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

Title	フリッツ・バウル著「非訟事件」(第一巻手續法總論)
Sub Title	Dr. Fritsz Baur : Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1 buch, allgemeines Verfahrensrecht
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1956
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.29, No.10 (1956. 10) ,p.69- 82
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19561015-0069

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.

目錄編には、各文書の體裁と内容が詳細に示されている。その豊富な内容をみるにつけ、穗積博士非擔當部分に關する資料（梅、富井兩博士の文書中に含まれていたと思われる）の缺除が、いまさら一層惜しまれる。また、舊民法關係の貴重な草案類の若干が含まれているのが注意をひく。さらに入會權に關する調査書がかなりの分量含まれているが、將來、この方面の研究に有益な材料となるであろう。

資料編には、本文書の中で基礎的資料と思われるものの若干が、原文のまま覆刻されている。すなわち、法典調査規程、法典調査規程理由書（以上何れも三起草委員作成案）、法典調査規程（内閣送第三號）、法典調査の方針、改正法典調査規程、會議進行に關する申合規則、乙號議案（起草委員が豫め調査會の承認をうるため提出した議案―手塚註）、議席見取圖、編別目次假案、前三編議會提出理由說明草稿等の文書及び穗積文書ではないが、陳重博士夫人歌子氏の日記から法典調査會關係記事を抄錄したものが揭載されている。

○

穗積文書の寄贈を契機として、東京大學法學部内には我妻榮教授を中心とする「民法成立過程研究會」が結成され、本文書の整理および本書の公刊も、その事業の一部としてなされたものである。近き將來かならずや見事な成果を世に送られることであろう。また、本書の序文に、我妻教授が「民法の研究に從事する學徒に對して、民法成立の歷史に關心をもちこの文書を利用されることを希望する」といわれるごとく、さらに多くの人々が本文書を利用し、明治民法制定史の研究に飛躍的發展をもたらし、あるいはすくなくとも前三編は現行法である明治民法の註釋學的研究に一層のふかみを加えることを確く信じて疑わない。その際、本書はもつとも有力なガイドブックの役割を果すことであろう。否、本書なしに、厖大な文書と取組むことは到底不可能と考えてよかろう。また、穗積文書の直接の利用までは考えない人々に取つても、本書の解說編は、明治民法編纂史研究の最高水準を示すものとして正に一讀の價値がある。廣く民法に關心を寄せる人々に、本書をおすすめする次第である。

なお、本文書の重要部分および明治民法關係以外の穗積博士舊藏資料についても、將來公刊の豫定と聞くが、一日も早く實現されることを期待したい。（有斐閣發賣　頒價二五〇圓）（手塚　豊）

Dr. Fritz Baur: Freiwillige Gerichtsbarkeit

1. Buch, Allgemeines Verfahrensrecht, 1955, Mohr.

フリッツ・バウル著「非訟事件」

（第一卷　手續法總論）

（一）

一　最近三十年間の獨逸における社會的變動は、本來非訟事件に

屬しない一定の法律關係をも、嚴格に實體法を適用し民事訴訟により裁判する事を不適當ならしめ、裁判官のより自由な立場を強調する手續を必要とするようになつた。ここに非訟手續はその適用領域を擴大した(所謂非訟事件の新領域と舊領域)。これがため獨逸においては非訟事件の統一的解釋に種々の問題が生じた事は看過出來ない。これらの問題の解決こそ現在の獨逸非訟事件法學に課せられた重要な課題であろう。

二　かかる非訟事件の擴大は第一次大戰後獨逸の非訟事件法學を停滯せしめた。それ以前の教科書・コンメンタール・論文は舊領域にのみ關するものであつた。もちろん最近 Keidel (6 Aufl. 1954), Schlegelberger (6 Aufl. 1952) 等の秀れた註釋書も出ているが、體系書は僅かである(例えば入門書であるが Lent, Freiwillige Gerichtsbarkeit)。著者も述べるように、本書は „Lehrbuch“ であると同時に、從來のかかる缺點を補う四百頁からなる本格的體系書である點で劃期的である。

三　本書は非訟事件手續總論で、各論は近刊の第二部に收められる。

(二)

一　本書は七編三四章からなり、その內容は、第一編　司法組織の範圍內における非訟事件の地位、第二編　非訟事件を司る機關、第三編　關係人、第四編　手續過程、第五編　裁判所の裁判、第六編　裁判所の處分取消—上訴、第七編　費用法、である。

二　以下順次紹介する。

第一編は三章よりなる。

第一章　非訟事件の本質と使命。著者はこの問題を「法により規律された國家裁判權の行使」「freiwillige」「非訟事件の新しい領域」(新舊兩領域を含む)の三點から檢討し、第一點からは非訟事件と他の裁判權との區別を見出すことが出來ず、第二點からは新領域の非訟事件を解明し得ないとし、結局兩手續の本質的差異を、合目的性の觀點からする手續形成の差異(すなわち彈力的手續形成・裁判の變更——上訴に非ず——・裁判の實體法的內容に關する裁量の餘地等の點で民事訴訟とは異るとする)に求めている。第二章　非訟事件と他の國家行爲の區別。(A)行政および行政裁判權の活動領域と非訟事件との限界を裁判所法(以下 GVG と略す)一三條(普通裁判所の管轄規定)一七條(管轄に爭いある場合の規定)に求めるが、法律上示された事件のみが非訟事件であるから問題はないとしている。移送・前提問題の裁判について民事訴訟法(以下 ZPO と略す)二七六・一四八條の準用を認める一方、行政行爲・行政裁判所の裁判による非訟事件裁判所の拘束、およびその反對の場合を論じる。又(B)訴訟事件との區別においては、四つの學說、卽ち目的說(Die „Zwecktheorien“)(これは更に三分される)客體說(Die „Objekttheorien“)手段說(Die „Mitteltheorien“)實定說(Die „positivistischen Theorien“)を檢討し、前三說のいずれによるもすべての場合に通用する理論的限界を求めることは出來ず、限界の探究は唯兩手續の本質的特性を指摘してその疑點の解決に役立つに過ぎぬとする。そして何が非訟事件かは結局實定法によるべきことを指摘するが、これは實定說が消極的に訴訟裁判權

の管轄なき場合はすべて非訟事件であるが如き印象を與えるのとは異る。そこで當然法が何を非訟事件とするかの考察がなされ、それと關連して次の事を論じている。(a)當事者が手續の選擇を誤つた場合につき、先ず移送か、却下とすれば管轄がないからか又は訴訟事項ではないからかの問題を提起し、申立は不適法として却下、當事者間の管轄及び移送の合意を認めないとし、(b)裁判所が兩手續の選擇を誤つて審理した場合につき、裁判の效果如何、無效か取消かの問題を提起して原則として無效說をとり、(c)兩手續相互の拘束—前提問題に關する權限につき前提問題が訴訟裁判所の管轄に屬する場合中止義務ありや、裁判の相互的拘束性ありやの二問題を提起し、兩裁判所は相互に他の裁判權に屬する前提問題の裁判とは無關係であるから、中止權のみ存し延期義務はないとして、相互の拘束性も否定している。第三章　非訟事件の法源。(1)まずブンデスレヒトとランデスレヒトの關係につき、連邦基本法（GG）七四條一・二號からブンデスレヒトが非訟事件につき完結的な規律をしていないことを指摘し（例えば FGG 二〇〇條Ⅰ項、一八九～一九三條等、例外土地登記法—GBO—）、ランデスレヒトによる規律の餘地を認める。(2)次に非訟事件に關する中心的法律である非訟事件法（以下 FGG と略す）、其の他各種のブンデスレヒトを概觀している。ここでは FGG そのものがそうであるように、一條乃至三四條の總則規定は完全（erschöpfend）且排他的（ausschließlich）規定ではない事が强調されている。又 FGG 以外のブンデスレヒト中には補充的なものとそれ自體完結的な法（例えば GBO）とがあるとしてこれを說明している。

第二編は非訟事件の機關について第四章から第十一章迄の八章からなる。

第四章では本編で取扱う機關を概觀している。非訟事件を取扱うのは主として裁判所であるから（FGG 一條）五章から八章迄をこれにあて、九章で公證人、十章でその他の官廳を說明している。第五章　非訟事件裁判所の構成。(1)裁判所法施行法二條の規定にも拘らず、原則として普通裁判所が非訟事件裁判所となる爲、GVG の規定が非訟事件裁判所にも適用されるとし、これは FGG が當然のこととして認めるところであるとする（例えば FGG 三〇條をみよ）。從つて裁判所の構成 Besetzung、事務の配分、評議裁決については、GVG が準用される。(2)非訟事件の裁判官についても、裁判官の資格とその職務上および身分上の獨立の點で GVG の準用を認めている。更にその職務義務違反の責任について、裁判官の特權に關する民法八三九條Ⅱ項が適用なく同條Ⅰ・Ⅲ項が適用されるとしている。これは同條Ⅱ項の Urteil が法的紛爭を裁判し審級を終らせるもののみを意味するからであり、從つて、訴訟非訟事件（所謂眞正訴訟事件）で審級を終結する裁判なる場合は本項が適用されるという。(3)更に非訟事件を司る裁判官として、司法補助官（Rechtspfleger）Baden の公證人（Notare）、および Württemberg の公證人（Bezirksnotare）に言及し、限定された範圍で設置される非訟特別裁判所を說明する。第六章　非訟事件裁判所の事物管轄。(1)概念を提示し、非訟事件の第一審裁判所である簡易裁判所（Amtsgericht）と地方裁判所（Landgericht）に對する、および同一裁判所內の異つた構成と使命をもつ部（Spruchkörper）間における事務

の配分の問題であるとする。從つて非訟事件と訴訟事件との區別の問題（事物管轄は同一手續内で問題となる點で異る）や職分管轄とは嚴に區別さるべきであるとしている。(2)事物管轄の配分について最初の管轄權（Eingangszuständigkeit）は原則として簡易裁判所にあるが、最近の法律中には、地方裁判所に或いは訴訟物の價額により双方の何れかに管轄を認めるものがあることを指摘する。(3)事物管轄違反の效果については、通說が無效說をとるに反し取消說をとつている。これは通說が事物管轄の範圍の點で著者とは異る爲である。第七章　非訟事件裁判所の土地管轄。(1)概念を規定し、事物管轄あるいずれの裁判所が具體的場合に裁判權限をもつかの問題であるとし、次に(2)土地管轄の連結點として種々のものを擧げる。(3)土地管轄の手續上の取扱いについて四事項を檢討し結論している。(A)强行規定故職權で顧慮され當事者の合意が出來ない。(B)移送（Verweisung）は、管轄權なき裁判所より管轄權のある裁判所への事件の送致である點で移轉（Abgabe）と異り、原則として許されないが、管轄が恒定しても事情變更により管轄權なき裁判所に取扱わせるのが妥當な場合に行われる移轉（Abgabe）は出來る。(C)複數の裁判所の管轄權が競合する場合「先行管轄」（Vorgriffszuständigkeit）が認められ、他の裁判所の管轄權は失われる。(D)管轄の爭いは共通の上級裁判所が管轄する。管轄の指定は職權により先ず法律に照らし次に合目的性の觀點からこれを行いすべての裁判所を拘束し取消し得ない。(4)土地管轄なき裁判所の行爲（FGG 七條はかかる行爲を無效ではないとするが同條の行爲の内に實際に最も重要な受動的態樣における裁判所の行爲——相續放棄の意見表示の受領等——が含まれるかを論じている）も合目的性と法的安定性の點から無效ではないが、FGG 七條は無管轄を治癒するものではないから上訴による取消については、通說が著者の學說は管轄權なき裁判所の行爲を無效とする點で FGG 七條の趣旨を沒却するとして遡及效を否定するに反しレントと共に遡及效を認めている。第七章　裁判官の除斥と忌避。(1)除斥の概念を說明し、ZPO と比較して、除斥原因が異ること、忌避權がないことを明らかにし、これは法治國家の要請に適合しないとし、從つて非訟事件の新しい特別法が、除斥・忌避につき ZPO の規定を準用していることを指摘する。(2)次に FGG 六條の除斥原因の解釋論を展開する。重要なのは同條 I 項1號の「當事者」「關與」（Beteiligtsein）は、實質的（その法律上の地位が裁判により直接影響をうける者）且つ形式的（申立人抗告人として手續に關與したもの）當事者であるとしている事、「關與」により裁判官を除斥する爲には間接的利益では足りない（理由として除斥可能の範圍の確定が困難となる）としている點である。(3)FGG に忌避なき處から、裁判官に偏頗の虞ある場合に行われる回避に言及し、FGG 六條 I 項に kann とあるのは nur と解すべきであるとしている。これは裁判官の職務につき「內心の無關與」（innere Unbeteiligtsein）が本質的であるということによる。(4)除斥又は回避の裁判官の行爲は無效ではないが取消しうるとしている。第九章　公證人。(1)先ずその地位につき、(a)公務員とするか自由職業とするか、(b)純粹に公證人の職務のみを行わせるか、又は辯護士の資格をも兼ねうるとするか、の二つの基準を提示し（司法がラントに委されていた時代にはこの二つの基準が色々に組合わさ

つて各邦各別に公證人制度が發達したとしている)、ブンデスレヒトによると自由職業(ここで公務員との區別を說いている)であり純粹の公證人である(ここで純粹の公證人の原則に對する例外を擧げている)事を明らかにしている。次に(2)公證人の職務追行上の獨立性、委任者との法律關係、職務を行うか否かについての不自由等が論じられる。職務義務違反の責任につき、公務員ではないが公の職務を行うが故に、公務員類似の義務と責任が課せられるとし、BGB 八三九條を適用する(ライヒ公證人法二一條)。しかし公務員ではないから國家の賠償責任は否定する。(3)更に公證人の職務に言及し、主たる職務として公正證書の作成(Beurkundung)とそれ以外の公證(Beglaubigung)——認證證書——をあげ、それが公證の獨占(Beurkundungsmonopol)を意味しないとし更に豫防司法(vorsorgende Rechtspflege)についても論じ、その權限外の職務行爲は無效であるとしている。(4)最後に公證人の除斥・忌避・回避を論じる。第十章 非訟事件に關するその他の官廳。非訟事件の場合訴訟事件におけるより以上に司法機關の負擔を輕減する必要があること、又事件に精通せる行政廳に取扱わせるのが適切な場合があることがその他の官廳の必要性の原因であるとしている。そしてブンデスレヒト・ランデスレヒト上の諸機關を列擧している。第十一章 裁判所間、裁判所と行政廳間の共助(Rechts- und Amtshilfe)。(1)先ず共助の必要性・概念を說明する。注意すべきは、共助を求める裁判所に管轄權のある事が必要で、ない場合には Beistand と呼ばれ區別されている點である。(2)次に共助の法律上の根據を示し、(3)共助の手續を說明し、共助は簡易裁判所に對してなされること、共助の要請は原則として拒絕し得ないこと、拒絕しうるや否やに爭いある時は管轄高等裁判所が裁判すること、これに對しては例外的に連邦最高裁判所に抗告出來ること等を述べる。

第三編は當事者につき第十二章から第十五章迄の四章からなる。

第十二章 當事者の概念。(1)民事訴訟の當事者が純形式的なものであるに反し(二當事者對立のない非訟事件で民事訴訟の當事者概念をそのまま導入し得ないが、しかし必要な概念であるとしている)非訟事件手續のそれは、非訟事件の特質即ち「法的監護行爲」(Rechtsfürsorgetätigkeit)という面から、形式的(法が申立抗告權を認めており且つそれを行使した者)のみならず實質的內容(その者の法的地位が裁判により直接の影響をうける者をいう)をも含む必要性を說く事は注目に價する。(2)形式的關係人概念の存在について異論がないが、その範圍について學說は一致しないとし次の如く結論する。申立手續では、(a)法により申立權が認められ、それを行使した者(この場合にのみ實質的關係人に非ざる形式的關係人の存在を認める)、(b)法律が申立權を明規しない場合申立を定立した者(但し實質的關係人でない限り不適法として却下される)をあげ、職權手續では實質的關係人にして手續に形式的に關與した者であるとしている。即ち形式的關係人概念の規定に實質的關係人概念が必要とされる事を指摘する。實質的關係人概念の範圍確定の一つの手がかりとして審問義務(Anhörungspflicht)をあげ、その被審問者は、實質的關係人であるとしている。ただし審問義務は被審問者が自己の法的地位を保護しうる爲に認められたものであるということに基づくから被審問者が Auskunftsperson であるとい

う理由に基づく場合を除いている。(3)次に證書制度（Urkundswesen）における當事者概念の純形式性を説く。(4)最後に非訟事件に關する法律中で當事者概念が何れの意味で用いられているかを各規定の目的より定るものとして、論じている。ここで檢討されるのは Beteiligtsein と裁判官の除斥・代理人による當事者の代理・受救權の保證される當事者・證人と當事者の別（正確な事實の探知という目的から、形式的關係人ではない實質的關係人にも證人適格を認めている事に注意）・當事者と送達名宛人・Beteiligung と抗告權・訴訟非訟事件における當事者（此の場合は對立二當事者間のみならず總ての Beteiligten に效力を及ぼす場合を除いて形式的關係人概念が問題とされている事は當然）等である。第十三章　當事者能力（形式的當事者能力）と非訟事件手續能力（Prozeßfähigkeit 民訴の訴訟能力にあたる）。前者については特に紹介する程の事もないから、ここでは後者につき紹介する。(1)まず概念の說明において、非訟事件手續能力は特に職權手續において意味をもたず、唯形式を備えた訴訟行爲の提供又は受領（Vor oder Entgegennahme formaler Prozeßhandlungen）につき意味をもつが故に、民事訴訟における程の意味をもたないとしている。(2)訴訟能力の認定について、ZPO の規定と民法の行爲能力の規定のいずれが準用されるかの問題を提起し、結果的には民訴の規定による訴訟能力者は非訟事件でも訴訟能力者であること及びそれに對する若干の例外を擧げる。その際レントが民事訴訟法の訴訟行爲能力の方がより近いからとして前說をとるのに對し若干の疑問を提して、結局兩說の間には本質的差異がないことを指摘している。(3)最後に訴訟能力の效果を論じ、それが訴訟行爲の要件であると共に、申立手續では訴訟要件であるとする。第十四章　共同當事者（民訴の共同訴訟にあたる）と從參加。(1)共同當事者につき注意すべきは、非訟事件手續に ZPO 六二條（Notwendige Streitgenossen）を準用すべき事を主張している點である。これは通說が準用を認めないのに對し、本條の目的を考慮して手續法上の狀態が同種の場合には民訴法の規定を準用すべきであるという理由による。(2)非訟事件において實質的關係人は形式的關係人たりうるから、從參加は生じないとしている。第十五章　代理と補佐。補佐については民事訴訟と同じであるから省略し、代理について紹介する。(1)必要的代理については、民事訴訟と異り非訟事件では各當事者が辯論能力を有するから辯護士強制が一定の場合にのみ認められるに過ぎないとしている。ここでは無能力者の必要的代理は取扱われていない。(2)代理の許される場合は、行爲の性質上許される場合と法律の規定により許される場合とに分けて列擧されている。(3)代理人たる人（die Person des Bevollmächtigten）に關し民法一六五條との關係で、制限行爲能力者は代理人たりうるや、ZPO 七九條で訴訟能力を要求されるかという論爭に對し實際的意義を否定し、兩規定の趣旨を考慮して、後說をとつている。(4)次に代理權授與の樣式として書面主義を說明し代理權の範圍を論じる。(5)最後に代理權が裁判所の職權調査事項で、その證明に認證された委任狀が必要な場合を列擧する。無權代理人の行爲は追認なき限り無效とする。

第四編　手續過程は第十六章から第二十一章迄の六章を含む。

第十六章　基礎觀念。手續過程の內容の概觀をしているが、著者

がこれを表に示しているのでここに紹介する(表一)。第十七章　手續の開始（原則として職權手續、例外として申立手續）。(1)職權手續の場合①申立で行う場合には明文がある、②必要な場合には、何時何處でも裁判所の法的監護行爲がなさるべきであることから、申立は不要であり、裁判所の行爲は當事者の合意によっても排除されないとしている。(2)從って裁判所は申立に拘束されずに手續對象を規定しうるとしている。手續開始の效果として、(a)訴變更の禁止と(b)管轄の恒定（perpetuatio fori）を擧げる（訴訟係屬の抗辯が出來る）。(3)申立手續では、裁判所は申立を待って行爲する。まず申立手續に屬する事件を列擧し、申立權者・申立の內容・形式を次のように說明する。申立の內容形式について强行規定がない。形式について FGG 一一條は「können~erfolgen」と規定するに過ぎず、內容については ZPO 二五三條に對應する規定がないとし、一定の場合を除き申立は管轄裁判所の書記官の調書の記載による。(4)申立の效果につき(A)手續對象の特定、(B)訴變更の禁止が準用されないこと、(C)管轄の恒定、(D)二重係屬の禁止等を指摘する。そして法が申立手續と職權手續の双方を認める場合(A)についてはむしろ職權手續の原則が妥當すると說く點は注目を要する。第十八章　裁判資料の蒐集―職權主義。(1)非訟事件では申立・職權兩手續において職權主義が妥當するが、調査の方向、範圍は適用規範の構成要件が基準となり、又調査の順序が定まっているから、それは手續の無計畫性・放恣を意味するものではないと說いている。從って手續對象に

表　一

手續の段階	民事訴訟	非訟事件
手續の開始。手續特對象の特定	處分權主義	原則として職權手續。例外的に申立手續―この場合に處分權主義が通用する（公の利益が後退し私的利益に重點がおかれる場合）。
裁判の基礎となる導事實の導入	辯論主義	職權主義（申立手續か職權手續かは手續の開始及び手續對象の特定に關する一方，辯論主義か職權主義かは裁判の基礎となる事實の探知に關するから，申立手續でも職權調査則の通用する事を明らかにしている）。
裁判資料の基礎獲得の形式	口頭主義	必要的口頭辯論なし（裁判資料蒐集樣式は裁判官に委されている。）
	直接主義	限定された意味での直接主義（FGG 12條の意味，即ち，判決裁判所（執行裁判所に對立する）の面前における口頭辯論が必要というのではなく，訴訟資料の蒐集，證據調が裁判所の職權によりなされるという意味であるから，受命，受託裁判官による調査は例外とされる。）
	當事者關與	審問される權利（此の權利は若干の場合法律上規定される以外は否定さるべしとの通說に對し，著者はレントと共に反對し之を一般的に肯定している）。擧證手續立會權なし。
	公開	非公開
擧證手續	規律された擧證手續	職權主義―自由な證明―
	擧證責任（實質的意味）	擧證責任はない（形式立意味―自己の主張した自己に有利な事實の擧證―でも，實質的意味―當事者に有利なる事實を立證しないとその當事者の負擔となるという意味―でも否定される）。
	自由心證	自由心證

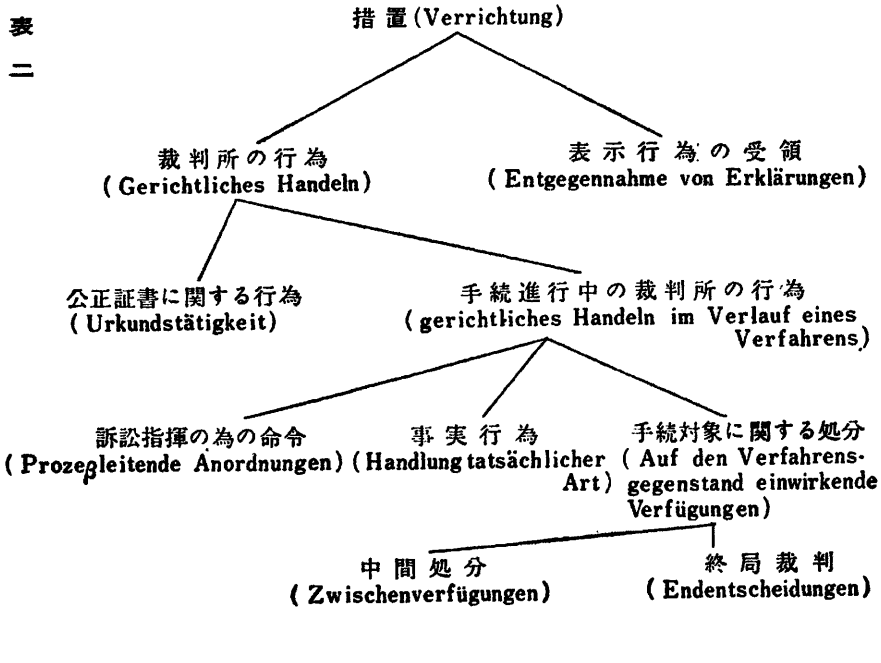
對する（放棄認諾）及び事實に關する（自白）當事者の處分權はなく、缺席手續もない。この主義は抗告審にも妥當するとしている。(2)申立手續では例外的に職權主義が當事者の擧證責任と競合し又は全く排除されることがある。その法的根據は FGG 一・二二條及び各特定規定に求めている。また訴訟非訟事件においても、職權主義が適用される事を指摘して、その根據を、立法者が、民事訴訟的性格をもつにも拘らず職權調査なる觀點から非訟事件に含ませた點に求める。第十九章　當事者の尋問（當事者尋問でない事に注意）。(1)法は多くの場合特に裁判所の裁判があるいは、身分法上、財産法上の利益に影響するかもしれないような場合、當事者に審問を求める權利（Anhörungsrecht od. Anspruch auf rechtliches Gehör）を與える。法がこれを規定しない場合、これに對應する義務が FGG に一般に規定されていない事を理由に通說判例がこの權利を否定するに反し、著者はレントと共に理念的には近代法治國家の要請、現實的には GG 一〇三條にその根據を求め、これを肯定している。(2)そしてこの權利は形式的且つ實質的に手續對象に關與する機會を與えるもので、FGG 一二條による證據方法としての當事者尋問とは異る事を指摘している。(3)最後にこれが認められない場合を列擧している（例えば手續が急を要する場合その他）。第二十章　擧證手續。(1)先ず表一に示した原則が適用される事を示し、(2)形式なき調査と、民事訴訟の形式をふんだ證據方法の利用を論じている。即ち、(A)必要な調査の追行は裁判所の自由であり、何れの方法によつてもよい。(B)前者によれば報告（Auskunft）を强制し得ないが、(C)後者によれば ZPO が準用される。FGG 一五條は宣誓當事者尋問、書證、特に公正證書の眞正と證明力に關する ZPO 四一五・四三七條の規定を例擧していないが、勿論これらも準用されるとしている。(4)最後に非訟事件手續上屢々規定されている（特に手續上の重要な事實の證明の場合）疏明の意義・適用領域・方法等を論じている。第二十一章　手續の終了。(1)非訟事件手續の終了原因として裁判・申立の取下・和解を擧げ、その內最も重要な裁判については第四編で說明し、ここでは後の二つを論じている。(2)申立の取下。職權手續と申立手續とに分け、前者の場合（職權手續では嚴格な意味での申立は存在しないとする）手續の進行に影響なく、後者の場合手續開始の要件を缺くとしこれについて取下權者（多數者が共同してのみ申立てうる場合と各人單獨に申立てうる場合を分けている）取下の相手方（裁判所）と態樣（形成的意思表示なる故無條件にして樣式なし）、時期（裁判がない間、訴訟非訟事件では形式的確定力の發生迄）と效果（手續の終了、中間裁判の失效等）を論じる。(3)和解。先ず和解が可能かの問題に對し、非訟事件に關する法規より答えらるべきであるとし、その各場合を檢討している。ここで最近の非訟事件に關する法律中で、手續を終了し執行法上の效力をもつ和解が認められるようになつたことを明らかにしている。そしてこれら法律上和解の認められる場合につき（これらの場合主として ZPO の規定が準用されている）、和解の當事者、樣式（調書への記載の必要性が民訴の場合問題となつているがこの場合は立法で解決されている）、效力（手續の終結・民事訴訟法上の債務名義となる事―執行裁判所は民事訴訟裁判所であること）、效力につき爭いある場合（非訟手續の續行に關する前提問題であるから非訟手

續で行われるとしている）等を論じている。更に法律の規定なき場合手續終了の效力はあるが債務名義とはならないとし、また當事者の處分權のある法律關係については民法上の和解を認めている。

第五編　裁判論は第二十二章より第二十六章迄の五章よりなる。

第二十二章　概說—裁判の種類。(1)概說で本編の概觀がなされる。(2)裁判の種類。民事訴訟では判決・決定・命令を區別し統一的に使用するに反し、FGG では非訟事件裁判所の措置（Verrichtung）殊に裁判につき統一的用語がない（たとえば Verrichtung のほか gerichtliche Handlungen. od. Entscheidungen, Anordnungen, Maßregeln, Beschlüßen 等）とし Verrichtung を上位概念として、表二の如き分析を行つている。そして結局裁判所の Verrichtung のうち表示行爲の受領又は公證以外の場合である裁判は決定でなされる事を明らかにしている。更に(3)裁判の形式については、FGG に規定がなく、同法一六條により間接に書面によるようになるとし、(4)裁判の理由については、それが抗告審の裁判についてだけ必要とされることを法規を例示して明らかにしている。勿論第一審の裁判にも理由は附してもよいとしているが。(5)最後に手續裁判（Prozeß od. Verfahrensentscheidugen）（民訴の訴訟判決）は訴訟非訟事件又は申立手續においてのみ考えられることを指摘している。第二十三章　處分の效力と形式的確定力。(1)即ち裁判の效力、法が非訟事件の裁判に附した實體上手續上の效力は原則として、その內容の向けられた者即ち申立人、抗告人・實質的關係人等への告知（Bekanntmachung）（その方法は FGG 一六條）により生じるとし、別に例外的に、裁判所の行爲により直ちに效力

表二



の生じる場合（更に二分し當事者の保護必要の爲に認められる場合と、登記の如き場合とを各別に説明する）と形式的確定力を待つて生じる場合（これも二つに分けて説明している）とを説明する。(2)效力を發生した裁判は當事者間のみならず、對世的效力を有するが、必ずしも狹い意味の執行とは結合しないとしている。(3)次に裁判の效力の關係で形式的確定力を取上げる。先ず概念（ここで不可變更性 Unabänderlichkeit、既判力、他の官廳の處分の拘束性との區別を論じている）を始めとし、發生の要件、確定證明を論じ、形式的確定力の意義に及ぶ。形式的確定力は裁判を付與した裁判所によるその變更を排除し（FGG 一八條Ⅰ項通説）、既判力の認められる場合にはその要件となる。第二十四章　處分の變更、裁判所がする自己の裁判の變更。(1)處分變更が可能か否か、可能とすればその範圍如何について（肯定說、否定說共に充分な理由ありとし理由を列擧している）は、その時々の事態を正しく規律する利益より國家行爲の法的持續性がより大切であるか否かに係るとし、非訟事件の民事訴訟に對する目的の相違から前者をより高く評價している。そして(A)始めから不適法であつた場合と、(B)事情の變更により不適法になつた場合を分けて說明している。(2)(A)について。FGG 一八條から變更の權利と共に義務をも引出している。この原則に對し申立事項につき一八條Ⅰ項後段の場合とか（却下により申立は verbraucht されている）、即時抗告に服するか、形式的確定力ある裁判（通說は反對）等の一般的例外と時的制限（法律行爲の有效なる爲必要とする處分の效力發生後は法的安定性の見地から否定―FGG 五五條―、裁判の統一性 Rechtsprechungseinheit の見地から再抗告のなされた場合―二九條Ⅲ項―等）を示し、處分變更の管轄（第一審裁判所―FGG 一八條―）、效果を論じる。效果については特に遡及效を問題とする。明文の規定ある場合として第三者の權利保護の爲に遡及效を排除する FGG 三二條、遡及效を認めている六一條をあげ、問題は明文の規定なき場合にあるとしている。即ち消極的處分を積極的處分に變更する場合に事物の性質上遡及效を認めず、積極的處分の積極的變更及び消極的變更には、FGG 三二條の不遡及の考え方を導入している。即ち處分の信賴利益が適正な處分より重要なのである。(3)(B)について。この場合にも變更の權利と義務があるとして、法が規定する各場合を例示しているが、法律の規定がなくても、變更の權利と義務は一般的に認められ、繼續的規律を含む處分については特にそうであるという。次のものを擧げる。まず變更可能性の例外として、一般的なものとして FGG 一八條Ⅰ項後段の場合を擧げるに反し、即時抗告で取消しうる裁判形式的確定力ある裁判については變更可能としている點は注意を要する。しかし訴訟非訟事件においては、既判力との關係を問題として、かかる變更は ZPO 三二二條の認める範圍でのみ可能であるとしている。次に時的制限として FGG 五五條、二九條Ⅲ項をあげこれを說明している。管轄裁判所として第一審裁判所を擧げ、變更の效果は性質上將來に向つてのみ認めている。第二十五章　處分の既判力。(1)法は非訟事件に既判力が認められるか否かを明規していない。そこでこれに理論上答える必要が生じ（この問題については、三つの學說、(A)原則として肯定する說―法的安定性の見地より―、(B)原則として否定する說―レントがこれをとり、非訟事件で既判力

は不必要であり、訴訟事件におけるが如き機能を果し得ないとしている―、(C)各場合につき異るとする説を擧げる)、その爲、兩手續における裁判の性質を比較し、既判力の制度が一般的に非訟事件に移し得ないが、唯(A)訴訟非訟、(B)それに類似したもの、(C)特殊な理由から一回的裁判を必要とするもののみ認めている。(2)そこで次に既判力の認められる事件の範圍を列擧し、既判力の範圍を論じ、これに人的範圍・物的範圍・職權による顧慮等に關する民事訴訟法の原則が適用される事を明らかにしている。(3)最後に、法が既判力について規定していない位であるから再審についても規定がないが、既判力が認められる場合には再審についても民訴の規定の準用される事を說いている。第二十六章　裁判所の處分の執行性。(1)まず民事訴訟と比較して非訟事件では國家による法的監護行爲が特質的であり、それがまた多種多樣であるから、民訴におけるが如く給付判決なら執行しうるというような一括的な規律は出來ないとして執行性ある措置（Verrichtung）は極く一部であること（執行し得ない行爲として①その性質上執行し得ないもの―例えば證書行爲―②その內容上執行し得ないもの―權利形成的裁判―③非訟事件の裁判が私法上の請求權の追求を準備するのみでその追求は民事訴訟によりなされる場合例えば後見人の報酬確定處分等を列擧している）を指摘する。そして本來の非訟事件と訴訟非訟事件における處分の執行性を區別すべきであるとして各場合を說明する。(2)(A)前者につき執行しうる行爲を作爲・不作爲・受忍義務を認めている場合につき裁判の機能を基準にして①監督機能②保證機能③公示機能④釋明機能に分けて例擧し、執行裁判所と處分裁判所が一つである事を明らかにしている。(B)執行要件として一定內容即ち專ら當事者の意思に係り一般に强制しうる作爲・不作爲・受忍を內容とする債務名義（裁判所の有效な處分たること）を必要とするとし、(C)執行の方法に言及している。强制手段は間接强制として秩序罰（Ordnungsstrafe）をあげ、これは執行に先んじて義務者を威嚇する Beugestrafe で Kriminalstrafe や Disziplinarstrafe とは異ることを强調し、その特殊的性格例えば自然人に課せられること、同一事項につき數回課せられうること等を擧げている。直接强制として執行吏により行使される强制力（Gewalt）を擧げ、これは物又は人の引渡又は裁判所の命令で强制力なしに實現されない場合に加えられることを明らかにしている。兩者の何れを選擇するかは裁判所の自由であるが、後者は原則として最終的手段であるとしている。(3)訴訟非訟事件については目的が法的監護にあつても、民事請求權が問題となつているのであるから、性質上 ZPO による執行がなされるのは當然であるとし、この場合 ZPO 第八章の規定が適用されるとするが、勿論事件の性質からくる例外は認める。例えば何が債務名義かは非訟事件に關する法律で定まる。執行裁判所は非訟事件裁判所ではなく簡易裁判所であるとしている。

第六編は裁判所の處分の取消可能性―上訴につき第二十七章以下第三十二章迄の六章からなつている。

第二十七章　處分の無效と取消。(1)原則として手續法・實體法違反の非訟事件處分は無效でなく上訴により取消しうるに過ぎないが、例外的に無效の場合が若干あることを明らかにし、前者は次章以下で、後者を本章で說明している。(2)先ず手續規定違背による無效。

これを體系的にみる爲、次の如く場合を分けて考察している。(A)裁判所の構成に關する規定違反。無效說と有效說が存在するが、ZPO五五一條（絕對的上告理由）五七九條（取消の訴提起の理由）は裁判の取消性から出發しており、これは非訟事件でも同じであるとし、除斥裁判官の關與も取消原因に過ぎないから無效說はとり得ないとしている。(B)管轄規定違反。職分管轄違反は無效、事物管轄違反については無效說たる通說に反對して有效取消可能說、土地管轄違反は FGG 七條で有效說をとる。(C)手續過程中の法律違反。法律上の審問を求める權利の侵害は重要ではあるが無效とならないとしている點は注目に値する。(3)實體法違反は原則として無效とならないことから（無效說—强制的法命令の無視—、有效說—法律行爲的取引の要請—、折衷說—裁判官が意識的に法を無視したか否かによる—のうち出發點としては有效說を取上げている)、無效となる程重大な違背があるかを問題とし、(A)法自身が無效としている場合、(B)重要な保護利益が無效を要求する場合、(C)裁判所の處分の形式が法律に存在しない場合を無效としている。第二十八章　非訟事件の上訴（概說）。まず問題として次のものをあげる。(A)取消しうる裁判の問題。FGG 一九條を引用し第一審の裁判に對し地方裁判所が（抗告）、抗告審の裁判に對し高等裁判所が（再抗告）裁判する。(B)提起期間の問題。抗告、再抗告ともに原則として期間の制限がなく、例外として即時抗告（一四日）即時再抗告がある。(C)上訴裁判所の調査權の範圍。抗告の場合更新權が認められ、新しい事實と新しい證據に基づいて裁判出來るとするが抗告申立人の不利益に變更しうるかの疑問を提している。再抗告審は法律審である。(D)移審の效果（Evolutiveffekt)。但し第一審裁判所の再考の餘地を認めている。(E)確定遮斷の效果（Suspetsiveffekt)。原則として抗告・再抗告の提起は處分の效力發生を延期しないが、處罰を規定する處分に對する抗告は遮斷效をもつとしている。(F)審級の問題。第一審が簡易裁判所・抗告審が地方裁判所・再抗告審が高等裁判所・FGG 二八條Ⅱ項による連邦最高裁判所。(G)上訴審手續の問題。FGG の規定が完全なものでなく、特別規定が適用される。その場合特別規定が補充性をもつのか否かは解釋上の問題であるとして各場合につき檢討している。第二十九章　抗告。本章では抗告の許される場合、提起、手續、裁判が論じられている。(1)抗告の許される場合。FGG 一九・二〇條から、「第一審裁判所の處分によりその權利を侵害された者」に認められるとし、(a)「處分」について①その性質上又は法律上その取消が排除されていない、外的に效果を及ぼす裁判所の總ての處分で、終局、中間いずれの處分であつてもよく、手續法又は實體法いずれの內容をもつものでもよく、申立を認めるもの又は認めないもののいずれでもよいこと、②處分が付與 erlassen されていること、③處分の對象が存在すること等をあげている。(B)「權利」につき、實體權か、適切な審理を求める手續上の權利か、利益か、の問題を提起し、實體權の侵害を重視し、例外的に申立手續で形式的不服利益 formelle Beschwer を認める。一般に適切な審理を求める手續上の權利はそれが實體權に影響する限りで問題とされるとし通說に反對している。(C)「侵害」についてそれが直接か否かを論じている。更に例外的な場合として訴訟無能力者の場合、法定代理人による代理行使とは別に、法定代理人は自己の抗告權をもち、更に官廳、

公共團體、公證人等に法が抗告權を認めている場合があることを論じている。(2)抗告の提起。ここでは抗告の名宛人として第一審裁判所又は抗告裁判所、形式として抗告書の提出(FGG 二一條Ⅱ項)、第一審又は抗告裁判所の書記官の調書への記載、內容として抗告人の明確性、對象となる處分、抗告の意思あること、一定の申立及び理由は不必要なこと、效果として移審の效果はあるが遮斷の效果はないことを明らかにしている。①また取下について、抗告の取下が認められること、取下の表示の相手方は第一審裁判所又は抗告裁判所たること、抗告審の裁判が行われる迄可能なこと、新たな申立が出來ること、②更に抗告權の放棄について、放棄は一般に認められていること、性質上新たな申立が出來ないこと、處分付與の前後を問わず出來ること、當事者間の合意又は一方的な相手方又は裁判所に對する表示で出來ること等を論じている。(3)抗告審の手續。抗告審の手續の性格は「第二の一審」で當事者に更新權 ius novorum があり裁判所は新たな調査を行いうるとし、勿論抗告裁判所は第一審の處分の手續對象に拘束され、又申立手續職權手續を問わず抗告人の申立に拘束され、不利益變更は、禁止されるとしている。これは、私的利益が重要である手續ではこれを否定し、公的利益の重要な場合にこれを肯定する通說とは異る點に注意。抗告手續の當事者として抗告人、被抗告人、抗告の裁判によりその權利を害せられる可能性ある者を擧げている。更に當事者の審問される權利に言及している。(4)抗告審の裁判としては、裁判の順序として先ず抗告の適法性、次に理由の有無の判斷を示し、內容として決定により不適法として却下、理由なしとして棄却、適法且つ理由ある場合、破棄自判するか第一審裁判所に差戻しうるとしている。差戻についても ZPO 五三八・五三九條の規定が FGG にない處から、必要的差戻はなく、唯一般的に差戻が許されているとする。更に差戻の場合下級裁判所は上級裁判所の裁判に拘束されることを併せ說明している。形式として書面に作成されること、一定の目的から決定の理由が附せられること(法律面と事實面の双方を含む) FGG 一六條による通知を以て效力を發生すること等を指摘し、更に抗告裁判所の裁判の效力の發生時期の問題を併せ論じている。第三十章 卽時抗告。卽時抗告制度を概觀し、その通常抗告に對する特殊性を卽時抗告も抗告の一種であるから、通常抗告に關する原則が適用されるが、ただ、第一審裁判所の變更權の排除、卽時抗告提起の期間、自己の責任なき期間懈怠の場合の原狀回復(Wiedereinsetzung in den vorigen Stand) 抗告審の裁判の效力發生が形式的確定力の發生迄延期される點等に求めている。次に卽時抗告が如何なる場合に行われるかを論じている。第三十一章 再抗告。(1)まず再抗告制度を概觀し、それが法律審たる事を明らかにしている。ここで民訴の上告審が法律審である理由と同じ理由卽ち、法の維持、裁判の統一性をかかげている。更に再抗告の原因となる裁判として抗告裁判所の終局裁判の他、終局裁判の前提爭點を解決する中間裁判 Zwischenentscheidung を擧げ、再抗告權者(抗告の場合と同じ)に言及する。(2)再抗告の提起については、その名宛人は第一審、抗告審、再抗告審裁判所の內何れか一つであるとし、形式として辯護士による抗告書、又は三つの裁判所の何れかの書記官の調書への記入を論じ、期間につき第一審の處分が卽時抗告に服する場合は再抗告も卽時再抗告と

なるとし、その他原狀回復の效果等を論じ、再抗告の內容と效果を問題とする。(3)再抗告の手續については、事實關係についての審理の範圍について先ず論じ法律審である點から事實に關する判斷をせず、抗告裁判所が確定した事實に拘束される事を明らかにするが、それも絕對的ではなく、破棄自判の場合、手續規定違背のあつた場合等に例外が認められているとしている。次に法律關係についての審理の範圍を次のように論じる。すべての法規範についてそれが適用されていないか、正しく適用されていないかの點、但し裁量權の認められている場合には、その審査權は權限踰越又は裁量權の濫用があるかの點（裁量については種々の場合を論じている）が問題となるとし、更に法律違反の裁判に對する影響即ち兩者の因果關係の必要性（法律によりこの因果關係が推定されている事がある場合を示している）を說き、更に法律違反のある裁判が他の理由から正しいとされる場合それを維持すべき事を說いている。審理權の一般的範圍は前處分の手續對象及び當事者の申立に拘束され、不利益變更は許されないとしている。當事者及びその審問に再抗告人とその相手方のみが當事者であり實質的當事者概念は問題とされないとし、一定事件に關する連邦最高裁判所への裁判の統一性保持の目的からする移送（Vorlage der Sache an den Bundesgerichthof）等を論じている。(4)再抗告裁判所の裁判については、抗告におけるとほぼ同じ事が論ぜられる。第三十二章　再審。FGG に再審規定のない處からこれを理論的に解決する爲、非訟事件を二つの分野即ち、訴訟非訟事件と本來の非訟事件につき各別に檢討している。そして前者にはその性質上 ZPO の再審規定の準用を認めるが、後者については再審の可能性を否定する。ただ、再審理由の存在は處分の變更を理由あるものにするとしている。

第六編では第三十三章で費用制度を、第三十四章で救助權を概觀している。

以上により極めて不充分ではあるが本書の紹介を終る。

(三)

本書において著者は、訴訟事件と非訟事件、本來の非訟事件と訴訟非訟事件、申立手續と職權手續につき、各々指導原理の異ることを意識し、體系的論述をしていることは注目に値する。

しかし本來の非訟事件と訴訟非訟事件、申立手續と職權手續を含む非訟事件の諸問題は、非訟事件の本質の解明により解決されうるであろう（著者は、第一編で非訟事件の特質を說明している）。その際非訟事件の裁判である決定の性格が一つの手がかりにはならないであろうか。換言すれば、非訟事件の裁判が、判決でなく決定によりなされるというのは、判決と決定が本質的に違うものであるなら、そこに非訟事件に本質的なものが存在しているからではなかろうか。かかる觀點から決定の性質が特に論じられる必要があるのではなかろうか。

（石川　明）