die wesentlichen Grundsätze)として掲げられる8つの原則の中に、第4原則として実質的再審査禁止原則、第5原則としてプロイセン強行法規等に反する外国判決の不執行が掲げられている⁽³⁹⁾。

これらに鑑みると、プロイセン草案理由書にいうところの「AGOに基づいて形成されたプロイセンの実務」とは、実質的再審査禁止原則と一般公序による執行拒絶が、ともにAGO適用の際の実務上の判断基準とされていることを指していると推測される。

(c) G IIへの一般公序の組み入れ

上記のような比較法的検討の後、ゲープハルトはG Iにおける内国における強制禁止行為の不承認要件に代え、一歩進めて一般公序要件（G II 37条2項4号）を導入すべきことを提唱する。

(i) 実質的再審査禁止原則と一般公序の関係の確認 はじめにゲープハルトはCPOの立法過程に立ち戻り、当時、かかる一般公序規定は実質的再審査禁止原則からの逸脱として、受け入れられていなかったことを確認する。すなわちCPO第1草案理由書においては、ヴェルテンベルグ王国民法11条が定める「(外国)判決がラントの禁止法に違反しないこと」との一般公序規定が、本案判断自体への立ち入り(ein Eingehen auf die Entscheidung der Sache selbst)を要求するものであって、北ドイツ草案898条の定める実質的再審査禁止原則からの逸脱(Abweichung)であること、そして、通常は決して適用されないはずの内国法を、問題となる法律関係に適用することを導くものであり、一般的にみて正当化できないとされていたことを紹介する⁽⁴⁰⁾。

(ii) 相互性要件による一般公序機能の代替と限界 その上で、ゲープハルトは、CPOにおいて実質的再審査禁止原則を規定することができたのは、ドイツ立法過程における、この偉大な原則(ein großes Prinzip)を例外なく認めようとする努力があったからであり、また同時に、実質的再審査禁止原則を制限しようとしても、ふさわしい制限(angemessene Beschränkungen)を適切な方法で(in zutreffender Weise)規定することが難しかったからでもあると分析する。CPO草案は、その後の帝国司法委員会審議において相互性要件が追加されるのであるが、ゲープハルトはこれが、相互性要件に、内国法秩序を保護する機能が期待されていたためではないかと推測する⁽⁴¹⁾。

しかしながら、相互性要件はその充足の有無が外国法に左右されるものであって、ここで期待されるような内国法秩序保護の機能は持たないと、ゲープハルトはいう。例として、ベルギー裁判所は、相互性条約を締結していない国の判決に対し実質的再審査を行っているが、相互性条約を締結済みの国の判決に対しても別途、当該判決に内国の公序または公法原則に反するものが含まれていないかを審査していることを挙げ、一般公序の機能は相互性要件によっては果たされないと説くのである⁽⁴²⁾。

(iii) 民法公序・国際私法上の公序との調和 一般公序条項の必要性を比較法的にみた後、ゲーブハルトは、その時点ですでに民法典第1委員会における審議が終了していた民法上の公序規定（「内容が善良の風俗または公の秩序に反する（gegen die guten Sitten oder öffentliche Ordnung）法律行為は無効である」民法第1草案106条）について、さらにG IIの規定する国際私法上の公序（「外国法は、その適用が良俗あるいは公の秩序に反する（gegen die guten Sitten oder öffentliche Ordnung）場合には適用されない」G II 35条）に言及する。民法上内容的に公序に反する行為は無効とされ、また国際私法上も外国法の適用が公序に反する場合にはかかる外国法は適用されないとされていることに鑑みると、外国判決承認においても、外国判決が内国公序との抵触を導く場合にも同様に承認を拒絶すべきであるというのである⁽⁴³⁾。

というのも、たしかに判決が内国法上非難されるべき契約に基づいて下されているといった事例においては、通常の国際私法ルールで選ばれる準拠法を優先させることが妥当である。しかしながら、国家秩序の本質的利益が外国判決の承認執行を妨げるような事例について、そもそも判決が域外的効力をもって（extra jurisdictionem）下されているとの見解は、事案によっては妥当でないのであるから⁽⁴⁴⁾、判決が執行を拒絶する立法上の手立てを用意すべきであるという⁽⁴⁵⁾。

(iv) 一般公序を採用する諸外国の例 最後にゲーブハルトは、一般公序を採用する他国の例を掲げて、一般公序に関する理由書の記述を締めくくっている⁽⁴⁶⁾。

(3) 実質的再審査禁止原則の復活

以上のように、G IIにおいてはG Iでの内国における強制禁止行為の不承認要件を一般公序要件に改めたことで、実質的再審査禁止原則をさらに制限するものとしている。ところが、それにもかかわらず、ゲーブハルトは、G Iでいったん削除した実質的再審査禁止原則をG IIにおいて復活させている。その趣旨について、ゲーブハルトは次のように説明する⁽⁴⁷⁾。

「[ゲープハルト第1] 草案においては[CPO 661 条] 第1項を削除すべきことを提言していた。しかし、実質的再審査禁止原則が受ける制限 (Modifikation) を考慮したとしてもなお、この原則を維持すること (seine Beibehaltung) は正当化されるし、原則的立場を明確にするため (im Interesse der Klarstellung des prinzipiellen Standpunktes) にも望ましい (wünschenswert)。」

ここでゲープハルトがいう「実質的再審査禁止原則が受ける制限」とは、すでにみてきたように、G Iにおける内国人保護のための準拠法要件、私罰の承認要件、さらにG IIにおける一般公序要件の導入により、G IおよびG IIいずれにおいても引用されていた意味における実質的再審査禁止原則、すなわち、CPO 第3草案の定義、「内国裁判官は外国判決の実体的合法性に関する判断をなしえず、外国判決作成過程において内国実質法が考慮されたか、内国命令・禁止規範への違反があるかという問題ですら立ち入れない」という意味での実質的再審査禁止原則が破られることを指す。

それにもかかわらず、実質的再審査禁止原則を「維持することが正当化」されるのはなぜか、この原則をおくことが「原則的立場を明確にするために望ましい」のはなぜか。ゲープハルトはこれらの点についての詳しい説明はしておらず、ただ、この箇所には1864年プロイセン草案972条3号、および973条掲げのみである。

(a) 本稿でも紹介したように(4.(2)(b))、これらの条文はそれぞれ一般公序要件、実質的再審査禁止原則を定めるものであり、G II理由書において実質的再審査禁止原則をおきつつ一般公序をも導入した立法例として引用されているものである。とすると、ゲープハルトはこれらの条文を「正当化」根拠として、たとえ一般公序要件が導入された場合でも、なお実質的再審査禁止原則を残すことは可能であると考えたと推測される。

(b) また、「原則的立場を明確にするために望ましい」との点についても、プロイセン草案条文が参照されていることから説明が可能である。というのも、ゲープハルトは上述の通り(3.(2)(a), 4.(1))、G I・G IIいずれにおいても、CPO 第3理由書を実質的再審査禁止原則の厳格な定義として援用しているが、このCPO 第3理由書はプロイセン草案に依拠するものだからである⁽⁴⁸⁾。実質

的再審査禁止原則を厳格に規定するものとしてCPO第3理由書で引用されていたプロイセン草案が、同時に一般公序要件を有していたという事実は、ゲーブハルトにとって大きな意味を持っていたはずである⁽⁴⁹⁾。ゲーブハルトがGⅡにおいて、実質的再審査禁止原則がドイツ立法過程における偉大な原則であると述べていることは本稿でも紹介したとおりであり(4.(2)(c)(ii))、その観点から、「原則的立場を明確にするために」、プロイセン草案に依拠し、再度実質的再審査禁止原則をおくことにしたものと考えられる。

(4) 小 括

GⅡにおいては、内国人保護のための準拠法要件および私罰の不承認要件についてはGⅠの規定が維持されたが、さらに一般公序要件導入の必要性が強調され、内国における強制禁止行為の不承認要件が一般公序要件へと修正された。

一般公序要件の導入により、厳格な意味での実質的再審査禁止原則との抵触がGⅠ以上に生じることになるはずであるが、にもかかわらず、GⅡでゲーブハルトは、GⅠでいったん削除した実質的再審査禁止原則を復活させる。これは、ゲーブハルトが、実質的再審査禁止原則をドイツ立法史における偉大な原則であると考えていたことに加え、厳格な意味での実質的再審査禁止原則を体现した法とみなしていたプロイセン草案が、同原則とともに一般公序条項を有していたためであったと推測される。

5. おわりに

(1) 本稿では、外国判決承認要件としての公序と実質的再審査禁止原則との関係を考えるべく、①GⅠ40条において、なぜ実質的再審査禁止原則を定めるCPO661条1号が削除され、また②GⅡにおいて一般公序要件が追加されつつもなぜ、実質的再審査禁止原則が復活したのかを検討してきた。

要約すると、①は、私罰不承認要件、内国人保護のための準拠法要件という従来の執行要件に存在しなかった2つの要件が加えられたことにより、実質的再審査禁止原則が「2つの観点で破られている」とゲーブハルトが考えたからであった。②は、CPO第3草案理由書内で実質的再審査禁止原則を表すもの

として引用されてきたプロイセン草案において、実質的再審査禁止原則と一般公序要件がともに規定されていたことを背景に、「原則的立場を明確にするために」再掲したのであった。

ここから、ゲーブハルト草案では実質的再審査禁止原則が、2つの異なる意味合いで用いられていることを指摘しうる。①では同原則を、外国判決の実体的法適合性（*die materielle Rechtsmäßigkeit*）についての判断をなしえないこと、外国判決を導く過程で自国命令・禁止規範を含む自国実質法への抵触があったかどうかを考慮しえないこととして定義づけている。これによれば、一般公序要件を課すことはもちろん、私罰を承認しないとすることも、一定のドイツ国際私法ルールとドイツ人の不利になる形で異なっていないかを判断することも、いずれも承認国実質法との抵触を問題とするものであって、実質的再審査禁止原則を破るものとなる。これに対し②では、同原則を、一般公序要件が追加されてもお併存しうる、いわば理念的な意味合いを持つにすぎないものと解している。①が厳格な意味での実質的再審査禁止原則とすれば、②は緩やかな実質的再審査禁止原則ということができよう。

(2) これらの異なる解釈の背景について、ゲーブハルトがG I・G IIのいずれにおいても、実質的再審査禁止原則の厳格な定義の原典として引用しているCPO 第3草案理由書が参考になる。

(a) ゲーブハルトにより引用された箇所直前の段落では、冒頭で、国際法上は外国判決執行の義務がないこと、そしてそこから直接導かれるのが、フランスのような、執行国における債務者に聴聞の機会を与え、再度の本案審査がなされたうえでの執行法制である旨が記されている。これに対して、外国判決そのものをもっぱら執行の基礎としつつ、いくつかの例外のみを設ける（*daneben nur gewisse Ausnahmen von dieser Regel feststellen*）ような、国際協調的法制もあるものであって、CPOは後者を採るのだという⁽⁵⁰⁾。ここからは、実質的再審査禁止原則が、フランスのような再度の本案審査をなす法制との対比で理解されていること、また再度の本案審査をなすのでなければ、いくつかの例外を設け審査すること自体は同原則には抵触しないと考えられていたことが読み取れる。

これに続く部分においてCPO第3草案理由は、ゲープハルトにより引用されていた部分である、実質的再審査禁止原則の厳格な意味での定義を示し、さらに、実質的再審査禁止原則のもとにおいてもなしうることについて議論を進めている。中心となるのは間接管轄の議論であるが⁽⁵¹⁾、それに続き、内国における強制禁止行為の不承認要件や相互性要件についても触れられており、これらはいずれも、外国判決執行のための実体面の要件ではない（Beide Punkte liegen außerhalb der materiellen Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung aus einem ausländischen Urteile）ことを理由に、実質的再審査禁止原則とは関わらないとされている⁽⁵²⁾。このようにCPO第3草案は一般論としては実質的再審査禁止原則を緩やかに理解する余地は認めつつ、結論としては、厳格な意味で捉えるのである。

(b) 思うに、CPO草案はこれから執行法制を創設するという、外国判決に対しての姿勢自体が問われていた段階の議論であり、再度の本案審査をなす法制をとるか、それとも外国判決を執行の基礎とする法制をとるかというレベルで、大きな緊張関係が存在していた。加えて、この時点で問題となっていたのは執行の場面であり、そもそも実体面に踏み込む必要性も少ない状況であったため、厳格な意味で実質的再審査禁止原則を理解することも十分可能な状況でもあった。

他方、ゲープハルトが取り組んだのは、すでに実質的再審査禁止原則を採用する執行法制を所与の前提として、承認要件をどう定立するかという問題であった。この時点ではもはやCPO草案が直面していたような、再度の本案審査を行う法制度との緊張関係は存在しない。むしろ、外国判決を執行の基礎とするとしてその「いくつかの例外」をいかに構成するか、とりわけ、並行して起草作業が進められていた民法、国際私法ルールとの関係でどのように構成するのが関心事であった。それゆえ、私罰の不承認要件や、内国人保護のための準拠法要件、さらには一般公序といった実体面をコントロールする要件の導入が避けられなかったのであり、ゲープハルトもG Iでは、かかる要件が厳格な意味での実質的再審査禁止原則に抵触すると判断していた。

それでもなおゲープハルトがG IIにおいて「原則的立場を明確にする」ため

に実質的再審査禁止原則を残したのは、CPO 起草段階の問題意識に立ち戻り、すなわち、再度の本案審査を行ったうえで承認するのか、それとも外国判決を基礎とするのかという対比において、後者をとることを改めて確認するためだったものと思われる。

(3) G IIはその後の審議においても、一般公序要件を導入しつつ、かつ実質的再審査禁止原則を残すこととなったのは前述の通りであり、そこでは実質的再審査禁止原則との関係についての議論はとりたててなされていない。とすると、1898年ドイツ民訴法(ZPO) 328条、およびこれを継受した日本の外国判決承認執行制度における実質的再審査禁止原則を理解するにあたっては、本稿での検討が参考になるであろう。

この点、ゲープハルト草案ないし現行のドイツおよび日本の外国判決承認執行制度においては、再度の本案審査とはならない範囲においてではあっても、実体に踏みこんだ審査が予定されているのであるから、厳格な意味での実質的再審査禁止原則には抵触する。公序審査が実質的再審査禁止原則の「例外」とされる場合、このように厳格な意味での実質的再審査禁止原則が念頭におかれている。

しかし、本稿でみたように、ゲープハルトはG Iにおいていったんは実質的再審査禁止原則を削除したのち、G IIにおいて外国判決の実体面にさらに踏み込むことになる一般公序要件を入れると同時に、「原則的立場を明確にするために」あえて再度、同原則を導入したのであるから、ここでは実質的再審査禁止原則はもはや厳格な意味では用いられていないとみるべきである。すなわち、ゲープハルト草案ないし現行のドイツおよび日本の外国判決承認執行制度における実質的再審査禁止原則は、かつてのフランスのような再度の本案審査を行わないことを理念として示す、緩やかなものにすぎない。よって、公序審査にあたってはすでに日本の学説で指摘されている通り(本稿1.(2)参照)、再度の本案審査にならないように意識して構成することが必要であり、かつそうである限り、実体面に踏み込んだ審査が行われたとしても、かかる緩やかな意味における実質的再審査禁止原則には抵触しないことになる。

今後は、日本の外国判決承認執行要件としての公序が「基本原則」枠組みの中でどのように構成されるべきか⁽⁵³⁾、本要件に与えられている任務について、国際私法上の公序（法の適用に関する通則法42条）の議論から受ける影響をも考慮に入れつつ、また外国判決承認要件としての公序、国際私法上の公序いずれも、厳密にみるとその文言がドイツ・日本では異なっていることにも留意しつつ⁽⁵⁴⁾、さらに研究を進めていくこととしたい。

- (1) 釜谷真史「外国判決承認執行要件としての公序に関する最高裁『基本原則』枠組みの再検討——懲罰賠償に関する萬世工業事件判決および当時の学説の分析を通じて——」西南学院大学法学論集52巻3=4号（2020年）45頁以下参照。また、代理母最決に関しても、最高裁の枠組みが実質的再審査禁止原則との抵触を避けることに役立っていたとする見解が存在していた点について、同「外国判決承認執行要件としての公序の判断枠組みと課題——平成19年代理母最決を契機に——」西南学院大学法学論集51巻3=4号（2019年）194-203頁参照。
- (2) 例えば仮に、代理母最決事件において最高裁「基本原則」枠組みの内容として「子の福祉」をおき、例えばその内容として「子のおかれている状況を調査し、子の最善の利益になるような判断をなすべき」とするのであれば、まさに高裁のなしたような個別具体的判断が求められることになるからである。
- (3) 評釈として、長田真里「判評」JCAジャーナル66巻4号（2019年）10頁、酒井一「判解」法学教室464号（2019年）121頁、横溝大「判評」ジュリスト1538号（2019年）135頁、川嶋四郎「判解」法学セミナー779号（2019年）118頁ほか。萬世事件最判では旧民訴法200条3号の公序について一般的に「基本原則」枠組みによるべきことをいうのみであるが、最判平成31年は「判決の内容及び訴訟手続」が「基本原則」枠組みによるべきことを明示する。
- (4) 例えば、中西「後掲論文(4)」(注5)10-11頁。
- (5) 中西康「外国判決の承認執行における *révision au fond* の禁止について（1～4完）」法学論叢135巻2号1頁以下・4号1頁以下・6号1頁以下・136巻1号（以上1994年）1頁以下。
- (6) 以上、中西「前掲論文(4)」(注5)26-28頁。
- (7) 中西「前掲論文(4)」(注5)11-12頁。
- (8) 手続的公序に関してであるが、中西「前掲論文(4)」(注5)11頁。
- (9) 中西「前掲論文(4)」(注5)15頁。

- (10) 例えば、木棚照一ほか『国際私法概論〔第5版〕』（有斐閣、2007年）353頁〔渡辺惺之〕、小林秀之＝村上正子『国際民事訴訟法』（弘文堂、2009年）146頁、本間靖規ほか『国際民事手続法〔第2版〕』（有斐閣、2012年）192頁〔中野俊一郎〕、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第8版〕』（有斐閣、2018年）351-352頁、神前禎ほか『国際私法〔第4版〕』（有斐閣、2019年）299-301頁〔早川吉尚〕、櫻田嘉章『国際私法〔第7版〕』（有斐閣、2020年）400頁など。
- (11) この点につき、釜谷「前掲萬世工業論文」（注1）70-72、84頁参照。
- (12) このことは日本においてもしばしば紹介されている。例えば、石黒一憲『現代国際私法（上）』（東京大学出版会、1986年）385・523頁、吉野正三郎＝安達栄司「米国の懲罰的損害賠償判決の日本における執行——萬世工業事件控訴審判決」判例タイムズ828号（1994年）94頁、中西「前掲論文(2)」（注5）19頁。もっとも、実質的再審査禁止原則と公序の関係の捉え方には相違があるとも指摘されている（吉野＝安達・同上94-95頁参照）。
- (13) なお、中西「前掲論文(2)」（注5）2-13頁ではドイツ民訴法（ZPO）328条の起草過程が、ゲープハルト第1・第2草案を含め紹介されており、起草過程について、「個々の要件審査と実質的再審査の禁止との関係を深く考えていたようには思われない」が、「公序条項は禁止原則の例外であるかのような説明をGebhardがしていることも注目される」とのコメントが付されている（いずれも同13頁）。
- (14) 条文は以下の通り。

【1877年ドイツ民訴法（CPO）】（RGL.1877, S.83）

661条 民訴法第661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、執行によっ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って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、またはドイツ帝国においてドイツの司法共助によって送達されなかった場合

⑤ 相互性が保証されていない場合

【1898年ドイツ民訴法（ZPO）】（RGL. 1898, S.369）

328条 (1) 外国裁判所の判決は、以下の場合には承認されない。

- ①ドイツ法によると判決国のいかなる裁判所にも管轄が存しない場合
 - ②敗訴した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、判決国内で本人に送達されず、またはドイツ司法共助の付与により送達されなかった場合
 - ③判決において、ドイツ人当事者の不利になるかたちで、民法施行法13条1項3項、17条、18条、22条の規定、あるいは13条1項に關係する同法27条の規定の一部と抵触する場合、または同法9条3項に該当する事例において、死亡宣告が出された外国人の妻の不利になるかたちで同法13条2項に抵触する場合
 - ④外国判決の承認が善良の風俗またはドイツ法の目的と抵触する場合
 - ⑤相互の保証がないこと。
- (2)本条5号は、外国判決が財産上の請求に関するものではなく、かつドイツ法によるとドイツに裁判籍が存しない場合には、当該外国判決の承認を妨げるものではない。

- (15) そもそも、承認規定を創設する際に、実質的再審査禁止原則をどこに位置づけるかについても意識的な議論がなされていなかったとも指摘されている(中西「前掲論文(4)」(注5)28-29頁)。
- (16) 1890年民訴法514・515条に定める外国判決執行制度、1926年改正民訴法200条に定める外国判決承認要件がそれぞれ1877年ドイツ民訴法(CPO)660・661条、1898年ドイツ民訴法(ZPO)328条を継受したものであることを確認した論稿として、釜谷真史「日本における外国判決承認執行制度の起草過程とドイツ法——公序要件と実質的再審査禁止原則との関係再考の準備作業として——」西南学院大学法学論集53巻1号(2020年)85-122頁参照。
- (17) 1898年ドイツ民訴法(ZPO)328条制定過程、とりわけゲーブハルト第1・第2草案に言及する論稿として、中西「前掲論文(2)」(注5)7-12頁、小室百合「外国判決承認・執行制度の意義について」東北法学16号(1998年)55-70頁、釜谷真史「外国判決『自動承認』制度の意義(上・下)」西南学院大学法学論集37巻2=3号1-55頁、4号66-91頁(2005年)参照。なお、ドイツ民訴法編纂史については、鈴木正裕『近代民事訴訟法史・ドイツ』(信山社、2011年)、ドイツ民法編纂史については、石部雅亮「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、1999年)3頁以下、児玉寛「ドイツ民法典編纂資料一覧」同書v頁以下を参照した。
- (18) G I・G IIの条文は以下の通り(Theodor Niemeyer, *Zur Vorgeschichte des Internationalen Privatrechts im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch* (1915), pp. 11-12, 21-22.)

【ゲーブハルト第1草案(G I)】

37 条 (1)判決の効力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判決国法によると判決が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を命じる場合

④当事者の一方がドイツ人であり、かつ7条1項、16条・18条・21条22条及び24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っ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って効果より大きな効果を有しない。

40 条 民訴法 661 条に代えて、以下の規定を置く。

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 37 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

【ゲーブハルト第2草案（G II）】

37 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7条1項、16条・18条1項・21条22条及び24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

(2)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。

40 条 削除 ただし、CPO 661 条に代えて次の条文をおく。

(1) 執行判決は裁判の法律適合性を審査することなしにするものとする。

(2) 執行判決は、外国裁判所の判決が民法の規定によると承認を拒絶されるときにはなされない。

- (19) 以上, 釜谷「前掲自動承認論文(上)」(注17) 7-8頁, 15-22頁, 30-32頁参照。
- (20) 以上, 釜谷「前掲自動承認論文(下)」(注17) 48-50頁, 54-57頁, 59-66頁参照。
- (21) 以上, G Iは釜谷「前掲自動承認論文(上)」(注17) 22-27頁, G IIは同・30-37頁, 民法典制定委員会審議は同「前掲自動承認論文(下)」(注17) 50-51頁, 58-59頁参照。
- (22) Niemeyer, *supra* note 18, pp. 301, 287-288. 40条の箇所には起草理由は記されておらず, 37条にまとめて記されている。
- (23) *Id.*, p. 271.
- (24) *Id.*, pp. 271-272.
- (25) *Id.*, pp. 272-273. オーストリアやスペインでは, 外国判決が内国法や内国の制度(Einrichtungen)に反する命令を含む場合, イタリアでは, 禁止法規や公序良俗に関する法規に反する場合, 南米条約では内国の公序良俗に関する法や政治体制(Konstitution)と相いれない場合が問題とされているという。また学説について, アッセル(T.M.C. Asser)が, 強制禁止行為を命じる判決のみならず, 公法的規定(Vorschrift des öffentlichen Rechts)に反する判決にも執行判決を与えないとしていることを挙げる。
- (26) *Id.*, p. 273.
- (27) *Id.*, p. 273-274.
- (28) なお, ニュルンベルグ草案においては, 国際私法ルールとして属人法は住所地法とされていた。*Id.*, pp. 273-274.
- (29) 身分(der Status), 民事的地位(der bürgerliche Stand), 身分関係(die Standesverhältnissen), 家族法的地位(die familienrechtliche Stellung)といった表現が挙げられている(*Id.*, p. 275)。
- (30) かかる国際私法原則としては行為能力(G I 7条1項)をはじめ, 婚姻無効や解消(同16条, 18条), 子の嫡出性(同21条), 養子縁組・認知(22条)についての規定が挙げ有れており, さらにドイツ人夫による国籍変更により, ドイツ人妻子に不利となる外国法が適用される場合(同24条)も当該外国判決を承認しないと規定した。*Id.*, pp. 276-277.
- (31) *Id.*, p. 281.
- (32) *Id.*, pp. 281-282. またゲーブハルトは, 私罰と損害賠償の区別が具体的事案では困難であることを認めつつ, そうであるとすると, すべての損害賠償が承認拒絶されるか, 留保なしに承認されるべきとの極端な結論となるが, どちらも採りが

たいという (*Id.*, p. 282)。

③③ *Id.*, pp. 383-384. 前半について、引用箇所は明示されていないが、文言上 G I 同様、CPO 第 3 草案を基礎としていると推測される。

③④ *Id.*, S.384. この「開かれた立場」について、この箇所で引用文献は示されておらず、意味するところは明確ではないが実質的再審査をしないことを指していると思われる。というのも、G II 理由書内でしばしば引用されている Francke 論文 (W. Francke, "Die Entscheidungen ausländischer Gerichte über bürgerliche Rechtsstreitigkeiten in ihrer Wirksamkeit nach Deutschem Reichsrecht", *Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß*, Vol.8, pp. 1-127 (1885) ではハンガリー執行法を "freisinnigsten" と評し (*Id.*, p. 17), Francke はこの語をフランス等の「外国判決が既に判断した事項についての新たな判断がなされる」国と対比して用いている (*Id.*, pp. 5-7, pp. 15-17) からである。

③⑤ Niemeyer, *supra* note 18, p. 384.

③⑥ *Id.*, pp. 384-385.

③⑦ *Id.*, p. 385. ゲーブハルトはハノーファー草案審議録の具体的参照箇所を示していないが、同審議録には、同草案 45 条 3 項が司法共助の 1 つとしての強制執行について、一般公序規定より狭めた表現（「要請裁判所によって申し立てられた行為が被要請裁判所の行動範囲に入らないとき、あるいはそれを実行すればラントの法律に違反するであろうような、裁判所、当事者又は第三者の行為が申し立てられるとき」）をとっていたため、本草案を採用する外国との関係でかかる狭い意味での執行国法抵触行為のみが執行対象から外されるとの誤解を与えるとの懸念が記されている (*Protocoll der Commission zur Berathung einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten*, Vol.13 (1865), in: Werner Schubert (ed.), *Materialien zur Kodifikationsgeschichte* (1985), pp. 4911-4912)。これに対し、同条 2 項の相互保証は厳格に、執行要請国と被要請国双方の司法省 (Ministerium) により、特定の事例において (in gewissen Fällen) 相互的共助条約が締結されることによって保証されるべきであって、執行国禁止・命令規範に抵触するかどうかはこの条約において判断されると述べられている (*id.*, p. 4913)

③⑧ Niemeyer, *supra* note 18, S.385.

③⑨ 以上につき、*Motive zu dem Entwurfe einer Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preussischen Staat* (1864), S.244.

④⑩ Niemeyer, *supra* note 18, pp. 385-386.

④⑪ 以上, Niemeyer, *supra* note 18, p. 386. 帝国議会提出案である CPO 第 3 草案段階 (第 3 草案 611 条) では相互性がなかったところに、第 1 読会後の草案では相互性

が挿入されている(第1読会修正後草案611条2項5号)。CPO草案対照表は、Carl Hahn, *Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, 2nd ed., E.Stegemann (ed.), Vol.2 (2) (1881, repr.1983), pp. 1506-1507.

(42) 以上, Niemeyer, *supra* note 18, p. 386.

(43) *Ibid.*

(44) ここでゲーブハルトが参照しているのは, J.Kohler, “Zum internationalen Civilprozessrecht, Zeitschrift für Deutschen Civilprozess”, *Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß*, Vol.10 (1887), pp. 449-473である。ゲーブハルトが参照する箇所(*id.*, pp. 458-463)は「内国国家行為に関する外国判決」との章にあり, 当該章は, 外国判決執行に対する第2の制約要素として内国の主権そのものがあるとし, 内国主権行為は内国において, 直接・間接に外国法のコントロールを受けないということから論が始まる。当該参照箇所においては, 外国判決が先行する内国判決の効力を否定した場合に, かかる外国判決は内国国家行為を否定するものであって, このような外国判決の効力を承認することはできないとしている(*id.*, pp. 458-459)。

(45) Niemeyer, *supra* note 18, p. 387.

(46) この点, ゲーブハルトはさらに, 相互性を要件とする国であっても重ねて一般公序を要件としていること(ブラジル, ルーマニア, オーストリア, スペイン)に言及している。

(47) *Id.*, p. 388.

(48) Carl Hahn, *Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, 2nd ed., E.Stegemann (ed.), Vol.2 (1) (1881, repr.1983), p. 432. なお, CPO第1・第3草案理由書は基本的に同じ内容であり, 実質的再審査禁止原則に関しても, 実質的再審査を行う国と, 外国判決を強制執行の基礎とすることを原則としつつ例外を設ける国とを対比させつつ, CPOが国際協調の観点から後者を選ぶとする流れは共通している。しかし, CPO第3草案理由書ではゲーブハルトが引用するような, プロイセン草案を引用した厳密な実質的再審査禁止原則が示されるのに対し(*id.*, pp. 431-432), 同第1草案理由書では, 本案の法律適合性は問われないと述べた直後に, しかし依然として管轄は執行国法で判断されるとされることの説明が続き, 第3草案ほど実質的再審査禁止原則の定義に厳密さが無い(プロイセン草案も引用されていない)という相違がある(*Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung nebst Begründung* (1871), in: Gerhard J. Dahlmanns, *Neudrucke Zivilprozessualer Kodifikationen und Entwürfe des 19.Jahrhunderts, Materialien zur Entwicklungsgeschichte der ZPO*, Vol.2 (1971), pp. 689-690.)

49) なお、グープハルトはG IIの中で、CPO 第1草案理由書では一般公序条項を定めるヴェルテンベルグ王国民訴法11条が実質的再審査禁止原則に反するとされていたことを確認していたが(本稿4.(2)(c)参照)、CPO 第3草案理由書ではこの部分は削除されている。この点も、グープハルトが実質的再審査禁止原則と一般条項の両立を考えるよりどころとなった可能性もある。

50) Hahn, *supra* note 48, p. 433.

51) *Id.*, p. 432. 外国裁判権の承認 (die Anerkennung der ausländischen Gerichtsbarkeit) は内国法のみを根拠としうるのであるから、間接管轄を内国法で判断することは認められるという。

52) *Id.*, p. 433.

53) なお、公序要件審査の対象が外国判決主文に限られるかとの議論において、従来実質的再審査禁止原則に言及するものも多くみられた(この点について、釜谷「前掲萬世工業論文」(注1)49-52頁参照)が、実体的再審査とならない限りにおいて、現在の日本が採用する外国判決承認執行制度上の公序審査にとって同原則は制約要素とはならないのは本稿で述べた通りである。むしろここでは、外国判決承認を、外国判決の有する実質的確定力の拡張として捉えることにより生じる制約が問題となっていると思われる。この点については別稿で検討したい。

54) この点、国際私法上の公序に関して、「ドイツにおける公序則と我が国における公序則の発展、その性格が同一と言いうるかはなお検討を要する」とする、櫻田嘉章「改正前法例第30条について」法学論叢138巻1=2=3号(1995年)178頁、ドイツ民法起草過程における実質法(民法)上の公序概念の変遷について論じる、林幸司「ドイツ民法典形成過程における『公序(öffentliche Ordnung)概念の消失』」駒澤大学法学論集49号(1994年)16頁以下参照。

*国際私法学会第131回大会(2018年6月16日)および関西国際私法研究会(2019年9月28日)において、多くの貴重なご教示を頂戴しました。またCPO起草過程に関する関連資料収集に際し、中西康教授のご助力を賜りました。記して深く感謝申し上げます。