

外国判決承認要件充足の基準時と承認の発生時点

——ドイツにおける議論を参考に——

釜谷真史

九州大学大学院法学研究院助手

はじめに

- 1 わが国民訴訟法 118 条充足の基準時に関する議論
- 2 ドイツ民訴訟法 328 条充足の基準時に関する議論
- 3 検 討

はじめに

外国訴訟が開始されてから、当該外国訴訟において下された外国判決の承認がわが国で問題とされるまで、場合によっては数十年にもわたる時間が経過することがある。かかる長い時間の流れのなかで、民訴訟法 118 条に定められている外国判決承認要件はどの段階で充足されていなければならないのか、法文からは必ずしも明らかではない。外国判決の承認に関して定める民訴訟法 118 条は、承認に必要な要件を定めるのみであって、これらの要件がいつの段階で満たされるべきであるのかについては規定していないからである。

民訴訟法 118 条要件充足の基準時の問題が裁判例において顕在化したのは、平成 5 年 11 月 15 日東京高裁判決においてである⁽¹⁾。この東京高裁判決の枠組みは、外国判決後に生じた事情を民訴訟法 118 条 3 号公序要件充足判断の基礎として取り入れ、考慮することを可能にしたものであるが、理論的には、承認要件充足の基準時を要件審査時にすることを前提にするものであったために、承認要件充足の基準時の問題が注目されるにいたったのである。学説は高裁の枠組みを支持するもの、あるいは批判するものにとり、二分された。

平成 5 年東京高裁判決の枠組みを批判する学説は、承認要件充足の基準時を外国判決確定時におくべきであると主張する(以下、この学説を判決確定時説とい

う)⁽²⁾。その根拠は、以下のとおりである。外国判決の承認に関しては、執行の場合のような特別手続を必要としないことからして、承認は当該外国判決がその外国で確定した時点においてわが国でその効力が発生するという自動承認制度と呼ばれる法制をとっているのであり、したがって民訴法 118 条要件充足の基準時もまた外国判決確定時である、と。このように、判決確定時説の議論の特徴的な点は、承認要件充足の基準時を論ずるに当たって、承認がいつの時点で発生するか（以下、承認の発生時点と呼ぶ）について言及する点にある。

このような判決確定時説には、高裁の枠組み同様要件審査時を基準とすべきと主張する学説（以下、要件審査時説と呼ぶ）が対峙している⁽³⁾。要件審査時説は、わが国の承認制度が自動承認という用語で特徴付けられることは認め、また外国判決確定時に外国判決がわが国において承認されることも認める。しかし、この見解においては、承認の発生時点から直接承認要件充足の基準時を導かないか、あるいは承認の発生時点も、現実に裁判所との関係においては要件審査時に承認されるとして要件審査時であると考えてることによって、承認要件充足の基準時は要件審査時であると主張されているのである。このことは換言すると、要件審査時説もわが国承認制度が特別な手続を必要としないという手続面での「自動性」を有することは認めつつ、判決確定時説が強調したところである、承認の発生時点についての「自動性」については否定するか、認めるとしてもその現実的な意義をほとんど認めないものである、ということができよう。

以上のように、東京高裁判決を契機とする承認要件充足の基準時の議論においては、承認の発生時点に関する議論との関係が重要な位置を占めていると思われる。翻って平成 5 年東京高裁判決が下されるまでを振り返ると、承認要件充足の基準時についてのわが国における議論は、コンメンタール等において断片的に扱われるにとどまっていたのであり、また判決確定時説の重要な論拠である承認の発生時点に正面から言及するものはほとんど見られなかった。

ここで視点を変えてみるに、承認要件充足の基準時を要件審査時とする議論においては、しばしばドイツにおける議論が取り上げられてきた。若干以下の

論述を先取りするが、たしかにわが国の多数説によって主張されていたように、ドイツにおいて要件審査時を基準とするものが多くみられることが確かめられる。しかし、ドイツにおける議論はこれにとどまるものではなかったようなのである。つまり、ドイツの多くの見解では、承認の発生時点についてわが国の判決確定時説同様、外国判決は外国判決確定時に「自動承認」されているという考え方が前提とされており、にもかかわらず承認要件充足の基準時に関しては別途要件審査時とするという、興味深い議論状況なのである。

このような背景に基づき、本稿は、民訴法 118 条に規定される承認要件が充足されるべき基準時について、ドイツにおける議論を参照しつつ、承認の発生時点との関係に着目しながら検討しようとするものである。

以下では、まずわが国における承認要件充足の基準時の議論を整理することにする(1)。そこでは、外国判決確定時説も主張されているものの、要件審査時説が多数を占めていることが確認されよう。その上で、ドイツにおける承認要件充足の基準時の議論を検討することにしたい。その際には、まず、承認要件充足の基準時についての議論を簡単に整理し、要件審査時説が多数を占めることを確認する。その上で、ドイツ学説が「承認の発生時点」と「承認要件充足の基準時」との関係をもとにどのように考えているのかについて、「承認の発生時点」についての議論を手がかりに検討する(2)。最後に、これらを通じて得た成果を、わが国における議論と比較しつつ検討することにしたい(3)。

1 わが国民訴法 118 条充足の基準時⁽⁴⁾に関する議論

(1) 議論状況

上述したように、わが国においては、承認要件充足の基準時の問題は従来から取り扱われてきたものの、その多くがコンメンタール等において各号の要件が解説されるにあたり、論点のひとつとして論じられるものであった。そこでは、正面から承認の発生時点と平仄を合わせて論じられることはなかったのである。そこでの議論は以下のようにまとめることができよう。

民訴法 118 条要件充足の基準時を外国判決確定時に要求する学説はわずかながら存在した。判決国における訴え開始時や判決言渡し時など、外国訴訟の時

点に民訴法 118 条承認要件充足の基準時を求める見解である。1 号の「外国」要件⁽⁵⁾、2 号の管轄要件⁽⁶⁾なかでも管轄を基礎付ける事実⁽⁷⁾について、および旧民訴法 200 条 2 号が定めていた「日本人」要件⁽⁸⁾について主張された。

他方、要件審査時を基準とする学説は、とくに 1 号の管轄要件⁽⁹⁾、3 号の公序要件⁽¹⁰⁾、4 号の相互性要件⁽¹¹⁾について主張され、中には複数の時点を基準時として複合させるものもみられる。第一に管轄要件につき、外国訴訟の時点を基準とすることを原則としつつ、承認が問題となる時点までに要件が満たされる状況となった場合にはその充足を認めるべきとする見解があり⁽¹²⁾、第二に相互性要件について、要件審査時あるいは外国判決確定時に必要とした上で、それで「足りる」と主張する見解が見られた⁽¹³⁾。これは、主張の前提として要件審査時および外国判決確定時の双方を必要であるとする見解を念頭におきつつ、双方ともに要求する必要はないとする見解であると思われる。また第三に執行が問題となる場合を挙げ、外国判決確定時と要件審査時の両方の時点において要件の充足を求める見解が少数ながら唱えられていた⁽¹⁴⁾。

ここで着目したいのが、かかるさまざまな基準時が唱えられるその根拠がどこにあるのかという点である。この点について述べられることは非常に少なく、述べられていたとしてもその多くは民訴法 118 条各号に定める要件ごとに当該要件の特性を述べ、そこから基準時を導くものであった。例えば要件審査時説において、各要件は時間による変化を受けることが理由とされることがある。管轄要件はわが国の訴訟法が専属管轄を規定し、条約を結ぶことにより変化するものであり⁽¹⁵⁾、公序要件は公序の観念そのものが相対的、流動的であるというのである⁽¹⁶⁾。さらに、公序要件については、公序審査とは外国判決をわが国において受容しうるか否かの審査であること⁽¹⁷⁾、また旧民訴法 200 条 2 項日本人要件については、この条項が自国民保護のための条項であることを理由に、要件審査時が基準とされるべきと主張される⁽¹⁸⁾。

このように、コンメンタール等における承認要件充足の基準時に関する記述は、一般的には承認の発生時点との関係において論じられるものではなく、むしろ管轄、公序等、問題となる要件そのものが持つ性質からの内在的要請を反映させたものがほとんどであった。

(2) 承認の発生時点との関係

もっとも、承認要件充足の基準時を論じる場合に、承認の発生時点を検討する見解がまったくみられなかったわけではない⁽¹⁹⁾。内外判決の抵触に関する著名な裁判例である関西鉄工事件判決⁽²⁰⁾をめぐって、承認の発生時点にもふれた議論がなされてきた。

関西鉄工事件は、原告X（ニューヨーク州法人）が、ワシントン州裁判所が下した被告Y（日本法人）に対する金銭支払を命じる判決（以後、本件外国判決という）に基づく強制執行を求めたものである。YはXのワシントン州における訴訟については管轄を争うとともに、別途大阪地裁にXに対する債務不存在確認訴訟を提起した。Xの請求を認容する本件外国判決が下された約50日後に、大阪地裁においてYの請求を認容し債務不存在を確認する判決が下された。そこで本件外国判決の執行が問題となった時点においては、日本とアメリカの間には矛盾する判決が並存することになったのである。

大阪地裁は以下のように判示し、Xの請求を棄却した。「民訴法200条の要件があるか検討するに、同一司法制度内において相互に矛盾抵触する判決の併存を認めることは法体制全体の秩序を乱すものであるから訴の提起、判決の言渡、確定の前後に関係なく、既に日本裁判所の確定判決がある場合に、それと同一当事者間で、同一事実について矛盾抵触する外国判決を承認することは、日本裁判法の秩序に反し、民訴法200条3号の『外国裁判所の判決が日本における公の秩序に反する』ものと解するのが相当である」（なお、判旨中の条文は旧民訴法下での条文）。

本件が外国判決確定→内国判決確定→外国判決の執行を求める本件執行判決請求訴訟という流れの事案であったため、承認要件充足の基準時が問題となったのである。外国判決確定時を基準とする場合、その時点でいまだ存在しない内国確定判決の存在は考慮し得なくなるのに対し、要件審査時を基準とするときには考慮し得ることになるからである。判旨は、「既に」内国確定判決があるときに外国判決を承認することが「日本裁判法の秩序」に反し、118条3号公序要件に抵触するという。ここでの「既に」の基準時点は必ずしも明らかではないが⁽²¹⁾、本件事案において外国判決確定時では内国確定判決は存在していな

いのであるから、要件審査時を指して判断したものと解すべきである。

学説においては、一方では、判旨が民訴法 118 条 3 号充足の基準時を要件審査時として、外国判決確定後に確定した内国判決を考慮したことが批判された。ここでの理由付けでは承認の発生時点を考慮したと思われるものがみられる。たとえば、三ツ木弁護士は、「外国判決は、たとえ執行判決がなくても民訴 200 条 [現 118 条 (著者注)] の要件を具備する限り、日本において『その効力を有す』るものであり、外国判決に対してその実質的審査を行わないわが国においては、判決国法により内容の定まった既判力は、同条の要件を具備した時点(就中確定の時点)において執行判決を待たずして発生する」と述べ、承認要件が充足されている限りにおいて少なくとも要件審査時以前の時点で承認は発生しているとしているのである⁽²²⁾。また、内国裁判所は当該外国判決の既判力に拘束されるべきであったと指摘するものもみられた⁽²³⁾。

他方、判旨の枠組みに賛成する学説⁽²⁴⁾、またより明確に判旨の理論を敷衍する学説もみられた⁽²⁵⁾。例えば、青山教授は、「既にわが国の訴訟の判決が確定していれば、その既判力を認めてそれと矛盾する外国判決の効力を否定すべきであり、逆に外国判決の承認を求められた時にわが国の訴訟の判決が未確定であれば、外国判決の効力を承認するほかあるまい」と述べ⁽²⁶⁾、民訴法 118 条 3 号要件の判断の基準時は「外国判決の承認を求められたとき」すなわち、要件審査時であるとするのである⁽²⁷⁾。そして、要件審査時以前の段階で承認が発生しているとして承認の発生時点に言及しつつ判旨を批判する見解に対しては、「外国判決は当然に我が国においてその効力を有するとはいえ、それが具体的に問題となるのは前提問題につき外国判決を考慮することになるとき、または執行判決が求められたとき」であり、この時点を基準に内国確定判決の有無を判断すると反論するのである⁽²⁸⁾。このように大阪地裁判決に関する学説の議論対立では、旧民訴法 200 条 3 号公序要件充足の基準時をどの時点におくかという議論において、そもそも承認がどの段階で発生するものかという点についての見解の相違が垣間みられていたのである。

このように民訴法 118 条充足の基準時と承認の基準時が一部の場面で関連付

けられていた状況で、前述した子の引渡しに関する平成5年東京高裁判決をめぐる議論が起こったのである。ここでは承認の発生時点に関する議論対立が、「自動承認」という文言を用いながらより明確に示されたといえよう。つまり一方で、承認の発生時点は外国判決確定時、あるいは少なくとも要件審査時より以前の時点であるとする大阪地裁判決を批判する学説と同じ土俵に立つのが、判決確定時説であった。わが国の承認制度が承認のための特別手続を必要としない制度であることから承認の発生時点が外国判決確定時であることを導き、要件の審査もこれと平仄を合わせ外国判決確定時が基準とされるべきであると主張した。他方、大阪地裁判決を支持する学説と同じ土俵に立つのが要件審査時説であり、外国判決承認制度が手続を必要としない制度であることまでは認める（手続的自動性は認める）ものの、手続がないことはそれ以上の意味を持たず、具体的に裁判所との関係で承認の効力が生じるのは要件審査時であると主張されていたのである。

(3) 小 括

以上のように、民訴法118条充足の基準時については、多くの場合で民訴法118条各号に定める要件の個々の性質に着目して論じられるほか、近時とくに承認の発生時点に着目して論じられていた。そして後者においては、要件審査時に承認が発生すると考える学説からは要件審査時説、外国判決確定時に承認が発生すると考える学説からは判決確定時説というように、同条充足の基準時としては承認の発生時点と足並みをそろえた基準時が主張されてきた。

承認の発生時点についての議論の分かれ目は、「承認のための特別手続を必要としない承認制度」の解釈であった。たしかに判決確定時説のいうように、特別手続を必要としない承認制度のもとでは制度上外国判決確定時に承認が発生するとの解釈が要請されると考えるのであれば、要件審査時説のいう、承認の発生時点＝要件審査時との前提は妥当ではないということになる。しかしながらこの点、外国判決確定時説において、なぜ特別手続がない制度のもとでは承認の発生時点＝外国判決確定時となるのかは論証されていない。「特別手続を必要としない承認制度」であることそのものについては要件審査時説も認

めるところであることに鑑みると、この点が明らかにされる必要があると思われるのである。

ところで、民訴法 118 条充足の基準時をめぐる議論では、要件審査時説と判決確定時説という対立する両説において、わが国と同様の承認制度を有する、すなわち承認のためには特別な手続を必要としないというドイツにおける議論がしばしば参照されてきた⁽²⁹⁾。要件審査時説は、ドイツ有力説が承認要件充足の基準時を要件審査時におくことを、判決確定時説は、ドイツでは承認の発生時点を外国判決確定時とすることを引用するのである。ドイツにおいては、承認要件充足の基準時と承認の発生時点とはどのように結び付けられて論じられているのであろうか。

2 ドイツ民訴法 328 条充足の基準時に関する議論

ドイツにおける外国判決承認及び執行に関する規定は、以下に掲げる、ドイツ民訴法（以下、ZPO と表記する）328 条および 722 条・723 条である。

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応訴せず、かつこのことを援用する被告に対して、訴状が適式に送達されなかったか、または防御するのに十分な時期に送達されなかった場合
- ③判決が、ドイツにおいて下された判決もしくは承認されるべきそれ以前の外国判決に抵触する場合、または当該判決の基礎となる訴訟がそれ以前にドイツにおいて係属した訴訟に抵触する場合
- ④外国判決の承認がドイツ法の本質的な原則に抵触する結果をもたらす場合、とくに承認が基本法に抵触する場合
- ⑤相互の保証がないこと。

(2)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かった場合、または外国判決が親子事件（640 条）に関するものである場合には、本条 5 号の規定は当該判決の承認を妨げるものではない。

722 条 (1)外国裁判所の判決に基づく強制執行は、執行判決により執行が許されることを宣言された場合に限ってなすことができる。

(2)執行判決を求める訴えは、債務者が普通裁判籍を有する区裁判所または地方裁判所が管轄し、普通裁判籍がないときは、第23条により債務者に対して訴えを提起することのできる区裁判所または地方裁判所が管轄する。

723条 (1)執行判決は合法性の審査なくして下されなければならない。

(3)執行判決は、外国判決が判決国法によると確定力を得た場合にはじめて下される。外国判決が328条によると承認されない場合には、執行判決は下されえない。

ZPO 328条各号に規定される承認要件充足の基準時に関してもわが国同様、多彩な基準時が主張されている⁽³⁰⁾。そして、要件審査時説を基準として各号要件の充足あるいは不充足を判断するとするものが多数を占め、また外国判決確定時を基準とするものは少数にとどまるようにみえる。以下では、1同様に、最初に承認要件各号の性質に着目した議論を概観した後に、承認の発生時点との関係について検討を試みる。

(1) 議論状況

ZPO 328条充足の基準時を、外国判決確定時に代表されるような要件審査時以前の段階におこうとする見解は、ZPO 328条1項1号管轄要件においてみられる。管轄要件を基礎付ける事実は問題となった外国訴訟の時点で認識可能であり、また、裁判に対する十分な関係を基礎付ける事情を対象とすべきとして⁽³¹⁾、外国訴訟の段階において同条要件の充足を求めるのである⁽³²⁾。たとえば、外国裁判所で当事者の離婚が判断された50年前の時点で当事者の間接管轄が基礎付けられていたために承認されていると信じ、離婚を基礎として生活していた場合に、その後管轄準則が改正されたとか当事者が転居したというだけで承認が覆されるというのは不当であるというのである⁽³³⁾。

他方、ZPO 328条充足の基準時を要件審査時におく見解は学説・裁判例ともに多く、この見解はその内容から二つに大別することができる。一つは、(ア)同条各号要件の充足を——外国判決確定時に充足しているかは特に問題とせず——常に要件審査時に求めるとする見解であり、また一つは、(イ)ZPO 328条1項各号の承認要件が外国判決確定時に充足されることを原則としつつ、この時

点で不充足であっても遅くとも要件審査時までには充足されていれば足りるとする見解である。

まず(ア)は、おもに公序要件に関して主張されている⁽³⁴⁾。承認要件を基礎付ける事実や公序準則というものは時間の経過とともに変化するものであり⁽³⁵⁾、また内国は、外国判決が内国における裁判において問題となるときにはじめて公序違反の判決を阻止する必要があるとして、外国判決が要件審査時に承認されることによりいかなる影響が及ぼされるかを問題とすべきであるというのである⁽³⁶⁾。一旦承認されると考えた当事者の期待を裏切り、法的安定性を害するとの批判に対しては、公序というものはそもそも公益に関わる条項であり、このような当事者の利益に反して実現されるべきものであり優先されるとすると反論される⁽³⁷⁾。このように公序というものを現時点における審査であると位置づける場合に、(ア)のように要件審査時を基準とする学説が説かれるようである。この(ア)の見解は、日本においても主張されているものとはほぼ同じものである。

次に(イ)は、主としてZPO 328条1項1号管轄要件や、同条同項5号相互性要件に関して主張されている⁽³⁸⁾。例えば管轄要件につき、原則として判決国での判決言渡し時を基準とするが、後に管轄要件がより多くの外国判決を承認するべく緩和の方向で改正されたことにより⁽³⁹⁾、いまや承認要件が充足されるにいたった場合には、その時点で外国判決は内国における効力が認められると主張される⁽⁴⁰⁾。この点、外国訴訟の時点での承認の可否についての当事者の訴訟上の信頼を害するとの指摘があるものの⁽⁴¹⁾、現代の急速な国際化のもと国家が外国判決承認要件を緩和することは予測可能であり不承認との結論に対する当事者の信頼は保護に値しないと反論されている⁽⁴²⁾。5号の相互性要件についても同様に、外国判決確定時よりも後の段階で外国判決を下した国との国家関係が改善されることで相互性要件が充足されるにいたった場合には、この時点での承認を認めるべきであると主張される⁽⁴³⁾。

(2) 承認の発生時点との関係

それではドイツの学説では、ZPO 328条要件充足の基準時と承認の発生時点との関係はどのように考えられているのであろうか。まず、判決確定時を基準

とする説において、承認の発生時点を外国判決確定時としてこれと平仄を合わせる見解がある点はわが国の判決確定時説と同様である。たとえば、Geimerは承認が外国判決確定時に発生するというを前提に、すべての承認要件について厳格に外国判決確定時における充足を主張するのである。しかし、承認の発生時点についてGeimerのように外国判決確定時を基準とする場合でも、ZPO 328条充足の基準時については要件審査時を基準とする学説が散見されるのである。なぜ承認の発生時点＝外国判決確定時としながらも、ZPO 328条要件充足の基準時＝要件審査時とする結論が導かれるのか、承認の発生時点に関する議論を追いつつ検討することにしたい。

(a) 「承認の発生時点＝外国判決確定時」原則

ZPO 328条要件充足の基準時の問題を承認の発生時点と平仄を合わせて論じるGeimerは、承認の発生時点について次のように論じる。

承認とは、承認国法によって命じられる、判決国法により与えられるべき外国判決の効力の内国への拡張である⁽⁴⁴⁾。そして、ドイツ法においては承認のため何らの特別の手續を必要としていない⁽⁴⁵⁾ことから、承認が法律に基づいて直接に生じるものと解し⁽⁴⁶⁾、承認要件が満たされている限り、法律上当然 (kraft Gesetzes) に、外国判決の効力が内国に拡張する。これを「自動的判決承認制度 (System der automatischen Urteilsanerkennung)」と呼び、このような法に基づく自動的承認制度であることの帰結として、第一国の判決効は第一国で生じた時点で第二国に拡大するのであって、承認問題が現実には審査される時点は問題ではない⁽⁴⁷⁾。

まず、最初の一文において、「外国判決の承認＝外国判決の効力の内国への拡張」であるとの、外国判決承認の定義が示される。そして、外国判決の承認のために特別の手續を必要としない制度のもとでは、この拡張は法律上当然になされるという。このように、外国判決の効力の内国への拡張としての承認が、特別な手續を必要とすることなく生じること、このこと全体を指して、「自動承認」であると呼ぶ。これらを前提に、外国判決の効力の内国への拡張が、要件の具備を前提として法律上当然になされるときには、結果として(要件が具備されている限り)外国判決確定時に外国判決の効力が内国へ拡張する、すなわち承

認が生じるというのである。

このように Geimer の所説においては、「自動承認」とは「承認＝外国判決の効力の内国への拡張」というテーゼを前提として、その承認に特別手続を必要としていないことの総体を指す。わが国における判決確定時説のいうように、特別手続が必要とされないから外国判決の承認が外国判決確定時に発生するわけでもなく、また、要件審査時説のように特別手続が必要とされないことのみをさして「自動承認」と評されるわけでもない。そして、このような意味における「自動承認」の論理的帰結として、承認の発生時点＝外国判決確定時という議論が成り立っているのである。Geimer のような厳密な論証までではなくとも、効力拡張という性質を持った承認が、特別手続を必要としないドイツ法のもとで、外国判決確定時あるいは少なくとも要件審査時以前の段階で発生すること自体は、ごく少数の見解を除き⁽⁴⁸⁾、ドイツにおいて広く承認理論の前提とされている⁽⁴⁹⁾。

その上で Geimer は、承認の発生時点に関するこのようなテーゼを、ZPO 328 条充足の基準時にも厳格に適用する。外国判決の効力の内国への拡張は、ZPO 328 条要件が具備されているときに限り外国判決確定時になされるのであって、この時点で具備されていない以上は、その後に同条要件が具備されるに至ったように見えたとしても承認はなされないというのである⁽⁵⁰⁾。したがって、Geimer の見解では、承認の発生時点は外国判決確定時のみ、ということになるのであり、ZPO 328 条要件については公序要件、相互性についても充足もこの時点にのみ求められることになるのである⁽⁵¹⁾。

(b) 「承認の発生時点＝外国判決確定時」原則の緩和

もっとも、ZPO 328 条は承認に一定の要件の具備を必要としている以上、外国判決確定時には ZPO 328 条の要件が具備されていなかったものの、その後承認要件が改正されるなどして、後の段階になって同条の要件が具備されるにいたるという事態が生じることは避けられない。

この点すでに述べたように、Geimer は承認の発生時点についてのこのテーゼを厳格に適用し、承認の発生時点は外国判決確定時のみとし、ZPO 328 条要件充足もこの時点にのみ求める。しかし、承認の発生時点を外国判決確定時を

中心に理解する見解であっても、Geimerのように承認の発生時点を固定する見解は少数である。むしろこのテーゼに従いつつ、外国判決確定時に承認要件が充足されておらず外国判決は内国に拡張されなかった（＝承認されなかった）場合でも、後に承認要件が充足された場合にはその時点での拡張，すなわち承認を認めるとする見解が多く見られる⁽⁵²⁾。承認の発生時点は、外国判決確定時を原則としつつ後に承認要件を具備した段階において随時，ということになるため⁽⁵³⁾，ZPO 328条充足の基準時は結果的に承認の発生時点となることもありうるのである。

以上の点を考慮すると，承認を容易にする方向で承認準則あるいはその解釈が変更した場合には要件審査時を基準として外国判決確定時後の承認をみとめる見解（前述(イ)）が成り立つことは容易に理解することができよう。しかし，外国判決確定時に承認要件を充足していたとしても要件審査時に欠けていれば承認を認めないとする見解（前述(ア)）はこの理論では説明がつかない。これをどう考えるべきであろうか。

(c) 執行力宣言要件としての ZPO 328 条——執行力の不承認

Geimer は承認の発生時点について述べたあと引き続き，外国判決に基づくドイツにおける執行には ZPO 722 条以下の特別手続が必要とされている理由について，以下のように説明する⁽⁵⁴⁾。

承認とは外国判決の効力の内国への拡張である。この通説的な効力拡張の理論（Wirkungserstreckungstheorie）に対比されるのが，等置理論（Gleichstellungstheorie）である。もっとも，等置理論は承認にあてはまるものではなく，むしろ執行力宣言（Vollstreckbarerklärung）にあてはまるものである。執行力宣言では承認がなされるのではなく（判決国の執行力が内国に拡張するのではない），内国法による内国法独自の執行力の付与（die originäre Verleihung der Vollstreckbarkeit）がなされるのである。判決国法を通じて与えられた外国判決の執行力は，内国には拡張されない⁽⁵⁵⁾。

Geimer は，「承認＝外国判決の効力の内国への拡張」ととらえつつも，承認の対象に執行力を含めない。執行力は承認されないからこそ，内国において外

国判決に基づく強制執行をなすためには、わが国の執行判決に相当する執行力宣言 (Vollstreckbarerklärung) という特別手続を必要とするというのである。「執行力宣言=内国執行力の付与」とまとめることができるこの捉え方は、承認=拡張とする見解とともに、ドイツでは広く受け入れられている見解である。

いまや執行力宣言は承認とは切り離され、承認の発生時点や承認要件充足の基準時についての議論から直接の影響を受けるものではない。この点、ドイツの執行力宣言はわが国の執行判決制度同様、承認要件たる ZPO 328 条の充足をその一要件としている (ZPO 723 条) ため、執行力宣言の場面においても ZPO 328 条充足の基準時が問題となる。しかし、承認と執行力がこのように切り離されているとすれば、「執行力宣言の一要件としての」ZPO 328 条要件充足の基準時が「承認要件としての」それとは異なることも考えうる。たとえば承認要件としての ZPO 328 条各号要件充足の基準時を厳格に外国判決確定時とすることを主張する Geimer でさえ、執行力宣言の前提としての ZPO 328 条公序要件審査に用いられる準則は外国判決確定時よりも後の時点を基準に決されるという⁽⁵⁶⁾。

ZPO 328 条要件充足の基準時として要件審査時を掲げる学説のうち(イ)は、ほとんどの場合において執行力宣言が問題となる場面において唱えられている。とすると、この見解は、執行力宣言の一要件として ZPO 328 条が問題となった場面での ZPO 328 条充足の基準の議論であると考えられるのであり、その限りで承認の発生時点や承認要件としての ZPO 328 条充足の基準時の議論と矛盾抵触することはないと考えられる。

(3) 小 括

ドイツにおいては、「外国判決の承認=外国判決の効力の内国への拡張」であるとのテーゼが前提とされており、かつ外国判決承認に特別手続を必要としない以上承認は自動的になされる (自動承認) という点については多くの見解が認めている。ここから、承認の発生時点=外国判決確定時であるとの見解、さらには ZPO 328 条充足の基準時=外国判決確定時であるとの見解が導かれていた。

しかし、ドイツにおける ZPO 328 条充足の基準時については要件審査時を基準とするものが有力であった。その理由付けとしては、ZPO 328 条 1 項 4 号の公序要件について、公序というものが裁判所における審理の段階で判断しなければならないという理由を挙げるものもみられた。しかし注目すべきなのは、先に述べたような承認制度の理解を前提としても、拡張の時点を外国判決確定時に厳格に固定せず後の段階においても認めることは可能であり、この場合には、承認の発生時点は後ろの時点にずれ込み、ZPO 328 条充足の基準時は結果的に要件審査時ということになりえたという点である。また、この承認のテーゼでは執行力が明確に排除されていることから、「執行力宣言の一要件」としての ZPO 328 条は、「承認要件」としてのそれと概念上区別することができ、前者としての ZPO 328 条充足の基準時を要件審査時に置くことができるという点も明らかになった。このように、ドイツにおける学説においては、ZPO 328 条充足の基準時を要件審査時とする学説は、そのすべてにおいて、「承認」が要件審査時に審査を通じてはじめて考えているわけではなかったのである。

3 検 討

本稿では、わが国およびドイツにおける承認要件充足の基準時に関する議論を、承認の発生時点に関する議論に着目しながら追ってきた。以下では、ドイツにおける議論と対比させながら、わが国の議論を検討していきたい。

わが国民訴法 118 条要件充足の基準時については、承認の発生時点との関係で、外国判決確定時と要件審査時という異なる時点が主張されていた。外国判決確定時説は、わが国の外国判決承認制度が特別な手続を必要としない承認制度であることを自動承認制度ととらえ、このような制度のもとでは外国判決確定時に承認がなされるのであり、民訴法 118 条充足の基準時を要件審査時にすることはこれに抵触すると主張する。他方要件審査時説は、たしかにわが国の承認制度は特別手続を必要としない自動承認制度であるが、だからといって外国判決確定時に承認が発生するとは限らないとして、むしろ要件審査時に承認が発生し、また要件審査時に承認要件充足を必要であると主張する。筆者は 1 (3)において、仮に判決確定時説の言うように特別手続を必要としない承認制度

のもとでは承認の発生時点＝外国判決確定時であるとするのであれば、要件審査時説のような承認の発生時点のとらえ方には問題点があるが、その一方で、そもそもなぜ特別手続がないだけでかかる承認の発生時点が導かれるのかが不明であると指摘していた。

この点、Geimerをはじめとした多数説の議論は、そもそもなぜ特別手続を必要としないということのみを理由に外国判決確定時に承認がなされるといえるのかという、わが国外国判決確定時説において明確に論じられていなかった点に示唆を与える。

すなわち、ドイツの多数説は、承認に特別手続が必要としないことだけを自動承認と呼ぶのではなく、またここからのみ承認の発生時点を導くのではない。あくまで「承認＝外国判決の効力の内国への拡張」とのテーゼを前提とした上で、特別手続を必要としない承認制度という理解をするため、「自動承認」の語は、手続を必要としないことのみならず、特別制度がない以上外国判決の効力の内国への拡張が法律に基づいて自動的に発生するとの意味をも含めて、用いられることになる。その結果として、承認の発生時点が外国判決確定時とされるのである。ところがわが国の外国判決確定時説においては、「承認＝外国判決の効力の内国への拡張」とのテーゼは前提とされていなかった。そこで承認に特別手続を必要としないことからのみ外国判決確定時における承認の発生を導くしかなく、判決確定時説はこの点で説得力に欠くように思われたのである。

また、ZPO 328条充足の基準時を要件審査時におく学説の中には、承認の発生時点を原則として外国判決確定時におく見解も存在していた。第一に、外国判決の効力が外国判決確定時に内国に拡張されなくとも、後の段階で拡張することも考えるため、かかる緩やかな効力の拡張を認める場合には、承認の発生時点およびZPO 328条充足の基準時も後の段階にずれ込むことになった。第二に、「承認＝拡張」のテーゼからは執行力が明確に排除されているために、同じZPO 328条が問題となる場合であっても、ZPO 723条の一要件として同条が問題となる場面においては、要件審査時を基準とすることが承認の発生時点＝外国判決確定時という原則を侵すものではない。第三に、——この点についての詳細な検討は別稿に譲るが——承認要件自体、とくに公序要件自体が内国に

における要件審査の段階において発動されるべき性質を有すると考えるのであれば、承認の発生時点に関する議論とは別にかかる要請を満たすべく要件審査時を基準時とすることも考えうる。これら三つの場面においてはいずれも要件審査時を基準に ZPO 328 条要件が審査されるということになるとはいえ、承認が要件審査時に初めて生じるとするものではなく、承認の発生時点＝外国判決確定時という原則そのものを崩すものではないと思われる。

以上の検討において重要な点は、ドイツにおいて有力に主張される「承認＝外国判決の効力の内国への拡張」との理解である。わが国においても従来、かかる理解がなされていなかったわけではない。むしろ既定のものとして取り扱われており⁽⁵⁷⁾、そもそもなぜかかる理解がなされるにいたったのかについて論じられることがなかったように思われる。たしかに、「承認＝拡張」というテーゼはすべての場面において万能に機能するわけではなく、たとえば、承認された外国判決の効力に関する議論において、このテーゼは批判の対象とされてきた⁽⁵⁸⁾。しかし、そもそもなぜこのテーゼが主張されるにいたったのか、今一度検討を加える必要があるのではなからうか。

本稿のテーマであった承認要件充足の基準時については、かかるテーゼの採否を明らかにした上で、また公序要件をはじめとした個々の要件について各要件の特性を踏まえた上で結論を出す必要があると思われるが、現時点では、筆者は以下のように考えている。わが国においても「外国判決の効力の内国への拡張」という意味における承認が特別手続を必要とせず生じることをも含め自動承認と捉え、その結果原則として外国判決確定時に承認が発生し、民訴法 118 条充足の可否は原則として外国判決確定時を基準として判断する。もっとも、民訴法 24 条の一要件として同条が問題となる場合には、かかるテーゼは妥当せず要件審査時を基準と考えうるものの、請求異議事由に相当するような外国判決後の事情については、そもそもかかる事情が「公序」要件で把握し尽くすことのできる事情ではないことを鑑みると、同条充足の基準時をずらすことにより考慮するのではなく別途執行判決請求訴訟の中において考慮し執行を阻止するための枠組みを構築し、その枠組の中で考慮すべきであると考え⁽⁵⁹⁾。

- (1) 東京高判平成5・11・15家月46巻6号47頁。拙稿「外国判決承認執行制度と外国判決後の事情の考慮について」九大法学83号(2002年)131頁以下参照。なお、この問題については、外国離婚に伴う外国扶養料判決の執行が問題となった事例において、外国判決後の事情を民訴法118条3号要件審査の基礎においた東京高判平成13年2月8日判タ1059号232頁に関して、再び論じられている。渡辺惺之「判批」私判リマ2002年下151頁、中西康「判批」平成13年重判解(2002年)328頁、熊谷久世「判批」沖縄法学31号(2002年)89頁参照。
- (2) 渡辺惺之「判批」平成5年度重判解(1994年)296頁、山田恒久「判批」涉外判例百選[第3版](1995年)230頁、河野俊行「国際的な子の奪い合い」焔場準一編『国際私法の争点[新版]』(有斐閣,1996年)186頁、横溝大「判批」ジュリ1105号(1997年)153頁、早川吉尚「実体的公序」高桑昭＝道垣内正人編『新・実務裁判体系3国際民事訴訟法(財産法関係)』(青林書院,2002年)360頁。
- (3) 竹下守夫「判例から見た外国判決の承認」新堂幸司ほか編『中野貞一郎先生古稀祝賀・判例民事訴訟法の理論(下)』(有斐閣,1995年。以下、判例民法と略称)546頁、岡田幸宏「外国判決の効力」竹下守夫ほか編『講座新民事訴訟法』(弘文堂,1998年)377頁、海老沢美広「外国判決執行の一面:変更と執行のあいだ」朝日法学論集25号(2002年)36頁、中西・前掲判批(注(1))329頁。
- (4) なお、民訴法118条要件充足の基準時は、厳密には、各要件を基礎付ける事実についての基準時と、これを審査する準則についての基準時が区別して考えられるが、本稿では従来の議論においてとくにそのように明記されている場合にのみ区別して紹介する。
- (5) 厳密には、判決国確定時に必要とする説(三井哲夫「強制執行法第514条・515条」岩野徹ほか編『注解強制執行法(1)』(第一法規,1974年)98頁、小室直人「民事訴訟法第200条」斉藤秀夫編著『注解民事訴訟法(3)』(第一法規,1973年)347頁、小島武司＝猪股孝史「民執法24条」石川明ほか編『注解民事執行法上巻』(青林書院,1991年)202頁、中野貞一郎『民事執行法[第2版]』現代法律学全集23(青林書院,1991年)167頁、竹下守夫「民事訴訟法第200条」兼子一ほか編『条解民事訴訟法』(弘文堂,1986年。以下、条解民法と略称)644頁)と、判決国言渡し時に必要とする説(青山善充「民事執行法第24条」鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法(1)』(第一法規,1984年)386頁、高桑昭「外国判決の承認及び執行」『新・実務民事訴訟講座(7)』(日本評論社§1982年)133頁)に分けられる。
- (6) 鈴木忠一「外国非訟裁判の承認・取消・変更」法曹時報26巻9号(1974年)1507

- 頁。外国裁判所の裁判がなされたとき、非訟事件については裁判の告知の時とする。
- (7) 青山教授は、多数説たる要件審査時説が判断に用いられるべき準則の基準時と判断対象たる事実の基準時を混同したものであると批判し、前者については要件審査時、後者については外国訴訟の基礎の時点を基準とすべきとする（青山・前掲（注(5)）399頁）。同旨、高田・注釈民訴法373頁。
- (8) 具体的には、訴え提起後の国籍変動が要件充足に影響を及ぼすかが問題となり（高田・注釈民訴法374頁参照）、訴訟開始時、外国における訴え提起時・送達時に必要とする説が多数を占めていた（青山・前掲（注(5)）399頁、小室・前掲（注(5)）124頁、菊井維大＝村松俊夫「民事訴訟法200条」『全訂民事訴訟法（追補版）』671頁、小島＝猪股・前掲（注(5)）212頁、宮脇幸彦「訴訟」市川亨ほか編『貿易実務講座(8)』555頁。なお竹下・条解民訴法648頁は外国口頭弁論終結時説をとる）。なお、この旧民事訴訟法200条2号は不当な内国人保護の規定であるとの従来からの批判を受け、新法では削除された。
- (9) 菊井＝村松・前掲（注(8)）1137頁、小室・前掲（注(5)）352頁、高桑・前掲（注(5)）139頁、宮脇・前掲（注(8)）554頁、青山・前掲（注(5)）398頁。
- (10) 小室・前掲（注(5)）353頁、鈴木忠一・前掲（注(6)）26頁、竹下・判例民訴法553頁、矢ヶ崎武勝「外国判決の承認並にその条件に関する一考察(1)」国際法外交雑誌60巻1号（1961年）74頁。
- (11) 宮脇・前掲（注(8)）557頁、高田・注釈民訴法391頁、坂本恵三「外国判決の承認・執行」石川明＝小島武司編『国際民事訴訟法』（青林書院、1994年）152頁。
- (12) 竹下・条解民訴法648頁。
- (13) 要件審査時で足るとするものとして、青山・前掲（注(5)）406頁、高桑・前掲（注(5)）145頁、竹下・条解民訴法652頁、小島＝猪股・前掲（注(5)）220頁、外国判決確定時で足るとするものとして、小室・前掲（注(5)）354頁。
- (14) 執行が問題となる場合の相互性につき、矢ヶ崎武勝「外国判決の承認並にその条件に関する一考察(2)」外交60巻2号（1961年）221頁。承認のみが問題となる場合には、法的安定性の観点から外国判決確定時のみで足るとする。
- (15) 宮脇・前掲（注(8)）554頁。
- (16) 小室・前掲（注(5)）353頁、矢ヶ崎・前掲論文(1)（注(10)）74頁。中西・前掲判批（注(10)）329頁は、公序の評価は内国裁判を通じて初めて固定されるという。
- (17) 矢ヶ崎・前掲論文(1)（注(10)）74頁、竹下・判例民訴法553頁。
- (18) 具体的には、内国で外国判決の効力の有無が問題となる訴訟の口頭弁論終結時が基準となるとする。竹下・条解民訴法648頁。
- (19) 承認は「外国判決に内国における効力を持たせるもの」とするもの（鈴木忠一・

- 前掲(注⑥)26頁)や、「外国裁判の効力の内国への拡張を認める」(矢ヶ崎・前掲論文(1)(注⑩)74頁)ものであるとして、要件審査時を基準として要件審査する見解は、承認の発生時点を外国判決確定時ではなく要件審査時とするものといえよう。
- ⑳ 大阪地判昭和52年12月22日判タ361号127頁。
- ㉑ 渡辺惺之「国際的二重訴訟論」ジュリ971号494頁注22。
- ㉒ 三ツ木正次「判批」ジュリ693号284頁。
- ㉓ 竹下・条解民訴法651頁。また、道垣内正人「判批」涉外判例百選〔第三版〕(1995年)237頁は、承認要件を満たした外国判決の既判力との抵触の有無は職権調査事項とされていることと併せ考えると問題であるとする。
- ㉔ 土井輝生「判批」国際商事法務6巻5号209頁。
- ㉕ 宮脇・前掲(注⑧)549頁、青山・前掲(注⑤)404頁、矢ヶ崎・前掲論文(1)(注⑩)74頁。
- ㉖ 不承認とする根拠として、内国判決が先に確定している場合には、「承認執行すること自体が公序に反する(第三のカテゴリー)」。外国判決が先に確定している場合には、内国訴訟手続で既に確定している外国判決を援用する可能性が論理的にあったはずだが、阻止されることなく内国判決が確定した場合にはこれ以後矛盾する外国判決の承認執行は許されなくなる、とする。青山・前掲(注⑤)404頁参照。
- ㉗ なお矢ヶ崎教授によると、「外国判決の承認を宣告する内国の判決はこの宣告によってその外国判決の内容を自分の中に取り入れるのであるから、自国が既に自国の裁判所によって既に異なった裁決に達している時にはこれが不可能であることは当然」として、要件審査時に外国判決とは異なる判断を下す内国判決がないことを承認要件とは別の要件として掲げる。矢ヶ崎・前掲論文(1)(注⑩)67頁以下。
- ㉘ 青山・前掲(注⑤)404頁。
- ㉙ たとえば、要件審査時説がドイツにおける通説であると説く、海老沢・前掲(注)24頁および36頁や、特別手続を必要としない承認制度のもとでは外国判決確定時に承認が発生する点につき Geimer の所説を引用する、横溝・前掲判批(注②)153頁参照。
- ㉚ Martiny は、承認要件充足の基準時は要件ごとに考慮されうるとしている。D.Martiny, "Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach autonomem Recht", in: Max-Planck-Inst. für Ausl. u. Internat. Privatrecht (ed.), *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Vol. 3, No. 1 (Tübingen, 1984), p.141.
- ㉛ Martiny, *ibid.*, p. 351.
- ㉜ 裁判所の管轄は管轄を基礎付ける事情が変化したことによって影響を受けるものではないとする ZPO 261 条 3 項を類推適用するか否かで、申立時を基準とするか

見解か、あるいは口頭弁論終結時を基準とするかに分かれる。前者の見解として、R. Geimer, *Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland* (München, 1995. 以後 *Anerkennung* で引用), p.55, P.Gottwald, in: G.Lüke et al. (ed.), *Münchener Kommentars zur Zivilprozessordnung*, Vol. 1 (München, 1992), p. 2118, Martiny, *supra* note 30, p. 350. 後者の見解として、E. Schumann, in: W. Grunsky et al. (ed.), *Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 20th ed. Vol. 2, No. 2 (Tübingen, 1989), p.177.

33) Martiny, *supra* note 30, pp. 351f.

34) Martiny, *supra* note 30, p. 511. Schumann, *supra* note 32, pp. 19f, H. Roth, in: C. Berger et al. (ed.), *Stein-Jonas Kommentar Zivilprozessordnung*, 21st ed. Vol. 4, No. 1 (Tübingen, 1998), p. 380. Roth は数年間の子の成長がここで考慮されるという。裁判例として子の引渡しに関する BGH1979. 4. 11 判決 (*NJW*1980, pp. 529f.) やデュッセルドルフ上級地裁 1981. 12. 4 判決 (*FamRZ*1982, pp. 534f.) 参照。批判として、Geimer, „book review“, *DNotZ* 1990, pp.524f. なお、相互性において主張するものとして Gottwald の見解がある。相互性要件は職権探知事項であることを理由に、内国における審査段階を強調するようである。Gottwald. *supra* note 32, p. 2124.

なお、Riezler は、承認要件が外国判決言渡し時と要件審査時の双方の時点で充足されていることを求める (E. Riezler, *Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht* (Berlin/Tübingen, 1949), pp. 534, 542f.). 要件審査時にまで要求する理由について、公序に関し、外国判決言渡し後に戦争が勃発したときに不当であり、また金銭判決の執行を例に、判決言渡しの時点で承認され得なかった判決が後に執行・承認されるのでは債権者に不当な利益をもたらすからとする。もともと、「執行のとき」とあるように、執行力が問題となる場面を想定しているようである。

35) Martiny, *supra* note 30, p. 511.

36) Martiny, *ibid.* 根拠を民訴法 328 条 4 号の文言にも求める。同様の見解として、P. Hartmann, in: A. Baumbach et al. (ed.), *Zivilprozessordnung*, 59th ed. (München, 2001), p. 1182.

37) Martiny, *supra* note 30, p. 512, F. Eberlein, *In welchem Zeitpunkt müssen die Voraussetzungen für die Anerkennung ausländischer Urteile in Deutschland nach §328 Abs. 1 Ziff. 1, 4 u. 5 ZPO und nach den entsprechenden Bestimmungen in Staatsverträgen gegeben sein ?* (Erlangen, 1952), pp. 50f. ただし、Eberlein は既になされた履行は不承認の判断にもかかわらず有効に存続すると考えること

で保護がなされるとする。

㉔ なお公序要件についても、外国判決後に外為法等の禁止規則が失効したことによりいまや公序違反ではなくなった場合について、要件審査時を基準とすると説くのは Martiny, *supra* note ㉔, pp. 511f.

なお少数説として、Schütze は承認の発生時点につき内国牽連性を要求する。内国牽連性発生時に承認要件が充足されているかが、結局のところ要件審査時において検討することになるものの、要件審査時になければならないとするわけではない点でやはり(ア)説とは異なる。R. A. Schütze, *Deutsches Internationales Zivilprozessrecht* (Berlin/New York, 1985. 以後 DIZPR で引用), pp. 163f, idem, “Der Zeitpunkt der Anerkennung ausländischer Urteile”, *NJW* 1966, pp. 1598f.

㉕ 当事者による放棄も要因として認める見解として、Gottwald, *supra* note ㉕, p. 2107. Martiny, *supra* note ㉔, p. 141.

㉖ H. Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht* 2nd ed. (München, 1996), p. 342, Martiny, *supra* note ㉔, pp. 349f.

ドイツにおいては管轄要件の改正が頻繁に行われていることから、改正の法に従うと承認が認められるような事例では要件審査時を基準とするとされるようである。それゆえ、たとえば後になって外国判決の被告が当該外国に財産をもつようになった等、管轄を基礎付ける事実の基準時については後の充足を認めることを否定される傾向がある。Schumann, *supra* note ㉕, pp. 34f.

㉗ Schumann, *supra* note ㉕, p. 19.

㉘ Schack, *supra* note ㉖, p. 342, Gottwald, *supra* note ㉕, p. 2107. Roth, *supra* note ㉕, p. 380.

㉙ Schumann, *supra* note ㉕, p. 47.

㉚ Geimer, *IZPR*, pp. 694 f., idem, *Anerkennung*, p. 86, idem, *Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile* (München, 1966. 以後 *Gerichtsbarkeit* で引用), pp. 31f.

㉛ 承認と執行の差を手続の有無に求めるのではないことは、Geimer は自動承認制度の例外を、ZPO 723 条の執行力宣言手続ではなく、親族法変更法 7 款の婚姻事件についてのラント法務省での確認手続を挙げる点に現れる (Geimer, *Gerichtsbarkeit*, p. 35)。確認手続の趣旨は自動承認制度の下で生じうる各裁判所の判断のばらつきの回避にある。したがって、承認の性質は民訴法 328 条にもとづく承認と変わらず、ラント法務省の宣言は設権的ではなく宣言的な性質を持ち、その効力は外国判決確定時に遡及するという。他方、執行力宣言は外国判決に内国執行力を付与するものであって承認とは関わらず、ZPO 722 条が ZPO 328 条要件充足を求めて

いるのも、執行力付与の一要件としているに過ぎないという。

(46) Geimer, *IZPR*, p. 699. idem, *Anerkennung*, p. 94, idem, *Gerichtsbareit*, pp. 33f.

(47) Geimer, *IZPR*, p. 699, idem, *Anerkennung*, p. 95.

(48) Hartmann は自動承認という用語を全く使わず、また承認が原則で不承認が例外であるわけではないことを強調する見解し、承認は民訴法 328 条の要件を審査されて初めて生じるとするが、その根拠等は不明である (Hartmann, *supra* note 39, p. 1178)。

(49) Schack, *supra* note 40, p. 341, Martiny, *supra* note 30, p. 140, Gottwald, *supra* note 32, p. 2107, Schütze, *DIZPR*, p. 163 (なお内国牽連性を必要とする点につき、前注39参照), Schumann, *supra* note 32, pp. 13, 20, Roth, *supra* note 34, pp. 371f.

(50) 外国判決が確定した後の内国承認法の変更について、外国判決は当該外国で効力を生じたのと同じ時点でわが国においてもすでに承認され効力を生じているのだから、承認を困難にする方向での変更は、承認の可否で考慮すべきではなくむしろ再審等内国判決の効力の排除と同様の問題として考慮すべきという (Geimer, *Anerkennung*, p. 63, Geimer/Schütze, *Internationale Urteilsanerkennung*, Vol. 1, No. 2 (München, 1984), p. 1603)。なお承認を容易にする方向への変更は、不承認に対する当事者の信頼を理由に、考慮すべきでないとする (Geimer, *Anerkennung*, p. 64)。

(51) Geimer/Schütze, *supra* note 50, p. 1603, R. Hausmann, *Die kollisionsrechtlichen Schranken der Gestaltungskraft von Scheidungsurteilen* (München, 1980), pp. 163f.

(52) Martiny, *supra* note 30, p. 108, Gottwald, *supra* note 32, p. 2107. Schack は形成効を例に挙げ、一旦承認要件を充足した後に再び欠ける事態が生じても、一度生じた承認の効力は引き続き残るとする (Schack, *supra* note 40, p. 342)。

(53) さらに、純粋な内国訴訟との比較から、基準時の問題を導こうとする見解があり、ここでは、内国訴訟同様口頭弁論終結時における事情から出発されている。Schumann, *supra* note 32, p. 19. Roth, *supra* note 34, pp. 379f.

(54) Geimer, *IZPR*, p. 695, idem, *Anerkennung*, p. 86.

(55) Geimer, *IZPR*, pp. 770f, idem, *Anerkennung*, pp. 163f.

(56) Geimer/Schütze, *supra* note 50, p. 1607. 外国判決後に出された輸出禁止令を例に挙げ、外国判決債務者の給付義務について、内国で承認はなされるが執行が認められないという、自然債務と同様の状況が生じるとする。もっとも逆の場合、すなわち外国判決後に承認を緩く認める方向で公序準則が変更になった場合に、既判力が承認されないが執行は認めるとすることは、当事者の信頼との関係では説明がつか

ないと指摘する (Geimer, *IZPR*, pp. 9f.)。

- 67) 青山・前掲(注(5)) 365頁, 中野・前掲(注(5)) 166頁, 宮脇・前掲(注(8)) 550頁。
- 68) Gottwald, *supra* note 62, pp. 2106f. 高田裕成「財産関係事件に関する外国判決の承認」澤木敬郎=青山善充編『国際民事訴訟法の理論』(有斐閣, 1987年) 372頁, 越山和弘「国際民事訴訟法における既判力の客観的範囲」法学研究 68巻7号(1995年) 43頁, 松本博之「国際民事訴訟法における既判力問題」石部雅亮ほか編『法の国際化への道: 日独シンポジウム』(信山社, 1994年) 105頁。
- 69) この点で, 前注(1)における離婚夫婦間の扶養料に関する東京高裁判決は, 外国判決後の事情を考慮した上で民訴法 118条3号公序要件に反すると判示しており, 外国判決後の事情を公序要件内で判断したという点には賛成できない。もっとも, 原審判決で「承認」の可否を問題していたのとは対照的に, 「執行」を認めないとする判断を下しており, 承認と執行を区別している点は評価できる(なお, 渡辺・前掲判批(注(1))も承認と執行を区別する)。