

ドイツ家庭裁判所の形成と法的特質 [I]

大 橋 眞 弓

目 次

はじめに

第1章 ドイツ家庭裁判所の形成過程

第1節 家庭裁判所創設への期待

第2節 家庭裁判所に対する批判（「大きな裁判所」と「小さな裁判所」）

第3節 現行制度の基本的特色

第4節 家庭裁判所の裁判所構成法上の位置づけ

第2章 ドイツ家庭裁判所の機能と権限—裁判例による法形成を中心として

第1節 婚姻事件（婚姻上の共同生活を求める訴訟〔同意請求訴訟〕）

第2節 婚姻事件（婚姻上の共同生活を求める訴訟〔婚姻妨害排除訴訟〕）

第3節 嫡出子に対する親の保護の規律

第4節 扶養義務にかかわる争い

第5節 夫婦財産法に基づく請求権（以上、本号）

第3章 ドイツ家庭裁判所の審理手続の法的特色

第1節 三種類の審理手続

第2節 婚姻事件に適用される民事訴訟手続の特色

第3節 その他の家事事件に適用される非訟事件手続の特色

第4節 非訟手続理解の修正（非訟手続の特色）

第5節 審問原則の具体的な内容（非訟手続の特色）

第6節 審問権の法律による保障と制限

おわりに 日本法との比較に向けて（以上第42巻第3・4号）

はじめに

第二次世界大戦後のわが国において、憲法14条に規定された男女平等の理念が徐々に浸透する一方で、他に例を見ない速さで工業化・都市化がなされ、家庭をとりまく状況、とりわけそこから生じる紛争が、一層複雑になってきている。今日では、西欧諸国と同様に、わが国でも、離婚が増加し、それに伴い女性の就労の困難、扶養の実現方法、子供の養育の問題等が議論され、さらにこうした家庭に起因する諸問題は、現在の社会問題の核心的部分を形成しているといっても過言ではない。そして、ここで述べた状況は今後ますます進展していくものと予想される。こうした紛争を解決するための法制度の中心となるのは、言うまでもなく家庭裁判所である。上に述べた状況からすると、家庭裁判所の権限と役割を様々な観点から考察することは民事訴訟法学における極めて現代的で、かつ重要な法領域をなすといえよう。

この研究では、ドイツ法を対象にとくに家庭裁判所の組織・管轄権限に関する法令の分析を行うこととしたい。その理由は、上に述べた家庭をとりまく紛争は諸外国、特に先進工業社会の一つの特色をなしており、そこにはわが国に見られるのと共通した議論・課題が提示されているからである。さらに、そうした紛争の解決のために通常の裁判所とは異なった特色をもつ家庭裁判所を設けてその審理にあたらせることは、今日では世界的にもいくつも見受けられるところであり、比較法研究を進める必要性がここに認められるからである。比較法研究の方法として、以下ではドイツの家庭裁判所の創設（1977年）をめぐる議論及びその後の同裁判所の発展過程に着目することとしたい。

その理由は、第1に、しばしば制度改革を機会としてその国の理論水準が示されるとともに、人々が家庭裁判所に期待する役割と機能が議論の中で明確にされているからである。そして、こうした理念と共に、それを実

現するための裁判所の構成、裁判官の資格要件、訴訟手続の特色、審級のあり方、補助機関の態様とその特色、家庭裁判所と他の機関との協力関係等が詳細に提示されるからである。別の言い方をすれば、制度改革に着目することによって、現代社会における家庭裁判所の必要性・意義を改めて明らかにできるものと考ええる。具体的にはドイツにおける婚姻・家族法の改革に関する第二次法律草案 (Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts, 1972) を出発点として、考察を進めることとしたい。

第2に、わが国の法制度・法理論の両面にわたって大きな影響を与えてきたドイツの訴訟法理論が家庭裁判所という (本来アメリカ法から発展してきた) 制度をどのような形で制度化し、理論構成しているのか、という考察は、(西欧法の継受に関する沿革上の理由から) 同様の課題、つまりヨーロッパ型訴訟法理とアメリカ型訴訟法理の融合という課題を抱えるわが国の議論にも示唆するところが少なくないと考えたからである。創設より10年余りを経過した現在では、家庭裁判所がこの分野で進めてきた法形成機能を検証するに足る判例も蓄積されてきている (特に1986年2月20日には、判例の展開を受けて、家裁の手続法の改正も実施されている)。

以上述べた比較法研究・歴史研究を前提としてわが国の家庭裁判所に関する議論を再検討することは次の課題としたい。

第1章では、ドイツの家裁の創設過程における議論を視野に入れて、同裁判所の輪郭を提示することとしたい。続いて、第2章では具体的にどのような事項が家裁の管轄とされ、それはいかなる視点に立っての分類であったのか、という点を、判例を素材として検証する。第3章では、ドイツの家庭裁判所が用いる審理手続の法的特色を具体的な判例の中で明確化する。以上の考察で明らかとなったドイツ法の特色を参考に、わが国の問題解決に向けた、具体的な提案は、別稿で試みる。

第 1 章 ドイツ家庭裁判所の形成過程

第 1 節 家庭裁判所への期待

家庭事件のための特別の裁判所を構成しようという提言は、1970年代に初めて登場したのではなく、1920年代よりすでに議論の存在したところである。別の言い方をすれば、このような蓄積の上に成立したのが、ドイツの家庭裁判所である。まず、こうした歴史的な展開から叙述を始めることとする。

(1) シファアの提言

1928年に開催された第35回のドイツ法曹大会で報告を担当したシファアは、離婚手続を訴訟から除外し非訟事件手続とすること、及び家裁の創設を提唱している⁽¹⁾。これは、1925年に帝国議会に提出された非嫡出子等に関する法律が訴訟手続を排し後見裁判所にその処理を委ねたのを受けての提言である⁽²⁾。これは、家庭事件の特質を明確化した点で、注目に値するものである。彼によれば、国家が婚姻を保護するためには、訴訟はその唯一の可能性ではなく、むしろ次のような欠点をもたらすと批判する⁽³⁾。

「訴訟は、その性質から言うと、個々の事実、過程、審理を視野に入れることに向けられている。この事実が真実と承認ないし証明された場合には、これは判決の基礎をなす。(しかし)離婚訴訟にあっては、これとは異なったことが問題とされている。つまり、離婚原因の総体にわたり、人間としての全生活を明らかにし、その奥深くまで立入り、たんなる部分現象としての個々の事実の背景を探り、その全体像・背景・精神的基礎を調査することである。これは、訴訟を支配している合理性や弁論を制限するこ

(1) Vgl. Eugen Schiffer, Empfiehlt sich eine grundsätzliche Änderung in der Behandlung von Ehestreitsachen nach Zuständigkeit und Verfahren?, Verhandlungen des 35. Deutschen Juristentages 1928, S. 95ff. (111).

(2) Vgl. Eugen Schiffer, Die deutsche Justiz, 1949, 2. Aufl., S. 158.

(3) Schiffer (Fn. 1), S. 112f.

とにより、(換言すれば)繊細な感情と同情の念をもって初めて成功するものである。この任務は現在では裁判所により訴訟の枠の中で解決されねばならず、こうした事情が、必要もなく多くの家庭生活の内面を掻き乱し、また、そのように導いている。」「裁判所の面前で、書面で、さらにその審理においてその精神生活のヴェールを取り去るよう強要することは、暴力行為であり、これは訴訟手続のもたらす不可避(な結果)である。」

シファアの提言は、家事紛争の特質と訴訟手続の関係を洞察した画期的な提言であったが、強い反対、とりわけ弁護士からの反対にあうこととなった⁽⁴⁾。1931年の民事訴訟法委員会でも、シファアと同様の考えにもとづき、区裁判所に家事事件のための特別の婚姻裁判所(Ehegerichte)を設ける意見が提起されているが、これに対しても、反対の意見が表明されている⁽⁵⁾。しかし、こうした家裁創設の動きは、第二次世界大戦後に、再び、見られるところとなる。

(2) ローテンベルガーの見解

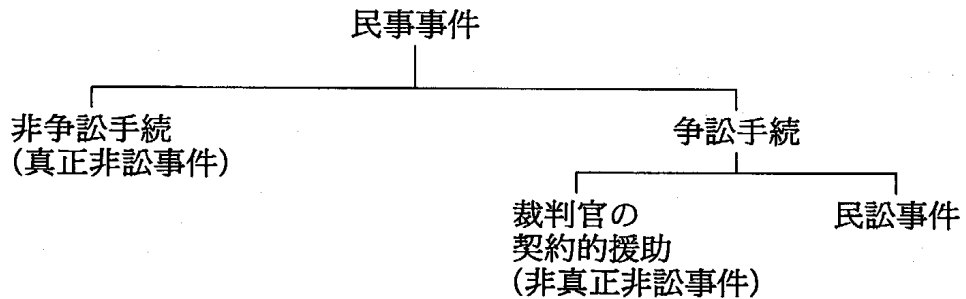
1943年に公開された著書『ドイツの裁判官 (der deutsche Richter)』の中で、ローテンベルガーは、第一審に訴訟事件と非訟事件とを担当する各種の裁判所を整備する必要を説き(次の図を参照されたい)、その一つとして家庭裁判所が挙げられている⁽⁶⁾。

(4) Vgl. Erdsiek, Der Family Court in USA-Das japanische Familien- und Schlichtungsgericht-Zum Vorschlag eines deutschen Familiengerichtes, NJW 1961, S. 1006ff. (1007).

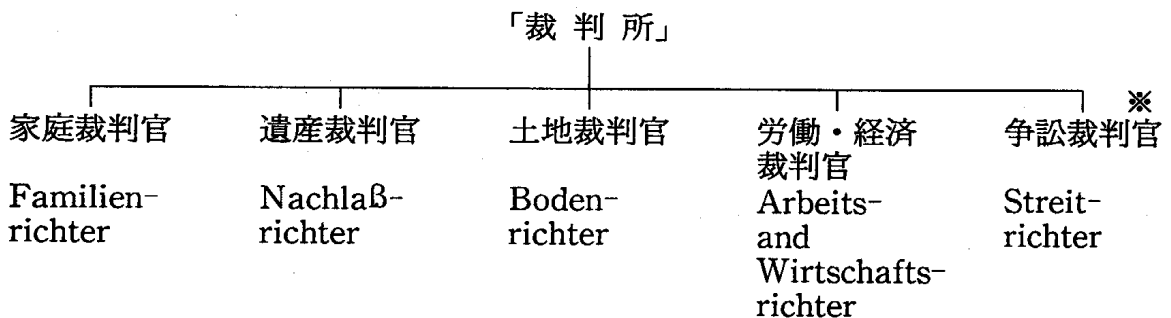
(5) Vgl. (Hrsg.) Bundesministerium der Justiz, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts, 1972, S. 44.

(6) Vgl. Curt Rothenberger, Der deutsche Richter, 1943, S. 142ff. (142).

(現在)



(改正案)



※ここでいう争訟裁判官は他の 4 つの裁判官の管轄に属さない事件を扱う補足的な役割を担う (S. 146)。

(出典)

C. Rothenberger, Der deutsche Richter, 1943, S. 147を訳し引用した。

彼の中心的な主張は、「統一的な生活過程，統一的な生活関係は，手続上も統一的に処理・把握されること，つまり，ひとりの者の手により判断されること」である⁽⁷⁾。彼は，当時の法状況を次のように分析し，批判している⁽⁸⁾。「例えば，司法は，司法に茫然と対置した原告に対し，まず離婚訴訟を提起し，続いて扶養訴訟，さらに妻の改姓訴訟，最後には監護権・面会権の規律について別々の訴訟を提起するよう義務づける。私人は常に，地裁，区裁で，非訟裁判権の裁判官，訴訟裁判権の裁判官と，異なった裁判官に直面することとなる。」「原告は，一人の判事の前でその者の事件の総合的な解決を受けるのではなく、『戸口から戸口へと』(von Tür zu Tür)

(7) Rothenberger (Fn. 6), S. 145.

(8) Rothenberger (Fn. 6), S. 143.

送られるのである。」彼の考えによれば、「家庭裁判官 (der Familienrichter) は、一生を通じて国民の世話をみるもので、とりわけ、離婚訴訟と関連するすべての紛争を解決する」ことを任務とする⁽⁹⁾。このような思想の背景には、民訴と非訟の原則の近接化 (特に調査原則・判事の裁量の自由など) に対する認識も存在している⁽¹⁰⁾。統一的処理という視点は、次に見るように、後の学説に大きな影響を与えている。

(3) シファ어의見解

先に紹介したシファ어は、戦後も1949年に公刊した著書『ドイツの司法 (Die deutsche Justiz)』の中で、より一層理論を深化させ、自説を展開している。彼は、司法の合理化 (die Rationalisierung der Justiz) の下に、婚姻訴訟を地裁から区裁へ移行すること、訴訟手続ではなく非訟手続に代替すること、家族法の事項は後見裁判官により処理されること、の3点を指摘している⁽¹¹⁾。訴訟手続の欠点として、長い審理期間、裁判所の負担過重、プライバシー侵害をあげ⁽¹²⁾、非訟手続の優位を次のように説く⁽¹³⁾。

「訴訟でしばしば見られる精神の生体解剖 (eine seelische Vivisektion) ともいうべき訴訟的取扱は、当事者に免除されるべきである。事件が非訟手続の閉鎖性の中で扱われ、後見裁判所の柔軟な手の下に置かれ、当事者の感情と感性を大切にしながら、事実関係の調査に必要な限りで、内面的な点に言及がなされ、苦痛な点にまで示唆が及ぶのがよい。」

彼は、裁判官に「比較的年輩の、気をつく経験をつんだ知性ある裁判官」を要求し、続いて次のように説く⁽¹⁴⁾。「(こうした) 不可欠の要件が充たされれば、後見裁判官はその姿を消し、それに応じて、より拡大し高められた役割として、民事・刑事の裁判官と同格の家庭裁判官 (der Familienrich-

(9) Rothenberger (Fn. 6), S. 145.

(10) Vgl. Rothenberger (Fn. 6), S. 146.

(11) Vgl. Schiffer (Fn. 2), S. 137ff.

(12) Vgl. Schiffer (Fn. 2), S. 144f.

(13) Schiffer (Fn. 2), S. 145f.

(14) Schiffer (Fn. 2), S. 146.

ter) を新設することとなろう。」

(4) ボッシュの見解

先に述べたローテンベルガーの見解に賛意を表したものとして、ボッシュの意見がある。「当事者の申し立てに基づき、裁判官が当事者の(場合によっては)すべての争点を解決できる点で、私はローテンベルガーの提言を有用であるばかりか、きわめて注目に値するものとする⁽¹⁵⁾。」

彼は、一人の裁判官へ権限を集中することは他の判断に対する裁判官の拘束という問題を解消する点でも有意義であると述べている。

(5) ハープシャイトの見解

ハープシャイトも、家庭裁判所の創設(区裁判所の一部とするのが望ましいという)による、司法の集中化・合理化の必要性を説く。

まず第1に、憲法の理念からそれに適合した家事紛争処理が必要である旨を次のように説いている⁽¹⁶⁾。「国家制度において、婚姻・家庭が特別の保護を国家秩序により受けるとすれば(基本法六条一項)、これは、現行制度の改正にあたっては考慮されねばならない。私見では、例えば、売買契約・請負契約から生じた紛争と同じ原則で家事紛争を処理するのは受忍しがたいものである。」

第2に、家裁への権限の集中による矛盾判断の回避というメリットを強調する⁽¹⁷⁾。「家庭裁判所が創設されれば、非嫡出子の地位の判断と扶養の判断が矛盾するという遺憾な事態は回避されることとなろう。申立てられた離婚、扶養、財産、一身監護権、面会請求権、剰余財産の再配分などについて、同一の裁判官の判断が要求される。」このほかにも、離婚訴訟と第三者である婚姻妨害者に対する損害賠償訴訟の結合を提案する。

第3に、アメリカのように、特別な教育を受けたスタッフと裁判官の協

(15) F. W. Bosch, Zivilprozeß und Freiwillige Gerichtsbarkeit, AcP (Archiv für die civilistische Praxis), S. 32ff. (77).

(16) W. J. Habscheid, Das Familiengericht, FamRZ 1955, S. 153ff. (155).

(17) Habscheid (Fn. 16), S. 155.

力を主張し、とりわけ、ドイツでは結婚相談所 (die Eheberatungsstellen) との連携も要請している⁽¹⁸⁾。

(6) 外国法からの示唆

ドイツにおける家庭裁判所創設の議論には、アメリカおよび日本における家庭裁判所の状況を紹介した論文が影響を与えている。

例えば、アメリカ法に関して言えば、ジョンストンは1950年に発表した論文の中で、アメリカの家裁の特色として次の四点を指摘している⁽¹⁹⁾。第1に、すべての家事事件における広範な権限、第2に、子供の保護・婚姻の助言のためおよび調査のための専門的スタッフの存在、第3に法的な観点に加えて社会的保護・現代精神医学にも通じた裁判官の存在、第4に、判決の実現にも配慮した裁判所という点である。こうした特色を捉えて、

「家庭裁判所は、裁判所と社会福祉事務所と精神病院の結合体である」と述べている⁽²⁰⁾。この裁判所の長所として、家庭の破綻と同じ原因から派生する事件を統一的・専門的に扱うことの出来る点をあげ、通常裁判所との差異を次の点に見出している⁽²¹⁾。「家裁(創設)の支持者の見解によれば、対審というシステムは家庭の破綻の事例では、個別の事実関係の解明に必ずしも充分ではない。実際に重要な関係は弁護士による事実の提出では調査できない。」「被告や弁護士の欠席した場合には、補足的に、判事の任命した、裁判官の中立性をもって活動する協力スタッフが事実の調査にあたることができる。」

(18) Vgl. Habscheid (Fn. 16), S. 155.

(19) Vgl. Quintin Johnstone, Die Entwicklung von Familiengerichten in den Vereingten Staaten, AcP 154, S. 34ff. (36). この他に、アメリカの家裁の詳細な研究として、Vgl. W. Müller-Freienfels, Über Familiengerichte, insbesondere in den USA, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 1973, S. 117ff.

(20) Johnstone (Fn. 19), S. 36.

(21) Johnstone (Fn. 19), S. 40.

(22) Vgl. Akira Mikazuki, Das japanische Familiengericht, FamRZ 1958, S. 53ff. (55f.).

他方、日本法については、1958年の論文において三ヶ月博士が非訟手続やとりわけ調停手続を活用している状況を紹介している⁽²²⁾。ここでは、日本の家裁が訴訟手続を用いない点にアメリカ法との差異を認め、すべての訴訟を家裁に集中しようとするハープシャイトの主張とも異なる点を明らかにしている⁽²³⁾。そして、その日本の家裁の特色を日本人の国民性から説明している。

(7) エルトゼイクの見解

1961年の論文でエルトゼイクは、家裁は二つの経験に基づくと説き、基本法6条1項の憲法保障（婚姻・家庭の保障）から制度改革の必要性を主張する⁽²⁴⁾。一つは、同じく破綻した家庭に原因をもつにもかかわらず、複数の判事により相互の関連を欠いて処理されている現状の改革として、家庭の諸関係を把握した一名の家庭裁判官の手へすべての手続を集中することである。二つは、破綻した家庭の紛争は純粹に法的な解決は困難であるとして、心理学・教育学の成果を利用しつつ、調停手続により予防型・治療型の司法を構築することである。彼は、日本法に従い、調停に適した事項とそうでないものの区別も提案している。

(8) ブロックスの見解

彼は1963年の論文において、現状制度の欠点として、同じ生活関係について別個に複数の判事があたり、全体的な関係への配慮に欠けた判断の下されること、証拠調べが重複していること、そこから他の手続における証拠が利用される危険の生じること、さらには裁判官の過重負担をあげる⁽²⁵⁾。他方で彼は、家族、子供、禁治産に関する事件が第一審の大半をしめる点にも配慮すべきである、つまりそのための家裁を創設すべきである

(23) Vgl. Mikazuki (Fn. 22), S. 56f.

(24) Vgl. Erdsiek (Fn. 4), S. 1007.

(25) Vgl. Hans Brox, Die Vorschläge zum Reform der Zivilgerichtsbarkeit in Familiensachen, FamRZ 1963, S. 105ff. (106).

(26) Vgl. Brox (Fn. 25), S. 105.

(27) Vgl. Dieter Huhn, Für Familiengerichte, FamRZ 1967, S. 314f. (315).

とその必要性を示唆している⁽²⁶⁾。

(9) フーンの見解

フーンは1967年の論文のなかで、ベルリン地裁の306名の判事へのアンケートの結果を紹介している⁽²⁷⁾。これによると、家裁創設について寄せられた87%の回答のうち、75.3%が賛成、22.1%が反対、留保2.6%という結果が示されている。同地裁の判事たちの考えによると、家裁の創設は大きな組織変革を伴わなくとも、権限の集中で足りること、合議制が家裁についても望ましく一人制には疑問であることが、明確化されている。これは、包括的権限をもった家裁の必要性を判事が実務上痛感していることを伝えているといえよう。結果として、フーンも家裁の創設を提唱する。

(10) 1972年の連邦司法省改革草案

これまで見た60年代までの意見をうけて、家庭裁判所の創設を内容とした改革草案が連邦司法省により公表された。これは、現行の制度の骨格を形成しているものである。まず、長くなるが、改革の目的として示された点を紹介することとしよう。そこには、既に見た家裁創設を望む見解が集約されている点を確認することができる。

「従来、離婚訴訟と離婚により生ずる（離婚）結果の手續について、特定の裁判所の統一的な管轄が全く設けられていない。また時間的にも、個々の決定は相互に結びついていない。このような状況は不十分なものである。これは、手續の分裂をもたらし、分裂は合理性に欠ける上に、関連事項の適切な処理を困難にする。さらに、個々の手續の分離した処理は、配偶者に不必要な負担を課すものである。それは、この処理が、(当事者に)離婚後も繰り返し、従前の婚姻とかかわることを強要するからである。(離婚)結果の規律を考えるとなく可能である今日の離婚は、結局は、離婚のもたらす帰結を配偶者が適時に視野におさめることをしばしば困難にする。このような状況を変更することは、新たな実体法の目的に合致する。これによると、将来は、離婚訴訟とその重要な結果の手續に同一の裁判官が権限をもち、その結果、離婚と結びついたすべての問題の適切な処理が獲得

されうる。(…………)離婚事件と結果事件について規定された、権限の統合ということからすると、類似の家族法上の事件を規律のなかにとりこむことが、納得のいくものである。このようにして、家庭裁判所(の創設)という考え方は、一定の枠内で、すでに今回の草案の中で実現可能である⁽²⁸⁾。」

上に示された包括的な裁判権とは、具体的には、地裁の婚姻事件、区裁(後見裁判所)の子供の監護、区裁(民事訴訟手続)の扶養事件、区裁(非訟手続)の家具・家財道具の処理、財産上の紛争(訴額により地裁か区裁)等を家裁に統合することを意味する⁽²⁹⁾。

他方で、草案はアメリカ・日本の家裁のモデルには従わないことを次のように明言している⁽³⁰⁾。「両国の家裁はその構造からして、その任務領域からしても、もはや純粋な司法機関ではない。その実現は既存の裁判制度への重大な侵害なしには不可能であろう。」

家裁へ権限を集中するとして、それが地裁に置かれるべきか、区裁にか、という点については、従来区裁が持っていた権限が多い点、地裁の負担軽減という点を重視して、区裁判所に特別の部として設置するのが適切であるとしている⁽³¹⁾。

家裁における判事の構成として、一人制か、合議制か、という問題については、次のように一人制の長所を強調している⁽³²⁾。

「一人の判事による手続の処理は、合議制の手続以上に、はるかに密接なコンタクトを裁判所と配偶者の間に可能とする。従来の改革の試みと一致して、事実関係に適合した人的な手続の形成は草案の切なる念願であ

(28) Entwurf (Fn. 5), S. 43.

(29) Vgl. Entwurf (Fn. 5), S. 46.

(30) Entwurf (Fn. 5), S. 48.

(31) Vgl. Entwurf (Fn. 5), S. 49.

(32) Entwurf (Fn. 5), S. 50.

(33) Vgl. Entwurf (Fn. 5), S. 50.

(34) Vgl. Entwurf (Fn. 5), S. 49.

る。」

このほかに、草案は素人の参加を断念している⁽³³⁾。なお、将来の家裁判事は特別の資格を要すると随所で述べているにもかかわらず⁽³⁴⁾、例えば心理学の履修のような事前の特別な教育を要求しないとしている。全体として、裁判官の資格要件の内容、その確保の方法は草案において不明確である。

第2節 家庭裁判所に対する批判（「大きな裁判所」と「小さな裁判所」）

（1）大きな裁判所と小さな裁判所

前節でみた草案の考えは、その後学説により厳しい批判を受けることとなった。こうした見解の相違は次の点にその根本的な原因があるように考える。つまり、草案は「小さな裁判所 (ein kleines Familiengericht)」の考え（これは同時に64年に連邦司法省に設けられた委員会の考え方である）に基づくものであるのに対し⁽³⁵⁾、学説の期待したものは「大きな裁判所 (ein großes Familiengericht)」であった点である⁽³⁶⁾。ここでは、ふたつの異なった家裁観を比較することから始めたい。

小さな家庭裁判所とは、従来バラバラであった家庭事件の決定権限・管轄権限をある一つの裁判所、つまり家庭裁判所に集中する構想である。この意義は、これまで合理的な理由なしに権限が複数の裁判所に分断され、しばしば矛盾した決定が下されたり、市民の利用に不便であった点を改善した点にある。これにより、事案を審理する裁判官はそのケースについて全体像を描くことが可能となる。この考え方は、既に草案の中で明確に示されていたところである。

(35) Vgl. Entwurf (Fn. 5), S. 44.

(36) 大きな裁判所・小さな裁判所の区別については、Vgl. D. Giesen, Zur Problematik der Einführung einer Familiengerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 11.

これに対し、大きな家庭裁判所とは、上記の権限の集中に加えて、社会扶助者、教育者、心理学者、精神病医等からなる高度の専門性をもった専門部を制度化する構想をいう⁽³⁷⁾。この意義は、家庭裁判所が紛争の裁断と言う伝統的な裁判機能のほかに、紛争の建設的な解決に向けて（換言すれば裁断だけでは事件の解決ができないために）、予防的・治療的な機能を果たす点に認められる。ここでは、伝統的な裁判モデルのいう「紛争の裁断」と言う一点にのみ関心が払われるのではなく、相談にのったり、各種のサービスを提供するなどの一つの過程に着目がなされる。この限りで、伝統的な行政の役割（「予防司法としての行政」）をも果たすこととなる。但し、この構想は多額の費用を要すること、裁判所の過重負担に対する危惧、上記の任務が裁判所の守備範囲に属するものか、という点について批判がある。

大きな裁判所構想と小さな裁判所構想の中間形態として、裁判所が他の専門機関との連携をとるという考え方もある。

(2) 学説上の様々な批判的見解

草案が大きな裁判所の構想から離れたことを契機として、学説上、様々

(37) これは、アメリカで実現された考え（例えば、socialized court, G. Paulsen, 12 Bull. L. R. 420(421) (1962-3)の構想）に基づくといわれる。Vgl. Giesen (Fn. 37), S. 11. カナダの委員会報告 (Law Reform Commission of Canada) も次のように、大きな家裁構想に立脚する。「家庭問題を建設的に解決するために予防的・治療的手続を助長すべく、家庭裁判所は構想された。その基礎にある哲学は、家庭事件においてカウンセリングや他のサービスの機会を提供する一つの過程を法が与えるべきであるということである。特別なスタッフがカウンセリング、調査機能、行政機能を果たすために裁判所に割り当てられねばならない。」ここには、裁断機能にプラスして、調停・和解を促す社会的機能 (a social function) が期待されている。Vgl. Giesen (Fn. 36), S. 17. イギリスの報告書 (Finer Report 1974) も家裁の不可欠な要素として、福祉機能をあげ、裁判所は当事者を訴訟依頼人としてではなく、患者としてみることとなるという。Vgl. Giesen (Fn. 36), S. 18.

(38) カナダの委員会は、判事の任用に10年の経験、特定科目の履修を資格要件として掲げ、イギリスの報告書にも同様の言及があることから、ドイツにおける人材確保措置の欠如を批判するものとして、Vgl. Giesen (Fn. 36), S. 25f.

な視点から批判が提起されている。ここでは、批判論を比較法的見地もふまえて体系化したギーセンの著書『ドイツ連邦共和国における家庭裁判権導入の問題点』に依拠しながら、批判論の内容を概観することとしたい。具体的には、家庭裁判所の専門性をいかに確保するか、という問題と審理手続にどのような特色をもたせるべきであるのか、という2点に言及する。

(a) 家庭裁判所の専門性確保

第1に、家裁の専門性は、裁判官の専門性にほかならないが、草案はこの点に具体的な内容を含んでいない。これが、学説からの批判を招いている⁽³⁸⁾。学説上は、具体的には、資格要件の設定（従来の裁判官の教育の重視）、研修・研究期間の保障（将来に向けた裁判官の任官後の教育の重視）、専門的補助機関の設置（この機関の専門性をどのように確保するのかという点では裁判官の場合と同様の問題がある）、調査機能の充実（例えば、家庭の財政状況の調査）による援助という4点があげられている。

第2に、上記のように裁判官の資格要件を高いものとする場合に、それに見合った優秀な裁判官を家裁にどのようにしたら確保できるのか、が問われている。これは、具体的には、給与面での優遇等の待遇の改善、社会的名声を高める（高位の保障・専門家としての名声等）の2点からの工夫が不可欠であるといわれている⁽³⁹⁾。

第3に、他の機関（外部機関の協力）との連携方法が、草案では不明確である点も批判されている。これに関しては、具体的には、福祉機関、教育機関、住宅機関、保健機関、警察、慈善機関との連携が望ましいと指摘されている。

(b) 審理手続の特色

権限の集中の他に、審理手続の特質をもっと掘り下げて検討すべきで

(39) Vgl. Jürgen Blomeyer, Die Reform des Ehescheidungsverfahrens im Spiegel der Meinungen, ZRP 1974, S. 118 (124); Giesen (Fn. 36), S. 34ff., 42, 44f.

(40) Vgl. Blomeyer (Fn. 39), S. 123; Giesen (Fn. 36), S. 40, 42, 46.

(41) Vgl. Blomeyer (Fn. 39), S. 124.

あった、という意見も提起されている。これによると、とりわけ、裁判所の専門性の発揮（当事者の主張だけを重視しない）、対審構造の再検討（当事者の対立するような審理はしない）、裁判所の高度の裁量・柔軟性の確保が示唆されている。さらに、今回の草案で見送られた調停等の仲介の必要、素人裁判官の関与、合議制⁽⁴⁰⁾や女性判事の積極的登用⁽⁴¹⁾などの再検討を指摘する意見もある。なお、このほかにも、執行の強化（扶養義務を果たさせる）、データベースの設立（個人情報保護の見地からの批判）などが認められる。

第 3 節 現行制度の基本的特色

これまでみた経緯の末、家庭裁判所が創設されるとともに、訴訟法上の改正も実施された。この節では、後の考察の便宜を考慮して、最も基本的な点に限定して、現行制度の輪郭を次の 4 点に関し叙述することとする。

第 1 は、言うまでもなく、家庭裁判所 (das Familiengericht) が創設されたという点である。これは、区裁判所 (das Amtsgericht) の一部として新設されたものであり、審理にあたるのは、ひとりの判事、いわゆる家庭裁判官 (der Familienrichter) である。裁判所構成法 23b 条は、1 項 1 文で「区裁判所に家事事件 (Familiensachen) のための部 (家庭裁判所) をおく」と規定し、3 項では「家事事件のための部は、家庭裁判官により構成される。判事補 (ein Richter auf Probe) は任命後 1 年間は家庭裁判官の職務を担当してはならない」と定める。この規定は、経験ある家庭裁判官を確保するためのものであると説かれている⁽⁴²⁾。具体的に言うと、ドイツの大学における 6 年から 8 年の法学教育、2 年の修習期間に加えて、通常 3 年の試用期間が要求されている（これによると 30 歳前後の家庭裁判官の任官が可能となるが、それでは若すぎるといふ批判も存在する）。家庭裁

(42) Vgl. Fritz Baur, Zivilprozeßrecht, 6. Aufl., 1989, S. 206.

判所が区裁判所の他の部・他の裁判所とどのような関係にあるか、は従来争われた点であるが、これは次の第4節で扱う。上訴は、通常は、家裁—上級地方裁判所家事部—連邦通常裁判所となる(参照、裁判所構成法119条1項1号・2号, 133条1号・2号)。控訴の判断をなす裁判所について、

(a)たとえ家裁以外の区裁判所が第一審で判断にあたって、事件の法的性質が家事事件であれば上級地裁家事部への控訴が可能である(実質的基準)のか、(b)形式的に、一審で家裁が判断にあたった場合にのみ上級家裁の家事部への控訴が可能である(形式的基準)のか、は従来判例で争われていたが、1986年2月20日の改正法で(b)の立場を立法者は選択している⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾。

第2は、家庭裁判所に家庭に関する広範な事項が集中されたことである。これは、権限の集中(Zuständigkeitskonzentration)と呼ばれるものである。上記の1項1文に見られるように、家庭裁判所の管轄する事項を総称して「家事事件(Familiensachen)」という。1項2文に、家事事件として、具体的に以下の11の事件が挙げられている。

1号・婚姻事件(Ehesachen)(これは民事訴訟法606条1項によると、具体的には離婚訴訟・婚姻取消訴訟・婚姻無効訴訟・婚姻確認訴訟・婚姻上の共同生活を求める訴えの4つを意味する)

2号・嫡出子に対する親の保護の規律

3号・嫡出子と両親の一方との面会に関する規律

4号・両親の他方への子供の引渡

5号・嫡出子に対する法律上の扶養義務

6号・婚姻により根拠づけられた法律上の扶養義務

7号・恩給等の再配分

(43) Vgl. Gerhard Walter, Die Änderungen des familiengerichtlichen Verfahrensrechts durch das ÜAndG, JZ 1986, S. 360 (363).

(44) Vgl. O. Jauernig, Zivilprozeßrecht, 1988, S. 317; Baur (Fn. 42), S. 217; Arens, Zivilprozeßrecht, 4. Aufl., 1988, S. 311f. 同様の基準は上告についても当てはまる。参照, 民事訴訟法549条3項。

8号・住居及び家具に対する法関係の規律

9号・(第三者が関与した場合も含む) 夫婦財産法から生じた請求権

10号・民法典1382条(調整債権の猶予), 1383条(財産の移転)による手続

11号・扶養権協定—施行法の5条から8条の定める手続

上記の1号は民事訴訟法606条1項でも同様に婚姻事件(Ehesachen)の名で規定され, 上記の2号から10号は民事訴訟法621条1項で「その他の家事事件(die anderen Familiensachen)」として定められている。民事訴訟法がこのように婚姻事件とその他の家事事件に家事事件を区分したのは, 次に述べるように, 離婚訴訟とその他の家事事件の結合を明確にするためである(その他の家事事件はこの点で, 結果事件[Folgensachen]ともいわれる)。上記の各事項が具体的に何を意味するのかは第2章の課題である。

第3に, 権限の集中に加えて, 離婚訴訟と離婚の結果(例えば, 扶養・子の保護・恩給等の再配分等)が結合されることとなった。これは裁判の結合(Entscheidungsverband)と呼ばれるものである。民事訴訟法623条1項1文は「621条1項の家事事件(婚姻事件をいう[筆者注])に関し, 離婚

(45) Vgl. Baur (Fn. 42), S. 207.

(46) 一部取り消しによる既判力の発生が遅れについては, 絶対的な上訴期間の導入がかねてより唱えられていた。Vgl. Friedrich Wilhelm Bosch, Disharmonien, Vorzüge und Nachteile der jüngsten Änderungen des Verfahrens in Familienrechtssachen, Festschrift für Baur, 1981, S. 297 (305).

(a) 例えば, 離婚について争いが無く, 結果事件に限定して当事者が上訴した場合に, 後にこの配偶者が上訴を離婚にまで拡大すると, 離婚事件は不安定なままである。この点につき, 改正法は期間の設定により対応した。

(b) 例えば, 離婚事件・結果事件について配偶者間で争いが無く(配偶者の上訴期間が経過した後に), 第三者(例えば, 児童局, 未成年の子, 年金支給者等)(この者には別途に上訴期間が設定されている)が結果事件について上訴した場合に, 配偶者が付带上訴する可能性が開かれ, 離婚事件の既判力の発生が遅れることとなる。そこで, 改正法は, 付带上訴の期間を設定すると共に, 上訴のなされる以前に付带上訴の放棄をなすことを許容した。これにより, 早期の離婚事件の既判力発生が可能となった。改正法については, Vgl. Walter (Fn. 43), S. 364 (365).

事件についての裁判が下されねばならず、かつ当事者の一方から申立てのあった場合には、家事事件は離婚事件と同時に合わせて審理され、離婚の申立てが認容される限りで判断が下されねばならない（結果事件 [Folgensachen]）。」

この基礎には、家裁創設の議論に見られたように、離婚を扱う判事が最もよく結果事件も判断できるという考え方がある。また、離婚を意図した夫婦が結果を視野に入れることが、一種の警告機能をもつといわれる⁽⁴⁵⁾。ただし、結果事件についての（とりわけ第三者による）上訴・付帯上訴により離婚事件の既判力の発生が遅れるという新たな問題を生じ、1986年2月20日の改正法では、付帯上訴の期間設定、上訴前の付帯上訴放棄の許容などの措置がとられている⁽⁴⁶⁾。

第4に、権限の集中が実現されたにもかかわらず、家庭裁判所の用いる審理手続の統一はなされなかったということである。つまり、上に列挙した10の事項のうち、1号の婚姻事項は通常の民事訴訟法に特に規定された審問主義（die Inquisitionsmaxime）の強い訴訟手続により、5号・6号・9号の事件は民事訴訟手続により、2号・3号・4号・7号・8号・10号の事件は非訟事件手続法の適用を受けるとされている（参照、民事訴訟法621a条1項1文）。この問題は特に第3章で扱う予定である。このような各種の手続の混在には「総体として、規律が極めて見通しの悪いものとなった。これを素人に理解させることはほとんど不可能である」という批判的

(47) Baur (Fn. 42), S. 208. 証拠調べについて民訴・非訟の異なる規定が適用され困難が生ずる点を指摘するものとして、Vgl. Arens (Fn. 44), S. 308.

(48) 2項では、「離婚、婚姻の取消、婚姻上の共同生活を求める訴訟で、婚姻の解消を望みまたはその復旧を拒否する配偶者の異議に反して、提示されなかった事実をそれが婚姻に役立つ限りで裁判所は考慮することができる」と規定する。しかし、これは婚姻友好的事実 (ehfreundliche Tatsachen) に限定される。

(49) 放棄（民事訴訟法306条）は、離婚訴訟、婚姻取消訴訟で認められるが、無効宣言訴訟、婚姻の存否確認訴訟では訴えの取下げを意味するVgl. O. Jauernig (Fn. 44), S. 312.

なコメントもなされている⁽⁴⁷⁾。

上記の婚姻事件の訴訟は、日本法でいう人事訴訟に相当し、弁論主義 (die Verhandlungsmaxime) が制限されている。例えば、民事訴訟法616条1項は「裁判所は職権により証拠の採用を命じたり、配偶者の聴聞の後に配偶者の提示しなかった事実を考慮することができる」ことを明らかにしている⁽⁴⁸⁾。さらに同法617条において「認諾の効力に関する規定、事実または文書の真正に関し中止ないし許否された解明の結果についての規定、反対当事者ないし証人、鑑定人に宣誓させることを当事者が放棄した場合の規定、裁判上の自白の効力に関する規定は適用されない」とされている⁽⁴⁹⁾。他方、同法612条4項は「被告に対する欠席判決は許されない」と定める。しかし、婚姻事件の訴訟は我が国と異なり、非公開で (参照、裁判所構成法170条)、弁護士強制の下 (民事訴訟法78条2項1文1号)、仮の命令 (einstweilige Anordnung) の申立てが可能であり⁽⁵⁰⁾ (民事訴訟法620条以下)、検事の関与権も婚姻無効訴訟などに限定されている (民事訴訟法632条1項)。

第 4 節 家庭裁判所の裁判所構成法上の位置づけ

新しく設けられた家庭裁判所が、区裁判所と別の事物管轄をもつ独立の裁判所であるのか、区裁判所内の一つの部にすぎないのか、という問題は、家庭裁判所の法的地位を解明するうえで、最も基本的なものの一つである。この点に関して、ヤウエルニックに代表されるように独立の裁判所であることを強調する見解もあるが⁽⁵¹⁾、学説・判例はほぼ一致して家庭裁判所は区裁判所内の事務配分にすぎないと解している。この点が争われた1978年5月3日の連邦通常裁判所決定をみることにしよう。

(事実関係)

(50) これは実務上大きな意義をもつといわれ、とくに離婚を望まない配偶者が訴訟の最後までしのぐことを可能にするという。Vgl. Jauernig (Fn. 44), S. 314.

(51) Vgl. Jauernig (Fn. 44), S. 310.

訴訟当事者は、離婚した夫婦である。離婚時の清算によると、原告は被告に対して3人の嫡出子につきそれぞれ月110マルクの養育料を支払うことを約束した。この取決めに基づき被告は原告に対して強制執行を実施した。これを不服として原告が強制執行の不適法を理由に金銭の返還請求を申し立てたところ、地方裁判所は原告の主張に応じて、超過支払い分（利子を含めて2113・7マルク）の返還を命じた（1977年2月16日）。被告の控訴（同年4月26日）については、上級地方裁判所の内部で、民事訴訟の控訴事件を扱う民事部と家庭事件を担当する家庭部との見解が別れていた。すなわち、当初、民事部が控訴事件を取り扱っていたが、同年7月1日より設立された家庭部が管轄権をもつと考え家庭部へ事件を送付したところ、家庭部は無権限を主張し民事部へ事件を再び送付したのである（民事部は事件の処理を拒否している）。そこで、民事訴訟法36条により連邦通常裁判所が上級地裁の管轄権をもつ部を指定することとなった。これが、本件である⁽⁵²⁾。

（決定）

連邦通常裁判所は、本件が裁判所構成法23b条1項2文5号（子に対する法律上の扶養義務に関する争い）・6号（婚姻により設けられた法律上の扶養義務に関する争い）に該当するとして、家庭裁判所の管轄権を肯定している。その中で、家庭裁判所の地位について次のように述べている。

「民事訴訟法36条6号は、直接に（本件）に適用されるわけではない。その理由は、本件で関与した部においては、「異なる裁判所（verschiedene Gerichte）」が問題なのではなく、同一の裁判所の異なった部が争われているからである。第一審でも同様に判断されるべき関係として、家庭事件を扱う部（家庭裁判所）と区裁判所の一般民事部（これは非訟ではなく民訴の適用となる家庭事件の領域についてである）との区別を通常の意味における事物管轄の問題と捉え、その重要な帰結として民事訴訟法36条6号の

(52) Vgl. BGHZ 71, 264 (265f.).

(53) BGHZ 71, 264 (266).

他、同法281条もこれらの部間の移送に直接適用されるというヤウエルニツクの反対意見に、本裁判所は賛成することはできない⁽⁵³⁾。」

「区裁判所に置かれた家庭裁判所の法的定義(これは上級地方裁判所の家事部にも準用されるものであるが〔裁判所構成法119条2項])は、同法23b条1項1文に示されている。これによると、家庭裁判所に設けられるべき「家庭事件部」である。同条は裁判所組織法上の規定であって、その示すところは、(同法23c条による集中的な管轄の場合を除いて)、他の諸規定により「家庭裁判所」に割り当てられた任務の処理を義務づけられた家庭事件部がすべての区裁判所に少なくとも一つは創設されねばならない、ということである⁽⁵³⁾。」

「民事訴訟法621条1項もまた、家庭裁判所に、民訴の通常の意味における事物管轄を基礎づけるものではない。たしかに、これは「上記の家事事件について家庭裁判所が排他的管轄権をもつ」と規定している。しかし、ここでも、621条2項・3項の反対解釈から明らかなように、場所的管轄が想定されているにすぎない⁽⁵⁴⁾。」

「民訴621条1項の意味は、次の点に認められるにすぎない。つまり、列挙された家事事件について区裁判所の事物管轄が排他的な管轄であるということ、裁判所構成法23b条1項から生ずる、立法者の定めた裁判所内部の権限規定 (gerichtsinterne Zuständigkeitsregelung) は、同様に排他的、つまり強行規定であるということである⁽⁵⁵⁾。」

(評価)

この判決が言うように、家庭裁判所は事物管轄をもたず、区裁判所の事物管轄の中で法律で指定された事務配分に従い排他的に家事事件を扱うという解釈は、具体的には二つの結果をもたらしている。

第1に、民事訴訟法281条は、家庭裁判所と区裁判所の他の部との間では適用がないということである。それは、この規定が異なった裁判所間で適

(54) BGHZ 71, 264 (267).

(55) BGHZ 71, 264 (268).

用されるものだからである。具体的にいうと、例えば、区裁判所の民事部が家事事件と考えて同じ裁判所の家庭裁判所へ移送した決定は家庭裁判所を拘束しないことになる(281条は消極的権限争議により権利救済が遅れることを考えて移送決定が移送先の裁判所を拘束する、つまりこの裁判所は自己の管轄に属さないと考えても審理しなければならないと規定している)。したがって、この場合に家庭裁判所は家事事件ではないと解するときには審理を拒否できる。

第2に、この消極的な権限争議では、同法36条6号が準用されるということである。この規定も異なる裁判所間で適用されるものなので、直接の適用ではなく準用と解釈されている(しかし結果に違いは生じない)。この結果、審級で次に高い位置にある裁判所が権限ある裁判所を決定することとなる(具体的にいうと、区裁判所の他の裁判所〔後見裁判所等〕と家庭裁判所間の争いは上級地方裁判所が、上級地方裁判所の民事部と家事部との場合は連邦通常裁判所が決定する)。こうした例は非常に多く、このような形で家事事件の具体的な内容が争われ、確定されてきたといえることができる。具体的な事例は、第2章の課題である。

第2章 家庭裁判所の機能と権限——裁判例による法形成を中心として

家庭裁判所の創設に際し、いわゆる大きな裁判所構想に対する期待が存在したにもかかわらず、現実に制度化されたものが小さな裁判所にとどまったこと、そして新設の家庭裁判所が裁判所構成法的見地から言えば独

(56) 森勇「西ドイツの家庭裁判所制度(1)から(3)」判例タイムズ453号から455号(1982年)。山口純夫「西ドイツ家庭裁判所制度(1)から(3)」甲南法学22巻1・2号, 23巻1号, 2号(1982年)

(57) Vgl. Gerhard Walter, Der Prozeß in Verfahren, 1985, S. 88; Uwe Diederichsen, Entwicklung und Funktion des Familien-, insbesondere des Eheprozeßrechts in der Bundesrepublik Deutschland, ZZP91 (1978), S. 406, Fn. 63.

立の事物管轄をもつ裁判所ではなく、区裁判所の一部にすぎないと解釈されていることは、前章までの叙述の中で明らかにできたものと思われる。そして、このような家裁の形成期までを対象とした研究は、これまでも既にわが国において公表されてきたところである⁽⁵⁶⁾。しかし、他方で、ヴァルター教授が適切に述べているように、家庭裁判所の機能と権限の範囲が制度形成後10年以上にわたる判例の、いわばパイオニア精神によって形成されてきた点に留意すると、制度形成期までの研究では同裁判所の実像を描くことはできないことも明らかであろう⁽⁵⁷⁾。別の言い方をすれば、たしかに立法により家裁が設けられその管轄が一応は示されたものの、その規定の仕方は、「婚姻により根拠づけられた法律上の扶養義務」(民訴621条1項5号)といったように、抽象的な段階に止まっている。したがって、個別的、具体的な家裁の守備範囲に関する細かな議論は、新たな判例の積み重ねに待つところが大きいといえよう。このことは、立法者自身も望んだところであろうし、全体としてみれば、こうした期待に各審級の裁判所が応えてきたと評価することが可能である。この展開の中で、筆者が注目したいと考えている点は、どのようなメルクマールの下に判例が家事事件の存在を見つけてきたのか、つまり、どのような家裁の機能に注目して管轄の問題を捉えてきたのか、という点である。

こうした考察は、わが国の家事審判法9条の解釈にも少なからぬ示唆を与えるものであろうし、後にも述べるように、適用されるべきさまざまな手続規定との関連でみれば、一層興味深い研究対象であるといえよう。個々の判決・決定の分析を内容とするために細かな議論とならざるをえないが、こうした実証的な考察の後に初めて家裁の機能と権限の問題を総合的に評価できる、というのが、この論文の基本的な立脚点である⁽⁵⁸⁾。叙述の方法としては様々な対応が可能であるが、ここでは、もっともオーソドックス

(58) こうした視角は、次の文献から多くを学んでいる。Vgl. Walter (Fn. 57), S. 3ff.; ders., Die neuere Rechtsprechung zum Verfahren in Familiensachen, JZ 1983, S. 473ff.

に、個々の民事訴訟法の規定ごとにその内容を確定していくという方法を選択することとしたい。そして、こうした外国法研究から導かれた個々の結論を日本の議論と比較検討することは、次の章の課題とする。

第1節 婚姻事件（民事訴訟法606条1項・裁判所構成法23b条1項2文1号）（婚姻上の共同生活を求める訴訟〔同意請求訴訟〕）

既に、制度の解説の中で明らかにしたように、家庭裁判所の権限（管轄事項）は、裁判所構成法（23b条1項2文）に掲げられ、民事訴訟法（606条・621条）と内容的にはほぼ一致している。民事訴訟法は家事事件を婚姻事件（Ehesachen・606条1項）とその他の家事事件（die anderen Familiensachen・621条1項）の二つに分けて規定している点に特色が認められる。以下での考察の中心は、上に述べた条文各号の輪郭を明確化することである。参照の便宜を考慮して、関連条文は両法のものをも併記することとしたい。第1の問題は、婚姻事件の内容の確定である。

民事訴訟法606条1項によると、婚姻事件（Ehesachen）とは、具体的に言えば、離婚訴訟（die Scheidungsklage）、婚姻取消訴訟（die Eheaufhebungsklage）、婚姻無効訴訟（die Ehenichtigkeitklage）、そして婚姻確認訴訟、婚姻上の共同生活を求める訴訟（Verfahren auf Herstellung des ehelichen Lebens）である。前者の4つの訴訟類型の内容がその名称から比較的明確であるのに対し、最後のものはその輪郭がなお不分明であり、事実、同項に関し解釈論上最も争いがあるのがこの類型に関してである。そこで、ここでは、婚姻上の共同生活を求める訴訟が、具体的にどのようなものであるのか、を見ることとしたい。

（1）コプレント上級裁判所（1982年6月29日決定）

この決定によれば、所得税の共同税額査定に同意するよう配偶者を義務づけることは婚姻上の共同生活を求める訴訟に該当しないと判断が下されている。当事者は夫婦で、家庭裁判所には離婚訴訟が係属している。原

告は、2260マルクの出費を避けるために、1979年の所得税の共同税額査定 (die gemeinsame Veranlagung) に被告が同意することを求めている。区裁判所の民事部の裁判官は無権限の決定を下し家裁に移送したが、家裁も無権限を表明したために、上級地方裁判所がどちらの部が権限を持つかを決定することとなった。同裁判所は区裁判所民事部の管轄を肯定している。

(決定)

「たしかに所得税の共同税額査定に同意するよう配偶者を義務づけることは、(離婚後の場合も) 婚姻上の共同生活 (民法1353条) から生ずる。しかし、このことから (本件) 事案を婚姻上の共同生活を求める訴え、つまり民訴606条の意味における婚姻事件とみなすことはできない。ティツケ (Tiedke) が適切に述べたように (FamRZ1978, 385ff.), 民訴606条以下の意味における婚姻事件のための手続規定は、配偶者の人格的な関係 (das persönliche Verhältnis der Ehegatten) とかかわる訴えにもっぱら合わせて構想されたものであり、財産法上の債権を追求する訴えに適用されるものではない。本件では、通常の給付訴訟 (eine gewöhnliche Leistungsklage) を提起したのであって、その対象は配偶者相互間の財産法上の争いである。たとえ共同査定への同意を内容とした家族法上の義務がここで肯定されるべきであるとしても、この義務は婚姻という高度に人格的な領域 (der höchstpersönliche Bereich der Ehe) に属するものでない。むしろ純粋な取引上の活動が争われている。この活動それ自体は婚姻上の共同生活を求める義務とはみなされえない⁽⁵⁹⁾。」

ここでは、「配偶者の人格的な関係に係わる訴え」と「財産法上の債権を追求する訴え」という二つの区分を前提にして、婚姻上の共同生活を求める訴えの可否が論じられている。結論として、上記の「人格的な関係にか

(59) OLG Koblenz, Beschluß v. 29. 6. 1982, FamZ 1982, 942.

(60) Vgl. OLG Hamm, Beschluß v. 2. 4. 1979, FamZ 1979, S. 607ff.

(61) Vgl. OLG Frankfurt/M, Beschluß v. 21. 5. 1979, FamZ 1980, S. 274.

かる紛争処理が家裁の機能」の1つとして確定されたといえよう。

(2) ハム上級地方裁判所(1979年4月2日決定)も、共同査定に応じなかったことに基づく不当利得返還請求・損害賠償請求も同法23b条の意味における家事事件ではないとしている⁽⁶⁰⁾。これは、離婚後の事例であるが、視点は(1)の決定と同様のものである。

次に、配偶者が共同査定に応じなかったために余分に税金を収めなければならなかったものが提起した損害賠償請求が婚姻上の共同生活を求める訴訟にあたるかが争われた事例を検討することとしよう。

(3) フランクフルト上級地方裁判所(1979年5月21日決定)

これは、離婚した年(1975年)に被告が別々の所得税の査定を望んだことから損害を被ったとして、離婚後に原告が被告に対して提起した損害賠償請求権である。これも、区裁判所の民事部と家裁で管轄が(消極的に)争われ、上級地裁が民事部の管轄を肯定した事件である⁽⁶¹⁾。

(決定)

「婚姻継続中に、配偶者の一方が他方の配偶者に共同税額査定を求める訴えが家事事件と扱われるのかは、留保することとする。ともかく、離婚後は婚姻上の共同生活の一部を回復することは、概念上もはや請求できないものである。したがって、かつての婚姻上の義務違反に基づく訴えは裁判所構成法23b条1項1号の意味における婚姻事件ではありえない⁽⁶²⁾。」

これは、(1)(2)とは異なった視角、つまり婚姻の存続という点から判断を下したものであり、基準としては形式的であるような印象を受ける。

(2)と同様に、婚姻継続中の共同査定における協力義務違反を理由とした不当利得返還請求を家事事件とみなすことを否定したものとして、次のものがある。

(4) ミュンヘン上級地方裁判所(1979年5月9日決定)

当事者は夫婦関係にある(つまり、離婚後の事例ではない)。原告である

(62) OLG Frankfurt (Fn. 61), S. 274f.

(63) Vgl. OLG München, Beschluß v. 9. 5. 1979, FamZ 1979, S. 721.

妻は、地方裁判所に提起した訴えで、不当利得を理由に1977年度、税務署により被告（夫）に支払われた所得税年末調整金の半額、利子も含め5038マルクの支払いを求めた。家事事件が争われているという理由で区裁判所の家庭裁判所に事件が移送された。しかし、家裁は家事事件が係わっていないと考え、同区裁内の民事部へ事件を送ったが同部は無権限を主張している。そこで、民事訴訟法36条6号にしたがい決定がミュンヘン上級地裁「民事部」へ提示された。しかし、上級地裁の側では権限争いを決定する上級地裁の部の決定は下級審のなしうるところではないとして、上級地裁の家事部が決定にあたっている。（この間の事情はあきらかでないが、次に見るように、家事事件に係わるとした地裁の移送決定が尊重された結果と推測される）。上級地裁によれば、地裁が区裁になした移送は拘束力をもつが、区裁の家裁が区裁の民事部になした移送は拘束力をもたないことを前提に、区裁内で家裁と民事部のどちらが権限をもつかは家事事件の存否によるという基準を示した。そして、次にみるように、ここでは家事事件が争われていないという理由から区裁民事部の管轄を肯定した⁽⁶³⁾。

（決定）

「婚姻中にあっては、（ほぼ）すべての財産法上の過程（例えば、住居のための支出、食料、家の建設等）は、多かれ少なかれ婚姻上の共同生活及びそこから生ずる配偶者の権利・義務と密接な関係にある。その結果、實際上すべての財産法上の争いが「婚姻上の」家事事件ということとなろう。しかし、立法者はこれとは反対（の見解の下）に、通常夫婦の人格的な側面にかかわり、それゆえ原則として強制執行に服さない（民事訴訟法888条2項）婚姻事項と財産法上の性格をもつ他の家事事件を立法者は区別したのである（裁判所構成法23b条1項1号、5号以下）。連邦通常裁判所もその他の上級地方裁判所も（本件のような事例について）婚姻事件の存在、ひいては家事事件の存在を認めずに、配偶者間の財産法上の争いと捉えて

(64) OLG München (Fn. 63), S. 723.

いる。最後に、配偶者相互のその他の財産法上の請求権を家庭裁判所に割り当てるとする内閣の意図は、法律にはなっていない (Vgl. BT-Drucks. 7/650 S. 23, 7/4361 S. 59)。 (…………) それゆえ、区裁判所の民事部がこの法的紛争の判断を下すべきである⁽⁶⁴⁾。」

上記の(2)(4)の決定から明らかなように、同意の請求であれ、損害賠償・不当利得返還の請求であれ、こうした訴訟形態にかかわらず、判例は夫婦間の人格的な関係に該当しないことを重視して、共同査定に係わる紛争を家事事件とは把握していないといえよう。

しかし、判例は、共同査定の同意とよく似た、所得税の扶養控除 (Realsplitting) の申請への同意については、同意を求める、一方配偶者の訴えを家事事件 (ただし裁判所構成法23b条1項2文6号の婚姻により基礎づけられた法律上の扶養義務にかかわる争い) と判断している (つまり家庭裁判所の管轄に属すとしている)。このように判断の分かれた理由を見る意味で、次の決定を検討することとしよう。

(5) バンベルク上級地方裁判所 (1981年12月2日決定)

当事者である X と Y は、1964年10月17日に結婚し、79年11月20日に離婚した。離婚時に、子供三人の保護は被告 Y にまかされ、原告 X は子供と Y の扶養料を支払うように義務づけられた。Y に支払った扶養料は所得税法10条1項1号により査定時に特別の支出として主張できることから、80年・81年の書式に署名するよう X が要求したが、Y はこれを拒否している。Y の署名を義務づけた第一審の家裁判決に対して Y は控訴し、この訴訟費用の補助を求めたのが本件である。上級地方裁判所は、Y の補助申請を理由がないとして退けている。

(決定)

「本件の法的紛争では、裁判所構成法23b条1項2文の意味における家事事件が問題となっている。訴えは、当事者の婚姻に基づく法律上の扶養義

(65) OLG Bamberg, Beschluß v. 2. 12. 1981, Famz 1982, S. 301.

務にかかわる。その理由は、法律上の扶養義務から生じた権利・義務が本件の法的紛争において判断されねばならないからである。ともかく、原告は所得税法10条1項1文の意味における被告の同意義務を配偶者間の扶養義務から導いたのである。(……)原則として、同意請求権は付随的義務として、民法242条により、当事者間に存在する法律上の扶養法関係から生ずる⁽⁶⁵⁾。」

この判決は、同意の求められた配偶者に不利益が生じない限りで同意請求権は成立するとの判断を示したうえで（これと同じ連邦通常裁判所の判決がある [BGH FamRZ1977, 38ff.]），本件の同意請求権が Y に不利益をもたらすものの、第一審が損害の填補を命じていることから、上記の基準に適合する、つまり同意請求権が成立すると判断している。（6）の決定と共同査定に関する判例で判断が異なった理由は、結局は適用条文の違いに帰結できるように推測される。これは一面において、法実証的な対応であるとも解されるが、類似の事実関係のもとでは、同一の手続規定を適用すべきではないのか、といった機能的な視点からすると課題を残したものと考えられる。

第 2 節 婚姻事件(婚姻上の共同生活を求める訴訟〔婚姻妨害排除訴訟〕)

ここでは、引き続き婚姻上の共同生活を求める訴訟を扱うこととする。なかでも議論の多い一類型として婚姻妨害排除訴訟をとり上げることにしよう。

(6) ツェレ上級地方裁判所 (1979年11月29日判決)

事例は、夫が愛人を住居に住ませ、妻が上の階に追いやられたものである。原告である妻は、愛人には退去を、夫には今後愛人に入居を許可しないように求めた。区裁判所通常部の判断した第一審では原告が勝訴した。

(66) Vgl. OLG Celle, Beschluß v. 29. 11. 1979, FamZ 1980, S. 242f.

これに対し控訴が地方裁判所に提起されたが、地裁は事件を上級地裁家庭部へ移送している。家庭部は次に見るような理由で被告両名に対する原告の請求を認容し、控訴を棄却した⁽⁶⁶⁾。

(判決)

原告によって主張された請求権では、第二審で上級地方裁判所の家庭部が判断を下すべき家事事件が争われている(参照、裁判所構成法23b条1項1号, 119条1項1号・2項, 民事訴訟法606条1項1文)。事実関係としては、被告(夫)が被告(愛人)に住居への立入りを認めないこと、被告(愛人)が住居に立ち入らないことが争われている。訴えは、被告が婚姻の営まれる場所を侵害したことに反対して提起されたものである。こうした願望に応じた婚姻妨害排除訴訟(die Ehestörungsklage)では、財産法上の請求権(例えば家屋の明渡し)に関する訴えが争われているわけではない。この訴訟は婚姻上の共同生活を求めるものであり、民法1353条以下から生ずる配偶者の義務(これは性質上人格的な性質[persönlicher Art]をもつ)の履行に役立つ。財産法上の性格をもたない婚姻上の義務のカタログには、婚姻上の誠実義務と婚姻のための住居の提供義務が含まれる。民法1353条の義務は、婚姻事件として家庭裁判所の審理に服す(民法606条1項1文)。密接な関連性を理由に、第三者(つまり愛人)に向けられた婚姻妨害排除訴訟も家事事件である必要がある。その理由は、そうしないと、2人の妨害者に対する異なった判断の危険が生じるからである。したがって、被告(愛人)が原告との関係で何ら家族法上の関係にあるわけでないにもかかわらず、当裁判所は被告(愛人)に対する控訴についても判断を下さねばならない⁽⁶⁷⁾。」

この判決によれば、民事訴訟法818条2項の強制執行の禁止規定により夫に対する強制執行は許されないが、同条が第三者には適用がないことから、愛人に対する強制執行は可能である。本判決では、人格的特質をもつ法関

(67) OLG Celle (Fn. 66), S. 243.

(68) Vgl. OLG Karlsruhe, Urteil v. 16. 3. 1978, FamZ 1980, S. 139f.

係の紛争として、婚姻妨害排除訴訟に対する家庭裁判所の管轄権を肯定した点、当事者の範囲の判断について婚姻の維持という観点から実質的な判断を下している点で注目に値するものといえよう。

しかし、次に見るように、婚姻妨害排除訴訟は一般の訴訟裁判所の管轄に服すと判断した判決もあり、判例は分れている状況にある。

(7) カールスルーエ上級地方裁判所 (1978年 3月16日判決)

当事者である X と Y は夫婦であるが、Y は離婚訴訟を地方裁判所に提起し、複数の結果事件も家庭裁判所に係属している。しかし、X は離婚する意思はなく、A が Y のところへ通うことに反対して、Y が A を部屋に入れないことを義務づける旨の仮処分を地方裁判所に申し立てた。地裁は家事事件が争われていると考え、事件を家裁に移送した。家庭裁判所は婚姻が既に破綻しているために、共同生活を求める訴えは理由がないという判決を下した。X はこの判決の取消しを求めて控訴し、控訴が認められた(つまり仮処分が出された)。なお、次に見るように、上級地裁家庭部は家事事件に係わっていないとの見解であるにもかかわらず本件の判断を下した点で興味深いものであるが、これは家庭裁判所に対する地裁の移送に拘束力を認めた結果である⁽⁶⁸⁾。

(判決)

「本件の仮処分の申立てでは、次のような要求、つまり当事者の人格的な関係が配偶者間関係として規律され、その取扱が民事訴訟法606条以下の婚姻手続きに留保され、さらに同法888条2項により法的強制から切り離されているような法的要求が、争われていない。(この限りで)家裁が前提とした見解や、地方裁判所の移送決定で主張された見解には反対である。X は婚姻妨害排除訴訟により婚姻上の共同生活を求めているのではない。むしろ X は空間・対象的に区分された婚姻上の対外的生活領域にかかわる規律を求めているのである。こうした対外的生活領域を求める権利は、家族

(69) OLG Karlsruhe (Fn. 68), S. 140.

関係から生じた配偶者の絶対的な権利であり、少なくとも民法823条2項と基本法6条により保護された保護法益なのである。それゆえ、こうした対外的生活領域の保護は、一般の民事訴訟の方法で貫徹されうる⁽⁶⁹⁾。」

先の(6)の判決が配偶者相互間の義務から出発して、この義務の履行と第三者に対する義務づけの同時確定の必要性から双方を家事事件と性格づけたのに対し、(7)の判決は配偶者が第三者にもつ権利という点から出発したために、民事訴訟という帰結に至ったものであろう。しかし、(7)の判決においては、他方配偶者に対する義務づけが家事事件と判断されるのかは、明確でない。家事事件であるとするれば(6)のこのような判断の抵触の問題が生じる点で、民事訴訟と位置づけた判決の論旨には疑問が残る。結局、(7)の判決の立脚点は、この種の事例は常に一方配偶者の第三者に対する訴訟と捉える解釈論ということになるように思われるが、このような図式の下で当事者の意図(他方配偶者の義務づけ)に配慮を払うことが可能なのか、が重要となろう。もっとも、(6)の判決でもこうした義務づけは強制できないと解されている点からすると、(6)と(7)の判決の差異も相対化され、結局もう一度出発点に戻って、妨害排除にどちらの手続が機能的かを考えるべきこととなろう(その際には、判断の抵触の回避ということは重要な論点となるように思われる)。

第3節 嫡出子に対する親の保護の規律 (裁判所構成法23b条1項2文 2号, 民事訴訟法621条1項1号)

この規律の管轄に関しては、二つの裁判所、すなわち家庭裁判所と後見裁判所のどちらの権限に属するのか、がしばしば争われてきた。この点を詳説すると、民法1671条5項によれば、離婚に際し、子供ないし財産の保護を後見人(Vormund)ないし保護人(Pfleger)に任せることを家庭裁判所が決める、とされている。しかし、だれに任せるのかという選任の問題

(70) Vgl. BGH, Beschluß v. 4. 8. 1981, FamZ 1981, S. 1048.

は、民法1774条等をみると後見裁判所の権限とされているようにも解される。そこで、このように密接な関係をもつ決定権限を二つの裁判所に分散して解釈することが適切であるのか、が議論されたのである。この点については、次のような上級審の判断がある。

(8) 連邦通常裁判所 (1981年 8 月 4 日決定)

(事実関係)

離婚に際して 2 人の子供の保護を委ねられた母は、家庭裁判所に民法 1671 条 5 項に基づき A・B の児童福祉局 (Jugendamt) に委ねることを申し出た。家庭裁判所は A 児童福祉局を保護人に選任した。これに対し、A 福祉局は 1 人の子につき親の望んだ B 福祉局でなく自己が選任されたことについて即時抗告 (sofortige Beschwerde) を申し立てた。家庭裁判所は抗告を上級地方裁判所に移送したが、上級地裁は選任決定は後見事項なので抗告裁判所は地裁であるとの考えのもとに移送した。しかし、地裁は管轄権を否定して事件を上級地裁に再送付した。そこで、管轄権をもつ裁判所を定めるよう連邦通常裁判所が判断を下すこととなった。同裁判所は以下に示すように、後見人・保護人の選任は後見裁判所が管轄権をもつことから、その決定に対する抗告は地裁の管轄に属すとの判断を下した。この裁判所によれば、家裁への権限の集中が望ましいとしても、そのための法律上の根拠が存在しない点が重視されている⁽⁷⁰⁾。

(決定)

「自己の管轄権を否定した二つの裁判所 (上級地裁と地裁を指す〔筆者注]) は、民法1671条に基づく嫡出子に対する親の保護の規律は家事事件であることを適切にも前提としている。(親の) 保護権が他の後見人・保護人に委ねられるという形で1671条に基づく親の保護の規律が変更される場合にも、こうした命令自体は家庭裁判所の権限に属す。これに続く一連の措置 (とりわけ民法1774条・1915条による後見人・保護人の選任) は、これ

(71) BGH (Fn. 70), S. 1048f.

とは逆に、後見裁判所によりなされねばならない。家庭裁判所と後見裁判所との機能区分は、次の点を前提とする。つまり、後見人・保護人の選任は、法律によれば、人や財産の保護を後見人・保護人に委ねる決定（民法1671条5項）とは別個の一つの手續対象となる、ということである。したがって、1671条5項により家裁のなす規律は、（後に）後見裁判所により後見人・保護人の選任が実施される際の法的根拠となる。この限りで、後見裁判所は家庭裁判所の決定を、審査することなく受入れなければならない。他方、後見裁判所の管轄権は、後見人の選任のほか、後見の期間中必要であるその他の措置、とりわけ後見人の監督（民法1837条以下）、後見人の法律行為の許可（民法1812条3項、1819条）にまで及ぶ⁽⁷¹⁾。」

上に見たのと同様の問題は、その他にも、様々な形で表れてきている。例えば、離婚時に家裁により一方の親に保護を任せる規律がなされた後に、子供の福祉が害されたような場合（例えば、親の保護権の濫用）に、それを回避する措置について、法律の規定（民法1666条）を根拠に後見裁判所が権限をもつのか、それとも先になされた家裁による親に保護を任せた規律との関連性を理由に家庭裁判所が権限をもつのか、という問題である。この点に関しては以下に見るように裁判所間で争いがある。先ず、後見裁判所の権限を肯定した例から見ることにしよう。

（9）バイエルン上級地方裁判所（1979年5月7日決定）

ここでは、家裁が親の保護の規律をなした後に、保護権の恣意的な行使が認められる場合に、ある者に委ねられていた子供の滞在地決定権を後見裁判所が取り消す権限をもつのかという点が議論された。バイエルン上級地方裁判所はこの点を否定的に解している。その理由は、離婚後に、民法1666条1項1文に基づく個別の措置について、関連性を理由に家庭裁判所の管轄権が認められなければならないのかという問題についても、明確な

(72) Vgl. BayObLG, Beschluß v. 7. 5. 1979, FamZ 1980, S. 401.

(73) Vgl. OLG Hamm, Beschluß v. 31. 8. 1978, FamZ 1978, S. 941.

(74) OLG Hamm (Fn. 73), S. 942.

法律上の文言（「後見裁判所が……」）を重視したからである。この裁判所の考えによると、関連性という理由から家裁の権限を導くことは明確な法律上の決定権限（民法1666条）に反することとなる⁽⁷²⁾。

しかし、これとは反対に、子供の福祉を害する行為の回避措置について、家庭裁判所の管轄を認めたものとして次のものがある。

(10) ハム上級地方裁判所決定（1978年8月31日）

（事実関係）

AとBは1970年1月19日に離婚した。2人の子CとDに対する保護は区裁判所の決定により母親であるAに任されたが、その後Cに対する保護権は区裁判所より取り消され、児童福祉局に委ねられた。同局はその後、78年7月20日にDに対する保護権も同局へ委ねるように申し出た。後見裁判所は事件を家庭裁判所に移送したが、同裁判所は無権限を主張した。そこで、上級地方裁判所が管轄権をもつ裁判所を決定することとなった⁽⁷³⁾。

（決定）

「管轄権をもつのは、民法1671条5項・民事訴訟法621条1項1号により家庭裁判所である。本件の手続きでは、離婚後の親の保護の規律にかかわる家事事件が争われている。78年7月20日の児童福祉局の申立てと提出されたその理由に照らすと、保護権の全部または1部がAから奪われる必要があるのか、がここで決定されねばならない。この決定は民法1666条ではなく（そうだとすれば後見裁判所が権限をもつこととなろう）、1696条・1671条に基づき下されねばならない⁽⁷⁴⁾。」

この決定によれば、子の福祉への危害を避けるために両親の一方でなく他の保護人に権利が移された場合には、もっぱら1671条5項が適用され、（後見裁判所の権限を基礎づける）1666条の適用の余地はないこととなる。

(9) と (12) の決定のどちらも、実定法の規定から当然、一方の裁判所

(75) Vgl. Gerhard Walter, Die Änderungen des familiengerichtlichen Verfahrensrechts durch das VAndG, JZ 1986, S. 360 (363).

の管轄が導かれるかのような判断を下している。しかし、筆者のみるところ、文言からは民法1666条、1671条1項のどちらも適用可能な場合のようでもあり、結局は家庭裁判所による統一的な処理をどこまで重視するのかという、解釈者の判断によるところが大きいように思われる。他方、統一的処理という訴訟上の要請を貫徹する意味でも民法典の整備との整合性の確保が重要であることを示す紛争例であると考えられる。後見裁判所と家庭裁判所の管轄権の問題（とくに前者の権限の後者への移行の問題）は1986年2月20日の改正法で制定過程で議論されたが、実現にはいたらず、今後の課題となっている⁽⁷⁵⁾。

第4節 扶養義務にかかわる争い（裁判所構成法23b条1項2文5号・6号）

同条の5号は嫡出子に対する扶養義務、6号は婚姻による扶養義務にかかわる (betreffen) 争いについては家庭裁判所が管轄権をもつと規定している。立法者が意図的に解釈の余地を残したために、この規定に関しては、その具体化が判例に委ねられることとなった。先ず、この問題を詳細に論じた次のものをみることにする。

(11) 連邦通常裁判所（1978年5月3日決定）

（事実関係）

訴訟当事者であるXとYは、離婚している。被告Yは離婚の争いの中で、当事者間で締結された和解に基づき、原告Xに対し強制執行を行った。この和解によれば、XはYに3人の嫡出子の扶養料としてひとりにつき月110マルクの支払いを義務づけられている。この強制執行に反対してXは訴えを提起した。第一審の地裁は2596, 3マルクの強制執行は不適法であるとして、超過支払分の2113, 7マルクを利子を含め支払うよう言い渡した。これに対し、Yは控訴したが、ハム上級地方裁判所の第8民事部と第

(76) Vgl. BGH, Beschluß v. 3. 5. 1978, FamZ 1978, S. 582.

1 家事部との間で（消極的な）管轄権の争いがあり，連邦通常裁判所がその決定を行うこととなった。次のように，同裁判所は家事部の権限を認めている⁽⁷⁶⁾。

（決定）

「控訴審で唯一係属となった X の利得請求権は，裁判所構成法 23b 条 1 項 2 文 5 号による家事事件である。直接には嫡出子の扶養請求権が問題となっておらず，X の請求権がその子に対してでなく別れた妻に対して向けられているにもかかわらず，この請求権は子に対する法律上の扶養義務が『かかわっている (betrifft)』。ここで決定的であることは，返還請求している金額（総額 2113, 7 マルク）を，X がその子供に対する法律上の扶養義務を履行するために支払ったこと，そして子供の請求権が成立しないことが利得請求権の重要な要件であるということ，である。

婚姻改正第一法律は，婚姻・親族に基づく法律上の扶養請求権に関して，区裁判所の事物管轄を拡大した。旧裁判所構成法 23a 条 2 号が権限領域を婚姻・親族により基礎づけられた法律上の扶養義務に関する (über) という文言で表したのに対し，新法の 23a 条 2 号は婚姻・親族により基礎づけられた法律上の扶養義務にかかわる (betreffen) 争いと規定している。改正第一法律の連邦政府草案の理由づけから読み取れるように，立法者は権限の拡大でもって，支払い義務そのものの他，付随的義務 (Nebenflichten) を対象とする争いも区裁判所に与えようとした。つまり，関連性を理由に実体法上の扶養にかかる情報請求権（民法 1580 条・1605 条）が区裁判所の管轄とされたのである (BT-Drucks. 7/650. S. 186)。裁判所構成法 23a 条 2 号に相当する文言は，本件と関連する同法 23b 条 1 項 2 文 5 号にも含まれている。法律が 23a 条 2 号の拡大に際して，情報請求権やその他の付随的な請求権を列挙することで満足せず，「法律上の扶養義務にかかわる争い」と一般的な表現を用いたことから明らかであるように，裁判所構成法 23a

(77) BGH (Fn. 76), S. 584f.

条2号, 23b条1項2文5号(6号)の解釈は, 始めから法律草案の理由に示された内容に限定されず, 区裁判所(家庭裁判所)の権限領域への割当が上述の規範の意義・目的に必要と思われる全ての請求権をも原則として含むのである。

ここには, 23b条1項2文5号(6号)の法律上の扶養義務を履行するために支払われた給付の返還請求権も含まれる。(……)

法律上の扶養義務の判断を, 法律は家庭裁判官にわりあてたのである。その理由は, すべての婚姻に関連する手続について権限の集中という考えを実現し, 必要不可欠な特別の専門知識をもった裁判官を当事者の利用に供するためである。本件のような利得返還請求権が家事事件から除外されるとすれば, それはこうした法律の目的に反することとなろう⁽⁷⁷⁾。」

ここには, 立法者の意思の確定という作業を通じて, 婚姻手続に関する権限の家庭裁判所への集中という観点が明確化されている。これは家事紛争に起因する様々な争いを事案に合わせて柔軟に統合する可能性を明確化したものであり, 他の解釈問題に対しても重要な示唆を与えるものであろう。

右の決定では, 扶養に関する情報請求権も家事事件であることが明確にされているが, さらにその範囲拡大の一形態として, 情報提供義務違反を理由とする損害賠償も家事事件でありうるかが争点となる。次の決定はこの点を肯定的に解したものである。

(12) カールスルーエ上級地方裁判所 (1978年6月26日決定)

(事実関係)

Xはその父親であるYに対して, 4070マルクの損害賠償を請求した。その理由は, Yが学生援護会の奨学金局に所得を知らせなかったために, Xは1976年11月から77年9月まで奨学金を取得できなかった。Xは訴訟上の

(78) OLG Karlsruhe, Beschluß v. 26. 6. 1978, FamZ 1979, S. 170.

(79) BGH, Urteil v. 20. 5. 1981, FamZ 1981, S. 758.

救助をもとめる権利を主張したが、勝訴の見込みがないという理由で、78年3月10日の決定でこの権利は認められなかった。この決定を不服として X が提起した抗告が本件である。

(決定)

「抗告の判断は、家事事件にかかわるものである(参照、裁判所構成法119条1項2号)。提起された損害賠償の訴えは、嫡出子である X に対し Y の負う法律上の義務に立脚している(参照、同法23b条1項2文5号)。この義務には、民法1605条による扶養義務の確定のための情報提供義務 (der Auskunftsanspruch) も含まれ、この点は争いのないのところである。そして、情報提供義務違反に基づく損害賠償請求権も家事事件である⁽⁷⁸⁾。」

次に、両親に対する子の扶養請求権が第三者に移転した場合に、なおその請求権にもとづいて第三者の提起した訴えが家事事件であるか、も議論の対象とされたところである。判決は次のようにこれを肯定的に解している。

(13) 連邦通常裁判所 (1981年5月20日判決)

(事実関係)

原告である X (ラント) は、被告 Y の子である A に、連邦教育助成法に基づき奨学金を前払いとして支払った。そして、この前払い分について、A が Y に対してもつ扶養請求権 (これは同法37条により X に移転した) を X は主張した。第一審の区裁判所 (民事部) は X の主張を一部だけ認めた。そこで X は地裁に控訴したが、地裁は審査権を否定したために、X は上級地裁に控訴を提起した。控訴を不適法とした上級地裁判決に対して X が上告したのが本件である。連邦通常裁判所は上級地裁の決定を破棄し、同裁判所に事件を差し戻した。

(判決)

「この法的紛争では、裁判所構成法23b条1項2文5号の家事事事件が争わ

(80) Vgl. OLG Frankfurt/M, Beschluß v. 27. 10. 1982, FamZ 1983, S. 196.

(81) OLG Frankfurt (Fn. 80), S. 196f.

れている。Xは、AがYに対してもつ法律上の扶養請求権を請求したのである。扶養請求権の法的性質は、請求権のXへの移転により変わるものではない。

(……) 紛争が第一審の区裁判所内部で家庭裁判所によってではなく、一般民事部の裁判官により判断が下されたことは、上級地裁の控訴審査権を変えるものではない⁽⁷⁹⁾。」

次に、上記のように広く家事事件が認められるとすると、それでは扶養義務者から財産を譲り受けた者に対して扶養権利者の提起した扶養請求が、家事事件の性格をもち家庭裁判所の管轄に服すのか、が問題となる。この点について判例は別れている状況にある。ここでは、二つの見解を紹介することとする。まず、家事事件であることを認めたものを取りあげる。

(14) フランクフルト上級地方裁判所 (1982年10月27日決定)

(事実関係)

訴外A(原告Xの前夫)は、1980年7月8日の家裁判決で79年6月8日より月々1600マルクの扶養料をXに支払う義務を負っていた。Aの継子である被告YがAの財産を引受たことから、原告XはYに対して上記の扶養請求権を地裁に主張した。この訴えが移送された家庭裁判所が1982年7月2日の判決で右の主張を退けたのに対して、Xが控訴したのが本件である。控訴は棄却されている⁽⁸⁰⁾が、財産引受と扶養請求権の関係、ここから生ずる紛争に対する家裁の管轄権について詳説している点で重要な決定である。

(決定)

「Xの請求しているのは、裁判所構成法23a条2号、23b条1項2文6号の意味で法律上の扶養義務にかかわり、区裁判所の家庭部に(その審理が)わりあてられた請求権である。Xと婚姻・親戚(関係)にないYに請求する場合に、責任を仲介する規定(eine Haftungsvermittlungsnorm・これ

(82) OLG München, Beschluß v. 25. 11. 1977, FamZ 1978, S. 48.

は家族法でなく一般債権法の総則に基礎をもつものである)を必要とするが、このことは X の請求権の法的性質を変えるものではない。このことは、民法 419 条(債務引受人に対する債権者の請求を詳細な要件のもとで認めた規定)にも妥当する。(……)財産引受の場合にも家事事件の存在を認めることは適切である。その理由は、扶養請求権は緊急を要するものであるから、扶養義務者と財産引受人とを一つの訴訟で争わせるのが合目的的だからである。財産引受人に請求が向けられているからといって、債権者が区裁判所の民事部へいくと(これはせいぜい 23b 条 1 項 2 文 2 号により権限をもつにすぎない)、扶養義務者へ向けられた訴訟が同時に係属していることから、扶養請求権について異なった判断が下される危険が内在することとなる。(……)連邦通常裁判所が、過剰支払分の返還請求権について法的理由の不足を判断するにあたり、「家庭裁判官の特別な専門知識が必要である」と述べたことからすると、こうした視点は、裁判所構成法 23b 条 1 項 2 文 5・6 号がかかわる事件で財産引受人に対する請求権を家事事件と性格づけることにも少なからず寄与するものであろう⁽⁸¹⁾。」

上記の決定は同一確定の必要性・家裁裁判官の資質等を重視して判断を下している点で、機能的な解釈方法を採用したと評価することが可能であろう。これに対し、この決定とは反対に、同様の事件で次のように、家裁の管轄権を否定したものもある。

(15) ミュンヘン上級地方裁判所 (1977年11月25日決定)

(事実関係)

原告 X はその父親である A に扶養請求権をもっていたが、A の後妻である被告 Y がその財産を引き受けたことから、X は Y に対して扶養請求訴訟を提起した。本件でも、区裁判所の民事部と家庭裁判所の権限が(消極的に)争われ、上級地方裁判所は民事部の管轄を肯定した。

(決定)

(83) Vgl. BGH, Beschluß v. 14. 6. 1978, FamZ 1978, S. 672.

「提起された訴えは、嫡出子に対する法律上の扶養義務にかかわる争い（裁判所構成法23b条1項2文5号，民事訴訟法621条1項4号）に関連しない。（……）個々の政府草案理由書によると，家庭裁判所はすべての家庭に関連する事項に権限をもつものとはされていない。むしろ，人の面からいえば，夫婦とその嫡出子が関与した手続だけが家裁に割り当てられている。事件の面からいえば，通常の場合に婚姻ないしその解消と直接的な関連をもたないような決定権限も家裁から除外されている。このことからすると，第三者の関与した事例における家庭裁判所の権限は，狭く限定された例外に止まるべきであろう。（……）明確となった基本的な考え方は，財産引受人に対する扶養請求権者の民法419条に立脚した訴えは，裁判所構成法23b条1項5号または6号の意味の婚姻事項ではなく，せいぜい広義の婚姻関連性をもった争いにすぎず，この争いは同法23b条には含まれないということである⁽⁸²⁾。」

この決定は立法過程を重視しているが，先の（14）にみられたような機能的な視点は後退しており，その解釈から生ずるであろう諸問題には言及していない点で，形式的な印象を否定することができない。

次に，執行名義が家事事件（嫡出子に対する扶養義務）を対象とする時に，それに向けられた執行異議の訴えが家事事件にあたるか，も実務上しばしば生ずる重要な争点の1つである。この点について肯定的に解したものととして，次のものがある。

（16）連邦通常裁判所（1978年6月14日判決）

（事実関係）

離婚を機に締結された裁判上の和解によれば，申立人 X は二人の嫡出子に月々150マルクづつを扶養料として支払うよう義務づけられていた。その後，変更の訴え（Abänderungsklage）を受けて，1976年8月25日判決で地裁は75年7月15日より130マルクに引き下げた。その後なされた強制執行で

(84) BGH (Fn. 83), S. 673.

執行名義になっている扶養請求権が月々100マルクも高い額とされている点を理由に、和解に基づく強制執行は無効であるとして、XはYを相手に区裁判所に請求異議の訴えを提起し、同時にXは訴訟上の救助を受ける権利 (das Armenrecht) を主張した。しかし、家庭裁判所が訴訟上の救助を受ける権利を否定したため、この家裁決定に対しXが抗告した。この抗告について上級地裁は家事事件が争われていないことから地裁の管轄に属すと考え、事件を移送したが、地裁はこれに反対の見解 (つまり上級地裁の管轄) を主張した。そこで、民訴36条6号により連邦通常裁判所が権限ある裁判所を定めるよう求められた。連邦通常裁判所は上級地裁の管轄 (つまり本件が家事事件であること) を肯定している⁽⁸³⁾。

(決定)

「法律は情報請求権及びその他の付随的義務を確定的に規定することで満足せずに、法律上の扶養義務にかかわる (betreffen) 争いと一般的な形で言及しているため、裁判所構成法23a条2号、23b条1項2文5号の解釈は法律制定理由書の中で明瞭に語られた領域に始めから限定されていない。むしろ、その領域は、それを区裁判所 (家庭裁判所) の管轄とすることが上述の意義・目的に照らして必要と思われるすべての請求権にも及ばなければならない。

現行の裁判所構成法23b条1項2文5号の意味における家事事件が当事者間の和解の対象であったことから、和解に基づく、請求に関する異議の訴え (民事訴訟法795条・767条) も同様にそうした家事事件とみなされなければならない。(直接に和解に基づいた執行に異議が申立てられた場合の他に、本件のように [筆者注]) 1976年8月25日の地裁の変更判決に基づく執行に訴えで異議が申立てられている場合にも同様に考えることができる。その理由は、この判決は同様に一つの法的紛争の中で下されたものであり、この法的紛争はその性質からいうと、裁判所構成法23b条1項2文5

(85) Vgl. BGH, Beschluß v. 28. 6. 1978, FamZ 1978, S. 771.

号の意味における嫡出子に対する法律上の扶養義務にかかわるからである⁽⁸⁴⁾。」

ここでは、形式的に事件を分割することなく法的紛争を包括的に捉え、それを立法理由により補強している点が、示唆に富むといえよう。これは先に見た(11)の決定と同様の判断枠組に基づくものであり、ここからは連邦通常裁判所の一般的な解釈態度を読み取ることができるように思われる。

第5節 夫婦財産法に基づく請求権（裁判所構成法23b条1項2文9号・民事訴訟法621条1項8号）

家庭裁判所の管轄に服す夫婦財産法上の請求とその他の財産法上の請求（これは民事裁判所の管轄に属す）との区別が、解釈論上、様々な困難な問題を提起している。具体例を通じて、判例理論の基礎的な考え方を概観する。

(17) 連邦通常裁判所（1978年6月28日決定）

（事実関係）

前夫であるX（原告）は、前の妻Y（被告）が婚姻中に得た住居敷地を離婚後に売却して得た代金の半分を自分に支払うように請求した。地方裁判所がXの主張を認めたために、Yは控訴した。これについて、上級地裁の民事部と家事部との間で争いが生じたために、連邦通常裁判所は民事訴訟法36条6号により審査し、本件では夫婦財産法上の争いは存在しないと決定した。

（決定）

「(本件における土地取得の名目上の取決め [angebliche Abmachungen] のように) その法的効果が従来の夫婦財産制に影響を与えない、夫婦の債権法上・物権法上の法的行為は、夫婦財産法上の規律を示すものではない。

(86) BGH, Beschluß v. 6. 5. 1982, FamZ 1982, S. 785.

(87) Vgl. BGH, Beschluß v. 25. 6. 1980, FamZ 1980, S. 878.

このことは、婚姻の継続・個々の婚姻上の生活関係の存続が法的行為の基礎であった場合も同様である⁽⁸⁵⁾。」

さらに、以下の事案でも家事事件としての性格が否定されている。

(18) 連邦通常裁判所 (1982年 5月 6日 決定)

(事実関係)

剰余共同制 (Zugewinnngemeinschaft) という法律上の夫婦財産制により生活していた夫婦は、ある土地の共有者であった。申立人である妻 X は、この土地の強制競売を共同財産制解消の目的で申立てた。X は離婚訴訟の係属している家庭裁判所に、夫 Y の拒否している競売への同意を民法1365条 2項にもとづき代わって与えるよう申し立てた。家庭裁判所は管轄権を否定し、後見裁判所も無権限を主張した。上級地方裁判所は民訴36条 6号により判断されるべき、家裁と後見裁判所との権限争いがあるとの意見のもとに、事件を連邦通常裁判所へ移送した。同裁判所は、次の理由から後見裁判所の管轄であるとの考えを示した。

(決定)

「(本件では) 家事事件は争われていない。家事事件の中には、裁判所構成法23b条 1項 2文 9号により、夫婦財産法に基づく請求権の争いが含まれている。この条文では、とくに民訴621条 1項 8号、621a条 1項から明らかかなように、もっぱらこうした請求権に関する民事訴訟的な争い (die zivilprozeßualen Streitigkeiten) が念頭に置かれている。(これに対し) 民法1365条による配偶者の同意の代替に関する訴訟は、そうした争いではなく、民法1365条 2項が明示的な形で後見裁判所に割り当てた非訟裁判手続 (ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit) である。したがって、こうした手続には婚姻法改正第一法律の施行後も後見裁判所が管轄権をもつこと、後見裁判手続の上訴の方法がとられること、が前提とされている⁽⁸⁶⁾。」

(88) BGH (Fn. 87), S. 879.

これに対し、次の事件で連邦通常裁判所決定は、夫婦財産制に基づく請求権を肯定している。

(19) 連邦通常裁判所 (1980年 6月25日決定)

(事実関係)

X と Y は夫婦として法律上の夫婦財産制である剰余財産制に基づき生活していた。1972年 9月 2日に、現在の別居生活・将来の離婚の可能性を顧慮して、(とりわけ民法1375条から90条の規定による剰余の清算に関して) 財産関係の規律に関する、公正証書の作成された契約を締結した。この中で個々の財産対象と債務が整理・評価され、各配偶者に同価値の財産が割り当てられた。債務の弁済のためには、85万マルクが共同管理の下に残され、これで不足した場合には、それぞれが同額、共同の口座へ振り込むことが約束された。74年 3月29日に X と Y は離婚している(離婚訴訟の中で当事者は上記の契約の効力を肯定している)。その後、X は Y に対して、利子も含め約16万マルクを支払うよう請求した。その理由は、債務の返還に不足する分を X が支払ったことから Y はその半額142133マルクを払うべきであること、Y が違法に X の営業財産からもっていった18281マルクを返すべきであること、にある。地裁は、訴えを退けた。その理由は、X が充分にその請求の理由を説明しなかったことにある。これに対し X は控訴したが、上級地裁では家事事件が存在するかという点について民事部と家事部が見解を異にしたために、連邦通常裁判所が民訴36条 6号の準用により権限ある部を決定することとなった。同裁判所は、裁判所構成法23b条 1項 2文 9号の夫婦財産法上の請求権にあたるとして上級地裁家事部の権限を肯定した⁽⁸⁷⁾。

(決定)

「契約で規律された債務の弁済のために X が支払った分の半額の償還を1972年 9月 2日および74年 2月28日の契約に基づいて請求した限りで、この法的紛争は家事事件である。この限りで、裁判所構成法23b条 1項 2文 9号の意味において、婚姻上の共同財産制に基づく請求権の争いが問題とき

れている。(……)離婚の結果の取決めにおいて、夫婦財産法関係の分割のために基礎づけられた請求権は、この取決めによって修正される法律上の分割請求権と同様に、裁判所構成法23b条1項2文9号の意味における夫婦財産法に含まれねばならない。夫婦財産制の終了のため具体的な事例についてなされた分割の申合せは、たしかに通説によれば婚姻契約(Ehevertrag)ではない。しかし、夫婦財産制の終了のため法律から生ずる分割請求権は、夫婦財産法上の性格をもつ。同様の性質は、それが法律上の請求権を修正する分割の申合せに基礎をもつ請求権にも認められなければならない。申合せによる請求権も夫婦財産法に立脚するものである。連邦通常裁判所は、それゆえ以前に、付随的にではあるが、夫婦が離婚時に夫婦財産法上の関係分割のためになした申合せによる請求権は夫婦財産法に含まれる、との判断を示した。(……)XとYは、財産の分割と債務弁済の相互の関与にかかわる取決めを、夫婦財産法上の分割の規律についても、その他の財産法関係の分割の規律についても、統一的になしたのである。その際に、特定の請求権は二つの規律領域の一方にだけ帰属させられるわけではない。このような場合には、経験的にいうと、契約で基礎づけられたすべての請求権は少なくとも夫婦財産法関係の分割にも役立つものである。この結果として、全ての請求権について、それに関する法的紛争は家事事件である⁽⁸⁸⁾。」

上に見た様々の判決から明らかとされたことは、たんに財産法的性質をもつ個々の取決めでなく、夫婦間の財産法関係を規律する基本的な枠組についての紛争が、家庭裁判所の管轄とされているということである。そして、この点について、夫婦財産制に関するもの以外の、婚姻にかかわる財産事件がなぜ同様に家裁の管轄とされないのか、という批判が提起されている⁽⁸⁹⁾。こうした実務上見られる区別の困難な二つの財産事件を共に家裁の管轄とする改革は、1986年2月20日の改正法においても実現されず、今後の課題とされている⁽⁹⁰⁾。

(中間総括)

本章では、様々な事例を概観することを通じて、具体的にどのような事項がドイツの裁判システムの中で家庭裁判所の管轄とされているのか、が明らかにできたと考える。たしかに、判例の中には条文の形式的な解釈に終始したものも散見された。しかし、連邦通常裁判所を中心として、同じ家庭紛争に原因をもつ複数の法的紛争を専門知識・経験豊かな家庭裁判官の下で統一的に処理しようという家裁創設の趣旨を重視した解釈方法も明確化できたと考える。そこでは、夫婦間の人格的な関係にかかる紛争の他に、それと関連性をもつ紛争を柔軟に取り込む解釈も見られたところである。興味深いことは、立法を通じて一挙に管轄権を規定しつくすのではなく、個別の紛争状態に即した柔軟な裁判による法形成を進めることに現行法も期待していると一般に捉えられているところである。家裁創設後十数年の判例を概観して総括できることは、たしかに現在でもなお裁判所間で争いのある点もいくつか残されているが、判例のパイオニア精神の結果、その制度の輪郭が大要において明確化されてきたということである。

(89) Friedrich Wilhelm Bosch, Disharmonien, Vorzüge und Nachteile der jüngsten Änderungen des Verfahrens in Familienrechtsachen, Festschrift für Baur, 1981, S. 303.

(90) Vgl. Walter (Fn. 75), S. 363.