

ドイツ上訴法改革の現状と課題

勅使川原 和彦

- I はじめに一ドイツ上訴法改正の経過
- II 2001年民事訴訟法改正法（ZPO-RG）によるドイツ上訴法の改革
- III 2001年民事訴訟法改正法による民事訴訟法改革の評価
- IV 2001年民事訴訟法改正法後の上訴法改正
- V „Große Justizreform“ 「大司法改革」と上訴法
- VI ドイツ上訴法改革で残された課題

I はじめに —ドイツ上訴法改正の経過—

ドイツの上訴法は、2001年から2002年にかけての民事訴訟法大改正⁽¹⁾で、民事訴訟法典における姿を大きく変えた。上告法では、訴額制限を撤廃して純然たる許可上告（Zulassungsrevision）への変更を志向し、控訴法は更新権をかつてないほど広く制限し、従来の「完全な第二の事実審（volle zweite Tatsacheninstanz）」という控訴審の姿から、規定上は変容を遂げた。しかし、その後のドイツの最高裁判例では、立法者が当初意図していたような「法律審」化とは異なる、「控訴審の任務」が示されてもいる⁽²⁾。しかしさらにまた、この大きな民事訴訟法改正後、2004年11月25日

（1） この改正は、控訴審のみならず上訴審全体、そして第一審の運営にも連なる大きなものであるが、これについての経緯や主な改正条文の紹介は、勅使川原和彦「2001-2002ドイツ民事訴訟法改正について」早法77巻3号207頁以下を参照されたい。

のドイツの法務大臣会議⁽³⁾において、コスト削減を至上命題とした、民事訴訟制度に限られない裁判制度全体の„Große Justizreform“（「大司法改革」）と称される方針が打ち出されており⁽⁴⁾、その行方も注目されるところである。加えて、2004年秋の第1司法現代化法（1. Justizmodernisierungsgesetz）⁽⁵⁾および2006年末の第2司法現代化法（2. Justizmodernisierungsgesetz）⁽⁶⁾施行により、2001年民事訴訟法改正法の経過措置の延長など、上訴法改革にも一定の影響がもたらされている。

本稿では、ドイツにおける先の民事訴訟法改正を振り返りながら、その後の上訴法（とりわけ控訴法・上告法）の状況を概観して、既発表の拙稿を補完しつつ、その課題をも見据えて、我が国の上訴法のあり方への示唆を得るための素材の一つとしたい。

II 2001年民事訴訟法改正法（ZPO-RG）による ドイツ上訴法の改革

1 改正法の経緯

まず2001年のドイツの民事訴訟法改正を、議論の理解のために改めて振り返っておく。

（2）詳しくは、勅使川原和彦「続審制の変容—2001年ドイツ民事訴訟法改正を中心に—」民事手続法研究第2号（2006）35頁以下参照。

（3）このJustizministerkonferenz（JuMiko）は各州（ラント）の法務大臣により年2回開催されるカンファレンスであり、連邦の法務大臣もゲスト参加する。

（4）Vgl. Heister-Neumann, „Große Justizreform“ — Der Weg zu einer zukunftsfähigen Justiz, ZRP 2005, 12.

（5）Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz vom 24. August 2004 (BGBl I 2004, 2198). 施行は、2004年9月1日。

（6）Zweites Gesetz zur Modernisierung der Justiz vom 22. Dezember 2006 (BGBl I 2006, 3416). 施行は2006年12月31日。

この民事訴訟法改正は、ドイツの新聞では120年振りの大きな裁判制度の改正だと紹介されたような大改正である⁽⁷⁾。この大改正は、実は、「控訴審の再編（Umgestaltung der Berufungsinstanz）」という連邦と州の法務大臣たちによるワーキンググループの議論から始まったものであった。当時の連邦政府、SPD（社会民主党）とBÜNDNIS90/DIE GRÜNEN（連立90・緑の党）の連立政権の連立政策の重要な目標の一つが、「期限が到来していながら弁済を滞る債務者に対する、債権者の地位の向上」というものであり、債務法の分野でも2000年に「弁済期の到来した債務の弁済の迅速化のための法律」⁽⁸⁾が出され、訴訟法の分野ではここでの控訴法改革、ということであった。

我が国に比べ、ドイツの民事訴訟では、控訴率・原判決の取消率ともに高いと言われているが、統計上、当時のドイツの控訴事件では、控訴率（地裁で3割、高裁で6割弱）・取消率（5割前後）とも、我が国に比べても、かなり高い数字が示されていた⁽⁹⁾。こうした控訴の多さが、訴訟の引き延ばしにつながり、控訴を利用して債務の弁済を繰り延べしようとする「クレジット払い」機能を果たしてしまっている、という現象につながっている、という認識を、参事官草案（Referentenentwurf）では旧法の問題点として掲げており、これは「司法クレジット（Justizkredit）」と呼称されていた⁽¹⁰⁾。この「司法クレジット」と化してしまう控訴審をなんとか改革して、期限の到来した未払債権の迅速な実現につなげよう、というのが連邦政府側の控訴法改革のそもそもの動機であったというわけである。

いずれにしても連邦側の政治的動機とは別に、州（ラント）側としても、州の司法予算の抑制の面から、控訴を減らしたい、という思惑があり、はっきりコスト削減を目的として、控訴の制限を目論んでいた。そこ

(7) Süddeutsche Zeitung vom 10. Juni 1999, S. 6.

(8) Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. 3. 2000 (BGBl. I S. 330).

(9) 勅使川原・前掲注(2) 36頁以下参照。

(10) Hannich/Meyer-Seitz/Engers, ZPO-Reform, 2001, S. 55 ff.

で掲げられた、「裁判官配置の偏在」の是正という方針は、控訴の制限によって余剰を生じるはずの控訴審の裁判官人員を、第一審裁判所に投入するという意図をもったもので、上訴審運営コストの削減と第一審の充実をコスト・ニュートラルに行なおうとするものであった。しかし現状では、OLG（高裁）の人員ポストの削減はなされているが、LG（地裁）・AG（区裁）の人員増強の話は聞こえてきていないようである⁽¹¹⁾。

この「裁判官配置」の変更は、形を変えて、「フレキシブルな裁判官配置 (flexible Richtereinsatz)」という名前で、いわゆる „Große Justizreform“ でも、再度打ち出されている⁽¹²⁾。今度は、民刑事（通常）・行政・労働・社会・財政といった、ドイツでは裁判権（裁判所系統）が異なる各専門裁判所の統合や各専門裁判所の垣根を越えた裁判官の異動を可能にすることで、行なおうと目論まれている⁽¹³⁾。

2001年改正の議論においては、立法者側は、第一審の充実・強化と、控訴審を「法的過誤のコントロール」の審級として、半ば「法律審」化することを目指していた。参事官草案では、単に「過誤のコントロールと除去の審級」への改編という表現をとりつつ、更新権を大幅に制限し、原則的に控訴審における第一審事実認定への拘束を提案したのである。事実審としての機能場面を規定上は「例外」に押し込めたことになる。このあといろいろな政治的妥協を含んで新法になっていくわけであるが、この草案から立法に至るまでの経緯やその間の弁護士界・裁判官界の厳しい拒絶反応もまた、すでに別稿で詳述したところであるので⁽¹⁴⁾、ここでは繰り返さない。

(11) *Stackmann*, Fünf Jahre reformiertes Rechtsmittelverfahren im Zivilprozess, NJW 2007, 9, 14.

(12) Vgl. *Weth*, Einige prozessrechtliche Anmerkungen zur großen Justizreform, NZA 2006, 182.

(13) 76. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 29. bis. 30. Juni 2005 in Dortmund, Beschluss, Top I. 1 Große Justizreform, 1. 3 Flexibler Richtereinsatz.

2 2001年改正後の連邦憲法裁判所・連邦通常最高裁判所の 控訴法に関する諸判例による立法意図の修正

改正された控訴法の諸規定⁽¹⁵⁾は、いろいろ立法者が当初企図した「法律審」化の構想が少なからずうかがえるものとなっている。旧 ZPO 525 条が「控訴裁判所においては、訴訟につき申立てにより特定された限りで、新たに弁論をなす」（傍点筆者）という規定⁽¹⁶⁾で控訴審の続審的性格を色濃く表していたものを廃止し、従前だと上告法にあったのと同じ規定⁽¹⁶⁾で諸規定を新設している⁽¹⁶⁾。もっとも、併せて、実際の立法に至ったものは、控訴審が「具体的事案における適正な裁判の実現」という事実審としての任務を堅持するものと解釈される余地を残す規定となった。すなわち、原審の「事実認定（Tatsachenfeststellung 事実確定）」を見直すため、制限されたとはいえ、新資料の提出も新529条⁽¹⁷⁾では許される余地があるものとされたのである。立法者側の思惑からすれば「例外則」とい

(14) 勅使川原・前掲注（1）。

(15) 各規定の詳細は、勅使川原・前掲注（2）39頁以下参照。

(16) 例えば、①511条4項で従前の「許可上告（旧546条1項）」と同様の要件をたて、②513条1項は上告法における「法令違反（546条）」を要求し、③522条2項2号・3号は511条4項に対応した従前の「上告」のような規定であり、④529条1項で原審の事実認定への原則的な拘束を規定している、など。

(17) ZPO 529条〔試訳〕

（1）控訴裁判所は、以下の事実をその弁論及び裁判の基礎としなければならない。

1. 第一審の裁判所により認定された事実、ただし裁判に重要な認定の正当性（Richtigkeit）又は完全性（Vollständigkeit）への疑義を具体的な手がかり（Anhaltspunkte）が基礎づけ、かつそれ故に新たな認定を要求する場合には、この限りでない。

2. 新たな事実、ただしそれを顧慮することが適法である場合に限る。

（2）職権で顧慮することができない手続の瑕疵に基づき、不服申立てされた判決は、その手続の瑕疵が520条3項にしたがって主張された場合に限り、これを審査する。

なお、控訴裁判所は、主張された控訴理由には拘束されない。

えるこの規定をどう運用していくかで、控訴審が、立法者の狙う「法律審」化へと大きく傾斜するか、あるいは更新権の大幅な制限を伴いつつも「事実審」としての続審を維持するかが左右されることになるが、近年の連邦憲法裁判所（Bundesverfassungsgericht：BVerfG）や連邦通常最高裁判所（Bundesgerichtshof：BGH）の判例は、後者を選択している。連邦憲法裁判所（BVerfG）と連邦通常最高裁判所（BGH）の判例は、主として ZPO 529条の解釈論のかたちで、従前の控訴審と同様の「事実審」としての機能と役割を強調するものが続いている⁽¹⁸⁾。この裁判例の数々もすでに紹介済みであるので、本稿では割愛するが⁽¹⁹⁾、こうした判例の示して

(18) Vgl. *Roth*, Neues rechtsmittelrecht im Zivilprozeß-Berufungsinstanz und Einzelfallgerechtigkeit, JZ 4/2005, S. 174 ff. Roth 教授は、こうした控訴審の「事実審」機能の強調に好意的である。

(19) 勅使川原・前掲注 (2) 42頁以下参照。

なお、前稿で未紹介の裁判例としては、*BGH*, Urteil vom 8. 6. 2004, NJW 2004, 2825 [控訴裁判所が、前訴で提出しなかったことが当事者の過失による (ZPO 531条 2 項 3 号) として控訴審での新たな攻撃防御方法の提出を不当にも認めなかったとき、その提出を顧慮すると ZPO 529条 1 項 1 号の意味での「疑念」につながる場合、裁判所は第一審で認定された事実拘束されない、とされた事例]、同日に出た *BGH*, Urteil vom 8. 6. 2004, NJW 2004, 2828 [第一審裁判所によりなされた鑑定人による鑑定が裁判するのに必要な点すべてを取り扱っていない場合、控訴裁判所は職権で鑑定を完全なものにしようとする責務を負う、とされた事例]、*BGH*, Urteil vom 18. 11. 2004, NJW 2005, 291 [争いのない新たな事実の陳述は、控訴審で顧慮されなければならないし、たとえ証拠調べを必要とすることになっても同様である、とされた事例]、*BVerfG*, Beschluß vom 26. 4. 2005, NJW 2005, 1931 [BGH のある部が控訴手続について裁判するのに重要な法律問題において、他の部によって排斥された法的見解を支持し、それ故に法律問題の基本的重要性がもはや否定され得ないということから出発しなければならないにもかかわらず、ZPO 522条 2 項 1 号に基づき決定により控訴が棄却された場合には、効果的な権利保護を求める請求権が侵害される、とされた事例]、*BGH*, Urteil vom 28. 3. 2006, NJW 2006, 1589 [上訴法改正の後でも、控訴裁判所は、第一審の慰謝料算定につき、ZPO 529条所定の事実に基づき、ZPO 513条 1 項・546条により、それが確信を得さしめるものか否かをすべての範囲で審査しなければならないし、その審査にあたっては原審の算定評価の法的過誤に限定されない、とされた事例] 等がある。

きた「事実審としての控訴審の役割」を端的に表現している BGH 2005年 3月9日判決⁽²⁰⁾のみ、再度掲げておきたい。

「確かに、ZPO 529条1項1号は、第一審の事実認定への控訴裁判所の原則的な拘束を明らかにしている；控訴裁判所による新たな事実認定は、規定ぶりによれば、例外として („soweit nicht...“) 規定されている。これは、立法者の意図に相応している（連邦政府草案，BT-Dr 14/4722, S. 100）。しかし、立法資料から明らかになるのは、控訴裁判所の負担軽減のための、第一審の事実認定への原則的拘束は、第一審がすでに『完全かつ説得的（vollständig und überzeugend）』認定した事実に限定されるべきである、ということである（BT-Dr 14/4722, S. 61）。というのも、一制限されたとはいえ— 第二の事実審としての控訴審の役割は、民事訴訟法改正の後でも、『瑕疵がなく説得的 („fehlerfreien und überzeugenden“)』でその結果として『正しい („richtigen“)』、すなわち実体的適正に適った、個々の事案についての裁判を獲得することに存するからである。」

3 2001年改正におけるその他の上訴法改革の素描

上記の通り、2001年改正の出発点であり大きな柱の一つは、控訴法改革であったのだが、当時の連邦政府の控訴法を含めた上訴法改革の目的は、「市民により近く（bürger näher）」「より効率的で」「より透明な」民事訴訟、というものであった。

この意味での控訴法改革とは実は第一審の充実とセットである。第一審の充実によって、当事者が第一審判決に納得できれば、控訴は減り、上訴にかかるコストも削減される、というわけである。他に紛争の和解的解決の促進などいろいろと2001年改正の柱はあるが、以下では本稿の主題との関係で、上訴法改革に絞って、かつ2001年改正後の状況を次章でみていく前提として、主なものを素描しておく。

(20) BGH, Urteil vom 9. 3. 2005, NJW 2005, 1583.

第一に、「控訴」法に関しては、控訴裁判所の審理の枠はめ（更新権の制限と第一審の事実確定への原則的拘束）が最も重要かつ大きな改正であるが、これは既述した通りである。

第二に、「控訴」法の領域で、「高裁への控訴審の管轄集中」がある。我が国と同様、区裁が第一審となる民事訴訟は、控訴審が地裁になるが、これを高裁（OLG）に統一しようとしたものである（抗告も同じ）。当初の立法者側の目論見はすべての事件で高裁に控訴・抗告の管轄を集中しようというものであったが、地裁に比べ数の少ない高裁で当事者が控訴手続を進行しなければならないのは、文字通り「市民に近く」ない、という批判を浴び、立法化されたのは、妥協の産物として、外国法に関係する控訴・抗告事件に関する OLG への管轄集中だけであった（GVG 119条 1 項 1 号 b 及び c）。

第三に、同じく「控訴」法の領域で、見込みのない控訴の決定による却下・棄却手続（Zurückweisungsverfahren）である。ZPO 522条⁽²¹⁾ におい

(21) ZPO 522条〔試訳〕

（１）控訴裁判所は、控訴がそれ自体として適法であるか否か、及び、控訴が法定の方式に則り期間内に提起されかつ理由が付されているかを、職権で審査しなければならない。これらの要件の一つを欠くときは、控訴を不適法として却下しなければならない。

この裁判は、決定によってなすことができる。

この決定に対しては、法律抗告（Rechtsbeschwerde）が許される。

（２）控訴裁判所は、以下のいずれもについて確信を得たときは、全員一致の決定により控訴を遅滞なく棄却する。

- １．控訴が勝訴する見込みのないものであること、
- ２．法律問題（Rechtssache）が基本的重要性を有しないこと 及び、
- ３．法の継続形成又は判例の統一性の確保に、控訴裁判所の裁判が必要でないこと

控訴裁判所又は裁判長は、控訴の棄却を意図していること及びその理由を予め両当事者に教示し、かつ控訴人が一定期間内に態度決定する機会を与えなければならない。第 1 文に基づく決定は、棄却の理由がすでに第 2 文に基づく教示に含まれていないときは、理由を付さなければならない。

（３）第 2 項第 1 文に基づく決定には、不服申立てできない。

て、1項で控訴裁判所の適法性審査（Zulässigkeitsprüfung）が定められ、控訴裁判所は、控訴があっても控訴理由書が届かなければ、口頭弁論を開かずに決定で却下でき、また2項で、控訴理由書をみても控訴が奏功する見込みがなく重要性も持たないと判断される場合に、全員一致の決定で控訴を棄却する旨が規定されている。

第四に、価額に拘わらない権利保護を標榜して、「控訴」法においては、控訴制限額を旧法の1500マルク（≒766ユーロ）から600ユーロに引き下げ、不服の価額がこれに満たなくても基本的重要性を含んでいたり従前の判例と相違するなど判例の統一や法の継続形成に必要な場合には、第一審が判決において控訴を許可するという「許可控訴（Zulassungsberufung）」が導入された（ZPO 511条）。また、この不服の価額に満たない場合で「法的審問請求権（GG 103条1項：Anspruch auf rechtliches Gehör）」の侵害を訴える場合、控訴ができないために憲法異議の訴えによって連邦憲法裁判所（BVerfG）にもっていくしかなかったが、第一審で手続を継続できる「更正手続（Abhilfeverfahren）」も導入された（ZPO 321a条）⁽²²⁾。

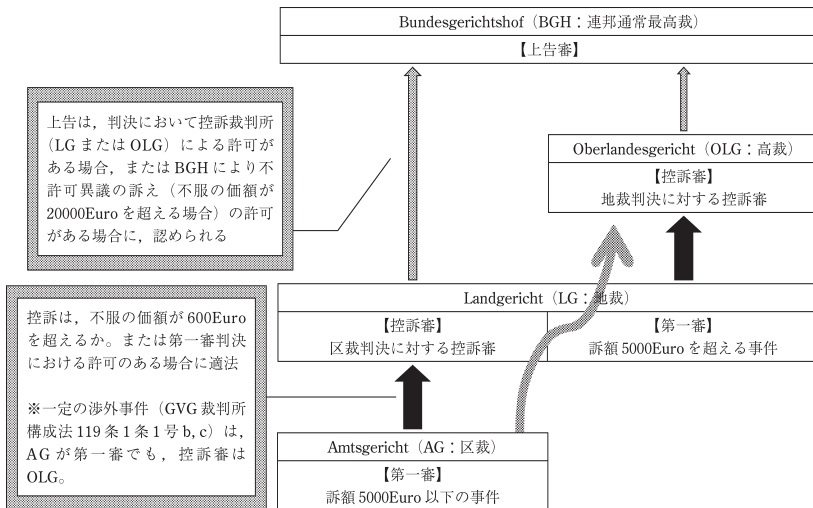
第五に、「上告」法の領域でも、価額に拘わらない権利保護の付与を図るべく、訴額制限付きの上告（Streitwertrevision）の撤廃と、許可上告（Zulassungsrevision）の拡張（ZPO 543条）がなされた。基本的重要性を含んでいたり従前の判例と相違するなど判例の統一や法の継続形成に必要な場合には、控訴裁判所が判決において上告を許可しなければならず、また、上告が不許可とされた場合には、不許可異議申立て（Nichtzulassungs-

(22) 改正当初の321a条では、法的審問請求権侵害では不服申立てできなかった判決を裁判所が自分で更正する可能性を与えたが、これによるBVerfGの負担軽減効果は、第一審判決に対するものに限られていた。そこで、他の不服申立てができない裁判全体に同条を準用するか否かが議論されていたが、2005年1月1日施行のいわゆるAnhörungs-rügengesetz（法的審問違反救済法：Gesetz über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vom 9. Dezember 2004, BGBl I 2004, 3220）により、321a条はすべての不服申立てできない裁判を対象とする条文に改正された。

beschwerde, ZPO 544条) によって上告裁判所に上告の許可を求めることができる。

以上のような上訴法改正の結果, ドイツの民事裁判の審級を概観すると, 以下ようになる⁽²³⁾。

Figur. 《ドイツ民事裁判の審級》



(23) Vgl. „Übersicht über den Instanzenzug in der Zivilgerichtsbarkeit“
 <<http://www.bmj.bund.de/media/archive/1215.pdf>> または <<http://www.bmj.bund.de/files/-/1215/Übersicht Instanzenzug Zivilgerichtsbarkeit.pdf>>
 から, ダウンロード可能である (2008年3月時点)。

III 2001年民事訴訟法改正法による 民事訴訟改革の評価

1 政府の委託調査報告書における評価

以上のような民事訴訟改革（„ZPO-Reform“）について、ドイツの連邦法務省は、Hommerich 教授と Prütting 教授らに調査を委託して、2006年5月17日付で「民事訴訟法改正の裁判実務への諸効果についての法事実的調査—民事訴訟改革の評価—」という調査報告書の概要を発表した⁽²⁴⁾。以下で、その政府側の公的評価（特に負担軽減効果にフォーカスしている）を、上訴法に関する限りで、主なものをかいつまんで紹介しておきたい⁽²⁵⁾。

(a) 調査方法

連邦全体⁽²⁶⁾の2000年から2004年までの民事事件の数値統計を対象に、層化抽出法により、州ごとに第一審及び控訴審の裁判所を無作為抽出し、総計で2300件の裁判書類を調査し、第一審と控訴審の裁判官と弁護士に対

(24) ドイツ連邦法務省2006年5月17日プレス発表（Über vier Jahre „neue ZPO“ — Eine Reform hat gewirkt.）。ここでの調査報告書の概要（Hommerich/Prütting, Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis — Evaluation ZPO-Reform —, Zusammenfassung der zentralen Ergebnisse der Untersuchung）について、<http://www.bmj.bund.de/media/archive/1216.pdf> または http://www.bmj.bund.de/files/-/1216/Zusammenfassung_der_zentralen_Ergebnisse.pdf から、ダウンロード可能である（2008年3月時点）。調査報告書概要とプレス発表の内容は、もちろんほとんど重なり合うが、部分的に、プレス発表にしか書かれていない情報もある。本稿では、両者を併用して紹介している。

(25) 第一審の強化についても興味深い評価があるが、紙幅の関係で割愛せざるを得ない。

(26) なお、ハンブルク州は、この無作為抽出調査に同意しなかったため、調査対象からは外れている。

し、AG (区裁)・LG (地裁)・OLG (高裁) の裁判官1320名と1500名の弁護士に、書面アンケートで調査した(アンケート回答率:裁判官約50%・弁護士約37%)。裁判所の事務方(Geschäftsstelle)にも同様にアンケート調査を行い、1160件の回答を得た(回答率91%)。

(b) 控訴審における手続期間と事件処理状況

LG 控訴審における争訟的判決の数は劇的に減り、それに呼応するように、ZPO 522条2項による棄却決定と控訴の取下げ⁽²⁷⁾が明白に増えた。OLG 控訴審でも極めて似通った傾向がみられる。

控訴審の審理期間は明白に短くなり、LG では2000年に5.5ヶ月だったものが2004年には4.9ヶ月になり、同様に OLG では8.7ヶ月から7.7ヶ月になった。

(c) 事実審としての控訴審

控訴審での証拠調べの数も、LG では2001年に10.1%だったものが2004年には6.8%に、OLG では同じく13%が8.4%にと劇的に減り、第一審でなされた証拠調べを控訴審の争訟的手続で繰り返したケースは、LG では7%、OLG では12%にとどまった(1998年と2003年とを比べると50%以上減少している)⁽²⁸⁾。

ZPO 529条の適用に関しては、80%の裁判官が適用に問題を感じていなかった。

控訴審における新たな攻撃防御方法は、提出されないケースが優勢となった⁽²⁹⁾。控訴審で新たな攻撃防御方法の提出があったケースでも、LG で

(27) ZPO 522条2項では、裁判所側から控訴棄却の教示が必要的になされるが、それに受けた控訴人が裁判所の全員一致の「棄却」の心証を覆すのはかなり困難である(Eichele/Hirtz/Oberheim, HANDBUCH Berufung im Zivilprozess, 2006, S. 301 [Oberheim])。実際上は、控訴の取下げが多く選択されることになる。

(28) もっとも、前述したBGHの一連の判例を受けて、今後は控訴審での証拠調べの数は再び増加するだろうという予測もある。Vgl. Unberath, Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform — Theorie und Praxis, ZZP 120 (2007), 323, 339.

はそのうちの38%, OLG では41%が, ZPO 531条⁽³⁰⁾ 2 項に基づき却下された（逆に提出が許されたケースの多くは, 第一審で明らかに見落とされていたり, 重要でないとみなされていた, という理由に基づいていた）。

(d) 控訴へのアクセスの拡張

およそ166ユーロの控訴制限額の引き下げと許可控訴制の導入は, 必然的に控訴裁判所の負担増につながるはずであった。データ上・理論上はすべての第一審手続のうち約4.5%について控訴が許可されうるはずであるし, また自由な控訴へのアクセスが拡張された部分は約6%ある。不服額600ユーロまでの新たな許可控訴の対象事件は, 区裁においては可能な事件のうち約2%が実際に控訴提起に至っており, 不服額600ユーロから766ユーロまでの範囲の事件では控訴率は22%であったが, 不服額が766ユーロを超える事件では, 控訴率は36%であった。この数字が明白に示すように, 控訴できる範囲が拡張されたことは, 控訴裁判所としてのLG の実際上の負担増にはリニアにはつながっていなかった（OLG ではデータの標準値が少なすぎて評価に値しなかった）。

(e) 許可上告への負担増の有無

価額制限上告から完全な許可上告への変更に伴い, 控訴審での証拠調べ

(29) 第一審の事実認定への原則的な拘束によって, 第一審の負担増が見込まれたが, 第一審での時機に後れた攻撃防御方法の却下（ZPO 296条）については, 適用が稀である点でアンケート結果からは従前と変化は見られなかった, としている（Hommerich/Pritting, aaO (Fn. 24) S. 4, 7）。

(30) ZPO 531条（試訳）

- (1) 第一審で適法に却下された攻撃防御方法は, その提出を許さない。
- (2) 新たな攻撃防御方法は, 以下のいずれかの場合に限り, 提出することが許される。
 1. 第一審裁判所によって明らかに見落とされ又は重要でないとみなされた観点に関するとき
 2. 手続的瑕疵によって第一審で主張されなかったとき
 3. 第一審で主張されなかったことが当事者の過失に依らないとき
 控訴裁判所は, 新たな攻撃防御方法の適法性を示す事実の疎明を要求することができる。

の調書化の負担が生じているが、LG の裁判官の60%、OLG の裁判官の66%が負担増にはなっていないと評価している。

(f) 控訴審における単独裁判官制

民法法改正によって、単独裁判官制が全般的に拡張され、難件でない所定の場合には控訴審でも単独裁判官制が採れるようになった (ZPO 526条) ところ、単独裁判官による控訴審審理の割合は、2001年時点では、LG で5.3%、OLG で5.1%であったが、2003年にはLG で13.3%、OLG で8.1%に増加した。

(g) OLG への涉外事件の管轄集中

第一審がAGであろうとLGであろうと控訴審をOLGの管轄とする試みは、アンケートの回答からは成功していないという評価であり、その理由は、少なからぬ数で管轄のない裁判所に控訴が提起されてしまっているというものであった。民事訴訟法改正法の立法者は、すべての控訴と抗告をOLGに管轄集中する立法をする権限を各州に認めていたが、それを行なった州は皆無であった。

(h) 実務的な評判

民事訴訟法改正の裁判官による評価は、積極・消極の両面にわたるものが多かったが、割合としては積極評価が多く、積極評価の対象は、新しい更新権制限 (LG の裁判官の57%、OLG では72%がポジティブ評価) と ZPO 522条2項に基づく決定による棄却 (LG の裁判官の39%、OLG では64%がポジティブ評価) が際立っていた。

これに対し、弁護士側の評価は、控訴実務的には特に影響は感じられない、という無関心な反応が43%を占めた。24%はネガティブな評価、27%はポジ・ネガ両面の評価であり、ポジティブな評価をしたのは5%に過ぎず、総じて懐疑的な評価であった。

(i) 連邦通常最高裁 (BGH)・連邦憲法裁判所 (BVerfG) への影響

純然たる許可上告へのシステム変更は、上告の領域で、BGH に負担軽減をもたらした。旧法時の上告がまだ残っていた2002年に最高4595件あっ

た新受件数が、2004年には3633件となった。そのうち、20%超が許可されかつ実際に提起された上告で、残りは全て不許可異議申立てであった。2004年の2746件という不許可異議申立ての件数は、当初予測を下回るものであった。

民事訴訟法改正法の立法者は、副次的な効果として BVerfG の負担軽減も狙っていたが、ZPO 321a 条に基づく法的審問侵害を理由とする申立ては、2002年から2004年までで件数的に目立った変化はなく、また Anhörungsrügensgesetz による321a 条の拡張も、同法の施行が2005年1月1日であったので、顧慮に値する変化は見受けられなかった。

総じて、この調査報告書は、改革は効果を上げている、というポジティブな評価を与えている。

2 改正後の状況についての実務家・研究者による評価

(a) 2001年改正から5年を経ての民事訴訟については、現場の裁判官からの観察も公にされている。その「民事訴訟における上訴手続改正後の5年」と題された論文⁽³¹⁾によれば、改正の主な項目についての批評は概ね以下の通りである。

第一に、「控訴」法の審理の枠はめ（更新権の制限と第一審の事実確定への原則的拘束）に関しては、立法者の目指す「過誤のない (fehlerfrei)」裁判という用語の抽象性を批判し、控訴裁判所の具体的な審理枠について BGH が主導的に明確化すべきとしたうえで⁽³²⁾、とりわけ原審の法適用の過誤について、やはり BGH の一連の判例同様、ZPO 529条ではなく、法

(31) *Stackmann*, aaO (Fn. 11). Stackmann 判事は、ミュンヘン第一地裁で2000年から2005年夏まで控訴・抗告部の裁判長を務め、以来、同地裁で一審の民事部の裁判長を務めている、とのことである。

(32) *Fölsch*, Die Berufungszurückweisung durch Beschluss im Blickpunkt aktueller Rechtsprechung, NJW 2006, 3521は、未だ ZPO 522条2項の運用に関する裁判実務は定まっていないとする。

令違反についての546条（513条⁽³³⁾によって控訴理由となる）の規定に従うべきものとしている。

第二に、「高裁への控訴審の管轄集中」については、原裁判所でも控訴が提起できないことは、前掲調査報告書と同様、反市民的な躓きの石（Ärgernis）だとしている。GVG 119条1項1号bおよびc文にいう涉外事件の要件について、当事者の住所移転の問題から控訴を提起する裁判所を誤る可能性についての危惧が表明されている。

第三に、見込みのない控訴の決定による棄却手続（Zurückweisungsverfahren）については、立法者の思惑通り、手続促進の効果を権利保護の縮減なしに提供していると見ているが、そのために、ZPO 521条2項所定の当事者への教示が、裁判所が当事者に十分な理解を与える教示であるべきことを強調している。単に「原判決の法的過誤が明らかにならず、あるいは、控訴が不適法として却下されるべきであるから、控訴は奏功する見込みがない」というような大雑把な教示（Pauschalhinweis）だけというのは法治国家原則から許されないものであり、正しく内容的な奥行きをもった教示を与えるべきとし、それに反するいくつかの下級審裁判例が批判されている。

第四に、「許可上告」と「不許可異議申立て」の基準について、BGHが民事部ごとに見解が割れていたのが収束されていった点を指摘した上で、そうしたBGHの判例統一に基づいて、立法者は、ZPO 543条2項1号を「上告が許可されうるのは、裁判するのに重要な法的審問違反が主張

(33) ZPO 513条（試訳）

（1）控訴は、裁判が法令違反（Rechtsverletzung）（§546）に依ってなされていること、又は529条にしたがって基礎に置かれるべき事実が別の裁判を正当化することを理由とする場合に限り、これをなすことができる。

*546条〔法令違反の概念（Begriff der Rechtsverletzung）〕

法規範が適用されなかったか又は正しく適用されなかったとき、法令違反となる。

（2）控訴は、第一審の裁判所がその管轄を違法に認めたことを理由としてなすことはできない。

される場合」に制限的に変更しようとした当初の目論見を捨て、Anhangsrügensgesetzにより ZPO 544条に 7 項を付け加え、不許可異議申立てを通じて裁判するのに重要な法的審問違反を救済することになった経緯が紹介されている。

結論としては、「革命ではなかった (Keine Revolution)」という評で、裁判官の人員配置の点以外は、概ね受容されている。

(b) 他方、批判的評価も少なからず受けている。

弁護士界は、もともと2001年改正そのものに批判的であったが、ある弁護士は、従前の ZPO を「第一の事実審は比較的弱いが、本質的により良い第二の事実審へのアクセスがより保障された」ものだが、2001年改正後の新しい ZPO は「第二の事実審の保障のない弱い原審」というフレーズで、とりわけ地裁が第一審となる比較的訴額の大きい事件を念頭に、それは難件であることも多く、そうした難件で訴訟手続の価値は測られるが、2001年改正後の新しい ZPO では、控訴審で原審認定事実の訂正をするための期間も少ないなど、当事者にとって十分な質が保たれない、と批判する⁽³⁴⁾。

研究者側からももちろん多様な反応があるが、ZPO 改正による上訴について検討された最近の文献によれば⁽³⁵⁾、民事訴訟手続の本質的な目的は「可能な限り正確な」実体権の確定とその強制的実現であり、また、第二審の目的は、過誤のコントロール (Fehlerkontrolle) であって、そこへのアクセスは上訴の方法いかににかかっており、かつ過誤のコントロールは、それが客観的に認識可能で裁判所により追証可能な基準によってなされる場合にのみ意義を有する、と前提を確認した上で、以下のように述べる。すなわち、2001年の民事訴訟法改正による上訴の新しい規制は、基本

(34) Wächter, Die Tatsacheninstanzen in großen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach der ZPO-Reform, ZZP 119 (2006), 393.

(35) Unberath, aaO (Fn. 28). 紙幅の制限で多数ある研究者の文献に網羅的に触れることはできないため、これ以前のものについては同論文に掲記された文献を参照されたい。

的に質的な弱点を示してはいないが、新しい控訴に関する BGH の諸判例に対しては異議を唱えるべきであり、具体的には、次の 3 点で判例により規定の解釈を置き換えて、控訴の実効性を高め、実体的真実をもたらすべきとする。第一に、ZPO 529 条 2 項につき、控訴裁判所は、原審の事実認定についての当事者による過誤の主張に拘束されるべきであり、控訴裁判所が原審の一件記録だけを見てそれが内容的に説得的であるか否かを職権で審査するのは正しくない。控訴の基準は、当事者の眼前ではっきりわからせるべきである。第二に、控訴裁判所が拘束されるのは過誤のない原審の事実認定だということを再度真っ正面から受けとめるべきである。新しい控訴審が「過誤コントロール」の審級となった目的は、訴訟手続のクオリティを総体的に高めたいということであり、ZPO 529 条 1 項 1 号の違反は、上告法上も再審査されるべきである。第三に、ZPO 513 条につき、控訴裁判所は、法的な観点について裁量的判断をする際には、上告法の枠内でのみ再審査すべきである、と。

IV 2001 年民事訴訟法改正法後の上訴法改正

前述した 2005 年施行の Anhörungsrügensgesetz 以外にも、ZPO は何度か改正を受けている⁽³⁶⁾。上訴法に絞って主要な二つの現代化法をみてもみる。

①まず 2004 年 9 月 1 日施行の第 1 司法現代化法 (1. Justizmodernisierungsgesetz) では⁽³⁷⁾、ZPO 511 条 4 項が、立法当初、必ず控訴が許可されるた

(36) 第 1・第 2 司法現代化法のほか、ZPO は、いわゆる Justizkommunikationsgesetz (司法コミュニケーション法: Gesetz über die Verwendung elektronischer kommunikationsformen in der Justiz vom 22. März 2005) により、司法の電子化・IT 化に関連する改正を受けている。

(37) 第 1 司法現代化法の改正内容全般については、Knauer/Wolf, Zivilprozessuale und strafprozessuale Änderungen durch das Erste Justizmodernisierungsgesetz – Teil 1: Änderungen der ZPO, NJW 2004, 2857 参照。

めには、不服の価額が600ユーロを超える控訴においても「基本的重要性（*grundsätzliche Bedeutung*）」や「法の継続形成（*Rechtsfortbildung*）や判例の統一（*einheitliche Rechtsprechung*）の必要性」を要求するかのような条文であったのを修正し、

511条（試訳）

（４）第一審の裁判所は、以下の場合には、控訴を許可する。

- １．法律問題（*Rechtssache*）が基本的重要性を有するとき、または、法の継続形成又は判例の統一性の確保に、控訴裁判所の裁判が必要であるとき かつ
- ２．当事者が判決のうち600ユーロ以下の不服について不服申立てをしたとき

控訴裁判所は、この許可に拘束される。

と不服の価額が600ユーロ以下の控訴においてのみ上記の要件が付加される規定に改正された⁽³⁸⁾。

また、BGHの負担軽減を目的として、ZPO 552a条が追加され、上告審でも、上告許可の要件を欠いたり奏功する見込みのない上告の場合に、控訴裁判所が許可した上告であっても裁判官の全員一致の決定で棄却する（ZPO 522条2項2・3文が準用される）という棄却決定（*Zurückweisungsbeschluss*）を導入した。

②次に、2006年12月31日施行の第2司法現代化法では、上訴法の改正で直接的なものはなかったものの、民事訴訟法施行法（EGZPO）の改正で、ZPOに含まれていた期限付き規定の期限延長を図り、2006年12月31日で失効するはずだった一連の規定の効力を延長した⁽³⁹⁾。

(38) 控訴関係ではこのほか、仮執行宣言の改正がある。すなわち、従前はOLGが控訴審の場合にのみ、財産権上の訴えについて担保なしで仮執行宣言をすることができるとされていたが、この改正で、LGが控訴審の場合にも、同様に仮執行宣言をすることを明確にした（ZPO 708条10号、717条3項）。

(39) Vgl. *von Preuschen*, Die Modernisierung der Justiz, ein Dauerthema — Die Rechtsänderungen durch das 2. Justizmodernisierungsgesetz, NJW

上訴関連では、まず BGH の負担増の恐れへの手当てのための経過規定として置かれていた不許可異議申立てに関する訴額制限 (20000ユーロ) は、BGH の負担状態をなお 5 年間観察するべきとして、さらに 5 年延長され 2011 年 12 月 31 日まで効力を有することになった (EGZPO 26 条 8 号)。この点、本来的には、ZPO の本文で規定されるべき価額制限を EGZPO の経過規定としてこっそり置き、しかも合計で 10 年間も価額制限をするのはもはや経過規定とはいえない、という批判を受けている⁽⁴⁰⁾。

また、家事事件における不許可異議申立ての適用除外の期間延長も合わせて行なわれた (EGZPO 26 条 9 号)。これにより、不服申立ての対象となる裁判が 2007 年 1 月 1 日より前に言い渡されたものであること、という要件は、2010 年 1 月 1 日より前に、と変更された。これは、家事事件・非訟事件について上訴を包括的に規定する法改正が予定されているため、それを先取りすべきでないという考慮が背景にある。

V „Große Justizreform“ 「大司法改革」と上訴法

とりわけ控訴法において、前述したような最高裁判例が、立法者のコスト削減指向の法規制の期待を裏切るような「反抗的態度 (Renitenz)」をとったことで、各州の法務大臣たちは、直ちにまた、コスト削減のための法改正を企図し始めた⁽⁴¹⁾。2004 年秋の法務大臣会議により始まる、いわゆる「大司法改革 (Große Justizreform)」と称される法改正プランである⁽⁴²⁾。主たる理由は、司法予算の逼迫、訴訟手続が依然長すぎる、あるいは、司法の過剰負担というもので、裁判所や司法機関が担ってきた機能

2007, 321, 322.

(40) *von Preuschen*, aaO (Fn. 39) S. 322.

(41) Vgl. *Roth*, Zivilprozessuales Rechtsmittelrecht und funktionale Zweigliedrigkeit, JZ 2006, 9, 10f.

(42) 議論したいはそれ以前から始まっている。Vgl. *Weth*, Justizminister im Reformrausch? — Zum geplanten Umbau der Justiz, ZRP 2005, 119.

を他へ分散させること（公証人への業務移譲や、執行官制度改正、登記業務の州指定機関への移譲など）で司法をコアの業務に専念させること、現在5つある専門裁判所系統（民刑事〔通常〕・行政・労働・社会・財政）を、行政・財政・社会・財政裁判所を統合した「公法裁判所（öffentlich-rechtliche Gerichtsbarkeit）」と、通常裁判所（労働裁判所を併有する）の2系統に再編すること、民刑事事件の審級制度の改革、裁判外紛争解決制度の強化といったものが改革の主な柱になるが⁽⁴³⁾、本稿の関心との関係では、民事事件の審級制度の改革が問題となる。

その中身は、事実審を第一審だけにし、控訴審は法的過誤をコントロールする審級にする、という、2001年改正の際に州側が狙っていた内容そのまま、それが完全に達成できなかったために、再度持ち出された議論である。3審級の構成の変更も伴い、第一審の区裁と地裁を統合することまで考えられている⁽⁴⁴⁾。おそらくは、2001年改正における控訴審のOLGへの一元化方針も3審級の構成変更の一環であったはずだが、先に見たとおり失敗との声が多く、その原因が第一審の区裁と地裁の事物管轄の分配にあるともいえるので、その統合に手をつけようとしたものと考えられる。

こうした各州法務大臣側の思惑⁽⁴⁵⁾は、2001年改正時の議論と同様に、必要でも適切でもなければ、裁判所の負担軽減にも効率性の上昇にもつながらない、として、多くの批判にさらされている⁽⁴⁶⁾。反対の理由は当然

(43) Vgl. *Heister-Neumann*, „Große Justizreform“—Der Weg zu einer zukunfts-fähigen Justiz, ZRP 2005, 12. 同論文の筆者は、ニーダーザクセン州の法務大臣である。

(44) *Heister-Neumann*, aaO (Fn. 43) S. 14.

(45) „Zukunftsfähige Justiz — Strukturreform durch Konzentration auf ihre Kernaufgaben“と題されたEylmann委員会（Kommission）の報告書（いわゆる„Eylmann-Papier“）に詳しい。このペーパーは、ニーダーザクセン州のサイトで入手可能（http://cdl.niedersachsen.de/blob/images/C4531808_L20.pdf）。

(46) 連邦弁護士会（BRAK）からは、Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer „BRAK-Papier zur Großen Justizreform“, BRAK-Mitt. 6/2005, 263; ドイツ裁判官連盟（DRB）からは、Justizreform: Positionspapier des

のことながら2001年改正時の反対論と重なり合うところが多く、事実審を2審級重ねることの有用性を強調する内容のものがほとんどのである。

VI ドイツ上訴法改革で残された課題

最後に、すでに許された紙幅の制限を超えているため、簡単にドイツ上訴法改革で残された課題を数点挙げて稿を閉じる。

第一に、Große Justizreformの行方は、未知数である。最近時では議論がぱったり止まった感もあるが、州側が司法コストの削減意欲を失うとも思えない。今後の展開に法政策的な関心を持ち続けるほかないが、ドイツの控訴率や控訴審での取消・変更率の高さと我が国の現状では背景事情が違うために、直ちに我が国への示唆というわけにもいかないであろう。

第二に、理論的な関心としては、更新権の制限と、時機に後れた攻撃防御方法の却下との関係が注目される⁽⁴⁷⁾。控訴審での提出が、時機に後れた提出であるにも拘わらず、更新権の制限を受けないものであった場合、その提出を却下することの可否の問題である。時機に後れた提出の却下の目的は訴訟の遅延の回避であり、更新権の制限も同じ趣旨を包含するが、そうした更新権の制限を受けない控訴審での新提出に関しては、事実審として個別事案での適正な解決に資するべく、時機に後れたという理由での却下は許されないのではないか、という議論である。

Deutschen Richterbundes, DRiZ 2005, 273; OLG Zweibrücken 所長からも, Dury, Die „Große Justizreform“ beruht auf großen Irrtümern ZRP 2005, 262.

学界からはもう少し客観的な反応がある。Vgl. Weth, aaO (Fn. 42); derselbe, Die Große Justizreform in Deutschland — Ein Bericht aus Sicht der Wissenschaft, ZZP 120 (2007), 135.

(47) なお Ostermeier, Alte und neue Probleme des Präklusionsrechts nach der ZPO-Reform, ZZP 120 (2007), 219. は、一審で本来は時機に後れたものであったにもかかわらず却下されなかった攻撃防御方法の、控訴審における取扱いについて、批判的に検討している。

第三に、控訴審が事実審としての機能を維持し続けるか、ないし、続審制は第一審軽視の弊害や司法クレジット論と司法コスト削減の圧力の前に退去を余儀なくされるのか。債権者の適正な権利の迅速な実現も「適正な解決」の要素であるだけに、事実審を2回重ねて新たな事実提出を控訴審で許すことの「時間」的視点からの意義が、問い直されている。

翻って我が国の控訴法を考えると、事実審を重ねて真実に近づこうとしてきた「事実審2審級」を採る以上、続審制に伴って免れ得ない「第一審軽視」の難点を、nova reperta（第1審の時点で存在していたが、第2審で初めて提出された事実）につき更新権の制限によって是正する、という手続設計が、基本的に正しいもののように思われる。しかし、nova repertaの判断・評価についての方法は、「適正な解決」に内包される二つの要素たる「時間」と「真実」の相克である。これは控訴審単体で解決できる問題ではなく、やはりドイツの2001年改正が示したような「第一審の充実」⁽⁴⁸⁾がその解決策となる、と現時点では考えている。それは、第一審段階で、裁判所が、法律上・事実上の観点について、裁判所と当事者の間で観点の認識に齟齬がないようにし、両当事者に重要な事実をすべて吐き出させるようにした（ZPO 139条参照）ことを条件に、nova repertaの提出については、過失がないことを当事者に明らかにさせて提出を認める（ZPO 531条2項参照）、という方策である。訴訟資料の提出に関してすべて当事者任せにした「第一審の充実」で、当事者の懈怠を一方的に裁判所がなじるシステムではない。「時間」短縮と「審理充実」は、当事者と裁判所の協働、しかも更新権の制限「権」を握る裁判所が第一審充実の実質化の責任も負担することによって、最良の両立を達成できるのではなかろうか。

(48) 勅使川原・前掲注(2) 50頁以下参照。

* 本稿は、早稲田大学特定課題研究助成費（課題番号：2007A-011）による研究成果の一部である。