ドイツ民事訴訟における信義則

趙　　秀　挙*
張英（訳）、酒井一（監訳）

1　ドイツ民事訴訟における信義則の沿革

ドイツは、民事訴訟法上の信義則に関して非常に複雑な沿革を有する。政治、社会及び法哲学などの時代背景の下で、「ドイツ民法」に先立ち1877年に施行された「ドイツ民事訴訟法典」は、信義則について規定していない。そこには、コント、ミル、スペンサーの実証主義（Positivismus）が支配的地位を占めていたという時代背景がある。コントは後世に残る名著「実証哲学講義」の中で「我々の本当の認知は、我々の目によって感知される物に限られている」[1)] と述べている。このような哲学思想では、予測・計測不可能なものを一切排除する。このため法律も、理解・認識可能なものであることが求められた。当時のドイツ法学の主流は、制定法が司法による法適用を限定し、同時に手続規定および管轄規範によって実体法の適用を補完するとしていた。これらにより裁判官の価値判断及び恣意を根本的に排斥しようとしていた。当時の立法者も、裁判での予見可能性を極力追求したが、それだけに止まらず、ドイツ国民の間にも法規及び裁判所の判断はすべて倫理概念から推論されてきたものであり、裁判官は数学者のようであり、その仕事の実質はすべて抽象的思考であるとの共通認識に立っていたようである。実証主義法学は、法律が認識可能なものであることを主張し、一方で信義則は法律の欠陥を補完する「黄金条項」であったため、ドイツでは民法第242条にのみ、この原則が置かれた。反対に、他の法領域においては信義則を排除する

1）　The Positive Philosophy of Auguste Comte, Translated by *Harriet Martineau*, vol.1 2000, P.29.

* 趙　秀挙、上海交通大学凱原法学院講師、中国人民大学法学博士、バイロイト大学法学博士。本論文は教育部人文社科研究プロジェクト「“債務者財産究明制度研究”、No：11YJC820178）研究成果の一つである。

姿勢を示した。この理由から、民事訴訟における信義則の適用については研究対象とはなりえなかった[2)]。当時のドイツ学界は、「民事訴訟は道徳とは関係ない」とする傾向にあった[3)]。民事訴訟法は技術的な法律であり、本質的に「異なる目標は、永久の価値によって支配されている」[4)]。実証主義が支配的な地位を占める時代にあっては、民事訴訟法における信義則は排除される傾向にあった。すなわち民事訴訟において、信義則に反する行為に対しては、当事者が我慢するか、あるいは、民事訴訟法の規定の中に解決方法を探し出すしか選択肢はなかった。信義則を援用することはあり得なかったのである。

1921 年ドイツ帝国裁判所は、初めて民事訴訟に信義則を適用する判決を出した[5)]。その後、インフレを時代背景として、ドイツ裁判所は、民事手続、とりわけ強制執行の分野における信義則の適用について、多くの判決を下した。1933 年には信義則を基礎とする真実義務の規定が、ドイツ民事訴訟法改正法第 138 条に、設けられた[6)]。ドイツの学者たちは、同条がドイツ民事訴訟法における信義則発展史の道標としての意義を持つものと評価する。同時に、民事訴訟上の信義則は裁判官の恣意的な行為を助長し、濫用される危険があるとも指摘している。その理由は、当該原則が内容上道徳や経済・政治と関連しており、「必然的に裁判官が価値の支配者を演じるよう誘発されることに繋がる」[7)] からである。

ドイツ民事訴訟法学界における信義則の体系的な研究は、第二次世界大戦後に始まった。バウムゲルテル[8)]、ベルンハルト[9)]、ヤウエルニッ

2） *Herbert Rüben*, Die Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben zwischen Gericht und Partei im Zivilprozess, 1980, S.4f.
3） *Goldschmidt*, Der Prozeß als Rechtslage, S. 292.
4） *Stein*, Grundriss des Zivilprozessrechts, Vorwort zur 1. Auflage。当該本第 14 版以前は、民事訴訟における信義則の適用に否定的であった。
5） RGZ 102, 217（222）.
6） ドイツ学者が最初の真実義務に対する研究について *Wenzel*, Die Wahrheitspflicht im Prozess, 1935. 参照
7） *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln, 1933, S. 70.
8） *Baumgärtel*, Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereich der ZPO und des FGG, ZZP 67（1954）, 423ff.; derselbe, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnissverfahren, ZZP 69（1956）, 89ff.; derselbe, Die Unverwirkbarkeit der Klagebefugnis, ZZP 75（1962）, 385ff.; derselbe, Treu und Glauben im Zivilprozess, ZZP 86（1973）, 353ff.
9） *Bernhardt*, Auswirkung von Treu und Glauben im Prozess und in der Zwangsvollstreckung, ZZP 66（1953）, 77ff.

ク[10]、デーレ[11]、ツァイス[12]などが代表的な研究者である。彼らは、それぞれ異なる角度からアプローチしていた。当時、民事訴訟における信義則の適用について、ナチス時代の職権主義的訴訟観を反省する必要がある一方で、裁判所が訴訟詐欺行為を阻止する必要性ないし可能性を強調しなければならなかった[13]ことが共通認識となっていた。これによって、信義則違反を維持・促進するような濫用的訴訟は、国家機関としての裁判所の任務となるべきではない[14]、という価値判断が形成された。それ以降、当事者の訴訟行為は信義則に従うべきとする見解が、徐々にドイツの主流となっていった。それと同時に、民事訴訟における信義則の適用についての判例が整理・類型化された。処理方法は、今日まで実質的に変更されていない。

2　ドイツ民事訴訟における信義則の適用範囲・方法

ドイツでは、民事訴訟の分野における信義則の適用範囲について明確な限界は存在しない、と解されている。したがって、民事訴訟に信義則が全く適用されない特定の領域がある、との結論を安易に導くべきではない。次章で述べるように、たとえ確定判決の既判力に関してすらドイツ民法第826条の規定をもって突破することができる[15]。すなわち、既判力の分野でも信義則を適用することができるのである。

現在ドイツでは、主に当事者間における信義則の適用が考えられている。当事者と裁判所間の訴訟関係における適用を対象とした論議は非常に少ない。しかし、このことは、信義則が適用される主観的範囲が当事者間に限定されることを意味しない。特別な状況のもとでは、裁判官の自由裁量権や当事者の処分権も信義則の制限を受けるべきである。すなわち、当事者及び裁判官ともに、信義則の主観的適用範囲内にあるので

10）*Jauernig*, Auswirkung von Treu und Glauben im Prozess und in der Zwangsvollstreckung, ZZP 66（1953）, 398ff.
11）*Dölle*, Pflicht zur redlichen Prozessführung, FS für Riese, 1964, S. 279ff.
12）*Zeiss*, Die arglistige Prozesspartei, 1967.
13）*Zeiss*, Die arglistige Prozesspartei, 1967, S. 30.
14）Baumbach/Lauterbnach/*Hartmann*, ZPO, 37.Aufl., 1979, Einl. III 6; RGZ 102, 222.
15）ドイツ民法第826条には「故意による善良なる風俗の侵害」として、故意に、かつ良俗に反する方法で惹起せしめた損害に対して、賠償の責任を負う。

ある[16]。例えば、当事者・裁判所間の訴訟関係に信義則を適用する例として、連邦労働裁判所の判決がある。上告審は、控訴審が提出した違法な上告許可に従う必要がなく、その結果、上告人が提起した上告も違法であると結論付けることができる、とした。このことによってもたらされた上告人の不安定（上告人が自分の上告が受理されたと信じること）は、受忍限度を超えるものではないだろう[17]。これに対して、当事者の裁判所に対する信頼を毀損したことが、上告裁判所の信義則違反であるとの見解もある。その理由は、上告人の立場から考えると、上告の適法性が偶然な事情に左右される結果となるからである[18]。このため、1975年ドイツ民事訴訟法改正に際して、第543条第2項が設けられ、上告裁判所は控訴裁判所の上告許可を受理すると規定された。

信義則の適用方法について学説は、法の安定性を維持する立場から、信義則は現存する法律関係の具体的評価を支えることを主旨とし、当該原則を用いて新たな法規範を作出することは禁じられるとする[19]。上述のように、民事訴訟の領域への信義則の適用に反対する従来の見解の重要な理由の一つは、法的安定性に反することにある。具体的には、従来の見解は、ある意味で法的安定性をもたらし、信義誠実の原則の適用と対立する。すなわち、法的安定性を追求すればするほど信義則を排除する必要性が大きくなり、反対に信義則を強調すればするほど法的安定性を危険にさらす可能性が大きくなる。さらに、裁判所の権限が大きくなれば、より柔軟な訴訟手続が導かれ、信義則違反となる訴訟行為を阻止しやすくなるとの見解もある[20]。法的安定の維持と、適正な信義則の適用との関係を合理化するため、現在のドイツの通説は、例外としながらも信義則の適用を認めている。ドイツ民事訴訟法の規定は、そのほとんどが信義則に沿ったものだからである。裁判所及び当事者は、民事訴訟

16）裁判所は「誠実に訴訟を実施する義務」を負うべきとする学説がある。Zeiss/Schreiber, Zivilprozessrecht, 11. Aufl., 2010, Rn. 196 参照。ドイツ連邦裁判所は判例の中で（BVerfGE 49, 220［225］; 52, 131）、裁判官は「適切かつ公正な手続」を促進する義務があると明記している。

17）BAG JZ 55, 549, 550.

18）*Baur*, JZ 55, 551.

19）Soergel/Siebert/*Knopp*, BGB, 10. Aufl., § 242 Rn. 5.

20）Baumgärtel, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnissverfahren, ZZP 69（1956）, 89（91）.

法の規定にさえ従って手続を進めれば、特に信義則を援用して自らの訴訟行為の正当化根拠を提示する必要はない。反対に、裁判所及び当事者の訴訟行為が民事訴訟法の規定に合致するのであれば、信義則違背を理由として当該訴訟行為の正当性に疑問を挟むことは容易でない。したがって、信義則は、特殊な状況下でのみ適用される。いわゆる「特別の事情」は、信義則が民事訴訟の一般的な原則であり、民事訴訟の他の一般原則と同様に、具体的な適用の限界を示すことが困難であり、事情に鑑みて、具体的に判断する必要がある[21)]。つまり、裁判所は、信義則を適用する前に、まず民事訴訟法の中に関連する問題に対処するための解決方法がないかを審理しなければならない。規定がない場合に、信義則を適用するかどうかについて、はじめて判断を下す必要が生じる[22)]。

ドイツの通説によると、現行ドイツ民事訴訟法中の信義則に関する明文規定は下記のとおりである。1）真実義務に関する規定（138 条 1 項）、2）提出遅延についての失権効規定（296 条）、提出遅延を却下する規定（530 条）、時機に遅れた攻撃防御方法に関する規定（531 条）、新たな攻撃防御方法を却下する規定（532 条）、3）訴訟費用に関する規定（93 条）、費用負担に関する規定（114 条）、4）強制執行手続における債務者の保護規定（765 a 条）等である。なお、裁判所が上記諸規定の要件のもと信義則を適用する際に、ドイツ民法第 242 条に従って信義則を適用するものと解すべきではない。民事訴訟法の規定を直接適用して手続が行われていると理解すべきである。すなわち、どのような状況が「特別の事情」となり得るかの実質的判断権は裁判官にある。

3　ドイツ民事訴訟における信義則の適用類型

ドイツの学界では、信義則適用の要件についての共通認識は得られていない。現行の民事訴訟法において信義則が適用される事件が 4 つに類型化されている[23)]。この分類は相対的なものであり、各適用類型間は交

21）Stein/Jonas/*Brehm*, ZPO, 22. Aufl., vor § 1 Rn. 226.
22）*Herbert Rüben*, Die Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben zwischen Gericht und Partei im Zivilprozess, 1980, S.40.
23）*Zeiss*, Die arglistige Prozesspartei, 1967, S. 51; *Baumgärtel*, Treu und Glauben im Zivilprozess, ZZP 86（1973）, 353（355）.

差し、重複している。

1　訴訟状態の不当形成の排除（*Arglistige Schaffung prozessualer Rechtslagen*）

当事者の一方が不当な方法で自己に有利な訴訟上の地位を取得した場合、相手方当事者は、当該不当行為に対して時機に後れず異議を提出したならば、信義則を適用し、不当に獲得された訴訟上の法的地位が否定される。当該類型の主な事例には、裁判籍、事物管轄[24]または指定管轄[25]の不当取得などがある。当事者が立担保を回避するために請求権を外国人からドイツ人に譲渡して行使することも訴訟上の地位の不当形成の一種と見なされる[26]。

2　訴訟上の禁反言（*ventire contra factum proprium*）

口頭弁論の一体性によって、当事者は、口頭弁論終結まで訴訟状態の変化に応じながら自己の訴訟行為を変更させる権限を有する。したがって、当事者は、従前の主張と矛盾する新たな主張を提出することを禁じられず、法的観点を変更することも禁止されない。しかし、例外として、当事者が矛盾行為を行った相手方当事者の態度と先行行為を信頼した場合には、信義則を適用して、相手方当事者の従前の行動と矛盾する挙動を禁止する。ドイツの通説は、当事者の一方が訴訟契約に違反した場合、例えば当事者の一方が訴訟契約に違反して、訴えの取下や訴訟行為を履行しない場合に、裁判所は信義則の適用ではなく、訴訟契約の拘束力で問題を解決すべきと主張している[27]。

24）*LG Berlin* JW 1931, 1766 . ドイツでは原告が下級裁判所に管轄権を与える目的で、分割訴求することが可能である。

25）ドイツの学者が信義則に違反した管轄権の不当取得の判断基準に関する研究として、*Baumgärtel*, Treu und Glauben im Zivilprozess, ZZP 86（1973）, 353（339）; Zeiss, Die arglistige Prozesspartei, 1967, S. 52ff.; *Pfister*, Die neuere Rechtsprechung zu Treu und Glauben im Zivilprozess, 1998, S. 49f. を参照。

26）より多くの事例は Zeiss/Schreiber, Zivilprozessrecht, 11. Aufl., 2010, Rn. 197; *Schilken*, Zivilprozessrecht, 6.Aufl., 2010, Rn. 149. を参照

27）tein/Jonas/*Brehm*, ZPO, 22. Aufl., vor § 1 Rn. 231.

3　訴訟上の権能の濫用（*Missbräuchlche Ausübung prozessualer Befugnisse*）

当事者が意図的に、または、訴訟を遅延させる目的[28]で行う訴訟行為は、信義則に反する可能性がある。この種の信義則に反する方法で行使された権利の行使は、「訴訟制度上の権能の濫用」となる。例えば、当事者が実質的な理由なしに裁判官の忌避を再三申し立てる場合である[29]。訴訟上の権能を濫用する当事者に対しては、裁判所は信義則を適用すべきである。しかし、ある訴訟行動が訴訟の目的を反して、意図的に裁判所に負担をかけるか否かを判断する際には、明確・明瞭な根拠が判断の基礎として示されなければならない。

4　訴訟上の権能の失効（*Verwirkung prozessualer Befugnisse*）

ドイツ民事訴訟法は、ほとんどの訴訟行為に期間を定めている。当事者は、期間が経過するまでは、当該訴訟行為を行う権限を有する。しかし法律上、期間の定めがない場合には、当事者は信義則に従い適時に訴訟を追行しなければならない。さもなければ当該訴訟行為を行う権限を失う可能性がある。ドイツ法の概念における権能の失効（Verwirkung）とは、当事者が自ら責めに帰すべき事由によって権限を喪失させることであるが、民事訴訟の領域での適用については、学説上は次の 2 要件を必要とする。1. 当事者が有する権利を長期間行使しないこと、及び、2. 当事者の長期の不行使により、もはや行使されないだろうと相手方に印象づけること、である。例えば、ドイツ民事訴訟法第 269 条 4 項又は第 516 条 3 項の要件のもと、権利者が長期間権利を行使しない場合、判決を求める権利が失効することになる。

4　信義則の法律効果

ドイツ民事訴訟法は、統一的な信義則の適用要件を規定してない。信

28）RG WarnR 1929, Nr. 105, S.190. を参照
29）RG WarnR 1929, Nr. 105, S.190. を参照

義則違反の法律効果についても統一的な規定がない。信義則が補充性と例外性を有しているため、法は個別の事情又は具体的に信義則に反した訴訟行為に応じて法律効果を定める必要もないし、また、その可能性もない。したがって、民事訴訟において、訴訟行為の信義則違反の判断と法律効果は一般的な法適用と異なる。すなわち、信義則の適用は、通常の法的構成要件に法律効果を加える三段論法を取らない。この意味でドイツの学説は、民事訴訟における信義則の法律効果は独自の法律問題であると主張している。

また、民事訴訟法は民事訴訟制度の正常な運営を保障する法的基盤であり、その具体的規定の適用は公益性の要求に合致しなければならない。したがって、民事訴訟法の規定及び強行法規に違反した場合、実体法規定に対する違反のように、一律に取消又は無効とするではなく、訴訟手続の進捗状況に応じて相当の処理をしなければならない。例えば、瑕疵ある訴えの提起に対しては、裁判長は直ちに訴え却下の判断を下すのではなく、原告に一定期間内に訴状を補正することを命ずるべきである。つまり、多くの瑕疵ある訴訟行為に対して、その法律効果は一律に取消又は無効であるとは限らない。したがって、すべての信義則に反する訴訟行為に対して、訴訟上の制裁が与えられるとも限らない。例えば、当事者及び裁判所に必要以上の負担をかけることを回避するため、ドイツ民事訴訟法第 281 条は、移送決定に対しては不服を申立てることができないことを規定している。原告は、被告が意図的に管轄違いの状況を作り出したという理由で裁判所の移送決定に異議を申立てたとしても、たとえ被告の行動が信義則に違反しているとしても、法的には移送決定の拘束力をなくすることは不可能である。

信義則違反の訴訟行為とその法律効果を別個の問題として論議すべきとする見解もあるが、判例・学説においては一緒に論じられることが多いようである。信義則の適用に際して、先ず当該訴訟行為が制裁を受けるべきかを考え、当該訴訟行為に制裁を加えるならば、信義則に違反するものと認定すべきである。また、その逆も同じである。この考え方に対して、上述の考え方は理論的には欠陥があるが、実務的には一定の積極的意義を有するとする見解がある。裁判所は、ある訴訟行為に制裁を加えるべきでないと判断した場合、当該訴訟行為は信義則に反している

かを審理する必要がなくなるからである。

ドイツの通説によれば、信義則違反の態様により法律効果が異なる。すなわち、具体的な法律効果は具体的事案ごとに決まるとされる。したがって、信義則に反した場合、必然的に裁判所の判断又は当事者の訴訟行為が無効となるものと単純に断定してはならない。信義則に違反した取効的訴訟行為[30]（Erwirkungshandlung）に対しては、当事者が適時に裁判所に異議を申し立てれば、裁判所はその訴訟行為を却下することになる。裁判所がすでに当該取効的訴訟行為に対して応答している場合、当事者は通常の救済方法をもって不服を申立てるほかない。他方、与効的訴訟行為（Bewirkungshandlung）が信義則違反とされる場合、当該訴訟行為により直接引き起こされた訴訟状態が、そのことにより無効とされることはない。したがって、欺罔的方法により提起した訴えであっても訴訟係属は依然存在し、信義則に違反した上訴も引き続き有効である[31]。どのようにして、この種の有効な訴訟状況を是正すべきかは、具体的な訴訟法制度の範囲内で答えを探し出すしかない。例えば、裁判所の不意打ち裁判は信義則に反しているが、無効ではない。これにより利益を侵害された当事者が通常の救済方法をもって救済されることにより解決される。一般的に、裁判所の信義則に違反した訴訟行為は、当事者の審問請求権への侵害と見なされる。したがって、当事者は、既判力ある確定判決に対しては、憲法訴願が認められるべきである。信義則に違反しているのが取効的行為、与効的行為又は法廷外の行為である場合には、当該行為は手続上いかなる意味も持たないため、その法律効果を論ずる必要はない。

（一）　真実義務違反

1933 年のドイツ民事訴訟修正法によって確立された当事者の真実義

30）取効的訴訟行為と与効的訴訟行為の意義について、周翠訳「ドイツ民事訴訟法基礎」（中国政法大学出版社、2005 年）第 4 章を参照、

31）特に指摘しなければならないのは、ドイツの学説では、与効的訴訟行為により発生した訴訟状態に適用した訴訟の基本原則は裁判所の判断にも適用される。なぜならば、裁判所も信義則に従い訴訟を進行するとの拘束力のある規定に反する可能性もある。例えば「突撃裁判」は裁判所が信義則に違反した顕著な事例である。Stein/Jonas/*Brehm*, ZPO, 22.Aufl., vor § 1 Rn. 238 を参照

務は、現行民事訴訟法第 138 条 1 項に継受された。真実義務によると、当事者が相手方当事者に負担をかけるために、真実でないことが明白であるか、又は、真実でないと確信していることに反する主張をしてはならない。また、相手方当事者の主張が真実であることが明白であるか、又は、真実であると確信している主張に対して反論してはならない[32]、と規定している。

ドイツの通説によれば、真実義務は単なる負担だけではなく、本来の意味での訴訟上の義務でもある。誠実に訴訟追行しないという選択肢は、当事者にはないからである[33]。

ドイツ民事訴訟法は真実義務を規定しているが、それに対応する制裁規定はない。証拠調べ終了後、裁判所は通常必要な限度で事実に関する判断を示す。裁判所が独立の手続で真実性に関して判断する規定は設けられてない[34]。すなわち、裁判所は、強制的に当事者に真実義務を履践させる有効な手段をほとんど有しない。裁判所は、民事訴訟法第 286 条に基づいて、証拠調べ終了後の自由な心証に反映させるのがせいぜいである。裁判所が明らかに真実でない主張を判断の基礎としない、あるいは、当事者が真実義務に反した行動をすることによって、その当事者の主張が他の争点についても信用度が低下することを指摘する程度である。注目すべきは、極端な状況下で当事者が真実義務に違反した場合、訴訟詐欺となりえることである。この場合、ドイツ刑法第 263 条の規定が適用される。その結果、再審（ドイツ民事訴訟法第 580 条 4 項に規定される原状回復の訴え）、又は、ドイツ民法第 826 条規定の損害賠償請求訴訟の原因となり得る。

32） BGH NJW 2004, 2097. ドイツの通説は、真実義務は単に当事者自らの認識に反した陳述を禁止し、又は、嘘を禁止する。ここでの「真実」は、客観的・絶対的真実ではなく、主観的真実を指す。すなわち、誠実性である、ここでの「義務」は、当事者の裁判所及び相手方当事者に対する義務である、その目的は、民事訴訟が誠実・公正に遂行されるためである。真実義務に関する代表的文献は、Stein/Jonas/*Leipold*, ZPO, 22.Aufl., § 138 Rn. 2; MünchKommZPO/*Wagner*, 3.Aufl., 2008, § 138 Rn. 2. を参照。

33） *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, 30.Aufl., 2011, § 26, Rn.7.

34） MünchKommZPO/*Wagner*, 3.Aufl., 2008, § 138 Rn. 16.

（二）　既判力の否定

ドイツの学説は、確定した判決の既判力は後の訴訟に拘束力を及ぼすとするが、それは強固なものではない。しかし、例外的な状況下においては、既判力を否定することが認められるべきと主張している。同時に、ドイツの学説は、単に瑕疵があるだけで確定判決の取消又は変更を経ずに、既判力を否定するにはいくつかの要件の充足を必要とする。すなわち、ドイツ民事訴訟法第578条の再審手続の規定に合致しなければならない。

しかし、ここで問題となるのは、再審手続の開始には非常に厳格な要件があり、再審事由には一定の制限がある。既判力を否定する唯一の道としての再審手続の要件を厳格に解すると、実務の要請に応えることができない。例えば、判決の騙取は刑法の規定に反しないため再審事由とならない。したがって、再審の手続により是正することはできない。しかし、判決の騙取は公序良俗を害する。ドイツ民法第826条の規定によって損害賠償請求訴訟を通じて騙取された判決を否定することは可能であろうか。判決の否定は騙取された判決の既判力の否定を意味している。これに対して、ドイツ帝国裁判所時代の判例は、勝訴当事者が故意に善良な風俗を害したことを理由として、既判力を有する確定判決にかかわらず損害賠償請求訴訟を提起することを敗訴当事者に認めるべきとしていた。その理由について、「既判力が故意の違法（行為）を用いて、合法的な形で、違法な目的に使用される時は、既判力の効力を減殺すべきである」[35] ということであった。すなわち、その判決は、当事者の確定判決の騙取を善良なる風俗に反する権利侵害としたのである。同時に、この種の行為は証人と当事者が共謀して虚偽の陳述をしたり、鑑定人が故意に騙したり、真実を隠ぺいするため故意に偽誓するなどの行為が含まれるものと判示した[36]。ドイツ帝国裁判所は、その後の判例で、ドイツ民法第826条の適用範囲を善良な風俗に反して判決を援用する領域にまで拡大した。すなわち、当事者が判決を取得した手続が完全に適法であっても、その判決が正当でなく且つ特殊な状況の下で善良の風俗に反

35）RGZ 61, 365; 78, 393.
36）Stein/Jonas/*Leipold*, ZPO, 22. Aufl., § 322 Rn. 268.

していることが明らかになったにもかかわらず、当事者が当該判決を援用した場合にも、ドイツ民法第 826 条の規定が適用されるとする[37]。なお、ドイツ帝国裁判所の関連する判例は、現在の連邦通常裁判所[38]、連邦労働裁判所及び連邦社会裁判所に継承されている。特に注目すべきは、連邦通常裁判所が一時期既判力を否定する法的根拠として、ドイツ民法第 826 条ではなく、同法第 242 条の権利濫用の規定を直接適用した時期があったことである。しかし、最新の判例においては、既判力を否定する根拠として、再び民法第 826 条の規定が適用されている[39]。

判例の立場とは逆に、ドイツの多数説は、民法第 826 条の損害賠償請求訴訟で既判力を否定する方法に対して、一貫して否定的である。さらには、上述のような救済措置は再審制度の設置目的と抵触する、と主張している[40]。既判力は法的平和・安定のために設けられた訴訟制度であり、民事訴訟制度全体において不可欠であり、独立かつ中核的な価値を有しているからである。また、ドイツの多数説は、立法者がすでに特殊な状況の下における既判力の否定に関して、どのように解決するかについて明確に規定している、と主張している。すなわち、判決の基礎又は判決の正当性を明らかに揺るがすような特殊な状況がある場合には、当事者は、ドイツ民事訴訟法第 580 条に従って、再審の訴えを提起することができるのである。これに対して、判例から発展してきた民法第 826 条の損害賠償請求訴訟は、その構成要件が曖昧すぎるため、その適用は既判力の制度的価値に深刻な損害を与え、法的安定性を阻害し、再審の訴えそのものに含まれている利益衡量及び再審要件を否定するおそれがある。したがって、ドイツの多数説は、民法第 826 条の損害賠償請求の訴えの適用範囲を拡大することにより、確定判決の既判力を否定し、又は、事実上再審事由を拡大するのではなく、類型的に考察し、民法第 826 条に規定する損害賠償訴訟にも再審の訴えの範囲を拡張すべきである、と主張している。

37） RGZ 168, 12.
38） 例えば BGH NJW 1987, 3256; BGH NJW 1987, 3266, 3267.
39） BGH 1998, 2818f.; 1999, 1258; 2002, 2943; 2005, 2994 mit Anm. *M. Stürner*, ZZP 119（2006）, 219ff.
40） Stein/Jonas/*Leipold*, ZPO, 22. Aufl., § 322 Rn. 270, Fn.460; BGH ZZP 119（2006）, 211（219）, mit Anm. *M. Stürner*, Fn. 8 jeweils m.w.N.

多数説の立場に対して、判例の立場は理論的に問題がないと主張する見解もある。その理由は、ドイツ連邦最高裁判所の判例が民法第 826 条の損害賠償請求訴訟に肯定的態度をとったのは、実務において具体的事件の多数が、再審の訴えの適用範囲には程遠く、既判力を否定することの正当性を根拠づけるため、類型的考察方法によることが難しかったためである。それだけではなく、再審の訴えの提訴期間に関する規定が、再審の訴えの利用を制限した[41)]。ドイツの最新の研究成果によると、この立場はドイツで有力になってきている[42)]。

ドイツ民法第 826 条の損害賠償請求訴訟と民事訴訟法第 580 条の再審の訴えとの関係をどのように理解するかについて、ドイツの多数説は、両者は併存関係でもなく、当事者が任意に選択できる二者択一の関係でもないと主張している。そうでないと、現行法の体系及び既判力制度に大きなダメージを与えるからである。民法第 826 条の規定する損害賠償請求の訴えは、再審の訴えの補充であるべきであり、他の救済方法がない状況下においてのみ、当事者が自己の訴訟上の権利の濫用を防ぎ、また同時に、訴訟上の法的地位を是正するためにのみ、民法第 826 条の損害賠償訴訟が利用されるべきである、と主張している。また他の見解は、いかなる方法で既判力を否定するにしても、正当（*de lege lata*）かつ明確な法的根拠がなければならず、したがって、再審手続の適用範囲を拡大すること及び再審期間の延長を申請することが、根本的に（*de lege ferenda*）問題を解決するためのもっともよい方法である、と主張している。

ドイツ民法第 826 条の損害賠償請求訴訟の適用について、ドイツ連邦最高裁判所は、審理する際に裁判が前訴の確定判決の請求権について事実と法律の両面から再審理することを認めず[43)]、また当事者が前訴手続と同じ事実と法適用を主張して前訴の確定判決の正当性を問うことも認めず、さらに当事者の陳述の補充あるいは証拠の補充申請も許可しては

41）*Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, 30.Aufl., 2011, § 64, Rn.12.
42）Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO 16. Aufl., 2004, § 161 Rn. 6ff.; Stein/Jonas/*Leipold*, ZPO, 22. Aufl., § 322 Rn. 270ff.; Thomas/Putzo/*Reichold*, ZPO, 27. Aufl., § 322 Rn. 50.
43）BGH NJW 1956, 505.

ならない、と判示している[44]。連邦最高裁判所の判例の解釈によると、原告の損害賠償請求訴訟が許容されるための要件として、次の 3 つが挙げられる。①判決に実体的な誤りが存在すること、②その実体的な誤りについて、被告が明確に承認していること、③被告の行為が特殊状況下にあり、かつ、善良な風俗に反していること、である。ここでの「特殊状況」とは、被告が判決を騙取していた、すなわち被告が故意に違法な方法で確定判決及びその既判力を取得した場合、あるいは、被告が判決を騙取していないが、当該判決が正確でないことを承知しているにもかかわらず強制執行を求めた場合を指している。判例がこの 3 つ要件を設けた目的は、当事者が損害賠償請求の名目で、すでに終結した訴訟手続を安易に再開させ、あらゆる方法で既判力制度の目的を阻害しようとすることを防ぐためである。いずれにせよドイツの裁判所が損害賠償請求訴訟に対して制限を設けた目的は、実務上、既判力制度を空文化させ、法的平和と安定にダメージを与えることを防ぐためである。

（三）費用上の制裁

訴訟費用の負担について、ドイツ民事訴訟法は敗訴者負担原則を規定している。したがって、ドイツの裁判所は、一般的には判決の結果に従い、訴訟費用の負担を判断する。しかし、近年ドイツでは、敗訴者負担原則の不備を修正するため、裁判所に訴訟費用の分担方式と訴訟行為の評価という両者を総合しながら考慮する新たな多くの規定が施行されるようになった。ドイツの学者の間では、不当な訴訟行為による訴訟費用の負担は一般的に「訴訟費用の制裁」（Kostensanktionen）[45] と称されている。信義則に違反した当事者に対して訴訟費用を負担させるという方法で制裁を与えること、すなわち、訴訟費用の制裁を課すことは、すでにドイツの立法者により認められ、訴訟費用の分担に関する法規定として実施されている。

44） BGHZ 40, 130 = NJW 1964, 349.
45） 広義では、当該範囲に属するものは、当該機能を隠されている規範もある。例えば裁量規範がそうである（*Winker*, Die Missbrauchsgebühr im Prozessrecht, 2010, S. 48.）。

ドイツ連邦憲法裁判所法[46] 第 34 条 2 項、は、濫訴による費用負担について明確に規定している[47]。特に指摘しなければならないのは、ドイツ法の規定により連邦憲法裁判所はすべての事件において訴訟費用を一切徴収しないが、例外として憲法上の訴権を濫用して憲法訴願及び保全命令を申立てる行為に対してのみ、基本法第 41 条 2 項の規定によって、当事者に 2,600 ユーロ以下の費用を負担させる権限を有する。また、多くのドイツの州でも、これに相当する規定を設けている[48]。またドイツ裁判所費用法[49] 第 38 条は、一般的訴訟費用の規定以外に、訴訟を遅延させる状況に対して特別追加費用の負担を規定している。すなわち、原告、被告及びその代理人の責めに帰すべき事由によって口頭弁論を遅延させ、あるいは、新たな口頭弁論期日を指定する事態に至った場合、及び、当事者が時機に遅れた攻撃防御方法、時機に遅れた証拠と抗弁の提出によって訴訟を遅延させた場合、裁判所は職権で、当事者に追加的に特別の費用を負担させる裁判をすることができる[50]。また、ドイツ家庭裁判所費用法第 32 条も同様の規定を設けている。ドイツ民事訴訟法は、訴訟遅延及び有責性を要件として訴訟費用の負担について特別の規定を設けている。例えば、同法第 93 条には、被告が、直ちに原告の訴求を認諾した場合には、訴訟費用を原告側が負担すべきであると規定している。第 95 条には、当事者が期日に欠席し、期日を遅延し、又は、過失によって期日や弁論を延期させ、改めて口頭弁論期日を指定又は延期させた場合、それにより発生した訴訟費用は当該当事者に負担させるべき

46）Gesetz über das Bundesverfassungsgericht（Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG）、1951 年 3 月 12 日に制定され、現行法は 1993 年 8 月 11 日付官報に掲載され（BGBl. I S. 1473）、最新の改正が 2011 年 11 月 24 日付官報（BGBl. I S. 2302）に掲載されている。

47）「ドイツ連邦憲法裁判法」第 34 条：“（1）連邦憲法裁判所の手続の訴訟費用を免除する。（2）「基本法」第 41 条 2 項の規定により、憲法訴願の提起又は抗告が濫用にあたるか、又は、権利を濫用し保全命令を申立てた（第 32 条）者に対して、連邦憲法裁判所は最大 2600 ユーロを負担させることができる。（3）費用の徴収につき「連邦予算法」第 59 条第 1 項を準用する。”

48）§ 54 Abs. 5 VGHG NW; § 33 Abs. 2 LVerfGG SH; § 32 Abs. 4 VerfGGBbg und § 33 Abs. 3 LVerfGG M-V.

49）Gerichtskostengesetz（GKG）。公布は 2004 年 5 月 5 日付け官報（BGBl. I S. 718）、最新の修正は 2011 年 11 月 24 日付け官報（BGBl. I S. 2302）。

50）「ドイツ裁判所費用法」の条文の中国語訳は、趙秀挙訳「ドイツ裁判所費用法」廖永安等著「訴訟費用研究」（中国政法大学出版社、2006 年）第 349-423 頁を参照。

と規定している。第 96 条には、たとえ当事者が勝訴しても、当該当事者自身が提出した無益な又は不奏功となった攻撃防御方法により生じた訴訟費用を負担させるべきと規定している。2009 年のドイツ家事事件及び非訴事件手続法[51]第 81 条[52]は、弾力性のある手続費用負担原則を規定した。すなわち、裁判所は裁量によって手続費用の負担を命じることができる旨を規定した。これによって、裁判所は、手続の具体的状況に応じて費用負担を判断することができるようになった。裁判所の訴訟費用における裁量権は、当事者の不当な手続行為を否定する評価とつながっているため、個別事案における正義の実現に有益である。

また、上述した濫訴費用の負担は、費用補償原則又は敗訴者負担原則を通じて調整されるべきではない。たしかに行為者に濫訴費用を負担させることによって、当該行為の発生が減少する可能性はあるが、このような加重的負担がその性質上裁判手続の濫用行為に対する制裁に当たるか否かについて、引き続き検討の余地があると指摘する学説もある[53]。

51） Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit（FamFG）、公布は 2008 年 12 月 17 日付け官報（BGBl. I S. 2586, 2587）、最新の修正は 2011 年 11 月 22 日付け官報（BGBl. I S. 2258）。

52） ドイツ家事事件及び非訴事件手続法第 81 条［費用負担の原則］(1) 裁判所は、衡平な裁量により、関係人に手続費用の全部又は一部を負担させることができる。裁判所は、費用の徴収を免除をすることもできる。家事事件においては、費用について常に裁判しなければならない。

(2) 裁判所は、次の各号のいずれかに該当するときは、手続費用の全部又は一部を関係人に負担させるものとする。

1 関係人が故意又は重大な過失によって手続の原因を生じさせたとき。

2 関係人の申立てに当初から認容の見込みがなく、かつ、そのことが関係人に明白であったとき。

3 関係人が重要な事実に関しその責めに帰すべき事由により虚偽の陳述をしたとき。

4 関係人がその責めに帰すべき事由により協力義務に違反し、手続を著しく遅滞させたとき。

5 関係人が第 156 条 1 項 4 文に定める協議への参加を命ずる裁判官の命令に応じなかったとき。ただし、応じないことにつき相当の理由がなかったときに限る。

(3) 未成年者である関係人には、その身上に関する手続の費用を負担させることができない。

(4) 第三者に対しては、その故意又は重大な過失により裁判所の措置が必要となった場合に限り、手続費用を負担させることができる。

(5) 費用の負担につき連邦の法令に特別の定めがある場合には、その定めるところによる。

53） *Graßhof*（in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 34 Rn.22）は、この種の費用を真の裁判費用であると定義した。予防的な役割があるが、制裁ではないと認めた。

いずれにせよ、信義則に反した行為者に追加費用を負担させることについて、ドイツの立法者が否定的な態度を持っていたことは、はっきりと示されている。

5　結語

信義則の内容は非常に豊富である一方、その詳細を明確に規定できない難しい問題である。同時に、民事訴訟の領域において、その適用には多くの不確定要素が存在する。また、例え立法者が民事訴訟法の中に信義則の詳細を明確に規定できたとしても、その適用において、やはり裁判官が具体的な状況に応じて判断する必要がある。ドイツの裁判官は、ある訴訟行為が信義則に反するか否かにつき判断するに際して、その前提として、特別の事情がある否かを考慮している。信義則を適用すべきであるか否かの問題について裁判官にとって最も難しいのは、法律に明確な規定が存在しない場合である。いうまでもなく、信義則の適用が不当であれば法的安定性が損なわれるし、逆に、信義則を適用しないとすれば、裁判官の目の前にある不正行為を黙認することとなるからである。信義則によって民事訴訟の領域において発生する諸問題に均一的な答えを導こうとする試みは、ほぼ不可能である。しかし、全体的に考察すると、信義則の民事訴訟における象徴的意義、価値の指針となる意義は、実際の司法的価値よりも、はるかに大きい。