

資 料

## 外国民事訴訟法研究 (48)

外国民事訴訟法研究会  
(代表者 加藤 哲夫)

国際民事訴訟手続及び国際倒産手続における外国裁判  
——外国保全裁判の承認及び執行可能性を中心に——

韓 忠 洙  
金 炳学・崔 廷任 (訳)

国際民事訴訟手続及び  
国際倒産手続における外国裁判  
——外国保全裁判の承認及び執行可能性を中心に——

A Foreign Decision in the International Civil Litigation  
and International Insolvency Procedure  
—— Focused on the Recognition and Enforcement of Foreign Provisional  
and Protective Measure ——

韓 忠 洙  
金 炳学・崔廷任(訳)

I. はじめに

1) 2014年、韓国では、多くの企業に対するアンケートをもとに、国際取引において不安に感じる部分を払拭すべく、関連する韓国民事訴訟法（以下、「法」という）規定が改正され施行した。その結果、法第217条及び韓国民事執行法（以下、「執行法」という）第26条の改正（各々2014年5月20日改正及び同日発効）を通じて、外国で確定した判決のみならず、これと同一の効力を有する外国裁判所の裁判もやはり承認、執行の対象となり得ることを明らかにした<sup>(1)</sup>。また、法第217条の2（損害賠償に関する確定裁判等の承認）の規定を新設し、損害賠償に関する外国の確定裁判等が、大韓民国の法律又は大韓民国

---

(1) そのほかにも、承認要件について従来の学説や判例の立場を反映してまとめた。すなわち、法第217条第1項第3号の公序要件につき、実体的公序と手続的公序がいずれも含まれ得ることを明文化し、第4号に規定する相互の保証の要件もまた、大法院の判例に基づき緩和した。また、法第217条第2項を新設し、外国裁判に対する承認要件の審査を法院の職権調査事項とした。

が締結した国際条約の基本秩序に著しく反する結果をもたらす場合には、その裁判の全部又は一部を承認しないことができるように別途の根拠を設けた(同条1項)<sup>(2)</sup>。近時、大法院は、新設された法第217条の2規定は、懲罰的損害賠償ではない填補賠償を含む外国裁判に対しては適用されないことを明確にした<sup>(3)</sup>。しかしながら、外国の裁判が懲罰的損害賠償を含んでいるとしても、既存の承認要件である公序規定(法第217条1項3号)と、法第217条の2第1項が規定する「大韓民国の法律又は大韓民国が締結した国際条約の基本秩序に著しく反する結果」とが互いにどのように異なるのかについては明確ではない。

2) 他方、確定判決と同一の効力を有する外国裁判所の和解調書及び請求の放棄、あるいは認諾調書等が、2014年の法第217条の改正をもって、はじめて承認、執行の対象となったと評価する見解はほとんどない。学界における多数の立場は、従前から確定判決と同一の効力を有する裁判に対しても既に承認、執行の対象になると主張してきたところ、下級審判例もそのような立場を支持してきたためである。したがって、立法的な決断を事実上必要としていたのは、承認または執行判決の対象となる外国裁判の概念が具体的に何であるのかということであり<sup>(4)</sup>、さらに、裁判の概念の中には当事者の実質的な弁論及び審問過程を通じて発令された保全裁判も含まれ得るのかという問題であった<sup>(5)</sup>。かかる次元からすると、2014年の法及び執行法の改正は非常に不充分であるという批判を免れないであろう。加えて、国際取引関係において保全処分の重要性がますます増大しているのに対し、訴訟手続はもちろんのこと、仲裁

(2) 法第217条の2第2項では、「外国裁判所が認めた損害賠償の範囲に弁護士報酬を含む訴訟関連の費用と経費が含まれるか否か」及び「その範囲」を考慮しなければならないと規定しており、これはハーグ管轄合意条約(The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements)第11条第2項をモデルとしたものである。なお、弁護士報酬は国ごとにその水準が異なるため、これを考慮した条文を置く必要があったとしているが(李圭鎬「外国裁判の承認等に関する改正民法・民事執行法に対する評価」、法律新聞 <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Research-Forum-View.aspx?serial=2190>に採録)、同規定の必要性については多少疑問がある。

(3) 大法院2016年1月28日宣告2015 다(ダ)207747判決及び大法院2015年10月15日宣告2015 다(ダ)1284判決等を参照。

(4) 後述のとおり、既に大法院2010年4月29日宣告2009 다(ダ)68910判決及び大法院2010年3月25日2009 마(マ)1600決定等においても扱われたところがある。

(5) 拙著『民事訴訟法』(2016年、博英社)867頁。

手続においても、外国裁判所または外国の仲裁機関が発令した保全処分をどのように扱うのかについては、何ら明示的な規定を置いていないことから<sup>(6)</sup>、国際取引の当事者に生ずる法的不安は解消されていない<sup>(7)</sup>。

3) 承認、執行の対象となる外国裁判所の裁判に関して、もう一つ注目したい部分は、2006年4月1日から施行された韓国の債務者更生及び破産に関する法律（以下、「倒産法」という）で規定している国際倒産手続との相関関係である。国際倒産手続では、民事訴訟法や執行法上の外国裁判に対する承認または執行とは異なり、外国倒産手続自体に対する承認決定（倒産632条）を要し、これに基づき具体的に必要な支援決定（倒産636条）を国内法院が行うという構造を有している。結果的に、倒産手続に対する承認及び支援決定を通じて外国裁判所の未確定裁判、特に保全裁判に対する承認及び支援を行う結果になる可能性がある。加えて、外国倒産手続から派生する裁判のうち、実体的判断を含む免責裁判等に対して、国際倒産手続における承認及び支援処分を行わなければならないのか、あるいは民事訴訟法及び執行法において規定する外国裁判の承認及び執行手続に従わなければならないのか否かについても、立場を整理する必要がある（既に大法院2010年3月25日宣告2009 마(マ)1600決定においても扱われている）。しかしながら、いずれの方法及び手続を採るにしろ（直接的であれ間接的であれ）、外国倒産手続から派生する保全裁判または免責裁判等が国内で効力を有することになるため、既に倒産手続の属地主義を放棄し、国際倒産手続の立法を通じて、外国保全裁判に対する肯定的な立場を採っ

(6) 2016年の仲裁法の全面改正を通じて（2016年5月29日改正、11月30日発効予定）、仲裁判定の執行手続を決定手続に置き換えたのを含め仲裁判定部の臨時的処分の発令要件等を具体化した（仲裁18条、同18条の2）。また、仲裁判定部が下した臨時的処分の承認、執行についても明文の規定を置いたが（仲裁18条の7、8）、UNCITRAL仲裁モデル法とは異なり、外国の仲裁判定部が下した臨時的処分はその対象から除外された（仲裁2条1項）。非常に残念な部分であるといわざるを得ない。

(7) その反面、涉外事件につき、保全処分に関する直接管轄規定は明示的に存在しないが、大韓民国が本案に対する国際裁判管轄権を有し、又は保全処分の目的となる財産が大韓国内に存在する場合には、一応保全処分に対する国際裁判管轄権を有することのできる基本的な要件は充足されるとする見解が多数を占める。したがって、国内に財産が所在し保全の必要性がある場合、内国・外国人いずれも国内法院を通じて保全裁判を受けることは、それほど難しくなく状況である。それゆえ、保全裁判の承認、執行（間接管轄）問題よりは深刻性がより低いといえるだろう。

ていることに留意する必要がある。

4) 一般的な訴訟手続または倒産手続においても<sup>(8)</sup>、保全裁判に対する扱いがより前向き且つ統一的に扱われる必要があるということは、かなり以前から指摘されてきた<sup>(9)</sup>。英米の懲罰的損害賠償判決に対するおそれから法第217条の2規定が新設されたが、本案判決より先に、大陸法系の保全処分よりはるかに柔軟かつ多様な英米の保全処分制度が韓国の制度に直接、間接的に影響を及ぼす可能性が少なくないため（英米の Anti-Suit Injunction や World-Wide Mareva Injunction 等）、これに対する備えも疎かにできないからである。また、2015年1月10日から改正及び発効された Brussels I bis Regulation<sup>(10)</sup> 体制の下では、EU 加盟国裁判所で発令された裁判（保全処分を含む）は、別途の執行手続なしに他の EU 加盟国全体で効力を有するようになり（Art. 39, Art. 42(2)）、ひいては EU 加盟国内に住所地を有していない人に対しても、かかる原則が適用されることがあるゆえ、EU において活動する外国企業はこの点に留意する必要がある。そのうえ、執行可能な外国保全裁判の概念も非常に緩和されており、保全裁判手続において債務者の出席が担保されていない場合にも、事後的に同保全裁判が債務者に送達されたことが証明されれば、執行が可能である（Art. 42 (2) (c)）点も注目すべきである。

5) 他方、European Law Institute と UNIDROIT が共同で進行している Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure プロジェクトにおいても、保全処分に関する小委員会が構成され（Working Group on Provisional and Protective Measures）、EU 加盟国間に、保全処分に関する共通の原則を樹立しようとする努力の跡が見受けられるというのが現実である。将来、韓国と日本の間はもちろん、東アジアを越えたアジア各国間においても、このような

(8) もちろん、家事訴訟や非訟裁判でも、かかる問題がやはり議論となったが、本稿では紙面の都合上、一般民事訴訟手続と倒産手続に限って言及することにする。

(9) 拙稿「外国保全処分の承認及び執行」（『辯護士』1999年1月、217頁以下参照）。

(10) 従来の Brussels I Regulation が2012年に改正され、現在は REGULATION (EU) No 1215/2012 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) の正式名称を有し（2015年1月10日発効）、通常 Brussels I recast Regulation あるいは Brussels I bis Regulation と略称される。

共同の努力が行われることは明らかであるため、今後の課題のためにも、保全裁判関連の立法を明確にする必要があるだけでなく、これについて確立された実務慣行をも樹立する必要がある。したがって、本稿では承認、執行の対象となる外国裁判の概念を定立しつつ、現行法の下で外国裁判所の保全裁判も承認や執行判決の対象となり得るのか否かについて重点的に扱う。

## II. 民事訴訟法及び執行法上の外国裁判所の裁判及び保全処分

### 1. 外国裁判所の確定判決に対する従前の議論

1) 2014年の民事訴訟法及び執行法の改正以前にも、判例においては、確定判決と同一の効力を有する外国裁判所の裁判上の和解及び認諾調書等に対して執行判決を言い渡したことがある。かなり前の下級審判決ではあるが、ソウル地方法院1968年10月17日宣告68ガ(ガ)合620判決<sup>(11)</sup>及び済州地方法院1998年5月28日宣告97ガ(ガ)合2982判決等において、日本国の和解調書と認諾調書が執行判決の対象となり得ることを認めたことがある。また、大法院1997年9月9日宣告96ダ(ダ)47517判決では、米国ミネソタ州裁判所において登録、作成された default judgment を執行判決の対象となる外国の確定判決として認めたこともあり、判例は、外国判決の意味を制限的に狭く把握してきたものではなかった。

2) 確定判決と同一の効力を有し、執行力が認められるとしても、和解及び認諾調書等は厳密な意味における判決または裁判とはいえず、執行判決の対象とはなり得ないという学説も少なくなかった<sup>(12)</sup>。2014年の法第217条及び執行法第26条の改正により、かかる反対見解の論拠が完全に足がかりを失ったとみることはできない。一部の否定説は、裁判上の和解及び請求の放棄あるいは認諾調書等を、裁判の形態を有する「外国裁判」として依然として認めないためである。さらに、和解調書等に対して無制限的既判力説を採らない立場からは、外国の和解調書等に対しても確定判決と同一の効力を有しないという理由

(11) 未公刊判決として法律新聞1968年10月28日付けに掲載。

(12) 方順元『民事訴訟法(下)』(1981年、普成文化社)39頁以下では、法条文において明示的に外国の確定判決であると制限していることをその理由の一つに挙げており、李元『注釈民事執行法(2)(3版)』119頁では、裁判上の和解あるいは公正証書は「裁判」とはいえないとしているが、公正証書はそうであるとしても和解調書をそのように解する根拠は定かではない。

で執行適格を否定する見解もある<sup>(13)</sup>。他方、判断の主体が裁判官でないうえに公証認可法律事務所のように国の委託を受けた公証役場が作成し、ひいては執行力のみが存在し既判力は認められない大韓民国の公正証書（執行法56条4号及び59条3項参照）のようなものに対しては、否定的な見解が多数を占める<sup>(14)</sup>。結局、改正された法第217条によっても、外国の確定判決やこれと同一の効力を有する裁判を厳格に解釈した場合、裁判の終局性はもちろんのこと、確定力及び無制限的な既判力を有することが要求され、さらには裁判上の和解及び請求の放棄、認諾等も依然として排除される可能性がある。

## 2. 大法院2010年4月29日宣告2009다(ダ)68910判決及びその意義

### (1) 事件の経緯と評価

大法院は、上記の事件において外国判決の承認、執行対象の適格を判断するにあたり、その裁判の形式及び名称にかかわらず、その実質によって判断しなければならないとしながらも、「『外国裁判所の判決』とは、裁判権を有する外国の司法機関がその権限に即して、私法上の法律関係に関し、対立的当事者に対する相互間の審問が保障された手続において終局的に行った裁判であって、具体的な給付の履行等その強制的実現に適合した内容を有するものを意味する」と判示したことがある。同判決は、米国カリフォルニア州裁判所に登録された judgment by confession に対する執行判決を巡る紛争であった。この事件の控訴審法院であるソウル高等法院は、 judgment by confession がたとえ弁論における攻防を通じて行われた裁判結果ではないにしても、被告が自身の訴訟代理人によって十分に告知を受けた状態で作成された判決承認書 (confession of judgment) を通じて行われた裁判結果であるため、韓国において執行判決の対象となることができるとした<sup>(15)</sup>。しかし、大法院は、相互間の審問が保障された手続において行われたものではないという理由から、執行判決の対象にはなり得ないとし、原審判決を破棄した。同判決については、異なる見解が共存する。大法院が従前の立場とは異なり外国判決の意味を厳格に解釈することにより外国裁判所の裁判上の和解及び認諾調書等が執行判決の対象になるのは難しくなるのではなかろうかとの予測がある反面<sup>(16)</sup>、かかる立場を過度の憶測であると批判しつつ、大法院が説示する「対立的当事者に対する相互間の

(13) 李時潤『新民事執行法』(2014年、博英社)25頁参照。

(14) 李時潤・前掲注(13)125頁。

(15) ソウル高等法院2009年8月6日宣告2007나(ナ)117476判決。

審問の保障」という文言が「訴訟手続のように厳格な対審構造を採って弁論期日を進捗する手続」を意味するものではないため、審問手続さえ保障されれば、外国の非訟裁判も執行判決の対象になり得ると説明している<sup>(17)</sup>。後者の立場では、当然に和解及び認諾調書等が当事者の手続参加が保障された状態において司法機関が直接その意思を確認する場合であれば、執行の対象となり得ると主張している。

## (2) 2009 다(ダ)68910判決における外国判決の概念

1) 大法院が、外国判決について裁判の形式を問わないものの対立的当事者に対する相互間の審問の保障が必要であると言及したことは、裁判上の和解あるいは認諾調書等が作成されたとしても当事者の手続参加が保障されないまま行われたものであれば、執行判決の対象となり得ないことを暗示するものであるとするのが妥当である。すなわち、和解調書及び認諾調書等の場合は、個別の状況に応じて変わり得るという結論に至るが、弁論期日及び審問期日を開いて相互間の攻防を尽くして和解が成立した場合は、当然に、執行判決の対象となり得るが、かかる手続が必ずしも保障されない和解勧告決定(法225条)及び少額事件審判法上の履行勧告決定(少額5条の3)のような場合には、承認及び執行の対象適格を有することができないであろう。

2) 大韓民国において作成される公正証書等のように、法院の介在なしに、かつ当事者相互間の審問が保障されない手続を通じて設けられた裁判は、執行判決の対象になり得ないというメッセージも共に盛り込まれていると考えるべきであろう<sup>(18)</sup>。したがって、同判決が過去の大法院判決と同一の内容を含んでいるという見解に対しては、にわかには同意し難い。なぜなら、少なくとも裁判の形式ではない実質に焦点をあてているという点からである。

(16) 石光現「承認対象である外国判決の概念に関する大法院裁判の齟齬」(法律新聞2011年10月20日, 第3976号, 第11頁参照)。

(17) 吳泳俊「民事訴訟法上の承認対象である『外国裁判所判決』の意義」(法律新聞2011年10月31日, 第3979号, 第12頁参照)。

(18) 具滋憲「執行判決の対象となる外国裁判所の判決の意味」(『大法院判例解説』2010年上半期, 326-327頁参照)。同文献は、大法院2010年4月29日宣告2009 다(ダ)68910判決に参加した大法院裁判研究官が作成したものであるため、大法院の判決趣旨に最も近いと考えられるだろう。

### 3. 保全裁判に対する前向きな解釈の可能性

筆者は、かつて1999年に、保全命令の取消し・変更可能性（裁判の安定性）並びに権利実現の必要性及び緊急性、債務者の損害回復可能性等を総合的に考慮して、債権者を保護する要請が債務者を保護する要請を上回る場合には、外国裁判所による保全裁判の承認・執行を認めなければならないという主張をしたことがある<sup>(19)</sup>。この場合、法規定の「判決の確定」という文言との調和がまず問題となるが、判決の確定は「裁判の安定性」を意味するものであると解釈し、その意味を相対化することが可能である旨主張した<sup>(20)</sup>。当時の民事訴訟法関連規定を含め保全裁判制度、極端な属地主義を掲げる倒産手続等に照らし、かかる主張が少々先走っている側面もなくはないが、現在の様々な立法状況や判例の漸進的な変化等を総合してみたところ、今や多少なりとも説得力を有することが可能となったため、これを下記にて説明しようと思う。

#### (1) 保全裁判の承認、執行に関する従前の学説状況

外国の保全裁判に対する承認、執行に関しては、主に終局的な裁判ではないという点を理由に、その対象適格を否定する見解が多数を占めている<sup>(21)</sup>。他方、基本的には否定説を採りつつも、審問が保障される仮の地位を定める仮処分のうち断行の仮処分や満足の仮処分に対しては例外を認める見解もあるが<sup>(22)</sup>、これらの満足の仮処分もやはり事情変更によって取消可能であるうえ、保全裁判をした国においてこれらが取り消された場合、不必要な混乱をきたすことがあり、争いの対象が韓国に存在する場合には韓国の法院に保全裁判を申し立てるのがより簡明であるという理由から、これすらも否定する見解もある<sup>(23)</sup>。

(19) 主に審問及び弁論が保障される仮の地位を定める仮処分、その中でも満足の仮処分等をその実例に挙示した。

(20) 拙稿「外国保全処分の承認及び執行」236頁。

(21) 康承垓『注釈民事訴訟法（3）』387頁；權昌榮「国際民事保全法上の国際裁判管轄」（『民事執行法実務研究Ⅲ』、2011年、318頁以下）；石光現『国際民事訴訟法』（2012年、博英社）350頁以下では、終局性の欠如ない紛争解決の臨時性、暫定性等が否定説の根拠となり得るとしている。

(22) 李時潤『新民事執行法』125頁；金容泰「国際保全処分の現況と課題」（『ジャスティス』34巻1号、2001年、231頁）。しかし、如何にしてかかる仮処分らのみを例外と認めなければならないのかについて具体的な根拠を提示してはいない。

(23) 權昌榮・前掲注（21）319-320頁。他方、肯定論のうちには、保全命令自

## (2) 保全裁判の終局性、確定力及び既判力

「確定」判決と同一の効力を有する「裁判」を要求する法第217条の文言は、前向きな解釈、特に外国の保全裁判を含めようとする解釈において大きな足かせとなっているのが事実である。弁論または審問期日を経て発せられた保全裁判であるとしても、法第217条や執行法第26条第1項で規定する確定判決及びそれと同一の効力が有する裁判とはいえないからである。それゆえ、一方においては弁論または審問を経て発せられる保全裁判には終局性及び確定性、既判力が認められるのか否かについて検討しなければならないであろうし、他方においては確定判決と同一の効力を有する裁判という概念が、現行法下において常に同一の意味を有しているのか否かについても検討しなければならないであろう。すなわち、保全裁判自体の効力も検討しなければならないが、承認、執行の対象となる確定裁判の意味についても再検討が必要である。

### 1) 終局性

仮差押え、仮処分命令は、弁論の実施にかかわらず決定により裁判しなければならないが（執行法281条1項）、保全裁判手続を終了させる点において保全命令を終局裁判とするのには問題がない<sup>(24)</sup>。ただ、判決の終局性とは多少異なる。判決の場合は、控訴及び上告手続を通じて不服を申し立てなければならないため、第一審の終局判決が審級を離脱させる現象を伴うが、現在の仮差押え、仮処分命令の場合は、弁論が開かれたとしても必ず決定の形態で裁判をすることとしており、審級を直ちに離脱する現象は生じない<sup>(25)</sup>。なお、仮差押

---

体として確定力が認められるならば承認対象となり得るという見解（司法研修院「国際私法と国際民事訴訟」2011年、129頁）、あるいは保全命令の承認を肯定しつつ、決定の形式に基づく保全命令の承認は解釈上の問題があるため決定も含むものに改正しなければならないという立法論を提示する見解などもある（姜泰源「外国判決の承認及び執行」大邱大学校『社会科学研究』4集2号、1997年12月、25頁参照）。しかし、保全裁判に対して判決のように確定力を有することを要求することは、保全裁判の特性上不可能であるという点から、また、単純に決定の形態で行われることを許容したとしても裁判の確定力等を要求する場合、保全裁判の承認、執行は事実上不可能であるという点から、上記の諸説には首肯し難い。

(24) 手続をさしあたり終了させるという点で、和解勧告決定や履行勧告決定、また訴訟費用確定決定等を終局裁判とすることにも異議はない（李時潤『新民事訴訟法』（2014年、博英社）588頁；鄭東潤・庾炳賢『民事訴訟法』（2009年、法文社）660-661頁）。

(25) 仮差押え、仮処分申立てに対する棄却、却下決定に対し、即時抗告を通じ

え、仮処分命令への異議申立てにより弁論が開かれても、異議申立てによる裁判もやはり決定の形態としなければならないため（執行法286条3項）、この場合も終局裁判とともに審級を離脱させる現象は生じない。

## 2) 確定力

判決が確定されたということは、通常の不服申立方法においてはこれ以上争うことができない状態に至ったことを意味する。保全裁判の場合は、かかる意味において確定性を欠く。保全命令に対して異議申立てが提起されたとしても決定による裁判をすることで、これに対する即時抗告が許容されるが、かかる抗告手続が終了したとしても同裁判が確定されたとはいえない。保全命令については以降で事情変更等による取消しがいつでも可能であるからである（執行法288条）<sup>(26)</sup>。

## 3) 既判力

督促手続による支払命令（法474条）及び少額事件審判法上の履行勧告決定（少額5条の7第1項）等のように、確定判決と同一の効力を有すると規定されているが、再度法規定によって既判力も認められない場合がある<sup>(27)</sup>。他方、保全裁判に対しても制限的な範囲で既判力を認める見解もあるが、否定的な見解が多数である<sup>(28)</sup>。筆者は、一方の申立てによってのみ発せられる（*ex parte procedure*）現行の仮差押え及び仮処分等には、既判力を認めることができないという意見を披瀝したところがある<sup>(29)</sup>。しかし、弁論または審問等を経て当事者の手続参加が保障された状態で発せられる保全裁判に対しては、制限的

---

て不服を申し立てたととしても、原審法院に自己更正権（法446条）が認められるため、厳密な意味で審級の離脱はないといえる。

(26) 石光現・前掲注(21)351頁では、保全処分も判決の形態を有する場合には形式的確定力を有することができるため、保全裁判が確定性を欠くということは十分な根拠にならないとしている。しかし、現行法では、仮差押え、仮処分命令手続であれ、それに対する異議申立手続であれ、判決の形態を許容しておらず、かかる批判は現行法の下では説得力を欠く。

(27) 執行法第58条第3項によれば、支払命令に対する請求に関する異議の主張については、執行法第44条第2項の規定を適用していない。少額事件審判法第5条の8第3項もやはり執行法第44条第2項の規定を適用しておらず、履行勧告決定に対し既判力を認めていない。

(28) 李時潤『新民事執行法』555頁では、仮差押えの裁判において、被保全権利の存否に対し既判力は生じないとしている。

(29) 拙著『民事訴訟法』564頁。

な範囲に限って既判力を認めることが可能かつ妥当である<sup>(30)</sup>。当事者相互間の手続参加が行われた状態で内容的な判断を経て保全裁判が発令された場合には、制限された範囲のみでも既判力を認めることができるからである。しかしながら、保全裁判が確定判決と同じ意味で完全な既判力を有することはできない。保全裁判の特性上、状況の変化や時間の流れによって内容的な判断も変わり得るためである。

### (3) 「確定判決と同一の効力を有する裁判」という概念の多様なパラダイム

1) 現在の民事訴訟法及び関連法体系では、「確定判決と同一の効力を有する」という文言は、いずれも同一の意味で解釈されるわけではなく、様々なパラダイムを有している。まず、終局判決として、正常な救済手続ではこれ以上争うことができず既判力もまた認められる確定判決 (final and conclusive not appealable) と同一の効力を有するものとしては和解、請求の放棄及び認諾調書 (法220条)、調停法上の調停調書 (民事調停29条)、和解勧告決定 (法231条) 等がある<sup>(31)</sup>。少なくともこれらの執行権原 (債務名義) は、実定法規によって既判力等が制限されず、判例によっても確定判決と同一の効力が維持される。第二グループには、確定判決と同一の効力を有するという法規が存在するが実定法規自体によって執行法第44条第2項の規定 (請求に関する異議の訴えの異議時期の制限) を適用しないことにより既判力が否定される執行権原 (債務名義) がある。確定された支払命令 (執行法58条3項) や公正証書 (執行法59条3項) 等が代表的なものとして挙げられる。少額事件審判法上の履行勧告決定 (少額5条の8第3項) もまた同じグループに属する。第三グループには、回生債権者表が挙げられる。回生債権者表及び回生担保権者表の記載は、回生計画認可の決定が確定された時に確定判決と同一の効力を有すると規定されているが (倒産255条1項)、学説の多数説と判例も既判力を否定している<sup>(32)</sup>。また、確定判決と同一の効力を有すると規定された回生債権者表は、

(30) 保全裁判においても制限された範囲で既判力を認めなければならないという見解は、従来にも存在した (金洪奎/姜泰源『民事訴訟法』(2版, 2010年) 617頁; 李時潤『新民事訴訟法』614頁)。これらの見解は、後の保全手続において同一事項に関して異なる判断はできないという意味での既判力を指すため、保全申立てが棄却された後には、新たな疎明資料によってのみ申立てが適法となり得るとしている。

(31) しかし、裁判上の和解については、制限的な既判力を認めなければならないという学説が持続的に主張されてきたことは、周知の事実である (拙著『民事訴訟法』530頁参照)。

回生手続終結前までは管理人または債務者等利害関係人の申立てによって変更されることがあるため（倒産282条1項）、厳密な意味における確定力もやはり有してはいない。

2) 保全裁判は、前述のとおり裁判として終局性を有してはいるが、判決と同様の意味においての完全な形態の確定力や既判力は有してはいない。しかしながら、前述のとおり、「確定判決と同一の効力を有する裁判」もやはり単一の形態及び属性を有するものではない。回生債権者表のように既判力も認められず完全な形態の確定力も有することができないものが存在するからである。したがって、当事者の手続参加が保障された状態で発せられた保全裁判を、確定判決と同一の効力を有する裁判に帰属させたとしても理論的な欠陥は実質的にないものとなる。保全裁判ではないが韓国の回生計画認可決定にあたる米国連邦破産法上の再建計画認可決定を承認可能とした下記の大法院判決には、かかる点で非常に鼓舞される。

### Ⅲ. 国際倒産手続における外国裁判所の裁判

#### 1. 外国倒産手続における保全処分

2006年4月1日から施行された倒産法第5編では、国際倒産という章において、外国倒産手続の承認と支援のための手続を規定している。したがって、外国倒産手続に対する国内法院の承認決定及びそれに基づく支援決定によって、外国倒産手続で言い渡された保全裁判もやはり国内で効力が維持されることがあり、場合によっては韓国に所在する倒産債務者の財産処分等を新たに制限することも可能である（倒産636条1項2号乃至3号）。したがって、外国における倒産手続は当然に自動的に国内で効力を有するのではなく、国内法院の承認決定というフィルタリング装置が必要となる。加えて、国内法院は、状況に応じて具体的な支援決定を行えるようになり、これは外国倒産手続に対する承認

---

(32) 拙著『民事訴訟法』565頁；倒産法施行以前の判決ではあるが、「整理計画認可決定が確定された場合、整理債権者表又は整理担保権者表に記載された整理債権又は整理担保権のうち整理計画の規定に基づいて認められた権利を基準として整理計画を遂行するものとし、迅速かつ安定的な整理計画の遂行を保障しようとするにあり、かかる意味で前述の『確定判決と同一の効力』とは、既判力ではない『整理手続内部における不可争の効力』としなければならない」と判示した（大法院2003年9月26日宣告2002ダ62715判決）。

決定があった後に可能なことであるが、切迫した事情がある場合には、承認決定の前にも可能である（倒産635条1項）。よって、外国倒産手続により発せられる各種保全処分は、国内法院の支援決定によって国内でその効力が持続され得る（保全裁判の間接的効力の拡張）<sup>(33)</sup>。それゆえ、外国倒産手続から派生した保全処分等は個別の裁判の形態であり、終局性や確定性、既判力等が別途に要求されない。

## 2. 外国倒産手続における免責裁判及び執行判決

### (1) 従来 of 議論

外国倒産手続に対する承認制度及び個別の支援決定制度を倒産法において設けたが、外国倒産手続で行われた免責裁判に対する扱いをどのようにするかについては見解の対立があった。免責裁判は単純な手続的な問題ではなく、関連利害関係人の実体法的な権利、義務の内容及び範囲を定めるものであるため、倒産手続に対する別途の承認決定なしに民事訴訟法上の外国判決の承認制度に従うべきであるとする立場がある<sup>(34)</sup>。倒産法第636条が規定する支援処分には免責決定という支援処分は規定されておらず、外国倒産手続が終了したか否かにより支援処分を異にする理由がない点、倒産法が外国倒産手続の係属を論理的な前提としており、外国倒産手続が終了した場合には承認決定を行えないため、外国倒産手続の終了如何にかかわらず、同一のアプローチをとるべきである点等を考慮すると、外国裁判の承認、執行手続に従うのが妥当であるということに根拠を置いている。しかし、国際倒産手続を設けながら免責裁判についてのみ訴訟法及び執行法上の外国裁判の承認、執行手続に従わなければならないとする根拠がないだけでなく、倒産手続に対する承認決定なくして免責裁判を承認するようになれば論理的に矛盾した結果に至ると主張する反対の立場もある。さらに、外国倒産手続の進行中には承認決定及び免責の効力を承認する

(33) このような方式は、UNCITRALモデル法に基づいたものであるが、ただし、外国手続の代表者は承認決定を受けた後にのみ国内で別途の倒産手続を申し立てることができるという点、自動停止効を認めず原則的に承認後の支援決定を通じてのみ中止命令を行えるという点、そして、法院は承認及び支援決定時に外国倒産手続を main proceeding や non-main proceeding として必ずしも区分する必要がないという点等が、モデル法との主たる相違点である。

(34) 林治龍「判例を通じてみた国際倒産法の争点」（『BFL』第38号，2009年11月，114頁）。

裁判という支援処分が必要であり、外国倒産手続の終了後には承認決定のみが必要であり支援処分は不要であるという二元的なアプローチを採る見解もある<sup>(35)</sup>。

## (2) 大法院2010年3月25日宣告2009 다(마) 1600決定の意義と問題点

1) 上記の決定において大法院は、米国連邦破産手続により言い渡された再建計画認可決定 (Order of Confirmation of Plan) に基づく免責裁判は、実体法上の請求権ないし執行力の存否に関するものであり、これによる効果は債務者と個別の債権者間の債務あるいは責任の減免という単純かつ一義的なものであると判示した。したがって、免責裁判等の承認の可否を巡る紛争は、その免責裁判等が仮に外国倒産手続の一環として行われたものであるとしても、法第217条で規定する一般的な外国判決の承認と異なるところがない旨判示した<sup>(36)</sup>。米国連邦破産裁判所の再建計画認可決定を、法第217条に基づく承認対象になるとした同決定は、外国判決の承認に対する大法院の従来立場に反するという批判がある (とりわけ前述の2009 다(다) 68910判決と比較して)<sup>(37)</sup>。米国裁判所の再建計画認可決定 (11 U.S. Code §1129, order of confirmation of plan) は、対立的当事者に対する相互間の審問が保障された手続により言い渡されたものでもないうえに、終局裁判 (審級を離脱させる厳格な意味) でもないため、とりわけ前述の2009 다(다) 68910判決の立場と明らかに背馳するものである。しかしながら、同見解を批判する見解に拠れば<sup>(38)</sup>、上記の再建計画認可手続は、対立的当事者に対する相互間の審問が保障されていることは関連条文上明白であり、同決定は、終局裁判の性格も有していると主張している。

2) 再建計画認可手続を原告と被告という対立的な当事者間の攻防を前提とした伝統的な裁判手続と同一視することは妥当ではない。認可手続において

(35) 石光現「外国倒産手続による免責効力の承認」(法律新聞2009年7月20日付け15頁参照)。

(36) 免責裁判が実体法的な性格を有しているため、民事訴訟法上の外国裁判の承認手続を通じて問題を解決するのが妥当であるという大法院の立場には首肯しがたい。ただし、本稿の焦点からは外れるため、この部分についての詳細な議論は、他稿において行うことにする。

(37) 石光現「承認対象である外国判決の概念に関する大法院裁判の齟齬」(法律新聞2011年10月20日付け11頁参照)。

(38) 吳泳俊「民事訴訟法上の承認の対象である『外国裁判所の判決』の意義」(法律新聞2011年10月31日 第3979号, 12-13頁参照)。

は、利害関係人の意思が反映され、審問手続も保障されるが、当事者間の対立的関係を前提とするわけではないからである。このような側面からみた場合、2009 마(マ)1600決定は、従前の大法院の判決とは少し性格を異にすると評価できる。しかし、再建計画の認可のためには、債務者本人を含めた利害関係人が集まる審理が開かれねばならないので、事前に利害関係人に対する通知が先行され、この手続において、利害関係人ら、ひいては、債務者本人も再建計画案に対する異義 (objection) を提起する事ができる。またそれに対する裁判手続が進行されるので審問が保障された裁判手続であることは明かである。一方、再建計画認可決定 (11 U.S. Code §1128) は終局裁判としての性格も有している<sup>(39)</sup>。しかし、同決定は、それ自体として確定力を有することはできない。再建計画認可決定に対しては、決定の登録日から180日以内に、欺罔を理由として取消申立てが可能であるためである (11 U.S. Code §1144 Revocation of an order of confirmation)。同期間が満了した状態に至れば、韓国における概念の確定力 (not appealable) と類似した効力を有するといえるだろう。このような点などを総合してみた場合、大法院の2009 마(マ)1600決定が従前の大法院の立場と著しく異なる見解を採用したものとみることは難しい。とりわけ、大法院が当事者の対立構造を有する伝統的な裁判手続のみを承認または執行判決の対象とみると宣言したことはいまだかつてない。したがって、再建計画認可手続のように利害関係人らの意思が反映され、不服の申立てが保障される裁判手続も司法手続としての承認または執行判決の対象となると解することが妥当である。このような側面から、2009 마(マ)1600決定が、従前の大法院の立場と大きく異なる見解であるとは考え難い<sup>(40)</sup>。

3) 外国の再建計画認可による免責裁判が、いずれも米国連邦破産法と同様に、当事者の審問権が保障され既判力を有する終局的な裁判を通じて行われないというところに問題がある。韓国の場合、回生債権者表の記載は学説及び

(39) Alan Resnick, Henry Sommer, *Collier Bankruptcy Manual vol. 3* (3<sup>rd</sup> ed. 2008.), pp. 1141-6. 厳密には、終局判決 (final judgment) のように作用し既判力 (res judicata) を有すると表現している。しかし、米国の場合、確定判決ではない終局判決も既判力を有するという点を留意する必要がある。認可された再建計画に対しては既判力の認否を置いて争いがあることも注目しなければならない (pp. 1141-7参照)。

(40) ただし、決定文上では米国の再建計画認可決定の終局性や確定性に対する具体的な記述がなく、大法院が、倒産手続の場合は他の立場を採っているという誤解を招くには十分であるとされる。

判例によって既判力も認められず、完全な意味の確定力を有することができていないという点からしても明らかである。このような状況で、外国の再建計画認可決定に対しては韓国の確定判決と同一の効力を有することを要求する大法院の立場が妥当であるものか、まず疑問視される。また、属地主義を放棄して普遍主義の立法をした現時点において、外国裁判所の免責裁判を韓国の制度の確定判決と同一の効力を有することができないという理由で承認、執行を拒否するものかも非常に疑問である。外国裁判所の免責裁判を訴訟法や執行法上の承認、執行手続として吸収するためには、必然的に外国裁判の概念を弾力的に運営しなければならないという点を留意すべきであろうし、かかる次元において外国の保全裁判も別に検討する必要があるだろう。

#### IV. 結論

1) 2014年の法改正により、確定判決とともにこれと同一の効力を有する外国裁判所の裁判も、承認、執行の対象へと拡大されたが、国内を含め外国の保全裁判の場合には、通常の上訴申立方法では争えない「裁判の確定性」の要件を充足するのが困難である。保全裁判は、被保全権利の存在可能性も重要であるが、保全の必要性の側面もやはり重要な要素であるため、判決のような確定力や既判力を同一に有することが難しい。したがって、立法的な解決が最も簡明かつ効率的である。ただし、現時点においても裁判の確定力の概念を裁判の安定性の概念に置き換えて柔軟に解釈する余地はある。過去の保全裁判は、一方の申立てによってのみ行われるのが一般的形態であると認識されていたが、執行法において仮の地位を定める仮処分をはじめとする満足の仮処分のように、実体的な判断によって効果が直ちに発生する保全裁判も韓国の制度に明示的に導入されたことを受け、保全裁判も多様な形態で存在し得るということが認識されるようになった。それゆえ、このような保全裁判は、別途あつかうが必要であり、外国裁判所の保全裁判に対しても、その内容を検討し、当事者の手続参加が保障され、実体的判断が含まれており、かつ債権者の権利救済が切迫している場合等には、外国の保全裁判も承認、執行の対象になり得ることを認める必要がある。外国の倒産手続の免責裁判を承認、執行せざるを得ない現在の状況ではなおさらである。

2) 保全裁判は国ごとに多種多様であるが、外国で言い渡された保全裁判を承認し、又は執行判決を言い渡すにあたって最大の障害は、保全裁判におい

て債務者の手続参加が保障されたのか否かという点であろう。したがって、①当事者の手続参加権が保障された状態で発せられた保全裁判のみが承認、執行の対象適格を有することができるという点を明らかにする必要がある。次に、保全裁判の確定力及び既判力の有無であるが、これは、②裁判の安定性、すなわち取消し・変更可能性の概念をもって代替されなければならない。他方、保全裁判に対し不服申立手続が開始された場合には、その手続の終結時点をさしあたって確定時点として類推できるはずであり、かかる時点を承認、執行の可能時点と判断することができるであろう。ただし、保全裁判の場合、異議申立てのように不服期間の制限がなく不服申立手続がいつ開始され終了するのかが不確かな場合が存在する。よって、かかる点を考慮し、手続参加が保障された状態で発せられた保全裁判として不服申立手続が開始されなかった場合、③債権者の権利実現の必要性及び緊急性、債務者の損害の回復可能性等を比較衡量し、外国裁判の承認、執行の可能性を判断しなければならないであろう。

#### 【主要参考文献】

##### [著書]

주석민사집행법 (2) (2012年, 韓國司法行政學會)  
 방순원, 민사소송법 (하) (1981年, 普成文化社)

석광현, 국제민사소송법 (2012年, 博英社),  
 李時潤『新民事訴訟法』(2014年, 博英社)

鄭東潤／庾炳賢『民事訴訟法』(2009年, 法文社)

한충수, 민사소송법 (2016年, 博英社)

Alan Resnick/ Henry Sommer, Collier Bankruptcy Manual vol. 3 (3<sup>rd</sup> ed. 2008.)

##### [論文]

강태원, “외국판결의 승인 및 집행”, 대구대 사회과학연구 4집 2호 (1997. 12.)  
 구자현, “집행판결의 대상이 되는 외국법원의 판결의 의미”, 대법원관례해설 2010년 상반기”  
 권창영, “국제민사보전법상의 국제재판관할”, 민사집행법실무연구 III (2011)  
 김용진, “국제보전처분의 현황과 과제”, 저스티스 34권 1호 (2001)  
 석광현, “외국도산절차에 따른 면책 효력의 승인”, 법률신문 2009. 7. 20  
 석광현, “승인대상인 외국판결의 개념에 관한 대법원 재판의 상충”, 법률신문 2011. 10. 20. 제3976호  
 오영준, “민사소송법상 승인의 대상인 ‘외국법원의 판결’의 의미”, 법률신문 2011. 10.

31. 제3979호

이규호, “외국재판의 승인 등에 관한 개정 민소법·민사집행법에 대한 평가”, 법률신문

<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Research-Forum-View.aspx?serial=2190>

임치용, “관례를 통하여 본 국제도산법의 쟁점”, BFL 제38호 (2009. 11)

한충수, “외국보전처분의 승인 및 집행”, 변호사 (1999. 1.)

【関連条文試訳】

## 韓国民事訴訟法

### 第217条（外国判決の効力）

①外国法院の確定判決またはこれと同一の効力を有すると認められる裁判（以下、「確定裁判等」という。）は、次の各号の要件すべてを具備する場合に限り、承認される。

1. 大韓民国の法令又は条約による国際裁判管轄の原則上その外国法院の国際裁判管轄権が認められること。
2. 敗訴した被告が訴状若しくはこれに準ずる書面、期日通知書又は命令を適法な方式により防御に必要な時間的猶予をおいて送達を受け（公示送達又はこれに類する送達による場合を除く。）若しくは送達を受けなかったが応訴したこと。
3. その確定裁判等の内容および訴訟手続に鑑みてその確定裁判等の承認が大韓民国の善良の風俗その他社会秩序に反しないこと。
4. 相互の保証があることまたは大韓民国とその外国法院が属する国家において確定裁判等の承認要件が著しく均衡を失わず重要な点において実質的に相違がないこと。

②法院は、第1項の要件が充足されているのか否かに関し職権で調査しなければならない。

### 第217条の2（損害賠償に関する確定裁判等の承認）

①法院は、損害賠償に関する確定裁判等が大韓民国の法律または大韓民国が締結した国際条約の基本秩序に著しく反する結果をもたらす場合には、該当する確定裁判等の全部または一部を承認することができない。

②法院は、第1項の要件を審理するときには、外国法院が認定した損害賠償の範囲に弁護士報酬を含めた訴訟と関連する費用と経費が含まれているか否かおよびその範囲を考慮しなければならない。

## 韓国民事執行法

### 第26条 (外国裁判の強制執行)

- ①外国法院の確定判決またはこれと同一の効力を有すると認められる裁判（以下、「確定裁判等」という。）に基づいた強制執行は、大韓民国法院において執行判決としてその強制執行を許可した場合行うことができる。
- ②執行判決を求める訴えは、債務者の普通裁判籍の所在地の地方法院が管轄し、普通裁判籍がないときは、民事訴訟法第11条の規定により債務者に対する訴えを管轄する法院が管轄する。

### 第27条 (執行判決)

- ①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。
- ②執行判決を求める訴えは、次の各号のいずれかに該当するときは、却下しなければならない。
  1. 外国法院の判決が確定したことが証明されないとき
  2. 外国判決が民事訴訟法第217条の要件を具備しないとき

### 〔訳者あとがき〕

本稿は、漢陽大学校法学専門大学院の韓忠洙教授が、2016年9月10日に韓国の成均館大学において開催された第8回日韓・韓日民事訴訟法共同研究集会において報告された『국제민사소송절차와 국제도산절차에서의 외국재판—외국보전재판의 승인 및 집행가능성을 중심으로—』の和訳である。本訳文が、韓忠洙教授の主張されるところを誤ることなく伝えることができているとすれば、訳者の喜びこれに過ぎるものはない。翻訳を快く承諾下さったうえ、和訳に際してご指導・ご教示を惜しまれなかった韓忠洙教授に対して、この場をお借りし、あらためて心より御礼申し上げる。

【附記】本稿は、日本学術振興会 (JSPS)・韓国研究財団 (NRF) 二国間交流事業2016年度共同研究「日本と韓国における民事手続法の展開に関する二国間史的考察—現行法制定を中心に—」および全国銀行学術研究振興財団2015年度助

成「日本と韓国における債権回収に関する比較民事執行法研究—実務運用を中心に—」および日本学術振興会科学研究費助成事業平成28年度研究助成若手研究 (B) JP26780053「原子力災害事例における救済執行手続としての間接強制の弾力的活用」および日本学術振興会科学研究費助成事業平成29年度研究助成基盤研究 (C) JP17K03446「債権の実効性確保のための間接強制の弾力的活用—独・日・韓の比較法研究」の研究助成による研究成果の一部である。