

ドイツ家庭裁判所の形成と法的特質 [II]

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（以上第42巻第1・2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、本号）

第 3 章 家庭裁判所の審理手続の法的特色

第 1 節 3 種類の審理手続

わが国の家庭裁判所が家事審判として扱う事項が限定されていること、別の言い方をすれば、家庭に係わる事件を家庭裁判所が排他的に管轄する制度になっていない。このことは、日本の家庭裁判所の一つの特色とわが国においていえる。次に、家事審判の手続についていうと、日本では非訟であることが一般的な理解となっている。家庭裁判所イコール非訟事件手続ということは、われわれがものを考える際の前提とされることが多い⁽¹⁾。しかし、ドイツ法と比較した場合には、家庭裁判所が非訟事件手続だけを用いるということは、わが国の制度の特色を成している点が判明する。すなわち、ドイツの家庭裁判所は、通常の民事訴訟手続、婚姻事件のために特別の規定の置かれた民事訴訟手続、そして非訟事件手続の三種類を用いるのである。条文に即していうと、婚姻事件は民事訴訟法の606条以降に特別の定められた民事訴訟手続によって審理され、その他の家事事件は、一部が民事訴訟手続、多くは非訟事件手続によるのである⁽²⁾。婚姻事件に適用される手続は、後で詳しく論じるように、民事訴訟法に規定されているといっても、その内容は日本法でいう人事訴訟とほぼ一致すると考えられる。したがって、ドイツの家庭裁判所制度の特色として、人事訴訟、民事訴訟、非訟事件手続の3つの手続法を裁判所が用いることが、まず指摘されなければならないであろう。同じことを裁判所構成法的地方的に見地からいうと、日本法で地方裁判所が担っている役割を家庭裁判所がドイツでは広範に引き受けている。このことは、家事事件の家庭裁判所への集中という点を家裁創設の理由としていたこと（既に第1章で見た通りである）によって説明することが可能であろう。ここで、ドイツの家庭裁判所が民事

(1) 家事審判法第七条参照。

(2) Vgl. ZPO §621a Abs. 1.

訴訟事件も扱っている点（ここに日本法との大きな差異が認められる点）を強調したうえで、次の問題に移行したいと思う。それは、日本の人事訴訟の手續とドイツの婚姻事件に適用される民事訴訟手續が同じものであるのか、という問題と、日本の非訟事件手續とドイツのその他の家事事件の多くに適用される非訟事件手續が同じものであるのか、という論点である。つまり、ドイツで家庭裁判所の用いる裁判手續の特色を日本法との比較の上で明らかにしたい。

第2節 婚姻事件に適用される民事訴訟手續の特色

ドイツで婚姻事件に適用される手續を見た場合に、それが民事訴訟とされているといっても、日本でいう人事訴訟事件とよく似ていることに、まず気がつく。これは、沿革的な理由に基づくものである。すなわち、明治31年に制定された日本の人事訴訟手續法はドイツ法をモデルとしたものであるが、それがドイツのように民事訴訟法に入れられなかったのは、それ以前の「婚姻事件養子縁組事件及ヒ禁治産事件ニ関スル訴訟規則（明治23法104号）」に代えて制定されたという沿革に由来するからである⁽³⁾。その後、ドイツで家庭裁判所が創設されると上述の手續もその管轄とされたために、担当する、裁判所に関してもドイツでは家裁、日本では地裁という差異がもたらされたのである。ここでは、両者の手續が基本的によく似ていることを指摘したうえで、その手續上の差異に着目したい。日本の人事訴訟手續法が古い法律であるにもかかわらず大きな改正を経ていないことからすると、ここで比較の結果判明する差異は、ドイツ法の発展をあとづけることになるのかもしれない。

（公開性の制限）

基本的な差異として見逃すことのできない点は、日本法では人事訴訟も

(3) 山木戸克己『人事訴訟手續法』昭和33年6頁参照。

公開原則のもとにある（そしてこの点が夫婦間の紛争解決の処方として不適切であることが指摘されてきている）にもかかわらず、ドイツ法では非公開とされている点⁽⁴⁾、日本法がかつてのドイツ法のように公判に検察官の関与を認めているにもかかわらず、ドイツ法は近時の改正でこうした関与を限定した点である⁽⁵⁾。

上に述べた非公開の規定は、今日では一般に承認されているところである。この点を詳説することとしよう。民事訴訟の公開原則は、ドイツでは1849年のパウル教会憲法178条に見られるように自由主義的な思想に根ざし、現在ではヨーロッパ人権規約6条1項に見られるように国際的な要請である⁽⁶⁾。さらに、憲法上、民主主義、法治国にふさわしい公正手続の要請からも根拠づけられるものである⁽⁷⁾。しかし、他面で、他の憲法原則、例えば、プライバシー保護（人格権）から公開性の制限を導くことも可能である。とくに、後者の理由から、ドイツの通説によっても、連邦憲法裁判所の見解に従っても、公開原則は例外を許さない憲法原則ではないと言われる⁽⁸⁾。一例を挙げると、1963年3月7日の連邦憲法裁判所の決定は「弁論の口頭審理原則、公開性という原則は憲法原則ではなく、特定の種類の手続を支配する訴訟法原則である」と説いている⁽⁹⁾。グルンスキーも、公開原則に対し次のような疑問を提起している。

「秘密にしておきたいと考える事項の公開を犠牲にして、権利保障を獲得するよう何人も強制されるべきではない。（残念ながら稀ではないが）あってはならないこととして、自己の属すると考える権利の追求を公開を恐れ

(4) Vgl. GVG §170.

(5) Vgl. ZPO §632 I, §638 I; P. Arens, Zivilprozeßrecht, 4. Aufl., 1988, S. 310; Othmar Jauernig, Zivilprozeßrecht, 1988, S. 311（検事の協力権は、婚姻無効訴訟、婚姻の存在・不存在確認訴訟についてだけ認められている）。

(6) Vgl. Rolf Stürner, Verfahrungsgrundsätze des Zivilprozeßes und Verfassung, Festschrift für Baur, 1981, S. 647ff. (659).

(7) Vgl. Stürner (Fn. 6), S. 660.

(8) Vgl. Stürner (Fn. 6), S. 659.

(9) BVerfGE 15, 303, 307.

て控えることである⁽¹⁰⁾。」

グルンスキーはかかる考慮が実定法上存在することを指摘し、具体例として、裁判所構成法170条、社会裁判所法61条、当事者の申出による非公開を規定した財政裁判所法52条2項を挙げている⁽¹¹⁾。シュツルナーも、1961年の民事訴訟法改正法準備委員会の提言を高く評価し、訴訟の公益性を妨げない限りで、当事者の一致した申し立てによる公開性の排除を示唆する⁽¹²⁾。

(当事者公開原則の確立)

しかし、注意を要するところは、ドイツ法で審理の第三者に対する非公開が原則とされている一方で、裁判の当事者間の公開原則は判例上広く肯定されている点である（当事者間の公開原則は後に扱う非訟事件手続でも承認されている）。以下では、当事者公開原則の判例上の発展を追うこととしたい。

先ず、概念の整理として、次のバウアー、ヴォルフの説明が分かりやすいものである⁽¹³⁾。

「公開の原則 (der Grundsatz der Öffentlichkeit) は、市民による裁判の統制を可能とするものである。これは、たしかに裁判所構成法169条には実現されているが、この規定は非訟事件訴訟法八条では適用しないとされている。つまり、非訟裁判権の審理は非公開である。(……)他方、いわゆる当事者公開 (die sog. Parteiöffentlichkeit)、つまり口頭弁論、証拠調べに当事者が関与する権利には、異なった原則が適用される。法的審問請求権に関して、今日では、この権利は一般に承認されている。ただ、手続の目的とか事実解明が当事者が居合わせることで危険にされる場合にだけ、例外が認められるにすぎない。」

(10) Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 1974, S. 224.

(11) Vgl. Grunsky (Fn. 10), S. 225.

(12) Vgl. Stürner (Fn. 6), S. 661.

(13) Fritz Bauer, Manfred Wolf, Grundbegriffe des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2 Aufl., 1980, S. 71f.

次に、上記の原則を肯定した判例をここでは二つほどとり上げることとする。

(1) バイエレン上級地方裁判所 (1967年 4 月20日決定)

(事実関係)

世襲農地の所有者は、妻と子供 3 人を残して死亡した。妻の申請に基づき、長男 A を単独相続人とする証書が区裁判所により下された。その後、三男 X は、相続開始が相続法に基づいて判断されていない点を理由に、証明書の取消を申請した。区裁判所は X の申立てを棄却し、地裁も X の抗告を退けた。X は再抗告を提起している。論点は多岐にわたるが、重視されたことは、A を相続人と決定する際に、地裁は証人 B 等の証言に依拠したにもかかわらず、証人の審問に他の当事者 (X も含まれる) が招かれず不在のもとに審問が行われた点である⁽¹⁴⁾。上級地裁は次の理由で X の再抗告を認め、地裁決定を破棄・差し戻した。

(決定)

「証人 B の審問に関しては、非訟事件手続法15条の正式の証拠調べ(eine förmliche Beweisaufnahme)が問題となっている。非訟事件手続法15条はこの証拠調べに民訴法357条(証拠調べの当事者公開)が適用されると直接には規定していない。したがって、かつての判例は、証拠調べに出席する権利を当事者に否認していた。(しかし)もしかすると、法的審問原則(基本法103条1項)から既に当事者を招くことが要請されるのかもしれない。それはともかくとして、非訟事件手続法15条・民訴法397条により当事者に与えられた質問権(das Fragerecht)が正式の証拠調べに当事者を招くことを要求するものである。当裁判所はかつて下した判断を放棄して、上の見解に従う。民訴法397条の準用、そこから生ずる証拠調べへの出席権は法的審問原則により弁護される。この原則がたとえ直接に当事者公開を支持するものでなくとも、それは非訟事件手続法15条の制限的な解釈、すなわ

(14) Vgl. Bay OLGZ 1967, 137 (137).

ち法的審問に重要な質問権と当事者の出席権について非訟裁判手続での準用を禁じるものである⁽¹⁵⁾。」

当事者公開原則の違反がもたらす法的効果については、次のものが重要である。

(2) ベルリン上級地方裁判所 (1968年8月19日決定)

(事実関係)

児童福祉局の提案に従い、区裁判所は両親から子供3人の一身監護権 (das Recht der Personensorge) を奪い、保護人として児童福祉局に委ねた。その理由は証人 B, H の証言によると、両親が子供を虐待していることにある。この証人の審問期日について両親は何も知らされず、したがって証人の審問にも立ち会っていない。審問の記録は区裁判所の決定とともに両親のもとへ届けられたのである。両親の提起した抗告の判断にあたり、地方裁判所は両親に対して提起された刑事訴訟 (子の虐待) に関する資料も取り寄せている (第一審の刑事訴訟は無罪である)。地裁は両親の抗告を棄却し、これに対し申立てられた両親の再抗告が本件である。区裁判所と地裁が (両親の立ち会っていない) 上の証言を利用したこと、地裁が刑事訴訟の証拠を利用したこと、が主に問われている⁽¹⁶⁾。上級地裁は決定を取消し、事件を地裁に差し戻した。

(決定)

「当事者公開 (原則) に証拠調べが違反した場合には、証拠の利用が禁止される。これとともに、決定がこの証拠に依存した時には、法の違反を理由とする抗告 (Rechtsbeschwerde) が基礎づけられる⁽¹⁷⁾。」

「両親に事実と証拠について訊ねることなしに、地裁は刑事訴訟で収集された証拠をその決定の基礎にしてはならなかった。抗告人が刑事訴訟で既に意見表明の機会を得たという事情から、他の (裁判) 手続において他の

(15) Bay OLGZ 1967, 137 (146ff.).

(16) Vgl. KG, OLGZ 1969, 88 (88).

(17) KG, OLGZ 1969, 88 (89).

裁判所が当事者に再び意見表明の機会を与えるという義務から免除されるわけではない⁽¹⁸⁾」。

上にみたように、ドイツ法では、日本法の人事訴訟に相当する手続について、非公開原則を採用することにより当事者間のプライバシー保護に配慮すると共に、当事者公開原則の肯定を通じて不意打ち防止に努めているのである。同様の手続構造はドイツ法の非訟事件手続法にも採用されているために、同国の家事事件手続の基本をなしているのである。

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

先にも説明したように、その他の家事事件は非訟事件手続の対象となることから、この点ではドイツと日本との差異は存在しないといった印象をもつかもされない。しかし、日本で非訟事件手続が比較的固定的な内容と結合されてきたことと比べると、ドイツではその手続の内容は流動的であって、別の言い方をすると判例の段階に限定しても裁判所による法形成の余地が広いように考えている。したがって、ドイツ語の *Freiwillige Gerichtsbarkeit* を非訟事件手続と同一視する前に、両者の差異を子細に検討することが不可欠になる。とくに、憲法上の要請が家事事件の審理にどのような影響をもたらしているのか、を重視したい。具体的には、基本法103条の法的審問原則から非訟事件とされる家事事件についてどのような要請が個別に引き出されうるのか、それによって手続の質がどこまで高められうるのか、という諸論点である。

(審問権の根拠づけ)

審問権を個別の規定から導き出すことは、沿革的には法律の規定が不十分であったために、難しい状況にあった。そうした中で、非訟裁判手続法12条に注目された。つまり事実在即した調査の必要性を強調することによ

(18) KG, OLGZ 1969, 88 (90).

り、当事者の審問を導出する解釈が提唱されたのである。シュレゲルベルガーは次のように説いている⁽¹⁹⁾。

「その他の場合においても、真実の調査のために、当事者を審問することはほとんど常に必要であるし、このようにして、少なくとも一連の疑問を通常もっとも容易に除去できることからしても、目的にかなっている。」

しかし、12条の規定は裁判所に向けられたものであるから、そこから当事者の権利を肯定することとは、なお距離が存在していた点も事実である。やがて、右の審問と区別して権利としての審問が主張されるようになる。この点を、カイデル等の注釈書では次のように整理している⁽²⁰⁾。

「当事者の審問に裁判所を義務づける一般規定を、非訟事件手続法は含んでいない。今日の確立した法的見解によると、裁判手続について、事実関係の解明のための当事者の審問（非訟事件手続法12条）と法的審問保障のための審問（基本法103条1項）が区別される必要がある。事実関係の解明のための当事者の審問については、12条から生じる原則が効力をもつ。それによると、裁判所が事実関係の解明のために当事者の審問を利用とするのか、それはどの範囲においてかは、裁判所の義務的な裁量に任されている。（……）これに対し、基本法103条1項により保障された審問請求権のための審問は、第一に、裁判手続により影響を被る人間の尊厳（基本法1条1項）を守ること、そしてその者の権利を侵害する決定の下される前に発言し、手続に参加し、それに影響を及ぼす機会を与えられずに、当局により軽々しく扱われることを防止することにある。」

このように、憲法の観点から審問請求権を導くことは今日では連邦憲法裁判所を始めとして判例上確立した理論である。具体例をみることにしよう。

(19) Franz Schlegelberger, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1956, S. 166.

(20) Theodor Keidel, Joachim Kuntze und Karl Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil A, 11. Aufl., 1978, S. 318.

(3) 連邦憲法裁判所 (1980年1月15日決定)

(事実関係)

X (憲法異議の申立て人) は Y に対する区裁判所の支払い命令を獲得し、その後、支払い命令の内容にしたがって欠席判決が下されている。この判決は Y のもとへも送付された。これに対し、Y が異議を提起し、区裁判所はこの主張をいれて Y に原状復帰を認め、当分の間、欠席判決に基づく強制執行を中止した。X はこの原状復帰命令に対して Y の原状復帰の申立てを知らされていなかった点をあげて、反対を表明し、憲法異議を提起した⁽²¹⁾。X の異議は認容されている。

(決定)

「同条 (基本法103条1項) は、裁判の基礎となる事実関係について、判断の下される前に意見を述べ、裁判所に申立てを詳しく論じることのできる権利を、裁判手続の当事者に与えた。これは、原状回復の申立てに判断を下す場合にも妥当する。たしかに、民事訴訟法は (この点について) 反対当事者の審問を明確に定めていないが、審問の義務は直接基本法103条1項から生ずる⁽²²⁾。」

連邦憲法裁判所の説くところによれば、審問請求権は一つの重要な人権であると同時に、手続法を貫徹する基本的な構成原理でもある。この点は次にみるように、連邦憲法裁判所によっても、明確に論じられている。

(4) 連邦憲法裁判所 (1980年7月9日決定)

「法的審問は、人間のもつ手続的な基本権 (das prozeßuale Urrecht des Menschen) であるのみならず、基本法がいう裁判手続にとって根本的であって原則として奪うことのできない (konstitutiv und grundsätzlich unabdingbar) 法的手続原則である⁽²³⁾。」さらに、連邦憲法裁判所は82年6月22日の決定で、審問請求権が法体系の中で高い地位を占めることを示す

(21) Vgl. BVerfG, Beschluß v. 15. 1. 1980, NJW 1980, 1095.

(22) BVerfG (Fn. 14), S. 1096.

ために、「訴訟基本権 (ein Prozeßgrundrecht)」という表現を用いている⁽²⁴⁾。

こうして、当事者を客体としてしか捉えることのできなかつた「官憲的・家父長的な非訟手続理解 (ein autoritäres patriarchalisches Verständnis des Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit)」が判例を通じて修正されてきているのである⁽²⁵⁾。上記のように、当初は事実関係の解明のための手段と解された審問が、権利と解釈されるようになると、事実調査と言う視点が後退することにもなる。この点を示す興味深い決定として次のものをみることにする。

(5) シュトゥットガルト上級地方裁判所 (1962年9月24日決定)

(決定)

「基本法103条1項により保障された法的審理を確保するための審問は、多くの事例で事実関係の解明に寄与することのほかに、第一には、裁判手続により影響を受ける者の尊厳を守ること、そして、権利に係わる決定の前に発言し、手続に参加し、手続に影響を及ぼすこともできずに、頭越しに即座に当局により判断が下されることを防止することにある。このことは、事実関係が当事者の審問をおこなわずとも判明している場合も同様で

(23) BVerfG, Beschluß v. 9. 7. 1980, NJW 1980, S. 2698. ミュンヘン行政裁判所に、ミュンヘン第二空港の計画確定手続に関する訴訟が係属していた。憲法異議の申立て人はこの原告であり、五人の専門家について関わり合いを理由に訴訟からの排除を申請したが、行政裁判所により棄却された。申立て人の抗告に対し上級行政裁判所は当初五人の排除を認めたが後の決定で三人の排除に決定の変更をした。これについて、なお二人の排除が認められない点を不服として憲法異議が提起された。理由は上級行政裁判所が変更決定する際に審問をしなかった点にある。本件では憲法異議が退けられているので、本文の決定部分は傍論にとどまる。

(24) BVerfGE 61, 14, 17. 憲法異議の申立人が被告になした強制執行に対し、被告は執行停止等の申し立てをなした。家裁はこの申し立てを認めたが、この手続の中で異議申立人の意見聴取がなされていない点を不服として、憲法異議が提起された。

(25) Vgl. Walter F. Lindacher, Verfassungsgrundsätze in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, JuS 1978, S. 577 (582).

ある⁽²⁶⁾。」

第 4 節 非訟手続理解の修正（非訟手続の特色）

これまでみた審問請求権が、民事訴訟や行政訴訟に限定されるものではなく、非訟裁判の手続についても妥当することは、今日では判例上確立している。このことを明言した判例を検討することとしよう。

(6) ベルリン上級地方裁判所 (1954年 6 月 21 日決定)

(事実関係)

裁判資料のうえからは明確ではないが、地方裁判所が期待されていた抗告の理由の提出を待つことなく、判断を下したことが法的審問権の侵害にあたるかが争われた事例である。裁判所は権利侵害を肯定している。

(決定)

「事実関係の解明は、裁判所の責務である。しかし、当事者はそれぞれに適用されるべき手続法に応じて、法的審問の保障に関し権利をもつ。従来、不文の手続原則として非訟裁判権にも妥当してきたこの権利は、現在では基本法103条1項により、特別に強調されているところである。これによると裁判所の前ですべての者が法的審問請求権をもつ。連邦憲法裁判所法90条1項によると、この権利の侵害は憲法異議の対象でありうる。バイエルン憲法裁判所により認められたところによると、基本法103条1項は(同様の規定を含む)バイエルン憲法91条1項と同様に、新しい権利を基礎づけたものではなく、既存の手続権を憲法のレベルまで引き上げたものである⁽²⁷⁾。」

連邦憲法裁判所も右の点を肯定している

(7) 連邦憲法裁判所 (1965年 5 月 11 日決定)

(26) OLG Stuttgart, Beschluß v. 24. 9. 1962, NJW 1963, S. 1161. なお、事実関係が雑誌上省略されているために、本文でも扱うことができなかった。

(27) KG Berlin, Beschluß v. 21. 6. 1954, NJW 1954, S. 1410.

(事実関係)

憲法異議の申立人である X に離婚後、2 人の子供の親権が委ねられていたが、区裁判所は母親 Y に親権を任せる決定を下した。これに対し X が提起した抗告で地方裁判所は上記の決定を取消している。Y は再抗告を提起し、上級地裁はこれを認め、親権は Y に与えられた。再抗告の提起が X に知らされず、したがって意見を述べる機会を与えられなかったとして、X は上級地裁決定に憲法異議を提起した(その理由として基本法103条違反が主張されている)⁽²⁸⁾。連邦憲法裁判所は異議を認め、上級地裁決定を破棄・差し戻した。

(決定)

「被被告人の審問は、たしかに非訟裁判手続法には明確に規定されていない。しかし、審問義務は(民事訴訟における抗告手続と同様に)、基本法103条1項から生ずる。抗告手続においては、広く一般的に、法的審問原則が妥当する。ともかく、抗告を認めた決定が被被告人の権利を侵害する場合には、この原則は被被告人の審問を要求する。抗告手続において、決定が被被告人の不利に変更される場合には(通説も正当に認めているように)、法的審問原則が非訟裁判手続においても考慮されねばならず、このことは同原則の内容とするところである⁽²⁹⁾。」

このように判決を概観すると、かつてベッターマンの提唱した命題、つまり「基本法103条は法を語る裁判所の前で、すなわち裁判所がそのように(=訴訟の裁断として〔筆者注〕)活動する限りで効力をもつ。その理由は103条は *Rechtsprechung* という表題の章の下にあるからである」という命題は克服されたように思われる⁽³⁰⁾。別の言い方をすれば、非訟裁判もまた

(28) Vgl. BVerfGE 19, 49 (50).

(29) BVerfGE 19, 49 (51).

(30) Karl August Bettermann, Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in: Leo Rosenberg und Karl Heinz Schwab (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Lent, 1957, S. 17ff. (42).

同条にいう Rechtsprechung にほかならない。そして、非訴訟裁判手続の特色として説明されてきた職権主義 (Untersuchungsmaxime) も審問原則を排除するものでないことも、次第に明確にされてきたのである。この点に関する決定として次のものがある。

(8) 連邦憲法裁判所 (1957年 6月18日決定)

(事実関係)

未成年の憲法異議申立て人 X (保護人である弁護士により代理されている) に対して、上級検察官により嫡出取消の訴えが提起された。X の訴訟上の救助を受ける権利の申請は、血液鑑定により、十分な勝訴の見込みがないことを理由に、地裁決定により退けられている。X の抗告も上級地裁により棄却されている。これに対し、X は訴訟上の救助を否定する決定は嫡出取消訴訟で権利擁護のための法的審理の可能性を奪うとして、基本法 103条 1項違反を理由に、憲法異議を提起した⁽³¹⁾。連邦憲法裁判所は次のように述べて、上級地裁の決定を破棄・差し戻した。

(決定)

「基本法103条1項は、すべての裁判手続に対して、法的審理の最低限を保障しようとするものであり、とりわけ裁判手続に参加した者に、裁判所の考慮事項となる事実関係について、その判断の前に発言する機会が与えられるべきであるとしている。この権利は異なった手続法により手続が規律されていることとは無関係である。(別の言い方をすると)この権利は職権調査主義を伴った手続においても効力をもつ。裁判所が職権主義の原則に従い正しい決定に到達であろうことを信じなさい、と当事者に対して不当な要求がなされるべきではない⁽³²⁾。」

以上のことを整理すると、パウアーが的確に述べているように、審問請求権は憲法上の基礎をもち、それは一部実定法に体现され(民事訴訟法136条3項, 278条3項, 335条1項等), その適用範囲は手続が職権主義をとる

(31) Vgl. BVerfGE 7, 53 (54f.).

(32) BVerfGE 7, 53 (57).

か弁論主義をとるかとは関係がない、ということである⁽³³⁾。

第5節 審問原則の具体的な内容（非訟手続の特色）

憲法を基礎にもつといわれる審問原則も、ただ当事者の意見を聞けば足りるというものではなく、その意味するところは広い範囲に及ぶものである。その内容が広くにわたることから、「情報権としての審問権(Recht auf Gehör als Informationsrecht)」という表現が用いられているところである⁽³⁴⁾。そこで、以下では、その具体的な内容を個別の判決・決定に即しながら見ていく。まず、裁判官の忌避・回避について分析する。

(9) 連邦憲法裁判所 (1967年2月8日決定) ⁽³⁵⁾

これによると、裁判官の忌避・回避を認めない非訟事件手続法6条2項2文についても、基本法101条1項2文(何人もその法律の定める裁判官〔の裁判を受ける権利〕を奪われてはならない)と矛盾する点を理由に、無効の判断を下している。これも、非訟裁判手続について憲法解釈を通じて手続の質を向上させた事例と把握することができる。ちなみに、この点は日本では立法により解決されている。すなわち、家事審判法四条によれば、審判官の除斥、忌避、回避は民事訴訟と同様に解されるからである⁽³⁶⁾。しかし、ドイツ法との対比で興味深いことは、日本の上記の条文はたんに立

(33) Fritz Baur, Zivilprozeßrecht, 6. Aufl., 1989, S. 44.

(34) Vgl. Lindacher (Fn. 25), S. 582.

(35) Vgl. BVerfGE 21, 139 (144ff.) 憲法異議の申立て人は工場主の遺産の遺言執行者である。被相続人は2番目の婚姻時の息子を看過して、1番目の婚姻時の娘に3分の2を与えるとしたが、誤りに気づき死亡前に証人立会いの下に二人の子に等しく遺産を与える旨を述べ、和解が成立した。しかし、その後、娘が区裁判所に3分の2の遺産をもつとの遺産証明書の発行を申し立てた。この手続の中で、憲法異議の申立て人は事件との関わりを理由に遺産裁判官を忌避した。しかし、同裁判官は非訟事件手続では裁判官の忌避が排除されていることを理由に決定を下した。申立て人の地裁への抗告、上級地裁への再抗告も認められなかったため、憲法異議を提起した。

(36) 山木戸(注3) 28頁以下参照。

法政策上選択しうる結果のひとつではなく、憲法上の要請を具体化・確認したものであるという点である。

次に、審問原則の中心を成すのは、分説すると、意見をきく「前に」判断を下してはならないと言う点である。この点を次の決定の中で確認することとしよう。

(10) 連邦憲法裁判所 (1956年10月25日決定)

(事実関係)

憲法異議の申立て人 X の土地の強制競売手続において、区裁判所は土地の価格を 3 万 5 千マルクと確定した。これに対し X は即時抗告を提起し、4 万 5 千マルクと定めるように主張している。地方裁判所は鑑定を求めたところ、価格は 4 万 150 マルクとの鑑定を受け取った。鑑定の謄本は X の弁護士のもとへ 54 年 11 月 4 日に送付され、5 日に受領されている。地方裁判所は同月の 6 日に価格を鑑定通りとし、それ以上の部分については X の即時抗告を棄却した。決定の翌日に、価格を 4 万 6 千マルクとすることを求め、さらに審問をするよう要求した X の書面が地裁に届いている。つまり、X の意見書提出前に決定が下された事例である。本件は、X が法的審問権の侵害を理由として提起した憲法異議である⁽³⁷⁾。連邦憲法裁判所は異議をいれ、地裁の決定を破棄・差し戻した。

(決定)

「当事者に意見表明の機会が与えられた事実と証拠結果だけが裁判所の判断の基礎とされることを、審問権は要求している。このことは、口頭弁論を経ずに決定の下される抗告手続にも妥当する。審問権が基本法に保障された後には、かつて判例・学説で主張されたような（上述の見解と）反対の見解は、今日ではもはや有効性を主張しえない。それゆえ、抗告手続においても、抗告人には（その申立てが要られない限りで）抗告裁判所の実施した証拠調べの結果について、意見を述べる機会が与えられ

(37) Vgl. BVerfGE 6, 12 (13).

ねばならない⁽³⁸⁾。」

それでは、裁判所の側としては、どのような対応をすることが要請されるのであろうか。この点について、裁判上は、裁判所による審問期間の設定、適切な期間内の決定の留保が指摘されている。具体的には、次の判例が参考になる。

(11) 連邦憲法裁判所 (1977年11月8日決定)

(事実関係)

地裁の仮の命令により、憲法異議の申立て人である X は、月々150マルクを前妻 Y に支払わねばならなかった。しかし、X の申立てを受けて、地裁は、離婚以来両者の収入状況が著しく変化したことを理由に、上述の仮の命令を取り消した。これに対し、Y は抗告を提起した。この争いの中で、裁判長が X に対して設定した申出期限の経過以前に、上級地裁は Y の請求を認容する決定を下したのである。この決定に対して、X は憲法異議を提起している⁽³⁹⁾。連邦憲法裁判所は X の異議を退けているが、それは別の申立てにより既に上述の仮の命令が取り消されていることに基づく。

(決定)

「裁判所は自ら設定した申出期間 (Äußerungsfristen) を尊重しなければならず、たとえ事案が決定に熟している (entscheidungsreif) と裁判所が考える場合であっても、申出期間の経過するまで待たねばならない。このことは、連邦憲法裁判所が繰り返し判断してきているように、基本法103条から生ずる⁽⁴⁰⁾。」

(12) 連邦憲法裁判所 (1958年1月23日決定)

(事実関係)

憲法異議の提起人である X は、行政訴訟の費用を Y が支払うよう求めている。これに対し、57年5月11日の書面で Y は X が負担すべきであるこ

(38) BVerfGE 6, 12 (14).

(39) Vgl. BVerfGE 46, 313 (313).

(40) BVerfGE 46, 313 (314f.).

とを(資料と共に)主張している。15日にはXの代理人のもとへもYの書面が裁判所から到着し、近日中に裁判所が判断を下すことも記載されていた。Xは、Yの送付した書面・資料に反対し、それを判断の基礎とするのであれば、意見を述べたい旨を示した(つまり判断の保留を求めた)書面を17日に送付した。しかし、裁判所は既に16日の決定で訴訟費用は当事者が半分ずつ等とする判断を下していた。これに対し、Xは基本法103条1項違反を理由に異議を申し立てた⁽⁴¹⁾。連邦憲法裁判所はこれを認め、行政裁判所決定を破棄・差し戻した。

(決定)

「こうした資料(当事者が新たになした申立て・届出た書類等をいう)を裁判所が斟酌する場合には、裁判所は判断を下す前に異議申立人に意見を述べる機会を与えなければならなかった。このためには、期間を設定できたであろうし、決定を適切な期間(eine angemessene Zeit)待つこともできたであろう。しかし、二つとも実施されていない。申立て人の意見表明がその者に有利な行政決定をもたらす可能性を排除できない以上は、本件決定は基本法に違反する⁽⁴²⁾。」

(12)の事件のように、当事者が審問を留保した場合のほか、当事者が留保しなかった場合にも、審問原則が機能するのかが、次の問題となる。この点を肯定した決定として、次のものがある。

(13) バイエルン上級地方裁判所(1974年7月23日決定)

(事実関係)

母親であるXと父親であるYは、それぞれ子供たちの親権を要求したが、1974年4月22日の決定で区裁判所は親権をYに任せた。23日に決定はX、Y、Xの弁護士等に送られている。この決定を知ったXは24日に自分で(つまり弁護士をつうじてでなく)区裁判所に手紙を送っている(到着は26日)。この手紙には、ただ上記の決定に抗告を申し立てるとだけ書かれて

(41) Vgl. BVerfGE 7, 239 (239f.).

(42) BVerfGE 7, 239 (240f.).

いた。抗告の書類は地裁に回され、地裁は5月6日にXの抗告が理由がないとして棄却している（この決定のXへの到着は10日）。しかし、他方で、Xは弁護士を通じて8日に抗告の理由書を送付している。上記の地裁決定に対してXは理由書を待つことなく不適當に早く決定を下したことが法的審問原則違反にあたるとして、再抗告を提起した⁽⁴³⁾。上級地裁は再抗告を認めている。

(決定)

「本件は明らかに、従来の事件と次の点で異なる。つまり、抗告人が77年4月24日の抗告申立て書に理由の追加を明示的に留保しなかったことである。しかし、本件に見られた特別な事情からすると、抗告裁判所は法律上の救済手段の理由書提出がなお待たれるべきかを確かめることなく、抗告をそのように即座に退けることを思い止まるべきであったであろう⁽⁴⁴⁾。」

なお、この決定では、Xとその弁護士の住居が離れていてコンタクトをとるのが困難な点、近隣の弁護士に依頼するのにも時間がかかる点も考慮されている。

これまで、主に、時間的な点を検討したが、この他に、審問原則は単に当事者に意見表明を与えるものに止まらず、その評価についても一定程度裁判所を拘束するものである。この点は、次の判例により実質的に解釈されている。

(14) 連邦憲法裁判所 (1976年10月5日決定)

(事実関係)

区裁判所は憲法異議申立て人Xに支払命令を発し、引き続き執行命令を発した。これに対しXは異議を申し立てたが、指定の公判期日に欠席判決が下された。Xは地裁に控訴して、欠席判決を争ったが、その理由は期日に指定通り出廷し法廷の廊下で待っていたという点にある。別の言い方をすれば、事件の呼び上げが法廷の前で行われず審理が終了されたことであ

(43) Vgl. BayObLGZ 1974, 302 (302f.).

(44) BayObLGZ 1974, 302 (304).

る。しかし、地裁は X が遅れたことを理由に控訴を棄却した。これに反対して X が提起した憲法異議で、控訴審は X の述べたこと（当事者が法廷の中でなく法廷の前で待っているという慣行が存在したこと）を述べられていないと明確に判決に記載しており、このことは X の申立てを受け止めていないものである。したがって基本法 2 条 1 項、3 条 1 項、103 条 1 項に違反すると X は主張した⁽⁴⁵⁾。連邦憲法裁判所は X の憲法異議を認め、地裁判決を破棄・差し戻した。

（決定）

「法的審問の保障は、裁判手続に関与したものに、判断の基礎となった事実関係について、判断の前に意見表明の機会を与えるものである。これに呼応して、訴訟当事者の述べたことを受け止め、考慮に入れる義務が裁判所に課されている（これは確定した判例理論である）。この義務は、当事者の述べたことを判決理由の中に明確に書き表すことまで裁判所を義務づけるものではないという確立した連邦憲法裁判所の判例によって、制限することはできない⁽⁴⁶⁾。」

この決定には、当事者の立場を考えた判断が下されているが、この点をさらに一歩進めたものとして、次の判例が興味深い。

（15）連邦通常裁判所（1981年11月25日決定）

（事実関係）

離婚後、子の親権は被被告人である母親 Y に委ねられていた。被告人である父親 X は親権を自分に渡すよう申し立てたが、家庭裁判所はこれを棄却している。これに対し X が抗告を申し立てた後に、X は本案の手続は解決したと述べ、両審級の費用を Y が払うべきであると主張した。Y は本案の解決という点には賛成したが、費用は X が負担すべきであると考えている。上級地裁は X の抗告を棄却し、抗告手続は無料であるから負担すべき費用は無いとの判断を示した。上級地裁は、本案の解決したという X の言

(45) Vgl. BVerfGE 42, 364 (364-7).

(46) BVerfGE 42, 364 (367f.).

明は本案に関する抗告の取下げであり、費用の点に制限した上訴は許されない、という考え方に立脚していた。これに対し X は再抗告で、上級地裁は本案の解決を確認し、民事訴訟法91a 条に準じた費用決定を下すべきであると主張した⁽⁴⁷⁾。連邦通常裁判所は次のような理由から、上級地裁の決定を破棄し、同裁判所に差し戻した。

(決定)

「上級地裁は、X の説明に基づいて本案の決定を、何ら調査することなく、前提としてはならなかったのである。非訟事件手続で裁判所が当事者の一致した宣言に拘束されないという点を両当事者は見過ごしているのであるから、不意打ち的な決定を避けるためにも、特別な指示が必要だったのである(参照、民事訴訟法278条3項、この規定は法的審問原則を具体化したものである)⁽⁴⁸⁾。」

上記の決定で挙げている民事訴訟法278条3項は「一方当事者が明らかに看過しているかないしは不必要と考えている視点に立って、裁判所が決定を下そうとする場合は、従たる債権がかかわるに過ぎない場合を除いては、それについて言明の機会を与えなければならない」と定めている。そして、上記の連邦通常裁判所の判断によれば、こうした民事訴訟手続における不意打ち防止といった考え方は、審問原則の一つの内容を示す以上は、非訟手続においても重視されねばならないこととなるのである。

争いが存在するのは、不意打ち防止の要請を越えて、審問原則が当事者と裁判所との法的討論 (das Rechtsgespräch) を含むか、という問題である。連邦憲法裁判所の判事であるベンダは「そこまで及ぶ裁判官の釈明義務 (die Aufklärungspflicht) は基本法103条1項、審問原則の規定 (筆者注) からは要求されていない」と述べている⁽⁴⁹⁾。

(47) Vgl. BGH, Beschluß v. 25. 11. 1981, NJW 1982, S. 2505.

(48) BGH (Fn. 47), S. 2506.

(49) E. Benda und A. Weber, Der Einfluß der Verfassung in Prozeßrecht, ZZP 96, 1983, S. 285 (302).

最後に、審問がどのような形式でなされることを判例が要請しているのか、と言う点を見ることとしたい。これについては、次のものが興味深い。

(16) ケルン上級地方裁判所 (1982年 3月 1日決定)

(事実関係)

X は A を子とする養子縁組の申立てをした。X は1944年生まれ、A は47年である。81年 9月25日の決定で後見裁判所は、民法1767条の要件を充たしていないとの理由で、申請を拒否した。特に、両者の年齢が親子に似つかわしくないこと、この縁組が外国人法の回避を意図していたことが重視されている。10月20日に地裁に提起した抗告で X は縁組を申し立てたが、地裁は11月11日の決定で抗告を棄却している。さらに、X の再抗告は上級地裁により退けられているが、次のように述べて、本件では口頭審理を要求するような特別な事情が存在しないことを指摘している⁽⁵⁰⁾。

(決定)

「区裁判所も地方裁判所も、基本法103条 1項の法的審理原則を侵害していない。X は一審・二審において、事案に意見を十分に述べる機会を有した。法的審理権から必ずしも口頭審理権が導かれるわけではない。法律がこうした手続を明示していない限りで、関係人の口頭審理を必要と考えるか否かは、裁判所の義務的な裁量に委ねられている⁽⁵¹⁾。」

第 6 節 審問権の法律による保障と制限

第 1 節で述べたように、以前は個別の法律規定のなかに審問原則を規定したものを見つけることは困難な状況にあった。しかし、近時では同原則を具体化した規律が増えてきていると言えよう。これは、審問権の重要性が認識されてきたともいえるが、それ以上に非訟裁判権が新しい領域に拡張されてきている点を反映したものである。具体的には、次のような規定

(50) Vgl. OLG Köln, Beschluß v. 1. 3. 1982, FamRZ 1982, S. 642.

(51) OLG Köln (Fn. 50), S. 643.

が見られる。

①児童福祉法65条（補導命令の手續）1項・後見裁判所が職権によりまたは申請に基づき決定する。申請権者は少年保護所，州少年保護所及び一身の保護権者である。申請権者の範囲は地方裁判所により拡大されうる。

2項・決定の前に，申請権者と未成年者は意見を聞かれなければならない。後見裁判所は重大な障害が生じない限りで，一身の保護権者と未成年者をの意見を口頭で聞かねばならない。意見を聞く者の範囲は，地方裁判所により拡大することが可能である⁽⁵²⁾。

②失踪法22条（検事の関与）公示催告の前にはあらゆる場合に検事に言明の機会が与えられねばならず，決定の前には申請者と検事にこの機会が与えられねばならない。

③同法31条（死亡宣告の取消）2項・（死亡宣告の）決定の前に，申請者および死亡宣告を獲得した者に言明の機会が与えられねばならない⁽⁵³⁾。

④家財令13条（一般的な手續規定）1項・この手續は，民事訴訟法621a条の特別規定とは関係なく，非訟裁判事項である。

2項・裁判官は，通常，当事者との口頭審理を行い，その際には当事者が和解に至るよう努めるものとする⁽⁵⁴⁾。

しかし，近時の法律のもう一つの特色として，「重大な理由（schwerwiegende Gründe）」がある時，「実行不能（untunlich）」の時は審問を行わないことができるとか，「顕著な遅延や著しい費用が生じない（ohne erhebliche Verzögerungen und ohne unverhältnismäßige Kosten）」ときに限り審問が行われる，と規定するものも存在する⁽⁵⁵⁾。具体的には，次のもの

(52) Gesetz für Jugendwohlfahrt in der Fassung vom 25. 4. 1977 (BGBl. 1 S. 633).

(53) Verschollenheitsgesetz vom 4. 7. 1939 (RGBl. 1 S. 1186) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. 1. 1951 (BGBl. 1 S. 63).

(54) Sechste Durchführungsverordnung zum Ehegesetz vom 21. 10. 1944 (RGBl. 1 S. 256) in der Fassung des 1. Eherechtsreformgesetzes vom 14. 6. 1976 (VO über die Regelung der Ehewohnung und des Hausrats).

である（傍線は筆者による）。

①民法1826条・後見裁判所は、後見人の行為に必要な許可決定を下す前に、後見監督人が存在しその意見聴取が実行可能な限りで、後見監督人の意見を聞くものとする。

②同法2200条1項・遺言者が遺言の中で遺言執行者を任命するように遺産裁判所に求めている時は、同裁判所が任命を行う。

2項・遺産裁判所は顕著な遅延や著しい費用を生じない限りで、任命に先立ち関係者の意見を聞くものとする。

③同法2227条1項・遺産裁判所は、関係人の一人の申出に基づき、重大な理由の存在する場合には、遺言執行者を解任することができる。解任理由はとりわけ著しい義務違反ないしは秩序ある事務執行能力の欠如である。

2項・遺言執行者は、実行可能な限りで、解任前に意見を聴取されるものとする。

既に述べてきたように審問請求権が憲法上の要請であるとする、上記の規定の合憲性の問題が生じてくるのである。そこで、カイデルのように重大な理由を限定解釈して審問原則の強調を図る者⁽⁵⁶⁾から、審問すべきである (soll) という規定をしなければならない (muß) と読み代える説⁽⁵⁷⁾、さらにはハープシャイトのように既に1958年の時点で次のように違憲を示唆する者⁽⁵⁸⁾も見られるのである。

「連邦憲法裁判所は最近、基本法103条1項はすべての裁判手続にとって法的審理に関する最小限の要請である、と述べている。こうした歓迎すべき明確化に照らしてみると、非訟裁判権の領域における新しい法律も法的

(55) Walther J. Habscheid, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7. Aufl., 1983, S. 151 f.

(56) Vgl. Helmut Keidel, *Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 1964, S. 223ff.

(57) Vgl. Lindacher (Fn. 25), S. 582.

(58) Vgl. Walther J. Habscheid, *Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze*, JR 1958, 361 (365).

審理原則に充分で配慮を払っていない限りで、違憲のように考える。」

最後に、ドイツ法では仮の命令 (die einstweilige Anordnung) という制度が全ての非訟裁判権で利用できる点は一般的な解釈論として異論がないようであり、また家事事件については広範にこの制度の活用が図られている。適用範囲としては、家事関連のものとして、嫡出子に対する親の保護、配偶者の別居、配偶者相互の扶養義務、住居と家具の利用、配偶者または子の私物の利用・返還、婚姻事件・結果事件に関する費用前払支給義務等があり、特に離婚が争われている場合に、しばしば仮の命令が離婚を望まない配偶者に最終的紛争解決時までしのぐことを可能にするといわれている⁽⁵⁹⁾。これに対し、日本法では家事審判手続について仮の処分は一般的には定められていない (別の言い方をすると、個別に家事審判規則で規律されるに止まる) 点からすると⁽⁶⁰⁾、この点でも批判的に日本の現行法を検討する必要があるだろう。

今述べたことの整理の意味で、次に、ドイツにおける訴訟手続と非訟手続を比較した表を掲載することとしたい。これまで述べてきたように、当事者公開原則と審問権の保障について、手続の変容が見られる点を確認していただきたい。

(59) Vgl. Arens (Fn. 5), S. 310f.; Jauernig (Fn. 5), S. 314.

(60) 山木戸 (注3) 34頁参照。

非訟事件手続の原則 (概略)

対 象	手 続 原 則	結 論
開始・終了 手続の対象	職権主義 (特別の定めのない 限り) (民訴：処分主義)	1. 裁判所が職権で介入, 訴え は必要でない 2. 裁判所が対象を決定 3. 当事者による終了はない
当事者権の 保護	審問請求権 (実質的・形式的 当事者が有する) (民訴：同じ)	1. 書面の内容を通知される 権利 2. 聴問を受ける権利 3. 証拠の結果に意見を述べる 権利
訴訟の事實的 基礎	審問主義 (民訴：弁論主義)	当事者のほか, 裁判所による 事実調査
決定の基礎の 獲得方法	口頭とも書面とも定められて いない (民訴：口頭性)	口頭審理は義務的でない
	直接主義 (民訴：同じ)	裁判所による調査
	非公開 (民訴：公開)	たいていは当事者公開性
証明方法	a) 択一 (自由な採証と厳格 な証明) (民訴：厳格な証明) b) 自由な裁判官の証拠評価 (民訴：同じ)	a) 自由な採証：証拠調べの 方法は裁判の裁量 厳格な証明：民訴15条と 同様
決定の拘束性	変更可能性, 拘束力なし (民訴：拘束性 318条)	裁判所は正しくないと感じた 自らの決定を変更できる

※F. Baur, M. Wolf, Grundbegriffe des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1980, S. 55 より一部省略して掲載した。

おわりに

これまで、ドイツの家裁創設をめぐる議論・判例の展開・その手続法的特質を概観してきた。ここでは、外国法研究から明らかとなった若干の結果を整理し、あわせて今後の課題を述べることにしたい。

(1) 「裁判所らしくない裁判所」としての日本の家庭裁判所

日本の家庭裁判所はその発展に即して見た場合に、調査官制度の拡充⁽⁶¹⁾、履行確保手段の進展⁽⁶²⁾、調停制度の活用⁽⁶³⁾により、「裁判所らしくない裁判所」⁽⁶⁴⁾としての特色を備えるに至っている。別の言い方をすると、ドイツの家庭裁判所に欠けると批判されてきた「大きな裁判所」の特質をもつものとなっている。沿革的に見た場合にも、ドイツの家裁創設にあたり、日本のそれが一つのモデルとされていた点は既に紹介した通りである。さらに、ドイツの家裁が区裁判所の一つの部に止まっているのに対し、わ

(61) 家庭裁判所調査官・家庭裁判所調査官補の制度は、1954年に家事調査官・家事調査官補（1951年4月1日に家庭事件の審判・調停に必要な調査を行うために設けられたもの）と少年調査官・少年調査官補（古くは旧少年法下の少年保護司）を統合してできたものである。最高裁判所事務総局『わが国における裁判所制度の沿革』一般裁判資料12号（1957年）81-83頁。調査に際しては、必要に応じて、医学・心理学・社会学・経済学等の専門知識の活用が指示されている。総2第109号事務総長通達（1956年7月1日より家事審判規則7条の3）。

(62) 1956年7月1日から家事審判法が一部改正され、履行勧告・履行命令・金銭寄託を内容とする履行確保が可能となった。最高裁前掲注1・104頁以下。この問題につき詳細なものとして、宇田川潤四郎「履行確保に関する家事審判法の一部改正案について」法曹時報8巻5号1頁以下。

(63) 調停については、家事審判法17条以下。調停を行うことができる事件については調停前置主義がとられている（同法18条）。

(64) 穂積重遠博士のモデルによるもの。アメリカの家庭裁判所に示唆を受けて、わが国にも家事事件を科学的・総合的に解決し、履行確保にも配慮した、後見主義・秘密主義・職権主義の手続を期待する。穂積重遠「民法改正要綱解説（1）」法協46巻2号179-182頁（1928年）。同「裁判所の簡易化（3）」法協38巻6号（1920年）77頁以下。

が国の家裁が地裁の支部から独立の一つの下級裁判所に発展してきている点も対照的である。こうした点で、日本の家裁は機構的に見た場合には、ドイツの家裁よりも進んだ段階にあるといえよう。したがって、ドイツ法の優位を説き、日本法の改善を主張するといった従来議論の仕方はそのままの形では妥当しないこととなる。

しかし、他方で、ドイツの家裁の用いる手続、とりわけ非訟手続はその保障内容を（とりわけ憲法保障の見地から）拡充してきている。このことは、わが国の判例の非訟事件手続の理解が固定的であることと極めて対照的である⁽⁶⁵⁾。この点に関しては、ドイツ法の方が進んだ状況にあるといえよう。さらに、関連事件の家裁による統一的処理という視点は、わが国の最高裁がとる2区分論と比較した場合に、示唆に富むものである。別の言い方をすると、日本の家裁はドイツのそれがもつ「小さな裁判所」としての資質すらも有していない、という批判を受ける可能性を否定できないのである。

したがって、「日本の家庭裁判所は良い意味でも、悪い意味でも、裁判所らしくない」ということが、比較法研究の結果もたらされる第一の帰結である。こうした前提のもとに、日本の家裁の手続保障を加重していこうというのが筆者の基本的な視点であり、これについては今後検討を加えていきたい。このような見解に対しては二兎を追うものであるという批判が予想されるところである。しかし、機構面での整備と手続面での拡充は矛盾するものではないように考えられる。

(2) 人事訴訟と家庭裁判所

既に述べたように、民事訴訟手続、人事訴訟手続（これは民事訴訟法と位置づけられるが特別の規定が置かれている）と非訟事件手続の3つの手

(65) 同日に出された2つの決定がリーディング・ケースである。最大判昭和40年6月30日民集19巻4号1089頁及び1114頁。最高裁判所は法律上の権利義務の存否の確定と権利義務の具体的内容形成とを区分し、憲法82条（裁判を受ける権利）の保障の対象となるものは、前者のみであるとする。そして、家事審判制度は後者にあたるので、憲法保障の範囲外にあると解している。

続を用いる点で、ドイツの家庭裁判所は特色をもつものである。例えば、わが国の家事審判法9条1項乙類に規定された夫婦の同居・夫婦間の協力扶助（1号）、財産管理者の変更・共有財産分割（2号）、婚姻費用の分担（3号）、扶養（8号）などは、ドイツでは民事訴訟事項である。

さらに、日本では地方裁判所が公開のもとに人事訴訟法で婚姻事件を処理するのに対し、ドイツでは家庭裁判所が非公開の手続で管轄権をもつ点は対照的である。沿革的に、日本の人事訴訟法がドイツのそれを模範にして制定された点からすると、両国の差異は結局ドイツ法の発展を示すものである。ドイツ法においては、プライバシー保護の観点から、当事者以外の第三者に対する審理の公開を制限する一方で（いわゆる非公開の原則）、いわゆる当事者公開原則（die sog. Parteiöffentlichkeit）により当事者に対する不意打ち防止に配慮したのである。当事者公開原則の具体的な内容としては、口頭弁論・証拠調べへの当事者の関与、質問権の保障などがあり、これは判例も今日では肯定するところである。人事訴訟のような紛争において家庭生活の内面を尊重すべきであることは、1928年に既にシファーが提唱していたところであり、わが国でも1950年代後半より実務においてそのような提言がなされてきたところである（学説上の要求があったことはいうまでもない）。そこで、比較法研究の結果、考えられる提言は次の通りである。人事訴訟は非公開として、扱う事件の関連性から家庭裁判所の管轄に移行することである（非公開の定め方として、一律非公開とする方法と当事者の申立てにより公開を排除する方法も考えられよう）。しかし、その場合には他方で事案に適した手続を用意すべきであり、従来の非訟手続では不十分であるということである。具体的には、右の当事者公開原則のほか、後に述べる審問権の保障、仮の命令制度の導入などが考えられよう。ここに述べたことは多くは立法論として実現されるべきものと考えられる。それは、制度の基本的な変革を内容とする以上、解釈論としては無理があるということである。

（3）非訟事件手続保障の日独間格差

非訟事件手続の質を比較したときに判明することは、わが国の手続保障の理解（特に判例のそれを念頭に置いている）がきわめて固定的であるということである。ドイツでは非訟手続も憲法上の裁判に該当することが承認され、審問権が保障されているし、職権主義が審問権を排除しないということも今日では自明のことである。ドイツで審問権が沿革的に裁判所の義務から当事者の権利にまで判例上発展していったことと比較すると、わが国の司法実務が当事者主義的「運用」⁽⁶⁶⁾といった形で現在まで対応しようとしているのは、はなはだ不十分であるとの感を免れないものである。ドイツでいう審問権は当事者が裁判所の判断前に意見を述べ、手続に参加できることを内容とするものであり、連邦憲法裁判所の表現を借りれば、人間のもつ手続的基本権（das prozessuale Urrecht des Menschen）である。別の言い方をすれば、当事者をもはや手続の対象とだけ見なすような考え方を排除するものである。審問権の内容も、次第に拡張され、情報権として審問権を位置づける判例、審問期間の設定・期間内の判断の留保を説く判例、述べられた意見を裁判所が受け止め考慮に入れることまで積極的に要求した判例、不意打ち防止の見地から当事者への職権による教示を説く判例、審問権を制限する法律への合憲性審査の必要を明確化した判例など、多様なものとなっている。わが国でも、訴訟か非訟か、という手続選択の問題の以前に、非訟手続の質を高めておくことが重要であろう。

（4）権限の集中について

ドイツの家裁の創設時の議論および創設後の判例を見て気がつくことは、家庭裁判所に権限を集中することに配慮している点である。例えば、1943年にローテンベルガーが統一的な生活過程・統一的な生活関係をひとりの裁判官により総合的・統一的に解決することを主張していたし、その

(66) 家事審判実務の当事者主義的運用につき、「昭和53年10・11月高等裁判所管内別事件担当裁判官会同概要」家裁月報31卷11号11頁。なお、この問題を検討したものとして、吉村徳重「家事審判手続の当事者主義的運用」民訴雑誌35号（1989年）141頁以下。

後、ボッシュ、ハープシャイト、エルトゼイクも同様の見解を提示していた。フーンの紹介した裁判官へのアンケート結果からも統一的処理に対する当時の判事の要望が読み取れたところである。連邦司法省の改革草案も同様の思想に基づくものである。他方、機能的な観点として、ハープシャイトが強調したように権限の集中により矛盾した判断が回避できる点、ブロックスの述べたように手続の統合により裁判所の負担軽減をできる点、さらに、統一的な処理により当事者に便宜である点（例えば当事者が離婚の紛争において離婚後の子供の養育・財産の帰属関係にも配慮できることなど）も示唆されていた。家裁創設後の判例でも、判断の抵触を回避すること、同じ生活関係は統一的に判断されるべきことは、婚姻妨害排除訴訟につき1979年11月29日のツェレ上級地裁判決、親の保護につき78年8月31日のハム上級地裁決定に見られたところである。また、連邦通常裁判所も同様の考慮から、扶養義務にかかわる争いを広く解する傾向にある（例えば、第三者異議の訴えに関する78年6月14日判決、第三者への財産移転に関する81年5月20日決定など）。下級審もこれに従っている（例えば、情報提供義務に関する78年6月26日のカールスルーエ上級地裁決定、財産引受に関する82年10月27日のフランクフルト上級地裁決定）。

これと対照的な対応を示すのが日本法である。例えば、最高裁判所の判例⁽⁶⁷⁾は、家事審判制度の合憲性を導くことに熱心なあまり、権利義務に関する民事訴訟とそれを前提とした家事審判制度（非訟事件）を明確に二分しているのである。しかし、この結果として、民事訴訟と家事事件が同時に提起された場合には（ドイツ法で議論されていたような）判断が抵触する可能性を排除できず、運用上、家事審判の判断を中止するといった扱いがなされることがあるにすぎない。他方で、伝統的な考え（これは最高裁の判例でもある）によれば、家事審判の判断を下す家庭裁判所も前提問題として権利義務の存否を判断できるために、この段階で実際に当事者は弁

(67) 参照、最大判昭和40年6月30日民集19巻4号1089頁、同号1114頁。

論をつくし裁判所の判断が下されているわけである。この場合に、しかし後にもう一度一方の当事者が民事訴訟を提起して問題を実質的に蒸し返すことができることは、訴訟経済の見地からも、デュープロセスのもたらす当事者責任の観点からも、再考の余地のあるところであろう。この点は、立法論としては、ドイツのように非訟事件に加えて家裁が民事事件も担当できるという形で権限を集中することにより整理可能であろうし、解釈論としてはアメリカ法のコラテラル・エストoppelの考え方や争点効の適用が考えられよう⁽⁶⁸⁾。

(5) 管轄違いの訴えの処理方法にみる日独の相違

最後に、右の問題と比較すると細かな論点ではあるが、管轄違いの訴えについて、特に家事事件について、ドイツでは移送の制度が判例上活用されていた点を指摘しておきたいと考える。わが国では、管轄違いが当事者の負担として処理されてきているが⁽⁶⁹⁾、この点も比較法的に見た場合には、再考の余地があろう。

(6) 今後の課題

本稿はドイツ法の研究を中心としたものであるが、今後は、日本の家庭裁判所制度や家事審判制度について、その役割や運用といった側面から検討を加えることとしたい。より具体的には、例えば、家事審判手続における手続保障、家庭裁判所の利用状況、補助機関と家庭裁判所との関係などについても考察を進めたい。また、ドイツ法の理解を一層深めると共に、わが国が制度導入にあたり多くを学んだアメリカ法の動向をも探究するほか、カナダ、イギリスも研究対象に加えることとしたい。本稿はこうした一連の研究の序論として、とりあえず取りまとめを試みたものにすぎない。

(68) 参照、大橋眞弓「アメリカにおける判決効の主観的範囲論序論(1)(2完)」法学協会雑誌103巻9号・10号(1986年)。

(69) 最高裁判所は、家事審判事件が誤って訴訟事件として地方裁判所に提起された場合につき、民事訴訟法30条(管轄違いに基づく移送)による移送を否定し、訴えを却下すべしと判示している。最判昭和38年11月5日民集17巻11号1364頁、最判昭和44年2月20日民集23巻2号399頁。