

外国判決の承認・執行における手続的公序についての一考察

赤 芻 正 子

- 一 問題提起
- 二 手続的公序の基礎付け
- 三 手続的公序の具体的内容
- 四 手続的公序の具体的審査のあり方
- 五 まとめ

一 問題提起

(1) 外国判決の承認・執行制度の目的と公序要件の意義
国際化時代を反映して、現在、わが国を始め世界の各諸
国において、外国判決承認・執行制度に対する関心がこ
れまでになく高まってきている。この外国判決承認・執
行制度は、外国判決によって得られた終局性の確保及び
国際的な跛行法律関係の発生防止、並びに国際的な私的

法律関係の安定、私的国際流通の安全の確保をその主た
る目的とし、ある一定の要件を充たすことを条件に外国
判決の規範性を内国においても認めようとするもので
ある。わが国の民事訴訟法もその二〇〇条において、一
号から四号に挙げられた各要件の充足の下に外国判決を
承認・執行する立場を採っている。その中でも三号の公
序要件は、国家間条約ないしは二国間条約を含め、およ
そ外国判決承認制度を設けている国であれば必ず有して
おり、外国判決の承認・執行をコントロールする重要な
ファクターとして機能しているといえよう。そしてこの
公序要件は、自国の法秩序や価値観を直接表すものであ
ることから、他国のそれと真正面から対立するなど、し
ばしば承認制度をめぐる問題の一つとなっているように

思われる。

(2)わが国の判例・学説の状況⁽²⁾ わが国においては、三号の公序要件はもともと実体法秩序の維持—実体的公序—を中心に論じられてきたといえよう。⁽³⁾ それに対して近年、特に昭和五八年の最高裁判決で、「民訴法二〇〇条三号の規定は外国裁判所の判決の内容のみならずその成立もわ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としたものと解するのが相当である」と判示されたことを契機に、外国判決の成立手続を対象としたいわゆる手続的公序なる概念が一般に認識され始めたように見える。しかし、そもそもこの判決は手続的公序の問題を正面から取り上げたわけではない。四号の相互の保証要件の審査との関係でそれを確認したにすぎず、手続的公序の具体的な内容や判断基準については何らふれていない。その後の判例をみても、手続的公序なる独立概念を三号の公序条項に含めるといふ以外、確立されたルールは存在していないように思われる。一方学説については、手続的公序を肯定する見解と否定する見解とがある。もっとも、手続的公序を三号の中の独立した概念として肯定する見解においても、その具体的な適用範囲の理解

が同じというわけでは必ずしもない。⁽⁵⁾ また、このような概念は不要とする見解は、手続の問題は二号の送達要件の拡張解釈によって処理するという見解⁽⁶⁾、立法論として手続保障という独立の要件を立てるべきであるとする見解⁽⁷⁾、一号の管轄要件の中で考慮しようとする見解⁽⁸⁾に分かれていように見える。これらの見解の背後には、公序概念を必要もなく拡大すると、実質的「再審査禁止」という原則が空洞化するのではないかという危惧があるように見える。⁽⁹⁾ しかし、肯定説も否定説も、承認の場面で敗訴被告の手続保障(手続権・防禦権)を重視するという点では共通しているように思われる。⁽¹⁰⁾ このような学説上の相違は、承認要件として必要とされる手続保障の範囲の理解、実質的再審査禁止の原則とのバランスのとらえ方の相違にあるといえよう。このように考えると、手続的公序の根拠をどこに求めるかというよりも、その内容や適用範囲をいかに制限するかという方向に議論が動いているという見方もできると思われる。いずれにせよ、公序の審査範囲は不必要に拡大されるべきではなく、手続的公序ないしは承認要件としての手続保障の内容を明確にすることが必要であるとするのが、現在の学説の立

場であろう。

(3) 手続的公序の登場の背景 手続的公序が急速に重視されるに至った背景については、上述の最高裁判決の他にも、以下の二つの大きな時代の流れがあると観察される。一つは、近年、裁判制度に対する国民の意識が変化してきており、また、当事者個人が訴訟の主体として尊重され、手続的正義が重視されるようになってきたという、裁判制度全体をめぐる一般的傾向である。これらは、判決の結果を不利に受ける当事者（主に被告）が、外国の裁判手続上自己の利益を守る機会を保障されていたか否か⁽¹²⁾という、手続保障の観点から手続的公序を考える今日のわが国の学説の傾向につながっているといえよう。いま一つは、近年の経済の国際化に伴い涉外事件が増加したことにより、各国の訴訟制度の相違ないしはその異質性が顕著に現れてきたことである。⁽¹³⁾各国の法秩序の相違を前提としたうえで成り立つ承認制度の趣旨に鑑みれば、手続の相違のみを理由に、例えば英米法系諸国が陪審制度を採用しているというだけで公序違反とすることは許されないであろう。従って、このような相違を受容したうえでなお譲れない、維持しなければならないわが

国の訴訟原則とは何かが問われることになると思われる。

(4) 問題提起 わが国の現行民法二〇〇条は、大正一五年以降一度も改正されることなく現在に至っている。

しかし、その間にわが国の社会状況や国民の意識は上述のように大きく変化し、また国際民事訴訟法なる独立した学問領域が確立され、判決承認制度をめぐる国際社会の状況も立法当時とは大きく変わってきた。その結果、従来の実体的公序を中心とした公序概念では、このような変化に十分対応できなくなっているように思われる。

つまり次のような疑問が提示されると考えられる。すなわち、手続的公序が重視されるに至った背景を考慮し、三号の公序に、外国の手続自体を審査の対象とする独自の機能を見出す必要があるのではあるまいか。さらに、公序に新たな機能を見出すとすれば、実質的再審査禁止という外国判決の承認・執行制度の根幹と考えられてきた大原則についても、その解釈の仕方にも何らかの変化が要求されるのではあるまいか、という疑問である。

(5) 本稿の目的 以上の観点をふまえたうえで、本稿の目的を以下の三つとしたい。第一に、公序概念に手続的公序を含めることの必要性の根拠とそれに応じて必要と

される手続的公序の機能を明らかにすること、第二に、具体的に如何なる場合に手続的公序が問題となるかというその適用範囲を明らかにし、手続的公序要件の審査基準を明確にすること、そして第三に、実質的再審査禁止の原則との関係も含め、手続的公序の具体的な審査のあり方を考えることである。

- (1) 外国判決の承認・執行制度については、鈴木三々月編・注解民事執行法(1)「青山善充執筆」(一九八四年)三六二頁以下(以下、青山・注解)、兼子三松浦三新堂三竹下・条解民事訴訟法「竹下守夫執筆」(一九八六年)六四一頁以下(以下、竹下・条解)、高田裕成「財産関係事件に関する外国判決の承認」澤木三青山編・国際民事訴訟法の理論(一九八七年)三六五頁以下、高桑昭「外国判決の承認及び執行」新・実務民事訴訟講座(7)(一九八二年)一一二五頁以下等参照。
- (2) わが国の判例・学説の詳細及び比較法の研究としてのドイツの判例・学説については、別稿を予定している。
- (3) 兼子一・条解民事訴訟法上(一九五五年)五二四頁(以下、兼子・条解上)、江川英文「外国判決の承認」法協五〇巻十一号(一九三二年)五八頁。
- (4) 最判昭和五八・六・七民集三七巻五号六一一頁。
- (5) 青山・注解四〇三頁、高桑・前掲論文一四二頁、中野貞一郎・民事執行法上(一九八三年)一七九頁等は、手続

的公序に判決の詐取をも含める趣旨だが、竹下守夫「外国判決による強制執行と手続権の保障」民事執行法の論点(一九八五年)七一頁は判決の詐取は含めていないし、木村三松岡三渡辺・国際私法概論「新版」(渡辺惺之執筆)(一九九一年)二八八頁(以下、渡辺・概論)では、手続的公序の内容をかなり限定してとらえている。

- (6) 石黒一憲・現代国際私法「上」(一九八六年)五五一頁以下、貝瀬幸雄「涉外判例研究」ジュリ七九一号(一九八三年)一一〇頁。ただし石黒教授は、手続的公序概念を全く認めないわけではなく、一般の当事者の手続保障の問題を越えたものだけをそれを含ませる考えである。同・前掲書五五九頁。
- (7) 小林秀之「国際民事訴訟規定の整備(下)」判タ八一九号(一九九三年)二八頁。
- (8) 山田恒久「いわゆる手続的公序に関する一試論」法研五九巻十号(一九八六年)六六頁以下。
- (9) 貝瀬・前掲判批一一〇頁。
- (10) 高田・前掲論文三九四頁、石黒・前掲書五五一頁、竹下・前掲論文六六頁。
- (11) 現在進行中の民事訴訟法改正も、国民が利用しやすいような訴訟制度の構築を目指している。
- (12) 竹下・前掲論文六六頁。
- (13) 外国判決の承認・執行を含めて、アメリカの実体法及び訴訟制度の特殊性ないし日本との異質性から引き起こされる裁判手続上の問題は、「司法摩擦」と呼ばれ、特に国

際司法共助との関係で議論されている。司法摩擦の全体像については、シュテュルナー(春日訳)・国際司法摩擦(一九九二年)が詳しい。

二 手続的公序の基礎付け

(1) 手続的公序の必要性 実体的公序がわが国の実体法秩序の維持という役割を果たしている⁽¹⁾のであれば、手続的公序の役割は、わが国の訴訟法秩序・手続法の基本原則の維持にあると思われる。ここで訴訟法秩序・手続法の基本原則といった場合に、何を基準としてどこからそれが導かれるのが問題になるが、その前提として、そもそも二号要件を含めなぜ外国判決の成立手続を承認要件の審査の対象とする必要があるのかを明確にする、いわば出発点を確認する必要がある。手続を審査の対象とする⁽²⁾ことの必要性の根拠としては、以下の二点が考えられる。第一に、外国判決の承認・執行の効果として判決効を当事者に及ぼすことを正当化する基準として、手続保障が必要とされる⁽³⁾という点である。これはさらにつきつめると、判決の正当性の根拠が手続にあるとする手続的正義の観念に帰着しよう⁽⁴⁾。いま一つは各国の手続法

の相違から生じる問題である。各国はそれぞれ、自国の伝統や政策的配慮から独自の手続法体系を設けているため、内国手続とは内容を異にする外国の手続に従い得られた外国判決の結果に、被告を服せしめることが妥当か否かをチェックする必要があるという点である。

(2) 判断基準 では何を⁽⁵⁾もって訴訟法秩序・手続法の基本原則とするのか。我が国の民事訴訟法の諸規定が手続的正義を実現することを目的として設けられていることはもちろんであるから、国内事件であれば、その規定に従って手続が進められることにより裁判の正当性及びそれに対する信頼は確保されるというべきであろう。換言すれば手続の正当性の判断の基準には民事訴訟法の規定を用いればよいと思われる。これに対して、外国の裁判所で判決が下されわが国でその承認・執行が求められた場合には、わが国の民法の規定をそのまま基準とすることはできないであろう。思うに、そもそも外国判決の承認・執行制度は、各国の法制度の相違を前提とした上で設けられているのであって、わが国の訴訟法の個々の規定との相違を即座に手続の不当性と結びつけることは、承認制度そのものの存在意義ないしは趣旨を損なうこと

になるからである。⁽⁵⁾従って、外国裁判所の手続の正当性の判断基準は、わが国の訴訟法の個々の規定の背後にある、それらが保護しようとしている根本原則⁽⁶⁾、すなわち憲法上保障されている手続基本権とすべきであると考える。ここで憲法が基準となるのは、手続的公序を構成する手続保障概念の源泉として、訴訟当事者は裁判によって何らかの不利益を被る可能性があるので、その前提として、訴訟において裁判の形成に関与する手続主体たる地位が認められなければならないという憲法理念がある⁽⁷⁾とされているからである。この憲法理念を前提として手続基本権の内容を考えると、憲法三二条にそれが見出されるであろう。憲法三二条は全ての国民に裁判所の裁判を受ける権利を保障している。これは具体的には、政治権力から独立した公平な裁判所に対して、憲法の保障する権利・自由を平等に享受しようとする司法権の発動を⁽⁸⁾求める権利であるとされている。さらに同条は、裁判を受ける権利を保障するに相応しい内実をもった裁判制度の構築を国家に対して要求している。すなわち、裁判を受ける権利の保障は、公平な裁判所の組織の整備と、当事者を手続主体として扱うにふさわしい手続によって裁

判をする義務を、国家に対して負わせている規定であるといえる。⁽⁹⁾このことから、独立かつ公平な裁判所、そして審問請求権の保障の二つが、手続的公序の基準として挙げられると解される。

(3)他の承認要件との関係 まず二号との関係であるが、二号を文字通りに解釈すると手続保障が手続の開始時点に限られていて不十分であるとするとする点は、現在一般に認められているように見える。問題は二号の拡張解釈で手続保障を考えようとする立場の趣旨であろう。私見としては、承認の場面で問われるべき手続保障の内容及び基準が明確であれば、二号の限定的な文言からみてもあえて拡張解釈する必要もなく、三号の下で手続的公序として考えてもそれほど違いはないと思われる。三号に含めると公序概念が不必要に拡大するとの批判があるが、手続保障として何を問うのか、その内容を明確にしない限りは、2号の拡張解釈によってあれ、立法論として手続保障なる独立の要件をたてるのであれ、基準の曖昧さは依然として残るであろう。また、わが国が維持すべき訴訟法秩序や手続法の基本原則は手続保障に限ったものではなく、仮に二号の拡張解釈等によったとしても、特

にアメリカの訴訟制度との相違や、訴訟法独自の既判力制度との関係で生じる問題に、十分対処できるとはいえないであろう。⁽¹⁾次に一号の下では、確かに通説の見解に従えば、わが国から見て判決国が国際裁判管轄を有していたか否かを判断する基準として、当事者間の公平や裁判の適正・迅速といった要素が考慮され、その中には訴訟経済上の考慮、例えば、被告の応訴の負担（防禦権の保障）も含まれると考えられている。⁽²⁾しかし、この場合に基準となる被告の防禦権の保障の有無は、実際の手続過程での手続保障の基準とは異なり、あくまでも国際裁判管轄の有無の判断を目的とした一要素に過ぎず、管轄要件の審査の中での限界があると思われる。また二号との関係で述べたように、手続の審査は手続保障に限られないことを考慮すれば、従来の管轄要件の審査とは異なった観点からの判断が必要となり、裁判官に過度の負担を強いることにもなるであろう。⁽³⁾以上のことから、外国判決成立手続の正当性の審査は、一号でも二号でもなく、まさに三号の下で手続的公序なる概念によって行うとするのが相当であると考える。

(1) 青山・注解四〇一頁、竹下・条解六四九頁。

(2) 竹下・条解六四九頁以下。

(3) 高田・前掲論文三六八頁以下参照。

(4) 谷口安平「手続的正義」基礎法学8—紛争（一九八三年）三五頁、三九頁。

(5) 竹下・条解六四九頁、高田・前掲論文三九〇頁。

(6) 岡田幸宏「外国判決の承認・執行要件としての公序について(5)」名古屋大学法政論集一五三号（一九九四年）三五頁、三九五頁。

(7) 伊藤眞「学説史からみた手続保障」新堂編・特別講義民事訴訟法（一九八八年）五一頁、五二頁。

(8) 兼子一「竹下守夫・裁判法〔第三版〕（一九九四年）一四五頁。

(9) 同・一四八頁以下参照。

(10) 中野貞一郎「民事裁判と憲法」講座民事訴訟①（一九八三年）1頁、14頁以下。

(11) 石黒・前掲書五五九頁も同旨。

(12) 高田・前掲論文三九三頁、山田・前掲論文八六頁。

(13) 岡田・前掲論文三八三頁。

三 手続的公序の具体的内容の検討

(1) 審問請求権の保障 審問請求権とは、裁判の効力により自己の権利・利益を害される恐れのあるものが、手続の主体として、原則として事前に、裁判事項について

自己の事実上及び法律上の意見を述べ、また相手方の主張に対し反論する機会を与えられることを要求できる権利をいう。⁽¹⁾この審問請求権を保障することの究極の目的は、当事者を単なる手続の客体として扱うのではなく、各人を手続の主体である個人として尊重しかつその主体性を展開する機会を与えることにあると思われる。一言でいえば訴訟の場面における個人の尊重といえよう。

では、外国判決の承認・執行の場面で、如何なる場合に審問請求権の侵害があったとして手続的公序違反が認められるのか。それを検討する際には、まず以下の点に留意する必要がある。それは、ある特定の期日の手紙への関与の機会が与えられなかったというだけでは、手続的公序違反を認めるに足るだけの侵害があったとはいえないという点である。なぜならば、第一に、一般に裁判手続は訴訟提起に始まる確定判決をめざす当事者と裁判所の一連の行為の連続であることから、常に手続を全体として評価し、その行為が裁判の終結点たる判決を獲得するまでの過程においてどれほど重要であるかを考慮すべきであるし、第二に、相手方当事者の個々の訴訟行為の不当性ないしは不適法性、もしくは手続における個

別的な瑕疵それ自体が、手続的公序違反を構成するといえないからである。従って、審問請求権の侵害が認められるのは、原則として以下の場合に限られるといえよう。すなわち、①被告の責めに帰すべからざる事情により、②被告が積極的に手続に関与する機会を奪われ、③被告の手続主体たる地位が著しく侵害されたとみなされる場合である。わが国の手続基本原則の維持という観点から見て、このような手続に基づいた判決を承認することがもはや耐え難いと思われる場合には、手続的公序違反が認められると考える。

この私見をさらに二、三の具体例を通して敷衍したい。例えば、被告欠席のまま裁判がなされたとしても、二号の送達要件が充たされていれば、一般的には手続的公序違反は認められないとも考えられる。けれども、被告の手続主体たる地位及び手続に積極的に関与する機会が保障されていたと認められるためには、次のことをチェックする必要があると思われる。すなわち、当該外国裁判所が判決を下すまでの過程及びその確定までの間に、被告に対して何らかの救済措置をとったかどうかである。もし、そのような救済措置を全くとっていないとしたとし

たら、被告の手続主体たる地位が保障されていたとはいえないであろう。逆に、例えば欠席判決主義をとっているドイツを例に考えてみると、ドイツでは欠席判決に対して故障の申立てによって欠席前の訴訟状態に復することができるとされている。具体的事例において当該外国裁判所がこのような救済措置をとった(例えば故障の申立ができる旨の教示がなされていた)にもかかわらず、被告がこれを自己の責めに帰すべき事由によって利用しなかつた場合には、被告が仮に審問請求権の侵害を主張したとしても、もはや手続的公序違反を認めるべきではあるまい。⁽³⁾

また、英米法に特有の制度を例に挙げると、例えば被告が裁判所侮辱を理由に訴訟関与を排除された判決⁽⁴⁾や、サマリー・ジャッジメントの承認・執行が問題となつている場合はどうか。裁判所侮辱を理由に当事者を訴訟関与から排除するような制度はわが国にはない。しかしだからといって、直ちに手続的公序違反を認めるべきではあるまい。制度を異にする手続法が問題となつている場合には、具体的な個々の事例での裁判所の手続が、審問請求権が保護しようとしている基本価値と相容れないか

どうかを基準とすべきであろう。さらに、審問請求権は確かに憲法上保障されている手続基本権の中核であり、その意味では訴訟面での個人の尊厳の保障という最高の価値を具現しているものではある。しかしそれは無制限に認められるわけではない。その内在的制約として、自己の利益のためにのみその主体的な地位を濫用してはならないという、いわば相手方当事者との信義則から導かれる一定の制限が加えられると考へる。⁽⁵⁾従つて、被告が手続に関与する機会を与えられていたにもかかわらず、それを自己の責めに帰すべき行為(裁判所侮辱に処せられた原因となつた、裁判所の命令に対する不服従)によつて失つたのであるとすれば、訴訟関与を排除した外国の手続が被告の手続への積極的な関与を奪い、その結果その手続主体たる地位を著しく侵害しているとはいえないと思はれる。また、サマリー・ジャッジメントについても次の点が留意されるべきであろう。すなわち、この手続は確かに、正式事実審理(trial)を経ないでなされる判決という意味で、略式であるにもかかわらず終局的な判決である。この点につき略式手続という共通の側面をもつわが国の手形・小切手訴訟が、通常訴訟を事後的に

保障するという二段階の手続であるのに比すと、審問請求権の保障との関係で疑問のある手続と考えられないではない。しかし、サマリー・ジャッジメントの手続では、証拠調べが原則として書証に限られている手形・小切手訴訟と異なり、このような証拠制限はない⁽⁷⁾。また、審問請求権はある特定の手続方式を求める権利ではなく、法定の手続方式において審問の機会を与えられることを求める権利であると思われる。従って、サマリー・ジャッジメントのような略式な手続においても、双方の当事者からその言い分を聞き、かつ自己の見解を立証する機会が与えられている以上は、その手続主体たる地位は十分保障されているといえるから、手続的公序違反を認めることはできないと解するのが相当であろう。なお、当該裁判所がその手続をサマリー・ジャッジメントに付した点について、その裁量の正当性までを公序審査の対象とすることは、実質的再審査の禁止の原則に反して許されないと思われる。

(2)独立かつ公平な裁判所 裁判官の独立・中立とは広い意味での司法権の独立であり、裁判官が個々の具体的な訴訟事件の裁判を行うに当たって、外部の国会・内

閣・政党等の国家機関や政治的・社会的勢力から何らの命令や指示、さらには何らの実質的な影響力も受けてはならないという原則である⁽⁸⁾。この原則は、裁判権の適正・公平な行使を保障し、国民の信頼を保持しようとするものであるといわれている⁽⁹⁾。またわが国の民事訴訟法は、個々の具体的な事件との関係で公平な裁判を保障し一般の国民の信頼を得るため、担当裁判官が事件と特殊な関係にあるため客観的にみて公正な裁判を期待できない場合に、その裁判官をその事件の職務の執行から排除する制度として、同法三五条以下に除外・忌避・回避の制度を設けている⁽¹⁰⁾。独立かつ公平な裁判所について手続的公序違反を審査する際には、次の二点に留意する必要があると思われる。第一に、裁判所の構成それ自体についての相違が手続的公序違反の根拠となるわけではないという点⁽¹¹⁾、第二に、わが国の民事訴訟法で定められている除外原因や忌避事由があるというだけで即座に手続的公序違反に結びつけられてはならないという点である。

ここで基準となるのはあくまでも、裁判官の独立・中立の原則が保護しようとしている手続的正義の観念であり、それはすなわち裁判権の適正・公平な行使の保障と国民

の信頼の保持であるといえよう。このことから、独立かつ公平な裁判所が保障されていないことを理由に手続的公序違反が認められるのは、当該裁判所でなされた手続に基づく判決がわが国から見てもはや適正な裁判とはいえず、それを承認することが一般国民の裁判に対する信頼を著しく喪失させる恐れがあることが明白である場合と考えられる。

この基準は個々の事件で適用されるので、例えば、裁判官の独立・中立という原則が存在しない国でなされた判決の承認が問題となっている場合でも、当該判決の裁判の適正が保たれていたら客観的に認められる限りは、制度的保障がなくても手続的公序違反とはならないと思われる⁽¹²⁾。逆に、判決国で制度的に裁判官の独立・中立が保障されていたとしても、具体的事件において、政府の干渉がある等裁判がもはや適正であるとはみなしえないような場合には、手続的公序違反が認められることになる⁽¹³⁾といえよう。具体的には例えば、裁判官が買収されていたり、法の歪曲を行ったり、故意に違法な判断を下した場合⁽¹⁴⁾には、そのような裁判はもはや適正とはいえず、それを承認することは一般国民の裁判に対する信頼を著

しく喪失させる恐れがあることは明白であるから、手続的公序違反が認められ、よって当該判決の承認・執行は拒否されるべきであると思われる。

(3) 判決の不当取得 判決の不当取得とは、当事者が相手方を害する意図を持って、相手方の訴訟手続への関与や訴訟資料の提出を妨げたり、判決の基礎資料を加工・偽造する等の手段により、裁判所を欺罔し、客観的真実に反する不当な内容の確定判決を取得することである⁽¹⁵⁾。

わが国の判例・通説は、外国判決が詐欺によって得られた場合を手続的公序違反の一例として挙げている⁽¹⁶⁾が、私見では以下の理由から、審問請求権の侵害とみなされる以外は、この問題を手続的公序の審査の対象とすべきではないと考える。すなわち、手続的公序との関係で判決の不当取得を問題にする以上、当該外国裁判所の証拠評価や判断を審査の対象とせざるを得なくなり、承認手続が外国判決の実体にわたって審査する範囲が飛躍的に増大し⁽¹⁷⁾、その結果、実質的再審査禁止の原則を空洞化する危険につながると思われるからである。従って、判決の不当取得や外国判決が詐欺によって得られた場合を、一般に手続的公序違反の一例として論じるべきではなく、

それ自体は手続的公序違反の根拠とはならないと考える。

具体的には例えば、原告が被告の住所を不明であると偽って公示送達の手続きを得て、被告の知らない間に勝訴の確定判決を得た場合や、訴え取り下げの合意をして被告不出頭の原因を自ら作っておきながら、合意に反して訴えを取り下げず、勝訴判決を得た場合には、被告は訴訟の内容を知りえなかったか、もしくは訴訟関与の機会を不当に奪われていたことになるから、被告に対して、当該判決の既判力に拘束されることを正当化するだけの十分な手続保障が与えられていないといえよう。⁽¹⁸⁾ すなわち、当該手続の経過に積極的に影響を与える機会が保障されていなかったのであるから、審問請求権の侵害を理由に手続的公序違反が認められると考えられる。これに対して、原告が虚偽の訴訟資料(証拠の偽造)によって勝訴判決を得たような場合には、被告は訴訟に関与し実際に攻撃防禦を行う機会とは与えられていたといえるであろう。すなわち、虚偽の訴訟資料に対しては、反証や反対尋問等で自ら正しい認定を得るための資料を提出しえたはずではあるまいか。⁽¹⁹⁾ 従って、この場合までも手続的公序の審査範囲に取り込もうとすれば、先に述べた実質

的再審査の禁止の原則に反することになるから、このような場合には、原則として審問請求権の侵害の基準を越えてまで手続的公序違反を問題とすべきではあるまい。

(4) ディスカヴァリ制度 アメリカのディスカヴァリの制度はわが国の文書提出命令を中心とする証拠収集制度と比較すると、①免責特権の与えられるもの以外原則として全て対象とすること、②公判で使用する証拠に限らず、いわば一種の模索的証明として文書の特定期も厳格には要求されていないこと、③当事者主導の下で行われ、裁判所の介入はあくまでも消極的・補充的であること、④ディスカヴァリ命令に服しなかった場合の制裁が多岐にわたること、といった特色がある。⁽²⁰⁾ 特に近時アメリカにおいては、ディスカヴァリの濫用やそれに費やされる費用の高額化や労力等が深刻な問題となり、それに対し幾度か改正が加えられている。⁽²¹⁾ またわが国においても、被告となる日本企業が膨大な量の書類の提出を命じられたりすることもしばしばあり、その範囲の広さや濫用が問題視されている。⁽²²⁾ しかしこのことをもって、即座にディスカヴァリがわが国の手続的公序に反するとはいえないであろう。如何なる場合にディスカヴァリが手続的公

序との関係で問題となるかを考える際には、デイスカヴァリ制度そのものがわが国の証拠収集制度と相容れないか否かが問題なのではなく、ましてや両制度間の相違それ自体が手続的公序違反を根拠づけるわけでもないという点に留意する必要があると思われる⁽²³⁾。重要なのは、デイスカヴァリ制度を支える基本原則がわが国の証拠法の基本理念と相容れないか否かであろう。

デイスカヴァリの基本理念は、訴訟における真実発見、和解の促進、そして争点の整理・明確化であり⁽²⁴⁾、その後にあるのは、関連情報を相互に共有した訴訟当事者が真摯に攻撃防禦をつくすことにより、初めて真実が明らかとなり公正な裁判が可能となるという考えであるといわれている⁽²⁵⁾。一方わが国の証拠法の基本理念は、中立的な裁判官による正しい事実認定に基づく真実発見、当事者が対等かつ十分に攻撃防禦を展開できる能力を有する時にはそれが真実発見に資するという考え、そして手続的正義であるといわれている⁽²⁶⁾。このことからわかるように、両制度の基本原則はその根本で同一であり、また憲法上の要請である武器平等の原則にもかなっているといえる。従って、この制度自体は何ら公序違反を構成するもので

はないと考えられる。むしろ問題とすべきは、具体的な事例におけるある特定のデイスカヴァリの処置が、わが国の法観念からみて耐え難いほどに訴訟法の基本原則から逸脱しているかどうかであると思われる⁽²⁸⁾。

例えば、日本では証言拒絶権が認められる情報を記載した文書についてデイスカヴァリ命令が出されたが、その提出を拒否したところ制裁として被告敗訴の判決が下され、その判決の承認・執行がわが国で求められた場合に、手続的公序違反を理由にこれを拒絶することができるであろうか。上述の通り、確かにデイスカヴァリの制度はその対象とする範囲が広範なことが特徴ではあるが、それと同時に特定の情報には免責特権 (privilege) が与えられている⁽²⁹⁾。さらには、企業秘密等の提出を求められた場合には、裁判所の裁量でデイスカヴァリの対象外とされたり、情報提供者の利益を保護するための措置が設けられている⁽³⁰⁾。また、命令に従わなかった場合の制裁についても、文書提出命令を拒否した場合の制裁として、わが国でも要証事実を真実と認め原告の請求を認容する場合もある⁽³¹⁾。従って、わが国であれば当然保護が認められる情報の提出を強要されたことが即座に手続的公序違反

反とされるのではなく、以下の観点から、問題となっているディスカヴァリによって得られた証拠をもとになされた判決を承認することが、真に忍びがたい結果をもたらすか否かを判定すべきであると考える。つまり、①ディスカヴァリの具体的な処置が、憲法の保障する基本的人権を著しく侵害していないか、②対象となっている情報、真実発見や公正な裁判の実現の要請というわが国の証拠法の基本原則を犠牲にしても保護に値するだけの価値を有するものか、③判決結果に決定的な影響をもったものか⁽³²⁾という観点である。しかし実際にはアメリカ法によってもそのような観点は十分考慮されているはずであるから、原則として当該アメリカ裁判所の裁量による処置を尊重すべきであり、このような場合に手続的公序違反が認められるのは例外的な場合に限られると思われる。

また、アメリカの裁判所で係属している訴訟について、わが国に存在する証拠を収集する場合は、日米領事条約により、アメリカの領事官が当事者によって自発的に提供された証言を録取するか、もしくは二国間司法共助取決めに、わが国の裁判所がわが国の民法に從って

証拠調べを実施することになる⁽³⁴⁾。それでは例えば、アメリカの弁護士が、わが国のホテルの一室で行ったディビジョンによって証言調書を作成したり、わが国にある工場の現場検証を行ったりして、それに基づいて被告敗訴の判決が下された場合、いわゆるわが国から見て主権の侵害とみなされるようなディスカヴァリに基づく判決の承認・執行は、手続的公序違反を理由に拒絶されるだろうか。国際司法共助のレベルでは、これは明らかに違法なディスカヴァリであるが、それをそのまま外国判決の承認・執行の段階での手続的公序違反の有無の基準にあてはめ、違法であるという一語で一律に手続的公序違反とすべきではあるまい。確かに違法なディスカヴァリはできるだけ避けられるべきではあるが、その問題は条約を締結する等、国家の外交レベルで対処すべき問題ではあるまい⁽³⁵⁾。外国判決の承認制度のとらえかたの傾向として、国家主体の観点、すなわち裁判権の行使の限界という考えから、当事者主体の観点へとその重点が移っていること⁽³⁶⁾を考慮すれば、国家の主権の侵害の有無ではなく、第一義的には当事者の権利保護の観点からみて、手続的正義ないしはデュー・プロセスの要請に反してい

るか否かを基準とすべきであると思われる。すなわち、違法なデイスカヴァリ手続が、憲法上保障されている当事者の基本的人權を侵害しているかを、真実発見や公正な裁判の実現の要請を考慮しながら判断すべきであろう。

従って、違法性のみを理由として手続的公序違反とすべきではなく、当事者が同意の上で任意に応じた場合や、違法なデイスカヴァリ手続が判決の結果にそれほど影響を及ぼしていないような場合には、手続的公序違反を認める必要はないと考えるのが相当であろう。

(5) 判決の理由不備・理由齟齬 判決の理由不備とは、理由が全くつけられていない、もしくは理由の一部を欠く場合であり、理由齟齬とは、理由はつけられているが、それ自体に矛盾があるため、判決本文の結論にいたる論理過程が明らかでない場合である。この判決理由の不備・齟齬が手続的公序違反となるかについては、従来特に議論はされていなかったように見える。しかし一部の学説では、わが国で懲罰的損害賠償を命じる判決の承認・執行可能性について初めて判断した萬世工業事件の地裁判決を例に挙げて、論理的に本文の結論を導き出すに至る理由が付されることはわが国の民事訴訟法の基本

原則であることから、必要最低限の理由が付されていない外国判決は、手続的公序の要件を充たさないものとして承認すべきではないという指摘がされているので、以下この点について検討したい。

わが国の民事訴訟は判決書に理由を記載することを要求し、これは必要的記載事項とされている。その理由は、事実認定に際して自由心証主義がとられ、証拠調べの範囲、証拠の評価、さらには弁論の全趣旨をも加えて裁判官の広範な裁量に委ねられていることから、この広範な裁量権に対応して、判決に理由を付すことにより裁判官の心証形成が明らかにされ、裁判の公正さを担保するとともに、不意打ち裁判からの保護が得られるからであるといわれている。従って、判決理由を判決書の必要的記載事項とすることによって保護しようとしている基本原則は、裁判の公正さを担保するといういわば手続的正義の要請であるといえよう。そうであるならば、それはまさに当事者の憲法上保障されている手続基本権の保障という観点から手続的公序を審査することで代替可能であり、理由を全く欠く判決であっても、その裁判の公正さは十分担保されていると思われる。また、判決理由は当

該外国の実体法を前提としているから、理由齟齬か否かの判断はその実体法の解釈と密接な関係を持つ。そこで、仮に理由齟齬を手続的公序違反とすると、手続的公序の審査に実体法の解釈が必要となることから、実質的再審査禁止の原則に反することになるであろう。以上のことから、判決の理由不備・理由齟齬それ自体は、手続的公序違反とすべきではないと考える。従って、先の萬世工業事件の地裁判決を手続的公序違反を認めたものだとする学説には賛成できない。すなわち、「経験則・論理法則からみて無理がある」という判旨を理由齟齬に言及したものであるとみるならば、その判断にあたってはわが国の実体法を基準にしたといわざるを得ない。この点で判旨は実質的再審査を行っていることになり、適当とはいえないであろう。当該地裁判決は、懲罰的賠償を命ずる判決の承認・執行の問題を実体的公序との関係でとらえたのであり、判決の理由不備・齟齬を理由に手続的公序違反を認めたとはい解せないであろう。

判決理由の不備の問題は、特に詳細な理由付けを必要としない陪審裁判に基づく判決の承認が求められた場合に顕著であると思われる。陪審の評決は理由を付さず結

論のみであり、これは神の声として、ほとんど絶対的な權威を与えられているとされている。このようなシステムの下では、結果の正しさは検証する余地がなく、もっぱら手続の正しさによってそれを間接的に根拠づけるしかないということから、手続のあり方が主要な関心事となり、そこからデュー・プロセス・オブ・ローの觀念が、さらには手続優先の思想が生まれるとされている。⁽⁴⁾このように考えると、陪審裁判において判決に理由が付されていないからといって、その陪審の評決が不公正であるとか、陪審の恣意に基づくものであるとはいえないであろう。手続が正当に行われている限りは、陪審の評決も正当になされたとみなされることになると思われる。確かにわが国においては判決に理由を付すことが明文で義務づけられ、理由不備や理由齟齬や絶対的上告事由の一つとされている。その意味ではわが国手続法の強行法規ないしは基本原則といえるであろう。他方、アメリカにおいては判決書に理由を付すことは何ら義務づけられていないのであるから、これはいわば両国の手続法体系の根本的な相違から生じるものであり、その手続自体を比較してわが国の強行法規であることを理由に手続的公序

(153) 外国判決の承認・執行における手続的公序についての一考察

違反とすべきではあるまい。従って、たとえわが国から見て論理的に本文の結論を引き出すために最低限必要であると考えられる理由が付されていなくても、手続が正当になされている限りは、それを理由に反を認めることはできないと考える。これは、判決国で、わが国のように判決理由を付すことが義務づけられているにもかかわらず、理由が欠けていた場合であっても同様である。理由がないことが承認要件の審査に支障をきたすのであれば、当該外国裁判所の手続で提出された訴訟資料等を用いて、理由の不備を補うことで足りると解する⁽¹⁷⁾。

- (1) 兼子＝竹下・前掲書一四八一―一四九頁。
- (2) ZPO三三八条は、欠席判決を受けた当事者は判決に對し故障を申し立てることができる旨規定し、同三三九条は、欠席判決の送達から数えて二週間の故障期間を設けている。
- (3) 名古屋地裁昭和六二・二・六判決判時二二三六号一―三頁では、西ドイツの欠席判決のわが国での承認・執行が問題になった事例であるが、当該外国判決の正本と共に、故障の申立によって欠席前の訴訟状態に復しうる旨の教示文書が被告に送達されていたことから、被告の手続的公序違反であるとの主張は認められなかった。
- (4) vgl. BGH U. v. 18. 10. 1967 BGHZ 48, 327.

- (5) vgl. BGH U. v. 25. 3. 1970 BGHZ 53, 357.
- (6) 例えば、民訴法一三九条の時機に遅れた攻撃防御方法の却下。
- (7) アメリカについては、Fed. R. Civ. P. 56 (c)、イギリスについては、R. S. C. O. 14, r. 4.
- (8) 佐藤功・日本国憲法概説「全訂第三版」(一九八五年)四二頁。
- (9) 新堂＝小島編・注釈民事訴訟法(1)「新堂幸司執筆」(一九九一年)八四頁。
- (10) 同・八五頁。
- (11) Martiny, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts Bd. II/1 (1984), Rdnr. 1059, (S. 490).
- (12) 岡田・前掲論文(4)法政論集一五二号四七四頁。
- (13) 同・四七四頁。
- (14) Martiny, a. a. O., Rdnr. 1094, (S. 489).
- (15) 石川明「不当取得判決とその救済」民事手続法学の革新(下)(一九九一年)三頁。
- (16) 判例については、東京高裁平成二・二・二七判決東高民報四一巻一―四号十一頁。学説については、青山・注解四〇三頁、高桑・前掲論文一四三頁、中野・前掲書一七九頁。
- (17) 左上善和・判例評論三八二号五七頁、六〇頁。
- (18) 河野正憲「詐取判決の既判力」当事者行為の法的構造(一九八八年)三三三頁以下参照。
- (19) 竹下・条解六四〇頁参照。

- (20) 古川絵里「米国連邦民事訴訟におけるディスカヴァリと司法制裁」『国際商事法務第二』一卷十二号(一九九三年)一三七五頁以下参照。
- (21) これについては例えば、伊藤・前掲論文一三頁以下、座談会「アメリカの開示制度と日本法への影響」『ジュリハ』二四号(一九八四年)四二頁、五一頁以下参照。
- (22) 例えば、霜島甲一「米国開示手続の対日涉外問題(1)②」『NBL三〇』六号八頁以下、三〇八号四九頁以下、三一五号二七頁以下(一九八四年)参照。
- (23) 岡田・前掲論文(4)四七六頁も同旨。
- (24) 伊藤眞「開示手続の理念と意義(下)」判タ七七七号(一九九三年)十一頁十三頁。
- (25) 古川・前掲論文一三七五頁。
- (26) 小林秀之・証拠法(一九八九年)八頁以下参照。
- (27) 中野・前掲論文十七頁。
- (28) vgl. Martiny, a. a. O., Rdnr. 1109, (S. 495).
- (29) 例えは, attorney-client communications, priest-penitent communications 等。James = Hazard = Leubsdorf, Civil Procedure 250, 251 (4th ed. 1992).
- (30) Fed. R. Civ. P. 26 (c) (7). また, Uniform Trade Secrets Act 五条によれば, 裁判所がディスカヴァリの対象となっている情報を trade secret と認めれば, 合理的な手段によってその秘密を保持しなければならないとされている。その手段には, ディスカヴァリ手続との関連での protective order を命ずることが, 14 U. L. A. 433, 461 (1980).
- (31) 竹下守夫「模索的証明と文書提出命令違反の効果」『手続法の理論と実践(下)』(一九八一年)一六三頁以下参照。
- (32) 岡田・前掲論文四七七頁も同旨。
- (33) Supra note (29) at 254.
- (34) 証拠調べに関する国際司法共助については、小林秀之「国際司法共助」澤木・青山編・国際民事訴訟法の理論(一九八七年)二八五頁、三二五頁以下参照。
- (35) 岡田・前掲論文四七七頁も同旨。
- (36) 高田「外国判決の承認の要件に関する若干の考察—当事者の手続権の観点から—」(一九九三年十月に行われた九州大学法学部主催の「国際民法問題に関する日本・ドイツ・スイス国際シンポジウム」に際しての報告書を参照)。
- (37) 中野・松浦・鈴木編・民事訴訟法講義〔補訂第二版〕〔林屋礼二執筆〕(一九九一年)六〇三頁。
- (38) 東京地裁平成三・二・一八判決判時一三七六号七九頁。
- (39) 伊藤眞「営業秘密の保護と審理の公開原則(下)」『ジュリハ』一〇三二号(一九九三年)七七頁、八二頁。
- (40) 紺谷浩司「民事手続における審問請求権 (Anspruch auf rechtliches Gehör) について—西ドイツ基本法第103条第1項に関して—」『政経論叢』十八巻三・四号(一九六八年)九一頁、一二六頁。
- (41) 谷口・前掲論文三八頁以下参照。
- (42) Martiny, a. a. O., Rdnr. 1114, (S. 498).

四 手続的公序の具体的な審査のあり方

(1) 手続的公序は職権調査事項か、抗弁事由か。この問題は本質的には、当事者自らが異議を唱える可能性を利用しない場合にも、国家が法秩序維持という観点からこれに干渉すべきかの問題であるといえよう。⁽¹⁾ 一般に民法訴訟200条各号の承認要件は原則として職権調査事項であると考えられているが、手続的公序に関しては、当事者の主張を待って裁判所はこれを考慮すれば足りるとする見解もある。⁽²⁾ しかし、私見によれば、手続的公序の機能はわが国の訴訟法秩序及び基本原則の維持であり、その訴訟法原則の基準は憲法上保護すべき手続基本権である⁽³⁾と考える。そして、それが一種の手続的正義として広く一般に裁判の正当性ないしは公正さを確保し、それによってまず当事者を納得させ、さらには国民の裁判に対する信頼を確保するという作用を持つ以上、⁽⁴⁾そこには承認国側の後見的、政策的判断に基づく客観的な当事者保護ないしは私的利益の保護⁽⁵⁾という、公的な紛争解決機関としての国家が維持すべき社会的利益、さらには義務があるように思われる。

従って、手続的公序は職権調査事項とするのが相当であろう。ただし、ここでいう職権調査とは、それまでの訴訟の経過や訴訟資料の外観から見て、手続的公序違反が疑わしいと思われる場合に、当事者が主張していなくても裁判所が進んで取り上げるといふ意味においてであると考ええる。そのような疑わしい点がない場合にまで、いちいちチェックする必要はあるまい。また、職権探知を要求するものでもないと考ええる。例えば、訴訟要件の調査についてみれば、訴訟要件の調査の開始は職権調査とされている場合が多いが、その存否を判定する資料は、裁判所が職権によって収集する場合（職権探知）と、当事者の提出した資料に委ねる場合（弁論主義）とに分かれるとされ、その区別は、その訴訟要件に寄せる制度設定者としての裁判所の要求の多少・濃淡によって決まるといわれている。⁽⁶⁾これを、手続的公序の要件の審査の場合にあてはめると、審問請求権の保障や裁判官の独立・中立といった、手続基本権にその基礎を求める手続的公序の場合は、公益性が強いことから、その調査の開始も資料の収集も職権によるべきであるが、デイスカヴァリのように主に当事者の利益に関わる場合には、その調査

の開始は職権としても、資料の収集は当事者に任せるのが適切であるように思われる。

(2)実質的再審査禁止の原則との関係 今までの考察を前提として手続的公序の審査を一言でいうと、訴訟提起から判決確定までの手続の流れの中で、わが国の手続的正義の観点からみて、当該外国裁判所が被告の訴訟主体たる地位を尊重し手続に積極的に関与する機会を与えるために、適切な配慮をしたかどうかを審査することにあるといえよう。従って、手続的公序との関係で実質的再審査とみなされるのは以下のような審査であると思われる。すなわち、手続の瑕疵自体を審査の対象とし、その個々の訴訟行為の当否や適法性、事実認定を改めて評価し直すこと、さらには判決国法に従ってその個々の判断の適法性を判断するような審査である。逆にいえば、上述した手続的公序の審査基準に従う限りでは、実質的再審査の危機は起こりえないと思われる。

また、手続的公序の審査の許容範囲を判決国の事実認定との関係で考えてみると、わが国の判例では当該外国判決の認定していない事実まで審査することは許されないと解されていたが、そこでは必ずしも手続的公序との

関係で対象となる事実の範囲を考えていたわけではないと思われる⁽⁸⁾。判決の事実認定からは手続的公序の審査のための十分な資料が得られないことが多いことから、手続的公序の判断に必要な限りで、新たな事実認定も許されるのが相当であろう。またその際には、外国裁判所における審理において提出された証拠資料をも斟酌することができる⁽¹⁰⁾と考える。しかし、だからといっていくらでも新たな事実認定が許されるわけではなく、まず第一には与えられた判決の認定事実の範囲で審査が可能であるならばそれを前提とすべきであろう。なぜなら、承認手続において、はじめから当該判決の認定事実を離れて証拠から独自に新たな事実を認定し、それに基づいて手続的公序違反の有無を審査することは、裁判の当否を問うことにつながると考えられるからである⁽⁹⁾。仮にそのような事実認定がなされていない場合には、既述の審査に必要な範囲のみ、補充的な事実認定及びそれに伴う証拠調べが許されると思われる⁽¹¹⁾。

(1) 岡田・前掲論文(5)三九〇頁。

(2) 竹下・条解六四三頁(ただし二号を除いて)。

(3) 青山・注解四〇四頁。

- (4) 谷口・前掲論文四四―四五頁。
- (5) 石黒・前掲書五一七頁。
- (6) 中野Ⅱ松浦Ⅱ鈴木・前掲書四二三頁〔鈴木正裕執筆〕。
- (7) 東京地裁昭和四四・九・六判決判時五八六号三頁。
- (8) 櫻田嘉章「外国判決の承認・執行」ジュリ増刊民事訴訟法の争点〔新版〕(一九八八)三〇四頁、三〇七頁。
- (9) 同・三〇六頁。
- (10) 東京高裁平成五・十一・十五判決判タ八三五号(一九九四年)一三二頁は実体的公序についてであるが同旨。
- (11) 三ツ木正次・ジュリ八二〇号(一九八四年)一〇六頁、一〇八頁。
- (12) 櫻田・前掲論文三〇七頁。石黒・前掲書五二五頁も同旨。

五 まとめ

以上、外国判決の承認・執行における手続的公序について検討した。手続的公序は昭和五八年の最高裁判決で

いわば付随的な形で認められたとの認識が強いが、一方でわが国の手続法原則として維持しなければならない領域と、他方で外国訴訟法秩序を含めて外国判決をできるだけ認めていこうとする現代社会の要請との調和点を見出す鍵となるものであると考えられる。民事訴訟法改正案では、手続的公序が三号に明文で規定されることも鑑みれば、今後承認制度における手続的公序の役割はもっと注目されるべきものであるし、また重要な役割を占めるべきものと言えるであろう。さらに公序の議論をする上で、外国判決の承認制度の本質や承認の効果や対象等承認制度をどうとらえるかという本質的な問題との関係でより詳細な検討を行う必要があり、論者の今後の課題としたい。

(一橋大学大学院博士課程)