

# 非訟事件手続における審尋請求権法理の実定化に関する考察（一）

## ―家事審判手続を中心に―

三浦 毅

### 目 次

- 一 はじめに
- 二 有紀説の内在化の論拠と意義
- 三 「一般法原則」としての審尋請求権概念
  - 1 LENTの見解
- 四 基本法一〇三条一項との衝突（Kollisionskurs）の問題
  - 1 Jansenの見解
  - 2 Kollhoserの見解
  - 3 小 括
- 五 審尋請求権の保障内容の変様
  - 1 基礎保障
  - 2 機能保障

- 3 Anhörungsrüge-*rechtliches Gehör* (以上本号)
- 4 公正原理と審尋請求権法理との有機的結合関係
- 六 一般規定 (*rechtliches Gehör*) の意義
- 七 わが国の現状と課題
- 八 家事事件手続法の課題と立法提案
- 九 まとめ

## 一 はじめに

日本国憲法三二条は国民に裁判を受ける権利を、また、同八二条は、公開の法廷による、対審、判決の手続を保障している。

これらの憲法上の保障内容は、民事訴訟法、非訟事件手続法などの各種手続立法の中に規律されなければならない。そして、その規律の具体化については、各手続法の基本原則に従うことになる。訴訟法が「適用された憲法」(*angewandtes Verfassungsrecht*) に他ならないとの言明は、まさに、このことを意味する。<sup>(1)</sup>

例えば、民事訴訟法一三九条は、当事者への期日の呼出しを義務づけ、当事者双方に口頭弁論への出頭・対席の機会を与えている(双方審尋主義)。この規律は、ドイツで確立された審尋請求権概念(*Der Anspruch auf rechtliches Gehör*)<sup>(2)</sup>に基礎づけられ、当事者双方にその言い分を述べる機会を保障することを目的とするもので

あり、訴訟審理の根本原則として位置づけられる。

そして、わが国でも、今日、ドイツ基本法一〇三条一項を引き合いにだし、訴訟の「憲法化」の問題として意識されているところである。<sup>(3)</sup>

他方で、実務家及び一部の学説には、こうした保障への違背行為を、法令違反の問題と捉え、あえて憲法違反の問題として区別することの実益に乏しいとの意見がある。

その背景には、憲法違反に藉口した上告や特別抗告という実態がある。<sup>(4)</sup> また、インフォーマリズムへの志向が強い、わが国の裁判官にとって、手続法規範の憲法化、とりわけ審理の方式に関わるそれは、過度にフォーマリズムに傾注したものと受けとられることがあり得ること、さらに、いわゆる五五年体制の左右の対立の下で、憲法ないし憲法解釈がイデオロギー的主張の道具として用いられてきたために、「憲法化」は多くの裁判官（そして、相当数の民事訴訟研究者）にとって、胡散臭いものとして見られがちではないかとの指摘もある。<sup>(5)</sup>

しかし、こうした状況においても、憲法理念としてではない、法原理としての審尋請求権概念が存することに争いがないものと考ええる。

ところで、口頭弁論による審理がなされる民事訴訟手続とは対照的に、非訟事件手続に関しては、事実を陳述しあるいは証拠を申し立てることができる狭義の弁論権、立会権及び記録閲覧権のいずれもが、現行非訟事件手続法には十分に保障されていない。

山木戸博士は、こうした状況を踏まえ、非訟事件における手続関係人の地位の向上を目的として、弁論権を認めるべきであることを提唱した。<sup>(6)</sup> これは、具体的に当事者権概念の導入により、非訟事件手続における手続的フォーマリズム化を主眼とするものであった。<sup>(7)</sup>

この点、鈴木正裕教授は、この弁論権の積極的側面と不意打ち防止の双方は、弁論主義と職権探知主義以前の問題であることを強調している<sup>(8)</sup>。

さらに、わが国における重要な展開として、非訟事件手続一般に、法原理としての審尋請求権概念が内在化される<sup>(9)</sup>ことが有紀新教授により提唱された。

本稿は、この有紀説を前提に、非訟事件手続一般にその内在化が認められる、法原理としての審尋請求権概念について、その規範性の有無を検証し、実定化への是非について検討することを目的とする。もともと、この試みは、審尋請求権侵害の行為を法令違反のみの問題として捉えるのではなく、同時に、手続基本権侵害の可能性をも想定するものであって、最終的には、両者の侵害態様の区別規準を明らかにすることを意図するものである。

そして、この区別規準をどのように考えるかについては、ドイツにおける連邦憲法裁判所の決定例やそれに関連する議論を分析する必要がある、これについては、今後の研究課題とし、別稿に委ねることとしたい。

思うに、審尋請求権法理が内在化しているということは、当該法原理に規範性が認められるものでなければならない。この前提条件が正しいとすると、法規規範性が認められない限り、内在化しているとは言えないことになる。

そこで、この仮説の真正を証明するためには、非訟事件手続一般に内在化する審尋請求権概念に、規範性が認められているかどうかを検証し、その実態を踏まえておく必要がある。

以下に、まず、本稿の前提となる有紀説の内在化の論拠について、整理しておきたい。

次に、この有紀説に多大な影響を及ぼしたドイツの審尋請求権に関する議論にも触れておく。

具体的には、基本法が成立する以前の段階で、同法理を聴聞規定の二義性を根拠に「一般法原則」として唱え

たFriedrich Lentの見解、基本法成立後、基本法一〇三条一項との衝突問題に関して展開された議論、さらには、Anhörungsgründeの導入後の審尋請求権の保障範囲の拡大化と公正原理との有機的結合関係についてである。

また、法原理としての審尋請求権概念が実定化された新法の制定経過並びに一般規定の趣旨及びその意義についても、その概要を述べておきたい。

そして、これらの議論を前提に、わが国における法原理としての審尋請求権概念の規範性の有無についての検証を試みる。学説が認める手続基本権としての審尋請求権概念の実効性の分析、そして、簡易法に整備される同概念に関係する個別の手続保障規定に関する規範的性質の有無についてである。

最後に、これらの検証結果を踏まえ、法原理としての審尋請求権概念の実定化の是非について、平成二三年五月二五日に成立した家事事件手続法を参照しながら、その問題点を指摘し、立法論を展開しておきたい。

法原理としての審尋請求権概念の規範性が認められない場合には、これが実定化されない限り、法原理としての審尋請求権概念は無に等しいと考えるからである。

この点につき、吉岡元判事は、審尋請求権の保障を裁判所の運用に委ねることへの批判として、次のように述べている。

それはあくまで裁判所側に立つ理論であり、しかもその根拠とされる職権主義、裁量主義による審理が、実発見、当事者の権利保障から見て絶対の信頼をおくことができないのであるから、そのような運用がなされなかった場合を違法とするのであれば、これによって現実に不利益を受けた当事者は助からない（吉岡

進「家事審判の抗告審における諸問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座8』（日本評論社、一九八一年）二七五頁所収、二八八頁）。

## 二 有紀説の内在化の論拠と意義

有紀新教授は、論考「非訟手続における審問請求権」（民事訴訟雑誌二一〇号、一六二頁）（「審問請求権」と略称し、頁数で引用）において、法原理としての審尋請求権概念の非訟法枠内における法的根拠づけを目的として、とりわけ、古典的非訟事件を対象に、非訟事件手続法の立法経過及び事件の特性などから、その内在化の可能性を追究された。

具体的には、まず、手続関係人に権利としての審問を認めない否定的見解の論拠である、①審問をめぐる一般規定が存しないこと（法の欠缺）<sup>(9)</sup>、②非訟事件手続の特性及び実定非訟法上の特別の手続原則（職権探知主義、簡易・迅速主義）への批判を展開する。

確かに、わが国の非訟事件手続法、家事審判法、同規則を見渡す限り、解釈上、審尋請求権の保障を目的とする聴聞規定の存在は認められるが、それに関する一般（総則）規定は置かれていない。

これは、母法である旧ドイツ非訟事件手続法（Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit＝FGG）においてもまた、同様である。

そして、これらの個別の聴聞規定は、“soll”、“wenn tunlich”という表現形式から、主体的審問、いわば審尋請求権の保障を目的としているのか、あるいは証拠調べとしての事実探知的審問の趣旨なのかといった解釈上の問題を生じさせることになる。

有紀教授は、こうした聴聞規定を置くFGGの沿革について、その制定当時、関係人の手続権に関する論議が見出すことができず、また、個別の聴聞規定を特則として整備した趣旨は必ずしも明確でないが、概して、事

実探知的審問に関する注意規定として、あるいはせいぜいこれに適正裁判の見地を加えてなされたものと認められると説明している。

しかし、そうした状況から、立法者の否定的意思を見出し得るとしても、法制定後の社会的事情や一般的法思想及び全体的法秩序の基本的変遷を考慮すれば、このような立法趣旨ないし解釈論（非訟手続の關係人に審尋請求権を認めない）は、もはや、その妥当性の基礎を欠いていると主張する。

そもそも、「法の欠缺」ある場合の法的根拠づけとして、一般に、裁判官による「法の自由な形成」、「法の自由な解釈」によって処理されるが、その際、「一般法原則（法原理）」や基本法（実定法）が解釈規準として採用されることになる。

基本法制定前のドイツでは、非訟事件手続の領域において、「一般法原則」としての審尋請求権概念が内在化し、それらが聴聞規定に欠缺ある場合の解釈規準として機能することが有力説によって提唱された。そして、基本法の公布後、同法一〇三条一項との適合解釈により、あるいはその直接適用によって、法の欠缺が補充されることになる。

さらには、二〇〇九年九月一日に施行された家庭事件及び非訟事件の手続に関する法律（Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit=FamFG）において、審尋請求権の保障を目的とする一般（総則）規定（三四条）が新設され、これが個別聴聞規定の第一次的な解釈規準となる。

このように、ドイツでは、法原理としての審尋請求権概念を根本規範として、基本法、一般的規範（一般規定）、個別的規範（聴聞規定）が結合する有効性の連鎖として、一つの法体系が形成されたことにより、結果として、

法の欠缺状況は解消されることになる。

こうしたドイツにおける展開と比較すると、わが国における立法措置の後には顕著であるが、他方で、こうした展開は、有紀説の主張の真正を証明するものに他ならない。

次に、有紀教授は、非訟手続における審尋請求権法理の内在化について、非訟事件の特性を根拠に解する立場の論拠について、次のとおり説明する。

非訟手続について、「裁判資料の蒐集、確定は職権探知によるから、事実探知の要否、範囲、方法などは専ら裁判所の裁量によること」、「関係人の審問も事実探知ないし事案解明の一方法に過ぎないこと」、「よって審問の要否は、個々の場合の事情に従い裁判所が裁量によるものであり、手続関係人にこれを要求することは認められない」（「審問請求権」一六七頁）とする。

また、否定説は、聴聞規定に二重機能が認められる場合においても、非訟手続の簡易・迅速主義の要請から、権利としての審問を否定する。

すなわち、常に事前審問が要求され、その行使期間が与えられることになると、手続の遅滞を招く危険性が生じることを論拠としている。

これに対し、有紀教授は、まず、非訟事件の公益的性格、その判断主体に要請される監護的・後見的性格を強調し、むしろ、審尋請求権法理と職権探知主義との調和が図られるべきと反論する。

その論拠として、「非訟手続を古代の糾問主義手続と同視しない限り、また審問を専ら事実探知的審問に限定しない限り、職権主義の支配と関係人の審問を求める権利とは、理論上別個の事柄に属し、政策論的にも別個の考慮に服すべきもの」（「審問請求権」一七一頁）としている。



また、非訟事件の監護的・後見的性格から、適正裁判及び手続の公正をめぐる国家と私人（＝手続関係人）間の緊張関係の故に生じ得べき不当裁判の回避または不公正な手続阻止のための手段ないし機会を手続当事者に認める必要があるとして、内在化の必要性を唱える（「審問請求権」一七二―一七三頁）。

理論的にも、非訟事件の公益的性格、実体的真実発見の要請、職権開始または職権探知の必要という論理関係を辿って職権主義的手続構造に到達することになるが、審尋請求権法理は、こうした職権手続にもっとも強く要請されることになる（「審問請求権」一七四頁）。

実際の見地からも、裁判所の設備、労力を勘案するとき、事案解明責任をすべてこれに帰せしめることは殆ど不可能または著しく困難と思われる実情（司法資源の限界）からして、両者は相補的な関係になければならないことを強調している（「審問請求権」一七五頁）。

ところで、審尋請求権の保障は、職権探知主義との関係から、手続結果の正当化機能として作用するものであり、その具体的行使については、訴訟における口頭弁論とは異なり、柔軟に対応することが必要となる。

その具体的行使方法については、裁判所の裁量に委ねられることになるが、個別の事案手続の状況に応じ、例えば、健康上の理由から出頭できない場合には書面審尋としたり、相手方は代理人弁護士が付いている関係で自らの法的主張を十分に述べることが期待できない場合には、釈明を通じて、事前に主張内容を引き出したり、相手方の面前では、直接、充分な主張をすることができないような場合には、個別に意見を聴取するなど、裁判所の配慮行為によって、むしろその機動性を確保することができるのであるから、その行使期間は迅速性を害するものとはいえず、裁判所の負担増加もしのび得ざるほどのものとはいえないとしている（「審問請求権」一七六頁<sup>(14)</sup>）。

これらを総合的に考慮すると、有紀説は、審尋請求権法理と職権探知主義との関係を、排他的ではなく相關的なものとして捉えており、更には、調和的、相互補完的關係が維持されることを要請している。

最後に、有紀教授は、このように解することが、非訟事件及びその手続の制度的利益、すなわち、適正裁判の確保、審理の充実、手続の能率及び一般手続法理、上位規範との調和などの要請に適うのであり、その内在法理としての実質的妥当性も認められることになると帰結している。

比較法的にも、ドイツにおける審尋請求権論の展開から、関係人の手続的地位の尊重は、歴史的発展動向に合致し、全体法秩序の要請、すなわち基本法上要請される人間の尊厳の不可侵、法治国家の要請、適正裁判の保障とも調和することになると付言している。

以上を整理すると、審尋請求権と職権探知主義（基本原則）との相補的な関係から、手続関係人への審尋請求権の保障は必然的なものとなる。

ところで、有紀教授は、論考「非訟事件における手続関係人の手続協力義務（事案解明義務）」（青山法学論集一四巻第四号一頁）の中で、非訟事件手続に関与する関係人に、その主体的地位の盾の半面たるべき手続協力義務が認められることを提唱している。

同論文（「手続協力義務」と略称し、頁数で引用）によれば、非訟事件手続における関係人には、権利としての審尋請求権が付与され、また、義務としての手続協力が課せられるのであり、両者を併せ持つことによつて、その手続主体性をより鞏固にし得ると説明している（「手続協力義務」一七～一八頁）。

さらに、裁判所の事案解明義務と関係人の手続協力義務との関係についても、「裁判資料の提出、立証等は第一次的には手続関係人の権能かつ義務であつて、裁判所はただ資料蒐集の方向、範囲、限度を決定しこれに基づ

いて提出された資料の取捨、選択、立証の指示等をなすことをその任務とするものであるが、公益の維持、手続関係人の後見、保護等の必要がある場合または資料に欠缺がある場合は、裁判所も手続関係人と相ならんでまたは二次的、補完的に職権探知ないし職権証拠調べをなすことができるしまたしなければならない（「手続協力義務」一五～一六頁）と主張している。

こうした有紀説の根底には、民事訴訟に典型的に見られる自己責任の原理が非訟事件一般にも採用されたいう考え方があ

る。その理由について、「事案解明に関する自己責任の思想及び手続の経済、能率の要請は、手続の目的、公益の関与の有無、手続構造の相異などと無関係に、したがってまた審理原則として職権主義が加味されるかあるいはもっぱら弁論主義が採られるかに関わりなく、各種の手続に共通する一般手続法理として妥当する」（「手続協力義務」一三～一四頁）と説明する。

佐上善和教授は、これに対し、非訟事件には、関係人間の提出責任の分配が不可能であるがゆえに、裁判所の事案解明義務が観念されるのであって、これを補完する形で手続促進義務・関係人の手続協力義務が配置されると反論する。<sup>(13)</sup>

また、裁判所は、一方的に争点を整理し、証拠提出を促し、それがない場合に不利益な判断を下すことはできないのが職権探知主義の基本的な考え方であり、この枠内で当事者責任を問う以上は、事実主張や証拠提出をめぐる争いで、裁判所が主導権を発揮しつつ、誰にどのような行動が期待されるかという状況まで、当事者の相互の了解が得られるようにしておく必要があることを強調している。<sup>(14)</sup>

要するに、佐上説は、有紀説とは対照的に、裁判所の事案解明義務を第一次的なものと位置づけている。

では、公益性が重視され、合目的的判断が強調される古典的非訟事件手続においても、有紀説が主張しているように、関係人の協力義務が第一次的義務であり、手続結果の正当性を担保する機能としての裁判所の事案解明義務は後退することになるのであろうか。

私は、合目的・裁量的・形成的性格を有する典型的な非訟手続の領域では、その人的範囲及び形成判断の対象は不明確なのであり、その責任限界もまた同様であるから、民事訴訟と同様に当事者間の責任分配の観念を採用し、それを第一次的責任と捉える見解には首肯できない<sup>(15)</sup>。

この点、ドイツでは、紛争性の高い真正争訟事件を対象に、裁判所の事案解明に対する協力義務を認めるのが多数説である（「手続協力義務」七頁）。もっとも、公益が重視される古典的非訟事件と呼ばれる領域では、多数説・判例の立場は、原則的に、裁判所の事案解明義務に対する手続関係人の協力義務を認めていない（「手続協力義務」六頁）。

立法上も、*FamFG*二七条一項は、関係人の手続協力義務規定を新設しているが、注釈書によれば、同規定は職権探知主義の補充機能と明確に位置づけている<sup>(16)</sup>。裁判所が事実関係の解明のために考えうるあらゆる可能性を職権で追求することを、期待することはできないからである。仮に、その対象が結論を左右する重要な事実や証拠資料であつても、関係人が協力を拒み、その他に見込みのある探知のきっかけを提供しない限り、裁判所は、結果的に、それを斟酌しなかったとしても探知義務を果たしたことになる<sup>(17)</sup>。

このように、ドイツでは、関係人の事案解明義務を、真正争訟事件を前提とした場合でも、二次的なものと捉える立場が主流である。

他方で、*BGB*二三三三条以下の相続証明書交付事件を引き合いに出し、非訟事件手続一般に、証明責任の

観念が存するとする見解もあり、有紀説が関係人の第一次的解明義務を認める背景には、こうした考え方が影響している<sup>(18)</sup>と佐上教授は指摘している<sup>(19)</sup>。

因みに、わが国の実務において、遺産分割事件を代表とする争訟性の強い乙類審判事件を対象に、関係人の第一次的な協力義務を認める当事者主義的運用が積極的に採り入れられている<sup>(20)</sup>。

しかし、こうした運用の実情においても、弁論主義や主観的な挙証責任まで認めていないのが実態であり、厳密な意味での関係人への第一次的な協力義務を認めるものではないと解せられる<sup>(21)</sup>。

### 三 「一般法原則」としての審尋請求権概念

審尋請求権 (Der Anspruch auf rechtliches Gehör) 保障の原則の起源は、一〇〇〇年以上も前に遡る<sup>(22)</sup>。

その法原則は、人間の法意識の奥底に根ざすものであり、Aeschylusの引用文やローマ法の原則「何人も、あらかじめ審尋されることなく敗訴判決をうけることは正義の原則の禁ずるところである」(“Neque enim inaudita causa quemquam damnare aequiatis ratio patitur”)の法諺に集約される<sup>(23)</sup>。

ローマ法を支配し、ドイツ法圏における一八世紀及び一九世紀の裁判手続に浸透した審尋請求権概念は、裁判官の広範囲にわたる行動の指導基準として機能した。

実際に、ドイツ帝国の建設の後に公布されたReichs-justizgesetze (ライヒ司法法一八七九年一〇月一日施行)には、同原則は一般化されなかったが、ZPO五七九条三項 (仲裁判決に対する無効申立て)、ZPO一〇四一

条一項四号（仲裁判断の廃止、現行一〇五六条二項）の規定を象徴として、法の欠缺が認められる状況においても、基本原則として位置づけられてきた。

Baumbach-Lauterbachは、法的審尋請求権保障の原則を民事訴訟法全体の柱あるいは個々の処理手続の柱と表現している。<sup>(25)</sup>

もっとも、非訟事件手続の領域における関係人への審尋請求権の保障に関しては、基本法が成立する以前の学説判例の状況は、Lentを代表とする有力説を除き、否定的に解してきた。<sup>(26)</sup>

そもそも、審尋請求権保障の原則が憲法上の権利として最初に規律を設けたのは、一九四六年二月八日公布のバイエルン憲法九一条一項（Verfassung des Freistaates BAYERN）<sup>(27)</sup>である。そして、この規定は、ドイツ基本法一〇三条一項へと受け継がれ、その後も、法治国家における自明の権利として確立することになる。

その背景には、ナチス体制における裁判手続の濫用が市民の基本的人權を侵害してきたという負の歴史的事実があった。ドイツでは、こうした歴史上の反省から、裁判に対する国民の信頼を回復するために、憲法上の権利として高度に保障されたのである。

その結果、審尋請求権は、手続基本権（Verfahrensrechtliches Grundrecht）としての法規範性と、客観法的手続原理（Objektiv-rechtliches Verfahrens Prinzip）としての法規範性を有することになる。<sup>(28)</sup>

ところで、この後者の法規範性は、簡易法上の聴聞規定に、その根源を見いだすことができる。

旧法（F G G）<sup>(29)</sup> FamFG<sup>(30)</sup>、ドイツ民法（Bürgerliches Gesetzbuch=BGB）及びその他特別法には、実際にそうした多くの聴聞（Anhörng）規定が置かれている。<sup>(31)</sup>

そして、これらの聴聞規定の中には、事実探知を目的としたものの以外に、審尋請求権の保障のみを目的とした

特別の聴聞規定も含まれている。

もつとも、これらの区別規準となる一般規定（Allgemeine Vorschriften, Generalklausel）は存しない。<sup>(30)</sup>

そのため、裁判官は、これらの各聴聞規定を、いずれの趣旨か、その規律形式、憲法解釈、法原理などから判断しなければならない。

仮に、その解釈を誤れば、手続関係人への重大な権利侵害を及ぼし、究極には、基本権侵害の危険性をも孕むことになるのであるから、ここに採用される解釈規準は重要な意義を有することになる。

この聴聞規定の二義性について、基本法が成立する以前から問題視していたのはLentである。

Lentは、F G Gに規律される聴聞規定に焦点をあて、そこに「手続原理」（Verfahrens Grundprinzip）としての審尋請求権概念を認め、それらは非訟事件手続一般にも認められる法原理であることを、次のとおり言明した。審尋請求権は、個別の規定から強制されるものではなく、「一般法原則（allgemeinen Grundsätzen）」によって保障されるものである（Friedrich Lent, Grundriß der Freiwilligen Gerichtsbarkeit 1922, §8 IV, S. 33.）。

以下に、Lentの見解の概要を述べておく。

## 1 LENTの見解<sup>(31)</sup>

Lentは、非訟事件手続における関係人への手続保障に関して、成法以外に、『一般法原則（Allgemeinen Rechtsgrundsätzen）』としての審尋請求概念に規範性を認め、その保障可能性を追究した。

まず、B G BやF G Gなどに散在する聴聞規定に着目する。そして、ある規定では絶対的（“soll”）に、また、

ある規定においては制限的(“wenn tunlich”)に規律されている特徴を指摘し、聴聞規定の二つの法的機能を明らかにした。第一に、裁判所のよき情報源とする事実探知的機能である(*z.B.* BGB 一六七三条二項、一八二六条、二三六〇条、二三六八条二項、FGG五四条)。そして、そこでの情報は、関係人に価値ある説明が要請されることになる。第二に、関係人に自らの立場を裁判所へ表明する主体的権能を保障する機能であり、これは審尋請求権の基礎保障を意味する(*z.B.* BGB 一六七三条一項、一八二七条、二二二七条、FGG五四条)。

Helmut Keidelは、かつて、Lent以外にこうした区別(二義性)を適確に捉えるものはいなかったと称えている。<sup>(3)</sup>ところが、規律の不明確な表現形式から両機能を識別することは實際上困難であり、解釈上の混乱を招くことをLentは認めている。

また、Lentは、こうした聴聞規定の多くが専横的なものであり、その原因に法の欠缺状況があるのであって、二義性を認めることで、その規定の趣旨が相反する(*e contrario*)危険性に警鐘を鳴らす。

職権主義を基本原則とする非訟事件手続では、関係人に理性に適った法的地位(意見表明権)を与えなければ、裁判所の独善に陥る危険性が生じることになるからである。

その具体例として、BGB 二二二七条は、解任前の遺言執行者への聴聞行為を規定しているにもかかわらず、同様の利益状況にある後見人の解任に関しては、聴聞に関して何ら規律を設けていないこと(法の欠缺)を指摘している。

そもそも、後見人にとって、解任行為は自らの権利と荣誉の喪失という重大な効果を及ぼすものであって、これは遺言執行者における解任行為の場合と同様の権利侵害に他ならない。従って、後見人においても、同様に、事前の聴聞が認められて然るべきである。そこで、こうした法の欠缺を補充するために、法原理としての審尋請



求権概念に、独自の形成機能としての意義が見い出されることになる。

Lentは、こうした場面で、『一般法原則 (allgemeinen Grundsätzen)』としての審尋請求権概念にその重要な意義を認めるのである。

また、合理的な司法の調和の観点から、非訟事件手続における関係人への法的審尋請求権の保障の必然性を唱える。<sup>(34)</sup>

例えば、ZPOには、双方審尋の原則を具体化する規定（二三六条三項、一三九条、二八三条、二八五条、三三五条一項三号、四号、一〇四二条一項二文）が置かれ、刑事訴訟手続にもまた、被告人に対し、全面的な審尋請求権が保障されている（StPO二三三条）。更には、行政裁判所による特別手続（VwGO一〇八条二項）にもまた当事者への聴聞規定が整備されている。

このように、Lentは、「一般法原則」としての審尋請求権概念に法の欠缺の補充機能として、また、裁判所の専横に対する自浄作用としての意義を認め、合理的司法の調和の観点からも、非訟事件手続におけるその内在化を根拠づけている。

そして、Lentが提唱するこの「一般法原則」とは、規範的性質を有する法原理であり、それをもたない「開かれた原理」とは明確に区別されなければならない。<sup>(35)</sup>

このことは、ドイツ基本法の成立後、審尋請求権概念が非訟手続一般に保障されることが一般に承認されるまで（一九七〇年）の間、Lentが、手続関係人の主体的地位の強化の要請から、rechtliches Gehörを明文化することをF GGの重要な改善点として強調している点からも明らかである。<sup>(36)</sup>

さて、同時期に、このLentの見解に同調したのが、Hanswerner MüllerとPetersである。

Müllerは、法的審尋請求権の保障原則を『不文の手続原則 (ungeschriebener Verfahrensgrundsatz)』であると、また、Petersは、『書かれた法原則 (ungeschriebene Rechtsgrundsätze)』であると表現した。

Müllerは<sup>(37)</sup>、Lentと同様、“hören”と規律される聴聞規定を根拠に、「一般法原則」としての審尋請求権概念を認めているが、その規範性には、一定の限界が認められる。

実際に、抗告手続へのZPO五七三条一項（任意的口頭弁論）の準用の可否の問題において顕著である。

Müllerは、非訟事件手続における審問と民事訴訟手続における口頭弁論とを区別し、抗告裁判所が、抗告の申立てを認容する場合には、FGG一二条に基づき、抗告の相手方を原則的に聴取しなければならぬと判示したOLG Hammの決定に<sup>(38)</sup>一定の評価を示すものの、結論的には、裁判所の義務的裁量に基づき保障されるものであるとしたベルリン高等裁判所の決定を支持している。このように、Müller説が主張する「法原則」には、手続関係人の意見陳述の機会を、裁判所の裁量事項とする点で、その規範性において一定の限界を認めざるを得ない。

また、Petersは、非訟事件手続における関係人への審尋請求権の保障の根拠を、争訟状態に基礎づけている。

争訟状態にある関係人は、最初の聴聞行為からその争訟状態を確認できた後に、二度目の聴聞行為によって、真の審尋請求権の行使が可能になるのであり、その結果、聴聞権の行使は、第一に、関係人間の争訟状態の有無の確認行為として、第二に、確認後の各関係人による意見表明権の保障としての意義が認められることになる。

この点、Helmut Keidelは、二度にわたる聴聞行為は、手続関係人を不必要に悩ませ、場合によっては手続の遅延を招くことになり、また、関係人に争いのないケース、あるいは単独で関与する場合に審尋請求権が保障されないことは、審尋請求権の本質に合致しないと批判する。<sup>(40)</sup>

要するに、Petersの主張は、審尋請求権の自浄作用としての機能を無視するものに他ならないからである。

因みに、この Peters の見解は、後に Bettermann や Löwe によって継承されることになるが、この点、バイエルン上級地方裁判所は、一九五四年一月五日の決定の中で、その争訟性の有無に関係なく、原則的に、非訟事件手続一般に審尋請求権が保障されなければならないとし、このように解することが基本法一〇三条一項の趣旨に沿うことになる<sup>(43)</sup>と判示している。

これは、Lent の見解に沿うものである。

Lent の提唱は、後に Fritz Baur や Walter J. Habscheid によって編集された教科書 (Studienbuch)<sup>(44)</sup> にも大きな影響を与え、その後のドイツにおける通説的見解として維持されることになる。

#### 四 基本法一〇三条一項との衝突 (Kollisionskurs) の問題

聴聞規定の二義性を指摘した Lent の見解は、Paul Jansen らに継承され、基本法公布後のドイツにおける通説的立場を堅持することになる。<sup>(45)</sup>

これに対し、Helmut Kollrosser は、その法文上の不明確な表現形式から、誤った解釈を回避するために、審尋請求権保障としての意義を排除し、事案解明手段としての意義のみに限定的に解すべきと反論した（一義性）。

その根底には、審尋請求権は、基本法に保障されるものであるという考え方があり、簡易法の規律による基本法一〇三条一項との衝突の問題を回避することを目的としている。

では、Kollrosser が指摘するように、衝突の問題を理由として、簡易法に内在化する「一般法原則」と基本法

一〇三条一項とは両立し得ないのであろうか。

この問題をめぐる両者の論争は、基本法の成立後、審尋請求権の保障が非訟事件手続一般に認められる一九七〇年までの間に展開されたものであり、手続基本権との概念の区別の問題と、また、その後の保障内容の拡大化への議論の契機となる点で、重大な意義を有することになる。

## 1 Jansen の見解<sup>(46)</sup>

Jansen もまた、Lent と同様に、F G G、B G B 及びその他の非訟手続立法に整備される特別聴聞規定に着目し、これらの規定を、裁判所に決定前における聴聞を義務づける秩序規定 (Ordnungsvorschrift) と解している。また、その立法趣旨については、単に、職権探知主義に基づく、裁判所の解明義務としての意義のみならず、利害関係人への一般権利、すなわち、審尋請求権の保障の意義をも含むものであると宣言している。

さらに、手続関係人への法的審尋請求権の保障は、基本法の理念である法治国家原理への契合であり、また、非訟事件手続における固有の手続原則 (一般法原則) であると主張する。これは、手続基本権としての権利性の外に、「一般法原則」としての法規規範性を認めるLentの見解を継承するものに他ならない。

これに対し、二義性を否定する立場からは、自説の論拠を「法律の欠缺」<sup>(47)</sup>に基礎づけている。

F G G は、手続関係人の一般権利 (聴聞を受ける権利) を認めておらず、また、手続関係人の聴聞規定は、単に、有用な裁判所の釈明手段にすぎない。従って、聴聞行為の中止は、裁判所の釈明義務違反 (法律違反) の問題にすぎず、基本権違反の問題は発生しないと主張する。

しかし、こうした考え方は、非訟事件手続における関係人を、その客体に据えるものに他ならず、基本法が理念とする人間の尊厳に違背するものである。

ドイツ基本法の公布後においては、学説上も、Franz Schlegelbergerを除き<sup>(4)</sup>、こうした否定的見解は姿を消すことになる。

しかし、「法律の欠缺」を原因として、新たな問題が投げられることになる。

法治国家原理の充足の問題である。

B G B 二二七条は、遺言執行者の解任に関して、「決定前に、可能な限り（“wenn tunlich”）聴聞されなければならぬ（“soll”）」と規定している（法文上の欠缺）。これは、解釈上、偶然的な、また、非体系的な印象を与えている。

要するに、裁判所による聴聞義務は、一方で“sollen”という表現から責務的に、他方で、“wenn tunlich”という表現によって、義務的裁量であるとの両解釈が可能であるがゆえに、手続の安定性を害する危険性を孕んでいる。

ドイツ連邦憲法裁判所は、このような「法の欠缺」ある場合の解釈上の救済措置として、直接、基本法一〇三条一項が適用され、審尋請求権は保障されることになるとの見解を示した。<sup>(5)</sup>

Jansen は、この決定について、非訟事件にも審尋請求権の保障が認められるとする点については評価できるが、基本法一〇三条一項の直接適用による補充措置は、法治国家原理の要請に十分に沿うものではないと批評した。<sup>(6)</sup>

そして、自ら、こうした「法文上の欠缺」の場合には、憲法適合解釈により、強行規定（*Mußvorschriften*）と

読み替えることで、法治国家原理を充足することが可能であると主張する。

更に、Jansen は、後見人の解任規定である B G B 一八八六条<sup>(51)</sup>についても、完全に手続法上の権利が沈黙した規定であると指摘し（実体的欠缺）、このような場合には、憲法適合解釈による読み替えは不可能であるから、ここに、「一般法原則」としての審尋請求権概念の存在意義を認めなければならないと主張している。

因みに、Jansen は、こうした状況を、確固とした原則（「一般法原則」）に導かれていない状況と批評する。加えて、Lent が提唱する「一般法原則」が、手続基本権の直接的な効果によって沈黙してしまうことへの警鐘を鳴らしている。

## 2 Kollhoser の見解<sup>(52)</sup>

Kollhoser は、非訟事件手続における関係人の主体的地位を保障する目的から、F G G の改正に際し、関係人概念の明確化を提唱した。

そして、その提唱は改正草案の策定に多大な影響を与えることになる。

また、手続関係人への審尋請求権の保障に関しても、B G B 二三六〇条の「法の欠缺」を根拠に基本法一〇三条一項による直接保障について言明する。

B G B 二三六〇条は、遺産裁判所に、相続権と私的遺言について、法的争訟が提起される場合に、実質的關係人及び形式的関係人への聴聞を義務づけている。当該規定は、通説の立場によれば、Soll-vorschrift（責務規定）を、Muß-vorschrift（強行規定）と読み替えることが可能であり、その場合に、聴聞は必要となる。

これに対し、Kollhoserは、利害関係人への審尋請求権の保障は、BGB二三六〇条一項、二項に基づくものではなく、基本法一〇三条一項に基づくものであると主張する。

さらに、私的遺言における法定相続人への保障を目的とする本規定を、相続契約による場合、あるいは公的証明による遺言の場合などへの類推適用を認める通説の立場を次のとおり批判する。

通説が採用する憲法適合解釈は、行き過ぎであって、憲法解釈上、公的証明による遺言の場合にもその保障が認められる場合には、当該規定自体は無効と解さなければならないと。

また、聴聞規定には、Sollvorschriftenあるいは“soweit tunlich”によって表現された制限規定が存在し、これらの規定については、通説の立場と同様に、強行規定（*Mußvorschriften*）と解さなければならないことを認めつつも、これらの表現形式から、手続基本権としての審尋請求権概念が制限されている状況を、最低限の保障にも契合しない状況、あるいは単に横暴に継ぎ布をあて変化させたに等しいと批評する。

更には、無秩序にばらまかれた聴聞規定は、非訟事件手続における審尋請求権の保障の実現の歴然たる前進をもたらすものではなく、その企ては結果的に反対の効果を導くことになる。

そして、これらの規定については、それ自体が無効であると帰結している。

こうしたKollhoserの主張の根底には、基本法が成立する以前、これらの聴聞規定が、F GG一二条の典型的な施行規則として位置づけられることを誰も疑わなかったという沿革的事情がある。

実際に、立法者においても、非訟事件手続の関係人に審尋請求権の保障が承認されていないとの認識があったこと、意見陳述の機会を与える法的審尋請求権の保障が、今日のように強く要請されていなかった経過を指摘するものである。

思うに、表現形式によって制限された聴聞規定は、通説が主張するように、憲法適合解釈によって基本法と同一化する結果、無効状態は解消されるのであるから、聴聞規定の二義性の主張を堅持することは可能である。

また、全く、簡易法上に規律が存しない「法の欠缺（実体的欠缺）」の場合には、Jansenの主張するとおり、「一般法原則」としての審尋請求概念に規範性を認め、その有機的連鎖によって、憲法上の保障にまで高めることが可能になるのであるから、基本法一〇三条一項の直接適用を認める必要はない。

結論として、法文上の欠缺の場合の基本法との衝突の問題は回避することができる。

ところで、Kollhoser自身も、Lehrbuchの中で、明白に審尋請求権の保障を目的とした特別の聴聞規定の存在を認めている。<sup>(54)</sup>

そして、これらの規定と基本法一〇三条一項との関係については、共通に具体化された副次目的（“mikrokonkreter Neben Zweck”）と説明している。

しかし、こうした規定は、そもそも、法原理としての審尋請求権概念が実定化されたものであり、基本法一〇三条一項もまた、同原理を根本規範とするものに他ならないのであるから、両者の間には、そもそも、衝突の問題は生じないと解せられる。

### 3 小括

FGGには、一二条の一般規定をはじめとして、その個別の聴聞規定の殆どが、事案解明を目的としており、FamFGのように、審尋請求権に関する一般規定は置かれていない。



もつとも、古典的な聴聞規定の中には、憲法適合解釈によって、審尋請求権の保障を目的としていると解される聴聞規定が多く存在することも指摘されている。<sup>(55)</sup> ドイツ連邦憲法裁判所の判例もまた、このような聴聞規定を、憲法適合解釈に基づく審尋請求権の当然の保障規定であることを認めている。<sup>(56)</sup>

そして、時代の変化と共に、簡易法には、主体的審問を目的とした個別の聴聞規定が整備されている（F G G 五〇 a 条（FamFG 一六〇条）、六八条（FamFG 二七八条）、六九 p 条（FamFG 二九九条）、七〇 c 条（FamFG 三一九条）、七〇 i 条（FamFG 三三〇条）、LwVG 一四二条一項）。

皮肉にも、こうした立法措置の背景に、Kollhoser の見解が大きく影響していることは間違いない。

確かに、Kollhoser の主張する聴聞規定の一義性の主張は、権利内容の明確化、聴聞規定と基本法一〇三条一項との衝突問題を回避できる点で、当を得ている。

しかし、審尋請求権の保障を一義的に基本法一〇三条一項の問題と解する考え方は、通説が指摘するように、法治国家原理を充足するものではない。

このことは、実質的関係人の参加手続の規律などの不備、不完全な状況からも明らかであり、Kollhoser 自身も、こうした状況を捉え、全体的に不完全（中途半端）な状況と指摘している。<sup>(57)</sup>

思うに、FamFG 三四条の新設は、こうした不完全な状況を解消する目的から、Lent が主張する「一般法原則」としての審尋請求権概念の実定化に他ならないものと解せられる。そして、Kollhoser の主張した基本法との衝突の問題、また、基本法との同化（憲法適合解釈）による行き過ぎの問題、法治国家原理の充足の問題を回避するために採用された不可欠の立法措置と評価できよう。

## 五 審尋請求権の保障内容の変様

### 1 基礎保障

ドイツ基本法 (Grundgesetz) 一〇三条一項が保障する審尋請求権 (Der Anspruch auf rechtliches Gehör) は、人間の手続法上の始源的権利 (prozessuales Recht des Menschen) である。<sup>(9)</sup>

その具体的保障内容については、ドイツ連邦憲法裁判所の判例の集積から、今日、次の三つの領域に定式化され、これらは「基礎保障 (Basisgarantie)」と解せられる。

第一に、裁判の基礎となる手続資料について知らされる権利、あるいは情報に関する共通の認識を求める権利 (Information) である。手続関係人は、相手方の主張内容や提出書類について知らされ、あるいはそれらを共通に認識することを求める権利が保障されなければならない。<sup>(10)</sup>

第二に、手続関係人において、事前に態度を表明することができなかった事実や証拠結果について、裁判所は利用することを許されない (äußerungsbefugnis)。換言すれば、関係人においては、裁判に重要な手続資料を了知した上で、自らの意見陳述のための態度を決める機会が与えられなければならない。

こうした保障内容は、関係人への不意打防止を目的とするものであり、Baur は、これを不法防止傾向 (Unrechtabwehrendenz) と表現し、これを審尋請求権の本質と捉えている。<sup>(11)</sup>

もっとも、これは、関係人への機会の保障を意味するのであって、その具体的行使の保障までも要請するものではない。

第三に、裁判所は手続関係人の認識に気づき、それを考慮しなければならない（Berücksichtigungspflicht）。

これは、関係人の申立てに対する裁判所の応答義務を意味するのであり、裁判所に決定の理由の中で、全ての申立てに対して完全に返答することまで義務づけるものではない。関係人による申立ては、個別の状況に応じて、その主張が結果として凌駕されることもありうるからである。

応答義務違背のうち、その対象が関係人の事実申立ての重要な核心部分となる場合、あるいは手続上、本質的意味内容を含意する場合に基本法違反の問題となる。

また、これに密接に関係する問題として、関係人の認識と裁判所の法的観点の認識とのズレが生じる場合に、裁判所による指摘義務の是非が問題となるが、それが結果に重要な意味をもつものではなく、そして、その可能性を明白に証明できる場合でない限り、申立ての不考慮と結論づけることはできない。<sup>(65)</sup>

基本法一〇三条一項は、裁判所にさまざまな法的観点の可能性があるときに、なんとしても関係人とこれについて詳細に議論するという意味での法的討論（Rechtsgespräch）を要請しているわけではないからである。<sup>(66)</sup>

## 2 機能保障

このように三つに定式化される保障内容を基礎として、今日、迅速性、適正な裁判などの要請から質的な変化が生じている。

最低限（Mindesmap）<sup>(67)</sup>の保障から、最適保障（Optimale Gewährung）<sup>(68)</sup>への質的な変化である。

これは、従来の意見表明権や不服申立権などの形式的な機会の保障から、関係人への配慮を伴った実質的（効

果的)な保障への転換を意味する。

そして、その変様を「機能保障 (Funktionsgarantie)」と解し、この「効果的保障」のうちには、「権利保護の適時性 (Rechtzeitigkeit)」が含意されることになる。

Peter Lenche は、基本法一九条四項が保障する『出訴』と同一〇三条一項との関係に焦点をあて、この適時性によってそれらが深く結びつけられていることを指摘する。<sup>86)</sup> すなわち、基本法一〇三条一項の保障内容には、然るべき時に下される裁判に影響を及ぼす十分な可能性をもって追行することが要請されることになる。<sup>87)</sup>

現実には、簡易法上も、そのような配慮義務規定が整備されている。

裁判所の補充義務 (Hinwirkungspflicht, FamFG二八条一項第一文)、法的観点指摘義務 (Hinweispflicht, FamFG二八条一項第二文) である。なお、手続関係人においては、これらの義務に対応するかたちで、協力義務 (Mitwirkungspflicht, FamFG二七条一項) 及び完全陳述義務 (Wahrheitspflicht und Vollständigkeitspflicht, FamFG二七条二項) が課せられている。

FamFG二六条は、FGG一二条に規定された職権探知原則を継承するものであり、手続関係人への審問は、事案解明のための有益な手段でもある。自由な証明によるか厳格な証明によるかは、裁判所の裁量事項とされている。

旧法 (FGG) 当時、裁判所は、審問によって収集した資料を判断の基礎とする際、不意打防止の観点から、釈明権に関するZPO一三九条一項から三項までの規定を根拠に、裁判に影響を及ぼす重要な事実に関する完全な釈明と必要に応じて、適切な申立てを促す義務を負うものとされていた。

FamFG二八条一項一文、同項二文、二八条三項は、この裁判所の義務を明文化したものである。裁判の基礎となる資料へのアクセス権やそれを踏まえた意見陳述権を実効化する趣旨である。

そして、裁判所のこれらの義務違反行為は審尋請求権侵害となり、二〇〇一年の民事訴訟法の改正（ZPO-RRG）に伴い、FGG二九 a 条に新設された *Anhörungsrüge*（審問異議）の対象となる。

### ③ *Anhörungsrüge* への *rechtliches Gehör*

FamFGは、「一般法原則」としての審尋請求権概念を実定化した（三四条）。

そして、*Anhörungsrüge* の導入は、この一般規定の新設に少なからず影響を与えた。

因みに、FGG二九 a 条はFamFG四四条へと継承されている。

そもそも、*Anhörungsrüge* が新設された背景には、基本権侵害を理由とする憲法訴願（*Verfassungsbeschwerde*）の申立てが急激な増加したことによる連邦憲法裁判所の負担の問題が挙げられている。

統計上、憲法訴願に対する連邦憲法裁判所の決定例のうち、基本法一〇三条一項違反を理由とする事例は、全体（一八七件）の五〇パーセント（九五件）以上を占めるという負担増加の傾向が顕れている<sup>④</sup>。

そうした状況の中で、ドイツ連邦憲法裁判所は、自らの負担軽減として、ZPO五一三条二項に基づく控訴制限の適用除外、ZPO五六八条二項の規定の準用に基づき、新たな独立の抗告理由を要件として再抗告を認め、法律上、許されない専門裁判所への上訴を認めるなど、多くの代替的かつ超法規的な判例理論を形成してきた経過がある。

Anhörungsritzeは、専門裁判所内での是正を法的に義務づけるものであり、上訴手続とは異なる自己修正型の異議申立手続である。

従って、その対象は、第一審手続内における審尋請求権への侵害行為であり、本来の上訴手続である控訴が許されない場合に制限されることから（補充性）、原審への申立てによって再審理の手続が開始されることになる。この制度の導入後まもなく、連邦憲法裁判所は、二〇〇三年四月三〇日合同部決定において、現行措置では不完全であり、更なる負担軽減を目的として、法治国家原理に基づく司法付与請求権（Justizgewährungsanspruch）を根拠に、あらゆる審級における審尋請求権侵害の専門裁判所による救済が保障されなければならないと判示した。

そして、この決定後まもなく、その内容を踏まえたAnhörungsritze<sup>(9)</sup>が施行され、二〇〇五年一月一日以降、全審級を通じての異議申立てが可能となった。

ところで、このAnhörungsritzeの導入により、憲法訴願との関係が問題となるが、前者の手続の不成功は、後者の手続を排除するものではないと解されている。<sup>(10)</sup>

この見解に従えば、Anhörungsritzeの手続の結果に、なお、不服がある者については、別途、手続基本権侵害を理由に憲法訴願が可能である。

また、Anhörungsritzeは、審尋請求権侵害を対象としていることから、他の手続基本権侵害を理由として、申立てがなされた場合には、再度の考案（Gegenvorstellung）によって処理されることになる。<sup>(11)</sup> さらには、その理由中、審尋請求権の侵害以外に、他の手続基本権侵害の主張が含まれる場合には、憲法訴願ではなく、ZPO三二一a条の類推適用によって処理されることになる。<sup>(12)</sup>

なお、審尋請求権の適時の保障が問題となるケースでは、即時の救済の必要性から、立法論として、ZPO 五七二条一項の準用による抗告（Beschwerdeverfahren）の対象にすべきとの提言もなされている。<sup>(14)</sup>

さて、前述のとおり、Anhörungsruheの導入後、審尋請求権の保障内容には質的な変化が認められている。

具体的には、基本法一〇三条一項の基礎保障とは別に、簡易法独自の保障領域（機能保障）が取り込まれることになる。

この保障領域の拡大に伴う立法措置として、関係人への配慮義務規定がある。FamFG二八条一項一文の完全陳述義務（Hinwirkungspflicht）、同項二文の法的観点指摘義務、及び同条三項の釈明義務（Hinweispflicht）規定である。

注釈書によれば、FamFG二八条一項一文は、ZPO一三九条一項二号に準拠するものであり、裁判所の職権探知義務（FamFG二六条）及び関係人の事案説明義務（FamFG二七条一項）の補充機能としての意義を有している。<sup>(15)</sup>

実際に、この二八条一項一文違反を理由に争われたケースとして、連邦通常裁判所は、申立ての段階から、決定上の重要な争点を明示せず、また、それを証明できるものではなかったとして、上訴を却下している。<sup>(16)</sup>

また、FamFG二八条一項二文は、ZPO一三九条二項に準拠し、関係人への不意打防止の観点から、裁判所への法的観点指摘義務（ZPO二七八条三項）を規定したものである。当該義務違反を理由とするAnhörungsruheの申立てにおいては、その理由中に、裁判所の義務違反行為と決定内容との関連性（Entscheidungserheblichkeit）について明示しなければならない。<sup>(17)</sup> 当該義務違反行為が、申立人への不意打ちであることを明確にする趣旨である。

本来、二八条の義務違反行為は、抗告手続の対象であり、 FamFG 六九条一項二号に基づき、一審に差し戻さなければならぬが、関係人に命令すべき指示を知らなかった場合のように、不意打ちが重大である場合には、審尋請求権侵害として、例外的に、Anhörungsprügeの対象となる余地が認められている。

連邦憲法裁判所は、事前の法的観点を指摘することなく、それらを是正し、良識ある関係人において予想できない結果をもたらした事案において、本条義務違反であることを認めている。<sup>(9)</sup>

このように、ドイツでは、Anhörungsprügeの導入後、従来の基本法一〇三条一項の保障領域（基礎保障）の問題から、最適化に向けての議論へと展開されていくことになる。

次に、そうした議論の一部を紹介しておく。

Hartmut Rensen は、基本法一〇三条一項の保障を最低限の保障（Minimalstandard）とする従来の通説の立場に契合し、Anhörungsprügeの対象に、裁判所による一般的な法的観点指摘義務違反行為は含まれないと主張する。<sup>(10)</sup>

Max Vollkommer は、これに対し、民事訴訟法上の審問概念（Gehörrecht）は、基本法一〇三条一項の保障領域とは別に、ZPO 三二一 a 条を根拠とする独自の保障領域として、新たな審問概念を包摂するものであると反論する。<sup>(11)</sup>そして、Anhörungsprügeが射程とする ZPO 独自の保障内容を余剰の領域（überschießende Bereich）と説明する。

更に、Vollkommer は、ZPO 三二一 a 条による救済判例を集積し、それらを① Pannentfälle（故障救済）、② Präklusionsfälle（失権規定）、③ Hinweisfälle（釈明義務、法的観点指摘義務）、④ Unrichtigkeitsfälle（不正）の四つに分類化し、全体として、これらに内包される保障内容は、基本法上の最低限の保障（基礎保障）を凌駕



していると主張する。

まず、①の類型は、裁判所の瑕疵（*Verschen*）ある行為によって、手続関係人の意見表明権、閲覧権などが侵害される態様である。そして、これらは、基本法一〇三条一項が保障する基礎保障への侵害行為が問題となるケースであり、連邦憲法裁判所の負担の直接的な原因となった侵害行為である。

従来、連邦憲法裁判所は、審尋請求権違反（一〇三条一項）として、広く、単純な法律違反と解される故障行為（*Panne*）までもその射程にしていたのであって、この故障裁判（*Pannengericht*）及び故障救済（*Pannenhilfe*）の件数の増加が、連邦憲法裁判所の負担の大きな誘因となったのである。<sup>(8)</sup>

その侵害行為の具体例としては、期日の徒過、送達の法令違反、書面の記録への誤った編綴、書面の紛失などの裁判所による過失行為などである。

これらは、最低限の保障（基礎保障）に対する侵害行為であって、ZPO独自の保障領域（機能保障）への侵害ではない。

その侵害態様によっては、法令違反の問題と基本法一〇三条一項違反の問題とが競合するため、その区別規準についての新たな問題に直面することになる。

②の類型は、裁判所の瑕疵ある法適用から生じる「不公正」の是正措置（自浄作用効果）として、*Anhörungsgründe*の対象となる固有の保障領域である。

その原因行為は、*Pannenfälle*のように、過失（*aus Verschen*）行為によるものではなく、裁判所の意図的な（*gewollt*）遮断行為や制限行為を主に原因とするものである。

具体的には、時機に後れた申立ての却下決定（ZPO二九六条、五二八条）の外、手続法上の欠缺を理由と

する、裁判所による排除行為などが対象となる。

③の類型は、関係人に対する有用な情報の提供、あるいは裁判所の斟酌する法的観点を事前に示唆するなどの裁判所の配慮行為に関する義務違反が対象となる。

具体的には、当事者への示唆を義務づける釈明義務違反（ZPO一三九条）や法的観点指摘義務違反（ZPO二七八条三項）が問題となる。

そもそも、裁判所による釈明行為は、当事者の意見表明権（*Äußerungsrechts*）や情報に関する共通する認識を求める権利（*Information*）に寄与する行為であり、審尋請求権に資する配慮行為として重要な意義を有する。

もともと、連邦憲法裁判所は、基本法一〇三条一項に基づく裁判官による一般的な解明義務や示唆義務を否定している<sup>(83)</sup>。すなわち、基本法一〇三条一項の保障内容には、裁判所の法的観点指摘義務あるいは法的討論（*Rechtsgespräch*）の義務が含まれないことを宣言しており、これらの問題は、簡易法独自の保障領域の問題であるという立場を鮮明にしている。

他方で、連邦憲法裁判所は、このような裁判所の示唆義務は、基本権である公正手続請求権（*Recht auf faires Verfahren*）<sup>(84)</sup>や恣意の禁止（*Willkürverbot*）<sup>(85)</sup>から導かれるとも言明している。

すなわち、審尋請求権とは異なる別個の手続基本権の固有の保障領域として、あるいは審尋請求権との密接な結びつきを基礎に、保障される領域であることを示している。

Vollkommerは、*Anhörungsstufe*の対象と基本法一〇三条一項の保障領域の関係について、同一性は認められず、前者は、明白に、後者よりも広範囲であると指摘する。

さらに、ZPO三二一a条には、基本法から解放された審尋請求権概念が含まれると主張するが、基本法

一〇三条一項の保障領域との境界については明確に言及していない。これは、*Anhörungsritze* 独自の対象領域の不透明性に起因している。

④の類型においては、計算の過誤、関係人による申立内容の誤解、矛盾、無視などの結果、手続的正義の観念の下での裁判所の配慮行為の違背が問題となる。

具体例として、裁判の理由開示の強制義務違反などがあげられるが、これは、基本法一〇三条一項に基づく考慮義務が簡易法に具体化されたものであり、その内容は、裁判所に対し、関係人の表明した意見を考慮し、その認識した事実を説明することを義務づけるものであり、その違背行為は、審尋請求権の基礎保障への重大な侵害と評価されることになる。

なお、④のケースにおいて、その原因行為が過失行為による場合には、①の *Pannentälle* の類型との競合の問題も生じることになる。

また、*Vollkommer* は、*Willkürrechtsprechung*（恣意による裁判）も、明白な不正決定（*offenbaren Unrichtigkeiten*）であるとして、④の類型に含めている。

その背景には、職権調査の結果、新たな法的観点としての恣意禁止（基本法三条一項）を取り込み、申立理由の代替可能性を認めたドイツ連邦憲法裁判所の決定例<sup>(85)</sup>をとりあげ、裁判所の訴訟指揮権が強化されている状況があることを指摘している。

*Vollkommer* は、以上の四類型以外にも、更に、裁判所の意思形成の過程における瑕疵や、考慮瑕疵による侵害行為などもまた Z P O 三二一 a 条の対象に含まれると主張している<sup>(86)</sup>。

*Daniel Schnabl* は、こうした *Vollkommer* の取り組みを、単なる民事訴訟法上（簡易法）の文脈における

rechtliches Gehörの保障領域の呈示にとどまらず、基本法とZPO三二一a条の保障領域の差別化への新たな問題提起と指摘する。そして、ZPO三二一a条に関連する基本法上の問題のみならず、簡易法独自の問題領域として、侵害態様の類型化を通じて重要な指標を示すものであると評価している。<sup>(85)</sup>

Rüdiger Zuckは、このVollkommerによる保障領域の差別化の問題提起から、Anhörungsrügeが対象とする侵害行為と基本法一〇三条一項違反行為との判別基準の明確化を提唱している。<sup>(86)</sup>

Zuckは、審尋請求権は第一次的に簡易法（法原理としての審尋請求権）によって保障されるものであると主張する。そして、Vollkommerと同様に、簡易法における独自の保障領域を認め、基本法一〇三条一項のそれとの差別化について、連邦憲法裁判所の決定を引用し、次のとおり言明している。

「恣意禁止（Willkürverbot, 基本法三条一項）や、法治国家的手続構成（rechtsstaatlicher Verfahrensgestaltung, 基本法一九条四項）の原理に基づき、法適用が明らかに（offenkundig）不正ではないかどうか、付随して、最終的に法治国家的要請に適っているかどうかである」と。

そして、Zuckがこのような判別規準を示した背景には、連邦憲法裁判所が採用するHeck'sche Formalへの批判が含意されている。<sup>(87)</sup>

すなわち、基本法一〇三条一項の侵害行為に対する是正措置としての、簡易法による基本権の現実化のプロセスから、むしろ、規範基準としての基本権の存在意義に立ち返るべきことを強調しているのである。

このZuckが提唱した明白性（Offenkundigkeit）規準に対し、Lercheは、行き過ぎたものではないと評価している。<sup>(88)</sup>

このように、ドイツにおける審尋請求権の保障に関する適正化に向けての議論は、Anhörungsrügeの導入後、

新たな方向へと展開している。

特に、保障領域の拡大化の傾向は、'Vollkommer'の示す四類型のうち、'Präklusionsfälle'や、'Hinweisfälle'の類型に顕著であり、これらは、基礎保障である意見表明権や情報に関する共通の認識を求める権利（information）の実効化に向けての裁判所の配慮義務違反の問題として展開されることになる。

そして、これらの保障領域の拡大化への理論的構成として、「公正」原理などの他の法原理との有機的結合関係が認められることを指摘しておかなければならない。これについては、次に詳述する。

もともと、保障領域の拡大化は、基本法一〇三条一項の保障領域との不明確性の問題、さらには、その判別基準をどう考えるかといった問題も抱えることになる。

しかし、総じて、法原理としての審尋請求権概念を根源とする手続基本権としての権利性の確立から新たな簡易法独自の保障領域を含めたその拡大化への進展、すなわち、「最低限の保障から適正保障（Optimale Gewährung）へ」の変様は、ドイツ法の成果に他ならない。

（未完）

## 注

- (1) 中野貞一郎「民事裁判と憲法」『講座民事訴訟法①』（弘文堂、一九八四年）一頁脚注（一）参照。
- (2) 山本和彦『民事訴訟審理構造論』（信山社、一九九五年）二九七頁、福永有利「民事訴訟における憲法的保障」伊藤眞・山本和彦編『民事訴訟法の争点』（有斐閣、二〇〇九年）八頁。
- (3) カール・ハインツ・シュワープ／ペーター・ゴットヴァルト「憲法と民事訴訟」カール・ハインツ・シュワープ／ペーター・ゴッ

トヴァルト／マックス・フォルコンマー／ペーター・アレンス『憲法と民事手続法』石川明・出口雅久訳（慶応義塾大学法学研究会、一九八八年）一〇一三四頁参照。

(4) シンポジウム「民事裁判の審理における基本原則の再検討」民事訴訟雑誌五七号一三三～一三四頁「小野憲一コメント」。

(5) 山本克己「当事者権——弁論権を中心に——」鈴木正裕先生古稀「民事訴訟法の史的展開」（有斐閣、二〇〇二年）六一頁、八六頁参照。

(6) 山本戸克己「訴訟における当事者権」『民事訴訟理論の基礎的研究』（有斐閣、一九六一年）五九頁、六三～七〇頁参照。山本戸博士は、弁論権に積極的效果（当事者が積極的に訴訟資料を提出できる権能）と消極的效果（当事者が提出した訴訟資料のみが裁判の基礎とされる）の二つの側面があることを指摘する一方で、弁論主義との関係が無関係であるとする点について（山本戸克己「弁論主義の法構造」『民事訴訟法論集』（有斐閣、一九九〇年）四～八頁（初出一九七〇年）、山本克己教授は、山本戸博士の言う弁論権の概念内容の相違に起因すると指摘する（山本克己・前掲注(5)七八頁）。すなわち、弁論権の消極的側面に、法的審尋請求権の消極的側面（不意打防止）を超えたより強い意味が与えられていると説明している。

(7) 山本克己・前掲注(5)七七頁。

(8) 鈴木正裕「主要事実と間接事実」三ヶ月章・中野貞一郎・竹下守夫『新版・民事訴訟法演習Ⅰ』（有斐閣、一九八三年）二一四～二一五頁。

(9) 法理學上、「法の欠缺」とは、二つに区分される。法規定そのものが欠けている「実体的欠缺（material gaps, die Rechtslücken）の場合と、法規定は存在するが規定の目的にとって適切な表現が法文に欠けている「法文上の欠缺（textual gaps, die Gesetzeslücken）」の場合がある（井上 茂『法規範の分析』（有斐閣、一九六七年）二六三頁）。

(10) 家事審判規則は、審尋請求権の保障を目的として、家庭裁判所に①子の監護者の指定その他子の監護に関する審判及び親権者の指定又は変更の審判をする前に、子が一五歳以上であるときは、その子の陳述を（家審規則五四条、七〇条、七二条、六一条）②

- 親権又は管理権の喪失宣告の審判をするには、本人の陳述を（同七六条）、③後見人・後見監督人・保佐人選任の審判をするには、後見人・後見監督人・保佐人となるべき者の意見を（同八三条、九二条、九三条）、④後見人・後見監督人・保佐人解任の審判をするには、後見人・後見監督人・保佐人の陳述を（同八六条、七六条、九二条、九三条）、⑤遺言執行者選任の審判をするには、遺言執行者となるべき者の意見を（同一二五条、八三条）⑥遺言執行者解任の審判をするには、遺言執行者の陳述を（同一二六条、七六条）、⑦不在者の相続財産の処分に関する審判をする前に、管理人の意見を（同一一九条の五）、⑧家審法一五条の六又は二五条の二の規定により義務の履行を命ずる前に、義務者の陳述を（同一四三条の六）、⑨氏の変更を許可する審判をするには、同一戸籍内の満一五歳以上の者の陳述を（特別家審規則五条）、⑩戸籍法一一八条（同法第四条において準用する場合を含む。）の規定による戸籍事件について市区町村長の意見を（特別家審規則一四條）、⑪児童福祉法二八条一項の規定により児童を里親に委託すること等についての承認の審判をするには、当該児童を現に監護する者及び親権者（親権者のないときは後見人）の陳述を、また当該児童が満一五歳以上であるときは当該児童の陳述を（特別家審規則一九条）、⑫生活保護法三〇条三項の規定により被保護者を保護施設に収容すること等についての許可の審判をするには、当該保護者の親権者又は後見人の陳述を、また当該被保護者が満一五歳以上であるときは当該被保護者の陳述を（特別家審規則二〇条の三）、⑬精神保健法二〇条二項四号の規定により保護義務者選任の審判をするには、保護義務者となるべき者の意見を（特別家審規則二二条）、⑭破産法六八条一項（現行法六一条一項）において準用する民法八三五条の規定により管理権喪失宣告の審判をする前に、管理権者本人の陳述を（特別家審規則二七条、家審規則七六条）義務づけている（斎藤秀夫・菊池信男編『注釈家事審判規則【改訂】』（青林書院、一九九二年）一八五頁）。
- (11) ジョゼフ・ラズ「法体系の概念―法体系論序説 第2版―」松尾弘訳慶応義塾大学出版会、一九九八年）一一〇頁―一四一頁参照。
- (12) 破産規則四条、民事再生規則三条、会社更生規則四条は、審尋期日の調書の作成を、原則的に省略している。
- (13) 佐上善和「非訟事件における手続権保障と関係人の事案解明義務―ドイツにおける非訟事件手続法改正草案を契機として―」

吉川大二郎博士追悼論集『手続法の理論と実践（下巻）』（法律文化社、一九八一年）二二頁所収、同『家事審判法』（信山社、二〇〇七年）二〇九頁。

(14) 佐上善和「訴訟と非訟」岡垣學・野田愛子編『講座・実務家事審判法1』（日本評論社、一九八九年）二五頁（四〇頁）。

(15) 佐上善和「家事審判における当事者権」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新実務民事訴訟講座8』（日本評論社、一九八一年）七三頁（八七頁）。

(16) Keidel, FamFG Familienverfahren Freiwillige Gerichtsbarkeit Kommentar, 16. Aufl., 2009, S. 310f.

(17) 手続関係人に、裁判所と共同して事案の解明に努力することを義務づけることを要請することは、F G G 一二条に抵触するものではないとされ、ドイツの通説的見解、判例は、この協力義務違反は裁判所の職権探知義務の解除の効果を生じingことを認めている（有紀・「手続協力義務」七頁）。協力義務論を裁判所の責務に関する議論であると捉える見解として、高田裕成「家事審判手続における手続保障論の輪郭」判例タイムズ一二三七号、三三頁以下参照。

(18) Helmut Kollhoser, Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1970, §5 IV, S. 139f, 142f. Kollhoserは、非訟事件手続において、証明責任の分配を観念している。それ以外にも、職権探知主義を理由に、主張・証拠提出責任と協力義務を排除するとの紋切り型の命題は、結局のところ放棄されることになるとするBaurの見解や協力義務の範囲内で主張・証拠責任を認めるRedekerの見解がある（本間靖規「職権探知主義について―人事訴訟手続を中心に―」井上治典先生追悼論集「民事紛争と手続理論の現在」（法律文化社、二〇〇八年）一三五頁）。

(19) 佐上・前掲注(14)四六頁。

(20) 司法研修所編『遺産分割事件の処理をめぐる諸問題』（法曹會、二〇〇八年）二二四頁。

(21) 最高裁判所事務総局編『遺産分割執務資料』五〇頁以下。遺産分割手続においては、裁判所が調査を尽くしても事実の存在が不



明である場合には、事実関係が不明なことによる不利益は、その主張する当事者が被るから、常に当事者は、客観的な立証責任を負っていることになる（「東京家裁遺産分割専門部における事件処理の実情」判例タイムズ一三三七号、三五頁）。遺産分割事件において、「特に、民事訴訟事項に該当する前提問題については、後述するように当事者に実質的な挙証責任を認めるような審理手続をとることが実際上も避け難く、適正迅速な事件処理の上からも、このような運用は望ましいといえよう」（司法研修所編『遺産分割手続運営の手引（上）』（法曹會、一九八三年）一九頁）。学説上、職権探知主義の下で、法適用をするために必要な事実が真偽不明な状態にあるという場合には、客観的立証責任という觀念が必要であるとする見解もある（三ヶ月章「民事訴訟法第二版」（弘文堂、一九八九年）四四五頁）。

(22) K. Peters, Das echte Streitverfahren im Bereich des FG, MDR 1952, S. 139.

(23) 「[二人]二人の当事者がいる。今まづ、私は聞かなかったのと同然である。『Hier sind zwei Parteien. Bis jetzt habe ich nicht mehr als eine gehört.』」の引用文は、今日、「他方もまた聴かれなければならない。『audiat et altera pars』」の法諺に集約されている。（Walter J. Habscheid, Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze, JR 1958, S. 361ff.）

(24) Helmut Keidel, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Dissertation, Köln 1964, S. 26.

(25) Helmut Keidel a. a. O., S. 27f.

(26) Helmut Keidel a. a. O., S. 57; Klaus Schleier, Rechtliches Gehör und (persönlich-)mündliche Anhörung, 1988, S. 22.

(27) Art. 91-1 Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.

2 Jeder wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte kann sich eines Verteidigers bedienen (Gesetz und Verordnungs Blatt, S. 333ff.).

その他「Verfassung des Freistaates Thüringen (vom. 25 oktober 1993) Art. 51-1, Verfassung der Provinz Sachsen Anhalt (vom. 10 Januar 1947) Art. 66, Verfassung des Landes Mecklenburg (vom. 16 Januar 1947) Art. 66」。

- (38) Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22 Aufl., vor §128 B II, Rdnr. 9; Johannes Bärmann Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, 1968, §17

### III.

- (29) FGG五〇条b第二項二文は、「意見聴取のときに、子供の発達、又は教育上、不利益が生じるおそれがないときに限り、子は、適切な方法で手続の対象と生じ得る結果が知らされなければならない。子供には、意見表明のための機会が与えられなければならない」と規定し、子に対して発言の機会を保障している。

- (30) Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit Kommentar zum FGG 15. Aufl., §12, Rdnr. 138, S. 358; Jansen, FGG Kommentar 3 Aufl., §12, Rdnr. 74, S. 318.

- (31) 中野・前掲注(1)参照。

- (32) Friedrich Lent, Grundriß der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1922, §8 IV, S. 32-35; ders, Juristische Kurz-lehrbucher Freiwillige Gerichtsbarkeit 2 Aufl., 1954, §13, S. 39-44; ders, Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZJP 66, 1953, S. 267ff; ders, Die wachsende Bedeutung der vorsorgenden Rechtspflege, DNotZ 1950, S. 320ff.

- (33) Helmut Keidel, a. a. O., S. 52.

- (34) Friedrich Lent, a. a. O. (Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit), S. 274.

- (35) K・ラーレンツ『第六版』法字方法論』米山隆訳（青山社）一九九八年）七四一、七四二頁。Karl Larenzは論文“Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung” S. 275ff, 299ff. において「規範的性質を有する原理を「原則」とし、規範的性質をもたない「原理」から区別してゐる。

- (36) Friedrich Lent, a. a. O. (Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit), S. 281f.

- (37) Hanswerner Müller, Anhörung der Beteiligten in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, NJW 1953, S. 1659f.

- (38) OLG Hamm 15. 12. 1949, Helmut Keidel, a. a. O., S. 53 参照°。
- (39) KG (15. 4. 1901), OLG 2, 499, Helmut Keidel, a. a. O., S. 58 参照°。
- (40) Karl. Peters Das echte streitverfahren im Bereich des FGG, MDR 1952, S. 137.
- (41) Helmut Keidel, a. a. O., S. 64.
- (42) Helmut Keidel, a. a. O., S. 65.
- (43) Baur Fritz, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1955, §19, S. 189—198.
- (44) Walter. J. Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit 7 Aufl., 1983, §20, S. 145—154.
- (45) Helmut Keidel, a. a. O., S. 67f; Klaus Schleicher, Rechtliches Gehör und (persönlich-)mündliche Anhörung, S. 201ff.
- (46) Paul Jansen, Wandlungen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1964; Jansen, FGG 3 Aufl., §12, Rn. 115, S. 330.
- (47) Franz Schlegelberger FGG 7Aufl., 1956, §12, Rdnr. 19.
- (48) B G B 二二七条（仮訳）  
遺言執行者の解任  
（一） 遺産裁判所は、関係人の申立てにより重大な理由が存在する場合に遺言執行者を解任することができる。特に、重大な義務違反、又は正式な事務管理のための行為能力が認められない場合である。  
（二） 遺言執行者は、その解任の前に、可能な限り、聴聞されなければならない。
- (49) BVerfGE 6, 12; 7, 95[98]; 8, 253[255]; 9, 89[96]; BayObLGZ 1961, 29.
- (50) Paul Jansen, a. a. O. (Wandlungen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit), S. 16f.
- (51) B G B 一八八六条（仮訳）

単独親権者の解任

家庭裁判所は、次の場合に単独後見人を解任しなければならない。職務の続行中、特に、後見人の義務違反行為、被後見人の利益を害する場合、§178I BGBに該当する事由が後見人に認められる場合である。

(52) Helmut Kollhosser, a. a. O. (Fn. 18), §4 V (S. 99–108).

(53) B G B 二三六〇条（仮訳）

- (一) 相続権についての法的争訟が係属する場合には、相続証明書の交付前に、申立人の相手方は聴聞されなければならない。
- (二) 相続権に基づく処分において、遺産裁判所に公的な証明書が提出されない場合には、相続証明書の交付前に、その処分の有効性について、相続財産の処分が無効であると主張する全ての者が聴取されなければならない。
- (三) これらの聴聞は、不適切である場合には必要的ではない。

(54) Helmut Kollhosser, Prüfe dein Wissen, 2002, S. 101.

(55) Johannes Bärmann, a. a. O., §17 III, S. 124.

(56) BverfGE 21, 139[145]; 9, 13.

(57) Helmut Kollhosser, a. a. O. (Fn. 18), §4 V, (S. 108).

(58) ボード・ピエロート／バルンハルト・シュリンク『現代ドイツ基本権』永田秀樹・松本和彦・倉田卓志訳（法律文化社、二〇〇一年）二四頁。ドイツ基本法一〇三条一項は、他の基本権との構成上、権利保護を求める基本権（積極的地位のいわば中心から生じる最も重要な請求権）を補強する関係にあり、その結果、派生的権利としての性質を有することになる。他面、基本権の積極的地位としての特性を有する手続的権利（Verfahrensrecht）であり、全ての裁判手続に通有する手続根本規範（Prozessuale Grundnorm）としての性質を有することになる。

- (59) BVerfGE 55, 1(6).
- (60) Keidel, a. a. O., §34, Rdnr. 7, Schmidt-Abmann, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art.19 IV, 1984, Rdnr. 1, 本間靖規「非訟手続における職権探知主義に関する覚書―ドイツ法を中心に」法政論集二二三号、三五二頁。
- (61) 世話事件や強制収容手続、子の福祉に関する事件に斟酌される手続資料に関しては、手続関係人の秘密保持の利益や福祉、健康についての配慮から、審尋保障の権利と国家の後見行為とのバランスが問われ、場合によっては、開示が禁じられ、重要な点や探知結果の内容を上手に工夫して知らせる方法をとるべきである（本間・前掲注⑥三三三頁参照）。
- (62) Fritz Bau, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153, S. 393ff.
- (63) Rüdiger Zuck, Wann verletzt ein Verstoß gegen ZPO-Vorschriften zugleich den Grundsatz rechtlichen Gehörs?, NJW 2005, S. 3754. 本間・前掲注⑥三五五頁。
- (64) BVerfGE 7, 55(57), Maunz Dürig, Grundgesetz Bd. IV, §103 I, Rdnr. 20.
- (65) Stein/Jonas/Leipold, a. a. O. vor §128 B II, Rdnr. 22.
- (66) Peter Lerche, Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör" ZZP 78, S. 1-3[119].
- (67) 紺谷浩司「民事手続における審問請求権（Anspruch auf rechtliches Gehör）について」政経論集一八巻一、二号五一頁所収、七三頁参照。
- (68) Ekkertard Schumann, Die Wahrung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs-Dauerauftrag für das BVerfG?, NJW 1985, S. 1134.
- (69) Gesetz über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Anhörungsrückengesetz) vom 9. 12. 2004, BGBl. 2004, 3220.

- 証  
書
- (1) Daniel Schnabl, Die Anhörungsrüge nach §321a ZPO, 2007, S. 162. 区検察廳に上訴し Nassel, ZRP, 2004, S. 164, 168.
- (2) Polap/Rensen Die Gehörsrüge (§321 a ZPO), 2004, S. 70.
- (3) Keidel, a. a. O., §44, Rdnr. 8 (S. 487ff).
- (4) Daniel Schnabl, a. a. O., S. 252.
- (5) Keidel, a. a. O., §28, Rdnr. 1 (S. 314).
- (6) BGH NJW 2005, S. 2624.
- (7) Keidel, a. a. O., §28, Rdnr. 1–10 (S. 314ff).
- (8) BVerfG NJW 2003, S. 3687.
- (9) Hartmut Rensen, Die Gehörsrüge nach In-Kraft-Treten des Anhörungsrügensgesetzes, MDR 2005, S. 181ff.
- (10) Max Vollkommer, Zur Einführung der Gehörsrüge in den Zivilprozess, FS für Schmann, S. 507ff.
- (11) Daniel Schnabl, a. a. O., S. 70–71, Fn. 219.
- (12) BVerfG Beschl. 20. 12. 1979 (NJW 1980, 1093).
- (13) BVerfG 78, 123.
- (14) BVerfG 42, 64.
- (15) BVerfG 4, 1, 7; 62, 189, 192; 80, 48, 51; 86, 59, 62; 87, 273, 278ff; 96, 189, 203.
- (16) Max Vollkommer, a. a. O., S. 530f.
- (17) Daniel Schnabl, a. a. O., S. 70.
- (18) Rüdiger Zuck, a. a. O., S. 3753.

⑧ BVerfGE 18, 85 (92f.) = NJW 1964, S. 1715.

⑨ Peter Lerche, Dunklere und hellere Seiten des Anspruchs auf rechtliches Gehör, FS für Andreas Heldrich, S. 1283ff.