

八 既判力の通用根拠に関する考察

ペーター・アーレンス

一

ドイツの法学において、既判力の問題は、一八七九年に旧民事訴訟法(CPO)が施行されて初めて論議されたというわけではない。今日に至るまでその意義をとどめている詳細な研究がずっと以前から存在している。ここではサヴィニーの現代ローマ法体系における詳論のみを指摘しておこう。その際、すでにその当時からそしてその後現代に至るまで、いわゆる既判力学説の間の争いが訴訟法説の有利に判断された後には、主として判決効の限界(Begrenzung der Rechtskraftwirkung)が問題とされた。その中で、民事訴訟法(ZPO)三三二条に依拠する伝統的な限界づけは、実質的な要求に依拠しているのか、あるいはこの限界づけは何らかの方法で

拡張できるのかについて考察することが、議論の中心であった。ドイツにおいては、この点でツォイナーによって重要な試みが行われたし、日本においては、いわゆる争点効理論の枠内で同様の考察が行われた。

最近ドイツにおいては、今度は既判力の別の局面が激しい学問上の議論対象となり、そしてさらに連邦最高裁判所も含め、諸裁判所を煩わせた。問題になっているのは、暴利的な、そのため無効(民法一三八条)な消費貸借契約から発生し、かつそのゆえに、学説および判例において次第に支配的になっている見解によれば、同様に有効には生じなかった貸金返還(Darlehensrückzahlung)請求権と利息請求権が主張されている執行決定(Vollstreckungsbescheiden)の確定力である。債務者は督促決定(Mahnbescheid)および執行決定に対して予

定されている法的救済（異議 Widerspruch ないし故障 Ein-spruch）をなら利用しなかつたので、この執行決定は形式的確定力をもちえた。そこで、強制執行に対して消費貸借契約の良俗違反・無効がまだ主張されるのか否かという問題が生じた。このことにとって決定的な問題は、執行決定に既判力が生じたか否かである。なぜならば既判力が生じていれば、抗弁（Einwendungen）を有する債務者は排除されているからである（民訴七九六条二項）。条文の文言から、通説は執行決定に既判力が生じていることを導き出している（根拠条文、民訴七九六条二項、七〇〇条一項、五八四條二項）。いくつかの高等裁判所は、繰り返しそれとは異なる裁判をしたが、連邦最高裁判所は通説に固執し、そして民法八二六条に基づく訴えを許容することによって債務者を救済してきた。

以下の考察するところは、しかし、良俗に反する消費貸借契約の事例において、もし形式的に確定した執行決定が存在する場合に、債務者はいかなる方法をもってその無効を主張することができるか、という問題ではない。これはまた、限定的な判決効によって救済しようとする試みにも当てはまる。重要なのは、むしろ、裁判所の裁判が既判力を有しうるためには、いかなる要件が存在しなければならぬかという根本的な問題である。この考察は、条文の文言に固執してき

た連邦最高裁判所の判決によって不必要になつたわけではない。なぜなら、ひとつには、連邦憲法裁判所がこの問題について裁判することになるであろうということが除外されていないからであり、他方、立法者の関与もまた望まれているからである。しかしそのことを度外視しても、既判力の正当化根拠に関する問題は、すべての訴訟法にとって根本的な意義を有している。先に概観した事例は、驚くほど長い間わずかにしか顧慮されなかつたこの問題を探求するためのひとつの動機にすぎない。

二

実定法上の規制に逆らつて既判力を否定または制限する裁判所の判決や学説の契機は、簡素化法による法律改正である。それまで適用されていた規定（民訴旧六九〇条三号）によれば、債権者は督促決定の申立書において請求の趣旨および原因に関する一定の記載をしなければならなかつた。つまり、債権者は理由を付して（*ausdrücklich*）請求権を記載しなければならなかつたのである。この規定は簡素化法によって廃止され、もはや請求権のこの有理性の記載は必要とされず、当該請求が他の請求と区別されるための個別化が必要とされるだけである。有理性の審査は、督促決定の発令以前にはもはや行わ

れない。そのかわり、督促決定には、主張されている請求権が申立人に帰属しているか否かを裁判所が調査しなかった旨が記載されている（民訴六九二条二号）。すなわち、一般および特別の適法要件のみが（司法補助官によって、司法補助官法二〇条一号審査されただけである。明らかに不当な債権に對してのみ、督促決定が与えられてはならないのである。督促手続が（法的救済の使用によって）通常訴訟手続に移行する場合には、申立人はその申立をより詳細に理由づけなければならぬ（六九七条一項）。つまり督促の申立ては、通常訴訟手続において、もはや欠席判決をなすための十分な基礎にはならない（民訴七〇〇条三文、三三一条二項）。逆にいえば、被告に對して欠席判決ができないであろうような場合にも、督促・執行決定は発令される。さきに述べた良俗に反する消費貸借契約の事例において、申立人は争訟的判決も欠席判決も得ることはできなかったであろう、しかし督促・執行決定は得ることができたであろう。この点に、疑いなく重大な矛盾が存在する。簡素化法による合理性審査の廃止の理由は、まず、督促手続を促進する、とくにデータ処理機の導入によって促進するという立法者の努力である。そのために不可欠の定型書式は、ひとつの標準的な請求原因のみを許容している。¹³次に、旧法によっても非常に限られた合理性審査しかなかった

ったのであり、またこの審査は著しく非効率的であった、ということが主張されていた。

すでに述べたように、¹⁵、合理性審査の廃止にもなって執行決定の既判力を承認する実体的根拠もまたなくなった、という見解をいくつかの裁判所や学説は主張した。これに對して、他の裁判所とりわけ連邦最高裁判所は、確定力に固執してきた。¹⁶

三

既判力を否定する裁判の場合には、もちろんまず最初に、裁判官による法創造の限界が問題になる。この問題は、その根本的意義についてここでは論じない。ただ、およそ支配的な見解では、裁判官による法創造は法律の欠缺、すなわち計画に反する（Planwidrig）法律の不完全性を前提としている¹⁷ことが留意されるべきである。執行決定の既判力に関し、合理性審査の廃止から生じるであろう問題状況を立法者は予想しなかったということが考えられた。¹⁸これに對し、簡素化法の公布の時点において、完全に支配的な見解は執行決定の確定力を前提としていたという異論が唱えられたのは正当である。立法者もまたこのことを簡素化法の基礎にしていたと想定されなければならない。¹⁹簡素化法の政府草案においては督

促手続は今後もまた確定力ある執行名義 (rechtskräftige Titel) を成立させることになる、と書かれている。それゆえに、連邦最高裁判所が民訴法七九六条二項の目的論的制限を拒絶したのは正当である。連邦憲法裁判所がこれとは異なる判断をするまでは、このような条文の文言への拘束から出発しなげばならないだろう。もちろんこのことによっても既判力の通用根拠に関する問題はまだ答えられていない。

四

既判力の通用根拠というここで関心の持たれている問題にとつては、実定法上の規制とは無関係に、有理性審査と既判力との関連が重要な論点である。一八七七年の旧民訴法の立法者がこの関連をどのように考えていたかは確かでない。バンベルクは、最近この問題を論じた⁽²¹⁾。バンベルクは、立法資料から次のこと、すなわち、執行決定を欠席手続と同じに扱うこと (現民訴七〇〇条一項) は、執行決定の発令に対する法的救済として、欠席手続に由来する故障が特に適している⁽²²⁾、再審や現状回復よりも適していると評価されるという理由だけから行われた、ということを読み取ろうとしている。欠席手続と督促手続はまったく別のものである。欠席手続の法的救済は通常の訴訟における懈怠に向けられ

ており、督促手続は、その構想から、けっして訴訟ではなく、むしろ不熱心な債務者に支払を促すために定められている。同等化はあまり適切ではなかったけれども、督促手続には故障が取り入れられた。なぜなら債務者に十分な保護を提供しようとしたからであり、また被申立人が自己に認められている防御の機会を利用しなかったという点に、欠席手続との決定的な共通性を見いだしていたからである⁽²³⁾。このことと、督促手続に本来予定されていた有理性審査がないことには、実際、次のような決定的な共通性がある。すなわち、自己に帰属する諸権利を期限内に主張するということが、法取引に関与するすべての国民に期待されてもよい、という考えである。疑問なのは、相当な期間を経ないのに通常訴訟手続への移行が閉ざされるならば、督促手続はその趣旨を維持できるのだろうか、ということである⁽²⁴⁾。

五

それにもかかわらず有理性審査の廃止は、この問題に対する解答にとつてきわめて、ことによると決定的に重要である。厳密に言うならば、以下のことを執行決定に限定することなく根本的に検討する場合に重要である。すなわ

ち、既判力を有することになる裁判が成立するためにはいかなる条件が要求されるのか。つまり、一定の(そしてどのような)実質的要件が充足されなければならないのか、または敗訴判決を下された者が自己に認められている法的救済を利用しなかったことで十分なのか、という問題である。この問題は督促手続だけを切り離して答えることはできない。非争訟的で、かつ形式的確定力の生じる裁判である他の執行名義が参照されなければならない。確かに、敗訴当事者が上訴しなかったことによっても形式的確定力は生じうる。けれどもこのことはこの当事者の随意である。争訟判決の場合には、訴訟手続が少なくともひとつの審級において適式に行われたのであり、自己に有利な判決を獲得するために、両当事者は法律によって認められているすべての権限を行使することができた。敗訴当事者がこの判決で納得している場合には、既判力の拘束力の発生を疑う動機はなんら存在しない。ここでは裁判所による法律状態の審理と当事者の自己責任に基づく判断とが、釣り合いのとれた関係にある。

法律状態の詳細な審理は、必ずしも常に執行名義成立の要件になっっているわけではない。このことがまず第一に当てはまるのが、当事者の合意に基づく執行名義、つまり訴訟上の和解および執行証書である(民訴七九四条一項一号および五

号)。すくなくとも訴訟上の和解には、裁判所は調書への記載によって少なからぬ方法で関与する。まず、今日、ドイツ連邦共和国においては、数多くの訴訟上の和解が裁判所の勧告に基づいて締結されている。²⁶他方、裁判所は、民事実体法に違反しており(たとえば民法一三八条)そのため無効となるような和解を調書に記載しないだろう。したがって、割賦銀行(Leizahlungsbank)は、暴力的な消費貸借契約の場合には執行名義としての訴訟上の和解を手に入れることができないことになる。執行証書の場合も状況は似ている。²⁸執行証書は、今日、原則として公証人によってのみ公証されている。公証人は教示義務を負う(公証法一七条)。公証人はまた、良俗に反する契約を公証しないだろう。さもないと公証人は、職務上の義務違反を理由に損害賠償義務を負うことになる(公証法一九条)。したがって、訴訟上の和解の場合も執行証書の場合も、法的な統制は、督促・執行決定の場合よりも極めて徹底している。それにもかかわらず、完全に支配的な見解は、訴訟上の和解および執行証書には既判力は生じない、つまり民訴法七六七条二項はこの場合には適用できない(民訴七九七条四項)とする。もちろん、解釈論的な理由付けとして、裁判所の裁判が問題になっているのではなく契約が問題になっていること、またここでは執行の可能性は債務者による承認

に依拠しているという論拠が役に立つ。しかしながら、このことは可能な理由付けのうちのひとつに過ぎない、すなわち裁判所の権威を既判力発生の絶対的要件と考えることを考慮する場合は理由付けに過ぎない。この場合、裁判所の判断の存在は確かに不可欠である。これに対して、正当性の保障を考慮に入れる場合には、事態はもはやそれほど明白ではない。

争訟的弁論に依拠しないもうひとつの執行名義は欠席判決である。欠席判決においては、欠席した原告に対して有理性審査なくして欠席判決が下され(民訴三三〇条)、欠席した被告に対しては有理性審査に基づいて欠席判決が下される(民訴三三一条一項、二項)。このような異なる取り扱いの中には、被告に対する一定の保護がある。つまり、訴訟を開始した原告は保護の必要性がより少ないとみなされている。³⁰⁾ 有理性審査の結果、理由なしとして請求を棄却することができる。これは被告の防御にとつて次のことを意味する。すなわち、提起された訴えに理由がある場合にのみ、被告は重大な不利益を回避するために出廷しなければならないということである。遅れて、つまり期日において初めて有理的になった訴えが認容されるといふ危険性は存在しない(民訴三三五条一項三号)。

審問をすることの必要性は、以前は「応訴強制」と呼ばれ

ていた。³¹⁾ 最近ブラウンは、良俗に反するクレジット契約に関する執行名義の研究のなかでこのような考慮に立ち返り、そしてそれを督促手続に転用した。彼は、ある判決が内容的に取消されないうためには、いかなる正当性の保障が充足されなければならぬか、という問題を提起した。いずれにせよ、被告が法的審問を得ることができるという可能性はこれに属する(この可能性を督促手続における被申立人が有する、しかも有理性審査の廃止後も有する)。つまり判決が法的審問請求権に違反してなされた場合には確定力の価値は低下する。³²⁾ 被告が審問を得ることができるといふ問題とまったく同様に、被告があまり重大でない不利益を甘受しようとする場合、被告は法的審問を得なければならないのか否かという問題が重要である。これは応訴強制の問題である。私人たる相手方が行った申立てに対して積極的に行動することが被告に要求されるのは、いかなる要件のもとでかが問題になる。³³⁾ 弁論主義をとっている手続においては、受動性は被告にとつて通常重大な不利益の結果をもたらすことになる、たとえば欠席手続の場合がそうである。そこでは、被告は下されたような判決を自ら欲したのだとされるだろう。³⁴⁾

それゆえ、次の考察が特に重要である。ブラウンは、被告が応訴しなければならぬための諸前提条件と既判力の発生

との關係を検討する。彼によれば、これらの条件がより高く設定されればされるほど、つまりより重要になればなるほど、これらの条件が存在する場合には沈黙しないことがよりいっそう被告に要求されうる。そして、かかる重大な条件が存在する場合には、不作為による敗訴と争訟的弁論に基づく敗訴とを同等化することがむしろ当然のように思える。同じことは、逆にも妥当する。すなわち、応訴の動機が少なければ少ないほど、何故被告の不作為に依拠する判決が存在力(Bestandkraft)を有するのか、納得するのが難しくなる。³⁶

以上のような考察を前提にして、現代的局面における督促手続をたとえば欠席判決と比較すると、その違いは明瞭になる。すなわち、欠席判決を回避するために、被告は、訴えが有理的である、つまり少なくとも原告の事実陳述によつて理由づけられている場合にのみ活動的になる必要がある。このことは、督促手続においてはまったく異なっている。すなわち、法律改正以来、督促・執行決定を出すための条件は著しく減じられ、申立人にとっては若干の形式的事項を遵守すれば、このような決定を得ることは常に可能である。その結果これに対応して、相手方には自分の側で活動することがよりわずかにしか要求されないことになる。この種の考察に対して、次のような異論が唱えられうるだろう。すなわち督促決

定にはそれに相当する指摘が記載されている、とりわけ裁判所は請求権を審査しなかつたという指摘が記載されている(民訴六九二条一項二号)と。しかし、これらの指摘が、拘束性という観点からみるならば、主張された請求権の有理的な理由付けと同等の重みを有しうるのかどうかは、まったく疑問である。なぜなら、有理的な理由付けにはすべての事実に関する正確な説明が含まれているからである。これによつて、何が自己に対して主張されているのか素人にも認識できるようになる。

ブラウンはこのような考察を、別の、極めて一考に値するように思われる考えによつて補充している。訴訟の基礎が自力救済の禁止であるということは、当然のことである。自力救済の禁止は、まず、権利の対外的貫徹の禁止を意味するが、しかしまたそれに先行する権利の確定にも当てはまらなければならぬ。すなわち、だれも自己の権利を拘束力を有する方法で自ら確定してはならない、それは裁判官の固有の仕事である。自力救済は、そのほか法治国家の基本原則(Rechtsstaatsgebot)ともまた合致しないだろう。³⁷

このような考察を督促手続に適用する場合にも、また、執行決定の確定力に対して重大な疑念が生じる。旧民事訴訟法の本来の構想によれば、原告の利益と被告の利益との割合は

慎重に衡量されていた。有理性審査は欠席手続におけると同様に保護効果を有していた。有理性審査は、法律上のその廃止以前からも実務においてますます非効率的になっていかなかった³⁹。このような欠陥状況は、この欠陥状況を合法化するることによつては改善されなかった。今日、司法補助官が行う審査では、いずれにせよまったく不十分である。

六

これまでの考察から結論をだす前に、他の執行名義と比較することによつてさらにその考察を深めておこう。その際に、仮の権利保護、つまり仮差押えおよび仮処分における裁判を引き合いに出すことはあまり有益でない。確かに、これらの裁判は疎明された有理的な主張に基づいてなされ（民訴九二〇条、九三六条）、そしてさらに被申立人が事前に審尋されなかったとしても、これらの裁判は下される⁴⁰法的審問権の保障は、法的救済を即座に求めることで足りる⁴¹、しかし、これらの裁判は、持続することを最初から意図していない（民訴九二七条参照）。したがって既判力は、仮の権利保護の手続と正規の訴訟との関係においてではなく、せいぜい仮の権利保護の新たな申立てとの関係において考慮される⁴²だけである。

これと異なっているのは、認諾および放棄との比較の可能

性である。認諾（民訴三〇七条 および放棄（民訴三〇六条）は、当事者の処分行為である。これらが終了させるのは争いであつて、訴訟（審級）ではない。これは、認諾判決または放棄判決の言渡しによつて行われる。認諾と放棄は、ただ相手方の事実の陳述のみに関連するのではない、ということによつて明白と区別される。認諾する当事者はむしろ相手方の申立てに服するのである。有理性審査およびそもそも法適用は、原則的にもはや行われぬ。これらの敗訴判決が、この場合、敗訴当事者の意思および利益と一致しているのか否かという問題は生じえない。なぜならこれらの敗訴判決はまさに敗訴当事者の意思決定に起因しているからである。このことについてはなんら疑問は生じない。なぜなら裁判所は意思表示が不明確な場合には質問権を行使するだろうからである。その限りにおいて、形式的確定力が当事者の不作為、つまり法的救済の不利用に起因している敗訴判決の場合には、事情が根本的に異なっている。認諾および放棄の場合には当事者の意思決定が存在しているが、この後者の場合には、いずれにせよこのような意思決定の擬制だけが存在する⁴³ということがしばしばである。

それにもかかわらず、これらの処分行為の場合においてもまた、たとえば民法一三八条違反のゆえに無効な契約に基づく

請求権に対して認諾がなされる場合、敗訴判決が生じるか否かは疑問である。このような事例における認諾が無効ではないのかどうかは争われている⁴³。無効を理由づけているのは、民事実体法が当事者の契約自由を制約を加えるならば、契約自由の効果を訴訟上⁴⁴導く可能性もまた排除されなければならぬという考慮である。すなわち、このような事例においては、認諾に向けられた当事者の意思の合致についてはなんら疑問は起こりえないけれども、この認諾は確定力ある判決を導くことができないことになる。このことは次のことを示唆する。すなわち、既判力発生の正当化根拠は、まず第一には当事者の処分であるが、しかし決してそれだけでなく、さらに実体法に則した正当性の保障 (Rechtsgewähr) もまた既判力の正当化根拠になるということである。

七

他の執行名義との比較は、正当性の保障が、当事者の処分行為に基づいているにせよ、あるいは法的救済の利用のないことに基づいているにせよ、さまざまな裁判所の裁判において、過小に評価されてはならない役割を果たしていることを示している。訴訟に対するその根本的な意義については、伝統的な見解によってもまた疑問の余地がない。伝統的な見解

によれば、訴訟の目標は正しい判決である。審級の終了による当事者の拘束は自己目的ではない。既判力の役割は、正しい裁判を追求することによって形作られている訴訟に限界を定めることにすぎない⁴⁵。判決の安定化機能 (Berichtigungs-funktion) は、正当性の理想を志向し、その結果、裁判が実体法と合致するということに対して十分な保障を提供する手続を前提としている。ドイツの民事訴訟は、訴訟の開始およびその範囲の確定を当事者に委ねること (処分権主義) 並びに事実関係の探知に当事者を広範に関与させること (弁論主義) によって、この目標を達成しようと試みている。このことから、単独の、なんら理由付けを要しない当事者の申立てに依拠する裁判が正当性の保障によっても支えられているのかは、まったく疑わしいということが結論として導かれる。

既判力と正当性の保障との関係にヘンケルもまた焦点を合わせている。より正確に述べれば既判力の範囲に関してである⁴⁶。ヘンケルは、既判力の範囲を当事者間の争いの強さにも対応させている (その他の限界づけの基準は問題にならない)。もちろん、確定力の範囲の問題は、確定力の通用根拠の問題とは一致しない。しかしながら、その争った程度において当事者が拘束されるのならば二つの問題は関連する。類似の考え方は、アメリカ法にある。すなわち、ある争点につい

て当事者が前訴において実際に争い、かつ裁判所がそれについて実際に判断していた場合にのみ、その判断には確定力が生じる⁴⁹。もちろんこのような考えは、ここで検討している問題の解答に即座に結びつけることはできない。しかしながら、この考えは、弁論が行われること、しかもそれはいかなる範囲でか、というような事情に重大な意味が与えられていることを示している。

ところで、執行決定の確定力(そしてさらに欠席判決の確定力)に関しては、確かに弁論が欠けている、しかしそのことのみをもって、その確定力が疑問に付されることはない。この場合、敗訴当事者は自己に認められている法的救済を利用しなかつたので、確定力が生じた。上訴期間の経過による拘束の場合に関しては、ヘンケルは失権という考えを引き合いに出している。すなわち、相手方は、ある一定の時点(上訴期間の経過)から、一定の法律状態を正当なものとして信頼することを保護されている。確定力の遮断効は、両当事者がすべての重要なものを訴訟において陳述できたこと、しかしまたこの権限を相手方のためにも利用しなければならなかつたことに依拠している。訴訟のこの機会を利用しないものは、保護に値する相手方の利益のために、その権利の新たな行使はできなくなる⁴⁸、と。

既判力を失権という考えに結びつけることが説得力あるものであるかどうかは、ここでは判断することができない⁴⁹。このような考えを採用するとしても、相手方が保護に値しないという場合もある。このことが特に当てはまるのが、暴力的な消費貸借契約に基づく債権に関する督促決定の申立人である。この場合、確定力は失権という考えによつては絶対に正當化されまいだろう。督促手続においていずれかの、あるいは少なくとも一方の理由付けが放棄されている場合、その他に裁判所がそれを認識できる可能性は存在しない。

八

以上の考察から、ただ執行決定の場合に限らず、裁判所のあらゆる裁判において、一方で正当性の保障が、他方で当事者の処分ないしは処分を行ったことの擬制が、釣合の取れた関係になければならないという結論が導かれる。双方ともに原則として放棄されることはできない。つまり、正当性の保障は前述の理由から放棄されることはできず、そして法的救済の不行使が当事者の意思に基づいているという擬制は、訴訟の進展の不可避性の故に放棄されることはできない。しかし、その後裁判に確定力が生じるためには、この擬制は、最小限度の正当性の保障を前提条件とすべきであろう。周知の

とおり、絶対的な確実性は、三つの審級において遂行される争訟的弁論においてすら獲得されない。欠席手続および認諾・放棄判決においては、争訟的弁論の可能性の存在が、この最小限度の正当性の保障という要件を満たす。督促手続においては、有理性審査の廃止以降、それについて必然的に生じた判決が示しているように、これはもはや妥当しない。

これに対して「他の事例においても沈黙していることは重大である」ということを引き合いに出すことはできない。しかし、これに関してグルンスキーは民法法三三〇条を参照せよと指摘した。⁵⁰⁾この見解には、次のような異論が唱えられなければならない。すなわち、民法法三三〇条は、相当の理由（自ら手続を開始したということ）に基づいて、欠席手続においては被告よりも不利に扱われている原告に向けて作用しているということである。これに対して、督促手続においては被申立人が問題になっている。さらに、破産における調査期日において異議を述べないことの帰結を指摘することもまた誤っている。つまり、破産への参加はいずれにせよそのことには左右されないのである（破産法一四四条一項）。異議が述べられない場合には、債権者の債権は破産の終了後も執行される（破産法二六四条二項）。一般的見解によれば、⁵¹⁾債権表の記載は確定判決と同一の効力を有する。実際、このことが

意味するのは、債権の有理性が問題にされることなく、債務者は単なる沈黙によって自己に対する確定判決と同一の効力を生じさせるということである。けれどもグルンスキーの見解とは異なり、このことから執行決定の確定力を肯定するのには有利なものは何も引き出すことはできない。⁵²⁾その逆である。つまり、債権調査手続は、債務者に対して破産が開始されたことを前提要件としている。破産手続は、高度の義務を債務者に負わせており、なんといっても支払不能が破産手続開始の要件になっている（破産法一〇二条一項）。この際に、債務者の沈黙に対して、債務者に不利な一定の効果が割り当てられるということは、高度の義務はなんら負わされていない督促手続の被申立人の場合とはまったく異なるものである。

正当性の保障および法治国家の原則の実現のための前提条件としての有理性審査の適性に対しては、グルンスキーから次のような異論が唱えられた。すなわち、有理性的陳述も一方的なものであり、したがってそれに基づく裁判は（もしそれを広く理解するとすれば）⁵³⁾法治国家の原則とも一致しない。したがって、少なくともグルンスキーは、ここでは法治国家の原則も問題になっていることについては争っていない。しかしながら彼は、法治国家の原則は、相反する当事者の主張を考慮した事実関係の確定を要求していると考えている。ミュ

ンツベルク⁽⁵⁴⁾は、適切でない主張を通して、いずれの請求権も有理的になることができる、という指摘によってこの考えを補完する。これは、とにかくまったく異論の余地のないものであり、訴訟詐欺に対してはそもそも絶対に確実な対処策は存在しない。しかしながら、民法一三八条違反から訴訟上の結論を導く可能性は少なくとも存在する。そのほかに、訴訟詐欺を理由とする有罪判決による刑法上の制裁も考えられる。

双方の当事者の主張を斟酌した事実関係の確定によるほうが、有理性審査によるよりも、法治国家の原則はより良く顧慮されるというグルンスキーの主張には、実際、ほとんど反論することはできない。しかしながら、ここでの脈絡においては理想的な解決策が問題になっているのではなく、一方の、正当性の保障および法治国家の原則と、他方の、被申立人の関与なくして督促手続を終結させるという必要性との間の妥協が問題になっている。したがって問題になりうるのは、有理性審査がこの妥協を引き受けるのに適しているか否かだけである。有理性審査はその廃止以前においても不十分な方法で行われていた、ということは正しいかもしれない⁽⁵⁵⁾。法律の条文の文言を通じてこの妥協を解消することが立法者の任務となるだろうし、それに従うことが裁判所の任務となるだろう。

う。

立法者がデータ処理機の導入によって督促手続をより迅速かつ低廉に実施することを望んだので、いまや有理性審査は廃止されている。定型書式による処理の導入と請求の有理的記載とは、しかし、両立しない。なぜなら、請求の記載は完全に類型化されないからである。極めて多数の督促手続に鑑みると、手続の簡素化と低廉化のためのこのような努力はまったく無理からぬものである。しかしながら他方で、このような簡素化が、一方的に被請求権者を犠牲にして行われてよいのかという疑問が提起されうる。今後は立法論上、差異を設けるべきではないのかどうかが考慮されなければならないだろう。まず、データ処理機に依存する手続であって、それは、執行力ある執行名義を導き、そのことによって債権者の利益に資するが、既判力は生じないというもの。次に、厳密な有理性審査に基づいて下される決定であって、それは、債務者が自己に認められている法的救済を利用しなかった場合に、既判力が生じるというもの。債権者が自分にとって負担の大きい後者の方法を選択するならば、債権者は、自分にとって負担の少ないデータ処理機を選択する場合よりもより高い存在力をもつ裁判を得る。ちなみに、執行名義のみを導き、既判力ある裁判は導かないという督促手続の提案は、決

して新しいものではない。これに相当する考えは、三〇年代
 初頭の訴訟改革の作業において行われ⁽⁶⁸⁾、そして一九三一年の
 法律案に結実した。このような考え自体、ドイツの各邦の法
 的規制のなかにその前身となるものを有していたが、一八七
 七年の旧民事訴訟法の立法者はこれを採用しなかった。この
 種の選択的な解決策が、立法論上妥当のうちに思える⁽⁶⁹⁾。ま
 た各論者によって提案されていたような限定的な判決効を想
 定することに比べれば、それほどドイツの訴訟法に異質では
 ないように思われる⁽⁶⁹⁾。

- (1) 1847, Band 6 § 280 ff (S. 257 ff)
- (2) Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 20. Aufl. 1988 § 322 Rdnr. 34 ff. しかし、実体法的既判力学説が依然として有用である⁽⁷⁰⁾を指摘する。
- (3) Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, 1959.
- (4) ノルヒンゲン⁽⁷¹⁾ Yoshino, Zur Lehre der Rechtskrafterstreckung, Diss. Freiburg 1981, S. 92 ff.
- (5) 大の文献を参照: Steinmetz, Sittenwidrige Ratenkreditverträge in der Rechtspraxis, 1985; Braun, Rechtskraft und Rechtskraftdurchbrechung von Tieln über sittenwidrige Ratenkreditverträge, 1986, S. 8 ff.; Kohte, NJW 1985, 2217.

- (6) 例として OLG Stuttgart NJW 1988, 833; BGH NJW 1986, 2568. 後者の判決は Steinmetz の註釈がコメント⁽⁷²⁾ (S. 2569)。
- (7) OLG Köln (民事第一二部) NJW 1986, 1350 (民事第七部は異なる)。NJW-RR 1986, 1237; OLG Stuttgart NJW 1985, 2273; OLG Bremen EWFR 2/86, 361 (Gottwald)。
- (8) NJW 1987, 3256 u. 3259. 他は確定力を肯定するものとして Grunsky, JZ 1986, 626 以下も Stein/Jonas/Leipold aao. (Anm. 2), Rz. 70 ff.
- (9) ノルヒンゲン⁽⁷³⁾ Braun (Anm. 5 u. 10) und Kohte (Anm. 5)。
- (10) Braun (Anm. 5); ders., WM 1986, 781; ders., ZIP 1987, 687; ders., JZ 1987, 789; Kohte aao. (Anm. 5); 憲法裁判所上の論議にコメントは Lappe/Grübert, Rpfleger 1986, 161. ドイツ司法補助官同盟の公式見解もまた非常に批判的である。DRiZ 1978, 116.
- (11) 純然たる制限は賛成する⁽⁷⁴⁾。ヤベル⁽⁷⁵⁾ Braun (Anm. 5 u. 10)。
- (12) 全々⁽⁷⁶⁾の連邦政府は⁽⁷⁷⁾の考えを⁽⁷⁸⁾。DRiZ 1978, 190.
- (13) BT-Drs. 7/2729, S. 48.
- (14) BT-Drs. 7/2729, S. 47; Münzbrg. JZ 1987, 477 (481). ノルヒンゲン⁽⁷⁹⁾ Braun, JZ 1987, 789 (793).
- (15) 前注⁽⁷⁹⁾及び⁽⁸⁰⁾参照。

- (40) Thomas/Putzo aO. (Anm. 27), § 922, 2; Zöller/Vollkommer, ZPO, 15. Aufl. 1987, § 922, Rz. 1.
- (41) Arens aO. (Anm. 3), Rz. 36.
- (42) Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. 1987, § 74 IV 1 a, S. 773 f.; Baur/Stürmer aO. (Anm. 29), Rz. 862, S. 344. 註釋は、 § 74 IV 1 a Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, 1967, S. 86 ff.
- (43) 阪本⁴³ Stein/Jonas/Leipold aO. (Anm. 2), § 307 III m. w. N. in Anm. 26; Blomeyer, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1985, § 62 III, S. 325; 大塚⁴⁴ Rosenbergs/Schwab, Zivilprozessrecht, 14. Aufl. 1986, § 134 IV 3 c, S. 842.
- (44) Blomeyer aO. (Anm. 43).
- (45) Bamberg aO. (Anm. 21), S. 112; Gaul; ACP 168 (1968), 27 (60).
- (46) Prozessrecht und materielles Recht, 1970, S. 69 ff, 169 ff. (173); 本橋⁴⁵ § 74 Bötticher, ZJP 85 (1972), 1 ff.; Arens, ACP 173 (1973), 250.
- (47) Engelmann-Pilger, Die Grenzen der Rechtskraft des Zivilurteils im Recht der Vereinigten Staaten, 1973, S. 74.
- (48) AaO. (Anm. 46), S. 96.
- (49) 大塚⁴⁶ に対する批判は、Bötticher aO. (Anm. 46), S. 20 ff.; Arens aO. (Anm. 46), S. 255 ff.; 大塚⁴⁷ 賛成す。
- (50) § 74 Gaul, Möglichkeiten und Grenzen Rechtskraftdurchbrechung, 1986, S. 47 f.
- (51) AaO. (Anm. 8), S. 628.
- (52) Kuhn/Uhlenbruck, KO, 10. Aufl. 1986, § 164 Rdnr. 2.
- (53) Grunsky aO. (Anm. 8), S. 629.
- (54) Grunsky aO. (Anm. 8), S. 626 (628).
- (55) Münzberg aO. (Anm. 14), 477 (479, 481).
- (56) 大塚⁴⁸ § 74 註釋⁴⁹。
- (57) Bericht des Rechtsausschusses vom 21. 5. 1976, BT-Drs. 7/5250, S. 1, 5 f. 参照⁵⁰。
- (58) Rosenberg/Schwab aO. (Anm. 43), § 165 I 1, S. 1053 註釋⁵¹ § 74 數値⁵²を記す。
- (59) Entwurf einer Zivilprozessordnung, 1931 S. 464 f. Gaul aO. (Anm. 49), S. 48 は次の問題を提示する⁵³。すなわち「簡素化法がその意図に反して一九三一年のモデルおよびスイス法の規制に倣って督促手続を執行開始手続に接近させ、その結果、確定力ある執行名義はその資格を失ったとは決して言えぬのではなからるか⁵⁴」。
- (60) 大塚⁴⁹ § 74 Hahn aO. (Anm. 22), S. 411 f.
- (61) Braun aO. (Anm. 5 u. 10) § 74 Kohle aO. (Anm. 5) 参照⁵⁵。

〔あとがき〕 本稿は、フライブルク大学、ドイツおよび外国民事訴訟法研究所所長であられた、ペーター・アーレン

ス教授 (Prof. Dr. Dr. h. c. Peter Arens) が早稲田大学比較法研究所創立三〇周年記念論文集 (Law in East and West) に寄稿された論文 (原題名 Überlegungen zum Geltungsgrund der materiellen Rechtskraft) の翻訳である。教授は一九八六年度、早稲田大学外国人招聘研究者として早稲田大学を訪問されたこともある。ドイツでも有数の日本通の学者であられたが、本年(一九九一年)二月、五七歳で急逝された(吉野正三郎「ペーター・アーレンス教授の御逝去を悼む」ジュリスト九七七号一〇頁参照)。教授のご冥福をお祈りする次第である。なお本テーマに関連するアーレンス教授の日本語の論稿として、「執行命令による公序良俗に反する割賦与信契約に基づく債権の執行」(小池和彦訳)慶応大学法学研究六三卷六号(一九九〇年)九八頁以下がある。

翻訳担当 安 達 栄 司

早稲田大学大学院博士課程