

Title	比較法的視点から見たブラジル民事訴訟法の新潮流
Sub Title	Novas tendências do direito processual civil brasileiro em perspectiva comparada
Author	Cabral, Antonio(Maeda, Michiyo) 前田, 美千代(Kudō, Toshitaka) 工藤, 敏隆
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2020
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.93, No.5 (2020. 5) ,p.27- 49
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特集 シリーズ比較法シンポジウム二〇一八 (二・ 完)
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20200528-0027

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

特集 シリーズ比較法シンポジウム二〇一八（三・完）

比較法的視点から見たブラジル民事訴訟法の新潮流⁽¹⁾

アントニオ・カブラウ
前田美千代／訳
工藤敏隆／監修

- 一 序論
- 二 新民事訴訟法典の総則部 (Parte geral) と訴訟上の諸原則
- 三 拘束性を有する先例 (Precedentes judiciais) —— 大陸法とコモンローのあいだ ——
- 四 訴訟契約——当事者により交渉された訴訟手続——
- 五 反復事案の解決のための訴訟手続
- 六 先決問題 (questões prejudiciais) に関する既判力の拡張
- 七 窮迫の危険 (*periculum in mora*) を欠く証拠調べの繰り上げ
- 八 結語

一 序 論

ブラジルはもとと先住民の居住地であったが、一五〇〇年に「発見」され、ポルトガルの植民地となった。ポルトガルからの独立は一八二二年のことで、当初は帝国であったが、一八八九年より共和国となった。

ブラジルとポルトガルの歴史が融合することから、ブラジル訴訟法は、訴訟法学の誕生から二〇世紀初頭まで、ポルトガルの立法および学説から最も際立った影響を受けた。ブラジル国内の学説がその他の国々に注意を向けるようになったのは、その後のことである。このように諸外国に目を向けるようになると、民法においても民事訴訟法においても、フランスおよびイタリアの学説から多大な影響を受けるようになった⁽²⁾。

この状況が一九八〇年代から次第に変化し、ブラジル訴訟法はドイツおよび米国の学説に目を向けるようになった。

こうして諸外国の比較法に対するブラジル法学者の注目が段階的に発展したことは、最近の訴訟立法に影響を与えることになった。一九七三年民事訴訟法典（および一九九〇年以降の多くの改正）もさることながら、とりわけ二〇一六年三月から施行された二〇一五年民事訴訟法典制定以降、このような（比較法の）影響を明らかに見て取ることができる⁽³⁾。本講演では、ブラジル訴訟制度の様々な点が、諸外国の訴訟制度の影響を受けていかに発展してきたかを示していきたい。

これから述べるように、ブラジルは、コモンローと大陸法の中間にあつて、かつ、ある意味、日本や韓国といった国々の制度と近い訴訟制度を有すると言うことができる。ブラジル法の基礎は、ローマ＝ゲルマン法にあり、立法府により制定された法律および法典に基づいて、これらを規範的基礎とするものの、二〇世紀以降、英米法系諸国の影響を受け、コモンロー固有のいくつかの制度が影響力を持ち始めている。

二 新民事訴訟法典の総則部 (Parte geral) と訴訟上の諸原則

新法典は、その冒頭に、訴訟上の基本原則を強調する形で、様々な訴訟上の諸原則を明確かつ詳細に述べた「総則部 (parte geral)」を有する。これらの諸原則の中では、対審原則・双方審尋主義 (contraditório)、司法判決の理由づけ (fundamentação das decisões judiciais)、協働 (cooperação)、訴訟上の信義誠実、当事者による自律的解決 (autocomposição) の奨励および効率性 (eficiência) という六点を強調することができる。

1 影響権 (direito de influência) および討論義務 (dever de debate) とその対審原則——協働原則、信義誠実原則とともに——

新民事訴訟法典の大きな試金石の一つは、対審、協働および司法判決の理由づけといった諸原則の概念的变化をもたらしたことである。

これは、厳密には立法者の専断的作業による変更ではなかった。少なくとも過去二〇年間、ブラジルの学説は、現代の対審が、(ローマ法上の制度の見方であった *audiat et altera pars*) 双方(当事者)対席による審問 (audiencia bilateral) の形式的保障を含むだけではなく、それ以上に広範な解釈を有すべきことをすでに肯定していた。現代訴訟法では、対審とは審問請求権 (*Anspruch auf rechtliches Gehör* または *right to a fair hearing*) であり、最終結果に効果的に影響を与える権利 (*direito de influir*) であって、司法判決の形成の条件となるものである。

こうして、一〇年以上にわたるブラジルの学説の主張が明文規定として結実したものが、ブラジル新民事訴訟法典七条、九条および一〇条である。⁽⁴⁾

ここでは、公法における熟議民主主義 (democracia deliberativa) に関する理論の訴訟法への投影を見ることが出来る。すなわち、個人は、国家により制定された規範に従うだけの言いなりになる家臣ではなく、その形成の参加者であり、判決規範の共同製造者ということである。ゆえに、司法訴訟が、そこで (裁判権という) 国家権力の一部が行使される場所 (locus) でもあるならば、訴訟当事者の参加が、最終結果に寄与すべく、多元主義で包含的かつ効果的 (pluralista, inclusiva e efetiva) であるようなメカニズムもまた展開され研究されるべきである。⁽⁵⁾ (影響としての) 現代的対審の概念は、伝統的に除外され、訴訟に参加できなかった当事者が、活動の新たな選択肢を獲得することに関係する。対審原則は、その本流の意味において、訴訟の当事者間の議論 (discussão) から財産的效果を受け得る者らの参加のみが許容されていた。それは、訴えの利益および法律上の利益として制度上考えられていたものである。このため、第三者の介入のための前提として、同人の法律関係が当該事件の判決により影響を受け得ることを主張立証しなければならぬとされてきた。今日、影響権としての対審原則概念の範囲内で、「利害関係のない」(「法律上の利益」を証明する必要がない)、または、純粹に経済的もしくは知的利益 (教授、研究者) を有する一定の者の参加を認容し得る。世界的な例として、アミカス・キュリエ (amicus curiae) という制度が存在し、ブラジル法ではすでにいくつかの法律で定められていたが、今日、あらゆる民事訴訟のための一般規定となった (新民事訴訟法典一三八条)。

他方で、新民事訴訟法典で定められた対審は、影響が効果的であるように配慮する。つまり、情報に対する権利 (direito de informação) や表出する権利 (direito de expressão) を保障するのみならず、とりわけ裁判官の終局判決が当事者の意思表示および主張によって真に制約され影響を受けるものとなるよう保障する。これは熟慮権 (direito de consideração) のことであり、裁判官に対して、当事者と対話する義務、および、彼らの主張を、たとえそれを排斥する場合でも、終局判決において考慮する義務を課している。ドイツ、オーストリア (ドイツ民事

訴訟法典ZPO一三九条、オーストリア民事訴訟法典ZPO二七二条 およびフランス（民事訴訟法典一六条）の法制度が先駆的にすでに規定しているのと同様に、いわゆる不意打ち判決（decisões-surpresa）は明文で禁止されている（一〇条）。

訴訟当事者間の相互作用の方法を広げるといふ同一趣旨で、ブラジル新民事訴訟法典は、当事者のみならず、裁判官にも（*também para o juiz*）義務を課す、協働原則および訴訟上の信義誠実原則を承認した（五条および六条）。協働原則および信義誠実原則から引き出され得る裁判官の義務として、学説では、積極的参加（その他の当事者との（口頭）弁論に積極的に参加すること）、支援（auxílio）、説明（esclarecimento）、（形式的瑕疵の）予防（prevenção）等があると考えられている。⁽⁶⁾

2 司法判決の理由づけ（fundamentação das decisões judiciais）の原則に関する新しい形式——裁判官の正当化（justificação）に関する強度の増加——

影響としての対審を行うとともに、裁判官が判決において適切に当事者の主張を考慮することを保障するため、新民事訴訟法典では、司法判決の理由づけ（fundamentação das decisões judiciais）の義務を強化した。

四八九条一項は、判決の理由づけが適切でないとされる一連のケースを列挙するが、これは対審原則と密接に関連する非常に重要な規範である。次のような判決は全て十分な理由づけがないとされる。一号—事案または決定された問題との関係を説明することなく、規範の指摘、再録または言い換えにとどまる場合、二号—それが本事案にどのように関係するのかの具体的理由を説明することなく、不確定な法概念を用いる場合、三号—あらゆる他の判決を正当化するのに役立つ理由を援用する場合、四号—裁判官により採用された結論を理論的には無効にし得る、訴訟において詳述された全ての論拠を正面から捉えていない場合、五号—その決定的根拠を特定する

ことなく、また、判決の事案がその根拠に適合することを証明することもなく、先例または判例要旨（スムラ）の表明（*enunciado de súmula*）を援用するにとどまる場合、六号—判決の事案における区別の存在や判例変更を証明することなく、当事者により援用された判例要旨（スムラ）の表明、判例または先例に配慮しない場合。これらのうち特に取り上げられるべきは四号であり、ここにおいて法律は、裁判官がその結論を理論的には無効にし得る全ての論拠を検証することを要請する。

またさらに、上訴の規律において、民事訴訟法典は、いくつかの論拠に関する齟齬・矛盾、判断遺脱（*omissas*）のある判決、または、完全かつ明確に争点を明示していない判決を説明するよう裁判所に請求するための特別なメカニズムを定めた。いわゆる「解明申立て（*embargos de declaração*）」という上訴のことである（二〇二二条）。新民事訴訟法典は、当事者の全ての主張に取り組むことで理由づけを行う義務を尊重することにより、四八九条一項の要件を満たさない判決、すなわち、その結論を正確に正当化していない判決を判断遺脱とみなす（*presumem-se omissas*）ことを肯定する（二〇二二条補項）。

3 効率性原則と裁判官の事件管理（*case management judicial*）——訴訟手続の管理および組織に関する権限——

民事訴訟法典の新たな総則部に明文化された原則の一つとして、効率性原則がある（八条）。効率性は、コスト削減とともに、迅速かつ効果的な判決を出すために、物的人的資源の活用 of の最適化を要請する。

訴訟の効率性を実践するため、法典は、いわゆる裁判官の事件管理（*case management judicial*）を承認することにより、訴訟手続の諸方式を管理するための無制限の権限を裁判官に付与する。新法典は、証拠提出命令（*Ordem de produção das provas*）について、手続上の期限の延長や変更につき柔軟な対応を許容し（二三九条六

号)、また、訴訟行為の無効を理由とする判決を減らすことを裁判官に許容し、これをもって、本案 (mérito) (訴訟物 (objeto do processo) または *Sreigegenstand*) の解決を優先し、かつ、純粹に形式的理由による訴訟の却下を回避し、(手続的) 瑕疵を補正する機会を当事者に与えようとするものである (四条、三一七条、三五二条、四八八条等)。

この他、裁判官が、立証責任を転換し、議論され決定されるべき事実的および法的问题を制限し、また、訴訟行為の実施のための日程を決めることができるなど、(当事者との口頭によるものも含め) 訴訟手続の組織のための諸権限が明文化された。

三 拘束性を有する先例 (Precedentes judiciais) —— 大陸法とコモンローのあいだ ——

新民事訴訟法典の構造に関する大きな支柱の一つは、拘束的先例制度を導入したことである。ローマ＝ゲルマン法系の制度では、先例 (precedentes) の効力は、判例 (jurisprudência) に対して常に与えられたものと同一ではなかった。

二〇一五年新民事訴訟法典以降、先例は規範 (または法源) となり、裁判官および下級審を拘束する。裁判官は、独立ではあるけれども、その理由に納得がいかないからといって、先例を適用しないということはできない。法的安定性は、諸規範に関する最大限の予見可能性および確定可能性を要請する。⁽⁷⁾ 先例が規範であり、事案に係る場合には、裁判官により適用されなければならない。

このことを理解するためには、裁判官が、独立であるために、(立法府により制定された) 形式的な意味における法律に拘束されるのみであるという、ヨーロッパ大陸法系から距離を置かなければならない。そして、拘束的

先例の導入は、ブラジルの法律家に対して、ローマ＝ゲルマン法系に近接する概念以外についても習得し活用することを義務付けることになった。

というのも、先例は、司法判決と同等ではないということがある。先例とは、具体的事案 (*caso concreto*) から抽出された一般の規範 (*norma geral*) である。しかし、それは判決の一部分にすぎない。司法判決において、拘束的となるのは、主論の判決理由〔レイシオ・デシデンダイ〕(*ratio decidendi*)、すなわち、判決の結論にとって必要かつ十分な規範的根拠のみであって、(傍論のオビタ・ディクタムを含む) 判決文ではない。先例は理由づけ (*fundamentação*) の中にある。主論の判決理由〔レイシオ・デシデンダイ〕(*ratio decidendi*) は一般化可能であるべきで、言い換えれば、一般的規範であるゆえに、その他の事案に適用されるべき適性を有しなければならぬ⁽⁸⁾。

他方で、理由づけ (*fundamentação*) の中にあるもの全てが、主論の判決理由〔レイシオ・デシデンダイ〕(*ratio decidendi*) ではない。傍論の注釈、意見、全てが理由づけ (*fundamentação*) の中にあるが、最終的結果のための決定的根拠ではない。いわゆる傍論〔オビタ・ディクタム〕(*obiter dicta*) である。傍論〔オビタ・ディクタム〕(*obiter dicta*) とは、まさに「傍論 (*ditto lateral*)」にすぎないものであり、補強する議論・理由であるが、最終的結論のために十分または必要ではない。傍論〔オビタ・ディクタム〕(*obiter dicta*) は、先例ではあり得ず、また、先例が有し得る何らの効果も有さず、ゆえに裁判官や裁判所を拘束するものではない。

それゆえ、ブラジルの法律家は、今日、それらの概念を修得しなければならないことが分かるであろう。

しかしながら、新しい事柄が文化的再適合を要求するとしても、ブラジルにおける拘束的先例の導入は、国内法伝統にとって完全に異質のものというわけではなく、また、(大陸法系諸国の裁判官は先例ではなく法律のみに従うと考えられることから) 外国法制度の不適当な輸入として取り扱われるものでもあり得えない。反対に、先例

および判例を強化するという長期にわたる傾向の成果であり、帝国立法の時代から、共和政初期および二〇世紀の各訴訟法改正を通じて、この方向性の規範が存在する。

過去一〇年間、先例に関するテーマは、恐喝まがいや濫用的な係争を減少させ、また、制度の一貫性および（裁判所を利用する）市民間の平等を促進することにより、法にさらなる合理性および予見可能性を付与すること（⁹）を意図して流行りの議論に回帰した。

新民事訴訟法典において、先例制度の中心的規定は、九二六条および九二七条である。

九二七条は、拘束的先例のリストを含む。そして九二六条は、出される判例について、安定性、一体性および一貫性を付与すべき裁判所の義務を定める。（頻繁に変更しないように）確立された理解の恒常性、並びに、制度それ自体の安定性に関する配慮が求められている。多くの裁判官および裁判所が規範を解釈し適用する場合、法制度が判決のカオスの蓄積ではなく、統一的に適用された論理的かつ一貫した総体であるために、それらの点における協働が組織的な一貫性のために必要となる。¹⁰

九二七条において、新民事訴訟法典は、先例の非適用の諸形式もまた定めている。判決の理由づけの中に明文で含むべき区別（*distingão*）および先例変更（*superação*）のことである（四八九条一項五号および六号）。裁判官は、それゆえ、先例を適用しない理由を正当化しなければならない。

区別（*distinguishing*）は、規範の射程の問題である。すなわち、裁判官は、主論の判決理由（レイシオ・デセンダイ）（*ratio decidendi*）の形成に導いた事実的および法的諸状況が、（現在審理している）事案と同一でないことを検証し得る。それゆえ、事案の諸状況が、規範の射程から外れている場合、裁判官は先例を適用しないが、当該先例は法規範として効力を有し続け、その他の事案において適用され得る。

また、先例の変更（*overruling*）は、停滞や硬直化し得ない、あらゆる法規範において当然のものであり、新

たな社会的要請に照らし法の発展が必要である限り、(新しい社会の必要性に) 適合していかなければならない。先例の変更は、しかしながら、主論の判決理由〔レイシオ・デシデンダイ〕(ratio decidendi) を別のものに入れ替える。区別 (distingão) と異なり、変更 (superação) は、歳月に伴う規範の継承という現象であり、ある法規範を取り除き、新たな規範に入れ替えるので、従前の規範を設定した同一裁判所か上級裁判所により行われるべきである。法典はまた、変更の諸場合における法的安定性に配慮し、裁判所に対して、例えば変更の諸効果を調整するためなど、経過規則を策定することを許容する (九二七条に定めるとおり、*prospective overruling* または将来に向かって効力を有する判決)。

最後に、ブラジル民事訴訟法典は、先例の利用を強化する様々な規範をもたしていることを強調するのが適切である。例えば、原告が裁判所において訴訟提起し、先例に反する主張を行う場合、請求の棄却が定められている (三三二条)。反対に、主張が拘束的先例に基づいている場合、裁判官は、訴訟手続を継続するのみならず、訴訟手続の最初の段階ですでに、原告の主張と証拠に基づく暫定的救済を付与し (三二一条二号)、当該救済はすぐに執行され得る。さらに、上訴の場面において、法律は、拘束的先例と合致する判決に異議を唱えようとする上訴の手続を防止することにより、その主張に有利な先例とともに上訴する訴訟当事者の訴訟活動を容易にし勝訴の公算を高めることも強調するに値する (九三二条)。

四 訴訟契約——当事者により交渉された訴訟手続——

新しいブラジル民事訴訟のもう一つの大きな支柱として、訴訟契約がある。当事者が、契約において、実体法に関する規定に加え、将来の紛争の発生に備えて、次のようなことを合意しておくことである。すなわち、

(裁判期日の) 呼出し (citação) はEメールや whatsapp、メッセージ、その他のインスタント・コミュニケーション・ツールで行うとか、証人の人数は各当事者二人までとして、彼らの聞き取り調査は書面に記録するとか、鑑定人を選任するとか、法律規定に関係なく訴訟費用は折半にするとか、一切の上訴を放棄するとか、さらには(暫定執行を除き) 終局判決の既判力発生に執行を条件づける、または、二年間は執行手続を行わない(執行制限合意 *pactum de non exequendo*) などといったことである。

以上のような合意が訴訟契約であり、当事者は、その意思により、訴訟手続を形作り、デザインするのである⁽¹¹⁾。しかし、訴訟契約は、現代訴訟法にとって目新しいものではない。それはすでに様々な諸外国の法制度において長い間存在するものである。実際、当事者が、期間の拡張、訴訟の停止、管轄裁判所の選択、立証責任の変更等について合意することを許容する規定は非常にありふれている。

そして、訴訟契約は制定法上のものに限定されない。契約実務 (*praxis contractual*) においても、豊富な事例がある。管轄裁判所決定合意 (*pactum de foro prorogando*) は、契約条項として非常に頻繁に挿入される訴訟契約である。仲裁条項 (*cláusula compromissória arbitral*) もまた、当事者が(現実のまたは潜在的な) 紛争について国家が有する裁判権を放棄して、仲裁人の評価に委ねることを合意する訴訟契約である⁽¹²⁾。

各種制定法に明記され、また、契約実務ではありふれているにも関わらず、訴訟契約に関する法理論的取扱いは、不思議なことに、非常に稀である。その理由は簡単に検証可能である。歴史的に、このテーマは、「合意に基づく手続 (*processo convencional*)」の発展を抑制する前提条件を決定づけた、手続の公化主義 (*publicismo processual*) の勝利により抑圧されたからである。

訴訟法律関係における国家(裁判官)の存在を前にして、公化主義の擁護者らは、訴訟契約として知られる最古の形式の一つである、訴答 (*litiscontestatio*) に結び付けられた、私化主義的・任意訴訟的性質を有するローマ

の訴訟に対してその批判を向けた。私化主義から距離を置くために、あらゆる訴訟契約を、ローマの訴答 (*litiscontestatio*) に関連付けるのは当然であった。その結果が、訴訟における合意主義の禁止の方向である。訴訟法が公法領域であったなら、訴訟の方向性の決定における主役的役割を当事者に認めることはできず、また、裁判官が私人の意思に拘束されるということも考えられないであろう。⁽¹³⁾

さらに、法律に定められた通常訴訟は、裁判所における紛争解決に適切な形式であり、また、訴訟規範の法源は、法律のみであって、法律行為ではあり得ないという信念に導いた、「法典化期」に固有の、立法者の高揚も強調することができる。

しかし最近は大きく状況が変わった。我々は、公化主義から得られたものを、私化主義・任意訴訟への回帰に帰着することなく、利用することができる。今日、公益と私益の和解とともに、法律と法律行為の協調という名の下でのバランスを求めて、当事者と裁判官、国家と個人の間を行き来することができる。この状況において、制定ルールと合意ルールは相互に排斥するのではなく、訴訟手続の規律において一体化する。訴訟上の合意は、法律に従って (*secundum legem*) 作動するのであり、法律に反対して (*contra legem*) 作動するのではない。

他方で、訴訟契約の意思の段階的復権も見出される。訴訟契約が意思的行為であると構想することは、当該意思が、行為を行うか行わないかの選択においてのみならず、その法的効果の形成においても、作用し得るかどうかもまたどのように作用し得るかの調査を少しずつ許容した。だからといって、これらのことは、私法という枠組みにおける訴訟法の自治の放棄に対応しないし、訴訟の私化主義的概念への回帰にも対応しない。

さらに、訴訟契約の実務にとって厳格で不変の手続方式 (*formalidades*) を伴う、国家の訴訟手続の非効率性は、柔軟性および順応性の段階的模索を招いたことも記憶されるべきである。一九七〇年代以降、この動きは、いわゆる「差別化された救済 (*tutela*)」を生じさせた。これは、実体法の側面で特異性を有する係争に対して、

柔軟性のない通常訴訟では提供し得ない、裁判上の救済に関し最大限の効率性を提供することのできる技術であって、特別な手続の急増へとつながった。しかし、結局、これらの訴訟手続は、立法されたものの、これもまた厳格で不変の形式を有しており、当事者は結果的にもう一つの規則の総体に「附合する (adhere)」だけであった。これらのもう一つの規則の総体は一般訴訟手続より効率的であったかもしれないが、立法者によって生み出されたもの以外に適合を許さないものであった。学説および判例が、事案ごとの特殊性に向けられた、訴訟形式のさらなる柔軟化が存在する可能性を主張し始めたのはまだかなり最近のことである。そして、このような柔軟性が裁判官によって一方的に確定される場合（事件管理 *case management*）、それは合意を通じて当事者によって行われ得るものでなければならぬであろう。

さて、当該観念的変更（公化主義と私化主義のバランス、訴訟手続の柔軟性および順応性の模索、訴訟契約の諸効果の確定における意思の解放）が、訴訟契約というテーマに対して、訴訟理論を目覚めさせた。

コモンローおよび大陸法において、地球の様々な活動領域で、この点に関する研究の分量が増大しており、これらの研究は、その新たな研究上の境界の再考と発展を促すことを許容する。これは、訴訟法の理論的基礎に影響を与えるものであり（なぜなら交渉・合意も規範となるから）、とりわけ次の二つの理由から、裁判管轄および訴訟の考え方を変更する。第一に、訴訟は、訴訟以前に（契約締結段階で）開始するということである。第二に、当事者が将来の訴訟における勝訴または敗訴の可能性を計算する場合、常に様々な変数を考慮したが、訴訟手続の諸規則は不変であった。ところが、今日、訴訟手続の諸規則は多様であり、実体法上の側面とともに交渉を行うことができる（契約当事者は、将来の執行手続におけるその財産を保護する規則を放棄する場合、製品価格の減額を得ることができる）。訴訟手続に関する合意は、それゆえ、実体法および訴訟法間の新たな調整を生じさせるものとなる。

そして、訴訟契約の影響力に関する当該傾向は、ブラジル新民事訴訟法典においてありありと見て取ることができる。新法典は、典型的訴訟契約の数を増加させたのみならず（期間の増減、鑑定人の合意による選択、準拠法の選択に関する合意が存在する）、一九〇条において訴訟上の合意に関する一般条項（*cláusula geral de convencionalidade processual*）を定めており、このような広範性および一般性は世界の立法に類を見ないものである。一般条項であることにより、一九〇条は、非典型的訴訟契約の実務を許容する（すなわち、訴訟当事者は、明文として法定された契約のみに縛られる必要はない）。

「一九〇条 自律的解決（*autocomposição*）を許容する諸権利についての訴訟に関しては、事案の特殊性に適合させるべく訴訟手続における諸変更を合意し、また、訴訟上のその責任（*onus*）、権限（*poderes*）、権能（*faculdades*）および義務について、訴訟前および訴訟中に、合意することは、完全行為能力を有する当事者にとって適法である。

補項 職権または請求により、裁判官は、本条に定める合意の有効性をコントロールすることができ、附合契約における無効または濫用的組入れの場合、または、当事者の一方が著しい弱者性の状況にある場合にのみ、その適用を拒絶することができる。」

本規定においては、二つの重要な影響の存在が見て取れる。一方で、ここ一〇年ほど当該テーマの連続した研究の動機付けとなった、訴訟契約（*contrats de procédure*）というフランスのイニシアティブが、ブラジルで普及したことである。しかし、最大の参照先であり、この点に関する有り余るほどの研究成果を誇るのが、ドイツである。

それにもかかわらず、今日、このテーマに関するブラジルの研究業績がこの点に関して最も豊富であると認め、間違いのないと私は考える。訴訟費用、証拠費用、執行、上訴における費用に関する訴訟契約について様々な研

究が存在する。⁽¹⁴⁾そして弁護士もまた、紛争に備えた将来の訴訟を規律するための訴訟合意条項を様々な契約に組み込んできた。

五 反復事案の解決のための訴訟手続

ブラジル民事訴訟法典を形作る他の支柱として、反復事案の解決に係る制度を挙げることができる。ご存知のとおり、ブラジルは（訴訟件数の多さ、裁判所制度の複雑さという意味で）巨大な裁判所制度を有し、一億以上の訴訟が進行中である。それらの著しく多数の訴訟を管理するために、先例や訴訟手続管理手法に加えて、様々な訴訟に共通のテーマに関する一括判決を許容するいくつかの訴訟上のメカニズムを導入した。これらの制度は、ドイツの *Musterverfahren* やイギリスの *test claims* (*group litigation*) から着想を得たものである。⁽¹⁵⁾

ブラジルの制度において、それらの訴訟上の手法は、統一のかつ迅速に、類似する訴訟（ただし同一訴訟ではない）の共通問題を解決しようとするものである。共通問題のみを解決することを目的として、控訴裁判所（第二審）において判決されるべく、付随的中間判断の申立てが行われる（九七六条以下）。当該テーマが裁判所により解決される間は、同一問題が議論の対象となっている訴訟は中止する（九八二条）。共通問題に関する中間的判断の後、成立した先例が、係属する全ての訴訟に適用され、無数の訴訟の判決を制約する。これらのその他の訴訟を指揮する裁判官は、共通問題については統一解決を適用し、また、その他の全ての特有の問題については、共通問題に関して承認された理解に照らし判決する（九八五条）。

（憲法や連邦法の適用に関する同一問題に異議を唱える）反復上訴の判決のために、上級裁判所においても、非常に類似する制度が存在する。連邦裁判所は、憲法問題に関し、また、その他の上級裁判所は、連邦法の諸問題に

関し、共通問題を評価し判決するために係属する上訴の処理を中止することができる(一〇三六条以下)。どの主張が優先すべきか確定された後、当該理解が(中止されていた)係属する全ての上訴に適用され、また、拘束的先例として、将来の全ての事件に適用されることになる(一〇四〇条)。

ブラジルにおける反復事案の解決のための付随的中間判断の申立て(incidentes)は、訴訟の数を減少させ、また、法制度の平等(isonomia)と一貫性(coerência)に貢献した。それにもかかわらず、批判がないわけではない。主たる批判は、同一の共通問題が争われる無数の訴訟における当事者たる全ての個人が、一括解決のための訴訟手続に積極的に参加することが不可能であることに関するものである。個別訴訟におけるような、当該直接的で、その場に居合わせる形の参加は、保障され得ないであろう。

特に対審原則や司法アクセスといった訴訟における基本的保障に対する、多数当事者訴訟(litigância massificada)の管理メカニズムの影響を低減するため、民事訴訟法典は、討論(debate)を奨励し、保障に関する不足を補うことができるように、その他の参加形式を規律する。それらの参加形式の中には、アミカス・キュリエ(amicus curiae)の意見を聴く可能性や公聴審問(audiências públicas)の実現といったものがある(一三八条、九八二条、九八四条)⁽¹⁶⁾。

この項目を閉じるにあたり、反復事案解決のメカニズムは、ブラジルにおいて、集団的保護に関する大量の訴訟上の手法に調和することを想起することは重要である。実際、ブラジル訴訟制度は、集団訴訟の分野において非常に豊かであり、米国式のクラス・アクションとヨーロッパ大陸法系の民事訴訟間の収斂が成功したもう一つの例である。しかしながら、(租税の合憲性を争うための)租税法分野または年金、公安の分野において、主として行政(Administração Pública)に対して向けられた請求に係るいくつかの紛争の解決のための集団訴訟の利用に対しては法律上の制限が存在する。集団訴訟提起が可能でないこれらの事案において、反復事案解決のメカニ

ズムは、非常に重要な役割を果たし得る。

六 先決問題 (questões prejudiciais) に関する既判力の拡張

二〇一五年新民事訴訟法典では、既判力の客観的限界を変更し、今日、訴訟物 (*SStreitgegenstand*) —— 明示的に訴えられたもので、判決主文において投影されるもの —— のみならず、判決の理由づけ (*fundamentação*) に含まれる先決問題 (*questões prévias*) をも含む (五〇三条)。

既判力は、今日、当事者がいわゆる付随的確認訴訟 (*ação declaratória incidental*) (旧法において、当該効果を有するために提起するのが義務的であった付随的な訴えのこと) を用いるか否かにかかわらず、先決問題に及び得るものとなる。

民事訴訟法典は、しかしながら、このことが生じるためのいくつかのケースを定めている。まず、先決問題 (*questões prévias*) は、明示的に判断 (*expressamente decidida*) されていなければならず、言い換えれば、判決の中に明示的な言及がなければならない。

これに加えて、五〇三条一項は、その他の三つのケースを定めている。すなわち、①本案判決が先決問題の解決に依存すること (*dependência*)、②事前かつ実際の対審 (*contraditório prévio e efetivo*) が存在すること。当事者〔特に被告〕の欠席の場合には先決問題への既判力の拡張は行われない、③当該問題が主たる問題として訴えられた場合、裁判所が、当該問題を判決するための事物および人的管轄を有すること、である。

最後に、五〇三条二項は、訴訟手続が、訴訟中の基本的保障の行使を制限し得る、証拠上の制限 (*restrições probatórias*) や裁判官による権利の認定に対する制限 (*limitações a cognição*) を有する場合、先決問題 (*questões*

prévias) への既判力の拡張は適用されない。要は、広範に先決問題を争う機会が存在しない場合、既判力は成立せず、別訴において、当事者が継続してその問題を争う可能性を許容するということである。

このようなブラジル法の発展は、ヨーロッパ的伝統と対峙するものであり、——すでに一部の学説が警告していたように——、ここには、オーストリア、スペイン、スカンジナビア諸国、および、米国、イギリス、オーストラリア、ニュージーランドといったコモンスロー諸国のような、既判力や後訴遮断 (precludes) が先決問題に及ぶ、諸外国の法学 (判例・学説) の多大な影響が存在した⁽¹⁷⁾。

私の知る限り、日本においても、規範的基礎として、信義誠実原則、「統一的解決」、「蒸返し防止 (irrepetitidade)」という概念を援用し、当事者により徹底的に争われるいくつかの問題に関する訴訟上の討論 (debate) の安定化が可能であると主張した、諸外国で名高い新堂教授の学説のように、判決主文を超えた遮断効の拡張を擁護することを模索する理論が存在する⁽¹⁸⁾。

当該同一の方向性において、先決問題に既判力を拡張する際のブラジル新法典の方向性は、当事者に対して、同人らが裁判所においてある問題を争う機会は一度のみであることを示唆するものである。ある問題を一度争った場合、訴訟上の基本的保障を減ずることなく、改めて同一議論 (discussão) を再度行う機会は無い。このように、以前の訴訟手続においてすでに解決された尽くされた議論 (discusses) の反復を裁判所に義務づけることに伴う、エネルギーと公金の不要な出費の削減がここでは問題となっている。

七 窮迫の危険 (periculum in mora) を欠く証拠調べの繰り上げ

伝統的に、訴訟前の証拠調べ手続は、二つの基本的特徴を有した。一方で、窮迫の危険 (periculum in mora)

すなわち遅延により生じる危険または証拠の喪失もしくは無益化のリスクに依拠した、保全処分として理解された。例えば、証人は死亡することがあり、鑑定は、建造物が倒壊する危険があるので、実行不可能となり得る。他方で、それらの手続は、紛争の解決が見込まれる将来の確認訴訟に向けられたもので、その紛争は必然的に国家の裁判所で裁判が行われなければならない、さもないれば、証拠調べのために認められた緊急処分の効果が失われる。

必ずしも緊急性なしに、そして、証拠調べ手続が必ずしも将来の確認訴訟提起に向けられたものではなしに、証拠調べにおける正当な利益が存在することを徐々に複数の制度が認めてきた。現在、証拠調べは、諸事実を証明し、また、利害関係人に本案訴訟における勝利予測を示すためにしばしば役立ち得ることがよりの確に理解されている。勝訴および敗訴のチャンスに関する当該理解は、当事者に訴訟提起を思いとどまらせるのみならず、和解を締結するインセンティブともなる。⁽¹⁹⁾

ゆえに、緊急性とは切り離され(すなわち窮迫の危険(*periculum in mora*)に関係なく)、また、将来の確認訴訟に必ずしも関連しない、独立的証拠調べ手続(*procedimientos probatorios autónomos*)がますますありふれたものになり始めている。この動きは、(米国のディスカヴァリー(*discovery*))やイギリスのディスクロージャー(*disclosure*)のように(1)コモンローの制度において見られるが、ヨーロッパ大陸法においても、フランスのレフェレ(*référé*)、イタリアの合意的意図を伴う鑑定、および、独立的証拠調べ手続(*selbständiges Beweisverfahren*)といったものがある。⁽²⁰⁾

これら全ての比較的影響は、ブラジルの立法者に対し、緊急性(*periculum in mora*)の証明なしに、訴訟前の証拠調べを許容することへと誘った。その目的は、紛争解決の代替手段として証拠の事前収集手段を奨励することである。

ブラジル新民事訴訟法典(三八一条)では、訴訟係属中のいくつかの事実の確認が不可能または非常に困難となる確固たる危険が存在する場合のみならず、提出される証拠が、自律的解決またはその他の適切な紛争解決手段を実現する可能性がある場合、または、さらに諸事実の事前確認が訴訟提起を正当化しまたは回避する可能性がある場合にも——ここにこそ新規性がある——、事前証拠調べが認められる。

この手法はますます利用され、良い結果が出ている。すなわち、紛争を取り巻く諸事実に関する可能な証拠を熟知して、当該手法を利用する当事者は、リスクある係争に身を投じる前に、その勝訴可能性をうまく評価するし、また、全ての当事者は和解を締結し(合意により訴訟を閉じる)価値があるかどうかを上手に計算することができる。

八 結 語

本講演の目的は、ブラジルにおける訴訟に関する司法制度を指導するいくつかの要点を取り上げることにより、比較法的意味で重要なブラジル新民事訴訟法典の法律規定について、小さいけれども、一覽表となるものを作成することであった。

ブラジル型は、(例えば基本原則に関しては)ヨーロッパ大陸法的伝統を多くの側面で維持するけれども、事件管理(*case management*)、拘束的先例および緊急性なき訴訟前の(*ante causam*)証拠調べ手続におけるように、コモンローからも多くを投入し吸収した。

交渉された訴訟のための訴訟上の合意、先決問題への既判力の拡張、反復事案解決のためのメカニズムのように、いくつかの進展は、コモンローおよび大陸法の両法制度に存在するものではあるけれども、ブラジルにおい

て、勢いある学術活動と、実務家弁護士らのほぼ即時の取り入れに伴い、著しい発展を遂げた。

以上のことは、本講演の最初で述べたことを強化するものである。すなわち、ブラジルの法制度は、裁判所制度を改善するとともに、人々の個別的および集団的権利に対する保護を保障するため、諸外国および様々な法系の諸解決を採用し、また、固有制度の創設において一歩先を進むことができたことで、法制比較という意味で重要となったことである。

地球のもう一方の側で発展した考え方が、日本における同一の議論に資するものとなり得ることを期待するとともに、これらの点またはその他の点について、私自身も日本の議論と諸解決について理解を深めることを希望し、そのような日本の解決法がブラジルにもたらされるものとなることも期待したい。

- (1) 本論文は、二〇一八年一〇月、東京・慶應義塾大学における講演のために執筆されたものである。この名誉ある招聘に対して工藤敏隆先生に感謝申し上げたい。
- (2) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil”, in *Revista de Processa*, vol. 56, 1989, p. 101.
- (3) ブラジル新民事訴訟法典の英語訳およびスペイン語訳が存在する。いずれも次の academia.edu のウェブサイトに掲載されている。 https://www.academia.edu/34624319/Brazilian_Code_of_Civil_Procedure_Translated_to_English
- (4) CABRAL, Antonio. “Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito”, in *Rivista di Diritto Processuale*, LX, n° 2, 2005, p. 459 ss.
- (5) 多元主義 (Pluralista) とするのは、討論 (debate) が裁判官を含むべきであるというもので、裁判官は、当事者より上位のヒエラルキーに位置づけられるのではなく、むしろ対話し協働する当事者としてイメージされ、一人で判決を下すのではなく、相互主体性の環境の中に置かれる。しかし、参加はまた包含的であればならず、「対峙して述べる (dizer contra)」—contradire とする) そのラテン語の流れにおける対審を容認する代わりに、さらに

拡大してそれを理解しなければならない。その一方で、訴訟当事者の各表明に関して方向的ベクトルは存在しない。つまり、あらゆる参加が拡散的に投影され (*toda participação projeta-se difusamente*)、様々な当事者に影響を与えまた制約することができる。このように、権利 (*direito subjetivo*) は法的義務の裏返しであるとか、法的権限 (*poder jurídico*) は従属の裏返しである等、一方通行的でかつ一組ごとに理解された訴訟上の状況 (*situações processuais*) から成るものとして訴訟関係を理解するのとははや正確ではない。訴訟上の法律関係は、あたかも一方当事者の行為が同程度かつ同一強度の反対特権に対応するかのよう理解されることははやでない。

(9) MITDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo, 2009. DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra, 2010.

(7) ATAÍDE JR., Jaldemiro. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Curitiba, 2012. ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2017. BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do Precedente Judicial*. São Paulo, 2012.

(8) それゆえ、先例は判決と同等ではないことに注意されたい。すなわち、判決には、様々な主論の判決理由〔レイシオ・デシデンタイ〕があり得る。そして、(原告適格や裁判管轄等) 訴訟上の特徴を有する判決における主論の判決理由〔レイシオ・デシデンタイ〕があり得る。

(6) MITDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo, 3^ª ed., 2018. ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador, 3^ª ed., 2018.

(10) この他、民事訴訟法典では、例えば先例を公開すべき義務 (九七九条) といった、これもまた先例制度に関連する裁判所のその他の義務が定められている。

(11) このテーマに関しは、CABRAL, Antonio. *Convenções processuais*. Salvador, 2^ª ed., 2018 を参照。

(12) CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador, 3^ª ed., 2017.

(13) それらの前提は、実体法 (特に民法) との関係で訴訟法の学術的自治を肯定するために、訴訟法学者は、法律行為一般の取扱いから訴訟行為 (およびその方式) の規律を引き離すことを模索したという必然性によっても強化された。当該切り離しの帰結の一つが、訴訟行為における当事者意思の分析を排除する (または重要でないものとする)

という目的を有する理論の発達である。

- (14) 訴訟契約に関する外国語（ポルトガル語以外の）文献として CABRAL, Antonio. “Accordi processuali nel diritto brasiliano”, in *Revista di Diritto Processuale*, LXXI, 2016, p. 773-793. CABRAL, Antonio. “Les conventions sur la procédure en droit processuel brésilien”, in *Revue internationale de droit comparé*, n. 3, 2016, p. 629-648. CABRAL, Antonio. “Der Einfluss des deutschen Rechts auf die neue brasilianische Zivilprozessordnung”, in *Zeitschrift für Zivilprozess International*, vol. 20, 2015, p. 398. CABRAL, Antonio. “Mediation und Schlichtung nach brasilianischem Recht”, in *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, vol. 116, 2017, p. 342-359.
- (15) CABRAL, Antonio. “O novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas”, in *Revista de Processo*, vol. 147, 2007, p. 123 ss.
- (16) ギャップを埋めるための英語文種について CABRAL, Antonio. “Standard-solution procedures and mass litigation”, in *International Journal of Procedural Law*, vol. 6, 2016, p. 263-281.
- (17) CABRAL, Antonio. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador, 2ª ed., 2014, especialmente capítulo 3.
- (18) YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskraftstreckung: rechtsvergleichende Bemerkungen*. Freiburg i. Breisgau, Dissertation, 1981, p. 93-97, 107-114, 121. YOSHIMURA, Tokushige. *Die Bindungswirkung der Entscheidungsgründe – aus der Sicht des collaterali estoppel*, in BAUMGÄRTTEL, Gottfried (Org.). *Grundprobleme des Zivilprozessrechts. Japanische Veröffentlichungen in deutscher und englischer Sprache*, Berlin, 1976, p. 249 ss, 275-285. KOSHITAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*, Tübingen, 1996, p. 68-73.
- (19) YARSHIEL, Flávio. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, São Paulo, 2009.
- (20) CABRAL, Antonio. “Os efeitos processuais da audiência pública”, in *Revista de Direito do Estado*, vol. 2, 2006, p. 120-135.