

## 33 ドイツの訴訟解釈論を継受しなかった ギリシア法的思考

コスタス・ベイス  
(田尻泰之 訳)

- |                           |                          |
|---------------------------|--------------------------|
| 1. 序論                     | 6. ギリシア法による第三者異議申立       |
| 2. 客観的証明責任及び証明度           | て                        |
| 3. 公的秩序違反に基づく仲裁<br>契約への異議 | 7. ギリシア法による訴訟告知と訴訟<br>参加 |
| 4. 判決の対象                  | 8. 結語                    |
| 5. 裁判が有する国法上の効力           |                          |

### 1. 序 論

本稿<sup>(1)</sup>の出発点として明らかなことは、基本的にギリシア民事訴訟法がドイツ民事訴訟法を受け継いでいることにある。

これは、事実上そうであるといえる。1827年にギリシア国家が新たに建国されると同時に、民事訴訟法は「我らが古きビザンチン皇帝」の法伝統を受け継いだが、公布されることはなかった。バイエルン国王ルードヴィッヒ一世の子にしてギリシア国家の王たるオットーは、1832年に我が国最初の民事訴訟法典を公布したが、この法典はその殆どがミュンヘン大学教授ゲオルグ・ルードヴィッヒ・フォン・マウアーにより編纂されており、後に多少の変更はあったものの、1968年まで効力を有した。それ故、最初のギリシア民事訴訟法学者バスイレイオス・エコノミデス (Vassileios Oekonomides) がミュンヘン大学法学部で学び、そして博士号を取得したことは、特に驚くに値することではな

(1) Gastvortrag an der Universität München am 24. Februar 1997.

い。そしてそれ以来、ギリシア及びドイツの民事訴訟法学の間に、精神的架け橋がしっかりと架けられたのであるが、それはとどのつまり、学問の一方通行路としてギリシア法学者によってのみ利用されていたのではない<sup>(2)</sup>。この架け橋を越えてギリシア訴訟法学は、自ら発展するための道を見いだしたのであった。その際に、膨大な量の博士論文及び教授資格論文、並びに多くの論考を含めたドイツ法学文献が、ギリシア法学を豊かなものとした<sup>(3)</sup>。

初期のギリシア訴訟法学に対するドイツ法学の著しい影響力は、確かに国家としての自己意識にまでも干渉するものであった。特にペリクレスの墓碑銘に刻まれているような誇り高き碑文、つまり「我らが生きるための憲法は、異郷のものに比較されるものではない。我らは異郷の模倣たるにあらず、むしろ我らが異郷の模範である<sup>(4)</sup>」という古代の栄光から省みれば、明らかである。賢明にも、外国の民事訴訟法が優越しているとみなされ、そしてフランス民事訴訟法及び当時のバイエルン民事訴訟法三法案の中からの選択は、ヘラクレスに範を仰いでなされたのである。エピクテートによれば「世界中を旅し、そして…あらゆる異郷の優れた法律を学んだ後に<sup>(5)</sup>…故郷にそれを取り入れた<sup>(6)</sup>」とある。

エウノミーが卓越した法律であったにもかかわらず、古代ギリシア法的思考は、現在の法学の発展、特に訴訟法学に全く寄与するものではなかった<sup>(7)</sup>。私

(2) Vgl. *Habscheid*, Rechtsvergleichende Schlußbemerkungen ; in »Das deutsche Zivilprozeßrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen«; Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht, e. V., Bd. 5 herausgegeben von W. Habscheid, 1991 S. 473. *Stürmer*, Das deutsche Zivilprozeßrecht und seine Ausstrahlungen auf andere Rechtsordnungen-von Deutschland aus angesehen ; in demselben gleich oben erwähnten S. 28.

(3) これらの論文を最初に目録としたものとして, *Beys*, Die Ausstrahlung des deutschen zivilprozessualen Denkens auf das griechischen Recht der Privatrechtsstreitigkeiten-ein Beitrag zur Geschichte der griechischen Prozeßwissenschaft ; Das deutsche Zivilprozeßrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen ; Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht, e. V., Bd. 5 herausgegeben von W. Habscheid, 1991 Fßn. 125 S. 328ff.

(4) *Thukydides*, Der peloponesische Krieg II 37

(5) *Ευνομία* (Eunomie)

(6) *Epiktet*, Gespräche, [nach Arrian], III 24, 13

見によれば、直接民主主義原則適用のための避けがたい犠牲が、典型的なアテネの裁判制度において存在したのであった。事実上、当時の裁判所は、くじによって選ばれた国民代表の集まりであった。確かに裁判では、当事者尋問がなされたが、それでも、合議なしに直接評決が下され、しかも判決理由は何ら記載されなかったのである。直接民主主義が有するそのような法体系の中では、判決に対して異議申立てを行う余地、特に他の上級裁判所に上訴する余地はない。このような状況は、確かに、ソフィスティック（詭弁）やレトリック（雄弁術）の発展を促すが、成文法の体系的解釈、及び発展に寄与するものではなかった。ローマの覇権が及んで初めて古代ギリシア人は、法的諸問題の解決に取り組むことになったのである。ただそれは「ある者は法律事件を学問することを好み、また、その他の者は朗読や三段論法を習得することを望む。だが、汝ら死すべきことを学べ」というエピクテートの断章<sup>(8)</sup>や、「哲学を正しく習得した者はまた、死に備える」というソクラテスの言葉<sup>(9)</sup>からも確認できるように、哲学者たちの忠告により思い留まらされてきたものでもあった。

ビザンチンにおいては法律学が育まれていたが、それもギリシアの精神に何らかの成果をもたらしたものではない。その法律学は、ギリシア弁論術から純粋に区別されるべきものではなく、むしろ強力なローマ法思想に支配されていたのである。

それ故、近代ギリシア法律学が、豊かなドイツ法律学を源泉として発展していったのは事実である。

しかし他方において、以下のことを黙殺することはできない。すなわち、成文法上の弁証法が、各々根拠規範とその反対規定の対立形式にあり、さらに後者の規定を無力にする規定及び法的主張、異議申立て並びに裁判官の評価をめぐって争われる訴訟上の弁証法等も対立形式にあるのは、アイスキュロスがエウメディエンで述べているように、喧噪なギリシア的熟考と議論の産物であるということ<sup>(10)</sup>。

(7) J. Triantaphyllopoulos, Das Rechtsdenken der Griechen; Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, 78. Heft, 1985 S. 30

(8) Epiktet, a. a. O., II 1, 36.

(9) Plato, Phaidon, 67e und 80e.

(10) Canaris, Konsens und Verfahren als Elemente des staatlichen Rechts;

裁判の保障という根本領域において、公正および衡平概念の解明のためにギリシア哲学が果たした役割、およびアリストテレスの指摘による国家権力の三権分立を無視することはできない。アリストテレスによれば、三つの権力は「その一つは共同の機会を会議するための要素であり、その二つめは職務の観点に基づく。言い換えるなら、誰が何について判断を下し、そしてどのような選択がその者に任せられているか、というものである。そして三つめが裁判という基本要素なのである<sup>(11)</sup>」。その際に、とどのつまり訴訟法の明確かつ純然たる境界についても、アリストテレスにより注目に値する指摘がなされている<sup>(12)</sup>。すなわち「裁判所での争訟の際には、三つの基本要素が存在しなければならない。それは、どのような理由で、何について、どのようなものが求められるのか<sup>(13)</sup>」ということである。

このような観点から、私はそろそろシュローサー教授の二つ目の質問に答えたい。教授は私に、この都度の客員講演で期待されている内容を明確にしている。すなわちドイツの学生達に、彼の民事訴訟法講義中に生じた、唯一かつ自明な解決を許さない訴訟上の諸概念問題について論究してほしいというものである。それについてはまた、様々な結論を導きうる諸手段がありうる。私の役割は、若干のテーマにつき、ドイツ成文法上又は判例若しくは文献上の処理が、ギリシア判例とそれが抵触したり、またギリシア民事訴訟法学者の反論にあっていることを論究することにある。

今からちょうど40年前、ミュンヘン大学に初めて足を踏み入れた私は、ルドルフ・ポーレの学生となり、またそこで偶然にも哲学者ローマーノ・グアルディニの講義を聴講した。

さて、私はこの学問の聖域で様々な思いに揺れている。つまり、一方において私は、諸君の前で客員講演をするために招聘された栄誉に感謝している。しかしまた他方において、私は招待の目的たる講演の大胆なテーマに対して、何らかのはばかりを感じずにはいられない。つまりそれは、外国の訴訟法学者

---

Dike Internaitonal, II (1995) S. 37ff. *Beys*, Der Beitrag der hellenischen Dichtung und Philosophie zum Wesen der Gerechtigkeit vom Standpunkt des heutigen europäischen Rechtsdenkens; Dike International, II (1995) S. 56ff.

(11) Politik, IV 1297 b. 37-1298 a 3.

(12) Politik, IV 1300 b. 15-17.

(13) Εστι θε διαφορά των δικαιοτηρίων εν τρισίν όροις, εξ ών τε και ηερι ών και ηώς.

として私が、ドイツ民事訴訟法及びドイツ訴訟理論に対してどのような疑念を抱いているのか、ということにである。

この冒険をなすに当たって私が決心したことは、本講演において、諸君の批評を通じて、私論のあやまりを私自身に確信させることである。事実、私がこれまで唱えてきた意見を断念することも進んでなすことは、私自身、有名なドイツ法学教育を受けるためにも必要なことなのである。私は、ローゼンベルクの著書「証明責任」にある文章を思い起こす。それは「私の誤った意図 (ArchZivPrax. 94, 120 zu Note 191) を保持することはできない」というものである<sup>(14)</sup>。それどころか、さらに厳格に「第一版144頁は思い違いである」とも記している<sup>(15)</sup>。

さて本講のテーマを、証拠調べの結果から疑念が払われていない際に生じる裁判官の戸惑い、という論点から始めよう。

## 2. 客観的証明責任と証明度

客観的証明責任の概念は、ドイツ訴訟法上のドグマが労苦の末につくりだしたものである。この概念は、規範理論が論理的に継続形成されていくうちに生じた。それによれば、当事者により主張された具体的事実、及び適用すべき法規範の要件に関する法概念を裁判官が包摂することにより、この規範の法的帰結から生じる法の存在を裁判所は判断するのである。そして、係争中の法律関係に対して、既判力の確定的拘束力による正式な判断確定が行われるため、裁判官は論理必然的に証拠調べの結果ついて疑念を抱く余地がないまでに至ってなければならない。

もし裁判官が、権利を発生させる事実関係につき、完全かつ疑念の余地のない裁判官としての確信を得ることが出来なかったときには、その裁判官は主体的にみて証明責任を負う当事者、すなわち自己に有利な法的帰結の存在を求める当事者に対して厳格な判断を下す、という理論が100年以上にもわたり支配的見解であった。このことは、相手方当事者が裁判官の確信に対して最低限のダメージを与えるに足りる一方で、客観的証明責任を負う当事者が勝利するためには、裁判官が完全な確信に至ること要すことを意味した<sup>(16)</sup>。

(14) Beweislast, 5. Aufl. 1965 S. 315 Fßn. 3.

(15) Beweislast, S. 385 Fßn. 1. Vgl auch S. 257 Fßn. 5: 「私が選択した表現は、あまり幸運なものではなかった (ArchZivPrax. 94. 24)」

このドイツ法上の理論は、(故)ゲオルグ・ラモスによりギリシア民事訴訟にもたらされた。この理論を忠実に守る意味で、私はギリシア民事裁判所の恒常的な傾向に異議を唱えることを繰り返したい。その傾向とは、その時々証拠調べの結果に僅かな躊躇も疑念も抱かせないことである。当事者による証拠資料や事実上の主張が、提出された証拠資料の自由な評価の中で、完全に証明されたか若しくは証明されなかったとすることに、民事裁判所は常に揺るぎない確信を抱いている。証明の結果に対する懸念をほんの僅かにでも留保しているような民事判決を、私はギリシアの専門諸誌の中から見いだすことが出来ない。もちろん驚くべきことには、事実の観点から正当化されるものとして、同じ裁判官が、刑事事件審理の際に、裁判所は疑念を抱くものの、それ故、被告人を無罪とするという結論に、非常に多く至っていることである。

我々の裁判官は、被告人に対する刑罰請求をなす検察の客観的証明責任が問題となる場合に限り、客観的証明責任に関するドイツ法上の理論を、徐々に受け入れる準備が整っているに過ぎない。全く彼らは、同様の措置を民事法上の事件領域においても下すことを拒絶している。

長年私は、この不整合性を以下のような大胆な仮定以上に説明することが出来なかった。すなわちそれは、我々の裁判官が、民事法上の事件の際には、証明責任の分配につき非常に複雑な諸原則に悩まされるのに対して、刑事訴訟の領域においては、証明責任という唯一の規範を適用し、そして疑わしき場合、被告人を無罪とすることに何の困難もない、というものであった。確かに民事法の領域においても各当事者が、自己に有利な法的帰結をもたらす諸事実に対する(客観的)証明責任を負う。しかしこの規範に対して、裁判官が誤解を招くような様々な例外が定められている。つまり債務者は、来るべき弁済に関する証明責任を弁済異議の際に負うのみならず、相手方が自己に有利な法的帰結を、例えば違約金の同意などのように、来るべき弁済以外の手段を用いて主張するときにも債務者は証明責任を負う、とする例外規定などである。客観的証明責任の瑕疵ある分配という危険による重圧のもと、結果的に以下のような危険も生じる。それは、自己の判決が違法な証明責任の分配故に、控訴審や破棄院で破棄されたり、まさに出世の機会が阻害されることもあるため、裁判官が自らの懸念を黙秘するような誘惑にかられることである。この疑念について、私は親しい裁判官と懇談したことがある。そしてこの会話から、私に対してこ

(16) Vor allen Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl. von K. H. Schwab, 1965 § 31 S. 12

の問題に関する新たな、しかも驚くべきディメンションが到来した。それは、裁判官が提出された事実による証明につき疑念を抱く事件において、裁判官による疑念という危険を負い、そしてそれ故、客観的証明責任を負う当事者に対して当該裁判官が厳格な判断を下す、とするドイツ法上の理論は紛れもなく不正である、いうものであった。確かに、実体的確定力が有する反駁不能な拘束性は、裁判官による完全な確信、という確固とした根拠を求める。しかし、この論理的帰結は、途方もない結果をもたらす。つまり、それにより、裁判官の確信をほんの僅かにでも揺るがし、そして相手方当事者を不利にする当事者、さらに、かなり肯定的な証明結果を形成することに尽力する当事者が、優遇されることになるのである。

そのような解決は、公正の観念と調和しない。アリストテレスによれば、「公正は、中立でなければならぬ<sup>(17)</sup>」。「均衡に抵触することは不正である。なぜなら均衡とは中立であり、そして公正は均衡であるから<sup>(18)</sup>」。「公正の形式に矛盾する不正は、中立を侵害する<sup>(19)</sup>」。公正が有する、この配分的かつ調整機能領域につき<sup>(20)</sup>、アリストテレスは以下のような結論に達した。つまり、「それ故、裁判官は、平等を侵害する不正の形式を調整することを試みるのである<sup>(21)</sup>」。「だからこそ、公正とは平等、つまり損失と利益の中庸に他ならない。それ故、争い事が生じているときに、人は裁判官に助けを求める、しかし、裁判官への道は、権利への道である。なぜなら、裁判官の本質は、まさに権利の体現だからである<sup>(22)</sup>」。それ故、当時のアテネにおいては、訴訟対象が被告もしくは原告が不正であるか否か、という問題に制限されていた。ビザンチン法では、裁判官は、判決主文をまず第一に、公正の観念で根拠づけ、そして第二に、特定の法規で理由づけたのであった<sup>(23)</sup>。

そのような文化的遺産の負担のもと、ギリシア憲法は、司法の任務を法律に

(17) *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, 1131 a 15-16.

(18) *Aristoteles*, a. a. O. 1331 b 13-15.

(19) *Aristoteles*, a. a. O. 1331 b 37-40.

(20) *Aristoteles*, a. a. O. 1331 b 30-35.

(21) *Aristoteles*, a. a. O. 1331 a 8-9.

(22) *Aristoteles*, a. a. O. 1331 a 21-26

(23) *Trojanos-Velissaropoulou/karakosta*, *Rechtsgeschichte* [in hellenischer Sprache], § 184 S. 165; vgl. auch *Jus Graecoromanum* [hrsg. J. und P. Zepos], *Peira Eustathiou tou Romanou*, *Epitome nomon*, IV (1962) S. 44 [δ'] und 110 [ξξ'] .

よる権利保護の実現のみに制限していない。確かにギリシア憲法20条1項は、ボン基本法103条を模範として、おのおのが法定審問につき公法上の請求権を有している、と規定している。それでもギリシア憲法は、個人に対して、イタリア憲法に見られるような、権利保護の実現を求める公的請求権がある、と規定している点でドイツ憲法より一步踏み込んでいる。それに加えて、通常裁判所の任務は正義を実現することである、と明文で規定している。すなわち「公正は、機能的かつ人的独立が与えられている、職業裁判官により構成されている裁判所を通じて実現される」(ギ憲法87条1項)。

つまり、ギリシャの裁判は法規に基づくだけでは十分ではないのである。それ以上に、その裁判は、公正の観念と一致しなければならないのである。

既にその学徒としてギリシア裁判官は、アンティゴネが王の布告クレオンに対して、その言葉をもって贖ったようなソフォクレスの詩文<sup>(24)</sup>に信頼を寄せていたのである。

その物事を我に命じたのは、ゼウスではない。

冥府で暴れているのはディケではない。

そのような規定が人に対して定められている。

そして、汝の絶対権力は我を押さえる。

否、その死にゆく者よ、

汝、神の不文の永遠なる法を無視することを許される者よ。

事実、昨日や今日ではなく、いや、その初めより、

力を持ち、何者にもその起源を知らせぬ者よ。

それ故、当事者に対立する証明に疑念が生じた事件において、裁判官の疑念という危険を負い、そしてその結果、客観的証明責任を負う、とするドイツ法理論を、ギリシアの裁判官が正義の観念を引き合いに出して拒絶するというのは、全く当然のことであった。ギリシャの裁判官は、それを均衡のとれぬものであると判断し、その結果、上述のアリストテレスの理論に基づき、不当であると判断するのである。その理論とは、例えば裁判所に60パーセント確信させた当事者が専心すべき事は、それに応じて裁判官による確信を、僅か40パーセント揺さぶることに成功した当事者が専心したことである。事実上の主張の真

(24) *Sophokles, Antigone, 449-460.*

実性及び虚偽性が同等であるか、又は論理的にほぼ同様であると思われるときに限り、つまり規定通りの疑念がある事件においてのみ、当事者は自己に有利な法的帰結をもたらすような事実の存在を証明できなかった、と判断されるのである。

さて、私見によれば、客観的証明責任に関するドイツ法理論の継受を、ギリシアの判例が初めから常に拒絶してきたことは、必要的証明度につきドイツ文献において近年行われている論争を有効である、と認めることと切り離されるのではない、ということが印象深い。実のところ私は、ドイツ法理論からの転換によってのみ到達することが出来たのだが、私が属した民事訴訟法学派の影響のもと、ギリシャ判例の優れた考察を適宜顧慮することを誤っていた。

### 3. 公の秩序違反に基づく仲裁契約への異議

公の秩序規定に違反するが故に異議を申し立てられた事件においても、ギリシア判例は、同様に取り扱っている。

周知のものとしては、ドイツ民事訴訟法1941条2号の文言がある。それは、「その実施が禁止されている手続により、仲裁判断が一方当事者に対して有責判決を下すときには、…仲裁判断の取消を為すことを得」というものである。1930年7月30日の法律により、以下のような文言が附加された。それは、「もし、仲裁判断の承認が、良俗又は公の秩序に反するときには、」である。ついには、1986年7月25日の国際私法にも以下のような文言が定められた。つまり「もし、仲裁判断の承認が、ドイツ法における本質的諸原則、特にその承認が基本権と不一致の場合」と。

その諸文言の二番目のものは、1968年より発効しているギリシア民事訴訟法草案時における起草者に対する模範となった。それ(897条6号)によれば、「もし仲裁判断が、公の秩序又は良俗に抵触するときには、その判断は、裁判所の判決により、その全て又は部分的に破棄される<sup>(25)</sup>」。

(25) バウムゲルテルとラモスにより出版された新ギリシア民事訴訟法の初期の版は、そこ(958条6号)で、公序に対する抵触につき言及しているが、しかしこれは、ギリシア語の文言に正確に対応しているわけではない。つまり公安は、場合によっては単なる解釈可能性にすぎないのだが、しかし、「公の秩序についての諸決定」は、ギリシアの専門用語では、原文に示されているように、公安のみならず、強制規範も含む。

通常は非常に豊かであるギリシアの法律専門用語は、ここで驚いたことに、公序と強制規範の概念を哀れにも関連させている。両概念は、ギリシア民法において「公法上の諸規定<sup>(26)</sup>」であるとされている。しかし、ギリシア法の諸文献は「強制的法規範<sup>(27)</sup>」と「公の秩序<sup>(28)</sup>」を明確に区別している。ギリシア民法3条（公の秩序の章）は、「私的意思は、公の秩序規範<sup>(29)</sup>の適用を排除できない」と規定している。その一方で、同法33条（公の秩序の留保の章）は、「外国法の規定は、その適用が良俗又はおしなべて公の秩序<sup>(30)</sup>に反するときには、適用されない」と規定している。

1930年7月25日の法律が適用されていた間は、ドイツ法の文献及び判例において以下のような見解が支配的であった。つまり、その挫折が仲裁判断への異議を正当化するような「公の秩序」は、公序とみなされる。仲裁判断の強制規範への抵触は、仲裁判断への異議を根拠づけることはできなかった<sup>(31)</sup>。

ギリシアの判例はこの解釈に同意せず、仲裁判断の強制法規範に対する抵触を、異議申立ての根拠として例外なしに肯定してきた<sup>(32)</sup>。

確かにこの見解は、ドイツ法文献の領域においても例外的に主張されていたが<sup>(33)</sup>、それでもそれに対しては、現行ドイツ規定の成立史を誤認するのみならず、特に慎重に言葉を選んだ文言も見誤っている、という反論が正当にも寄せられる。つまり、それによれば、仲裁判断に対する異議申立てのためには、それがドイツ法の本質的諸原則に不一致であるのみならず、この仲裁判断のもたらす結果が本質的諸原則と不一致であるということをも要するのであり、その限りにおいてこの緊密な一致は、単に裁判官により確認できるに留まらず、むしろ明白なものでなければならない<sup>(34)</sup>。

(26) Διατάξεις δημόσιας τάξης.

(27) Κανόνες αναγκαστικού δικαίου.

(28) Δημόσια τάξη.

(29) 強制法規範という意味で

(30) 公序という意味で

(31) *Schlösser* in der 19. Auflage von Stein-Jonas [1970], § 1041 III 2a B'. *Schwab*, Schiedsgerichtsbarkeit-Kommentar, 3. Aufl. 1979, S. Kap. 24 IV 1S. 176.

(32) Areopag 350/1970 Dike 10, 277 mit Gegenanmerkung von *K. Beys*.

(33) *v. Heymann*, Der ordre public in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 1969 S. 183 ff. *Mezger*, Verstoß gegen die öffentliche Ordnung bei Beurteilung ausländischer Schiedssprüche, NJW 1970, 369. *Mann*, Schiedsrichter und Recht, Festschrift für Flume, 1978 S. 593 ff. [612].

この優れたコメントの影響を受けた私は、長い間、異議申立理由においても仲裁判断が何らかの強制的法規範に抵触していることと結びつけるギリシア判例が、「公の秩序規定」の概念を専門用語的に同一化することにより自ら見誤っている。と信じていた<sup>(34)</sup>。

それでも後に私は、強制法としての特定規範の表象がどのような意味を持つのか、という疑問を抱いた。特に、ギリシア民法 3 h 条の規定について考えてみると、もし当事者が仲裁手続の迂回以上にその不適用に至る可能性がある場合には、強制規定の適用は私的意思により遮断されない。そもそもそのような状況の下では、仲裁裁判権が疑わしい取引を白くするために悪用される、という危険が存在するのではないか？

他方においてまた、顧慮しなければならないのは、ドイツ法によれば当事者は、仲裁裁判官が公平な裁判を行うことを要求する権利を有している。しかしドイツ法は、強制規範に反しても衡平な裁判を首尾一貫して行うことが出来るのか？

私見によれば、ここに不整合が生じる。つまり、人が強制法規範に同意し、それに反する衡平な裁判が何ら生じなくなるか、若しくは強制法規範に反しうる衡平な裁判が承認され、その結果、この様な事件においては強制法 (ius cogens) が、その強制的な性格を放棄することになる。そうすると、何故に当事者は強制規範に反する法律関係を契約により自ら締結することが許されるのか、という疑問が生じる。

確かにドイツ法規定は、仲裁制度に特別な法律上の優遇を与えていると理解することもできるが、それでもドイツ法秩序の領域でみて、そのような特別待遇が強制規範の本質と一致するのか、という疑問は残されたままである。ただ、国際仲裁裁判管轄の領域においてのみ、国際民事事件に対してドイツ仲裁制度が外国の強制法規範を犠牲にすることで魅惑的になるという意味で、ドイツ法秩序の思いがけない偶然の利益のために、理解を得ることが出来るかもしれない。

私見によれば、ギリシア法規定の方が首尾一貫している。つまり、

(a) 強制法規範の適用は、私的意思により排除されえないし、また、仲裁契約によっても排除されない (ギ民訴法 890 条)。さらに、

(34) *Schlosser in Stein-Jonas*, 21. Aufl. § 1041 Nr. 21 ff. *σελ.* 294 ff.

(35) *Beys*, *Zivilprozeßrecht-Kommentar*, 20. Band-Schiedsgerichtsbarkeit, 897, 3.1.5.3 S. 528 ff.

(b) ギリシア裁判所の判例によれば、仲裁判断が強制規範に反するときには、その判断は裁判上の異議申立てを受ける。

もちろん、強制法規範のありとあらゆるものに反するから、といって仲裁判断への異議申立てが許されるのではなく、実体法上の規範についての強制法が顧みられていない場合にのみ、それが許されることを顧慮すべきである。これに対して、仲裁手続において民事訴訟法上の規定が、公序を除いて、考慮されないならば、仲裁判断に異議申立てはできない。なぜなら、法律により仲裁裁判官は、公序の顧慮という条件の下に自由に仲裁手続を行う権限を与えられているからである。此処でさらに述べるべきことは、ギリシア民事訴訟法886条の文言によれば、仲裁裁判官は、当事者平等及び当事者聴聞の原則、並びに証拠への当事者の権利のみを無に帰せしめてはならないのであり、それでも公序の留保は、一般に法律上の言及を何ら求められていず、その本質から自ら理解するものである。

私見によれば、同様の解決策は「公の秩序の規範」に反する事件においても証明三段論法、例えば原告の逸失利益額の算定等でも望ましい。ここでも同様に「公の秩序の規範」を全ての強制規範と捉えるのではなく、公序のみであると理解する。なぜなら、証拠の評価は、仲裁手続におけるのみならず、通常裁判所での手続においても基本的に自由だからである。

#### 4. 判決の対象

ドイツ民事訴訟法322条によれば、実体的確定力は、それが訴え若しくは反訴で為された請求につき判断したものに限り、効力を有する。

この規定に基づき、二つの訴訟対象論 — 支配的な二枝説<sup>(36)</sup>と、訴訟対象を判決対象と同一視した一枝説<sup>(37)</sup>がある。それによれば訴訟対象は、提起され

(36) *Arens*, Zivilprozeßrecht, 3. Aufl. 1984 Rdnr. 163 S. 107; *Baumbach-Lauterbach-Albers*, 2, 2A. *Fasching*, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. Rdnr. 1155 S. 589; *Habscheid*, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1956; derselbe, Schweizerliches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl. 1990 Rdnr. 387 ff. S. 218 ff.; *Rosenberg* bis zur 5. Auflage, vgl. aber auch die von Gottwald bearbeitete 15. Aufl. (95 III 3. 532); *Schönke-Kuchinke*, 39 I S. 175 und III S. 177.

(37) *Schwab*, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1954. Rosenberg seit der 6. Aufl. bis zu der von Schwab bearbeiteten 14. Auflage (1986. § 96 III 3 S. 567f.).

た訴訟上の請求か又は願望，若しくは係争中の法律関係の存在についての法的主張（一枝説），若しくは妥当すべき事実関係との結合についての請求（二枝説）がある。為された請求に対し，形式的確定力を有する裁判は，裁判対象の決定につき，訴訟対象と判決の対象を区別する相対理論<sup>(38)</sup>においても同様に重要である。

1967年のギリシア民法は，ドイツ民事訴訟法322条の文言に同意しなかった。ギリシア民事訴訟法324条によれば，同一の身分にある同一の間における既判力の拘束は，同一の対象及び同一の事実上及び法律上の根拠が問題となる限りにおいて，判断された権利関係にのみに効力を有する。

その後，いわゆるドイツ訴訟における訴訟対象論もしくは判決対象論というものは，ギリシア法において何の拠り所にもなっていない。もちろん，このことは容易に説明できる。すなわち，ギリシア民事訴訟法草案時の立法者は，当時，激しく議論されていたドイツの訴訟対象論につき，完全な情報を収集していなかったのである。だから，ときおりギリシア新民事訴訟法は，既に時代遅れである古い実体法上の訴訟対象論から立法者が受けた影響を反映している，という批判が為されている。この古い理論によれば，訴訟対象は原告が有する既存の権利である。この見解は，主に原告に固有の権利が存在しないという結果を導くような事件において，判決手続が根拠のないものとなることにより民事訴訟は危機に陥れられる，という批判<sup>(39)</sup>を受けている。

このような，むしろソフィスト的な非難に対して，新実体法的訴訟対象論は，原告に既存の権利が問題となるのではなく，むしろ原告により明らかにされたか，又は主張された固有の権利が問題となるのである<sup>(40)</sup>，と反論してい

(38) So *Pohle* in der 19. Aufl. von Stein-Jonas, Einl. E III S. 23 und 29 ff. so wie *Schumann* in der 20. Aufl., Einl. Rdnr. 283 d S. 165 f.

(39) ベイズにより詳細に論じられている: Zum Problem des Streitgegenstandes im Zivilprozeß und den (gegebenfalls national) zu ziehenden Folgerungen, insbesondere für die Rechtskraft, ZZP 105 (1992), 145 ff. 150 f.

(40) *Georgiades*, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, 1967 § 20 S. 239 ff.; *Henckel*, Parteilehre und Streitgegenstand, S. 255 ff., 272 ff.; *Lent*, Zur Lehre vom Streitgegenstand, ZZP65 (1952), 315ff.; *Nikisch*, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, AcP 154, 263 ff.; *Rimmelspacher*, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß, S. 48ff. シュワーブによれば (: Bemerkungen zum Streitgegenstand; Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts-Festschrift für G. Lüke, S. 793 ff [794 FbN. 3]), 「ドイツ民事訴訟法学において主

る。

訴訟法的訴訟対象論と実体法的訴訟対象論との論争、つまり、特定の固有な実体的権利の「主張」(訴訟論者の見解)又は「主張された固有の実体的権利」そのもの(実体法論者の見解)が訴訟対象若しくは判決の対象を形成するかどうかは、例えば事実上の主張か又は主張された事実が証明の対象となるかという議論と同様に、そのほとんどが無益な細論であったことが思い起こされる。

それでも、上記の問題提起を以下のように組み直すと、非常に興味深い状況に至る。すなわち、

訴訟対象は、

- (a) 権利の主張(又は主張された固有の権利)か、それとも、
- (b) 判決を下す裁判所に係属し、かつ判断を要する法律関係か<sup>(41)</sup>?

証明の対象は、

- (a) 事実上の主張(又は主張された事実)か、それとも、
- (b) 証明を要すべき事実か?

既判力の対象は、

- (a) 特定の法律関係につき為された主張(又は明らかになった法律関係についての判断)か、それとも、
- (b) 判断された権利そのものか?

上記の問題を克服する慌ただしさは、以下の点にある。つまり民事訴訟においては、訴訟対象の特定に関する処分権主義と、そこで限定された事実に対する弁論主義が基準となる(ギ民訴法106条)。だから民事裁判所は、法律関係につき既判力をもって裁判したり、当事者により明らかにされなかった事実に関して、立証を為す権限を有しないとすることは、まず第一に、なおこの原則に対して著しい例外があることを誤認している。例えば民事裁判所は、職権により訴えの許可を審査する権限を有している(例えばギ民訴法46及び73条)。そして、これにより形式的確定力を有する判決は、この確定につき、当事者の側

---

張されていない、新たな実体法上の理論をベイズは主張している(Beyss, ZZP 105, 145 ff.)。彼の見解によれば、係属中の法律関係が訴訟対象である。請求権競合の際には、全ての請求権につき裁判されなければならない。もちろん、ただ一度だけ執行されうるのであるが」。

(41) そのように、シュワープにより(注40を参照)新たな実体法上の訴訟対象論であるといわれている。

から何らの申立てや請求が必要でないにも関わらず、訴えの不許可に関して既判力を有する。

同じく裁判所は、職権で証人に対して事実に関する証拠調べを行う。それは当事者が申し立てたものではないが、それでも間接証明の根拠として、又はその他の証拠資料の信憑性の審査として、有益であり得る。これらの関連から注目すべき事は、当事者がこれに関する請求又は申立てを、訴えにより為しておらず、また反訴も提起されていないにもかかわらず、その他の実体法上の権利関係が、裁判をなすに必要なものとして判断を下す民事裁判所に係属されうることである。それに関して、例えば原告により係争物に対して明らかにされた所有権を確定する権限を有する裁判所は、前もってその前権利者も同様に所有者であったのかどうかを審査しなければならない（ギ民法873条、ギ民訴法1033条）。他の言葉で言い換えるなら、前権利者の所有権は先決問題であり、主たる訴訟対象を裁判するための回答としては、著しいものでない。それは、先決問題に対する裁判所の回答が、これに関する全ての当事者に対して法律上の聴聞という許可可能性を前提とすることであり、それが意味するのは、口頭弁論及び証拠手続も先決問題にまで拡大することである。

しかし、ここでドイツ法とギリシア法の間には、以下のように、著しい相違が存在することである。すなわち、

(a) 先決問題に対する裁判所の回答は、ドイツ法によれば、原告が中間確認の訴えによるか、被告が反訴によりこれに関する訴えを提起したときを除けば、既判力を有さない（ドイツ民訴法256条2項）。

このドイツ法規定は、確かに民事訴訟において支配的な処分権主義に依拠しているが、それでも訴訟経済の原則にも依拠しているものではない。なぜなら裁判所は、先決問題、つまり主たる訴訟対象たる法律関係を確定するために必要不可欠な前司法的法律関係について、両当事者に対する聴聞および厳格な審査の後、判断を下す権限を有するのみならず、義務づけられてもいるからである。いずれにせよ裁判所は、先決問題を調査し回答すること、より厳密には、決して主たる訴訟対象でないものとして、調査し回答することを義務づけられている。対応する当事者の請求に瑕疵ある際に、先決問題に対する審査及び回答なしに、ドイツ法による既判力の拘束を生じさせることもない。

(b) 訴訟経済原則の負担による処分権主義の原則適用を、ギリシア民事訴訟法は取り込もうと思わなかった。既判力の拘束は、中間判決を下された先決問題に対しても、裁判所が当該問題を主たる訴訟対象として判断する事物管轄を

有する限りにおいて及ぶ、とギリシア民事訴訟法331条は規定している。

このギリシア法規定は、訴訟経済の原則にも権利実現の効率性という訴訟原則にも適合している。なぜなら先決問題に対する中間判決は、前司法的な法律関係に対するところの、完全な裁判所の判断だからである。その裁判所は、公平な判決手続においてまた、根拠となった三段論法につき同一の保障を与える。

法的な既判力の拡張が、裁判所により確定された訴訟上の法律関係（ギ民訴訟法322条1項）、並びに裁判所により判断を下された先決問題にまで及ぶ（ギ民訴訟法321条）ことを鑑みるに、前司法的に判断された固有の権利を既判力の対象として評価する方が、より優れていると私は信じている。

この関連で、訴訟対象又は既判力の対象の問題は、次のような問題提起においても注目に値する。すなわち、もし裁判所が処分権主義に従い、とある法律関係、例えば被告の利子債務につき該当事者の申立てなくして判断を下した場合、この判決は無効なのか、それとも上訴による原審破棄まで拘束力を有するのか、という問題である。

この問題に対する回答は、ギリシア法によるならば容易であり、しかも首尾一貫している。なぜなら既判力の拘束は、事実上判断された権利に及ぶのであり（ギ民訴訟法324条）、その判決は、申し立てられたもの以上にも及ぶからである。確かに破棄の異議申立ては可能であるが（ギ民訴訟法559条5号）、決して無効力ではない。

ドイツ民事訴訟法322条は、判決が訴え又は反訴で提起された請求につき判断した限りにおいて既判力を有する、と明文をもって規定しているにもかかわらず、奇妙なことにドイツ法の領域においても、同一の回答が下されている。

この規定を論理的に越え、以下のような思考により正当化すべく試みられている。つまり、既判力は引き続き為された請求に対する判断にまで及ぶ。裁判所は、ただ為された請求内容の確定を誤った、という評価を行う。だからその判決は、この瑕疵故に、上訴により争うことができ、そして関連する請求に瑕疵が存在したにも関わらず、裁判所が意図的かつ恣意的に判断したときに限り、その判決は無効となる<sup>(42)</sup>。

ギリシア民事訴訟法559条9号によれば、判決において請求が判断されぬままにあるときに、判決は破棄される。この破棄理由は、そのアクセス理由とし

(42) *Leipold* in Stein-Jonas, 20. Aufl. § 322 Nr. 190-191 S. 215.

てみると、判決で看過された請求が黙示的に棄却された時に同意されるものがある。問題となるのは、十分な支持をローマ法にその源を分けて受けているわけではないものの<sup>(43)</sup>、それでも現代的な憲法上の要求に一致していないとする同意である。その要求とは、あらゆる裁判所による判断は個別の根拠でありかつ綿密な根拠を要するものである（ギ憲法93条3項）。そこから論理的に導かれるのは、判決において回答されなかった請求は引き続き係属する、ということである。この係属につきドイツ法は、どちらかということ非常に短い期間を設定している。すなわち全ての当事者は、判決の送達後2週間以内に、その判決の補充を申し立てなければならぬ（ドイツ民法321条）。さもないと、訴訟係属は終了する<sup>(44)</sup>。このような解決方法は、基本的にギリシア法と一致しない。つまり、それをもって手続を進行させるとする訴訟行為は、当事者のイニシアチブと実行により執り行われるものである。それ故、手続の停止は、その手続の終結のための十分な根拠とならない。ただ、当事者が躊躇するような理由がある場合に、手続を進行させるため、当事者に対して手続を強制することが、法政策的に有益であるかは疑わしい。

## 5. 裁判が有する国法上の効力

既に言及したように、ギリシア法における既判力の効力は、判断された権利に及ぶ（ギ民法324条）。他方において、これは以下のことを意味する。つまり既判力は、証明の結果、例えば係争した契約が実際に締結されたのか否か、に及ばず、またその適用を通じての事実関係に対する法的性質、例えば立証された事実が被告の過失を具体化したものであるのか、にも及ぶものではない。同様に、適用された法規範の解釈にも既判力は及ばない<sup>(45)</sup>。

これは、ギリシア法のみならずドイツ法においても受け入れられている。

ギリシアの判例は、それでもこの認識を自らのものとする準備を整えていな

(43) これについての詳細は、*Beys*, *Stillschweigend vorzunehmende Prozeßhandlungen? Festschrift für G. Baumgärtel*, 1990 S. 7 ff. (9ff.).

(44) *Leipold*, a. a. O. Nr. 189 S. 214.

(45) 詳細なものとして、*Beys*, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im griechischen Recht; Festschrift für W. Habscheid*, 1989 S. 11 ff.

(46) *Beys*, *Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft und die staatsrechtliche Wirkung des Urteils nach griechischem Recht; Festschrift für K. H. Schwab*, 1990 S. 61 ff.

い。例えば被告と雇用契約を締結した原告が、これに基づき彼が特定月に関して約束通りの給料支払いを求めるため、有責判断を根拠づけるべく主張し、かつ立証した場合、ギリシアの裁判所は、その後の月の給料に関して新たに訴えが提起された際に、同じ契約が締結されたかどうかという問題を新たにゼロから調査し、かつ新たに完全な証明手続を実施すべき旨の命令を、原則上、拒絶する。

同様に、同一当事者間で、同一の事実関係から更に生じた損害賠償請求につき新たに生じた訴訟において、既に確定された被告の過失問題を、一から審理し直すことをギリシアの判例は拒絶している。

ギリシアの判例が、この問題を既判力の承認により解決しようと努力していることは、確かに誤りである。しかし、そこにおいては、訴訟経済の必要性、及び裁判所の判断に対する一定の権威維持の必要性が看取される。既判力の拘束を別とした判決拘束の形態を求めていた私は、以下のような考えに至った。すなわち、たとえごく僅かな行政官庁が公布した行政行為であれ、それどころが明らかに違法であっても、行政行為には、反証可能な拘束力がある。違法な行政行為は無効ではなく、その取消しに至るまで拘束力を有する。

この考察から、私は次のようなテーゼを主張するに至った。すなわち、一般に承認された実体的確定力の主たる法効果、並びに場合により執行可能性及び形成的効力という法効果以外に判決は、その中に反証可能な拘束力を有するような、更なる法効果も有している。私が「国法上の効力」とみなした<sup>(46)</sup>、判決が有する反証可能な法効果は、反証不可能な既判力効に当てはまらない全ての領域に及ぶ。特に、

(a) 判決理由、とりわけ証明の結果、適用すべき法規範及びこの規範の法概念のもとで立証された事実。その際に、この反証可能な拘束力は、当事者に対してのみならず第三者にも及ぶ。さらに、

(b) 第三者に対して反証可能な拘束力が有する判決の主旨。

この理由から、被告の刑事裁判所における有罪判決も、後発の民事訴訟において、単に中間的なものでないものとして考慮されるのである。これは、むしろ反証可能であるが、それでも基本的に拘束力を有している、新たな手続の出発点である。

この反証可能な拘束の本質は、私見によれば主張・立証責任の転換にある。後の訴訟において、同一又は他の裁判所で、同一又は他の当事者が、同一の事実上又は法律上、既に裁判された問題が生じる毎にこの問題は、確かに反証可

能であるが、それでもまず第一に拘束力をその出発点とする。それ故、法律上の聴聞権を有する当事者で、それでも判決の既判力に服さない者は、この判決において有り得る瑕疵につき主張・立証責任を負う。

## 6. ギリシア法による第三者異議申立て

私の見解はドイツの成文法において支持されていない<sup>(47)</sup>。

法の類推はドイツ成文法の領域における個別の法律による支援を要する、という事を私が確信しているわけではない。むしろ私は、今後も判決が有する国法上の効力に向けられた行政行為の反証可能な拘束性に基づいて、裁判所の証拠評価及び立証された事実が有する法的性質に関連する当事者にも、同様の反証可能な拘束力を与えることを、正当であるとみなしている。

もちろん第三者に向けられる国法上の効力拒絶は、ギリシア法と異なり、ドイツ成文法が法の類推のための確信に至る支援を行っていない、ということ私は容認する。なぜならドイツ法は第三者異議申立てという、ギリシア法がフランス法から継受した法律上の救済を知らないからである。

ギリシア民事訴訟法586条によれば、法的利益を侵害された第三者は、第三者異議申立てを提起する権限を有しており、同590条により、異議を申し立てられた判決の取消無効、又はこの第三者に対する効力無効を求めることが出来る。

私見によれば、ギリシア法による第三者異議申立てに基づき、判決効から第三者を保護することは、相互に対立する利害を調整するために納得のいく調整といえる。より厳密には、一方において第三者が判決の確定に拘束されるという利益であり、それは特に実体法上の事実関係がある事件において妥当する。また他方において拘束される第三者に対しては、法律上の聴聞が必要であるという利益にも合致する。既判力の拡張か、又は判決の第三者効に基づく第三者の反証不能な拘束について、二つの理論は一方向的であり、したがって不当である。つまり両理論は、第三者の拘束という利益を満足させているに過ぎず、それでも、下位に置かれてはならない第三者の法律上の聴聞という第三者の利益を満足させていない。既に初めから述べているように、正義の本質は、中庸という絶対条件にある。すなわち、「現代憲法において相対性の原則として承認

(47) *Gottwald* in *Münchener Kommentar-Zivilprozeßordnung*, § 325 Rdnr. 9 S. 2083.

されている、あらゆる対立した要求を調整する努力」の中にある。

事実上、為された判決に第三者が拘束されるに至る事件、例えばおよそ転借人が賃借人に対して下された明渡判決に拘束されるなどの事件がある。第三者に対する既判力の拡張、又は同様に反証不能な第三者効により第三者を理解することは、やはり第三者が有する法律上の聴聞という公法上の請求権を侵害するのである。判決が有する反証可能な国家法上の効力を、ギリシア法に規定されているような第三者異議申立てによる法律上の救済と関連させるテーゼは、私見によれば、ドイツ法において認められている実体的確定力の拡張や判決の第三者効により、第三者に対して反証不能な拘束を行うよりも、よりよい解決方法である。

## 7. ギリシア法における訴訟告知と訴訟参加

実体法上の利益に当たらないものについては、その充足が該当する第三者から法律上の審問請求権を奪うことを、甚大な影響を及ぼすものと考察すべきでない。それが一方当事者の職権によるか、又はこの訴えに対して提起された場合、ドイツ法では、以下のような見解が支配的である。すなわち、仮に真の権利者又は義務者が有している法律上の聴聞としての基本権が侵害されているのではないか、という著しい疑念が生じているときでも、形式的確定力をもって下された既判力により、手続の外にいた真の権利者若しくは義務者は、既判力の影響を受ける<sup>(48)</sup>。

ドイツ民事訴訟法は、第三者訴訟参加の制度を、原則上、認識していない。ここで少し言及しておきたいのは、第三者が訴訟参加により既に継続している手続において当事者の地位を得ること、及び上訴が出来ることである。それ故、既判力の拡張が結果的に及ばない訴訟告知とは対照的に、その当該第三者は既判力を受ける。

第三者が、最初から実体法上侵害されているときには、解釈論上、ドイツ法の領域においても、民事訴訟での第三者訴訟参加は可能であり、かつ必要であるように思われる。

ここで私見によれば、ドイツ法の不整合性が生じる。というのは、第三者の訴訟参加の必要性を承認するにも関わらず、第三者への既判力の拡張は、当該

(48) *Rosenberg-Schwab-Gottwald, Zivilprozeßrecht*, 15. Aufl. 1993 § 46 V 3a S.

第三者の訴訟参加がなかった場合においても、例えば一方当事者の職権により民事訴訟が提起されたときにも、肯定されるのである。

ギリシア法は、ある当事者が法的利害関係を有する事件で、継続中の訴訟を第三者に通知する訴訟告知を予定しているのみならず（ギ民法91条1項）、継続中の事件への第三者訴訟参加も、以下のような事件で認める。

(a) 第三者が、訴訟において必要的共同訴訟の地位にある場合（ギ民法86条）、同法76条に基づき生じるのは、

- 訴訟参加すべき第三者に対して、来るべき判決の効力、そして特に実体的確定力又は形成的効果が及ぶ場合。
- 法律上の規定に基づき、原告又は被告が、第三者と共にしか訴えること又は訴えられることが出来ない場合。
- 事件の状況によると、共同訴訟人に対して矛盾した判決の公布があり得ない場合。

もちろんその際に、単に論理的なのか、それとも厳格に法律上不可能なのかという問題は、開かれたままにある。

(b) 物権的な訴えを受けた被告が、第三者の名で係争物を占有している事を主張したり、又はその物に対する権利を第三者のために行使していることを主張した場合（ギ民法87条）。さらに、

(c) 第三者が、実体法上、敗訴当事者の損害賠償責任を負うことを義務づけられている場合（ギ民法88条）。

もし、この様な事件において第三者が訴訟に加えられていなかった場合、当該第三者は、下された判決に対し第三者異議申立てを提起する。より厳密には、既判力の拘束につき、明文の法律上の規定に基づき考慮されていた場合に提起するのである。この最後の事例において、ギリシア民事訴訟法586条2項に基づく第三者異議申立ての合法性が根拠づけられるような、当事者の悪意を引き合いに出すことが出来る。なぜなら勝訴当事者の悪意は、彼が第三者の存在を知り、しかもその者を来るべき判決が拘束することを知りつつ、訴訟参加を見合わせていたことによるからである。

単に訴訟告知だけで、その訴訟に加わらなかった名宛人は、引き続き第三者的地位を有しており、滞りなく第三者異議申立てをなす権限を有している。もっとも、訴えにつき第一次口頭弁論前に訴訟告知が為されていれば、話は別であるが。そのような場合、参加的介入の不遵守は、判決に対して第三者異議を申し立てる権利の喪失を根拠づける。

## 8. 結 語

多くの模範的ドイツ民事訴訟法及び深淵かつ多岐にわたり考察され抜いたドイツ訴訟法学の中の、ほんの僅かな事例についての批判的論評も私は、ドイツの先生方、同僚及び友人の著作等による研究なしに、行うことは出来なかった。それは、私が彼らの批判的思考を通じて、自ら批判的考察を行うことが可能となったのであり、それらは彼らの思考からでた英知である。私は心から感謝申し上げたい。

### \* 訳者あとがき

本稿は、ベイス教授 (Prof. Dr. Dr. Kostas E. Beys) が、1997年2月24日にミュンヘン大学において行った講演の翻訳である。論文原題名は、Was die hellenischen rechtlichen Vorstellungen im deutschen prozessualen Dogma nicht akzeptieren である。