

ドイツにおける 国際二重起訴論の生成と展開

本 間 学

目 次

はじめに	
第一章 承認予測説の原初形態	1877年 CPO における議論
第一節 ライヒ裁判所判例	
第二節 学説の状況	
第一款 「外国訴訟の承認」アプローチ	
第二款 「裁判の一回性」アプローチ	
第三款 学説の分岐と訴訟法理解	
第二章 「裁判の抵触回避」アプローチへの移行	
	ZPO 328条成立から Schütze・Habscheid論争までの議論
第一節 学説の状況	
第一款 「外国裁判高権行為の承認」アプローチ	
第二款 「裁判の抵触回避」アプローチ	
第二節 「裁判の抵触回避」アプローチへの移行の背景	
第三章 現在の承認予測説とその評価	
第一節 Schütze・Habscheid論争とその後	現在の承認予測説の確立
第二節 ドイツ承認予測説の評価	「裁判の抵触回避」の意義
おわりに	展望と課題

はじめに

一 国内事件において、同一当事者間の同一事件について二重に訴えを提起することは許されない（民訴法142条）。それでは、涉外事件の場合はどうであろうか。国際二重起訴又は国際訴訟競合と呼ばれる、この問題を巡る議論状況は周知のとおり混迷を極める¹⁾。

かかる混迷の主たる原因の一つは、この問題について国内法と同様の処理を試みる承認予測説が、国際二重起訴²⁾の規制基準として、跛行的法律関係の回避の観点から、「裁判の抵触回避」を極めて重視してきた点に求められる³⁾。若干敷衍しよう。

例えば、承認予測説の代表的な論者である道垣内教授は、国内裁判制度の理解を前提とする次のような説明をされる。裁判所は紛争解決を実効化するために、確定判決により審判の対象となった一定の事項について、後にそれと抵触する裁判をすることは禁じられる。このことから、確定判決の前段階として、裁判所に事件が係属している段階においても、少なくとも将来そこで下される判決の効力によって全く争いえなくなる事項の判断のみを求める訴えを認めることは不合理との結論が導かれる。そして、かかる考慮は外国判決承認制度により外国裁判が承認される場合には、跛行的法律関係を回避するためにも涉外事件に同様に妥当すると考えるべきである、と⁴⁾。つまり、承認予測説は、跛行的法律関係を不必要に増大させることを避けるために、先係属訴訟を尊重する必要があると考えるのである。

しかし、周知のとおり、裁判の抵触回避が国際二重起訴の規制の基準として妥当であるか、について、とりわけ、いわゆる原告対向型の事例の処理を巡って、繰り返し疑問が提起されてきた⁵⁾。その結果、学説は承認予測説以外の解決策を模索し、議論は拡散化の方向へと向かったのである。二 ところで、以上で述べたような前提は、我が国の承認予測説に圧倒的な影響を与えたドイツ⁶⁾の承認予測説、とりわけ Habscheid の理解を基礎とするものである。そして、かかる理解は、「裁判の抵触回避」を重視するかのように映る点で、我が国の国内二重起訴の規律とも親和的なものであった。そのためか、承認予測説が裁判の抵触回避を重視するという前提自体については疑問が提示されることは、従来、ほとんどなかったのである⁷⁾。その結果、従来我が国の学説は、主としてドイツにおける戦後の議論を所与のものとして議論を展開し、かかる前提が何を意味するのかに

ついて、十分な検討をしてこなかったように思われる。このことが、前述した学説の拡散化の原因ではないだろうか。そうだとすれば、我が国の国際二重起訴を巡る議論の混迷状況を鑑み、裁判の抵触回避を基盤とする承認予測説の前提が、一体何を意味するものであるのか、をここで今一度問い直す必要があるだろう。すなわち、ドイツにおいて承認予測説は如何なる経緯を経て形成されたかを明らかにすることが必要不可欠である。かかる検討によってはじめて、承認予測説が如何なる構想の下に生まれ、それが現在に至るまでに如何なる変容を遂げてきたかが明らかになるのである。三 本稿は以上のような問題意識から、承認予測説が裁判の抵触回避を中心に議論する如何なる理由によるのか、裁判の抵触回避を中心とした議論は、国際二重起訴の規律基準に如何なる影響を与えたのか、を明らかにすることを試みる。

以下では、承認予測説の原型を提示したライヒ裁判所の判例と、その当時の学説を検討し（第一章）、これを踏まえて、1898年 ZPO 成立後における学説の状況を検討することを通じて、裁判の抵触回避を中心に国際二重起訴の規律を理解するに至った経緯を明らかにする（第二章）。そして、以上を前提に、戦後のドイツにおける国際二重起訴の規律に大きな影響を与えた Schutze と Habscheid の論争とその後の議論を検討し、ドイツにおける既判力の抵触回避の意味するところを明らかにすることで（第三章）、先に述べた本稿の課題を解明することを試みる。

なお、本稿は、国際二重起訴の規制に関する具体的な解釈論を提示することを直接の目的とするものではなく、かかる解釈論を提示するための、筆者なりの準備作業の一環として位置付けられるものである。具体的な解釈論の提示は、早々に予定している別稿において行うこととなる⁸⁾。また、別稿との関係上、本稿の検討の対象は、原則として、ヨーロッパ民事訴訟法における議論が活性化する以前の1990年までとする。

第一章 承認予測説の原初形態 1877年 CPO における議論

一 ドイツにおいては、現在まで、国際二重起訴の規律に関し、いわゆる承認予測説が一貫して通説である⁹⁾。このような外国訴訟係属の考慮に関する議論は、19世紀末の CPO 下における裁判実務の中から生まれ、これが学説により理論的基礎付けを与えられる形で始まった。もっとも、その理論的根拠について、一貫した理解が存在したわけではない。それでは、1877年 CPO の下で形成された承認予測説の原初形態は如何なるものであったのだろうか。本章の課題はこの点を明らかにする点にある¹⁰⁾。

二 以上のような本章の課題に対する検討の前提として、CPO における訴訟係属 (Litispendenz) の理解、及びその基礎となった、普通法時代の訴訟係属の抗弁 (exceptio litis pendentis) の理解を一瞥しておくことにする。訴訟係属の抗弁は、従来から、ローマ法の争点決定 (litis contentatio) との関係で論じられてきたが¹¹⁾、当時からその説明の仕方については争いがあった。

普通法時代における争点決定の説明の仕方は、争点決定の審判対象固定機能を重視するものと、訴権消滅機能を重視するものとに分けられる。前者の理解によれば、争点決定は、当事者が互いの間に存在している係争関係 (actio od. res de dua agitur) を審判対象 (judicium) に移す、当事者双方の行為であるから、この争点決定はたとえそれが訴えに基因するものでも、もはや原告によって一方的に解除することはできない。そして、一度だけ訴えを提起しうる権限をもつに過ぎない原告は (bis de eadem re ne sit actio [同一物に関して二度訴えることはできない])、争点決定を行ったことによって、彼の訴権を撤回し得ぬ形で行使したのであり、被告は同一の物に関する新たな訴えに応訴する必要はなく、この訴えは訴訟係属の抗弁 (exceptio litis pendentis) によって排除されることになる¹²⁾。かかる理解に立つ場合、訴訟係属の抗弁は、浮動中の訴訟においてのみ生じ、判

決後は新たに判決に基づいた既判事項の抗弁が生じる，と説明されることになる。これに対し，後者の理解は，争点決定を法務官による条件付終局判決と捉え，一旦判決された事項であるために再訴が禁止されるとすることを前提とする。しかし，ローマ法における法定手続と審判手続という二段階訴訟構造の消滅した現代の訴訟においては，争点決定は終局判決まで持ち越されることになる。それ故，訴訟係属中も別訴の提起を禁止する必要性から，既判事項の抗弁の先取りの効力として，訴訟係属の抗弁を説明することになる¹³⁾。

以上の説明の相違は，訴訟係属の抗弁を，当事者間の拘束を中心に理解するか，訴権消滅の効果（Konsumtionwirkung）との関係で，説明するかの違いであると評価できるが，普通法当時，前者の理解が支配的であったようである。そして，かかる理解を前提として，CPO においては，Litiskontestation は Litispendenz，さらには，ドイツにおいて16世紀ごろから慣習的に使われていた Rechtshängigkeit に置き換えられた¹⁴⁾。かかる Rechtshängigkeit が，訴訟係属により当事者が裁判所に拘束されることを元々意味していた¹⁵⁾ことと，CPO 成立当時の民事訴訟法の公法的理解という時代思潮の中で，CPO 上の訴訟係属の抗弁は，後に詳述するように，被告の手続への拘束を国家権力としての司法の原理から正当化するものと理解されるに至った。ともあれ，CPO 上の訴訟係属の理解は，後述するSteinの理解があらわれるまで，アクチオにとらわれた形で議論がなされていたといえることができる。

以上を前提に，以下および判例，学説の理解を見ることにしよう。

第一節 ライヒ裁判所判例

ドイツにおいて外国訴訟係属の考慮の問題に先鞭をつけたのは，ライヒ裁判所の判例であるとされる¹⁶⁾。ライヒ裁判所がこの問題を初めて取り扱ったのは，以下のように判示した1892年の判決¹⁷⁾である。

「当審は，……CPO 661条5号は，外国での訴えの提起が，後に内国で同一の

請求により提起された訴えの訴訟係属を基礎付けるか、という問題につき、既判力の抗弁と同様の意義を有することを前提とする。」

その上で、ライヒ裁判所は、訴訟係属の抗弁と既判力の抗弁は同一の目的と要件を有し、訴訟係属の抗弁は既判力以上に認められることはない点を指摘する。そして、

「外国で係属した訴訟事件について下された判決が、CPO 661条5号の規定により内国で意味を有さず、それ故内国の被告が外国での訴訟事件に応訴する必要のない場合、……内国で訴えを提起する外国人に外国手続を命じることを正当化し得ない。

内国被告が、外国で同時に訴訟事件に応訴する必要がない場合、応訴の煩や費用の負担を回避するという訴訟係属の抗弁を認める法的根拠とも合致する。これは、外国での訴えの提起により訴権それ自体が消耗したという考えと同種のものである(傍点筆者)。」

さて、かかる判決から、当時のライヒ裁判所の国際二重起訴に対する立場を探ってみよう。

ドイツにおける国際二重起訴を巡る議論が、かかるライヒ裁判所の判決を端緒とすることから、当時既にかかる問題解決についての実務上の必要性が存在したことがまず確認できる。

さらに、国際二重起訴の理論構成につき、上記の判示から次の三点が明らかとなるであろう。第一に、今日の外国判決の承認要件に相当するCPO 661条によって外国訴訟係属の承認を根拠付けている点である。このことから、ライヒ裁判所は、既判力の承認と外国訴訟係属の承認に差異を認めていなかったと考えることができる。第二に、外国訴訟係属の承認は既判力以上には認められないとする点である。これは、訴訟係属の抗弁と既判力の抗弁が同一の目的を有する点に依拠している。そして、訴訟係属の抗弁の法的根拠として被告の応訴の煩や費用負担の回避を挙げている。第三に、CPO 661条の要件を充足する場合には、外国における訴えの提起は、内国における訴えの提起による訴権の行使と同様に見ることができ、訴訟係属の法的根拠とも合致すると考える点である。言い換えれば、

CPO 661条の要件を充足する場合には、訴権が磨耗したと考えることができるとするものである。

以上からすれば、ライヒ裁判所は、外国での訴えの提起と内国での訴えの提起が同視できるかを問題とし、これが肯定される場合には、内国訴訟係属の法的根拠とも合致すると考えているといえる。

第二節 学説の状況

では、学説はどのような理解をとっていたのであろうか。この点、ライヒ裁判所の判決を受け、学説上も、CPO 661条を根拠に外国訴訟係属を考慮する見解が出現し、支配的地位を占めていた。もっとも、その説明の仕方については、外国訴訟の承認を論拠とするものと、「裁判の一回性」を論拠とするものの二つが存在した。以下では、このような見解の対立が生じた背景に注意しながらこれらの見解を検討することにするが、学説の検討に入る前に、以下の行論の便宜上 CPO 660条及び661条の構造を、R. Schmidt の明快な説明をもとに、ここで若干敷衍しておくことにしよう¹⁸⁾。

CPO 660条、661条は、外国裁判の適法性の審査を行うことなく、内国において一定の条件を充足すれば、その執行を認める制度である¹⁹⁾。これらの規定は判決の執行のみを規定しているが、既判力の承認も含意される、とするのが当時の多数説であった。これは、次のような原則的な考えを前提とする。すなわち、判決の執行は、市民の生活関係に国家権力が直接介入する結果をもたらすが、判決の確認的効力（Feststellungswirkung）は、判決の執行ほどナイーブなものではない。というのも、各国の近代的立法により、外国裁判所の判決に内国裁判所と同等の権威と信頼を認めることができるからである。もっとも、内国での外国判決の執行が認められない場合、内国での再訴は認められるべきであるから、この場合には外国判決の既判力も認められるべきではないことになる²⁰⁾。このように、CPO 660条、661条は、外国裁判官の法適用行為を内国のそれと代替しうるかをフィルタリングする機能を果たすものであり、判決の内容の審査を行わな

い点でこれを強度に貫徹した制度であった。

以上のような理解を前提として、以下、学説の状況を見ていこう。

第一款 「外国訴訟の承認」アプローチ

当時の学説の中で、外国訴訟の承認の観点から、外国訴訟係属の考慮を肯定するのが、Wach である。彼は、その著書『ドイツ民事訴訟法ハンドブック²¹⁾』において、国家裁判権の限界との関係で、外国訴訟係属の考慮に関する問題について、次のように述べている。

「外国判決の規範で、同時に外国での権利追求、かようなものとしての訴訟の意味内容 (Bedeutung) も整理される。判決の承認を念頭におく限りで、訴訟の承認と別の訴訟についてのその効果が考慮される。外国における Litspendenz は、訴訟係属の抗弁の根拠として CPO 661条の類推によって評価される。……法は、求められた既判力との関係に影響されることなく、同一の事件についての同時の訴訟を様々な理由から、すなわち、国家が二重の判決や過剰な負担からその裁判所を守ることや、被告の負担の軽減、原告に同時に二度の要求をさせないといった理由から、排除しているとも考えることもできよう。しかしこのような考えに、ドイツ法の Litspendenz の抗弁は支配されておらず、仮にこのような立場にたつとしても、内国と外国における二重訴訟を妨げることにはならない。裁判所の立場からすれば、……最初の手続が内国裁判所で係属しなければ遮断されない。また、被告が自ら第二の訴えを提起する場合には、被告の利害は問題とならない。」²²⁾

このような Wach の叙述から、次の二点が明らかになるであろう。第一に、既判力との関係で、外国判決承認制度を媒介に外国訴訟係属の承認を考察している点であり、第二に、外国訴訟係属の考慮を訴訟の承認として理解している点である。

以上の第一の点と第二の点は、相互に関連する。この点を明確に述べているのは、Wach の見解を支持する Ludwig von Bar である²³⁾。彼は、この点につき次のように述べている。

「その [(筆者注) 外国で係属した手続について、訴訟係属 (Litspendenz)

の抗弁が認められるか、認められるとして如何なる要件の下で認められるか、
という問題に対する解答は、最近 Wach が正当にこれを構成したように、
外国手続の承認との関係で定まり（傍点筆者）、そしてこれは、再び外国判決
の承認により定まる。」²⁴⁾

かかるL. v. Bar の説明から、この問題を外国訴訟の承認との関係で論じ、
外国訴訟の承認する際の基準を、外国判決の承認ルールに求めていること
が読み取れる²⁵⁾。では、外国訴訟の承認とは何を意味するのであろうか。
この点、CPO 660条、661条の構造を前提とするならば、Wach の理解は
次のようなものということができよう。CPO 660条、661条は、外国裁判
官の法適用行為を内国のそれと同視するための要件であった。そして、
Wach によれば、権利既存を観念し、私法上の権利関係と訴権の存在の確
証を行うものが訴訟であるため²⁶⁾、権利関係は訴訟の開始から終結まで変
更のない（以下、「権利関係の不変性」と呼ぶ）ことになる。従って、
CPO 661条の基準で、内国訴え提起行為と外国訴え提起行為を同視するこ
とができるようになるのである。このような Wach の理解は、当時の時
代思潮であった自由主義的な国家観と密接に結びついたものであるといえ
るだろう。

第二款 「裁判の一回性」アプローチ

これに対して、「裁判の一回性」の観点から、外国訴訟係属の考慮を認
めるのが、Kohler である。この点につき、Kohler は次のように述べる。

「内国判決を拘束する外国判決の主張は、義務（agendo）又は抗弁
（excipiendo）としてなされうる。この主張は、そのような判決を求める手続
を理由に訴訟係属の抗弁（exceptio litis pendentis）を行使しうる限りで先取り
的に（anticipando）行使しうる。なぜなら、内国判決を拘束する二つの判決
を回避すべきであるからである。このような言明は、二つの内国判決に妥当す
るが、一方が内国判決で他方が内国判決を拘束する外国判決である場合にも妥
当する。〔改行〕しかし、ここで「裁判の一回性」の原則に対しては、実際に
二つの判決が下されるべきである。その場合、内国判決と外国判決は内国で二

つの判決が下されたのと同様である。」

Kohler の訴訟係属の抗弁 (exceptio litis pendentis) の基本的理解は、「裁判の一回性」原則から、既判力の抗弁の先取りとして訴訟係属の抗弁 (exceptio litis pendentis) を主張できる、とするものである。このような訴訟係属の抗弁 (exceptio litis pendentis) の理解は、Planck の理解と相応する。Planck は、かかる「裁判の一回性」の観点から、訴訟係属の抗弁 (exceptio litis pendentis) を「第一手続の審理が第二手続の裁判を排斥する終局判決に至ったかに関わらず、重複した裁判をできうる限り回避するとともに、労力や費用の節約するために合目的かつ適切である。」²⁷⁾と説明している。

Kohler の見解は、以上のような基本的理解を前提に、外国判決が内国に承認される場合には、内国法上、訴訟係属の抗弁 (exceptio litis pendentis) が認められるのと同様の状況が生じることから、外国訴訟係属の考慮を認めるものである。そのため、外国判決と内国判決が実際に下されていないからならず、外国判決については内国で実際に承認されねばならないと考えるものである。その意味でこのような Kohler の見解は、「裁判の一回性」原則から外国訴訟係属の考慮を導き出すものと評価できよう。

もっとも、訴訟係属の抗弁に関する以上の説明を、Planck 及び Kohler は、訴権又は請求権の消耗との関係で論じている²⁸⁾。従って、ここでいう「裁判の一回性」を根拠とする場合の訴訟係属の抗弁の認められる客観的な範囲については、なお請求権を基準としている点には注意が必要である。

第三款 学説の分岐と訴訟法理解

以上のように、Wach と Kohler の外国訴訟係属の考慮に関する理解の仕方は、外国判決承認制度との関係で論じる点で共通性を有するものの、アプローチ方法の点で大きな差異が存在する。かかる差異は如何なる背景事情によるものであろうか。

ここで注意すべきは、両者の民事訴訟法に対する考察方法の相違である。国家裁判権の限界との関係でこの問題を論じ、「権利の不変性」を根拠に外国訴訟係属の考慮を認める Wach の議論は、権利既存の観念と国家に対する権利保護請求権の存在を前提としている。従って、Wach の理解は、当事者の国家への権利主張をその民事訴訟法理解の根底に置いており、国家法律制度としての訴訟の観点からこの問題を考察していると考えられることができる。すなわち、外国判決の承認ルールを媒介に、内外訴訟が制度として同様のものと考えられるか、をまず問題とし、これが肯定されるならば、外国訴訟係属の考慮については、外国における訴えの提起が内国におけるそれと同視でき、内国での再訴は不要であると考えるのである。

これに対し、Kohler は、「国家が民事訴訟による権利促進を与えるのは国家がその任務として行うものであって、当事者はこの国家行為の実行を国家に要求する権利はなく、当事者の国家に対する訴権は容認し得ない²⁹⁾」として、権利既存概念及び権利保護請求権を否定する³⁰⁾。また、彼の訴訟法理解は、Goldschmidt の訴訟状態説の先駆ともいうべき、訴訟過程の発展的把握をその理解の基礎に置いている³¹⁾。そのため、確定判決によってはじめて、権利が発生する、との理解を示す。このことから、Kohler は個別的現象としての訴訟の観点から考察し、この問題を直接、訴訟係属の抗弁の妥当性の問題と捉えていると考えられることができる。それ故、外国訴訟係属の承認は、外国判決の承認が絶対的な条件となる。

このように、権利保護請求権を前提に、市民の国家に対する権利保護の主張を重視する Wach は、国家法律制度としての訴訟の観点から、訴訟係属（Litispandez）の抗弁及び外国訴訟係属の承認を理解するのにに対し、Kohler は、個別的現象としての訴訟の観点から、直接、訴訟係属の抗弁の問題として、外国訴訟係属の考慮を理解しているものといえる。

以上より、かかる説明の相違は、当時の時代思潮を反映した訴権論争³²⁾及びこれと密接に関連する民事訴訟法理解に関する両者の立場の相違を背景とする。そして、権利保護請求権説が支配的であった状況の中で、外国

訴訟係属の考慮については「権利関係の不変性」から説明をする理解が一般的であり、「外国訴訟の承認」アプローチが承認予測説の原初形態といえることができるだろう。また、このような理解は、前述したライヒ裁判所の判決にも相応する。

これに対し訴訟係属の抗弁の対象については、Kohler も、またその理解の前提となった Planck も、「裁判の一回性」を訴権又は請求権の消耗と関連づけて理解している。従って、彼らが、二重の裁判の回避や被告の応訴の負担を問題にする場合も、訴権又は請求権との関係を念頭に置いている。また、Wach もこの点、訴権を中心に考えており、外国訴訟係属の承認の対象が、既判力の対象を越えることはないことを指摘している。その意味で、訴訟係属の抗弁の範囲については、当事者の訴訟上の請求を重視する点で、二つのアプローチ間で相違はなかったといえる。

第二章 「裁判の抵触回避」アプローチへの移行

ZPO 328条成立後から Schütze・Habscheid 論争までの議論

前節における検討から、1877年 CPO の下においては、外国訴訟係属の考慮を、権利関係の不変性を前提として、外国訴訟の承認の観点から根拠づける見解と訴訟係属の抗弁の趣旨から基礎付ける見解の双方が存在したが、前者が一般的であったことが確認された。

ところが、本節で明らかにされるように、1898年 ZPO 改正を契機として、学説上このような理解は勢力を弱め、逆に訴訟係属の抗弁の趣旨から説明を加える見解が勢力を強めることとなり、二つの見解の勢力関係は逆転することになる。

それでは、このような勢力関係の逆転はなぜ生じたのであろうか。本章はこの点を明らかにすることを目的とする。なお、ライヒ裁判所のこの時期の判決は1901年³³⁾、1938年³⁴⁾のそれを挙げることができるが、基本的には1898年判決を踏襲するものであり、理論構成については両判決とも沈黙

を保っている。従って、以下の検討は学説の議論が中心となる。

第一節 学説の状況

BGB の制定に伴う1898年 ZPO 改正に際し、CPO 660条、661条は、外国判決の承認に関する ZPO 328条と外国判決の執行に関する722条、723条となり、現行 ZPO とほぼ同様の規律形態となった³⁵⁾。外国判決の承認・執行制度に関する部分の改正の目的は、外国判決の承認についての明文の規定を設ける点にあった³⁶⁾。この改正以後の国際二重起訴の規律に関する学説の議論状況は、基本的には CPO 下の議論状況と同様、大きく二つに分けることができる。すなわち、外国裁判高権行為の承認の観点から論じるものと、訴訟係属の抗弁の趣旨・目的から論じるものである。そして両者のうち、後者の理解がその後一般的になっていく。

第一款 「外国裁判高権行為の承認」アプローチ

一 前章で紹介した、外国訴訟の承認という理解を示す見解は、1898年 ZPO の改正後は、外国裁判高権行為の承認という形で論じられることになる。このようなアプローチからこの問題を考察するのが、Hellwig, Stein である。

二 まず、Stein の説明を参考にかかるアプローチの基本的認識を明らかにすることにしよう。この点、Stein は、国際二重起訴の規律及び内国訴訟係属の抗弁について次のように論じている。

「外国で基礎付けられた訴訟係属で、抗弁は、将来期待されうる外国判決が 328条に基づき、内国で承認を獲得する適格を有する（in Inland Anerkennung zu erlangen fähig ist）場合にのみ認められる。ZPO が外国裁判所に妥当しない限りで、特別裁判所であるからである。1869年6月21日の司法共助法第19条参照。」³⁷⁾

「訴訟係属の抗弁は、同時に複数の訴訟進行がなされることを回避することにより、要件を欠く訴訟上の権能（Prozeßbefugnis）によって生じる防御の負担を軽減し、同時に再度の判決をできるだけ予防するとされる」³⁸⁾

Stein が外国訴訟係属の考慮を肯定するに際し依拠するのは、北ドイツ連邦の1869年6月21日の司法共助法³⁹⁾第19条⁴⁰⁾である。同条は、当時、北ドイツ連邦内の各ラントの裁判高権行為は原則的には当該ラントのみに及ぶと考えられていたため、訴訟係属及び既判力の効果につき、司法共助による承認を認めていた。同法は、ドイツ帝国の成立に際し、帝国司法法(Reichsjustizgesetz)に置き換えられたが、同法19条は、帝国内では、当然のことを規定するものとして、削除された。しかし同条の趣旨は一般原則として承認され、国際関係に転用する余地は認められていた⁴¹⁾。

以上の点を踏まえると、Stein は、外国訴訟係属の考慮につき、次のように考えていたということができよう。すなわち、司法共助法第19条は、既判力と並んで、訴訟係属の効果についても、その承認を認めていたのであるから、ZPO 328条で外国判決の既判力の承認を認めるのであれば、同様の条件で外国訴訟係属は考慮されるべきである、というものである。

三 これに対して、Hellwig は、以上の Stein の説明と同様に、外国高権行為の承認の観点から考察しつつも、以下の三つの理由から、外国訴訟係属の承認につき否定的な立場をとる。第一に、1869年司法共助法19条では既判力と共に訴訟係属の効力も規定されていたが現在はいかか規定が存在しない点である⁴²⁾。第二に、訴訟係属と既判力は決してパラレルではないこと、第三に、裁判所が予め将来の判決内容を判断するには予知能力を必要とする⁴³⁾点である。また、特に、第三の論拠については、承認要件における非承認(Nichtanerkennung)の根拠が、1877年CPO 当時より著しく増加した点を指摘している。この点は、彼が1898年ZPO 改正をどのように評価しているか、という問題と関わるため、後に第二節で詳しく検討することにする。

第二款 「裁判の抵触回避」アプローチ

一 他方、外国訴訟係属の考慮を訴訟係属の抗弁の趣旨・目的から直接導き出そうとする見解もCPO 下の議論と同様に主張される。Meili, Riezler

の見解である。もっとも、これらの見解は、CPO 下での議論とは異なり、比較法的考察を基礎に論じている点、および Kohler のように権利の発生を確定判決にかからしめる理解を前提としていない点に注意する必要がある。二 まず、Meili⁴⁴⁾の見解を見てみよう。彼は、外国訴訟係属の考慮について、まず次のように述べる。

「国際訴訟法において、同一の後に提起された法的請求に対する訴訟係属（Litispéndenz）の抗弁は一定の要件の下に、すなわち最初に係属した訴訟についての判決の存在が、法及び実務により確認される場合には、承認されねばならない。」⁴⁵⁾

Meili はかかる理解を次のように説明する。ドイツ、オーストリア、イングランドの訴訟係属（Litispéndenz）の規律を比較法的に確認した上で、外国で存在する手続に内国裁判官は国家間条約が存在する場合を除いて無関心であるというような態度をとることは許されない⁴⁶⁾。そして、このような基本的理解を前提に、国際民事訴訟の場合にも訴訟係属（Litispéndenz）の抗弁を認める理由を次のように述べる。

「内国訴訟手続においては、訴訟係属（Litispéndenz）の抗弁は一般的に肯定されている。裁判所は、裁判所によって開始された活動を相互に考慮しないわけにはいかず、また、同一の国の異なる二つの裁判所で同一当事者間の同一の事件について裁判をすることは無意味である。これらと並んで、抗弁を基礎付ける今ひとつ異なる目的が存在する。それは、矛盾する判決を回避すべきというものである（傍点筆者）。〔改行〕これらの理由は、大体において、国際的な平面においても妥当する。」⁴⁷⁾

このような Meili の説明から、彼が国際的な平面における利益状況をまず前提とし、国内法における訴訟係属（Litispéndenz）の抗弁の趣旨がかかる場合にも妥当することを根拠に、外国訴訟係属の考慮を導き出していることが明らかとなる。加えて、矛盾する判決の回避を訴訟係属の抗弁の目的として指摘している点には注意を要する。

三 以上の Meili の説明をより厳密に検討し、各国の法政策と密接に関連する点を明らかにしたのが Riezler である。

「障害の目的から、一般的に承認された、全ての法秩序につき正当な解答を得ることは既にうまくはいかない。訴訟係属の抗弁やその職権での考慮を正当化する法政策的根拠は、一つの解決策のみを許容する無条件性や論理的必然性はない。従って、我々の問題について様々な法秩序が様々な立場をとっているのは不思議なことではない。」⁴⁸⁾

その上で、一般的に指摘される訴訟係属の抗弁の趣旨、すなわち訴訟経済、被告の応訴の煩、相反する裁判の回避が、国際的法律関係において法政策的態度決定なしに論理必然に導かれるものではないことをそれぞれにつき説明する。その中で、「裁判の矛盾抵触の回避」については、次のように述べている。

「二重の訴訟係属の最悪の弊害は、相反する裁判とこれに結びつく跛行的法律関係の存在である。しかし、これも外国判決を承認しない場合にはこのような危険は存在しない(傍点筆者)。」⁴⁹⁾

以上から、ドイツの場合は外国判決を承認するという法政策をとることから、外国訴訟係属を考慮することができると結論付ける⁵⁰⁾。

この Riezler の説明から、この問題に対する二つの彼の基本的立場を読み取ることができよう。まず、訴訟係属の抗弁に妥当する趣旨・目的から外国訴訟係属の考慮を基礎付ける点、次に 外国訴訟係属の考慮は各国の法政策上の問題であると考えることである。

かかる Riezler の見解は、国内訴訟係属の抗弁との関係で外国訴訟係属の考慮を導く場合も、両者の関係は、論理的な必然性を有するとはいえず、外国訴訟係属の考慮は当該国の法政策と密接に関連することを指摘した点は注目に値する。この論理によれば、外国判決承認制度を採用するドイツの立場からは、国内訴訟係属の抗弁の趣旨のうち、裁判の抵触回避が決定的になると考えられるからである。

このような Riezler の理解は、Schweigert によっても支持されている⁵¹⁾。
三 以上の Meili 及び Riezler の見解の検討から、次の点を確認することができるであろう。すなわち、両者とも、国際的な平面で外国訴訟係属を

考慮するべき必要性を論じ、かかる必要性が国内法上の訴訟係属の抗弁の趣旨に相応する、という理解を前提とする点である。かかる国際主義的な視点は、とりわけ、Riezler が跛行的法律関係の弊害、言い換えれば、国際的な平面における法秩序の安定を強調している点からも読み取ることができる。そして、Riezler は、かかる理解が、各国の訴訟政策との関連性を有することを明らかにした上で、ドイツ法の場合は、外国判決承認制度との関係から、裁判の抵触回避が重要であることを指摘した。このことから、国際主義的考察を前提に、裁判の抵触回避を重視していることが確認できよう。

四 また、かかる理解に類似の理解が、国内民事訴訟法の立場からも、有力に主張されるようになる。訴権論につき司法行為請求権説⁵²⁾に立つ Rosenberg の見解である。彼は、外国訴訟係属の考慮及び訴訟係属の抗弁について次のように論じる。

「外国裁判所に手続が係属した場合にも、その裁判が ZPO 328条によりドイツ裁判所で承認されうる限りで同様⁵³⁾に妥当する。

「訴訟係属は、二重の訴訟追行、時間、労力、費用の二重の負担、そして二重の場合によっては蒸し返しの（widerstreitend）裁判を回避する。」⁵⁴⁾

かかる Rosenberg の訴訟係属の抗弁に関する記述から、二重の訴訟追行と裁判の抵触回避が並列的に論じられている点を読み取ることができる。この点に、比較法的考察を前提とする見解との類似性を指摘することができるが、両者の関係については、次節□で詳しく検討することにする。

第二節 「裁判の抵触回避」アプローチへの移行の背景

権利保護請求権論者は外国高権行為の承認という視点から問題解決を図るが、1898年 ZPO 成立以後、このような解決を採る方向性は下火となり、「裁判の抵触回避」からのアプローチが有力となった。このような変化にはどのような背景事情が隠されているのであろうか。以下、この点につき検討する。

(一) 「外国裁判高権行為の承認」アプローチの動揺 1898年 ZPO の影響
一 CPO 当時の学説状況と1898年 ZPO 成立後の学説状況を取り巻く背景事情の相違として、外国判決の既判力の承認を明文で認める ZPO 328条の創設と外国訴訟係属の考慮に関する規律の立法化の議論をまずもって挙げることができる。かかる議論が、外国裁判高権行為の承認によるアプローチに何らかの影響を与えたのであろうか。

そこでまず、この点に関する検討の前提として、1898年 ZPO における外国判決承認・執行制度と CPO 660条・661条の相違点、及び、外国訴訟係属の考慮に関する規律の立法化の議論を確認しておくことにする⁵⁵⁾。

まず、前述のように ZPO 328条の創設の目的は、外国判決の承認に関する明文の規定を設ける点にあった。これにより、外国裁判の既判力が内国に承認されることが明文で確認された。この規定の創設により、従来執行判決の拒絶事由として掲げられていた CPO 661条各号は、ZPO 328条に承認拒絶事由として規定されることになった。その際、CPO 661条2号で規定されていたドイツ裁判所において禁止される行為の執行禁止が、ZPO 328条においては、いわゆる公序条項に変更された点に注意する必要がある。なぜなら、このことは、CPO の厳格な外国判決の再審査禁止原則が部分的に破られたことを意味する⁵⁶⁾からである。

次に、1898年 ZPO の立法作業においては、Gebhard の第一草案及び第二草案36条にも注意する必要がある。同条は、外国訴訟係属を承認することを明文で規定していた⁵⁷⁾。ところが、この規定は、起草過程の比較的早い段階で削除され、最終的には法典化されなかったため、かかる立法者の態度をどのように捉えるかにより見解が分かれることになる。

もっとも、当時は草案36条の削除理由は明らかにされていなかったようであるが⁵⁸⁾、1973年に公刊された Die geheimen Materialieren zur Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts 1881-1896 によれば、この規定が削除された根拠は、外国訴訟における判決が承認されうる限りでのみ、外国裁判所に係属した訴訟の効力が承認されるのは当然であると考え

られた点にあるようである⁵⁹⁾。

二 さて、以上を前提に、ZPO 328条創設の外国高権行為の承認のアプローチをとる見解に与えた影響を検討してみよう。

第一章で確認したように、Wach は私法上の権利関係と権利保護請求権の確認を訴訟の目的としており、外国訴訟係属の承認もこのような基本的理解の中に位置付けられている。換言すれば、Wach は外国訴訟係属の問題を、外国判決承認・執行制度との関係で対処することを前提とした上で（前提 ），これを彼の理解するところの訴訟制度の基本的枠組みに組み込んで、国家法律制度としての訴訟、換言すれば、権利保護の実現という訴訟の目的の観点から考察⁶⁰⁾していると考えられる（前提 ）。以下、この二つの前提について、ZPO 328条の創設の Hellwig 及び Stein の見解への影響関係を見てみよう。

(1) まず、前提 について、Hellwig と Stein の理解は如何なるものであろうか。この点、前述した Gebhard の第一草案及び第二草案で提案されていた外国訴訟係属の承認に関する規定の削除の評価が問題となる。CPO において、外国訴訟係属の考慮についての明文の規定が設けられていなかったが、外国判決の執行に関する規定で外国判決の既判力という外国高権行為の承認を認めていたために、訴え提起の効果の承認という帰結も導きやすかった。しかし、ZPO 改正において、起草過程で、外国判決の執行とは別に、明文で外国判決の既判力の承認を認める規定及び外国訴訟係属の承認に関する規定を置くことが提案された。

外国判決の承認を規律する規定の創設理由は既に述べたとおりである。これに対して、外国訴訟係属に関する規定の創設理由は明らかではないが、既判力の承認に関する規定を明文で定めた以上、その他の外国高権行為の承認についても明文の規定が必要であると考えられたのではないかと考えられる。それにもかかわらず、外国訴訟係属の考慮に関する規定は、既に述べたように、立法化が見送られたのである。そのため、ZPO 328条を根拠に直接、外国裁判高権行為の承認を導くことは困難であると考えられる

ようになったものと思われる。Stein が外国訴訟係属の承認に際し、司法共助法19条に依拠し、他方で Hellwig が外国訴訟係属の考慮を否定するのはかかる事情によるものであろう。

(2) 次に前提 についての Hellwig と Stein の理解を検討することによよう。これについては1898年 ZPO 328条における「公序」条項創設の評価が重要なポイントとなるであろう。なぜなら、ZPO 328条における「公序」条項の創設により、CPO の下で厳格に認められていた法律適合性の再審査は部分的に破られる結果となったからである。

Stein は、ZPO 328条における「公序」条項創設によっても、CPO および ZPO の外国判決承認・執行制度間に大きな相違を認めない。それ故、実務上は、承認を例外とする取り扱いがなされているが、外国判決承認制度は体系（法文）上は承認を原則とする制度であることを認める⁶¹⁾。従って、彼はなお体系上、外国判決承認制度と（国内）民事訴訟制度との接合を否定していないため、権利保護の実現という訴訟制度目的の観点からの考察を維持しているといえることができる。

これに対し、Hellwig は、外国裁判官の法適用行為の信頼性を問題する立場から、かかる「公序」条項の創設を重視する⁶²⁾。その結果、彼は、外国判決承認制度自体を ZPO 328条の要件が充足される場合にのみ承認が認められる例外的な制度と捉える⁶³⁾。それ故、外国判決の承認は、個々の判決ごとに個別に考察する傾向が強くなる。このことから、外国判決承認制度については、権利保護の実現を図る（国内）民事訴訟制度の考察の対象外と考えていることが推察される⁶⁴⁾。以上から、Hellwig は、外国訴訟に対する制度的信頼に対し、慎重な態度をとっているといえる。

三 このように、外国高権行為の承認というアプローチをとる見解は、1898年 ZPO 改正後、ZPO 328条の評価をめぐる議論が分かれることとなり、外国訴訟係属の承認を認める理解に揺さぶりをかけることになった。

とりわけ、前提 についての Hellwig の批判は、外国訴訟の法適用過程に対する信頼を根底から揺るがすものであった。そして、当時のドイツ民

事訴訟法に対する Hellig の多大な影響力を鑑みるならば⁶⁵⁾、彼の批判は、外国高権行為の承認という理論構成を再検討する契機を与えるに足るインパクトがあったものと考えてよいであろう⁶⁶⁾。

(二) 「裁判の抵触回避」アプローチへの移行

ここで、以上のような、外国裁判高権行為の承認アプローチの行き詰まりと、国際二重起訴の規律を訴訟係属の抗弁の趣旨から説明する理解との関係が問題となる。

この点、国内法上の訴訟係属の抗弁に関する理論的説明が、Stein により、アクチオから解放された点に注意する必要がある。Stein は、Rechtshängigkeit の訴訟法上の効力は、アクチオから離れて、係属する手続との関係で考察すべきことを主張し、各権利保護請求は一度しか行使できないことを訴訟係属の抗弁の基礎におく⁶⁷⁾。これは、従来の訴訟係属の抗弁に関する理論的考察が、ローマ法を淵源とする争点決定の議論に過度に影響されていたため議論が錯綜した、という認識を背後に置く⁶⁸⁾。かかる理解から、訴訟係属の抗弁は、裁判所に係属する手続を問題とすることになる。

Meili 及び Riezler の見解に親和性を有する Rosenberg の見解は、基本的には以上のような Stein と同様の理解を前提とするが、裁判の抵触回避をその他の訴訟係属の抗弁の趣旨と並列的に論及しており、Stein の訴訟係属の抗弁の趣旨に関する説明に比べ、これを強調している。これは、当時、ドイツにおける民事訴訟法理論において、いわゆる訴訟法的訴訟物論⁶⁹⁾が興隆し始めたことに関連があるように思われる。権利保護請求権説が実体法上の請求権を基礎に訴訟物を構成していたのに対し、この訴訟法的訴訟物論は、実践的には請求権競合等の問題の解決を狙いとしたものであり、訴訟法的にこれを構成する。既に指摘されているように⁷⁰⁾、これは、少なくともその限りでは、訴えの迅速且つ遺漏のない処理、事件の増加の防止や裁判所の労力の節約等を、訴訟政策的な目的として背後においていた⁷¹⁾。かかる訴訟政策的理解から、訴訟係属の抗弁の、裁判の蒸し返し防

止に果たす役割が認識されたということができらるだろう。

さらに、かかる訴訟政策的な観点は、既判力の作用論について、訴訟法説を前提に、一事不再理説が Bötticher により唱えられた点に明白に現れる。彼は、同一の事項に関して前後してなされる二つの裁判が内容的に抵触することを防ぐための手段として既判力を捉えた。その上で、再度の裁判を許すことを前提としつつ、内容の確定を媒介として、後の裁判が先の裁判に矛盾することを防止する拘束力説を、訴訟において、後の判決の内容が前の判決の内容と同一となる保障はなく、訴訟法説を徹底するには一事不再理、再度の裁判の禁止しなければならない、と主張し、訴訟法に *ne bis in idem* を復活させたのである⁷²⁾。かかる Bötticher の既判力理解は、学説上、圧倒的な支持を得るに至った⁷³⁾。さらに、かかる理解を前提に、Bötticher は、訴訟係属の抗弁を、判決によってもたらされる既判力効を前もって保障するための制度と位置付ける。

このように、国内民事訴訟法において訴訟法的訴訟物論が支配的となったことにより、訴訟係属の抗弁の理論的根拠について「裁判の抵触回避」が強調されることになった。このことは、一見すると、比較法的考察に基づく見解との連結に積極的な作用を生じさせるようにも見える。

確かに、以上の国内法の議論は、「裁判の抵触回避」を外国訴訟係属の考慮の論拠とすることに親和的であり、その限りでは比較的考察を基礎とする見解に類似するものといえる。

しかし、当時、外国判決の承認は例外であるとの理解が多数を占めていたことから、外国裁判官の法適用行為の制度的信頼については、否定的に捉える理解が支配的であったといえる。これは、前述した Hellwig の理解の影響を受けたものと考えることができる。その結果、外国訴訟係属の考慮の際に、個々の事例について外国判決の承認が確実であることを要求する見解が有力となる⁷⁴⁾。それ故に、かかる理解は、跛行的法律関係の回避を問題とするというよりも、むしろ、外国裁判官の法適用行為に対する信頼を問題とするものといえる。ここでは、内国手続と外国手続の等価性を

問題とし、その判断を厳格に行っているのである。

また、外国訴訟係属の考慮の根拠を「裁判の抵触回避」に求めることは、原告の訴訟上の請求により訴訟物を確定する点に変更を加えるものではない点には、注意する必要がある。確かに、ドイツの訴訟法的訴訟物論は、権利保護請求権説に立脚しつつ、実体法が権利を個別化する限度において訴訟物も個別化される、とした Hellwig の見解への批判として生まれたものである。しかし、ドイツの訴訟法的訴訟物論は、訴訟物概念を実体法から開放し、それを、「訴状は提起された請求の対象と原因の特定の表示と申立を含むことを要する。」とする ZPO 253条のいう申立（Antrag）や理由（Grund）といった用語の概念規定のみから決定しようとするものである、という意味において「訴訟法的」であろうとしたにとどまるのであり⁷⁵⁾、我が国におけるように、紛争解決の一回性というような観念が過度に強調されたわけではない⁷⁶⁾。

このように、「裁判の抵触回避」に承認予測説の論拠が移行したことは、跛行的法律関係の回避と直接結びつくわけではないといえる。

第三章 現在の承認予測説とその評価

外国訴訟係属の承認に関する戦後の議論を基礎付けたのは、Schütze と Habscheid の論争であった。この論争は、Schütze が外国訴訟係属の考慮を認める通説を批判し、これを受けて Habscheid が通説の側から再反論をしたものであり、主たる争点は、外国訴訟係属の考慮の理論的根拠であった。

ところで、前章までの検討で、外国訴訟係属の考慮を「裁判の抵触回避」から基礎付け、これを肯定する見解が支配的になったことが明らかとなった。そして、かかる理解を前提に、外国判決の承認を確実に要求する見解が生じるに至った。

本章は、以上のような議論を踏まえた上で、Schütze と Habscheid の論

争とその後の議論を概観することにより、現在のドイツ承認予測説における「裁判の抵触回避」の意義を明らかにすることを目的とする⁷⁷⁾。

第一節 Schütze・Habscheid の論争とその後の議論 現在の承認予測説の確立

(一) Schütze・Habscheid の論争

一 まず、Schütze の批判から見てみよう。彼の通説に対する批判は多岐にわたるが、大きくは次の三点に集約される⁷⁸⁾。第一に、外国高権行為の承認の観点については、ZPO は外国判決の承認(328条)と外国判決の執行宣言制度(722条)のみを規定していることから外国訴訟係属の承認は認められないとの結論を導く⁷⁹⁾。第二に、訴訟係属の抗弁の規定であるZPO 263条の趣旨・目的(訴訟経済、被告の応訴の煩、既判力の抵触回避)から外国訴訟係属の考慮を導き出すことも否定する。具体的には、訴訟経済⁸⁰⁾、被告の応訴の煩⁸¹⁾については、Riezler と同様、これらは決定的な論拠とはなり得ないことを指摘する。そして、第三に、この論争における最大の争点である、既判力の抵触回避が外国訴訟係属の考慮の根拠になりうるか、について、以下のように述べ、これを否定する。

まず、議論の前提として、彼は、内国の裁判高権行為である判決の効力の及ぶ範囲は内国に限られ、外国判決が内国で承認されない限り内国にはその効力は及ばない、と主張する⁸²⁾。そして、外国判決の承認は承認要件が充足された場合に限り認められる例外である、と考える。以上を前提に、内外判決の抵触が生じる恐れはほとんどないから、外国訴訟係属の考慮は既判力の抵触回避によって基礎付けられることはない、との結論を導く⁸³⁾。

二 これに対して、以上のような Schütze による通説批判に対する、通説の陣営に立つ Habscheid の反論は、既判力の抵触回避に集中する。彼の議論の出発点は、訴訟係属の抗弁と既判力の抗弁の相互関係にある⁸⁴⁾。すなわち、訴訟係属の抗弁は既判力の抗弁から導き出され、両者とも一事不再理の発現であり⁸⁵⁾、それ故に、外国訴訟係属の考慮は、外国判決の既

判力が内国に拡張されるかに関連して考察されねばならない、とする。そして、かかる理解は、内国裁判官であっても同様にとらねばならないような行態を理由に外国判決の承認が拒否されることは許されないことを前提とするものであるとする⁸⁶⁾。そして、補充的に、既判力の抵触が生じる恐れを未然に防止するためにも、外国訴訟係属を考慮しなければならないと論じるのである⁸⁷⁾。

以上の説明を前提に、Habscheid は、Schütze が外国判決の承認予測を個別的に行うことを批判している限りで、彼の批判は考慮に値する、とする⁸⁸⁾。すなわち、当時の外国判決承認に関する通説は、実務上外国判決が承認されることが少ない⁸⁹⁾ことからこれを例外と解していたのである⁹⁰⁾が、Habscheid は、この問題は統計論的に考察すべきものではなく、法論理的に考察すべきものであるとし、これを一般的承認予測の問題として理解すべきことを主張する。すなわち、国際裁判管轄と相互の保障の積極的要件が充足されれば原則として外国判決は承認されると考え、公序及びそれに類する要件により例外的に承認は妨げられるに過ぎないと考えるのである⁹¹⁾。

（二） その後の議論

一 Schütze と Habscheid の論争以後の議論状況は、外国訴訟係属の考慮を「裁判（＝既判力）の抵触回避」によって基礎付ける理解が主流となる⁹²⁾。Sachck, Geimer, Gottwald のような国際民事訴訟法の代表的な教科書を執筆した論者も基本的にはこのような説明を前提とする⁹³⁾。例えば、Schack の国際民事訴訟法の教科書では、外国訴訟係属の考慮について次のような説明している。

「外国訴訟係属の考慮について最も重要な論拠は、相反する裁判をできる限り回避するという努力である。外国での訴訟係属に関心を向けない場合、この世に潜在的に相反する二つの判決が生じることになる」⁹⁴⁾

さらに、連邦通常裁判所も、裁判の抵触回避を明示的に論拠として掲げるに至っており⁹⁵⁾、裁判の抵触回避から外国訴訟係属の考慮を説明するの

が一般的となっていることが確認される。

二 外国訴訟係属の考慮に際して、外国裁判官の法適用行為に対する信頼についての学説の態度を考えるに際しては、承認予測可能性を巡る議論を見るのが便宜である。そこでこの点に関する、その後の学説の議論の状況を概観しておこう。

この点、学説は、Habscheidと同様、積極的承認予測を要求するもの⁹⁶⁾、および、承認に重大な疑念がない限り承認予測可能性を認めるもの⁹⁷⁾、承認予測をより厳格に捉えようとするもの⁹⁸⁾とが対立する。このように、理論的には比較的安定している外国訴訟係属の考慮を巡る議論の中で、ドイツにおいても承認予測可能性を巡っては、なお争いが残っているのである。多数説は、積極的承認予測を要求する見解であるが、反対説は、外国判決承認要件の中のうち、公序要件、とりわけ手続的公序の重要性を指摘し、争点は、この点をどのように処理するかに集約される。

かかる学説の対立は、承認予測の可能性という形であらわれているが、手続的公序を巡る議論は、内外手続を同一視するのに重要な要素と考えられていることの現れであると考えられる。

第二節 ドイツ承認予測説の評価 「裁判の抵触回避」の意義

一 これまでの本稿における検討から、以下のような点が確認されよう。当初、「外国訴訟の承認」、「外国裁判高権行為の承認」というアプローチを取り、この問題を制度的に理解していた承認予測説の原初形態は、ZPO 1898年改正を契機に、「裁判の抵触回避」アプローチに移行した。

かかる理論的説明の変容は、内国訴訟と外国訴訟が等価値のものであるか、を問題とする点では、「外国訴訟の承認」アプローチ、及び「外国裁判高権行為の承認」アプローチと変わるところはなかったが、内外訴訟の等価値性を、制度的に捉える理解から、個別的に捉える理解への変容をもたらした。

Schütze と Habscheid の論争は、「裁判の抵触回避」を論拠とすること

が主要な争点であったが、「外国裁判高権行為の承認」アプローチの後退の影響の下、訴訟係属の抗弁の趣旨・目的から外国訴訟係属の考慮を基礎付けられるに至り、外国裁判官の法適用行為を制度的に信頼するという視点が弱まったという前章までの議論状況を受けたものであり、その意味で、以上のこれまでの議論の延長線上に位置付けられるものといえる。

二 では、以上のような外国訴訟係属の考慮の論拠が、「裁判の抵触回避」基盤に重点を移行させたことは、何を意味するものかと考えるべきであろうか。

まず、外国訴訟係属の考慮に関する理論的説明の変化は、民事訴訟におけるいわゆる円環構造（訴訟係属＝訴訟物＝既判力の図式）に何らの影響を与えていない。このようなドイツ法の基本的な理解は、給付の訴えと（消極的）確認の訴えの関係を見る場合に、より一層明確になる。すなわち、訴訟法的訴訟物論によっても、原則的には訴えの形式が異なれば、訴訟物は異なり⁹⁹⁾、給付の訴えと（消極的）確認の訴えとの関係については、原則として、訴訟係属の規制の対象外となる。もっとも、給付の訴えが消極的確認の訴えに先行して提起された場合、消極的確認の訴えの目的は、給付訴訟の手續の中で実現されることから、この場合には、訴訟物の部分的な同一性が認められるとして、訴訟係属の抗弁を認めることになる¹⁰⁰⁾。このように、いずれにしても当事者の訴訟上の請求を基準とする点について、規制理由が「裁判の抵触回避」へ重点を移したことによる変化は見られないことになる。

次に、Schütze と Habscheid の論争の直前の学説状況は、外国判決の承認要件における公序条項の存在を重視し、外国判決の確実性を外国訴訟係属の考慮に際して要求する理解が有力であった。かかる議論の流れの中で、Habscheid は、外国判決の承認を法律体系上、原則と捉えるべきであると主張している点に注意すべきである。すなわち、Habscheid は、外国判決の承認予測を、個別的に捉えるのではなく、制度として捉えるべきことを主張しているのである。また、Habscheid は、「既判力の抵触回避」との

関係で問題となりうる跛行的法律関係を、外国訴訟係属を考慮しなかった場合に結果的に生じるものとして補充的に論じていることから明らかなように、彼の主張の重点は、外国判決承認要件は、外国訴訟を内国訴訟と制度的に等価値と見るためのフィルターであると考えた点にあったといふべきである。その意味で、彼の理解は、ZPO 328条の創設により、当時、内外訴訟の等価値性を個別的に判断する見解が有力であったのに対し、承認予測説の原初形態に立ち返るべきことを主張しているものといえる。

以上より、外国訴訟係属の考慮に際し、「裁判の抵触回避」を論拠とすることは、「外国裁判高権行為の承認」アプローチの代替として生まれたものであり、他方で、判決の承認を個別的に捉え、承認予測の確実性を求める理解に対して、これを法体系的に制度的観点から考察すべきとするものであるといえる。

おわりに 展望と課題

一 以上、外国訴訟係属の考慮の根拠を巡る議論の変遷をみてきた。現在のドイツ承認予測説は、その論拠を、外国判決の承認要件を媒介とした「裁判の抵触回避」に重点を移したかのようにも映る。しかし、その本質において、内外訴訟手続の制度的同視可能性を国際二重起訴規制の基盤とする点において、承認予測説の原初形態に立ち返るものであり、外国判決の承認要件は、そのための単なる媒介項にすぎないことが確認された。

ドイツ承認予測説を範に採る、我が国の承認予測説は、ドイツ承認予測説における「裁判の抵触回避」の意義について、その歴史的展開を踏まえた上で不十分であったといわざるを得ない¹⁰¹⁾。それ故に、我が国の承認予測説は、以下の二つの背景事情の影響を受け、我が国の国際二重起訴論の錯綜という帰結をもたらしたものだといえる。

第一に、ドイツにおいては、国際二重起訴の規律の根拠が、「裁判の抵触回避」へ重点を移したことは、国ごとに異なる法律関係について、矛盾

する結果が生じること回避することを過度に強調するものではない。これに対し、我が国の承認予測説は、とりわけ国際私法学の立場から、跛行的法律関係の回避を過度に強調するために、判決が抵触する場合だけでなく、さらには審理の無駄が問題となるような場合もその規律対象に包含させようとしたのである。

第二に、第一の点とも関連するが、我が国においては、国内二重起訴の禁止を論じる際に、ドイツに比べ「裁判の抵触回避」を重視する傾向が強い¹⁰²⁾。そのため、「裁判の抵触回避」に重点を移したように見える、戦後のドイツにおける承認予測説の議論の表面的理解を所与のものとして受け入れやすい状態にあったといえる。

かかるドイツ法の表面的理解に基づく、我が国の承認予測説の議論が、国際二重起訴論の議論の混乱を導いたことに鑑みるならば、無用の混乱を避けるためにも、外国訴訟係属の考慮における承認要件の本来的機能ともいえる、内外の手続の同一性をフィルタリングする機能に、まずは立ち返るべきである。その際に、内外手続の同一性の判断要素として、外国判決の承認要件で必要かつ十分であるとすべきかにつき、十分な検討を必要とする。従って、今後は、内国裁判所と同様の制度が保障されていると考えられる基準の定立へと議論が向けられるべきであろう。

二 かかる観点から承認予測説を考察する場合、既判力の抵触が問題となる場合には、原則として内外手続は同質のものと考えられることができるだろう。問題は、既判力の枠を超えて、審理の利益を問題とする場合も、国際二重起訴の規律を認める可能性がなお残るのか、である。この点を明らかにするに際しては、ドイツ法とヨーロッパ民事訴訟法の相互作用の議論と、それを受けたドイツ承認予測説の議論が有効な示唆を与えてくれるように思われる。というのも、かかる議論の中で、ドイツ国内法上の訴訟係属の抗弁を、訴訟政策的機能の観点から再検討する動きが見られるからである。この点についての詳細な検討は、早々に予定される別稿に委ねられるが、ドイツ承認予測説の展望についての仮説を提示して、本稿を閉じることに

したい。

ヨーロッパ民事訴訟法の領域では、国際二重起訴の規律につき、近時、ヨーロッパ司法裁判所により、ドイツの伝統的な訴訟物概念とは異なる理解を示す、いわゆる「核心理論」が展開されている。かかる理解は、いわばヨーロッパ民事訴訟法における固有の訴訟物概念を導くものであり、ヨーロッパ連合域内での「秩序立った司法」を実現するという目的から、ドイツの伝統的な訴訟物概念によるより国際二重起訴の規律範囲を広く理解している¹⁰³⁾。ドイツでは、かかる「核心理論」を国内法に導入すべきかにつき議論が巻き起こっているが¹⁰⁴⁾、これを肯定する理解がしだいに有力になってきている¹⁰⁵⁾。このような有力説は、訴訟係属の規律の機能及び妥当領域を、規律目的や国内法の他の制度との関係から再検討する契機をもたらし、議論は訴訟係属規制の妥当な規律範囲の模索へと向かっている。

このような再検討の動きからすれば、ドイツ固有の国際民事訴訟法における利益状況を勘案し、国際二重起訴の規律の適切な妥当領域を追求する方向へ議論が向かうことが予想される。その際、問題となるのは、当事者の権利保護と重複した審理の回避との緊張関係であろう。有力説に立つ見解は、当事者の権利保護が図られる枠内で、手続の集中を考えるのではないかと推測される。そして、かかるバランス関係は、国内事件と涉外事件とでは当然異なりうると考えられる。かかる観点から、筆者は、給付の訴えと(消極的)確認の訴えの処理については、国内法における規律とは別様に、その順序に関わらず、国際二重起訴の規律ではなく、訴えの利益の領域で処理することが適切ではないか、と考えている。ヨーロッパ民事訴訟法とドイツ法の相互作用の議論を検討することから、このような議論の可能性を検証することが早々に予定される別稿の課題となる。

1) この点を指摘するものとして、中野俊一郎「国際訴訟競合」小林秀之編『判例講義民事訴訟法』(2001年・悠々社)56頁参照。

2) 本稿の検討対象とする問題領域については、国際二重起訴又は国際訴訟競合という呼

称を利用するのが一般であるが、両者の意義は微妙に異なる。国際訴訟競合の用語法を用いる論者は、この用語に、国内二重起訴の規律を離れた、国際民事訴訟法独自の視点からかかる問題を考察するという視点を含意させる（このような意味で、国際訴訟競合の用語法を利用するものとして、澤木敬郎「国際的訴訟競合」鈴木忠一・三ヶ月明編『新・実務民事訴訟法講座・7』（1982年・日本評論社）105頁、道垣内正人「国際訴訟競合（四）」法学協会雑誌100巻4号（1983年）〔以下、道垣内・国際訴訟競合と略記〕740頁など）。これに対して、国際訴訟競合という用語に関する、以上の説明からも読み取れるように、国際二重起訴という用語法は、国内法の規律を基礎に、国際的な平面での規律を考えようとするものである。両者とも、問題の国際的側面を念頭に置いている点で変わりはないが、国際訴訟競合という用語法は、国内法の規律から一度距離を置く視点を内包するため、問題をいたずらに錯綜させる恐れがあるように思われる。従って、本稿では、特に断りのない限り、国際二重起訴の用語法を利用することとする。

- 3) 同様の指摘するものとして、渡辺惺之「国際的二重訴訟論 訴えの利益による処理試論」『判例民事訴訟法の理論（下）』（中野貞一郎先生古稀祝賀記念論文集）（1995年・有斐閣）477頁以下〔以下渡辺・国際二重訴訟と略記〕、高田裕成「国際訴訟競合」民事訴訟法雑誌45号（1999年）150頁参照〔以下、高田・民訴雑誌と略記〕。
- 4) 道垣内・国際訴訟競合752頁以下。
- 5) 承認予測説につきたびたび指摘される承認可能性の予測の困難に関する問題も、突き詰めれば国際二重起訴の規制の基準を既判力の抵触回避に求める点に基因することを指摘するものとして、渡辺・国際二重訴訟477頁以下がある。また、勅使河原和彦「国際民事訴訟法の基本原理としての「内外判決の代替性」について」内田武吉先生古稀祝賀論文集（1999年・成文堂）479頁以下も参照。
- 6) なお、本稿でドイツという場合、戦後の東西ドイツ分裂からドイツ再統合までの期間は、いわゆる西ドイツをさす。
- 7) もっとも、最近になりこの点を指摘する見解も現れている。高田・民訴雑誌、150頁参照。
- 8) かかる別稿において、ヨーロッパ民事訴訟法とドイツ国内法の相互作用が、ドイツにおける承認予測説に如何なる影響を与えたか、という観点から、ドイツの承認予測説を検討し、このような比較法的考察を参考に、日本法における具体的解釈論を提示することを試みる予定である。
- 9) Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht 3.Aufl. 2001, Rdnr. 747; Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht 5. Aufl. 2002, S. 215.
- 10) ここで以下の議論の前提となる CPO 660条及び661条を掲げておく（Vgl. Die Civilprozeßordnung von 30. 1. 1877, RBGL1877, S.83）。

CPO 660条 外国裁判所の判決による強制執行は、執行判決によって執行が許されることを宣言した場合に限り、することができる。

2 執行判決を求める訴えは、債務者の普通裁判籍所在地の区裁判所又は地方裁判所が管轄し、かかる普通裁判籍がないときは二四条によって債務者に対して訴えを提起することのできる区裁判所又は地方裁判所が管轄する。

CPO 661条 執行判決は裁判の当否を調査せずにするものとする。次の場合には執行判

決をすることができない。

- 一 外国裁判所の判決がその裁判所に妥当する法によってまだ確定力を得ていないとき
 - 二 強制執行が許されるかについて判決をするドイツ裁判官の法によると禁止されている行為が、執行によって強制されることになるとき
 - 三 強制執行が許されるかについて判決をするドイツ裁判官の法によると、外国裁判所所属国の全体としての裁判所が管轄を有しないとき
 - 四 判決債務者がドイツ人であり応訴しなかった場合において、訴訟を開始する召還又は命令が受訴裁判所国において本人に送達されず、ドイツ帝国においてドイツの司法共助によっても送達されなかったとき
 - 五 相互の保証がないこと
- 11) Planck, Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts Bd. I 2. Aufl. 1887, S. 255; 争点決定との関係についての Planck の理解を紹介するものとして、兼子一『実体法と訴訟法』(1957年・有斐閣)138頁以下も参照。
 - 12) かかる理解を示す論者として、Wetzell が挙げられる (Vgl. Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses 3. Aufl., 1878, S. 126)。
 - 13) かかる理解を示す論者として、Planck が挙げられる (Vgl. Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten, 1844 S. 1ff.)。
 - 14) Sohm, Die litis contentatio in ihrer Entwicklung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart, 1914 ,S. 237.
 - 15) Kleinfeller, Das Wesen der Rechtshängigkeit ZJP 55, 1930, S. 194 Fn. 3.
 - 16) Bäumer, Die ausländische Rechtshängigkeit und ihre Auswirkungen auf das internationale Zivilverfahrensrecht, 1998, S. 21.
 - 17) RG, JW 1892, S. 124 , Nr. 1.
 - 18) CPO 660条, 661条の立法経緯については、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 (二)」法学論叢135巻4号 (1994年) 1頁以下参照〔以下中西・論叢で略記〕。
 - 19) R. Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, 1898, S. 238.
 - 20) R. Schmidt, a.a.O. S. 239.
 - 21) Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts Bd. 1., 1885, S. 232.
 - 22) Wach, a.a.O. S. 246f.
 - 23) L. von Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatsrechts (Theorie) Bd. II 2. Aufl. 1889, S. 546ff.; ders, Lehrbuch internationalen Privat- und Strafrechts, 1892, S. 194f.
 - 24) L. von Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatsrechts Bd. II 2. Aufl. 1889, S. 546.
 - 25) L v. Bar 自身, この問題が判決の承認ではなく, 訴訟の承認であることを強調している。(Dazu L. v. Bar, Theorie, S. 548.)
 - 26) Wach, a.a.O. S. 24.
 - 27) Planck, a.a.O., S. 271.
 - 28) Planck, a.a.O., S. 254ff.
 - 29) かかる Kohler の所説は, 実体的正義の実現が国家の当然の任務とする理解を前提とし

ドイツにおける国際二重起訴論の生成と展開（本問）

ているが、これに対しては、権利保護請求権論者から、法治国家観念を希薄化するものと批判されることになる。例えば、R. Schmidt は、Kohler の見解を「絶対主義ないし専横国家（Willkürstaat）を承認するものであり、我々のすべての公法的生活の実際的的政治的基盤たる法治国の否定である」と酷評する（R. Schmidt, aa.O. S. 20）。

- 30) Kohler は、裁判官が法規を忠実に適用すべきことは、その一般的職責であって、個々の訴訟事件の当事者に対して義務付けられ、従って当事者が請求する権利があることに基づくものではないことは、個々の受験生が試験官に対して、自分の答案を公正に間違いなく採点しろという請求権があるわけではないのと同様であると皮肉に満ちた批判を権利保護請求権に対して行っている（Kohler, Sog. Rechtsschutzanspruch ZJP 33, 1904 S. 213f.）。
- 31) Kohler は、訴訟の発展的理解から、判決につき次のように述べる（Dazu ders. Der Prozess als Rechtsverhältnis, 1888）。本案判決の確定により、私法上の権利を創造し、その未確定の間はなお訴訟状態と不確定な権利が発生するとどまり、それが確実な権利となるかは、将来の訴訟の命運にかかる（S. 71）。なお、Kohler の訴訟の発展的理解については、兼子『実体法と訴訟法』123頁が詳しい。
- 32) 訴権論及びその論争の詳細については本稿の射程外るとともに既に優れた業績が多数存在するのでそちらを参照されたい。例えば、兼子一『実体法と訴訟法』（1952年・有斐閣）101頁以下、山木戸克己「訴訟法学における権利既存の観念」『民事訴訟理論の基礎的研究』（1952年・有斐閣）1頁以下（以下、山木戸・権利既存と略記）、最近のものとして、山本弘「権利保護の利益概念の研究（一）、（二）、（三・完）」法学協会雑誌106巻2号157頁以下、106巻3号396頁以下、106巻9号（1989年）1549頁以下、海老原明夫「公権としての権利保護請求権」法学協会雑誌108巻1号（1991年）1頁以下など。
- 33) RGZ 49, 1902 S. 340ff; この判決は、次のように判示している。
- 「内国の訴訟を妨げるものとして外国に訴訟が係属していることを理由に訴訟係属の抗弁を出すことが認められるのは、その外国で下されるであろう判決が内国で判決として承認されるときに限られる。外国の訴訟手続を認め別訴に対するその効果を認めるといっても、その外国判決が認められる場合以上には及び得ない」
- なお、海老澤美広「外国裁判における訴訟係属と二重起訴の禁止」青山法学論集第8巻第4号（1967年）15頁に簡潔に紹介がなされている。
- 34) RGZ 158 S. 145ff. この判決は次のように判示した。
- 「ジュネーブでの訴えについて将来期待されるスイス裁判所の確定判決は、ドイツ帝国内で承認されうるものである。……従って、被告の抗弁を基礎付ける当該訴訟係属は、ドイツ裁判所に対する提訴により生じる訴訟係属と同等である……。」
- 35) 1898年 ZPO において、328条、722条、723条は以下のように規律された（Gesetz von 20. 5. 1898, RGBl. 1898, 369）。なお、訳については、法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ民事訴訟法（法務資料440号）』（1982年）〔石川明訳〕及び、同編『ドイツ強制執行法（法務資料426号）』（1976年）〔中野貞一郎訳〕による。

328条 以下に掲げる場合には、外国裁判所の判決の承認は拒絶される。

- 一 判決国の裁判所がドイツ法によれば、管轄を有しないとき。
- 二 訴訟開始の呼出もしくは命令が、判決国内で被告人に到達されず、あるいはドイ

ツで司法共助によって送達さず、かつ敗訴した被告がドイツ人であり、当該外国訴訟に应诉していないこと。

三 ドイツ人当事者が敗訴した判決が、民法施行法13条1項、3項、あるいは17条、18条、22条の規定、さもなくば同法13条1項に関わる同法27条の規定の一部と抵触するとき、もしくは同法9条3項に該当する場合であって、死亡宣告が出された外国人の妻が敗訴した場合に、同法13条2項に反するとき。

四 外国判決の承認が、公序良俗に反するとき、またはドイツ法の目的と抵触するとき
五 相互の保証のないこと

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、かつドイツ法上、事件がドイツ裁判籍に服さない場合には、当該外国判決の承認を妨げるものではない。

722条 外国裁判所の判決による強制執行は、執行判決により執行が許されることを宣言した場合に限りすることができる。

2 執行判決を求める訴えは、債務者の普通裁判籍、所在地の区裁判所、又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ができる区裁判所又は地方裁判所が管轄する。

723条 執行判決は、裁判所が法律に適合するかどうかを審査しないで、するものとする。

2 執行判決は、外国裁判所の判決がその裁判所につき適用される法に従い確定した場合において、することができる。判決の承認が第328条に従い排除されている場合には執行判決をすることができない。

- 36) CPO 660条、661条は外国判決の執行のみを規定し、外国判決の承認に関する規定はCPO 上存在しなかった。そのため、外国判決の既判力がCPO 660条、661条によって承認されるか、については争いがあった。学説上、CPO 660条、661条により既判力の承認を認めるのが多数説であり、また判例も同様の立場をとっていた（Vgl. RG 29. I. 1883. RGZ8. S.385. 387.）。
- 37) Stien, Die Zivilprozeßordnung für das Deutschen Reich, 11 unveränderte Auflage des von Gaupp begründeten Kommentars 1913. S. 636.
- 38) Stein, aa.O. S. 633.
- 39) 同法は、北ドイツ連邦において定められた司法共助のための法律である。
- 40) 第19条は次のように規定していた（Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1869. S. 305.）
「民事事件がいずれかの諸邦の裁判所に係属しているか、あるいは判決が下され確定している場合には、当該裁判所ないし他の諸邦の裁判所において、訴訟係属ないし判決の確定を主張しうる。」
- 41) Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts Bd. 1 1903, S. 85f.
- 42) Hellwig, aa.O. S. 178 Fn. 20.
- 43) Hellwig, aa.O., S. 178 Fn. 20.
- 44) Meili 自身は、1906年当時、スイス・チューリッヒ大学教授であり、ここで取り上げる彼の見解は、スイス法との関係で示されたものであるとも考えられ、ドイツ法とは直接の関係はないようにも思える。しかし、彼は、国際民事訴訟法の視点からこの問題を論じて

ドイツにおける国際二重起訴論の生成と展開（本間）

おり、同様に視点にたつ Riezler の見解（本款後述）に少なからぬ影響を与えたであろうことが推測される。従って、本稿の議論の枠内でも彼の見解を取り上げることにする。

- 45) Meili, Das internationale Civilprozessrecht auf Grunde der Theorie, Gesetzgebunng und Praxis 1906, S. 381.
- 46) Meili, a.a.O. S. 382.
- 47) Meili, a.a.O. S. 382-383.
- 48) Riezler, Internationales Zivilprozessrecht 1949, S. 453.
- 49) Riezler, a.a.O. S. 452.
- 50) これに対し、イングランドや北アメリカでは、lis abili pendens は、内国法のみに妥当し、外国訴訟との関係では、vexatious and oppressive の場合に例外的に再度の訴えが否定される点を指摘する（Riezler, a.a.O. S. 455）。
- 51) Schweigert, Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens, NJW 1964, S. 336f.
- 52) なお、司法行為請求権説にたつ Rosenberg も必ずしも権利既存の観念を否定するわけではない。
- 53) Rosenberg, a.a.O. S. 292.
- 54) Rosenberg, a.a.O. S. 292.
- 55) 外国判決承認制度に関する改正の詳細については、中西・論叢 1 頁以下参照。
- 56) この点につき詳細は、中西・論叢 8 頁以下を参照。
- 57) 36条 2 項は、次のように規定していた。

外国裁判所に係属した訴訟の開始の効力は、その効力が民法上のものであると、訴訟法上のものであるとに関わらず、以下の場合には承認が拒絶される。

 - 1 外国裁判所の属する国の裁判所が、ドイツ法によれば管轄を有しない場合
 - 2 ドイツ人に対して訴えが提起された場合、およびかかる者に手続開始の呼出又は命令が訴訟裁判所の所在国でその者になされていないか、またドイツの司法共助の補償により送達されていないため、応訴できなかった場合
- 58) 外国訴訟係属の承認を規定する Gebhard 第一草案・第二草案36条が削除された理由を述べる第一委員会の1887年9月28日第699回会議の審議録は当時未公開であったようである（Vgl. Hertwig/Korkisch, Die geheimen Materialiren zur Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts 1881-1896 (1973), Vorbemerkung）。
- 59) 第一委員会第699回会議審議録は、削除理由につき、次のように述べる。

「草案 2 項も...削除される。なぜなら、外国裁判所で係属した手続開始の効力が手続において下される判決が承認されうる限りで承認されうることに何らの疑いはないからである。」

（Vgl. Hertwig/Korkisch, a.a.O. S. 146, 147）
- 60) Wach がいうところの形而上的考察方法（metaphysische Betrachtungsweise）がこれである。この点については、山木戸・権利既存 1 頁以下が詳しい。
- 61) Stein, a.a.O. S. 839.
- 62) Hellwig の外国判決承認制度に対する基本的理解は、この制度に関する彼の次のような

説明に明確に現れている (Hellwig, a.a.O. S. 122f.)

「ドイツ裁判官が外国での確認に拘束されるのは、内国命令のみに基礎付けられる。そして、かかる命令が外国判決に拘束力を付与し、拘束力の要件及び範囲を画する。司法領域における共同体が望ましいものであるとしても、現実には限定された範囲で認められるのみである。このような関係で、国際私法とは異なる。内国裁判官が、生活関係が外国に属する場合に、私法関係を外国法規に包含される軌範に基づいて判断することは、現代文化国家において、例外なく法、又は慣習法によって承認された原則である。〔中略〕しかし、我々の領域では、個々の外国裁判高権が与えた具体的な裁判に効力を与えることが問題となり、従って外国国家の判断形成 (Willen) が問題となるのである。内国民が損害を被ることを防ぐために国家が外国裁判の承認において、かなり慎重であることは容易に明らかとなる。そしてこのような損害は、外国裁判所が、内国が期待する誠実性や中立性でもって裁判をしない場合に生じる危険がある。このような考慮は、ドイツ法は如何なる事情があっても外国裁判の限定的な事後審査 (328条3号, 4号) 置いている点から明らかである。」

63) Hellwig, a.a.O. S. 122.

64) この点, Hellwig が外国訴訟係属の考慮を否定する第三の論拠と関連すると思われる。つまり、彼の理解によれば外国判決が承認されるかは、外国裁判官の法律適合性を審査した上で認められる例外であるから、個別的に判断せざるを得ない。従って、このような個別審査は確かにその時々個別事情に左右されるため、正確な判断を行うのは困難となるであろう。

65) かかる観点から我が国における国際二重起訴の議論を見る場合、Hellwig の影響を多大に受けた兼子博士が、国際二重起訴につき規制消極説の立場をとられる点は、興味深い。

66) このことは、第三章第一節で紹介する、Schütze による通説批判が、Hellwig のここでの批判と相応することからも伺い知ることができるであろう。

67) Stein, Der Urkunden-und Wechselprozess [Wechselprozess] 1887. S. 287; なお、既判力と訴訟係属を同一のものとする理解を内包する Planck や Kohler のような、既判力の先取りとしての訴訟係属理解については、Stein は明確に否定しており、既判力と訴訟係属が完全に一致することについては疑念を抱いている。

68) Stein, Wechselprozess, S. 280f.

69) かかる訴訟法的訴訟物論の創始者である Rosenberg は次のように主張する (Rosenberg, Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts in Zivilprozess ZZZ 49 (1924), S. 38ff.)

「訴訟物は事実ではなくそこから導かれる法律効果であるが、この法律効果は民法上の観念でもって翻訳できるものではない。なぜなら、(例えば被告は原告の厩から原告所有の馬をひそかに連れ去ったという理由で、馬の返還が訴求された場合に) 一定の事実関係をに基づき、占有の訴えとして提起された物の返還を求める訴えが、所有権に基づき任用されることができ、且つされねばならないのであるから、原告が民法上の占有訴権を主張したか否かは問題とならない。原告の義務として負うのは、ただ彼が訴訟において一定の申立をなし、もって彼が訴えにより何を望むかを明らかにし、及びこの申立を理由付ける

陳述することに尽きる。それ故に、これら二つの要素（申立と事実関係）からのみ具体的な訴訟物は決定される。すなわち、主張された事実関係に基づく物の返還の要求が、その法的性質決定とは全く無関係に、訴訟物又は訴訟上の請求となるのである。言い換えれば訴訟上の請求とは、申立及びこれを理由付けるために陳述された事実関係の二要素によって識別されるところの、法律効果の既判力ある確定に向けられた要素である」

- 70) 中田淳一「請求の同一性」『訴訟及び仲裁の法理』（1949年・有信堂）1頁以下参照。
- 71) Rosenberg は訴訟の目的を次のように述べている。
 「民事訴訟は当事者の権利の貫徹のみに奉仕するのではなく、既判力のある裁判によって国家のため法秩序の確証、法的平和の作出と維持、当事者間の権利の確実化にも奉仕する。これが訴訟制度の目的である。」「私的利益の保護は 当事者にとってはそれが前面に立つが 単なる手段と結果に過ぎない。」(Rosenberg, aa.O. S. 4)
- 72) Bötticher, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, 1930, S. 132ff.
- 73) BGHZ, 35, 338, 340=NJW 1961, 1969; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht 15. Aufl. 1993, § 151; Baumbach/Lautebach/Hartmann, Zivilprozesordnung, 49. Aufl., 1991, Einf. §§ 322-327 Anm 3A.; Thomas/ Putzo, Zivilprozesordnung 20. Aufl. 1997, Anm. 4.
- 74) Baumbach/Lauterbach, Zivilprozeßordnung 29. Aufl., 1966, § 263 Anm. 2 B.
- 75) この点は、既に三ヶ月博士の詳細なドイツ法紹介の論稿から読み取ることができる。三ヶ月章「最近のドイツにおける訴訟物理論の一段面 W. J. Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und Streitverfahren der freiwilligen Gerichtbarkeit (1965) の紹介を中心として」同『民事訴訟法研究第1巻』（1962年・有斐閣）101頁以下参照。また、Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1954, S. 28ff. も参照。加えて、この点との関係で、訴訟政策的な観点から、「裁判の抵触回避」を強調する理解が、戦後ドイツにおいてはは勢力を弱めた点にも注意する必要がある（三ヶ月章「民事訴訟の目的と機能」『民事訴訟法の争点〔新版〕』（1979年・有斐閣）6頁以下参照）。
- 76) 我が国では、訴訟物論争において、三ヶ月博士が新訴訟物理論を提唱されるに際して、かかる紛争解決の一回性が強調された、その後の我が国の民事訴訟法理解に多大な影響を与えた。三ヶ月章『民事訴訟法』（1958年・有斐閣）6頁、101頁参照。また、この点を指摘するものとして、上村明広「訴訟物論争の回顧と展望」岡法21巻2号（1972年）142頁。
- 77) Schütze と Habscheid の論争については、既に、道垣内正人「国際訴訟競合（一）」法学協会雑誌99巻8号（1982年）1170頁以下による紹介が存在する。従って、本稿では行論に必要な限りでのみ、この論争を紹介するにとどめる。
- 78) 本文中で述べた批判の他に、Schütze は BGH が述べてところの「外国訴訟係属の考慮が国際的に承認された法原則である」という論拠（BGH NJW 1958, S. 104）に対して、比較法的考察からはそのような結論は導き出せないとの批判を行っている（Schütze, Die Berücksichtigung der rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens, RabelsZ 31 (1967), S. 243ff. [以下, Schütze, RabelsZ と略記。]）。
- 79) Schütze, RabelsZ, S. 243.
- 80) Schütze, RabelsZ, S. 248f.

- 81) Schütze, RabelsZ, S. 249f.
- 82) Schütze, Deutsches internationales Zivilprozeßrecht (1985), S. 78.
- 83) Schütze, RabelsZ, S. 245ff.
- 84) Habscheid, Zur Berücksichtigung der ausländischen Verfahrens, RabelsZ 31, 1967, S. 254.
なお、同論文は、ハーブシャイト(坂本恵三訳)「外国の訴訟係属を考慮することについて」石川明・三上威彦編『国際民事訴訟法の基本問題』(1994年・酒井書店)107頁以下として訳出されている。
- 85) かかる理解を提示するに際し、HabscheidはBötticherの訴訟係属の抗弁と既判力の抗弁の関係理解に依拠している。この点につき、Bötticherの理解は次のようなものである。すなわち、二つの制度は消極的訴訟要件として必然的な関係を有し、一事不再理の発現として既判力の抵触の危険を回避することに資する、と(Bötticher, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, 1930, S. 237ff.)
- 86) 若干敷衍しよう。Habscheidは、ドイツ法が、外国訴訟係属が内国訴訟係属を無視したものである場合に、外国判決が拒絶されるのは、外国裁判官の行態が内国裁判官のそれと相容れないからである、との理解を前提とする。そしてかかる前提に立つならば、内国裁判官が自国の司法機関に要求することを、外国裁判官のそれについては要求しないことはダブルスタンダードである、と批判するのである。つまり、Habscheidの理解は、外国裁判官の行態が内国裁判官のそれと同視できるかを問題としているのである。
- 87) 外国訴訟係属を考慮しない場合の弊害については、Habscheid, a.a.O. S. 260ff.
- 88) Habscheid, a.a.O. S. 263.
- 89) Stein/Jonas/Pohle, a.a.O. §328 Anm. I 1; Müller, ZJP 79 (1966) S. 199; 一方、ドイツのライヒ裁判所は、外国判決の承認を原則と考える立場にたっていた。例えば、RGZ 166, 367。
- 90) Riezler, Internationales Zivilprozeßrecht, 1949, S. 524; Baumbach/Lauterbach ZPO.
- 91) Habscheid, a.a.O. S. 265.
- 92) なお、ドイツでは国際二重起訴は、訴訟係属のレベルの問題として捉え、アメリカ法のフォーラムノンコンビニエンスのように管轄レベルで処理するとは考えないのが通説である。これに対し、アメリカ法のフォーラムノンコンビニエンスの理論を訴えの利益の中に取り入れて論じる異説も存在する(Wahl, Die verfehlte internationale Zuständigkeit, 1974)。かかるWahlの見解に対しては、法定裁判官による裁判を受ける権利等の観点から激しい批判がなされている。Wahlの見解とこれを巡るドイツ法の議論については、安達栄司「国際裁判管轄と裁判官の裁量」『国際民事訴訟法の展開』(2000年・成文堂)79頁以下を参照。
- 93) Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht (IZVR) 3. Aufl. 2001, Rdnr. 747f.; Geimer, Internationales Zivilprozeßrecht, 1987, Rdnr. 2167; Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht (IZPR) 5. Aufl. 2002 S. 215.
- 94) Schack, IZFR, Rdnr. 748.
- 95) BGH FamRZ 1987 S. 580, 581 (=NJW 1987, S. 3083f).
- 96) Kaiser/Prager, Rechtshängigkeit im Ausland nach ausländischem Prozeßrecht?, RIW 1983, S. 667ff.

ドイツにおける国際二重起訴論の生成と展開（本問）

- 97) Rosenberg/Schwab, ZPO 14. Aufl. 1986 S. 605; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO 15. Aufl., 1993 S. 567; なお Schütze・Habscheid 論争以前の見解であるが、同様の理解を示すものとして、Wiezorek ZPO § 328 Anm. A V a.
- 98) Schack, IZPR Rdnr. 755; 彼は、積極的承認予測を出発点とすることに疑念をさしはさみ、承認予測の成立に、内国公序との調和が推定できることを要求する。
- 99) 現に、かかる定式に忠実に、訴訟物が同一の場合にのみ訴訟係属の抗弁を認め、訴訟類型が異なることにより訴訟物が異なる場合には、権利保護の必要性で処理をする見解もドイツにおいて存在した。例えば、Kleinfeller は、給付の訴えと消極的確認の訴えの関係につき、その順序に関わらず、権利保護の必要性で処理することを主張していた。(Vgl. ders., Das Wesen der Rechtshängigkeit, ZZP 56, S. 156)
- 100) 裁判の抵触回避の観点を強調し、訴訟係属の規制範囲を広く捉える見解も異説ながら存在する。例えば、先行する消極的確認訴訟と後続する給付の訴えとの関係で、訴訟係属の抗弁を認める Bettermann の見解がそうである (Vgl. ders., Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform, 1949 S. 32)。彼は、「ne bis in idem という禁止は、当事者が既に争われている、もしくは、既に判断された対決の繰り返しに法的利益を有しないことから出てくるのではなしに、単に国家はそのような繰り返しを避けるようにしなければならないということから、すなわち節減（訴訟経済）の根拠、と同時に法的安定性（判決衝突の回避）の根拠からのみ導かれる」(S. 30f.) と論じる。
- 101) わが国の学説の詳細については別稿に譲る。ただし、ここで指摘しておくべき点は、我が国の国際二重起訴論の議論が錯綜した原因として、国際裁判管轄における「特段の事情」論が、英米法におけるフォーラムノンコンピニエンスと同様のものと理解されたことである。この点については、安達栄司『国際民事訴訟法の展開』6頁以下を参照。
- 102) 例えば、多数説は、既判力の抵触回避の要請から、債務不存在確認の訴えの後の給付の訴えにつき、給付の反訴のみを認めるとの結論を導く（兼子一『民事訴訟法体系』（1949年・酒井書店）175頁、三ヶ月章『民事訴訟法』（1958年・有斐閣）120頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法〔新版〕』（2000年・有斐閣）112頁など）。
- 103) かかるヨーロッパにおける議論動向の一端を紹介するものとして、越山和広「ヨーロッパ民事訴訟法における国際的訴訟競合規制の動向 ドイツ民法と EC 民法の相克を巡って」石川明・櫻井雅夫編『EU の法的課題』（1999年）281頁以下がある。
- 104) Dazu Rüßmann, Die Streitgegenstandlehre und die Rechtsprünung des EuGH-nationales Recht unter geeigmeuropäischem Einfluß?, ZZP111, 1998, S. 399ff.; Walker, Die Streitgegenstandlehre und die Rechtsprünung des EuGH-nationales Recht unter geeigmeuropäischem Einfluß?, ZZP111, 1998, S. 429ff.
- 105) かかる主張をするものとして、例えば、Leipold, Weg zur Konzentrazion von Zivilprozessen, 1999 S. 20ff.; Gottwald, Streitgegenstandlehre und Sinnzusammenhänge, in: Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeignigen Europa 2000, S. 85ff. などがある。