



Title	家事審判について
Author(s)	小山, 昇; KOYAMA, Noboru
Citation	北海道大學 法學會論集, 6, 40-61
Issue Date	1956-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27743
Type	departmental bulletin paper
File Information	6_P40-61.pdf



家事審判について

小 山 昇

疑 問

裁判を受ける権利

乙類審判

甲類審判

本稿は論文とはいえないかも知れない。展望的な素描に止るからである。個々の規定の意味が明らかにされてはじめて法の体系的內容が明らかになるはずであるが、法の体系的輪廓が明らかでない個々の規定の意味がどんな限定を受けているかが明らかにならない。そこで、個別的規定の探究と体系的探究の繰返しの第一歩として、とにかく、まず体系的素描を試み、これが、個々の規定の意味に適切な限定を与えうるかの検証を次に試みようと思うのである。この意味で、本稿は、発表に熟したものとはいえないだろう。だから、私は自分の学習の痕跡を将来のための踏石として遺すつもりで公表するに過ぎない。もし本稿が同じような試みに悩んでいる人の、努力の一部を節約することに役立つならば、公の紙面を私的な希望で費した罪は償われるであらう。本稿に対する教示が与えられるならば望外の喜びである。

疑問

家事審判法一七条にいわゆる一般に家庭に関する事件（これからは単に家庭事件ということにする）は、その解決の手續が一樣でない。まず、調停を行うことができない事件とできる事件とがある。家事審判法九条一項甲類に規定する事件（これからは単に甲類事件ということにする）は、調停を行うことができない（家審一七）。もつぱら、審判（これからはこの審判を甲類審判ということにする）によつて処理する（もちろん訴訟はできない）。甲類事件を除く他の家庭事件は、調停を行うことができる（家審一七）。

次に、調停を行うことができる事件には、訴を提起することができない事件とできる事件とがある。家事審判法九条一項乙類に規定する事件（これからは単に乙類事件ということにする）は、訴を提起することができない。成立した調停の調書の記載が、乙類事件の場合には、確定判決と同一の効力を有するのではなく、確定した審判と同一の効力を有すると規定されていること（家審二一）は、乙類事件については訴を提起することができないことを前提しているといふことができる（なお後述する）。乙類事件は、調停か（家審一七、一一）審判で解決する（家審九。これからはこの審判を乙類審判ということにする）。但し、乙類事件のうち、子の監護事件、財産分与事件、親権者指定事件は、離婚訴訟、婚姻取消訴訟において裁判されることができない（人訴一五I、III。なお後述する）。

次に、訴を提起することができる事件には、調停において合意が成立しただけでは調停の成立と認められず、なお合意に相当する審判が必要である事件（家審二一II、二三。これからは法二三条事件といい、法二三条審判ということにする）と、合意が成立し調書に記載されれば調停の成立が認められる事件とがある。後者の事件の調停では、調停が成立しない

場合においても、調停に代わる審判をすることができる(家審二一、二四。これからは法二四条事件といひ、法二四条審判といふ)。そこで、次のような疑問がおこる。家事審判法制定前には訴を提起することができた家庭事件のうち、あるものが(例えば、夫婦同居請求事件、扶養請求事件)家事審判法の制定により、訴を提起することができない事件となり審判で解決されるべき事件となつたが、それはどんな理由によるのであるか。

又、乙類審判により解決される事件については訴を提起することができないようであるが、子の監護、財産分与、親権者の指定(家審九I乙4・5・7)の申立は、離婚訴訟、婚姻取消訴訟で裁判することができるのはどんな理由によるのであるか。さらに、夫婦共有財産の分割事件、遺産分割事件は、乙類事件で、訴訟により解決することができないようであるが(家審九I乙2・10)、これと同一の性質を有するように思われる共有物分割事件(民二五八I)は訴訟により解決することになつてゐるのは、どんな理由によるのであるか。

又、甲類審判、乙類審判、法二三条審判、法二四条審判、いずれも、審判という名称をもち、その手続は、特別の規定がある場合を除いて、非訟事件手続法第一編の規定が準用されて行われることになつてゐるが(家審七)、この四種の審判は、本質的に同じであるのか。異なるのであるならば、等しく非訟事件手続法第一編の規定が準用されるのはなぜか。

又、訴訟と私権の関係は、従来から論じられてゐるが、乙類審判と私権との関係はどうであろうか。例えば、扶養請求権は、いつ発生するのであるか。

疑問は果しなくつづく。

裁判を受ける権利

人が支配せず、法が支配し、法の前に平等であるときに、人は、自由であり平等である。

自力救済を禁止し、民事の紛争を強制的に解決することを国家の権力による作用とするところでは、民事紛争を解決することは、国家の重要な公益目的であり、この目的の実現のために、国家は、民事紛争解決権を有する。私的復讐を禁止し、犯罪人を処罰することを国家の権力による作用とするところでは、刑事犯罪人を処罰することは、国家の重要な公益目的であり、この目的の実現のために、国家は、刑罰権を有する。人の生活の福祉の増進を国家の任務とするところでは、国家の公益目的は右の二に尽きない。多種多様である。民事紛争の解決、犯罪人の処罰以外の國家の公益目的の実現（これを行政ということにする⁽¹⁾）のために、国家は、行政権を有する（法の支配の下では、立法が重要な國家目的になるが、本稿では、立法に触れない。立論に影響がないからである）。

(1) 通常、行政という言葉は、国家の作用として、立法、司法と対比させて用いられる。この意味の行政は「法の下に、司法以外の具体的な国家目的を実現することを目的とする作用である」（田中二郎、行政法上巻一四頁）。そして司法とは「個人相互間又は國家と個人との間の法律関係について争又は疑いがある場合において、当事者からの争訟の提起を前提として、法の適用を保障する作用である」（田中二郎前掲一二頁）。すなわち、民事、刑事、行政事の裁判の作用である。本稿のここで行政というのは、これと異なる。司法作用と対比させているのではなく、民事紛争や刑罰問題と対比させているのである。裁判権（司法権）と行政権とを対比させているのではなく、紛争解決権や刑罰権と行政権を対比させているのである。

國家の公益目的は、國家機関によつて実現される。國家機関の公益目的の実現行為は、何が合目的であるかの判断

論 說

を前提として行われる。この、何が合目的であるかの判断は、国家機関の裁量に委ねられるものとすることもでき、予め、法の形式で、示されるべきものとすることもできる。「法の支配」の要請が存するところでは、何が合目的であるかが法の形式で示されることを要請する。合目的であるということはすなわち終局の国家目的に合致することにほかならない。そしてこの国家目的を抽象的仮言的に法の形式に定立することが立法にほかならない。

何が合目的であるかということが、予め、法の形式で示されているところでは、何が合目的であるかの判断——国家機関の公益目的の実現行為の前提としての——は、何が合法的であるか（何が法の命ずるところであるか、何が法の許すところであるか）の判断で足りる。「法の支配」の要請の存するところでは、しかも、何が合法的であるかの判断以外であつてはならない。

国家の刑罰権の発動において、いかなる行為につき、いかなるものに、いかなる刑罰を課するのが合目的であるかの判断を、国家の刑罰機関に委せることは、人民の生命、自由、財産の、国家権力からの安全を保障するのに十分でない。何が合目的であるかは、予め、法——人民又はその代表者が制定する——の形式で、示されることが、かならず、必要である。このような法の存在するところでは、何が合法的であるかの判断が、刑罰権の発動の前提となる。ここにおいて、さらに、何が合法的であるかの判断をする機関と刑罰機関とを分離し、前者を後者との関係において独立に（し専門的に）することが、人民の生命、自由、財産を保障するのに必要である。刑事裁判所は、この意味の独立の国家機関にほかならない。したがつて、この意味の刑事裁判所の裁判を受けることを権利として保障することとは、刑罰を課せられるに至るには、かならず、右の意味の裁判所の判断を経ることを保障することである。したがつて、それは、人民の生命、自由、財産を保障することとなる。憲法第三二条の、何人も、裁判所において裁判を受

ける権利を奪われない、というのは、刑事については、以上の趣旨を宣言したものであるといふことができる。この刑事裁判所の、何が合法的であるかの判断が、適正であることを確保することが必要であることはいうまでもない。しかし、そのために、さらに、別個の、独立の再審査又は監督の機関を設けることは、屋上屋を架することになり、しかも、果しがなく、不経済でもある。むしろ、刑事裁判所自体において、期待された機能を十分に発揮することができるような組織、手続を考案し、それが理想的に運用されることを期するにしくはない。

裁判所の組織、権限や裁判の手続などはこの観点に立つて工夫されている。法律により定められているのも同じ観点からである。裁判官の任免、分限、身分の保障、訓練などについても、特別の工夫が法律の定めによつてなされているのも同じ観点からである。最高裁判所の規則制定権もそうである。

民事紛争の解決、犯罪人の処罰以外の公益目的の実現は行政権の発動においては、何が合目的であるかの判断は国家機関（行政機関）に委せて差支えない。実現されることは、公益であるからである。しかし、公益の実現のためには、いわば私益が侵害されることを受忍すべきであることとされるものが少なくない。公益の名において違法に侵害されることも少なくない。又、公益の実現そのものも真に合目的で適正であることが必要である。「法の支配」の要請の存するところでは、行政権の発動においても、何が合目的な行政であるかが、予め、法の形式で示されることが要請される。こうして、法律による行政の原則が成立する。そして、行政の前提であるところの、何が合目的であるかの判断は、何が合法的であるかの判断で足り、かつそれ以外であつてはならないことが多くなる。しかし、何が合法的であるかの判断は、行政機関に委せて差支えない。実現されることは公益であるからである。この点、何が合法的であるかの判断を刑罰機関が行うことが人民の生命、自由、財産の保障に十分でないのとは異なるわけである。しか

し、行政機関の違法な判断により私益が侵害されることがないことの保障は必要である。そのためには、行政機関が第一次的に判断することを前提として——本来は行政機関に判断させて差支えないのであるから——、この行政機関の判断に基づき行為の違法合法を、行政機関から独立の別個の国家機関が判断することが適當である。司法裁判所はこの意味の独立の国家機関にはかならない。したがつて、この意味の司法裁判所の裁判を受けることを権利として保障することは、行政機関による違法な私益の侵害に対して、救済を保障することである。したがつて、人民の生命、自由、財産を保障することとなる。憲法第三二条は、行政事については、以上の趣旨を宣言したものであるということができる。この司法裁判所の、行政機関の違法合法の判断が、適正であることを確保することが必要であることはいうまでもない。しかし、このことについては、前述と同様のことがいえるわけである。

刑事犯罪人の処罰は、個人に害悪を強制することである。これが、国家権力によつて行われる。そこで、人民の生命、自由、財産の国家権力機関からの保障が必要とされ、裁判所はその任務を有するとされる。行政は、本来は、人民に、全体的に、利益を齎すものである。しかし、公益のために私益を侵害することが少なくない。そこで、個人の私益の国家機関による侵害からの保障が必要とされ、裁判所はその任務を有するとされる。ところが、民事紛争の解決は、右のような害悪の強制でもなく、私益の侵害でもない。いわば、個人的利害の調整作用である（行政訴訟におけるいわゆる当事者訴訟も、その本質は個人的利害の調整の問題であると思う。だから、いわゆる抗告訴訟とは異なり、原則として、民事訴訟法の適用があるといえないだろうか）。したがつて、ここでは、いわゆる人権の保障の必要に基づきところの、刑罰機関の刑罰行為に先立つてこれと独立別個の国家機関が判断することか、行政機関の行政行為の違法合法を事後にこれと独立別個の国家機関が判断することのように、互いに独立する国家機関が重複して判断をする必要はない。民

事紛争の解決には、一つの系統の国家機関がこれに当ることと足りる。この国家機関が、又、裁判所にはかならないしたがつて、この場合には、重点は、裁判所が他の国家機関（立法機関は本稿では問題の外におく）から独立であることにあるのではなく、紛争当事者たる私人に対して、公平適正であるということにある。したがつて、民事紛争の解決においては、国家機関は、自から、何が合目的な解決であるかの判断をすることを妨げられるわけではない。ただ、その判断が公平適正であることが必要であることはいうまでもなく、そのためには、何が合目的な解決であるかが予め、法の形式において示されていることが、できるならば適當であるということができるに止まるわけである。したがつて、民事紛争の解決においては、裁判所において裁判を受けることが権利として保障されることは、いわゆる人権や私益の保障になるのではなく、個人が自から裁判所に紛争の解決を求めることの自由を保障することを意味する。民事裁判所の解決が適正公平であることを確保することが必要であるのはいうまでもなく、この点については前述と同様のことがいえるわけである。

このように論理を進めるとき、裁判所において裁判を受ける権利を奪われないということは、民事紛争についていうならば、自力救済が許されない紛争については、反面かならず国家機関の解決がえられるということとなり、その国家機関を裁判所とし、解決の形式を裁判としたことになるのである。憲法第三二条は何が合目的な解決であるかが、予め、法の形式で示されることを直接に保障したのではない。刑事においては、予め法において犯罪であるかと定められていない行為はこれを犯罪とすることができないこととされているが、民事においては、何が合目的な解決であるかが法の形式で定められていないときでも、紛争の解決が求められれば、裁判を拒絶することはできない。この場合には、裁判所は、自から、何が合目的な解決であるかを判断するわけである。したがつて、民事紛

争の解決にあたり、裁判所が、自から何が合目的な解決であるかを判断してそれに基づいて解決するものとするか、それとも、予め法の形式で示された基準に拠つて解決するものとするかは、紛争の性質によつて定まることができ、ものである。予め法の形式で示された基準に拠る解決の手續、すなわち、法の適用による解決の手續が訴訟である。したがつて、憲法第三二条は、紛争を、訴訟により解決することを保障しているわけではない。したがつて、民事の紛争を、乙類審判で解決することの定め、裏からいへば、訴訟では解決しないことの定めは、それだけでは、直ちに

は、憲法第三二条違反とはいえないわけである。それは、審判手續が、紛争の適正公平な解決を求める自由を保障しているといえるかどうかによつて定められるべきものであろう。すなわち、紛争解決の基準の問題であるよりもむしろ解決の手續の問題であらう。紛争解決の基準の問題は、次のように考えることができるのではなからうか。

(1) 裁判所法施行令第一条につき、憲法第三二条にいわゆる「裁判所トハ如何ナル裁判所テモ裁判所テアレハヨロシイト云フノテナク何人モ等シク其審級ニ応シ定メラレタ裁判所ノ裁判ヲ受ケ得ルコトヲ保障シタモノテアル、故ニ裁判所法施行当時大審院ニ繫属シテイタ上告事件テアルトノ一事ニヨリ他ノ上告事件ト差別シ普通ナレハ裁判所法施行前ハ大審院ニ又其施行後ハ最高裁判所ノ裁判権ニ属スヘキモノテアルニ拘ラス下級裁判所テアル東京高等裁判所ノ裁判権ニ属セシムルノハ裁判所構成ニオケル正規ノ裁判所ノ裁判ヲ受ケル権利ヲ奪フモノニ外ナラナイ」から憲法第三二条違反であるとの上告理由に対し「裁判所の裁判権、審級その他の構成は、憲法上原則として法律において定められることとなつており、その内容が公共の福祉に反しない限り有効であることは論をまたぬ。前記規定」(裁判所法施行法二条施行令一条)「は前述のごとく公共の福祉に反するものではないから、国民はこれらの規定の定めるところに従つて、裁判を受ける権利が保障されている。従つて、前記規定は所論のごとく憲法第三二条に違反するといふことを得ない」と判示した例がある(昭和二三・七・八大法廷判決集最高裁判集二卷八号八〇一頁)。「公共の福祉に反しない限り有効である」とするのは些か曖昧である。民事紛争の解決においては、適正公平な解決を求める自由を保障しているといえる限り有効であるという意味であらう。このことは「裁判所の裁判権、審級その他の構成」に止まらず、訴訟手續についてもいえるであらう。すなわち、いかなる手續により解決することにするかは「憲法上原則として法律において定められることとなつてお

るのであつて、したがつて、法律において、法の形式で示された基準による解決の手續のほか、紛争の性質その他に応じて、端的に合目的な判断に基いて解決する手續を定めることは、当然には、妨げられない。

乙 類 審 判

市民社会においては、個人の経済的利益の享受の自由が国家によつて強力に保障されることが、強く要請される。国家の保障があつてはじめて経済的利益の享受の自由があることができる。権利(私権)は、この保障された利益享受にはかならない。他方、市民社会においては、個人の経済的な生活は、予測のできるものであることが要請される。それが経済合理的であるからである。したがつて、経済的利益を廻る紛争が、どう解決されるかについても、予測ができることが要請される。つまり、経済的利益を廻る紛争について、いかなる利益享受(権利)が認められるかについて、予測ができることが要請される。そのためには、予め、一定の権利が認められる場合を方式的に所与的に規定することが必要である。民主主義法治主義の下においては、この規定は、法の形式においてあることが要請される。民事に関する立法は、いかなる権利がいかなる場合に認められることが合目的であるかを、抽象的仮言的に定立することにはかならない。こうして、法を基準とする解決、法の適用による解決は、予測可能の要請に応ずるものである。解決の適正公平の確保のためにも、又紛争の大量的能率的解決処理のためにも、基準として法が客観的に存在することが、できる限り、必要であることはいうまでもない。

訴訟、すなわち、法の適用による解決手續においては、権利の存否が宣言される。そこで、訴訟においては、権利が主張され、権利が保護されるといわれる。しかし、訴訟において主張されるのは利益である。利益が法にてらして承認されたときに、権利が

あるといふことができるのである。紛争の解決前に、権利があるわけではない。

さて、前述のように、民事裁判の基準としての法は、一定の権利が認められる場合を、方式的に規定するものである。したがつて、法の適用による紛争の解決は、抽象的な方式的な命題にあてはまる限度においての劃一的な解決である。したがつて、解決されるべき紛争が、いわばそのような解決に親しむ性質のものであることが必要である。経済的利益を廻る紛争は、市民社会においては、没人格的な主体間の紛争として把握されることが要請される。そのような要請の存するところでは、紛争は劃一的な解決に親しむということができない。したがつて、経済的利益を廻る紛争は、利益社会としての市民社会においては、法の適用による解決が、要請され、かつ、法の適用による解決に親しむのである。

但し、経済的利益を廻る紛争であつても、利益の主張が相反することが原因であるのではなく、利益の範囲が不明であることが原因である場合には、法の適用による解決に親しまず、端的な合目的な判断による解決のほうが適當である。共有物分割請求事件、土地境界確定請求事件⁽¹⁾がそうである。

- (1) 「近代市民法秩序においては、個人の自由と権利の保障、取引の予測可能性、法的安定などの要請に基いて裁判官の主観的契機的作用することを極力排除し、才判の抽象的な劃一性を確保するために法律要件と法律効果とは法規において極めて厳格な定型化を与えられているのが常である」(山本戸克巳、訴訟と家事審判、神戸法学雑誌一卷二号)。
- (2) 土地境界確定訴訟については、なお別に研究してみたい。これは、一応の見とおしにすぎない。宮崎福二「境界確定訴訟の性質について」判例タイムズ一頁は、確認訴訟のほかに、特殊の境界のみに関する訴訟を認めることを否定しようとしている。

家庭事件(家審一七)のうち、家庭における紛争(家庭的性質を有するところの経済的利益紛争を含む)については、これに

反し、経済的利益を廻る紛争と同じように論理を進めることはできない。

家庭の紛争には、家庭を成り立たせる基本関係（夫婦関係、親子関係）の存否自体についての紛争（例えば、婚姻無効、親子関係不存確認、認知など。基本関係の成立の瑕疵についての紛争、例えば婚姻取消、認知取消、などもこれに準ずる）と、その基本関係の存在を前提としてその関係にある（直接に又間接に）人々の間において生ずる紛争（例えば扶養請求、同居請求など。家庭内の紛争ということにする）と、その基本関係の解消を廻る紛争（例えば、離婚、離縁など）とがある。

家庭という社会の本質、ことに、市民社会における個人が家庭を構成しているところでの、家庭という社会の本質については、その究明は私の能くするところでない。しかし、利益社会における個人と個人の間、個人と個人の間、個人と個人の間、極めて異質的であり、したがって、そこで生ずる（家庭内の）紛争もきわめて異質的であるといふことができよう。すなわち、前者においては、個人は没人格的存在であるが、後者においては、個人は「人間的な余りにも人間的な」存在である。前者においては、基本関係は合理的な利害の計算の上に成立つものであるが、後者においては、むしろきわめて非合理的な素因から成立している。家庭における個人の生活は、予測できる性質のものでなく、又、予測できることがとくに要請されているわけでもない。したがって、家庭事件は、この意味では、前述のような法の適用による解決に親しまないし、又、法の適用による解決の要請もない。ただ一般的に、適正公平な解決を確保するための法の適用による解決の要請が存するだけである。この要請も解決の合目的であることに優先することまで要請するわけではない。したがって結論として、家庭事件の解決においては、何が合目的であるかは、予め、法の形式で示すのではなく、解決機関（裁判所）の事件の具体的な個性に即した裁量的な判断に委ねることが、一般的には、かえつて妥当であるといふことができる。家庭事件についての裁判所による合目的判断による解決の

手続がすなわち乙類審判手続にほかならない。

家庭内の紛争の解決手続は紛争の解決手続であるから、裁判所が行うことが要請される。しかし、その解決は訴訟による解決ではないのである。利益紛争の解決を裁判というならば乙類審判は裁判である。法の適用作用を裁判といい、事件の合目的処理を行政というならば、乙類審判は行政である。

(1) 「審判事件のうち乙類事件が調停に適する所以は、この種事件の紛争性に存する。すなわち乙類に属する事件は、例えば夫婦の同居や協力扶助その他の財産関係の問題にしても、離婚の場合の子の監護者や財産分与の問題にしても、扶養や相続人廃除の問題にしても、関係人間に直接利害の対立があり従つて関係人の中で協議が調べば必ずしも国家機関の関与は必要でないのだから、その意味で関係人の任意の処分が許されている事件であつて、審判は協議が調わず紛争がある場合にのみ行われるのである。換言すれば、この種の事件に対する家事審判は紛争の強制的解決である。従つて公権的判斷により紛争の強制的解決を図る手続たる点ではこの家事審判手続は民事訴訟手続と軌を一にしてをり、ただ、既に述べたように、後者が概ね法律の適用即ち抽象的法規範を具体化して紛争の解決を図るのに対して前者が広汎な自由裁量の下に道義に基き情誼に照らして専ら実情に適した解決を与える点に逕庭が存する。この点においても、新しく設けられた家事審判制度はわが国の民事司法制度にとつて一つの劃期的意義を有するものである。」(山木戸克巳、家庭事件の審判と調停、法律文化三卷三・四号四八頁。)

(2) 「しかし家事審判においては、紛乱に陥つた過去の事態を実体的眞実に合致するように收拾するというよりも、将来に向つて家庭的親族的生活関係を適正妥當に調整することが主眼となつており、したがつて審判は行政作用的性格を帯びた裁量的裁判たる性格を有するから、この手続における審判の適正の要請は民事訴訟における判決の適正の要請に比してかなり趣を異にするものがあるといえる。」(山木戸克巳、訴訟と家事審判、神戸法学雑誌一卷二号。)

基本関係の存否を廻る紛争は、一律的に解決されることが要請される。甲乙が夫婦又は親子であるということと丙丁が夫婦又は親子であるということは、夫婦関係又は親子関係としては全く等しい、ということが社会における各家庭のありかたとして合目的であるから、夫婦関係又は親子関係の存否を廻る争は、それが誰と誰との間の争であつて

も、その解決は、一律に、存在するか存在しないかの、いずれかの判断による解決だけが与えられるべきである。事件の個別性に応じた多様な解決は合目的でない。したがって、この種の紛争は、その解決の基準、すなわち、いかなる場合に夫婦関係、親子関係が発生し消滅するかが、予め、法において示されているのである。すなわち、この種の紛争は訴訟により解決すべきもの、法の適用により解決すべきものとされている。

但し、父の搜索の事件については、その子にとつて何人を父として与えることが合目的であるかという視点で解決する余地は立法論としてないわけではない。

親子関係事件（嫡出否認、父を定めることを求める請求、認知請求、認知無効、認知取消、親子関係存在又は不存在の確認）の本質については、それぞれの訴えについて考えてみなければならない。それはまだできていないのであるが、自然的生理的親子が法律上親子であるべきことを前提として、自然的生理的事実の審査を基礎とする親子関係を公権的に確定することが、その裁判の機能であるように思われる。したがって、その意味で、裁量的判断による解決に親しまない。この前提を必ずしもとらないところでは前述のように、合目的な父を与えることが考えられる余地がある。この種の親子関係事件においては、法が解決の基準というよりも、自然的事実を基準とすべしという法が基準となつていともいうべきであろうか。

(1) 調停のための審判のような「形成的審判も既に明らかにしたように抽象的な法規の適用によるのではなく、家庭裁判所の家事審判権（調停権）に基づく裁量的裁判であるから、法定の形成要件の存在を確定しそれに基づいて法律関係の形成を宣告するという性質の訴訟上の一般の形成判決とは著しく趣を異にする」。「ただ婚姻の無効取消その他合意に相当する審判の対象たる事項についてはこれを区別して考えねばならぬ。上述の如くこの種事件についても調停のため審判をなし得ると解すべきであるが、婚姻の無効取消などは法律の規定を離れては問題にならないし認知も事実上の親子関係を無視しては認め難いから、婚姻の無効取消原因の存在を認定しないで無効宣言や取消をすることはできず、また事実上の親子関係がないのに認知の審判をすべきではない。この意味でこれらの事項に関する審判は法規を適用してなされる判断であり、法律による裁判たらざるを得ない」（山木戸克巳、家事調停に

したがつて、これらの事件は、当事者が、自由に、合意で、処分することができる性質のものではない。別な言葉でいえば、譲歩の余地のない事件である。したがつて本来調停に親しまない(だから調停において合意が成立して調書に記載されてもそれだけでは調停の成立とはならない。家審二二II)。しかし、他方から見れば、家庭のもつとも基本的な身分関係を争のある状態において、公権的に解決することは、身分問題の解決としては適當ではない。争のない状態において、いわば円満に解決することが妥當である。争のない状態は、当事者間に、身分関係の存在又は不存在の原因の有無に關し争がなくなり、身分関係の存在又は不存在に關し合意が成立することによつて、生ずる。この合意を成立させることを目的とする手続が、これらの事件についての調停である。しかし、前述のように、これらの事件は、当事者の合意で、自由に処分できるものではない。その合意の内容は、訴訟でならばなされるであろうところの判決の内容と同一でなければならない。しかし、前述のように、判決の形式で解決することは適當でない。そこで、合意による解決に判決による解決と同一の機能(公権性、効力など)を付与すること、そのために、その合意があるべき判決と同一内容であることを裁判所が認定することが考えられる。この認定の作用、すなわち、合意を正当と認め、合意にいわば判決と同じ資格を公権的に与える作用、これが法二三条の審判にほかならない。それは全く特種の審判である。¹⁾

法二三条審判が、異議申立により効力を失う(家審二五I)のは、訴訟による解決を受けることが保障されていることを意味する。²⁾ 法二三条審判は異議申立がないときは、訴訟手続を経ないのに確定判決と同一の効力を有する(家審二五III)。それは、これらの事件は訴訟においても職権探知(人訴一四・三一)が行われる事件であり、審判においても職権で必要な事実を調査するわけである(家審二三I)から実質的に判決と異ならないからである。

- (1) 「この種調停事件では、他の調停事件のように当事者間の合意を調査に記載しただけで確定判決と同一の効力をもたすことは不適当なので（人調法七条但書参照）、本法はこの旨を明定すると共に（二二条二項）、右二十三条によつて、合意のほかに、「家庭裁判所」の職権調査を前提として審判の形式で事件を処理する方法をとつたのである。すなわち、この種事件は本来の審判事件（甲類及び乙類）ではないが、その重要性に鑑み、調停の成立する段階に達した場合に、さらに審判手続を経て裁判（審判）の形式で合意を強化することにしたわけである。」（吉川大二郎、審判、調停、訴訟の關係、法律文化三卷三・四号五一頁）。
- (2) 合意に相当する審判に対し「かくの如き異議が認められているゆえんは、利害關係人の訴権を留保したものである」に従つてこの異議は調停手続ないし合意に相当する審判による事件の処理を拒否する申立である」（山木戸克巳、家事調停における審判、私法二号一二三頁）。
- (3) 「……合意に相当する審判はすでに説いたように婚姻の無効取消原因その他の法定の形成原因の存否を確定して為される裁判であるから、その点において既判力を認めることができるのである」（山木戸克巳、家事調停における審判、私法二号一二四頁）。

基本關係の解消を廻る紛争（離婚、離縁）は、合目的な解決を事件に即して行うべき性質のものである。この点において、家庭内の紛争と異ならない。すなわち、乙類審判事件と性質を異にするものではない。しかし、基本關係の解消は、すぐれて人間的な深刻な問題である。それだけですすまず個別性に即した合目的な解決が要請されるが、それだけですすまず現実の問題としてその解決は至難である。しかし、解決を拒絶することはできない。そこで、この困難性を緩和することが要請される。基本的關係の解消を認めることが合目的である場合を予め法の形式で示しておくことは、この要請に応ずることになる。このゆえに、現行法上、離婚紛争、離縁紛争については、離婚、離縁の原因が法に示されているのである（民七七〇、八一四）。したがつて、離婚、離縁の原因が法に示されているのは、裁判所の解決の適正公平の確保のために解決の基準が法に示されることとは異なつた意味においてであるのである。したがつて、離婚離縁の法定原因（民七七〇以下のような自地的規定を除く）が存在するときは、離婚離縁の解決ができるの

説

論

である。しかし、この場合離婚離縁の解決をしなければならぬわけではない。離婚離縁の法定原因が存在するときでも、離婚離縁をしないことが合目的であると判断される——その判断は当然のことながら裁判所に委される——場合には離婚離縁を認めない解決ができる(民七七〇Ⅱ、八一四Ⅱ)。むしろ、この場合には離婚離縁を認めない解決をすべきであろう。又、離婚離縁の法定の原因が存在しないときでも、離婚離縁の解決をすることが合目的であると判断される——その判断も当然のことながら裁判所に委される——場合には離婚離縁の解決ができる(民七七〇Ⅰ、八一四Ⅰ)。要するに、何が合目的な解決であるかの判断は、それができる場合には、裁判所がなすべきものである。

離婚離縁事件は、紛争であるから、解決機関は裁判所であることが要請される。又、前述のような意味で、法に予め解決の基準が示されているがゆえに、手続としては、訴訟の手続が要請される。しかし、事件の本質としては、端的な、合目的な解決に親しむものである。この意味において、乙類審判事件と異ならない。したがって、乙類審判と同じ性質の審判をすることができる。法二四条の審判は、この意味の審判にほかならない。しかし、この種の事件においては、訴訟による解決を受けることが保障されなければならない。そこで、法二四条の審判は異議申立により効力を失うのである(家審二五Ⅱ)。

なお、本稿の論理を進めるときは、離婚離縁事件は本質的には、乙類審判事件であり、乙類審判と同性質の法二四条の審判をしたとき、異議の申立がない場合にはその審判は確定判決と同一の効力を有するが(家審二五Ⅲ)、他の一般の乙類審判は確定判決と同一の効力を有しない(家審二一Ⅰ参照)のは何故かという疑問に当る。乙類審判に確定判決と同一の効力が認められないのは、審判手続が確定判決と同一の効力を認めるに適した手続でないからである。法二四条審判に確定判決と同一の効力が認められるのは異議の申立がないことにより、審判の内容とおりの調停が成立したと認めることができ、それは訴訟事件の調停にほかならないからである(家審二一Ⅰ)。訴訟事件の調停の成立と、乙類審判事件の調停の成立とで効力が異なる(家審二一Ⅰ)のは、調停

が、それぞれ、別系統に属する（一方は訴訟、他方は審判）事件の調停であるからである。

かくて、離婚離縁事件は端的な合目的解決に親しむという点では乙類審判事件と本質を同じくするが、訴訟による解決によることができることになつてゐる点において乙類審判事件と異なる。法二四九条審判は、訴訟による解決を前提としかつ背景として認められているものである。したがつて、乙類審判事件について、法二四九条審判をすることは、性質的には同じ審判を別の形式で行うにすぎず、効力の点では、法二四九条審判をすることは乙類審判事件が受けることのできない効力をこれに与えることになる。したがつて、乙類審判事件については法二四九条の審判はできないのである（家審二四九）。

(1) 「調停は紛争を実情に即し衡平に従つて具体的安当に解決することを本旨とし、そのため法律によらない紛争の解決たることを特色とする。従つて調停手続においてなされる調停に代る裁判や調停のためにする審判も、法の適用にはよらない裁判として法規に形式的に拘束されることなく、むしろ法律の根本理念たる正義衡平に直接則つて、裁判所の裁量により端的に紛争の具体的安当な解決を図ることを期すべきである、とされるのである」（山木戸克巳、家事調停における審判、私法二二七頁）。

(2) したがつて、次の説は疑問である。「婚姻の無効取消など合意に相当する審判の対象たる事件についても、合意不成立の場合には、理論上はこの審判をなしうる。通説も、特にこれを除外する旨の規定がないことを理由として、これを肯定する。もつともこの点には多少問題はある。元来これらの事項については、既に述べたように合意に基いて当然に調停を成立せしめることを得ないのであるが、家事審判法は合意を基礎として合意に相当する審判を行い得ることにしておるのであつて、審判としては両者間に別段の相違はなく、しかも当事者の異議申立がなければそこに合意に代るものと観て差支えないであらう」（山木戸克巳、家事調停における審判、私法二二五頁）。

子の監護に関する事件も財産分与の事件も（親権者指定事件も）、何が合目的な解決であるかの判断を、端的に裁判所に委ねるべき事件である。だから、現行法上、これらの事件は乙類審判事件となつてゐるのである（家審九一四・五七）。しかし、これらの事件は婚姻取消や離婚に伴つて必然的に附随して生ずる問題である。したがつて、同時に解決されることが要請される。したがつて、訴訟において婚姻取消や離婚が主張されるとき、これらの問題についての

説 論

解決も同時に申立てられる場合に応ずることができるとが要請される。現行法において、婚姻取消訴訟と離婚訴訟においてこれらの問題について、申立に依りて、裁判することができることになつてゐる（人訴一五）のは、右の要請に依るものである。だから、これは、これらの事件がその本質上乙類審判手続で解決されるべきものであることは矛盾しない。

だから、婚姻取消訴訟や離婚訴訟で、これらの問題について解決するとき、手続が訴訟手続であるので、裁判（判決の形式）で解決することになるのであるが（人訴一五Ⅲ）、かつ、家庭裁判所でない裁判所が解決するのであるが、この裁判は、本質は、合目的解決である審判と同じであり、訴訟の判決に附随する限りにおいてのみ判決の形式を有するのである。したがつて、その後の子の監護者の変更の問題は、本来に戻り、家庭裁判所の審判手続によるのである（人訴一五Ⅳ）。したがつて、これらの事件は、人事訴訟法に規定されているからとて、訴訟事件であるといふことはできない。だから、独立して出訴できない。

このように論理を進めてくると、同じく家庭事件でも、ある事件は訴訟によつて解決され、他の事件は乙類審判手続によつて解決されることになつてゐるのは、理由のあることであるといふことができる。したがつて、訴訟事件は乙類審判手続で解決することはできない⁽¹⁾し、乙類審判事件は訴訟手続によつて解決することはできない⁽²⁾。訴訟事件についての審判の申立、乙類審判事件についての訴の提起はいずれも不適法であり却下されるべきである。

民法は、乙類審判事件の多くについて家庭裁判所にその解決を求めるべきことを規定してゐる。しかし、夫婦の同居、夫婦間の協力扶助、婚姻費用の分担についてはその旨の規定がない（民七五二、七六〇）。規定がないことは、これらの事件については訴の提起ができることを意味しない。これらの事件ももつぱら審判（又は調停）によつてのみ解決されるべきものである⁽³⁾。

(1) 「家庭裁判所は家事審判法九条第一項に掲げる甲類及び乙類事件並びに同条第二項により他の法律において特に家庭裁判所の権

限に属させた事項についてのみ審判を行う権限を有する」(大阪高裁昭和二七・六・三〇民三部決定取消自判申立却下高裁民集五卷六号二六一頁)。

(2) 「家事審判制度の趣旨によれば、家庭事件は家事審判機関によつて専属的に処理せらるべきであるとともに、また裁判手続の競合は司法制度上合理的でないということもその理由となりうる。更に最も根本的には審判事項に属する諸事項は民法の規定上私人の生活関係に対する国家権力の形成的作用であるから当然には民事訴訟の対象たるに適しないものであつて他に適当な手続が定められていない場合に限り民事訴訟によりうるにすぎないと観るべきである」(山木戸克巳、訴訟と家事審判、神戸法学雑誌一巻二号)。

(3) 「実体法である民法中には別段同居請求につき家庭裁判所に審判を求むべき旨を規定してはいないけれどもこれを訴訟事項とするか否かの問題は手続法である家事審判法の規定に譲つたものと解されるから、結局同法の施行により昭和二十三年一月一日以降は夫婦同居請求については家庭裁判所の審判事項として取扱われ訴訟事件として地方裁判所に提訴する途を閉されたものと解するのが相当である」(熊本地裁昭和二八・八・一七判決却下下裁民集四卷八号一一六〇頁)。

「本件仮処分の本案の請求権は民法第七百五十二条にもとづく権利といふべきところかかると夫婦扶助に関する請求権の存否及びその程度方法を決定するにつき管轄権を有するものは専ら家庭裁判所であつて地方裁判所でない」と解すべきである」(昭和二八・一〇・二八東京地裁民九部判決却下下裁民集四卷一〇号一五五六頁)(東京高裁昭和二九・五・二一判決棄却下裁民集五卷五号七九一頁はこの東京地方の判決を支持している)。

甲 類 審 判

市民社会においては、私人と私人の間に、いかなる生活関係を生ぜしめるかは、原則として、個人の自由意思に基づき交渉に委せられる。しかし、他方、それによつてあまりにも錯雑した諸関係が生ずることは生活の安定を害するから、身分関係や財産取引関係の安定と明確とを図ることが公益目的となる。この目的実現のために国家は諸種の制度を設けてこれを利用させることになる。戸籍や登記の制度、供託の制度がそうである。失踪宣告制度もそうである

う。又個人の自由意思に基ずく交渉に委されるのが原則であるけれども、社会の一般人に影響するところの多い生活関係を生ぜしめる場合にはこれを公益のために監督することが必要である。法人の免許、法人の事業の監督、法人の清算事務の監督がそれである。又、個人の力で、自己の利益を管理することのできない状態にあるものに対しては（又、その相手方のためにも）、これを保護する制度を設けこれを運営することが必要である。後見人、保佐人の制度、その前提としての禁治産宣告、準禁治産宣告の制度、不在者の財産、子の財産、相続財産の管理の制度、遺言の確認、遺言執行者の選任監督の制度がそれである。又、自由意思に対する監督が必要であることもある。子の氏の変更、後見人と被後見人の養子縁組、養親死亡後の養子の離縁の場合がそうである。又、未成年の子が適切な親権行使に服するように国家が監督する必要も存する。子の懲戒の場合がそうである。親権の喪失などの制度もそうである。これらの場合に共通なことは、国家が、私人の生活関係を、直接に、管理する公益的⁽¹⁾の必要が存することである。これは、利害において相対立する個人間の私益を廻る紛争の調整解決の必要とは異なる（したがって、又調停に親しまない）。したがって、右の公益的⁽¹⁾の必要を実現することは、一般の行政と異ならない。したがって、右の公益目的の実現行為は、民事刑事の裁判をする機関としての裁判所が行わなければならないという憲法上の要請はあるわけではない。いかなる国家機関に行わせることが合目的であるかは、いかなる国家機関に行わせたときに、最もよくその実効をあげることができるかによつて定まる。そこで、戸籍、登記、供託などの行政事務は行政官庁たる法務省が行うこととされ、その他の私生活に介入する行政事務は裁判所が行うこととされ、その中でも、家庭的性質を有する行政事務は裁判所の中でも、他の家庭的性質を有する紛争事件とともに、専属的に家庭裁判所が行うこととされたのである。こうして、同じ性質を有する行政事務でも裁判所の所管とされたものは、非訟事件といわれ、非訟事件の中でも、家庭裁判所の所

管とされたものは、甲類審判事件といわれるのである。非訟事件は訴訟事件ではないから訴訟形式で処理されない。しかし、一般の行政事務と同形式で処理されるのではない。私生活への介入、私生活の後見作用を行うものであるから、一般の行政事務に比し一段と慎重を必要とするからである。そこで、非訟事件については、一般の行政事務と異なり、その手続は事件の性質に応じて機能合理的に特別に法によつて定められる。これが非訟事件手続法である。そして、甲類審判事件は非訟事件であるから、非訟事件手続法の総則が準用されるのである。(乙類審判事件にも非訟事件手続法の総則が準用されるのは、非訟事件手続法に定める手続が、乙類審判事件を処理するのに、手続機能的にみて、合理的であるからである)

要するに、甲類審判は、事項は民事、作用は行政、形式は非訟事件裁判と同様、ということになる。乙類審判と異なるところは乙類審判は、民事紛争解決権の作用であるのに対し、甲類審判は、民事行政権の作用であるという点である。いずれも、家庭裁判所の所管とされているのは、家庭事件を一系統の機関で処理することが合目的であるからである。訴訟事件は裁判所が法の適用による解決をする事件、非訟事件は裁判所が所管する行政権の作用、乙類審判事件は、裁判所が紛争解決権の作用として合目的判断により解決する事件、甲類審判事件は非訟事件、というふうなことはできないであろうか。

(1) 家事審判手続は「むしる国家が積極的に家庭的ないし親族の共同生活に関与してこれに監督を加え調整を行うための手続である」とみるべきである(山木戸克巳、訴訟と家事審判、神戸法学雑誌一卷二号)。

本稿は、扶養に関する調停、審判、訴訟の研究の準備の記録の意味をもつ。したがつて、一応の素描に止まる。個々の審判事件を研究したあとでは、この素描は大いに修正されなければならないかも知れない。審判の手続が、裁判所に紛争の解決を求める自由を保障するものとしておぼろしいかどうかの吟味と、審判と私権との関係如何の問題の解決が残った。これらは、別稿に譲るとにしたい。なお、本稿は、昭和二十九年度文部省科学研究費を受けた研究の一部発表である(一九五五・九・一五)