

ヴォルフラム・ヘンケル『訴訟法と実体法』(二)

河野正憲 Ⅱ 河野憲一郎 共訳

41

第二章 訴訟法的価値

I 価値基準としての訴訟目的

1 目的を考察することの正当化

訴訟法を実体法から区別するのに適した訴訟法概念は、われわれがみてきたように、ほんのわずかの表現力 (Ausdrucksfähigkeit) をもつにすぎない。われわれが、この区別のために訴訟法を「訴訟」という生活領域を整理する法と定義する場合には、われわれは訴訟法の内容についての単なる形式的な基準のみを獲得するにすぎない。その場合にわれわれは、この生活領域が一定の法的目的を獲得するために作られた技術的形成物であるということを知っている。訴訟法は、それ自体において、この構成物

の論理的に一貫した整序をするものでなければならぬ。しかし、この整序がいかなる内容をもつべきであるかは、訴訟法を実体法から区別することからは演繹されえない。ただし、適切な訴訟法の内容は、実体法に対する訴訟法の特性によつては予め示されないとこの価値評価によつて決定されるからである。われわれが訴訟法と実体法との間に引いた境界線は、実体法上の価値が訴訟法へと波及すること、あるいは両法域が共通の価値原理を基礎に置くことを排除してはいない。

この価値原理を明らかにするために、個々の手続法上の規範、とりわけ実体的法状態から逸脱した判断をもたらす結果になるものの分析を必要とする。その際に、例えば、原告の請求権が存在するにもかかわらず訴えを棄却し、または被告が義務を

負っていないにもかかわらずこの者を敗訴とする欠席判決がいかなる目的に奉仕するのか、が問われなければならない。これらの判決の目的は、整然とした訴訟に対する公益のために、意識的に実体的法状態から逸脱することなのか、それとも実体法をも支配する価値判断によって正当化されるのか？

規範の目的は、人が目的を規範内容から演繹し、そのために規範内容を再び目的によって決定するという取り返しのつかない循環論法に陥らないようにするためには、規範それ自体からは獲得されない。個々の規範の目的は、より大きな機能的関連におけるその位置づけからのみ探求されうるにすぎない。したがって、それを一つの例で示すならば、裁判官に担保提供なく仮執行が可能とする欠席判決を命じているZPO七〇八条三号の目的は、この規定の、欠席手続およびそれ以外の仮執行宣言のあらゆる規律との関連からのみ説明されなければならない。欠席判決は、一方当事者が出席しなかったことまたは弁論しなかったことについてのサンクションである。このサンクションによって、立法者は、争う意思のある当事者が出席し、弁論するように勧めている。欠席判決がサンクションと感じられるためには、欠席判決が欠席当事者に不利益をもたらすべきだということにならう。異議(Einspruch)は、訴訟を欠席発生前の状態に復するので(ZPO三四二条)、ZPO三四四条の費用負担(「欠席判決で要した費用の負担」の効果と並びZPO七〇八条三号による仮執行がなされる点で重要な不利益が欠席

当事者に生じる。^(訳注)この不利益の重みは、ZPO七一〇条、同七一一七条、同七一九条から明らかになる。欠席当事者は、この者が対審の弁論における法的争訟が裁判に熟した状態となる前に執行にさらされ、また、債権者は、たとえこれに対応する対席判決にもとづく場合には担保提供と引換えに執行が許されるにすぎないとしても(ZPO七一〇条)、担保提供なしに執行することができない限りでは、出席当事者よりも悪い状態にある。しかし、債権者はみずからのリスクに基づいて執行する(ZPO七一一七条二項)。したがって、欠席判決が対審的な弁論によって破棄される場合には、債務者は少なくとも損害賠償請求権を有する。欠席当事者が異議を述べる場合には、ZPO七一一七条、同七〇七条によって強制執行が停止されることになる。しかし、この停止は、それがZPO七〇八条三号および欠席手続の規律目的に適合する場合にはじめて命じることが許されるにすぎない。あらゆる異議に基づいて強制執行が担保提供なしに停止されるとすれば、ZPO七〇八条三号の効果をも排除するために、欠席者は単に異議申立てを行うだけでよいことになるので、欠席判決は、いかなる重大な執行上のサンクションをも持つこととはならないことになる。これでは訴訟遅延の試みに対する適切な手段ではないことにならう。この欠席手続の目的は、また訴訟促進という目的によって条件づけられており、かつ限定されている。訴訟促進が事実関係の徹底的な解明に対して優先権

を持つのが問われなくてはならないかもしれない。かくしてわれわれは既に、訴訟が全体としていかなる目的に奉仕するのかという問題に直面している。

より大なる機能の関連における位置から探求される規範的目的は、当該規範の基礎に置かれるべき価値についての情報を与える。かくしてそれは、その価値が正しいものであるかどうか、そしてその規範がその価値によって決定された目的を達成するのに適切な手段であるかどうかについての、法批判的かつ政策的な判断を明らかにする。同時に、規範の目的は、その内容と限界が規範の目的により決定されることから、解釈の補助手段である^①。かくして、目的論的な方法から、ZPO七〇八条三号につき生じた、同条は欠席判決が異議後に対席弁論に基づいて維持された場合にも適用されなければならないかという争いのある問題^②について、以下の考慮が導かれる。すなわち——これが請求を欠席判決よりも大きな安定性をもって確認していること、それゆえ認容判決はともかく仮執行でなければならぬということ、対席判決へのZPO七〇八条三号の適用にとってプラスの材料を提供するものではない^③。ただし、対席判決は、その高度の正当性の保障にも関わらず、ZPO七〇八条三号の優先権を享受してはいないからである。ZPO三四三条の文言^④もまた、ZPO七〇八条三号の適用を正当化しない。ZPO三四三条からも、欠席判決の仮執行宣言についての裁判が変更されてはならないとの帰結は引き出されないし^⑤。また、

ZPO三四三条の「〔欠席判決が〕維持されること」も、対席の裁判が、仮執行に関して欠席判決と同様に取り扱われるべきことを意味するわけでもない。欠席判決が対席判決として維持されるのであるが、それはこの判決が、争われた弁論においても本案についての結論においても正当であることが裏付けられたからであり、また、債権者が一個の同一の請求権について二つの債務名義を得てはならないからである。しかしそれは、だからといって欠席判決が仮に執行可能だということと同じだということにはならない。

ZPO七〇八条三号を対席判決に適用することに反対し、仮執行に関する欠席判決の維持に反対する見解は、欠席者が異議の後に口頭弁論に出頭したことを挙げる。それゆえこの対席判決はもはや欠席に基づくものではない。欠席判決のサンクションは、その基礎を欠席した当事者が、そもそももう争おうと欲しないかあるいは少なくとも彼の権利をまじめに防衛しようとして、訴訟を長く引きずろうとするかのような印象を呼び起こす点にある。当事者が、争おうとしないのであるならば、ZPO七〇八条三号の帰結は認諾判決が仮執行可能だと宣言されると同じ根拠で正当化される。相手方の請求を争わない者は、異議または上訴期間により執行の猶予をうるの必要はないし、また何らかの執行による損害についての担保も必要としない。もしも当事者が争おうとしており、過失で出頭しなかつたのであれば、そのためにその当事者は、その威嚇的効果（abschreckende

Wirkung) が当事者に注意深い訴訟追行を促しているとされる不利益を甘受すべきことになる。同時に、相手方は、訴訟遅延の結果から保護されることになる。ところで、欠席当事者が異議を申し立てた場合、その当事者が争おうとしていることは明らかである。それゆえに、欠席判決の第一の正当化理由は考慮されない。すなわち、この判決は、敗訴判決を受けた者が欠席判決をそのように望んだがゆえに担保なしに仮執行が可能であるのではない。ただ、当該当事者が、過失または訴訟遅延の意図で適時に彼の権利を行使しなかったという可能性が残されるにすぎない。しかし、全ての場合に欠席者は、彼の欠席について責任を負わなければならないわけではない。もしもその欠席が、当事者に責めを負わせられ得ないとすれば、サンクションの継続は不適當である。それゆえに、当事者が当該期日に避けることのできない不慮の事由により欠席した場合には、欠席判決の費用負担の効果が除去されるだけでなく、この場合には強制執行もまた、ZPO七一九条、同七〇七条により停止されなければならない。それゆえに、この欠席の効果が、当事者に対して、当面その者の欠席の動機(「それのみについての」)完結した審査なしに課されるのだとすれば、それは法が「行為」誘導原則(Veranlassungsprinzip)に従おうとしているからではなく、あるいはまた立法者が訴訟遅延の推測から出発しているのではないからだと思われる。むしろ、異議の後には、全ての欠席の不利益な結果はその欠席の責任を課されるべきでない当

45
 事者から除去されなければならないものであるがゆえに、欠席の動機は「それのみについての」完結した説明がなされないものである。異議の後に行われる対席裁判には、このことは同じようには妥当しない。もしも、ZPO七〇八条三号を、欠席の動機を考慮せずにこの対席判決に適用しようとするならば、その欠席に責任を負わせるべきでない当事者は、不利な欠席の結果を除去するために控訴を提起しなければならぬことになる。ZPO七〇八条三号の適用は、強制執行の結果を求めるために訴訟を上級審へ持ち込むという余計な誘惑を与えることにもなりかねない。というのも、責任のない欠席者はZPO七一九条、同七〇七条が要求する強制執行の停止は、対席判決がなされるや否や、その効果を失うからである。したがって、当事者がその欠席につき責任がある場合に、欠席判決を維持した対席判決がZPO七〇八条三号により仮執行宣言が付されるか否かの検討が残されているにすぎない。しかし、ZPO七〇八条三号は、そのような細分化をする「検討」には何らの余地もない。それを対席判決に適用する者は皆、したがってそれを欠席につき責めを負う場合に限定せず、責めを負わない欠席者にとつては、ただZPO七二三条(1)一項および二項の援助を求めようとしている。しかし、それではZPO七〇八条三号は、仮執行宣言についてのその他の規律とは合致しない意味を持つことになる。ZPOは、ただ訴訟遅延のゆえにのみ仮執行宣言がなされるような対席判決を知らない。もしも、欠席の場合にのみはみ出

した扱いをしようとするのであれば、異常な価値判断に行き着くことになりかねない。ただし、そのほかの自らの悪意の訴訟遅延の全ての場合には、それに対応した執行のサンクションはなしで済まされているからである。それゆえ、ZPO七〇八条三号は、対席判決には類推適用され得ない。それは、単に欠席判決のみに妥当するのであり、欠席が当事者の責めに課され得ない場合になお同一審級でZPO七一九条、同七〇七条で修正されなければならぬ、一時的な欠席のサンクションを含むにすぎない。

対席判決において仮執行宣言が担保の提供に依拠せしめられているとすれば、ZPO七〇八条三号の規範目的が誤りなのではないかということは、もしもZPO七〇八条三号が、欠席した当事者が濫用的な異議申立てをすることを阻止することを目的としている場合に限り、正しいことになろう。ただし、この場合には、その異議は欠席した当事者にとつて執行法上の状態を改善することには導いてはならないからである。ZPO七〇八条三号は、われわれの欠席手続の現行規定の領域ではこの目的を直接には追求していない。むしろ、立法者は権利防御のために確実なものを何も陳述しなかつた者にも、その者が争っている限り、対席判決の権利があるということから出発している。欠席した当事者には、このような可能性は認められず、たかだか異議の効果は単に「異議提出の」期間を順守したことを示したにすぎず、したがって異議は何らの理由づけをも必要

としていないことが、このことを示している。それゆえ、異議それ自体はなお決して濫用ではなく、当事者が訴訟を遅延させる目的で欠席したとしてもそうではない。それゆえ、ZPO七〇八条三号を対席判決にも適用することは、濫用的異議を困難にするというわれわれの欠席判決手続の現行規定とは適合していないことになろう。たしかに、人はこの規定をあまりにも緩すぎると考えることもありえようが、しかしだからといって強制執行の結果を修正することによって、われわれの欠席手続の形態には対応していない促進の効果を得ようとするのは適当でない。立法者は、ありうべき濫用を異議にみているのではなく、欠席にみている。それゆえに、欠席は——もちろん弱い——サンクションを課されているが、異議は困難にはされていないし阻止もされてはいない。これによって、欠席者は、対席判決を得るといふ彼に存する可能性を利用するのである。

46 もっとも、法は、見込みのない訴訟で異議を申し立てるといふ余計な誘惑をしているわけではないようである。しかし、そのような誘惑は、対席判決は担保を提供した場合にのみ仮に執行できることによつても既に与えられてはいない。通常は、債権者は担保を提供するであろう。その場合、その判決は仮に執行できるにとどまる。この場合、欠席者にとつて唯一の有利な点は、あり得る損害賠償請求権によつて保護されている点にあるにすぎない。しかし、そのような担保に関しては、見込みのない訴訟で異議を提起した債務者は何の利益も持たない。けだ

し、彼はZPO七二七条二項の要件は生じ得ないことを知っているからである。債権者が担保を提供することができない場合でも、強制執行の中止が債権者に取り返しをつかないか、または填補することの困難な損害を与えるであろう場合にも、担保の提供なしに仮執行宣言を付さなければならぬ（ZPO七二〇条二項）。それゆえ、債務者は、債権者が担保を提供することができず、かつ債権者に生じる不利益が填補困難なものでなく、または調査困難な場合のみ、強制執行の回避を達成することができるにすぎない。この事例が生じているか否かは、債務者は、異議の時点ではほとんど知らないに等しい。まさに、悪意の債務者が、債権者がZPO七二〇条二項の恩恵を受けることを予想するにすぎないに違いない。ただし、悪意の債務者に対しては債権者は常に強制執行の引き延ばしの危険にさらされているからである。それゆえに、対席判決にZPO七〇八条三号ではなく、同七二〇条を適用する場合、欠席者に異議への誘惑を与えることになるのではないかというのは正しくない。

しかし、たとえそのような誘惑が欠席者に生じ、彼の強制執行法上の状況が異議によって改善されるとしても、欠席者はここで全てを行った限り、したがってできる限り速やかに対席判決に至る限りで、有利な結果をうることができるにすぎない。これによつては、債務者によりさらに訴訟を遅延させることに對して、手を貸すことになってしまふであらうか。

こうして、ZPO七〇八条三号の趣旨は、欠席当事者が当面

は、彼が争おうとしないことあるいは彼がその法的救済を失権するかのように取り扱われる点に存する。それゆえ、債権者はただちにあるいは担保の提供なしに強制執行をすることができ。債務者は、強制執行の結果に関しては攻撃者の役割に移る。彼は、その異議によつて執行可能性を除去しなければならぬ。このことは、彼にその欠席が、その責めを帰しえない場合にはZPO七一九条、同七〇七条によつて、さらにはZPO七二七条一項により、彼が対席手続で勝訴した場合に獲得される。彼が異議後の手続においても訴訟に敗れた場合にも、債権者が未だ強制執行を終了していない場合には、ZPO七二七条二項により、あり得る損害賠償請求権についての担保を取得し得るが、47それは控訴審が（訴訟につき）全く見込みがないとは判断しなかつた利益が債務者に存在する場合に限られる。ZPO七二〇条二項の場合を除き、当該判決がZPO七〇八条、同七〇九条のカタログに該当しない場合に全ての対席の給付判決に付与されるこの担保が、債務者に認められないのは、彼が一度欠席をしたからではなく、彼が訴訟遅延の意図においても期日に出頭しなかつた可能性があるからである。それゆえ、ZPO七〇八条三号の要点は、その予防的作用（vorbeugende Wirkung）にある。この規定は、当事者に期日に出頭することを遵守せしめる点にある。ただし、それはそうしなければ当事者は相手方がただちにそして担保なくして執行をする危険にさらされることになるからである。

これらの例が示すように、訴訟法のある規範の目的論的解釈が、その規定がわれわれに示している意味連関からその目的が規定されることを前提にするのだとすれば、全て民事訴訟法の規範の解釈は、民事訴訟法がわれわれの法秩序の中で果たさなければならぬ目的に合致していなければならぬことを示している。その価値基準と正当性の内容を明らかにすべき訴訟規定の個別的分析は、常に法秩序の中で訴訟の目的を問うことを命じている。この問いに対する解答は、いかにして訴訟が正当な社会的秩序に貢献するのか、そして、正義を実現せしめるためにいかなる価値原理をそれが追求しなければならないのかをわれわれに示さなければならない。

それゆえ、われわれが訴訟の目的を問う場合、われわれはそれを、訴訟目的から全ての訴訟法上の問題に対する解答をこの目的から演繹するために行うわけではない。そのような「お手軽な民事訴訟法の法哲学」に対しては、フリッツ・フォン・ヒツペル(Fritz v. Hippel)^⑭が、正当にも異議を述べている。それは、概念法学的な演繹手法を目的論的な解釈に転用したことにほかならないというのである。しかし、それゆえに訴訟の目的に関する問題が全面的に適当でないことにはならない。たしかにそれは、「規律されるべきさまざまな事実関係に統一的な受け皿」を提示するわけではないが、それは個々の規範の目的と価値とを法秩序の全体とのその機能的関連において決定するためには必要不可欠である。^⑮

48 2 訴訟目的の定義

われわれが訴訟目的に関して目の当たりにする見解の多様性は、いずれにせよ、はたしてそれが確たる学問的言説に達していたのか、特に、さまざまに分かれた見解が、哲学的、人間学的あるいは政策的観念によって条件づけられることが稀でなかったのではないかという、深刻な疑念を基礎づけている。^⑯しかし、まさにわれわれがこの関連を明らかにするならば、われわれの法秩序内部における訴訟の意義と訴訟法および訴訟法の脅威と機会の印象深い像を獲得する。

諸見解のきわめて広い多様性を一個の見通ししやすい秩序へともたらずあらゆる試みは、ここでは考えられる限りの代替案をその背景のもとで得られるべき独自の結論を問題とすることの方が、従来主張されてきた解決策の全てと対決することよりも重要であるということによってのみ正当化されるべき単純化を必要とする。

このような留保を付して、三つのグループを作ることができる。^⑰第一は、実体法から訴訟法をラディカルに区別することによって特徴づけられるのであり、ゴールドシュミット(Goldschmidt)の理論によって代表される。第二のものは、実体法を訴訟の中で初めてその完全な実効性を展開させることによって、訴訟法と実体法の二元論を克服しようと試みる。それは、ザウアー(Sauer)とパヴロフスキー(Pawlovski)のテーゼによって叙述されるとされるものである。第三のグルー

プは、最後に、まず実体法と訴訟法という独自の存在から出発し、両方の領域を、客観的な実体法秩序の確証または主観的な実体権の保護のいずれかに奉仕すべきという訴訟の目的を介して接続しようと試みる。

ゴールドシュミットは、訴訟目的をいけば訴訟内的に規定しようとする。彼は、訴訟は既判力ある判決の実現に奉仕すると述べるから、訴訟に対してその目的をそれ自体から引き出している。ただし、既判力をゴールドシュミットは、純訴訟的に規定しているからである。したがって、訴訟目的は訴訟上の要素によって定められている。訴訟は自己目的なのである。たしかにゴールドシュミットは、既判力を訴訟上の制度ととらえていることから、既判力の目的という問題は、訴訟の目的という問題の中に含めざるを得ないはずであった。しかし、まさにこれに反対して、ゴールドシュミットは、あらゆる「形而上学的訴訟把握」に対する攻撃でもって反撃した。しかし、彼はこうすることによって、単に既判力前に存在する訴訟上の諸経過に一つの目的、すなわち既判力ある判決を実現するという目的を設定できているにすぎない。これに対して、彼は、既判力という目的を彼の立場から規定することはできないし、既判力を「裁判所の力 (Gerichtskraft)」と称していることからすれば、そうするつもりも全くないのだろう。既判力は、ゴールドシュミットによれば自己目的なのであって、実体法にも公共の福祉にも向けられてはいないのである。裁判官は、既判力によって第二

49

の秩序を作り出し、そしてそれは「法秩序と並んで発生し、矛盾する場合には、社会学的な権力の原則によりそれに優先する」⁽²⁴⁾ 秩序を形成する。もちろんそこになお目的規定はみられる。しかし、それは今やたしかにゴールドシュミットの意味において「形而上学的」、すなわち、メタ法的（「法超越的なもの」）ではないだろうか。ただし、既判力の目的は、まさしくこの第二の秩序ではあっても、それはしかし決して法秩序ではなく、純粹にプラグマティックに理解されるものだからである。

訴訟法と実体法のこれ以上強い区別を考えることはできない。それゆえゴールドシュミットは、既判力を裁判所の力だとする彼の解釈からその孤立的な訴訟法的考察方法を引き出した。しかし、ゴールドシュミットの証明は一貫していない。というのも、裁判所の力としての既判力定義は、訴訟法と実体法の区別と、さらにはゴールドシュミットが既判力の定義から初めて演繹しようとした訴訟法的考察方法を前提としているからである。したがって、ゴールドシュミットもまた訴訟目的を訴訟法と実体法の関係についての先行判断に基いて規定している。

ゴールドシュミットが訴訟目的をさまざまな訴訟の種類について統一的に決定できたこと、したがって刑事訴訟の目的と民事訴訟の目的の間で違いがあつてはならないということは、その訴訟法的考察方法から生じる。全ての法的要素を訴訟法から除去するならば、実際上さまざまな訴訟類型の異なった考察に

とつてもはや何等の基準も存在しない。これによつて、たしかに一つの一般的訴訟法論に基礎が用意され、また確かに訴訟法の統一化への努力に対しても広く対応してきた。しかし他方で、まさに実体的な法素材から訴訟類型の違いが引き出されなくてはならないということが看過されている。どこに一般的訴訟法論の限界があり、どの範囲で訴訟の統一が進められうるのかは、もはやゴールドシュミットの立場からは決定されない。

50

このことは結局のところ、ゴールドシュミットの訴訟法的考察方法がもはや訴訟上の評価の内容にとつての基準を提供しない点にある。裁判官が、裁判所の力によつて第二の秩序を設定する権限を有するのであれば、裁判官は訴訟法的考察方法にとつては法を超えてその外にいることになる。だとするとしかし、不当判決は、訴訟法的考察方法によれば決して誤りではない。判決の正当性というのは、訴訟法的考察方法ではなくて実体的考察方法に位置づけられる範疇^{カテゴリー}である。しかし、考察者にとつて、正当または不当な判決という範疇^{カテゴリー}が訴訟法について排除されるとすれば、どのようにして人は正当または不当な判決をもたらず適切さをはかるべきなのか？人がある判決の正当性を問題にする場合にはじめて、それによつて訴訟法が整序されうる価値基準を展開することが可能となる。したがつて、ゴールドシュミットの思考過程における誤りは、訴訟法の範疇^{カテゴリー}と実体法の範疇^{カテゴリー}の間の区別の必然性から訴訟法の基礎に置かれる価値が、実体法から独立したものでなければならぬとの帰結を

引き出した点にある。

もつともゴールドシュミットの理論は、訴訟法をイデオロギー的要素の侵入から防衛し、かくして訴訟法の政治的濫用をも排除したという長所を提供している。けれど、ゴールドシュミットは、訴訟目的を全ての外的基準点から抽象化しているからである。彼の訴訟法は「没道德的^②」である。しかし、それはかくしてあらゆる価値を剥奪され、最終的には裁判官の人格のみに依っている。ゴールドシュミットが、裁判官を法の上に置いたので、裁判官こそが、彼が裁判官に付与したその独自の権限の濫用に対する唯一の保証人である。ゴールドシュミットが、倫理と、おそらくまた訴訟法のイデオロギー化と戦った程度には、彼は裁判官に対する倫理的要求を高めなくてはならなかった。訴訟法の政策的かつイデオロギー的虚弱性に代えて、ゴールドシュミットは裁判官の虚弱性を置いている。裁判官は、たしかに法に拘束されるが、しかし、彼がそれを正しく適用しない場合、彼は訴訟法的考察方法によれば職務義務に違反しているのではなくて、「道具の取扱いに際して職人の過誤」があるにすぎないのだという。したがつて、記述的方法としての訴訟法的考察方法は、訴訟と裁判官をその国法上の基礎からも切り離している。このような観点からは、訴訟法はもはや法ではなく、訴訟は法秩序の中の機能を有しない。それはむしろ戦争のごとく当事者に襲いかかる出来事、運命なのである。

ゴールドシュミットと同様に、ザウアーも訴訟目的をさまざま

まな訴訟の種類につき統一的に規定しようと試みている。しかし、彼は原則的にゴールドシュミットから逸脱している。ザウアーは、訴訟の本質を法の本質から引き出そうと試みている⁽³⁰⁾。彼にとって、訴訟の目標は、「生活関係を正義に近づけること」である。正義の下で、ザウアーは、「妥当している共同体意思との個別的价值の調和」を理解している。しかし、もし訴訟が「調整、矯正、望ましい目標への操縦」、すなわち正義〔への操縦〕に奉仕するのであれば、かくして訴訟なしにかつ訴訟の前に、未完成の、「調整の」必要が存在するということが前提とされている。訴訟前の「共同体に反する、少なくとも不明瞭かつ混乱した状況、訴訟の中で正義に接近するであろう矯正と調整を必要としている。その結果、ザウアーは、訴訟物を要求 (Begehren) または権利主張 (Rechtsbehauptung) ではなく、「事件 (Sache)」とみなしている。したがって、訴訟

の対象は「生活関係」であり、訴訟の任務は、この対象を正義に向けて方向づけることである。しかし、訴訟の目的は一回限りの「事件 (Fall)」にとつての正義であるので、裁判官の活動は、単に確定された事実関係への抽象的実体法命題の適用にあるのではない⁽³⁶⁾。けだし、実体法の抽象的命題は、個別事例にとつて「正当なもの」となるわけではないからである。したがって、法は、裁判官によって未完成の抽象的な法秩序から、「形成、創造、創設」されるのである。このいわゆる「創造説 (Kreationstheorie)」は、もちろん訴訟前に、そして訴訟

なしにはそもそも権利は存在していないとするとところまで踏み出るものではないが、しかし、ザウアーは、それでも実体法、すなわち「抽象的秩序」を「その内部で、生きた (すなわち訴訟の中で形成された) 権利が展開する外枠」としかみていない。しかし、「この生きた法 (das lebende Recht)」は「現実の法 (das wirkliche Recht)」である。既判力をもった裁判官の宣言は、法命題と理解され、「具体的な法規の設定 (konkrete Satzungen)」、「社会倫理的な内容の論理的定式 (logische Formel sozialethischen Gehaltes)」、「生活の断片 (Soziallebenorm)」にとつての「国家規範 (staatliche Norm)」として訴訟の対象であった⁽³⁹⁾。「既判力は、ここでは共同生活にとつての新たな法状態の形成を意味し、既判力は法形成力 (Rechtsgestaltungskraft)、社会化する力 (Sozialisierungskraft)、社会的感覚に対する最上の教育 (möglichste Erziehung zum Gemeinschaftssinn) を意味する⁽⁴¹⁾」。かくて、既判力が、関係人の具体的な生活状態にとつての法を作り出すのであれば、やはり他方で、判決は確定的に作用するはずである⁽⁴²⁾。判決は、具体的生活事実関係についての法を形成し、かくして事件を正義に適合させることによって、関係人の権利を確定する。したがって、訴訟の第一次的な任務は、権利を実現することであり、かくして関係人を社会的感覚へと育てることであるという⁽⁴⁴⁾。かくて訴訟は主観的権利の保護に奉仕するのではなくて、当事者に訴訟において実現される (客観的) 法の下で生活する可能性を与えるのである。したがって、共同

体的諸価値が強調され、個人の権利保護は訴訟における客観的
法の実現の単なる反射にすぎないのである。

既に別の箇所⁴⁶で、ザウアーの創造説は、的を射たものたりえ
ないということが示された。ただし、ザウアーの意味における
法の形成は、訴訟と裁判官による判決においてだけでなく、法
律行為による取引においても生じるからである。したがって、
ザウアーの定義における特別な点は、訴訟では裁判官が形成す
るという点にある。しかし、この裁判官の形成は、実体私法の
適用ではない。裁判官は、当事者たちにもその主観的な私権の
ための保護を付与しているのではなく、この形成において共同
体の諸価値を実現しており、客観的法が形成される。かくして
ザウアーの理論は、外部的私法的価値を訴訟法へ組み入れると
いう大きな可能性を示している。彼の一般的訴訟法論は、その
中で彼は個別の訴訟の種類を強調するよりもむしろ曖昧
にしているが、訴訟法上の価値が広く実体民法から独立して
いるという前提の上に成り立っている。

ザウアーと同様に、バヴロフスキーも訴訟に対して、訴訟外
や訴訟前にみられる法の不確定性を克服するという任務を与え
ている。訴訟は、「何が今日(=現在)において——何がこの
事件において——具体的な法であるのかを確定するのだとい
う。したがって、訴訟は、初めから確定している実体的、主観
的権利を貫徹し、実現することに奉仕するのではなく、むしろ
それによって法が——主観的かつ客観的に——決定(確定)さ

れるために不可欠なのである。⁴⁸

たしかにバヴロフスキーは、訴訟法と実体法の統一を打ち立
て、手続法上の合目的性と正当な(実体的)権利の二元論を克服
するために、まさにこの訴訟像を利用しようと思図している。し
かし、彼はこれを訴訟外の実体権が不特定——不明確——かつ
確定していないものと説明しなければならぬとの代価を払っ
て達成するのであるが、判決によってはじめて、現在そして今
日妥当している法が明らかになる、という。バヴロフスキーは、

そのテーゼを、一方で判決における法の確認は、両当事者が出
発したのとは異なる事実関係に関係しているという考察にもと
づいている⁴⁹。他方で、訴訟の中で法が継続形成し、それゆえ過
去の法はもはや現在の法ではないという経験に基づいている。

このような前提の下でのみ、法は、単なる個人または集団の人
的支配請求 (personliche Herrschaftsansprüche) の持続以上のも
のとなりうるというのである。⁵⁰

判決の構成要件が現実の、あるいは当事者たちによって観念
された事実関係としばしば一致しないという最初の考察は、た
しかに正しいが、しかし訴訟目的について何かを述べるのに適
切ではない。ただし、この帰結に到達する可能性のある証拠法
の規律は、訴訟法の構成部分であり、かくしてその内容によれ
ば訴訟目的によっても、条件づけられる。しかし、常に現実の
経過に合致しない事実関係に基づいて法が宣言されることが訴
訟の目的に対応しているとは、人はほとんどいうことはできな

いであろう。むしろ善き証拠法の傾向は、事実関係をできるだけ真実に忠実に再生する点にある。この証拠法の目的は、人が証拠法の規範を全体としての訴訟目的を決定するためにあわせて援用する場合にのみ基準となる。掲げられている証拠法の目的が達成されない可能性があり、そして「現実」にしばしば達成されないことは、訴訟目的を記述することによって意義を有しない。ただし、訴訟目的は、訴訟がどうかという「現実」の考察からではなくて、訴訟はどうあるべきかという考察から明らかになるからである。

54 もちろん判決は、証拠が訴訟法に沿って提出された場合にも、現実の事実関係に背馳しうる。証明の禁止は、事象の完全な説明を妨げる。しかしまた、そこから訴訟が捏造された事実関係の構成を狙っているということが引き出されるわけではない。むしろこの証拠禁止からは、真実に即した事象の再構成の追求が当事者または第三者の保護された利益に対立しうるのであり、立法者はこれらの利益を考慮するために真実の追求を後退させなければならないというのみが明らかになる。このことは立法者が原則的に真の事実関係の説明を欲していないということではなく、立法者自身は現実には即した事象の再構成に努めているにもかかわらず、個々の真実調査の障碍を甘受しなければならぬということの意味しているにすぎない。それゆえ、訴訟は、正しく確定された事実関係についての法を発見するという目的を是が非でも追求しているというのではない

ということ、しかしより高次の利益に反しない場合にはこの目標をいずれにせよ追い求めているということのみをいいうるにすぎない。

パヴロフスキーの目的決定が依拠する第二の考察は、訴訟の中で生じる法の継続的形成である。それがG V G 一三七条で上告審の任務として承認されているということは、それが訴訟目的の定義にとりわけ適していると思われる。ただし、正当にもパヴロフスキーは、法の継続的形成（法創造。Rechtsfortbildung）がそもそも裁判所に託されているとすれば、それは上告審のみの任務ではないことを強調しているからである。しかし、立法者がG V G 一三七条によって裁判所に期待した法の継続的形成は、全体としての訴訟の目的全体を決定するために十分な基礎をなしてはいない。きつと、いかにして法の継続的形成にも奉仕する手続が形成されるべきかについて熟考することは、意義深いことであろう。パヴロフスキーは、まさにこの観点の下で法的審尋請求権について価値ある新たな視点を開いた。しかし、訴訟を、ただ法の継続的形成という目的に対応するためにのみ形成しようとするのであれば、やはり一面的であろう。このことは、どこかのある裁判所によって下された判決すべてが法を継続的に形成するということを前提とすることになろう。実際、それが、その根拠を訴訟外の法の不特定性というテーゼの中にみるパヴロフスキーの見解なのである。彼はそのテーゼを深めるためにそれに合った人間像を提示し、

これを他の、訴訟を既存の実体法の適用と理解する通説に付与された人間像に對置する⁽³⁵⁾。しかし仮に通説が、「自然な人間」で何かうまくいっていないということを前提としていること、それが修正を必要としており、それゆえ権力主義的により高い目的に向けられなくてはならないということが正しいとしても、やはりこれとは別の、パヴロフスキーによって提示された人間像が訴訟という事柄により有益かどうかが問題となる。もし人間をその性質上善なるものとみ、あるいは少なくともその性質によれば正しく、すなわちここでは正しく行動しようとしているとみなすのであれば、訴訟にとつてはただちに、誰がその場合に当事者の一方または他方が法的に行動したのかを決定するのかが問題となる。訴訟法によれば、この判断が帰せられるのは裁判官である。もし裁判官に、当事者は本性上理性的であり法的に行動せんとする者であるとみなせと要求するならば、このことは、当事者がその「現実の」、すなわち理性的な法的意思に従って行動したとすればどう行動しなければならなかったか、を当事者に対して語るために、まさに裁判官がその理性と法把握を当事者に強制することを意味する以外の何物でもないことになる。しかし、この場合、裁判官が当事者に彼の見解をそれがその当事者たちの真の理性に合致するという理由で強制するならば、ちよつと權威主義的ではないかが問題になる。もしパヴロフスキーが当事者に、判決を当事者自身の法的意思に合致するものとして甘受し、法への一致としてたたえること

を期待しているというのであれば、あらゆる訴訟において少なくとも当事者のうちの一方は判決に満足していないという経験にかんがみると、それは夢想 (Utopie) である。しかし、それにもかかわらず判決を敗訴当事者の理性的意思に合致するものとい切るのであれば、それは強制された理性以外の何物でもない。これは、人が強制されたことを理性的だと考え、彼がその独自の前提によれば判決に示されたように行動しなければならなかったということによって、これが強制であることを失うわけではない。けだし、それによって人は、彼がそのようには行動せず、判決によつてはじめて正しい行動を続けられるに違いないということでは片付けられないからである。裁判官が敗訴者に、法律による裁判は、彼が理性的に望もうとしたに違いないことと合致するのだと述べることによって、敗訴者がより賢くなるわけでも、またより自由になるわけでも、また分別のあるものになるわけでもない。パヴロフスキーが⁽³⁶⁾、裁判官は彼自身の意思を持つてはならず、それゆえ彼ではなく、訴訟において発見された法が当事者を強制するのだといつてこれに對抗するとき、一体いかにしてこの法が裁判官による裁判とは別に発見されるのかが問われる。けだし、実体法は、パヴロフスキーによつて想定された不特定性の結果として、パヴロフスキーがいうように、過去の法は現在の法ではないので、裁判にとつて拘束力のある基準を与えるものではないからである。したがって、裁判官はその判決の中

で現在の法を定める。パウロフスキーは、この帰結を、訴訟の弁証法において何が合理的で、したがってまた個別事例に妥当する法であるのかが明らかになるというテーゼによって中和しようとして試みている。もし裁判官が、当事者を彼の法を追求し、法的に行動しようとする人間だとみるのであるならば、訴訟では陳述と反対陳述によって、議論と、将来に関する合致によって判断がなされるのであり、権力の行為によってなされるのではないことになろう。しかし、このことによって、私には、訴訟に過大な要求がなされ、理想化されているように思われる。それ自体によって法を作り出し、正しい結論を保障する手続は存在しえないように、訴訟はそれ自体から合理性を生み出すことはできない。

パウロフスキーは、その人間像を、陳述と反対陳述によって一致に至り、裁判官はこの弁証的な手続において純化された合理性として獲得されたもののみを宣言するという訴訟の見方に組み込むので、法律家にとっては、はたしてこのような訴訟の見方が現行法に合致しているかどうかが問題になる。パウロフスキーは自身で、訴訟の目的について決定するために法的基準が必要であるとさえ述べている。しかし、その場合に人は、訴訟の意義の解明には、そのような型にはまった人間像をいわずに完全に放棄すべきではないか。日常的な作業としての訴訟が哲学的昇華に値する余地がないからではなく、われわれは、訴訟において人間と関わるが、それは人間であるがゆえに皆がお

互い異なっているのである。そこには、人間の善と、その利益のみを求める悪があり、他方で、まずは常に正しく行動しようとする者がある。それらの者全てに訴訟は合わせなければならぬし、適合しなければならぬ。それゆえ訴訟目的を法的に

56
 推論することは、一定の人間像に対する信仰告白を取り込むことであってはならない。かくして、訴訟においては法が陳述と反対陳述、議論と一致によって確定されるかどうか、その中で当事者がその法的意思を妥当させようとする手続がそれ自体、法を生み出しうるのかどうかという問題が残されている。パウロフスキーは、この訴訟観のみが、何が今日法として妥当しているかの確認が裁判官による権威的なものに関連しないので、民主的な国家形態に適合するのだという。パウロフスキーは、訴訟当事者をあたかもその意見に民主的な決定が方向づけられてきた国民の代表だとみる。実際、もし裁判官が当事者間に何が今日法として妥当しているかを権威的に判断しようとした場合、それは民主的憲法体制への侵害となるかもしれない。しかし、こうした侵害は、民主主義原則が訴訟当事者の協同において若干示唆されているとみることによって緩和されるものではない。どこから訴訟当事者は、法の継続形成に協力するための民主的正当性を受け取るのか？民主主義は、人がその時々々の対立する利益を秩序だった手続の中に持ち込み、そしてこの手続が自動的に法を生み出し、これが係争人に一致をもたらすということを目指すことを意味しない。むしろ民主主義的国

家は、その機関と代表者が、その正統性を国民から取得し、自己に正統性を賦与した者に対して責任を負うということによって特徴づけられている。

制定された法は常に過去の法であるが、訴訟においては常に現在の法が確認されなければならないがゆえに訴訟前および訴訟外に実体法は存在しないということが正しいとすれば、訴訟における法の継続的形成は、したがって民主主義的には正統化しえないことになる。それは、立法院の立法と競合する法制定行為であるか。かくして訴訟の外に実体法は存在しないというパウロフスキーのテーゼは疑わしくなってくる。それは、法の継続的形成の誇張とGVG一三七条が裁判所に与える委託の過大評価に依拠する。憲法に適合した裁判官の任務は、争訟を司法の形式で確定された具体的事実関係への現行法の適用によって判断することである。その際に、裁判官は法律と法に拘束されている。そのことは、訴訟外には制定された実体法が存在するという前提が存在するが、その理由は、そうでなければ〔法が〕裁判官を拘束することは考えられないからだということが前提とされている。このわれわれの憲法がその基礎を置く法理解は、日常の経験の中でも確認される。多数の事件において、法上存在する請求権が履行されている。他者の所有権は尊重される。それによって、法秩序が訴訟なしにも作用している適法行為 (rechtmäßige Verhalten) は、関係人の意思の合致のみに依拠している。債務者は、債権者の意思に従おうとするか

らではなく、債権者の権利を承認し、尊重するから支払いをする。彼はその行態を法に適合させるのであって、他人の事実上の意思のみに適合させるのではない。⁶⁰一方の当事者に助言をし、または法的に正式な形成物を用いて将来を計画する者は、拘束力のない意見を知らせて意思の合致のみを得ようと尽力しているのではなく、既存の法を適用し、生活関係を現行法が提供している法的に正式な形成物を用いて整理しているのである。

しかし、法が裁判官に前もって与えられており、裁判官はこの法の適用を義務づけられているのであれば、われわれが法の継続的創造と呼んでいるのもまた現行法の適用である。たしかに、立法者は考へうる対立 (Konflikte) の全てをも経済的および社会的前提条件をも予見しうるものではないので、あらゆる法律は欠缺 (Lücken) を含んでいる。しかしこのことは、裁判所が既判力のある判断をしない限りこの欠缺には法はないということや、当該裁判の法はもはや将来の裁判には該当しないので、あらゆる裁判の後に新たな欠缺が生じることを意味しない。法律の解釈と適用は単なる法律の文言への事実関係の包摂を超えたもので、具体的な争訟や訴訟がなくとも〔法の〕欠缺は補充される。それゆえ法の継続的形成は裁判所の事柄にとどまらず、全ての、学問と実務において法律の解釈に努力する者の事柄である。この法律の欠缺をも充足する解釈は、法律家の技術的規律に基いて行われる。この規律は、法の継続的形成が法律と一致して行われることを保障する。法律家の技術的

規律は、それ自体現行法であり、裁判官を拘束する。それゆえ裁判官の宣告は、権威による絶対者の宣告ではないし、既存の支配権の要求 (Herrschaftsansprüche) の堅持でもない。ただし、裁判官は、彼が具体的な事件について変更された状況に対応して適用する法律の権威により裁判するからである。彼は国民の名において裁くが、それは彼がその正統性を民主的に決定された、彼が拘束されるところの法律から引き出すからであって、彼が当事者を疑似民主的な代表として審問したからではない。

このことは裁判官が当事者を法律問題について聴聞し、当事者と法的討論を行うということを排斥してはいない。それどころか裁判官はこの討論を極力推進した方がよいといえよう。ただし、勝訴したい当事者は、裁判官同様、法律の解釈と継続形成に取り組むからである。裁判官は、彼のみが法について熟考する資格を有し、そうすることができると考えるべきではない。全ての経験豊かな人は、法律の正しい適用はしばしばそのきっかけを当事者に対することによって発見したということを知っている。しかし、討論はそれ自体から依然として法を生み出すことはない。それはより良い議論による確信〔の獲得〕をねらっている。裁判官には、両者の議論を聴き、審理し、法的に正しい者に勝訴の裁判をする義務がある。

58 したがって、訴訟と実体法の統一は、訴訟外の実体権を全て否認することによって回復されるのではない。人が、訴訟がないものと考えた場合に実体法に欠けるものは、その存在ではな

くて、通例、権利を尊重しない、対立的な相手方に対する実体権行使の可能性である。ただし、人はほんの稀な場合にのみ、そのような相手方に対して権利を裁判所の助力なしに行使できにすぎないからである。たしかにある一定の形成権は、個人に独立した行使を許しているが、既に形成の効果、例えば解除 (告知) の効果は、裁判所の助力をもつてはじめて相手方の意思に反して貫徹されるにすぎない。ある権利が訴訟外では原則として相手方の意思に反して行使されえないということは、しかし、権利を否認することを正当化するものではない。それゆえ、訴訟が必要なのは、権利をそれによつてはじめて成立させるためにではなく、ある者に既存の権利が割り当てていることを享受するために必要なのである。

もし人が実体権を訴訟外にも存在するものとして前提とし、また、まさに民事訴訟の特性を顧慮するならば、主観的な私権の保護を訴訟の目的とみなすのは当然のことである。その場合、訴訟は明らかにこの権利の貫徹に奉仕する。この理解によつて、実体権との訴訟法の調和が最も容易に回復される。すなわち、主観的私権は訴訟の中で確証されなければならぬ。主観的権利を有する者が勝訴しなければならず、敗訴した場合には、実体権と一致しないことから判決は誤りである。

このことは一見すると非常にもつともなようにもみえるが、人が訴訟法の詳細について検討する場合には、やはりこの理解は疑わしい。ただし、その場合にわれわれは実体権が貫徹され

ない多数の事例を見いだすからである。⁽⁸²⁾原告が期日に欠席し欠席判決に対して適時に異議申立てをしなかった場合には、彼の実体権は既判力をもって剥奪され、それをそれゆえいかなる訴訟でもはや貫徹しえないので、原告はその実体権を実際上失うことになる。原告が請求を理由づける事実を適時に陳述せず、時機に後れた提出でもって却下される場合には、現実の実体法状況と合致しない判決が下される。被告が原告の主張を争い、原告が主張を証明できなければ、原告は、現実の、しかし証明できない事実関係によれば被告に対する実体的請求権を有しているにもかかわらず敗訴する。人が訴訟の目的を主観的私権の保護にみるならば、たった今述べた訴訟上の効果は、この目的と合致しないことになる。それは秩序構造の外にあり、明白に訴訟の一般的正義の原則 (allgemeine Gerechtigkeitsprinzip) と合致しない価値に依拠し、それゆえ過小評価の危険にとりわけさらされている。それは、法的安定性または訴訟の外面的秩序のために正義を排除する「単なる」形式的権利 (formelles Recht) といわれる。そのような考えに従う裁判官は、訴訟法の適用において不安になる。彼は、原状回復を許可することに寛大になり、そのことでもって実体権と、それと同時に真の正義を貫徹しようと試みる。彼は、法律が訴訟の促進のために提供している可能性をほとんど利用せず、一方当事者に重要かつ証明可能かもしれぬ陳述を排除することを嫌がるであろう。訴訟法の善い部分を、その独自の目的に違反するものとして描

くような訴訟理論は、裁判官にとってほとんど助けとなりえない。

特にこの理由から訴訟を他のやり方で実体法と結び付け、その目的を客観的法秩序の確証にみるものが繰り返し試みられてきた。⁽⁸³⁾それによれば、法秩序は、単なる実体法の形成とは異なる、訴訟の形成のための基準を含んでいる。それゆえ全ての主観的権利が全ての訴訟において保護を見いだすわけではない。権利保護は、客観的法秩序に合わせて、主観的私権に対して拒絶がなされうる。したがって、実体私法の評価の観点とは合致しない評価の観点が民事訴訟へ持ち込まれることになる。したがって、ゴールドシュミットの訴訟法的考察方法と同様に、この理論は実体私法から民事訴訟法を解放する。それは単に孤立した、あらゆる実体的価値から解放された訴訟法的考察方法で満足するのではなく、実体民法からの区別で亀裂の開いた価値の欠缺を公法的観点で補充する。しかし、それはその効力を訴訟の中に限定するので、実体私法には間接的に作用する。人は、スローガンのに民事訴訟法の独立による私法の社会化とその公法的価値による補充について論じうるかもしれない。たぶんわれわれの民法に欠けたものが、この展開を助長してきたの成は、われわれの民法が——BGB 二四二条を除外すると——債権者の権利行使に債務者の利益のために命じられる制約を定めていないという事実によって引き起こされているともいえる。

「権利保護の必要 (Rechtsschutzbedürfnis)」のキーワードの下に訴訟に持ち込まれた多くの事柄は、主観的権利の無制約の効力という理念への反作用であると理解されなくてはならないのかもしれない。それでも人は、訴訟法の独自性を要求し、訴訟の公的性格に基いて、実体私法を訴訟によって変更することでもって実体民事法の現実の、あるいは想定上の瑕疵を修正する場合に、それが正しい道であるのかどうかを問わなければならない。人はそのことで、実体私法を、外型的規範構成要素は保持しつつ、公法的観点という迂回路によって歪曲する危険を冒している。人が公法の他の領域、例えば行政またはさらには刑事訴訟または行政訴訟にもとづく検討を経ない価値を民事訴訟へ移植しようと欲するならば、公法には、あらゆる規律素材の特性にもかかわらず一般に通用性を要求しうるかのよくな統一性ドグマの基礎を有さないということ看過しているのではなからうか。公法においては、さまざまなその時々的事项領域に適合した価値が明らかにされなくてはならない⁽⁶⁰⁾という認識に鑑みると、包括的な民事訴訟法の公法的評価または事柄に即さない公法的価値観点の受容は、古臭くかつ危険な方法であるといえよう。⁽⁶¹⁾それは、ただ、公益という概念と実体民事法に対する訴訟法の独自性という言い逃れで訴訟法と実体法へのイデオロギー的侵入が隠蔽される結果に容易になりうるにすぎないともいえよう。「民族共同体」にとって必要な場合に、そしてその限度でのみ個人に対して権利保護を付与しようと欲し

たナチス的な訴訟イデオロギー⁽⁶²⁾は、われわれに警告として役立つであろう。

最後に、主観的な私権の保護を法秩序の保護⁽⁶³⁾あるいは法的平和の保持と結び付けようとする理論は、いつ一方または他方の目的に優位が与えられるのかについての情報を与える基準を見いだすのが困難な状態にある。もし人が実体的な法状況に矛盾する判決を命じる規律から、法的平和の保持という考えが手続の支配的目的⁽⁶⁴⁾をなしているという原則を引き出す場合、実体的法律問題に合致した裁判を命じる訴訟上の規律から主観的権利の保護の優位を理由づけるという反対の推論と同様に一面的である。リンメルスバッハー (Rimmelspacher)⁽⁶⁵⁾は、両方の目的の比較検討のためのガイドラインを示すことを試みた。それは、法的平和の保持に奉仕すべき訴訟は、それが法秩序の依拠する手段を保護する場合にはじめて、この目的を達成しようという考えによって規定されている。この手段が主観的私権であり、その保護が訴訟の現実の目的であるというのである。しかし、この保護は主観的私権にそれ自体のためではなく、訴訟の理念的目的である法的平和の保持のために与えられているという。したがって、法的平和は主観的私権の保護によって回復されるが、しかしこの保護はそれによって法的平和が危険にさらされない限度でのみ及ぶのだという。

この具体化も私には未だ十分ではないように思われる。法的平和という目的だけでは、訴訟がはじめから唯一の権利行使の

手段として考慮され、したがってそもそも法が訴訟上の保護なしに——自力救済によっても——保障されるべきでない諸事例を正当に評価していない。パウロフスキ⁶²は、それに適した説例を提供している。すなわち、無体財産権は自力救済という手段では貫徹されえないことが多いし、法律行為をなすことを求める請求もそうであるという。しかし、それを超えて法的平和という考え方は、主観的権利が訴訟において貫徹されない事例の全てについて利用するには容易ではない。すなわち、法的平和は実体的正当性を犠牲にしてまでも迅速な訴訟終了をも促進するのだろうか、「また」それは上告のための許可制限を正当化するのだろうか？

3 権利行使の手續としての訴訟

具体的な訴訟経過に可能な限り近い結論に到達するために、われわれは、何が訴訟の中で実体権に関して生じており、また生じうるのかを思い浮かべなくてはならない。原告は、被告に對してその主観的権利を貫徹しようとしている。被告はその権利または権利領域を原告の攻撃から守ろうとしている。双方は、その実体法状況の一定の観点から引き出される法的主張をしている。裁判所は、双方のいずれの言い分が正しいのかを確定すべきである。一方または他方の当事者の実体権が貫徹されるか否かは、単にそれが実際に存在するかどうかにかかっているだけではない。原告は、その訴えが不適法であり、それゆえにこ

の訴訟において彼に對する本案に對する権利保護が正当にも拒否されるという理由から、その権利追求に失敗する可能性がある。彼は、また、期日に欠席し、期間を遵守せず、重要な事実を沈黙し、証人を示さず、文書を提出しない等々の理由で敗訴する可能性がある。彼がもしそのような理由で彼の実体権それ自体は存在するにもかかわらず請求を棄却されるのであれば、判決の既判力をもって、彼の権利を貫徹する可能性を喪失する。権利は彼にとつて無価値であり、彼はそれをあきらめなければならぬ。実体的既判力説が認めているように、この権利は消滅するのか、あるいは、たしかに存在し続けているはいるが、しかし訴訟法上もはや存在すると確定されてはならないのかどうかは、この関連においてはいつでもよい。いずれにせよ、それは経済的に原告にとつては失われている。したがって、主観的権利は当然ながら貫徹していない。訴訟は彼の(「権利の」)貫徹に限界を設けている。このことは、当事者が彼の権利を処分するという限りにおいては、それを当事者が望んだのだということから説明されるかもしれない。すなわち、彼は、権利が存在し、あるいは債務を負っていないにもかかわらず欠席判決を甘受し、真実であると考える主張につき何ら証明しようとしせず、誤った判決に對して上訴を提起しようとしなかったのである。

この場合、相手方と合意して訴訟外で権利を放棄し、あるいは真の法状況を知っているにもかかわらず存在しない債務を承認するときに何ら異なることが訴訟で生じている。当事者は、

もはや彼の権利を貫徹することができないし、債務を否認することもできない。しかし訴訟法は、当事者が彼の訴訟上の可能性と資格を正しく利用しないときに、権利の貫徹と権利の防衛に限界を設定する。もしも当事者が、管轄権のない裁判所に訴えを提起した場合、彼はそこで権利保護を得ることはない。もし彼が不注意から期日に出頭しないのであれば、欠席判決が下される。彼が不注意で期間内に異議申立てをしなければ、欠席判決には既判力が発生する。もしわれわれが訴訟外の領域における類似物を問うとすれば、不適法な権利行使と権利失効という思想に思い至る。

それゆえ、ちょうど訴訟外で処分権限を有する者の意思によって権利が消滅する可能性があり、彼の不注意によって失効し、彼の権利行使の態様、または相手方の期待可能性の不存在によって権利の有効性が全体的に、また部分的にあるいは一時的に失われることがあるように、当事者自身が争おうとしない場合、訴訟上の権限を失効してしまう場合、あるいは相手方にとって法律上期待することができないような方法で訴訟を進行する場合には、訴訟内での権利の貫徹あるいは権利の防御は失敗してしまうことになる。それゆえわれわれは、訴訟は主観的権利を貫徹し、防衛するという目的を追求しているということとはできない。われわれはより適切にいうならば、訴訟において権利が行使されること、そしてそれが許されており、そして、われわれの訴訟法は、この権利行使にその効力において実

63

体法上の権利行使の制限に比肩しうる限界を設定しているのである。しかし、もしその効果が比較可能であり、したがってそれが比較可能な行為態様に還元されるのであれば、訴訟法の評価もまたこの訴訟外の権利行使のそれと一致するものでなければならぬ。一方当事者が手続形成によって他方の負担によって達成する利益は、公益の観点からは理由づけられない。それは、主観的私権に適合した評価に依拠したものでなければならぬ。したがって、われわれは訴訟を主観的私権の行使のための手続として、したがって私法上保護された利益を裁判所の面前で、そして裁判所の助力による手続とみるし、またこれに対応して訴訟法をこのような権利行使の秩序と制限としてみる。したがって、訴訟法は特別な(性質をもった)(Qualifiziert)権利行使という目的に奉仕する。この目的を満足するために、訴訟法は、その権利行使を主観的権利に適合したように、すなわち訴訟外の権利行使に一致する評価原理にしたがって、整理しなくてはならない。

権利行使の訴訟上の限界づけという概念には、個々の訴訟規範によってはじめて充足されなくてはならない留保が存在するので、この目的定式によって多くは達成されないと、異議は重要ではない。われわれの定式は、ただ実体権の貫徹についての適性が問題となるにすぎない訴訟規範の解釈を禁止するにすぎないという長所を提供する。それはまた、訴訟法と実体法を統一的価値に帰せしめるための道を開くことになる。最後に、

それは規範の内容を簡単に所与のものとして甘受することはしないので、個々の訴訟法規範の法批判的判斷およびその解釈の基準を与える。むしろそれは、個々の規範が、民事訴訟の対象に、したがって実体私法に適合した規律を有しているかどうかにしたがって評価し、解釈することを命じる。われわれの目的決定からは個々の訴訟の状況に特殊な評価が演繹されえないということ、短所などではなくて、われわれが目的設定に与えた任務に対応している。それは、訴訟法の目的関連を説明し、個々のケースにとつて決定的な評価のファクターへと導くはずである⁶⁴。

人は、訴訟が司法機関の面前での権利行使に奉仕するというテーゼに対して、それは訴訟目的の問題に十分に答えていないとの異議を唱えるであろう。たしかに権利行使がいかなる目的に役立つのか、権利主体の実体的または観念的利益を満足するのか、それともその中で客観法を確証するのかをさらに尋ねることはできよう。しかし、この問いは、訴訟の目的を越えることになり、主観的な私権とその訴訟外での権利行使を共に取り込んで問うている。人がそれを訴訟目的のみの関連で(問題を)立てようとするのであれば、再び民事訴訟が実体法から孤立することになるといふ危険に直面するであろう。ただ民事訴訟の目的のみを問うのであれば、したがって権利行使の目的を問うことは不適當である。それについての、同時に実体民事法の目的をも決定しないような言明は全て、民事訴訟と実体民

64 事法の関係を誤らせるに違いない。それゆえ訴訟と実体法の間の相互関係に捧げられ、両者の共通の目的を問題としないわれわれの研究にとつて、民事訴訟は権利行使のための手続を提供している、したがってその目的は権利行使であるという回答で満足しなければならない。

4 さらなる研究のための帰結

訴訟を権利行使のための手段として特徴づけることは、実体私法上の価値を訴訟規範の解釈のために利用可能にし、等しく実体法と訴訟法に共に適した価値を明らかにし、かくして民事訴訟を私法秩序の中に有意義に接合することを許容することになる。このことは、一九世紀への後退を意味するものではなく、自由主義的な訴訟観念として理解されるべきものでもない。われわれがまず第一に、訴訟の実体私法的な基礎を問う場合に、このことは司法に対する公益を否定したり、あるいは司法機関の公法上の義務を無視し、あるいは全く当事者と裁判所の間の法律関係を私法的に把握するという目的で行われているのではない。それはむしろ、両当事者が民事訴訟においても私権の主体として対立し、その私的法律関係をめぐって争い、それゆえにその権利の訴訟上の帰趨もまた私法的に動機づけられなければならないということを明らかにするべきものにすぎない。相手方または公的な司法の利益を考慮すると不適當であると考えられる訴訟上の行態は、実体法上その対応物を不適當な権利行

使の中に見いだす。われわれは実体法中で確立された権利行使の制約を、私法上の規律だと理解している。しかし、このことはそれが相手方の利益のためにのみ立てられているということの意味するものではない。公共の利益は、ここではそれが実体私法上相当である場合に、その限りにおいて、同じく顧慮される。したがって、自力救済の限界は、実力行使から保護されるという相手方の必要性からではなく、法的平和に対する公共の利益からも明らかになる。BGB二四二条から不適法な権利行使について展開された規律は、そもそもBGB二四二条が、われわれの法秩序および社会秩序の基本原理を、それが私法の形成にとつて重要である限りにおいて、実体私法の中に取り込むという任務をも果たしたように、少なくとも部分的には正直な、公共の確信に対応した行動様式をとることの要求に基づいている。それゆえ、われわれにとつて、一面的な自由主義的な訴訟法が問題となつていゝるのではなく、その時々^のわれわれの実体私法の状況に合致した訴訟法が問題となつていゝるのである。われわれはわれわれの実体権が訴訟法の迂回路で歪曲され、実体法上の諸問題が手続法的にのみ取り扱われることを阻止すること、そして同時に、あらゆる実体権の継続形成もまた適切な訴訟法上の帰結によつて引き出されるということ^をを担保することを欲している。

もし以下において実体法との訴訟法の結び付きを明らかにする試みが企てられるべきであるとするならば、このことは、た

65 だ個別事例に即してのみ行われうるにすぎない。訴訟法全体をこの観点から再検討することはこの叙述の任務たりえない。それは刺激を与え、原則を説明するにとどまることになる。このことから、多かれ少なかれ恣意的な事例の選択と限定が説明される。

註

(訳注17) ZPO七〇八条(担保を付さない仮執行宣言)「以下^のものには担保を付さず^に仮執行宣言をする。

- 一 請求認諾又は放棄に基づいてなされる判決
- 二 欠席判決及び訴訟の現状に基づき欠席した当事者に対する第三三一条による判決
- 三 第三四一条により異議を不適法とした判決、(以下略)。

また、ZPO三四一条は以下の通り。「(1) 裁判所は、職権で、異議自体が承認されるか、それが法律の定める形式及び期間を遵守しているかを審査しなければならない。これらの要件の一つが欠けていれれば、異議は不適法として却下されなければならない。(2) 判決は、口頭弁論を経ずになすことができる。」

欠席判決に対して欠席者には異議(Einspruch)の申立てができるが、これは判決の確定を遮断するにすぎず、事件は上訴審に移審しない。なお、わが国でも明治民法に

は欠席判決の制度があったが、そのころは欠席判決に対する救済は「故障ノ申立」と称された。これらのごとき(河野(五)前掲書四二〇頁注四参照)。

- (一) *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁷, S. 311 ff.; 訴訟法の目的論的解釈のごときは *Hegler*, Zum Aufbau der Systematik des Zivilprozessrechts in: Festgabe für Heck, Rümelin und Schmidt (1931), S.232 ff. べ、これら S.233 Anm.1 に古い文献からの論証がある。よんじ、*Baumgärtel*, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S.92 ff.; *Fenn*, Die Anschlußbeschwerde im Zivilprozeß und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (1961), S. 146 ff.; *Gaul*, Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe (1956), S. 45 ff.; *F. Weber*, Zur Methodik des Prozeßrechts, Studium Generale 1960, 183 ff. (192); *A. Blomeyer*, Zivilprozessrecht, § 2 IV 2. S. 12; *Gaul*, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168, 27 ff.
- (二) べんれんごのち、LG Berlin NJW 1961, 226; OLG Stuttgart NJW 1966, 1520; *Golzen* NJW 1954, 948; *Kretschmer* NJW 1962, 1283; *Münzberg*, Die Wirkungen des Einspruchs im Versäumnisverfahren (1959), S. 133 ff.; *Rosenberg*, Lehrbuch⁸, § 106 VI 2 c β S. 518; *Taeger* NJW 1966, 584; *Wiczorek* § 343 Anm. A I a 2; それらに反対するごは、KG JW 1930, 168; *Baumbach-Lauterbach*²⁹ § 343 Anm. 1 B; *Baumgärtel* AcP 159,

376; *Furrner* NJW 1962, 1283, 1900 ff., 1966, 1495; *Münzel* NJW 1954, 1434; *Stein-Jonas Schönke-Pohle*¹⁸ § 343 Anm. 1; *Thomas-Putzo*³ § 343 Anm. 2 c.

- (三) べんれんごのち、*Kretschmer* NJW 1962, 1284. (訳注 18) ZPO 三四三条〔異議後の裁判〕「新たな弁論に基づいて下されるべき裁判が、欠席判決に含まれる裁判と一致する場合、この〔欠席〕裁判が維持されることを宣告しなければならぬ。この要件に該当しない場合、欠席判決は新たな判決におおつ取り消される。」

(4) *Münzberg*, a.a.O., S. 141 ff.; 異なるごは、*Golzen* NJW 1954, 948.

(5) *Furrner* NJW 1962, 1901.

(6) *Baumbach-Lauterbach*²⁹ § 344 Anm. 1, 後記 111 頁もみよ。(訳注 19) ZPO 七一十九条は、仮執行宣言付判決に対する上訴及び異議の場合の強制執行の一時停止に関する規定。ZPO 七〇七条は、強制執行の一時停止に関する一般規定。

(7) 後記 111 頁をみよ。

(8) べんれんごのち、*Taeger* NJW 1966, 585.

(9) べんれんごのち、*Münzberg*, a.a.O., S. 151, 160. べんれんごは、いずれにせよ一九二四年改正以来妥当しなごのであり、以前は第二の欠席判決が担保提供なしに仮執行宣言をされたのに対して、それは最初の欠席判決について ZPO 七〇八条三号の効果を認めた。

(訳注20) ZPO七一二条の誤り。

ZPO七一二条(債務者の保護申立て)「(1) 執行が債務者に回復したい不利益を及ぼす可能性がある場合、裁判所は債務者に対して、申立てにより、担保提供又は供託により、債権者の担保提供を顧慮することなく執行を中止することを許容する。第七〇九条第二文は、第七〇九条第一項の場合に準用される。債務者がそのような状態にない場合には、判決は、仮執行しえない旨宣言するか又は執行は、第七二〇a条第一項、第二項に示された基準に限定される。」

(2) 債務者の申立ては、債権者の優越する利益がこれに対抗する場合には認められない。第七〇八条の場合、裁判所は、判決が担保を提供した場合にのみ仮に執行することがである旨を命じる。」

(10) LG Berlin NJW 1961, 226; OLG Stuttgart NJW 1966, 1520;

Kratschmer NJW 1962, 1284; *Minzberg*, a.a.O., S. 161.

(11) いう述べるのは *Minzberg*, a.a.O., S. 152, 158, 160.

(12) 異なるのは *Minzberg*, a.a.O., S. 152, 162.

(訳注21) ZPO七一二条〔取り消された判決又は変更された判決の効力〕「(2) 仮執行宣言が付された判決が取り消された場合又は変更された場合……」

(13) KG JW 1930, 168. 債権者が、できる限り長い間、担保提供なしに執行可能性を利用するために、訴訟を引き延ば

す利益を持つかもしれないという点(*Minzberg*, a.a.O., S. 163, 155 Anm. 339 参照)は、欠席者が甘受しなければならぬ帰結である。執行法上の観点からは、債務者は欠席判決によって攻撃者になる。それゆえ彼は攻撃された者が引き延ばしの利益を持ちうるという訴訟にとって典型的なリスクを引き受ける。

(14) *Wahrheitspflicht*, S. 171 Anm. 13; *Goldschmidt* (Prozess als Rechtslage, S. 187 ff.) の「形而上学的訴訟概念」に対する攻撃もこれに類似。

(15) いう述べるのは *F.v. Hippel*, *Wahrheitspflicht*, S. 171 Anm. 13.

(16) *F.v. Hippel*, a.a.O.

(17) フリッツ・フォン・ヒッペルも真実義務の内容と範囲を訴訟の目的を顧慮することなく決定している。したがって、彼は、法秩序の保持に配慮すべき任務を裁判官に割り当てている(a.a.O., S. 155)。手続は「正しい実体法の保持と貫徹のための……場所である」という(a.a.O., S. 332)。フォン・ヨッセルは、仮想訴訟(*Scheimprozess*)を「それにそのような権利保護に明白には属しない関係についての訴訟上の権利保護の濫用的主張とみなしている。しかし、濫用的な主張は目的に違背した利用であり、訴訟の目的決定を前提としている。それゆえフォン・ヒッペル(a.a.O., S. 155 Note 9)も、真実義務が訴訟の目的と合

ならならぬはなかさうか。

- (41) *Sauer, a. a. O.* (N. 31), S. 19, 233.
- (42) *Sauer, a. a. O.* (N. 31), S. 249 f.
- (43) *Sauer, a. a. O.* (N. 31), S. 7.
- (44) *Sauer, a. a. O.* (N. 31), S. 19, 233.
- (45) *Sauer, a. a. O.* (N. 31), S. 7.
- (46) 前記の頁。
- (47) Z郑 80, S. 345 ff. (368).
- (48) *Pawłowski Z郑 80, 345 ff.* (368).
- (49) A. a. O., S. 361, 369.
- (50) *Pawłowski, a. a. O.* S. 363. *1919 年 Binder, Prozeß und Recht* (1927) *はやくち Bilow, Gesetz und Richteramt* (1885) に対する類似がはやくちりたせ。
- (51) *Pawłowski, a. a. O.* S. 364 f., 368 Note 102. 同様に既に *Binder, Prozeß und Recht* (1927), S. 165 f.
- (52) *Pawłowski, a. a. O.* S. 365 ff., ARSP 50, 515 ff. (訳注 22) GVG 旧 一三七条。GVG は 一九七五年に全面改正された。それ以前の、一九五〇年制定の GVG 一三七条は、連邦通常裁判所 (BGH) の拡大部 (Große Senate; 各八人で構成、なお一般の部 [Senat] は五人で構成) による事件判断について、次のように定めていた。「事件が係属する部の意見によれば、法の継続的形成又は判例の統一の確保に不可欠の場合には、当該基本的意義を有する問題

において、拡大部の判断を求めることができる。」と。この規定は、一九七五年法においては拡大部に関する一三二条四項に定められている。なお、BGH は現在、民事部一二、刑事部五、民事拡大部一、刑事拡大部一、民刑事部連合部一、カルテル事件部一、州の裁判官服務事件部一、公証入部一、経済事件審査部一、税理士等に関する部一、農業事件部一よりなる。

- (53) *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen* (1966), S. 285, Z郑 80, 358.
- (54) Z郑 80, 388 f.
- (55) *Pawłowski, Z郑 80, 371 ff.*
- (56) *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen* (1966), S. 285.
- (57) *Pawłowski, Z郑 80, 388.*
- (58) Z郑 80, 375 f.
- (59) Z郑 80, 383.
- (60) *Lorenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* (1967), § 10 III S. 127 Note 3.
- (61) *Wach, Handbuch I, § 1 III 1 S. 6, § 9 II S. 115; Helwig, Lehbuch I, § 1 I S. 2; Baumbach-Lauterbach²⁹ I C vor § 300; Baur, Riechermacht und Formalsinn im Verfahrensrecht in: summa ius, summa iuris, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 9, S. 97 ff. (98, 103 f.); Gaul, Die*

- Grundlagen des Wideraufnahmerechts (1956), S. 45 ff.; *Grunsky* ZJP 76/49 ff. (56); *Niese*, Doppelfunktionelle Prozesshandlungen (1950), S. 31; *Pohle*, Festschrift für Lemm, S. 197; Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages 1962, Bd. 1 (Gutachten), 3. Teil Heft B. S. 10; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*⁹ Einl. C; Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, hergeg. v. Bundesjustizministerium (1961), S. 167. オランダのGaul AcP 168, 377参照。
- (62) *F. v. Hippel*, Wahrheitspflicht, S. 171, N. 13; オランダのSax ZJP 67, 27 ff. 参照。
- (63) *Baur* ZJP 66, 209 ff.; (210); *Riedel* DRiZ 1952, 113; *Staud* DJ 1938, 373 参照。
- (64) *De Boor*, Die Auflockerung des Zivilprozesses (1939), S. 35; *Schönke* AcP 150, 216 ff., Rechtsschutzbedürfnis, S. 11 ff.; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*⁸ Einl. C; オランダのPawlowski ZJP 80, 345 ff. 44-46 号 Rimmelspacher, Zur Prüfung von Amts wegen (1966), S. 10 ff. による学説状況の叙述も参照。
- (65) *Badura*, Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat, Recht und Staat, Heft 328 (1966) S. 22 ff.
- (66) *Henckel*, Vom Gerechtigkeitwert verfahrensrechtlicher Normen (1966), S. 17 ff. 参照。
- (67) *De Boor*, Die Auflockerung des Zivilprozesses (1939), S. 35 による「国家社会主義的民事訴訟」の目的の叙述も参照。
- すなわち、「われわれは訴訟を民族共同体に対する職務、法秩序の保護という意味における司法とみる。……われわれはもはやそれを第一次的にはなく、第二次的に、すなわちこの権利保護が民族共同体にとって必要である限りで、個人にわたっての権利保護の制度であるとする」。
- (68) 最新 オランダのRimmelspacher, Zur Prüfung von Amts wegen (1966), S. 19 ff. (補註86)
- (69) *Gaul* AcP 168, 467.
- (70) *Degenkolb*, Beiträge zum Zivilprozess (1905), S. 26, AcP 103, 411.
- (71) A. a. O., S. 23.
- (72) ZJP 80, 390.
- (73) 同 オランダのNeuner, Privatrecht und Prozeßrecht (1925), S. 172.
- (74) *F. v. Hippel*, Wahrheitspflicht, S. 171-173; ZJP 65, 425 (432 f.) オランダのGaul, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168, 27 ff. (62) 参照。
- (訳注23) BGB二四二条は「債権者は、給付を信義誠実が取引倫理を考慮して要求する如くに行う義務を負う。」と定める。従来学説は、①現存する契約上の義務を補充する機能、②権利行使を制限する機能(濫用的権利行使の禁止、矛盾拳動の禁止)「その下位事例として権利失効」、③権利修正機能の三類型を發展させてきた。なお、二〇〇一年債務法改正法は、信義則の機能類型のうち、権利修正機能を

B G B 三一三条（行為基礎の消滅）で明文化した。ここでは特に②が問題とされる。