

Title	非訟事件理論の限界
Sub Title	The critics of the existing theories on "jurisdictio voluntaria"
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1957
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.30, No.12 (1957. 12) ,p.69- 92
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19571215-0069">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19571215-0069</a>

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.

# 非訟事件理論の限界

石 川 明

- 一 非訟事件理論再検討の必要
- 二 非訟事件と訴訟事件との區別に關する學說（非訟事件理論）の紹介
- 三 學說の批判
- 四 結論

## 一 非訟事件理論再検討の必要

一 私 は嘗つて Fritz Baur 著「非訟事件」を紹介するに際し、「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ことは看過しえない。これらの問題の解決こそ獨逸非訟事件法學に課せられた重要な課題であらう」と書いた。<sup>(1)</sup>一九〇〇年以來殊に第一次、第二次の二つの世界大戰

を経て、従来の非訟事件の所謂古典的領域に加えるに、如何に多くの真正訴訟事件（廣義）が非訟事件手續により取扱われることになつたか、ということについては驚くべきものがある。<sup>(2)</sup> かかる事情は獨逸における程目覺ましくはないとはいへ、我國においてもある程度存在する。殊に終戦後における家事審判法の成立や、これ迄各別に定められた調停手續の民事調停法による統合並びに會社更生法の成立等がそれである。我々は、獨逸初期の非訟事件理論が専ら古典的領域にのみ關する理論であつたと同様、我國の従来の非訟事件理論も若干の例外を除けば専ら非訟事件手續法の規定する事項を對象とした理論であつたことを認めざるを得ない。加えて、保全訴訟・破産・和議の諸手續を非訟事件とする學說の存在を意識する場合今一度それ等總てを總括する非訟事件理論は如何にあるべきかを再検討する必要があると思われる。このことは、第二次大戰の戦中戦後を通じて多く制定された真正訴訟事件に關する法律の存在に刺戟されて、特に最近獨逸において非訟事件理論がやかましく論じられていることから正しいと思われる。<sup>(3)</sup>

二 非訟事件と考えられる諸手續法は「此の法律に特別の規定がないとき」（破産法第八條・和議法第十一條・會社更生法第八條）とか、「特別の定がある場合を除いて、……その性質に反しない限り」（民調法第二十二條・家審法第七條）という留保の下に民事訴訟法や非訟事件手續法を準用している。そして學者は、法律の解説書や論文で、これらの手續を非訟事件である或いは訴訟事件である、と論じるのが常である。しかし法文の形式的規定をそのままうけて、別段の定めがないとき無條件に民事法や非訟事件手續法を適用してよいのであろうか。又「その性質に反しない限り」という場合の「その性質」とは何か。獨逸においては、このような規定を缺くが、真正訴訟事件に無條件に非訟事件手續法（FGG）を準用しようとはしないのが通説的立場である。而してこの種の問題は各事件乃至手續の本質と關連する。その本質を探究するために、一體當該手續が非訟事件であるとか、訴訟事件であるとか斷定するだけで、どれだけの意味をもつのか。從來特に意識的には論じられなかつたこの問題は、非訟事件理論との關係で解決を迫られる問題である。

以上の理由から、私は先ずここに、差當つて、廣義の真正訴訟事件をも含む非訟事件を統一的に把握するために、従来の學說が正しい基準を提供しているか否かを考えてみたい。

(1) 法學研究、二十九卷、十號、六九頁。

(2) この間の事情は Fritz Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1 Buch, 1955, S. 1 ff.; K. Münzel, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozess in der neueren Entwicklung, ZJP, 66, S. 360 ff., S. 373 ff.; Bärman, „Echtes Streitverfahren“ in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, AcP, 1955, S. 385 ff.; Lent Studienbuch(2. Aufl.), § 1, I, § 34; Boseb, Zivilprozess und Freiwillige Gerichtsbarkeit, AcP, 1944, S. 34 ff. にくわし。又最近の獨逸の通説が兩事件の區別について所謂法規説(Die positivistische Theorie)をとるのは、非常に擴大した非訟事件を統一概念をもつて把握することができなことを示してゐると解するものにあらう。法規説をとる學者として Baur, a.a.O., S. 30; Schlegelberger, Kommentar (7 Aufl.), § 1 A, S. 1 ff.; Keidel, Kommentar, § 1 A, 1; Lent, Studienbuch (2 Aufl.), S. 4; Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozesses (5 Aufl.), § 13, II; Bärman, a.a.O., S. 378; Bettermann, Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, Festschrift für F. Lent, S. 24; Kern, Gerichtsverfassungsrecht (2 Aufl.), S. 14; Ehard bei Schneider, Gesetz über die Angelegenheit der FG (4 Aufl. bearb. von Ehard, 1932) 等がある。

(3) 最近の獨逸の文献については Bettermann, a.a.O., S. 17 に詳しいから参照されたい。Bettermann の論説を掲げるメントの記念論文集は一九五七年に出版されたもので最新の文献を擧げてゐる。

## 二 非訟事件と訴訟事件との區別に關する學說(非訟事件理論)の紹介

一 兩者の區別に關する學說の分類は色々な觀點からなされる。

例えば中島氏の分類及びそれを承繼する小野木教授は、先ず積極説と消極説とに分け、更に前者を法規説と非訴訟説に、後者を國權發動の形式を基準に不強制説と行政手續説に、國權發動の目的を基準にして非爭訟説・侵害豫防説・私權形成説に細別されるが、これも一つの方法である。更に、小野木教授の所謂抽象的方法・歸納的方法・法政策的方法を基準にして

分類することが出来ればこれも一つの方法である。而して私はこの何れの分類にも賛成し得ない。即ち前者について述べれば、凡そ各手續の比較のメルクマールとして手續の目的・具體的現象形式・客體の三種に注目する必要がある、又それを以て足ると考ふるからである。後者については、それは方法の區別であつて、歸結即ち本質の區別ではないからである。<sup>(4)</sup>

二 私はここに兩事件の區別の基準を兩手續の目的・手段・客體に求める學說に分類する *Paß* の見解に従つて記述しよう。<sup>(5)</sup>

彼は學說を分けて目的說・手段說・客體說・法規說の四種とする。前三説は兩手續の本質的差異を兩手續區別のいずれかのメルクマールに求めることによつて、本質的差異そのものを肯定する立場であるに反し、最後の學說は本質的相違を斷念する點で消極説である。<sup>(6)</sup>

1 目的說 (Die Zwecktheorien) 目的説は目的の内容に従つて次の三説に分れる。

a *Adolf Wach* 説 非訟事件は私法秩序の形成を目的とし、訴訟は私法秩序の維持及び實現を目的とする。<sup>(7)</sup>

b *Richard Schmidt, Goldschmidt* 説 民事訴訟は侵害せられた法秩序を回復するという目的をもち、平均的正義が目的とされるが、訴訟事件の目的は豫防的・法警察的である。<sup>(8)</sup>

c *Hellwig* 説 非訟事件においては第一に法的監護手續がなされるのであり、その場合申立人は裁判官により裁判される自己の權利を主張するのではなく裁判官の行爲義務を主張している。<sup>(9)</sup>

2 對象説 (Die Objekttheorien) この説に共通するのは手續區別の決定的メルクマールが手續の對象に存在すると主張する點である。次の二説がある。

a *Frese* 説 訴訟事件では紛争に懸る權利の確認及び實現が問題であるに反し、非訟事件では争いのない權利の保全に關する點に區別の本質がある。<sup>(10)</sup>

b Lent 説 民事訴訟において裁判所は原告により被告に對し定立された權利主張について判斷する。従つて形成判決の場合は實體法上の形成権が存在する場合である。これに反し非訟事件では、裁判官の裁判により形成がなされるが、私法上の形成権が存せぬに官廳が介入することになる、<sup>(11)</sup> という。但しことわつておかねばならないことは、彼のこの見解はあく迄も理論的・立法政策的見解であつて、現行法の下ではとり得ない見解であることを彼自身認めている<sup>(12)</sup> ことである。現行法制の下において彼は法規説をとつて<sup>(13)</sup> いる。

3 手段説 (Die Mitteltheorien) 民事訴訟の手續は請求權の既判力ある確認及びその執行性であるが、非訟事件の場合には確認は何等役に立たず、且つ執行は屢々全く問題とならない。例えば Münzel は次のようにいう。「訴訟事件の中心としての法的紛争は實體的法律狀態の存否に關する一回的、確認的裁判を中心に設定するに反し、非訟事件は私法の領域との密接な關係の故に司法に委ねられた國家行政である<sup>(14)</sup>」と。

4 實定法説 (Die Positivistischen Theorien) 非訟事件の本質に關する概念規定を放棄する點では共通であるが、次の二説に分れる。本説が現在のドイツの通説であることは既に指摘した。

a 積極的法規説 立法者によつて、明らかに非訟事件手續によらしめられている總ての事件は非訟事件である。<sup>(15)</sup>

b 消極的法規説 當該法律效果の獲得の爲に國家機關の協力を必要とし、ライヒ訴訟法の規定により訴訟事件とされない私法上の事項が非訟事件であると<sup>(16)</sup>する説である。

以上により學説の紹介を終<sup>(17)</sup>る。

三 私はこれら諸學説の批判を行うに先だち、如何なる立場から批判を行うべきかにつき、若干言及しておく。

小野木教授は、非訟事件の本質究明の態度乃至方法として三つを擧げ<sup>(18)</sup>ている。

即ち第一の態度は「演繹的立場乃至理論的立場」と呼ばれ、實定法にこだわることなく、抽象的理論的に非訟事件の本質

をとらえることができ、またこの立場からとらえねばならないとする。第二の立場は「歸納的乃至實證的立場」と呼ばれ、非訟事件手續法並びにその他の非訟事件を定める現行法の規定に即して非訟事件の本質を把えんとする。第三の態度は「法政策的立場」と呼ばれるもので、非訟事件の本質を究明するよりむしろ、訴訟手續と對比的に非訟事件手續自體の特異點を重視し、一定の事件を兩手續の何れによらしむるかの問題は理論的というより合目的・法政策的に決められねばならないという。

これら三つの立場の中第三の立場は本質論の斷念論乃至不必要論である(本質論をしようとするならむしろ第<sup>(19)</sup>二の立場に吸収されるのであろうか)から、一先ずこれをおくとすると、第一及び第二の立場に考察の對象を絞ることができる。

先ず我々は第一の立場に立ち非訟事件の本質を抽象的に把えることができよう。唯抽象的に把えるということは、純粹に抽象的に把えるということではなく、本質(理念)と現象の相關性に基づく現象(素材)の理念規定性も充分に考慮すべきであると思う。かかる意味で第一の立場に第二の立場が加味される必要がある。第二の立場による實證的な素材の取扱ひも、理念による統一がなければ意味がない。<sup>(20)</sup>

而してこのようにして把えられた特質は、制度的に意味のあるものでなければならぬ。即ち法理論は制度により制約される制度の理論であるから、制度的に意味がなければならぬ。換言すれば、一定の特質を以て兩者の區別基準となす場合に、該基準をとることにより、如何なる手續上の差異を生じるか、ということが大切である。

以上を前置として、從來の學説を我々は三つの立場から眺めることができる。<sup>(21)</sup> (1) 全く實證的に、實定法が非訟事件とし、又は訴訟事件としたものを統一的に把握しようとする學説として批判することができる。(2) 第一の立場と第二の立場を統合して得た理念を提示しているものとみて、批判することができる。この場合諸學説の示す理念が素材の規定性を無視していないか否か、という點からの批判が成立つ。(3) 最後に各學説の示す理念をとることにより現行法制上何等かの意味があると

いう立場に立つとみて批判をすることができらる。

- (1) 中島氏、裁判の創造性原理、二九八頁以下。
- (2) 小野木教授、訴訟事件と非訟事件、法と裁判所收、三三頁以下。
- (3) 小野木教授、非訟事件、民事訴訟法講座、五卷、一三八三頁。
- (4) 獨逸の論文乃至解説書は學說を雜然と並べその全部を網羅することは少ない。
- (5) Baur, a.a.O., S. 26 ff.; Schlegelberger, a.a.O., S. 62 ff.
- (6) 今日では、"freiwillig"なる概念を以て非訟事件を把握しようとする者は殆んどないといつてよい。これはドイツにおいて非訟事件が何故 "freiwillige Gerichtsbarkeit" と呼ばれるかを考えれば容易にわかることである。

"freiwillige Gerichtsbarkeit" は、ロー法上の "jurisdiclio voluntaria" の獨逸語譯である。jurisdiclio voluntaria の概念は、ロー法の執政官の管轄に關する規定で言及される (I. 2 D. 1, 16: hebetur jurisdiclionem, sed non contentiosam, sed voluntariam)。そこでは例として親權からの子の解放・奴隸の解放・養子等があげられている。その他現實に法律行爲の公證や行政行爲とされるものが "jurisdiclio" なる概念に含まれるという考え方はロー法の發展につれて認められるようになった。殊にこの問題については二段階の發展過程が存在する。本來ローマにおいては公證制度が存在しなかつた。證書の起草作成は辯護士の仕事であつた。帝政時代に到り始めてわずかながら公證制度が作られた。そこで一定の公證の必要性を満すために、訴訟の公的効力を利用することにした。即ち假裝訴訟を行つたわけである。即ち一例をあげれば物を取得しようとする者は、原告として物の所持者を被告として引渡の訴を提起する。所持者は原告の主張を争わないから、司法官はこれに基づいて原告即ち取得者の所有權を確認することになる。"freiwillig" なる概念は jurisdiclio voluntaria の起源としてのこの假裝訴訟に遡る。即ちその意味は、被告はこの場合、彼により意欲された法律効果を惹起する爲に任意、"freiwillig" に判決に従うということである。後に發展の第二期に至り、行政官がもつばらこれ等の事項を取扱うようになり、その行政行爲としての性格が漸増的に強くなつた。

このように本來古典的非訟事件においては當事者間の紛争が考えられない事項なのである。この意味で後に述べる Peters の見解は明らかに誤りである。これに對し眞正訴訟事件(廣義)においては本來當事者間に法的紛争あるいは單なる紛争の存在することは明らかなのである。従つて兩者共に非訟事件であるとするなら、後者は少なくとも "freiwillig" なる概念をもつてとらえることが出来ないのであるから、その概念で兩者を統一的に把握することは出来ないものである。ただ注意すべきは、"freiwillig" なる概念で非訟事件を統一的に把握しえないことと、非訟事件の内部でこの概念を以て手續分類の基準とすることが出来るか否かという問題とは別個であ



を云ふことである。

因てて附言するならば、ドイツ普通法上非訟事件は、"Extrajudicialien" と呼ばれ、その名稱の示す如く、非訟事件の本質の究明はなされたかいたものである。一九世紀のドイツ法中非訟事件法は、"Rechtspolizeigesetz" と呼ばれ、この名稱はその對象事項が公行政 die öffentliche Verwaltung の検査との近似性を示してゐるものと思はれる。史的背景として Münzel, a.a.O., S. 350 ff. 参照。

(7) Oesterley, Versuche aus dem Gebiet der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit (1830), S. 4; Waack, Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts (1886), S. 53 ff.; Stein-Jonas-Schönke, Bem 1 vor § 1, ZPO; Bornhak ZZP 48, S. 38; Du Chesne, DNöV 1916, 441; Boehmer Grundrissen, I, S. 138. 小野木教授も本説に賛意を表せられる。同教授「訴訟事件と非訟事件」五六頁参照。

(8) R. Schmidt, Lehrb. d. deutschen Zivilprozessrechts (2 Aufl., 1906), S. 162; Stein-Junker, Grundriß des Zivilprozessrechts (2 Aufl., 1928), S. 82; Goldschmidt, Zivilprozessrecht (2 Aufl., 1932), S. 68.

(9) Hellwig, System I (1912), S. 54.

(10) Frese, D. d. Gerichten übertragene Angelegenheiten der fG (1903), S. XXIII.

(11) Lent, StB, § 2, S. 6 ff.; DNöV 1950, S. 323; ZZP 66, S. 269 ff. 兼子教授は「訴訟事件を民事司法」非訟事件を民事行政とせしめる(民事訴訟法體系「四〇頁」)。この立場は本説中に含まれるものと考える。この點については近く發表する豫定の拙稿を参照されたい。

(12) Lent, ZZP 66, S. 267 ff. の論文はこの立場を明らかにしてゐる。

(13) Lent, StB, S. 4.

(14) Münzel, a.a.O., 340 ff.

(15) Lent, Keidel, Kern, Rosenberg 等による。

(16) Ehard bei Schneider, Schlegelberger 等による。

(17) 吉川教授は次のように主張される。「訴訟事件と非訟事件の一元的區別の標準は、法規が当該手續に與えた構造に求むるはかはない」とされ、他方手續の構造の基礎として「(1)實質的紛争の存否、(2)當該手續を通じて行われる國家活動が法規を適用して私權の存否を確定するにあるか又は便宜の考量に基づく現實的活動であるかの相異、(3)従つて裁判の内容決定に對し、裁判官に廣泛な自由裁量權を付與することを妥當とするや否や、更にこれと關連して、(4)手續の簡易迅速性を必要とするや否や、などの諸點の綜合的・合目的觀察

に求むべきである。」(保全手續の訴訟性と非訴訟性、民商法雜誌、二十一卷、一―四合併號、五頁)とされる。教授の立場は積極説の各立場の結合したもの(少なくとも對象説と手段説)と考えることができよう。その意味で特殊である。そして異質的な事件を含む非訟事件を統一的に把握することが無意味であり、實質的な手續の分類を行うべきであるとするなら、教授の所謂手續特質の「諸點の綜合的・合目的的觀察」は意味をもつものと思う。

(18) 小野木教授、非訟事件、民事訴訟法講座、五卷、一三八三頁。

(19) 拙稿、法學研究、二十九卷、十一號、六八頁。

(20) Sauer, Grundlagen, S. 14 ff. は Betrachtungsweise の點にのりて Wirklichkeitsbetrachtung と Ideale Betrachtung との對立を指摘してゐる。

(21) 各學説が何れの立場に立つて自己の區別基準を提示してゐるのかは、必ずしも明らかではないように思われる。

### 三 學説の批判

以下私は、前節末段に述べた三つの立場の各々について考察を進めよう。

#### 一 積極説について

##### A 第一の立場

###### 1 目的説 先ず個々の學説の検討から始めよう。

a Wach 説 本説の説くように、非訟事件の古典的領域及び真正訴訟事件(廣義)の多くを通じ、國家の協力作用が法形成に向けられることは確かである。しかし、(イ)民事訴訟も亦法形成を行う場合があり(形成判決がこれである。訴訟事件における形成が形成要件の確認による形成であり、非訟事件における形成とその性質を異にするとしても、形成という面からみれば兩者共通點をもつ)、また、(ロ)他面非訟事件も私法秩序維持を目的とする場合があることを認めねばならない(例えばドイツにおける所謂司法事件<sup>(1)</sup>並びに後見遺産事件等がそれである。我國においても司法事件と考えられる事項例えば家審法第九條I項乙類八號の民法第八七七條

I項の扶養事件等は明らかにこの場合である。<sup>(2)</sup>従つて本説は正しくない。

かかる批判に對し、本説をとる立場から次の如き批判が成立つ。

先ず<sup>(1)</sup>について。形成訴訟は非訟事件であるとする見方である。即ち小野木教授は「民事訴訟の純粹型態が確認訴訟であり」、非訟事件の本質が「形成の形式による私人の利益の促進」であることを認めるなら、「形成訴訟は當然その本質上非訟事件に屬するものと解すべく之を訴訟として取扱う所以は、その事件の内容に照し、訴訟手續によるを相當とするからであるが、一般に形成の法律要件は段階的には私人の合意、狹義の法律的合意（形成權の行使）、事件の如き純然たる私法上の法律要件より出發して、公法上の方式ある法律行爲、獨逸における後見裁判所の認可の如き單に、合目的性のみを審査して爲す裁判上の形成行爲を包含する法律要件、獨逸における養子契約の認可の如き合法性を審査してなす裁判上の形成行爲を包含する法律要件の如く、私法上の行爲及び公法上の行爲の結合より成る法律要件で、その後者が、非訟事件に屬するものを経て、最後に、純然たる訴訟事件に屬する法律要件（形成判決）に達するものと認められる。（中略）最後の發展段階をなす裁判上の形成手續（形成訴訟）に付ては形式的に形成の法律要件を充足する爲に例外として確認的訴訟の型態が利用せられるに止まり、その本質上は、非訟事件に屬するものと解すべきである。形成訴訟の内、經界確定の訴訟及び共有物分割の訴訟は、從來、單に形式的に民事訴訟の型態をとるに止まり、その本質は非訟事件と解せられるのが多數であるが、右の見解を正當とするならば、その他の形成訴訟も亦、その本質は非訟事件と認むべく、換言すれば形成訴訟は總て形式的民事訴訟である」と主張される。この立場にたてば、訴訟においても形成がなされることがあるという批判は成立しない。而してかかる立論そのものは正當であらうか。

確かに多くの學説が、形成の訴を、その確定力の生じた判決に法を形成する效力があるが故に、非訟事件であるとし、訴訟手續とは性格的に相容れないものであるとして<sup>(3)</sup>いる。此の見解が、非訟事件において裁判所による法形成行爲が行われる

という考え方よりきていることは確かである。しかし、この説は訴訟上の判決と、生活關係の實體法的規整の性質上の相異を看過しているように思われる。即ち訴訟上の判決の本質は一定の法律效果の發生の基礎たる實體的法律狀態が存在するや否やの認定（換言すれば形成法律要件の當否の認定）にある。その結果として給付請求權が形成されるか、その他の法律關係が形成されるかという問題は全く實體法上の問題であり、判決の本質とか性格とかにひるがえつて影響することはない。私は、このように考へざるを得ない理由を Münzel に従つて次の二點に求めたい。<sup>4)</sup>

(1) 彼は先ず次のようにいう。「この問題に對する解答は同一の實體上の法律狀態から、ある場合には給付の訴及び給付判決が結果し、ある時は形成の訴及び形成判決が結果するという認識から引出される」と。そして更にその例として三つの場合をあげる。(a) 雇傭契約、請負契約等において報酬額の定めなき場合、通常の報酬が合意されたものと看做される（獨逸民法六一二・六三二・六五三條）。この場合は契約と同時に報酬額は客觀的に定められており、争が生じた場合裁判所は既に確定せられた請求權を確認することになる。賣買契約の場合はこれと異る。賣買契約に際して、價額が定められない場合、契約の要素について合意がなかつたのであるから不成立となる場合と、價額の決定が、當事者の一方の妥當な裁量に委ねられる場合（三一五・三一六條）とがある。後の場合、決定權者が決定を遲滞したり、又は妥當な裁量をしなかつたと思われるなら、相手方は裁判所に對しその決定を求めることが出来る。この場合の決定は形成判決によりなされる。これら二つの場合を比較してみると、裁判官の行爲は、給付判決と形成判決という違いはあるが本質的には同一である。即ち裁判官は、實際的要件即ち、何が適切にして適法な價額かを確定するのである。従つて一方が非訟事件で他方が訴訟事件であるということは出来ない。(b) 民法上の組合では、多數決によつて業務執行權や代表權限が剝奪されるが、この法律效果を争う場合裁判所の判斷は明示的確認の意味をもつ。これに對し、商事會社の解散除名等は構成員の決議により行われるのではなく、裁判所の形成判決により行われる。而して双方の場合判斷の内容は同じであり、共に一定の法律效果を生じる法律狀態の確認である。

一方が訴訟事件で一方が非訟事件になるというわけではない。(c)更に、法的安定性の理由から一定要件に基づく一定の法律効果の發生を判決に懸らしめるその他の場合がある。例えば、錯誤(但し我民法上は無効―九五條)又は詐欺により取消された意思表示に關する裁判は確認であるに反し、婚姻の同一理由による取消の訴は形成の訴である。更に別の例として子の嫡出否認がある。以上三つの場合から次の歸結をうる。(i)判決そのものはその種類に拘らず法律要件の確定と法律効果の認定という面で同一であり、形成判決も例外でないこと。小野木教授は形式的形成訴訟法を通常の形成訴訟と統一的に理解されるが、形式的形成訴訟はここに指摘した性質を備えないため非訟事件なのである。(ii)判決の効果の差異は裁判の本質に何等影響を及ぼさないこと。(iii)訴訟の裁判か形成であるか否かは實體的理由乃至實體的規整に基づくこと。

(2)他の理由は形成判決にも既判力がある點で他の訴訟上の判決と異なる處がないことである。形成判決と形成力に關する考え方は三つある。即ち、(a)形成判決は處分であり、その形成力は國家の意思表示的處分行爲に基づくとする説、(b)形成判決は形成要件の確定であり、その形成力は形成要件の確定とこれを前提とする形成處分に基づくとする説、(c)形成判決の性質については(b)と同じであるが、形成力は形成要件確定の反射効果であるとする説である。これらの中(b)と(c)は形成判決の本質について全く同一の考え方をとり、又形成力についての形成要件の確定に結びつけられている點で類似する。之に反し(a)は(b)及び(c)と對立する。(a)の説は、形成判決の既判力を否定する點で特色を有する。その理由は色々であるが、ここでは論じない。さて、形成判決の既判力の否定は、既判力がなく且つその拘束力が裁判の實體的形成力に基づくとされる非訟事件の裁判との比較において意味をもつ。蓋し、訴訟事件における形成判決と、非訟事件における形成行爲との間に本質的區別が存しないことになるからである。而してかかる考え方は次の二つの理由から支持しえないと思われる。(i)先ず抽象的にいつて形成判決も亦法律要件即ち、形成権の確認をなし、既判力を有すると考えられる(結論だけを述べてここで)。即ち前述せる(b)乃至(c)の立場を正しいと考える。(ii)更にこの抽象論の正當性は *Münzel* の主張する具體的論證により明らかになると思

われる。彼は形成判決に對する既判力の否定とコレラートの關係に立つ事項として「(1)判決に對する拘束力を實體上の形成效に求めること、(2)形成效の排除は、實體法上の法律效果の排除と同一の原則に従うこと」の二つを指摘し、次にこれらの事項が實定法と一致しないことを論證する。即ち訴訟外でなされた形成效は當事者の合意により排除されるが、確定力ある形成判決による形成效は當事者の合意やその他の實體法上の法により排除されることはなく、當事者はせいぜい新たな法律行為により、反對の法律效果を生ぜしめうるに過ぎないことになる<sup>(5)</sup>。これは形成判決に際し實體上の形成效の他に既判力の存在することを證明している。(但し再審事由のある場合は別である)

以上により形成判決における形成と非訟事件における形成とはその性質を異にし、統一的に把握しえないことが明らかとなつた。非訟事件として兩者を統一的に理解することの意味は、兩者に既判力がないとする點であるが、それすら現行制度上承認しえないことは明らかになつた。かくて非訟事件の本質を形成に求める Waack 乃至小野木教授の學説がそれ自體矛盾を含み且つ現行法制度上も意味がないことになる。

本説の批判としては以上を以て充分であると考えられるが、因みに前述せる批判の第二點について考察しよう。私は本説批判の第二の論據として、非訟事件の領域においても私法秩序の維持を目的とすることがあると説いた。Baur はその例として後見事件、遺産事件及び眞正訴訟事件(眞正訴訟事件なる語は狹義即ち司法事  
件として用いられているものと思う)をあげる。形成と對象させた意味での私法秩序の維持は、既存の私法秩序の維持を意味しよう。その意味では Baur の例示は必ずしも妥當ではない。即ち私は非訟事件を分けると次の三種になるように思う<sup>(6)</sup>。その第一は純粹に國家の後見的介入による私法秩序の新たな形成が行われる場合である。これは更に分れて非訟事件の古典的領域即ち眞正非訟事件と、從來民事訴訟事項であつたが、合目的性の理由から、法律要件が緩和されることによつて裁判の一定の範圍における自由裁量の餘地が認められるようになったものがある。前者においては形成要件が實體法上規定されない場合(例えば BGB 二二〇條は遺言執行者の選任・改任等がなされる場合を規定するが、選任に關しては自由裁量が認められる。我國でも同じである。民法第一一〇條、

家審法九條I項)と、規定はされているが、當事者間の關係においてではなく、國家對申立人の關係で、又は職權で開始する(前者の例と甲類三十五號)と、規定はされているが、當事者間の關係においてではなく、國家對申立人の關係で、又は職權で開始する國家の作為義務として、換言すれば國家機關の形成すべき作為義務として、規定が存在する場合との双方を含む(して、禁治BGB一七三條、一八九六條、FGG四八條、獨逸未成年者福祉法第三六條參照)。

後者においては、具體法關係は既に存在するのであるが、その關係に加えて新たな法律關係を具體的妥當性を以て形成する(獨逸における契約履行補助事件(Verpflichtung)においては債權額及び履行期について裁判官による形成がなされるものとすれば——但しこの點異論あり——この場合に於たる。我國の調停事)。從つてこの第一の場合は何れも既存の法律關係の維持が問題とはならない。第二の場合には、實體法上具體的權利の規定即ち法律要件對法律效果の規定が存在し、裁判が既存の具體的權利の確認の形式をとる場合である(如何なる場合がこれに於たるかについては獨逸法及び我法について鈴木氏所收、六八七頁以下)。私は多少の補足を必要とするものと思う。殊に我法上例えば民法第八七條I項家審法九條I項乙類八號事件、財産分與に關する民法第七六八條家審法第九條I項乙類第五號事件はそれぞれ、實體法上權利が具體的に定められているものであると考えられている。この點については近く發表する豫定の非訟事)。これは所謂司法事件である。即ち、第二の場合にのみ私法秩序の維持といふ件における手續分類を取扱ふ論文を参照されたい。

ことがいえるのであり、第一の場合には何れも私法秩序の形成を目的とし、維持を目的とはいえないのである(Bartl)が後見事件を私法秩序の維持の例として挙げるのはおそらく次のような考え方に基づくものと考えられる。即ち適切な後見人の就任が私法秩序の通常の場合で、不適切なものである以上は、その在任により私法秩序が侵害されているのであるという考え方である。從つてこの場合、申立権者は解任の申立をすることが出来る。この限りでは確かに適法性の判断即ち私法秩序の維持を目的とするのであるといふ。亦後見人が在任しない場合についてはその状態自體が私法秩序が維持されない状態であり選任により維持されるといふ考え方である。しかしこのように考えるなら、形成と私法秩序の維持は必ずしも對立するもの)。しかし例示は少なくとも第二の事件(司法)については正當である。從つて獨逸法並びに我法上にかかる事件の存在が認められる限り、私法秩序の維持を目的とする事件が存在することに變りがない。

b Richard Schmidt, Goldechmidt 說 本説のとる限界づけは一部分には確かにあてはまる(例えば後見人、管理人等の私法秩序回復の目的をもつ)。しかし一方において非訟事件も亦私法秩序の回復を目的とすることがあり(例えば後見人、管理人等の者への子の引渡、我法上家事審判の事情變更による取消變更は原則として將來に向つて効力を有するが、既に生じた)他方民事訴訟によらざるの回復の意味を有し、原始的不當に基づく取消變更はその効力が原則として遡及するから更にその意味が強い)から、本説についても豫防的處置がなされる(例えば占有保全の訴、土地立入禁止請求訴訟、その他Bartlは、假處分をその例として)から、本説(あげると、假處分が訴訟であるか非訟であるか問題があるのでここではあけないでおく)から、本説

は正しくない。

c Helliwig 説 本説は「法的監護を目的とする」と主張する點で目的說中に含まれるが、「申立人は自己の權利につき裁判官の判決を求めるのではなく、裁判官の行爲義務を主張している」とする點でむしろ對象說に近似する。先ず前者について考察する。本説は「法的監護」という一元的目的を以て非訟事件を把握せんとする。この點 Goldschmidt や Richard Schmidt の學說が非訟事件を「豫防的・法警察的目的」を以て一元的に把えたのと似ているが (Wach がこれらの學說の一元的目的を盛ることなく目的を形式) 的にとらえて形成に求めたのと異なる) 而して (b) (c) 說のように一元的目的をもつてしては非訟事件の古典的領域さえ統一的に把握することが不可能なのではあるまいか。例えば、Schlegelberger は次のように述べている<sup>(8)</sup>。「個々の事件の規整にあたり立法者のもつ目的は、非常に異つてゐるため、目的を以て非訟事件の一般的概念規定の區別基準とすることは出来ない。例えば後見制度、養子、戸籍の規整については、一般的國家利益が基準とされた。殆んどの商事事件殊に商業登記の實行、會社登記の實行……等については取引界一般の利益が決定的である。その他の場合で、正確な法律上の知識を必要とし法律の専門家の權威的介入なしには、經驗上適切な結果をうるに困難であるが故に官廳の介入が規定される。例えば遺産、海損事件等。夫婦間の財産關係に關する争い (鍵の權利) の規整においては倫理的考慮が加わるから立法者は訴訟による解決を避けようとする。裁判所及び公證人のする公證に關する規定は取引の安全の利益を目的とする。更に質物賣却物の保管及び探索等の事項は、取引の簡易化及び個々の當事者の保護の目的をもつて非訟事件とされている」と。ましてかかる一元的目的を以て、本來訴訟事件であると考えられる事項を含む眞正訴訟事件迄も含めて非訟事件を統一的に把握することはできないであろう。またこのような目的を以て把握してみても現行法制度上何の意味もなく、又このような目的から直接總ての手續の諸特質が締結されるとも考えられない。

次に後の點即ち「申立人は裁判官の裁判を求める爲自己の權利を主張するのではなく、裁判官の行爲義務を主張する」と



いう點はかなりの正しさを含んでいる。即ち司法事件においては實體權の主張があるわけであるが、これらの場合が本來非訟事件から除外されるべきであるとする Lent の見解<sup>(9)</sup>に従う場合(この考え方は非訟事件と訴訟事件の差異を行政と司法の區別に一致せしめんとする考え方である) Hellwig のこの點に關する考え方は全く正しい。ただ司法事件の存在を認める獨逸及び我國の現行法の解釋論としては維持しえないものである。

勿論我々は非訟事件の本質を、公の利益において付與される處分という點に求めることは出来ない。蓋し訴訟事件においても、非訟事件におけると同じ意味での公の利益が問題とされることがあるし(婚姻、親子關係事件等)、非訟事件においても必ずしも私的利益が問題とならない場合ばかりとは限らないからである(例えば法律上書面による公證が要求されていない法律行為の財産分與、更に獨逸法<sup>(11)</sup>上の相續證の付與等)。

以上により目的說中に含まれる三つの學說の検討を終る。

- (1) 司法事件については本論文八一頁参照。
- (2) Baur, a.a.O., S. 27.
- (3) 小野木教授「訴訟事件と非訟事件」四九頁以下。Vgl. Stein-Jonas-Schönke, II 3 vor § 253; Boehmer, a.a.O., Bd. 1, S. 139.
- (4) Münzel, a.a.O., S. 342 ff.
- (5) Münzel, a.a.O., S. 347 ff.
- (6) この點については近く發表する豫定である、非訟事件における手續の分類を援う論文を参照されたい。
- (7) Baur, a.a.O., S. 28.
- (8) Schlegelberger, Kommentar (7 Aufl.), Bd. 1, S. 63 f.
- (9) Lent, ZJP 66, S. 267 ff.
- (10) Schlegelberger, Kommentar (5 Aufl.), Anm. 8, Abs. II zu § 16.
- (11) Bosh 是「一九四一年七月十五日の基本法は、檢察官は、總ての民事事件において、從つて民事訴訟においても、民族共同體の觀點から手續及び裁判において考慮すべき事情を主張する權限あることを明らかにしている」ことは、民事訴訟において必ずしも私的利益

のみが問題となるものではないことを示している、としている。現在この基本法は勿論廢止されたし、このような考え方は全體主義的傾向のそれであるといえよう。しかし、民事訴訟においても公の利益が問題となる場合があることにおいては變りがない。

## 2 對象説

本説のとる兩手續區別の基準は後に述べるように非常に適切な基準であると思われるが、現行法上非訟事件

とされた總ての事件を對象とする場合必ずしも充分とはいえない。蓋し、獨法上、非訟事件手續において所謂真正訴訟事件においてのみならず(例えば家産令の事件)非訟事件の古典的領域においても(受遺者法定相續人が相續權を争う場合の相續證の交付)裁判官は當事者の權利主張につき裁判しなければならぬからである。又我法上も、司法事件が非訟事件中に認められるから事情は異なる。

そもそも非訟事件において權利主張従つて法的紛争が存するや否やについては獨逸において争われている。Lentはその Studienbuch<sup>(1)</sup>において、非訟事件においては法的紛争が存在しないか或いはあつても付隨現象にすぎず、この場合問題となるのは裁判というよりむしろ保全・監護であり、法律狀態の實現とは關係のない當事者間の妥協である、という。これに對し Habscheid は次のように反論している。<sup>(2)</sup>「レントがこのテーゼを定立した時彼は就中非訟事件の古典的領域のみを考えていたのである。彼は立法者が漸次嘗て民訴に屬せしめられた事項を非訟事件に移行したことを、充分考慮していない」として更に續ける。「Lent の學説は裁判が當事者の權利に關しない限りにおいて正しい。從來民事訴訟に屬し非訟事件に組入れられた事件即ち非訟事件の新領域換言すれば真正訴訟事件においては、その手續は私權の實現を目的とする。申立人の裁判の要求は民訴と同様權利保護の要求を含む。レントのいうように裁判官は法律狀態を確定するというより、當事者を妥協せしめる爲に行爲するというわけではない。例えば家産手續で申立人は民法七四九條以下と異なる實體法上の配當を求め、請求權を主張する。履行補助手續では、履行補助法に認められた法律關係變更請求權を行使する。裁判官にその際自由裁量の餘地があるといふことはこの間の事情を變えるものではない。蓋し、例えば民法第三四三條の契約罰の減額を求める訴におけるように訴訟事件においても同じことがいえるからである。償還事件、農地事件においても私權の實現が問題とされ

る。これらの場合をみると、當事者は民事訴訟におけると同様に對立し、私權の存否について争つてゐる。而も民訴におけると同様紛争の終局的判斷が問題となつてゐる。」と。私は何れの說にも無條件に賛成しえない。即ち私は非訟事件として三つの事件が含まれると考えることについては既に述べた通りである。Habscheidの所論は所謂司法事件即ち前掲第二の事件について妥當する。この種の非訟事件に關する限りLentの說は正しくない。蓋しそこにおいては具體的な權利主張従つて法的紛争が存在するからである。これに反し司法事件を除く、真正訴訟事件についてはHabscheidの批判ではなくLentの理論が妥當する。蓋しこの場合においては申立人は一定の具體的内容換言すればその目的額及び態様の特定した請求權を主張するのではなく、單に裁判所が一定の範圍で自由な裁量をなすことによつて後見的に介入するに過ぎないのであるから、申立は原被告に相當する申立人及び被申立人の存在を豫定はするが、その間に法律上の紛争は存在しないのである。更に真正非訟事件(古典的非訟事件)においても同様である。唯Habscheidの說を批判するに際して注意すべきは、彼の所謂真正訴訟事件なる概念が第二の事件(司法事件)のみを意味するの否、又は司法事件を除く真正訴訟事件をも含むのか明らかではない、といふことである。即ちHabscheidの“die echte Streitsachen”なる語の用い方に變遷があるように思われるし、また明瞭性を缺く。すなわち彼は先づZZP 66, 1953に於て“Schiedverfahren und Freiwillige Gerichtsbarkeit”と題する論說中“Rechte Streitsachen liegen immer davon, wenn das Gericht als einzige an und für sich dazu berufene Instanz über subjektive Rechte mit endgültiger Wirkung zu entscheiden hat……”と述べらるる(一九三頁)に反し、翌年のJZ Nr. 22に於ては“Zum Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit”なる論說中にて“über subjektive Rechte”を“über (behauptete) subjektive Rechte”と變へらるる。BärmannはAcP. 154. “Rechtliches Streitverfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit” S. 417に於てHabscheidの見解を引用して、その脚注としてZZP 66, 1953, S. 198及びJZ 1954, S. 691の新舊兩見解の示された箇所を擧げてらる。そしてHabscheidに於て

は、一定の内容の権利主張の定立を必要としない、つまり権利が手續の對象となれば充分である點で Lent のそれと異なっている。前述せる差異を實質的な學說の變化とみるならば、Bärmann の解説は正しくない。蓋し新説における „echte Streitfache“ は司法事件を指すからである。しかし、一方新しい論文中で Habscheid は真正訴訟事件につき「從來民事訴訟に屬し非訟事件に組入れられた事件」という。この點からは司法事件と共に司法事件を除く真正訴訟事件をも含むものと考えられるのである。結局司法事件について Habscheid の見解は妥當する。その範圍で Lent の舊説は正しくない。Habscheid は批判の第二點として、彼は「裁判官に自由裁量の餘地があるということは、この間の事情を變えるものではない」として BGB 第三四三條を援用する。私はこれについて次のように考える。先ず法的紛争事件における自由裁量と、法的紛争を含まない事件（司法事件を除く非訟事件乃至行政事件）における自由裁量は、その性質を全く異にすると思われ<sup>(8)</sup>。即ち前者のそれは判斷裁量即ち Billigkeit を求める裁量であるから、具體の場合に具體法が定つて居り、その發見と考えることができ、その意味で拘束された自由裁量である。後者の裁量は行爲裁量であり Zweckmäßigkeit を目標とする。次に第三四三條は、違約罰が不當に高額な場合に債務者は申立に基づき判決により相當額への減額を請求しうることになっている。本條は形式的民事訴訟事項の規定と考える餘地は充分あるが、もしそうであるなら Habscheid が本條を對比の對象として援用することは誤りである。

要するに私は司法事件において當事者の法的紛争が存すると考える。従つてその範圍は Habscheid のそれと一致しない。そして私の見解は Lent が後に „Zivilprozess und Freiwillige Gerichtsbarkeit“ (ZZP. 66, S. 267 ff.) にとつた態度と一致する。

Peters は Habscheid の見解に對し更に反對する。即ち「Lent や Habscheid の見解は、權利の問題とならない手續においても紛争が支配しうることを看過している。訴訟事件と非訟事件の限界は、單に „Freiwilligkeit“ と „Steit“ な

る概念の分離する處に存する」と。而してこれに對し Habscheid は「Peters は、もし法律上の概念が哲學的基準に基づいてのみ解釋されるべきであるなら正しい。然し法律上の概念が實際上の概念を必要とするならば法的概念形成が必要とされる。通常裁判所の手續が「法的紛争」であることに誰も異論がなからう。權利が問題とされてゐるが故に當事者間に原則として紛争が支配する、という理由で異論を述べないのである。従つて手續はそれに適したように作られてゐる。にも拘らず民訴においても對審なくして行われる確認が存する。然しこのような例外を以て、法的紛争なる概念が民訴の特質の表現に不用であるという主張は出來ない。訴訟において原則として紛争が支配するといへば概念形成のためには充分であらねばならぬ。非訟事件における眞正訴訟事件の概念たりともこれと異つて規定する何等の理由はない。即ち裁判所が唯一のそれ自體管轄權ある審級として權利につき終局的効果を以て裁判すべきである場合に常に眞正訴訟が存在する。當事者が裁判官に合意で申立てたか否か裁判が對審によりなされたか否かに係りがない」といふ。<sup>(6)</sup>蓋し正當な見解といふべきであらう。

このようにこの見解が現行法の解釋として通用しないにも拘らず、かなり重要な基準を提供してゐることは確かである。Lent 自身も現行法の解釋として對象説をとりつゝるといつてゐるわけではない。<sup>(7)</sup>Baur の分類はこの點に關することわりがきがない點である。むしろ彼は兩事件の區別の基準のあるべき姿として、換言すれば爾後如何なる事件を何れの手續によらしむべきかという立法政策の問題に對する解答として對象説を打出してゐるのである。彼はかかる基準を選択するに際して一定の實益を指摘してゐる。私も彼とは異つた實益を同一の區別基準に基づいて考えられると信じてゐる。これらの點については後に私見を展開する際に論じることとし、ここでは對象説の誤りを説くに止める。

(1) Lent, Studienbuch (1. Aufl.), S. 8.

(2) Habscheid, Zum Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 54, S. 689; Mathieu, DNotZ 53, S. 371; Karl Blomeyer, FG und Zivilprozess in Festschrift für Hedemann (1938), S. 191 ff.

(c) この點を詳細したものは Karl August Bittermann Verwaltungsakt und Richterspruch, Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht (Gedächtnisschrift für Walter Jellinek), S. 361 ff.

(4) Peters, MDR 52, S. 138.

(5) Habscheid, JZ 1954, S. 690.

3 手段説 この見解も區別基準の一つを示すに過ぎない。一體民事訴訟においても形成、確認判決は狹義の執行力を有しないし、他面真正訴訟事件(家産令事件、我國では、例えは給付を命ずる調停、審判等)は確認效並びに執行力をもつ(1)。獨逸においては執行は特に後見に關する(2)。又法確定力についてはどうか。非訟事件(家審法十五條、民調法十六條)中真正訴訟事件(廣義)について既判力を認めるのが獨逸法上通説的見解である。これは妥當な見解であると思う。従つて本説は正しくない。

尙ここで Münzel の學說に若干觸れておく。Baur は彼の學說を「一回的・確認的裁判」という點で手段説中に含ましめてゐるが、彼が「實體的法律狀態の存否に關する」といい、更に非訟事件を國家行政とする點で對象説である。従つて彼の學說については對象説・手段説の各々に對する批判が成立つ。Bärmann は Münzel の説を次の二點で批判してゐる。(3)

(1) 真正訴訟事件は行政の概念と相容れない。(2) 訴訟上の判決も亦多くの場合、實體關係の確認ではなく、法解釋における裁判官の裁量權の範圍内で法形成である。即ち裁判官法の發生が一般的である。しかし Bärmann のかかる批判は妥當性を缺く。先ず(1)について。真正訴訟事件中實體關係の存否の確認をする所謂司法事件が、行政なる概念と相容れないことは確かである。この點では正しい。しかしその他の事件は行政なる概念の内に含ましめても別に不都合はないと思われ。次に(2)の點について。具體法理論の立場からは Bärmann の批判は正しくない。即ち訴訟事件における法解釋上の裁量は行政處分に際し行われる自由裁量とはその性質を異にし、眞の意味における裁量でないことについては前述した通りである。かくて Bärmann の批判それ自體は妥當性を缺く。

(1) Baur, a.a.O., S. 29 f.

(2) Baur, a.a.O., S. 264 ff. この點については近く發表する豫定の非訟事件の手續分類に關する拙稿参照。

(3) Barmann, „Echtes Streitverfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit“, AcP 1955, S. 413 f.

**B** 次にこれらの學説が(但し消極説たる法規説を除く)、存在(實定法が一定の事件を訴訟事件なりとし又は非訟事件なりとした態度)に何程か規定された理念として、その區別基準を提供していると考えらばどうか。存在に規定されるといへ理念である以上存在そのものではない。しかし存在に規定されるのであるから存在から全く遊離しえない。どの範圍の存在が理念を規定し又は例外現象と考えられるべきかは、かなり大きな問題である。唯私は區別基準乃至本質の理念として各學説の提示する處が全く存在とは異質的なもの、換言すれば存在から遊離したものと考えることができる。元來非訟事件は三種の全く異つた事件を含むのであるから、これ等に統一的な理念を求めること自體が不可能である。

**C** 最後にかかる各學説の區別基準を提供することにより如何なる手續法上の實益を有するやを考えてみよう。先ず(1) Wach 小野木教授説は既判力の存在について意義があるということは既に述べた。しかしてこの實益は實は存在しないことについても説述した。(2) Schmidt, Goldschmidt 説は秩序侵害の豫防か回復かを基準とするが故に、效力の發生時期の問題で差異が生じよう。蓋し前者においては將來に向つて生じ、後者においては遡及する。(3) Hellwig 説はむしろ(4)對象説に近く、司法と行政とに分けることから生じる實益を有している(その實益は裁判官の獨占が司法事件にのみ認められるということに盡きることについては近く發表豫定の拙稿参照)。(5) 手段説は既判力と強制執行(狹義)の存否につき意義をもつ。而して非訟事件乃至手續内で如何なる基準を以て區別基準となすべきかについては近く發表豫定の拙稿を参照されたい。

## 二 法規説(消極説)

十九世紀の初頭以來無反省的に廣範圍にわたる諸種の事件が非訟事件の新領域即ち眞正訴訟事件として非訟事件手續法によらしめられた獨逸において、現行法の解釋として實定説に傾くことは必然的現象であつた。

それにしても消極的法規説の見解は獨逸の有力説によりその正當性が否定されている。即ち「消極的法規説によると、明示の規定により訴訟事件でない場合には總て非訟事件手續によらしめるとの印象をあたえるからである。一體、獨逸民訴施行法第三條は、民事訴訟法が通常裁判所に屬せしめられた總ての民事上の法的紛争事件に適用されることを規定する。しかし原則として總ての民事上の法的紛争は通常裁判所の管轄に屬する。民事司法の全領域からその一部が非訟事件のために切斷されるに過ぎない」と。獨逸において所謂真正訴訟事件（廣義）は民事訴訟事項であつたものが、明文の規定を以て漸次非訟事件に移行された経過及び現在でも尙これら事件が特別法として規定せられていることは、この批判を理由づける。

我法上はどうか。我法は獨逸民訴施行法第三條に特に相當する規定をもたないが、理論的にいつて獨逸法上と同じ態度をとるべきことは當然であり、従つて積極説が正しい。因みに付言するなら、真正訴訟事件（廣義）を含む家事審判事項の列擧は制限的であると解されている。

以上の如く法規説中消極説は妥當性を缺くため、積極説をとらざるを得ないし、またそうすることが正しいと思う。

しかし、積極説により「法により明示的に非訟事件とされたもののみが非訟事件である」とするのみでは、全く形式的な區別に満足するに過ぎず殆んど意味がない。蓋しかくて形式的に把えられた非訟事件中には、全く異質的な三種の事件が存在し、その相互間に共通性は非常に少ないからである。僅かな意義を見出すことができるとするなら、それは、一定範圍で民事訴訟の原則が排除され、非訟事件の原則がこれに代つて導入されることであろう。その「一定の範圍」が如何なる範圍であるかという問題は全く當該手續の本質から導出される必要がある。これは第一節において指摘したように各特別法が非訟事件法を準用する際の留保條項をみても明らかである。獨逸においても最近多くの學者が法規説をとりつつ、それに満足することなく、法規説により形式的に把握された非訟事件を更に分類して、(1)司法事件と行政事件に分けたり、(2)司法事件を含む真正訴訟事件（廣義）と古典的非訟事件とに分けたり、(3)第一の立場と第二の立場を結合し古典的非訟事件と對立さ



せて廣義の眞正訴訟を考え、更に後者を司法事件とその他の眞正訴訟事件とに分けながら、それとは別にその手續特質を追求していることは、やはり法規説の不十分なことを示している。

(1) Baur, a.a.O., S. 30.

(2) 山木戸教授、家事審判、民事訴訟法講座、五卷、一三五八頁。

#### 四 結 論

以上により私は従來の學説の缺點を指摘しつつ、現行法上非訟事件を實定法の規定により形式的に把えざるをえないこと、及びかかる形式的な把え方自體殆んど意味がないことを明らかにしたと思う。従つて次に形式的に法規説をとりつつ、實質的に非訟事件の内で如何なる手續乃至事件の分類を行うのが合理的かという問題が提起される。この問題については近い内に私見を發表する機會をもちたいと思つてゐる。