

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（３）

浦 谷 知 絵

はじめに

第一章 FamFG27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（52巻1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（本号）

第五章 職権探知義務と関係人の協力義務との関係（以下、次号以降）

第六章 日本法への示唆

おわりに

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

すでに第二章、第三章で述べたように、FamFG27条1項の定める義務は、関係人に協力義務違反があったとしても、秩序措置及び強制措置といった法律が特別の定めを置いている場合を除いて、制裁として直接的な効果は認められないことが明らかとなった。また第三章では、協力義務違反の場合に、秩序措置及び強制措置を課することができるのは、例外的な場合にとどまることも確認した。そうすると、協力義務違反の場合の制裁として、何の効果も考えられていないかのように見えるかもしれないが、そうではない。FamFG27条の制定以前から、裁判例によって、協力義務違反の場合には、職権探知義務が限界をむかえることが正当化されている。文献上は、このことを、裁判所の職権探知義務と関係人の協力義務とは相関関係があるとして説明されているところである。

本章では、関係人の協力義務違反により職権探知義務が限界をむかえる

ことを具体例に基づいて検証する。第一節では、FamFGの立法理由書を改めて確認し、そこでの到達点を示す。第二節では、関係人の協力義務の規定が立法化されるにあたり、立法理由書で参照された裁判例を紹介する。この作業を通じて、そこで具体的に問題となった事柄から、どのような事案で協力義務が問題となり、そして協力義務違反の場合にどのような結果がもたらされたのかについて見ていくことにしたい。

第一節 立法理由書

繰り返しになるが、第一章第六節で紹介したFamFGの立法理由書は、「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。」と述べている²⁴⁵。つまり、関係人が期待可能な協力行為を拒絶することは、裁判所の探知義務の範囲に影響を及ぼしうるということを、立法者は当然の前提としているのであって、文献上は、このことを、職権探知義務と協力義務とが相関関係性にあると説明されている²⁴⁶。すなわち、関係人が期待可能な協力を拒絶した場合には、その限度で職権探知義務の範囲が狭まると解されている²⁴⁷。

第二節 裁判例

245 BT-Drucksache 16/6308 S.186f.

246 Kleidel, FamFG, § 27Rn.6 (S.417), Prütting, FamFG, § 27Rn.7 (S.257)

247 BT-Drucksache 16/6308 S.186f.

ここでは、立法理由書でも参照されている裁判例を中心として、FGGの下での協力義務に関する先例と見られる裁判例を紹介する。

裁判例【1】 BayObLG Beschluß v.7.9.1992—FamRZ 1993, 366²⁴⁸

（事案の概要）

本件は、相続証書付与手続において、夫婦が互いにそれぞれを単独相続人に指定し、かつ自分たちの子供を最終相続人に指定するという内容の公正証書による夫婦の共同遺言（das gemeinschaftliche Testament）²⁴⁹が、単独相続人となった夫が作成した後の遺言書によって、撤回されたといえるかどうか、さらに、共同遺言の相関関係性（Wechselbezüglichkeit）の解釈が問題となった事例であり、夫婦による終意処分の相関関係性の解釈の際に、職権探知主義と関係人²⁵⁰の手続促進義務との関係について判断

248 裁判例【1】には、事実関係が掲載されていなかったため、この部分はJurisを参照した。

249 BGB2232条によれば、夫婦は公正証書により共同遺言をすることができる。共同遺言の性質については、林貴美「ドイツにおける無効な共同遺言の転換の可能性」同志社法学51巻5号（2000年）44頁以下参照。

250 関係人（Beteiligte）というものは、民事訴訟法における当事者に相当する概念である。関係人の概念については、FGGの下では、非訟手続において誰が関係人であるのか（及び手続関係人の権限についても）という一般的な規定を欠いており、その定義もされていなかった（Jansen, FGG, § 12 (S.239) によれば、関係人の審尋（Anhörung）については、FGGの総則に規定がなく、関係人を審尋した方が良い場合には審問すべきことを命じる個別の命令規定があっただけである（FGG54条,68a条,146条1項,164条3項,165条3項,166条2項）。）。法律上の手掛かりが不十分であった結果として、関係人には、手続権の主体としての確固たる法的地位は与えられていなかった（BT-Drucksache 16/6308 S.177ff., Kollhosser, Zur Problematik eines >Allgemeinen Teils< in einer Verfahrensordnung für die Freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP93 (1980), 265 (281), 佐上・前掲（注5）「非訟事件手続法改正草案とその理由（一）」71頁、飯倉・前掲（注55）「西ドイツの非訟事件手続法の改正草案について」53頁）。

そこで、FamFGでは、7条において関係人の概念を規定し、法律による関係人（必要的関係人）と関係人として手続に関与させることができる者（任意的関係人）とを区別することとなった。立法理由書によれば、関係人概念の明

されたものである。

1990年8月19日に死亡した被相続人は、三度の婚姻をしていた。被相続人と1969年2月3日に死亡した最初の妻との間には、息子（1953年生まれ。以下、「関係人1（申立人）」という。）が一人いる。被相続人は、最初の妻と共同して、1963年7月29日付けで、次のような内容の共同遺言書を作成した。「我々は、互いにそれぞれを単独の相続人に指定する。我々のうち最長生存者の死亡の際に、なお現存している物については、我々の息子である関係人1を最終相続人として相続させる。」という内容の公正証書遺言（以下、「遺言書①」という。）であった。

被相続人は二回目の婚姻で、関係人2（1973年生まれ、本件では被申立人の手続参加者）と関係人3（1974年生まれ、本件では被申立人の手続参加者）の二人の息子をもうけたが、その後、離婚した。1984年に被相続人

ゝ文化は、非訟事件改革の中核をなすものであった（BT-Drucksache 16/6308 S.177）。

FamFG 7 条【関係人】は、「

（1）申立てにより開始される手続においては、申立人は、関係人となる。

（2）次の者は、関係人として参加させられなければならない。

1 手続によりその者の権利が直接影響を受ける者

2 この法律又は他の法律に従い、職権で、又は申立てにより〔申立てにより〕参加させることが必要な者

（3）裁判所は、この法律又は他の法律に定めるときは、職権で、又は申立てにより、前項に掲げる者以外の者を関係人として参加させることができる。

（4）その申立てにより関係人として手続に参加させなければならない者又は参加させられることができる者は、その者が裁判所により知られている場合には、手続の開始について通知を受けなければならない。これらの者は、申立権について、教示を受けなければならない。

（5）裁判所は、第2項又は第3項による参加の申立てを認めない場合には、決定で、裁判しなければならない。この決定に対しては、即時抗告をすることができる。この場合においては、民事訴訟法第567条から第572条までの規定を準用する。

（6）第2項又は第3項に掲げる者以外の者は、審尋されるべき者又は情報を提供すべき者であっても、関係人となることはない。」と規定している（翻訳については、「仮訳」6頁）。

は、関係人4（被申立人）と三回目の婚姻をしたが、二人の間に子供はいなかった。被相続人は、1990年7月1日に自書し署名した終意処分の遺言（die letztwillige Verfügung）を作成した（以下、「遺言書②」という。）。

遺言書②の内容は、次の通りである。

「私の死亡の場合、私は、唯一の相続人として妻（関係人4）を指定する。その他の点では、私は次のような遺贈を命じる：

1. 息子（関係人1）は、…の不動産の持分を受ける。息子（関係人1）は、…の合資会社の持分を相続する。
2. 息子たち（関係人2及び3）は、…の会社にある貸付金を均等に相続する。」

被相続人の死亡後、関係人1は、自己に一番有利な遺言書①に基づいて、唯一の相続人として相続証書付与の申立てをした。これに対して、関係人4は、1990年10月2日付で、遺言書①に対して遺留分権者の見落としがあるとの理由で遺言書①の取消を主張し、かつ、遺言書②に基づき被相続人を単独で相続したことによる相続証書付与の申立てをした。関係人2及び3は、関係人4の申立てに参加し、1991年4月29日付で、遺産裁判所に対して、念のため遺言書①の取消を主張した。遺産裁判所は、関係人1を審問のうえ、1991年7月4日付の決定において、関係人1の相続証書付与の申立てを却下した。関係人1は、抗告したが、1991年12月5日付のラント裁判所の決定によって却下された。これに対して、関係人1は、再抗告をした。

（決定の要旨）原決定取消、差戻し。

再抗告審における争点は、次の三つである。第一に、公正証書遺言の場合、一般に、被相続人の意思の調査については公証した公証人を聴取すべき（anzuhören）であると考えられるところ、遺言の成立と相続開始との間に27年もの時間の経過がある場合、事実審裁判所が公証人を聴取しな

かったことから職権探知義務違反が問われた〔争点（１）〕。第二に、裁判所の職権探知義務と関係人の協力義務についてである〔争点（２）〕。第三に、遺言書②の作成によって、遺言書①が撤回されたといえるかどうか、また、遺言書①は、公正証書により作成されており、夫婦が互いにそれぞれを単独の相続人に指定し、かつ自分たちの子供を最終相続人に指定するという内容の夫婦の共同遺言であり、この遺言において関係人１を最終相続人に指定したことの意図は何かが問題となった。さらに、共同遺言の相関関係性についてBGBには明確な定めがないところ、その意思表示の解釈が問題となった〔争点（３）〕。争点（３）について、ラント裁判所は、1990年7月1日に被相続人により適式的に作成された遺言書②によって、遺言書①は撤回されたとした遺産裁判所の判断は適切である、と判示した。

本論文の主題との関係では、職権探知義務に関する争点（１）と、関係人の協力義務に関する争点（２）が問題となる。以下では、これらの点に絞って取り上げる。

〔争点（１）〕公証人の聴取（職権探知）の必要性について

まず、関係人１は、被相続人の意思の究明の際に、遺言書①が公証人の面前で作成されたにもかかわらず、ラント裁判所（原審）が、その公証人を聴取しなかったことから、職権探知義務違反があったと主張した（BGB2358条²⁵¹ 1項、FGG12条）。この点について、本決定は、「職権探知

251 BGB2358条1項は、現行法では、FamFG26条及び29条に規定されている。

BGB2358条2項は、現行法では、FamFG352d条【公的催告】に規定されており、その文言は同一である。

BGB旧2358条【遺産裁判所の探知】は、「（１）遺産裁判所は、申立人によって提出された証拠方法を利用する際に、事実の確定のために必要な探知を職権でしなければならない、また、適切であるとみられる証拠を取り調べなければならない（Das Nachlassgericht hat unter Benutzung der von dem Antragsteller angegebenen Beweismittel von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erschei-

主義とは、確かに、事実の確定のために必要な調査を行うこと、及び、適切と見られる証拠を取り調べることを裁判所に義務付けるものである（BGH NJW-RR 1991, 515/516）。しかし、事実関係の探知についてのあらゆる考えられ得る限りの可能性を職権で調査しなければならないということの意味するわけではない。むしろ関係人の主張と確定した事実関係が、入念な考慮をしたときに、そのためのきっかけを与えている限りでのみ、〔裁判所の〕解明義務は存在する（BayObLGZ 1991, 323/329 m. w.Nachw.）。〕として、職権探知義務の意義と範囲についての一般論を述べた。その上で、「公正証書の形式で作成された遺言の場合に、被相続人の意思の調査について公正証書を作成した公証人を聴取することは一般に容易に思い付くことである（vgl. Palandt/Edenhofer [BGB 51.Aufl.,] § 2353 Rn.30）。しかし、被相続人の死亡は、ベルリンの弁護士公証人（Anwalts-Notare）の面前で遺言が作成されてから27年もの期間が経過した後だった。ラント裁判所は、先行する遺産裁判所と同様に、とても長い時間の経過後に、公証人自身が遺言作成の過程を覚えているであろうということを前提に立って行動する必要はなかった。」とした。

〔争点（2）〕関係人の協力義務と義務違反の効果

次に、本決定は、「申立手続においては、関係人は、詳細な事実陳述によって事実関係の解明に協力することが義務付けられている（Keidel/Amelung, FGG 12. Aufl., § 12 Rn.88）。それに対応して、関係人1には、

„nenden Beweise aufzunehmen.）。

（2）遺産裁判所は、他人に帰属する相続権の届出についての公的催告をすることができる；公告の方式及び届出期日の期間は、公告催告手続に適用される規定に従って定まる（Das Nachlassgericht kann eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der anderen Personen zustehenden Erbrechte erlassen; die Art der Bekanntmachung und die Dauer der Anmelungsfrist bestimmen sich nach den für das Aufgebotsverfahren geltenden Vorschriften.）」と規定されていた。

〔本件の〕事実審において手続に協力し、かつ、具体的な事例においてどのような探知が成功の見込みがあるかを陳述することが義務付けられていた（OLG Köln FamRZ 1991, 117/118; Palandt/Edenhofer, [a.a.O.,] § 2358 Rn.1）。〕として、関係人の協力義務の内容及び義務違反の場合の効果について、一般的な概念を提示した。その上で、「しかし、関係人1は、法律抗告手続²⁵²においてはじめて、公証人が遺言書を作成した夫婦を個人的に知っており、公正証書作成のことを非常によく覚えており、かつ遺言書作成の理由並びに遺言作成者の意思（Willen）に関する情報を与えることができるということを主張した。関係人1は、自己に義務付けられた手続促進（Verfahrensförderung）を怠ったのだから、職権探知義務違反を問うことはできない（Jansen, FGG 2. Aufl. § 12 Rn.6）。」と判示した。

（まとめ）

本決定は、当時は関係人の協力義務についての条文がなかったところ、関係人の協力義務についての明確なルール設定をしたという点で意味があり、FamFGの連邦議会草案をはじめとして今日でも多くのコンメンタールで引用されている著名な裁判例である。

本件では、公正証書遺言の中で示された被相続人の意思を確定する際に、これを作成した公証人を聴取するのが通例であるところ、遺言の作成から27年もの時の経過があるときに、事実審がこの公証人を聴取しなかったことが、職権探知義務違反に該当するのかが問題となった。

関係人は、公証人が当該遺言作成の過程について覚えているという主張

252 本決定によれば、「再抗告裁判所は、新たに主張された探知の必要がある事実を顧慮することができない、すなわち、再抗告裁判所は、抗告裁判において確定した事実関係の基礎に基づいて裁判しなければならない（§ 27 Abs.1 Satz 2 FGG, § 561 Abs.1 ZPO ; Janzen, [a.a.O.,] Rn.38, Keidel/Kunze, Rn.43, Bassenge/Herbst FGG/RPFG 5. Aufl. Anm. II 5a, jeweils zu § 27 FGG）。」として、法律審では新たな事実を顧慮することができないことが判示されている。

をすることが必要であったところ、その事実について事実審で主張できたにもかかわらず、再抗告審においてはじめて主張した。このような場合には、協力義務違反となる。つまり、関係人には、上記のような主張により、職権探知の手掛かりを示す義務があったといえる。協力義務違反の結果、関係人は、裁判所が事実関係の探知について職権であらゆる考えられ得る限りの可能性を探知することを期待することはできなくなる。したがって、関係人は、抗告審裁判所が公証人を聴取し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。

本決定によれば、関係人の協力義務の内容としては、申立手続では、①詳細な事実陳述をすることによって事実関係の解明に協力すること、及び、②どのような探知が成功の見込みがあるかについて陳述することの二つが要求されることが明らかとなった。つまり、裁判所の職権探知を発動させるためには、関係人は一定の成功の見込みを示したきっかけを与えなければならず、そのようなきっかけがない場合には、裁判所は職権探知を発動しなくてよいということになる。

さらに、関係人の協力義務違反があった場合には、その結果として、上訴審で職権探知義務違反を主張することはできないことも示されている。このことから、本決定は、関係人の協力義務違反により、裁判所はそれ以上の職権探知義務はなくなり、その結果、手続をそこで終了させる効果を生じさせるということをはっきりと述べた裁判例であるということができ

次に、裁判例【１】で引用されている裁判例【２】を紹介する。この裁判例では、裁判所の職権探知義務には限界があることを述べている。

裁判例【2】 OLG Köln Beschluß v.31.8.1990—FamRZ 1991, 117²⁵³

(事案の概要)

本決定は、被相続人の妹で法定相続人である関係人1（申立人、相続分の割合は140分の1である）が、相続証書付与の申立てをした事件である。1987年5月16日に死亡した被相続人は、1980年7月1日付の遺言の中で、「私は、夫の息子である、L在住のF.E.氏を相続人として指定する。」との遺言をしていた。なお、被相続人の夫は、本件遺言書が作成された同年6月11日にすでに死亡している。

関係人2（被申立人）は、本件遺言の中で相続人に指定された「夫の息子」というのが自分であると主張している。関係人2は、1942年4月19日にE夫婦の息子（嫡出子）として生まれ、出生証明書には「T」という名前が付いていた、1964年以降はLを住所としており、1970年以来アーティスト名としてRadio Lの「F」を登録し称している。関係人2は、1988年3月17日に、関係人2の弁護士から、被相続人によって相続人に指定されている旨を通知され、本件遺言の内容を初めて知ったものである。関係人2の両親は、すでに数年前に亡くなっており、関係人2は、両親の息子でないという可能性をこれまで考えなかった。しかし、関係人2の母親は、1940年から1942年の期間に被相続人の夫とベルリンで滞在していたこと、そして、関係人2の出生証明書上の父の出征に関する資料、及び、他の手掛かりも考慮すると、関係人2は、出生証明書上の父の子として届出されているが、生物学上の父は被相続人の夫である可能性が高い。そこで、関係人2は、現在及び遺言書作成の時点でもLには関係人2以外に「F.E.」という名の人物は存在しないとの理由を述べて、相続権を主張した²⁵⁴。

253 裁判例【2】の事案の詳細については、Jurisを参照した。

254 そのほかの事情として、関係人2は、関係人1に対して、1988年5月26日付の覚書をもって、刑法上の犯罪として罪に問われることが明らかな場合で、

これに対して、関係人1は、被相続人は夫と関係人2との間に生物学上の親子関係がないという事実を知らないで当該遺言書を作成しており、もしそれを知っていたならこのような内容の遺言書を作成していなかった旨を主張して、BGB2078条²⁵⁵の錯誤による遺言の取消を求めた。この錯誤を基礎づける原因として、関係人1によって、〔争点①〕遺言書で相続人に指定されている「L在住のF.E.」と関係人2とは別人であること、及び、〔争点②〕関係人2は被相続人の夫の子でないことの二点が主張された。

しかし、区裁判所は、さまざまな探知を実施し、証拠調べをした後でも、関係人2以外に「L在住のF.E.」という人物が存在することを確定できなかった。また、証人尋問の結果からも、被相続人が「F.E.」という名の別の人物を考えていたということについての手掛かりを明らかにするものではなかった。したがって、区裁判所は、被相続人が錯誤の事実があっ

ゝあって、自己の人格権を守る必要があるときには、さしあたり法定相続人に有利になるように遺産を放棄することを決心している旨を通知した。そのあとで、関係人2は、相続人に対して、相続人全員の合意により、相続財産を慈善目的で寄付することを提案した、但し、相続人の中に生活に困窮した者がいた場合には例外とすることを提案した。関係人1は、そのような協定事項にも同意しなかった。

さらに、当時、関係人2は、「私の父親は誰か？」と「あなたは非嫡出ですか、E氏？」といった、たくさんの報道番組に出演し、雑誌「Q」では遺言の原本の写しが掲載された。

255 BGB2078条【錯誤又は強迫に基づく取消】は、「

「（1）終意処分（遺言）は、被相続人がその表示の内容に関して錯誤があったか、この内容一般の表示をするつもりでなく、被相続人が実情を知っていた場合にはその表示をしなかったであろうと推測されるかぎりで、取り消すことができる。

（2）被相続人が、ある事情の発生または不発生についての誤った推測または期待により、または、違法な強迫により、その処分が取り決められたかぎりで、同じことがあてはまる。

（3）122条（取消者の損害賠償義務）の規定は、適用されない。」と規定している（ディーター・ライボルト著・円谷峻訳『ドイツ民法総則—設例・設問を通じて学ぶ—[第2版]』（成文堂、2015年）588頁）。

たということについて確定できなかったとして、申立てを退けた。

ラント裁判所も、区裁判所の判断を支持して、関係人1の申立てを却下した。

再抗告審において、関係人1は、被相続人が相続人として関係人2を指定するという意思であったことが、その遺言から十分な確信でもって推論される、とした事実審の判断は不当であると主張した。さらに、関係人1は、事実審には、職権探知主義により父子関係を詳細に明らかにするさらなる責務があったなどと主張して、職権探知義務違反を理由に再抗告を申し立てた。以下では、協力義務違反に関する〔争点②〕のみを取り上げる。

（決定の要旨）再抗告却下

ラント裁判所（原審）は、終意処分取消を求める者（本件では関係人1）が、取消原因の証明責任を負うことを確認し²⁵⁶、そして、取消権者たる関係人1は、関係人2が被相続人の夫の生物学的な息子でないという証拠を提出しなかったことを前提として判断したが、法律抗告審は、この点を是認した。

（1）「FGG手続は、もともと主観的証明責任（原文では、形式的証明責任（formelle Beweislast））を認めていないのだが、職権で取り調べるべき証拠方法を予めすべて利用し尽している場合にのみ、常に客観的証明責任（原文では、実体的証明責任（materielle Beweislast））のルールに基

256 本決定は、次のように説明する。ラント裁判所によって採用されたこの証明責任の分配は、PStG（Personenstandsgesetz〔身分関係法〕）60条（死亡証明書（Sterbeurkunde）について定めている。）とも、BGB1593条【死亡による婚姻の解消の際の父子関係】とも矛盾していない。身分関係簿によれば、関係人2は両親の婚姻期間中に生まれており、それによってBGB1591条【母親】及び1593条にしたがって嫡出子であることが証明されるだけである。しかし、身分関係簿は、生物学上の血統について証明するものではない。同様にBGB1593条からも、遺言の取消の際の証明責任の分配については何も明らかとならない、被相続人自身が関係人2が非嫡出子であることを前提として行動している。

づき、争訟の裁判を行うことができる（BGH, LM § 2078 Nr.8; OLG Hamm, OLGZ 1966, 498; BayObLGZ 1971, 147 ; MünchKomm/Promberger, 2. Aufl., § 2358 Rdn.5）。この点について、ラント裁判所が職権探知の範囲において取り調べるべき証拠を汲み尽くした後に、実体的証明責任裁判が行われるというのは、結論において正当である。」とした。

（2）「次に、ラント裁判所は、実施された証拠調べによれば、被相続人の夫の非嫡出子以外の別な人物が存在し得ることは明らかとならないことを正当にも前提としている。とりわけ証人Eの尋問からは、被相続人の夫が1940年頃にEという名前の別な非嫡出子をもうけた可能性を示す手掛かりはほとんど得られていない。」

（3）ラント裁判所が実施したその他の証人の尋問からも、関係人2の血統を明らかにする事実は判明しなかった。「事実審裁判所は、職権探知の枠内で関係人2の血統についてさらなる解明義務を負わない。職権探知主義が適用される場合には、実施すべき探知の範囲は、裁判所の義務的裁量に委ねられている（vgl. BayObLG FamRZ 1983, 761 (763) ; Keidel/Kuntze/Winkler, 12. Aufl., § 12 FGG, Rdn. 85; Jansen, 2. Aufl., § 12 FGG, Rdn. 74)。」

しかし、この意味での裁量の瑕疵が存するのは、事実関係が不十分な探知に基づいて確定できないとみなされる場合である。「申立手続における事実探知の際にはあらゆる考えられうる限りの可能性を探知する必要はなく、生活経験や関係人の陳述がそれを入念に考慮したときに、さらなる探知のきっかけを与えていることが必要であるということが、一般に認められている（KG WM 1967, 151; BayObLGZ 1980, 95 (99) ; Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., Rdn. 88）。申立手続では関係人の協力義務を理由にして、裁判所は、とりわけ高度に個人的な生活領域の出来事が問題となる場合に、事実審において関係人が具体的な事件でどのような種類のさらなる探知が成功の見込みがあるとみられるのかを詳述した

ときに、それを前提とすることができる (BayObLG FamRZ 1983, 1061 (1064) ; OLG Köln Rpfleger 1981, 65)。

この基準によれば、さらなる解明のきっかけが存在しない場合には、事実審の職権探知義務違反はない。」と判断した。

本決定は、以上のような一般論を立てた上で、裁判所が必要な証拠調べを尽くしていないとする関係人1の主張に対して、本事案へのあてはめをしている。以下、要点のみ要約する。まず、本件では、当事者とされる者はすでに全員死亡しているので、故人の写真を手掛かりにして人類学的・遺伝学的な鑑定をすることが考えられているが、そのような鑑定を実施したところで、父子関係が十分な確信をもって明らかになるとまではいえないから、この鑑定を実施しなかったことは裁量の範囲内にあるとした。

さらに、関係人1は、関係人2において自身が非嫡出子であることを言及した文書があるとしてその提出を求めるように要求したが、この文書を取り調べると、関係人2が非嫡出子であること以上に、被相続人の夫が関係人2の父親でないということを明らかにできるかもしれないといったことについて何ら述べられていない場合には、裁判所は、「ひょっとしたらあり得るかもしれない資料に従って探知する必要はない」し、事実審はその他の探知を義務付けられるものではないとした。

(まとめ)

本件の証明主題は、被相続人の夫と関係人2との父子関係不存在であり、これについては、遺言の取消を求める者 (=関係人1) がその不存在についての事由を主張しなければならない。ところが、本件では、関係者が皆すでに死亡しており、裁判所は、証拠を見つけ出すのが困難であるという状況にあった。問題は、そのような状況にも関わらず、裁判所は、関係人1が主張するようなあらゆる可能性のある探知をする義務があったのかという点である。この点について、本決定によれば、職権発動には、関係人

が探知のきっかけを与えるという協力だけでなく、その成功の見込みについても陳述するといった協力が必要であったところ、関係人1は、これをしなかった。また、証人尋問の結果からもさらなる探知を実施したところで、関係人1に有利な事実が発見されるとは考えにくい状況であった。このような場合にまで、裁判所は、あらゆる考えられ得る探知を実施しなければならないという訳ではなく、とりわけ申立手続において、職権による事実探知を実施するには、関係人からの具体的な手掛りが提示される必要があり、さらなる探知のきっかけがない場合には、裁判所はそれ以上の探知を義務付けられないとした。このような意味において、裁判所の職権探知には限界があることを認めた判例である。

また、本決定は、職権探知義務の内在的制約からその限界を設定しているのではなく、協力義務との相関関係性から職権探知義務の限界を設定していることにも注意が必要である。すなわち、本件では父子関係の存否が争点となっているが、事件自体は相続証書付与申立事件であり、父子関係確認の訴えのように公益性の高い事件とはいえない。本件のように高度に個人的な領域に関することが争点となっている場合には、裁判所に事案解明について全てを委ねることには限界があると論じているのである。

本決定では、協力義務の具体的内容としては、申立事件においては、関係人が探知のきっかけを与えること、及び、職権探知の成功の見込みの提示が必要であるという一般論が示されている。このような形での関係人の協力義務が果たされないことから、さらなる解明のきっかけが存在しない場合には、裁判所は職権探知義務から解放されることとなる。本決定は、証明困難な場合に、裁判所が職権探知義務から解放されるために、関係人の協力義務に「職権探知の成功の見込みの提示」という内容を組み込むことで、裁判所の職権探知ができなくてもよいということを正当化しているのではないかと推論される。

裁判例【3】 OLG Köln Beschluß v.20.12. 1993—FamRZ 1994, 1135²⁵⁷

(事案の概要)

本件は、相続証書付与手続において、〔争点①〕自筆証書遺言における被相続人の遺言能力（BGB2229条4項²⁵⁸）、及び、〔争点②〕遺言の署名の真正性が争われた事件である。

本決定は、（1）遺言能力についての職権探知義務の範囲の確定につき、さらなる事案解明の見込みがあることの証明を要するとしている点、（2）自筆証書遺言の署名の真正性について、すでに自己の手元にある私鑑定書を提出することを拒否した関係人は、署名の真正性を単純否認することによって、裁判所に対して職権による筆跡鑑定の取寄せを要求することはできないと判示するにあたり、当該関係人には協力義務違反があった点、この二つから注目される。

被相続人は、1964年8月19日に亡夫との間で共同して公正証書による相続契約を締結していた。その内容は、相互に単独かつ無制限の相続人に指定するもので、そのほかに、最長生存の相続人としては、関係人1（被申立人＝被相続人の妹）がその単独相続人であることを片面的な契約によらない死因処分の形式で定めたものであった（以下、「遺言書①」という。）。

その後、1988年6月3日に、夫の筆跡で、夫婦は、再び互いを単独相続人に指定し、その最長生存者の相続人として関係人2（申立人）を指定するという自筆の共同遺言を作成した（以下、「遺言書②」という。）。遺言

257 裁判例【3】の事案の詳細については、Jurisを参照した（下記の脚注で記す欄外番号もJurisを参照したものである）。

258 BGB2229条【未成年者の遺言能力、遺言能力】は、「

「（1）未成年者は、満一六歳に達したときから、遺言をすることができる。

（2）未成年者が遺言をするには、法定代理人の同意を要しない。

（3）廃止

（4）精神活動の病的障害、心神耗弱又は意識障害によって、自己のした意思表示の意味を理解できず、その理解に従って行動することができない者は、遺言をすることができない。」と規定している（林・前掲（注249）49頁参照）。

書②は、「遺言」の題名の後に、日付「1988年7月3日金曜日午後6時」が来る。それに続いて、黒いボールペンで書かれた遺言の本文があり、夫妻の署名で結ばれている。その下に、青いボールペンで日付を訂正し、かつ「1988年6月（又は7月）3日（又は9日）」と読み取ることができる日付を補足している。遺言書②の1頁目によれば、同じ青いボールペンで文書の下方に夫の署名が付け加えられているが、提出された透写による写しによれば、この補足はない。

被相続人の死亡後、関係人2は、遺言書②に基づき単独相続人として相続証書付与の申立てを行った。この申立てに対して、関係人1は、遺言書①に基づき単独相続人として異議を述べた。その手続において関係人1は、被相続人は遺言書②の作成時にはもはや遺言能力がなかったとだけ主張した（単純否認）。関係人1の申立てに基づき、遺言書②は、関係人1が依頼した筆跡鑑定家Lによって調査が行われた。裁判所は、その鑑定書を提出するように催告したところ、関係人1は、手続の対象とはなり得ないとの理由からこれを拒絶した。それにもかかわらず、関係人1は、遺言書②の二人の署名の真正性に疑念を持ち、裁判所に対して、鑑定人の鑑定書の取寄せを申請した。さらに、関係人1は、被相続人の立場から錯誤による遺言の取消を主張した。

一審では、区裁判所は、遺言能力について多数の証人を尋問し、鑑定人Pの書面による鑑定書を取寄せた上で、さらに証人尋問を実施した。区裁判所は、1992年1月8日付の先行裁判（Vorbescheid）²⁵⁹によって、証拠調べの結果によれば、遺言書②は適式に作成されており、被相続人の遺言無能力は確定できず、かつ取消理由が明らかにされていないとの理由から、関係人2の相続証書付与の申立ては適切であると通知した。

抗告審のラント裁判所は、同じ鑑定人Pの追加鑑定を取り寄せた。これ

259 先行裁判とは、決定に必要な事実について、まず初めに判断を示すという実務をいうが、現行法では認められていない。Münchener, § 38Rn.9・10 (S.350f.)

に対して、関係人1は、遺言能力の有無について、鑑定人が証人の供述を適切に評価せず、かつ鑑定人の面前で証人が審問されなければならなかったのに、これをしなかったなどと異議を述べた。しかし、ラント裁判所は、鑑定人に対する意見聴取の結果、これ以上の証人の取調べの必要はないと判断し、被相続人の死亡までの間長年治療した主治医の陳述と鑑定人の判断に従い、遺言能力がないことは証明されていないとみなし、証人尋問によってさらなる事案の解明は期待しえないとして、さらなる探知の必要性を否定し、抗告を却下した。そこで、関係人1が再抗告を申し立てた。関係人1は、再抗告の理由として、鑑定人が証人尋問の際に同席することではじめて被相続人の生前の状況に関する全体像を正しく知ることができたかもしれないのに、これをしなかった。また、ラント裁判所は、申出のあったすべての証人を尋問せず、関係人2を聴取しなかった。さらに、遺言書②の真正性について、裁判上の鑑定により筆跡の比較をすべきであったのに、これをしなかった。以上のことから、裁判所の解明義務に違反するものであるなどと主張した。

（決定の要旨）再抗告却下

〔争点①〕被相続人の遺言能力（BGB2229条4項）について

ここでは、被相続人の遺言無能力（BGB2229条4項）²⁶⁰が証明主題であ

260 ラント裁判所は、「BGB2229条4項—1992年1月1日の改正後はBGB2229条3項一によれば、精神活動の病的障害、心神耗弱又は意識障害が原因で、自己の述べた意思表示の意味を理解し、その理解に従って行動することができない者は、遺言をすることができない。その場合、被相続人が遺言作成の事実及び終意処分の内容について一般的な概念を理解するだけでは足りず、むしろ、被相続人が利害関係人の人的・経済的な関係に基づく命令と効果の射程範囲、並びに、道徳的な正しさにプラスにもマイナスにもなる原因について自分なりの判断を形成することができ、例えば利害関係のある第三者の影響下にないところにおいて被相続人自身で行動をすることができたという状況にあったということが必要である（BGH FamRZ 1958, 127 (128) ; BayObLG FamRZ 1990, 318; Münchener-Kommentar-Burkart, 2. Aufl., § 2229 Rn. 18)。」

るところ、被相続人の遺言無能力について裁判所が完全な確信を得られない場合には、被相続人は遺言能力を有していたと見なすべきであり、相続権の権利減却事実である遺言無能力についての確定責任は、それに基づく遺言の無効を主張した者、つまり、関係人1が負わなければならないとしたラント裁判所の判断には誤りがないとした。

そのうえで、被相続人が、遺言書②の作成時点で遺言無能力であったかどうかについての職権探知に瑕疵があるかどうかを検討している。

ラント裁判所が、関係人1より申請があった新たな証人尋問を実施しなかったことについて、新たに指定された証人によって、さらなる事案説明をなぜ期待できないのかを次のように詳細に述べた。

「探知の種類及び範囲については、事実審裁判官が義務的裁量によって判断する。裁量の行使は、法律抗告手続においては、裁量に法的瑕疵がある場合にのみ調査することができる。」との一般論を立てた上で、「事実審が、さしあたり申出のあったすべての証人で、被相続人と日常的に親密な関係にある者並びに被相続人が日常的に医療上世話になっていた者すべてを聴取する際に、証拠調べのさらなる拡充のために、さらなる証人の尋問によってこれまで顧慮されなかった新たな事由をなぜ明らかにすることができるのかといった理由を具体的に詳述すること（substantiiert dargetan wird）を求めたとしても、裁量の瑕疵とはいえない。—本件がそうであるが—経験豊かで第一級の学問的名声のある鑑定人が、さらなる証人尋問によって新たな事実が明らかになるという見込みがないと述べているときに

-
- ㄨ 精神活動の病的障害が遺言できないことの例外であるという原則に従うならば、被相続人の遺言無能力について裁判所の完全な確信を得られない場合には、その限りにおいて被相続人は遺言能力を有していたと見なすべきである（all. Meinung, vgl. nur BayObLG FamRZ 1985, 314; Palandt/Edenhofer, a.a.O. [BGB, 53. Aufl.] § 2229 Rn.13）。相続権の権利減却事実である遺言無能力についての確定責任は、それに基づき遺言の無効を援用する者が負わなければならない（BayObLGZ 1979, 256（261, 266; NJW-RR 1991, 1287 m.w.N.; Senat FamRZ 1992, 729（730）.）.）」とした（欄外番号24以下参照）。

は、特にこのことが当てはまる。この状況でさらなる証人尋問によって裁判に影響を及ぼす結果がもたらされることは、もはや期待できないのであって、これを見合わせることは、先取りされた証拠評価（vorweggenommene Beweiswürdigung）にもあたらないし、FGG12条にも違反しない（vgl. auch BayObLGZ 1979, 256 (261)）。そうでなければ、遺言無能力の証拠調べでは、被相続人はたいいてい多かれ少なかれ多数の人と決まって接触をしているのであるから、事実の確定がしばしば際限なく拡大されることとなり、手続遅滞を助長することにもなりかねない。」として、裁判所が申請された新たな証人の尋問をしなかったことは、職権探知義務違反にならないことを論じている。

〔争点②〕遺言の署名の真正性について

関係人1が、遺言②の署名の真正性について争い、これについて裁判所に対して鑑定を求めた。これに対して、「ラント裁判所は、共同遺言の署名の真正性について疑いを抱かなかったので、職権探知義務の枠内でこれについて筆跡鑑定家の鑑定を取り寄せることもしなかった。関係人1は、署名の真正性について当初は疑いを抱かなかった。筆跡鑑定家の鑑定は、疑わしい場合にのみ取り寄せるべきである（BayObLG NJW-RR 1990, 1419 (1420)）。本件では、事実審は、署名を比較した後でそのような疑いを抱かなかったのである。その他の点では、関係人1は、署名の真正性についての私的鑑定を提出することを拒絶したのであるから、申立手続における重大な協力義務（BayObLG, FamRZ 1993, 367 und OLG Frankfurt/M., FamRZ 1991, 117 (118)）違反がある。この理由からも、裁判所のさらなる探知義務はなくなる。」として、協力義務違反があった場合には、裁判所の職権探知義務の限界をむかえることを判示した。

（まとめ）

本決定において、ラント裁判所は、二つの争点を判断する際に、関係人が申し出たさらなる証人尋問について、必要なしとして排斥するにあたり、関係人の協力義務違反を直接的かつ明示的な理由として挙げている訳ではないが、裁判所の職権探知義務と関係人の協力義務とは相関関係があることを前提としたものと理解される。

本決定で重要なのは、裁判所が探知をするかどうかの判断にあたって、その探知がなぜ必要であるかといったことについて、「具体的に詳述すること」が求められている点である。

争点①の被相続人の遺言能力に関する証人尋問の実施に際して、ラント裁判所は、「さらなる証人の尋問によってこれまで顧慮されなかった新たな事由をなぜ明らかにできるのかといった理由を具体的に詳述することを求めたとしても、裁量の瑕疵とはいえない。」と判示している。本決定を引用しているコンメンタール²⁶¹では、FamFG26条の職権探知義務の射程範囲のところで、同様のことが言及されていることから、これが協力義務の枠内での議論であると断定することは難しいかもしれない。しかし、決定文の上記箇所の主語ははっきりしていないが、「具体的に詳述すること」が関係人に求められた協力と理解するのが自然であろう²⁶²。裁判所は、被相続人と生前に関わった者のうちで重要な人物については、すでにすべ

261 Bahrenfuss, FamFG, § 26 Rn.11 (S.387f.) では、「裁判所が被相続人の遺言能力について被相続人と日常的に密接な関係にあるすべての証人、並びに、日常的に医療的な世話していた人を聴取する場合に、証拠調べのさらなる拡大のために、新たな証人の尋問によってこれまで顧慮されなかった新たな事由がなぜ明らかにできるのかといった、具体的な陳述をすることをまず第一に要求することは、裁量の瑕疵とはいえない。」として、その脚注で本決定を引用している。ここでも、主語がはっきり示されていないが、裁判所がこのような要求をしたとしても、「裁量の瑕疵とはいえない」のであるから、「具体的に詳述すること」は関係人に求められていた協力であるといえよう。

262 前掲（注261）で述べた点を参照。

での証人尋問を終えていると考えている。それにもかかわらず、さらに重要な証人がいるというのなら、関係人1は、それについて「具体的に詳述する」という協力をしなければならなかったのである。

ここから、裁判所は二つのことを前提にしていたと考えられる。一つは、関係人は何の手掛かりも示さないで、審理を要求してはならないということである。つまり、自己に有利な判断を得たいのであれば、関係人は当然に協力義務を負うという発想である。

もう一つは、裁判所の職権探知に関する「成功の見込みの提示」である。本決定によれば、原審決定は、「成功の見込みの提示」が必要であるといった直接的な表現はしていないものの、「関係人2によって新たに指定された証人が、さらなる事案解明をなぜ期待できなかったのか」について詳細に述べている。本決定も、関係人に、さらなる証人尋問によって「新たな事由をなぜ明らかにできるのか」について「具体的に詳述する」ことを求めている。このことから、裁判所は、関係人によるその探知の「成功の見込みの提示」があったということも考慮して判断しているように思われる。

本件では、鑑定人が、争点①についてさらなる証人尋問によってさらなる事案の解明を期待できないことは明らかであると述べており、これに対して、関係人は、さらなる証人尋問によって争点①の解明が可能であることについて、自己の申立てている探知の正当性を主張し、かつ、その探知の「成功の見込みの提示」が必要であったところ、成功の見込みが提示されていないことから、裁判所がさらなる証人尋問をしなかったとしても、職権探知義務違反にはならないとされた。そうすると、本決定も、裁判例【1】及び【2】と同様に、「成功の見込み」の提示を協力義務の内容として挙げている裁判例の一つであるといえる。

本件は、争点②の署名の真正性について、直接的には、裁判所が具体的な疑問を抱かなかったのであるから、裁判所が職権探知義務の枠内で筆跡鑑定を取り寄せなくても、違法な点はないとされた例である。しかし、関

係人が私鑑定書の提出を拒んだことは、重大な協力義務違反であり、その場合には、「裁判所のさらなる探知義務はなくなる」として、裁判所が鑑定を実施しないことを正当化する理由に、関係人の協力義務違反を加えている。したがって、関係人が期待可能な協力を怠った場合、関係人は裁判所が決定的な事実の探知について職権であらゆる考えられうる限りの可能性を調査することを期待することはできないとして、協力義務違反が裁判所の探知の範囲に影響を及ぼしうるとした一例としても理解できる²⁶³。

なお、文献によれば、本決定は、自筆証書遺言の署名の真正性について、すでに手元にある私鑑定書を提出することを拒否した者は、その署名の真正性について単純否認（das bloße Bestreiten）するだけでは裁判所にきかけを与えたことにはならず、職権で鑑定書を取寄せることを期待することはできないとしたものだと理解されている²⁶⁴。また、本決定は、ZPOの方式にしたがった証拠手続の外（förmlichen Beweisverfahren）でも、当事者（関係人）には私的文書の原本を提出する義務を課することができることを示したものだとも評価されている²⁶⁵。

裁判例【４】BayObLG Beschluß v.21.11. 2001—FamRZ 2002, 1291 （事案の概要）

本件は、相続証書付与手続において、関係人によって偽造が主張された自筆証書遺言が複写でのみ提出された場合の職権探知の範囲と関係人への指摘義務について判示したものである。

関係人１（被申立人）と関係人２（申立人）は、共に被相続人の娘である。関係人１は、1991年10月16日付の遺言書①により単独相続人に指定さ

263 Keidel, FamFG, § 27Rn.6 (S.417)

264 Keidel, FamFG, § 27Rn.7 (S.417)

265 Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, § 27Rn.6 (S.115)

れていた。関係人1は、遺言書①に基づき、相続証書付与手続を申し立て、自身が単独相続人であることを証明し、1998年3月27日に、遺産裁判所により相続証書が付与されていた。ところが、関係人2は、2000年3月13日付の書面でもって、今になってはじめて入手可能となった被相続人の資料から、遺言書①はもはや効力を有さず、かつ、被相続人は、1992年9月24日付で新たな遺言書（以下、「遺言書②」という。）を作成していたことが判明したとして、遺産裁判所に対して、遺言書①の取消を主張し、2001年4月30日付の書面により、遺言書①は撤回するという内容の遺言書②の写しを提出した。遺言書①は自筆で書かれており、遺言書②はタイプライターで作成されていた。争点となったのは、遺言書②の真正性についてである。これに対して、関係人1は、遺言書②は書面の字面から被相続人のものでないことは明らかであるとして、偽造であると主張した。

関係人2は、2000年3月13日付の書面により、遺言書①の取消を主張して、遺言書①に基づき付与された相続証書の没収（*Einziehung*）²⁶⁶を求めた（BGB2361条²⁶⁷）。遺産裁判所は、2001年5月23日の決定により、これ

266 没収とは、例えば、相続証書の記載内容が最初から誤りだったような場合や、後に別の遺言が発見されたような場合に、遺産裁判所が付与した相続証書（FamFG352e条【相続証書付与申立てに関する裁判】1項（1文はBGB旧2359条、2・3文は改正前FamFG352条1項である（条文については、前掲（注139）参照）：遺産裁判所が申立ての理由について確定にとって必要な事実とみなす場合にのみ、相続証書を付与しなければならない。この裁判は、決定によって行われる。この決定は、公布によって効力を有する。この決定の公示は、必要ない。）の効力を失わせることを目的に行うものである。なお、*Einziehung*の訳語に関しては、「回収」と訳すもの（藤原正則「ドイツにおける相続預金法制度および実務」金融法務事情2053号（2016年）49頁、及び小西飛鳥「相続登記の促進のためのインフラストラクチャー整備—ドイツ法を参考にして—」土地総合研究26巻（2018年）3号61頁）もあるが、一度与えた証書を強制的に取り上げるという意味で、「没収」と訳すことにする（「家庭事件・非訟事件の手続に関する法律」111頁参照）。

267 BGB2361条【不適切な相続証書の没収あるいは失効宣言】は、「
（1）付与された相続証書が不適切であることが明らかとなった場合、遺産ノ

を却下した。これに対して、関係人２は、抗告を申し立てた。

抗告手続において、ラント裁判所は、関係人２に対して、偽造が主張された遺言書②の原本を提出するように命じた。これに対して、関係人２の代理人は、2001年７月30日付の書面により、原本は現在、私的に筆跡鑑定を依頼した鑑定人の元にあると主張したので、裁判所は、戻り次第すぐに提出するよう依頼した。ラント裁判所は、2001年８月６日の決定により抗告を却下した。これに対して、関係人２は、裁判所の職権探知義務違反を理由として再抗告をした。法律抗告裁判所は、関係人２に対して、遅くとも2001年11月12日までに遺言書②の原本を提出するよう命じた。しかし、関係人２は、これを履行しなかった。

（決定の要旨）再抗告棄却

法律抗告裁判所は、本件では、関係人が文書の所在を明らかにしており、さらに、時機に後れたとしても原本を提出可能であったという状況を踏まえて、次のように判示した。

「本件は、文書の原本が発見されない場合には当たらない。そうではなく、むしろ、関係人２は、さしあたり文書の複写のみを提出し、かつ、原本を裁判所に引き渡せという裁判所の催告を受けて、原本が私的筆跡鑑定人の手元にあり、そこから戻った後で提出するという姿勢を見せなかったのである。

ラント裁判所は、関係人２のこの態度表明の後に、複写で提出された1992年９月24日の文書が無効であることを直ちに裁判の基礎に置いたために、職権探知の原則を十分に顧慮しなかった。この原則は、さらなる証拠

、裁判所は、これを没収しなければならない（Ergibt sich, dass der erteilte Erbschein unrichtig ist, so hat ihn das Nachlassgericht einzuziehen.）。

（２）相続証書は、没収によって失効する。（Mit der Einziehung wird der Erbschein kraftlos.）」と規定している。

調べによって有益で裁判に影響を及ぼす結果がもはや期待できない場合に、はじめて探知を終了することを裁判所に義務付けている (BayObLG, NJW-RR 1997, 7, 8; Palandt/Edenhofer, aa.O. [BGB 60. Aufl.], § 2358Rdn.1, m.w.N.)。この職権探知主義は、とりわけ相続証書の没収を求める場合に、事案解明に協力する義務を関係人から奪うものではない (当事者提出原則 (Beibringungsgrundsatz)²⁶⁸ ; vgl. BayObLG FamRZ 1998, 1242)。関係人が自己に義務付けられた手続促進を怠った場合、原則として裁判所のさらなる探知義務はなくなり、職権探知義務違反を問うことはできない (vgl. BayObLG, FamRZ 1993, 366 (367) ; OLG Köln, FamRZ 1994, 1135 (1137))。』との一般論を示した。

さらに、法律抗告裁判所は、関係人2が、文書の原本の所在についての情報を与え、かつその後提出する旨を述べていたことを踏まえて、「このような状況では、裁判所が、関係人2に対する事前の指摘 (Hinweis) なしに、文書の複写のみを提出したことに基づいて抗告を却下することは、職権探知主義に抵触する。関係人2が、裁判所に認識可能な形で、文書の原本を後の時点でなんとか提出可能であることを前提とした以上は、裁判所は、関係人2にさしあたり当事者提出原則と協力義務があることを指摘し、かつ文書の原本を提出する期間を定めなければならない。このような指摘があったにもかかわらず、裁判所によって定められた期間内に、関係人2が文書の原本を提出しない場合にはじめて、裁判所はここから法的結論を導き出すことができたのである。」とした。もっとも、法律抗告裁判所が適切な指摘をしたにも関わらず、関係人2は、事実関係の解明に協力する義務を履行しなかった。よって、原決定には、職権探知義務違反は結果的に認められず、遺言書②に基づく相続証書の没収は、遺言取消の根拠

268 “Beibringungsgrundsatz”は、通常民事訴訟では、いわゆる弁論主義の意味で用いられているところ、職権探知主義においてこのような表現をしていることに特徴がある。

が明白に提示されなかったとして、再抗告は却下されている。

（まとめ）

本件では、関係人2が、遺言書②の原本の所在についての情報を与え、提出する旨を述べているにも関わらず、原審が遺言書の原本の適切な提出期間を定めなかったことは職権探知主義に違反すると判断しており、法律抗告審によって、職権探知主義における審理の本来あるべき姿が説明されていることに意味がある。

関係人2が求めている付与された相続証書の没収について、ラント裁判所は、その取消の根拠が明白に提示されなかったとの理由から却下した。つまり、関係人によって、明白な根拠が提示されていない場合には、裁判所は職権探知を実施する必要はないといえる。

本稿の主題との関係からいえば、本決定は、上記の裁判例【3】と同じく、ZPOの方式にしたがった証拠手続の外でも当事者（関係人）に私的文書の原本を提出する義務を課することができることを示したものである²⁶⁹。この決定が、「職権探知主義は、とりわけ相続証書の没収（Einziehung）を求める場合に、事案解明に協力する義務を関係人から奪うものではない（当事者提出原則（Beibringungsgrundsatz））」として、当事者提出原則という言葉をややざや用いていることは、職権探知主義と弁論主義とが理論上峻別されることからすれば、きわめて注目すべき説明であるといえる。

さらに、裁判例【4】でも、関係人が期待可能な協力を怠った場合には、裁判所が探知しなかったとしても、関係人は裁判所を責めることはできず、その後の上訴審において、裁判所の職権探知義務違反を理由とした抗告は認められないとしており、協力義務を怠ったところに職権探知義務の限界

269 Bork/ Jacoby/ Schwab, FamFG, § 27Rn.6 (S.115)

があることを示した一例である²⁷⁰。

第三節 判例の見解

第一項 裁判例のまとめ

以上のことから確認されたように、職権探知主義の下でも、関係人の協力義務があり、FamFG27条1項の制定前から、それを前提として審理が進められていたことがわかる。加えて、関係人の協力義務は、職権探知義務の限界との関係で議論されてきたものであることが明らかになった。これらの一連の裁判例が立法論に影響を与えたことは、立法理由書からも明らかである。

これらの裁判例からは、次のことが言える。

(1) 職権探知主義とは、裁判所が事実の確定について必要な調査を行い、かつ、適切に提出された証拠を調べることを裁判所に義務付けるものである。裁判所が職権探知をする場合の種類及び範囲は、事実審裁判官が義務的裁量によって判断する²⁷¹。しかし、職権探知主義は、裁判所が、事実関係の探知について職権であらゆる考えられ得る限りの可能性を調査しなければならないということを意味するわけではない。とりわけ、申立手続における事実探知の際には、関係人からの具体的な手掛かりの提示が必要である²⁷²。関係人の主張あるいは事実関係そのものが、入念な考慮をしたときに、具体的な探知のきっかけを与えている場合にのみ、裁判所に解明義務及び探知義務を課することができる²⁷³。裁判所の職権探知は、さら

270 Kollhossner, S.114でも、「関係人が陳述義務や促進義務ないしは陳述責任や促進責任を怠った場合には、関係人は裁判所に対して資料収集の不足があるとして職権探知義務違反に問うことはできない。」と述べている。このように、職権探知の限界についての議論は、関係人の協力義務に関する初期の段階でもすでに行われていたことが窺える。

271 裁判例【2】及び【3】

272 裁判例【2】

273 裁判例【1】、【2】、【3】、NJW1963, 1972 (1973) では、「探知は、少な

なる証拠調べによって有益かつ裁判に影響を及ぼす結果をもはや期待できない場合に、はじめて探知を終了することができる²⁷⁴。職権探知主義は、事案解明に協力する義務を関係人から奪うものではない²⁷⁵。

（2）関係人が協力義務を怠った場合には、関係人は裁判所が事実関係の探知について職権であらゆる考えられ得る限りの可能性を調査することを期待することはできないという形で、基本的には裁判所は職権探知義務から解放される²⁷⁶。その結果、関係人は、職権探知義務違反を理由とした上訴はできなくなる。この意味で、裁判所の職権探知義務には限界がある。

（3）可能な探知を尽くしても証明困難な場合には、裁判所がそれ以上の探知をすることは不可能であり、証明責任ルールが適用される（裁判例【2】）。

このように、職権探知は、裁判所が裁量により探知を自粛してよいというものではなく、関係人の協力義務違反があったとき、及び、さらなる証拠調べによって有益かつ裁判に影響を及ぼす結果をもはや期待できない場合にのみ、職権探知義務から解放されるというものである。このような意味で、裁判所の職権探知義務と関係人の協力義務とは相互関係にある。換

くとも事実関係が完全に解明されるまで拡張できるし、さらなる探知によって有益な裁判に影響を及ぼす結果をもはや期待することができない場合にはじめて終結することができる。裁判所は、それゆえ、事件の状況にしたがって必要な証拠のすべてを利用し尽した場合に初めて判決をしてもよい（vgl. BRAND-KLEEFF, a.a.O. [Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis § 113 S.375] ; KEIDEL, a.a.O. [FGG 8. Aufl.] ; BGB RGRK 11. Aufl. § 2361 Anm.1; STAUDINGER, BGB 10./11. Aufl. § 2361 Anm.15, 29; OLG Hamm, JMBINRW 56, 246）。この原則は、相続証書の没収又は遺言執行者の証言が問題となっている場合にも適用される。」と述べている。

274 裁判例【4】、Münchener, § 26Rn.16 (S.198f.)

275 裁判例【4】、Keidel, FamFG, § 27Rn.3 (S.416)

276 裁判例【1】【3】【4】、BT-Drucksache 16/6308 S.186., Münchener, § 27Rn.7 (S.203)

言すれば、関係人の協力義務違反の場合には、裁判所は職権探知義務から解放されることとなり、その意味で、裁判所の職権探知の範囲が縮小するという関係にある。このような考え方は、FamFG27条の規範内容として考えられている。

ここから導かれる、関係人の協力義務の内容は、①具体的な事実陳述によって事実関係の解明に協力すること（裁判例【2】、【3】；関係人が探知のきっかけを与えるという協力）、及び、②どのような探知が成功の見込みがあるかについて提示すること（【1】、【2】、【3】）である。

第二項 職権探知義務から解放された結果

以上の裁判例で問題となった事件類型では、関係人にどのような協力が求められていたのか、そして、関係人の協力義務違反によって、裁判所が職権探知義務から解放された場合に、関係人にはどのような結果がもたらされるのかについて、ここでもう一度整理しておく。

相続証書付与手続では、現行FamFG352条3項1文（BGB112356条1項1文）に従って、申立人は、公文書によって申立書に表示すべき事実の正当性を立証しなければならない。申立人が不熱心であることから主張を怠った場合には、裁判所は補充的事案解明の義務を負わず、当該申立は却下される²⁷⁷。さらに、裁判例によれば、申立人は、宣誓に代わる保証を交付することが可能であったにもかかわらず、これを拒絶した場合には、関係人の協力義務違反により裁判所の職権探知義務の範囲に制限がかかり、遺産裁判所は、さらなる探知をする必要がなくなり、その時までには収集した事実関係に基づいて裁判することができる。その結果として、相続証書付与の申立ては却下される²⁷⁸。相続証書（Erbschein）は、相続権とその

277 Kollhossner, S.143., ここでは、ある種の証拠提出責任を課しているといえる。

278 NJW-RR 2011, 1516 (1517)：前掲（注162）参照。Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, § 27Rn.7.1 (S.116), つまり、その時点までの事実主張及び証拠が不

範囲に関する公的証書であり、誰が相続人であるかを証明するためのもので、遺産裁判所が発行する。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する場合に、相続証書の提示が求められるものである²⁷⁹。したがって、申立人は、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負うこととなる（現行FamFG352条（BGB旧2353条））。それとは逆に、申立人が公文書入手できないかあるいは極端に困難であり入手できないとの理由から、申立人がこれを提出しない場合には、申立人に証明負担の軽減が認められ、他の証拠方法を示すことで足りるとされる（現行FamFG352条3項3文（BGB旧2356条1項2文））²⁸⁰。

裁判例【3】及び【4】の遺産事件では、関係人が私的文書の原本の提出を拒絶した結果、その限りにおいて、裁判所の職権探知義務がなくなり²⁸¹、相続証書付与の申立てが棄却ないし却下された。遺産裁判所から相続証書が付与されなければ、実際には相続財産を処分することができないという、非常に重い実体的な結果となる。

ㄨ 十分であったとしても、その他に探知が必要だったとしても、裁判所は、それ以上探知をする必要はなくなる。

279 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」（商事法務、2014年）1頁〔浦野由紀子〕（www.moj.go.jp/content/001128517.pdf、2019年6月4日閲覧）

280 他の証拠方法の表示をしなかったときは、その懈怠により補充的事案解明の義務から解放される。しかし、そのような表示すら不可能であるときは、裁判所は手掛かりがある限りにおいて必要な調査を行わなければならない。この場合の相続証書付与申立ての却下は、可能な職権探知を行っても、当該事実の確定ができない場合にだけ許されるのである。Kollhossner, S.143f.

281 裁判例【3】、Kleidel, FamFG, § 27Rn.7（S.417）