

資 料

# オーストリア非訟事件手続法（1）

——その立法過程と条文試訳——

松 村 和 徳  
石 川 光 晴

【目次】

1. 2003年オーストリア非訟事件手続法の立法過程（松村）
2. オーストリア非訟事件手続法条文試訳（松村・石川）
  - 1) 第1章 総則規定（1条～79条）
    - 第1節：適用範囲及び当事者
    - 第2節：手続
    - 第3節：決定
    - 第4節：抗告…以上本号
    - 第5節：再抗告
    - 第6節：変更の申立て
    - 第7節：費用賠償
    - 第8節：裁判の実行
  - 2) 第2～6章（81条～208条）

## 1. 2003年オーストリア非訟事件手続法の立法過程

### （1）本研究の目的と対象

本研究<sup>(1)</sup>は、資料として、2005年1月1日より施行されたオーストリア非訟事件手続法（BGBl I 2003/112）の条文試訳を紹介するものである。わが国において、非訟事件に関する裁判手続の基本法となる非訟事件手続法は、明治31年の制定以来、抜本的な法改正を経験してこなかった。今次、現代社会に適合した内容で、国民にわかりやすい法制度を目的として抜本的改正が実施された。平成23年5月に成立した非訟事件手続法改正法である。本研究は、このわが国の新非訟事件手続法について、その妥当性、有効性等を検証するために比

---

（1）本研究は、早稲田大学2012年度特定課題研究B（課題番号2012B-023：研究課題「非訟事件手続法改正についての比較法的考察に基づく検証」）に基づく、その成果の一部である。

較法的検証を試みることを目的とする研究の一環であり、今回は、そのための前提資料を提供するものである。

本研究は、この近年において抜本的法改正を実施したオーストリア非訟事件手続法を対象としたものである。オーストリアでは、1980年代以降、非訟事件手続法の改正に関する議論が本格的に開始され、手続の基本原則を始めとして、当事者概念、証拠手続、判決効、上訴手続など具体的な状況を踏まえつつ、理論的検討が継続して実施されてきた。そして、以下に概説するように、多くの研究書、立法提案が公表され、約20年の歳月を経て、2005年に新非訟事件手続法が施行されている。このような詳細な立法議論は、その内容、範囲において、研究代表者の調べた限りでは、他国よりはるかに充実したものとなっている。そこで、わが国と共通の法圏であるオーストリア法のこの立法過程での議論は、わが国非訟事件手続法の検証を目的とする研究において不可欠の研究対象と考えたのである。また、同じく近年大改正を実施した、民事手続法の母国であるドイツ非訟事件手続法については、法制審議会の議論において参考資料として取り扱われているが、オーストリア非訟事件手続法との比較検討は十分に実施されてなかったようである。この点もオーストリア非訟事件手続法を研究対象とした理由の一つである。また、この研究を通して、民事訴訟法における手続の基本原則形成についても考察が深まると考えている。民事訴訟手続の反対形象型といえる非訟事件手続の研究は、民事訴訟手続の研究と表裏の関係を形成すると思われるからである。

## (2) 新オーストリア非訟事件手続法の成立過程

### (A) 1854年の旧オーストリア非訟事件手続法

オーストリアにおける非訟事件に関する手続は、オーストリア＝ハンガリー帝国の領土(君主国)において、1854年8月9日の非訟事件における裁判手続に関する法律(Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten Außerstreitsachen(旧オーストリア非訟事件手続法))に基づいて実施されてきた。この法律は、遺産処理について及び後見事件及び保護事件に関する手続についての統一規定(非訟事件の上訴に関する基本的規定を含む)を公布した1850年の法令(Patent: 28. 6. 1850, RGBI 255)、成人の養子縁組に関する1850年の司法大臣命令(29. 6. 1850, RGBI 257)、ハンガリー及びその周辺ラントについてすべての地域を包括する非訟事件手続法を公布した1852年の皇帝令(29. 11. 1852)などを寄せ集めたものに過ぎなかった<sup>(2)</sup>。つまり、この旧オーストリア非訟事

件手続法は、従来の非訟事件手続の分野における実務慣習を集めて作られたものではなく、かつ熟考し、十分な議論を経た法典編纂過程の成果物ではなかったのである。その結果、改正の動きはすぐに現れることになる。

まず、1859年に“立法及び行政における時宜に適した改善”が予告され、1867年に最初の包括的な担当者草案（Referentenentwurf）が作成された。しかし、その後、クラインによる民事訴訟法の制定（1895年）が優先され、改正の動きは後退する。それでもなお、1902年には、非訟事件の手続に関する法律の担当者草案が仕上げられた。しかし、この草案も、当時準備されていた実体法改正との調和や政治的状況（とくに公証人と弁護士との利益対立）などとの関係から、もはや実現され得なかったのである。その後も、非訟事件手続の簡素化に関わる1923年12月21日の連邦法（BGBl. 636）において、単に婚姻事件における手続並びに障害者に対する保佐人の選任についての主要部分に対応する細かい点についての適応のみで今日に至るという事態になった<sup>(3)</sup>。20世紀においては、包括的改正はなされなかったのである。

1854年の旧非訟事件手続法でとくに問題となったのは、わずか19条で明らかに欠缺のある総則規定が、現代の、しかも法治国家原則により規定される手続法の要請にもはや合致していないという点であった。旧法のこの問題は、今日、判例によって、たいていは民事訴訟法の規定を準用する形で、広範囲に補充されてきたが、限界がきていたのであった。

## (B) 立法過程

非訟事件手続の根本的な改正に向けた努力は、1980年代に入って活発化してくる<sup>(4)</sup>。1982年には、連邦司法省による非訟事件手続法セミナーが開催され、

(2) この立法過程などについては、Ott, *Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens.*, 1906, S. 41ff. König, *Beiträge zur Entstehungsgeschichte des AußStrG 1854*, RZ 1979, S. 50ff.; Dolinar, *Österreichisches Außerstreitverfahrensrecht, Allgemeiner Teil*. 1982. S2ff.; Rechberger (Hrsg.), *AußStrG (Kommentar)*, 2013., S. XXXV.; Maurer, *AußStrG neu*, 2004., S. 10ff., など参照。

(3) 224 der Beilagen XXII. GP —Regierungsvorlage— Materialien, S. 3参照。

(4) 以下の叙述は、Regierungsuorlage — Materialien, S. 3ff.; Rechberger (Hrsg.), *AußStrG (Kommentar)*, 2013., S. XXXVff.; Maurer, *AußStrG neu*, 2004., S. 10ff., などに基づく。また、立法の必要性等については、Kodex, *Die Anforderungen an ein modernes Verfahrensgesetz am Beispiel von Strukturfragen des AußStrG*, in Rechberger (Hrsg.), *Außerstreitverfahren zwischen*

1984年には、非訟事件手続法の総則部分に関する連邦司法省草案 (Außerstreitgesetzes 1984) が公表された<sup>(5)</sup>。この草案は、1985年及び1987年に特則を含めた改訂がなされ、その努力は、1987年、非訟事件の裁判手続に関する司法省草案 (Außerstreitverfahrensordnung—ASVO 1987) に結実した。この草案は、1987年の裁判官会議で議論されることになる。

他方で、非訟事件手続法改正に多大な貢献をなしたのは、1984年に始まった、Winfried Kralik が主導した「予防法及び公証制度に関する Ludwig-Boltzmann 研究所」の非訟事件手続に関する研究プロジェクトである。このプロジェクトは、1984年3月に「非訟事件手続改正に関するアンケート」を実施し<sup>(6)</sup>、1986年には、連邦司法省との協議の下、司法省草案に対する態度決定のために研究所の委員会が形成された。そして、この委員会で、司法省草案についての条項の変更、補充等がなされ、1987年には、「非訟事件手続の改正に関する諸提案」<sup>(7)</sup>が、1988年には、「非訟事件法草案」<sup>(8)</sup>が公表された (司法省草案に対して、「代替草案 (または簡易に Kralik 草案)」と称される)。これらは法律となることはなかったが、しかし、その後の改正作業の基礎となっていたのである。とくに、新オーストリア非訟事件手続法の総則部分は、Kralik とその草案の基本的考察を引き継ぐものであった<sup>(9)</sup>。その後、改正の動きに新たな刺激を与えたのが、Ludwig-Boltzmann 研究所が行った1991年の非訟事件手続改正シンポジウムである。ここで、旧法に関する新たな議論と改正の基本指針が提示された。そして、その後、1995年の裁判官会議において、「非訟事

---

1854 und 2005, LBI XXIX (2006), S 41ff.. などを参照。

- (5) 詳細は、Fucik, Das künftige Verfahren außer Streitsachen vor dem Erstrichter., in Vorschläge zur Reform des Außerstreitverfahrens. S. 99ff., Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann—Instituts für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen, BAND VI (1987) (以下 LBI で引用) など参照。
- (6) 詳細は、Zur Reform des Außerstreitverfahrens Dokumentation einer Enquete, LBI II 参照。研究所は、1985年には、Strobl において法秩序の構造の研究と革新に関する社会の「非訟事件手続における基本的改正」という会議を実施した (LBI IV 参照)。
- (7) LBI VI (1987)
- (8) この草案については、LBI VIII (1988) 参照。
- (9) Rechberger (Hrsg.), AußStrG (Kommentar), 2006., S. XXXII. は、新オーストリア非訟事件手続法の精神は、本質的に Kralik の理念によって刻印されたと評している。

件手続—その改正の時期が来た」というテーマで議論がなされ、Leo Feitzingerによる新しい非訟事件手続の基礎的特徴のプレゼンテーション（「非訟事件手続の革新に関する諸提案」、これは、草案「Punktation」と言われている）がなされたのであった。ここでは、総則部分の現代化、例えば、裁判官の指揮及び教示義務の拡張、懈怠効果、手続の中断、審問請求権、判決理由の義務化、抗告手続の二面性が提案された。ここでの記録と議論に基づき、結果的に、1997年の裁判官会議（テーマ：新しい非訟事件手続 その内容と構造）に提出されたのが、新非訟事件法の総則部分に関する「第一議論草案」である。この裁判官会議では、新しい保護手続及び家族法手続並びに新しい遺産手続に関する総則部分及び規定案の条文が提示され、議論されていた。また、実務を行う法曹の要望を把握するために、裁判官、司法補助官、公証人、児童福祉担当者及び弁護士会の代表者と集中的な討論がなされ、もちろん学者が先導したのであるが、諸提案が提示されたのであった。これらの議論を受けて、2000年に、「司法省草案」が公表された。この草案に対しては、意見照会の期間までに73の意見が寄せられた。それらを考慮して、最終的に、2003年、新非訟事件法に関する「政府草案」に至る<sup>(10)</sup>。政府草案は、国会で、2003年11月13日に可決され、2005年1月1日から施行されることになった。ここに、150年近くかけて、オーストリアは、新たな非訟事件手続法を有することになったのである。

### （3）新オーストリア非訟事件手続法の特徴

新オーストリア非訟事件手続法は、現代的な、法治国家諸原則の要請を考慮する一方で、救済志向的でかつ裁判官の自由裁量を広く認めるという非訟事件手続の特徴を考慮したものであった。法治国家的要請としては、ヨーロッパ人権条約第6条の要請である法的審問請求権、公正な手続の保障、公開主義・口頭主義、証拠手続、上訴手続が考慮されたのであった。また、強制的弁護士代理や費用補償の一般規定が導入された。また、手続簡素化・促進化の考慮により、とくに非訟事件手続法の特則において規定された手続がより現代的に規律され、非訟手続と訴訟手続に分断されていた事件が非訟事件で統一化されることになったのである。詳細は条文を参照。

（松村和徳）

(10) 政府草案は、Bundesgesetzblatt I; 12. 12. 2003参照。また、Mayr, Stellungnahme zu den Regirierungsvorlagen betreffend die Reform des Verfahrens außer Streitsachen. 参照。

## 2. オーストリア非訟事件手続法試訳\* (1)

### 第 1 章 総則規定

#### 第 1 節：適用範囲及び当事者

##### 第 1 条 適用範囲

- (1) 本連邦法は、非訟事件手続を規定する。
- (2) 非訟事件手続は、その旨が法定されている民事上の法的事件にこれを適用する。
- (3) この法律に別段の定めがない限り、本連邦法の総則規定は、他の法律上の規定において定められている非訟事件手続についてもまたこれを適用する。

##### 第 2 条 当事者

- (1) 当事者とは、以下の者をいう。
1. 申立人
  2. 申立人によって相手方とされた者又はその他当事者と表示された者
  3. その者の法的に保護された地位が、要求した裁判又は裁判所によって予定された裁判によって、もしくはその他の裁判所の活動によって、直接的に影響を受ける限りでのその者
  4. 法律上の規定に基づき手続に参加することができる者又は機関
- (2) 裁判所の活動を明らかに促すだけの者は、当事者ではない。
- (3) 裁判所で独立して弁論をなしうる

当事者の能力及び法定代理人の地位は、民事訴訟法の規定に従う。

##### 第 3 条

- (1) 当事者の一方の行為又は不作為は、他の当事者に対して直接に効力を生じない。
- (2) 各当事者は他の当事者又はその代理人、証人、又は鑑定人に対して裁判所を通して質問をすることができ、また裁判所の同意があれば直接自ら質問することができる。裁判所は不適切かつ不適法な質問については、これを却下しなければならない。

##### 第 4 条

- (1) 当事者は、第 1 審及び第 2 審において自ら裁判所の面前で弁論をなすことができ、かつ第 1 審においては、固有の権限を有する者がこれを代理することができる。
- (2) 当事者の一方が、相手方がわかるように (verständlich) 書面又は口頭で表現することができないときは、裁判所は、手続の合目的的遂行のために必要な場合には、相当な期間を定めて、その当事者に適切な代理人を選任することを命

\* 本条項の試訳は、2013年1月1日現在の条文に基づく。2005年施行の原条文のどこがその後変更されたかは、個々の条項毎に指摘していく予定である。

じなければならない。当事者の一方がそのような命令を期限内に履行しない場合は、裁判所は、当事者の危険負担及び費用負担の下、適切な代理人を選任しなければならない。

（３）民事訴訟法第73条 a は、これを準用する。

*\*第3項は、2009年改正法（BGBl. I Nr. 30/2009）により変更されている。民事訴訟法第73条 a は、手話の通訳者の規定である。*

*（改正前条文）*

（３）耳の不自由な当事者又は目の不自由な当事者であるが、その他の点では、訴訟の対象に関してわかるように表現する能力を有する場合に、その者が適切な代理人も手話の通訳者もともなわずに出頭するときは、裁判所は、できるだけ短い時間で、期日を延長しなければならないかつ新たな期日のためにそのような通訳者を召喚しなければならない。手話の通訳者の費用については、連邦がこれを負担する。

## 第5条

（１）訴訟能力（Verfahrensfähigkeit）、法定代理並びに訴訟追行のために必要な特別な授權の欠缺は、手続がいかなる程度にあるかを問わず、職権により、これを考慮しなければならない。この種の欠缺を除去するために、裁判所は、必要な措置（das Erforderliche）を命じ、かつこのことにより当該当事者が不利益を受けないように、あらかじめ配慮しなければならない。この処分に対しては、独立して取り消すことはできない。

（２）裁判所は、係属中の訴訟において、職権により、

1. 以下の場合には、特別代理人（Kurator）を選任しなければならない。
    - a) 当事者の一方の法定代理人が利益相反を理由に代理を禁じられている場合（オーストリア一般民法典第271条 f 以下）
    - b) 一方当事者に、公示送達（öffentliche Bekanntmachung）によつてのみしか送達ができない場合で、かつその送達の結果、当該当事者が自らの権利を保護するために手続行為を行わなければならないであろう場合、とくに送達書面が召喚を含む場合
  2. 以下の場合には、法定代理人の選任に関して配慮しなければならない。
    - a) 当事者の一方がまだ生まれていない場合（オーストリア一般民法典第274条）
    - b) 当事者の一方の身上（Person）又は居所（Aufenthalt）が知れておらず、かつ代理人が選任されてなく、当該当事者又は第三者が自己の権利の追求において侵害を受けるであろう場合（オーストリア一般民法典第276条）
    - c) 当該当事者側で、オーストリア一般民法典（AGBG）第268条の諸要件が存在することについての間接証拠（Anzeichen）が提出された場合
    - d) 当事者の一方が他の理由から手続に関して法定代理人を必要とする場合
- （３）この法律に別段の定めがない限り、

本条第 2 項 2 号による法定代理人の選任及び解任に関して並びにその法定代理人の介入により生じた請求権に関しては、そのために用意された特別手続において裁判されなければならない。

(4) 裁判所が法定代理人の選任を理由に手続行為を行うとすぐに、手続が中止されるか否かとは無関係に、当該当事者に対して進行している不変期間は中断される。不変期間は、法定代理人の選任に関する裁判の法的確定力 (Rechtskraft) の発生により、新たに開始する。法定代理人が選任され、かつ書面の送達 が期日内になされた場合には、この期間は、法定代理人への書面の送達をもって開始する。

\* 本条項は、2009年改正法 (BGBl. I Nr. 30/2009) により変更されている。

## 第 6 条 代理義務

(1) 二当事者又は複数の当事者に対して相互の申立てがなされる手続においては、弁護士のみが抗告手続 (Rekursverfahren) における代理権を有する。そのような手続における再抗告手続 (Revisionsrekursverfahren) においては、当事者は、弁護士によって代理されなければならない。

(2) 前項の規定とは異なり、養子縁組についての手続、被保護者の財産権を含む障害者のための保佐事件 (Sachwalterschaft) に関する手続、その他の被保護者の法律行為の同意に関する手続、一第162条を留保して一遺産手続、死亡宣告手続及び失効宣言手続、並びに土地登記手続、会社登記手続及びその他の登記手続では、抗告手続において、弁護士又は公証人が代理権を有する。この

ような手続での再抗告手続においては、当事者は、弁護士又は公証人によって代理されなければならない。

(3) 連邦高等裁判所裁判長、少年福祉委員、検察官、又は財産管理人 (Finanzprokurator) が、当事者又は当事者の代理人として、非訟事件を提訴した (einschreiten) ときには、これらの者ために代理は必要とせず、弁護士に代理された当事者と同様に扱われなければならない。

(4) この法律に別段の定めがない限り、代理人に関する民事訴訟法の諸規定は、これを準用する。

## 第 7 条 手続救助と訴訟付添い

(1) 手続救助及び訴訟付添いに関する民事訴訟法の規定は、これを準用する。手続救助の許可に関する決定は、申立当事者並びに検査役のみこれを送達しなければならない。抗告状または抗告に対する答弁書は、検査役にのみ、これを送達しなければならない。

(2) 当事者の一方が手続法上の不変期間内に又は認められた変更期間内において弁護士の付添いを手続救助の方法で要求したときは、当該当事者にとって、当該期間は弁護士の選任についての決定の送達をもって開始し、書面書類が提出期限を徒過したときには、任命された弁護士への送達をもって期限は、新たに進行する。当該決定は、裁判所によって送達されなければならない。適時になされた弁護士の付添いを求める申立てが却下された場合には、期間は、当該却下決定の法的確定力の発生をもって開始する。

\* 第 1 項は、2009年改正法 (BGBl. I Nr. 30/2009) により変更されている。

## 第２節：手続

### 第８条 手続の開始

（１）この法律に別段の定めがない限り、手続は、申立てによってのみ開始される。

（２）手続開始に関わる申立書類は、その申立てが即時に棄却又は却下されない限りで、遅くとも調査（Erhebungen）の開始と同時に、記録上その当事者たる地位が明らかになった（記録上明らかな当事者）全ての者に対して、通常の訴えの場合と同様に、これを送達しなければならない。

（３）職権によって開始される手続においては、裁判所は、遅くとも最初の弁論期日において、当事者に対して、手続の対象を明確に指示しなければならない。

### 第９条 要求

（１）申立ては、明確な特定の要求を記載する必要はない。ただし、申立ては、申立人がどのような裁判又はその他の裁判所の行為を得ようとしているのか、かつどのような事実関係からこのことを導き出そうとしているのかを、十分に明らかにしなければならない。

（２）裁判所は、当事者が金銭給付のみを要求するが、その額を特定して申請していないときには、その手続の結果がそのような申出を許容する場合には即座に、その当事者に対して、適切な期間を定めて、数的に特定した要求の申出をすることを催告しなければならない。この決定に対する不服申立ては、許されない。

（３）定められた期間の徒過後には、数的に特定されていない申立ては、これを却下しなければならない。この法的効果

については、その催告の中において指摘しなければならない。

### 第10条 申請（Anbringen）

（１）申立て、陳述及び報告（申請（Anbringen））は、第１審の裁判所で書面の形式で提出することができ、又はこれを調書に記載しなければならない。

（２）書面は、その副本を送達しなければならない手続へ参加する当事者の数だけ副本でもって提出しなければならない。弁護士又は公証人によって代理されていない当事者がこれを怠った場合、そのことが手続の促進に関して必要であるならば、裁判所は、必要な複写を取らなければならない。

（３）申請書には、事件の表示、申立人の姓名及び住所、その代理人並びにそのことが必要な限りにおいて知っている他の当事者の姓名及び住所、さらに身分関係事件については、誕生日、出生地、並びに当事者の国籍の記載を含まなければならない。

（４）申請に、さらに続く手続段階の妨げとなる形式上又は内容上の瑕疵があるときには、裁判所は、その申請を即時に棄却又は却下するのではなく、まずはその補正を配慮しなければならない。申請に際して期限が遵守されなければならないときには、当事者に、適切な期間を定めて、瑕疵の補正を催告しなければならない。その催告は、瑕疵を表示し、かつ送達証明がなされなければならない。

（５）申請は、定められた期限が遵守されるときは、本来の時点で提出されたものとみなされる。不変期間内に認められた補正期間は、これを延長することがで

きない。

(6) 民事訴訟法第86条 a は、これを準用する。

\* 第 6 項は、2010年改正法 (BGBl. I Nr. 111/2010) により新たに導入された。

#### 第10条 a

当事者及び証人の送達先の住所の秘密保護に関する民事訴訟法の規定は、これを準用する。

\* 本条項は、2009年改正法 (BGBl. I Nr. 40/2009) により新設された規定である。

#### 第11条 申立ての取下げ

(1) 申立てによってのみ開始することのできる手続は、申立ての取下げでもって終了する。申立ては、第1審の裁判所による判決までこれを取り下げることができる。適法な上訴が提起されたときには、申立てが上訴手続の対象となる限りにおいて、その申立ては上訴裁判所による判決までに、請求の放棄の形式で又は申立ての相手方の同意を得た場合限り、これを取り下げることができる。申立ての取下げの範囲において、取り消された決定は、他の当事者に対する費用負担 (Kostenzusprüche) を除いて、効力を失う。上訴裁判所は、これを、決定でもって、確定しなければならない。

(2) 職権によっても開始することができる手続は、第1審の裁判所がこの手続を職権でもって続行することを言い渡さない場合には、申立ての取下げにより、終了する。第1審裁判所の判決後は、もはや申立ては取り下げることができない。

(3) 申立ての取下げでもって、その基

礎となっている請求権がまた有効に放棄された限りでは、この請求権は、新たにこれを主張することができない。

#### 第12条 手続の係属

(1) 裁判所に手続の開始を求める申立てがなされ、又は裁判所が職権によって開始すべき手続において手続の弁論がなされたときに、手続は係属する。

(2) 同一の手続対象が複数の裁判所に係属する場合には、事件は、管轄権を有する裁判所のうち、事件が最初に係属した裁判所に、これを移送する。

#### 第13条 手続の遂行

(1) 裁判所は、職権により手続の進行を配慮しなければならない、かつ手続対象について徹底した審議と基礎となる評価をなすこと及び可能な限り手続期間の短縮化が保障されるように、手続を形成しなければならない。当事者は、この場合において、裁判所に協力しなければならない。

(2) 保護命令を受けた者に関わる手続は、その福祉を最大限に保障するよう遂行されなければならない。

(3) 裁判所は、手続のいかなる段階においても、当事者間での合意による解決を得るよう努めなければならない。

#### 第14条 指導義務及び教示義務

指導義務及び教示義務に関する民事訴訟法の規定は、これを適用する。裁判所は、弁護士又は公証人によって代理されていない当事者に対して、手続の対象に際して考慮される、合目的な権利追求又は権利防衛に役立つ特別の陳述及び証拠の申出について教示しなければならない、かつその当事者に考えられる手続行

為をなすことを、指導しなければならない。

### 第15条 法的審問

当事者は、裁判所が職権により手続を開始した対象について他の当事者の申立て及び陳述並びに調査の内容についての認識を得る機会、及びそれについて態度決定をなす機会を与えられなければならない。

### 第16条 裁判の基礎の収集

（１）裁判所は、職権により、裁判所の裁判の基礎となる事実のすべてについて解明するよう配慮しなければならない、かつそのような事実に関する指摘すべてを適切に考慮しなければならない。

（２）当事者は、自らが知っている、裁判所の裁判にとって重要な全ての事実及び証拠を完全にかつ真実に即して陳述し、場合によっては、それらを提出しなければならない、かつその点に関する裁判所の質問の全てに答えなければならない。

### 第17条 懈怠の効果

裁判所は、相当な期間を定めて、一方当事者に相手方の申立てに関して又は調査の内容に関して意見表明を催告することができ、又はこの目的のために尋問又は期日に当事者を召喚することができる。当事者が期間を徒過した場合又は当事者が召喚に応じない場合には、裁判所は、相手方当事者の申告又は調査の公表された内容に基づく意図的な決定に対していかなる異議も存在しないものと推定することができる。意見表明の催告並びに召喚は、この法的効果の指摘を含まなければならない、かつ通常の訴えの場合と

同様に、送達されなければならない。そのような期日の設定又は召喚に対する不服申立ては、これを許さない。

### 第18条 口頭弁論

裁判所は、口頭弁論が明文でもって規定されていない限りにおいて、手続の迅速化、事実関係の調査、又は法律問題の説明のために合目的とみなされる場合には、事件の全体又は個々の問題点に関して弁論の対象と関連する当事者との口頭弁論の期日を命ずることができる。口頭弁論期日が開かれたとしても、裁判所は、継続する手続において口頭で弁論することを義務づけられない。

### 第19条 公開

（１）口頭弁論は公開である。

（２）公開は、以下の場合には、職権により、停止（ausschließen）することができる。

1. 公開により風俗又は公の秩序が害されるおそれがあると思われる場合
2. 公開により弁論を妨害し又は事実関係の調査を困難としうるおそれが認められる場合
3. 公開停止が被保護者の利益において必要である場合

（３）公開は、前項に規定される場合の他、考慮に値する理由に基づき、とりわけ家庭生活に関する事実が討論されなければならないとの理由により、当事者の一方の申立てによりこれを停止することができる。

（４）公開は、弁論全体又は個々の部分に関して、これを停止することができる。弁論内容の公表は、公開が停止された限りで、禁止される。

(5) 裁判所が公開を停止した場合、当事者の一方は、本人及びその代理人のほか、信頼する者に対してもまた口頭弁論の出席の許可を求めることができる。民事訴訟法第171条第2項及び第3項、第173条、第174条第2項及び第175条第2項は、これを準用する。

## 第20条

(1) 出席当事者及び代理人は、口頭弁論外で行われる証拠調べ、とりわけ尋問に関与することができる。証拠調べをなす合意は、申立てによってのみ、行われる。裁判所は、手続が未成年者又はその他の被保護者に関わり、かつ証拠調べへの参加が被保護者の福祉を害するか又は事実関係の確定を著しく困難にするであろうと思われる限りで、当事者及びその代理人を関与させないことができる。

(2) 証拠調べの排除に対する不服申立ては、これを許さない。

## 第21条 原状回復 (Wiedereinsetzung)

原状回復に関する民事訴訟法の規定は、第154条を除き、期間又は期日の欠席から発生した法的不利益が不服申立て又は新たな申立てによって回避することができないときには、これを準用する。

## 第22条 調書、記録、法廷警察及び刑事罰

調書、記録並びに法廷警察、書面中の侮辱及び刑罰についての民事訴訟法の規定は、これを準用する。

## 第23条 期間

(1) 期間に関する民事訴訟法の規定は、民事訴訟法第222条を除いて、これを準用する。

(2) 不服申立ての提起並びにそれに対する答弁書の提出に関する期間及び変更の申立てに関する期間は、不変期間とする。

\*第1項は、2010年改正法 (BGBl. I Nr. 111/2010) により改正されている。

## 第24条 送達

(1) この法律に別段の定めがない限り、送達に関する民事訴訟法の規定及び送達法は、これを適用する。

(2) 裁判所は、そのことが目的に適用している限りで、その者が所属する裁判所と異なる裁判所の管轄区域内において、裁判所職員によって送達書面 (Geschäftsstück) を送達させることを命ずることができる。

(3) 公示送達 (送達法25条) は、そのために必要な要件の存在が疎明された場合にこれを行うことができる。公告は、民事訴訟法第117条第2項に規定された方法で公示しなければならない。さらに、職権又は申立てにより、その地で慣習となっている公示方法を命ずることができる。

## 第25条 手続の中断・中止 (Unterbrechung)

(1) 手続は、以下の場合に中断される。

1. 代理されていない当事者の一方が死亡した場合又は裁判所で単独で当事者として行為をする訴訟能力が失われた場合
2. 当事者の法定代理人が死亡した場合又は代理権を喪失した場合、及び当事者が自ら裁判所の面前で訴訟行為をできず、訴訟代理権を授与された者で代理されていない場

合

3. 弁護士又は公証人が死亡し、又は、当事者の代理が法律上必要とされている限りで、その代理を継続する能力を失った場合
  4. 倒産法の規定が規定していない限りで、当事者の一方の財産に関して倒産手続が開始された場合
  5. 戦争又はこれと比較できる重大な事情により、裁判所がその職務の活動を停止する場合
- (2) 手続は、職権又は申立てに基づいて、以下の場合には、全部又はその一部を中止することができる。

1. 法律関係の成立又は不成立に関する前提問題が、裁判所又は行政官庁で他に係属する手続対象又は職権によって開始された手続対象を形成し、係属中の手続において前提問題の解決が手続のコストを著しく費やすことなしにはできず、かつ中止が推定できないような遅延を引き起こさないとき
2. 係属中の手続において可罰行為の疑いが生じ、その調査及び判断が係属する手続における裁判にとって決定的な影響を及ぼすと見込まれるとき
3. 当事者の一方が戦争又はこれと比較できる重大な結果により、手続の参加を妨げられかつ同時に欠席した当事者がそのことによって著しい不利益が生じるおそれが存するとき

\*第1項4号は、2010年改正法（BGBl. I Nr. 58/2010）により改正された。

## 第26条

(1) 裁判所は、中止の間、緊急に必要な手続行為のみを行わねばならない。第25条第2項第1号及び第2号の事例において裁判所及び当事者の手続行為は、それが前提問題に関する裁判に先取りしない限りで、事件が裁判をするのに熟した後に中止が生じたときには、中止は裁判の言渡しを妨げない。

(2) 訴訟行為（Verfahrenshandlung）の実施についてのそれぞれの期間の経過は、中止でもって停止する。この停止は、裁判所が中止を考慮することなしに緊急に必要な訴訟行為を確定した期間には、適用しない。訴訟行為は、中止の間、他の当事者に対して効力を有さない。

(3) 中止した手続は、中止に関する理由がなくなったときには、一方当事者の申立てに基づき決定でもって続行することができる。職権で開始されうる手続は、さらにその保護が手続の目的となっている当事者の一方又は一般のその他の利益が危険にさらされる場合にもまた、職権により、決定でもってその中止を続行することができる。中止期間は、中止続行決定の送達でもって新たに開始する。

(4) 手続の中止を命ずる決定又は手続中止の続行を拒む決定は、独立して取り消すことができる。

## 第27条

(1) 当事者の一方又はその法定代理人の身上において存した理由に基づき手続が中止されるときには（第25条第1項第1号及び第2号）、その手続は、継続して任命されている代理人によって、これを続行することができる。中止の理由が

弁護士又は公証人の身上に存する場合(第25条第1項第3号)、裁判所は、当事者に適切な期間を設定して、裁判所にその新たな代理人を通知することを催告することができる。期間内にこの催告に従わない場合には、手続は、この状況を考慮することなく決定をもって続行される。

(2) 手続が前提問題の解決のために(第25条第2項第1号)中止し、かつ前提問題が職権で開始された手続において解決されうるときには、裁判所は、遅滞なく、その手続の開始を命じなければならない。

#### 第28条 手続の休止

(1) 手続は、一つの手続に少なくとも二名の当事者が関与している場合に、その休止を全ての当事者が明示的に合意し、かつその合意を裁判所に届け出たときに、休止する。そのような合意は、全ての当事者によって裁判所に届けられた時点で効力を生ずる。

(2) 申立てによってのみ開始することができる手続に、少なくとも、二名の当事者が関与する場合には、全ての当事者が口頭弁論にこの法律的效果を指摘して召喚されたが、どの当事者も召喚に従わなかった場合又は出席した当事者が弁論をなさない旨を意思表示をした場合にはまた、手続は休止する。

(3) 手続の休止により、手続中止の効果が生じる。ただし、不変期間の進行は停止しない。休止された手続は、休止の開始以後3か月が経過する前には、再開することはできない。ただし、職権で開始することができる手続は、その保護を手続の目的としている当事者の一方の利益又は一般の利益が危険にさらされう

場合には、これを進行させなければならない。

(4) 3か月の期間が経過した後は、手続は、一方当事者の申立てに基づいてこれを続行することができる。職権で開始されうる手続については、裁判所は、職権に基づいてもまた、これを続行することができる。

(5) 休止した手続がすでに1度職権によって続行された場合には、いかなる新たな休止の合意もそれが有効となるためには、裁判所の許可を必要とする。

(6) 3か月が経過した後の休止した手続の続行を却下する決定は、独立してこれを取り消すことができる。

#### 第29条 中断

(1) 裁判所は、当事者間の合意による規律が、とくに、このための適切な措置の支援をもって期待されうるときには、その保護を手続の目的としている当事者の一方の利益又は一般の利益が危険にさらされない限りで、手続を中断することができる。

(2) 中断は、事件に関する手続中に、上限6ヶ月の期間でのみ、これを命ずることができる。裁判所は、中断の間、差し迫って必要となった手続行為のみを行わなければならない。

(3) 確定した期間の経過前に、中断についての要件がもはや存在しないことが示されたときは、手続は、決定をもってこれを続行することができる。

(4) 本条第2項に違反する中断の決定は、独立してこれを取り消すことができる。

#### 第30条 和解

(1) 両当事者は、当事者が裁判手続の

対象となりうる権利について処分する権限を有する限りで、そのことについて裁判上の和解を締結することができる。

（２）和解が成立した場合、その内容は、これを調書に記載しなければならない。和解調書の正本は、当事者の要求に基づいて、当事者にこれを交付しなければならない。

（３）申立てに基づいてのみ開始しうる手続においては、管轄権を有する裁判所への申立て前に、和解勧誘の目的のために相手方の召喚を申請することができる。

### 第31条 証拠手続

（１）各人は、事実関係の確定のために適切な証拠方法を用いることができる。

（２）裁判所は、全ての当事者が証拠調べ及び検査に対して反対を表明する場合、又は裁判所が法律上推定されうる事実又は完全な立証をなす証拠方法が存在する事実に対して根拠のある異議を抱く場合にもまた、証拠調べ及び検査をすることができる。

（３）裁判所は、事前に鑑定人について当事者を尋問することなく、鑑定人を選任することができる。裁判官が必要な専門知識を伝える場合には、鑑定人による証拠調べ（Sachverständigenbeweis）を見合わせるすることができる。

（４）裁判所は、口頭弁論が規定されている手続においてでも、口頭弁論以外でも陳述されたものを考慮しなければならない。裁判所は、口頭弁論外で証拠調べをなし、両当事者に補充的な主張を命じ及びその他の手続行為をなすことができる。

（５）裁判所は、裁判所が当事者の一方を尋問し、文書を提出させ、あるいは当

事者が保管する物を検分することを可能ならしめることが不可欠と判断するとき、当事者が考慮に値する理由なく、召喚又は催促に従わない場合には、その当事者に対して強制的な手段を適用することができる。

### 第32条

裁判所は、手続全体の結果を慎重に考慮して、自由な心証により真実とみなされうるものとみなされないものとを判断しなければならない。

### 第33条

（１）裁判所は、顕著な事実又は争いがなくかつ一方当事者又は多数当事者の疑義がない主張に基づき、その主張が真実であると確信する場合には、調査を見合わせるすることができる。

（２）裁判所は、当事者の一方による事実又は証拠が時期に後れて提出され又は申出がなされた場合及び全ての状況を注意深く考慮した場合に、それでもって手続が引き延ばされ、かつそれを認めると手続の終結が著しく遅延することについて合理的な疑いが存しない場合には、証明されていない事実を考慮する必要はなく、かつ証拠調べを取りやめることができる。

### 第34条

裁判所は、当事者の一方に金銭の給付が認められることが確定しているが、金額の認定ができないか又は不相当に困難であるときは、申立てに基づき又は職権により申出された証拠の取り調べを取りやめて、また、金額を自由な心証に基づき確定することができる。

### 第35条

この法律に別段の定めがない限り、証拠調べに際しての言語の翻訳及び画像の転写のための技術的設備の利用、受命裁判官又は受託裁判官による証拠調べ、当事者又は証人の分離尋問、未成年者の尋問、外国における証拠調べ、及び証拠の共有、予定している証拠調べを考慮せずになした手続の続行並びに証人又は当事

者の宣誓による尋問に関する規定を例外とした個々の証拠方法に関する民事訴訟法の規定は、これを準用する。

*\*2009年の改正法により変更されている。*

## 第3節：決定

### 第36条 裁判の原則

(1) 裁判所は、決定の形式で裁判を行わなければならない。決定は、書面により下される。少なくとも当事者の一方が出席している場合には、決定は、口頭でも言い渡すことができる。

(2) 裁判所は、中間決定によって請求権の基礎及び一部決定によって事件の一部について裁判することができる。

(3) 全ての決定は、手続の対象の範囲においてなすことができる。その決定に際しては、当事者の利益状況及び両当事者の民事法上有効な法律行為上の意思表示について考慮しなければならない。

(4) 決定は、申立てによってのみ開始しうる手続においては、申立ての範囲において下さなければならない。裁判所は、職権によって開始しうる手続においては、その裁判に際して、申立てに拘束されない。

### 第37条 履行期間

(1) 給付命令は、決定がなされたときにすでに満期が到来していた場合又は権利関係の規定が、満期でない給付の認定を必要とする場合にのみ、適法である。

(2) 裁判所は、このことが必要な限りにおいて、裁判所の命令の履行のために

相当な期間又は適切な期日を定めなければならない。期間の算定については、民事訴訟法第409条第3項は、これを準用する。

### 第38条 決定の正本及び送達

決定は、書面で作成しなければならない。かつ記録上明らかな当事者全てにこれを送達しなければならない。口頭で言い渡された決定は、正本の作成及び不服申立てが放棄されなかった場合には、書面により作成されなければならない。正本の作成及び決定の送達の放棄は、身分関係事件においては、無効である。

### 第39条 決定書の内容

(1) 決定書は、次のものを含まなければならない。

1. 裁判所及び事件の表示
2. 当事者の氏名、当事者の住所及び法定代理人：身分関係事件においては、当事者の誕生日及び出生地並びに国籍
3. 手続の対象
4. 主文
5. 理由

(2) 主文及びその理由は、形式上区別して記載しなければならない。付与され

た命令の履行のために定められた期間、時点並びに拘束力又は仮の執行力の承認は、主文において記載しなければならない。

（３）当事者の申立ては、理由においては、法的に重要な事実関係の確定及び証拠の評価並びに法的判断を記載しなければならない。

（４）理由づけは、両当事者の同方向の申立てが認められる場合、決定が全ての当事者が表示した意思に合致する場合、又は決定が全ての当事者の出席のもと口頭で言い渡されかつ全ての当事者が不服申立てを放棄した場合、これを記載しなくてもよい。

（５）裁判書類のために定められた決定書は、裁判官又は司法補助官によって、合議事件においては、裁判長によって署名されなければならない。

#### 第40条 決定への裁判所の拘束

裁判所は、口頭で言い渡された決定に拘束される。口頭での決定の言渡しがなされない場合には、書面によって作成された決定書の交付により決定に拘束される。ただし、手続指揮の決定に対しては、このことが独立して取り消される場合に限ってのみ、裁判所は、これに拘束される。

#### 第41条 決定の補正及び訂正

判決の補正及び訂正に関する民事訴訟法の規定は、これを準用する。

#### 第42条 法的確定力

決定は、当事者が決定をもちや取り消すことができない限りにおいて、その当事者に対して法的確定力を有する。

#### 第43条 決定の効力

（１）決定に法的確定力が生じると、執行力、既判力、又は法的形成力が生じる。

（２）決定の効力が、法律関係の性質上又は法律上の規定により、全ての記録上明らかな当事者に拡張される場合には、その効力は、決定が当事者にとってもはや取り消すことができない場合に初めて生じる。

（３）決定文中に給付期間又は履行期（Fälligkeitszeitpunkt）が定められた場合には、執行力は給付期間の経過後又は履行期の経過後に初めて生じる。

（４）口頭で言い渡された決定に対する不服申立てが放棄されたが、決定の正本が送達されなければならない場合には、その決定の効力は、送達でもって生じる。

（５）手続指揮の決定は、口頭で言い渡す場合はその言渡しでもって、さらに書面による正本の送達でもって、当事者に対して拘束力を生じる。

#### 第44条 既判力又は執行力の仮の承認

（１）裁判所は、身分関係事件が問題とならない限りにおいて、当事者の一方又は一般の利益にとって著しい不利益を回避するために必要とみなされる限りで、仮の既判力又は仮の執行力を決定に認めることができる。この決定の仮の効力は、承認決定が送達されるとすぐに生じ、かつこの効力はその決定が、その間に取り消されまたは他の決定に代えられようと、その事件についての裁判に法的確定力が発生するまでは、その効力は有効である。承認に対する裁判（Entscheidung）は、原告人に対して抗告の結果では排除することができないような

差し迫った著しい不利益が生じる恐れがある場合に、とくにこれを変更することができる。そのような裁判に対しては、不服申立ての提出後は、上訴裁判所 (Rechtsmittelgericht) が管轄権を有す

る。  
(2) 仮の既判力又は執行力に対する裁判に対しては、不服申立てはこれを認めない。

#### 第 4 節：抗告

##### 第45条 抗告の適法性

第 1 審裁判所の決定は、第 2 審裁判所の (抗告裁判所への) 抗告により、これを取り消すことができる。手続指揮の決定は、決定に関する独立した取消しが規定されていない限りで、その事件についての裁判に対する抗告でもってのみ、これを取り消すことができる。

##### 第46条 抗告期間

(1) 抗告についての期間は、14日とする。抗告期間は、独立して取り消すことができる決定の正本の送達がされたときに、開始する。

(2) 決定が送達されなかった記録上明らかでない当事者は、記録上明らかでない当事者の一方が抗告を提起できる時点又は抗告に対する答弁をなすうの時点までに、抗告を提起することができる。

(3) — 2010年改正法 (BGBl. I Nr. 111/2010) により削除—

*\* 第 3 号は、2010年改正法 (BGBl. I Nr. 111/2010) により削除された。*

旧規定 (3) 決定は、抗告期間の経過後、決定の変更又は取消しが他の当事者にとって不利益とはならない場合に、これを取り消すことができる。

##### 第47条 抗告の形式と内容

(1) 抗告は、第 1 審裁判所に書面を提出することによって、これを提起するこ

とができる。抗告は、裁判所の調書に記載してこれを行うことはできない。

(2) 抗告は、申請の一般的な要件のほかに、抗告が提起された決定の表示を含まなければならない。

(3) 抗告は、特定の要求を含める必要はないが、いかなる理由から当事者が不服を申し立てているとみなされるのか、かつどの裁判に対して当事者が争っているのかを十分に認識させるものでなければならない。抗告が提起された決定が完全に取り消されたとみなされるかに疑いがある場合には、第 9 条はこれを適用しない。

*\* 第 1 項は、2010年改正法 (BGBl. I Nr. 111/2010) により削除された。*

改正前第 1 項：抗告は、第 1 審裁判所に書面を提出することによって、これを提起することができる。弁護士又は公証人によって代理されていない当事者による抗告は、口頭でもまた、調書に記載して、これを行うことができる。

##### 第48条 抗告に対する答弁書

(1) 抗告が事件又は手続の費用に関して裁判した決定に対して提起されるときは、抗告状の副本は、記録上明らかでない全ての当事者に、これを送達しなければならない。

(2) 抗告状の副本が送達された当事者は、送達の時から14日以内に、第 1 審裁

判所に抗告に対する答弁書を提出することができる。第47条第1項はこれを準用する。記録上明らかな当事者が抗告状又は抗告に対する答弁書を提出することができる間は、記録上明かでない当事者もまた抗告に対する答弁書を提出することができる。

（３）抗告に対する答弁書の提出について、他の当事者は、その副本の送達によって知ることができる。

#### 第49条 新たな提出（更新）の適法性

（１）抗告手続において新たに提出された事実及び証拠方法は、決定の取り消されるべき部分を対象とするものであり、かつ第55条第2項に基づき生じるにほかならない限りで、これを配慮することができる。

（２）前項と異なり、第1審の決定の時点ですでに存在していた事実及び証拠方法は、それらを当事者が決定の言渡し前にすでに提出しえたであろう場合には、これを考慮することができない。ただし、当事者が、提出の遅滞（不作為）が責めに帰することができない誤った行為であることを証明した場合は、この限りでない。

（３）新たに提出された事実が決定の時点でまだ存在していなかった場合には、それらが重大な不利益なしに新たな申立て一変更の申立てを除き一の対象になり得ない限りにおいてのみ、これを考慮することができる。

#### 第50条 第1審裁判所による抗告の裁判

（１）決定に対して抗告が提起されたにすぎないときには、第1審裁判所は、抗告が以下の各号に対して向けられている場合には、自ら抗告を認可することが

きる。

1. 抗告が独立して取り消すことができる限りで、手続指揮の決定
2. 刑罰をとまう処分
3. 不服申立ての却下（第67条）
4. 新たな調査をすることなく記録の状況に基づいてこの決定を取り消しうること及び必要があれば基礎となっている手続指揮の申立てを却下することができること、又は決定が決定の要求の意味において全体に変更されなければならないことが明らかになる限りで、事件について判断をした決定

（２）裁判所は、第1項第4号に基づく決定は、事件に関する手続の間に1回のみこれをなすことが許される。

#### 第51条 抗告裁判所への記録の提出

（１）第1審裁判所は、抗告に対する答弁書の提出後又はそのために認められた期間の経過後になされることが予定される限りで、抗告裁判所に、事件に関係する全ての記録とともに抗告状を提出しなければならない。ただし、第1審裁判所が抗告を自ら認める場合は（第50条）、この限りでない。

（２）抗告状の内容又は抗告状に対する答弁書の内容が、第1審裁判所の処理を動機づけるときには、この処理は事前になされなければならない。（例えば）送達の瑕疵が主張される場合には、必要な調査が事前に行われなければならない。

（３）事件が取り消される決定によって処理されていないか又は完全には処理がなされていない場合、かつ抗告手続の間にまだ処理されていない点に関して手続が続行すべき場合には、抗告手続の対象に関わる部分で同時に第1審手続に必要

となっている記録の複写又は原本は、抗告裁判所に、これを提出しなければならない。

#### 第52条 抗告裁判所での手続

(1) 抗告裁判所は、口頭弁論を必要とみなすときには、口頭弁論を実施しなければならない。抗告に対する答弁書が提出されていない場合でも、抗告裁判所は、当事者にその法的審問を保護するために必要である限りにおいて、相手方当事者の申請について意見を述べる機会を与えなければならない。

(2) 抗告裁判所が第1審裁判所の確定と異なる考えを有するときには、抗告裁判所が第1審の証拠の評価に対して疑念を持つことを従前に両当事者に知らせ、その当事者に抗告裁判所によるこの証拠についての新たな取調べを申し立てる機会を与えた場合に限り、裁判所は、第1審において直接取り調べられた確定の基礎となった証拠を新たに取り調べることができる。この証拠の取調べは、抗告裁判所の受命裁判官によってもまたこれを行うことができる。

#### 第53条 裁判の基礎

抗告裁判所は、第1審手続の調査の結果及び事実関係の確定が抗告手続の結果によって変更を受けなかった限りにおいて、それらを裁判の基礎にしなければならない。

#### 第54条 抗告裁判所による却下

(1) 抗告は、以下に掲げる場合は、これを却下する。

1. 抗告が不適法であるか又は一第46条第3項が適用されない限りにおいて一時機に後れた場合

2. 抗告が一訂正手続が実行されたにもかかわらず一必要な形式又は必要な内容を充たしていない場合

(2) 抗告は、抗告の権利を有しない者又は抗告を放棄した者によって抗告が提起された場合にはとくに、これを不適法としなければならない。

#### 第55条 抗告についての裁判

(1) 抗告裁判所は、抗告を却下することができないときは、事件について自ら、必要であれば手続の補充後、これを裁判しなければならない。

(2) 抗告裁判所は、抗告の要求の範囲においてのみ裁判することができる。ただし、職権で開始することができる手続においては、抗告裁判所は、抗告の要求に拘束されない。抗告裁判所は、取消しを申し立てられた決定を当事者の不利益にもまた変更することができる。

(3) 抗告裁判所は、適法な抗告に基づいて、裁判所に取り消される決定又は第1審手続が第56条第1項、第57条第1号、第58条第1項第1号及び第2号並びに第4項により従前考慮されないままの瑕疵があることを確信するに至った場合には、その瑕疵が当事者のいずれによっても主張されない場合であっても、これを認めなければならない。

(4) 第1審裁判所が抗告を自ら許可し、そして抗告裁判所が第1審の裁判を取り消したときは、抗告裁判所は、第1審の原決定に対して提起された上訴に対してもまた、同時にこれを裁判しなければならない。

#### 第56条

(1) 事件について取消しを申し立てられた決定が下されたが、事件につき非訟

事件の法的手続に基づいて審問されなかった場合、事件が内国の裁判所に服していない場合、又は事件がすでに法的確定力ある判決が下されている場合あるいは請求権の放棄に基づいて取り下げられた場合には、その決定は取り消されなければならない、かつ必要があれば、この手続に先行する申立ては却下されなければならない。

（２）取消しを申し立てられた決定が事物管轄のない裁判所によって下されたときは、決定は取り消されなければならない、かつ事件は事物及び土地管轄のある第１審裁判所へこれを移送しなければならない。

#### 第57条

抗告裁判所は、取消しを申し立てられた決定及び先行する手続が手続違反に関わる限りでは、この先行する手続を取り消すことができ、かつ事件を新たに裁判するために、また必要であれば手続の補充又は手続のやり直しのために、手続のコスト及び当事者に生じたコストが著しく軽減することが予測され、かつ以下の各号に該当する場合には、第１審裁判所に事件を差し戻すことができる。

1. 決定の正本に不備があり、その再審査が確実に行われ得ず、決定がそれ自体矛盾しているとき又は第39条第４項の事例における場合を除き、いかなる根拠も有しない場合でかつ、これらの不備を決定による訂正によっても除去され得ない場合
2. 公開が違法な方法で制限される場合
3. 本案の申立てが取り消された決定

で完全に解決されず、かつその裁判が一部決定として認められず又は変更されえない場合

4. 第１審の手続が、議論を尽くすことを妨げ、本案の原則的な判断を妨げる本質的な瑕疵がある場合
5. 記録の内容によれば、第１審において重要と思われる事実が全く調査されていなかった場合
6. その他の比較することができるほど重大な手続違反が存在する場合

#### 第58条

（１）抗告裁判所は、取消しを申し立てられた決定（*angefochtene Beschluss*）の抗告手続において申出に基づき自ら全体に関して確認する場合には、以下に掲げる場合にまた、その決定を破棄してはならず、事件について自判しなければならない。

1. 当事者の一方が法的審問権を保障されなかった場合
2. 当事者の一方が手続を欠席していた場合又は当事者の一方がその法定代理人を必要とする場合において、法定代理人によって代理されなかった場合及び訴訟追行が追認されなかった場合又は
3. 特段の規定がないにもかかわらず、口頭弁論がなされなかった場合

（２）訴訟追行の追認は、法定代理人が代理権の欠缺を主張することなく、抗告を提起し又は答弁をなすことによって抗告手続に参加してきた場合には、特別に追認があったものとする。

（３）決定及び先行する手続は、本条第１項による裁判が考慮されない場合及び取消しの対象となっている決定が新たな

抗告の提起なしに変更することができない場合には、手続違反に関わる限りで取り消されなければならない。かつ事案を新たに裁判するためには必ず手続の補充又は再開をして第 1 審裁判所に差し戻さなければならない。

(4) 裁判所は、以下の各号に該当する場合には必ず、取り消された決定を破棄しなければならない。本条第 3 項による措置をとらなければならない。

1. 除斥された裁判官又は法的監護者又は忌避された裁判官あるいは法的監護者が裁判した場合
2. 裁判官の代わりに法的監護者が裁判した場合、又は
3. 裁判所が法律に従って構成されなかった場合

#### 第59条 抗告裁判所の言渡し (Ausspruch)

(1) 抗告裁判所は、決定書において以下に掲げる事項を言い渡さなければならない。

1. 再抗告は、第62条第 2 項の事由による場合には、不適法となること
2. 本条第 1 項第 1 号に該当しない場合には通常再抗告が第62条第 1 項により適法であるか否かについて

(2) 抗告裁判所は、本条第 1 項第 2 号により、通常再抗告が不適法であることを決定において言い渡さなければならない。抗告裁判所は、純粋に財産法上の性質を有する裁判対象が金額に関するものではないときには、裁判対象の価値が全体として 2 万ユーロを超えるか否かについて、さらに決定において言い渡さなければならない。

(3) 本条第 2 項による言渡しに際して

は、管轄法第54条第 2 項、第55条第 1 項ないし第 3 項、第56条第 3 項、第57条、第58条及び第60条第 2 項は、これを準用する。本条第 1 項第 1 号による言渡しは、両当事者及び裁判所を拘束しない。第 1 項第 2 号による言渡しは、簡潔に理由を示さなければならない。

(4) 本条第 1 項第 1 号及び第 2 項による言渡しに対しては、不服申立てができない。第 1 項第 2 号による言渡しの不当性は、一許可抗告 (Zulassungsvorstellung) を除き一特別抗告 (außerordentlichen Revisionsrekurs) においてのみ、いずれにせよ通常の再抗告の答弁書において主張しうる。

#### 第60条 抗告決定の正本

(1) 抗告決定の正本は、裁判に関与した裁判官の氏名をまた含まなければならない。

(2) 抗告裁判所は、抗告決定の正本において、当事者の提出したものの再現及び事実上の判決の基礎の再現については、その法的な説明の理解のために必要であるものに限定することができる。抗告裁判所が不服申立ての説明を確固たるものでないとみなし、それに対して取消しの対象となっている決定の争われている理由づけが適切とみなす限りでは、抗告裁判所は、その正当性を指摘して判断の手短な理由づけで十分である。

#### 第61条 抗告裁判所の法的判断への拘束

抗告裁判所の決定の結果、手続の全部又は一部の新たな遂行のために又は裁判のために事件が差し戻された裁判所は、抗告裁判所がその決定において下した法的判断に拘束される。