

紹 介

Hans Otto de Boor, Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, Leipzig 1941

法科大学院教授 佐野 裕志

1. はじめに
2. 本学所蔵本について
3. 本書について
4. おわりに

1. はじめに

ここで紹介するのは、当事者概念や正当な当事者についての論考でよく目にする de Boor, Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff である。紛争財産 Streitvermögen の管理権者を財産紛争における当事者とすべきとする機能的当事者概念 der funktionelle Parteibegriff を提唱したとして紹介される一方、出版当時 (1941年) の全体主義・民族主義的な思想が濃厚であるとの評価がされることも多い¹。しかし、本書そのものについては、これ以上触れられることはない²。出版されたのが戦時中であり、外国の書籍が国内で流通することは稀であった頃なので、おそらく日本では入手できなかったのであろう。筆者が初めて部分的に目にしたのも、留学された先生が持ち帰られたコピーをさらに (複数回) コピーしたようなものであった。ところが、まったくの偶然から、本書が本学図書館に所蔵されていることが判明した³。国内にはないと言われていた本書が、どのような経緯で所蔵されるこ

1 例えば、福永有利『民事訴訟当事者論』(有斐閣 2004年) 68頁以下。

2 機能的当事者概念については、Wolfram Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg, 1961, S.18ff. で詳しく紹介されており、多くの論考はこちらを参考にしたのではないかと推察される。

3 CiNii Books (国立情報学研究所) によると、東京大学法学部においても所蔵されているとの

とになったのかも気になるし、現物が目の前にあるなら、かねてからの疑問であった点、つまり叙述に当時のドイツにおける全体主義・民族主義的な思想が濃厚にあらわれているとして警戒されたというようなことが実際にあるのか、主義・主張の対立が明確な憲法や刑法の領域ならいざ知らず、理論的・技術的な要素が多い民事訴訟の分野でもこのようなことがあるのか、について調べてみたい。この本を取り上げるのは、このような個人的な関心もあるが、もう1点、明確な理由がある。

このロージャーナル16号は、野村秀敏先生の退職記念号である。野村先生は、学位論文をまとめられた『保全訴訟と本案訴訟 被保全権利の審理を中心として』成城大学法学部研究叢書1（千倉書房、1981年）をはじめとし、民事手続法を中心とする多方面で、しかも国内外の文献を渉猟された詳細な検討をなされた研究業績が多いことはつとに知られているが、修士論文は、西ドイツ（当時）の当事者交替論を中心に検討されたものである⁴。これだけ業績の多い野村先生であるが、この修士論文で扱ったテーマについてはまとまった論文を発表されておられない。それならば、野村先生は、当事者についても研究を進められていたことを紹介することに併せて、この本の紹介をすることにも意味はあるのではないかと考えた次第である。

2. 本学図書館所蔵本について

本書はライプツィヒ大学法学部編集による同学部研究双書の1つ（Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 124）として、1941年、Theodor Weicher（Leipzig）から出版されている。著者Hans Otto de Boor（1886年～1956年）は、出版当時、ライプツィヒ大学教授であり、ドイツ法アカデミー会員Mitglied der Akademie für Deutsches Rechtでもあった。

本学所蔵本は、ドイツ民主共和国（以下、「東ドイツ」）の裁判官中央研修所にあったものが東ドイツ最高裁判所図書館へ移管され蔵書となったものである⁵。

ことである。

4 「西ドイツにおける当事者交替論の側面」であったと記憶しているが、誤りがあったらご容赦いただきたい。一橋大学の学位論文検索システムHERMES-Catalogは1991年（平成3年）以降受け入れたものを対象としており、順次遡及して入力が続いているが、これで検索できないものは附属図書館内にあるカード目録で検索するほかはないとのことであった。

5 東ドイツの最高裁判所については 山田晟『ドイツ民主共和国法概説 上』（東京大学出版会1981）143頁以下参照。



図 1

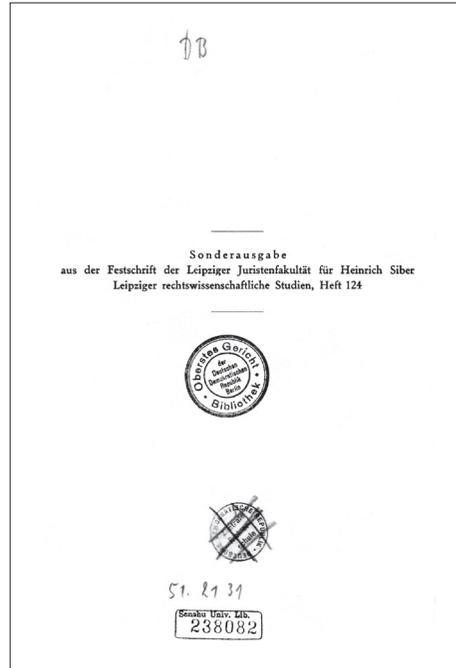


図 2

図 1（表表紙）と図 2（表表紙の裏面）の中央にBibliothek Oberstes Gericht der Deutschen Demokratischen Republik Berlinのスタンプが押されている。図 2 の下部に斜線で消されたスタンプ、同一のスタンプが51頁下部（図 3）にあり、DEUTSCHE DEMOKRATICHE REPUBLIK Zentrale Richter-Schuleとある。鉛筆での書き込みや下線が多数引かれており、かなり読み込まれた跡がある本である⁶。

本学図書館利用サービス課で調べてもらったところ1983年（昭和58年）に"Collection of Bourgeois Political Parties in Germany; from the Period of Foundation

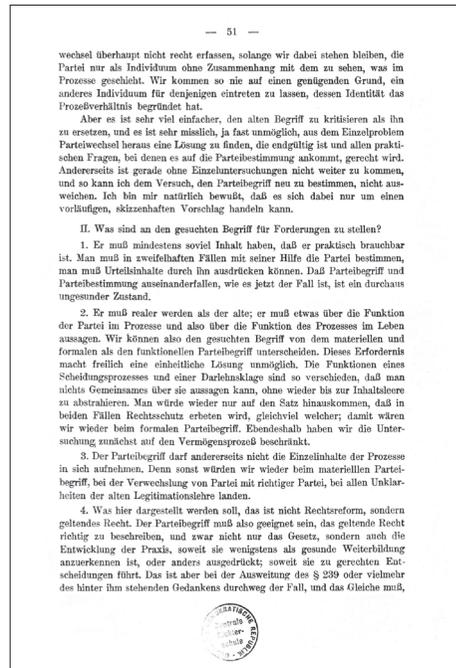


図 3

6 本学図書館において閲覧者が立ち入ることは極めて稀な所にある書庫において所蔵されてお

of the Reich, after 1848 up to the 1960ies" としてまとめて購入したものの1冊で、購入先はナウカ株式会社（当時）であるが、これ以上の記録は残っておらず、このコレクションの趣旨や、この本がコレクションに加えられた経緯などについての手がかりはないとのことであった。購入先に問い合わせることもできないので⁷、推測でしかないが、本書はこのようなコレクションに入るような内容とはおよそ考えにくいので、1848年から1960年代までに旧東欧圏で出版されたドイツ語の図書を集めて1つのコレクションとして販売し、その中に偶然に（幸運にも）この本が入っていたということではなかろうか。

3. 本書について

(1) 本書の構成

本書は4部構成からなる（図4の目次参照）。第1部で問題状況の批判を行い、当事者概念をめぐるこの時点までの見解を整理している。その中で、法律上当事者の地位に結びつけられている様々な効果（判決における表示、管轄や除斥事由、中断事由である死亡等々）をもとに、当事者が誰であるのかが問題となる局面ごとにこれらの効果を誰に結び付けるのかを検討し、特に重要な効果を多数結びつけるべきことが妥当であるとする者を当事者とすべきとする Kisch の見解を批判的に検討しながら⁸むしろ目的論的な考察

Inhaltsverzeichnis.	
Abschnitt I. Kritik der Problemlage	5
§ 1. Die Fragestellung	7
§ 2. Konstruktion und Methode	15
§ 3. Weisung zur Kritik	20
§ 4. Teleologische Prüfung	20
Abschnitt II. Parteiwechsel und Parteibegriff	27
§ 5. Die Ausweisung der §§ 250, 250	27
§ 6. Parteiwechsel und materieller Parteibegriff	33
§ 7. Parteiwechsel und formaler Parteibegriff	42
§ 8. Der funktionelle Parteibegriff	50
§ 9. Gesetzlicher Parteiwechsel und funktioneller Parteibegriff	61
§ 10. Parteiwechsel und Berechtigung des Ruhms	77
Abschnitt III. Gewillkürter Parteiwechsel	89
§ 11. Der Parteiwechsel nach § 250 II	89
§ 12. Die nicht gewissen Fälle im Vermögensstreit	100
§ 13. Sonstige Rechtsstreitigkeiten	111
Abschnitt IV. Das Verfahren beim Streit über Parteiwechsel	126
§ 14. Gesetzlicher Parteiwechsel	126
§ 15. Das Berichtigungsverfahren	135
§ 16. Gewillkürter Parteiwechsel	142
Schlussbetrachtung	144

図4

り、筆者以前には借り出された記録もないし、書かれた文字から見ても、東ドイツで所蔵されていた頃の書き込みであろう。

7 ナウカ株式会社は、日本で唯一のロシア語・ロシア関連専門書店であったが、2006年（平成18年）7月6日、東京地方裁判所において破産手続開始決定を受けた（平成18年（フ）第12599号事件）。その後、同年11月にはナウカ・ジャパン合同会社が設立されているので、問い合わせたところ、以前の会社の取扱い図書についての記録は残っておらず、当時の関係者もいないとのことであった。

8 Kisch の見解については、Das Reichsgericht und der Parteibegriff, 1929, S.15ff. をもとに福

teleologische Prüfung, つまり訴訟の目的に即した検討を行うべきとする。

第2部で、ZPO239条と265条で生じる当事者の交替について⁹、当事者概念を明確にするための検討を行っている。この時点までの実体的当事者概念と形式的当事者概念の展開を検討しているが、議論の前提として、財産訴訟と人事訴訟の機能が大きく異なることを指摘している。そもそも当事者概念は、訴訟における当事者機能について問題が生じた場合に、その者が当事者であるか否かによって決定できるような内容を有しなければならないが、実体的当事者概念のような具体的内容を取り込むことはできない。そこで、このような機能を有する当事者概念を構成しようとする場合、財産訴訟と人事訴訟を通じた訴訟一般を前提すると、形式的当事者概念のような内容のない抽象的なものにならざるを得ないため、ここでは財産訴訟に限定して考察すべきであるとする。財産訴訟は人ではなく財産管理をめぐる争いである。財産について一方は利益を求め、他方は不利益を免れようとする。このような財産を紛争財産 *Streitvermögen* と呼び、財産訴訟の目的や機能を明らかにするためには、人ではなく財産から出発して検討しなければならない。同一人に帰属する財産の一部が特別財産として独立して管理される場合、残りの財産と特別財産の間で訴訟が行われることがあるからである。財産から出発するならば、紛争財産についての管理権者が財産訴訟の当事者であるとするべきであり、したがって職務上の当事者も、この故に当事者とみるべきであるとする。このように第1部で示した考察方法に基づいて機能的当事者概念 *der funktionelle Parteibegriff* を主張しており、この第2部が本書の中心を占め、全体の半分近くのページ数をあてている。

ZPO239条のもとで生じる法定当事者交替（変更） *gesetzlicher Parteiwechsel* については、この機能的当事者概念を用いることによって、紛争財産の管理権の移転で説明できることは第2章の最後の部分で論じているので、第3部では当事者恒定主義のもとでの当事者概念について検討している。ZPO265条2項によると係争物の譲渡は訴訟に影響を及ぼさない、つまり係争物についての権利（管理権）は譲受人に移転してしまい、原告である譲渡人には実体法上の権利は残っていない、にも

永・前掲書67頁で紹介されている。本書では、この後公表され、さらに検討を進めている *Parteien, Prozeßverbindungen und Parteiänderung im Zivilprozeß, Judicium, 1931, S.235ff.* について詳細に検討している。

9 説明するまでもないが、239条は当事者死亡の場合による中断と受継についての規定、265条は係争物の譲渡についての規定で、同2項は係争物の譲渡は訴訟に影響を及ぼさないとする当事者恒定主義を定めている。

かかわらず原告の地位にとどまっていることについては、かつての実体的当事者概念では説明できない。しかし著者の見解によれば、係争物である権利関係が存在しない場合であっても管理権が存続することを説明できる。権利関係が属すると主張される財産が紛争財産となり、係争物である権利関係の存否にかかわらず紛争財産は存在することになり、その管理権者が当事者となり、被告についても同様に説明できるとする¹⁰。続く第4章では、当事者交替（変更）をめぐる争いについて、その解決のための手続を論じているが、詳細については筆者には不明な点が多いので、これ以上は触れないでおく¹¹。

(2) 全体主義・民族主義的な思想について

「デ・ボアの見るところによれば、形式的当事者概念は、個人を強調しすぎる不当な思想に基づくばかりでなく、あまりに空虚で抽象的すぎる。」として「デ・ボアの叙述は、当時支配的であった全体主義的ないし民族主義的思想が濃厚に現れており」とされる点である¹²。これに相当する部分は本書の50頁と思われるが、そこには、形式的当事者概念は個人を強調しすぎているだけではなく、無内容で過度に抽象的との表現はあるものの「不当な思想に基づく」との記述は見いだせなかった。「形式的当事者概念は、権利保護を要求する者とその相手方を当事者とするので、この限りではまったく正しく、非難することはあたらないように思われる。」との記述に続き、*Aber das Bedenken ist nicht nur die Überbetonung des Individuums in diesem prozessualen Subjektbegriff. Was ebenso sehr gegen ihn spricht, ist seine Leere, seine übergroße Abstraktion, die mit den neuen Zielen der Rechtswissenschaft nicht vereinbar ist.* とある。財産訴訟での当事者は、人でなく財産から出発すべき

10 機能的当事者概念の問題点や批判、その後の学説への影響などについては、前注2 Henckelの論考などをもとに、日本でもよく知られているところである。ちなみに、Henckelはde Boorの主義・思想については特に問題としていない。

11 筆者の能力不足もあり、当事者恒定主義など議論の前提となっている諸制度や説例に挙げられている当時の実体法での事例についての理解が不足しており、記述内容について十分理解できない箇所が多いためであるからである。ちなみに、前述したように、本書には鉛筆での書き込みが多く、特に機能的当事者概念についての記述についてのポイントとなる部分には下線がよく引いてある。ところが第3章の後半から第4章にかけては、下線や書き込みはほとんどなく、逆に「？」の書き込みが目立つように思われる。

12 福永・前掲書68頁及び70頁注(2)。おそらく、この記述が我が国の学会で広まったのではなからうか。

との本書の立場からすれば、形式的当事者概念について、「しかしながら、問題となるのは、訴訟における主体の把握において、個人 Individuum を強調しすぎていることだけではない。」との記述は、議論の展開からすれば自然であり、続けて「それどころか、無内容であまりに抽象的」としていることからすれば、そこに政治的な意図は見いだせないであろう（「不当な思想に基づく」というのは、少し読み込みすぎているのではないか、と思われる。）。確かに、しばらく読み進むと、「民族共同体の法 das Recht von der Volksgemeinschaft」、さらに「個人は個人としてではなく、民族全体の構成員 Gliedstellung im Volksganzen となっている」などの記述もあるので、前述の個人を強調しすぎているとする部分も合わせると、民族主義的思想ともみられなくはない。しかし、このような記述は¹³、この後に続く論旨の展開（機能的当事者概念を論証していく過程）には、ほとんど関係しない。つまりあってもなくてもよいような記述である¹⁴。本書が出版された頃（1941年）は、国家社会主義ドイツ労働者党 Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei¹⁵の政権下で、ポーランドなど周辺国への侵攻を続けており、著者は当時のドイツ中心にあるライプツィヒ大学法学部（正）教授 ordentlicher Professor an der Universität Leipzig、そしてドイツ法アカデミー会員である。さらに本書はライプツィヒ大学法学部研究双書の1つであるが、同学部の記念論集の別冊 Sonderausgabe aus der Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber でもある（図2参照）。となれば、文章の中に当時の国策にしたがうような記述があったとしても不思議でなく、著者の思想信条が濃厚に現れているとまでは言えないのではなからうか。現に、ドイツ敗戦後、まったく異なった政治体制となった東ドイツにおいても、民事訴訟法、強制執行法、破産法、さらに相続法についての教科書や論文などを発表していることからしても¹⁶、問題となるような全体主義的ないし民族主義的思想の持ち主とは見

13 見落としもあるだろうが、これに類するような記述は本書全体を通じてもここでしか見いだせなかった。

14 筆者の貧弱なドイツ語能力からの印象であって、ドイツ語の専門家から見れば、異なった印象を持たれるのかも知れない。

15 略称はNSDAPであり、「国家社会主義ドイツ労働者党」との訳語については、専門家の間では異論があるそうであるが、ここでは一般的な表現にしたがった。

16 著者の年齢のこともあり（1886年～1956年）、ドイツ敗戦後は教科書類が多いが、筆者が実際に確認できたものでも、Zivilprozeßrecht 2Bde., Wiesbaden, 1951（Günther Erkeによる第2版が1961年に出版されている）、Zwangsvollstreckung Konkurs und Vergleich, Wiesbaden, 1951（同じくErkeによる第2版が1962年に出版されている）、Das Erbrecht, Wiesbaden, 1950、こ

られなかったからではなかろうか。これが筆者の持った印象である。

4. おわりに

まとまりのない紹介になってしまったが、野村先生には大学院入学以来お世話になり続け、とりわけ2009年（平成21年）4月に本法科大学院に赴任されてからは、教育面をはじめとせずいぶん助けていただいている。本来なら、もう少しまとまった論考を献呈しなければならないのであるが、筆者の能力不足からこのような次第になってしまったことについてはあらためてお詫び申し上げるとともに、今後のますますのご活躍を祈念して御礼とさせていただきます。

の他に論文としてDie Übertragbarkeit des droit moral des Urhebers an Werken der Literatur, Tonkunst oder Bildenden Kunste,1950, Einzelrichter und Kollegium im italienischen und deutschen Zivilprozeß : eine rechtsvergleichende Studie.1953がある。