

Title	非訟事件の定型分類
Sub Title	Ein typisches klassifizieren der angelegenheiten der freiwilligen gerichtbarkeit
Author	石川, 明 (Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1958
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.31, No.4 (1958. 4) ,p.14- 56
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説 独文抄録 "Ein typisches klassifizieren der angelegenheiten der freiwilligen gerichtbarkeit" あり
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19580415-0014

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.

非訟事件の定型分類

石川 明

- 一 はしがき
- 二 分類方法の概観
- 三 民事訴訟手続と非訟事件手続における差異
- 四 司法と行政に分ける説
- 五 真正訴訟事件と真正非訟事件に分ける説
- 六 結語

一 はしがき

私は前回の論文で、(1)實定法上、非訟事件とされる各事項を一つの統一的な理念を以て把握することができず、結局は非訟事件と訴訟事件との區別は法規によらざるを得ないこと、(2)このことは獨逸においては勿論我が國においても同様であること、(3)しかしそのみでは實定法上何の意味もないこと、を論じた⁽¹⁾。私は本稿で、實定法上非訟事件とされるものを、どのように分類することが、制度上・實際上意味があるのか、という問題を中心に論じてみたい。そしてこのことは、民事事件乃至民事手続を如何に分類することが、最も實質的且つ合理的であるかという問題に通じるのである。

二 分類方法の概観

形式的に把握された非訟事件のうち、異質的な事件が存在することについて現在では殆んど異論がない。この異質的事件は通常真正訴訟事件と呼ばれている。しかしこの真正訴訟事件が如何なる特質をもち如何なる範圍で認められるかについては見解が分れる。およそ次の三つに分れると思う。

(1) 司法事件と行政事件とに分ける説。法の判断、すなわち法律要件と法律効果の判断それ自体を目的とするや否やにより分ける學說で、⁽¹⁾ Bettermann, ⁽²⁾ Lent, ⁽³⁾ Münzel, ⁽⁴⁾ Habscheid (但し改訂せられた説) 等の採るところである。こゝにいゝゆる司法事件に付する名稱は各人各様である。Bettermann は „Rechtsprechung“, „streitige Gerichtsbarkeit“, „Zivilgerichtsbarkeit“ と呼び、Münzel は Bettermann の第二の呼び方にならぶ、Habscheid は „echtes Streitverfahren“ と呼ぶ。

(2) 司法事件をも含む真正訴訟事件と古典的非訟事件とに分ける説。前者は従來訴訟事件として取扱われ漸次非訟事件中に移管された事件で共に、司法事件が實體權の確認、その他の真正訴訟事件が實體權の自由裁量による形成をする點を除けば實體權に關するに對し、後者は實體權に直接關係せず、非訟事件の本來的領域である。Bärmann, ⁽⁵⁾ Habscheid (舊説) 等のとる見解である。

(3) (1)(2)の説を組合せれば當然次のような説が考えられる。廣義の真正訴訟事件と古典的非訟事件とに分け、更に前者を狹義の真正訴訟事件(司法事件)とその他の事件(行政的眞正訴訟事件)に分ける説である。結論的にいって私はこの説をとりたいと思う。

- (1) Bettermann, Die Freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, Festschrift für Lent, S. 17 ff.
- (a) Lent, Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP 63, 4, S. 267 ff.
- (e) Münzel, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozess in der neueren Entwicklung, ZZP 66, 5/6, S. 334 ff.
- (4) Habscheid, Zum Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 22, S. 691.
- (5) Bärmann, „Rechtes Streitverfahren“ in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, AcP 154, 5, S. 374 ff.
- (9) Habscheid, Schiedverfahren und Freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP 66, S. 193 f.

三 民事訴訟手続と非訟事件手続における差異

以下に私は司法事件およびその他の真正訴訟事件における手続上の特質を検討したいと思うが、それに先立つて、非訟事件と民事訴訟の両手続における手続の典型的な相違を一瞥しておくことは意味があると思う。獨逸における通説によると、その差異は次の諸點にあると思われる。⁽¹⁾

民事訴訟

- (1) (a) 原則として公開
- (b) 原則として口頭辯論が行われる。
- (2) 當事者により明らかに申立てられたもの以外に裁判官の行爲はない。(ただ民事訴訟法一三九條の釋明義務による場合が重要な例外である。)
- (3) 今日なお辯論主義が廣範圍に行われる。
- (4) 既判力が存在し、當事者および裁判官は既判力ある裁判に拘

非訟事件

- 非公開
- 口頭辯論は殆んど任意的である。
- 非訟事件において裁判官の地位はより自由である。裁判官は嚴格に規定され形式を備えた手続を行う義務がない。しばしば申立にも拘束されない。
- 職權主義が行われる。
- 非訟事件では通説によると、一般的に既判力が生じないとさ

束される。

(5) 裁判の効力は原則として當事者間にのみ及ぶ。

(6) 裁判は形式的確定力の發生により始めて效力を生じる。

(7) 成規の訊問をうける權利

(8)

(この他 Münzel は次の二點をあげる。)

(9) 再審制度が必要とされる。

(10) 訴訟においては個々の事實の眞實を探究する。

れる。形式的確定力ある非訟事件の裁判も(例えば即時抗告期間の経過)通説によると新たな手續でいつでも變更しうる(申立事項では勿論申立をまつ)。

對世的效力すなわち *Wirkung inter omnes* がある。

原則として裁判の當事者に對する告知により、效力を生じる(FGG 一六條、我が非訟事件法一八條、家審法一三條等參照)。

非訟事件においては極く最近迄規定されなかつた。

非訟事件の裁判は一般に既判力を要求しない。それ故變更しうる(FGG 一八條)。この見解は今日一般に維持しえない。

形式的確定力の生じる場合でも取消變更が出来るから再審の必要がない。

非訟事件では處分が全體として正しいか否かが大切で、個々の事實の眞實は必要としない。これについては批判がある。ただ處分の全體としての妥當性は、個々の事實の眞實發見の上に築かれるものであるという有力な批判がある。私も批判を是とするから、本項目は取上げない。

(1) Bärmann, a.a.O., S. 391 f.; Bosch, AcP. 149, 1, S. 42 f.; Münzel, a.a.O., S. 367, 380; Lenti, a.a.O., S. 272 ff., 281

ff.

四 司法と行政に分ける説

非訟事件を形式的に把える法規説の立場に立ち、さらにそのうちに二つの異質的なもの、すなわち司法事件と行政事件とを認めることに、認識論的價值のみならず、實際上すなわち現行法制度上の實益を承認するのは Bettermann によら、Lent である。

私はかつて非訟事件に關する學説の紹介にあたり Lent が對象説をとることを指摘した⁽¹⁾。彼は、現行法における訴訟事件と非訟事件の區別基準としてではないが、あるべき區別基準を、當該手續において原告の主張する實體權が判断の對象となるか否かという點に求めている。訴訟が、「原告により被告に對し主張された權利主張につき裁判する」ものであるということは、法の判断それ自體を目的とするということである。法の判断それ自體を目的とするのは司法である。また彼が非訟事件において（ここで非訟事件というのは、形式的に把握された非訟事件のうち、いわゆる司法事件を除外したものを示すものと思われる）、「裁判官の裁判により形成が行われる場合であつても、形成權とは關係なく、國家の介入が問題とされる」というのは、實體的法律要件と形成とが無關係であることを意味する。法の判断それ自體を目的とせず、實體上の法律要件乃至實體權の存在を前提として、またはこれとは無關係に行われる國家活動は行政である。従つて對象説によれば、非訟事件は行政であり、訴訟事件は司法に屬するということになる。すなわち Lent のいわゆる非訟か訴訟かの問題は、行政か司法かという問題を別個の觀點から眺めたものであるといえよう。⁽²⁾⁽³⁾

私は、ここに、非訟事件中にならざる司法事件が存するや否やを検討する準備として、その一應の基準を示しておこう。作用の本質として司法が法の判断それ自體を目的とする點に異論はないであろう。それでは、法の判断は如何なる場合になされるのであろうか。ここにおいて、法律の三つの規定様式を挙げれば充分であろう。⁽⁴⁾ ①CがDであるなら、AはBであ

る、という規定様式。②CがDであるなら、AはB乃至是非Bのいずれか一方である、という形式。③CがDであるなら、Aは B, B_1, B_2, \dots, E_n である、とする形式。①の形式においては、法律要件と効果の關係の判断につき裁量の餘地がない。この場合要件と効果の關係の認定それ自體を問題とする國家作用は司法である。しかし①の場合であつても法律効果の付與それ自體を目的とするなら、従つて、法律要件と法律効果の認定それ自體を目的とするのではなく、要件の存在を前提として効果を付與する國家作用は行政である。②の場合は、③の場合とともに、自由裁量の認められる場合であるが、③がいわゆる本來の自由裁量であるに反し、②の場合は「法律拘束」と呼ばれて區別される⁽⁵⁾。すなわちAはBか非Bかのいずれかであつて、そのいずれかが適法なのである。いずれに認定するかは裁判官の自由であるが、いずれかに認定した場合その他の認定は不適法なのである。この意味で①の場合と共通する。③の場合は、AはBでも B_1 でも B_2 でも \dots, B_n でも適法とされる場合である。従つてAを C, C_1, C_2, \dots, C_n と判断すれば、自由裁量の枠を越えて不適法となるが、 B_1 と判断することと B_2 と判断することは、いずれも適法であり、互に相矛盾しない。従つて $B_1 \setminus B_n$ の範圍の判断は、司法的性格を有しない。裁量の範圍の判断のみが司法的性格を有する。ただ注意すべきは、判断が司法的性格を有するためには、適法性の判断それ自體を目的とすることを以て足り、當該法律關係につき裁判所が第三者の立場に立つことは、絶対に必要な要件ではないといふことである。

以上の立場から、我が法上非訟事件とされるもののうち何が司法（訴訟）事件と考えられるべきであらうか。司法事件は勿論前述①乃至②の場合であり、且つ適法性の判断それ自體を目的とする國家作用が行われる場合に限定されるわけであるが、①乃至②と考えられる各場合に、國家作用の性質が司法であるか行政であるか、換言すれば、法判断それ自體を目的とするか、それを前提とした處分の付與を目的とするか、必ずしも明瞭でない場合が多い。例えば、⁽⁶⁾(a)禁治産・準禁治産・失踪宣告およびそれらの取消の審判、⁽⁷⁾(b)親權管理權喪失宣言、⁽⁸⁾(c)推定相續人排除の審判、⁽⁹⁾(d)民法八七七條I項の扶養の審判、⁽¹⁰⁾(e)離

婚の際の妻の財産分與請求、および夫婦共有財産分割請求の審判、等がある。またこれを非訟事件手續中に求める場合、(f)株主總會招集許可申請に關する裁判、(g)合併會社の債務または財産の負擔部分または持分を定める裁判、(h)査定の裁判、等があり、更には、(i)罹災都市借地借家臨時處理法一五條の裁判がある。しかし從來訴訟事件とされ、合目的性の理由から非訟事件手續に移管されたもの、殊に人事訴訟手續から家事審判手續に移管された諸事項の如きは、司法事件と解することが妥當であろう。更に(d)の如きは、もしこの扶養義務を生活保持の扶養義務とみれば勿論、生活扶助の義務とみても、一定額の請求權の存否（不存在は生活扶助の義務とみた場合に考えられる）の判斷自體を目的とすると考えるべきであろう。また(e)においても同様と考えられる。

如何なる事件を司法（訴訟）事件と解すべきかという問題の解決は、必ずしも容易ではないが、司法事件の存在は理論的に考ふる餘地があり、且つ、一定の非訟事件を司法事件と解するや否やは、後に述べるように、當該事件の行政權への移管が可能か否かという點とも關連するから、かかる點を考慮して政策的に定められる必要がある。

因みに、このように認識論的に把えられた司法と行政の區別が、如何なる實際上の利益をもつかという問題を檢討する前に、私はここでいう司法と行政の區別が、廣義の眞正訴訟事件と古典的非訟事件との區別と一致しないことを指摘しておく必要があると思う。蓋し、廣義の眞正訴訟事件は、實體關係の確認それ自體を問題とする司法事件と、實體權とは無關係に法律關係の形成を問題とする點で古典的非訟事件と共通するが、合目的的規整のため、民事訴訟から非訟事件へ移管された點で古典的非訟事件とは異なる、行政的眞正訴訟事件⁽¹¹⁾とを含むからである。

更にここで注意すべきもう一つの事項は、通常、訴訟法中に規定され、或いは、訴訟法の適用をうける事件のうちにも、法的紛争を含まない事件がある、ということである。蓋し、我々は、司法と行政の概念を、實定法という形式のうちに把えるのではなく、實質的に把える必要があるからである⁽¹²⁾。

次に、形式的に把えられた非訟事件のうちに司法（訴訟）事件と行政事件とを區別する實益を考察しよう。Bettermann⁽¹³⁾は、形式的意味（廣義）の非訟事件のうちに、司法事件と行政事件とが含まれていることを指摘した後、かかる區別は單に認識論的意義を有するに止らず、實益を生じるとして、次の八點を指摘している。⁽¹⁴⁾

- (1) 司法事件は、これを非訟事件裁判官の管轄からはずして、行政官廳に移管しえない。すなわち基本法（以下GG）九二條の裁判官の獨占が遵守されねばならない。その内容上行政行爲である事件は、GGに違反することなく行政官廳に移管しうる。
- (2) 裁判官の獨立性の要請は、憲法ならびに條理上、司法事件（訴訟事件）の裁判官につき存するものである。
- (3) 非訟事件中司法事件に非ざるものを行政事件として考えてみても、その場合にも裁判官としての機能乃至裁判が問題となる限り、更にまた裁判官の獨立性が認められる限り、非訟事件裁判官のなした裁判乃至職務行爲による權利侵害からの救済の問題については、意味がない。蓋しGG一九條IV項は、獨立の裁判官としてなした裁判については適用の餘地を缺くからである。
- (4) 非訟事件のうち真正訴訟事件の裁判には既判力が認められる。ここで既判力とは民事訴訟法上のそれをいい、判決の形成效や法律要件效とは異なる。
- (5) 司法上の判決は行政上の判斷と異り極く特殊な場合を除き取消變更性が認められず、認められるとしても申立による。一般に行政行爲のうち負擔的行爲は自由に、利益付與處分は違法の場合に且つ申立なしに取消變更しうるがFGG一八條はこの原則を修正し、裁判が即時抗告に服さない限り、自由な取消を認めている。勿論FGG一八條は非訟事件中行政事項につき認められる原則である。
- (6) GG一〇三條の成規の訊問をうける權利は、非訟事件の司法領域についてのみ認められる。蓋し一〇三條は形式的に „Rechtsprechung“ の章に規定されている。
- (7) 非訟事件の司法領域を取扱う裁判官のみが、GG一〇〇條に規定する連邦憲法裁判所への提訴の義務を負う。すなわち同條二項は、 „Rechtssteite“ と明規する。
- (8) 非訟事件の司法領域を取扱う裁判官の賠償義務につきBGB八三九條I項の特則が適用される。その他の事件を取扱う裁判官の賠償責任については行政機關の職務進行に關する賠償責任の原則に従う。但し非訟事件の行政領域の裁判に對する即時抗告はすべて法律抗告で

あるから、同條同項の適用をうける。

以下順次考察を進めよう。

第一點の主張は正しい。非訟事件中行政事項は、私法事件と密接に關係するが故に裁判所にその處理が委ねられたもので、G G九二條にいう“die rechtsprechende Gewalt”や、我が憲法七六條にいう「司法權」は、それが司法機關により行われるものであれ行政處分を意味するものではない。兩條は、實質的な意味の司法を少なくとも裁判所が取扱うべきであることを意味すると解せられる。我が國において從來非訟事件とされた登記事項が法務省に移管されたことはかかる點から考えて違法ではない。しかし、非訟事件中行政事項が裁判所に委ねられるのは、その取扱う私法事件と密接に關係するからであつて、移管の妥當性はかかる觀點から各別に検討されねばならない。

第二點について。古典的非訟事件を取扱う裁判官に獨立性を否認しようと考えたことは正しくない。なるほど非訟事件裁判所が古典的非訟事件について裁判する場合、それは實質的に行政であるといえよう。しかし利害關係人は國家に對し具體的行政行為の給付請求權はもたないが、適法な行政行為を要求する權利、換言すれば、違法な行政行為の取消變更請求權をもつてゐる。行政處分について行政訴訟が一般に認められるのはそのためである。非訟事件が實質的意味の行政であるというなら、それに對する行政訴訟に相當する司法的救済が利害關係人に與えられねばならない。しかるに現實に非訟事件の解説書は非訟事項につき一般に訴訟が出来ないことを説くのみである。これは恐らく訴訟手續により非訟事件の裁判を求めることが出来ないという意味であろう。實質的に行政である非訟事件につき、その適法性の判断を通常裁判所に求めないといふこと迄意味しているかどうかはかなり疑問である。もしこれらの解説書が、このことを全く考えていないとするなら我々はこの問題を考へてみる必要があるし、もし後の意味をも含めるとするなら、非訟事件の裁判が違法な場合取消變更を訴を以て主張しえない理由を考へてみる必要がある。私はこれを非訟事件を取扱う機關が裁判所である點に求めると考へる。

裁判所は行政處分をなすと同時にその獨立の司法機關としての裁判所たる性格を利用して當該處分の適法性をも併せ裁判するのである。従つて裁判所の實質的意味の行政に屬する非訟事件に關する裁判は二つの面、すなわち行政處分としての面と同時に司法面すなわち適法性の判斷をも併有している。⁽¹⁵⁾ Bettermann 自身も、これを認めている。⁽¹⁶⁾

このように、實質的には行政である非訟事件の裁判が、適法性の判斷すなわち司法的性格を併有しているものとするなら、裁判官の獨立性も當然認めらるべきことが、憲法上の要請であろう（GG九七條、日本憲法七六條Ⅲ項参照）。従つて、この點に關する Bettermann の主張は、現行非訟事件法の解釋論としては正しくない。⁽¹⁷⁾

第三點は前述した如く正當であると思う。

第四點について。非訟事件の裁判に既判力があるか否かの問題の解決は、既判力をどう定義づけるかによつて變つてくる。この點に關する論争は、その前提としての既判力概念の規定の仕方の相違に基くものが多い。

既判力をどう把えるかは、訴訟の本質およびその他の國家行爲の本質とも關連して非常に大きな問題であるが、以下議論を進めるうえに、私の一應の見解を述べよう。既判力の本質に關して、およそ四つの學説があるように思われる。

(1) 實體法説⁽¹⁸⁾

(2) 訴訟法説。この説は次の二つに分れる。すなわち訴訟法上後訴に影響する效力を、(イ)一事不再理則の訴訟における一現象形式であるとする説と、(ロ)後訴の裁判官が前訴の裁判と異つた裁判をすることができない效力であるとする説とがある。しかし(イ)によると訴權が消滅し再訴の必要ある場合にも再訴は不適法となるわけであるが、現在この説をとる者もかかる再訴を認める。従つて兩説はその結果において差異がなく、單に理由において差異があるに過ぎないということになる。⁽²⁰⁾

(3) 前二説はいずれも二元的な見方であつて、實體法訴訟法交錯の場としての訴訟において、既判力もその兩面より考察される必要があり、兩面の效力を有するとする説。⁽²¹⁾

(4) 訴訟前訴訟外に實體的權利關係を認めることができず實體權は訴訟により始めて形成されるとする説がある。⁽²²⁾

結論的にいつて、私は第三説に賛成する。本來既判力それ自體は二つの效力すなわち實體面を規整する效力と後訴の判断を拘束する效力とをもつてゐる。後者は前者を前提としその當然の歸結である。前者は國家判断の權威性・法的安定性・訴訟經濟等の要請からその通用性を獲得する。以上の學説は、實質的にはその判断の通用性の根據をこれらの諸點に求めるといつてよからう。このような考え方は、行政上の判断すなわち行政處分についても、また實質的には行政であるといわれる非訟事件の裁判についても妥當しよう。行政や非訟事件では、かかる要請に對して、合目的性・具體的妥當性の考慮が對立し、そのいずれが優先するかが、具體的に考えられる必要の存する點が異なるのである。⁽²³⁾ ただ從來既判力なる概念は、國家行為のうち、訴訟すなわち法的紛争事件における(ここでいう司法事件すなわち具體的權利主張を必要とし、それを訴訟物として展開される手續) 實體的規整・後訴の裁判の拘束現象を把握するために使用された概念であることに注意すべきである。次に、非訟事件における既判力に關する學説につき述べるわけであるが、これについては、既にかなり詳細な紹介があるので、必要な範圍で簡単に紹介するに止める。

(1) 原則として肯定する説。

(2) 原則として否定する説。

(3) 各場合により異るとする説。この説は更に次の四説に分れる。(イ) 司法事件にのみ既判力を認める説。(ロ) その他の真正訴訟事件にも既判力を認める説。(ハ) 真正訴訟事件に認めるが、その他の裁判についても認めるべきものがあるとする説。(ニ) 真正訴訟事件なる概念をさけ事件の實質により具體的に定めるとする説である。⁽²⁴⁾

從來の用例に従えば、既判力は具體的權利主張に對する確定裁判に認められるのであるから、(3)の(イ)の説が正しい。

先づ(ニ)説において Siméon David が既判力を民事訴訟に限らず一般に妥當する公法上の原則であるとし、また Siegart

が既判力を法的安定性の要求としてとらえているのは、實質的に正しい。しかし從來既判力はそのような原則乃至要請の訴訟における發現形式であるから、具體的權利主張、従つて法的紛争性のないところに既判力は存在しないとされている。すなわち既判力概念を訴訟なる枠をはずして國家行爲として高次の段階で扱えば肯定説は一見正しいように思える。この説に對し鈴木氏は次のように反論される。「既判力は判決の概念自體から演繹せらるべきものではなくして、寧ろ民事訴訟の目的乃至制度を眼中においた目的論的考察に基づくのである。従つて肯定説が、民事訴訟と非訟事件の本質乃至公法上の目的乃至制度を眼中にないで、非訟事件の裁判も等しく裁判なりと觀念し、既判力を法定安全のための制度乃至公法上の原則と解し、ここから下降して非訟事件の裁判に既判力を是認せんとするのは、方法論的にいつても正しいとはいえないのである。」しかし氏のいわゆる目的乃至本質は、結局、合目的性・具體的妥當性と法的安定性という相對立した理念のいずれが優先するかという問題に現われてくるわけであり、Siegert が、法的安定性の必要から既判力を肯定する場合、⁽²⁵⁾ 既にかかると考慮が拂われているとみられないであろうか。しかし、既判力が生じるためには、やはり、裁判が形式的に確定することが必要であると考えられるから、非訟事件のすべてにつき既判力を肯定することは、いづれにしても正當ではないであろう。

否定説はどうであろうか。Schlegelberger は實質的理由として、客觀的に正當な裁判に關する公の利益、換言すれば具體的妥當性の要請に對し、法的安定性の要請が後退することを指摘している。⁽²⁶⁾ これに對し Habscheid は De Boor の言を引用し「De Boor は法的紛争事件が非訟事件とされたのは權利追求を容易にし自由な形式により行うためであるとして、その公の利益は何の役割も果さない」として⁽²⁷⁾ いる。更にこれに對し Bärmann は訴訟から非訟への移行の理由を三つあげその一つとして「辯論主義から職權探知主義への移行、自己の權利に對する當事者の自由な處分の許容から公の利益が強調されるようになったこと。更に法的紛争の一定の社會化」を指摘している。⁽²⁸⁾ しかし Bärmann の指摘するこの要請が必ずしも眞正訴訟事件のすべてに妥當するものではないから Schlegelberger のように「具體的妥當性に關する公の利益」をも

ち出すことは一般的に正しいとはいえない。反面 *Habscheid* のように、「實體的に正常な裁判に關する公の利益」が後退するからといって「實體的に正常な裁判に關する公の利益」迄否定してしまうことは正しくない。要は具體的妥當性と法的安定性の相對立する要請とのいづれに優越性を認めるかということであろう。しかし少なくとも司法的非訟事件においては裁判により適法性が追求されるのであり、しかもその法的紛争に法的安定性の要求せられること民事訴訟にけると同様であるから、具體的妥當性の要請による法的安定性の後退はない。この範圍で否定説は正しくない。*Habscheid* はこの點につき *Schlegelberger* を批判した後更に續けて「裁判の正常性に關する公の利益は従つて法的安定性や法的平和の要請に對立せしめられえない。權利に關する争いはすべて、むしろそれによつて法的平和・法的安定性の獲得せられるように終局的に裁判される必要がある。かかる紛争が民訴によると非訟事件によるとを問わない。決定的なのはむしろ事項それ自體である。兩手續で問題なのは權利の實現である。」とし更に「しかし更に他の理由から非訟事件の裁判に既判力が生じねばならない。すなわち終局的法確定の原則は國家秩序の支柱であるという理由である。この原則は *Bauer* によりすべての法の目標、法的原則と呼ばれるものであつて、自己の領域における平和および民族の文化利益の配慮を實現しうるものである。それなくして裁判所の權威も失墜し、法的紛争で勝つた人は更に同一對象につき新たな手續が係屬しうるといふ不利益をうける。かかる基本的考慮は民訴にも非訟事件にも妥當する。従つてそのことから、真正訴訟事件の裁判は既判力を有するのである」⁽²⁹⁾ という。*Bärmann* はこれに對し「國家秩序の支柱としての終局的な法的地位の原則に關する一般的思考は、いづれにせよ憲法上の保證を缺いており既判力發生の理由たりえない。またこの原則は通常の非訟事件の裁判についての既判力の欠缺と矛盾する。裁判の對象が常に考慮される必要がある。認可の付與はその拒否と異つて判斷さるべきである」⁽³⁰⁾ という。しかし *Bärmann* のこの批判は理由がないように思われる。先づ *Habscheid* の示す原則から既判力の發生が導出しえないというがその理由は示されていない。若し憲法上の保證が缺けていない理由なら、それは既判力の發生を妨げる積極

的理由にならない。因みに、民事訴訟の既判力に關する規定は憲法上存在しない。

最後に(3)の説を検討しよう。司法事件を除く非訟事件の裁判に既判力を認める餘地を残す(ウ)(ニ)の見解は正當でないと考えられる。蓋し司法事件を除く非訟事件において、裁判は、具體的權利主張に關しないからである。ただ形式的確定力をもつ裁判においては、取消變更性が排除せられ、法的安定性の要請が具體的妥當性の要請に優越する。形式的確定力は即時抗告の認められる事項について存在が豫定される。形式的確定力ある裁判は、それが實體的權利主張に關しない點で既判力といえないが、既判力と實質的に同じ效力、すなわち實體關係を規整し後の手續における裁判を拘束する效力を有する。ただ注意すべきは次の二つの事項である。すなわち(α)司法事件を除く真正訴訟事件における裁判は對世的效力をもつかという點である。この問題は何故これらの事件が訴訟事件から非訟事件に移管されたかという問題とも關連する。Bärmannはその理由を次の三點に求めている。(1)民事訴訟手續がこれら事件の解決に不便であり不適當であること。(2)立法者が實體關係を抽象的に規律しただけでは不充分で、具體的な裁判官の裁量判斷すなわち裁判官法の定立を必要とすること。(3)辯論主義より職權主義への移行(これについては前述した⁽⁸¹⁾)。しかしこれら三つの理由中第三の理由は必ずしもすべての真正訴訟事件に適當するわけではない。⁽⁸²⁾そして第一の理由に該當しない事件は當事者間に具體的妥當な裁判が付與されればよいのであり、特に利害關係を有しない第三者の關係するところではないから、既判力におけると同様裁判の效力の主觀的範圍は當事者間に限定される。この意味でこの效力は既判力に近づく。これに反し第三の理由の該當する事件は、真正訴訟事件たると古典的
非訟事件たるとを問わず對世的效力を有する。蓋し、これら事件の對象である法律關係そのものが對世效を要求するからである(例えば身分法關係事件・會社關係事件)。以上のような次第であるからその既判力の概念規定の仕方により各々正當性もつが、私のように概念規定をすれば(イ)説が最も正當であることになる。鈴木氏が(イ)説をとられることは正當であると思う。ただ私は、その理由に多少異論があるので、以下若干觸れてみることにする。

非訟事件手続法になんらの規定がないことを第一の理由とされる。⁽³³⁾

(1) 先ず非訟事件においては、原則として裁判は告知により效力を生じ、更に、即時抗告が認められるのが例外で、原則として通常抗告が認められるに過ぎないから、形式的確定力が問題とされることは、原則としてないことを指摘される。しかし形式的確定力の生じる場合は存在するのであり、かかる場合、確定後の效力として既判力（乃至は既判力類似の效力）が考えられるのではあるまいか。

(2) 「形式的確定前と確定後に拘らず、原則として當該裁判を取消變更しうることは、少なくとも民事訴訟の既判力の制度と著しく矛盾する」とされる。形式的確定力ある裁判の事情變更による取消變更は非訟事件法一九條I項の規定するところではなく、それを原則として認める規定はない。それが民事訴訟において新たな訴の提起によりなされると同様、職権によるか申立によるかは別として、新たな別個の手続によりなされるのであるから、民事訴訟法上の既判力の制度とは、少なくともこの點で矛盾しない。

Münzel は民事訴訟の目的を「實體的法律状態乃至請求權に關する一回的・終局的・確認的裁判」に求め、非訟事件の目的を「法律状態の處分の變更に關する監護的行政」に求める。そしてこの相違から兩手續における既判力につき論じる。⁽³⁴⁾ すなわち(1)民事訴訟において裁判は一回的なもので一つしかあり得ないのであるから、既判力により確定される必要がある。これに反し行政處分は一回的終局的なものではなく、その對象たる生活關係の變更により、變更され、また適切でない處分は變更されうる。非訟事件のそれは後者であるから既判力は生じない。⁽³⁵⁾ (2)裁判が拘束力をもつ場合があるが、その原因は既判力とは異り、第三者の既得權の保護という純粹に實體法上の效力であると主張する。この考え方は正しいだろうか。先ず第一點について。非訟事件の領域においても法的確定力の生じうるものについては一定時點において裁判は一回的である。形式的確定力が生じても取消變更は可能であるという。しかし事情變更による取消變更は形式的確定力なき事項におけると

は異り申立手續においては申立により、職權手續においては職權により、新たな別個の手續で行われる。この點は、職權手續は認められないが、民事訴訟におけると同じである。従つて法確定力は存在する。原始的不當により取消變更は法的確定力の發生により排除される。そこで再審が問題となるのである。Müller, Lent⁽⁸⁶⁾ は再審の可能性を認める。これに反し Baur⁽⁸⁷⁾ や Münzel⁽⁸⁸⁾ はこれを否定する。すなわち取消變更の認められる事項においては再審事由は取消變更理由となるが、その認められない事項すなわち即時抗告の認められる事項（獨逸非訟事件法一八條Ⅰ項、我が非訟事件法一九條Ⅰ項参照）については問題となる。これらの事項についての裁判も事情變更による取消變更は出来るのであるから、再審事由は事情變更による取消變更事由と同格視して再審を認めないというのである。しかし私はこの見解は妥當でないように思う。先ず私は法的確定力ある裁判に取消變更が認められるとする前提で先ず意見を異にする。次に論理的にいつて再審事由を事情の變更と同視することはできない。蓋し、前者は原始的なものであるに反し後者は後發的なものである。これらの理由から私は真正非訟事件の下においても法的確定力ある事項については再審が認められるものと考へる。獨逸において廣義の真正訴訟事件に再審の認められることについて異論はないようである。以上により裁判が一回的終局的であること、訴訟事件における、非訟事件の一部におけると變りがないと考へる。第二點も正しくないように思われる。すなわち既判力もその効果は前述せる如く、實體法・訴訟法の兩面において生じるのであり、單に手續上生じるに過ぎないものではないからである。また行政處分乃至非訟事件における裁判の効果も實體上・手續上に生じるのである。この點違ひはない。ただ異なるのはかかる効果發生の理由である。前者は訴訟的理由すなわち國家の有權的判斷なる性格より生じるが、後者は Münzel によれば純粹に實體法的要請すなわち第三者の權利保護からくるといわれる點である。

いづれにせよ Münzel の非訟事件として説くところは、非訟事件の典型すなわち古典的非訟事件に關する。司法的非訟事件には勿論、行政的眞正訴訟事件にも通用しない。家事審判では多くの事件において新たな申立を認めている。これらの

規定は新たな別個の手續が申立を待つて開始されることを推測せしめる。

(3) 既判力は二對立當事者と主張せられた權利關係の存否に關するものであるから、司法事件以外の非訟事件にこれを否定されるが、これは正しい。

(4) 非訟事件における實體的具體的妥當性の要請を強調され既判力を否定することは正しいと思うが、その際、(a)かかる要請には常に法的安定性の要請が對立していること、(b)司法的眞正訴訟事件(氏のいわゆる眞正訴訟事件)を除く場合であってもある場合には後者が優先し、形式的確定力ならびに既判力相當の効力が生じることがあることに注意すべきである。この傾向は司法事件を除く眞正訴訟事件に特に多い。

(5) 既判力と形成效とを區別して、前者は本來必要な立證を不要ならしめるに對し、後者は立證を不要ならしめるのではなく、これを可能ならしめるにすぎないとし、非訟事件の裁判における形成行爲の效果は後者であるから既判力を認める餘地がないとされる。そして更に既判力の可能性は代位の申請の要件(非訟事件手續法七二條)に認められるが、これとて本訴で債權が否定されることになるという意味で形成裁判の要件たる「自己の債權保全の必要性」について既判力は生じないとされる。なるほど、確かに古典的非訟事件における形式的確定力ある裁判であつても、國家の形成處分であり、實體的形成力乃至實體的形成要件の確認による形成ではないとして、既判力を認める餘地がないと主張せられている點は、既判力の概念を從來の意味において把えようとする場合に、正當であるといわねばならない。ただ非訟における形成行爲も、その形成の效果自体は争いえないのである。これが争いうるようにみえるのは、形成處分そのものが條件に拘るからである。古典的非訟事件の形成は實體權の存在を前提としてなされることは當然である。⁽⁴⁰⁾この場合實體法上債權がなければ代位も認められないから、實體面を規整する效力はもたないという意味でのみ既判力の實體規整に相當する面を缺く。しかし裁判が確定し且つ實體權の存否分明ならざる間における再度の申立手續で非訟事件裁判所は前手續の裁判に拘束されるという意味で既判

力の後訴に及ぼす影響に相當する效力をも備えている。⁽⁴¹⁾

(6) 非訟事件の裁判が形成要件の確定に非ざる形成であるから既判力がないという點は正しい。

(7) 最後に非訟事件の裁判に既判力を認めると當事者および裁判所を拘束し、これは簡易且つ無方式の手續により法律關係が形式され爾後通常の裁判手續による審判を拒否することを意味し憲法三二條違反であると主張される。この考え方によれば氏のいわゆる眞正訴訟事件にも既判力を否定しなければならないことにならうし、また私のようにそれ以外の行政的訴訟事件においてもその裁判に司法的側面を認めると既判力を一定の事件で認めざるをえなくなるわけであるが、ここにも同様の批判が成立つことになる。按ずるに憲法三二條にいう「裁判」の意義が問題となると思う。現代憲法にいわゆる「裁判」は現代的意味における裁判を意味するであらう。しかしそれは必ずしも嚴格に現行民法による裁判を意味しないのではなからうか。憲法上裁判手續につき規定される要請は對審および判決云渡の公開である。このうち對審の公開は一定の制限があり絶對的なものではないこと憲法上明白である。非訟事件のすべてにおいて公開の要請はない。この要請は裁判の適正を目的とする。家事審判は司法的および行政的訴訟事件を含み、前者および後者の司法面に既判力が認められるに拘らず、その手續は公開則が認められない。これは公開の要請に對し「法律は家庭に入らず」という家事事件の特質的要請が優越しているからである。⁽⁴²⁾ この他の眞正非訟事件においてその司法面に既判力が生じるに拘らず、公開の要請に優先する他の考慮は存在しない。特に判決云渡の公開は對審の公開に比し重視するべきであるが、裁判の付與は公開されない。この點は確かに憲法三二條および八二條違反の疑を生じる。すなわち眞正非訟事件が行政であるなら、それに對し三二條で訴訟、しかも少なくとも八二條の要請を満す訴訟を必要とする。しかしそれが認められないなら、非訟事件の裁判それ自體のうちに司法面を含むと考えるべきであるが、そうすると八二條に違反する。そこでいずれにせよ三二條と八二條に違反することになる。ただ司法事件を除く眞正訴訟事件すなわち我が國の調停事件については問題がない。先ず調停は行政的處分と考えてよい。

勿論調停たりとも法の基本原則（何が具體的にそれにあたるかについては疑問があるが）に反することはできないのは當然であるが、その意味で調停裁判が裁量の域を越えて違法である場合、當事者は不服の申立をなして訴訟へ事件を移行させて救済がえられる。従つて調停裁判そのものに司法的性格をもたせる必要がない。かくいうからといつて、適法性の判断を裁判官が全く無視してよいというわけではない。調停に際して適法性の判断はむしろ適切になさるべきである。しかしそれは本来司法的側面で必然的に既判力をもつ必要がない。そしてもし調停が違法であつても當事者がその救済を求めない場合に當該調停が有効に成立する（内容上無効の場合は格別）のであり、當事者に司法的救済を與える必要がない。いずれにせよ真正非訟事件すなわち我が非訟事件手續法に規定せられた事件の裁判に司法的側面を認め、既判力を認めるとすると、憲法八二條違反の問題が起る。さりとて認めないわけにはいかない。私は前述せる理由からこれらの事件の裁判に司法的側面を認めるべきであり、非訟事件法が少なくとも裁判の公開を規定しないことは違憲であり法の不備であると考えらるべきであらう。かく考えれば憲法三二條違反は問題とならない。

以上により既判力に關する検討を終るが、要約すると次のようになる。司法事件には既判力が存在する。司法事件を除く眞正訴訟事件については既判力類似の効力が理論上當然に認められる。この他眞正非訟事件中形式的確定力ある事項についても既判力類似の効力が認められる。

第五點について。結論的にいつて、*Bettermann* のように、取消變更が許されるか否かの問題を、司法的訴訟事件か、行政的非訟事件かにより區別するのではなく、即時抗告が、従つて形式的確定力が認められるか否かを基準に分けるべきであると思う（*FGG*一八條Ⅱ項、非訟事件手續法一九條参照）。すなわち司法事件においては當然取消變更が認められない。更に司法事件を除く眞正訴訟事件においても既判力類似の効力が生じるため事物の性質上當然に取消變更性は認められない。古典的非訟事件においても既判力類似の効力の認められる事項については取消變更性が排除される。ただこれらの事件におい

ては既判力類似の效力を認める場合と同様、取消變更性が論理上必然的に認められないというわけではなく、個別的に事件を検討して見る必要があるわけである。Bettermann 自身も即時抗告の認められる場合に取消變更が認められないことを指摘している。

第六點について。獨逸法上、非訟事件において特に規定なき場合に一般に裁判所に成規の訊問をなすべき義務を認めるべきであるか否か争われている。通説判例はF G Gに一般的に規定がないためこれを否定するが、Baur, Lent⁽⁴⁴⁾は理念的には近代法治國家の要請、現実的にはG G一〇三條に根據を求めてこれを肯定している。行政的非訟事件においてもその司法的側面を認めるとすると、その面でG G一〇三條の適用をみるであろう。⁽⁴⁵⁾更に司法面は行政面と密接に關係するし、行政判斷それ自體にも一應利害關係人の意見を聞くことが至當であろうが故にBaur, Lentの見解に賛成する。従つて司法的非訟事件と行政的非訟事件とに分けて考へる Bettermann の考へ方に賛成しえない。我が憲法上G G一〇三條にあたる規定がない。従つて勿論民訴法および非訟事件法その他の特別手續法にもかかる規定がない。民事訴訟においては申立・陳述・釋明等により同一の効果が生ぜしめられる。しかし非訟事件において職權主義をとる都合上、當事者は民訴におけるが如き申立陳述權をもたないから、利害關係人に成規の訊問を求める權利を認めることが當事者の利益を保護するために適切である。しかし全くなんらの成法上の規定なき事項を認めることはかなり問題があると思う。

第七點は我が法上裁判官に司法事件の憲法問題を憲法裁判所の審判に付する義務を認める規定がないので問題とならないが、獨逸法上は正しいであろう。

第八點について。公務員の不法行爲につき、B G Bは八三九條を設け、司法官の不法行爲とその他の公務員の不法行爲の賠償責任につき差異を設けている。かかる法制は裁判官の獨立性を保證する一つの手段と考えられるが、行政的非訟事件も司法的側面をもつ限りその獨立性が要求され、従つて同條II項の特權をもつものと考えられる。この意味で Bettermann

の所説は正しくない。しかも我が法上は司法事件を取扱う裁判官にのみかかる差別待遇をなさず一律に國家賠償法の適用があると考えられるから、なおさら彼の説くところは意味がない。

以上のように、*Bettmann* が司法と行政に分けることに認める八つの實益のうち、我が法上本質的に重要な點は次の二點である。(1)裁判官の獨占が司法的非訟事件には絶對の要請であること。しかし一定の行政的非訟事件も裁判官に行わせることが妥當であること。(2)司法的非訟事件には既判力が認められること。ただ司法的非訟事件を除く眞正訴訟事件においては、法律關係の確認を含まない點を除いて既判力と同様の効果を生じること。

次に *Lent* の説くところをみよう。彼は非訟事件を司法事件と行政事件とに分け、前者に適用される手續として非訟事件手續法の補正を主張している。そしてその補正を要する點として次の八點をあげる。⁽⁴⁾

- (1)當事者の法的地位の問題として、成規の訊問を求める權利が司法事件ならびにその他の眞正訴訟事件において認めらるべきこと。
- (2)口頭辯論の強行法規化。殊に當事者の不出頭の場合に關する規定をおく。
- (3)裁判所が當事者の申立に拘束される原則の考慮ならびに不利益變更 (*Reformatio in pejus*) の禁止。
- (4)手續および證據調の直接性、および民訴と同じ例外の明規。
- (5)獨逸民事訴訟法 (ZPO) 一三九條 (我が法一二七條) の釋明義務に關する規定は申立手續では缺くべからざるものである。
- (6)立證手續はその各種の證據について民訴と同じ規整をすべきである。殊に職權による當事者訊問。
- (7)手續非公開。
- (8)一事不再理則の現象形式としての既判力の承認。

これらのうち(1)および(8)の點については既述したので、その餘の點につき次に論じよう。

第二點。レントは現在各所に訓示的に規定されている口頭辯論を強行法的に規定せんとする。もしこれが非訟手續の辯論主義化を企てるものとすれば、司法事件の一部すなわち公益性の重視から實體的眞實發見の要請に基づき職權主義をとる非

訟事件に移管された事件については適用さるべきではない。また司法事件を除く真正訴訟事件においては、實質的に適當な裁判が要求される結果實體的眞實の發見が必要とされ、従つて辯論主義はとりえないのである。

第三點。當事者が法律關係の處分を自由になしうる司法的訴訟事件においては、當事者の申立の拘束力を認めてよいであらう。司法事件を除く眞正訴訟事件においては當事者の申立は内容的に特定したものでないから、一應前者と同様に解せられるとも考えられるが、當事者の申立の拘束力そのものは考えられないと思う。蓋し、申立の拘束力は具體的内容を必要とするからである。一定の申立をさせることは現實的に可能であるが、それに拘束されるとすれば實質的には適當な解決の出來ない場合があらう。また控訴審における變更の限度としての不利益變更禁止の原則は、元來自ら攻撃したものは相手方の反撃のないのに、不利益を受けないとの辯論主義と同一の原則に立つものであるから、職權調査主義とは相容れない。従つて、もし司法事件において辯論主義がとられるならば不利益變更の禁止が認められる。ただ司法事件を除く行政的非訟事件において職權主義が絶對の要請であるから、不利益變更禁止の原則も認められないわけである。

第四點。直接主義は間接主義と比較して、陳述の趣旨を了解し、その眞偽を鑑別して、眞相をつかみ易い點ですぐれている。このことは裁判所の主宰するすべての手續について妥當するから、直接主義がそれらすべてについて原則となる。⁽⁴⁹⁾

第五點。およそ申立が一定の役割を果すべき手續においては、民事訴訟法におけるはその意義において異るとはいへ、釋明が當然問題となる。⁽⁵⁰⁾

第六點。Lent が「民事訴訟におけると同様の立證手續」なる表現を以て何を意圖したかは分明ではない。そこで彼の意圖を推測すると、次の三つの場合が考えられる。(1)辯論主義の全面的肯定。(2)職權調査主義を認めるが、職權探知主義を認めない。(3)職權調査主義・職權探知主義を認めるが、民訴の舉證手續に關する若干の規定を準用する。順次検討してみよう。(1)辯論主義の全面的肯定が、司法的訴訟事件に認められるか否かは非訟事件への移管の目的との關係で多分に問題があ

と思うが、もし認められるとしてもそれは司法的訴訟事件のみに限られる事項である。蓋し行政的眞正訴訟事件においては、手續對象についての當事者の自由な處分は考えられないか（いわゆる司法事件を除く眞正訴訟事件）あるいは出来ないか（裁判所の自由裁量の餘地なき眞正非訟事件——例、禁治産宣告およびその他公益に關する眞正訴訟乃至眞正非訟事件）のいずれかであるからである。ただ職權主義は司法事件が非訟事件中に移管された重要な原因の一つであるから、辯論主義を全面的に認めるなら非訟事件とした意味がなくなるであろう。(2)第二の立場は職權調査を認める點はよいが職權探知を認めない點でやはり第一の立場と同じことがいえよう。(3)第三の立場はこの意味で至當と思われる。家事審判規則七條Ⅲ項、民事調停規則一二條Ⅲ項が「證據調については、民事訴訟の例による」とはこのように理解すべきである。また我が非訟事件法一一條は「裁判所ハ職權ヲ以テ事實ノ探知及ビ必要ト認ムル證據調ヲ爲スベシ」とし、別に一〇條で「期日、期間、疏明ノ方法、人證及ビ鑑定ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ非訟事件ニ之ヲ準用ス」と規定するのは、非訟事件も同一の趣旨をもつものと考えられる。勿論一一條が證據調における職權探知を認めたものではないと解する餘地はあろう。すなわち事實の探知と證據調とは別個のものとするれば、職權による證據調を職權調査と解し證據調そのものは一〇條で民訴によると解しうるからである。しかし事實の探知は證據調をも含んだ概念——例えば通常職權探知という場合——であるし、非訟事件中に規定されたいわゆる古典的非訟事件に固有な性質として實質的眞實發見の要請が強いから、職權探知主義が原則であると解すべきであろう。更に注意すべきことは、一〇條の規定から、非訟事件手續法における證據方法は人證および鑑定に限られると解する説があるが、かかる列擧は例示的であると解すべきで、民訴の證據方法はすべて認められると解すべきであろう。ただ如何なる規定が適用されるべきか問題があろう。この點についてはなお詳細な検討を必要としよう。一應の結論を述べれば、準用の明規されている、證人および鑑定に關する規定は問題ないとして、證據編中のその他の規定は、非訟事件手續の原則に矛盾するから、準用することができないか乃至は必要がない。この點は家事審判ならびに民事調停においても同じであると思う。

第七點。Lent は償還事件を除くその他の事件（例として履行補助、住居所有權、家産引渡事件等）を非公開とする場合審理がより適切に行われるとしている。公開の要請には先に述べたように別に非公開の要請が對立する場合が考えられ、それらがいずれが優先するかは各場合により異なる。例えば家事事件に非公開の原則が優先することは前述した。家事事件は司法的眞正訴訟事件のほか行政的眞正訴訟事件および眞正（古典的）非訟事件をも含む。獨逸においても非公開は非訟事件手續で一般的であるから、特に司法事件における要請ではなく補正の必要もないといえよう。

以上の考察からLent が補正の必要ありと考える事項のうち特に司法的眞正訴訟事件の一部に固有の事項は(3)の點である。次にHabscheid の見解を検討しよう。彼はLent が獨逸公證人雜誌(DNotZ)の論文で、非訟事件においては、非訟事件法が卒を定める法律(Rahmengesetz)であるから、すべてが立法者により規定されるのではなく、判例もまた新たな道を示しうるものである、という言葉を用いた後、次の諸點を指摘する。ただここで注意すべきは、彼が、兩手續に異つた原則が通用するから訴訟上の原則を準用する場合にも必然的に適當な修正を要することを強調していることである。しかし如何なる修正をなすべきかについての解説はない。

(1) 既判力の問題。

(2) 失權效 (Präklusionswirkung) の問題、すなわち新手續で前手續において主張しなかつた訴訟資料に基づいて申立の理由づけがでない。

(3) 民法の規定の準用。(4) 權利保護の必要。申立人は權利保護の必要を證明する必要がある。従つて確認事件については即時確認の利益に關するZPO二五六條の規定の準用。(5) 訴訟物の讓渡に關する二六五條の準用。(6) 訴の變更。(7) 請求原因に關する中間判決を規定する三〇四條の準用。(8) 仲裁手續の可能性。(9) 訴訟裁判所に係屬した事件を非訟裁判所に移送する點についてZPO二七六條の適用。(10) 當事者宣誓。

非訟事件の定型分類

第一點は既に検討した。

第二點。民事訴訟法學上失權效の存在については殆んど争いが無いが、非訟事件においては争いがある。一部の學者は非訟事件において失權效を認めない⁽⁵⁴⁾。彼は職權主義の支配する場合(例えば非訟事件法)裁判の基礎となる事實の顯出は裁判官の責任であるから(FGG一二條、我が非訟事件法一一條、民調法二二條、家審法七條等)當事者の主張しない事實に失權效は認められないと主張する。これに對し Habscheid は職權主義の下においても當事者が事實の顯出のため裁判所に協力すべき義務を認め、この義務から失權效の存在を認め、更にそれは FGG 一二條と矛盾しないと主張する⁽⁵⁶⁾。按ずるに失權效は一定時點における法狀態の確定の手段および一種の制裁の意味を有し、そのための實質的眞實の形式的眞實に對する讓歩である。従つて實質的眞實が強く要求される場合失權效もまた後退する。職權主義は本來實質的眞實發見のために存在する⁽⁵⁷⁾。従つて私は二つの對立する要請の比較衡量の後、各事件につき具體的に考へるべきであると思う。殊に司法的非訟事件であるから當然失權效が認めらるべきであるという要請があるわけではない。

第三點。(f)權利保護の必要の存在は當然考へられる。従つて ZPO 二五六條や我が民事訴訟法二二六條等が準用される。しかし行政的非訟事件においても非訟事件の裁判を求める利益の存在は必要とされる。從來權利保護の必要は訴訟上の概念であるから具體的權利主張についていわれているが、行政的非訟事件においてはこの點が異なるのみで裁判を求める必要がなければならぬという點では實質的になら變らない⁽⁵⁸⁾。(g)訴訟物の讓渡に關する ZPO 二六五條の準用は司法的非訟事件に準用の必要がある。しかしそれはその他の眞正訴訟事件にも準用が考へられる。勿論行政的眞正訴訟事件においては、未だ權利が具體的に確認乃至形成されては無く審判により具體的に形成されるのであるが、形成前に讓渡は考へられる。従つて、必ずしも司法的非訟事件に固有のことではない。更に眞正非訟事件においては實質的利害關係人が原則として當事者となるため、同條の直接の適用は別として、同じことが考へられる。(h)訴の變更の規定が司法的眞正訴訟事件に認めらるべき

ことは疑がない。しかし行政的非訟事件においては具體的請求がないから訴訟事件におけるように請求の擴張縮小の如き訴の變更は存在しないという一點を除けば、訴の變更の要件は等しく行政的非訟事件にも適用されると思う。(二)中間裁判に關する規定は我が民事訴訟法一八四條、ZPO三〇四條で規定の仕方が異なる。すなわち後者は單に前者II段の規定をそのI項として「請求の原因および數額に關し争ひある場合裁判所は先ずその原因につき裁判することができ」と規定するにすぎないのに反し、前者は「獨立シタル攻撃又ハ防禦ノ方法其ノ他中間ノ争ニ付裁判ヲナスニ熟スルトキハ」と規定する。かかる事項についての中間裁判は單に司法的非訟事件に限らずその他の眞正訴訟事件についても認められるであろう。眞正非訟事件においては權利關係の存否を前提として裁判が付與されるから、中間裁判を認める餘地が少ないであらう。しかし審理を整理する意味での中間裁判の餘地が全くないわけではない。(四)仲裁手續も司法事件について認められる。しかし行政的眞正訴訟事件(司法事件を除く眞正訴訟事件)についてもそれが仲裁裁判所の判斷を更にうけうるものであれば、仲裁手續が認められても對象に對し當事者の自由な處分が認められるものについてはなんら差支えがないと思われる。古典的非訟事件においても殆んど仲裁手續を認める餘地はないが、全くないわけではない。従つてそれは司法事件および眞正訴訟事件全般に特質的ではない。(1)ZPO二七六條および我が民事訴訟法三〇條は移送に關する規定であるが、前者は“Rechtsschutz”といふ後者は「訴訟」という。事實獨逸においては非訟事項を訴訟裁判所への移送、またその反對の移送は許されず、従つてZPO二七六條の適用も否定されるに反し、例外的に司法事件においては法律上許される場合がある。⁽⁸⁹⁾そして更にこの移送の可能性は法律上の規定なき場合であつても、兩手續が實質的に司法事件であれば、常に擴張されうるとするのが有力な學說である。

我が國の法律はどうか。非訟事件手續法は三條にいわたる抗告または遲滞を避けるための移送すなわち我が民事訴訟法三一條の場合に相當する場合を規定するに過ぎない。民事調停法四條は民事裁判所から家庭裁判所への移送を認めている。一

方家事審判法には移送に關する規定がなく、同規則四條が家庭裁判所間の移送を規定し、同一二九條の二が調停裁判所への移送を規定する。つまり異種の手續間における移送の規定は、民事調停法四條と家事審判規則二二九條の二のみであり、双方とも移送を命令している。管轄違に基づく移送の認められる理由は、管轄が裁判所間の權限の分掌で、人民がこれを誤つたからといつて、これに、再訴の手段と手間、起訴による時効中斷、期間遯守の利益の喪失、再訴では間に合わない實體的不利益等の負擔を負わせるのは不當である、という點に求められる⁽⁶⁰⁾。これらの不利益は古典的訴訟事件においても、行政的眞正訴訟事件においても、司法事件においても存在することがありうる。従つて我々は、獨逸の有力説の如く、民事訴訟手續と司法的訴訟手續との間に限ることなく、一般に移送の可能性を擴張する必要があると考へる⁽⁶¹⁾。以上のように移送の可能性も司法事件に固有のものではない。

以上において *Habscheid* が司法的訴訟事件手續において民法上の制度の導入により補正を必要とする諸點を検討したが、これらのうち司法事件乃至廣義の眞正訴訟事件に固有な事項は既判力を除けばないものと考へてよい。

(1) 拙稿、前掲、七三頁。

(2) これと異つた説明をするのは *Baur* と *Lent* 自身である。

先ず *Baur* の見解をみよう。彼は非訟事件を國家行爲のその他の領域から區別するに際し、「行政および行政裁判權」を同一の項目として扱つてゐる。そして他面非訟事件を民事裁判權中に含めしめるから、彼によれば、非訟事件の行政および行政裁判權に對する關係は、行政法事項と民法事項との關係とされる。*Baur, Freiwilige Gerichtsbarkeit, Allgemeine Teil, S. 18 ff.* しかしてこの見解は、妥當ではないと思われる。すなわち行政と行政裁判とは區別される必要がある。蓋し行政裁判は、現在、行政權の一部ではなく、實質的・形式的に司法に屬する。むしろ行政と非訟とが統一的に把えらるべきであつて、行政法事項としての行政事件と、民法事項としての非訟事件とは、前者が主として公法・公的利益に關するに反し、後者が主として私法・私的利益に關するといふことは、兩者を統一的に把える障礙とはならない。Vgl., *Bettermann, a.a.O., S. 17.*

次に *Lent* の見解はどうであらうか。彼は、非訟事件をその他の國家行爲と區別するに際し、先ず、刑事訴訟および行政との區別を

間い、それを手續の對象の差異に求めている。すなわち前者の手續の對象は、私法に屬する事項であるに反し、後者のそれは公法に屬する事項であるという。後見裁判所のように、國家が一種の行政行爲を行う場合であつても、それは部分的に公益に關することはあるが、私法および私的利益に關するのである、*Leut, Studienbuch, 1 Aufl. S. 4 ff.* しかし彼の見解が妥當しない場合が獨逸法上においても多く存在する。*Bettermann* は次の各場合を擧げている。*Bettermann, a.a.O., S. 19 ff.* (a) 行政機關たる戶籍吏の職務行爲は行政行爲であるが、その對象は私法に屬する。(b) 國家により私法上の法律行爲の認可が行われる場合が多い。(c) 婚姻障碍からの解放は、行政行爲であり、公法上法律行爲であるが、その對象は私法に屬する。子の嫡出宣言も、行政機關として地方裁判所長が行う行政行爲であるが、その對象は私法上の法律關係である。(d) 私法關係形成の國家行爲は行政行爲であるが、その手續對象は、私法上の法律關係である。(e) いわゆる “*Freiheitsentziehung*” の場合。以上の例から、行政事件であつても、私法上の法律關係を問題とすることがあることが解る。反對に、非訟事件は、私権および私的利益を保護することによつて、私法上の事件のみを問題とするといふこともいえない。例えば、後見裁判所の裁判官は、未成年者の監護を命じることによつて、未成年者の權利・利益のみを保護するのではなく、それと併せて、または、むしろ未成年者の監護をすることにより公の利益を保護するのである。

元來行政は、國家行爲のうち立法および司法が先ず獨立し、その餘の國家作用なのである(勿論かくいうからといつて行政の積極的統一的把握を否定するものではない)。従つて、立法作用を除き、法の適用それ自體を目的としない作用一般は行政であり、その對象が私法であるか、公法であるかという点に左右されるものではない。この意味で *Bettermann* の批判は正しい。なおこの點については *Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch, Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 361 ff.*

かくて *Baur* や *Leut* の把え方は正しくないように思われる。従つて對象説の對象による區別は、司法と行政との區別に一致するものと思われる。私がかつて對象説の批判にあたり、本説がかなり大きな意味をもつと述べたのは、確かに本説が形式的に法律が非訟事件とされたものすべてを包括することができないにも拘らず、その説くところが、司法と行政の區別に相當するものであつて、それ自體意味があることに因るのである。

(3) 獨逸法上、非訟事件のうちいわゆる司法事件として如何なる事件があるかについて必ずしも見解は一致しない。通常司法事件とされるものは次の如き事件である。(a) 償還 (*Rückerstattung*) 事件。償還申立人の主張する實體法上の償還請求權が手續對象を形成している意味で訴訟事件である。(b) 住居所有權 (*Wohnungseigentum*) 事件。(c) 非訟事件裁判官が、住居所有權者の決議を、住居所有權法 (*Wohnungseigentumsgesetz*) 二三條 I 項および四三條 I 項四號により、無効と宣言する裁判は、形成的行政行爲ではなく、形成

判決である。(d)住居所有権者相互間の権利義務および管理人の権利義務に關する争いは(同法四三條)非訟事件とされるが、明らかに私法上の請求権および義務が(その内容上の程度とは別に存否につき問題となる場合は)民事訴訟事件すなわち司法事件である。その他、(c)Hofordnung 一八條の事件。(e)Umsetzungsgesetz 第四十施行令(die 40 DVO) 六條の事件。(f)株式會社法第一施行法一〇條における事件。(g)株式會社法二七條一項一號、非訟事件法一四五條一項の事件。(h)婚姻法第一施行令一條三項、家庭令事件。(i)契約履行補助(Vertragshilfe)法事件。申立人たる債務者は一定の減額乃至履行期の延期を求める請求権を債権者に對してもつていと解せられ。ただ Lent 及 Böttcher は履行補助事件につき異論をもつ。すなわちこの場合、債務者の請求権は、實體法上債権者との關係であるのではなく、國家に對してあるのである。すなわち私権が形成の對象であるが、その形成は、私法上の形成権にもとづくのではないから、非訟事件であり、行政であるという。しかし私法上の請求権乃至義務が問題である限りにおいて民事訴訟に近似するという。Lent, a.a.O., S. 279. Betermann は Lent, Böttcher の見解とは反對に本項の始めに掲げた見解を維持し「訴訟事件における裁判官の形成判決と、契約履行補助事件における裁判官の形成決定との區別は、法の拘束の程度においてのみ存する。従つてそれは程度の差である。契約履行補助事件の裁判官には、より多くの裁量の餘地が残されている。妥當性と裁量が、その裁判の特色である一方、訴訟事件における形成の訴は、法律上輪郭づけられた要件に拘束される。しかし、履行補助事件裁判官の裁量は、裁判官の裁量であり行政裁量ではなく、従つて判斷裁量であり行為裁量ではない。その裁量は、正當性を目的とし、合目的性を目的としない。判斷の多くの可能性の間に選擇の餘地がない。裁判官は最も法及び正當性に適つた裁判をしなければならぬ」(傍點筆者)とす。Betermann, a.a.O., S. 31 ff. Habscheid も同じ立場である。Habscheid, ZfP 66, 3, S. 192. このように Lent, Böttcher 及 Betermann, Habscheid の見解は、この點について對立するわけであるが、そのいずれが正當であるかという問題は、實體的に權利が認められるか否かの問題であつて實は實體法の問題である。獨逸法の解釋についてはなお研究の餘地があるので、私としては、この點に關する論争の存在を指摘するに止めて置く。

(4) この點については、高根義三郎氏「客觀性と利益代辯」民事訴訟法雜誌第四卷七五頁以下、特に八八頁以下および八二頁参照。

(5) Betermann はかかる自由裁量は、判斷裁量すなわち Billigkeit を求める裁量であつて、行為裁量であり Zweckmäßigkeit を目標とする眞の意味の自由裁量(行政行為における自由裁量)と區別しよう。Betermann, a.a.O., S. 28; なお司法と行政の區別については彼の論文 Verwaltungssakt und Richterspruch, Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht (Gedächtnisschrift für Walter Jellinek) S. 361 ff.

(6) 鈴木忠一氏「非訟事件の裁判の既判力」法と裁判所收、六八七頁以下参照。

(7) ①の場合と考えられる。審判それ自體を二つの構成部分に分け形成要件と法律效果確定の判斷すなわち司法的作用たる部分と、それを前提として處分付與の部分すなわち行政作用たる部分とを考へることもできるし、また前者のみと考へ形成的司法作用と考へることもできる。前の考へ方による場合であつても司法作用が存することについては後に述べる。本文にあげる(b)以下の事項につき同じことがいえる。

(8) ②の場合であると考へられる。

(9) 本條の裁判が、借地權そのものの存否の確定をも目的とするのか、またはその條件につき争いがあり協議の調わない場合に、裁判によりこれを形成することを目的とするのか、という問題があるが、裁判所の取扱いは前者である。かかる立場に立つても、確定それ自體を目的とすると同時に、それを前提とした處分の付與をなすものと考へれば、註7と同じことがいえる。

(10) 例へば、養子關係事件。

(11) 我が法上、行政的眞正訴訟事件として調停事件があるが、獨逸法上は我が國の民事調停法乃至家事審判法の如き調停に關する統一法がないため、本事件を規整する法律は極めて多岐にわたる。その詳細については *Birnbaum, a.a.O., S. 385 ff.* 参照。

(12) 一八七九年の獨逸民事訴訟法に法的紛争を含まない事件が含まれていることについては二つの理由が考へられている。*Münzel, a.a.O., S. 385 ff.* (1) 先ず法律史上の理由である。訴訟事件については以前からライヒの統一の規整が行われたが、非訟事件については各ラントの實體法と密接に關係するため各ラントにおいて別々に規整が行われた。従つて、ライヒの統一の規整を必要とする場合、民事訴訟法による統一の規整を行う以外に手段がなかつた。(2) 第二の理由は、非訟事件手續におけるより、訴訟手續の方が、その嚴格に規整された手續・兩當事者の訊問の強制・口頭辯論等の點でより強い法的保護が保證されていたということである。しかし既に施行以來七十年を経た今日、第一の理由は當然採用しえない。従つてこれらの事項が何故訴訟手續によらしめられているかを更に検討してみる必要があるわけである。(1) 禁治產手續。法的紛争事件ではないから、非訟事件であるとする説と、效果の重要性から考へて民訴手續により法的保護を完全なものとし且つライヒに統一の規整をすべきであるとする訴訟法説が、立案委員會で對立して後者が勝つた(*ZPO 六六三條*)。訴訟法説の前の理由により今日でも訴訟手續に止ることが認められる。但し我が國では家事審判事項とされている(家事審判九條甲類一號)。(2) 公示催告手續。この手續においても法的紛争は存在しない。民事訴訟手續によらしめられたのは専ら第一の理由に基づく。そのため死亡宣告のための公示催告手續は非訟事件とされた(一九三七年四月七日の法律)。我が國では民事訴訟法の一部として規定されているが、實質的には非訟事件であり、民事訴訟法中に規定する理由はない。(3) 破產手續、裁判所の監督の下に行われる支拂停止債務者と全債權者との協定手續であるから法的紛争事件ではない。民事訴訟の準用されるのは準用が目的であるからである。和議手續も同じ。

(4) その他民訴中法的紛争の問題とならない多くの事項は、法的紛争との關係でのみ民事訴訟法中に規定されているが、實質的には非訟事件である。例えば證據保全手續、強制執行等。

(13) *Bettermann* と *Habscheid* の説くところは、現行法の解釋論であり、*Lent* や *Münzel* のそれは立法論である。立法論となつた理由は、眞正訴訟事件を規定する法律が、獨逸においては、我が國のそれに相當する法律、例えば家事審判法および民事調停法のよりに非訟事件手續法の準用に際し「その性質に反しない限り」という留保條項がないことよると思われる。従つて我が法上 *Lent* や *Münzel* の説くところも、別段の事情なき限り、解釋論として適用する可能性があると考える。

(14) *Bettermann*, a. a. O., S. 38 ff.

(15) 勿論このように解すると、憲法八二條に規定される裁判の對審および判決云渡の公開要求に抵觸する、ということが考えられる。すなわち非訟事件手續は非公開で行われるのである(非訟事件手續法一三條)。しかるに非公開で行われる非訟事件の裁判が、司法的の性格をも併有するとみるならば、それは訴訟事件としての性格をもつのであつて、訴訟事件の對審および判決云渡の公開の要求と抵觸する。對審の公開は一定の場合に制限されるから絶對的なものではないと考えることもできようが、判決の云渡の公開は絶對的である。これに對し、非訟事件の裁判は決定であるから、「判決」と明規する憲法八二條の適用はないといふことも考えられるが、なるほど形式は決定であつてもその司法的側面の判斷は、判決に相當するものであるから、このような抗辯は許されないのである。家事審判の場合は、家事事件の特質から、憲法八二條の適用がないとも考えられるのであるが、非訟事件手續法の規定する非訟事件の裁判については問題が残る。因みに獨逸基本法には裁判の公開の規定がない。

(16) 彼は「非訟事件裁判官は、その職務の全領域に關し、*„Rechtsweg“* において裁判しているのであるから、その裁判に對し、GG一九條の適用がない。なるほど、彼の行爲は公權力の行使であり、國民の權利を侵害することがある。しかし、GG一九條IV項は裁判官以外の國家機關または、職務追行者により行われた權利侵害の際に適用される。従つて始めから *Rechtsweg* で裁判される場合には、*Rechtsweg* を更に認める餘地がない。第三權は第一・第二權に對してのみ發動されるのであつて、自分自身に對して發動されうるものではない」と述べている。更に「もし非訟事件裁判所が獨立性をもたないなら、非訟事件手續法の救済は憲法上保證された權利保護を與えるものではなくなつてしまふ。司法に非ざる非訟事件の裁判に對し、行政訴訟乃至それが實定法上認められない場合には通常訴訟が、GG一九條IV項二段で認められねばならないことになる」と述べている。殊にこのことを明言している個所として *Bettermann*. a. a. O., S. 37 ff.

(17) 但し彼は(3)において、非訟事件中行政事件においても非訟事件裁判官に獨立な裁判官たる性格を認めている。従つて理論的には否定

することができ、現行法の解釋としては否定しえないというのが彼の所論と解すべきであらう。

(18) Kohler, Pagenstecker の見解がこれである。Vgl. Lent, Zivilprozeßrecht, 5 Aufl., S. 153.

(19) 訴訟法を定める場合に、Wach, Stein, Helwig, Jonas, Rosenberg, Sauer, Schönlke, Nikisch 等がある。殊に(1)をとるものに Rosenberg Böttcher がある。(註を定める場合に Stein-Jonas-Schönlke, Schönlke-Schröder-Niese がある。

Vgl., Lent, a.a.O., S. 155.

(20) Lent, a.a.O., S. 155 ff., besonders, S. 156 f.

(21) 中村宗雄教授「既判力の本質」民事訴訟法講座第三卷七〇五頁以下。

(22) 兼子教授「民事訴訟法體系」三三五頁以下。

(23) 更に民事訴訟法における既判力と、行政行為における既判力に相當する效力との差異を考へる場合に考慮すべきは、效力の及ぶ主觀的範圍の問題がある。既判力の主觀的範圍は、原則として訴訟當事者間に及ぶに反し、行政處分の效力は對世的である。また既判力は裁判の形式で確定により生じるが、非訟事件の裁判の效力は、即時抗告に服するものを除き云渡により生じる。

(24) Baur, a.a.O., S. 264 ff. 鈴木氏、前掲、六七一頁以下。

(25) Siegert, ZFP, 54, S. 440.

(26) Schlegelberger, Kommentar, § 16 A. 8, Abs. 2.

(27) Habscheid, JZ, Nr. 22, S. 690.

(28) Bärmann, a.a.O., S. 390.

(29) Habscheid, JZ, Nr. 22, S. 690, ZFP, 66, S. 201.

(30) Bärmann, a.a.O., S. 407 ff.

(31) Bärmann, a.a.O., S. 390.

(32) 例へば履行補助事件や、婚姻中の住居および家財の離婚後の處置に關する事件等を司法事件ではないとするなら、これら事件に公の利益はなく、直接には當事者の利益のみが存するにすぎない。我が家事審判法八條一項二類事件および調停事件には、公の利益ではなく、私的利益が直接に問題となる事件が多い。

(33) 鈴木氏、前掲、六七八頁以下。

(34) Münzel, a.a.O., S. 340 ff.

- (35) 彼は後見裁判所による法律行為の追認を例示している。
- (36) Müller, DNoEz, 1953, S. 184 ff.
- (37) Lent, Studienbuch, § 19 II, 11.
- (38) Baur, a.a.O., S. 390.
- (39) Münzel, a.a.O., S. 371.
- (40) ここにその行政的性格がある。ただ家事審判においては、多少事情が異るといわねばならない。
- (41) この意味で既判力もないというなら、形成力も同様條件に懸つているのであるから、ないといわねばならない。
- (42) この範圍で判決云渡の公開も絶対的ではない。勿論家事審判は、決定の性格を有するが、實質的には民事訴訟における判決に相當する重要な事項であるから、憲法八二條の適用が問題とならう。
- (43) Baur, a. a. O., S. 189 ff.
- (44) Baur, a.a.O., S. 194.
- (45) Lent, a.a.O., S. 39 ff. besonders, S. 40.
- (46) これは憲法上の要請であるといえよう。
- (47) Lent, ZZP, 66, S. 281 ff. ここに擧げる諸點については更に検討を要することを彼自身認めている。従つて試論の段階を出ない。
- (48) 兼子教授、體系、四五五頁。
- (49) 我が非訟事件手続法一二條の囑託は、例外的に許される。民事調停規則一二條Ⅱ項は、調停委員および裁判所に調査の囑託が出来る旨を規定する。前者は調停委員會の一員の調査であるから、後者より原則的である。同規則一三條の調査の囑託も例外的である。家事審判規則七條Ⅱ項および八條は、例外的である。同七條の二における調査官は、家事審判官の補助的存在であり、例外と解すべきではない。
- (50) 例えば、申立手續においては、申立が手續の對象を規定(具體的に規定するか、抽象的に規定するかは別問題として)するから、申立の内容に不明の點があれば、當然釋明が行われねばならない。
- (51) 岡村玄治氏「非訟事件手続法」新法學全集第二十九卷三五頁參照。
- (52) Lent, DNoEz, 50, S. 320 ff.
- (53) Habscheid, JZ, Nr. 22, 1954, S. 691 ff.

- (54) Keidel, Kommentar 5 Aufl., § 18 Anm., 6b.
- (55) Habscheid, ZZP, 66, S. 203. はこの考え方を支持してゐるが、後に彼は JZ, Nr. 22, S. 691. で改説して、反対の立場に立つてゐる。
- (56) 前註 55 参照。
- (57) 現在職権主義の認められている各事項について、實體的眞實発見の要請が強いか否か、従つて職権主義を認めておくことが妥當であるか否かは、なお検討を必要としよう。
- (58) 権利保護の必要の概念そのものは、一般的権利保護付與の積極的要件として極めて廣く解する Schönke の考え方 (Schönke, Rechtsschutzbedürfnis, 1950) には反対であるが、必要乃至利益の概念がすべての法の基礎となつてゐることは否定できない。行政的訴訟事件手續においてもこのことは妥當する。
- (59) 例へば訴訟裁判所から訴訟事件裁判所への移送を認めるものとして Hausratsverordnung 一八條、Wohnungseigentumsgesetz 一六條、Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschafssachen 一二條Ⅱ項があり、その反対の移送を認めたものとして、最後に挙げた一二條Ⅰ項がある。
- (60) 兼子教授、體系、九六頁。
- (61) ただ、極端な管轄違、例へば會社關係訴訟を家庭裁判所に提起する場合迄移送を認めて保護を與える必要はないとも考えられる。しかし眞擧に行われたものであるなら移送を認めてもよからう。

五 眞正訴訟事件と眞正非訟事件に分ける説

眞正訴訟事件 “*Echtes Streitverfahren*” なる語を司法事件をもふくめ、眞正非訟事件と對立させた意味で用いるのは *Bärmann* である。彼の所論はこれ迄隨所に斷片的に引用したがその骨子は次の如くである。

先づ彼は *Echtes Streitverfahren* にまつる手續上の特質を検討したのも *Munzel, Lent, Peters, Habscheid* 等の見解を批判し、次のように結論する。

すなわち行政（古典的非訟事件を當面問題としている）と真正訴訟事件（*Befehlmann* 等のいわゆる司法事件を含む）とを對立せしめ、その區別基準を私權の保護に求める。私權の保護というと一見、行政的眞正訴訟事件が、これをなさないように考えられるが、司法事件と行政眞正訴訟事件とは、前者が確認を後者が形成を行う點で異なるが、いずれも私權を手續對象とする點で眞正訴訟事件として統一的に把握するなんらの妨げはないという。そして眞正訴訟事件が固有の手續をもち、その手續は、手續法の内部で内部的（體系的に理由のある）外面的（合目的性よりくる）正當性をもつており、そのことは民事訴訟の一般的類推、および、反對に、非訟事件手續における職權主義原則を民事訴訟に一般的に類推して考えることと相容れない。すなわち常に事件の特質から手續の特殊的性格が規定されてくる、と主張している。⁽¹⁾

Bärmann のこの結論は次の手續特質から歸納されている。彼は次の十點を指摘する。⁽²⁾

(1) 眞正訴訟事件は申立手續である。(a) 權利保護の必要を申立人が證明する要あり。(b) 裁判所は一般に當事者の申立に拘束される（但し *Hausratsverordnung* 八條参照）。

(2) 當事者能力。(a) 非訟事件の當事者概念は本來訴訟事件のそれと異り非常に廣いが、眞正訴訟事件においては權利保護の必要を要件とするため、當事者たるためには、廣義の積極消極資格を要する。(b) 他面 *Wohnungseigentumsgesetz* 四三條は裁判官による第三者の強制參加權を認める。(c) 必要的共同訴訟に關する *ZPO* 六二條の適用がなし。*Vertragshilfsgesetz* 八條Ⅰ項は從參加および訴訟告知の規定（*ZPO* 六六條以下）の準用を認める。(d) 訴訟能力は原則として *BGB* による。例えば成年たること。

(3) 管轄。(a) 土地管轄。原則として *FGG* 三～五條の適用により合意管轄が排除される。ただ眞正訴訟事件中特別法例えば *Wohnungseigentumsgesetz* 四三條以下で管轄の合意が認められる。その場合 *ZPO* 四〇、四一條の適用をみる。土地管轄なき裁判所の行爲も有效である（*FGG* 七條）。*FGG* 五條は管轄の指定を定めるが、連邦法により行われる手續についてである。(b) 事物管轄。(i) 原則。

訴訟事件を非訟手續で取扱うこと、およびその反對の合意はいずれも認められず、管轄なき裁判所の行爲は無効である。眞正訴訟事件に例外がある（*Vertragshilfsgesetz* 一八條Ⅰ項）。兩事件の限界は職權で調査される。事物管轄なき場合訴は不適法として却下され

る。訴訟事件につき非訟機關とする和解は、私法上の效力をもつ。公證の権限ある非訟機關が作成せる證書は執行しうる公正證書である。Vertragshilfsgesetz 一四條Ⅰ項 Wohnungseigentumsgesetz 四四條Ⅰ項)。(c)移送。B G H は最近、真正訴訟事件について訴訟裁判所から非訟裁判所への移送を認め、従つて真正訴訟事件を民事事件と同視し、手續の獨自のカテゴリーを構成した(明規するものとして Wohnungseigentumsgesetz 四六條 Hausratsverordnung 一八條)。(f)非訟事件において仲裁裁判所の合意が認められるか争われてゐる。和解の認められる範圍、換言すれば、當事者が紛争の對象につき和解を締結しうる限り、Z P O 一〇二五條の仲裁契約が可能である。

(4)職權調査(ここで職權調査とは職權調査および職權探知を含む)。(a)原則。すべての非訟事件に職權調査の原則が行われる。Z P O 三九條が類推適用される。ただ申立入に一定の舉證協力義務が存在する。(b)形式的眞實概念の放棄。原則として客觀的眞實の追求が行われる。申立手續においても擬制・失權數・沈黙・缺席の形式的効果は認められない。自由・撤回・放棄・和解の效力は通説によると裁判所を拘束しない。すなわちそれらは權利保護の必要を消滅せしめることにより手續の終局をきたすか、または申立の取下または意思表示の交付として意義があるにすぎない。非訟事件の和解が訴訟法上無効であるとする原則は Vertragshilfsgesetz 一四條 Hausratsverordnung 一三條Ⅲ項、一六條Ⅲ項、Wohnungseigentumsgesetz 四四條Ⅰ項等により否定される。なお一定の場合和解の執行性が明規されてゐる(Hausratsverordnung 一六條Ⅲ項)。(c)既判力の第三者に及ぶ事件(例えば Wohnungseigentum の事件)においては、第三者(例えば當事者ならざる Wohnungseigentümer)の参加をまつて始めて和解が有效となる。和解の對象は當事者の處分に服しうるものに限る。和解の效力に關する紛争は通常の訴訟上の和解と異り、非訟事件裁判所たる和解裁判所によるのではなく、通常の訴訟裁判所による。和解は調書に記載される。(d)調査義務の對象および限界。民事訴訟における異り、真正訴訟事件も含め非訟事件においては、舉證責任原則が存しない。職權主義の原則が民訴の舉證責任則の類推適用を排除する。調査の對象は、裁判の準備のため確認を必要とする事實である。調査の限界として事物管轄の限界がある。(e)調査の手續。當事者の成規の訊問は一般に認められるのではなく、職權調査主義の關係から、それが合目的である場合にのみ認められる。證據方法の種類選擇は自由である。ただ書類は Z P O 一四五條以下の形式的評價に従う。それ以外は自由な評價ができ、證書の提出義務はない。當事者は證人としては訊問されない。法律上の規定はなくとも宣誓當事者訊問が認められる。公知の事實は證明の必要がない。裁判所はなしうる調査のすべてを盡す必要はない。外國法が裁判の基

礎となる場合には、裁判所は自ら調査しなければならない(ZPO二三九條と異る)。法律上の推定は非訟事件でも妥當する。

(5)民事訴訟法の準用。非訟事件の手續規定の缺陷は、それだけで直ちに民法の準用が認められるというのではないが、特殊の場合、すなわち真正訴訟事件或はたまたま民事訴訟法に規定された一般的法思想が問題である場合に認められる、として次の諸點をあげる。(a)確認訴訟の規定。(b)仲裁裁判所手續。(c)事物管轄の一般原則(契約履行補助事件に限り)の適用を認める。これに對しBGH(連邦最高裁判所)はZPO三八〜四〇條の管轄の合意の規定は真正訴訟事件に適用されないとする。(d)FGG一五條は、目撃者による立證、證人の立證、鑑定人の鑑定、宣誓を必要とする手續についての規定の準用を認める。本條で準用のないのは書證、當事者訊問、證據保全等である。(e)FGG二二條Ⅰ項は期間懈怠の救済を規定する。(f)FGG一四條は救助權および辯護士法三四〜三六條の準用をみる。(g)FGG一三條は補佐と代理を規定する。(g)BGHはZPO一七六條の類推適用を真正非訟事件についてのみ認める。(h)ZPO一八七條上段の規定は第二段の規定の制限を以て適用される。(i)FGGに手續の中斷停止に關する規定がない。當事者の死亡により手續は必ずしも終了しない。死亡により權利が消滅することは真正訴訟事件では稀である。當事者の破産により手續は中斷されない。手續の停止は裁判所の合目的裁量による。(j)訴訟物の讓渡に關するZPO二六五條も類推適用される。(k)訴の變更および請求原因に關する中間裁判の規定が準用される。(l)手續の非公開。(m)口頭辯論は若干の場合に任意的に規定されている。(n)調書の形式および範圍は裁判官の裁量による。若干の例外がある。(o)費用の立替につきFGGに規定がなく、従つて裁判官の裁量による。(p)執行は多くの真正訴訟事件で法律により民訴の規定が準用される。假執行は住居所有權法で假の命令として規定される。(q)再審の規定は紛争という性格および既判力の關係から準用される。

(6)裁判官の責任。真正訴訟事件においてもBGB八三九條Ⅰ項の適用がない。

(7)裁判所の構成。FGG八條〜一一條の適用であり真正訴訟事件でも異なることがない。

(8)裁判。①非訟事件裁判官も適用法の合憲性の判断が出来る。(b)真正訴訟事件では、形式的確定力を以て效力を生じることが明規したものであるが、原則として形式確定力と無關係に告知により生じる。(c)告知につき送達の問題となる場合FGG一六條はZPOの準用を規定する。(d)FGG一八條は即時抗告の認められる事項に取消變更を否定する。Wohnungseigentumsgesetz 四五條Ⅰ項はこれにも拘らず事實關係が變更すれば裁判の變更を認める。原則として形式的確定力の發生は變更性を排除しないし、従つて非變更性から必ずし

も形式的確定力を出てこないことになる。カルルスルーエ高裁は形式的確定力が生じても實質的確定力の生じない限り原則として變更しうるといふ。Bärn が真正訴訟事件において Z P O 三二三條の範圍内でのみ變更が認められるとするのは理由がない。(e) Z P O 三一九條の決定による更正は一般に許される。(f) 既判力。既に述べた。

(9) 抗告。真正訴訟事件では一般に即時抗告が認められる。(a) 不利益變更禁止則が認められる。(b) 申立権者の範圍は當事者の範圍と同様不確定である(F G G 二〇條)。(c) 申立が却下された時申立人のみが抗告権を有する。申立人は申立が認容された場合でも申立が誤つた要件から定立された場合不服の利益があり、抗告を申立てうる。公の利益に關する真正訴訟事件においては行政廳も抗告権をもつ。(d) 抗告の放棄は非訟事件のすべてに認められる。

(10) 非訟事件裁判所への移送。從來の考え方によると非訟事件が訴訟裁判所に提起された場合、不適法却下(Z P O 二七四條Ⅱ項 2 號)とされた。Wohnungseigentumsgesetz 四六條Ⅰ項は、これに反し移送を規定する。その他真正訴訟事件につき移送の認められるものがある。移送の決定は Z P O 二七六條Ⅱ項により取消しえない。

以下順を追ひ検討しよう。

(1) 本来真正訴訟事件は民事訴訟により解決せられたものであるから、國家の介入は當事者の任意に委ねればよい。一部の事件が訴訟事項とされた理由として紛争の社會化が考えられるが、それとても國家が積極的に介入して保護するだけの公の利益は存在しないように思う。ただ真正非訟事件においても同様の理由に基づいて申立手續が認められるから申立手續た⁽³⁾ることは特に真正訴訟事件に固有の事項ではない。(a) 申立手續における權利保護必要の證明の問題において Bärnann の考え方は正しい。ただ申立の利益は真正非訟事件においても存在するが故に特に真正訴訟事件に固有の事項ではない。(b) 申立人の申立の拘束性については申立手續についての批判が妥當する。

(2) (a) 當事者適格として真正訴訟事件において廣義の積極的消極的適格を必要とする點は、真正訴訟事件の性格からきて⁽³⁾いる。(b) (c) 強制參加權、必要的共同訴訟の規定、從參加・訴訟告知の規定は、裁判の效力の及ぶ範圍と關係する。従つてそ

これは特に真正訴訟事件に固有のものではない。更に固有の必要的共同訴訟の場合には手續追行権が一つであるか否かによるので、これも特に真正訴訟事件に固有のものとはいえない。Bärmann が Z P O 六二條の準用を否定するのは誤りである。(a) 訴訟行為能力については Bärmann に賛成するが、これは非訟事件一般につき認められる。

(3) 優先管轄は、民事訴訟法上は選擇管轄のとられる結果原則的ではない。しかし優先管轄か選擇管轄かの問題は、訴訟事件か非訟事件かにより定まるのではない。また指定管轄も手續上一般的である。管轄の合意も、公益的要求の強い専屬管轄でない限り、管轄規定が主として當事者の手續追行上の便宜とその間の利害公平を考慮したものであるから、當事者双方がより都合のよい裁判所に管轄の合意をした場合これを認めてもよいことは、手續上一般的である。その場合合意の内容について Z P O 四〇・四一條(四〇條Ⅰ項は我が民訴法二五條Ⅱ項に相當し、同條Ⅱ項は二七條に相當する規定と合意を財産權の紛争に限定する規定を含む。四一條は専屬管轄の規定)が、従つて我が民訴法二五條・二七條の適用があることも手續上一般的である。

(b) Bärmann は訴訟事件と非訟事件の區別を事物管轄 (Sachliche Zuständigkeit) と呼ぶが、これは本來職分管轄である。職分管轄は本來專屬管轄であるから合意管轄が認められないのは當然である。管轄權の職權調査はすべての管轄につき妥當する。移送については論及した。問題となるのは仲裁裁判の合意である。真正訴訟事件においては殆んどすべてにつき當事者の手續對象についての處分權能が認められるから仲裁契約が認められて然るべきであろう。ただ強度の公益性の認められる真正訴訟事件については當事者の自由な處分權が認められないから、仲裁契約は認められない。如何なる事件がそれに該當するかは各事件につき具體的に検討する必要がある。

(4) (a) 職權調査は非訟事件手續一般の原則である。Z P O 一三九條の釋明は手續法一般の原則である。立證協力義務とは立證責任と對應させた意味のものではなく、手續促進上の訓示的義務であり、これはすべての手續に一般的である。(b) 真正非訟事件の對象は當事者の自由な處分を許す事項ではないのが原則的であるから形式的眞實に満足しえない。行政的眞正訴

訟事件においても全體として具體的妥當な裁判をするためには客觀的眞實を必要とする。これに反し司法的訴訟事件において形式的眞實を排除することが全面的に認められるか否か問題であるように思う。ただ特に公益性が強く當事者の手續對象に對する處分權が認められないものについては客觀的眞實が必要とされよう。但し和解は手續の對象についての處分權が認められるなら行政的眞正訴訟事件においても認められる。(b)舉證責任は事實の確定の問題となるすべての手續において存在する。眞正訴訟事件においても同様である。この點 *Bärmann* に賛成しえない。舉證責任の原則は必ずしも眞正訴訟事件の固有のものではない。(d)成規の訊問については既述した。證據方法の種類・選擇の自由は職權主義に固有である。ZPO一四五條以下、我が民事訴訟法三二三條以下の規定は手續法上文書の證明力が問題となる場合に關する一般的な規定で、文書の實質的證明力を、類型化したものとみるべきで、必ずしも形式的眞實に満足するものではないのである。従つて特に眞正訴訟事件に固有なことではない。文書の提出義務はZPOと我が民事訴訟法とは規定の仕方が異なる^(b)。元來文書提出義務は證人義務のように一般的なものではなく法律の規定がある場合にのみ認められる。現行法の解釋として司法事件に民事訴訟法三二一條の適用を認めることは可能であろう。しかし法律の規定があれば同條の趣旨は眞正非訟事件に迄擴張しうるのであり、必ずしも眞正訴訟事件に論理的に固有であるわけではない。しかし少なくとも我が現行非訟事件法の解釋としては證書の提出義務はないが、獨逸法上は問題がある。公知の事實の證明不要、可能な調査のすべてをなす必要のないこと、法律上の推定等はいずれも手續の一般事項である。外國法の調査も職權主義の現われで非訟事件一般に認められる。

(5) (d)確認訴訟の規定すなわち確認の利益に關する規定(ZPO二五六條)や將來の給付の訴の利益に關する規定(ZPO二五九條、我が民事訴訟法二二六條)は確認的司法的眞正訴訟事件に準用されるのみならず、その趣旨は行政的眞正訴訟事件にも準用されるであろう。しかしこれらの事項は權利保護の必要乃至利益、換言すれば申立の利益乃至必要の問題であり、これが眞正訴訟事件に固有のものではないことは既に示した。(b)仲裁手續については記述した。(c)ZPO三八〇條の規

定は專屬管轄である職分管轄を除く事物管轄および土地管轄については廣く非訟事件一般に認められても、任意管轄の性質上不都合はない。B G Hの態度は妥當ではないと思う。(d)(e)(f)は各々非訟事件一般に妥當する。(g) Z P O 一七六條の代理人への送達規定は真正非訟事件においても代理人が存する場合には準用される一般的規定であると解しえよう。特に真正訴訟事件に固有な規定ではない。(h)送達の瑕疵の治癒に關するZ P O 一八七條の規定も一般的である。(i)手續の中断停止に關しては、我が非訟事件手續法にも規定を缺く。しかし、廣義の真正訴訟事件において、むしろ民事訴訟法の規定を準用すべきであろう。また獨逸においては、真正非訟事件の領域においても、中断・停止を認めるのが通説である。従つてそれが特に真正訴訟事件に固有の事項とはいえない。(j)(k)(l)(m)については記述した。(n)(o)は非訟事件一般について妥當する。(p)強制執行は真正訴訟事件に固有の事項(但し形成的司法事件および給付を命じない裁判は格別であつて、真正非訟事件においては形成力のみが問題となり執行は餘地がない。(q)再審については前述した。

(6) 既述の通りである。

(7) 非訟事件一般に妥當する。

(8) (a)非訟事件一般に妥當する。(b)既述の通り形式的確定力の問題となる事項はその發生と同時に効力を生じる。(c)は非訟事件一般に關し、(d)については既述した。(e)は手續法一般に關し、(f)については既述した。

(9) (a)については既述。(b)(c)(d)は非訟事件に一般的である。

(10) 移送については既述。

以上により本説の検討を終るが、結局、手續を真正訴訟事件と真正非訟事件とに分けること自體は少なくとも次の點で意味をもつものと思われる。

(1)實質的に把えた場合の既判力の存在(既存の権利の存否に關するという點を除いて、實質的に、實體面を規整する效力と、後訴の

裁判を拘束する效力と考へるとする。(2)取消變更性の問題。(3)既判力との關係で失權效の問題。以上三種の問題は眞正訴訟事件の本質から結論しうる事項である。勿論これらの效力は眞正非訟事件中形式的確定力ある事件については存在するが故に眞正訴訟事件に固有の効力とはいえない。しかし眞正非訟事件中いずれの事件にかかる效力を付與すべきかは個別的に考へられなければならない點で異なる。(4)當事者適格、(5)強制參加權、必要的共同訴訟、從參加、告知等。(6)仲裁。(7)和解。(8)強制執行。

- (1) Bärmann, a.a.O., S. 412 ff. besonders, S. 417 ff.
- (2) Bärmann, a.a.O., S. 393 ff.
- (3) 通常の訴訟手續において、權利保護の必要の舉證責任を原告が負うか否か問題があるが(この點については近いうちに私見を發表する)、原告が負うことを承認する場合、同じことが申立手續については妥當すると思へられる。
- (4) Bärmann, a.a.O., S. 395.
- (5) ZPO四二二條以下で提出義務者は舉證者の相手方であり、我が民事訴訟法三二一條では文書の所持者であり、その範圍は異なる。
- (6) Baur, a.a.O., S. 183; Schlegelberger, Kommentar, 12 § Rn. 32-34; Lent, Studienbuch (I Auf.), S. 51 f.

六 結 語

以上により、私は、非訟事件を、第一説のように、司法事件と行政事件とに分けることに意義を認め、更に、第二説のように、廣義の眞正訴訟事件と眞正(古典的)非訟事件とに分けることにも意義を認めた。そこで、私は、(一)で指摘した三つの學說中、最後の説をとることが妥當であると思ふ。

後記 本稿の脱稿したのは去年すなわち一九五七年八月十七日である。その後鈴木忠一氏の「非訟事件に於ける裁判の無効と取消、變

更「中村宗雄教授の「家事審判の訴訟的性格と行政性格」が、民事訴訟法雑誌第四號に發表せられた。更に脱稿後 Böttcher, Abänderbarkeit und Rechtskraft im Funktionsbereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ, 1952, Nr. 19, を讀んだ。これらの貴重な文献に私は非常に教えられるところが多かつた。そしてまた私の本稿で述べた見解もより以上の検討を必要とすると考えられる點ができてしまった。ただ私は、それらの點について確信を以て自己の見解を發表しえないので、一應脱稿當時のまま、私見を發表した次第である。