

【国際家族法研究会シリーズ7】

ダグマー・ケスター・バルチン

ドイツ新家事手続法における 法的審問の保障と法治国家原則

渡 辺 惺 之(訳)*

改正の前提状況

1. 家事非訟手続法 (FamFG) の施行

2009年9月1日に「家事事件及び非訟事件手続法」(以下、FamFG)が施行された。この法律はこれまでの非訟事件手続法、家財規則 (Hausratsverordnung) 及び民事訴訟法に分散していた家事手続法関連の諸規定に代わるものである。

2. 家事非訟法の適用範囲

この法律は、その長いタイトルからも推測されるように、その適用範囲は幅広いもので、家事事件とは異なる古典的な非訟事件の分野も包括したものとなっている¹⁾。第3編から8編までは成人後見及び被後見人等の保護収容事件 (Unterbringssachen; FamFG312条、これらは成人後見裁判所に提起される)、及び、遺産・分割事件、登録関係事件、企業法手続、

* わたなべ・さとし 立命館大学教授

1) 独立した家事手続法典への期待について、Bork, Festschrift Musielak, 2004, S. 105, 118; Unberath, Festschrift Werner 2009, S. 569, 572; 反対するものとして、BT-Drucks. 16/6308 S. 162 (「立法テクニクとして無駄が大きい」としている)。

強制収監事件 (Freiheitentziehungssachen ; FamFG415条), 競売事件, その他の非訟事件の手続を規定している。この第3編から8編までについてはここでは取り上げない。ここで考察の対象とするのは家事事件手続であり, 第2編及び第1編において規定されている。

全ての家族法上の紛争が家事事件に属している。家事事件について法111条は, 婚姻事件, 親子関係事件, 血縁関係存否事件, 養親子事件, 婚姻事件, 婚姻住居・婚費事件, DV 保護事件, 養育調整事件, 扶養事件, 婚姻財産事件, その他の家事事件並びに生活パートナーシップ事件を挙げている。その上で家事争訟事件, 婚姻事件及び「通常」家事事件に分けている (FamFG112条)。この区別は, 特に民事訴訟法 (以下, ZPO) の規定の婚姻事件及び家事争訟事件についての準用 (範囲は異なる) 指示に関して重要な意味を持つ。ZPO の規定は FamFG (以前は FGG) の家事事件手続に関する特別規定と関連づけられている場合に限り意味を持ち続けることになる。

総則の諸規定は, 個別の家事手続を含め, この法律に基づく全ての手続を包括する規定であるが, 国際条約や EU 法規との関係, 国際裁判管轄や外国裁判の承認・執行についても規定している。総則中の特に重要な規定については後に改めて触れることにしたい。

3. 法改正の必要性

a) 家事事件に関する手続法規定の分散

2009年9月1日までは婚姻事件, 血縁関係事件 (Abstammungssachen, 従来は親子関係事件 (Kindschaftssachen) と表記されていた) 及び扶養事件は, ZPO の特別な章において規定され, それ以外の家事事件は一部は通常の民事訴訟として, 他の一部は非訟事件手続法 (以下, FGG) において規定されていた。ZPO が特に規定していた家事事件においては FGG 規定の準用が数多く指示され, 家事手続は ZPO と FGG の規定の混合体となっていて全体像を把握することが困難であった。これは特に離婚の効

果に関して顕著であった。統一的な家事手続に関する規定への期待は大きかったのである。これは個別の手続規定についてと同様、裁判管轄に関しても云えたのである。1977年に創設された家庭裁判所は家族法問題の一部分についてのみ裁判管轄を有していたのであり、家庭裁判所と並んで後見裁判所及び地方裁判所と区裁判所の一般民事部があった。特に家庭裁判所と後見裁判所との管轄の区別は非常に困難だった。法律が規定する指示に従うことは実際には無理という部分すらあった。そこから個別の裁判がいずれの管轄に属するかということだけをめぐって多くの紛争が生じたのである。FamFGの施行に伴い後見裁判所は廃止された。家庭裁判所は上述した幅広い裁判管轄のいわゆる「大きい家庭裁判所」に変身したのである。成人後見事件は既述したように成人後見裁判所に属する。

b) FGG 改正の必要

1898年に立法された FGG は国家による後見作用という思考に支配されていた²⁾。それに応じて裁判所には ZPO に比べて手続の形成及び進行に関して大幅な自由が与えられていた。その結果、手続に関与する者にはより小さな自由しか認められないことになっていた。初めは関係当事者は手続の主体とは見られていなかったのである。これは当然ながら時代の変化に伴い大きく変わってきた。連邦憲法裁判所は 70 を超える多くの判決によって関係当事者の手続上の地位を高めてきたのであり、特に法的審問の原則は非訟事件手続においても強化されていた³⁾。それでもなお FGG は改正を必要としていたのである。その諸規定が不完全で、規定事項が多岐にわたり、手続の展開や進行の見通しが困難で、法改正や連邦憲法裁判所の判例にもかかわらず法治国家原則に関して多くの点で疑問を残していたからである⁴⁾。

2) “freiwillige Gerichtsbarkeit”（裁量裁判）という表記による混乱について、*von Mohl, Lebenserinnerungen*, Bd. 1 1902, S. 272.

3) 特に、BVerfG, JZ 1957, 543 (コメント Baur) ; *Bergen*, BWNNotZ 1996, 137; *Hill*, MDR 1959, 818.

4) *Unberath*, Festschrift Werner 2009, S. 569, 570; *Bork*, ZJP 117 (2004) 399.

先ず初めにもう一度民事訴訟と非訟事件手続との間にどのような原則上の相違があるのかということから見てみよう。民事訴訟における処分権主義及び弁論主義の原則は非訟事件手続においては原則的に職権主義及び職権探知主義に取って代わられている。弁論主義は特別に ZPO において規定されていた家族法関連手続では制限されていたが、同じように非訟事件手続でも全ては申立に基づき行われるように規制されていた。しかも、この出発点における原則的な違いはその後の手続でも引き継がれていた。ZPO における厳格な証明に対し非訟事件手続では自由な証明手続が対置されていた。口頭主義、公開原則や直接主義は非訟事件の分野では妥当していなかった。しかし、これに関しても付随事件 (Verbudsachen) の場合には、ZPO 旧621条以下の特則が二つの手続類型を相互に近づけ、非訟事件の規定を ZPO の手続原則と調和させる方向で調整されていたのである。他方で、二つの手続の違いは特に裁判の効力に関しては存在し続けたのであり、非訟事件では裁判は既判力を生ぜず、に何時でも変更が可能であった。その効力是对世的であり原則として通知によって効力を生じた (FGG 旧16条 1項)。

このようなやり方で行われていた非訟事件の手続法原則の「つくり作業」は、真正な争訟事件のための法治国家原則による応急手当というべきで、かなり以前から改正が必要と考えられていた。既に1964年には非訟事件手続に関する法の改正案を作成すべく委員会が設置された。この作業は実際に13年間続けられ1977年には改正提案が公表され、これを支持する見解もあったが⁵⁾、その当時他の急を要する法改正と競合し、まだ機が熟していないとして司法省の引出にしまわれたままになった。2004年になって非訟事件手続法の全面改正の新たな計画が立てられ、その結果として今回の家事非訟手続法 (FamFG) が成立することになったのである。

5) Kollhoser, ZJP 93 (1980) 265 ff; König, ZJP 93 (1980) 312 ff; Diederichsen, ZJP 91 (1978) 397 ff; H. Zimmermann, Rpfleger 1982, 85.

改正新法

1. 改正の目的

改正の目標の一つは、「大きい家庭裁判所」を創設し、原理的に統一された法治国家原則に基づいた手続を導入することにあった。

改正にはもう一つ、非訟事件も含めた全ての家事事件を包括する手続原則についての総則を置きたいという基本目標があった。そのためには、一方でこれまでの法律による手続の柔軟性を維持しつつ、他方で法治国家原則を保障しなければならなかった。

第1の目標は一見したところ、裁判管轄規定を改正すれば足りるので、達成することはそれほど困難ようには見えない。今や FamFG には、家族に関連した全体的な裁判手続、家庭内暴力の保護事件並びに登録パートナーシップ事件を加えた、家庭裁判所の裁判管轄が規定されている。しかし、これだけでは統一的な家事手続は達成できない。一部の家事裁判手続（特に婚姻事件、扶養事件、婚姻財産事件及び登録パートナーシップに関わる同種事件）の争訟的性格から、紛争の種類が真正な後見の事件の場合とは性格的に異なっていることから、あらゆる点で統一された規定を満足させることはできず、部分的に ZPO の古典的争訟に関する規定を併せ用いることになった。そのため新法においても ZPO の規定との協働が規定されている。しかし、両方の手続法の規定の相互関係は、従前の法と比べ、理解しやすく明確な規定となっている。それでも法適用に際し、手続の流れと手続原則との全体的な理解を得るためにはパズルのパーツを慎重に組み合わせることが求められている。

手続の柔軟性と同時に法治国家原則の保障という第2の目標の達成も容易ではない。この点について以下でいくつかの例を挙げながら検討してみたい。

2. 新法の全体的な概観

FamFG の総則部分(110条)は従前の FGG(134条)の規定に比べ非常に詳しくなっていて、個別の手續は多様であっても総体として「通常」民事訴訟手續と比べ明らかに異なる性格上の特徴から、おのずと ZPO の総則規定とは異なっている。そこで顕著なのは FGG の当初の立法時点で考えられていたような、単に後見的作用だけということではないということである。家族事件ではむしろ争訟的な手續が中心的に取り扱われているが、しかし、その手續は訴えではなく申立によって始められる手續である。

原則的に、FGG の場合と同じく、総則の規定による弁論主義の制限(FamFG26, 29条)と部分的には処分権主義の制限(FamFG24条)も残されており、また、原則的な職権探知主義及び自由な証明の許容には一定の例外も引き継がれている。裁判は争訟的事件の場合でも決定による(FamFG38条)不服申立の方法⁶⁾としては抗告(管轄は OLG)⁷⁾及び法律抗告(Rechtsbeschwerde, 管轄は BGH)のみが認められている(FamFG58条以下)⁸⁾。決定は当事者への通知により効力を生じる点は維持されている(40条1項)、例外として特定の場合には決定は確定により効力を生じることとされている(40条2, 3項, 198条1, 2項, 184条1項, ZPO の規定による決定についても同じである)。

新しい家事手續の特徴としては、争訟的事件の場合も民事訴訟の基本原則から導かれる手續法構造としての当事者対立的な色彩及び争訟的な色彩が幅広く取り除かれていることを挙げることができる。既に1977年の婚姻法改正法は、離婚の訴えを離婚の申立(現行 FamFG124条)に、原告と被告という概念を申立人と相手方に変更している。現在では紛争は訴訟と

6) 上訴についての注意義務について § 39 FamFG.

7) 通常抗告(iudex a quo)の提起

8) 許可を要しない特別抗告は、狭義の家事事件には属さない § 70 III FamFG のみである。無許可抗告は認められていない。これに対する批判として、Bolkert, MittBayNot 2009, 268; kritisch auch Unberath, Festschrift Werner, 2009, S. 582.

か争訟ではなく手続（Verfahren）と、裁判は判決ではなく決定と表記されている。申立人と相手方は当事者（Parteien）ではなく関係当事者（Beteiligte）である（FamFG113条5項）。これらは非訟事件の分野での原則的な用語法に対応している。裁判と対比される意味での紛争調停はこれまでに比べさらに強調されている（FamFG136, 156条⁹⁾）。裁判官の役割は、実体法上は、「社会工学（social engineering）」という観点では拡大されてはいないのであり、むしろその裁定権限は実際には若干抑制されている（例えば Hausratsachen 家財事件の場合¹⁰⁾）。手続法的には裁判官は手続の進行と形成に関する指揮権限を保持している¹¹⁾。若干の例外（離婚、親子関係存否事件）を別にすれば、手続を和解で終結させる可能性も認められるに至っている（FamFG36条¹²⁾）。

手続迅速化の要請は強調されており（例えば FamFG155条）、暫定的権利保護は改善され（FamFG49条以下¹³⁾）、関連事件に関する手続の統合は特に離婚の効果に関しては従前の併合¹⁴⁾は維持しながら更に可能性を広げられている（FamFG266条）。

以下では手続の法治国家原則に関連する重要な点を取り上げて検討したい。

9) Bergmann, ZKJ 2010, 56, 協議義務について § 56 FamFG.

10) H. Roth, JZ 2009, 585, 587.

11) Häußermann, Lipp/Schumann Veit; Reform des familienrechtlichen Verfahrens, 2007, S. 5, 12.

12) これは仲裁適格にも間接的に影響を及ぼすことになる。仲裁適格は、全ての財産法上の紛争と並び、和解により終結することのできる非財産的紛争について認められている、§ 1030 ZPO。

13) 暫定的権利保護は原則としてその本案についての申立が継続ない場合でも申し立てることができる（§ 51 FamFG）、特別規定は §§ 119, 157 IV, 214, 246 bis 248 FamFG。

14) 離婚事件と離婚の効果事件とは統合された場合でも異なる手続原則に服する。例えば、離婚事件は制限的な職権探知に服するが（§ 121 Nr. 1, 127 FamFG）、離婚の効果としての親の配慮問題については § 26 FamFG により職権探知主義が、扶養事件については家事争訟事件として § 137 II Nr. 1, 12 Nr. 1, 231, 113FamFG による。

3. 法的審問

裁判手続の「関係人 (Betroffenen)」には、それが職権探知主義による手続であったとしても、基本法103条1項の法的審問を保障すべきことについては、連邦憲法裁判所が既に有名な1957年の判決で明らかにし確定している¹⁵⁾。それ以来、事実関係の解明のため証拠方法としての当事者の審尋と、他方で法的審問の保障のための審尋との違いについて議論されてきた。非訟事件手続に関しては、そこから直接の関係当事者 (unmittelbar Beteiligten) 及び形式的関係当事者 (formell Beteiligten) のいずれであっても法的審問の機会は保障されなければならないとされてきた¹⁶⁾。関係当事者 (Beteiligte) は手続の対象に関して意見を表明することができる機会を保障されなければならない。関係当事者は単なる「判断の資料」ではなく手続の主体なのである。手続の対象に関して意見を表明するためには、裁判所の判断資料を超える存在であり、裁判所が提示を受けた情報を知らされていなければならない。そこから論理的に、証拠の顕現は、それが自由な証明である場合にも、「関係当事者にオープン」でなければならない、つまり関係当事者が在廷する中で行われなければならないということが明らかになる。この場合、法的審問とはそれまでの情報を裁判所が明かすこと、それに対して関係当事者の対応が可能であること、及び、その対応が裁判所により顧慮されることを意味している¹⁷⁾。

新法は法的審問の保障の必要性を総則の FamFG37条2項において明文で規定しており、この点は明確に確定されている。しかしながらこのことは「関係当事者への公開」について何らかの包括的で無制限の請求権を認めることにはならないのであり、むしろそのような請求は「関係当事者の権利」が裁判により害される限りで認められるといえよう。さらに

15) BVerfG, JZ 1957, 543.

16) この点について詳しくは, *Bergen*, BWNNotZ 1996, 137; *Baur*, JZ 1957, 543; *Hill*, MDR 1959, 818.

17) *Kollhossler*, ZJP 93 (1980) 265, 278.

FamFG 33条 1項 2号は、特定の条件下では関係当事者の審尋は他の関係当事者が在廷していない場合にも行うことができると規定している¹⁸⁾。家族法関係の裁判で通常見られる感情的な負荷や、自分の関心事として聞く必要のある利害関係人の多さを考えると、この規定は特に不安を感じる関係当事者にとっては重要といえる¹⁹⁾。学説では法的審問の原則からこの規定に対して疑問を投げかけ、規定の適用に際して慎重を期すべきであるとする見解もある²⁰⁾。確かにこの場合慎重を期する必要はある。裁判の基礎をなす若しくは裁判に影響を及ぼすべき陳述は、在廷しない関係当事者にも知らされていなければならない。広い範囲で自由な証明が妥当してはいるが、関係当事者の証拠の申出に基づき決定されなければならない²¹⁾。この決定には理由を付さなければならない²¹⁾。これも法的審問の原則に沿ったものである。争いのある事実に関しては裁判所は、(事実認定を行う裁判所で)²²⁾ 正規の証拠手続が行われ、争われている事件について審尋された場合にのみ、裁判の基礎とすることが許される (FamFG 30条 2, 3項)。

法的審問は必ずしも口頭弁論において保障されなければならないわけではない。FGG では口頭主義の原則は強行的ではなかった²³⁾。FamFG は弁論期日を指定することを明文で可能とした (FamFG 32条)。そのような期日指定について決定する場合、事実の解明と法的審問の保障が他の方法では十全には達せられないような事件 (例えば文章で表現することに困難が

18) この規定は婚姻争訟事件及び家事争訟事件には適用されない、§ 113 I FamFG (この規定について MünchKomm-ZPO/Hilbig, Vor §§ 121 ff. FamFG Rn. 9, そこでの対応規定 (§ 128 FamFG) も適用される)。従って、例えば親子関係訴訟では、それが例え離婚の効果事件の場合でも適用はない。

19) 離婚手続における夫婦についてのフランス法上のもっと幅広い個別の審尋について、Kappstein, Das Verfahren in Scheidungssachen in Frankreich und Deutschland, 2010, S. 157.

20) Häußermann, Lipp/Schumann Veit; Reform des familienrechtlichen Verfahrens, 2007, S. 5, 11.

21) Unberath, Festschrift Werner, 2009, S. 569, 580.

22) その場合、ZPO § 355 に対応して主観的直接主義の原則が妥当する。

23) Prütting/Helms/Abramenko, FamFG, 2010, § 32 Rn. 7.

ある人)では、裁判官に裁量の余地が認められている。口頭審理の実施についてはZPOの準用を指示している。

直接主義は、法治国家原則に関連して法的審問保障の分野でもしばしば取り上げられるが、FamFGにおいては制限的に認められている。事件を関係当事者と議論し(FamFG32条1項)、その当事者を審尋する(FamFG34条1項)という裁判所の基本的な義務と、正式な証拠調べが頻繁に必要なとされていることが、新法の下で事実上の直接主義を実現するという効果を生んでいる。

これと異なり公開主義原則は、FamFGの家事手続においても、法的審問原則という視点からの規定が設けられていない。裁判所構成法(GVG)170条により定められて以来長きにわたって当然に非公開が原則とされてきている。これがヨーロッパ人権条約(EMRK)6条1項と適合するかについては学説の一部で疑問が呈されている²⁴⁾。

法的審問に関する権利は関係当事者(Beteiligte)に認められている(「関係当事者」概念については後述)。手続能力(Verfahrensfähigkeit)を有する者はこの権利を行使することができる(手続能力についても後述)。その違反については不服を申立て抗告手続で主張することができる。審問保障は、法律抗告(Rechtbeschwerde)がなされ事件が原審に差し戻される場合は、抗告審において保障されることになる。下された裁判に対して上訴や不服申立、その他の変更の申立²⁵⁾が許されていない場合でも、法的審問の侵害に基づく不服申立があると手続は続行されることになっている(審問の異議、FamFG44条)。手続の続行を認めない決定には理由を付さなければならない。但し、法的審問の保障を侵害したという主張の内容が裁判に影響を及ぼすものでなければならない²⁶⁾。

24) MünchKomm-ZPO/Ulrici, Vor §§ 23 ff. FamFG Rn. 28.

25) 旧 FGG の下における、その他の変更及び法令令の可能性が欠ける条件について、OLG Frankfurt, NJW-RR 2005, 1591; OLG Celle, MDR 2003, 593.

26) 旧法について BVerfG, NJW 1994, 2279, 新法については *Abramenko*, FGPrax 2009, 198. 審尋に関する異議は中間判決の事由とはならない。ZPO § 321a による審尋異議は、抗

4. 関係当事者という概念

家事手続における権利・義務との関係²⁷⁾、特に法的審問の保障の必要性との関係では、誰が関係当事者（Beteiligte）と見られるべきかという問題は特別に重要な意味を持つ。

旧法では形式的当事者と実質的当事者とが区別されていた²⁸⁾。しかし、新法では形式的当事者しかない²⁹⁾。立法者は、Kollhosser³⁰⁾によってだいぶ昔に非訟事件について提起された法律に基づく関係当事者（kraft Gesetzes Beteiligten）と招致関係当事者（hinzugezogene Beteiligte）との区別、これは1977年改正草案でも規定されていたが、今回の立法でもFamFG 7条において申立人（申立が必要な場合であるが）を法律に基づく関係当事者と見なすことを規定した（FamFG 7条 1項）。それ以外の全ての関係人は裁判所に招致されて初めて手続における当事者となる。その場合、いわゆる muss 当事者と kann 当事者とを区別すべきである。muss 当事者は裁判所が職権若しくは申立により招致しなければならない当事者であり、kann 当事者は裁判所がその裁量により若しくはその者の申立により招致することができる当事者である。muss 当事者は次のような者とされる。裁判手続で直接に自分の権利が審理判断の対象とされている者（FamFG 7条 2項）、つまり公法上若しくは私法上の地位及び権利者としての地位が裁判の判断対象となっている者である。次に法律により関与が規定されている者である（FamFG 7条 2項 2号）。最後に、例えば手続補

告手続においては §§ 567 ff. ZPO (§§ 6 II, 7 V, 21 II, 42 III 2 FamFG によって準用されている)による。法的審問ではないその他の手続に関する異議は、FamFG § 44 には該当しない。それらの異議は通常の異議（Gegenvorstellung）又は憲法抗告によってのみ主張することができる。Abramenko, FGPrax 2009, 198.

27) 例えば、§§ 3, 4, 13, 27, 81 I FamFG.

28) BGH, NJW 1999, 3718.

29) Bolkert, MittBayNot 2009, 268.

30) Kollhosser, Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1970; Kollhosser, ZFP 93 (1980) 265, 281; Bork, ZFP 117 (2004) 399, 407.

佐人 (FamFG158条3項2号), 及び, 法律により関係当事者とされている者, 例えば親子関係存否確定訴訟における父, 母, 子供である (FamFG172条)³¹⁾。他の家事事件に関しては法律は明示的に関係当事者を掲げていないが, これについては一部の学説は批判的である³²⁾。

kann 当事者は, FamFG 又は他の法律により招致することができるが, 強制できるとは規定されていない者である。例えば, 保護監護者 (Pflegerperson, FamFG161条) 及び少年局 (Jugendamt, 但し, 申立に基づく, FamFG172条2項, 188条2項, 212条)。その他の者も, 各法規定の状態に応じて, 申立又は職権に基づき招致され得る。申立ができると規定されている場合, 裁判所はその者が申立をしていない場合でも, 例えば訴訟経済の点で有益と考える場合には, 職権で招致することができる。例えば親子関係裁判の場合に親である可能性のある者についてこのような対応が考えられるであろう。但し, 法律上関係当事者となる可能性が規定されている者であることが条件となる³³⁾。

第1審では関係当事者たり得なかった者でも, その権利が直接に関わることとなった場合は不服を申し立てることができる (FamFG59条)³⁴⁾。

婚姻訴訟, 家族訴訟の場合, 以上のルールは妥当せず, ZPOの規定するところがルールとなるが, 「当事者 (Partei)」という表現は「関係当事者 (Beteiligte)」という表現に置き替える必要がある。

5. 手続能力

関係当事者は手続能力を有する場合にのみ, その手続上の権利を主張し

31) *Bruns*, NJW 2009, 2797; *Häußermann*, in: Lipp, Schumann Veit, Reform des familienrechtlichen Verfahrens, 2007, S. 5, 7; *Harders*, DNotZ 2009, 725, 727.

32) *Häußermann*, in: Lipp, Schumann Veit, Reform des familienrechtlichen Verfahrens, 2007, S. 5, 8.

33) *Zimmermann*, FÜR 2009, 5, 7.

34) 子供の関係当事者としての地位について第1審においては BGB § 1666 の範囲内にある, *Häußermann*, Lipp/Schumann Veit; Reform des familienrechtlichen Verfahrens, 2007, S. 5, 8 (§ 60 FamFG により抗告権者であることに基づく)。

行使できる。手続能力は FamFG 9 条に明文で規定されている。特に注目されるのは未成年者の手続能力である。原則的に未成年者は満14歳で民法が認めている権利を主張する場合に限り手続能力者となる。民法によると、例えば、扶養条件の変更（BGB1612条2項2文）、親の離婚に際して親の養育配慮の配分に関して（BGB1671条2項1号）、面接交流（BGB1684条1項）について手続能力を認められている。未成年者の手続能力は FamFG158条による手続補佐人の選任によっては排されず³⁵⁾、保護監護者（Pfleger）の指定が子供に「取って代わる」（FamFG 9 条 5 項、ZPO53 条）のとは異なる。

関係当事者に手続能力が欠ける場合はその権利は法定代理人によって護られる。法定代理人は民法の規定により定まる。この新しい手続法による関係当事者の範囲が広いことを考えると、BGB1795条、1796条の規定は家事裁判手続においても適用されるので、両親共に又は通常のように一方が関係当事者である場合に他方の親が、これらの規定により除外されることは生じ得る。

両親が紛争状態にあるため子供の権利が充分には保護されない可能性がある場合は、これまでの連邦憲法裁判所判例によれば、親が利益相反の可能性から子供の権利を充分には護れないという場合には、常に手続補佐人の指定が必要となる。それと並んで弁護士による代理が必要となり得る。弁護士強制は現在でも個別の家事事件については妥当している（FamFG 114条1項）。

6. 裁 判

決定は、旧 FGG の下での裁判とは異なり、FamFG によれば不服申立期間が定められたと見ることができ、形式確定力が認められる³⁶⁾。形式的

35) Heiter, FamRZ 2009, 85, 86.

36) 異議申立が制限されていることから疑問とする見解もある, Unberath, Festschrift Werner, 2009, S. 569, 581.

関係当事者ではないが自己の権利を害された者も不服申立権を認められている (FamFG59条)³⁷⁾。

決定には原則として理由が付されなければならない。連邦憲法裁判所 (BVerfG) の見解では憲法はそのようには命じてはいないが³⁸⁾、立法者はこの原則を FamFG38条3項1文に明文で規定した。これは法治主義に大きく寄与するものと解される³⁹⁾。裁判は中立的な裁判官によりなされなければならないことも法律に明文で規定化された⁴⁰⁾。法治主義はその点で明文規定により考慮を払われたことになる。

7. 費用

家族法上の手続の費用負担に関する一般規定は FamFG80条から85条に規定されているが、いくつかの家事事件については第2編において規定されている (例えば親子関係事件については FamFG183条) に、婚姻及び家族間紛争については規定は ZPO に、特に同法91条に規定されている。

手続費用は FamFG80条によれば公正な裁量により関係当事者に全額若しくは一部を負担させることができる。また費用納付手続により決定することもできる。

いかなる費用 (手続費用、立替金) を納付すべきかは原則として家事事件の裁判費用に関する法律により定められているが、FamFG135条は調停についての情報提供を無料と規定している⁴¹⁾。事実調査費用 (Detectivkost) は個別事例において認められ得るであろう。手続法上の書面の翻訳費用は常に認められている。これに関しては数多くの個別規定と判例がある。

37) *Bolkert*, MittBayNot 2009, 268.

38) BVerfG, NJW 1979, 1161; 1982, 925, 反対; EuGHMR, NJW 1999, 2429.

39) *Jacoby*, FamRZ 2007, 1703, 1706; MünchKomm-ZPO/*Ulrici*, § 38 FamFG Rn. 14ff.

40) この点について, *Unberath*, Festschrift Werner, 2009, S. 569, 576, BVerfG, NJW 1967, 1123, 1124 は旧法についてこのことを明らかにしていた。

41) *Spangenberg*, FamRZ 2009, 838.

手続費用を支払える状態にない当事者には、家事手続法においても訴訟救助が可能である。FamFG 76条は ZPO の同種規定（ZPO 114 - 127条）を準用している。しかし、同じく弁護士を補佐に付す命令の書式にしても弁護士強制のない手続の場合には異なってくる⁴²⁾。

ここでは国籍は問題とならず、全て国内居住者は同様な権利を認められている。EU 内で取扱を異にすることはヨーロッパ法違反になるが、第3国の国民である関係当事者についても国籍による差別は行ってはならない。更に EU のガイドラインはそれを越えて他の EU 諸国に在住する者についても手続費用救助は保障されなければならないと規定している⁴³⁾。EU 以外の第3国に在住する者については1954年のハーグ民事訴訟条約が適用される。

総括的な評価

新法はもちろん理想的というわけではない。特に疑問に思われるのは、立法者が、全体的な概観の妨げとなっている ZPO と FamFG との相互援用関係を回避すべく、あらゆる家事手続法上の問題についての包括的で独立した規定を置かなかったことである。しかし、新法は旧法に比べて非常に明確さを増していることも見逃されるべきではない。法治主義原則、特に法的審問の要請は、新法においては明確に取り上げられ強調されている。ここには依然として一連の争点とまた弱点も残されている。それらは基本的に証拠調べに関わる問題であり、特に裁判所はいかにして一方で全ての関係当事者に必要な情報にアクセスさせながら、他方で分離した審尋と聴取の希望に対応するかという問題である。関係当事者概念を新たに編成したことは大きな進歩である。しかし、他方で、(ZPO 外にある) 争訟的な家事事件についての論理的な構成を欠いている。例えば父子関係確定事件

42) § 78 II FamFG により § 121 II ZPO , これにつき , *Waller*, FF 2010, 50.

43) EG 指令 2003/8/ (27. 1. 2003, ABl. EG 2003 Nr. L 26/41), ABl. EU 2003 Nr. L 32/15.

における相手方を関係当事者とは規定していないことに表れている。ある関係当事者を利益相反の可能性を理由とするやり方で排除することはいずれにしても十分に考えられたものではない。子供のための手続補佐人の役割は多くの学説から充分ではないとされている。新しい規定の定義や解釈をめぐる論争は必ず生じるし、また避けることはできないものである。新法は正しい方向への一歩である。その改良は広い範囲で可能である。立法者がこのことから目をそらすことのないよう期待したい。

[訳者あとがき]

本稿は2010年4月29日に立命館大学で行われた研究会において、ゲッティンゲン大学のダグマー・ケスター・バルチン教授により行われた報告原稿を翻訳したものである。研究会は、学術振興会による「異分野融合による方法的革新を目指した人文・社会科学研究推進事業」の公募型研究領域として採択された「現代型家族問題に対する法と臨床心理学の融合的視点からの解決モデルの提案」(研究代表・二宮周平教授)による研究の一環として、ドイツの新家事非訟手続法における家事紛争手続の非訟化と手続保障とについて、同教授にお願いしてご報告頂いたものである。

家庭紛争が、伝統的な民事訴訟型の当事者対立手続によって適切に解決されることは多くなく、当事者間の反感と不信を残しかえって対立を深めることは、わが国においても広く認識されている。そこから心理学的手法の裁判手続への採用等の非訟手続的な工夫が諸外国で試みられているが、これを伝統的な手続保障との関係でどう評価すべきか、家事手続のより積極的な非訟化に際して手続保障という視点からどのような配慮を要するかは、手続法の新しいテーマともいえる。ドイツ法は争訟手続の非訟化にどのように対応し、どのような手続的配慮がなされたかを知ることは、わが国での家事紛争解決手続モデルを考える際にも様々な示唆を得られると思われる。

翻訳に際して家族法、家事手続法に関して、ケスター・バルチン教授、名古屋大学の本間靖則教授をはじめ研究会に参加された諸先生のご教授を頂いたことについて、ここで感謝を表させて頂きたい。Hiermit möchte ich zu Frau Prof. Dagmar Coester-Waltjen unseren herzlichen Danken für die alle freundliche Mithilfe zu unserem Forschungsprojekt aussprechen.