

ヴォルフラム・ヘンケル『訴訟法と実体法』(三)

河野正憲 Ⅱ 河野憲一郎 共訳

65

Ⅱ 当事者行為の有効要件

1 有効な当事者行為の人的要件

訴訟における有効な行為の人的要件は、ZPOにおいては実体法に緊密に依存して定式化されている。「すなわち」権利能力を有する者は当事者能力を有する(ZPO五〇条一項)。「裁判所において行為をする当事者の能力……は、民法の規定により定まる」(ZPO五一一条)。「人は、契約により義務を負担することができる範囲において訴訟能力を有する」(ZPO五二条)。しかし、われわれは逸脱を見出す。すなわち、権利能力のない社団もまた、訴えられる場合には当事者能力を有する(ZPO五〇条二項<sup>第2項</sup>)。制限行為能力者は、法定代理人の同意によって実体法上有効に義務を負担しうるにもかかわらず、この

者が同意した場合であっても訴訟能力を持たない。

しかし、この訴訟上の要件の独自性から訴訟法の独立性をも引き出すことは、早計ではないだろうか。まずは実体的要件の根底にある価値評価がまさにこの逸脱を要求していないのかどうかを問うべきである。

a) 当事者能力

もし訴訟において当事者の義務と当事者の権利とが存在しないということから出発したとするならば、権利能力を有する者が当事者能力を有するということは必然的ではないように思われる。訴訟的考察方法は、訴訟を実体法から孤立させようとするので、ZPO五〇条を説明することはできない。この孤立化

を架橋する諸規定は、それにとつては異物であるとみられるに  
 違いない。もしも当事者が訴訟において何らの権利を有しない  
 のであれば、なぜ訴訟が権利能力を前提としているのかよく理  
 解し得ないに違いない。しかし、ZPO五〇条は、訴訟的考察  
 方法が訴訟法を把握するのに十分ではないことを示して  
 いる。人が、訴訟それ自体を越える効果を考慮した場合に初め  
 て、ZPO五〇条の意義がよく理解されるようになる。

66  
 給付判決は、債権者の満足という結果に導くべき強制執行の  
 基礎である。それゆえに、それは、実体法によればそれを持ち  
 うる者にのみ請求権を言い渡すことを可能にしている。確定さ  
 れた請求権は債務者に向けられており、給付判決は、債務者の  
 給付への義務付けを宣告している。それゆえに、それは実体法  
 によれば債務者たりうる者、したがって権利能力を有するもの  
 に対してのみ下されうる。<sup>(55)</sup> このことは原則として金銭給付請求  
 の場合にも妥当する。たしかにここでは、執行は債務を負った  
 給付行為を強要してはいない。それは責任 (Haftung) を実現  
 するのみである。どの財産が責任を負っているのかという問題  
 は、しかし、債務者の財産が強制執行に委ねられているという  
 ことで答えられる。したがって、責任を負った財産 (の処分)

は、原則として、この財産の権利主体である者によって決定さ  
 れ、例外的場合においては、他人 (Rechtsfremde) として特別  
 財産 (Sondervermögen) を処分しうる者によることになる。し  
 たがって、管理者たる遺言執行者に対する (債務) 名義は、遺

産への強制執行を開始するのである。しかし、財産管理人たり  
 うるのは、権利能力を有する者に限られている。

確認判決は、原則として実体的法律関係を確認する。これは  
 人と人の間のみ存在しうるにすぎない。たとえ権利者または  
 義務者とは異なる者が確認訴訟を進行することを許された  
 としても、彼は、やはりその有する実体的利益の主体でなけれ  
 ばならない。しかし、かかる者として、彼は権利能力を有して  
 いなければならぬ。ただし、実体法上も法秩序によつて人と  
 して認められた者のみが自己の利益それ自体を主張することが  
 許されるからである。

同様のことが形成判決についても妥当する。形成判決の対象  
 として実体的形成権をみる者は、既にそれゆえに当事者に権利  
 能力を前提としなければならぬ。これに対して、そのような  
 権利を否定し、提訴権 (Klagebefugnis) を形成の利益、場合に  
 よつては形成されるべき法律関係についての処分権を前提とし  
 た形成の利益に結び付ける者は、この利益の主張を権利能力者  
 のみに認めることができる。

これら全てのごときは、ZPO五〇条二項の例外が実体的考慮  
 からは説明されえないということを示唆しているように見え  
 る。それでも見かけはあてにならない。登記のない社団の差別  
 は、立法者がこの社団に権利能力を与えないという、彼の追求  
 した目的であった。この目的は、人が登記のない社団に法律行  
 為による取引への参加を困難にさせる場合に達成される。その

67

限りにおいて、権利能力を与えないことは一つの意味を持つ。同様のことは、立法者が、権利能力が欠缺していることの結果として意図した構成員の連帯債務的な責任についてもいえる。この帰結は、もちろん判例によって克服されたが、それは、しかし、ここでは触れずにおくことができる。不法行為の領域に關しては、BGB五四条が民法上の組合に關する諸規定の参照を指示していることが、ここでもまた構成員が連帯債務的に責任を負うとされる限りでは不利に作用するかもしれない。これに對して、民法上の組合の法を参照することによるBGB三一条の排除は、全く有利に働く可能性があつた。すなわち、構成員はBGB八三一条<sup>(民法)</sup>によつて免責されるからである。それゆゑ通説は、正當にもBGB三一条を権利能力のない社団に類推適用する。社団財産への責任の限定もまたそれと結び付けられなくてはならないかどうかは、ここでは言及を留保しうるであらう。それはいづれにしろ別の観点から説明されなくてはならない。

したがつて、既に実体法は、権利能力のない社団を民法上の組合と等置することは、権利能力のない社団が権利能力のある社団よりもそれでもつてより悪い状態に置かれる限りでは、立法者の目的に合致するということを示している。まさにこの観点は、ZPO五〇条二項にとつても決定的である。もし人が被告としての権利能力のない社団を、訴訟において民法上の組合と同様に取り扱おうとするのであれば、それは、当該社団をで

はなく、社団財産が責任を負うはずの債権者を不利益に扱うことにならう。ZPO七三六条は「執行」名義を全ての合有(合手)権者(Gesamthänder)に對して求めているので、その差押えはまるで排除されたも同様にならう。それでは権利能力のない社団の財産は、権利能力のある社団の財産に對して優遇されてしまふことにならう。この目的に反する効力を排除するために、ZPO七三五条によれば、権利能力のない社団に對する(執行)名義は、その構成員の総有(合手)財産への強制執行を開始し、したがつて、ZPO五〇条二項は、そのような執行名義を訴訟で獲得する可能性を付与している。

したがつて、ZPO五〇条は、その二つの項において、BGB五四条の価値評価の考え方(Wertungsdanken)を首尾一貫して進めている。したがつて、ZPO五〇条の解釈もまた、BGB五四条の法創造に従わなければならない。もし判例と学説が権利能力のない社団に氏名権と人格権とを権利能力のある社団と同じ程度に付与する、したがつてその限度で登記のない社団の権利主体たるべき能力を承認するのであれば、それはZPO五〇条の解釈に際しても顧慮されなくてはならない。判例が長いこと、権利能力のない社団がその氏名権を争っている場合に、それが能動的当事者能力を持つとみなすのを躊躇し、その結果、とりあえずは授權または任意的訴訟担当という不適切な手段<sup>(2)</sup>でもつてのいできたことは、訴訟法と実体法の関連の誤解に關連している。その限りで当事者能力を肯定するBGBHの

裁判は、権利能力と当事者能力の間の正しい関係を回復させている。

b) 訴訟能力

訴訟能力は、ZPO五四条一項によれば、行為能力を前提としている。制限行為能力は十分ではない。この行為能力との結合は、訴訟における権利行使の特殊性から明らかになる。BG Bにおいて規律されているように、訴訟外での権利行使は、例えば自己の形成権の行使としての告知 (Kündigung) の)とく

例外的に法律行為による行為を要求することをしない限りは、行為能力を前提とはしていない。したがって、自力救済は責任無能力者にも許される。自力救済行為は権利主体を権利喪失の危険にはさらさないで、行為無能力者の保護は、この者に自力救済権の行使を拒絶していない。行為無能力者は、この者と並んで法定代理人にも自力救済権の行使を許せば十分に保護される。

訴訟における権利行使は、権利主体がその者に不利な判決によってその権利をいずれにせよ事実上失う可能性があるということによって、自力救済から区別される。不十分な訴訟外での自力救済行為が、最悪の場合、権利の実現を挫折させるのに対して、拙く追行され、かつ敗訴した訴訟は、権利主体から後にまだこの権利に依拠するあらゆる可能性を奪う。しかし、民事訴訟の結果は、著しい範囲において当事者の行態により左右さ

れる。もしこの行態が権利の喪失を帰結しうるのであれば、行為無能力者と制限行為能力者の保護は、この者をそのような危険のある行態から引き離し、またはその行態から不利益な訴訟上の効果を奪うことを必要とする。

訴訟行為と不作為による行為は、行為者がそのように意図したという理由で、敗訴へ導きうる。原告が主張していた請求を放棄し、または判決が不当であることを知って上訴を放棄する場合、この者はその権利を犠牲にするのである。被告が請求を認諾し、確認された請求権が存在しないということを知っているにもかかわらず、上訴を放棄するならば、この者は権利の防衛を断念し、かつ、これによって彼の財産の対象を債権者の攻撃の犠牲にすることになる。原告が意図的に期日に出頭しない場合、彼の訴えは棄却され、その結果、彼のあるいは存在するかもしれない権利は失われることになる。意図的に出頭しない被告は、原告の主張に対する防御を放棄し、それによって原告の攻撃を防ぐ権利を失う。これら全ての行為および不作為は、法律行為による処分等しい「結果」に至る。それゆえ、それは、当事者が行為能力を有する場合にはじめてこの結果を生じさせるという実体法の価値に適合し、かつ対応している。

しかし、訴訟行為または不作為による行為は、不注意または予見の欠かからも敗訴に至る可能性がある。請求の放棄・認諾、上訴の放棄および自白は、ただちに敗訴または相手方の主張が正当であるという誤った見解のもとで陳述される可能性があるが

69

る。この種の行態は、ただちには法律行為による処分とは等置されえない。ただし、承認された法律状態を変更する意思を欠いているからである。しかし、訴訟能力を有する当事者は、この者が拘束力を持って、権利行使から最終的に距離を置く陳述をしたがゆえに、その行為に拘束される。その権利の防衛のためにこれを行使しなければならなかった状況において、そのような陳述をなす者は、実体的価値評価によってもまたその権利を失う。矛盾拳動禁止の原則に対する類似性が存在する。この実体法から引き出された権利濫用の構成要件は、放棄が権利の認識を前提とするが、これに対して矛盾拳動禁止の法律効果はこの認識なしに発生することによって、放棄とはまさに区別される。<sup>82</sup> 権利者がある権利を、それが存在しないとみなしているためにもはや行使しないということが判明する事実上の通知および推断的な行為態様は、相手方に、この行態がその裁判にとって重要な状況の中で知られたものであり、この者がそれに基づいて準備をする場合に保護されることへの信頼を理由づける。<sup>83</sup> しかし、実体法によれば、作出された構成要件への信頼は、人が権利者にその行態を帰責しうる場合、すなわち、権利者が行為能力を有する場合にはじめて保護される。その限度でもまた、実体法上の価値と訴訟上の価値は一致する。

意図せざる欠席や時機に後れたことは、敗訴、およびそれに伴って事実上の権利喪失という結果になる可能性がある。過つて期日に出頭せず、陳述期間または上訴期間を徒過し、訴訟上

重要な事実を適時に提出しない者は、訴訟上の不利益を課される。人はこれを刑罰と理解すべきではあるまい。ただし、訴訟上の不利益は、国家の司法機関に対する不服従の効果ではないからである。稀有な事例においてのみ、民事の裁判官は服従を強制し、不服従を罰することを指示されているにすぎない。通常、一方当事者の消極性または不注意は、権利喪失に至るまでのさらなる権利行使についての不利益を課すことで十分である。しかし、この不利益は刑罰ではない。ただし、刑罰という考えは、付与された不利益の範囲で訴訟の相手方に利益をうむことを正当化しえないからである。この不利益の実体的基礎は、むしろ権利失効(Verfall)という考えである。「権利失効は、不誠実に遅延した権利行使による権利濫用である」。<sup>84</sup> 相手方が、権利行使をもちや計算に入れる必要がないと手はずを整えてよい場合には、時機後れ(「権利行使」)は不誠実である。<sup>85</sup> 実体法においては、この要件の具体的形成は困難をもたらすが、訴訟の特別な状況は、その限りではあまり問題を提示することはない。訴訟の進展の中では、相手方が特定の権利行使をすることを当てにし、かつ当てにすることが許される一定の段階が存在する。訴訟を開始する者または訴訟へ引き込まれる者は、ここにかつ今、その者の権利を追求し、または防衛しなければならぬ。そこから、訴訟以外に典型的な権利行使の状況はなく、むしろ特別な状況のみが、なされなかった権利行使への信頼の保護を正当化するにすぎないのだから、実体法がその権利失効

70

の理論において欠いているに違いない、訴訟上の権利行使のための短期の厳格な期間が説明される。

したがって、われわれは、意図的でない欠席または時機後れの訴訟上の結果を、具体的に示された権利失効だと理解する。しかし、実体法上は、権利失効の効果は、権利主体が作り出した信頼の構成要件がこの者にも帰責されうる場合にはじめて発生する。この要件は、実体法においては一般には問題がない。ただし、不作為の帰責が問題だからである。行為無能力者の法定代理人は、行為することができず、かつしなければならなかったはずだから、それは通常は行為無能力者にも負わされる。法定代理人の不作為は、本人に帰責されることになる。しかし、行為無能力者が法定代理人を持たない場合には、他の者がさらなる権利の不行使を信頼した場合にも、行為無能力者には権利行使をしなかったことは帰責されえない。ただし、かかる信頼は、それが帰責可能な形で生じた場合にはじめて保護されるからである。相手方が、権利者は行為無能力であり、代理人がついていないということを知っていたかどうかは、どうでもよい。また、その限りにおいて、訴訟法的評価と実体法的価値は連関している。行為無能力者の欠席と遅延は、この者が法律の規定によって代理されていない場合には、この者には帰責されない。瑕疵が訴訟上発見されないままでは、瑕疵は、無効の訴え (Nichtigkeitsklage) をもって主張されうる (ZPO 五七九条四号)。これに対して、ZPO 五八六条三項の期

間の懈怠は、この期間が法定代理人が存在する場合にはじめて進行するので、行為無能力者に帰責されうる。

かくてZPO 五二条一項という訴訟上の規定が実体的評価の首尾一貫した帰結だと説明されるのであれば、このことはまた、行為能力において制限された者は、法定代理人が同意し、または当該取引がこの者に法的利益のみをもたらす場合には、実体法により法律行為をなしうるにもかかわらず、この者が全く訴訟無能力である限りでこのことが妥当することになるのだろうか。もしもここで訴訟法と実体法との間の架橋できない矛盾を認めることに満足しようとするのであれば、この逸脱は、実体的評価原理の適切な帰結だと説明されなくてはならない。

71 訴訟行為は、圧倒的に、一方的な受け取りを要する陳述 (einseitige empfangsbedürftige Erklärungen) である。もし訴訟行為が制限行為能力者によってなされるならば、たとえ法定代理人の同意をもってなされても、それは無効である。しかし、それは同意によって有効になりうる (ZPO 五七九条四号類推)。しかし、もし訴訟がまだ終了していないのであれば、この同意は法定代理人がさらなる訴訟追行を引き受けているということ为前提とする。

これに対して、それに対応する法律行為による表示は、それが制限行為能力者に単に法的利益をもたらすにすぎない場合、あるいは法定代理人が同意する場合には有効である。しかし、ここでは同意はこの無効を除去することができない。その同意

は、場合によっては新たにされたものとして解釈され直される。

個々の訴訟行為は、手続において一時的な状況を作り出すにすぎない。それは裁判の準備に奉仕する。それゆえ実体法の訴訟行為の効果に比較できるのは、訴訟の最終結論、すなわち裁判所の裁判のみである。個々の訴訟行為の主観的要件は、これら個々の行為が訴訟の結末にとって重要でありえ、法律行為的な効果に比較可能な判決という結果の直接の原因となるがゆえに、実体法に向けられるにすぎない。しかし、個々の訴訟行為はそれ自体でこの効果を依然自ら生じさせることができるのではなくて、判決を介してはじめて受け取るが、判決は、通例個々の訴訟行為にではなく、両当事者の多数の訴訟行為に依拠するわけであるから、訴訟においてはそれぞれの当事者が訴訟の終了に至るまで有効な行為をなしうることが担保されなくてはならない。このことは制限行為能力者の場合には当てはまらない。個々の訴訟行為、例えば訴状の提出が、法定代理人が同意したから有効であるとしても、訴訟の経過は、はたして法定代理人がさらなる訴訟行為にも同意するのかというリスクの下に立つことになる。全ての新たな訴訟状態は、法定代理人に周知されなければならず、そのつど、彼が今命じられかつ実施された当事者の行為に同意するかどうかの彼の判断が得られなければならないことになろう。この訴訟の続行は、耐えがたいほどに困難にされることになろう。当事者の後行する行為また

は不作為が帰責されるかどうかは、不確実なままに残される。目的に向けられた経過としての訴訟にとって、はじめに与えられた要件が持続する場合にその目標が達成されるのだということが、初めから確定していなくてはならない。したがって、個々の訴訟行為に対する同意というのは、訴訟にとつては耐え難いのである。

したがって、訴訟にとつては、せめて制限行為能力者が手続中で行う全ての訴訟行為に対しての法定代理人の包括的同意が必要だともいえない。たしかに実体法においては包括的同意は有効とみなされる。しかし、かかる同意は予見可能かつ識別可能な取引の範囲に限るものでなくてはならない。このことは、例えば未成年者が親元を離れて勉学をするために必要なあらゆる法律行為に対する法定代理人の同意について妥当する<sup>(89)</sup>。しかし、ある当事者が訴訟において遭遇しうる状況は、ここで包括的同意を許すのに十分に予見可能なものではない。もし法定代理人が全ての、訴訟上生じるかもしれないこと的全てにつき、その同意を前もって表示することが許されるとすれば、同意を要することの保護機能はもはや果たされないのでなくなってしまうのだろうか。制限行為能力者が一定の類型の法律行為に対する法定代理人の包括的同意を持つ場合でさえ、この者に、包括的同意によってカヴァーされた取引に関する法的争訟において訴訟行為を許容することはできない。たしかに制限行為能力者は、訴訟においてこれに対応する法律行為による以上

のものを——費用のリスクを度外視すれば——失うことはあり得ない。彼が、その家具付きの部屋についての賃貸借契約を解除する場合、彼が賃貸借契約の有効性をめぐる争いで敗れる以上に有利な立場に立ちうるわけではない。しかし、包括的同意が契約の終了まで常にその取消や契約上の請求権の放棄を含むものではないことはともかく、敗訴を欲した者ばかりではなく、とりわけ訴訟を不手際で追行する者もまた敗訴するということを顧慮しなくてはならない。しかし、訴訟上の行態の結果は、法律行為的な行為よりもずっと見通しが利かない。それゆえ権利を喪失するリスクは、訴訟においては、実体法におけるよりもはるかに大きい。その他にも、法律行為についての包括的な同意は自由に撤回できる（BGB一八三条）。しかし、訴訟は撤回できない行為の要件を要求している。しかし、撤回しえない同意というのは、既に実体的法律行為に関して制限行為能力者の保護の必要と法定代理人の配慮義務とは相いれないので、それは訴訟においてはなおさら受け入れることができない。

また、訴訟という特別の状況は、制限行為能力者の訴訟行為を、それがこの者に法的利益のみをもたらす限りにおいてのみ有効とみなすことを許容するものでもない。ただし、訴訟では、個々の訴訟行為が、結局利益のみをもたらすかどうかは、たいいてい見通しが立たないからである。それは広く、後の訴訟の展開によって左右される。その上、もし人が個々の行為を有効で、別な行為を無効とみなさなくてはならないとすれば、訴訟

の統一性は破壊されてしまおう。法定代理人が有利な行為を怠り、または適時に実施しない場合に制限行為能力者がさらされる危険を、訴訟法は別なやり方で考慮している、すなわちZPO五六条二項<sup>(訳注)</sup>による仮の許可によってである。

訴訟において一方的な行為が許可によって有効になりうるということは、同じく特別な状況から説明される。訴訟行為はそれ自体が単独で存在するわけではなく、判決を目的とし、これを準備するので、当該行為が判決に至るまでに有効になったかどうかが重要である。明確な法律状態への相手方の利益は、制限的行為能力者の一方的意思表示の実体法上の効果にとつては決定的であるが、訴訟では同じようには存在しない。ただし、法律状態は、判決に至るまではつきりとしておらず、かつ判決<sup>73</sup>においてはじめてその解明が得られるということが、訴訟の本質だからである。他方当事者の利益は、その者の行為が訴訟を進展させるはずのない当事者を相手取って、訴訟をする必要がないという点のみにあるにすぎない。これに対して、既に実施された行為の無効が変更不能であることに對する利益は、全ての訴訟行為の有効性が事後的にもたらされ、法定代理人の介入によってさらなる訴訟行為が有効になることが保障される場合<sup>74</sup>には、もはや存在しない。

制限行為能力が訴訟中に気づかれなかった場合にはその判決は有効であるということは、同様に、実体法の価値からの逸脱を意味するものではない。人が、この判決の有効性を理由づけ



るために、制限行為能力者の保護が、国家行為としての判決に、その後ろに隠れてなければならぬはずの權威を帰するのであるならば、評価の関連はいずれにしろ曖昧になる。法律の規律の基礎は別なものである。判決は、訴訟資料が裁判所に手続上知られたごとくに、この訴訟資料について判断をしなければならぬ。もしもその判決が欠陥を含んでいる場合には、欠陥を理由付ける確定は、同様に、司法の形式による手続の中で行われなくてはならない。けだし、判決の拘束性が、手続の中で確定されていない事実の主張によって疑わしく思われうるのであれば、判決の目的がゆるがせにされるであろうからである。司法の形式での手続 (jurisziplinären Verfahren) において過誤が審査できるためには、判決は原則的に有効であり、新たな手続においてのみ攻撃可能である。瑕疵が、それについての争いを排除すると思われるほどに明らかである場合にはじめて、人は司法による確定を放棄し、判決を無効とみなすことができる。立法者が訴訟能力の瑕疵を常に司法手続において明らかにするつもりであるということは、ZPO五七九条四号から明らかである。

われわれは結論として、訴訟における制限行為能力者の保護が、まさしく実体法における保護に対応しているということを確認することができる。それは実体法におけるよりも僅少ではないが、より強力でもない。それは単に判決に向けられた手続の特性としての訴訟の特性に適合しているにすぎない。した

がって、訴訟能力の規律は行為能力の規律と同様の評価に依拠しているのであるが、この評価は、しかし、訴訟においてその規範の内容が手続の特性に適合する場合にはじめて実証されるのである。

しかし、実体法的评价と訴訟法的评价の一致は、訴訟に關しては、これが手続の特性によって命ぜられる限りにおいてのみ、特別の規範内容を要求しているにすぎない。実体法上の規律による制限行為能力者の保護が、訴訟上も無制限に実現され得る74し、相手方の利益に対立しない限りでは、訴訟行為にとつても制限行為能力と法定代理人の同意または許可は十分なものである。このことは直接に手続に作用しない諸行為について妥当する。

積極的管轄の合意は、その締結の事実が訴訟内に持ち込まれる74はじめて訴訟にとつて重要なものとなる。この時点において、それが有効であるか否かが、明示的に確定していなければならぬ。それゆえ、積極的管轄の合意は、それが手続自体の中で締結された場合には、訴訟能力を前提とする。これに対して、管轄の合意が訴訟外でなされる場合には、制限行為能力と法定代理人の同意または許可が訴訟資料になる時点までに与えられる限りにおいて、それで十分である。それでもって、不安定な要素は、訴訟にとつて存在しない。制限行為能力者の保護の必要もまた、民法上の要件の修正を必要とほししない。同意が関連する行為は明確に区別される。その効果は見通すことができる。

訴訟を自ら追行しなければならぬ者のみが、どのような管轄規制が当事者の利益に一番合致するのかを判断しようという反対の見解は、同意または許可を与えた法定代理人がこの判断をまさに行ったのだから、何一つ証明したことにはならない。

**仲裁契約**に関しては、通説は、行為能力に関するBGBの規律を適用する。通説によれば、仲裁契約は制限行為能力者によって法定代理人の同意または許可を伴って有効に締結される。仲裁契約の実体法上の効力に関しては、これは特段の理由付けを必要としない。しかし、訴訟上の効力に関してもまた、通説に賛成がなされなくてはならない。被告が、制限行為能力者によって締結された無効か否かが不確定の仲裁契約を援用する場合、被告が制限能力者であるが、しかし適法に代理されている点に、仲裁契約の許可が存する。原告が制限行為能力者である場合、その法定代理人によって国家裁判所に提起された訴えを、許可の終局的な拒絶とみなさなければならぬ。したがって、訴訟上の効力にとって必要な明確性と一義性は、行為能力に関するBGBの規律を適用する場合には担保されている。

**訴訟代理権**は、手続外で授与される。委任者は、代理権の授与によって自ら手続に関与することを欲するという要求をしてはいない。それゆえ、制限行為能力者がその他の場合に服する典型的な危険は、ここでは生じない。代理権が制限行為能力者によって法定代理人の許可を伴って授与された場合——その場合のみ代理権は民法による一方的な表示として有効である

——には、訴訟は、当事者に対して、さらなる訴訟行為の有効性が当事者の制限的行為能力を理由に脅かされるかもしれないという危険を負わせることはない。ただし、代理権授与についての法定代理人の同意は、個々の、代理人によって行われる訴訟行為についてのその同意を免れさせるからである。制限行為能力者の危険が心配される必要はない。ただし、法定代理人が代理人に情報を与え、かつ訴訟追行についての指図を与えるからである。それゆえ訴訟代理権の有効性は、行為能力についての民法の規律によって定められる。

制限行為能力者が、法定代理人の同意をえて、請求(Klageanspruch)を認諾または放棄するということを陳述する場合、たしかに訴訟のさらなる進行は危険にさらされることはない。ただし、訴訟を終了させるために認諾者または放棄者のさらなる訴訟行為を必要としないからである。したがって、訴訟に関しては法定代理人がさらなる訴訟行為に同意するかどうかの不安定性に耐えられないという観点は、通説によって要求される訴訟能力に賛成する材料を提供するものではない。同意の対象は、ここでもまた明確に区別され、かつ法定代理人にとって見渡せるものである。それにもかかわらず、訴訟能力を要求し、行為能力に関する民法上の規律でもって満足しないのは正しい。その根拠は、ここでは訴訟の形式にある。認諾および放棄は、口頭弁論において陳述されなくてはならない。このことは、ZPO三〇六条、同三〇七条の目的に対応して、人が

民法上の規律を適用したのであれば、有効性を条件付ける法定代理人の同意にも妥当しなくてはならないことにならないか。しかし、法定代理人が期日に出頭し、同意を表示するならば、この行態は代理人自身の認諾ないし放棄として解釈されるし、されなくてはならない。したがって、制限行為能力者はその法定代理人による代理を必要とするという要求は、ここでは代理人が、ZPO三〇六条、同三〇七条に対応して、必要な陳述自体を自ら期日において陳述しなければならないということと、または、その行為が法定代理人をも拘束する表示は訴訟代理人によって陳述されなければならないということの意味するに他ならない。

同様の観点は、訴訟上の和解についても妥当する。ここでもまた法定代理人は必要な陳述を弁論の中でしなければならぬ。このことは当事者の訴訟能力を要求することによって担保される。もし和解が訴訟無能力の当事者によって、そのことが氣付かれることなしに締結されたが、しかし当事者は法定代理人の同意を得ている場合、和解は訴訟上無効である。しかし、それは実体法上の和解としても維持されてはならないのであり、それというのも、契約はその目的によれば、同時にかつ第一次的に訴訟の終了と債務名義の作出に向けられているからである。人は、当事者が和解をこれらの効力がなくても締結したかもしれないということを仮定することはできない。<sup>⑩</sup>

## 2 当事者行為と意思の瑕疵

錯誤および詐欺を理由とした取消に関するBGBの規律が訴訟行為に適用されないということは、今日、われわれの訴訟法の確固たる原則として、通説になっている。

その理由付けのために、訴訟行為は民法上の意思表示ではないということが、しばしば引き合いに出される。<sup>⑪</sup>このことはそれが実体法上の効果に向けられているのではなく、その客観的典型的目的またはその典型的機能によれば訴訟上の事象に向けられているという限りでは正しい。しかし、このことによつて訴訟行為はその要件において意思表示と共通の諸特徴を何ら持ちえないのだとはいえない。<sup>⑫</sup>もし人が意思表示を狭い意味において、その要件はBGBが意思表示に関して有する諸規定に向けられている全ての行為と理解するのであれば、われわれの訴訟行為の概念はなお、意思の瑕疵に関するBGBの諸規定を訴訟行為に適用しないように強いるものではない。個々の訴訟契約と訴訟代理権に関して、われわれは既に、行為能力に関して実体法の法律行為と同様に取り扱われようということ、したがってその要件に関しては、その限りでは実体法上の法律行為とは区別されないということを既に証明した。もちろんそこから必然的に、訴訟代理権とそこで示された訴訟契約が錯誤または詐欺を理由として取消可能でなければならぬということも出てこない。しかし、いずれにせよBGB一一九条、同一二三条が適用されないということが、訴訟行為が意思表示ではない

## 77 a) 積極的管轄の合意

積極的管轄の合意に関しては、通常、訴訟外で締結されるということが顧慮されなければならない。それゆえ、いずれにしろこの場合、当面は訴訟経過の形成が成立要件の態様によって影響されるということはない。もしこの契約が訴え提起前に取消によって無効化される (vernichtet) 場合、当事者がこの取消の有効性を争う場合であっても、それは後の訴訟自体の経過を妨げることはない。この訴訟の状況は、そこで管轄の原因が争われている他の状況からは区別されない。しかし、訴え提起後においても、取消は訴訟の要請とは全く相容れないわけではない。原告がその訴えを一方的に取り下げうる限りにおいて、彼は積極的管轄の合意も取り消すことが許される。ただし、この時点まで彼は管轄権を処分できるからである。したがって、本案についての被告の口頭弁論の開始 (ZPO 二七一条一項) は、原告にとつての時的限界を設定している。被告による取消については、ZPO 三九条からこれに対応する限界が明らかになる。被告が本案についての無管轄の責問権を行使することなく応訴した場合には、裁判所は、ZPO 三九条によって管轄権を得る。この時点後の積極的管轄合意の取消は、裁判所の管轄権にとつて重要ではない。

したがって、積極的管轄の合意の取消が有害でない場合には、

取消は、他方でこの契約の目的によってもまた適切な規律に導く。管轄は、ZPO 三八条によれば当事者の合意によって根拠付けられる。当事者の一致した意思が当事者にとつて拘束力のある法律状態を作り出す。管轄は、当事者の契約による処分に任せられる。それゆえ、私的自治による形成の成立要件と有効要件は、それをBGBが予定しているように、目的に適合した規律を提供する。

## b) 仲裁契約

これに対応することが仲裁契約に妥当する。仲裁契約は、当事者が処分しうる限りにおいて、錯誤と詐欺を理由に取消すことができる。しかし、この処分の可能性は、当事者から仲裁手続によって奪われることはない。当事者は、手続の全過程で、さらに手続終了後にもなお仲裁契約を取消することができる。当事者は、仲裁契約の取消でもって手続と仲裁判断から契約上の基礎を奪う。したがって、仲裁手続と仲裁判断が無制限に当事者の契約上の拘束に関連するならば、BGB 一一九条、同一二三条による取消は、手続法上の制約には服さない。BGB 78の取消期間を制限する時的限界は、ZPO 一〇四三条からはじめて明らかになる。それによれば既判力と執行力を宣言された仲裁判断の取消は、当事者が過責なしに、取消事由をより早い手続において主張することができなかったということを確認した場合にはじめて申し立てられうる。この規律の根拠

は、われわれにとつて既に訴訟に関してこの間熟知した権利失効のモティーフ (Verwirkungsmotiv) である。すなわち、相手方は、取消が前の手続で表示されかつ主張されることを期待し、またそれを信頼しえたはずだといふのである。最後に、取消権の内容的制限は、ZPO 一〇三二条から判明する。すなわち、一方の当事者が ZPO 一〇三二条の忌避事由をなす仲裁人の特性を錯誤している限りにおいて、錯誤による取消は忌避権によつて排除される。したがつて、この錯誤は仲裁判断の預置 (Niederlegung) の後にはもはや主張されえないが、その理由は、この時点でもはや忌避は排除されているからである。

この意思の瑕疵が主張されうる時点に関する相違は、一見すると不思議なようにも見えるが、それでもそれはやはり正当化される。忌避を理由付ける裁判官の資格に関する錯誤は、そもそも仲裁廷の面前で権利を求める意思を制約するものではない。したがつて、取消が許されるとした場合、その取消は仲裁契約全体を覆滅させるのではなく、この仲裁人についての合意のみを覆滅させるにすぎない。しかし、契約のこの部分については、当事者の拘束が錯誤にもかかわらず、仲裁判断の既判力によつて受容されることが正当化される。ただし、国家裁判所の裁判もまた、裁判官が事前に忌避されることなく既判力を生じた場合には攻撃することができないからである (論拠は、ZPO 五七九条一項三号)。そのような錯誤は、裁判の存続に対する相手方の利益に対して劣後する正当な理由がある。このよ

うな評価は、実体法にとつても異質なものではない。そこでもまた、個々の意思の瑕疵は特別の信頼の構成要件に劣後しなければならぬ。

### c) 訴訟代理権

これに対して、訴訟代理権については、訴訟の間中いつでも自由に撤回することができることから、取消の問題は生じない。しかし、BGB の取消の規律は、拘束力のある表示にとつてのみ意義がある。たしかに取消は、それが代理権の授与の時点に遡及する点で撤回に対して利点を提供するともいえよう。しかし、このことは代理権が既に行使されたケースにとつて意義を有するにすぎない。しかしこの場合には、既にその有効性を相手方が信頼しうる訴訟行為がなされている。しかし、信頼保護が代理権の遡及的除去を排除しうるということは、われわれには実体法から——まさに代理理論から——十分に知られている。手続の終了後に撤回が排除されるということは、この時点について取消の余地を作り出すものではない。ただし、終了した手続局面についての撤回の排除は、今や判決の拘束力に、したがつて、そこで代理権の瑕疵が主張されうるような手続を利用しうる余地がないことに基づくからである。ZPO 五七九条四号は訴訟代理権の瑕疵には適用されない。既判力が強化された信頼構成要件を創出し、これに対して、意思の瑕疵は劣後しなくてはならない。

d) その他の一方的訴訟行為

訴訟代理権の場合と同様に、その他の一方的訴訟行為の場合もまた、取消の可能性はそもそも、当事者がその行為に拘束される場合にはじめて論じられるにすぎない<sup>(10)</sup>。しかし、その場合ですら、一方的訴訟行為の取消にとつての余地は残されていない。この理由付けのために、われわれは一方的訴訟行為を実体法との比較から獲得されるグループへ分類する。このことによつて訴訟行為の伝統的な分類について判断がなされるべきではない。それが有意義かつ有用かどうかは、ここで判断されるはならない。われわれの分類は、取消可能性の問題に応答するという具体的な目的にのみ奉仕するにすぎない。

訴訟行為は権利行使行為である。実体民法においてわれわれはさまざまな態様の権利行使を知っている。権利は純然たる事実上の行為、いわゆる事実行為 (Rechtsakte) によつて行使される。このことは正当防衛、緊急避難行為および自力救済について妥当するが、所有者またはその他の権利者による物の使用 (Gebrauch) または消費 (Verbrauch) についても妥当する。この種の行為については、実体法による取消は考えられない。この訴訟における類似物を、われわれは例えば事実の主張と否認に見出す<sup>(11)</sup>。もし人がこれらの訴訟行為を取り消しうるものとみなそうとするのであれば、既に実体法とは異質の価値評価を基礎とすることにならう。

われわれは、実体法上の権利行使行為に、法律行為類似の行

80

為としても対処している。典型的な事例は催告 (Mahnung) である。たしかに法律行為類似の行為には、広範に意思表示に関する諸規定が類推適用される。このことは原則として錯誤を理由とした取消可能性についても妥当するとされる。しかし、催告に関しては、それは債権者に不利益をもたらさないので、これは正当たりえない。訴訟法の領域においては、催告には訴えの提起が比較可能であるが、その理由は、それが類似した実体法上の効果という結果になるからである。しかし、広義において多くのその他の訴訟行為は、催告に対する対応物 (Parallele) を提供しているが、それはすなわち、意思がまさにその効果に向けられる必要なしに法律上の効果と結合した意思の表明 (Willensäußerungen) だと理解される全ての訴訟上の権利行使行為なのである。あらゆる上訴の申立てや証拠申立てがこれに位置付けられる。

これらの訴訟行為は、その不作為が不利益をもたらさえないという限りにおいても、催告に対する対応物を提供している。遅滞のために必要な催告をしなかった者は、遅延利息と遅延損害のための賠償を得られない。適時に訴えない者は、消滅時効の抗弁にさらされる。不当判決に対して上訴を提起しない者は、彼が訴えにおいて要求したものを獲得しない。この効果は、不注意によつて生じ、あるいは意識的に意欲されうる。

不注意 (Nachlässigkeit) に結びつけられた不利益は、取消によつては除去され得ない。催告をしなかった者は、その不作為

を取消することによって遅滞の効果を遡及的に根拠付けることはできない。適時に訴えなかった者は、取消によって消滅時効の進行を除去することはできない。権利者が相手方の詐欺または強迫によって催告や訴えを阻止されたならば、彼には取消ではなく、不適法な権利行使の抗弁が救済手段となる。詐欺または強迫を行った者は、BGB二四二条によって催告がなかったことや消滅時効の抗弁を援用してはならない。

これに対応して、証拠申立て、欠席判決に対する異議または上訴の懈怠も取消され得ない。異議期間または上訴期間が徒過してしまった場合、原状回復 (Widerrufsetzung in den vorigen Stand) のみが救済手段である。懈怠によって期間を徒過した者は、懈怠した権利行使を失効する。もし相手方が欺罔または克服できない強迫によって訴訟行為の懈怠をだまし取りあるいは脅し取ったならば、確定裁判の存在に対するこの者の信頼は保護に値しない。詐欺または強迫の相手方には原状回復が保障される。

また当事者が意図的にかつ自発的にその権利の保持に必要な訴訟行為をしない場合にも、当事者が生じた訴訟上の不利益を取消によって除去しえないのは、債権者が催告の懈怠を取り消しえないのと同様である。権利行使行為を意図的にしないことは、不作為が法律行為に類似した効果を惹起する場合であって、法律行為ではない。

しかし、実体法の権利行使行為はまた法律行為でもありうる。

したがって、実体法上の形成権は、BGB一一九条、同一二三条により取消可能な法律行為的な表示によって行使される。法律行為的な処分による権利の行使もまた、権利行使行為である。ここでもまた訴訟法はある種の対応物を提供している。たしかに形成の訴えは、実体的形成権の行使とは異なり、法律行為ではない。しかし、それはやはり、適法かつ理由がある場合には、実体的な形成の表示と同様に法律関係の変更または廃止という結果をもたらす。権利についての訴訟行為的処分に対する訴訟上の対応物 (Sicherungs) を、われわれは一定の訴訟法の処分行為の中に見出す。したがって、実体的法状況に矛盾する、実際には被告に属する物について原告の所有権の確認を求める訴えに対して被告がする認諾は、結論において原告に有利な、その物についての被告の法律行為による処分と同様の結果をもたらす。ここでBGB一一九条、同一二三条が顧慮されるかどうかは、まずは何が訴訟法典からこの問題に対して引き出されるかにかかっている。

錯誤を理由にして真実に反する自白を撤回することを許容しているZPO二九〇条は、民法の錯誤取消との一定の類似性を示しているようにみえる。自白は、法律上は純粋な觀念の表示 (Wissenserklärung)、すなわちある主張が真実であることについての事実上の陳述としては把握られてはいない。むしろそれは、いわゆる意思表示または意欲の表示 (Willens- oder Wollenserklärung) でもありうる。撤回の規律がこのことを示

82

している。告白が真実に反することの証明は、撤回にとつて十分ではない。むしろ撤回しようとする者は、さらに告白が錯誤によつて引き起こされたことをも証明しなければならぬ。したがつて、意図的に真実に反してなされた告白は拘束力をもつ。それゆゑ、この告白は、それによつて当事者が事実を真実であると考えたか否かということに関わりなく、告白された事実の証明を不要ならしめる処分行為なのである。彼は、もし権利がまさに告白された事実によつて障害されまたは消滅させられるのであれば、この告白によつて彼の権利を間接的に喪失しうる。しかし、この意図的に真実に反した告白の処分効果は、それでもこれを法律行為にはしない。訴訟上の意思表示または意欲の表示というのは、民法の意味での意思表示ではない。ただし、その効力は、制定法によつて、当事者がまさにその効果を欲したかどうかに関わりなく生じるからである。それゆゑ、告白は表示行為の錯誤（BGB一一九条一項第二選択肢）を理由としても、表示内容の錯誤（BGB一一九条一項第一選択肢）を理由としても取消されることはない。もし当事者が言い間違ひをしたり、告白によつて述べたこととは何か別なことを考えていたりしたとしても、彼は告白をZPO二九〇条によつて撤回することはできない。

BGB一一九条は実体法の意味表示にもとづいて調整されているが、ZPO二九〇条の告白はBGBの意味での意思表示ではないので、告白はBGB一一九条の理由によつては取消また

83

は撤回されえない。ZPO二九〇条によつて撤回の資格を与えられた錯誤は、BGB一一九条の意味での錯誤ではない。ZPO二九〇条の錯誤を積極的に理解するために、人は告白が真実に反する場合をはじめて撤回の資格を与えられるということに思いを至さなくてはならない。したがつて、当事者は、彼が真実であると考えた事実を陳述したに相違ない。この場合には、当事者にはその告白によつてその訴訟状態を不利にするという意識が欠けている。たしかに当事者は、相手方の主張を証明から解放することによつて形式的に処分することについては、はつきりと承知していたかもしれない。しかし、当事者は、その主張を真実であると考え、したがつて証拠はこの真実を確認するにすぎないのであつて、したがつて彼の観念によれば告白する以外になつたのだと考えたので、告白によつて何一つ喪失するものではないと信じていた。彼は、ZPO一三八条一項によれば、真実と考えた相手方の主張を否認してはならず、または積極的に自認することを義務付けられているのだと考えていたに違ひない。もし当事者が、彼の告白が真実に合致しないということの後になつてから確認したならば、彼は告白によつて単に主張の証明の必要性について処分しただけではなく、望まずして訴訟状態を不利にしたということにはじめて気が付く。当事者は、相手方のある主張を、この主張に関してそれを争うことによつて証明を必要とする権利を有したかもしれないのに、証明から免除した。したがつて当事者は、彼が全く処分す



ることを望まなかったにもかかわらず、自由によって訴訟状態を処分したのである。当事者には、訴訟を形成するという意識、すなわち処分意識が欠けていた。

ある表示によって自らの訴訟状態に不利益な影響を及ぼすというこの意識は、実体法上の表示意識(Ausdrucksbewusstsein)とも一定の対応関係にある。なぜならここでは、そこと同様に、表示によって与えられた法状態に影響を及ぼすことが問題になっているからである。

しかし、当事者がそれを訴訟上重要でないと考えたがゆえに意図的に真実に反して行った自由の処分効果についてよく知らなかったと主張する場合には、処分意識の欠缺は、既に存在していない。自由の法律効果は、それを当事者が意欲したかどうかにかかわらず発生するから、これは顧慮されない動機の錯誤となるのだろうか。ZPO二九〇条によって顧慮される錯誤は、自由の法律効果についての錯誤ではなく、それにもとづいてこの法律効果が惹起される法律要件についての錯誤であり、それと同時に、確定しかつ当事者の意思に左右されない法律効果によって、具体的場合において自由に法律状態を阻害する効力が与えられるべきであるか否かについての錯誤である。

このようなZPO二九〇条の意味付けは、一方で、ZPO二九〇条の錯誤はBGB一一九条のそれではないことから、BGBの取消の規律をその他の訴訟法の処分行為に転用することを禁止する。しかし、それは他方で、訴訟上の認諾および請求の放棄へのZPO二九〇条の類推適用をも排除している。けだ

し、認諾および放棄はまさに撤回にとつて決定的な点で自由とは区別されるからである。認諾および放棄は常に処分行為である。真の事実の自由は、この事実の証明が自由、すなわち相手方によって主張された事実の確定と同様の結論をもたらずとしても、訴訟状態を毀損することはないのに対して、放棄および認諾は、事実主張とその証明の必要の審査なしに、かつ法律状態の審査なしに、放棄または認諾にしたがって判決がなされなければならぬということをもたらず。それゆえ、自由の場合に重要な、それが具体的なケースにおいて訴訟状態に関する処分を含んでいるかどうかという問題は、放棄および認諾の場合には、これらが常に既存の法律状態を変更するように作用するので生じない。認諾または放棄が陳述された場合には、したがって処分の意識 (Dispositionsbewusstsein) が欠けることはありえない。——しかし、ZPO二九〇条の適用は、認諾および放棄には法律行為的な処分に比較される効力が与えられているというところによつても理由付けられない。けだし、ZPO二九〇条は、BGB一一九条による法律行為による意思表示の取消への対応物を持たないからである。

84 それにもかかわらず、BGB一一九条、同一二三条の法思想が処分類似の効果となりうる訴訟上の処分行為にとつて全く無用かという問題が残っている。もし法律行為的な処分または義務の法律行為による設定が錯誤または詐欺を理由に取り消されるのであれば、それに基づいて、行為をした当事者の存在し

ない義務または相手方に発生していない権利が既判力をもって確定される訴訟行為に対しても、意思の瑕疵が重要であるというのは当然のことのようにもみえる。しかし、この問題は、放棄および認諾の表示のごとき積極的行為について孤立して提起されてはならない。けだし、放棄および認諾によって惹起される実体法状態への作用は、訴訟上同様に意識的不作為によって、すなわち、欠席および上訴期間を徒過させることによって、事実もしくは証拠方法の沈黙によって、または却下に服する意識的に後れた提出によっても生じさせられるからである。全てのこれらの行為態様について、統一的な規律が妥当しなければならぬ。上述の不作為が取り消しうるものではなく、それゆえ対応する積極的行為もまた取消を免れなければならないということは、しかし、意思の瑕疵が訴訟においては絶対に顧慮されないままに残されることを意味するものではない。単に、訴訟法がそれらに対応する形式のみが、BGBにおけるとは異なる態様でなくてはならないにすぎない。

訴訟上重要な行態は手続の中で行われ、それゆえ訴訟外での法律行為的な取引におけるよりもより見通し易いので、立法者は、適切な訴訟法の形成物によって意思の瑕疵の危険を著しく減少させることができる。表示行為における錯誤は、既に訴訟経過の形式化および規格化によって広範囲に排除されている。当事者は、通例、彼が放棄または認諾し、上訴期間を徒過させ、または欠席判決に対して異議を申し立てないことが何を意

味するかを知悉している。当事者が口頭弁論において陳述をなしたまたはなさない限りでは、裁判官はZPO一三九条<sup>(1)</sup>によって明白な説明を得ようとする旨を指し、また当事者が実際にその述べたい事柄を実際に述べているかどうかを確かめる義務を負う。少なくとも最終審について存在する弁護士強制もまた、そのような錯誤の阻止に貢献している。同様のことは内容の錯誤にも当てはまる。当事者が、判決によってその意図的な処分行為の結果として惹起される実体的法律状態の事実上の変更を望んでいないということは、既に、明文で定められている明確に事件の申立書を記載することによって既判力の効果を見通しうるがゆえに、ほとんどないことである。その他にも、裁判官は、ZPO一三九条によって、当事者の表示の内容が意思と一致するよう注意する義務をも負っている。裁判官が、この義務に違反した場合には、判決基礎に欠陥を有している。その場合、認諾と放棄（の行為）は、上訴手続において判決の基礎にはされえない<sup>(2)</sup>。

それにもかかわらず、表示行為または表示の内容における錯誤の結果、それによって下された判決により実体的法状況を事実上変更する拘束力ある訴訟状態が発生すべきだとしても、錯誤は顧慮されないままに残されねばならない。しかし、この結果は、判決の公法的な性格によって根拠付けられるのではなく、取り消すことのできない形で十分な権利行使の可能性が与えられ、かつ錯誤に対する十分な保護が命じられていた手続におい

て裁判所が判断したことにより相手方が取得する高度の要保護性によって根拠付けられる。

しかし、詐欺および強迫は、民事訴訟においてはなお別な態様による適切なサンクションを見出す。当事者は、詐欺もしくは強迫によって惹起された自白または認諾を援用することはできない。このことは再審事由が存在する限りでは一般に承認されている<sup>⑩</sup>。強要、恐喝および訴訟詐欺の構成要件は、重要な詐欺と強迫の全ての場合をカヴァーするのに十分である。しかし、既判力がまだ生じていない限り、当事者が恐喝されまたは横取りされた訴訟行為から自由になるために、刑事裁判所の判決を要求されるべきではあるまい。ZPO五八一条一項は、このことに妨げにはなっていない。ただし、同条は既判力のある判決の安定に奉仕するが、しかし訴訟がいぜん進行している限り、手続権の濫用が明らかになる刑事上罰すべき行為が民事訴訟自体の中で解明されるということ、この規定が妨げるものではないからである<sup>⑪</sup>。

手続が終了し判決が既判力を生じると、詐欺または強迫を受けた当事者はZPO五八〇条四号または同五八一条一項により救済される。詐欺または強迫の結果上訴期間を徒過させられてしまった諸ケースについては、詐欺または強迫を受けた当事者には原状回復が保障されなくてはならない<sup>⑫</sup>。

一方的訴訟行為が錯誤または詐欺によって取り消されえないということは、したがって、実際上実体法に対する訴訟法の相

違を示している。しかし、そのことによって訴訟上の評価が実体法上の評価と同じではないなどということは、表面的な相違に基礎付けられたかもしれない結論ではなかるうか。むしろこの考察は、BGB一九九条、同一二三条に基礎を置く実体的価値が、訴訟においても——そこに比較可能な規律の事実関係が存在する限りにおいて——顧慮されるということを示した。この評価が訴訟においては別な形式的帰結という結果になることは、実体民事法と民事訴訟法の中で規律されなければならない事件領域の相違に依拠している。

#### e) 訴訟上の和解

訴訟上の和解の場合には、——われわれが見てきたように——それが法律行為と同時に訴訟行為を含んでおり、われわれは特別な問題にぶつかる。それゆえ関心は、ここでは訴訟行為が取消可能かどうかという問題よりも、むしろ法律行為の部分の取消が和解の訴訟上の効力をも無効にするかどうかに向けられる。

この問題は、われわれのこれまでの検討にもとづいては、ただ一義的には解答されない。たしかにわれわれは、訴訟法も意思の瑕疵の問題を無視しているわけではないことをみってきた。しかし、問題は、訴訟法では実体法におけるとは異なる形式で克服されている。錯誤は手続形態によって広範に妨げられていとされる。かくして、より高度化された相手方の信頼

保護のために命じられた、錯誤を理由とした訴訟行為の取消の排除が正当化されている。たしかに詐欺は考慮されるが、確定判決に対しては手続の再審の形態においてのみである。和解の訴訟上の効力もまたBGB一一九条、同一二三条による取消によって直接に除去されるということを承認するためには、したがってなお十分な基礎が欠けている。

87 訴訟上の和解の訴訟上の効力は、その執行力と訴訟終了にある。双方をわれわれは特別に考察しようと思う。それゆえわれわれはまず、執行可能な内容を有し、したがって執行名義を記載している和解（ZPO七九四条一項一号）のみを取り扱う。強制執行の要件を形式化するという必要性は、強制執行の手続が既に和解が実体法上の瑕疵を内包しているとの理由で不適法とみなされることを禁止している。人は、執行官に、和解が実体法上有効かどうか、取り消されたかどうか、取消事由が存在しかつ取消期間が遵守されているかどうかを確認することを要求することはできない。しかし、彼は、和解が執行文を具備しているということによって、これを審査することから既に免除されている。執行文が和解を有効な執行名義だと証明している。執行文が存在し、したがって強制執行が不適法だと宣言されない限り、執行官は、実体法上無効または絶対無効の和解にもとづいてもまた執行してよい。

しかし、問われるべきは、執行文の付与が和解の実体法上の有効性に左右されるかどうかである。執行文付与の手続も一

定限度で形式化されているということが反対の材料を提供する。ある判決のために執行文が付与されるべきだとするならば、執行可能な請求権が存在するかどうかではなくて、ただ判決が有効であるかどうか、それが執行可能な内容を有するかどうか、そして執行適状にあるかどうかのみが審査されなくてはならない。ZPO七二六条、同七二七条による特別な執行文の場合においては、たしかに実体法上の問題——条件成就、権利承継——をも審査しなければならないが、その限りで司法補助官に委譲された裁判官の任務が問題となっていない（司法補助官法 [Rechtsd. geg. Gesetz] 一九九条九号<sup>(1)</sup>）。しかし、和解のための執行文は、司法補助官法一九九条九号に挙げられた場合を除いて〔裁判所〕事務局の書記官（Urkundsbearbeiter）によって付与されるので、和解の実体的有効性は執行文付与の要件たりえない。ただし、人はさもなくば、書記官に、司法補助官が司法補助官法一九九条によって審査しなければならないよりもしばしばより判断の難しい実体的法律問題について判断することを委ねることになってしまうからである。したがって、和解が実体法上無効であるにもかかわらず執行文が付与されるのが許されるなら、和解の無効は、ZPO七三二条による異議によっても主張されえない。ただし、この異議は、それによって執行文付与の際の過誤が責問される法的救済だからである。

人はいづれにせよ和解が無効である場合には、和解のために付与された執行文を裁判所の形成的裁判によって不適法と宣言

88

することを思い浮かべるかもしれない。この点についての手掛かりは、ZPO七六八条に見出されるであろうか。この規定において予定された訴えにもとづいて、執行文は過誤なく付与されたにもかかわらず、執行文にもとづく強制執行は不適法と宣言される。このことは、条件の成就(ZPO七二六条)または権利承継(ZPO七二七条)が公的または公的に疎明された書面によって承認されたが、しかし債務者が条件成就に対して、債務者がこの種の文書で証明しえず、したがってそれゆえに執行文付与手続において債務者がZPO七三〇条によって聴取された場合であっても成功しない異議を提出する場合にも当てはまる。この場合にZPO七六八条によって下される判決は、適法に付与された執行文を不適法な執行文へと形作る。この判決は、単にそれが適法な強制執行を不適法なものにする限りにおいて、訴訟上の形成判決であるだけではない。しかしながら、債務者が訴訟上の和解が実体法無効であることを主張する場合にZPO七二八条を類推適用することに対しては疑念が存する。ただし、ZPO七二八条は、証明可能性の問題を度外視すると、それ自体、執行文付与手続およびZPO七三二条による異議手続において主張される異議を扱っているからである。しかし、われわれは執行文付与手続および同七三二条による異議手続に、和解の実体的有効性の審査を免れさせようと欲するので、和解の実体的有効性に対して向けられた異議の場合には、まさに執行文付与手続および異議手続においては全く顧慮され

ず、そこで命じられる証拠方法の制限という点で妨害するにとどまらない。したがって、執行文付与要件の事後審査に奉仕するZPO七六八条の訴えの手続は、われわれの事例にとつて適切ではない。

したがって、命じられた執行文付与手続を、訴訟上の和解の実体法上の有効性の審査から免除することは、必然的に債務者が、和解が実体法上無効であることを主張しようとする場合、債務者はZPO七六七条を指示されるという帰結に至る。債務者は、強制執行の許容性に直接関連せず、訴訟上の形成判決にもとづいてはじめて強制執行を不適法ならしめる実体法上の異議を主張する。

しかし、強制執行の形式化のために欠かせないこの結論は、訴訟上の和解の実体法上の瑕疵がその訴訟上の効力には関連しないという早まった結論へと惑わされてはならない。われわれはこれまで、この瑕疵が訴訟上の和解から直接にはその執行力を取り除かないということを確認したにすぎない。訴訟上の和解の訴訟終了効もまたその実体法上の有効性に左右されるかどうかは、なお検討の余地が残されている。

289  
たしかにわれわれは、ZPO七六七条の本来の適用領域において、同条により提出される異議が判決の有効性には関連しないということから出発した。債務者が、それによって判決により確認された請求権に対する異議を提起する請求異議の訴えは、有効な判決に基づく執行の回避を目的としている。ZPO

七六七条によって許容される異議は、確定判決からその訴訟終了効を取り去ることはない。しかし、このことは判決の特性に基づいているのであり、それゆえ訴訟上の和解へは転用されない。

判決の訴訟終了効をわれわれは形式的確定力と呼んでいる。それは当該裁判が上訴および異議によってもはや取り消され得ないということの意味している。請求異議の訴えは、この判決効には関係しない。ただし、それは判決の変更を目的とはしないからである。債務者がZPO七六七条二項によって主張する異議は、判決には影響しない。ただし、この異議は判決が不当であるとするのには不適切だからである。むしろそれは、判決が拘束力を有し、したがって、当事者によって最終口頭弁論時点での法律状態の正当な確認として甘受されなくてはならないということから出発している。それによって、法律状態がこの時点より後に変更したことが主張される。したがって、ZPO七六七条二項によって提起されうる異議が判決の取消不能と、それゆえ訴訟終了効には関係しないということは、既判力に基づき請求異議の訴えによって、判決の拘束力ある確認と矛盾しない異議のみが提出されうるということに基づいている。

しかし、訴訟上の和解に対する請求異議の訴えによって、和解の拘束力それ自体を問題にする異議が提出されうる。ZPO七六七条は、債務者に和解の内容と一致する異議に限定していない<sup>90</sup>。これは、一方で、和解が既判力を有しないこと、しかし

他方で、強制執行の形式化のために和解の実体法上の拘束力に対する異議は判決手続においてのみ主張が許されることに還元される。そのような異議によって執行に対して対抗しようとする債務者は、請求異議の訴えの提起が指示されなくてはならないのである。

90

したがって、訴訟上の和解に対する請求異議の場合に、法的争訟の対象について和解の拘束力が前提とされていないとすれば、訴訟上の和解へのZPO七六七条の適用もまた、和解に対する請求異議の訴えによって提出されうる異議がその訴訟終了効に関係しないという想定を強いられることはない。ただし、判決の場合には、ZPO七六七条によって許容される異議は、それが既判力を有する裁判の内容をも問題にはしないので訴訟終了効に影響しないにすぎないからである。確定判決の訴訟終了効は、既判力によって理由付けられる。判決が取り消しえないということとは、その裁判が拘束力を有する場合にのみ命じられる。もし立法者がある拘束をもたない判決を取り消しえないと宣言するならば、彼は訴訟の権利保護の任務を損ってしまうことになる。ある訴訟を拘束力のない判決によって排除することは、当事者にパンに代えて石を与えるものではないだろうか。

判決の場合には、したがって、訴訟終了の効力(形式的確定力)と裁判への拘束力(実質的確定力)の間に緊密な連関が存在する。それゆえ、そのような連関を訴訟上の和解の場合にも承認

するのは理解できる。既判力に対応した和解内容に対する拘束力が否定または除去されうるとするならば、訴訟上の和解の訴訟終了効もまたなくなることにならないだろうか。これと異なる結論は、和解の訴訟終了効が執行力と同様に形式化されなければならないとした場合にのみ適切だとすることであろうか。しかし、そのための機会が存在しない。執行要件の形式化は、そうしなければ書記官または執行官が和解の実体的有効性について判断しなければならぬことになり、かくして判決手続に留保されているべき法律問題を審査しなければならなくなってしまうという理由でのみ必然的なのである。しかし、訴訟終了効については、常に裁判所が判決手続で判断する。それゆえこの裁判の要件は、形式化される必要はない。それゆえに和解の有効性をその実体的妥当性から抽象化する機会は存在しない。そのような抽象化は、それが一定の信頼保護の必要性によって理由付けられる場合にはじめて示されることになろう。しかし、実体法上無効な和解の訴訟終了効に対する相手方の保護に値する利益は存在しない。むしろ訴訟が古い訴訟物についてさらに続けられるべき場合には、その訴訟を継続することが彼には求められる。

したがって、実体法上無効な訴訟上の和解を締結した当事者たちは、和解が締結された際に法的争訟があった訴訟状態および審級において、それを継続しなければならない。和解締結の前に訴訟の対象であり、それに関して無効な和解が締結された

請求についての新訴は、訴訟が無効な和解によって終了させられないので、したがって訴えは依然として訴訟係属を有しているので不適法である。このことは当然に、和解の無効性が係属する請求の規律に関連する限りでのみ妥当する。もし和解に他の法律関係が加えられ、和解がこれとの関係でのみ無効であるならば、新訴は適法でありまた命じられることである。和解に第三者が関与した場合には同様のことが妥当する。旧訴の続行は、和解が履行され、それが無効であることに基づいて返還請求権が引き出される場合にも問題とはならない。ただし、その場合には和解によって終了した訴訟の対象ではなくて、新請求が争われているからである。旧請求は、想定された負担が付された和解が履行されたことによって終了している。旧訴の続行が問題とならないような場合においては、和解の有効性が異なった裁判所によって別異に判断される可能性があることは、仕方がないことである。和解の訴訟上の瑕疵の場合もまた、矛盾した裁判の危険が生じる。それは、中間確認の訴えによって減ぜられる。

法的争訟が前の訴訟物をめぐって継続されなくてはならないケースにおいては、和解が控訴審または上告審において締結された場合、もはや完全な審級序列が利用できないということとは、不利益を意味するのではなく、むしろここで主張された見解の長所を意味している。ただし、上級審で締結された和解が無効であるとの理由のみで、訴訟を全ての審級を通じて繰り返すと

いう根拠は存在しないからである。むしろ和解に至るまで獲得されていた訴訟上の成果は引き続き維持されるべきである。訴えの取下げと本案の終了宣言の規律からは反対論は引き出されない。訴えの取下げは、和解とは対照的に単に訴訟を終了させるにすぎず、当事者間の争いを終了させることはない。それはその典型的な機能によれば、第一審における新訴への可能性を開く。訴えが裁判外の和解によって取下げられるのであれば、当事者はたしかに、たいていは新訴には至らないだろうということから出発する。しかし、それは訴訟の終了のために、新訴を第一審において排除しない手段を利用するのであり、それゆえ新訴が第一審において提起されうるということを甘受しななければならない。裁判官は、訴えの取下げの法律上の規律によれば、なぜ原告がその訴えを取り下げたのか調査する必要はない。裁判官にとっては、原告が当該訴訟を続行する意思がなく、被告がそれに同意しているということだけが重要である。したがって、訴え取下げの動機は問題とはされないし、それは訴訟終了にとつてどうでもよいことであるので、訴え取下げの動機による効力の区別は不可能である。

両当事者が本案を一致して終了したと宣言し、その後、当事者の一方が新たに訴えを提起した場合に、同様のことが妥当とする。裁判所は、本案が現実には終了されたかどうかを事後的に審査してはならず、当事者の抽象的な訴訟終了宣言のみに拘束されるので、ここで重要なのは当事者の抽象的な訴訟終了宣言の

みであつて、その動機ではない。それゆえ、本案を終了させた裁判外の和解の有効性は、訴訟終了の要件ではない。

もし訴訟上の和解が上告裁判所の面前で締結された場合には、当該審級における法的争訟の続行に反対して、上告裁判所には和解が無効であることを理由づける事実を確認することは免除されているはずだといわれるかもしれない。しかし、連邦労働裁判所(BAG)<sup>⑤</sup>は、正当にも、上告審においてそのほかの事実も確認されなければならないということ指摘した。その見解は、再審手続を一瞥することによって肯定される。上告審判決がそれによって取り消される再審の訴えについては、再審裁判所は、再審事由が証拠方法に関する場合(ZPO五八〇条一号―三号、七b号)または事実確定が先決判決の取消を理由に必要である場合(ZPO五八〇条六号)、または以前に確定し既判力を有する判決の発見によって影響を受ける(ZPO五八〇条七a号)ことになる場合にはじめて管轄を有しないにすぎない(ZPO五八四条一項)。したがって、上告裁判所は、再審事由の確認から免除されないのではなくて、再審理されている手続で新たな事実の確定が必要になる場合にはじめて管轄権を有しないのである。このことに対応して、和解の無効原因の審査を上告裁判所から奪う何らの契機も存在しない。かくしてわれわれは、訴訟上の和解が実体法上無効であることは、無効が和解の、係属している請求をめぐる争いを解決する部分に関連する限りにおいて、和解からその訴訟終了効を奪



うという結論に到達する。この請求をめぐってさらに争われる限りにおいて、旧訴が続行されなくてはならない。新たな訴えには訴訟係属が妨げとなる。和解にもとづく執行は、続行手続においてZPO七〇七条の準用により停止される。手続の続行のほかは債務者には請求異議の訴えも開かれていない。しかし、和解が締結された手続が続行されるのであれば、請求異議の訴えは不適法である。ただし、係属中の手続の中で和解の無効を確定した上で判断される判決は、和解から執行力を剥奪するからである。

### III 訴訟上の失効の諸段階

既に繰り返し、訴訟上の権利失効の思想が、立法者が当事者に課した手続上の不利益にとつての理由付けとして言及されてきた。上訴期間を懈怠する当事者は、通常は上訴から排除される。連続する二回の期日に欠席する一方当事者は、第二の欠席判決を、懈怠の場合がなかったという理由付けでもつてのみなお取り消しうる（ZPO五二三条二項）。当事者は、時機に後れた提出が引き延ばされ、遅延が重過失または訴訟引延しの意図に関連する場合に、攻撃防御方法、証拠方法および証拠方法を排除される（ZPO二七九条、同二八三条二項）。

これら全ての場合において当事者が甘受しなければならぬ不利益が、権利失効の思想に基いているわけではない。一方当事者が上訴期間内に上訴を提起せず、それ自体取消可能な判決

が確定させられるということは、当事者がその不服を有する裁判を甘受しようとする点にもその根拠を持ちうる。当事者がさらなる権利保護を要求していないので、この判決に対する拘束によって当事者に不法は生じていない。したがって、権利失効の思想は、当事者が訴訟における権利行使を続行しようとするが、しかしそのために必要な行為を正しい時機に行わない場合にはじめて、訴訟上の不利益の理由として考慮されるにすぎない。

不利益な訴訟上の法的効果は、争うつもりのない者にも、また争訟の続行に必要な行為を適時にしなかった者にも生じることが、われわれはこの効果を異なった評価の思想に帰している。しかし、行態の動機がその評価にとつて決定的であるので、この点に評価の矛盾はない。しかし、それを越えて、放棄と権利失効の間には実体法上密接な関連がある。実体的な主観的権利を訴訟外の経過の中で失効（喪失）する者は、その権利の主張を放棄してしまったものとして扱われなくてはならない。この効果の一致は、ドイツ大審院が長い間放棄と権利失効の間の明確な区別を見つけきれなかったことになった。今日なお、黙示の放棄と権利失効の間の区別は、BGB一五七条と同二四二条の区別に際して出会うあらゆる不安定に苦しんでいる。この区別の困難は偶然ではない。人がある人物の客観的状況からその者に放棄の意思（Verzichtswille）を帰するのか、それとも、より強度の主観的色合いに染まった解釈において、その人物が

95

放棄しようと欲したわけではないが、しかし、その権利を、まさに同一の客観的状況を基礎にして失効したと確定するのは、どこで意思の解釈が終了して法規範によるその補充が始まるのかについての一致が達成されない限り、おそらく決して一致して決定されえないであろう。幸いなことに、もし人が黙示の放棄が失効<sup>⑩</sup>と同じ法律効果、すなわち新たな重要な状況によって無用とされる可能性がある権利行使を排除するという結果になるということを承認する場合、この決定は必要ではない。しかし、そのような法律効果の一致は、人が失効と同視される放棄を権利消滅事由としてではなく、権利行使の放棄として理解するのであれば、難なく与えられる。しかし、われわれが放棄を、当事者が意識的に甘受する訴訟上の不利益の理由として引き合いに出す場合、後者のみと関連するにすぎない。

われわれが、当事者がそのような不利益をその懈怠の効果として甘受しなければならぬ諸場合に関して、権利失効の思想をその理由として援用し、かくして実体的正義の原理を訴訟上の効果の正当化のために利用する場合、このことが訴訟法の厳格性が一般条項によって柔軟にされるべきだということを意味しているわけではない。BGB二四二条<sup>(第2項)</sup>という一般条項に訴訟における新たな適用領域を開拓し、それでもって厳格な訴訟法の規範を巧みにかわすことがわれわれの検討の意味ではない。むしろ、まさに訴訟法の厳格な規範の適用は、その正義に即した価値 (Gerechtigkeitswert) が明らかにされることによって促

進されるべきである。厳格な期間および充足が困難な原状回復の要件に対する拘束を、法的安定性と合目的性のために正義を抑圧する「単なる」形式法 (formelles Recht) とみなす裁判官は、非常に容易に、原状回復を「実体的正義のために」立法者が望んだよりも寛大に保障する傾向がある。これに対して、厳格な期間と困難な原状回復の要件が実体的正義の表現と理解されるのであれば、このことは訴訟法の正しい適用にただ役立つだけでなく、また、かくして訴訟法の空洞化に反対して、一般条項による最大限の援助を与えることになるのだろうか。

権利失効の思想は、ここでは訴訟上の規定を変更しまたは回避するためではなく、それらを説明し、正しく解釈するために引き合いに出されるにすぎない。それゆえ、実体法の権利失効理論が権利失効と除斥期間の間の厳格な区別を要求しているのは、権利失効の思想を利用することに矛盾するものではない<sup>⑪</sup>。ただし、この区別は、単に、BGB二四二条から演繹される権利失効の要件を正しく記述するために命じられるにすぎないからである。つまりは除斥期間の場合には法律の命令により期間の経過のみが問題であるのに対して、これ（＝期間の経過）はBGB二四二条の権利失効にとって十分ではない。しかし、人がBGB二四二条の権利失効の構成要件を問題にするのではなく、法定の除斥期間の理由付けを問題にするのであれば、除斥される者の相手方が一定の時点までに権利行使をしないう場合、その時点から確固たる法的地位を獲得すべきだとい

96

ことは自明である。法定の除斥期間は、BGB二四二条の権利失効の効果が基礎に置いているその法的思想の具体的な形成物(Ausformungen)である。この具体化は、既にBGB二四二条の適用に際して裁判官によってなされる状況の考量を含んでおり、それゆえ具体的な除斥期間の適用に際してはいぜん期間の経過のみが問題であるにすぎない。

このことは訴訟法の期間についても妥当する。われわれの問題は、いかなる要件の下で、そしてどの時点から訴訟上の権利行使——例えば上訴すること——が不適法であるかを述べてはいない。この問いは、法律の中で解答されている。われわれはむしろ、なぜ立法者はそのような除斥期間をあらかじめ置いているのかを問うているのである。この答えは、実体的な除斥期間および実体的な権利失効の理論にとっても決定的な、同じ理由付けへとわれわれを導く。すなわち、相手方は一定の時点から一定の法的状態に対する彼の正当な信頼において保護されるのである。相手方の保護性は、この者が訴訟において裁判所の面前で争ったこと、そして、両当事者がそこでその立場を主張する十分な機会を持っていたことから明らかになる。実体的な権利失効に対して、まさに短くかつ厳格な訴訟法の期間は、訴訟が、人が譲歩する気がないのなら、そこで争われなければならない場であること、したがって、そこでは相手方は人がここで全ての自由に使える手段を用いて、定められた時間内にその権利を行使することを予期することができ、かつ、そうする

ことが許される場であるということから正当化される。

われわれの訴訟法の諸規定は、手続の経過に対応した訴訟上の失効の段階的發展を認識させる。われわれの叙述は、それから下降して降りてくるために、最上位の段階から開始する。

#### 1 既判力と再審

ある判決が下され、それに対してもはや上訴が許されず、したがって審級序列を終わらせる場合、判決によって不利益を受ける当事者は、その判決が誤りであるという提出はもはや聞き届けられない。既判力は、当事者を誤った裁判にも拘束する。敗訴当事者が彼に有利な事実または証拠方法を提出しなかったがために判決が現実の法的状態から逸脱する場合、この者は、訴訟において聴聞を得る機会を十分に利用せず、したがって相手方が、そこで、両当事者がその立場を主張しえた後に、今や訴訟は終了しかつ拘束力をもって判断がなされたことを信頼してよいという異議を唱えることが、許されなければならない。したがって、既判力の排除効(Ausschlusswirkung)は、両当事者が重要な全ての事柄を訴訟に提出しえたということ、そしてこの可能性は、しかし相手方の利益のためにも利用しなければならなかったはずだ、ということに基づいている。訴訟という機会を利用しなかった者は、保護を要する相手方のためにその権利のさらなる行使を失効する。

この既判力の理由付けは、いずれにせよ歴史的に古臭く

なつたと非難される危険にさらされる。たしかに、個人主義的に理解された法的安定性は、既判力〔制度〕という形成物 (Ausgestaltung) に関するわれわれの民事訴訟法典の立法者の理由付けとして妥当するが、しかし同時に、自由主義的な法治国家の訴訟理論として過去へと追放され、かつ、国家の任務と国家の個人に対する関係の現代的理解とは相いれないと説明される<sup>⑩</sup>。しかし、もし私法の分野での法的安定性が主観的権利の安定性とはや同価値であるべきではないとすれば、どのようにして既判力がなお正義の原則の上に基礎付けられるかが問題になる。もし既判力の機能が「正当な判決が妥当していることの保護」のみであるべきであるとし、不当判決は、しかしそれが再審という清算的な (liquid) 取消可能性によって除去されえない限り、既判力によって共に包含されるべきであるならば、既判力は国家の権威の機能であるにすぎない。すなわち、判決は、国家の司法機関の宣言が通用性 (Geltung) を要求しているので当事者を拘束することになる。人がこの通用性を客観的私法秩序の確証 (Bewährung) と理解するとしても、このことに径庭はない。ただし、このことはやはりおそらくは、客観的私法秩序は既判力を伴った確認に対する拘束において確証されるべきということを意味しているにすぎないからである。この既判力の説明に対しては、超個人主義的な法的安定性が、独自の正義の価値を示しうるのか、そして、それが実体法の諸価値をわきへ追いついて立てるのに適切であるのかという疑問が

わいてくる。国家の権威は、どこから主観的な私権を剥奪する権利を受け取るのか？ 安定性と秩序が支配しなくてはならないという思想だけでは、民事判決の既判力は正当化されない。もしこの正当化が十分なものであるとするならば、訴訟において現実の法律状態に合致した裁判を探索することは問題とはならず、ともかく裁判がなされることと、この裁判が拘束力を持つこととが問題とならなくなってしまう。

98

国家の権威は、国家の行為の質 (Qualität) から正当化されなくてはならない。自己目的としての安定性と秩序は、いずれにせよ国家が私権を保護しなくてはならない限りにおいて正義の価値をもたない。それらは主観的な私権への、私法上適切な諸価値から引き出されることのない侵害を正当化することはない。それゆえに既判力を持った裁判への拘束は、主観的な私権へのありうる侵害をこの権利と一致すると思わせる論拠によって理由付けられなくてはならない。このことは主観的な私権がいかなる犠牲を払っても貫徹されねばならず、また既判力のある裁判に対してもそうでなければならぬということを意味しない。しかし、既判力の効力は、その私権を争った当事者の保護の必要性で判定されなくてはならない。彼らの対立する保護利益の間で、彼らの法的地位の保護の必要性を評価することによって調整が見出されなくてはならない。それゆえ既判力は、双方の利益の評価に依拠した勝訴当事者の保護の必要性の承認に基いている。この〔双方の利益の〕評価は、訴訟外の状態

況だけではなく、とりわけ、実体法の領域におけると同様に、実体権の作用力 (Wirkungskraft) への決定的な影響を付与する訴訟における行使の仕方 (Art und Weise) に目を向けることとなる。

この既判力の理解は、われわれの実体的な主観的権利の観念よりも個人主義的なのではない。これを古臭くなったとみなす者は、その再生と改善のために争うのかもしれない。しかし、人は、この争いを実体法における代わりに訴訟法において決着をつけ、実体法の構想を訴訟法でもつてかいくぐって攻撃することを警戒すべきではないか。正しく理解された民事訴訟法は、全く同様に、実体民法と同じく個人主義的である。それゆえ裁判への拘束を、当事者の保護の必要性という民法上適切な評価で基礎づける既判力理論は、一八七九年の立法者の既判力理論と同一ではない。けだし、まさに不適法な権利行使の理論の中にその簡にして要を得た表現を見出す、相手方のための権利主体の拘束は、主観的な私権の過去の個人主義的かつ自由主義的観点の明白な制約だからである。

権利失効というところで考察された段階への実定法上の限界は、手続の再審に関する規律から明らかになる。ZPO五七九条の再審事由は、手続の法治国家的最低限の要求が保障された場合にはじめて訴訟における権利の行使は保護に値する地位を根拠付けられようという思想に支えられている。ZPO五七九条は、まさに、裁判官権限の客観的かつ造詣ある行使を保障し

ているわれわれの裁判所構成法と訴訟法に依拠しており、その結果、手続の結果が当事者に帰責しえない場合には四号において無効の訴え (Nichtigkeitsklage) が開始する(こう)ことには、十分な意味がある。けだし、訴訟外の法律状態と一致しない判決に対する拘束は、法治国家的手続のために前提とされてなければならぬ諸条件が遵守されており、したがって、判決が、立法者の意思によれば国家に民事訴訟において帰せられるべき責任を引き受けることができる状況にあるとされ、そして民事訴訟の結果にとつて広範囲に及ぶ意義を有する当事者の行為が当事者の責めに帰せられてよい場合にはじめて、当事者に帰責されるからである。それゆえ、法規定に合致しない配置の裁判所、除斥原因があり、または忌避された裁判官の面前での、あるいは、法律の規定により代理されない当事者による権利行使は、たとえそれがどんなに不注意に進行されたとしても、この手続の瑕疵は、敗訴当事者をさらなる訴訟上の権利行使から排除することを禁止しているので、失効の効果は生じない。

ZPO五八〇条の再審事由は、それらが再審原告に不利益な裁判をもたらしただけということ、その不利益は再審原告の自由に使える手段では回避できなかったということによって際立っている。たしかにZPO五八〇条は「帰責し得ない障碍からその効力を取り去ること」を目的としているという大審院の命題は、反対にあつている。ガウル (Gaul) はこれに反対して、大審院はむしろZPO五八二条の思想を述べ、それゆえZPO五八〇

条の内容を把え得てないと述べている。しかし、このことは過去の観点のみではZPO五八〇条を説明しえていないとの限りで適切である。ただし、ZPO五八〇条は、一方当事者がこの者に不利な訴訟の結果に何ら責めを負うことのない諸事例の全てにおいて再審を許容するわけでは全くないからである。他方で、しかし、ガウル<sup>(8)</sup>が原状回復原理 (Restitutionsprinzip) を、原状回復手段の特別の証拠力によって判決の基礎の不当性が顕著であるという点のみみるのは、また非常に一面的である。この原状回復原理の見方は、ガウルが出発点とする既判力の理解に基いてのみ説明される。ただし、もし既判力が判決の通用力が存続することを保持することだけに奉仕するのであれば、いずれにせよ原状回復原理は、通用力の基礎が明白に誤りであるという点のみみられるにすぎない。ただし、判決の国家的な権威は、その法確証機能を、それが明白な不当判決をカヴァーしない場合にはじめて果たしうるにすぎないからである。当事者の保護の必要性に基づく、支持される全ての再審事由の解明は、ガウルが既判力に帰した機能に反して顧みられな

いままでである。

これに対して、人が既判力を公的利益において命じられた判決の通用力の保持としてのみみるのではない場合には、原状回復原理は一層広く理解されるに違いない。その場合、原状回復の訴えは、明白になった、そして国家の権威を危険にさらす判決基礎の不当性のみから正当化されるのではない。むしろ原状

100

回復事由は、一方当事者にその実体権を侵害する判決に対する拘束が期待されえない諸場合をカヴァーする。原状回復原理は、実体的失効の理論が発見した形成物に対応する。すなわち権利失効は、権利者がその権利を主張するために、全ての、この者に期待可能な事例を行った場合には生じないということ、<sup>(9)</sup> に対応している。実体民事法においては、この問題は個別事例の状況から判断されなければならない。訴訟法においては、われわれは一般条項に立ち返ることを排除する、際立った、具体化された構成要件を見出す。この具体化が訴訟法において可能であるということとは、再びここで規律されている生活領域に基づく。ただし、訴訟法は訴訟を技術的構成物、法的にあらかじめ作られた手続の中で実行され、かくして実体法が規律している多様な変化する生活領域よりもわずかにしか形成の可能性の変異幅が許容されない一つの事象経過 (Geschehensablauf) として形作っているからである。

もし判決が、不服当事者の影響領域および責任領域の外にある事情によって不当なものとなった場合、判決に対する拘束は期待不可能である。この観点から、相手方の偽証または過責による偽誓 (ZPO五八〇条一号)、文書偽造または文書の変造 (ZPO五八〇条二号)、証人および鑑定人による刑事上罰すべき真実義務の違背 (ZPO五八〇条三号)、刑事上罰すべき行為による判決詐欺 (ZPO五八〇条四号) および裁判官の可罰的な職務義務違反という再審事由が正当化される。

これに対して、ZPO五八〇条六号および七号は、それ自体不服当事者の影響領域内にもありうる諸場合を含んでいる。判決がそれに基いているところの先行裁判が非常に後れて取り消された結果、取消が確定判決においてもはや顧慮されえないということとは、不服当事者がかの先行裁判の取消を停滞することなく満足に行わず、またはZPO一四八条の中止を申し立てなかったということにもとづいている可能性がある。不服当事者が同一事件において下された、以前に確定した判決または関連文書を後れて発見したということは、その懈怠に基づく可能性がある。ここではZPO五八二条が関係するが、同条は、今日の解釈においては原状回復の訴えを、存在している再審事由が過責によって非常に後れて主張される場合に排除するだけでなく、再審事由が過責によって後れて生じた場合にも排除する。ZPO五八二条の意味における再審事由は、ZPO五八〇条七号の諸場合においては文書の発見または利用可能性である。ZPO五八二条は、原状回復の訴えを、文書の発見または利用可能性が過責により後れて主張される場合だけでなく、当事者が文書を過責により後れて発見したり、あるいは過責の結果、既に早期に利用するということができなかつたりした場合にも、争いなく排除する<sup>(10)</sup>。それゆえ、同じことは、ZPO五八〇条七号の場合についても妥当しなければならぬし、先行裁判の取消(ZPO五八〇条六号)が不服当事者によって過責によって遅延させられた場合についてもそうである。

101

したがって、ZPO五八二条は、これらの場合には、ZPO五八〇条一号一五号の諸場合とは異なる機能を持つ。この再審事由の場合には、構成要件は、再審事由が不服当事者の責任領域内にある場合にはじめて再審の訴えを開始すると解されている。その場合、ZPO五八二条は、ただ過責によって後れた再審事由の提出を禁ずるにすぎない<sup>(11)</sup>。これに対して、ZPO五八〇条六号および七号においては、その構成要件は、不服当事者の責任領域に帰されなければならない諸場合をも含んでいる。それゆえここでは、ZPO五八二条は、あまりに広くカバーしている構成要件を免責(Schuldlosigkeit)の要件によって限定する機能を持つ。この根拠からもまた、ガウルがZPO五八二条の評価思想(Wertungsgedanke)をZPO五八二条のそれから切斷するということは正当化されない。

ガウルによる研究に関しては、なぜZPO五八一条が、ZPO五八〇条一号一五号の諸場合において、確定した刑事判決を再審のために要件としているのか、という問題が依然として回答されるべく残されている。人は、はたしてここで主張されている見解によって、再審手続における刑事上罰すべき行為の確定で満足させられ得るであろうか。それでも原状回復の訴えによって確定判決が攻撃され、したがって相手方のさしあたっての安定した訴訟上の地位が攻撃されるということが顧慮されなくてはならない。それゆえ立法者は、再審をめぐる争いにおいて、既に判断された、相手方、証人または鑑定人が真実を述べ

たあるいは偽ったかという証拠の問題が、あるいは、請求権が存続したかどうかという解答された問題が、相手方が請求権の要件を詐欺的に〔訴訟で〕演じたという主張に基いて、再度争われるということをできるだけ回避しようとしている。この問題を審査する負担軽減は、捜査が公訴提起のための十分な原因を与えている場合にただちに実施されなければならない刑事手続（刑事訴訟法「StPO」一五二条）のための道のりが開かれているときには可能である。しかし、刑事手続が証拠不十分以外の理由で開始または実施されない場合には、再審手続自体の中で、ZPO五八〇条一号―五号の意味における刑事上罰すべき行為が存在するかどうかを審査されなければならない。それゆえ、再審を正当化するものは、刑事手続―それに民事裁判所は再審事由の審理にあつてただちに拘束されるものではない<sup>(16)</sup>―の特別な証明力ではなくて、不服当事者に帰責されない判決内容の刑事上罰すべき取り扱いである。

ただ、ZPO五八〇条七b号の事例に關してのみ付加的な理由付けが必要である。ただし、帰責および期待可能性の観点からは事後的に発見された文書だけが再審を正当化し、しかし他の過失なしに後に発見された証拠方法は再審を正当化するのではないということは、ただちには説明されない。後に発見された証人は、その証言が非常に信憑性があるので刑事裁判所による有罪判決をもたらさしめる場合にのみ、不服当事者にとって再審提起の手助けとなるにすぎない。証言がそのために十分では

ない場合、それを再審手続で利用することは、古い証拠を再度利用するという結果になるにすぎないのではないか。しかし、証拠評価の繰返しは、これまでに取調べられた証拠が、もはや裁判所の確信を基礎付けえないということが確実である場合にはじめて許容されるべきである。再審手続は自由な証拠評価の領域へ介入すべきではない。その限界の中で、その結論は、口頭弁論で証拠の評価を陳述する機会を持った当事者を拘束するにすぎない（ZPO二八五条）。この拘束の限界は、手続の法治国的基礎が欠けるか（ZPO五七九条）または反対事実が、裁判官に異なった結論をもちや許容せず、したがって裁判官には異なった証拠の評価のための自由はもはや認められない信憑性をもって確認される場所に存在する。したがって、文書は、その証拠力が自由な証拠評価を制約するがゆえに、ZPO五八〇条七b号において原状回復方法として承認されている。それは、文書の拘束力のある証拠力によって確定できる事実が、原状回復原告に有利な裁判をもたらしたであろう場合に限っても手続の再審を開始する<sup>(17)</sup>。

絶対的な、過責によって左右されない訴訟上の失効の効果は、判決の既判力から五年が経過した場合に生じるとされる。このことは、当事者が手続において法律の規定によって代理されなかった場合にのみ妥当しない（ZPO五八六条三項）。この当事者には判決を帰責させられないので、当事者に判決が適法に送達されていない限り、この者の再審の訴えは排斥されない。



ZPO五八六条二項二文の期間は延長されえない。その懈怠に対して、原状回復は存在しない。期間の経過は、司法の停止によってまたは高権(hohe Gewalt)によっても阻止されない。BGB二〇三条は適用されない。この種の絶対的除斥期間をわれわれは実体法の中、したがって、例えばBGB一二二条二項、同一二四三条項、同一五九四四項、同一五九五a条三項、同一九五四四項および同二〇八二条三項にも見出す。それらはかなり長い時間の経過(たいていは三〇年、一九九四四項および一九九五a条三項の場合は一〇年)によって法律関係は歴史的意義しかないか、あるいは、関係人が仮定の法律状態の上に適応した結果、変更が全く期待不能または耐えられないと思われるという思想によって根拠付けられている。

この思想は、ZPO五八六条二項二文の基礎にもなっている。<sup>(103)</sup>しかし、五年の期間は時にあまりに短かすぎることが公にされていた。<sup>(104)</sup>このことはとりわけ五年の期間の経過後にもいぜん法律効果が生じる継続的法律関係について当てはまる。ZPO五八六条二項の根拠もまたこれらの場合の助けにはならない。それゆえこれらについては立法論としてより長い期間が望まなければならない<sup>(105)</sup>だけでなく、既に現行法上救済策を講じなければならぬ。このために二つの方法が提供される。すなわち、ZPO五八六条二項の規定を、同条はその目的によればそのような継続的關係へは適用されえないとの理由で適用しないか、あるいは、相手方が、再審の訴え提起の前の直近五年

の間にはじめて発生した継続的法律関係の法律効果についての争いをそれによって排除しようとする場合には、期間の経過を援用することを不適法な権利行使とみなすかである。

しかしまた、別な事例においても五年の期間はあまりに短かすぎることがある。例えば、この期間経過後にはじめて判決に基づいて執行がなされる場合である。判例は、ここではBGB八二六条でもって救済してきた。しかし、この方法は適切ではない。けだし、ZPO五八六条二項の期間が短かすぎるといふ事實は、再審手続を全体として排除し、再審の構成要件とZPO五八一条とを飛び越えることを正当化するものではないからである。むしろ期間を援用する相手方が、そのことによって不適法な権利行使を行っているかどうか明らかにされなければならない。<sup>(106)</sup>

したがって、実体法において、法定の除斥期間の経過の濫用的な援用に関して展開された諸原則は、訴訟法においても妥当する。ここでは、そのと同様に、立法者による除斥期間の根拠が顧慮されなければならない。ある法律状態を終局的に安定させるという除斥期間の目的に対して、厳格な要件の下にある権利濫用を承認することは、稀少な例外とみなされなくてはならない。それゆえ、例えばZPO五八六条二項二文の期間を懈怠する全ての事例において、期間経過の援用を援用することは許されない。むしろ個々の場合に依じて、ZPO五八六条二項二文の目的を手掛かりに、この規定の保護なしで済ませることを

相手方に強いことができるかが審査されなくてはならない。

既判力が権利行使の失効として解釈され、再審法が実体法に合致するこの失効の理由付けとして説明されるとすれば、BGB八二六条を助けにして述べられている既判力の打破についての主張されている全ての論拠がなくなる。既判力に関するZPOの諸規定が正義の前では屈服すべき形式規定だということ、それは単に形式的資格を保障するにすぎず、正しくない事柄に法の裏書をする<sup>(105)</sup>ということは、既判力とその再審法において引かれた限界が実体法の価値に一致する価値に基礎を置く<sup>(106)</sup>という事実を看過している。BGB八二六条という一般条項の適用は、再審法の諸規定が、この規定の類推的拡張という手段によって閉じることのできない価値の欠缺を含んでいる場合にはじめて正当化されるのだといわれるかもしれない。これがその場合に当たらないということ、そしてそれゆえにBGB八二六条の適用は既判力と再審法の諸規定を回避することのみ奉仕しうるのではないのかということは、既に別な方向から非常に印象深く示されているので、ここで繰り返される必要はない。

105

## 2 既判力と法的審問

しかし、既判力の失権効は、不服当事者が、手続上手続の進行に影響を及ぼす機会をもつたときにはじめて、すなわち、彼の法的審問が保障されたときにはじめて妥当する。彼の権利を裁判所の面前で行使しえた当事者のみが失権効に該当する

ことがみとめられるので、連邦憲法裁判所が、GG一〇三条一項の懈怠を確認したときは、既判力は譲歩をしなければならぬ<sup>(107)</sup>。

## 3 既判力と原状回復

異議 (Einspruch) または上訴によって取り消すことが可能な判決が下されたが、しかし、敗訴当事者が異議期間または上訴期間を徒過した場合、その判決は確定する。当事者は実体的法律状態に矛盾する判決に対しても拘束される。懈怠した当事者は、彼が命じられた権利行使の可能性を利用しなかったこと、それで相手方は今や訴訟が終局的かつ拘束力をもって終結したことを信頼できるのだ、という反論に対峙しなければならぬ。期間の懈怠によって当事者は、保護を必要とする相手方のためにその権利をさらに行使することを失権する<sup>(108)</sup>。

106

権利失効の限界は、この段階では原状回復 (Wiederherstellung in den vorigen Stand) に関する諸規定から明らかになる。その要件は——手続の再審のそれとは異なり——判決が瑕疵のある状態で成立したか、あるいは、内容的に誤っているかに関係ない。原状回復は、当事者に期間の懈怠を帰責することが可能かどうかのみにかかっている。このことは、ZPO二三三条によれば、当事者が天災または避くべからざる事変によって期間の遵守が妨げられた場合には当てはまらない<sup>(109)</sup>。

弁護士層によって提起された、原状回復は立法論としては重

過失の場合にのみ拒絶されるべきかどうかという問題を判断するためには、人が原状回復を、多かれ少なかれ訴訟の外形的秩序に違反する行態に対する強力な国家の司法の寛容さとしてではなく、当事者の保護を必要としている利益の衡量と理解することが、決定的に問題になる。期間の経過は単に相手方に実体的な法律状態に抵抗する形式的資格を作り出すだけではない。むしろ相手方は、不服を有する当事者が適時にその権利を行使するであろうということを信頼しえたので、実体法の評価基準によっても保護されるべき法的地位を取得する。原状回復要件の厳格性は、当事者がその権利の行使のために負う責任の対応物である。人が一方当事者に対する一方的な寛容から原状回復を重過失の場合にのみ拒絶し、かくして軽過失の結果を相手方に転嫁するのであれば、われわれの失効の理論の基本原則に矛盾することにならないだろうか。

しかし、ZPO二三三条の要件を、他の、新たな手続法の要件に適合させるということは、検討に値する。行政裁判所法(VwGO)六〇条、財政裁判所法(FGO)五六条および社会裁判所法(SGG)六七条は、過失が存在しない場合に原状回復を予定している。そのように適合させることに反対することになるかもしれないのは、他の手続類型においてはその既判力に対する利益が原状回復に関係するのは、しばしば国家または公的団体であること、そして、期間の懈怠に対して寛大でなければならぬということが、国家および公共団体にとってふさわ

## 107

しいとされていることである。しかし、軽減された要件は、その機関が期間を懈怠した場合には、同じように国家自体に利益となる。その場合に影響を受けるのは市民であるが、この者は、国家の期間懈怠に対して民事訴訟における私人たる相手方と同様に保護に値する。ZPOの立法者は、人が単に過失の不存在に焦点を当ててする場合に、原状回復が裁判所によって非常にいい加減に処理されるかもしれないということを危惧していた。それゆえ立法者は、原状回復を不可抗力の場合にだけ許容したのである。しかし、連邦行政裁判所と連邦社会裁判所の判例は、この厳格な基準は、人が単に過失の不存在のみを取り上げた場合もまた遵守されうるとを示した。他方で、数多くの民事裁判権の下級裁判所の実務は、立法者によって設けられた特別に厳格な要件が、非常に寛大に原状回復を付与することの排除に本当に適切かどうか、疑念を抱かせる。

ZPO二三三条の厳格な基準へ固執するよりも重要なことは、人が当事者と弁護士に対して設定しようとしている必要要件を正しく限定することであるように私には思われる。もし人が、期間が過失なくして懈怠された場合に原状回復を付与するのであれば、全てはいかなる注意(Strenge)が訴訟上の関係において要求されるのかの問題となる。ここでは寛大な基準が不適切であるということは、一方当事者の懈怠がその相手方に転嫁されてはならないということを考えてみるならば、おのずから理解されるのではないだろうか。したがって、たとえ人が

ZPO二二三条において過失の不存在に焦点を当てたととしても、従来の判例の本質的な部分は手つかずのままでありえよう。

しかし他方で、VWGO六〇条、FGO五六条およびSGG六七条にZPO二二三条を適合させるということは、既に現行法上過大であった要求を緩和する機会を与えるであろう。われわれの分業の原則 (Prinzip der Arbeitsteilung) によって特徴づけられた社会生活においては、人は、弁護士に、極度の、その弁護士が期日のカレンダーを自ら遵守する場合にはじめて安全に職務を行いうるという程度にまでよく教育された人物の監視を求めるべきではないのではないか。彼は、弁護士が、彼の期日を監視する人物を注意深く選び、そして指導しそして抜き打ちの検査によって監視することで満足しなければならぬ。その場合に、弁護士が全ての記録 (Akten) の提出に際して期間の経過を自ら思い浮かべるべきだということとは、弁護士には、有資格者としての法的訓練を要求しそれゆえ他のスタッフに委されえない任務のために頭を空けておくべきだという合理的な事務所組織の要請に反している。注意深く選任し、抜打ちの検査によって監督された職員の過責が原状回復を排除してはならないという効果は、相手方にとってはいぜん無理なことではない。けだし、相手方もまた分業された社会に生活しており、その利益を享受しているからである。それゆえ彼はその予期せぬ不利益 (Tücke) をも甘受しなければならぬ。これに対して、実体契約法上、各人はその履行補助者の全く些細な過失の責任

108

を負わなければならないという観点は、貫徹していない。BG B二七八条は、原状回復の場合に適用されてはならないが、その理由は、その者の不利益に原状回復がなされる相手方は、他方の訴訟当事者による訴訟上の義務の遵守を求める債務法上の請求権を持たないからである。期間の懈怠は、相手方に対する義務の違反ではなくて、自らの利益に反する行為である。たしかに実体法の負担 (責務 (Obliegenheiten)) にもBG B二七八条は一定の範囲で適用可能である。しかし、まさに契約外での負担 (責務) の場合には、危険領域の衡量によって決定される制限が要求される。各人が分業による利益配慮のリスクを自ら引き受けなければならないという観点は、それゆえここではそのままには貫徹していない。むしろ原状回復に関しては、弁護士の事務所職員の過失がただちに一方当事者の危険に帰することができないということが顧慮されなくてはならない。もし人がBG B二七八条を適用しようとするのであれば、当事者とその弁護士にそのような過失を一般に回避することを義務付けることになってしまふであろう。当事者はその代理人に、最大限の注意をもってその職員の軽微な過失を回避するように努めることを期待しなければならないことになってしまふ。しかし、このことは、弁護士事務所における分業が、事業の拡大およびそれと同時に収入を得るチャンスに奉仕した場合にはじめて正当化されることにならう。しかし、それはそのような分業の意味するところではない。むしろ分業は司法のために不可欠と考

えられるべきではないだろうか。弁護士は、事務所職員の仕事によって、裁判官が事務課によって負担軽減がされているのと同様に、司法機関としてのその有資格の任務を全うしうるために、負担軽減されうるべきではないだろうか。判例が、事務職員の過失を当事者の責めに帰さないとすれば、このことはしたがって結局、このリスクが秩序だった司法の利益のために、すなわち期日の懈怠につながる裁判所とその事務課の過失が原状回復を妨げないのと同様、相手方に甘受されなければならないの理由によるものと思われる。

このような理由からBGB二七八条が適用されないのであれば、人は弁護士に、その職員の監督に関して過大な要求をしすぎてもならない。もし人が弁護士にその注意深く選任されかつ訓練された職員のそれぞれの軽微な過失を回避することを要求しようとするのであれば、BGB二七八条を適用すると同一の結論に至ってしまうのではないか。同条の適用可能性を排除する根拠は、弁護士に対する注意深さの要求をも決定するに違いない。すなわち、弁護士は、司法の任務のために、裁判所の場合には事務課の仕事とされている仕事から免れうるのだければならない。それゆえ、弁護士がこの仕事を正しく組織し、職員を注意深く選任し、抜打ちの調査によって監督する場合には、彼の義務を満足させている。<sup>④</sup>

特別な事例において、既に現行民事訴訟法は、原状回復について当事者またはその代理人の過失に注意を喚起しており、す

なわち、当事者が異議期間を徒過し、かつ、欠席判決の送達についてその過失によらずに知りえなかった場合である（ZPO二三三条二項）。ほかでもないヘルヴィヒその人が甚だしい不整合とみなしたこの規定は、立法者の意思によれば、当事者に対してこの者に開始された訴訟についても欠席判決についても何も知ることができなかった場合に、原状回復を容易化すべきだとする。したがって、ZPO二三三条一項の高度の注意義務は、その者が訴訟中であることを知っている当事者のみに妥当すべきであるとする。かかる立法者の意図は、しかし法文上は非常に不完全にしか現されていない。ただし、文言によれば、訴訟について知っていた当事者もまた、ZPO二三三条二項の利点を享受するからである。立法者の意思と一致して、ZPO二三三条二項は、欠席判決の不知は、当事者がその者に対して訴訟が係属していることを知っている場合はいつでも過失とみなされると解釈されなければならないのだろうか。これに反して、ZPO二三三条二項の文言は、当事者がたしかに訴訟について知っていたが、しかし過失なしに欠席判決のことは知らなかった諸場合をもカバーしている。しかし、それ以外の場合全てにおいて当事者の判決の不知は、不知が不可抗力に基づく場合にはじめて原状回復の助けを得るのだから、その場合、規定は実際のところは首尾一貫していない。それゆえZPO二三三条二項は、人がZPO二三三条一項において責任主義へ移行するかどうかにかかわらず、それぞれの場合に変更されるべ

きではないだろうか。

もし人が、ZPO二三三一条一項を、VWGO六〇条、FGO五六条およびSGG六七条に適合させようとする場合には、しかし人は実体法上の対応物(Parallele)から目を離してはならない。原状回復は、BGBにおいては、法律の指示に基いて一連の除斥期間の場合にも生じる(例えば、BGB一二四二条二文、同一〇〇二条二項、同一五九四三項)、不可抗力を理由とした二〇三条による期間の障碍に対応している。ZPO二〇三条二項の解釈は、偶然にZPO二三三一条一項の解釈に緊密に結びついているわけではない。この対応は、緊密な事実関連(Sachzusammenhang)から明らかになる。ここでももちろん、適法な権利行使の時的限界が問題となっている。ここでは実体法と訴訟法は等しい規律を必要としている。もし人がZPO二三三一条の一項を過失責任主義に移行させようというのであれば、BGB二〇三条二項も、これに対応して変更されなくてはならない。

終局的な訴訟上の権利失効は、立法者の意思によれば、ZPO二三四一条一項の原状回復期間が懈怠され、懈怠された期間の終了から起算して一年が経過した後を生じる(ZPO二三四三項)。ここでは、ZPO五八六条二文におけると同様、その懈怠が相手方のために治癒されないところの絶対期間(Absolute Fristen)が問題なのである。不服申立当事者は、判決をZPO五七八条以下要件の下で再審の訴えで攻撃すること

ができるのみである。この原則は、判例により二つのケースで破られている。ブラウンシュヴァイク高等裁判所は、原状回復をZPO二二四三項の一年の期間経過後になお、適時に提出された〔生活困窮者〕無料訴訟権(Amnerrecht)の申請についての裁判がこの期間の経過後にはじめて言い渡されたという事案において保障した。連邦憲法裁判所は、生活困窮者である当事者に原状回復期間の懈怠に対する原状回復を許した。両方の裁判は、人が確定した判例とともに、生活困窮者が無料訴訟権の申請を上訴期間内に提出したが、この者の申請が期間経過後にはじめて認容されたという場合には、生活困窮者は原状回復を保障されなければならないということから出発する場合、正しい。一年を超えて無料訴訟権の申請についての裁判が遅延したことを貧困当事者に帰責することは、この者が自らこの遅延を惹起した場合でないのであればできない。無料手続のことを知っている相手方は、立法者がZPO二二四三項において前提としていたような程度での保護に値するものではない。ただし、この者は無料訴訟権の申請を考慮に入れ、したがって上訴審における手続の続行のために準備しなければならないからである。

連邦憲法裁判所は、ZPO二三四一条一項の原状回復期間の懈怠に対する原状回復の保障を、平等原則によって正当化している。実際、困窮者でない当事者には上訴期間の懈怠の場合に原状回復が保障されるのに対して、困窮当事者には控訴の提起

のために絶対期間しか利用できないのだとするならば、困窮当事者は不公平に害されることになってしまいうことにならないだろうか。困窮当事者に救済権が上訴期間の経過後はじめて保障されるのであれば、彼にとって現状回復期間は上訴期間の機能を持つ。

この裁判によって生じた絶対期間への介入は、もし人がリューデリッツ (Lüderitz)<sup>⑧</sup>とともに既に立法論上、無料訴訟権の申請が上訴期間を中断するということを承認しようと欲するならば、もちろん不必要になる。判例がこの——もちろん大胆な——ZPO二二九条以下の類推に従わない限り、判例は既述の絶対期間の相対化でしなくてはならない。その基礎にある理由は、両方の解決にとっては同一である。すなわち、一方当事者の責に帰し得ない事情は、これが相手方の信頼保護と合致する場合には、その者の権利追求を排除しない。この原則は、ブラウンシュヴァイク高等裁判所および連邦憲法裁判所の裁判もまたZPO二四九条一項の期間の中断をも正当化する。

#### 4 欠席判決

一方当事者が口頭弁論期日に欠席する場合、この者に対してはZPO三三〇条以下により欠席判決が言い渡される。当事者は異議によって訴訟欠席の懈怠が発生する前の状態へ復させることができるので、本案についての権利失効の効果は、とりあ

えずはこれと結合したものでいうわけではない。欠席の効果を取り除くためのこの簡単な可能性のために、当事者にその行態が責に帰されなければならないのかという問題は、欠席判決の言渡し前に非常に限られた審査がなされるにすぎない。たしかに裁判所は、ZPO三三七条によれば、当事者が自然災害またはその他の不可避的な事故 (Naturereignisse oder andere unabwehrbare Zufälle) によって出頭を妨げられると「認める」ときは「<sup>⑨</sup>、期日の延期をしなければならない。しかし、裁判所はそのような障害事由が存在するかどうかを自ら調査してはならない。裁判所は、記録から知られる事実および出頭した当事者から提出された事情を顧慮するという公知の出来事を有するにすぎない」。

しかし、最終的な欠席の効果はZPO三四四条から生じる。欠席した当事者は、原則的に欠席によって生じた費用を負担しなければならない。最終的な訴訟上の不利益は、一方当事者にその責を負わせてよい場合にはじめてこの者に課されるという原則は、<sup>⑩</sup>ここでも、その原則が法律に十分な表現を見出さなかったとしてもみられる。この適切な結論は、たいてい、当事者が自然災害またはその他の不可避的な事故によって出頭を妨げられた場合、欠席判決は法定の方式では言い渡されないことで理由付けられる。たしかにこの理由付けは、裁判官はZPO三三七条によって欠席の理由を調査する義務を負わず、したがって裁判官が不可避的な事故について何一つ知らず、かつ頭

著な出来事 (offenkundige Ereignisse) から記録または相手方の提出からもそれについて知り得なかった場合、欠席判決は法定されていない方式では言い渡されない、ということを見落としている。しかし、挙げられた理由付けは、遅延は、それが当事者の責に帰される場合、すなわち現行法によれば、当事者が自然災害によってもその他の不可避的な事故によっても適時の行為を妨げられなかった場合にはじめて不利益に結びつけられてよいのだという正当な考え方を言い当てている。このZPO二三三条一項の中にもZPO三三七条の中にも表現を見出された原則は、ZPO三四四条の効果に関しても妥当するのである。これに対応して、ZPO七一九条、同七〇七条による異議をもってZPO七〇八条三号により仮執行を付された欠席判決に基づく強制執行の停止が求められた場合、欠席の帰責性の問題がさらに検討されなくてはならない。欠席が不可避的な事故に基づく場合には、この停止が与えられなくてはならない。<sup>(註)</sup> 本案についての最終的な権利行使の失効は、ZPO三四五条の意味における第二の欠席判決の場合に生じる。この判決は、ZPO五一三条二項によれば、懈怠の事由が存在していなかったという理由によつてのみ取り消されうる。通説および判例<sup>(註)</sup>は、遅滞 (Saumnis) が不可避的な事故に起因するという場合をもそこに含めている。このことはZPO五一三条二項、同三三七条の文言によつてもカヴァーされていないにもかかわらず、ここでもまたZPO二三三条一項、同三三七条の法思想は、一方

の当事者が不可避的な事故によつて適時の行為を妨げられた場合には、この者に最終的な不利益がもたらされてはならないということ貫徹している。

### 5 時機に後れた提出の排除

われわれは最後に、権利失効の効果をZPO二七九条、同二七九a条、同二八三条二項、同五二九条二項および三項に見出す。この手続の促進に奉仕する諸規定の場合には、失権効 (Verwirkungsfolge) が——ZPO二七九a条の場合を度外視すれば——訴訟引延しの意図または重過失を前提としているということが注目される。この訴訟引延しに対する寛大さは、明らかに、法律上のサンクションを基礎に置く要求が、明確にはその限界づけがなされていないということに基づくのは明らかである。ZPOは、口頭弁論の一体性の原則から出発し (ZPO二七九条一項、同二八三条)、控訴審において当事者に原則的には更新権を与えている (ZPO五二九条一項)。他方で、それは裁判官に時機に後れた提出を却下することを許容している。しかし、当事者がいつ一定の攻撃または防御方法、証拠方法および証拠抗弁を提出しなければならぬのかについて法律は述べていない。むしろ、時機後れの問題を、効果を手掛かりにして判断することを裁判官に委ねている。すなわち、提出が訴訟を遅延させるだろうという場合に、それは時機に後れたものである。しかし、それは厳密に言えば既に最初の口頭弁論に



おいて提出されず、かつこの弁論の前に書面で通知されていなかった全ての提出について妥当である。ただし、訴訟は、全ての訴訟資料が最初の弁論において既に陳述されていたならば、最速で終了することになるからである。当事者と裁判所により周到な準備がなされた場合(ZPO二七二b条)には、人は一回の弁論でやっていけるかもしれない。この場合にはZPO二七九条一項は不要である。むしろ当事者に期日を書面で準備することを求めるZPO二七九条二項で、十分となる。書面で通知がなされていない全ての提出は、訴訟遅延的に作用するならば、却下され得ることにならないか。したがって、ZPO二七九条一項は、複数の期日が開催される事案に該当する。しかし、この場合に、人は、第二回または後の期日においてはじめて陳述されたもの全てが却下に熟しているということから出発することはできない。したがって、複数の期日によって法的争訟が客観的に遅延することは、却下にとって十分なものではない。それゆえ、いつ当事者はその個別的な攻撃および防御方法、証拠方法ならびに証拠抗弁を提出しなければならぬかについてのさらなる基準が必要である。しかし、それは、人が訴訟を一定の定められた諸段階に分解しようと意図しようとするのであれば、抽象的にはほとんど決められない。しかし、そのような分解は必然的に、促進には決して貢献しない同時提出主義(Eventualmaxime)という結果になるのではないか。それゆえ立法者は、彼が何を当事者に期待しているのかを一般条

項的に記述することで満足しなくてはならなかったのである。しかし、法的争訟の遅延という客観的メルクマールは、それが当事者の行為の余地を限定しすぎるならば、十分ではない。それゆえ法律は、要求を主観的要件の緩和によって修正している。こうしてわれわれは一つの定式化を見つけるのだが、それは、行為の自由が相手方顧慮の命令に反し、また、行態の要求が具体化されていない状況について典型的なものとしている定式化を見出す。この実体法からの例として、BGB八二六条が挙げられるという。すなわち、行態の要求は善良の風俗という一般条項的な概念によって一義的に満足に決定されないのので、同条は、行為の自由のために、行為者の故意を要件としているとされる<sup>④</sup>。

このようにして、なぜZPO二七九a条は軽過失を排除効にとつて十分としているのかもまた明らかとなる。すなわち、当事者が個々の裁判所によって定められた時点までに適時に陳述をしない場合には、この者は、例えばBGB八二三条二項という行為規範に対応するように、具体化された行態要求に違反している。したがって、ここでは当事者は自分が何をすべきかを詳細に知っている。当事者がそれをしなかった場合には、この者には過つた行態は彼に対する責に帰されえないという事実、すなわち、この者が必要な陳述をしなかったことには責任はないという事実のみが助けとなる<sup>⑤</sup>。

もし人が民事訴訟法の改革に際して、ZPO二七九条一項の

要件を厳格にし、当事者が遅延を十分に弁明できない場合には時機に後れた陳述を却下するつもりであれば、人は当事者に対する行態要求を具体化しなければならない。もし人が一般的訴訟促進義務をZPOの中に受け入れることだけに限るのであれば、問題が単に移し換えられるにすぎない。すなわち、目下、当事者が重過失であったかどうかという観点の下で審査されている問題が、次には別な箇所で見られてくるであろう。すなわち、その場合には、人はこの訴訟促進義務が手続のある一定の段階において、いかなる内容を持つていたのかを審査しなければならない。ただし、まずこの具体的な義務の違反は、過失の点で審査される可能性があるからである。したがって、具体化という任務は存在し続けており、裁判官には、目下重過失という主観的メルクマールによって与えられていたのと同様の裁量の余地が与えられることになるが、その背後に今日の具体的な行態義務の問題は隠蔽されている。

それゆえ民事訴訟の持続的な促進は、ZPO二七九条の主観的要件の厳格化によってではなく、当事者に対する行態要求の具体化のみによって達成されるにすぎない。しかしここでも制約が設けられる。立法者は、同時提出主義という危険に近づくような硬直的な手続段階を導入する過ちに陥ってはなるまい。行きすぎた要求は、当事者の心配と注意を高め、非常に容易に、重要でない提出による避けがたい訴訟の負担加重という結果になるにすぎない。

当事者に対する要求の厳格化よりも重要なのは、裁判官は、命じられた促進の可能性を利用できるということである。ZPO二七九条、同二七九a条、同二八三条二項、同五二九条二項および三項は、既に今日、——それらが利用された場合には——著しく訴訟の短縮に貢献しうる手段を付与している。もし裁判所がZPO二七九条という一般条項的な要求を具体化する努力をするのであれば、弁護士の間で裁判所が弁護士に期待することは非常に迅速に行きわたり、かつ、訴訟の促進は最終的には弁護士たちにも歓迎されることになるであろう。ただし、訴訟に過度の時間がかかることは、裁判所と同様、弁護士をも苦しめるからである。

しかし、訴訟促進諸規定を正しく適用するための要件は、それが実体的な権利の見込みに対する形式的な障害であると理解されるのではなく、正しい手続に奉仕する具体化を必要とした行態の規律として理解されるということである。ただし、それは実体民事法に適合し、したがってかくして実体的正義の価値に帰せられうる限界を設定するからである。それをめぐって当事者が争う諸権利の価値は、時間的に制約される。主観的権利は、適切な時間の中で行使されうるものとされる法的権能(Rechtsmacht)を付与する。あらゆる不適切な遅延は、主観的権利それ自体を害する。

6 一般的な失効原理

最後に、前述した訴訟法上具体化された権利失効の効果のほかに、具体的な制限が欠けている場合にもなお権利行使の限界を制限しうるBGB二四二条の一般的な権利失効の原則にとつてなおその余地が残されているのが、問われるべく残されている。われわれは、訴訟上の排除効を、それが当事者によって望まれていない限りで権利失効の思想に還元してきたので、この効果は、BGB二四二条を排除する特別の規律のように見える。BGB二四二条を適用するに際して行われるべきであった権利行使に対する利益と相手方の信頼保護との間の衡量は、ここでは既に立法者によって行われている。この決断に裁判官は拘束されている。

115  
それゆえ、法律が権利行使に時的限界を設定しているところでは、BGB二四二条を適用することの余地はない。除外期間がBGB二四二条の助力によって短縮されるとはありえない。進行中の手続において当事者に与えられた諸権能の一般的な権利失効は問題とならない。それは、ZPO二七九条、同二七九a条、同二八三条二項、同五二九条二項および三項という集中にかかる諸規定(Konzentrationsvorschriften)が、この権能の時的限界をもつばら規律しているからである。債務名義を有する請求権の行使は、権利失効にはかかりえない。ただし、法律状態の一義的な確認を考えれば、給付判決を受けた者に有利な、保護に値する信頼構成要件は、三〇年の消滅時効の経過によつ

てはじめて開始しうるからである。

116  
提訴権の失効も排除されている。民事司法の領域においては、立法者は例外的事例においてのみ訴えに時的限界を設定しているにすぎない。したがって、例えばBGB一五九四条一項および四項、同一五九五a条一項および三項、同一五九六条二項ならびにNATO軍地位協定に関する法律(Gesetz zum Nato-Truppenstatut)一二条三項がこれである。その場合に実体法上または訴訟上の除外期間が問題になっているのかは、ここでは未解決のままにしておきうる。決定的なのは、われわれが例外的な規律と関っているということである。それらは、実体的な権利はそれが存在していると主張される限り、裁判上で主張され得るといふ原則を破っている。民事訴訟の任務は、主張された権利が行使されることのできる手続を提供することである。国家は、権利失効の原則でもって、この任務から免れることはできない。しかし、相手方は、訴訟前には保護されている信頼保護を享受することはない。仮にある請求が既判力をもって棄却されたとしても、これは新たな、仮に不適法であっても、同一の請求を対象にした訴えにさらされる可能性がある。しかし、いかなる裁判所も本案について判断してはならないという意味で不適法であるのは、訴えが、既にそのような権利保護が付与されたか付与されるであろう場合の訴えのみである(既判力、訴訟係属、仲裁の抗弁)。原告が他の手段で権利保護を獲得しうるか、あるいは、その主張にかかる権利を保持するために権

利保護を要求することがそもそも必要でない場合にのみ、権利保護の必要の欠如により訴えは不適法却下される。これに対し、訴えは、原告が訴えを長時間経過の後にはじめて提起し、また被告がそれをもはや考慮していなかったという理由では、権利保護の必要が欠けているとの理由で却下はされえない。権利保護がなお付与されまいだろう、あるいは付与されていない請求に対する保護を、被告は実体法によってはじめて獲得する。実体的な請求権が実体法によって失効しない限り、訴訟法は被告を敗訴から保護することはできないのである。<sup>(117)</sup>

かくてBGB二四二条の一般的な失効原理の適用にとつては、訴訟法が期限を設けない法的救済または上訴を利用している場合だけが残されている。しかし、その場合には、立法者が法的救済および上訴のために予定している通常の期間の拘束にかんがみて、期間の免除が、権利行使はここでは時的に限定されるべきではないということを認識させていることが顧慮されなければならない。この解放は、拙速に権利失効原理に立ち返ることで制限されてはならない。それゆえ権利失効は、個々の事例に適合した時間の経過と共に、立法者によって一般の期間の免除の場合には顧慮されなかった相手方の特別の要保護性にかんがみて時機に後れた権利行使を不適法と思わせる、特別の事情を要件としている。<sup>(118)</sup>

かくてパウムゲルテル (Baumgärtel)<sup>(119)</sup> が示したように、BGB二四二条の適用にとつては形式的事由に基づく費用確定申請

117

の却下に対する異議<sup>(120)</sup>および通常抗告 (einfache Beschwerde)<sup>(121)</sup> の事例のみが残されている。しかし、人はここで、抗告が、長い時間経過の後にその時初めて生じた事実または関連判例の変更を主張する目的で提起された、という事例は排除すべきではないだろうか。ここでは抗告が、目的に反して濫用されているといえないだろうか。これらの事例では、相手方のための信頼構成要件は問題にならない。むしろ決定的なのは、適切な手続の道は、ここでは新たな申立てまたは第一審の裁判所による裁判の変更であることである。それゆえ、抗告は裁判所の濫用的な利用であるがゆえに不適法である。<sup>(122)</sup>

依然として残されている若干の諸事例については、訴訟法の具体的な失効の効果を基礎に置いた権利失効の規律が妥当する。かくてZPO二三三条一項による失効構成要件の主観的帰責性の問題は、これによって決せられる。<sup>(123)</sup>

最後に、訴訟上の排除規範の価値基礎を明らかにすることによって、その限界がより明確に明らかになれるだけでなく、実体法上の一般条項による訴訟法の軽率な緩和を助長していることも確認される。人が訴訟規範を形式的な規定としてのみ把握する限りでは、それらを「正義のために」実体法上の評価で巧みに隠蔽する試みは重大である。そのような試みを予防することは、訴訟法と実体法が相互に区別されなくてはならず、それゆえ実体法の一般条項は訴訟においては適用されないという指摘では十分に有効に作用せず、また説得力を持つものではない、

ということを示した<sup>(66)</sup>。これに対して、人が訴訟法規範の正義の意味内容 (Gerechtigkeitsgehalt) を明らかにする場合、訴訟法もそこに含まれた価値を実現するのであるから、実体法上の一般条項は、たしかに異物 (Fremdkörper) ではないということが明らかである。しかし、おそらく一般条項の適用領域は、人がその適用の際に命じられた衡量を訴訟法という特別規範において既に行っていることと見ることによって明らかにされるときも著しく制約もされる。このようにして一般条項は訴訟法においてもはや異物として現れるのではなく、それは(ここ)でも特別規範の解釈によってはもはや充足されえない評価の欠缺が存在するまさにそこでのみ、急場を救うという任務に奉仕する。しかし、訴訟法は関係人の個々の一歩を実体法がそのその生活領域の経過を定めるよりも数段激しく定めている<sup>(67)</sup>ので、われわれは訴訟法においては実体法におけるよりも非常に稀にしか価値の欠缺に遭遇しない。

【付記】本稿は、令和三—六年度科学研究費補助金基盤研究(C) (研究代表者・河野憲一郎)「信用供与と責任財産をめぐる基礎的考察」(課題番号・21K01253) による研究成果の一部である。

註

(訳注 24) ZPO 五〇条二項は、二〇〇九年の法改正によって、

「権利能力のない社团は、訴えること及び訴えられることができ、訴訟において、権利能力ある社团の地位を有する。」と改められた。

(75) 労働裁判所における権利能力のない当事者に有利または不利な強制執行 (ArbGG 一〇条参照)、とりわけ労働裁判所の決定手続の執行 (ArbGG 八五条) につき生ずる特別の諸問題は、依然として解決されていない。それらはさらなる取り扱いを必要としている。

(76) Henckel, Parteilche und Streitgegenstand, S. 95 ff.

(訳注 25) BGB 五四条:「権利能力のない社团には、組合に關する規定を適用する。その社团の名において第三者に対して行われた法律行為については、行為者個人が責任を負い、複数での行為の場合には、これらの者が連帯債務者として責任を負う。」

(訳注 26) BGB 八三一条: 履行補助者の行為に対する責任

(77) Emmeccerus-Nipperdey, Allg. Teil<sup>15</sup>, § 116 IV 7 S. 708 ff.;

Soergel-Schulze-v. Lásauk<sup>16</sup> 54 Ann. 40 f.

(78) Henckel, Parteilche und Streitgegenstand, S. 108 Note 1 参照。

(79) BGHZ 42, 210. 労働組合への能動的当事者能力の一般的承認 (BGHZ 50, 325 ff. = SAE 1969, 107 [Fabricius の評釈付き]) は、その権利能力の承認を示唆する。たしかに BGH (50, 327) は権利能力の問題を未解決のままにしている。しかし、当事者能力を承認するための論拠の大部分は、

権利能力にもプラスの材料を提供するが、それ以外の論拠は、HGB一二四条に対する親近性をも示している。もし後者が適切であるならば、しかし、労働組合は、——合名会社のごとく——当事者能力を持たず、その名で訴えられる資格を有するにすぎないことにならう。Henckel, *Parteilche und Streitgegenstand*, S.116 ff. 参照。

- (80) *Emneccerus-Nipperdey*, *Allg. Teil*<sup>15</sup>, § 242 Anm. 12 S. 1461.
- (81) *Emneccerus-Nipperdey*, *Allg. Teil*<sup>15</sup>, § 242 III 4 S. 1462.
- (82) *Soergel-Siebert-Knopp*<sup>10</sup>, § 242 Anm. 230.
- (83) *Soergel-Siebert-Knopp*<sup>10</sup>, § 242 Anm. 228 ff.
- (84) 上の説明は、中い、F. v. Hippel, *Wahrheitspflicht*, S. 37, 324 に見られる。

- (85) *Soergel-Siebert-Knopp*<sup>10</sup>, § 242 Anm. 281.
- (86) *Soergel-Siebert-Knopp*<sup>10</sup>, § 242 Anm. 295.
- (87) *Henckel*, *Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen* (1966), S. 24 参照。不適法な権利行使のごとく考えや今や *Schneider* (MDR 1969, 4 ff. [10]) および *Gerhardt* (AcP 169, 289 ff.) も証明妨害のごとく特別の事例にごとく利用してゐる。
- (88) したがって、権利者の主観的要件は重要ではないと主張すれば主張され得る見解 (*Siebert*, *Verwirkung und unzulässige Rechtsausübung*, S. 173 ff.; *Staudinger-Hieber*<sup>11</sup>, § 242 Anm. D 603) への限定的修正を必要としない。

適切なのは、*Boehmer*, (*Grundlagen* II 2 S. 117) である。すなわち、沈黙は、「相手方には権利の主張を放棄する意思の表現として現われうる」に違いない。しかし、権利者が行為無能力であり、法定代理人を有しない場合には、沈黙は意思の表現として現われることはない。

(訳注 27) 無効の訴えについては、河野(正)・前掲書八四一頁参照。

- (89) *Soergel-Hefenmehl*<sup>10</sup>, § 107 Anm. 9.
- (訳注 28) ZPO 五六条：「職権による調査 (1) 裁判所は、当事者能力、訴訟能力、法定代理人の代理権限及び必要な訴訟追行のための授權の欠缺を職権で顧慮しなければならぬ。」

(2) 当事者又はその法定代理人は、遅滞が当事者にとって危険を伴う場合には、当該欠缺が除去されることの留保の下に訴訟追行を許容される。終局判決は、当該欠缺が除去されるのに要する期間の経過の後に初めて下すことが許される。」

- (90) *Grünwald ZstW* 76, 250 ff.
- (91) 異なるのは、刑事判決のごとく *Grünwald* (ZstW 76, 260 ff.) われわれの一般原理がそれ自体依然として実用に耐えないということ、自明のことである。個別事例での具体化が必要であるが、このことはそれに立ち入る必要はない。これにごとくは *Janerig*, *Das fehlerhafte Zivilurteil*, S. 150

凡 参照。

(92) 同註 24 Blomeyer, Zivilprozessrecht, § 30 VIII 3 S. 147; Nikisch, Zivilprozessrecht<sup>2</sup>, § 55 III 3 S. 221 だが、しかし、管轄の合意が、実体法上の契約における付随条項として現われる諸事例に限定してゐる。より狭いのは Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 224 にあり、両当事者が、履行場所の合意によつて同様の効果を達成しようとする場合に限る。

(93) 同註 25 の註 Baumgärtel, a. a. O., S. 224.

(94) Baumbach-Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit<sup>2</sup>, S. 55; A. Blomeyer, Zivilprozessrecht, § 125 III S. 712 f.; § 30 VIII 3 S. 147; Habscheid, KTS 1955, 36; Kisch ZZP 51, 223; Lorenz AcP 157, 284; Neuner, Privatrecht und Prozeßrecht, S. 112; Nikisch, Zivilprozessrecht<sup>2</sup>, § 143 III 1 S. 590; Pohle, Schiedsgerichtsbarkeit in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. VIII (1937), S. 166; Schiedemair, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 142.

(95) 異説 24 Baumgärtel, a. a. O., S. 176.

(96) A. Blomeyer, Zivilprozessrecht, § 9 III 1 S. 54; Rosenberg, Lehrbuch<sup>3</sup>, § 50 III a S. 223; 異説 24 Baumbach-Lauerbuch<sup>29</sup> § 80 Anm. 1 C; Baumgärtel, a. a. O., S. 176; Stein-Jonas-Schönke-Pohle<sup>19</sup> § 80 Anm. II 1.

(97) 他の和解の訴訟上の瑕疵については述べないが、A.

Blomeyer, Zivilprozessrecht, § 65 IV S. 327.

(98) 同註 26 の例 24 Stein-Jonas-Schönke-Pohle<sup>19</sup> XI 3 h vor § 128; および 26 4 Arens, Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß (1968), S. 37 ff. にあり、それはたしかに訴訟行為を意思表示とみなすが、しかし、やはり民法上の意思表示からはその「行為の効果 (Geschäftserfolg)」の特殊性によつて除外している。

(99) Arens, a. a. O., S. 37 ff. をそれを狙つてしてゐる。

(訳注 29) ZPO 三九条: 「異議をとどめない弁論により生ずる管轄権」第一審裁判所の管轄は、さらに被告が、無管轄を主張するほどなく本案について口頭弁論を行うことによつても基礎づけられる。これは、第五〇四条〔区裁判所の無管轄の指摘〕による教示がなされなかった場合は妥当である。』

(100) より詳細な同じ結論は、Baumgärtel, a. a. O., S. 224 ff. (論証あり); Schiedemair, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 150 ff.; Arens, a. a. O., S. 91 ff.

(訳注 30) (訳注 29) 参照。一九七四年全面改正。改正前は、「第一審の管轄権のない裁判所は、当事者の明示又は黙示の合意により管轄権を取得する。」とされていた。改正後は、「合意は商人等に限定。」

(101) Baumgärtel, a. a. O., S. 239. (論証あり)。

(102) Baumbach-Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit<sup>2</sup>, S. 83; 異見 24

*Habscheid* KTS 1958, 179.

(訳注31) (旧) ZPO 一〇四三条は、一九九七年二月二二日の民事訴訟法改正法 (BGBl. I S. 3224) による仲裁手続に関する規定の全面改正により改正された。改正前規定は以下の通りである。

ZPO 一〇四三条【既判力をもって執行可能と宣告された仲裁判断取消の訴え】(1) 仲裁判断が既判力をもって執行可能と宣告された場合、第一〇四一条一項一号乃至六号に示された理由のみによって、かつ、当事者がその責によることなく取消原因を前の手続で主張する状況になかったことを疎明した場合に限り、取消が申立てられうる。

(2) この訴えは、一月の不変期間内に提起されなければならない。この期間は、当事者が取消原因を知った日から進行する。しかし、執行宣言に関する裁判の既判力発生前はその限りでない。

(3) 仲裁判断が取り消された場合、同時に執行宣言も取り消されなければならない。」

(訳注32) (旧) ZPO 一〇三三条【仲裁人の忌避】(1) 仲裁人は、裁判官と同一の忌避権の原因と要件により忌避をすることができる。」

(訳注33) 仲裁判断の預置：旧 ZPO 一〇三九条は仲裁判断の形式的要件（一項）、その送達について定める（二項）とともに、三項は、「仲裁判断は、管轄裁判所の事務局に預

け置かなければならない。……」と定めていた（わが国改正前民訴法七九九条二項に対応）。これは、判決の場合にその送達された原本が裁判所に保存されるのと同じ扱いであった。ただし、外国でなされた仲裁の場合にはこの要件は貫きえなかった (Vgl. *Stein/Jonas/Schlosser*, ZPO<sup>21</sup>, § 1039, II. 5)。仲裁判断書の預置の制度は、改正法で廃止された（わが国も同様）。

(103) BGHZ 68, 222.

(104) *Baumbuch-Schwab*, *Schiedsgerichtsbarkeit*, S. 118; BGH NJW 1952, 27; BGHZ 24, 1 ff.

(105) *Soergel-Hefemehl*<sup>10</sup> 37 ff. vor § 116.

(106) *Baumgärtel*, a. a. O., S. 178.

(107) これについては *Stein/Jonas-Schönke-Pohle*<sup>10</sup> XI k vor § 128 をみよ。撤回につき、アレクス (a. a. O., S. 41 ff.) も参照。しかし、同書はまた、撤回は遡及効を持たないので、取消にとつての必要性をみる。しかし、この撤回と取消の区別は、訴訟行為によつて既に拘束力のある訴訟状態が生じている場合にはじめて重要である。しかし、その場合取消もまた排除されてよいのではないか。例えば、訴訟上の申立につき *Arens*, a. a. O., S. 171 以下に述べよ。

(108) たしかに *Stein/Jonas-Schönke-Pohle*<sup>10</sup> (XI 2d vor § 128) によれば、弁論主義による手続が問題である限りにおいて、事実当事者が欲する限度においてのみ訴訟資料になるの



であるから、訴訟上の意思表示に数えられる。しかし、この訴訟上の意思表示という広い概念は、法律行為上の意思表示という概念とはなんの関係もない。それゆえそれは錯誤取消の問題にとつてなんにもならない。同頁、*Arens, a. a. O., S. 177 f.*

(109) *Emecerus-Nipperdey, Allg. Teil<sup>15</sup>, § 137 IV 2 a.S. 865 f.*

(110) *Emecerus-Nipperdey, Allg. Teil<sup>15</sup>, § 137 IV 2 a.S. 865.*

(111) 理由付けは異なるが、アレンス (a. a. O., S. 137 ff.) もまた訴え提起の取消可能性に反対する。アレンス (a. a. O., S. 38) が大多数の訴訟行為を意思表示と性質決定する場合に、このことよつて BGB の規律の適用にとつての十分な基礎は依然据えられていない。むしろ決定的なのは、訴訟上の「意思表示」が際立つところの効果が法律行為の効果と同列に論じられうるかどうかである。しかし、その場合であっても、訴訟法が意思の瑕疵を他の形式で顧慮することはないかが、なお問われなくてはならない。——アレンス (a. a. O., S. 119 ff.) によつて承認された BGB 一一九条、同一二三条による訴え取下げの取消可能性については、別稿で立場が示されるであらう。

(訳注 34) 注 (111) で「もう「別稿」とは、*Henckel, Die Klagerücknahme als gestaltende Verfahrenshandlung, in: FS Böttcher, 1969, 173*を指す。

(112) *Soergel-Siebert-Knopp<sup>10</sup> § 242 Anm. 268 ff.*

(訳注 35) 原状回復・ZPO 二三三条に規定。

(113) 権利失効は、実体法上も法律行為的な構成要件ではなく、したがつて取消によつて除去することはできない。  
*Soergel-Siebert-Knopp<sup>10</sup> § 242 Anm. 291.*

(114) *Stein-Jonuss-Schönke-Pohl<sup>10</sup> § 233 Anm. II 1 a bei Note 28.*

(訳注 36) ドイツ民事訴訟法一一九〇条は「裁判上の自白の撤回について定める。撤回は、撤回をする当事者が当該自白が真実に合致せず、かつ、それが錯誤によつてなされたことを証明した場合に限り、裁判上の自白の効力に影響を及ぼす。この場合には、自白はその効力を失う」。河野(正)・前掲書四〇二頁注二九参照。

(115) 異なるのは、*Arens, a. a. O., S. 194 ff.*であり、ZPO 二九〇条を類推適用しようとする。人が訴訟行為を広く意思表示と理解する場合にはじめて私的自治の原則 (*Grundsatz der Privatautonomie*) が訴訟において顧慮されるという彼の理解 (S. 37) は、訴訟法と実体法の関係をあまにも区別することなく見ている。疑う余地なく、ZPO が自白に関して予定している規律は、当事者に手続に関して認められている意思の支配 (*Willensherrschaft*) にとつての著しい例である。しかし、そこからこの支配の手段が民法上の意味での意思表示でなければならないということとは、なお引き出されない。訴訟上の陳述は、形式化の危険が支配する広く規格化された生活領域においてなされ

かつ手続に適合したやり方が当事者によって遵守されうる  
ことから、形式化された行為である。アレンス (a. a. O.,  
S. 197) が自白の場合の表示の錯誤および内容の錯誤につ  
いて引用した例は、例外なく ZPO 一三九条によって解決  
されうるケースである。裁判所が、命じられた錯誤を回避  
する釈明をしない場合には、自白は誤って成立した判決基  
礎であり、それゆえに顧慮されることはない。

(訳注 37) わが国では表示行為の用語が用いられることの方が  
多い。表示意識および表示行為につき、四宮和夫『民法総  
則』(弘文堂、第四版、一九八六年) 一五六頁参照。

(訳注 38) 請求の放棄 (ZPO 三〇六条) の規定は、以下のと  
おり。「原告が、口頭弁論において主張した請求を放棄し  
た場合に、被告が請求の棄却を申し立てたときは、放棄を  
理由としてその請求は棄却されなければならない」。これ  
に対して、請求の認諾 (ZPO 三〇七条) は、二〇〇一年  
の民訴改正法前には「(1) 当事者の一方が、この者に対し  
て主張された請求を口頭弁論で全部又は一部を認諾した場  
合、申立てにより、認諾に基づいて敗訴判決を受けなければ  
ならない。」と規定されていた。二〇〇一年改正で、「申  
立てにより」を削除。また二〇〇四年改正後は、次の通り。  
「当事者の一方が、この者に対して主張された請求を全部  
又は一部認諾した場合、認諾に基づいて敗訴判決を受けな  
ければならない。その限りで、口頭弁論を要しない。」ま

た、当時まで存在した二項を削除。

(116) 同様なのは、*A. Blomeyer, Zivilprozessrecht*, § 62 IV 2 a  
S. 306; 異なるのは、*H. Lehmann, Bonner Festgabe für Paul  
Kriger* (1911), S. 215 (238); *Rosenberg, Lehrbuch*, § 131 I 5  
c. S. 647, § 131 II 2 d. S. 650.

(117) *Arens, a. a. O.*, 220 は、一方に認諾および放棄、そして他  
方に欠席判決を等置することに反対する。既に当事者とそ  
の弁護士は明示的に表示された処分行為を避け、欠席判決  
を好むという実務上の経験が、彼の見解に反対している。  
後者は、望まれた結果を放棄または認諾と同様に達成する。  
まさに人がアレンスのごとく民事訴訟における当事者の意  
思の意義を強調するならば、人は同価値性を承認すべきで  
はなからうか。欠席の効果はサンクションであり、サンク  
ションという考えは認諾および放棄にとつてふさわしくな  
いというアレンスの異議は、欠席によって処分をしようとする  
当事者が、欠席判決をサンクションとしてではなく、  
その処分の意欲された効果として招くのだということを見  
誤っている。しかし、もし認諾判決、放棄判決および意図  
的に惹起された欠席判決が同じように意欲された処分行為  
の効果であるならば、意思の瑕疵の効果もまた、統一的に  
定められなければならない。しかし、それはアレンスが提  
案しているように、人が BGB 一一九条、同一二三条を認  
諾および放棄に適用する場合には不可能である。

- (訳注39) ZPO 119条: (裁判官の) 釈明権。二〇〇一年改正法では、実質的訴訟指揮権に変更。(訳注9) 参照。
- (118) 異なるのは、*Arens, a. a. O.*, 210であり、彼は、ZPO 119条の懈怠は治癒不可能であると考えるので、BGB 119条、同一113条の類推による取消を非難する。
- (119) *Arens, Willensmängel, S. 60* (学説および判例に関する詳細な報告あり) ; *A. Blomeyer, Zivilprozessrecht, § 30 V 2, S. 140; Rosenberg, Lehrbuch, § 61 V. S. 288; Zeiss, Die Anglistische Prozeßpartei, S. 44.*
- (120) RGZ 150, 392 (397); 異なるのは、BGHZ 12, 284 ff.; 33, 73 (75)。——しかし、両方の裁判は、手続が既に確定判決によって終了していたケース(上訴の取下げの場合の意思の瑕疵)に関する——および、*Arens, a. a. O.*, S. 68 ff. アレンスは、彼の見解をガウル(Grundlagen des Restitutionsrecht und Ausdehnung der Restitutionsgründe, 1956)によって展開されたように、明白性という原状回復原則で基礎付ける。しかし、明白性だけでは、さらに示されるように(後記99頁以下)、原状回復事由を説明するのに十分ではない。明白性は確定判決の確保のために必然的であると判明する。それは既に刑事上罰すべき行為の単なる主張によって攻撃されうるべきではない。しかし、もし判決が上訴の手続(Rechtsmittelzüge)の中でおお攻撃可能であるならば、明白性ではなくて、権利失効の原則に基づき、その限界を示

す実体的な原状回復原理に基づくのである。

- (121) 前記81頁注(114)をみよ。
- (122) 39頁。
- (123) これにつき詳細は、後記241頁以下をみよ。
- (124) *Pohle, Ann. zu BAG AP Nr. 10 zu § 794 ZPO.*
- (125) *Rosenberg, Lehrbuch, § 175 IV 2, S. 911.*
- (訳注40) 現行司法補助官法110条一項一二号。
- (訳注41) ZPO 七六八条: 執行文(付与)に対する異議の訴え。
- (126) 々のために、*Rosenberg, Lehrbuch, § 176 II 2 d. S. 919* および *Schönke-Baum\* (§ 13 IV 2, S. 64)* は、訴えの申立つを定式化して認識しようと欲する。異なるのは、*Baumbach-Lauterbach\* § 768 Ann. 1*: 「強制執行を不適法と宣言する」。ローゼンベルクとシェンケルは、バウアーの定式は、訴えが執行文に向けられているという点を認識させるので、これに左袒すべきである。
- (127) ZPO 七二六条および同七二七条の中で予定されている証拠方法の制限は、債務者の異議についても当てはまらなくてはならない。
- (128) それゆえ訴訟上の和解にはZPO 七六七条二項は適用されなくてはならない。こう述べるのは、BGH LM Nr. 4 zu § 767 ZPO = NJW 1953, 345 Nr. 7; *Bornh, Der Prozeßvergleich, S. 112* (Note 435 に論証あり) ; *Rosenberg, Lehrbuch, § 183 III 2 c, S. 966; Schönke-Baum\* § 39 III 3, S. 169; 異見は Baumbach-*



(訳注42) ZPO五一三条は二〇〇一年民事訴訟法改正法(二〇〇二年一月一日施行)により改正され、条文番号が変更となり五一四条となった。内容の変更はない。ZPO五一四条(旧五一三条)二項は「異議自体を許容しない欠席判決は、責に帰する懈怠(schuldhafte Versäumnis)の場合に該当しないことを根拠とする限りで、控訴又は附帯控訴に服する。」と定める。

(訳注43) 両規定は、一九七六年簡素化法(Vereinfachungs novelle von 1976)で、改正削除され、二九六条が定められた。改正前の二七九条は、「(1) 当事者の一方によつて後れて提出された攻撃・防御方法は、それを許容することが裁判の完結を遅延せしめる恐れがあり、かつ裁判所の自由な心証によれば、当事者が意図的に訴訟を遅延させること又は重大な過失で攻撃又は防御方法をより以前に提出しなかった場合には、却下されうる。」(2) 当事者が準備書面(二七二条)による適時の通知を怠つた場合には、第一項に示された要件の下で、さらなる攻撃・防御方法は却下されうる。」と定めていた。また、二八三条二項は、「(2) 時機に後れた証拠方法及び証拠抗弁については、第二七八条第二項及び第二七九条、第二七九 a 条の規定が準用される。」と定めていた。

(143) Soergel-Siebert-Knopp<sup>10</sup> § 242 Anm. 328.

(144) RGZ 134, 270 S. 裁判 44 v. Soergel-Siebert-Knopp<sup>10</sup> § 242

Anm. 291 参照。

(145) たしかに放棄不可能な権利が失効されうるのだろうかということがたびたび主張されている(Soergel-Siebert-Knopp<sup>10</sup> § 242 Anm. 292; Staudinger-Meher<sup>11</sup>, § 242 Anm. D 581; RAG JW 1935, 3177; BGHZ 8, 66; BGH LM Nr. 2 zu § 1598 BGB)。しかしこの見解には追隨されてはならぬ。もしある権利そのものが処分しえないものであるならば、当該権利は失効することもあり得ない。ただし、その利益領域および作用領域外にあるとの理由で、その所持者の処分が奪われているからである。それゆえそれは当事者の懈怠によつても侵害されない。もしこれに反して事前の放棄のみが排除されるのであれば、将来の権利に関しない限りで、その失効は可能である。夫による嫡出取消(否認)権の失効に反対するのは、すなわち、Beitzke, StZ 1950, 500; Schwömer NJW 1961, 2291 ff. (2293); BGHZ 2, 130 (138); また基本的には、Gernhuber, Familienrecht, § 45 III insbes. S. 459 Anm. 3. 嫡出の取消については権利失効の考えに還元される除外期間(これについては続く本文をみよ)が経過するということとは、この期間を短縮させるために、一般的な、BGB 二四二条から導き出される権利失効の規律の適用を正当化するものではない。期間の経過に至るまで、取消は放棄不可能であり、それゆえ失効しえず、夫の法律行為的な処分が剥奪されている。子が取消できない場合には、

- 夫は期間の徒過によつてはじめて処分することができる。取消は既に期間の経過によつて排除されているので、平行した放棄の可能性にとつて、ここでは余地はない。——賃金請求権の放棄と失効については、後記14頁以下をみよ。
- (146) *Soergel-Siebert-Knopp*<sup>10</sup> § 242 Anm. 322.  
 (訳注 44) BGB 二四二条：「債務者は、取引倫理を考慮して、信義誠実の要求に即して給付を行う義務を負う」。(訳注 23) の誤植を訂正しておく。既にそこで述べたように、ドイツ民法学説は、この規定の機能につき、①補充的機能、②制限的機能、および、③修正的機能を認めるのが一般である。
- (147) *Soergel-Siebert-Knopp*<sup>10</sup> § 242 Anm. 290; *Baumgärtel ZJP* 67, 426 f.  
 (148) *ハッテ* 述べるのは、例えば、*Gaul*, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe (1956), S. 88, 91 ff.  
 (149) *Gaul*, a. a. O., S. 92.  
 (150) *Gaul*, a. a. O., S. 93.  
 (151) したがつて、実体的法状況から逸脱した判決の既判力は、*Bernhardt ZJP* 66, 67 ff. が承認しているが、ごく公共性の利益のみから正当化されるといふわけではない。第一次的には勝訴当事者は法的争訟の終局的かつ拘束力ある終了といふ利益を有する。*ハッテ* 述べるのはまた、*Janering, ZJP* 64,

- 305, *ZJP* 66, 415.  
 (152) *ハッテ* の責任領域に *ヘンケル*, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen (1966), S. 19 をみよ。  
 (153) 因果関係に *ハッテ*, *Gaul*, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts, S. 70.  
 (154) したがつて、再審の構成要件は、*Bernhardt ZJP* 66, 79 が述べているが、ごく恣意的に選び出されているのではない。*Gaul*, a. a. O. は、原状回復事由を単一の原理に還元しようと試みる *ハッテ*, *ハッテ* のことを適切に示した。
- (155) *RGZ* 48, 385; 123, 306.  
 (156) *A. a. O.*, S. 69 ff.  
 (157) *A. a. O.*, S. 83.  
 (158) *Soergel-Siebert-Knopp*<sup>10</sup> § 242 Anm. 300.  
 (159) *Gaul*, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts, S. 123.  
 (160) *Baumbach-Lauterbach*<sup>29</sup> § 582 Anm. 1 B; *Rosenberg, Lehbuch*<sup>9</sup>, § 155 II 2 c S. 778.  
 (161) ZPO 五八二条の意味における再審事由は、ZPO 五八〇条一五号の諸場合においては、刑事上罰すべき行為であるのみであり、ZPO 五八一一条において要求された処罰もこれに含まれるものではない (*Gaul*, a. a. O., S. 87)。  
 (162) *A. a. O.*, S. 69 ff.  
 (163) *Baumbach-Lauterbach*<sup>29</sup> § 581 Anm. 1 b; *Rosenberg, Lehbuch*<sup>9</sup> § 155 II 2 a y S. 775.

- (164) *Bannbach-Lauterbach*<sup>29</sup> § 580 Anm. 4 c; *Gaul*, a.a.O., S. 82 f.
- (165) かくしてわれわれの見解もまた、そこから *Gaul*, a.a.O. が ZPO 五八〇条五号七b号の類推適用の問題を研究した基礎を提供している。
- (166) Begründung des Entwurfs 1874 zu § 525 (*Hahn-Stegemann* S. 385): 「時間の経過の後には全ての関連した関係が既に曖昧になっていた」。
- (167) *R. Bruns*, JW 1937, 2432; *FamRZ*, 1957, 201 (203); *Thumm*, Die Klage aus § 826 BGB gegen rechtskräftige Urteile (1959), S. 64 ff.; *Gaul* *FamRZ* 1960, 250 f.; JZ 1964, 518; *A. Blomeyer*, Zivilprozessrecht, § 107 II S. 607 f.; *Helwig*, System I, § 241 I 4 S. 864; *Lent-Jauregig*<sup>13</sup> § 76 III S. 224.
- (168) 一九三一年草案の五五二条は、一年の期間を予定して、同様に既に Entwurf 1874, § 525 Abs. 2 (*Hahn-Stegemann* S. 67)。帝国議会の委員会におおづてはじめて期間が五年に短縮された (*Hahn-Stegemann* S. 746)。
- (169) RGZ 46, 75; 61, 359; RG Seuff. A. 89, 340; BGHZ 50, 115 (120)。
- (170) *Gaul* *FamRZ* 1960, 250 f.; JZ 1964, 518. 々の関連において、官吏法の訴えの除斥期間(帝国官吏法一四九条および連邦の定めであるドイツ公務員法「D B G」の一四三条)についての大審院および連邦通常裁判所の判例が興味深い。大審院は、この訴訟上の期間の懈怠の効果を権利濫用

という観点の下で排除することを拒絶した (RGZ 146, 35 [38])。期間は、手続法上の意義しか持たず、実質的な当事者の関係に関わるものではないという。連邦通常裁判所 (BGHZ 14, 128) は、D B G 一四三条の提訴期間は当事者の合意には服さず、それゆえその経過を「援用する」ことに賛成する余地は存在しない、という理由でこれに従った。それゆえ、実質法の領域に属する信義誠実の原則は、ここでは適用できないという。しかし、両裁判所は、受給権者が過責によって提訴期間の経過を指摘されなかった場合に、期間の経過にもかかわらず、年金請求権の支払いを求める訴えを棄却することなく、B G B 八三九条に基づく請求権または公務員法上の配慮義務の違背に基づく請求権を肯定している。実質的な当事者の法的関係は、提訴期間の経過によって影響を受けるものではないという理由付けは、しかし、人が損害賠償請求権を肯定する場合にのみ正当なものである。このことは、ここでは既判力に矛盾抵触しないので可能であった。これに対して、訴訟上の期間の経過がある裁判の既判力という結果になるのであれば、これは損害賠償請求権による迂路は許されない。期間の経過が実体的な法律関係に影響を及ぼさないという論拠は、この場合もはや正しくない。——R G および B G H と同様、R A G (帝国労働裁判所) は、和解撤回期間の懈怠を B G B 八二六条で救済しようとした (R G

- DR 1943, 551)。これは正当にも反対するものは、*Sacker ZFP* 80, 443 ff.
- (171) *Soergel-Siebert-Knopp*<sup>10</sup> § 242 Anm. 275 ff.; *Staudinger-Meherl*<sup>11</sup> § 242 Anm. D 502 ff.; *Boehmer*, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung* II 2, S. 122 ff. 45 強く制限する。また、*Sacker ZFP* 80, 435 ff. 参照。
- (172) RGZ 155, 55 (58); BGHZ 50, 115 (118); これは反対する。S 45 *Lukes ZFP* 72, 99 (107)。
- (173) RGZ 155, 55 (58); BGHZ 26, 391 (396); *Bernhardt ZFP* 66, 78, 86。
- (174) RGZ 61, 359 (365); BGHZ 40, 130 (133); 50, 115 (120)。
- (175) 異なるのは *Bernhardt ZFP* 66, 78 であり、これは既判力を単に合目的性の措置としてのみみる。
- (176) *R. Bruns JW* 1937, 2432; *FamRZ* 1957, 201; *Jauernig ZFP* 66, 405 ff.; *Gaul*, *Die Grundlagen des Wiederanmahmerechts*, S. 1ff.; *Jus* 1962, 1 ff.; *JZ* 1964, 515 ff.; *Thumm*, *Die Klage aus § 826 BGB gegen rechtskräftige Urteile*. B G H は、これらの異議にも関わらず、その判例を維持してゐる (BGHZ 50, 115 ff. S. 117 以下論証あり)。原状回復の訴えとは把握されない判決の不当詐取という諸事例が存在するといふ理由付けは (BGHZ 50, 119) とりわけ明らかに原状回復事由が存在した事例の裁判のために引合いに出される場合には、説得的ではない。B G H が挙げている唯一の場合には、

再審によっても把握される。すなわち、加害者が、行為の時点で責任無能力であったので無罪とされた場合、加害者が訴訟の相手方であったならば Z P O 五七九条一項四号の再審事由が与えられる。この再審事由は、訴訟無能力者またはその法定代理人によつてだけではなく、相手方当事者によつても主張され得る (*Stein-Jonas-Schönke-Pohle*<sup>18</sup>, § 579 Anm. II 4; *Baumbach-Lauterbach*<sup>29</sup> § 579 Anm. 4; 異なるのは、今やもう入 *Stein-Jonas-Grunsky*<sup>19</sup>, § 579 Anm. II 4 であるが、しかし、確信を抱かせる理由を示していない)。法定代理人が許可を与え、それによつて再審の訴えの基礎を奪うならば (Z P O 五七九条一項四号)、彼はかくして自らが少なくとも刑事上罰すべき訴訟詐欺の共犯者となり、Z P O 五八〇条四号の原状回復が開始することになる。これは異なる方策をグルンスキー (*Stein-Jonas-Grunsky*<sup>19</sup>, § 581 Anm. I Noe 5) が提案しており、それは、加害者の責任無能力の諸事例において、行為の時点で、証拠の欠缺とは異なる理由に基づく刑事手続の開始または続行は起りえない (Z P O 五八一一条一項) ということを承認する。

(177) これにつき詳細は、*Lerche ZFP* 78, 1 ff.; *Zeuner, Festschrift für Nipperdey* (1965), Bd. I S. 1013 ff.; *Henckel ZFP* 77, 321 ff. をみよ。

(訳注 45) 民事訴訟手続における審問請求権違反については、Z P O 三二二 a 条が、二〇〇二年の民事訴訟法改正で挿入



- された。
- (178) 既に前記62頁、69頁以下、93頁以下、96頁をみよ。  
(訳注46) 原状回復に関するZPO二三三条は、一九七六年の簡素化法において大幅に改正された。
- (179) *Ostler NJW 1965, 1785 ff., 2081 ff.*
- (180) *Henckel, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen (1966), S. 24.*
- (181) *マハ述*の註<sup>181</sup> Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit (1961), S. 234 ff.
- (182) *Hahn-Siegemann S. 246.*
- (183) *Ostler NJW 1965, 1785 ff.*の設例。
- (184) Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit (1961), S. 236-*マハ述*の述べる。
- (185) それらが困難を惹起しない場合には、かつての厳格な判断に反して、弁護士が、その実務上の日常的な期間の計算を、よく訓練され、かつ、注意深く監督された事務職員に委任し、*マハ述*の述べる *BGH (NJW 1965, 1021 = JZ 1965, 323; Ostler NJW 1965, 1786 参照) マハ述*の間、承認されよう。
- (186) BGH LM Nr. 16 zu § 233 ZPO (Fv).
- (187) *Baumbach-Lauterbach<sup>29</sup> § 233 Anm. 2 B.*
- (188) *Reiner Schmidt, Die Obliegenheiten (1953), S. 170 ff.; Soergel-Schmidt<sup>10</sup> § 278 Anm. 11; Esser, Schuldrecht<sup>2</sup>, § 64, 7, 8*

- S. 281 f.
- (189) *Esser, Schuldrecht<sup>2</sup>, § 64, 8 S. 282.*
- (190) Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit (1961), S. 236.
- (191) System I, § 172 II 3 b S. 547.
- (192) *Hahn-Siegemann S. 247.*
- (193) *マハ述*の註<sup>193</sup> *Säcker ZRP 80, 438.*
- (194) *Soergel-Augustin<sup>10</sup> § 203 Anm. 6 ff. 参照。*
- (195) *Säcker ZRP 80, 442.*
- (196) *NJW 1962, 1823. マハ述*の註<sup>196</sup> *Lidertitz ZRP 78, 139.*  
(訳注47) Armentrecht (マハ述)の表現は、例を引 *Helwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, Bd. I, 1903, § 95, S. 235* (見出せよ) は、訴訟費用援助 (Prozesskostenhilfe) の旧称。マハ述の旧称は、差別的であるとされて変更された (4. *Blomeyer, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1985, S. 780, Fn. 1).*
- (197) *NJW 1967, 1267.*
- (198) *ZZP 78, 131 ff. (157); 賛成*の註<sup>198</sup> *Baumbach-Lauterbach<sup>29</sup> § 234 Anm. 3 B. マハ述* *Kempj JZ 1962, 84 ff. を参照。*
- (199) 三三三条一文の「*マハ述*」は、延期が裁判所の裁量によるべきであるとマハ述を意味するものではない。*Stein-Jonas-Schönke-Pohle<sup>18</sup>, § 337 Anm. 1.2.*  
(訳注48) ZPO二三三条一文は、一九七七年の簡素化法で改正され、「*マハ述*」の文言は削除された。

- (200) *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*<sup>18</sup>, § 337 *Ann.* 11 b.
- (201) *Baumbach-Lauterbach*<sup>29</sup> § 337 *Ann.* 1.
- (202) 前記44頁、46頁もみよ。
- (203) *Baumbach-Lauterbach*<sup>29</sup> § 513 *Ann.* 2; *Rosenberg, Lehnbuch*<sup>9</sup>, § 113 II b S. 655; *Thomas-Putzo*<sup>3</sup> § 513 *Ann.* 2; *RAG JW* 1932, 3527; *RGZ* 166, 246.
- (204) *Deutsch JZ* 1963, 385 (390) 参照。
- (205) ZPO二三三条一項に対する逸脱は一風変わったものである。ZPO二七九 a 条の場合には、原状回復事例の場合と同様に、明らかに訴訟の要求に違反する行態が問題である。それゆえ主観的要件の調和が命じられる。それは人がZPO二三三条において過失責任主義に移行する場合に達成されるであろう。前記106頁以下をみよ。
- (206) こう述べるのは、ドイツ裁判官連盟の改正委員会 (die Reformkommission des Deutschen Richterbundes) の *Leitsätze zur Gestaltung der Großen Justizreform* (1961), S. 27. Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit (1961), S. 206 参照。
- (207) *Baumgärtel ZJP* 67, 434
- (208) *Baumgärtel ZJP* 67, 434. 本ページの問題は、訴訟上の権能の濫用による訴訟の引き延ばしに対応しようかどうかである。これについては、*Zeiss, Die arglistige Prozeßpartei*, S. 179 ff. 参照。

- (209) *Baumgärtel ZJP* 67, 434 f
- (210) 異なるのは、*BAGAP Nr. 1 zu § 242* (ベッティヒャーの判旨反対の評釈付き)。提訴権の失効可能性をツァイス, *Die arglistige Prozeßpartei*, 1967, S. 115 ff., 142 ff.) もまた承認する。しかし、提訴権は、実体的な形成権を基礎に置かない形成の訴えに關してのみ失効されるのだという。ツァイスがこれに数えるのは、特許無効の訴え (S. 144) および實際株式法上の取消の訴えと無効確認の訴えである (S. 119)。形成の訴えを実体的形成権を伴うものと伴わないものとに区別することを、私は正当とは思えない。特殊性が存在するのは、せいぜい訴訟上の形成の訴えの場合である。しかし、それ以外については、以下のことが妥当である。あるいは、実体的な形成権をその基礎に置く。その場合、このことは全ての形成の訴えについて妥当する。公益が存在するかどうかは重要ではないが、その理由は、立法者がかかる利益を擁護するために私的なイニシアティブを活動させ、この目的のために実体的な形成権を保障しているからである。あるいは、しかし、私が行ったように (*Parteilichne und Streitigenstand*, S. 33 ff.)、人は形成の訴えの基礎としての実体的形成権を否認する。しかし、その場合、あらゆる形成の訴えは、——法律上に承認された——形成に対する利益により主観的なものに位置付けられた実体的形成原因に基づいている。それゆえツァイスが形成の訴えの権限

