

ミヒャエル・ケスター

ドイツ家事手続法改正案の基本的特徴

渡辺 惺之(訳)

序言と改正の現状

ドイツにおいて今日もなお現行法である FGG (非訟事件手続法) は 1898年にまで遡り民法典と共に1900年1月1日に施行されたものであり、正に畏敬すべき古さといえる。この法律の立法時の目的は、ZPO の適用を受ける訴訟と並列させて「非訟裁判 (Außerstreitsachen)」（オーストリーの用語）のためだけの手続法を創設することにあったのではない。むしろ実体法特に民法典において規定されている裁判所の種々の職務行為（例えば婚姻、後見、遺産、証書事件）のための帝国全体に統一された手続規則を、不完全ではあるが一つの枠組みを定めた法律の中に規定しようとしたのであった。立法者はその上に20世紀を通して常に新たな問題、特に当事者による争訟的な請求権の追求とするよりは、いわゆる裁判所の社会工学的と捉えられる、適切性を指向する問題事項を FGG の中に加えた（例えば離婚後の家財の分配とか住宅所有者法 (Wohnungseigentümergebiet) 上の紛争など）。それらの全ては全体的体系性を欠いたままに、単に実務上の目的適合性の考慮に基づいて行われた。そのため FGG の全体的な対象事項は年月が経つと共に見通しの効かないものとなった。同じような規定が多く別の分野で並列しながら、共通の中心的な原則を欠いているということが生じた。学説及び判例はその補強に努めたのであるが、それにより一般市民にとって理解しやすく明確になったというこ

とは全くなかった。その上、FGG は過ぎ去った19世紀の産物として権威主義的国家観にはっきりと染め上げられており、現代の法治国家としての要求、例えば手続参加や審問権などの要求に必ずしも充分に答えているとはいえない。

これらの全てについては20世紀の60年代から改正が求められてきており、又、実際に草案も作られたが成果が得られないままに終わっていた¹⁾。2005年に連邦司法省は新たな試みに取りかかり、非訟裁判の法を体系化し、簡素化し、現代化する包括的な改正草案を提示した。第1回目の意見公聴の後、2006年2月に補充され一部を変更した草案が公表された。その名称は「家事事件及び非訟裁判手続を改正する法律」(FamFG)となっている²⁾。以下の記述はこの草案に基づいている。しかし、この後も意見聴取と変更が2006年秋までにも行われる。2007年7月1日の施行が目標とされているが、おそらく2008年までは待たなければならないと思われる。しかし、これが法律となることには疑いの余地はない。

基本思想と内容の概観

このFamFG草案の目的は、全ての非訟裁判事項について中心となる統一された手続法を作り出すことである。これまでFGGだけでなく、ZPOやBGB、家財規則Hausratverordnung、その他の特別法の中に散在していた全ての関連規定は、FamFGの中に取り込まれ体系化されることになる。これによって民法や家財規則のような実体法を主とした法律から手続法規定が抜け落ち、一方ZPOは訴訟手続のみに集中した法律となる。

全体を貫く改正目標としては、法治国家的な保障の構築、適用の容易な用語と法律構成、特に家事事件における感情面での紛争の可能性への配慮や、関係人の自主的紛争解決努力への特別な配慮などが挙げられる³⁾。

裁判所の構成に関わる大きな変更として後見裁判所の廃止がある⁴⁾。これは家族法の専門学会、また、特に家庭裁判所の裁判官の意見を代表する

家庭裁判所協会の長年にわたる要請に応じたものである。1977年の離婚法改正による家庭裁判所の創設以来、家庭裁判所と後見裁判所との分けりにくい併立(双方が区裁判所の独立した支部)を生じ、区別が大変に困難となっていた。1998年の親子法改正は家庭裁判所の管轄権を大きく拡大したが、この併行状態は完全には解消されていなかった。後見裁判所は特に未成年者の後見及び監護、養子と成人後見について管轄している。FamFGはついに全ての家族法上の問題を管轄する「大きな家庭裁判所」への第1歩を踏み出した。しかし、能力を欠く成人の成年後見(BGB1896条以下)という特有で複雑な分野について新しい特別裁判所「成年後見裁判所(Betreuungsgericht)」が創設される⁵⁾。家族関係に密接した訴訟事件、いわゆる「家事訴訟事件」(FamFG105条)も家庭裁判所の管轄に所属することになる。これには扶養及び財産分割紛争に限らず、例えば別居に伴って生じる債権的請求や、婚姻住居の保護のための不法行為上の請求なども含まれる。家庭裁判所の経験と能力を生かそうとするものである。その手続についてはFamFGによりZPOが準用されている(FamFG106条)。

FamFGは内容的にわかりやすい構成となっている。最初に置かれる「総則」は全ての管轄事項につき共通する原則とルール(1-124条)を定め、次いで非訟事件の持つ広い領域についての各個別の「編」が続く、家庭事件(125-282条)、成人後見事件(283-353条)、遺産事件(354-381条)、登記、商事、組合事件(400-436条)、その他の非訟事件(437-441条)及び自由拘束事件(442-459条)となっている。

ここでは総則と家族事件-非訟事件の分野で最大の領域について若干コメントをするに止める。

個別問題

1. 総則(FamFG1-124条)

総則は土地管轄及び第1審手続についてのよく知られた規定を編纂して

おり、手続関係人についての明確な定義（8-9条）がある。紹介する価値があると思われるのは、手続終了の方法として和解を一般的に導入したことである（36, 56条）；これは草案の他の原則、関係者による自主的な紛争解決の追求との関係で見ると必要がある（後掲）。不服申立と審級については一部が改正された。不服の申立は統一され期限が付された。抗告は1ヶ月以内となり（62条）、抗告裁判所は高等裁判所に統一された（119GVG-E）。高裁の裁判に対してはBGHに法律抗告（Rechtsbeschwerde）できるが、原審がこれを許した場合に限られる（FamFG73条, GVG-E133条）。最後に触れておくべきは、家庭裁判所の裁判の執行についての詳細な規定で（90条以下）、一部は新しく編纂されている。そこでは子供の返還や面接交流をめぐる紛争の特殊性に配慮が加えられており、この場合も裁判所により承認された和解に基づく執行が可能とされている（101条2号）。裁判所の仮の命令も執行可能とされている（56-59条）。暴力からの保護（92条）をめぐる紛争は、経験上はこれにより終局的に解決される場合が多い。

2. 家事事件（125-282条）

草案では「家事事件」という上位概念の下に家族法の全体が包括され、それが先に述べた全ての事項を含む10項目の個別分野（例えば、離婚、親子、扶養、家族財産など）に分けられ、第11編として（同性者間の）生活パートナーシップが加わる（125, 281条⁶⁾。ここでは離婚と親子関係について若干コメントしたい。

a) 婚姻事件（126-158条）

草案は「婚姻事件」として、婚姻の存続に関わる全ての問題、離婚、婚姻取消、婚姻不存在確認を含めている（126条）。草案は離婚の問題について併合原則（Verbundprinzip）を基本としている。原則的には離婚と離婚の効果とは併合して審理・裁判されねばならない（146条1項）。しかし、これは離婚の効果の問題が離婚手続において夫婦の一方から提起された場

合に限られる(年金の調整はこれと異なり常に裁判される)。同じことは親子関係に関わる効果,つまり親権及び面接交流についても妥当するが,配偶者の一方から併合が明示的に申立てられた場合という制限が付されている(146条3項,いわゆる「申立による併合」)。

特に注目されるのは「簡易離婚訴訟」(143条)であり,問題のない事例では夫婦に迅速且つ低廉な離婚手続を利用させるもので国費の節約ともなる。この手続は子供のいない婚姻に限られ⁷⁾,その他に離婚意思の明確な夫婦で,離婚後の扶養及び住居や家財道具の分配について公正証書による合意がなければならない。それ以外に離婚の効果に関わる事件を係属させることは許されない(年金の調整は職権により裁判されるので別である)。従って離婚及びその効果について全く争いが無い事例がこれに当たることになる。この簡易離婚訴訟を純粹な裁判外の行政手続による離婚に向けた第1歩を踏み出すものとする者は,それが及ぼす効果が僅かなことに幻滅させられる。免じられるのは離婚訴訟における弁護士強制のみに止まる(130条第2文,しかし夫婦は事前に公証人を訪ねそこで助言を受けなければならない)。その他に,裁判費用は半額となり,公正証書作成費用に関してもそれを必要とする当事者は訴訟救助の申立ができるようになり,又,離婚の宣言も迅速化され,(時には時間のかかる)年金の調整は分離される。しかし,これ以外には,裁判所に両当事者が出頭した上での口頭弁論手続の義務付け,及び,裁判所による離婚の宣言は残されたままであり,民法1564条第1文の裁判所による離婚権限の独占はそのまま存続している。結局,シェークスピア流に言えば「無益なカラ騒ぎ」に終わっている。

b) 親子関係事件(161-177条)

ここでは,婚姻や離婚とは関係なく,親権・監護権,親と子供との関での面接交流,子供の引渡紛争,未成年者の後見や保護権,未成年者の施設への自由拘束的な収容などが取り扱われている(161条)。強調されているのは草案の条文において明文で迅速化を命じたことであり(165条),これ

には BVerfG が繰り返し家庭裁判所の審理の長期化を批判してきたことが反映されている⁸⁾。しかし、迅速化命令の違反に対する制裁がないことから、この規定は訓辞的な性格以上のものとはいえない⁹⁾。

その他の改正の要点は子供の代理人制度であり、将来は「手続補佐人」と称されることになり（166条）、これまでのように親権及び面接交流だけではなく、親子関係確定訴訟（182条）及び養子決定手続（199条）においても指定できることになる¹⁰⁾。そのような子供の特別な利益代表の任務と法的地位については、現行法（FGG50条）の下では極めて不明確であり争いがある。これに対して草案は手続補佐人の任務を明確且つ正確に定義づけており（166条4項）、親を法定代理人として排除はせずに独自の手続関係人と位置づけている。草案が強調しているのは、法律の定める要件の下で手続補佐人を指名すべき家庭裁判所の義務であり、併せて指名をなすべき場合を拡大し列挙している¹¹⁾。これと対照的に、どのような者が手続補佐人として考慮の対象とされるか、どのような資質が要求されるのか、又、この困難な任務に必要とされる養成教育をどのようにして確保できるかという問題は依然として解決されていない¹²⁾。

c) 親子関係確認事件（178-193条）

親子関係確認事件はこれまでは家庭裁判所においてではあるが訴訟事件として ZPO640条以下によっていた¹³⁾。この手続を非訟裁判に移すことは脱形式化と結びついた本質的な改正を意味している。子供若しくは親の一方を相手取って訴えを提起する必要はもはやなくなり、端的に手続の目的（例えば親子関係の確定とか父子関係の取消）及び関係人を掲げることで足りる（180条1項、2項1号）。草案は続けて簡潔に、「理由の記載は不要」としている（180条2項2号）。この目立たない条文は論争を引き起こし、ある判例を反古にしてしまうものである。最近、「父子関係秘密検査」という流行語の下で数々の感情が引き起こされている：DNA 検査の発展により、親子関係は大きな出費を要さずに正確に確定できるようになった。父子関係に疑問を持っていたり、「単純にはっきりさせたい」という多く

の父親がこっそり子供の遺伝子物質(毛髪,ハンカチ)を入手し,自分の物質と共に,研究所に持ち込んでいる¹⁴⁾。検査の結果が父子関係を否定するものであった場合,子供を相手取り父子関係取消の訴えが提起された。この種の訴えの適法性について,BGHは法的根拠を明らかにしないままに「手続を開始するに十分な疑惑」の提示が必要とし,単なる父子関係否定の主張では足りないとした¹⁵⁾。裁判所は子供の遺伝物質を内密に検査することはその人格権の侵害にあたり,その検査は裁判上は顧慮されないと判示していた。それ故に,生物学的には真実は明らかに確定されていても,他の要素が欠ける場合には父子関係の訴えは不合法として却下されていた¹⁶⁾。この判例は子供の人格権と併せて婚姻及び家族の保護を視野に入れたものであるが,将来は根拠を失うことになるであろう。取消の申立に必要な理由が不要であれば「手続を開始するに十分な疑惑」を提示する必要もないわけである。

裁判外紛争解決に向かう芽(調停)

現行法も,特に1998年の親子法の改正後は,関係する家族構成員の私的な紛争解決力の活性化を強調している¹⁷⁾。FamFGの草案はこれを原則とするだけでなく更に拡張している(165条4項=FGG52条1項,173条=FGG52a条)。その結果,将来は子供の「手続補佐人」も「相互の合意条項の成立に……協力する」(166条4項)ことができるようになり,又,裁判所が囑託した鑑定人が鑑定意見の提出に止まらず関係人による合意条項の成立にも関与できるようになる(171条2項)。さらに注目すべき改正は離婚手続きにおける規定である。個別の離婚効果に関して夫婦間に争いがある場合,家庭裁判所は裁判外の紛争解決を提案するに止まらず(144条2項),当事者双方が調停その他の裁判外紛争解決についての対話相談に参加し,裁判所にその証明書を提出するように命じることができる(144条1項)。注意すべきは,調停による解決は離婚の効果に関わる問題につい

てのみであり、離婚それ自体をめぐる争いに関しては追求されていない

これに関連して旧法上の和解の勸試（Suehneversuch）はこれまで成功していないことは明らかになっている。草案は、調停は自発的な参加を基盤とした場合にのみ成果が挙げられるという広く信じられている見解には明らかに与していない。近年ドイツでなされた多様なモデルによるテストから、合意の試みに参加させるため「緩やかな強制」を加えることで注目すべき成果が挙げられることが明らかになった¹⁸⁾。しかし、草案は夫婦が裁判所の命令に従わなかった場合でも、実質的な制裁を規定しておらず¹⁹⁾、夫婦が調停人の勸奨に従うか否かは全く自由とされている²⁰⁾。FamFG144条1項による裁判所の命令の成果は、各裁判所の周辺に専門家の助力の学際的なネットワークを築くことができるか、どの程度できるか掛かっているのであり、関係する専門家間の情報の相互交換と協力により争っている夫婦に最善の助力を供与できるネットワークが重要となる。

今後の見通し

現在のドイツには本当の改正を行う力が欠けているのではないかという印象がしばしばあり、FamFGの草案も、例えば合意ある場合の離婚の簡易手続など、いくつかの個別問題ではやや弱腰のようにも思われる。それでもFamFGは、全体として見た包括的な評価としては、ドイツ手続法の「物置小屋」をよく整理された居間に変えるという注目すべきリフォームをして見せるであろう。非訟裁判は、国際的に比較してもドイツにおいて伝統的に大きな意味を持ってきたのであり、新法は21世紀においても、特に深刻な家事事件を抱えた市民の幸せのために、この非訟裁判の機能を保障するものとなるであろう。

ミュンヘン大学 教授

1) 司法省が設置し委員会による1977年の „Entwurf einer Verfahrensordnung fuer die freiwillige Gerichtsbarkeit“ 参照。これについて *Arnold Rechtspfleger* 1979, 161 ff., 241 ff.

- 2) 修正が加えられた2006年2月14日の草案は公表されていない。
- 3) これについては後掲 . 3, 又, Entwurfsbegründung zum Referentenentwurf S. 334-336.
- 4) これについては Entwurfsbegründung S. 345 f.
- 5) FamFG. 18条に基づく GVG 改正草案23 c 条。
- 6) (同性)生活パートナーシップの当事者(281条1項8号)間の扶養を, 単純に125条8号の「扶養事件」に含ませることができないのは, 法律構成の不運というべきである。それは生活パートナーシップを基本法との関係では「疑似」婚姻(従って「家族」としても)とした BVerfG の判示が背景をなしている。BVerfG FamRZ 2002, 1169, 1172. 参照。
- 7) ロシアも同じ(家族法19条)。子供に関わる国家の関与は両親が合意している限りは行われないのであり, この点についての理由は明確ではない。BGB, § 1671 I, II Nr. 1 参照。
- 8) BVerfG FamRZ 1997, 871; 同じ問題についてヨーロッパ人権規則の視点から論じたものとして, *Kopper-Reifenberg*, Kindschaftsrechtsreform und Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK, 2001, S. 562 ff. 平均的な手続期間は, 親権の手続で7.5ヶ月, 面接交流の手続で6.7ヶ月である。草案理由書 S.495. 参照。
- 9) 裁判実務では, 第1審裁判所が手続を行わない場合, 条文上の根拠はないが, いわゆる「不作為に対する抗告」が可能と考えられてきた。しかし, 具体的な点については不明確で争いがあり(vgl. OLG Bamberg FamRZ 2003, 1310; OLG Naumburg FamRZ 2005, 732, 733; *Zoeller/Gummer*, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 567 Rn. 21 ff.), 制裁規定が必要とされていた。
- 10) 指名はむしろ憲法上の理由から一般的には必要的といえることができる。子供の重要な利益が問題となる場合で, 親が子供の利益を手続において適切に代表できるかについて疑いがある場合には, 子供の人格基本権の保障という観点からは手続補佐人の指名が必要的とされるであろう。(BVerfG FamRZ 1999, 85; FamRZ 2006, 1261 いずれも子の国際的な奪取に関するハーグ条約による子供の国際的奪取の裁判例である)。
- 11) 改正規定については詳しくは, *Salgo* FPR 2006, 12-17.
- 12) これについて批判するのは, *Salgo* FPR 2006, 15 f.
- 13) GVG § 23 b I 2 Nr. 12.
- 14) 最近これに関連してバイオ研究という業務分野がドイツでは盛んになっている。
- 15) BGH NJW 1998, 2976, 2977; NJW 2003, 585.
- 16) BGH NJW 2005, 497; OLG Celle FamRZ 2004, 481; 詳しくは, *Gernhuber/Coester-Waltjen*, 5. Aufl. 2006, § 52 Rn. 22-26.
- 17) この点につき, ミハエル・ケスター/岩志和一郎訳「ドイツの家庭裁判所の手続におけるメディエーション的要素」比較法学38巻1号277-311頁。
- 18) *Coester*・上掲注(17)の Fn. 19 und 66 参照。
- 19) いずれにしても158条2項2号による費用法上の不利益はある。
- 20) 草案理由書 S. 481.