

家事審判法改正の課題

駿河台大学総長

竹下守夫

I はじめに——家事審判法改正作業の開始

1. 家事審判法の全面的見直しとその背景

現在、法務省においては、家事審判法（昭和22年法律152号）の全面的見直し作業を開始すべく、その準備を進めているところである。今般、家事審判法の全面的見直しが企図されるに至ったのは、次のような諸事情を背景とするものである。

- (1) 家事審判法は、周知のとおり、第2次世界大戦後、「個人の尊厳と両性の本質的平等」の理念を指標として行われた民法（親族法・相続法）改正と同時に、その改正民法の趣旨を実現する手続法として制定^(注1)された。家事審判法が昭和23年（1948年）1月1日に施行されてから、昨年末で丁度60年が経過した。

この間、我が国の社会は、経済的に大きな変貌を遂げ、それと相俟って、家族をめぐる社会状況、国民の法意識は著しく変化した。厚生労働省の人口動態統計によれば、昭和25年（1950年）には、我が国の離婚件数は83,689件、親が離婚した未成年子の数は80,481人であったが、ピーク時の平成15年（2003年）には、それぞれ283,854件（3.39倍）、292,688人（3.64倍）に達し、平成18年（2006年）には、257,475件（3.08倍）、254,982人（3.17倍）

となっている。また児童相談所における児童虐待相談件数（対応件数）は、平成8年度（1996年度）には、まだ4,102件に止まっていたが、10年後の平成17年度（2005年度）には、34,472件（8.40倍）に著増している。他方、生殖医療の発展は、親子関係成立の多様な可能性に道を拓き、早急な立法的対応が求められている。^(注2) これらの事実は、家族をめぐるわれわれの法意識に変化をもたらさずにはおかない。と同時に、他面では、まさに夫婦・親子に関するわれわれの法意識の変化の反映でもある。

家事審判法は、これまでもその時々^(注3)の社会の需要に応じて、逐次一部改正を受けてきた。しかし、施行から60年を経た今日、上述のような社会的状況、国民の法意識の変化に対応するには、その全面的見直しこそが、家事審判制度あるいは家庭裁判所に対する国民の期待により良く応える所以であると思われる。これが、今般の全面的見直し作業開始の第一の背景である。

- (2) 次に、より直接的には、司法制度改革の一環として行われた人事訴訟の家庭裁判所への移管とそれに伴う新しい人事訴訟法（平成15年法律109号）の制定（平成16年4月1日施行）という事情がある。家事審判についていえば、これまでは、人事訴訟は地方裁判所の所管であったから、家庭裁判所で行われる家事審判手続の規律と地方裁判所で行われる人事訴訟手続の規律は、いわば没交渉でありえた。両者の違いは、訴訟手続と非訟手続との違いというだけではなく、暗黙裡に地方裁判所と家庭裁判所という裁判所の性格の違い——例えば、地方裁判所は法律に従って厳格な事件処理をする裁判所であるのに対して、家庭裁判所は後見の見地から裁量的・弾力的手続運営を行う裁判所というように——とし

でも是認されてきた面があったように思われる。しかし、人事訴訟も家庭裁判所が所管することになった以上、離婚や婚姻取消訴訟の附帯処分として財産分与や子の監護に関する処分を行う手続の規律と家事審判として同種の処分を行う手続の規律が違ってよいかは、改めて検討しなければならない。家事調停についても、これまでは調停不成立となれば、地方裁判所に人事訴訟の訴えを提起しなければならなかったのが、いまや同じ家庭裁判所に訴えを提起することで足りることとなった。このことを受けて、家事調停はいかにあるべきかを改めて慎重に検討する必要性が生じたといえよう。

- (3) 最後に、民事手続法所管官庁である法務省の立法体制の事情がある。法務省は、昭和54年に、第2次大戦前から引き継いだ強制執行法の全面的改正作業を、民事執行法（昭和54年法律4号）制定という形で完成させた後、民事保全法（平成元年法律91号）、民事訴訟法（平成8年法律109号）、倒産諸法（民事再生法〔平成11年法律225号〕、会社更生法〔平成14年法律154号〕、破産法〔平成16年法律75号〕）の各制定として押し進めてきた。これによって戦前に制定され、内容的にも現在の我が国社会の現状に適合せず、また形式的にも片仮名文語体で一般国民に親しみにくかった、民事手続に関する基本法の全面的見直し作業をほぼ終えることができた。そこで、漸く、戦後の立法ではあるが、すでに制定以来60年を超えた家事審判法を、非訟事件手続に関する基本法である非訟事件手続法第一編（総則）と合わせて、全面的に見直す体制を整備することが可能になったのである。

そこで、今回の作業は、非訟事件手続法第一編に目を向ければ、

民事手続基本法の全面的見直し作業の最終ランナーということになるが、家事審判法に焦点を合わせれば、戦後に制定された民事手続基本法改正のトップランナーということができる。

2. 本稿の目的

本稿は、家事審判法の全面的改正作業が開始されようとしている時に当たり、その主な立法課題を指摘し、合わせて改正の方向を探ることを目的としている。しかし、取り上げる課題は、家事審判に関する、しかもとくに重要と思われるものに限定せざるをえない。家事調停についても、勿論、新たな立法課題がないわけではないが、現在、わたくしにはその用意がないし、人事訴訟の家庭裁判所移管後の家事調停については、運用の問題がより一層重要であると考えからである。また改正の方向は極めて大まかなものを示すに止まらざるをえない。^(注4)

(注1) 家事審判制度の成立過程については、内藤頼博「家庭裁判所の沿革」中川善之助ほか編『家事裁判（家族問題と家族法Ⅶ）』77頁（1957年）、山木戸克己「審判」同上213頁、堀内節『家事審判制度の研究』（1970年）、同『続家事審判制度の研究』（1976年）など。

(注2) 最判平成19年3月23日民集61巻2号619頁（ネバダ代理母事件）。また最判平成18年9月4日民集60巻7号2567頁（男性死亡後保存精子を用いて人工受精により女性が懐胎・出産した事件）参照。

(注3) 家庭裁判所の設置（昭和23年）、家事調査官の配置（昭和26年）、家庭裁判所調査官への統合（昭和31年）、審判前保全処分制度の整備（昭和55年）、家事調停官制度の新設（平成15年）に伴う各改正など。詳細は、最高裁判所事務総局『家庭裁判所50年の概観』（家庭裁判資料174号）329頁以下（2000年）。

(注4) 本稿における文献の引用は、網羅的ではなく、恣意的の誹りを免れない。関係各位にご海容のほどお願いする。なお、筆者は、現在、法務省特別顧問の地位にあるが、本稿は、言うまでもなく、筆者の個人的意見である。

II 立法形式の見直し

1. 法律事項と規則事項との見直し

(1) 家事審判法の全面的改正に際し、まず取り上げるべき課題としては、法律事項と規則事項との見直しがある。現行家事審判法は、家事審判、家事調停に関する基本的事項を定めるのみで、その詳細を家事審判規則（昭和22年最高裁規則15号）及び特別家事審判規則（昭和22年最高裁規則16号）に譲っている。これは、当時の立法関係者が、日本国憲法によって、初めて最高裁判所に与えられた裁判所規則制定権（憲法77条）の所掌事項の範囲を、英米法の伝統に準じて、広く解する立場に立っていたことによるものと推定される。

しかし、学説上は、日本国憲法が定める裁判所規則の所管事項のうち、訴訟手続に関する事項は、一般的に裁判所規則と法律との競合的所管に属し、法律によって訴訟手続を定めることができるのは^(注5)勿論、むしろ、同一事項につき法律と裁判所規則とが競合した場合には、日本国憲法41条の定めをも考慮して、法律が裁判所規則に優先すると解する（法律優位説）^(注6)のが通説である。このことを前提とすると、ここに訴訟手続に関する事項とは、主として、訴の提起から終局的裁判に至る手続過程を組成する裁判所・

当事者等の訴訟行為の方式，時期などを指し，裁判所の権限（例えば，管轄），裁判の実体形成に直接関係する事項（例えば，証拠法則），当事者の訴訟関与能力（例えば，当事者能力・訴訟能力）などはこれに含まれず，法律の専管事項であると解すべきように思われる^(注7)。

現在では，最高裁判所自身も，概ね同様の解釈によっているものと思われる。上述の民事手続に関する基本法の整備と合わせて制定された，民事執行規則，民事保全規則，民事訴訟規則，倒産関連諸規則，人事訴訟規則などの内容は，法律の委任による場合以外は，概ねこの範囲に止まっているといえる。

- (2) このような立場に立って現在の家事審判規則，特別家事審判規則の定める事項のうち何を法律に移すべきかは，最終的には個別に検討すべき問題であるが，少なくとも裁判所の管轄・移送，手続の非公開，職権調査・証拠調べ（家庭裁判所調査官の事実調査・医師の診断を含む），社会福祉機関等の関係機関との連絡，裁判に対する不服申立ての可否・許される場合の申立権者の範囲，利害関係人の参加，審判・調停前の保全処分の内容・効力・これに対する不服申立てなどは，法律で規定すべきである。

そうすると，家事審判法は，大幅に条数が増え，編別構成も新しくなると思われる。特別家事審判規則所定の事項中，法律に移すべきものについては，特別家事審判法という特別法を制定するか，家事審判法中に取り込むかは，立法技術上の問題であるが，国民の視点に立って理解し易い方を選ぶべきものと思う。

2. 自己完結的家事審判法の制定

いま一つ立法技術的ではあるが，重要な課題として，新しい家事

審判法と非訟事件手続法（第一編総則）との関係をいかにするかとの問題がある。現行家事審判法は、第7条により、「特別の定めがある場合を除いて、審判及び調停に関しては、その性質に反しない限り、非訟事件手続法第一編の規定を準用する。」と定めている。確かに、理論上は、家事審判、家事調停も非訟事件の一種であると解されているから、法体系上は、非訟事件手続法の総則が「準用」されてもおかしくないし、むしろそうあってしかるべきだといえるかもしれない。

しかし、とりわけ一般の国民が利用する家事審判・家事調停に関する手続法は、国民の目からみて分かり易いものでなければならない。法律家にとっては、法の体系性は尊重すべき価値であるが、手続を利用し、その手続を定めた法律を理解しようとする国民にとっては、分かり易さの方がより重要な価値である。他の法律の規定が準用され、その法律を調べなければならないというだけでも、一般の国民には負担である上に、「非訟事件手続法」という通常の日本語としては意味の分からない法律の準用では、専門家が設けた一般国民に対する参入障壁に近い。しかも、その法律家にとっても、「その性質に反しない限り」の「準用」という定めが、手続の運用に際し、多くの困難な問題をもたらしていることは、改めて指摘するまでもない。

このように考えると、折角新しい家事審判法を定めようとするのであれば、現在、非訟事件手続法第一編の「準用」として処理している事項をも、家事審判法の総則に、家事審判法に相応しい内容と分かり易い表現で規定し、家事審判・家事調停に関する法律事項を、すべて家事審判法（及び特別家事審判法）に書き切ってしまうこと

が望ましい。確かに、そのような立法形式にすれば、非訟事件手続法と家事審判法との間に、いくつかの規定の重複が生ずるかもしれない。しかし、準用の趣旨・範囲について疑義がなくなる規定も少なくない筈であるし、「準用の準用」（非訟法10条・25条）という難点が解消するメリットもある。「準用の準用」が、いかに理解を困難にするかは、後述の最高裁判所の近時の判例を見ても明らかである。家庭裁判所が一層国民に親しまれる裁判所であるためにも、ここは立法関係者に格別の配慮を望みたい。

(注5) 最判昭和30年4月22日刑集9巻5号911頁は、法律によって刑事手続を定めることは憲法違反ではないとする。

(注6) 法学協会編『注解日本国憲法（下）』1154頁（1954年）、伊藤正巳『憲法（第三版）』678頁（2003年）、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第三版）』323頁（2002年）、兼子一＝竹下守夫『裁判法〔第四版〕』119頁（2002年）など。なお、近時にあって、法律・規則同位説を支持するのは、佐藤幸治『憲法〔第三版〕』324頁。

(注7) 兼子＝竹下『前掲（注6）』119頁。また手続の公開・非公開、職権探知などの審理の基本原則に係る事項も、法律で規定すべきであろう。

Ⅲ 家事審判事件の範囲の見直し

1. 訴訟事件と審判事件との範囲の見直し

家事審判法の全面的見直し作業の第2の課題は、家事審判事件の範囲の見直しである。これには、訴訟事件と審判事件との範囲の見直しと、審判事件内部での甲類事件と乙類事件との範囲の見直しとがある。

訴訟事件と非訟事件との区別の基準に関しては、周知のとおり、古くから学説上争いがあり、いまだ決着がついていない。しかし、現在訴訟事件（具体的には、人事訴訟法第2条の定める訴訟事件）とされているものを、実体法の変更なしに家事審判事件とすることは考えられないから、ここでの問題は、現在家事審判事件とされているものの中に、訴訟事件とすべきものがあるかである。その際、訴訟事件と非訟事件との区別が、学説上多岐に分かれている現状からすれば、今回の立法作業との関係では、一応最高裁判所の判例の見解を基準とするのが妥当であり、かつ実践的であるといえる。ただ、その際、区別の基準を実体法の規定の形式のみではなく、実質的な考慮、つまり当該法律関係が内容の確定した権利義務ないし法的地位として市民法上確立していると認められるか、それともその法律関係の性質上その内容又はその形成自体が個々の具体的場合における諸事情を斟酌した上、非公開の場でなされる裁判所の裁量的判断に委ねるのを相当とするか、との区別にも留意すべきである。^(注8)

そうすると、家事審判の合憲性に関する周知の代表的判例によれば、「法律上の実体的権利義務を確定することが固有の司法権の主たる作用」であって、「終局的に事実を確定し、当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定する裁判」をするのが、「純然たる訴訟事件」であり、これに対して、裁判所が「後見的立場から、合目的の見地に立って、裁量権を行使してその〔権利義務の〕具体的内容を形成する」裁判をするのが、非訟事件であるとされている。^(注9)

この基準によって、現在家事審判事件とされている各事件を検討すると、すでに以前から指摘されていると^(注10)おり、家事審判法9条1項乙類9号の民法892条ないし894条の推定相続人の廃除は、人事訴

訟事件とすべきではないかが疑われる。婚姻費用分担の審判を合憲と認めた昭和40年6月30日の最高裁大法廷決定における田中二郎裁判官の意見においても、「推定相続人の廃除等のように、基本的人権の侵害につながるような事項については、通常訴訟の途を開いておくことが憲法上の要請であると解すべきであろう。」と述べられている。

確かに、最高裁判所は、二度にわたり、推定相続人の廃除事件は非訟事件であって、家事審判手続で審理・裁判しても違憲の問題を生じないと判示してきた（最判昭和59年3月22日家裁月報36巻10号79頁。同旨、最判昭和55年7月10日家裁月報33巻1号66頁）。その理由とするところは、「民法892条の規定によれば、……その趣旨は、右規定に定める要件がある場合に被相続人に実体法上の廃除権ないし廃除請求権を付与し、家庭裁判所を介してこれを行使せしめるものとしたのではなく、形式上右要件に該当する場合であっても、なお家庭裁判所をして被相続人側の宥恕、相続人側の改心等諸般の事情を総合的に考察して廃除することが相当であるかどうかを判断せしめようとしたものである」というにある。また学説上も、非訟事件説が少なくない。^(注11)しかし、民法892条を虚心坦懐に読めば、同条の定める具体的要件——それは「正当の事由」「婚姻を継続し難い重大な事由」などより具体的である——があれば、被相続人が推定相続人を実体法上の権利として廃除することができるとの趣旨と解されるのではあるまいか。被相続人が、推定相続人から重大な侮辱を受けたと主張して、裁判所にその廃除を請求し、重大な侮辱があったと認められるのに、裁判所が裁量によって——例えば、改悛の情を示しているから宥恕すべきだとして——その請求を排斥す

ることを許容したものとは解し得ないと思われる。実質的に考えても、推定相続人の廃除は、被相続人の側からいえば、法定の要件の下での自己の財産の処分の自由の問題であり、推定相続人の側からいえば、期待権とはいっても条件付の財産取得権の喪失の問題である。民法892条が、このように内容が具体的に確定し市民法上確立した被相続人の財産処分の自由を、裁判所の裁量によって制限することを許容したのだとしたら、それでも憲法29条1項に違反しないかは、著しく疑わしいように思う。そう考えると、相続人廃除事件は、従来の最高裁大法廷の定立した基準から言えば、「純然たる訴訟事件」と見るべきように思われる。いずれにせよ家事審判法の全面的見直しに当たっては、慎重に検討すべき課題である。

2. 甲類事件と乙類事件との範囲の見直し

現行家事審判法制定時の資料から見る限り、当時の立法関係者は、甲類事件と乙類事件との区別の基準を、調停に付することが出来るか否かに求めていたといつてよいように思われる。^(注12) それにも拘わらず、学説上は、両者の区別を争訟性ないし紛争性の有無ないし強弱に求め、甲類事件は争訟性がないもしくは弱く、乙類事件は争訟性があるもしくは強い事件であると説く見解が多い。^(注13)

これは、すでに早い時期から家庭裁判所の実務においては、乙類事件は一般に争訟性が強く、二当事者間の利益対立が厳しいところから、この種の事件の審判手続を憲法上の適正手続の要請に適うようにするには、甲類事件とは区別して、当事者の手続上の権利を強く保障する必要があることが意識され、^(注14) そのために争訟性の有無・強弱を区別の基準として説いたものと思われる。つまり、争訟性の有無は、現行法上の甲類事件と乙類事件の区別を整合的に説明する

ためというよりは、乙類事件の審判手続を甲類事件のそれとは異なるように——立法的にあるいは運用上——規律するという実践的意図をもって説かれてきたと理解すべきものと思う。両事件の本来の区別の基準である調停手続に付しうるか否かは、それ自体では、両事件の審判手続の在り方については何も語るところがないからである。

ところが、乙類事件の特質を争訟性に求める多数説の見解に対しては、しばしば甲類事件にも争訟性の認められるものがあるとの批判が加えられている。そして、確かに、甲類事件の中にも、例えば、親権又は管理権の喪失宣告及びその取消し事件（家審9条1項甲類12号）、後見人等の解任事件（同16号）のように、争訟性を認めうる事件があることは否定し難いように見える。しかし、多数説が乙類事件の特質を争訟性に求めているのが、上述のような実践的意図によるものとすれば、この批判は、甲類事件のうちにも、乙類事件と同様の手続的規律に服すべきものがあると指摘しているに過ぎない。争訟性を共通の特色とする乙類事件の審判手続をどう規律すべきかを関心事とする多数説に対する批判としては、的外れのように思われる。

少なくとも家事審判法の見直し作業においては、この批判は余り意味を持たない。もし乙類事件に特有の審判手続を設けるとすれば——私見では、特有の審判手続を設けるのが相当と思う——、まず現在の乙類事件を規律対象と措定して、それらに共通に適用されるべき審判手続を定め、その後、現在の甲類事件の中にも、この手続によって審判すべきもの（乙類事件に移すべきもの）があるか否かを個別に検討すれば足りるからである。^(注15) その結果、仮に乙類事件の

中に調停に親しまない事件が組み入れられることになれば、それは付調停に関する規定で、例外を定めれば済むことである。また現在の乙類事件（いわゆる見做し乙類事件を含め）の中に、仮に乙類事件に特有な手続の適用を受けるのを相当としない事件があれば、それは甲類に移すべきことになる。

この意味で、家事審判法の見直しにより、乙類事件に特有の審判手続を設けるとすれば、甲類事件と乙類事件との範囲の見直しもまた必要となる。

(注8) 本文に述べた実質的区別は、小島武司「非訟化の限界」中央大学80周年記念論文集338頁（1965年）、鈴木正裕「非訟事件と形成の裁判」『新・実務民事訴訟法講座(8)』11頁（1981年）、新堂幸司「訴訟と非訟」『民事訴訟法の争点 [第3版]』12頁（1998年）、渡瀬勲「非訟事件についての一考察（一）」判例タイムズ190号3頁（1966年）から示唆を受けたものである。

(注9) 最決大法廷昭和40年6月30日民集19卷4号1089頁、最決大法廷昭和40年6月30日民集19卷4号1114頁など。

(注10) 兼子一「人事訴訟」中川善之助ほか編『家事裁判（家族問題と家族法Ⅶ）』187頁（1957年）、鈴木（正）「前掲（注8）」25頁。

(注11) 鈴木忠一「非訟事件の裁判の既判力」『非訟事件の裁判の既判力』53頁（1961年）、中川善之助＝泉久雄編『新版注釈民法(26)』323頁（1992年）、渡瀬「前掲（注8）」判例タイムズ190号8頁など。

(注12) 堀内『前掲（注1）家事審判制度の研究』413頁及び同書427頁掲記の「家事審判法質疑応答資料」第9条の箇所。

(注13) 山木戸克己『家事審判法』24頁（1958年）、野田愛子「家事審判制度の総則的課題」『講座・実務家事審判法1巻』10頁（1989年）、井上哲男「乙類審判事件における職権探知と適正手続の具体的運用」『同書』128頁、

小田正二「乙類審判における当事者主義的運用」判例タイムズ1100号564頁（2002年），梶村太市＝徳田和幸編『家事事件手続法（第2版）』370頁〔大橋真弓〕（2007年）など。これに対して，斎藤秀夫＝菊池信男編『注解家事審判法（改訂版）』120頁〔高島義郎〕（1992年），佐上善和『家事審判法』57頁（2007年）は，紛争性の有無は両者の区別の絶対的基準になり得ないという。

（注14） 東京家庭裁判所編『家庭裁判所の制度と展望——家庭裁判所制度二十周年記念』246頁（1970年）は，家庭裁判所制度の発足後20年の時点で，すでに，それまでの経験を踏まえ，乙類審判事件については，立法により甲類事件とは異なる手続を設け，当事者の審問請求権，証拠調べ請求権，証拠調べへの立会い権などを保障し，また当事者公開とすることを考慮すべし，と説いていた。

（注15） その際，申立てを認容する審判に対して第三者に（も）抗告権が認められ，第三者が抗告をした結果，抗告審で，第一審の申立人と抗告人との間に利害対立を生ずる場合をも，甲類事件で争訟性がある例として挙げられることがある（佐上『前掲（注13）』57頁）。しかし，これは，家庭裁判所の審判事件としての争訟性とは，別問題であり，その場合に，いかなる手続で裁判するかは抗告審の審理の在り方の問題である。

IV 審判機関の在り方の見直し

1. 審判機関の構成・名称・参与員の関与

審判機関の在り方も，家事審判法の全面的見直し作業の課題の一つである。しかし，審判機関については，家事審判を行う裁判官を家事審判官と呼称し（家審2条），家事審判は，原則として家事審判官が一人で行うとする現行法の定め（裁31条の4第1項）を維持すべきものと思う。参与員については，実務上，審判手続への関与

率は一般に高いとはいえず、おおむね13～14パーセントにとどまるようである。また家事審判に参与する参与員は、沿革的には国民の司法参加というよりは、家事審判官を補佐ないし補助する意味において国民の良識を審判に反映させる制度としての色彩が強いことも確かである。^(注16)しかし、同じ家庭裁判所で行われる人事訴訟においては、国民主権を理念的基礎とする新しい国民の司法参加制度として参与員制度が導入されたところであり、家事審判の参与員も、現在においては、これと同じ位置付けになるものと思う。その上で、人事訴訟法の規律（人訴9条1項）と同じに改めるか、従来の規律（家審3条1項）を維持するかを考慮すべきこととなるが、法の規定の上でのみ原則的参与と定めても、現実に参与員の参与を相当とし、また必要とする事件が多くないのであれば、人事訴訟法の規律に合わせることも十分考えられるところである。

2. 管轄・移送

(1) 家事審判事件の管轄は、家事審判規則4条の定める自庁処理を含め、おおむね現行家事審判規則・特別家事審判規則の定めるところを維持して差し支えないと思われる。乙類事件については、調停事件との均衡に配慮して（家審規129条1項）、管轄の合意を認めるべきかが問題となりうる。しかし、調停の場合は、管轄の合意を認めなければ、一律に相手方の住所地の家庭裁判所の管轄となってしまうから、合意による修正を認める必要があるのに対し、審判の場合は、各事件の性質を考慮し、それに相応しい地の家庭裁判所に管轄権を認めているし、また自庁処理・他庁への移送も認められているから（家審規4条1項但・2項）、調停との均衡を図って管轄の合意を認める必要に乏しい。

(2) 移送については、家庭裁判所と地方裁判所との間の移送の問題がある。周知のように、判例は、準禁治産宣告を受けた者が国を被告として、地方裁判所に準禁治産宣告の取消しの訴えを提起した事案に付き、民事訴訟法の管轄違いを理由とする移送の規定は、「訴訟事件についての移送に関する規定たるにとどまり、原則として、移送された訴訟事件が移送された裁判所においても訴訟手続によつて処理されることを前提としているもの」であつて、「審判事件が訴訟事件として裁判所に提起された場合、特別の規定のない限り……これを他の管轄裁判所に移送することは許されないと解するのが相当である。」と判示し（最判昭和38年11月15日民集17巻11号1364頁）、また離婚の訴えに対する附帯の請求として未成年子の扶養料及び婚姻費用の請求をした事件につき、同旨を繰り返して、これらの請求を他の裁判所、つまり家庭裁判所に移送することは許されないとしている（最判昭和44年2月20日民集23巻2号399頁）。

しかし、人事訴訟が家庭裁判所に移管された現在、これらの判決の考え方をなお維持すべきかは、再検討の余地があると思う。現在では、人事訴訟事件が地方裁判所に提起され、あるいは地方裁判所の管轄に属する事件の訴えが家庭裁判所に提起された場合には、家庭裁判所と地方裁判所との間であつても、相互に移送すべきことに異論はないと思われ^(注17)。他方、審判事件と訴訟事件とは事件の性質及び審判手続きが異なるから、審判事件として受理した事件を、訴訟事件として審判させるため他の裁判所に移送することはできないとい^(注18)うと、家庭裁判所相互間でも移送ができないことになろう。つまり、本来人事訴訟であるべき事件につき、

誤って家事審判の申立てがなされた場合に、これを受理した家庭裁判所が、人事訴訟の（専属）管轄を有する他の家庭裁判所（人訴4条）に移送することも、逆に、審判事件につき、ある家庭裁判所に人事訴訟として訴えが提起された場合に、家事審判の管轄家庭裁判所に移送することもできないことになる。昭和38年判決の事案は、今に引き直せば、むしろ保佐開始の審判取消しの訴えを家庭裁判所に提起したのに等しい。これらの場合に移送を認めないとすれば、裁判所の管轄の不知を当事者の不利益（期間遵守の効力の消滅・再度申立ての負担）に帰せしめるべきでないとして管轄違いの移送を認めた法の趣旨に反するようと思われる。そこで、もしこれらの場合に移送を認めるというのであれば、移送先が地方裁判所であり、あるいは受訴裁判所が地方裁判所であっても変わりがない筈である。

ただ、このような移送が、通常の移送と異なる特殊なものであることは確かであるから、これを認めるのであれば、移送を受けた裁判所において、訴訟事件を審判事件に、また審判事件を訴訟事件に改めるための特別の補正を認める規定を整備する必要があると思う。通常の訴状審査（民訴137条）または申立書の審査による補正の範囲を超える問題であるからである。また移送の決定には、その理由として訴訟事件を審判事件に、審判事件を訴訟事件に改めることを前提とした移送であることを示すことになる。そうでなければ、受移送裁判所の管轄を基礎づけられないからである。その場合、移送の裁判の拘束力は、管轄の判断についてのみ生ずるのか、事件の性質決定についても生ずるのかが問題となるが、いずれについても拘束力を認めて差し支えないものと

思う。

このような特殊な移送を認めるのではなく、むしろ事件を受理した裁判所で特別な補正をした上で、通常の移送をするとの選択肢もありうるかもしれない。

(注16) 参与員制度の沿革については、野田愛子「人事訴訟の家庭裁判所移管と参与員制度」野田愛子=安倍嘉人監修『人事訴訟法概説』172頁(2004年)、竹下守夫「家庭裁判所と国民の司法参加」家裁月報56巻4号22頁(2004年)参照。

(注17) 判例は、職分管轄の一種である審級管轄についても、管轄違いによる移送を認める。最判昭和25年11月17日民集4巻11号603頁、最決昭和23年5月13日民集2巻5号112頁。

(注18) 従来の議論では必ずしも明確にされてこなかったように思うが、問題は、審判事件として受理した事件を、訴訟事件として審理・判決させるための移送、訴訟事件として受理した事件を審判事件として審理・裁判させるための移送の可否である。いわゆる窓口指導で、本来の性質の事件として受理したのであれば、移送できることは当然である。また移送という以上は、申立てが受理され、訴訟係属ないし手続係属が生じていることが前提となる筈である。

V 当事者概念の採否

1. 関係人と当事者

(1) 家事審判についても「当事者」という概念を認めるか否かは、家事審判法の全面的見直しに際しての重要な課題の一つである。従来、家事審判については、民事訴訟と異なり、二当事者対立構

造がとられていないこと、主体的に手続に関与する者と裁判の名宛人になる者又は裁判の効力を受ける者とが異なる事件類型があること、職権で手続が開始される事件があることなどを理由として、「当事者」概念を否定し、これに代えて、「必ずしも主体的ではなしに、その名において手続に関与する者」の意味で、「関係人」という概念を用いるべきであるとする見解が有力に主張されてきた。^(注19) 他方、家事審判ないし非訟事件においても「当事者」概念を認めるべきであるとの見解も少なくない。^(注20) そこで、家事審判法を全面的に見直して、手続関与者に関する規律を定めようとする^(注21)と、「当事者」概念を使用することが家事審判法見直しの趣旨から見て適切であるのか、それとも「関係人」概念を用いるべきかが問題となる。

- (2) これまでの研究によると、家事審判における手続関与者には、申立事件についていうと、①申立人、②相手方、③上記①②以外の者で、審判がその者の法的地位に変動をもたらす内容を有する場合の、その対象者、例えば、後見開始審判の場合における被後見人、失踪宣告の審判の場合における不在者（失踪者）など、しばしば「審判の内容上の名宛人」と呼ばれる者、④同じく①②以外の者で、審判により一定の権限を持つ地位に任命され又はその地位から解任等をされる者、例えば、特別代理人選任の審判の場合における特別代理人、親族等の申立による後見人選任又は解任の審判の場合における後見人など、しばしば「審判の直接の名宛人」と呼ばれる者、⑤審判が直接にその者の法的地位に変動をもたらすわけではないが、その者の監護・財産の管理などを行うべき者の法的地位に変動を生ずる結果、間接的に影響をうける者、

例えば、子の監護者の指定その他の子の監護に関する審判又は親権者の変更の審判の場合における子（家審規54条・72条参照）、後見人・後見監督人の解任の審判の場合における被後見人（同86条・92条による同76条の準用参照）など、「事件本人」「本人」とも呼ばれる者、⑥裁判所が参加を命じた参加人又は裁判所の許可を得て自ら参加した参加人（家審12条，家審規14条）があるとされている。^(注22) また職権による事件では、裁判所の命令による参加人のほか、上記④に相当する審判の直接の名宛人が主要なものであるが、⑤の事件本人に相当する者もありうる^(注23)といわれる。

2. 手続権の保障と当事者の範囲

- (1) 今回家事審判法を全面的に見直して、新たに審判手続の規律を定め直すに際しての重要な視点の一つは、後述のとおり、審問（審尋）請求権，証拠調べへの立会権，記録の閲覧権などの手続権を、いかなる手続関与者に、どの範囲で保障するかにある。「当事者」概念を認めることの最も重要な意義は、この視点に立って、上述の利害関係人のうち、審判手続の主体としての地位を認め、少なくとも甲類事件，乙類事件のそれぞれについて、一定範囲の手続権を一律に保障する者と、個別の場合ごとにそれぞれの手続権を個別に保障する者とを、実定法上区分するところにあるものと思う。

確かに、家事審判は、裁判所が、職権で事実を調査し、それに基づいて後見的地から裁量権を行使して私人間の法律関係を形成する裁判を行うものである。また家事審判には、甲類・乙類の区別があるほか、それぞれその内部に多様な事件が含まれ、上記のように一律に一定範囲の手続権を保障すべき者その他の者と

を区別し得ないのではないかとの疑問もありうる。しかし、それだからといって、個人の尊厳に最高の価値を置き、基本的人権を保障している日本国憲法の下で、家事審判手続においても、裁判所が職権で事実を調査し、後見的・裁量的見地から裁判をするからといって、手続関与者を、すべて職権調査の対象にとどまり、あるいは審判の情報源に過ぎないとみなすことは許されないであろう。自己の意思に基づいて、手続を開始させ、審判を求め、手続を進行する者には、手続の主体としての地位を認め、それに相応しい手続上の権利が認められてしかるべきである。家事審判事件には多様な性質のものが含まれ、多様な利害関係人がいることは、このような手続の主体としての地位を認めるべき者とそれ以外の者との区別を困難にはするが、不可能にするわけではない。

- (2) 家事審判も、圧倒的多数の場合には、申立人の申立てによって開始され、申立人の求める事項につき、職権で実施した事実調査の結果のほか、申立人（又はその相手方）の提出した資料に基づいて、審判がなされ、申立人に告知されるものと思われる。甲類事件では、申立人は、常に家事審判法13条所定の「審判を受ける者」に当たるとは限らないと解されているが、それは審判の効力^(注24)の発生要件としての告知を受ける者に相当しないとの意味であって、申立てに対する回答としての審判の告知は常に申立人にもなされるべきである^(注25)。この意味において、まず申立人は、審判手続の主体と呼ぶに相応しく、それ故、当事者として一定範囲の手続権を保障されてしかるべきものと考えられる。もともと、甲類事件の中には、後見人・後見監督人の選任・解任事件（家審9条1項甲14号・16号、民843条2項3項・846条・849条・849条の2・846

条・852条)のように職権でも手続を開始すべき事件, 利益相反の場合の特別代理人の選任事件(家審9条1項甲10号, 民826条)のように申立てが法律上義務付けられている事件も含まれており, これらは職権による事件の一種に数えられている。これらの場合には, 裁判所の実事調査が一般の場合よりも, より積極的に行われ, 申立人の活動の能動性が弱くなることが予想される。しかし, 現実に申立人の申立てによって手続が開始され, 申立人からも裁判資料が提出され, 申立人に審判の告知がなされるのであるから, これらの場合にも, 申立人に手続の主体としての地位を認めて差し支えないように思う。ただ, 仮に, これらの申立人のうちに, 他の場合と同じ範囲における手続権を保障することが相当でない者がいれば, それは明文で除外例を定めることによって対処しえよう。

- (3) 次に, 乙類事件では, 調停を経た場合には勿論, そうでない場合にも, 調停に付することができなければならないから(家審11条), 実務上, 審判申立書には, 常に, 相手方が記載されていると思われるし(家審11条, 家審規129条1項参照), 少なくとも立法論としては, 相手方を審判申立書の必要的記載事項とすべきである。甲類事件では, 相手方の記載を, すべての事件の審判申立書の必要的記載事項とすることは不可能であるが, 後見人・後見監督人・遺言執行者の解任を第三者が請求する事件(家審9条1項甲16号・37号)のように, 典型的に利害の対立が予想される事件については, 相手方の記載を要求し, あるいは裁判所が, 解任などその地位の喪失を求められている者を, 参加させて相手方の地位に就かせることも考えられる。

いずれにせよ、相手方も、申立人と対等の立場に立つものとして、手続の主体であり、当事者と認めるべきものと思う。

(4) さらに裁判所の参加命令（家審12条）により参加した者も、手続の主体として、当事者に含まれると考えるべきように思う。通説は、家事審判手続における強制参加にも、当事者参加的なものと補助参加的なものがあると認めているが、^(注26)補助参加は、いうまでもなく第三者が自己の利益を守るため当事者の一方を勝訴させるために参加するものである（民訴42条）。しかし、家事審判において、事件全体の完全な解決を得るため職権で第三者を参加させるのであれば、参加後の手続で当事者たる地位を持ち得ないような第三者を強制的に参加させる必要があるとは思われない。これに対して、第三者が参加する場合には（家審規14条）、当事者参加的なものと補助参加的なものがありうるので、裁判所は、参加を許可するに際し、そのいずれとして許可するのかを明らかにすべきものと思う。現在でも、本来事件の当事者たるべき者が参加を申し出たときは、裁量の余地なく、参加を許可すべきであると解されているから、^(注27)内部的には区別されていることになる。当事者として参加を許可された者は、ここでいう当事者に含まれる。

(5) 以上によると、審判手続の当事者と認めるべき者は、申立人、相手方、強制参加人及び当事者として参加することを許可された者となる。これに対し、上述の手続関与者のうち、③「審判の内容上の名宛人」、④「審判の直接の名宛人」、⑤「事件本人」「本人」等と呼ばれる者は、審判の法的効力により、その法的地位に変動を受ける者（③及び④）又はその者の監護・財産管理などに

実際上の影響を受けるもの(⑤)ではあるが、手続上審判を求め、裁判資料を提出し、手続を進行するという意味での手続主体とは言い難い。したがって、これらの者も、審判前に審尋を受ける権利を保障される必要はあるが、証拠調べへの立会権、記録の閲覧権などの保障の点では、上記の当事者と区別されてしかるべきである。そこで、これらの者は、当事者以外の関係人と呼ぶべきことになる。ただ、とくに審判の直接の名宛人とされる者の中には、後見人等又は遺言執行者の解任事件における後見人等・遺言執行者のように、手続進行中にこれに主体的に関与させ、申立人等と同様の手続権を保障することを相当とするものがありうると予想される。その場合には、これらの者を申立てに際して相手方とすべきことにするか、あるいは必要的に強制参加させて当事者とすることにより、対処すべきことになる。従来、家事審判についても、当事者概念を認めるべしと説く多くの論者にあっても、その範囲は上述の手続関与者のすべてに及んでおり、これでは、関係人概念を当事者に置き換えたに過ぎず、当事者概念を認める実益に乏しいように思われる。なお、以上は、さきに述べたように手続権の保障の範囲との観点から、手続主体として当事者と認めるべき者の範囲を定めたものであり、裁判官の除斥(民訴23条)に関する規定など個々の規定の適用上、いかなる範囲の者を当事者と認めるべきかは、その規定の趣旨によって定められるべき解釈問題である。これに対して、当事者能力や審判行為能力は、本来、上記の当事者(及び任意参加人)について問題とすべきであり、またそれをもって足りると思われる。

このようにして当事者とされた者に対して、いかなる手続権の

保障をすべきかは、次項で検討する。当事者以外の関係人に対する審問請求権の保障は、現行法ないし現行規則と同様に個別に規定することにならざるをえない。審判に対する抗告権についても、同様である。

(注19) 山木戸『前掲(注13)』29頁, 佐上『前掲(注13)』70頁。

(注20) 鈴木忠一「非訟事件に於ける当事者」『非訟事件の裁判の既判力』187頁(1961年), 斎藤=菊池編『前掲(注13)』112頁[林屋礼二], 山口幸雄「当事者」『講座・実務家事審判法(1)』85頁(1989年)。

(注21) なお, 現行家事審判法上も, 調停に関しては, 「当事者」概念が使われている(家審3条3項・21条1項・23条1項・24条1項)。また家事審判規則には, 家事審判との関係でも, 「当事者」という文言を使用した規定がある(家審規4条の2・11条・59条・97条など)。しかし, そこにいう「当事者」は, これらの規定を通じて統一的内容を有する概念ではない。

(注22) 鈴木(忠)「前掲(注20)」217頁, 佐上『前掲(注13)』71頁, 山口「前掲(注20)」86頁。

(注23) 佐上『前掲(注13)』73頁。なお, 職権による事件の具体的範囲については, 同書147頁が詳細である。

(注24) 鈴木(忠)「前掲(注20)」206頁, 斎藤=菊池編『前掲(注13)』597頁[飯島悟]など。

(注25) 鈴木(忠)「前掲(注20)」206頁。

(注26) 市川四郎『家事審判法概説[増補版]』35頁(1956年), 鈴木(忠)「前掲(注20)」258頁, 斎藤=菊池編『前掲(注13)』586頁[山口幸雄]など。これに対して, 山木戸『前掲(注13)』30頁は, 非訟手続の関係人は手続主体的地位をもたないとして, 両者の区別を否定する。

(注27) 斎藤秀夫=菊池信男編『注解家事審判規則』141頁[山口幸雄](1987年)。

VI 家事審判手続における手続権の保障

1. 手続権の保障と最高裁判所の判例

家事審判法の全面的見直しに当たっての最も重要であり、かつ最も困難な課題は、手続関与者に対する手続権の保障の問題である。その検討に入るまえに、この問題に関する判例の動向を確認しておこう。

- (1) 最高裁判所は、これまで、すでに述べた昭和40年6月30日の二つの大法廷決定をはじめいくつかの判例によって、現行家事審判手続の合憲性を認めてきた。しかし、それは、家事審判手続が非公開の手続であるところから、日本国憲法82条及びそれとの関連において同32条に違反しないかが問題とされ、これを合憲としたものであった。

しかし、これらの判例では、公開法廷による対審以外の適正手続の問題は争点とならず、触れられずに残されてきたといえる。つまり、家事審判手続は、非公開であることは許容されるとして、それ以外に憲法31条の適正手続の要請との関係ではどう評価されるのか、また憲法32条が裁判一般につき「適正手続による裁判」を受ける権利を保障したものと解しうるとすれば、その観点からも、家事審判手続は適正手続の要請を充たしているか、との問題が未解決のまま残されていたのである。

他方、昭和40年6月30日の二つの大法廷決定の法廷意見は、夫婦同居審判、婚姻費用分担の審判の合憲性を、これらの審判によって形成された法律関係の前提をなす実体法上の権利義務の確定は民事訴訟に留保されているということによって理由付けてい

た。これに対して、学説の多くは、批判的立場をとり、家事審判はそれ自体で完結的に家事紛争を解決する手続として認められるべきであると説いたが、その合憲性を、家事審判手続自体の中に当事者の手続権の保障を組み込むことによって基礎づけることを目指す方向に進んできたといえよう。^(注28)そして、いわゆる審問請求権を中核とする手続権の保障を、従来の判例では触れられずにいた、憲法32条あるいは同31条の適正手続の要請と結び付け、それによって根拠づけようとしてきたのである。

- (2) ところが、近時、まさしくこの問題を正面から取り上げた最高裁決定が現れた（最決平成20年5月8日家裁月報60巻8号51頁（2008年）・判例時報2011号116頁）。事案は、妻から夫に対する婚姻費用分担金の支払いを求める審判事件において、第一審で妻の請求を一部認める審判がなされたが、妻から抗告が提起されたところ、抗告審では、相手方たる夫に対し抗告状及び抗告理由書の副本を送達せず、その他夫に抗告のあった事実を知らせなかったため、夫としては抗告審で反論する機会を与えられないまま、第一審の審判を妻の有利に変更する決定がなされたため、夫から憲法31条、32条違反を理由として特別抗告がなされたものである。最高裁判所第三小法廷の法廷意見は、次のように判示して、特別抗告を棄却した。

「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ことは、当裁判所の判例の趣旨とするところである（最高裁昭和26年（ク）第109号同35年7月6日大法廷決定・民集14巻9号1657頁，最高裁昭和37年（ク）第243

号同40年6月30日大法院決定・民集19卷4号1114頁参照)。したがって、上記判例の趣旨に照らせば、本質的に非訟事件である婚姻費用の分担に関する処分の審判に対する抗告審において手続にかかわる機会を失う不利益は、同条所定の『裁判を受ける権利』とは直接の関係がないというべきであるから、原審が、抗告人(原審における相手方)に対し抗告状及び抗告理由書の副本を送達せず、反論の機会を与えることなく不利益な判断をしたことが同条所定の『裁判を受ける権利』を侵害したものであるということとはできず、本件抗告理由のうち憲法32条違反の主張には理由がない。また、本件抗告理由のその余の部分については、原審の手続が憲法31条に違反する旨をいう点を含めて、その実質は原決定の単なる法令違反を主張するものであって、民訴法336条1項に規定する事由に該当しない。」というのである。

この決定には、田原陸夫裁判官の補足意見及び那須弘平裁判官の反対意見がある。

田原裁判官の補足意見は、憲法31条の定める適正手続の保障は、国家機関が国民に対して一定の強制力を行使する場合に守られるべき基本原則であり、その趣旨は、非訟事件手続の性質に反しない限り、その手続の中に反映されるべきものであるが、同条の定める手続保障の根幹をなすのは当事者の手続関与権であるところ、家事審判手続では、手続全体としてみれば当事者の手続関与権、審問請求権は一応保障されていると見られるから、憲法違反の問題は生じない。しかし、本件において相手方たる夫に反論の機会を与えないまま原審判をその不利益に変更したのは、審理不
尽の違法を免れ得ない、という。

これに対して、那須裁判官の反対意見は、まず、「家事審判法9条の定める乙類審判事件の中にも強い争訟性を有する類型のものがあリ、本件で問題となっている婚姻費用分担を定める審判もこれに属する。私は、少なくとも、この類型の審判に関しては、憲法32条の趣旨に照らし即時抗告により不利益な変更を受ける当事者が即時抗告の抗告状等の送付を受けるなどして反論の機会を与えられるべき相当の理由があると考ええる。このような当事者の利益はいわゆる審問請求権（中略）の核心部分を成すものであり、純然たる訴訟事件でない非訟事件についても憲法32条による『裁判を受ける権利』の保障の対象になる場合があると解する。」と述べ、従来の判例との関係については、これまでの判例は、いずれも手続が非公開で行われたことを問題とするものであったのに対し、本件は、即時抗告によって不利益変更を受けた当事者が反論の機会も与えられなかったことが問題とされているのであって、「憲法82条が要求する公開の対象となる事件の範囲を区切る基準（中略）と憲法32条が要求する審問請求権ないし手続保障の適用範囲を区切る基準とは同一とは限らない。それゆえ、昭和35年最高裁決定及び昭和40年最高裁決定を根拠にして、本件が『裁判を受ける権利』と無関係と切り捨てる考え方には賛同できない。」という。そして、「原決定をそのまま残せば憲法32条違反の疑念を解消できないことになる。」から、原審手続には「裁判に影響を及ぼすべき明らかな法令の違反があったと判断されるので」、当審において職権により破棄差戻しをすべきであるとする。^(注29)

- (3) この最高裁決定の結論及び理由には疑問を抱かざるを得ない。法廷意見は、昭和35年7月6日の最高裁大法廷決定及び昭和40年

6月30日の最高裁大法廷決定を引用して、これらの判例の趣旨からすれば、非訟事件である婚姻費用分担に関する家事審判事件は、凡そ憲法32条所定の裁判を受ける権利とは関わりがなく、その審判手続がいかに不適正なものであったとしても、裁判を受ける権利の侵害にはならないという。しかし、那須裁判官の反対意見が述べるように、これまで非訟事件の裁判の合憲性が争われた事件で問題とされたのは、その裁判が非公開の手続で行われたことの合憲性であって、当事者が弁論の機会を奪われ、反論の機会を与えられなくとも、裁判を受ける権利が侵害されたことにならないかとの問題ではなかった筈である。確かに非訟事件については、憲法32条は、公開の法廷で対審審理を経て裁判を受ける権利を保障していないということは、これまでの確立した判例の下では止むを得ないといえる。しかし、公開審理による裁判を受けることが保障されないからといって、国家の裁判所の行う手続でありながら、非訟事件の裁判手続については、憲法上何の制約もないということにはならない筈である。この点は、田原裁判官の補足意見で指摘されているとおり、適正手続の保障は非訟事件手続にも妥当すると解さなければならないであろう。もし最高裁判所が、家事審判事件は憲法32条の裁判を受ける権利の保障とは無関係であるが、審判手続は、憲法31条の適正手続の要請を充たさねばならないというのであれば、それは、一つの考え方として十分理解しうる。しかし、そうであれば、適正手続の要請から、当事者には審問請求権を保障すべきことになろう。かって最高裁判所は、いわゆる第三者没収を定めた旧関税法の規定を憲法31条（及び憲法29条）違反とするに当たり、刑事被告人以外の第三者が、その

所有物を没収される場合に、「何ら告知，弁解，防御の機会を与えることなく，その所有権を奪うことは，著しく不合理であって，憲法の容認しないところ」であると判示した^(注30)が，これは審問請求権を保障したものと解されるのである。法廷意見も，凡そ非訟事件については，当事者の審問請求権を保障する必要はないとの趣旨ではないと思われる。

いずれにせよ，多数の学説の説くとおりに，審問請求権は，人間の尊厳に根ざした手続的基本権であり，家事審判手続においても認められるべきものとする。

そこで，次に，審判手続における手続権の保障の要否・在り方につき，一つの素描を試みることにしたい。ここでは，争訟性を特色とする乙類事件とそうではない甲類事件とを分けて考える。

2. 乙類事件の審判手続における手続権の保障

(1) 審理原則の確認 審判手続の基本原則として，非公開手続とすること（家審規6条），職権探知主義を採用すべきこと（家審規7条。なお，家審7条・非訟11条）については，異論がないものと思う。また乙類事件の審判手続は，二当事者対立構造と捉えるべきである。

(2) 審問請求権の保障

(a) 従来の判例・実務と審問請求権 従来，家庭裁判所の実務では，通常，乙類事件では当事者双方の意見を聴取しているが，当事者に審問請求権はないと解されてきた。しかし，その結果，親権者変更申立事件で，相手方に，審判の申立てがあったことの通知もせず，審問もしないまま，親権者を相手方（父親）から申立人（母親）に変更する審判がなされ，これに対して相手

方から抗告申立がなされたのに対し、家事審判事件にあっては、その性質上、申立の事実を特に相手方に告知する必要がないものであり、また、家庭裁判所が審判をなすに当たっては、適当とする方法で審理すれば足りる、として、抗告を棄却した判例が現れている。^(注31)これは、上述の平成20年最高裁決定の原審と同様、やや極端な例であり、事件本人（子）が、親権者の変更を望むとの意思を書面で申述していたとの事情があったにせよ、相手方に申立てのあった事実をも知らせず、全く反論の機会も与えなくとも違法ではないというのでは、適正手続による裁判とは言い難いであろう。審問請求権を認めない理由として、しばしば、家事審判は非訟事件であって、裁判所が、職権で必要と認める限りの事実を調査し、後見の見地から、裁量権を行使して審判をなすものであるということが挙げられる。しかし、非訟事件においても、裁判によって自己の権利・利益に影響を受ける者に審問請求権を認めるべきことは、すでに多くの学説の説くとおりで^(注32)ある。

実務上、乙類事件については、当事者を審尋する運用が望ましいとするのが大勢であるといわれながら、^(注33)なお正面から法的権利として審問請求権を認めることを躊躇するのは、家事審判制度の創設時の趣旨を、今なお忠実に維持しようとしているためではないかと推察される。すなわち、家事審判は、我が国において家庭内の紛争を解決するには、人事訴訟のように厳格な手続により民法の定める権利義務を確定する方法は適切ではなく、それ故、これとは別に、裁判所が後見的地位に立って、裁量権を行使し、職権で事案を解明した内容的にも個々の家族

の実情に合った法律関係を形成することを目的とする。したがって、裁判所の後見的裁量を制約する当事者権を制度として認めることはできない、というのである。あるいは、さらに手続の簡易性・迅速性・費用の低減への配慮もあるのかも知れない。しかし、家事審判制度が発足して60年が経過し、本稿の冒頭にも記したように、国民の法意識にも大きな変化が認められる。日本国憲法の掲げる個人の尊厳の理念は広く社会に浸透し、個人の尊厳に基礎をおく個人の自律性、自己決定権の尊重の思想は、われわれの法意識に深く根差している。そうとすれば、家事審判においても、当事者に、手続の主体として、自己の法律上及び事実上の意見を述べ、相手方の主張に反論する権利を認め、その上で、裁判所が、後見的見地から裁量権を行使して審判を下すとの手続構造の方が、広く国民に受け入れられやすいのではあるまいか。審問請求権の根拠としては、私見では、上記最高裁決定における那須裁判官の意見や学説上の多数説と同じく、憲法32条の裁判を受ける権利に求めることができる^(注34)と考える。しかし、もし上記判例の法廷意見のように、従来の判例の趣旨を、非訟事件は凡そ憲法32条とは関わりがないとの意と解するのであれば、田原裁判官の意見のように憲法31条に求めることもできる。ただ、いずれにせよ、ここで述べているのは、本稿でいう手続主体としての当事者（申立人、相手方及び当事者参加人）の審問請求権であり、事件本人等の審尋については、現行規則どおり、個別に定めるほかない（家審規54条・70条・72条・76条など）。

もし、このように考えるとすれば、具体的には、次のような

手続規律が考えられる。

(b) 審判申立手続 乙類事件の審判申立書には、申立ての趣旨及び理由（借地非訟規17条2項，労働審判5条参照）のほか、相手方の記載を要することとする。寄与分を定める処分（家審9条1項乙9号の2），遺産の分割に関する処分（同乙10号）を求める事件では、申立人以外のすべての相続人を相手方にすべきである。申立書の副本，相手方の答弁書の副本は、それぞれ他方の当事者に送達すべきである。その他の主張書面も、相手方当事者に了知させるべきであるが、その方法については、それに要する時間及び費用を考慮して、簡略化することを検討すべきであろう。

(c) 審理方式 非公開手続であるので、口頭弁論という審理方式はとり得ないが、^(注35)審問請求権を最も実効的に保障しようとするれば、常に審問期日を開いて双方当事者を呼び出し、対審審理を行うべきことになる。運用として、このような審理方式をとることが可能であれば、最も望ましいが、法的規律として、そこまで徹底することが、乙類事件とはいえ、家事審判の審理方式として相応しいかは、問題である。必ず一度は双方当事者が立ち会うことのできる審問期日を開き、両当事者が、審判官に口頭で主張を述べる機会を保障することにして、それ以外は、現行法どおり期日を開くか否かは、裁判所の裁量に任せるのが相当であろう。しかし、期日を開く以上は、相手方の立会いを認め、反論の機会を与えるべきである（借地借家45条2項参照）。また職権探知との関係では、家事審判手続についても、人事訴訟法20条後段に相当する規定を設けるべきであろう。

(d) 審理の終結 当事者が、いつまで主張・反論を提出できるかを明らかにすることは、審問請求権の保障にとって重要な意義を有する。それ故、審判手続においても、裁判所は、審理を終結するとき、相当の猶予期間をおいて審理を終結する日を定め、両当事者に告知すべきである（民保31条、借地借家47条参照）。

(3) 証拠調べ等への立会い 当事者が、自己の主張を裏付けるため証拠を提出することができることは、審問請求権の内容とみることができる。これに対して、当事者に証拠調べへの立会権が認められるかについては、学説上も通説はこれを否定し、^(注36)また実務上も、乙類事件では、立会いを認めることが望ましいが、立ち会う権利までは認められていないといわれている。^(注37)家事審判において民事訴訟法の規定を準用して証拠調べを行う場合にも（家審規7条6項）、この証拠調べは、職権探知の方法として民事訴訟法的方式を利用するに過ぎないので、同様に、当事者の立会権は認められないと解されている。^(注38)

しかし、人事訴訟法は、婚姻関係訴訟の附帯処分として子の監護に関する処分、財産分与に関する処分等が申し立てられた場合には、裁判所が審問期日を開いて当事者の陳述を聴くことにより事実の調査をするときは、原則として、他の当事者は、当該期日に立ち会うことができると定めている（人訴33条4項本文。例外は、同項但書）。この期日は当事者に告知される（人訴規22条）。したがって、この限度では、事実調査のための証拠の取調べに当事者の立会権を認めているといえる。そうすると、これらの処分が独立の家事審判として申し立てられたときにも、これと別異に

扱うべき理由はなく、家事審判法の見直しに際しては、同様の規定を設けるべきものと思う。人事訴訟法上の附帯処分は、訴訟手続の中で、その一環としてなされるものと解されているが、その^(注39)ことが、本来家事審判事項である附帯処分のための事実調査への当事者の立会権に差異を認める合理的根拠とはなりえない。そうであると、同じく乙類事件でありながら、他の審判事件については、これと異なる規律を設ける理由は乏しいから、結局、乙類事件一般につき、この限度での当事者の立会権を認める規定を設けるべきことになろう。また人事訴訟法33条5項は、事実の調査手続は非公開であるとしつつ、裁判所の許可した者の傍聴を許しており、また事実の調査をしたときは、その旨を当事者に告知しなければならないとされているが(人訴規24条)、これらも当事者の審問請求権の保障に連なる規定であり、家事審判法又は家事審判規則にも、これと同様の規定を設けるべきであろう。

このように、家事審判法にも人事訴訟法33条4項と同趣旨の規定を設けるとすると、家事審判が、性質上決定手続と見られるところから、民事訴訟法187条の準用の有無との関係が問題となりうる。上述の平成20年の最高裁決定における田原裁判官の補足意見の中には、現行法の解釈として、この準用を肯定されるように見られる部分があるが、もし人事訴訟法33条4項に相当する規定を設けるとすれば、それが、187条に対する特則となって、同条の準用が排除され、第三者の審尋の際の立会権は否定されることになるように思われる。第三者の秘密・プライバシーの保護の問題と関連し、証拠調べへの立会権が一般的には否定されていることからすれば、それで止むを得ないとも考えられるが、いずれ

にせよ、家事審判法の見直しに際し、慎重に検討すべき問題である。

- (4) 記録の閲覧 記録の閲覧権は、手続主体としての当事者の審問請求権を実効あらしめ、また当事者に裁判所の使用し得る資料を知る機会を与えるものであり、手続権の重要な一部と解されている。しかし、現行家事審判法には、手続記録の閲覧に関する規定はなく、家事審判規則12条に、事件関係人は、裁判所が相当と認めた場合に、その許可を得て記録の閲覧・謄写をすることができるものと定められているに過ぎない。手続記録の閲覧について、これまで特に困難な問題を生じてきたのは職権による事実調査の結果の記録であり、とりわけ家裁調査官の調査報告書の取り扱いであったと言われている。事件関係者の秘密の保護、被調査者の裁判所に対する信頼の保護、子の福祉への配慮の要請と、当事者の審問請求権との相克の場となるからである。

家事審判法の見直しに際し、この困難な問題の解決を図るには、やはりここでも人事訴訟法の附帯処分に係る事実調査に関する記録の閲覧等の規定（人訴35条）及び人事訴訟規則の関連規定（人訴規23条ないし26条）に相当する諸規定を、乙類事件につき家事審判法及び家事審判規則に設けるべきものと思う。人事訴訟に関するこれらの規定の制定の経緯・審議状況に照らすと、他の乙号事件^(注40)について、これと異なる規律をすることは困難であると思われるし、他方、これと同様の規律を設けることを妨げる理由もないと思われるからである。

- (5) 不服申立て 乙類事件の審判に対しては、それに不服のある当事者は、即時抗告をすることができるものとすべきである。審判

に対する不服申立権は、当事者の重要な手続権の一つである。この不服は、訴訟のように厳密な申立事項が予定されない家事審判では、実質的不服と解さざるをえないと思われる。抗告があったときは、上述の最高裁決定の趣旨によっても、裁判所は、抗告状・抗告理由書の副本を相手方に送達することにすべきである。抗告審の裁判について不利益変更禁止の原則が適用されるかについては、公益性の優先する事件，ことに職権事件については否定する見解が有力と見られるが^(注41)、公益性よりも対立当事者の利益紛争的要素の強い乙号事件では、その適用を認める見解^(注42)の方が相当と思われる。そうすると、附帯抗告の制度を設けるべきことになろう。

3. 甲類事件の審判手続における手続権の保障

(1) 審理原則の確認 甲類事件の審判手続についても、非公開性、職権探知主義を維持すべきことはいうまでもない。甲類事件の審判手続は、一般的には、二当事者対立構造と捉えることはできないが、事件によっては相手方を想定し得るものもあり（すでに述べたように、親権又は管理権の喪失宣言事件、後見人等の解任事件、遺言執行者の解任事件など）、これらの事件も甲類にとどまることになれば、二当事者対立構造的な運用をすべきことになろう。

(2) 審問請求権の保障

(a) 一律的保障の困難性 甲類事件は、多種多様な事件を含み、すでに見たごとく、手続関与者にも多様な者がいるから、その手続権の保障を一律に定めることは困難である。本稿で当事者として認めるべきものとした申立人、当事者参加人については、

少なくとも審問請求権を保障すべきであるが、そのうち申立人について言えば、相手方のいない事件では、申立てが不適法でその不備を補正することができない場合（民訴140条参照）を除き、申立てを却下するには、必ず申立人を審尋するものと定めること位しか考えられないのではあるまいか。その審尋も、事件の多様性を考えると、運用上口頭による審尋が望ましいとはいえても、それを法で定めることは困難で、結局、合理的裁量に任せるほかないと思われる。当事者参加人も、裁判所が強制的に又は許可によって参加をさせた以上、これを審尋すべきことは当然であるが、その後の審理をいかに進めるかを一律に定めることは困難である。

さきに当事者以外の関係人として、便宜、「審判の内容上の名宛人」、「審判の直接の名宛人」と呼んだ者にも、審判前に審尋の機会を与えるべき場合が多いと思われるが、^(注43)これらの呼称は、講学上也定着しておらず、その外延も明確ではないから、他にこれらの者を包摂する適切な概念を見出し得ない限り、これらの者に審問請求権を保障するといっても、それぞれ個別に検討し、個別の規定ごとに、個別の名称で審尋すべき旨を定めるほかはない。「事件本人」、「本人」については、現在もすでにそのような扱いとなっている。

- (b) 審理手続 甲類事件は、前述のように、極めて多様性に富み、その事件処理の在り方は、大幅に裁判所の裁量に委ねざるを得ない。最高裁判所家庭局では、家事事件一般について、家庭裁判所に、実体法的にも手続法的にも、事件処理に関する広汎な裁量権が認められているところから、各裁判所の手続の均質化

と適正手続の保障を目指して、昭和59年頃より、「事件処理要領」の策定作業を開始し、昭和63年頃には、全国各家庭裁判所において、その策定作業を終え、その実施に移ったといわれている。^(注44)「事件処理要領」は、その後も適宜見直されているようであるが、今回の家事審判法の見直しに際し、特に甲類事件の審理の在り方を定めるについては、この実務の英知と経験の集積ともいべき「事件処理要領」を参考とすべき点が多いと思われる。立法作業を進めるに当たっては、批判的検討は必要であるけれども、「事件処理要領」を参考としつつ、法律及び規則で定めるべき事項を選別しながら、各関係人の手続権の保障を図ることが望ましい。

- (3) 記録の閲覧 甲類事件では、記録の閲覧についても、基本的には、現行規則の定める裁判所の許可に係らせる規律（家審規12条）とせざるを得ないように思われる。ただ、事実調査につき、その要旨を記録上明らかにしておくべきことは（人訴23条）、甲類事件でも変わりがない筈であるし、また訴訟記録中事実調査に係る部分、とりわけ家裁調査官の報告書の閲覧についても、人事訴訟法35条1項の限度では、甲類事件についても、これに相当する規定を設けるべきであろう。しかし、同条2項の許可の要件については、改めて甲類独自の規定を置くか、何も定めずに裁判所の裁量とするか、また誰に閲覧許可の申立てを認めるかは、慎重な検討を要する問題である。
- (4) 不服申立て 甲類事件では、申立却下の審判に対して申立人に抗告権を認めるべきものとする外は、いかなる審判に対して、誰に抗告権を認めるかは、現行規則と同じく個別に定めることにな

ろう。申立てを認容する審判に対して、第三者に抗告権が認められ、第三者が抗告をしたときは、通常、抗告人と審判の申立人との間には利害の対立があり、抗告事件は争訟性を帯びることになる。そこで、このような場合には、抗告裁判所は、申立人を参加させて、抗告人の相手方としての地位におくこととすべきように思う。このような考え方は、全く性質の異なる事件に関する規定ではあるが、民事執行法74条4項に示されている。

(注28) 我妻栄・判批・法協83巻2号303頁(1966年)、鈴木忠一「非訟事件に於ける正当な手続の保障」『非訟・家事事件の研究』259頁(1971年)、小島「前掲(注8)」310頁、新堂「前掲(注8)」12頁のほか、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1237号33頁(2007年)が、従来の議論を的確に整理するものとして有益である。

(注29) 那須裁判官の反対意見は、原決定を違憲とまでは断定せず、特別抗告に基づいて、裁判の結論に影響を及ぼす法令違背を理由として、原決定を破棄差戻しすべしとする点で、異例である。この点につき、那須裁判官は、「特別抗告につきこのような措置を執ることは、特別抗告制度の趣旨に照らせば特殊例外的な場合にとどめるべきではあるが、若干の当審先例があることでもあり、本件についてはそのような例外的処理が許されると解する。」と述べている。

(注30) 最判大法院昭和37年11月28日刑集16巻11号1583頁。

(注31) 名古屋高決昭和48年5月4日家月25巻11号92頁。このほか一般論として審問請求権を否定した判例として諸文献に引用されているものに、大阪高決昭和40年4月8日家月17巻5号69頁、高松高決昭和50年6月6日家月29巻8号48頁、大阪高決昭和49年9月5日家月27巻8号70頁などがある。逆に、東京高決昭和42年2月7日家月19巻6号61頁は、遺産分割事件で、共同相続人の一人を審尋しないまま、相続分の計算を過った審

判をした事案に付き、重大な利害関係を有する者については、必ず審問をするのが相当であるという。なお、最判昭和29年12月21日民集8巻12号2222頁も、審問請求権を認めなかった判例として引用されることがあるが、これは相続放棄の申述受理事件であり、相続放棄が自己の真意に出たものではなく無効であると主張しているもので、審問請求権の問題ではない。また大決大正5年6月22日民録22輯1255頁、大決昭和3年5月14日民集7巻357頁は、いずれも親族法上の非訟事件に関するが、旧憲法下の決定であり、先例として意義は疑問に思う。

(注32) 山木戸「訴訟における当事者権」『民事訴訟理論の基礎的研究』63頁(1961年)、鈴木(忠)「前掲(注28)」304頁、新堂「前掲(注8)」14頁、吉岡進「家事審判の抗告審における諸問題」『新・実務民事訴訟法講座(8)』283頁(1981年)、佐上『前掲(注13)』79頁など。

(注33) 井上「前掲(注13)」129頁、小田「前掲(注13)」565頁。

(注34) 中野貞一郎「民事裁判と憲法」『民事手続の現在問題』13頁(初出1984年)(1989年)、新堂幸司『新民事訴訟法(第四版)』124頁(2008年)、また鈴木(忠)「前掲(注28)」304頁は、憲法32条のほか、同13条、31条、76条3項、82条をも挙げる。吉岡「前掲(注32)」284頁も同旨と見られる。私見は、兼子一=竹下守夫『裁判法[第四版]』149頁(1999年)。

(注35) 口頭弁論という審理方式は、公開の原則と不可分の関係にある。竹下守夫『「口頭弁論」の歴史的意義と将来の展望』『講座民事訴訟(4)審理』20頁(1985年)参照。勿論、口頭弁論の公開停止の制度はあるが、これは、元来口頭弁論は公開が原則であるから、例外的に嚴重な実体的・手続的要件の下でのみ、公開を停止することを認めたものである。

(注36) 山木戸「前掲(注32)」69頁、鈴木(忠)「前掲(注28)」317頁は、いずれも否定説が通説であるとする。

(注37) 井上「前掲(注13)」131頁、小田「前掲(注13)」565頁。

(注38) 直接的には、非訟事件手続法10条の人証及び鑑定に関するものであるが、鈴木(忠)「前掲(注28)」315頁、山木戸「前掲(注32)」68頁。

- (注39) 高橋宏志ほか「研究会・人事訴訟法の基本構造」ジュリスト1259号81頁 [小野瀬発言] (2003年)。
- (注40) 高橋 (宏) ほか「前掲 (注39)」88頁以下参照。
- (注41) 鈴木忠一「非訟事件における民訴規定の準用」『非訟・家事事件の研究』345頁。吉岡「前掲 (注32)」290頁も、この限りで同旨。
- (注42) 吉岡「前掲 (注32)」290頁、金田宇佐夫「抗告審における手続」判例タイムズ250号135頁。
- (注43) 「事件本人」, 「本人」をも含め、これらの関係人は、乙類事件でもありうるが、主として甲類事件で問題となると思われるので、ここで取り上げた。
- (注44) 萩原太郎「家庭裁判所40周年の節目に立って」家裁月報41巻1号2頁 (1989年), 最高裁判所事務総局『家庭裁判所50年の概観』(家庭裁判資料174号) 6頁 (2000年)。

Ⅶ 結 語

家事審判法は、昭和23年以来、家事審判・家事調停の基本法として、60年にわたり、我が国の家庭裁判所を特色付け、その活動の法的基盤として機能してきた。しかし、時の経過によって、次第に我が国の家族関係・国民の法意識との間にずれを生ずるようになった。また家庭裁判所自体が、人事訴訟をも所管することとなり、それとの調整も必要になった。そこで、近い将来その全面的見直し作業が開始されようとしている。本稿は、その改正作業に多少とも裨益するところがあれば、との思いから筆をとったものである。家事審判法が装いを新たに、家事審判、家事調停、さらに家庭裁判所がより一層国民に親しまれ、信頼されるようになることを期待したい。