

## ヴォルフラム・ヘンケル『訴訟法と実体法』（一）

河野正憲 Ⅱ 河野憲一郎 共訳

### 〔訳者序言〕

本翻訳は、一九七〇年に公刊されたヴォルフラム・ヘンケル著『訴訟法と実体法』の全訳であり、順次分載する。本書は、本文四二九頁および事項索引と条文索引とが付されたモノグラフである。本書は、手短な序論に続き、以下の六章から成っている（詳細な目次は後掲）。

第一章 民事訴訟法の実体法からの区別

第二章 訴訟法的価値

第三章 既判力の客観的限界

第四章 手続上の行為の合法性と違法性

第五章 差押質権

第六章 執行に対する保護の基礎

いずれの章においても、著者緒言に示されているように、体系的叙述というよりも極めて高い具体的問題関心から出発し、それぞれの問題領域につき、特に訴訟法と実体法という視角から問題を鋭利に分析しており、本書は、明晰な著者の基本観点から判決手続と強制執行手続のいくつかの問題に対しての独自の方向性を極めて具体的に明示している。問題領域の分析に際しては、単に具体的な解釈問題の技巧的解決に墮することを排すべく、実体法についての極めて詳細かつ正確な理解を背景に、深い基礎的な考察を基礎に置いた、しかし、余分な叙述をそぎ落とした明晰な記述を展開している。出版から五〇年を経て、その間に一九七六年の簡素化法による大改正等があったが、これらのことは本書の記述に大きく影響するものではない。本書

の考察は、民事訴訟理論の根本に肉薄するものであり、今日においても、またわが国においても、その内容上の価値は些かも失われてはいないものと思われる。

本書の著者であるヴォルフラム・ヘンケル教授については、既に本書の共訳者の一人である河野憲一郎が、「ヴォルフラム・ヘンケル『執行法と企業法の狭間の倒産法改正』」（熊本法学一三五号（二〇一五年）一四三頁以下）で簡単な紹介をしている。ここでは、特に本書およびヘンケル教授の基本的立場の理解に有益と思われる点のいくつかについて、ヘンケル教授の七〇歳の記念の祝典（一九九五年四月二一日ゲッティンゲン大学講堂で開催）でご本人が述べられた謝辞等や恩師フリードリヒ・ヴェーバー教授の手になる同記念論文集冒頭掲載の序言をもとに、若干の補充をしたい。

ヘンケル教授は、一九二五年四月二一日、ベルリンの生まれである。ギムナジウム終了後一八歳で軍務につき、一九四四年七月フィンランド北部での戦闘で重傷を負い本国（ゴータ）に搬送された。しかし、ここでも終戦間際の市街戦やその後の拘束を経て一九四五年七月に解放され、南ドイツに逃れて終戦直後の困難な時期を建築会社に就職をして凌いだ後（この会社も破産した）、一九四七年一四八年の冬学期にハイデルベルク大学での学業を開始した。当初の三学期は神学の学生として学んだが、その後法学部に転学した。この間、彼は正規学生としてではないが、戦後の同大学の復興に尽力したラートブルフ教授

の刑法総論の講義を聴講したこと、学生として同大学の復興に協力したことにより、同教授の私邸で開かれた七〇歳の記念の宴に招待された思い出を述べられた。ヘンケル教授には、様々な面で、終戦直後の変革期の大学改革を指導したラートブルフ教授の強い影響がみられる。また法学部に転学後、研究生生活の師となるフリードリヒ・ヴェーバー教授に協力して、学生時代から法学教育の改革に尽力している。ヴェーバー教授によれば、今日ドイツの大学法学部で一般的な初年度生に対する演習（Arbeitsgemeinschaft）は、この時の改革案が基だという。方法論に関して、ヘンケル教授は、学生時代にフィリップ・ヘック教授の利益法学の影響を強く受けたと述べている。もともと、方法論についてのヘンケル教授のモットーは、「方法論を有する者はそのことについて書く必要はない。ただそれを適用すべきである。」というのであった。その有名な教授資格論文『民事訴訟における当事者理論と訴訟物』（一九六一年刊）において、また本書においても、ヘンケル教授は、この基本的観点を一貫して貫いたと述べている。

ヘンケル教授は、一九六二年ゲッティンゲン大学正教授に就任し、一九六四一六五年に法学部長、一九六六年一六七年には四一歳で同大学学長として、大学改革の嵐の中で指導力を発揮された。

訴訟法と実体法に関しては、本書の他にも、ゲッティンゲン大学学長就任講演『手続法規範の正当性の価値』（一九六六年

刊）や、ギリシャ・コモナニ大学での講演『訴訟法と実体法』（一九八八年刊）がある。前者は、手続法規範が単なる形式ではなく正当性を支える価値を内在する必要があることを、大学の制度改革に直面する学長就任に際して述べたものであり、後者では、訴訟法と実体法に関する具体例として、当事者概念と訴訟追行権と訴訟担当、訴訟法を単なる公法とみるのではなく私権の実行過程とみるべきであり、そこで作用する権利失効の原則は、裁判所との関係ではなく相手方との関係で働くものであること、そして訴訟で争いになっている実体法関係の特異性が裁判手続の形成に大きく作用すること、さらに憲法との関連について言及している。

ヘンケル教授は、一九七七年以降、イエーガーの破産法コンメンタールの改訂者として、また倒産法改正委員会委員として積極的に倒産法の研究・改正問題に関与した。共訳者の一人、河野正憲は一九七七年一月から一九七九年一〇月までゲッティンゲン大学でヘンケル教授の下で研究生活を送り、彼の講義や演習に参加した。特に演習は、極めて高度であり、学期開始前に募集された破産法に関するテーマに沿って、報告者は助手諸君の指導をも得て、二〇頁ほどの論文を事前に提出することが求められた。演習で学生の報告を丁寧聞くヘンケル教授の姿が印象的であった。また学期末にゲッティンゲン近郊で行われた合宿では、学生諸君と散歩しワインで歓談をし、著名な破産法の実務家であるウーレンブルック判事を招待されたこと

もあつた。学生を大切にするお人柄は、本書の「緒言」にも明らかである。また、イエーガーの破産法コンメンタールに続き、新倒産法のコンメンタールを執筆され、その否認権に関する部分は六五〇頁余に及び、単独の著書としても公刊された。

ヘンケル教授は、数年前に最愛の奥様に先立たれて後、現在はゲッティンゲン近郊の施設で悠々自適の生活を送られている。今年四月には満九五歳になられたがお元気で、メールでの通信にもただちに返信をいただけている。ただ今年はコロナ禍の影響で、面会などが禁止されており、寂しい誕生日となった由である。

われわれ二名による本書の翻訳については、昨年（二〇一九年）一月一七日のメールでご快諾を得た。いつもながらのヘンケル教授のご親切に心からの謝意を表したい。

河野 正憲

河野 憲一郎

Hier bedanken wir Masanori Kawano und Kenichiro Kawano, uns Herrn Prof. Dr. Wolfram Henckel für seine ganz freundliche Genehmigung der japanischen Übersetzung seines Buches: Prozessrecht und materielles Recht, 1970, Verlag Otto Schwartz & Co. Göttingen.

緒言

\* \* \*

本書は、曲折に満ちた成立史を有している。「訴訟法と実体法」は、私のゲッティンゲン大学教授就任講演のテーマであったが、これについて、私は、一九六二年の夏に、完成したものとよりむしろ研究計画を講演したのであった。以後数年にわたり、私の訴訟法に関する演習では、本書で述べている問題の大部分を取り扱った。第三章―第六章の草稿と最初の二年の部分についての下書きを終えていたが、一九六四年四月に四年にわたる大学行政職への就任を引き受けざるを得なかつた際には、それがほとんど全ての私の研究時間を費やしたのであり、したがってこの本の研究を当分の間中断することを余儀なくされた。私が一九六八年に再びこの草稿を再検討し、補充する仕事を開始することができた時には、私に多くの変更と改良をする契機を与える、一連の、多くの訴訟法上および実体法上の論攷が存在した。昨年冬のサバティカル (Freisemester) に、私は原稿を完成することができ、またそうしなければならなかつた。全くのところ、本書のテーマは論じ尽くされたものではない。私が提示することのできる事柄は、その選択が、結局のところ、私にとつては、対談した論攷を公刊するために、十分手を入れたような外観によって規定された部分的観点にすぎ

ない。より多くの事柄を提示することは、現在私に課されている新たな時間を要するが、それにより大学に別の方法で奉仕することができ、それを望んでいる公務員によってできなくなっている。

私が得た援助や助力に対して幾重にも感謝を申し上げたい。まず初めに、私の演習への参加者に対してであるが、彼らは、その報告と発言により、本書に多くの寄与をしてくれた。さらに私の助手諸君、ハインツ・ライヘルト博士、ヴァルター・ゲルハルト博士およびブルーノ・リンメルスバツハー博士に対してであり、彼らは演習の準備にあたり活発に私に援助を下さり、また報告者に援助の助言を与えてくれた。私の秘書であるアンネリーゼ・メンケ女史に対しては、しばしば書き改められた草稿につき根気強く仕事を尽くしてくれたことにつき、また司法官試補のミカエル・ケーラー氏およびゲラルト・アイヒラー氏に対しては校正と索引についてである。私はまた、一九六六年から一九六八年にかけて参画することができた民事訴訟法改正のために連邦司法大臣によって設置された委員会に対しても、最終的な再検討につき有益な援助をいただいたことに感謝したい。最後に、ドイツ学術研究協会 (Deutsche Forschungsgemeinschaft) が、一九六八年から一九六九年にかけてのサバティカルにおける講義代行につき資金を提供していただいたこと、またこのサバティカル中の私の講義義務を引き受けていただいたコルンブルム博士に対しても感謝申し上げたい。

ゲッティンゲン、一九六九年一月

ヴォルフラム・ヘンケル

\* \* \*

目次	1		
序論	1		
第一章 民事訴訟法の実体法からの区別	5		
I 区別の基準	5		
1 規範の法律上の帰属	5		
2 訴訟目的	5		
3 訴訟の本質	8		
4 規範の要件	9		
5 規範の効果・負担と義務	10		
6 判決内容と判決要件	19		
7 規律されている生活領域	19		
8 結論	24		
II 訴訟行為と実体法上の行為	26		
1 訴訟行為の概念	27		
2 二重機能的訴訟行為	33		
3 個別の訴訟行為	34		
a) 積極的管轄の合意	34		
b) 仲裁契約	35		
III 訴訟上の失効の諸段階	96		
1 既判力と再審	93		
e) 訴訟上の和解	86		
d) その他の一方的訴訟行為	79		
c) 訴訟代理権	78		
b) 仲裁契約	77		
a) 積極的管轄の合意	77		
2 当事者行為と意思の瑕疵	76		
b) 訴訟能力	67		
a) 当事者能力	65		
1 有効な当事者行為の人的要件	65		
II 当事者行為の有効要件	65		
4 さらに検討のための帰結	64		
3 権利行使のための手続としての訴訟	61		
2 訴訟目的の定義	48		
1 目的を考察することの正当化	41		
I 価値基準としての訴訟目的	41		
II 訴訟法的価値	41		
f) 結論	40		
e) 訴訟上の和解	39		
d) 認諾と放棄	39		
c) 訴訟代理権	37		

2	既判力と法的審尋	105
3	既判力と原状回復	105
4	欠席判決	111
5	時機に後れた提出の排除	112
6	一般的な失効原理	114
IV	処分権主義と弁論主義	118
1	訴訟原則の意義	118
2	処分権主義	119
a)	訴訟の開始	119
b)	訴訟物の特定…ZPO一三九条	125
c)	訴えの変更	132
d)	認諾、放棄、和解および欠席判決	134
3	弁論主義、説明義務および真実義務	143
第三章	既判力の客観的限界	149
I	既判力の訴訟上および実体上の要件	149
II	訴訟物の同一性、先決関係および既判力の時的限界	150
1	請求棄却の裁判に対する原告の拘束	150
2	請求認容の裁判に対する被告の拘束	163
III	既判力の客観的限界の基準	169
1	これまでの帰結の要約	169
2	経済的価値という基準	171
IV	個別事例	175

1	元本請求と利息請求	175
a)	利息請求の棄却と元本請求	175
b)	元本請求訴訟の棄却と利息請求	176
2	相互の所有権確認訴訟	176
3	相互の引渡請求訴訟	177
a)	前訴の認容	177
b)	前訴の棄却	177
4	相互の不作為請求訴訟	177
a)	前訴の認容	177
b)	前訴の棄却	178
5	相互の供託金還付請求訴訟	179
6	借用証の引渡についての敗訴と借用証中に記載された金額の支払いを求める訴え	179
7	不動産登記の訂正請求と所有権	180
a)	請求棄却判決	180
b)	請求認容判決	180
c)	a)とb)の事案における経済的価値という基準	180
a)	請求棄却と確認訴訟	181
b)	請求棄却とBGB八二二条の アフラスング請求	181
c)	土地債務抹消請求訴訟の棄却と 所有権確認訴訟	182
8	所有権に基づく引渡請求と所有権	183

9	抵当権に基づく訴えと抹消の許諾	185
10	所有者への土地債務の返還請求と土地債務に基づく訴え	186
11	所有権に基づく引渡請求と損害賠償および利用請求	187
	a) 引渡しの認容と損害賠償請求	187
	b) 引渡しの棄却と原告の損害賠償請求	189
	c) 引渡請求と利用請求	189
	d) 引渡請求と使用利益補償請求	189
12	e) 明渡請求訴訟の棄却と被告の損害賠償請求	190
	a) 不作為の認容	191
	b) 不作為の棄却	192
13	異なる請求内容を伴う同一の権利に基づく不作為訴訟	193
14	予備的請求と主請求	193
15	アウフラッシングに基づく請求と所有権引渡請求	196
16	本来的原状回復と金銭賠償・変更、減少、損害賠償	198
	a) 本来的原状回復、金銭賠償	198
	b) 損害賠償、解除、変更、減少	198
17	双務契約にもとづく相互の請求	198
	a) 譲渡および引渡しを求める買主の請求の棄却と売買代金の支払いを求める売主の訴え	199

18	未履行双務契約	205
19	履行請求と信頼利益の賠償	212
20	弁済の抗弁と反対給付	213
	a) 弁済を理由とする請求の棄却と給付の返還請求	214
	b) 給付の認容と給付の返還請求	215
21	解除の抗弁、解除および取消、不当利得の抗弁	215
	a) 売買代金の支払いを命じる判決と解除請求	215
	b) 契約による給付を命じる判決と解除または取消を理由とした反対給付返還請求	217
	c) 弁済を命じる判決と不当利得返還請求	217
22	ZPO三二二条二項の意義	220
	a) 反対債権不存在による被告の敗訴	220
	b) 相殺による請求棄却	221
23	行政裁判所の判決への民事裁判所の拘束	222
24	請求異議訴訟の棄却と不当執行を理由とした損害賠償	224
25	第三者異議訴訟の棄却と執行売得金の返還を求める第三者の訴え	226
26	訴訟判決の既判力	227
V.	既判力の客観的限界の基準としての民事訴訟法と実体民事法	231

第四章 手続上の行為の合法性と違法性	233
I 序	233
1 問題提起	233
2 人の行態に関する無価値判断としての違法性	234
II 執行機関の行為の合法性と違法性	236
III 強制執行における債権者の行態の合法性と違法性	248
1 債権者の行態の判断のための特別の基準の必要性	248
2 執行要件の意義	252
3 合法性と違法性の基準	257
4 ZPO七一七条二項および三項、同三〇二条四項三 文、同六〇〇条二項、同九四五条の解釈に よつての 帰結	265
5 債権者の行態の評価に よつての 新たな 違法性論の 意義	270
IV 判決手続における訴訟行為の 合法性と 違法性	289
V 破産申立ての 合法性と 違法性	306
第五章 差押質権	309
I 理論対立の 意義	309
II 立法者の 観念による 差押質権の 機能	311
1 順位規定	311
2 換価権	311
3 法的根拠	312

4 排除請求と損害賠償請求	312
5 執行妨害的な 処分に対する 保護	312
III 差押質権の 機能への 執行法の 現代的展開 の影響	313
1 換価権	313
2 執行妨害的な 処分に対する 保護	318
3 債権質	319
4 差押質権の 公法説	320
IV 私法説による 差押質権の 諸機能	328
1 換価権	328
2 侵害利得の 法的根拠	331
3 順位規定	339
第六章 執行に対する 保護の基礎	349
I 手続法上の 効果を伴つた 実体的価値	349
1 執行に対する 保護における 実体的価値	349
2 価値の私法的 性格	350
3 私法的価値の 手続法的法律 効果	352
II 価値の内容	355
1 内容の問題の 意義	355
2 利益対立。主 観的な私権の 限定としての 執行に 対する保護	356
3 人間の尊厳の 保護。基本権 の第三者効	357
4 権利行使の 限界としての 執行に対する 保護	362

5	不適法な権利行使の理論の法理的基礎と執行に 対する保護にとつての意義……………	363
6	不適法な権利行使の「諸層」……………	369
	a) 矛盾挙動の禁止……………	370
	b) 正当な利益の欠缺……………	372
	c) いずれ返還しなければならぬ物を要求する者は、 悪意を持つて行為する……………	372
	d) 不誠実な権利取得……………	373
	e) 不適切な権利行使。権利濫用……………	373
III	効果……………	375
1	法適用としての裁判官による、執行に対する保護	375
2	訴訟上の形成としての裁判官による、執行に対する 保護の裁判……………	375
3	不特定概念の解釈……………	376
4	ZPO七六五a条の適用領域……………	378
5	執行に対する保護の特別規範に対する ZPO七六五a条の関係……………	378
	a) 動産執行……………	378
	b) 債権質……………	382
	c) 不動産執行……………	383
	d) 明渡執行……………	390
6	BGB二四二条に対する執行に対する保護の関係……………	391
7	執行に対する保護、譲渡禁止、相殺禁止……………	398

1	序論……………	
	a) 譲渡……………	399
	b) 相殺……………	401
8	執行請求権にとつての執行に対する保護の意義……………	405
	要約……………	407
	事項索引……………	431
	条文索引……………	437
	〔* 原著の脚注には本文の相互参照箇所の指示が数多くある。そこ で、訳文の上にアラビア数字で原著の頁数を示しておいた。〕	

対立を明らかにすることによって、この目的に奉仕するのである。法命題が整序される基準は、この目的ではかかれなければならない。したがって、より多くの命題にとって共通物を表現している上位概念というのは、分別された諸概念によって細分化されるのである。その場合、下位の概念は共通物の中の相異を際立たせる。下位の概念が法的に重要な区別に該当している場合、したがって区別のメルクマールが法的に誤りなく獲得された場合に、それは体系的に正当といえるのである。

法命題を訴訟法または実体法へ体系的に整序することは、両概念が一つの共通物によって結ばれるという前提の下で行われる。共通する上位概念は法であり、それは「訴訟法」と「実体法」という下位の概念に細分化される。「実体」および「訴訟」という付加物が、法的に重要な区別に該当するとき、体系構築は正当である。したがって、それは一方で差異を際立たせなければならぬが、他方で、法的評価に耐えない区別を先取りしてはならない。したがって、われわれの区別を正当化する整序の基準は、法的評価に由来する。このような法的評価が、概念の区別能力を規定し、限界づける。それゆえ、概念体系というもの、法創造的価値をもたないのである。それは既に概念の中に包含されていないような区別は生み出しえない。

ある規範が訴訟法に配置されるとすれば、それはその要件が訴訟上の態様のものでなければならぬという帰結を正当化するが、それは人がその法律効果が訴訟上の要件に結び付けられ

ているような全ての法命題を訴訟法規範と呼ぶ場合に限られる。これが可能であるかどうかは、訴訟法規範がまさにこの点で実体法規範から区別されるかどうかに依存している。

しかし、もしもその訴訟上の効果が訴訟上の要件に依存する法規範が、他の、その訴訟上の効果が実体法上の要請に条件づけられたものと体系上重要な共通のメルクマールを有する場合には、人がその区別を効果に基づいて行おうとするのであれば、訴訟法を実体法から区別することは、要件の種類によることは不可能である。

しかし、効果に基づく区別は、二つの方法で可能である。すなわち、まず第一に、効果の法的構造に基づいて区別することが可能で、例えば典型的な実体法的効果として権利と義務の根拠づけをみ、典型的な訴訟上のそれを可能性と負担にみるがごとくである。しかし、他面で、人は、そこで法的効果が生じる生活領域に基づいて区別することができる。そのいずれが正しいかは、法的効果の構造の検討に依存しており、また、生活領域が体系形成のために十分な基準を示しているかという問題に依存している。

しかし、効果の種類のみによる訴訟法と実体法の間での区別は、訴訟上の効果が実体法上の要件に基づいて存在しうる場合にはじめて可能である。もし、実体法上の効果が実体法上の要件に、しかし、訴訟法上の法律効果が常に訴訟法上の条件のみ結び付けられるのであるならば、訴訟法と実体法は要件におけると

同様に効果においても区別されることになる。

訴訟法と実体法という設定されるべき概念は、法的に正当と示された区別の基準によってのみ相互に分かたれる。それゆえ、両概念の対置は、訴訟法と実体法を全ての点において明確な限界によって分かつことを強制しない。区別のメルクマールと並んで、区別する概念構成にとつて重要でない共通メルクマールがある。したがって、訴訟法と実体法は、いずれにせよ両者が法である限りにおいて区別されない。もし人が対立命題を強調しすぎると、そのことは実体法または訴訟法の法的性格をあまりにも容易に止揚することになり、それによって両法の共通物を一方のためにのみ奪い取りうるということに導くことになってしまうことになる。しかし、訴訟法と実体法が等しく法であるとすれば、両者の共通な価値が基礎になつていなければならぬ。どのくらいこのことが当てはまるのかは、われわれの研究の主な対象をなしている。既にわがドイツの諸々の手続法典の区別は、訴訟法と実体法の区別が訴訟法の価値の実体法への依存関係を排除していないことを示唆している。わが刑事訴訟が民事訴訟と別に形成され、この両者が行政事件訴訟からさらに明らかに異なっているということが意味を持つのが当然だとすれば、この区別は、民法、刑法、行政法において理由づけられているに違いない。

しかし、問題とされるべきはまた、実体法上の効果が訴訟法上の効果によって条件づけられうるかどうかである。訴訟法と

3 実体法についてのより古い研究は、訴訟上重要な行為の実体的

違法性が訴訟法上の価値によって条件づけられるかどうかという問題を詳細に検討してきた。違法論の新たな展開は、この問題を再び取り上げることが要求している。

訴訟法と実体法の間相互関係を示し、両法に共通する価値原理を際立たせることは、単に理論的目的に役立つだけではない。むしろこの研究は、現行法の目的論的解釈と共に、法政策的問題の解決にも寄与するであろう。しかし、それにもかかわらず、国際私法と国際民事訴訟法にとつての決定的な位置づけは留保されている。特別の国際法上の問題の定立は、場合によってはその目的に適合した固有の区別の基準を必要とするかもしれない。このためにここで獲得した諸原理が役立つかどうかは、専門家の専門的な判断に委ねられている。

## 5 第一章 民事訴訟法の実体法からの区別

### I 区別の基準

#### 1 規範の法律上の帰属

民事訴訟法と実体法の区別は、われわれにとつて、今日、法的な体系構築の当然の手法とみられている。もし人が、以前に訴訟法と実体法を一体とみなしていたとしても、われわれはやはり今日、この出発点にはやはり引き返しえないであろう。ただし、既にわれわれの制定法はこの区別から出発しているからで

ある。訴訟法は——少なくとも外観上は——実体法の法典編纂から分かれたれている。

このことは、もちろん法命題が、訴訟法規かあるいは実体法典に含まれているかどうかによって、訴訟法と実体法を区別することを強いるものではない。この歴史的な帰属は、われわれにとって拘束力を持つものではない。それはせいぜい、立法者がそれによって区別しようとした基準を認識させるにすぎない。したがって、立法者は、遺産に属する請求権を自己の名で主張するという共同相続人の権限（BGB「民法」二〇三九条<sup>①</sup>）をもつばら実体法上のものとみなしているのかもしれない。しかし、このことは共同相続人に訴訟追行権を与えることや、これを訴訟的に解釈することを妨げるものではない。そこには制定法侵害はない。けだし、立法者によって整序された法律効果は変更されていないからである。しかし、その体系的帰属は、制定法の命令によって決まるものではない。

## 2 訴訟目的

訴訟法は、その対象、すなわち訴訟によって特徴づけられる。このことは、訴訟とは何であるか、という問題に導く。人は訴訟をその目的から定義することを試みてきた。<sup>①</sup>

6 もし人がゴールドシュミット（Goldschmidt）<sup>②</sup>とともに、訴訟の目的を既判力にみるとき、したがって、訴訟を「既判力の獲得に向けられた裁判上の手続」<sup>③</sup>として理解し、また、人がザ

ウアー（Sauer）<sup>④</sup>とともに、訴訟の目的を個々の事件における裁判官による法理念の形成として描き、その際に訴訟の本質はまさに裁判官によるこのような形成の中に存在するのだというとき、そのことと関連しているようにも思える。しかし、この目的設定はきわめて問題である。

ゴールドシュミットの定義は、訴訟の目的を訴訟自体から規定するという点で誤っている。けだし、ゴールドシュミットがそれに基づいて訴訟の目的とした既判力というのは、ゴールドシュミット<sup>⑤</sup>によれば、訴訟上の一効果である。したがって、彼の学説は、結局は訴訟がそれ自体自己目的であるか、——同じようなことを意味するが——それ自体を越えた作用をする目的を持たないという結果になってしまう。それによつては訴訟規範の価値がほとんど排除されるというこのみをここで予め示すだけで十分である。このことはさらに後で述べる必要がある。

ザウアーは、たしかにゴールドシュミットとは対照的な見解で、訴訟の目的を訴訟の外に求めているが、しかし、訴訟の本質を訴訟目的と同一視するという誤りをおかしている。すなわち、訴訟は個々の事件における法理念を形成すべきものであるから、彼にとって訴訟とは「法理念の形成」なのである。いざれにせよ、この定義は実体法から訴訟法を区別するのに適当ではない。ザウアー自身、個々の事件における法理念の形成、すなわち「社会の福祉」に個々の事件を「位置づけること」は、裁判官の権限であるのみではなくて、法律行為による取引の中

でも行われうる、と述べている。<sup>(7)</sup>したがって、「法理念の形成」は典型的な訴訟行為的なものではない。そのため実体法上の形成からの区別のためには、ザウアーの理論によれば、訴訟では裁判官がこの形成を行うということのみが残るにすぎない。しかし、それによって訴訟の本質は十分に描き出されない。裁判官のみが「本案形成および法形成の全てに向けられた行為」によって法理念を形成しているということよりもっと多くのことが、訴訟の中では生じている。訴訟においては当事者もまた行為を行ない、訴訟の規律によって当事者の行為もまた訴訟目的を旨指している。

それ以外の全ての訴訟目的<sup>(8)</sup>の定義は、訴訟の本質を描き出すのにさらに不適切である。訴訟の目的に関する問題設定は、訴訟で達成されるべきは何かをねらいとしている。この答えは、人が最も善くこの目的を達成するのは何かについての基準を提供する。それゆえ、たしかに訴訟目的と訴訟法上の規範および価値との間の関係は存在するし、また訴訟目的が、どのように訴訟が形成されなければならないか<sup>(9)</sup>についての手掛かりを与えるかもしれないが、それは訴訟が何か、また、それがいかなる点において実体法上重要な行為から区別されるのかについては述べていない。それゆえ訴訟目的は、訴訟法と実体法の区別に少しも寄与しえない。<sup>(10)</sup>より具体的にいえば、人が民事訴訟法を主観的な権利の保護のための手段として理解するか、それとも民事訴訟は客観法の確証に役立つべきかどうかは、一定の事

象、例えば管轄拡張の合意が訴訟法上または実体法上の規律に服するかどうかという問題にとつて重要ではないのである。人は訴訟目的から管轄拡張の合意の承認をみとめ、あるいはこの契約の法政策的な評価について批判的な観点を獲得するような根拠のみを引き出しうるにすぎない。もし人が訴訟目的を客観法の確証にのみ認め、それゆえ客観法にしばられた司法に向けられた公益(Offenlich Interesse)を強調するならば、人々、個々の裁判所の仕事量に影響を及ぼすことが当事者に許容されることであるかどうかについて、疑問としうるかもしれない。しかし、こうした考慮は、人が管轄拡張の合意を訴訟行為とみるか実体法上の行為とみるかどうかに依存するものではなく、したがって、訴訟法と実体法の区別に何ももたらさない。

したがって、一定の事象が訴訟法に帰属するか、あるいは実体法に帰属するかにとつて、訴訟目的を考へることは、大して役立たない。この判断を誤った人は、危険な脇道へ踏み込むことになる可能性がある。公共の福祉または国家の利益の促進に訴訟目的をみ、この目的によって実体法を訴訟法から区別するという試みの誘惑に負ける訴訟理論は、訴訟的なものの領域を広く拡大するだろう。このような訴訟理論は、それが公共の福祉の原理によって貫徹されうるようにするためにのみ、訴訟法に実体法の領域を加える傾向がある。そのことは実体法的な価値を空洞化するであろう。

訴訟それ自体を越えた訴訟目的のあらゆる定義は、訴訟を实

8 体法と関連づけている。もし人が民事訴訟に対して公共の福祉に奉仕すべきだという任務を付与するならば、人は訴訟法の内容を具体的な公的要求に向けることになる。これとは反対に、もし人が民事訴訟の目的を主観的な私権の保護にみるのであれば、民事訴訟法の内容は、実体的私法的価値によって規定されるであろう。したがって、訴訟目的は、実体法への橋を架けるであろう。それゆえ訴訟目的から訴訟法と実体法を区別するメルクマールを引き出すことは不可能である。訴訟目的は、常に既に法的評価を含んでいる。そうでなければ、訴訟目的から個別の訴訟の法的形成についての推論を一つ一つ引き出すことは考えられないであろう。訴訟目的が、何か訴訟はいかにあるべきかを言い表しているとすれば、同時に訴訟とは何か〔という現実〕を描き出すことはできないのである。

### 3 訴訟の本質

訴訟法の対象を記述し、それによって実体法から区別するのに適切であるべき訴訟法の定義は、それゆえに訴訟を上回ってはならない。それは、訴訟において生じていることは何かを明らかにしなければならぬ。訴訟とは「法的過程」であり、したがって、まず第一に裁判所の手続、したがって裁判所の面前での手続である。それは典型的にはこの裁判所の裁判によって終結する。訴訟が、他の方法、例えば訴えの取下げや和解によっても終結しようということは、訴訟の本質的要請として裁判を

定義の中に採り上げることが禁ずるものではない。ただし、後になって取り下げられた訴えというのをもまた、当初は裁判所の判決に向けられたものだからである。訴えが係属している限り、手続は判決に導かれなければならない。訴訟上の和解が手続を終結するのは、それが裁判を不必要とするからにすぎない。たしかに裁判所は法的争訟の話し合いによる解決を目指して働きかけるべきだが、そのことから和解はいまだ典型的な手続目的ではない。当事者の合意は訴訟外でも達成されうる。執行証書によっても債権者は執行可能性を取得する。訴訟上の和解の特殊性は、それ自体避けることのできない裁判を前にして締結される点にある。訴訟は裁判に向けられたものであるため、訴訟上の和解は、当事者が国家の権威による終結をそれによって避ける、自由な意思による平和的規律へのきつかけを作るために適切な場所である。

裁判所の裁判へと導かれる裁判上の手続として訴訟を定義することは、しかし、判決手続についてのみ当てはまるにすぎない。しかし、それにもかかわらず、それはこの手続に関連している民事訴訟法の部分を記述するには十分である。しかし、執行手続もまた民事訴訟法であるし、非訟事件手続法や破産法もまた広い意味での民事手続である。全ての（これらの）記述領域は一定の司法目的に向けられた司法機関の面前での手続に関連している。したがって、一定の司法目的に向けられた司法機関による、そしてその面前での手続を規律する全ての法規範が、

より広い意味での民事訴訟法に属する。

司法機関が常に国家機関であらねばならないかどうかは、われわれを既にこの概念の境界領域に導く。仲裁廷の手続についての民事訴訟法の規律が訴訟法に属するか、実体法に属するかは活発に議論されている。同様に、人は債権者委員会と債権者集会の手続についての規範が訴訟法規範であるか、実体法規範であるかを争いうる。しかし、この問題はまだ解決される必要はない。ただし、この規範を実体法に位置づける場合もまた、それが手続法的規律を内包しており、それゆえ訴訟法とかなり共通しているということが見失われてはならないからである。結局、それが結局訴訟法に分類されなければならないかどうかは、特に国際私法上の諸問題にとつて意味がある。しかし、そのために依拠すべき特別の区別の基準を考慮しなければならない。一般の訴訟法と実体法との関係にとつて、とりわけその相互の依存性の説明にとつて、いずれにせよ非国家機関の面前での手続を視野に入れても問題は損われない。

一定の司法目的に向けられた私法的機関による、またその面前での手続を規律する全ての規範を民事訴訟法に数え上げるといふ獲得された定義は、なお詳細な説明を要する。それで、とりわけいかなる態様によつて、この規範が手続と関連しなければならぬのか、したがつてそれが訴訟法規範としての位置づけを正当化しうるのかが明らかにされなくてはならない。

## 9

## 4 規範の要件

この関係は、規範の構成要件によつて仲介されるものではない。その構成要件は訴訟の諸事象を述べているが、明らかに実体法に属する規範が存在する。それで、消滅時効中断の全ての構成要件が訴訟法上の事象を含んでいるにもかかわらず、BG B二〇九条は実体法の規定である。不法行為が訴訟行為である場合であっても、BG B八二三条一項は実体法規範にとどまっている。これらの規範の実体法への分類は、明らかにその実体法上の法律効果に基づく。

反対に、その構成要件が訴訟外的事象を記述している訴訟法規範が存在する。既判力拡張規範を訴訟上の規定とみる人は、このことを彼が既判力に付与した訴訟上の効果によつて正当化する。ZPO(民事訴訟法)三二五条から三二七条までの構成要件が実体法上の事象を含んでいる<sup>(1)</sup>ことは、既判力の効果と既判力拡張規範の位置づけにとつて重要ではない。同様のことは、ZPO六六条と同七二条について妥当する。ZPO六六条が補助参加の要件として要求している法律上の利害関係は、多くの事件において実体法的に基礎づけられている。ZPO七二条は、訴訟告知の要件として実体法上の法律関係を挙げている。同様にZPO七六条と七二条を一致して訴訟法上の規定と呼ぶ場合、人はこれをその法律効果から導き出している。たしかに上記の諸規定は実体法上の構成要件要素のほかに訴訟法上の構成要件要素を含んでいる。したがつて、もし第三者

10

に訴訟告知がされたならば、ZPO七二条が引用する、実体法上の求償関係が訴訟法上ではじめて重要となろう。参加人が法的争訟に参加する場合に、補助参加人の実体的利益が訴訟においてはじめて重要となる。ZPO三二五条から同三七条まで<sup>(註三)</sup>の実体的構成要件は、それが訴訟中または最終口頭弁論終結後に満たされてはじめて、訴訟上の意味を持つ。しかし、これらの規範が実体法上の構成要件と並んで訴訟上の構成要件要素を持つているということは、それを訴訟法に分類することによって決定的ではない。もっぱら実体法上の構成要件を有している諸規定もまた、その効力が訴訟にとつて積極または消極に関連している限りにおいて訴訟法に属する。むしろ立法者は通例訴訟法的に重要であり、したがってとにかく訴訟法と何らかの関連をする構成要件のみを訴訟法規範に取り上げているので、われわれはそのような規定を稀にしかみない。その場合には、この関係は、規範の構成要件の中で記述されている。それに対して、どの事象が訴訟法上重要でないかを制定法は稀にしか明言しない。ZPO二六五条三項の中で、「係争物の」譲渡は訴訟に何ら影響を与えないとなっている場合、制定法は他の場合にはどの実体法上の事象が訴訟上重要でないかについて沈黙している<sup>(註四)</sup>ので、この規律は見慣れないもののようにみえる。われわれは訴訟上重要な意味を持たないものを、積極的に訴訟上重要なものによって定められた事象を取り扱っている規定から逆に推論するのが通常である。

しかし、ZPO二六五条二項<sup>(註五)</sup>一文が訴訟上の規定であるということも誰も疑わない。同様の規範はいくらでもある。したがって、裁判外の和解が訴訟資料にならず、両当事者が本案につき終了したと宣言し、あるいは和解調書の作成を求める限り、それは訴訟にとつて重要でない<sup>(註六)</sup>ということは、訴訟上の法命題である。売買契約の締結、不法行為またはある契約の解除(告知)がそれ自体訴訟上重要ではないとみられていることは、訴訟上の法命題に基づく。それゆえこれらの法命題は、それ自体によって理解される<sup>(註七)</sup>との理由のみから、訴訟法の中で定められていないのである。

##### 5 規範の効果・負担と義務

したがって、規範の要件は実体法または訴訟法への分類を決定するのに不適切であるとするならば、法律効果に向けられるのは当然である。それでは、もしある規範の効果がある手続にある関係を仲介し、司法の任務に引き受けられ、ある特定の司法目的に向けられている場合、それは訴訟法に分類されることになるであろうか。手続進行を促進し、手続目的により近づけるために、この区別に際して、訴訟法はある事象が手続のために直接の法律効果を生ずるかどうかが、生ずるとしたらどの程度か、そしてそれは適当かどうか、適当であるとしてどの程度でか、という問題に答えるであろうか。この区別は、われわれの訴訟法が、手続に関する事象について何かを述べている<sup>(註八)</sup>ことと、

重要な事象に訴訟に関する考慮と効果を付与しているというところから出発している。

この区別が役に立つかどうかを確かめるため、われわれはそれが実体法上での概念を前提としているかを思い浮かべなければならぬ。実体法とは、訴訟法でない全ての法であるという消極的命題は、むしろこれにとって十分ではない。積極的定義にとつて二つの可能性が考えられる。人は、実体法上の効果の法的構造か、あるいは効果が発生する生活領域のいずれかを指摘しうる。

第一の道は、人が実体法をそれが義務と権利を設定するということによつて特徴づけるときに進むことにならう。権利は私権の主体の自由意思による処分（法律行為）または法律または義務に違反する行為（不法行為、契約不履行）から生じる。義務というものは全ての人が正当と認めなければならない他人の絶対的主観的権利、または法律行為または法律ないし義務違反行為のいずれかに基づく。簡単にいえば、実体法は「命令（禁止も含めて）および許容によつて人間の共同生活を規律している」のである。たしかに、この定義は、それが不法命題をも含んでいる限りでは不完全である。それは法命題形式の中で不法を法から区別する何らの基準をも与えない。しかし、われわれの目的にとつてこの不完全さは甘受されうるものである。ただし、われわれは実は訴訟法に対する区別のメルクマールのみを探し求めているにすぎないからである。しかし、この法の性格

は、実体法を訴訟法から十分には区別しない。法を不法から区別するという任務は、実体法にとつてと同様のやり方で訴訟法にとつても立てられており、それゆえ両者を分かつことはできない。

私法の上述の定義は、むしろエンネットツエルスニツパーダの教科書の中では実体法に限定されたものではない。それはもっぱら私法の定義として現れる。しかし、それは実体法上の事例にのみ展開され、説明されており、少なくとも実体法の典型的構造を特徴づけている。命令とは、ある人がある一定の行為へと義務づける規範である。この行為は作為または不作為でありうる。何かをしないことの命令は、何かをすることの禁止である。許容はある人にある権限を与える。許容は利益の保護を自ら追求するためや一定の事実領域を自らの意思によつて形成するための資格をそれによつて利益を受ける者に与えるので、単なる命令の反射以上のものである。したがつて、主観的権利と義務というのは、上述の定義の意味における客観的私法の典型的構造形態である。もし人が客観法をその命令的性格の中にみるだけではなく、評価基準としてもみるのであれば、人は実体的評価の範疇<sup>レラウフ</sup>を手に入れるであろう。すなわち実体私法は、他人の主観的権利を考慮し、他の法的主体の利益において課された人間の自由の制限との関連で、人間の行態を評価する。この評価の成果は、「適法―違法」、「許可―禁止」、「義務適合的―義務違反」という範疇<sup>レラウフ</sup>の中に表現を見いだす。

しかし、実体法を許容と命令の総体として表現する定義の區別能力は、訴訟法が主観的権利、命令および義務を知らない場合にはじめて認められる。この見解は、訴訟法になじみのないものではない。訴訟を法律関係として意味づけることに對するゴールドシュミットの闘争は、全ての主観的権利と義務を訴訟法に異質であるとして訴訟法から追放するという一つの努力を雄弁に物語るものである。当事者に主観的権利を与え、かつ義務を課することは、法律関係として訴訟を解釈することに対応するものであった。<sup>11)</sup> 有利な判決を求める主観的権利は、権利保護請求権として訴訟法体系の中心的概念であった。それは実体法上の諸条件に依存していたので、しかし同時に訴訟法の実体法との結合を樹立した。<sup>12)</sup> それゆえ、訴訟法と実体法を法律効果の構造によってお互いに分かとうという試みによって訴訟法上の概念としての権利保護請求権が必然的に生じる。ゴールドシュミット<sup>13)</sup>は、徹底して権利保護請求権説を民事訴訟法から「実体的民事司法法」の領域に放逐している。その下でゴールドシュミットは、「民法自体は、権利保護義務を負った国家に対する個人の關係についての法的規律の総体だと考えを改めた。すなわち、実体的司法法という主観的権利、すなわち権利保護請求権は、主要な点において、それから全く独立しているにもかかわらず、権利保護義務を負った国家に向けられた方向での主観的な私権である」、あるいは、「実体的民事司法法は、一定の私法上の状態に構成要件として義務に対応して私法状態に介入す

る権利保護行為への国家の義務が結び付いている法命題の総体である」、<sup>14)</sup> という。司法法は「市民法」といわれるが、しかし実際はその内容において市民法によっても規定される実体公法なのである。ただし、それは権利保護を求める市民の権利保護義務を負った国家に対する關係において権利と義務を設定するからである。

13

また、実体的司法法という範疇がほとんど評価されないとしても、権利保護請求権または司法行為請求権が実体公法にのみ属しうるにすぎないのではないかと、大方の一致が今日存在する。<sup>15)</sup> したがって、ゴールドシュミットの理論は、少なくとも国家の裁判所によって権利保護を保障しなければならぬ国家の義務およびこれと対応した権利保護を求める市民の請求権が訴訟法的にはなく実体法的に理解される限りで、少なくとも貫徹されている。しかし、訴訟の中で当事者に課される義務は、これとは異なる。それらは今日しばしば訴訟上の義務といわれている。<sup>16)</sup> 特にわれわれの訴訟法典が明文でもって当事者の義務を設定していること、それゆえZPO一三八条の真実義務またはたいていBGB二四二条から引き出される誠実な訴訟追行の義務<sup>17)</sup>に何らの余地を与えようとしない訴訟法理論は不完全であると思われるのは、このことによるのかもしれない。それにもかかわらず、これらの義務を訴訟法に位置づけることはうまくは成功していないと思われる。ローゼンベルクは、これらの義務を例外と表現しているが、なぜ立法者がこの例外をとら

14

なければならぬかを説明していない。アルヴェート・プロマイヤー<sup>23)</sup>は、かつての訴訟法典が広い意味で当事者の義務を知っていたという歴史的知見から出発する。しかし、訴訟の有利な帰結に対する当事者の関心を自分の利益のために利用するわれわれの民事訴訟法は、行為負担で十分に満足しようという。それに対して、法典が一定の行為を求め、別な行為を拒否し、行われた違反にサンクションを結び付けているところでは、行為義務が存在するという。ここでもまた、なぜこれらの義務を訴訟法に分類する訴訟法が、一定の場合に一定の行為を求めるが、別な場合にはそうしないのかについて語られていない。義務違反の行態を拒否し、サンクションが課されていることは、プロマイヤーによって指摘されている訴訟上の義務のみに当てはまるものではない。立法者はいずれにせよ欠席が不注意に基づくときまさに欠席を否定的に評価し、したがって欠席判決というサンクションを結び付けている。相手方または裁判所が期日の欠席によって被るかもしれない全ての何らかの不利益をこのサンクションの特性によって除去している<sup>24)</sup>ので、否定的な評価を直接に表現してはいないだけである。それゆえ立法者また、欠席当事者が欠席判決を望みそれゆえに出頭しない場合と、彼が不注意から出席せずそのことにつき非難を受けるにふさわしい場合とを区別する必要もないのである。この非難は、サンクションによって欠席した当事者に全ての不利益が課される場合には明示されぬまでもよい。このサンクションの特性によって、

過った行態は自己の利益に反する行為となり、それゆえ当事者がその利益を処分しうる限り、もはや明示の非難は不要なのである。

そこで示された訴訟上の負担と義務との区別は、このサンクションの特性によって基礎づけられる。その際、期待された行為が強制可能であるかどうかということは重要ではない<sup>25)</sup>。裁判所によって命ぜられた当事者本人の出頭(ZPO一四一条<sup>26)</sup>)は、事実関係の真実かつ完全な陳述(ZPO一三八条<sup>27)</sup>)同様ほとんど強制されえない。それにもかかわらず、当事者はいずれの場合についても純粹な義務を課されている。この性格づけによってむしろ決定的であるのは、規範の目的は、立法者が過った行態の結果を直接に不服従に対して向けていないということ、その者に不利益な訴訟上の結果を負わせていること、かくて自らの利益に反する行為としてのみ侵害に効果を及ぼしていることである。たしかに制定法が真実負担のみをあらかじめ考慮に入っていたのだとすれば、当該訴訟の経過それ自体にとつてはそれで十分であったかもしれない。ただし、一方当事者が虚言を弄したことを裁判所が知ったならば、裁判所はいずれにせよその当事者の陳述を用いなければならない<sup>28)</sup>。

したがって、虚言は虚言を述べた当事者の負担となる。このような結論にとつて裁判所が虚偽の陳述を評価しないのは、それが真実ではないと確信しているからであるという理由で、ZPO一三八条一項すら必要としないことも考えられよう。しか

し、ほとんどがこの場合になるが、裁判所が真実違背を知りえない場合、相手方が虚偽の主張を争わず、それゆえ証拠が提出されえない場合には、訴訟上の虚言が訴訟それ自体の中ではないかなるサンクションもなしに残ることになる。この場合のために、当事者が真実義務に違反した当該訴訟を越えた法律効果を必要とする。裁判所が真実違背を見いだすことなしに判断する限り、訴訟の不利益は不誠実な当事者にはもはや生じないことになるので、訴訟上の負担だけでは不十分である。それゆえ立法者は、まさに認識されず、したがって多くはうまくいった訴訟上の虚言を罰するために、訴訟上の義務という手段に訴えなければならなかった。真実義務違反は、訴訟詐欺による処罰、損害賠償義務およびZPO五八〇条四号による再審へと導く。これらの裁判のなされた訴訟を越えた効果のためには義務の定立を必要とする。

したがって、訴訟上の義務に賛成する本当の理由は、相手方が一定の保護を必要としているということではない。けだし、訴訟上の負担によっても、それが濫用的行為のあらゆる不利益をそもそも相手方から遠ざけるので、相手方はきわめて有効に保護されるからである。この義務は一定の行態に向けた特別の公益を意味しない。そのような利益は、まさに人が公益に反して行為した当事者に負担を課することによって有効に保護されるものである。義務を必要とするのは、むしろ単に訴訟上の負担で制裁を加えることができないか、または十分に制裁を

加えることができない訴訟上の濫用的行為が存在するからである。ほんの稀にしかこれに該当しないことは、訴訟法が手続の全ての段階を規律するので、ほとんど全ての訴訟において認められた誤った行動に訴訟上の不利益を課しうる、という訴訟法の特徴と関連している。

もし当事者に本人出頭が命ぜられ、現状の事実関係の解明と命じられた陳述をする権能を与えられた代理人を派遣せずに日に欠席したならば、その当事者は処罰される（ZPO一四一三条三項、同三八〇条）。不作為が罰せられるこの刑罰は、義務違反に制裁を加えている。ここでは規範の目的を実現するために訴訟上の負担が十分ではないかもしれないので、真実義務違反の場合と同様に、刑事の制裁を必要とする。欠席判決はZPO一四一条の場合においては問題とならない。けだし、この規定は当事者がその訴訟代理人と共に期日に出席するように働きかけるものとされるからである。この者も出席しないのであれば、訴えは欠席判決によって棄却され、訴訟は——いずれにせよ当面のところ——終了するので、当事者本人の出頭は不必要になる。しかし、訴訟代理人は出席したが、十分情報を提供せずかつ権限を与えられていない場合は、本人の召喚が命じられた当事者の欠席を不利益に評価するというZPO一四一条の目的に不十分である。たしかに、それはZPO二八六条の枠内では可能であるが、立法者の見解によれば、十分な制裁ではない。さもなくば、立法者は罰則を予定しなかったに違いない。

そこから立法者が、ZPO一四一条によって、当事者のみに自ら陳述する機会を与える以上のことを意図していたことが明らかになる。立法者はZPO一四一条で、召喚された当事者の利害と矛盾する可能性のある利益に対する違背に制裁を加えている。ZPO一四一条によって保護されている利益は、事実関係の解明にある。その限りで、ZPO一四一条は弁論主義の誇張に対する調整を含んでいる。それゆえ、それはZPO一三九条と直接に関連している<sup>30)</sup>。当事者本人の出頭命令は、当事者に質問を出し、当事者がもしかするとその訴訟代理人よりも完全に陳述することができ、この者が自発的に陳述しなかった説明を当事者に促すという目的に資する。したがってこの規定は、まさに不明瞭かつ不完全な陳述が、当事者の負担になるということを阻止しようとしている。当事者は十分に理解した上で自らの利益に反して出席しなかったがゆえに処罰される。当事者の主観的な利益が別な方向に向いている可能性があることは無視される。これはたしかに問題のある監督方法だが、これが現行法である。当事者本人の出頭は和解交渉を促すためにも命じられる。裁判官の和解勧誘に対する義務によって強調される平和的な規律への利益は、たしかに当事者の真の利益に一致しうるが、しかしまたそれと矛盾しうる。当事者本人を召喚した裁判所は、和解のチャンスを探求するように当事者に促すであろう。結局、当事者本人の出頭命令は訴訟の促進にも役立ち、それによってまず第一に相手方の利益を、さらには公益をも保護する。

もし訴訟代理人が十分に情報を有しておらず、次回期日においても問いへの答えに窮するということが心配されるならば、当事者の召喚はしばしば迅速な解明に寄与する。当事者本人の召喚の成果が期待されるとき、促進の適切な試みとしてそれが訴訟代理人の陳述排除(ZPO二七九条)に優先されなければならない。もし召喚された当事者が欠席するならば、この者は促進の努力を無駄にしたがゆえに処罰される。もし裁判所がそのとき訴訟代理人に補足陳述の機会を全く与えなかったがゆえに訴訟の遅延を生じないのであれば、当事者の欠席はその当事者自身の利益に反することになる。当事者は、たとえその当事者の利益においてであっても、事実関係を解明する裁判所を妨害したので処罰され、したがって刑罰という威嚇によって当事者は自らの利益のために行動するように促される。

当事者がその利益につき処分することができないか、そうすべきではない場合、訴訟上の諸々の義務が強化された範囲で導入されなければならないということが、この事例で明らかにされる。弁論主義が制約されているか職権探知主義によって排除されている手続の中では、訴訟上の負担の余地はほとんどない<sup>31)</sup>。離婚訴訟においては、被告に対する欠席判決は存在せず、時機に後れた提出はわずかの範囲で排除されうるにすぎない——ZPO六二六条は婚姻を継続するのに有利な事実<sup>32)</sup>に適用できない——ので、ここでは通常の手続よりもより強力な範囲で、当事者本人の出頭命令が利用されている。それは被告に対して実効

的な訴訟促進の唯一の方法である。立法者はたしかに職権探知主義による手続での義務に關してはきわめて自制している。ここでは促進手段としての訴訟上の負担が排除されているので、立法者はより強力な義務を設定し、刑罰または少なくとも費用負担によって制裁を加えたとされている。G K G（裁判所費用法）四七条は、それでもなおかなり弱い手段である。損害賠償義務もまた、立法論として考慮されるのかもしれない。

したがって、訴訟上の義務に対する訴訟上の負担の優位は、それによって立法者が一定の目標を達成しようとする強さというよりも、むしろどのような手段によって努力目標がもつともよく達成されなければならないのか、という考慮のみに基づく。訴訟法は訴訟経過を規律しているので、それは強い程度において、ある訴訟上の過つた行態の結果を過つて行為した当事者に向ける。当事者が彼の利益について処分しえないか、訴訟上の負担が訴訟経過に向けられた相手方の利益や公益を保護するのに不十分であるため、立法者が過つた行態を不利益な訴訟経過によって罰することができず、またそれを望まないためそれが不可能であるところのみ、法律は、通常、刑罰または損害賠償義務を課すところの義務を定めている。

したがって、規範の目的が訴訟上の負担を命ずることによって達成されえないとき、訴訟経過に關連づけられた義務は、訴訟法において異質のものではなく、むしろ訴訟上の負担と並んでその正当性を持つ、必然的な形成手段である。それゆえ、訴

訟上の義務を受け入れえない訴訟法概念は、不完全である。

しかし、われわれがみてきたように訴訟上の義務の違反は損害賠償義務または刑罰のような実体法上のサンクションによって主に担保されている。それゆえ、サンクションの種類や法律効果の種類による訴訟法と実体法の区別は不可能なのである。

このことは、その不履行に制裁を伴わない法の命令が存在するということを考えてもまた、裏づけられる。このような規範は、人がサンクションの種類に注意を向けようとする場合には位置づけられないであろう。このことは、とりわけ裁判所に向けられたその規定について妥当する。裁判所がそれに従わず、判決が上訴によって取り消しえなければ、違反は法律効果を生じないままである。それにもかかわらず、裁判所は訴訟法を守らなければならない義務を負っている。訴訟法違反の手続についての法の言明は、裁判所が過つた行為をしたこと、または許されない行為をしたということの確認に尽きるものではない。けれど、この言明は訴訟上の経過によって治癒されるからである。判決は覆せないで、瑕疵は訴訟上無意味なものとなり、不適法な行為は判決の有効性を問題としない。しかし、残っているのは裁判所の義務違反であり、したがって、それが何ら法的効果を生じない場合であっても法的意味を持つ。

したがって、われわれの考察はまた、司法行為請求権に新たな光を当てる。司法行為請求権が国家に対して、その裁判所により権利保護を保障しなければならないように義務づけている

という事実とは、訴訟法から権利保護を除去することを許さない。ただし、義務は訴訟法になじまないわけではないからである。それゆえ、司法行為を求める国家に対する請求権は、訴訟法の構成要素でありうる。権利保護請求権をその実体法的な性格のために訴訟法から追放したゴールドシュミットの理論は、訴訟法において義務は存在しないという誤った前提に基づいている。この理論は、訴訟法からも最も根本的な要素を奪い取っている。もし裁判官が訴訟法によって適法に提起された訴えを送達し、期日を定め、両当事者に法的審問を保障し、法律にしたがって判断しなければならぬとの義務を負っているとすれば、訴訟の本質と訴訟において権利を追求する者の地位を説明すること全てを要約した請求権は、訴訟法から追放されえないであろう。

訴訟法と実体法を区別するためにサンクシヨンの特性および法的効果の構造が適切でないということは、結局、さらになお実体法に目を向けることになる。実体法を人間の共同生活にわたっての命令と許容の総体として記述している上述の定義は、すなわち実体法においてもまた負担が存在するという事実を無視している。それは、ここでもまた、誤った行為をした者に直接の不利益を結び付けた法律効果を有している。われわれはそれらを責務(負担?) (Obliegenheit)と呼ぶが、表現上の相異は事物における区別を基礎に置いていない。実体法上の義務が訴訟法上の負担ほどにはわれわれの目にしないのは、実体法

上の責務が実体法の中に例外として残っている異質のものを紛れ込ませているからではなく、ただ、実体法においてははる誤った行為を自らの利益の侵害へと導くという機会を立法者がほとんどもたなかったからにすぎない。ただし、立法者は実体法の中では訴訟法におけるように全ての生活経過を規律しているのではなく、他人の権利領域に権利者が干渉する結果のみに関心を持っているにすぎないからである。したがって、実体法上の負担の存在は、訴訟法と実体法がその直接の法律効果の特性によって区別されることを排除している。ただし、人がその違いを訴訟上の負担の訴訟における効果と実体法上の負担の実体法上の効果の中に見るのであれば、別である。しかしその場合、訴訟法に全ての規範が属するが、実体法には実体法上のサンクシオンを伴った全ての規範が属するという区別になる。しかし、この基準は区別の問題に答えず、単に問題を設定するのみなので、そのような区別によって何も獲得されないのである。

### 19 6 判決内容と判決要件

したがって、もし訴訟法を実体法から区別することを構成要件の特性によってでも直接の法律効果の構造によってでも獲得できないとされるならば、規範が作用する事実領域と生活領域による区別のみが残ることになる。この方向では、ノイナー(Nauer)の区別の試みが嚆矢であり、彼は、内在的訴訟目的としての判決から出発して、規範をそれが判決内容を規律する

か、または判決の要件を規律するかどうかによって区別する。<sup>20)</sup>これによれば、訴訟法は、それが判決がどのように成立するかを述べているので訴訟という生活領域を規律しており、これに対して、実体法は判決が作用する裁判外の生活領域を規律している、という。しかしこの区別は、それが訴訟上の構成要件として判決から出発し、それゆえ実体法を判決の視点に基づいてのみみる点に誤りがある。かくて、ノイナーは実体法の意義を無視している。ただし、実体法は判決内容の基準というだけでなく、むしろ訴訟外の関係をも規律しているからである。実体法は、単に訴訟と判決によって作用するだけではない。<sup>21)</sup>それに加えて、訴訟法も判決内容を決定しうる。このことは訴訟判決についてのみならず、もし人が認諾を訴訟行為と解釈するならば認諾判決についてもあてはまるが、それはノイナーもまたしたところであった。<sup>22)</sup>そして、それはさらに事実関係の確定についての規律、したがって証拠評価を含む証拠法および欠席判決と時機に後れた攻撃防御方法の却下についての規範にも妥当する。

それゆえ、その中で訴訟法と実体法の法律効果が作用する生活領域の区別は、判決、判決内容および判決要件から出発してはならない。

## 7 規律されている生活領域

法が権利を保護し、義務や負担を課することによって人間の

行為を規律しているのであるから、義務の履行、負担の回避および権利の実現が訴訟上の事象に影響するかどうか、あるいは判決または他の司法機関の行為を要求されている司法機関の仲介なしに私権の主体が直接関与する生活領域に影響するかどうかが問われなければならない。したがって、規範の目的が実体法上または訴訟法上のサンクションによって達成されるかどうかはもはや決定的ではなく、むしろ生じうるサンクションが訴訟における行態に影響を及ぼすかどうかのみが決定的なのである。刑罰や損害賠償といった直接にサンクションを生じさせるものではないものは、分類を決めるのではなく、むしろ義務の履行や権利の保護の際に生じる結果が分類を規定するのである。

この視点は、訴訟法理論における訴訟上の負担の過大評価によって一般に誤解されていた。ただし、負担の特徴が、まさにここではサンクションとして設定されている不利益が過つた行態と関連した同じ生活領域上で生じる点にあるからである。負担は、うまく定められるためには過つた行態に相応のものであるべきである。それゆえ、訴訟上の行態に結び付いた負担は、直接に訴訟状態に作用する。財産法上の領域における行態に結び付いた負担は財産上の不利益をもたらす。この法律効果との規範の結合は、サンクションの種類が規範の帰属にとって決定的であるに違いないかという承認に導いた。しかし、実際には、ここではサンクションが規範目標が目指すものと同

一の生活領域に生じるので、負担の場合にのみ決定的であるにすぎないである。それゆえ権利と義務の分類についてと同様、負担の分類について、立法者がサンクションで答えようとしたものがどのような行態であるかを示すことが可能であるのみならず、命じられている。もし負担が純粋なサンクションであるならば、負担は過つた行態に結び付いている。過つた行態は立法者の望まない行態である。立法者が、裁判官に、時機に後れた提出を却下し、欠席当事者の訴えを棄却し、または有理性のある訴えを争わない当事者に敗訴判決を下すよう命じている場合には、争う当事者は欠席すべきではないし、訴えの有理性に不可欠な全ての事実を陳述しなければならぬし、当事者にとってある証拠調べが重要であるならば相手方の主張を争わなければならぬということを表示しているのである。したがって、立法者は訴訟上の負担によって、当事者に命じられた行態をするように促しているのである。立法者が目標としている行態が手続にとって重要であるかどうかということが、訴訟上の位置づけにとって決定的である。

さらに、負担は、当事者がそれを甘受しようとするときも、当事者に生じる。その場合、負担は過つた行態に対する純粋なサンクションではない。けだし、立法者は、争うつもりのない当事者が期日に出頭することを意図してはいないからである。彼は欠席したまま欠席判決をあえて甘受するかもしれない。しかし、ここでもまた負担は、一定の、立法者によって規律され

## 21

ている訴訟上の行態の効果である。規範はここでは「もし汝が望まないならば争う必要はない」、「もし汝が汝の知っている事実の訴訟での利用に価値を置いていないのであれば、汝はそれを適時に陳述する必要はない」、あるいは、「もし汝が相手方の間違つた主張に基いた判決を望むのであれば、そのような相手方の主張を争う必要はない」、と述べている。したがって、全ての訴訟上の負担は、二重の規範内容と結び付いている可能性がある。すなわち、訴訟上の負担は、立法者が望まない行態にとって純粋な負担たりうるし、また、立法者が当事者の選択に委ねた行態にとって意図された効果たりうる。両方の場合について、一個の負担によって予定する規範を、それに負担を結び付けた行態によって位置づけることが可能である。行態が訴訟の進行のために望ましくないとしても、選択に任された行態が訴訟に関連するときと同様に、この規範も同様に訴訟的である。

したがって、ある規範は、それが一定の司法目的に向けられた司法機関による司法機関の面前での手続における行態を規制するとき、訴訟法に属する。ある規範は、それが私人が一定の司法目的に向けられた司法機関を介することなく直接に関与する生活領域における行態を規制するとき、実体法に属する<sup>(38)</sup>。

この区別は、まさに不確かな事例においてもまた確認される。ゴールドシュミットが実体的司法法によって架橋しなければならなかったような二重の位置づけは不必要になる。ゴール

ドシユミットの実体的司法法は、実際には、一部は訴訟法であり、一部は実体法であって、同時に両者ではないし、両領域を相互に結合する中間領域でもない。

われわれの区別は、ある行態がいくつかのサンクシオンを課されているときであつてもまた、困難に導かない。すなわち、不適法な執行行為を行った執行官は、訴訟法に違反している。訴訟上のサンクシオンとして、不適法性の確認および執行異議手続における執行停止命令が用意されている（ZPO 〇七六六条、同七七五条一号、同七七六条<sup>(第10)</sup>）。実体法上のサンクシオンとしては、国家に対する賠償請求権（BGB 八三九条、GG「基本法」三四条）および執行官に対する償還請求、そのほかに公務員法上の効果が問題になる。執行処分は二重機能的訴訟行為とよく呼ばれているが、これは事物の中核にはびつたりとあつていない。その行為（「執行処分」）は、他の全ての行為もまた訴訟行為であると同様に、訴訟行為である。司法機関の行態は、権利保護手続中に存在するので、その行為は、訴訟上の規範によって判断されるべきである。訴訟規範は、「執行官は不適法な訴訟行為を行つてはならない」と述べている。その行為は、それが職務責任請求権の構成要件とみなされる場合であっても、訴訟行為である。BGB 八三九条は、公務員は義務違反によつて他人に損害を与えてはならない、と述べている。職務義務違反は訴訟行為でもありうる。執行官の執行行為は、それが訴訟法上不適法であるとき、原則的に職務義務違反である。

したがつて、ここでは訴訟上の規範は、実体法規範の構成要件を充足することに奉仕する。規範の構成要件はその位置づけによつて重要ではないから、それによつて実体法規範が訴訟法規範になることもなければ、訴訟行為が実体法上の行為になることもない<sup>(1)</sup>。評価される職務行為が、訴訟法によつて規律される手続中で行われているならば、何が職務義務違反かは訴訟法によつて決定される。BGB 八三九条によつて損害賠償が給付されなければならないということは、同様にその行為を実体的なものにするものではない。けだし、損害賠償をしなければならぬというその義務は、不適法な執行行為をやめろという義務と同一ではなく、その実体法上のサンクシオンであるにすぎないからである。しかし、整序によつて決定的なのは、不適法な執行行為をしてはならないという執行機関の義務である。たしかにこの義務の違反は債務者の実体権を侵害している。それは債務者の所有権または対外的な自由を害している。にもかかわらず、義務に適合した行為も義務に違反した行為も訴訟上の生活領域<sup>(2)</sup>に留まつており、訴訟法は、不適法な執行行為を行うことの禁止と同様に、適法なやり方でのみ執行しなければならぬという命令を含んでいる。したがつて、執行によつて債務者の実体権を侵害するという事実、命令も禁止も実体法的なものにするものではない。

もし人が、それに対して訴訟法上の義務のほかに実体法上の義務が生ずるということを受け入れようとするならば、訴訟法

の理解が困難になるに違いない。ただし、債務者の所有権と自由を不適法な執行から保護するために、まず実体法上の規範が必要であるかのような印象を生じるようにみえるからである。実際には、訴訟法はこの保護が保障されることを目的としている。実体法は、訴訟上のサンクシオンに実体法上のサンクシオンを付け加えることによって、この保護を補完しているにすぎない。

ここで展開された、権利保護目的に向けられた司法機関による司法機関の面前での手続における行態を規制する規範の総体とするという訴訟法概念は、仮にそれが訴訟に向けられた義務を設定する規範を取り込む可能性を与えたとしても、相対的に空疎で形式的である。しかし、われわれの概念の収獲が乏しいことは、さらなる訂正のきっかけとはなるまい。ただし、われわれの概念構築の目的は、概念の内容のさらなる充足を許すものではないからである。もし人が、ここで示されたように訴訟法を実体法の対比で定義しようとするならば、区別は実体法によって把握された生活領域に対する訴訟上の事実領域の中のみその違いがあるにすぎないのである。法内容の違いは、そのような対比による定義の一つへは取り込まれない。ただし、訴訟法は実体法が法であるのと同様に法であるからである。法としての性格において両者は区別されない。それゆえまた、われわれの区別は限定された意味においてのみ規範的に理解される必要がある。たしかに、それは全ての事柄に適した法体系の

構築と同様、法的評価にもとづいてはいる。しかし、このことは訴訟法規範が訴訟という生活領域に合わせられなければならないという限りにおいて生じるにすぎない。われわれの訴訟法概念は、訴訟法上の評価の内容についてより多くを言い表しうるわけではない。訴訟法上の法命題の全内容を経験的な手続の本質および実体法に対する特性のみから引出すあらゆる試みは、それゆえ実体法の価値評価を訴訟法に対する対比からのみ正当化しようとする努力と同様失敗に終わった。したがって、われわれの区別は、実体法上の価値が訴訟法の内容を共に決定し、<sup>(5)</sup>実体法上の法命題が訴訟法によって条件づけられ、または実体法同様に訴訟法にとって優越的な評価もまた同様に拘束力を持つとみなされうるということを排除していない。

それゆえ、ゴールドシュミットの訴訟法的考察方法は、訴訟法上の義務を訴訟法から追放し、実体法に分類するかあるいは単なる倫理的な義務と把握するかという点に欠陥があるのみではない。むしろ、それは訴訟法を全般的に理解することを可能にするように求める限りでもまた、不完全なのである。ゴールドシュミットは経験的な訴訟の本質を問う問題設定から出発し、訴訟をプラグマティックに法状態として描いているので、<sup>(6)</sup>訴訟上の価値評価の内容を説明することができないのである。もし人が訴訟法的考察方法を徹底して貫徹するならば、それは単に形式的な概念の概要を伝えるにすぎない。その訴訟上の重要性の区別は形式的範疇のために利用されているにすぎない。

24

それは、顧慮すべき行為とそうでない行為、適法な行為とそうでない行為を区別し、行為を裁判所の行為と当事者の行為として後者を取効的行為 (Ewirkungshandlungen) と与効的行為 (Bewirkungshandlungen) に区分している。これらの全てがたしかに訴訟法の体系化にとって無価値であるわけではない。訴訟法規範が関連する特別の生活領域は、訴訟上の重要性という独自の概念形成を正当化する。それは、どのように訴訟法がその固有の生活領域に影響を及ぼしているかについてあることを述べている。しかし、この概念は、訴訟法規範の法的内容についてほとんど何も示しえない。なぜある行為が顧慮されるべきでありあるいは顧慮されるべきではないのか、適法あるいは不適法なのか、裁判官に留保されているのかあるいは当事者の判断に委ねられているのかを、訴訟法的考察方法は説明することができない。このために不可欠の価値評価は、むしろ訴訟法の実体法との関係によって共に決定される。

もし人が訴訟法と実体法の完全な区別に依拠した訴訟法的考察方法によって訴訟法を全体として把握しようとするならば、訴訟法は可能性と盲目的に課される不利益の集積に他ならないことになってしまおう。訴訟は、全てが許されるが、多くは成果に導かないフリースタイルのレスリング同然となろう。いずれにせよ、もし人が戦争においては「結局、われわれの不可侵の権利は見込み、負担および可能性にすぎない」というゴールドシュミット<sup>④</sup>の悲観的な見解にしたがうならば、訴訟は戦争に匹

敵するかもしれない。もし、戦争が「正しいものとして妥当すべきもの<sup>⑤</sup>とされるものをめぐる闘争における可能性と負担の総体と理解されるのであれば、したがってそれが実際のところ孤立して観察された「手続」にすぎず、それはさらに法秩序と並んで発生し、それと矛盾する場合にはその秩序に対して社会的な力の原理にしたがい優先する第二の秩序を作り出すことになる。しかし、もし人が既に戦争規範を問題とし、あるいは加えて戦争に対する権利を問題にするならば、孤立した、そしてさらに悲観的な社会学的考察方法の不十分さが示されている。ゴールドシュミットが彼の戦争の経験を訴訟法に転用したとき、それは無力をさらけ出している。ゴールドシュミットにとってたしかに訴訟に関する闘争の規範は存在している。ただし、訴訟法の存在を否定していないからである。しかし、もしわれわれがなぜ訴訟法がそうであり別ではないのか、もつとよく形成される可能性と程度を問題にするならば、それが一貫して貫徹されるとき、ゴールドシュミットの訴訟法的考察方法は無視せざるをえない。訴訟法は「没道德的 (amoralität)」であるとされるにもかかわらず、それはわれわれに道德的であることを指示し、あるいは訴訟法的考察方法がそのような実体法的構造を訴訟法のためにどのように利用しうるのかを説明することなしに、実体的司法法または司法行政法のごとき、奇妙な中間領域を指示している。

## 8 結論

訴訟法とは、司法機関による、そしてその面前での司法目的に向けられた手続での人間の行態を規律する全ての規範の総体をいう。これに対して、実体法は、上のような司法機関の介入なしに法主体が直接関与する生活領域での行態を規律する。

この区別によって、われわれは二つの異なった考察対象を獲得する。しかし、それぞれ対象にふさわしい訴訟法的または実体的考察方法は、それぞれの生活領域の規律がこれに妥当であるべき限りにおいて適切であるにすぎない。それゆえ、訴訟法と実体法の区別は、訴訟法または実体法の法的評価についてほとんど何も言い表しえない。規範の目的の探求にとって、この区別は、それが関連する生活領域の規制に規範が役立つということ以上のもをもたらさない。しかし、どのようにこの生活領域が規律されなければならないかは、孤立した訴訟上の価値評価からも独自の実体法上の考察方法からも引き出され得ない。それゆえ、訴訟法の考察方法は、訴訟規範の解釈の際のみならず、われわれの訴訟法の将来の法政策的形成についての検討にとっても役に立たない。

訴訟法と実体法の区別は、両法域の基礎にある価値評価を分かつたない。それは、訴訟法命題の内容が実体法上の価値によっても決定され、反対に、実体法の法命題の内容が訴訟法的価値によって条件づけられ、あるいはまた、両法域にまたがる上位の価値が妥当性を主張しようということにも未解決である。

訴訟法および実体法は、「法素材」または「法領域」ではない。そのような解釈は、例えば、双方お互いに完全に排除しあうとか、まるで同じ場所を同時に占めることのできない二つの物体のように排除するとか、お互いに排斥することなしに重複することを許さない二つの平面のように分別されるといった誤ったイメージを呼び起こさせるかもしれない。「素材」というのは、おそらく訴訟法からも実体法からも規律されるべき生活領域である。それゆえ、たしかにある人の行為が同時の別な行為を排斥し、訴訟の生活領域で生じた事象は同時に訴訟外の領域には帰属させられることはない。しかし、それは訴訟上重要な経過が実体法上の法律効果に結び付けられず、または、訴訟外の事象が訴訟上の構成要件には入り得ないということを意味しない。

したがって、例えば、訴訟行為がはたしていかなる要件の下で違法であり、損害賠償義務を負うかが問題となる。損害賠償義務は、それが訴訟外の領域において生じる行態を命じているので、実体法上の義務である。しかし、その要件は、後に示されるように、訴訟法と訴訟法上の価値評価によって条件づけられる。訴訟行為によってある義務が違反されるかどうかは、どのような要求を、法が、「訴訟」の生活領域での行態に求めているかに依存している。この要求は訴訟法に属している。

26 手続は、実体法上の紛争の裁判に奉仕するので、訴訟法と実体法は手続の中で交錯する。既にそのことゆえに、訴訟法と実

体法は内容的に相互に関連していなければならない。それらは、訴訟の経過を実体法の生活領域へと仲介する判決にその最も密接な結び付きを見いだす。それゆえ既判力は訴訟法と実体法の協力に向けられた独特の場所を構成する。それゆえ既判力の範囲にはわれわれの特別の注意が向けられるだろう。

人が「訴訟法」と「実体法」の概念を対立的に定義する場合に、それに付される表現力の限界について考察することは、この研究の関心事ととしての道を開くことになる。それは実体法との訴訟法の相互関係と結合を説明すべきものである。その際に、それは実体法に対する訴訟法の関係に限られる。この限定は、民事訴訟と実体公法の間の結合を否定すべきではない。しかし、この相互関係は、最近既に十分に考察されていると思われる。民事訴訟法を実体法から分かちという傾向の中で、すなわち人は、訴訟法≡実体法二分論 (Trennungsdogma) を維持するために、徹底した訴訟的考察方法を訴訟法学の中へもち込んだ間隙を実体公法的な価値によって広範囲に埋めようとした。しかし、実際には、それによって孤立した訴訟法的考察方法は既に放棄されていた。人がこのことを見誤れば見誤るほど、公法的価値に過度に立ち返ることによって、訴訟法と実体法の関係が曖昧にされた。既に訴訟法≡実体法二分論によって正当化されないこの公法に対する一方的な方向づけを克服するために、ここでは、もっぱら民事訴訟法と実体法との間の相互関係に目が向けられるべきである。

## II 訴訟行為と実体法上の行為

実体法原則の訴訟法への波及と訴訟法原則の実体法への波及という問題に解答がなされるに先立って、われわれの訴訟法と実体法の区別から訴訟行為の概念にとつて生じる帰結が、なお叙述されるべきである。ただし、訴訟法と実体法の協働にとつての重要な素材を提供する訴訟行為の法的評価は、まずもって訴訟行為の定義とその実体法上の行為からの区別を前提として  
いるからである。

### 27 1 訴訟行為の概念

訴訟行為の概念は、訴訟法の概念の一つである。それ自体は  
いまだ何らの規律を有するものではなく、訴訟上の規律が関連する客体を記述しているにすぎない。しかし、訴訟法は「訴訟」という生活領域に属する人間の行態の整序と評価に奉仕するのであるから、訴訟行為とは司法機関による行態、および、司法機関の前での手続に向けられた全ての行態をいう。しかし、この一般的な画定は、なお補足を必要としている。ただし、法律上の概念は、法的評価を行う際に一定の任務を果たすべきだからである。概念は、概念の内容にとって決定的に重要な機能を持つている。

それゆえ、訴訟行為の訴訟法的価値評価が何を目標としているのが問われなければならない。その際、訴訟行為の概念はこの特殊な価値評価に服しているその行為態様を把握しなければならぬ。訴訟法的価値評価は、どのような行態が訴訟におい

て命令され、禁止され、または許容されているのかに適合しうるかが望まれよう。それによって、裁判官の訴訟行為に關しては、既に本質的なことが述べられているようにも思われる。けれど、裁判官は特定の訴訟状況において何をすることが許されているのか、彼は何をしなければならぬのか、そして、してはならないか、訴訟法の中で裁判官に対して述べられているからである。

しかし、訴訟において裁判官に許容され、禁止されているもの全てがそれによって訴訟行為なのではない。裁判官は弁論において眠ってはならない。それによって彼の注意が弁論からそらされない限りにおいて、制定法やコメントールを調べることが許される。眠ることも読むことも、訴訟法によって禁止され、あるいは命じられていても、訴訟行為ではない。したがって、許容的、命令的または禁止的訴訟法の機能は、明らかに訴訟行為概念にとつて決定的ではない。訴訟法の機能はまたこれに尽きるものではない。それは裁判官の審理の自由の境界線を画するのみならず、その目的に向けて手続を形成する。それゆえ、それは手続をその目的に導き、またはその目的を無に帰せしめるのに裁判官のある作為または不作為が適しているかどうかに関する基準をも提供する。それは、例えば一定の手続形成が適法であるか不適法であるかについて述べている。それゆえ裁判官の手続形成行為のみが、訴訟行為なのである。それは、裁判官の裁判および訴訟指揮行為であり、それは良かれ悪しか

れ、その目的に近づきあるいはそこから遠ざかるように手続を進める限りにおいて、手続を形成するのである。

もちろん裁判官が手続形成的な行為をしないということもまた、適法または不適法たりうる。もし裁判をするのに熟したにもかかわらず裁判官が判決を言い渡さないならば、この手続は不適法である。しかし、手続形成行為の不作為を訴訟行為概念に取り入れるという必要性は存在しない。けれど、不適法な不作為は孤立していないからである。裁判に熟している場合に判決を言い渡さない裁判官は、その代わりに何か別のことをしている。すなわち、彼は弁論期日を定め、または証拠決定をしている。したがって、その場合には、このような訴訟法違反の行為を不適法と呼べば十分なのである。

しかし、一方では裁判官の行為の適法性と不適法性、他方では禁止、許容、命令の間には密接な関連が存在する。裁判官に許容されている訴訟行為は適法であり、不適法な訴訟行為は裁判官には禁止されている。裁判官は一定の訴訟状況において一定の適法な訴訟行為を行うように義務づけられている。訴訟を訴訟目的に導き、制定法と法にしたがって訴訟を指揮し、裁判することは裁判官の義務であるので、全ての不適法行為は同時に義務違反行為である。手続行為の違法性の検討の際に再びそれに立ち返らなければならないであろう。<sup>28</sup>ここでは、許容された禁止された、合法な—違法なという概念の範疇が、訴訟行為概念を越えたものであり、それゆえ訴訟行為概念の区別

にとつては決定的ではない、ということのみが重要であるにすぎない。

訴訟法は、裁判官の行為が有効であるか無効であるかということについても何事かを述べている。この評価は、適法または不適法な行為を問題とすることと一致しない。その結果、ある行為が不適法ではあるが、それにも関わらず有効であることがある。例えば、裁判官は訴訟要件を欠くときは本案について裁判してはならない。それにもかかわらず彼がそれをなした場合でも、彼の判決は有効である。裁判官は事実関係が争われていなければ証拠決定をしてはならないが、証拠決定はこの誤りにも関わらず有効である。彼は誤ったやり方であってもまた手続を形成し進める。

したがって、裁判官の訴訟行為は、手続に形成的に作用し、それが適法であるか不適法であるか、有効か無効かの点で判断されうる行為である。その行為が適法または有効となる要件について、この概念はほとんど何も述べていない。そもそも評価に服するためそれが手続に形成的に作用しなければならぬということとを述べるに留まる。さらなる評価の観点は、訴訟行為概念からは獲得され得ない。

当事者訴訟行為概念もまた、何が訴訟の中で当事者には許容され、禁止され、命令されているのかには向けられてはいない。これは訴訟法が当事者に権利を保障せず、義務を課していないからなのではなく、当事者の権利と義務が、訴訟行為のそれよ

29

りもより広い行態の範囲を含んでいるからである。したがって当事者がそれによつて弁論を妨げないのであれば、期日中に代理人と話すことは許容されており、不当な態度をとることは禁止されている（GVG「裁判所構成法」一七八条<sup>(訳註)</sup>）。しかし、代理人と話すことも不当な態度をとることも、それゆえに訴訟行為なのではない。むしろ再び当事者訴訟行為の区別にとつて、訴訟法上の規律が訴訟という生活領域を訴訟目的に向けて形成しようとするものが決定的である。それゆえ訴訟法は、当事者訴訟行為をも、それが訴訟をその目的に向かつて進めるのか否かによつて判断する。したがって、当事者訴訟行為は手続に形成的に作用する行為である。それは、裁判所の裁判を求めることなく直接に訴訟状態を形成する、いわゆる与効的訴訟行為だけでなく、いわゆる取効的訴訟行為、したがって申立て、主張、立証でもある。けだし、それらもまた裁判所が判断しなければならぬ状況を作り出し、あるいは、それに対して相手方が陳述する可能性があり、かつ裁判所が裁判の中で立ち入らなくてはならない訴訟資料を提出することによつて、訴訟状態を形成するからである。

当事者行為は、それが適法か不適法か、すなわち裁判所の本案に対する裁判を導くのに適切であるかどうかによつて判断される。この裁判所の裁判への方向づけは、適法性<sup>カテゴリー</sup>という範疇に、ここで裁判官の行為の場合とは異なる意義を付与する。不適法な裁判所の行為は、同時に禁止された裁判官の行為である。不

適法な当事者行為が、必然的に禁止されうるわけではない。不適法な当事者行為は、それが他者に限度を越えた侵害をしなければ許容される。訴訟法は、訴訟上の負担を設定することによって、不適法な当事者行為の不利益を行為した当事者自身に帰しているため、このことが通例は当てはまる。しかしまた、不適法な訴訟行為は、当事者が、その者の行為の適法性について裁判所が判断することについての権利を有するがゆえにも許容される<sup>(30)</sup>。

当事者行為は、訴訟法により、それが有効であるか、それとも無効であるかによっても評価される。不適法な行為の全てが無効というわけではない。取効的訴訟行為にとって、区別の基準は、その行為の要件に関して裁判所が判断しなければならぬという限りでも、当事者に権利保護が付与されなければならぬいかどうかの点もあるといつてよい。それが権利保護を必要としない場合に初めて当事者の申立てを不適法とみなすことができ、裁判所がそれに全く取り組む必要はないという効果を伴う。これに対して、与効的訴訟行為については、その要件におけるあらゆる瑕疵が無効または不顧慮を惹き起す。それゆえ、許容性もまた、それにとつて適切な範疇<sup>カテゴリー</sup>ではない。効力は裁判官の判断なしに発生し、しかし他方で、効力が発生していたかそうでないかが後になって確定されるので(ZPO 271条三項三文、同五一五三条二項一文)、権利保護の剥奪があるわけではない。

30  
したがって、当事者訴訟行為は、形成的に手続に作用し、適法、不適法、有効、無効、顧慮または不顧慮によつて判断される訴訟当事者の行為である。行為が、適法、有効、顧慮になる要件に関して、その概念は、何一つ述べていないも同様であり、特にそれは、そもそもその評価に服するために手続の上で、形成的に作用しなければならぬということ述べているだけで、ほとんど何も述べていない。さらなる評価の観点、当事者訴訟行為の概念からは獲得されない。

しかし、当事者訴訟行為の概念が実体法上の行為の概念からの区別に奉仕すべきであるとすれば、さらなる説明を必要としている。従来は、ある行為は、それが手続内で法律効果を生じるのに不適切である場合には、それが訴訟行為の範囲から排除されるということだけが確定しているにすぎない。したがって、売買契約の締結または使用貸借関係の解除(告知)は、訴訟行為ではない。たとえ解除が期日において陳述されたとしても、それはそれ自体訴訟上の重要性を持たない。訴訟上重要なのは、解除されたという主張のみである。それは、期日において解除された場合には、黙示的に実体法上の解除の「意思」表示の中に同時に存在する。これに対して、それが訴訟法の規律によれば無効(unwirksam)なので、具体的事例において訴訟上の法律効果を生じない行為は、無効事由がなければ訴訟上の効果を生じたかもしれない場合、訴訟行為であることを示している。それゆえ、訴訟能力を欠いた当事者が本案のためになした証拠

申立ては、——無効な——訴訟行為である。

しかし、——その有効性を前提として——訴訟上の効力を生じうる当事者行為の全てが、訴訟行為というわけではない。既判力をもって認容された債権の譲渡は、既判力の拡張という訴訟上の効果を生じる（ZPO三二五条）。にもかかわらず、それは訴訟行為ではない。しかし、それは実体法上の効果も持つことから訴訟行為の範囲から締め出されるのではない。それらは責任の強化を導き、かつ消滅時効を中断する訴えの提起が示しているように、訴訟行為にとつて非典型的ではない。債権譲渡を法律行為として整理するのは、それが第一次的に実体法上の法律効果を生じることでもない。ただし、ZPO三二五条の効果は、実体法上の効力が生じない場合でも発生するからである。もし請求が棄却され、請求債権が存在しない場合には、「譲受人」は、実体法上不存在の債権を決して手に入れ得なかつたにもかかわらず、この確定に拘束される。決定的なのは、むしろ債権譲渡がその目的によれば実体法上の効力を意図している、ということである<sup>(9)</sup>。

したがって、行為がたしかに訴訟へは間接的に作用するが、しかし、その目的によれば実体法上の効力に向けられている場合には、われわれが一方当事者の訴訟行為の要件とみなした、訴訟上の経過への形成的作用が欠けている。したがって、実体法上の結果への目的的方向性によって、訴訟行為から法律行為が区別される。法律行為の訴訟上の法律効果は、実体法へのそ

の分類を何一つ変更しない。

それゆえ、直接的に訴訟行為の結果も直接的に訴訟上の効力も狙った一方当事者の陳述は、その全体において同時に法律行為であり訴訟行為であるのではなくて、実体法上の効力を狙うある部分については法律行為、訴訟上の効果に向けられた別な部分については訴訟行為である。このことは、例えば、訴訟において法律行為による「意思」表示をなすことを授權する訴訟代理<sup>(10)</sup>について、<sup>(11)</sup>からには支配人の代理権（Prokura）および訴訟上の和解<sup>(12)</sup>について妥当する。

意図された結果から法律行為と訴訟行為を区別することに従うとしても、その有効性が法律行為の要件と一致する要件に依存するあらゆる法律行為を訴訟行為の範囲から排除することを正当化するものではない。訴訟行為の有効性に関して、われわれの概念は、何一つ述べていない。訴訟行為の有効性が、実体法上の要件または独立の訴訟上の要件に左右されるかは、ある行為を訴訟行為と性質決定することによっては依然として決定されないとこの価値評価の問題である。それゆえ、積極的管轄の合意の有効要件をその排他的な訴訟上の効果を理由に訴訟法のみから引き出そうとするならば、方法論的に誤りであろう。たしかにいかなる要件の下で訴訟上の効果が発生するのかを規律するのは、訴訟法の問題である。しかし、訴訟法はこの効果を実体法上の要件に依存させうる。積極的管轄の合意の有効性にとつて、訴訟能力または行為能力が要求されなくてはならな

いか、その合意がBGB一一九条、同一二三条によって取消可能であるかどうかは、したがって、それを訴訟行為と呼ぶだけでは、未だ決定されない。

もしある行態を訴訟行為と整理することから法律行為の有効要件の不適用の結論を引き出すとするならば、訴訟行為の概念を別に定義しなければならないことになる。ローゼンベルク<sup>③</sup>とともに、要件と効果もつばら訴訟法によって規律されている行為に限って訴訟行為とみななければならないことになるかもしれない。しかし、この定義は訴訟行為の概念が訴訟法の概念であるということ、しかし訴訟法は実体法からその効力要件と構成要件要素の特性によっては区別されないということと挫折する。

訴訟行為を、その要件および効果が訴訟法において規律されている行態と定義する者は、訴訟行為でないのに、もつばら訴訟上の効果を持つ行為が存在するというを認めなくてはならない。その場合には、しかし、訴訟法をまはり司法上の手続における当事者の行態を規律する規範の総体として規定することはできなくなる。訴訟法は、もはや訴訟上重要な事柄について訴訟上の要件に基づいて決定する法にすぎないということになってしまふであろう。その場合、実体法は、実体法上重要な事柄を、実体法上の要件に基づいて取り扱う法だということになるのだろうか。しかし、かくては再びそれをゴールドシュミットの訴訟法的考察方法が結論として引き出した両方の領域

の極端な区別に至り、訴訟上の要件に基づいて実体法上の効果を生じ、また、実体法上の要件に基づいて訴訟上の効果を生じさせる全ての規範が属する中間領域を組み立てなくてはならない。それにはBGB二〇九条による消滅時効の中断、訴訟係属の効果としての責任の強化、訴訟追行権、積極的管轄の合意<sup>④</sup>、補助参加、係争物の譲渡、同様にかんりの部分の既判力の拡張も含まれることになる。この中間領域は、それ自体完全に同質ではないともいえよう。それは部分的にはゴールドシュミットの実体的民事司法法に、他方で、訴訟上の実体法に対応するともいえよう。要件の特性を区別へ共に取込む者は、したがって要件と法律効果との結合が、ある領域から他の領域へ波及する価値評価に依拠しているので、明確な区別には至らない。それにもかかわらずこの方法で区別を試みる者は、訴訟法と実体法の間が存在する価値評価の関連を破壊することになる。

したがって、訴訟行為と法律行為は、その目的によってのみ区別される。法律行為が実体法上の効果を目指しているのに対して、訴訟行為は訴訟上の生活領域において作用する。

しかし、法律行為でない行為にとって、行為者によって指定された目的は決定的ではありえない。消滅時効を中断するためのみ訴えを提起する者は、このことよってこの行為を実体法上の行為にしているわけではない。訴えが常に訴訟行為であるということは、法秩序によつて定められ、パウムゲルテル<sup>⑤</sup>とともに行為の典型的機能ともいいうるその客観的で典型的な目

的に基づいている。事実陳述を違法な名誉毀損の主張で脚色する者は、そのことによって主張を実体的な法的行為にしているのではなくて、それには行態の訴訟上の効果というよりも名誉毀損が存する可能性がある。訴訟上の主張の客観的に典型的な目的は、その内容を訴訟資料にすることである。この行為が損害賠償請求権をもたらしようということは、それから訴訟行為の性格を奪うことはない。

33

われわれの検討は、以下の定義に要約される。すなわち、当事者訴訟行為は、その客観的典型的目的によれば形成的に手続に作用し、それによってそれが適法、不適法、有効、無効、顧慮、不顧慮であるかどうかを判断されうる訴訟当事者の行為である。この行為が適法、有効または顧慮される要件に関しては、この概念は何一つ本質的なことを述べてはいない。

## 2 二重機能的訴訟行為

既に名誉毀損的な当事者の主張という最後の事例について、当事者行為の適切な整序のために二重機能的訴訟行為という概念が必要か、という問題が持ち出されている。われわれの見解によれば、二重機能は名誉毀損的な当事者の陳述には与えられない。整序にとつて重要な客観的典型的な目的は、「訴訟」という生活領域における経過としての訴訟上の陳述である。実体法上のサンクシオンは、訴訟行為の構成要件に結び付いている。それは訴訟上の行態の実体法上の効果であるが、その行態を実

体法上のものにするわけではない。

同じことは執行申立てについてもいえる。この行為の客観的典型的な目的は、執行手続の開始である。執行売得金を受け取るという実体法上の目的は、まずもつて求めた執行手続によつてはじめて達成される。それゆえに、執行申立ては単なる訴訟行為にすぎず、同時に実体法上の行為でもあるというわけではない。債権者が、その執行委任によつて債務者に損害賠償義務を負うことになったという事実は、それを何一つ変更せず、むしろある訴訟行為が実体法上の法律効果を持ちうることをのみを示しているが、それはわれわれの理解による、その訴訟への分類に反することはない。したがって、二重機能的訴訟行為という概念は、われわれが従うことのできない訴訟法と実体法の区別の帰結であるということが判明する。両方の領域をサンクシオンによつて定義しようとする者のみが、それによつて価値評価の(他方への)波及の問題へアクセスする途を開くために、訴訟上の法律効果だけでなく実体法上の法律効果をも生じる一つの行為を両方の領域に整序しなければならないが、それはさもなくば訴訟法的考察方法からは禁止されるものである。これに対して、訴訟法と実体法をそれが規律する生活領域によつて区別するならば、訴訟上の生活領域における行為が、訴訟外の、実体法上のサンクシオンを課されることは例外ではないと判明する。訴訟上の評価と実体的価値がお互いに依存しあい、かつお互いに浸透しているのかという問題は、その場合に

34

全ての訴訟行為について生じ、訴訟的考察方法が自ら有していたような、極端な訴訟法Ⅱ実体法二分論の出現であるとは思われない。

### 3 個々の訴訟行為

當事者訴訟行為を、その客観的典型的な目的によれば形成的に手続へ作用する行為として叙述したわれわれの定義は、以下において、若干の争いのある問題を手掛かりに検証されるであろう。

#### a) 積極的管轄の合意<sup>(実注13)</sup>

積極的管轄の合意は、ZPO三八条によれば、——ZPO四〇条の例外を留保すれば——合意された裁判所の管轄を基礎づける。積極的管轄の合意が訴訟行為とみなされなければならないかどうかは、まずはその効果による。もしそれを訴訟上の管轄規範の構成要件と理解するのであれば、他の管轄規定との対比が思い浮かぶ。後者は、部分的には実体法的である。ZPO三二条は不法行為に、ZPO二七条は特定の相続法上の関係に、そしてZPO二九条は履行地に結び付いている。しかし、これらの例は、管轄規定の構成要件が常に実体法的でなければならないだろうということを示しているわけではない。反対の例として挙げられるのは、反訴の裁判籍(ZPO三三条)、裁判所によって指定された裁判籍(同三六条)、あるいは居所

の裁判籍(同二〇条)である。

それゆえ、積極的管轄の合意に訴訟上の効果が認められるかどうかが決定的である。まず、それが実体法上の効果を持たないということは確かである。その点で、それは履行地の合意から区別される。後者は、合意の目的によれば、実体法上の法律効果に向けられている。ZPO二九条の効果は、間接的なものであり、実体的な目的の設定と実体的な効果に訴訟上の効果を結び付けたものである。これに対して、積極的管轄合意の効果は、もっぱら訴訟的である。たしかに合意は訴訟への直接的な効果を持たない。合意が訴訟において主張されて初めて、ZPO三八条の効果が発生する。この意味において、積極的管轄の合意は、間接的な訴訟上の効果を持つにすぎない。しかし、ここではそれは問題ではない。訴訟行為についてそのほかに直接的な訴訟上の効果を要求するのであれば、直接性は別の意味で理解される。それは、訴訟上の効果が第一次的な実体法上の法律行為の効果、または目的設定に結び付けられてはならないことを意味している。しかし、積極的管轄の合意の効果は、実体法上の法律行為の効果または目的設定の間接的な効果ではない。それはもっぱら訴訟法的なものである。

かくて、積極的管轄の合意が訴訟行為であるとしても、それゆえその要件が必然的に訴訟的であることにはならない。いかなる構成要件要素を訴訟法が訴訟上の効果のために要求しているかは、訴訟行為の概念によって前提とされていない。訴訟法

は、実体法上の有効要件を援用することが可能である。

b) 仲裁契約<sup>(第27条)</sup>

仲裁契約の効果は、一義的には位置づけられない。消極的効果は、ZPO二七四条一項三号の妨訴抗弁に存するが、それは訴訟法に属する。仲裁判断の執行可能性もまた仲裁契約の訴訟上の効果に属し、それは有効な訴訟契約を前提としている（ZPO一〇四二条二項、同一〇四一条一項一号）。いずれにせよ、この訴訟上の効果から、仲裁契約の訴訟行為たる性格が引き出されるかどうかは異論の余地がある。純粹実体法説<sup>(86)</sup>の主張者は、仲裁契約を一義的に実体的な法律行為として取り扱い、ZPO二七四条一項三号の抗弁のみを訴訟行為とみる。訴訟上の効果が、ZPO二七四条一項三号、同一〇四二条の効果のように、実体法上の構成要件に結び付きうるということは、問題とされていない。しかし、このことによって、仲裁契約が実体的な法律行為としてとらえることが許されるということは、なお証明されてはいない。

仲裁契約は国家の裁判権の排除と並んで仲裁廷の手続を目的としており、その基礎をなしている。それゆえ仲裁契約は、それによってそのような手続が行われる必要のある、あらゆる法律効果を含んでいる。それは、まず第一に、仲裁廷の手続の「裁判所構成法上」の基礎を含んでいる。これに属するのは、仲裁廷の設立に際して協力する権利と義務である。仲裁人の選任の

36

ための義務が存在するかどうかは、もちろん争いがある。通説<sup>(86)</sup>は、これを否定している。ZPO一〇二九条を考慮すれば、実際、責任について語れば十分である。義務については、わずかな場合においてのみ語られればよいが、それは一方当事者が仲裁人の選任に、相手方当事者によっても、この者が選任をしない場合には契約を取消すつもりであるというような重要性が置かれたケースである。これに対して、選任が第三者に委ねられていない場合には、仲裁人を選任するそれぞれの当事者の権利は、仲裁人を選任する点にある。合意された仲裁廷の設立を単なる可能性として理解するのは不十分といえよう。

さらに、仲裁契約は仲裁人に対する予納金を支払う義務、仲裁人による判断が効果を持つべきだという合意を根拠づける。かくして当事者は、契約と法律の最低要求が満足される限りにおいて、その手続とその結論を承認する。そこにも義務づけの要素が潜んでいる。ただし、契約の効果は、仲裁廷の手続の可能性とその判断に対する拘束という負担では尽くされていないからである。合意は、手続における協力義務を理由づけ、かつ、仲裁廷の手続においても存在する真実義務と誠実訴訟追行義務の基礎である。

仲裁契約から生じる権利、義務および負担は、しかし、仲裁契約を一義的に実体上または訴訟上に位置づけるといって結論を許容しない。ただし、権利、義務および負担は、訴訟法においてと同様に、実体法においても同様に存在するからである。<sup>(87)</sup>

仲裁契約が理由づける権利と義務は、仲裁廷の手続に関連している。仲裁契約は法律関係を作り出しており、それは国家の裁判所の手続についての裁判所構成法と訴訟法の法律関係に相当する。仲裁人による本案の判断を求める請求権は、司法行為請求権 (Justizgewähranspruch) に対応する。法定の裁判官を要求する権利に対応するのは、契約に基づいて選任された仲裁人による判断を求める権利である。したがって、仲裁契約は、仲裁の権利を充たし、その権利が「仲裁廷の手続」という生活領域における行態を規律しているので、手続法上の法律関係を基礎づけている。

この手続法が訴訟法とみなされなくてはならないかどうか<sup>(2)</sup>は、訴訟法という概念を国家の司法機関の面前での手続だけに留保するかどうかにかかっている。これは最終的には好みの問題であり、法的な重要性なしに一方または他方の意味に解答される問題である。ただし、仲裁契約が有効である要件の決定にとつて、この解答は何ももたらさないからである。訴訟法もまた実体的効力要件を指示しうる。かくして内国法または外国法が適用されなければならないかの問題もまた、もはや位置づけの問題ではなくて、価値評価の問題である。仲裁契約の有効性が民法の規律によつて判断されなくてはならないのであつても、法廷地法 (Lex fori) は、契約を訴訟行為とみなす場合であつても決定的ではない。

国家裁判所の面前での手続への遡及効のみが、あらゆる場合

において訴訟法上の性質である。それゆえ、仲裁契約の抗弁だけではなく、国家裁判権の排除に向けられている限りにおいて、仲裁契約もまた訴訟行為である。ただし、その限りにおいて、仲裁契約は「訴訟」という生活領域に関する規律を含んでいるからである。もし「訴訟法」という概念を国家裁判所の面前での手続のために留保しようとするので、仲裁廷の面前での手続のみに関係する契約の他の部分を訴訟法とみなさないというのであつても、しかし、そのことからは契約のこの部分の有効性にとつての要件が、仲裁の抗弁の要件とは異なることにならざるをえない、ということにはならない。ただし、いかなる要件が適切であるかは、訴訟法または実体法への位置づけによつては依然として決定されない価値評価の問題だからである。したがって、ここでも再び、位置づけの問題は二次的な意義をもつにすぎないのであり、法律問題の解決にとつて何にもならないということが示される<sup>(3)</sup>。

### c) 訴訟代理権

訴訟代理権は、手続において、訴訟行為のために前提とされた意味で直接的効果を生じる。すなわち、その訴訟上の効果は、実体法上の効果または目的によつて条件づけられてはいない。たしかに訴訟代理権の授与は、直接に手続に作用することはない。いずれにせよ、それは原告によつて、まだ訴訟の前に、かつ手続の外で付与される。しばしば訴訟代理権が授与された訴

訟が生じないことがある。手続においては、それは代理の通知によつてはじめて意識される<sup>②③</sup>。しかし、このことはその訴訟行為としての性格を排除しない。けだし、代理人の代理権は、例えば代理権の通知の実体的構成要件ではないからである。訴訟代理権は、それ自体が訴訟上の効果を有している。

38  
いづれにせよ、訴訟代理権は、訴訟における訴訟物に関連した実体的な法律行為の実施のためにも権限を与える<sup>④</sup>。その限りでは訴訟代理権は実体法上の法律行為でもある。しかし、このことは訴訟代理権から訴訟行為の性格を奪うことはない。けだし、外面的に単一の行為は、法的には二つの異なつた行為の部分を含んでいるからである。それが手続上の行為のために権限を与える限りでは訴訟行為があり、それが実体法上の行為について授権する限りでは法律行為がある。

この位置づけもまた、有効な訴訟代理権の要件について、何一つ述べてはいない<sup>⑤</sup>。それが実体法または訴訟法から引き出されなくてはならないかは、訴訟行為概念が回答することのできない価値評価の問題である。行為能力または訴訟能力が要求されなくてはならないかどうか、代理権の授与が錯誤を理由に取消されるかどうかは、概念形成にとつて決定的な基準の外にある。

それゆえ、HGB（商法）四九条および同五四条から訴訟代理権の位置づけのためには何一つ引き出されない。たしかにわれわれは支配人の代理権および商事代理権、おそらくまた商事

代理権と結び付いた特別の授権（HGB五四条二項）を実体法上の法律行為とみなすことに慣れている。しかし、この位置づけは、単一の自然な行為は、法的に二つの行為の部分に切り分けられないということから出発している。しかし、この前提は、訴訟法を手続に關係する行態の規律と理解するならば、維持できなくなる。支配人の代理権の授与は、その場合、その実体的部分において、実体法上の法律行為の授権である。その法律上設定された内容によれば、それはしかしまた、訴訟追行のための代理権を与える。その限りにおいて、それは訴訟行為である。支配人の代理権が訴訟追行に關係する限りにおいて、その効果を通説<sup>⑥</sup>とともに孤立的に訴訟代理権とは異なる要件に結び付け、それについて訴訟能力ではなく行為能力を要求し、錯誤にもとづく取消を許容しても、通説によれば孤立的な訴訟代理権について妥当する要件との相違は、支配人の代理権をただちに実体法に整序するように強いことはない。けだし、支配人の代理権が訴訟追行のための授権をも含むべきかどうかは、訴訟法の問題だからである。この訴訟にとつての支配人の代理権の訴訟上の重要性は、訴訟上の規律によつてのみ記述される。この重要性を確認する規律は、支配人の代理権をその限りにおいて訴訟行為にする。もう一つの問題は、いかなる要件を訴訟法は訴訟上の重要性のために要求しているかである。これは訴訟行為の概念にとつて解答を与えることのできない価値評価の問題である。

d) 認諾および放棄<sup>(14)</sup>

ZPO三〇七条の認諾は、単に訴訟上の効果を有するにすぎない。ZPO三〇七条が要求している一方的な表示は、実体法上の法律効果に適切な構成要件ではない。認諾の訴訟上の効果は、判決にとっての基礎を形成する点にある。同じことは、請求の放棄(ZPO三〇六条)にも当てはまる。

ここでもまた位置づけによって要件については何一つ述べられない。認諾が処分権を前提としているかどうか、放棄がBG B一八二条二号に挙げられた請求権に関係するときに後見裁判所の許可をなしに有効であるかどうかは、訴訟行為の概念からは演繹されない。

e) 訴訟上の和解

訴訟上の和解の位置づけは、激しく争われている。一致があるのは、「訴訟終了のみを合意する」いわゆる抽象的な訴訟上の和解がもつばら訴訟行為であるということについてである。この和解は訴訟終了に奉仕するだけで、実体的な訴訟関係には触れないので、訴訟上の効果しか持たない。しかし、この結論から実体法上の新秩序をも意図した通常の訴訟上の和解にとつての帰結は引き出されない。けだし、抽象的な終了契約は例外現象であり、それが標準的な訴訟上の和解からは明確に、それによって単一的に位置づけられるように区別されるかどうかは確かではない。

標準的な訴訟上の和解は訴訟上の効果を持つ。それは法的争訟の終了を意図し、かつ生じさせる。これは単に実体法上の法律行為の効果の訴訟上の結果ではない。むしろ訴訟上の和解は、その典型的な機能によれば、直接に訴訟の終了を目的にしている。

しかし、それと並んで、訴訟上の和解は実体法上の効果をも持つ。それはその構成要件だけでなく、その効果によっても、BGB七七九条の意味における和解である。したがって、訴訟上の和解は、実体法上の部分だけでなく、訴訟法上の部分をも含んだ事象である。しかし、このことから訴訟上の効果が、要件につき実体法上のものから独立して評価されうるとの結論が引き出されるわけではない。訴訟上の和解の訴訟的な理解は、たしかにこのことを、訴訟終了は概念必然的に実体法上有効な和解を前提とするものではないとの理由づけでもって試みている。<sup>(15)</sup>しかし、このことが射ているかどうかは、位置づけとは関わりのない価値評価の問題である。一方で訴訟行為、他方で法律行為と把握するために訴訟上の和解を切り分けても、そのことによって訴訟法が和解を単に訴訟上の要件に左右させるだけでよいと述べてはいない。和解の実体法上の有効性をも訴訟上の効果の構成要件の中に取り入れることは可能なのである。

f) 結論

挙げられた諸例は、訴訟行為概念<sup>(8)</sup>をテストし、説明するのに十分であろう。この位置づけの問題の価値は小さいと思われるので、その数を増やしても「議論を」進展させることにはなるまい。したがって、われわれの定義によれば当然のごとく、訴え取下げ契約、証拠方法契約および上訴契約を訴訟行為とみなすか、あるいは訴訟上の内容を伴った実体的な義務づけ行為とみなすかは、最終的にはどちらでも良い。ただし、両方の道で一つの訴訟上の効果に到達するからである。すなわち、それを訴訟行為に位置づけるならば直接的に、これに対して法律行為と位置づけるならば、悪意の抗弁 (exceptio doli) または契約の抗弁 (exceptio pacti) を介して間接的に効果を生じるからである。しかし、有効要件については、この位置づけは何一つ述べることはない。

註

(訳注1) B G B 二〇三九条「請求権が遺産に属するとき、義務者は全ての相続人に対して共同に給付し、各相続人は、全ての相続人に対する給付のみを請求することができる。各共同相続人は、義務者が、給付すべき物を全ての共同相続人のために供託し、又は、供託に適さない場合は、裁判所によって任命された保管人に交付することを請求できる。」

(1) のようにして Sauer (Allgemeine Prozessrechtslehre, 1951, S.1ff.) は、訴訟の本質をその任務から決定している。また、訴訟概念を前提とした訴訟行為概念の定義のためにも、時おり、訴訟目的に立ち返ることがなされる(論証は、Bangertel, Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess, 1957, S.57)。

(2) Der Prozess als Rechtslage (1925), S. 151.

(3) Goldschmidt, Der Prozess als Rechtslage, S. 151.

(4) Allgemeine Prozessrechtslehre, S. 3.

(5) Der Prozess als Rechtslage, S. 267. 既判力の効果を実体的司法法に割り当てていた彼のかつての見解からの明確な転向である。

(6) Sax ZZP 67, 26 f.; Habscheid, Festschrift für Nipperdey I, S. 896, Gaull ACP 168, 27 ff. (56).

(7) Sauer, Allgemeine Prozessrechtslehre, S.18 f. 既判力をめぐる争点に「*no*」 in: Festgabe für Richard Schmidt (1934), S. 317, 325.

(8) 後記48頁以下をみよ。

(9) そのような目的から決定された、訴訟上の規範の形成と解釈の危険性に関しては、「*no*」にはまだ何も述べるつもりはない。さしあたり、目的からの考察が今日広く一般に行われていることの確認で十分である。批判については Fritz von Hippel, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der

Parteien im Zivilprozeß (1939), S.170 ff. および ZfP 65, 432.

これに「お」後記47頁。

(10) *Neuner*, Privatrecht und Prozeßrecht (1925), S.12 参照。

(訳注2) (旧) BGB二〇九条「(1) 消滅時効は、権利者が、請求権の満足を求める訴え若しくは請求権の確認の訴え、又は、執行文付与の訴え若しくは執行判決を求める訴えを提起したときは中断する。」

(2) 「略」]

なお、債務法改正(二〇〇二年)により、この規定は二〇四条となり大幅に変更された。UnrechthungはHemmungに改められている。

(訳注3) BGB八二三条一項「故意又は過失によって他人の生命、身体、健康、自由又は所有権その他の権利を違法に侵害した者は、これによって生じた損害をその他人に賠償すべき義務を負う。」

(11) *Henkel*, Parteilche und Streitgegenstand im Zivilprozeß (1961), S.160 ff. 参照。

(訳注4) ZPO三二五条【既判力の主観的範囲】「(1) 確定した判決は、当事者及び訴訟係属の発生後に当事者の権利承継人となった者、又は、係争物を当事者若しくはその権利承継人が間接占有者となることで取得した者に対して有利又は不利に及ぶ。」

(2) 民法の規定は、権限を有しない者から取得した者のた

めに準用される。

(3) 「略」]

同三二六条(後順位相続における既判力)「(1) 先順位相続人と第三者の間で相続人たる先順位相続人に対してした請求につきなされた判決又は後順位相続に服する目的物につきなされた判決は、後順位相続の開始前に確定したときに限り、後順位相続人の有利に及ぶ。」

(2) 「略」]

同三二七条(遺言執行における既判力)「(1) 遺言執行者と第三者の間で遺言執行者の管理に服する権利につきなされた判決は、相続人に対して有利又は不利に及ぶ。」

(2) 「略」]

(訳注5) ZPO二六五条二項第一文「(係争物の)売却又は譲渡は、訴訟に何らの影響を及ぼさない」。河野正憲「民事訴訟法」(有斐閣、二〇〇九年)七七四頁注七七も参照。

(12) *Ernecerus-Nipperdey*, Allgemeiner Teil<sup>15</sup>, 1. Halbband, § 30 I S. 196.

(13) *Der Prozeß als Rechtslage*, S.1 ff.; 訴訟上の義務に反対するものとして、*von der Niese*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen (1950), S.63 ff. および *Sax* ZfP 67, 53.

(14) これに対して、*von der Niese*, *Fritz von Hippel*, Wahrheitspflicht, S.319 ff. および ZfP 65, 424 ff.; *Lein* ZfP 67, 344 ff.; *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht § 30 VII 2 S.144 ff.; *Döle*, Pflicht zur redlichen

- Prozeführung? in: Festschrift für Riese (1964), S.289 ff.; Rosenber, Lehbuch<sup>9</sup>, § 2 II 3 b S.9 f.; Stein-Jonas-Schönke-Pohle<sup>9</sup>, Einl. E. II S. 21; Zeiss, Die arglistige Prozesspartei (1967), S.32 ff.
- (15) Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand, S.25 ff., Vom Gerechtigkeitserwert verfahrenrechtlicher Normen (1966), S.13 f. 參照。
- (16) Zwei Beiträge zum materiellen Zivilprozessrecht, Festschrift für Heinrich Brunner (1914), S.109 ff., Zivilprozessrecht<sup>3</sup> § 11 b a.S.1 f., § 12 S.53 ff.
- (17) Zwei Beiträge, S. 120.
- (18) Goldschmidt, Zwei Beiträge, S.126 f.
- (19) Goldschmidt (Zwei Beiträge, S.133) は、それを「現代的な国法 (modernes Staatsrecht)」と呼んでいる。
- (20) A. Blomeyer, Zivilprozessrecht, § 1 III S.4 ff.; Stein-Jonas-Schönke-Pohle<sup>9</sup>, Einl. E I S.16 ff. 以下、その論証あり。
- (21) A. Blomeyer, Zivilprozessrecht, § 11, 2 a S. 62, § 30 VII S.142 ff.; Rosenber, Lehbuch<sup>9</sup>, § 2 II 3 b S. 10; Stein-Jonas-Schönke-Pohle<sup>9</sup>, Einl. E III S. 21.
- (22) Dalle, Pflicht zur redlichen Prozessführung? in: Festschrift für Riese (1964), S.289 ff.; Zeiss, Die arglistige Prozesspartei (1967), S.32 ff.
- (23) Lehbuch<sup>9</sup>, § 2 II 3 b S. 9: 「当事者とは原則として行為義務

務はない。……しかし、行為が当事者の選択に委ねられるのではなくて、法律が抽象的に、また裁判所が具体的な事案において当事者に一定の行態を要求する場合には、行為に対する義務が存在する。しかし、なぜ当事者が、例外的にその好むように行為することができず、義務に服するのかが、述べられていない。

- (24) Zivilprozessrecht, § 30 VII S.142 ff.
- (25) A. Blomeyer, Zivilprozessrecht, S.145 以下、Lent, Lasten und Pflichten im Zivilprozess, ZPP 67, 344 (351) に左袒する。
- (26) それゆえ法律効果を考慮するや、Lent (ZPP 67, 351) が、負担のサンクションが課された行為は、当事者の選択に委ねられているという場合を別としても、何ら禁止する必要はないというのは、正当である。ただし、実際のところ、負担を甘受するかそうでないかは、当事者の自由に任されているからである。しかし、禁止は、負担が存在するというだけの理由で必要がない。かくして、行態は抽象的に当事者の選択に委ねられているのではなく、その行態でもって負担を自ら負おうとしているかどうかにか委ねられる。なぜ立法者が負担というサンクションに訴えたのかを問うならば、したがって多くの事例で、立法者はその行態を禁止しているので、過った行態の効果をその当事者の不利益に扱っているといわれる。
- (27) Lent ZPP 67, 348 ff.

(訳注6) ZPO一四一条〔出頭命令〕「(1) 裁判所は、事実関係の解明に必要であると思われるときは、両当事者の出頭を命ずべきものとする。〔以下略〕」

(訳注7) ZPO一三八条〔当事者の陳述義務〕「当事者は、事実関係につき完全かつ真実に即して陳述する義務を負う。」

(28) A. Blomeyer, Zivilprozessrecht, § 30 VIII c S. 144. たゞえ人が、原告の真実義務に対する違反が被告の欠席の場合に不真実の主張の利用を排除する(こう述べるのは、RGZ 72, 113 [115], Stein-Jonuss-Schönke-Pohlte<sup>8</sup> § 331 Ann. II 2; 異なるのは、A. Blomeyer, Zivilprozessrecht, § 54 III 3 S. 264およびRosenberg, Lehrbuch<sup>9</sup>, § 106 VI a S. 515) と(こう)ことを認めようとしても、そのために真実に対する義務(Pflicht zur Wahrheit)は必要ない。それには訴訟上の真実負担(Wahrheitslast)を認めれば十分である。ただし、このサンクションは有理性のない(unschuldig)訴えの場合と同じともいえるからである。しかし、何人も訴えを有理性をもって提起する義務が存在するということを認めていない。

(訳注8) ZPO五八〇条〔原状回復事由〕は、原状回復の訴えを提起できる場合の一つとして、四号で「判決が、当事者の代理人又は相手方若しくはその代理人によって、当該訴訟に関して行われた犯罪行為によってもたらされた場合」を挙げる。

(29) Leut ZP 67, 346.

(訳注9) ZPO一三九条 旧規定は、「裁判官の解明義務」〔裁判長は、当事者が全ての重要な事実につき、自ら完全に陳述し、事案に即した申立てを提示し、特にまた主張された不十分な陳述も補充し、証拠方法を示すようにするように働きかけなければならない。この目的を達成するために、裁判長は、必要な限り、事実関係及び係争関係を、その事実及び法律上の側面について当事者に述べ、また質問しなければならぬ。〕

(2) 裁判長は、職務上考慮すべき事項について有する疑念を明らかにしなければならない。

(3) 裁判長は、裁判所構成員の求めに応じて、質問を許さなければならない。

同条は、二〇〇一年七月二七日民事訴訟法改正法で改正され、現在では「実質的訴訟指揮」となり、一項では、「裁判長」が「裁判所」に改められ、二項が新たに追加された。同項は、「裁判所が、一方当事者が明らかに看過し又は重要でないと考えた観点に基づいて判断をすることは、それが単なる付随請求に係るものでない限り、裁判所がその点について示唆を与え、かつ、その点について意見の表明の機会を与えた場合でなければ、許されない。裁判所が両当事者とは異なる判断をしている観点についても、同様とする。」と定める。旧二項は、三項となり、その「裁判長」

が「裁判所」に改められた。また、四項および五項も追加された。河野(正)・前掲書二四〇頁注三〇も参照。

(30) これについては後記144頁以下。

(31) *Lent ZJP* 67, 347.

(32) *Lent ZJP* 67, 353: 「もしも彼らが民事訴訟の枠内において実務的であるのであれば、それがまさに訴訟上の義務である」。

(33) *Privatrecht und Prozeßrecht* (1925).

(34) *Neuner, a. a. O., S.6 f.*

(35) ノイナーは、実体法はその実現——訴訟上の実現との関連において述べられている——に左右されることなしに考えられるかもしれないという彼のテーゼについて理由を述べている。a. a. O., S. 12.

(36) これについては *Neuner, a. a. O., S. 7.*

(37) *A. a. O., S.134 ff.*

(38) 既に述べられているのは *Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht* (1939), S. 53: 「双方の規範群は、様々な社会的有効領域へ拡大する。訴訟法は、判決を獲得しようとする裁判上の手続の進行を規律している。……これに対して、実体法は、その価値評価でもって、この訴訟上の領域と利益に關係するのではなくて、むしろその外部で、社会的な生活の実現の領域において正当であるべきものを述べている」。

同様にまた *Friedrich Weber, Zur Methodik des Prozeßrechts,*

*Studium Generale* 1960, 183 ff. (185).

(訳注10) *ZPO* 七六六条〔強制執行の方法に対する異議〕、*ZPO* 七七五条〔強制執行の停止又は制限〕、*ZPO* 七七六条〔執行処分取消〕。

(39) *Wiese* (Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S.120) は、いずれにせよ、執行の訴訟上の側面は、「訴訟上の機能」という意味において理解されてはならないと考えている。執行の全体は判決の実体的機能のみに奉仕する、という。このことは判決を一旦すれば正当であるようにみえる。しかし、訴訟上の機能にとつては判決手続の中にしか存在余地がないということは、執行の手続的規律に鑑みるならば、正当ではない。

(40) これにつき、詳細は後記236頁以下。しかし、訴訟上の不適法性が実体法上の義務違反または違法性によって引き出されるといふ単純な推論は、必ずしも可能というわけではない。したがって、全ての不適法な執行行為が職務義務違反というわけではないし、したがって不適法な訴えが、例えばただちに相手方の保護された権利への違法な侵害になるわけではない。このこともまた訴訟上の法命題に従うのである。

(41) 二重機能的訴訟行為の概念に対して批判的なのは、また、*Sax ZJP* 67, 51 f.

(42) 異なるのは *Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S.53 ff.* 也

- あり、彼は、当該行為が実体法空間と訴訟法空間において同時に効力を生じることとを認める。また、*Eb. Schmid*, Lehrkommentar zur StPO I<sup>2</sup>, Rz. 35, 36, 65, 66. 同旨 *Niese* (Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, S. 130).
- (43) *Baur* (Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht in: *summa ius, summa iniuria*, Ringvorlesung, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 9, S. 97 ff. [106]) は、訴訟法と実体法の間の機能的関連について述べている。
- (44) 真実義務については述べている。 *Goldschmidt*, Der Prozeß als Rechtslage, S. 125 ff.
- (45) *Hegler*, Gerichtssaal 93 (1926), S. 440 f.; 449 ff. また *Fritz von Hippel*, Wahrheitspflicht, S. 319 ff.; ZZP 65, 424 ff. の批判を参照。
- (46) *Sax* ZZP 67, 24 Note 11.
- (47) Der Prozeß als Rechtslage, Vorwort, S. V.
- (48) *Goldschmidt*, a.a.O., S. V.; 適切にみれば反対するのはい、 *Cohn*, Festschrift für Fritz v. Hippel (1967), S. 41 ff. (50).
- (49) A. a. O., S. 361, 369.
- (50) *Goldschmidt*, a.a.O., S. 130 f.
- (51) *Henkel*, Vom Gerechtigkeitwert verfahrensrechtlicher Normen (1966), S. 12 ff. 参照。
- (52) 第四章 233 頁以下。
- (訳注 11) GVG 一七八条〔秩序罰〕。
- (53) 当事者行為の合法性と違法性については、後記第四章 289 頁以下をみよ。
- (訳注 12) ZPO 二七一条三項三文は訴えの取下げ、同五一五一条三項二文は、控訴の取下げの効力について、「判決により言渡さなければならぬ」としていた。なお、現行の対応規定である ZPO 二六九条(訴えの取下げ)四項、同五一六条(控訴の取下げ)三項、二文は「決定」に改められている。
- (54) ハウムゲルテル (Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozeß, 1957, S. 92 ff.) もまた、行為の機能を強調する場合に、その機能を述べている。
- (55) 後記 37 頁以下。
- (56) 後記 38 頁。
- (57) 後記 39 頁以下。
- (58) *Lehnbuch*, § 59 S. 271; *Niese*, Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, S. 85.
- (59) 前記 9 頁以下。
- (60) *Rosenberg*, *Lehrbuch*, § 36 I 1 S. 146 (§ 59 I a S. 272 は此か異なる。) は、それを訴訟行為ではなく、法律行為とみなしている。
- (61) *Wesen und Begriff der Prozesshandlung*, S. 92 ff. 目的志向的な意思的行為としての「プロセス」(Zum Begriff der Prozesshandlung, Festschrift für Fragistas, 1967, S. 73 ff., 80) もまた訴訟行為を

挙げてゐる。

(62) 別の問題は、違法に名誉を毀損する訴訟上の主張を控える義務が実体法上の義務か、それとも訴訟上の義務かである。われわれの区分によれば、訴訟上の義務を承認することと多くのことがプラスの材料を提供するであろう。裁判官がただちにこれを禁止するように介入する場合に、さらなる訴訟上のサンクションがなくてもよいことは、われわれが真実義務の説明に際してみてきたように(上記14頁以下)考慮する必要がない。特に、「訴訟」という生活領域による正当化の根拠がその特別の性格づけを取得するのだということが、訴訟上の義務を承認することにプラスの材料を提供することになる。正当な利益の承認は、訴訟においては訴訟外とは異なつた様相を呈する可能性があり、特に入念な審査義務の範囲が、訴訟が事実関係の客観的解明に奉仕すべきこと、相手方はこの解明を、主張を争うことによりただちにもたらすきつかけを有すること、そして、それゆえに訴訟においてはその真実性が特別の注意をもつて事前に検討されていない主張も提出されうることによつて規定される。(この点については、後記296頁以下)。いずれにせよ、名誉を毀損する主張を控える義務がどのように位置づけられようと、実体法上の損害賠償のサンクションは、訴訟上の価値評価によつて同時に決定されることになる。

(63) これにつき、後記248頁以下をみよ。

(64) *Eb. Schmidt, Lehrkommentar z. StPO I<sup>2</sup>, Rz. 36, 67.*

(65) エーベルハルト・シュミットも、二重機能的訴訟行為の概念を形作り、説明したニーゼ(前注(42)参照)も、ゴールドシュミットの訴訟法的考察方法に追随した。

(66) 前記19頁以下。

(訳注13) 管轄の合意・管轄の合意には、本来管轄権のない裁判所に管轄権を合意する積極的または拡張的合意(Prozessionsvertrag)と、管轄権を有する裁判所の管轄を排除する消極的または減縮的管轄の合意(Derogationsvertrag)とがある。ZPO三八条は、一般に前者につき適法だと定めていたが、一九七四年三月二日のいわゆる裁判管轄改正法(BGBI. I 753)により、積極的管轄合意を一般的に禁止し、例外的に合意当事者が商人、公法人または公法上の特別財産の場合についてのみ適法とした(同一項)。三九条は応訴管轄、四〇条は管轄合意の有効要件を定める。同改正法で、補充的に改正された。河野(正)・前掲書六七頁注三〇も参照。

(67) 理由づけと結論は、多くの文献と判例の論証が示されている、パウムゲルテルの研究(a.o., S. 218ff.)に左袒する。(訳注14) 仲裁手続に関する民事訴訟法第一〇編は、一九九七年一月二七日の仲裁手続法の新规定(一九九八年一月一日施行)により、UNCITRAL仲裁モデル法に依拠し

て全面改正された。仲裁合意の効力に反して国家裁判所に提起された訴えの取り扱いについては、民訴法一〇三二条に明文が置かれ、「仲裁合意の対象である事項について裁判所に訴えが提起された場合には、被告が本案についての口頭弁論が開始される前に異議を述べる限り、裁判所は、訴えを不適法として却下しなければならない。ただし、裁判所が、仲裁合意が無効 (nichtig, unwirksam) 又は実施不能であるとした場合は、この限りでない」と定める。また、仲裁判断の執行可能性についてはZPO一〇六〇条。

- (68) 近時はとりわけ、Lorenz, Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedsspruch, AcP 157, 265 ff. 理論対立についての論証は、*von der Baumgärtel*, Wesen und Begriff der Prozelhandlung, S. 231 以下、*Baumbach-Schwab*, Schiedsgerichtsbarkeit<sup>2</sup>, S. 55. (69) *Baumbach-Schwab*, Schiedsgerichtsbarkeit<sup>2</sup>, S. 108; *A. Blomeyer*, Zivilprozessrecht, § 125 II 1a S. 711; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*<sup>18</sup>, § 1029 Anm. II 2; *Baumgärtel*, a. a. O., S. 235 以下なる論証あり。
- (70) *Baumbach-Schwab*, Schiedsgerichtsbarkeit<sup>2</sup>, S. 84; *Baumgärtel*, a. a. O., S. 235; *A. Blomeyer*, Zivilprozessrecht, § 125 II 2 S. 712. (71) それゆえ、仲裁契約に完全な訴訟行為の性格を与える場合には、バウムゲルテル (a. a. O., S. 236) とともに義務を、実体的にとらえる必然性は存在しない。
- (72) 以下述べるのは、*Kornblum*, Probleme der schiedsrichterlichen

Unabhängigkeit (1968), S. 105 ff. であるが、しかし、仲裁人の活動は実体的な裁判なのかどうか、その前に問題となる。

- (73) 適切にも以下述べるのは、Lorenz AcP 157, 289 による引用されたスイスの裁判所の判例である。
- (74) *A. Blomeyer*, Zivilprozessrecht, § 125 III S. 713. (75) *Baumgärtel*, a. a. O., S. 174. (76) *A. Blomeyer*, Zivilprozessrecht, § 9 III 3 S. 55 (判例に基づく論証あり)。
- (77) 通説は、訴訟代理権の授与を訴訟行為とみなしているが、しかし、この位置づけを有効な委任という訴訟上の要件とも結び付けている。すなわち、*Baumbach-Lauterbach*<sup>19</sup>, § 80 Anm. I C; *Baumgärtel*, a. a. O., S. 173 ff.; *Goldschmidt*, Lehrbuch, § 39, 2; *Helwig*, System I, § 84 I 2, 3 S. 199; *Leit-Jauernig*<sup>13</sup>, § 29 IV S. 85; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*<sup>18</sup>, XI 1 b vor § 128, § 80 Anm. II 1; 以下異なるのは、*A. Blomeyer*, Zivilprozessrecht, § 9 III 1 S. 54; *Rosenberg*, Lehrbuch<sup>9</sup>, § 50 II 1 S. 223. (訳注15) HGB 四九条〔支配人の代理権の範囲〕「(1) 支配人の代理権は、商業の活動に関するあらゆる種類の裁判上及び裁判外の業務、及び、法的行為をなす権限を含む。」(2) 不動産の譲渡及び担保権の設定については、支配人は、その権限を特に付与されている場合に限り、するこがで

きる。」

HGB 五四条〔商事代理権〕「1) ある者が、支配権を授与されることなく、商業の遂行、又は、商業に属する種類の取引若しくは商業に属する個々の取引につき委任された場合、その者の代理権（商事代理権）は、そのような商業の遂行又はそのような取引行為に通常伴うべき一切の取引及び法的行為に及ぶ。」

(2) 土地の譲渡又は担保権の設定、手形債務の負担、消費貸借の締結及び訴訟の追行については、商事代理人はこれらの権限につき特に授与を受けた場合にのみ、これをなし得る。

(3) 商事代理権に関するその他の制限は、第三者がこれを知り又は知り得べき場合に限り、主張することができる。」

(78) *Baungärtel, a. a. O., S. 176; Stein-Jonas-Schonke-Pohle<sup>19</sup>, § 80* Amt. III 2.

(訳注16) 河野（正）・前掲書三二七頁注一八参照。

請求の放棄・認諾判決について ZPO 三〇六条（請求の放棄）「原告が口頭弁論において主張された請求を放棄した場合に、被告が請求棄却の申立てをしたときは、請求放棄を理由として原告は請求を棄却される。」

ZPO 三〇七条（請求認諾）「当事者の一方が自己に対して主張された請求の全部又は一部を認諾した場合、認諾により請求が認容される。その限りで、口頭弁論は不要で

ある。」

(79) これについては BGH ZJP 69, 34 = LM Nr. 1 zu § 306 ZPO をみよ。

(80) *Baungärtel, a. a. O., S. 192* ff. および *A. Blomeyer, Zivilprozessrecht, § 65 II, III S. 323* ff. による議論状況の論証。

(81) *Baungärtel, a. a. O., S. 197*.

(82) *Baungärtel, a. a. O., S. 91, 195* ff.

(83) 前記33頁の定義。