

## 39 訴訟法諸理論の法理論的内容

ステリオス・クスリース

(本 間 靖 規 訳)

- |                   |                |
|-------------------|----------------|
| I はじめに            | III 訴訟法理論の発展段階 |
| II 実体法と訴訟法の関係の諸段階 | IV 結語          |

### I はじめに

民事訴訟法という法形態の本質は何かを探求するに際しては、通常、実体法理論と訴訟法理論が対置される。このことを例を挙げて明確にしてみよう。訴訟当事者や訴訟物、既判力の法的性質を問うとき、その解答は、実体法的見解と訴訟法的見解の間で揺れ動く。しばしば理論的対立が生じているにもかかわらず、その体系的、教義的価値はさらなる深化を必要としたままである。勢揃いした理論を機能的に考察することに関する議論は、私には、まだ完全にしつくされたようには思えず、そのためにそれぞれの立場が訴訟法原則の中にまだ確固とした地位を得ていない。

民事訴訟法における諸理論は、考え方の方向付け (Denkrichtungen) として特徴づけられる。それによってかような理論に、まずは一つの論理的な位置づけ機能を認める。すなわち、これに対応する実体法的ないしは訴訟法的な考え方が指し示されることによって、訴訟法制度の概念形成とその適切な論理的範疇のもと、下位概念のための必要的基礎が得られる。しかしながら訴訟法理論はそれ自体のために存在するわけではない。すなわちそれは法実務のための補助手段であり、それ自体が自己目的なのではなく、法の実現に資するものである。このことは問題の一定の構造転換へとつながる。まさに概念形成の前に、そして概念形成によってこれが行われることになるのだが、それがどの

ように機能するののかの問題（機能の特定）がたてられる。すなわち、訴訟制度はもっぱら実体法の領域に影響する機能を負わされるものなのか、あるいは、その主たる法的意味は訴訟法上の平面に限定されるものなのかである。訴訟法上の理論的争いは、したがって機能の次元に至るのである。それゆえ実体法的にみるか、訴訟法的にみるかは、法的位置づけにとって基準となるべき法領域はどちらなのかを指し示すものなのである。この視角のもとで、民事訴訟法理論は実体法と訴訟法に関する多面的問題と直接に関係する。本稿の基本命題、すなわち訴訟法理論上の論争がこの関係のその時々々の状況を反映するものであることを、上記の三つの例に即して説明したい。そのまえに実体法と訴訟法の相互関係を表してきた発展段階をたどることが必要であろう。

## II 実体法と訴訟法の関係の諸段階

1 周知のように、発展の第一段階は、ローマ法におけるアクチオとそれに相応するアクチオ思考にある。そこでは、抽象的な法概念ではなく請求可能な請求権で思考し、(主観的)権利自体は、裁判上の主張や請求と同一視されていたがゆえに、不可避的に実体法と訴訟法が「内的に融合されていた」。ここでは民事訴訟を私法的にとらえることがなされ、民事訴訟はたんに実体法とその目的に役立つための存在であった。

2 B. Windscheidによってなされた実体法的請求権とその訴訟法的実現の分離を通して初めて「訴訟法を民事的思考の桎梏から解放する」要件が整った。請求権概念の発生とこれに伴うアクチオの思考から実体法的に位置づけられた法律関係での思考への変遷は、いわゆる「分離のドグマ (Trennungsdogma)」ないしは「分離思考 (Trennungsdanken)」によって特徴づけられる発展の第二段階をもたらした。それ以降、手続的思考が実体法上のそれと分離されることになった。民事訴訟法は実体的民事法に対して完全に独立した、独自の価値を持つものである。訴訟法の分離独立の枠の中で、学説は、実体法に対して、基本的に、手続的法形態の独立性を根拠付け、かつそれを極端に押し進めることに意を注いだ。この段階の方法論的な帰結は、論理的な内包から体系に適合する結論を導き出すという演繹的訴訟法体系を構成することであった。

3 発展の第三段階は、民事訴訟法と民法との関係を再び思いめぐらせることによって特徴づけられる。W. Henckelの業績がそのために強い刺激となっ

た。この新たな見解は、訴訟法と実体法の区別が両方の法領域の基礎になっている価値を分離しないことを示したものである。このような枠組みにおいて、実体法と訴訟法は総合的に構成された統一の意味を持つ法律関係として互いに関連づけられることが主張された。

この第三の発展段階を、第一、第二のそれと比較しようとするれば、特に訴訟法の実体法への依存が指摘されることになる。この依存関係はもちろん、第一段階において基本的にそうであったように、訴訟法的法形態がその目的と機能において実体法によって決められるというものではない。あらゆる訴訟現象の訴訟法的に理解された目的設定と機能の考察は、その通用性を保持していたのである。しかしながら、学説上、訴訟法的構成を機能させ、追求された訴訟法的目的を達成するため、適切な方法を見いだそうと試みるに際して、当該の民事法的価値と規範化され解決を二つながら考慮する、すなわち、訴訟法上の規律の実体法的帰結を探り出し、その適用に際して実体法的インパクトをともに評価するというかたちで、実体法規定にも重点を置かなければならないのである。

さらに、実体法と訴訟法の忘れられていた統一性を強調することは、重要な方法論的帰結を持っているのである。手続的思考方法と実体的思考方法との間の失われていた接点の発見は、閉じられた訴訟法体系をこじ開けることになる。論理的な演繹の代わりに、実体法から発する目的論的方法が、関係者の利益状況を顧慮しながら訴訟法へと取り込まれることになる。この関係において実体法に親和する訴訟法規の解釈の必要性という言葉が使われるようになる。体系適合的のみならず、実体的に正当な解決が可能とされるにいたる。

### Ⅲ 訴訟法理論の発展段階

1 実体法と訴訟法の関係に関する三つの段階が描写された今、次に、こういった議論が上記の訴訟法形態の理論的理解に、どのように影響するのかが個別的に示されるべきである。基本的に前述の議論を再現することになる三つの見解が、当事者概念をめぐる展開されているのは、周知の通りである。実体的当事者概念は、実体法と訴訟法の統一観念に基づいている。当事者は係争権利関係の主体であるとの見解は、アクチオのなかに権利とその裁判上の追求の融合がみられるという基本的観念によって条件付けられたものである。訴訟法の実体法からの解放ならびにそれと結びつく、訴えを独自の手続的姿勢と法

的に位置づけることによって初めて、形式的当事者概念の理論的な前提が形作られることになった。それによれば当事者性は権利保護を要求する者ならびにその相手方へののみ与えられる。

形式的当事者理解のもとでは、あらゆる係争内容との関係が、この概念から引き出される。民事訴訟法の独自性の段階がその明確な表現をここに見いだしたとき、その民法への接近が当事者地位のその根底にある実体法上の基礎との結合線を求めることになった。機能的当事者概念は、民事訴訟法の民法への回帰のこれに関する成果である。訴訟において当事者として現れる者の、実体法上基礎づけられた権限如何が問われるが故に、当事者概念に当該の実体法との関係を欠くことは不可能であることが明らかにされた。もちろんこれは実体的当事者概念への回帰を意味するものではない。というのは、権利関係の主体であるとの主張は要求されないからである。すなわち当事者の地位は、たんに処分権と、それが実体法的な諸価値との必然的な関係を再び要求するという具合に結びつくわけではないからである。

この民法に基準をおく機能的当事者理解は、すでに示唆された方法論的帰結を伴うものでもあった。演繹的民事訴訟法体系は、統一的当事者概念をよしとするものであった。これに対して、民事訴訟法の新傾向によって導入された目的論的方法是、相対的当事者概念を擁護するものである。正当にも、機能的当事者理解の必要は、統一的解決を不可能にするものであることは気づかれていた。というのは、たとえば離婚訴訟と消費貸借訴訟の機能は異なっているからである。

2 こういった発展過程は、訴訟物理論をも特徴づける。実体法説は実体法上の請求権を基準にし、民事訴訟の隸属機能の中にその理論的基礎を見いだした。実体法からの解放によって初めて訴訟物を純粹に訴訟上の概念として独立させるための前提が整うことになった。そこから生じた手続的理論は訴訟物を、まずは、申立によって特定する。この展開に、訴訟物を事実関係の補助によって解釈された訴えの申立とする、手続的考察の最たるものとしての、Schwabの一分肢説が属する。彼は、明確に、我々の訴訟物は純粹に手続的概念であること、実体法上の請求権ないしは実体法に彼は与しないことを強調する。これによって得られた訴訟物概念の純粹に手続的内容とともに民事訴訟法理論は、統一的な手続的請求を、しばしば異なった法的観点のもとに同一の事実関係を取り扱う、民法の構造から解放するための、もっとも首尾一貫した擁護論を見いだしたのである。

訴訟法と実体法の再度の接近は、訴訟物理論にも影響を及ぼした。訴訟物に関する新実体法説は、両法領域の不可欠な一致に基づいて、実体法的請求権概念を、手続的要求を正当に評価する形に組み替えることを試みた。それによれば、同一の事実関係から生じる実体法の複数請求権は、統一的な手続的請求権に相当する、新たな形の実体法上の請求権に統合されることになったのである。しかしこの試みは挫折している。というのは、実体法上の請求権の組み替えのためには、法律の改正が必要であろうからである。訴訟法に要請された新たな志向は、実体法を顧慮することを強いるものではあるが、その組み替えを前提とはしていない。

それゆえ問題は、再び訴訟法の平面で繰り広げられることになる。これがどのようなものであるかを、私見によれば、EU裁判所の判例が、有名なGubisch/PalumboとTatry/Maciej Rataj裁判の中で、もっともよく表している。両事例においては、ヨーロッパ管轄・執行条約21条による訴訟係属の抗弁の肯定の要件として訴訟物の同一性如何が問題となった。両判決については、すでに立ち入った考察がなされている。ここでは、この判例の上記問題に関する法律構成上の寄与のみを問題とするとどめる。最初の裁判においては、債権者が、ドイツで、債務者に対して売買契約の履行を訴求した後、債務者が売買契約の無効の確認ないしは解除を求めて、イタリアで、訴えを提起したものである。したがって両手続における核心的問題点は、売買契約の有効性であった。第二の裁判において、事例の情況は、逆転している。まず債務者が消極の確認訴訟を、オランダで提起し、続いて債権者がイギリスで給付訴訟を提起したものである。両事例においては、確かに、実体法上の核心的争点（すなわち責任の存在あるいは不存在）は、同一であるものの、異なった訴訟類型が提起された。第二の訴訟が第一のその訴訟係属のゆえに遮断されるかどうかという問題を肯定的に解するにあたって、ヨーロッパ裁判所は、条約21条の目的に照準をおいた。判決の明確な言葉遣いによれば、「この規定は、それが可能である限り、はじめから一つの状況を排除することになる。すなわち27条3号が規定するように、同一当事者間で、承認が求められている国で宣告された裁判との不一致のゆえに承認されないという状況を排除するためのものである」。こういった情況は結局のところ、とりわけ共同体内部での裁判の承認と執行を容易にするべき条約の目的にそぐわないであろう。

さて、この判例から、訴訟物理論に関してどのような帰結が導かれるであろうか。これについて表明されたヨーロッパ裁判所の考え方は、私見によれば、

訴訟法と実体法の、まさに、第三段階に位置づけられるものである。考察の出発点は、純粋に訴訟上の形を取る訴訟係属であり、それは、管轄・執行条約のなかでは、訴訟目的の実現に役立つ、すなわち、矛盾した裁判の回避、ヨーロッパ共同体の中でその承認と執行が妨げられないことである。訴訟係属の抗弁の要件審理にさいして、訴訟法的な思考のみではすまないであろう。むしろ訴訟法の実体法への再接近の要求に、実体法が考慮されることが対応する。というのは、実体法上の中心争点の同一性のゆえに、上記の事例において實際上矛盾した裁判がなされることになり、そのことは、前述の手続的な目的と調和しないことになるからである。したがって、たとえ異なった訴訟類型のゆえに手続的請求の一致が存在しないとしても、その基礎にある実体法上の同一性で十分のはずであり、それによって訴訟係属の遮断が機能し、ヨーロッパ共同体内での判決の自由な活用という最終目標が実現される。

これと結びつく方法論的な諸問題もまたかなり重要な意味を持っている。演繹的な訴訟法体系という枠の中で、統一的な訴訟物概念のみが首尾一貫したものであった。これを示したのは、Schwabの功績であった。すなわち「基礎となるすべての手続的事象のもとで、訴訟物が不変かつ同一内容をもって利用される」とする。訴訟法の実体法への接近は、目的論的な見方に親和性を持つことになろう。それがいかに正当に評価されたかは、事実、ヨーロッパ裁判所の上記判例のなかで目的論的、機能的考察が行われたことからわかる。特に訴訟物問題に関しては、この方法論的転換が単一訴訟物概念からの訣別と、それに代わって、訴訟物をそれぞれの規定の目的と機能によって決めるとの見解が承認されたことを意味する。

3 既判力論は、同様に、いかに前述の連続的段階が基礎となる訴訟形態の運命に影響するかをみるための顕著な例である。既判力を、(権利・義務の)発生、消滅のための構成要件の要素と理解していた実体的既判力理論は、民事訴訟法の発展の第一段階を示す例示的意義をもっている。手続的独立性の達成が、訴訟法的既判力理論へとつながる。それによれば既判力は、実体法的媒介変数ではなく、むしろその効果は訴訟法的領域に限定される。この二つの法領域の関係を新たに理解することによって、既判力は実体法と訴訟法の交錯点にある法形態と理解し、裁判官と関係する訴訟法的側面と当事者間で個別的に形成される実体法的側面という二つの側面を肯定することになる。

この訴訟法の実体法への再接近によってもたらされた既判力の再構成は、そもそも既判力の手続的性格を打ち壊すものではない。それは本来の手続的既判

力の目的としての法的平和の維持の否定へとつながるのではなく、それに代わって、既判力が私的権利行使に、信頼してもいい権利関係ができたという相手方の私的利益を根拠付ける、限界を設定するのであるという見解に達したのである。既判力と実体的民事法との関係を思い見るとき、とりわけ権利関係の実体法的構造が既判力の主観的、客観的限界の問題にとって基準となることがわかる。

特にここで、Schwabによって息を吹き返し、私見によって支持された、既判力の第三者効の理論が指摘されねばならない。私はここで、相対的確定の絶対的効果に対して批判的な見解を表明しようとしているわけではない。私の関心から強調したいのは、この理論が、訴訟法的構成と実体法的関係の一致の相関関係をあらわすものであるということである。実際、近時の研究は、とりわけ既判力の主観的限界の問題にとって訴訟法の実体法との不可避的關係を裏あるものとするために努力しているわけである。ここで指摘しておきたいのは、第三者効の理論が、既判力の問題のために実体法との結びつきを維持しようと努力していることが見て取れることである。他人間の判決を甘受しなければならぬとの観察に基づいて、第三者効の考え方は主観的判決効を私的な権利関係と一致させようと試みている。このように見てくると、第三者効が、結論において、絶対的既判効を越えるものであるとの見解には賛成しかねる。というのは、ZPO325条以下で規律されている既判力の第三者への拡張は、実体法に根ざす判決効であり、第三者を一定の要件のもとで直接捉えるものである結果、訴訟法において命じられているものであるからである。これに対して、既判力の第三者効の承認によって、それ自体実体法に根拠を持つ権利関係の依存性を、間接的に判決効という形式で、訴訟法の平面に移し替えたものである。確定判決のこの二つの拘束態様は、それゆえに、特に手続的取り扱いにおいて多くの観点に分けられてはいるが、実体法的権利関係を反映した構造に還元される。実体法に規定された権利関係の制約を既判力の主観的限界にとって意味のないものとみようとすれば、必然的に民事訴訟法の解放段階にとどまらざるを得ない。これに対して、私法上の権利関係との関連を顧慮しようとするれば、主観的既判効にとって実体法との連関を低く評価することは許されない。こういった要求に第三者効理論はもっともよく応えるものである。それは同時に実体法の構造に配慮するものであるがゆえに、確定判決の強度に照準を合わせるものである。

#### IV 結 語

同様の構成がなお一連の訴訟制度の特徴を表している。上記の論述が示しているのは、私見によれば、それがただ単に思考遊びではないということである。実体法ないしは訴訟法を基準とした思考方法に基づいて、訴訟法諸理論はあらゆる個別的な訴訟事象の本質を正しく理解するために、そして結局は実体法と訴訟法との間のニュアンスに関しても、寄与するものである。

##### [編者あとがき]

本稿は、2000年9月10日から15日まで、ギリシャのシロス島で開催された訴訟法国際シンポジウム（比較民事法研究所〈所長中村英郎教授〉とアテネ司法研究センター〈所長コスタス・ベイス教授〉の共同主催）において、アテネ大学クスリース助教授（Ass.Prof. Dr. Stelios Koussoulis, Athen）が行った報告（ドイツ語）の翻訳である。報告の原題名は、Der dogmatische Gehalt von Prozessrechtstheorien、訳者は 本間靖規 名古屋大学教授である。