

ドイツ家庭事件・非訟事件手続法における 関係人の協力義務の規定について（1）

浦 谷 知 絵

はじめに

第一章 FamFG 27条 1 項制定の経緯

第二章 関係人の協力義務の内容（以上、本号）

第三章 協力義務違反の効果（以下、次号以降）

第四章 協力義務違反により職権探知の限界を認めた裁判例

第五章 職権探知義務と関係人の協力義務との関係

第六章 日本法への示唆

おわりに

はじめに

家事審判法（昭和22年法律第152号）の全面改正により名称が改められた、家事事件手続法（平成23年法律第52号、以下「家事法」という。）は、56条 1 項に、「家庭裁判所は、職権で事実の調査をし、かつ、申立て又は職権で、必要と認める証拠調べをしなければならない。」とする職権探知主義の規定を置く一方で、同 2 項で、新たに「当事者は、適切かつ迅速な審理及び審判の実現のため、事実の調査及び証拠調べに協力するものとする。」という規定を導入した。

ところで、本改正においては、2009年に制定された「ドイツ家庭事件並びに非訟事件における手続に関する法律（Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit（以下、「FamFG」という。）」が参照されたといわれている¹。そ

1 東京大学・非訟事件手続法研究会「『家庭事件及び非訟事件の手続に関する』

のドイツ法では、FamFG26条で職権探知主義を規定し、同27条1項に、「関係人は、事実関係の調査の際に協力すべきである（Die Beteiligten sollen bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken.）」という、関係人の協力義務の規定が新設された。この27条1項は、関係人に対して事案解明についての協力を義務付ける規定であると解されている。また、この協力義務は職権探知主義と両立し、両者が相互に補完する関係に立つと考えられている。

これに対して、家事法56条2項は、家事事件において当事者が事案の解明について裁判所に協力すべき立場にあることを定めたものとされているが、「協力するものとする」という表現をしており、ドイツのFamFG27条1項とは異なり、義務付け規定であるかどうかについては、あいまいである²。この点、例えば、家事法2条では、当事者の手続追行に関する信義誠実義務（責務）の規定を置いているが、この規定は「追行しなければならない」という定め方をしており、義務付け規定であることが明らかである一方で、これと比較した場合にも、56条2項の「協力するものとする」という表現の異質性が際立っている³。

ゝる法律』仮訳」（以下、「仮訳」とする。）1頁以下、法務省HP（<http://www.moj.go.jp/content/000012230.pdf>、2018年11月20日閲覧）、青木哲・浦野由紀子・八田卓也『『家庭事件及び非訟事件の手続に関する法律』（第2編、第3編、第4編及び第7編）』（以下、「家庭事件及び非訟事件の手続に関する法律」とする。）1頁以下、法務省HP（<http://www.moj.go.jp/content/000012248.pdf>、2018年11月20日閲覧）、松川正毅・本間靖規・西岡清一郎編『別冊法学セミナー・基本法コンメンタール人事訴訟法・家事事件手続法』（日本評論社、2013年）604頁〔本間靖規〕を参照。

2 義務付け規定ではないとするものが多いようである（例えば、高田裕成編著『家事事件手続法 理論・解釈・運用』（有斐閣、2014年）202頁以下〔金子修発言〕、「非訟事件手続法及び家事審判法の見直しに関する中間試案の補足説明」別冊NBL134号（2010年）（以下、「中間補足説明」という。）168頁）。

3 このような表現になったことは、立法段階での義務付け規定に対する抵抗感があったのではないかと推測される。この点、「中間補足説明」168頁によれば、「部会においては、このような規定をあえて明文の規律として置く必要はない」

では、義務付け規定でないならば、この「協力」とは一体どのようなものなのか、同規定をわざわざ導入することの意味は何かといった疑問を禁じ得ない。また、そもそも職権探知主義が弁論主義の考え方を否定するものであるという考え方を採るならば、当事者に証拠提出責任のようなものを課すことと調和するのかという疑問も生じてくる。したがって、同規定をどのように理解し、さらに、どのような方向に運用していくのが望ましいかを検討することは、家事事件手続の今後の在り方を考える上でも重要であるように思われる。

既に述べたように、日本の家事法がドイツのFamFGを参照しつつ立法されたとすれば、日本法の規範内容を明らかにするために、ドイツ法を比較対象とすることには大きな意味があるものと思われる。そこで以下では、ドイツにおける関係人の協力義務に関する学説・裁判例の議論の展開及びFamFGの立法過程について概観する。そして、この作業によって得られたFamFGにおける関係人の協力義務に関する議論を踏まえ、日本の家事法における「当事者の協力」規定のあり方について若干の考察を試みることにする。なお、家事法とともに全面改正された非訟事件手続法49条2項にも「当事者の協力」について同様の規定があるが、これについては本稿では対象としないことにする。

第一章 FamFG 27条1項制定の経緯

関係人の協力義務という考え方は、民事訴訟法の一般的事案説明義務論とは異なり、特定の学説や最上級審の判例によって発展した議論ではなく、実務上の要請に伴って形成されてきた議論であるが、その萌芽となる判

ㄨ ののではないかという意見もあり、なお検討するものとしている。」との記述が加えられている。

例・裁判例ははっきりとしない⁴。そこで、協力義務がFamFG27条1項で一般義務化されるまでの議論の変遷について概観し、さらに、FamFGに先行して協力義務の規定を設けていた法律について紹介する。中でもFamFGの立法過程において、同じく職権探知主義を採用するドイツ行政裁判所法（Verwaltungsgerichtsordnung、以下、「VwGO」という。）86条1項の議論が、コンメンタル等において参照されていることから、同規定の影響を受けたことが推測されるので、これを参照することにする。

第一節 旧法下での議論

(1) 旧法の適用対象

FamFGの前身であるドイツ非訟事件手続法（Das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit（以下、「FGG」という。））は、1898年5月20日の告示の文言⁵により、1898年に立法され、ドイツ民法典（以下、「BGB」という。1896年8月18日公布）と共に1900年1月1日に施行された。FGGの制定以前は、非訟事件に関する手続規則は各ラントに委ねられていた⁶。

4 以下の論述において、FGGの判例としてBGHを引用しないことに違和感を持たれるかもしれないが、FGG28条によれば、非訟事件に関しては連邦通常裁判所の審判を仰ぐ制度はなく、OLGで終結する制度となっていたためである。そのため、関係人の協力義務に関しても、BGHでの統一された判例は存在しなかった。

5 FGGの目的及び目標については、佐上善和「非訟事件手続法改正草案とその理由（一）—Entwurf eines Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Begründung—」龍大法学12巻1号（1979年）70頁以下参照。

6 飯倉一郎「非訟事件の変遷とその分析」國學院法学5巻4号（1968年）192頁、有紀新「非訟事件における手続関係人の手続協力義務（事案解明義務）」青山法学14巻4号（1973年）3頁では、「帝国法としてのFGGの制定以前においては、現在の非訟事件に属する事件はいわゆる警察事件（Rechtspolizeysachen）〔原文ママ〕とされ、その範囲、種類はラントによりまた各ラントの内部においても種々雑多な差異を示していたが、その核心は後見事件、公証事件であった。」と指摘している。

FGGは、同1条により、その適用対象は非訟事件全般とされていた。しかし、FGGは、非訟事件とは何かといった定義については特に規定しておらず、家庭事件に関する手続は、FGGの対象となる事件もあれば、ドイツ民事訴訟法（以下、「ZPO」という。1877年1月30日公布）、BGBなどの他の法律に散在して規定されていた。FGGでは、日本の家事事件手続のように家事事件に限定されていたわけではなく、非訟一般について議論されてきたことに注意を払う必要がある。

ドイツの戦前期における非訟事件の「古典的」対象は、後見事件、遺産事件、公証制度、登記制度の四つに限られていた⁷。その後、ドイツの非訟事件の対象は拡張され、養子縁組事件、後見事件ないしは監護事件、商業、団体あるいは夫婦財産制登録簿への登録あるいは公証などの手続が付け加えられた⁸。これらに共通するのは、手続が申立てによって開始され、対席構造をとる民事訴訟が適当ではないという点である。したがって、FGGでは、職権主義及び職権探知主義が採用され、口頭主義、公開原則及び直接主義は妥当していなかった。

非訟事件手続の開始には、①裁判所の職権によって開始する場合（職権開始事件⁹）と、②関係人の申立てによって開始する場合（申立事件）の二つの態様がある（FGGでは、これに相当する規定はなかったが、現行法ではFamFG23条¹⁰に創設された）。非訟事件の大部分は、関係人の申立

7 飯倉・前掲（注6）「非訟事件の変遷とその分析」194頁。Friedrich Lent, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 1925, S.3によれば、非訟事件は、後見制度及び公正証書作成という二つの領域で長い間発展してきたもので、とりわけ遺産事件と登記簿制度の二つに他の非訟事件がしだいに付け加えられていったものである、と説明されている。

8 飯倉・前掲（注6）「非訟事件の変遷とその分析」194頁。

9 職権開始事件には、たとえば、遺産事件（BGB2260条、同1960条、同2361条）や後見事件（BGB1774条、同1896条、同1909条以下、1915条、同1837条、1915条）がある。

10 FamFG23条【手続開始の申立て】は、「

（1）手続開始の申立ては、理由を明らかにしなければならない。申立てにメ

てによって開始する事件であり、関係人からの申立てがなければ手続を開始できないものである。裁判所が法的監護を行使する非訟事件の古典的領域においては、職権開始手続が支配的である。職権によっても、申立によっても開始することができる事件としては、BGB1632条4項、1682条1文、1887条2項、1896条1項、FGG56条1項がある¹¹。

(2) 職権探知主義

FGG12条は、「裁判所は、職権で事実の確定について必要な調査をすべきであり、かつ適法に提出された証拠を取り調べなければならない。」として、職権探知主義を採用することを規定していた。

職権探知主義における裁判所の役割は、事実の確定、申立手続における職権探知、及び上訴手続における職権探知原則である。

裁判所は、12条にしたがい職権により裁判上重要な事実の確定をする義務を負う。それゆえ、裁判の基礎となる事実の確定の際に、裁判所は、関係人の事実の主張及び証拠申出に拘束されることなく、それに頼る必要もない。民事訴訟とは異なり、自白に拘束力はなく、直ちにその事実を真実と認めることはできない。争いのない事実及び相手方が認めた事実主張であっても、裁判所は、それが真実かどうかを調査しなければならない。けれども、関係人が事実の明らかな認容あるいは争わないといったことから、その事実を逆推理して真実と認めることまでも裁判所に禁止するものでは

ゝは、理由を基礎づける事実及び証拠方法を掲げ、並びに関係人として考えられる者を明らかにしなければならない。〔理由中で〕引用した文書は、その原本又は写しを添付しなければならない。申立てには、申立人又はその手続代理人が署名しなければならない。

(2) 裁判所は、他の関係人に対して申立てを送付しなければならない。」と規定している（「仮訳」21頁）。

11 Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG), 15., neubearbeitete Aufl., 2003 [zitiert: Keidel/Kuntze/Winkler, FGG], § 12Rn.7 (S.283)

ない。但し、非訟事件手続においては手続関係人の応訴義務がないので、関係人の争わないという態度から、その者に不利益な判断をすることができない。したがって、この場合にはそのように推論することには自制が望ましく、裁判所がその正当性について何の疑念も持たない場合に限り、裁判所は争いのない事実をそのまま事実認定してもよいとされている¹²。なお、職権探知主義は、職権によって開始された手続だけに適用されるのではなく、真正訴訟事件をも含めた申立手続についても妥当する¹³。

（3）関係人の協力義務

FGGの下では、本論文が考察の対象とする関係人の協力義務についての規定は存在しなかった。当時の学説及び判例によれば、関係人は、原則として一定の事実を主張しかつ証明しなければならないわけではなく、また、関係人には原則として陳述責任も証拠提出責任もないというのが支配的な見解であったといわれている¹⁴。つまり、FGGにおける職権探知主義の概念では、事案解明に関する関係人の協力は想定されていなかったし、関係人には協力権限も協力責任もないとされ、事案解明に関する権限及び責任は裁判所にのみあると単純に考えられていたようである。FGGは、このように国家による後見作用（Fürsorgeleistung）という思考に支配されていた¹⁵。

12 Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, § 12Rn.53 (S.304)

13 Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, § 12Rn.55 (S.305)., Bärmann, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, 1968 [zitiert: Bärmann, FG], § 15 (S.103).

14 Franz Schlegelberger, Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit 7. Aufl. Band I § 1-124, 1956 [zitiert: Schlegelberger], § 12. Rn.3・4 (S.148ff.)., Bassenge/Herbst, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Rechtspflegergesetz: Kommentar, 8.überarbeitete Aufl., 1999 [zitiert: Bassenge/Herbst, FGG], § 12 S.61.

15 Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, § 12Rn.7 (S.283)

この点をKollhosser¹⁶の研究にしたがい説明する。すなわち、FGG下の通説的な学説によれば、職権探知主義について真正訴訟事件以外の事件においては、裁判所のみが事案解明についての権限及び責任を負っている、と単純に考えられていたとされる。

もっとも、そのような手続協力義務を否定する見解においても、この原則の例外として、以下の三つの場合には、関係人に陳述責任という意味での手続上の協力義務が生じることを認めていた。一つ目は、FGG以外の他の法律が明文で個別に協力の内容を定めている場合である¹⁷。すなわち、申立手続における一定の場合について、BGBその他の法律が、申立人に、事実の主張、一定の資料の調達又は主張の疎明を課しているか、あるいは、裁判所がこのようなものを申立人に要求する権限を与えられている場合である¹⁸。二つ目は、申立事件及び抗告事件における手続の適法性を理由づ

16 Helmut Kollhosser, Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit – zugleich ein Beitrag zum Allgemeinen Verfahrensrecht –, 1970, § 5 [zitiert: Kollhosser] S.111.

17 Friedrich Lent, Grundriß der Freiwillige Gerichtsbarkeit zur systematischen Einführung von Anfängern, 1922, S.47では、「関係人は、事実及び証拠方法の調達について独占しておらず、その代わりに、この調達についての責任もない。例外は、明文で申立人が自ら一定の主張及び証拠を提供すべきであると定められている場合である。申立人が資料を提供しない場合、裁判所は、たしかに実際にはあらゆる探知を行うことはできず、それゆえ、申立人に差し迫った申立の却下への注意を喚起することができる。」として、明文に定めのある場合が例外であり、さらに、裁判所は関係人の協力を促すような釈明ができると述べている。

18 Kollhosser, S.113によれば、たとえば、とりわけ、当時のBGB1994条2項、2354条～2356条（現在では、2015年の改正によりBGB2354条から2359条は削除され、FamFG352条以下に規定が置かれることとなった（Vgl. Stephanie Herzog, Änderungen im deutschen Erbscheinsverfahren durch das Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie sonstiger Vorschriften – eine Einführung mit Synopse, ErbR 11,2005,S.606）; HGB12条；FGG22条2項、87条2項、99条；PStG 5条及び45条；VerschG18、31、33a、41条；VHG 9条；WBG21条—23条；AKG49、50条がそうであるという。有紀・前掲（注6）7頁。

ける事実については、職権探知主義を適用すべきでなく、申立及びその事実の証明は、申立人ないしは原告人の責任であるとされていた¹⁹。三つ目は、いわゆる真正訴訟事件（die sog. echten Streitsachen）²⁰である²¹。この類型においては、裁判例²²及び文献は、本案判決に役立つ事実資料につ

19 但し、異論がないわけではない、これについては、Kollhosser, S.113. 参照。
有紀・前掲（注6）7頁。

20 真正訴訟事件（真正争訟事件ともいう）とは、争訟性はあるが非訟化された訴訟事件のことである。手続は非訟事件手続法に従うが、その実質は訴訟事件たるものである。たとえば、日本では、家事法の「別表第二」事件などがこれに該当する。

21 Kollhosser, S.113.

22 BGH Beschluß v. 8.3.1955—BGHZ16,378 (383f.):「当部は、すでに…以下のように論じたことがある。職権主義は、詳細な事実陳述によって事実関係の解明について協力する義務を関係人から免除することはなく、この義務を怠った場合、あらゆる考えられ得る限りの可能性を職権で再調査することを期待し得ず、そうではなく、解明義務と探知義務を裁判所にのみ負わせることができるのは、関係人の陳述又は事実関係そのものが、自然と生じてくる具体化の可能性を入念に考慮すれば、探知のきっかけを与えられる場合に限られるのである。…したがって、たとえ主張された事実関係が何らの探知の手掛かりを与えないとしても、あらゆる存在する可能性を常に考慮することを裁判所に期待することはできない。」として、関係人には事案解明のための協力義務があり、それを怠った場合には、裁判所が探知を尽くさなかったことを理由に職権探知義務違反を問うことはできないということがすでに言われていた（Kollhosser, S.113f.）。同裁判例を引用するものとして、NJW1963,1972 (1973)がある。他にも、同義のものとして、BGH, WM 1956,871 (872), BGH, WM 1957,439 (440), BayObLGZ 1959,264 (269), BayObLGZ 1965,131 (133) などがある。

BayObLG, Beschluß v. 4.8.1959—FamRZ1959,504 (505):「本件事件は、真正訴訟事件であるところ、この手続では、職権探知主義（FGG12条）は、詳細な事実陳述によって事実関係の解明に協力する義務を関係人から奪うものではない。事実審裁判官は、関係人が自己に有利な事由を自ら主張することを出発点とする場合、及び、この事由の重要性を自覚しているとみなしてよい場合には、裁判所に義務付けられている解明義務に違反するものではない（Keidel, 7. Aufl. Anm.9, zu § 12 FGG）。それゆえ、ラント裁判所は、本件では、妻の個別の財産状況に関する妻の態度について、さらなる探知をする義務を負わない。」として、関係人に協力義務があることを認めた。関係人の協力義務について述べた戦後はじめての判例と思われる（BVerwG Urteil v. 8.7.1959-NJW1959,2134においても、関係人の協力義務があると述べられているが、事件の詳細等は記

いて、裁判所の事案解明義務と並んで手続関係人の事案解明に対する協力義務を認める見解が多数説であった²³。

これに対して、関係人の協力義務が認められることを主張する見解も存在しており、戦前期には、Unger²⁴ とSchultzenstein²⁵ の実務家二人の議論が目立つ。さらに、戦後の議論では、Schlegelberger²⁶ やBärmann²⁷、Jansen²⁸、Kollhosser²⁹ の議論がある。これらの学説については、叙述の便宜上、第五章において、協力義務の根拠論のところで述べる。

第二節 改正に至る流れ

前述したように、多数説及び判例の見解によれば、職権探知主義においては、とりわけ一般の古典的非訟事件については、事案解明義務は裁判所にのみあるという旧来からの考え方が審問請求権の法理の確立の前後を問わず維持されており、この限りでは関係人の協力義務は存在しないと解されてきた³⁰。

このような議論状況に変化が現れたのは、手続関係人の手続主体性を強

ゝ載されていなかった。)。さらに、本件では、裁判所は、さらなる探知義務を負わないと述べており、職権探知の限界があることを示した判例であるといえる。

23 Kollhosser, S.113., Walther Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1959, § 21 III (S.306), Bärmann, S.105ff., Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, 有紀・前掲(注6) 7頁。

24 Unger, Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht, ZZP 39 (1909), 40 (81f)

25 Schultzenstein, Die Untersuchungs- und die Verhandlungsmaxime in Vergleichung nach den einzelnen Prozeßarten, ZZP 43, 301 (333f.)

26 Schlegelberger, § 12 Rn.4 (S.150), Kollhosser, S.141.

27 Bärmann, FG, § 15 S.104.

28 Paul Jansen, FGG, Kommentar, 2. Auflage, 1969 [zitiert: Jansen, FGG], § 12 (S.212ff.)

29 Kollhosser, S.116.

30 Kollhosser, S.112., 有紀・前掲(注6) 6頁、三浦毅「非訟事件手続における

調する考え方が主張されるようになった戦後のことである。まず、基本法103条1項³¹において、何人も裁判所の面前で法的審問を請求する権利を有するという、法的審問請求権（Anspruch auf rechtliches Gehör）の法理が制定されたことによって、非訟事件における関係人の権利を強化すべきであるという議論が生じ³²、法的審問請求権の観点から非訟事件においても関係人に協力権が認められることとなった³³。

このような、協力権の確立とともにその反面として、関係人の協力義務を広く認める見解が有力に主張されるようになった。その代表例がKoll-

ゝる審尋請求権法理の実定化に関する考察（一）—家事審判手続を中心に—」名古屋大學法政論集242号（2011年）224頁。

31 基本法（Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland）は、1949年5月23日に発効された。

基本法103条【法律上の審問、遡及的刑法・二重処罰の禁止】は、「

（1）Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör（何人も、裁判所において、法的審問を請求する権利を有する。）。

（2）Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde（いかなる行為も、行為が行われる前に、法律で処罰できるときに定まれているのでなければ、処罰することができない。）。

（3）Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden（何人も、同一の行為について、一般刑法の根拠に基づいて、重ねて処罰されることはない。）」と規定している（訳は、阿部照哉・畑博行編著『世界の憲法集』[第三版]（有信堂高文社、2005年）297頁参照）。現在、法的審問請求権は、基本法103条1項だけでなく、法治国家原則および欧州人権条約（The European Convention on Human Rights）5条1項にも基礎を有するものである。

32 非訟事件手続における審問請求権については、Schleicher, Rechtliches Gehör und (persönlich-)mündliche Anhörung in familienrechtlichen Angelegenheiten und im Freiheitsentziehungsverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1988. を参照。高田昌宏「非訟手続の改革」ジュリスト1317号（2006年）232頁。

33 Kollhossner, S.112., Bericht der Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1977 [zitiert: FrGO], S.95., 有紀・前掲（注6）1頁以下。法的審問請求権と関係人の地位の考え方の展開については、ダグマー・ケスター・バルチン／渡辺惺之訳「ドイツ新家事事件手続法における法的審問の保障と法治国家原則」立命館法学330号（2010年）137頁以下参照。

hosser説である³⁴。もっとも、Kollhosserによれば、通説から少しずれる見解はあったものの、手続対象を考慮せず非訟事件全般において関係人に協力義務があるとした見解は、その当時には基本的にはなく³⁵、その後も、多数説及び判例は、一般の古典的非訟事件については、法的審問請求権の法理の前後を問わず、原則的に手続関係人の事案解明に対する協力義務を認めていないとされている³⁶。

しかし、実務においては、裁判所又は関係人のどちらか一方のみが事案解明についての権限を持つという考え方は取られていなかった。とりわけ、次のような裁判例の考え方が注目される。例えば、自己に有利な例外的な要件事実の存在については、関係人が自ら事実を主張しなければならない³⁷。協力不足は、協力義務を負う者の不利益に証拠評価することができ³⁸。関係人の協力義務違反の場合の効果としては、裁判所は事実関係の解明についてさらなる職権探知を行う必要はないという効果が生じる³⁹。さらには、職権探知主義の妥当するところであっても、関係人の率直な指摘および示唆が裁判所に具体的な探知を実施するためのきっかけをしばし

34 Kollhosser, S.111ff.

35 Kollhosser, S.111f.

36 Dieter Knöringer, Feiwillige Gerichtsbarkeit, 2005, § 6 IV (S.17.) では、Bärmann, § 15 II を引用して、法律に定めのある場合を除いて、「関係人は基本的には陳述責任も証拠提出責任もない」としている。Bassenge/Herbst, FGG, § 12 S.61においても、関係人は主張・証明責任を負わないと解している。有紀・前掲(注6) 6頁も、法的審問請求権の制定後も学説に変更はないとしている。三浦・前掲(注30) 224頁。

37 Bassenge/Herbst, FGG, § 12 S.65., BGH FamRZ 1988,709; BayObLG NJW-RR 1988,1425

38 Bassenge/Herbst, FGG, § 12 S.65., KG BB97,172.

39 BayObLG, FamRZ1959,504, Bärmann, FG, § 15 S.105ff., Bärmann, „Echtes Streitverfahren“ in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1955, AcP154 (34), S.398., Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, § 12Rn.121 (S.344), Lent-Habscheid, S.113., 有紀・前掲(注6) 7頁。否定説としては、Fritz Baur, Einige Bemerkungen zur Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß, Festschrift für Otto Bachof, ZUM 70. GEBURTSTAG AM 6. MÄRZ 1984 [zitiert: Baur], S.186ff.がある。

ば与えるとされていた⁴⁰。

以下では、旧法下における関係人の協力義務の議論の到達点を示すため、Jansenの注釈書を紹介する。

Jansen⁴¹は、真正訴訟事件だけでなく申立手続においても、関係人の協力義務を認めた。あらゆる申立手続において、関係人には、本案判決についての事実資料に関して陳述責任及び手続促進責任（Darlegungs- und Förderungslast）があり、関係人がそれを怠った場合には、裁判所の職権探知義務違反を問うことはできないという。なぜなら、関係人によって主張された事実関係が探知について何らそのきっかけを与えないような場合には、職権探知義務は、理論上考えられ得る限りのわずかな可能性について再調査することを裁判所に強制することはできない⁴²。つまり、関係人に対して、事案解明について一定の協力を要求し、関係人がそれを無視した場合には、裁判所はあらゆる考えられ得る可能性についてそれ以上の探知を行わなくても職権探知義務違反にならない、と考えていた訳である。

このように、FamFGの立法直前には、実務を中心として、申立事件も含めて、関係人の協力義務は一般的に認められるようになった。その背景には、非訟事件においても法的審問請求権の観点から関係人に協力義務が認められるようになったこと、及び、FamFGに先行してVwGO86条1項などの職権探知主義を採用する他の法律においても協力義務の規定が設けられたことの影響を指摘することができる。次に、この点を説明する。

第三節 先行する協力義務の規定

ドイツでは、FamFG27条1項の制定に先行して、職権探知主義を採用する他の手続において、関係人の協力義務の規定が制定されことにより、

40 Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, § 12Rn.121 (S.344)

41 Jansen, FGG, § 12 (S.212ff.)

42 Jansen, FGG, § 12 (S.215)

実定法上の根拠が与えられた。その制定を順に述べると、まず最初に、VwGO86条1項において、協力義務の規定が制定され、次いで、SGG103条⁴³、ArbGG83条1項⁴⁴、FGO76条1項1・2文⁴⁵の順で、最後に、Fam-FG27条1項においても導入されることとなった。

VwGO、SGG及びFGOでは、“heranziehen”という文言が用いられ、ArbGG及びFamFGでは、“mitwirken”といった文言が用いられている。各法律によって文言に違いがあるものの、すべて関係人の協力義務について定めた規定であると解されている。なお、ドイツ語では、“heranziehen”という言葉に「協力する」という意味はないことから、一見すると、協力義務の規定とは思われないが、職権探知主義の下でも関係人の協力義務を規定した条文であると広く理解されているので、以下では、「協力す

43 § 103 SGG (Sozialgerichtsgesetz): „Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen; die Beteiligten sind dabei heranzuziehen. Es ist an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden.“ 社会裁判所法103条は、「裁判所は、事実関係を職権で調査する。関係人は、その際に協力しなければならない。裁判所は、関係人の主張及び証拠提出に拘束されない。」と規定している。同法は、1953年に制定され、同条は1975年に公布された。

44 § 83 Abs. 1 ArbGG (Arbeitsgerichtsgesetz): „Das Gericht erforscht den Sachverhalt im Rahmen der gestellten Anträge von Amts wegen. Die am Verfahren Beteiligten haben an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken.“ 労働裁判所法83条1項は、「裁判所は、申立の枠内で職権により調査する。手続に関して関係人は、事実関係の解明に協力すべきである。」と規定している。同法は、1953年制定され、同条は1979年に公布された。

45 § 76 Abs. 1 S. 1, 2 FGO (Finanzgerichtsordnung): „Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen. Die Beteiligten sind dabei heranzuziehen. Sie haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben und sich auf Anforderung des Gerichts zu den von den anderen Beteiligten vorgebrachten Tatsachen zu erklären.“ 財政裁判所法76条1項1・2文は、「裁判所は、事実関係を職権で調査する。関係人は、その際に協力しなければならない。関係人は、事実状況について自己の陳述を完全かつ真実に従って述べなければならないし、他の関係人によって主張された事実について裁判所の要請に基づいて明らかにしなければならない。」と規定している。同法は、1965年に制定され、同条は2001年に公布された。

る」という訳をあてることにする。ドイツの立法者は、職権探知主義が妥当する手続では、重要な事実関係の探知の問題を規定する場合に、裁判所の職権探知を補充するものとして、関係人の「協力義務」の概念を用いているものと考えられる。したがって、ドイツでは、職権探知主義が妥当する限り、法律は典型的に関係人の協力義務も規定している。

関係人の協力権ないし協力義務は、もともとドイツ行政訴訟の中で活発に議論が行なわれてきたところであるため⁴⁶、VwGO86条1項の規定を取り上げる。

第四節 VwGO86条1項

VwGOは、1960年1月21日に発布された。VwGO86条1項は、「Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen; die Beteiligten sind dabei heranzuziehen. Es ist an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden. (裁判所は、職権で事実関係を調査する;関係人は、その際に協力 (heranziehen) しなければならない。裁判所は、関係人の主張及び証拠申出に拘束されない。)」と規定している⁴⁷。1949年のVwGOの草案段階で、すでに87条1項後段に、関係人の協力義

46 新山一雄「ドイツ社会行政手続法における関係人の協力義務」松田保彦ほか編集『成田頼明先生横浜国立大学退官記念 国際化時代の行政と法』（良書普及会、1993年）313頁、大沢光「ドイツ社会法における受給権者の協力義務の法構造（一）」名古屋大学法政論集172号（1998年）128頁、本間靖規「職権探知主義について—人事訴訟手続を中心に—」同『手続保障論集』（信山社、2015年）538頁によれば、「当事者の手続に関する協力権ないしは協力義務の議論は、行政訴訟において活発に行なわれてきたところである。」と指摘している。

47 “heranziehen”の訳としては、他にも、「その際、訴訟当事者を動員しなければならない。」と訳すもの（山本隆司「行政訴訟関係法令—ドイツ翻訳」11頁、首相官邸HP（<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisou-syou/dai7/7siryou7.pdf>、2018年11月20日閲覧））や、「立ち会う権利を有する」との訳をあてているものもある（本間・前掲（注46）「職権探知主義について」538頁）。

務の規定（; die Beteiligten sind dabei heranzuziehen.）が盛り込まれていた⁴⁸。このことから、関係人の協力義務についての議論は、戦前からあったものと推測される⁴⁹。

このように、VwGO86条1項1文では、行政訴訟は純然たる訴訟事件であるが、全面的な職権探知主義を採用することを宣言するとともに、関係人の協力義務についての規定を置いている。

VwGOにおける職権探知主義は、行政の法律的適合性（Gesetzmäßigkeit der Verwaltung）の原則及び基本法19条4項による実効的権利保護の保障に由来するものであるとされる⁵⁰。すなわち、行政訴訟は、国家権力の発動に対する訴訟であるから、当事者だけの問題ではなく、国民に対する影響も大きい、それゆえ、真実発見の要請が強く働くため、職権探知主義が採用されているのである⁵¹。VwGOにおいては、職権探知主義ではあるが、関係人の協力権が強調されることに特徴があり、その反面として、関係人の協力義務が認められている⁵²。

ある文献によれば、行政訴訟では職権探知主義ではあるが、実際には、VwGO86条1項1文の文言とは異なり、民事訴訟において支配的な当事者提出主義（弁論主義）とほとんど近い扱いがされていると論じられている。すなわち、今日の行政訴訟においては、関係人は、事実関係の主張、

48 法務大臣官房調査課訳編『ドイツ連邦共和国行政裁判所法草案』（最高裁判所法務局、1956年）42頁では、87条1項1文は、「裁判所は、職権により事実関係を調査する。その際、関係人を立ち合わせ（heranziehen）なければならない。」と訳している。

49 前掲（注48）『ドイツ連邦共和国行政裁判所法草案』43頁。

50 Wolf-Rüdiger Skenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 24.Aufl., 2018 [zitiert: Skenke, VwGO], § 86Rn.1 (S.1104), BT- Drucksache 3/55 S.1.

51 新山一雄「ドイツ行政手続法における職権探知原則（三）」自治研究69巻2号（1993年）16頁以下

52 Redeker/Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar 15.Aufl., 2010, § 86Rn.22 (S.573) によれば、関係人の協力義務は、関係人の協力権に合致するという。

その調査及び証明をすることが広範に義務付けられている。この文献によれば、この考え方の転換は、VwGO86条1項1文後段の関係人の協力義務の規定に基づくものであり、関係人の協力なくしては、適切・迅速な手続経済に適った広範に及ぶ行政裁判所の手続形成はできないという考え方に拠るものである⁵³。

コンメンタールによれば、VwGO86条1項1文後段の“heranziehen”から、裁判所による事実関係の調査の際に、関係人の協力責務（Mitwirkungsobliegenheit）が生じるとされている⁵⁴。なお、その際に、関係人は訴訟上の真実義務を義務付けられている⁵⁵。

関係人の協力は、強制的に実施することはできない。たとえば、運転免許法による運転免許証の免許拒否処分の処分取消訴訟において、拒否事由がないと主張する原告が、それを示す具体的な証拠の提出を拒んでいる場合には、行政裁判所は、被告官庁が適法に原告に課したにもかかわらず原告がそれを拒んだ身体検査等の医療上の調査以上の調査をさらに強制的に実施することはできない。この場合には、裁判所は、他の方法、たとえば証人尋問によって原告が運転に適する身体的状態であるかどうかという情報を獲得するための方法を試さなくても、職権探知義務に違反しない。関係人が期待可能な協力を頑なに拒んだ場合には、わずかな成功の見込みのある解明に向けた努力を制限なく続けなければならないという裁判所の義務はないし、事実審裁判官は関係人のそのような態度について証拠評価の枠内で評価しなければならない⁵⁶。

53 Gärditz, Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) mit Nebengesetzen, 2.Auflage, 2018 [zitiert: Gärditz, VwGO], § 86Rn.5f. (S.743f.)

54 “heranziehen”が、関係人の協力（mitwirken）義務を導くとする解釈は、Re-deker/Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 3.Aufl., 1970, § 86 Rn.10 (S.362) のコンメンタールの時点ですでに確認できる。但し、協力義務が真正の法的義務であるということについて疑問を呈する見解もある。

55 Gärditz, VwGO, § 86Rn.43 (S.756)

56 Gärditz, VwGO, § 86Rn.44 (S.756)

職権探知主義が妥当する行政訴訟においても、客観的証明責任があるということはおよそ一致した見解である⁵⁷。しかし、このような見解が確立する以前の学説⁵⁸や連邦行政裁判所の見解によれば、行政手続法と行政訴訟法においては、主張責任及び証拠提出責任は存在しないが、当事者には、自己に有利な法的効果の要件事実を明らかにすべき義務（責任）があると考えられてきた。

重要なことは、裁判所の職権探知の範囲は、「VwGO173条にしたがって行政訴訟において同様に適用されるZPO138条1項の規定から明らかになるように、事実関係の調査についての裁判所の義務は、関係人の協力義務が始まるところにその限界を見い出す」とされている点である⁵⁹。探知義務の限界は、関係人の一方にのみが知り得、かつ裁判所が自由に利用できる解明方法を見つけ出すことができないかあるいは再調査し得ないといった事実にかかわるところに引くことができる⁶⁰。

協力義務違反の効果は、間接的なものしかない。関係人による協力義務違反は、裁判所の探知活動の要求を引き下げるとされている⁶¹。裁判所は、自ら事実陳述について補充的探知をしたり、あるいは、それ以上の反証的探知をすることなく、関係人の不十分な事実陳述を前提とすることができ、かつ論理一貫性がないとして、判決の基礎とすることができるという考え

57 Baur, S.285.では、行政訴訟における裁判所と関係人との役割分担について論じている。本間・前掲（注46）「職権探知主義について」539頁。

58 Baur, S.286によれば、たとえばBachofの見解がそうである。

59 BverwG v. 16.3.1964 – NJW 1964,786 (787), Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 6.Aufl., 1974, § 86 S559f., Kothe · Redeker, Beweisantrag und Amtsermittlung im Verwaltungsprozess, 2012 [zitiert: Kothe · Redeker], S.23.

60 Kothe · Redeker, S.23.

61 Sckenke, VwGO, § 86Rn.12 (S.1117), 新山・前掲（注51）「ドイツ行政手続法における職権探知原則（三）」17頁によれば、関係人の協力義務は、「職権探知を制限する原理となりうると考えられていたことは確かである。」と指摘している。

方に立っているようである。つまり、関係人の行為義務が裁判所の職権探知を制限するという関係にある。協力責任違反から真偽不明（non-liquet）の結果となる場合、それは十分な協力をしなかった関係人の責任となる⁶²。

VwGO86条1項1文後段の規定が創設されたことにより、職権探知主義であっても関係人に事案解明の協力することを求めることは何ら矛盾を生じるものではないということについての実定法上の根拠が得られた。このようにして非訟事件と手続構造が類似する行政訴訟において、判例及び学説上、関係人の協力義務が認められたことから、この議論を援用して、同じことが非訟事件においても妥当して然るべきであると考えられたのであろう。実際に、JansenなどのFGGのコンメンタールにおいて、関係人の協力義務の根拠を明らかにすることなく、真正訴訟事件だけでなく申立事件においても裁判所に対して探知活動に必要な何らかの手掛かりを示すことが関係人に義務付けられているといった記述がなされているのは、VwGO86条1項1文後段の考え方が参照された結果といえよう⁶³。この点、実務においては、同規定を準用することで処理されていたとの指摘もある⁶⁴。

以上のように、VwGOにおいても、後に述べる現行のFamFGにおける関係人の協力義務の解釈論とほとんど変わらない解釈が既になされていた

62 その背後には、証明妨害の一般的法思想があると指摘する見解もある（Kothe・Redeker, S.24）。

63 Bärmann及びJansenのコンメンタールにおいてVwGO86条1項の規定を引合いに出していることから、同規定の影響を受けたことが推測される。前述のJansenらの見解においては、関係人には手続促進義務（責任）があるとしている。しかし、これらの見解においても、職権探知主義の下で、関係人に一定の義務ないし責任を課することができることの根拠を明らかにしたとはいいがたい。

64 飯倉一郎「西ドイツの非訟事件手続法の改正草案について」國學院法学13巻4号（1976年）81頁。

ことが明らかとなった。

第五節 現行法の立案過程

ドイツでは、今回の改正以前にもFGGの抜本的な改正が何度となく試みられてきたが成立には至らなかった⁶⁵。その経緯は叙述の都合上省略し⁶⁶、協力義務にのみ絞って紹介する。まず、1955年に連邦司法省によって設置された「民事裁判権改正準備委員会（Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit）」が、1961年のいわゆる「白書（Weißbuch）（以下、「1961年白書」という。）」の中で、FGG改正に関し、多くの改正提案を行った⁶⁷。1964年に連邦司法大臣によって三つの委員会が設置され、そのうちの一つである「非訟事件手続法改革委員会（Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit [FGG-Kommission]）」は、1977年に最終報告書を提出した。同年12月には、「非訟事件手続法草案（Entwurf einer Verfahrensordnung für die freiwilligen Gerichtsbarkeit（以下、「FrGO」という。））」が公表されたが、改正には至らなかった。この改正に向けた作業において、注目すべきなのは、1977年のFrGOでは、関係人の協力義務についての規定が盛り込まれていたことである。

FrGOでは、31条（事実の探知）1項において、「裁判所は、事実関係を職権で探知する。裁判所は、関係人の主張及び証拠申出に拘束されない（Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen. Es ist an das

65 ZJP 93, S.286ff., Dirk, FamFG Kommentar S. 3ff., ケスター・バルチン／渡辺 訳・前掲（注33）136頁以下、佐上・前掲（注5）「非訟事件手続法改正草案とその理由（一）」24頁。

66 詳細は、高田昌宏「ドイツ非訟事件手続法の改正と『自由な証明』」同『自由証明の研究』（有斐閣、2008年）243頁以下など参照。

67 法曹会訳編『ドイツ民事裁判制度改正準備委員会報告』（法曹会、1970年）228頁以下、高田・前掲（注66）243頁。

Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden.)。』
として職権探知主義を採用することを明記した上で、同2項において、「申立により開始される手続においては、関係人は事案の解明に協力すべき義務を負う（In Verfahren, die durch Antrag eingeleitet werden, obliegt es den Beteiligten, an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken.)。』と規定している⁶⁸。

FrGOの理由書によれば⁶⁹、31条2項は、「申立手続では、職権探知主義は、関係人が事実関係の解明に協力する手続法上の責任を奪うものではない、ということを明らかにしたものである。また、関係人が必要な協力を怠った場合には、法律抗告手続において裁判所の職権探知義務違反を理由に責問をすることができないとの結論が生じうる。」とされている。このように、FrGOの段階では、申立事件という制限はあったものの、関係人の協力義務についての規定がすでに盛り込まれていた⁷⁰。

次に、FamFG制定の経緯を見ていく。

まず、連邦司法省が、FGG改正を発議した。2003年には、非訟事件にとどまらず家庭事件の手続法改正のための専門家グループが設置され、連邦司法省は、「家庭事件および非訟事件における手続の改正のための法律（FGG改正法）」の参事官草案（Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit）を提出した。続いて、2006年2月15日

68 Bericht der Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1977, S.30f.

69 Bericht der Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1977, S.124.

70 佐上善和「非訟事件手続法改正草案とその理由（二）—Entwurf eines Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Begründung—」龍大法学12巻2号（1979年）209頁。

には、連邦司法省は、同法案に補充をほどこしたもの（Ergänzter Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit）をまとめている。そして、さらに、2007年7月6日には、連邦参議院（Bundesrat）が同草案に対する態度を表明し、10月以降、同草案は連邦議会（Bundestag）の法務委員会等で審議されている⁷¹。

2008年6月27日にドイツ連邦議会によって『家庭・非訟事件手続法改正草案（FGG-RG）』が可決され、同年9月19日に連邦参議院を通過した。同改正は、2009年9月1日より施行されている。

第六節 FamFGの立法理由書

FamFGの立法理由書によれば⁷²、FamFG27条の規定は、1項で、「関係人は、可能な限り、事実の主張及び証拠方法の提示によって裁判所の解明を可能にしなければならない（sollen）」として、裁判上重要な事実の探知の際に関係人に協力義務（Mitwirkungspflicht）を義務付けた規定であり、2項は、関係人に真実義務及び完全陳述義務を義務付けた規定である。

1項は、そのような関係人の協力責任（Mitwirkungslast）は、職権探知主義の適用領域においてもこれまですでに一般に承認されていたものであり、いまや法律上明文化したものである。関係人は、できる限り事実の陳述と証拠方法によって裁判所の解明を可能にすべきである。

関係人の協力は、裁判所によって限定的にのみ強制できる。つまり、本人の出頭が命じられたのに無断で出頭しない関係人に対しては、同33条3項にしたがって、秩序措置と強制措置を課することができる。さらに、同35条により協力行為は、強制される。

関係人が期待可能な協力を拒絶した場合には、以上に加えて、裁判所の

71 FGGの改正の経緯については、高田・前掲（注66）243頁以下参照。

72 BT-Drucksache 16/6308 S.186.

探知の範囲に影響を及ぼすのである。関係人の陳述責任は、その場合に、裁判所が事案解明の際に協力をどれだけ頼りにしていたかという程度に応じてその責任が高められる。関係人は、自己に課せられた義務を怠った場合には、裁判所が事実関係の解明のために考えられ得るあらゆる可能性を職権で探知することを期待しえない。関係人が協力を拒絶し、かつ、さらなる有望な探知のきっかけがない場合には、裁判所は、探知義務を果たしたことになる⁷³。協力義務違反の場合の効果については、第三章で説明する。

関係人の協力義務の規定について、草案段階の連邦参議院では、Fam-FG27条1項は、「関係人は、事実関係の探知の際に協力しなければならない（Die Beteiligten haben bei der Ermittlung des Sachverhaltes mitzuwirken.）」として、Muss規定の文言で表現されるべきであるという意見が出された⁷⁴。ここでは、草案理由中において、「関係人は、事実関係の探知の際に協力『すべき（sollen）』としてSoll規定で表現しているのはなぜか、協力が義務であるならば、なぜ協力しなければならない（müssen）にしないのか理解できないとの理由から、Muss規定の文言を採用すべきである」との意見が出された⁷⁵。同草案中のこの規定に対して、連邦参議院は、Soll規定では義務付けであることが十分に表現されていないとして、Muss規定にすべきとの意見が出されたものと思われる。

これに対して、連邦政府は、「連邦参議院の発議に賛同しない。」としたうえで、関係人は、裁判上重要な事実の探知の際に、通常、協力を義務付けられるという連邦参議院の評価に対しては賛成であるとの理解を示した。この規定の法的性質について、義務付け規定であるということは、連邦参

73 BT-Drucksache 16/6308 S186., vgl. OLG Köln Beschluss v.3.9.1990—NJW-RR 1991,1285 (1286)=FamRZ 1991,1356

74 Bundesratsdrucksache 309/07 (Beschluss)S.13.

75 Bundesratsdrucksache 309/07 (Beschluss)S.13.

議院と連邦政府の一致した見解であったということが伺える。しかし、連邦政府は、Sollと表現したとしても、FamFG27条1項が義務付け規定であることは、文言から十分に表現されているという。期待可能な協力行為の拒絶は直接的な訴訟上の結果をもたらさないこと、とりわけ当該申立の不適法性といった結果をもたらすものではないということが、Soll規定の文言によって明らかとなるのである。つまり、協力義務を無視することによる手続法上の効果は、探知のための具体的なきっかけがない限り、裁判所が事実関係のさらなる探知を義務付けられないことにとどまるとされる⁷⁶。

立法者がSoll規定を採用するもう一つの理由としては、FamFGにはさまざまな種類の手続が含まれており、例えば、監護事件及び収容事件（in *Betreuungs- und Unterbringungssachen*）並びに世話事件及び面会交流権争訟事件（in *Sorge- und Umgangsstreitigkeiten*）の場合には、関係人の協力を期待できないかあるいは非常に限定的にのみ期待可能であるといった状況があり、このような場合にまで、規定通りに等しく一律に、関係人に協力を要求することはできないので、これを顧慮しなければならないからである⁷⁷。これにより、事件の性質によっては関係人の協力義務の度合いも異なること、さらに、事件の性質によっては関係人が協力を拒んだ場合であっても、協力義務違反の場合の効果も異なりうることから、立法者はMuss規定の文言をあえて避け、事件の性質に応じて個別に顧慮することができるSoll規定を採用したのである。

したがって、詳細は第三章で述べるが、Soll規定であることから、協力義務違反があったとしても一秩序措置及び強制措置の決定の可能性を除いては一原則として、協力の履行を強制することができず⁷⁸、その意味で関

76 BT-Drucksache 16/6308 S.406.

77 BT-Drucksache 16/6308 S.406.

78 BT-Drucksache 16/6308 S.186.

係人に対する直接的な効果はないとされている⁷⁹。

第二章 関係人の協力義務の内容

第一節 概要

FamFG27条【Mitwirkung der Beteiligten（関係人の協力）】1項は、
「Die Beteiligten sollen bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken.
（関係人は、事実関係の調査の際に協力すべきである⁸⁰。）」と規定しており、裁判上重要な事実の探知の際に関係人の協力義務があることを根拠づけている。この規定は、FGGの下でも裁判例・学説上すでに一般的に承認されていた関係人の協力義務についてはじめて明文化したものであり⁸¹、迅速かつ包括的な事実関係の解明を目的としたものである⁸²。

FamFG27条の規定は、裁判所の職権探知義務を規定したFamFG26条と
相関関係にあるとされている⁸³。FamFG26条【Ermittlung von Amts

79 Kleidel/Engelhardt/Sternal, FamFG : Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit : Kommentar, 19., überarbeitete Aufl., 2017 【zitiert: Keidel, FamFG】, § 27Rn.2 (S.415), Drik Bahrenfuss, FamFG Kommentar, 3. Auflage, 2017 【zitiert: Bahrenfuss, FamFG】, § 27Rn.10 (S.399)

80 「仮訳」23頁によれば、同項は、「関係人は、事実の調査に協力するよう努めなければならない。」との訳があてられている。

81 BT-Drucksache 16/6308 S.186., Thomas Rauscher, Münchener Kommentar zum FamFG: Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) mit Internationalem und Europäischem Zivilverfahrensrecht in Familiensachen (IZVR, EuZVR), 3. Auflage, 2018 【Münchener】, § 27Rn.1 (S.201), Keidel, FamFG, § 27Rn.1 (S.415)

82 Hans Prütting/Tobias Helms, FamFG : Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit : Kommentar, 4. Auflage, 2017 【zitiert: Prütting, FamFG】, § 27Rn.2 (S.256)

83 Münchener, § 27Rn.1 (S.202)

wegen (職権探知)】は、「Das Gericht hat von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen. (裁判所は、職権で裁判上重要な事実の確定に必要な探知を実施しなければならない。)」として、FamFG手続においては、原則として職権探知主義を採用することを規定している。立法理由書によれば、FamFG26条は、FGG12条の職権探知の規定を引き継いだものである⁸⁴。職権探知主義とは、裁判所は、職権で事実の確定に必要な探知を実施すべきであり、かつ適切に提出された証拠を取り調べるべきである、というのが一般的な理解である。26条の「職権による必要な探知」とは、法律の文言によれば、裁判所に対して単独かつ終局的な探知義務を分配しており、裁判所は、裁判上重要な事実の調査及びその確定についての責任がある。職権探知主義の下では、裁判所は、関係人のどのような主張にも拘束されない(第一章第一節(2)を参照)。

しかし、裁判所は、事実関係を包括的に解明できる調査機関を有しないのであるから⁸⁵、職権探知主義とはいえ、実際にはすべてを調査することができないわけではなく、裁判所の探知にも限界が存在する。関係人は、事実の主張及び証拠方法の申立てによって裁判所の解明を可能とすることができる限り、これに向けて協力しなければならない。とりわけ、関係人の高度に個人的な生活領域に関わる事由であって、かつ裁判所が容易に知りえないような事由に関しては、裁判所は、事実と合致する裁判をするためには関係人の協力に頼らざるを得ないのである。この関係人の協力義務は、FamFG28条⁸⁶ 1項で規定されている裁判所の義務によって補充されてい

84 BT-Drucksache 16/6308 S.186.

85 Münchener, § 27Rn.3 (S.202)

86 FamFG28条【手続指揮】は、「

(1) 裁判所は、関係人が適切な時期に裁判の基礎となるすべての事実について陳述し、不十分な事実の陳述を補充するように促さなければならない。裁判所は、法的観点につき関係人と異なる評価をし、その法的観点を裁判の基礎と

る。その裁判所の義務とは、すなわち、適切な指摘と命令（Auflagen）によって、関係人が自ら決定的な事実関係について完全に解明することを目指すものである⁸⁷。さらに、協力義務が認められる理由は以下の通りである。すなわち、裁判上重要な事実関係というのは、通常、裁判所よりも関係人の方が明白により詳細に把握しており、かつ、関係人は事実関係の探知の際に莫大な費用をかけることなく補助することが可能であるから、裁判所を補助すべきであると考えられている⁸⁸。関係人の主張は、裁判所が探知を実施し、探知を拡大するための手掛りとなるという点で意味を持つのである⁸⁹。これを踏まえて、FamFG27条１項に関係人の協力義務の規定が設けられたと考えられる。

この観点から、26条の職権探知主義と27条の関係人の協力義務の規定は、相互に補充し合う関係に立っており⁹⁰、職権探知主義の適用される領域において、関係人に協力義務を課すことは職権探知義務と矛盾せず、これらは両立する関係にあると考えられている⁹¹。職権探知義務と協力義務とが

ゝする場合には、関係人に対してその法的観点を指摘しなければならない。

（２）申立てによって開始される手続においては、裁判所は、方式上の不備を是正し、事案に即した申立てがされるようにも努めなければならない。

（３）裁判所は、前２項による釈明をできる限り早期に与えるとともに、その旨を記録しなければならない。

（４）裁判所は、期日及び〔関係人〕本人の審問につき、記録を作成しなければならない。予期される記録の分量、事件の困難性その他重要な理由に基づいて必要である場合には、記録調書のために、裁判所事務課の文書作成官の立会いを求めることができる。記録には、期日及び本人審問の経過の主要部分が記載されなければならない。記録の作成は、第14条第３項に定める方式により情報媒体に記録する方法によってすることができる。」と規定している（「仮訳」24頁以下）。

87 Bahrenfuss, FamFG, § 27Rn.3 (S.396)

88 Münchener, § 27Rn.1・3 (S.202)

89 Prütting, FamFG, § 26Rn.25 (S.243)

90 Münchener, § 27Rn.2 (S.202)

91 Prütting, FamFG, § 26Rn.25 (S.243)

両立する関係にあることの理論的説明については、第五章で検討する。

第一項 法的性質

関係人の協力義務というからには、その法的性質をどう考えるのが問題となる。

関係人の協力「義務」か、協力「責任」なのかについては、文献上は協力「義務 (Mitwirkungspflicht)」⁹²とするものが多いが、協力「責任 (Mitwirkungslast)」⁹³という言い方をしているものも少なくない。協力「義務」か「責任」かについては、Lent⁹⁴の有名な議論があるところではあるが、学説は、協力義務と協力責任との明確な区別をすることを棚上げしているように思われる。これは、いずれの用語を用いたとしても制裁の点で結論が変わることはないことに拠るのであろう⁹⁵。いずれにしても、立法理由書及び多数の論者は、協力「義務」と考えているので、本稿では協力「義務」の用語を用いる、ただし、引用する文献が協力「責任」の用語を

92 Mitwirkungspflicht = 協力義務を使っている見解としては、Bärmann, FG, § 15 S.106, Musielak/Borth/Grandel, Familiengerichtliches Verfahren 1.und2. Buch, 5.Aufl., 2015 [zitiert: Musielak,FG], § 27 S., Keidel, FamFG, § 27R.1 (S.415), Brehm, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 2009 [zitiert:Brehm, FG], § 10Rn.23 (S.140), Prütting, FamFG, § 27 · Rn.1 (S.255), Bork/Jacoby/Schwab, FamFG Kommentar, 2013 [zitiert: Bork/Jacoby/Schwab, FamFG], § 27 · Rn.1 (S.114) がある。

93 Mitwirkungslast = 協力責任を使っている見解としては、Münchener, § 27Rn.3 (S.202), Bahrenfuss, FamFG, § 27Rn.1 (S.395) がある (但し、Rn.2以下では協力「義務」の用語を使用している)。この条文が真正の義務付け規定として確立したものと断言できないが、このような議論が生じるのは立法理由書に由来しているものと思われる。

94 Friedrich Lent, Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß, ZJP 67 (1954),344 (345)

95 Kollhosserは、「協力期待 (Mitwirkungserwartung)」か「協力義務 (Mitwirkungspflicht)」かについて議論し、協力義務と協力責任との間の性質上の差異は、制裁によっては見い出せないとしている (Kollhosser, S.145)。

用いている場合にはそのまま翻訳することにする。

関係人の協力義務の法的性質の議論の中で、義務というからにはこれに違反した場合に、制裁が課されなくても、それを義務ということが出来るのかといった議論があり得るところである。Kollhosserは、協力義務について、その法的概念については二つの見解があることを紹介している。一つ目は、義務であるのだから、それに逸脱する行為に対しては、何らかの方法による制裁を課そうとするものであり、制裁の概念と結び付けて考えるという見解である。二つ目は、制裁に左右されず、評価によって決定されるというもので、義務であっても、制裁の概念を必ずしも含む必要はないという見解である。Kollhosserは、「義務」と「義務ではないこと」との線引きについて、すべての手続において問題となるものであると捉えて、法的義務といった場合、制裁規定がなくても一応義務であると考えており、効果や制裁とは切り離して考えている。

協力義務の性質論については、Soll規定であることから、制裁を伴わないが、その性質は法的義務ではあるが、一般的な責務にとどまらないと考えられている。但し、協力義務は、履行強制可能な性質のものではない。以上のような意味において、27条は、関係人に対する義務付け規定と解されている⁹⁶。

第二項 適用領域

どのような場面において、関係人に協力義務が課せられるのかといった

96 Münchener, § 27Rn.7 (S.203), Prütting, FamFG, § 27Rn.5・6 (S.256f.) では、「27条1項は、任意の協力というのを越えて関係人の協力義務を強制的規定であることを明らかにしている。法律で規定されている文言の『sollen』というのは、制裁がない強制的な規定と解さなければならない。個別には、裁判所が関係人に事実主張すること及び証拠方法を示すことを要求することができる。このことと強く関連するのは、狭義の関連で関係人に真実義務と完全陳述義務を義務付けている27条2項の規定である。」として、FamFG27条1項を同2項の真実義務とセットで考えている。

適用領域が問題となる。

FamFG 1 条によれば、この法律は家庭事件及び連邦法が裁判所の管轄とした非訟事件の手續について適用される。このうち「何が非訟事件であるかについては、手續の対象の多様性から一般的な定義はできず、したがって、法律による割り振りのみによって定まる。」とされている⁹⁷。FamFGの対象とする家庭事件とは、1. 婚姻事件、2. 親子関係事件、3. 血縁関係事件、4. 養子事件、5. 婚姻住居事件及び家財事件、6. 対暴力保護事件、7. 年金調整事件、8. 扶養事件、9. 夫婦財産制事件、10. その他の家庭事件、11. 同性パートナー関係事件のことをいう (Fam-FG111条)⁹⁸。これらの家庭事件は、婚姻事件 (同121条)⁹⁹、家庭争訟事件 (同112条)¹⁰⁰、及び、通常の家家庭事件の三つに分類される。

条文の組み立て方としては、関係人の協力義務の規定は職権探知義務とセットで考えられている、そのため関係人の協力義務と裁判所の職権探知主義の範囲とは基本的に一致すると考えられている。したがって、関係人

97 「仮訳」1 頁。なお、本論文では、非訟事件の定義については取り上げない。

98 「家庭事件及び非訟事件の手續に関する法律」1 頁。

99 婚姻事件とは、1. 離婚 (離婚事件) 2. 婚姻の取消し 3. 関係人間における婚姻関係の存否の確認を目的とする手續をいう (FamFG121条)。離婚又は婚姻の取消の手續においては、従来から制限的職権探知主義が採られていた。FamFG127条 2 項によれば、「離婚の手續又は婚姻取消しの手續において、関係人によって主張されていない事実は、婚姻の維持に資するものとして適する場合又は申立人が異議を述べない場合にのみ、これをしん酌することができる (「家庭事件及び非訟事件の手續に関する法律」7 頁以下)。」として、片面的職権探知主義が維持されている。

100 FamFG112条によれば、家庭争訟事件とは、「1. 第231条第1項の規定による扶養事件並びに第269条第1項第7号及び第8号の規定による同性パートナー関係事件、2. 第261条第1項の規定による夫婦財産制事件及び第269条第1項第9号の規定による同性パートナー関係事件、3. 第266条第1項の規定によるその他の家庭事件及び第269条第2項の規定による同性パートナー関係事件」である (「家庭事件及び非訟事件の手續に関する法律」1 頁)。
ドイツでは、日本においては人事訴訟の対象となる事件も家庭事件として FamFGの領域で扱われることに注意する必要がある。

の協力義務の射程範囲は、裁判所の職権探知義務の範囲と対応しており¹⁰¹、婚姻事件及び家庭争訟事件を除き、職権探知主義の適用される領域では、すべての事件において適用される。

なお、婚姻事件及び家庭争訟事件では、特別の定めのある場合を除き、職権探知主義及び関係人の協力義務の規定は適用されず（同113条１項１文）¹⁰²、同113条１項２文によりZPOの総則規定及びラント裁判所の手続についての規定を準用することが明記されている¹⁰³。これらの事件では、民事訴訟で支配的な当事者提出主義（Beibringungsgrundsatz、日本でいうところの弁論主義）が妥当し、不足のある事実陳述（Lückenhafter Sachvortrag）については、ZPO138条２項ないし４項が準用されることから、訴訟上の効果がもたらされる¹⁰⁴。

但し、FamFG112条により家庭争訟事件に分類される扶養事件（同231条１項）ではあるが、扶養料算定に関しては、個別の特別の規定により、関係人及び第三者の情報提供義務が定められている（同235条¹⁰⁵、236

101 Münchener, § 27Rn.4 (S.202)

102 FamFG113条【民事訴訟法の規定の適用】は、「（１）婚姻事件と家庭争訟事件には、第２条から第37条まで、第40条から第48条まで及び第76条から第96条までの規定を適用しない。民事訴訟法の総則規定及び地方裁判所の手続についての規定を準用する。」と規定している（「家庭事件及び非訟事件の手続に関する法律」１頁以下）。

103 Prütting, FamFG, § 27Rn.4 (S.256), Kleidel, FamFG, § 27 Rn.2a (S.416)

104 Bahrenfuss, FamFG, § 27Rn.2 (S.396) の“Lückenhafter Sachvortrag”は、陳述自体に欠缺のあることを意味していると思われる。

105 FamFG235条【関係人の手続法上の情報提供義務】は、「

（１）裁判所は、それが扶養料の算定のために重要である限りにおいて、申立人及び申立ての相手方が、その所得、財産、又はその個人的及び経済的事情について情報を提供すること、並びに、一定の証拠資料を提出することを、命じることができる。裁判所は、情報が真実に適合し完全であることにつき、申立人及び申立ての相手方が書面で保証することを命じることができる。この保証は、代理人によってなすことはできない。第１文又は第２文による命令によって、裁判所は相当な期間を定めなければならない。同時に、裁判所は、第３項による義務負担及び第236条から第243条第２文第３号までにより生じうる効果を

条¹⁰⁶ 参照)¹⁰⁷。それに加えて、婚姻事件においては、行政官庁又は第三者の協力について優先的にFamFG129条¹⁰⁸が妥当する¹⁰⁹。

ㄨ 指示しなければならない。

(2) 関係人の一人がそれを求め、かつ、他の関係人が手続の開始前に民法の諸規定によれば存在する情報提供義務に反し、相当な期間内に要請に従わなかった場合は、裁判所は、第1項による措置をとらなければならない。

(3) 申立人及び申立ての相手方は、手続中に第1項による命令の対象であった諸事情が本質的に変更したときは、要請がなくとも裁判所に通知する義務を負担する。

(4) 本条による裁判所の諸命令は、独立して不服を申し立てることはできず、かつ、強制手段によって貫徹することはできない。」と規定している（「家庭事件及び非訟事件の手続に関する法律」54頁以下）。

106 FamFG236条【第三者の手続法上の情報提供義務】は、「

(1) 関係人が、第235条第1項による義務負担を、そのために定められた期間内に履行しない場合、又は完全に履行しない場合は、裁判所は、それが扶養料の算定のために重要である限り、所得額についての情報、及び、一定の証拠資料を以下の者に求めることができる。1. 雇用者、2. 社会保険給付者、及び、芸術家のための社会保険組合、3. 老齢及び労働能力減少の際の年金給付並びに填補及び障害補償のための給付を支払うその他の者もしくは官署、4. 保険会社、又は5. 財務官署

(2) 裁判所は、第1項の要件が存し、かつ、他の関係人がそれを求めるときは、第1項による措置をとらなければならない。

(3) 第1項による命令は、関係人に通知されなければならない。

(4) 第1項に挙げられた者及び官署は、裁判上の命令に従う義務を負担する。

民事訴訟法第390条は、行政官庁が関わらない限り、準用される。

(5) 本条による裁判所の諸命令は、関係人のために独立して不服を申し立てることはできない。」と規定している（「家庭事件及び非訟事件の手続に関する法律」55頁）。

107 扶養料算定に関して、特別な規定を定め、関係人の情報提供義務を規定しているのは、裁判所は後見的作用から所得を正確に把握する必要がある、その目的を達成するために、両配偶者に義務を課すことで実現しようとしているが、一方で、所得に関する資料の提出は関係人に求めることが低コストで事案の早期解明に繋がり合理的であるとの発想があるものと思われる。関係人が、FamFG235条に従わなかった場合には、同243条が適用されることとなる。これは、通常の民事訴訟法の規定よりも重い制裁が課されているといえる。

108 FamFG129条【行政官庁又は第三者の協力】は、「

(1) 管轄する行政官庁が婚姻の取消しを申し立てるとき又は民法第1306条に

非訟事件においては、申立事件でも職権開始事件¹¹⁰のいずれでも、FamFG27条1項の関係人の協力義務が妥当する¹¹¹。関係人の協力義務は、一定の手続に限定されず¹¹²、真正訴訟事件¹¹³だけでなく、その他の申立手続、職権で開始すべき手続¹¹⁴においても認められている。

本論文では、事件の種類として家庭事件に対象を絞り、関係人の協力義務を説明する上で必要な限りでのみ、非訟事件についても触れることにする。

ㄨ 違反する場合に第三者が婚姻の取消しを申し立てるとき、申立ては、夫婦の双方に対してなされなければならない。

（２）民法1316条1項1号の場合において、夫婦の一方又は第三者が申立てをしたときは、申立てについて管轄する行政官庁に通知がなされなければならない。この場合、管轄する行政官庁は、自ら申立てをした場合でなくても、手続を進行し、特に、独立して申立てをなし、上訴を提起することができる。第1文及び第2文は、関係人間の婚姻関係の存在又は不存在の確定を求める申立ての場合に準用する。」と規定している（「家庭事件及び非訟事件の手続に関する法律」8頁以下）。扶養料事件では、FamFG235条により、関係人の手続法上の情報提供義務が認められている（Keidel, FamFG, § 27Rn.2a (S.416)）。

109 Kleidel, FamFG, § 27Rn.2a (S.416)

110 職権開始事件には、例えば、扶養権に関するBGB1666条、1667条、1672条などがある。法律上申立てについての個別の規定がない場合には、いつでも裁判所は職権で開始してもよいとされている（Brehm, FG, § 10Rn.3 (S.134)）。さらに、FamFG87条【〔執行の〕手続・抗告】1項において、「職権で開始されうる手続においては、職権で執行を開始し、違反行為の場合に取られるべき執行方法を定める。」（「仮訳」82頁）と規定されており、裁判所が手続を職権で開始できる場合には、職権による執行を義務付けている（Brehm, FG, § 2Rn.14 (S.61)）。FGGでは、「非訟事件において誰のイニシアティブに基づいて執行が開始されるかについての規定を欠いており、執行規定の適用に問題を生じてい」たところであるが（「仮訳」82頁）、FamFG87条1項に規定が置かれたことで問題は解消された。

111 Münchener, § 27Rn.6 (S.203)

112 Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, § 27Rn.2 (S.114)

113 Vgl. BGH NJW 2001,1212 (1214), BGH NJW-RR 2004,710

114 FamFG24条【手続〔開始〕の申請】1項は、「第三者の申請に基づいても、職権による手続を開始できることを明確化したものである」と規定している（「仮訳」22頁）。

第三項 適用段階

関係人の協力義務は、各手続段階における手続の終結まで存在するものである。申立事件においては、申立段階でも自己に知られている事実の提示は必要である（FamFG23条1項1文）¹¹⁵。また、関係人の証拠提出義務は、手続の終結まで存在し、抗告手続並びに法律違反を理由とする抗告手続においても存在する¹¹⁶。さらに、関係人の証拠提出義務は、手続費用扶助（FamFG76条以下）による許可についての手続のような別個の手続においても、仮の命令手続（同49条以下）並びに執行手続（同86条以下）にも妥当する。関係人の主張に対する除斥期間は存在しないので¹¹⁷、たとえ一番で沈黙を続けた関係人が抗告審において、はじめて証拠を提出したとしても、裁判所はその資料を却下することはできない。ただし、一番において関係人がこの証拠申出をすることが可能だった場合には、FamFG81条2項4号にしたがって、協力義務違反により手続を遅滞させたとして関係人に裁判費用を負担させることができる¹¹⁸。

第二節 協力義務の範囲

関係人の協力義務の具体的な射程範囲というものは、裁判所の職権探知義務の範囲と対応関係にある。関係人の協力の範囲は、何が裁判上重要な事実、必要な陳述、及び関係人の協力可能性であるかといった点に基づき

115 FamFG23条1項1文は、申立人の協力義務を具体化であり、ZPO130条、131条に沿うものである。手続をできるだけ早い段階で構造化し、適切に促進するために、申立人は、申立ての理由付けも具体化しなければならない。但し、Soll規定であるので、理由付け義務の不履行が申立ての不適法却下をもたらすわけではない（「仮訳」21頁）。条文については、前掲（注10）を参照されたい。

116 Kleidel, FamFG, § 27Rn.4 (S.416)

117 Kleidel, FamFG, § 27Rn.4 (S.416f.), 日本的人事訴訟でも、時期に遅れた攻撃防御方法の却下の規定は、除外されている（人事訴訟法19条1項）。

118 これについては、「第三章 協力義務違反の効果」のところで詳しく述べる。

制約を受ける¹¹⁹。したがって、関係人が、第三者に報酬を支払って得ないといけなような協力を要求することはできない¹²⁰。関係人の協力義務は、裁判所が具体的にどれほど協力を頼りにしていたかに比例して増大する¹²¹。とりわけ、関係人の協力がなければ事案解明ができないような関係人のプライベートな領域での事実の経過が調査対象となっているといような場合には、関係人の協力が強く求められる¹²²。

関係人の協力義務の範囲は、それぞれの手続の種類によって異なり、当該事件の関係人の能力（Möglichkeiten）に左右される。たとえば、監護手続¹²³では、人的観点からいっても、保護を必要とする関係人（例えば未成年者）には、行為能力のある成人よりもわずかな協力しか期待できないからである¹²⁴。しかし、このような手続であっても、関係人の協力義務がなくなるという訳ではない。これに対して、真正訴訟事件では、古典的な監護手続（例えば、後見事件、収容事件）よりもよりいっそう高度な協力を要求することは許されている¹²⁵。そのため、真正訴訟事件では、職権探知主義は制限され、裁判所が事案解明を積極的に行うという局面は狭い。

119 Münchener, § 27Rn.4 (S.202)

120 Bahrenfuss, FamFG, § 27Rn.7 (S.397)

121 Prütting, FamFG, § 27Rn.5・7 (S.256f.), Kleidel, FamFG, § 27Rn.3 (S. 416), Münchener, § 27Rn.4 (S.202)

122 Kleidel, FamFG, § 27Rn.3 (S.416) では、例として証拠方法としての外国の資料の原本提出の場合がこれに該当するとされている (FamRZ 2012,1233)。Bahrenfuss, FamFG, § 27Rn.11 (S.399); FGPrax 2002,52 (54)

123 監護手続とは、親子関係事件 (FamFG151条)、養子事件 (同186条)、世話事件 (同271条)、遺産事件 (同342条 1 項)、分割事件 (同342条 2 項)、登記手続、会社登記手続、証書事件、自由剥奪事件 (同415条)、及び公示手続である。

124 Bahrenfuss, FamFG, § 27Rn.4 (S.396)

125 第一章第一節で確認したように、真正訴訟事件については、FGGの下でも関係人に協力義務があるということについて、学説上も疑いがもたれていなかったところである。Kleidel, FamFG, § 27Rn.3 (S.416), Bahrenfuss, FamFG, § 27Rn.4 (S.396)

関係人の協力義務は、職権探知主義の領域を越えてはならず、かつ、一般的人格権の重大な侵害があるところで終了する¹²⁶。たとえば、保健所による関係人の精神病の検査の命令は不適法であり¹²⁷、関係人が当該命令を拒んだとしても、協力の履行を強制することはできない。なぜなら、協力の強制は、関係人の憲法上保障されている意思の自由と合致しないからである¹²⁸。それゆえ、27条は、関係人に、身体的又は精神的な検査の命令に対する協力を義務付けるものではない。したがって、本人申立の世話事件においては、医師の診断書の提出は要求されない¹²⁹。

関係人の協力義務の範囲については、要求されている証明が申立人の私益にのみ関わるものであり、類型的にその者にとって容易であり、かつ期待可能性がある場合に協力義務が及ぶ。反対に、申立人にとって著しく困難であるか又は全く可能性といった場合には、協力義務が及ばなくなると解される¹³⁰。

第三節 協力義務の内容

関係人の協力義務とは、どのようなものかについて、まず、具体的な協力義務の内容を掴むため明文規定のあるものについて説明する、次に、若干の裁判例を素材として、協力義務の内容についての一般的な理解を示すとともに、判例上確立したといえる協力義務の具体的内容を抽出する。

第一項 明文規定のあるもの

協力義務の内容が個別の特別規定によって、その具体的な内容が明らか

126 OLG Nürnberg FamRZ 2014,677., Prütting, FamFG, § 27Rn.5a (S.256)

127 OLG Stuttgart OLGZ 1975,132 ; Brehm, FG, § 10Rn.25 (S.141)

128 Prütting, FamFG, § 27Rn.6 (S.257)

129 BGH Beschluss v. 2.2.2011-NJW2011,1289

130 Kollhosser, S.142f., 有紀・前掲（注6）18頁以下を参照した。

になっているものもあるので、その例をいくつか挙げる¹³¹。

FamFG206条¹³²は、財産分与手続における財産目録の提出、それに関する主張もしくは他の関係人の主張に対する態度表明、及び、一定の証拠提出などを義務付けている。

FamFG220条¹³³では、年金権調整事件における情報提供義務¹³⁴につい

131 Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, § 27Rn.5 (S.115)

132 FamFG206条【家財事件に対する特別規定】は、「

（1）家財事件において、裁判所は、夫婦のそれぞれに以下のことを命じ、かつ、そのために相当な期間を定めることができる。

1. その者が分配を求める家財に属するものを挙示すること

2. その厳密な名称を含む家財に属するすべてのものの目録を提出すること、もしくは、提出された目録を補充すること

3. 一定の諸事情について自己の立場を説明すること、自己の挙示を補充すること、もしくは、他の関係人の主張に対して立場を表明すること、又は、

4. 一定の証拠を提出すること

（2）第1項に定める期間の経過後に初めて持ち出された諸事情は、裁判所の自由な確信によれば、それによって手続の処理が遅滞しないとき、又は、その夫婦が遅滞につき十分に免責されるときにのみ、顧慮することができる。

（3）夫婦の一方が第1項に定める命令を遵守しないとき、又は、第2項によって諸事情を顧慮することができないときは、裁判所は、その限りにおいて、事実関係のさらなる解明のための義務を負担しない。」と規定している（「仮訳」43頁以下）。

133 FamFG220条【手続法上の情報提供義務】は、「

（1）裁判所は、年金期待権の根拠及び額について、第219条によって参加すべき者及び年金保険者、ならびに情報を与えるその他の官署に対して、情報を求めることができる。

（2）裁判所が〔照会〕書式を送付する場合は、この書式が情報〔提供〕の際に用いられなければならない。前段は、年金保険者の自動的に作成された情報については適用しない。

（3）裁判所は、夫婦又はその遺族もしくは相続人が、年金保険者に対して年金調整に含まれるべき年金期待権の確定に必要な協力的行為を提供すべきことを、命じることができる。

（4）年金保険者は、整然かつ追試可能な算定を含む年金調整法第5条により必要とされる価値及び分割のために基準となる諸規律を通知する義務を負担する。裁判所は、職権又は関係人の申立てにより、年金保険者に対し、価値算出の細目を明らかにするように求めることができる。➤

て規定している。

FamFG220条の構成としては、まず1項で、裁判所が年金に関する情報を年金支給者等に求めることができるとし、2項では、前項の場合に裁判所から送付された申告用紙を利用する必要があることについて定めており、3項では、裁判所が夫婦もしくは相続人らに対して必要な協力行為を求めることができると定め、4項では、年金保険者の算定基準を通知する義務について、及び、裁判所が年金保険者に対し価値算出の明細を求めることができること、これに加えて、5項では裁判所の命令に従うことが義務付けられている。この手続法上の情報提供義務は、26条及び27条の義務から生じ、かつ、客観的な状況と合致する裁判並びに恩給等の配分与に関する手続の促進といった目的に寄与するために、婚姻期間中に取得した請求権に関する情報を与えることを規定したVersAusglG4条により、夫婦の義務とは独立して存在している¹³⁵。

年金権調整事件では、関係人の一方が婚姻期間中の年金期待権の確定にとって必要な協力行為をしないことによって、手続が遅延するという事態がしばしば起こっていると指摘されているところである¹³⁶。具体的な協

「(5) 本条に掲げる者及び官署は、裁判所の諸要請及び諸命令に従う義務を負担する。」と規定している(「仮訳」48頁)。

134 年金調整事件についてFamFG220条3項で規定されている協力義務の範囲は、調整すべき請求権の確定を必要とするすべての措置に適用される(Musielak, FG, § 220Rn.9 (S.593))。

135 Musielak, FG, § 220Rn.12 (S.593)

136 Michael Cirullies, Sanktionsmöglichkeiten im Versorgungsausgleichsverfahren bei fehlender Mitwirkung der Beteiligten, FamRZ 2012,157では、いかに制裁を課して必要な情報を取り出せるかということに焦点を当てて、その方法が検討されている。Cirulliesによれば、裁判所が簡単に調査できる場合、例えば、年金権調整事件等において、年金額を調査すること(年金庁や雇用主などに問い合わせるという方法が考えられる)は裁判所にとって容易であろう。しかし、この場合には、関係人が情報提供をしなければならないという個別の法律があるので、そちらが優先される。

力義務の内容が明らかなケースとしては、年金権受給事件がある。ここでは、裁判所または官庁が、年金を受給する資格を有していることを示す資料等（年金記録や医師による健康診断書、または健康診断に応じることなど）を関係人に提出するように促した場合であり、かつ、関係人がこれに応じることが期待可能であるような場合に、これに応じなければ、当該関係人は年金を受給できない可能性がある¹³⁷。

FamFG285条¹³⁸では、世話処分書面又は予防的代理権の委任状の写しの提出が義務付けられている。

FamFG352条¹³⁹ 3項は、相続証書付与手続において、法定相続人として相続証書付与の申立てをする者に一定の文書による証明を義務付けている。ここでも、職権探知主義が基本的に妥当するが、同項の規定により申立人の手続促進義務（Verfahrensförderpflicht）によってそれが制限されている。これによれば、申立人が義務付けられた協力義務を履行しない場合には、裁判所は、職権探知主義にもかかわらず、職権探知を義務付けられず、

137 このように、受給行政の場合には、関係人の協力義務違反が、受給権を得られないという効果と結びつく。

138 FamFG285条【世話処分書面又は予防代理権の委任状の写しの提出】は、「民法第1901a条の場合、同条に掲げられた書面の引渡し又は提示は、決定により命ずる。」と規定している（「仮訳」80頁以下）。

139 FamFG352条【相続証書付与の申立てにおける表示：正当性の証明】は、相続証書付与手続において、FamFG23条の手続開始の申立てに関する一般的な規定について、特別法として、申立人の協力義務として相続証書付与の内容及びこれに関する正当性の証明について明確な法律上の基準によって具体化するものである。この規定は、手続の促進の目的だけでなく、できるだけ瑕疵を回避することをも目的とするものである。同条1項において、法定相続人として相続証書付与の申立てをする者は、被相続人の死亡の日時（1号）、被相続人の最後の常居所及び国籍（2号）、申立人が相続権を基礎づける関係性（3号）、死因処分等の有無（5号）、相続権について係争中であるか否か（6号）等といった事項について申立書の中で表示しなければならない、と規定している。同2項では、死因処分に基づく被相続人の任意の相続が存在する場合について、申立人が申告しなければならない事項を規定している（Vgl. Münchener, § 352Rn.5・6 (S.2525)）。

申立を却下する権限が与えられている¹⁴⁰。

同項3文は、申請者に宣誓に代わる保証の交付を課している。すなわち、申立人は、被相続人が死亡の時点で剰余共同制（Zugewinngemeinschaft）という財産状態にあったということを証明しなければならない。さらに、申立人は、分配財産で生活していることの証明、及び、前1項・2項にしたがってその他の必要な申立ての証拠について、申立人は、遺産裁判所あるいは公証人の面前で、表示の正当性に反することを知らなかったということを宣誓しなければならない。申立人がその証明を拒んだ場合には、遺産裁判所はさらなる探知をする必要はなく、かつ申立人の相続証書付与の申立てを却下することが許される。なぜなら、申立人は、宣誓に代わる保証を容易に負担し得るのであるから、遺産裁判所のさらなる調査を実施するよりも容易であるからである。したがって、申立人の宣誓に代わる保証の拒絶は、職権探知義務の範囲が制限されるという結果をもたらす¹⁴¹。この相続証書付与手続は、監護手続に分類されるが、申立てによってのみ手続が開始するものである¹⁴²。相続資格に関して、「被相続人が有していた権利・義務（相続財産）は、相続開始とともに、相続人に包括的かつ直接移転する（Gesamtrechtsnachfolge）。相続人は、遺産裁判所に申し立てて、相続人の相続権や相続分について証明書（相続証書。§§2353-2370）を発行してもらうことができる。相続証書は、相続人が遺産に属する土地や不動産物権を登記する際や遺産について銀行等と取引

140 Bahrenfuss, FamFG, § 352Rn.17 (S.2319)

141 OLG Frankfurt Beschluss v.10.2.2011 – NJW-RR 2011,1516 (1517)：本件では、相続証書付与の申立人が、BGB旧2356条2項（現行FamFG352条3項2文）の相続証書手続における「宣誓に代わる保証」の交付を正当な理由なく拒絶した場合には、FamFG27条の協力義務違反となり、遺産裁判所は、さらなる探知をする必要はなく、かつ本件申立を却下することが許されるとした事例である。本件では、その結果として、相続証書が付与されないことにより、相続が開始されないという不利益を申立人が負うこととなった事例である。

142 Brehm, FG, § 2Rn.12 (S.60)

する場合に、その提示が求められる¹⁴³。」と言われている。このことから、相続人は、相続証書を付与してもらう必要がある¹⁴⁴。裁判所が交付した相続証書がなければ、実際には相続が開始されないのである。相続証書付与手続では、たとえば、被相続人の遺言能力の有無、遺言書（公正証書遺言を含む）の署名の真正性、遺言の無効確認等が争点となる。

さらに、FamFG358条¹⁴⁵の遺言の提出強制がある。BGB1640条では、財産目録の提出について規定しており、同1839条では後見人の情報提供義務を規定している。

これらの明文規定では、関係人に一定の証拠提出義務を課している。このような協力を拒絶した場合には、裁判所の職権探知義務は制限されるのである¹⁴⁶。これらの規定から、各事件において提出の義務付けられている証拠が、①当該事件において核となる証拠であることが関係人の目にも明らかであること、かつ、②容易に提出することが可能であるもの（期待可能性）という要件がある場合には、協力義務が認められるといえそうである。

第二項 裁判例

143 大村敦志監修「各国の相続法制に関する調査研究業務報告書」1頁〔浦野由紀子〕（<http://www.moj.go.jp/content/001128517.pdf>、2018年11月16日閲覧）。

144 BGB2353条【Zuständigkeit des Nachlassgerichts, Antrag（遺産裁判所の管轄、申立）】は、「遺産裁判所は、申立に基づき、相続人が遺産の一部だけを相続する権限を有する場合には、相続人に相続権と相続分の大きい者に対して証書を付与しなければならない（相続証書）。」と規定している。

145 FamFG358条【遺言の提出の強制】は、「民法第2259条の場合には、遺言の提出の命令は、決定により行われる。」と規定している（『仮訳』113頁）。

146 Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, § 27Rn.7.1 (S.116) では、FamFG352条3項3文の宣誓に代わる保証の交付の協力義務違反を例に挙げ、「最終的には限界は証明妨害の原則から生じうる。しかし、このことは、関係人が信義則に反して確定責任を負う者の立証を妨げたことを前提している。」として、証明妨害の理論から導かれることを示している。

本項では、どのような局面で関係人の協力義務が問題となるのか、また、その要件は何かについて概観する。裁判例の詳細については、第四章の「協力義務違反により職権探知の限界を認めた裁判例」を検討する際に述べることとし、ここでは、一般的な注釈にとどめておく。

協力義務とは、職権探知主義の下でも、関係人は、可能な限り、自己の知っている事実を陳述し、さらに適切な証拠方法を示すか、あるいは、書面による資料を提出することによって、裁判所がどの方向に探知を実施すべきであるかを示すことによって、裁判所による事実関係の解明に協力しなければならないとされている¹⁴⁷。関係人が、証拠方法を示すことによって裁判所の解明を可能にするような手掛かりを与えることが可能な状態にある限り、関係人には協力義務があるといえる¹⁴⁸。関係人の協力とは、関係人に協力可能なことに限られるので、知らないことまでも報告することを義務付けるものではない¹⁴⁹。もちろん、法律は、関係人が自己に不利な事実を陳述することまでも要求するものではない¹⁵⁰。事実がすでに裁判所の側で調査されているか、あるいは、第三者によって手続に導入されている場合には、関係人による再度の主張の必要はない¹⁵¹。裁判所がすでに確信を得ている事実に基づき裁判をすることができる場合¹⁵²にのみ、協力義務は、職権探知義務と対応してそこで終了する¹⁵³。

147 Musielak, FG, § 27Rn.1 (S.87f.), Kleidel, FamFG, § 27Rn.3 (S.416)

148 BT-Drucksache 16/6308 S.186., Kleidel, FamFG, § 27Rn.3 (S.416)

149 Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, § 27Rn.5 (S.115)

150 Prütting, FamFG, § 27Rn.5 (S.256)

151 Münchener, § 27Rn.4 (S.202)

152 NJW-RR 1991,1285 (1286) では、相続証書手続において、裁判所の職権探知義務の範囲が問題となった。ラント裁判所は、第一審の証拠調べの結果、争点となっていた1980年7月10日の遺言書作成の時点における被相続人の遺言能力の有無について、遺言能力はなかったという心証に達しており、基準時にその確信を得ていたので、遺言能力の肯定についてさらなる間接証拠を再調査する必要はないとして、職権による事実関係の解明義務違反 (FGG12条) は存在しないと判示した。

以上が、抽象論であるが、これだけでは具体的な協力義務の内容がよくわからないところもあるので、実務上よく問題となる遺産事件¹⁵⁴における相続証書付与手続及び分割事件¹⁵⁵をもとに、判例上確立したといえる協力義務の具体的内容を示す。

裁判例によれば、相続証書付与事件において公正証書遺言の遺言者の真の意思が明確でないという事案で、例えば、公正証書遺言を作成した公証人が当該遺言作成の過程についての情報を提供できる状態にあるといった、①関係人は詳細な陳述によって事実関係の解明に協力すること、及び、②その解明についての成功の見込みを提示すること、といった二つが関係人に課される義務であるとしている¹⁵⁶。つまり、関係人の協力といった場合には、証拠提出レベルだけではなく、主張レベルでの協力も必要であると解されている¹⁵⁷。さらに、関係人が証拠調べに関して職権探知の発動

153 Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, § 27Rn.7.2 (S.116)

154 遺産事件とは、①死因処分の特別の公の保管〔die besondereamtliche Verwahrung〕、②遺産の保全（遺産保護を含む）、③死因処分の開封、④相続人の搜索、⑤遺産裁判所に対してなされるべき意思表示の受領、⑥相続証書、遺言執行者証明書、その他遺産裁判所により交付されるべき証明書、⑦遺言執行、⑧遺産管理、⑨その他法律により遺産裁判所の職務とされている職務〔Aufgabe〕、などの事項に関わる事件をいう（FamFG342条1項）。

155 分割事件とは、①裁判所が、遺産分割、並びに、夫婦財産共同制、同性パートナー関係財産共同制又は継続的財産共同制を終了させる合有財産の分割において遂行しなければならない職務、及び、②土地登記法（GBO）36条及び37条並びに船舶登録法42条及び74条の規定による、夫婦財産共同制、同性パートナー関係財産共同制又は継続的財産共同制に服する合有財産の分割に関する証明書にかかる手続に関わる事件をいう（FamFG342条2項）。

156 BayObLG Beschluss v. 7.9.1992 – FamRZ 1993,366 (367)（裁判例【1】：詳細については、第四章で述べる。）

157 BGH, Beschluss. v. 30.3.2011 – NJW 2011, 2137 = FamRZ 2011,1047：本件では、原告人が主張するB（事件本人を日常的に介護している者）の金銭的困窮を理由に、事件本人の財産を奪取する恐れがあることについての具体的な事由を述べる必要があったところ、原告人はこれをしなかったので、裁判所は探知を行う必要はないとして、申立ては却下された。

を求める場合には、その解明についての成功の見込みがあることの論証が必要であり、これを主張することも協力義務であることに特徴がある。関係人が事案の解明探知についての成功の見込みがあることを示さない場合には、裁判所は探知活動をすることができないのである¹⁵⁸。

なお、重要な証拠の提出を義務付けた判例として、相続証書付与手続において、すでに関係人の手元にある私鑑定書の提出¹⁵⁹、及び、関係人の手元にある自筆証書遺言の原本の提出¹⁶⁰といったものが、先例としての機能を有する。

しかし、協力義務の内容に関しては、個別の規定がない手続がほとんどであり、実際に裁判をしてみないとわからないというものもある。関係人の協力が具体的に規定されていない場合には、どのような具体的な協力が関係人に求められているのかが、関係人に知られている必要がある。とりわけ、協力義務を義務付けられている関係人に不利な裁判をする前には、必ず、裁判所がどのような点について協力を期待していたのかを関係人に知らせなければならないし、協力行為を実施するための期間が設けられる必要がある、場合によっては、相当長く延ばす必要がある¹⁶¹。関係人が協力を拒絶するか、あるいは上記の期間満了にもかかわらず必要な協力行為を提供しない場合、及び、関係人の協力がなければさらなる成功の見込みのある探知のきっかけがない場合には、裁判所は探知義務を十分に果た

158 OLG Köln Beschluss v. 20.12.1993 – FamRZ 1994,1135 (1136) (裁判例【3】: 詳細については、第四章で述べる。)

159 裁判例【3】

160 BayObLG, Beschluss. v. 21.11.2001-FamRZ2002,1291 (1293) (裁判例【4】: 詳細については、第四章で述べる。)では、関係人の手元にある自筆証書遺言の原本を提出することは、関係人にとっては容易なことであり、かつ、これを関係人に期待することは過剰な義務を負わせていることにはならないと解されている (Münchener, § 27Rn.1・3 (S.202))。

161 Bahrenfuss, FamFG, § 27Rn.11 (S.399), KG Berlin Beschluss v.2.12.2008 – FamRZ 2009,1603, NJW 1993,547 (549)

したといえる。その結果、職権探知義務がなくなり、裁判所は、これまで収集した事実関係に基づき裁判をすることができる¹⁶²。

第四節 小括

ここまで見てきた通り、ドイツにおける関係人の協力義務は、実務から発展した議論であり、職権探知主義の下でも関係人には事案解明に協力すべきという考え方がごく一般的に広く受け入れられていることが明らかになった。また、学説もこれに反対するものは見当たらない。ドイツにおいては、協力義務の根拠論についての議論がほとんどなされていないが、これは、職権探知主義であるからすべてを裁判所に任せておけばそれで良いという発想ではなく、事案の解明については裁判所と関係人の共同で行うべきであり、裁判所が知り得ないものについては、関係人が可能な限りこれをすべて提出すべきであるという発想が実務において定着しているからであると推測される。また、戦後は、非訟事件においても関係人に法的審問請求権が保障された反面として、職権探知主義であったとしても、関係人自身の事件であるという発想が強調されたがゆえに、関係人は主体的に行動することが求められ、主張及び証拠提出に関する関係人の権利が保障されることになった。残された問題は、関係人の法的審問請求権が保障される反面として、関係人の協力義務を認めるという考え方になるのかどうかである。これについては、文献上は必ずしも明確ではない¹⁶³。

162 Bahrenfuss, FamFG, § 27Rn.11 (S.399), vgl. OLG Frankfurt Beschluss v. 10.2.2011—NJW-RR 2011,1516 (1517)；必要な宣誓に代わる保証を述べることを申立人自身が拒絶する場合、相続証書付与申立は棄却される。

163 高田昌宏「非訟手続における職権探知の審理構造—新非訟事件手続法・家事事件手続法の制定を契機として—」法曹時報63巻11号2601頁。