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三一〕家事審判法九条一項乙類に掲げる事項につき他の家庭に関する事項と併せて申し立てられた調停が成立しない場合における審判への移行の有無：審判期日を指定しないことに対する抗告却下決定に対する特別抗告事件(平成二三年七月二七日最高裁第三小法廷決定)
Sub Title	
Author	小原, 将照(Ohara, Masateru) 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	2012
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.85, No.6 (2012. 6) ,p.94- 107
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=AN00224504-20120628-0094

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 三一〕

家事審判法九条一項乙類に掲げる事項につき他の家庭に関する事項と併せて申し立てられた調停が成立しない場合における審判への移行の有無

審判期日を指定しないことに対する抗告却下決定に対する特別抗告事件　平成二三年七月二七日最高裁第三小法廷決定〈最高裁平成二三年(ク)第五三一号〉（裁判所時報一五三七号一頁、判例時報二一一三〇号三頁、判例タイムズ一三五七号八五頁、家裁月報六四巻二号一〇四頁）

〔事　実〕

Ｘ（元妻）は、平成二〇年に協議離婚した後、平成二一年に元夫を相手方として、事件名を「離婚後の紛争調整」と記載し、財産分与、慰謝料、子どもの所持品の引き渡し、および年金分割の四つを申立ての趣旨とする家事調停の申立てをした（以下、「本件調停」とする）が、本件調停は不成立として終了した。なお、本件調停申立てと共に、元夫を相手方として子どもの養育費の支払いを求める調停の申立て（以下、「別件調停」とする）を行ったが、調停不成立となった。ただし、別件調停は、不成立と同時に審判期日が指定されている。

Ｘは、本件調停申立て事項の内、財産分与と年金分割についての部分は、家事審判法九条一項乙類に掲げる事項であるから、調停不成立により審判手続に移行したとして、家庭裁判所に審判期日の指定を求め、「審判期日指定申立書」を提出した。これに対して、家庭裁判所の家事審判官は、この「審判期日指定申立書」に対する回答として、Ｘの代理人宛に、本件調停は離婚後の紛争についての調整を求めるものであって、家事審判法九条一項乙類に掲げる事件には該当せず、その調停不成立によって事件は終了し、審判手続には移行し

ていないから、その審判期日を指定することはできない旨等を記載した書面（以下、「本件回答書」とする）を作成し交付した。

Xは、本件回答書が「審判期日指定申立てに対する却下審判」に当たるとの前提に立って、これを不服として本件抗告を申し立てた。なお、本件では、離婚後二年が経過しているため、Xが、財産分与と年金分割について、あらためて審判の申立てをすることができないという事情がある。

原審は、次の理由により抗告を不適法として却下した。本件調停事件の申立ては弁護士がXを代理して一般調停事項（家事審判法一七条）である離婚後の紛争調整の調停の申立てであることを明示して行ったものであり、その申立てに係る「家事調停申立書」には、手数料としての調停の申立て一件分の印紙が貼付されていたことからすれば、その「申立ての趣旨」欄に財産分与または年金分割に関わるとみられるものが含まれていたとしても、本件調停申立てについては、一件の離婚後の紛争調整の調停の申立てが適法にされたものにすぎないのであって、直ちに財産分与または年金分割に係る各調停の申立てが各別に行われたものとみることはできないが、本件調停事件に係る調停手続の過程において、Xが乙類審判事項である財産分与または年金分割に係る部分につき、調停不成立時における審判手続への移行を求める意向を明らかにしていたなどの事情が認められるとすれば、当該部分は審判手続に移行したと解する余地がある。しかしながら、仮に審判手続に移行しているとしても、審判事件における当事者には期日指定申立権がないと解される上、本件回答書は、その体裁および内容からして、Xの代理人弁護士宛の連絡文書にとどまることが明らかであり、その作成交付をもって「審判期日指定の申立てに対する却下審判」とみることはできない。

これに対して、Xは、原審の判断が裁判を受ける権利を保障した憲法三二条に違反する旨を主張して特別抗告したのが本件である。

〔決定要旨〕

抗告棄却

最高裁は、本件抗告理由が民訴法三三六条一項所定の特別抗告が許される事由に該当しないとして本件抗告を棄却したが、次のなお書きを付している。

「なお、抗告人が東京家庭裁判所立川支部に申し立てた調停事件……のうち財産分与及び年金分割を求める部分は、家事審判法九条一項乙類に掲げる事項に該当し、又は同事項とみなされるのであって、同事項に該当しない他の家庭に関する事項と併せて調停の申立てがされた場合であっても、抗告人が調停不成立のときに審判への移行を求める意思を有していないなど特段の事情がない限り、その事件名にかかわらず、

家事審判法二六条一項に基づいて審判に移行するものと解される（この場合に、申立ての手数料に不足があるときは、これを追加して納付することを要する）。」

〔評　釈〕

本決定には疑問が残る

一　本決定の意義

家事審判法（以下、「現行法」とする）は、九条一項乙類に掲げられている事項（いわゆる乙類審判事項）につき、家事調停が申し立てられたが、同調停が不成立に終わった場合には、当然に審判に移行する旨を二六条一項に定めている。乙類審判事項についてのみ調停が申し立てられ、調停が不成立に終わった場合には、この規定に従って、当然に審判に移行するので特に問題は生じない。しかしながら、本件のように乙類審判事項とそれ以外の事項とを併せて調停が申し立てられ、同調停が不成立に終わった場合の事後の処置については、この規定からは明らかではなく、それゆえ後述するように取扱いが困難な問題であると認識されていた。本決定は、形式的には家事審判手続における当事者の審判期日の指定申立権の有無について判断した初めての最高裁決定であり、その点でも先例として重要な意義を有するが、それ以上に、乙類審判事項とそれ以外の事項との両方を含んだ調停申立てがあり、これが調停不成立に終わった場合に、どのような処理をすべきかを示した最高裁の初めての判断であり、この点に関しての先例としての意義はさらに重要であると考える。[1] なお、新しく成立した家事事件手続法（平成二三年法律第五二号）（以下、「新法」とする）においても、現行法二六条一項は、新法二七二条四項にそのまま引き継がれており、[2] 乙類審判事項も一部が削除されたものの大部分は「家事調停をすることができる事項」として別表二に引き継がれているため、[3] 本決定の判断は新法下においても重要な意義を有すると考える。

二　審判期日の指定申立権

1　従来の学説・裁判例

家事審判手続において、当事者が審判期日の指定申立権を有するか否かについては、従来の学説では、必ずしも明確に議論されていたわけではない。それゆえ、現行法七条、非訟事件手続法一〇条により、民事訴訟法（以下、「民訴法」とする）九三条、九四条および民事訴訟規則六二条の期日についての規定が準用されることから、期日について

は、申立てによりまたは職権で家事審判官が指定すると述べるものがある。[4] その一方で、期日の指定についてはすべて職権でなされ、関係人（当事者）に申立権はなく、関係人（当事者）の申立てはあくまでも職権の発動を促すにすぎない、と述べるものもある。[5]

下級審裁判例において、この問題について直接触れたものは、本件の原審しか見ることはできなかったが、遺産分割調停事件において調停成立後に申立人の意思表示に錯誤があったため無効であるとして、当該調停事件について調停期日の指定を求めた事案において、このような期日指定の申立ても直ちに不適法とはいえない、と述べたものがある。[6]

2　民訴法における期日指定申立権について

家事審判法が準用する民訴法九三条の規定の解釈についてみると、一般的には、期日の指定は、原則として職権で行うとされている。これは民訴法が訴訟進行につき職権進行主義の建前をとっていることの一つの現れとされている。[7] 本条の規定からは、当事者にも期日指定の申立権が認められているようにも見えるが、これは必ずしもすべての場面において期日指定の申立権が認められているわけではないと解されている。[8] 具体的には、民訴法二六三条前段のように規定が存在する場合が一例とされる。また、和解・訴えの取り下げ等により訴訟が終了したとされているときに、当事者がその無効・取消を主張して弁論続行のため期日指定の申立てをする場合があり、判例・学説は、この場合の当事者の期日指定の申立てを認めている。[9] したがって、それら以外の場合の申立ては、あくまでも裁判所の職権の発動を促すだけであると解されている。[10]

3　小　括

以上の議論を踏まえて検討すると、家事審判手続は、職権進行主義が強く反映されるべき手続であり、また、現行法では、必ずしも手続期日を開く必要はないとされている。加えて、新法においては、以上の点を考慮して、家事事件の手続の期日は、職権で裁判長が指定する（新法三四条一項）ものとし、当事者等の期日指定の申立権を認めないこととなった。[11] したがって、現行法においても当事者の期日指定の申立権はないと解することになると考える。

さて、当事者に期日指定の申立権が認められないとしても、乙類審判事項についての調停が不成立に終わった場合には、現行法二六条一項により、審判手続に移行することになることに何ら影響はない。問題は、本件のように乙類審判事項とそれ以外の事項とを併せて調停が申し立てられ、

調停が不成立に終わった場合に、乙類審判事項のみが審判手続に移行するのか否か、という点である。以下では、この問題について検討する。

三　現行法二六条一項の制度趣旨

1　制度趣旨

いわゆる乙類審判事項については、審判申立てに先立って調停の申立てをすることができる（現行法一七条、新法二四四条）が、現行法二六条一項（新法二七二条四項）は、調停の申立てにより開始した乙類審判事項についての調停が不成立になった場合には、事件が当然に審判手続に移行することと、その場合、調停の申立て時が審判申立て時とみなされることを定めている。(12)

乙類審判事項はもともと調停手続での解決になじむものとしてその活用が期待されているものであるが、これを期待する以上、不成立によって紛争の解決ができない場合には、これを放置して新たな審判申立てを待つまでもなく審判の手続を進めることにして、審判に先立って調停を申し立てたことによる当事者の不利益、例えば、離婚の場合における財産分与事件のように審判の申立期間の定めがあるもの（民法七六八条二項但書）のように、調停手続中に申立期間が経過することによって当事者が不利益を受けるおそれを防止するとともに、間接的に調停手続での事件解決を促すことを目的としているとされる。(13) また、乙類審判事項について調停申立てをする当事者も、調停手続で解決できなかった場合に事件を終了させてよいと考えているわけではなく、最終的には家庭裁判所での解決を希望しているのが通常であると思われるので、このような移行は当事者の意思にも合致するとされる。(14) ここでいう「当然移行する」というのは、家庭裁判所の処分や当事者の申立てなどを要せずに審判手続が開始するということである。(15) 当事者の申立てが必要とされないということは、手数料納付も原則として必要とされないが、例外的に手数料の追徴が求められる場合もあるとされる。(16) さらには、調停不成立については、その旨が遅滞なく当事者に通知される（家事審判規則一四一条、一四二条）が、移行した際には、その旨の通知も必要ではないとされる。(17)

2　移行する事件

本条に従い、調停不成立により当然に審判手続に移行するのは、当事者の申立てによって開始された乙類審判事項の調停事件に限定される。(18) 手続的に見ると、乙類審判事項につき審判申立てがあり、職権で調停に付された場合には、

当該審判事件は中止されているのが一般的である（家事審判規則一三〇条、新法二七五条一項）ので、当該調停事件が不成立で終了したとしても、それによって終了するのは調停事件のみであり、中止した審判事件は残っているので、残っている審判事件を再度進行させれば足りるため、本条の適用はないとされる[19]。また、本来は訴えの提起前に家庭裁判所に調停の申立てをしなければならない人事訴訟（現行法一八条一項、新法二五七条一項）について、調停の申立てをすることなく人事訴訟上の訴えが提起され、これに乙類審判事項の附帯処分が申し立てられている場合には、裁判所はその事件を家庭裁判所の調停に付しなければならない（現行法一八条二項、新法二五七条二項）。このような場合、そもそも訴えそれ自体が訴求可能性を欠き不適法であると解されているが、裁判所はこれを却下することができず、調停が終了するまで訴訟手続を中止することができると定められている（家事審判規則一三〇条、新法二七五条一項）[20]。したがって、この場合も調停不成立により調停事件のみが終了し、中止された訴訟事件は残っていると考えられるので、残っている訴訟事件を再度進行させれば足り、やはり本条の適用はないと解することになる。

なお、同一の事件について審判と調停の双方について、それぞれ申立てがなされる場合があり、この場合に調停事件が不成立で終了した場合の本条の適用について見解の相違がある。このような場合、調停事件のみ手続が終了し、審判事件についてはそのまま続行させればよいから、本条の適用はないとする見解[21]が存在する一方、併存していることを相互に知り得ない場合もありえ、事件が同一であるかどうか判断が困難な事件も存在し、また移行するかどうかは機械的に定まるべきであるとの理由から、本条を適用し調停事件を審判手続に移行させた上で、審判手続で当事者に一方を取り下げてもらうか、後の審判を却下するよう取り扱うべきとの見解[22]も存在する。

3　乙類審判事項の基準

乙類審判事項か否かは、申立て時に付された事件名に従うものではなく、申立て内容の実質で判断すべきであるとされる[23]。したがって、事件名が夫婦関係調整となっている場合であってもその実質が夫婦の同居とか婚姻から生ずる費用の分担についての処分を求めているような場合は調停不成立により当然に審判手続に移行するし、逆に、申立ての趣旨が「婚姻費用の分担を求める」あるいは「夫婦の同居を求める」と記載されていたとしても、その真意が夫婦関係の調整を求めることにあり、その旨の調整が進められ

たような場合には、調停不成立によっても当然に審判手続には移行しない[24]。ただ、家事紛争には乙類事件や人事訴訟事件等が混在している場合が珍しくなく、また民事紛争とは異なり、紛争を将来に向けて形成的に解決するものであるから、当事者が解決を求める紛争の内容も必ずしも不変的なものではなく、調停の申立てから調停の開始までの間に事情が変わっていることもあれば、調停の始めと終わりとで紛争の内容が異なってくることもある。それ故、乙類審判事項として調停事件が分類されていたとしても、その実質は乙類審判事項ではなかったり、当初は乙類審判事項に関する調停事件であったがその後の紛争の進展により乙類審判事項の調停事件ではなくなったりする場合もあり、その結果、本来乙類審判事項に関する調停事件ではない、あるいは途中からそのような調停事件でなくなった場合には、当該調停事件が不成立で終了したとしても本条は適用されず審判手続には移行しないとされる[25]。さらには、乙類審判事項に関する調停事件かそれともそれ以外の事項に関する調停事件かの解釈が分かれることもある[26]。

四　乙類審判事項とそれ以外の事項とが混在している場合の調停不成立後の取扱い

さて、上述したように、家事紛争には乙類審判事項やそれ以外の事項が混在している場合が珍しくない[27]ため、このような事件について調停が申し立てられ、調停が不成立に終わった場合の事後の取扱いに関しては、次のように考えられていた。

まず、乙類審判事項とそれ以外の事項が事実上密接な関係にあるため各別の事件がたまたま同時に申し立てられたが、一方の事件についての権利法律関係の形成が他方の請求の条件などになっていない場合、例えば、離婚後親権者となった者が、元の配偶者に対して、離婚に伴う慰謝料と子の養育費の請求について調停を申し立てた場合、調停が不成立となったとしても乙類審判事項についてのみ審判手続に移行することに異論はない。その理由は、二つの各別の申立てがたまたま一通の申立書でなされているにすぎないためとされる[28]。

これに対して、乙類審判事項とそれ以外の事項の双方の申立てのうち一方の権利法律関係の形成が他方請求の条件となっている場合、もしくは乙類審判事項以外の事項に附帯する形で乙類審判事項の申立てがなされている場合、例えば、離婚とこれに附帯して財産分与あるいは親権者指定の申立てがなされたり、認知請求に認知後の扶養料の請求

が併せて申し立てられたりしたような場合には、調停不成立の事後の取扱いについては困難な問題があるとされ、次のような二つの場合に分けて理解するのが一般的であると思われる。

第一の場合として、双方とも調停が成立しない場合には、一般原則として乙類審判事項に関する部分は審判手続に移行しないとする。その理由としては、財産分与や親権者の指定のように、訴訟が提起されれば附帯事項として訴訟手続上解決される事項であれば移行させる必要はなく、認知請求とともに申し立てられた認知を前提とする扶養料の請求のように、認知が形成されないと請求権の発生しない事項については移行しても認知の形成がなければ審判の余地がないから移行すると解する理由はないとする。[29] ただ、このような認知請求に関する問題に関しては、そもそも条件付審判の申立ては適法ではないと解すべきとしながらも、近い将来認知といった身分関係の形成がなされることによってその瑕疵が治癒しうるものであれば、その治癒を待って審判することは差し支えないとの見解を示すものもある。[30]

次に、第二の場合として、乙類審判事項以外の事項については調停または現行法二三条の審判、同法二四条の審判が確定し、乙類審判事項についてのみ合意が成立しなかった場合、具体的には、離婚調停事件に附帯して親権者の指定、財産分与の申立てがなされ、離婚のみ成立したような場合には、次の三つの選択肢があるとされる。第一に、親権者指定、財産分与ともに調停不成立として現行法二六条一項により審判手続に移行するとする方法、第二に、「親権者指定、財産分与については後日審判において定める」旨の合意を調停調書に記載して事件全部を調停成立とし、親権者指定、財産分与については新たな審判申立てにより判断するとする方法、第三に、親権者指定は審判に移行し、財産分与は審判に移行せず、後日の申立てを待つとする方法である。[31] どの方法を選択するのかは最終的に担当調停委員会の判断に従うとされているが、親権者の指定は本来離婚をするに際して同時に指定するかどうかは別として必ず指定しなければならない事項であるが、財産分与については、一般に離婚するか否かということと財産分与請求をどうするかということは極めて密接な関係があり、基本的な部分である離婚について調停成立として事件を終了させる以上、財産分与についても請求の有無も含めて合意が成立しなければこれを終了させ、当事者に請求する意思があればあらためて申し立てさせることで差し支えないとして第

三の方法を原則とする見解[32]が存在する。下級審裁判例の取扱いも統一された状況にはなく、第一の方法を選択した例[33]や、財産分与および慰謝料の請求を取り下げさせた上で、「親権者指定、については後日審判において定める」旨の合意を調停調書に記載し、離婚については調停成立とし、親権者指定は調停不成立とした例[34]もある。[35]

また、認知調停事件に付随して認知後の扶養料の請求が申し立てられ、認知については現行法二三条の審判が確定したが扶養料については合意が成立しない場合には、調停不成立として当然に審判手続に移行すると理解されている。その理由は、認知は自由意思というより生物学的な父子関係があれば扶養料支払能力や支払意思とは関係なくこれをすべき事項であるという意味で扶養料請求とは切り離してよいし、扶養料は認知がされた以上資力に応じて当然負担すべきものであるから合意が成立しない場合に事件を終了してあらためて申立てをさせるよりも当然に審判手続に移行し審判で判断すべきであるとする。[36]

五　検　討

1　乙類審判事項の基準について

本決定では、乙類審判事項に該当するか否かについて、従来の通説と同様、事件名で判断するのではなく、その内容を実質的に考慮している。前述したように、家事紛争では、事件名とその実質が一致していない状況もあり、また乙類審判事項とそれ以外の事項とが混在している場合も存在する。さらには、紛争を将来に向けて形成的に解決することを志向するため、当事者が解決を求める紛争の内容も必ずしも不変的なものではなく、調停の申立てから調停の開始までの間に事情が変わっていることもあれば、調停の始めと終わりとで紛争の内容が異なっていることもありえる。[37]それゆえ、従来の通説と同様、事件名ではなく、その実質を考慮して乙類審判事項か否かを判断するとした本決定の解釈は、家事事件の本質に配慮した妥当なものであると考える。

2　乙類審判事件の審判への移行について

本決定は、なお書きではあるものの、乙類審判事項とそれ以外の事項とが混在している事件であったとしても、乙類審判事項のみ審判手続に移行すると判断しており、この点は積極的に評価できる。しかしながら、「抗告人が調停不成立のときに審判への移行を求める意思を有していないなど特段の事情がない限り、その事件名にかかわらず、家事審判法二六条一項に基づいて審判に移行するものと解さ

れる」との理解には疑問が残る。そもそも、現行法二六条一項の立法趣旨は、前述したように、乙類審判事項がもともと調停手続での解決になじむものとしてその活用が期待されているものであり、これを期待する以上、不成立によって紛争の解決ができない場合には、これを放置して新たな審判申立てを待つまでもなく審判の手続を進めることにして、審判に先立って調停を申し立てたことにより当事者が受けるおそれがある不利益を防止するとともに、間接的に調停手続での事件解決を促すことである。(38) それゆえ、当事者の申立ての必要がなく、また、仮に当事者が申し立てる意思を有していなかったとしても、審判に移行した上で申立てを取り下げることが可能であるため、当然に移行したとしても当事者に不利益はないと考えられる。(39) しかしながら、本決定の解釈には、当事者の意思を確認した上で、移行の意思がない場合には、移行させる必要はないと解する余地があり、このような解釈が果たして現行法二六条一項の解釈として妥当であるのかが問題となる。

思うに、乙類審判事項について家事調停を申し立てる当事者に代理人として弁護士がついていない、あるいは事前に専門家の助言を求めていない、ということは十分に予測される。また、そのような者が当事者となる家事事件は、決して少なくないと思われる。それゆえ、家事事件を扱う手続においては、事件の性格だけでなく当事者の保護を考えた手続を構築し運営する必要がある。現行法二六条一項の立法趣旨は、まさにそのような当事者が被るおそれがある不利益から、その当事者を保護する目的が含まれている。にもかかわらず、当事者の意思を確認し、移行の意思がない場合には移行する必要はないという取扱いを可能にする余地があると、まさに本件のように、申立期間が経過して請求することができない、という看過できない事態を生じさせる可能性があり、結果として現行法二六条一項の立法趣旨を没却させてしまうおそれがある。

したがって、従来の見解が示していたとおり、当事者の何らの申立てを必要とすることなく、すなわち、特に当事者の意思を確認することなく、また仮に当事者が審判手続への移行を明確に望んでいないとしても、当然に移行すると解すべきである。それゆえ、本決定の解釈には疑問が残り、賛成することができない。

3　本件の事件処理として

では、本決定の結論は妥当であったのか。この点は、妥当であったと考える。なぜなら、前述したように、当事者は期日指定の申立権を有していない。それゆえ、本件が、

期日指定を求めた当事者の申立てを却下した審判に対する不服申立てであるということを前提にして考えると、本決定が示した結論は妥当であると考える。ただし、乙類審判事項とそれ以外の事項とを併せて調停が申し立てられ、同調停が不成立に終わった場合に、乙類審判事項のみが審判手続に移行するという本決定の解釈と、そのような移行は当事者の意思に関係なく当然に移行するという従来の現行法二六条一項の解釈を前提にするならば、本件の乙類審判事項については、当然に東京家裁立川支部に審判事件として係属している状態にあると解すべきことになる。それゆえ、この点を家裁に対して指摘すべきではなかったかと考える。

六　本決定の射程

残された問題として、本決定の射程をどのように考えるのか、という点を議論する必要がある。本決定では、乙類審判事項とそれ以外の事項とを併せて調停が申し立てられ、同調停が不成立で終わった場合に、乙類審判事項のみが移行するとの判断を示している。しかしながら、前述したように、乙類審判事項とそれ以外の事項の双方の申立てのうち一方の権利法律関係の形成が他方請求の条件となっている場合、もしくは乙類審判事項以外の事項に附帯する形で乙類審判事項についての申立てがなされている場合の取扱いについては、困難な問題があると指摘されている。[40] 本件は、そのような場合ではなく、すでに協議離婚が成立した後に、乙類審判事項とそれ以外の事項とを併せて調停が申し立てられた事件であり、その意味では、このような場合に限定した解釈であると考えるべきである。それゆえ、本件と同一の形態ではない場合、すなわち従来から困難な問題を含んでいると指摘されていた場合については、本決定の射程外と考えられ、どのように対処すべきかについて未だ困難な問題が残されていると考える。[41]

（1）本決定に関する評釈を見ることはできなかった。

（2）金子修（編）『一問一答家事事件手続法』（商事法務、平二四）二三七頁参照。

（3）金子修「家事事件手続法の制定の経緯とその概要」ひろば六四巻一〇号四頁（平二三）七―八頁、同・前掲注（2）五一頁、佐上善和「家事審判・家事調停の改革についての評価と課題―手続法の視点から」法時八三巻一一号三三頁（平二三）三四―三五頁、杉井静子「家事事件手続法の制定（家事審判法の改正）」フロンティア一〇八号二一頁（平二三）一二一―一三三頁など参照。

(4) 梶村太一＝徳田和幸『家事事件手続法［第二版］』（有斐閣、平一九）四〇三頁。

(5) 佐上善和『家事審判法』（信山社、平一九）一七七頁。

(6) 新潟家裁佐渡支審平成八年一月一七日家月四八巻八号九八頁。

(7) 伊藤眞『民事訴訟法［第四版］』（有斐閣、平二三）二二八頁、松浦馨ほか『条解民事訴訟法［第二版］』（弘文堂、平二三）四一八頁［竹下守夫＝上原敏夫］、笠井正俊＝越山和広（編）『新・コンメンタール民事訴訟法』（日本評論社、平二二）三三三頁［岡田幸宏］、賀集唱ほか『基本法コンメンタール民事訴訟法一［第三版追補版］』（日本評論社、平二四）二四五頁［須藤典明］、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ［第二版］』（日本評論社、平一八）二九五頁など。

(8) 松浦ほか・前掲注(7)四一九頁［竹下守夫＝上原敏夫］、笠井＝越山・前掲注(7)三三三頁［岡田幸宏］、賀集ほか・前掲注(7)二四五頁［須藤典明］、秋山ほか・前掲注(7)二九五頁など。

(9) 松浦ほか・前掲注(7)四一九頁［竹下守夫＝上原敏夫］、笠井＝越山・前掲注(7)三三三頁［岡田幸宏］、賀集ほか・前掲注(7)二四五頁［須藤典明］、秋山ほか・前掲注(7)二九五―二九六頁など。

(10) 笠井＝越山・前掲注(7)三三三―三三四頁［岡田幸宏］、秋山ほか・前掲注(7)二九五頁。

(11) 金子・前掲注(2)八五頁。

(12) 斎藤秀夫＝菊地信男（編）『注解家事審判法［改訂］』（青林書院、平四）八三三―八三四頁［石田敏明］、岡垣学＝野田愛子『講座・実務家事審判法一』（日本評論社、平元）三八六頁［近藤ルミ子］、家庭裁判所調査官研修所編『家事審判法総論［改訂版］』（法曹会、昭五九）三九頁、加藤令造（編）『家事審判法講座（第三巻）』（判例タイムズ社、昭四四）二五二頁［沼辺愛一］、山木戸克己『家事審判法』（有斐閣、昭三三）三三頁、市川四郎『家事審判法概説［増訂版］』（有斐閣、昭三一）一四九―一五〇頁、梶村＝徳田・前掲注(4)四七―四八頁、佐上・前掲注(5)四二三頁など。

(13) 佐上・前掲注(5)四二三頁、斎藤＝菊地・前掲注(12)八三四頁［石田敏明］、岡垣＝野田・前掲注(12)三八六頁［近藤ルミ子］、家庭裁判所調査官研修所・前掲注(12)四〇頁、加藤・前掲注(12)二五二頁［沼辺愛一］、市川・前掲注(12)一五〇頁。東京高判昭和四四年一月三〇日家月二一巻七号七〇頁もこのような見解を支持する。

(14) 斎藤＝菊地・前掲注(12)八三四頁［石田敏明］、加藤・前掲注(12)二五二頁［沼辺愛一］。

(15) 佐上・前掲注(5)四二四頁、斎藤＝菊地・前掲注(12)八三四頁［石田敏明］、岡垣＝野田・前掲注(12)三八六頁

[近藤ルミ子]、家庭裁判所調査官研修所・前掲注(12)四〇頁、加藤・前掲注(12)二五二頁[沼辺愛一]、市川・前掲注(12)一五〇頁。大阪高判昭和三〇年六月七日家月七巻八号六三頁は、調停不成立により移行した審判事件の審判について、当事者の申し立てていない事件について勝手に審判したという違法は存しないと述べる。

(16) 佐上・前掲注(5)四二四頁、斎藤＝菊地・前掲注(12)八三四頁[石田敏明]、家庭裁判所調査官研修所・前掲注(12)四〇頁、加藤・前掲注(12)二五二頁[沼辺愛一]、市川・前掲注(12)一五〇頁。

(17) 坂梨喬「調停不成立を巡る諸問題」判タ一一〇〇号五四八頁（平一四）五四九頁、斎藤＝菊地・前掲注(12)八三四頁[石田敏明]。このような取扱いをした裁判例として、大阪高決昭和四六年一二月七日家月二五巻一号四二頁がある。ただし、この事件は、審判事件として係属した後に調停に付され、その調停が不成立になった事件である。

(18) 佐上・前掲注(5)四二四頁、斎藤＝菊地・前掲注(12)八三四頁[石田敏明]。

(19) 斎藤＝菊地・前掲注(12)八三四頁[石田敏明]、加藤・前掲注(12)二五三―二五四頁[沼辺愛一]、山木戸・前掲注(12)三〇頁、市川・前掲注(12)一四九―一五〇頁。

(20) 松本博之『人事訴訟法［第二版］』（弘文堂、平一九）一三二―一三三頁など参照。

(21) 加藤・前掲注(12)二五三―二五四頁[沼辺愛一]。

(22) 斎藤＝菊地・前掲注(12)八三四―八三五頁[石田敏明]。

(23) 佐上・前掲注(5)四二四頁、斎藤＝菊地・前掲注(12)八三五頁[石田敏明]、坂梨・前掲注(17)五四九頁。このような判断を示した裁判例として、東京高決昭和五三年五月三〇日家月三一巻三号八六頁がある。なお、この決定の評釈である梶村太一「判批」判タ三七五号五三頁（昭五四）は、事案の内容が乙類審判事項に該当するとの実質判断をした上で審判手続に移行すべきと結論付けている。

(24) 斎藤＝菊地・前掲注(12)八三五頁[石田敏明]。

(25) 佐上・前掲注(5)四二四―四二五頁、斎藤＝菊地・前掲注(12)八三五頁[石田敏明]、坂梨・前掲注(17)五四八―五四九頁。

(26) 乙類審判事項に該当するか否かが争われている問題については、佐上・前掲注(5)四二四―四二五頁、斎藤＝菊地・前掲注(12)八三五―八三六頁[石田敏明]、坂梨・前掲注(17)五四九頁参照。

(27) 坂梨・前掲注(17)五四八頁。

(28) 斎藤＝菊地・前掲注(12)八三六頁[石田敏明]、加藤・前掲注(12)二五八―二五九頁[沼辺愛一]、坂梨・前

掲注(17)五四九頁。

(29) 梶村＝徳田・前掲注(4)九七頁、佐上・前掲注(5)四二五頁、斎藤＝菊地・前掲注(12)八三六頁［石田敏明］、加藤・前掲注(12)二五九頁［沼辺愛一］、坂梨・前掲注(17)五四九頁。宮崎家裁日南支審昭和四四年七月二一日家月二二巻五号七五頁は、このように混合して申し立てられた一個の調停事件を一個の一般調停事件と解し、審判には移行しないと結論付けた。

(30) 加藤・前掲注(12)二六〇頁［沼辺愛一］。

(31) 「昭和五一年度各高等裁判所管内調停運営協議会における協議結果要旨」調停時報七六号二頁（昭五二）一一頁［広島高裁管内調停運営協議会・裾分家庭局長発言］、斎藤＝菊地・前掲注(12)八三七頁［石田敏明］。

(32) 佐上・前掲注(5)四二五頁、斎藤＝菊地・前掲注(12)八三七頁［石田敏明］。

(33) 福岡家裁柳川支審昭和四一年五月二八日家月一九巻一号四六頁。

(34) 東京家審昭和四〇年一一月二五日家月一八巻七号五六頁。

(35) 仙台家審昭和四五年一二月二五日家月二三巻八号四五頁は、離婚と親権者指定の申立てがなされた事件において、「親権者指定については別途審判に委ねる」旨の合意を調停調書に記載し調停成立とし、親権者指定について審判手続に当然移行させた。

(36) 斎藤＝菊地・前掲注(12)八三七―八三八頁［石田敏明］。

(37) 前述・三3参照。

(38) 前述・三1参照。

(39) 金子・前掲注(2)二三七頁参照。

(40) 前述・四参照。

(41) 研究会の段階では、本件の事実関係が不明であったが、本決定の射程については、財産関係についてのみ調停が申し立てられた場合に限定されたものであり、それ以外の場合については、より詳細な検討が必要であるとの指摘があった。特に、離婚と財産分与とを併せて調停が申し立てられ、同調停が不成立に終わった場合に、財産分与のみが審判手続に移行すると考えると、離婚が成立していないにもかかわらず、財産分与請求が可能になってしまうのではないか、との疑問も指摘された。

小原　将照