

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（２）

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、51巻4号）

第三章 協力義務違反の効果（本号）

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（以下、次号以降）

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

第三章 協力義務違反の効果

前章では、関係人の協力義務の要件を中心に説明した。本章では、FamFGにおいて関係人が協力義務に違反した場合の効果について、どのように考えられているかを概観する。協力義務違反の効果としては、裁判所の職権探知義務が限界を迎えると一般的に言われている。これについては、第四章以下で述べることとし、本章では、協力義務違反の場合に、それにより手続が遅滞した場合には不利な費用負担の原則（FamFG81条）にしたがって間接的な効果を及ぼすことがあること、そして、例外的に強制できる場合があることについて述べる。

第一節 Soll規定とは何か

第一項 意義

FamFG27条は、第一章第六節ですでに述べたとおり、“mitwirken sol-

len”と定めており、このような規定はドイツ法ではSoll規定と言われている¹⁶⁴。

まずは、ドイツ法において、Soll規定とは、どのようなものと捉えられているかについて確認しておく。

Soll規定とは、ドイツの行政法上の行政裁量の概念として発展してきたようである。Soll規定は、一定の作為又は不作為を命じるものであるが、すべての場合に必然的に「しなければならない」というものでもない。Soll規定に関して、行政法上どのように考えられているかについては、次の見解が参考になる。すなわち、「規制権限を発動するか否かについての行政庁の裁量が、いかなる場合に収縮するのが、当該権限の根拠規定の表現から判明することがある。『べき』規定（Soll-Vorschrift）がそれである。『べき』規定というのは、所定の要件が充足される場合には、行政庁は規制権限を発動『すべきである（soll）』と定めるものである。この種の規定は、当該要件が充足された場合、特段の事情が存在しない限り、行政庁に規制権限発動を義務付けるものと解されている。つまり、その場合、原則として裁量が収縮することになる。」と述べている¹⁶⁵。つまり、ある一定の要件が備わっている場合には、行政庁が規制するための権限を発動

164 Keidel, FamFG, § 27Rn.5 (S417)

拙稿「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）」龍谷法学51巻4号2466頁で確認したように、職権探知主義を採用する他の手続法では、VwGO86条1項1文後段、SGG103条1文後段及びFGO76条1項2文では、“die Beteiligten sind dabei heranzuziehen”と規定しており、これはMuss規定と解することができよう。さらに、ArbGG83条1項2文では、“Die am Verfahren Beteiligten haben an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken.”と規定しており、これもMuss規定と解することができる。FamFG27条1項の規定に関して、その草案段階で連邦参議院において、Muss規定の文言で表現されるべきである（BR-Drucks 309/07（Beschluss）S.13.）という意見が出されたのは、同じく職権探知主義を採用するVwGOにおいてMuss規定が採用されていたからではないかと推測される。

165 湊二郎「義務付け訴訟と裁量収縮—ドイツにおける公法上の隣人保護の一断面—」鹿兒島大学法学論集40巻2号（2006年）8頁。

しなければならないのであって、その要件を考慮することが義務付けられていて、それについての裁量の範囲を狭める規定であると理解されているようである。それとは逆に、Kann規定は、してもしなくてもよいと理解されている。

これに対して、Muss規定は、行政法においては裁量の余地のない規定と解されている。すなわち、Muss規定は、ある一定の要件を満たす場合には、「しなければならない」のであって、この意味で裁量の余地はない。したがって、Soll規定のように事例によって柔軟な対応をすることはできない。

他方、本稿で考察対象としているFamFG27条の協力義務の規定については、義務の主体は、関係人であって、行政機関ではなく、行政機関の権限の発動を問題とする局面ではないことから、行為義務を課せられた主体が、その行為を「すべき」なのか、「しなければならない」のかが問題となる。

立法者が、Muss規定を採用しなかった理由は、義務違反の場合の制裁の有無を問題としているのではなく、FamFGにおいては「しなければならない」と一律に協力義務を課すことが適切でない場合もあり、Muss規定では事件の個別の状況に対応できなくなることを懸念してのことである。こうしたことから、立法者は、Soll規定を採用することで、FamFGのさまざまな種類の手続に、ある程度柔軟に対応ができるという理解に立っているようである¹⁶⁶。

第二項 直接的な強制及び制裁の不存在

以上の叙述を前提として、まず問われなければならないのは、関係人が協力を拒んだ場合に、その履行を強制できるかどうかと、制裁として直接

166 BT-Drucksache 16/6308 S.406.

的な効果を受けることがあるのかどうか、ということである。

この問題を検討するに当たり、FamFG27条1項の協力義務が義務付け規定であるかどうかという点について、もう一度確認したい。

FamFG27条1項が、履行強制できず、制裁もないことから、法的な義務を義務付けた規定であるといえるのかどうかについて、議論がないわけではない¹⁶⁷。立法理由書によれば、Soll規定であっても、FamFG27条1項が義務付け規定であることは、その文言から十分に表現されているとされている¹⁶⁸。

ドイツでは、協力義務違反の場合の直接的な制裁は、法律上予定されておらず、FamFG27条には、協力義務を達成するための特別な強制措置は設けられていない¹⁶⁹。

立法者によれば、FamFG27条1項がSoll規定であることの意味は、協力義務が直接的な履行強制できない義務であるということに求められている¹⁷⁰。その意味で関係人に直接的な効果はないとされている¹⁷¹。なぜそのような規律が採用されるに至ったのか、その理由及び立法の段階においてどのように考えられていたのかについては、第一章第六節のところすでに述べた通りである。

では、関係人の協力義務違反の場合の効果として、ドイツにおいては、実効性確保の観点からどのように考えられているのかを見ておく。

ドイツ民事訴訟法においては、訴訟当事者には具体的事実陳述責任ないし義務（Substantiierungslast oder -pflicht）が課されており、相手方の主

167 例えば、Münchener, § 27Rn.7 (S.203), Prütting, FamFG, § 27Rn.6ff. (S.257) (なお、これについては、第四章で検討する。)。学説の多数は、これを義務（Pflicht）と考えているようである。

168 BT-Drucksache 16/6308 S.406.

169 Prütting, FamFG, 2017, § 27Rn.6 (S.257)

170 BT-Drucksache 16/6308 S.406.

171 Kleidel, FamFG, § 27Rn.2 (S.415) „Bahrenfuss, FamFG, § 27Rn.10 (S.399)

張を否認する場合には、具体的に理由を付して反論しなければならない（ZPO138条¹⁷² 2項）。つまり、当事者は概括的な主張ができるが、とりわけ相手方がこれを争う場合には、その主張を具体化しなければならず、ZPO138条2項に反して、単純否認にとどまる場合には、当事者の主張を自白したものと見なされる。また、相手方の主張に対して何ら応答しなかった場合には、擬制自白が成立する（ZPO138条3項）。当事者が不十分な主張・立証をする場合は、証明責任の原則により、その者に不利な判決となる。

しかし、これと同様の規定は、FamFGには盛り込まれていない。というのは、職権探知主義を採用するFamFGでは、協力義務違反の場合であっても、擬制自白を認めることはできないし、証拠提出責任に基づく不利益負担も観念できないからである。換言すれば、職権探知主義では、関係人の不十分な主張・立証が直ちに敗訴という結果をもたらすことにはならないからである。また、協力義務違反があったということだけでは、当該申立を不適法として却下することはできないと解されている¹⁷³。もっとも、関係人が必要な協力を怠った場合には、関係人は法律抗告手続において裁判所に対する職権探知義務又は解明義務違反を理由に責問することはできないことは、第四章で述べる通りである。以上のように、協力義務は、民事訴訟法上の主張・立証責任とは異なるのである。

172 ZPO138条【事実に関する陳述義務、真実義務】は、「

①当事者は、事実状況（tatsächliche Umstände）に関する自らの陳述を、完全にかつ真実に即してしなければならない。

②いずれの当事者も、相手方が主張した事実に関して陳述しなければならない。

③明らかに争われていない事実は、それを争う意図が当事者のその他の陳述から明らかでないときは、自白したものとみなす。

④不知の陳述は、当事者自身の行為でも当事者自身の知覚の対象でもなかった事実に関してのみ許される。」と規定している（法務大臣官房司法法制部編集『ドイツ民事訴訟法典—2011年12月22日現在—』（法曹会、2011年）63頁）。

173 Bahrenfuss, FamFG, § 27Rn.8 (S.398), Kleidel, FamFG, § 27Rn.5 (S.417)

そうすると、協力義務は一見すると、関係人の任意の協力に頼るしかなく、実効性の乏しいもののように見えるかもしれないが、協力義務違反の場合の効果として、明文上規定されているものとしては、関係人に不利な費用負担（FamFG81条2項）を課す場合（第二節）と協力を限定的に強制できる場合（第三節）とがあるので、以下の節で説明する。

第二節 不利な費用負担（FamFG81条2項）

FamFG81条【費用負担の原則】¹⁷⁴ 2項は、「裁判所は、〔関係人に費用を負担させる場合において、〕次の各号のいずれかに該当するときは、手続費用の全部又は一部を〔当該〕関係人に負担させるものとする。」とし、

174 FamFG81条【費用負担の原則】は、「

（1）裁判所は、衡平な裁量により、関係人に手続費用の全部又は一部を負担させることができる。裁判所は、費用の徴収の免除をすることもできる。家庭事件においては、〔裁判所は〕費用について常に裁判しなければならない。

（2）裁判所は、〔関係人に費用を負担させる場合において、〕次の各号のいずれかに該当するときは、手続費用の全部又は一部を〔当該〕関係人に負担させるものとする。

1 関係人が故意又は重大な過失によって手続〔開始〕の原因を生じさせたとき。

2 関係人の申立てに当初から認容の見込みがなく、かつそのことが関係人に明白であったとき。

3 関係人が重要な事実に関しその責めに帰すべき事由により虚偽の陳述をしたとき。

4 関係人がその責めに帰すべき事由により協力義務に違反し、手続を著しく遅滞させたとき。

5 関係人が第156条第1項第4文に定める協議への参加を命ずる裁判官の命令に応じなかったとき。ただし、応じないことにつき相当の理由がなかったときに限る。

（3）未成年者である関係人には、その身上に関する手続の費用を負担させることができない。

（4）第三者に対しては、その故意又は重大な過失により裁判所の措置が必要となった場合に限り、手続費用を負担させることができる。

（5）費用の負担につき連邦の法令に特別の定めがある場合には、その定めるところによる。」と規定している（「仮訳」78頁）。

同項４号において、「関係人がその責めに帰すべき事由により協力義務に違反し、手続を著しく遅滞させたとき。」として、関係人の協力義務違反によって手続が遅延させられた場合には、その者に費用の負担をさせることができることを規定している¹⁷⁵。

立法理由書によれば、FamFG81条２項は、１項の衡平な裁量による費用裁判の原則の例外を規定しており、義務に反して手続を開始したこと及び関係人の協力義務違反に対する制裁として、その者に対して不利な制裁を行なう（negativ zu sanktionieren）権限を裁判所に与えた規定であると考えられている¹⁷⁶。この規定は、FGGの下においても、不十分な事実主張及び証拠提出や時機に後れた提出については、重大な過失があるとして協力義務違反が認められ得ると言われていたところ、これを明文化したものである。しかし、裁判所が「手続費用の全部または一部を関係人に負担させる」という条文の表現からは、どのような範囲で関係人に費用を負担させるのかといった点については明らかにされていない¹⁷⁷。この点については、FamFG81条２項がSoll規定であることから、裁判所に比較的広範な裁量が認められており、厳格な制限はないとされている。

FamFG手続では、関係人の主張に対する除斥期間は存在しないので¹⁷⁸、新たな事実の主張は、民事訴訟のように、時機に後れて提出された攻撃防御方法として却下する（ZPO296条２項）のではなく、裁判所はこれを基本的には却下することはできないとされている¹⁷⁹。このように、FamFGでは、時機に後れた主張であっても却下できないので、当該関係人に費用負担をさせるという制裁を課すことにより調整を図っている。

このように同条の趣旨は、関係人の協力義務違反により、著しい遅滞が

175 Kleidel, FamFG, § 27Rn.8 (S.418)・§ 81Rn.63 (S.1155)

176 BT-Drucksache 16/6308 S.215.

177 Bahrenfuss FamFG, § 81Rn.18 (S.957)

178 Kleidel, FamFG, § 27Rn.4 (S.417)

179 Münchener, § 27Rn.7 (S.203)

生じた場合に、それにより発生した費用の全部又は一部を当該関係人に負担させるものである。また、同条が置かれることによって、FamFG27条1項の関係人の協力義務の遵守が一般に促されている¹⁸⁰。

費用負担を命ずる場合の要件については、「責めに帰すべき事由」による違反と「著しい遅滞」の二つが挙げられている（FamFG81条2項4号）。

まず、前者について、ここでいう「責めに帰すべき事由」による違反とは、原文では、“durch schuldhaftes Verletzen”という語を日本語に訳したものである¹⁸¹。これは、故意又は重大な過失に限定される訳ではなく、およそ過失があれば、帰責事由があるものと考えられている。この場合の過失とは、軽過失（Fählassigkeit）で足りると言われている¹⁸²。前述した立法者の理解によれば、協力義務違反により手続遅滞が生じた場合は、不十分な主張又は時機に後れた主張が「故意又は重過失（grobes Verschulden）」の典型例であると考えられているようである¹⁸³。しかし、条文上は「故意又は重過失」がある場合に限られるものではないとして、“durch schuldhaftes Verletzen”という語が用いられているようである。このことは、同2項の中で、1号では、関係人に「故意又は重大な過失により（durch grobes Verschulden）」という要件を設定しており、4号では「責めに帰すべき事由（durch schuldhaftes Verletzen）」という別な要件を設定しており、これらの用語は明確に区別され、書き分けがされていることから読み取ることができる¹⁸⁴。

180 KG v. 14.9.2015 -3 WF119/15, FamRZ 2016,485 (486)

181 これをどのように日本語に訳すかであるが、「仮訳」78頁によれば、“durch grobes Verschulden”を「故意又は重大な過失により」と訳し、“durch schuldhaftes Verletzen”を「責めに帰すべき事由」と訳している。

182 Münchener, §81Rn.56 (S.763)

183 BT-Drucksache 16/6308 S.215, “durch grobes Verschulden”は、通常は、重過失という意味であるが、条文の解釈として、故意を含む概念として考えられている。

184 前掲注（174）参照。

裁判所は、関係人の「責めに帰すべき事由」を確定しなければならない。協力義務違反によって追加の費用がはじめて発生したという因果関係は必要ないとされ¹⁸⁵、協力義務違反とそれによって生じた手続遅滞との間の因果関係で十分であるとされている¹⁸⁶。逆に、義務違反によって生じた費用を必ず義務違反者に負担させなければならないというわけでもない¹⁸⁷。およそ過失があれば、27条の協力義務に反する行動をとった関係人に裁判費用の全部又は一部を負担させることができることを明らかにしたものと解されている。

次に、後者の「著しい」遅滞とは、それまでの手続期間をもとに判断しなければならない¹⁸⁸。その判断に際しては、手続期間が各事件によってその長短が違うため、個別の事件ごとに検討される。また、時機に後れた主張を顧慮する場合と、それを顧慮しない場合とを比べて、どちらの手続期間が長くかかるかを比較すべきである¹⁸⁹。著しい遅滞の解釈については、ZPO296条¹⁹⁰の判例が役立ちうるとされる¹⁹¹。「著しい」遅滞がなけ

185 BT-Drucksache 16/6308 S.215., Vgl. OLG Celle v.19.2014-FamRZ 2015, 524

186 Bahrenfuss FamFG, § 27Rn.13 (S.400)

187 もっとも、義務違反と手続対象との関連性は必要であり、例えば、併合された複数の事件のうちの一つの事件における義務違反を理由として、他の事件の費用を負担させることは許されない（BT-Drucksache 16/6308 S.215f.,「仮訳」78頁以下）。

188 Münchener, § 81Rn.55 (S.763) では、手続がすでに1年以上に及んでいる場合には、2週間ぐらいの遅滞は、通常は「著しい」とはいわない、と説明している。ここでは、相対的遅延の概念が採られている。

189 Kleidel, FamFG, § 81Rn.64 (S.1155)

190 ZPO296条【時機に後れた提出の却下】は、「

①攻撃防御方法であって、その提出につき定められた期間（第273条第2項第1号、及び当事者に対して期間が設定される場合は第5号、第275条第1項第1文、第3項、第4項、第276条第1項第2文、第3項、第277条）の経過後に初めて提出されたものは、裁判所の自由な心証により、それを許すことが訴訟の終了を遅滞させないであろうとき、又は当事者に遅滞につき十分に弁明したときに限り、これを許す。

②第282条第1項に反して適時に提出されず、又は第282条第2項に反してメ

れば、費用効果は発生しない。協力義務違反が、手続期間に影響を及ぼさない場合には、その結果としてのFamFG81条2項4号は適用されないと解されている¹⁹²。

費用負担の問題は、手続が一審で完結した場合だけを対象としているのではなく、上訴審においてはじめて必要な主張を追加してきたような場合にも考慮される。この点に関して、FamFGは81条1項の衡平な裁量権の行使の判断基準として、ZPOの同種の規定（ZPO97条¹⁹³）を援用して、次のような考え方が採られている。

すなわち、FamFGでもZPO97条2項を援用して、関係人が、抗告審において初めて必要な範囲で自己の利益を基礎づける事情を裁判所に示し、それだけに基づいて勝訴したという場合には、関係人に第一審手続の費用を負担させることができる¹⁹⁴、と解されている。ZPO97条2項は、上訴審での勝訴当事者が、前級審において主張可能であった新たな主張を上訴審において初めて主張し、これに基づいて勝訴した場合には、上訴審手続

ゝ適時に通知されなかった攻撃防御方法については、それを許すことが、裁判所の自由な心証によれば訴訟の終了を遅延せしめるであろうものであり、かつ、その遅滞が重大な過失によるときには、これを却下することができる。

③時機に遅れた責問は、これが訴えの適法性に関するものであり、被告が放棄できるものについては、被告が責問の遅滞について十分に弁明している場合に限り、これを許すことができる。

④第1項及び第3項の場合には、弁明事由は、裁判所の求めがあるときは疎明しなければならない。」と規定している（前掲（注172）『ドイツ民事訴訟法典』101頁）。

191 Kleidel, FamFG, § 81Rn.64 (S.1155)

192 Münchener, § 81Rn.54 (S.762)

193 ZPO97条【上訴の費用】は、「

①奏功しなかった条その費用は、これを提起した当事者の負担とする。

②勝訴当事者は、前審級において主張することができた新たな裁判資料（Neues Vorbringen）に基づいて勝訴したときは、上訴手続の費用の一部又は全部を負担しなければならない。」と規定している（前掲（注172）『ドイツ民事訴訟法典』46頁）。

194 BT-Drucksache 16/6308 S.215.

の費用の全部又は一部を勝訴当事者に負担させることができる（aufzuerlegen sind）としている。もっとも、こうした上訴審における勝訴者に対する負担が認められるのは、関係人の協力義務の範囲内ですでに第一審で当該事実を主張しなければならなかった場合に限られ¹⁹⁵、この事実が職権調査（FamFG26条）の対象であったと解される場合にはこの限りでない¹⁹⁶。

以上の二つの要件を満たす場合には、裁判所は、正当な裁量により、協力義務違反をした関係人に手続の費用の全部又は一部を負担させることができる¹⁹⁷。

明文規定に反して協力を拒絶した場合に、不利な費用負担が課せられるものの例としては、次の通りである¹⁹⁸。すなわち、FamFG32条¹⁹⁹の裁判所による特定の期日における本人出頭、同16条²⁰⁰の法律上の期間の遵守、

195 Bahrenfuss, FamFG, § 27Rn.13 (S.400)

196 BT-Drucksache 16/6308 S.215, 「仮訳」 78頁。

197 FamRZ 2016,485 (486) では、面会交流権調整事件において、父親が毛髪鑑定に協力しなかったといった必要な協力が拒絶されたことで、少なくとも３ヶ月の手続遅滞が生じた。FamFG81条1項・2項4号は、その者に直接費用を負担させるべきである、とした。

198 Bahrenfuss, FamFG, § 81Rn.24 (S.959)

199 FamFG32条【期日】は、「

（１）裁判所は、事件につき関係人と期日において討論することができる。民事訴訟法第219条並びに第227条第1項、第2項及び第4項の規定を準用する。

（２）呼出しから期日までの間には十分な期間をおかなければならない。

（３）相当な場合には、裁判所は、民事訴訟法第128a条の準用による映像及び音声継の方法で、関係人と事件につき討論しなければならない。」と定めている（「仮訳」 29頁）。

200 FamFG16条【期間】は、「

（１）期間は、特別の定めがない限り、告知の時から進行を始める。

（２）期間については、民事訴訟法第222条、第224条第2項及び第3項並びに第225条の規定を準用する。」と定めている（「仮訳」 16頁）。

同156条²⁰¹ 1項2文の裁判所によって指名された者あるいはその代理人が、メデイエーションあるいはそれ以外の裁判によらない紛争解決の可能性に関する情報交換のための話し合いに参加すること、同156条1項4文の相談手続に参加すること、同178条²⁰²の血縁関係の確定のための検査の受忍、同206条2項の家財事件において時機に後れた提出であって却下することができないもの、同358条の遺言の提出の強制による決定命令後の遺言の引渡し、同404条2項の海損清算の写しの閲覧許可及び交付、同445条の遺産債権者の一覧表の作成、同459条の要求の申請の際の証拠物件の提出が挙げられる。

第三節 例外的に強制できる場合

個別の協力義務の実施について、たとえばFamFG33条の本人出頭や35条の強制措置のように法律に特別の定めのある場合には、裁判所は、関係

201 FamFG156条【合意の促し】1項は、「裁判所は、別居及び離婚の際の親の配慮、子の居所、面接交渉権又は子の引渡しに関する親子関係事件において、手続がいかなる程度にあるかを問わず、子の福祉に反しない場合には、関係人の合意を促すべきである。裁判所は、特に親の配慮及び親の責任の実現についての合意案を作成するために、児童及び青少年の援助を担当する相談所及び相談機関による相談手続を利用できること指摘する。裁判所は、適切な場合に、調停その他の裁判外の紛争解決手続を利用することができることを指摘すべきである。裁判所は、両親が第2文の相談手続に参加することを命ずることができる。この命令に対して独立の不服申立てをすることはできず、また、この命令は強制的に実現することができない。」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」21頁）。

202 FamFG178条【血縁関係の確定のための検査】は、「

（1）何人も、血縁関係の確定に必要な限りにおいて、検査を、特に血液検体の採取を、受忍しなければならないが、検査を受忍し得ない場合はこの限りでない。

（2）民事訴訟法第386条から第390条までの規定を準用する。正当な理由のない検査の拒絶が繰り返される場合、直接強制の手段も利用することができ、特に検査への強制力を伴う勾引を命じることができる。」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」33頁以下）。

人の協力義務を例外的に強制できる。ただし、これらの規定は、婚姻事件及び家庭争訟事件においては適用されず（FamFG113条１項１文）、ここでは141条及び448条が適用される。FamFG27条の協力義務は、前節で述べたように、Soll規定として発展しており、その性質は義務ではあるが、原則として、履行強制可能な性質のものではなく、強制できる場合は例外的な場面である。

以下では、それぞれの規定の目的及び概要について見ていく。

第一項 FamFG33条²⁰³の本人出頭

（１）手続の概要

FamFG33条は、１項１文において、事案解明の目的で、期日（Fam-FG32条）への関係人の本人出頭を命令することを明文上規定しており、

203 FamFG33条【関係人の本人出頭】は、「

（１）裁判所は、事実関係の解明のために相当と認める場合には、関係人本人に期日への出頭を命じ、関係人を審問することができる。一つの手続で複数の関係人本人を審問すべき場合において、審問されるべき関係人の保護又は他の理由のために必要であるときは、関係人の審問は、他の関係人が立ち会わない場で行われなければならない。

（２）手続能力を有する関係人は、手続代理人が選任されている場合においても、本人が呼び出されなければならない。手続代理人には、呼出しについて通知がされなければならない。裁判所は、関係人の出頭が確実にないときは、呼出状の送達を命じなければならない。

（３）適式に呼び出された関係人が正当な理由なく期日に出頭しなかったときは、決定により、その者に秩序金を課すことができる。秩序金は、繰り返して課すことができる。関係人が正当な理由なく繰り返し出頭しなかったときは、その拘引を命じることができる。〔出頭しなかった〕後において関係人が相当の理由を述べ、理由説明が遅滞したことにつき過失がないことを疎明した場合には、第１文から第３文までの規定による処分は取り消される。秩序金を課す決定に対しては、民事訴訟法第567条から572条までの規定の準用により、即時抗告をすることができる。

（４）関係人には、不出頭の効果について、呼出状で教示しなければならない。」と規定している（「仮訳」30頁）。

同2文では、個別の関係人の分離審問（die getrennte Anhörung）の可能性を認めている²⁰⁴。これはFamFG26条及び27条を補充している規定である。2項は、呼出しの名宛人、形式及び内容について規定している。3項は、呼び出された関係人が出頭しない場合に秩序金を科し、繰り返し出頭しない場合に勾引（die Vorführung）²⁰⁵を命じる権限を裁判所に与えている。4項は、不出頭の際の効果について、呼出状において教示しなければならないことを規定している²⁰⁶。さらに、同条は、事案解明に寄与するだけでなく、裁判所の事実関係のよりいっそうの理解を可能にし、関係人の法的審問の保障（28条1項、37条2項）にも役立つと言われている²⁰⁷。その意味で、FamFG34条²⁰⁸の関係人の本人尋問とは区別される。34条は、関係人本人の法的審問請求権の保障を直接的な目的としたものであって、事案解明のために関係人に協力させるという目的を有するものではない。

204 個別の関係人の分離審問については、Bahrenfuss, FamFG, § 33Rn.15ff. (S.458f.) 参照。

205 「仮訳」30頁では、“Vorführung”の日本語訳に「拘引」という用語をあてているが、「拘引」という用語は日本法の法律用語には存在しない概念であるので、本稿では、「勾引」という用語をつかう（竹内昭夫・松尾浩也・塩野宏『新法律学辞典（第三版）』（有斐閣、1994）387頁、法令用語研究会編『法律用語辞典（第4版）』（有斐閣、2013）（<https://japanknowledge.com/lib/display/?lid=506100371400059379110>, 2019年5月3日閲覧））。他には、“Vorführung”に「引致」という日本語訳をあてるものもある。

206 Keidel, FamFG, § 33Rn.1 (S.506)

207 BT-Drucksache 16/6308 S.191.

208 FamFG34条【関係人本人の審問】は、「

（1）裁判所は、次の場合においては、関係人本人を審問しなければならない。

1 関係人の法的審問請求権を保障するために必要な場合

2 この法律又は他の法律に定めがある場合

（2）関係人本人の審問は、それにより、その者の健康に重大な被害が生じるおそれがある場合、又は関係人がその意思を明らかにすることができる状態にないことが明白である場合には、しないことができる。

（3）関係人が指定された審問の期日に正当な理由なく出頭しなかったときは、本人の審問をしないで手続を終結させることができる。関係人には、不出頭の効果について教示しなければならない。」と規定している（「仮訳」31頁）。

したがって、33条とは異なり、34条3項により、関係人が出頭を拒んだ場合には、関係人を審問しないで手続を終結させることができる²⁰⁹。

事案解明のために、個別の規定が、裁判所に関係人を審問する義務を課している場合にはそちらが優先される。例えば、人的監護手続についてのFamFG159条1項【子に対する本人尋問】及び160条【両親の審問】は、両親及び子の本人審問を特別に規定し、世話事件についての278条1項【事件本人の審問】及び収容事件についての319条1項【事件本人の審問】は、事件本人（Betroffenen）の本人審問を通常の場合に強制的に規定している²¹⁰。他にも、親子関係事件についてのFamFG155条【優先と促進の要請】3項、157条【子の福祉の危険についての意見交換；保全処分】2項1文、165条【あっせん手続】2項1文、血縁関係事件についての175条【意見交換の期日；本人の審問】1項1文などがある。

改正前のFGGの下では、関係人の本人出頭命令についての明文規定を欠いていた²¹¹。支配的な見解によれば、同様の権限を有するFGG12条あるいは13条2文から命令権限を導き出していた。FamFG33条は、他の手続法の同様の規定（FGO80条、SGG111条、VwGO95条、ZPO141条）に合わせて、積極的な調整をしている²¹²。すなわち、同3項において、事案解明の目的で裁判所によって本人出頭を命じられた関係人が正当な理由なく期日に出頭しなかった場合には、決定によりその者に秩序金を科すこ

209 Münchener, § 34Rn22 (S261)

210 BT-Drucksache 16/6308 S.191.

211 BT-Drucksache 16/6308 S.191., 「仮訳」30頁では、「FGG13条2文は、本人出頭が命じられない限りで代理人に代理されうという関係人の権限のみを規定し、これによって、間接的に、本人出頭命令の可能性を明らかにしていた。」とする。関係人の本人出頭を命じる権限は、FGG-Reform以前には、一般的な規定として明文上規定されていなかった（Martin Haußleiter, FamFG : Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit : Kommentar, 2. überarbeitete und erg. Aufl., 2017 [zitiert: Haußleiter, FamFG], § 33Rn.1 (S.136))。

212 Münchener, § 33Rn.1 (S252)

とができると規定されたことから²¹³、裁判所は、関係人の本人出頭を強制するための有効な権限を有することとなった²¹⁴。

FamFG33条の本人出頭が命じられる場合の要件は、事案解明のために必要であり、かつ有益である場合である²¹⁵。したがって、手続が裁判に熟している場合や、法的審問の保障や和解の獲得といった他の目的が功を奏している場合には、本人出頭の命令は問題とならない。それらの要件が存在する場合には、一人又は複数の関係人の本人出頭を命じるかどうかは、裁判所が義務的裁量により判断する²¹⁶。

(2) 呼出し

本人出頭は、裁判所が関係人に対して2項の呼出しをすること (La-dung) によって効力を有する。この呼出しの効力は、32条の呼出しとは区別しなければならない。なぜなら、32条のときは、手続期日の呼出しに応じなかったからといって勾引されることはないが、33条は事案解明のための呼出しであるから、33条に違反した場合には勾引されるからである。33条2項の呼出しでは、裁判所が本人出頭を命じたことが明らかとなる必要がある。それに加えて、関係人は、どの期日 (日付、時間、場所) に出廷すべきかを知らされなければならない。最後に、関係人に、呼出状において呼出しにおける不出頭の効果を教示しなければならない (同4項)。不出頭の場合の効果として、裁判所が場合によっては出頭せずとも裁判することができること (同34条3項1文)、及び、無断で出頭しない場合には秩序金を科される可能性があることについて教示しなければならない。さらに、関係人が以前にも無断で出頭しなかったという場合には、それに

213 BT-Drucksache 16/6308 S.186.

214 「仮訳」31頁。

215 Münchener, § 33Rn.3 (S.252)

216 Münchener, § 33Rn.3 (S.252), Haußleiter, FamFG, § 33Rn.1 (S.136)

加えて勾引（Vorführung）を命じることができることを教示しなければならない²¹⁷。

呼出しの名宛人は、手続能力のある関係人であり、関係人が手続能力を有さない場合には、その呼出しは法定代理人（FamFG 9 条 2 項）と手続代理人（同10条）に向けてする。関係人が代理権授与により代理されている場合（同10条）には、33条 2 項 1 後段にしたがって呼出しが通知される。呼出しは、名宛人に周知されていなければならない（同15条 1 項）。このことは、義務的裁量の枠内で形式的送達又はポストに書簡を投函することによって行われ得る（同15条）²¹⁸。

関係人は、裁判所に対して本人出頭の取消を申し立てることができる。たとえば、関係人が出頭できない場合（例えば、他の事件と裁判の期日が重なった場合、病院に滞在しているなど）あるいは出頭が事実関係の解明に寄与し得ないことをすでに前段階で認識可能である場合には、裁判所は命令を取消さなければならない²¹⁹。

（3）秩序措置

規則に従って呼び出された関係人が期日に出頭しなかった場合には、その者に対して秩序金を科すことができる。この秩序金は、繰り返して課すことができる²²⁰。さらに、関係人が正当な理由なく繰り返し無断で出頭しない場合には、さらなる秩序金を科すと同時に強制勾引を命じることができる²²¹。これによって期日に出頭することが強制されうるのである。

217 Münchener, § 33Rn.4 (S253)

218 Münchener, § 33Rn.5・6 (S253)

219 Münchener, § 33Rn.9 (S254)

220 秩序金の額については、EGStGB 6 条 1 項が援用され（BT-Drucksache 16/6308 S.191.）、各違反に対して 5 ユーロから 1000 ユーロまでの間で考慮される（Münchener, § 33Rn.12 (S255)）。

221 Bahrenfuss, FamFG, § 27Rn.9 (S.398), 勾引は、それを命じられた関係人の居所を管轄する裁判所の執行官に義務付けられ、必要がある場合には、警察メ

秩序金の確定の要件は、規則に従った呼出しにもかかわらず、不十分かつ時機に後れた弁明をするだけで出頭しないことである。この要件が存在する場合、秩序金及び秩序拘禁を科すかどうかは、裁判所の裁量によって決せられる²²²。関係人が出頭しなかった場合に、そののちに関係人が相当の理由を述べ、理由説明が遅滞したことにつき過失がないことを疎明した場合には、同項1文から3文までの規定による処分は取り消される。秩序金を科す決定に対しては、ZPO567条から572条までの規定の準用により、即時抗告をすることができる²²³。

第二項 FamFG35条²²⁴の強制措置

ㄟ官に助力を要請することができる (Münchener, § 33Rn.14 (S.255))。

222 BT-Drucksache 16/6308 S.191.

223 Münchener, § 33Rn.15 (S.256)

224 FamFG35条【強制措置】は、「

(1) 一定の作為又は不作為義務を裁判所の命令に基づいて履行させるべき場合においては、裁判所は、法律に別段の定めがない限り、決定で、義務者に対して強制金を定めることができる。裁判所は、強制金を取り立てることができない場合には、強制拘禁を命ずることができる。裁判所は、強制金の決定が功を奏しないことが見込まれるときは、強制拘禁を命じなければならない。

(2) 一定の作為又は不作為義務を定める裁判には、その裁判に従わない場合の効果を摘示しなければならない。

(3) 一回の強制金の金額は、25000ユーロを超えてはならない。強制金を定める場合には、〔その金額〕 手続費用を加えなければならない。拘禁の執行については、民事訴訟法第901条第2文、第904条から906条まで、第909条、910条及び913条の規定を準用する。

(4) 物の引渡し若しくは提出義務又は一定の作為若しくは不作為義務の強制執行をすべき場合には、裁判所は、法律に別段の定めのない限り、第1項及び第2項に定める措置に加えて、又はこれらに代えて、決定で、民事訴訟法第883条、886条及び887条に定める措置を命ずることができる。この場合には、同法第891条及び第892条を準用する。

(5) 強制的措置を命ずる決定に対しては、民事訴訟法第567条から第572条までの規定の準用により、即時抗告をすることができる。」と規定している (「仮訳」32頁以下)。

（１）手続の概要

FamFG35条は、手続指揮的な（verfahrensleitender）性質を有し、裁判所が明確に（ausdrücklich）命じた行為の作為又は不作為について関係人に課せられた義務を実施するために、強制措置として強制金及び強制拘禁によって強制することができると定められている²²⁵。

FamFG35条の強制措置の目的は、事案解明のため、関係人に手続上重大な解明についての陳述をさせるため、あるいは手続の監督のためのものである。35条1項に基づく強制措置は、もっぱら裁判所の命令を遵守させることの強制に役立つものである。強制金・強制拘禁は、将来に向けたものであり、犯した違反に対する償いではなく、刑法の意味での刑罰ではない²²⁶。それに対して、FamFG89条²²⁷の秩序金又は秩序拘禁を命ずる裁判は、過去に向かってするものである。時の経過ゆえに行為がもはや実行できない場合には、さらに（noch）秩序金（Ordnungsgeld）が科すことが

225 BT-Drucksache 16/6308 S.186., Keidel, FamFG, § 35Rn.1 (S.527), Bahrenfuss, FamFG, § 27Rn.9 (S.398)

226 Keidel, FamFG, § 35Rn.1 (S.527)

227 FamFG89条【秩序金】は、「

（１）人身の引渡し及び面会交流の実施を目的とする執行名義に違反する行為がされたときは、裁判所は、義務者に対して秩序金を命ずることができ、秩序金を取り立てることができない場合には、秩序拘禁を命ずることができる。秩序金が効を奏する見込みがないときは、裁判所は、秩序拘禁を命ずることができる。〔秩序金又は秩序拘禁を命ずる〕裁判は、決定によってする。

（２）人身の引渡し又は面会交流の実施を命ずる決定には、その決定に違反した場合の効果に記載しなければならない。

（３）一回の秩序金の金額は、25000ユーロを超えてはならない。拘禁の執行については、民事訴訟法第901条第2文、第904条から第906条まで、第909条、第910条及び第913条の規定を準用する。

（４）義務者が、違反行為をその責めに帰することができないものとする事情を明らかにしたときは、秩序金の決定をしない。責めに帰することができないものとする事情が後に明らかにされた場合には、〔秩序金の〕決定は取り消される。」と規定している（「仮訳」83頁以下）。

できるが、強制金を科すことはもはやできない²²⁸。

旧法のFGG33条においては、手続中の強制措置と執行における強制措置が混同されていたが、今回の改正により終局裁判の執行とは区別されることになった²²⁹。したがって、個別の協力義務の実施について、裁判所は、35条の強制措置により裁判所の命令に基づき強制執行することができ

228 Keidel, FamFG, § 35Rn.2 (S.527)

229 FGG33条【強制的措置】は、「

(1) 裁判所の処分により、その者の意思によらなければすることのできない行為、不作為又は行為の受忍を命ずる場合には、裁判所は、法律に別段の定めのない限り、強制金を定めることにより、命令の履行を促すことができる。人身の引渡しを命ずべきときは、裁判所は、強制金の定め〔の有無〕にかかわらず、強制拘禁を命ずることができる。強制的措置を定める場合には、手続費用を関係人に負担させることを同時に命じなければならない。

(2) 物若しくは人身の引渡し又は物の提出を命ずべき場合、又は実力によらなければ命令を履行させることができない場合には、前項により定める強制的措置〔の有無〕にかかわらず、裁判所の特別の処分に基づいて実力を行使することもできる。面接交渉権を行使するために子を引き渡すべき場合においては、子に対する実力行使を許してはならない。執行実施官は、必要な場合には、警察権執行機関の援助を求めることができる。費用は、義務者の負担とする。物又は人を見出されないときは、裁判所は、義務者に、その所在について、宣誓に代わる担保を立てさせることができる。民事訴訟法第883条第2項から第4項まで、第900条第1項、第901条、第902条、第904条から第910条まで及び第913条の規定は、これを準用する。

(3) 第1項の強制金は、これを定めるに先立って、予告されなければならない。一回の強制金の金額は、25000ユーロを超過してはならない。第1項の強制拘禁の定めは、裁判所の命令の履行が特に迅速を要する場合、及び拘禁の執行が功を奏しないおそれがある場合を除き、予告されなければならない。特に迅速を要する事情は、とりわけ、予告をすると外国で命令を執行しなければならないこととなる場合に、認められなければならない。拘禁の執行については、民事訴訟法第901条、第904条から第906条まで、第909条第1項及び第2項、第910条並びに第913条の規定を準用する。第2項に定める特別の処分は、原則として、その発令に先立って、予告されなければならない。」と定めている（東京大学・非訟事件手続法研究会『「非訟事件手続法」仮訳』16頁以下、法務省HP (<http://www.moj.go.jp/content/000012231.pdf>, 2019年5月3日閲覧)）。

この手続の執行は、終局判決の執行に関する第8節による執行とは区別されなければならない（「仮訳」30頁）。

る。

FamFG35条の強制措置の適用については、手続が申立により開始したか職権により開始したかによる違いはなく、裁判所の裁量により職権で行われる²³⁰。FamFG35条の適用領域についてであるが、婚姻事件（Fam-FG121条以下）及び家庭争訟事件（同112条）には適用されず、そこではFamFG120条及びZPOの規定が適用される²³¹。なお、強制可能な例は、下記（４）で述べる。さらに、特別法が存在する場合には、強制金の確定を制限することによって、強制拘禁の命令が除外する場合がある。その適法な執行方法としての拘禁の除外には、BGB1788条【後見の引受】、同1837条３項【後見人に対する命令の達成】及び同1915条【保護者に対する命令】があり、これらの手続においては代替的あるいは本来的に強制拘禁を科すことは、行われない。また、個別事例において手続指揮的命令を無視することに対して、法律が他の法効果を予定している限り、そちらが優先される。例えば、扶養手続において、関係人の不足している情報は、裁判所による第三者の手元にある情報の取寄せによって補うことができる（FamFG235条、236条）。但し、情報提供を拒否した配偶者に対する強制措置を決定することは、明文で除外されている（FamFG235条４項）。

FamFG35条における義務者について見ておく。法人が名宛人となっている場合、法人に対して強制金が課せられ、かつ法人の財産に執行しなければならない。強制拘禁は、性質上、自然人に対してのみ決定でき、執行できるものである。したがって、法人が義務者である場合には、それゆえ強制拘禁は代理権限のある機関の構成員に対して命令し、かつ執行しなければならない²³²。さらに、制限行為能力者に対しては、行為能力がある

230 BT-Drucksache 16/6308 S.193., Prütting, FamFG, § 35Rn.8 (S.324)

231 Keidel, FamFG, § 35Rn.3 (S.527)

232 Bahrenfuss, FamFG, § 35Rn.10 (S.472)

限り、強制措置を決定することができる²³³。

強制措置による確定を可能にする裁判所の命令においては、同時に裁判に対する違反行為の効果を指摘（摘示）しなければならない（2項）。この指摘は、強制金の上限額と強制拘禁の最長期間を指摘すれば足りる²³⁴。この指摘は、FGG33条3項1文を補ったものであり、従来の強制措置の予告（Androhung）を補い、かつ、手続の措置を削減することによって、手続促進に寄与するといわれている。同様にこの指摘は、抗告審においてもなおすることができるとされている²³⁵。

（2）強制金（Zwangsgeld）

強制金の額は、最低額が5ユーロ、最高額が25,000ユーロでなければならない（同3項）。繰り返しの侵害行為があった場合あるいは必要な措置を取らなかった場合には、強制金の合計額が最大額を超えることがある。最大額を繰り返し確定することも認められている。

個別の強制金の程度の査定の際には、個別の事件状況を考慮しなければならない。特に、債務者の経済状況及び裁判所の命令を無視する程度を考慮することができる。繰り返し違反行為の場合、最初の確定と比較して強制金をより高く設定することができる²³⁶。

（3）強制拘禁（Zwangshaft）

強制拘禁は、強制金を科すことを補充するものであるから、通常は、最初に定められた強制金の執行が不奏功となる場合についてのみ決定される（補充的強制拘禁）²³⁷。強制拘禁の確定は、決定によってなされ、同時に

233 Bahrenfuss, FamFG, § 35Rn.12 (S.473)

234 Prütting, FamFG, § 35Rn.15 (S.325)

235 Bahrenfuss, FamFG, § 35Rn.15 (S.473f.)

236 Bahrenfuss, FamFG, § 35Rn.24 (S.477)

237 Bahrenfuss, FamFG, § 35Rn.13 (S.473)

手続費用を課さなければならない（3項2文）²³⁸。

FamFG35条1項2文によれば、裁判所は、強制金を取り立てることができない場合には強制拘禁を命じることができる。同1項3文によれば、裁判所は、強制金の確定の前にすでにその執行が不奏功になることを予見できるときには、強制拘禁を命じなければならない（原始的強制拘禁）。例えば、無資力の者にとっては強制金を科されたとしても平気であるといったことが予測される、そのような場合には、強制金の代わりに直接的な強制拘禁の確定することに意味がある²³⁹。

強制拘禁の期間は、6ヵ月に限られる。補充的強制拘禁の場合には、その換算要素は、例えば、600ユーロの強制金の代わりに6日間の強制拘禁といった決定となる、その要素がそこで欠けている場合には、実際の収入（例えば、1ヶ月の所得の30分の1が1日あたりの強制拘禁に相当する）から算出する²⁴⁰。

（4） 強制可能な例

FamFG35条が執行力のある手続指揮的命令で、かつ、事案解明の目的を併有する場合や強制可能な具体的協力を定めた条文の例としては、次のようなものがある。FamFG220条の年金権調整事件における情報提供義務（Auskunftspflicht in Versorgungsausgleichssachen）²⁴¹、FamFG358条の遺言の提出の強制、同404条及び405条の海損清算の際の資料の交付、BGB1640条3項の両親による財産目録の提出、同1837条2項の後见人、補佐人あるいは世話人に対する命令、同1840条の後见人、補佐人あるいは世話人による年度報告書の交付、同1892条2項及び1893条2項の後见人、

238 Keidel, FamFG, § 35Rn.32 (S.535)

239 Bahrenfuss, FamFG, § 35Rn.14 (S.473), Keidel, FamFG, § 35Rn.31 (S.534)

240 Keidel, FamFG, § 35Rn.31 (S.534)

241 Cirullies, FamRZ 2012,157 (158)

保護者あるいは世話人による決算書の提出及び任命書の返還、及び、GBO82条の土地登記簿の強制徴収などがそうである²⁴²。

年金権調整事件において、配偶者の一方による情報提供の拒絶がある場合、裁判所は、ZPO888条又はFamFG35条にしたがって強制執行を命令することができる。VersAusglG 4条は、実体法上の情報請求権を定めた規定であり、この情報請求権を強制的に実現するためには、強制執行のための債務名義が必要となる。義務者が必要な情報の提供を拒絶した場合には、ZPO888条に基づく強制執行として強制金または強制拘禁、あるいはその両方を科すことができるとされている。これに対して、前述したFam-FG220条は、関係人の手続法上の情報提供義務であるから、裁判所は、この義務を履行しない場合には、職権により当該義務者に対して、Fam-FG35条1項にしたがって強制措置として、強制金を確定し、徴収の可能性がない場合には原始的に強制拘禁を命令することもできる²⁴³。

242 Prütting, FamFG, § 35Rn.1・7 (S.322f.)

243 Cirullies, FamRZ 2012,157 (158)