

当事者の合意に基づく 民事訴訟の公開の排除？

——ドイツにおける議論からの示唆——

本 間 学*

目 次

- 一 はじめに
- 二 ドイツにおける公開原則
 - 1 公開原則とその意義
 - 2 憲法上の位置づけ
 - 3 例 外——非公開審理
 - 4 ZPO128条2項と公開原則
 - 5 欧州人権条約6条との関係
- 三 当事者の合意に基づく民事訴訟の公開の排除？
 - 1 第70回ドイツ法曹大会の提案とその根拠
 - 2 提案に対する反応
- 四 おわりに

一 はじめに

本小稿は、民事紛争の私事性をもっぱらの理由として、民事訴訟（判決手続）を非公開とすることは可能か、とりわけ「両当事者が一致して民事訴訟の公開の排除を申立てた場合、裁判所は審理を非公開としなければならない」という方途（以下「当事者の合意に基づく民事訴訟の公開排除」という）を採用することは可能であるかを検証する。

* ほんま・まなぶ 桃山学院大学法学部教授

憲法82条1項は、裁判公開原則（以下「公開原則」という）を定める。この公開原則は、憲法学においては、当事者公開のみならず、一般公開を意味するものと解されており、また、両当事者が同意したとしても排除されるものではないとされてきた¹⁾。もっともこの原則は、しばしば当事者のプライバシーや営業秘密との間で緊張関係に立ち、私権の実現を困難なものとするおそれもなくはない²⁾。そのため、こと民事訴訟との関係では、その対象となる民事紛争は私事であり、そこでは当事者の意思が最大限尊重されるべきであるから、当事者双方が一致して裁判公開の排除を求める場合には、裁判所は審理を非公開とすべきであるという提案がなされることがある³⁾。その際、興味深いことに一部の実務家からは、民事訴訟における公開原則の強調は、非公開審理を可能とする仲裁との比較において、民事訴訟のプレゼンス低下を招きかねないという、後述するドイツ法曹大会で語られたものと同様の指摘⁴⁾がなされることがある。本稿の課題は、かかる提案の当否を検討することにある。

考察の方法としては、ドイツ民事訴訟法（以下たんに「ZPO」という）、裁

-
- 1) 佐藤幸治「公開裁判原則と現代社会」同ほか『ファンダメンタル憲法』（有斐閣・1994年）316頁。
 - 2) 公開原則による営業秘密等の侵害を防止するために当事者公開も含めた民事裁判公開の制限を模索する論稿として、出口雅久「民事訴訟における秘密保護手続」立命館法学249号（1997年）1186頁がある。
 - 3) このような主張は古くから存在する。たとえば、大西芳雄「人権と民事裁判」公法研究35号（有斐閣・1973年）134頁、138頁など。納谷廣美「民事訴訟における「公開の原則」」鈴木重勝ほか編『民事訴訟法学の新たな展開（中村英郎教授古稀祝賀論文集）』（成文堂・1996年）215頁、237頁も同趣旨と思われる。また、平成民事訴訟法改正時においても、弁論兼和解をめぐる議論との関係ではあるが、同様の主張がみられる（井上治典ほか「《座談会》民事訴訟法改正への視点——いま、なぜ、改正なのか——」法時66巻1号（1994年）30頁、51頁）。近年ではこのような提案は——そもそも民事訴訟の公開に関する議論が低調であることもあり——文献上では見られないが、なお根強く存在するようと思われる。筆者は2022年に「デジタル時代における民事訴訟の公開とその課題」と題する学会個別報告を行った（概要については同タイトルの拙稿・民訴69号（2023年）148頁以下を参照）が、その際に現にここで述べたようなご意見を賜った。
 - 4) 上記個別報告に係る準備報告の際に、そのような趣旨のご意見を頂いた。

判所構成法(以下たんに「GVG」という)との比較法的考察によるが、その理由は次の2点に求められる。ひとつは、当事者の同意による民事訴訟の公開排除の上記主張の根拠にしばしばドイツ法の規律があげられることから、この点に関するドイツ法の立場の確認をする必要があるように思われるためである。もうひとつはこの問題について、ドイツにおいて最近、若干の議論がみられるためである。ドイツでも仲裁との対比において訴訟のプレゼンス低下に対する危惧が語られることがあり、2014年の第70回ドイツ法曹大会ではまさにこの点を理由として、当事者の合意に基づく民事訴訟の公開排除を可能とすべしとする提案がなされている⁵⁾。この提案に対するドイツでの反応は、本稿の課題について一定の示唆を与えてくれよう。

以下ではまず、ドイツにおける公開原則の規律とその憲法上の位置づけを確認したうえで(二)、当事者双方の合意に基づく民事訴訟の公開排除の可否に関する議論を概観し(三)、上記の課題に対する回答を得ることにする(四)。なお本稿の検討対象は、財産関係訴訟における一般公開を当事者の合意に基づいて排除し得るかという問題に限定され、その他の公開排除理由、当事者公開の排除、人事訴訟についてはさしあたり考察対象から除外される。

二 ドイツにおける公開原則⁶⁾

1 公開原則とその意義

公開原則に関する規定は、ドイツ法上、GVG169条に置かれている。また、欧州人権条約6条1項1文によっても公開原則は保障されている。GVG169条1項1文によれば、判決裁判所における審理および判決の言渡

5) *Kilian*, Ausschluss der Öffentlichkeit in Zivilverfahren?, AnwBl 2016, S. 899.

6) ドイツにおける裁判公開原則の歴史的展開については、鈴木重勝「わが国における裁判公開原則の成立過程——民事訴訟における公開制限を中心に——」早稲田法学57巻3号(1982年)83頁以下が詳しい。また、鈴木正裕「[弁論兼和解]の方式について」民訴36号(1990年)1頁、41頁以下も参照。

しは公開でなされる。同条の適用につき、民事事件と刑事事件とで区別は設けられていない（裁判所構成法施行法2条参照）。もっとも、刑事事件とは異なり民事事件については、ZPO128条2項が、当事者双方が同意をした場合に、裁判所が書面による審理をなすことを認めている。ドイツ法上、第三者による訴訟記録の閲覧は、通常、問題とならない⁷⁾から、書面審理によることになると、結果的にそれは、事実上の完全非公開審理となる⁸⁾。このことと公開原則との関係については、後述二4で詳しくみることにする。

公開原則は、その意義につきアクセントの変化がみられるものの、現在も規範的意義の点でその重要性を失ってはなない。元来、公開原則の意義は、啓蒙期の歴史的所産として、秘密司法を防ぎ、裁判官の中立性を確保する点に力点がおかれていた⁹⁾。これに対し、とりわけ民事事件については、傍聴者が僅少であること、専門性の高い多様な事件が存在すること、さらには審理に書面が多用されるといった訴訟の現実を理由として挙げ、上記のような司法に対するコントロールを現実には期待することはできないとして、その意義を消極的に解する向きもないわけではない¹⁰⁾。しかし多数説は、上記の事情によっても公開原則の意義が完全に失われたとは考えておらず¹¹⁾、むしろ後述する連邦憲法裁判所2001年1月24日判決以降、

7) ドイツ法上、第三者の訴訟記録の閲覧は、閲覧に法律上の利益がある場合に限定されており（ZPO299条2項）、原則として何人でも訴訟記録の閲覧が可能な日本法（民訴法91条1項）とは大きく異なる。

8) Stein/Jonas/Jacobs, Kommentar zur ZPO 23. Aufl. Bd.9 (2020), § 169 GVG Rn. 10; Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz 10. Aufl. (2021), § 169 Rn. 9.

9) Stein/Jonas/Jacobs, Kommentar zur ZPO 23. Aufl. Bd.9 (2020), § 169 GVG Rn. 4.

10) Münchener Kommentar ZPO Bd.3 6. Aufl. -Pabst (2022) § 169 Rn. 1.

11) Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz 10. Aufl. (2021), § 169 Rn. 1; *Pernice*, Öffentlichkeit und Medienöffentlichkeit (2000), S. 79; Stein/Jonas/Jacobs, Kommentar zur ZPO 23. Aufl. Bd.9 (2020), § 169 GVG Rn. 4 は、公開原則の目的は、こんにち、主にその他の制度により確保されるといわれるが、そのことにより公開原則が元来の機能を果たさないとはいえないという。なお、Münchener Kommentar ZPO Bd.3 6. Aufl. -Pabst (2022) § 169 Rn. 1 は、民事事件では、一般公衆によるコントロールを実質化するための理論的な機

アクセントを変えてその意義を理解する。つまり公開原則は、司法に対する国民の信頼を高めるための、法治国家原則と民主主義原則に根差したものであるとする¹²⁾。このような理解のもとでは、公開原則の力点は、直接公開よりも、間接公開に移ることになる。このことは、2017年 GVG 改正により GVG169条1項3文以下、同2項以下に、裁判所内に存在する報道関係者用作業室に法廷の様子を映像と音声により中継することを認める定めが置かれた事実からも窺い知れる¹³⁾。

2 憲法上の位置づけ

上述したようにドイツ法上、公開原則の規定は基本法ではなく、GVGに置かれている。そのため、かかる原則がたんなる訴訟法上の原則に過ぎないのか、それとも憲法上の原則であるのか、議論がある。当初、連邦憲法裁判所は1963年3月7日の決定¹⁴⁾において、公開原則は憲法上の位置づけを有する原則ではなく、たんなる訴訟原則に過ぎないとする立場に立った。この決定は公開原則を、法治国家の手続上不可欠の要素であり、例外的な場合にのみ制限されるものとはみない。むしろ公開の排除も、法治国家的観点に適うのだという¹⁵⁾。そのため、訴訟手続において公開原則をどのように形づけるかは、従来、立法者の広範な裁量のもとにあるとされてきた¹⁶⁾。ところが21世紀に入り、この態度に変化が訪れる。連邦憲法裁判

ㄨ能条件に過ぎないとしている。

12) Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz 10. Aufl. (2021), § 169 Rn. 1; Stein/Jonas/Jacobs, Kommentar zur ZPO 23. Aufl. Bd.9 (2020), § 169 GVG Rn. 4; Münchener Kommentar ZPO Bd.3 6. Aufl. -Pabst (2022) § 169 Rn. 1.

13) ただし、裁判の様子を広く裁判所外に公開することを目的とした、映像及び音声の録音・録画は、裁判所構成法上明文で否定されている (GVG169条1項2文)。

14) BverfGE 15, S. 303. なお、同決定以前にも同趣旨の判断を示したと思われるものが存在するが (たとえば、BverfGE 4, S. 74 など)、公開原則がたんなる訴訟原則に過ぎないことを明確に示したのは、この決定である。

15) BverfGE 4, S. 74, 94.

16) BverfGE 4, S. 74.

所は、2001年1月24日判決¹⁷⁾（以下「連邦憲法裁判所2001年判決」という）において、公開原則が憲法上の価値を有することを示唆する判断を示すに至ったのである。この判決によれば、公開原則は、法治国家原則の一部であり、かつ、民主主義に合致したものである¹⁸⁾。このことは、当事者は秘密司法から守られねばならないという、公開原則の歴史的意義との関連の下で基礎づけられている。また同判決は公開原則の中に、裁判手続における事象を認識し、公開原則により保障されるその洞察を介して裁判所の権力行使を十分に統制するよう留意する、国民の法的地位を見出している¹⁹⁾。この二つの観点が、この判決のいう法治国家原則と民主主義の観念の意味するところである²⁰⁾。

この連邦憲法裁判所2001年判決について、公開原則が法治国家原則と民主主義という憲法上の価値の表出であることを承認したものと解する点では、おおむね理解の一致をみている。もっとも、同判決が公開原則を憲法上の原則と位置づけたと評価しうるのかについては、なお争いがある。すなわち、依然としてたんなる訴訟上の原則に過ぎないとする見解²¹⁾や、法治国家原則や民主主義という憲法価値に配慮する必要があるものの憲法上の原則とまではいえないとする見解²²⁾が存在する一方で、憲法上の原則であることを強調する立場²³⁾もみられる。欧州人権条約6条が公開原則に憲法的価値を与えている点と公開原則を憲法上の原則と捉える立場は整合的である²⁴⁾ことか

17) BverfGE 103, S. 44 = NJW 2001, S. 1633 = JZ 2001, S. 704.

18) BverfGE 103, S. 44, 63 = NJW 2001, S. 1633, 1635 = JZ 2001, S. 704, 705f.

19) BverfGE 103, S. 44, 63 = NJW 2001, S. 1633, 1635 = JZ 2001, S. 704, 705f.

20) BverfGE 103, S. 44, 63f. = NJW 2001, S. 1633, 1635 = JZ 2001, 704, 706.

21) Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz 10. Aufl. (2021), § 169 Rn. 4.

22) Münchener Kommentar ZPO Bd.3 6. Aufl. - Pabst (2022) § 169 Rn. 3.

23) Stürmer, Gerichtöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft, JZ 2001, S. 669, 700; von Coelln, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt (2005), S. 221; Seitz, Disposition über die Öffentlichkeit im Zivilprozess? (2017) [zitiert: Disposition?], 74ff; Stein/Jonas/Jacobs, Kommentar zur ZPO 23. Aufl. Bd.9 (2020), § 169 VVG Rn. 6; Anders/Gehle, ZPO 81. Aufl. (2023), vor § 169 Rn. 4.

24) Stürmer, Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, FS. Baur (1981) ↗

ら、最後の立場が、近年、勢いを増しつつあるように見受けられる。また、公開原則を訴訟原則に過ぎないと捉える見解も、後に述べるように ZPO128条2項の適用に際しては、公開原則のもつ意義を必ずしも等閑視するわけではない²⁵⁾。

3 例 外——非公開審理

公開原則は、ドイツ法においても例外なく認められるわけではない。法律で明定されたものに限られるが、公開の排除——非公開審理——も認められる。なおこれらの非公開事由に当たる場合であっても、裁判所は、個別に傍聴を許すことができ (GVG175条2項)、また、国家機密、あるいは後述する GVG171条b、172条2号および3号に掲げられた事由に基づいて公開が排除される場合には、すべての出席者に守秘を命じることができる (GVG174条3項)。GVG が定める非公開事由の主要なものとして、具体的には以下のものがある。

まず、公開を排除しなければ、国家機密や公序良俗を害するおそれがある場合があげられる (172条1号)。また、営業秘密や私人の秘密、16歳以下の少年に対する審問も非公開事由である (172条2号から4号)。これらに該当する場合には、裁判所は、義務に従った裁量に基づいて (nach pflichtgemäßem Ermessen) 公開排除を判断する (172条)²⁶⁾。

以上に加えて、1987年に挿入された GVG171条bが、訴訟関係人や証人の生活領域を保護するために、公開の排除を認めている。ただし、この場合も無条件に公開の排除が認められるわけではなく、公開による一般公衆への裁判情報の提供の必要性が、訴訟関係人等の保護利益を優越しない限りでのみ認められる。生活領域の侵害を受けた者から申立てがなされ、そ

↘S. 647, 660.

25) Mayer は、公開原則はあくまで訴訟原則であり、憲法上の原則ではないというが、のちに二4でみるように ZPO128条2項の適用に際して、裁判所の裁量判断の枠内で公開原則の憲法的価値への配慮を要求している。

26) なお、BGH, NJW 1986, S. 200, 201 も参照。

れが認められた場合には、公開排除は必要である。

なお、家事事件は非公開である（GVG170条1項1文）が、関係人が反対しない場合には、裁判所は傍聴を認めることができる（同条1項2文）²⁷⁾。

4 ZPO128条2項と公開原則

(1) 二1でみたように、裁判所がZPO128条²⁸⁾2項を適用し、書面審理を命じた場合には、審理は事実上、非公開となる。ただし、書面審理には次のような形で条文上の制約が付されている。すなわち裁判所は、口頭弁論を終結する期日と判決言渡期日を定めなければならない（ZPO128条2項2文）、かつ、両当事者の同意がなされたときから遅くとも3ヶ月以内に手続を終了させねばならない（ZPO128条2項3文）。このような書面審理の期間制限は、かつてみられた書面審理の融通無碍な利用がかえって訴訟遅延をもたらしたことへの反省に基づき、1976年のZPO改正により導入されたものである²⁹⁾。

(2) また、当事者の合意があれば、直ちに書面審理が認められるわけでもない。書面審理をなすか否かは、裁判所が義務に従った裁量により判断する。かつての実務では、ZPO128条2項を適用すべきでないケースにも、融通無碍にこれを適用する傾向がみられたが³⁰⁾、繰り返し最上級審裁

27) なお、家事事件についてもその裁判の言渡しは原則として公開で行われる（GVG173条1項）。ただし、GVG171条aおよび172条に定める事由に該当する場合で、裁判所による特別の決定がある場合に限って、裁判理由および裁判の一部は非公開となる可能性がある（GVG173条2項）。

28) ZPO128条1項及び2項は、以下のように定める。訳文は、法務大臣官房司法法制部『ドイツ民事訴訟法典』（法曹会・2012年）を参考にした。

「1 当事者は、判決裁判所における法的紛争につき、口頭で弁論をなす。

2 訴訟状況の重要な変更がある場合に限り撤回可能である両当事者の合意に基づいて、裁判所は、口頭弁論を経ずして裁判をすることができる。裁判所は直ちに書面の提出期限及び判決言渡期日を決定する。当事者の合意から3ヶ月以上経過した場合、口頭弁論を経ずしてなした判決は不合法である。」

29) Stein/Jonas/Kern, Kommentar zur ZPO 23. Aufl. Bd.2 (2020), § 128 Rn. 50.

30) Stein/Jonas/Kern, Kommentar zur ZPO 23. Aufl. Bd.2 (2020), § 128 Rn. 51.

判例による是正がなされてきた³¹⁾。その結果、現在は、この規定の目的に照らし³²⁾簡易かつ迅速な手続を現実に行い得る場合にのみ認められ³³⁾、その適用範囲は限定されている。

この点、公開原則を憲法上の原則と捉える立場は、ZPO128条2項の適用範囲を狭く捉える傾向にある。たとえば *Kern* は、同条項の適用が考慮される事案はさほど多くはないという³⁴⁾。すなわち、同条項の趣旨に照らせば、口頭弁論期日を行わないというだけでは、審理時間の短縮はほとんど期待できないし、ある程度明確となった法律問題に争点が限られるのであれば、むしろ口頭での議論が望ましい。すると残るのは、例えば建築訴訟の場合のように、証拠調べが命じられたが、数ある単純な問題について、当事者のいずれか一方からの陳述、あるいは時として主張ないし否認の撤回がなされるのを待つ必要がある場合³⁵⁾、審理が熟した後に当事者の要望に応じて和解交渉のための期間を与える場合、あるいは和解の取消しがなされたが、新たな口頭弁論を経ることなく判決をなすべき場合³⁶⁾などに限られる。*Prütting* も、この規定をごく稀に利用される例外であるとする³⁷⁾。公開原則を憲法上の原則と位置づける立場からみれば、このよう

31) BGHZ 17, S. 118; BGHZ 18, S. 61 = JZ 1955, S. 548 = NJW 1955, S. 1357; BGHZ 31, S. 210 = JZ 1960, S. 215 = NJW 1960, S. 572. なお、あわせて本文上述(1)で述べた立法による対処もなされている。

32) ドイツ法において、裁判官の裁量行使が法規定の目的に拘束される点につき、鶴田滋「民事訴訟における裁判官の裁量概念とその規律」民訴69号(2023年)79頁、85頁以下参照。

33) BGHZ 17, S. 118; BGHZ 18, S. 61 = JZ 1955, S. 548; BGH NJW 1992, S. 2146; Stein/Jonas/*Kern*, Kommentar zur ZPO 23. Aufl. Bd.2 (2020), § 128 Rn. 51; Münchener Kommentar ZPO Bd.1 6. Aufl. -*Fritsche* (2020) § 128 Rn. 27; *Anders/Gehle*, Zivilprozessordnung (2023), § 128 Rn. 27; *Musielak/Voit*, Zivilprozessordnung 18. Aufl. (2021) § 128 Rn. 10.

34) Stein/Jonas/*Kern*, Kommentar zur ZPO 23. Aufl. Bd.2 (2020), § 128 Rn. 51. なお、この部分の記述は、22版の *Leipold* によるものと基本的には同じである。

35) Stein/Jonas/*Kern*, Kommentar zur ZPO 23. Aufl. Bd.2 (2020), § 128 Rn. 52.

36) Stein/Jonas/*Kern*, Kommentar zur ZPO 23. Aufl. Bd.2 (2020), § 128 Rn. 53.

37) *Prütting/Gehrlein*, Zivilprozessordnung 15. Aufl. (2023), § 128 Rn. 16.

な ZPO128条 2 項の適用事例の限定は、公開原則の趣旨が没却されることを事実上防ぐ機能を有するものとみることができよう。

他方、公開原則をたんなる訴訟上の原則に過ぎないとみる立場は、適用事例の広狭について明示的な言及をしないことが多いが、この規定の適用に際し、公開原則の保障する公益への配慮を要求するものもある。たとえば *Mayer* は、同条項を適用する際に問題となる裁判官の裁量判断について、そこでは欧州人権条約 6 条および裁判公開の意義が考慮されなければならないと説く³⁸⁾。くわえて、当事者が書面審理を選択することができることを理由に、当事者は民事訴訟において公開原則の保障を放棄することができるとする見解を、*Mayer* は説得力がないと評価する³⁹⁾。そもそも ZPO128条 2 項は、公開原則の排除を目的に立法者が設けた規定ではないだけでなく、その適用に際しては公開原則が保障する公益に配慮が必要であるし、また、そのような公益を当事者に対する処分権限を立法者は認めとはいないとみるのであろう。

5 欧州人権条約 6 条との関係

ところで、欧州人権裁判所の判例⁴⁰⁾によれば、欧州人権条約 6 条⁴¹⁾との

38) Kissel/*Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz 10. Aufl. (2021), § 169 Rn. 9.

39) Kissel/*Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz 10. Aufl. (2021), § 169 Rn. 58; また、Münchener Kommentar ZPO Bd.3 6. Aufl. - *Pabst* (2022) § 169 Rn. 21f は、ZPO128条 2 項は、間接的かつ限定的に当事者による公開排除の処分を認めることになるが、そのような処分を一般的に認めることはできないという。

40) EGMR, NJW 1982, S. 2714, 2716.

41) 欧州人権条約 6 条 1 項は、次のように定める。

「すべての者は、その民事上の権利義務の決定または刑事上の罪の決定のため、法律で設置された、独立の、かつ、公平な裁判所による合理的な期間内の公正な公開審理を受ける権利を有する。判決は、公開で言い渡される。ただし、報道機関および公衆に対しては、民主的社会における道徳、公の秩序もしくは国の安全のため、また、少年の利益もしくは当事者の私生活の保護のため必要な場合において、またはその公開が司法の利益を害することとなる特別な状況において裁判所が真に必要ながあると認める限度で、裁判の全部または一部を公開しないことができる。」

関係で、当事者の要求に基づいて、裁判手続を非公開とすることが認められる。しかしこのことは、ドイツ法上、当事者に裁判の非公開を求める権利を認めるものとは解されていない⁴²⁾。ドイツ法上、公開原則は、公益を保護する機能を有しているからである。

三 当事者の合意に基づく民事訴訟の公開の排除？

1 第70回ドイツ法曹大会の提案とその根拠

冒頭で述べたように、2014年にハノーファーで開催された第70回ドイツ法曹大会では、判決手続における公開原則の改革が提案された。すなわち、当事者の合意に基づく申立てにより民事訴訟を非公開とすることを裁判所が命じる可能性を認める必要があるか、あるとすればそれは如何なる範囲においてであるかを、立法者は検討すべきであるとの提案がなされた⁴³⁾。この提案は、59%の多数をもって可決されている⁴⁴⁾。

提案の根拠は次のようなものであった⁴⁵⁾。すなわち、とりわけ仲裁手続のような非国家型裁定手続においては、審理は非公開で実施される。そのため、センシティブな情報を衆目に晒すことなく手続に上程でき、このことが国家裁判手続に対する非国家型裁定手続の優位性を著しく高めている。とくに企業にとっては、国家裁判所の手続によらず仲裁手続の利用を決断する理由の最たるものが、手続の非公開性である。それゆえ、公開排除にかかる当事者の選択権は、国家裁判所が非国家型裁定手続との競合で失った失地を回復するための取り組みと理解すべきである、と。

42) Münchener Kommentar ZPO Bd.3 6. Aufl. - *Pabst* (2022) § 169 Rn. 29. ただし、欧州人権条約 8 条 1 項 (私生活および家族生活の尊重を受ける権利) を根拠として、当事者が裁判の非公開を求める権利は肯定される。この点については、相応する規定が、GVG171 条 b に存在する (上述二 3 参照)。

43) *Kilian*, AnwBl 2016, S. 899.

44) *Kilian*, AnwBl 2016, S. 899.

45) *Kilian*, AnwBl 2016, S. 899.

ところで、このように公開の排除を両当事者の合意に係らしめる考え方は、ドイツにおいて必ずしも目新しいものではない。そのような提案はすでに、当事者のプライバシー等を保護することを目的に、古くは GVG 制定時に帝国議会（Reichstag）司法委員会での審議⁴⁶⁾において、また、1961年の民事裁判制度改正準備委員会報告書⁴⁷⁾においてもなされていた。——ただし、いずれも採用されていない⁴⁸⁾。この考え方には——公開の排除を直接定めた規定ではないが——ZPO128条2項の規律との類似を見て取れる。そのため、ZPO128条2項を梃子にして、そこから当事者の合意に基づく公開の処分を認めようとする異説も、その後主張されている⁴⁹⁾。この見解は、公開原則は憲法上の原則ではないとする立場に立ったうえで、その根拠を次のようにいう。すなわち、公開原則はもともとその制限が許容されるものとして立法者は GVG169条に定めたのであり、公開を制限することに憲法上の疑義は生じない⁵⁰⁾。また、行政裁判所事件や財政裁判所事件においても⁵¹⁾、当事者による公開の放棄が認められている⁵²⁾、と。第70回ドイツ法曹大会における提案も、類似の思考に基づくものであろう。

2 提案に対する反応

(1) 弁護士の反応

第70回ドイツ法曹大会の提案については、ゾルダン研究所⁵³⁾ (Soldan Institut)

46) Hahn, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 1. (1880), S. 330ff.

47) Bundesministerium der Justiz, Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtbarkeit (1961), S. 181. なお同報告書は、法曹会訳編『ドイツ民事裁判制度改正準備委員会報告』（法曹会・1970年）として訳出されている。

48) ただし、当事者のプライバシー等の保護は、その後、裁判公開除外事由を GVG 上に明文で定めることにより実現されている。除外事由については、二三を参照。

49) Ewer, Das Öffentlichkeitsprinzip-ein Hindernis für die Zulassung von Englisch als konsensual-optionaler Gerichtssprache?, NJW 2010 S. 1323, 1324.

50) Ewer, NJW 2010 S. 1323, 1324.

51) 行政裁判所法 (VwGO) 101条2項、財政裁判所法 (FGO) 90条参照。

52) Ewer, NJW 2010 S. 1323, 1324.

53) ゾルダン研究所とは、ハンス・ゾルダン財団が設置する研究所で、法曹実務家及び法

が、2015年に弁護士に対してアンケート調査を行っている。その結果は、ドイツ法曹大会におけるこの提案の議決結果とは大きく異なるものであった⁵⁴⁾。すなわち、回答した弁護士のうち提案に賛成した者は全体の36%に過ぎず、19%の弁護士がどちらでもよい、45%の弁護士は提案に反対であると回答した。また世代別では、提案に賛成すると回答した者は高齢の弁護士に多く(60代以上で50%)、若手、とりわけ40歳以下の弁護士は72%が提案に反対であると回答している。同研究所所長でケルン大学教授でもある *Kilian* はこの結果について、公開によるコントロールを喪失させる「秘密司法」はあってはならないという考えが、多くの弁護士にとって職業上自明のものなのであろうと評価している⁵⁵⁾。

(2) 学説の反応

(a) 一般的理解

それでは、第70回ドイツ法曹大会における「当事者の合意に基づく公開の排除」という提案は、理論的側面からはどのように評価されるのであろうか。この問題を最近直接とりあげ議論した文献は多くはない⁵⁶⁾。このことから学説の評価が消極的なものであろうことは容易に想像できる。以下では二でみた公開原則に関する理解を踏まえこの仮説を検証し、その理由を探ることにする。

まず確認されるべきは、公開原則の位置づけをたんなる訴訟原則に過ぎ

▼ 法律事務所のマネジメントについて研究する機関である(同研究所の詳細は、そのHP [<https://soldaninstitut.de>] を参照 [2025年1月6日最終閲覧])。4年に一度、報告書 *Berufsrechtsbarometer* を刊行しており、第70回ドイツ法曹大会における当事者の合意による裁判公開の排除に対するアンケート調査は、その2015年版に収録されている。その概要については、*Kilian*, *AnwBl* 2016 S. 899 に紹介がある。

54) *Kilian*, *AnwBl* 2016 S. 899, 900.

55) *Kilian*, *AnwBl* 2016 S. 899, 900.

56) それは、公開原則との関係でこのような提案を受容しえないことが、後に本文で述べるような理由からして、あまりに自明ということなかもしれない。かかる提案を取り上げ批判的検討を加えた数少ない文献として、*Seitz*, *Disposition?* (2018), S. 226ff. がある。

ないとみる見解も含め、一般論として、当事者に裁判公開の排除（処分）する権限を認めることはできないという点で、ほぼ見解の一致をみていることである⁵⁷⁾。そもそも公開はある種の公益を保護するものであり（二1参照）、これを処分する権限は、基本的に当事者には認められていない。このことは、公開原則違反が絶対的上告理由である点に表れていると説かれる⁵⁸⁾。

また、たしかに ZPO128条2項の適用により書面審理を行うことは事実上の公開の排除をもたらすが、このことも当事者に公開を排除（処分）する権限を与えることまでも認めるものではないと解されている⁵⁹⁾。その根拠として、次の2点があげられている。第1に、ZPO128条2項による書面審理は当事者の合意のみによって認められるのではなく、裁判所による裁量的判断を前提としている点である⁶⁰⁾。つまり裁判所は、当事者の合意に拘束されることはない。第2に ZPO128条2項の目的は、あくまで手続効率性の観点から書面審理を可能とする点にあり、公開を排除するためのものではない⁶¹⁾。書面審理によるべきか否かは同条項の目的に照らして判断なされなければならない、審理の非公開はあくまで法的反射 (Rechtsreflex)

57) Kissel/*Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz 10. Aufl. (2021), § 169 Rn. 19, 58; Münchener Kommentar ZPO Bd.3 6. Aufl. -*Pabst* (2022) § 169 Rn. 21; *Graf*, Gerichtsverfassungsgesetz (2023), § 169 Rn. 3; Stein/*Jonas/Jacobs*, Kommentar zur ZPO 23. Aufl. Bd.9 (2020), § 169 GVG Rn. 12.

58) Kissel/*Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz 10. Aufl. (2021), § 169 Rn. 19, 58; Münchener Kommentar ZPO Bd.3 6. Aufl. -*Pabst* (2022) § 169 Rn. 21f; *Graf*, Gerichtsverfassungsgesetz (2023), § 169 Rn. 3; Stein/*Jonas/Jacobs*, Kommentar zur ZPO 23. Aufl. Bd.9 (2020), § 169 GVG Rn. 12.

59) Stein/*Jonas/Jacobs*, Kommentar zur ZPO 23. Aufl. Bd.9 (2020), § 169 Rn. 12; Münchener Kommentar ZPO Bd.3 6. Aufl. -*Pabst* (2022) § 169 Rn. 22; *von Collen*, Medienöffentlichkeit (2005), S. 89; *Seitz*, Disposition? (2018), S. 227. Kissel/*Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz 10. Aufl. (2021), § 169 Rn. 19 も、法律が定める事由を超えて公開を排除することは許されないという。

60) *Seitz*, Disposition? (2018), S. 227.

61) Stein/*Jonas/Jacobs*, Kommentar zur ZPO 23. Aufl. Bd.9 (2020), § 169 Rn. 12; *Seitz*, Disposition? (2018), S. 227.

に過ぎない⁶²⁾。また、それが認められるのは、ごく限られた場合である(二4(2)参照)。

このようにみえてくると、当事者の合意に基づく公開の排除という提案は支持し得ないというのが、ドイツにおける大方の見方であると考えられる。公開原則は、法治国家原則と民主主義の原理と密接にかかわる公益を保護するものと理解されている。当事者の合意に基づく裁判公開の排除の提案は、このような公益に対する当事者の処分権限を認めるものにはかならないし、上述のように ZPO128条2項からもそのような権限を導出することもできない。提案からすでに10年の年月が経過している現在、いまだこの提案が裁判所構成法の改正に結実しないのは、そのような評価によるものであろう。すでに GVG 起草過程においても、公開はある種の公益を保護するためのものであるが、このような方途を認めることは公開原則の没却につながりかねないとの危惧が示されていた⁶³⁾。

(b) 近時の新たな見解——Seitz の見解

ここまでみたように、第70回ドイツ法曹大会の提案に賛意を示す見解は、いまのところみあたらない。もっとも、GVG が定める公開排除事由が必ずしも十分なものとはいえないという問題意識を前提として、ドイツ法曹大会の上記提案の根底にある「公開に対する当事者の処分権限」という発想に一定の理解を示す興味深い見解が、最近、Seitz により主張されている。

この見解は、GVG171条bが一定の場合に一方当事者の申立てに基づいて公開の排除を認めている点を手掛かりとして、公開原則を憲法原則であると捉えたうえで、その内在的制約が問題となる場合に限りで、一方当事者の申立てによる⁶⁴⁾公開排除を認めるべきであるとし、かかる趣旨の規定

62) Stein/Jonas/Jacobs, Kommentar zur ZPO 23. Aufl. Bd.9 (2020), § 169 Rn. 12; Seitz, Disposition? (2018), S. 227.

63) Hahn, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 1. (1880), S. 330ff.

64) この見解は、公開原則と対立する保護利益を有する者が当該利益の保護を求める限りで、当事者に公開に対する処分権を認めるというものである。したがって、この見解に

を将来的に GVG に設けることを提案する⁶⁵⁾。具体的には、人格権などの憲法上の保障された当事者の利益が侵害された場合で、かつ、この利益が公開審理の利益を優越する場合に、公開の排除が認められると説く⁶⁶⁾。

四 おわりに

以上、民事訴訟の公開をもっぱら民事紛争の私事性を理由に、当事者の合意に基づいて排除することができるかという問題につき、ドイツ法がどのようにみているかを検討してきた。その結果、ドイツにおいては度重なる提案にもかかわらず、当事者の合意に基づく公開の排除は認められていないことが確認された。たしかに、ZPO128条2項に基づいて書面審理がなされた場合、そのことは結果として審理の非公開をもたらす。しかしこの規定は、効率的な手続を実現するために、直接には口頭審理の排除を定めるに過ぎない。そのため、裁判所の裁量判断においても、口頭審理を排除することが簡易・迅速な審理に繋がるかを審査するにすぎず、公開原則を排除すること自体を目的とした判断はできない（二4(2)参照）。さらに、公開についての当事者の処分権をこの規定から導出しえない点でも、学説上、争いがないといってよい（三2(2)参照）。そしてこのようなドイツ法の立場は、公開原則が保障するものは公益であり、その意義は訴訟の現実のあり様によっても完全に否定されることはなく（二1参照）、かかる公益に対する当事者の処分権限は基本的に認められないことを基盤としている。つまり、民事紛争の私事性を理由とした民事訴訟の公開の排除は、ドイツでも認められていないのである。以上のことは、公開原則を憲法上の原則と捉えるか否かに左右されない。

よれば、公開排除の前提として当事者「双方」による合意を要求する必要はないし、すべきでもないということになる。Seitz, Disposition? (2018), S. 250ff.

65) Seitz, Disposition? (2018), S. 271ff., 319f.

66) Seitz, Disposition? (2018), S. 271ff., 319f.

以上のドイツ法の議論を踏まえ、わが国において「当事者の合意に基づく民事訴訟の公開排除」を認めることが可能であるかを考えてみよう。わが国における公開原則も、ドイツと同様、——その具体的な内容については議論の余地があるものの——「当事者の利益と別の利益を保護しようとするもの⁶⁷⁾」である点に争いはないものと考えられる。民事訴訟法も、公開原則違反を絶対的上告理由としている(民訴法312条1項5号)。そうすると、そのような当事者の利益とは別の利益を当事者の合意に基づいて処分することは、ドイツと同様、許されないとということになるだろう。

もちろん、ドイツ法はすでにGVG170条以下で比較的詳細に公開排除事由を定めており、わが国とは公開原則を取り巻く事情は異なるのかもしれない。しかし仮にそうであったとしても、上で述べた結論が変わるところはない。たしかにわが国の通常民事訴訟については、公開停止を具体的に定める規定は存在しないし、公開原則の貫徹により私権の実現が妨げられてはならない点も一般論としてはその通りである。この点のみを強調するならば、民事紛争の私事性を理由とした当事者の合意に基づく公開の排除は魅力的に映るだろう。しかしわが国において公開原則は憲法上の原則であり、民事訴訟と刑事訴訟との間で公開原則の意義につき、憲法は軽重の差をつけてはいない⁶⁸⁾。そうすると民事訴訟の場合も、憲法上の原則である公開原則により保障される「当事者の利益とは別の利益」を等閑視することや、その憲法上の意義を没却するような解釈や立法をすることもまたできないはずである⁶⁹⁾。本来考察すべきは、——困難な課題ではあるが

67) 伊藤眞「民事訴訟における秘密保護」青山善充=伊藤眞編『民事訴訟法の争点〔第3版〕』(有斐閣・1998年)160頁。

68) 刑事訴訟法学の観点からこの点を指摘するものとして、笹倉香奈「刑事裁判の公開原則と被告人のプライバシーの権利(2・完)」一橋法学6巻2号(2007年)859頁、874頁以下参照。

69) 当事者の合意に基づく公開排除を提案する理解の根底には、民事訴訟においては、口頭弁論が形骸化しているから、究極的には公開原則を保障する意味はないという認識が存在するのかもしれないが、憲法82条が存在する以上、少なくとも規範論としてそのようにいうことは困難ではないだろうか。公開原則の意義については、岡野誠樹「手続の公開」

——公開原則が保護する利益と、公開により侵害されうる当事者等の憲法上保障される利益とを如何に調整すべきか、という問題ではないだろうか⁷⁰⁾。その意味では、公開原則を憲法原則と捉えたうえで、その内在的制約として公開が排除されるのはどのような場合なのか、それをどのように判断すべきかを探究する *Seitz* の試みは、興味深い。もっとも、本稿は、紙幅の都合上、この見解について踏み込んだ検討をすることはできなかった。他日を期したい。

* 本稿は、JSPS科研費 JP21K01247 の助成による研究成果の一部である。

↘法時95巻11号（2023年）6頁以下を参照。また、長谷部由起子「裁判の公開」法時66巻10号（1994年）79頁以下も参照。

70) 鈴木・早法57巻3号（1982年）83頁以下、伊藤眞「営業秘密の保護と審理の公開原則（上）（下）」ジュリ1030号78頁以下、1031号77頁以下（以上1993年）などは、かかる方向性を模索する議論であった。