

民事上告審手続

—ドイツの通常民事事件の場合—

遠 藤 功

目 次

- 1 上告の許容性
- 2 許可上告制
- 3 上告許可の口頭弁論前審査
- 4 上告審の弁論
- 5 上告裁判所の職権審査
- 6 その他の手続
- 7 上告裁判所の判決
- 8 附带上告
- 9 飛越上告の許可要件
- 10 上告審における欠席判決
- 11 判例統一の確保のための調整
- 12 法律違反

1 上告の許容性

上告は第3審として、控訴審の終局判決の法律違反に対して認められている (§ 542 Abs. 1 ZPO)¹。ただし、仮差押・仮処分の判決、公用徴収手続・

¹ 本稿は、各国の民事上告手続についての比較考察の一環として、ドイツの場合を下記の教科書群を読むことから出発した。Adolphsen, *Zivilprozessrecht* 4. Aufl. 2014, Blomeyer, *Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren* 2. Aufl. 1985, Braun, *Zivilprozessrecht* 2014, Grunsky・Jacoby, *Zivilprozessrecht* 14. Aufl. 2014, Jauernig/Hess, *Zivilprozessrecht* 30. Aufl. 2011, Lüke, *Zivilprozessrecht* 10. Aufl. 2011, Paulus, *Zivilprozessrecht*, 4. Aufl. 2010, Pohlmann, *Zivilprozessrecht* 3. Aufl. 2014, Rosen-

換地手続での事前の占有権の譲渡についての判決に対しては上告は許可されない (§ 542 Abs. 1 ZPO)。第1審の終局判決で許可なく控訴できるものに対しては申立てに基づいて相手方の同意があり上告裁判所が認めるときは、控訴審を飛び越して Sprungrevision・飛越上告が許される (§ 566 ZPO)。

控訴は第1審の終局判決に対してすることができる (§ 511 Abs. 1 ZPO)。Amtsgericht (以下, AG) が第1審となる場合その終局判決に対する控訴は Landgericht に, Landgericht (以下, LG) が第1審となる場合その終局判決に対する控訴は Oberlandesgericht (以下, OLG) にする (§ 72, § 119 GVG)。AG の判決に対する OLG の控訴審管轄は2009年9月1日以来消滅している² (FGG-Reformgesetz vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, Geändert durch Art. 22 Gesetz zur Strukturform des Versorgungsgleichs v. 3. 4. 2009 (BGBl. I S. 700) Art. 111 Übergangsvorschrift)。

上告裁判所は Bundesgerichtshof (以下, BGH) である (§ 133 GVG)。2011年に, 上告は4761件を数える。³

berg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht 17. Aufl. 2010, Schellhammer, Zivilprozess 13. Aufl. 2010, Schilken, Zivilprozessrecht 7. Aufl. 2014, Zeiss/Schreiber, Zivilprozessrecht 12. Aufl. 2014 : 2002年のZPO-Reformについては, Hannich・Meyer-Seitz・Engers ZPO-Reform Einführung-Texte-Materialien 2002; Dieselben, Das Neue Zivilprozessrecht Synoptische Textaufgabe mit einer Einführung 2002; Hannich/Meyer-Seitz ZPO-Reform 2002 Mit Zustellungsreformgesetz 2002, Rimmelspacher (Hrsg), Zivilprozessreform 2002; Deutscher Juristentag, Verhandlung des 63. Deutschen Juristentages Leipzig 2000 Bd. II/1 Teil P Aktuelles Forum Justizreform Eckpunkte einer Justizreform SS. p7-p78, 2000; Ders. Bd. II/2 SS. p84-p161, 2000 を参照した。63回ドイツ法律家会議 DJT に当時司法大臣顧問のGottwald教授が引率してくれた。DJT について, 鈴木正裕『近代民事訴訟法史・ドイツ 2011年』147頁以下が詳しい。なお, ZPO 条文の日本語訳は, 齋藤常三郎/中田淳一『現代外国語法典業書(10)独逸民事訴訟法〔I〕1965』, 齋藤/小野木常/中野貞一郎『同〔II〕1955』; 法務大臣官房司法法制部編・春日偉知郎/三上威彦訳『ドイツ民事訴訟法典—2011年12月22日現在—2012』を参照した。

² Adolphsen, Zivilprozessrecht 4. Aufl. 2014 § 30 Rn. 7, S. 278.

³ Adolphsen, ib. § 31 Rn. 1, S. 289.

2 許可上告制

上告は、飛越上告を別にすれば、控訴裁判所が判決において許可したとき、または上告裁判所が控訴裁判所の上告不許可に対する異議申立て (§ 544 ZPO) に基づいて許可したとき、のいずれかの場合にかぎり許される (§ 543 Abs. 1 ZPO)。上告が許可される場合は、①法律問題が基本的意義を有するとき (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO)、②法の継続的形成または統一的な判例の確保のために上告裁判所の裁判を必要とするとき、である (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO)。上告裁判所は控訴裁判所による上告許可に拘束される (§ 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO)。

3 上告許可の口頭弁論前審査

上告裁判所は、上告を介して口頭弁論が始まるまえに、職権で上告の許可に対して疑念があるかどうか、審査する (§ 552 Abs. 1 ZPO)。すなわち、上告裁判所は上告に関して、上告それ自体の許容性、法定の方式・期間の遵守および上告理由の提出について審査し、その1つでも欠くときは上告を不適法として却下しなければならない。その裁判は通常、口頭弁論を経ないで決定で言い渡す (vgl. §§ 552 Abs. 2; 552a ZPO)。この口頭弁論前審査で上告許可が肯定される時、または例外的に許可の審査に口頭弁論の審理が必要であるときは、裁判長は遅滞なく上告審の口頭弁論の期日を指定する (§§ 553; 216 Abs. 2 ZPO)。

4 上告審の弁論

(1) 弁論の対象

上告裁判所にとって訴訟における法律上の争い(争訟)は、当事者によって提出された申立ての範囲 (§ 557 ZPO) において裁判することになる。

訴えの変更、訴えの申立・請求の拡張または反訴の方法による新しい請求は、§§ 302 Abs. 4 Satz 3; 600 Abs. 2; 717 Abs. 2 und Abs. 3 ZPOの場合以外は原則として不適法である (⇒ 4 (3) e)。訴えの変更は、単に以前の申立て

を修正するとき、または訴えの変更もしくは訴えの申立・請求の拡張の基礎を成している事実がすでに事実審において確定されているときは、許される⁴。

(2) 上告審の訴訟資料

新しい攻撃および防御の方法（の提出）は遮断され顧慮されない。上告裁判所の事実関係に関する裁判のための事実資料は、事実審裁判所において最終的であつてかつ上告裁判所にとって規準となる形態（全体を個々の要素の寄せ集めとしてではなく、機能的構造をもった統一体としてとらえた場合の形態）を成している。そういうわけで、事実に関する主張、証拠の申出、証拠抗弁が顧慮されるのは、上告を申し立てられた判決および§ 557 Abs. 2 ZPO によって上告裁判所の審理の対象となる先行裁判から、事実に関する主張等が具体的に関連する準備書面、訴訟記録や口頭弁論調書の記載を通じて明らかな場合に限られる（§ 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO）。それ以外では、手続法違反の責問においてその瑕疵を明らかにする事実のみが斟酌される（§ 559 Abs. 1 Satz 2 ZPO）。その結果、たとえば消滅時効の抗弁（BGHZ 1 卷 239頁=NJW 1951年557頁）または相続の責任の限縮の抗弁（BGH NJW 1962年1250頁）は上告審において提出することができない。また、§ 1566 Abs. 1 BGB の1年の期間の経過も控訴裁判所における最終口頭弁論後にはもはや顧慮されない（BGH NJW 1979年105頁）。

手続に関する責問、裁判にとって欠くことのできない攻撃防御方法の提出の不顧慮による§ 286 ZPO（自由心証）の違反の責問または§ 313 Abs. 2 ZPO（法律要件事実の判決への記載）の違反の責問に基づいて、欠陥のある取扱いによって棚上げされたままになっている訴訟資料は上告裁判所によって顧慮されるべきである⁵。

⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht 17. Aufl., 2010 S. 838f.

⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., S. 839, Ball. Festschrift für Geiß, SS. 3, 16ff., Stein/Jonas/Jacobs, Kommentar zur ZPO 22. Aufl. Bd. 6 § 559 Rn 3ff. (S. 659 ff.) 2013.

(3) 新しい提出が例外的に許される場合

a) これには、手続に関する責問を理由づける事実 (§§ 559 Abs. 1 Satz 2; 551 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO) が該当し、控訴の許可にとって重要でありうる事実も含まれる⁶。控訴裁判所の法律要件に関する誤りは、§ 320 ZPO の法律要件事実の更正手続においてのみ誤りを正しうるものであり（なお、脱漏があった場合の判決の補充に関する§ 321 ZPO 参照）、訴訟上の手続に関する責問をもって攻撃されるものではない。

b) 事後の、たとえば控訴審判決後の法律改正により、事実が重要であるときは、§ 559 Abs. 2 ZPO の控訴裁判所の事実確定の拘束にもかかわらず、上告裁判所によってその事実は顧慮される。

c) 事実が上告の許可または上告審の訴訟経過に関係するとき、たとえば欠席判決に対する故障申立ての許可もしくは不許可の主張または訴訟費用の不足する担保の現在発生した抗弁に役立つ事実。その他の例には、訴訟上の和解、請求放棄者の訴訟能力または行為能力 (RG Warn (eyers Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband) 1938年113頁)、上告期間または上告理由書提出期間の懈怠に対する再指定（開始）申立て、§§ 239 ZPO 以下の規定による手続の中断・中止をもたらした出来事 (BGHZ 104巻215頁＝NJW 1988年3092頁) や、あるいは手続の中止を正当化すべき事実、抗告対象の価額の疎明に関して提出される事実等がある。

d) 事実が訴訟要件の欠缺または発生主張に役に立つとき。破産管財人の訴訟担当資格の取得と喪失はこの場合に該当する (BGH MDR 1981年1012頁, BGH WM 2001年971頁, 972頁)。二重の意味を持つ事実はその実

⁶ Peter Gottwald, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, 1975, S. 245ff., 306ff., Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., S. 839ff., Stein/Jonas/Jacobs, ib. § 559 Rn 16ff. (s. 663ff.), Münchner Kommentar (以下, MüKo)/Krüger ZPO 4. Aufl. Bd. 2 § 559 Rn 24ff. (S. 637ff.), 2012., Gehrlein/Prütting, ZPO Kommentar 6. Aufl. § 559 Rn 6ff. (S. 1500f.) 2014, Musielak/Ball Kommentar zur ZPO 10. Aufl. § 559 Rn 8, 2013, Baumbach/Lauterbach/Albers/(以下, B/L/A/) Hartmann, ZPO 71. Aufl. § 559 Rn 7ff. (S. 1835ff.) 2013. なお、本文 b) ～ i) についても注 6 の Kommentar の同所を参照。

体法上の効果も顧慮されるべきである。

e) 事実が、はじめて上告審で提出されたが、§ 302 Abs. 4 ZPO (相殺の留保判決に基づく執行等による損害賠償義務)、§ 600 Abs. 2 ZPO (証書訴訟および手形訴訟における留保判決後の事後手続、前掲§ 302 Abs. 4 ZPO の準用)、§ 717 Abs. 2,3 ZPO (仮執行宣言付判決の取消し・変更による損害賠償・不当利得返還義務) に基づく損害賠償請求または不当利得返還請求に役立つかぎり、その提出が顧慮される。

f) 係争中の事件において再審事由の主張に必要な事実であるとき、これには§ 580 Nr. 1-8 ZPO・原状回復の訴えの原因に関する事実を主張する場合が該当する。多くは、訴訟経済に資するが、有利な書証の発見・利用可能に関する§ 580 Nr. 7 b ZPO の規定は訴訟経済だけが目的ではない⁷。

g) 事実審の最終口頭弁論終結時までに起きた争いのない事実について公開の確定の脱落があり、かつその事実を斟酌することが終局的本案判決のために有用であるとき⁸。

h) 事実審の最終口頭弁論終結時以後に発生した公知のまたは争いのない事実の顧慮が終局的な紛争の解決に有効であるとき。とりわけ、時間の経過 (BGH LM Nr. 1 zu § 240 BGB 参照)、それに属するものとしては、新しい解釈を先取りする裁判所の裁判 (BGH MDR 1985年394頁; BGH WM 1985年263頁)、存在と内容に争いのない行政行為 (Mattern, JZ 1963年652頁以下参照)、(予定より早く) 定年退職者の身分に入ること (BGH NJW 2002年220頁)、特許権の変更 (BGH NJW 1988年210頁)、または国籍の授与 (BGH NJW 1977年498頁, BGHZ 53巻128頁, 132頁=NJW 1970年1007頁) 等がある。

なお、g) と h) の場合、事実の提出が許されるかは議論がある (BGH KTS 1986年731, 734頁—死亡による当事者の交替と実体法上の効果)。しかし、§ 559 ZPO の事実提出の制限の意義は、上告審裁判官の義務がすでに

⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., § 144 Rn 12, S. 840.

⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., § 144 Rn 13, S. 840.

終了した事実関係の評価のみに存し、事実上の解明が上告審裁判官の仕事であるべきでないことの中に見出すことに存することを考慮すると、既述の事実は提出が許され、上告裁判所によって顧慮されると解すべきである⁹。

新しい、争いのないまたは公知の事実の提出についても、この場合当然のことだが、一般的抽象的にはなんの仕事も要らないので許可される。すなわち、事実関係の解明の必要がなく、提出肯定説の上告審裁判官の労力を省く見地は矛盾しない。なぜなら、争いのない事実と公知の事実は証明を必要としないからである。もちろん、証明の不必要性が欠落するときは、上述したこととは同調しない。すなわち、相手方が事後的に争うときまたは自白を撤回したときは、別の考慮が必要となる¹⁰。

i) 事実審理の終了後に新しい形成原因が発生し、その提出を許さないと上告裁判所による斟酌の可能性がないとき¹¹、である。

(4) 控訴裁判所の事実認定の制限的事後審査 (§ 559 Abs. 1 ZPO) および控訴裁判所の事実確定の上告裁判所への拘束 (§ 559 Abs. 2 ZPO)

a) 事実に関して、上告裁判所の審理の対象となるのは、控訴裁判所の判決または口頭弁論調書から明らかな当事者の主張等当事者が裁判所に提出した事実のみに限られ、そのほかには§ 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 b ZPO に掲げる事実（上告理由が手続に関する法律違反であるとき、その瑕疵を明らかにする事実）のみを斟酌することができる (§ 559 Abs. 1 ZPO)。[職権調査⇒ 5]

b) 控訴を申し立てられている判決において、ある事実に関する主張が真実である、または真実でないとして確定したとき、またはその事実主張について自白があり、争われていず、または公知の事実であるので、証明不要であったと確定したとき、この確定は以下の場合を除いて、上告裁判所を拘束する

⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., § 144 Rn 15, S. 840.

¹⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., § 144 Rn 15, S. 840f.

¹¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., § 144 Rn 16, S. 841.

(§ 559 Abs. 1 ZPO)。拘束が除外されるのは、その確定に関して§ 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 b ZPO (前述 (a) 参照)、§ 554 Abs. 3 ZPO (附帯上告への§ 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 b ZPO の準用) および§ 557 Abs. 3 Satz 2 ZPO (職権で顧慮すべきでない手続上の瑕疵に関する§ 551 と§ 554 による責問) に基づく適法かつ理由のある上告による手続上の責問として攻撃方法が提出されたときである (§ 559 Abs. 2 ZPO)。また、手続上の瑕疵 (欠陥) を職権をもって顧慮すべきときも、拘束力は生じない¹²。

c) 事実確定の手続上の瑕疵による責問の成功と拘束力の消滅

下級裁判所が異なる評価に導く主張を顧慮しなかったり、証拠または反証を調査・確認しなかったり、証拠評価の際に不適当な経験則を適用したり、事実の確定を不完全な検討 (吟味) に基づいて組み立てたり、または当事者の陳述の内容が弁論調書にも、その原審判決にも、その判決において引き合いにだされた手控えにも再現されていないなかったり (BGH FamRZ 1963年557頁)、または法律要件を欠いたり (BAGE 114巻272頁, (Rz. 17) =NZA 2005年884頁)、またはそれ自体矛盾したり (BGH NJW 2000年3007頁; BAG APA Nr. 38 zu § 1 TVG)、提出されていない事実を認定したり (BGH NJW—RR 1993年464頁, 465頁)、提出された書類を全く評価しないかまたは評価しても欠陥があったり (BGH, NJW 1994年801頁, 802頁; NJW 1994年2899頁)、ある事実を公知の事実と誤って判断したりする等の場合が該当する¹³。

5 上告裁判所の職権審査

(1) 上告裁判所は正確な実体法の適用に関して完全に自由に再審査する (§ 557 Abs. 3 Satz 1 ZPO; BAG AP Nr. 38 zu § 1 TVG)。手続上の瑕疵については、職権で顧慮すべきでないものであればその瑕疵が§ 551 ZPO お

¹² Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., § 144 Rn 17, S. 841.

¹³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., § 144 Rn 18, S. 841.; Münchner Kommentar/Krüger 4. Aufl. 2. Bd., Rn. 13 (S. 634f.) 2012.

よび§ 554 Abs. 3 ZPOにより責問された場合にかぎり、不服申立てのあった判決を審査することができる (§ 557 Abs. 3 Satz 2 ZPO)。

(2) その間に、上告裁判所が上告の責問がなくとも顧慮する、職権で調査しなくてはならない手続上の瑕疵がある。これには、訴訟要件の欠缺のように、手続を全体として不適法なものとする欠陥が含まれる。その際には、上告裁判所は、すべての事実提出を顧慮する必要がある。上告裁判所がそれゆえ、責問なしでも顧慮すべきは次の事項である。ドイツ国の裁判権 (BGH NJW 1961年116頁, BAG JR 2001年439頁), 国際裁判管轄 (BGHZ 134巻201頁; BGH NJW 1995年1758頁), 当事者能力 (RGZ 86巻63頁; RAG 2巻92頁), 訴訟能力 (BGHZ 86巻184頁=NJW 1983年996/97頁; BAG AP Nr. 5 zu § 56 ZPO), 訴訟追行権 (BGH MDR 2008年1183, 1184頁; BGHZ 100巻217, 219頁; BGHZ MDR 1994年1205頁), 訴え申立ての特定 (BGH NJW 1984年1807/09頁), ほかの裁判方法・系列での訴訟係属の存在 (BGH NJW-RR 1987年683/84頁), または既判力障害の存在 (BGH NJW 1989年2133/34頁, BGHZ 53巻332頁) 等がある。

(3) 上告裁判所は、控訴裁判所からその権利 (資格) を奪い、職権で、次のような、今後の手続および本案において言い渡される判決の基礎についての瑕疵も審査する¹⁴。

手続に関する責問が申し立てられていないのに、BGHが顧慮・斟酌した例としては次のものがある。

① 控訴が適法であったか (BGHZ 102巻37, 38頁=NJW 1988年268頁; BGH NJW 1992年512頁)。②控訴裁判所判決の法律要件が欠けていたので、理解可能であったか、§ 313Abs. 2 ZPOの法律要件事実の記載方法に合致していたか (BGHZ 40巻84頁=NJW 1963年2070頁; BAG NJW 1971年214

¹⁴ Gottwald, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, 1975, S. 142ff., Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib. S. 841f., Müchener Kommentar/Krüger, ib. § 557 Rn. 22ff. (S. 626ff.), Stein/Jonas/Jacobs, ib., Rn. 24ff. (S. 652ff.). なお、職権調査の範囲を狭く解する見解は、H. Schneider, Festschrift für Schima, 1969, S. 367.

頁)。③控訴裁判所の判決が次のような事由で訴訟法上不適法であった場合。その事由として、(7)§ 308 ZPO (申立事項の拘束力) 違反 (BGH LM Nr. 7 zu § 308 ZPO ; BAG 1971年1332頁), (i)§ 563 Abs. 2 ZPO (破毀差戻判決の拘束力) に違反したこと (BGHZ 3 巻324頁=NJW 1952年259頁), (ii)欠席判決に対する故障申立 (§§ 338 ZPO ff.) が不適法であったこと (BGH NJW 1976年1940頁), (iii)控訴判決が矛盾だらけなものとして無効であったこと (BGHZ 5 巻246頁=NJW 1952年818頁) 等があげられる。④多数の請求権からの一部金額の請求に際して訴えによる要求が数字上の分配によらず、またはある請求権を主たる請求権、他の残りを副次的請求権と呼称して特定の順番において、明示したこと (BHZ NJW 1954年757頁), また、特定した引換給付についての判決が有効であったこと (BGHZ 45巻287頁=NJW 1966年1755頁)。⑤そのほか、職権で審査しなければならないのは、不適法に言い渡された原因判決 (§ 304 ZPO) または一部判決 (§ 301 ZPO) についてである (前者の例として, BGH NJW 2000年1498/99頁, 1572頁, 後者の例として BGH NJW 2003年2380頁参照)。さらに、思考・論理法則、一般の経験則および上告裁判所に知られている事実違反する確定 (認)、明白に遺漏のある事実評価も職権で顧慮される (BGHZ 106巻101頁=NJW 1989年1804/05頁)¹⁵。

6 その他の手続

原則として、上告審のその他の手続については、第3編上訴第2章上告の規定と異なる定めがない限り、第1審においてLG・地方裁判所の手続に適用される規定を準用する (§ 555 Abs. 1 Satz 1 ZPO)。2, 3の例外があり、上告審では、和解弁論は必要としない (§ 555 Abs. 1 Satz 2 ZPO) し、単独裁判官の前での手続はとられない (§ 555 Abs. 2 ZPO)。第1審手続が準用される結果、口頭弁論が開かれる (§ 128 Abs. 1 ZPO)。口頭弁論を経るこ

¹⁵ Gottwald, ib., S. 142ff. 173ff., Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., S. 842.

とを不要とする両当事者の同意による、口頭弁論を経過しない裁判 (§ 128 Abs. 2 ZPO) は上告審においても行われる¹⁶。訴訟要件は職権で調査される。欠席判決および記録の状態による裁判 (§ 251a, § 331a ZPO) は状況に応じて、可能である (§ 555 ZPO)¹⁷。手続に関する責問の理由となる新しい争いのある事実が顧慮に値し納得すべきであるかぎり、例外的に証拠調べが開始される。ある民事小法廷が従来裁判と法解釈を変更することを欲し、その裁判をした法廷に変更について質問したところ、回答が従来の見解を維持すると表明するときは、統一的な裁判の確保のため、事件は民事大法廷または連合大法廷が裁判する (§ 132 Abs. 2 Abs. 3 GVG)。

7 上告裁判所の判決

(1) 上告の適法性に関する裁判

上告(附带上告)は、上告が本来許されなかったり、または法定の形式や期間に適合して申し立てられなかったり、または上告の理由が付されていなかったりしたときは、不適法として却下される (§ 552 Abs. 1 ZPO)。その裁判は決定によって言い渡すことができる (§ 552 Abs. 2 ZPO)。また、口頭弁論に基づいて、弁論期日に被上告人のみが出席したときでも、判決で言い渡すことができる (BGH MDR 1961年311頁)。

(2) 上告の理由具備に関する裁判

(a) 理由不備としての上告棄却

上告が適法であるときは、上告は理由具備性について審査される。事実に基づいた審査の結果、上告の理由がないということになれば、上告は、次のような終局判決によって棄却される。上告は理由がない、①上告は単に元に

¹⁶ Stein/Jonas/Leipold, Kommentar zur ZPO 22. Aufl. 3 Bd. § 128 Rn. 55 S. 136, Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., S. 842; Prütting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 6. Aufl., 2014 § 128 Rn. 15 (S. 592), B/L/A/Hartmann, ZPO, 73. Aufl. 2015, § 128 Rn. 16.

¹⁷ Grunsky · Jacoby, ib. S. 228, Lüke, ib. S. 396, Schilken, ib., Rn. 964 (S. 441), Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., S. 846f.

戻せない法律違反のみに基づいている。または、②責問された法律違反が無い。その際、上告裁判所が手続上の瑕疵の責問を確かではなく、疑う余地のないものではないと判断するときは、その範囲において裁判は理由づけを必要としない。ただし、§ 547 ZPO（絶対的上告理由）による責問については、別である（§ 564 ZPO）。または、③上告を申し立てられた判決が法律違反に基づいていない。または、④上告を申し立てられた判決が他の原因から裁判自体は正当と判断するときも棄却される。この場合、改良的裁判（取り消し差し戻し）と § 563 Abs. 3 ZPO（本案の自判）の後退の問題となる¹⁸。

(b) 理由を具備する上告の場合の裁判

上告に理由があるかぎり、上告を申し立てられた判決と欠陥のある手続が上告に巻き込まれた中間裁判を含めて（§ 318 ZPO）取り消される（階層構造の頂点に位置する裁判所による判決の破毀の裁判手続；§ 562 ZPO）。そして通常、控訴とは反対に上告裁判所は事件を原状回復的な訴訟についての改良的裁判の言渡しのために差し戻す。例外的に、原判決の取消し・破毀が確定された事実法律を適用する際の法律違反のみを理由とし、かつ確定事実による本案の裁判機熟に達している場合は、上告裁判所が改良的裁判（取消し・破毀自判）をしなければならない（§ 563 Abs. 3 ZPO）。この場合でも、本案の裁判について § 545 ZPO により上告理由とできない法律適用の違反が問題とされるときは、控訴裁判所に差し戻すことができる（§ 563 Abs. 4 ZPO）。訴えの主たる申立てに対する上告が認容されるならば、補助的申立てに関する判決も同時に職権で取り消さねばならない（BGHZ 146巻 298頁309頁＝NJW 2001年1127頁）。

i) 差し戻し

上告裁判所は取消し・破毀の対象となる判決を言い渡した控訴裁判所その

¹⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., S. 843f., Musielak/Ball, ZPO 10. Aufl. § 561 Rn. 1ff. 2013, Stein/Jonas/Jacobs, ib., § 561 Rn 2f. (S. 678f.), MüKo/Krüger, ib., § 561 Rn. 3 (S. 642), Prütting/Gehrlein, ib., § 561 Rn. 1ff. (1503f.), Zöller/Heßler ZPO 30. Aufl. 2014 § 561 Rn. 3.

ものまたは控訴裁判所の別の部・合議体に事件を差し戻す (§ 563 Abs. 1 ZPO)。§ 538 Abs. 2 ZPO (控訴審の第1審への差戻し) の法律要件が第1審判決と控訴審判決についても充足される場合は、上告裁判所は第1審裁判所に差し戻す (BGHZ 101巻134頁=NJW 1987年2588/90頁; BGHZ 90巻331頁=NJW 1984年2223頁)。§ 538 ZPO に従えば、いくつかの請求のうち1つの請求を第1審の Landgericht へ、他の請求を控訴裁判所へ差し戻すことは訴訟経済上の理由からも好ましいことでなく、また、異なる審級への差戻しを避けるためにも、訴訟の全範囲において § 538 Abs. 1 ZPO (控訴認容の場合の控訴裁判所の自判の原則) を類推適用して控訴裁判所に差し戻すことになる (BGH NJW 1955年546頁)。

控訴審の Oberlandesgericht にただちに差し戻したとすると、現在適用している審理規程によれば、事件は OLG の裁判担当資格があり第1回到裁判を担当した部ではない他の部であるところの民事部の1つに配分される。これに対して、特定の部への移送は審理規程の変更には属しない (BGH NJW-RR 1989年826頁)。不服を申し立てられ破毀・取り消された裁判に関与した合議体・部を構成する裁判官たちは新しい弁論と裁判への関与から除斥されない (BVerwG NJW 1975年1241頁)。

一部判決の取消し (破毀) に際して控訴裁判所の特定の合議体・部は、まだ完了しないで控訴裁判所に係属している訴訟の残部について裁判しなければならない (RGZ 152巻262頁)。上述したことは、多数の共同訴訟人に言い渡された第1審の判決に対する控訴そのものにも当てはまり、控訴裁判所が多数の共同訴訟人の1人に対して一部判決を言い渡し、その一部判決が上告裁判所で破毀・取り消された場合にも、控訴裁判所は係属している残部について裁判しなければならない¹⁹ (BGH LM Nr. zu § 765 BGB)。

¹⁹ 以上, Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., S. 842, B/L/A/Hartmann, ib., Rn 1-6, Musielak/Ball, ib., § 563 Rn. 2, 3, 5, 8, 29, Muko/Krüger, ib., § 563 Rn. 3, 6 (S. 646f.), Prütting/Gehrlein/Ackermann, ib., § 563 Rn 1-5, 14 (SS 1505, 1507), Stein/Jonas/Jacobs, ib., § 563 Rn 2-8 (S. 684ff.) Wiczorek/Schütze/Prütting, ZPO 3. Aufl. § 563 Rn. 1-7 (S. 181ff.) 2005, Zöller/Heßler, ib., § 563 Rn. 2.

ii) 本案の自判

上告裁判所自身による改良的裁判・自判 (§ 563 Abs. 3 ZPO) がなされるのは(更なる弁論を必要としない場合等, 判決機熟のとき等であるが, 状況によっては単に請求の原因についての先行裁判に関する § 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO の適(準)用においてもなされる), 事件が確定された事実関係に基づいて上告裁判所の法の見解・解釈に従ってまたは他の理由により判決をするのに熟したときである²⁰ (BGH NJW 1990年2813/14頁参照)。なお, 控訴裁判所は原判決を取り消す場合, 自判を原則とし, 一定の場合に差戻しを認めている (§ 538 Abs. 1, Abs. 2 ZPO)。

意思表示の解釈に不服の上告責問に対しては, 上告裁判所は自ら解釈を示す (BGH NJW 1991年1180頁)。包摂判断に瑕疵があるならば, 上告裁判所は確実な包摂の契機・連結点となる事実(きっかけとなる事実)を自ら確定することができる (BGHZ 122巻308頁, 316頁=NJW 1993年2178/79頁)。上告裁判所は, 次の場合も自判できる。訴えが訴訟手続上の原因から, とりわけ訴訟要件の欠缺から却下されるとき, または控訴裁判所や審級裁判所の欠席判決に対する故障申立てが不適法として却下されねばならないとき, または実体法の適用にとってもはや事実の確定が可能ではあるが必要でなく, 事実審での弁論がそのため余計なものとなるとき, である (BGHZ 65巻107頁以下, 112頁; BGH NJW 1988年2878/79頁; NJW 1991年1822/23頁; BGHZ 141巻79頁=NJW-RR 1999年1259頁)。この範囲では上告裁判所は例外的に新しい提出を顧慮でき, 経験則を介して, 事実に関して控訴裁判所が引き出さなかった推論ないし結論を引き出すことができるし, とりわけ表見証明の採用に基づいて終局的に裁判することができる (BGHZ 18巻316頁=NJW 1956年21頁; BGH VersR 1964年264頁, Blomeyer 46. DJT, 1966年52頁)²¹。

²⁰ 以上, Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., S. 844, Musielak/Ball, ib., § 563 Rn. 20, § 546 Rn. 16; Müko/Krüger, ib., § 563 Rn. 18-26 (S. 650ff.); Prütting/Gehrlein/Ackermann, § 563 Rn. 10-13 (S. 1506f.); Stein/Jonas/Jacobs, ib., § 563 Rn. 20-31 (s. 690ff.).

上告裁判所自体の本案裁判は、控訴裁判所が§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO に規定する、第1審裁判所の事実の確定について疑問を示す根拠が存在するか否か審査をしなかったときは、行われぬ (BGH NJW 2008年576頁 Rz. 27)。

また、上告裁判所の本案自判判決が不適法になるのは、控訴裁判所が不適法な一部判決を言い渡したとき (BAGE 114, 194頁=NZA 2006年1062頁)、またはそれによって訴訟上の権利が損われたとき、である。不真正の欠席判決が破毀・取り消されると、真正の欠席判決が言い渡されねばならないので、上告裁判所は訴えを却けないで、事件を差し戻さなくてはならない (BGH NJW 1986年3085頁, BAG NJW 1983年733頁)。〔⇒10〕

以上に対して、控訴裁判所が単に原判決取り消しの裁判だけをしているときは、上告裁判所の自判による本案判決は適法である (BGH NJW-RR 1991年1312/13頁)。

議論があるのは、上告裁判所自身が§ 563 Abs. 3 ZPO によって、前審が不当にも不適法として却下した訴えの正当性・請求の理由具備性について裁判することができるかについてである。これと同じ問題は、控訴裁判所が訴えを不適法として却下したが、上告裁判所が他の適法原因をあとから調査しようとする場合にも起きる (BGH NJW 1979年1306頁参照)。連邦通常裁判所 BGH は、訴えが首尾一貫しないとき、または控訴裁判所の本案判決のための確定が十分であって、両当事者がさらに裁判において確認されるべき重要な訴訟資料を提出しうることが不可能と判断されるときは、正当にも上告裁判所の自判による本案判決を適法としている²² (BGH NJW 1983年1047頁, 1049頁; BGH NJW 1989年2133/34頁; BGH NJW 1990年990/92頁; BGH NJW 1992年436頁)。控訴裁判所の本案判決が存在しないにもかかわらず、訴訟経済上の理由から上告を通じて本案に関して裁判すべき場合がある²³

²¹ Gottwald, ib. S. 125ff.; 異説: Kollhoser, AcP 165, S. 46ff., 52.

²² Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., S. 844; Rimmelspacher. Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess 207ff.; Gottwald, ib., S. 130ff.

²³ Arens, Die Befugnis des Revisionsgerichts im Zivilprozess zur Entscheidung in der Sache selbst, AcP 161, (1961) S. 193, Bettermann, ZJP Bd. 74 (1961) S. 215ff.

(BGH NJW 1978年2031頁)。その裁判は不利益変更の禁止に反しない²⁴。

(3) 差し戻しの効力

(a) 通 論

判決が破毀・取り消される (§ 562 ZPO) かぎり、通例、下級審が再び開かれる。差し戻しを受けた裁判所は審理をし、その審級に適用される規範に従って訴訟事件を裁判する (§ 563 Abs. 1 ZPO)。差し戻しの根拠は、純粋な法律統御審としての上告裁判所によっては果たされえない新しい証拠調べが通常必要となるためである²⁵。当事者は新しい事実と証拠方法を提出できるし、新しい請求を提起できる (BGH WM 1962年1117頁)。また、最初の訴訟過程において既判力をもって拒絶されていない請求部分に関して請求の趣旨申立てを拡張できる (BGH NJW 1963年444頁)。控訴裁判所は以前の審理の続行として審理し裁判する²⁶。その審理は従前の審理と一体性をもつ (RGZ 149巻160頁)。その際、上告の対象となった判決中の事実に関する従前の証拠調べは、上告裁判所によってその手続が取り消されていなければ効力を有する (§ 562 Abs. 2 ZPO)。控訴裁判所はすでに取り調べをした証拠について従前とは異なる評価をすることができる (BAG AP Nr. 10 zu § 565 ZPO a. F.・Pohle)。

²⁴ Arens, AcP 161, S. 187, Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., S. 844 ; Gottwald, ib., S. 135.; 異説あり, Schwab, ZJP Bd. 74 S. 215ff. 1961.

²⁵ Grunsky・Jacoby, Zivilprozessrecht 14. Aufl. 2014, Rn. 717 (S. 227)。

²⁶ 控訴審の歴史と理解については、佐瀬裕史「民事控訴審の構造に関する一考察——ドイツと日本における控訴審の誕生と展開を追って——(1)～(6完)」法学協会雑誌125巻(9号)1915頁;126巻(11号)2204頁,2237頁127巻(6号)739頁;127巻(12号)2037頁,2057頁;128巻(9号)2237頁;129巻(8号)1797頁参照。2002年改正による上訴に関して、片野三郎「ドイツ新民事訴訟法典(2002年)——上訴部分——」愛知大学法経論集161号1頁,2003年;勅使河原和彦「2001～2002年ドイツ民事訴訟法改正について」早稲田大学法学雑誌77巻3号207頁,2002年;同「統審制の変容?——ドイツ民法改正と近時のわが国の控訴審実務——」民訴雑誌53号118頁,2007年;同「統審制の変容——2001年ドイツ民事訴訟法改正を中心に——」民事手続法研究2号35頁,2006年。

(b) 取り消し差し戻し判決の法的性質

取消し・破毀差し戻し判決は、事実審裁判所がそれを基礎として引続きさらに訴訟の審理をし法的解釈の確定をしなければならないという要素を包含している。破毀・取り消し差し戻し判決は、のちの終局判決の要素である問題について裁判しているのであって、訴訟物自体について裁判しているのではない。破毀（取消し）差し戻し判決は、なるほど形式上は終局判決で、上告審を離脱させる。しかし、訴訟事件の手續を完了させるものではない。そのため、差し戻し判決については、実質的には、歴史上の経緯からも1924年の改正法²⁷まで可能であった個別的な独立の攻撃防御方法に関する中間判決とほぼ同じ性質を有すると解する見解が傾聴に値する²⁸。たしかに、形式的に考察するよりは、手續過程において実質的に、成功した上告責問の攻撃防御方法について判決をしたと考えることが理に適う。一方、ZPOの何回かの改正を経て、現在、破毀判決の拘束力の性質を既判力に匹敵すると解するのが時代の趨勢であると言う見解が見られる²⁹。このような見地が、日本では、破毀差し戻し判決の拘束力の法的性質について、既判力説に対して審級制度を維持するための特殊効力説が優勢であるとはいえ、日本の法解釈に影響を与える。手始めに、破棄判決の拘束力の範囲を、判例の統一と法の継続的形成が上告裁判所の課題として把握される現状に合わせる解釈である（後掲 Adolphsen 注40参照）。

²⁷ 1924年改正の経緯と内容について、Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., S. 26, 齋藤常三郎/中田淳一・注1前掲10頁以下, 佐瀬裕史・注26法協126巻11号2237頁以下。Emminger Novelle 日本語訳は、『司法省蔵版・和訳欧州各国民事訴訟法 1926 清水書店』69頁。なお、Stein/Jonas/Brehm ZPO Bd.1 vor § 1 Rn 157ff. S. 60ff. (2003)。

²⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., S. 845 ; Bötticher, MDR 1961 S. 805ff., 807ff. フルタイトルは注35参照, ; Reinicke, NJW 1967 S. 513., 最近の文献として, Madaus, Die Bindungswirkung zurückverweisender Revisionsurteile ZJP 126. Bd. Heft 3, 2013 S. 269ff., 283f. も, 実質的には中間判決と見る。ただし, 注29参照。

²⁹ Prütting/Gehrlein/Ackermann ZPO § 563 Rn. 6 (S. 1506), 確立した判例として, BGH NJW 2007年1127頁 Textziffer20 が詳細な論証をしている。BAG NJW 2009年3739頁 Tz 20 も同旨。Madaus, ib. S. 269 と Braun, ib. S. 1024 は, 差し戻し判決の拘束力の範囲は既判力の範囲に準じると考察している。

[1924年改正の概要]

Die Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13. 2. 1924 は、当時の司法大臣 Emminger によって発令された。乃ち、Emminger Novelle はドイツ国政府の1923年12月8日の授權法に基づく委任命令である。それによる民事訴訟手続の改正法の特徴は、従来の自由主義的な民事訴訟法の理解と関係を絶つことにある。ZPO の主要な根本的な改正点は、①当事者の支配権の制限と制限による裁判官の権限の拡大・強化（例、期日・期間について、224条、227条。VO 13, 14 による）、②弁論集中主義の定立（272 b 条、139条。VO 21, 22, 8 による）、③記録の現状による裁判の導入（251 a 条、331 a 条。VO 17, 18, 39 による）、④LG における単独裁判官制度の新設（348～350条。VO 43 による）、⑤AG における和解手続の導入（495 a 条。VO 56 による）、⑥控訴理由書の提出強制（519条、522 a 条。VO 70, 71, 72, 74 による）、更に⑦上級裁判所の部に配置する裁判官定数の削減 [OLG の部の場合従来の5名を3名に、RG の部・小法廷の場合従来の7名を5名に引き下げる（VO 第1目による）] が挙げられる。独立の攻撃防御方法についての中間判決は1924年改正により § 303 ZPO から除外された（VO32）。訴訟遅延の原因となること、係属している審級での集中審理が望ましいこと等の理由で廃止された。

日本の明治民事訴訟法にも同様の中間判決の規定があった（同227条）。

なお、ZPO では、現在も、請求の原因についての中間判決は上訴に関しては終局判決とみなされる（§ 304 Abs. 2 ZPO）

(c) 上告裁判所の法の見解の拘束

控訴裁判所は、§ 563 Abs. 2 ZPO によると、取消の基礎となった法的判断を、控訴裁判所の裁判の基礎としなければならない。いかなる範囲において控訴裁判所が上告裁判所の差し戻し判決に包含されている、取消の基本（礎）となる法の見解に拘束されるかについて議論がある。

i) 判例は、拘束の範囲を狭く解している。判例によれば、控訴裁判所が拘束されるのは、上告裁判所の法的判断のうち直接の取消原因・理由に該当

する法的判断にかざられる (RGZ 94巻11頁, RGZ 123巻27頁, BGHZ 3巻321頁, BGHZ 163巻223頁, 233頁=NJW 2005年3071頁; BGHZ 145巻316頁 Rz. 11=NJW-RR 2001年447頁)。拘束力は、控訴裁判所が上告裁判所の見解に対して憲法上の懸念を持つときでも、存在する (BGH NJW 2007年1127頁, 1129頁)。拘束力は、上告裁判所の法的見解が差し戻し後変更されたとき、または控訴裁判所がその不服を申し立てられた法的見解を放棄したとき、消滅する³⁰ (GmS-OGB BGHZ 60巻392頁=NJW 1973年1273頁)。控訴審判決が手続上の瑕疵により破毀されたときは、事件の事実に関する判断について上告裁判所の傍論 *obiter dicta* は何らの拘束力も有しない (BGHZ 6巻76頁=NJW 1952年873頁; OLG Hamm NJW 1988年, 496頁, 498頁)。同様に、拘束力は上告裁判所が判断のために用いた経験則や技術上の法則、控訴裁判所に提出しうる新しい事実関係や新しい請求にも及ばない³¹。もちろん、一連の裁判の拘束力はいわゆる意味連関によって上告裁判所の事件において直接的な破棄原因にとって欠かせない要件を形成する判断にも肯定される (BGH NJW 1969年661頁; BAG NJW 1961年1229頁)。したがって、控訴裁判所は上告許可の要件である事情 (事態) についての法的判断にも拘束される³² (BGHZ 22巻370頁=NJW 1957年543頁)。

ii) 判例・通説が、§ 563 Abs. 2 ZPO の拘束的判断の範囲を直接「取消し・破毀の基礎となっている判断」に限局するのに対して、拡張する見解を唱えたのは Wiczeorek であった³³。彼は、§ 563 Abs. 2 ZPO に相当する § 565 Abs. 2 ZPO a. F. の文言に関して、*die der Aufhebung zugrunde gelegt*

³⁰ Tiedtke, Die innerprozessuale Bindungswirkung von Urteilen der obersten Bundesgerichte, 1976S. 166ff.

³¹ 経験則や技術上の法則について, Musielak/Ball, ZPO Kommentar 10. Aufl. 2008, § 563 Rn. 10. 新請求等について, BGH NJW-RR 1992年611/12頁; BAG AP NR. 18 zu § 628 BGB, 以上, Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib. S. 845.

³² Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib. S. 846. 異説あり, Tiedtke, Die Bindungswirkung revisionsgerichtlicher Entscheidungen, JZ 1978, S. 626ff., 630.

³³ Wiczeorek, ZPO Großkommentar 1957 § 565 ZPO, Bem. C III b5.

ist, 即ち, 「取消し・破毀の基礎となっている」という部分を削除した破棄判決の拘束力についての解釈論を展開した。当該条文の規定は „Das Berufungsgericht hat die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung zugrunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen“ である。彼によると, 控訴裁判所は取消し・破毀差戻しをした上告裁判所の判決のすべての法の見解に拘束され, 上告責問の棄却を伴わない控訴裁判所の判決を肯定する部分にも拘束力が及ぶ。しかし, この見解は広すぎる。拘束力の範囲を定めがたい³⁴。

iii) かくして, Bötticher は次のように説く³⁵。「BGH の判例に受け継がれている RGZ 123巻27頁以下・29頁にあるケースは, 職務上の義務違反を理由とする損害賠償請求訴訟である。控訴審判決が過失と因果関係を肯定したので, 上告が提起された。上告裁判所は過失についての上告責問を理由なしとして棄却したが, 因果関係については上告責問を認容し, 控訴審判決を取り消した。通説・判例のもとで, 差し戻し審において過失を否定することが可能となったのである。新しい事実関係が確定されれば直接の取消し理由も拘束力を失うが, 事実関係が取消し判決言渡し時と変わらない場合, 上告理由についての明示的排斥判断と肯定判断の間に効力に差異を設けるのは適切でないのではないか。なぜなら, 上告裁判所が上告責問を理由がないとして棄却する裁判をする場合と, 上告裁判所が上告責問を受け容れ控訴裁判所の法的判断に同意しないで控訴裁判所の判決を取り消す場合と, 結果は異なっても同じ裁判のやり方で裁判をしているからである。上告理由の受容と拒

³⁴ Bötticher, MDR 1961 S. 805ff, 808f; Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht 14. Aufl., 1986 S. 946f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht 16. Aufl., 2004 § 144 Rn. 19; Tiedtke, Die innerprozessuale Bindungswirkung von Urteilen der obersten Bundesgerichte 1976, S. 87ff., ders. JZ 1978, S. 626.

³⁵ Bötticher, Der Zwischenurteilscharakter des gemäß § 565 ZPO aufhebenden und zurückverweisenden Revisionsurteils und die sich hieraus ergebende Erstreckung der Bindung auf die Zurückverweisung von Revisionsangriffen, MDR 1961, S. 805ff. 807f. なお, § 565 Abs.2 ZPO a. F. は現行§ 563 Abs. 2 ZPO に該当する。

否、いずれの審理と判断においても同じ労力と神経をつかい裁判の作法に則って裁判しているのである。したがって、上告裁判所が上告責問のうち、ある上告責問を排斥する一方、他の上告責問を認容して控訴裁判所の判決を破毀する（取り消す）場合、その上告理由の棄却・明示的排斥判断にも直接破毀・取消しの基礎となった判断と同じく拘束力を承認すべきである。また、訴訟要件欠缺という上告責問を理由なしとして棄却し、他の上告理由により上告申立てを認容して控訴裁判所の判決を破毀する（取り消す）場合、訴訟要件は欠缺していないという控訴判決の肯定判断にも差戻しを受けた裁判所への拘束を承認すべきである。」

iv) この Bötticher の見解に、Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht 10. Aufl. 1969 S. 775f. に始まり、Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht 14. Aufl., 1986 S. 946f., Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht 15. Aufl., 1993 S. 893, 同じく 16. Aufl. 2004 § 144 Rn. 20f. S. 1028 も一貫して変更なく賛成していた³⁶。ところが、同書 17. Aufl. 2010 § 145 Rn. 19 S. 846 では以下のように説く。「Bötticher の見解に従うと、控訴裁判所は、上告裁判所が上告申立てを棄却し本案判決要件の存在を肯定した範囲内で拘束される。前述のように、上告裁判所が上告申立てを根拠（理由）がないとして棄却する範囲内で、上告裁判所は控訴裁判所の判断を受け容れないで控訴裁判所の判決を破毀する場合におけると同様の労力と神経を注いで裁判（判決）をしているからである。それでも、控訴裁判所への拘束の一種として拘束は、§ 563 Abs. 2 ZPO の書かれたとおりの文言と意味のみに従って、上告裁判所が控訴裁判所の法的判断に異議を唱える範囲内において確実に生じることになる³⁷。上告申立てによって攻撃された控訴裁判所のある判断を正しいとしてその上告理由を排斥した判断に拘束力を認めることにより、再度の上告で

³⁶ Alternative Kommentar ZPO/Ankermann 1987, § 565 ZPO Rn. 7 も Bötticher 注 (34) 文献の見解に賛成していた。2002年の上訴法の改正には批判がある。Gottwald, Systemfehler des neuen deutschen Rechtsmittelrechts, Festschrift für Kostas Beys 2003, S. 447ff.

³⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht 17, Aufl. 2010, S. 846.

上告裁判所が控訴裁判所に従う結果となり、上告裁判所の差戻しにとって拘束的効力のない単なる *obiter dicta* が重要であることになる³⁸。]

拘束の範囲は上告裁判所の判決の *ratio(nes) decidendi* の範囲で生じると考えるべきで、控訴裁判所の判断を肯定することは、控訴裁判所の判決の破毀・取消しをする裁判のために必要な因果関係 (*Entscheidungs-kausalität*) をなすことがらではない、というのである³⁹。

以上の考察からも、現在になって、Bötticher の学説への支持が薄くなっていると見える。通説・判例が確固たるのも事実である。

v) 2002年のZPO改正により上告の性質が決定的に変わってしまった。それ以来、上告は、上訴を利用する当事者が、当然自己の利益においてするとしても、原則として公共の利益の中に存在する。上告が公共の利益のために存在するという印象を受けるのは、上告が許可されるのは事件に個々の場合を超えて意義が認められる場合に限られることからである。改革は、許可上告制 (§ 563 Abs. 1 ZPO) に切り換えた。不服対象の価額その他は受け入れられなかった。上告(審)は結局専属的に、控訴裁判所によって確定された事実基礎——上告裁判所を拘束する (§ 559 ZPO) ——に基いて法のコントロール (§ 545, 546 ZPO) をすることに行き着いてしまった。上告は判例の統一を確保することと法の継続的形成を可能にするためのものになったのである⁴⁰。Bötticher の所説のように、上告理由の明示的排斥判断に拘束力

³⁸ なお、判決の肯定部分の既判力について、Stein/Jonas/Leipold, ZPO 22. Aufl. Bd. 4, 2008, § 322 Rn. 110ff. S. 1205ff., insb. Rn. 118 S. 1207, MüKo/Gottwald, ZPO 4. Aufl. Bd. 1, 2013, § 322 Rn. 83ff. S. 2081ff. insb. Rn. 87, Roth, ZJP 124 Bd. Heft 1, 2011, S. 3ff. 10. 以上は、§ 563 Abs. 2 を直接に論じるものでないが、参考になる。

³⁹ Stein/Jonas/Grunsky, Kommentar zur ZPO 21. Aufl. § 565 ZPO a. F. Rn. 10; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., S. 846; Zöller/Heßler, ib., § 563 Rn 3a; Musielak/Ball, Rn 11; Stein/Jonas/Jacobs, ib., § 563 Rn. 10, 12; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ib., § 563 Rn. 7, 8 S. 1506; Mü Ko/Krüger, ib., Rn. 12; Wiczorek/Schütze/Prütting, ZPO 3. Aufl. 2005, § 563 Rn 9.

⁴⁰ 以上, Adolphsen, ib. § 31 Rn. 1, Rn. 2, (S. 289). 同時に、2002年改正が上告審について解決すべきあるいは解決されるべき法律問題について門扉を閉ざしたことになる、と指摘する, Lüke, ib. S. 386, S. 387 参照。

を認めることは、上告裁判所が再度の上告に際して、第1回目の上告裁判所によって肯定された控訴裁判所の判断に従うことになるので、現行法の上告制度のもとでは、ひとには各々立場というものがあるが、制度を設定する立場や判例を統一したり、法形成を考えるサイドに立てば、承認しにくいことであろう。Bötticherの立場は一見下級審裁判官に上告審の拘束を課すように見えるが、実はそうではない。下級審の判断を上告審の是認を通じて訴訟事件の手續終了まで拘束力を維持させ、間接的ながら実質的に下級審裁判官の裁判を尊重しているからである。そこに、両者の信頼の基礎が築かれる。2002年ZPO改正以後の状況の、諸般の事情を考慮し、Gottwaldは、ratio(nes) decidendiとobiter dictaの区分けを用いて通説・判例に譲歩しながら、前述のように、差戻し判決の法的性質をかつての独立の攻撃防御方法に関する中間判決に求め、普遍的な価値を求めて§ 563 Abs. 2 ZPOの文言を止揚する解釈を提唱している、その姿勢は好感をもって評価されている⁴¹。

通説・判例も例外的に、意味連関によって直接的な破毀原因にとって必要不可欠な前提条件についての判断に拘束力を肯定している (BGH 6巻76頁, BGH 22巻370頁およびMDR 1972年374頁, BGH NJW 1963年956頁)。

§ 563 Abs. 2 ZPOの破毀差戻し判決の拘束力は、差戻し後の控訴裁判所が破毀された判決とは異なる事実関係を認定したことによって、消滅する⁴² (BGH VersR 1958年650頁; NJW 1983年1496頁, 1497頁; 1985年2029頁, 2030頁; 1996年924頁, 925頁)。

(d) 上告裁判所の自己拘束

差戻しに基づいて言い渡された控訴裁判所の判決に対して再び上告がなされると、上告裁判所は自己の裁判について§ 318 ZPOの羈束(自己拘束)に導かれる。上告裁判所の破毀判決に含まれる法的解釈(見解)に上告裁判所

⁴¹ Lüke, ib. Rn. 417 S. 395f.

⁴² Tiedtke, ib., S. 158ff. Mü Ko/Krüger ib. § 563Rn. 13 S. (649); Stein/Jonas/Jacobs, § 563 Rn. 10; Prütting/Gehrlein/Ackermann ib., § 563 Rn. 8; Wieczorek/Schütze/Prütting, ZPO 3. Aufl. 2005, § 563 Rn. 9; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ib., § 563 Rn. 7ff.; Thomas/Putzo/Reichold ZPO 33. Aufl. 2012 § 563 Rn. 6.

は控訴裁判所が拘束されると同じ範囲で拘束される⁴³。この自己拘束力は、中間時点での法的状態の変更により、消滅する。連邦の最上級裁判所の連合部の見解によると、上告裁判所の自己拘束力は、上告裁判所が後になってその法的見解を変更したときにも消滅する。連合部はそのことを差戻し判決は § 318 ZPO による拘束力を展開するものではないことを引き合いにだして理由づけている (GemS-OGB BGHZ 60巻692頁)。訴訟事件の差戻し・移送を受けた裁判所は上告裁判所の裁判そのものではなく裁判の理由に拘束されるべきである。自己拘束力は、差戻し・移送を受けた控訴裁判所が変更した事実関係に基づいて裁判したときも、消滅する⁴⁴。

8 附帯上告

上告においても附帯の可能性が存在する。附帯上告について規定する § 554 ZPO の規定は、広範囲に及んで控訴手続に適用される規定・§ 524 ZPO に合致する。ただし、附帯上告には、附帯控訴と区別される二、三の特徴がある⁴⁵。

① 附帯上告は不服を前提とする、しかし、附帯上告は控訴裁判所の許可から独立して許可される。

② 附帯上告は、訴え請求の拡張、新しい事実に基づく反訴の提起のためには用いることができない。なぜなら、上告審では、上告審に至るまでに当

⁴³ Grunsky/Jacoby, ib., Rn. 717; Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht 30 Aufl. 2011 Rn. § 74 Rn. 55 S. 307; Lüke, ib., Rn. 418; Prütting/Gehrlein/Ackermann ib., § 563 Rn. 9; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., § 145 Rn. 20, S. 846; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO ib., § 563 Rn. 10; Stein/Jonas/Jacobs, ib., § 563 Rn. 17; MüKo/Krüger, ib., § 563 Rn. 17; Musielak/Ball, ib., § 563 Rn. 14。ただし、異説あり、Tiedtke, Die innerprozessuale Bindungswirkung von Urteilen der obersten Bundesgerichte 1976, S. 249.

⁴⁴ 注39参照。

⁴⁵ Lüke, ib. Rn. 390ff. 391a SS. 362-364; Jauernig/Hess, ib. § 72 Rn. 28ff. SS. 285, 286; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., § 143 Rn. 1-10, SS. 836-838; Musielak, Grundkurs ZPO 11. Aufl. 2012 Rn. 548; Grunsky/Jacoby, ib. Rn. 664-666 SS. 213, 214.

事者が提出した訴訟資料のみが上告審判決の事実の基礎となるので (§ 559 Abs. 1 ZPO), 新しい請求を主張することができないからである。

③ BGH は主たる上告の訴訟物と附带上告の訴訟物の間に法的かつ経済的関連(性)があることを要求している (BGH NJW 2008年920頁, 判旨賛成 Gehrlein, NJW 2008年896頁; 類似の例として, BGH NJW 2003年2525頁; NJW-RR 2005年651頁参照, 後者の判決において, 「関連(性)」についての問題は, 解決されていない)。

9 飛越上告の許可要件

① 飛越上告は第1審において言い渡された終局判決であって, 許可なく控訴に服するものに対して, 控訴審を飛び越して直接に上告することが許される (§ 566 Abs. 1 ZPO)⁴⁶。

② 相手方が控訴審を飛び越すことに書面で同意していることが必要である (§ 566 Abs. 2 Satz 4 ZPO)。

③ BGH による飛越上告の許可が必要である (§ 566 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 ZPO)。上告裁判所の許可を得るには, 上告裁判所に許可を求める書面を提出して申し立て, § 566 Abs. 4 ZPO の許可の要件が明示されなければならない。すなわち, ⑦法律問題が基本的意義を有していること, または, ①法の継続的形成または判例の統一性確保のために上告裁判所の裁判が必要であること, である。要するに, 飛越上告の許可にとっても, 他の上告と同じ根拠・原因が必要であることを § 566 Abs. 4 ZPO が規定している (§ 543 Abs. 2 ZPO 参照)。

④ 飛越上告は手続上の瑕疵だけに基づいては申し立てられず, 実体法違反の上告理由に支えられる (§ 566 Abs. 4 Satz 2 ZPO)。

⁴⁶ Grunsky/Jacoby, ib. Rn. 702 S. 224; Jauernig/Hess, ib. § 74 Rn. 17f. S. 301; Lüke, ib. Rn. 420 S. 397; Musielak, Grundkurs ZPO 11. Aufl. 2012 Rn. 545; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., § 141 Rn. 30-Rn. 36, S. 824, 825; Schilken, ib., Rn. 965 S. 442; Zeiss/Schreiber, ib., Rn. 689 SS. 300, 301.

⑤ 一般の上告提起についての法定の期間および方式の遵守が必要である (§ 566 Abs. 2 Satz 2 ZPO による, §§ 548 及至 550 ZPO の準用)。

なお、飛越上告の申立ておよび同意の意思表示は、控訴の放棄とみなされる (§ 566 Abs. 1 ZPO)。

10 上告審における欠席判決

上告手続において当事者に期日の懈怠があれば、控訴手続における懈怠と同様の問題があるものの第1審手続の準用を定める§ 555 ZPOにより第1審における欠席判決の規定 (§§ 330 ZPO～) が準用される⁴⁷。まず、上告が適法か否かを審査すべきである。適法でなければ、上告は§ 552 ZPOにより不適法として却下される。この場合は決して欠席判決の問題ではない。上告が適法であるときは、次に訴えが適法であるか、および第1審判決に対する控訴が有効に提起されたかを確認しなければならない。確認の結果、適法性や有効性を否定しなければならないときは、その事態は懈怠への顧慮をしないで職権で斟酌され、対席判決によって裁判されねばならない。一方、確認審査で適法性と有効性が肯定される場合は、次のように裁判される。

① 上告人に懈怠があるときは、被上告人の申立てに基づいて上告が欠席判決によって棄却されるが、その根拠条文として、§ 565 ZPO と結びつけて § 539 Abs. 1 ZPO の適(準)用 (§ 539 Abs. 1 は控訴人の欠席と申立てによる控訴棄却の判決の規定) を認める見解⁴⁸と§ 555 ZPOとの連合で§ 330 ZPO の適(準)用 (§ 330 は原告の不出頭と申立てによる訴え拒否の本案判決—不真正の欠席判決または欠席手続における対席判決と呼ばれる—の規定) に求める見解⁴⁹とがある。§ 565 ZPO は欠席判決についてはその取消しについ

⁴⁷ 上告審における欠席判決について, Grunsky/Jacoby, ib. Rn. 719 S. 228; Lüke, ib. Rn. 419 S. 396; Musielak, ib. Rn. 555; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., § 145 Rn. 21 -Rn. 26, S. 846, S. 847; Schilken, ib., Rn. 964 S. 441.

⁴⁸ Musielak, ib., Rn. 555 S. 362.

⁴⁹ Grunsky/Jacoby, ib. Rn. 719 S. 228; Lüke, ib. Rn. 419 S. 396; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., S. 846; Schilken, ib., Rn. 964 S. 441.

てのみ控訴審に適用される規定を準用すると規定しているので、後説が妥当である。後説が多数説である。

② 被上告人の懈怠があるときは、上告裁判所は上告が理由を有するかについて審査する。肯定されるときは、欠席判決によって上告を認容し、肯定されないときは上告を通常の判決によって棄却する。

11 判例統一の確保のための調整

(1) 上告裁判所に委託された、法の統一を維持することの達成に関して：BGHのいくつかの部によって、個別の法規定の適用と解釈について異なった見解が主張されることを防止することが必要である⁵⁰。そのためBGHにいわゆる民事事件のための大法廷 (Großer Senat für Zivilsachen) と刑事事件のための大法廷 (Großer Senat für Strafsachen) が設置されている (§ 132 Abs. 1 Satz 1 GVG)。それらの大法廷は連合大法廷 (Vereinigte Große Senate) を形成する (§ 132 Abs. 1 Satz 2 GVG)。法律問題においてある民事小法廷が別の民事小法廷または民事大法廷の裁判と異なる法解釈を主張しようと意図する場合、民事大法廷が裁判するし、ある民事小法廷が刑事法廷または連合大法廷の裁判と異なる法解釈を採ろうとする場合は連合大法廷が裁判する (§ 132 Abs. 2 GVG)。いずれも、その裁判とは異なる法解釈を主張されるはずの法廷が、異なる法解釈による判決を言い渡そうとしている小法廷の問い合わせに回答して、従前の法解釈を維持することを表明した場合にのみ認められる (§ 132 Abs. 3 GVG)。

判決をする法定が法の継続的形成または判例の統一の確保のために必要と考えるときは、大法廷に対する根本的に重要な質問においても大法廷の裁判は行われうる⁵¹ (§ 132 Abs. 4 GVG)。

⁵⁰ Grunsky/Jacoby, ib. Rn. 732f. S. 230 ; Jauernig/Hess, ib. Rn. 20f. S. 302 ; Lüke, ib. Rn. 421 S. 397f ; Musielak, ib., Rn. 556 S. 362, 363 ; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib., § 20 Rn. 16-Rn. 19, S. 104 ; Schilken, ib., Rn. 966 S. 442 ; Zeiss/Schreiber, ib., S. 311.

⁵¹ Schilken, Gerichtsverfassungsrecht 4. Aufl., 2007, Rn 359 (S. 243f.), 391 (S. 263), Lüke, ib. Rn 421 S. 397f.

(2) 連邦の最上級裁判所 (BGH, BAG, BVerwG, BSG, BFH) 間の判例の統一の保持に関してそれらの裁判所の共同部 (Gemeinsamer Senat) が存在する。1つの最上級裁判所が法律問題において他の最上級裁判所または共同部の裁判と相違しようとするとき、共同部は判例の統一の保持のため、裁判しなければならない (§ 2 RsprEinhG; 例として, BGHZ 187巻105頁—§ 143 InsO の支払不能の取消による訴えの管轄に関する)。そのための規準となる調整は連邦最上級裁判所間の判例統一擁護法 (Schönfelder 95b. Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19. Juni 1968 BGBl. I S. 661) にみられる。⁵²

12 法律違反

(1) 法律違反の意味

上告は、裁判が法律違反に因る場合に限りすることができる (§ 545 Abs. 1 ZPO)。法律違反とは、法規が適用されない場合または正しく適用されない場合をいう (§ 546 ZPO)。前述したように、上告許可制がとられ、上告には、控訴裁判所の判決における許可、または、不許可に対する異議申立てに基づく上告裁判所の許可が必要である (§ 543 Abs. 1 ZPO)。実質的には、①法律問題が基本的意義を有するとき、②法の継続的形成または判例の統一性確保のために上告裁判所の裁判が必要なときに上告が許される (§ 543 Abs. 2 ZPO)。

(2) 「法律 (das Gesetz)」の意味

ZPO と民事訴訟法施行法 EGZPO における法律 (Gesetz) とは、すべての法規範を包含する (§ 12 EGZPO)。とくに形式的意味における法律、法規命令 (行政官庁の発する法律の施行および補完にかかわる命令)、慣習法等が含まれる。連邦法だけでなく、州法、条約・連合法、外国法も入る。取

⁵² Schilken, Fn. 51, Rn 360 (S. 244), Rn 391 (S. 263).

引約款 (BGHZ 163巻321頁), 社団法人, 協同組合等の定款も法規範と同じ役割を持つときは, 上告との関係において法律とされる。法規範として注意を払われるべきとき, 経験則や解釈法則の違反は法規範の違反と同視される。これらは具体的な場合において法の適用に関係している必要がある⁵³。経験則や解釈法則は具体的な事実よりもより内部的に密接に法規範に近く使われるからである。一般的な言語の慣用法, 語法は経験則の領域に属する。

なお, 上告は, 第1審裁判所がその管轄権を不当に認めまたは認めなかったことを理由とすることはできない (§ 545 Abs. 2 ZPO)。

法律の存在および内容に関する控訴裁判所の裁判であって, その違反が§ 545 ZPOにより上告理由とならないものについては, 上告審の裁判の規準とする (§ 560 ZPO)。

法律の変更の場合, 上告裁判所は下級裁判所をコントロールすべきではなく, 自身も改正法に共鳴する必要がある。上告されている判決が改正前なら適正であったが, 改正後適正でなくなるという場合は, 新法を事実関係に適用すべきである⁵⁴。

2009年9月1日までは, 上告対象となるのは, 判決が連邦法の違反またはその適用がOLGの管轄区域外に及ぶその他の規定違反による場合であった (§ 545 ZPO a. F.)。この制限は, FGG-RG すなわち, Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dez. 2008 (BGBl I S. 700) によって取り払われた⁵⁵。

(3) 違反 (die Verletzung) の意味

法律違反とは, 法規が適用されない場合または正しく適用されない場合をいう (§ 546 ZPO)。

⁵³ Grunsky・Jacoby, ib. S. 225, Jauernig/Hess, ib. S. 304, Lüke, ib. S. 393f. Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib. S. 829ff. 831, Schilken, ib. (ZPR), S. 436.

⁵⁴ Jauernig/Hess, ib. S. 305.

⁵⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib. S. 829.

上告審では原則として法律審査のみが行われるので、再審査の対象となる法律問題と再審査の対象とならない事実問題とを区別することになる。この区別は実務上困難である⁵⁶。

法律問題に属するのは、適用すべき法規についての、抽象的な法律要件についての、または確定された事実の法規範への包摂についての認識・理解、上告にあってはその誤認・誤解である。

(公序) 良俗 (§§ 138, 817, 819, 826 BGB) 違反, 過失相殺 (§ 254 BGG), 解雇の場合の重大な事由 (§ 314 Abs. 1, 2 BGB), 重大な瑕疵, 信義則 (§ 242 BGB, § 157 BGB) 違反, 錯誤 (§§ 119, 2078, 2080 BGB), 契約における不合意 (§§ 154, 155) 等がある。

事実問題には、具体的な事実の確定が属する。例：意思表示がされたこと、証人の信憑性、事実在即して報告する私文書としての手紙の証明力、日常的な意思表示の解釈等がある。しかし、意思表示についての解釈法則(例§ 133 BGB)に反する解釈、思考法則または経験則に対立する解釈、法規に従わない解釈は法律問題である⁵⁷(BGHZ 162巻313頁, 320頁。BGHの一貫した判例)。訴訟行為の解釈も法律問題である(BGHZ 4巻328頁, BGH-NJW 2001年2550頁, 2551頁)。

(4) 審査の範囲

上告審の審理の範囲は、さまざまな観点から限界づけられる。まず、当事者処分権主義から当事者の申立ての範囲に限られる (§ 557 Abs. 1 ZPO)。BGHの審査範囲は手続法上の瑕疵と実体法上の瑕疵との間で差異がある⁵⁸。

手続法上の瑕疵 (error in procendo) は、上告理由において取り上げられている場合または職権で審査すべき場合以外はその瑕疵が§§ 551・554 ZPO

⁵⁶ Braun, ib. S. 1019, Grunsky・Jacoby, ib. Rn. 710 S. 225f., Jauernig/Hess, ib. S. 305f., Lüke, ib. Rn. 415 S. 393f., Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib. S. 831f., Schilken, ib. S. 437.

⁵⁷ Grunsky・Jacoby, ib. S. 226, Jauernig/Hess, ib. S. 306, Lüke, ib. S. 394

⁵⁸ Grunsky・Jacoby, ib. S. 226, Jauernig/Hess, ib. S. 306, Lüke, ib. S. 394, Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib. S. 834f., Schilken, ib. S. 437f. 440.

により責問されたときを除いて再審査しない (§ 557 Abs. 3 Satz 2)。決して控訴裁判所のすべての手続を職権で再審査するものでない。

実体法上の瑕疵 (error in indicando) に関しては、上告裁判所は自由に審査できる。審査は主張された瑕疵に限定されない (§ 557 Abs. 3 Satz 1)。

そのことから、法律違反をいう上告責問に理由があっても、他の理由から判決自体が正当であるときは、上告を棄却する (§ 561 ZPO)。また、上告責問に理由が無くても、原判決に正しい法の発見と適用があったかを審査しなければならない⁵⁹。

不服を申し立てられ破棄・取消しを求められている判決が法律違反に起因するということは、法律違反が判決にとって原因となっているということである。それは、単に、そして常にだが、正しい法適用があれば、判決は別のものになっているだろうという場合である。この前提が欠けると、法律違反の存在にも拘わらず、上告責問は棄却されてしまう (§ 561 ZPO)。法律違反は実体法上の違反については簡単に確認できるが、訴訟手続法上の違反においては簡単でない。たとえば、正しく構成されなかった法廷が法規に従って判決を言い渡した場合、正しく構成された法廷の判決と違った内容の判決となるであろうか⁶⁰。

この困難を除去するため、法は絶対的上告理由として、その存在があれば因果関係を否定できないとしている (§ 547 ZPO)。§ 547 ZPO に包含されない手続法違反には、その違反がなければほかの判決が言い渡されたという可能性で十分としている⁶¹。

⁵⁹ Jauernig/Hess, ib. S. 306.

⁶⁰ Grunsky・Jacoby, ib. S. 226. Jauernig/Hess, ib. S. 305, Lüke, ib. S. 394.

⁶¹ 注60の文献同所, Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib. S. 834ff. Stein/Jonas/Jacobs, ib. § 551 Rn. 27ff. S. 630, § 547 Rn. 2 S. 600.