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

Title	「裁判離婚手続について」の意見
Sub Title	Comments on "The Points to be Reviewed with respect to the Japanese Divorce Procedure"
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira) 宗田, 親彦(Soda, Chikahiko) 石渡, 哲(Ishiwata, Satoshi) 坂原, 正夫(Sakahara, Masao) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1993
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.66, No.10 (1993. 10) ,p.135- 140
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19931028-0135

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.

資料

「裁判離婚手続について」の意見

民事訴訟法研究会

平成四年一二月一一日付けで、清水湛法務省民事局長から本塾法学部長宛てに「婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告（論点整理）」について意見の照会が行われた。本塾法学部の民事訴訟法研究会は、報告の**第四の二の4の「裁判離婚手続について」**に関して研究会を行い、その上で各項目ごとに執筆者を決め、各自の責任で次のような意見書を作成し、平成五年五月に法務省に提出したので、ここに資料として発表する。発表に当たってお断りをしておきたいことは、本意見書は研究会の議論や発言を勘案して各分担者が執筆したもので、本塾法学部の公式意見でもないし、民事訴訟法研究会の統一意見でもないことである。

なお法務省は意見の照会に当たって、前記中間報告と中間報告参考資料を送付してきたが（これらは判例タイムズ八〇七号四四頁等に公表されている）、我々の検討した項目に関しては、意見書の冒頭に枠で囲って表記した諮問事項に尽きるのであって、諮問事項についての説明や資料は付されていない。

執筆担当者は(1)(3)が石川明（慶應義塾大学教授）、(2)が宗田親彦（弁護士）、(4)が石渡哲（防衛大学校教授）、(5)が坂原正夫（慶應義塾大学教授）である。

(1) 裁判離婚事件を家庭裁判所の管轄とするかどうか。

〈結　論〉

裁判離婚事件を家庭裁判所の管轄とすべきである。

〈理　由〉

人事訴訟事件を家庭裁判所に移管する場合考えられるデメリットは、家庭裁判所が家庭事件の当事者間の身分関係等に後見

的に介入する司法機関であるというイメージを減殺する点に求められる。そのことは家庭裁判所に対する国民のアクセスを阻害する要因になるとのおそれもないわけではない。しかしかかる懸念は決して顕著なものとはいえない。

そうであるとすれば家庭裁判所も裁判所である以上人事訴訟事件を職分とすることに特段に障害はないはずであるし、むしろ人訴事件を家裁に移管することによって人訴法で認められている職権探知について家裁の調査官制度を活用することによってその実を挙げることができるという長所は評価されるべきであろう。

(2) 離婚訴訟手続において家庭裁判所調査官を活用することができるようにするかどうか。

〈結　論〉

家庭裁判所の調査官を活用することができるようにするべきである。

〈理　由〉

裁判離婚事件を家庭裁判所の管轄にするか、それとも従来どおり地方裁判所の管轄とするか未定の状態であるが、この両者の場合に共通して家庭裁判所の調査官を利用できるようにするべきである。裁判離婚事件が訴訟事件であるのに、非訟事件たる家事調停事件や家事審判事件における家庭裁判所の調査官を利用することに対する問題や、離婚訴訟を地方裁判所の管轄としたときに地方裁判所が家庭裁判所に所属する調査官を活用することに関する問題はあろう。しかし訴訟以前に各事件は家庭裁判所の調査官の調査等を受けているのに、現在では地裁に調査官がいないため新たな事情や心理等をすべて裁判官に述べなければならないことに対する違和感がある。また裁判官においても調査官を通じて調査した方が家事事件特有の事情等が把握しやすいのに、これらができず不便であろうと考えられる。そこでこれを地裁事件としても家裁事件としても調査官を利用することが家事事件の性質に合致していて妥当であると思料する。離婚訴訟事件を家裁の管轄としたときは、調停事件等と同一裁判所の管轄であるために調査官を利用できるが、地裁事件にとどめておいた場合には家裁に所属する調査官を利用できず、地裁に所属する調査官を別に設けるべきであるという意見もありうるが、従来の家裁の調査官の調査結果を知ることや同一調査官による面接の可能性もあるところから、家庭裁判所の調査官を活用することに意味があり、新しく地裁の調査官を設ける必要はないと思料する。また調査官を利用することが訴訟事件の非訟化を招く弊害ということについては、調査官は裁判官の判断の先取りはできないという限界を設けることで対処することになろう。

(3) 離婚訴訟事件が協議離婚により終了する場合に、この手続に併合されていた子の監護者の決定や財産分与等の

事件（人事訴訟手続法一五条一項）を家庭裁判所に移送することができるようにするかどうか。

〈結　論〉

離婚訴訟事件が協議離婚により終了する場合に、この手続に併合されていた子の監護者の決定や財産分与等の事件（人事訴訟手続法一五条一項）を家庭裁判所に移送することができるようにすべきである。

〈理　由〉

本来審判事項である人訴の附帯請求（人訴法一五条一項）の係属が離婚事件の係属の協議離婚による消滅によって不適法になるとの前提に立てば、右附帯事件の移送の可否が問題になる。そもそも離婚訴訟の係属が消滅することによって右附帯請求の係属が不適法になるか否か問題のあるところであり、係属適法説と不適法説とが対立していることは周知のとおりであるが、諮問は不適法説が前提になるものと思われる。諮問にいたる前提として右の適法説・不適法説の是非を検討する必要があることを指摘しておきたい。この点はさておき諮問についていえば、訴訟事件と非訟事件相互間における移送を認めないとする見解が一般的であるが、民事調停法四条は同じ調停事件相互間ではあるが通常裁判所に提起された家事調停事件の家庭裁判所への移送を認めている。これとパラレルに考えれば諮問の場合家庭裁判所への移送を認めることは不自然とはいえない。殊に、諮問の場合附帯請求の係属はそもそも適法になされたものであって、申立人が当初より管轄違いの申立をしているわけではないという点に注意する必要がある。いわんや、例えば附帯請求である財産分与請求が民事調停に付され調停不調になったが移送を認めないとすると、申立人は改めて財産分与の申立を家裁にしなければならないことになるがこの場合財産分与の申立期間が徒過していることが考えられる。この不都合はなんらかの理論構成によってこれを回避することも不可能ではないが、かような問題を生じさせないためにも移送を認めるほうがより適切であるということができよう。

(4)　離婚訴訟手続においてされた養育料の支払や財産分与の裁判についても、家事審判法一五条の五から七までに定める履行確保の措置を講ずることができるようにするかどうか。

〈結　論〉

離婚訴訟手続においてされた養育料の支払や財産分与の裁判についても、家事審判法一五条の五から七までに定める履行確保の措置を講ずることができるようにすべきである。

〈理　由〉

離婚訴訟手続においてなされる養育料の支払や財産分与を命じる裁判の本質は非訟事件であり、その点でこれらを定める審判、調停と同じである。また、養育料の支払や財産分与が審判、

調停で定められた場合に、履行確保の制度が必要とされる事情は、離婚判決に附帯してそれらが命じられた場合においても、全く同様である。それゆえ、履行確保の制度をこの場合にも拡大することには、基本的に賛成である。

ただし、この拡大のためには、なお検討すべきことがある。

先の(1)において、裁判離婚事件を家庭裁判所の管轄とするか否かが、検討事項になっており、この点についてはわれわれも検討した。ところで、履行確保の制度は、強制執行制度と併置された履行の強制のための制度というよりは、履行を確実なものとするための後見的な機能をはたすべきものである。このような機能は地方裁判所におけるよりも、調査官を擁するなど、家事紛争当事者のカウンセリングを行うための体制が整っている家庭裁判所においてよりよく発揮されうるものである。したがって、(1)について、裁判離婚事件の管轄を家庭裁判所に移すことにしたうえで、履行確保の制度を裁判離婚の場合にも拡大することは、十分に合理的なことであるといえる。これに対して、裁判離婚事件の管轄裁判所を地方裁判所としたままにして、履行確保の制度を裁判離婚の場合にも拡大しようとするならば、履行確保の手続の管轄裁判所を地方裁判所にするか家庭裁判所にするかが、問題になる。前者の立場をとるならば、履行確保の制度が前述の後見的な機能を発揮することがむずかしくなり、折角同制度を利用できるようにしても、それが期待されている役割をよくはたしえないのではないかと懸念される。もっとも——(2)で提起されている点にも関連するが——地方裁判所においても調査官を活用できることにするならば（(2)の問題提起が、そこまで考えられたうえでなされたものであるか否かは、さだかでないが）、この懸念はかなり解消するであろう。他方、後者の立場をとるならば、地方裁判所が行った裁判の実現についての後見的措置を家庭裁判所が行うことになるので、地方裁判所と家庭裁判所の間で必要な連絡がとられなければならないことになろうが、そのことは両裁判所の事務量を増大させるであろう。

要するに、裁判離婚事件の管轄を家庭裁判所に移したうえで、裁判離婚の場合にも履行確保の措置を講ずることができるようにすることが、合理的であると考えられる。いずれにせよ、ここで提起されている問題は、(1)の問題と（さらに、場合によっては(2)の問題とも）密接にかかわっているといえよう。

なお、現行の履行確保の制度のうち、調査・勧告は比較的よく利用されているが、履行命令・制裁ならびに寄託はあまり利用されていない。したがって後二者については、これらの制度自体についての見直しと改善がなされるべきであろうし、これらを裁判離婚の場合にも利用できるようにしようとするならば、それに先だってかような見直しと改善がまずなされなければならないであろう。

(5)　訴訟上の和解によって離婚をすることができるように

するかどうか。

〈結　論〉

訴訟上の和解によって離婚をすることができるようにすべきである。

〈理　由〉

この問題については現行法の解釈において、既に積極説と消極説の対立がある。諮問は消極説を前提にしているように解せられるし、消極説が多数説であって実務の運用も消極説に基づいていることを考えると、現行法において積極説を支持するのであれば、立法論としても積極説を説くものと思われる。消極説の場合はその支持者が立法論としても消極説を説くとは限らないと思うが、消極説の実質的根拠の当否を考察することが立法論を考える場合に参考になるであろう。その意味で現行法の積極説と消極説の対立構造は、立法論を考える場合の参考になる。

そこでそれぞれの根拠を検討してみると、積極説の根拠は協議離婚制度（民法七六三条）と調停離婚制度（家審法二一条）の存在である。すなわち、これらの制度は当事者の合意による離婚や離婚判決に代用する調停調書による離婚の効果の発生を認めているのであるから、訴訟上の和解による離婚が認められるべきであるというものである。このような積極説の主張に対して、消極説は直接反論するのでなく、現行法ではかような解釈は採れないと説くのである。つまり、このことは積極説の根拠は立法論としては異論なく妥当することを意味するものであるし、一般国民の立場に立って考えた場合にも、合意による離婚は認めるのに訴訟上の和解は認められないというのでは理解に苦しむように思う。従って、協議離婚制度（民法七六三条）と調停離婚制度（家審法二一条）が存続する以上、訴訟上の和解による離婚は認められるべきである。

消極説は根拠として次のような理由を挙げている。①戸籍実務が消極説に立っている、②人訴法一三条が和諧について規定し、訴訟上の和解について規定していない、③調停前置主義や訴訟から調停への移行が容易であることを考えると、訴訟で和解を認める必要はない、④訴訟手続では離婚原因は明確に判断すべきであるから、不明確な離婚事由で訴訟を終了させるべきではない、⑤職権探知主義が働くから処分権主義に基づく訴訟上の和解は認められない、⑥家族紛争について解決するための家庭裁判所が専門的見地や科学的観点から当事者の合意について後見的に関与すべきである。

これらの中で立法論として通用するのは③⑥であり、それ以外は立法論の根拠にならない。なぜならば実務の当否を問題にするのが立法論であるから、①は支持できない。人訴法一三条と訴訟上の和解とは両立が可能であるから、②も同様である。離婚事由の相対化の状況からして、④は説得力を欠く。職権探知主義と処分権主義は相反するものでないし、合意による離婚

を認める以上、⑤も訴訟上の和解を否定する理由にならない。結局のところ、立法論として実質的根拠になりそうなのは③⑥である。すなわち、当事者の合意は家庭裁判所の後見の基でなされるべきであり、訴訟手続からの移行も容易であるから、訴訟上の和解による離婚を否定しても問題がないという立法論である。

しかし、このような理由では訴訟上の和解による離婚を否定することはできない。確かに、家庭裁判所の後見に基づく離婚の合意が望ましいにしても、協議離婚制度や調停離婚制度を廃止するのであれば別であるが、両制度が残存し当事者の合意に基づく離婚を認めるのであれば、重要なことは当事者の離婚の合意である。そうであるならば、訴訟での当事者の離婚の合意を否定する合理性はない。換言すれば、訴訟上の和解を認めず、家庭裁判所の後見に基づく離婚を要求することは、既に合意による離婚が成立している当事者に、単に形式的に新たに協議離婚や調停離婚のための手続を要求することに他ならない。今日では実務が消極的に立っているため、一見すると消極説によって処理されているように見えるが、それは形式的であり、離婚の合意が成立すると、その席上で協議離婚の用紙を用意して処理しているとのことである。協議離婚を離婚訴訟の訴訟上の和解で行うということは、実質的な訴訟上の和解による離婚というべきであって、家庭裁判所の後見による合意に基づく離婚しか認めないことが現実的でないことを示すものである。