

〈研究ノート〉

ドイツ民事訴訟法における不服申立教示義務

片 野 三 郎

目 次

- 1 はじめに
- 2 不服申立教示制度の内容
- 3 不服申立教示制度の目的
- 4 不服申立教示義務の適用範囲
 - 4-1 弁護士訴訟
 - 4-2 裁判
 - 4-3 飛越上告
- 5 不服申立教示の内容
 - 5-1 不服申立ての種類
 - 5-2 不服申立ての裁判所およびその住所
 - 5-3 不服申立ての形式・期間・弁護士強制主義・不服（または不服対象額）・
上訴許可
- 6 不服申立教示の形式
- 7 不服申立教示の名宛人
- 8 強制執行手続における不服申立教示義務
- 9 不服申立教示義務違反の効果
 - 9-1 原状回復
 - 9-2 教示の瑕疵と懈怠との因果関係
 - 9-3 教示の瑕疵の治癒
- 10 結 語

1 はじめに

2014年1月1日から不服申立教示義務⁽¹⁾が、「民事訴訟における不服申立教示の導入およびその他の規定の変更にに関する法律」⁽²⁾により、ドイツ民事訴訟法（以下、ZPOと略す。）に導入された。

この不服申立教示義務については、すでに1748年のプロイセン王国の民事訴訟法第6条に規定がみられる⁽³⁾。1877年のZPOにおいては、フランス民事訴訟法の影響を受け、当事者主義が強調されたため、上訴に関する裁判所の教示義務は必要がないものとされた⁽⁴⁾。

戦後も教示義務に関する議論は続いたが⁽⁵⁾、2014年に至って、ようやく

(1) 従来は、上訴教示 (Rechtsmittelbelehrung) という用語が用いられていたが、現行のZPOは、不服申立教示 (Rechtsbehelfsbelehrung) という用語を用いている。技術的な意義においては、両者は当然異なっている。Rechtsmittelという用語は、確定遮断効と移審効を有する上訴（控訴、上告および抗告）を指す。Rechtsbehelfという用語は、広く不服申立てを指す。しかし、Rechtsmittelbelehrungという用語は、19世紀からZPOにおいて使用されている。したがって、文献においては、不服申立教示の意味でRechtsmittelbelehrungを使用しているものも存在する (Vgl. Carl, Die Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung im Zivilprozeß, 2002, S.209, Fn.692.)。ZPO 232条は、不服申立教示義務 (Rechtsbehelfspflicht) という用語を使用しているので、上訴のみでなく、その他の不服申立てについても教示義務が認められることが明らかとなっている。

(2) BGBl I 2012, 2418.

(3) Carl, a.a.O.S.38.

(4) Carl, a.a.O.S.104.1877年ZPOの立法者が、自己の法的行為 (Rechtshandel) の配慮は権利を求める者の手にあることと考えたこと、教示を認めることは十分理解されていた処分権主義を危うくすると考えられたことについて、Suß, Die Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess, Jura2013, S.1206(1208)を参照。

(5) 1961年に公表された民事訴訟改正準備報告において議論され（ただし否定）、1962年には、ミュラーが上訴教示義務について全般的に検討し (Müller, Rechtsmittelbelehrung ein Fortschritt? NJW1962, S.1889.)、さらに、1977年の簡素化法においても議論された（否定）。1988年のSPDの民事訴訟法改正草案において上訴教示義務が含まれていたが、この草案は実現しなかった。1991年のドイツ法曹大会において、ゴットバルトが上訴教示義務の導入を提言したところ (Gottwald, Gutachten A zum 61. Deutschen Juristentag, A31.) 賛成意見が多かったが、この提言は実現しなかった。

1995年6月20日、連邦憲法裁判所は、民事訴訟法における教示義務を否定した (BVerfG, Beschl.v.20.6.1995, BVerfGE93, 99.) が、学説から強い反対意見が出された。その後、1996年に、新連邦州およびベルリンの第13回司法大臣会議、および全連邦州の第67回司法大臣会議で上訴教示義務の導入が議論された。(以上の記述は、Carl, a.a.O.S.102ff.による。)

2008年、家事事件・非訟事件手続に関する法律 (FamFG) 39条によって、

く民事訴訟法においても⁽⁶⁾、不服申立教示制度が採用された。

ドイツ民事訴訟においては、地方裁判所以上の裁判所では弁護士強制主義が採用されているため、不服申立教示義務は制限的な範囲、すなわち弁護士強制主義が妥当しない手続の範囲で導入されたが、一般的に当事者訴訟を認めている我が国においては、法律知識が十分でない市民の利益を、より一層保障する必要があるように思われる⁽⁷⁾。我が国においても、不服申立教示制度を導入すべきか否かを検討する前提として、ドイツの不服申立教示制度の研究を行いたいと思う。

2 不服申立教示制度の内容

不服申立教示義務を規定したZPO232条と教示義務違反の効果を規定し

教示義務が規定された。

連邦通常裁判所2009年3月26日決定(BGHZ180, S.199ff.)は、強制競売手続における教示義務を基本法(GG)2条1項にもとづいて認めた。この決定は、2014年の不服申立教示義務の規定の立法根拠とされている(Klose, Die, neue" Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess, NJ2014, S.53, Fn.7)。

2010年、第81回司法大臣会議は、民事訴訟における不服申立教示を弁護士強制のない手続についてのみ導入することを最終的に決定した。このような弁護士強制が適用されない手続に教示を限定することに対しては、弁護士会からは、弁護士の責任が強化されることを理由とする反対があり、裁判官同盟からは、ArbGG 9条を見本とすべきとの意見もあったが、立法草案は、弁護士強制の有無によって不服申立教示義務を決定すること、また、訴訟行為の懈怠の部分に不服申立教示を規定することを決定した(Vgl. Koch/Wallimann, Die neue Rechtsbehelfsbelehrungspflicht nach § 232 ZPO: Hintergründe, Probleme und Anpassungsbedarf, JR2014, S.271, (272).)。

(6) 例えば、ドイツ労働裁判所法9条5項、ドイツ行政裁判所法58条など多くの手続法において教示義務の規定がみられる。

(7) 宗宮英俊・佐藤裕義編『抗告・異議申立ての実務と書式』(新日本法規, 平成21年), はしがき, 参照。その記述によると, 決定, 命令, 処分等に不服がある場合, ①その方法は多岐にわたること, ②申立期間も一律でないこと, ③予め宣告期日が指定されることはないから, 決定, 命令等が出される日時を想定して準備しなければならないこと, ④ほとんどの場合に時的制限が設けられていることから, 機に応じて迅速に的確な方法を選択し, 適切な書面を作成して提出する必要がある。それにもかかわらず, 不服申立ての方式, 不服申立書面の具体的記載方法, 手数料の有無・数額など参考となる資料や文献も少ないことから, 初めて訴訟に関係する人のみならず, 実務家の中にも戸惑いを感じる人も少なくないのが実情であろうとされている。

た233条は、以下のように定める⁽⁸⁾。

ZPO232条（不服申立ての教示）

（ドイツ文の第1文）取り消すことのできる裁判所の各裁判には，許容される上訴，故障または異議，並びに不服申立てを提起すべき裁判所，その裁判所の所在地，並びに不服申立てをすべき形式および期間に関する教示が含まれる。（ドイツ文の第2文）この教示は，当事者が弁護士によって代理されなければならない手続には，適用されない。ただし，教示が故障または異議に関するものであるとき，または証人または鑑定人に対するものであるときは，この限りではない。（ドイツ文の第3文）飛越上告の可能性に関しては，教示される必要はない。

ZPO233条（原状回復）

（第1文，省略）（ドイツ文第2文）不服申立てがなされないとき，または誤って行われたときは，過失のないことが推定される。

ZPO232条第1文は，教示義務の適用範囲，その内容，形式を定めており，第2文と第3文は，教示義務の限定を定めている⁽⁹⁾。ZPO233条第2文は，

(8) ZPO 232条は，ZPO 第1篇「総則」第3章「手続」第4節「懈怠の効果，原状回復」の場所に規定されている。これに対しては，ドイツ裁判官同盟は，「体系上説得力がない」と批判し，むしろZPO313条乃至329条との関係を主張した（その背景には，FamFG39条のように教示義務を判決と決定に限定すべきとの提案があった。（Vgl. Schilken, Rechtsbehelfsberechtigung, FS für Rolf Stürmer zum 70. Geburtstag, 2013, S.493(502.))。

また，ハルトマンも，不服申立教示義務の目的が懈怠の効果を回避することにあるから，この場所に規定されているが，職権探知の代わりに当事者支配を持った手続と対応しないとし，ZPO139条の裁判所の包括的配慮の結果であるから，体系上問題なしとしないと批判する（Hartmann, Die neue Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess, MDR2013, S.61.）。

法律草案によれば，FamFG39条との違いは，ZPO567条により裁判所の処分も期間の定めのある抗告によって取消しが可能であることにより正当化できること，およびFamFG58条以下の上訴によって取り消され得る裁判は決定のみであること（FamFG38条1項第1文）から，教示義務はZPOの総則で規定することが体系上正しく，具体的規定場所も理想とはいえないとしても適格的とはいえるとする（Vgl. Schilken, a.a.O.）。

(9) Fölsch, Formulierungshilfen zur Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess, NJW2013, 970, (970)。

教示義務違反の効果として、原状回復の申立てにおける要件である無過失の推定を定めている。

3 不服申立教示制度の目的

(1) 民事訴訟における不服申立教示の導入に関する法律草案理由⁽¹⁰⁾は、その総則の「法律草案の契機と目的設定」という項目において、以下のよう

に目的を説明している。

「全民事訴訟（判決手続と執行手続）において不服申立教示を導入することは、市民に対して裁判上の審級制度の方向づけを容易にし、不適法な上訴を回避することに役立つ。なぜなら、教示は、今後、形式、期間および管轄のある裁判所を含まなければならないからである。非訟事件および家庭裁判所手続については、家事事件および非訟事件の手続に関する法律（FamFG）の39条によって、2009年9月1日以降、すでに不服申立教示義務の規定が存在する。⁽¹¹⁾」

草案理由によれば、不服申立教示制度の目的は、①市民に不服申立てについての情報を提供することによって、市民の権利保護の実効性を保障することと、②不適法な不服申立てを回避することにある。

同草案理由は、続いて、教示義務導入の契機について、教示義務を否定した1995年6月20日の連邦憲法裁判所決定にふれて以下のように述べる。

「連邦憲法裁判所は、1995年に、民事法上の訴えに対する判決についての上訴教示の付与は当時の時点では憲法上必要ではないと、判示した（BVerfG, Beschluss vom 20. juni 1995, BVerfGE 93, S.99ff.）。その理由として、権利保護の保障は、権利救済方法について容認できないほどの困難が上訴教示によって除かれる場合にのみ、上訴教示を要求する

(10) Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Rechtsbehelsbelehnung im Zivilprozess, BT-Drs. 17/10490, S.11.

(11) BT-Drs. 17/10490, S.11.

からであるとした。連邦憲法裁判所は、上訴教示義務を、特に弁護士強制が存在しない手続において想定した。しかし、民事法上の訴えの手続においては、上訴システムを概観できるし、控訴および上告の上訴は例外なく弁護士強制に服しているとした。

しかしながら、連邦憲法裁判所は、既に当時、その時点で他の手続法と異なり上訴教示義務を定めていないことを正当化した理由は、他の領域で上訴教示義務が規定されるに至った場合には、その重要性を失うと、指摘していた。現在、連邦通常裁判所は、2009年3月26日の裁判において(BGHZ 180, S. 199ff.), 民事訴訟法(ZPO)869条, 793条による強制競売における期間の定めのある上訴について上訴教示義務の必要性を直接憲法、特に基本法20条3項と結合した2条1項から生じる実効的権利保護請求権にもとづいて、引き出した。

2010年6月23日および24日にハンブルクにおいて開催された第81回司法大臣会議において、各州全員一致で、強制執行を含む民事訴訟に、(少なくとも弁護士代理が規定されていない手続および裁判が一定期間内においてのみ取り消すことができる手続に)不服申立教示を導入することを決定した。⁽¹²⁾

(2) ハルトマンは、ZPO232条によって、訴訟関係人に不服申立てによる裁判の取消しの可能性を知らせることになるが、これは法治国家原則(更なる審級を保障する必要はない。)に対応するものではないこと、また、裁判所は少なくともZPO311条1項により「国民の名において」裁判を下すのであり、この裁判が不当なものであり、したがって取消可能性があることを必要的に指摘しなければならないということは、当然とはいえないと、批判する⁽¹³⁾。

上訴ないし不服申立てを認めるか否かに関する規律は、立法政策によっ

(12)BT-Drs.17/10490,S.11.

(13)Hartmann,a.a.O.MDR2013,S.61.

て決定されるときも、訴訟関係人がその方法をとるに際してより容易に決定ができ、また実際にとることが可能であることとは、別の考慮にもとづくと考えられる。確かに、上訴等を保障する必要はないので、その方法や期間制限を教示する必要もないとすることは、論理的に矛盾するわけではない。同じように、審級の保障と、いったん上訴ないし不服申立てを保障し、かつ、さらにその利用を容易にすることも、理論上十分可能な選択肢であるといえよう。教示義務を認めた方がより法治国家原則にも適応しているとも考えられる。

また、ハルトマンは、教示義務が当事者主義の手續と適合的ではなく、包括的な裁判所の配慮（ZPO139条）に対する賛意の結果であり、民事訴訟に導入することは問題なしとしないと、評価している⁽¹⁴⁾。

この点も、民事訴訟における当事者主義の貫徹に対する評価の違いが、教示義務導入の可否に影響することを示しているに過ぎない。当事者主義の採用が、教示義務導入を否定する方向に向かいやすいとはいえるが、社会状況の変化によって裁判官の権限の拡張の要請が強まっている（すなわち福祉国家的要請が強まっている）とも考えられ、導入可否の結論は変わりうるといえよう⁽¹⁵⁾。

4 不服申立教示義務の適用範囲

4-1 弁護士訴訟

(1) 弁護士強制主義と教示義務

(i) 弁護士強制主義が適用される手續における教示義務の否定

ZPO232条第1項第1文によれば、ZPO78条により弁護士によって代理される手續⁽¹⁶⁾においては、教示義務は存在しない。その理由を、草案理由

(14) Hartmann, a.a.O. MDR2013, S. 61.

(15) 当事者主義と上訴教示義務との関係については、Carl, a.a.O. S. 104; Kunz, Rechtsmittelbelehrung durch die Zivilgerichte, 2000, S. 177ff. を参照されたい。

は次のように説明している。

「弁護士による代理が規定されていない手続に教示義務を限定することによって、情報提供義務を付加することによる裁判所の労力の増加が抑えられる。さらに、弁護士は、弁護士によって代理されている当事者が取消可能性について個々の場合に作成される教示を与えられるのと同様な方法で、当事者に取消可能性について情報を与えられる状態にあるので、したがって弁護士による代理が義務的である手続においては、裁判所による教示は不要となるからである。⁽¹⁷⁾」

当事者訴訟において当事者が弁護士によって代理されている場合⁽¹⁸⁾であっても、教示義務は生じる⁽¹⁹⁾。もっとも、教示義務が認められる場合においても、裁判所の誤った行為（誤った教示）を認識し、反対することは、弁護士の一般的義務であることに変わりはない⁽²⁰⁾。

草案理由によれば、当事者が弁護士によって代理されている場合、弁護士からの情報によって、当事者は取消可能性についての情報を得ることができるし、教示義務による裁判所の負担も軽減されることから、弁護士強制主義が適用される手続においては、教示義務は生じないとされている。

クンツは、弁護士強制の目的が当事者の訴訟追行を正しい軌道に導くことにあり、上訴に関する情報を調査し、それを当事者に教えることは、弁護士の中心的使命であることから、弁護士強制主義が妥当する手続においては、教示義務は不要となるとする。さらに、弁護士の解説・警告・助言

(16) 弁護士強制主義が適用されない手続は、特に区裁判所の手続およびすべての民事裁判所における第1審又は上級審の本案手続のための訴訟費用救助の申立てについての手続である (Vgl. Hölsch, a.a.O.NJW2013, S.971; Koch/Wallmann, a.a.O.JR2014, S.272f.). なお、原審について教示義務がある場合であっても、当該審級について弁護士強制主義が適用される手続は、教示義務は存在しない (Vgl. Hartmann, a.a.O.MDR2013, S.63.).

(17) BT-Drs. 17/10490, S.11.

(18) Süß, a.a.O., Jura 2013, S.1210は、区裁判所においても当事者が弁護士によって代理され得ることは当然であり、この場合、教示義務が消滅しないとする。

(19) Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, 36.Aufl.2015, § 232 Rn.5; Klose, a.a.O.S.54f.

(20) Huber, Grundwissen—Zivilprozessrecht: Rechtsbehelfsbelehrung (§ 232 ZPO), JuS2014, S.972(974).

義務は、当事者が弁護士を委任しなけりばならなかつたか、あるいは、自由意思で委任したかにかかわらず、同様であるので、弁護士強制主義が妥当しない手続においても、両当事者が弁護士に代理されている場合、当事者は、法律を知らないため上訴を懈怠することから守られていることとなり、教示義務は不要となると主張する⁽²¹⁾。

両当事者に弁護士が付いている場合、弁護士によって代理されていることは、弁護士強制主義の適用の有無にかかわらず事実上同様であり、教示の目的である当事者保護は十分顧慮されるので、当事者訴訟においても弁護士が付いているかぎり、教示義務を否定することも、1つの考え方であろう。

他方、当事者訴訟において弁護士が委任されている場合（特に両当事者に弁護士が付いている場合）に教示義務を認めることは、一貫性を欠くように思われるが、少なくとも弁護士強制代理の訴訟において裁判所は一定の労力を軽減できること、また、原状回復との関係でZPO85条2項（代理人の責めに帰すべき事由は、当事者のそれと同様とする。）によって弁護士責任が生じ得ることから、弁護士強制代理訴訟のみに教示義務を認めることも、1つの選択肢といえよう⁽²²⁾。

さらに、ZPO232条は、「当事者が弁護士によって代理されなければならない手続には、適用されない。」と規定しているのであるから、当事者訴訟において任意で弁護士に委任する場合であっても、教示義務は生じると

(21) Kunz, a.a.O.S.206. もっとも、一方の当事者のみが弁護士によって代理されている場合に、一方の弁護士が付いていない当事者のみに教示することは、上訴状況を当事者に対して透明化するという上訴教示の目的に反するとする。その理由として、①弁護士の専門知識を利用できる当事者は、弁護士費用を節約した当事者よりも形式的に不利な扱いを受けること、②一部勝訴の場合、誤解された結果に導くこと（弁護士が付いていない当事者は、自分が上訴を利用しないとき裁判は確定すると、誤って考えてしまうことがありうる。他方、弁護士が付いている当事者は、相手方の上訴可能性のみが記載された裁判を受けとって、誤解したり、弁護士に問い合わせたりすることになること）を指摘している（a.a. O.）。

(22) Schilken, a.a.O.S. 503.

解さなければならない⁽²³⁾。

また、弁護士が全く付いていないか、弁護士が両当事者に付いているか、あるいは一方の当事者のみに付いているかによって、教示義務の有無を判断することは、クンツが指摘するように、弁護士を容易周到に委任した当事者にとって、弁護士を委任しない当事者よりも不利な立場に立たされることになる。このような不利な扱いは、両当事者が弁護士を委任している場合であっても、同様であろう。平等原則は、当該手続の当事者間の地位・扱いのみでなく、他の手続における当事者との地位・扱いをも比較すべきであるからである。

しかしながら、弁護士が付いている当事者に対して教示義務を認めるべきか否かは、当事者間の平等という原理と、裁判所の負担軽減という原理とのいずれを優先するかという観点から、なお、検討を要する問題といえよう。

(ii) カールの見解

カールは、弁護士によって代理される手続においても教示義務を認めるべきであると主張する。その理由として、①第1審と控訴審との隙間において、当事者が弁護士の助言を得ることはしばしば困難であること（第1審弁護士は裁判の言渡しにより委任が終了し、控訴審弁護士は、上訴提起のため委任を受けた時から委任義務が生じるために隙間が生じうる。）⁽²⁴⁾、②弁護士の助言を得るためには高額のコストが必要となり、当事者の障害となること⁽²⁵⁾、③ZPO139条（実体的訴訟指揮）が弁護士訴訟においても適用されること⁽²⁶⁾を挙げている。

弁護士訴訟においても、裁判所によって教示がなされた方が当事者に

(23)Hartmann, a.a.O.MDR2013, S.63; Klose, a.a.O.S.54f. なお、弁護士が代理している場合は、簡単な教示（すなわち、条文のみを指摘する教示）で良いとすることも、妥当でない。ZPO232条は、当事者の具体的な法的知識（弁護士からの情報等による法的知識）を基準としていないからである（Vgl.Klose,a.a.O.S.55.）。

(24)Carl, a.a.O.S.187ff.

(25)Carl, a.a.O.S.188.

(26)Carl, a.a.O.S.211ff.

にとって便利であることは否定できないであろう。したがって、カールが挙げた根拠から、弁護士訴訟における教示義務を引き出すことは1つの考え方であるが、不服申立てに関する情報を裁判所が提供すべきか否か（裁判所の負担回避）という考慮から、教示義務を否定することも、1つの考え方といえよう。さらに、弁護士も法律専門家として、不服申立てに関する情報を自ら獲得する責任が課せられるべきであるとも考えられる。弁護士訴訟においては草案理由が指摘するように、弁護士も裁判所と同様不服申立てに関する情報を得ることは可能だからである。教示義務の否定を、当事者主義から理由づけるのではなく、むしろ専門職としての弁護士の責任から根拠づけるとも考えられる⁽²⁷⁾。

なお、弁護士訴訟においても教示義務を認める家事事件・非訟事件手続法(FamFG G) 39条との関係も検討する必要もある。弁護士強制主義と不服申立教示義務の範囲については、将来の検討課題としたい。

(2) 例外的に、弁護士訴訟においても欠席判決や仮の権利保護の手続では教示義務が認められている。草案理由によれば、以下の理由による。

「弁護士代理が義務的である手続においても、手続の状況により弁護士の助言や教示が保障されていない場合には、例外的に、教示がなされなければならない。欠席判決と仮の権利保護における決定は、通常弁護士によって代理されていない当事者に対して発せられる。それゆえ、故障や異議についての可能性について教示が必要となる。証人や鑑定人について法律効果が生じる裁判についても、同様の理由から、教示義務が生じる⁽²⁸⁾。」

証人や鑑定人が職務上法的知識を有しており、教示が必要でないとか、または、教示を求めたか、あるいは不要であるとの意思を表示したかは、

(27) 上訴を望む当事者は、第1審裁判所（受訴裁判所）に問い合わせることも考えられる（Vgl. Rensen, Rechtsbehelfsbelehrungen und Wiedereinsetzung im Zivilprozess, MDR2011, S.201,(202).）。

(28) BT-Drs. 17/10490, S.11.

重要ではない⁽²⁹⁾。また、当事者の代理人である弁護士が、証人や鑑定人に対して、不服申立ての教示を行うと申し出たとしても、教示義務を否定することにはならない⁽³⁰⁾。

(3) さらに、訴訟費用法において、弁護士代理が義務的であるか否かを問わず、法律草案の8条から14条によって不服申立教示義務が導入されている⁽³¹⁾。その理由として、訴訟費用の裁判においては、弁護士と依頼者との間で利益が相反しうるものが、指摘されている⁽³²⁾。

4-2 裁判

(1) ZPO232条によれば、各裁判(jede Entscheidung)について教示義務が規定されているので、特定の裁判、すなわち判決や決定のみでなく、全ての不服可能な裁判所の裁判について教示義務が認められる⁽³³⁾。ZPO567条によれば、裁判官の処分(Verfügung)も期間の定めのある即時抗告が可能である⁽³⁴⁾。

教示義務は、終局判決のみでなく、独立して取消しが可能な中間的裁判や付随的裁判についても認められる⁽³⁵⁾。例えば、ZPO303条、280条(適法性の争いについての中間判決)、同303条、304条(原因についての中間判決)、同387条(証言拒絶権についての中間判決)、同46条2項(忌避申立てについての裁判)、または同252条(手続の中止についての裁判)について、教示義務が認められる⁽³⁶⁾。

(2) 裁判所による裁判が必要である。裁判官、司法補助官、裁判所書記

(29)Hartmann, a.a.O.MDR 2013, S.63.

(30)Hartmann, a.a.O.MDR 2013, S.63.

(31)Hölsch, a.a.O.NJW 2013, S.971.

(32)BT-Drs. 17/10490, S.11.

(33)BT-Drs. 17/10490, S.11; Hk-ZPO/Saenger, 6.Aufl.2015, § 232 Rn.2.

(34)Fölsch, a.a.O.NJW2013, S.971.この点で、一定種類の裁判に限定している、FamFG39条の場合を超えている(Hk-ZPO/Saenger, a.a.O. § 232 Rn.2.)。

(35)Klose, a.a.O.S.53.

(36)BT-Drs. 17/10490, S.13.

官、執行官による（不服申立てが許される）裁判が含まれる⁽³⁷⁾。行政庁の行為は裁判に含まれない。司法行政や検察庁の行為、弁護士会の行為（ただし、StPO403条以下の付随手続は除かれる。）、および土地登記法による土地登記官の行為は、裁判所の裁判に含まれない⁽³⁸⁾。

(3) ZPO139条（実体的訴訟指揮）の決定や処分は、教示義務を生じない⁽³⁹⁾。家事事件および非訟事件手続法の裁判は、FamFG39条によって規律され⁽⁴⁰⁾、費用法にもとづく裁判は、GKG5b条、FamGKG8a条、RVG12c条、およびJVEG4c条によって規律される⁽⁴¹⁾。

(4) 教示義務有無の基準

(i) 教示義務が有るか否かを決定するために、どのような基準を設定するかについては、上訴ないし不服申立ての種類を基準とする立場と、それらの基礎となる裁判の種類を基準とする立場が存在する。

ZPOの不服申立ての種類として、以下のものがある。

まず、上訴として、①控訴（ZPO511条以下）、②上告（ZPO545条以下）、③抗告（ZPO567条以下）が存在する。

その他の不服申立てとして、以下のものがある。

- ④再審（ZPO578条以下）、
- ⑤故障（欠席判決に対する故障（ZPO338条以下）、執行命令に対する故障（ZPO700条）、
- ⑥異議（Erinnerung）（ZPO766条＝強制執行の方法に対する異議など）、
- ⑦異議（Widerspruch）（ZPO694条＝支払命令に対する異議、ZPO924条＝仮差押命令に対する異議、ZPO936条仮処分命令に対する異議など）、
- ⑧原状回復の申立て（ZPO233条）。

(37) Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, a.a.O. § 232, Rn.2; Hartmann, a.a.O.MDR2013, S.62.
なお、ハルトマンは、警察官も含める。

(38) Hartmann, a.a.O.MDR2013, S.62.

(39) Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, a.a.O. § 232 Rn.2.

(40) Hk-ZPO/Saenger, a.a.O. § 232 Rn.2.

(41) Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, a.a.O. § 232 Rn.2.

(ii) 民事訴訟法以外の手続法における基準

労働裁判所法 (ArbGG) 9条5項は、「期限付きの上訴によって取り消すことのできるすべての裁判には、上訴に関する教示が含まれる」と規定し、確定遮断効と移審効を有する上訴のみについて教示が認められている。刑事訴訟法 (StPO) 35a条も期限付きの上訴のみにかぎって教示を認めている。労働裁判所法や刑事訴訟法においては、控訴、上告および抗告のみが教示の対象となる。したがって、可能な上訴の種類によって、教示義務の有無が決定されることになる。

行政裁判所法 (VwGO) 75条は、「上訴またはその他の不服申立ての期間は、関係人が、不服申立て、不服申立てを提起すべき官庁または裁判所、それらの住所および不服申立てをすべき期間を書面によって教示された時から進行する」と規定し、上訴と広い意味における不服申立ても教示の対象に含めている。したがって、上訴とその他の不服申立てを区別する必要はない。

上記の手続法においては、まず教示の対象となる上訴ないし不服申立てが決定され、続いてその不服申立て等によって取り消されうる裁判はなにかが検討されることになる。

(iii) カールの見解

民事訴訟法についても、教示義務を上訴に限定する見解も多くみられた⁽⁴²⁾。これに対して、カールは、教示の対象を上訴に限定することは実務上の扱いを容易にすることができるが、民事訴訟法上は裁判や上訴の種類が多く概観が困難であることから、教示義務の背景にある保護観念を十分顧慮できず、適切な方法ではないと、反対する。

教示義務の対象を選別する基準として、裁判による侵害の程度と不服申立てに関する情報の必要性の程度を基準とするべきであるとする⁽⁴³⁾。そ

(42) Vgl. Carl, a.a.O.S.199.

(43) Carl, a.a.O.S.199f.

して、敗訴した当事者はあらゆる裁判によって不利益を直接蒙るから、全ての裁判に対して教示義務を認めるべきであるとする見解は、適切でないとする。そのような見解は実際的でない教示義務を氾濫させ、実務の要請に反するだけでなく、保護配慮義務による完全な保護は全ての裁判において必要とするわけではないということを、考慮していないという。当事者自治の原則が支配的である民事訴訟においては、あらゆる損害から当事者を保護することは裁判所の課題とはいえないし、一定の自己責任は訴訟の領域であっても当事者に残っているからであるとする⁽⁴⁴⁾。すなわち、全ての裁判について教示義務を認めることは、裁判所に多くの教示義務の作業によって強く負担をかけることになり（裁判による当事者の負担が少なく保護の程度が少ない場合にまで教示を行うことになる。）、訴訟を迅速に完結するという裁判所本来の業務が遅延する結果となる。したがって、実効的権利保護の観点からは、淀みのないスムーズな業務を行うことについての裁判所の必要性と、教示による当事者の保護を比較検討する必要がある、当事者が教示による保護を受ける価値がある領域においてのみ、教示義務が正当化されるとする⁽⁴⁵⁾。

具体的には、判決手続における全ての終局判決に教示義務が認められるとし⁽⁴⁶⁾、決定については、訴訟物に関しない訴訟上ないし訴訟指揮的決定においては、教示義務は存在しないとする⁽⁴⁷⁾。これらの決定においては、教示義務が存在しなくても当事者の権利保護の侵害の危険は存在しないという。そして、このような結果は、ZPOにおける決定の位置づけからも明らかであるとする。すなわち、決定は通常口頭弁論を経ないで発せられること⁽⁴⁸⁾、および多くの決定について取消しを求めえないことが規定され

(44) Carl, a.a.O.S.200.

(45) Carl, a.a.O.S.200ff.

(46) Carl, a.a.O.S.200ff.

(47) Carl, a.a.O.S.204.

(48) 例えば、ZPO 227条4項第1文(期日の取消し・延期の裁判)、ZPO 922条1項(仮差押えの裁判)、936条(仮処分の裁判)。Vgl. Carl, a.a.O.S.204.

ていること⁽⁴⁹⁾を指摘する。具体的な形式要件に服し、原則として取消し可能な判決と異なり、ZPOの体系上基本的意義が与えられていないとする⁽⁵⁰⁾。

強制執行の領域においては、裁判が判決である場合と決定である場合とに区分し、判決の場合のみに教示義務を認める。判決と決定が選択的である場合は、判決によって裁判がなされたときのみ教示義務が認められるとする⁽⁵¹⁾。仮差押えおよび仮処分の裁判の場合、裁判形式は選択的になされうる（ZPO922条、936条）。

カールの見解によれば、民事訴訟においては、以下の場合に教示義務が認められる。

①終局判決：控訴（ZPO511条以下）、上告（ZPO545条以下）、家事事件における上告（ZPO621 d 条）、期間付きの抗告（ZPO629 a 条）、住居の明渡しの判決における明渡期間の拒否、付与または量定に関する即時抗告（ZPO721条6項）。

②一部判決：控訴（ZPO511条以下）、上告（545条以下）。

③狭義の中間判決：即時抗告（ZPO71条2項（補助参加に関する中間判決）、135条3項（弁護士間において交付された文書の返還を命じる判決）、387条3項（証言拒絶に関する中間の争い）、402条（鑑定人の拒絶に関する争い））。控訴：ZPO280条2項（訴えの適法性について弁論分離がなされた場合の中間判決）。

④原因判決：控訴（ZPO511条以下）、上告（ZPO545条以下）。

⑤留保判決：控訴（Z P O511条以下）、上告（ZPO545条以下）。

⑥欠席判決：故障（ZPO338条）。

⑦判決で裁判がなされた仮差押えと仮処分：控訴（ZPO511条以下）、上告（ZPO545条以下）。

(49) 例えば、ZPO 160条4項第3文（調書記載の申立てを否定する決定）、ZPO 225条3項（期間伸張の申立てを却下する決定）、ZPO 227条4項第3文（期日の取消し・延期の裁判）。Vgl, Carl, a.a.O.S.204.

(50) Carl, a.a.O.S.204.

(51) Carl, a.a.O.S.206.

(iv) 教示義務を上訴のみに限定することは、当事者の保護の観点からは、狭すぎるといえよう。異議についても、当事者保護の観点からは、教示が必要と思われる場合も存在するからである。したがって、教示義務の存否の基準として、不服申立ての種類、すなわち上訴と他の不服申立てを区別する方法は、妥当でないであろう。そこで、カールの見解のように、裁判の内容から出発することも、1つの方法であろう。ただし、カールの見解は、仮差押命令が決定で行われた場合について、教示義務を否定するなどの点で、やはり狭すぎると評価できよう。

裁判の内容から可否を決定するという点は、重要であるが、教示の範囲を上訴に限定しないで、全ての不服申立てについて教示義務を認め、その次に裁判の内容から一部の裁判については教示義務を否定する方法を採用することも、妥当な結論を得るための十分な方法であると思われる。現行ZPO232条の規定方法は、その意味において、教示義務存否の判断基準として適切であるといえよう。そうであるとする、裁判の内容から規定することも、不服申立て全てに教示義務を認め、教示義務を認めない場合を例外として規定することも、大差はないと評価できよう。

(v) なお、教示義務の規定の仕方として、一般的教示義務を認め、例外的に教示義務を否定する場合を規定する方法と、教示義務を認める個別的規定を設ける方法が考えられる。クンツは、上訴以外の不服申立てについても一般的教示義務を定めることに反対している。理由として、①期間を定めない不服申立てについては、教示義務を認める必要が存在しないこと(この点に対する反対意見については、後述5-1-(8)参照)、②原状回復の申立てについては、非常の不服申立てが扱われており、教示義務は否定されること、③欠席判決の故障(ZPO338条)、支払命令に対する異議(ZPO694条2項)、および司法補助官法11条2項による司法補助官異議については個別の教示義務規定が存在することを指摘している⁽⁵²⁾。

(52)Kunz, a.a.O.S.203f.

個別規定による方法と一般的規定による方法では、教示が必要とされる場合を網羅するためには、後者の方がより適切な方法と考える。個別規定の方法では、教示が必要とされる場合において規定が欠ける虞も、稀にはありうるからである。

4-3 飛越上告

(1) 飛越上告は、ZPO232条第2文により、教示義務からはずされている。その理由として、草案理由は、飛越上告の適法性は相手方の同意と上告裁判所の許可であるが、①広範囲な教示は負担を過重にし、また判決書を読みづらくすること、②刑事訴訟法においては、飛越上告の適法性が控訴の適法性と同価値であることや、労働裁判所や行政裁判所および社会裁判所の手続においては原審が許可することになっていることを挙げている⁽⁵³⁾。また、飛越上告は実務上余り重要でない上訴であることも指摘されている⁽⁵⁴⁾。

立法過程では、被保険者連盟からの反対があった。反対理由として、飛越上告は、消費者保護の確実な方法であり、決して重要でないとはいえないと主張された⁽⁵⁵⁾。これに対して、シルケンは、①教示は区裁判所の判決に関して考慮されるのであり、この判決に対しては許可なくして控訴が適法であること、②当事者はこの控訴および弁護士強制について教示され、控訴のための助言を行う弁護士は、飛越上告が適切である場合には、飛越上告の選択肢を当事者に指摘するであろうことを根拠として、飛越上告における教示義務を否定する草案に賛成している⁽⁵⁶⁾。

(2) 裁判所は、教示をしないことも行うことも許される。ZPO322条は、教示を行う必要はないと規定し、行ってもいけないとは規定していないからである⁽⁵⁷⁾。また、ZPO566条1項第1文の控訴（許可を要しない控訴）

(53) BT-Drs. 17/10490, S.14.

(54) Schilken, a.a.O.S.504.

(55) Vgl. Schilken, a.a.O.S.504.

(56) Schilken, a.a.O.S.504.

(57) Hartmann, a.a.O.MDR2013, S.63.

に関する教示義務は、残っている⁽⁵⁸⁾。

5 不服申立教示の内容

(1) 教示の内容は、当事者が、弁護士の助言を得ることなく、教示の必要的内容によって、適法に不服申立てを提起できる程度の内容が要求される⁽⁵⁹⁾。当事者が（弁護士強制が要求されない手続で）弁護士によって代理されている場合、または弁護士強制が要求される不服申立てについての教示である場合であっても、教示の内容の程度は変わらない⁽⁶⁰⁾。

不服申立教示の内容については、フェルシュが、口頭の終局判決における教示内容の様式モデルを提案している⁽⁶¹⁾。

不服申立ての教示

終局判決が下され、かつ、訴えの申立てが棄却された範囲で、この判決によってその権利において不利益を被る者には、以下の場合に、この判決に対する控訴の上訴が許される。

- a) 不服対象金額が600ユーロを超える場合。
- b) 控訴がキール区裁判所による判決によって許可された場合。

不服対象額は疎明されなければならない。宣誓に代わる保証は許されない。

控訴は、全ての当事者にこの判決が送達された後1カ月の不変期間内に書面によりシュチェンバル31－35, 24114キール, キール地方裁判所に提起されなければならない。控訴状には、控訴がなされた判決の表示および

(58) Hartmann, a.a.O.MDR2013, S.63.

(59) 教示の誤りを予め回避するために、考えられ得る反応の可能性を知らせることは当事者にとって役に立たない過剰情報であり、傍注的観点を忘れることは誤った教示にならない (Vgl. Koch/Wallimann, a.a.O. JR 2014, S. 273.).

(60) Fölsch, a.a.O.NJW2013, S.971.

(61) Fölsch, a.a.O.NJW2013, S.972. ヘルシュは、区裁判所の裁判官である。

当該判決に対して控訴が提起された旨の表示が含まなければならない。
裁判言語はドイツ語である。

控訴は、控訴状に理由が記載されていない限り、この判決の送達後2カ月内に書面によりキール地方裁判所に対して理由書を提出しなければならない。

当事者は、キール地方裁判所においては弁護士によって代理されなければならない。特に、控訴状および控訴理由書には、弁護士による署名が必要である。

控訴状とともに、当該判決の正本または認証謄本を提出しなければならない。

(2) 案内人モデル (Wegweisermodell) について

(i) もっとも簡単な内容を有する教示として、案内人モデルが主張されていた⁽⁶²⁾。このモデルによれば、教示の内容は「訴訟当事者は可能な上訴に関しては弁護士に相談することができる。」というものである。不服申立て自体やその形式や期間については、裁判所はなにも教示する必要はなく、それらの情報は弁護士の仕事となる。

(ii) この案内人モデルに対して、カールは、憲法上要求される上訴教示義務の保護目的に反していると批判する。すなわち、法治国家原則の観点からは、不服申立てを当事者に教示することは国家の義務であるが、このモデルは当事者に不服申立てに関する情報を当事者に得させることができず、当事者は裁判に対して上訴を提起できるか否かを決定できないからであるとする⁽⁶³⁾。

(62) Vgl. Carl, a.a.O.S.214f.u.Fn.721.1995年6月20日の憲法裁判所決定によって、その当時の法状況が支持されたにもかかわらず、その翌年の1996年の司法大臣会議によって設置された作業部会の聴聞においては、民事手続に上訴教示制度を導入することについては広く賛成意見がみられ、教示の方法、すなわち、労働裁判所9条の具体的教示の方法と弁護士の助言を指摘する方法（一般的指摘の方法）の可否が議論された (Vgl. Greger, Rechtsmittelbelehrung im Zivilprozeß: unnötig, unpassend und anachronistisch, JZ2000, S.131, (132).).

(63) Carl, a.a.O.S.214.

さらに、裁判所は付加的な労力によって当事者に上訴の可能性や形式等を教示できるのに、たんに上訴の可能性を評価するためだけに弁護士の助言を求めさせることは、回り道であり意義がないとする⁽⁶⁴⁾。弁護士の助言にかかる費用の障害を除くために助言扶助を指摘すること、同じく意義がないという。扶助を得るためには資産のないことが必要であり、したがって全ての当事者が扶助を得られるわけではないこと、および無資産の疎明は資産のない当事者にとって付加的な負担となること(本案ではなく、前提問題についての助言では妥当でない。)を理由としている⁽⁶⁵⁾。

(iii) カールの批判は、弁護士によって代理されていない当事者については妥当するであろう。しかし、カールの見解は弁護士訴訟と当事者訴訟とを区別していない点で、疑問がある。前述したように、教示義務の有無は、弁護士訴訟であるか、あるいは当事者訴訟であるかによって区別して検討されるべきである。

弁護士訴訟においては、不服申立ての教示は弁護士の仕事であり、その費用は当事者が負担することは、あながち不当とはいえない。前提問題であることは、費用負担にとって重要ではない。第1審が地方裁判所である場合、弁護士強制が適用される。その際、担当した弁護士が、不服申立てに関する情報を自分の依頼人に提供すること、そしてその費用を当事者が負担することは、必ずしも法治国家原則に反するとは考えられない。資産の少ない当事者はまさしく費用扶助を受けることが可能であり、本案について扶助を受けていると思われるからである。むしろ、不服申立ての教示も第1審弁護士の業務内容に属すると解すべきであろう。

これに対して、第1審が区裁判所である場合、当事者訴訟を選択した当事者は、不服申立てに関する情報を得るために、弁護士の助言を必要とし、そのためにだけ費用負担をしなければならないとすると(この時点では不

(64) Carl, a.a.O.S.215.

(65) Carl, a.a.O.S.215.

服申立てが可能であるか否かは判明していない。), 第1審を弁護士に依頼しないで訴訟追行した当事者にとって過重な費用負担であり, まさしく法治国家原則(不服申立教示制度の保護目的)に反するといえよう。

(3) 具体的教示と抽象的教示

具体的教示とは, 当該事件との関係における不服申立てを教示することであり, 「被告の不服は・・・DMに達するので, 被告はこの判決に対し控訴を提起できる。」と教示する。他方, 抽象的教示とは, 可能な不服申立ての一般的要件を教示することであり, 「原則として, 控訴額に達する場合は, 控訴を提起できる。」と教示することである。抽象的教示の場合, 条文をそのまま繰り返すこともある⁽⁶⁶⁾。

カールは, 教示義務の保護目的の観点から, 法律を知らない当事者に対してはできるだけ多くの情報を与えることが優先されるべきであると主張する⁽⁶⁷⁾。

個々の適法性(不服あるいは不服額が問題となる。)の教示は抽象的内容でよいが, 許容性は具体的な内容でなければならないとの見解も主張されている⁽⁶⁸⁾。例えば, 裁判が混在する場合(一部取下げ後の終局判決または欠席判決と終局判決)などは, 複数の不服申立てが教示されなければならないとされる⁽⁶⁹⁾。

適法性については後述するが, 不服申立ての許容性については, 当事者に十分な情報を獲得させるため, 具体的教示がなされるべきであろう。

(4) 積極的教示と消極的教示

積極的教示とは, 一定の不服申立てが許されることを当事者に教示するものであり, 消極的教示とは, 不服申立てが許されないことを当事者に教示するものである。刑事訴訟法(StPO) 35a条と行政訴訟法は消極的教示

(66) Carl, a.a.O.S.216.

(67) Carl, a.a.O.S.216.

(68) Fölsch, a.a.O.NJW2013, S.971.

(69) Fölsch, a.a.O.NJW2013, S.971.

の規定を有しない。他方、労働裁判所法9条5項第2文は、消極的教示を規定している⁽⁷⁰⁾。ZPO 232条は、消極的教示を規定していない。

この点について、カールは、不服申立ての教示に関して具体的教示を肯定する限り、問題とならないと主張する。例えば、控訴金額に達していない場合、消極的教示がなされるし、控訴金額に達している場合、積極的教示がなされるからであるとする⁽⁷¹⁾。

しかし、不服申立ての規定がない場合、具体的教示はなされ得ないから、消極的教示が行われなければならない。当事者に不服申立てに関する情報を得させるという観点からは、不服申立てが許されないことも教示された方が、当事者の利益保護に役立つからである。

5-1 不服申立ての種類

(1) 草案理由によれば、全ての上訴（控訴、上告、即時抗告、法律抗告、不許抗告）と、期間または特別の機能により教示されるべきと明示されているその他の不服申立てについて、教示されなければならない⁽⁷²⁾。附帯控訴等の附帶上訴については、教示義務が生じないと解するのが多数説である⁽⁷³⁾。

職務監督抗告、（担当官庁に対する）異議（Gegenvorstellung）⁽⁷⁴⁾、GVG 198条の不作为責問、および不作为抗告は上訴にあたらぬ⁽⁷⁵⁾。

(2) また、仮差押決定や仮処分を命じる決定に対する異議は、期間に関わりなく可能であることについて教示されなければならない。なぜなら、仮の権利保護においては、通常債務者の審尋を行うことなく決定によって裁判されるので、債務者は更なる強制処分を回避するために、準備をする

(70) Grunsky/Waas/Benecke/Greiner, Arbeitsgerichtsgesetz, 2014, § 9 Rn.28(Waas) は、特に審級が尽きた場合を挙げている。

(71) Carl, a.a.O.S.220.

(72) BT-Drs. 17/10490, S.13.

(73) Tomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, a.a.O. § 232 Rn.4. 反対説として, Hartmann, a.a.O. MDR 2013, S.62.

(74) ベルンド・ゲッツェ,『独和法律用語辞典（第2版）』,（成文堂, 2010年）200頁。

(75) Hartmann, a.a.O.MDR2013, S.62.

ことなく即時の判断をしなければならないからである⁽⁷⁶⁾。

(3) 支払命令に対する異議は、ZPO692条1項3号乃至6号の特別規定が適用される⁽⁷⁷⁾。

(4) ZPO926条の起訴命令の申立てに関しては、教示義務に服さない。その訴訟上の効果は、直接的に生じるものではなく、仮差押債権者または仮処分債権者の無為を前提とするからである⁽⁷⁸⁾。

(5) 取消し可能な場合であっても、ZPO233条の原状回復の申立て、同321 a 条の法的審問請求権違反の際の異議⁽⁷⁹⁾、同319条から321条の判決の更生、法律要件事実の更正、判決の補充については、教示義務は生じない⁽⁸⁰⁾。同様に、憲法抗告についても教示義務は生じない⁽⁸¹⁾。

(6) 取消し可能な裁判のみについて教示義務が生じるのであるから、上訴や不服申立てが許容性(Statthaftigkeit)⁽⁸²⁾を欠く場合には、教示義務は生じないと解するのが多数説である⁽⁸³⁾。しかし、消極的教示が当事者保護にとって有用であることは、前述したとおりである。

取消可能性について争いがあるときは、裁判所は、不服申立ての種類に関して判断を示さなければならない。裁判所が、上訴審の見解によれば許容性を欠くと上訴を教示したときは、その教示によって上訴は不許容なものとなる⁽⁸⁴⁾。裁判所が取消不可能を教示したにもかかわらず、上訴が提起されたときは、上訴審は上訴の適法性を審査しなければならない⁽⁸⁵⁾。

(76) BT-Drs. 17/10490, S.13; Hk-ZPO/Saenger, a.a.O. § 232 Rn.5; Klose, a.a.O.S.54.

(77) BT-Drs. 17/10490, S.13.

(78) BT-Drs. 17/10490, S.13; Hk-ZPO/Saenger, a.a.O. § 232 Rn.12.

(79) Huber, a.a.O.JuS2014, S.973 は、全く独立した制度が扱われているからであるとする。

(80) BT-Drs. 17/10490, S.13; Hk-ZPO/Saenger, a.a.O. § 232 Rn.12.

(81) BT-Drs. 17/10490, S.13; Hartmann, a.a.O.MDR2013, S.62; Hk-ZPO/Saenger, a.a.O. § 232 Rn.12; Klose, a.a.O.S.54.

(82) 許容性とは、裁判の種類により決定される一般的適法性を指し、形式や期間などの特別な適法性と区別される(Vgl. Hartmann, a.a.O.MDR2013, S.62.)

(83) BT-Drs. 17/10490, S.13; Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, a.a.O. § 232 Rn.4.

(84) Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, a.a.O. § 232 Rn.4.

(85) Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, a.a.O. § 232 Rn.4.

上訴が期間懈怠となる場合は、ZPO233条第2文による原状回復が認められる余地がある⁽⁸⁶⁾。

(7) 不服申立ての規定が存在しない場合、教示義務を否定するのが多数説である⁽⁸⁷⁾。この場合も、当事者保護の観点から、消極的教示がなされるべきと解するべきであろう。

(8) 期間の定めのない不服申立て

不服申立てには期間の定めのある場合と期間の定めのない場合があるが、前者について教示義務を認めることに関しては争いがない。期間の定めのない不服申立てについても教示義務を認めるべきかに関しては、争いがある。労働裁判所法9条5項は、教示義務を期間の定めのある不服申立てに限定しているし、行政裁判権も同様である。

ZPO232条は、期間の定めの有無にかかわらず、教示義務を認めている。期間の定めのある場合にのみ教示義務を認める案もあったが、法律とはならなかった⁽⁸⁸⁾。

教示義務に反対しているクンツは、期間の定めのない上訴について教示義務を否定している。その理由として以下のように主張している。①期間の定めのない上訴に教示義務を認めることは、教示義務の意義や目的に反する。教示義務の目的は、当事者が不知から取消可能性を失うことを防止することにあるが、取消可能性は取消期間を懈怠することによって初めて失われる。取消期間が存在しない場合、いつでも取消しを繰り返すことができる。②教示が欠如する際の上訴期間の延長は、上訴期間が定められている場合にのみ、作用する。③1年の除斥期間があることも、期間の定めのない上訴についての教示を否定する根拠となり得る。期間の定めのある上訴に関して、教示がなされない、または誤った教示がなされた場合、当

(86) Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, a.a.O. § 232 Rn.4; Hartmann, Rechtsbehelfsbelehrung, NJW 2014, S.117, (119).

(87) BT-Drs.17/10490, S.13; Hartmann, a.a.O.NJW 2014, S.118; Klose, a.a.O.S.54.

(88) Hartmann, a.a.O.MDR2013, S.62.

事者は1年以内であれば裁判の取消しをすることができるが、このことから、期間の定めのない上訴の場合、当事者に対して、教示がなくても取消しの手段を見つけれられることを期待することができる⁽⁸⁹⁾。

理由①については、教示の目的を限定的に解する必要はないといえよう。すなわち、不服申立てを繰り返すことができる場合であっても、当該不服申立てについて教示されれば、遅滞なく申立てを行うことが可能となるから、教示義務の目的である当事者に対する配慮義務の観点からは、より適切な当事者保護の方法といえよう。理由②についても、教示義務がより適切な当事者保護の方法であれば、教示義務を否定する必要はないといえよう。上訴期間の延長は確かに上訴期間の定めがない場合には作用することはありませんが、当事者に教示することによって、当事者が不服申立てについての知識を得ることとなり、当事者を不服申立てをより適切に提起できるように状態に置くことになる。したがって、教示義務の目的に反するとまではいえないと考える。理由③についても疑問なしとしない。期間の定めのある上訴について1年の除斥期間があることが、なぜ期間の定めのない上訴に関して当事者は教示なくして取消しの方法を発見できることになるのか、判然としない。1年の除斥期間は、手続の安定を目的とするものであり、当事者は1年あれば取消方法を認識できるという仮定は、疑問である。

5-2 不服申立ての裁判所およびその住所

不服申立てを提起すべき裁判所とその住所が教示されなければならない⁽⁹⁰⁾。当事者が複数の裁判所について選択権を有する場合は、複数の裁判所を上訴教示に挙げなければならない⁽⁹¹⁾。例えば、原審と直近の裁判所の選択の可能性について、教示する場合などである⁽⁹²⁾。併存する管轄が問題と

(89) Kunz, a.a.O.S.202f.

(90) Fölsch, a.a.O.NJW2013, S.971.

(91) BT-Drs. 17/10490, S.13.

(92) Hartmann, a.a.O.NJW2013, S.64.

なる場合は、複数の裁判所を挙げることが妥当であろう⁽⁹³⁾。

5-3 不服申立ての形式・期間・弁護士強制主義・不服（または不服対象額）・上訴許可

不服申立教示には、適法性の要件、すなわち不服申立ての形式、期間、弁護士強制主義、不服（不服対象額）および上訴許可の指摘が含まれなければならない⁽⁹⁴⁾。

(1) 形式については、例えば控訴の場合、控訴状を控訴裁判所に提出することによって行わなければならないことを教示しなければならない（ZPO519条1項）。控訴状の具体的内容（ZPO519条2項）は、教示内容に含まれない。実際の控訴の提起は弁護士の業務であり、教示は当事者の判断の自由を強化できればよいからである⁽⁹⁵⁾。

区裁判所における欠席判決の場合、故障申立書を受訴裁判所に提出して行うこと（ZPO340条1項）および故障申立書の具体的内容（ZPO340条2項）も教示されなければならない。区裁判所では、弁護士強制が妥当しないので、当事者が自身で故障を申し立てうる状態に置かれなければならないからである⁽⁹⁶⁾。第1審が地方裁判所である場合において、弁護士が付いていないため欠席判決がなされたときは、故障申立書を提出しなければならないことと、故障の申立ては弁護士によって提起されなければならないことを教示しなければならない⁽⁹⁷⁾。

控訴状の具体的内容については、教示する必要はない。故障申立書に必要とされる形式を遵守することは、弁護士の義務であるからである⁽⁹⁸⁾。

(2) 期間については、期間とその開始時を教示しなければならない。そ

(93) Hartmann, a.a.O.NJW2013, S.64.

(94) Fölsch, a.a.O.NJW2013, S.971; Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, a.a.O. § 232 Rn.6.

(95) Carl, a.a.O.S.218.これに対して、クローゼは、不服申立書の必要的記載事項も教示すべきとする（Klose, a.a.O.S.55）。

(96) Carl, a.a.O.S.218.

(97) Carl, a.a.O.S.218.

(98) Carl, a.a.O.S.218.

の教示によって、当事者は不服申立てを提起するために必要な時間的消費を査定できるからである⁽⁹⁹⁾。具体的な期間の算定は教示する必要はない⁽¹⁰⁰⁾。例えば、控訴や上告の場合、1月の不変期間であること（ZPO517条, 548条）、判決の送達時から期間は進行すること（ZPO517条, 548条）、および判決の言渡し後5月の経過から進行すること（ZPO517条, 548条）を教示しなければならない。欠席判決の場合、申立て期間は2週間であること、および欠席判決送達時から期間は進行することを教示しなければならない。

ZPO31条3項により言渡しに代えて送達がなされる場合（認諾判決またはZPO49 a条（公正な裁量に従った区裁判所の手続）による判決）には、期間の開始時は、後の送達を受けた当事者への送達時から開始される⁽¹⁰¹⁾。期間の定めのない不服申立ての場合には、期間に関する教示は、期間が存在しないことの指摘のみで十分である⁽¹⁰²⁾。

(3) 不服申立理由の形式と期間については、教示する必要はないと解するのが、多数説である⁽¹⁰³⁾。フェルシュは教示すべきとする⁽¹⁰⁴⁾。

(4) 弁護士強制主義の指摘

弁護士強制主義が採用されている不服申立てについては、その旨の教示が含まれる。不服申立ての提起が弁護士の代理を必要としない場合、弁護士に代理されない関係人は、弁護士の委任がなくとも不服申立教示のみによって形式に合った抗告を提起することができるようになるべきであるとするのが、判例の立場である（BGH, Beschluss vom 23. juni 2010, NJW-RR 2010, S.1297; OLG Köln, Beschluss vom 10. Dezember 2010, FamRZ 2010, S.1251）⁽¹⁰⁵⁾。したがって、弁護士代理が適用されない場合には、教示には、遵守されるべき形式および上訴状に必要なとされる内容が⁽¹⁰⁶⁾ 挙示されなけ

(99) Carl, a.a.O.S.219.

(100) Carl, a.a.O.S.219.

(101) Fölsch, a.a.O.NJW2013, S.972.

(102) BT-Drs. 17/10490, S.13; Hk-ZPO/Saenger, a.a.O. § 232 Rn.8.

(103) Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, a.a.O. § 232 Rn.6.

(104) Fölsch, a.a.O.NJW2013, S.971.

(105) BT-Drs. 17/10490, S.13.

なければならない⁽¹⁰⁷⁾。

(5) 不服額等の教示

(i) 不服, 不服対象額および上訴の許可についても教示されなければならない⁽¹⁰⁸⁾。ハルトマンは, ZPO232条は許容性のみの教示を規定しているとして, 適法性(不服等)については, 教示する必要はないと解している⁽¹⁰⁹⁾。弁護士によって代理されていない当事者が, 不服申立てをすべきか否かを決定するためには不服等の適法要件の情報も重要であるし, 不適法な不服申立てを回避するという教示義務の制度目的からも, 不服等の教示を含まなければならないと解するべきであろう。

(ii) 不服等の教示は, 抽象的内容(場合によっては, 法律条文の文言)であっても十分であると解する見解が多い⁽¹¹⁰⁾。当事者は, 不服申立てが一定の適法要件にかかっていることを知ることはできるが, 不服申立てが許されるか否か, そして弁護士に委任することに意義があるか否かを, 知ることはできない⁽¹¹¹⁾。しかしながら, 不服申立ての適法要件のすべての態様を教示において指摘することは, ほとんど不可能であるから, 右のように解するべきであるとされる⁽¹¹²⁾。また, 不服, 不服対象額, および上訴の許可に関しては, 不服申立てを審理する裁判所が適切に判断できることも抽象的教示で足りることの根拠とされている⁽¹¹³⁾。

(iii) 不服等についての判断が上級審においてのみ適切になされうること

(106) 例として, ZPO 569条2項「抗告は, 抗告状を提出して行う。抗告状には, 不服申立てのあった裁判の表示及びこの裁判に対して抗告を提起する旨の陳述を記載しなければならない。」がある(法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典』(法曹会, 平成24年) 172頁)。

(107) BT-Drs. 17/10490, S.13; Hk-ZPO/Saenger, a.a.O. § 232 Rn.6.

(108) Fölsch, a.a.O.NJW2013, S.971.

(109) Hartmann, a.a.O.MDR2013, S.64.

(110) Fölsch, a.a.O.NJW2013, S.971.

(111) Fölsch, a.a.O.NJW2013, S.971.

(112) 例えば, 不服申立ての期間については, 期間とその開始時期を教示すれば十分であり, 期間をどのように計算するかとか, 延期されるかを, 教示する必要はないと解される。(Vgl. Fölsch, a.a.O.NJW2013, S.972.)

(113) Fölsch, a.a.O.NJW2013, S.972.

から、クンツは、教示義務を否定している⁽¹¹⁴⁾。ZPO 519 b 条1項（現522条1項）により控訴審は、職権により控訴が許容性を有するか、法律上の形式および期間要件が守られているかを審査しなければならない。上告および抗告も同様である。したがって、上訴が適法要件に対応しているか否かを審理する権限は上級審に帰属している。クンツは、訴訟上問題とされている場合、区裁判所は、上級審が同じように判断するか確実でないにもかかわらず上訴について説明しなければならないので、教示義務は認められるべきではないと主張する⁽¹¹⁵⁾。区裁判所によって不服等を判断することが困難である場合として、以下の場合が挙げられている。①訴訟物が金額で確定されないなど、不服額が上級審の裁量にかかる場合（賃借不動産における犬の飼育を求める訴訟など）、②不服の算定方法について争いが存在する場合（被告の一方的本案完結の場合（訴え提起後の弁済等）における被告の不服の関する見解の争いなど）、上訴の適法性について争いがある場合（ZPO91 a 条2項に本案完結の際における費用の裁判は、本案が旧ZPO511 a 条1項の不服対象額である1500 DMを超えていることを前提とするか否かに関する争いなど）、および③旧ZPO511 a 条2項における住宅賃貸借事件に関する特則の場合（区裁判所による判例違背にもとづく控訴の許容）について、区裁判所における不服の具体的教示に困難が生じるとする⁽¹¹⁶⁾。

(iv) カールは、不服について具体的な教示がなされることによって当事者は上訴の要件をより良く理解できることになると、主張する。金額によって決定されない申立ての場合は、不服の教示の困難が生じうるが、第1審裁判所は管轄係争額（Zuständigkeitsstreitwert）を職権で確定しなければならないのであり、当事者も、裁判所が算定の基礎としてどのような価格から出発したかを知ることができることになるのであるから、比較的稀である

(114)Kunz, a.a.O.S.183ff.

(115)Kunz, a.a.O.S.183.

(116)Kunz, a.a.O.S.183ff.

ケースがあるからといって不服の具体的教示を放棄し、抽象的教示のみを提供することは、疑問であるとする⁽¹¹⁷⁾。

(v) 不服等の教示の程度に関して抽象的教示かあるいは具体的教示かを決定するに際して、それらのいずれかに限定することは、不服等の内容を考慮するとき、妥当ではないであろう。すなわち、訴訟物が金額で決定される場合、不服については、第1審裁判所が当事者の申立てと裁判の内容を比較すれば、裁判所は十分知りうる立場にある。他方、不服対象額は実際に当事者が上訴を提起しないと知りえない。

例えば、ZPO511条2項1号は、控訴の要件として、①不服の対象額が600ユーロを超えるとき、又は②第1審の裁判所が、判決において控訴を許可したときと規定しているが、5000ユーロの請求に対して3000ユーロの支払いを第1審裁判所が認めた場合、原告の不服額は2000ユーロであり、①の不服対象額は、原告が控訴を提起し、その不服対象額は控訴において請求された金額如何に係る。原告が1600ユーロの増額を求めた場合、不服対象額は1600ユーロであり、600ユーロを超えているので控訴が認められる。原告が500ユーロの増額を求める場合、控訴は許されない。

したがって、不服は第1審裁判所において十分知り得るのであるから具体的教示が可能であり、当事者により容易に控訴可能性を知らせることができるのであるから、具体的教示を必要と解するべきであろう。これに対して、不服対象額の教示は、「不服の対象額が600ユーロを超えるとき」という条文の内容の繰り返しで十分といえよう。

クンツが指摘した区裁判所による不服の判断が困難である場合については、抽象的教示で十分であると解するべきであろう。

上訴が原審の許可にかかっている場合には、区裁判所も許可について判断することは困難とはいえない。そうであるとする、教示の目的である当事者保護の観点からは、具体的教示義務を認めてもよいように思われる

(117) Carl, a.a.O.S.217f.

が、抽象的教示義務を認めるべきであろう。この場合、上訴は許可にかかる旨の教示で十分であり、実際に許可されるか否かは、当事者が上訴許可の申立てをしたときに判断されるべきであるからである⁽¹¹⁸⁾。

適法性についての教示に関しては、原審裁判所の判断の困難性の有無によって、抽象的教示と具体的教示を区別して行われるべきであると解する。具体的教示が困難であるという理由から、教示義務を全面的に否定することは、妥当でないといえよう⁽¹¹⁹⁾。

(vi) 不服に関する具体的な教示が困難である場合、抽象的教示によってその困難を回避することに対して、クンツは、上訴教示の意義や目的に対応するものではないとして反対する⁽¹²⁰⁾。クンツは、抽象的教示を認める労働裁判所の実務を引用している。労働裁判所の実務においては、以下のような教示がなされている。

「この判決に対しては、以下の場合に限り控訴を提起できる。

- ①非財産権上の争いが扱われている場合
- ②財産権上の争いが扱われており、かつ、不服対象額が800 DM（現行法では600ユーロ）を超える場合
- ③財産権上の争いが扱われており、かつ、労働裁判所の判決において控訴が許可されている場合

このような実務・判例に対して、当事者が、具体的事件に関して当事者に上訴が認められるか否かを、知ることが必要であるとする、学説からの反対もある⁽¹²¹⁾。しかし、クンツが指摘するように、上級裁判所によって初めて与えられ得る情報を、第1審が与えるべきと解することは妥当でない⁽¹²²⁾。

教示義務の目的である当事者の保護の観点からは、具体的事件において

(118) 許可に関する教示が本来許容性を欠く上訴の許可とはならないことは、当然である (Huber, a.a.O.Jus2014, S.974; Thomas/putzo/Hübtege, ZPO, a.a.O. § 232 Rn.8.)

(119) Carl, a.a.O.S.218.

(120) Kunz, a.a.O.S.188ff.

(121) Grunsky/Waas/Benecke/Greiner, a.a.O, § 9 Rn.29 (Waas).

(122) Kunz, a.a.O.S.190.

当事者が上訴できるか否か、どのような方法で可能であるかを教示することが望ましいことは、そのとおりであるが、具体的教示が困難である場合には、抽象的教示で十分であると解する方が、より妥当な結論となろう。カールのように、具体的教示が困難である場合にまで具体的教示を求めることも、クンツのように、具体的教示が困難である場合が存在することから、一律に教示義務を否定する解釈も、妥当な結論を引き出し得ないと考える。確かに、抽象的教示においては、当事者は、實際上、上訴が許されるのか否かを知ることにはできないが、抽象的教示によって、一定の要件のもと上訴が可能であることを知り得るだけでも、教示の目的（当事者の保護）に限定的ではあるが対応していると評価できよう。

(vii) 明らかに控訴の不服額等が要件に達しておらず、控訴等の不適法が明らかである場合、教示はなされるべきかが問題となる。通常、控訴の適法性の審理は上級審が行うため、第1審裁判所は、拘束力ある判断をすることはできない。

そこで、不服額等について疑問がある場合には、上級審が適法性を審理するが（第1審裁判所は抽象的教示を行うべきと解する。）、不服額等について疑問が存在しない場合に、第1審裁判所が上訴の可能性を教示することは妥当でないといえよう。上訴を提起できない場合に、上訴の可能性を教示することは、抽象的教示であっても、当事者に無駄な上訴を提起させ、訴訟費用を負担させることになるし、国家賠償の危険も生じ得るからである⁽¹²³⁾。また、不適法な不服申立てを防止するという不服申立教示制度の立法目的に反することになろう。

不服申立てが明らかに不適法である場合は、消極的教示、すなわち「この裁判は取消しができない」との教示がなされるべきであろう。

(123) Klose, a.a.O.S.54.

6 不服申立教示の形式

ZPO232条は、教示の形式については明規していない。立法者はこの問題を実務に委ねたとされている⁽¹²⁴⁾。

(1) 判決および書面による決定の場合

草案理由によると、書面による決定の場合、決定書に書面による教示を挿入すべきとするFamFG39条に関する学説にならって(Zöller/Feskorn,ZPO28.Auflage, § 39FamHG Rn.10), ZPOが適用される手続においても、判決および書面によって行われる決定(すなわち、書面による裁判の場合⁽¹²⁵⁾)について同様の措置がなされるべきであるとされる⁽¹²⁶⁾。すなわち、署名のある書面による裁判に含まれていなければならない⁽¹²⁷⁾。判決や書面による決定の場合は、送達ないしは公示の時点で、署名の上において教示が示されるべきである⁽¹²⁸⁾。

ZPO312条による当事者欠席における判決の言渡しの場合、口頭による教示は全く不十分である⁽¹²⁹⁾。

(2) 口頭弁論にもとづく決定の場合

書面の形式を規定していないZPO329条による決定(口頭弁論にもとづく決定)の言渡しの場合、メモを手渡し短い口頭教示⁽¹³⁰⁾が言渡しと同時になされる⁽¹³¹⁾。教示がなされない場合は、決定は補充され、新たに送達されなければならない⁽¹³²⁾。ドイツ語に堪能でない当事者のために、メモ

(124) Süß, a.a.O.Jura2013, S.1210.

(125) Süß, a.a.O.Jura2013, S.1210.

(126) BT-Drs. 17/10490, S.13

(127) BT-Drs. 17/10490, S.13; Hölsch, a.a.O.NJW2013, S.971; Koch/Wallimann, a.a.O.JR2014, S.273.

(128) Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, a.a.O. § 232 Rn.7.

(129) BT-Drs. 17/10490, S.13; Süß, a.a.O.Jura2013, S.1210.

(130) 口頭による教示は、誤った教示が行われる危険があるとの指摘もある(Hartmann, a.a.O.MDR2013, S.63.)。

(131) Süß, a.a.O.Jura2013, S.1210.

(132) Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, a.a.O. § 232 Rn.7.

を翻訳することは要求されない。この場合の教示は、ZPO160条2項により（不服申立教示はZPO160条2項の弁論の主要な経過に該当する。⁽¹³³⁾）訴訟記録に記載されなければならない⁽¹³⁴⁾。

（3）裁判が書面でなされても、口頭による言渡しでも可能である場合には、教示が必要であるかぎり、教示は書面で行わなければならない⁽¹³⁵⁾。

（4）取消可能な裁判を行った者または口頭で言渡しをした者が、教示を行わなければならない（後者の場合は、裁判長が教示を行う。）⁽¹³⁶⁾。書面による教示には、裁判に関与した全ての裁判官の署名が必要となる⁽¹³⁷⁾。

7 不服申立教示の名宛人

教示の名宛人は、常に裁判所の裁判がなされた者である⁽¹³⁸⁾。判決手続では、敗訴した当事者に教示がなされることは当然である。その他、補助参加人に対しても教示がなされる。ZPO71条2項による即時抗告は、参加申立てが排斥されたときは、参加申立人および参加人によって補助されるべき当事者に対して教示がなされるべきである。参加申立てが認められたときは、両当事者に対して教示がなされるべきである⁽¹³⁹⁾。訴訟告知を受けて参加した補助参加人に対しても教示がなされる⁽¹⁴⁰⁾。

証人に対しては、ZPO380条2項（不出頭の場合の費用負担の裁判）、3項（不出頭を繰り返す場合の秩序措置の裁判）による裁判に対する即時抗告の可能性に関する教示、およびZPO387条3項による証言拒絶についての中間の争いにおける中間判決に対する即時抗告の可能性に関する教示がなされ

(133) Süß, a.a.O. Jura2013, S.1210.

(134) BT-Drs. 17/10490, S.13.

(135) Hartmann, a.a.O. MDR2013, S.63.

(136) Hartmann, a.a.O. MDR2013, S.63.

(137) Hartmann, a.a.O. MDR2013, S.63.

(138) Süß, a.a.O. Jura2013, S.1210; Hk-ZPO/Saenger, a.a.O. § 232 Rn.3.

(139) Carl, a.a.O. S.210.

(140) BT-Drs. 17/10490, S.13.

る⁽¹⁴¹⁾。

ZPO387条の証言拒絶の中間判決の場合、拒絶を認めない判決については、証人に対して教示がなされる。証言拒絶を認める場合、証人を指定した当事者に対して教示がなされる⁽¹⁴²⁾。

鑑定人については、ZPO409条3項による不出頭または鑑定拒絶の場合の費用負担の裁判または秩序金の賦課の裁判に対する即時抗告の可能性に関する教示がなされる⁽¹⁴³⁾

8 強制執行手続における不服申立教示義務

強制執行手続においても、教示義務は認められる。草案理由は、以下のよう

①強制執行手続における裁判についても原則として教示義務が認められるが、執行官の行為については、紛争を裁判するという裁判所の行為は存在しないので、教示義務は生じない⁽¹⁴⁴⁾。差押えの試みおよび執行手続における催促（ZPO763条）のような外部役務である執行官の行為は、執行委任（ZPO754条）の実施に関する役務であり、教示義務は生じない⁽¹⁴⁵⁾。

②教示義務は争いある本案の裁判である裁判所の行為について行われるべきであるが、そのような裁判は、原則として、裁判所が債務者の尋問により債務者と債権者との対立する利益を考慮する場合、または執行の申立てを排斥する場合に存在する⁽¹⁴⁶⁾。決定か処分かという裁判の表示、裁判官か司法補助官かという裁判所内の職分、および差押命令か転付命令かという決定の対象は、教示の可否に関して重要ではない⁽¹⁴⁷⁾。ここで意味さ

(141) BT-Drs. 17/10490, S.13.

(142) Carl, a.a.O.S.209.

(143) BT-Drs. 17/10490, S.13.

(144) Klose, a.a.O.NJ2014, S.54 Fn.14.

(145) BT-Drs. 17/10490, S.13.

(146) Hk-ZPO/Saenger, a.a.O. § 232 Rn.13.

(147) Hk-ZPO/Saenger, a.a.O. § 232 Rn.13.

れる裁判は、ZPO793条（強制執行手続において口頭弁論を経ずにすることができる裁判）、567条（即時抗告）および司法補助官法11条2項（司法補助官の裁判に対する異議）における裁判概念と一致する⁽¹⁴⁸⁾。

③教示義務は、強制処分に先行する尋問を必要とする場合に認められるので⁽¹⁴⁹⁾、ZPO724条以下の執行文付与、債務者の尋問なしで行われた強制競売・管理命令（強制競売および強制管理に関する法律（ZVG）15条、146条）についても教示義務は生じない⁽¹⁵⁰⁾。

差押命令と転付命令については、尋問が先行したか否かによって、教示義務の有無が決定される⁽¹⁵¹⁾。差押命令と転付命令が司法補助官によって発令され、債務者がこれに対して防御しようとする場合、裁判によってなされたときは、ZPO793条の即時抗告が可能である。裁判ではなく、他の処分がなされた場合、ZPO766条の強制執行の方法に対する異議が認められる。裁判と執行処分とは、裁判所が事実上および法律上の評価を行っているか否かによって区別される。この評価をするためには、通常、債務者の審問が前提となる。差押命令と転付命令は審問なしで発令され得る（ZPO834条）。債務者が審問された場合は、教示義務が生じ、審問がなされない場合は、教示義務は生じないことになる。後者の場合、不服申立てが許されるにもかかわらず、裁判が存在しないため、不服申立について教示される必要はないことになる。このような帰結に対しては、疑問が提起されている⁽¹⁵²⁾。

④ZPO901条による勾留命令は、尋問の有無にかかわらず教示が認められる。これは、尋問がなくても、債務者の基本権が重要であり、債務者の基本法上の地位を考慮しなければならないことに、その根拠がある⁽¹⁵³⁾。

(148)BT-Drs. 17/10490, S.13f.

(149)執行処分の場合、教示義務は生じない（Klose, a.a.O.NJ2014, S.53.）。裁判と執行処分との区別が重要となる（Süß, a.a.O.Jura2013, S.1210.）。

(150)BT-Drs. 17/10490, S.14.

(151)BT-Drs. 17/10490, S.14; Hk-ZPO/Saenger, a.a.O. § 232 Rn.14.

(152)Vgl. Süß, a.a.O.Jura2013, S. 1210.

(153)BT-Drs. 17/10490, S.14.

⑤ZPO771条の第三者異議の訴え, 805条の優先弁済の訴え, 767条の請求異議の訴え, 731条の執行文付与の訴え, 768条の執行文に対する異議の訴え, および765 a条の過酷執行保護を求める申立てには, 教示義務は認められない⁽¹⁵⁴⁾。もっとも, これらの申立てについての裁判に対する不服申立ては, 教示される必要があろう⁽¹⁵⁵⁾。

⑥ZVG95条以下の競落に関する抗告に関しても, 教示義務が認められる⁽¹⁵⁶⁾。

9 不服申立教示義務違反の効果

9-1 原状回復

(1) 不服申立に関する教示がなされなかったり, 誤った教示がなされた場合であっても, 裁判は無効とならないし⁽¹⁵⁷⁾, 上訴期間の進行にも影響を及ぼさない⁽¹⁵⁸⁾。不服申立教示が行われない場合や⁽¹⁵⁹⁾, 誤って行われた場合⁽¹⁶⁰⁾の救済策として, 上訴期間の進行を一定期間延ばす方法⁽¹⁶¹⁾, すなわち形式的確定力の発生を適法な不服申立教示に依存させる方法と, 原

(154)BT-Drs. 17/10490, S.14.

(155)Carl, a.a.O.S.204ff.

(156)BT-Drs. 17/10490, S.14.

(157)Süß, a.a.O.Jura2013, S.1206.

(158)Huber, a.a.O.Jus2014, S.973; Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, a.a.O. § 232 Rn.8.

(159)教示が行われないことには, 判決理由中や教示の添付書に認識可能な裁判所の表明が全く存在しない場合, あまりに少ない用語の表明の場合, および理解不能な表現がなされている場合が含まれる (Vgl. Hartmann, a.a.O.MDR2013, S.64.)。

(160)誤った教示には, 不正確な上訴の表示, 上訴可能性についての誤った評価, 不正確な不服額の表示, 誤った期間の表示が, 含まれる (Vgl. Carl,a.a.O.S.227.)。また, 誤った教示といえるためには, 不正確または不完全な表現が些細な付随的な観点を超えている必要がある。コンマの欠如の場合や, 不服申立てについて明らかな誤りであり, 特別の知識がなくとも当事者が正確かつ完全な中心の内容を認識できる場合は, 誤った教示には含まれない (Vgl. Hartmann, a.a.O.MDR2013, S.64; Hölsch, a.a.O.NJW2013, S.971.)。

(161)例えば, 労働裁判所法9条5項は, 「教示が行われず又は誤って行われたときは, 上訴の提起は裁判の送達から1年以内にのみ許される。ただし, 1年の期間の経過前に不可抗力により提起ができなかったとき又は上訴することができない旨の教示をしていたときは, この限りでない。」と規定している。

状回復を認める方法⁽¹⁶²⁾がある⁽¹⁶³⁾。ZPO233条は、原状回復の方法を選択した。教示を与えられなかった当事者や、誤った教示を与えられた当事者は、不服申立提起の期間を責任なく懈怠したものと推定される。草案理由は、この方法により、適法な教示を得られなかった当事者が不当に不服申立ての提起を困難とされることなく、できるだけ早く確定力ある手続の終結を得るという当事者の利益が顧慮されうるといふ⁽¹⁶⁴⁾。

この推定はZPO292条の法律上の推定に属するので、反対事実の証明が認められ、当事者尋問も認められる⁽¹⁶⁵⁾。法的知識を欠く当事者については、教示の欠缺によって過失のないことを証明できるといわれている⁽¹⁶⁶⁾。

立法過程においては、弁護士会は原状回復による救済方法に反対していた。弁護士会は、労働裁判所法9条5項による上訴期間開始を排除し、1年間の上訴提起の救済方法を規定すべきであると、主張していた。その理由として、①原状回復の申立てに際して当事者に不確実性が生じること、②弁護士に責任法上の危険が生じ得ることが、指摘されていた。そして、原状回復における責任の欠如の推定の代わりに、無条件の責任の排除を規定することが主張された⁽¹⁶⁷⁾。

弁護士会によるこのような反対意見に対して、シルケンは、責任の欠如についての反証できない推定や責任欠如の擬制は法の安定性を犠牲にするものであり、保護の目的を超えたものであると主張する。その理由として、弁護士によって代理されていない当事者は、ZPO236条2項第1文の

(162) 刑事訴訟法 (StPO) 35a条は原状回復の申立てを規定する。

(163) その他、裁判における手続違反の効果も認められる。ZPO 563条1項による差戻しが認められよう (Vgl. Hartmann, a.a.O.MDR2013, S.64.)。

(164) BT-Drs. 17/10490, S.14.

(165) Hartmann, a.a.O.MDR2013, S.64.; Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, a.a.O. § 233 Rn.31.

(166) Klose, a.a.O.NJ2014, S.56. 弁護士が付いている場合は、弁護士の過失は当事者に帰せられるので (ZPO85条)、当事者の責任が認められることになることが多いと思われる (Klose, a.a.O.)。弁護士に対しては、当該不服申立てに関する期間や形式について知っていることが期待されるからである。

(167) Vgl. Schilken, a.a.O.S.505.

責任欠如の挙示を行う必要はないこと、②原状回復の排除が弁護士責任に帰せられる場合、委任者に対する弁護士の責任が生じるが、この責任はZPO233条についてのその他の場合における弁護士責任と同じものであること、③原状回復に関して責任ある事情が存在しても、期間懈怠との因果関係がなければ原状回復を妨げないことを指摘する⁽¹⁶⁸⁾。そして、シルケンは、このような原状回復による救済方法は個別事件ごとの判断によることになるが、この点で、概括的解決よりも適切かつ具体的な判断を可能とすると主張する⁽¹⁶⁹⁾。

(2) カールの見解

カールも、形式的確定力の発生を停止させる方法は、法治国家上の不確実性をもたらし、社会的法治国家原理から支持できない結果を招くとして、この救済策に反対する。この救済策によると、判決の確定は1年間浮動状態に置かれることになるが、国家は、勝訴した当事者（教示の名宛人とはならない。）に対しても、配慮義務を持つのであり、当事者に「確実な」権利保護システムを提供しなければならないとする⁽¹⁷⁰⁾。

さらに、カールは、ZPO238条1項2文により、原状回復の申立てに審理・裁判を制限することができることを、原状回復による救済策の長所として指摘する。上訴が可能であるか不明である状態で本案についての弁論を強要されず、申立てが消極的に裁判された場合、上訴を取り下げる可能性が生じる。当事者は、早期の裁判を得ることができるし、訴訟費用の節減にもなるとする⁽¹⁷¹⁾。

(3) クンツの見解

クンツは、判決の確定が浮動状態に置かれることの困難を詳細に説明している。

(168) Schilken, a.a.O.S.506.

(169) Schilken, a.a.O.S.506.

(170) Carl, a.a.O.S.228f.

(171) Carl, a.a.O.S.229.

債権者が、強制執行を行うためには、確定証明が必要となるが、債権者は、まず不変期間徒過証明書を獲得しなければならない。この不変期間徒過証明は上級審の書記官の管轄であり、上級審の書記官は、その証明のために上訴が上訴期間経過前に提起されているか否かを審査する。上級審書記官の証明にもとづいて、原審書記官は、確定証明授与について判断しなければならない。

クンツは、教示義務が導入されると、教示の誤りは上訴期間の開始を停止するので、原審書記官が確定証明を授与することは、著しく困難となり、確定証明の確実性が損なわれるという⁽¹⁷²⁾。すなわち、原審書記官は、上訴教示が法律の規定に従って行われているか、上訴期間は進行しているかについて、明らかにしなければならないが、裁判官が行った教示の内容的正当性を、書記官がコントロールすることは、裁判官と書記官との機能的関係と適合しないし、書記官の事前教育からみても、書記官に過大な要求をすることになるという⁽¹⁷³⁾。したがって、書記官は、単に外観上の妥当性、例えば控訴裁判所の住所が正しく記載されているかなどを審査できるとどまり、欠陥が確定されれば、確定証明を拒絶しなければならない。これに対して、債権者は異議を提起するか(これによって更正が促される)、又は上訴教示の更正を求めることになる⁽¹⁷⁴⁾。

以上のような手続経過によって、全ての訴訟関係人の時間と労力の費消は著しいものとなり、債務者が支払能力や財産が少ない場合、時間のロスや執行の奏功を危殆に至らしめ、あるいは破綻させてしまうであろうと指摘する⁽¹⁷⁵⁾。

さらに、クンツは、内容上の誤り（上訴の誤った表示、不服の判断の誤り、訴訟関係人の不完全な教示、および付随的裁判についての教示の失念）

(172)Kunz, a.a.O.S.198.

(173)Kunz, a.a.O.S.198.

(174)Kunz, a.a.O.S.198.

(175)Kunz, a.a.O.S.198.

の場合、真の執行の危険が示されるという。すなわち、このような内容上の誤りは、書記官によって実務上確定され得ないので、実際は仮執行しか認められないにもかかわらず、確定証明が授与されることになり、債権者は確定債務名義の場合と同じように執行することになる。そうすると、債権者は本来は必要とされる担保を提供する必要がなくなり、他方、債務者は担保提供による執行を回避する、あるいは債権者に担保提供を強制する可能性を失うことになる。さらに、債務者が上訴を提起し、奏功した場合、債権者は仮執行の場合のような危険責任を負担し、債務者に全執行損害を賠償しなければならないし、債務者は原状を回復できない場合、不利益を被ることになる。例えば、動産や不動産が換価されたときは、債務者はその財産を失うことになり、無担保の債務者は、債権者が損害を賠償する財産を十分に有しない場合の危険を負担することになってしまうという⁽¹⁷⁶⁾。

(4) 国家賠償

瑕疵ある教示がなされたこと、または教示がなされないことによって当事者に損害が生じた場合、民法（BGB）839条による国家賠償請求権が認められるかが、問題となる。

教示がなされない、または上訴は不可能であるとの教示によって、当事者が上訴提起を妨げられた場合において、実際には勝訴が見込まれる上訴が可能であったときは、上訴審で認められるべき金額の損害が当事者に発生する。実際は上訴が許されないのに、上訴が可能である旨の教示がなされたため、当事者が上訴を提起したが、上訴審は控訴を不適法として却下した場合、当事者には弁護士費用の額の損害が発生する。

しかしながら、教示の裁判を行った裁判官は、BGB839条2項の裁判官特権により国家賠償は排除される。もっとも、瑕疵ある教示が刑事上罰すべき行為に該当する場合は、裁判官特権は否定される⁽¹⁷⁷⁾。

(176)Kunz, a.a.O.S.198.

(177)Carl, a.a.O.S.231.

9-2 教示の瑕疵と懈怠との因果関係

(1) 教示の瑕疵と期間の懈怠との間に因果関係のあることが要求される。したがって、教示における全ての誤りが、教示が目的とする当事者保護の効果に、影響を与えるわけではない。不服申立ての教示は、当事者が法律上の顧問がなくても自ら不服申立てが可能であるか否かを知ることができ、そして原則として不服申立てを当事者自ら提起するか否かを決定できる状態に、当事者を置くことである。適法な不服額が1500 DMであるときに、実際は4000 DMの不服額を、5000 DMと誤って評価して、控訴が可能であると教示した場合、いずれにしても控訴は可能であるので、誤った教示は当事者の控訴提起の決定に影響を及ぼさない。このような教示の誤りは考慮する必要はないといえる。他方、実際の不服額は2000 DMであるのに、裁判所が誤って1000 DMと評価し、控訴は適法性を欠くと教示した結果、当事者が控訴の提起を思いとどまった場合、この誤った教示によって、当事者の控訴提起の決定に影響を及ぼす。このような誤りは、まさしく誤った教示として救済の対象になるといえよう⁽¹⁷⁸⁾。

当事者が弁護士によって代理されることにより、不服申立てについて認識を有する場合⁽¹⁷⁹⁾、教示の助けを必要としないので、保護の必要性は少ないとされる⁽¹⁸⁰⁾。従来の判例は、弁護士が付いており、教示が明らかに誤っている場合には（弁護士はその教示を信頼してはならないから）、当事者の責任を認める傾向にあるとされている⁽¹⁸¹⁾。

もっとも、当事者が弁護士によって代理されていることのみから、教示と期間懈怠との間の因果関係が消滅するのではなく、教示の瑕疵の種類と、教示の瑕疵が弁護士の勘違いを引き起こすことが当然であるかを考慮すべ

(178) Carl, a.a.O.S.227.

(179) 弁護士が付いている場合における瑕疵ある教示と期間懈怠の因果関係に関する詳細な論文として、Ulrich, Wiedereinsetzung bei Fehlender oder fehlerhafter rechtsbehelfsbelehrung, ZZP124(2011), S.219がある。

(180) BT-Drs. 17/10490, S.14; Hölsch, a.a.O.NJW2013, S.971.

(181) Süß, a.a.O.Jura2013, S.1210; Thomas/Putzo/ Hüftge, ZPO, a.a.O. § 233 Rn.31.

きとされる⁽¹⁸²⁾。特に、弁護士が教示において通知された不服申立期間を信頼することが当然であり、当事者が通知されたその誤った期間内に不服申立てを提起した場合、弁護士によって代理された当事者には原状回復が認められるべきであるとされる⁽¹⁸³⁾。

誤った管轄裁判所を教示された場合において、管轄のない裁判所が管轄のないことを理由として書面を遅滞なく転送しないときは、弁護士は管轄を信頼するから、責任は欠いているものとされる⁽¹⁸⁴⁾。

また、瑕疵ある教示の場合、弁護士によって代理されているかということ以外に、瑕疵の種類・意義も期間懈怠との間の因果関係を判断する際に考慮されるべきとされる⁽¹⁸⁵⁾。

9-3 教示の瑕疵の治癒

教示に瑕疵がある場合、その是正が認められる⁽¹⁸⁶⁾。補充や更正は、口頭弁論を経ないで決定の形式で行われるべきである。当事者の尋問の必要性は低いからである⁽¹⁸⁷⁾。更正決定等は、当事者に送達されなければならない。当事者にZPO 234条の原状回復申立期間を留意させる必要があるからである⁽¹⁸⁸⁾。

ZPO 319条による判決の更正は、文章上の誤り、計算上の誤り、および明らかな誤りの場合に関するものであり、不服額の誤った判断やいかなる不服申立てが許されるかの問題に関する誤りの訂正については、ZPO319

(182)BT-Drs. 17/10490, S.14f.; Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, a.a.O. § 233 Rn.31; Hk-ZPO/Saenger, a.a.O. § 233 Rn.16a, 45.

(183)BT-Drs. 17/10490, S.15. 誤った期間を懈怠した場合は、責任の不存在を帰結しない(Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, a.a.O. § 233 Rn.31)。地方裁判所の判例によって、弁護士が不服申立てに関してどの程度の知識を要求されるかは、今後の重要な問題となろうといわれている(Vgl. Klose, a.a.O.NJ2014, S.57)。

(184)Thomas/Putzo/ Hüßtege, ZPO, a.a.O. § 233 Rn.31; Klose, a.a.O.NJ2014, S.56.

(185)BT-Drs. 17/10490, S.15.

(186)他の手続法においても、明文は存在しないが、是正が認められている(Vgl. Kunz, a.a.O.S.198 Fn.213; Carl, a.a.O.S.231.)。

(187)Carl, a.a.O.S.232.

(188)Carl, a.a.O.S.233.

条から直接根拠づけることはできない。ZPO319条の拡張解釈によるべきである⁽¹⁸⁹⁾。

教示の誤りの更正決定は原状回復申立期間に影響する。更正決定には、原状回復申立期間が2週間である旨の教示がなされなければならない。ZPO234条1項の期間は2週間であり、非常に短いため、当事者は容易に期間を徒過してしまう虞があるからである⁽¹⁹⁰⁾。

更正決定の送達が通常の上訴期間経過後になされた場合、更正決定送達後2週間の原状回復申立期間が進行する。更正決定の送達が、通常の上訴期間経過前になされた場合、法治国家原則上当事者の利益を優先するべきであるから、更正決定は通常の上訴期間に影響しないと解される。ただし、通常の上訴期間が経過した後に、更正決定による原状回復申立ての期間が終了する場合、更正決定の期間が優先することになる⁽¹⁹¹⁾。

10 結 語

以上、ドイツ民事訴訟法における不服申立教示制度を概観したが、右制度を我が国へ導入すべきか否かを検討するためには、①弁護士が委任されていない手続（当事者）に裁判所の教示を限定する規律と、弁護士に代理されている手続（当事者）においても裁判所の教示を認める規律のいずれが妥当であるか、②教示義務違反の効果（原状回復を認めること）と弁護士代理との関係をどのように考えるかという問題を明らかにすべきとの結果に至った。

(189) Carl, a.a.O.S.233.

(190) Carl, a.a.O.S.234.

(191) Vgl. Carl, a.a.O.S.234.