#### 慶應義塾大学学術情報リポジトリ

Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	非訟事件の定型分類
Sub Title	Ein typisches klassifizieren der angelegenheiten der freiwilligen gerichtsbarkeit
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	論說 独文抄録 "Ein typisches klassifizieren der angelegenheiten der freiwilligen gerichtsbarkeit" 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.

四四

(三三六)

#### 非 訟 事 件 0 定 型 分 類

石

Щ

叨

分類方法の概觀 はしがき

☲

民事訴訟手續と非訟事件手續における差異

司法と行政に分ける説

眞正訴訟事件と眞正非訟事件に分ける説

Ŧ. 四

六 語

は L が き

こと、③しかしそれのみでは實定法上何の意味もないこと、を論じた。私は本稿で、實定法上非訟事件とされるものを、ど 件乃至民事手續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。 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 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 私は前囘の論文で、⑴質定法上、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

## 二 分類方法の概觀

は見解が分れる。およそ次の三つに分れると思う。 は通常眞正訴訟事件と呼ばれている。しかしこの眞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 形式的に把握された非訟事件のうちに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

- と呼ぶ。 gerichtsbarkeit" と呼び Münzel は Bettermann の第二の呼び方にならい、Habscheid は "echtes Streitvefahren" 司法事件に付する名稱は各人各様である。 Bettermann は "Rechtsprechung" "streitige Gerichtsbarkeit" "Zivil-り分ける學說で、Bettermann, Lent, Münzel, Habscheid (但し改訂せられた說) 等の採るところである。ここにいわゆる(∜) 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效果の判斷それ自體を目的とするや否やによ
- ば質體權に關するに對し、 に移管された事件で共に、 (2)司法事件をも含む眞正訴訟事件と古典的非訟事件とに分ける說。前者は從來訴訟事件として取扱われ獅次非訟事件中 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, Habscheid(喜說) 司法事件が實體權の確認、 その他の眞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
- 狹義の眞正訴訟事件 ①②の説を組合せれば當然次のような説が考えられる。廣義の眞正訴訟事件と古典的非訟事件とに分け、 (司法事件)とその他の事件(行政的真正訴訟事件)に分ける説である。結論的にいつて私はこの説をとり 更に前者を

のとる見解である。

1 Festschrift für Lent, S. 17 ff. Bettermann, Die Freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung.

- 2 Lent, Zivilprozes und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP 63, 4, S. . 267 ff
- 3 Münzel, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß in der neueren Entwicklung, ZZP 66, 5/6, S.
- Habscheid, Zum Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 22, S. 691

4

- $\widehat{5}$ Bärmann, "Echtes Streitverfahren" in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, AcP 154, 5, Š
- $\widehat{6}$ Habscheid, Schiedverfahren und Freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP 66, S. 193 f.

## $\equiv$ 民事訴訟手續と非訟事件手續における差異

件と民事訴訟の雨手續における手續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、 以下に私は司法事件およびその他の眞正訴訟事件における手續上の特質を檢討したいと思うが、それに先立つて、 非訟事

その差異は次の諸點にあると思われる。

#### (1)(a) 民事訴訟 原則として公開

- (b)
- 原則として口頭辯論が行われる。

(2)

- 要な例外である。 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
- (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

今日なお辯論主義が廣範園に行われる。

(3)

### 非訟事件

非公開

- 口頭辯論は殆んど任意的である。
- ば申立にも拘束されない。 嚴格に規定され形式を備えた手續を行う義務がない。しばし 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
- 非訟事件では通説によると、一般的に旣判力が生じないとさ 職權主義が行われる。

を是とするから、本項目は取上げない。		
上に築かれるものであるという有力な批判がある。		
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		
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。		
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	訴訟においては個々の事實の眞實を探究する。	(10)
必要がない。		
形式的確定力の生じる場合でも取消變更が出來るから再密の	再審制度が必要とされる。	(9)
	(この他 Münzel は次の二點をあげる。)	
うる(FGG一八條)。この見解は今日一般に維持しえない。		
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		(8)
非訟事件においては極く最近迄規定されなかつた。	成規の訊問をうける權利	(7)
照)。		
(FGG 一六條、我が非訟事件法一八條、家審法一三條等參		
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	裁判は形式的確定力の發生により始めて效力を生じる。	(6)
對世的效力すなわち Wirkung inter omnes がある。	裁判の效力は原則として當事者間にのみ及ぶ。	(5)
(申立事項では勿論申立をまつ)。		
期間の經過)通説によると新たな手續でいつでも變更しうる		
れる。形式的確定力ある非訟事件の裁判も(例えば卽時抗告	束される。	

ff.

非訟事件の定型分類

一八

# 四 司法と行政に分ける説

を認めることに、認識論的價値のみならず、實際上すなわち現行法制度上の實益を承認するのは Bettermann および Lent 非訟事件を形式的に把える法規說の立場に立ち、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

である

題を別個の觀點から眺めたものであるといえよう。 ことは、法の判斷それ自體を目的とするということである。法の判斷それ自體を目的とするのは司法である。また彼が非訟 存在を前礎として、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。從つて對象說によれば、非訟事件は行政であ 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。法の判斷それ自體を目的とせず、實體上の法律要件乃至實體 **ぁ)、「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** 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 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斷の對象とな 私はかつて非訟事件に闘する學說の紹介にあたり Lent が對象說をとることを指摘した。彼は、現行法における訴訟事件 訴訟事件は司法に處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

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擧げれば充分であろう。①CがDであるなら、(4) 作用の本質として司法が法の判斷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、法の判斷は如何なる場合にな 私は、ここに、非訟事件中にいわゆる司法事件が存するや否やを檢討する準備として、その一應の基準を示しておこう。 AはBであ

る **權の範圍の判斷のみが司法的性格を有する。ただ注意すべきは、** る場合である。從つてAを CCC:……C,と判斷すれば、自由裁量の枠を越えて不適法となるが、Biと判斷することとBi 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、 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。すなわちAはBか非Bかのいずれかであ 效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 れ自體を目的とするなら、 の場合要件と效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。 [を目的とすることを以て足り、常該法律關係につき裁判所が第三者の立場に立つことは、 という規定様式。②CがDであるなら、AはB乃至は非Bのいずれか一方である、という形式。③CがDであるなら、 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 いずれも適法であり、互に相矛盾しない。從つて B―B である、とする形式。①の形式においては、 從つて、法律要件と法律效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 法律要件と效果の關係の判斷につき裁量の餘地がない。こ 判斷が司法的性格を有するためには、 AはBでも B1 でも B2 でも…… B2 でも適法とされ の範圍の判斷は、司法的性格を有しない。 しかし①の場合であつても法律效果の付與そ **絕對に必要な要件ではないとい** 適法性の判斷それ自 の認

告およびそれらの取消の審判、 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、 論前述①乃至②の場合であり、且つ適法性の判斷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 以上の立場から、 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、 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ろうか。 的親權管理權喪失宣言、(8) ⑥推定相續人排除の審判、 (4)民法八七七條Ⅰ項の扶養の審判、 法判斷それ自體を目的とする @禁治產·準禁治產 司法事件は勿 (e) 離

非訟事件の定型分類

h

=

が 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。 が妥當であろう。 非訟事件手續に移管されたもの、 株主總會招集許可申請に關する裁判、 婚の際の妻の財産分與請求、 あり、 更には、 更 に (d) (1)罹災都市借地借家臨時處理法一五條の裁判がある。(9) の如きは、 および夫婦共有財産分割請求の審判、等がある。 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、(2) もしこの扶養義務を生活保持の扶養義務とみれば勿論、 四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、 しかし從來訴訟事件とされ、 またこれを非訟事件手續中に求める場合、 生活扶助の義務とみても、 合目的 司法事件と解すること h)査定の裁判、 的 性 また(e)に 理 由 一定 から 等  $(\mathbf{f})$ 

考える餘地があり、 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、 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 司法事件の存在 は 理 空論的に

かかる點を考慮して政策的に定められる必要があろう。

可能

か否かという點とも關連するから、

おいても同様と考えられる。

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、 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 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 しておく

點で古典的非訟事件とは異る、 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、 必要があると思う。 蓋し、 廣義の眞正訴訟事件は、 行政的眞正訴訟事件とを含むからである。 實體關係の確認それ自體を問題とする司法事件と、 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 實體權とは無關係に

法的紛爭を含まない事件がある、 更にここで注意すべきもう一つの事項は、 實質的に把える必要があるからである。(2) ということである。 通常、 訴訟法中に規定され、或いは、 濫し、 我々は、 司法と行政の概念を、 訴訟法の適用をうける事件のうちにも、 實定法という形式のうちに把え

るのではなく、

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

- は、 設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。(ほ) (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
- (1) 占が遵守されねばならない。その内容上行政行為である事件は、GGに違反することなく行政官廳に移管しうる。 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
- 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。
- ない。蓋しGG一九條▼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。 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濟の問題については、 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
- (4)效とは異る。 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。 一般に行政行為 非訟事件のうち眞正訴訟事件の裁判には旣判力が認められる。ここで旣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
- 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。 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、 **GG一○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○三條は形式的に "Rechtsprech-**
- 非訟事件の司法領域を取扱う裁判官のみが、 GG 一○○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、

,, Rechtsstreite " と明規する"

非訟事件の定型分類

ung"の章に規定されている。

- (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=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追行に關する賠償責任の原則に從う。但し非訟事件の行政領域の裁判に對する卽時抗告はすべて法律抗告で

Ξ

(三四四)

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。

考えて違法ではない。 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 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、 で、GG九二條にいう "die rechtsprechende Gewalt"や、我が憲法七六條にいう「司法權」は、 第一點の主張は正しい。 しかし、 非訟事件中行政事項は、 非訟事件中行政事項が裁判所に委ねられるのは、 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 それが司法機關により た もの

以て主張しえない理由を考えてみる必要がある。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うると考える。 はこの問題を考えてみる必要があるし、 うこと迄意味しているかどうかはかなり疑問である。もしこれらの解說書が、このことを全く考えていないとするなら我 ことが出來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、その適法性の判斷を通常裁判所に求めないとい 說書は非訟事項につき一般に訴訟が出來ないことを說くのみである。これは恐らく訴訟手續により非訟事件の裁判を求める うなら、それに對する行政訴訟に相當する司法的救濟が利害關係人に與えられねばならない。 的行政行爲の給付請求權はもたないが、適法な行政行爲を要求する權利、換言すれば、 判所が古典的非訟事件について裁判する場合、それは質質的に行政であるといえよう。 であつて、 第二點について。古典的非訟事件を取扱り裁判官に獨立性を否認しうるど考えることは正しくない。なるほど非訟事件裁 移管の妥當性はかかる觀點から各別に檢討されねばならない。 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。 もし後の意味をも含めるとするなら、 質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 非訟事件の裁判が違法な場合取消變更を訴を その取扱う私法事件と密接に關係するから 非訟事件が實質的意味の行政であるとい 違法な行政行為の取消變更請求權を しかし利害關係人は國家に對し具體 しかるに現實に非訟事件の解

同時に司法面すなわち適法性の判斷をも併有している。 Bettermann 自身も、これを認めている。(第)(第) 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営該處分の適法性をも併せ裁判す るのである。從つて裁判所の質質的意味の行政に愿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

ら 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 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■項參照)。從つて、

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。

第三點は前述した如く正當であると思う。

る。 第四點について。非訟事件の裁判に旣判力があるか否かの問題の解決は、旣判力をどう定義づけるかによつて 變 つ て く この點に關する論爭は、 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。

を進めるうえに、私の一應の見解を述べよう。旣判力の本質に關して、およそ四つの學說があるように思われる。 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

### (1)實體法說。

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。(2) 減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。從つて兩説はその結果にお とする説と、何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。しかし份によると訴權が消 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、の一事不再理則の訴訟における一現象形式である(2)

り、 3)前二説はいずれも一元的な見方であつて、質體法訴訟法交錯の場としての訴訟において、旣判力もその兩面より考察される必要があ 兩面の效力を有するとする説。

非訟事件の定型分類

**仏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說がある。(2)** 二四

開される手續) 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るのである。ただ從來旣判力なる概念は、 訟經濟等の要請からその通用性を獲得する。以上の學說は、實質的にはその判斷の通用性の根據をこれらの諸點に求めてい を拘束する效力とをもつている。後者は前者を前提としその當然の歸結である。 家行爲のうち、 れる非訟事件の裁判についても妥當しよう。 るといつてよかろう。このような考え方は、 結論的にいつて、私は第三說に賛成する。本來旣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斷 非訟事件における旣判力に闘する學説につき述べるわけであるが、これについては、旣にかなり詳細な紹介がある **質體的規整・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。** 訴訟すなわち法的紛爭事件における(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 行政や非訟事件では、 行政上の判斷すなわち行政處分についても、 かかる要請に對して、合目的性・具體的妥當性の考慮が 前者は國家判斷の權威性・法的安定性 また實質的には行政であるといわ 國

必要な範圍で簡單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。

事件の實質により具體的に定めるとする説である。(2) 判力を認める說。臼眞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說。臼眞正訴訟事件なる概念をさけ 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。(4)司法事件にのみ託判力を認める説。 何その他の眞正訴訟事件にも既

從來の用例に從えば、 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の分の説が正しい。

先ず⑴說において Siméon David が旣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 Siegert

である。」しかし氏のいわゆる目的乃至本質は、結局、 訟における發現形式であるから、 必要であると考えられるから、 る考慮が拂われているとみられないであろうか。しかし、旣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 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旣判力を肯定する場合、 原則と解し、ここから下降して非訟事件の裁判に旣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 について十分の檢討を經ないで、 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。從つて肯定說が、民事訴訟と非訟事件の本質乃至目的の差異 に對し鈴木氏は次のように反論される。「旣判力は判決の槪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 なわち旣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把えれば肯定說は一見正しいように思える。 が既判力を法的安定性の要求としてとらえているのは、 非訟事件のすべてにつき旣判力を肯定することは、いずれにしても正當ではないであろう。 非訟事件の裁判も等しく裁判なりと觀念し、旣判力を法定安全のための制度乃至公法上の 具體的權利主張、從つて法的紛爭性のないところに旣判力は存在しないとされている。 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 實質的に正しい。しかし從來旣判力はそのような原則乃至要請の訴 旣にかか この説 す

る。 されるようになつたこと。 その一つとして「辯論主義から職權探知主義への移行、 引用し一De 體的妥當性の要請に對し、 しも真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」 公の利益は Boor は法的紛爭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い 何の役割も果さない」としている。更にこれに對し 更に法的紛爭の一定の社會化」を指摘している。しかし (※) 法的安定性の要請が後退することを指摘している。これに對し Habscheid 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强調 Bärmann は訴訟から非訟への移行の理由を三つあげ Bärmann の指摘するこの要請が は De Boor の言を をも 必ず

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

る 裁判される必要がある。 裁判により適法性が追求されるのであり、 するからといつて「實體的に正當な裁判に闘する公の利益」迄否定してしまうことは正しくない。 にせよ憲法上の保證を缺いており旣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旣判力の れなくして裁判所の權威も失墜し、 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 き Schlegelberger を批判した後更に續けて「裁判の正當性に關する公の利益は從つて法的安定性や法的平和の要請に對立 安定性の相對立する要請とのいず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 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、「實體的に正當な裁判に關する公の利益」 法的原則と呼ばれるものであつて、 かかる基本的考慮は民訴にも非訟事件にも安當する。從つてそのことから、眞正訴訟事件の裁判は旣判力を有するので 兩手續で問題なのは權利の質現である。」 とし更に「しかし更に他の理由から非訟事件の裁判に旣判力が生じねばなら Bärmann 具體的妥當性の要請による法的安定性の後退はない。この範圍で否定說は正しくない。Habscheid はこの點につ 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、 裁判の對象が常に考慮される必要がある。 のこの批判は理由がないように思われる。 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 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 法的紛爭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う不利益をうけ 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 しかもその法的紛爭に法的安定性の要求せられること民事訴訟におけると同様で 認可の付與はその拒否と異つて判斷さるべきである」という。 先ず Habscheid の示す原則から旣判力の發生が導出しえな Sauer 要は具體的妥當性 によりすべての法の目 體であ いずれ いては

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るという理由なら、それは旣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。

つが、 ある 非訟事件たるとを問わず對世的效力を有する。蓋し、 當するわけではない。 り職權主義への移行 抽象的に規律しただけでは不充分で、 理由を次の三點に求めている。 である。 注意すべきは次の二つの事項である。 Į, 0 裁 えられる。 定される。 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、旣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 えないが、 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、 判においては、 最後に(3) (例えば身分法關係事件・會社關係事件)。 私のように概念規定をすれば分説が最も正當であることになる。 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 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。 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。 の説を檢討しよう。 この意味でこの效力は既判力に近づく。 既判力と實質的に同じ效力、 取消變更性が排除せられ、 (これについては前述した)。 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 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。 司法事件を除く非訟事件の裁判に旣判力を認める餘地を殘す向ハ臼の見解は正當でないと考 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。 すなわち@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 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。 以上のような次第であるからその旣判力の概念規定の仕方により各々正當性をも 法的安定性の要請が具體的受當性の要請に優越する。 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 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 これに反し第三の理由の該當する事件は、 鈴木氏が分説をとられることは正當であると思う。 それが實體的權利主張に關しない點で既判力とは 眞正訴訟事件たると古典的 形式的確定力は即時抗 ただ形式的確定力をもつ (2)立法者が實體關係を (3) 辯論 のであり、 子件に安 主義よ ただ 特

非訟事件手續法になんらの規定がないことを第一の理由とされる。(33)

かし形式的確定力の生じる場合は存在するのであり、 として通常抗告が認められるに過ぎないから、 (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、卽時抗告が認められるのが例外で、 形式的確定力が問題とされることは、 かかる場合、 確定後の效力として旣判力(乃至は旣判力類似の效力) 原則としてないことを指摘される。し 原則

が考えられるのではあるまいか

よるか申立によるかは別として、新たな別個の手續によりなされるのであるから、 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樣、 **废と落しく矛盾する」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** (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、 民事訴訟法上の旣判力の制度とは、 少なくとも民事訴訟の既判力の制 職権に 少な

くともこの點で矛盾しない。

的を「法律狀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旣判力につき論じる。す 形式的確定力が生じても取消變更は可能であるという。 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囘的である。 判力とは異り、第三者の旣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。 は變更されうる。 これに反し行政處分は一囘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 なわち山民事訴訟において裁判は一囘的なもので一つしかあり得ないのであるから、 Münzel は民事訴訟の目的を「實體的法律狀態乃至請求權に關する一囘的・終局的・確認的裁判」 非訟事件のそれは後者であるから旣判力は生じない。②裁判が拘束力をもつ場合があるが、その原因は旣 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 既判力により確定される必要がある。 に求め、 非訟事件の目

事件の一 Þ 力の發生により排除される。 續は認められないが、 られない事項すなわち即時抗告の認められる事項 理由である。 乃至非訟事件における裁判の效果も實體上・手續上に生じるのである。 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囘的終局的であること、 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える。 とはできない。 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。 更事由と同格視して再審を認めないというのである。 となる。 は異り申立手續においては申立により、 Münzel 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(%) **質體法・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。** 部におけると變りがないと考える。 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來るのであるから、 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、 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なのである。 民事訴訟におけると同じである。 そこで再審が問題となるのである。Muller, Lent は再審の可能性を認める。これに反し Baur (%) (%) (%) 職權手續においては職權により、 第二點も正しくないように思われる。 (獨逸非訟事件法 一八條Ⅱ項、 しかし私はこの見解は妥當でないように思う。 從つて法確定力は存在する。 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 この點違い 新たな別個の手續で行われる。 我が非訟事件法一九條■項参照) 後者は 獨逸において廣義の真正訴訟事件に再審 すなわち既判力もその效果は前述せる如 はない。 原始的不當により取消變更は法的確定 再審事由は事情變更による取消 これらの理由から私は眞正非訟事 Münzel ただ異るのは 訴訟事件におけると、 によれば純粹に質體 先ず私は法的確定力あ この點は、 かかる效果發生 については問 また行政 職權 非訟 處分 題

變

事件には勿論、 いずれにせよ 行政的真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。 Münzel の非訟事件として說くところは、 非訟事件の典型すなわち古典的非訟事件に關する。 司 これらの 法的非訟

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。

三五二

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。

- 定されるが、これは正しい。 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
- てもある場合には後者が優先し、 要請には常に法的安定性の要請が對立していること、 の傾向は司法事件を除く真正訴訟事件に特に多い。 非訟事件における實體的具體的安當性の要請を强調され旣判力を否定することは正しいと思うが、 形式的確定力ならびに旣判力相當の效力が生じることがあることに注意すべきである。 的司法的真正訴訟事件 (氏のいわゆる眞正訴訟事件) を除く場合で あ その際、 (a) か かる
- なく、 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。(4) 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」について旣判力は生じな 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 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旣判 ないから、 の效果自體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。 念を從來の意味において把えようとする場合に、 權乃至實體的形成要件の確認による形成ではないとして、 (5)これを可能ならしめるにすぎないとし、 既判力と形成效とを區別して、 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、 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。 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 非訟事件の裁判における形成行為の效果は後者であるから既判力を認める餘 正當であるといわねばならない。 既判力を認める餘地がないと主張せられている點は、 (非訟事件手續法七二條) この場合質體法上債權がなければ代位も認められ ただ非訟における形成行爲も、 國家の形成處分であり、 に認められるが、 しかし裁判が確定し これとて本訴 旣判 實體的 その形成 古典的 力の 形成 概

力の後訴に及ぼす影響に相當する效力をも備えている。

(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旣判力がないという點は正しい。

ただ司法事件を除く真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。 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。 なくとも八二條の要請を滿す訴訟を必要とする。 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、 存在しない。 目的とする。 は現代的意味における裁判を意味するであろう。 様の批判が成立つことになる。 訟事件においてもその裁判に司法的側面を認めると旣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、 れば氏のいわゆる眞正訴訟事件にも旣判力を否定しなければならないことになろうし、また私のようにそれ以外の行政的非 係が形式され附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。 いるからである。 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 あり絶對的なものではないこと憲法上明白である。 かろうか。 最後に非訟事件の裁判に旣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 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。 特に判決云渡の公開は對審の公開に比し重視さるべきであるが、 家事審判は司法的および行政的非訟事件を含み、前者および後者の司法面に旣判力が認められるに拘らず、 この他の真正非訟事件においてその司法面に旣判力が生じるに拘らず、 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」 しかしそれは必ずしも嚴格に現行民訴法による裁判を意味しないのでは しかしそれが認められないなら、 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 裁判の付與は公開されない。この點は確 非訟事件の裁判それ自體のうちに司法面 先ず調停は行政的處分と考えてよい。 このうち對審の公開は一定の制限 公開の要請に優先する他 この考え方によ ここにも同 しかも少 の考慮は かに そ ts が

きであり、 反の問題が起る。 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、 停が有効に成立する 法的側面で必然的に旣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営事者がその救濟を求めない場合に當該調 が、その意味で調停裁 勿論調停たりとも法の基本原則 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斷はむしろ適切になさるべきである。 從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。 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るべきであろう。 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 (內容上無效の場合は格別) 判が裁量の域を越えて違法である場合、 (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 のであり、當事者に司法的救濟を與える必要がない。 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濟が かくいうからといつて、適法性の判斷を裁判官が 既判力を認めるとすると、 いずれにせよ真正非訟 しかしそれは本來 憲法八二條違

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

考えれば憲法三二條違反は問題とならない。

ても既判力類似の效力が認められる。

行政的非訟事件かにより區別するのではなく、 (FGG一八條Ⅱ項、 結論的にいつて、 非訟事件手續法一九條參照)。 Bettermann 卽時抗告が、 のように、 すなわち司法事件においては當然取消變更が認められ 從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 取消變更が許されるか否かの問題を、 司法的 非訟事: ts 更に

典的非訟事件においても旣判力類似の效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 司法事件を除く真正訴訟事件においても旣判力類似の效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

を檢討してみる必要があるわけである。Bettermann 自身も 卽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 ては旣判力類似の效力を認める場合と同樣、 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

陳述權をもたないから、 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。 等により同一の效果が生ぜしめられる。 件と行政的非訟事件とに分けて考える Bettermann の考え方に賛成しえない。我が憲法上GG一〇三條にあたる規定がな 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。從つて司法的 側面を認めるとすると、その面でGG一〇三條の適用をみるであろう。更に司法面は行政面と密接に關係するし、(6) 近代法治國家の要請、 きであるか否か争われている。 第六點について。獨逸法上、 從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 現實的にはGG一○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 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。 通説判例はFGGに一般的に規定がないためこれを否定するが、Baur, Lent (4) (4) (5) (5) (5) 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 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 は理念的には 行政判斷 非訟事

が、 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 獨逸法上は正しいであろう。

賠償責任につき差異を設けている。 司法的側面をもつ限りその獨立性が要求され、從つて同條Ⅱ項の特權をもつものと考えられ る。この意味で 公務員の不法行爲につき、BGB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 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 Bettermann

非訟事件の定型分類

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

非訟事件の定型分類

あると考えられるから、なおさら彼の說くところは意味がない。

以上のように、 Bettermann 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絕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

ることが受賞であること。②司法的非訟事件には旣判力が認められること。ただ司法的非訟事件を除く真正訴訟事件におい

ては、法律關係の確認を含まない點を除いて旣判力と同様の效果を生じること。

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。(タイ) 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

(1)営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。

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。

②口頭辯論の强行法規化。殊に當事者の不出頭の場合に關する規定をおく。

(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。

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。 55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。

(8)一事不再理則の現象形式としての旣判力の承認

(※一考才再担見の野祭刑宝としての包針ンの方記

これらのうち⑴および⑻の點については旣迹したので、その餘の點につき次に論じよう。

ントは現在各所に訓示的に規定されている口頭辯論を强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

裁判が要求される結果實體的眞實の發見が必要とされ、從つて辯論主義はとりえないのである。 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、 質質的に妥當な

ろう。 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。從(48) 件において職權主義が絕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。 出來ない場合があろう。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 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質質的には妥當な解決の 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內容を必要 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 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 司法事件を除く真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はないから、 一應前者と同様に解せ

釋明が當然問題となる。(8) る。 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とはその意義において異るとはいえ、 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、その眞僞を鑑別して、眞相をつかみ易い點ですぐれてい 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。(後)

5 めない。 過を推測すると、<br /> (1)辯論、 (3)職權調査主義・職權探知主義を認めるが、 主義の全面的肯定が、 | 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 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 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 民訴の擧證手續に闘する若干の規定を準用する。順次檢討 し てみよ

ż

ると思うが、 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)あるいは出來ないか 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 会裁

判所の自由裁量の餘地なき眞正非訟事件-ら非訟事件とした意味がなくなるであろう。 一の立場と同じことがいえよう。⑶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、 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 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) 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 民事調停規則一二條 のいずれかであるか

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 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。 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○條で「期日、 **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** 期間、 疏明ノ方法、人證及ビ

が、 に注意すべきことは、 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强いから、職權探知主義が原則であると解すべき で あろ う。 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、 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檢討を必要としよう。一應の結論を述べれば、 かかる列擧は例示的であると解すべきで、 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○條で民訴によると解しうるからである。 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說が 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。 非訟事件中に規定されたいわゆる古 ただ 如何なる規 準用 しかし ある の 明

規されている、

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。

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

證人および鑑定に關する規定は問題ないとして、

ずれが優先するかは各場合により異る。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 的であるから、 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 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、それらのい 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 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。

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强調していることである。 事件法が枠を定める法律(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、という言を引用した後、 何なる修正をなすべきかについての解説はない。 次に Habscheid の見解を檢討しよう。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、 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真正訴訟事件の一部に固有の事項は⑶の點である。 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 しかし如

### (1)旣判力の問題。

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

③民訴法の規定の準用。分權利保護の必要。申立人は權利保護の必要を證明する必要がある。從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。印訴訟物の譲渡に關する二六五條の準用。臼訴の變更。臼請求原因に關する中間判決を規** 定する三○四條の準用。 小當事者宣誓。 ○ 田仲裁手續の可能性。○ い訴訟裁判所に係属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

非訟事件の定型分類

三八

點は既に檢討した。

從つて實質的眞實が强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。從つて 訟事件において失權效を認めない。 (な)(な) 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えるべきであると思う。 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質に對する譲步である。 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 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 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。按ずるに失權效は一定時 民事訴訟法學上失權效の存在については殆んど争いがないが、非訟事件においては争いがある。 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質の顯出は裁判官 殊に司法的非訟事件であるから 一部の學者は非

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。

ければならないという點では實質的になんら變らない。(8) なるため、 て、 だ權利が具體的に確認乃至形成されてはなく審判により具體的に形成されるのであるが、 準用の必要があろう。 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るのみで裁判を求める必要が 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。 必ずしも司法的非訟事件に固有のことではない。 同條の直接の適用は別として、同じことが考えられる。凶訴の變更の規定が司法的真正訴訟事件に認めらるべき しかしそれはその他の真正訴訟事件にも準用が考えられる。 更に真正非訟事件においては質質的利害關係人が原則として當事者と (P)訴訟物の譲渡に闘するZPO二六五條の準用は司法的 勿論行政的真正訴訟事件においては、 從來權利保護の必要は訴訟上の概念 形成前に譲渡は考えられる。從 非訟事件に

可能性は法律上の規定なき場合であつても、 PO二七六條の適用も否定されるに反し、 質的ではない。 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、 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。 を整序する意味での中間裁判の餘地が全くないわけではない。 る事項につい する規定は我が民事訴訟法一八四條、 ことは疑がない。 正訴訟事件 ないのに反し、 として「請求の原因および數額に關し争い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る」と規定するにすぎ の變更は存 後者は ても殆んど仲裁手續を認める餘地はないが、 「訴訟 在しな (司法事件を除く眞正訴訟事件) 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。 (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 という。 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 ļ١ という一 「獨立シタル攻撃又ハ防禦ノ方法其ノ他中間ノ爭ニ付裁判ヲナスニ熟スルトキハ」と規定する。 事實獨逸においては非訟事項を訴訟裁判所へ 點を除けば、 **ZPO**三○四條で規定の仕方が異る。 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、 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。(ほ) 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。 兩手續が實質的に司法事件であれば、 全くないわけではない。 | 協仲裁手續も司法事件について認められる。 中間裁判を認める餘地が少ないであろう。 の移送、 從つてそれは司法事件および真正訴訟事件全般に特 すなわち後者は單に前者Ⅱ段の規定をそのⅠ項 またその反對の移送は許されず、 常に擴張されうるとするのが有力な學説 前者は "Rechtsstreit" そして更にこの移送の 古典的非訟事件に しか ()中間 仲裁手續が認め し行 しか 小の 眞正 從つて2 裁 如き訴 政的眞 L とい かか お

條の場合に相當する場合を規定するに過ぎない。 非訟事件手續法は三條にいわゆる抗告または遲滯を避けるための移送すなわち我が民事訴訟法三 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。

である。

我が國の法律はどうか。

非訟事件の定型分類

三九

續と司法的非訟手續との間に限ることなく、 眞正訴訟事件においても、 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。これらの不利益は古典的訴訟事件においても、(8) 性も司法事件に固有のものではない。 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、 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 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、 方家事審判法には移送に關する規定がなく、 司法事件においても存在することがありうる。從つて我々は、獨逸の有力說の如く、民事訴訟手 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 一般に移送の可能性を擴張する必要があると考える。以上のように移送の可能(g) 民事調停法四條と家事審判規則一二九條の二のみであり、 期間遵守の利益の喪失、再訴では間に合わない實體的 行政的 双

が 以上において Habscheid が司法的非訟事件手續において民訴法上の制度の導入により補正を必要とする諸點を檢討した 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旣判力を除けばないものと考えてよい。

# (2) これと異つた説明をするのは Baur と Lent

自身である。

安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、質質的 非訟事件とは、 行政法事項と民事法事項との關係とされる。 Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Allgemeine Teil, S. 18 ff. しかしてこの見解は して扱つている。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、 ・形式的に司法に屬する。 先す Baur の見解をみよう。彼は非訟事件を國家行為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 前者が主として公法・公的利益に關するに反し、 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、 後者が主として私法・私的利益に關するということは、 民事法事項としての 兩者を統

把える障碍とはならない。 Lent の見解はどうであろうか。彼は、非訟事件をその他の國家行爲と區別するに際し、 Vgl., Bettermann, a.a.O., S. 17. 先ず、 刑事訴訟および行政との區別を

爲であるが、 爲は行政行爲であるが、その對象は私法に屬する。(1)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。(6)婚姻障碍からの解放 と併せて、または、 あることが解る。反對に、非訟事件は、 である。(e)いわゆる 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. 阊行政機關たる戸籍吏の職務行 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、 法および私的利益に關するのである、という。 Lent, Studienbuch. 1 Aufl. S. 4f. 行政行為であり、 例えば、 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、 その對象は私法上の法律關係である。 後見裁判所の裁判官は、 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。 "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 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、 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 私權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うこともいえ (d)私法關係形成の國家行為は行政行為であるが、その手續對象は、 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 しかし彼の見解が妥當しない場合が獨逸 法上 行政機關として地方裁判所長が行う行政行 私法上の法律關係

schrift für Walter Jellinek, S. 361 ff であるか、 termann, Verwaltungsakt und Richterspruch, Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht, Gedächtnis-的把握を否定するものではない)。從つて、立法作用を除き、 元來行政は、 公法であるかということ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 Bet | 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 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

のと思われる。 とされたもの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 味があることに因るのである。 かくて Baur や Lentの把え方は正しくないように思われる。 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、 從つて對象説の對象による區別は、 確かに本説が形式的に法律が非訟事件 司法と行政 との區別に一 致 するも

るものは次の如き事件である。 意味で訴訟事件である。 (Wohnungseigentumsgesetz)二三條♥項および四三條Ⅰ項四號により、 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。 (b)住居所有權 (Wohnungseigentum) 事件。 @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 (化非訟事件裁判官が、住居所有權者の決議を、住居所有權 無效と宣言する裁判は、 形成的行政行為ではなく、 通常司法事件とされ

二六三

a.a.O., S. 279. Bettermann は Lent, Bötticher 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 餘地がない。裁判官は長も法及び正當性に適つた裁判をしなければならない」(傍點筆者)という。 從つて判斷裁量であり行爲裁量ではない。その裁量は、 る形成の訴は、法律上輪郭づけられた要件に拘束される。 るのではなく、 る 法上の請求權および義務が 質體法の問題である。 この點について對立するわけであるが、 契約履行補助事件の裁判官には、 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。 おける事件。 ②Höfeordung 一八條の事件。②Umstellungsgesetz 決である。 (Vertragshilfe) 非訟事件であり、 ただ Lent と Bötticher は履行補助事件につき異論をもつ。 も同じ立場である。Habscheid, ZZP 66, 3, S. 192. このように Lent, Bötticher と Bettermann, Habscheid の見解は、 **氏株式會社法二七條Ⅰ項一號、** (H) 國家に對してあるのである。すなわち私權が形成の對象であるが、その形成は、私法上の形成權にもとづくのでは 任居所有權者相互間の權利義務および管理人の權利義務に關する争いは 行政であるという。 法事件。 獨逸法の解釋についてはなお研究の餘地があるので、 (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。 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權を債權者に對してもつていると解 っ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、より多くの裁量の餘地が殘されている。 妥當性と裁量が、 その裁判の特色である一方、訴訟事件におは 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 しかし私法上の請求權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。 非訟事件法一四五條Ⅰ項の事件。(8)婚姻法第一施行令一條■項、 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 第四十施行令(die 40 DVQ)六條の事件。 すなわちこの場合、債務者の請求權は、 私としては、 (同法四三條) 非訟事件とされるが、 この點に關する論爭の存在を指摘するに止めて Bettermann, a.a.O., S. (e)株式會社法第一施行法 從つてそれは程度の差である。 實體法上債權者との關 家庭令事件。 訴訟事件におけ (h)契約履行 31 明 その他、 6 一〇條に 原係であ せら

- 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
- いては彼の論文 Verwaltungsakt und Richterspruch, Forschungen und Berichte aus dem Offentlichen Recht (Gedächtnis: 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)と區別している。Bettermann, a.a. O., S. 28; なお司法と行政の區別につ Bettermann für Walter Jellinek) S. は かかる自由裁量は、 361 ff. 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
- 6) 鈴木忠一氏「非訟事件の裁判の旣判力」法と裁判所收、六八七頁以下參照。

- 〔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、 できる。 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えることもできるし、また前者のみと考え形成的司法作用と考えることも 前の考え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。本文にあげる切以下の事項につき同じことが
- (8) ②の場合であると考えられる。
- 9 を目的とすると同時に、 よりこれを形成することを目的とするのか、 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、 それを前提とした處分の付與をなすものと考えれば、註7と同じことがいえる。 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 裁判に
- (10) 例えば、養子關係事件。
- がないため、 我が法上、行政的眞正訴訟事件として調停事件があるが、 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 Bärmann, a.a.O., S. 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 385 ff. ₩ ₩ ₩ 法
- 經た今日、 債權者との協定手續であるから法的紛爭事件ではない。 訴訟法説の前 を完全なものとし且つライヒに統一的な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滕つた(ZPO六六三條)。 わけである。 た手續・兩當事者の訊問の强制・口頭辯論等の點でより强い法的保護が保證されていたということである。しかし旣に施行以來七十年を 法による統一的規整を行う以外に手段がなかつた。 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)。 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。從つて、ライヒの統一的規整を必要とする場合、民事訴 一八七九年の獨逸民事訴訟法に法的紛爭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えられている。 S. 335 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的規整が行われたが、非訟事件については各ラ (2)公示催告手續。 實質的には非訟事件であり、 第一の理由は當然採用しえない。 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 (家審法九條甲類一 (1)禁治產手續。 この手綴においても法的紛爭は存在しない。 民事訴訟手續によらしめられたのは專ら第一の理由に基づく。 法的紛爭事件ではないから、 民事訴訟法中に規定する理由はない。 從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檢討してみる必要がある (2)第二の理由は、 民事訴訟の準用されるのは準用が合目的的であるからである。 非訟事件であるとする説と、效果の重要性から考えて民訴手續により法的保護 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 (3)破産手續、 我が國では民事訴訟法の一部として規定されてい 裁判所の監督の下に行われる支拂停止債務者と全 和議手續も同じ。 Münzel, a.a.

非訟事件の定型分類

四四四

- (その他民訴中法的紛爭の問題とならない多くの事項 例えば證據保全手續、 强制執行等。 は 法的紛爭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
- Münzel の説くところも、 う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によると思われる。從つて我が法上 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 Bettermann と Habscheid の説くところは、 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。 現行法の解釋論であり、 Lent や Münzel のそれは立法論である。
- (4) Bettermann, a.a.O., S. 38 ff.
- であつてもその司法的側面の判斷は、 をも併有するとみるならは、それは訴訟事件としての性格をももつのであつて、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。 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)。 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 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。 因みに獨逸基本法には裁判の公開の規定がない。 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うことも考えられるが、 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 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であろう。 しかるに非公開で行われ る非訟事件の裁判が、 家事審判の場合は、 なるほど形式は決定 問 題 が
- GG一九條▼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 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。從つて始めから Rechtsweg えるものではなくなつてしまう。 Rechtsweg を更に認める餘地がない。 九條の適用がない。 彼は「非訟事件裁判官は、 ない」と述べている。 なるほど、 更に「もし非訟事件裁判所が獨立性をもたないなら、 その職務の全領域に關し、 司法に非ざる非訟事件の裁判に對し、 彼の行為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。 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 "Rechtsweg" において裁判しているのであるから、その裁判に對 行政訴訟乃至それが質定法上認められない場合には通常訴訟が、 非訟事件手續法の救濟は憲法上保證された權利保護を與 しかし、 で裁判される場合には、 GG 一九條IV項は裁判官 Bettermann a. a. G G
- 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。 從つて理論的 には否定

- することができるが、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ろう。
- All Schler, Pagenstecker の見解がこれである。Vgl. Lent, Zivilprozeßrecht, 5 Auf., S. 153 (15)
- Vgl., Lent, a.a.O., S. 155. ものとして、Rosenberg Bötticher があり、回説をとるものとして Stein-Jonas-Schönke, Schönke-Schröder-Niese がある。 訴訟法説をとるものとして、Wach, Stein, Hellwig, Jonas, Rosenberg, Saner, Schönke, Nikisch 等がある。殊に例をとる
- (2) Lent, a.a.O., S. 155 ff., besonders, S. 156 f.
- 中村宗雄教授「旣判力の本質」民事訴訟法講座第三卷七〇五頁以下。
- 兼子教授「民事訴訟法體系」三三五頁以下。
- 判の形式で確定により生じるが、非訟事件の裁判の狡力は、即時抗告に殷するものを除き云渡により生じる。 的範圍の問題がある。旣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。 更に民事訴訟法における旣判力と、行政行爲における旣判力に相當する效力との差異を考える場合に考慮すべきは、 また旣判力は裁 效力の及ぶ主觀
- Baur, a.a.O., S. 264 ff. 鈴木氏、前揭、六七一頁以下。
- (5) Siegert, ZZP, 54, S. 440.
- Schlegelberger, Kommentar, § 16 A. 8, Abs. 2.
- (27) Habscheid, JZ, Nr. 22, S. 690.
- Bärmann, a.a.O., S. 390.
- 29 Habscheid, JZ, Nr. 22, S. 690, ZZP, 66, S. 201
- Bärmann, a.a.O., S. 407 ff.
- Bärmann, a.a.O., S. 390.
- (32) 例えば履行補助事件や、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。 私的利益が直接に問題となる事件が多い。 我が家事審判法八條Ⅰ項二類事件および調停事件には、 公の利益で は
- 鈴木氏、前揭、六七八頁以下。
- Münzel, a.a.O., S. 340 ff

非訟事件の定型分類

- (35) 彼は後見裁判所による法律行爲の追認を例示している。
- (%) Müller, DNotZ, 1953, S. 184 ff.
- (%) Lent, Studienbuch, §19 II, 11
- (%) Baur, a.a.O., S. 390.
- (3) Münzel, a.a.O., S. 371.
- $\widehat{40}$ 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 この意味で旣判力もないというなら、形成力も同樣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 る重要な事項であるから、 この範圍で判決云渡の公開も絶對的ではない。勿論家事審判は、 憲法八二條の適用が問題となろう。 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
- (4) Baur, a. a. O., S. 189 f.
- (4) Baur, a.a.O., S. 194.
- (4) Lent, a.a.O., S. 39 ff. besonders, S. 40.
- (4) これは憲法上の要請であるといえよう。
- 47 Lent, ZZP, 66, S. 281 ff. ここに舉げる諸點については更に檢討を要することを彼自身認めている。 從つて試論の段階を出な
- (48) 兼子教授、體系、四五五頁。
- 判規則七條■項および八條は、 旨を規定する。 我が非訟事件手續法一二條の囑託は、例外的に許される。民事調停規則一二條■項は、調停委員および裁判所に調査の囑託が出 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。 例外的である。 同七條の二における調査官は、 家事番判官の補助的存在であり、 例外と 解すべきではな 家事審 [來る
- 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。 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

- (51) 岡村玄治氏「非訟事件手續法」新法學全集第二十九卷三五頁參照
- (2) Lent, DNotZ, 50, S. 320 ff.
- 3) Habscheid, JZ, Nr. 22, 1954, S. 691 ff

- (4) Keidel, Kommentar 5 Aufl., § 18 Anm., 6b.
- (55) Habscheid, ZZP, 66, S. 203. はこの考え方を支持しているが、後に彼は JZ, Nr. 22, S. 691. で改説して、反對の立場に立つて
- (56) 前註55 參照
- (57) 現在職權主義の認められている各事項について、實體的眞實發見の要請が强いか否か、從つて職權主義を認めておくことが妥當であ るか否かは、なお檢討を必要としよう。
- (5) 權利保護の必要の概念そのものは、一般的權利保護付與の積極的要件として極めて廣く 解す る 的非訟事件手續においてもこのことは妥當する。 Rechtsschutzbedürfnis,1950) には反對であるが、必要乃至利益の概念がすべての法の基礎となつていることは否定できない。行政 Schönke の考え方
- (5) 例えば訴訟裁判所から非訟事件裁判所への移送を認めるものとして Hausratsverordnung 一八條、Wohnungseigentumsgesetz として、最後に擧げた一二條Ⅰ項がある。 一六條、Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen 一二條■項があり、その反對の移送を認めたもの
- (60) 兼子教授、體系、九六頁。
- $\widehat{61}$ かし眞摯に行われたものであるなら移送を認めてもよかろう。 ただ、極端な管轄遠、例え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。

# 五 眞正訴訟事件と眞正非訟事件に分ける説

真正訴訟事件 "Echtes Streitverfahren" なる語を司法事件をもふくめ、真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。

先ず彼は Echtes Streitverfahren における 手續上の特質を 檢討したのち Münzel, Lent, Peters, Habscheid 等の見

解を批判し、次のように結論する。

非訟事件の定型分類

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) は、 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、 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るが、いずれも私權を手續對象とする すなわち行政 手續法の內部で內部的(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 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 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。 (古典的非訟事件を當面問題としている)と真正訴訟事件(Bettermann 等のいわゆる司法事件を含む) とを對立せ その手續

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。

Hausratsverordnung 八條參照)。 ①眞正訴訟事件は申立手續である。 30權利保護の必要を申立人が證明する要あり。 (6)裁判所は一般に當事者の申立に拘束される(但し

の規定(ZPO六六條以下)の準用を認める。(個訴訟能力は原則としてBGBによる。例えば成年たること。 强制參加權を認める。@必要的共同訴訟に關するZPO六二條の適用がない。 Vertragshilfsgesetz 八條Ⅱ項は從參加および訴訟告知 するため、當事者たるためには、廣義の積極消極適格を要する。①他面 Wohnungseigentumsgesetz 四三條は裁判官による第三者の ②當事者能力。 ②非訟事件の営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

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 eigentumsgesetz 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效である。眞正訴訟事件に も有效である(FGG七條)。 ③管轄。⑷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 Wohnungs・ 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。 土地管轄權なき裁判所の行爲 **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。 (が原則)** 

判所から非訟裁判所への移送を認め、從つて眞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 れている。和解の認められる範圍、換言すれば、當事者が紛爭の對象につき和解を締結しうる限り、ZPO一〇二五條の仲裁契約が可能 Vertragshilfsgesetz 一四條▮項 Wohnungseigentumsgesetz 四四條▮項)。何移送。BGHは最近、眞正訴訟事件について訴訟裁 る。訴訟事件につき非訟機關でする和解は、私法上の效力をもつ。公證の權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 て Wohnungseigentumsgesetz 四六條 Hausratsverordnung 一八條)。 ()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

である。

うるものに限る。和解の效力に關する紛爭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 明規されている(Hausratsverordnung一六條頁項)。旣判力の第三者に及ぶ事件(例えば Wohnungseigentum の事件)においては、 verordnung 一三條■項、一六條三項、Wohnungseigentumsgesetz 四四條■項等により否定される。なお一定の場合和解の執行性が 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 三九條が類推適用される。ただ申立人に一定の擧證協力義務が存在する。(6)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 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2PO一四五條以下の は、擧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 裁判所による。和解は調書に記載される。の調査義務の對象および限界。民事訴訟におけると異り眞正訴訟事件も含め非訟事件において 第三者(例えば當事者ならさる Wohnungseigentumer)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 の交付として意義があるにすぎない。非訟事件の 和解 が訴訟法上無效であるとする原則は Vertragshilfgesetz 一四條、Hausrats: れる。申立手續においても擬制・失權數・沈默・缺席の形式的效果は認められない。自白・撤囘・放棄・和解の效力は通説によると裁判 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 形式的評價に從う。それ以外は自由な評價ができ、證書の提出義務はない。當事者は證入としては訊問されない。法律上の規定はなくと 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。団調査の手續。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 (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)。(4)原則。すべての非訟事件に 職權調査の原則が行われる。 ZPO

四九

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。

裁判所)はZPO三八~四○條の管轄の合意の規定は眞正訴訟事件に適用されないとする。៧FGG一五條は、目擎者による立證、證入 確認訴訟の規定。心仲裁裁判所手續。心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 すなわち眞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。 用される。⑴手續の非公開。闽ロ頭辯論は若干の場合に任意的に規定されている。闽調書の形式および範圍は裁判官の裁量による。若干 目的的裁量による。(i)訴訟物の譲渡に關するZPO二六五條も類推適用される。(i)訴の變更および請求原因に關する中間裁判の規定が準 ない。死亡により權利が消滅することは眞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 定は第二段の規定の制限を以て適用される。①FGG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 ある。(e)FGG二二條■項は期間懈怠の救濟を規定する。(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 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、常事者訊問、證據保全等で 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。何再密の規定は紛爭という性格および旣判力の關係から準用さ の例外がある。⑷費用の立替につきFGGに規定がなく、從つて裁判官の裁量による。⑭執行は多くの眞正訴訟事件で法律により民訴の 一三條は補佐と代理を規定する。図BGHはZPO一七六條の類推適用を眞正非訟暮件についてのみ認める。⑭ZPO一八七條上段の規 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訴法の準用が認められるというのではないが、特殊の場合、

(6)裁判官の責任。眞正訴訟事件においてもBGB八三九條■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眞正訴訟事件でも異ることがない。

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、從つて非變更性から必ずし 規定する。何FGG一八條は卽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 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。心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 (8)裁判。(8)非訟事件裁判官も適用法の合憲性の判斷が出來る。(6)眞正訴訟事件では、形式的確定力を以て效力を生じることを明規した

も形式的確定力は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 Baur が眞正訴訟事件においてZPO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。(eZPO三一九條

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。公の利益に關する眞正訴訟事件においては行政廳も抗告權をもつ。何抗告 不確定である(FGG二〇條)。(6)申立が却下された時申立人のみが抗告權を有する。申立人は申立が認答された場合でも申立が誤つた要 の決定による更正は一般に許される。氏旣判力。旣に述べた。 (9抗告。眞正訴訟事件では一般に卽時抗告が認められる。
(8)不利益變更禁止則が認められる。 (6) 申立權者の範圍は當事者の範圍と同樣

のがある。移送の決定はヱPO二七六條』項により取消しえない。 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(ZPO二七四條■項2號) Wohnungseigentumsgesetz 四六條Ⅰ項は、これに反し移送を規定する。その他眞正訴訟事件につき移送の認められるも

の放棄は非訟事件のすべてに認められる。

以下順を追い檢討しよう。

考え方は正しい。ただ申立の利益は眞正非訟事件においても存在するが故に特に眞正訴訟事件に固有の事項ではない。 ることは特に眞正訴訟事件に固有の事項ではない。 の利益は存在しないように思う。ただ眞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 の事件が訴訟事項とされた理由として紛爭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 本來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 (8)申立手續における權利保護必要の證明の問題において Bärmann (b)

いる。 (2)(b) C) 强制參加權、 @営事者適格として眞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、 必要的共同訴訟の規定、 從参加・訴訟告知の規定は、裁判の效力の及ぶ範圍と關係する。從つてそ 眞正訴訟事件の性格からきて

非訟事件の定型分類

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。

五一

ので、 れは特に眞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權が一つであるが否かによる 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ZPO六二條の準用を否定するのは誤りである。

ω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。

轄でない限り、 安當する。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。眞正訴訟事件においてはその殆んどすべてに る。 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。その場合合意の內容に 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、公益的要求の强い專屬管 認められる眞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、 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。 ゆ 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 定する規定を含む。四一條は專屬管轄の規定)が、從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 ついてZPO四〇・四一條 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 優先管轄は、 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、 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。 (四○條Ⅰ項は我が民訴法二五條∥項に相當し、 同條■項は二七條に相當する規定と合意を財産權の紛爭に限 しかし優先管轄か選擇管轄かの問題は、 仲裁契約は認められない。 ただ强度の公益性 如何なる事件が 職 分管 當事者双方 ある。 は轄でんき 訴訟

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滿足しえない。 (4)**⑷職權調査は非訟事件手續一般の原則である。ZPO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** 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。 行政的真正訴 (b) 眞正

それに該當するかは各事件につき具體的に檢討する必要がある

證書の提出義務は 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。 訟法三二一條の適用を認めることは可能であろう。 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。 正訴訟事件に固有なことではない。 書の實質的證明力を、 する。眞正訴訟事件においても同様である。 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。 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 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。ただ特に公益性が强く當事者の手續對 訟事件にお 四五條以下、 固有のものでは 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 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、 な ないが、 V 類型化したものとみるべきで、 (1) 成規の訊問については旣述した。 獨逸法上は問題がある。 文書の提出義務は2POと我が民事訴訟法とでは規定の仕方が異る。 この點 しかし法律の規定があれば同條の趣旨は真正非訟事件に迄擴張しうる 公知の事實の證明不要、 Bärmann に賛成しえない。 必ずしも形式的眞實に滿足するものではないのである。 (C) 學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 證據方法の種類・選擇の自由は職權主義に固有である。 しかし少なくとも我が現行非訟事件法の解釋としては 可能な調 擧證責任の原則は必ずしも<br />
眞正訴訟事件 現行法の解釋として司法事件に民事訴 一査のすべてをなす必要のないこと、 元來文書提出義務 從つて特に眞 Z P

ō

これが真正訴訟事件に固有のものではないことは旣に示した。 も準用されるであろう。 Ŧ. 一九條、 (5)(a) 我が民事訴訟法二二六條) .確認訴訟の規定すなわち確認の利益に關する規定 (ZPOニ五六條) や將來の給付の訴の利益に關する規定 (ZPOニ しかしてこれらの事項は權利保護の必要乃至利益、 は確認的司法的眞正訴訟事件に準用されるのみならず、 的仲裁手續については記述した。 換言すれば申立の利益乃至必要の問題であり、 その趣旨は行政的真正 (○ΖP〇三八~四○條の規 訴 訟 事 件に

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。

法

(二七五)

五.四

ては、 行は眞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、 眞正訴訟事件に固有の事項とはいえない。 であろう。 事件に固有な規定ではない。 上不都合はない。 定は事愚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、 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。 我が非訟事件手續法にも規定を缺く。しかし、 また獨逸においては、 BGHの態度は妥當ではないと思う。 ln送達の瑕疵の治癒に關するZPO一八七條の規定も一般的である。 眞正非訟事件の領域においても、 (1)以(1)側については記述した。 廣義の<br />
真正訴訟<br />
事件において、 他(e)氏は各々非訟事件一般に妥當する。 中斷・停止を認めるのが通説である。從つてそれが特に(6) (1)(のは非訟事件一般について妥當する。 むしろ民事訴訟法の規定を準用すべき 眞正非訟事件においては形成力 (g'ZPO 一七六條の代理人 (1)手續の中斷停止に關し 任意管轄の性質 特に眞正訴訟 (p) 强制

(6)既述の通りである。

(7)

非訟事件一般に妥當する。

のみが問題となり執行は餘地がない。

(9)再審については前述した。

- (8)(3)非訟事件一般に妥當する。 (i)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、 (は)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)については旣述。 (D)(C) dは非訟事件に一般的である。
- (10)移送については旣述

味をもつものと思われ

以上により本説の檢討を終るが、 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

(1) 實質的に把えた場合の旣判力の存在 (既存の權利の存否に關するという點を除いて、 質質的に、 實體面を規整する效力と、

られなければならない點で異る。倒當事者適格、 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え 件の本質から結論しうる事項である。 裁判を拘束する效力と考えるとする)。 ②取消變更性の問題。③旣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 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 (5)强制參加權、 必要的共同訴訟、 從參加、 告知等。 (6) 仲裁。 (7)和解。 (8) 强

(H) Bärmann, a.a.O., S. 412 ff. besonders, S. 417 ff

制執行。

- (a) Bärmann, a.a.O., S. 393 ff.
- 3 る)、原告が負うことを承認する場合、 通常の訴訟手續において、權利保護の必要の擧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 同じことが申立手續については妥當すると考えられる。
- (4) Bärmann, a.a.O., S. 395.
- **ヱPO**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、 Baur, a.a.O., S. 183; Schlegelberger, Kommentar, 12 § Rn. 32-34; Lent, Studienbuch (1 Aufl.), S. 51 f. その範圍は異る。
- 六 結 語

うに、<br />
廣義の<br />
眞正訴訟<br />
事件と<br />
眞正 以上により、 私は、非訟事件を、 (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、 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、 日で指摘した三つ 更に、第二説のよ

の學說中、最後の說をとることが安當であると思う。

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效と取消、 變

非訟事件の定型分類

五五 (二七七)

五六

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檢討を必要とすると考えられる點が barkeit und Rechtskraft im Funktionsbereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ, 1952, Nr. 19. を讀んだ。これらの貴

更」中村宗雄教授の「家事審判の訴訟的性格と行政性格」が、民事訴訟法雜誌第四號に發表せられた。更に脫稿後 Bötticher, Abänder-

でてきてしまつた。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、一應脫稿當時のままで、 私見を發表した

次第である。