

ドイツ普通法における条件付命令訴訟

——督促手続の前身として視点から——

小 池 和 彦

1 はじめに

我が国の明治23年の民事訴訟法における督促手続（第382条ないし395条）は、いうまでもなく1877年1月30日のCPO（ドイツ民事訴訟法）のそれを継受したものである。ドイツにおいてその歴史をたどると、普通法の命令訴訟（Mandatsprozeß）⁽¹⁾にその前身⁽²⁾を見いだすことができる⁽³⁾。命令訴訟とは、被告が、原告の一方的な申立てに基づいて直ちにあるいは一定期間内に原告を満足させるよう裁判所に要求される手続である⁽⁴⁾。命令訴訟には、被告が債務の履行を条件なしに要求される場合（無条件命令訴訟）

(1) 「裁定訴訟」（ミッタイス／世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説（改訂版）』昭和46年496頁）、あるいは、「令状訴訟」（鈴木正裕「近代民事訴訟法史・ドイツ」2011年412頁注⑧）とも訳される。

(2) 松浦馨「略式訴訟の必要性和その性格」民訴雑誌11号1965年25頁、鈴木・前掲412頁注⑧参照。

(3) 督促手続のさらなる起源や類似性を、ゲルマン法に求める文献（Skedl, Das Mahnverfahren, 1891, S. 1; キョヴェンダ／中野貞一郎訳『民事訴訟におけるローマ的要素とゲルマン的要素』1989年147頁注(10)）とローマ法の特示命令訴訟（Interdiktenprozeß）に求める文献（Goldenring, ZZP 1(1879), 449 (450); Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, 1850, S. 444）がある。

(4) Bülow, Allgemeines deutsches Zivilprozeßrecht (Vorlesungsnachschrift von Fechner aus dem Wintersemester 1868/69), Hrsg. u. eingeleitet von Braun, 2003, S. 260 f.

と、条件を伴って要求される場合（条件付命令訴訟）とがあるが、ここで特に中心的に扱うのは後者である。

本稿は、Helmreich⁽⁵⁾の著作および引用文献を手がかりとして、主として19世紀の普通法の条件付命令訴訟の手続を具体的に紹介することを目的とする。

2 略式訴訟としての命令訴訟

一 ドイツ普通法の通常訴訟は、その方式厳格性故に、鈍重かつ固定的であり、ある請求権を裁判上確定するまでにあまりに煩雑で長期に渡る裁判を強いられた。そのために、原告に迅速な満足を与えることを可能にする各種の略式訴訟（summarischer Prozeß）が必要とされ、発達したといわれる⁽⁶⁾。

二 略式訴訟は、大きく二つに分類された。一つは、通常訴訟の基本原則は維持しながらも、期間を短縮し期日や書面を削減するなどの形式的方法によって手続の迅速化を図ろうとするものである。規則的＝不定式の略式訴訟（regulär = unbestimmt summarische Prozesse）と呼ばれる⁽⁷⁾⁽⁸⁾。

(5) Erscheinungsformen des Mahnverfahrens im deutschsprachigen Rechtskreis, 1995, S. 5-13.

(6) 略式訴訟の意義については、松浦馨「略式訴訟の概念と本質(1)」法協77巻5号1961年489頁以下参照。

(7) 松浦・前掲（前注(6)）493頁および496頁注(2), エンゲルマン／小野木＝中野編訳『民事訴訟法概史』2007年402頁以下（Engelmann, Der Civilprozess. Geschichte und System, Bd. 2, Heft 3, 1895, S. 168 f.）。

(8) 後者の略式訴訟には該当しないが、しかし、迅速な処理を求める場合に、裁判所の職権又は両当事者の合意によって導入することが許された。代表的な適用例として、少額事件（Bagatellsache）がある（Ahrens, Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess, 2007, S. 33 f.）。

これに対して、通常訴訟とは異なる手続進行⁽⁹⁾で手続の迅速化ないし簡略化が図られる訴訟形式が、不規則的＝定式の略式訴訟 (irregulär = bestimmt summarische Prozesse) である。本稿で扱う命令訴訟 (Mandatsprozeß) は、後者の略式訴訟に分類される⁽¹⁰⁾。

三 略式訴訟としての命令訴訟の特色は、上述したように、原告の一方的な申立てに基づいて、被告にあらかじめ抗弁を提出する機会を与えることなく、裁判官による命令が発令されることにある。この、原告を満足すべき旨 (Klaglosstellung), すなわち、給付ないし支払を命ずる裁判官の命令 (Befehl) が、Mandatである⁽¹¹⁾。

四 かかる命令訴訟にはさらに、①条件付きの命令訴訟 (bedingter Mandatsprozeß; mandata cum clausula) と、②無条件の命令訴訟 (unbedingter Mandatsprozeß; mandata sine clausula) とがあった。両者の違いは、裁判所が債務の履行を命ずるにあたり、条件を付与するかどうかである。具体的には、前者の条件付きの命令訴訟の場合には、裁判官が設定した一定の期間中に (Partitionsfrist と呼ばれる)、この裁判官の命令に対して、被

(9) 給付訴訟においては、通常、「原告の主張」→「被告の防御」→「裁判」→「執行」という手続進行をとるところ、命令訴訟の場合には、被告の防御に先行して裁判がなされ執行が可能となる。被告の防御は、その後、異議の提起という形でなされる (林屋礼二「民事保全の史的考察」『民事保全講座 (第一巻)』1966年23頁以下参照)。

(10) 条件付きの命令訴訟には、命令訴訟の他に、原告の証明 (書証) が被告の防御に先だって申し立てられる執行訴訟 (Executivprozeß)、被告の防御と判決なしに直ちに執行がなされる仮差押訴訟 (Arrestprozeß) がある (松浦・前掲 (前注(6)) 494頁, エンゲルマン・前掲405頁以下 (Engelmann, aaO., S. 172 ff.) 参照)。

(11) Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses 1845, S. 148; Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses 1850, 7 Aufl., S. 443.

告が抗弁 (Einwendung) を提出することができる旨を明示した条項 (justifikatorische Klausel; clausula justificatoria)⁽¹²⁾ があらかじめ付される。これに対して、かような条項を付することなく、被告に定言的に債務の履行・給付を命じる場合が、後者の無条件命令訴訟⁽¹³⁾ である。

無条件命令訴訟は、原告が自己の請求権を、それに対する有効な防禦が見込めないほどに理由付けし証明ないし疎明した場合にのみ発令された⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾。これに対して、本稿で取り上げる督促手続の前身としての条件付きの命令は、緩やかな要件で発令される。以下、この手続を概観してみよう。

3 条件付命令訴訟の手続

(1) 請求適格

条件付きの命令訴訟の請求適格については、包括的で明確な規定がなく、「事件の性質」(die Natur der Sache) に従って決せられた⁽¹⁶⁾。また、Mandatの発令および Partitionsfrist の付与は広範囲に裁判官の裁量に任されていたとされる⁽¹⁷⁾。

条件付きの命令訴訟は、金銭の支払請求については請求額にかかわりな

(12) Bayer, Theorie der Summarischen Prozesse nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Rechts, 1846, 6. Aufl., S. 19.

(13) Bayer, aaO., S. 23 ff.; Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, 1850, 7. Aufl., S. 444 ff. なお、無条件命令の場合でも被告は命令を順守した後に自己の抗弁を主張できた。

(14) Helmreich, aaO., S. 6; Bayer, aaO., S. 19 ff.; Linde, aaO., S. 444;

(15) 適用例として、公的な債務証書により証明できる契約上の請求の場合などがある(松浦・前掲496頁以下注⁽³⁾, エンゲルマン・前掲407頁以下 (Engelmann, aaO., S. 175 f.); Bülow, aaO. (前注⁽⁴⁾), 260 f.)。

(16) Helmreich, aaO., S. 7.; Bayer, aaO., S. 49 f.; Skedl, aaO., S. 87.

(17) Heffter, System des römischen und deutschen Civil-prozeßrechts, 1843, 2. Aufl., S. 503.

く利用し得たが、それ以外の請求について条件付命令訴訟を発令し得たかどうかは¹⁸⁾、裁判所の慣習に応じて異なって判断されたようである。

条件付きの命令訴訟は、無条件命令訴訟には該当しないが、しかし、叙事的請求原因 (historischer Grund der Klage) が非常に確からしく思われ、被告が抗弁を提出することが予期されないような場合に適用された¹⁹⁾。なお、普通法上の規定に条件付命令訴訟に関する特別規定がない場合には、通常手続に関する規定が準用された²⁰⁾。

(2) 条件付命令訴訟の申立て

条件付きの命令訴訟の申立ては、通常訴訟の場合と同様に、訴状 (正・副) を提出することでなされる²¹⁾。ただ、通常手続と区別するため、その申立てで条件付きの命令訴訟の発令を求める点を明確にしなければならず²²⁾、また、訴状は「Imploration」、原告は「Implorant」または「Impetrant」、被告は「Implorat」または「Impetrat」と呼ばれた²³⁾。

原告は、訴訟要件 (alle Erfordernisse einer zweckmässigen Klage) を具備したうえで、自己の主張する請求権の正当化に必要な理由および事実を提出しなければならなかった²⁴⁾。また、全ての権利根拠的事実は「証明

18) 全ての請求権について許容されるとする文献もある (Goldenring, aaO., S. 450; Bülow, aaO. (前注4), S. 261)。

19) Bayer, aaO., S. 50; Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, 1850, 7. Aufl., S. 444.

20) Vgl. Osterloh, Die summarischen bürgerlichen Prozesse nach dem Königliche Sächsischen Rechte, 1847, 2. Aufl., S. 4.

21) Peters, Die geschäftliche Behandlung der Mahnsachen, 1889, S. 29.

22) Schmidt, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses (3. Teil), 1845, S. 166; Bayer, aaO., S. 53.

23) Peters, aaO., S. 29; Bayer, aaO., S. 53; Bergmann, Grundriss einer Theorie des deutschen Civilprocesses, 1827 (Neudruck 1973), S. 249.

24) Linde, aaO., S. 446; Schmidt, aaO., S. 166.

または少なくとも相当程度疎明 (bewiesen oder doch wenigstens gohörig bescheinigt)²⁵⁾されなければならなかったが、ただ、条件付きの命令にあっては無条件の場合とは異なり、その証明の程度は、「確からしさ (Wahrscheinlich)」で足りた²⁶⁾。なお、口頭での申立ても許されていたという²⁷⁾。

(3) Mandat

Mandat の発令権は裁判官にあるが、ライヒ法にはこれに関する包括的な定めはなく、広範囲に裁判官の裁量に委ねられていたとされる²⁸⁾。裁判官が、原告の申立てを審査し条件付命令の発令要件を充足していると判断すれば、訴状とは別に書面を作成し、これを訴状と共に被告に送達する²⁹⁾。

Mandat は、以下の(記載)内容からなる。すなわち、まず、その核心となるのが、裁判所の被告に対する、原告を満足させるべき旨の要求である。いわゆる給付命令 (Leistungsbefehl) ないし支払命令 (Zahlungsbefehl) である³⁰⁾。

さらに、この給付命令に対しては、裁判官によって一定の期間(ないし期日)が設定され、この期間内または期日に、被告は裁判所に出頭したうえで、抗弁 (Einwendung) ないしは命令を順守できない理由 (Weigerungsursache)³¹⁾を提出できるし、あるいは、当該命令を受け入れる旨を

25) Skedl, aaO., S. 69.

26) Linde, aaO., S. 449; Bayer, aaO., S. 31.

27) Linde, aaO., S. 446; Bayer, aaO., S. 31.

28) Vgl. Heffter, System des römischen und deutschen Civil-prozeßrechts 1843, 2. Aufl., S. 503.

29) 命令書自体は訴状とは別個の書面であるが、命令書には訴状との一体性が明示されるという (Peters, aaO., S. 29)。

30) 狭義の意味における Mandat とも呼ばれる (vgl. Linde, aaO., S. 444)。

31) Engelmann, aaO., S. 175 f. (エンゲルマン・前掲408頁以下参照); Lind, aaO., S. 449.

裁判所に証明しなければならなかった。かかる期間が Paritionsfrist である⁶²⁾。このように、Mandat では、前者の給付命令と後者の召喚命令とが一体化していることが大きな特色であった⁶³⁾。

なお、Mandat は、被告を審尋することなく一方的に下される決定 (Dekret)⁶⁴⁾ であり、Paritionsfrist を徒過しても Mandat は既判力を生じない。

(4) Mandat の発令後の手続

Mandat の発令後の手続は、被告の対応如何によって、次の三つの場合が考えられる。

a) 被告が、Mandat に従って債務を履行し、かつ、これによって原告が満足した旨を一定期間内ないし期日に裁判所に出頭したうえで証明した場合である。この場合には、これにより目的は果たされたので命令訴訟は終了する⁶⁵⁾⁶⁶⁾。ただし、支払命令は既判力が生じないから、被告にはなお、支払命令に対して後に訴えを提起してその訴えの中で抗弁を提出することが留保されていた⁶⁷⁾。

b) 逆に、被告が Mandat に対して自己を防御するために、一定期間内な

⁶²⁾ 召喚期間 (Ladungsfrist)、異議期間 (Widerspruchsfrist) とも称される (Vgl. Helmreich, aaO., S. 9)。

⁶³⁾ Bayer, aaO., S. 32; Engelmann, aaO., 1895, S. 175 f. (エンゲルマン・前掲 407頁以下も参照)。

⁶⁴⁾ Bayer, aaO., S. 47; Schmidt, aaO., S. 157.

⁶⁵⁾ Linde, aaO., S. 447; Schmidt, aaO., S. 157 f.

⁶⁶⁾ 被告の債務弁済が一部にとどまった場合には、状況によって残債務支払のために猶予期間の付与が許された (Linde, aaO., S. 447 FN 6)。

⁶⁷⁾ Heffter, aaO., S. 502; Linde, aaO., S. 447; Schmidt, aaO., S. 157.

いし期日に出頭し、そこで抗弁を提出した場合である。この抗弁の提出は応訴 (Klageeinlassung) という手続によりなされる³⁸⁾³⁹⁾。被告の応訴があると、命令訴訟は通常訴訟に移行し、通常手続での弁論手続が行われる。そこで裁判所は、Mandat が正当であると判断すればこれを維持する判決を下し、そうでなければ訴えを排斥する⁴⁰⁾。

c) 問題は、被告が、発令された Mandat を順守しない場合、すなわち、命じられた給付もしなければ期日にも出頭しない場合である。この場合には、原告の申立てがあれば⁴¹⁾、Mandat で命じられた被告に対する支払命令が、今度は判決という形式で新たに下される。被告が、この判決にも従わなかった場合には、さらに原告の執行の申立に基づいて強制執行がなされることになる。

すなわち、被告が裁判所の命令に従うべき義務に反したこと (Ungehorsam) を根拠として、原告の申立てがあると裁判所は、Mandat を更新 (Erneuerung) ないし転換 (Verwandlung) して、欠席判決 (Kontumazialerkenntnis) を下すことができた⁴²⁾⁴³⁾。この欠席判決の中で、被告に対する給付命令の他

38) Goldenring, aaO., S. 449 (450); Bayer, aaO., S. 51.

39) 後の簡易な不服申立て方法である異議は、普通法にはまだないものである (Helmreich, aaO., S. 10)。

40) 普通法上、Mandat の維持を浄化 (Purifizieren) と称するとのことである (Helmreich, aaO., S. 11 FN54)。

41) Skedl, aaO., S. 59. なお、条件付の命令の失効期間を6ヵ月とする立法案があった (Leonhardt, Allgemeine bürgerliche Proceßordnung für das Königreich Hannover von 4.12.1847, 1848, bei Dahlmanns, Neudrucke zivilprozessualer Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Bd 1, 1971, S. 148 f. (ABPO 1847 Art. 213 Abs. 3))。

42) これは、欠席起訴 (accusatio contumaciae) の制度と呼ばれる (Helmreich, aaO., S. 10 FN 48; vgl. Peters, aaO., S. 27; Bayer, aaO., S. 54; Schmidt, aaO., S. 166; Engelmann, aaO., S. 175)。なお、エンゲルマン・前掲378頁も参照した。

に、①給付ないし履行のための一定の期間⁴⁴⁾が設定され、かつ、②その期間内に給付がなされなければ強制執行を実施する旨が警告された。しかし、被告がこの判決にも従わない場合には、原告の執行の申立てに基づいて、強制執行が実施されることになる⁴⁵⁾。

なお、欠席判決に対しては、被告は通常の上訴 (ordentliche Rechtsmitteln) を提起することができたが、被告がこれを行わないと、判決は既判力を生じる⁴⁶⁾。

4 普通法における強制執行⁴⁷⁾

一 普通法における強制執行は、判決裁判所 (Prozeßgericht) が管轄した⁴⁸⁾。執行は、債権者の申立てによって開始される⁴⁹⁾。裁判官は右申立てを審査したうえで、債務者に対して、一定の期間⁵⁰⁾を設定し、その期間内に判決で命じられた債務を履行すべき旨を命じるとともに、併せて、その中で、もし当該期間内に履行しない場合には強制執行を実施する旨を警告した⁵¹⁾。

43) 出頭期間を懈怠したことでMandatに対する抗弁は失効する (Schmidt, aaO., S. 158)。

44) オーストリア民法 (Gesetz vom 1. 8. 1895, RGBl 113) 409条1項にも、判決において給付義務を課す場合に、この給付のための期間 (Frist für diese Leistung; 原則14日間) も同時に定めることができる旨の規定がある (『オーストリア民事訴訟法典』平成9年137頁参照)。

45) この執行手続については次章4二参照。

46) Helmreich, aaO., S. 10.

47) 和田吉弘「CPO 成立過程における判決手続と執行手続との関係」『民事訴訟法理論の新たな構築 (下巻)』平成13年775頁以下を参照した。

48) Leonhardt, Die Justizgesetzgebung des Königreich Hannover, Bd. 2, 1851, S. 214; Heffter, aaO., S. 621; Linde, aaO., S. 461.

49) Schmidt, aaO., S. 336 f., S.342.

50) この債務履行期間は、命令訴訟の場合と同様に、Paritionsfrist と呼ばれる (和田・前掲779頁; Wetzel, System des ordentlichen Zivilprozesses, 1878, 3. Aufl., S. 986)。

51) Heffter, aaO., S. 630.

この命令が、いわゆる支払命令 (Zahlungsbefehl)⁵²⁾ である。

支払命令に対して、債務者が上記の期間を徒過すると、債権者はさらに今一度申立てをする必要があり、これに基づいて裁判所は、執行決定 (Vollstreckungsbeschluss) をなし、強制執行が実施されることになっていた⁵³⁾。この裁判所による執行決定は、執行命令 (Vollstreckungsbefehl) とも呼ばれた⁵⁴⁾。

二 普通法における執行は通常、以上のように、支払命令および執行命令という手続を踏んで本来的な執行が実施されることになる。しかし、本稿の課題である条件付命令訴訟における (欠席) 判決に基づく強制執行の場合には、債務名義となる判決 (Präjudiz) の中ですでに、債務者に対して債務の履行が命じられ、強制執行を回避するための支払期間が設定されているため⁵⁵⁾、その期間が徒過すれば債権者は執行の申立てをすることで、支払命令という段階を経ることなく、直ちに強制執行が実施できた⁵⁶⁾。

5 一応のまとめ

条件付命令訴訟の特色は、次のように要約されよう。すなわち、条件付命令訴訟は、手続の簡素化・迅速化を可能にするために訴訟手続の特別手続と位置づけられる。命令訴訟の関心事は、債務の履行を懈怠する債務者

52) 古くは、Gebotsbrief (Pollak, Systematische Stellung des Mahnverfahrens, ZJP 19 (1894), S. 126 (129); Heffter, aaO., S. 630 FN 65), あるいは, Zahlungsgebot (Schlüter, Commentar zur allgemeinen bürgerlichen Prozess-Ordnung, Bd. 2, 1863, S. 225 ff.) と呼ばれた。

53) その後の執行手続についての詳細は、和田・前掲779頁以下参照。

54) Vgl. Leonhardt, aaO. (前注4)), S. 203 (ABPO 1847 Art. 268 Abs. 2).

55) 前章3(4)c参照。

56) Schmidt, aaO., S. 343 FN 5.

に、如何にしてその履行を促すか、である。そのために、まず、条件付命令（決定形式）が発令される。しかし、債務者がこれに従わない場合には、債権者は新たな申立てをして（欠席）判決を得るための手続が必要になる。普通法における強制執行は原則として判決を基礎としていたからである。債権者は、かような手続を経ることで最終的に強制執行が実施できた。⁵⁷⁾ 他方、債務者は、Mandat に対しては抗弁で、欠席判決に対しては通常の上訴で対処できた。

かかる二段階の手続構成は、1877年の CPO の督促手続にも採用され、それ以降の手続⁵⁸⁾ にも大きな影響を与えた。条件付きの命令訴訟が督促手続の前身といわれる所以である。

6 補 論

以上で概観した普通法の条件付きの命令訴訟の代わりに、ヘッセン（大公国）には、裁判所を通して債務者に債務の履行を求める特別法（「争いのない債務事件に関する手続」法・1829年）⁵⁹⁾ が存在した⁶⁰⁾。

これによると、債権者は、債務者が債権の存在（Rechtlichkeit）を争わないであろうと判断する場合には、裁判所に対して、「債権の額及びその根拠となる法律上の権限（Rechtstitel）」を記載する督促状（Mahnzettel）を債務者に送達（insinuieren）するように、申し立てることができた（1条1項）。申立てに裁判所管轄権（Inkompetenz）の不存在、または、「債

⁵⁷⁾ 以上について、Helmreich (aaO., S. 12 f.) を参照した。

⁵⁸⁾ 野村秀敏「督促手続」『講座・新民事訴訟法Ⅲ』平成10年263頁以下参照。

⁵⁹⁾ Gesetz von 31.12.1829, das Verfahren in unbestrittenen Schuldsachen bei den Untergerichten in der Provinz Starkenburg und Oberhessen betreffend, Archiv der Großherzoglich Hessischen Gesetze und Verordnungen. Bd. 5, 1837, S. 343.

⁶⁰⁾ Bülow, aaO. (前注(4)), S. 261.

権に明白な法律違反」がなければ、裁判所は、督促状を被告宛てに送達し、一定の期限を付して強制執行を警告したうえで、債務者に、債権者を満足させるか、または、抗弁 (Einwand) の提出を表明するかを選択を迫ることになる (2条)。しかし、債務者がこのどちらの要求にも応じない場合には、裁判所は、債権者の申立てを受けて改めて、債務者に、一定期間内に強制執行を回避するために債権者を満足すべき旨を命ずる (3条2項)。この債務者に対する命令 (Befehl) が発令されと、手続は執行手続 (Exekutionsinstanz) に移行する (4条1項)。この命令 (いわゆる執行命令) に対しては、その手続で許容される抗弁 (Einrede)、すなわち、原状回復 (Restitution) だけが可能である (同条2項1号)、と規定していた。

このヘッセンの督促手続について、Braunは、上記の申立事項や裁判官の審査義務の規定から推測されるように有理性審査を前提としないが、かかるモデルの場合には、執行命令の既判力適格を正当化する根拠はひとり、債務者の無為に対する認諾の擬制 (Anerkenntnis; confessio in iure) であると指摘している⁶¹⁾。

1976年のいわゆる簡素化法⁶²⁾による督促手続の改正 (有理性審査の廃止) を契機としてドイツで大きな議論となったのは、まさに、督促手続における有理性審査の有無と (執行命令の) 既判力の根拠ないし効果、あるいは債務者、とりわけ消費者の救済策をめぐる問題であった⁶³⁾。

以上

61) Bülow, aaO. (前注(4)), in Einleitung des Herausgebers (Blaun), S. 47 f.

62) Gesetz zur Vereinfachung u. Beschleunigung gerichtlicher Verfahren von 3.12.1976, BGBI, 3281.

63) 池田辰夫「新世代の民事訴訟と民事訴訟法」『新世代の民事裁判』1996年(初出1992年)15頁以下、拙稿「督促手続の改正について」『民事手続法の改革』1995年201頁以下参照。

追記

永井博史先生のご冥福を心よりお祈り申し上げます。