

**[翻訳] ビューロー 『訴訟抗弁論と訴訟要件・第六章第二節』 (一)**

著者	岡 徹
雑誌名	關西大學法學論集
巻	57
号	1
ページ	195-199
発行年	2007-06-15
その他のタイトル	[Translation] Oskar Bulow, Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, 1868, Sechstes Kapitel, Zweiter Abschnitt (1)
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10112/12372">http://hdl.handle.net/10112/12372</a>

〔翻訳〕

ビューロー 『訴訟抗弁論と訴訟要件・第六章第二節』(一)

岡 徹

以下は Oskar Bilow, Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, Giessen, 1868, Sechstes Kapitel. Die exceptio praejudicii, Zweiter Abschnitt. Das Präjudicialdekret und die Präjudicialrede (S. 121-) の日本語訳である。

第六章 先決の抗弁

第二節 先決の命令と先決の抗弁

継続中の、より重要な訴訟と、将来においてはじめて可能な、より重要な訴訟との区別——(1) 一般的な先決の禁止は継続中の訴訟の利益においてのみ——職権による、法務官の審理 Praetoria cognitio による実現——先決の命令——(2) 将来の訴訟の利益においての先決の禁止は例外的にのみ——被告の異議にもとづいて——先決の抗弁 exceptio praejudicii——法源におけるこの対比の証明

先決が阻止されるべきであるとの規律は、二つの異なった関係と意味をもっている。

しきの

(1) ある訴訟から、他のすでに同様に係属している訴訟に対して生じる先決 *praesudicium* と  
 (2) ある訴訟から、他の未だまったく提起されていない、将来においてはじめて可能な訴訟に対する先決が区別されるべきである。  
 両種の先決 *praesudicia* は、まったく異なる。それぞれは、特別の法制度を形作る。それぞれについて、特別の訴訟上の法的手段が存在する。

第一の種類の先決 *praesudicium* は、先決の抗弁の領域のまったく外部に横たわる。ローマ法では、ここでは、もっぱら法務官の審理 *praetoria cognitio* のみが生じる。二つの関連する請求が同時に、裁判所の審理の対象となった場合には、政務官 *magistratus* は、被告の抗弁をまっただ対応するのではなく、両訴訟の間での目的適合的な順序を定立するために職権で介入しなければならなかった。彼は、より重要でない訴訟を、より重要な訴訟の終結まで当然に中止した。政務官 *magistratus* のこの禁止的命令——これを、先決の抗弁との対比において、「先決の命令」と名付けよう——に関連するのは、1. 54 de *jud. cit.* のみならず、先決 *praesudicium* の阻止を問題とするローマの法学者たちの見解の大部分もまた、そうなのである。二つの関連する同時に係属している訴訟のうち、より重要な方が、より重要でない方に優先するということ、および、裁判所は、その訴訟指揮義務によって、この点について、自身で配慮しなければならないということは、まったく一般的に妥当する、すべての事例にとって正当な原則である。

これに対して、第二の種類の先決 *praesudicium* は、抗弁つまり先決の抗弁 *exceptio praesudicii* によって防止されなければならない。裁判所は、将来においてはじめて可能な訴訟については、職権で考慮するべきではない。将来の訴訟に対して先決が行なわれてはならないと被告が望むならば、彼は必要な申し立てをすべきである、つまり、先決をなすような訴訟を抗弁で阻止しなければならない。ここでは、もっぱら被告の私権が問題である。しかも、言葉の最も厳格な意味での抗弁権あるいは除外権が問題である。なぜなら、この権能は、原則的に、決して被告に帰属しないものだからである。将来の、より重要な訴訟に対する先決が行なわれてはならないという原則は、すでに提起された二つの訴訟のうち、より重要な方がまず判決されなければならないという原則ほど一般的に妥当するものではない。最初に提起された訴訟に際して発生するかもしれない先決 *praesudicium* に対しては、被告

はほんのわずかの特別の場合（相続回復請求訴訟 Erbschaftsprozess および土地所有権返還請求訴訟 Grundeigentumsprozess の利益において）異議を提出しうるにすぎない。

したがって、先決の抗弁 *exceptio praejudicii* の適用領域は狭く限界づけられている。それは将来の訴訟のためにのみ生じ（*[futuri enim iudicii, non facti nomine huiusmodi exceptiones comparatae sunt]*）<sup>(4)</sup>——そしてまたこれは一般的ではなくて、右の例外事例においてのみである。それは決して、すでに係属中の訴訟の利益には適用されない。係属中の訴訟に対する先決が行なわれてはならないということ、言葉をかえて言えば、その間に、より重要でない別の訴訟が優先したり、前者よりも先に判決がなされたりしないということのためには、すでに述べたように、別の、しかも、もっと包括的な方法で配慮がなされる。そのような先決 *praejudicium* は、つねに阻止される。審判人 *iudex* がこのことについて判断するのではない。必要な防止手段を職権で講ずるのは政務官 *magistratus* の職務である。——

この完全な区別の要点は、手続の外的な相違——まさにローマの方式書訴訟においてそうである——の中にあるのでは決してない。<sup>(5)</sup> 要点は、たとえば一方では審判人 *iudex* が、他方では法務官 *praetor* が審理するということではない。この形式的な差異は、両種の先決事例の間に深く横たわる内的な対立の、外的に特に鋭く現れる帰結にすぎない。

問題なのは、ほとんど名称によってのみ類似する二つの法制度の相違であり、このことは、まさにローマの方式書訴訟において守られた形式から完全に独立しており、また、その没落に決して影響されないものである。右の区別の内的かつ本質的なことは、最も簡単にはつぎのように要約される。

すでに提起された訴訟については、先決 *praejudicium* は、つねに、そして職権で防止され、将来の訴訟については、例外事例においてのみ、そして被告の異議によってのみ、防止される。

これは、今日においても、完全に正当である。複数の訴訟の順序の完全な理論は、今日の法によっても、この原則にもとづく。

現代の訴訟法学は、以前から、右の基本的な相違を顧慮していない。先決の抗弁の制度と先決の命令の制度、将来の訴訟の先決

praejudicium futuri iudicii と係属中の訴訟の先決 praejudicium pendentis iudicii 被告の申立による干渉と職権による干渉、とをそれぞれ相互に区別することをまったく怠っている。先決の抗弁の制度のみが知られており、そして、そこに、まったく異種の現在の訴訟の先決 praejudicium iudicii praesentis および職権による干渉の場合をも含ませているのである。このあいまいで不当な先決の抗弁の概念の、實際上まさに耐えがたい帰結は、以下の点に示されている。すなわち、将来の重要な訴訟に対する先決がより重要でない訴訟によって行なわれてはならぬということが、まったく一般的に職権によっても配慮されねばならぬと信じられている<sup>(6)</sup>、という点にである。

先決の命令と先決の抗弁の示唆された限界づけを個々のに貫徹し、また証明する前に、そこにおいて、主張された対立が最も明瞭に表明されている史料の証言を相互に対立させてみよう。

- (4) L. 13 de exc. 44, 1. 後出二二六頁を見よ。
- (5) Wetzell, S. 811, Anm. 65 が考えるように。だが他方で、彼は、区別自体は完全に正当と認める。——著者の以前の論文においては、この点がおそらくまだ十分に強調されていない。概して、この第二、四および五節において述べられた観察が、そこではまだ見出されないのである。人が一般的に、前掲の論文 Dissertation において不十分にしか論じられていない先決理論の全体の核心を見逃す、という経験は、著者に、この章において詳しく演繹すること——そのほかの場合、そうすることが著者のお気に入りである——が当たり前であるという決定をさせたに違いない。
- (6) Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten, § 26-35, 56-63 (とくに一八六頁、一八七頁、一九二頁、一九四—一九六頁、二〇五—二二〇頁) もまだこの見解にたっている。もっとも、われわれは、以前の言い知れないほど混乱した先決の抗弁理論に対する、きわめて著しい進展をはっきりと彼に感謝する。以前の理論については、たとえば Raevardus, libr. II. de Praejudiciis (in opp. Frankof. 1601, p. 815-867), Brackenhöft, die Identität und materielle Connexität der Rechtsverhältnisse, S. 351-463, Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 123ff, Zimmern, Geschichte des röm. Privatr. 3 § 96, Léist, de praejud. in concursu caus. crim. et civilium Goett. 1840, Savigny, System 6 S. 435-437. を見よ。当時、先決の抗弁と先決の命令の混同に、むしろこれらの概念と先決の訴訟、Präjudicialklage (この意味での先決 praejudicia) および中世において発見された

先決の点、Präjudicialpunktの思ひ違ひが付け加わった。人は、この紛糾からまったく抜け出すことができなかったのである。著者の Inauguraldissertation の de praej. formulis Bratislav. 1859, § 2 を参照せよ。——Planck の理論は、本質的には以下の如き見解である。Púchta, Institut. 2 § 171, Keller, Civilpr. § 43, Rudórf, Rechtsgesch. 2 § 33, S. 118, Buchka, Einfluß des Processes 1 S. 309-311. Endemann, Princip der Rechtskraft S. 83-87, 146, Héftér, System S. 113, Wetzell, System 1. Aufl. S. 705-716 (この版の十一頁に Planck とともに見出される、非常に注目すべき点があるが、右の理論は、あつては不可避の矛盾に陥つて) Bülow, de praej. except. p. 50 を見よ) Demburg, Verh. der hered. pet. z. d. Singularkl. 1852 及びその exceptio quod praejudicium hereditati non fiat の如きものより詳細な研究——この間に Renaud, Civilproceßrecht § 152 S. 401-40 だけは、著者の論文に従つて、以前の誤りと遠慮なく絶交して居る。Bethmann-Hollweg, Civilproceß 2 S. 400-403 は、少なくとも、exceptio praejudicii のより一般的な意味を主張する。Wetzell, System, zweite Aufl. S. 811-816 は、それはローマの方式書訴訟にとつて正当な区別であつて、そこにのみ根があり、それとともに廃止されたと考え、そして、この変更を I. 12 C. de hered. pet. 3, 31 から証明しよう (これについて、後出第三節、一四五頁以下を見よ) とし、その結果、彼は、Planck と一致する、以前の叙述に際して、それを今日の法についてそのままにしている。ついでだが、彼は、ローマの諸原則は現代の法においても決して変更を被らなかつた、と認める (八一五頁)。支配的な見解に対して著者によつて表明された疑念を放置するのは、Francke, Commentar über den Pandektenitel de hered. pet. Gött. 1864 である。彼は、なおも、古い観点到完全に立脚しつづけている。