

第2版はしがき

初版刊行から約7年が経過し、ここに第2版を上梓することとなりました。

初版は、幸いにしてさまざまな方にご利用いただきました。特に、現職の裁判官の皆様から、本書が執行関係訴訟事件の処理に際して大変役に立ったというお褒めの言葉を多くいただけたことは、筆者にとって望外の幸せでありました。ただ、その反面、内容については未熟なところも多くあり、また加筆や訂正等が必要な箇所も少なからず発見されたことから、いずれ機をみて改訂をしたいと念願しておりましたところ、民法（債権法・相続法）および民事執行法の改正（令和元年および令和5年の各改正）が一段落したことから、この改正内容も盛り込んだ形で刊行することとしたものです。また、初版以降に刊行ないし改訂された体系書・注釈書の記述や、公刊された裁判例や研究成果などもできるだけ盛り込むよう努め、それらを検討する中で、新たに私見を明らかにした箇所もあります。そのような意味で、「単なる実務の解説書にしない」という初版以来のコンセプトは極力維持したつもりですが、なお未熟な点も多く、さらなる検討が必要な箇所も少なくありません。これらにつきましては、引き続き読者の皆様から忌憚のないご意見・ご批判をいただきつつ、さらに考えてみたいと思っております。

なお、第2版においても、初版に引き続き、名城大学の柳沢雄二教授のご協力をいただきました。柳沢教授には、本書の形式面のみならず、記述内容についても有益なご示唆をいただきました。ここに深く感謝申し上げます。そして、同じく初版に引き続き、第2版刊行に至るまで大変ご尽力いただいた民事法研究会の南伸太郎さんにも、心より感謝の意を表します。

令和5年11月

内田 義厚

※民事執行手続のIT化に関する令和5年改正法の内容については、施行時期が本書刊行からかなり先になるものが多いことから、現在施行されているもの

第2版はしがき

も含め、第1章の総論の中でまとめて紹介し、施行後に改訂の機会がありましたら、各訴訟の中に記載を移行する予定です。ご了承のほど、よろしくお願い申し上げます。

は し が き

本書は、民事執行法に規定されている各種訴訟（以下、「執行関係訴訟」といいます）につき、その理論上および実務上の問題点について検討し、さらに、実際の訴訟における処理のあり方などについて検討したものです。

民事執行法は、立法後も、わが国の経済状況の変化などに対応すべく、数度にわたり法改正が行われ、また、実務運用も、時には立法を先導し、また時には立法の趣旨を実現すべくさまざまな動きをみせました。そして、これと同じく、理論分野でも進展がみられ、中野貞一郎大阪大学名誉教授の『民事執行法』（現在は下村正明関西大学教授との共著）をはじめとする優れた体系書が出されるに至りました。しかし、なお未解決の問題点や課題は山積しており、これらについての研究の進展が望まれているといえます。特に、執行関係訴訟は、民事執行法制定前から請求異議の訴えや第三者異議の訴えを中心に、その法的性格などをめぐって活発に議論がされ、民事執行法も、これらの議論も参考にしつつ立法されたものでしたが、現在においては、立法化当初の頃に比べ、個別の論文で散発的に取り上げられることはあったものの、実務面も含めた全体的・横断的検討といった点では、必ずしも活発であったとはいいがたいように思われます。

本書は、このような現状の中、近時の裁判例や実務運用の現状なども踏まえつつ、執行関係訴訟の理論や実務のあり方について、筆者なりの検討を加えたものです。理論的には、執行関係訴訟を、権利救済訴訟と権利実現訴訟の類型に分け、それぞれについて法的性質等を検討し、それとの関連や、民事実体法あるいは民事訴訟法での研究成果も意識しながら、実体上あるいは訴訟上の問題点を、できるだけ一貫性を保った形で検討したつもりです。そして、実務上の問題点については、主張立証責任の所在ないし分配を中心に、判例および実務の現状を明らかにし、実務上の便宜という観点から書式やコラム等も随所に入れましたが、前記理論的検討の成果を十分に意識しつつ、それとの関連性をできるだけ明らかにし、単なる判例・実務の解説書にしな

はしがき

いよう努めました。そして、これらの検討の中で、未熟ではありますが、私見を明らかにした点もあります。これについては、今後の議論の進展に少しでも寄与できればと考えておりますので、読者の皆様から忌憚のないご意見・ご批判等をいただければ幸いです。

本書は、今から3年前、筆者が裁判官を退官した直後に企画をいただき、執筆を始めたものですが、その作業は困難を極めました。慣れない大学での講義準備その他の業務に追われたということもありますが、執行関係訴訟に関するこれまでの議論の蓄積に圧倒され、執筆を進めるたびにさまざまな疑問点や問題点が続出し、それらについて一定の整理や区切りをつけていくのに大変な労力を要したというのが最大の原因です。遅延の原因は、結局のところ、筆者の研究能力不足という点に尽きるのですが、本書を一つの出発点として、今後、よりよい成果を得られるよう、少しずつでも研究を進めていくことができればと考えております。

最後になりましたが、本書を刊行するにあたり、名城大学の柳沢雄二准教授には、校正や索引等の作成のほか、内容について貴重なご意見をいただくなど、大変お世話になりました。本書の記述で思わぬ誤りを免れている点があるとすれば、それは一重に柳沢准教授のご尽力の賜です。そして、遅々として進まない原稿を、長期間にわたって辛抱強くお待ちいただき、当初の企画段階から刊行に至るまで大変ご尽力いただいた民事法研究会の南伸太郎さんには、心より感謝申し上げます。

平成28年4月

内田 義厚

第3章

権利実現訴訟

第1節 執行判決訴訟

第1 意義・趣旨

外国裁判所の判決（以下、「外国判決」という）は、一定の要件（承認要件）の下に日本における効力を認められる（民訴法118条）。しかし、このことは、その外国判決の内容が日本での強制的実現まで承認されたことを意味しない。外国判決の内容を日本において強制的に実現するには、日本の裁判所が、上記承認要件を充足しているか否かを判断しなくてはならないが、その判断内容が必ずしも容易ではなく、証拠などに基づく慎重な判断が要請されること、強制執行が債務者に直接的かつ重大な影響を与えることなどを考えると、この判断を執行機関に委ねることは相当ではない。そこで民事執行法は、かかる承認要件の充足の有無を通常の裁判所による訴訟手続によって確定することとし、かかる裁判と外国判決を一体として債務名義化することで（民執法22条6号）、日本での強制執行が可能になるようにした。かかる承認要件の有無等について判断した判決を執行判決といい、このような執行判決を求める訴えを執行判決訴訟という（同法24条）。

第2 法的性質および訴訟物

1 法的性質

大別して、形成訴訟説、確認訴訟説および救済訴訟説がある。形成訴訟説¹

-
- 1 かつては給付訴訟説も唱えられたが、現在は支持者はないようである。
 - 2 菊井・強制執行法総論57頁、注解(1)424頁【青山善充】、注釈(2)110頁【大橋寛明】、中野＝下村194頁、松本84頁、本間ほか・国際民事手続法177頁、条解204頁【今津綾子】。高桑昭「外国判決の執行」（高桑＝道垣内・国際民事訴訟法）390頁も同旨であるが、執行判決は、外国判決における給付を命ずる裁判を請求原因とする給付判決と実質的に同じとする。

は、外国判決に執行力を付与する判決を求める訴えと解する説であり、確認訴訟説は、わが国における執行力の存否確定を求める訴えと解する説である。³ また、救済訴訟説は、承認要件の存在を既判力をもって確定し、あわせて当該外国判決にわが国でも強制執行をなしうる能力を付与するという形成的機能を併有すると解する説である。以下では、形成訴訟説と確認訴訟説について検討する。

まず、形成訴訟説は、執行力は本質的には属地的効力を有するにすぎないという点から出発して、執行判決は、外国判決について日本での執行力を付与するための手続であると解する説である。学説上は多数説であり、下級審裁判例でもこの説を支持するものがある。

次に、確認訴訟説は、外国判決の承認と執行とを区別せず、執行力も判決国だけではなく日本にも及ぶと解し、承認要件を具備していれば、すでに日本でも当該判決の執行力が承認されているという点から出発して、執行判決訴訟は、執行に先立って外国判決の要件充足の有無を訴訟裁判所において審査させるために行われるものであり、執行文の付与行為と同様の公証行為であると解する説である。学説上は少数有力説であり、下級審裁判例ではこの説を支持するものもある。

では、いずれの見解が妥当であろうか。形成訴訟説は、外国判決の既判力と執行力を区別し、執行力については判決国の主権領域にとどまるとするが、同じ判決効である既判力と執行力の効力範囲をこのように明確に区別できるかは疑問であり、外国判決も承認要件の充足を介して日本において執行力を有するが、それが直ちに日本における強制執行の根拠文書になるものではなく、承認要件の審査判断という日本における執行判決訴訟の手続によって、そもそも日本国内での強制執行が可能なのか、可能だとしても全面的に可能なのか、一部についてのみ強制執行をなしうるかが確認・公証されるものと⁵みるべきではないかと考える。承認要件の審査判断が、執行機関ではなく、

3 兼子・強制執行法79頁、兼子・条解民事訴訟法622頁〔竹下守夫〕、竹下・論点67頁。

4 三ヶ月・民事執行法84頁。

通常の裁判所による訴訟手続という、より慎重な手続によって行われるのは、執行力がない外国判決に執行力を付与するかどうかの判断が困難だからというよりも、すでに潜在的に執行力を有している外国判決につき、日本国内でどこまでその執行力に基づく強制執行を許容するか、その調整ないし適応過程に困難がつきまとうからではないかと考えられる。⁶そして、執行判決が、外国判決が元来有していた執行力につき、承認要件の充足に関する審査を通じて、日本国内での具体的行使範囲を決定し公証するという構造は、債務名義と執行文付与の関係と類似する点が認められる。すなわち、外国判決と執行判決が一体として債務名義として扱われる構造は、日本の判決と執行文の関係に比することができるように思われるのである。そうだとすれば、執行文付与の訴えについて確認訴訟説をとる場合（執行文付与の訴えについては、後述のとおり、確認訴訟説が多数説である。本章第2節参照）、執行判決訴訟についても確認訴訟とみるのが一貫すると考えられる。さらに、包括執行である倒産手続の領域では、属地主義から普及主義への転換傾向が進んでいること、このような傾向は、個別執行である強制執行手続にも等しく妥当するものと考えられることも、外国判決がそもそも日本においても執行力を有していることの根拠とすることができる⁷と考える。

これに対し、形成訴訟説は、外国判決と執行判決が一体化して債務名義となつて執行法の建付け（合体説と呼ばれる）を根拠としているが、確認訴訟説の立場に立ったとしても、外国判決がすでに有していた執行力の

5 確認訴訟説の説明として、外国判決の執行力が判決国から承認国に「拡張」される説という表現がされることが多いが、執行判決訴訟によって、（元来具備している）外国判決の執行力につき、日本でのその有無および範囲が「審査・確認・公証」される説というほうが正確と思われる。

6 これが端的に表れたのが、判決に記載のない利息支払債務への執行力付与の可否や、給与天引きの方法で養育費の支払いを命じた外国判決の日本での執行力の問題である。

7 芳賀雅顯「執行判決訴訟の法的性質について」（石川＝三木・民事手続法の現代的機能）333頁、特に347頁以下。同論文は、執行判決訴訟の法的性格につき、日本での従来の議論に加え、ドイツでの学説および判例の動向、倒産手続との比較などの幅広い視点から検討したものであり、参考になる。

日本での効力範囲を執行判決が確認・確定することで、両者が一体となって日本での債務名義となるものであるということを表したのが民事執行法22条6号であるという説明が可能であり、合体説をとったからといって確認訴訟説が排斥されるという関係には立たないのではないかと考える。

以上からすると、執行判決訴訟の法的性質については、外国判決も承認要件の充足を介して日本での執行力を有するというを前提とする確認訴訟説が妥当であると解する。⁸

2 訴訟物

確認訴訟説に立った場合、訴訟物は、当該外国判決の執行力の存否およびその範囲ということになると解される。形成訴訟説に立った場合は、当該外国判決による強制執行を許す旨の宣言を求めうる地位の存否ということになる。⁹ 確認訴訟説に立った場合の具体的帰結については、訴訟手続に関する諸問題（後記第4）で言及する。

第3 実体的要件と主張立証責任の分配

1 総説

(1) 実体再審査の禁止

執行判決訴訟は、外国判決の日本における執行力の存否およびその範囲を審理判断することを目的とする訴訟であるから、外国判決の裁判内容、すなわち、事実認定や法令の適用について再度審査することはその目的に反する。

8 中野俊一郎「外国判決の執行」（新堂・実務講座）443頁は、確認訴訟説に立ったとしても、判決国法上の執行力と執行国法上のそれとの間にずれがあれば調整が問題となるし、形成訴訟説においても、判決国法上の執行力の範囲を参照する必要はありうるため、ここでの立場の違いは実際上の差異をもたらすものではないと考えられている。私見の確認訴訟説は、上記ずれの調整は執行判決訴訟の当然の守備範囲内と解するものである。

9 中野＝下村194頁。

民事執行法24条4項が、「執行判決は、裁判の当否を調査しないでしなければならない」としているのは、そのような趣旨に基づく（実体再審査の禁止¹⁰）。したがって、執行判決訴訟での実体的要件は、①外国裁判所の確定判決が存在すること、および②当該外国判決が民事訴訟法118条各号所定の要件（④外国裁判所の裁判権、⑤敗訴日本人被告に対する適法な送達または応訴、⑥日本での公序良俗に反しないこと、⑦相互保証があること）を充足していることと¹¹いう2点に限定されることになる。

このように、外国判決の内容の当否について、執行判決訴訟で審査はされないが、上記②④の手続の適法性判断や、②⑥の公序良俗違反の判断にあたっては、外国判決の手続に踏み込んだ審査は必要であり、これは実体再審査の禁止には抵触しないというべきである。¹²

(2) 実体的要件の訴訟法上の位置づけ

では、前記実体的要件には、弁論主義の適用があるといえるか。これについては、各要件の性質や認定過程の特質等に照らし、個別に考察することが必要である。¹³まず、敗訴日本人被告に対する適法な送達等の要件は、事実問題に属する要件であるから、弁論主義の適用があり、裁判上の自白も適法になしうると解される。次に、有効な外国判決の確定、外国裁判所の裁判権および公序良俗違反がないことという三つの要件については、主として法律問

10 裁判の当否を調査しないということは、判決が日本の法令に照らして是認しうるか否かを判断しないだけでなく、当該外国の実体法および手続法に照らして是認しうるか否かについても判断しないことを意味する。したがって、当該外国判決に明白な誤りや理由齟齬がある場合でも、その結果判決が当然無効とされる場合や公序良俗違反が問題となる場合以外は、それを理由に執行判決を求める訴えを却下することはできない。注釈(2)110頁【大橋寛明】参照。

11 小林昭彦「外国判決の執行判決について」判タ937号33頁以下、特に36頁。民事執行法24条3項の文理からすれば、外国判決の確定も民事訴訟法118条の承認要件の充足も同列に扱われており、ともに実体的要件を構成するとみるのが自然であるように思われる。これに対し、中野＝下村192頁は、外国判決の確定要件については訴訟要件とする。注解(1)395頁【青山善充】、基本法コンメ63頁【鶴田滋】も同旨。

12 注解(1)427頁【青山善充】、中野＝下村191頁。

13 注解(1)428頁【青山善充】。

題の領域であるから、弁論主義の適用は基本的になく、当事者としては、判断の基礎となる資料は提出するが、被告が自白しても拘束力はないものと解¹⁴される。また、相互保証については、外国法を判断資料とする法律判断であり、どの国との間で相互保証があるかは、当該事件だけではなく、公益に関する事項と考えられるから、弁論主義の適用はなく、裁判所の職権探知事項と解すべきであり、被告が自白しても拘束力はないと解すべきである。もっとも、弁論主義の適用がないとされる事項であっても、職権探知の契機としての当事者の主張は必要と解すべきであり、訴訟実務的には、原告は実体的要件について、いずれも請求原因として主張すべきことになると解する。以下、このような観点から請求原因を検討する。

2 請求原因

(1) 外国裁判所の確定判決の存在

(ア) 「外国」の意義

これにつき、日本が国家承認または政府承認している国家に限定されないと解¹⁵される。国境を越えた権利保護により私的法律関係の安定を確保しようとする制度趣旨からすれば、承認を要件とする必要性はないと考えられる。なお、上記趣旨からすれば、EU裁判所のような国家共同体の裁判所の判決も含まれると解¹⁶される。

(イ) 「裁判所」「判決」の意義

外国裁判所での裁判につき、その裁判主体が「裁判所」に該当するか、また、その裁判が「判決」に該当するかについては、¹⁷法廷地法である日本法により決せられるべき問題である。

14 もっとも、被告が争っていないことを弁論の全趣旨の中で斟酌することは可能と解する。

15 注解(1)387頁〔青山善充〕、中野＝下村189頁、竹下守夫「判例から見た外国判決の承認」(中野古稀(下))522頁、基本法コンメ62頁〔鶴田滋〕。国家承認等が必要とする説として、高桑昭「外国判決の承認及び執行」(新実務民訴(7))132頁以下。

16 高桑・前掲(注15)133頁、中野＝下村189頁。

まず、「裁判所」については、その国の裁判権を行使する権限を有する機関であればよく、名称や構成を問わない。¹⁸

また、「判決」とは、私法上の法律関係について当事者双方の手続的保障の下に終局的にした裁判であると解するのが相当であり、また、執行判決が日本における強制執行を可能にするための手続であることから、それに親しむような具体的な給付請求権が表示されていることが必要と解する。¹⁹以上の点が充足されている限り、裁判の形式や名称は問わないし、欠席判決でも「判決」に該当することになる。²⁰また、家事事件の裁判も含まれる（平成30年法律第20号による改正後の民執法22条6号）。問題になるのは訴訟上の和解であり、「判決」に該当しないと解する説が多いが、²¹訴訟上の和解も訴訟の終局的解決の一方法であるから、当事者双方について手続権が保障されているのであれば、当該外国において判決と同一の効力が認められているか否かに関係なく、ある程度の終局的解決が図られる性質のものである限り、「判決」に準ずるものとしてよいと解する。²²非訟事件の裁判についても、その裁判によって初めて請求権が形成され、同時にその給付を命ずる形成給付の裁判や、

17 注解(1)388頁〔青山善充〕、中野＝下村189頁、基本法コンメ62頁〔鶴田滋〕。

18 最判平成10・4・28民集52巻3号853頁、中野＝下村189頁、注釈(2)106頁〔大橋寛明〕。

19 東京高判平成5・11・15高民集46巻3号98頁（ただし、民事執行法24条の類推適用とする）、注釈(2)107頁〔大橋寛明〕、小林・前掲（注11）36頁、基本法コンメ62頁〔鶴田滋〕。給付判決の中には、意思表示をすべきことを命ずる判決（民執法177条）も含まれる。

20 東京地判平成6・1・14判時1509号96頁、東京地判平成6・1・31判時1509号101頁、東京地判平成10・2・25判時1664号78頁、中野＝下村189頁、松本84頁。

21 中野＝下村189頁。

22 安達栄司「我が国における米国クラス・アクション上の和解の承認適格」（石川古稀(上)）245頁、特に268頁。注釈(2)108頁〔大橋寛明〕は、民事執行法24条の解釈としては裁判上の和解は含まれないとする説が妥当と思われるが、当該外国において判決と同一の効力が認められていれば適用があるとする説や、常に判決に準ずるものとする説も解釈論としてはありうるとする。本文の私見は後者に近い。兼子・強制執行法78頁、注解民訴法(5)119頁〔小室直人ほか〕、小林＝村上・国際民訴148頁参照。

非訟手続の費用確定決定は「判決」に含めてよいと解される。²³これに対し、終局的な争訟解決ではなく、当事者双方の手續権が常に保障されているとは認めがたい仮差押え、仮処分および執行証書は含まれないと解する。²⁴

以上から、実際の訴訟では、当該債務名義が、私法上の権利関係に関して、手續権保障がされた終局的裁判ないし和解であること、その内容として、強制執行に親しむ具体的給付請求権が記載されていることを主張・立証すべきことになろう。

(ウ) 判決の「確定」

判決国法に従い当事者に認められた通常の不服申立手段によっても、もはや取消し・変更を求めることができない状態にあることを要する。判決国法が基準となるところ、ここで求められるのは判決確定の証明があることであって、外国判決の確定そのものではないことに注意を要する。

(2) 民事訴訟法118条の承認要件の充足

ここでは、外国裁判所が日本の法令または条約により管轄権を有していること（国際裁判管轄の存在。民訴法118条1号）、手續開始書類の送達がなされていること（同条2号）、判決内容または訴訟手続が日本における公序または善良の風俗に反しないこと（同条3号）、および相互の保証があること（同条4号）が必要であり、これらの要件の一つでも欠けた場合は、承認要件を満たさないことになる。これらの要件に関しては、裁判例および学説が多岐にわたるが、²⁶以下では、判例を軸に整理する。

(ア) 法令または条約により外国裁判所の裁判権が認められること（1号）

23 注解(1)388頁〔青山善充〕、中野＝下村190頁。

24 中野＝下村189頁は、仮差押え・仮処分等の裁判については、今後、国際的にも効力を認め合っていくことが必要で、現行法の解釈としても例外を認める余地があるとする。これにつき、中野（俊）・前掲（注8）445頁参照。

25 中野＝下村190頁、小林・前掲（注11）37頁。証明方法としては、確定証明書の提出が考えられるが、前掲（注18）最判平成10・4・28は、これに限らないとしている。

26 中野（俊）・前掲（注8）445頁以下で、現在までの理論状況や裁判例などが要領よく紹介されている。また、本文の整理は、注釈民訴法(2)733頁以下〔中野俊一郎〕に負うところが大きい。

裁判権行使の範囲という公益保護の観点から設けられている要件であるが、外国裁判所が過剰に裁判権を行使した場合に、その効力を執行判決訴訟で否定することで被告の手續保障を図る点にも趣旨がある。このことからすると、本号の「裁判権」は、判決国の国際裁判管轄（間接管轄ないし承認管轄）を含み、間接管轄の有無はわが国の国際民法上の基準に基づいて判断されることになる。そして、判例は、この点につき、「基本的に我が国の民法の定める土地管轄に関する規定に準拠しつつ、個々の事案における具体的事情に即して、当該外国の判決を我が国が承認するのが適当か否かという観点から、条理に照らして」判断するとしており、原則として間接管轄は直接管轄の基準で判断されるが（いわゆる鏡像理論）、例外もある程度認めるという立場を明らかにしている²⁷。そして、立法においても、特別の事情がある場合には、訴えについてわが国の裁判所が管轄権を有する場合であってもそれを却下する余地を認めている（民法3条の9、人訴法3条の5、家事法3条の14）。

本号該当性の審査は、被告の手續保障という前記趣旨からすれば、いわゆる抗弁事項として弁論主義の適用があるとも考えられるが、公益的側面も否定しがたいことからすれば、裁判所の職権調査事項とするのが妥当ではないかと解する²⁹。

(イ) 訴訟の開始に必要な呼出しもしくは命令の送達（2号）

手續開始に関する送達がされていることは、手續保障の出発点として重要な意義を有することから、特に要件とされたものである。このことから、公示送達その他これに類する送達は本号に該当しないとしている³⁰。もっとも、本号後段では、敗訴被告が送達を受けなかった場合でも、応訴した場合は承認要件に該当するとしている。本号の解釈について判例は、「我が国の民事

27 前掲（注18）最判平成10・4・28、最判平成26・4・24民集68巻4号329頁。

28 注解(1)398頁〔青山善充〕は抗弁事項とする。

29 旧注釈民法(4)373頁〔高田裕成〕、秋山ほか(2)561頁、注釈民法(2)736頁〔中野俊一郎〕。

30 いわゆる付郵便送達（民法107条）も除外されると解される。注解(1)400頁〔青山善充〕、兼子・条解民事訴訟法635頁〔竹下守夫〕。

訴訟手続に関する法令の規定に従ったものであることを要しないが、被告が現実に訴訟手続の開始を了知することができ、かつ、その防御権の行使に支障のないものでなければならない。のみならず、訴訟手続の明確と安定を図る見地からすれば、裁判上の文書の送達につき、判決国と我が国との間に司法共助に関する条約が締結されていて、訴訟手続の開始に必要な文書の送達はその条約の定める方法によるべきものとされている場合には、条約に定められた方法を遵守しない送達は、同号所定の要件を満たす送達に当たるものではないと解するのが相当である³¹として、被上告人らから私的に依頼を受けた者による直接交付の方法による送達は、条約上許容されていないことなどから、本号所定の要件を満たさない不適法な送達であるとした。実務的には、翻訳文の添付のない送達がされた場合に、上記判例との関係で防御権の行使に支障のないものといえるかが問題になり、本号該当性を否定した裁判例もあるが、³²判決日についての翻訳文のない呼出状の直接の郵送につき本号該当性を肯定した裁判例もある。³³被告の語学能力や送達された文書の内容、重要性などによるところもあり、一律に決しがたい問題といえる。³⁴

本号該当性の審査は、被告に対する手続保障という趣旨に照らし、抗弁事項として、当事者による主張立証が必要と解する。³⁵

31 前掲（注18）最判平成10・4・28。もっとも、この判例は、応訴したことという本号後段の要件につき、被告が「応訴したこと」とは、「いわゆる応訴管轄が成立するための応訴とは異なり、被告が、防御の機会を与えられ、かつ、裁判所で防御のための方法をとったことを意味し、管轄違いの抗弁を提出したような場合もこれに含まれる」としたうえで、上告人が応訴したと認定し、本号の要件を充足すると判示した。

32 東京地八王子支判平成9・12・8判タ976号235頁。反対説として、中野＝下村203頁注8。

33 東京高判平成27・9・24判時2306号68頁。

34 中野＝下村203頁注8は、被告に手続上の防御機会を確保するに足るべき方式の履践の有無を問うべきであり、訴状等の直接郵送でも判決国において起訴了知に十分とされる普通の方式に属し、かつ、被告がそれに基づいて手続上の防御を展開することが一般的に可能と考えられる場合には容認してもよいのではないかとする。同旨、小林＝村上・国際民訴154頁。

35 注解(1)401頁〔青山善充〕、兼子・条解民事訴訟法635頁〔竹下守夫〕。

(ウ) 判決の内容および訴訟手続が日本の公序良俗に反しないこと（3号）

外国判決の内容やその成立手続が、わが国の法制度に照らして許容しがたい場合があることから、そのような外国判決の承認・執行の拒否を可能にすることで、わが国の法制度を守り、被告の手續保障を図る点に趣旨がある。

まず、「判決内容」の公序違反（実体的公序違反）の存否を判断するにあたっては、当該外国判決の承認・執行によりわが国に与える影響が重大・異常で、わが国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれず、わが国の法秩序に与える影響が大きいか否か、また、当該外国判決とわが国の法秩序との牽連性が認められるかといった要素によって判断すべきことになろう³⁶。そして、外国判決がわが国の採用していない制度に基づく内容を含むからといって、その一事をもって実体的公序に反するということはできないと解されることからすれば、上記要素に基づく判断は自ずから個別判断の様相が強くなるといえる。

具体例としては、いわゆる懲罰的損害賠償を命じた外国判決（カリフォルニア州民法典に基づく）の承認・執行は公序に反するとした判例³⁷があるが、懲罰的損害賠償を命じる判決が一般的・定型的に実体的公序違反になることを判示したものではないという点に注意を要する³⁸。また、懲罰的損害賠償について、近時の判例は、「民訴法118条3号の要件を具備しない懲罰的損害賠償としての金員の支払を命じた部分（以下「懲罰的損害賠償部分」という。）が含まれる外国裁判所の判決に係る債権について弁済がされた場合、その弁済が上記外国裁判所の強制執行手続においてされたものであっても、これが懲罰的損害賠償部分に係る債権に充当されたものとして上記判決についての執行判決をすることはできない」とした。上記弁済の効力を判断するにあた

36 最判平成9・7・11民集51巻6号2573頁、早川吉尚「実体的公序」高桑＝道垣内・国際民事訴訟法359頁参照。

37 前掲（注36）最判平成9・7・11。

38 判解民平成9年度840頁・871頁〔佐久間邦夫〕。

39 最判令和3・5・25民集75巻6号2935頁。

り、懲罰的損害賠償部分にかかる債権が存在するとみることはできないことを理由としている。

そのほか、弁護士費用を含む訴訟費用全額の負担を命ずる裁判は、実際に生じた費用の範囲内でその負担を命ずるものである限り、公序違反とはならないとした裁判例⁴⁰、弁護士費用の敗訴者負担を命じる外国判決や出廷等を怠った当事者に対して課される懈怠判決はいずれも実体的公序に反しないとされた裁判例⁴¹がある。また、わが国の基準から乖離した高額な養育費や、高率の遅延損害金の支払いを命ずる外国判決についても、実体的公序違反にはならないとした裁判例⁴²もある。これに対し、民法が実親子関係を認めていない者の間にその成立を認めることを内容とする外国判決は、実体的公序に反する⁴³とした裁判例もある。

次に、訴訟手続の公序違反（手続的公序違反）の存否を判断するにあたっては、当該外国判決の承認・執行により内国に与える影響が重大・異常で、内国の訴訟法秩序の基本原則ないし基本理念（審問請求権の保障等）と相いれず、内国の法秩序に与える影響が大きいといえるか否かが問題になってくるのではないと思われる。具体的には、外国訴訟手続で当事者の審問請求権が侵害された場合や、独立・公正さを欠く裁判所によって適正な審判がされなかった場合などが考えられよう。そのような観点からは、実体的公序の場合と同様に、外国判決手続がわが国の採用していない制度によっていたか

40 前掲（注18）最判平成10・4・28。

41 前者につき東京地判平成10・2・24判時1657号79頁、後者につき水戸地龍ヶ崎支判平成11・10・29判タ1034号270頁。

42 前者につき東京地判平成26・12・25判タ1420号312頁および東京地判平成28・1・29判時2313号67頁【養育費の事例】、後者につき東京地判平成23・3・28判タ1351号241頁【年10分の割合】、東京地判平成21・2・12判時2068号95頁【年20分の法定割合による遅延損害金】。

43 最決平成19・3・23民集61巻2号619頁【いわゆる「借り腹」型代理出産で卵子提供者である女性を法律上の親としたネバダ州裁判所の判決】、小林＝村上・国際民訴163頁。

44 注釈民訴法(2)742頁【中野俊一郎】。

らといって、その一事をもって公序に反するということはできないと解される。この点、判決書の送達手続が問題になった事例において、判例は、⁴⁵「外国判決に係る訴訟手続において、判決書の送達が行われていないことの一事をもって直ちに民訴法118条3号にいう公の秩序に反するものと解することはできない(が)、我が国の民訴法は、上記の原則的な送達方法によることのできない事情のある場合を除き、訴訟当事者に判決の内容を了知させ又は了知する機会を実質的に与えることにより、当該判決に対する不服申立ての機会を与えることを訴訟法秩序の根幹を成す重要な手続として保障しているものと解される」として、「外国判決に係る訴訟手続において、当該外国判決の内容を了知させることが可能であったにもかかわらず、実際には訴訟当事者にこれが了知されず又は了知する機会も実質的に与えられなかったことにより、不服申立ての機会が与えられないまま当該外国判決が確定した場合、その訴訟手続は、我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものとして、民訴法118条3号にいう公の秩序に反するということができる」とした。送達の手続保障における重要性に着目したものといえる。これに対し、出廷等を怠った当事者に課される懈怠判決、⁴⁶当事者の不誠実な行動を理由とする支払命令、⁴⁷ディスカバリーなどわが国とは異質の証拠収集手続に基づいてされた判決は、そのことの一事をもって手続的公序違反になるものではないと解されている。⁴⁸

本号の要件審査は、公益性が高い事項と考えられるから、職権調査事項であり、外国判決の主文に限らず、判決理由中の判断や審理で提出された証拠資料も含まれる。⁴⁹このような内容にわたる審査であっても、承認・執行要件を充足するかを判断するためのだけの審査であるから、実体再審査の禁止(民

45 最判平成31・1・18民集73巻1号1頁。

46 前掲(注41)水戸地龍ヶ崎支判平成11・10・29。

47 前掲(注2)東京地判平成28・1・29。

48 嶋拓哉「ディスカバリーに基づく米国判決の承認・執行」ジュリ1235号69頁、注釈民訴法(2)742頁〔中野俊一郎〕。

49 前掲(注19)東京高判平成5・11・15。

50
 執法24条4項)には抵触しないと解される。

(二) 相互の保証があること(4号)

相互の保証があることとは、当該判決等をした外国裁判所の属する国において、わが国の裁判所がしたこれと同種類の判決等が民訴法118条各号所定の要件と重要な点で異なる要件の下に効力を有するものとされていることをいう。⁵¹相互保証要件については、国ごとに差異が大きい点が特徴である(米国のような連邦国の場合は、法廷地である州との間で相互保証の有無が判断される)⁵²。また、判決国において、外国執行判決につき、執行判決等ではなく訴えの提起が要求される場合であっても、その実質が外国判決の承認・執行と同一であると認められれば、相互保証があるとしてよいと解される。⁵³

本号の要件審査は、公益性が高い事項といえるから、職権調査事項であると解される。

3 抗弁

執行判決訴訟において、被告が弁済・相殺・免除等の請求異議事由を抗弁として主張することができるかについては、否定説もあるが、肯定説が妥当と解する。⁵⁴外国判決も、前述のとおり日本での執行力を有しており、執行判決訴訟は、そのことを前提として承認要件の有無を審理し、その執行力の有無および範囲を確認・公証するという基本的構造からすれば、その手続の枠内で事前に執行力を剥奪する手段を認めることは訴訟経済の観点からも相当

50 注釈民訴法(2)743頁〔中野俊一郎〕。

51 最判昭和58・6・7民集37巻5号611頁、前掲(注18)最判平成10・4・28。

52 注釈民訴法(2)748頁以下〔中野俊一郎〕以下に、これまでの相互保証に関する裁判例が整理されている。

53 前掲(注27)最判平成10・4・28、東京地判令和3・3・24LEX/DB25588885。

54 三ヶ月・民事執行法84頁、高桑・前掲(注15)155頁。

55 東京高判平成13・2・8判タ1059号232頁、前掲(注42)東京地判平成23・3・28、東京地判平成25・4・26LEX/DB25512252、兼子・強制執行法81頁、注解(1)427頁〔青山善充〕、中野=下村192頁、小林・前掲(注11)39頁。なお、前掲(注39)最判令和3・5・25も肯定説を前提にしていると解される。

と解されるからである。

もっとも、執行判決訴訟後の請求異議の訴えにおいて請求異議事由として主張できるのは、執行判決訴訟の事実審の口頭弁論終結後の事由に限定されるべきであり、終結前に主張できたのに主張しなかった事由については、執行判決確定後においては、その既判力による遮断効が及ぶと解すべきである（民執法35条2項）。

第4 訴訟手続上の諸問題

1 管轄

執行判決訴訟は、債務者の普通裁判籍の所在地を管轄する地方裁判所（家事事件における裁判に係るものについては家庭裁判所）が管轄を有し、この普通裁判籍がないときは、請求の目的または差し押さえることができる債務者の財産の所在地を管轄する地方裁判所が管轄を有する（民執法24条1項）。専属管轄であることに注意を要する（同法19条）。

2 当事者適格

当該外国判決において請求を認められた当事者が原告適格を有し、その相手方として給付を命じられた当事者が被告適格を有する。

3 訴えの利益（日本での再訴の可否も含む）

承認要件を具備した外国判決がすでに存在する場合に、外国判決の勝訴当事者が外国判決で認められたのと同様の請求を掲げて確認の訴えを提起した場合、訴えの利益を欠くと解される。

では、同一内容の給付の訴えを提起した場合はどうか。これも訴えの利益を欠くようにも思われるが、執行判決訴訟における承認要件の有無等の判断は必ずしも容易であるとはいいがたいことなどからすれば、給付命令を内容とする本案判決を得る利益はあるといえ、訴えの利益は肯定してよいと解す

⁵⁶る。そして、このことからすれば、執行判決訴訟の係属中、それに給付請求訴訟を併合することもできると解する。

4 訴えの提起（請求の趣旨）

民事執行法24条6項は、「外国裁判所の判決による強制執行を許す旨を宣言しなければならぬ」と規定していることから、請求の趣旨も、これに沿った形で記載する必要がある。具体的には、「『原告と被告との間で言い渡された別紙目録記載の判決に基づき、原告が被告に対して強制執行することを許す。⁵⁷』との裁判を求める」としたうえで、別紙目録に、「〇〇国××裁判所第△△号事件判決中の『被告は、原告に対し、〇〇万ドルを支払え。』との部分」といった記載をすることで、債務名義となる部分（給付命令部分）を特定・明示することが考えられよう。

第5 訴状および答弁書作成上の留意点

執行判決訴訟における訴状（記載例として【書式11】参照）および答弁書（記載例として【書式12】参照）の作成上の留意点は、以下のとおりである。

1 訴状作成上の留意点

(1) 請求の趣旨

表現方法については、前記第4・4を参照されたい。特に、債務名義となる給付命令部分は正確に特定記載することが求められる。

(2) 外国裁判所の確定判決の存在

この意義については、前記第3・2(1)を参照されたい。判決の場合にはそれほど問題はないが、訴訟上の和解について執行判決を求める場合は、その和解が判決に準ずるものであることにつき、ある程度具体的な説明ないし主

56 注解(1)389頁〔青山善充〕。

57 実務上は、「許可する」という表現が用いられているが、法文に忠実に「許す」とするほうが妥当であろう。小林・前掲（注11）41頁。

張をする必要がある。判決等が確定していることも要件になるので、その主張が必要であることに注意を要する。

(3) 民事訴訟法118条の承認要件の充足

民事訴訟法118条各号の要件を充足していることを具体的に主張する必要がある。記載例ではやや抽象的な記載にとどめているが、たとえば相互保証については、対象となる法令等を具体的に引用して説明することが求められるよう。

2 答弁書作成上の留意点

(1) 請求の趣旨に対する答弁

請求棄却判決および訴え却下判決については、後記第7・1を参照されたい。民事執行法24条5項は却下判決になるとしているが、棄却判決が相当であることにつき、同じく後記第7・1を参照されたい。

(2) 請求の原因に対する認否等

承認要件に関する主張・反論が中心になる。損害賠償請求を認容する外国判決などでは、公序違反の点が問題になることが考えられる。

【書式11】 訴状——執行判決訴訟

訴 状	
令和6年1月25日	
東京地方裁判所民事第○部△係 御中	
原告訴訟代理人弁護士 甲 川 一 郎 ㊞	
アメリカ合衆国カリフォルニア州サンディエゴ市○番街	
原 告	エムエムジーコーポレーション
上記代表者	○ ○ ○ ○
〒000-0000 東京都○○区○○町○丁目○番○号	

● 著者略歴 ●

内田 義厚（うちだ・よしあつ）

〔略 歴〕

1988年早稲田大学法学部卒業、1989年司法試験合格、1992年裁判官任官、以後、東京・さいたま・千葉・長野・新潟の各地方裁判所・家庭裁判所に勤務するほか、裁判官訴訟委員会事務局次長、明治学院大学法科大学院講師などを歴任した後、2013年依願退官。同年4月に早稲田大学法学学術院（大学院法務研究科）教授に就任し、現在に至る。

〔主要著書〕

『手続から見た子の引渡し・面会交流』（共著、2015年・弘文堂）

『民事執行・保全15講』（2016年・成文堂）

『改正民事執行法の論点と今後の課題』（共著、2020年・勁草書房）

『民事執行・民事保全 不服申立ての手続と文例』（共著、2021年・新日本法規）

『民事執行・保全講義』（2023年・きんざい）

〔主要論文〕

「民事執行手続における裁判所書記官の役割」 梅善夫先生・遠藤賢治先生古稀祝賀（2014年・成文堂）、「差押債権の特定に関する最高裁決定の意義と課題」 LAW AND PRACTICE 8号（2014年）、「担保不動産収益執行を巡る諸問題」 竹田光広編著・民事執行実務の論点（2017年・商事法務）、「民事執行手続におけるit化の意義と課題」 法時91巻6号（2019年）、「子の引渡しの強制執行と人身保護請求」 加藤哲夫先生古稀祝賀（2020年・成文堂）、「債務名義作成機関と執行機関の分離再考」 早稲田法学95巻4号（2021年）、「面会交流の強制執行の手続に関する二、三の問題」 本間靖規先生古稀祝賀（2022年・信山社）、「民事執行における平等主義と優先主義に関する現代的再構成」 早稲田大学法学会百周年記念論文集(2)民事法編（2022年・成文堂）

執行関係訴訟の理論と実務〔第2版〕

令和6年1月22日 第1刷発行

定価 本体3,600円＋税

著者 内田 義厚
発行 株式会社 民事法研究会
印刷 株式会社 太平印刷社

発行所 株式会社 民事法研究会

〒150-0013 東京都渋谷区恵比寿 3-7-16

〔営業〕 TEL 03(5798)7257 FAX 03(5798)7258

〔編集〕 TEL 03(5798)7277 FAX 03(5798)7278

<http://www.minjiho.com/> info@minjiho.com

落丁・乱丁はおとりかえします。

ISBN978-4-86556-589-8 C3032 ¥3600E

カバーデザイン：関野美香