

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（５・完）

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（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（52巻 3 号）

第五章 職権探知義務と関係人の協力義務との関係

第一節 職権探知主義

第二節 職権探知の限界をめぐる議論（以上、53巻 4 号）

第三節 職権探知義務と協力義務との関係（以下、本号）

第六章 日本法への示唆

おわりに

第三節 職権探知義務と協力義務との関係

本節では、前節までの議論状況及び裁判例の検討結果を踏まえて、職権探知主義と関係人の協力義務が相関関係にあるとされることについて検討する。これまでの検討によれば、職権探知主義の下でも関係人には事案解明に係る協力義務が認められ、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、つまり、協力義務違反が職権探知の限界を導くという関係にあるとされている。このような考え方は、どのような要素によって正当化できるのだろうか。この問題が、本節の課題である。なお、公益性や後見性が強く求められる事件類型においても、同様に協力義務違反が職権探知義務の限界を導くのが問われることになるので、ここで合わせて検討する。

第一項 職権探知の限界

以下では、(1) 協力義務違反が裁判所の職権探知義務の限界を画するとの議論を再確認した上で、(2) 手続経済からの要請と裁判所の中立性が、関係人に対して事案解明についての協力を要求する場合の重要な根拠になることを説明する。さらに、(3) 公益性が特に追及されるべき場面での協力義務の意味についても補足的に論じる。

(1) 協力義務違反

FamFGでは、真実発見の要請が働くことから、職権探知主義が採用される³⁸¹。すなわち、裁判所は、職権探知主義を根拠づける「真実発見」に向けた最大限の努力をする必要がある。したがって、原則論としては、裁判所が他の手段により事案解明をすることが可能な場合には職権により探知しなければならないということになる。

では、このような原則には何らの例外もあり得ないのかということが問題となる。

まず、職権探知主義とはいえ、裁判所がすべての裁判資料を自ら収集することは事実上不可能であり、その意味で職権探知には限界があることは一般に承認されている。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を頼らざるを得ないのである³⁸²。次に問題となるのは、関係人が協力を拒絶している場合であっても、職権探知主義の下では、裁判所は他の手段により事案解明を尽くす必要があるのかということである。

関係人に対して事案解明に係る協力義務が課せられるということは、繰

381 Keidel, FamFG, § 26Rn.12 (S.390), Münchener, § 26 Rn.5 (S.194), Prütting, FamFG, § 26Rn.30 (S.244) など。

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

り返して論じた通り、関係人が協力を拒絶している場合にまで、常に職権探知義務を完遂しなければならないということを意味していない。仮に、関係人の協力拒絶の態度、及び、事案解明に消極的な態度をとることを許してしまえば、事案解明を裁判所に依存し、自己に容易にできる協力をしないという関係人を生み出すことにもなりかねず、真実発見から遠ざかるだけではなく、手続遅滞を招くおそれもある。したがって、「真実発見」を追求するあまり、裁判所の職権探知が事案解明に消極的な態度をとる関係人を優遇する結果となつてはならないのである³⁸³。これは、当事者間の公平性・裁判官の中立性の観点から、このような場合に職権探知義務が限界をむかえることを正当化するものといえる（これについては下記（２）で述べる）。また、関係人が協力を拒絶しているような場合に、裁判所がそれにもかかわらずさらなる探知のための他の手掛かり（きっかけ）を有しているとは考えにくい。このような場合、裁判所は、さらなる探知措置を行う義務はないとされる³⁸⁴が、そもそも、さらなる調査の具体的な手掛かりがないのに、さらなる探知措置を行うことは不可能であろう。仮にこれとは反対に、裁判所が何らかの手掛かりを有していたとしても、その探知に費用が掛かり過ぎることが予想される場合には、職権探知を行うことは適切とはいえない（これについては下記（２）で述べる）。

ほかにも、関係人の協力がなければ、さらなる職権探知が不可能な例として、関係人が身体的な検査を拒絶する場合がある。関係人の身体検査の場合には、協力を強制することはできない³⁸⁵と考えられているのであるから、関係人が任意に協力に応じなければ、裁判所はそれ以上の事案解明

383 OLG Frankfurt Beschluss v.9.8.2016-FamRZ 2017, 244

384 Münchener, § 26 Rn.12 (S.196f.)・17 (S.199), 例えば、署名の真正性についてすでに手元にある私鑑定書の提出を拒絶した者は、署名の真正性の単純否認により職権で筆跡鑑定家の鑑定を取り寄せることを要求できない（裁判例【3】）。

385 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（2019年）2488頁の注129参照。

をすることは不可能である。このように関係人の協力がなければ事案解明が困難あるいは不可能な局面が存在し、これも協力義務の不履行が裁判所の職権探知の限界を画する場合である³⁸⁶。

したがって、関係人が重要な証拠を所持している場合には、それを提出すべき義務が関係人にある³⁸⁷。関係人が協力可能であるにもかかわらず、主張及び証拠提出をしない場合には、裁判所に対して職権探知による証拠収集を要求することはできなくなる。関係人が容易に協力可能なことについて協力しない場合にまで、裁判所が職権で証拠収集することにより、事案解明に消極的な関係人を優遇する結果となってはならないからである³⁸⁸。職権探知主義であるからといって、裁判所は過剰な積極的解明活動をする義務までも負うものではない。

以上まとめると、FamFGの手続においても、裁判所は、関係人の利益のために活動しているのであり（FamFG 7条2項1号）、裁判所が職権探知の権限を行使しようとしたが、それに反して、関係人が期待可能な協力を拒絶した場合には、その他の点でも裁判所に探知のきっかけがない場合

386 事件の状況によっては、協力の拒絶は証明妨害と評価することができるとする見解もある。この見解によれば、関係人の協力拒絶の態度は、自由心証の枠内で不利益な評価として斟酌される。そして、協力しようとししない関係人に対して、裁判所が協力拒絶の結果によって起こり得ることについて教示した後であっても、関係人が協力拒絶という態度を維持するというのは、不利益な証拠評価がされ得るということを前提としてとみなしてもよいとする（Prütting, FamFG, § 27 Rn.10 (S.257).）。Richard Zöller/Christian Feskorn, Zivilprozessordnung mit FamFG (§ § 1-185, 200-270, 433-484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen Kommentar, bearbeitet von Christoph Althammer ... [et al.], 32. neubearbeitete Aufl., 2018, FamFG, § 27 Rn.4. 、「継続的な協力の拒絶（die nachhaltige Weigerung einer Mitwirkung）は、証拠評価（Beweiswürdigung）の枠内で不利に顧慮されることも考えられ得る。」としている。BVerfG Beschluss v.11.6.1958-NJW 1958, 1227

387 裁判例【4】

388 Kollhosser, S.139

には、裁判所は探知義務を満たしたといえる。関係人が職権探知の手掛かりを示さない以上は、裁判所は、さらなる探知へと広げることとはできないのであるから、裁判所の職権探知義務は、必然的に終了することとなる。この場合、事実関係がすでに完全に手続内に導入されたと評価することができ³⁸⁹、裁判所は、それ以上の探知活動を義務付けられることはない。

（２）手続経済からの要請と裁判所の中立性

次に、事案解明に関する第一次的な権限・責任を裁判所に課する職権探知主義の下であっても、関係人には事案解明に関しての協力義務が認められるべきであるとの考え方は、どのような発想・思想に基づいて実質的に認められるのだろうか。これについて、Kollhosserの論文を参照して検討する。この検討を通じて、なぜ事案解明について裁判所と関係人との間にいわば共同責任が認められるのかを明らかにし、その反面として、協力義務違反が職権探知義務の範囲に影響を与えることの根拠のようなものを考えてみたい。

まず、手続経済からの要請について見ていく。この点は、Unger及びKollhosserによってもすでに指摘されていた重要な観点である³⁹⁰。「手続経済の要請」と非訟事件において職権探知主義を採用する理由である「真実発見」とは、一見すると矛盾するように見えるかもしれない。しかし、「真実発見」のための事案解明は、手続経済の観点からも、事件の性質に応じた適正なものでなければならない。

例えば、裁判所は、関係人の申立てた証拠方法をすべて取り調べなけれ

389 Münchener, § 27 Rn.9 (S.204)., Vgl. BGH Beschluß v.8.3.1955-BGHZ16,378=MDR 1955,347 (349) ; OLG Düsseldorf Beschluss v.2.3.2012-FamRZ 2012,1233 ; NJW-RR 1991,1285; Florian Jacoby, Der Regierungsentwurf für ein FamFG, FamRZ 2007, 1703 (1706)

390 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（４）」龍谷法学53巻4号（2021年）1452頁・1463頁参照。

ばならないのかという問題がある。裁判所は、事実探知の際に、想定し得るあらゆる可能性を探知しなければならないという訳ではなく、想定が実際に反して職権探知が空振りに終わるという事態は避けなければならない。そこで、裁判所の探知の実施（職権発動）には、関係人から探知のきっかけ（具体的な手掛かり）が提示されていなければならない（裁判例【2】）。関係人が証明主題について自己に有利な証拠あるいはいかなるかのきっかけを提示していない場合には、裁判所がそれ以上の探知をすることは不可能であるので、裁判所は職権探知義務から解放される（裁判例【2】）。このように、職権探知義務と協力義務とは相関関係に立つ。

ほかにも、手続経済を重視したと思われる裁判例としては、裁判例【3】がある³⁹¹。裁判例【3】では、被相続人の遺言能力に関する証人尋問の実施に際して、被相続人が生前に関わった人物は多数おり、これらの人物すべてを証人尋問の対象としなければならないとすれば、手続遅滞を招くのは明らかであり、そのような探知は実際にはできないという。また、そのような探知は、時間も費用も掛かり過ぎることから、適切ではないと指摘しているところである。このことから、職権探知主義とはいえ、裁判所の職権探知には一定の手続経済の観点からも内在的制約があることが読み取れる。

また、事実主張について言えば、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らか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これを主張することが可能であるから、関係人は裁判所を補助すべきと考えられている³⁹²。また、事案説明責任を裁判所のみが負うとすれば、調査機関を持たない裁判所にとっては過大な責任を負わせることとなり、手続経済の観

391 詳細は、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（3）」龍谷法学52巻3号（2019年）898頁以下参照。

392 Münchener, § 27Rn.1・3 (S.202)

点からも合目的的ではないと指摘されている³⁹³。関係人から証拠資料が提出されることが、最も合理的であり、手続経済に適う。

以上のように、手続経済の観点は、裁判所の職権探知義務に限界があることを根拠づける十分な要素であり、反面として、当事者にも事案解明に係る協力の義務付けを求めることを求めることをも正当化するといえる。

次に、裁判所（裁判官）の中立性という観点から検討する。憲法的観点により、裁判所の活動は、中立性が求められる。裁判官の中立性という観点は、同様に職権探知主義を採用するVwGO86条において判例上すでに認められており³⁹⁴、FamFG27条の制定に際してVwGOが参照された結果、FamFGにも取り込まれた概念である。裁判官の中立性に関わるFamFG 6条³⁹⁵は、裁判所職員の除斥・忌避について定めたものであり、FGG 6条³⁹⁶を内容的に引き継ぐものである。FGG 6条では、ZPOの忌避の規定

393 Kollhosser, S.124.

394 Kurt Kuchinke, Die vorbereitende richterliche Sachaufklärung (Hinweispflicht) im Zivil-und Verwaltungsprozeß, JuS 1967,295 (298)„ BVerfG Beschluss v.8.02.1967-BVerfGE 21,139 = NJW 1967, 1123 = FamRZ 1967, 317

395 FamFG 6条【裁判所職員の除斥・忌避】は、「

（１）裁判所職員の除斥および忌避については、民事訴訟法41条から49条までの規定を準用する。先行する行政手続に関与した者もまた除斥される（Für die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen gelten die §§ 41 bis 49 der Zivilprozessordnung entsprechend. Ausgeschlossen ist auch, wer bei einem vorausgegangenen Verwaltungsverfahren mitgewirkt hat.）。

（２）忌避の申立てを却下した決定に対しては、民事訴訟法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（Der Beschluss, durch den das Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt wird, ist mit der sofortigen Beschwerde in entsprechender Anwendung der §§ 567 bis 572 der Zivilprozessordnung anfechtbar.）。と規定している（「仮訳」５頁）。

396 FGG 6条【裁判官の除斥・回避】は、「

（１）裁判官は、次に掲げる事件においては、その職務の執行から法律上当然に除斥される（Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen: ）。

の類推が認められていたところ、FamFG 6 条 1 項 1 文では、裁判所の活動は中立性と事件関係者からの距離を要求する、という連邦憲法裁判所が立てた原則に基づいて、ZPO42条以下の準用が認められていたことを明文化したものである³⁹⁷。

ところで、職権探知主義なのだから、裁判所が（検察庁のように）調査し、調査（捜査）機関として職権探知を行うという考え方もあり得るが、これは判断者である裁判官にとっては、「証拠評価の先取り」となるおそれがあり、裁判官の中立性・客観性が害される危険がある³⁹⁸。このため、このような考え方は、職権探知主義を採用する手続といえども否定される。この点に関して、Kollhosserは、裁判所の中立性を確保するためには、裁

-
- 1 裁判官自らが関係人である事件、又は裁判官が関係人と共同の権利者若しくは義務者の関係にある事件 (in Sachen, in denen er selbst beteiligt ist oder in denen er zu einem Beteiligten in dem Verhältnis eines Mitberechtigten oder Mitverpflichteten steht ;)
 - 2 裁判官の配偶者又は配偶者であった者の事件 (in Sachen seines Ehegatten, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht ;)
 - 2a 裁判官のパートナー又はパートナーであった者の事件 (in Sachen seines Lebenspartners, auch wenn die Lebenspartnerschaft nicht mehr besteht ;)
 - 3 裁判官の直系血族又は二親等以内の傍系血族若しくは姻族である者、又はあった者の事件 (in Sachen einer Person, mit der er in gerader Linie oder im zweiten Grad der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist oder war ;)
 - 4 裁判官が関係人の代理人として委任を受け、又は関係人の法定代理人として関与する権限を有する事件 (in Sachen, in denen er als Vertreter eines Beteiligten bestellt oder als gesetzlicher Vertreter eines solchen aufzutreten berechtigt ist.)

(2) 裁判官は、公平さを損なう事情があることを理由として、その職務の執行を回避することができる (Ein Richter kann sich der Ausübung seines Amtes wegen Befangenheit enthalten.)。』と規定していた (「FGG仮訳」2 頁以下)。

397 「仮訳」5 頁参照。

398 Brehm, FG, § 10 Rn.26 (S.141f.)・§ 11 Rn.20 (S.161) では、関係人が説明を必要とする場合、その主張がもっともらしくないか又はありそうにないという理由で証拠申立が無視されてはならない、なぜなら不適法に先取りされた証拠評価になるからである、と指摘している。

判のために必要な資料は、裁判所以外の第三者からもたらされる必要があることを強調し、その役割を担うのに最も適しているのは利益主体である手続関係人であるとする³⁹⁹。すなわち、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、事案解明については、裁判所と関係人との共同責任と考えるべきであるとKollhosserは論じ⁴⁰⁰、これと類似した考え方が現在も有力である⁴⁰¹。

以上まとめると、職権探知主義といえども、事件の解決に最も重大な利害関係がある関係人に対して事実関係や証拠資料の提出を義務付けることの方が、裁判機関が中途半端な職権による解明を行うことよりも、より合理的であり、手続経済に適う。また、裁判所の中立性の観点からも、事実関係を最もよく知る立場にある関係人が証拠資料を提出することが適切であると考えられている。したがって、このような観点が職権探知主義を採用する手続においても、関係人に対して事案解明への協力を要求する根拠となり、そのような協力を拒絶するときには、裁判所がそれ以上事案解明の義務を果たす必要がなくなることも基礎付けているといえる。

（３）公益性

残された問題は、関係人の協力拒絶及び協力不足による義務違反があった場合に、あらゆる事件類型において、裁判所の探知義務に影響を及ぼすのかということである。換言すれば、公益性や後見性が強く求められる事件類型においても、同様に協力義務違反がストレートに職権探知義務の限界を導くのかが問われることになる。

まず、協力拒絶の場合について説明する。関係人の拒絶した協力行為が、

399 Kollhosser, S.124f.

400 Kollhosser, S.134.

401 Münchener, § 27 Rn.3 (S.202) は、「裁判所と関係人は、協同関係 (Kooperationsverhältnis) にある」とする。

他の関係人の利益と関わりがあるか、あるいは、公益性が高い事件類型や後見事件の場合には、裁判所は職権探知義務から直ちに解放されるという訳ではない。この場合には、裁判所は関係人の協力不足があったことを顧慮して、さらなる探知を見合わせてはならないし、それを越えて職権で必要と考えられる探知をしなければならないだけでなく、不利益な認定をしてはならない⁴⁰²。拒絶している協力行為がとりわけ他の関係人の利益または公益に関わる場合には、別な判断をしなければならない。例えば、相続証書の申立人が聴取すべき法定相続人の名前と住所を通知することを拒否する場合、裁判所が申立人のしなかった協力を顧慮してさらなる探知を見合わせることは非生産的である。そのため、ここでは、裁判所は職権で必要と判断される探知を行わなければならない、この場合、申立人は手続遅延の不利益を負う⁴⁰³。

次に、関係人の協力不足が生じている場合について説明する。これには、

- ①関係人が故意に協力を怠った場合（協力拒絶の場合）と、②関係人が「沈黙」している場合がある。①の場合については、前述の通りである。
- ②の場合は、さらに場合分けが必要となる。関係人が「沈黙」している場合には、自己に不利なことを隠すために、故意に沈黙している場合と、関係人が必要な能力⁴⁰⁴を欠いているがゆえに沈黙している場合とがある。

402 Bahrenfuss, FamFG, § 26 Rn.15 (S.388f.)・§ 27 Rn.12 (S.399)

403 Bahrenfuss, FamFG, § 27 Rn.12 (S.399)

404 ここでいう「能力」とは、FamFG 9条の手続能力 (Verfahrensfähigkeit) のことをいう。

FamFG 8条の関係人能力 (Beteiligungsfähigkeit) 及びFamFG 9条の手続能力は、本案決定の要件 (本案判決要件 (Sachentscheidungs voraussetzung)) であり、職権で審査される手続要件である (Münchener, § 26 n.8 (S.195))。Münchener, § 26 n.8 (S.195) は、裁判所の探知義務の対象として「関係人の立場 (die Stellung als Beteiligter)、関係人能力 (Beteiligtenfähigkeit)、手続能力 (Verfahrensfähigkeit)、十分な代理権の存在 (das Vorliegen ausreichender Vertretungsmacht)」をも含んでいると解している。

Bahrenfuss, FamFG, § 27 Rn.4 (S.396) では、協力義務の範囲について、「そノ

故意に沈黙している場合には、協力拒絶とみなすことができるため、協力義務違反の問題として取り扱うことになる。

問題は、後者の関係人が必要な能力を欠いているがゆえに沈黙している場合である。監護の性質を伴う手続では、相手方の事実主張を争わないこと又は関係人の沈黙というものは、原則として裁判所の探知義務に影響を与えない⁴⁰⁵。たとえ関係人の協力不足があったとしても、必要な場合には裁判所はさらなる必要な調査を行わなくてはならないとされている⁴⁰⁶。

「の時々、関係人の能力（Möglichkeit）に左右される」として、期待できる協力というものが、関係人ごとに異なることを指摘し、実際に関係人がその時に情報へアクセスすることができたかどうかを調査すべきであると述べている。

FamFG 8 条【関係人能力】は、「
次の者は、関係人能力を有する。

- 1 自然人および法人
- 2 社団、人的団体および組織。ただし、その者に権利が帰属しうる場合に限る。
- 3 官庁」と規定している（「仮訳」 8 頁）。

FamFG 9 条【手続能力】は、「

(1) 次の者は、手続能力を有する。

- 1 民法により行為能力を有する者
- 2 法により行為能力を制限されている者。ただし、手続の目的（対象）について民法により行為能力を認められている場合に限る。
- 3 民法により行為能力を制限されている者。ただし、その者が14歳に達しており、その者自身に関わる手続において、民法によればその者に帰属する権利を主張する場合に限る。
- 4 この法律又は他の法律において、手続能力があると定められている者

(2) 行為無能力者又は制限行為能力者が手続能力を有しない場合には、民法により権限を付与された者がその者に代わって行為をする。

(3) 社団及び官庁のためには、その法定代理人、理事又は特別に委任された者が行為をする。

(4) 法定代理人の過失は、関係人の過失と同視される。

(5) 民事訴訟法第53条から第58条までの規定は、これを準用する。」と規定している（「仮訳」 8 頁以下）。

405 Bahrenfuss, FamFG, § 27 Rn.6 (S.397)

406 Kollhosser, S.144.

例えば、BGB1886条の個人後見人の解任⁴⁰⁷がその例である。個人後見人の解任手続において、被後見人は後見人の義務違反についての事実を主張できないことから、このような事実がないと推論することは許されない。なぜなら、後見人は、被後見人に対し、自己の義務違反を秘匿しようと努めるのが通常であり、後見人がその秘匿に成功している場合には、被後見人はそれについて主張できないからである⁴⁰⁸。それゆえ、BGB1839条の後見人の情報提供義務⁴⁰⁹や、同1840条の報告書と収支報告書の提出⁴¹⁰に

407 BGB1886条【個人後見人の解任】は、「個人後見人に義務違反があり、後見事務の継続によって被後見人の利益が害されるおそれがあるときは、家庭裁判所はその者を解任する。(Das Familiengericht hat den Einzelsvormund zu entlassen, wenn die Fortführung des Amts, insbesondere wegen pflichtwidrigen Verhaltens des Vormunds, das Interesse des Mündels gefährden würde oder wenn in der Person des Vormunds einer der in § 1781 bestimmten Gründe vorliegt.)」と規定している。

408 Münchener, § 27 Rn.10 (S.204)

409 BGB1839条【後見人の情報提供義務】は、「後見人及び後見監督人は、いつでも家庭裁判所の求めに応じて、後見事務の遂行及び被後見人との関係について説明する義務を負う。(Der Vormund sowie der Gegenvormund hat dem Familiengericht auf Verlangen jederzeit über die Führung der Vormundschaft und über die persönlichen Verhältnisse des Mündels Auskunft zu erteilen.)」と規定している。

410 BGB1840条【報告書と収支報告書の提出】は、「

(1) 後見人は、家庭裁判所に被後見人の本人の状況を少なくとも年に一度報告しなければならない。報告書には、被後見人と後見人の関係についての申告も含めなければならない。(Der Vormund hat über die persönlichen Verhältnisse des Mündels dem Familiengericht mindestens einmal jährlich zu berichten. Der Bericht hat auch Angaben zu den persönlichen Kontakten des Vormunds zu dem Mündel zu enthalten.)

(2) 後見人は、被後見人の財産管理について家庭裁判所に収支報告書を提出しなければならない (Der Vormund hat über seine Vermögensverwaltung dem Familiengericht Rechnung zu legen.)。

(3) 収支報告書は毎年提出しなければならない。会計年度は、家庭裁判所によって定められている (Die Rechnung ist jährlich zu legen. Das Rechnungsjahr wird von dem Familiengericht bestimmt.)。

(4) わずかな範囲の管理である場合、家庭裁判所は、収支報告書が初年に提

関する説明及び報告義務についての明文上の規定が置かれている。すなわち、裁判所は、これらの規定にしたがって、職権で情報提供権を現実化しなければならないし、かつ、これに関して、場合によってはさらなる情報を官庁、銀行、保険会社などから取り寄せしなければならず⁴¹¹、このような探知義務を利用し尽さない限りは、沈黙から一定の事実の推論はできないとする⁴¹²。このように、裁判所の後見的関与が大きくなる事件では、関係人が協力を怠ったとしても、不利な結果をもたらしてはならない⁴¹³。このことを回避するために、裁判所はこの限りでは事実関係を調査するために可能かつ期待可能であるあらゆることを行わなければならない⁴¹⁴。

なお、協力義務の範囲は、関係人の能力に左右されることがある。保護

ㄨ 出された後は、最長３年間を限度とする期間に収支報告書の提出を命じることができる (Ist die Verwaltung von geringem Umfang, so kann das Familiengericht, nachdem die Rechnung für das erste Jahr gelegt worden ist, anordnen, dass die Rechnung für längere, höchstens dreijährige Zeitabschnitte zu legen ist.)。』と規定している。

411 NJW 2011,2137 (事案については、拙稿・前掲 (注385) 龍谷法学51巻4号2495頁参照。)

412 Münchener, § 27 Rn.10 (S.204)

413 NJW 2010,1351 (1353) この事件では、少年局により、シングルマザーである母親と同居する子の「子の福祉」が危険にさらされていると判断され、家庭裁判所がBGB1666条【この福祉が危険にさらされている場合の裁判所の措置】に基づき、危険の防止のために必要な措置を講じようとしたというものである。本件では、母親が身体的検査あるいは精神的検査といった鑑定を拒絶したことが協力義務違反となるかどうか争点の一つとなった。この点について、裁判所は、「母親が鑑定に協力することを拒否することは、拒否に値する態度とみることではできない。上述のように、母親の拒絶自体が結局基本権の行使であるとの理由で、鑑定の調査は利害関係人の一般的な人格権に抵触する。拒絶を拒否に値する態度と評価する場合、証拠法上不利に推論しうる、この評価と同時に母親の人格権全般に不当な侵害があった (Sauer, FamRZ 2005, 1143, 1144; vgl. auch BverfGE 89, 69, 84).」として、本件では、母親 (関係人) が鑑定に関する協力を拒絶したとしても、証明責任の原則にしたがった判断をすることはできないとした。

414 Münchener, § 27 Rn.10 (S.204)., Keidel, FamFG, § 27 Rn.5 (S.417)

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⁴¹⁵。裁判所は、このような場合、当該専門分野を熟知している職員の経験を顧慮して、個別の関係人の協力をどの範囲まで期待してもよいのかということを決定する⁴¹⁶。

このように、公益性・後見性の高い事件類型においては、関係人の協力義務違反があったとしても、直ちに裁判所が職権探知義務から解放されない場合がある。

第四節 まとめ

ドイツでは、FGGの下で早い段階からとりわけ実務においては、裁判所の職権探知には限界があること、協力義務違反が職権探知の限界の問題として理解し、それを補うために、真正訴訟事件などの私的利益が強い事件においては、関係人に協力義務を認めていた。

職権探知主義は、裁判上重要な事実を職権で探知する義務を第一次的に裁判所に課している。職権探知主義を採用する手続においては、一見すると、裁判所が事案解明について全ての責任を負うかのごとく見えるが、しかし実際にはそうではない。職権探知主義の下でも、事案解明についての全責任を裁判所に負わせることは事実上不可能であることが認識されている。これに対して、関係人は、事実及び証拠から一番近い位置にあり、事実関係を裁判所よりも明白によく知っているのであるから、関係人は事実関係の探知の際に裁判所を補助すべきであるという考え方である⁴¹⁷。協力義務は、事実関係の探知の際に裁判所の負担を軽減し補助するものであ

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

416 Münchener, § 27 Rn.10 (S.204)

417 Münchener, § 27 Rn.1 (S.201f.)・§ 26 Rn.1 (S.192) では、「職権探知主義は、典型的には裁判所より事実関係をよりよく知っている関係人の協力義務 (vgl. § 27並びに206も) によって補充され、かつ、限界づけられている。」と述べている。

り、関係人の独立した義務とは考えられていない。関係人の協力義務の具体的な射程範囲は、職権探知義務の範囲と対応するものである⁴¹⁸。

このように、ドイツでは、職権探知主義の下でも、関係人に事案解明についての協力義務ないし責任を負わせることが両立するものとして考えられている。職権探知主義において関係人に協力義務を課すことで事案解明に寄与させるという考え方が、FamFG27条1項の制定以前から実務上もごく当たり前のこととして捉えられていたことを、再度、確認しておきたい。

FamFGを検討した結果、事案解明に関して、裁判所が単独で義務ないし責任を負っているわけではなく、すべての手続主体が義務ないし責任を負っており、しかもそれは別個独立したものではなく、相互に影響を与え合う関係であることが明らかとなった。このことは、関係人が一定の指摘や探知のためのきっかけ（手掛かり）を与えていない場合には、裁判所は積極的に探知活動をする必要がないということ、あるいは、関係人が資料を提出しない時には、裁判所は当該資料を探知する義務はない。もっと正確に言えば、裁判所が探知をしなかったとしても職権探知義務違反として上訴審において問責することはできないといった形で、現れる。このように、ドイツでは、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にあり、協力義務違反が職権探知の限界を導くといったように連動するという議論がなされていることが極めて特徴的である。

ドイツでは、職権探知主義の下でも、事案解明について関係人に協力義務を課すことに対して、何ら疑問を持たれていない。しかし、訴訟資料を収集する責務は、一義的には裁判所にあるのであって、関係人の協力義務の存在が職権探知主義を当事者提出原則に変更することはあってはならないのである⁴¹⁹。

418 Münchener, § 27 Rn.4 (S.201f.)

419 Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, § 26 Rn.1 (S.107)・§ 27 Rn.7.1 (S.115f.),

ドイツにおいて関係人の協力義務は、職権探知主義を否定するものでもないし、弁論主義に近づける運用を目的として規定されたものでもない。弁論主義に近づいているかのように見えるが、職権探知主義における関係人の協力義務は、その背景及び目的からも、弁論主義（証拠提出責任）と同義とは考えられていない。あくまでも事案解明について主導的な役割を果たすのは裁判所であり、関係人は自己にできることを協力することが求められているという意味では補助的な役割を担っていると考えられているようである。

第六章 日本法への示唆

本章では、これまでのドイツのFamFGにおける職権探知義務（Fam-FG26条）と関係人の協力義務（同27条1項）の検討結果を踏まえ、日本の家事事件手続法56条2項を検討する。

まず、第一節では、家事事件手続法の状況について触れておく。具体的には、家事事件手続法制定の経緯と目的、訴訟と非訟、当事者概念についてである。次いで、第二節では、家事事件手続法56条1項の職権探知主義についての概要と職権探知の法的性質を検討する。そして、第三節では、裁判所と当事者の役割分担として、裁判所と当事者の責務を定めた同2条の規定を概観し、当事者の協力義務（同56条2項）と協力義務違反の場合の効果について学説上どのように考えられているのかを見ていく。最後に、第四節では、これまでに検討したドイツの検討結果を踏まえ、日本における今後の解釈論の方向につき若干の試論を提示することにした。

第一節 家事事件手続法の状況

ㄨ 同様のことは、Keidel, FamFG, § 27 Rn.1 (S.415) でも指摘されている。

第一項 概観

日本の民事司法の分野において最後に残されていた非訟事件手続法、及び、家事審判法を「国民にとって利用しやすく、現代社会に適合した内容のものにするため」、新しい「非訟事件手続法（平成23年法律第51号）」、及び、家事審判法が全面改正され「家事事件手続法（平成23年法律第52号）」という名称に改められ⁴²⁰、平成23年5月25日に公布、平成25年1月1日に施行された⁴²¹。その結果、制定以来長期にわたって部分的な修正しかなされてこなかった非訟事件手続法・家事審判法が抜本的に改正されることとなった。本改正に際しては、2003年から改正作業が始まり、2009年に施行されたドイツ家庭事件・非訟事件手続法（FamFG）が参照された。

非訟事件手続法は、旧法下での片仮名文語体の表記から平仮名口語体で平易なものに改められた。本改正における主な改正点としては、①当事者等の手続保障を図るための制度の拡充として、参加の制度、記録の閲覧謄写等に関する制度、不意打ち防止のための諸規定が創設され、②非訟事件の手続を国民にとって利用しやすくするため、電話会議システム等による手続、和解・調停制度、専門委員制度が創設され、③管轄、代理、不服申立てに関する規定が整備された⁴²²。

家事事件手続法は、旧法下での片仮名文語体の表記から平仮名口語体で平易なものに改められた。本改正における主な改正点としては、①当事者等の手続保障を図るための制度の拡充として、参加の制度の拡充、記録の閲覧謄写等に関する制度の拡充、不意打ち防止のための諸規定等の整備が

420 家事事件手続法の制定の経緯については、竹下守夫「家事審判法改正の課題」家庭裁判所月報61巻1号（2009年）43頁以下。

421 新法制定の経緯について、法制審議会の非訟事件手続法・家事審判法部会の審議については、金子修編著『一問一答 非訟事件手続法』（商事法務、2012年）6頁以下が詳しい。

422 金子・前掲（注421）『一問一答 非訟法』20、21、28頁以下参照。

され、②国民にとって利用しやすくするため、電話会議システム等による手続（54条、258条1項）、調停を成立させる方法の拡充など、③管轄、代理、不服申立て等の基本的事項に関する規定が整備された⁴²³。

家事事件手続法の改正の重要な目的の一つが、当事者の手続保障の強化であった⁴²⁴。もう一つが、手続の明確化により国民の利便性を向上させることである⁴²⁵。

家事事件とは、家事審判手続及び家事調停事件に加えて、これらに附随または派生する手続や関連する手続をいう。具体的には、①別表第一及び第二の事項の家事審判手続、②家事審判前の保全処分、③履行命令、④家事審判の抗告事件の手続、⑤家事審判の特別抗告事件および許可抗告事件、⑥家事調停の手続、⑦家事調停の合意に相当する審判及び調停に代わる審判の手続、⑧上記の手続に付随または派生する手続（移送、忌避、参加の許可、証人に対する制裁の裁判、即時抗告に伴う執行停止等）の手続、⑨再審事件の手続、⑩履行勧告事件の手続等である⁴²⁶。

旧法下では、家事事件を調停することのできない甲類事件（当事者が自らの意思で処分することのできない権利または利益に関する事項についての事件であり、比較的公益性が高い事件）と調停することのできる乙類事件（比較的公益性が低い事件）とに区分していた。家事事件手続法でも、この区分を基本的に踏襲するもので、前者を別表第一事件に、後者を別表

423 金子修編著『一問一答 家事事件手続法』（商事法務、2012年）25頁以下。

424 金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』25頁以下、山本和彦「非訟事件手続法・家事事件手続法の制定の理念と課題」法律時報83巻11号（2011年）4頁以下、本間靖規「家事事件手続法の意義と課題」金子修・山本和彦・松原正明編著『講座 実務家事事件手続法（上）』（日本加除出版、2017年）59頁以下。

425 高田・前掲（注2）『家事事件手続法』14頁〔金子修発言〕によると、「利用者が、基本的にはこの家事事件手続法だけを見れば手続全体がわかるようにしたかった、それが望ましいだろうという考えによったもの」として、条文数が非常に増えた理由を利用者が手続進行をイメージしやすいものにするためと説明している。

426 金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』25頁以下、37頁。

第二事件に分類している。もっとも、旧法下では乙類事件であったものの一部が、別表第一事件に分類された⁴²⁷。

第二項 訴訟と非訟

まず、訴訟と非訟とはどのような基準によって区別されるかについて学説は、一致した見解に到達していない。有力説は、「訴訟の裁判は法規に抽象的に予定されたところを適用して紛争を解決するのに対し、非訟事件では国家が端的に私人間の生活関係に介入するために命令処分するのであって、前者は民事司法であるのに対し、後者は民事行政である。同じく権利関係の確定形成をもたらす場合でも、訴訟の判決は法の適用による判断作用の効果であるのに対し、非訟事件では結果を意欲する処分行為に基くものである。」という⁴²⁸。しかし、司法と行政の区別の明確な基準をめぐって見解が一致しない上に、訴訟事件の非訟化により、当事者間に権利・義務に関し争いが存在する場合が非訟に含まれるから、訴訟事件と非訟事件の理論的な区別はますます困難になる⁴²⁹。ここから一方において、両者の区別はもっぱら実定法の規定に従って行うほかないという見解が現れる⁴³⁰。しかし、この見解では、訴訟か非訟か疑問のある事件の処理に困難が生じる。どちらか不明確な場合については、非訟事件の諸特性を抽出し、そのいくつかが当てはまるときは非訟事件として扱うという提案がなされている⁴³¹。

427 変更があったのは、別表第一の58の項【夫婦財産契約による財産の管理者の変更等】、同85の項【扶養義務の設定】と同86の項【扶養義務の設定の取消し】、民法877条2項同86の項【推定相続人の廃除】と同87の項【推定相続人の廃除の審判の取消し】である。その内容と理由については、金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』51頁以下参照。

428 兼子一『民事訴訟法体系』（酒井書店、1965年）40頁。

429 松本博之・上野泰男『民事訴訟法〔第8版〕』（弘文堂、2015年）12頁〔松本〕。

430 三ヶ月章『民事訴訟法 第3版〔法律学講座双書〕』（弘文堂、1992年）15頁。

431 新堂幸司「訴訟と非訟」同『民事訴訟法学の基礎』（有斐閣1998年）214頁ノ

日本における訴訟と非訟の区別について、最高裁は、「憲法32条所定の裁判を受ける権利が性質上固有の司法作用の対象となるべき純然たる訴訟事件につき裁判所の判断を求めることができる権利をいうものである」とした⁴³²。すなわち、憲法32条所定の裁判を受ける権利とは、同法82条が定める公開の原則の下における対審及び判決によるべき旨を定めたものであり、「純然たる訴訟事件」について裁判所の判断を求める権利であり、非訟事件については憲法上の保障が及ばないという立場であり、最高裁は一貫してこの立場に立つ。最高裁は、実体的権利義務の存否を確定する裁判が訴訟であり、実体的な権利義務が存在することを前提として、その具体的内容を裁判所が後見的立場から合目的的に定める裁判が非訟であるとする⁴³³。

非訟事件においては、旧法下では、証拠調べに際し当事者の立会の機会を与えなくてもよいとする判例⁴³⁴・学説⁴³⁵があった。しかし、今日では、家事事件を含む非訟事件手続においても、いわゆる審尋（審問）請求権を

ㄨ 以下、松本・上野・前掲（注429）『民訴』12頁以下〔松本〕。

432 最高裁昭和35年7月6日大法廷決定民集14巻9号1657頁以下、最高裁昭和40年6月30日大法廷決定民集19巻4号1114頁以下（婚姻費用分担の審判）、最高裁平成20年5月8日決定家月60巻8号51頁以下。

433 佐上善和「訴訟と非訟」高橋宏志・高田裕成・畑瑞穂編『別冊ジュリスト201号・民事訴訟法判例百選〔第4版〕』（有斐閣、2010年）9頁。長谷部由起子・山本弘・笠井正俊編著「基礎演習民事訴訟法〔第3版〕」（弘文堂、2018年）350頁〔長谷部由起子〕は、「実体的権利義務の存否を確定する裁判が訴訟であり、実体的権利義務が存在することを前提として、その具体的内容を裁判所が裁量権を行使して形成する裁判が非訟である」とする。

434 大審院昭和3年6月29日決定民集7巻598頁。

435 鈴木忠一「非訟事件に於ける正当な手続の保障」同『非訟・家事事件の研究』（有斐閣、1971年）315頁以下では、当事者に立会権がないとする。山木戸克己「訴訟における当事者権—訴訟と非訟の手続構造の差異に関する一考察—」同『民事訴訟理論の基礎的研究』（有斐閣、1961年）69頁は、「多くの場合に証拠調べに立ち会わせるのが適当であるけれども、一般に関係人の権利として立会権を認めることはできないであろう。」と解していた。

中核とする当事者の手続保障が重要であるとの認識は、一般的なものであるといえる⁴³⁶。手続保障の観点からは、裁判所による釈明権の行使（民訴149条参照）や職権探知の結果についての意見表明の機会の保障（人訴20条）が重要な問題となる。立案担当者によれば、家事事件手続法には民訴149条と同様の規定はないが、「職権探知主義が採られているので、事実上および法律上の事項に関し、当事者または利害関係人に問を発し、必要な資料の提出を促すことはあえて規定を設けなくとも当然にすることができる」と考えられている⁴³⁷。さらに、立案担当者は、意見の聴取については、裁判所に常に積極的に当事者から意見の聴取を義務付ける規定を設けるまでもないと考えており、意見聴取をするかどうかは裁判所の適正な裁量に委ねられると解している⁴³⁸。また、これらに関する明文の規定は設けられていないが、釈明権の行使や意見聴取の実施を否定するものではなく、さらに一步進めて、裁判所が適切な措置を懈怠したことが違法と評価されることもあり得ると指摘する見解もある⁴³⁹。

第三項 当事者概念

非訟事件において手続に登場する者をどのように捉えるか、またどのように定義するのかという問題は古くから争いがある⁴⁴⁰。ドイツでは、FGGの下では、民事訴訟の「当事者」を指す“Partei”という用語に代えて

436 松川ほか・前掲（注1）『コンメンタール人訴法・家事法』234頁〔垣内秀介〕、金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』25頁など。家事審判手続における当事者の手続保障の従来の議論については、本間靖規「家事審判と手続保障」同『手続保障論集』（信山社、2015年）437頁以下参照。

437 金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』113頁、高田・前掲（注2）『家事事件手続法』204～207頁、近藤ルミ子「当事者の役割と裁判所の役割」金子修・山本和彦・松原正明編著『講座 実務家事事件手続法（上）』（日本加除出版、2017年）209頁。

438 金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』116頁の注4。

439 松川ほか・前掲（注1）『コンメンタール人訴法・家事法』234頁〔垣内〕。

440 佐上善和『家事事件手続法Ⅰ〔家事審判・家事調停〕』（信山社、2017年）98頁。

「関係人 (Beteiligte)」という用語を用いながらも、関係人についての一般的な規定を欠いていた。そこで、FamFGでは、7条に非訟手続において関係人となるべき者についての規定を置き、さらに、条文上も、手続主体としての（必要的）関係人と手続に参加させることができる（任意的）関係人とを区別している⁴⁴¹。

これに対して、日本では、旧法の家事審判法の下では、家事審判の手続に関与する者を「当事者」と称するか、あるいは「関係人」という概念を用いるかについて学説上の対立があった⁴⁴²。しかし、家事審判手続では、次の理由により、民事訴訟と同じ意味での「当事者」を観念することができないとされる。第一に、家事審判事件においては必ずしも二当事者対立構造が存在しないこと、第二に、手続に主体的に関与する者と審理の名宛人が異なる事件類型があること、第三に、職権で開始し得る審判があるため「当事者」概念に馴染まない場合があるとされている⁴⁴³。そのため、当事者概念ではなく、「関係人」の概念を用いる見解が主張されてきたが、同時にその定義の困難さも指摘されていた。結局、FamFGを参考にした日本の家事事件手続法では、どちらも「当事者」という用語を用いている⁴⁴⁴。家事事件手続法では、従前の実務において申立人と相手方を「当

441 詳細は、拙稿・前掲（注391）龍谷法学52巻3号885頁の注250参照。

442 中島弘道『非訟事件手続法論』（岩松堂書店、1922年）142頁。山木戸克己『家事審判法』（有斐閣、1958年）29頁は、形式的当事者概念では十分ではなく関係人という概念を用いるべきであるとの見解を主張している。ほかにも、関係人の概念を取り入れるべきであるとする見解に、佐上善和『家事審判法』（信山社、2007年）69頁以下がある。これに対して、当事者の概念を採用する学説として、鈴木忠一「非訟事件に於ける当事者」同『非訟事件の基礎的諸問題』（弘文堂、1961年）198頁。

443 梶村太市・徳田和幸編著『家事事件手続法〔第3版〕』（有斐閣、2016年）177頁以下〔大橋眞弓〕、杉山悦子「当事者の役割と裁判所の役割」金子修・山本和彦・松原正明編著『講座 実務家事事件手続法（上）』（日本加除出版、2017年）215頁。

444 「当事者」という用語の採用の経緯については、高田・前掲（注2）『家事事件手続法』63頁以下を参照されたい。

事者」とすることが定着していたことから、形式的当事者概念を採用し、「関係人」の概念を採用しなかった⁴⁴⁵。

ここで、家事事件手続法における「当事者」の概念について整理しておく。当事者とは、申立人及び相手方を指す。家事事件手続法では、当事者等について、①「当事者」（家事法49条2項・74条1項など）、②「当事者となる資格を有する者」（41条・42条2項など）、③「審判を受ける者」（47条6項・74条1項など）、④「審判を受ける者となるべき者」（10条1項1号～3号・28条2項2号など）、⑤「④以外であって裁判・審判の結果により直接の影響を受ける者」（42条2項）、⑥「事件の関係人」（47条4項・51条）や「関係人」の語を用いて規定している。なお、条文上「当事者」とされている場合、当事者参加人（41条）が含まれる。さらに、当事者が自ら手続追行する主体として表現されている場合には、利害参加人（42条）を含むとされている⁴⁴⁶。

第二節 家事事件手続法における職権探知主義

第一項 職権探知主義（家事事件手続法56条1項）

（１）趣旨

家事事件手続法56条1項は、「家庭裁判所は、職権で事実の調査をし、かつ、申立てにより又は職権で、必要と認める証拠調べをしなければならない。」と規定している。

56条1項は、家事審判法の下でも同様に採用されていた家事審判規則7

445 金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』28頁以下、近藤・前掲（注437）191頁以下。

446 金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』13頁以下では、「利害関係参加人は、基本的には、『当事者がすることができる手続行為をすることができる。』（第42条第7項）ことから、あえて『当事者及び利害関係参加人』とはしなくとも、『当事者』とすれば、第42条第7項と併せれば、利害関係参加人が含まれるということが明らかであるという前提に立っています。」と説明している。

条1項の規律を引き継ぎ、裁判所の判断の基礎となる資料の収集を裁判所が自ら職権でしなければならないものとする職権探知主義を維持することを明らかにしつつ、その上で、裁判資料の収集方法としては、事実の調査と証拠調べの二つを定めている。同1項は、職権探知主義を採用しつつ、当事者に裁判資料の収集の場面における主体的役割を与えるため、新たに当事者に証拠調べの申立権を認めたものである⁴⁴⁷。しかし、事実の調査については、裁判所が必要に応じて適宜行うべきことから、当事者の申立権は認められていない⁴⁴⁸。

(2) 意義と根拠

職権探知主義とは、通説によれば、裁判の基礎とすべき事実や証拠の収集につき裁判所が権限を有し、責任を負うとする原則である⁴⁴⁹。

通常の民事訴訟では、訴訟の対象となる権利義務関係は当事者の権利又

447 金子・前掲(注423)『一問一答 家事法』114頁、松川ほか・前掲(注1)『コンメンタール人訴法・家事法』233頁〔垣内〕。家事審判法は、証拠調べについては当事者の申立権を認めていなかった。

448 松原正明「家事事件手続法における資料収集」金子修・山本和彦・松原正明編著『講座 実務家事事件手続法(上)』(日本加除出版、2017年)382頁。

449 笠井正俊「当事者主義と職権主義」門口正人編集代表『民事証拠法体系第一巻』(2007年、青林書院)19頁以下、松川ほか・前掲(注1)『コンメンタール人訴法・家事法』233頁〔垣内〕。これに対して、秋武憲一・片岡武編著『コンメンタール家事事件手続法Ⅰ〈第1条～第158条〉』(青林書院、2021年)235頁以下〔國分隆文〕は、「職権探知主義は、裁判資料を、原則として、当事者の権限と責任に任せるが、必要に応じて、裁判所が補完しなければならないということである。家事事件についていえば、利害関係を有するのは当事者であり、事実関係を一番知るのも当事者である。したがって、裁判資料の収集については、当事者がこれを行わざるを得ないのである。」として、これまでの通説と異なる見解に立つが、公益性の高い事件については、「当事者に裁判資料の収集をすべて任せ、裁判所は、これに基づいて判断し、裁判すればよいというわけにはいかない。」、裁判所は、「必要に応じて補完的に資料収集をしなければならないのである。…裁判所が何について、どのように補完するのかという補完の対象と程度については、事件及び事案により異なることになる」とする。

は利益に関するものであり、当事者自身の処分委ねても差し支えない。これに対し、家事事件の手続では、裁判所の判断によって身分関係等の法律関係が形成され、その判断の効力が第三者にも及ぶなど、手続に関与している者の私的な権利または利益を超えた公益性を有している。そのため、実体的真実に合致した裁判の要請または公益性の要請から、裁判所が審判や調停の基礎となる裁判資料の収集についても後見的な役割を担う必要があるとして、職権探知主義の原則が採用されている⁴⁵⁰。家事事件における職権探知の根拠は、一般に、事件の公益性と真実発見の必要性に基づく⁴⁵¹と説明される。

（３）職権探知の法的性質

日本では、長い間、職権探知主義は弁論主義の原則を裏返しにした内容を有するものであるという位置付けがなされてきた。すなわち、職権探知主義とは、①裁判所は当事者の主張しない事実も判決の基礎にすることができる、②裁判所は当事者の自白に反する事実も判決の基礎にすることが

450 山木戸克己『人事訴訟手続法〔法律学全集〕』（有斐閣、1958年）119頁、金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』60頁・114頁、金子修編著『逐条解説 家事事件手続法』（商事法務、2013年）196頁以下、松川ほか・前掲（注1）『コンメンタール人訴法・家事法』127頁〔三木〕及び233頁〔垣内〕。金子修「家事事件手続法下の家事審判事件における職権探知と手続保障」松原正明＝道垣内弘人編『家事事件の理論と実務第3巻』（勁草書房、2016年）9頁以下では、「職権探知の根拠として、公益性および実体的真実発見（実体的真実に基づく判断）の必要性」を挙げている。近藤・前掲（注437）197頁・200頁、松原・前掲（注448）382頁。

451 但し、公益性の説明の仕方については、見解が分かれている。金子・前掲（注450）9頁は、「①司法判断であること、②審判の結果により影響の及ぶ者が一般的多数であることがあること、③対象自体が社会的な目的達成の手段であること、④審判の結果の影響が及ぶ第三者の利益を考慮する必要があること、⑤多種多様な保護利益の調整を図る必要があること」を挙げる。また、山田文「職権探知主義における手続規律・序論」法学論叢157巻3号（2005年）16頁は、①第三者に対する影響、②当事者対等化の要請、③弱者保護の要請を挙げる。

できる、③裁判所は当事者の申し出ない証拠調べも実施できる、と解されてきた⁴⁵²。そのため、実務では、「裁判所の職権探知は例外的かつ補充的なものと位置付けられているに過ぎない」といわれている⁴⁵³。このような見解に対しては、一部の学説において強い批判がされていたところである⁴⁵⁴。

問題は、職権探知主義の下では、裁判所は、上記の内容を「できる」権限を有するのか、それとも裁判所の職務として「しなければならない」義務を負っているのかということであり、これについては議論のあるところである。

職権探知「できる」と解する見解もある⁴⁵⁵。これによれば、職権探知主義は、職権による事実の探知や証拠調べを行う権限を与えられたものと解されている。また、職権探知主義にはバリエーションがあってもよいとして、裁判所の義務として職権探知「しなければならない」性質のものと、そうではなく権限としての職権探知があり得てよいとする見解もある⁴⁵⁶。これに対して、職権探知「しなければならない」と解する見解によれば、

452 中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔第3版〕』（有斐閣大学双書、2018年）234頁〔鈴木正裕〕。

453 東京家庭裁判所「東京家庭裁判所における人事訴訟事件実務の運用について」ジュリスト1301号（2005年）42頁。これに対しては、兼子一ほか著『条解民事訴訟法〔第2版〕』（弘文堂、2011年）899頁で、運用の指針として「例外的」との趣旨であるすれば、疑問であると指摘されているところである。

454 松本博之『人事訴訟法〔第4版〕』（弘文堂、2021年）67頁以下、高田・前掲（注2）『家事事件手続法』194頁以下〔山本克己発言〕。

455 例えば、中野ほか編・前掲（注452）『新民事訴訟法講義』234頁〔鈴木〕、伊東乾＝三井哲夫編『注解 非訟事件手続法〔借地非訟事件手続規則〕【改訂】』（青林書院、1995年）180頁以下〔梅善夫〕、山本和彦「狭義の一般条項と弁論主義の適用」太田知行・中村哲也編『民事法秩序の生成と展開 広中俊雄先生古稀祝賀論集』（創文社、1996年）67頁以下など。

456 山本・前掲（注455）「狭義の一般条項と弁論主義の適用」87頁以下、山本和彦「家事事件手続法における職権主義、裁量統制、手続保障」松原正明・道垣内弘人編『家事事件の理論と実務第3巻』（勁草書房、2016年）110頁。

職権探知は裁判所の権能であると同時に責務（義務）であるとする⁴⁵⁷。職権探知主義の下では、判決の基礎とすべき事実の確定につき責任を負うのは、裁判所である。当事者の主張しない事実を斟酌し、職権で証拠調べをすることができ、かつ必要に応じて、これを行わなければならない。当事者の主張しない事実および証拠調べの結果について当事者に意見を述べる機会を与えたうえで、当事者の主張のない事実も判決の基礎としなければならない。当事者間に争いのない事実は、不要証事実ではない。事実の証明の可否を決するのは、裁判所が当該事実について心証を得ているかどうかであり、弁論主義の下でのように当事者の態度ではない、とする見解である⁴⁵⁸。他にも、当事者の主張しない事実の顧慮や職権証拠調べは、裁判所の権限であると同時に義務であり、裁判所の裁量に任されているわけではないとする見解もある⁴⁵⁹。

職権探知主義の根拠は、公益性ないし第三者の利益の保護の必要性に求められており、しかも家事法56条1項が「しなければならない」と規定しており、職権探知の必要性や範囲については、裁判所の自由裁量に委ねられるものではなく、少なくとも一定の範囲においては、裁判所に探知義務が課されるものと解される⁴⁶⁰。

したがって、職権探知主義とは、裁判所が後見的な立場から裁判に必要な事実の調査や証拠調べを「しなければならない」と解するのが正しい。裁判所は、証拠調べの結果明らかになった事実を当事者の主張がなくても必要があれば裁判の基礎にしなければならず、当事者の申し出ていない証

457 本間・前掲（注46）「職権探知主義について」524頁、笠井・前掲（注449）20頁、杉山・前掲（注443）「当事者の役割と裁判所の役割」224頁ほか。

458 松本・上野・前掲（注429）『民訴』44頁以下〔松本〕、松本・前掲（注454）『人事訴訟法』64頁以下。

459 兼子ほか・前掲（注453）『条解民訴』899頁。

460 松川ほか・前掲（注1）『コンメンタール人訴法・家事法』233頁〔垣内〕、笠井・前掲（注449）20頁以下など。

拠であっても必要があれば、職権で取り調べなければならない、裁判所は裁判の基礎にできるというようなものではない⁴⁶¹。なお、家事事件で事案解明についての裁判所の積極的な介入が求められる理由としては、次のような説明が考えられる。要件事実に沿って手続進行を図ることができる訴訟事件とは異なり、家事事件においては事件によってはそもそも要件を立てることが難しく、「当事者と裁判所が当該事案における要件となる事実について審理の当初から共通した認識を持って主張整理や資料収集を行うことが難しく、手続進行における裁判所の後見的な関わりが重要となる」と指摘されているところである⁴⁶²。つまり、裁判所が後見的な立場から事案解明を行わなければならない場面が存在する。もっとも、家事事件においては、同じ事件類型であっても、個別具体的な事案において何を重視すべきかについては事案によって異なりうる⁴⁶³。このように、家事事件においては、裁判所が主導的に争点整理を行い、必要に応じて争点に対する判断を開示して、釈明権を行使し、資料収集することにより、適切な判断が可能となる。

（４）主張責任・証明責任

職権探知主義の下では、裁判所は、当事者の主張しない事実をも裁判の基礎として斟酌することができるので、結果責任としての主張責任はない。

このように職権探知主義の下では当事者に主張責任はないが、このことと当事者に手続協力義務があることとは矛盾しない。この点、本間教授は、

461 松本・前掲（注454）『人事訴訟法』67頁、笠井・前掲（注449）20頁、高田・前掲（注163）「非訟手続における職権探知の審理構造」2607頁、松川ほか・前掲（注1）『コンメンタール人訴法・家事法』233頁〔垣内〕、金子・前掲（注450）10頁、近藤・前掲（注437）200頁以下、杉山・前掲（注443）「当事者の役割と裁判所の役割」224頁。

462 近藤・前掲（注437）200頁以下。

463 金子・前掲（注450）11頁。

「当事者が事実を主張しないという場合には、主張しようにもこれを認識できる状況にない場合と認識している（その情報が当事者の支配下にある）にもかかわらず、その情報提供をしない場合がある。前者の場合、これが直ちに裁判所の職権探知の解放へとつながるわけではなく、裁判所は実体法上の要件事実や既に収集した資料を手がかりにして探知義務を負う。これに対して、〔筆者注：後者の場合、〕当事者に情報提供を期待することが許されるにもかかわらず、当事者がこれに応じない場合には、後述するように、裁判所は職権探知から解放される場合がある。これは主張責任の存否とは切り離される、手続協力義務ないしは事案説明義務の問題である」とする⁴⁶⁴。

これに対して、職権探知主義の下でも、弁論主義の下と同様に、真偽不明という事態が生じうるから、証明責任は存在するとするのが一般的である⁴⁶⁵。職権探知主義が採用されていても、裁判所の職権調査のみで必ずしも事実の真相が明らかになるというものではないし⁴⁶⁶、必要な裁判資料の収集を裁判所に任せきりにしてよいというわけではない⁴⁶⁷。職権探知主義においても、職権が尽くされたのちには、やはり証明責任によるリスクは当事者が負うことになるからである⁴⁶⁸。注意しなければならないのは、この証明責任は、家事法56条2項の当事者の協力とは関係しないという点である。

もっとも、家事事件においては、証明責任の対象となるべき主要事実（要件事実）の内容が不特定ないし流動的である場合が多く、そのような場合に証明責任の規律が適用される余地があるかどうかについては、議論

464 本間・前掲（注424）74頁以下。なお、[]の部分は筆者が補足した。

465 本間・前掲（注424）75頁。

466 山木戸・前掲（注435）65頁。

467 金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』60頁。

468 山田・前掲（注451）3頁。これに対して、佐上・前掲（注440）『家事事件手続法Ⅰ』331頁以下では、証明責任はないとする。

のあるところである⁴⁶⁹。

（５）事実の調査

裁判資料の収集方法として事実の調査と証拠調べを規定するのは、家事審判規則の規定ぶりを踏襲するものである⁴⁷⁰。事実の調査は、「必要と認める」との文言が用いられておらず、それを行うか否かの判断は裁判所の適正な裁量に委ねられていると考えられている⁴⁷¹。

また、事実の調査については当事者に申立権はない。したがって、当事者は、裁判所に書面を提出し、審問を求めるなど、裁判所に事実の調査の職権発動を促すことになる⁴⁷²。裁判所は、当事者からの事実の調査の要望に対して、事実の調査を行わないという判断をした場合であっても、法律上は応答義務はない⁴⁷³。これは、応答義務を課した場合の手續の煩雑さや、特定の措置をしないことの理由づけが困難な場合があることなどを考慮したものである⁴⁷⁴。

事実の調査を行うときに当事者は立ち会うことができないため、その内容を知らされないまま審判を受けることになると、不意打ちとなり資料の提出や反論の機会の保障の観点から問題となる。家事法63条は、「家庭裁

469 杉山・前掲（注443）「当事者の役割と裁判所の役割」231頁、松川ほか・前掲（注1）『コンメンタール人訴法・家事法』234頁〔垣内〕、佐上・前掲（注440）『家事事件手続法1』300頁。

470 松川ほか・前掲（注1）『コンメンタール人訴法・家事法』234頁〔垣内〕。

471 金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』25頁以下、秋武ほか・前掲（注449）『コンメ家事法1』237頁以下〔國分〕。

472 金子・前掲（注450）『逐条解説』197頁。一定の事件においては、当事者から審問により事情を聴取することが義務付けられている（例、会社法870条2項、借地借家法51条）（金子・前掲（注422）『一問一答 非訟法』83頁以下）。

473 秋武ほか・前掲（注449）『コンメ家事法1』238頁〔國分〕。

474 高田・前掲（注2）『家事事件手続法』220頁〔畑発言〕、金子・前掲（注450）『逐条解説』210頁、杉山・前掲（注443）「当事者の役割と裁判所の役割」227頁。

判所は、事実の調査をした場合において、その結果が当事者による家事審判の手続の迫行に重要な変更を生じ得るものと認めるときは、これを当事者及び利害関係参加人に通知しなければならない。」と規定している⁴⁷⁵。この規定は、「手続の迫行に重要な変更を生じ得るものと認めるとき」にのみ、手続保障の機会を付与しているであり、常に事実の調査の通知を認めているものではない。また、調査官調査の実施については申立権を認めるべきだとする見解もある⁴⁷⁶。

家事事件手続規則44条1項では、「事実の調査は、必要に応じ、事件の関係人の性格、経歴、生活状況、財産状態及び家庭環境その他の環境等について、医学、心理学、社会学、経済学その他の専門的知識を活用して行うように努めなければならない。」として、事実調査の方法を定めている。同2項では、「事実の調査については、裁判所書記官は、その要旨を家事審判事件の記録上明らかにしておかなければならない。」として、事実の調査の記録化を義務付けている。

（６）証拠調べ

家事法56条1項は、「必要と認める」証拠調べをしなければならないと規定している。これにより、事実の調査に対して証拠調べが補充的な役割を果たすことが想定されているということ、また、当事者に証拠調べの申立権を認めた反面として、当事者が申し立てた証拠調べであっても、必要性がなければ取り調べることを要しないということ（民訴181条1項参照）を示している⁴⁷⁷。なお、証拠調べの申立てを却下する決定に対して不服申立てをすることは認められていない（家事法99条）。証拠調べは、

475 佐上・前掲（注440）『家事事件手続法Ⅰ』315頁。

476 高田・前掲（注2）『家事事件手続法』221頁以下〔山本発言〕。

477 金子・前掲（注450）『逐条解説』197頁、秋武ほか・前掲（注449）『コンメ家事法Ⅰ』237頁以下〔國分〕。

民事訴訟における証拠調べに準じて行われるものであるが、民事訴訟法の一部の規定を準用せず、さらに民事訴訟法にはない規律を導入している部分もある（家事法64条参照）。証拠調べの申立てについては、裁判所は採否についての裁判をしなければならず、証拠採否の判断は裁判所の裁量である。しかし、それを逸脱すると法令違反となり得る⁴⁷⁸。

第二項 職権探知の限界

家事事件においては、職権探知主義が採用されているものの、裁判所が主導的に行う資料収集による事案解明には限界がある。法改正以前から、職権探知主義が採用されていても、裁判所の職権調査のみで必ずしも事実の真相が明らかになるというものではないし⁴⁷⁹、必要な裁判資料の収集を裁判所に任せきりにしてよいというわけではないと考えられてきた。当事者の協力を待たなければ真実の究明が困難となる場合や、当事者による裁判資料の収集・提出を期待する方が合理的な場合も多いことが指摘されているところである⁴⁸⁰。そのため、家事法56条2項において、当事者が「事実の調査及び証拠調べに協力する」ことが規定された。このように、2項は、職権探知義務の限界と密接な関係にある。

家事事件手続法においても、ドイツ法と同様に、裁判所がどこまで真実追究に向けた裁判資料の収集をすべきであるか、裁判所の職権探知義務の範囲及び程度が問題となる。

立案担当者の見解によれば、当事者が自ら容易に提出することができる自己に有利な裁判資料があるにもかかわらず、それを提出せず、事件の性質上、裁判資料の収集ができなかったことによる不利益を当該当事者に負

478 金子・前掲（注450）『逐条解説』197頁。

479 山木戸・前掲（注435）65頁。

480 金子・前掲（注450）『逐条解説』198頁、杉山悦子「家事事件手続法における裁判所と当事者の役割」山本克己・笠井正俊・山田文編『民事手続法の現代的課題と理論的解明—徳田和幸先生古稀祝賀論文集』（弘文堂、2017年）537頁。

わせても不当とはいえない場合においては、いわば自己責任を問うものとして、職権により資料収集をする責務から裁判所が解放される根拠とはなり得ると解している⁴⁸¹。56条２項の規定は、立案担当者の解説によれば、そのような扱いを許容する根拠になると解されている。しかし、このような扱いが許容されるのは、不利益を当該当事者に負わせても不当とはいえない場合に限られ、一方当事者の裁判資料の不提出が他の当事者や第三者の不利益となるような場合には、裁判所は、引き続き裁判資料の収集を行わなければならないことを前提としている⁴⁸²。

裁判所の職権探知の限界が議論される場面としては、当事者が自ら有利になるような裁判資料の提出さえないといった不熱心な態度をとる場合と当事者が必要な裁判資料を提出することができない場合である。前者では、当事者が不熱心な態度をとる場合であっても、裁判所は職権探知を尽くさなければならないのが問題となる。これについて、鶴田教授は、「裁判所の職権探知責任の程度は、当該事件類型における係争権利または利益についての当事者の処分権能の強弱によって決まることになる。」⁴⁸³とする。このように、もっぱら当事者の私的な利益が争いとなっている事件において、当事者の不熱心な態度をとる場合には、裁判所は職権探知義務から解放されることになる⁴⁸⁴。

後者については、自己にとって有利となる資料が相手方の手元にあるといった場合には、相手方にとって不利な資料を自ら提出するということは期待できないため、裁判所は職権探知義務から解放されないと考えられて

481 金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』115頁、金子・前掲（注450）『逐条解説』199頁、金子・前掲（注450）26頁以下、高田裕成「家事審判手続における手続保障論の輪郭」松原正明・道垣内弘人編『家事事件の理論と実務第1巻』（勁草書房、2016年）86頁も参照。

482 前掲（注2）「中間補足説明」138頁・168頁。

483 鶴田滋「家事事件手続法における職権主義と手続保障」法政研究79巻3号（2012年）292頁。

484 金子・前掲（注450）26頁以下。

いる⁴⁸⁵。

裁判所は当事者の裁判資料の提出にかかわらず職権探知義務を負っているが、事案解明のための端緒（きっかけ）がない場合には、裁判所が探知をしなかったことをもって職権探知義務違反を問うことはできない。その意味で、裁判所に無理な探知を要求するものではない⁴⁸⁶。

第三節 裁判所と当事者との役割分担について

家事法56条2項の当事者の「協力」は、2条の裁判所及び当事者の責務を具体化した規定であると説明されている。まず、第一項では、2条がどのように解され、裁判所と当事者との役割分担にどのような影響を与えているのかを見ていく。次に、第二項では、当事者の協力についての議論を紹介し、そして、第三項では、当事者の協力義務違反の場合の効果について検討する。最後に、これまでのドイツ法の考察を踏まえて、日本における今後のあるべき解釈論と実務の方向性につき若干の試論を提案することにした。

第一項 裁判所及び当事者の責務（家事事件手続法2条）

（1）2条の趣旨

家事事件手続法では、2条において「裁判所は、家事事件の手続が公正かつ迅速に行われるように努め、当事者は、信義に従い誠実に家事事件の手続を進行しなければならない。」との一般規定を置き、裁判所と当事者の基本的な責務を定めている。この規定は、「個人の尊厳と両性の本質的平等を基本として、家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を図る」（旧

485 相手方の手元にある資料の提出を求める方法については、金子・前掲（注450）27頁以下参照。

486 山本・前掲（注456）「家事事件手続法における職権主義、裁量統制、手続保障」109頁、高田・前掲（注2）『家事事件手続法』196頁〔高田裕成発言〕。

家審法１条）という家事事件手続の目的を実現するための基本的な責務であると理解されている⁴⁸⁷。これは、家事法が、家事事件について、公正かつ迅速な手続を通じて解決することを目的とし、そのための手続をしているからである⁴⁸⁸。

これと同様の規定は、民事訴訟法２条や非訟事件手続法４条に定めがあるが、旧家事審判法には同様の規定はなく、家事法で新たに設けられた規定である。家事法２条は、旧法下で、手続の進行に非協力的な当事者により、手続が遅延するなどの問題が生じていたため⁴⁸⁹、職権探知主義を採用する家事事件手続法においても当事者が自ら資料を提出することを否定するものではない旨を明確にし、また当事者が資料収集を主体的・積極的に手続を進行することを促進するために規定された⁴⁹⁰。

（２）法的性質

家事法２条の定める責務が、民訴法２条の定める信義則上の責務と同義であるか、また、これが単なる責務にとどまらず、法的義務の性質を有するものであるのかが問題となる⁴⁹¹。

まず、前者について検討する。一つは、訴訟事件と非訟事件である家事事件との違いを超えて、民訴法２条の規定と基本的には同趣旨の規定であるという考え方である⁴⁹²。この考え方は、職権探知主義であるか否かに

487 新法に目的規定を置かない理由については、金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』58頁参照されたい。杉山・前掲（注443）「当事者の役割と裁判所の役割」217頁によれば、「家事法１条の定める目的規定を実現するための基本的な責務であると理解されている。」。

488 秋武ほか・前掲（注449）『コンメ家事法Ⅰ』24頁〔秋武憲一〕。

489 杉山・前掲（注443）「当事者の役割と裁判所の役割」217頁、杉山・前掲（注480）「家事事件手続法における裁判所と当事者の役割」525頁、秋武憲一編著『概説 家事事件手続法』（青林書院、2012年）32頁31頁以下〔高橋信幸〕。

490 金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』60頁。

491 杉山・前掲（注443）「当事者の役割と裁判所の役割」217頁。

492 秋武・前掲（注489）『概説』33頁以下〔高橋信幸〕、松川ほか・前掲（注１）ノ

かわらず、当事者が信義に従って誠実に手続を迫行することは、裁判手続一般に当てはまるものとの理解に基づくものである⁴⁹³。他方、民事訴訟法2条の規定と同趣旨かどうかについて慎重に検討すべきであるとする見解もある。杉山教授⁴⁹⁴は、民事訴訟法と家事事件手続法との相違点は看過することができないとして、弁論主義と職権探知主義、相手方のいる事件（別表第二事件）と相手方当事者のいない事件（別表第一事件）との違いを次のように分析している。まず、当事者に信義則上の責務が観念できるかについては、当事者は職権探知主義でも訴訟資料を収集する主導的な役割を担うのであり、「手続上信義則を負うとすることは、職権探知主義とは相反するものではなく、民事訴訟法上の信義則と同様に考えれば足りる」とする。次に、二当事者対立構造を観念できる事件では民事訴訟法と同様に考え、相手方当事者のいない事件では、「信義則上の責務は裁判所に対するものとして観念できるに過ぎない」とする⁴⁹⁵。

次に、後者の2条は単なる責務にとどまらず、法的義務の性質を有するものかどうかについて見ていく。立案担当者の立場は、2条は、裁判所及び当事者の一般的な責務を定めたものであり、具体的な法的効果を定めていないというものである⁴⁹⁶。しかし、家事事件手続法においては、2条

↘『コンメンタール人訴法・家事法』127頁〔三木浩一〕。

493 秋武・前掲（注489）『概説』33頁以下〔高橋〕は、「それゆえ、職権探知主義である人事訴訟手続においても、民事訴訟法2条が適用されるのである。」と付け加えている。

494 杉山・前掲（注443）「当事者の役割と裁判所の役割」218頁。

495 杉山・前掲（注443）「当事者の役割と裁判所の役割」218頁は、「通常の民事訴訟法では、信義則は相手方当事者に対する責務としてのみ観念できるものであり、裁判所に対する義務を想定していないと考えるのであれば、裁判所に対する信義則上の義務を定めた家事事件手続法2条は、民事訴訟の特則であり、独自の存在意義を定めた家事事件手続法2条は、民事訴訟の特則であり、独自の存在意義があることになる。」とし、いずれにせよ、裁判所に対する信義則上の義務は認められるとする。

496 金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』60頁、金子・前掲（注450）『逐条解説』5頁。

を具体化して当事者の責務を定めたとされる規定がいくつかある。例えば、濫用的な申立てに対する簡易却下（12条５項、13条１項、47条９項）、裁判長が命じた補正に従わない場合の申立書却下の制度（49条５項、255条４項）、事実の調査および証拠調べへの協力（56条２項、258条１項）、当事者が出頭命令や文書提出命令に従わない場合の過料の制裁（51条３項、64条３項・４項・６項、258条１項）、家事審判の申立ての取下げの擬制の制度（83条）などである⁴⁹⁷。これらの規定は、56条２項を除いて、具体的な法的効果が生じる。

他にも、２条は裁判所と当事者に対して単なる行為規範として働くのみならず、法的規範を有する評価規範としても機能する点を正面から認める見解もある⁴⁹⁸。この見解によると、56条２項のように、２条の理念を具体化する他の規定がある場合には、これらの規定を直接適用すれば足りる。上記以外でも、民訴法２条と同様に、具体的な規定がない場合であっても、事案によっては本条の規定を根拠として直接的に法的効果が導かれる場合がある。例えば、①家事事件の手続上の禁反言、②家事事件の手続上の権能の失効、及び、③家事事件の手続上の権能の濫用の禁止などが導かれ、それを通じて具体的な法的効果を生むことも想定されると説明されている⁴⁹⁹。例えば、２条の義務を具体化したものと言われる56条２項の当事者の協力義務の効果をめぐって、当事者が資料収集に協力しない場合には、

497 金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』60頁以下、梶村・徳田・前掲（注443）『家事事件手続法』25頁〔徳田和幸〕など。

498 金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』60頁、秋武・前掲（注489）『概説』33頁以下〔高橋〕、松川ほか・前掲（注１）『コンメンタール人訴法・家事法』128頁〔三木〕。

499 金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』60頁・61頁、金子・前掲（注450）『逐条解説』５頁。松川ほか・前掲（注１）『コンメンタール人訴法・家事法』128頁〔三木〕は、上記３つに加え、家事事件における紛争の蒸し返し禁止と家事事件における手続協力義務の違反などの類型を挙げ、権利失効、蒸し返し禁止、申立権濫用禁止、手続協力義務違反として処理した先例として裁判例を紹介している。

裁判所は職権探知義務から解放されると説明していることから、2条やそれを反映する56条2項に示されている当事者の義務を、単なる責務にとどまらず、法的義務として捉えているとも解し得る⁵⁰⁰。

これに対して、2条は、法的義務を課したり、違反の場合の具体的な法規範を導き出すものではないという見解もある。この見解は、2条においても、その具体的発現である56条2項においても、法文上は「義務」という文言をあえて避けていることに着目する⁵⁰¹。これらの規定からは直接に裁判所の職権探知義務からの解放という効果を導き出せないとする（詳細は、下記第三項で述べる）。

（3）裁判所の責務

家事事件手続法においても、裁判所が信義則上の責務を負うものとする事自体には、特に異論はない。裁判所の負う信義則上の責務は、審判内容の問題に関するものではなく、手続保障を尽くすという意味での責務である点では民事訴訟と同様であるという見解もある。家事事件においては、身分関係の形成や変更を求める事件など、その結果が当事者のみならず、第三者に対しても効力を有するもの（対世的効力）や、公益性の高い事件などもある。それゆえ、裁判所は、実体的真実に基づいた判断をすることが求められている。そのためには、裁判所は、当事者の主張に拘束されることなく、また当事者の申し出た資料に限定されずに、職権で事実を調査し、かつ、必要と認める証拠調べをしなければならない（56条1項）。裁判所は、手続の主催者であるから、手続が公正かつ迅速に行われるように努めなければならない⁵⁰²。

500 杉山・前掲（注443）「当事者の役割と裁判所の役割」221頁。

501 高田・前掲（注2）『家事事件手続法』29頁〔高田発言〕、松川ほか・前掲（注1）『コンメンタール人訴法・家事法』236頁〔垣内〕。

502 秋武ほか・前掲（注449）『コンメ家事法Ⅰ』24頁〔秋武〕。

（４）当事者の責務

２条の信義に従い誠実に手続を進行する当事者の責務は、職権探知主義の下でも、当事者は何もせずに裁判所に全面的に委ねていけばよいというわけではなく、資料収集の機能を与えられると同時に、信義則に従った行為を、責務レベルでは要求するというものである⁵⁰³。

この当事者の責務とは、誰に対して信義に反する行為をしてはならないのかが問題となる。これについては、①相手方当事者との関係に限定するという見解と、②相手方当事者に加えて、裁判所に対しても機能するという見解との対立が見られる⁵⁰⁴。詳細については、上記（２）で述べた通りである。

別表第二事件については、基本的に当事者が自らの意思で処分することができる権利または利益に関する事件であり、公益性がさほど高くない事件であることから、職権探知主義よりも裁判資料の収集等について当事者の主体的な手続進行に委ねることの方が合理的であるとされる。また、申立人と相手方との間に利害対立があるのが通常であり、そのため、当事者それぞれが自らの主張を述べ、その主張を裏付ける裁判資料を提出する機会を保障することが重要である⁵⁰⁵。別表第二事件では、相手方が存在するため、当事者が信義則上の責務を負う対象については、民事訴訟法と同様に考えれば足りることになる。

別表第一事件では、相手方当事者がいないため、信義則上の責務は、裁判所に対するものとして観念できるに過ぎない⁵⁰⁶。

上記（２）で述べた通り、２条を具体化して当事者の責務を定めたと思われる規定がいくつかある。下記第二項では、56条２項の当事者の協力義務

503 高田・前掲（注２）『家事事件手続法』28頁〔金子発言〕・29頁〔高田発言〕。

504 杉山・前掲（注443）「当事者の役割と裁判所の役割」218頁以下。

505 金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』119頁以下。

506 杉山・前掲（注443）「当事者の役割と裁判所の役割」218頁。別表第一事件の中には、家庭裁判所の職権で手続が開始し得るものもある。

について見ていく。

第二項 当事者の協力義務（家事事件手続法56条2項）

（1）趣旨及び根拠

56条2項は、「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。」と規定している。これは、同1項の裁判所の職権探知主義に基づく責任と対をなすものとして、当事者にも「事実の調査および証拠調べに協力するものとする」という規定を置くこととした⁵⁰⁷。旧法の家事審判法及び家事審判規則にはない規定であり、家事事件手続法において新設された。その背景には、職権探知主義であることを理由に、当事者が裁判所に任せにして、自ら資料収集し提出しないという場合があり⁵⁰⁸、このような裁判所に必要以上に寄りかかる当事者というのが問題視されていたということがある⁵⁰⁹。こうした状況をも踏まえて、職権探知主義を採用する家事事件手続法において56条2項に、当事者が裁判所の職権調査に過度に依存することを戒め、自らも協力することを促すために同規定が新設された⁵¹⁰。これは、同1項において職権探知主義の原則を定めたものの、裁判所の職権による資料収集には限界があり、実際には当事者の協力がなければ真実の解明が困難となる場合も多く、適切かつ迅速な審理を実現するためには、当事者の協力を期待する方が合理的であるという配慮に基づくものである⁵¹¹。また、56条2項は、必要な裁判資料に基づく適切かつ迅速な審理判断を実現するため

507 金子・前掲（注450）『逐条解説』198頁。

508 高田・前掲（注2）『家事事件手続法』28頁〔金子発言〕・201頁〔高田発言〕。

509 他にも、「もたれかかる」という表現をするものもあるが（杉山・前掲（注443）「当事者の役割と裁判所の役割」218頁など）、当事者でありながら手続の進行に非協力的（積極的ではない）な者という意味であり、同義である。

510 梶村・徳田・前掲（注443）『家事事件手続法』197頁〔大橋〕。

511 金子・前掲（注450）『逐条解説』198頁、杉山・前掲（注480）「家事事件手続法における裁判所と当事者の役割」537頁。

に、２条に定める当事者の責務を裁判資料の収集という局面において具体化したものであるといわれている⁵¹²。

次に、56条２項の当事者の協力の根拠が何かであるか、これについては条文からは明らかとならない。56条２項の当事者の協力は、２条の信義誠実手続追行責務の具体化であり、義務付け規定であると解する。その場合の義務付けの根拠をどう捉えるかが問題となる。

裁判所と当事者の責務を定めた２条の規定は、裁判資料の収集に関する56条の規定で具体化されるというのが、家事事件手続法における有力な理解である。そうすると、56条１項で事案解明に係る裁判所の権限・責任を定め、２項で事案解明に係る当事者の役割を定めていると捉えることになり、さらに、そのような当事者の協力は信義則上の責務に基づくことになる⁵¹³。これに対し、ドイツの議論では、関係人の協力義務は、その根拠を信義則に求めるものは管見の限り見当たらない。ドイツでは、関係人の協力義務は、信義則とは無関係に訴訟法上の特有の義務であると考えられている。

（２）法的性質

家事法56条２項の運用に際して、同規定が義務付け規定なのかどうかについては議論のあるところである。

立案担当者の立場は、「協力しなければならない」ではなく、「協力するものとする」という表現を用いており、その文言からも、同条違反から直ちに具体的な効果を導き出すような法的義務を課すものではないというものである。そのため、当事者に資料提出義務を課したり、資料を提出しな

512 金子・前掲（注423）『一問一答 家事法』60頁以下、金子・前掲（注450）『逐条解説』198頁。

513 本間・前掲（注424）77頁。

い自由を否定したりするものでもないとする⁵¹⁴。

他方で、立案担当者は、証拠調べ手続においては当事者の申立て（56条1項、258条1項）や立会い（69条、258条1項による民事訴訟法の準用）が認められ、事実の調査の通知（63条、70条）や記録の閲覧謄写（47条）の規定等が整備されるなど、当事者が裁判資料の提出や収集に自ら関与する機能が一定程度認められることを前提に設けられたものであることに考慮するならば、当事者がこのような機能の行使を通じて自ら資料を提出することが容易な状況にありながら、その機能を行行使しないことは、事実上不利益を受ける根拠になり得るものということができるとする。例えば、当事者が自ら容易に提出することができない結果として、自己に有利な事実が認定されなかったとしても不当とはいえず、そのような場合には、裁判所が当該当事者のためなお職権で資料収集する職責から解放され得るものと解している⁵¹⁵。立案担当者は、当事者の手続保障が認められた結果として、当事者が容易に行行使できた権能を行行使せず、協力懈怠があった場合には不利益を受ける根拠となり得ると述べている。

学説においても、当事者の協力が法的義務であることを否定する論者も少なくない。この見解によれば、56条2項が、「協力するものとする」との文言を用い、「しなければならない」といった義務的な文言をあえて避けたことから、当事者の協力を責務と解し、特定の効果を伴う法的な義務と解していた訳ではないと解する⁵¹⁶。そのため、当事者の協力の懈怠の

514 金子・前掲（注450）『逐条解説』198頁。

515 金子・前掲（注450）『逐条解説』198頁以下、高田・前掲（注2）『家事事件手続法』202頁〔金子発言〕。

516 高田・前掲（注2）『家事事件手続法』202頁〔畑瑞穂発言・金子発言〕。松川ほか・前掲（注1）『コンメンタル人訴法・家事法』236頁〔垣内〕。杉山・前掲（注443）「当事者の役割と裁判所の役割」222頁・228頁、松原・前掲（注448）394頁の注22では、「もっとも、家事事件手続法が当事者に手続協力義務ないし事案解明義務を課したものでないことは後述のとおりである。しかし、実務的にはほぼ同様な効果をあげるることとなるように思われる。」とする。

直接的な効果として裁判所の責務の解放が導かれるわけではなく、当事者の不協力に加えて、他に事案解明のための端緒が存在しない場合に限り、裁判所は職権探知義務から解放されるとする⁵¹⁷。

これに対して、学説においては、56条2項の当事者の協力を義務規定と捉える見解もある。高田教授は、訓示的な意味にとどまらない法的な義務として協力義務を認める必要があると指摘する⁵¹⁸。

鶴田教授は、56条2項の規定の最も大きな意義は、「その文言にもかかわらず、当事者の事案解明協力責任と呼ぶのであれ、協力義務と呼ぶのであれ、訓示的な意味にとどまらず、法的な意味での協力責任または協力義務を認めていることにあろう」として、当事者の事案解明協力責任を明示した規定と解している⁵¹⁹。さらに、「手続権の保障された手続において当事者が事案解明に協力しないことから直ちに、裁判所が職権探知をする義務から解放されるということは理論的に導かれないように思われる。なぜなら、当事者が手続に関与する機会が与えられたかどうかという問題と、裁判所が真実発見のためにどこまで職権探知をすべきという問題は、民事訴訟において弁論権と弁論主義が明確に区別されているのと同様に、本来は関係がないからである。」として、この点をさらに詰める必要があると

517 高田・前掲（注2）『家事事件手続法』202頁以下〔畑発言・高田発言〕・203頁〔山本発言〕、松川ほか・前掲（注1）『コンメンタール人訴法・家事法』236頁〔垣内〕、杉山・前掲（注443）「当事者の役割と裁判所の役割」222頁。

518 高田・前掲（注163）「非訟手続における職権探知の審理構造」2610頁の注117において、「信義誠実義務の具現化として協力義務を位置づける可能性や、当事者に協力権の形で認められる手続主体的地位から、本文のような効果をもつ協力義務を想定することは不可能でない」と言及している。さらに、「裁判資料収集の職責が裁判所にある以上、当事者が協力に応じないということから直ちに、それ以上職権探知をする義務から裁判所を解放することが許されるというわけではないから、期待に反する当事者の態度が裁判所の事案解明活動に及ぼす影響については、なお詰める必要があろう」と指摘している（同2611頁）。

519 鶴田・前掲（注483）291頁以下。

する⁵²⁰。

本間教授は、ドイツの議論と比較して、次のように述べている。Fam-FG27条1は、Muss規定ではなく、Soll規定となっていることから、関係人に資料提出などの行為を強制することはできない。しかし、これを責務規定とすると、ここから法的効果を導き出すことができない。「翻って日本においても、当事者の協力が得られず職権探知の手がかりがない場合には、裁判所の職権探知義務は停止するとの効果を引き出す必要があるとすると、最終的には、それを協力義務違反の効果として捉える方が事実上の不利益の問題として処理するより明快な解釈といえる」として、56条2項を義務規定と読むことは可能であるとする⁵²¹。本間教授は、手続協力義務の根拠は、2条の信義則、またそこから引き出される手続促進義務などにあると考えているようである⁵²²。

ところで、協力義務を否定する見解によると、家事法56条2項を義務付け規定と解することができないにもかかわらず、当事者が協力しなかった場合には、職権探知の停止し、それまでに出示された裁判資料に基づいて裁判してもよいとして、職権探知の限界を根拠づけてよいとする。このような理解が立案担当者をはじめとして有力である。しかし、家事法56条2項は協力義務を規定したものではないという一方で、このような効果を導くというのは、無理があると思われる⁵²³。私見もこの指摘は正当であると考えるが、どのように考えるべきかについては、下記第四項で詳しく論じる。

第三項 協力義務違反の場合

520 鶴田・前掲（注483）292頁。

521 本間・前掲（注424）77頁。

522 本間・前掲（注424）78頁の（注58）参照。

523 松川ほか・前掲（注1）『コンメンタール人訴法・家事法』236頁〔垣内〕。

（１）協力義務違反の場合

当事者の協力義務違反の効果について明文では何ら規定されていない。これについて、立案担当者は、上述のように、当事者が提出することが容易に可能であるにもかかわらず協力しないことは、事実上不利益を受ける根拠になり得るとする。その事実上の不利益とは、裁判所が職権探知義務から解放されることを意味する。また、協力義務を否定する学説は、56条2項は、2条に定める当事者の責務の表れとして説明されており、それを前提とする限り、56条2項にいう協力も、当事者に直ちに具体的な義務を課すものではないとしても、2条の責務と同程度には規範的な要求としての性質を有するに過ぎないとする⁵²⁴。他にも、当事者の協力懈怠の直接の効果として裁判所の責務の解放が導かれるのではなく、当事者による不協力の事実に加えて、他に事案解明の端緒が存在しない場合に限り、裁判所は職権探知義務から解放されるとする見解もある⁵²⁵。2条やそれを具体的に体现した規定違反そのものから、直接に裁判所の職権探知義務の解放という効果は導き出せないとする。

しかし、本間教授は、56条2項を義務規定と読むことは可能であると考えるとしたうえで、義務違反の効果として、「当事者の協力が得られず職権探知の手がかりがない場合には、裁判所の職権探知義務は停止する」とし、さらに、「手続の遅延に起因する手続費用の負担（法29条1項）や事件の関係人が出頭しない場合の過料（法51条3項）、文書提出命令に従わない場合や証明妨害の過料（法64条3項、4項、258条1項）なども含めることができる（もちろん第三者が義務を負う場合とその性格づけが区別されることを前提とする）。」とする⁵²⁶。

ほかにも、杉山教授は、「当事者の協力義務違反の効果として、裁判所

524 松川ほか・前掲（注1）『コンメンタール人訴法・家事法』236頁〔垣内〕。

525 高田・前掲（注2）『家事事件手続法』203頁〔山本発言〕。

526 本間・前掲（注424）78頁。

による職権探知義務からの解放を認める場合には、事実上、これを受けて、当事者に主張や証拠の提出責任を課していることになる。裏を返せば、当事者に一次的提出義務を課す必要のある紛争類型においては、当事者の協力義務を法的義務として違反の効果を認めることが必要となり得る。」とする⁵²⁷。

(2) 手続協力義務違反の裁判例

手続協力義務を認めたと考えられている事例として、横浜家裁平成8年9月11日審判家月49巻4号64頁が挙げられる。

事案の概要は、次の通りである。養育費の支払いを求めた事件において、調停手続が相手方の不出頭により不調となり、審判に移行したが、その審判において申立人・相手方ともに住所変更を裁判所に通知せず、調査官からの連絡を無視し、期日にも出頭しなかった。

横浜家裁は、「上記本件経過によると、申立人は本件を維持する意思があるのか否か、極めて疑問であり、さらに審判事件の審理に極めて非協力であると認められる。そもそも、家事審判事件のうち乙類事件は当事者の申立てによって初めて手続が開始されるが、これは乙類審判事件の当事者は手続の主体である側面を有することを表しており、当事者は以後の手続において手続協力義務を負うものと解することができる。本件養育費請求

527 杉山・前掲（注480）「家事事件手続法における裁判所と当事者の役割」528頁以下では、「協力義務違反があった場合に、それに加えて、事案解明の困難さなどといった要素が加わることにより、当事者に不利な効果が及ぶことまでは否定されていないと思われる。一定の紛争類型や事案の特殊性等ら応じて、当事者には裁判資料の提出責任が、程度の差こそあれ、事実上課されることになる。」とする。しかし、職権探知主義においては、第一次的には裁判所が裁判資料の収集を行うことが原則であり、当事者の協力義務はこれを事件類型によって変更するものではないし、なぜ法律があえて職権探知主義を明文で規定しているのか、その理由を説明することができない（松本・前掲（注454）『人事訴訟法』68頁）。

事件は乙類審判事件であり、申立人は手続協力義務を負うものである。申立人の本件手続における協力義務の遂行について検討すると、上記認定のとおり、（１）申立人は住所を変更しながら当裁判所に通知をしない。（２）平成８年４月２３日突然の出頭以来、調査官の照会を無視した。（３）同年９月５日午前１０時の審判期日にも無断不出頭であったことなどが認められ、これらを総合すると、申立人は手続協力義務を怠ったものといえることができる。さらに、調査結果によると本件申立てを維持する意思の極めて乏しいものと認めることができる。…本件申立は申立人において本件を維持遂行する意思が認められず、手続に協力しないので不適法な申立として却下するのが相当である。」として申立てを却下した⁵²⁸。

本審判では、申立人が手続協力義務を怠ったことを理由として、さらに、調査結果によると、申立人が本件申立てを維持する意思が極めて乏しいものと認めることができることも理由として、不適法な申立てを却下している。このことから、本審判は、手続協力義務違反の典型例とされている⁵²⁹。

第四節 検討

以上、ドイツ法と日本法の議論の概要を紹介してきたが、両者の間には大きな違いがある。ここでは、職権探知主義の理解と、家事法５６条２項の規範的意味、職権探知義務と協力義務との関係についてのみ論じたい。

まず、職権探知主義の理解の在り方であるが、日本の通説は、職権探知主義を弁論主義の原則を単純に裏返しにした意味に解し、裁判所が職権探知をすることが「できる」とするが、これは誤りであるとする。裁判所

528 本審判は、家事事件手続法５６条２項制定前の事件であり、家事審判事件において初めて「手続協力義務」ないし「協力義務」という用語が用いられた。しかし、その定義も示さずに用いられており、やや唐突な感がある。

529 松川ほか・前掲（注１）『コンメンタール人訴法・家事法』１２９頁〔三木〕、佐上・前掲（注４４０）『家事事件手続法Ⅰ』３０６頁。

は、事案を解明するための手段として公平・公正に職権探知という手段を用いて、積極的にその義務を果たさなければならない。その意味で、家事法56条1項が定める職権探知主義は、文言通り、職権探知「しなければならない」とする見解が正しい。

次に、家事法56条2項が義務付け規定であるかどうかについてまとめる。日本法では、同規定は、家事法2条の信義誠実手続追行責務規定を具体化したものと解されており、また2条も義務付け規定ではなく責務を定めたものと解するため、それを具体化した56条2項も義務付け規定ではないとする。これに対して、ドイツ法では、関係人の協力義務を信義則から導く学説は管見の限りなく、また、関係人の協力義務が法的な義務を認めたものであることは当然のことと考えられている。家事法56条2項の制定にあたり、同1項の職権探知主義の規定のように「しなければならない」との表現ではなく、「協力するものとする」というあいまいな表現にしたのは、義務付け規定に対する抵抗感からではないかと推測される。しかし、仮に、事案解明については当事者に義務はなく、裁判所のみが事案解明義務を負うとすれば、裁判所は真実発見に向けてあらゆる探知しなければならないということになり、いつまで経っても真実にたどり着けない（真実発見不可）、あるいは、真実にたどり着くまでに時間と費用がかかる（手続遅滞、訴訟経済）といった極めて好ましくない結果となる⁵³⁰。したがって、家事法56条2項の当事者の協力は、その目的と方策との点で、義務そのものにほかならない。

第三に、職権探知義務と協力義務との関係について検討する。ドイツ法では、職権探知義務と協力義務の間には相関関係性があり、協力義務を尽くさなければその限度で職権探知義務の範囲が狭くなるという意味で、職権探知の限界が導かれるという理解が一般的である。これに対して、日

530 拙稿・前掲（注390）龍谷法学53巻4号1450頁以下参照。

本の有力説や立案担当者の見解は、家事法56条2項の違反が職権探知の限界を導くことに否定的である一方で、当事者の不協力の場合には、その効果として、裁判所は職権探知義務から解放されると解することにはあまり異論が見られない。しかし、この論理には賛成しがたい。なぜならば、これらの学説は、家事法56条1項・2項の規範構造が、FamFG26条・27条と全く同じであるかどうかということを検討しないままに、ドイツ法の規律と同じ結論に立っているように思われるからである。当事者が事案解明に協力しないときに職権探知義務から解放されるという効果を導くのであれば、家事法56条2項を真正の義務としての義務付け規定であると解すべきである。その上で、当事者の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範囲を例外的に縮小させ、その結果として、事案解明に協力しなかった当事者に不利益な事実認定がされることが正当化されると解すべきである。そうでなければ、56条2項を設置した意味が没却してしまうからである。

私見のように、FamFG27条1項の関係人の協力義務規定の解釈をそのまま家事法56条2項の規定の解釈に用いることはできるのかについては、今後の議論の蓄積を待ちたいが、純粹にドイツ型の議論を展開することに対する抵抗感から、日本においては一致して賛成を得られない可能性がある。しかし、私見は、家事法56条2項の制定に際しFamFG27条1項の規定を参照し、同様の条文構造を採用したのであるから、当事者は「協力するものとする」というあいまいな表現とはなっているが、FamFG27条1項と同様に当事者の協力義務を定めた規定であると解してよいと考える。

おわりに

本論文では、職権探知主義における関係人の協力義務の内容の解明に努めた。さらに、職権探知主義の下における関係人（当事者）の協力義務に

ついでに論点を整理し、今後の方向性を示すことを目的とした。

本論文では、これまでドイツ法と比較して論じられることが少なかった、当事者の協力義務という問題のうち、その法的性質と協力義務違反の場合の効果に限って若干の考察を行った。その結果、家事法56条2項の法的性質は、当事者の不協力が裁判所の職権探知義務の解放を導くという効果を有する義務付け規定と解すべきであり、協力義務違反の場合には、他に探知のきっかけがない場合には裁判所の職権探知義務から解放されるという結論に達した。日本の学説は、ドイツとは異なり、信義則から当事者の協力義務を導くものがほとんどである。当事者の協力義務の根拠を何に求めるのかについては、今後さらに詰めて考えていきたい。

なお、今後の課題としては、次の通りである。ドイツと日本とでは、「職権探知主義」という用語の概念の捉え方自体が異なる可能性も考えられる。しかし、本稿ではこの問題に立ち入ることができなかった。また、家事法56条2項の当事者の協力義務の根拠を何に求めるかによっては、協力義務の内容や範囲も変わってくる可能性があるが、この点も十分な検討ができなかった。さらに、日本の家事事件の実務においてはこれまで、いわゆる当事者主義的運用が行われてきたとされているが、これが、家事事件手続法56条2項とどのような関係性を持つのかということが課題となり得るが、これらの点については、今後の検討課題としたい。

・本論文は、筆者が2021年11月30日に龍谷大学大学院法学研究科に提出した同名の博士号請求論文について補充修正等を加えたものである。

【訂正箇所】

以下の脚注については、次のように訂正する。

- ・注12：Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, § 12 Rn.53 (S.304) ., Paul Jansen, FGG, Kommentar, 2. Auflage, 1969 【zitiert: Jansen, FGG】 , § 12 Rn.30f.

(S.227f.)

- ・注13 : Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, § 12 Rn.55 (S.305) ., Johannes Bärmann, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, 1968 【zitiert: Bärmann, FG】 , § 15 (S.103) ., Jansen, FGG, § 12 S.213.
- ・注23 : Kollhossner, S.113., Walther Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1959, § 21 III (S.306) , Bärmann, FG, § 15 S.105ff., Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, 有紀・前掲（注6）7頁。
- ・注24 : A. Unger, Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht, ZZP 39 (1909) , 40 (81f)
- ・注26 : Schlegelberger, § 12 Rn.4 (S.150)
- ・注28 : Jansen, FGG., § 12 (S.212ff.)
- ・注36 : Dieter Knöringer, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 2005, § 6 IV (S.17.) では、Bärmann, FG, § 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。
- ・注39 : FamRZ1959, 504, Bärmann, FG, § 15 S.105ff., Johannes Bärmann, „Echtes Streitverfahren“ in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1955, AcP154 (34) , S.398., Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, § 12 Rn.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。

- ・注59 : BverwG v.6.12.1963-NJW1964, 786 (787) , Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 6. Aufl., 1974, § 86 S559f., Kothe・Redeker, Beweisantrag und Amtsermittlung im Verwaltungsprozess, 2012 【zitiert: Kothe・Redeker】 , S.23.
- ・注65 : Helmut Kollhosser, Zur Problematik eines ≧Allgemeinen Teils ≪ in einer Verfahrensordnung für die Freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP93 (1980) , S.265 (286ff.) , 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。
- ・注92 : Mitwirkungspflicht=協力義務を使っている見解としては、Bärman, FG, § 15 S.106, Musielak/Borth/Grandel, Familiengerichtliches Verfahren 1. und 2. Buch, 5. Aufl., 2015 【zitiert: Musielak, FG】 , § 27 Rn.1 (S.85ff.) , Keidel, FamFG, § 27 R.1 (S.415) , Brehm, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 2009 【zitiert: Brehm, FG】 , § 10 Rn.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。
- ・注79、103、109、116、117、121、122、125、147、148、171、173、175、178、189、191、246、281における「Kleidel」は、「Keidel」と訂正する。