

. ブルクハルト・ヘス  
国内的独自性とヨーロッパでの  
適応強制の狭間におけるドイツ民事訴訟法

松本博之\* (訳)

. はじめに

ドイツ民事訴訟法が19世紀末に民事訴訟法典においてその頂点に達した独自の法文化的発展の結果として現われるのは、外国の観察者にとってだけではない<sup>1)</sup>。この印象を仲介するのは、とりわけ当事者支配、提出主義、口頭主義および直接主義の諸原則に基づく民事訴訟法の法典化である。1879年1月1日の施行以来、ZPO（民事訴訟法）は集中的な法学的研究と体系形成の対象であったし、今もそうである。だが、ドグマティックな、そして法体系的な独自性の印象は、完全には正しいわけではない。成立史を一瞥するだけで、ドイツの法典が外的なファクターによって全く持続的に特徴づけられたことが分る。このことは、たとえば19世紀においてフランスの訴訟法がドイツにおける法発展に対して及ぼした影響に当てはまる<sup>2)</sup>。

だが ZPO の施行後は、ドイツ民事訴訟法は、法実務においても法ドグ

---

\* まつもと・ひろゆき 龍谷大学教授・大阪市立大学名誉教授

1) *Stürner*, Procédure civile et culture juridique, RIDC 2004, 797 ff.

2) Vgl. *Ahrens*, Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess (2007), S. 44.; *Stürner*, RIDC 2004, 797, 804 f.

マーティクにおいても、明瞭な「国内志向 (Binnenorientierung)」を発展させた。この発展は異常ではなかった。まずは、新しい法典を学問的かつ体系的に貫徹させ、その実際上の適用に付き添うことが重要であったのだから<sup>3)</sup>。これに対して、外国の法発展に対する完全な隔絶は生じなかった。その原因は、一方において、実務と学問において決して成功した法典とは見られなかった、自由な ZPO に対する持続的な不快感であった<sup>4)</sup>。それ以上に、*Franz Klein* (フランツ・クライン) の考え方の影響の下で1897年に成立したオーストリー民事訴訟法が魅力的な反対モデルを含んでいた<sup>5)</sup>。オーストリーとの集中的な学問的交流が生じた。すなわち、1920年代以後のドイツとオーストリーの民事訴訟法学者の共同会議は 共通の言語に基づく 双方向的な成果の文化を生み出した<sup>6)</sup>。

だが、オーストリーにおける法発展に注意深く同行したことを別にするると、19世紀末以後のドイツの訴訟法の発展は圧倒的な国内志向であることが証明される<sup>7)</sup>。この状態はほぼ1世紀続いた<sup>8)</sup>。たしかに20世紀中は、外国とくにイタリア、ギリシャおよび日本の同僚との学問的コンタクトが

3) フランスにおける比較できる発展については、たとえば *Ferrand*, *La conception du procès civil hors de France*, in: *Cadiet/Canivet* (éd.), *De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France* (2006), S. 277 ff. 参照。ヨーロッパ比較における19世紀の訴訟法の発展については、*van Rhee*, *Introduction*, in *ders.*, *European Traditions in Civil Procedure* (2005), S. 3, 7 ff. を参照。

4) *Dazu Hess/Mack*, *Zivilprozessrecht*, in: *Willoweit* (Hrg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert* (2007), S. 701, 702 ff.

5) オーストリー民事訴訟法 (1897年) は、たしかに大幅に ZPO を継受したが、ドイツで述べられた批判を採用した。したがって、それはほぼドイツモデルの発展のための模範として現れた。

6) *Henckel*, *FS Fasching* (1988), S. 213, 222 ff. もっとも、他のヨーロッパ諸国の法学者も同様に加えられた。とくにイタリアの法学者がそうである、aa.O., S. 224.

7) このことは、外国における法発展に対する関心を排除しはしなかった。しかし外国手続法の叙述ないしは研究は、学問的議論を特徴づけなかった。これにつき、*Stürner*, *FS Lüke* (1997), S. 819, 834.

8) フランス、イタリアおよびスペインといった隣接した大国の状況は、原則として異ならなかった。

集中的に行われ、ドイツ訴訟法学のドグマーティクも外国において大きな魅力を発揮した。だが、訴訟法の比較は、ドイツ内部の発展には長い間、僅かな役割しか果たさなかった<sup>9)</sup>。この国内志向は1980年代まで続いた<sup>10)</sup>。国際手続法学会の新たな設立（1987年）は、その時代のドイツ訴訟法学の内向性に対するリアクションと解された<sup>11)</sup>。

それに対して、経済＝法関係のヨーロッパ化の進行と大規模なグローバル化は、1980年代の中葉以降、訴訟法の風景を一変させた。そうこうするうちに、法政策的なパースペクティブが逆転した。すなわち、EU加盟諸国の司法制度と民事手続法が相当の競争圧力と適応圧力（Anpassungsdruck）の下にあることは争いのないことである<sup>12)</sup>。（1993年12月31日の）ヨーロッパ域内市場の完成によって、国境を越えた債権実行の効率化と内国訴訟法の調整（Koordinierung）が必要となった<sup>13)</sup>。1999年と2009年の間に、相当の規制密度とドグマーティシユな独自性を伴うヨーロッパ国際民事訴訟法が発展した<sup>14)</sup>。内国訴訟法の開放（Öffnung）は、それを超えて一般的なグローバル化、つまりは（経済）法のアメリカ化の一部であり、アメリカ合衆国とヨーロッパ諸国との間の司法摩擦を背景にして行われている<sup>15)</sup>。今日、内国の司法は、進行するヨーロッパ化とグローバル化に

---

9) とくに1976年の重要な民事訴訟法改正は、表面的には外国の規律モデルの援用なしで済んだ。もっとも、民事訴訟手続の集中化についての熟慮は、全くオーストリー訴訟法に影響されたものであった。後述注48の本文参照。

10) 注目すべき1つの例外は、1983年に初版が出た、比較法に狙いを定めた *Peter Schlosser* の民事訴訟法教科書であった。

11) これについて、*Habscheid*, Vorwort, in: *ders.* (Hrg.), *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlungen auf andere Rechtsordnungen* (1983), S. 1 参照。

12) *Kerber*, *Interjurisdictional Competition within the European Union*, *Fordham Int'l LJ* 23 (2000), S. 215, 222 ff. 最近の例は、2009年初めに連邦司法省の編集した冊子 „Law-Made in Germany, global, effektiv, kostengünstig“ (2009) である。この冊子はロンドンの司法立地とイギリス法システムの「優位」に関するロンドン市の広告に対する直接の反応である。

13) これにつき、*Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht*—erscheint 2009, § 3 I, Rdn. 3.7 ff.

14) これにつき、*Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, §§ 6-10.

15) グローバル化したローファームは、同様にすべてのEU加盟諸国における実務と法文

よって刻印づけられた領域(Umfeld)にあり、専門的に助言された(経済の)アクターが実効的な争訟解決メカニズムを伴う魅力的な司法広場(Justizplätze)を選択する<sup>16)</sup>。

この発展に基づき、EU加盟諸国の訴訟法は今日10年前よりもはるかに強く相互に絡み合っている。法学においては、時を同じくして、外国訴訟法に対する関心と知識が非常に増大している<sup>17)</sup>。だが、この発展はさらに進む。そうこうするうちに、正規の「法移植」がEU加盟諸国の訴訟法に近づいている。ドイツの訴訟法は、これから逃げることはできない。

それは今日、枠組み条件の変化の下で全く他律的に(も)発展している。

以下の講演は、この発展をいくつかの例に即して示すものである。まず私は、ドイツ民事訴訟法の特色を20世紀における発展を手掛かりに示すつもりである( )。次いで、外国法の影響に基づく訴訟法の近時の改正が考察される( )。最後に、ドイツにおける訴訟法の発展へのヨーロッパの影響が論じられる( )。そのさい、規範の継受(ないしは規範移転)と学問の継受が前面に出る<sup>18)</sup>。

---

化の持続的変動をもたらす。Vgl. Hess, AG 2006, 809 ff.

16) 訴訟法における「システム競争」については、Hess, in Gottwald (Hrg.), Effektivität des Rechtsschutzes (2006), S. 121, 159 ff. を参照。

17) これにつき、Koch, Prozessrechtsvergleichung: Grundlage europäischer Verfahrensrechtspolitik und Kennzeichen von Rechtskreisen, ZEuP 2007, 735; フランス側からは、Niboyet, La globalisation du procès civil dans l'espace judiciaire européen et mondial, Clunet 2006, 937; Normand, Le rapprochement des procédures civiles dans l'Union Européenne, Eur. PLRev. 1998, 383 ff.

18) 「概念性」については、Stürner, Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf das Ausland—von Deutschland aus gesehen, in: Habscheid (Hrg.), Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlungen auf andere Rechtsordnungen (1983), S. 2, 8 ff. 参照。

## ．20世紀におけるドイツ民事訴訟法

### 1．ドイツ帝国における法政策的発展

民事訴訟法の発展史は、第一次的には改正の歴史であり、それは法典の基本コンセプトに妥当したほか、プラグマティックな介入によって司法の効率化をも目的とした。民事訴訟法（1789年）の施行後直ぐに、実務においていわゆる司法法（Justizgesetze）（民事訴訟法（ZPO）, 裁判所構成法（GVG））の真価が十分実証されないことに対する批判が始まった。ドグマーティシユな争点は、口頭主義と、新たな送達規定によってしばしば欠陥を附着していた当事者ベトリーブであった<sup>19)</sup>。自由な民事訴訟法は、全くポピュラーではなかった。その施行以後、法発展は（当初、包括的な）当事者支配の絶え間のない後退と裁判官の訴訟責任の高評価によって特徴づけられた。すでに民事訴訟法の最初の実質的な改正（1898年）の中に、最初の手続促進議論の結果が入った<sup>20)</sup>。同時に、集中主義導入の萌芽が現れた<sup>21)</sup>。

### 2．ワイマール共和国における発展

第一次世界大戦における経済の疲弊とインフレは、費用のかからない民事司法への道を見つけるよう、立法者に対する圧力を強めた。いわゆるエミンガー改正法（1924年）<sup>22)</sup>は、手続の引き締めと当事者ベトリーブの撃

---

19) *Dannreuther*, *Der Zivilprozess als Gegenstand der Rechtspolitik im Deutschen Reich 1871-1945* (1987), S. 123 ff. 核心において当事者支配と裁判官による訴訟責任の緊張関係が問題であった。

20) § 278 I ZPO 1898：攻撃防御方法は、判決が下される口頭弁論の終結まで〔つまり、終結までに限って〕主張されることができる。*Bettermann*, ZPP 91 (1978), 365, 378.

21) § 278 II ZPO 1898：訴訟追行の懈怠の場合に費用負担を命じる可能性。

22) VO über das Verfahren in Bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 13. 2. 1924. この命令がその基礎となっている1923年の第一次授權法の枠組みを遵守しているかどうか疑問であった。*Bettermann*, ZPP 91 (1978), 365, 393 Fn. 82.

退を目指した。ZPO 139条によれば、今や裁判所は当事者と事件=争訟状態について論じることができた。当事者支配は(モデラートに)制限された<sup>23)</sup>。すなわち、更なる提出ないしは証拠申出の却下は、引延しの意図が明らかであれば原告に対しても可能であった<sup>24)</sup>。第一審における当事者提出の却下は、控訴審においても引き続き効力を有した<sup>25)</sup>。訴えの変更は、適切性(Sachdienlichkeit)を必要とした(これは裁判官の地位の強化を内含した)。控訴は控訴理由書を必要とし、裁判所は当事者自身の出頭を命じることができた。したがって、いわゆる集中主義は、民事訴訟の効率化のための本質的な手段である気配がした。

20世紀前半におけるドイツ民事訴訟理論の特徴を映し出したのは、1927年に初版が出版された *Leo Rosenberg* (レオ・ローゼンベルグ)の「ドイツ民事訴訟法教科書」であった。叙述は、実体法と訴訟法とを厳格に分離する1920年代および1930年代の支配的な傾向に従うものであった<sup>26)</sup>。さらに原則思考(Maximendenken)と基本的な法制度についての意見表明が、その叙述を特徴づけた。*Rosenberg*の教科書のライトモチーフは、自由な訴訟への信仰告白であった。実定的に妥当する法だけが叙述され、比較法的な関心や歴史的関連は除外された<sup>27)</sup>。国際民事訴訟法は、取り込まれなかった。学問的な研究は(行われる場合には)国際私法との関連で行われた<sup>28)</sup>。結果として、ZPOの導入は、訴訟法学の明瞭な国内志向を惹起

23) 当事者は、一致した申立てによってもはや期日の延期を強制することはできなかった。裁判官の役に立たない準備は不経済と見なされたからである。これにつき、*Peters, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozess* (1983), S. 42 ff.

24) *Dannreuther, Der Zivilprozess* (Fn. 19), S. 355.

25) *Bettermann, ZJP* 91 (1978), 365, 383 f.

26) Insbesondere *Goldschmidt, Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen Denkens*, 1. Auflage 1925, dazu *Neuner, ZJP* 51 (1926), 44; sowie *v. Hippel ZJP* 65 (1952) 424, 434.

27) 初版はローマ法からCPOの制定までの訴訟法の発展を約6頁で叙述する。僅かな比較法的指示は、オーストリーの訴訟に限られている。

28) 最初のモノグラフィー的研究は1949年に行われた:*Riezler, Internationales Zivilprozessrecht*. 国際民事訴訟法の発展についての歴史的研究は、これまでのところまだない。

した。すなわち外国との学問的コンタクトが（1933年と1950年の間を除き）集中的に続行されただけである。

### 3. 1931年の民事訴訟法草案と1933年におけるその法律化

1931年に、ライヒ司法省は長い間要求されていた全く新しい民事訴訟法草案を公表した<sup>29)</sup>。この草案は、本質的にオーストリー法<sup>30)</sup>と *Stein/Jonas*（シュタイン・ヨナス）のコンメンタールの14版（1928年・1929年）<sup>31)</sup>における現行法状態に対する批判によって鼓舞されたものである。もっとも、1933年10月27日の改正法律は草案を萌芽的にのみ法律化したものであり、とくに強制執行法の新たなコンセプトは実現しなかった<sup>32)</sup>。改正法律は、「序文」<sup>33)</sup>を除き、国家社会主義的な「思想の所産（Gedankengut）」を含まず、暫定的な規律とのみ考えられた。内容的には、この改正はオーストリー法の模範による当事者の真実義務をもたらし<sup>34)</sup>、訴訟引延しに対する措置（証明責任の転換）を含み<sup>35)</sup>、当事者宣誓に代えて当事者尋問を導入し<sup>36)</sup>、受命／受託裁判官について明確な限界を設けることにより直接主義を強化した<sup>37)</sup>。これに対して1931年草案において考え

---

29) Z. B. *Schiffer*, Die deutsche Justiz-Grundzüge einer durchgreifenden Reform. 1929年のドイツ裁判官会議は「根本的な司法改革は必要か」という問題を扱った。これについて *Dannreuther*, *Der Zivilprozess* (Fn. 19), S. 413 ff. 草案は、ライヒ司法省の準備委員会における *Friedrich Stein* の協力によって本質的なインパルスを受けた。

30) 1926年以來、ドイツとオーストリーの法接近のための委員会は、計画された商事および関税同盟を背景に会議を行った。Vgl. *Dannreuther*, *Der Zivilprozess* (Fn. 19), S. 419; zu den Diskussionen in der Zivilprozessrechtslehrervereinigung vgl. *Henckel*, FS Fasching (1988), S. 213, 221 ff.

31) *Nörr*, *Zwischen den Mühlsteinen*, 1988, S. 227.

32) これについて, *Hess*, *Reform des Gerichtsvollzieherwesens* (2007), S. 13 ff.

33) 「当事者およびその代理人は、司法が自分らだけでなく、同時にそして主として民族全体の法的安定性に資することを知らなければならない」。

34) *Nörr*, *Zwischen den Mühlsteinen*, 1988, S. 228.

35) *Dannreuther*, *Der Zivilprozess* (Fn. 19), S. 477.

36) 後者がゲルマン起源であったにもかかわらず。Vgl. *Bettermann*, ZPP 91 (1978), 365, 390.

37) *Nörr*, *Zwischen den Mühlsteinen*, (1988), S. 228.

られていた ZPO の包括的な書換えは実現しなかった。もっとも、国家社会主義帝国政府も、同様に ZPO を全面的にパターナリスティックな、国家関連的な非訟事件手続<sup>38)</sup>によって置き換えることに成功しなかった<sup>39)</sup>。

#### 4. ポン共和国における民事訴訟法(1949年-1990年)

戦後期の法学はワイマール共和国時代のドグマーティシュで体系的な議論を(違いをはっきりと内容的に示すことなく)再開した。とりわけ論じられたのは、弁論主義の緩和、その上、証拠申出のない裁判所の探知権能であった<sup>40)</sup>。同時提出主義との関係でも、議論は 先ずは比較法的に鼓舞されて 再び進行した<sup>41)</sup>。方法的および内容的に、訴訟法学は従来のテーマを再び採り上げた。すなわち、実定法の構成的および体系的洗練が、次の数十年にとって特徴的であった。そのさい、アクセントは徐々に上位の諸原理(Prinzipien)(原則〔Maximen〕)の研究に置かれた<sup>42)</sup>。20世紀の後半の法学の本質的な論点は、(情報取得を含む)証拠法<sup>43)</sup>および実体

---

38) 時代に制約された非訟事件裁判権の過大評価について、たとえば *Bosch, Zivilprozess und Freiwillige Gerichtsbarkeit, AcP 149 (1944), 32, 62 ff.* (民事訴訟法の独自性の強調)を参照。

39) ナチ体制の反法治国家的の不当干渉は、第一次的には手続法にではなく、なかんずく裁判官の独立に向けられた。

40) So *Fischer, Grundsätze des Zivilprozessrechts und ihre Anwendung in der Praxis, in: Tagung deutscher Juristen, 1947, S. 215 [Gesetz und Recht Verlag] sowie Bernhardt, Festschrift Leo Rosenberg (1949), S. 48 ff.* ここでは、ナチス時代に最優先にされた非訟事件の強化が生き延び、それは区分所有法(WEG)における争訟事件の非訟事件への割当において頂点に達した。1950年代以後、非訟事件の「最優先」は、もはや比較できる強度では続かなかった。非訟事件手続法は、FamFGによって2009年9月1日をもって廃止される(Art. 112 FamFG)。

41) *Damrau, Prozessmaximen, S. 513 f.* たとえば *Fischer* は、引延しの場合、裁判官が裁判所侮辱の観点により制裁できることを要求した。Grundsätze (Fn. 40), S. 220.

42) *Lent, Zivilprozessrecht (1. Aufl. 1947)* がそうであるが、これと同じく *Lent/Jauernig, Zivilprozessrecht (11. Aufl.)* は、「手続原則」を本の初めで独立した章として扱っている(Kapitel 2 bzw. 4)。

43) これにつき、*Stürner, Der deutsche Prozessrechtslehrer am Ausgang des 20. Jahrhunderts, FS Lüke (1997), 829, 831 m.w.N.*



法と訴訟法の関係であった<sup>44)</sup>。「法典内 (intra codificationem)」というドグマティックな研究が、法発展を支配した。1950年代の中ごろに設置された民事裁判権の改革のための準備委員会 (Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit) は、一般的な推薦を定式化することに限定した<sup>45)</sup>。

20世紀後半の最重要改正は、いわゆる簡素化法 (1977年)<sup>46)</sup>であった。これは、前にいわゆるシュトットガルト・モデルの中で試された、手続の集中化と促進を目指した *Fritz Baur* (フリッツ・パウアー) の提案を法律化した<sup>47)</sup>。オーストリー訴訟法はモデルとして役立ったが、これは明示的に行われたのではなかった<sup>48)</sup>。中心的な要素は、新たに定式化された ZPO 272条であった。同条は、主たる口頭弁論のための包括的に準備された (主要) 期日を導入したが、この (主要) 期日は、早期第一回期日に吸収されることができたし、または失権期間によって補強された書面先行手続によって準備されるかのいずれかであった。集中原則は、時機に後れた提出を排除する可能性によって実効化された (ZPO 282条, 296条参照)<sup>49)</sup>。同時に、当事者と裁判所との関係が、新たな基礎の上に据えられた。「裁判所の活動の強化」と「協働主義」というキーワードのもとに「裁判所と

44) 基本的なものは、*Henckel, Materielles Recht und Prozessrecht* (1970); 訴訟法比較を含む、*G. Wagner, Prozessverträge* (1998)。

45) Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit (1961); オーストリーの控訴モデルの導入に、委員会の多数意見は賛成しなかった、a. a. O., S. 128 ff.

46) *Otto, Die BGH-Rechtsprechung zur Präklusion verspäteten Vorbringens*, in: FS Wiss. BGH Bd. III (2000), S. 160 ff.

47) *Baur, Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess* (1966)。

48) *Baur* の諸提案は、核心において *Franz Klein* の考え方に基づいていた。これにつき *Kralik*, in: Forschungsband Franz Klein (1988), S. 89 ff.; *Damrau, Prozessmaximen*, S. 157。

49) *Bettermann, ZZP* 91 (1978), 365, 382。これと結びついた1898年民事訴訟法278条1項 (「攻撃防御方法は判決が下される口頭弁論の終結まで主張されることができる」) は、もっとも、すでにそれ以前に自由な先送りの制限が存在した限りで、本質的な刷新ではなかった。たとえば、妨訴抗弁はすでに同時提出主義によって被告により遅滞なく提出されるべきであった。

当事者の作業共同体のための、極めて対極にある訴訟原則の解体」(Abbau streng polarer Prozessgrundsätze zugunsten einer Arbeitsgemeinschaft von Gericht und Parteien)が必要だと要求された<sup>50)</sup>。この概念形成によって多くのものが得られたかどうか、すでに同時代の批判が疑問としていた<sup>51)</sup>。弁論主義からの原則的な離反は、行われなかった。それは必要でもなかった<sup>52)</sup>。しかし、(訴訟指揮における当事者の優位を伴う)本来の「自由な」民事訴訟という指導像からの離反は、決定的に行われた<sup>53)</sup>。

1970年代の後半と1980年代の法発展を特徴づけたのは、訴訟法の憲法化である。これは本質的に連邦憲法裁判所によって推し進められ、専門裁判所と法理論によって一抹の躊躇いを伴いつつも、大部分積極的に採用された<sup>54)</sup>。そのさい注目されるのは、憲法上の基準を伝来的な原則思考に組み込むことであった。審問保障、法定裁判官、訴訟上の武器対等および実効的な権利保護との関連での基本法の憲法上の諸基準は、現代の法ドグマティックにおいては、当事者支配、口頭主義、提出および手続効率という伝来の原則と並んで登場する一般の手続原則として現れる<sup>55)</sup>。もちろん実際の面では、憲法は権利救済システムの構造上の不足を補償しなければならなかった。

結果として、憲法化は、それゆえ訴訟法における「根本的変革(Umbruch)」ではなく、伝来的なシステム(思考)に付加された。だが、

---

50) Dazu *Jauernig*, *Zivilprozessrecht*, § 25 VIII.

51) Vgl. Kritisch *Baur*, *NJW* 1987, 2637, 2639, unter Verweis auf *Stürner*, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess*, 1982.

52) *Bettermann*, *ZZP* 91 (1978), 365, 390; *Jauernig*, *Zivilprozessrecht*, § 25 VIII.

53) Kritisch insbesondere *Bettermann*, *ZZP* 91 (1978), 365, 395; positiv z.B. *Thomas/Putzo*, *Kommentar zur ZPO*, 10. Aufl. 1978, Einleitung VII.

54) *Schumann*, *Der Einfluss des Grundgesetzes auf die zivilprozessuale Rechtsprechung*, FS BGH Bd. III (2000), S. 3 ff. の分析を参照。ヨーロッパレベルでの憲法化については、*Hess*, *JZ* 2005, 540 ff. を参照。

55) これにつき、たとえば *Jauernig*, *Zivilprozessrecht*, 29. Aufl. 2007, § 29 (rechtliches Gehör als Verfahrensgrundsatz); ebenso *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, 16. Aufl. 2004, § 82.

民事司法のプラクティスは、今日まで憲法上のコントロール留保によって持続的に特徴づけられている。判決憲法抗告は、審級が尽きた後も重大な手続瑕疵の除去を可能にする<sup>56)</sup>。民事司法からの判決憲法抗告は（も）、連邦憲法裁判所に中間時において重い負担を負わせたので、立法者は特殊訴訟内の権利救済手段（ZPO 321 a 条）を創設することによって連邦憲法裁判所の負担を軽減しなければならなかった<sup>57)</sup>。

## 5. 1990年代における改正

1990年8月の統合条約は、連邦共和国の訴訟法をいわゆる新しい連邦諸ラントに導入した<sup>58)</sup>。

だが、再統合は、DDRの実証された規制を西ドイツにおいても導入する、たとえば三段階の裁判所構造を受け入れるきっかけとはならなかった。その代わり、元のDDR領域の諸ラントは、1990年代中に裁判所構成法の従来の司法システムを受け入れた<sup>59)</sup>。

1990年代の立法活動は、激しく訴えられた司法の負担過重に関わる。1990年12月17日の司法簡素化法<sup>60)</sup>は、とくに上訴を制限し、これまでの証拠保全手続を新たな独立の証拠調べ手続（ZPO 485条以下）に変形させた。この発展には、1993年に、裁判官層の批判にもかかわらず、単独裁判官を原則ケースとした司法負担軽減法が続いた<sup>61)</sup>。だが全体として見ると、

56) Schumann, Der Einfluss des Grundgesetzes auf die zivilprozessuale Rechtsprechung, FS BGH Bd. III (2000), S. 3 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 17, Rdn. 13 ff.

57) この発展につき, Jauernig, Zivilprozessrecht, § 29 III.

58) 経過規定は、そのさい、連邦通常裁判所の下に始審としての地方裁判所（Kreisgericht）、控訴裁判所としての県裁判所（Bezirksgericht）をもつ三段階的裁判所構成が差し当たり維持された裁判所構成にとくに当てられた。

59) Vgl. Arens/Lüke, Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 1998 Rdn. 85a.

60) Vgl. Hansens, Die wichtigsten Änderungen im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit aufgrund des. Rechtspflege-Vereinfachungsgesetzes NJW 1991, 953.

61) Vgl. Kissel, Gerichtsverfassung unter dem Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege, NJW 1993, 489 (490).

1990年代は新しい連邦諸ラントにおける司法の構築によって特徴づけられ、財政的な隘路は、さらに司法における人的階層変動 (Umschichtung)、とくに裁判官に代わる司法補助官の投入の強化をもたらした。だが、実質的な改革は熟慮されなかった。

現在のドイツ民事訴訟法の発展状況と自己理解を映し出すのは、*Jauernig* (ヤウエルニヒ) の教科書である<sup>62)</sup>。同書は、先ず訴訟目的と原則を明瞭に説明し、個々の章において訴訟法の重要な諸制度、すなわち訴え、応訴、証拠、判決 (上訴および既判力を含む) を扱っている。判例と法ドグマーティクの様子は的確に叙述され、本質的な個別係争諸問題には、著者は断固意見表明を行う。(成長する) ヨーロッパ的および国際的な関連は簡単に言及されるが、それは叙述を特徴づけていない<sup>63)</sup>。法史および比較法の指示は放棄され、教科書は現行内国法の体系的かつドグマーティシユな叙述として構想されている。

## ・外国のモデルの印象による訴訟法改革

### 1. 民事訴訟法改革 (2002年)

世紀の変わり目の頃、コンセプトの点で司法政策に変更が生じた。1998年の秋に新たに選ばれた連邦政府は、(三段階性、統一的な始審裁判所の高い評価、手続法の簡素化および統一 (Angleichung) の基準点 (Eckwerte) をもつ) 包括的な司法改革がその野心的な司法政策の中心関心であると表明した<sup>64)</sup>。1999年12月、連邦司法省は上訴を新たに構想するのみならず、三段階的裁判所構成へのアプローチをも規定した参事官草案

---

62) *Jauernig, Zivilprozessrecht*, 29. Aufl. 2007.

63) その限りで特徴的なのは、「ドイツの裁判権の限界と国際裁判管轄」の表題 (16章) のもとでの国際民事訴訟法 (裁判権、管轄) の叙述である。

64) 1998年10月20日の SPD と緑の党の連立合意。これにつき、*Hess/Münzberg, Die ZPO-Reform im europäischen Umfeld*, in: Hess (Hrg.) *Wandel der Rechtsordnung* (2003), S. 158 ff.

を公表した<sup>65)</sup>。すなわち、上級ラント裁判所が、区裁判所の判決に対する上訴を一般的に裁判するというものである<sup>66)</sup>。始審の統一（すなわち、区裁判所とラント裁判所の中期的な統合（Zusammenführung））が意図された。同時に、ラント裁判所における単独裁判官の投入が、通常の裁判所構成として規定された。ZPO-E（1999）348条，526条参照<sup>67)</sup>

改革の背後に「節約ラウンド」があると推測した裁判官と多数の弁護士<sup>68)</sup>は、この計画に異議を唱えた<sup>69)</sup>。加えて、近場の区裁判所の廃止の懇願は、「立地上の不利（Standorts Nachteile）」を恐れた多数の地方政治家の抵抗に遭った<sup>70)</sup>。結果として、連邦司法省は三段階へのアプローチを貫徹できなかった。区裁判所の判決に対する本来の控訴裁判所は、以後もラント裁判所である（§ 72 GVG）。GVG 119条 3項によれば、ラントは上級ラント裁判所に一般的にまたは特定の事物領域において区裁判所の裁判に対する控訴または抗告を割り当てることができる<sup>71)</sup>。2008年1月1日までの期限を付された（§ 119 V und VI GVG）、この「実験条項」を用いたラントは、全くなかった<sup>72)</sup>。GVG 119条 1項において規定された、外国関連をもつ手続における上級ラント裁判所の控訴管轄も再び廃止された<sup>73)</sup>。

---

65) 政治的抵抗については、当時の司法大臣 *Däubler-Gmelin*, FS Geiss (2000), S. 45, 60 ff.

66) Dazu statt vieler *Stein/Jonas/Brehm*, Vor § 1 ZPO (22. Aufl. 2003), Rdn. 202, m.w.N.

67) 合議制原則の廃止は、とりわけ裁判官層において拒否に遭った。Musielak, NJW 2000, 2769, 2772 m.w.N.; Prütting, FS Schumann (2001), S. 309, 320.

68) Vgl. *Freundling*, NJW 2000, 782 ff.; *Busse*, NJW 2000, 785 ff.

69) この議論について, *Greger*, JZ 2000, 843 ff.; *Stürner*, NJW 2000, Beil. zu Heft 25, 31 ff.; 批判的なのは, *Prütting*, Rechtsmittelreform 2000, 19 ff.; *Musielak*, Reform des Zivilprozesses, NJW 2000, 2769 ff.

70) これは、1999年6月の司法大臣会議による、もともとの満場一致による是認に反して、若干のラントが原則として改革計画に反対するきっかけとなった。これにつき, *Hanisch/Meyer-Seitz/Engers*, ZPO-Reform (2002), S. 42 ff.

71) 外国法の適用のさいの § 119 II Nr. 1b) und c) GVG による上級ラント裁判所の管轄については, *Geimer*, Sonderheft NJW 2005, Abschied zum Ende eines Gerichts, S. 31 ff. を参照。

72) *Musielak/Wittschier*, § 119 GVG (6. Aufl. 2008), Rdn. 28.

73) Art. 22 FamFG, BGBl. 2008 I 2586.

民事訴訟法改革の重点は、上訴の新たな調整に当てられた<sup>74)</sup>。第一審が強化され<sup>75)</sup>、控訴はコントロール審として新たに構想された(その結果、控訴裁判所に対する事実拘束の強化と、新たな提出の失権の強化が生じた。ZPO 513条, 529条, 531条)<sup>76)</sup>。受理上告と価額上告の結合は廃止され、許可上告に置き換えられた<sup>77)</sup>。抗告法は、コンセプト上、他の上訴に倣った<sup>78)</sup>。同時に、価額限界の廃止ないしは引下げは、「小人(der „kleine Mann)の」の司法へのアクセスを改善し、間断なく価額限界を引き上げる従来の立法傾向を逆転させているとされる<sup>79)</sup>。これによって初めて、区裁判所の(第一審)判決に対する上告が許可された。同じコンセプトは、法抗告(Rechtsbeschwerde)をも特徴づけている<sup>80)</sup>。

2002年民事訴訟法改革は、内容的には、新たな事実陳述の禁止と結びついた、第一審の瑕疵コントロールと瑕疵除去のための制限的控訴審というオーストリーモデルを受け継いだ(ZPO 529条以下)。同時に、控訴を完全な事実審として観念した、もともと、ZPOによって立法化されたフランスの控訴法モデル(いわゆる二重審級〔double degré de juridiction〕)は、廃止された(ZPO 525条旧規定参照)<sup>81)</sup>。長い間、法理論はこの改革を求めていたが、立法手続において初めて比較法的なアルタナティブも議論された<sup>82)</sup>。

74) BT-Drs. 14/4722, S. 59.

75) Überblick bei Musielak, NJW 2000, 2769 ff.

76) これにつき, Greger, JZ 2004, 805, 810 ff.; Roth, Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess—Berufungsinstanz und Einzelfallgerechtigkeit, JZ 2005, 174 ff.

77) これにつき, Gerhardt, FS Beys (2003), S. 419, 427 f.

78) Ball, Die Reform der ZPO—eine Wirkungskontrolle, das neue Revisionsrecht, VhdJg 65. DJT 2004, Bd. I, A 69 ff.

79) Vgl. § 511 II ZPO n.F.—もちろん上告においては、新544条による不許可抗告は不服額が2万ユーロを超える場合には2012年1月1日までの経過期間については適法である。Vgl. § 26 Nr. 7 EGZPO.

80) これにつき, Hess, Effektiver Rechtsschutz in vergleichender Sicht, in: Gottwald (Hrsg.), Effektivität des Rechtsschutzes (2006), S. 133 ff.

81) Hess, La procédure d'appel en droit allemand: exposé général, in: Closset Marchéal/Salletti/Hess (ed.), Le double degré de juridiction (erscheint 2009).

82) Vgl. Gilles (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozess—unter besonderer Berücksichtigung

ZPO-Reform（改正民事訴訟法）の立法化は、当初予測されたほどの困難を法実務にもたらさなかった。もっとも、連邦通常裁判所は、新たな事実主張の民事訴訟法529条による却下を制限的に解釈している<sup>83)</sup>。改正において生み出された控訴裁判所の、控訴の許可について（勝訴の見込みの関係でも）予め裁判する権能（ZPO 522条参照）は実証された<sup>84)</sup>。もっとも判例は、これまでのところ、ZPO 522条2項の許可要件を具体化することに十分成功していない<sup>85)</sup>。より重大なのは、上告審における改正である。近時の連邦通常裁判所の法実務は、上告というよりも、法抗告によって特徴づけられている。ここでは、その中心的な機能が法統一と法形成である上告の、破棄審（Kassationsinstanz）への新たなコンセプトが、ほの見える<sup>86)</sup>。連邦通常裁判所とヨーロッパ司法裁判所との関係も、私法の持続的な「ヨーロッパ化」に鑑み、未だ終局的には解明されていない。ヨーロッパ司法裁判所は、EG234条による先行裁判手続において、ますます上告裁判所の機能を引き受けている<sup>87)</sup>。最近の民事訴訟法の改正が持続的に外国モデルの影響を受けたという事実は、法政策的（および法ドグマテーシユな）議論には未だ届いていない。

---

der Berufung (1985); *Gottwald*, Gutachten A für den 61. Deutschen Juristentag 1996, Vhdlg 61. DJT 1996; *Rimmelspacher*, ZJP 107 (1994), 421; JM Baden-Württemberg (Hrg.), Rechtsstaat-Rechtsmittelstaat (1999) mit rechtsvergleichenden Beiträgen von *Leipold* und von *Rimmelspacher*.

83) そうこうするうちに、連邦憲法裁判所は連邦通常裁判所に民事訴訟法522条、543条についての統一的で透明な判例を発展させるよう催告した。BVerfG, 8.L.2004, NJW 2004, 1371.

84) 却下決定が不服申立てできないことは、文献において厳しく批判されている。Vgl. *Krüger*, NJW 2008, 945 ff.; *Nassall*, NJW 2008, 3390 ff.; a.A. *Trimbach*, NJW 2009, 401, 404 f.

85) *Roth*, JZ 2009, 237, 241 ff. における判例概観。

86) これにつき、*MünchKomm/Rimmelspacher*, Vor §§ 511 ff. ZPO, Rdn. 3（もちろん、互いに切り離された上訴の目的として破棄（Kassation）と変更（Reformation）を区別しようとしな）。

87) *Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht*—erscheint 2009, § 12, Rdn. 12.; vgl. auch *Gotsche*, *Der BGH im Wettbewerb der Rechtsordnungen* (2009), S. 22 ff.

## 2. 外国モデルによる先行改革

すでに1990年代において手続法の2つの改革が、外国法のモデルの影響を受けていた。(1999年1月1日の)倒産法の改正は、合衆国連邦破産法典第11章によるアメリカ合衆国の会社更生法によって方向づけられた<sup>88)</sup>。倒産法の更正道具、とくに倒産法217条による更正計画手続は、だが、実務において全く躊躇いがちに受け入れられている<sup>89)</sup>。そうこうするうちに、ドイツ倒産法は、国境を越えた巨大倒産の影響を受け、ヨーロッパの司法空間において更なる改正の圧力に曝されている<sup>90)</sup>。

仲裁裁判権の領域では、ドイツの立法者は国際モデルを受け入れた。ZPO 第10編の改正は、国際商事仲裁のための UNCITRAL モデル法を(一定の修正とともに)受け入れた<sup>91)</sup>。そのさい、改正立法者が公然と掲げた目標は、まさにロンドン、パリ、ストックホルム、ウィーンおよびチューリッヒにある競争機関に対して仲裁立地ドイツを強化することであった<sup>92)</sup>。結果として、外国の規制モデルの自由意思による受け入れは、内国の法学および法実務をも外国でのアルタナティブに関して敏感にした。もっとも、示された発展は、むしろ周辺領域に關してあり、民事訴訟法の古典的領域に関するものではない。だが、伝統的なドイツ訴訟法学の国内志向は、遅くとも世紀の転換以来もはや証明されえない<sup>93)</sup>。

---

88) So explizit BT-Drs. 12/2443, S. 105, dazu etwa *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz (1999), S. 49 ff.

89) 計画手続は、實際上、全手続の1%以下において利用されている。

90) Vgl. etwa *Uhlenbruck/Vallender*: Zehn Jahre Insolvenzordnung—eine kritische Zwischenbilanz, NZI 2009, 1 ff.

91) 背景については、Böckstiegel/Kröll/Nacimiento/Wagner, Arbitration in Germany (2007), § 1025, Rdn. 2 ff.; MünchKomm/Münch, Vor § 1025 ZPO, Rdn. 108 ff. 参照。

92) 本質的な役割を果たしているのは、仲裁制度に関するニューヨーク条約(1958年)と1985年の仲裁制度に関する UNCITRAL モデル法である。Vgl. *Schlosser*, Neues deutsches Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, in: Gottwald (Hrg.), Revision des EuGVÜ (2000), S. 163 ff.; *Raeschke-Kessler*, Stand und Entwicklungstendenzen der Schiedsgerichtsbarkeit, in: Gottwald (Hrg.), Revision des EuGVÜ (2000), S. 211, 215 ff.

93) すでに先見の明のある *Stürner*, FS Lüke (1997), S. 829, 840 ff.



## ・現在の状況：内国民事訴訟法とヨーロッパの同調基準

内国改革立法者が主権的決定において独自の解決を作成し、または外国モデルを受け入れる従来の状況は、変わり始めている。原因は、ますます民事手続法の基準を補足しているヨーロッパレベルでの法発展である。2つの例がこれを明らかにするはずである。すなわち、いわゆる実行指令（Enforcement-Richtlinie）による証拠法と仮の権利保護の新規律、および、カルテル法および消費者法における集団的権利保護の導入計画である。たとえば仲介（Mediation）または少額手続および督促手続の領域における他の例は、難なく付け加えることができる。最近の発展は、ドイツの民事訴訟法のみならず、いわばすべてのEU加盟諸国の手続法に関係している。

### 1. 実行指令（RL 2004/48/EG）による証拠法の改革

内国訴訟法の形成のための詳細な基準を含むのは、知的所有権の実行のための、いわゆる実行指令（„Enforcement“-Richtlinie（RL 2004/48/EG））である<sup>94)</sup>。この指令はTRIPS-Übereinkommen 41条以下の基準を置き換えるものである<sup>95)</sup>。目標は、民事法および、なかんずく民事訴訟法の助けによる製品ジャックの防止の実効化である<sup>96)</sup>。中心規定は、訴訟法の同調（Angleichung）に関するものである。RL 2004/48/EGの6-9条は、証拠保全、訴訟の相手方および第三者による証拠方法の提出、被害者の情報請求権ならびに仮の権利保護をハーモナイズする。これらの規定は、潜在的な侵害者に対する保護権者の情報欠缺を除去し、保護権侵害の嫌疑がある場合、保護権者ができるだけ包括的な解明を惹起できるようにす

94) RL 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EU 2004 L 195/16.

95) これにつき、Zhou, *Einstweiliger Rechtsschutz* (2007), S. 136 ff.

96) Vgl. Art. 1 RL 2004/48/EG, dazu Heinze, *Einstweiliger Rechtsschutz im europäischen Immaterialgüterrecht* (2007), S. 64 ff.

るとされる。取得された情報に基づき、保護権者は迅速かつ実効的に侵害者を訴えることができるとされる<sup>97)</sup>。結果として、実行指令(Enforcement-RL)は、加盟国の訴訟法の形成のための多数の基準を含んでいる。

次の例がこのことを示している。実行指令の6条によれば、保護権の侵害の具体的な嫌疑があれば、それだけで、加盟国の裁判所は証拠方法の提出を命じなければならない<sup>98)</sup>。ドイツの私法および訴訟法の伝来の情報請求権と異なり<sup>99)</sup>、証拠方法の提出は訴訟当事者間の債務関係を前提としない。すなわち、侵害が行われたかまたは侵害が差し迫っているとの原告の、一応十分な事実陳述(der hinreichend substantiierte Vortrag)があれば、それだけで相手方の提出義務が生じ<sup>100)</sup>、裁判所は提出を命じることができる。情報義務は、第三者に対しても存在し、仮処分の方法で実行することができる<sup>101)</sup>。

実行指令7条は、訴訟前の証拠保全を規律する。指令のコンセプトによ

---

97) Vgl. Art. 3 RL, dazu *Amschwitz*, Die Durchsetzungsrichtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Recht (2008), S. 98 ff.

98) この規定は、次のように定める。「(1) 加盟諸国は、自己の請求の一応十分な理由づけのために合理的に利用できる証拠方法を提出し、相手方当事者の処分権能の中にある証拠方法を自己の請求の理由づけのために表示した当事者の申立てにより、秘密情報の保護が保障される限り、……管轄裁判所が相手方当事者による証拠方法の提出を命じうることを確保する。

(2) 営業レベルで犯された権利侵害の場合には、加盟諸国は管轄裁判所に同一の要件により、適切な場合に当事者の申立てにより、秘密情報の保護が保障される限り、相手方当事者が処分権能を有する銀行書類、財務書類または商業書類の伝達を命ずる可能性を承認する。」

99) 情報請求権の実体法的コンセプトについては、*Schlosser*, JZ 1991, 599 ff.; *Wagner*, JZ 2007, 706, 707 ff. 参照。連邦通常裁判所は、いわゆるファックスカード裁判(BGHZ 150, 377, 386 ff.)において、蓋然性のある権利侵害で十分とすることによって、BGB 809条による訂正請求権を持続的に実効化した。

100) これは提出主義を破るものではない。提出主義は、証明責任を負う当事者に事実陳述を義務づけるが、情報獲得については何も述べていない。Regierungsbegründung BT-Drs. 16/5048, S. 26 は誤りである。

101) 第三者とは、たとえば運送人である。これについて、OLG Düsseldorf, 29.11.2007, BeckRS 2008, 00088.; vgl. *Heinze*, IPRax 2008, 480, 481 f.

れば、これは訴訟前の証拠保全によっても、仮処分によっても行うことができる。指令はそのさい手続の形成のための基準（一方的な、相手方のヒヤリングの追完，1項），命じられるべき措置の可能な内容についての基準，担保の提供についての基準（2項）を含み，期間の裁定を定め（3項），措置の取消しの場合の損害賠償請求権を定め，そして証人の保護を保障する（5項）<sup>102)</sup>。執行は，中立の鑑定人または執行吏によって行われる。執行吏が行う場合には，重要な資料を突き止めるさい，鑑定人が執行吏に同行し，支援する。

指令を国内法化するさい，ドイツの立法者はこれを内国訴訟法の現代化のための機会とせず，最小限の解決を選んだ。その間に部分的に矛盾している，（口頭弁論の準備のさいの）裁判所による文書提出命令に関する民事訴訟法の規定（ZPO 142条以下）と，証拠法における別の観念に基づく文書の提出に関する規定（ZPO 442条以下）は，相互に調整されなかった<sup>103)</sup>。その代わりに，営業上の権利保護の個別法律に，補充的な特別の訴訟法規定が定められた<sup>104)</sup>。指令の基準は，伝来の訴訟法を検討するきっかけとして利用されず，むしろ内国訴訟法のそう思われている「体系」を乱さないよう最小限において国内法化されたのである<sup>105)</sup>。

---

102) これにつき，*Hess/Zhou*, IPRax 2007, 183, 185 ff. 参照。これに対して，ヨーロッパ司法裁判所は2005年4月28日の判決（Rs. C-104/03, *St. Paul Dairy Industries./Unibel Exser BVBA*, Slg. 2005 I-3481, Rdn. 18 ff.）において RL7条のオープンコンセプト（die offene Konzeption）に言及せず，ヨーロッパ管轄執行規則31条の適用領域を不必要に狭く解した。

103) 規範の矛盾については，*Wagner*, JZ 2007, 706, 707 ff.; *Jauernig*, Zivilprozessrecht, § 55 III.

104) §§ 140b PatG, 24b GebMG, 19 MarkenG, 46 GeschMG における国内法化については，*Dörre/Maaßen*, GRUR-RR 2008, 217, 219 f. 参照。

105) *Wagner*, JZ 2007, 707, 715 ff.; a.A. *Ahrens*, GRUR 2005, 737; *Spindler/Weber*, MMR 2006, 711 ff. も批判的。

## 2. カルテル法および消費者法における集団的権利保護のための委員会 提案

ドイツの立法者が実行指令の最小限の国内法化にこだわることができるかどうか、現在のところ未定の問題である。なぜなら昨年、欧州委員会はさらなる野心的な、民事訴訟法における法定立計画を進めたからである。それは、カルテル法と消費者法において集団訴訟の導入を目指す。2つの提案は補充し合うとされる。これらは、欧州委員会が加盟国の民事訴訟法を共同体法上の法的ポジションの実行のために実効化しようとする新たな政治戦略の一部である。問題となっているのは、「私的実行 (private enforcement)」のコンセプトである。それによれば、強行的カルテル法と消費者法は、加盟諸国の民事裁判所の面前で国内法化されるべきである。名前が明らかにするように、これはアメリカ合衆国において (そこでは、とりわけクラスアクションとの関係で) 発展した規制コンセプトの道具である。

2008年4月2日に公表されたカルテル法における損害賠償についての白書<sup>106)</sup>は、集団訴訟の導入を提案する。これは消費者団体によって脱退型の訴え (opt-out Klagen) として提起されるか、もしくは、加入型の集合訴訟 (opt-in Sammelklagen) として (選択された) 原告弁護士と被害者によって始めることができる<sup>107)</sup>。それとならんで、白書は、RL 2004/48/EG. 6 8条の基準による訴訟前の情報請求権の拡充と内国証拠法の実効化に賛成する<sup>108)</sup>。これに対して、訴訟費用は加盟諸国の規律に委ねるとされる。これらの提案は、カルテル法上の集団訴訟の持続的な実効化を予期させる。

---

106) KOM (2008) 165 endg., sowie Commission's Staff Working Paper (SEC 2008/404). これにつき、Hodges, Reform of Class Actions (2008), S. 170 ff.

107) この選択肢によってEG委員会は、加盟諸国における異なる形式の訴訟法に対応しようとする。脱退型訴訟の「制限された制度」への限定は、(原告) 弁護士による濫用を排除するという。Hodges, Reform of Class Actions, S. 172 f.

108) 批判的なのは、Stürner, in: Basedow (Hrg.), Private Enforcement of EC Competition Law (2007), S. 163, 170 ff.; Hodges, CMLR 43 (2006), 1381 ff.

公益の追求による内国訴訟法の改正は、全く明瞭である。それは訴訟追行権、情報義務、証拠手続および裁判官の介入の拡大をもたらず<sup>109)</sup>。結局、訴訟目的が変わる。私的な訴訟の処理ではなく、公的な目標設定の追求が前面に出る<sup>110)</sup>。

とりわけ疑問に思われるのは、内国訴訟法への外国の規制コンセプトの選択的な移転ないしは法移植である。というのは、法文化的な影響はこれまで十分問われていないからである<sup>111)</sup>。たしかに白書は、「訴訟文化」は道具化されるべきでないと強調する。だがEG委員会は、新たに創出される「マーケット」を占め、相当なボリュームを伴う責任訴訟を提起すべき（専門）原告弁護士の成功を信じている<sup>112)</sup>。とりわけ疑問なのは、機能的にはクラスアクションに相当する脱退型訴えの保持の提案である。提訴権能の、RL 27/98/EG 4条の意味での「資格組織」への制限は、その登録ないしは認証が全く規定されていないために、すでに実効的でないように思われる<sup>113)</sup>。「管轄上問題のない」と想定される最小限ハーモナイゼーションは、ここでその独自の跳躍力を発揮する。すなわち、EG法の諸基準の下方では、加盟諸国の訴訟法間の競争が存続する。同時に、競争は（共同体領域で）新種の権利救済手段の実行によって熾烈となる。

2008年秋、EG委員会は、消費者保護における集団訴訟に関する緑書を公表した<sup>114)</sup>。これは、消費者法における集団的損害賠償訴訟の導入（Art. 153 EG）を準備するものである。内容的には、緑書（Grünbuch）は

---

109) これにつき、Hess, in: Mansel/Dauner-Lieb/Henssler (Hrg.), Zugang zum Recht, S. 61 ff.

110) この点を正当に指示するのは、Kodek, öJZ 2008, 919, 923 ff.; 一般的には、Koch, ZEuP 2007, 735, 750 f.

111) Kodek, öJZ 2008, 919, 922 も、法移植と述べている（もっとも、共同体法上の承認原則との関係で、とくに EuGVO 32条）。

112) だが、この種の責任訴訟を片付けるのが、まさにアメリカ合衆国の訴訟システムの効率である。

113) これにつき、Hess, in: Schulze (Hrg.), Auf dem Weg zur Europäischen Sammelklage (erscheint 2009).

114) KOM (2008) 864 endg. vom 27.11.2008.

(その機能に対応して<sup>115)</sup>) オープンに定式化されている。すなわち、それは4つの種々の行為オプションを含む。これは、さらなる展開を待つ(あまり品のよくない)オプション<sup>116)</sup>から、他の加盟諸国の消費者に内国の既存の集団訴訟を「開くこと」<sup>117)</sup>、ならびに既存の内国の消費者組織の協力の改善を経て<sup>118)</sup>、真正の集団的権利救済<sup>119)</sup>にまで及ぶ。このオープンな定式は、もちろん追求された戦略を見えなくすべきではなかろう。すなわち、4号に掲げられたオプション(ヨーロッパ権利救済の創設)だけが、EU委員会によって真面目に追求されているのである<sup>120)</sup>。

## 展 望

変化したヨーロッパの地平において、いかなる将来をドイツ民事訴訟法に予言することができるであろうか。これからの数年の間には、過去数十年の発展に確かに劣らない、更なる重大な変動が迫っている。浮かび上がるのは、次のような展開である。すなわち、第1に、ヨーロッパ司法裁判所が内国民事裁判所の呈示の洪水(Vorlagflut)を裁き、同時にヨーロッパ共同体の最上級憲法裁判所として機能することが今後もできるかどうかは、確かでない。なぜなら、ヨーロッパ司法裁判所は、その間にあらゆる法領域、税関法、刑法、難民法および租税法からの呈示、ならびに27加盟

---

115) EU委員会の緑書は、関係機関への照会により新たな共同体法行為を準備した。そしてオープンに定式化している。

116) オープンな定式にもかかわらず、そのさい「真面目な」オプションは問題になっていない。KOM (2008) 864 endg., Rdn. 20-22.

117) KOM (2008) 864 endg., Rdn. 23 ff. だが、すでに現行の共同体法によれば、EG 18条、26条、59条により外国のEG市民に集団的権利救済の利用が禁止されてはならないことから、正当に出発することができる。Vgl. oben § 3 I bei Rdn.

118) KOM 2008 (864) endg., Rdn. 32 ff. は、とくに現存の道具の拡充を指示する。

119) KOM 2008 (864) endg., Rdn. 48 ff.; insbesondere Rdn. 53-59.

120) これにつき、Hess, Zum aktuellen Stand der Prozessrechtsangleichung, in: Schulze (Hrg.), Auf dem Weg zur Europäischen Sammelklage (erscheint 2009).

国からの民事法・民事訴訟法からの呈示を裁判している。同裁判所の面前での手続を促進する最近の試みでは、ルクセンブルグへの呈示の洪水を長期的に克服できないという根本問題を解決することはできない。代案として、特定の法領域についての分散された共同体裁判所の設置がたとえば知的所有権の保護領域において<sup>121)</sup> 熟慮されている。このような発展が行われるとすると、確かに近い将来、他の法領域も新しい共同体裁判所に移されるであろう。

これに対して加盟諸国の訴訟法に予測されるのは、他の EU 諸国における成功した手続モデルへの更なる適応圧力（Anpassungsdruck）である<sup>122)</sup>。集团的権利救済の例は、部分的なハーモナイゼーションが加盟諸国間の競争圧力と適応圧力をむしろ一層強めることを示している。EU 加盟諸国の手続法は、共同体法の基準の増大に基づき明らか相互に近づいている。だが、好きになった内国の伝統の喪失と訴訟法の実効化および現代化が釣合いの取れるものであれば、これはデメリットである必要はない。このことを示すのは、実行指令の例である。逆に、法学の課題は、適時に、かつ聞き取れるようにブリュッセルの新たな法定立手続に這入って行き、性急にそう思われているような現代的な法移植組織が付加価値を認めうることなく、内国訴訟法へ運び込まれることを阻止することである<sup>123)</sup>。法比較は、今日もはや「教育体験」ではなく、ヨーロッパ立法ならびに内国立法の必要な「道具」である<sup>124)</sup>。ヨーロッパ司法空間における訴訟法学は、今や新たな、大きな法政策的挑戦と実証試験の前に立っている<sup>125)</sup>。

---

121) これにつき、Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2009), § 11, Rdn. 11.37 ff.

122) 更なる適応圧力は、内国訴訟法に比べて全く魅力的な代替物を差し出す「最高の」共同体法文書（*Gemeinschaftsrechtsakten*）から生じる（たとえば規則 1 のより実効的な一段階的な督促手続が、そうである）。

123) 英米の弁護士事務所によるカルテル法における損害賠償訴訟に関する緑書の「準備」は、EG 委員会の法定立行為についての不十分な学問的準備の危険を示す。

124) Koch, *ZEuP* 2007, 735, 752 f.

125) *Stürner*, FS Lücke (1997), S. 829, 843 f.