慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	西独における民訴簡易化法と訴訟上の和解
Sub Title	Der Prozeßvergleich in der Vereinfachungsnovelle
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1977
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.50, No.12 (1977. 12) ,p.155- 178
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	五十巻記念論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19771215-0155

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.

西独における民訴簡易化法と訴訟上の和解

石川明

一 はじめに
二 簡易化法――その概観――
Ⅰ 第一審手続の集中化（地裁における訴訟手続の改正）
1 総説
2 主要期日の準備 a 早期第一回期日 b 書面による準備手続
3 主要期日
4 失権
5 総括
Ⅱ 口頭弁論を経ない手続
Ⅲ 判決
1 判決の内容
2 判決の云渡
3 判決の送達
4 判決の更正
Ⅳ 欠席手続
1 三三一条Ⅲ項
2 職権による期日の変更
3 異議による欠席判決の変更
4 三四一条Ⅱ項
5 二五一条a
Ⅴ その他の点
Ⅵ むすび
三 簡易化法と訴訟上の和解――旧法におけるそれと比較して――
Ⅰ 簡易化法における和解の促進
Ⅱ 訴訟上の和解のもつ問題点

一　はじめに

私は本稿において、一九七七年七月一日より施行されたドイツ民事訴訟法簡易化法(Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung Gerichtlicher Verfahren, 略して Vereinfachungsnovelle) の概要を述べ、次に同法による新手続のなかで訴訟上の和解がどのように取り扱われているかについて検討したい。

簡易化法は一九七七年七月一日に施行された。当初予定された施行期日は一九七七年一月一日であつた。しかし、それは公布手続が遅れたために遵守されなかつた。すなわち、弁護士、裁判官、司法行政当局が手続の切り換えに必要な十分な準備をする期間が不足していたことによる。

簡易化法は民訴法のかつてない大改正であり、Putzo, Die Vereinfachungsnovelle, NJW 1977, Heft 1/2 S. 1 は、これを「世紀の改正法」といつても誇張ではないという。このPutzoの紹介は最も要領よく改正法の全貌をとらえているといつてよい。なお改正法に関する個別論文については、Baumgärtel-Mes, Einführung in das Zivilprozeßrecht mit Examinatorium, S. 23に挙げられた文献を紹介されたい。単行本としては、Bender-Belz-Wax, Das Verfahren nach der Vereinfachungsnovelle und vor dem Familiengericht, Beck がある。Kommentar として、例えば、Thomas-Putzo, 9. Aufl. か、体系書としては、例えば、Rosenberg-Schwab, 12. Aufl. が改正法の解説をしている。なお我国においては、小室「西ドイツ民事上告法の基本的改正」(ジュリスト六四六号一三八頁以下) も参照。

二　簡易化法——その概観——

I　第一審手続の集中化(地裁における訴訟手続の改正)

1 総説

一九七六年一二月の簡易化法の公布により一九五五年の民事訴訟法改正準備委員会」（Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit）の設置にはじまり、二十年以上にわたつた、改正作業に終止符を打つことができた。簡易化法の基礎になつた草案から一部が独立して、「地方裁判所の負担軽減及び裁判上の調書の簡易化に関する法律」が制定され、既に一九七五年一月一日施行されたことは周知の通りである。

簡易化法は、できるだけ一回の弁論期日に集中して民事訴訟の促進をはからんとする。さらに同法は口頭弁論を再び訴訟の中心にすえることを意図している。同法はそうすることによつて一九二四年の改正法が民事訴訟に導入し、一九三三年改正法が発展させた弁論集中の思想を発展させているのである（それについては、民事訴訟法の全く自由な態度から社会的民事訴訟法の方向に向つて本来の姿へ立ち帰ることであるとの評価もありえよう）。旧規定によれば、裁判長又は受命裁判官は、弁論期日前に法的紛争を可能な限り一回の弁論期日において終了させるに適当と思われるすべての命令を発しなければならないとされている（ZPO旧二七二条b I項――同項は一九二四年の改正法により附加された）。この目標が実務上実現されることが稀であつたことは周知の事実である。

したがつて、二七二条以下の改正は口頭弁論の旧法時代におけるそれ以上の準備を予定したものである。弁論集中思想の二面的な目的方向（Stossrichtung）に対応して――裁判所と当事者とがその名宛人である――簡易化法は次の要点を規定している。すなわち、それは、当事者の訴訟促進義務の強化とそれと関連し制裁すなわち新ZPO二九六条の基準による時期に後れた主張の失権がこれである。この関係において三面的訴訟法律関係論及び当事者が訴訟上の負担と可能性（あるいは見込）――民訴法は通常それらから成立つているのであるが――のほか、真正な義務をもつかという問題が想起される。既に長い間学説上、当事者の協力義務、促進義務――一九三三年改正の前言にうたわれたように実体に即した誠実且つ注意深い訴訟追行の義務――が当事者の真正且つ最も重要な訴訟上の義務と考えられてきたのである。

2　主要期日の準備　訴訟は期日の準備が十分でありさえすれば一回の期日で終了することがありうるという認識が新法の前提になつている。したがつて新法は主要期日の準備に最大の価値を認めている。そこで、二七二条第一項は次のように規定している。

「法的紛争は原則として、包括的に準備された一回の口頭弁論期日（主要期日＝Hauptterminｎ）において解決されなければならない」

口頭弁論の準備のために二つの方法が規定されている。二七五条による早期第一回期日の指定(Anberaumung eines frühen ersten Termins)があるいは、二七六条（二七二条Ⅱ項）による書面による準備手続の実施（Durchführung eines schriftlichen Vorverfahrens）がこれである。裁判所は二つの可能性のいずれかを選択できる。例えば書面による準備手続を基準として両手続の間に原則・例外の関係があるわけではない。裁判所はいずれかを自由に選択でき、訴訟が迅速且つ簡易に終了するよう各事件にあわせてその手続を選択することができる。早期第一回期日から書面による準備手続への切換は予定されていないし、合目的的であるともいえないであろう。早期第一回期日は、被告が事前に十分な準備をしていなくても口頭で原告の主張に対し答弁しうるように事実関係が単純であるとか、さらには特に広範囲で複雑な訴訟でも早期第一回期日が裁判に不可欠の訴訟資料がはじめから制限され整理されうるという利点を提供するようなものにあつても、選択される。更に早期第一回期日は、認諾判決、欠席判決、訴取下、あるいは和解により争いのない点が排除されうるという利点をも提供する。公式理由書は、現在簡易裁判所の総件数の約¼、地裁のそれの約⅙が第一回期日においてすでにかかる方法により終結して

いることを指摘している。書面による準備手続をもつてする口頭弁論の準備は、立法者が部分的に明らかに手本とした「シュツットガルト方式」におけるそれと同じである。

a 早期第一回期日　裁判長が早期第一回期日を選択した場合——身分事件については書面による準備手続は認められていないから、これが唯一の方法である——被告に呼出状が送達される（二七四条Ⅱ項）。少なくとも二週間の通常の応訴期間（二七四条Ⅲ項）は現在、簡易裁判所の手続についてもまた適用される（旧四九九条は廃止）。

早期第一回期日の準備の方法は裁判所の裁量に委ねられる。この点で二七三条に規定された一般的命令が出される。例えば、適法な証拠資料の事前提出が配慮される（新二七三条は実質上旧二七二条bに相当する）。早期第一回期日の特別な準備は二七五条Ⅰ項に規定されている。それによれば、裁判長あるいは受命裁判官は被告に対し答弁書提出期間を定めることができる。さもなくば、被告は、その防禦方法を遅滞なく弁護士を通して書面により通知することを求められなければならない。二七一条Ⅱ項とⅢ項はこれとの関係において重要である。答弁書提出期間としてすくなくとも二週間をおかなければならない（二七七条Ⅲ項）。

早期第一回期日は、主要期日ではないが、真正な弁論期日である。審理が裁判に熟した場合には、欠席判決、認諾判決、放棄又は和解による争いなき点の訴訟終結のほか、争いある問題についての判決を下すこともできる。審理が判決に熟さない場合には裁判所は、主要期日の準備に必要なすべての命令を下さなければならない（二七五条Ⅱ項）。被告が、訴に対する答弁をしていない、あるいはそれが十分でない及び被告に期日前に答弁期間が未だ定められていない場合には、答弁期間を定めることはその一例である。期日において、あるいは答弁書の提出後に原告のため書面による反論のための期間を定めることができる（二七五条Ⅲ、Ⅳ項）。

b 書面による準備手続　裁判所が主要期日のために書面による準備手続を選択した場合、さしずめ期日指定はこれを

行わない。彼が訴に対し防禦する意思があるときは被告は訴状の送達より二週間の不変期間内に裁判所に書面によりそれを示すことを要求される。同時に裁判所は被告に対し答弁書提出のため少なくとも次の二週間の期間を定める（二七六条一項）。被告が訴に対し防禦する旨の通知をしなかつた場合には、裁判所は、原告の申立に基づき、口頭弁論を経ずに欠席判決により裁判する。但し裁判官が署名した判決が営業所に送達される以前に被告の意思表示がなされた場合は除く（三三一条Ⅲ項一段）。

右の申立をすでに訴状においてすることができる（三三一条Ⅲ項二段）。被告は期日指定に際して欠席の効果を説示されなければならない（二七六条Ⅱ項）。

三三一条Ⅲ項の欠席判決に対しては、他のすべての欠席判決と同様に異議の申立をすることができる。欠席判決の変更については後述する。

被告が訴訟上の請求につき異議がある旨を適時に述べた場合、さしあたり答弁書の提出が待たれる。原告が答弁を争うとの態度を示したと思われる場合には、裁判長は原告に対し反論の期間を定めることができる（二七六条Ⅲ項）。この期間の経過後裁判所はなされた態度決定に基づいて今や指定されるべき主要期日において法的紛争を解決するためになお必要なすべての処分をなすことができる。もちろん書面による準備手続を継続し被告に対し原告の新たな主張に反論する期間を定めることもできる。

改正法の公式理由書は早期第一回期日の手続及び書面による準備手続は、普通に実施された場合、口頭弁論を包括的に準備するために同一の時間を必要することを予想している。

3　主要期日

改正法は、手続の集中化という目的のために、根本的な期日準備のほか、最良の内容の口頭弁論を不可

欠のものとみている。それに対応して新二七八条は、主要期日（その法的概念は二七二条Ⅰ項に規定されている）、主たる口頭弁論の実施につきその過程と内容とを――シュツットガルト方式にならい――規定している。

同条第一項によれば、――必ずしも裁判長である必要はないが――裁判所は、事実状態並びに法律状態を調査する。当事者が申立をすることにより口頭弁論が開始されるとする一三七条Ⅰ項とこの規定とのかみ合いには問題がある。新法の文献は主要期日の経過について見解の対立を示している。一説によれば、次の順序が主張されている。すなわち、裁判所による事実状態、法律状態の報告、引続いてなされる事実関係解明のための当事者からの事情聴取（二七八条Ⅰ項二段、一四一条）、その要件がすでにある場合には和解の勧試（二七九条）。この第一段階に対立弁論が続く。すなわち口頭弁論開始の申立（一三七条Ⅰ項）、当事者及びその弁護士による事実的・法律的主張、（一三七条Ⅱ項、Ⅳ項）が続くとする。これに反して反対説によれば主要期日は裁判所による事実状態、法律状態の調査を開始する申立により開始されることになるとされる。

私自身は第一に挙げた順序に賛成したい。けだし、裁判所による事実状態及び法律状態の報告があつてはじめて口頭弁論の申立の必要性が判断されるのであり、場合によつては、和解の勧試の十分な基礎を与えることになるからである。その他の点ではこの論争は過大評価さるべきではない。けだし、手続順序からは実質的影響はでてこないからである。

二七八条一項の意味における「報告」（Einführung）は当事者の主張の単なる再現にとどまるものではない。裁判所はその見解によれば判決をなすにため重要な問題につき認識を与えなければならない。そのようにしてのみ右報告は口頭弁論の集中に寄与し、同時に裁判所並びに弁護士にとり制御になりうるのである。

出頭せる当事者本人はその後事情の聴取をうける。当事者が呼出により出頭したかあるいは任意に出頭したかを問わない（二七八条一項二段）。対立弁論に直結して立証がなされる（二七八条Ⅱ項一段）。そのために三五八条の基準によつてのみ必要的とされる証拠決定は必要ではない。ここで手堅い期日準備がその効果を発揮する。けだし、二七三条Ⅱ項の準備的命令あ

るいはすでに口頭弁論前における証拠決定により（三五八条a）、裁判所は、必要と思われる証拠を配慮する十分な可能性をもつからである。

証拠調の直接的な印象のもとに新たに口頭弁論が行われる（二七八条Ⅱ項二段、二八五条一項）。その段階で訴訟は裁判に熟するようになり、その結果口頭弁論は終結され、事実状態にしたがつて主要期日あるいは早い機会に指定される期日において判決の云渡がなされることになる（三一〇条Ⅰ項第一段）。合議後に、当事者がなお見解を陳述しうるように、予想される裁判を開示することは妨げられない。新弁論期日が必要である場合にはできるだけ早い機会に指定されなければならない（二七八条Ⅳ項）。

立法過程において改正法の審理に際し、裁判所の説示義務に関する二七八条Ⅲ項の規定については議論があつた。同項は連邦議会（BT）の法律委員会により草案に加えられ、終局的には原案が修正緩和された形で法律になつた。同項は次のように規定している。すなわち、この点につき表示する機会を与えた場合に限り、当事者が認識せず、あるいは重要でないとした法的観点に基づき、裁判所は裁判をすることができる、と。

法律委員会の見解によれば、同項に中心的意味が与えられている。けだし同項は裁判所の見解によれば基準となる訴訟資料が口頭弁論において事実上主張されるように配慮するからである。同条は一方では当事者の訴訟促進義務を、他方では裁判所の準備義務を補完するものであるといえよう。

二七八条Ⅲ項の説示義務がバウムバッハの言によれば当然民事訴訟のマグナカルタといわれる一三九条――その文言は修正されなかつた――の裁判官の一般的な発問あるいは釈明義務といかなる関係に立つかという疑問が出てくる。すでに学説上同項の法律上の地位は批判されている。すなわち、同項は独立した条文に値したのではないかといわれている。事実二七八条Ⅲ項は主要期日について適用されるのみならず、全判決手続について適用される。したがつて、口頭弁論が手続のこの

段階ですでに終結せしめられうる場合には早期第一回期日においても適用さるべきであるし、また一二八条Ⅱ項の書面手続においても適用さるべきである。法律委員会の理由づけは、すでに実質上、新二七八条Ⅱ項が、当事者に不意打をくわす裁判を避けるという目標に基づき上級裁判所の判例により――公式理由書はここでライヒ裁判所及び連邦通常裁判所の判例を援用している――すでにずつと以前から判示されてきたが、しかし、これまで一般の裁判実務上十分には浸透していなかつた歴史を終結させたことは明らかである。このことは条文上明瞭に示されている。すなわち二七八条Ⅲ項は、裁判官が絶えず不平をもらす裁判所による一三九条の軽視を防止すべきものである。裁判所の弁論集中義務と説示義務が当事者の遅滞した主張の失権に直接の影響を与えることだけからも二七八条Ⅲ項の射程距離は正確に測定されなければならない。二七八条Ⅱ項が裁判所に世話のやきすぎ機能を負担させることがないように実質上一三九条によつても達成しうる結果を導く解釈をとるべきなのであろうといわれる。

草案のはじめの規定とは異なり、新規定は説示義務を裁判所がその裁判の基礎にしようとする法的観点に限定している。そうすることにより、すべての法的観点ではなく、その適用が裁判に影響するすべての法規が考えられいると思われる。けだし後者が請求権の基礎を含みあるいは請求権を消滅乃至排除しているからである。当事者がこの法的観点を明らかに看過しあるいは重要でないとしていることがもう一つの要件である。この主観的要件が明らかに必要とされる。したがつて、当事者が法律状態を問題にしていない場合には当然説示義務は発生しない。二七八条Ⅲ項は当事者の側で訴訟進行を怠つたことについての補償であることは許されない。最後の要件として、従たる請求にのみ関する場合は除かれる。従たる請求とは、三〇八条Ⅰ項二段の意味に理解さるべきであり、例えば利息、訴訟費用、仮執行宣言等である。

二七八条Ⅲ項違反は、上訴による裁判の取消且つ差戻し（五三九条）事由となる。口頭弁論のための新期日を聞き態度決定の機会が与えられるべきか否かは、問題である。ある見解によれば「書面による態度決定」を求める催告でも十分であると

される。裁判所が口頭弁論終結後にその法的観点を変更した場合それは実際上重要である。これに反して、学説上は二七八条Ⅲ項違反の場合口頭弁論を再開しなければならないという見解が多く主張されているようである（一五六条）。

4　失権　改正法の他の重点は、攻撃防禦方法の事後的提出の要件を厳格化することである。その際に第一審における主張と控訴審における主張とを区別しなければならない。新失権規定は、当事者の訴訟促進義務と調和するのみならず、それにより裁判所の集中義務もまた効果を有する。この点については改めて別稿をもつて論じる予定である。

5　総括　ここですでに中間的評価がなされうる。すなわち、口頭弁論のための一期日に原則として弁論を集中すること、それと必然的に結びついたこの主要期日の準備は従来の民事訴訟の慣例を修正する。法廷の期日表示板（Terminzettel）は将来三〇枚あるいは四〇枚にのぼることはないであろう。対立弁論、証拠調及び最終弁論が一緒になつた主要期日はかなりの時間を必要とし、その時間は直ちには計算できない。その結果弁護士は著しく時間的拘束をうけ、場合によつては、時間を主要期日のみについやさなければならないことになろう。また、弁護士は裁判所にあてる時間帯、動きがとれないことになろう。当事者をも呼出すことが弁護士に別の面倒さを与えることになる。

改正法は jura novit curia という命題を破るものではないが、弁護士は訴に法律的要素を与えなければならないことになろう。事実と事実主張だけが多かれ少なかれ整理されて持ちだされ且つ「訴は理由あり」という一般的帰結をもつて終つている訴は、もはや許されない。同様に裁判官は具体的訴訟の法的内容を最初から考えなければならないことになる。さもなくば裁判官にとつても弁護士にとつても法を語ることはできなくなる。この法的要請もまた弁護士に追加的な要請をすることになる。訴訟資料の法的加工は法発見の質を高め、手続の引き締めに役立つであろう。裁判官の権限は新法により強化

された。もちろんそれが当事者を監督するところまではいつていない。けだし、処分権主義と弁論主義は民事訴訟の最高の手続原理として依然として通用しているからである。実務は勿論、当事者と裁判所の法的に予定された役割分担を裁判所の負担において排除されたわけではないことに注目しなければならない。裁判所の責任は高められたが、将来も当事者は訴訟追行につき危険を負うことに変りがない。

Ⅱ　口頭弁論を経ない手続

改正法がもたらした別の改正点のうち、私はさしずめ口頭弁論を経ない手続について簡単に説明しておきたい。口頭主義の原則が適用され（一二八条Ⅰ項）及び主要期日が中心的地位を占める（一七二条Ⅰ項）にもかかわらず、新法によつても両当事者が同意すれば口頭弁論なき裁判が許される（一二八条Ⅱ項一段）。さらには旧法の欠点を排除する規定がある。すなわち、右の場合、一八二条Ⅱ項二段によれば裁判所は書面提出期間を定め、また裁判の云渡し時期も定めなければならない。書面手続の遅滞をさけるために訴訟は当事者の同意があつた後三ヶ月以上が経過した場合、口頭弁論を経ない裁判は不適法と規定している（一二八条Ⅱ項三段）。右規定の違反は強行的手続規定違反であり、五三九条による差戻ができる。

一二八条Ⅲ項の当事者の同意を伴わない書面手続は新しい手続である。五〇〇ＤＭまでの財産上の紛争における当事者訴訟の場合に限り口頭弁論への出頭が重大な事由により当事者に期待できない場合にそれが適用される。この手続は旧五一〇条のかわりに登場したものである。

Ⅲ　判　　決

改正法は判決についても同様に簡易化と手続促進のために、判決に関する規定をも改正した。就中改正されたのは判決の

方式、云渡及び送達に関する規定である。

1　判決の内容　判決の従来の構成は改正されていない。三一三条Ⅰ項に、口頭弁論終結日あるいはそれに相当する日（例えば口頭弁論を経ない手続にあつては一二八条Ⅱ項二段の意味における時点）の記載を規定した三号が附加された。口頭弁論終結の時は、例えば既判力や三一三条Ⅱ項や七六七条Ⅱ項の基準による失権効につき重要である。三三三条Ⅰ項1号の新規定によれば、判決はなお当事者その法定代理人及び訴訟代理人の表示を含むとされる。新規定は一方では訴状の記載事項に関する規定と一致しないし（二五三条Ⅱ項一号）、他方では準備書面の記載事項に関する規定と一致しない（一三〇条一号）。

それにもかかわらず、法律要件及び裁判理由につき短くという要望で規定された改正は重要である。改正法によれば、法律要件の項で申立てられた請求とそのために主張された攻撃防禦方法のみをその本質的内容にしたがい簡単に説明すべしとしている。細部については各書面や調書を援用すべしとする（三一三条Ⅱ項）。

裁判理由は裁判が事実上及び法律上の観点から基礎とした諸理由の要約を含めば足りる（三一三条Ⅲ項）。ある判決の長短が具体的ケース及び特に裁判官の個人的なやり方に依存し且つ三一三条の新規定が裁判官がそれを必要と解する場合その判決に広範囲の理由を書くことを禁じるものではないことが明白であるとすれば、改正法のこの傾向は、歓迎すべきものである。

判決の構成が同時に裁判官の自己規制であり、右自己規制が判決内容のあまりにも行きすぎた簡略化により影響されることもあると考えると理由記載義務の軽減に問題がないわけではない。この関係において、二八六条一項二段が援用さるべきである。同段は、従来同様証拠評価の結果を示すために裁判官の心証にとり指導的であつた理由を、判決中に示すことが必

要であると規定している。

判決の説得力が損われない程度の正しさに関する裁判官の指先感覚がここで問題になるといわれる。いかなる場合にも判決における説得力のある理由づけは裁判所と当事者との法的会話により代用されうるものではない。その限りにおいて、改正法が公式理由書で示した高い目標が思いおこされる必要がある。それによれば、(真の口頭弁論の)最高の目標は「法的平和実現のため敗訴当事者が口頭弁論の全趣旨及びなされた立証の結果により彼に対し当該裁判がなされなければならなかつたことを納得させることであらねばならない」と。

新三一三条のによると、当事者がおそくとも口頭弁論終結の二日目にそれを放棄し、且つ判決に対する上訴が明らかに提起されえない時には、法律要件と裁判理由の記載を必要としないとしている。右規定は、控訴許否の基準を五〇〇ドイツマルクという比較的少額にした点との関係で(五一一条aI項)、第一審については実際上重要な意味をもたないであろうことが予測される。同条はZPO五一三条の一般的説示規定をこえて控訴手続においても適用される。——三一三条aII項は、特定の場合法律要件と裁判理由の省略を制限している。例えば婚姻事件、親子事件、後見事件などがそれであるが、離婚を宣言する判決はこの限りではない。

2　判決の云渡　判決の云渡についても改正がなされた。三一〇条I項によれば、判決は口頭弁論の終結した期日において、または重大な事由がある場合に限り三週間をこえて指定されることがあるが、短かい期間後に指定さるべき云渡期日に云渡される。第二段の重大な事由中には、事件が広範にわたるとかあるいは複雑である場合が含まれる。

判決が期日において云渡される場合(いわゆるStuhlurteil—裁判官席から弁論に引きつづき着席のまま云渡す判決という意味—)、それは三週間経過前に完全に起案されて事務課に交付されなければならない(従来は一週間)。例外的にそれがなされえない

場合には少なくともこの期間内に法律要件や判決理由の記載はなくても裁判官が署名して事務課に交付しなければならない（三一五条Ⅱ項）。裁判長は云渡期日において単独で判決の云渡をすることができる。それゆえに、陪席裁判官の出席を必要としない。判決云渡期日に当事者双方が出席しない場合、裁判長は判決主文を朗読する必要もない。裁判長は判決主文を援用すれば足りる（三一一条Ⅳ項）。

3　判決の送達　判決もまた職権で送達される（三一七条Ⅰ項一段）。当事者に上訴の提起について一定の時間的な処分可能性を与えるために当事者の一致した申立があれば、裁判長は云渡した判決の送達を云渡後五ヶ月が経過するまで延期することができる（三一七条Ⅰ項）。これは婚姻・家族及び親子事件には適用されない（六一八条、六二一条、六四〇条Ⅰ項）。

強制執行の開始のためには、債権者による送達を以て足り、而も法律要件及び判決理由の記載を必要としない（七五〇条Ⅰ項二段）ことが指摘される。

4　判決の更正　判決に関する規定の領域ですくなくともほぼ完璧な説明をするために、以上のほか、三二〇条Ⅰ項を挙げておく。同項によれば、判決の更正のための期間を二週間として――従来のように――一週間とはしていない。法律要件の記載の簡易化との関係で、更正は実際上重要ではない場合がふえてくるものと思われる。

Ⅳ　欠席手続

改正法は欠席手続についても新規定をおいている。

1　三三一条Ⅲ項　三三一条Ⅲ項の欠席に関する新規定については、書面による準備手続のところですでに言及した。すなわち、被告が不変期間とされる二七六条Ⅰ項一号の二週間の期間内に彼が訴に対し防禦する意思があるか否かを表示しなかつたときは、口頭弁論を経ることなく、彼に対し欠席判決を下すことができる。被告に防禦の意思の表示の期間が適法に通知され、且つ彼がこの表示をしないことの結果（二七六条Ⅱ項）を説示されていることがその要件である（三三五条Ⅰ項四号）。

2　職権による期日の変更　新三三七条は職権による期日変更の要件として欠席当事者が、天災あるいはその他の避けがたい事故により出頭を妨げられたことを必要とせず、当事者あるいはその代理人の故意、過失を基準とする。同じ改正は、その他二三三条の原状回復についてもなされた。

3　異議による欠席判決の変更　従来も通説が認めてきた異議による欠席判決の一部取消は新規定により明規された（三四〇条Ⅱ項）。異議申立書は、新規定によれば、欠席当事者がその攻撃防禦方法を新三四〇条Ⅱ項により異議申立書において記載すべき限りにおいて、これをその理由としなければならない。すなわち訴訟状態に適合した慎重で且つ手続の促進を考慮した訴訟追行に反しない限りそれらを異議の理由とすることができる。裁判長は延長がその裁量により訴訟の遅延を結果しないとするとき申立により理由書提出期間を延長することができる（三四〇条Ⅲ項）。

4　三四一条Ⅱ項　異議が不適法である場合、それは新三四一条Ⅱ項により決定により却下されうる。控訴及び上告の規定と同様に、（五一九条aⅡ項、五五四条aⅡ項）、同一内容の判決に対して控訴が認容される場合には右決定に対し即時抗告を提起することができる（三四一条Ⅱ項二段）。

5　二五一条a　書面の現状による裁判に関する二五一条aの規定は全体として改善された。出席当事者の申立に基づく書面の現状による裁判に有利な改正がなされた（三三一条a）。この関係でも二五一条a Ⅲ項の援用している二二七条の新延期規定――延期を困難にしている――もまた重要である。

Ⅴ　その他の点

ここではその他の改正点のなかでも実務上重要であり、且つ多くの魅力的な問題を提起しているものはあるが、紙幅の関係から言及をさける。――その一例として新督促手続につき六九〇条（請求の基礎の表示が削除され、したがつてもはや一貫性の審理（Schlüssigkeitsprüfung）は許されない）、及び仮執行力に関し内容を修正した規定（七〇九条一一号及び保全執行に関する七二〇条aが重要）を挙げておこう。経過規定として（改正法一〇条）次のごとき規定がある（私は以上において説明した点にのみふれておく。例えば攻撃防禦方法の失権については別稿にゆずる）。

(a)　裁判官の定める期日及び主要期日を伴う地裁手続に関する新法は、（一九七七年七月一日以降訴を提起した）あらゆる事件に適用される（第一〇条一号）。

(b)　口頭弁論終結期日が七七年七月一日以降である場合判決に関する新規定が適用される（四号）。判決が七七年七月一日以降云渡された場合には職権による送達がなされる（詳細は五号）。

(c)　欠席に関する新法は、訴あるいは欠席判決が七七年七月一日以降に送達されたすべての手続に適用される（第一〇条一項）。

Ⅵ むすび

民訴法簡易化法を現在の段階で評価することは困難であり且つ危険である。一九七七年七月一日施行の本法の成果を評価するためにはなお若干の時間を必要とするであろう。それが正直なところ私の接触した西独の若干の学者のすべてに共通の感想でもあつたし、私もそれが正しいと思う。

私の聞いた範囲でも改正法について色々な賛否があつた。例えば次のような見解があつた。すなわち、「簡易化法は重要問題に関する新規定があまりにも複雑であるのでその名称通りの実績をえられないであろうとの批判があるが、私はこれに賛成できない。実務が旧民訴法中に規定された手続の厳格化及び促進の手段を一貫して利用しなかつたがゆえにわずかの手直しで十分であつたと思う。例えば二一六条Ⅱ項の改正。しかし法政策的展開は別の道をたどつたのである。各民事訴訟の係属期間を合理的な程度に減ずることを可能にするにちがいなかろう。裁判の質を低下させることなく。――勿論、ZPOの外にある諸要件例えば裁判所の相当な人的物的設備の充実、裁判官弁護士等法律家の十分な養成状況がある場合に限られるが――。」これは、改正法の一応の評価である。S教授は改正法は大旨その訴訟促進の目的を達成するであろうとされながらも、主要期日に長時間弁護士を拘束することが問題なく可能であるか否かは、疑問とされる。シュッットガルト方式のように有能な裁判官が特にそのために設けられた部で成功したものを一般化して全般的にうまく機能するかは疑問であるとされるのである。またA教授は改正法の失権が強すぎる点に疑問を感じられ、おそらくそのために失権規定が逆に働らかなくなる危険を指摘される。以上はいずれも私の聞き取つたところであるが、公式の発言でも論文に発表されたところでもないので、人名を明記しなかつたことをおことわりしておく。

三　簡易化法と訴訟上の和解——旧法におけるそれと比較して——

I　簡易化法における和解の促進

新二七二条一項によれば、法的紛争は包括的に準備された期日において解決されなければならないとされ、それは主要期日と呼ばれ、この主要期日が改正のポイントの一つであり、口頭弁論の集中、合理化、促進、強化をねらつたものであることは既然の通りである。この主要期日において裁判所は、事実主張、法律関係の審理を行なう。そのために代理人を通してではなく当事者本人が審訊をうける（新二七八条一項）。そして弁論に引きつづき証拠調がなされる（同条二項）。旧法にあつては弁論と証拠調は、口頭弁論一体性の原則により観念的には一体のものと考えられたのは周知の如くであるが、新法にあつては、両者は場所的にも時間的にも具体的に一体のものとされている。その結果、新法では例えば証拠調を受命裁判官に担当させることは手続の本質的な瑕疵になると考えられる。

かような事実主張及び法的主張、立証、事実主張及び法的主張の再構成を時間的に結合し一体化する結果、法的紛争の和解的解決が非常にしやすくなつている。というのは、期日には全当事者が出席するため事実関係並びに法律関係の双方が明確になるからである。すなわち、立場の対立が確信ある論拠と疑わしいものとを含めて明確になる。当事者は、証拠調に関与しているがゆえに証拠調の結果を十分承知し、訴訟代理人及び当事者はこれらの事情のもとでは、判決による解決の有利・不利を最も適切に判断することができるからである（E. Schneider, Der Prozessvergleich im neuem Recht, JB 1977, Heft 2, S. 145）といわれている。

簡易化法が訴訟事件の和解的解決を歓迎する態度は、旧法二九六条一項を新二七九条一項が書き換えていることから明らかである。すなわち、旧法では、「裁判所は手続のいかなる段階においても法的紛争、或いは各論点の和解的解決を試みる

ことができる（kann～versuchen）」とされていた。すなわち、旧法では和解の勧試は裁判所の裁量によるものであつた。これに反して新法は、「裁判所は手続のいかなる段階においても、法的紛争或いは各論点の和解的解決を考慮しなければならない（soll～bedacht sein）」と規定されている。kannがsollに、versuchenがbedacht seinに変つたことは、次のことを意味するものと考えられる。すなわち、裁判官は、新法によれば、当事者間に訴訟上の和解が締結されるよう助力するためのすべての努力を義務として尽さなければならないことを意味するのである。

Ⅱ　訴訟上の和解のもつ問題点

ここで必要なことは、和解を締結するにつきいかなるメリットとデメリットがあるかという点である。次にこの点を新法のもとでどう考えるべきかについて検討したい。

ドイツでは判決による訴訟の終了と和解によるそれとの比率は3対2であるといわれている（Manfred Wolff, ZZP 89, S. 260）。和解による訴訟終結が、訴訟の終結中にかくも高い比率を占めている現状を、簡易化法は更に強化しようというのであるから、当然にその前提として訴訟上の和解制度のもつ問題点が問われなければ右強化の当否を判断しえないことになる。

そこで、訴訟上の和解の短所といわれる点を考察したいと思う。

(1)　第一に考えられるのは、法律の解釈に疑義がある場合紛争の解決を和解によるとすると右の疑点が解明されないという問題がある。特に法律審である上告審において訴訟上の和解がなされた場合には、法令の解釈統一という上告審の機能が阻害されることは否定できないといわれる（Wolf, a. a. O., S. 260）。

仮りにこの見解を肯定したとしても、事実審にあつては、法律解釈の疑義を解明することは、裁判官の本来的使命とはいえないから、上告審におけるごとき問題はないといつてよい。むしろ、裁判官は上告審におけると異なり下級審においては

訴訟当事者に対してもまた公共の利益においても法令解釈統一という機能をもたないから、和解により事件の解決をはかることに問題はないといつてよい。しかし、私は上告審についても右の見解に賛成できない。すなわち、法令解釈の統一機能とはいつても、それは本来上告審判決の反射的機能であつて、上告人は本来それをねらつて上告を提起するわけではないのであるから、上告審が判決により終結する場合に右機能が反射的に認められることが、逆に私的紛争解決の本来的姿である自主的解決形式である和解を排斥する理由にはならないといえるからである(E.Schneider, a.a. O., S. 147)。簡易化による和解規定の改正は和解による訴訟の終結を推奨することによつて上記の見解が正当であることを論証しているように思われる。

さらにまた、新法三一三a第一項は以下のごとく規定している。すなわち、「法律要件並びに判決理由は、当事者がおそくとも口頭弁論の終結後二日以内にそれらを放棄した場合及び判決に対する上訴が明らかに許されない場合、これを省略することが許される」と。法律要件や判決理由の記載はそれが当事者に上訴の契機を与え（当事者の利益）且つ上訴審裁判所に審理の手がかりを与えるという意味で必要とされる。したがつて当事者がそれらの記載を不要とし、あるいはそもそも上訴が許されない場合には、それらの記載を省略することがあつてよいはずである。そうすることが裁判官や書記官の労力を軽減する結果になる（但しこれには一定の例外がある。例外については新法三一三条a第二項参照。Thomas-Putzs, a. a. O., S. 548)。新法のもとでは裁判所は当事者の合意がない場合でも従来の記載方法をかなり簡易化し単純化することができる（旧法三一三条参照)。すなわち、法律要件についていえば、請求並びに攻撃防禦方法はその本質的部分が簡略に記載さるべしとされ、判決理由についていえば、判決の事実上法律上の基礎にある論点の簡単な要約が記載されなければよいとされている（新法三一三条)。以上の内容をもつ新法は明らかに裁判官はもつぱらその担当する個別事件に限つてかかわればよいのであつて法律問題の判決による判断を通して公共の利益において法律学（法律解釈）を展開する必要がないことを意味していると解されるのである。

(2) 訴訟上の和解の第二の問題点として、新法上の和解による手続の終結が「一般的法意識」の危機をもたらさないかという点が挙げられる(M. Wolf, a. a. O., S. 265; Schneider, a. a. O., S. 148)。M. Wolfはこの点について次のように述べている。すなわち「権利者は法に対する信頼を失う。けだし、彼の権利は訴訟上の和解にあつては完全な形で実現されないからである。これに反して非権利者は訴訟を開始することを試みる。けだし、彼は法を厳格に適用すれば認められないある程度のものを和解により取得することになるからである。和解は法の完全な実現を結果するものではないから、そのことによつて違法の危機が成立する」というのである。

しかしながら、和解奨励に対するこの反対見解に対してSchneiderは二つの点から批判的意見を述べている。その第一は、Wolfがかかるテーゼを建てる前提として、当然いずれの市民が、いかなる場合に、どの程度法に対する信頼を損われたかという点についての事実調査が必要なはずであるがそれがなされていないこと。第二に、当事者が意欲するならば判決による解決ができないわけではなく、和解はあくまでも当事者の合意を前提とする以上は、和解が法に対する信頼を失わしめることにはならないというのである。和解による紛争解決の内容が違法にわたる場合であればそれは、法乃至司法に対する信頼の喪失につながるであろう。しかしそれは裁判所によつてチュックされる。また和解の内容がいずれか一方の当事者にとり著しく不当である場合も、実質上裁判所は不利益をうける当事者の和解締結の意思を確認することによつてこれをチェックすることができる。

裁判所が当事者の和解締結に関する自由意思を尊重することなく、不利益な取扱をほのめかしつつ不当に不利益な内容の和解の締結を当事者に強制するようなことがあるとすれば、それは当事者の法乃至司法制度に対する信頼を失わしめる結果になる。しかしそのような当事者の意思に反する和解の締結強制がない限り、一方の当事者に不利益な内容の和解の成立が、当事者の右信頼を失わしめる根拠にはならないと思われる(Schneider, a. a. O., S. 148)。民事紛争の解決は判決によるより

もむしろ合意という自主的解決によるのが本来的姿であるから、訴訟係属中であつてもこれに消極的態度をとる必要はないと思われる。

この点を関連して M. Wolf は、訴が首尾一貫性を欠く場合、訴訟上の和解を進めることは無条件に中止されなければならないとしている（a. a. O., S. 276）。すなわち「訴が首尾一貫性を欠く場合、裁判官は当初より理由のない請求権を一部でも和解により具体化することは許されない。裁判官はむしろその限りにおいて訴訟上の和解の締結につきイニシャティブをとることを止めなければならない」というのである。たしかに実務の取扱いは M. Wolf のこの見解とは一致しない。ある訴が首尾一貫性を欠くか否かを第一審の裁判官が終局的に判断することはできない。上訴審裁判所がこの点について別の判断をすることも考えられるのである。被告が第一審裁判所と同様に訴を首尾一貫性なきものと考え、訴訟の追行を望まない場合でも、原告が第一審敗訴の判決後に控訴を提起すれば被告は控訴に応ぜざるをえないことになる。被告がそれにより蒙る時間的浪費は、和解を締結する場合以上に経済的負担になることが考えられる。この場合被告は訴が首尾一貫性を欠くと考えても和解に同意するであろう（Schneider, a. a. O., S. 150）。

(3)　訴訟上の和解の第三の問題点として、訴訟上の和解に既判力がないことが挙げられている（Schneider, a. a. O., S. 149）。我国にあつては、訴訟上の和解に既判力があるか否かについて周知のごとく学説は対立している。既判力否定説が多数説であるといつてよいが、否定説をとる限り、次のような問題点が指摘されるのである。すなわち、和解に既判力がないのであるから、当事者が和解の内容を承認し、そして和解条項を忠実に履行している限りにおいて、和解による法的紛争の解決が存続するにすぎない。当事者が和解を取消したり解除したり、あるいは和解条項の不履行をした場合には、和解による紛争解決は無効となり、新たな法的紛争が開始するというのである。しかし、和解条項の不履行に対しては、和解調書が債務名義であるがゆえに（ZPO七九四条一項五号、日本民訴法二〇三条及び五六〇条）、これに基づいて執行をもつて対抗することが

できる。既判力否定説をとる以上、訴訟上の和解の取消や解除が理論的に可能であることを認めるにしても、ドイツでは事実上は取消、解除の件数は実務上問題にする必要のない程に非常に少ないといわれている（Schneider, a. a. O., S. 149）。Schneider判事はその経験からすれば和解の取消、解除はKöln高等裁判所の各部においておそらく数年間のうちに一件くらいではないか、そしてそれらは確定判決に対するZPO五七九条及び五八〇条の無効の訴、原状回復の訴の数を下まわると思うと報告されている。私は我国の実務における和解の取消、解除の数を調査したことはないが、仮りに同じ傾向にあるとすれば、日独両民訴を通じて、和解に既判力がないことをもつて和解のデメリットと考えることはできないのではないかと思う。いわんや訴訟上の和解につき既判力肯定説をとれば（我国ではドイツ法におけるとは異り民訴法二〇三条の解釈上それをとる余地があることは周知の通りである）この第三の問題点をそもそも取り上げる必要がないといえる。

以上に述べたごとく、和解の消極的機能からして、簡易化法の和解奨励的規定に反対することはできないと考える。民事紛争の解決としては裁判による公権的解決よりも、和解とか調停による自主的解決が優先すべきであるとの立場を堅持するならば、訴訟のいかなる段階にあるかを問わず、したがつてたとえ上告審においても、和解による解決を推奨することが適当であると思われる。この意味ではむしろ簡易化法の和解推奨の立場は是認さるべきであると考える。

問題は、主要期日において迅速に事実関係、法律関係に関する審理が進み、その結果当事者に判決の予測がある程度可能になつた段階で一体訴訟上の和解を勧試してもそれが成立する可能性がどの程度あるかという点、換言すれば和解の成立を期待しうるかという点である。判決のある程度の予測が可能になれば、勝訴の予測をたてた当事者は和解の勧試に応じないことが予想される。勿論その場合でも全く和解の成立が期待できないわけではない。裁判の予測は必ずしも絶対的に確実なものではないから、予測の確実性の程度いかんによつては和解の成立が期待できる場合が考えられる。さらにまた、裁判は法律によつて行われるが、法律と実社会の行為規範との間にずれがある場合には（多かれ少なかれそのずれがある場合が多い

と思われるが）、勝訴を予測する当事者も社会生活の円滑な運用を考えて実社会の行為規範にしたがつて、裁判よりも訴訟上の和解をあえて選択することも考えられないわけではない。民事紛争の解決方式としては自主的解決方式が公権的解決方式に優先するという命題をたてる限り、いかに裁判の確実な予測が可能であつても和解を否定する理由はない。

〔後記〕本稿二については、ザールラント大学リュケ教授の簡易化法に関する講演原稿（未刊）を参照させて頂いた。一九七七年八月末にベルギーにおいて第一回国際民事訴訟法会議に参加した後約一ケ月ケルン大学法学部手続法研究所において簡易化法に関して資料を収集する機会を与えられた。機会を与えて下さつたフンボルト財団、資料収集に御協力いただいた右研究所長ケルン大学法学部バウムゲルテル教授、資料を提供していただいたリュケ教授に対し感謝の意を表したい。なお校正の段階で木川＝吉野・西ドイツにおける民事訴訟促進政策の動向（上）・判タ三五二号二三頁以下に接した。ここでは簡易法ではなく簡素化法という訳語が使用されている。

Ich möchte an dieser Stelle Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. G. Baumgärtel und Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. G. Lüke, die mir bei dieser Arbeit geholfen haben, und der Alexander von Humboldt-Stiftung, die mir die Gelegenheitgibt, diese Arbeit in Deutschland fertig zu machen, meinen herzlichen Dank aussprechen.

Prof. Dr. Akira Ishikawa