慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	山木戸克己著「人事訴訟手續法」「家事審判法」(法律學全集第三八巻所収)
Sub Title	K. Yamakido : "The law of procedure in personal matters" "The law for adjustment of domestic relations"
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1959
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.32, No.1 (1959. 1) ,p.86- 92
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19590115-0086

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

山木戸克己著

「人事訴訟手續法」「家事審判法」

（法律學全集第三八卷所收）

一　「人事訴訟手續法」

一　人事訴訟手續法に關する體系書は、山田正三教授が新法學全集に執筆されてから、二十年ぶりである。その間、幾多の論文や判例が蓄積された。すでに、家事審判法および人事訴訟手續法に關する優れた論稿を數多く發表せられた山木戸教授が、これら新資料を縱横に驅使されて書かれた本書は、戰後の身分法の根本的改正や家事審判制度の創設による人事訴訟事件の家事審判事件への大幅な移行に伴う人事訴訟手續法自身の改正は別として、從來のものとは全く面目を一新している。殊に顯著な特徴は次の二點にあると思う。

(1)先ず第一の特質は、身分法理論（實體法理論）と訴訟法理論の綜合が隨所にみられることである。すなわち著者は、「人事訴訟の對象である各種事件の研究にあたつては、實體法たる身分法の領域に立ち入らないではすまされない。人事訴訟に屬する諸種の訴の性質を論ずるについても、或いはその對象や正當な當事者を明らかに

するについても、民法の規定ないしその理論を基礎としなければならないのである。そのような意味において、人事訴訟に關する多くの問題は、身分法理論と訴訟法理論との綜合的な適用にまつべきである。實に、人事訴訟は、身分法及び訴訟法のそれぞれの法理論の當否を檢すべき試金石たるの觀がある」とされ、更に、「できるだけ實體法たる民法學の分野における成果を參照して、民法理論との接合をはかるように努めた。もし本書の特色とみられ得るようなものがあるとすれば、或いはそのような點であるかもしれない」(はしがき)と述べられる。實體法と訴訟法の綜合的解釋に從來の法解釋學の限界を打破する道を見出す筆者は、教授のこの基本的立場に贊成するものである。問題は接合の仕方にあると思う。

例を婚姻無效の訴(離婚無效・緣組無效・離緣無效の各訴についても同じ)の性質決定にとろう。まず教授は、民法七四二條の無效原因のうち、第二號の屆出は、婚姻の成立要件であるから、屆出なき場合(屆出が當事者の意思によらない場合も含めて)婚姻は成立せず、當然無效であるから、これを主張する訴は確認訴訟である、とされる。次に第一號の婚姻する意思の欠缺は、婚姻の有效要件であるが、意思が欠缺しても當然無效となるのではなく、判決により無效が形成されるのであつて、當事者が判決以外の方法で無效を主張することができないが故に、これを主張する訴は形成訴訟である(一四頁以下)、とされる。この場合、訴訟法學は、訴の類型を分類し、呈示し、實體法學は、特定の訴が、特定の類型に屬するための要件、ないし素材を提示する。そこで始めて特定の訴がいかなる類型の訴であるかが定る。特定の訴を形成の訴にするか確認の訴にするかは、立法政策の問題である。專ら訴によつてのみ法律關係を主張しうるのか、又は訴以外の方法でもそれを主張しうるのか、そのいずれと解するのが政策的に妥當であるかは、實體法學の決定すべき問題であり、訴訟法學の關知すべきことではない。これは中村宗雄教授のいわゆる學問の權利領域の問題である。意思の欠缺による婚姻の絕對無效は身分法學上積極的な論據をもつ通說であるから、(すなわち、婚姻意思の存在に强度の事實上の推定をあたえ訴を以てのみ無效を主張しうるとし、身分關係の法的安定性を維持することよりも、訴以外の方法によつて、何時でも無效を主張しうるとすることが、法的安定性を害する缺點はあるにしろ、より重要である、と考えるのであるから、)かかる通說に基づいて、訴の類型を定めること、換言すれば、確認訴訟說が正當であるように思われる。

ちなみに、教授はこの點と關連して、屆出が當事者の意思によらない場合を屆出がなかつた場合と同格にみて、婚姻は絕對無效であるとされるが、屆出が當事者の意思によつたか否かは、當事者の婚姻意思の有無と同樣に不明確なものであるから、形成訴訟說の立場からは、形成無效とすべきではないだろうか。

(2)第二の特徵は、判例および文獻の引用が丹念且つ克明で、教授のいささかもはつたりのない誠實にして謹勉な研究態度が容易にうかがいしれると同時に、我々後學の者の研究に充分な資料を提供していることである。

二　本書はまず、民法および人事訴訟手續法に明文の規定ある、婚姻無效の訴・婚姻取消の訴・離婚の訴・離婚取消の訴・養子緣組無效の訴・養子緣組取消の訴・離緣の訴・離緣取消の訴・子の否認

の訴・認知の訴・認知無效の訴・認知取消の訴・父を定める訴と、明文の規定はないが解釋上人事訴訟事件と認められるべき、離婚無效の訴・夫婦關係存否確認の訴・離緣無效の訴・養子緣組關係を對象とする存否確認の訴、親子關係存否確認の訴を、法條の順序に從い、婚姻事件・養子緣組事件・親子關係事件の順で、しかも、各訴については、(1)訴の意義および性格、(2)訴の要件　a.訴訟物、b.訴の利益、c.正當な當事者、(3)判決の效力を說かれる。特にこの部分では、實體法理論が訴訟法理論との密接な關係において說かれているので、學問的にいつて興味深いものがある。

次に、各訴に共通の人事訴訟の特質が論じられる。就中、法定代理および訴訟代理（九七頁以下）、別訴禁止（一一〇頁以下）、檢察官の關與（一一二頁以下）、審理の特則たる職權探知主義（一一七頁以下）、請求の放棄・認諾および和解（一二二頁以下）、離婚訴訟および離緣訴訟における手續中止（一二五頁以下）等の項目は、人事訴訟事件の特質との關連で特に興味深く、更に、判決の效力（一三五頁以下）は、人事事件の特質との關連においてのみならず、訴訟理論それ自體としても、興味深いものがある。

三　次に多くの問題のうち、私の關心のある若干の問題を指摘させて戴きたいと思う。

(1)まず、過去の法律關係についても確認の利益があり、確認訴訟の對象たりうることがあるとされているが、これは正當な見解であると思う。例えば、當事者の一方の死亡後も婚姻關係存否確認訴訟がなしうる（四一頁）とする點である（そのほか親子關係存否確認の訴につき五六頁）。なお、婚姻無效事件（そのほかの無效事件についても同じ）を確認訴訟と解するなら、協議離婚後ないしは當事者の一方の死亡後も訴の利益がある（二五頁）がゆえに、確認の對象たりうる過去の法律關係の例として援用しえよう。しかし、通說的立場からいえば、過去の法律關係に確認の利益を認めることは、多くの點で理論的な難點を伴う。この點については、拙稿「過去の法律關係と確認訴訟」（法學研究三一卷一二號）參照。

(2)裁判離婚後は、その判決の效力として婚姻無效の訴を提起しえない（二五頁）とされるが、離婚と婚姻の當初からの無效とは效果も異るし、また離婚判決は離婚權の存在確認と離婚による婚姻關係の解消すなわち形成效をもつにすぎず、基本たる婚姻の效力に影響しないのではなかろうか。

(3)同じく訴の利益の問題として、婚姻取消の訴および養子緣組取消の訴は、離婚および離緣後は訴の利益を欠くとされるが（二九頁、四七頁）、重要な效果の相違が少しでも兩者の間にみられるならば、訴の利益がないとはいえないのではないか。例えば婚姻取消については、民法七三五條（敎授御自身も「强いていえば」と條件をつけて認められる）・七四八條Ⅱ、Ⅲ項（同條は八〇八條で緣組取消の場合準用される）等は、明らかに、離婚とはその效果を異にする點であろう。

(4)親子關係存否確認の訴および養親子關係存否確認の訴において、緣組當事者でない第三者で、原告適格を有するものは緣組當事者の親族に限られるとされるが（五七頁、八六頁）、第三者は、司法の私的紛爭への最少限の介入という近代司法の要請から考えると、その存否を、單に個別的派生的法律關係に關する先決問題とすれば

足りるのであるから、當事者適格を欠くと考えることはできないのではなかろうか。

(5)父を定める訴は、形式的形成訴訟すなわち非訟事件であるとされる(六四頁)。誰を父とするか法律上の規定がないのであるから、父を定めることは、事實關係に關する判斷であり、訴訟の形式はとつても、實は非訟事件である。それにより、子の出生のときから、法律上の父子關係が發生するのは、判決によつて確定された自然的親子關係に實體法が與える效果とみるべきではなかろうか。

(6)父を定める訴は子が死亡し、直系卑屬がないとき訴の利益がないとされるが(六六頁)、母、母の先夫又は後夫は、母の後夫又は先夫に對し、子の扶養料の不當利得の返還を請求するが如き場合が考えられるので、訴の利益が認められることがあるのではないだろうか。

二 「家事審判法」

一 昭和二二年家事審判法が制定せられて以來、文獻・判例を引用した殆んど初めての本格的體系書ともいえる本書が、山木戸教授の御勞作として出版せられたことは、手續法の他の分野に比較してまだ未開拓のこの分野の研究に對する重要な寄與であり、學界の大きな收穫であるといわねばならない。

二 本書は、まず、第一章緒論において、家事審判制度の由來と存在理由とを論じ家庭裁判所を論じ、家事審判（廣義）の意義・性質・分類・特色を概說する。第二章は、その性格につき問題のある家事相談を取扱う。第三章は狹義の家事審判手續を、通則（審判事項・審判機關・關係人・管轄・審判手續）、各種審判事件の特則の順で解說する。次に第四章は、家事調停手續を、調停事項・調停機關・當事者管轄・調停手續の順で解說し、最後に、新設制度である第五章履行確保の制度、第六章罰則が說明されている。

三 以下本書の理論的基礎を若干探つてみようと思う。

(1)教授は家事審判制度の存在理由を次の如く說明される。すなわち、「家族制度の廢止された現在では、個人の尊嚴と兩性の本質的平等を基本としつつ、家庭生活に關する事件を適切に處理することが家事審判制度の目的である。したがつて、家事審判は、單に紛爭を訴訟によらないで、解決することのみを使命とするものではなく、問題のある家庭そのものを對象とし、その欠陷を治癒して紛爭を豫防し、或いは惹起した紛爭を拔本的に解決し、またその善後措置を講じ、かつ豫後を警戒するなどの任務を課せられているのである」(九頁)とされる。

(2)最も基本的で、最も私の關心のある問題は、家事審判の法的性質である。この點を以下若干詳論してみよう。

山木戸教授は、家事審判（廣義）は非訟事件であると斷定せられる。その理由は次の如くである。(1)「家事審判は民事訴訟に對する對立原理に基くのであり、いいかえれば、民事訴訟が當事者主義的構造を有し、公開主義によつて行われる法律的手續であるのに反し、家事審判は職權主義を基本原理とし非公開で行われる官權主義的構造を有する裁量的手續であつて、このことは制度創設の過程において最も强調せられたところである。これは非訟手續の基本原理であつて、家庭事件についても紛爭性を有しないものについてはい

わば當然のことであるが、家事審判においては紛爭事件もこれと同樣に處理せられる點に特色が存する。審判手續は嚴格かつ畫一的な法律手續ではなく、審判機關に廣い裁量權が認められ、むしろ事件ごとに個別的に便宜にしたがい簡易迅速に取り扱うことができるのであつて、一種の裁量的手續たる性格を有する」とされ、更に續けて「家事審判は、事件を具體的妥當に解決するものである。非紛爭性の甲類審判事件においては、事件の處理が合目的性を旨とすることはもちろんであるが、紛爭事件を對象とする乙類審判や家事調停もまたその具體的妥當な解決をはかることを使命とする。民事訴訟が法律的判斷により事件を畫一的に解決するのと顯著な對照をなしている。もちろん審判にあたつても、家庭裁判所は民法その他の法律に拘束せられるが、審判の基準をなす實體規定は著しく彈力性に富んでおり、家庭裁判所の裁量の餘地がきわめて廣いのであつて、これがために家事審判は裁量的裁判ないし行政的裁判たるの性格をもつようになつている」（三、二四頁）とされる。また、「家事審判法も、審判や調停については非訟事件手續法第一編總則の規定を準用する旨を規定している。すなわち、家事審判は、裁判所が訴訟の形式によらないで、事件を處理する手續であるという意味においても、また非訟事件手續法總則規定の準用により裁判所によつて行われる手續であるという意味においても、ともに非訟手續たる性格を有するのである」（一四頁）と說かれる。

確かに家審法七條は、非訟事件手續法第一編の規定を準用している。しかし準用は「特別の定めがある場合を除いて、……その性質に反しない限り」において認められる。したがつて、家事審判事項の總てについて、始めから、一律に、非訟事件手續法第一編の諸規定が總て適用されると考えることはどうであろうか。家事審判事項が民訴法の適用により訴訟の形式によらないで處理されるという意味で非訟事件であるというなら、非訟事件とは訴訟に非ざるもの總てをいうことになる。そうであるなら、訴訟に非ざるという意味の非訟事件の總てが一つの概念によつて把握しうる同質性をもつていることが必ずしも論理的に明確であるわけではない。總ての事件を古典的ないし典型的非訟事件と訴訟事件という二つの概念により分類し把握するのではなしに、兩者の間に存するいくつかの中間的な異質的な事件なる概念を想定することによつて、始めて、各々の事件の實體に則した把握ができるのではなかろうか。このように事件の本質を實體に則して把握することによつて、非訟事件手續法の準用の限界、換言すれば、家審法七條にいわゆる「その性質」が明らかになるものと思う。各事件の手續の特質は（例えば、既判力――山木戸教授は否定說――五八頁――、裁判の取消變更等々）、この本質との關係において把えられねばならないと思う。例を擧げてみよう。教授が、審判の規準をなす實體規定は著しく彈力性に富み、家庭裁判所の裁量の餘地がきわめて廣いから、行政的裁判たる性格をもつとして指摘される、離婚による財產分與請求權の場合（民七六八條Ⅲ・七七一條）はどうであろうか。離婚の際に諸種の事情から具體的に一定の財產分與請求權が發生し、審判はそれを判斷するにすぎないと考えるか、又は、具體的な財產分與請求權は、審判による內容の確定をまつて始めて成立するのであろうか。この關係は實體法上は、審判前財產分與請求權が相續の對象となるか否かとい

う問題としてよく爭われるという點に現われている。前者であるとすれば、そこにいわゆる裁量は判斷裁量であり、後者であるとすれば、行政裁量であるといえよう。同じことは民法八七七條I項の扶養義務についてもいえよう。殊に同條の扶養義務が、一つを半分に、半分を四半分にという生活保持の義務とみるなら、一層前者と考えざるをえないのではないだろうか。なお、この點については、拙稿「非訟事件理論の限界」(法學研究三〇卷一二號)、「非訟事件の定型分類」(法學研究三一卷四號)參照。

(3)第二點と關連する問題であるが、乙類事件につき訴訟を許さないことが、憲法三二條の裁判をうける權利の侵害ではないか、という疑問に對し、教授は次のように答えられている。「この點に關し、非訟手續による裁判も『裁判』にほかならぬから、法律をもつて紛爭事件を非訟的な審判手續で處理するものと定めるのは合憲的である、との見解もあるが、これには賛成できない。むしろ家庭に關する一定の紛爭事件が非訟的な審判手續によつて處理せられうる根據は、その事項の性質、すなわちその法律關係が實體法によつて特殊の構造のものとして規定せられているところに存する、というようにみるべきである。すなわち、法律關係の形成につき當事者間に爭があるために、裁判所が代わつてその形成をなすについて、その形成が裁判所の廣汎な裁量にかかつている場合には、裁判所が法律關係を形成するその裁判は、法律の適用による法律的判斷ではなく裁量的處分であるが、乙類審判事件は、實にそのような性格の事件であり、たとえば財産分與請求權は協議や審判によつて未定的なものから既定的なものに形成されるという構造をもつた權利であり、協議・審判前は私權性の薄弱な權利であるとみられる。いいかえれば、審判は存在を前提された權利の内容を具體的に形成する處分であり、その手續は裁判上の形成手續である。そこにこの種の事件の處理が非訟的手續によることを得る根據がある」(二五、二六頁)とされる。

しかし(2)でも述べたように乙類事件中のあるものにつき認められる裁量が判斷裁量と考える餘地もあり、もしそうであるなら、その審判は法律判斷そのものであるから、純粋の非訟事件として取り扱うことは許されないであろう。假りにそれが行政裁量であるとしても、判斷が裁量權の範圍を越える場合の司法による救濟は認めるべきであろうか。もし認めないとすれば、裁判を受ける權利(憲法三二條および八二條)の侵害にはならないであろうか。また、實體法の規定内容を變えることにより、身分關係に限らず總ての訴訟事件が非訟事件として處理されうることにはならないであろうか。おそらく身分關係の特質に論據を求める以外にないように思う。この點について拙稿「非訟事件の定型分類」(法學研究三一卷四號)參照。

(4)審判前の假の處分の效力につき、教授はそれが形成力・執行力をもつと主張され、その理由を次のように述べられる。「この點について、家庭事件の特殊性を重視してこの種事件の事前措置は、關係者の道義的遵守にまつを適當とし、これに强制力を與えるべきでないとの立場も考えられ、家事審判制度の立案された當初には、むしろこれが基調をなしていたのかもしれない。しかし現在では、このような處分は實體法上の根據を要し、審判に關する必要な事項として、その定を最高裁判所規則に委任できるものではないとして、

家事審判法に規定のないのを理由にこの措置は勸告的效果を有するに過ぎないと解する說が一般的である。しかし、たとえば、後見人解任審判事件について、職務執行停止・代行者選任の處分が强制力をもたないとすれば、それによる法律關係は到底これを理解することができないと思われる。もし形成力はこれを認めるべきものとすれば、特に規定のない限り執行力もまたこれを認めることができるであろう。このことはその他の審判前の措置についても同樣である。また家事審判法は、『審判に關し必要な事項』の定を最高裁判所の規則に委任しているから、最高裁判所が審判事件の處理上必要と認めて審判前の措置を規定している限り法律上の根據も必ずしも存しないわけではない。他面、民事訴訟における保全處分と同じく、審判手續においても强制的效果を有する事前措置は必要である。ひとしく事前の假の措置ではあるが、審判前の措置は調停のために換言すれば調停の成立をはかるためになされるのであるが、審判前の措置は審判までに時日を要することによる危險を防止するためになされるものであり、したがつて相手方の道義的履行を期待するのを最善とするような性質のものではない。このような理由から、審判前の指置は明文をまたないで當然に形成力・執行力を有するものと解することができる」（三五、三六頁）。

しかし私は通說が妥當であるように思う。論據は山木戸教授が通說のそれとして御指摘になつているところと同じである。すなわち强制力をもつてする國家の私人關係への司法的介入は最少限に抑止せらるべきであることが近代司法の要請であつて、この點から法律上の根據なしに司法機關が介入しえないことは、法律上の原則として依然維持せらるべきものではなかろうか。次に、家事審判制度成立の當初における强制力否定の根據は、依然として妥當するものと思われる。すなわち、審判前の假の處分として、家事審判規則上認められる强制力を伴わない假の處分と、民事訴訟法上の保全處分との二段階を認め、まず當事者の自主的遵守を期待し、次に、その可能性なき場合ないし處分違反があつた場合に、後者を利用しうることが、家庭事件の特質に適うものではなかろうか。

三

以上結果的に極めて粗雜、且つ勝手な問題の取上げ方をすることになつてしまつた。そのため、いささかも高度の學問的調子を落すことなく、人事訴訟と家事審判手續との全般を概說した本書の內容を充分に紹介しえなかつたことを殘念に思うとともに、この點著者の御諒承を戴きたいと思う次第である。終りに、學界に裨益すること多大な本書を世に贈られた山木戸教授に對し、深い感謝を捧げなければならない。

なお、本書は、ほかに小山昇著「調停法・仲裁法」を併せ、有斐閣發行法學全集三八卷として出版されたものである。（昭和三三年有斐閣）

（石川　明）