

法学論叢（二六一卷二号）二〇〇七年五月、（二六一卷三号）二〇〇七年六月
法学論叢（二六一卷五号）二〇〇七年八月、（二六一卷六号）二〇〇七年九月
抜刷

外国判決承認・執行の要件としての裁判官の独立

——中国を例として——

森
川
伸
吾

論 説

外国判決承認・執行の要件としての裁判官の独立 (一)

——中国を例として——

森 川 伸 吾

目 次

- I はじめに
- II 法律論の概観と若干の検討
 - 一 判例・学説の状況
 - 1 判 例
 - 2 学 説——個別事情を問題とする説
 - 3 学 説——個別事情を問題としない説
 - 二 憲法三二条と外国判決承認執行制度の関係
 - 1 「裁判官の制度的独立性の憲法的保障
 - 2 外国判決承認執行制度（実質的再審査禁止）と憲法三二条
 - 三 「裁判官の個別事件における実際の独立性」の立証に関する問題
 - 1 直接的立証の困難性
 - 2 判決内容審査による立証の問題点（以上、本号）
 - 四 「制度的な独立性」の評価
 - 五 承認・執行要件の解釈態度
 - 六 当事者による「非独立性の受容」
 - 七 仲裁制度及び専属管轄合意との関係

八 「謙抑性」、「結果の重大性」、「内国関連性」等との関係
 九 小 括——「一律処理枠組と原則例外枠組の併用」

Ⅲ 中国における裁判官の制度的独立性

一 憲法の定める政治制度の下での権力集中

二 党指導体制の下での権力集中

三 人民法院内での裁判委員会への権力集中と「裁判官の独立」の否定

四 「裁判官の独立」に関する国家機関の枠内でのその他の状況

五 党指導体制と「裁判官の独立」

Ⅳ 総 括

I はじめに

ハーグ国際私法会議特別委員会による「民事及び商事に関する裁判管轄及び判決の承認執行に関する条約」草案の作成作業において、中華人民共和国（以下「中国」という。）の代表は、「公平で独立した裁判所で審理を受ける権利」を含む基本的な手続原則への違反」という事由を承認執行拒絶事由から削除しよう主張した。⁽¹⁾ その理由は、「他の締結国の裁判所が公平で独立しているか否かを審査することは政治的に問題」であるというものだった。⁽²⁾

同条約草案は、その後、対象範囲を絞り、「管轄合意に関する条約」（以下「ハーグ管轄条約」という。）として、二〇〇五年にハーグ国際私法会議において採択された。⁽³⁾ ハーグ管轄条約においては、すべての締結国に、管轄合意により選択された他の締結国の裁判所の判決を承認・執行する義務を課しているが、一九九九年六月の暫定的草案に存在した「承認執行が求められている国の手続に関する基本原則（公平かつ独立した裁判所で裁判を受ける権利の保障を含む）と相容れない手続により下された判決である場合」という承認執行拒絶事由は、ハーグ管轄条約においてはもはや存在しない。⁽⁴⁾

司法の独立が「中国人民の百年來実現されない夢」とまで言われている状況に鑑みれば、中国が「公平で独立した裁判所で審理を受ける権利」を条約に盛り込むことに反対したのは、至極当然のことであろう。また、このような中国の

主張は、「中国の裁判所が公平で独立しているか否かが審査された場合には、中国判決の承認・執行が拒絶される可能性が高い」という認識を中国の代表が有していた証左と理解することもできそうである。

周知の通り、一九八〇年代末から一九九〇年代初めにかけて、旧ソ連及び東欧諸国においては、社会主義体制（乃至共産党による一党独裁体制）が崩壊した。一方、中国は、一九八九年の天安門事件（第二次天安門事件）を経て、従来同様の社会主義的政治体制（実質的な一党独裁体制⁽⁷⁾）を維持することに成功し、現在に至っている。

そして、そのような政治体制の下、①「司法権の独立」が排除され、それとは異なるものである「裁判の独立」が標榜されていること、②この「裁判の独立」は「裁判官の独立」ではなく「法院（裁判所）の独立」であること、③法院の裁判といえども中国共産党の指導に服すべきことが大前提とされていることの三点が中国内地（即ち、香港及びマカオ並びに台湾を除く中国の領域。以下同様⁽⁸⁾）における裁判の独立の特殊性として指摘されている⁽⁹⁾。

このような中国の制度状況は、中国内地の裁判所（以下「人民法院」という。）の確定した民事判決（以下「中国内地判決」という。）を我が国において承認・執行する際に、我が国の民事訴訟法及び民事執行法によってどのように評価されるのであろうか。

本稿Ⅱでは、「判決国において裁判官の独立が制度的に保障されていないこと」の評価に焦点を当てて、この問題に関する日本法上の諸問題を検討している。

検討対象を「司法（権）の独立」ではなく「裁判官の独立」に絞ったのは、前者は後者を包含する概念として用いられることが多いという点を考慮したためである。「裁判官の独立」については、これに裁判官の身分上の独立を含めて考える立場もあるが、本稿では、狭い意味、つまり裁判官の職務上の独立（乃至裁判官の職権の独立）を対象を絞り、その上で、そのような「裁判官の独立」についての制度的保障の欠如をどのように評価すべきかというものを検討している。これは、身分上の独立と職務上の独立が「手段—目的」の関係にあることを考慮したためである。また、検討の焦

点を、「個別事件における裁判官の独立性の欠如」ではなく「裁判官の独立の制度的保障の欠如」にあてたのは、前者について仮に立証が可能であれば、それが現行法の下で承認執行拒絶事由になることが、ほぼ明らかだからである。

結論先取りとなるが、本稿Ⅱにおいては、日本の裁判所は、外国判決の承認・執行に際して、判決国における裁判官の制度的な独立性が「日本法上保障されている最低限の水準」を満たすものか否かを検討しなければならないと結論付けている。

本稿Ⅲでは、そのような法律論を踏まえて、中国内地の制度状況を紹介している。行論の都合上、また、中国の状況に通じていない読者の便宜を考え、中国法研究においては周知に属する事項についても再度叙述し、また、必要な情報を追加している。(なお、以下においては、文脈上必要がある場合を除き、「中国内地」と「中国」を区別せずに記述している。)

中国において裁判の独立性が著しく低い水準に止まるのはなぜかということについては、「歴史、政治、経済、文化など各方面からその規定要因が諸々議論されている」⁽¹²⁾。そして、日本における先行研究は、坂口一成氏によれば、概ね、次のように要約される。

「従来の先行研究が明らかにしてきたように、裁判の独立を阻害する要素は少なくない。まず、現行憲法……は裁判所が独立して裁判権を行使する旨規定する(二二六条)一方で、党の国家に対する指導的地位を定める(前文)、また、事案の性質・程度に応じて、審理を担当する裁判官だけでは法的決定(判決・裁定)を下すことができず、それ以外の存在が最終的な法的決定を下す制度がある。それは党委員会、裁判委員会、裁判所長[院長]・院長等が最終的な法的決定を下すというものである……。これら以外にも人民代表大会……や行政機関からの干渉、および下級裁判所が上級裁判所に裁判について指示・意見を求める、いわゆる『案件请示制度』も裁判の独立を阻害する要素となっている……。すくなくとも実態として中国の裁判官の独立性が極めて低く、司法の独立と大きな隔りがある点について、日中両国においてコンセンサスに達しているといえる。そこで次に問われなければならない

のが、中国において裁判が独立できない（していない）要因は何であるか、という点である。従来の日本の先行研究は、主に上の法的制度や事実上の慣行の必要性ないしは合理性はどこにあるのか、という視点からこの論点に取り組んできた。これまでの議論を眺めると、おおよそ(1)党の指導の貫徹のため、(2)司法（裁判）の性格が行政的であること、(3)裁判官の資質が低いことの三点が指摘されている。このうち(3)が要因のひとつではあるが、決定的な要因ではないという点については、ほぼ異論がないものと考えられる。⁽¹³⁾（傍点は筆者。）

その上で、坂口氏は、「裁判官が『党の指導』に服従せざるを得ない仕組み、裁判が行政的とならざるを得ない仕組みは何か」を、一九八三年以降しばしば行われている「嚴打」と呼ばれる犯罪対策キャンペーンを素材として（つまり刑事手続を素材として）、論証することを試みている。⁽¹⁴⁾

乱暴を承知で坂口氏の要約を更に要約するならば、先行研究の主眼（乃至傾向）は、「実態としての中国の裁判官の独立性」が低いことを踏まえて、「裁判の独立を阻害する要素」を研究することにあつたといえる。坂口氏の論稿の後に発表された裁判の独立に関する業績においても、これは概ね同様である。⁽¹⁵⁾そして、これら先行研究により、①事件を担当する裁判官、②事件が係属する人民法院、③事件が係属する人民法院以外の国家机关（上級人民法院を含む）、④中国共産党の四者の関係、特に、①と②の関係、②（時として①）と③の関係、①と④の関係、②と④の関係が明らかにされている。⁽¹⁶⁾

一方、本稿Ⅲにおける制度紹介で問題とするのは、「裁判の独立を阻害する要素の存在」ではなく、「裁判官の独立を実現するために日本で採られている制度に相当する制度の不存在」であり、より具体的には、⑦「裁判官の職権の独立」の制度、④「裁判官の身分保障」、⑤「司法府の独立（権力分立）」の制度、及び⑥「権力を憲法・法律で制約していくという枠組」の四点がいずれも存在しないこと、並びに⑧それらの不存在にかかわらず裁判官の独立性を達成するような制度（乃至状況）が存在しないことである。

以上のうち⑦から⑩の四点が存在するか否かを検討するということは、近代立憲主義的な視点で『近代立憲主義の否定』を前提として設計されている中国の制度』を検討するということに他ならない。そのような視点での検討は、通常はさしたる意味を持たないのであるが、日本法の下での外国判決の承認・執行要件の解釈・運用との関係では、意味を有する。(後述のように、このような視点が必要となってくるのは、日本国憲法三二条の定める裁判を受ける権利が「歴史的に確立された近代的裁判制度を前提として、そこでの裁判を受ける権利」であることに対応している。)

⑦から⑩の四点が中国において存在しない、ということとは中国法研究者にとつては「常識」である。⁽¹⁷⁾しかし、研究者にとつて常識であるということ、中国内地判決の承認・執行を争う当事者がこれを日本の裁判所に対して立証できるか、ということとは別問題である。⁽¹⁸⁾特に、⑦及び⑩については、立証がやや困難であると思われる。⑦については、「法律に明文の規定がある刑事事件のみならず、法律に明文の規定がない民事事件についても裁判委員会が事件処理の最終決定権を有する(故に事件担当裁判官には事件処理についての最終決定権がない)」ということを立証しなければならない。

⑨については、「中国の全ての権力は人民に帰属し、それを人民代表大会が行使する」「中国共産党といえども憲法・法律に従わなければならない」「中国共産党は国家机关ではない」「中国は多党合作制をとっている」といったことが中国憲法の規定から明らかであるにもかかわらず、それらと両立する形で「中国共産党に権力が集中しており、国家机关は中国共産党によりコントロールされており、中国共産党の権力は憲法・法律により何ら抑制されていない」ということを論証・立証する必要がある。

なお、中国内地判決については、民事訴訟法一一八条四号の定める相互の保証要件が満たされていないことを理由に承認が拒絶された裁判例(大阪高裁平成一五年四月九日民一部判決、以下「堺支部事件高裁判決」という。)⁽¹⁹⁾がある。その主たる根拠とされたのは、中国における外国判決の承認・執行の要件・手続を定めた中国民事訴訟法二六八条の内容そのものではなく、①同条の規定する「互惠原則」要件(即ち、相互主義要件)⁽²¹⁾に関する中国最高人民法院の有権解釈(司

法解釈⁽²²⁾、②同要件の具体的適用に関する中国最高人民法院の回答文書、及び③大連市中級人民法院の裁判例であった。⁽²³⁾しかし、②及び③については、中国国内で問題性も指摘されている。⁽²⁴⁾そのような指摘に應えるために、今後、中国最高人民法院が解釈・運用を変更し⁽²⁵⁾、「互恵原則」要件の運用を緩和した場合には、堺支部事件高裁判決の先例としての価値は、大きく損なわれることになると思われる。

そのほか、堺支部事件高裁判決の判断は、家事事件にかかる中国内地判決については、先例としての価値を有しないとも思われるし、また、同判決について「日中間の取引紛争の事案ではないから、相互の保証に関する先例的価値は相対的に割り引いて考える必要がある」との意見も出されている。⁽²⁷⁾

(1) 道垣内正人「裁判管轄等に関する条約採択をめぐる現況(下)」——二〇〇一年六月の第一回外交会議の結果」ジュリスト二二二号(二〇〇一年)九二頁。

(2) 同前。

(3) 道垣内正人「二〇〇五年のハーグ『管轄合意に関する条約』」国際私法年報七号(国際私法学会、二〇〇五年)一八四頁。

(4) 道垣内正人「ミックス条約としての国際裁判管轄及び外国判決承認執行条約案の作成(下)」——ハーグ国際私法会議二〇〇〇年条約案」ジュリスト一一六四号(一九九九年)一一三頁。

(5) ハーグ管轄条約九条e号は「承認又は執行が、公序に明らかに反する場合(判決に至る特定の訴訟手続がその国の手続的公正の基本原則に反する場合を含む。)」を承認執行拒絶事由として定めるにすぎない(道垣内・前掲注(3)二〇二頁)。

(6) 鈴木賢「中国における裁判の独立の実態と特徴的構造」社会体制と法八号(二〇〇七年)四八頁。

(7) 名目的には「多党合作」であるが、実質は一党独裁である(本稿Ⅲ二五(五)参照)。

(8) 中国憲法三一条に基づき制定された香港特別行政区基本法及びマカオ特別行政区基本法に基づき、香港及びマカオにおいては、中国内地とは異なる政治制度(司法制度を含む)及び経済制度が実施されている。司法制度との関連では、これら特別行政区には、それぞれ独立の司法権と終審裁判権が認められている。また、台湾においては、中国内地と全く別の法制度が存在している。

(9) 鈴木・前掲注(6)四八頁。

(10) 鈴木忠一「裁判官の独立とその問題」小山昇・中島一郎編『裁判法の諸問題(中)』(有斐閣、一九六九年)三一四頁。

(11) 「制度的」という概念を、本稿では曖昧なまま使用している(後注(37)参照)。

(12) 鈴木・前掲注(6)四八頁。

(13) 坂口一成「現代中国における『司法』の構造(一)——厳打：なぜ刑事裁判が道具となるのか?」北大法学論集五七卷二号(二〇〇六年)一六一—一八頁。

(14) 坂口・前掲注(13)九頁、二四頁。

(15) 例えば、田中信行「中国の司法改革に立ちはだかる厚い壁」中国研究月報六一卷四号(二〇〇七年)一三三頁、鈴木・前掲注(6)論文等参照。

(16) 党制度は不透明である(本稿Ⅲ二3参照)ため、中国共産党と関連する制度・状況については、不明な部分が少なからずある。国家機関内部の制度についても、実情が必ずしも明らかでない部分がある。

(17) そのような「常識」を当然の前提とした上で、「裁判の独立を阻害する要素」その他の状況について検討がなされている。

(18) 外国の制度の立証については、各当事者がそれぞれ「都合の良い文献」や「依頼に応じて都合の良いことを書いてくれる法律家の意見書」を提出し、裁判官が判断に悩むということが容易に生じうる。裁判所が鑑定人を選ぶという保証はないし、また、適切な鑑定人を選ぶ能力が裁判所にあるとも限らない。

(19) 判時一八四一号一一一頁、判タ一一四一号二七〇頁。

(20) ここでいう「中国民事訴訟法二六八条」とは、一九九一年に公布・施行された中国民事訴訟法(以下「一九九一年民事訴訟法」という。)の二六八条のことである。中国民事訴訟法は二〇〇七年に改正されたが、改正法(以下「二〇〇七年民事訴訟法」という。)の施行は二〇〇八年四月一日である。この改正においては、一九九一年民事訴訟法二六八条の内容には何ら変更がなされず、条文番号の変更がなされたのみであった。一九九一年民事訴訟法二六八条の内容は、二〇〇七年民事訴訟法二六六条の内容と同一である。

(21) 最近の中国の文献においては、外国判決の承認・執行に関する一九九一年民事訴訟法二六八条(改正法との関係については、前注(20)参照)が定める「互惠原則」とは、相互主義要件に他ならないと説明されている。王慧「論我国承認與執行外国法院判決的制度」北京大学法学院編『北大國際法與比較法評論第四卷第一輯(総第六期)』(北京大学出版社、二〇〇五年)二〇—二三頁。

(22) 王・前掲注(21)においては、相互主義のいくつかのタイプを説明の上(同二頁)、中国民事訴訟法及び最高人民法院の司法解釈により要求されているものが「判決国において自国の裁判を承認・執行した先行事例が存在することを要求するタイプの相互主義」とであると説明している(同二三頁、三六頁)。

(23) 「相互の保証」要件に関する判断について、堺支部事件高裁判決は、本文で紹介した①、②及び③以外の根拠も挙げている。詳細については、粟津光世・国際商事法務三二巻一〇号(二〇〇三年)一四二五頁、渡辺惺之・ジュリスト二七四号(二〇〇四年)一二二五頁、粟津光世・私法判例リマックス三〇号(二〇〇五年)一三三頁、釜谷真史・ジュリスト二九一号(二〇〇五年)三〇一頁、小野寺規夫・判例タイムズ一一八四号(二〇〇五年)二三八頁、北村賢哲・ジュリスト一三〇八号(二〇〇六年)二二二頁等を参照されたい。

(24) 王・前掲注(21)三六—三七頁においては、中国内地判決の外国における承認・執行を促進するために、互惠関係に関する運用を緩和することが提言され、また、そのように緩和することが民事訴訟法の文言解釈としても適切である旨が主張されている。

(25) 最高人民法院が司法解釈又は通達により態度変更を示せば、下級の人民法院はそれに拘束されるので、大連市中級人民法院の裁判例は価値を失うことになる。(もとより中国においては裁判例の先例拘束性は否定されており、一定の裁判例に「参考的価値」が認められるに過ぎないが、そのような価値も失うことになる。)

(26) 中国最高人民法院の回答文書及び大連市中級人民法院の裁判例は、いずれも財産関係についてのものであった。また、堺支部事件高裁判決は、「相互の保証」を否定する根拠として「……そして、他に、経済取引に関するわが国の裁判所の判決の効力が、中華人民共和国で承認された事例はないし……」とも述べている。

(27) 北村・前掲注(23)二一四頁。

II 法律論の概観と若干の検討

一 判例・学説の状況

1 判例

「判決国において『裁判官の独立』の制度が存在しないことを、日本法の定める外国判決承認・執行制度の下で、どのように評価するか」という問題に関する裁判例としては、東京高裁昭和五七年三月三十一日民五部判決⁽²⁸⁾が挙げられる。

同判決は、「判決の成立手続に司法の独立の侵害とか民事訴訟の基本原則に対する違背の重大なかが存するときは、その外国裁判所の判決を承認することはわが国の公序良俗に反して許されない」と判示しており、個別事件における判決の成立過程において、政治部門の介入などにより司法の独立が損なわれた場合には、外国判決の承認が認められないことを明らかにしている。しかし、この判示文言に鑑み⁽²⁹⁾、また、事案との関係におけるこの判示内容の位置づけに鑑み⁽³⁰⁾、同判決は、判決国において「司法権の独立の制度」(乃至「裁判官の独立の制度」)が存在しない場合を念頭においては

ないと考えられる。⁽³¹⁾

なお、この判決は、上訴審により維持され、確定しているが、上訴審判決である最高裁昭和五八年六月七日第三小法定判決⁽³²⁾は、この判決の前述の判示内容には、特に言及していない。

2 学 説——個別事情を問題とする説

民事訴訟法一一八条三号の「訴訟手続が日本における公の秩序又は善良の風俗に反しないこと。」という要件（以下「手続的公序要件」という。）は、外国判決の承認要件（及び執行要件⁽³³⁾）の一つであり、前掲最判昭和五八年六月七日をうけて、平成八年の民事訴訟法改正で明文化されたものである。⁽³⁴⁾

手続的公序要件において問題とされるのは、外国判決の成立手続がわが国の手続法の基本的原則に反するか否かということである。⁽³⁵⁾そして、ここでいう「わが国の手続法の基本的原則」に「裁判官の独立」が含まれているということ自体については、特段の争いは無い。⁽³⁶⁾

一方、「わが国の手続法の基本的原則」に含まれるものが、「個別事件において、実際に、裁判官が、政治権力からの圧力を何ら受けることなく、法のみに従って（又は、法と自己の良心のみに従って）判断を下した」といったような意味での「裁判官の独立」（以下、裁判官の「個別事件における実際の独立（性）」という。）なのか、個別事件を離れた、いわば「制度」⁽³⁷⁾としての「裁判官の独立」（以下、裁判官の「制度的独立（性）」という。）なのかというについては、必ずしも意見が一致しているわけではなく、また、両者の区別を明確にすることなく言及がなされている場合も多い。

以下では、裁判官の個別事件における実際の独立性の問題を手続的公序要件を通じて、処理する学説を紹介する。（裁判官の個別事件における実際の独立性の問題を手続的公序要件以外の承認・執行要件によって処理するという学説は存在しない。これは、要件の性質上、個別の事情を評価するという処理が手続的公序要件になじむということに対応していると思われる。）

（一）推定処理をしない説（個別事情説）

裁判官の個別事件における実際の独立性に着目しつつ、特に推定処理をしない（乃至、推定処理に言及しない）学説の例としては、竹下説と高桑説を挙げることができる。

まず、竹下説においては、「手続権の保障はわが国の訴訟法の基本原則の一つ」であると説いた上で、「裁判官の独立性……の保障が欠けていたような場合」には、手続的公序違反となると説き、⁽³⁸⁾ その一例として、「外国判決が行政府の介入によつてなされた場合」⁽³⁹⁾ を挙げる。同様に、高桑説においても、「判決が……裁判官の独立を侵すような行為によつて成立した場合などのように、裁判の成立過程において公正でなく、文明国に共通する民事訴訟の基本原則に反する事由がみとめられるとき」⁽⁴⁰⁾ には手続的公序違反となると説く。

また、竹下説においては、手続的公序違反を構成する事由が判決国法上も違法であり、かつ、判決確定前に判決国で救済を得ることが合理的に期待できたときには、その救済手段をとることなく承認拒否事由として主張することはできない、とも説く。⁽⁴¹⁾

竹下説及び高桑説においては、裁判官の制度的独立性を考慮することが必ずしも明示的に排除されているというわけではないが、裁判官の個別事件における実際の独立性を念頭に議論がなされているように思われる。

そこで、整理及び検討の便宜上、「裁判官の制度的独立性の不存在それ自体は評価の対象とせず、竹下説及び高桑説のような処理をする」という考え方を仮定し、それを、以下では「個別事情説」という。

（二）制度的独立性による推定を肯定する説（岡田説・赤列説）

岡田説は、裁判官の制度的独立性と個別事件における実際の独立性の両方に着目し、前者の不存在により後者の不存在を推定するというものであり、一九九〇年代に提唱された。

同説は、まず、「外国判決が『裁判官の独立性』……に反する手続で成立した」場合⁽⁴²⁾には手続的公序違反になるとし、かつ、「裁判官の独立という原則は存在しないが、裁判の公正さを担保する別の手段が彼の国で用意されている場合や、具体的事件において、裁判の公正が保たれていた、また、基本的人権も保障されていた、と客観的に認められる場合」⁽⁴³⁾には承認・執行を拒む必要はないとする。その上で、立証責任について、承認・執行を争う当事者が、判決国における裁判官の制度的独立性の不存在について、裁判官に「確信を抱かせれば充分であり、それにも拘らず裁判で公正が保たれていたことの立証を承認を求める側の当事者に負わせればよい」⁽⁴⁴⁾と主張する。

理由付けとして、岡田説は、まず、「手続的公序の判断に評価、比較という方式が用いられる場合、どこまでが耐えるものでどこからが耐え難いものになるか、という判断がその核心部分になる」⁽⁴⁵⁾ということを指摘した上、そのような判断をするためには、「法制度を背後で支えている基本的考慮、価値観に遡る評価が不可欠である」⁽⁴⁶⁾と説く。そして、裁判官の独立についていえば、そのような考慮、価値観は「裁判の公正」及び「基本的人権の尊重」であるとする⁽⁴⁷⁾。次いで、このような考え方の下、岡田説は、裁判官の独立が我が国の「憲法上の重要な基本原則であることには争いはない」⁽⁴⁸⁾としつつも、裁判官の独立という制度乃至原則は、「裁判の公正、より具体的には裁判内容の公正さや、基本的人権の保障をあくまで担保するために認められている」⁽⁴⁹⁾ものであり、裁判官の個別事件における実際の独立性は、「これにたいに、本来的・直接的な意義を見出すものではない」⁽⁵⁰⁾と説く。

また、立証責任について、岡田説は、「裁判の公正が保たれていなかったこと」が手続的公序要件違反を構成すると考えた上で、判決国における裁判官の制度的独立性の不存在が立証された場合には、「裁判の公正が保たれていなかったこと」が推定され、この推定を覆そうとする当事者は、法律上の事実推定を覆す場合と同様に、「裁判の公正が保たれていたこと」についての立証（本証）をしなければならない、とするものであると理解することができる⁽⁵²⁾。そして、このような処理は、実際の立証活動において、「裁判の公正が保たれていたこと」の立証が不可能に近いということに⁽⁵³⁾

対応するためのものであると思われる。

判決国における裁判官の制度的独立性が肯定される場合について、岡田説は、「当該事件では裁判官の独立が満たされず、裁判が不公正であると客観的に認められる場合」⁽⁵⁴⁾に承認・執行が認められないという立場、即ち個別事情説と同様の立場をとる。なお、岡田説は、「裁判官の独立性……に対する違反が、裁判の結果にとつて少なくとも原因になっているという要件は必要とされるべきである」⁽⁵⁵⁾とも主張するが、これは、判決国における裁判官の制度的独立性が肯定される場合についての主張と理解するべきであると思われる。というのも、そう解さなければ、立証責任に関する前述の主張と矛盾するからである。⁽⁵⁶⁾

岡田説は、実体権保護が手続権の目的であることを強調し、裁判の独立それ自体の価値を否定している。また、同説において、「裁判の公正」とは、「より具体的には裁判内容の公正さや、基本的人権の保障」⁽⁵⁷⁾であるとされている。これらに鑑みれば、同説においていう「裁判で公正が保たれていたことの立証」とは、要は、「判決内容が『正しい』ものであったことの立証」乃至「判決内容が適切に実体権を保護するものであったことの立証」を意味するものと理解される。

以上のように理解した場合には、岡田説は、次のように要約できることになる。⁽⁵⁸⁾（このような理解に基づく岡田説を、以下では、特段の留保を付することなく、単に、「岡田説」と呼んでいる。）

- (a) 手続的公序要件の判断にあたっては、制度の背景にある基本的価値に遡る評価が不可欠であるところ、
- (b) 裁判官の独立という制度乃至原則は、それ自体は基本的価値ではなく、
- (c) 究極的な価値は実体権の保護であるので、

(d) 判決国において裁判官の制度的独立が存在しない場合には、承認・執行を求める当事者は、「判決内容が『正しい』ものであったこと」（乃至「判決内容が適切に実体権を保護するものであったこと」）を立証しなければならない。

岡田説の登場後、同説を踏まえつつ、これをやや修正する形で主張されたのが赤刎説である。

赤刎説は、憲法三二条により、独立かつ公平な裁判所を整備する義務を国家が負っており、それゆえに「独立かつ公平な裁判所……が、手続的公序の基準として挙げられる」と主張する。⁽⁵⁹⁾その上で、赤刎説は、岡田説同様、更に、「独立かつ公平な裁判所」の背後にある価値を探索するというスタンスをとり、そのような価値が「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」とした上で、「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と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」という結論を導出している。⁽⁶¹⁾

立証責任についても、赤刎説は、岡田説と同様、「推定」の手法による立証責任の転換を認めるものと理解される。⁽⁶²⁾

判決国における裁判官の制度的独立性が肯定される場合については、赤刎説は「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」⁽⁶³⁾に承認・執行が認められないという立場、即ち個別事情説と同様の立場をとる。

赤刎説は、「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、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」⁽⁶⁴⁾とする。即ち、憲法上保障されている手続基本権については、それ自体を価値として取り扱うという態度が表明されている。また、前述のように、同説においては、究極的な価値が「裁判権の適正・公平な行使の保障」(傍点は筆者)であるとするとともに、「裁判がもはや適正であるとはみなしえない」場合の例として「政府の干渉がある」場合を挙げる。これらに鑑みれば、同説において「裁判の適正が保たれていた」と客観的に認められる場合とは、要は、「裁判官の個別事件における実際の独立性が保たれていた」ということを意味するものと理解される。⁽⁶⁵⁾

以上のように考えた場合には、岡田説の前記(c)及び(d)の箇所を次のように修正したものが赤刎説であると理解すること

とができる。（このような理解に基づく赤刎説を、以下では、特段の留保を付することなく、単に、「赤刎説」と呼んでいる。）

(c) 究極的な価値は憲法上保障されている手続基本権であるので、

(d) 判決国において裁判官の制度的独立が存在しない場合には、承認・執行を求める当事者は「裁判官の個別事件における実際の独立性が保たれていたこと」を立証しなければならない。

民事訴訟の目的論との関係で、「権利保護説」ならびにそれに収れんする諸説にあつては適正手続保障は実体権保護の一方方法であるにすぎないが、手続保障説にあつては、実体権保護とは独立に、あるいは実体権なるものを観念しえない場合であつてもなお、手続そのものに価値があるのである⁽⁶⁶⁾と言われることがある。岡田説はまさにここという権利保護説的な考え方であり、赤刎説はまさにここという手続保障説的な考え方であるといえる。

3 学 説——個別事情を問題としない説

(一) 管轄要件によつて処理をする説（山田説）

一九八〇年代半ばにおいて、「およそ訴訟である限り制度自体が備えていなければならない手続保障」を「制度的手続保障」と定義したうえで、「制度的手続保障の欠ける場合は、判決国が既にその判決の正当性を維持する機能を失つているため、承認国ではこれを補つて当事者の救済を図る必要がある」とする考え方（以下「山田説」という。）が、提唱された⁽⁶⁷⁾。山田説は、制度的手続保障の存在を問うということは「判決国の資質を問うものであり、基本的には、管轄の問題として考える事ができ⁽⁶⁸⁾」ると説き、条文上の根拠を当時の民事訴訟法二〇〇条一号に求めた。同号は、平成八年の改正により、現行民事訴訟法一一八条一号へと引き継がれている。従つて、山田説は、現行民事訴訟法一一八条一号の定める要件（以下「承認管轄要件」という。）の解釈について、現在も妥当なと思われる。

山田説においては、制度的手続保障の要素の一つとして「司法権が独立している事」を挙げている⁽⁶⁹⁾。「司法権の独

立」には「裁判官の独立」が含まれるので、山田説に照らして考えれば、判決国において裁判官の制度的独立が存在しない場合には、外国判決は、承認管轄要件を満たさず、その承認・執行は、一律に否定されることになる。

なお、社会主義国においては、一般に、「司法権の独立」は存在しない。従って、山田説の下では社会主義国の裁判所の判決は全て承認・執行が拒絶されるということになるかもしれない。山田説が提唱された一九八〇年代半ばには、社会主義国の「実態」が既に露呈していたということを考えれば、そのような結論に妥当性を見出すことも、難しくはないであろう。

(二) 手続的公序要件によって処理をする説(道垣内説)

山田説は制度的手続保障の存否が承認管轄要件によりチェックされると考えた。この山田説に「基本的には賛成する」ことを表明したうえで、制度的手続保障のチェックを手続的公序要件に行うべきことを説いたのが道垣内説である。

同説は「手続的公序の判断とは、外国判決の下された司法制度その他の背景事情に手続法的正義に違反する点があり、それが具体的判決に反映されていることを問題とするもの」⁽⁷²⁾(傍点は筆者。)であると説く。このように「背景事情が判決に反映していること」を要求するのは、「事案と関係しない点について手続法上の正義に反する点があってもそれは問題としないという趣旨である」⁽⁷³⁾にすぎず、「事案の背景にあると言える事情であれば、原則として判決に反映されている」⁽⁷³⁾と考えるものとされる。

従って、道垣内説の下では、「裁判官の独立」に関する問題は「常に具体的判決に反映されている」と解されるのではないかと思われる。

仮に、そのように考えるのであれば、道垣内説の下では、判決国において裁判官の制度的独立が存在しない場合には、承認・執行は一律に否定されることになる。このように考えた場合の道垣内説を、以下では「一律否定(公序)説」と

いう。

なお、仮に、そのように考えず、承認・執行拒絶のためには、「裁判官の独立に関する問題が具体的判決に反映されていること」の認定を必要とすると考えるのであれば、道垣内説は、結論的には個別事情説又は赤刎説に近接することになる。

(三) 柱書要件による処理

民事訴訟法一一八条柱書の「(外国)裁判所」については、これを「裁判権を行使する権限を有し、私法上の法律關係について裁判する国家機関」と解するのが通説的である。⁽⁷⁴⁾一方、「外国裁判所」その他の民事訴訟法一一八条柱書の各要件については、「わが国との同質性を実質的に判断する」⁽⁷⁵⁾という考え方があり、また、柱書要件において「民事裁判として備えるべき普遍的属性」の有無を判断するという考え方もある。⁽⁷⁶⁾

後者の考え方によれば、「判決国における裁判官の制度的独立性が、『裁判官について日本法上要求される最低限の制度的独立性』を下回る程に低い場合」には、判決国の裁判所は、民事訴訟法一一八条柱書の「裁判所」⁽⁷⁷⁾には該当しない、という処理が可能と思われる。このような処理をする考え方を、以下では「一律否定(柱書)説」という。

(四) 制度に着目した処理を行うことについて

山田説、一律否定(柱書)説及び一律否定(公序)説のように、「判決国において裁判官の制度的独立が存在すると認定できない場合には、承認・執行を一律に否定する」という処理は、十分に現実的なものである。

米国の多くの州において採用されているモデル法である統一外国金銭判決承認法 (Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act) (一九六二年版)⁽⁷⁸⁾においても、判決国の裁判官の制度的独立性が問題となる場面について、個別事情を問題とせず、判決国の制度自体を問題として承認・執行を一律に否定するという枠組が採用されている。即ち、同法においては、「impartial tribunal」の個別事件における存否を問うのではなく、判決が「a system which does not pro-

vide impartial tribunals」の下でなされたことを、不承認（不執行）事由として定めている。⁽⁷⁹⁾ 同法の二〇〇五年版⁽⁸⁰⁾においてもこの点はほぼ同様である。⁽⁸¹⁾ なお、この要件に関して、米国には多数の判例が存在するが、中国内地判決についての判例は、筆者が検索した限りでは、見当たらなかった。

二 憲法三二条と外国判決承認執行制度の關係

1 裁判官の制度的独立性の憲法的保障⁽⁸²⁾

日本国憲法三二条は「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」と定める。同条の下、「いかなる圧力からも独立した裁判所および裁判官が憲法とそれとにある法秩序を唯一の依りどころとして」⁽⁸³⁾正義の実現をはかるものとされる。

即ち、この規定は、単に「裁判の拒絶」を禁止するのではなく、「いかなる圧力からも独立した裁判所および裁判官」による裁判、「政治権力から独立の公平な司法機関」⁽⁸⁴⁾による裁判、乃至「政治部門から独立の公平な裁判所」⁽⁸⁶⁾による裁判を求める権利を保障するものである。

ここで、前述の民事訴訟法一一八条の解釈との關係で、憲法三二条は、「裁判官の個別事件における実際の独立性」と「裁判官の制度的独立性」のいずれを保障しているのか（又は両方を保障しているのか）が問題となる。この問題については、そもそも日本国憲法が「裁判官の制度的独立性」を実現するために必要な諸制度——権力分立（乃至司法権の独立）、裁判官の職権の独立、裁判官の身分保障等——を明文で定めていることから、日本国内の問題としては議論の実益が無く、明確な形ではあまり議論されていないようである。

歴史的に見て、近代立憲主義をとる国家（以下「近代立憲国家」という。）の成立過程において、司法権の独立を含む「三権分立は、単なる統治技術上の要求を超えた実質的歴史的な意味」⁽⁸⁷⁾を持っていたのであり、そして、国民主権原理

が採用された後も、三権分立機構の中で司法は「特異な地位」⁽⁸⁸⁾を占め、司法権の独立は、「当然視されている」⁽⁸⁹⁾と言われる。

いわゆる裁判を受ける権利の内容も、「歴史的に見ると……近代司法の諸原則として次第に確立されたものと、実質的には重なる」⁽⁹⁰⁾いるのであり、その具体的内容の一つとして「公正・独立な裁判所の常設」⁽⁹¹⁾が挙げられる。

憲法三二条の定める「裁判を受ける権利」も、このような近代国家及び近代司法の諸原則と共に発達してきた概念であり、⁽⁹²⁾「近代国家において形成・発展せしめられた裁判制度に対する信頼を背景」⁽⁹³⁾とし、「歴史的経験の上に確立された裁判制度を基盤」⁽⁹⁴⁾とするものであるとされる。このことは、憲法三二条が「歴史的に確立された近代的裁判制度を前提として、そこでの裁判を受ける権利を人権として保障したもの」⁽⁹⁵⁾であるとか、憲法三二条の「内実」には裁判官の独立及び司法権の独立が含まれるといった形でも表現される。

以上に鑑みれば、「憲法三二条により裁判官の制度的独立性——即ち、裁判官の個別事件における実際の独立を実現しうるような制度の国家による提供——が保障されている」というのが、我が国における一般的な憲法解釈であると理解される。

前述のように、憲法三二条は、「いかなる圧力からも独立した裁判所および裁判官」乃至「政治権力から独立の公平な司法機関」の裁判を求める権利を保障するものであると言われるが、そこにおける「裁判所および裁判官」及び「司法機関」という表現も、このような理解に適合する。

実質的に考えても、憲法が「裁判官の個別事件における実際の独立性」のみを保障し、「裁判官の制度的独立性」を保障していないと考えることは不合理であると思われる。仮にそのような形で保障がなされたとしても、それを当事者が立証して救済を求めることは通常は不可能であり、仮にそのように考えるのであれば、憲法は裁判官の独立性について、実質的にはほとんど何も保障していないに等しいことになるからである。⁽⁹⁷⁾

近時の学説には、このことを明確に主張するもの（以下「片山説」という。）もある。片山説においては、まず、日本国憲法が特定の司法制度像を前提としているという仮説をたて、そのような司法制度像を「憲法上の司法制度」と定義した上で、憲法上の司法制度の構成要素が憲法三二条により保障され⁽⁹⁸⁾と考える。その上で、憲法上の司法制度の構成要素の一つとして、「裁判所の独立性・中立性」を挙げ⁽⁹⁹⁾、「裁判を受ける権利は、憲法上の司法制度との関連において、独立性・中立性を保障された裁判所による裁判を受ける権利と解すべきである」⁽¹⁰⁰⁾（傍点は筆者。）と説く。

以上のように、「憲法三二条は『裁判官の制度的独立性』を保障している」と考えられるのであるが、そのように考えた場合において、次に問題となるのは、具体的にどのような、また、どの程度の独立性が保障されているのか、ということである。

これは、個別的な検討の蓄積を待つべき問題である——そして、そのような個別的検討を行うための素材を提供するという趣旨も含めて本稿Ⅲでは中国の制度を紹介している——が、「裁判官の制度的独立性」が憲法上保障されていると考える以上、レベルの高低はともかく、どこかに憲法が許容しうる最低ライン（以下「憲法上の最低水準」という。）が存在すると考えるべきことになる。（以下では、憲法上の最低水準を満たして「いる／いない」という意味で、裁判官の制度的独立（性）の「存在／不存在」という表現を用いることがある。）

2 外国判決承認執行制度（実質的再審査禁止）と憲法三二条

民事訴訟法一一八条及び民事執行法二四条が定める外国判決の承認・執行制度は、外国判決について、「裁判の当否を調査しない⁽¹⁰²⁾」、日本国における効力及び当該判決に基づく強制執行を認める制度である。⁽¹⁰³⁾

このように「裁判の当否の調査」が禁止されること（以下「実質的再審査禁止」という。）を理由として、外国判決の承認・執行に際して日本の裁判所が調査・斟酌することのできる事実の範囲を厳しく制限することを主張する見解も、過

去においては存在した。しかし、現在では、実質的再審査禁止とは、要は、「外国判決の当否の審査」（即ち、当該外国判決における法の解釈・適用や事実認定の妥当性の審査）の禁止に過ぎず、そのような審査を行わない限り、承認・執行要件の判断に必要な審査が制限されることはない、という考え方が一般的である。⁽¹⁰⁴⁾ とはいえ、実質的再審査禁止の下、日本の裁判所は、承認・執行要件の判断に必要な限りで審理を行うに過ぎず、外国判決の内容そのものの当否を当事者が争うことは、たとえ「承認・執行要件の判断」の一環という形をとったとしても認められないと思われる。⁽¹⁰⁵⁾

このように、外国判決の承認・執行制度は、「外国の裁判所で裁判を受けたこと」を理由（乃至原因）として、「日本の裁判所において裁判を受ける権利」を実質的に奪う、又は大きく制限する制度としての側面を有する。

そのような側面を有するにもかかわらず、外国判決の承認・執行制度に違憲の疑いが生じないのは、承認・執行要件の審査を通じて、「憲法上の『裁判を受ける権利』により要請される最低限の手続的権利が判決国において保障されていたこと」が確認されているからであると考えられる。

逆に言えば、民事訴訟法一一八条及び民事執行法二四条が定める外国判決の承認・執行制度を合憲的に運用するためには、憲法上の「裁判を受ける権利」により要請される最低限度の手続権が判決国において保障されていたことを、日本の裁判所が承認・執行の審査を通じて確認することが必要であると思われる。⁽¹⁰⁶⁾

そして、憲法上の「裁判を受ける権利」により「裁判官の制度的独立性」が保障されていると考えるのであれば、判決国における裁判官の制度的独立性が憲法上の最低水準以上であったことについても、承認・執行要件の審査を通じて日本の裁判所が確認する必要があることになる。（今後、条約に基づく承認・執行がなされる可能性との関係では、「そのような確認を日本の裁判所が行うことが条約上可能かどうか」という点を事前に検討する必要があると思われる。）⁽¹⁰⁷⁾

このように考えることは、「民事訴訟法学においては、民事訴訟法（乃至民事訴訟手続）における憲法上の要請として、審尋請求権の保障、手続上平等の原則、適時審判の原則、公開審判の原則等が挙げられることが多い一方、『裁判官の

「独立」が挙げられることがほとんどない」ということは、特に矛盾しない。というのも、民事訴訟法（乃至民事訴訟手続）における憲法上の要請ということが問題とされる場合には、通常、「裁判官の独立」のような裁判所組織法上の問題を含まない意味での民事訴訟手続が問題とされ、又は、「裁判官の独立」が存在するということを所与の前提として議論がなされているからである。⁽¹⁰⁾

前述の各説のうち、個別事情説以外の全ての説は、「判決国における裁判官の制度的独立性」の確認の枠組を提供するものであると言える。このような確認ができない場合には、山田説、一律否定（公序）説及び一律否定（柱書）説においては、承認・執行が一律に拒絶されることになり、また、岡田説及び赤刎説においては、「推定」が働き、承認・執行を正当化すべき特段の状況が認定されない限り、承認・執行が認められないことになる。一方、個別事情説は、このような確認の枠組を提供することができない。⁽¹¹⁾

さて、このような確認において問題となるのは、判決国における裁判官の制度的独立性について、これが憲法上の最低水準を①下回っていると認定できる場合、②満たしていると認定できる場合、③いずれか判然としない場合の三つの状況が考えられるところ、③の扱いをどのようにするか、ということである。言葉を変えれば、日本の裁判所は、承認・執行を拒絶する際に（岡田説・赤刎説的な処理方法をとる場合には、「推定」が働く旨を判示する際に）、判決国における裁判官の制度的独立性が「憲法上の最低水準を満たしているとは認められない。」と述べるべきか、それとも、「憲法上の最低水準を下回っていると認められる。」と述べるべきかという問題である。

これについては、私見ではあるが、③の場合は①の場合と同様に扱う（従って前者の表現をとる）ことが妥当であると考ええる。というのも、山田説、一律否定（公序）説又は一律否定（柱書）説をとりつつ、③の状況において、仮に、承認・執行を容認するのであれば、日本国の裁判所は、自らの行為（即ち、承認・執行）が合憲か違憲かが判然としない状態で、当事者の裁判を受ける権利を積極的に剝奪し（即ち、承認し）、執行債務者から積極的に財産を奪う（即ち、執行す

る⁽¹¹⁾ということになるからである。また、裁判官の個別事件における実際の独立性の不存在の立証が不可能に近いということに鑑みれば、岡田説・赤刻説をとりつつ③の状況において「推定」を認めないことは、承認・執行を容認するの事実上同じ意味を持つからである。

手続的公序違反を基礎付ける事実が真偽不明の場合には公序違反の効果を認めるべきではないとする考え方も過去に主張されているが、形式論のきらいがあり、個別具体的な手続に関する手続的公序違反との関係ではともかく、こと「裁判官の独立」との関係では、このような考え方は妥当しない⁽¹²⁾（即ち、一律否定（公序）説との関係では、このような考え方は妥当しない）と思われる。

以上のように考えることと、外国判決の承認・執行を求められた日本の裁判所が当事者の主張を待たずにこの問題を審理する必要があるか否か⁽¹⁴⁾ということや、当該日本の裁判所による職権探知を義務的なものと考えるか否か⁽¹⁵⁾ということは、一応、別の問題と考えても良いと思われる。

なお、③の場合というのは、通常、「事実が判然としない」場合ではなく、「評価が判然としない」場合としてあらわれてくると思われる。というのも、「判決国における裁判官の制度的独立の存否」を基礎付ける事実——即ち、判決国の司法制度（乃至政治制度）——の立証は、通常はさほど困難ではないからである。⁽¹⁶⁾

三 「裁判官の個別事件における実際の独立性」の立証に関する問題

1 直接的立証の困難性

外国裁判であるか内国裁判であるかを問わず、個別事件において裁判官がどのような手続的行為を行ったかということの立証が比較的容易であるのに対して、手続の主体である裁判官の個別事件における実際の独立性を立証することは至難である。というのも通常、独立していたか否か⁽¹⁷⁾ということは裁判官の主観のみに依存し、外部に表出されることの

ない事項だからである。公に裁判干渉がなされた場合を除き、独立していたか否かということは、裁判官（及び干渉者）のみが直接知りうる事情である。（そもそも立証が極めて困難であるからこそ、「裁判官の個別事件における実際の独立性」を制度的に担保する必要性が生じ、そのような必要性が、日本のような民主主義国家においても「司法権の独立」が正当化される理由の一つになっているのではなからうか。）

外国裁判官の個別事件における実際の独立性の存在又は不存在を直接に立証する方法としては、外国判決の名義人たる裁判官及び当該裁判官の職権行使に影響を及ぼしうる立場にあった者（以下、後者を、本項において「判決関係者」という。）による陳述書面提出又は証言による立証が考えられる。

しかし、そのような立証方法には、「独立性の不存在」の立証との関係でも、「独立性の存在」の立証との関係でも、問題がある。

まず、「独立性の不存在」の立証との関係では、判決関係者が立証に協力することは現実的には期待できないという問題がある。仮に外国裁判官が承認・執行を争う当事者の利益を損なう方向で「非独立」だった場合には、外国裁判官や判決関係者が当該当事者のために「非独立性」の立証に協力することはおよそ考えられないであろう。

次に、「独立性の存在」の立証との関係では、外国裁判官や判決関係者の供述の信用性判断が困難であるという問題がある。「裁判官の個別事件における実際の独立が損なわれていなかった」という旨の陳述書面が外国裁判官や判決関係者から提出され、又はその旨の証言が判決関係者によりなされた場合において、日本の裁判所がその信用性を適切に判断することは、極めて困難であろう。⁽¹⁶⁾

2 判決内容審査による立証の問題点

直接的立証が困難であることに鑑み、間接的な立証が問題となる。そのような立証方法の一つとして、「判決国の法

律及び判決国において当事者が裁判所に提出した証拠及び主張に照らして、判決内容が相当（不相当）であること」を立証することにより、裁判官の個別事件における実際の独立性の「存在（不存在）」を立証するという方法（以下「判決再審査方式立証」という。）も、一応、考えられなくてはならない。しかし、判決再審査方式立証には以下の三つの問題点があると思われる。

第一の問題点は、実質的再審査禁止との関係である。⁽¹²⁰⁾

判決国において裁判官の制度的独立が保障されていない場合には、裁判官の個別事件における実際の独立性が存在しなくても、その判決が判決国においては適法であるということは、珍しくない。⁽¹²¹⁾ そのような場合についていえば、判決再審査方式立証は、何ら外国判決の「当否を問う」ものではない。

しかし、そのような場合についても、判決再審査方式立証の内実は、まさに実質的再審査そのものであり、そのような立証は許されない（乃至、そのような立証が許されないような形で要件を解釈するべきである）と考えるのが一般的ではないかと思われる。というのも、「適切に構成された手続的公序の審査に必要な限りでは、承認国は自由に独自の立場から事実について調査、判断すべきである」とする一方で、手続的公序の内容を適切に構成するにあたっては、「*révision au fond* とならないこと、つまり外国手続が正しく行われたかを審査しないことが必要条件」⁽¹²²⁾ であると考える立場（以下「中西説」という。）が一般的と思われるからである。⁽¹²³⁾

第二の問題点は、裁判官の個別事件における実際の独立性の有無について、判決再審査方式立証によつては「独立性の不存在」の立証ができないケースが多く、また、「独立性の存在」の立証もできないケースがほとんどであると思われることである。

まず、「独立性の不存在」の立証について言えば、判決における事実認定や法適用にかたよりがみられるというだけでは、「独立性の不存在」の立証としては不十分であると思われる。というのも、事実認定や法適用には、裁判官によ

る一定の「幅」(乃至「選択肢」)があるところ、そのような「幅」(乃至「選択肢」)を活用して、裁判官が恣意的判断を行つた場合には、それが、裁判官の「非独立性」の結果なのか、非中立性の結果なのか、資質の不十分さに起因するものなのか、更には、良心、信条、偏見等のなせる業なのか、外部からは判定不能だからである。(判決国の法律にも事情にもうとい日本の裁判官にとっては、判決国の裁判官の事実認定や法適用が上述のような「幅」(乃至「選択肢」)に収まるものであるかを判断することは、通常は困難であらう。)

次いで、「独立性の存在」の立証について言えば、前記の「幅」の範囲内にあることを立証しただけでは、「独立性の存在」の立証とはいえないため、判決内容が「中立公正な裁判官でなくては下しえないような適正な判決」であることの立証が必要になると思われる。しかし、「中立公正な裁判官でなくては下しえないような適正な判決」なるものは、そもそも通常は観念しえず、そのような立証は不能であると思われる。

第三の問題点は、判決再審査方式立証が当事者及び裁判所にもたらす負担は、同一内容の訴えを日本で再度提起する場合と同等か又はそれ以上であるため、判決再審査方式立証を許容する場合には、外国判決承認・執行制度の趣旨が没却されるということである。

以上のように、判決再審査方式立証には問題が多く、許されないものと思われる。

なお、前述の中西説の観点からは、岡田説の(d)の部分(本稿Ⅱ-2(二)参照)は、「適切に構成された手続的公序」とは言い難いと思われる。

(28) 民集三七巻五号六三二頁。判時一〇四二号一〇〇頁。

(29) 判決国において、「司法の独立」という制度が存在しない場合においては、その「侵害」は観念しえない。また、「成立手続のかし」とは、個別事件を念頭においた表現であると理解するのが自然である。

(30) 前掲東京高判昭和五七年三月三十一日は、アメリカ合衆国コロンビア特別行政区の裁判所の判決が「相互の保証」の要件(旧民事訴訟法二〇〇条四号(現行民事訴訟法二一八条四号))を満たすことを説明するために、旧民事訴訟法二〇〇条三号(現行民事訴訟法二一八条三号)に相当す

る。の定める「公序」に手続的公序が含まれるということを説明したものである。そして、その説明の中で、当該手続的公序の一例として「司法の独立の侵害」を示したものに過ぎない。

- (31) 高桑昭「民訴法二〇〇条四号所定の「相互ノ保証アルコト」の意義」民商法雑誌九〇巻一号（一九八四年）一〇四頁においても、この判示内容に言及しつつ、その具体例として個別的な事象のみを複数挙げている。

- (32) 民集三七巻五号六一頁。

- (33) 民事執行法二四條三項参照。

- (34) 前掲最判昭和五八年六月七日により、旧民事訴訟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我が国の公序良俗に反しないことを要するとしたものであるとの判断が示されたが、この判決以前においても、学説上、（根拠条文を旧民事訴訟法二〇〇条各号のいずれに求めるべきかという点については不一致がみられたが）手続的公序要件が外国判決の承認要件に含まれるということは、通説的であった。このような状況の下、平成八年の民事訴訟法改正においては、旧民事訴訟法二〇〇条三号に対応する民事訴訟法一一八条三号において、手続的公序要件が明文で規定された。

- (35) 前掲東京高判昭和五七年三月三十一日は、まさにそのことを述べたものである。

- (36) 竹下守夫「判例から見た外国判決の承認」新堂幸司他編『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、一九九五年）五四六頁は、（手続的公序要件について）「細部については、見解の一致が得られていないものの、裁判官の独立性・中立性の保障、当事者に対する審問請求権の保障が、これに当たるとする限度では、争いが無い。」とする。その他、裁判官の独立性が手続的公序に属する事項であることを明示するものとして、例えば、高桑昭「外国判決承認の要件としての公序良俗」沢木敬郎・坪場準一編『国際私法の争点（新版）』（ジュリス・ト増刊、一九九六年）二三八頁がある。なお、「裁判官の独立」を手続的公序要件の要素として明示的に言及しないものも少なからず見受けられる。例えば、秋山幹男・伊藤眞・加藤伸太郎・高田裕成・福田剛久・山本和彦「コンメンタール民事訴訟法Ⅱ（第二版）」（二〇〇六年）五一八頁においては、「手続的公序にかかわる要素としては、裁判体の中立性、対審構造、手続保障などが挙げられる。」と記述されるのみであり「裁判官の独立」には言及されていない。

- (37) 本稿では、「個別の問題」乃至「個別事件における独立」ではないということを表現するといふほどの意味で「制度」乃至「制度的独立」という言葉を使っている。

- (38) 竹下守夫「外国判決による強制執行と手続権の保障」法学教室二四号（一九八二）一〇五頁。

- (39) 竹下・前掲注(36)五四六―五四七頁。

- (40) 高桑・前掲注(31)一〇四頁。

- (41) 竹下・前掲注(38)一〇五頁、竹下・前掲注(36)五四七頁。

- (42) 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(四)」名古屋大学法政論集一五二号(一九九四年)四七五頁。
- (43) 岡田「(四)」・前掲注(42)四七四頁。
- (44) 岡田「(四)」・前掲注(42)四七五—四七六頁。
- (45) 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(五)」名古屋大学法政論集一五三号(一九九四年)三九四—三九五頁。
- (46) 岡田「(五)」・前掲注(45)三九五頁。
- (47) 同前。
- (48) 岡田「(四)」・前掲注(42)四七四頁。
- (49) 同前。
- (50) 岡田「(四)」・前掲注(42)四七五頁。この箇所は、主張責任との関係で述べられているが、文脈上、裁判官の制度的独立性の問題としているのではなく、裁判官の個別事件における実際の独立性の問題としていることがほぼ明らかである。
- (51) 法律上の事実推定を覆すためには、推定事実の不存在についての積極的な立証(本証)をしなければならず(証明責任の転換)、単に真偽不明にしかた(反証の程度)では足りない。(新堂幸司「新民事訴訟法(第三版補正版)」(弘文堂、二〇〇五年)五二二頁、中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕「民事訴訟法講義(第二版補訂版)」(有斐閣、二〇〇六年)三六九頁。)
- (52) 岡田説においては、具体的事件において、裁判の公正が保たれていた、また、基本的人権も保障されていた、と「客観的に認められる」ことを例外的処理の要件としており、これは、「日本の裁判所が証拠に基づき(客観的に)認定できる(認められる)こと」を意味すると理解できる。
- (53) 本稿Ⅱ三1、2参照。
- (54) 岡田「(四)」・前掲注(42)四七四頁。
- (55) 岡田「(四)」・前掲注(42)四七五頁。
- (56) そう解さなければ、「承認・執行を争う当事者が、判決国における裁判官の制度的独立性の不存在について、裁判官に確信を抱かせた場合」において、承認・執行を争う当事者は、更に、「裁判官の個別事件における実際の独立性の不存在が『裁判の公正』乃至『裁判内容の公正さ』に影響した」ということを立証しなければならない一方、承認・執行を争う当事者も「裁判の公正が保たれていたこと」を立証しなければならないことになり、整合性が失われるからである。
- (57) 岡田「(四)」・前掲注(42)四七四頁。
- (58) そのほか、岡田説には、「裁判官の独立という原則は存在しないが、裁判の公正さを担保する別の手段が彼の国で用意されている場合」には承認・執行が妨げられない」という内容が含まれる(岡田「(四)」・前掲注(42)四七四頁)。本稿の観点からは、そのような場合は、そもそも判

決国において裁判官の制度的独立が存在する場合として認識可能であると思われる。(本稿Ⅱ四2本文の、注(139)が付された段落を参照されたい。)

(59) 赤列正子「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」『橋論叢第一二三巻第一号(一九九五年)』一四二頁。

(60) 赤列・前掲注(59)一四六—一四七頁。

(61) 赤列・前掲注(59)一四七頁。

(62) 赤列説は、岡田説と同様に(当該判決の裁判の適正が保たれていた)「と客観的に認められる場合」という表現を使用している。赤列説のこの表現は、「当該判決の裁判の適正が保たれていた」という事実を裁判所が積極的に認定することができるといふ状況を念頭においていると考えられる。また、赤列説においては、岡田説と同様、判決国において裁判官の制度的独立が存在する場合と存在しない場合のそれぞれについて言及しており、それを対比すれば、後者における立証責任の転換が意図されていると理解できる。岡田説と異なり、赤列説においては、「一方当事者に立証責任を負わせる」という表現が使用されていないのであるが、それは、裁判所の職権調査・職権探知に属するか否かという論点を回避するためとも理解できる。

(63) 赤列・前掲注(59)一四七頁。

(64) 赤列・前掲注(59)一四二頁。

(65) 実質的に考えても、裁判権の行使主体(即ち、裁判官)の独立性が個別事件において損なわれている場合には、「手続権レベルの問題として、裁判権が適正・公平に行使された」ということはおよそ観念しえないであろう。

(66) 棟居快行「適正手続と憲法」樋口陽一編『講座・憲法学 第四巻 権利の保障(二)』(日本評論社、一九九四年)二四七頁。

(67) 山田恒久「いわゆる手続公序に関する一試論」『法学研究(慶應義塾大学)』五九巻一〇号(一九八六年)八五—八六頁。

(68) 山田・前掲注(67)八五頁。

(69) 同前。

(70) 執行については民事執行法二四条三項参照。

(71) 道垣内正人「アメリカの損害賠償判決について、懲罰的賠償の部分の日本での執行を認めなかった事例」『判例時報』一三八八号(判例評論三九一号)(一九九一年)二〇七(四五)頁。

(72) 同前。

(73) 同前。なお、ドイツでの同様の議論においては、手続的欠陥が潜在的な原因となっていることは要求するものの、結論的には「手続的公序違反が原因となっている可能性で十分である」とする考え方が有力であるようである(岡田「(五)」・前掲注(45)三八五頁)。これも道垣内説に合致する考え方と言えよう。

- (74) 竹下「判例から見た外国判決の承認」・前掲注(36)五二二頁、石川明・小島武司編『国際民事訴訟法』(青林書院、一九九四年)一三七頁、木棚照一・松岡博・渡辺惺之『国際私法概論』(第五版)(有斐閣、二〇〇七年)三四四頁。
- (75) 神前禎・早川吉尚・元永和彦『国際私法』(第二版)(有斐閣、二〇〇六年)二七七頁。同頁においては、柱書の「裁判所」、「確定」及び「判決」の要件について、「重要なのはわが国の裁判所の判断に比肩するものか否かであり、わが国との同質性を実質的に判断する必要がある」と説く。
- (76) 秋山他・前掲注(36)五一―五二二頁は、「外国確定判決該当性については……民事裁判として備えるべき普遍的属性、すなわち……判断機関の中立性や法が判断基準とされていることなどが備わっているかどうかを判断しなければならない。」と説く。
- (77) 民事訴訟法一一八条柱書の「判決」要件で処理するよりも、「裁判所」要件で処理をした方が文理的に適切であると思われる(本稿Ⅱ六参照)。
- (78) 同法を詳細に紹介する文献として、松岡博「アメリカ統一外国金銭判決承認法」阪大法学一四五・一四六号(一九八八年)二二―二頁がある。原文その他情報は、同法の起草・承認主体である National Conference of Commissioners on Uniform State Laws のウェブサイト (<http://www.nccusl.org/>) において、又は同サイト経由で入手することができる。
- (79) 同法(一九六二年版) SECTION 4.(a) (1) は、"the judgment was rendered under a system which does not provide impartial tribunals or procedures compatible with the requirements of due process of law"を非裁量的(義務的)な不承認(不執行)事由として定める。
- (80) Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act (2005)。(名称に若干の変更がある。)
- (81) 二〇〇五年版 SECTION 4.(b) (1) は、"the foreign-country judgment was rendered under a judicial system that does not provide impartial tribunals or procedures compatible with the requirements of due process of law"を非裁量的(義務的)な不承認(不執行)事由として定める。
- (82) 本稿における「制度」概念については、前注(37)参照。
- (83) 伊藤正巳『憲法』(第三版)(弘文堂、一九九五年)四〇〇頁。
- (84) 芦部信喜(高橋和之改訂)『憲法 第三版』(岩波書店、二〇〇二年)一三三頁。
- (85) この、「政治部門から独立の」という表現は、「権力が国家機関に集中し、そして国家機関は、政治部門と法原理部門に分離されている」という、近代国家において一般的に見られる状況に対応した表現であると思われる、中国のように近代立憲主義的な枠組を採用していない国家については、そのままでは当てはまらないと思われる。(本稿Ⅲ二参照。)
- (86) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂「注釈 日本国憲法 上巻」(青林書院新社、一九八四年)七一六頁、浦部法穂『憲法学教室』(全訂第二版)(日本評論社、二〇〇六年)三一頁。
- (87) 兼子一・竹下守夫『裁判法』(第四版)(有斐閣、一九九九年)一七頁。同書においては、司法権の独立の歴史的的位置付けが詳細に説明されている(同書一五一―一三頁)。

(88) 樋口陽一『比較憲法(全訂第三版)』(青林書院、一九九二年)五〇六頁。この司法の「特異な地位」は、司法権の性質により説明され、また、「国民主権原理」がたらぬかれたあとも、司法府の正統性は直接国民と結びつくことはなく、かえって、司法権独立と裁判官の身分保障制のもとで、そのような結合・依存関係を排除することが通例となつた。」(同書五〇七頁、傍点は筆者。)と言われる。

(89) 大石眞『立憲民主制』(信山社、一九九六年)六一頁。

(90) 野中俊彦『中村睦男』高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ(第四版)』(有斐閣、二〇〇六年)五二〇頁〔野中俊彦〕。

(91) 同前。

(92) 樋口他・前掲注(86)七一五頁。

(93) 伊藤・前掲注(83)四〇〇頁。

(94) 同前。

(95) 野中・前掲注(90)五二〇頁〔野中〕。

(96) 樋口他・前掲注(86)七一七頁、野中・前掲注(90)五二二頁〔野中〕、浦部・前掲注(86)三二二頁。

(97) 当事者による立証の困難性について、本稿Ⅱ三、2参照。

(98) 片山智彦『裁判を受ける権利と司法制度』(大阪大学出版会、二〇〇七年)一八頁。

(99) 片山・前掲注(98)三五頁。同頁においては、その理由として、裁判所の独立性の要請が、司法制度の基本原理である法治主義と結びついているということを挙げる。

(100) 片山・前掲注(98)四三頁。

(101) 憲法三二条のみを根拠とするのではなく、同条以外の憲法の条文も併せて根拠とする考え方もあると思われる。

(102) 「裁判の当否を調査しない」という要件(民事訴訟法三四条二項)は、民事訴訟法一一八条には定められていない。しかし、これは立法上の経緯によるものにすぎず、外国判決の承認の場面においても、「裁判の当否を調査しない」という要件が要求されることに争いはない。(櫻田嘉章『国際私法(第五版)』(有斐閣、二〇〇六年)三三八頁、中西『外国判決の承認執行における revision au fond の禁止について(四)・完』後注(104)二八—二九頁)。

(103) 通常は既判力(又は形成力)が問題となる。

(104) 木棚・前掲注(74)三三三頁、本間靖規『中野俊一郎』酒井一『国際民事手続法』(有斐閣、二〇〇五年)一七六頁、一九二頁、櫻田・前掲注(102)三四二頁、神前他・前掲注(75)二八〇頁、石川他・前掲注(74)一七六頁、一九二頁、鈴木正裕『青山善充編』注釈民事訴訟法(四)〔高田裕成〕(有斐閣、一九九七年)三六八頁等。この問題を詳述するものとして、中西康『外国判決の承認執行における revision au fond の禁止について(一—四・完)』法学論叢一二三五巻一頁、四号一頁、六号一頁、一三六巻二号一頁(一九九四年)。

(105) 「承認・執行要件の判断」の一環という形をとって外国判決の内容そのものの当否を当事者が争うこと及びその可否については、本稿Ⅱ三二参照。

(106) 憲法三二条が「歴史的に確立された近代的裁判制度を前提として、そこで、裁判を受ける権利を人権として保障したもの」(野中・前掲注(90)五二〇頁「野中」)。傍点は筆者。であると考ええる立場からは、より直接的に同様の結論が導かれると思われる。

(107) ハーグ管轄条約との関係について本稿Ⅱ七二参照。

(108) 中野貞一郎「民事裁判と憲法」新堂幸司編『講座民事訴訟①民事紛争と訴訟』(弘文堂、一九八四年)一三頁。新堂・前掲注(51)三七頁もほぼ同旨。

(109) 憲法学との関係でも同様のことがいえる。憲法学においては憲法三二条の「裁判(を受ける)」という文言との関係で「公開・対審の訴訟手続による裁判を受ける権利」が論じられており(例として、伊藤・前掲注(83)四〇二頁、樋口他・前掲注(86)七一九頁)、「裁判を受ける権利」と訴訟手続」という問題も、この文脈で検討されている(例として、樋口他・前掲注(86)七二〇頁以下)。一方、「独立した裁判所・裁判官」の問題は、憲法学においては、憲法三二条の「裁判所(において)」という文言との関係で論じられている(例として、樋口他・前掲注(86)七一九頁)。なお、「従来の『裁判を受ける権利』論は、主に訴訟手続を問題にしており、裁判所の『組織』に対する関心が十分ではなかった。」(片山・前掲注(98)六五頁)とも言われている。

(110) 本稿では、「裁判官の制度的独立性の不存在それ自体は評価の対象とせず、竹下説及び高桑説のような処理をする」という考え方を仮定し、それを、便宜上、個別事情説と呼んでいる(本稿Ⅱ一二(一)参照)。

(111) 本稿Ⅱ三一、二参照。

(112) 小林昭彦「外国判決の承認判決について」判例タイムズ九三七号(一九九七)四一頁。

(113) 小林(昭)・前掲注(112)四一頁は、手続的公序要件が職権調査・探知事項であるとしつつ、条文が「消極的事実」を規定しているということと理由としてそのような結論を導いている。しかし、裁判官の制度的独立の存否が問題になっている場面においては、後述(Ⅱ四)のように、判決国の諸制度が立証(乃至認定)されれば、あとは「評価」が問題になるに過ぎず、条文の規定ぶりを問題にする必要はない。むしろ、手続的公序要件の規定ぶりを素直に読めば「公序に反しないような裁判制度の存在を積極的に認定するべし」と読むことができると思われる。

(114) 以上のように考えた場合には、日本の裁判所が当事者の主張を待たずにこの問題を審理することが「望ましい」ことは明らかであると思われるが、それが義務であると言えらるかは別問題のように思われる。

(115) 鈴木他・前掲注(104)「高田」三八八頁は、裁判所には職権探知の権限はあるが、義務はないとしたうえで、承認要件を基礎付ける事実についての証明責任は、承認を求める当事者にあるとする。判決国における裁判官の制度的独立性の問題について、そのような考え方をとったとしても、特に不合理ではないように思われる。

(116) 本稿Ⅱ四一参照。

(117) 中国を例にとれば、判決を下した裁判官の上司たる院長、副院長、廷長及び副廷長、裁判委員会構成員、法院内の党グループの構成員、法院外の党組織（政法委員会）等がこの判決関係者として概念しうる（本稿Ⅲ三乃至五参照）。

(118) そもそもそのようなことが実現するとは考えにくく、また、仮にそのようなことが実現した場合には、外国裁判官や判決関係者がかくも承認・執行を求める当事者に協力的であること自体に疑問を感じるべきであろう。

(119) 陳述書面又は証言の信用性判断に先立ち、補強証拠又は弾劾証拠を当事者が提出することが望まれるが、事の性質上、そのような証拠提出は困難である。陳述者・証人が外国の公務員（司法人員）であるということは、まさにその独立性が争われている状況では、信用性を基礎付ける事情としては参酌しえないであろう。補強証拠も弾劾証拠もなく、陳述者・証人の信用性も不明な状況下で、陳述書面又は証言の信用性判断を適切に行うことは極めて困難であろう。

(120) 本稿Ⅱ二二参照。

(121) 例えば、中国を例にとれば、「裁判委員会の見解と、実際に事件を担当している合議廷の意見が一致しない」という状況下で、「裁判委員会の決定に従い、合議廷を構成する裁判官が、その真意に反する判決をする」ことは、まさに裁判官の義務であり、そのようにして下された判決は適法である（本稿Ⅲ三参照）。

(122) 中西「外国判決の承認執行における Revision au fond の禁止について（四）・完」、前掲注（104）一一頁

(123) 同前。

(124) 例えば、木棚・前掲注（74）三五三—三五四頁においては、外国判決について「判決承認の名を借りた再審」を行うことに対し、否定的な見解が述べられている。

(125) まず、「独立した裁判官であつたならば、なしたであろう判決内容」を予測する必要があるが、それは、自らが事件を一から審理して判決を下すのと同様の作業になる。その上で、そのような予測内容と実際の判決内容の差異が、一定の「幅」に収まっているものであるか否かという検討を行う必要がある。