

ドイツ法におけるミニマム・スタンダードと中核的な訴訟原則

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 大阪市立大学法学会 公開日: 2023-04-17 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: Althammer, Christoph, 鶴田, 滋, 田上, 智也, 澤村, 航 メールアドレス: 所属: レーゲンスブルク大学, 大阪市立大学, 大阪市立大学, 大阪市立大学
URL	https://ocu-omu.repo.nii.ac.jp/records/2002473

In April 2022, Osaka City University and Osaka Prefecture University merge to Osaka Metropolitan University

Title	ドイツ法におけるミニマム・スタンダードと中核的な訴訟原則
Author	クリストフ・アルトハンマー(著) 鶴田 滋, 田上 智也, 澤村 航(訳)
Citation	大阪市立大学法学雑誌. 68 巻 4 号, p.531-561.
Issue Date	2022-03
ISSN	0441-0351
Type	Departmental Bulletin Paper
Textversion	Publisher
Publisher	大阪市立大学法学会
Description	翻訳
DOI	

Placed on: Osaka City University

Osaka Metropolitan University

〈翻 訳〉

ドイツ法におけるミニмум・スタンダードと 中核的な訴訟原則

クリストフ・アルトハンマー（著）
鶴田滋＝田上智也＝澤村航（訳）

目 次

訳者まえがき

- A. テーマ設定への導入
- B. 序論：ドイツ訴訟法的ドグマーティク vs. ヨーロッパ的手続効率
- C. 民事訴訟法の憲法化
 - I. 私権保護の拠り所としての司法基本権：連邦憲法裁判所の判例
 - II. 欧州人権条約とヨーロッパ基本権
 - III. ヨーロッパの基本的自由
- D. ドイツ民事訴訟における訴訟原則
 - I. 当事者処分の意義
 - II. 「協働主義」を背景にした提出主義
 - III. 電子的民事訴訟の要求
 - IV. 手続効率と訴訟経済
- E. 展望：訴訟上の原則論の今日的意義

訳者まえがき

本稿は、ドイツ・レーゲンスブルク大学クリストフ・アルトハンマー教授が2014年に行った講演内容を下敷きに、2015年に公表した「ドイツ法におけるミニмум・スタンダードと中核的な訴訟原則」と題する論文（*Christoph Althammer, Mindeststandards und zentrale Verfahrensgrundsätze im deutschen Recht, in: Matthias Weller/ Christoph Althammer (Hrsg.), Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht, Tübingen, 2015, S. 3 ff.*）の翻訳である。

本論文では、主に、ドイツ民事訴訟法における訴訟原則が、ヨーロッパにおける

翻 訳

法の同化の中でどのような役割を果たすべきかについて論じられている。のみならず、本論文は、民事訴訟法の憲法化・ヨーロッパ化により、ドイツ民事訴訟法学が現在置かれている状況を知るうえで非常に有益である。

われわれは、大阪市立大学大学院法学研究科の授業の中で本論文を講読し、本論文がドイツ民事訴訟法を比較法的に考察するための基礎的な文献であると判断した。そこで、本論文の著者であるアルトハンマー教授から許諾を得て、本論文の翻訳をここに公表することにした。本論文は、読者がドイツ憲法やEU法の知識を有していることを前提とするため、われわれの翻訳作業は困難を極めた。翻訳作業には細心の注意を払ったつもりではあるが、思わぬ誤りを犯していないかを恐れている。不適切な点があればご教示を頂ければ幸いである。

なお、翻訳に当たっては、まず、田上と澤村が下訳を作り、これを基に3人で議論をして修正作業を行った。その後、鶴田が修正された下訳の体裁を整えて翻訳のたたき台を作り、これを再び3人で検討して確定訳を作成した。以上の経緯から、本翻訳には各自の執筆部分はなく、いわば完全な共訳である。

最後に、本翻訳の公表を快諾されたアルトハンマー教授に心より御礼を申し上げる。

訳者を代表して 鶴田 滋

A. テーマ設定への導入

全く相反する二つの価値をもつ講演タイトルには、異なる価値をもつ訴訟上の原則および主義が相互に関連することにより特徴づけられる、主題的内容的な多面性がすでに映し出されている。「法的なミニマム・スタンダード」——この内実はさしあたりドイツ法の視点から考察されるべきであるが——に伴って、そのミニマム・スタンダードのその都度の名宛人〈立法者または法適用者〉が、ミニマム・スタンダードを規範的にまたは実際に即して置き換える際に、一定の、法的に保障された水準を下回ってはならないというイメージが現れる¹⁾。ミニマム・スタンダードの立法上の起源は、非常に様々な性格を帯びうる。例えば、訴訟法におけるミニマム・スタンダードは、大抵、具体的な法規範において保障されるのではなく、通常の法律上の訴訟規範を発生させるまたは

1) すでに、*Althammer*, Z郑 126 (2013), 3 ff.; *Laukkanen*, in: *M. Storme* (Hrsg.), *Procedural Laws in Europe - Towards Harmonisation* (2003), S. 187 f. を参照。

ドイツ法におけるミニマム・スタンダードと中核的な訴訟原則（鶴田・田上・澤村）

解釈するための、正反対の考量原則として役に立つ、より高次の性質の法的原理からはじめて現れる²⁾。これに関しては、まず、憲法上の原理が考えられ、これが漸次進行している訴訟法の憲法化の方法で訴訟法を変化させる³⁾。欧州人権条約や欧州連合（EU）基本権憲章の手続法上の保障と並んで話題となっているのは、とりわけ、ドイツ基本法上の司法基本権（Justizgrundrechte）である⁴⁾。しかし、一部では、ドイツにおける民事訴訟の判決手続に確固たる枠組みを与えている訴訟原則も、訴訟上のミニマム・スタンダードとして理解されている⁵⁾。ときおり、（訴訟上の）最適化命令が言及される⁶⁾。

国際的なレベルでは、ミニマム・スタンダードの概念は、主として技術的な準則との関連でも見られる⁷⁾。例えば、これは、1994年のシュトルメ（*Storme*）委員会によるヨーロッパ民事訴訟法典の草案に含まれていた。国境を越えた私法上の取引を容易にするために、この野心的なプロジェクトの枠内で、具体的な諸規範が個別領域の実務に供給されることになった⁸⁾。基本的なヨーロッパの手続原理および衝突の多い緊張関係（例えば裁判官権力と当事者支配との関係）からフェードアウトすること、ならびに、価値中立的な手続規範に焦点を合わせることが、意図されていた⁹⁾。なぜなら、仮

2) これについても、*Althammer*, ZJP 126 (2013), 3 ff. を参照。

3) ユーロッパ訴訟法の憲法化については、*Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2010), § 3 Rn. 46; *Gilles*, ZJPInt 7 (2002), 29 は、訴訟法の「過度の憲法化」であると主張する。

4) 比較法的な再検討が、*Löhr*, *Prozessgrundrechte in Deutschland, Frankreich und England* (2012), S. 1 ff. に見られる。

5) *Althammer*, ZJP 126 (2013), 3 ff. 手続原則と手続基本権との密接な歴史的関係をさらに取り上げたいと思う（Dを参照）。

6) アレクシー（*Alexy*）によれば、原理（Prinzipien）とは、いわゆる最適化命令であり、「あるものが、法的および事実上の可能性との相関において、できる限り高い程度をもって実現されることを命令する」諸規範である。*Alexy*, *Theorie und Grundrechte* (1985), S. 75 f. 【訳者注】本注およびそれに対応する本文にあるとおり、本稿において、アルトハンマー自身は、訴訟「原則（Grundsätze または Maximen）」も、いわゆる最適化命令、すなわち原理（Prinzipien）と捉えていることに注意されたい。

7) *Storme* (Hrsg.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne – Approximation of Judiciary Law in the European Union* (1994); これに対して批判的なものとして、*H. Roth*, ZJP 109 (1996), 310 f.

8) *H. Roth*, ZJP 109 (1996), 273 f.; *Gilles*, ZJPInt 7 (2002), 26 f. の評価も同様である。

9) *H. Roth*, ZJP 109 (1996), 271 ff.; *Stadler*, in: *Hofmann/Reinisch/Pfeiffer/Oeter/Stadler* (Hrsg.), *Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft* (2007), ↗

に原理へ余りにも強く傾いてしまうと、その法政策的な破壊力のために、迅速な手続法の調和にほとんど役に立たないことになると考えられていたからである¹⁰⁾。結果として、この考え方は、いまや「民事訴訟のヨーロッパの諸原理」をめぐるアクチュアルな議論が20年後に示したように、誤りであった。なぜなら、ヨーロッパの原則思考とミニマム・スタンダード思考だけが¹¹⁾、将来の法の同化 (Rechtsangleichung) のために地ならしをするのに適切であると思われるからである¹²⁾。ストックホルム綱領を転換するための欧州委員会の2010年の活動計画によれば、手続法上のミニマム・スタンダードの導入が、国境を越えた判決の自由移動 (Urteilsfreizügigkeit) をまさに促進するとされる¹³⁾。EU 司法アジェンダ2020¹⁴⁾、および、ELI -UNIDROIT プロジェクト (「国境を越えた諸原理からヨーロッパ民事訴訟のルールへ」) も、この観点をはっきりと表現している。これに相応する、ヨーロッパの「民事手続についてのミニマムな規範および必要な将来の措置についての緑書」は、たしかに2013年に向けて公表されることが告知されたが、これまで存在していない¹⁵⁾。もっとも、2013年6月11日の欧州委員会の勧告は、すでに、国内の集団的権利保護システムの強化のためのヨーロッパ的ミニマム・スタンダードを含んでいる¹⁶⁾。この新たな展開は、訴訟法の「締

10) 177 f., 179. これについてはすでに、Althammer, ZZP 126 (2013), 5.

11) Kerameus, RabelsZ 66 (2002), 3 f.

12) Andrews, in: Kramer/ van Rhee (Hrsg.), Civil Litigation in a Globalising World (2012), 19 f.; Gilles, ZZPInt 7 (2002), 27 f.

13) G. Wagner, ZEuP 2008, 22.

14) KOM (2010) 171 endg., S. 4, S. 9: 「成功のための本質的な前提は、相互の信頼である。このためには、(例えば、手続法についての) 共通のミニマム・スタンダード、および、異なる法伝統と手続方式の仲介が必要である」。これについては、Hess, in: Festschrift f. Erecynski (2012), S. 1081 ff. を見よ; しかしながら、この点については、自由・安全・司法の領域 (Raum der Freiheit, Sicherheit und des Rechts)、ならびに、これらに関連するいくつかの横断的テーマに関する欧州理事会の結論の中で (2014年7月26日から27日の会議)、再び審議されることはなかった。2014/C 240/05. これについては、R. Wagner, ZEuP 2015, 1.

15) これについては、S. Leible, EUZ 2014, 76 f.

16) S. Leible, Festschrift f. P. Gottwald (2014), S. 391 は、委員会のこれまでの着想が余りに過小に評価されすぎているとみる。ヨーロッパ契約法を手本として、「現行 E C 訴訟法原理」を作り出すことが必要であると考ええる。

17) 2013年6月11日欧州委員会勧告: 「連合法により保障された権利の侵害の際の、加盟国における、集団的差止および損害賠償手続に関する共通の諸原則」C (2013) 3539. これについて出された、欧州議会、欧州理事会、欧州経済社会評

ドイツ法におけるミニマム・スタンダードと中核的な訴訟原則（鶴田・田上・澤村）

約国間の多様性（verknüpfte nationale Vielfalt）」を直ちに放棄することになることを意味しない¹⁷⁾。なぜなら、判決手続の核心をミニマムに調和¹⁸⁾させようとする、欧州委員会の一貫性した試みは、これまで存在しなかったからである。手続を国内のレベルで強力に明確化すること——もっともそれは「訴訟法の具体化」の傾向にあるのだが——は、純粹に専門領域的な訴訟法の調和がない場合には、生産的に機能しえないであろう¹⁹⁾。

B. 序論：ドイツ訴訟法的ドグマーティク vs. ヨーロッパ的手続効率

ヨーロッパ訴訟法の調和の機運の高まりをこれまで概略してきたが、時代思潮に余り合致しないテーマではあるが、それにもかかわらず、構造的な調和の重要な原動力でありうるテーマ、すなわち、古典的なドイツ訴訟法的ドグマーティクおよびそれに鑄造された原理思考および制度思考へとこれから移行しよう。しかしながら、数十年間にわたって発展したドグマーティク、すなわち、確立した制度および保持されている手続原理に対する批判がますます増えている。訴訟上の原則への忠誠には、時代遅れのもの、それどころか進歩を妨げるものという言葉が当てられる²⁰⁾。このところ、司法負担軽減および全ての司法改革政策のいわゆる頓挫の原因が、「ドイツの法学全般と同様に、制御学というよりも、規範解釈学として理解され、したがって、とりわけ実定法のドグマーティクな貫徹を対象とするが、学際的に解明される法の作用分析を対象としない」²¹⁾訴訟法理論にあるとされる。いわば現代の司法政策の特効薬として、同時に、経済学的観点、行政学を出自とするよく知られた「新たな制御モデル」および手続効率が

↘議会、地域委員会への欧州委員会の報告『集团的権利保護のための共通のヨーロッパの枠組みへの道について』COM (2013) 401 final. も参照。

17) R. Stürmer, in: Grunsky u.a. (Hrsg), Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht (1992), S. 3, S. 5 f.; これについては, Althammer, ZJP 126 (2013), 3 ff.

18) EU 運営条約 (AEUV) 81条 1項, 2項 f号は, 厳格な要件の下で, 加盟国の手続規定の水平的な同化を完全に容認する。Althammer, ZJP 126 (2013), 3 ff.; Hess, in: Festschrift f. Erecyński (2012), S. 1081 f.

19) Hess, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 3 Rn. 45, S. 106 により期待された, 手続秩序の全領域への専門的措置の「波及効果 (spill-over-Effekt)」は, 私見によれば, 首尾一貫した調和の表現ではないように思われる。

20) 20世紀におけるドイツ民事訴訟学の純粹な内的志向について, Hess, Ritsumeikan Law Review No. 27 (2010), 197 がまったくもって正当に批判する。

21) Callies, Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014, Bd. I (2014).

言及される。首尾一貫した訴訟分析の発展は、経済学および心理学の裁判理論上の認識に対しても、これまでよりもさらに開かれた態度を示すときにのみ考えられうることが指摘される²²⁾。経済学的な考察方法のメリットは、部分的には疑うことはできない。問題となるのは、経済学的な考察方法が、本質的な考量事項において伝統的な訴訟原則の代わりとなることに、全部または一部において適しているかどうかだけである。ここで、深く掘り下げた応答をすることはできない。しかし、私の報告は、少なくともさしあたり、ドイツの民事訴訟における古典的な訴訟基本権と手続原則が疑いなく貢献する個別の権利保護保障の相互作用（Zusammenspiel）に取り組み、そして、手続効率の側面に取り組みなければならないであろう²³⁾。

C. 民事訴訟法の憲法化

I. 私権保護の拠り所としての司法基本権：連邦憲法裁判所の判例

裁判所構成法および民事手続法は適用された憲法であるとの認識は、新しいものではない²⁴⁾。例えば、訴訟法は、1978年以来、頻繁に、連邦憲法裁判所の司法の対象である²⁵⁾。ドイツ訴訟法の憲法化は、ここ数十年の間にめざましい進歩を遂げた。その理由は、諸外国の法秩序と比較して明確な、規範の序列にあるだろう。というのは、基本法1条3項によれば、基本権は、直接に通用する法として、立法、執行権（行政）および司法を拘束するからである。欧州人権条約（EMRK）は、ドイツにおいて、親国際法的に解釈されるべき基本法の下位にあるので、さしあたりさほど重要ではないものの、以下では、その影響が取り上げられる。

法律に定められた裁判官（の裁判）を求める権利（基本法101条1項1文）、法的審尋請求権（基本法103条1項）²⁶⁾、および、裁判官の面前での平等は、民事訴訟の判決手続の法治国家的な進行を保障する²⁷⁾。これらの手続基本権が、その共通の言い回しに

22) *G. Wagner*, ZEuP 2008, 9；これと部分的に異なるものとして、*A. Bruns*, ZJP 124 (2011), 42 f.

23) この衝突状況の欠如を、訴訟経済自体が（いつの間にか）手続原則の地位を占めているどうかの問題が示している。これについても詳細は、*R. Stürner*, ZJP 127 (2014), 311 f.

24) *Schwab/ Gottwald*, Verfassung und Zivilprozeß (1984), S. 5.

25) この発展については、すでに1983年での視点から、*E. Schumann*, ZJP 96 (1983), 140 ff.

26) BGH BeckRS 2013, 00691 も参照。

27) *E. Schumann*, ZJP 96 (1983), 140, 157 ff.; *ders.*, Der Einfluss des Grundgesetzes ↗

ドイツ法におけるミニマム・スタンダードと中核的な訴訟原則（鶴田・田上・澤村）

基づいて、原則として、（民事手続のみならず）全ての出訴の途（Rechtsweg）に対して通用することを要求しうることは、それにもかかわらず、これまで問題として意識されてこなかった。（基本法第9章での）司法基本権の地位の高さは、とりわけ2003年の連邦憲法裁判所の全員決定において明らかになっている。すなわち「手続基本権、とりわけ基本法101条1項および103条1項のそれは、基本権と同等の権利の形で、法治国家的なミニマム・スタンダードの遵守を保障する」²⁸⁾。基本法103条の高い重要性が、例えば、立法者が民事訴訟法（ZPO）321a条により、取り消すことのできない裁判に対する特別の聴聞異議（Anhörungsrüge）を導入することを結果としてもたらした。これを超えて、連邦憲法裁判所は、法治国家原理（基本法20条3項）から、例えば、司法付与請求権や公正な手続を求める権利のような、民事訴訟の促進的機能（dienende Funktion）を視野に入れる付加的な保障を引き出した²⁹⁾。連邦憲法裁判所は、手続法の実際の継続的發展にとって進化を推進する意義（evolutive Bedeutung）のある、訴訟上の機会平等の原則の抛り所を、基本法3条と法治国家原理（基本法20条3項）に求めた³⁰⁾。このことから生じるのは、資力のある者とない者の権利保護は、ほぼ同一の基準に従って実現されなければならない、これは訴訟費用救助（民事訴訟法114条以下）および法律相談扶助の制度により確保されるということである³¹⁾。これに反して、補充的にのみ許される成功報酬（弁護士の報酬に関する法律〔RVG〕4a条）のような、混合的な費用体系という異質の道具立ては、これまでドイツではほとんど現れていない³²⁾。訴訟上の武器対等の原則は、当事者による資料収集や立証の場合にも尊重されている³³⁾。いわゆる「二人きりの内密の会話」を一瞥すると、当事者尋問の方法によ

↘auf die zivilprozessuale Rechtsprechung, in: Festgabe BGH, Bd. III (2000), S. 16 f.; Lipp, in: Gsell/ Hau, Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem (2012), S. 103, S. 114.

28) BVerfGE 107, 395 f. = NJW 2003, 1924, 1926; BVerfG NJW 2002, 2619; BGH NJW 2003, 1727.

29) BVerfGE 46, 202, 209（公正な手続を求める権利）; BVerfGE 107, 395, 407 ff.（司法付与請求権）; E. Schumann, ZZP 96 (1983), 140, 160; ders., Der Einfluss des Grundgesetzes auf die zivilprozessuale Rechtsprechung, in: Festgabe BGH, Bd. III (2000), S. 15 f., S. 19.

30) BVerfG NJW 2000, 1936; BVerfGE 78, 126, 129.

31) BVerfGE 9, 124, 131 = NJW 1959, 715.

32) BVerfG NJW 2007, 979; これについては, R. Stürner, in: Festschrift f. P. Gottwald (2014), S. 631, S. 635 f. も参照。

33) BVerfG NJW 2001, 2531; EGMR NJW 1995, 1413 – *Dombo Beheer B.V./Niederlande*.

る訴訟当事者の聴聞が拒絶されたが、相手方の従業員が証人として尋問される場合には、訴訟上の武器対等の原則に違反する³⁴⁾。したがって、この連邦憲法裁判所と欧州人権裁判所の基準に従って、民事訴訟法141条および448条も解釈されなければならない。連邦憲法裁判所はその射程の根拠をあまり基本法103条1項に求めておらず、それを主として基本法20条3項と訴訟上の対等要請から導いている³⁵⁾。そのための要件は、証拠調べにおける「不均衡」である。

裁判官の面前での平等は、国際的に見ればすでに、「ヨーロッパ共通の平等原則 (gemeineuropäische Gleichheitsmaxime)」であることを、シュトゥルナー (R. Stürner) が近時ゴットヴァルト (P. Gottwald) の記念論文集において明らかにした³⁶⁾。それにもかかわらず、彼の最終的な評価は、控えめである。なぜなら、彼は、当事者平等が、訴訟法の調和のための訴訟法の原理として法政策的な意義を勝ち取ってしまうかもしれないが故に、当事者平等が、「共通のミニマム・スタンダードの憲法上の保障としての機能と常に完全に一致しようとは限らず」、民事訴訟法のヨーロッパ法的憲法化の必要な限度を超えることを、恐れているからである³⁷⁾。したがって、全ヨーロッパ的な手続法の調和を促進する際の、憲法上のスタンダードの限度を超えた意義に対する一般的な疑念が、私見によれば説得的に定式化されている。手続法の調和を通じて、訴訟法の憲法化の流れの中で、法文化的に説明できる溝が、性急に覆い隠される場合には、注意が必要である。そうであるとする、調和の効果は、見せかけだけの性質を帯び、ほどなく嘲られるであろう。しかしそれでも、連邦憲法裁判所の判例は、そのよく知られた「故障時の救援者 (Pannenhelfer)」としての機能により、「訴訟法の形式的な秩序機能の動揺」の原因ともなった³⁸⁾。その一例が、失権法の領域における基本法103条1項についてのカズイスティックである。ここで、ドイツの訴訟法学は、ドイツ訴訟法の信頼できる制度の探求を人権上のインパクトにより要求する憲法裁判所および超国家的な裁判所の裁判に将来柔軟に対応できるように、自らの形成自治 (Gestaltungsautonomie)

34) EGMR NJW 1995, 1413 – *Dombo Beheer B.V./Niederlande*; これについては、Schlosser, NJW 1995, 1405; BVerfG NJW 2001, 2531; *Pache*, NVwZ 2001, 1342.

35) BVerfG NJW 2008, 2170.

36) R. Stürner, in: Festschrift f. P. Gottwald (2014), S. 631 ff.

37) R. Stürner, in: Festschrift f. P. Gottwald (2014), S. 631, S. 643.

38) 同様に、MüKo/ *Rauscher*, ZPO, 4. Aufl. (2013), Einl. zur ZPO Rn. 205 ff.; *Callies*, Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014, Bd. I (2014). 例: 基本法103条についての包括的なカズイスティック。

ドイツ法におけるミニマム・スタンダードと中核的な訴訟原則（鶴田・田上・澤村）

を保持すべきである³⁹⁾。

将来の手続法の調和の適切な基準としてのこの疑念は別としても、数十年間にわたり発展した、ドイツ司法基本権の意義は、早急には疑問視されてこなかった。このことは、近時、法律に定められた裁判官の保障（基本法101条1項）に対して行われた批判にも当てはまる⁴⁰⁾。連邦憲法裁判所の見解によれば、裁判を行う裁判官の権限は、あらかじめ、抽象的一般的規範により引き出されうることが必要であり⁴¹⁾、その任務を、裁判所の実務においては事務分配計画が引き受ける。カリエス（*Callies*）は、その点について、裁判所の事務分配計画の柔軟化を必要だと評価し、そのことが、手続のより強い専門化を可能にすると述べる⁴²⁾。その限りで、司法付与請求権により、個々の民事訴訟は、一定の質的・量的なミニマム・スタンダードを下回らないように、実効的で（*leistungsfähig und effektiv*）あり続けなければならないことが、正当にも指摘されている⁴³⁾。この促進要請と法律に定められた裁判官の原理との目的衝突は、事務分配の具体化が個別事例において当事者の選択（*Disposition*）に服することにより解消されると主張され、その結果、当事者の同意による手続は、裁判官会議（*Präsidium*）により、特定の裁判体に割り当てられることができる⁴⁴⁾。これにより、法律に定められた裁判官の裁判を求める権利は、危険なやり方で、処分権主義と対抗させられる。法律に定められた裁判官の保障は——歴史的に見れば——、とりわけ内閣の司法権行使（「内閣司

39) これについては、一般的には、*R. Stürner*, JZ 2012, 15; *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat (2014), S. 29 ff., S. 103 ff.; 訴訟法に関しては、*R. Stürner*, ZZP 127 (2014), 307 f.; イングランド手続法を人権および基本権に適合させることについては、*Andrews*, On Civil Process, Vol. I (2013), Ch. 25, S. 683 ff.

40) *Callies*, Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014, Bd. I (2014), S. A 75 f., S. 95; 疑念については、*H. Roth*, JZ 2014, 805 f. を参照。

41) BVerfG NJW 2004, 3482; BVerfG NJW 2005, 2689; MüKo/ *Rauscher*, ZPO, 4. Aufl. (2013), Einl. zur ZPO Rn. 212.

42) *Callies*, Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014, Bd. I (2014), S. A 75 f., S. 95.

43) *von Olenhusen*, AnwBl 2014, 568 ff. も同旨。

44) *Callies*, Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014, Bd. I (2014), S. A 75 f., S. 95.

法 (Kabinetts-Justiz)』から当事者および裁判官を守るとされているとしても⁴⁵⁾、その意義は決して時代遅れとはならなかった。民事裁判上の裁判手続への影響力の行使は、経済界やロビー活動家ほど国家の側の影響力の行使をあまり想定することはできないものの、決して排除されないと思われる⁴⁶⁾。外国の司法秩序がそれほど厳格な保障をしていないという認識は、立法者がドイツのミニマム・スタンダードを自発的に空洞化するものであることを意味しない⁴⁷⁾。

ドイツの上訴法についても、憲法上のミニマム・スタンダードが存在する。たしかに、連邦憲法裁判所の見解によれば、司法付与請求権および実効的な権利保護の要請から、第1審の当事者のための上訴へのアクセス (Rechtsmittelzug) の憲法上の保障は引き出されえない⁴⁸⁾。しかし、立法者がさらなる審級を付与することを決断したならば、この上訴へのアクセスは、不当な方法で妨げられてはならない⁴⁹⁾。それとともに、恣意の禁止 (Willkürverbot) と上訴の明確性の原則 (Grundsatz der Rechtsmittelklarheit) が言及される⁵⁰⁾。なぜなら、連邦憲法裁判所の見解によれば、法治国家原理の本質的な構成要素は法的安定性の原則であり、これは、手続法の領域では上訴の明確性の要請においても表現されるからである⁵¹⁾。その限りで、権利を追求する者に対して、裁判所による裁判の取消しへの途が、あらかじめ一義的かつ明確に (eindeutig und klar) 与えられなければならない。

ヨーロッパおよびドイツにおいて盛んになりつつある調停文化に目を向ければ、消費者保護法に仮託して、より大きな法領域が、裁判所の統制から逃れられることが、どの範囲まで憲法上適法であるのかという問題も、将来的には提起されるであろう。これは、消費者法上の紛争の代替的解決についての2013年5月21日の欧州議会および理事会によ

45) BVerfGE 4, 412 ff.; *von Olenhusen*, AnwBl 2014, 568 ff.

46) それ故に、硬直的な事務分配の逸脱を通常の法律のレベルで当事者の選択に委ねる提案は、多くの潜在的衝突を内包する。*H. Roth*, JZ 2014, 805 f. も批判的である。

47) しかし、裁判官により構成された裁判体の専門化がドイツにおける法律に定められた裁判官の保障 (基本法101条1項2文) にも長期的には影響を及ぼすであろうということは、予想されうる。*Prütting*, AnwBl 2013, 401.

48) これに批判的なのは、*Voßkuhle*, NJW 1995, 1377 ff.; *ders.*, Rechtsschutz gegen den Richter (1993); 支配的見解への批判については、*Gilles*, JZ 1985, 258 ff.; *Klamaris*, in: Festschrift f. *Schwab* (1990), S. 269 ff. も参照。

49) BVerfGE 69, 385; BVerfGE 125, 104, 136 f.; BVerfG NJW 2003, 1924 ff.

50) BVerfG NJW 2003, 1924 ff.

51) BVerfG NJW 2003, 1924 ff., Rn. 64 ff.

ドイツ法におけるミニマム・スタンダードと中核的な訴訟原則（鶴田・田上・澤村）

る EU 指令（2013/11/EU）が（将来の）ドイツ消費者紛争解決法に置き換えられた結果、生じうるだろう。例えば、仮に、連邦通常裁判所から、私的集団調停（private Massenschlichtung）により、重要な領域における代表的な事例の素材（Fallmaterial）が奪われるとすれば、法の継続形成が危険にさらされるであろう。たしかに、連邦憲法裁判所は⁵²⁾、かつて、司法付与請求権に鑑みて、「争いある問題状況を合意に基づく解決により処理すること」は、「法治国家においても、原則として、裁判官による裁判に優先するに値する」ことを確認した。しかし、裁判外の調停や裁判所回避が、それがコストの刺激と制裁により支えられて、イングランドにおけるのと同様に、消費者・事業者間の紛争の領域において国家の裁判権を制度上空洞化する集団的な現象に発展すれば、遅くとも、基本法92条における司法の保障も、憲法上のミニマム・スタンダードとして関連することとなろう⁵³⁾。

II. 欧州人権条約とヨーロッパ基本権

連邦憲法裁判所の判例において分化して独立された司法基本権システムと、法治国家原理（基本法20条3項）から導かれるさらなる訴訟上の保障の承認を顧慮すると、欧州人権条約の訴訟上の保障は、ドイツの民事訴訟にとって独自の意義をほとんど獲得しなかった（将来の EU 運営条約〔欧州連合の運営に関する条約：AEUV〕216条2項、EU 条約〔欧州連合条約：EUV〕6条2項を参照⁵⁴⁾）。いずれにせよ、欧州人権条約は、ドイツでは、通常の連邦法のランクにあるにすぎないのに対して（基本法59条2項）、他国では、憲法レベルに位置づけられる⁵⁵⁾。しかしながら、欧州人権条約は、連邦憲法裁判所の判例によれば、基本法上の保障のための重要な解釈補助（wichtige Auslegungs- und Interpretationshilfe）として用いられており⁵⁶⁾、そのため、連邦裁判所は、結果的に欧州人権裁判所（EGMR）の執行補助者として行動する⁵⁷⁾。欧州人権条約53条は、

52) BVerfG NJW-RR 2007, 1074；これと同旨であるのは、EuGH, Urt. v. 18.10.2010, Rs. C-317/08-320/08, *Alassani* ./ *Telecom Italia SpA*, Rz. 46 ff.; *G. Wagner*, *RabelsZ* 74 (2010), 838; *ders.*, *JZ* 1998, 842 ff.

53) *R. Stürner*, *ZfP* 127 (2014), 325; *H. Roth*, *JZ* 2013, 644 も批判的である。

54) *Rebhahn*, *AcP* 210 (2010), 532; *Oberhammer*, *JBl* 2006, 498; *Althammer*, *ZfP* 126 (2013), 10 f.

55) BVerfGE 111, 315 ff. = NJW 2004, 3407 f.; *Rebhahn*, *AcP* 210 (2010), 493.

56) BVerfGE 111, 315 ff. = NJW 2004, 3407 f.; *Ruffert*, *JZ* 2009, 391 f.; *Hoffmann/Kollmar*, *NVwZ* 2014, 1269.

57) これを的確に述べるのは、*E. Schumann*, in: *H. Roth* (Hrsg.), *Europäisierung des* ↗

人権条約はミニマム・スタンダードのみをその内容とすることを示している⁵⁸⁾。その限りで、欧州人権条約6条1項は、民事法上の権利について、独立した、不偏不党の、法律により設置された裁判所が裁判しなければならないことを保障する⁵⁹⁾。欧州人権裁判所によれば、当該規定により、裁判所へのアクセス権、審尋請求権⁶⁰⁾、公正な手続および口頭弁論を求める権利をも保護される⁶¹⁾。さらなる明示的な保障に該当するのは、公開を求める権利、適時の裁判を求める権利、ならびに、裁判体の独立性および無党派性である⁶²⁾。当該規定は、訴訟に関連する人権の核心を含み⁶³⁾、欧州人権裁判所の裁判において、公正な手続の原則に特別の意味が認められる⁶⁴⁾。欧州人権条約の訴訟上のミニマム・スタンダードは（EU基本権憲章〔GRCh: Charta der Grundrechte der Europäischen Union〕47条におけるパラレルの保障と同様に⁶⁵⁾）、民事訴訟の判決手続のために、重要な「先導および同化の機能」を引き受ける⁶⁶⁾。このことは、とりわけ、欧州人権条約は、2000年10月に1998年イギリス人権法（Human Rights Acts 1998）が施行されて以来、イングランドにおいても直接通用する法であり、大陸法（*civil law*）と英米法（*common law*）との法の差異を（少なくとも理論上は）より小さくする手助けをするために、特筆すべきである⁶⁷⁾。EU条約6条3項によれば、欧州

↘Rechts (2010), S. 225, S. 232. これについてはすでに、*Althammer*, ZJP 126 (2013), 10 f. を参照。

58) 欧州人権裁判所の裁判が、手続の再審を正当化する（民事訴訟法580条8号）。

59) *Rebhahn*, AcP 210 (2010), 489 f.; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 4 Rn. 13, S. 135.

60) *Andrews*, in: *Kramer/ van Rhee* (Hrsg.), *Civil Litigation in a Globalising World* (2012), S. 31; *Matscher*, in: *Festschrift f. W. Henckel* (1995), S. 593, S. 594 f., S. 598 f.

61) これについては、*R. Stürmer*, in: *Festschrift f. Kaissis* (2012), S. 991, S. 1003 も参照。

62) 詳しくは、*M. Wolf*, in: *Festschrift f. Söllner* (2000), S. 1279 f., S. 1280.

63) *Knöfel*, in: *Festschrift f. Kaissis* (2012), S. 502; *Matscher*, in: *Festschrift f. H. F. Gaul* (1997), S. 435 ff. を参照。

64) *Matscher*, in: *Festschrift f. W. Henckel* (1995), S. 593, S. 596; これについてはすでに、*Althammer*, ZJP 126 (2013), 10 f.; *MüKo/ Rauscher*, ZPO, 4. Aufl. (2013), Einl. zur ZPO Rn. 208 を見よ。

65) これについては、*Triebel*, JURA 2003, 525.

66) *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 1 Rdnr. 21, S. 15; *Oberhammer*, JBl 2006, 498.

67) *Vogenaier*, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, ↗

ドイツ法におけるミニマム・スタンダードと中核的な訴訟原則（鶴田・田上・澤村）

人権条約は、一次法により根拠づけられたアキ・コミュニテール（現存 EU 法体系）の一部でもある⁶⁸⁾。

欧州人権条約において保障される手続権を一瞥するだけでは、ヨーロッパの手続法の調和はその取っ掛かりにおいてすら実現されえない。例えば、欧州人権条約 6 条（および公正な手続を求める権利）についての欧州人権裁判所の判例によれば、民事訴訟のために訴訟費用救助を保障する、条約締約国の一般的な義務は存在しない⁶⁹⁾。これに対して、刑事訴訟上の保障は、同条 3 項 (c) においてよりひろく付与される⁷⁰⁾。この民事訴訟上の欠缺は、例えば法人への訴訟費用救助の承認に関しては、連合法違反であるにもかかわらず、EU 基本権憲章 47 条 3 項に基づき初めて部分的に埋められる⁷¹⁾。EU 基本権憲章 47 条 3 項は、たしかに、同 51 条により、連合法の実施の場合にのみ適用される。しかしながら、このことは、欧州司法裁判所の近時の判例によれば、（加盟国の手続自治に特別の顧慮をすることなく）広く理解される⁷²⁾。個々のケースにおいて、欧州人権条約 13 条から、欧州人権条約 6 条の要求が顧慮されるように国内の訴訟法を形成する⁷³⁾、

↘Bd. II (2011), S. 979; *van Rhee*, in: *van Rhee* (Hrsg.), *European Traditions in Civil Procedure* (2005), S. 23; *Peukert*, *RebelsZ* 63 (1999), 600; *Althammer*, *ZJP* 126 (2013), 10 f.

68) *Lipp*, in: *Gsell/ Hau*, *Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem* (2012), S. 103, S. 114; 同様にすでに、*Althammer*, *ZJP* 126 (2013), 10 f. その他、欧州人権条約の保障は、承認法上の公序の留保 (*ordre public*-Vorbehalt) を具体化することに用いられる。EuGH, Urt. 28.3.2000, Rs. C-7/98, *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935 = *NJW* 2000, 1853, Rn. 25 ff.; EuGH, Urt. v. 2.4.2009, C-394/7, *Marco Gambazzi/ Daimler Chrysler Canada Inc.*, Slg. 2009, I-2563; *Netzer*, *Status quo und Konsolidierung des Europäischen Zivilverfahrensrechts* (2011), S. 207.

69) EGMR *NJW* 2006, 1256; EGMR *NJW* 2008, 2319; EGMR *NJW* 2010, 3207; EGMR *NJW-RR* 2013, 1075 f.: 「法人への訴訟費用救助の承認について締約国間で合意はなく、明確な傾向さえもない。」*Knöfel*, in: *Festschrift f. Kaissis* (2012), S. 502 も参照。*R. Stürner*, *Festschrift f. P. Gottwald* (2014), S. 634 は反対。

70) 民事裁判権と刑事裁判権の区別をしないものとして、*Hess*, in: *Festschrift f. Jayme* (2004), S. 344 f.

71) 基本法 20 条 3 項および 3 条については、BVerfG *NJW* 2010, 987 も参照。欧州司法裁判所によれば、法人による主張は排除されていない。EuGH, Urt. v. 22.12.2010, Rs. C-279/09, *DEB mbH/ Deutschland*, *EuZW* 2011, 137 ff.

72) EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-617/10, *Hans Åkerberg Fransson*, *NJW* 2013, 1415.

73) *Lipp*, in: *Gsell/ Hau*, *Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem* (2012), S. 103, S. 115 f.

国内の立法者に対する義務的な任務が読み取れる⁷⁴⁾。その一つの例は、長すぎる手続期間の克服のための欧州人権裁判所の判例である。それによれば、予防的権利保護モデルと補償的権利保護モデルは等価値とみなされ、したがって、個々の締約国に一定の転換の余地がある。しかしながら、この転換の余地は、現実の法の統一化にはほとんど役に立たない⁷⁵⁾。結果として決定的なのは、欧州人権条約が、裁判所による判決手続の形成のための詳細な基準を予め定めておらず⁷⁶⁾、国内の手続的要素の多彩さをも妨げようとしないうことである⁷⁷⁾。将来的に関心が生じうるのは、欧州人権条約の追加された第16議定書による、欧州人権裁判所における先決付託手続 (Vorabefassungsverfahren) の導入であろう⁷⁸⁾。それにより、国内の最上級裁判所が、条約上の法の適用または解釈についての問題を欧州人権裁判所に持ち込むことができるメカニズムが導入される。また、将来的には、欧州人権裁判所および欧州司法裁判所の判例ならびに EU 基本権憲章の増大する意義により、連邦憲法裁判所に優遇される基本権領域の調査 (権) が恒久的には保たれえず、基本法、欧州人権条約および EU 基本権憲章の基本権領域の内容的な融合または接近が生じることも、排除されない⁷⁹⁾。もともと、これは、公法がリードしなければならぬ議論であるが、さらにそれは、民事訴訟法およびその進行する憲法化にも及ぶであろう。

III. ヨーロッパの基本的自由

たしかに、訴訟上のミニマム・スタンダードは、ヨーロッパの一次法からも⁸⁰⁾、基本的自由 (EU 運営条約28条, 49条, 56条) および差別禁止の形で読み取れる⁸¹⁾。ドイ

74) *Meyer-Ladewig/Petzold*, NJW 2005, 18 f.

75) *M. Wolf*, in: *Festschrift f. Söllner* (2000), S. 1279 f.; *Althammer*, ZfP 126 (2013), 10 f.

76) *Leible*, in: *Müller-Graff*, *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* (2005), S. 65; *Hess*, IPRax 2001, 392.

77) *EGMR* NJW 1999, 1174 (「判断余地」); *M. Wolf*, in: *Festschrift f. Söllner* (2000), S. 1279 f.

78) *Hoffmann/Kollmar*, NVwZ 2014, 1269. 【訳者注】なお、この議定書は、2018年8月1日に発効した。

79) これについては、*Thym*, JZ 2015, 9 f.

80) *Heinze*, EuR 2008, 656.

81) *EuGH*, *Urt. v. 22.6.1999*, Rs. C-412/97, *ED Srl/ ItaloFenocchio*, Slg. 1999, I-3879 f. Rn. 11; 詳細は、*H. Roth*, in: *Müller-Graff/Roth* (Hrsg.), *Recht und Rechtswissenschaft* (2000), S. 351, S. 368 f.; *M. Wolf*, in: *Grunsky u. a.* (Hrsg.), *Wege zu einem* ↗

ドイツ法におけるミニマム・スタンダードと中核的な訴訟原則（鶴田・田上・澤村）

ツの視点からすると、例えば、民事訴訟法旧917条2項および旧110条は、ヨーロッパ法上の差別禁止に違反する⁸²⁾。しかし、域内市場（Binnenmarkt）の発展は、国家の訴訟法調和を必然的には要求しないので、基本的自由はその調和にほとんど寄与できない⁸³⁾。国家の訴訟法に対するより強い影響力を獲得したのは、連合法上の実効性の原則および同等の原則であり、それは加盟国の手続自治の軟化に貢献した⁸⁴⁾。例えば、欧州司法裁判所の判例によれば、連合法の実効的な貫徹は、個々の事例において、民事訴訟上の提出主義（Beibringungsgrundsatz）が制限を受けることを要求するとされる⁸⁵⁾。それに対して、裁判所による実効的な権利保護の原則は、裁判外の紛争解決手続が当事者を拘束する裁判に至らず、訴えの提起にとって著しい遅延をもたらさない場合には、その手続の事前実施を定める国内の規律に反しないとする⁸⁶⁾。なぜなら、低コストで司法の負担軽減となる紛争の解決は、一般の利益の目標であるからであるとされる⁸⁷⁾。いずれにせよ、一般的な手続法上のミニマム・スタンダードは、実効性の原則および同等の原則から決して引き出されない。なぜなら、これは単に個々の事例において調整方法として役に立つにすぎないからである⁸⁸⁾。

↘europäischen Zivilprozessrecht, Tübinger Symposium zum 80. Geburtstag von F. Baur (1992), S. 35 ff.; Rösler, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts (2012), S. 483 f.

82) EuGH, Urt. v. 10.2.1994, Rs. C-398/92, *Mund*, NJW 1994, 1271; EuGH, Urt. v. 20.3.1997, Rs. C-323/95, NJW 1998, 2127.

83) *Stadler*, in: National and Kapodistrian University of Athens (Hrsg.), *Essays in honour of Konstantinos D. Kerameus* (2009), S. 1355 f.; *Wendt*, EuZW 2011, 618 も同旨。

84) EuGH, Urt. v. 15.5.1990, Rs. C-365/88, *Kongressagentur Hagen*, NJW 1991, 2621 f.; *Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2010), § 11 Rn. 8, S. 621; *ders.*, in: *Kramer/van Rhee* (Hrsg.), *Civil Litigation in a Globalising World* (2012), S. 159; *Heinze*, EuR 2008, 657 f., 688; *ders.*, JZ 2011, 713; *A. Herb*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess* (2007), S. 187 ff.

85) EuGH, Urt. v. 14.12.1995, Rs. C-430/93 および C-431/93, *van Schijndel*, Slg. 1995, I-4705; *Herb*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess* (2007), S. 300 を参照。

86) EuGH, Urt. v. 18.10.2010, Rs. C-317/08 bis C-320/08, *Alassani* *./. Telecom Italia SpA*, EuZW 2010, 550, Rn. 46 ff.

87) 上述の連邦憲法裁判所の判例とのパラレルは明らかである（前掲III 1 を見よ）。

88) 例えば, EuGH, Urt. v. 14.6.2012, Rs. C-618/10, *Banco Español/Joaquín Calderón Camino*, EuZW 2012, 754 f. = NJW 2012, 2257 f. を参照。

D. ドイツ民事訴訟における訴訟原則

ドイツ民事手続法は、一次的に、民事訴訟法および裁判所構成法に、そして二次的に、その付属法に、その規範的基礎を見いだす。訴訟の枠組み (Architektur) は、その際、本質的には、時として憲法上の基礎をも備える訴訟原則により決定される⁸⁹⁾。これらの原理および原則には、法政策的な基本判断、および、承認された訴訟上の正義価値が表現される⁹⁰⁾。ドイツの判決手続の支柱は、処分権主義および弁論主義、公開原則および迅速原則、ならびに、弁論の口頭性および直接性にあり、これらの原理は、今日、同一の範囲で検討されることはできない⁹¹⁾。時として、それらの固有の価値は争われることがある。なぜなら、それらから、具体的な訴訟上の諸問題に対する説得力のある解決が直接引き出されるわけではないからである。しかし、これは、それらの任務ではない。むしろ、それらの任務は、手続原則の中に体现される諸価値が、訴訟上の複合問題の分析の際に、重要な解釈基準として顧慮され、これらの手続原則から逸脱するさいには常に特別な根拠づけを必要とすることにある⁹²⁾。もっとも、そのような原則・原理規範の影響力を保持するために、基本的な前提となるのは、確固たる内容上の限界づけである。それに対して、個々の原理に、憲法上の過剰な価値を与えることは、要求されない。大抵、訴訟原則は、相対立する対 (原理と反対原理) として捉えられうる⁹³⁾。

これらのドイツの訴訟原則は——1976年のフランス新民事訴訟法典の「指導原理」とは反対に⁹⁴⁾、また、2010年のスイス新民事訴訟法の原理とも異なり——明示的にも、まとまりのあるものとしても、法典化されなかった⁹⁵⁾。たしかに、スイス民事訴訟法

89) *Bruns*, in: *Bruns/ Münch/ Stadler* (Hrsg.), *Die Zukunft des Zivilprozesses* (2013), S. 55 f. も同旨；一般的には、*MüKo/ Rauscher*, ZPO, 4. Aufl. (2013), Einl. zur ZPO Rn. 287 f.; *Laukkanen*, in: *M. Storme* (Hrsg.), *Procedural Laws in Europe – Towards Harmonisation* (2003), S. 188 は、「訴訟制度の枠組み」という語を用いる。*Gilles*, *ZZPInt* 7 (2002), 28.

90) *R. Stürner*, in: *Festschrift f. Baur* (1981), S. 647; *Bruns*, in: *Bruns/ Münch/ Stadler* (Hrsg.), *Die Zukunft des Zivilprozesses* (2013), S. 55 f.;

91) 詳細は、*Stein/ Jonas/ Leipold*, ZPO, 22. Aufl. (2005), vor § 128 Rn. 5.

92) *Bruns*, in: *Bruns/ Münch/ Stadler* (Hrsg.), *Die Zukunft des Zivilprozesses* (2013), S. 55 f.; これに賛同するのは、*H. Roth*, *JZ* 2014, 802.

93) *R. Stürner*, *ZZP* 127 (2014), 297 ff.; *Hofmann*, *ZZP* 126 (2013), 101 f.

94) これについては、*Cadiet/ Jeuland*, *Droit judiciaire privé*, 8. Aufl. (2013), S.395 ff. ; ドイツ法の観点から、*R. Stürner*, *ZZP* 127 (2014), 297 ff.

95) 非常に詳細に規律されているのは、手続公開の原則だけである (裁判所構成

52条以下には、一見したところ、手続原則の明示的な準則（信義誠実・法的審尋、手続の公開性、弁論主義・職権探知主義、裁判所の質問義務、処分権主義・職権主義）があり、それらは、内容的に、フランスの原則よりもドイツの原則に合わせた⁹⁶⁾。それにもかかわらず、その他の規定と合わせてみるにより得られる、スイス民事訴訟法の規律の重要性はごくわずかである。法典化のための一般的な手続原理の実際上の意義は、形式的に最初に述べられることにより、示唆されるものではない⁹⁷⁾。ドイツ民事訴訟法には比較可能な「総則」がないにもかかわらず、個々の諸規定をまとめて見ると、そこには、訴訟原則および手続原則が、かなり含蓄に富みかつ詳細に表現されている。これとの関連で、2014年6月25日および26日のドイツ司法大臣の第85回会議の決議が、刑事訴訟法の手続原理の強化を提案し、これが法典化により行われるべきであることは、これを支持する刑事法の関係者にとってのみ、関心があることではないかもしれない。しかし、内容的な充実化が伴わない場合には、純粋な法典化が進歩を意味しないことは、スイスの例が示している。

法史的な側面から、我々の隣国であるフランスも嗜好するミニマム・スタンダードを挙げることは、元来、可能であるに違いないといえそうである⁹⁸⁾。例えば、1806年のナポレオン民事訴訟法典が、（あらゆる簡素化について）ドイツの各ラントの法秩序に影響を遺し続け、普通ドイツ民事訴訟を鑄造した一種のモデル法としての役割を果たした⁹⁹⁾。自由主義的な訴訟モデルの特徴は、手続についての当事者支配、公開原則および口頭主義であった¹⁰⁰⁾。もちろん、ナポレオン民事訴訟法典の基本的な構造原理のみ

↘法169条以下)。全ヨーロッパの観点からの訴訟原則については、*Habscheid*, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft* (1993), S. 455 f. 『国際的民事訴訟の諸原理 (Principles of Transnational Civil Procedure)』も、裁判官の独立性および無党派性（第1原理の1、第1原理の3）、公開原則（第20原理）ならびに平等取扱いの原則（第3原理）のような基本的な手続原理を含んでいる。

96) *Oberhammer*, ZEuP 2013, 751 ff.

97) *Oberhammer*, ZEuP 2013, 751 ff. も同旨。

98) この側面についてより詳細は、*Althammer*, ZJP 126 (2013), 1 ff., 8 f.

99) *E. Koch*, in: *R. Schulze* (Hrsg.), *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts* (1994), S. 158; *van Rhee*, Introduction, in: *van Rhee* (Hrsg.), *European Traditions in Civil Procedure* (2005), S. 5 f., S. 10; *Althammer*, in: *Lipp/Fredriksen* (Hrsg.), *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway* (2011), S. 27 f.; *ders.*, in: *Festschrift f. Simotta* (2012), S. 1 ff.

100) *E. Koch*, in: *R. Schulze* (Hrsg.), *Französisches Zivilrecht in Europa während* ↗

が、いわばミニマム・スタンダードとして引き継がれ、それから独自に形作られた¹⁰¹⁾。現在の意味における、民事訴訟法の個々の本質的な訴訟原則は、次の通り、簡潔に叙述されることとなろう。

I. 当事者処分の意義

ドイツの民事訴訟は、手続の内容、進行および終了について決定する権能を訴訟当事者に与える処分権主義 (Dispositionsgrundsatz) により、決定的に特徴づけられている¹⁰²⁾。民事訴訟法308条1項と並んで、同法269条、525条および794条1号は、民事訴訟法にとって特徴的な処分権主義を表現し¹⁰³⁾、処分権主義は、ドイツ民事訴訟法の自由主義的な考え方と調和し、実体法を鑄造する私的自治に、訴訟上対応するものである¹⁰⁴⁾。民事訴訟法308条2項は、専ら、公的な利益である訴訟費用裁判のためにその基本規律を破つたにすぎない。その核心的内容において、処分権主義は、基本法2条1項および実効的な権利保護の保障 (基本法19条4項、基本法20条3項の文脈で同2条1項) により、憲法レベルで保護されている。それに対して、その周辺領域において、訴訟上の処分自由は通常の立法者の形成自由に服する¹⁰⁵⁾。処分権主義は、裁判官の判決の実質的確定力 (既判力) の客観的限界との関連でも現れる¹⁰⁶⁾。民事訴訟法322条1項によれば、既判力は、「訴え……により提出された請求したがって訴訟物について裁判される」範囲「だけに」及ぶ¹⁰⁷⁾。これに対して、サヴィニー (*v. Savigny*) の要素理

↳des 19. Jahrhunderts (1994), S. 159 ff.

101) *M. Ahrens*, Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess (2007), S. 82, S. 641; *R. Stürmer*, in: *W. Habscheid*, Das deutsche Zivilprozeßrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen (1991), S. 14.

102) MüKo/*Rauscher*, ZPO, 4. Aufl. (2013), Einl. zur ZPO Rn. 290 ff.; *Bruns*, in: *Bruns/Münch/Stadler* (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses (2013), S. 55 f.; *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 22. Aufl. (2005), vor § 128 Rn. 139 ff.

103) Vgl. *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995), S. 214 f.

104) MüKo/*Rauscher*, ZPO, 4. Aufl. (2013), Einl. zur ZPO Rn. 290 ff.; 民事訴訟の観点からのリベラリズムについて、詳細は、*R. Stürmer*, öJZ 2014, 1 ff.

105) *Bruns*, in: *Bruns/Münch/Stadler* (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses (2013), S. 57; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. (2010), § 1 Rn. 28.

106) フランス法について、および、ありうるヨーロッパの調和については、近時のものとして、*F. Ferrand*, in: *Festschrift f. P. Gottwald* (2014), S. 143 ff. を参照。

107) 立法者の理由書については、*Hahn*, Die gesammten Materialien zu den Reichs-

ドイツ法におけるミニマム・スタンダードと中核的な訴訟原則（鶴田・田上・澤村）

論によれば、裁判官は、争訟の裁判（Streitentscheidung）の前提となる実体法上の権利関係を全体として裁判するとされる¹⁰⁸⁾。この狭い既判力の客観的限界を補うために、当事者に、中間確認の訴え（民事訴訟法256条）を選択する自由が与えられている。このことは、処分権主義に極めてよく対応する。

処分権主義の意義は、上訴法にも現れる。すなわち、例えば、立法者は、昨年、当事者処分と上訴取下げとの緊張関係を解消した¹⁰⁹⁾。上訴審における当事者の一方的な処分の限界についての新たな規定が、2013年10月10日付の裁判所電子的法情報交換促進法（Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten）26条3項の枠内で、2014年1月1日に施行された¹¹⁰⁾。法政策的背景には、上告人（例えば保険会社またはエネルギー・コンツェルン）の上告提起後に、連邦通常裁判所が口頭弁論において不利な法的見解の兆しを見せた場合には、原則裁判（Grundsatzentscheidung）を妨げることができるかどうかという問題があった¹¹¹⁾。上告の許可後、当事者の上告を取り下げる権利は、最上級裁判所の原則裁判を求める一般の利益と衝突する¹¹²⁾。後者の利益を顧慮するために、立法者は、理論的には、アメリカ合衆国の連邦最高裁判所の手本に従い、許可上告（Annahmerechtsmittel）を導入する可能性があったが、これは当時真面目には検討されなかった¹¹³⁾。2013年10月10日付の裁判所電子的法情報交換促進法26条3項の枠内で、たしかに、民事訴訟法565条には、上告人は上告を被上告人の同意なく口頭弁論の開始までにのみ取り下げることができる、ということが付け加えられた。しかしながら、同時に、一方的な当事者処分だけが制約されたにすぎない¹¹⁴⁾。処分権主義はドイツ民事訴訟法の確固たる原理として把握されなければならず、職権主

↘Justizgesetzen II/1, 2. Aufl. (1881), S. 291; Foerste, ZZP 108 (1995), 169 を参照。

108) *v. Savigny*, System VI (1847), S. 350.

109) 以下のことについても、*Althammer*, in: *Bruns/ Münch/ Stadler* (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses (2013), S. 100 f.

110) これについては、BT-Drs. 17/13948, S. 35 f. を参照。

111) これについては、先んじて *Hirsch*, VersR 2012, 929 f. を参照。批判的なものとして、*Prütting*, AnwBl 2013, 401, 404.

112) *Althammer*, in: *Bruns/ Münch/ Stadler* (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses (2013), S. 100 f.

113) *Althammer*, in: *Bruns/ Münch/ Stadler* (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses (2013), S. 101.

114) その他の点では、民事訴訟法新555条3項によれば、今後、上告審における認諾判決は、（被告による認諾の表明後）原告の特別の申立てによってのみ言い渡され、もはや直ちに職権により言い渡されない。

義により処分権主義を破ることが特別の正当化を必要とすることは、依然として維持されている。同時に、この考察により、私的自治を鑄造している個人主義的な視点の表現としての権利 (subjektives Recht) が、訴訟法においても凱旋行進をすることが、明らかとなる¹¹⁵⁾。

これを超えて、処分権主義は、ヨーロッパ共通の原理としても、他の国内法の中で承認されている。しかし、それは、事実および証拠方法に対する当事者の責任と、法解釈学的に常に厳格に区別されているわけではない¹¹⁶⁾。『国際的民事訴訟の諸原理 (Principles of Transnational Civil Procedure)』の第10原理 (Principle 10) においても、処分権主義は、はっきりと規定されている。それに対して、EU 法においては、民事訴訟上の処分権主義は、一次法レベルでも二次法レベルでも、比較可能なほど簡潔には表現されていない¹¹⁷⁾。

例えば、欧州司法裁判所も近時は、処分権主義にあまり敬意を示していないことは、驚くに当たらない¹¹⁸⁾。すなわち、例えば、2013年のドウアルテ・フェロス (*Duarte Hueros*) の法的事件における欧州司法裁判所の裁判例によれば、消費者は契約の解消のみを求めているが、消費財の契約違反が軽微であるために契約解消が実現されない場合、消費動産売買指令は、国内の民事訴訟法規定と対立するとされる。なぜなら、国内の民事訴訟法の規定は、代金減額請求権の考慮を職権によっては許さないからである¹¹⁹⁾。このことは、とりわけ、国内の民事訴訟法に従うと、訴えの申立ての明確化も、新たな訴えの提起も、消費者に拒まれる場合に当てはまるとされる¹²⁰⁾。欧州司法裁判所の最初の誤りは、すでに、同裁判所が、スペイン民事訴訟法における訴えの追加的変更の可能性を、付託したスペインの裁判所 (*spanisches Vorlagegericht*) の照会 (Angabe) に応じてあまりにも狭く解釈し、民事訴訟法上の処分権主義 (スペイン民事訴訟法 [Ley de Enjuiciamiento Civil: LEC] 218条1項) を制限せざるをえないと考

115) *R. Stürmer*, in: *Gilles/Pfeiffer* (Hrsg.), *Prozessrecht und Rechtskulturen* (2004), S. 47.

116) これについては、*R. Stürmer*, in: *Festschrift f. Heldrich* (2005), S. 1064 ff.

117) 詳細は、*Bruns*, in: *Bruns/Münch/Stadler* (Hrsg.), *Die Zukunft des Zivilprozesses* (2013), S. 58.

118) EuGH, Urt. v. 3.10.2013, Rs. C-32/12, *Duarte Hueros*, EuZW 2013, 918 ; これについては、*Sala*, euvr 2014, 178.

119) EuGH, Urt. v. 3.10.2013, Rs. C-32/12, *Soledad Duarte Hueros/Autociba SA u.a.*, EuZW 2013, 918.

120) EuGH, Urt. v. 3.10.2013, Rs. C-32/12, *Soledad Duarte Hueros/Autociba SA u.a.*, EuZW 2013, 918.

えたことにある。たしかに、国内の立法者は、手続の方式の決定の際に、実効性の原則を考慮しなければならない。しかしながら、具体的な事例において消費者の権利の実現を達成するためには、別の（訴訟上の）選択肢も考慮されえた¹²¹⁾。以上の国内の手続自治への介入は、ヨーロッパの約款指令の適用範囲における提出主義の制限よりも重大な問題である¹²²⁾。このような状況に恒久的に対応するために、消費者・企業間の紛争における裁判官の指摘義務を明確に規定することが推奨される¹²³⁾。具体的なケースにおいて、実体的な原告の利益に向けられる訴訟物の解釈も、緊張緩和をもたらすことができ（民事訴訟法264条3号と比較可能である）、これにより、不適法な訴えの変更の承認が防止されるであろう。法の調和は、この領域では全くもって可能といえそうである。

II. 「協働主義」を背景にした提出主義

提出主義または弁論主義とは、手続において事実の訴訟資料と証拠方法を提出することは当事者の責務であることを意味する。基本法103条1項により、この原理は、少なくとも部分的に憲法上のレベルで保護されている¹²⁴⁾。処分権主義と同様に、弁論主義は、権利を中心に据える自由な私法秩序の民事訴訟（法）型の鑄造である¹²⁵⁾。2007年に、弁論主義は、例えば、ドイツの立法者が住居所有権紛争を職権探知主義の適用領域から排除し、この紛争がそれ以来、民事訴訟法の手続として扱われることにより、活気づいた¹²⁶⁾。しかしながら、形式的真実義務、ならびに、裁判官の指摘義務および解明

121) 正当にも、*Sala*, euvr 2014, 178 ff. は、職権による代金減額は消費動産売買指令により要求されない、と述べる。私見は、ドイツ民事訴訟法では、民事訴訟法264条2号、3号による解決方法を提案する。

122) EuGH, Urt. v. 27.6.2000, Rs. C-240/98, *Océano Grupo*, ZfP 2000, 1165, Rn. 22; EuGH, Urt. v. 4.6.2009, Rs. C-243/08, *Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustínikné Györfi* Rs, NJW 2009, 2367, Rn. 32; *Saare/ Sein*, euvr 2013, 15 ff.

123) *Sala*, euvr 2014, 178 ff. も同旨。

124) MüKo/*Rauscher*, ZPO, 4. Aufl. (2013), Einl. zur ZPO Rn. 307 ff.; *Bruns*, in: *Bruns/Münch/Stadler* (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses (2013), S. 59.

125) *Stein/ Jonas/ Leipold*, ZPO, 22. Aufl. (2005), vor § 128 Rn. 149 f.; MüKo/*Rauscher*, ZPO, 4. Aufl. (2013), Einl. zur ZPO Rn. 307; BVerfGE 54, 293 も参照。すなわち、「手続法は…個人および公的機関にとって、高度に自由を保障する機能を持つ」。

126) Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26.3.2007, BGBl. I, 370.

義務が、提出主義の自由な展開に制限を加えている¹²⁷⁾。現代の民事訴訟においては、裁判所は、中立義務に違反することなく、当事者に対して、事実主張の完全性を求め、かつ、必要な補充を促さなければならないが（民事訴訟法139条1項、278条3項）、それは、真の「職人芸（Kunststück）」を示すものである¹²⁸⁾。それゆえ、紛争事実関係の包括的な再検討に対する共同責任という意味での裁判官の積極性は、有力に支持されている¹²⁹⁾。証拠申出のレベルでも、裁判所が当事者と（部分的に）協力することが考えられる。しかしながら、ドイツではネガティブに含意される「協働主義」の概念は独自の原理として確固たる地歩を占めてこなかった¹³⁰⁾。学説において説得的に論拠が示された「陳述責任および証明責任を負わない当事者の解明義務」の構成があるにもかかわらず¹³¹⁾、連邦通常裁判所¹³²⁾は、「何人も自己の意に反して提出する義務を負わない（*nemo tenetur edere contra se*）」という原則に固執し、これを二次的主張責任の原則により緩和するにすぎない。比較法研究は、この点についてはずっと以前から、もう一方の傾向が正しいことを示してきた。少なくとも、2001年の民事訴訟法改正の枠内で、第一審における事案解明は多少なりとも改善された¹³³⁾。2001年改正の立法者による民事訴訟法142条以下における裁判官の解明手段の拡充にとってのモデルは、フランス訴訟法（フランス民法10条とフランス民事訴訟法新11条）にも、アングロアメリカの訴訟法にもある¹³⁴⁾。ヨーロッパの実行指令（RL 2004/48/EG）がドイツ法に置き換えられることは、特許法140b条、実用新案法24b条、商標法19条、意匠法46条が示すように、付属法の枠内での探求手段の強化をもたらしたにすぎず、訴訟上の解明手段システムの望ましい一般的な修正を始動させなかった¹³⁵⁾。しかし、この批判されるべき点を別に

127) MüKo/*Rauscher*, ZPO, 4. Aufl. (2013), Einl. zur ZPO Rn. 319 f.

128) *Bruns*, in: *Bruns/Münch/Stadler* (Hrsg.), *Die Zukunft des Zivilprozesses* (2013), S. 59.

129) さらに詳細には、*Gaier*, NJW 2013, 2872 f. も参照。

130) しかし、オーストリアの視点から、*Kugler*, *Die Kooperationsmaxime* (2002) を参照。

131) *Musielak/Stadler*, ZPO, 9. Aufl. (2012), 12. Aufl. (2015), § 138 Rn. 11; *Peters*, ZZZ 82 (1969), 200 ff.; *Waterstraat*, ZZZ 118 (2005), 459 ff.

132) BGH NJW 1990, 3151; BGH NJW 1990, 1404.

133) BT-Drs. 14/4722, S. 1; *R. Stürner*, *Neuere Prozessrechtsreformen in Frankreich und Deutschland – Zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie*, in: *U. Blaurock* (Hrsg.), *Gerichtsverfahren zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie* (2005), S. 29, S. 31.

134) *Althammer*, in: *Festschrift f. Simotta* (2012), S. 6 f.

135) *Hess*, *Ritsumeikan Law Review* No. 27 (2010), 205. 『国際的民事訴訟の諸原理』 ↗

ドイツ法におけるミニマム・スタンダードと中核的な訴訟原則（鶴田・田上・澤村）

すれば、ドイツ民事訴訟は、この数十年で、裁判所と当事者との間の対話による手続へと発展し続けたのは確認されうる¹³⁶⁾。当事者が（まずは自らの利益のために）事実関係の再構成をしようと努力する場合には、手続効率的でもあるため、提出主義と訴訟経済との間には強い結びつきがある¹³⁷⁾。『国際的民事訴訟の諸原理』のうちのいくつかも、観念的には、その基礎に弁論主義があることを示している。例えば、第5原理の4によれば、手続において重要な事実および証拠を提出する権利は、当事者に帰属する¹³⁸⁾。しかし、結果として、この『諸原理』より、当事者に、ドイツ法におけるよりもいくらか強いイニシアティブが要求される¹³⁹⁾。原則として、弁論主義は、明文の法規がなく、間接的な法律上の手がかりがあるにすぎないにもかかわらず、ヨーロッパ民事訴訟法においても承認されている¹⁴⁰⁾。ヨーロッパの一次法および欧州司法裁判所により部分的に要求される、職権調査義務については、それ以上言及する必要はない。なぜなら、欧州司法裁判所の裁判は、これまで（この義務を）準則としてではなく、例外としてのみに強調してきたからである¹⁴¹⁾。

将来的に、弱者の保護が、民事実体法を超えて民事訴訟においても、どのような意味を獲得しうるかは、ほとんど予測されえない。この問いは、仮に、例えば、連邦憲法裁判所¹⁴²⁾により実体法について発展された、契約相手方の構造的劣位のための諸原則が、民事訴訟法に転換されることが求められるとすれば、影響力を持つことになろう。例えば、基本法において保障されている私的自治の表現としての民事訴訟上の提出主義を、一方当事者が状況的に著しく劣勢である事件において特別の解明義務を裁判所に負わせる給付原則（Leistungsmaxime）をもって補完することは、排除されないように思われ

ゝは、ブリトライアル・ディスカバリーを支持しないが、ドイツ法よりも広い（第16原理を参照）。

136) 根本的には、*R. Stürner*, Z郑 123 (2010), 152 f., 154. これは、同時に、フランス民事訴訟法16条との近親性を強調する。

137) MüKo/*Rauscher*, ZPO, 4. Aufl. (2013), Einl. zur ZPO Rn. 308; しかし、*Schöpflin* JR 2003, 485 は、訴訟経済は独立の訴訟原則ではないことを明示的に示している。

138) 詳細は、*Bruns*, in: *Bruns/Münch/Stadler* (Hrsg.), *Die Zukunft des Zivilprozesses* (2013), S. 59.

139) *R. Stürner*, Z郑 127 (2014), 305 ff.; *ders.*, ÖJZ 2014, 8 f.

140) 例えば、EU 基本権憲章47条に基づく証明権にある。

141) EuGH, Urt. V. 27.6.2000, Rs. C-240/98, *Océano Grupo*, ZIP 2000, 1165, Rn. 22; EuGH, Urt. v. 4.6.2009, Rs. C-243/08, *Pannon*, NJW 2009, 2367, Rn. 32; *Saare/Sein*, euvr 2013, 15 ff.

142) BVerfGE 89, 232 ff. = NJW 1994, 36.

る¹⁴³⁾。契約交渉の場合と同様に、当事者は、民事訴訟においても、同じ目の高さで相対峙しなければならない。

これを背景とすると、さらに問題となると思われるのは、将来、どのような方法で、民事訴訟の判決手続の魅力が、とりわけ消費者保護の傾向にある、強まる私的な調停文化に対抗して、保持されうるのか、である¹⁴⁴⁾。しかしながら、民事訴訟における構造的不均衡の回避の要請は、紋切り型の (rollentypisch) 消費者保護訴訟法が擁護されることに至る必要はない。その代わり、裁判をする裁判官の立場からは、まず、具体的な個別事件における力の不均衡の回避が重要であるといわれている¹⁴⁵⁾。もっとも、これは、私見によれば、内容的には、訴訟上の武器対等の原則を超えて、「社会的武器対等」の方向へと進むかもしれない。しかしながら、民事訴訟において裁判官が補正的に援助することは、広範囲にわたり拒まれている。「社会的武器対等」に相応する訴訟上のミニマム・スタンダードは、仮にそれに権利保護が劣後せざるをえないとすれば、基本法20条1項における社会国家原理から決して引き出されることはできない¹⁴⁶⁾。

これを背景に、すべてのドイツ語圏の法領域に目を向けると、スイス民事訴訟法に見られる段階づけ (Abstufung) は、実際上の観点においても、ほとんど実行可能な効果を持たない。そこには、より高い訴額の手続についてのスイス民事訴訟法56条に基づく裁判官の「通常の」質問義務、(3万スイス・フランの訴額までの) 標準的な手続についてのスイス民事訴訟法247条1項に基づき強化された質問義務、および、「社会的職権探知主義」(スイス民事訴訟法247条2項) の形における徹底的な実体的訴訟指揮がある。実体的訴訟指揮は、例えば、男女平等の問題、暴力からの保護、ならびに、住居および

143) Gaier, NJW 2013, 2872 f.; この問題について一般的には, H. Roth, in: P. Gottwald (Hrsg.), Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan (2009), S. 149 f., S. 168 f.; Messer, in: K. Schmidt (Hrsg.) Festgabe BGH, Band III (2000), S. 67, S. 77; R. Stürner, in: Festschrift f. Frisch (2013), S. 201 によっても示唆される。

144) 次第に注目されてきている「私的な影の司法」という語が時折用いられ、これはドイツの司法の構造に深く介入する可能性がある。例えば, Eidenmüller/ Engel, ZIP 2013, 1705 ff. を参照。この伸展は、古典的な民事訴訟を損なうだけでなく、当初意図された消費者保護に貢献もしないであろう。したがって、多くのことが、ADR 指令のドイツ消費者紛争解決法への具体的な置き換えに依存する。

145) H. Roth, JZ 2014, 807; ders., in: P. Gottwald (Hrsg.) Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan (2009), S. 149 f., S. 168 f.; 詳細は, Bahnsen, Verbraucherschutz im Zivilprozeß (1997), S. 152 f.

146) 正當にも, H. Roth, in: P. Gottwald (Hrsg.), Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan (2009), S. 169 f.

ドイツ法におけるミニマム・スタンダードと中核的な訴訟原則（鶴田・田上・澤村）

営業所の賃貸借に関わる¹⁴⁷⁾。これらの規定の文言からしてもすでに、裁判官の積極性につき細分化された取り扱い、ほぼ不可能である¹⁴⁸⁾。模範的な訴訟上の諸原理として、これらの規定が役に立たないのは明らかである。ドイツでは、将来的には、集团的権利保護システムの導入も、弁論主義の制限または修正に寄与するかもしれない。集团的な訴えにおける提出主義を、(制限的な)職権探知主義に取って代える見解には¹⁴⁹⁾、しかしながら、最大限の疑いをもって、反対されるべきである。同じことは、現行の資本市場法上の争訟におけるムスタ手続に関する法律（Das Gesetz über Musterverfahren in Kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten: KapMuG）にすでに見られる、民事訴訟法291条の意味での「裁判所に知られた事実」という類型を手がかりに、弁論主義を事実上制限する提案¹⁵⁰⁾にも当てはまる。実務上運用が困難な大量の手続は、民事訴訟法に刻印された基本原理を裁判所により制限することを一般的に正当化する根拠とはならない¹⁵¹⁾。このことをなしえるのは、立法者だけである。

提出主義は、基本法103条1項により保護された、事実および証拠方法を訴訟に提出しうる当事者の権能に専ら目を向けることにより、説得力のある訴訟上のミニマム・スタンダードとおそらくなるであろう。明示的な立法者の命令により職権探知主義に部分的に適度に依拠することは、民事司法の伝統的な領域でも、少なくとも憲法的な観点からは排除されないとと思われる。もちろん、そうであるならば、そのような新たな方向づけは、オーストリア民事訴訟における「緩和された職権探知主義」が「国家的福祉装置（staatliche Wohlfahrtseinrichtung）」として通用しているように、必然的に、訴訟目的に対する帰結をももたらすこととなる¹⁵²⁾。

III. 電子的民事訴訟の要求

ドイツにおいては、例えば、2013年3月6日の裁判所電子的法情報交換促進法が、電子的民事訴訟を促そうとしているように、疑いなく、将来の電子的民事訴訟には、ここ

147) 詳細は、*Oberhammer*, ZEuP 2013, 751, 767.

148) *Oberhammer*, ZEuP 2013, 751, 767.

149) これについては、*Häsemeyer*, in: Festschrift f. *Spellenberg* (2010), S. 99, S. 110.

150) *Stackmann*, NJW 2008, 1345.

151) 裁判官にとって顕著で裁判上重要な事実を陳述しない当事者のための、裁判官のある種の「後見（Fürsorge）」を、民事訴訟法は知らないといわれる。*Pörnbacher/Suchomel*, NJW 2010, 3202, 3204.

152) これについては、*H. Roth*, in: *P. Gottwald* (Hrsg.), *Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan* (2009), S. 161 f., S. 167 ff.

では原理として取り上げられることができる訴訟諸原則，とりわけ提出主義，公開の保障，迅速原則，直接性および口頭原則に対する新たな要請が課せられるであろう¹⁵³⁾。しかし，電子的民事訴訟が，以上の長く安定した原則を根本的には変更してはならない。ただし，この問題についてのヨーロッパの発展も，例によって，後になってみないと分からない。弁論主義を一瞥すると，失権可能性を伴った当事者に対する強制的な書面提出により裁判所のレラチオン（Relation）を容易にするというアクチュアルな要求は，憂慮すべきことと思われる¹⁵⁴⁾。

IV. 手続効率と訴訟経済

これまでに明らかになったことは，手続基本権，とりわけ，権利保護の平等の要請，それから通常の手続原則も，経済的視点，特に手続効率の基準の影響を受けうることであった¹⁵⁵⁾。その際，ヨーロッパのレベルでは，主に商品交換の自由および役務の自由により，経済的パラメーター（Parameter）が，将来的にはより大きな役割を果たすであろう¹⁵⁶⁾。著しく経済的に鑄造された民事訴訟法理解のイメージが¹⁵⁷⁾，ヨーロッパ実行指令（Richtlinie 2004/48/EG）または，カルテル損害賠償指令¹⁵⁸⁾において部分的に表現されているように，将来的に当然生じうる¹⁵⁹⁾。しかしながら，一般的な正当性（Gerechtigkeitsgehalt）をもった訴訟上のミニマム・スタンダードを経済的な考慮により変更または平均化する傾向は¹⁶⁰⁾，危険であると思われる。場合によっては，ヨーロッパ法においては，手続効率がその重要性において他を凌駕する一般原理に格上げされるかもしれない。より実効的な司法（leistungsfähigere Justiz）のための決定的

153) これについては，また *Prütting*, AnwBl 2013, 401, 404.

154) 2014年にハノーファーで開催された第70回ドイツ法曹大会（DJT）における，訴訟法部門Ⅲ（判決手続の改革）Nr. 13, Nr. 14 の広範にわたる決議，および，これらの民事訴訟法139条1項へのありうる影響を見よ。

155) これについては，*Knöfel*, in: *Festschrift f. Kaissis* (2012), S. 502 f. も参照。

156) この問題については，*Rösler*, *Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts* (2012), S. 483 も参照。

157) これについては，*Bruns*, Z郑 124 (2011), 34.

158) 「加盟国および EU の競争法上の規定に反する不法行為に基づく，個々の国内法による損害賠償請求の訴えのための特定の規定に関する」指令案。これについては，2014年4月17日の欧州議会の立法決議（P7_TA-PROV (2014) 0451）を参照。

159) *Althammer*, Z郑 126 (2013), 3 ff., 17 f. も参照。

160) 正当にも，*S. Huber*, *Entwicklung transnationaler Modellregeln für Zivilverfahren* (2008), S. 43; *Knöfel*, in: *Festschrift f. Kaissis* (2012), S. 502 を参照。

な基準に、質と独立性と並んで、効率性を挙げる、2013年以降公表されてきた「ヨーロッパ司法バロメーター」もこの方向を示しているかもしれない。効率性のための指標は、とりわけ、裁判手続の長さ、係属中の手続の終結率および数であるとされている¹⁶¹⁾。訴訟経済それ自体がドイツ法における独立した訴訟原則であるかどうかという問題は、手続効率の経済的基準から区別されなければならない¹⁶²⁾。仮に、ドイツ訴訟法学がこれになじむことができるならば、きっと、ウルフ（*Wolff*）改革以来裁判手続の費用とコストを可能なかぎり僅少にしようとし、合意による紛争解決を強く促進する、イギリスの民事訴訟規則との架橋がより容易に可能となるであろう¹⁶³⁾。

たしかに、手続集中の原則（迅速原則¹⁶⁴⁾）は、すでに、最も簡素で、それ故に廉価な方法の選択を要求する結果、手続経済と完全にパラレルな関係となる¹⁶⁵⁾。それにもかかわらず、このことから、なお、訴訟原則としての独立性は必然的には引き出されない。例えば、民事訴訟法は、疑問を差し挟んではならない特定の目標の実現が問題となっているのであれば、個々の箇所では不経済な手段をも規定する¹⁶⁶⁾。しかし、新しいイギリス民事訴訟法とは異なり、コストの考慮は、ドイツにおいてはなおも独立した目的ではなく、決して伝統的な手続原理よりも優先されない。それは維持されるのが望ましい。まさに、当初から僅少な訴額に全く限定していないイギリスの・トラック（少額訴訟）手続は¹⁶⁷⁾、ドイツにおいて、訴訟上の公正さや形式的な真実へ

161) たしかに、一般的な効率性ルールは、ドイツの手続法に内在していないが、民事訴訟法が個々のケースにおいて、訴訟経済の概念の下に包括することのできる、経済的な手続態度を命じていることは正当である。例えば、*Hofmann*, ZJP 126 (2013), 109. それに対して、彼の要約はより広範囲に及ぶ。すなわち、「そのように定義された訴訟経済は、手続法に内在する法原理であることが判明するので、訴訟経済を民事訴訟法の訴訟原則としても把握する途が拓かれている」。

162) これについては、*R. Stürner*, ZJP 127 (2014), 311 f.; 肯定的なのは、*Hofmann*, ZJP 126 (2013), 83 ff., 100 f.

163) *N. Andrews*, *On Civil Processes – Volume I: Court Proceedings* (2013), S. 707.

164) これに原則の資格を与えることに対して疑念を持つのは、*Stein/ Jonas/ Leipold*, ZPO, 22. Aufl. (2005), vor § 128 Rn. 8.

165) *Bruns*, ZJP 124 (2011), 29 ff.; *Stein/ Jonas/ Brehm*, ZPO, 22. Aufl. (2003), vor § 1 Rn. 110 ff.; *Zöller/ Vollkommer*, ZPO, 30. Aufl. (2014), Einl. Rn. 95 f.; *E. Schmidt*, *Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie* (1973); *Pflughaupt*, *Prozessökonomie* (2011), S. 9 ff.

166) 詳細は、*Stein/ Jonas/ Brehm*, ZPO, 22. Aufl. (2003), vor § 1 Rn. 110 ff.

167) 詳細は、*N. Andrews*, *English Civil Procedure* (2001), Rn. 22.01 ff., Rn. 22.06 ff.; 新たな訴額制限については、*ders.*, *On Civil Processes – Volume I: Court Proceedings* ↗

の努力を、裁量的考慮の形をとって、経済性の犠牲にする手続を創設するための誤った手本として、利用されうるであろう。カリエスの鑑定書の中に、消費者訴訟法の関心事を一種の少額訴訟手続に密接に結びつけ、その際、同時に経済的側面を強調する、次のような（熟慮するに値する）提案が見られる。すなわち、「消費者は、事業者との関係で、見通しがつく費用でもって、一審限りであり、それも略式的であり、そして形式主義的ではない迅速な手続を選択する権利を有している」¹⁶⁸⁾。しかし、この場合、民事訴訟法495a条に基づく既存の少額訴訟手続に対する手続法上の付加価値は若干疑わしい¹⁶⁹⁾。仮にこの手続に付加価値を見出すとすれば、それは、この迅速な手続が民事訴訟法495a条に従い意味のある600ユーロの訴額を超える場合にのみ、現れるかもしれない。しかし、これは憂慮すべきように思われる。なぜなら、たしかに、強行的な実体的消費者保護法は通用することになりそうだが、それでも、法治国家的手続スタンダードが裁量基準（Ermessenskriterien）により少なくとも制限されることになってしまうからである¹⁷⁰⁾。これとは別に、民事訴訟法495a条に基づく既存の（上訴のできない）少額訴訟手続について、中核的なミニマム・スタンダードが裁判官の裁量に服さないように、訴訟上の公平性の具体化が指向されるべきであろう。たしかに、民事訴訟は、実効的でありつづけ、かつ、権利を追求する消費者にとって、私的で主として費用のかからない集団調停よりも魅力的でありつづけるために、現代化されなければならない。前述の消費者調停化の傾向は、偶然にやってきたのではない。とはいえ、消費者のために改良された裁判所の迅速な手続を具体的に形作することは、強行的な訴訟上のミニマム・スタンダードを背景にして、入念に検討されなければならない。

E. 展望：訴訟上の原則論の今日的意義

原則・原理思考のメリットはこれまではっきりと現れており、時代遅れであるとの非難が正当化されることはなかった。しかし、まさに近時、ライポルト（D. *Leipold*）が、ドイツにおいて急激に弱まっている、訴訟原則の打刻力（prägende Kraft）の意義を観察した結果、「原則から解放された裁判官中心の現代の民事訴訟への途」が拓かれてい

↘(2013), Rn. 544.

168) *Callies*, *Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?*, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014, Bd. I (2014), S. A 98, S. A 108.

169) これについては、*H. Roth*, *JZ* 2014, 806 も参照。

170) 訴訟上の二階級社会（Zweiklassengesellschaft）に反対するものとして、*R. Stürmer*, *ZZP* 127 (2014), 313 も参照。

ドイツ法におけるミニマム・スタンダードと中核的な訴訟原則（鶴田・田上・澤村）

ると述べる¹⁷¹⁾。彼の総括によれば、「ドイツ民事訴訟法の伝統的な原則に、法ドグマティックの見地から詳細に取り組むこと」は、「大方、無意味となった」¹⁷²⁾。強化された裁判官の権限（*Richteramt*）に対して釣り合いをとる中核的なものとして、当事者権の保護および民事訴訟の権利保護任務の維持のためには、（例えば、法律に定められた裁判官の裁判を求める権利、法的審尋請求権および公正手続請求権のような）訴訟基本権が、将来的には活性化されなければならないとする¹⁷³⁾。ライポルトによれば、古典的な訴訟原則は、現在および将来の訴訟法改革のための指針としては意義を失うことになってしまった。このことは、彼により、とりわけ聴聞異議（民事訴訟法321a条）や裁判所構成法198条の例を用いて明らかにされる¹⁷⁴⁾。訴訟法の強まる憲法化を背景にして、実際に、ドクマティック的に、これほどまでに打ちのめされた結論が引き出されなければならないかどうかは分からない。ブルンス（*A. Bruns*）はこれに激しく反論し¹⁷⁵⁾、シュトゥルナーは¹⁷⁶⁾、見当違いでなければ、彼が、通常の訴訟原則とより高位の司法基本権との、変わりやすい歴史的な関係を上手く描写した、同心円のイメージを用いることによって、穏便な調整を得ようと努めた。

たしかに、原則思考は、民事訴訟の判決手続にとって長い伝統をもっている。しかしながら、原則思考には、実際の手続実現（*reale Verfahrenswirklichkeit*）や権利追求者の問題を無視する危険をもたらす一定の硬直性が備わっているという趣旨の激しい批判がすでにボムスドルフ（*Bomsdorf*）によりなされてきた¹⁷⁷⁾。それに加えて、ハンス・

171) *Leipold*, in: *Stürner/ Bruns* (Hrsg.), *Globalisierung und Sozialstaatsprinzip* (2014), S. 139 ff.

172) *Leipold*, in: *Stürner/ Bruns* (Hrsg.), *Globalisierung und Sozialstaatsprinzip* (2014), S. 139 ff.

173) *Leipold*, in: *Stürner/ Bruns* (Hrsg.), *Globalisierung und Sozialstaatsprinzip* (2014), S. 139 ff.

174) しかしながら、私見によれば、例えば、BT-Drs. 17/13948, S. 35 f. が別の認識を与えてくれる。すなわち、「全体として、新規定を通じて、一方では、上告審においても通用する処分権主義が、他方では、連邦通常裁判所による先例として重要な法的問題の解明（*Klärung von Rechtsfragen mit Grundsatzbedeutung*）についての公益が、均衡のとれた新たな関係に至らせる」。

175) *Bruns*, in: *Bruns/ Münch/ Stadler* (Hrsg.), *Maximendenken im Zivilprozessrecht* (2014), S. 54 f. : 強制執行法の側面からの原則志向については、*Stamm*, *Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts* (2007), S. 64 f.

176) *R. Stürner*, *ZZP* 127 (2014), 307 f.

177) 例えば、*Bomsdorf*, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit* (1971); これについて

フリードヘルム・ガウル (*Hans Friedhelm Gaul*) にとって重要なことは、法が原理から生成されるのは自明なことではなく、反対に、法原理が実定法の個々の法的規律からのみ現れることである¹⁷⁸⁾。たしかに、原則嫌悪 (Maximen-Aversion) の法文化的な拠り所として、有名な学説彙纂第50巻第17章第1法文 (パウルス [*Paulus*]) 「抽象的法規から法は引き出されず、存在する法から抽象的法規が生成される (non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat)」もまた持ち出されうる。このことから、仮に訴訟原則思考 (Denken in Prozessmaximen) がとりわけ自然法論の理性法思考の伝統から説明されうるとしても¹⁷⁹⁾、私見によれば、訴訟原則思考の意義がまさに今日の時代において疑わしいものになるのではない。言うまでもなく、具体的な原則の形成が石化してはならない。むしろ、その形成は時代の発展に適合させなければならず、新たな現象を適切に顧慮することができなければならない¹⁸⁰⁾。とりわけ、承認された訴訟原則には、将来、調停的で裁判外のものであるものの、しかし法に則した手続への重要な影響力も与えられるであろう。権利保護の質を備えた国家の裁判手続においてできるはずのことを、訴訟原則が当事者に注意喚起的に認識させるという理由それだけで、訴訟原則にはすでに意義があるであろう¹⁸¹⁾。

二次法レベルでのヨーロッパ訴訟法では、具体的規範、解釈学的確信および訴訟制度を欠いていることが明らかであるので、原則思考は——それを、国内的に実証されかつ国際的にコンセンサスが得られる訴訟原理に適合させる限りで——、ヨーロッパ訴訟法の調和に本質的に寄与することができる¹⁸²⁾。このとき、具体的な手続原則に、憲法のレベルでほとんど具体化されていない司法権および人権より高い認識価値が与えられなければならないであろう。その限りで、異なる国家間の訴訟原理の矛盾が、ヨーロッパ

↘ては、*Stürner*, ZJP 99 (1986), 292.

178) *Gaul*, Laudatio für *Yavuz Alangoya*, Festschriftfeier, Annales XXXVIII, N. 55 (2006), S. 181, S. 185 f.

179) これについて詳細は、*Gaul*, Laudatio für *Yavuz Alangoya*, Festschriftfeier, Annales XXXVIII, N. 55 (2006), S. 181, S. 185 f.

180) *Hofmann*, ZJP 126 (2013), 100 f. も同旨。

181) とりわけ、消費者紛争調停手続について、この手続には、民事訴訟にとっての手続保障が原則として妥当しないことが (とくに、欧州人権条約6条およびEU基本権憲章47条)、熟慮されなければならない。

182) *H. Roth*, ZEuP 1997, 567 ff. 可能なかぎり共通の原理を得るために、「国家間の訴訟秩序の共通性と懸隔 (Trennendes) を、超国家的な見地から、広く構想された比較訴訟法を基礎として」究明することが、ヨーロッパの訴訟法調和に本質的に寄与すると述べる。

ドイツ法におけるミニマム・スタンダードと中核的な訴訟原則（鶴田・田上・澤村）

の法政策が直面せざるをえない重大な衝突領域をなすであろう。裁判官の権限と当事者の権能の対抗関係における、より大きな法文化的な相違でさえ、一般的に満足できるほど、原理レベルで水平化されうること、『国際的民事訴訟の諸原理』が証明していることは印象深い¹⁸³⁾。

その限りで、訴訟原則思考の中に、「ドイツ民事訴訟法、ヨーロッパ民事訴訟法および国際的民事訴訟法の将来の発展に、方向づけおよび創造力を与える真のチャンス（がある）」¹⁸⁴⁾ことを、ブルンスが確認していることは正当である。したがって、私見によれば、たとえ、すでに通用している訴訟秩序が、その重大な政策的な方針決定および重要な特徴づけにおいて、さしあたり引き写されるとしても¹⁸⁵⁾、特別の方法で、新たな立法者の創造的行為、つまり本講演の文脈で言えば、「国際的民事訴訟のヨーロッパの諸原理（European Principles of Transnational Civil Procedure）」のための地平が切り拓かれる。これを背景にすると、純憲法的・純人権的ミニマム・スタンダード、ドイツの視点からは、訴訟基本権に取り組むことでは、ほとんど目標にまで至れない¹⁸⁶⁾。これほどまでに根本的な訴訟上の公正の観念については、欧州人権条約6条の模範機能に基づき、すでに広範に一致が見られる。さらに、その効果は、具体的な手続形成にとってあまりにも抽象的である。必要だと思われるのは、基本的な手続原理とその公正さの実質¹⁸⁷⁾、すなわちコンセンサスが得られる訴訟上の最適化命令についてのより広範な議論である。我々は、すでにヨーロッパ訴訟法の調和への途の第二段階に足を踏み入れている。すなわち、問題となっているのは、今となってはもはや最小公分母の探求ではなく、より良い法アプローチ（better law approach）である¹⁸⁸⁾。

183) その妥協的特徴については、Gottwald, in: Festschrift f. Leipold (2009), S. 33 f. も参照。

184) Bruns, in: Bruns/Münch/Stadler (Hrsg.), Maximendenken im Zivilprozessrecht (2014), S. 54 f.

185) MüKo/Rauscher, ZPO, 4. Aufl. (2013), Einl. zur ZPO Rn. 298 f.

186) それにもかかわらず、その強い傾向が、イングランドの民事訴訟の学説に見られる。

187) ドイツの観点から民事訴訟の意義ある構造について、H.-J. Ahrens, in: v. Olenhusen, 300 Jahre Oberlandesgericht Celle (2011), S. 257 ff. を参照。

188) Gilles, ZZPInt 7 (2002), 27 ff. も参照。