

フォルカー・ビスマイヤー*

ドイツ新家事手続法の実務

——裁判手続，裁判への協力，実務での運用——

松久和彦(訳)**

1. 概 観

2009年9月1日に、ドイツではいわゆる「家事事件および非訟事件の手続に関する法律」(以下、「FamFG」とする)が施行された¹⁾。とりわけ、保全命令の申立ては、本案事件手続と並び、独立した手続となり(FamFG 第51条第3項第1文)、終局判決には不服申立てを教示しなければならず(FamFG 第39条)、また家庭裁判所の管轄権が拡張された(いわゆる「大きな家庭裁判所」、FamFG 第266条)。親子関係事件(FamFG 第151条)は、他の事件に優先し、かつ、手続の進行を促進しなければならない。手続によって権利に直接影響を受ける子どもは、ここでは「関係人」(FamFG 第7条第2項第1号)となる。子どもが手続能力を欠いている場合(FamFG 第9条)には、子どもの法定代理の問題となる。これに関連して、手続補佐人について指摘しなければならない。手続補佐人は、家庭裁判所での手続において子どもの利益を確認し擁護すべき立場にあるが(FamFG 第158条第4項第1文)、子どもの法定代理人とはならな

* フォルカー・ビスマイヤー シェトゥットガルト高等裁判所裁判官(当時)(現 ヘジクハイム地方裁判所長)

** まつひさ・かずひこ 香川大学大学院連合法務研究科准教授

1) 同法は、2008年12月17日付けの官報(Bundesgesetzblatt 2008, BGBl, Teil I, S. 2586 (Nr. 61))において、「家事事件および非訟事件の手続の改革に関する法律(FGG-Reformgesetz)」第1章として、その他の改正とあわせて公布された。

い（FamFG 第158条第4項第6文）。さらに、FamFGによって概念が新たに定義された（家事争訟事件（Familienstreitsachen）では、「原告—被告」の代わりに「申立人—相手方」, 「判決」の代わりに「決定」）。第一審裁判所の裁判に対する上訴は、上訴裁判所ではなく、家庭裁判所に提起することになった。

私は、第一審および第二審の家事事務担当裁判官や弁護士に対して、FamFGの実務への影響についてアンケートを実施した。以下では、その結果について報告する。アンケートは、当然ながら、それぞれの立場の意見を代表するものではない。アンケートには、バーデン・ビュルテンブルク州（特に、シュツットガルト高等裁判所の管区内）、ベルリン、ニーダーザクセン州、ノルトライン・ヴェストファーレン州およびザールラント州の裁判所に所属する裁判官、そして3人の弁護士が回答している。高等裁判所の家事事務担当裁判官が働き始めて間もない場合や、現在他の分野を担当している場合は、これまでの経験に基づいて回答している。アンケート結果の評価に関しては、多項選択法の処理をすることなく、割合で評価した（例えば、2つの項目を選択したときは、それぞれ50%とした）。私は、アンケート結果を一覧にし、アンケート用紙も資料として添付している（資料5・6）。さらに、家庭裁判所で使用している書式を添付している（親の配慮、面会交流および相談の利用に関する教示（FamFG 第128条）について資料2²⁾。FamFG 第165条によるあっせん手続の召喚について資料3³⁾。).

第19回ドイツ家族法大会（2011年11月14日～17日。ブリュール）の第22作業部会では、「新家事手続法の実務上の問題」というテーマを扱った⁴⁾。作業部会での成果は、本報告に資料として添付している（資料4）。

2) Muster “FG Fam 5 b” des Oberlandesgerichts Karlsruhe, Zentrale Vordruckstelle.

3) Muster “FG Fam 17” des Oberlandesgerichts Karlsruhe, Zentrale Vordruckstelle.

4) Brühler Schriften zum Familienrecht, Band 17: Neunzehnter Deutscher Familiengerichtstag, Seiten 123 ff. www.dfgt.de. で見られることもできる。

2. 手続の対象

親子関係事件，とくに面会交流事件 (FamFG 第151条第 2 号，ドイツ民法典 (以下，「BGB」とする) 第1684条以下) ; BGB 1666条，同1666条 a による配慮権手続

(1) 面会交流事件

a 概念の確定

面会交流は，未成年の子どもとの接触 (コンタクト) を意味する。また，「訪問」や「訪問権」といった言葉も使われている。両親が面会交流について合意することができないときは，両親の基本法上の地位と基本権の担い手である子どもの福祉と個性を考慮して，裁判所が決定する⁵⁾。

b 付き添い交流と交流保護

付き添い交流 (BGB 第1684条第 4 項第 3 文および第 4 文) は，面会交流の制限の一つである。その制限は，子どもの福祉のために必要な限りにおいて認められる。交流付添人として，例えば，子ども保護連盟の職員が考えられる⁶⁾。

付き添い交流と交流保護 (BGB 第1684条第 3 項第 3 ~ 5 文) は，区別しなければならない。文言によれば，いわゆる忠実義務を繰り返し違反した場合に，交流保護を命ずることができる (BGB 1684条第 2 項との関連における同条第 3 項第 3 文)。交流保護人の職務は，面会交流の監督である。面会交流の実行およびその方法を指定するのは交流保護人ではなく，裁判所である⁷⁾。

c 区別の問題

アンケートの結果からは，～面会交流の制限を提案するだけの～付き添

5) 連邦憲法裁判所2008年12月5日判決 (1BvR 746/08), FamRZ 2009, 399.

6) 例えば，<http://www.begleiteter-umgang.de>。で提供者を見つけることができる。

7) Stürtz/Meysen, FPR 2007, 282, 286.

い交流に代わり、交流保護人の委託を求めるケースが増加していることがわかる。交流保護人の費用償還と報酬は、常に国庫が負担する（FamFG 第277条第5項第1文との関連における BGB 1684条第3項第6文）。ほとんどのケースで、手続費用の援助（FamFG 第76条以下）が認められていることから、交流保護人へ委託するケースが増加することは、司法予算からの支出が増加することを意味している。

(2) BGB 第1666条以下による子どもの保護手続

a 国家介入の要件

BGB 第1666条第1項の規定は、両親に向けて規定している。両親が子どもの福祉の危険を回避できる状態にないとき、または回避しようとしなないときは、家庭裁判所は危険の回避のために必要な措置を行わなければならない。

b ネグレクト、危険にさらされる子どもたち

両親による親の配慮の濫用、子どもの虐待、放置、その他の方法による子どもの拒否または子どもを危険にさらす第三者の行為については、BGB 第1666条第1項による措置を審理しなければならない。この手続の件数が増加していることが、アンケートの結果から明らかになっている。私の評価と統計上の調査は一致している。すなわち、連邦統計局の調査によれば、ドイツの裁判所で親の配慮の全部または一部はく奪が命じられた事件は、2008年は12,250件、2009年は12,200件、2010年は12,700件であった。配慮権はく奪に関する裁判所による措置の数は、2005年から2010年の間に40%増加している⁸⁾。

(3) 離婚との結合手続

FamFG 第137条第2項第1文では、付随事件は、口頭弁論に指定された期日の2週間前に係属しなければならないと定められている。この規定は、実務上問題となっている。なぜなら、例えば、いつ呼出し期日を設定

8) http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/zdw/2011/PD11_021_p002.psml.

するか、つまり 2 週間の期間を守ることができるかどうかは、結局のところ、あとから考えてみて、初めて答えることができるものだからである⁹⁾。

2009年9月1日施行の「年金等の調整に関する法律」(Gesetz über den Versorgungsausgleich)による一般的な年金等調整事件と付随事件である年金等調整事件の特殊性については、ここでは詳細には扱わないが、実務での一般的な評価では、この法律の一部の複雑な規定と効果のために、離婚との結合手続に煩雑な作業を行わなければならないことを簡単に記しておく。

(4) FamFG 第266条による「その他の家事事件」；暴力保護事件 (FamFG 第111条第6号)

a 家庭裁判所の管轄の拡張

事件数が増加していることがアンケートの結果から明らかになったが、特に、FamFG 第266条による「その他の家事事件」への管轄の拡張が理由として挙げられる。また、FamFG 第111条第6号が、夫婦間での問題か、家族内か、さらには例えば隣人同士の争いかを区別することなく、暴力保護法が問題となる全ての場合に適用されることについても批判がある。これらは全て家事事件である(裁判所法第23条 a 第1項第1号)。裁判所法旧第23条 a 第7号(2009年8月31日まで適用)は、暴力保護法の対象となる紛争を、当事者が長期間にわたり共同で家政を執行していたとき、または少なくとも申立て前6か月間執行していたときに限定していた。しかし、このような制限がなくなり、家庭裁判所の実務は苦慮している。

手続法の改正を考慮せずに述べれば、暴力保護法の対象は、実体法上、社会的な親密関係が成立する場合に限定することができるであろう。その他の場合には、民法上の不作為請求権の問題となる¹⁰⁾。

9) シュツットガルト高等裁判所2011年1月11日判決(17UF304/10), FamRZ 2011, 1083。
オルデンブルク高等裁判所2010年8月23日判決(13UF46/10), FamRZ 2010, 2015 (Löhnig 評釈)。

10) Heiter, FamRB 2012, 21, 23 参照。

b 暴力保護手続；実体法上および手続法上の特殊性

暴力保護法は、暴力行為、脅迫、侮辱およびストーキングといわれる不法なつきまといに対する法的効果を規定している。法的効果として、接近禁止、住居立ち入り禁止、連絡の禁止が規定されている（暴力保護法第1条）。住居を共同で利用していた場合は、被害者またはその家族の（期限を付した）使用のために、住居を明け渡すよう命ずることができる（暴力保護法第1条、同第2条）。これは、BGB 第1361条b（別居時の住居の分配）による婚姻住居の分配と区別されている。通常は、暴力保護法に基づく住居の分配に先立って、州警察法によるいわゆる住居からの退去が行われる（バーデン・ビュルテンブルク州警察法第27条a参照。資料1）。

保全処分による措置がとられているときに、なお本案手続が必要かどうか問題となる。住居の利用が問題となる場合では、住居はすでに保全処分によって分配されている。本案手続によって、再度それを行うことはない。この場合に、後に提起された本案手続に対して手続費用の援助を認めるかどうかについては争われている¹¹⁾。

暴力保護法第4条は、暴力保護法に基づく執行力のある命令に対する違反の際の制裁を規定しており、刑事罰の対象にもなる。この規定（暴力保護法第4条第1項）における執行力のある命令は、裁判所の決定のみであり、裁判上の和解は、裁判所の高権的（hoheitlich）な行為を表していないことから、これに含まれない¹²⁾。ある裁判官は、このことについて回答の中で批判している。

(5) 血縁関係事件（FamFG 第169条以下。補充保護人選任の問題）

デュッセルドルフ高等裁判所は、血縁上の父親が子どもを相手方として父子関係の取消の訴えを提起した事件では、子どもに補充保護人を選任しなければならないと判断した。なぜなら、両親は、BGB 第1629条第2項、

11) Bißmaier, Das Jugendamt (JAmt), 2010, 209, 213 参照。

12) Krüger, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage, § 4 GewSchG Randnummer 2. 参照。

2 項, 同第1795条第 1 項第 3 号によって, 子どもの代理をすることが禁止されているからである¹³⁾。この問題は, 連邦通常裁判所 (以下, 「BGH」とする。) によって解決され, BGH は, デュッセルドルフ高等裁判所の判断を支持し, BGB 第1909条第 1 項第 1 文に基づいて, 補充保護人を選任するよう命じている¹⁴⁾。

3. 家庭裁判所の呼びかけ

(1) 手続の開始

a 手続の原則: 特殊性と影響

ほぼ全ての回答が, 家事事件手続の事件数は増加していると答えている。また, アンケートでは, 2 人の裁判官が, 一般的に親子関係事件の手続が増加しているとの認識を述べている。ある裁判官は, 特に子どもの保護事件 (BGB 第1666条, 同第1666条 a に基づく手続) が増加していると回答している。別の裁判官は, 手続件数の増加の原因は, FamFG の他にもあるとしている。家庭裁判所による紛争の仲裁や裁判の需要は増えており, ~彼の見解によれば~手続費用の援助の許可に関する規定 (FamFG 第76条以下, ドイツ民事訴訟法 (ZPO) 第114条との関連における FamFG 第113条第 1 項第 2 文) の緩やかな運用が関係しているようである。

本報告の関心に沿えば, 家庭裁判所での手続の増加は, とりわけ, 保全処分と本案事件との併存に原因がある。確かに, 本案事件手続は, 保全処分によって減少することができるであろう。しかし, たいていの場合, 両者は同時に係属している。

区別について。これに関連して, 家族法の文献では, FamFG 第155条が促進の要請を定めており, 本案事件の迅速な判断を予定していることか

13) デュッセルドルフ高等裁判所2010年9月24日判決 (II-7UF112/10), FamRZ 2011, 232.

14) BGH 2012年3月21日判決 (BGH-XII ZB 510/10), NJW 2012, 1731.

ら、このような場合の保全処分に関する規定は、その必要性を失っていると指摘している¹⁵⁾。さらに、保全処分が本案事件での裁判を不要にすることもできるだろう。理論的に言えば、保全処分と本案事件との手続が重複することになるであろうが、いずれにしても家庭裁判所の仕事の重複は生じていない。立法者も、この考えに従っていた。上述したように、これは理論上の問題である。

(2) 親子関係事件

a 促進の要請 (FamFG 第155条第2項第2文の1か月の期限)

家庭裁判所は、親子関係事件を1ヶ月以内に審理しなければならない (FamFG 第155条第2項第2文)。Soll (守るべき) 規定にかかわる問題である¹⁶⁾。そもそも少年局の職員が、家庭裁判所の期日までに、十分に事実関係を解明できる状況にないことが実務の経験から明らかになっている。立法者が基礎とする「コッヘムモデル」を実施するためのベストの条件は、連邦全土ではまだ整っていない¹⁷⁾。期日を早めることで両親の紛争を緩和することができ、またそうなるのが当然である。回答の多くが、この認識を前提としている。アンケートでは、期日を早めることが紛争の緩和につながっていることについては、無条件に肯定されている (「全く正しい」)。また、ある裁判官は、すでにFamFGの施行前から親子関係事件は迅速に扱われていたと指摘している。回答の多くが、少なくとも(第一回)期日に、別居親と子どもの面会交流について合意が可能であることを強調している。他方で、両親が迅速すぎる「サービス」によって、親自身の固有の責任をも喪失しているかもしれないとのコメントが加えられている。第一審の裁判に対して上訴したときには、第一回期日を早めることで紛争を緩和することができるのか、もはや同様の方法では不可能なのではないかといった問題が生ずるが、今やこれを議論する時期を逸している。

15) Rünz/Viefhues, FamRZ 2010, 1285, 1290 参照。

16) Rünz/Viefhues, FamRZ 2010, 1285.

17) Rünz/Viefhues, FamRZ 2010, 1285, 1287.

アンケートの結果によると家庭裁判所での手続の期間は、平均するとこれまでと変わっていない。手続期間が以前よりも長くなったとの回答には、次のようなコメントがある。「親子関係事件では、相談プロセスの間頻繁に手続を『中断』し、また両親が合意した後でもなお頻繁に『休止する』。なぜなら、当該取り決めの維持 (Festhalten) が求められるからである」。別の裁判官も同様のことを述べている。「通常親子関係事件では、遅くとも第二回期日までには、両親、少年局が出廷する必要がある、多くの場合手続補佐人も必要となる (審議期日および3ヶ月から6ヶ月後の監督期日)。なぜなら、審議期日では通常は両親の相談を命じ、または、任意にこれを実行する (FamFG 第156条第1項)、もしくは解決に向けた鑑定書委託が命じられるからである」。さらに、手続件数が明らかに増加しているのにもかかわらず、それに応じて裁判官を増員しないことは大きな問題である。裁判官個人の負担の限度、すなわち、超過勤務によってより多くの事件を担当しなければならないことから、さらに手続期間が長期化することが予期される。ある裁判官は、「より多くの関係者が集まれば、より手続は困難なものとなる」と総括している。別の意見では、「両親が合意していない場合であっても、最終的には早期に期日を設定するが、しかし両親が争っていれば期日が延びてしまい、結果的にこれまでと同様に時間がかかる」というものである。換言すれば、少年局と両親が全く接していない場合や、また早期の期日を設けても、少年局の報告が期日までに届いていないときは、裁判官はこれまでのように事案の解明やあっせんの作業をさらに継続しなければならないのである。

このような状況については、親の配慮および面会交流事件では、1ヶ月以内に設定される期日があまりにも早すぎるのではないかとの意見もある。当事者は、まだ感情的になっており、興奮した状態にあるだろう。少年局も、手続補佐人も、満足のいく準備ができていないだろう。ときおり、福祉サービス (少年局) が4週間以内に意見を提出することができないために、早期に期日を設定しても、実現できないことがある。そのとき

は期限を6週間までとし、仮にこの期間を過ぎた場合には、少年局の報告を受け取らないこともある。また、手続補佐人も4週間以内に有意義な報告をすることは通常できないだろう。

さらに上訴が提起されるかどうかについて、アンケートでは議論の余地のある回答がなされている。回答では、次のように述べられている。「多くの手続があるから（保全処分・本案）、より上訴が増える傾向にある。他方で、第一審での早期の期日が持つ安定的な機能も考慮しなければならない。」

若干の意見。多くは、少年局の能力と可能性そして地域を管轄する家庭裁判所との協力にかかっている。両親が第一回期日で合意し、手続が終結した場合は、これまでの状況と比較すると、手続期間を短くすることができる。私の感覚では、第二審の段階で多くの手続を行っており、親の配慮および面会交流事件でも同様である。そして、このことは、一般的な傾向である親子関係事件の事件数の増加とも関連しているだろう。さらにこのような傾向には、BGB 1666条、1666条 a に基づく手続（子どもの福祉の危険による手続）の増加が影響している。しかし、すでに述べたように、このような状況の原因となっているのはFamFGだけではない。ただし、FamFG が管轄を拡張し、「大きな家庭裁判所」となることで、手続がさらに複雑になり、同時に審理を集中的に行うことで、時間が制約されていることについては、疑う余地はない。

b 優先の要請（原則として他の事件に優先し、例外的に期日の変更または延期が認められる；FamFG 第155条第2項第4文）

期日の変更・延期については、回答の多くが、これまでと大きな違いはないとしている。休暇や疾病といった不出頭の理由は、今でも用いられている。

一部では、期日の申し合わせをしているようである（私の考えでは、第一審では手続の多さのために不可能である）。第二審では、延期の申立てはめったにない。ある裁判官は、少年局側から延期の申立てがあった事実

を述べている。立法者は、このような事実を全く考慮していない。

(3) 親子関係事件における少年局との関わり

a 少年局への審問 (FamFG 第155条第2項第3文)

少年局との協力関係は、回答の中でも良いものと評価されており、FamFG 導入前からも同様に評価されていた。多くの少年局の職員が、かなり苦勞してきたが、FamFG の導入により、書面による報告書を作成する必要がなくなったことで、彼らの負担は明らかに軽減した。さらに少年局の職員は、期日に手続法上の法的地位が与えられることから、自覚的になった。ずっと前から、また FamFG の導入に関係なく、少年局のリソース(資源)は、十分に活かされてこなかった。

少年局との協力関係が、変化していない、またはかなり悪いとの回答もある。これについては、州行政庁の郵便当局が、書類の郵送にあまりにも時間をかけていること(具体的な例では、1～2週間)に対する指摘であり、個々の事案に限られたものではないかと私は考えている。しかし、この指摘は、福祉サービス(少年局)の職員が、期日に裁判所に出頭せず、いまだに書面による報告書を提出している現状を表している。少年局の職員が(いまだに)主に報告書を書いているのか、もしくは家庭裁判所の審議への参加を優先的なものと認識し、家庭裁判所と少年局が合意をし、さらに具体的な取り決めをしているかどうかの影響している。特に地域的な努力、作業チーム、そして家庭裁判所、少年局、弁護士、相談所といった専門分野のまたがる(学際的な)共働の「ラウンドテーブル」をうまく機能させることが重要になる¹⁸⁾。少年局の報告が書面によって提出されている限り、その有用性は、これまで同様、どれだけ具体的に(もしくは、どれだけわずかに)報告書に記載されているかによって左右される。これもまた家庭裁判所の実務からの返答である。

18) Müller-Magdeberg, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ), 2009, 184, 188 参照。

b 少年局の参加（FamFG 第162条）

バーデン・ビュルテンブルク州司法当局の作業グループは、手続への少年局の参加に関する現在の規定を明らかに不十分なものであると評価していた。少年局が手続に参加するのかが確定していないことから、例えば、少年局に記録や鑑定書の閲覧を認めることができるかも分からなかった。このことから、作業グループは、配慮権手続に少年局を強制的に参加させることを提案した（「必要的関係人」）が、その他の親子関係事件（例えば、面会交流、子どもの引渡し）では、これまでと同様に少年局の参加を義務づけなかった¹⁹⁾。親子関係事件では、常に少年局に準備書面の謄本、調書、覚書または鑑定書を送付し、また申立てに基づいて記録の閲覧を認めていれば、このような手続の対象による区別は、当然必要ないことである²⁰⁾。

(4) 両親への審問

意見交換（Erörterung）（FamFG 第155条第2項第1文）の際には、両親、また法律によれば、地域を管轄する少年局の代理人も召喚される（FamFG 第155条第2項第3文。これについては、上述のとおりである）。

(5) 手続への子どもの参加

a 参加と代理

手続への子どもの参加は、FamFG 第7条によって定められている。FamFG 施行時または施行直後は、実務では相当不安に思っていた。なぜなら、すでに冒頭で述べたように、両親が親の配慮または面会交流について争っているときにでも、両親が子どもの代理をすることができるのかどうか疑問であったからである。代理権のない、またはもはや代理することができない場合は、子どもには、いわゆる補充保護人（Ergänzungspfleger）が選任されるであろう。さらに、オルデンプルク高等裁判所は、補充保護

19) Heiter, FamRB 2012,21f 参照。

20) Heiter, FamRB 2012, 21, 23.

人の選任も親の配慮の（一部）はく奪を意味していることから、手続の開始のためには補充保護人を選任しなければならないことを判決の中で述べている²¹⁾。BGH は、この問題について、子どもに手続補佐人（FamFG 第158条）が選任されているときは、さらに補充保護人を命ずる必要はないと判断した²²⁾。このことは、実務上手続を大きく簡素化することになるが、手続補佐人が子どもの法定代理人とならない（FamFG 第158条第4項第6文）ことについては注意しておきたい。

b 子どもの審問

第一回の意見交換の期日に子どもも召喚するかどうかについては、統一した解答がないことは確かである。しかし、子の性向、結びつきもしくは意思が裁判にとって重要である場合、手続の中で、子ども本人に審問しなければならない（FamFG 第159条第2項）。14歳に達している子どもは、常に審問しなければならない（FamFG 第159条第1項）。子どもが表明した意見は、年齢に応じて評価しなければならないが、裁判所の裁判においても考慮しなければならないことから、14歳未満の子どもへの審問義務も根拠づけられる。子どもが親の一方とより強力な心理的な関係を進展させている場合、配慮権の裁判の際には、このことを考慮しなければならない²³⁾。私の所属する家事事件部では、原則として、3歳の子どもの審問に召喚している。当然ながら、幼児期の子どもの場合には、両親との相互の影響を確認することに限られる。

裁判所の建物には、特別に子ども向けに用意された部屋があり、幼児期の子どもの審問はそこで行われる。手続補佐人が選任されているときは、子どもの審問に立ち会う。法律上子どもの審問が必要であるにもかかわらず審問が行われなかった場合は、かつては第一審の裁判を取り消

21) オルデンベルク高等裁判所2009年11月26日判決（14UF149/09），FamRZ 2010, 660.

22) BGH 2011年9月7日判決（XII ZB12/11）FamRZ 2011, 1788. StöBer 氏の評釈，FamRZ 2011, 1859.

23) 連邦憲法裁判所2008年6月27日判決（1BvR311/08），FamRZ 2008, 1737, 1738.

し、家庭裁判所へ差戻されていた。現在では、このような場合における取消しおよび差戻しには、これに対する関係人の申立てが必要となる（FamFG 第69条第1項第3文）。これについては、将来的には申立ての要件を削除することが提案されている²⁴⁾。

c 子どものための手続補佐人の選任

手続補佐人（FamFG 第158条）の委託は、現在では、これまでよりも頻繁に行われている。手続補佐人の任務は、法律で詳細に定められている。手続補佐人は、鑑定人に属している任務を引き受けたり、遂行してはならない。手続補佐人は「小さな鑑定人」ではないからである。しかし、時おりこのことを十分に認識していないことがある。手続補佐人の報酬は、すぐに算出することができる。報酬は、FamFG 第158条第7項第2文に基づいて、裁判所の審級²⁵⁾ごとに子ども一人あたり350ユーロ、さらに、～通常委託される～FamFG 第158条第7項第3文による追加の任務を委託する場合には、550ユーロになる。例えば、3人の子どもがおり、追加の任務が委託され、第二審まで進んだ場合は、550ユーロ×3×2=3300ユーロとなる。

(6) 鑑定人の委託（基準、作業方法）

FamFGによって、家庭裁判所は、新たに、鑑定人に対して、鑑定書を提出する期限を設定することができ、書面鑑定を命ずる際に予め期限を定めることもできる（FamFG 第163条第1項）。さらに、鑑定人に「関係人間の融和を回復するよう働きかける」ために鑑定するよう委託することもできる（いわゆる「解決に向けた鑑定書委託」、FamFG 第163条第2項）。

数人の裁判官は、回答の中で、鑑定書によって紛争を終結させることができるかどうかは、最終的には鑑定人の人格にも左右されることを述べている。

24) Heiter, FamRB 2012, 21, 25.

25) BGH 2010年11月15日判決（XII ZB 268/10）FamRZ 2010, 1896. StöBer 氏の評釈, FamRZ 2010, 1976.

上訴審の立場からは、解決に向けた鑑定書の委託と特にその結果については、ほとんど評価することができない。後者には、とりわけ、鑑定書の結果が出された場合にはそもそも上訴という状態にはならないのではないかという考えが背景にある。ある裁判官も全く同じことを指摘している。

(7) あっせん手続；裁判所の承認を得た和解

FamFG 第165条のあっせん手続は、本質的には、旧非訟事件手続法(以下、「FGG」とする。)第52条 a に相当する。アンケートの結果によれば、回答の多くがあっせん手続に懐疑的であり、FGG 第52条 a のあっせん手続に対する実務の評価と同様であった²⁶⁾。ある裁判官の回答の原文は、次のとおりである。「多くの手続の種類、例えば FamFG 第165条によるあっせん手続は、無用であり、多くの仕事をもたらすだけで、良くならない。」

執行手続と同様に、あっせん手続もまた裁判所での裁判を前提としている。さらに、FamFG 第92条第 3 項によって、あっせん手続と執行手続は、互いに独立したものとなる²⁷⁾。あっせん手続で合意に至ったときは、FamFG 第156条の場合と同様に、裁判所の承認を得た和解が成立し、その和解が従前の取り決めに代わる (FamFG 第165条第 4 項第 2 文)。しかし、あっせん手続が不成功であるときは、家庭裁判所は、この決定が不服を申し立てることのできないため、あっせん手続が不成功であることを確定する (FamFG 第165条第 5 項第 1 文)。これに引き続いて、秩序金を科すこと、または配慮権に関する措置をとるべきかどうかを審理するが (FamFG 第165条第 5 項第 2 文)、これは手続の開始と異なり、職権によって行う。

裁判所による裁判または承認された和解であっても、面会交流の取り決

26) Schweitzer, Die Vollstreckung von Umgangsregelungen (Gieseking-Verlag 2007), Seite 51 と脚注参照。

27) ナウムバルク高等裁判所2007年12月18日判決 (3WF354/07), FamRZ 2008, 1550. 評釈 Els, FamRZ 2009, 243. StöBer, FamRZ 2009, 656, 663.

めに違反したときに秩序金を命ずることができる旨を教示（FamFG 第89条第2項）していない場合には、この教示を追完することができる²⁸⁾（個々の事例での秩序金の適用範囲については後述）。

(8) 裁判外の紛争解決手続の活用

a 相談の利用

裁判所は、適切な場合には、メディエーションや裁判外の紛争解決手続を利用できることを指摘しなければならない（FamFG 第156条第1項第3文）。相談手続に参加する場合にのみ両親に命ずることができる（FamFG 第156条第1項第2文との関連における同条第1項第3文）。この命令に対しては、独立して不服を申し立てることはできない。両親が命令に応じない場合、手続における費用の不利益を被ることになる。FamFG 第81条第2項は、明確に、裁判所は、関係人が相当の理由なく当該裁判所の命令に応じなかった場合には、手続の費用の全部または一部を当該関係人に負担させることができる旨を規定している。これは、このような費用を支払うために十分な資産を有している場合にものみ効力を発揮する。相談の時に夫婦（両親）間で共働が欠如していることを、費用負担によって制裁することができるとする考えは、実務からかけ離れており、同時にほとんどのケースで手続費用の援助（FamFG 第76条以下）が認められるという裁判官の指摘に、私は同意することができる。

アンケートの中に一通だけ、裁判所の第一回期日の後に参加する相談手続を、「新たな手続の本質をなす基礎であり、頻繁に行われるもの」として記載している。その他のアンケートでは、実際には「頻繁に行われていない」と回答している。この立場について、私は、改めて今回のアンケートが裁判官の意見を代表するものではないことを強調しておきたい。さらに、家庭裁判所が相談所を利用することができることを指摘することは、これまでもすでに実践されてきた。

28) 連邦憲法裁判所2011年3月9日判決（1BvR752/10），FamRZ 2011, 957.

b メディエーションへの移行 ; FamFG におけるメディエーションの定着

立法者は、FamFG によって、裁判外の紛争解決手続も促進したかった。家庭裁判所は、例えば、夫婦が各自または共同して、メディエーションに関する無償の情報提供のための面談に参加することを命ずることができる (FamFG 第135条)。メディエーションに関する最初の情報を得るために、両親は、メディエーターや相談機関に依頼するか、または家族メディエーションのための連邦作業チーム²⁹⁾やメディエーション連邦同盟³⁰⁾、さらには、国際的なメディエーション機関³¹⁾のインターネットサイトを通じて、情報を得よう教示される。

アンケートのほとんどが～家事事件裁判官の立場から～メディエーションの情報提供は、副次的な役割のみを果たしていると回答する一方で、ある回答 (のみ) は、異なる評価をしており、家庭裁判所によるメディエーションを命ずることができないことも惜しんでいる。

心理療法を命ずることはない。心理療法による措置を命ずることができるかどうかについては、一部の見解には、これを認めるものがあるが、家庭裁判所では認めていない。確かに、BGB 第1684条第3項第2文は、家庭裁判所が、命令によって、関係人に対して、同条第2項に規定された義務の履行を促すことができる旨を規定している。しかし、これは、BGB 第1684条第2項が定める忠実義務に限定されていることに注意しなければならない。上述の命令に、心理療法による措置が含まれるかどうかについては、多くが否定している³²⁾。

29) www.bafm-mediation.de.

30) www.bmev.de.

31) www.mikk-ev.de; www.reunite.org; www.mediationeurope.net. メディエーションに関するヨーロッパの裁判官の団体については、www.gemme.eu およびその他のリンク先を参照。

32) コブレンツ高等裁判所2008年2月19日 (11WF936/07), FamRB 2008, 202 以下。シュットガルト高等裁判所2007年1月10日 (17UF190/06), FamRZ 2007, 1682. 異なる見

（9）秩序金

FamFG 第88条以下によれば、執行は、FGG 第33条のように強制金によってではなく、秩序金によって実行される。両者の違いは、単なる専門用語上のものではない。秩序金は～まさに強制金と異なり～強制の目的を超えた、刑罰に似た制裁的性格を明らかにしている³³⁾。例えば、面会交流が（ようやく）実現した時点や、面会交流の実現が明らかに不可能となった時点での事後的な措置を可能にする。強制金は、面会交流を実現するために課され、実現することが不可能になれば、これを課すことはない。これに対し、秩序金は、面会交流の実現に加え、当事者の行為に対する制裁的な要素を含み、増額することも可能である。秩序金による面会交流の強制執行を称賛する回答が多くみられる。しかし、秩序金の支払い可能性もまた、翻意すべき、または制裁されるべき親の一方が、十分な資産を有していない、つまり秩序金を支払うことができなければ効果はなく、制裁が無意味なものとなることがある。このような場合には、秩序拘禁の命令も残されている。しかし、秩序拘禁は、最も守るべき子どもの福祉の観点からは問題であるように思われ、最終手段（ultima ratio）としてのみ考慮することができる³⁴⁾。

4. 総 括

実務に関するアンケートを通じて、裁判官は、FamFG に対して、次のような意見を持っているとまとめることができる。すなわち、FamFG が、法規定（FGG/ZPO）を一つの法律としてまとめたことには肯定的で

↘ 解を採るものとして、シュツットガルト高等裁判所2000年7月26日（17UF99/00）、FamRZ 2001, 932.

33) Schlünder, FamRZ 2009, 1636, 1638.

34) Cirullies, Vollstreckung in Familiensachen (Gieseck-Verlag 2009, FamRZ-Buch Nr. 28), Randnummer 546.

ある。しかし、いわゆる家事争訟事件では、しばしば手続規定が並存している状態にある。結局のところ、FamFG が施行されても、「期待されたほど簡略化はなされていない」。手続の対象が家庭裁判所にさらに集中することは、一方で法的手段を明確にするが、他方で手続が増え、手続の期間がより長くなる。また、裁判の内容を履行するための秩序金に関する新たな規定は良いものと評価できるが、不服申立ては、複雑で、わずらわしく、また常軌を逸しているといえる³⁵⁾。包括的な言葉の変更(例:「当事者・判決・訴訟」概念の廃止)は、必要なものであろう。現在、家庭裁判所でのあらゆる審理を、原則として非公開としていることは、肯定的なものと認識している(裁判所法第170条第1項第1文)。

裁判期日を早めることは、より早く合意の機会を提供することになる。2人の裁判官が的確に述べているように、人間が法によって変わることはこれまでも期待することはできなかつたし、それを期待するべきではない。専門家による相談や援助を求めることができることを両親に常に指摘することは適切である。そして、子どもに関する問題には、子どもを最初から裁判所に呼び出すことが最も良いであろう。同じ様に、相談機関を利用することができることを指摘し、相談手続を家庭裁判所での手続の迅速な処理に優先させることも適切である。全ては子どもの福祉のために!

35) Heiter, FamRB 2012, 21; Rüntz/Viefhues, FamRZ 2010, 1285. 参照。

資料1：バーデン・ビュルテンブルク州警察法（PolG；抜粋）

PoIG 第 27 条 a：退去、滞在の禁止、住居の分配、帰還の禁止、接近禁止

(1) 警察は、危険の予防または妨害の除去のために、ある者に対して、一時的にその場所からの退去を命じ、または一時的にその場所への立ち入りを禁じることができる（退去）。

(2) 警察は、事実が、ある者がその場での犯罪行為、もしくはその行為への寄与を認めることを正当化するときには、ある者に特定の場所、地方自治体内の特定の地域または地方自治体地域へ立ち入ること、またはそこにとどまることを禁ずることができる（滞在の禁止）。滞在の禁止は、時間的および場所的に犯罪行為の防止のために必要な範囲に制限され、空間的に当該人間の住居への接近を含める必要はない。期間は、3 ヶ月を超えることができない。

(3) 警察は、直接切迫する著しい危険からこの住居の他の住人（被侵害者または被脅迫者）を保護するために必要であるときは、ある者に、住居および直接隣接する範囲からの退去を命ずることができる（住居からの退去）。事実が、住居からの退去後の著しい危険の継続を認めることを正当化するとき、警察は、住居から退去した者に、住居または直接隣接する範囲への帰還（帰還の禁止）および被侵害者または被脅迫者への接近（接近禁止）を禁ずることができる。

(4) 第 3 項の措置は、警察職員による命令の場合は、最長 4 就業日、また警察署による命令の場合は、最長 2 週間の期限を付さなければならない。被侵害者または被脅迫者が、期間の進行の前に暴力保護法による保護措置を申立てたときは、警察署は、第 3 項第 2 文の要件が引き続き存在し、かつ住居を退去した者の保護に値する利益を考慮しても必要と思われる場合には、期間を最長 2 週間延長することができる。措置は、有効な裁判上の判決、裁判上の和解または保全処分の日を終了する。

(5) 裁判所は、暴力保護法による申立ておよびこれによって生ずる裁判、裁判上の和解または保全処分、とりわけ、命じられた措置、措置の期間および命令に対する違反を、管轄の警察署および管轄の警察機関に遅滞なく報告しなければならない。

資料 2 : 書式「両親への教示」 (FamFG 第 128 条第 2 項)

区裁判所

-家庭裁判所-

事件番号: [REDACTED]

家事事件

[REDACTED] ./ [REDACTED]

親愛なる両親へ、

あなた達の離婚が申し立てられました。あなた達の間には、未成年の子どもがいます。したがって、家庭裁判所は、親の配慮および面会交流についてあなた達を審問しなければなりません (FamFG 第 128 条第 2 項)。あなた達の家族がこれまでと異なる環境に適合していく中で、問題が起こるかもしれません。もしあなた達が、親の配慮の実施について、また子どもへの離婚の影響について質問があるときは、少年局のサービスおよび相談所を利用することができます。

あなた達は、管轄の少年局に問い合わせ、より詳しい情報を得ることができます。

さらに、特に心理学上の個別の処置を検討しているときは、無償の少年援助のスタッフ (例えば、ドイツ・カリタス会や社会奉仕活動) について、相談所に問い合わせることもできます。

敬具

裁判官 [REDACTED]

証明

裁判所書記官 [REDACTED]

資料3：面会交流のためのあっせん手続における処分

区裁判所
-家庭裁判所-

場所，日付

■■■■■

事件番号： ■■■■■

面会交流のためのあっせん手続における処分

■■■■■ ./. ■■■■■

I. あっせん手続の実施の期日を次の通り定める：

| 曜日と日付 | 時間 | 階/部屋 | 裁判所 |
|-------|---------|-------|-------|
| ■■■■■ | ■■■■■ 時 | ■■■■■ | ■■■■■ |

II. FamFG 第 165 条第 2 項第 2 文により， 両親 ■■■■■ に，本人の出廷を命じる。

III. 少年局を期日に呼び出す（FamFG 第 165 条第 2 項第 3 文）。

IV. 子どもの福祉の審理のために，子ども ■■■■■ を審問すべきである。
世話をしている親の一方に，期日に子どもを連れてくることを課す。

裁判官 ■■■■■

資料 4 : 第 19 回ドイツ家族法大会 第 22 作業部会

テーマ : 新家事事件手続法の実務上の問題

司会 : ノルベルト・ハイター (シュツットガルト上級地方裁判所裁判官)

作業部会での成果

1. 裁判官は、早期に、誰が手続の関係人になるのかを通知しなければならない (FamFG 第 7 条)。
2. 郵送による告知 (FamFG 第 15 条第 2 項) は、不確実なことが多くあることから、～少なくとも家事事件については～廃止するべきである。
3. FamFG 第 39 条の不服申し立ての教示に関する規定は、実務上公正ではなく、FGG の形式においても認められていない。
4. FamFG 第 39 条は、全ての関係人に弁護士強制主義 (Anwaltszwang) を採用する手続には適用するべきではない。
5. 親子関係事件においては、両親が争っている場合でも、手続補佐人が選任されているときは、通常補充保護人の選任は必要ない。
6. 立法者は、上訴裁判所が終局裁判に対する抗告の手続において、手続補佐人の任務範囲を変更することができる旨を規定するべきである。
7. 立法者は、FamFG 第 58 条以下の抗告の手続によって、婚姻事件および家族争訟事件においても、費用に関する裁判に対して独立の不服申し立てができることを、規定するべきである。
8. FamFG 第 58 条以下による意図的な抗告に対する手続費用の支援を、区裁判所に申し立てることができる旨を法律上規定するべきである。
9. 専門家による広範な議論、文献による資料の考察および州司法行政当局による実務に関するアンケートを通じて、FamFG を適用することで生ずる多くの問題を明記し、解決の可能性を明らかにするべきである。本質的な疑念が指摘されている問題を早期に立法的に解決することを、法治国家の根拠に基づいて緊急に要求する。立法者は、改正法の評価にかかわらず、これを優先するべきである。

資料 5：質問用紙

職務内容：私は・・・

- 第一審の家事事務裁判官 第二審の家事事務裁判官
弁護士 少年局の担当者

質問 1：FamFG による職務の量的変化

a) 手続の件数

- より少なくなった より多くなった 変化なし

理由（可能であれば）

b) 手続の期間（長くなった，または短くなった？）

- より短くなった より長くなった 変化なし

理由（可能であれば）

質問 2：FamFG による職務の質的变化

a) 期日を早めることによる紛争の緩和

- 全く正しい 全く正しくない 分からない

b) 期日の延期

- 従来通り 全くない 場合による

欠席の増加（例：疾病，休暇，研修）

c) 家庭裁判所と少年局との共働（連携）

- 迅速かつ改善された 迅速だが改善されていない 迅速も改善もされていない

変化なし

質問 3：手続補佐人の委託

- より多くなった より少なくなった 変化なし

質問 4：（複数の）鑑定人による解決に向けた鑑定書委託を命じたことがあるか？

- はい いいえ 分からない

質問 5 : 親の合意へ向けた進展および紛争性のない事件での手続の終了

良くなった 変化なし 悪くなった 分からない

質問 6 : 相談・メディエーション

a) 審議 (意見交換) 期日に引き続いて行われる相談の重要性は?

よくある あまりない 分からない

b) 審議 (意見交換) 期日に引き続いて行われるディエーションの重要性は?

よくある あまりない 分からない

質問 7 : 上訴件数に対する FamFG の影響

上訴がより少なくなった 上訴がより多くなった 変化なし

質問 8 : FamFG に対する意見

a) 影響

b) 変化

c) 改善点

ドイツ新家事手続法の実務（ビスマイヤー）

FamFG に関する実務のアンケート

| | 家事事件裁判官 (第一審) | 家事事件裁判官 (第二審) | 少年局 職員 | 弁護士 |
|--------------------|------------------|------------------|-----------|--------|
| 回答数 | 35 | 4 | 10 | 3 |
| 量的変化 | | | | |
| 手続件数の減少 | 0.0% | 00.0% | 0.0% | 16.7% |
| 手続件数の増加 | 88.6% | 100.0% | 60.0% | 16.7% |
| 変化なし | 11.4% | 0.0% | 40.0% | 66.7% |
| 手続期間 | | | | |
| より短くなった | 20.9% | 0.0% | 60.0% | 33.3% |
| より長くなった | 26.7% | 0.0% | 0.0% | 33.3% |
| 変化なし | 52.4% | 100.0% | 40.0% | 33.3% |
| 質的变化 | | | | |
| 紛争の緩和 | | | | |
| 全く正しい | 68.6% | 25.0% | 70.0% | 66.7% |
| 全く正しくない | 25.7% | 0.0% | 10.0% | 0.0% |
| 分からない | 5.7% | 75.0% | 20.0% | 33.3% |
| 期日の延期 | | | | |
| 従来通り | 68.6% | 25.0% | 25.0% | 66.7% |
| 全くない | 0.0% | 0.0% | 0.0% | 0.0% |
| 場合による | 20.0% | 50.0% | 40.0% | 0.0% |
| 欠席の増加 | 11.4% | 25.0% | 35.0% | 33.3% |
| 裁判所と少年局の協力 | | | | |
| 迅速かつ改善された | 24.3% | 25.0% | 40.0% | 0.0% |
| 迅速だが、改善されていない | 27.1% | 0.0% | 20.0% | 0.0% |
| 迅速も、改善もされていない | 15.7% | 25.0% | 20.0% | 16.7% |
| 変化なし | 32.9% | 50.0% | 20.0% | 83.3% |
| 手続補佐人の委託 | | | | |
| より多くなった | 62.9% | 100.0% | 60.0% | 33.3% |
| より少なくなった | 0.0% | 0.0% | 0.0% | 0.0% |
| 変化なし | 37.1% | 0.0% | 40.0% | 66.7% |
| 解決に向けた鑑定書委託 | | | | |
| よくある | 34.3% | 0.0% | 10.0% | 0.0% |
| あまりない | 57.1% | 75.0% | 40.0% | 100.0% |
| 分からない | 8.6% | 25.0% | 50.0% | 0.0% |

| | | | | |
|--------------|-------|-------|-------|--------|
| 両親の合意 | | | | |
| 良くなった | 31.4% | 50.0% | 50.0% | 33.3% |
| 変化なし | 65.7% | 50.0% | 40.0% | 66.7% |
| 悪くなった | 0.0% | 0.0% | 0.0% | 0.0% |
| 分からない | 2.9% | 0.0% | 10.0% | 0.0% |
| 期日後の相談 | | | | |
| よくある | 42.9% | 0.0% | 60.0% | 0.0% |
| あまりない | 40.0% | 75.0% | 20.0% | 100.0% |
| 分からない | 17.1% | 25.0% | 20.0% | 0.0% |
| 期日後のメディエーション | | | | |
| よくある | 2.9% | 0.0% | 10.0% | 0.0% |
| あまりない | 80.0% | 75.0% | 40.0% | 100.0% |
| 分からない | 17.1% | 25.0% | 50.0% | 0.0% |
| 上訴件数 | | | | |
| より少なくなった | 14.3% | 0.0% | 10.0% | 33.3% |
| より多くなった | 2.9% | 75.0% | 0.0% | 0.0% |
| 変化なし | 82.9% | 25.0% | 90.0% | 66.7% |