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

Title	〔民集未登載最高裁民訴事例研究二五〕婚姻費用の分担に関する処分の審判に対する抗告審が抗告の相手方に対し抗告状及び抗告理由書の副本を送達せず、反論の機会を与えることなく不利益な判断をしたことと憲法三二条(最高裁(三小)平成二〇年五月八日決定)
Sub Title	
Author	三木, 浩一(Miki, Koichi) 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	2010
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.83, No.10 (2010. 10) ,p.84- 97
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20101028-0084

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.

〔民集未登載最高裁民訴事例研究 二五〕

婚姻費用の分担に関する処分の審判に対する抗告審が抗告の相手方に対し抗告状及び抗告理由書の副本を送達せず、反論の機会を与えることなく不利益な判断をしたことと憲法三二条

最高裁（三小）平成二〇年五月八日決定家庭裁判月報六〇巻八号五一頁、裁判所時報一四五九号一頁、判例時報二〇一一号一一六頁、判例タイムズ一二七三号一二五頁

〔事　実〕

XとYは、平成一七年四月に婚姻したが、Yの暴力等を理由として、Xは平成一八年五月にYと別居した。Xは、同年一〇月、離婚を求めて家庭裁判所に夫婦関係調整の調停と婚姻費用分担の調停を申し立てたが、平成一九年五月に不成立となり、そのうちの婚姻費用分担の調停が審判に移行した。

原々審は、平成一九年八月、Yが負担すべき一か月の婚姻費用の額は一二万円が相当であるとしたうえで、YはXに対し、平成一八年一〇月から平成一九年七月までの一〇か月分の合計一二〇万円から既払金二五万円を控除した残額九五万円と、平成一九年八月から離婚または円満同居に至るまでの間、毎月末ごとに一二万円を支払うべき旨を命じる審判をした。

これに対して、Xが即時抗告をした。原審は、平成一九年一〇月、Yが負担すべき一か月の婚姻費用の額は一六万円が相当であるとしたうえで、YはXに対し、平成一八年一〇月から平成一九年九月までの一二か月分の合計一九二万円から既払金二五万円を控除した残額一六七万円と、平成一九年一〇月から離婚または円満同居に至るまでの間、毎月末ごとに一六万円を支払うべき旨を命じる決定をした。

しかし、原審は、原決定をするに際して、即時抗告の相手方であるYに、原々決定に対して即時抗告がされていることを知らせず、また、即時抗告の抗告状および抗告理由書の写しを送達または送付することもしなかった。Yは、原審の決

定正本の送達を受けて、はじめて本件が即時抗告された事実を知り、本件特別抗告を申し立てた。

Yは、特別抗告の理由として、家事審判法七条が準用する非訟事件手続法二五条、民訴法三三一条本文、二九七条本文、一三八条一項、民訴規則五八条一項によれば、原審は、Yに対して、抗告状および抗告理由書の副本を送達すべきであったのに、それがなされなかったために抗告審において適切な反論をする機会を奪われたので、裁判を受ける権利が侵害されたとして、憲法三一条、三二条に違反すると主張した。また、原決定が認定している既払金二五万円に加えて、原々審決定後原決定までの間に、Yは、さらに合計一〇万円をXに対して支払済みである旨を主張した。

〔決定要旨〕

抗告棄却。

「憲法三二条所定の裁判を受ける権利が性質上固有の司法作用の対象となるべき純然たる訴訟事件につき裁判所の判断を求めることができる権利をいうものであることは、当裁判所の判例の趣旨とするところである（最高裁昭和二六年(ク)第一〇九号同三五年七月六日大法廷決定・民集一四巻九号一六五七頁、最高裁昭和三七年(ク)第二四三号同四〇年六月三〇日大法廷決定・民集一九巻四号一一一四頁参照）。したがって、上記判例の趣旨に照らせば、本質的に非訟事件である婚姻費用の分担に関する処分の審判に対する抗告審において手続にかかわる機会を失う不利益は、同条所定の『裁判を受ける権利』とは直接の関係がないというべきであるから、原審が、Y（原審における相手方）に対し抗告状及び抗告理由書の副本を送達せず、反論の機会を与えることなく不利益な判断をしたことが同条所定の『裁判を受ける権利』を侵害したものであるということはできず、本件抗告理由のうち憲法三二条違反の主張には理由がない。また、本件抗告理由のその余の部分については、原審の手続が憲法三一条に違反する旨をいう点を含めて、その実質は原決定の単なる法令違反を主張するものであって、民訴法三三六条一項に規定する事由に該当しない。

なお、本件は、家事審判の手続において妻であるXが夫であるYに対して婚姻費用の分担金の支払を求める事案であり、原々審が、Yの負担すべき分担金として、Yに対し、過去の未払分九五万円と一か月一二万円の割合による金員の支払を命ずる審判をしたのに対し、原審は、Yの負担すべき分担金として、過去の未払分一六七万円と一か月一六万円の割合による金員の支払を命ずる決定をしたものである。原審は、YがXに対して正式に離婚が決まるまでの間婚姻費用として支払う旨約した月額五万円の仮払金の既払分を原々審の審判と同じく二五万円であるとしているが、本件抗告理由において、Yは、原決定までの間に更に仮払金を支払ったと主張してい

る。仮にYの主張するような仮払金支払の事実があったとすれば、Yは、原決定の執行力を排除するために、その事実を異議の事由として請求異議の訴えを提起することができるものと考えられるが、本来、仮払金支払の事実の有無については、原審において審理されるべきものである。ところが、本件記録によれば、原審においては、Yに対してX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、Y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尽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Y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Yにも攻撃防御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Y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が、この点は特別抗告の理由には当たらないところである。」

田原睦夫裁判官の補足意見。

「憲法三一条の定める適正手続の保障は、同条が直接規定する生命若しくは自由に対する規制の場面だけではなく、国又は国家機関が、国民に対して一定の強制力を行使する場合に守られるべき基本原則というべきものであり、刑事手続だけでなく、民事手続や行政手続においても同条は類推適用されるべきものである。また、憲法三二条の定める裁判を受ける権利は、憲法三一条の定める適正手続の保障の下での裁判を受ける権利を定めたものであって、裁判手続において適正手続が保障されていないときには、憲法違反の問題が生じ得る。

本件は、家事審判法九条一項乙類の審判手続の問題であるところ、同手続は多数意見引用の判例が判示するとおり、本質的には、非訟事件手続であるから、憲法三二条、三一条が直接規律する範囲外の手続である。しかし、上記のとおり憲法三一条は、国又は国の機関が国民に対して強制力を発動する場合には類推適用されるべき基本的な規定であり、また、非訟事件手続は裁判手続ではないものの、裁判所が関与する手続である以上、憲法三二条の趣旨は、非訟事件手続の性質に反しない限り、その手続の中に反映されるべきものである。」

「憲法三二条、三一条が要請する当事者の手続関与権、審問請求権の保障の問題は、当該手続全体の中で捉えられるべきものであり、その手続の一部において手続保障が充足されていなくても、手続全体としてみたときにそれが確保されているときには、憲法三二条、三一条の趣旨は反映されているものといえるところ、上記のとおり、家事審判法九条一項乙

類の審判手続には、当事者の手続関与権、審問請求権が一応充足されている以上、その抗告審の手続において、その保障を欠いていることをもって、上記の憲法各条違反の問題は生じないものというべきである。

なお、抗告審の手続において、相手方の手続関与権、審問請求権が法定されていなくても、抗告審は職権による審理をなすに当たり、申立人の主張と相手方の主張とが対立していることが原審の記録から明らかなときには、即時抗告申立書の副本又は写しを相手方に送付する等、相手方に即時抗告の申立てがなされた事実を通知して、相手方に反論の機会を与えるべきであり、相手方にかかる機会を与えないまま原審判を相手方に不利益に変更した場合には、審理不尽の違法の謗りを免れ得ないものというべきである。」

裁判官那須弘平の反対意見。

「私は、本件処理のために家事審判規則、家事審判法、非訟事件手続法及び民事訴訟法を解釈するに際し、憲法三二条（「裁判を受ける権利」に関する規定）を念頭におきこれを解釈指針とすることにより即時抗告の抗告状及び抗告理由書（以下一括して、「即時抗告の抗告状等」という）の送達ないしこれに準じる送付が必要であったとの結論に到達でき、原審もこれを前提として決定をすべきであったと考える。原決定はこれと異なる立場に立って処理されたものであり、裁判に影響を及ぼすべき明らかな法令の違反があったと判断されるので、当審において職権により破棄し原審に差し戻すのが相当である。」

「家事審判法九条の定める乙類審判事件の中にも強い争訟性を有する類型のものがあり、本件で問題となっている婚姻費用分担を定める審判もこれに属する。私は、少なくとも、この類型の審判に関しては、憲法三二条の趣旨に照らし即時抗告により不利益な変更を受ける当事者が即時抗告の抗告状等の送付を受けるなどして反論の機会を与えられるべき相当の理由があると考える。このような当事者の利益はいわゆる審問請求権（当事者が裁判所に対して自己の見解を表明し、かつ、聴取される機会を与えられることを要求することができる権利）の核心部分を成すものであり、純然たる訴訟事件でない非訟事件についても憲法三二条による『裁判を受ける権利』の保障の対象になる場合があると解する。」

「多数意見は昭和三五年七月六日の最高裁大法廷決定（以下「昭和三五年最高裁決定」という）及び昭和四〇年六月三〇日の最高裁大法廷決定（以下「昭和四〇年最高裁決定」という）を引用して、審判事件が本質的に非訟事件であって純然たる訴訟事件ではないことを理由に、抗告審において手続にかかわる機会を失う不利益は『裁判を受ける権利』とは直接の関係がないとの立場を採っている。しかし、昭和三五年最高裁決定（家屋明渡請求事件及び占有回収請求事件につき、

裁判所が戦時立法の一環として制定された金銭債務臨時調停法に基づき調停に代わる決定を非公開の手続でした案件）及び昭和四〇年最高裁決定（婚姻費用の分担に関し家事審判法の規定に従い非公開で審判がされた案件）は、いずれも手続が当時の法律の定めに従い非公開で行われたことを問題とするものであるのに対し、本件は、即時抗告により不利益変更を受けた当審Yに即時抗告の抗告状等の送付・送達がなく反論の機会も与えられなかったことが問題とされている案件であって、真の争点は憲法八二条の公開原則の問題とは直接の関係を有しない。憲法八二条が要求する公開の対象となる事件の範囲を区切る基準（同条二項では、裁判官の全員一致で非公開とする例外的処理の途も認められている）と憲法三二条が要求する審問請求権ないし手続保障の適用範囲を区切る基準とは同一とは限らない。それゆえ、昭和三五年最高裁決定及び昭和四〇年最高裁決定を根拠にして、本件が『裁判を受ける権利』と無関係と切り捨てる考え方には賛同できない。」

〔評　釈〕

本決定に反対する。

一　非訟事件手続と審尋請求権

本件の裁判は、婚姻費用の分担に関する処分の審判であり、手続の種類としては非訟事件に分類されるが、いわゆる乙類審判事件（家事審判法九条一項乙類三号）であり、実質的には二当事者対立の性格を帯びている。こうした乙類審判事件において、抗告審が、抗告の相手方に対して、抗告状および抗告理由書の副本または写し（以下、「抗告状等」という）を送付する必要があるかどうかは、かねてより議論があった。議論の前提となるべき条文については、現行法の下では、規定の準用が延々と重なるために判然としない。すなわち、家事審判規則一八条から始まって、次に家事審判法七条が準用され、さらに非訟事件手続法二五条を経て、民訴法三三一条本文に至り、同条は控訴状の送達を定めた同法二八九条一項を準用する。しかし、家事審判規則一八条、家事審判法七条、民訴法三三一条本文が、それぞれ「その性質に反しない限り」という限定句を設けているために、性質の相違による適用排除の可能性が三重に生じ、最終的に民訴法二八九条一項の控訴状の送達の規定が準用されることになるかどうかは、文理解釈からは不明である。

そこで、議論の実質に関する一般的な命題に溯って、審尋請求権[1]の問題として論じられるのが一般である。ここにいう審尋請求権とは、当事者が手続に関与することを求め

うる権利（手続関与権）を内容とし、戦後のドイツにおいて、憲法上の権利として位置づけられ、保障されるようになったものである。しかし、わが国では、憲法や法律に、非訟事件手続または家事審判手続（家事審判手続も非訟事件手続の一種であるので、以下、両者を併せた意味で「非訟事件手続」ということがある）における審尋請求権の保障に関する規定はなく、学説および判例においても議論は分かれている。もっとも、乙類審判事件については、実質的な当事者対立構造があることは否定できないから、たとえ審尋請求権を権利として認めることは否定しても、運用上なるべく当事者の手続関与を認めることが望ましいとすることについては、基本的に争いがないものと思われる。[2] したがって、議論を分けるのは、非訟事件手続においても審尋請求権を権利として認めるかどうかであり、大きく次の三つの考え方が見られる。

第一は、審尋請求権を否定する見解である。[3] この立場は、非訟事件手続における審問では職権主義および裁量主義がとられているので、裁判所は必要と認める範囲で事実の調査および証拠調べをすれば足りるから、審尋（審問）をするかしないかは裁判所の裁量に属し、当事者に審尋（審問）を求める権利はないとする。第二は、非訟事件手続においても審尋請求権を肯定するが、それが憲法上の権利であるとまでは述べない見解（これらの見解が、審尋請求権が憲法上の権利であることを積極的に否定しているかどうかは明らかではない）である。[4] 第三は、非訟事件手続においても憲法上の権利として審尋請求権が認められるとする見解であり、現在の学説における多数説である。[5] たとえば、中野貞一郎教授は、憲法一三条一項の個人尊重の規定は裁判手続において各人を手続主体として尊重する意味をもつこと、当事者の手続関与権の保障は日本国憲法の制定以前からの自明とさえいえる法原則により確立されていること、訴訟における手続的正義および訴訟の法治国家性の確保のために審尋請求権が不可欠であることなどを理由に、訴訟手続と非訟手続とを問わず審尋請求権には憲法上の保障が及ぶとする。[6]

本決定は、伝統的な「純然たる訴訟事件」と「本質的非訟事件」の二分論を前提として、本質的に非訟事件である婚姻費用分担の審判は憲法三二条の裁判を受ける権利とは直接の関係がないとし、裁判を受ける権利の一部としての審尋請求権を否定したものである。

二　先行判例と本決定の関係

本決定は、憲法三二条の裁判を受ける権利は「純然たる訴訟事件」について裁判所の判断を求める権利であるとした最高裁の先例である最大決昭和三五年七月六日民集一四巻九号一六五七頁と最大決昭和四〇年六月三〇日民集一九巻四号一一一四頁を引用し、これらの趣旨を論理の基軸として結論を導いている。

しかし、那須判事が反対意見の中で論じているように、昭和三五年決定と昭和四〇年決定は、いずれも本件事案の先例として本決定の結論を導くための論拠とするには、適切なものではない。(7) すなわち、昭和三五年決定は、憲法三二条が定める裁判を受ける権利は、憲法八二条が定める公開原則の下における裁判であるとして、憲法三二条と憲法八二条をリンクさせたうえで、こうした公開法廷における裁判手続の保障は、純然たる訴訟事件に限って適用されるのであって、性質上非訟事件に関する裁判にまでは適用されないとしたものである。また、昭和四〇年決定は、本決定の事案と同じく乙類審判事件（夫婦同居の審判）が対象となった事件であるが、やはり憲法八二条による公開法廷における裁判の保障の問題を取り上げて、本質的に非訟事件の裁判である家事審判手続は、公開法廷において対審および判決を行わなくてもよい旨を判示したものである。

このように、いずれの事件も、「純然たる訴訟事件」と「本質的非訟事件」という概念法学的な二項対立を所与の前提として、純然たる訴訟事件については、当事者は憲法八二条が定める公開原則が適用される裁判を受ける権利を有するが、非訟事件については、公開法廷において対審および判決を受ける権利は認められない旨が判示されたものである。すなわち、これらの事件における「裁判を受ける権利」の中味は「裁判の公開の保障」であり、「裁判の公開の保障」が及ぶ「純然たる訴訟事件」とそれが及ばない「本質的非訟事件」をいかに仕分けるかに焦点が当てられていた。そして、ひとたび非訟事件としての性質決定がなされれば、その手続に「裁判の公開の保障」が及ばないことは当然のこととして、結論が導かれたものであった。しかし、本件における「裁判を受ける権利」の中味は「審尋請求権の保障」であり、「純然たる訴訟事件」と「本質的非訟事件」の仕分けというよりも、非訟事件それ自体における手続保障のあり方が問われているのである。(8)

昭和三五年決定や昭和四〇年決定と異なり、非訟事件それ自体における手続保障にかかわる問題を判断した最高裁の先例としては、最決昭和三七年一〇月三一日家月一五巻

二号八七頁（以下、「昭和三七年決定」という）がある。これは、乙類審判事件である婚姻費用の分担に関する審判において、原審の裁判が憲法三二条に違反するかどうかが正面から問われた事件である。抗告人の主張によれば、抗告人は抗告裁判所に証拠を提出すべく準備中であったのに、抗告裁判所はその機会を与えず、すでに存在する資料のみによって判断し、抗告人の主張を認めるに足る何らの資料も存在しないとして、抗告人の主張を退けたものであり、これが憲法三二条に違反するとして上告がなされたものである。これに対し、最高裁は、「家事審判手続は非訟事件であって、非訟事件の裁判は公開の法廷における対審及び判決によってなされる必要はなく、従って原審が、所論婚姻費用の分担に関する審判に対する即時抗告事件において、口頭弁論を経ないで審理、裁判をしたことが違憲でないことは、……明らかである」として、抗告を棄却したものである。

昭和三五年決定や昭和四〇年決定が取り上げた「裁判の公開の保障」は、憲法八二条の明文規定があるとはいっても、公正な裁判を実現するための手段であってそれ自体が目的ではなく、公開原則の適用が否定されたとしても、当事者に現実的な不利益が生じるわけではない。これに対し、昭和三七年決定の事案は、本件事案と同じく具体的な権利である審尋請求権が問題となっており、当事者に現実的な不利益が生じている点でも、本件と共通する。また、当事者が現実の裁判手続において争う機会が奪われたことを問題にしているのに対し、そのことに正面から答えることなく、非訟事件においては口頭弁論を経ないで審理裁判しても違憲ではないとして、純然たる訴訟事件と非訟事件の二分論に議論を抽象化している点でも、基本的に本決定と同じ判断の構造をとっている。

三　本件事案と憲法三二条の関係

本決定は、昭和三五年決定と昭和四〇年決定を引用して、大要次のような判断をした。「憲法三二条の裁判を受ける権利が、純然たる訴訟事件について裁判所の判断を求める権利をいうものであることは、これまでの最高裁の判例である。したがって、本質的に非訟事件である審判手続において手続関与の機会を失う不利益は、同条所定の『裁判を受ける権利』とは直接の関係がない。よって、原審が、Yに対して抗告状等を送達せず、反論の機会を与えることなく不利益な判断をしたことが、同条所定の『裁判を受ける権利』を侵害したということはできず、憲法三二条違反

の主張には理由がない」と。しかし、すでに見てきたように、昭和三五年決定や昭和四〇年決定は、非訟事件を非公開の手続で行うことが憲法三二条に違反しない旨を判断したものであって、本件事案におけるように、二当事者対立構造を有する非訟事件において、当事者が手続関与の機会を奪われ、反論の機会を与えられなくても、裁判を受ける権利を侵害されたことにならないかどうかという問題が判断されたものではなかった。

そもそも憲法三二条の裁判を受ける権利の保障は、公開による対審・判決の保障、審尋請求権の保障、適時審判の保障など多様な内容を包含する。たとえば、ある見解によれば、①組織保障（法律上の裁判官の保障、公平な裁判所の保障、裁判員制度の合憲性など）、②出訴保障（訴権の保障、訴訟費用の援助、宗教団体の内部紛争、出訴期間など）、③手続保障（裁判の公開の保障、審尋請求権の保障、武器平等の保障など）、④救済保障（権利保護の実効性の保障、適時審判の保障、上訴制度など）の四局面が問題になるという。[9] このように、裁判を受ける権利は、さまざまな権利や保障の複合体である。

ただし、こうした考え方によれば、公開裁判の保障と審尋請求権の保障はいずれも同じ③の手続保障に分類されることになるが、ひとくちに手続保障といっても、抽象的・理念的な権利である公開裁判の保障と具体的・現実的な権利である審尋請求権は、必ずしも同一には論じられないことに注意を要する。また、審尋請求権にかかわる問題であっても、事件の係属について知らせを受けなかった場合（審尋請求権を行使する機会の問題）、主張の提出や見解の表明が認められなかった場合（見解表明権の問題）、証拠の提出が否定または制限された場合（証拠提出権の問題）、手続において平等に取り扱われなかった場合（平等原則の問題）、裁判所からの情報提供が適切に行われなかった場合（裁判所の情報提供義務の問題）などに応じて、考慮すべき要素や憲法三二条の違反の有無は異なりうることにも注意を要する。

そこで、本件との関係であるが、本件で問題になっているのは、憲法三二条の裁判を受ける権利の保障のうちの手続保障の局面であり、その中でもとりわけ根源的な人権と考えられる審尋請求権の保障である。およそ裁判手続における審尋請求権は、訴訟事件であると非訟事件であるとを問わず、個人の尊厳の保障原理（憲法一三条）、民主的法治主義の原理（憲法三一条・七六条三項）、法の下の平等原理（訴訟上の武器平等の原則）（憲法一四条一項）など

の重要な憲法価値に基盤を有し、それらが相まって憲法三二条の裁判を受ける権利の中に、その根幹をなすものとして結実しているものと解される。また、国際人権B規約一四条一項にいう「公正な裁判を受ける権利」の重要な要素である。さらには、中野教授が指摘されるように、日本国憲法の成立以前から存在する近代法の精神における自明の法原則そのものである。[10] したがって、憲法三二条の定める裁判を受ける権利としての保障が及ぶことは、当然のことであると解される。本決定は、こうした審尋請求権の有する憲法的価値を等閑視するものである。

ちなみに、本決定は、原審の審理が適正であったと考えているわけではない。本決定は、「原審においては十分な審理が尽くされていない疑いが強い」とし、「家事審判手続の特質を損なわない範囲でできる限りYにも攻撃防御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Yに送付するという配慮が必要であった」と述べたうえで、「原審の手続には問題があるといわざるを得ない」と断じている。こうした説示自体は評価すべきものであろう。しかし、これは審理不尽ないし裁量権の逸脱による違法を述べたものであって、審尋請求権については、憲法上の権利として認めなかったのみならず、法律上の権利としても認めていないものと思われる。それゆえに、那須裁判官の反対意見や研究者の評釈が説く職権破棄も考慮される余地がなかったのであろう。[11]

しかし、私見によれば、訴訟事件であると非訟事件であるとを問わず、およそあらゆる裁判手続における審尋請求権は、法律上の権利であるのみならず憲法三二条に根拠を有する憲法上の権利である。そして、本件は、その審尋請求権の侵害が明白に問われる事件であり、最高裁としては、これを正面から受け止めて憲法判断をすべきであったと考える。なお、念のために付言すれば、審尋請求権の侵害が軽微な場合であっても、常に憲法違反となって特別抗告が許されるのかという点については議論があろう。[12] しかし、本件では、当事者対立構造を取る審判事件の即時抗告審における一方の当事者であるYは、事件が抗告審に係属したという事実すら知らされないままに手続が終了し、決定正本の送達を受けてはじめて本件が即時抗告された事実を知ったのであるから、抗告審における手続保障の機会が完全に奪われたものであり、審尋請求権の侵害の程度が軽微であるとは到底いえないものと考える。

四　本決定の「なお書き」について

本決定は、「仮にYの主張するような仮払金支払の事実があったとすれば、Yは、原決定の執行力を排除するために、その事実を異議の事由として請求異議の訴えを提起することができるものと考えられる」とする。請求異議の訴えでは、確定判決のように債務名義が既判力を伴う場合には、債務名義成立の基準時点より以前に生じた異議事由を主張することは許されないが（民執法三五条二項）、既判力を伴わない債務名義については債務名義の成立前に存在した事由も主張することができる。[13] 本件で問題になっている家事審判は、一般に既判力を伴わないと解されており、多数意見の「なお書き」は、そのことを前提としている。

もっとも、このように本決定が審判確定後に審判で形成された具体的金額を争えるものとしたことについては、最大決昭和四〇年六月三〇日民集一九巻四号一〇八九頁などの従来の判例が、審判の確定後は審判の形成的効力は争えなくなるとしていたこととの関係が問題になるとの指摘がある。[14] すなわち、同決定は、「審判確定後は、審判の形成的効力については争いえないところであるが、その前提たる同居義務等自体については公開の法廷における対審及び判決を求める途が閉ざされているわけではない」として、審判の前提たる同居義務等の実体的権利義務の存否自体はともかく、審判の形成的効力は争いえないとする。

家事審判を含む非訟事件における終局決定については、既判力がないとするのが伝統的な理解である。[15] しかし、訴訟における既判力の対象は実体法上の権利義務の存否であるから、家事審判における既判力の有無をめぐる議論においても、そこで想定されてきたのは、審判の前提である実体的な権利義務の存否であって、審判の形成的効力それ自体ではないのではないかと思われる。審判裁判所の専権として審判で創設的に形成された権利義務が、請求異議の訴えによって、審判以前に存在した事実を主張することにより覆るということは、伝統的な理解が想定しないことであり、実質的にも不都合ではなかろうか。

多数意見の「なお書き」は、その表現ぶりからして本件限りの例外的な救済方法を述べたものとは考えにくく、一般論を述べているように見える。そうであるとすれば、違憲判断に踏み込ことを避けて便法による救済の道を選択したために、かえって問題を惹起することになったのではないかと思われる。

五　田原裁判官の補足意見について

田原裁判官の補足意見は、審尋請求権の保障は、個別の手続について問題にするのではなく、手続の全体構造を問題にすべきであるとする。すなわち、「憲法三二条、三一条が要請する当事者の手続関与権、審問請求権の保障の問題は、当該手続全体の中で捉えられるべきものであり、その手続の一部において手続保障が充足されていなくても、手続全体としてみたときにそれが確保されているときには、憲法三二条、三一条の趣旨は反映されているものといえるところ、……家事審判法九条一項乙類の審判手続には、当事者の手続関与権、審問請求権が一応充足されている以上、その抗告審の手続において、その保障を欠いていることをもって、上記の憲法各条違反の問題は生じない」として、本件では憲法違反はなく、むしろ法律違反としての審理不尽を問題にすべきであったとする。

しかし、このような論理は、法令それ自体が憲法に違反しているかどうかの議論に用いるべきものであり、個々の具体的な裁判手続における合憲性の議論の根拠にはなりえない。かりに、このような論理による場合には、法令それ自体に問題がある場合にしか憲法三二条や三一条の保障は及ばないことになり、個々の具体的な事件における手続において裁判を受ける権利の侵害があったとしても、わずかに法令違反の問題として許可抗告（訴訟の場合は上告受理申立て）の対象にしかならないことになる。しかし、憲法三二条が保障する裁判を受ける権利は基本的人権であり、しかも単に基本的人権のひとつにとどまらず、法の支配を実現するための不可欠の手段として、「基本権を確保するための基本権」である。[16] したがって、法令による制度の保障のみに憲法上の保障を矮小化することは妥当ではない。

六　那須裁判官の反対意見について

那須裁判官の反対意見は、原決定には、「裁判に影響を及ぼすべき明らかな法令の違反があったと判断されるので、当審において職権により破棄し原審に差し戻すのが相当である」とする。これは、民訴法三二五条二項が定める上告における職権破棄の規定は、本件のような特別抗告にも準用することができるとの趣旨である。条文上は、特別抗告を定めた民訴法三三六条三項が特別上告に関する民訴法三二七条二項を準用し、さらに同規定が「その性質に反しない限り」上告審の訴訟手続に関する規定を準用しているので、職権破棄について規定した民訴法三二五条二項も特別抗告の性質に反しない限り、準用される余地がある。

特別抗告において職権破棄が認められるかという問題については、学説では見解が分かれる。否定説は、憲法違反に限定した特殊な救済手段である特別抗告に職権破棄を安易に認めると最高裁の負担が加重になって、その憲法審としての機能の充実を意図した平成八年改正の趣旨に反するとする。[17] 他方、原審での手続上の瑕疵が重大かつ明白である場合には、職権破棄を認めても裁判所の負担が直ちに加重されるとは考えにくいとして、これを認める見解もある。[18] 最高裁は、いくつかの事例において、特別抗告における職権破棄を認めている。[19]

職権破棄は最高裁判所の裁量によって行われるものであり（民訴法三二五条二項参照）、特別抗告において職権破棄を認めたとしても、原審における法令違反の内容と結果が重大である場合に限って行われるであろうから、最高裁の負担が加重になって憲法審としての機能が阻害されるとの議論は妥当しない。そうすると、那須裁判官の反対意見が前提としているように、本件において職権破棄は考慮の対象たりえたところである。そして、最高裁自身が「なお書き」によって指摘しているように、本件の原審には重大かつ明白であって裁判の結果にも影響を及ぼしうる手続上の問題があった。したがって、本件において、最高裁は、Yの憲法違反の主張を退けるのであれば、それと引き換えに、当事者救済の見地に立って、適切な裁量権の行使として、例外的に職権破棄をすべきであったと思われる。[20]

（1）用語法における「審問請求権」と「審尋請求権」の選択については、中野貞一郎教授は、「審問」では訴訟法上の双方審尋主義との脈絡が見失われるし、「審問」を規定した旧民訴法一四九条や非訟事件手続法一三条と結び付きやすいので、「審尋請求権」とすべきであるとする。本稿では、これに従って「審尋請求権」の語を用いた。

（2）井上哲男「乙類審判事件における職権探知と適正手続の具体的運用」岡垣學＝野田愛子編『講座・実務家事審判法1総論』（日本評論社・一九八九年）一二七頁・一二九頁参照。

（3）田中壮太ほか『遺産分割事件の処理をめぐる諸問題』（司法研究報告・一九九四年）二〇九頁、井上・前掲注（2）一二九頁など。

（4）山木戸克己『民事訴訟理論の基礎的研究』（有斐閣・一九六一年）六五頁、高田裕成「家事審判手続における手続保障論の輪郭」（二〇〇七）判タ一二三七号四四頁など。

（5）鈴木忠一「非訟事件に於ける正当な手続の保障」同『非訟・家事事件の研究』（有斐閣・一九七一年）三〇〇頁、鈴木正裕「訴訟と非訟」小山昇ほか編『演習民事訴訟法』

（青林書院・一九八七年）三六頁、中野貞一郎「民事裁判と憲法」同『民事手続の現在問題』（判例タイムズ社・一九八九年）一五頁、新堂幸司「訴訟と非訟」同『民事訴訟法学の基礎』（有斐閣・一九九八年）二一四頁、兼子一＝竹下守夫『裁判法〔第四版〕』（有斐閣・一九九九年）一四九頁、片山智彦『裁判を受ける権利と司法制度』（大阪大学出版会・二〇〇七年）五一頁、竹下守夫「家事審判法改正の課題」家月六一巻一号（二〇〇九年）四三頁・七二頁など。

(6) 中野・前掲注(5)一四頁参照。

(7) 竹下・前掲注(5)七二頁、塩崎勤「本件判批」民事法情報二六七号（二〇〇八年）八一頁・八四頁参照。

(8) 竹下・前掲注(5)七一頁参照。

(9) 片山・前掲注(5)四一頁参照。

(10) 中野・前掲注(5)一四頁参照。

(11) 園田賢治「本件判批」法政研究七五巻三号（二〇〇八年）六五七頁・六六五頁、山田文「本件判批」速報判例解説 Vol.3 2008年10月一五三頁・一五六頁。

(12) 紺谷浩治「審問請求権（Anspruch auf rechtliches Gehör）の保障とその問題点」民訴雑誌一八号（一九七二年）一四三頁、園田・前掲注(11)六六三頁参照。

(13) 中野貞一郎『民事執行法〔新訂四版〕』（青林書院・二〇〇〇年）二二七頁等参照。

(14) 垣内秀介「本件判批」平成二〇年度重要判例解説（ジュリスト増刊）一五五頁・一五六頁。

(15) 斎藤秀夫＝菊池信男編『注解家事審判法』（青林書院・一九八七年）五八六頁〔飯島悟〕、伊東乾＝三井哲夫編『注解非訟事件手続法〔改訂〕』（青林書院・一九九五年）二〇七頁〔三井哲夫〕等参照。もっとも、本件の乙類審判事件のような当事者間に争いのある事件についても既判力が生じないとすることについては、疑問がある。

(16) 中野貞一郎「憲法と民事訴訟―『裁判を受ける権利』と他の憲法価値との調整」同『民事訴訟法の論点Ⅰ』（判例タイムズ社・一九九四年）二頁参照。

(17) 加波眞一「再審請求を棄却した抗告審の決定に対する再抗告の申立て期間」リマークス三二号一一六頁。

(18) 山田・前掲注(11)一五三頁。

(19) 最決平成一四年一〇月三〇日裁時一三二七号一頁、最決平成一六年九月一七日判時一八八〇号七〇頁など。

(20) 園田・前掲注(11)六六六頁、山田・前掲注(11)一五六頁参照。

三木　浩一