

ヴォルフラム・ヘンケル『訴訟法と実体法』(四)

河野正憲 Ⅱ 河野憲一郎 共訳

IV 処分権主義と弁論主義

1 訴訟原則の意義

民事訴訟を処分権主義および弁論主義という概念でとらえようと試みる者は、原理原則から個別問題の解決を演繹し、それによって「さらなる探求と特別な現実の評価をしないで済ませる」⁽⁹⁾一九世紀の概念法学に後退しているという疑義にさらされる。

ここは一九世紀の法律学がこの非難に実際にふさわしいかどうかを論争し、あるいは、いかなる法的習性^{ヘトス}が演繹手法を担ってきたのかという問題を掘り返す場所ではない。ただし、われわれは処分権主義および弁論主義という概念を、そこから訴訟上の諸問題を解決するためではなく、われわれの現行の訴訟

法を叙述するための手段としてのみ利用しているからである。われわれはそれらでもって一元的なドグマを構築しようとしているのではなく、ただ、訴訟法と実体法間の諸関連を明らかにするための規準 (Reichmaß) としてそれらを用いているにすぎない。その際に、われわれの訴訟法がこれらの概念の下に押し込められている訳でないこと、そしてこの諸原則 (Maximen) がたびたび緩和され、かつ違反されているということが示されるであろう。そのような逸脱を、原則から外れた例外あるいは解釈論上の雛型を免れた現実に対する譲歩と捉えるのは、間違いではないだろうか。むしろ誤って想定されている解釈論上の矛盾は、実体法上の価値の帰結なのだということが判明する。一九世紀においても、民事訴訟の手続形態が「民事事件の特性

119

の必然的結果（として）、公共性とは無縁の私法上の利益が官憲手続（*Officialverfahren*）の排除を要求するもの^(註)とみなされていたということは、われわれを驚かすものではない。ただし、一方で、われわれの実体民法はもはや一九世紀のそれではなく、その結果、訴訟法に与るの帰結は実体法とともに変遷したからであるが、しかし他方で、われわれは実体法に対する訴訟法の関係を、論理的帰結としてではなく、波及的評価の結果として理解するからである^(註)。

訴訟原則には実体法の基本原則と同様の意義が認められる^(註)。何人も私的自治または契約自由という概念を、人がそこから具体的な個別事例に与るの解決を演繹しえないからといって、または、それらが数々の制約に服することを理由に、実体民法から締め出そうとはしないだろう。まさに契約自由の限界を説明するために、人は、契約自由とは何か、それは何に基礎を置いているのか、そしてそれはいかなる目的に奉仕するのかを知らなければならぬ。

2 処分権主義

処分権主義は、手続の開始と対象についての当事者の形成の自由の原則である^(註)。

a) 手続の開始

民事訴訟は、訴えによって開始される。職権による訴訟とい

うものは存在しない。これによって訴訟法は、通常は民事訴訟においてそれをめぐって争われているところの実体的な主観的な私権の本質的な内容（*Wesensgehalt*）に従っている。所持者または行使権者がその権利を主張する意思の有無と時期はこの者の自由に委ねられているということは、これに対応する。何人もその者の権利を行使するように強いられることはない。

120

たしかに職権による民事訴訟の開始は存在しないとしても、なお若干の事例において民事訴訟は関与する私人の意思に反して追行されうる。したがって、婚姻法二四条^(註)によれば、検察官は婚姻無効の訴えを提起する権限を有する。この規律の基礎は明白である。否認される婚姻が否認されるということは、それについて国家がG G 六条一項により責任を負っているところの客観的婚姻秩序という利益にある。検察官は、禁治産宣告に対する取消の訴えも提起することができる（Z P O 六六四条二項、同六四六条一項^(註)）。この提訴権も公益に奉仕する。それによって禁治産者自身およびZ P O 六四六条一項に列挙された者が禁治産宣告を甘受することを欲する場合に、禁治産者には判決手続が保障されるとされている。したがって公益は、ここでは、何人もたとえ彼自らが禁治産に対して防衛しない場合であっても、不当に禁治産とされてはならないということである。国家は、その機関を通じて、行為能力およびそれに結び付いた法的取引へ精神的健常者の、妨げのない参加を保障している。反対に、次のように言われる。何人も自己の成年（*Mündigkeit*）に

ついで処分はできない、と。

家内労働法(Heimarbeitsgesetz)二五条によれば、最上級の労働官庁としての州は賃金格差の追加支払いを訴える権限を有する。公益は、ここでは過少支払いがなされた家内労働者の、十分に配慮された利益と合致する。州は、家内労働者のために訴訟担当の資格で訴訟を進行し、家内労働者の意思に反しても賃金請求権を主張する権限を有する。

これに対応する規律を一九五二年一月一日の最低労働条件の設定に関する法律の一四条が有している。それによれば、州は、最上級の労働官庁またはそれによって指定された当局によって代理され、自己の名において最低労働条件に基づく被用者の請求権を裁判上主張することができる。判決は同じく被用者の有利にも不利にも及ぶ。もし被用者の労働関係が最低労働条件によって規律されるのであれば、州は法律の一五条により被用者に他の法律上の規定によって生じた労働契約に基づくその他の請求権を自己の名において訴求することができる。

秩序ある競争に対する公益は、二つのやり方で顧慮される。すなわち、一方で、不正競争防止法(UWG)一三条一項、同一a条、割引法(RabG)二二条一項および景品例(ZugabeVO)二二条一項一文は、あらゆる競業者に、たとえ彼が競争行為によって自己の競争活動への侵害がなされなくとも独自の不作為請求権を認めている。公正な競争に対する各競業者の独自の利益が、ここでは一般的利益の防衛のた

めに動員されている。他方で、UWG一三条一項、同一a条、RabG二二条一項、ZugabeVO二二条一項および競争法(GWB)三五条二項は、団体に競争的利益の促進のために独自の不作為請求権を与えている。団体は、訴訟において、「当該団体の」規約に明記された利益を主張する。公正な競争に対する一般的利益は、競業者の十分に配慮された独自の利益と重なり合うので、競業行為によって直接的に侵害された競業者は、不作為請求によって間接的に、この者の意思に反しても保護される。

一九五二年一〇月一七日の貨物自動車運送法(Güterkraftverkehrsgesetz, GüKG)は、公益の保護に対する他の形態を用いている。この法律の二三条は、輸送運賃表が守られるということを保証しようとしている。それゆえ同条は、運賃表に基いて輸送をした企業には、差額を追加請求し、場合により裁判上主張する(GüKG二三条一項)ことを、そして、相手方には、運賃表を超えた支払いにつき——必要な場合には裁判上で——返還を求めたことを(GüKG二三条二項)義務付けている。この請求権が主張されない場合には、例えば国家が請求権を権利者のために訴求することはせず、この請求権は没収される。それら〔請求権〕は連邦貨物輸送庁(Bundessanstat für den Güterkraftverkehr)に移転し、これによってその名において訴求される。このサンクションをもって、権利者には直接的な提訴強制がなされる。

121

G ü K G 二三条は、契約当事者に運賃表の遵守に対する公的利益において、この者が契約内容によれば望まなかったかもしれない請求権を押し付ける限りにおいて、一つの特別事例を意味している。この請求権は、本当のところ全く主観的権利などではなく、形式的秩序、したがって経済的な秩序原理を守るための法技術的な手段にすぎないのである。このことは容易に国家による没収になじむことにも示されている。

これとは逆に、真正の主観的権利の行使が問題になっているのであれば、提訴強制が行われることも、その事件については自ら主張することができる行為能力を有しかつ同時に訴訟能力を有する者が、その意思に反して原告として訴訟へ引き出されることもない。このことは、その保有者に自由な処分のための意思の力 (Willensmacht) を付与しているところの主観的権利の内容および本質に合致している。行使への強制は、主観的権利を消滅させることになつてしまふであらう。

行為無能力者であると同時に訴訟無能力者の権利は、その法定代理人が行使する。彼は本人の利益を主張し、それゆえ権利の行使についても決断しなければならぬ。たしかに彼はその際に後見裁判所の監督に服する。しかし、これ〔＝後見裁判所〕は両親に対して訴え提起を命令してはならず、これに対応して、両親が子の権利を行使しない場合に B G B 一六六九条による財産管理権を剥奪することも許されない。それゆえ、両親の決断の自由は原則として影響を受けないし、両親が権利行

使をしないことによつてこの財産を危険にさらす場合に、子に申し開きをしなければならないだけであり、かつ、後見裁判所の命令に基づき担保を提供しなければならぬ。両親が命じられた担保提供をしない場合、後見裁判所はいずれにせよ彼らからこのことを理由に財産管理を剥奪することができる (B G B 一六六九条)。さらに、代理権の剥奪は、利益相反の事例に限つて予定されている (B G B 一六二九条、同一七九六条)。

122

後見人に対しては、後見裁判所の権限はさらに及ぶ。後見裁判所は、B G B 一八三七条一項により後見人の全ての活動を監督し、義務違反に対しては適当な命令および禁止によつて介入しなければならぬ。しかし、後見人は、彼が訴えない場合に、通常は義務に反して行為するのではない。けだし、具体的事例において訴えを提起しなければならないかどうかは、通例、後見裁判所が指図を与えることの許されない合目的性または裁量の問題だからである。これに対して、勝訴の見込みがあり、相手方は訴訟なしには給付をせず、執行が奏功するであろうことが一義的に確認される諸事例においては、そうでなければ権利が——例えば消滅時効により——失われることになる場合には、後見裁判所は、訴え提起を命じることができる。これらの諸事例においては、後見人は、見込みのない、被後見人に不利な訴訟を進行する場合と同様に、義務に反して行為している。行為無能力者と並んで自己の財産またはその独立の一部を処分することのできない者は、その権利行使をすることはできな

い。遺産が遺言執行者により管理され、または遺産管理が命じられている相続人および破産者がこれである。訴訟における権利行使は、職務上の当事者(Partei kraft Amtes)としての管理人・管財人によってなされる。遺言執行者が国家による監督には服さないのに対して、遺産管理人に関する監督については、後見人の場合と同様の規律が妥当する(BGB一九七五条、同一九一五条一項)。破産管財人は、二重の監督に服する。一方で、破産管財人は訴訟について債権者委員会の同意(Genehmigung)を必要とするが(KO一三三三条一号)、他方で、破産裁判所の指示に服する(KO八三条)。しかし、破産裁判所は、合目的性が問題となっている場合においては管財人に拘束力のある指示を与えてはならない。管財人が訴えを提起するかどうかは、通常は合目的性の問題である。しかし、破産裁判所は、提訴しないことが明白に義務違背と思われる場合には、訴えるよう促すことができる。

要約すると、次のことが確認される。すなわち、および自らに主観的権利があると要求する者は、——この者が行為能力を有し、それに伴って訴訟能力を有し、自らの事件を自ら代表することができる場合には(BGB一九一〇条、同一九一一条参照)——原則として単独で、その権利を訴えによって訴訟上行使しようとするか否かを定める権限を有する。財産訴訟においては、この決断の自由は、さらに彼がそれにつき権利を要求している財産を処分できるということを前提としている。権利行

123

使が、自ら権利を要求し、または相手方の訴訟を誘発した行為によって侵害された者の利益のためにあるのでない場合には、この者のほかに他の者も、訴訟を訴えによって開始する権限がある。その際に、われわれの関心は、ある第三者が私法上の利益の結果として訴訟追行権を有する諸場合ではなくて、公共の利益において権利主体または関係人の意思に反して訴訟が開始される諸場合である(婚姻法二四条による検察官の訴え、家内労働法二五条による州の訴え、UWG一三条一項、一a項による団体訴訟)。提訴強制は、権利が権利主体の利益のためではなく、もっぱら公的利害の擁護のために形式的に位置付けられる場合にはじめて、この者に及ぼされる(G ü K G 二三条)。法定代理人および財産管理人は、例外的に提訴強制に服するにすぎない。このことは、訴えないことが明らかに義務違反と思维れ、かつ国家的な監督の利益が私的利益に優越する場合に当てはまる。そのような監督の利益の優越は、両親および遺言執行者に対しては欠けているが、これに対して、それは後見人、保護人(Pflege)および破産管財人に対しては与えられる。

この概観は、今日の法状態の叙述に奉仕するだけでなく、法政策的考察にとつての手掛かりをも与える。国家は、従来よりもさらに広範に民事の権利保護に対する利益を引き受けてよいのかという問いは、その答えを、実体民事法および憲法に見出す。主観的な私権が擁護され、承認されるところでは、権利主体に対する提訴強制は排除される。法定代理人お

よび管理人 (Amtsverwalter) の監督という手段での提訴強制は、監督の利益が私的利益に優越する場合にはじめて許容される。その場合でもまた、監督は義務違反に限定される。それ〔＝義務違反〕が存在するかどうかは、管理の利益で測られなければならない。これは、法定代理人の場合にはもっぱら被後見人 (Mündel) の私的利益であり、遺産管理および相続財産破産 (Nachlasskonkurs) の場合には債権者および財産の所有者 (Vermögensinhaber) の利益である。

関係人または権利主体と並ぶ第三者の提訴権は、憲法上要求される私的権利関係の保護のために個々人の自由が制約に服する場合をはじめ、公益を理由に認めることが許される。そこから婚姻の保護のために定められた婚姻法二四条による検察官の提訴権および自由な競争の保護のための団体訴訟が正当化される。後者は、自由な私法上の取引に対する公的利益の擁護を自律した私法上の主体に委託すること、国家に対しては、それが絶対必要などころに限ってその機関によって介入させることが全くもって命じられるわけではないにせよ、合目的的であるということを示している。

最後に、いかなる範囲で国家は、もっぱら権利主体の保護に奉仕し、公共の利害には奉仕しない主観的な私権の行使に利害関係を持つことが許されるのか、が問われなくてはならない。国家が従来そのような利益を示してきた唯一の事例は、家内労働法二五条および最低労働条件の設定に関する法律一四条、同

124

一五条の事例である。⁽²⁸⁾ 社会的従属 (soziale Abhängigkeit) が権利行使を妨げうるかもしれないというこれら諸規定の基本的な考えは、いずれにせよ他の諸事例にも当てはまる。それにもかかわらず、連邦労働裁判所⁽²⁹⁾は、組合員のための労働組合の訴訟担当を拒絶してきた。⁽³⁰⁾ 立法者も、さらなるこれに比較しうる規律を控えたのかもしれない。けだし、家内労働法二五条および最低労働条件の設定に関する法律一四条、同一五条は、労働者からあらゆる自発性と自己責任を奪う労働者の後見を含んでいからである。それ以外の保護規定はそこまでは行かない。それらはある人の保護のために請求権を付与し、または保護目的に違背する契約上の拘束を無効と宣言するだけで満足する。ある人の保護のために発令された法律上の禁止の違背は、たしかに契約を無効ならしめ、かつ保護されるべき者をあらゆる合意に対する拘束から解放する。しかし、そのようにして保護された者は、その禁止を自ら援用することを義務付けられてはいない。この者の保護は、職権によってなされるのではなく、自らの利益のためにそれを利用することを申し出るのである。⁽³¹⁾ それを超えることは、せいぜい意図された保護が、国家によって監視される場合にのみ付与されるにすぎない場合に、そのきっかけが存在するにすぎない。立法者は、家内労働法および最低労働条件の設定に関する法律の前述した諸規定の場合に、この点から出発した。それらは労働官庁の調査・監督権限 (家内労働法二三条および最低労働条件の設定に関する法律一二条) と

直接的な関係に立っている。家内労働の特殊性を理由とした労働組合による保護と最低労働条件の設定に関する法律において前提とされた協約の不存在 (Tariflosigkeit) という保護は十分ではないので、これらが必要である。

他の全ての諸場合において、社会的従属者のための訴訟担当は、適切かつ必然的な保護の手段ではない。労働契約の形成のための労働組合の関与は、労働協約の当事者によって守られる契約自由の要件としての機会の平等の回復に奉仕する。労働協約によって目指された労働者の保護は、その個別的な契約自由の制限を求めている (TVG「労働協約法」四条)。しかし、労働協約法も労働協約も労働組合に、監視という手段で協約の遵守をする権利を与えてはいない。したがって、協約の実行に関して、個々の労働者は、家内労働法および最低労働条件の設定に関する法律が付与している保護を享受していない。労働組合が監督機関 (Kontrollinstanz) として使用者よりも上位に置かれているわけではない。労働組合は協約当事者であり、それ自体として、労働協約の実行を協約当事者に要求する権限を有する。それゆえ家内労働法二三条および最低労働条件の設定に関する法律一四条、同一五条を類推して労働組合を訴訟担当とする余地は存在しない、そこで前提とされた監視権限が欠けているからである。労働者は、実際の経験が示すように、そのような労働組合の訴訟担当がなくとも通常は十分に保護されており、したがって権利行使に関して後見を必要としないという

ことは、それが労働協約法においてなされているのと同様、自由な利益の調整をはたす能力があることを示している。それゆえ、個々人が社会的優位者に直面するところで、その自由が脅かされられるという危険に対しては、立法者は、個々の自由およびそれと結び付いた自己責任を法律上廃棄することによって対処すべきではないのだろうか。国家は、自由を脅かす社会的な優位者を阻止するために、常にこれとは別な手段を用意すべきなのか。国家は、もちろん、単に包括的な権利保護を提供し、自らが裁判所への出訴方法を遮らないことによってのみ市民の自由を保護しているわけではない。国家が市民を非国家的な権力の干渉からも保護する場合にはじめて国家が他の基本権も保障するように、出訴手段の保障も、その価値を、社会的権力の権利濫用によって妨害されない場合にはじめて獲得する。しかし、適切な手段は、そうした諸権力の力を断固として阻止することであり、その権利の行使に際して市民の全面的な後見にその明白な表現を見出すであろうこの権力への降伏ではない。

b) 訴訟物の特定・ZPO一三九条

民事訴訟においては、原告が訴訟物を特定する。訴えを提起するか否かと時期だけでなく、いかなる対象で訴訟を進行するのも、原告の私的なイニシアティブに委ねられている。この処分の自由は、権利保護形式の法律上の要件にその限界を見出

す。給付の訴えは、原則的に現在の給付を求める訴えとしてのみ適法である。将来の給付は、ZPO二五七条―二五九条の特別の要件の下ではじめて請求される。確認の訴えは、まさにこの権利保護形式に対する法的利益を必要としている。最後に、形成の訴えは、法律の中で予定された場合にのみ適法である。形成の訴えにとつて、そもそも相手方の意思に反した形成が必要であるという要件は共通であり、それは――実体的な法律関係の形成が問題である限りでは――とりわけ継続的な関係の場合に当てはまるものである。さらに、形成の訴えは、原告が裁判外での形成の表示によつて法律関係の変更を自ら惹起することのできない場合にはじめて予定されている。

したがつて、権利保護は、原告がこれをその権利の主張のために必要としている限度でのみ保障されているのである。それゆえ前述した個々の権利保護形式の要件は、権利保護の必要 (Rechtsschutzbedürfnis) を具体化したものである。それゆえ、権利保護の必要という一般条項に類した概念に、立法者が欲した以上に制限されるべきではなからう。それゆえ、権利保護の必要は、法律の目的に反した権利保護制度の濫用を阻止することにだけ奉仕しうるにすぎない。⁽²⁸⁾

処分権主義は実体法によつて条件付けられているので、訴訟において処分される対象もまた実体法に合致して設定されなくてはならない。このことは一方で、訴訟上の処分の対象は実体的な処分と広範囲で一致しなければならないということ、およ

び他方で、訴訟物は、当事者がこの対象について実体法上処分することができるかどうかにも依存しなければならないということの意味している。ヤウエルニヒ (Jauring)⁽²⁹⁾ は、第二の観点を特に指摘していた。彼がこの問題を弁論主義という観点の下で検討しえたことは、緊密な、実体法によつて条件付けられた弁論主義と処分権主義の間の関係を示すものである。正当にもヤウエルニヒは、婚姻無効訴訟において、訴訟物は形成原因によつて区別されてはならないということを強調している。無効確認の訴えが提起される場合には、裁判所は全ての無効事由を審査しなくてはならない。⁽³⁰⁾ しかし、もし当事者が訴訟物について処分することができるのであれば、訴訟物は実体的な処分対象に依拠して定義されなくてはならない。その限りで、ヤウエルニヒの見解と私の結論との間には何ら相違は存しない。一つの論争点のみが強調されているようである。ヤウエルニヒ⁽³¹⁾ は、私が訴訟物を識別するために実体法上の請求権 (Anspruch) 概念を「改変」したと非難する。私にはこの点には誤解があるように思われる。私の実体的な請求権概念の定義は、実体法の変更を意図したものではない。私には、訴訟物の概念と実体的な請求権の概念の少しばかりの見かけ上の矛盾を解決することのみが問題であつたにすぎない。細分化された実体的な請求権概念は、有用な訴訟物の定義を発見するという目的に資するだけではない。それはむしろまず第一に、実体法の正しい適用を担保すべきである。それゆえ私は、処分対象と

しての請求権は消滅時効の対象としての請求権または包摂規範(Subsumtionsnorm)としての請求権とは異なるものとして識別されなくてはならないことを示した。これはそれ自体何ら新しいことではなく、乗客の事故に基づく請求権(契約、不法行為、責任義務法)を別個に譲渡することを当然のことながら認めない従来判例および学説に合致するものである。新しいのは、私が、これおよび別の帰結を請求権概念の修正によって擁護しようとしたことのみである。

ヤウエルニヒが、訴訟物は職権探知主義(Inquisitionsmaxime)へ移行する場合には変わるようになるであろうということから、これによって訴訟物概念にとつての確固たる基礎を獲得することはできないと考える場合、何よりもこれに対しては、第一に、私は現行法を叙述したのであり、それによれば乗客の事故に基づく損害賠償請求権は弁論主義を伴った民事訴訟において訴求されるということ、しかし他方で、処分権主義から官憲主義(Oftzialprinzip)への移行および弁論主義から職権探知主義への移行は、立法者の自由な処分委ねられているわけではないという異議が唱えられなければならない。もしも、法律が主観的な私権をめぐる争いについて官憲主義と職権探知主義を伴った手続を導入しようとするのであれば、実体法への重要な反射的效果を持ったものではなからうか。主観的権利の概念は変更され、処分の自由は広範に廃棄されることになるのではないか。そうだとすれば実体的請求権概念の新たな定義と識別が

必要になるのではないか。したがって、職権探知主義を弁論主義によって置き換えたプロイセン諸国家のための一般裁判所法(Allgemeine Gerichtsordnung für die preussischen Staaten)の改正もまた、立法者の恣意の行為ではなく、立法者にとって主観的権利の機能と本質によって強いられる必然的な修正であった。

しかし、その限界内に前述した訴訟物を設定するという自由によって、原告にはその権利追求の正当性と合目的性についての責任もまた課せられる。しかし、この責任は、裁判長に当事者が適切な申立てを定立するように働きかけるよう義務付けるZPO一三九条によって緩和される。訴訟法と実体法の関係にとつて、改正立法(Novellengesetzgebung)におけるこの規定の成立史はとりわけ興味深い。当初の規定によれば、裁判長は「問いを通じて不明瞭な申立てが説明……されるように働きかける」だけであった(一八七七年のCPO一三〇条、一八九八年のZPO一三九条)。したがって、法律は、訴えの申立ての選択は当事者のみに委ねられ、当事者のみがそれにつき責任を負うということから出発していた。裁判官は、よりよい定式を促すことすらできず、問いを通じて不明瞭を除去することのみが許された。区裁判所の訴訟ではこれは別のことが妥当していた。ここでは裁判所は当初から「当事者が……事案に適した(sachdienlich)申立てをなすように働きかけ」なければならなかった(一八七七年のCPO四六四条、一八九八年のZPO五〇三条、一九〇九年のZPO五〇二条)。法律はここでは、

128

法的に無知な、弁護士によって代理されていない当事者が、しばしばその申立てを正しい形式で行い、かつ提出された事実から正しい法的推論を引き出す状態にはないことを顧慮していた。正当な申立ては、就中、人が原則として法の適用は裁判所の事柄だということから出発したとしても、とにかく法的に無知な当事者には期待しえない法知識を前提としている。他方で、弁護士訴訟においては当事者にその申立てについての完全な責任が課せられているということは、しかしZPOの訴訟觀念に本質的にはもはや合致しないアクチオ法的思考の残滓だと説明される。ただし、アクチオ法的な図式シエマは、——もしそれが機能すべきであれば——古典期のローマ法におけるように、法適用に責任を負った法務官がアクチオを付与すること、あるいは、当事者が法適用についても責任を引き受けるということのいずれかを前提としているからである。それゆえ一九二四年の改正がZPO一三九条に今日の形式を与えたこと、および、それに伴い弁護士訴訟においても裁判長に事案に適した申立てを促すように義務付けたということだけは首尾一貫している。ただし、弁護士によって代理された当事者も、われわれの訴訟法によれば正しい法の適用についての責任を引き受けてはいないからである。

したがって、その今日的な形式におけるZPO一三九条および区裁判所の訴訟におけるその先駆は、当事者の意思に正しい形式を与え、当事者にその事実陳述からの法的推論をしっかりと

理解させ、それによって当事者が法の知識をもって現実に臨む申立てについて決断することに奉仕するのみであるべきである。これとは逆に、それは裁判官に、当事者の意思を操縦し、裁判官が彼の側で合理的だと考える何かを申し立てるように勧めるという方法で当事者を見守るきつかけを与えるものではない。当事者の意思が主観的な私権の行使について決断すべきなのであり、裁判官の理性によって代替されるべきではないのである。

129

ZPO一三九条が、事案に適した申立てを促すことのみを裁判官に許容するが、しかし、当事者の申立てを事案に適した申立てによって代替し、あるいは、当事者に申立ての変更へと強いることは許容しないことは、これに対応している。裁判官は、問いと法的な指摘によってのみ事案に適した申立てを促すことができる。当事者が示唆に従わない場合には、その変更されない申立てについて判断しなければならぬ。したがって、ZPO一三九条は、処分権主義の破壊を含むものではなく、当事者に正しく処分するよう援助し、それによって当事者を処分権主義が法的に無知な、または誤って助言された当事者に惹起する危険から守ろうとするのである。それゆえ、ZPO一三九条が裁判官に認めた権限の限界を処分権主義によって決定しようとするのは正しくない。ただし、その申立てを維持するか、あるいは裁判所が事案に適していると考える申立てをするかについては、常に当事者が決断するのであるから、処分権主義は、最

大限に広い解釈による場合も、ZPO一三九条によって侵されることはないからである。したがって、処分権主義がZPO一三九条を限界付けるのではない。同条の適用領域にとつて決定的なのは、むしろいかなる範囲で法律は当事者から誤った申立てのリスクを排除しようとしているのかである。

この問題は、公式の理由書の中で表明された目的でもってはおお十分には解答されていない。ただし、もし当事者にその事実陳述からの法的推論をしっかりと理解させ、これにより当事者から法律状態の誤った評価のリスクを排除することが問題であるとするのであれば、ZPO一三九条が裁判官に、事実関係の検討と事案に適した問いかけによる事実の解明に協力することをも義務付けていることをよくよく考えてみなければならぬ。しかし、裁判官がより広範に事案の検討の弓を引き絞れば絞るほど、当事者の事実陳述は広範となりうるし、より多くの手掛かりが事案に適した申立ての変更の示唆のために判明しうる。事実の解明が訴訟物によって限定されるという大まかな規律 (Faustregel) は、ここではこれ以上の助けにはならない。ただし、もし裁判官が、当事者が訴訟物を事案に適した形で特定したかどうかを気にかけるべきであれば、裁判官は事実を検討するにおいて、原告の、事案に即さない可能性のある申立てによって制約されてはならないからである。

このZPO一三九条の解釈がもたらす困難は、大審院および連邦通常裁判所の判例に印象深く反映されている。原告に新た

な申立原因を付与し、訴えの変更を促すことを裁判官に許容しようとする裁判は、他の、事実審の裁判官は適切な訴えの変更を示唆し、この目的のために事実関係をさらに解明する義務を負っているという裁判と、それぞれ無関係に並立している。

人が「事案に適した (sachdienlich)」という文言の解釈に従事する場合に、同様の矛盾に直面する。それは一方では客観的に解釈される。それによれば、客観的な司法の利益によればいかなる申立てが合目的であるかが問題である。人が、訴訟目的を促進するあらゆる申立てを事案に適しているとみなし、客観法の実現を訴訟目的とみなすのは同一の線上にある。その場合、紛争を当事者に一つの法的争訟の中で解決し、新たな訴訟をできるだけ予防する申立てを原告に促すのが妥当である。しかし他方で、「事案に適した」という文言の主観的解釈、したがって申立てをなした者の保護と利益のみに目を向ける解釈が擁護されている。

このZPO一三九条の解釈における矛盾は、人が裁判所と当事者の責任領域を正しく限界付けるときにはじめて取り除かれる。原告は、彼に帰属する権利を訴訟上行使しようとするのか否かを判断しなければならぬが、しかし、いかなる権利が彼には被告に対して帰属しているのかを知る必要はない。それにもかかわらずZPO二五三条によって、原告は訴訟を一定の申立てによって開始するように義務付けられているとするならば、法律は、当面のところ、原告にしばしば彼に期待されるう

以上のことを要求している。ZPO一三九条がこれを是正すべきである。かくしてこの規定の正しい適用は、それが特定のな訴えの申立ての許容を必然的に伴いうることになるような、ZPO二五三条の不適切な違背を阻止する。したがって、原告には、訴えの申立てによって訴訟の目標を、さしあたって概要を略述し、したがって訴状の中では、訴訟において追求しようとする利益を裁判所と相手方に明示する以上のことは要求されない。訴えの申立てを最終的に定式化するにあたり、ZPO一三九条により、裁判所は協力をしなければならない。このことは、法律状態がますます困難かつ見通しの利かないものになればなるほど、一層強く必要になる。例えば、原告が瑕疵ある物のために支払った売買代金の返還を請求する場合、裁判官は、原告が被告によって提出された取引約款から明らかになる契約解除 (Wandlung) の排除を見落として、契約解除に代えて取引約款の中で謳われた修補を要求する意図なのかどうかを問いかねなければならぬ。原告はその場合に、取引約款は契約内容になっていない、または無効であると考え、それゆえに売買代金の返還を言い張っているのか、あるいは、修補請求権に移行するのかどうかを説明するかもしれない。——原告が物の引渡しを請求し、被告が自身の占有を否認するが、原告は証拠申出をしない場合、裁判官は、この当事者が彼には非占有者に対して引渡請求権は帰属しないということを知っているということから出発するのであれば、裁判官の指摘は必要ではない。

しかし、その当事者がこのことを知らないのであれば、裁判官は当事者を教示し、損害賠償を請求する意図なのかどうかを問わなければならない。⁽⁸⁾

131 したがって、ZPO一三九条の解明義務は、法律効果が原告にとって不明確であるに依じて強化される。その際に、人は、弁護士は法律効果を知っているに違いないであろうし、それゆえに弁護士訴訟では原則的に事案に適した申立ての指摘は必要ではないということから出発してはならない。弁護士もまた法律効果を見通しえない一連の事例が存在する。このことはとりわけ法的争訟が法創造的な判決によって裁判される場合に妥当する。とにかく第一次大戦直後において——たとえ今日においてもなおそうではないとしても——裁判所が行為基礎の喪失の場合に解除を許容するか、あるいは契約を適応させることが事案に適していると考えられるであろうかを予め知っていることを弁護士に期待してはならなかった。それゆえ誤った申立てのリスクを、人は弁護士に負わせることはできない。⁽⁹⁾人は、いかなる事実に関する事情を裁判官が創造された法にとって重要とみなすかどうかということや弁護士が知っているということや期待することもできない。それゆえ裁判官は、提出された事実関係にしたがって事案に適した申立てを指摘することだけでなく、両当事者が訴訟で追求している双方の利害を手掛かりにして、裁判にとって重要な事実関係を彼らとともに獲得し、かつ当事者にそこから考えられる法的推論を指摘することも義務

付けられている。しかしまた、そのような事例を別としても、一九二四年の改正法による弁護士訴訟への裁判官の解明義務の受容は、誤った法的推論のリスクが弁護士によって代理された当事者からは除去されるに違いないということと決して異なった意味を持つものではない。弁護士訴訟においても「法は裁判官の知るところ (iura novit curia)」の命題が妥当する。弁護士は、いかなる法律効果を裁判所は特定された事実関係から引き出すかを判定した法務官 (Prätor) の機能を持つものではない。弁護士訴訟の唯一の特殊性は、裁判官がより強い程度において、弁護士は法律効果を知っているということから出発する点に存するにすぎない。非占有者に対する所有権者の物の引渡請求権は存在しないということ知らなかったと主張する弁護士は、それについて連邦通常裁判所の面前で信じてもらえないであろう。被告が占有を争った後で、事実審の裁判官が損害賠償請求権への移行を促さなかったということを理由とする上告の背後には、おそらくは被告の否認を見落としてしまった事実審弁護士 (Instanzanwalt) の不注意が隠れているだけである。しかし、ZPO一三九条の異議 (Rege) は、弁護士が事実上の局面で犯した誤りを訂正する結果とはならない。それゆえ大審院と連邦通常裁判所の間での矛盾する判例は、大部分につき隠された事実に関する異議を排除する上告裁判所の正当な努力に由来するものであることが明らかになる。しかし、このことは、人が、事案に適した訴え変更への事実審裁判官の指摘はも

132

はやZPO一三九条によって命じられていないとみなす、というやり方では生じ得ない。むしろ、上告審裁判所が、事案に即さない申立ては弁護士の法的無知に基いて維持されるかということを確認しているか、あるいは、弁護士が法律状態を知った上で誤った申立てをしているのが問題となりうるにすぎない。この問題の審査に際しては、上告審裁判所は、いかなる範圍で事実審の裁判官が弁護士の審査されない法的知識を前提としてよいかを確認する機会を持たなければならないであろう。要約すると、ZPO一三九条は、当事者がいかなる権利を訴訟において追求するのかについての判断を当事者から剥奪することを許容していない。主観的な私権の行使は、訴訟上も当事者の処分委ねられている。そうではあるが、しかし、いかなる法律効果がある事実関係から生じるかを当事者に述べ、かくして誤った法的評価のリスクを当事者から除去するのは、おそらく裁判所の任務である。それゆえZPO一三九条が要求している事実の解明は、訴状に記載された申立てによつては限界付けられない。むしろ裁判官は、事実関係を当事者とともに訴状において記載された原告の利益を手掛かりに検討し、この検討を手掛かりに、適切な申立てを示唆しなくてはならない。このZPO一三九条の観点からは、訴状に記載された申立てを手掛かりにした極度に形式的な有理性審査 (Schlüssigkeitprüfung) に対しては疑念が提示されなくてはならない。この申立てにとつて法的に重要な (ethedisch) 事実のみを検討することに限

る裁判官は、しばしば紛争の核心を全くとらえず、当事者にパ
ンに代えて石を与えることになる。彼が法適用についての責任
を主張したのであれば、その法的検討は当事者の対立する利
益に結合していなければならず、したがって彼は、当事者と共
に共同でこの利益の保護のために正当な法的推論を獲得しなけ
ればならない。こうすることではじめて、裁判官は、訴訟にお
いて実体民事法の方法論における変遷に対応することになる
う。

c) 訴えの変更

一八七七年のCPO二三五条三号によれば、訴えの変更は相
手方の同意がある場合にのみ許容された。控訴審では訴えの変
更は絶対的に禁止されていた。これらの規律の目的は、被告の
意思に反して、原告は訴訟の開始後はもはや訴訟物を処分しえ
ず、また、訴えの変更によって控訴審手続において一審級（の
利益）を失うべきではないとする被告の保護であった。これら
の規律は、それが原告に期待不可能なリスクを負わせるので、
維持されなかった。訴訟物の特定は法的知識を前提としてい
るので、他の、裁判所と当事者の間の責任の分配に鑑みると、誤っ
た法的評価から選択された訴訟物に原告を拘束してはならな
い。一八七七年のCPO二四〇条（現行のZPO二六八条）の
規定は、原告の利益を十分に満足せしめるには足りない。い
ずれにせよ被告は、訴え変更を阻止することに対する正当な利益

133

を有する。しかし、CPO二三五条三号が付与した保護は広
ぎた。人は、被告がもともと提起された訴えに訴訟を限定する
ことに対する正当な利益を持つ場合にのみ、被告は同意を拒絶
するであろうということを期待してはならなかった。単純に同
意を拒絶することによって請求棄却判決を獲得し、原告に費用
を負担させようとする試みの方が、同意権の理性的な使用を当
てにしていたことよりもずっと大きかったのである。

それゆえ一八九八年の改正は訴えの変更を容易にした。ZP
O二六四条によれば、訴えの変更は、被告が同意したか、また
は裁判所の判断（Ermsessen）によれば、変更によって被告の防
御が著しく困難にならない場合には許容された。したがって、
今日では被告の判断に代わって裁判所の判断が、理由がなく、
あるいは悪意のある同意の拒絶を阻止するというはつきりと認
識できる目標を伴って現れた。われわれはここで、実体法の領
域からも知られるような発展の前にいる。個々人の権利が濫用
に対してとりわけ抵抗力がなく、あるいは、ある者の自由が他
の者に損害を及ぼすところでは、裁判官は——具体的な規律が
欠けているので、BGB二四二条に基いて——当事者の法律関
係に介入するのである。

一九二四年の改正法は、さらに一歩踏み込んだ。この改正法
以来妥当している文言のZPO二六四条によれば、裁判所が訴
え変更を相当（sachdienig）と認める場合には、訴えの変更は
被告の同意がなくとも適法である。このことは、一九二四年の

改正法に至るまでは訴えの変更について被告の同意が必要とされていた控訴審においても妥当する。したがって、新規定は訴え変更の要件を、それが一八九八年改正法においてなされていたよりも強い程度において客観化している。それにもかかわらず、そのような客観化には限界が設けられている。ただし、もし客観的な司法の利益のみが問題であるとするならば、なぜ当事者は、具体的な事案においてそれが訴えの変更を反対している場合に、そのような利益を彼の同意によって巧みに隠蔽することができのかが理解し得ないのではないだろうか。訴えの変更が当事者の相互の一致においても相当性に即しても許容されるということは、相当性と当事者の利益の内的関連を示している。訴えの変更が相当であるのは、それが当事者の正しく理解された（wohlverstanden）利益に奉仕する場合に限ってである。その際に、訴訟の促進は、他の利益とならんで衡量に際して顧慮される一つの利益の因子にすぎない。したがって、民事訴訟の適切な形成は当事者の権利行使の利益に向けられなくてはならないということが再び確認される。

訴えの変更とZPO一三九条により事案に適した申立てを指摘する裁判長の義務との間には、密接な関連がある。すなわち、ZPO一三九条の義務が及ぶ限りにおいて、訴えの変更は常に相当性がある。ただし、原告が法の不知から申立てを誤った場合、そのことによって被告は、いぜん原告にその法的不知の訴訟上の効果を負担させることを正当化し得るであろう保護

134

に値する地位を獲得していないからである。他方で、ZPO一三九条は、事案に即さない訴え変更を促すことを許容していない。したがって、ZPO一三九条が適用される場合にその利益がおろそかにされることからの被告の保護は、本案の申立て（Sachfrage）が問題となる限りにおいて、ZPO二六四条によっても生じる。

控訴審における訴えの変更については、被告から一審級（の利益）を奪うがゆえに不適法であるわけではない、という見解が主張されている。たしかに、一九二四年の改正に至るまで、控訴審における訴えの変更は被告の同意にかかるということによつて、完全な審級制（Instanzenzug）に対する被告の利益を斟酌していた、ということは正しい。しかし、一九二四年の改正法は、この観点が完全に無視されたとすることを意味しない。むしろZPO二六四条の現在の規定からは、被告は、完全な審級制に固執するつもりかどうかについて、もはや決定しなければならぬのではないということが明らかになるにすぎない。しかし、おそらく裁判所は、相当性の審査に際して、被告に具体的事案における一審級の喪失を要求しうるかどうかも審査しなくてはならないであろう。単に迅速な訴訟の終結を生じさせるにすぎないという意味における相当性の客観化を、ZPO二六四は許容していない。民事訴訟においては、ある規律は、両当事者の十分に理解された利益を顧慮する場合にはじめて相当である。この利益衡量の中に、完全な審級制を享受する被告

の利益も、取り込まれなくてはならない。それはあるケースでは優位しうるが、別なケースではより強力な原告の利益の背後に退かなくてはならない。

d) 認諾、放棄、和解および欠席判決

認諾、放棄、和解および欠席判決は、手続の対象についての当事者処分的手段である。したがって、この処分の可能性は、その対象から当事者の処分が奪われている訴訟においては制約されている。したがって、婚姻訴訟および親子関係訴訟における認諾にはZPO三〇七条の効力が与えられていないが（ZPO六一七条）、その理由は、当事者は婚姻の存続および子の身分を処分することはできないからである。被告に対する欠席判決は不適法である（ZPO六一八条四項）。これに対して、請求の放棄は離婚訴訟においてZPO三〇六条の効力を展開するが、その理由は、婚姻の維持に奉仕する処分は制限に服さないからである。同じことが原告に対する欠席判決に妥当する。これに対して、婚姻無効の訴え、ZPO六三八条および親子関係事件における確認の訴えの場合には、原告の請求の放棄と欠席は、原則として訴えが取り下げられたと宣言されるという効果しか持たない（ZPO六三二五条、同六三八条）。したがって、処分は進行中の訴訟のみに及び、権利行使には全く及ばない。訴えは繰り返される。この規律の根拠は、無効な婚姻を無効にすることと身分裁判の正当性に対する公的利益である。この

135

利益は、原告の負担となる処分にも制約を要求している。しかし、原告が無効な婚姻を彼が承認することによって治癒できる場合には、公的利益は後退する。この場合には、請求の放棄はZPO三〇六条の効力を持つ。和解は離婚訴訟においては、当事者が実体法上も有効に処分することのできる婚姻の維持および離婚の財産上の効果の規律についてのみ適法である。

この実体法上の処分と訴訟上の処分の間の関係に鑑みて、人は、財産訴訟においても、当事者が訴訟の対象を処分することができる限りに対して、訴訟上の処分が許容されるにすぎないということを期待することになるのだろうか。しかし、この種の制限は、処分権限のない者は訴訟追行から排除されているか、あるいは、少なくとも判決の既判力が訴訟の当事者に制限されており、当事者の代わりに処分権限を有する者が当事者の処分によって脅かおびやかされることはなく、処分権限のない者がこれで処分をした和解は実体法上無効（unwirksam）であるから、そのいずれかの理由で、原則的に必要ではない。困難が生じるのは、判決の効力が例外的に第三者に及ぶ場合のみである。このことは相続人を相続欠格（*Erbnunvuldig*）であると宣言する判決の場合に当てはまる。この判決は、相続人から相続資格を剥奪するが、遺産債権者（*Nachlassgläubiger*）に対する効力をも伴っているが、この遺産債権者は、とりわけ相続欠格を宣言された者が財産を有し、かつ、無限責任を負っているが、他方で遺産が債権者の弁済のために十分ではない場合に不

利益を受ける。したがって、相続欠格をめぐる争いにおいて認諾または意図的な欠格をすることによって、相続人は遺産債務(Nachlassverbindlichkeit)についての人的責任から免れ得ることにならないだろうか。形成判決の相対効は受け入れられえないし、またこの場合には、遺産債権者との全ての訴訟において多くの人的事項の負担を伴う相続欠格の問題が新たに審査されなくてはならないことになるはずだし、また合目的でもないとする、他の打開策が試みられなくてはならない。A. ブロマイヤー(A. Blomeyer)⁽⁶⁶⁾は、職権探知主義を相続欠格をめぐる争いに適用し、被告に対する認諾判決および欠格判決を排除することを提案していた。しかし、この解決は目的を越えてしまう。なぜ相続欠格者は、欠格事由が事実上存在する場合に、欠格事由をめぐる争いを認諾や欠格によって回避しえないとされるのか? また、相続欠格であるとして訴えられた者が、原告と同様のやり方で相続責任をなお制限しえたとしても、遺産債権者の利益は関係しないであろう。最後に、職権探知主義は、放棄の期間(Ausschlagungsfrist)⁽⁶⁷⁾が既に徒過してはじめて適用が許されるのかもしれない。ただし、その時までには、相続人は自分の相続権を処分することができるからである。したがって、遺産債権者は、個別的特殊な事例においてのみ危険にさらされるのであり、したがって、それは遺産が総債権者の満足のために十分ではなく、相続人は無限に責任を負っており、かつ、自己の財産の名目額を超えて処分する場合であり、しかし、相

136

続欠格の訴えの原告は責任を限定することができるか、あるいは困窮している場合である。このような場合について、人は、ベッティヒャー(Böttcher)⁽⁶⁸⁾が提案したように、遺産債権者をBGB八二六条⁽⁶⁹⁾によって救済すべきなのだろうか。

その場合、相続欠格の問題はいずれにせよ遺産債権者とも争われなければならないことになるが、しかし、それもまさに叙述された特別の事例に限ってのことである。

法律によって規律されている婚姻訴訟と親子関係訴訟の事例を超え、かつ、相続欠格の訴えと並んで、請求の放棄と請求の認諾は、常に、実体法が私的自治に設定している制約に服するという見解が主張されている。そのような当事者の処分権限の制限が正当化されるかどうかという問題は、しかし、認諾および放棄について単独では解答されえない。ただし、認諾または放棄判決を排除するが、しかし、当事者に、欠格または一致した事実陳述を行うことによって法律行為上は達成されえないはずの訴訟上の結果を惹起することを許容することにはほとんど意味がないであろうからである。

しかし、人がこの問題をこのように包括的に立てるべきだとするならば、私的自治が服する制約を区分けすることが求められる。事例の多くにおいて、実体法は、無効な法律行為をそれが無効であるにもかかわらず事実上実現することを契約当事者の自由に委ねている。このことは履行(Vollziehung)によって治癒される形式瑕疵が存在する場合だけでなく、治癒が予定さ

れていない場合にも妥当する。けだし、通常、法律は、無効な債務関係の任意の「履行 (Erfüllung)」に対する制裁を予定しておらず (BGB 八一四条参照)、とりわけ無効な取引の相手方を返還処理 (Rückabwicklung) へと強いことはないからである。たとえ返還請求権が BGB 八一四条、同八一七条二文^(訳注58)によって排除されるとしても、それはやはりはその行使がその保有者の自由に委ねられた主観的権利である。無効な処分^(訳注59)の事実上の効果もまた、当事者によって原則的に除去される必要はない^(訳注60)。

したがって、債務契約が無効であることは、それが給付請求権を排除すること、したがって、契約にかなった義務負担を生じさせないという意味しか持たない。一般には、当事者がそれにもかかわらず契約を「履行」し、もしくは「履行」した後^(訳注61)に給付したものの返還を欲するの可否かは当事者に委ねられている。しかし、国家が、当事者が無効な契約を履行するの否かに無関心であることが明らかになるならば、訴訟法という手段によって無効な契約が履行されることを阻止する理由は存在しない。もし被告が、契約が無効であるにもかかわらず給付をするつもりであり、かつ、彼は、原告がその給付を受領することを望むのであれば、彼は訴訟において認諾をし、または原告との意思の一致 (Einverständnis) によって事実関係を、無効事由が隠されたままで叙述するかもしれない。もし原告が無効な契約に基いて発生した返還請求権を主張するつもりがないのであれば

ば、彼は放棄または欠席するかもしれない。原告に返還債権を強いることは裁判所の任務ではなく、とりわけ訴訟内でのそのような強制は、訴訟を起す者に対しては行使されるにしても、これに対して、他の全ての——返還を欲していないので——訴訟を進行しない者は制裁はないままである。したがって、債務契約の無効は、契約の相手方が契約を履行することを強制されえないということ、および、給付を無効な、治癒しえない契約に基いて受領した者は、これを——BGB 八一四条、同八一七条二文を保留のもとで——相手方の意思に反して保持してはならないことしか意味しない。それゆえ訴訟法は、無効な契約を「履行する」という意思を、無効な契約に基いてなされた給付物を返還請求しないという意思と同様に、尊重しなければならぬ。それゆえ訴訟上の処分を制限することには何らの余地はない。

同様のことが無効な処分について妥当する。もし法律が処分をした者に処分によって惹起された事実上の状況を原状に戻すことを強制しないのであれば、これは訴訟においても尊重されなければならない。たしかに、訴訟は判決の既判力のゆえに、無効な処分の「治癒」という結果になりうる。物の受領者が彼の所有権の確認を訴求し、被告が認諾する場合、当事者間には、処分が無効であるにもかかわらず、原告が所有者であるということが確定される。けだし、実体法によれば、受領者が所有者のように振舞うことを実際の所有者が制裁なしに受忍すること

ができるし、彼は占有、使用および収益を事実上放棄し、無権利者の処分を善意者 (Gutgläubiger) のために受忍することができるからである。真の所有者は訴訟上の状況の中で拘束力をもってあらゆる将来について、彼が将来において振舞うつもりであるがごとく決断しなければならぬということとは訴訟の特殊性ではなく、むしろそこで権利が行使されなくてはならない全ての法律状態について、同様に妥当する。例えば無権利者が善意者のために処分しようとしているならば、権利者は、彼の権利を将来のために防衛し、また、いま行為して処分を禁止させ、そうして（または）取得者を悪意にしなければならぬ。

無効な処分について述べられたことは、しかし、第三者の権利のゆえに無効である処分については妥当しない。ここでは処分をした者は、さもなければ第三者の権利を侵害することになるかもしれないので、彼の処分の事実上の効果を処分することはできない。しかし、この事例においても訴訟上の処分の制限は必要ない。けだし、第三者の権利は、処分をした者と受領者の間に生じる裁判の既判力によって影響されることはないからである。第三者は、処分権限のない者に対して不利益に生じる判決は、処分権限のある者の不利には作用しないということによって保護される。

訴訟における当事者の処分権限の減縮は、全ての私的自治の制限に従わなければならないのだという見解は、したがって、無効概念を区別しない理解に基いており、実体法から訴訟法を

区別するに際して、あまりに軽く扱うかのごとくである。実体法は、無効な契約に何らの法律効果を結び付けてはいないようなので、公益のために命じられた一定の法律行為の禁止または善良の風俗に対する違反は常に私的自治の絶対的な制限であり、それが婚姻および親子関係訴訟を類推した訴訟における当事者処分の排除を要求するとの印象が生じる。それにもかかわらず、立法者が財産訴訟において通常は当事者処分を排除せず、弁論主義を職権探知主義によって代えていないということは、実体的な無効概念の相対性を暗示している。法律が、無効な契約の事実上の履行を阻止し、その履行の返還を強制しようとし、さらには有効な契約の履行を当事者の意思に反して実現し、または、その任意の返還を排除しようとする場合に、訴訟上の処分の可能性の制限がいずれにせよ財産訴訟で示されている。諸事例をわれわれは、前述の G ü K G 二三条、家内労働法、二五条および最低労働条件の設定に関する法律一四條、同一五條の中に見出す。そこではもちろんここで議論されているのは異なる当事者処分の制限の途が選択されていた。

われわれの結論をさらに検討するために、まずはじめに、両親および後見人が法律行為により子の財産を処分するために、後見裁判所の同意を必要とする諸事例 (B G B 一六四三条、同一八二一条、同一八二二条) が提示される。連邦通常裁判所は、これに対応した処分類似の効果を惹起する当事者処分は、排除されることもないし、また後見裁判所の同意に依拠することも

ないと判断した。もちろんこの結論を理由付けるためには、訴訟上の処分行為、とりわけ認諾および放棄が訴訟行為であり、したがってBGB一六四三条、同一八二一条、同一八二二条には当たらないということは十分ではない。けれど、訴訟行為と分類することは、その効果を実法上の評価に結び付けることを禁止してはいないからである。むしろ義務付けの禁止や処分禁止の遵守が両親と後見人に対して強要されることの可否と態様が決定的であると思われる。この自律の制限の遵守を法定代理人が監視することは後見裁判所の義務であり（BGB一六六七条、同一八三七条）、したがって、この制限の遵守は間接または直接に強制されるとしても、民事訴訟は、対応する措置によって子の保護のために働きかける可能性を提供していいない。全ての訴訟行為について後見裁判所の同意を得ることは、訴訟を見通すことのできないものとし、引き延ばすことにならう。当事者または代理人として訴訟を進行する者は、必要な訴訟行為を自ら単独でかつ責任をもって行いうるべきである。この観点は、あらゆる訴訟行為について法定代理人の許可と同意を得なければならぬ制限行為を訴訟追行から排除することにとって重要であるだけでなく、法定代理人を明示的に訴訟行為について後見裁判所の同意から解放しているZPO五四条の規定にとっても重要であった。両親または後見人からBGB一六四三条、同一八二一条、同一八二二条の場合^{（真正）}において訴訟上の代理権限を剥奪することは、何人も彼らに代

わって訴訟を進行し得ないだろうから、可能な打開策ではない。後見裁判所がそのためには考慮の対象にならないのは、裁判所が訴訟において当事者または法定代理人であるべきではないだけでなく、とりわけ、裁判所自身が子または被後見人の権利を行使してはならないだけでなく、法定代理人のイニシアティブに由来する法律行為の同意に限定されているからである。

かくて両親および後見人にBGB一六四三条、同一八二一条、同一八二二条の事例において訴訟を自ら進行させ、後見裁判所の同意を放棄する可能性が残らないのであれば、法定代理人の処分権を排除し、子のためになる事情に関しては職権探知主義に移行することによって子が保護されるのが、問題となる。しかし、これによって人は目標以上のことをしてしまうことになるのではないだろうか。子の利益の保護は、第一次的には両親または後見人が負っている。もしこれらの者が子の福祉のために行うのであれば、これらの者から子に奉仕する訴訟上の処分権を剥奪し、または職権探知主義によって監督し、かくして子の主観的権利の行使に不適切であり、あるいは費用行使の自由を法定代理人が不当に制限されると思われる訴訟形態を選択することは、不適切ではなからうか。訴訟事件の裁判所には、法定代理人が進行する訴訟において子の利益を保護するという任務は与えられない。子の利益を監督するのは、法定代理人のほかには後見裁判所のみである。もしも訴訟の進行をスムーズにいくようにするために、個々の訴訟行為に対する

後見裁判所の同意を放棄することが必要だとするならば、法定代理人の訴訟上の処分を制限することは、適切な代替策ではない。

したがって、後見裁判所はBGB一六四三条、同一八二一条、同一八二二条によって要求されている同意が欠けているため、無効な取引がなされ、場合によっては返還処理がされることにつき監督しなくてはならないにも関わらず、訴訟において自由に処分する法定代理人の可能性は制限されず残されている。したがって、われわれは、無効な取引の実行を阻止することに対する公的な利益が、必然的に民事訴訟の形態には作用しないことに気づく。国家は、普段はまた、しばしば民事訴訟の外での監督で満足している。したがって、統制経済の時代において発せられた法律行為による活動の禁止は、訴訟の形態を何一つ変更しなかった。^(註) 行政官庁による訴訟外の監督と万一の場合の刑罰による制裁^{サントク}と十分たリエよう。したがって、法定代理人の訴訟上の処分への制約は、BGB一六六七条以下、同一八三七条による後見裁判所の一般的な監視および監督に限定される。しかし、後見裁判所は、両親が子の権利擁護のために訴訟を進行することを阻止することが許されないと同様に、両親の訴訟行為に直接的に影響力を及ぼすいかなる可能性も持たない。後見裁判所は、両親に担保提供を課しうるにすぎず(BGB一六八八条)、場合によりこれがなされないとときは、財産管理権を剥奪する(BGB一六六九条)。後見人が訴訟進行

に際して義務に反して行為した場合には、後見人に対して、後見裁判所は、指示を命じることができる(BGB一六三七条一項)。

141
^(註) T V G 四 条 四 項 一 文 に よ れ ば、 成 立 し た 協 約 上 の 権 利 を 労 働 者 が 放 棄 す る こ と は、 協 約 当 事 者 に よ っ て 承 認 さ れ た 和 解 に お い て の み 許 容 さ れ る。 協 約 上 の 権 利 の 失 効 は 排 除 さ れ て い る (T V G 四 条 四 項 二 文)。 協 約 上 の 権 利 の 主 張 に 関 す る 除 斥 期 間 は、 協 約 の 中 で の み 合 意 さ れ う る。 こ の 規 定 の 訴 訟 上 の 効 果 の 評 価 に と っ て は、 労 働 者 は 協 約 上 の 請 求 権 に 関 す る 処 分 を 完 全 に は 剥 奪 さ れ て い な い と い う こ と が 重 要 で あ る。 使 用 者 の ほ か に 放 棄 和 解 に つ い て の イ ニ シ ア テ イ ヴ が 帰 属 す る の は 労 働 者 で あ る。 協 約 当 事 者 に よ る 承 認 は、 付 加 的 な 要 件 に す ぎ な い。 放 棄 は 和 解 の 内 部 で の み 可 能 で あ る と い う こ と は、 そ の 根 拠 を、 使 用 者 も 讓 歩 (Entgegenkommen) を 示 す 場 合 に は じ め て、 労 働 者 の 負 担 と な る 協 定 か ら の 逸 脱 が 正 当 化 さ れ る と い う 点 に あ る の か も し れ な い。 そ の 他 に も、 こ の 規 律 は ま さ に 訴 訟 に お い て 実 効 性 が 認 め ら れ る。 け だ し、 請 求 の 放 棄 に 基 い て た だ ち に 判 決 が 下 さ れ な け れ ば な ら な い か ら で あ る。 そ れ (「 放 棄 」) を 同 意 に 依 存 せ し め る こ と は、 訴 訟 状 態 を 不 明 確 に 形 成 す る こ と に な る う。 し か し、 訴 訟 上 の 和 解 は、 い ず れ に せ よ そ の 実 体 法 の 効 果 の 要 件 が 存 在 す る 場 合 に は じ め て 有 効 で あ る。 ^(註) 訴 訟 上 の 和 解 は、 B G B 一 八 二 二 条 に お い て も 示 さ れ て い る よ う に、 第 三 者 の 同 意 を 要 す る た め の 適 切 な 接 触 点 な の で あ る。

個々の労働者は、自ら単独で協約上の権利について処分をなし得ないことになっていくから、和解は協約当事者の承認を必要としている。労働者保護の利益は、ここでは制度的利益と合致している。労働協約は、任意に個別的な合意によって破ることが許されない場合にはじめて、その目的を履行することができる。この目的は、放棄和解が、協約に照らして、すなわち、労働者の保護という観点の下だけでなく、協約関係の秩序全体の観点からもなお許容できると思われるかどうかにかかわらず、協約が限定される場合に達成される。これに対して、協約の両当事者は、承認するにあたり協約上設定された金額の請求権についての事実上の要件が存在するかどうかという問題を審査してはならない。それゆえ、協約によって形成された請求権の事実上の基礎のみに関する和解は、協約当事者の承認を必要としない。⁽²⁶⁾事実上の基礎に関して労働者の権利行使の自由を制約する根拠も全くない。協約が存在しているという事実は、労働者に対して、例えばどれだけ多く超過勤務をしたかに関する争いを、独自にある和解に付加することを妨げない。もし人が彼に対してこれを禁止しようとするのであれば、それを協約上命じられた労働関係のみについて行うことは許されまい。しかし、和解の承認は協約上の請求権のみに予定されているので、この留保は、協約の保護という特別の理由から説明されなくてはならない。したがって、協約当事者の承認は、確認された、または当事者によって和解という形で基礎とされた事実関係によっ

て存在する請求権に関連する。労働協約当事者は、この存在する請求権を和解という方法で減縮させることを主張可能かどうかを検討しなくてはならない。

この解釈は、権利失効と除斥期間に関するTVG四条四項の規定によって承認される。権利失効、すなわち不誠実な時機に後れた権利行使を理由とする請求権の喪失は、労働者には向けられないということ、しかし、通常はあらゆる失効期間よりも短いであろう除斥期間の不誠実といえないかもしれない懈怠は、TVG四条が適時の権利行使という観点を完全に無視しようとしないうちに、意味を持つにすぎない。既に別の箇所⁽²⁷⁾で、権利失効と除斥期間はたしかに要件と効果において完全には重なり合っていないが、しかし、同様の立法者の理由に依拠していることが強調された。除斥期間は権利失効の根本思想を具体化したものである。これ〔＝権利失効〕は、TVG四条三項が教えるように、完全に排除されるべきではない。立法者は、単に労働者の個人としての行為がその者の権利を減縮しないことを意図したにすぎない。請求権が時機に後れた主張であることを理由に遮断されることの可否およびその要件は、協約当事者の合意に留保されている。もし合意が除斥期間を予定していたのであれば、何人も、労働者がこの期間を無駄にしてしまうことを妨げない。労働者がその権利を行使するか否か、その時期および態様は、彼の決断に委ねられている。彼は、権利を内容上協定で合意されていない態様において変更してはならない

142

だけである。したがって、彼の処分は、その労働契約の法的内容を協約の内容と一致させるために制約されるにすぎない。

その結果、訴訟に関しては以下のことが明らかになる。すなわち、請求の放棄は、協約によって拘束された請求権の法的な内容の処分の可能性を含むので、不適法である。同じことは、使用者の消極的確認の訴えへの請求の認諾について妥当⁽⁹⁾な原告である労働者に対する欠席判決もまた、不適法とみなされなくてはならない。ただし、原告の懈怠はZPO三三〇条によれば本案についての法的審査を禁止しているからである。それゆえ裁判所は、ZPO三三〇条の適用に際して、原告がその懈怠によって協約に結び付いた労働関係を処分するかどうかの確認を妨げられることになろう。

訴訟上の和解は、それが確定された事実関係または当事者によって前提とされた事実関係によれば存在する請求権を協約よりも減額する場合に限り、協定当事者の承認を必要とする⁽¹⁰⁾。しかし、当事者が係争中の個人の請求権の発生または消滅⁽¹¹⁾として重要な事実について和解する限りにおいて、協約当事者の承認を要しない。もしも当事者が、協定の拘束力ある内容を回避するために、意図的にかつ一致して和解において虚偽の事実関係をから出発する場合には、和解は無効である⁽¹²⁾。

それを越えて当事者の処分が制約されることはない。使用者の消極的確認の訴えにつき、労働者に対しての欠席判決が言い渡されよう。ただし、ZPO三三一条が定めている合理性審査

(Schlüssigkeitprüfung) は、原告の要求 (Begehren) が協定の拘束力ある法的内容と一致するかどうかを審査することを裁判所に義務付けているからである。たしかにわれわれは欠席判決を権利失効の効果として説明してきた。しかし、TVG四条四項は、権利失効という理由に基づく全ての法規範を排除しているわけではない。ただBGB二四二条の一般的な権利失効だけが排除されているにすぎないのであり、その結果、合意による除斥期間は、もっぱら協約当事者の処分⁽¹³⁾に委ねられている。これに対して、権利失効という根本思想の制定法による具体化は、これに反せず無関係である。

143

最後に、弁論主義はTVG四条四項によって制約されない。労働者が協約上拘束された請求権の事実上の基礎について争おうとするか否かおよびその範囲は、労働者のみに委ねられている。弁論主義を制約することによってTVG四条四項を回避する理由は存在しない。ある労働者が、協約を回避するという目的で、そこで自己に不利益となる事実関係を陳述するために、自由意思で訴訟を追求するということは生じないであろう。もし彼が協約を回避するつもりなのであれば、決して訴えることはせず、使用者が彼に——協約を下回って——支払うもので満足するだろう。しかし、労働者が協約を回避するために虚偽の事実関係を陳述することを使用者によって強いられたのであれば、労働者はZPO五八〇条四号による再審の訴えを利用することができる。

3 弁論主義、解明義務および真実義務

弁論主義の下で、われわれは事実上の基礎として裁判所の裁判にとって重要である訴訟資料についての当事者支配を理解している。裁判所は、弁論主義の妥当領域においては、当事者によって陳述された事実のみを顧慮する。したがって、当事者は、彼がいかなる事実を裁判所に提出するのか、を自由に決定することができる。当事者は事実関係の提出についての責任を負う。一方の当事者が陳述し、かつ他方の当事者が自白しあるいは単に否認しなかっただけの事実も、証拠調べを要することなく判決の基礎となる。判決にとって重要な争いのある事実証拠調べを要する。無制約に弁論主義に服する手続においては、当事者は、証拠をも自ら提出しなければならない。

離婚訴訟においては、弁論主義は著しく制限されている。弁論主義は、婚姻維持に反する事実 (eheindliche Tatsache) についてののみ妥当する (ZPO 六二二条二項)。^(訳注)これに対して、婚姻を維持することに適した事実は、職権探知主義に服する。同様に、裁判所は、婚姻無効の訴え、身分訴訟、禁治産事件および公示催告手続においては、当事者によって提出されていないような事実をも顧慮しなければならない (ZPO 六二二条一項、同六四〇条一項、同六五三条、同六七〇一項、同六七六条三項、同六七九条四項、同六八〇条三項、同六八四條四項、同六八六條四項、同九五二条三項)。子の嫡出性の取消 (否認) のための手続にお

いては、嫡出性にプラスの材料を提供する事実のみが職権探知主義に服している。ZPO 六二二条二項がここでは準用されている (ZPO 六四二条一項)。

特定の手続についてのさらなる特別の弁論主義の制限をZPOは知らない。とりわけ全ての私的自治の制限は弁論主義の打破をもたらすという原則は、妥当しない。このことは、既に処分権主義との関連で述べられている。⁽²⁰⁾

144

弁論主義は、主観的な私権の訴訟上の行使にとっての適切な手続形態として、そして、主観的な私権の中に保障された自由の訴訟上の帰結として妥当している。⁽²⁰⁾しかし、実体的な私的自治が、今日、権利主体の自由からだけでなく、合目的性および私的自治による形成の「正しさ」の観点からも引き出されるのと同様に、われわれはこの種の理性的な理由付けを弁論主義についても見出す。⁽²⁰⁾民事訴訟においてはいわゆる形式的な真実が問題となつているのに対して、刑事訴訟では実体的な真実が探求されているとするよくある低評価で考えられているテーゼに対して、人は正当にも、民事訴訟においては刑事訴訟よりも劣つた真実が問題になつていないとの異議を唱えている。弁論主義と職権探知主義は、真実を明らかにするための単なる異なつた形態の形成物であるにすぎない。人が、当事者の対立する利害を真実発見のために動員する場合に、民事訴訟において極めてたやすく真実を明らかにするであろう。実務的に経験のある法律家は皆、例えば高額の金銭が問題になつてい

る交通事故の後の損害賠償訴訟においては、僅少な罰金が課される先行の刑事訴訟におけるよりもしばしば真実が明らかになることを知っている。⁽⁸⁾

それゆえ人は、弁論主義が全ての民事訴訟において服する一般的な制限を、それが真実発見に対する公的利益に奉仕し、弁論主義が真実に接近しやすい職権探知主義に近接するということで理由付けるべきではないであろう。むしろそれは、弁論主義の実効性を確保し、あるいは、その濫用を防止するという——正しく理解された——目的を追求しているのである。

弁論主義の実効性は、当事者がそれに過大な要求をする限りでは危険にさらされる。もし人が当事者にその担うことのできない事実関係の提出の責任を負わせるのであれば、訴訟はその目的を誤る。しかし、当事者が、どの事実が訴訟において重要であるかを判断すべきとされているのだとすれば、通常当事者は過大な要求をされている。ただし、そのために法的知識や法的状態が不確実な場合に、当事者が持ちえない裁判所の法的理解の予見もまた必要だからである。それゆえ裁判所と当事者の間の責任の強化は、ZPO一三九条によれば裁判長は当事者が重要な事実を完全に陳述し、不十分な事実陳述を補うように働きかけなければならぬ、ということに対応している。この解明義務は、また、当事者は、彼が法律状態についての不十分な見通しのために必要な事実陳述を欠いてしまっているとの限度では援助されなくてはならない、という観点から明らかにな

る。⁽⁹⁾ このことは一九二四年の改正法以来、当事者訴訟におけると同様、弁護士訴訟において妥当している。当事者は、彼の弁護士の誤った法的理解のリスクを引き受けてはならない。正しい法の適用は、裁判所の事柄である。

弁論主義の実効性はさらに、当事者の一方が、訴訟法が彼に真実発見のために提供している可能性を知らない場合に脅かされる。それゆえ、裁判官は、ZPO一三九条により、一方当事者が陳述した事実のみを顧慮することができ、当事者は申立てに基づいてのみ利用されうる証拠方法を挙げなければならぬこと、および、当事者が裁判所に少なくともいかなる証拠方法が存在しうるかについての手掛かりを提供する場合にはじめて職権で証拠を取り調べるができるということを、当事者に指摘しなくてはならない。弁護士訴訟においては、そのような指摘はたいがい余分であろう。ただし、裁判官は弁護士が訴訟法を知っているということから出発するのでなければならぬからである。

弁論主義は、一方の当事者が訴訟における優位を作り出すために、未經験、訴訟上の稚拙さや、または相手方当事者の見落としを利用する場合には、濫用されている。ただし、弁論主義は一方当事者に他方当事者に損をさせて自分が利益を受けるという可能性を与え、という目的を追求するものではないからである。むしろ弁論主義によって認められた形成の自由は、当事者の真の利害対立関係を裁判所の面前で展開させることに奉仕

するのである。たしかにこの目標は、人が形成の自由を当事者の後見のために禁止する場合には、達成されないかもしれない。しかし、一方当事者が、他方の当事者の利益を隠蔽し、また減縮させるために彼に認められた自由を濫用する場合にも、この目的は損なわれるであろう。いつそのような濫用が存在するかを一般のかつ抽象的に述べるのは困難である。しかし、とにかく人は、仮想的で、理念的な法の前での全ての人間の平等から出発し、人がただ自然的均衡 (natürliches Gleichgewicht) へのあらゆる侵害を慎みさえすれば、常に正しい結論へと到達し、正当な利益衡量を作り出す、力の自然的均衡を前提としている自由主義的な観点から解放されなければならない。ただし、自然的均衡は既に事実上の不平等によって妨げられているからである。それゆえ裁判官は、当事者が相手方当事者に精神上対抗し得ず、社会的従属性のゆえにその自由のチャンスをその利益のために利用しえないというだけの理由で敗訴してはならない、ということを考えなくてはならない。訴訟における勝敗は、当事者の知性の程度または社会的な力によって左右されてはならない。それゆえ両当事者を等しく正当に評価しなければならず、一方当事者を他方に対して優遇してはならない裁判官は、その任務を全うするために、弁論主義がその目的を達することができるために必要な自然的均衡を、まずは回復しなければならぬ。

ZPO 一三九条の解釈によって設定される任務は、BGB

146

一五七条、同二四二条^(規定)という実体法上の一般条項の解釈に対する明白な類似性を示している。ここではそこと同じく、一方で当事者の自由な意思が考慮され、かつ当事者にはその自己責任が不必要に否定されてはならないこと、しかし他方で、それは相手方の顧慮のために設けられなければならない限界を守ることが示されており、自然的均衡が不適切に妨げられているところで救済がなされることが重要なのである。

この任務の解決策は、そうでなければ訴訟が解決へ至らないからというだけでなく、訴訟の結果に関する責任は裁判所と当事者の間で明確に識別されなくてはならないことから非常に重要である。もし人が集中した行態を励行することによって訴訟を促進したのであれば、人は何を当事者に訴訟において期待しうるのかを述べなければならない。裁判官は、時機に後れた提出に關する制裁^{サシジョン}を、人が当事者に適時の行為を要求しえた場合にはじめて課すことが許される。そうでなければ、遅延は裁判所の負担となり、当事者にとつての不利益を正当化することはない。

事実の提出に關する裁判所と当事者の間の責任領域の詳細な区別は、ZPO 一三九条という規定の具体化を必要とし、それは実体法上の一般条項の具体化と同様のやり方で行われなくてはならない。この任務の解決のためにここではガイドラインのみを示しすぎない。^(規定)

ZPO 一三八条の真実義務もまた、民事訴訟において当事者

に認められた形成の自由の濫用を阻止している。意図的な反真実の主張によって相手方を害するために形成の自由を利用する者は、彼の自由権を濫用するものである。弁論主義は、真実を明らかにすべきものである。弁論主義が訴訟虚言のための認可状として濫用されない場合にはじめて、このことは可能である。したがって、ZPO一三八条は、すなわち訴訟虚言が、裁判所の探知権能の欠如のゆえにさしあたって認識されない場合にも、弁論主義を保障している。ただし、StGB二六三条と連携したZPO五八〇条四号によれば、不利益を受けた当事者は事後的に虚言の証明に成功した場合には、再審を行うことができるからである。既に確定的な拘束力をもたない判決を得るという危険が、StGB二六三条の刑罰による威嚇と連携して十分に訴訟虚言を抑止することになるはずである。

しかし、真実義務は裁判所の責任を免除すべきではない。訴訟は、争いのある事実関係を当事者の陳述と反対陳述によって解明することにも奉仕する。それゆえ人は、当事者が全ての主張を事前にその正しさの審査を終えたことを当事者に要求してはならない。むしろ当事者は、この審査を司法の形式での手続 (justizförmiges Verfahren) においてすることを求める請求権を有している。客観的には不真実ではあるが、しかし、当事者が主観的には真実であると考えている事実を主張することは、真実義務に違反していない。

真実義務が相手方の顧慮に奉仕するのであれば、当事者は、

147

彼自身の不利益になる真実から逸脱し、または、事実関係を完全に陳述することを妨げられない。当事者がその権利を訴訟において行使し、全ての考えうる争いを裁判所の面前で吹聴することを強制されないと同様に、人は、当事者に対して、彼が争いたくない事実を争うことを義務付けることはできない。裁判官は、当事者が望まずして重要な事実を沈黙しているわけではないということだけを気になければならない。しかし、このことはZPO一三八条の帰結ではなく、ZPO一三九条から明らかになる。最後に、真実義務は私法上の取引に対する公的利益の保護のために命じられることはできない。ただし、真実義務は、公的利益の強弱にかかわらずなく、全ての訴訟において同様に存在しているからである。

もし立法者が、圧倒的な公的利益のゆえに事実関係についての当事者の処分を否定したのであれば、職権探知主義に移行しなければならない。真実義務はそのためには無用の手段である。ただし、裁判官は弁論主義の枠内において真実義務に対する違反を調査する可能性を全く持たないからである。裁判官はそのためには当事者のイニシアティブに頼ることになるかもしれない。しかし、もし当事者が意図的に彼の不利益になる不真実を述べたならば、彼にもまた相手方にも、全くこの種のイニシアティブを期待することはできない。

【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

- (221) *F. v. Hippel, Wahrheitspflicht*, S. 189 f.; くれにこ⁶⁰ *Brüggenmann, Index statutor und index investigator* (1968), S. 101 f.; さみよ。
 (222) *Weizel, System*, S. 517; *Rimmelspacher, Zur Prüfung von Amis wegen im Zivilprozess*, S. 25 参照。
 (223) 一九世紀の概念法学は、人がその関心事を、もっぱら論理の一貫性を求める努力として理解する場合に、一般に非難して論じられる。まさに民事訴訟法における論理構成は、法政策的な価値を貫徹するために論理という手段が用いられているにすぎないということを明らかに示している。したがって、処分権主義は単なる実体民事法の論理的帰結ではなく、むしろ主観的権利概念の背後に存する自由のパスを同時に取り入れている。権利保護請求権は、単に両当事者と権利保護を保障する国家との間の法律関係の論理的に完結した法律構成であるだけでなく、同時に権利保護機関を市民の私権を保護するために使役する、自由な法治国家における市民の自己認識の表現でもある。 *Henckel, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen*, S. 12 f. 参照。

(224) 訴訟原則の法政策的意義にこ⁶¹ *Friedrich Weber, Zur Methodik des Prozeßrechts, Studium Generale* 1960, 183 ff. (185).
 (225) 用語にこ⁶²は *Brüggenmann, Index statutor und index investigator* (1968), S. 100 f. 参照。

(訳注 49) 婚姻法 (*Ehegesetz*): ドイツ「婚姻法 (*Ehegesetz*)」は、ドイツでナチスが政権を奪取した一九三三年以降、人種差別政策が進められ、オーストリアが併合された一九三八年には婚姻締結に関する諸規定は民法典から外されて、単独の婚姻法が制定され、そこに定められた。世界大戦終結後、連合国の指令により新しい婚姻法が制定され、ドイツ連邦共和国成立後には度々改正されたが、ドイツ民主共和国の併合後にその効力領域の拡大等を経て、一九九八年五月四日法律により、婚姻法は廃止され、これらの規定は五年ぶりに民法に再び収められた。旧婚姻法二四条は、婚姻取消の訴え提起の権限につき、検察官にその権限があると定めていた。これに対応する、現行の B G B 一三二六条一項は、婚姻取消の訴えの提訴権限を、検察官に代えて「権限を有する行政官」に与えている。

(訳注 50) G G 六条: 「婚姻と家族」(1) 婚姻及び家族は、国家的秩序により特別な保護を受ける。高橋和之編『新版世界憲法集』(岩波書店、第二版、二〇二二年)
 (訳注 51) 家族に関する事件の手続は、二〇〇八年二月一七日の「家事事件及び非訟事件に関する法律」(F a m F G)

- によりZPOから削除され、この法律に移された。
- (226) *Henckel, Parteilche und Streigegegenstand*, S. 84.
 (訳注52) ドイツ連邦共和国の機関（略称：BAG）。一九五二年に貨物自動車輸送法五三条によって設立されたドイツ連邦貨物輸送に関する行政機関、本部はケルンに所在。主たる任務は、陸上交通の安全促進に関する事項であり、陸上交通における安全を確保するための職務を履行する。貨物自動車により行われる運送業は許認可事項であり、定められた運賃表によって行わなければならない。またアウトバーンにおける貨物輸送の料金を徴収する。
- (227) KG HRR 1937 Nr. 1088 = JW 1937, 2042; *Soergel-Lange*⁹ § 1667 Amn. 4; *Staudinger-Göppinger*¹⁰¹¹ § 1667 Amn. 24.
- (228) *Gerhübler, Lehrbuch des Familienrechts*, § 64 IV 5 S. 717; *Soergel-Gerner*⁹ § 1837 Amn. 8.
- (229) 最後の事例に *KG JW 1936, 2753; Soergel-Gerner*⁹ a.a.O.
- (230) *Henckel, Parteilche und Streigegegenstand*, S. 118 ff.
- (231) しかし、同意の欠缺は対外的効力を持たず、したがって訴えを不適法とするものではない。 *Jaeger-Weber*⁸ §§ 133, 134 Amn. 6.
- (232) *Jaeger-Weber*⁸ § 83 Amn. 1.
- (233) *Jaeger-Weber*⁸ § 83 Amn. 1.
- (234) この法律の規定は料金の規律が欠けるところではじめて介入するので、もちろん直接的な意味は僅少である。
- (235) BAGE 5, 115 = AP Nr. 7 zu § 256 ZPO; *Nikisch, Arbeitsrecht*, Bd. 2, S. 339 Note 70, S. 341 Note 80.
- (236) それに対して *Ramm, Die Parteien des Tarifvertrages* (1961), S. 24 ff., JZ 1962, 83, JZ 1964, 549 f.
- (237) TVG 四条四項一文の中で言い表された労働者の処分制限は、*ラム* (Die Parteien des Tarifvertrages, S. 24, JZ 1962, 83) の見解に反して、労働組合の訴訟担当のための論拠ではない。労働協約上の権利の放棄は、労働者の利益のために労働組合の同意を要する。この同意によってそれ〔＝放棄〕は有効になる。したがって、労働者は自ら処分しているのである。たしかに処分について第三者の同意を要求していることは処分権限を制限しているが、第三者が権利行使と訴訟追行の資格を有するという意味で処分権限を奪っているわけではない。労働組合の訴訟担当は、組合が単独で協定賃金請求権 (Tariflohnanspruch) を処分できるであろう場合には、TVG 四条四項一文から場合によっては引き出されるように思われる。しかし、TVG 四条四項一文によれば、そのことは語られない。訴訟追行権限と処分権限の関係につき、その他の点では、*Henckel, Parteilche und Streigegegenstand*, S. 28 ff. をみよ。
- (238) 異なるのは、*Ramm, Die Parteien des Tarifvertrages* (1961) であり、率直に労働組合に法律上帰属する組合員の社

- 会的な後見 (soziale Vormundschaft) を語っている。しかし、労働組合への加入は社会的な禁治産宣告 (soziale Entmündigung) と理解のれいではなからう。
- (239) *Pohle*, Festschrift für Lent (1957), S. 195 ff.
- (240) *Henkel*, Parteilche und Streitgegenstand, S. 277 参照。
- (241) Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand (1967).
- (242) *Jauernig*, Verhandlungsmaxime, S. 55 ff.
- (243) 私は一般的に処分対象 (Verfügungs- und Dispositionsgenstand) としての訴訟物から出発して来たのか、か、この訴訟物についての説明 (Parteilche und Streitgegenstand, S. 249 ff.) の中では、この二つを看過していた。しかし、*オオノ* の出発点 *オオノ* がヤウエルニヒにまよって示された帰結へと強じたのである。
- (244) Verhandlungsmaxime, S. 48, 52.
- (245) Verhandlungsmaxime, S. 48.
- (246) この自由が訴訟物の概念に関する処分を含んでいない *オオノ* のことを、私は別な箇所 (Parteilche und Streitgegenstand, S. 272 ff.) で詳述しておいた。
- (247) *A. Blomeyer*, Zivilprozessrecht, § 19 S. 84 f.
- (248) *Horst Kaufmann* IZ 1964, 482 ff.
- (249) Begründung des Entwurfs 1874, S. 134, *Hahn-Siegemann* S. 215; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*¹⁹ § 139 Anm. II 2; それと以下の

- 本文に *オオノ* *Kuchinke*, Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Schriftreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung Bd. 30, S. 15 ff. 及び *Jus* 1967, 295 ff. を参照。
- (250) *オオノ* による *オオノ* *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*¹⁹ § 139 Anm. II 2. *オオノ* では *オオノ* の弁論主義が語られているが、しかし、処分権主義を意味している。
- (251) 注 (249) をみよ。
- (252) RGZ 106, 115 (119); 158, 40 (48); BGHZ 7, 208 (211 f.).
- (253) RGZ 169, 353 (356); BGHZ 3, 206 (213); 8, 249 (256).
- (254) BGHZ 3, 206 (213).
- (255) *Baumbach-Lauterbach*²⁹ § 139 Anm. 2 C.
- (256) *Baumbach-Lauterbach*²⁹ § Einl. III 2.
- (257) RGZ 169, 353 (356); BGHZ 3, 206 (213). 結論におおの両裁判は正しい。なぜなら、原告には、その提出に基づいて正しい法的推論を引き出す機会が与えられているからである。
- (258) *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*¹⁹ § 139 Anm. II 2.
- (259) この事案において BGH は、原告が弁護士によって代理されていたので、対応する法的知識を前提とすることができた。それゆえ BGHZ 7, 208 の裁判は結論において正当である。しかし、BGH は、はたして ZPO 二三九条によって訴えの変更が促されておられるのかについての原理的な詳述

をうまく回避したであろうか。

(260) BGHZ 8,249 (256) の事案における法律効果は、同様に予測できなかった。

(訳注 53) ZPO 二六四条:「訴え変更しに該当しない場合」訴えの基礎に変更がなければ、次の場合には訴えの変更やほみなされなご。

- 1 事実上又は法律上の陳述が補充又は補正される場合。
- 2 訴えの申立てが、主たる事実又は補助的債権に関して拡張又は縮小される場合。

3 当初に要求された対象に代えて後に生じた変更により他の対象又は利益が要求される場合。」

この場合、訴えの変更ではないから、その変更には二六三条の訴え変更の要件も不要である。

(261) *Baumbach-Lauterbach*²⁶¹ § 264 Anm. 4 B; *Rosenberg, Lehrbuch*²⁶², § 100 II 2. S. 489, *StZ* 1949, 124 f.; *RG Warn.* 1942 Nr. 52. S. 156; *BGHZ* I, 65; 異なるのは *OGHZ* I, 59.

(262) 失効の効果としての欠席判決については、前記11頁以下をみよ。

(訳注 54) 家族事件及び非訟事件手続に関する法律 (FamFG, 二〇〇八年二月一七日、以下「家族事件法」と略称) の制定により民事訴訟法第六編は単行法となった。民事訴訟法の準用に関しては同法一一三条参照。婚姻事件については民事訴訟法の不適用の事項は、四項に列挙されている。

認諾判決の規定の不適用は、同項六号。

(訳注 55) 家族事件法一一〇条二項

(263) *A. Blomeyer, Zivilprozessrecht* § 62 III 1 S. 300.

(264) *Brütcher, Die Bindung der Gerichte an Entscheidungen anderer Gerichte in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Juristentagsfestschrift* (1960), S. 511 ff. (516); *A. Blomeyer ZJP* 75, 1 ff. (17); *Zivilprozessrecht*, § 94 III S. 502; 異なるのは *Goldschmidt AcP* 117, 21 f.

(265) *ZJP* 75, 17; *Zivilprozessrecht*, § 62 III 2 S. 301.

(訳注 56) BGB 一九四四条がこれについて定める。

(266) *A. a. O.*, S. 516.

(訳注 57) BGB 八二六条:「(良俗に反する故意の加害) 善良の風俗に反する行為で故意に他人に損害を加えた者は、その他人に賠償すべき義務を負う。」

(267) このことは、ついでに言えばプロクシヤーの見解によっても、この見解が、職権探知主義によっても追行された訴訟で不利益を受けることになる第三者は法的審問請求権の侵害を理由に憲法異議を提起しうるということを貫徹しようとする場合には、回避することができない。これにつき *Schlosser, Gestaltungsfragen und Gestaltungsurteile* (1966), bes. S. 72 ff., 206 ff.; *JZ* 1967, 431 ff.; *Grunsky FamRZ* 1966, 642 ff.; *BVerfG JZ* 1967, 442 参照。シュロッサー (*JZ* 1967, 433) は、遺産債権者の危機が見通される場合には、この者に法

的審問請求権を与えようとする。

- (268) A. Blomeyer *Zivilprozessrecht*, § 13 II 3 S. 65, § 62 III 2 a S. 301; Nikisch, *Zivilprozessrecht* § 66 II 2 S. 259; 異なるのは Rosenbergl, *Lehrbuch*, § 131 I 3 b S. 644.
- (269) 全ての処分行為の統一的取扱いを A. Blomeyer *Zivilprozessrecht*, § 13 II 3 S. 65, § 14 II 2 S. 69 を見た支持す²⁶⁹。
- (270) Pawlowski, *Rechtsschläfliche Folgen nichtiger Willenserklärungen* (1966), S. 43 f., 101 f., 114 ff.
- (訳注 58) BGB 八一条は非債弁済、同八一条二文は、法律または良俗に違反した給付について給付者に帰責事由がある場合の不当利得返還請求権の排除の規定。
- (271) Pawlowski, a. O.
- (271 a) 権利外観による訴訟追行権限の事例においてのみ異なる (A. Blomeyer, *Zivilprozessrecht*, § 92 II S. 483 f.; Henckel, *Prozessführungsmacht kraft Rechtsstreits*, Diss. Heidelberg [1956, 未公刊])。しかし、*Prozess*では拘束は、無権利者の処分への権利者の実体的依存性に対応している。例えば、BGB 四〇七条一項および二項参照。
- (272) Pawlowski, a. O., S. 102.
- (273) JZ 1956, 62 = ZJP 69, 34. *Prozess* Pohlle JZ 1956, 53. (訳注 59) BGB 一六四三条：「許可を要する法律行為」一八二一条〔「不動産取引」及び一八二一条一、三号、

五号、八号乃至一一号において後見人が許可を要する場合に子のために法律行為をなすには、父母は家庭裁判所の許可を要する。」

- (274) いずれにせよ戦後の時代においては、一九四一年七月一日の民事の法的事件における検察官の協力に関する法律 (RGBl. I S. 383) としてもはや妥当しなかった。
- (275) 前記121頁をみよ。

(訳注 60) *Tarifvertragsgesetz* (TVG)：賃金協約に関する法律は、賃金協約の当事者の権利および義務および労働関係の締結および終了および経営体の構造に関する規律を内容とした法規範を定める (同法一条)。同法四条は法規範の効力について定め、その四項は「発生した協約に関する権利の放棄は、労働協約の当事者によって合意された和解においてのみ許容される。協約による権利の失効 (Verwirkung) は排除される。協約による権利の主張に関する除外期間は協約においてのみ合意することができる。」と定める。

- (訳注 61) BGB 一八二一条は、後見人が後見裁判所の許可を要する場合について規定。前記 (訳注 59) 参照。
- (276) *Hueck-Nipperdey*, *Lehrbuch des Arbeitsrechts* II 17, § 31 II S. 622 f. (Note 29) 論証あり。
- (277) 前記 95 頁。
- (278) *Hueck-Nipperdey*, *Lehrbuch des Arbeitsrechts* II 17, § 31 I 4 S. 619; *Stein-Jonas-Schönke-Pohlle*¹⁸ § 307 Anm. VI.

- (279) TVG 四条四項一文が訴訟上の和解にも適用されなくてはならないということは、通説に合致するものである。
Hueck-Nipperdey, a. a. O., § 31 III S. 620. (Note 22 に論証あり。)
- (280) 前注(276)をみよ。
- (281) *Hueck-Nipperdey, a. a. O., § 31 Note 32 S. 623.*
 (訳注 62) 家族事件手続法一二七条：「(制限的職権探知) (1) 裁判所は、裁判に重要な事実の確定に必要な探求を職権で行う。
- (2) 離婚又は婚姻の取消の手續においては、それが婚姻の維持に適する場合又は申立人がそれを考慮することに異議を述べない場合に限り、関係人によって提出されなかった事実が考慮されることが許される。」
- (282) 前記135頁以下をみよ。
- (283) *Wetzell, System², S. 517; Nach, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung (1879), S. 149. Rimmelspacher, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß, S. 25*参照。
- (284) *ハッセルとグレンツの既述² Stein, Das private Wissen des Richters (1893), S. 87 ff.*
- (285) *Baur, Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht in: summum ius, summa iniuria (1963), S. 97 ff. (110 f.); Gull AcP 168, 49 f.*
- (286) 前記128頁以下をみよ。
- (訳注 63) BGB 一五七条：「契約の解釈」契約は取引慣行を考慮して信義則が要求するがごとくに解釈されなければならない。」BGB 二四二条については、前掲(訳注 23)。
- (287) さらなる具体化の試みはゲッティンゲン大学の博士論文の対象であり、ここで先取りされるべきではない。その他の点において、*Kuchinke, a. a. O. (Note 236)* 参照。
- (訳注 64) 注(287)で言及されているゲッティンゲン大学の博士論文とは、*Spothl, Die richterliche Aufklärungspflicht (139 ZPO) im Zivilprozess, 1969* を指す。同論文では、ZPO 一三九条についての三〇〇近い判例分析の結果として、裁判官の解明義務の三つの機能が示されている。すなわち、多義的な訴訟上の行態を明らかにする明瞭化機能(Klarstellungsfunktion) (S. 56 ff.)、当事者意思を訴訟上最適の形態に適合化せよる変換機能(Transformationfunktion) (S. 69 ff.)、当事者が適切な対応をする²とができるよう²に当事者に裁判官の見解の状況を伝える意思疎通機能(Verständigungsfunktion) (S. 152 ff.) をあげて。
- (288) 異なるのは、*F. v. Hippel, Wahrheitspflicht (1939), S. 67.*
- (289) 異なるのは、*F. v. Hippel, Wahrheitspflicht, S. 51.*