

家事審判法の見直しに関する意見書

2008年7月17日

日本弁護士連合会

第1 はじめに 見直しに当たっての考え方

1 非訟事件における手続保障

家事審判が、公開・対審・判決という憲法82条の要請を満たしていないが、それが憲法32条の裁判を受ける権利を侵害するものではないということについては、婚姻費用分担、夫婦同居、遺産分割についての最高裁大法廷判決（順に、婚姻費用分担は昭和40年6月30日、夫婦同居も同日、遺産分割は昭和41年3月2日）が判示している。訴訟事件と非訟事件の区別は、これらの最高裁判決の趣旨の延長上で行われ、様々な議論があるが、非訟事件に分類される事件については、手続保障がおよそ不要であるという見解は、現時点では存在しないということができる。

問題は、非訟事件の中で、どのような事件についてどのような手続保障が必要なのかということである。

2 家事事件の争訟性の区別

(1) 現行家事審判法における家事事件の分類

家庭裁判所が家事事件をどう取り扱うかについて、家事審判法は、次のように定めている。

まず、「人事に関する訴訟事件その他一般に家庭に関する事件」を家事調停の対象とする。ただし、甲類審判事件は家事調停の対象としない（家事審判法17条。）。

次に、甲類審判事項として46項目を定め、これを審判対象としている。

次に、乙類審判事項として12項目を定め、これを審判対象としている。¹

¹ 家事審判法上の事項以外にも、家事審判法9条2項に基づき、他の法律によって家庭裁判所の審判事項とされるものもある。

甲類審判事件とみなされるもの

就籍についての許可

児童福祉法28条の事件

生活保護法30条3項の事件

戸籍法による氏・名の変更についての許可

戸籍訂正についての許可

この乙類審判事項については、家庭裁判所はいつでも職権で調停に付することができる（家事審判法11条）ので、実際には、乙類審判事項の対象事件も（まず審判申立てがされたとしても）調停事件として審理が始まることが多い。

(2) 現行家事審判法の事件分類の問題点

一般に甲類審判事項は非争訟性の事件であり、乙類審判事項は争訟性のある事件であると言われている。

しかし、甲類審判の中にも、親権ないし管理権の喪失（家事審判法9条1項12号）のように、申立人と喪失対象となった親権者ないし管理権者の間の争訟が想定される事案がある。

また、家事審判法上での、甲類審判事項と乙類審判事項の取扱いの違いはそれに対して調停が可能か否かのみであり、審理方法の違いが設けられているわけではなく、家事審判規則において、個々の審判事項について、本人の陳述を聞くことを要するなどの手当がされているに留まっている。

このように、現行家事審判法における甲類、乙類の分類は、対象事件の争訟性の有無による分類とは、法文上、全く結びついておらず、実質的にもズレが生じているのである。

3 家事事件における手続保障

訴訟事件・非訟事件という分類において非訟事件に属する事件であっても、争訟性のある事件については、争訟性の程度に応じた手続保障を備えた制度であるべきである。

現行家事審判法は、対象事件を甲類事件、乙類事件に分類しているが、審判手続については区別しておらず、甲類事件、乙類事件で共通である。本来、家事審判の対象事件の審理手続については、争訟性の有無・程度に応じた分化が立法されるべきである。

第2 事件類型（甲類審判事項と乙類審判事項）の見直し

1 甲類・乙類両審判事項の区別は、家事調停の対象となり得るか否かによるものである（家事審判法17条）。乙類審判事項については、第一次的に

戸籍事件についての市町村長の処分に対する不服
精神保健及び精神障害者福祉に関する法律20条2項・3項等

- (2) 乙類とみなされるもの
年金分割

は当事者の協議による解決が期待される。民法上，当事者の協議ではなしえない事項であっても，調停は当事者の合意を是認する家庭裁判所の判断があつて成立するものであるから，調停の対象となる乙類事件として問題はない。

2 現行の家事審判法の甲類審判事項のうちに，乙類とした方が妥当と考えられるものは存しない。以下の(1)ないし(3)について，親族等関係者の間で意見・利害が対立し争訟的な様相を呈することがあるが，関係者の協議による解決は考えられない。しかし，これらのうちにも当事者や関係者の手続保障のために必要なものの存することは，4に記載するところである。

- (1) 後見・補佐・補助開始及び取消し，後見人・保佐人・補助人及びこれらの監督人の選任・辞任・解任，居住用不動産の処分，保佐に関する処分，補助に関する処分，後見人・保佐人・補助人及びこれらの監督人報酬
- (2) 親権又は管理権の喪失及びその取消し，親権又は管理権を辞すること，又はその回復
- (3) 遺言執行者の選任，解任，辞任，報酬

3 現行の家事審判法の乙類審判事項のうちに，甲類とした方が妥当，すなわち，調停になじまないのではないかとして疑義のあるものが存する。

(1) 民法の規定によると当事者の協議ではなしえないが，家事審判法が乙類としている類型がある。調停が，当事者の合意のみで成立するものでないことから，協議でなしえないことをもって，甲類とすべきとはならないこと，1に記載のとおりである。

(2) 現行乙類審判事項のうち，親権者の変更，監護者の変更，推定相続人の廃除，祭祀承継者の指定については，若干の議論が存するので，検討する。

，及びについては実務上調停で処理されている（及びについては，調停で子が陳述をする機会のないことが問題とされている。家事審判規則54条及び72条に相当する規定が調停には存しない）。については，無理由の廃除を認めることとなる，生前の相続放棄を認めることとなってしまうことを根拠に調停にはなじまないと考える立場も存する。また，当事者間に合意が成立しても，廃除事由について証拠調べ若しくは事実の調査を行い，これが認められた場合には調停を成立させるとする考え方もある（認められなければ調停は不成立となり，審判で却

下することとなる)。もし、このような考え方をとるならば甲類に分類しても構わないように思われる。の祭祀承継者については、判例の対立がある。もともと、審判にしても誰が当事者なのかという点からして不明確である。結論としては、少なくとも相続人を当事者とすることにより現行法どおり調停の対象として構ないと考えられる。

- 4 甲乙の類型は、調停になじむか否かに基づく区別である。乙類審判事件は、基本的には、対立する当事者が存在し、争訟性の高い事件類型であるということができる。

しかしながら、甲類審判事件中にも、事件当事者・関係人間の争訟性が高い事件類型があり(特に地位身分を失う類型。親権・管理権の喪失、遺言執行者の解任、後見人等の解任)、少なくともかかる甲類審判事件については、事件本人の意見聴取等の機会が保障されるべきであるし(現行家事審判規則でも本人の意見聴取の機会は認められている。)、とりわけ、事件当事者や関係者の対立が激しく争訟性が際立って高い親権・管理権の喪失に関する審判手続については、乙類審判事件と同様の手続保障がされ、これと同様の審理がなされるべきである。

第3 管轄

1 乙類審判事項における合意管轄について

(1) 現行家事審判規則は、乙類審判事項について専属管轄としているが、家事調停では合意管轄が認められていること(家事審判規則129条1項)、内容について合意を認めるのであれば管轄についても合意を認めるべきこと、合意管轄を認める実際上の必要性(当事者の住所の中間に位置する土地を管轄する家庭裁判所を管轄裁判所としたり、双方代理人の事務所の所在地を管轄する家庭裁判所を管轄裁判所とする)も存することから、管轄の合意を認めるべきである。

(2) ただし、子の監護に関する処分のように公益性の高い類型の事項についての事実の調査や証拠調べの必要性も存することから、家事審判規則4条2項と同様に移送を認めるべきである。

2 土地管轄について

土地管轄については、以下の点が見直されるべきである。

(1) 後見人等の解任に関する審判(家事審判規則86条、92条2項、93条3項、73条)については、被後見人等の住所地の家庭裁判所を管

轄裁判所とするべきである。後見等事務については被後見人等の住所地の家庭裁判所が監督していることからいって、解任を含む後見等に関する事件全部を被後見人の住所地の家庭裁判所の管轄とすることが妥当である。

- (2) 不在者の財産管理に関する審判事件については、住所地（家事審判規則31条）のほか不動産の所在地など主たる財産の所在地の家庭裁判所にも管轄を認めるべきである。
- (3) 現行の家事審判規則は、相続に関する審判事件と遺言に関する審判事件を分離し、前者についての土地管轄を被相続人の住所地又は相続開始地（家事審判規則99条）とし、後者については、遺言の確認を除き相続開始地の家庭裁判所（家事審判規則120条1項）とする。しかし、双方を相続に関する審判事件として一括し、その土地管轄を被相続人の住所地又は相続開始地として統一したうえ、以後、関連して生ずる紛争のすべてを同一の裁判所で審理することが妥当である。この際、記録の編綴等についても、事件番号を同一とするか否かに關係なく、工夫すべきである。
- (4) 遺産分割調停の土地管轄を、調停が不調になり審判に移行すること、相続人が多数で全国各地にそれらの住所地が存する場合の公平や便宜を考慮して、相手方の住所地のほか、遺産分割の審判についての土地管轄（家事審判規則99条）と同様、被相続人の住所地・相続開始地にも認めるべきである。
- (5) 婚姻費用の分担及び財産分与については、多くのケースで当事者が別居していることにかんがみ、管轄が相手方の住所地のみとされる（家事審判規則45条、56条）ことにより、事実上請求を断念せざるを得ない事案が見受けられることから、調停、審判はいずれについても、夫婦（夫婦であった者）いずれかの住所地を管轄する家庭裁判所に土地管轄を認めるべきである。

3 移送及び自庁処理（審判、調停共通）について

移送については、管轄権を有しない家庭裁判所による移送又は自庁処理（家事審判規則4条1項）、管轄権を有する家庭裁判所による移送（家事審判規則4条2項）、職分管轄に属しない事件の地方裁判所又は簡易裁判所への移送の3類型が考えられる。

- (1) については、家事調停及び民事調停についての規定があるが（家事

審判規則 129 条の 2 , 民事調停法 4 条。なお , これらの規定は職分管轄がある事件についても移送を認める。), 家事審判については定めがない。

申立人の手続選択の過誤を救済するためには , 審判についても移送を認めるべきである。移送の対象を非訟事件についてのみ認める考えも存するが , 訴訟事件を排除する積極的な理由は見当たらない。

また , 期間遵守 , 時効中断といった事項について当初申し立てた時点をもって効果が生ずること , 移送審判に対し即時抗告が認められること , 甲類として申し立てられた事件を移送する際には被告となるべき者について補正をする機会を与えることに関する規定を設けて明らかにすべきである。

- (2) 規定の存する管轄権を有しない家庭裁判所による移送又は自庁処理(家事審判規則 4 条 1 項)及び管轄権を有する家庭裁判所による移送(家事審判規則 4 条 2 項)(上記 及び)については , 当事者が多数に及ぶことが多くかつ複雑多様な展開をたどることの多い家事事件の特性に応じ当事者に対する法的サービスの観点から , 職権による移送・自庁処理だけでなく , 移送・自庁処理の申立権を認めるべきである。また , 移送審判についてだけでなく(家事審判規則 4 条の 2), 移送申立に対する却下審判 , 自庁処理審判 , 自庁処理申立に対する却下審判に対しても即時抗告を認めるべきである。

加えて裁判の拒絶に当たらないようにするために , 移送審判に民事訴訟法 22 条と同様の拘束力を認めが必要である。

第 4 審理の手続

1 主張と証拠の明確化・当事者への開示

- (1) 乙類審判事件及び争訟性が高い甲類審判事件における手続保障の必要性

家事審判は , 主に親族間の法律関係について , 権利義務の具体的な内容や身分関係上の権利義務の設定・変更などの法律関係を形成するための手続であって , 裁判所の合目的な裁量が大きく働くものであるため , 職権主義による審理の原則が採用されている。

しかし一方 , 家事審判の中でも特に乙類審判事件や甲類審判事件のうち争訟性が高いものについては , 利害が対立する当事者間の法律問題に

について、法律要件の存否を確定して、法律関係を定めるものであるから、手続保障の観点から、当事者による主張・立証の機会を保障することが求められる。そして、このような当事者による主張・立証の機会の保障は、審判の基礎となるべき事実や主張が審判手続に提出されることにつながるのであって、公正で適正な審判の実現にも資するものである。

ところが、現行の家事審判法においては、職権探知主義を規定する非訟事件手続法11条を準用する規定（家事審判法7条）をおくほかは、当事者による主張・立証を保障する規定は全くおいておらず、専ら裁判所の職権によって事実の探知及び調査・証拠調べを行う構造を採用している。このような現行法の構造は、前記のような当事者に対する手続保障の観点からみて問題があるといわざるをえず、審判手続における当事者による主張・立証の機会を保障するための改正が求められる。

一方、家事審判事件では、DVや児童虐待の事案も取り扱われ、そのような事案においては、当事者の所在場所に関する情報など相手方に開示することによって当事者の生命身体に危険が生ずる可能性も考えられる。そのような具体的な支障が生ずる場合については、必要な限度で、手続保障を限定することも必要であると考えられる。

このような観点から、手続面について改正すべき事項を検討する。

(2) 主張書面・書証の相手方への交付

以上の観点から、申立書その他の主張書面及び書証については、次とおりとすべきである。

ア 乙類審判事件及び甲類審判事件のうち親権・管理権の喪失に関する事件においては、申立書その他の主張書面、書証及び当事者から提出された書類で事実の取調べの対象となるものは、すべて相手方又は申立ての対象となっている親権者又は管理権者に写しを交付するものとすべきである。

ただし、児童虐待やDV事案において、情報提供者に関する情報や保護されている場所を秘匿する必要がある場合には、裁判所の許可により、その部分のみ相手方に交付を要しないことができるものとする。

イ 一方、調停については、調停委員会が拘束的な判断を行うものではなく、当事者間の話し合いによって合意を得ようとするものであるから、その性質上、すべての提出書類等を相手方に交付する必要はない。したがって、書面及び書証を相手方に交付するか否かは、当事者にゆ

だねるものとする。

(3) 調停から審判手続に移行する場合の手続

乙類調停事件で調停が不成立となったときは、調停の申立てのときに審判の申立てをしたものとみなされ、審判手続が開始される。乙類審判事件が調停に付された場合で、その調停が不成立になったときも、審判手続が再開される。

これらの場合、調停手続において提出された主張書面や書証その他当事者が提出した書類等は、そのまま審判の資料として扱われる。しかし、調停手続で提出されたこれらの書面や書証等は必ずしも相手方に写しが交付されるわけではなく、さらには、そもそも提出されたこと自体、相手方に知らされない場合もある。

このような提出書類等が調停不成立後の審判手続で審判の資料になるという現在の実務では、そもそも何が審判の基礎となる資料となるのかが不明確であり、かつ、相手方に知らされない資料で審判がなされてしまうことがあるという点で、著しく手続保障に欠ける結果となっている。

そこで、調停が不成立となって審判手続が開始ないし再開されるときは、審判手続の冒頭において、主張書面と書証は、改めて、書証番号を付して整理し、写しを相手方に交付するものとする。

(4) 記録の閲覧・謄写

現行制度の下では、記録の閲覧謄写については、関係人の申立てにより裁判所が相当であると認めたときに限って認められる（家事審判規則12条）。しかし、当事者に対する手続保障の観点からは、少なくとも人事訴訟法35条2項²（事実調査部分の当事者による閲覧等）にならい、原則として審判記録の閲覧謄写が許可されるべきものとし、閲覧が制限されるのは、子の利益を害するおそれがある場合など、一定の場合に限定すべきである。

2 期日

(1) 民事訴訟は、裁判所、当事者その他利害関係人が会合して訴訟に関する

² 「裁判所は、当事者から事実調査部分の閲覧等の許可の申立てがあった場合においては、その閲覧等を許可しなければならない。ただし、当該事実調査部分中閲覧等を行うことにより次に掲げるおそれがあると認められる部分については、相当と認めるときに限り、その閲覧等を許可することができる。

一 当事者間に成年に達しない子がある場合におけるその子の利益を害するおそれ
二 当事者又は第三者の私生活又は業務の平穀を害するおそれ
三 当事者又は第三者の私生活についての重大な秘密が明らかにされることにより、その者が社会生活を営むのに著しい支障を生じ、又はその者の名誉を著しく害するおそれ」

る行為をするための期日を重ねて審理が進行する。口頭弁論期日を開くことは、判決をなすために法律上要求されているのみならず、当事者が主張立証を十分になすために必要不可欠な手続である。

家事審判においても、家事審判法7条により準用される非訟事件手続法10条が民事訴訟法93条、94条を準用しているため、期日を開くことは予定されているが、裁判所によりなされる終局的判断が判決ではなく審判の形式をとるため、期日を開くことは必要的ではないとされる。

このため、乙類審判事件においても、期日の指定、運用が裁判所の裁量にゆだねられており、当事者に主張立証の機会が十分に与えられない場面が生じている。

そのため、以下のとおり改正すべきである。

ア 紛争性、当事者対立構造を有する類型の事件については、審判により紛争の満足的解決をもたらすことにはかんがみ、審問期日（証拠調べを行う期日を含む）又は口頭弁論期日を開くことを必要的とすべきである。

この場合には、審問期日における手続規則を設けるべきである。

イ 期日における本人出頭主義（家事審判規則5条）を緩和し、電話会議により期日を開くことを可能とすべきである。また、電話会議による調停の成立も可能とすべきである。

(2) その理由は以下のとおりである。

ア 家事審判のような非訟手続においては、一般論として期日を必ず開くことは要求されないと考えられるが、非訟手続においても、事件類型において紛争性、対決性には差異があり、その類型にふさわしい手続が構築されてしかるべきである。

憲法上の訴訟と非訟が、権利義務の存否の確定を純然たる訴訟事件とし、その権利義務の具体的な内容の形成は非訟事件であると解されるとしても、非訟事件をいかなる手続で審理するかは立法政策の問題であり、境界画定事件や共有物分割事件など民事訴訟手続により審理されるもの、借地借家非訟事件のように非訟事件であるが民事訴訟類似の手続が定められているものなど、その類型によっては当事者権を強化し、十分な主張立証の機会を保証する手続が定められている。

これらの手続保障が強化されている類型は、紛争性対決性が高く、かつ、裁判所の判断により紛争の抜本的解決が図られる類型であると

いうことができる。

家事審判の対象となる紛争類型には、家事審判法制定前は訴訟事項とされていた遺産分割、推定相続人の排除なども含まれており、紛争性、対決性の程度には大きな差がある。このことと審判が紛争の抜本的解決をもたらすことを考えると、遺産分割などの紛争性の高い類型においては、必ず審問期日を開き、当事者と裁判所が会合して主張を整理し、立証をなす機会を保障すべきである。

このことは、民事訴訟同様の争点整理を可能にし、紛争の迅速な解決に資すると考えられる。現在の運用の主流は、調停手続において実質上の争点整理を行うことを前提に、審判手続においては期日を開かないか、開いてもできるだけ少なくするものであるが、調停は本来合意形成のための手続であり、後の審判を前提とする争点整理の場に用いるのは本来の趣旨に反するきらいがある。

したがって、遺産分割など紛争性の高い類型においては、借地借家法45条にならって審問期日を開くことを必要的とすべきである。この場合には、借地借家規則20～24条、民事保全規則14、15条のような期日における主張立証に関する規定を設け、期日においてなすべきことを明らかにすることにより、期日の充実が図られる。

イ 民事訴訟においては、遠方に居住するなど裁判所への出頭に時間と費用を要する当事者に配慮して、電話会議による弁論準備期日等への参加、和解を認めている。非訟手続である家事審判手続において、訴訟手続よりも厳格に解する必要はなく、相当でもないから、当事者の便宜のため、電話会議の活用を図るべきである。

確かに、家事事件においては、当事者の真意を担保する必要がある場面があることは否定できないが、それも事件の類型によるのであり、遺産分割のように財産的色彩の強い事件で民事訴訟と別異に解する理由はなく、また、当事者の真意が必要であるか否かも事件の進行状況次第であるから、およそ家事審判手続一律に電話会議による期日を否定する必要はない。

実務においても、家事事件は専属管轄との関係で、居住地から離れた裁判所に係属する頻度が比較的高いが、資力に乏しい、健康状態がよくないなどの理由で出頭が困難な当事者も少なくないため、弁護士である代理人がある事件では、電話会議による期日を開くことは、極

めて有用である

3 証拠調べ・事実の調査の手続

争訟性の高い事件についての審判手続では、上述のとおり、当事者及び参加人の手続保障を図る必要性が高い。そこで、乙類審判事件及び甲類審判事件のうち親権・管理権の喪失に関する事件では、証拠調べ、事実の調査は次のとおりとすべきである。

(1) 事実の調査及び証拠調べの開始について

ア 事実の調査

家庭裁判所は、職権又は申立てにより事実の調査をするものとし、当事者及び参加人には申出権を認めるべきである。

イ 証拠調べ

家庭裁判所は、職権又は申立てにより証拠調べをするものとし、当事者及び参加人には申出権を認めるべきである。

(2) 事実の調査の実施について

当事者審問か否かを問わず、当事者及び参加人の手続保障を図り、かつ、弊害を最小限とするため、次のとおりとすべきである。

ア 家庭裁判所が職権で事実の調査を行ったときは、その事実の調査又は証拠調べの結果について、当事者及び参加人の意見を聴かなければならない。

イ 裁判所書記官は、事実の調査については、その要旨を記録上明らかにしておかなければならぬ。

ウ 家庭裁判所は、事実の調査をしたときは、特に必要がないと認める場合を除き、その旨を当事者及び参加人に告知しなければならぬ。

エ 家庭裁判所が審問期日を開いて当事者、関係人その他の者の陳述を聴くことにより事実の調査をするときは、当事者及び参加人は、これに立ち会うことができる。ただし、当事者又は参加人が当該期日に立ち会うことにより事実の調査に支障を生ずるおそれがあると認められるときは、この限りでない。

オ エの審問期日は、当事者及び参加人に告知しなければならぬ。ただし、その告知をすることにより事実の調査に支障を生ずるおそれがあると認められるときは、この限りでない。

カ エの審問期日における陳述の聴取において、当事者又は参加人は、裁判長の許可を得て、当事者本人、関係人又はその他の者に対して発

問をすることができる。

なお、家庭裁判所が、審問期日を開いて、主張としての当事者、参加人の陳述を聞くときは、当事者及び参加人は、これに立ち会うことができる。

(3) 証拠調べについて

次のとおりとすべきである。

ア 家庭裁判所が職権で証拠調べを行ったときは、その事実の調査又は証拠調べの結果について、当事者及び参加人の意見を聽かなければならない。

イ 当事者及び参加人に証拠申出権を認める。

ウ 当事者及び参加人に証人尋問及び当事者尋問においての立会権を認める。

エ 当事者及び参加人に証人尋問及び当事者尋問においての尋問権を認める。

オ 証人尋問及び当事者尋問においては、交互尋問方式を原則とする。

カ 当事者が出頭せず又は宣誓若しくは陳述を拒んだ場合、当事者が文書提出命令に従わない場合、筆跡対照による証明、当事者が検証の目的の提示の命令に従わない場合については、過料の制裁を加える。これに応じて、人事訴訟法も必要な部分は改正すべきである。

なお、主張、立証の準備をするため必要な事項の情報の収集を行うため、当事者照会の制度（民事訴訟法163条参照）を設けるべきである。

4 意見の聴取

次のとおりとすべきである。

(1) 子の意見の聴取

ア 家庭裁判所は、子の監護者の指定その他子の監護に関する処分、親権者の指定若しくは変更、親権若しくは管理権の喪失、親権若しくは管理権の辞任若しくは回復又は子の懲戒に関する許可についての審判するに当たっては、子が15歳以上であるときは、その子の陳述を聽かなければならない。

イ 家庭裁判所は、未成年後見人又は未成年後見監督人を選任するに当たっては、子が15歳以上であるときは、その子の陳述を聽かなければならない。

ウ ア及びイに応じて、人事訴訟法も改正すべきである。

(2) その他の場合

- ア 家庭裁判所は、甲類審判事件のうち親権又は管理権の喪失に関する事件においては、申立ての対象となっている親権者又は管理権者本人の陳述を聴かなければならない（現行の家事審判規則76条と同様。）
イ アは、甲類審判事件のうち遺言執行者の解任、後見人等の解任についても同じとする（現行の家事審判規則126条1項、86条等と同様。）

5 審判

(1) 審判事項の規定ぶり

- ア 家事審判法は、他の法律条文を引用する形で、審判事項を定めている（家事審判法9条）。しかし、この規定ぶりが、審判事項の「内容」を概観することを困難にさせている面は否めない。そこで、改正に当たっては、審判の「内容」に則して各事項を掲げた後、これに関する条文を掲げるという形式に改められることを望みたい。
イ 審判事項を内容によって順序をつけ、又は分類することにより、将来的に、内容に対応した手続ないし審理に関する解釈を導き、ひいては当事者の手続保障に資することになると見える。解釈上、もっと、きめ細かい分類ないし整序を導く契機となりうる。

(2) 審判という用語

- ア 「審判」という用語は、家事審判法及び家事審判規則によって、多義的に用いられている。最狭義では、家事審判手続（家事調停を除く）においてなされる終局的な判断（裁判）を指すが、家事審判法9条の審判事項には、「裁判」とはいえない裁判所の「検証行為」も含まれる（限定承認の受理、遺言書の検認など）。
イ このように、「審判」を、裁判と非裁判とに区別するのは、家事審判法13条の対象とする「審判」が裁判を前提とし、裁判でないもの（いわゆる「事実行為である審判」）については、審判の告知がなくとも効力が生じると解釈されているからである。

(3) 審判の告知

- ア 家事審判法13条は、「審判はこれを受ける者に告知する」と定める。告知の方法は、家事審判法7条の準用する非訟事件手続法18条2項により、裁判所が相当と認める方法による。
イ 家事審判法13条によると、「告知を受ける者」とは、審判を受ける

者であるが、その主觀（体）的範囲は必ずしも明確とはいえない。一般論としていえば、具体的な審判の内容に従って、一定の行為又は負担を命じられた者、資格・権能を与えられ、又はそれらを奪われる者に対し、告知を行わなければならないといえるが、法文上、これを明記し、乙類審判については、申立人とその相手方たる者（利害関係人として参加した者がいる場合は同人を含む。）に対して告知すべきこと、甲類審判については、審判内容に従い、一定の行為又は負担を命じられた者、資格・権能を与えられ、又はそれらを奪われる者に対して告知すべきこと、を明らかにすべきである。

ウ 少なくとも、申立人については、自己の権利義務に直接影響を受けない場合であっても、手続開始の端緒を与えた者であり告知を受けるべき者に含まれること（家審講座 71頁（綿引））を明記すべきである。

エ なお、家事審判規則には、個別に告知する者を明記する場合がある。後見開始の審判についてである（家事審判規則26条）。規則と法律とが競合することを前提とする場合（最判昭和30年4月22日刑集9巻5号911頁、最決昭和25年6月24日裁判所時報61号6頁）、両者の効力関係も問題になり得ることに注意すべきである（憲法77条）。いずれにせよ、現行家事審判法、及び家事審判規則には、審判事項のすべてについて告知の対象者を定める規定はない。これを、今一步明確にする努力をすべきである。

(4) 告知の方法

ア 告知の方法は、相当と認める方法であるが、具体的には、言い渡し、書記官による交付送達、執行官・郵便業務従業者・廷吏による交付送達、書留郵便に付する送達、公示送達、普通郵便に付する送付、請け書による直接交付、があるとされている（梶村太一・徳田和幸編：家事事件手続法393頁）。

イ 少なくとも、即時抗告をすることができる審判については、「送達」によることを明記すべきである。

ウ 「送達」とは、定義的には、当事者その他の訴訟関係人に対して、訴訟上の書類の内容を了知させるために、法定の方式に従って書類を交付し、又は交付を受ける機会を与える裁判所の訴訟行為である（伊藤眞著：民事訴訟法）。

この「送達」には、上記に加え、その行為の内容を「公証」する行為が伴っている。審判手続に関し、手続保障を与えるためには、裁判所ないし相手方等関係者の行為の内容が記載された訴訟上の書類の内容を了知させるか、少なくとも、その機会を与えなければならない。そして、手続の適法性について争いが生じないよう、送達の事実を公証する必要がある。これが、送達に、公証行為が伴う理由とされている。

エ そうだとすると、少なくとも、即時抗告をすることができる審判については、手続自体の適法性に関する争いを避けるため、「送達」によることを明記する合理的理由がある。

オ また、家事審判の多くは、形成力を有する（後見開始、不在者財産管理人、遺言執行者など）。そして、この形成力を有する裁判には、一般に対世効が認められるとされている。したがって、送達による公証行為を要求する合理的理由がある。もっとも、形成力を有する審判すべてに対世効は必要ないとの見解もある。さらに、手続保障を確保し、手続の適法性の争いを回避する必要があると認められる審判については、即時抗告が認められないものについても、個別に、送達する旨の定めを設け、その上で、例外的に、普通郵便に付すること（宅配便等によることの可能性も含め）等を認める定めを設けるのが望ましいと思われる。

6 抗告

（1）即時抗告の許される審判の範囲について

ア 実務、学説ともに、家事審判規則において明文の定めのある場合に限って、即時抗告ができるとされ、それ以外の即時抗告を認めていない。

ただし、下記判例で即時抗告の是非が争点になっている。

後見人選任申立却下審判（否定）

最決昭和32年10月23日民集11巻10号1776ページ

遺言執行者の職務停止及び職務代行者選任の保全処分審判（否定）

東京高裁昭和60年2月26日判例時報1147号102頁

準禁治産宣告とともになされた保佐人選任審判（否定）

東京高裁決定昭和62年11月4日判例時報1261号94頁

後見人選任申立却下審判（否定）

仙台高裁決定昭和63年12月9日家月41巻8号122頁
東京高裁決定平成12年4月25日家月53巻3号88頁
移送申立却下審判（否定）（移送認容審判は即時抗告可）
参加の許否審判（否定）
内縁関係解消に伴う財産分与請求と家事審判法の準用及び即時抗告権
遺言執行者に対する報酬付与審判（肯定）
大阪高裁決定昭和38年2月15日家月15巻6号63頁
「家事審判規則の不備ないし遗漏」
遺言執行者選任審判（肯定）
遺言執行者解任審判と同視して家事審判規則126条2項を準用
名古屋高裁金沢支部昭和39年4月1日高民集17巻3号187頁
未成年後見選任却下審判（肯定）
東京高裁決定平成11年9月30日家月52巻9号97頁
禁治産宣告と同時になされた後見人選任審判（否定）
東京高裁決定平成12年4月25日家月53巻3号88頁

イ このような混乱は、家事審判法が即時抗告できる場合を規定せず、規則にゆだねたために生じている。また、各事件の実際の紛争状況を考えれば、上記各事件類型について、即時抗告を全く排除するのは適切ではない。

そこで、原則と例外を逆転し、家事審判法においては、審判（終局、中間、付隨にかかわらず）即時抗告を許すのを原則とし、即時抗告を許すべきでない、若しくはおよそ観念し得ないような審判類型に限つてのみ、これを許さないと例外で規定すべきであると考える。

即時抗告を認めない審判類型としては、例えば、

- 管轄裁判所の指定
- （家事審判法7条による非訟事件手続法4条）
- 費用の裁判（非訟事件手続法30条）
- 相続放棄、限定承認、それらの取消しの申述受理など家庭裁判所の公証的行為
- 後見人等の選任の審判

等が考えられる。

(2) 通常抗告の是非

家事審判法14条の即時抗告のほか、非訟事件手続法20条を準用して、通常抗告（1週間）を認めるべきかどうか問題がある。しかし、上記のように、原則すべての審判について即時抗告を認めれば、家事審判法14条の即時抗告以外に、非訟事件手続法20条の通常抗告を認めるべき必要性は少なく、これを準用から明確に排除すべきと考える。

(3) 民事訴訟法による抗告の是非

家事審判規則4条及び同7条3項は、除斥・忌避・証拠調べ手続に関して、民事訴訟法の準用をしていることから、民訴法による抗告（1週間）の是非が問題となる。

これを認める審判例などもあるが、上記のように、すべてについて即時抗告を容認すれば足りるし、より早期確定の必要があるとすれば、それらについて独自に期間制限を規定すれば足りると考えるが、特別1週間以内に確定させる必要のあるものがあるとは思われない。

なお、混乱を避けるべく、準用から民事訴訟法による抗告を明確に排除すべきと考える。

(4) 即時抗告権者

「裁判ニ因リテ権利ヲ害セラレタリトスル者」（非訟事件手続法20条）

原則と例外を逆転させ、即時抗告の対象を拡大するとしても、即時抗告権者が誰であるかは、整理をするのが困難である。

民事訴訟と異なり、必ずしも対立当事者による紛争ではなく、広く、家族を中心とした人間関係の調整を基本とした解決が必要とされる家事事件においては、申立人、相手方、利害関係人、事件本人など、広く即時抗告を申し立てることを容認するべきであり、抗告権者の範囲は、非訟事件手続法20条の規定のまま、解釈により運用することが可能と考える。

(5) 抗告の相手方と送達手続

ア　家事審判法、家事審判規則、非訟事件手続法のいずれにおいても、即時抗告の相手方が誰であるかについての規定が存在しない。

そのため、解釈上、非訟事件手続法25条による民事訴訟法の準用、民事訴訟法による即時抗告上の送達に関し、家事審判手続への準用が争点となっていた。

これについては、民事訴訟に近く 2 当事者対立構造が明白である事件類型、例えば、婚姻費用分担、養育費、子の監護者指定などにおいてさえ、即時抗告の相手方への送達がなされず、原審判が即時抗告の相手方にとって不意打ち的に不利益変更される実務上の深刻な問題がある。

イ これについては、手続的公正の観点からも重大な問題があるところであるが、すべての事件類型について、即時抗告状の送達を必須とすることは妥当ではない。

例えば、相続放棄、限定承認申述受理事件に対し、却下決定を受けた場合、即時抗告状の送達、ということは觀念し得ない。

ウ この点、婚姻費用分担審判に対する抗告審の変更決定に対する特別抗告事件について、平成 20 年 5 月 8 日最高裁判所第三小法廷は、憲法違反にあたらないとして特別抗告を棄却しつつ、多数意見として、「本件記録によれば、原審においては、抗告人に対して相手方から即時抗告があったことを知らせる措置が何ら執られていないことがうかがわれ、抗告人は原審において上記主張をする機会を逸していたものと考えられる。そうであるとすると、原審においては十分な審理が全くされていない疑いが強いし、そもそも本件において原々審の審判を即時抗告の相手方である抗告人に不利益なものに変更するのであれば、家事審判手続の特質を損なわない範囲でできる限り抗告人にも攻撃防衛の機会を与えるべきであり、少なくとも実務上一般に行われているように即時抗告の抗告状及び抗告理由書の写しを抗告人に送付するという配慮が必要であったというべきである。以上のとおり、原審の手続には問題があるといわざるを得ない」としている。

さらに、補足意見として、憲法 31 条の精神をできる限り反映すべきとの意見、反対意見として、憲法 32 条違反を認めるべきとの意見もある。

いずれにしても、実務運用、最高裁の判断のいずれも、送達を要するという立場なのは明らかであって、家事審判法の条文上、この点を明記すべきである。

この点、送達を要する場合を明示するか、送達を要しない場合を明示するか 2 つの方法があるが、送達を要する場合であっても、それを誰に送達するのかは、一概に規定することは困難であるから、個別に

送達を要しない場合を、家事審判規則において、明記すべきと考える。

7 保全処分

(1) 審判前の保全処分

現行の家事審判手続（家事審判法第15条の3第1項）では、保全処分を命ずるには、「審判の申立」すなわち本案の係属が要件となっている。この要件を外し民事の保全処分と同様に本案係属は要件としないものとするべきであると考える。

ア 現状の問題点

実務では保全処分と本案の審判事件の手続が並行して進められ、同時期に保全処分と審判が出されるか、審判のみ出されて、保全処分は出されないことが多い。これでは緊急性を要する保全処分の意味がない。附從性を理由に保全処分が引きのばされている実状である。

本当に生活費に困っているような場合、本案の婚姻費用分担の審判が出される前に、保全処分が発せられることが必要である。

子の引渡しを求める保全処分は、子の監護者の指定の審判と同時に出されることが多い。これでは緊急に子の引渡しを求めなければ子の福祉が著しく害されるおそれがある場合に対応できない。

協議離婚が成立したあとに財産分与を求める場合、審判の申立前に仮差押え等の保全処分ができないのは、離婚の調停前あるいは訴訟前であっても民事保全手続により保全処分できるのと比べて均衡を失する。

イ 提案

そこで、審判前の保全処分については、以下のとおりとすべきである。

審判前の保全処分の申立ては、本案の調停申立前、審判申立前であっても申立可能とすべきである。

その場合は、起訴命令類似の制度を設けるべきである。

ウ 提案の理由

家事審判手続が権利を形成する手続であるとしても、民事保全と異なり本案の申立てを要件とする理由は存在しない。

本案の申立てを要件としている結果、保全処分の審理が本案と同時並行的になされるため、実際には、緊急性を要する事案について、

保全処分が出されない傾向があるわけで、本案の申立ては要件とすべきでない。

本案の審判を出すための証明度と、保全処分を出すための証明度にそれほどちがいがないとしても疎明がなされている限り、本案審判とは切り離して保全処分を出すべきである。とりわけ調停係属中に相当程度疎明資料が出されている段階では、審判申立前であっても保全処分を出し、それを契機に調停がまとまる可能性もあり、審判移行後でないと保全処分が出せないとするのは問題である。

本案の調停及び審判申立を要件としないことが必ずしも保全処分の審理の短縮化に結びつかない場合もあるが、緊急性があり、疎明がある場合に保全処分を出し、それがない場合には、一旦却下するなり、取下げを促すなりして結論を出した上で本案申立てをさせて本案を審理するということでよい。

保全処分と本案の連続性を認める（保全処分で調べたものを本案に流用できる）ことはそのような制度をつくれば済むことで、保全処分に本案申立てを要件とする理由にはならない。

本案の最終結論と保全処分とが異なることは民事保全でもあり得ることで、それを前提にしても、緊急性がある場合に保全処分を認めている制度趣旨からいって、それを理由に保全処分を出すことをためらう理由とはならないし、本案申立てを要件とし本案と並行して審理を進めなければならないとする理由にもならない。

以上