

Title	ドイツの新司法補助官法(1969/70 Rechtspflegergesetz)
Sub Title	1969/70 Rechtspflegergesetz
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1971
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.44, No.8 (1971. 8) ,p.90- 96
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19710815-0090">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19710815-0090</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.

## 資料

## ドイツの新司法補助官法 (1969/70 Rechtspflegergesetz)

石川 明

## I 新司法補助官法の制定

一九五七年の司法補助官法<sup>(1)</sup>は一九七〇年七月一日すでに前年に公布された一九六九年一月五日の新司法補助官法 (BGBl. 1969, 120 89) の施行—一九七〇年六月二七日の第一回改正法とともに施行—に伴つて廃止された。この新司法補助官法は、司法補助官の身分の向上を計るものである。これは従来この種の法律には稀にしかみられなかつた現象であるが、厳格な法律学教育、きびしい選抜に合格しなければならぬ新司法補助官に当然に要求される責任強化である<sup>(2)</sup>とされている。

立法理由によると新司法補助官法のねらいは、それ程重要でない行為についての裁判官の負担を軽減することにあるとされている。勿論司法補助官は、いかなる場合にもいわゆる本条の司法作用(法判断<sup>(3)</sup>それ自体)を、換言すれば紛争解決のための裁判を担当することはできない<sup>(3)</sup>。この点についてその政府原案の理由書は以下のように

強調している。「司法補助官は基本法の意味における裁判官ではない。したがつて、これに裁判官の権限を委ねる場合も、司法権は裁判官に帰属すると規定する基本法九二条の範囲をこえることはできない<sup>(4)</sup>」。一九六九年六月一八日のドイツ議会 (Bundestag) 法律委員会報告 (Der Bericht des Rechtsausschuss) も同じことを述べている<sup>(5)</sup>。すなわち、非争訟的司法事件 (die Angelegenheiten der nichtstreitigen Rechtspflege) の負担からの裁判官の解放を論じ、これら多くの事件のうち、困難な法律問題を含むとか、処理上困難な問題を伴う事件のみを裁判官に委ねるべきであることを強調している。

## II 新司法補助官法の問題点

以下、Habscheid の批判を紹介しつつ新司法補助官法の問題点を指摘してみよう。すでに前節において二つの問題を提示した。すなわち第一に、非争訟的司法事件を重要なものと重要でないもの、その取扱が困難なものとならないものとに分類したが、この分類が

適切になされているかどうかの問題がある。第二は司法補助官に狭義の司法作用を委ねることができない前提がつけられたか否かという問題である。順次検討してみよう。

① 司法補助官の職務 司法補助官は真に重要ならざる事件のみを管轄せしめられているか否かはかなり疑問である。新司法補助官法の改正が、その解決に法律学の学識というよりむしろ常識とか具体的妥当性ある判断能力を必要とする多くの行為を裁判官の負担からはすすという目的をもつてなされ、この目的それ自体は問題がなく正しいといえよう。しかし、問題は Haascheid も指摘しているように、重要な意味をもつ行為とそうでない行為とをいかなる基準にしたがつて区別すべきかという点にある。

① まず新司法補助官法によりいかなる職務が司法補助官に課せられるかをみてみよう。司法補助官の包括的職務行為は一九五七年の旧司法補助官法の場合と同じである。新に司法補助官の職務行為として加えられたものは三条一号以下のものである、すなわち夫婦財産制登記事件 (Güterrechtsregisterachen)、証書事件 (Urkundesachen) 失踪事件 (Verschollenheitsachen)、不動産登記事件、強制競売法による手続、ZPO、ZVG による執行以外の配当手続、耕地整理法 (Flurbereinigungsgesetz)、七五条二項、土地供給法 (Landbeschaffungsgesetz)、五四条三項、航空法 (Luftverkehrsgesetz)、二八条二項及び連邦建設法 (Bundesbaugesetz)、一九九条三項による配当手続。

以上の権限に加えて、一九七〇年六月二十七日の改正によつて司法

補助官の権限として FGG 一六三条の場合における宣誓にかわる保証を履行する権限が新に与えられた。開示宣誓が一般に宣誓に代る表示におきかえられたので、司法補助官法二〇条一七号の執行管轄に關していえば、ZPO 八八九条の場合及び ZPO 八〇七、八八三条二項、八九九条以下による宣誓にかわる保証の履行は司法補助官の権限とされた。

以上に述べたような司法補助官の権限の拡大は、その重要性を著しく高めたものといえよう。また司法補助官は不動産登記事件において一定の判断機関の性格を強める一方、強制競売、強制管理の担当機関にもなった。前者によつて、非訟事件の分野における所有権保護の最も重要な領域が司法補助官の管轄事項になつたし、後者によつて執行権の行使が大幅に司法補助官に委ねられることになつた。権限の拡大による司法補助官の地位の向上という傾向は、前記一九七〇年六月二十七日の Novelle によつても引続き促進された。すなわち、同改正法によれば、ZPO の執行手続において ZPO 七六五条の a の判断も司法補助官に委ねられることになつたのである (Rolg. 一条七号)。

非訟事件、破産手続、和議手続において裁判官に留保された行為の範囲 (Rolg. 三三二条二号、一四一―一九条) は教の上では減少した。裁判官への留保が広く制限されることによつて司法補助官の地位は逆に強化向上してきている。例えば後見事件における留保 (Rolg. 三三二条二号の a、一四二条) は後退している。一九五七年の司法補助官法一二条の旧例等とは反対に、特に被後見人の利益を危殆にひんせしめた

ことを理由とする後見人、後見監督人、保護者 (Pfleger)、保佐人 (Beistand) の解任 (BGB 1886, 1895, 1915, 1691 条)、BGB 一六七八条一・一六八〇条の親権の問題の規制等が新法では裁判官への留保事項にされてはいない。BGB 一三八二条・一三八三条 (持参財産より生ずる利益を取得する夫の権利につき規定する) による調整請求権 (Ausgleichsforderung) の猶予、及びその目的財産の引渡も同様である。遺産並びにその分割事件 (Pdlg. 一六条) 及び商事事件、登録事件 (Pdlg. 一七条) についても裁判官の留保は大幅に減少した。逆に破産、和議手続にあつても司法補助官の権限が拡大された。以後裁判官は破産和議の開始決定をなし、暫定的に管財人を選任するだけの権限をもつこととなる。(Pdlg. 一八、一九条参照)。かような諸点では司法補助官への権限移譲の経済的意義は大きい。

民法上の法的紛争事件における司法補助官への権限移譲も広範囲にわたる。執行裁判所の管轄事件が完全に司法補助官へ移譲されたことは既に述べた。

ZPO 七六六条の異議手続 (方法異議) は裁判官に留保されたが、重要なものだけ挙げて、司法救助法手続 (Pdlg. 二〇条五号)、非嫡出子法による規則的扶養義務の確定、未履行扶養義務の猶予 (Pdlg. 二〇条一〇号)、非嫡出子法による扶養の債務名義の新法への置換 (Umstellung) 等がある。

② 事件の管轄裁判官並びに司法補助官への分類は以上のごとくであるが、これをみても明らかのように、司法補助官の行為の事実上並びに法律上の困難さの程度いかに問題になる。そして司法補

助官に必ずしも簡易な事件だけがまわされるのではなく、逆にかなり複雑な且つ困難な事件がまわされていることがわかる。<sup>(6)</sup> Habscheid はその例として不動産登記事件を挙げている。すなわち、司法補助官は以後公の遺言 (das öffentliche Testament) による不動産登記簿訂正の申立についての判断を要求される (ZPO 三五条)。その場合、最も難かしい相続法上の問題についての判断をしなければならぬ。

これに反して遺産関係の司法補助官は法定相続の場合についてだけ (bei gesetzlicher Erbfolge) 相続証を発行することが許される (Pdlg. 一六条六号) というのは不合理である。さらに司法補助官は以後GB O 一八条により異議又は仮登記についての権限をもつことになる。

これらはその性質からみて、仮処分に相当するもので、その法的困難性については既に Habscheid が別の個所で指摘している。<sup>(7)</sup> すなわち、GB O 一八条は「登記の申立に障害の存する場合、登記官は理由を付して申立を却下するか、あるいは申立人に対し右障害の除却のための相当の期間の設定ができる」と規定しているが、ここでは登記官吏の裁量による選択の自由はない。むしろ既に申立人に期待権が帰属する場合には、右相当期間の定めをしなければならない。その場合はGB O 一八条二項により仮登記又は異議が記入されることになる。そこでいかなる場合に期待権が帰属するかの問題は実体法の最も困難な問題である。司法補助官はこの点についての判断をしなければならぬことになる。而もこの純法律的に困難な判断に経済的価値が結びつけられているのである。

Habscheid は以上のとき不動産登記の例のほかBGB 一三八三

条の調整請求権 (Ausgleichsforderung) の例を挙げながら、司法補助官には比較的容易で重要性の少ない事件が割り当てられているという主張は正しくないことが明らかであるとしている。<sup>(8)</sup>

2 紛争解決裁判官としての司法補助官 第二の問題の検討に入ろう。既述の通り、新司法補助官法理由書は、紛争の法的解決が裁判官の職責であるから、司法補助官にはいかなる場合にも訴訟事件の担当をさせてはならないと述べている。この点で新司法補助官法に問題が全くないといえるであろうか。Habscheid は、まず争いのない司法作用の中心領域を「当事者の権利についての既判力ある裁判」と概念規定し、これを前提として以下の議論を展開する。

a. イ、一九五七年の司法補助官法は、すでに ZPO 六八八条以下の督促手続を司法補助官に委ねた (1957 RdFG 一九条一號 // 1969/70 RdFG 二〇条一號)。督促手続が私権実現の手続であることに異論はない。ZPO 六九一条一項は、債権者により提出された事実に基づいて、主張された請求権の一貫性 (Schlüssigkeit) を十分調査しななければならないと規定している。この調査は欠席判定をする場合の Schlüssigkeit の調査にあたるものである。欠席判決はその手続において紛争が支配しないにもかかわらず、それが本来の司法作用であることに変わりがない。欠席判決は一定期間異議の申立なく経過すれば既判力を生じる。同じことは支払命令についてもいえる。既判力ある支払命令は既判力ある欠席判決とその効果において同一である。そこで例えば Wertebuch が支払命令をさして司法補助官の司法行為と呼ぶのは正当である。<sup>(9)</sup>

ロ、すでに一九五七年の司法補助官法は司法補助官に対し、合資会社の有限責任社員 (Kommanditisten) 及び匿名組合員の特別提示請求権 (die außerordentliche Informationsrechte) についての裁判の権限を与えている (HGB 一六六条三項、三三八条三項 FGG 一四五条 (1967 RdFG 15 // 1969 RdFG 一七条参照)。これに反して、通常提示請求権は従来も現在も民事訴訟によらなければならない。おそらく通常提示請求権の主張は司法の概念に含まれるからその申立に対する判断は裁判官の職責とされ、特別提示請求権をめぐる争はこれとは逆に本来の司法作用ではないから司法補助官に委ねられるとするがごとき議論は正しくない。仮りに紛争の存否を司法作用の概念規定の基準とするにしても、前記議論が妥当しないのは当然である。ただし、特別提示請求の場合でも、請求権の存否をめぐって常に紛争があるからである。特別提示請求権と通常提示請求権との同種性は、この点に関する判例によつても強調されている。すなわち、それは通常の年間貸借対照表 (die regelmäßige Jahresbilanz) 提出を理なくして拒むことは、HGB 一六六条三項、三三八条三項のいわゆる重大な事由に該当し、これらの場合権利者に非訟事件裁判所の手続又は通常訴訟手続のいずれを選ぶかの選択権を与えることになるとする見解であり、学説によつても支持されている。<sup>(11)</sup>

そこで結論的には、特別提示請求権の場合、非訟事件に法規上分類されているが、その性質上それは真正争訟事件なのであるといわざるを得ない。<sup>(12)</sup> 通常提示請求、特別提示請求いずれの場合にも BGB 一九四条の請求権の主張がなされているのである。現に一九五七

年の司法補助官法の制定以前から、HGB 一六六条三項、三三八条三項の手續における裁判が非訟事件のいわゆる真正争訟事件であることを *Habscheid* 自身指摘していたし、さらにはこの種の事件を司法補助官の管轄に属せしめることは、司法補助官に間違いなく裁判官の権限を与えることとなると反対していた。そこで *Habscheid* はその立案にあつた連邦法務省を批判していた。前記の反対意見が法務省の立案担当者の目にとまらなかつたとは考えられない。新司法補助官法がこの種の職分管轄の分配を維持するのは、司法補助官に真正司法作用を委ねることを意味することになるのである。理由書はこの点について反対の説明をしているけれども説得力はないように思われる。

b. 一九六九/七〇年の新司法補助官法も旧法の路線を承継している。

イ、BGB 一三八三条の手續に関しては、その性質上契約扶助 (*Vertragshilfe*) が問題である。所得調整債権者 (*Zugewinnungsberechtigter*) は特殊な所得調整請求権を主張している。つまり二当事者対立である。したがつて手續はFGG 五三条 a に準じる (原則的に口頭弁論が聞かれる)。その裁判は形式的確定力、既判力を生じ、ZPO 八九四条により執行力をもつ。BGB 一三八三条 FGG 五三条の a の手續は調整請求権の順につき争の存する場合にも許される。

ロ、所得調整請求権の猶予 (BGB 二二八二条) もまた RfFG 三二条 a により司法補助官の管轄に属する。その手續はFGG 五三条 a によつて規定されている。BGB 一三八二条一項は調整請求権

について紛争がない場合に限り後見裁判所の管轄が認められている。右債権が争われている場合には、事件は裁判官がこれを管轄する (五号)。しかしながら、この点から債権が争われている場合にだけ争訟事件であると帰結することはできない。BGB 一三八二条の立法者はここではむしろ契約扶助法 (*Vertragshilfegesetz*) をモデルにしたのであろう。契約扶助事件はしかしながら狭義の司法作用事件であるとされているが、それは妥当な見解であらう。ただしこの手續にあつては、実体的に特別な適合請求権 (*Anpassungsanspruch*) が問題とされているからである。契約扶助はBGB 二四二条の適用される場合である。猶予請求権についての手續にあつては民事訴訟におけるごとく争訟が支配することがある。それ故にFGG 五三条 a は原則として口頭弁論を規定し和解をすすめるべきことを規定しているのである。

このほか、BGB 一九三四条五項の非嫡出子の予めする相続調整請求権の猶予にFGG 五三条 a が適用され、司法補助官の管轄とされる。さらにBGB 二三三一条 a の遺留分請求権の猶予も司法補助官の管轄に属する (*Rede* 三条二号 C)。遺留分請求権について争ある場合、その解決は民事訴訟によるが、紛争がなければ、BGB 一三八二条二項一四項が準用されることになり、後見事件司法補助官のかわりに遺産事件司法補助官の管轄に属する。手續はFGG 五三条 a によることになる。

更に非嫡出子の法的地位に関する法律 (*Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder*) は扶養請求権について新たな規定を

おいた。それによると非嫡出子の通常の扶養 (Regelunterhalt) は ZPO 六四二条 a—d により司法補助官により確定される。更に、以後は遅滞せる扶養義務の猶予の申立、猶予の取消又は変更の申立に ついての判断も ZPO 六四三条 a 一項二段、六四二条等により、司法補助官 (1969/70 Rptlg. II—〇条一〇号) の職務とされた。Habscheid によれば、なるほど扶養請求権の表による確定は扶養請求権の額による具体化ではあるけれども司法作用とはいえないかもしれない<sup>(18)</sup>が、猶予の裁判にあつては実質的に契約援助 (Vertragshilfe) が問題なのであるから、したがつて司法作用が問題になつてはならずである。そこでより単純な猶予手続だけでは実際上の理由から、それが司法作用ではないという理由からではなく、司法補助官にこれを委ねることとしたのであるといわざるを得ない。また争訟手続と非訟手続という区別が司法補助官の権限分掌の基準になるわけでもないことを以上の例は示している。むしろそこで問題なのは—争訟事件を民訴から非訟事件へ移す場合に問題になるように—実務上の考慮 (Praktikabilitäts Erwägungen) であらう。

### III

かくして彼は以下の三つの結論を出している。

1、司法補助官は法律上は日常茶飯の広範囲な行為を新に分担せしめられたのであるが、これら諸事件は裁判官の担当する事件と比較して必ずしも重要性の少ないものとはいえない。身分法事件についても財産法事件についても同じことがいえる。

2、多くの真正争訟事件が司法補助官の権限とされた。司法補助官はこれらの事件において私権につきまさに司法的判断を下すことになる。GG 九二条以下の司法権は裁判官に委ねられているものであるから、つじつまを合わせる可能性としては、司法補助官を裁判官とみるかあるいは利害関係人が GG 一〇一条一項二段の規定により憲法抗告ができる憲法違反ありとみるかである。司法補助官が裁判官たりうるか否かの問題については Habscheid は肯定的に解している<sup>(21)</sup>、より一層の検討が望まれる。

3、司法補助官は司法補助官専門学校 (Rechtspflegerschule) における厳しい教育を、それに伴い責任強化への長い困難な道を要求される<sup>(22)</sup>。それが実現される限りにおいて司法補助官の地位の向上を拒むべき理由はないであらう。

Habscheid の主張する以上三点の指摘のうち第一点には賛成し得る。第二点については、司法補助官は裁判官ではないのであるから、その判断を裁判所において争う余地を残しておけば、司法補助官に争訟事件の解決・判断を委ねることは GG 一〇一条一項二段違反になるものとは考えられない。訴訟手続に訴える余地を認めない、換言すれば司法補助官が狭義の訴訟事件について終審として判断してはじめて GG 一〇一条一項二段の規定に反することになる。第三の指摘は正当であらう。司法補助官の権限を拡大する前提としては、当然司法補助官のより一層の質的向上が計られなければならないであらう。

IV

一九五七年旧司法補助官法から一九六九〇年の新司法補助官の制定へとたどつた裁判官の負担軽減の道は、我国に司法補助官制度を導入しないまでも、書記官とか執行官の権限拡大による裁判官の負担軽減の道を示唆する。そして新司法補助官法の欠点は、その際に十分考慮されなければならぬであらう。また司法補助官制度を我国に導入しようとするれば、何よりも大切なのは、司法補助官の質的向上であり、不服申立制度を通して裁判所のコンテロールを認めることであらう。

- (1) 岩波現代法講座六卷「現代の法律家」司法補助官・竹下守夫二七三頁以下。
- (2) 法律理由(1)174 Begründung des Regierungsentwurf zum Rechtspflegergesetz 1969/70, Drucksache Nr. 13, 参照
- (3) 前記法律理由(1)174 Zimmermann, NJW 70, 1357, Habscheid, NJW 1775.
- (4) a. a. O., Nr. 3.
- (5) RpfBl., 69, 62.
- (6) Habscheid, a. a. O., S. 1776.
- (7) NJW 67, 225f.
- (8) Habscheid, a. a. O., S. 1777.
- (9) RpfBl., 65, 58.
- (10) OLG Hamm, Rpfleger 70, 255; KG OLG 40, 177; OLG Köln, OLGZ 67, 362.
- (11) Schlesinger-Gessler, HGB 4 Aufl., § 166 Rdnr. 14; Weipert

- in RGRK HGB, 2 Aufl., § 166 Anm 9; Düringer-Hackenburg, § 166 Anm 7, Staub, 12 Aufl., § 166 Anm 7 参照
- (12) Habscheid, a. a. O., S. 1777.
- (13) Vgl. Habscheid, Zum Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 54, 689f.
- (14) Rpfleger 57, 169; Lent-Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 4 Aufl. (1962), § 9, I, 2; Rpfleger 67, 318; 68, 237f.
- (15) Keidel, 9 Aufl., §§ 3a Rdnr. 16f., Lent-Habscheid, §§ 7, 28N.
- (16) Bärnann, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1968) § 50 II; Lent-Habscheid, § 48 II.
- (17) 参照
- (18) Vgl. RpfBl. 70, 7.
- (19) Habscheid, a. a. O., S. 1779.
- (20) Vgl. BVerfGE 22, 49=NJW 67, 1219.
- (21) Rpfleger 58, 237f.; RpfBl. 70, 5f.
- (22) Lappe u. Spitzer, Der Künftige Bildungsweg des Rechtspflegers.