

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（三・完）

— 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とrechtliches Gehör (以上二四二号)
- 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
 - 1 新法 (F a m F G) の制定過程
 - 2 F a m F G三四条の意義
- 七 わが国の現状と課題
 - 1 審尋請求権概念の憲法化と法原理性
 - 2 最高裁第三小法廷平成二〇年五月八日決定の意義と問題点(以上二四三号)
 - 3 下級審における審尋請求権法理の実効性
 - 4 小 括
- 八 家事事件手続法の課題と立法提案
 - 1 総論
 - 2 申立書の送付に関する規律について
 - 3 釈明義務に関する規律について
 - 4 必要的審問の規律について
 - 5 新たな規律の提案
- 九 まとめ(以上本号)

七 わが国の現状と課題

3 下級審における審尋請求権法理の実効性

一連の最高裁決定例を見ても、手続基本権としての審尋請求権概念が、当事者への手続保障の場面で、確固たる解釈規準となりえていないことは明らかである。そこで、次に有紀教授が内在化していることを論証した法原理としての審尋請求権概念について、**五3**で述べた *Vollkommer* の分類に従い、① *Pannentfalle* 及び③ *Hinweisfalle* に該当するわが国の下級審の裁判例を対象に、審尋請求権の基礎保障及び機能保障の両側面から、その実効性の有無について分析しておきたい。

まず、① *Pannentfalle* の類型に該当する侵害行為とは、裁判所の瑕疵 (*Versehen*) 行為を原因とする審尋請求権の基礎保障部分への侵害（故障）を意味する。そして、本類型の侵害行為は、その侵害の程度に応じて、手続基本権違反の問題も生じることになる。そもそも、手続基本権としての審尋請求権概念は、その奥底にある法原理としての同概念が昇華されたものであるから、それへの違背行為は、同時に法原理としての審尋請求権概念にも抵触することになり、両者の関係については、同原理への違反行為は基本権違反行為の必要条件と捉えることができる。

次に、③ *Hinweisfalle* の類型に該当する具体的な侵害態様は、手続関係人への釈明や法的観点を指摘するなど裁判所による配慮行為の不行使の結果、関係人への不意打ちが問題となるようなケースである。その前提となる裁判所の配慮義務は、適正手続（公正手続）を要請する一般理念と法原理としての審尋請求権概念の有機的結

合関係によって導かれる。そして、これらの融合原理は、簡易法の個別規定（民事訴訟法一四九条（釈明権）に具体化されており、その不行使は法令違反としてわが国の実務上も処理されてきたところである。

(1) 基礎保障侵害 (Pannettalle)

〔2〕 高松高裁平成一七年六月二二日決定判タ一二二三号、一三三九頁―一部取消、自決、一部抗告棄却・確定

【事実】

父親X（抗告人・原審A事件申立人・B事件相手方）と母親Y（相手方・原審A事件相手方・B事件申立人）は、Xが中学二年生、Yが中学一年生の平成一二年ころから交際を始め、けんか別れと交際を繰り返したが、平成一五年四月初ころ、Yは妊娠に気づき、両親を交えた話合いの結果、関係修復の上いずれ結婚する前提でYは同年八月二九日に子を出産し、Xは同年九月八日に子を認知した。その後、Yと子は、平日はX方でXとその両親らと過ごし、週末はYの実家で家族らと過ごすようになったが、平成一六年四月、XとYは離別し、双方が子の養育を望んだため、これまで通り平日はX方、週末はY方（実家）で子の養育がなされ、同年六月末ころからは専らX方で養育されるようになった。Xは、親権者指定の申立て（民法八一九条四項、五項、家事審判法九条一項乙類七号。A事件）をしたのに対し、Yが子の引渡しを申立て（民法七六六条一項、二項、家事審判法九条一項乙類四号。B事件）をしたところ、原審（高松家裁丸亀支部）は平成一七年三月二四日、XのA事件申立てを却下し、YのB事件申立てを認容する審判をした。Xが即時抗告。

【決定理由より】

「そこで検討するに、およそ子の監護に関する処分については、子の福祉に直接関する処分であるため、

裁判所においては後見的役割を果たすことが求められており、理念上は、審判手続における当事者主義的要請は後退せざるを得ないようにも解される。しかしながら、実務上、子の監護の在り方をめぐる当事者間の対立は熾烈であることが少なくなく、その意味で、子の監護に関する処分をめぐる審判手続においては、当事者にとって手続が適正に保障されるべきとの要請は、極めて深刻かつ重要であるといわざるを得ない。

ところで、本件全記録によっても、本件子の引渡し事件に関しては、Xに対し同事件が申し立てられた事実を告知したとの事実を認めることはできず、また、（中略）本件親権者指定事件と併せて調査官による調査が継続され、X及び同親権者Yに対する調査も行われたものの、原告人は本件子の引渡し事件の申立てを知らないまま上記手続に関与し、本件審判書がX代理人に対し送達されたものであることが認められる。そうすると、Xは、本件子の引渡し事件の申立てがなされたこと自体について告知を受けなかったため、および原審において、同事件の当事者として主体的に手続を進行する機会を全く与えられなかったため、これは本件子の引渡し事件の内容及び審判手続上の手続保障の要請に照らし、当事者の立場を不当に侵害するものと認められるから、原審判の手続は違法であるといわざるを得ない。

なお、審判は、その効力を生じる前提として、これを受ける者に告知することを要するが（家事審判法一三条）、本件審判書（及び本件更正審判書）は、本件子の引渡し事件に関する部分も含めてX代理人に対して送達されており、その時点で原告人代理人が本件子の引渡し事件の代理人に就任していなかった事実が認められるから、その告知の方法としては無効であったといわざるを得ないものの、その後の経緯からすれば、X代理人が当該送達後、Xから委任を受け、本件子の引渡し事件の審判を含め本件抗告を申し立てたこととは明らかであるから、現時点においては、本件子の引渡し事件についての審判も、これを受けるべき立場

にある抗告人に対し有効に告知されていたと認められ、この点の不備は、治ゆされたというべきである。」

【分析】

家事審判の発効時期について、家事審判法一三条は、「審判は、これを「受ける者」に告知することによってその効力を生ずる」と規定している。因みに、本条にいう「審判」とは、家庭裁判所が後見的に私生活に関与して、狭義の家事審判手続においてなす判断又は意思の表示としての観念行為であり、裁判の一種と解されている⁽¹⁾。そして、この審判の告知の対象である「審判を受ける者」の概念については、必ずしも明らかではないが、一般的には、具体的な審判の内容に従い、一定の行為又は負担を命じられた者、資格又は権能を与えられ、又はそれらを奪われる者と定義づけられている⁽²⁾。本事例に当てはめれば、原審判の「審判を受ける者」には、A事件申立人X（B事件相手方）及び相手方Y（B事件申立人）が該当する。もともと、Xは、A事件の関係でのみ弁護士に訴訟委任しているため、その際の告知の名宛人については、送達に関する民事訴訟法の規定（一〇一条一項、五五条）を類推適用し、代理人弁護士となるが、B事件の関係では、X本人となる。

これらの委任関係を前提に、本事例における重要な争点の一つとして、B事件の関係で、X代理人弁護士への審判書の送達行為（不変期間の進行にかかわる送達行為）が、責問権の放棄・喪失によって治癒されるかどうかの問題があげられる。すなわち、不変期間の起算点に関する瑕疵ある送達行為に、責問権の放棄・喪失が認められるかどうかである。そもそも、民事訴訟法九〇条（訴訟手続に関する異議権の喪失）は、旧民事訴訟法一四一条の内容をそのまま口語体化した規定であり、その立法趣旨は、裁判所又は相手方の訴訟に関する行為が手続法規に違反する場合に、これによって利益を害された当事者に、異議を述べて無効を主張する機会を保障したもの

に他ならない。⁽³⁾

ときに、裁判所は、訴訟指揮権に基づいて、手続規定に適合するよう訴訟行為を行う職責があるが、その違反に気づかないまま手続を進める場合もありうる。責問権は、こうした不公正な状況に対する監視機能としての重大な意義を有することになる。従って、責問権の放棄・喪失の対象については、私益に関する事項、すなわち、訴訟手続に関する規定のうち、私益的な色彩の濃い規定、つまり、任意規定に違反する場合に限られるべきであり、他方で「裁判の適正」や「手続の迅速」のような訴訟制度の信用と能率に関わる事項について定められた規定、いわゆる強行規定の違背については、責問権の放棄・喪失は認められるべきではないことになる。⁽⁴⁾

この点、わが国の判例の立場は、古くから不変期間の進行にかかわる送達の瑕疵について責問権の放棄等を認めてきた（大判大正一五年四月一四日、民集五卷二五七頁、大決昭和八年七月四日、民集一二卷一七四五頁、福岡高宮崎支判昭和三五年二月一八日高民集一三卷一号九六頁、東京高判昭和三八年六月一日、東高民時報一四卷六号一五六頁⁽⁵⁾）。その論拠については、このような送達の無効はこれに続く一連の手続の不安定をもたらすから、送達名宛人の利益を害しない限り、その瑕疵の治癒を図ることが訴訟経済と手続の安定のために必要となるという理由が示されている。⁽⁶⁾ 本決定においても、代理人弁護士が、Xの委任を受け、B事件部分も含めて即時抗告をしているという事情を考慮した上で、訴訟経済、或いは手続の安定を重視した結果、当該事件に関する原審判の瑕疵ある送達行為に対し、責問権の放棄・喪失を認めたものと解せられる。これを当事者の側から見れば、異議を述べ、その効力を争うことができるのに、あえてその権利を行使しないのであるから、その不行使による不利益は自己責任の原理に基づき、甘受すべきものと捉えることができ、学説の中にも原則的に、この判例の立場を支持する見解が見受けられる。⁽⁷⁾

しかし、送達の瑕疵の治癒のケースのうち、不変期間の起算点に関する送達に関しては、当該送達に関する規定が公益的要素の強い効力規定であり、加えて、この送達の効力に関しては、職権調査事項として当事者に処分権限は認められないことを根拠に、責問権の放棄・喪失の対象から除外するという考え方が通説の立場である。⁸⁾三ヶ月章教授は、訴訟制度の信用と能率を保障する規定は、たとえ手続規定であっても、当事者の挙動によって左右されることなくどこまでも遵守が要求されていることを主張する。そして、何が責問権の放棄を許す私益的規定であり、何が責問権の放棄を許さない強行規定であるかは、法文上、明確でないため、解釈で決しなければならぬと言明している。⁹⁾

本件の場合も、家事審判法、同規則及び非訟事件手続法には、責問権の放棄・喪失に関する明文規定がなく、また民事訴訟法九〇条の準用規定もないことから、その解釈規準には、公益的要請から、公正原理や同原理を根源とする法原理としての審尋請求権概念が採用されなければならない。

因みに、ドイツでは、ZPO二九五条に責問権 (Verfahrensrügen) の規定が置かれているが、FamFGは、二六条の職権探知主義の例外として、一一三条一項二文に規律される離婚事件及び家事争訟事件の範囲内で、このZPO二九五条を準用している。¹⁰⁾

私見としては、遅滞なく、X代理人において、B事件も含め抗告の申立てを行っている事情を考慮しても、なお、XのB事件に対する原審での手続追行権の保障の要請は無視されるべきものではなく、原審判の送達の瑕疵に関する責問権の放棄・喪失を認めた抗告審の判断には、首肯できない。

さて、本事例における更なる重要な問題点は、B事件の申立ての不告知によって手続追行権を剥奪した原審における訴訟指揮である。

この点、抗告審は、理由中において、「本件の全記録によっても、本件子の引渡し事件（B事件）に関しては、原告人に対し同事件が申し立てられた事実を告知したとの事実を認めることができない」とし、その結果、Xは原審において、B事件の当事者として主体的に手続を進行する機会を全く与えられなかったのであって、これは本件子の引渡し事件の内容及び審判手続上の手続保障の要請に照らし、当事者の立場を不当に侵害するものと認められるから、原審判の手続は違法であるといわざるを得ない」と判示している。民事訴訟手続が、民訴法一三八条一項において、被告への訴状の送達を義務づけているのに対し、家事審判法は、期日、期間、疎明の方法、人証及び鑑定に関する民事訴訟法の規定を除き、家事審判申立書の相手方当事者への送達や家事審判の申立てがあったことを相手方当事者に告知すべきことを義務づけた規定ないし準用規定を置いていない。⁽¹¹⁾そこで、抗告審は、こうした「法の欠缺」状況において、当事者権の保障という観点から、また、本件事件の争訟的色彩の強さから導かれる当事者主義的運用の必要性、合理性の観点から検討を加えており、その帰結として、子の監護に関する事件の当事者間の対立の鮮烈であることが少なくないこと、当該審判手続では当事者の手続保障の要請が極めて深刻かつ重要であることを重視して、相手方への申立てがあったことを知らせなかった原審判を違法と断じたのである。

確かに、B事件の申立ての不告知を違法と判示した点は、審尋請求権法理に照らせば当然の帰結であり、適正な判断と評価できるが、責問権の放棄・喪失を認める結果、B事件に関しての原審における訴訟追行権、すなわち、審級の利益を奪う結果となった点については、基礎保障部分に係る審尋請求権違反（法令違反）と評価せざるを得ない。事件の緊急性、訴訟経済などの要請を考慮すべきことも無視できないが、それだからといって、原審における訴訟追行権（手続関与権）を奪ってよい理由にはなりえず、むしろ、子の福祉の観点から公益性を重

視すべきであり、適正な裁判の実現のためにはそうした手続的価値に、絶対的に重きをおかなければならないと考える。法原理としての審尋請求権概念の根源にある不正防止という重要な機能を無視してはいけないのである。

(2) 機能保障違背 (Hinweistalle)

〔3〕 高松高決平成元年七月二五日家裁月報四一卷二二号一一七頁―取消・差戻

【事実】

離婚後単独親権者となった父親X（抗告人・原審申立人）からの母親Y（相手方・原審相手方）に対する子の監護に関する処分（子の引渡し）申立てを却下した審判に対する即時抗告事件において、本件では親権者でないYが子の引渡しを拒む法的権限はないが、家庭裁判所の後見的機能からすると、本件事案では、Yに、親権者を変更する旨の申立てを促し、親権者の変更についても併せて審理すべきであるとして、原審判を取り消して、差し戻した事例。

【決定理由より】

「従って、このような場合子の引渡事件と親権者変更事件とは合一にのみ判断すべきものであり、現在の時点で、いずれを親権者とするのが子の福祉、子の利益に合致するかを再び検討して、従前の親権者の定めを維持するか、変更するかを合わせて決定するのが相当である。

本件では、Yに対し長男A及び長女Bの親権者をYに変更する旨の申立てを促し、その申立てをXの本件申立てに併合して、A及びBの福祉のためにはXYのいずれを親権者とすべきかにつき審理し、その結果、従前の親権者を維持するのがA及びBの福祉に合致する場合は、Yからの親権者変更の申立てを却下すると同時に、

Xからの本件引渡請求を認容すべきであり、Yが現状どおりA及びBを監護するのがその福祉に合致する場合は、A及びBの各親権者をYに変更すると同時に、XからのA及びBの引渡申立を却下すべきものである。

原審判は、その方法をとらなかつたためYには法的に現在及び将来共にA及びBの監護権が存在せずその引渡を拒む権限がないのに、その引渡請求を却下した結果となり、相当ではなく、本件抗告は理由がある。」

〔4〕東京高決平成三年二月七日家裁月報四三卷一二号五八頁―取消・差戻

【事実】

遺産分割審判に対する即時抗告審において、調停の過程で何度も寄与分を主張する旨述べ、準備書面においても自己の寄与を考慮して分割すべき旨を記載している場合には、寄与分を定める処分申立てをする趣旨かどうか釈明し、寄与分についての審理を尽くすのが相当であるとして、原審判を取り消して差し戻した事例。

【決定理由より】

「原審判は、長男X（抗告人・原審申立人）は寄与分の主張をするが、寄与分を定める申立てをしていないという。

しかしながら、調停の過程で、Xは何度も寄与分の主張をすると述べており、X代理人が提出した平成元年四月三日付け準備書面及び同年七月一二日付け準備書面において、Xには遺産の維持、形成に対する寄与があるので、この点を考慮して分割すべきである旨を記載していることは明らかである。

そうすると、正式に寄与分を定める処分の申立てをするとの文言は用いていないけれども、右各準備書面は右の申立てをする趣旨を含むものと解する余地があるし、少なくとも、原審（新潟家裁長岡支部）としては、Xが寄与分の申立てをする趣旨かどうかを釈明すべきものと考えられる（本件において、寄与分を定める処分の申立てがあったとして、Xに寄与分が認められるかは、本件記録による限り明らかではないが、記録によると、Xは、昭和二四年に中学を卒業したところから、書店に勤務するかたわら、被相続人A及び相手方Y1（被相続人の妻）と同居して家業の農業に従事し、昭和三四年ころに結婚し、昭和四九年前から家は計もまかされて農業経営の主体となっていたものとうかがえるのであり、Aが次第に老齢となっていたことをも考えると、Xに遺産の維持等に何らかの寄与があったと認められる余地がある。いずれにせよ、原審は、この点についてほとんど調査も審理もしていないのであって、原審判は不当であるといわなければならない。」。

〔5〕大阪高決平成九年二月一日決定家裁月報五〇巻六号六九頁―取消・差戻

【事実】

遺産分割審判における寄与分の程度を不服として申し立てられた即時抗告審において、原審（大阪家裁岸和田支部）は、寄与分を定める処分の申立てをするか否かを釈明し、審理を尽くすのが相当であるとして、原審判を取り消して差し戻した事例。

【決定理由より】

「原審判の定めた長男X（原告人・原審相手方）の取得額はその相続分を大幅に超過するものである。

上記調停手続中に提案された調停案では、同超過額はXの寄与分として算定されていることが記録上窺われ、原審判は同案をそのまま採用したものと考えられるが、Xは、原審では、弁護士を代理人として委任することなく調停・審判手続を遂行したため、寄与分を定める処分 of 申立はしていない。

Xは、抗告理由において、寄与分の主張を明確にし、原審判の認定した寄与分相当額が不当に低額である旨の主張をしているが、上記調停・審判手続の経過や抗告審での主張内容からみて、Xは本件遺産分割において当初より寄与分の主張をしていた可能性もあることが窺われるから、原審としては手続が審判に移行した後、Xに対し寄与分を定める処分 of 申立をするか否かを釈明すべきであったといわなければならない。しかるに、原審がかかる釈明を行い、これに応じてXが寄与分に関する対応を明らかにした形跡は認められない。

Xが寄与分を定める処分 of 申立を行い、調査の結果、これが認められる場合には、その内容如何によって原審判の定めた分割内容に影響することは明らかであるから、その点に関しさらに審理を尽くすのが相当である。」

【分析】

裁判は、具体的正義の実現として、紛争解決のため適正・迅速な結論を与えることを目的とするから、後見的作用を営む裁判所には、当事者の欠陥を補って、適正・迅速な裁判をするための権限が付与されなければならない

い。これが、訴訟指揮権と呼ばれる権限であり、民事訴訟法にはその具体的内容として積明権の行使が認められている。そして、こうした積明権の機能を重視して、民事訴訟法のマグナカルタと呼ばれることが多い⁽¹⁵⁾。現に、民事訴訟法一四九条(旧民事訴訟法一二七条)は、審理の実体面における訴訟指揮による権限としての積明権⁽¹⁶⁾について規定している。そして、その規律方法に関しては、ZPOやわが国の旧民事訴訟法が積明を裁判所の義務の側面から規定しているのに対し、現行法は裁判所の権能の側面からのみ規定している。もっとも、解釈上はその表現形式にとらわれず、積明義務の概念を包摂するものであるとの理解が、わが国の学説判例を通じての共通の認識とされている。

この積明権の目的についてであるが、判例の立場は、弁論主義の形式的適用による不合理を修正し、訴訟関係を明らかにし、できるだけ事案の真相をきわめることによって、当事者間における紛争の真の解決をはかること⁽¹⁴⁾としている。要するに、積明権の行使は、今日、適時提出主義(Beibringungsgrundsatz)を根幹としている弁論主義に対する一つの修正機能であり、事実⁽¹⁵⁾に照らして正当な判決へと導くための裁判所の権限行使の一つと位置づけられている。

こうした点から、弁論主義と積明権の関係をどう捉えるかについては、学説上争いがある。両者の結びつきを希薄に解する立場⁽¹⁶⁾と、判例の立場である積明権を弁論主義の補充と考える立場があり、後者が通説とされている⁽¹⁷⁾。中野貞一郎教授は、この通説の立場に依拠し、事実や証拠の収集を当事者の権能かつ責任とする弁論主義の下では、それを裁判所の権限とする職権探知主義の手続とは、積明権≠積明義務の機能が大きく異なる(申立ての積明は別として)ことを看過すべきではないと指摘する⁽¹⁸⁾。

では、弁論主義の下での積明権の機能と、職権探知主義の下でのそれとは、具体的にどのような違いがあるので

うか。釈明権の機能に関しては、今日、情報との関係から捉える立場があり、それに則して整理しておきたい。

そもそも、釈明権の行使の態様については、裁判官の観点に当事者の弁論活動を適合させるために行う釈明権行使（裁判官と当事者との縦ベクトルとを志向して行使される場合）の局面と、当事者間に十分な弁論の機会を保障するために行われる釈明権行使（当事者間の横ベクトルに一定配慮したもの）の二つの局面に区別される。前者の局面では、釈明権の行使を「事案の真相」に合致した適切な形に当事者の訴訟上の行為を交換させる機能（変換機能）として、また、後者の局面は、当事者の主体的弁論を喚起し活性化させる機能（意思疎通機能）として捉えることができる。

思うに、職権探知主義が支配する手続の領域で釈明権の行使を認める第一次的目的は変換機能にあり、意思疎通機能は副次的目的（*Nebenzweck*）になると解せられる。何故なら、職権探知主義の下で、実体的真実の追求が要請されることになると、それを基礎に裁判しなければならぬというのが裁判官の職責であるから、裁判に必要な事実や証拠の収集の局面で釈明権の行使は当然に認められなければならない。その本来の機能として要請されることを意味するからである。もともと、職権探知主義を基本原則とする手続の領域にも、真正争訟事件のような争訟性の強い類型の事件があり、ここでは、当事者間で主体的に弁論を活性化させることが真実発見に繋がるといふ指摘もあり、意思疎通機能もまた強調されることになる。

ところで、適時における主体的弁論を有効あるものとするために、裁判所において、釈明義務（示唆義務、事案説明義務、法的観点指摘義務等）が要請される場面が想定される。そして、こうした局面での裁判所の釈明義務は、訴訟上の配慮義務（*Prozessuale Fürsorgepflicht*）と捉えることができる。中野教授の言明に従えば、公正原理に基礎づけられた裁判所の配慮行為である。要するに、公正原理と審尋請求権法理との融合によって義務づ

けられる権限行使に他ならない。

因みに、ZPOには、一三九条一項から三項にかけて、実体的訴訟指揮に関する釈明、解明義務の規定が置かれていたが、これらの裁判所の権能は、基本法二〇条三項に基づく訴訟上の配慮義務と位置づけられ、適時提出主義と当事者支配及び公正 (Unparteilichkeit) の要請の枠内で行使されなければならないと理解されている。⁽³⁾ このように、弁論主義の支配する領域においても、釈明権行使、或いは釈明義務は、適時提出主義や裁判所の中立性の要請の下で実施されることになるが、職権探知主義をもその基本原則に採用する人事訴訟手続においては、その公益的要請から変換機能の側面が重要視されている。

こうした特別な手続に見られるように、釈明権 (釈明義務) の行使を通じて、弁論主義と職権探知主義とは、対立概念として捉えられるべきではなく、むしろ、相関関係に立つ概念として捉えることができまいであろうか。

この点、Carl Hermann Uleは、自らのStudienbuch⁽⁴⁾の中で、両者の関係について、次のように言明している。

弁論主義は、契約自由や私的所有に関する私法の基本原則であり、公益を目的とする職権探知主義との相関概念である。両者の間には、厳しい対立が認められるが、実務上、有効な民事手続の下での弁論主義は、裁判官の質問権や解明義務によって、その区別にあまり大きな意味を有しない (Verwaltungsprozessrecht, Neunte überarbeitete Auflage, 1987, §26 (S. 134))。

ドイツでは、このように手続上の基本原則を相対化させる釈明権 (釈明義務) の行使を基本法二〇三条一項に保障される法律上の審問の原則の具体化として捉えている。⁽⁵⁾ 立法上も、ドイツ行政裁判所法八六条三項には、「裁判長は、形式の不備が補正され、不明確な申立が明確にされ、適切な申立がなされ、事実の不十分な呈示が補足

され、かつ、事実関係の確定及び判断のために重要な全ての陳述がなされるように努めなければならない。」として、裁判長の釈明義務（Aufklärungspflicht）が規定されている⁽²⁾。そして、同規定の趣旨は、基本法一〇三条一項の趣旨に基づき、全ての手続において、その特殊性を考慮しながら、具体的権利行使を形成しなければならぬとするものである。従って、審尋請求権の保障は釈明権（釈明義務）の具体的機能を通じて、全ての手続領域に及ぶものということができよう。

因みに、FamFGにおいてもまた同様の趣旨から、裁判所による示唆義務（Hinweispflicht：二八条一項）、事案解明義務（Aufklärungspflicht：二六条）の規定が整備されている。

さて、わが国の下級審裁判例を分析してみよう。まず、前記「3」の事例では、後見的配慮に基づき、裁判所によるYへの親権者変更の申立ての示唆の是非が問われたケースであり、原審における釈明権不行使が問題となった。原審の判断は、親権者ではないYの下での監護養育の実情、事件本人であるA及びBの意思、家庭裁判所調査官の調査結果から、さしあたりA及びBの生活環境の変更を必要とする特別の実情が認められないとして、YにはXによる親権の行使としての引き渡しを拒む権限がないにもかかわらず、その引渡請求を却下している。他方、抗告審では、「子の引渡しを認容すべきかどうかは親権者をいずれとするかの結論に合致するように処置すべきものであり、家庭裁判所の後見的機能からすると、Yを親権者とする旨変更すべきかどうかの考慮が要請され、その点を含めて解決しなければ、本件に関し事件本人らの福祉の観点から熟慮し将来における子の引渡に関する紛争を防止することができない。」と判示している。

いずれの審級も、子の身上監護権をYに維持することが相当であるとする結論においてその判断を共通にしているのであるが、それを手続上、正当化するためには、裁判所として訴訟指揮上、どのような義務が課せられる

のかという問題に直面することになる。

具体的には、原審において、審判の対象を子の引渡し申立ての枠内での判断に制限されることなく、一歩踏み込んで前提となる親権者変更の申立ての示唆に及ぶべきであったかどうかという点である。また、このような原審の訴訟指揮、すなわち、申立ての示唆或いは、申立人の真意に合致した申立てを促すための法的観点の指摘行為に及ばなかった不作為をどのように捉えればよいのであろうか。適時に審判を受ける権利（手続追行権）を侵害する行為（違法行為）と捉えるか、反対に新たな申立てによる不意打ちを回避する行為と捉えるかの問題も提起されることになる。

前述のとおり、わが国では、民事訴訟法一四九条（旧民事訴訟法一二七条）に釈明権に関する規定を置いているが、ドイツのZPO二七八条三項のような、法的観点指摘義務に関する明確な義務規定は置いていない。もともと、ZPO二七八条三項は、ZPO一三九条が具体化された規定と解されていることから、わが国においても、民事訴訟法一四九条を根拠に、法律事項に関する釈明として同義務が認められるという理解が旧民事訴訟法時代からの学説実務を通じての一致した見解とされている。²⁴⁾

そもそも、このZPO二七八条三項は簡素化法の施行に伴い整備された規定であり、少なくともこれ以降、ドイツでは民事訴訟手続の領域において、釈明義務の射程をめぐる法状況が一変した。具体的には、法的討論(Rechtsgespräch)義務²⁵⁾の射程について、当事者が見過²⁶⁾していたか、重要でないと考えていた法的観点に確定されたことである。そして、当該規定は憲法上の審問請求権の具体化と解され、審問請求権をめぐる議論は同条項の立法・解釈の問題として展開されるようになり、基本法一〇三条一項自体についての議論は減少することになる。²⁷⁾さらに、この法的討論義務の射程を巡り、その目的に応じて不意打ち防止のための法的討論義務と裁判所

と当事者との信頼関係の形成を目的とする一般的な法的討論義務とに区別され、前者の局面において、ZPO二七八条三項違反の問題は基本法一〇三条一項違反との重複の問題としてその議論は新たな方向へと展開することになる。⁶⁷⁾

こうしたドイツの展開をふまえ、原審判における親権者変更の申立て及びその法的観点の指摘の不行使に関しては、単なる手続法違反の問題としてだけではなく、手続基本権違反の問題としても考慮しなければならないことになる。

実際に、〔3〕の事例においては、法的討論の対象となるのは親権の有無の問題であり、これは、抗告人にとっても子の引渡しへの請求を拒絶できる重要な権限を意味するのであるから、相手方によるこうした申立てがない状況での引渡しへの拒絶は、当然に抗告人に不意打ちを来す結果であるから、手続基本権違反の可能性も否定できない。

次に、〔4〕・〔5〕の事例は、いずれも遺産分割事件の前提問題となる寄与分の申立てに関して、調停手続の段階で申立ての意思があると推認されたにもかかわらず、原審がその申立てについての釈明を怠ったとして、抗告審が、原審判を取り消し、差し戻した事例である。

ところで、寄与分の申立ては、相続分の修正要素として遺産分割の前提事項をなすものであるから、形式上別個の審判事項と定めるにしても、遺産分割における寄与分の実質的機能に照らし、両審判は合一処理を図ることが要請される。そこで、民法九〇四条の二第四項は、寄与分の申立ての要件として、遺産分割事件が係属していることを要件とした。そこで、この寄与分の申立ての時期を巡り、解釈上、遺産分割事件が確定するまでとすることも可能であるが、そうであれば、手続の蒸し返しによる遅延や手続費用の過重負担の問題が生じることにな

るため、家事審判規則一〇三条の四は、こうした弊害を防止する趣旨から、申立ての時期に一定の制限を課し、それを家庭裁判所の裁量に委ねることとした。職権探知主義の支配する手続においては、少なくとも、審理の効率化という要請が強く働くため、当事者に対して事実や証拠の提出を促すための裁判所による配慮行為が必要であることを斟酌したものである⁽³⁾。これは、積明権の変換機能の側面を重視するものに他ならない。

もっとも、このような裁判所の積明行為に対しては、その程度に応じて手続の公平を欠いた行き過ぎとの批判が想定される。そもそも、積明義務の趣旨は、当事者に目的に合った申立てを示唆することを裁判所の責務（配慮義務）とするものであり、当事者が十分に明確な主張をして、その内容に則した適切な申立てをする限りにおいては、それ以上の行使を認めるものではない。そこで、本事例においても、仮に、家庭裁判所が申立てを示唆した場合に行き過ぎとはならないかが問題となる。

〔4〕・〔5〕のいずれの事例とも、抗告審は、原審における家事審判手続移行前の調停手続の段階から、寄与分の申立ての意思があったことを、その言動ないし準備書面等から推認している。審理の効率化の要請に照らせば、原審が仮に申立行為を示唆したとしても、行き過ぎの問題は生じないのではないだろうか。むしろ、寄与分の申立ての意思の確認、或いはその申立行為を促さなかった原審の訴訟指揮は、当事者の意思を明らかにし、それに沿った主張立証活動の機会を奪う意味において、積明義務違反（法令違反）に該当するものと考ええる。ただし、〔4〕・〔5〕の事例では、各原審判における寄与分の考慮の程度が異なっており、とりわけ、それを全く考慮していない〔4〕の事例においては、重大なる手続違反と解され、手続基本権違反の可能性も否定できないのではないだろうか。実務の運用として、家庭裁判所では、当事者間の主張・立証の内容が明確になるように準備書面の交換や書証の写しの交付を行わせ、主張整理を行う中で、寄与分や特別受益に関する主張や立証を求め、遺産

の範囲の確定と共に寄与分や特別受益の確定を行うという紹介もある⁽²⁾。しかし、残念ながら、本件〔4〕・〔5〕の事例においてはこのような運用は行われていない。

結論的に、〔4〕・〔5〕のいずれの事例においても、原審判を取り消し、原審に差し戻した抗告審の判断とは対照的に、家庭裁判所（原審）の審理過程において、釈明義務という機能保障の側面から、審尋請求権法理の規範性を認めることはできない。

4 小括

これまで、審尋請求権の基礎保障及び機能保障への侵害行為に関するわが国の幾つかの裁判例を分析してきた。結果として、審尋請求権概念に関する立法措置が採られていないわが国において、総じて、手続基本権、或いは法原理としての審尋請求権概念にもその十分な規範性を認めることはできない。

まず、基礎保障部分に関して、〔1〕の最高裁第三小法廷平成二〇年五月八日決定において、田原意見及び那須意見が、憲法三一条、三二条の固有の保障内容としての審尋請求権概念について言及した点については、手続基本権としての権利性の承認に向けての前進として評価できよう。しかるに、先に七二で述べたとおり、その後の最高裁の動向を見る限り、審尋請求権が憲法三二条の固有の保障に含まれるか否かについては一切言及しておらず、未だ最高裁は審尋請求権の手続基本権としての権利性を否定する立場を固守したままといえよう。

他方、下級審レベルにおける審尋請求権の基礎保障に関して、〔2〕の事例において、高松高裁は、原審判の瑕疵ある送達行為に責問権の放棄・喪失を認め、原審におけるB事件の申立ての不告知について、その違法性を

認めている。そして、原審におけるB事件の審判を取り消し、自決した点については、子の福祉の観点から、緊急性を重視したことがその理由であると推察されるが、その結果、B事件の原審における手続追行権（審級の利益）を奪ってしまった点については、正に手続に内在する審尋請求権の基礎保障部分を侵害する行為（法令違反）に他ならず、その審理過程に規範性を認めることはできない。本件以外にも、審尋請求権の基礎保障の前提となる調査報告書の開示の要否が問題となった東京高裁平成一五年七月一五日決定判タ一―三二―八頁⁹⁰においては、この種の事件（子の監護者の指定・引渡し）における双方の審尋行為の必要性を認めつつも、当事者にこのような審問の機会が与えられず、審判官が調査官の意見報告書に依拠して判断したとしても、それだけで原審判を取り消し、差戻しをすべきものとまでは認められないとして、抗告申立てを棄却した事例がある。ここでも当事者に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の保障（基礎保障）を否定する判断結果となっている。なお、本件において抗告審が違法と判示したB事件の申立ての不告知によるその手続瑕疵は、違法性の程度において重大であるから、手続基本権違反の可能性をも否定できないと考える。

次に、機能保障部分に関して、具体的には、審尋請求権を実効あらしめるための裁判所における配慮行為としての積明義務、法的観点指摘義務について、その明文規定が存しないわが国の立法状況の中で、実務上、それらにどの程度の規範性が認められているのか、3つの事例を通じて分析してみた。

〔3〕の事例では、原審（松山家裁宇和島支部）における、親権者変更の申立ての示唆の不行使について、〔4〕・〔5〕の事例では、審判手続及びそれへの移行前の調停手続の段階から原審が、寄与分の主張を認識しながら、或いはその可能性を認めつつも、寄与分の申立ての示唆を怠った点について、いずれの抗告審も相当でないとして、原審判を取り消し、差し戻している。これらの抗告審の決定理由から推察するに、当事者への適時の

申立てを行わせるための配慮義務（申立ての示唆）を認めるものであり、基礎保障を実効あらしめるための機能保障部分への一応の規範性を認めることができる。対照的に、原審におけるこのような配慮に欠けた措置について、〔3〕の事例では、相手方に事実に適した申立てを示唆し、また、その結果として申立人へ不意打ちを防止する趣旨から、親権者変更に関する法的観点の指摘、及びそれに関する法的討論が義務づけられるべきであって、その不行使は、結果への影響の重大性（不意打ち）に鑑みれば、法令違反のみならず手続基本権違反の可能性もまた否定できない。

また、〔4〕・〔5〕の事例において、寄与分の申立行為の示唆は、不意打ち防止を目的としているというよりも、むしろ、裁判所と当事者の間での、一般的な討論義務を課しているものであるから、この場合の義務違反行為は、その違法性の程度において、基本的に法令違反のレベルに留まるものと考えられる。ただし、審理の過程で寄与分の主張を認めながら、結果としてそれを一切考慮していない〔4〕の事例においては、その違法性の程度が〔5〕の事例と比較しても重大であることに鑑みれば手続基本権違反の可能性も否定できない。

このように、審尋請求権の機能保障に関して、原審の審理過程においては、〔3〕・〔4〕・〔5〕のいずれの事例においても、その規範性は認められない。

八 家事事件手続法の課題と立法提案

1 総論

平成二三年五月二五日に公布された家事事件手続法は、その立案審議において、旧法である家事審判法に整備されていなかった当事者権及び手続保障に関する規律を整備することを、重要なテーマの一つとして掲げた。法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会では、その手続保障に関する議論への示唆として、ドイツ法における法的審尋請求権論に関する説明がなされている。これらは、手続基本権の一つとして、わが国の学説上も、承認されているところであり、本改正手続における手続保障に関する議論において、その根幹に位置づけられることになる。その成果として整備された、裁判所及び当事者の責務規定（二条）、裁判長の手続指揮権に関する規定（五二条）、参加に関する規定（四一条、四二条）、記録の閲覧等に関する規定（五九条）、申立書の写しの送付に関する規定（六七条、抗告状に関して八八条）、陳述聴取に関する規定（六八条、子の陳述聴取に関して六五条、抗告手続における陳述聴取として八九条）、相手方の立会に関する規定（六九条、事実の調査の結果通知に関する規定（六三条、七〇条）、相手方のある事件の総則規定（六六条乃至七二条）などの規定は審尋請求権法理の具体化と目される。

しかし、その内容を見る限り、当事者及び関係人の手続保障の観点から、十全な内容と評価することはできな

いと考える。そこで、以下にその問題点を指摘し、最後に立法提案を試みたい。

2 申立書の送付に関する規律について

家事事件手続法六七条は、家庭裁判所に申立てが不適法であるとき又は申立てに理由がないことが明らかなきを除き、家事審判の申立書の写しを相手方に送付しなければならぬことを義務づけている。これは、相手方が十分に防御を尽くすことができるようにするため、相手方に当該事件手続の申立てがあつたこと及びその申立内容を認識させる必要があるとの配慮に基づくものである。すなわち、申立てがあつたこと及び申立ての内容を認識させることで、相手方に反論権、意見表明権の行使のための準備期間をおき、自らの意思内容に適った申立てを実現させる趣旨に他ならず、同規定は、法原理としての審尋請求権概念が具体化された規定といえる。

こうした規定を新設した背景に、家事審判法には、申立書の写しの送付に関する規定が置かれておらず、その送付の是非をめぐり、明確な解釈規準がなかつたため、その弊害として前記「2」の事例のとおり、確固たる規範的性質が認められていない状況があつたことは明らかである。そこで、家事事件手続法が、当該規定を新設した意義は確かに大きい。ところが、重要な問題提起として、本規定には、「申立てが不適法である場合」と「申立てに理由がないことが明らかなき」という不明瞭な例外事由が規定されている点である。そして、特に、後者の例外事由に関しては、その内容が不明確であり、部会の審議においても、法解釈上の争いが生じる可能性指摘されていた。⁽⁸¹⁾ 法務省関係官の説明によれば、その具体的ケースとして、例えば申立適格がないとか、主張自体が不特定である場合を想定しているとの説明がなされているが、これに対し、裁判所委員からは、その送付先である関係人の範囲をどのように考えるのかといった問題提起がなされている。⁽⁸²⁾

ところで、こうした申立書の送付に関する規定を置くことに反対する立場からは、調停から審判に移行した

場合（家事審判法二六条一項）には、既に相手方も申立ての内容を知っているし、調停申立書とは別に審判申立書が存在しないこと⁽⁴⁾、また、申立書の送付が、その内容に非常に感情的な表現が盛り込まれることによって、逆に紛争性を激化することになる可能性があるとの懸念が指摘されている。部会では、これらの意見を踏まえ、申立書の送付はやめるけれども、事件係属の通知は行う、或いは双方を組み合わせる案が検討されたが、最終的には、申立書の送付及び係属通知の併用案が採用される結果となった。

そもそも、事件の係属を知らせることは、裁判の効果を直接受ける者への手続への参加の機会を保障し、また、相手方には、申立行為があつたことを認識させ、それに対する反論行為の事前準備を可能にすることを意味するが、その申立てに理由がないことが明らかなか場合であっても、それに対する相手方の反論行為などの手続行為自体の価値を重視する立場からは、こうした不明確な例外事由によって、送付行為を排除することは、その根源にある法原理としての審尋請求権概念の趣旨に反するものであつて首肯することはできない。今後、この「申立てに理由がないことが明らかなき」の解釈をめぐっては、新法が施行され、判例の集積に拠るところが大きいと思われるが、全てを裁判官の裁量に任せることによつて、運用の結果次第では、そこに内在化される審尋請求権の実効性を阻害し、結果的に、同規定を新設した意味を失わせてしまう危険性が生じる。

そこで、当該規定の趣旨を貫徹するためには、運用の際の明確な解釈規準となる審尋請求権の保障を目的とした一般規定の新設が必要であると考える。

3 積明義務に関する規律について

家事事件手続法五二条は、民事訴訟法一四八条（裁判長の訴訟指揮権）、一五〇条（訴訟指揮等に対する異議）に対応する規定であるが、積明権等に関する民訴法一四九条に対応する規定は整備されていない。その理由について、法務省関係官からは「職権探知である以上、裁判長がこのような民訴法の規定にあるようなことをするのは規定を待つまでもないのではないか」、また「手続の関係を明瞭にするため」と書けば、これはむしろ制約的に読まれる危険もある」という説明がなされている⁽³⁵⁾。加えて、裁判所委員からも、同様の意見が示されている⁽³⁷⁾。これに対し、研究者及び弁護士委員からは、積明義務規定を置くべきという意見が大勢であった。その論拠として、人事訴訟法（第一九条）が積明の規定を準用していることを前提とすれば、職権探知主義だから当該規定を置かないでいいという論理的必然性がないこと、記録の閲覧権或いは期日での立会権に対する合理的な制限から、非訟、家事においては、積明義務というのは、より重要な役割を持つこと、積明義務は、法的観点指摘義務の概念を包摂するものであって、事実の調査の通知といった形では不十分であることなどの意見が示されている⁽³⁶⁾。他方で、山本和彦幹事からは、民事訴訟法一四九条の規定に、当事者が主張しない事実が裁判所が考慮することができないというテーゼを超えて、裁判所が自ら裁判できる範囲を広げる側面を持つ権限としての意義が見いだされる点を指摘し、そのような意味合いを持つ一四九条と、積明という権能が当然にできるということを前提とする非訟事件手続との関連性を疑問視し、積明権に関する規定を置かない現状では、それが義務になるか、義務になるとどこまで義務になり得るかというのは、解釈の問題として捉えるべきであり、民事訴訟法に義務規定が置かれた際には、同様の義務規定を設けるべきであるとの意見が述べられている⁽⁴⁰⁾。

しかし、七三(2)で述べたとおり、積明権の行使を通じて、弁論主義と職権探知主義とは、相関的概念と捉えることができるのであり、また、審尋請求権法理の実効性を確保する観点から、裁判官の裁量に一定の制限を課す必要性が高いことから、他の手続法との関係、いわば、全体法秩序が優先的に考慮すべきではないと考えるのであり、首肯できない。更には、「手続の関係を明瞭にするため」の要件によって、裁判所の権限が制約されることになる積明権に関する一般規定の限界を重視し、特別の積明に関する義務的規定を明文化すべきである。関係人への手続保障を目的とする裁判所の配慮義務は、審尋請求権の基礎保障の内容を機能面から保障するものであり、特に、高田昌宏教授が指摘しているように、法的観点指摘義務への違反行為は、当事者及び関係人に対し不意打ちを来すものであるから、適時の反論の機会を与えることを主眼とする審尋請求権法理の理念に照らせば、その配慮の是非に関して、全てを裁判所の裁量に委ねるのではなく、それを制限する一定の明確な規程が設けられなければならないと考えるからである。

結論的には、関係当局及び裁判所委員の意見に押し切られる形で、当然に認められる権限であることを理由に、積明義務に関する明確な規定は置かれなかった。

こうした結果を踏まえ、審尋請求権法理の機能保障に関する実効化に向けての新たな規律として、一般的な積明義務の解釈規程となる審尋請求権の保障を目的とした一般規定を置き、加えて、特別な積明義務（法的観点指摘義務）に関する規律を、五二条四項に付加することを提案したい。

4 必要的審問の規律について

家事事件手続法の総則規定には、六六条乃至七二条に、相手方のある事件に関する規律が特則として整備された。そのうち、六八条は、当事者に直接口頭により自らの主張を述べる機会を与えることを目的として新設された陳述聴取規定である。本規定は、対審の構造を採る相手方のある事件において、当事者に攻撃防御を尽くさせるのが相当であるという配慮から新設された必要的審問の規律である。

部会では、この必要的審問に関する具体的規律として、必要的に陳述を聴取するものとする甲案と、原則として当事者の陳述を聴く審問期日を開くものとする乙案とが提示され審議がなされたが、結果的に、甲案が採用され、陳述聴取の具体的方法については、裁判所の裁量に委ねられることとなった。ただし、当事者による審問の申立権を認めることによって、乙案との調整が図られている。従前、家事審判規則の各則として置かれていた陳述聴取規定を根拠に、その二義的解釈によって認められてきた意見表明権は、新法によって、事実探知を目的とする五六条（意見聴取規定）の解釈に委ねられることなく、審尋請求権の保障を目的とした独立の陳述聴取規定として明文化されることとなった。この新設に係る議論の過程において、裁判所委員からの意見として、非訟の場合に総則で原則という形で規定を置くことへの疑問が投じられた。その理由としては、必ず一回は直接の審問を要請されることへの当事者及び裁判所の負担、また、非訟の特性である簡易迅速性を損なう問題、さらに、その例外事由としておかれた「不適法として申立を却下する場合」と「申立に理由がないことが明らかな場合」の要件の不明確性が指摘されている⁽⁴⁾。他方で、研究者委員からは、口頭での意見陳述の機会を保障することを重視するものであると評価し、更には相手方のない事件であっても、裁判所に意見を表明する機会を保障すべき場

合があること、また、立会権との関連から、相手方当事者が存在する場面でのみ情報を流通させるという意味においても、情報の流通過程の透明化をねらいとした必要的審問という規律がありえることを提唱している⁽⁴⁾。

法整備に関する比較法的考察から、ドイツにおいては、基本法成立後一九七〇年以降に、争訟性の有無に拘わらず非訟事件手続一般に審尋請求権の保障が学説判例を通じて承認され、F a m F Gにも同保障を目的とした審問規定が置かれている。対照的に、わが国の審尋請求権に関わる立法状況は、相手方のある場合に限定した陳述聴取規定をはじめとする特則の整備に留まり、同法理に関する明文規定は置かれていない。ある意味、同法理の本質を追究できていないわが国の限界を露呈している。そもそも、この主体的審問の規律は、立会権等も含め、手続保障の根幹に位置づけられるものであり、また、こうした権利は、弁論主義よりも高次の権利としての弁論権あるいは、審尋請求権とかの問題であり、それは、弁論主義であれ、職権探知主義であれ、両者をカバーする、より高次の権利として位置づけられるべきものである⁽⁴⁾。従って、これらの規律の根源にある原理として、高度の規範性が認められなければならない。こうした立場から、ドイツでは、抗告の申立てに理由がない場合であっても、相手方に全く審問の機会を与えないのは合目的ではないとする見解が通説とされており、判例もまたこの立場に則していることは七二で述べたとおりである。

私見としては、審尋請求権の保障を目的とした一般規定を総則規定の通則に整備し、相手方のある事件の特則に置かれる六八条一項は削除されるべきであると考ええる。新設された一般規定は、一面において、憲法三二条の保障内容の具体化として、他面、法原理としての審尋請求権概念の実定化として機能することになり、その結果、個別聴聞規定の解釈を通じて生じる憲法的保障との衝突の場面は回避され加えて、憲法規定の直接適用による法治国家原理の充足の問題も解決することができるのである。また、当該規定は、二条の責務規定に内在する公正

原理との有機的結合関係を基礎に、手続保障に関する総則規定として位置づけることができる。

5 新たな規律の提案

申立書の送付に関する規律（六七条）及び必要的審問に関する規律（六八条）に定められる例外的事由の解釈規準として、審尋請求権に関する一般規定が新設されるべきである。

具体的には、F a m F G 三四条及びオーストリア非訟事件手続法 (Außerstreugesetz: AußStG) 一五条⁽⁴⁵⁾の規律を参考として、次の一般規定の新設を提案したい。

そもそも、オーストリア非訟事件手続法は、ドイツに先行して抜本的な改正をなしたものであるが、旧法の成立から一五〇年の歳月を経て、二〇〇三年七月二三日に成立し、二〇〇五年一月一日より施行された法律である⁽⁴⁶⁾。そして、AußStG 一五条には、法的審尋請求権に関する一般規定が置かれているが、ドイツ法とは異なり、同規定と有機的に連鎖する憲法上の規定は置かれていない。オーストリア憲法には、まとまった基本権カタログがないため、連邦憲法と同じランクにある欧州人権条約によって補充されている法状況であり、とりわけ、六条一項の公正な公開の審理 (fair and public hearing) を受ける権利に包摂される審尋請求権概念は、当該規定を根拠に基本権の一つとして保障されている。従って、審尋請求権に関する憲法上の明文規定を持たない中で、簡易法に一般規定を置いているオーストリアの立法状況は、憲法上の明文規定を置いていないわが国の法状況に似通っており、簡易法上の一般条項の新設を検討するうえで、有益な対象となりうるものと考えられる。

また、この一般条項の具体的規律形式に関しても、基本法一〇三条一項との有効性の連鎖から陳述聴取規定に

審尋請求権の保障を基礎づける FamFG 三四条の形式よりは、審尋請求権法理の具体的保障内容を定式化した AußStrG 一五条に倣い、次の一般条項を置くことを提案したい。

「当事者は、家庭裁判所が職権により開始した事件及び申立てによる事件の手続対象について、他の当事者の陳述及び申立ての趣旨に関する通知を受け、それに対する意見表明の機会が与えられなければならない。」
 さらに、釈明義務に関する規律に関しては、FamFG 二八条一項二文に倣い、五二条（訴訟指揮に関する規律）に、新たに四項として、次のとおり追加すべきことを提案したい。

「裁判長は、法的観点につき当事者と異なる評価をし、その法的観点を裁判の基礎とする場合には、当事者に対してその法的観点を指摘しなければならない。」

九 まとめ

本稿で、私は、有紀教授が提唱された、非訟事件一般に内在化される法原理としての審尋請求権概念が、わが国の実務上、どの程度、規範的性質（実効性）を有しているのかについて分析を試みた。ドイツとは異なり、憲法上の権利として明文化されていないわが国において、手続保障の根幹に位置づけられる審尋請求権概念が、憲法的保障（手続基本権）として、或いは法原則として、どの程度の規範性を有しているのかその実態を明らかにしなければ、真にその内在化を実証できず、更に、その先にある実効化への議論へと進展しないと考えたからである。

数少ない裁判例を対象としているため、その分析結果が、必ずしも、わが国の実務の実情を反映していないとの批判は免れないが、結論としては、今後、審尋請求権の権利性について最高裁が明確に言及しない限り、実効性の議論への進展には期待が薄く、下級審レベルにおいても、抗告審では争訟性が認められる領域で、法原則としての規範性が一応に認められるものの、家庭裁判所の審理過程には、遺産分割事件における運用例を例外として、争訟性の強い乙類審判事件においてさえも、内在化の提唱に疑念を抱かざるを得ない状況である。こうしたわが国の実態からも、家事事件手続法に整備された手続保障に関する各規律への期待は、その実効性の点で期待が大きいものと考ええるが、如何せん、その規律内容からは必ずしも十全なものではないことから、新法施行後のこれらの規定に関連する裁判例の動向に注視していかなければならない。

最後に、ドイツ及びオーストリアにおける非訟事件手続法を参考に立法提案を試みた。この試案が有益なものとなるかどうかは、今後、新法が施行され、新たな規律を基礎とした判例の集積による検証結果に拠るところが大いものと考ええる。従って、新法施行後における審尋請求権法理の規範性の再検証については今後の研究課題としたい。

更にその先には審尋請求権の手続基本権侵害と法令違反との区別規準に関する重要な研究課題が残されている。

（完）

注

- (1) 斎藤秀夫・菊池信男編『注解家事審判法【改訂】』（青林書院、一九九二年）五九〇頁「飯島悟」。

- (2) 市川四郎「家事事件における実務上の問題と判例」家裁月報八巻一二号二六頁、裁判所職員総合研修所監修『家事審判法実務講義案（六訂再訂版）』（司法協会、二〇〇九年）一一五頁。
- (3) 本条は、当事者にこのような責問権があることを正面から規定してはいないが、「これを述べる権利」を失うとしているのであるから、そのような権利が存在することを当然の前提としていることは明らかである（賀集唱ほか編『基本法コンメンタール民事訴訟法1』（日本評論社、二〇〇八年）二一九頁〔藤原弘道〕）。
- (4) 中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義（第二版補訂二版）』（有斐閣、二〇〇九年）一二〇頁。
- (5) 裁判所書記官実務研究報告書『民事訴訟関係書類の送達実務の研究―新訂―』（司法協会、二〇〇六年）二四二頁。送達の瑕疵は、その構成要件上、送達書類、受送達者、送達場所、送達方法に分類することができる。本件事例は、受送達者に関するものであり、大判大一一・四・一四の事例は、送達書類（書記官印の捺印を欠く判決正本に対する控訴提起が責問権の放棄と認められた事例）、大決昭八・七・四の事例は、受送達者（訴訟無能力者本人への送達がその法定代理人又は能力を取得した本人が責問権を放棄した場合）、送達は有効になるとした事例）、福岡高宮崎支判昭和三五・二・一八の事例は、送達方法（同居人であるとの偽装により偏取した勝訴判決正本の送達は無効であり、被告はいつでも控訴提起ができるとされた事例）に該当する事例である。また、東京高判昭和三八・六・一一は、第一審における訴状・判決言渡期日の呼出状及び判決正本の送達がなかったとしても、被告が第二審で異議なく弁論した場合には、責問権を喪失すると判示した事例である。
- (6) 裁判所職員総合研修所監修『民事訴訟法講義案―再訂版―』（司法協会、二〇〇九年）一一四頁。
- (7) 秋山幹男ほか編『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ』（日本評論社、二〇〇二年）二〇七頁、菊井維大・村松俊夫著『全訂民事訴訟法（Ⅰ）補訂版』（日本評論社、一九九三年）一〇六〇頁、新堂幸司ほか編『注釈民事訴訟法（3）』（有斐閣、一九九三年）三二八頁、三三四頁〔梅善夫〕。

- (8) 細野長良『民事訴訟法要義第3巻（全訂版）』（巖松堂書店、一九三三年）一五八頁、中島弘道『日本民事訴訟法第一編』（松華堂、一九三四年）五九八頁、齋藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(3)（第二版）』（第一法規出版、一九九一年）五四〇頁（齋藤秀夫・井上繁規・小室直人）、同編『注解民事訴訟法(4)（第二版）』（第一法規出版、一九九一年）一六〇頁（齋藤秀夫・吉野孝義）、新堂幸司『民事訴訟法（第五版）』（弘文堂、二〇一一年）四四一頁、兼子一『松浦馨』新堂幸司『竹下守夫』高橋宏志『加藤新太郎』上原敏夫『高田裕成』『案解民事訴訟法（第2版）』（弘文堂、二〇一一年）三七三頁（新堂幸司『高橋宏志』高田裕成）。
- (9) 三ヶ月章『民事訴訟法（法律学全集）』（有斐閣、一九五九年）三三三頁。
- (10) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung Kommentar, 67. Aufl., 2009, §295, Keidel, FamFG Kommentar 16. Aufl., 2009, §113.
- (11) 齋藤秀夫『菊池信男編・前掲注(1)八一頁「菊池信男」。
- (12) 奈良次郎『積明権と積明義務の範囲』鈴木忠一『三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座Ⅰ』（日本評論社、一九六九年）二〇三頁。
- (13) 積明権は、学説上、「積極的積明」と「消極的積明」に分類され（中野貞一郎『弁論主義の動向と積明権』『過失の推認』（弘文堂、一九七八年）二二五頁）、小島武司教授は、積極的積明を「統制的積明」と「助成的積明」に分類する（小島武司『積明権行使の基準』『特別講義民事訴訟法』（有斐閣、一九八八年）三三九頁。
- (14) 最判昭和四五年六月一日民集二四卷六号五一六頁。
- (15) 新一雄『西ドイツにおける職権探知原則』雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題 下』（有斐閣、一九九〇年）二四五～二九三頁（二八一、二八二頁）。
- (16) 竹下守夫教授は、職権探知主義の手続における積明権の必要性を強調している（新堂幸司『青山善充編『民訴判例百選（第二版）』（有斐閣、一九八二年）一六九頁）。

- (17) 秋山幹男ほか編『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ』（日本評論社、二〇〇八年）二六六頁。
- (18) 小山昇ほか編『演習民事訴訟法』（青林書院、一九八七年）三八七頁〔中野貞一郎〕。
- (19) 石田秀博「新民事訴訟法における釈明権について」『民事訴訟雑誌』四六号（二〇〇〇年）一三五頁。
- (20) Baumbach/Lauterbach/Albers/Harman, a. O., §139, Rdnr. 7 (S. 693).
- (21) Carl Hermann ULE, Verwaltungsprozessrecht, neunte überarbeitete Aufl., 1987, §26ff, S. 133ff.
- (22) Helge Sodan/Jan Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar, 2. Aufl., 2006, §86, Rdnr. 111ff (S. 1599ff).
- (23) 新山一雄・前掲注(15)二四五頁（二八〇頁）。
- (24) 阿多麻子「法的観点指摘義務—裁判官の行為準則として—」判例タイムズ第一〇〇四号二六頁以下、古閑裕二「争点整理の技法と審理方式（一）」司法研修所論集第八五号一七一頁以下、新堂幸司「新民事訴訟法第四版」（弘文堂、二〇〇八年）四二八頁、ドイッ法における議論の展開について、山本和彦「民事訴訟審理構造論」（信山社、一九九五年）一四三頁以下参照。
- (25) 西ドイッにおける民事訴訟手続の領域での *Rechtsgespräch* に関する議論の展開として、山本克己「民事訴訟におけるいわゆる“*Rechtsgespräch*”について（一）（二）（三）（四・完）」法學論叢一一九卷一号一頁以下、一一九卷三号一頁以下、一一九卷五号一頁以下、一一〇卷一号三二頁以下参照。
- (26) 山本和彦・前掲注(24)一三六頁参照。
- (27) 山本和彦教授は、従来十分に区別されていなかった不意打ち防止のための討論とそれ以外の討論とを峻別しながら、前者の義務を広汎に認めて民訴法二七八条三項と憲法一〇三条一項の適用範囲の重複を強調した *H. W. Laumen* の見解を採りあげ注目に値するとしている（山本和彦・前掲注(24)一三六、一三七頁参照）。
- (28) 賀集唱ほか編・前掲注(3)七六頁以下〔山本克己〕。

- (29) 大田武聖「遺産分割事件の当事者主義的運用」判例タイムズ第一一〇〇号三六二頁以下。
- (30) 審尋請求権の保障を前提に原則的に調査報告書の開示を認める意見として若林昌子「手続的透明性の視点から」判例タイムズ第一二三七号一五頁以下参照、判例評釈として、本山敦「判批」判例タイムズ一一四四号一〇一頁～一〇四頁（二〇〇四年）。
- (31) 法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第四回会議議事録二二頁〔菅野委員発言〕（なお、同部会の部会資料・議事録等は、法務省のサイト（<http://www.moj.go.jp/>）の過去の審議会・終了済みの部会（民事法系）の中に記載されている）。
- (32) 法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第四回会議議事録二二頁〔脇村関係官発言〕。
- (33) 法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第四回会議議事録二三頁〔菅野委員発言〕〔小田幹事発言〕。
- (34) 法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第四回会議議事録一七頁〔小田幹事発言〕。
- (35) 法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第四回会議議事録一九頁〔鶴岡委員発言〕、同議事録二六頁〔二本松委員発言〕。
- (36) 法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第一八回会議議事録三五頁、三六頁〔金子幹事発言〕。
- (37) 法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第一八回会議議事録、二六頁〔鈴木委員発言〕。別冊NBL No.134『非訟事件手続法・家事審判法の見直しに関する中間試案と解説』商事法務、二〇一〇年、一三七頁。明文規定を置かない理由として、事務当局は、事実の調査としての質問と釈明としての質問との区別がつかない点を指摘している（法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第三〇回会議議事録一六頁〔脇村関係官発言〕。これに対し、畑幹事は、事実の調査と釈明権の行使については、概念上異なる性質のものであると主張している（法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第二六回会議議事録二二頁参照）。
- (38) 法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第三〇回会議議事録一六頁〔三木委員発言〕。
- (39) 法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第二八回会議議事録二頁〔畑幹事発言〕。
- (40) 法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第二八回会議議事録二頁〔高田昌弘委員発言〕。

- (41) 法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第二八回会議議事録二二三頁「山本幹事発言」。
- (42) 法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第五回会議議事録一五頁「菅野委員発言」、同議事録一六頁「栗林委員発言」、「長委員発言」。
- (43) 法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第五回会議議事録一四頁「高田裕成委員発言」。
- (44) 法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第五回会議議事録二五頁「三木委員発言」。
- (45) §15 AußStG (Rechtliches Gehör)
- Den Parteien ist Gelegenheit zu geben, von dem Gegenstand, über den das Gericht das Verfahren von Amts wegen eingeleitet hat, den Anträgen und Vorbringen der anderen Parteien und dem Inhalt der Erhebungen Kenntnis zu erhalten und dazu Stellung zu nehmen.
- (仮訳)
- 非訟事件手続法一五条(審尋請求権)
- 当事者は、裁判所が職権により開始した事件及び申立てによる事件の手続対象について、他の当事者の陳述及び申立ての提起の趣旨に関する通知を受け、それに対する意見表明の機会が与えられなければならない。
- (46) Walter H. Reehberger, *Außenstreitgesetz Kommentar*, 2006, einleitung, §15.
- (47) ブリタ・ヴァグナー(古野豊秋訳)「オーストリア連邦憲法裁判所の判例の最近の傾向」比較法学三三卷二二号一四三頁以下参照。
- (48) §28 Abs. 1 FamFG (Verfahrenslleitung)
- (1) Das Gericht hat darauf hinzuwirken, dass die Beteiligten sich rechtzeitig über alle erheblichen Tatsachen erklären und ungenügende tatsächliche Angaben ergänzen. Es hat die Beteiligten auf einen rechtlichen Gesichtspunkt hinzuweisen, wenn es ihn anders beurteilt als die Beteiligten und seine Entscheidung darauf stützen will.

F a m F G 二八条一項（手続指揮）

（訳は、非訟事件手続法・家事審判法部会資料七による）

1 裁判所は、関係人が適切な時期に裁判の基礎となるすべての事実について陳述し、不十分な事実の陳述を補充するように促さなければならない。裁判所は、法的観点につき関係人と異なる評価をし、その法的観点を裁判の基礎とする場合には、関係人に対してその法的観点を指摘しなければならない。