

・アレッシュ・ガーリック
伝播，連続性そして変革の間での
スロベニア民事訴訟法

出口雅久*
本間学** (共訳)

・歴史的展開

1. ハブスブルグ帝国からユーゴスラビア王国へ

民事訴訟法の規定に関していえば，スロベニアは，大陸ヨーロッパ（オーストリア・ドイツ）法圏に属する¹⁾。1918年までは，スロベニアはハブスブルグ帝国の（オーストリア領域の）一部であり，それ故に，この領域ではオーストリア法，すなわち1898年のクラインの民事訴訟法が適用されていた。第一次世界大戦の終了（1918年）とハブスブルグ帝国の崩壊により，スロベニアは新たに樹立されたユーゴスラビア王国の一部となった（1929年までの新国家の公式名称は，セルビア人・クロアチア人・スロベニア人王国であった）。新国家は，原則としてかつてのセルビア王国，

* でぐち・まさひさ 立命館大学教授

** ほんま・まなぶ 朝日大学准教授

1) スロベニア共和国の経済システムおよび法システムに関する概観については，Ude, Wedam-Lukić, Schiedgerichtsbarkeit in der Republik Slowenien, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1998, S. 17-24. Gec-Korosec, Überblick über das Rechtssystem der selbstständigen Republik Slowenien, WiRO, 1996, 361 ff., Cerar, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Konstituierung des Staates Slowenien, in: Joseph, Boric (Hrsg.), Slowenien-Krotien-Serbien, Die neue Verfassungen, Wien, Böhlau Verlag, 1991, S. 378 も参照。

モンテネグロ王国，およびハプスブルグ王国の南スラブ地域を統合したものであった。1918年に統一国家としてユーゴスラビア王国が樹立された時点で，その領域ごとに，6つの異なる民事訴訟法の規律が妥当していた²⁾。この状況は，満足のいくものではなかった。それにもかかわらず，最初の統一的なユーゴスラビア民事訴訟法典が成立に至ったのは1929年になってはじめてであった。このとき，ユーゴスラビアの立法者は（クラインの）オーストリア法の継受を決断した³⁾。つまり，最初のユーゴスラビア民事訴訟法は，実際にはクラインのオーストリア民事訴訟法すなわち，従前からユーゴスラビアの一部の領域（スロベニアおよびダルマチア）で連綿と適用されてきた法律の純粋な翻訳であった。したがって，1929年に，事実上，この法律の適用範囲はユーゴスラビア全土へと拡大された。これは注目に値する点である。つまり，ユーゴスラビアはセルビアの君主体制であったため，ユーゴスラビアの立法者はセルビア法の継受を決断することもできたはずである。セルビアは，第一次世界大戦の勝者として登場し，1918年のユーゴスラビア王国樹立の際に，セルビア王国の領土をスロベニア国民が居住していた，かつてのハプスブルグ帝国（つまり第一次世界大戦の敗者）の一部にまで拡大したものと考えられている。比較法的には，

2) かつてのセルビア王国が支配していた領域では，1865年に成立したセルビア民事訴訟法が適用され，かつてのモンテネグロでは1902年に成立したモンテネグロ民事訴訟法，クロアチアの大陸部分では1796年の改正西ガール（westgalizisch）民事訴訟法が適用されていた。改正西ガール民事訴訟法は，1852年にクロアチアとハンガリー諸国に継受された。ヴォイヴォディナにおいては，1911年のハンガリー民事訴訟法，スロベニアとダルマチア（今日のクロアチアの文化領域）においては，1898年のオーストリア（クラインの）民事訴訟法が継受され，ボスニア・ヘルツェゴビナ（1878年にハプスブルグにはじめて占領され，1908年に併合された，トルコ帝国の一部）においては，1881年のオーストリア民事訴訟法案に倣って制定された法が適用されていた（その際，イスラムの国民には依然としてイスラム・シャリア法が妥当した）。Juhart, *Civilno procesno pravo (Zivilprozessrecht)*, Ljubljana, 1965, S. 21 を参照。

3) スロベニアを含めたほかの法秩序へのクラインの民事訴訟法の影響については，Rechberger, *Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa*, *Ritsumeikan Law Review*, 2008, No. 25, S. 101 ff.

戦争の結果、版図を拡大した戦勝国が、自らの法制度を併合した地域に拡大せず、むしろ逆のを行うこと 戦勝国の権力が併合した領域の法をその全版図に継受することは、極めて特異な状況と評価することができる。ユーゴスラビアの立法者が、オーストリア民事訴訟法(その他の幾つかの法律、たとえば強制執行法、不動産登記法、破産法についても同様のことが当てはまる)の継受(伝播)を全国家領域について決断した理由は、疑いなく、この法律が近代的なものと考えられた点に求められる。つまり当時は、近代的な法システムの計画的継受を決断することが課題であった⁴⁾。すでに述べたように、これは新国家の大部分については伝播であったが、スロベニアやクロアチアの若干の領域については、これはすでに従前から適用されていた法が連続することを厳密には意味した。

2. ユーゴスラビア社会主義の時代

確かに、第二次世界大戦後のユーゴスラビア社会主義連邦の成立(1945年)は、法制度に大幅な変更をもたらした。しかし、ユーゴスラビアの政治・経済システムは、いわゆる「東側ブロック」の国家とは、内容的に大きく異なっていた点を考慮しなければならない。ユーゴスラビアは、ソビエト軍事同盟の構成国でもなかったし、東側ブロック経済圏の構成国でもなかった。ユーゴスラビア社会主義は、いわゆる自主管理(Selbstverwaltung)と社会的所有権(gesellschaftliches Eigentum)を基礎とし、国家計画経済を基盤とはしなかった。企業は、原則として、独立した経済機関であり、(東側ブロックの企業のように)計画指令に拘束されなかった⁵⁾。倒産の場合、企業は破産を申し立てることができた(中央計画経済では理解できない概念である)。ユーゴスラビアの最大の貿易相手国はドイツとイタリアであり、

4) Juhart, *Civilno... op. cit.*, S. 21.

5) それ故、ユーゴスラビアの経済秩序については、「契約法において、契約当事者の意思表示は中心ではなく、経済計画の課題設定が中心である」という理解は、まったく当てはまらない。このように述べるものとして、Von Bernstorff, *Zivilrechtsentwicklung in Mittel- und Osteuropa*, in: RIW 1998, S. 825.

ソビエト連邦などではなかった。生活水準 特にユーゴスラビア連邦を構成する他の共和国よりかなり経済的に発展していたスロベニアにおいては，他の東側諸国に比して，比較的高かった。人権保障（あるいは人権侵害）の領域においても，当時のユーゴスラビアの制度は，「社会主義の緩やかな形態」と呼ばれることがあった。西側への旅行は，（他の東側諸国とはまったく異なり）なんらの制限なく，ビザなしで可能であった。そのため，西側との人的，経済的，社会的関係が途絶することはなかった。それ故に，大学教員と学生との間の関係も，その同学の士という点でも学術文献という点でも，途絶することなく維持された。（ロシア語などではなく）英語が，50年代以来，スロベニアの小・中・高校における必修科目であった（幾つかの領域では英語に代わりドイツ語が必修科目であった）。それ故に，学問的にもソビエトの学説とのコンタクトはほとんどなく，ドイツ語あるいは英語の法源や文献に一層傾斜していったことも理解できる。

3. ユーゴスラビア民事訴訟法における処分権主義と弁論主義

「緩和された社会主義」と上で指摘したすべての事柄は，民事訴訟の構成にも必然的に作用することとなった。すなわち，国家と市民との関係，あるいは自律した法主体としての地位が市民に保障されるか，という問題が極めて明白にあらわれる法領域である。民事訴訟法において，このような価値観念は，とりわけ，処分権主義および弁論主義の保障，中立かつ独立した裁判官の地位，法的審問の保障およびその他の手続保障などによって極めて明瞭に表出される。それ故，民事訴訟法は「技術的な法」であるとされることがしばしばあるが，そのようなものとは程遠いものである。民事訴訟法の構成の根底には，その時々国家観と密接に関連する評価がある⁶⁾。それ故，ユーゴスラビア民事訴訟法がソビエトモデルから程遠い

6) Oberhammer, Richterbild im Zivilprozess, Zwischenbilanz eines Jahrzehnts der Reformen in Mitteleuropa, in: Oberhammer (Hrsg.), Richterbild und Rechtsreform im Mitteleuropa, Wien, 2001, S. 131, Rechberger, *op. cit.*, S. 109.

ものであり続けたことは驚くべきことではない。一般的な経済・政治システムもまたそうであったのである。1956年および1976年に成立した民事訴訟法においては、「通常の」民事訴訟の目的および構成と調和しないような規定に苦しめられることはあまりなかった。すなわち、他の社会主義国の民事訴訟法と異なり、イデオロギー的な負担を強いる規範もほとんど存在しなかった。先行するオーストリアの規定と、法はさほど変わらない。それも「技術的規範」に関してのみならず、価値理解を示す規範についてもそうである。したがって、ユーゴスラビアにおいて民事訴訟法の規定は、たとえば、東ドイツやソ連のように著しい地位の格下げ(Degradierung)を被ることはなかった。たとえば民事訴訟において、「社会主義に基づいて、当事者訴訟の原則は、時間のかかる裁判官の職権探知という結果を伴って消え去ってしまった」⁷⁾だとか、「法は政治的機能のみによって特徴付けられる」⁸⁾というような、(スロベニアあるいはユーゴスラビアの私法秩序に関する)言明が一般化され、極めて単純化されている。しかし、たとえば処分権主義は完全な範囲で尊重されていた。たとえば、ハンガリーとは異なり、訴えを提起することのできない、あるいは提起することを望まない者の名で訴えを提起する権限は、検察官には与えられていなかった⁹⁾。裁判官は請求の放棄・認諾に拘束された。内容が法状況に合致しないこと、当事者の正当な利益あるいは適切な利益を侵害することを理由に、訴訟上の和解を拒絶する権限は裁判所になかった¹⁰⁾。強行法規に反する場合、すなわち、当事者が訴訟物について処分をなしえない場合にのみ、

7) そのように指摘するものとして、Lunder, Zur Gerichtsreform in Slowenien, WiRo, 8/1997, S. 314.

8) そのように指摘するものとして、Von Bernstoff, Zivilrechtsentwicklung in Mittel- und Osteuropa, RIW (Recht der Internationalen Wirtschaft), 1998, S. 825.

9) そのようなものとして、たとえばハンガリーにつき、Varga, Foreign influences on Hungarian Civil Procedure, in: Deguchi, Storme (Hrsg.), The Reception and Transmission of Civil Procedure Law in the Global Society, Antwerpen, 2008, S. 279.

10) そのようなものとして、たとえば、ハンガリーとポーランドにつき、Oberhammer, Richterbild, *op. cit.*, S. 134.

ユーゴスラビアでは訴訟上の和解を拒絶することができた¹¹⁾。つまり，ドイツ法やオーストリア法についても一般的である規律である¹²⁾。確かに，比較法的には（一見すると）一般的ではない規定が，この関係では，ユーゴスラビア民事訴訟法3条の3に存在した。すなわち，「裁判所は，強行法あるいは道徳に反する，請求の放棄・認諾，訴訟上の和解を禁ずべきである」と。しかしこれは，たとえば，実体法によって理由付けられない請求を被告が認諾することは許されないということを意味するものではない。したがって，有理性のない訴訟上の請求も当然に認諾可能であり，これにより認諾判決（Anerkenntnisurteil）を下すことは可能である。問題となるのは，実体法に基づく法律行為で実現することのできない目的を，訴訟上の手段で実現することを両当事者に禁じている点のみである。請求の放棄・認諾，訴訟上の和解は，これにより実体法の強行的禁止を潜脱することに寄与することはない（*im fraudem legis agere*）¹³⁾。ユーゴスラビア法は，（これもまた東側諸国と異なり）¹⁴⁾法規範を支配的なイデオロギーの意味で利用することを裁判官に要求する，綱領的な規定に苦しめられることはなかった¹⁵⁾。この関係でも，ユーゴスラビア民事訴訟法における状況は，たとえば東ドイツやソ連の民事訴訟法と一括りにできるものではなかった¹⁶⁾。同様のことは，その当時に出版された民事訴訟法の教科書¹⁷⁾や法学部における法律学の講義についても当てはまった。この点は，

11) Juhart, *Civilno... op. cit.*, S. 55.

12) Lüke, *Zivilprozessrecht*, 8. Aufl. München, S. 252 参照。

13) したがって，一般的な権利濫用の禁止の具体化が問題となる。Ude, Galič (Hrsg.), *Kommentar ZPP (ZPO-Kommentar)*, Heft 1, 2006, S. 45.

14) たとえば，Varga, *Richtermacht in Ungarn*, in Oberhammer (Hrsg.), *op. cit.*, S. 118 ff を参照。

15) たとえば，Ude, *Razvoj civilnega prava na Slovenskem (Entwicklung des Zivilrechts in Slowenien)*, *Zbornik znanstvenih razprav PFL*, 1995, S. 303-316 を参照。

16) 東側諸国の状況一般については，たとえば，Hess, *Vergleichende Bemerkungen zur Rechtsstellung des Richters*, in: Oberhammer (Hrsg.), *Richterbild und Rechtsreform im Mitteleuropa*, Wien, 2001, S. 16, Rechberger, *op. cit.*, S. 109. を参照。

17) たとえば，Juhart, *Civilno procesno pravo*, Ljubljana, 1965, Ude, *Civilni pravdni*

スロベニアの社会主義時代に、ヨーロッパの法伝統および法文化との結びつきが途絶えることはなかった点を確認するうえで、重要である¹⁸⁾。

事実については、ユーゴスラビア民事訴訟法では、社会主義時代も制限のない弁論主義が妥当した(スロベニア民事訴訟法において今日も同様である；7条および214条)。すなわち、裁判官は当事者の事実主張および事実の自白に完全に拘束された。たとえそれが実体的真実と合致しなくともそうであった(訴訟物に関する処分権が当事者にはない場合は除かれる)¹⁹⁾。欠席判決(今日も依然としてそうである：スロベニア民事訴訟法318条)も、欠席被告が原告によって主張された事実を認めた(einstehen)というフィクションを基礎とする。したがって裁判所は、この場合なお有理性については審査しなければならない。

残念であるのは、東ヨーロッパの民事訴訟法を検討した多くの西ヨーロッパやアメリカの法専門家が、問題を容易に軽く扱ってしまった点である。つまりこれらの者は、しばしば一般化して「ソビエト」モデルを語っていたが、その際に、詳細に検討することができたのは、(ひょっとすると言語的障壁も理由なのかもしれないが)東ドイツとソ連の法制度だけである。そしてこれらと同じ評価や結論が、かつてのすべてのソビエト的国家に与えられた。しかし、一方で東側諸国間の違い、他方でこれらとユーゴスラビアとの違いを考慮すべきであった。一般的な政治経済システムに関する違いも民事訴訟法における違いについてもそうである。

4. 批判(たとえば検察官の役割に対して)

もちろん、当時のユーゴスラビアおよびソ連の民事訴訟法を無批判に評

postopek, Ljubljana, 1988, Triva, Belajec, Dika, Gradjansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1986, Poznić, Gradjansko procesno pravo, Beograd, 1987.

18) Kranjc, Probleme der Übernahme ausländischer Rechtsätze in nationale Rechtssysteme. In: WiRO (Wirtschaft und Recht in Osteuropa) 1993, S. 413.

19) Die Jugoslawische ZPO, Art. 7(今日もなお同じ規定が、スロベニア民事訴訟法7条に存在する。)

価する必要はない。ユーゴスラビア民事訴訟法も，立法領域でもまた法適用の点でも，ソビエトのイデオロギーや法理論からかなり根深い影響を受けていた²⁰⁾。確かに，司法の中立性は形式的なレベルでは保障されていたが，実際には政治の介入がしばしばあった。これは，裁判官の任期（Mandat）が無制限ではなく，むしろ裁判官は8年ごとに再任審査（Bestätigung des Mandats）を受けていたという背景の下で考察されなければならない。実際には，非党員が最高裁判所の裁判官に指名されるのは，（不可能ではないにしろ）極めて困難であった。民事訴訟法の適用にも，差異が存在した。スロベニアは，ユーゴスラビア内では経済的に発展し，政治的にリベラルな地域であるとされ，共和国の他地域のかなりは，当事者自治や手続保障への理解は乏しかった。社会における裁判への一般的信頼もユーゴスラビアではどちらかといえば低調であった。裁判（Rechtsspruchung）の質については，最良の裁判官が数年で（私的な）弁護士に転職するというかなり決定的な問題が存在した。かなりの民事訴訟法上の制度の運用に際しても，判例上，適切な役割分担についての空気が希薄であったし，裁判官の役割のパターナリスティックなコンセプトが受け入れられていた。これは，市民の自治および自己決定というリベラルな公理と調和するものではない。しかも，このようなパターナリスティックな「アプローチ」と裁判所の真実探求を過剰に強調したために，弁護士と当事者は審理の準備を慎重に行わず，あらゆる責任を裁判所に求めることになった²¹⁾。したがって，たとえば職権による証拠調べそれ自体は問題ではなく，「典型的に社会主義的」でもなかった。しかしかなりの控訴裁判所は，本来は「権限規範（Kann-Norm）」である職権による証拠調べを，「義務規範（Muss-Norm）」と解釈していた。過度に拡張的な解釈のため

20) Sipeč, Šipeč, Med liberalnim in socialnim civilnim procesom (Zwischen liberalem und sozialem Zivilprozess), Podjetje in delo, 1999, 6-7, S. 1207 を参照。

21) Betetto, Ob predlogu novega ZPP (Zur Entwurf der neuen ZPO), Pravna praksa, 1995, Heft 25, S. 10.

に、第一審判決は、実体的真実を獲得するために、証人をなお尋問すべきであることを理由に時には取り消されることもあった²²⁾。

検察官が民事訴訟に介入する可能性は、確かに東側諸国より小さいけれども、存在した。検察官は法的過誤を理由に(したがって事実認定の過誤を理由とするものではない)、(第一審あるいは第二審の)確定判決に対して不服申立てをすることができ、このような不服申立てについては、最高裁判所が、破棄権限や再審権限(Kassations- und Revisionsbefugnissen)を用いて判断した(ユーゴスラビア民事訴訟法401条、今日も極めて限定的な範囲で認められている。スロベニア民事訴訟法385条)。理論的にはこのような不服申立ては、当事者の意思に反しても提起することはできた。もちろんこれは、処分権主義と適合しない²³⁾。しかしそのように批判するのは、大げさであるように思われる。というのも、当事者の意思に反してこのような不服申立てを行うことは、現実にはほとんど不可能だからである(そして実際、スロベニアでもまったく行われていない)。ユーゴスラビアには、すべての(あるいはほとんどの)判決が検察官に自動的に送達されるようなシステムは存在しなかった。それ故、検察官が判決に対し不服を(90日の期間に!)²⁴⁾申し立てることは、いずれの当事者も検察官に判決を送付しなかった場合には、事実上、不可能であった。このような不服申立ては常に当事者の(書面による、根拠を有する)請願により申し立てられ、それも(当事者に最高裁判所へのアクセスを可能とする上訴としての)上告が排除される場合になされた²⁵⁾というのが事実である。そのような場合に当事者は、このような不服申立てを行う請願を、検察官に対

22) この点につき批判的なものとして、Wedam-Lukić, Vloga sodišča in strank pri izbiranju procesnega gradiva (Die Rolle des Gerichts und der Parteien bei der Prozessstoffsammlung), Podjetje in delo, 1998, Heft 6-7, S. 989.

23) Hess, *op. cit.*, S. 18, Oberhammer, Richterbild..., *op. cit.*, S. 133.

24) 東側諸国では、確定判決に対する上訴を提起する検察官の可能性は、典型的には期間が定められていなかった。Hess, *op. cit.*, S. 18 を参照。

25) たとえば, Poročilo o delu Vrhovnega državnega tožilstva (Der Arbeitsbericht des Obersten Staatsanwaltschafts), 2005, S. 57 を参照。

して行った（このような書面による請願については，弁護士報酬表において弁護士費用も定められていた）。このような検察官の不服申立てについては，かなりの法領域（たとえば，強制執行，破産，仮差押え・仮処分，非訟事件の大部分）で上告による当事者の最高裁判所へのアクセスが排斥されていた点，また同様のことが上告についての不服額の下限をみたさない場合についても当てはまった点を考慮しなければならない。ユーゴスラビアにおいては，当時（スロベニアにおいてはさらに2008年まで），許可上告（Zulassungsrevision）は存在せず，ただ不服額による上告が存在するに過ぎなかった。それゆえ，上述した検察官による不服申立てが存在しなかったならば，かなりの法領域で，最高裁判所による法の継続形成や判例統一の可能性が完全に閉ざされることになったであろう。スロベニアにおいては（少なくとも70年代以降），検察官によるこのような不服申立ての目的は，裁判所あるいは当事者を「規律付ける」，あるいは裁判所の法適用を統制することではないことは明らかであった。検察官の不服申立てについての批判は，今日，当事者の許可上告の場合に見出されるものと同じであった。客観的に重要な法律問題の解決の期待と，これによる法の継続形成あるいは判例統一である²⁶⁾。したがって，検察官のこのような不服申立てについての問題は処分権主義に抵触するという点にはなかった。上述のように不服申立ては，検察官による場合も常に当事者の請願を前提とする。また，法形成のために検察官が不服申立てをすることも，それ自体は，西ヨーロッパの法秩序と相反するわけでもない。そのような権限を，いわゆるローマン法圏の国々（たとえば，イタリア，フランス，オランダ）の検察官（あるいは同様の国家機関）は有している。これらの法秩序における検察官の権限と比較した場合，ユーゴスラビアにおける（今日でもスロベニアのわずかな裁判権ではそうだが）上述した不服申立てはそれほど問題であるとど

26) たとえば，Poročilo o delu Vrhovnega državnega tožilstva (Der Arbeitsbericht des Obersten Staatsanwaltschafts), 2005, S. 57 および Ude, Civilno... (1989), *op. cit.*, S. 269 を参照。

うしていえようか。上述した国々では、検察官の不服申立ては、実際の手続には如何なる影響も与えない。最高裁判所の判決は確認判決に過ぎず、その際、先例事件(Prädenzfall)として将来の事件に作用するに過ぎない。実際の民事訴訟における当事者の地位は、何らの影響を受けない。しかしユーゴスラビアならびにスロベニアにおいては、このような不服申立ては、実際の手続について具体的な効果を有し、最高裁判所は争われた判決を変更あるいは取り消す(aufheben)ことができる、そしてこのような性質は、明らかにソビエト法から「輸入」されたものであった²⁷⁾。検察官による不服申立てといっても、実質的には当事者による不服申立てなのである。これは当事者の請願で不服申立てが提起される点を理由とするだけではなく、むしろこのような不服申立ての裁判が直接、民事上の権利義務と関係することをも理由とする。しかし、当事者が最高裁判所に如何なる不服申立てをするかを「フィルタリングする」ことを、それ自体裁判所でない国家機関が処理する点は、極めて問題である。この点は、ヨーロッパ人権裁判所の判例とも適合しがたい²⁸⁾。確かに、仮に純粋な裁量(Diskretion)が問題になるとしても、裁判所自らがフィルタリングを行うならば許容できる²⁹⁾。しかし、内容審査の拒絶やこれによる裁判所への(最高裁判所へも)アクセスが、法律に基づくこともなく、また裁判所に審査されることもなく、この点の判断が執行機関に委ねられるとすると、それは司法保護請求権に反する³⁰⁾。

・スロベニア独立後の変化

1. 序 論

スロベニアは1991年に独立したが、同時にこれは、民主主義的政治制度

27) Zuglia, *op. cit.*, S. 57.

28) Golder v. UK (A 18, Urteil vom 27. 9. 1973) を参照。

29) De Ponte Nascimento v. UK, Entscheidung vom 31. 1. 2002, N. 55331/00.

30) 異説として, Hess, der meint dass das Rechtsmittel des Staatsanwalts unproblematisch ist schon in dem Fall, wenn es eine Initiative der Partei voraussetzt. Hess, *op. cit.*, S. 18.

および市場経済への転換を意味した³¹⁾。このころ，旧民事訴訟法への批判は一層大きくなった。その最大の理由が，訴訟の極度の長期化というスロベニアにおける喫急の問題であった。訴訟の引き延ばしのために，債務者が過剰に保護され，債権者には実効的な権利保護が保障されていないとの批判が，旧民事訴訟法に対してしばしばなされていた³²⁾。しかし，スロベニアでその当時に適用されていたユーゴスラビア民事訴訟法がその原因であったかは，疑問があるかもしれない。あるいはより重要な理由を見出すこともできただろう。他領域（たとえば裁判所組織）での不適切な立法，職務の異常な増大，大量の新たな法規範，経済システムの変更と関連した大量の新たな訴訟（たとえば，民営化，非国有化，住宅所有権および賃借権，会社法の領域で），人員問題（かなりの裁判所で裁判官の欠員が生じていた），さらに弁護士や裁判官の側の人的な理由がそうである（たとえば，弁護士の訴訟遅延戦術，裁判官の訴訟指揮がなく，法において規定された訴訟促進のための方策がしばしば活用されなかったこと³³⁾）。民事訴訟法の改正も必要である点に疑念はなかったが，旧民事訴訟法への強い批判はしばしば，劣悪な法運用と訴訟指揮の欠如を覆い隠す「アリバイ」に過ぎないようにも見えた。このような危機的状況は，1999年に成立したスロベニア民事訴訟法によって改善されることが期待された³⁴⁾。

31) 今日，スロベニアはヨーロッパ連合の構成国である。かつての社会主義国の中で最も経済的に発展している。（このこともまた，変革が開始したときの出発点が他の移行国よりも有利であったことのあらわれである。）

32) Šipec, Pravica do sodnega varstva kompleksna naloga vseh vej oblasti (Der Justizgewährungsanspruch eine komplekse Aufgabe aller Träger der staatlichen Gewalt), Podjetje in delo, 1997, Heft 6-7, S. 822.

33) そのようなものとしてたとえば，Ude, Uvodna pojasnila k ZPP (Einführungserklärungen zur neuen ZPO), S. 13 ff. Butala, Pravdni postopek brez nepotrebnega odlašanja (Zivilprozess ohne unnötigen Verschleppungen), Podjetje in delo, 1999, 6-7, S. 1160. また，Slivnik, Materialno procesno vodstvo z vidika odvetnika spodbuda za boljše ali slabše delo? (Materielle Prozessleitung aus der Perspektive des Rechtsanwalts Anreiz für bessere oder schlechtere Arbeit?), Podjetje in delo, 2008, N. 6-7, S. 1609 も参照。

34) Amtsblatt der RS 26/99.

2. 受動的裁判官かあるいは能動的裁判官かを巡る争い

新法の準備期間に、スロベニアの学説において(また世論においても)、とりわけ裁判官の受動性あるいは能動性という問題と結びついた、民事訴訟の構成に関する、激しい、しばしばイデオロギーにも呪縛された議論がなされた。裁判所は訴訟において完全に非活動的であるべきであり、いわゆる実質的訴訟指揮(裁判官の釈明義務)を廃し、(厳格な弁護士強制と結びついた)厳格な同時提出主義を導入すべきであるという数多くの提案が、(とりわけ裁判官によって)なされた³⁵⁾。これは訴訟促進の目的に資するとされ、ひいては実効的な権利保護が保障されるとされた。今日スロベニアでは、権利保護の「実効性」は、学説及び世論において、しばしば訴訟期間の観点から考察され、「実効性」のその他の側面 実体法上の請求権の保持者への権利保護の保障 が看過される兆候がみられる³⁶⁾。「実効性」は、しばしば「短い」の同義語として用いられた。

確かに、政治経済システムの転換期に民事訴訟の構成の基本問題、私的自治や人権法との関係を再び批判的に示すことは実際的であったし、また私見によればそうすることが必要でもあった。しかし残念なことに、批判者は比較法的(および法史的)知見を著しく欠いていることが、新民事訴訟法の起草に際して行われた議論では明白であった。裁判官の権力は「典型的に社会主義的」であり、「ソビエトモデル」から受容したものであるかのように、また受動的な裁判官が西ヨーロッパ秩序と適合する唯一のものであるかのように、状況は極めて単純化して説明されることが多かった。たとえば、実際には1929年にオーストリア民事訴訟法から受容した(そして今日、ドイツ民事訴訟法においても存在する)訴訟法上の制度(たとえば、裁判官の釈明義務、いわゆる実質的訴訟指揮、職権証拠調べの可能

35) たとえば、Betetto, *Ob predlogu...*, *op. cit.*, S. 10.

36) この点につき批判的なものとして、Wedam-Lukić, *Pravica do sodnega varstva civilnih pravic in obveznosti* (Das Recht auf den gerichtlichen Rechtsschutz der zivilen Rechte und Verpflichtungen), *Zbornik znanstvenih razprav PFL*, 1996, S. 320.

性)が、しばしば「ソビエト法」であるとされた³⁷⁾。裁判官の積極的な活動と裁判官の権限を強調する、たとえばイングランド法の最近の改革³⁸⁾も、ソビエト民事訴訟法の強力な批判者は完全に看過していた³⁹⁾。したがって私見によれば、(釈明義務の意識的な廃止と無限定の弁論主義の導入によって) 裁判官の非積極性を目指す試みの極めて重要な根拠は、スロベニアにおいては、比較法における民事訴訟法の展開および現代的改革に関する、誤った、極めて単純化された説明にあり、また裁判官の権力の観念が民事訴訟において「社会主義法」の表出であるという誤った説明にあった⁴⁰⁾。残念ながら多くの者が 残念ながら素人だけではなく法律家もが 19世紀の民事訴訟を依然として「通常の」民事訴訟とみなしていた。

このように裁判官の役割を受動的なものとするよう努めた結果、新民事訴訟法は証拠調べの領域において重大な変更をもたらした。つまり旧法の下では、すべての証拠は職権でも調べることが可能であったが、新法では、証拠についても事実の場合と同様、純粋な弁論主義が支配している。つまり、如何なる証拠も当事者の申立てなしには、裁判所が証拠調べをすることはできない(民訴法7条)。この改正は手続を迅速にするとされ、これは、部分的にはあるが、新法に見られる受動的な裁判所のコンセプトの明白な帰結である。しかし、鑑定あるいは検証を当事者の申立てなしには裁判所が行うことができないことが合理的であるかは極めて疑わしい(ス

37) そのようなものとしてたとえば, Ilc, Dnevi slovenskih odvetnikov (Tagung der slowenischen Anwälte), Dobrna, 1996, Der Bericht, S. 7., Bemerkungen des Bezirksgericht Celje zum Entwurf der neuen ZPO, 1995. この問題については, Rechberger, *op. cit.*, S. 109 も参照。

38) たとえば, 司法へのアクセスに関するウルフ卿のレポートに依拠した新英国民事訴訟規則(1999) (Access to Justice, The Right Honourable the Lord Wolf, Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice in England and Wales, Lord Chancellor's Dept., London, 1995)。アメリカでは, たとえば, Civil Justice Reform Act (1990)。

39) たとえば, Šipec, *Pravica do ...*, *op. cit.*, S. 823.

40) Oberhammer, Richterbild, *op. cit.*, S. 135 ff, Hess, *op. cit.*, S. 17 も参照。

ロベニアでは第一審においては弁護士強制が存在しないことからすればなおさらである)⁴¹⁾。

改正に際し、最もラディカルな提案を、立法者は承認しなかった。つまり、実質的訴訟指揮に関する規定は、クライン的なコンセプトの核心として、変更されることなく法に残された(民訴法285条)。もちろん、この規定は訴訟促進原則に沿うものであり、合理的に運用されれば、訴訟促進と効率的な権利保護の決定的かつ重要な手段となるという説明が受け入れられた。その際クローズアップされたのは、イデオロギー的な論拠ではなく、効率性の問題であった。一般に、旧民事訴訟法はわずかに変更されたに過ぎない。したがって、真の新民事訴訟法典編纂というよりはむしろ部分的改正が問題となり、クライン的民事訴訟法を基礎とした法律が依然としてテーマとなる可能性がある。文献においても改革の評価は分かれる。多かれ少なかれ(重要なものではあるが たとえば送達の領域において)技術的な新事象がテーマとなっており、優秀な裁判官が手続の促進に配慮する十分な方法を旧民事訴訟法典も有していた⁴²⁾、とする見解が、一方では主張された。他方で、新民事訴訟法は、「東側から西側へのセンセーショナルな一歩」であると称するものもあった⁴³⁾。

3. 実質的訴訟指揮

上述したように、社会主義の時代においても、処分権主義および弁論主義は広く妥当していた。そして、両者は(たとえば、職権による証拠調べの廃止により)スロベニア1999年民事訴訟法において、一層純粹な形であらわれた。しかし、事実及び証拠の領域における厳格な弁論主義の原則は、いわゆる実質的訴訟指揮の原則によって(歴史的な見地からすると、クラ

41) Wedam-Lukić, Vloga sodišča ..., *op. cit.*, S. 989 ff.

42) Ude, Uvodna pojasnila k ZPP (Einführungserklärungen zur neuen ZPO), *Zakon o pravdnem postopku*, Uradni list, 1999, s. 13 ff. Butala, *op. cit.*, S. 1160.

43) Šipec, Med liberalnim ..., *op. cit.*, S. 1207.

インの民事訴訟法が施行されてから絶えることはなく⁴⁴⁾ 明白に緩和されている。民訴法285条は，裁判長は発問あるいはその他適切な方法で，訴訟資料を完全に入手し，細微に至るまで討議させ，争いのある事実関係および法律関係の確定に重要なあらゆる陳述をさせることに配慮しなければならない旨を規定している。このような法制度は，一方では実体権の実現という目的に寄与し，他方で合理的な訴訟進行を可能にし，これにより訴訟経済および訴訟促進に寄与する点が，理論的には強調されている⁴⁵⁾。

他方で，憲法上の法的審問請求権を保障することの重要性もまた承認されている⁴⁶⁾。一方では当事者に事実の調達が委ねられ，しかし他方で裁判官は法を知る（*Jura novit curia*）という原則が妥当し，それ故に事件において如何なる事実が重要であるかは，裁判所の法的観点に依存するという制度においては，裁判所と当事者との間の協調が必要である。それ故に，裁判所は，当事者が看過しているが考慮されうる法的理解に当事者の注意を向けさせねばならない⁴⁷⁾。このような法制度の目的，内容，限界を明らかにする際に，学説がドイツ及びオーストリアの文献における理解に依拠していることは明白である⁴⁸⁾。しかし判例における状況は異なる。驚くべきは，釈明義務の内容および限界について控訴審裁判所および上告審裁判所の確固たる命令（*Anweisung*）がない点である⁴⁹⁾。たとえば，控訴審裁判所が第一審判決を（裁判官の中立性の原則を害する）実質的訴訟指揮が不十分に過ぎる，あるいは広範に過ぎることを理由に取消した事例は極め

44) この点に関しては，Rechberger, *op. cit.*, S. 104 を参照。

45) たとえば，Juhart, *Zbiranje procesnega gradiva* (Prozessstoffsammlung), *Pravnik*, 1957, Heft 5-8, S. 225 ff. Wedam-Lukić, *Vloga sodišča . . .*, *op. cit.*, S. 989 ff.

46) Wedam-Lukić, *Pravica . . .*, *op. cit.*, S. 317.

47) *Entscheidungen des Verfassungsgerichts der Republik Slowenien*, Up 130/04 vom 24. 11. 2005 und Up 133/04 vom 1. 12. 2005.

48) たとえば，Juhart, *Zbiranje . . .*, *op. cit.*, S. 226.

49) Dolenc, *Materialno procesno vodstvo v luči odločb Ustavnega sodišča*, *Gradivo za Gospodarsko pravno šolo, Brdo pri Kranju*, 2006, S. 13.

てわずかである⁵⁰⁾。したがって、第一審裁判官が依拠することのできる統一的な判例は存在しない。それ故、実際には、この規範が如何なる範囲で適用されるかは第一審裁判官に左右される。したがって、どの裁判官に事件が配点されるかが実際には極めて重要である。この場合、訴訟は実際には、ほとんど「古典的に英国的な」ものか、かなり「職権的」なものにみえるだろう⁵¹⁾。残念ながら、このような民事訴訟の構成に極めて重要な法律制度についての統一的な判例は存在しない。新民事訴訟法により、問題は一層明白となった。つまり新民事訴訟法は、失権制度を導入し、また証拠の領域にも純粋な弁論主義を導入したので、適切な実質的訴訟指揮に関する裁判官の責任も増大したとされる⁵²⁾。立法準備の時点で、たとえば実体的真実の原則や弁論主義、職権探知主義については議論がなされたが、実質的訴訟指揮の具体的内容や限界についての議論はあまりなかった点も重要である。なるほど最初にあげたテーマは、イデオロギーに呪縛された論争については極めて有用であるが、現代民事訴訟における裁判官の地位の具体化については、如何なる範囲で実質的訴訟指揮がなされ、どこに限界が設定されるかが、実際には極めて重要である⁵³⁾。下級審裁判所(Instanzgericht)の統一的な判例が存在しないために、なるほどこれは裁判官の最も重要な権限、義務のうちの一つであるが、釈明義務の適用の際に、事実上、第一審裁判所の裁判官はかなり自由であった。しかし1999年民事訴訟法による手続の構成に関しては、裁判官には、その他の領域での裁量行使はごくわずかに認められていたに過ぎない(2008年の民事訴訟法D改正がこの点に関し幾つかの改善をもたらした。後述参照)。そ

50) Ude, Galič (Hrsg), *op. cit.*, Band II, S. 584 ff 参照。

51) Šipec Med liberalnim..., *op. cit.*, S. 1210 参照。

52) Dolenc, Materialno procesno vodstvo sredstvo za racionalizacijo postopka ali dodatno breme in prelaganje odgovornosti (Materielle Prozessleitung ein Mittel zur Schaffung der Verfahrensrationalisierung oder eine zusätzliche Last und Verantwortungsverladung), *Podjetje in delo*, 2008, N. 6-7, S. 1574.

53) Oberhammer, Richterbild..., *op. cit.*, S. 137, 142. 参照。

のため，答弁は義務的であるが，開始された第一回期日になされることはない。裁判官は，口頭による手続か，書面による手続かを選択する余地はない。裁判官には，具体的な事件にとって最も適切な手続方法を選択する余地はない。釈明義務の適用に際し裁判官は自由であるが，その他に手続構成については 上述したように ほとんど裁量の行使ができないのは，矛盾するように思える。しかし，釈明義務の領域での「自由」は，下級審裁判所（これは，このような法的規準に，判例によって具体的な解釈を与える）の統一された判例を欠くことの結果であり，法のコンセプトの結果ではないことを考慮しなければならない。

いわゆる実質的訴訟指揮（これは弁護士訴訟においても行われねばならない）⁵⁴⁾と，法を知らない当事者にその手続権を付与する原則（民法法12条）は，区別されねばならない。

4. 時機に後れた提出の失権効

1999年の新民事訴訟法施行まで，当事者は新たな事実及び証拠を提出する機会を時間的に制約されてはいなかった。しかし1999年の民事訴訟法により，部分的には同時提出主義への回帰を意味する失権制度が導入された。当事者は，自らの過失によらずして新たな事実や証拠を第一回主弁論期日前に認識していなかった場合を除き，第一回主弁論期日後にそれらを提出することはできない⁵⁵⁾。控訴手続において従前妥当した更新権（*Ius novorum*）は，原則として廃止された（第一審における時機に後れた提出と同様の条件が妥当する）。「過失」を合理的に解釈するのは，裁判所の責

54) そのように明示的に判示するスロベニア共和国の最高裁判所の判決として，Up 312/03 vom 15. 9. 2005. 同判決以前に既にそのように述べていたものとして，Wedam-Lukić, Vloga sodišča..., *op. cit.*, S. 989 ff. 異説としてたとえば Bettro は，そうしなければ無制限の弁護士強制を導入しなければならないことを根拠に，釈明義務に関する規定の削除を提案する。Betetto, Ob predlogu..., *op. cit.*, S. 10.

55) この規定は，ある意味ではドイツ法よりも厳格である。たとえば，「重大な過失」を要求しておらず，裁判所は，事後的な当事者の主張の考慮が訴訟を遅延させるかを審査する必要はない（ドイツ民法296条参照）。

任である(たとえば、それまで想起されなかった新たな法的観点も、過失のない新たな事実主張として正当化される)⁵⁶⁾。つまりこのような改正は、同時提出主義への純粋な回帰を意味するものではない。同時提出主義は、訴訟資料の複雑化と不可視化を意味したのである(まさにそれ故に、同時提出主義はかつての民事訴訟法改正で廃止されたのである)⁵⁷⁾。スロベニアの最高裁判所は(ドイツ連邦憲法裁判所と同様に)⁵⁸⁾次の点を強調している。なるほど、適時に手続を受けることを保障する憲法上の原則は失権を正当化する。しかし失権は法的審問を著しく損なうものであり、それが当事者の過失に基づき、かつ当事者が異議を述べる機会を十分に保障されている場合に限り認められる、と。例外的性質ゆえに、限定的解釈が必要である⁵⁹⁾。しかし一般的には、改正は積極的に評価される。失権と法的審問の関係について、過度に限定的ではない解釈を主張する学説でも同様である⁶⁰⁾。判例上は、失権規定を適用したものは稀有であるが、失権制度の意義は、その予防的作用の点で実務上明白である。

56) たとえば Trampuš, Materialno procesno vodstvo in sodna poravnava (Materielle Prozessleitung und gerichtlicher Vergleich) Podjetje in delo, 2002, Heft 6-7, S. 1545-1560 S. 1549, Šipec, Med liberalnim..., *op. cit.*, S. 1206, Wedam-Lukić, Vloga sodišča..., *op. cit.*, S. 990 を参照。

57) たとえば, Juhart, Civilno..., *op. cit.*, S. 75 参照。1999年民事訴訟法案の理由書においても、それまで重要とは考えられていなかった、新たな法的観点は、更なる事実主張を正当化する可能性があり、それ故に、失権制度は同時提出主義への回帰ではない点が強調されていた。Poročevalec Državnega zbora, S. 11/98, S. 67. Butala, *op. cit.*, S. 1160 参照。

58) z.B. BVerfG, 30. 1. 1985, BVerfGE 69, S. 149.

59) sloOGH Beschluss VIII Ips 233/2001, 21. 5. 2002.

60) z.B. Ude, Uvodna pojasnila k ZPP [Einführungserklärungen zur neuen ZPO] 1999, S. 60, Šipec, Med liberalnim..., *op. cit.*, S. 1206, Šorli, Varstvo pred prekluzijo pri navajanju dejstev in dokazov [Schutz vor der Präklusion bei der Tatsachen- und Beweisvorträgen], Podjetje in delo 2000, 1209 (1215), Ogrizek, Novi zakon o pravdnem postopku obet novega ravnoesja v civilni pravdi [Die neue ZPO Erwartung eines neuen Gleichgewichts im Zivilprozess], Podjetje in delo 1999, 1194 (1196), Jenull, Zagotavljanje sojenja v razumnem roku de lege lata in de lege ferenda [Sicherung der Entscheidung in einer angemessener Frist] Pravna praksa 2003, 19 (21).

．スロベニア民事訴訟法の更なる革新と世界的潮流との連関

1．民事訴訟法 A 改正（2001）：裁判外紛争処理の促進

1999年の施行後，スロベニア民事訴訟法は既に四度の改正を経験している。最も重要なものは，民事訴訟法 A 改正（2001年）と民事訴訟法 D 改正（2008年）である。当然のことながら，2004年のスロベニアの EU 加盟は極めて重要である。なぜならこれ以後，ヨーロッパ民事訴訟法がスロベニアにおいても適用され，将来の国内民事訴訟法の展開に影響を与えるであろうからである。もっとも，この点は本稿の検討対象ではない⁶¹⁾。同様のことは，スロベニアにおける民事訴訟法の展開のその他の特徴，すなわち，その憲法化および手続保障の重要性の強調（たとえば，法的審問，武器対等，司法保護請求権，裁判所の中立）についても当てはまる。このことは，スロベニアのヨーロッパ人権条約システムへの加入と関係する。他方，通常裁判所の判決中の人権侵害につき，憲法異議手続において判断がなされる点は，憲法裁判所の新たな権限の帰結でもある。憲法裁判所の判例においては，ヨーロッパ人権裁判所の判例との密接な結びつきが極めて明白である⁶²⁾。

最初にあげた改正（A改正）⁶³⁾は，（訴訟上の和解の促進を含めた）裁判外紛争処理の促進に捧げられ，同時に，現代民事司法の世界的趨勢と結びついた⁶⁴⁾。1976年のユーゴスラビア民事訴訟法（そしてそれ以前の1956年の民事訴訟法）は，裁判官に和解を促す可能性（義務ではない）を認め

61) たとえば，Rijavec, Der Europäische Vollstreckungstitel am Beispiel Sloweniens, ZZPInt 12 (2007), S. 155 ff 参照。

62) たとえば，Mavcic, The influence of the ECHR Case Law on Slovenian Constitutional Case Law: The right to fair trial, Revue de justice constitutionnelle Est-Europeene, 2003, numero special, S. 103-123 を参照。

63) Amtsblatt der Republik Slowenien, 96/2002.

64) Betetto, Court-based Mediation and its Place in Slovenia, in: Public and Private Justice, edited by Van Rhee and Uzelac, Antwerpen, Intersentia, 2007, S. 211. Siehe auch: Hess, *op. cit.*, S. 5.

たに過ぎない。立法者は訴訟上の和解の意義を、私的自治の最も重要な訴訟上の発現として、どちらかといえば控え目にみていた。これに対して1999年のスロベニア民事訴訟法は、当事者に対しこのような訴訟上の和解を締結する可能性を認識させ、当事者を助力することを裁判官に義務付けることによって、訴訟上の和解の重要性を原則として強調した。しかし、和解による訴訟の解決を試みるうえで時間的に最適であるのは、主弁論を準備するための特別の段階であるが、これが手続上予定されていなかった点に同法の欠点があった。(76年民事訴訟法では規定されていた)準備期日(*vorbereitenden Tagsatzung*)の廃止は、このような観点からは現実的な改正ではなかった⁶⁵⁾。比較法的な観点からも、民事訴訟の枠内で和解活動を強化する動きを確認することができよう。これに、和解の試み(*Vergleichsversuch*)に寄与する、特別の手続規範や手続行為の創出も加わる⁶⁶⁾。ドイツの模範例のように、いまや2002年の民事訴訟法A改正は、訴訟上の和解により大きな地位を与え、その促進および助力に際し裁判官の活動を強調し、和解期日を導入した(民訴法305条a-305条c)。現在、主弁論におけるあらゆる手続(例外の可能性はあり、裁判官の裁量に委ねられる)は和解期日が開かれねばならない(民訴法305条a)。裁判所は、手続のあらゆる状況において、訴訟の和解による解決を考慮しなければならないことも明示的に規定された。このことは、裁判官(*Richterschaft*)がそのような紛争解決(*Konfliktlösung*)について積極的であるべきことを意味する。このような可能性について両当事者に注意を喚起するだけでは十分ではない。ドイツ民事訴訟法のモデルに倣った重要な改正は、両当事

65) Betetto, Poravnalni narok (Die Güteverhandlung), Podjetje in delo, 28 (2002), 6-7, S. 1561-1573.

66) アメリカ法において和解期日(*settlement conference*)は存在する。そのほかにも当事者は、書面で、合意による紛争解決が可能であるか、それは既に試みられたかを明らかにする義務がある。Shuker, Zmanjšanje sodnih zaostankov v civilnopравnih zadevah v ZDA (Verkürzung der Prozessdauer in den USA), Pravna praksa, 21 (2002), 1-2, S. XV. 英国における新民事訴訟規則に基づく和解の促進のための「リアクション・プロトコル」の役割については、J. Jolowicz, On civil procedure, Cambridge, 2000, S. 392 参照。

者が裁判官によって用意された和解案に署名することでも，訴訟上の和解が締結されうる点である（民訴法307条⁶⁷⁾）。ドイツやイングランドの規律⁶⁸⁾と同様に，改正は限定された範囲で，ADR という裁判外の方法も考慮している。これには，裁判所に付置された ADR も含まれる。裁判外紛争処理の試みを行うことに同意する当事者の申立てにより，裁判所は3ヶ月を越えない間，訴訟手続を中止することができる。この関係で指摘されねばならないことは，スロベニアにおいてはかなりの裁判所で，既に1995年以來，（アメリカで展開した方法をモデルとする）裁判所に付置された調停が行われている点である。裁判所はまず，ADR 手続を行うことに意味があるか，当事者が調停を試みることを求めているかを審査する。当事者が同意した場合，事件は調停人に付され，調停が行われる。調停が奏功した場合，訴訟上の和解が締結される。調停が不奏功である場合，事件は裁判官に戻され，秘密原則（Vertraulichkeitsprinzip）が完全な範囲で尊重される⁶⁹⁾。リュブリャナ区裁判所における，裁判所に付置された任意調停のパイロットプロジェクトに関する積極的な経験は，スロベニアにおいて裁判外紛争処理がより一層行われる可能性があることを示している。

2．民事訴訟法D改正（2008）：手続集中と当事者の訴訟促進義務； 裁判官の権限の強化

2008年民事訴訟法D改正がなされるまで，スロベニアにおける民事訴訟

67) そのような裁判官の積極性それ自体は，予断を理由としてこれを排斥する理由とはならない。一般的には，裁判官が法律状態および事実状態について自らの見解を述べる際の裸の実体的訴訟指揮は，それ自体は裁判官の予断をもたらす事情ではない。Trampuš, Materialno... *op. cit.*, S. 1555; Triva, Esej o otvorenom pravosuđenju (Ein Essay über offene Prozessführung), Godišnjak PF u Sarajevu (1973) pp. 343-364; Wedam-Lukić, Vloga sodišča..., *op. cit.*, S. 984-990.

68) Stay for settlement rule 26.4 CPR.

69) たとえば，Zalar, How we developed our court-annexed ADR programmes, Konferenzzmaterialien: Southeast European Regional Conference on ADR, Ljubljana, 5-7. Nov. 2002, Betetto, Court based... *op. cit.*, S. 217 を参照。

法の欠陥は、訴訟集中に配慮し主弁論の準備を包括的に行うための十分な手段を、裁判官が有していなかった点にあった⁷⁰⁾。重要な訴訟資料を原則として主弁論の最初の期日で適時に収集あるいは提出させるという目的は、効果的に実現されてはいなかった⁷¹⁾。とりわけ、主弁論を設定する前の、主弁論のための準備手続が、スロベニア民事訴訟法においては予定されていなかったという状況が、主弁論に手続を集中するという目的をスロベニアにおいて実現不可能なものにした⁷²⁾。スロベニア民事訴訟法286条は、新たな事実と証拠の提出を最初の弁論期日に限定している。それ以降は、当事者が自ら過失なくして事前に提出することができなかつた場合にのみ、提出が許される(上述)。しかし、このコンセプトは中途半端であった。すなわち、途中で提出された準備書面という問題は、これによっては解決されなかつたのである。そのような準備書面が新たな事実および証拠を内容としていれば、いかなる限定もなく、最初の弁論期日の直前、さらには最初の弁論期日において提出することができた(これによってしばしば、主弁論の延期(Vertagung)が生じた)⁷³⁾。上述した失権制度によって、第一回弁論期日後の準備書面という問題も解決しなかつた。なるほど、新たな事実や証拠の提出は厳格に制限されている。しかし既になされた主張、

70) Bergant-Rakočević, Materialno procesno vodstvo v pisnih fazah postopka in razmerje do prekluzije (Materielle Prozessleitung in der schriftlichen Phase des Verfahrens und die Beziehung zur Präklusionen), Podjetje in delo, 2008, N. 6-7, S. 1602, Slivnik, Materialno procesno vodstvo z vidika odvetnika spodbuda za boljše ali slabše delo? (Materielle Prozessleitung aus der Perspektive des Rechtsanwalts Anreiz für bessere oder schlechtere Arbeit?), Podjetje in delo, 2008, N. 6-7, S. 1609 参照。

71) たとえば, Betetto, Pospešeni pravdni postopek [der Beschleunigte Zivilprozess], Pravna praksa, 2004/37, S. 3 参照。

72) 確かに、和解期日の導入は部分的な改善である(スロベニア民法305条a-c; 2002年改正)。これは他にも「準備期日」の機能も果たす。Betetto, Poravnalni..., *op. cit.*, S. 1562, Trampuš, Materialno..., *op. cit.*, S. 1558 参照。

73) これはしばしば法的審問を考慮する際に必要であるが、場合によっては必要ではない場合もある。準備書面において、相手方当事者が同じ主張をすることができない準備書面において、そのようなものが存在する場合がそうである。Balazic, *op. cit.*, S. 17 参照。

あるいは申立てられはしたが，最初の弁論期日では未だ提出されていない書証に限って，補充的な説明をする新たな準備書面は阻止されない。同様のことは，既に証拠調べのなされた証拠の評価と関連する準備書面についても当てはまる。スロベニアの裁判所実務では，当事者が審理に準備書面を送達すること（あるいは審理でそれを読み上げること）で，弁論の延期が頻繁に生じていた。国内の学説は，準備書面を十分に考察していない⁷⁴⁾。スロベニアにおける民事訴訟実務の現実は一 訴訟資料の収集の観点からも，また訴訟遅延の観点からも 準備書面が極めて重要な役割を果たしていることを示している。スロベニア裁判所における期日はほとんど「準備書面交換のための場」に墮しているという評価は決して誇張ではない⁷⁵⁾。

2008年の民事訴訟法D改正は，この点との関係で重要な改正をもたらした⁷⁶⁾。相手方当事者（および裁判所）に対しては，新たに提出される訴訟資料についての情報が期日前に提供されるように，準備書面を適時に提出する一般的な義務が導入された（民訴法284条a 4項）。さらに重要であるのは，柔軟な失権制度という威嚇の下で，陳述する必要のある点を適切な時機に準備書面で述べ，これまでの主張を明らかにし，相手方の陳述に回答するよう，当事者に求めることを（ドイツ民訴法273条のモデルに倣って）スロベニアで裁判官に可能にする点である（民訴法286条a 1項⁷⁷⁾）。手続集中を保障するために，このような方法は卓越した重要性を有している。このような規律については，本質的には，実質的訴訟追行の時間的，形式的拡張と関係するが，内容や意図は主弁論の間の実質的訴訟追行と変

74) 裁判官および弁護士出身のごく一部の論者は除かれる。たとえば，Balažič, *Pravosodni bilten* 1999, 15 und Ogrizek, *Podjetje in delo* 1999, 1196, Šipec, *Med liberalnim...*, *op. cit.*, S. 1196, Šorli, *Podjetje in delo* 1999, 1211.

75) Bergant-Rakočević, *Materialno procesno vodstvo v pisnih fazah postopka in razmerje do prekluzije* (Materielle Prozessleitung in der schriftlichen Phase des Verfahrens und die Beziehung zur Präklusionen), *Podjetje in delo*, 2008, N. 6-7, S. 1602 参照。

76) *Amtsblatt der Republik Slowenien*, 45/2008.

77) スロベニア労働・社会裁判所法25条もそのような規定を有している。

わりはない⁷⁸⁾。つまりこのような規律によって、主弁論の前に以下のことが保障される。すなわち、何が当事者間で争いがあるかがより明瞭となり、当事者の主張がより正確に確定されるとともにより明瞭となり、主張の矛盾や不備を解消し、説明をより完全なものとし、同時に、主弁論の期日で重要な証拠や事実主張が既に提出されているか、あるいは少なくとも認識されている蓋然性が比較的高いことである（このことはとりわけ、裁判所の先行する要求によって、当事者がこれまで看過していた法的観点のチェックすることができる場合には重要であるように思われる⁷⁹⁾）。

重要であるのは、主弁論の最初の期日前により詳細な主張や補足説明をするよう当事者に求める権限を裁判官が行使できる点である（民訴法286条2項）。裁判官が当事者に対するそのような要求を、実質的訴訟指揮にあたる方法で行う場合、両当事者はこれに従わねばならない。すなわち、当事者は失権効で威嚇されている。なされた質問や要求について当事者が定められた期間に意見を述べず、あるいは自らの先行する説明を補足しなかった場合、時機に後れてなされた提出は、その理由が十分に説明された場合にのみ認められる（民訴法286条5項）。両当事者は主弁論の最初の期日に、新たな事実や証拠を無制限に提出できるという一般原則は、これによって崩された。裁判官が上述した権限を行使すれば、裁判官は、最初の期日の包括的な準備を求めることができ、主弁論の開始段階で、広範な範囲で訴訟資料（事実主張、証拠の申立て、書証）が収集されていることが保障される⁸⁰⁾。この改正は積極的に評価されるべきである。当事者は、如何なる場合も主弁論の最初の期日に、まったく新たな事実や証拠を無制限に提出できるという従前の規律は、主弁論の包括的な準備という公理と相容れなかった。しかし強調されなければならないのは、上述した権限の行

78) (労働裁判手続における新たな規定との関係で) そのように指摘するものとして、Klampfer, Podjetje in delo 2004, 1267.

79) Klampfer, Podjetje in delo 2004, 1268, またたとえば、Wedam-Lukič, Vloga sodišča..., *op. cit.*, S. 987, Betetto, Odprto..., *op. cit.*, S. 109, Triva, Esej..., *op. cit.*, S. 348 も参照。

80) Bergant-Rakočević, *op. cit.*, S. 1602 を参照。

使が，裁判官の側でも，徹底的かつ完全に手続の準備をすることを前提とする点である。解明すべき点について補充的に陳述することを当事者に求める権限は，事案（書類）自体を十分に理解している裁判官のみが行使することができる。このような裁判官のみが，適切かつ十分に具体的な質問をすることができる。それ故，当事者がこれについての定められた期間に回答しない場合には，失権のサンクションが結びついているような質問である（提出するか否か，何を提出するかというような質問では十分ではない）。そのような措置は，実体的訴訟指揮の公理と調和しないであろう⁸¹⁾。この点に，スロベニア民事訴訟法改正の主たるコンセプトが明らかとなっている。手続を集中させるためには，両者すなわち，当事者と裁判官の責任，配慮そして準備が一層求められる⁸²⁾。

失権の規定が，その範囲および法概念の抽象性の点で，不明確さという問題をもたらし，実務上不統一な適用がなされる可能性があり，不明確に過ぎる規定を適用するに際し，裁判官は危ない橋を渡らないように振舞う可能性がある点はその通りである⁸³⁾。しかし，規定の抽象性や一般性は，訴訟行為の処理について厳格にかつ法律で期間を定めるという硬直的なシステムより適切であるという重要な利点もあるだろう。すなわち，これにより手続をあらゆる個別の例に合わせる事が可能となる。考慮されるべきは，民事訴訟は一様ではなく，簡単に解決できる紛争から，綿密な証拠手続，裁判所と当事者の準備を必要とする事件と多様である点である。それ故，手続の時間的枠組みを決める際の十分な裁量を裁判官に委ねる規律が重要である⁸⁴⁾。この点との関係でも，上述したスロベニア民事訴訟の改

81) Ibidem.

82) Dolenc, Materialno procesno vodstvo sredstvo za racionalizacijo postopka ali dodatno breme in prelaganje odgovornosti (Materielle Prozessleitung ein Mittel zur Schaffung der Verfahrensrationalisierung oder ein zusätzlicher Last und Verantwortungsverladung), Podjetje in delo, 2008, N. 6-7, S. 1574 を参照。

83) Wedam-Lukić, Pravica..., op. cit., S. 990. Butala, op. cit., 1161 参照。

84) 新英国民事訴訟規則も，このような観点に基づいている。これにより，事件を三つの「手続トラック」の一つに分類することを裁判所に課している（ファストトラック，

革は積極的に評価されるべきである。手続の構成を具体的な事件の個性に合わせるために、裁判官に多くの裁量が委ねられたのははじめてである。これは民事訴訟法改革の現代のトレンドと一致する⁸⁵⁾。法が口頭弁論の準備に大きな価値を置いている点も肯定的に見るべきであり、民事訴訟法の展開の世界的なトレンドとも一致する⁸⁶⁾。

しかし、手続の集中という目的は、主弁論が慎重にかつ全体として準備されてはじめて達成される。もっとも、主弁論の慎重かつ全体的な準備のためには、主弁論のための準備行為を法律で規定するとともに、紛争に関する練成された方法を裁判官が有し、当事者の陳述を裁判官はよく理解し、そしてとりわけ、裁判官が先行する事案の法的判断を利用できることが必要である⁸⁷⁾。まさに集中原則の促進や準備書面に関する失権の規律については、手続集中の責任は当事者と裁判官に共通するものであるという認識⁸⁸⁾が、最も適切であることは明らかである。

スモールケーストラックあるいはマルチトラック 最後に挙げたものはまさに裁判官に手続の時間確定について多くの柔軟性を与えている。Osborne, *Civil 225, Sime, A Practical Approach to Civil Procedure* (2004) 237.

85) たとえば、Hess, *op. cit.*, S. 8 を参照。

86) 一般的に概観するものとして、Trocker, Varano, Concluding remarks, v: Trocker, Varano, *op. cit.*, S. 243-266, Storme, Tommorrow's civil trial, in: Storme et al.: The recent tendencies of development in civil procedure law, Vilnius, 2007, S. 14-25, Stürner, The principles of transnational civil procedure, *RabelsZ*, 2005, S. 201-254, Oberhammer, Zivilprozessgesetzgebung: Content follows method, in: Honsell et al. (Hrsg.), *Festschrift für Ernst A. Krammer*, Basel, 2004, str. 1039-1046), Van Rhee, History of civil litigation in Europe, *Public and Private Justice dispute resolution in modern societies*, Dubrovnik, 2006, <http://alanuzelac.from.hr/text/iuc-course.htm> (15. 7. 2007).

87) たとえば、Ude, *Civilno...*, *op. cit.*, S. 284, Trampuš, Metode racionalnega vodenja civilnega postopka (Methoden einer rationalen Zivilprozessführung), *Pravosodni bilten*, 1999, Heft 2, S. 49, Triva, Ešej..., *op. cit.*, S. 351, Balazić, Možne pravne razlage o nekaterih vprašanjih iz sodne prakse [Mögliche Auslegungen einiger Fragen aus der Gerichtspraxis], *Pravosodni bilten* 2003/3, S. 166.

88) Trampuš, *Materialno...*, *op. cit.*, S. 1546, Ude, Galić (Hrsg.), *op. cit.*, Band II, S. 592 ff.

・ 結 語

訴訟手続における当事者の権利に，この権利を実現する手続における進行態様についての，また裁判所による保護の質および手続促進に寄与する当事者の責任が相応する。民事訴訟においては，裁判所の訴訟上の立場と当事者の訴訟上の立場との間で責任と義務を適切に分配することを保障する点も重要である。独立以来，スロベニアにおいては，裁判所の能動性と受動性に関する多くの論争が存在し，その際あるいは，裁判所の積極性は無条件に当事者の受動性（またはその逆）に結びつくという誤った印象がもたれたこともあっただろう⁸⁹⁾。しかし，明らかに拡大された裁判官の権限を公理とする現代民事訴訟改革の比較法的な経験は，別様の帰結を正当化する⁹⁰⁾。ある程度の裁判官の積極性，とりわけ実質的訴訟指揮は，裁判所による保護の内容的な質および手続促進，手続合理性に寄与する⁹¹⁾。しかし，このような積極的な作用は，当事者の積極性 事実及び証拠の適時かつある程度の提出および事案の慎重な準備 の下でのみ実現するこ

89) 典型的にはたとえば，Šipec, *Med liberalnim...*, *op. cit.*, S. 1201, Koman-Perenič, *Izpeljava ustavnih določil v civilnih procesnih zakonih* [Ausführung der Verfassungsnormen in Zivilprozessgesetzen], *Podjetje in delo*, 1997, N. 6-7, S. 801.

90) 当事者の訴訟促進義務（ドイツ民法282条）とこれと結びついた失権制度（ドイツ民法296条）を参照。Leipold, *Prozessförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung*, ZfP, 1980, 239. Peters, *Auf dem Wege zu einer allgemeinen Prozessförderungspflicht der Parteien?*; FS Schwab (1990) 399. 2003年1月1日に発効したオーストリア民法改正は，オーストリア民事訴訟法に初めて，訴訟促進義務を導入した。この点につき，Rechberger/Simotta, *Zivilprozessrecht* (2003)。しかし，裁判官の大きな積極性（および当事者の適時になされなかった訴訟行為の制裁の方法）は，新しい1998年英国民事訴訟法規則の重要な要素の一つでもある。たとえば，Andrews, *A New Civil Procedure Code for England: Party-Control* » *Going, Going, Gone*, CJQ 2000, 1937.

91) Triva, *Esej o otvorenom pravosudjenju* [Ein Essay über die "offene Prozessführung"], *Godišnjak PF u Sarajevu* 1973, 343 (351), Juhart, *Zbiranje...*, *op. cit.*, S. 225 (227), Wedam-Lukić, *Vloga sodišča...*, *op. cit.*, S. 986, Trampuš, *Metode...*, *op. cit.*, S. 49, Betetto, *Poravnalni...*, *op. cit.*, S. 1570.

とができる。したがって、二者択一は誤りである。すなわち、積極的な裁判所と受動的な当事者が、あるいは受動的な裁判所と積極的な裁判所か、ではない。裁判所と当事者に手続の促進と集中が義務付けられる手続のみが、したがってこの手続では両者 裁判所と当事者 が訴訟促進義務を負うのだが、適切な期間内に効果的な司法保護を保障することができる⁹²⁾。この場合、手続における当事者自治の縮減あるいは放棄は問題とならず、あるいは職権的か、リベラルか、「東側的な」民事訴訟かあるいは「西側的な」民事訴訟か、などと結びついた問題は重要ではない。両当事者は手続の支配者 (*dominus litis*) のままである。これは(訴訟上の請求、その事実上の基礎の確定、および当事者の処分行為の意味での)訴訟物に関する当事者の意思の考慮と、法的審問の憲法上の権利に関係する。しかし、当事者を次のような問題についても支配者としてみる根拠はない。すなわち、裁判を当事者のみに委ねることができるか、手続において当事者はいつ陳述するか、いつ当事者が手続をある段階から別の段階に移行させるか、あるいは終結させるか、あるいは主弁論を停止させるか、という問題である。

2002年及び2008年におけるスロベニア民事訴訟法については、民事訴訟法の展開の世界的な傾向との結びつきが極めて明白である(民事訴訟法A改正による裁判外紛争処理の促進、手続準備段階の改善と重要性、手続構成を個々の事件の性質に合わせる裁判官の権限、最高裁判所へのアクセスの改革 許可上告)⁹³⁾。これらの改正に際し、イデオロギー的な論拠は改革準則の中心にはなく、効率性の強化と、裁判官側でも当事者側でも潜

92) So auch Dolenc, *Materialno...*, *op. cit.*, S. 1574.

93) この点についてはたとえば、Oberhammer, *Die Aufgabeverteilung zwischen Gericht und Parteien*, v: *Commentaren op fundamentele herbezinning*, *Prinsengrachtreeks*, 2004/1, str. 81-97, str. 92. Betreffend die supranationale Rechtsquellen und Projekte siehe *Principles of transnational civil procedure* (darüber: Trocker, Varano, *op. cit.*, S. 247-255, Stürner, *op. cit.*, S. 223-230) und den *Storme Group Report*. (darüber z.B. Storme, *A single civil procedure for Europe*, *Ritsumeikan Law Review*, 2005, No. 27, str. 87-100. Gl. <http://www.ritsumeikai.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr22/> (15. 7. 2007) を参照。

在能力を最大限に活用するという論拠が中心にある。つまり，西ヨーロッパの現代民事訴訟法改革が中心とした問題と同じである⁹⁴⁾。それ故に，スロベニアの民事訴訟法の展開の中で，状況は次第に規範化され，政治経済制度の展開と必然的に結びついた変化の混乱の段階は既に過ぎ去ったことが確認できる。

94) Hess, *op. cit.*, S. 5, Oberhammer, Richterbild . . . , *op. cit.*, S. 132 を参照。