

人事訴訟手続法再考

—”個“の時代からの展望—

波多野 雅子

目次

第一章

はじめに

第二章

人事訴訟手続法概略

第一節

人事訴訟手続法沿革史

第二節

人事訴訟手続法の特徴

第三節

人事訴訟手続法における問題点

第三章

家族法改革の動向

第四章

人事訴訟手続法再考

第五章

おわりに

説

第一章 はじめに

論

人事訴訟とは、夫婦、親子間の身分関係に関する紛争をその対象とし、主として民事訴訟法の特別法たる人事訴訟手続法（以下人訴法と略記する）により規律されるものであるが、同法は明治三十一年六月一五日に制定、同年七月一六日に施行されて以来一〇〇年余りが経過している。その間昭和二二年に大幅な改正が行われたが、その後たいした改正もなく現在に至っているのが現状である。一般的にこれだけの年月が経過すれば、現実社会と法典内容との間に乖離が生じ、何らかの形で改正がなされるはずである。しかしながら、これだけの長年月にわたって改正がなされなかったということは、改正を必要ならしめている程に人訴法が完備された法典なのか否か。折しも人訴法の一般法たる民事訴訟法は七〇年ぶりの大改正を終え、新たに平成一〇年一月一日より施行されており、又、手続法と車の両輪にたとえられる実体法たる家族法分野において、“家族”概念の変容のなかでその改革が求められ始めているようにみうけられる。家族の実態が変容していくということは、何らかの形でそれを手続面から規律する人訴法にも影響しうるのではないか。

こうした観点から、家族関係の変容といった面への社会的考察にも眼を向けつつ、今後の人訴法の在り方について、法改正をも射程距離にいった提言を模索していくことを目的としながら、本稿において検討を加えていく意図である。

第二章

人事訴訟手続法概略

第一節 人事訴訟手続法沿革史

人訴法は、一般に法律案が作られるのに長い年月が費やされることを考えるならば（ちなみに、民事訴訟法は平成二年に審議が開始され、平成一〇年一月一日から施行されている）、きわめて短期間に作り上げられた法律である。すなわち、法典調査会で人訴法草案の第一回草案審議が始められたのが明治三十一年五月四日であり、第三回修正草案審議が同年の五月一二日に終了、同年六月一日に法律第一三号として制定、同年六月二日官報で公布、同年七月一六日に施行されている。^①

法案審議から施行に至るまで二カ月余りしか要していないことに奇異な感さえする。こうした背景として、その当時の欧米諸国との不平等条約の改正、とりわけ領事裁判権を早急に撤廃し、独立国家たる地位を確保することなどを目的とする政治的・社会的な要請が強く、立法関係者がこれに一致協力したためであるといわれている。^②このときに範とされたのがドイツ民事訴訟法（一八七七年一月三〇日制定、一八七九年一〇月一日施行）であり、民法親族編・相続編と同時に公布され、明治民法の施行（明治三十一年七月一六日）と同時に人訴法も施行された。

その後、人訴法は以下のような改正が行われた。^③①大正一五年（法律第六八号）：民事訴訟法改正（大正一五年法律第六一号）に伴い、人訴法一〇条、一一条の改正が行われた。^④②昭和一七年（法律第七号）：民法が死後認知制度を新設（民法旧五八三条但書、現七八七条但書）したのに伴い、認知の訴えについて被告たる父又は母の死亡後は検事を相手方とする旨の規定（人訴法二九条ノ二、三二条二項）が追加された。^⑤③昭和二二年（法律第六一号）：検察庁法附則四二条により、法文中の「検事」が「検察官」に全て改められた。^⑥④昭和二二年（法律第一五三号）：民法親族編・相続編の大改正と家事審判法の制定に伴い、多くの改正が加えられた。この年の改正は人事訴訟において大

きな意味をもつ。すなわち、それ以前は人事訴訟として取り扱われていた事件が人訴法から削除され、家事審判手続に移されたことである。その事件とは、夫婦同居事件、親権もしくは財産管理権の喪失又は失権取消事件、相続人廃除事件のうち推定遺産相続人の廃除又はその取消事件、禁治産・準禁治産事件、失踪事件である。又、隠居事件、相続人廃除事件のうち推定家督相続人の廃除・取消事件は廃止され、これらの事件に関する諸規定は削除された。その他、離婚取消の訴え、離縁取消の訴えが新設されたが、人事訴訟にとつて重要だと思われる改正は以下の点である。まず第一に、家事審判法の制定に伴い、人事訴訟事件を含む家庭に関する訴訟事件について調停前置主義を採用したこと（家審法一八条）、第二に、離婚事件、離縁事件については家事審判所での調停の成立（同法二二条）、調停に代わる審判（同法二四条）で処理することが認められたこと。第三に、婚姻又は養子縁組無効・取消等の身分関係について調停委員会の調停において当事者間に合意が成立し、かつ無効又は取消の原因の有無について争いがない場合には、合意に相当する審判（同法二三条）^③を行うとした点である。⑤昭和三年（法律第二六〇号）：裁判所法の一部改正に関する法律九条により家事審判所の名称が家庭裁判所に改められた。⑥昭和五一年（法律第六六号）：民法等の一部を改正する法律二条によって、婚姻事件および養子縁組事件の管轄に関する規定の一部が改正された。⑦平成元年（法律第九一号）：民事保全法制定に伴い、人訴法一六条の準用規定の条文に変更がなされた。⑧平成八年（法律第一一〇号）：民事訴訟法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律により移送に関する規定の改正（人訴法一条ノ二）、相続人等への訴訟係属についての通知をする旨の規定（同法三三条）が付加された。

第二節 人事訴訟手続法の特色

人訴法は民訴法の特別法に位置付けられる。すなわち、財産的利益の紛争を対象とする民事訴訟に対し、人事訴訟は夫婦や親子に関する基本的な人の身分関係という非財産的な紛争をその対象としており、民事訴訟の訴訟物のように当事者が任意に処分できる性質のものではないとされている。人事訴訟が対象とする事件は、婚姻の無効・取消、離婚、離婚の無効・取消、養子縁組の無効・取消、離縁、離縁の無効・取消、子の認知、認知の無効・取消、嫡出否認等であり、地方裁判所の専属管轄に属する（人訴法一条）。又、昭和二年（法律第一五三号）の改正により、人事訴訟事件について訴えを提起しようとする場合、まず家庭裁判所に調停の申立てをしなければならぬし（家審法一八条、調停前置主義）、人事訴訟事件も調停は家庭裁判所で行われることになっており（家審法一七条、同一の事件が家庭裁判所、地方裁判所で取り扱われるという両領域に交錯する複雑な形態をとるところにも、民事訴訟とは異なる人事訴訟の特色があらわれている。昭和二年の改正時に身分関係事件が全て家庭裁判所の審判事項とされず、離婚事件、離縁事件、嫡出子否認事件等が人事訴訟事件として存続させられたのは、これらの事件が何れも基本的な身分関係（婚姻関係、親子関係、親族関係）の発生、消滅、変更に係る重大事項であるゆえ、通常の訴訟手続により慎重に処理をすることが必要とされ、家事審判事項から除外されたものであるといわれている⁴）。

このような輪郭をもつ人訴法は、以下の点で民訴法とは異なる原理によつて支配されている。その特色の重要なものの第一は、人訴法には弁論主義不適用規定（同法一〇条）が存在することである。人訴法一〇条は次のように規定する。「民事訴訟法（平成八年法律第九号）第五百七条、第五百九条第一項、第二百二十四条及び第二百四十四条ノ規定ハ婚姻事件ニ之ヲ適用セス同法第二百六十六条及び第二百六十七条中請求ノ認諾ニ関スル規定亦同シ裁判上ノ自由ニ関スル法則ハ婚姻事件ニ之ヲ適用セス」。すなわち民訴法一五七条（攻撃防御方法の却下）、一五九条

(自白の擬制)、二二四条(当事者が文書提出命令に従わない場合等の効果)、二四四条(この規定は、平成八年民法において新設されたものである。当事者の双方又は一方が口頭弁論期日に出頭せず、又は弁論をしないで退廷した場合に、審理の現状及び当事者の訴訟追行状況を考慮して、相当と裁判所が認めるときは終局判決をすることができるとするものである)、二六六条(請求の放棄又は認諾)、二六七条(和解調書等の効力)の諸規定について又、裁判上の自白に関する諸法則は婚姻事件には適用しないとする(養子縁組事件、親子関係事件についても前述の諸規定が準用される。人訴法二六条、三二条。ただし、本条は二六六条、二六七条については「請求ノ認諾ニ関スル規定亦同シ」と請求の認諾にのみ言及し、請求の放棄、訴訟上の和解については言及していないため学説が分かれているが、この問題については後述する)。

すなわち、人訴法では、裁判上の自白に関する法則が人事訴訟事件に適用されないので、当事者が裁判上自白した事實は裁判所の審判権を排除することではなく、単に弁論の全趣旨として事実認定の資料となるにすぎない。又、民事訴訟では当事者が口頭弁論において相手方の主張した事實を争うことを明らかにしない場合や、口頭弁論に出頭しない場合、自白の擬制が働くが(民訴法一五九条)、擬制自白も人事訴訟では不適用である。その他、攻撃防御方法の却下(民訴法一五七条)も適用されない。この規定の根拠として、職権探知を採用していることから(人訴法一四条)当然視するもの^⑤、裁判所が積極的に事実関係を探知し、真実発見に努める職責を負い、当事者の弁論はこれを補助する意味をもつにすぎないとするもの^⑥がある。更に、当事者が文書提出命令に従わない場合等の効果(民訴法二二四条)の不適用については、実体的真実発見の志向に根差することによるとされる^⑦。審理の現状に基づく判決(民訴法二四四条)の規定は、最判昭四一・一一・二二民集二〇巻九号一九一四頁の判例を明文化したものである。訴訟

追行に熱心でない当事者への制裁的效果、被告の訴訟引き延ばしを防止する意図が含まれている）も人事訴訟では適用されない。

第二の特色として、職権探知主義が採用されていることである（同法一四条、二六条、三一条二項）。民事訴訟では、当事者が主張しない事実を判決の資料として採用することはできないし、当事者が争っていない事実（自白された事実）は判決の資料として採用しなければならないし、当事者間で争いのある事実の認定をする際に用いる証拠資料は、当事者が申し出た証拠によらなければならないとする当事者に主眼を置いた弁論主義が採用されているのに対し（ただし、一部の訴訟要件の存否の調査については職権探知主義がとられている⁹⁾）、人事訴訟では弁論主義を適用せず職権探知主義をとる。すなわち、人事訴訟においては裁判に必要な事実や証拠の収集について裁判所が職権で収集し、又、当事者が申し出た証拠以外に証拠調べをなし、当事者の主張しない事実でも判決の資料として斟酌できるというものである。これは当事者自治にその基礎を置く民事訴訟と大きく異なっている点である。それは何故か。それは人の基本的な身分関係は極めて公益性が高いものであり、当事者の自由な意思によって処分できる性質のものでなく、国家が介入し、その関係の維持に努めるべしとする理念がその背景にはある。婚姻については、「婚姻ヲ維持スル為メ」（人訴法一四条、養子縁組事件に準用 同法二六条）職権を行使して身分関係の把握につとめる（ただこの婚姻や養子縁組を維持するためという文言の解釈については学説が分かれているが、この点については後述する。なお親子関係事件については「親子関係を維持するため」という文言は人訴法中に規定されてはいない。同法三一条一項参照）。実際においては、裁判所自体にこの権能を有効適切に行使する補助機構がないため有名無実化されているといわれるが、それでもなおこの原則が人訴法自体の重要な原則を形成する。その意図することは前述のとおりで¹⁰⁾

説

あるが、社会秩序を維持させるために必要であると同時に、家族・親族関係の枠組みを強固にすることにより、結果的には相続関係のみならず、扶養関係をも明確にして、その面での私人による個人的責任をも担わせる構図を構築しておくことの必要性を合わせもっているのではなからうか。

論

第三の特色として、判決効の一般第三者への拡張（対世効）が認められ（同法一八条、二六条、三二条）、手続の画一的な処理のもとに法的安定性が企図されている点にも人訴法の特種性がみられる。ただ、この対世効に対しては、全ての身分訴訟において妥当するか否かに疑問を呈し、身分訴訟における判決効の相対性原則を唱える説も有力である¹¹。なお、新民訴法は判決効の拡張を受ける第三者に手続保障を与える観点から、父死亡後の認知の訴えについて、その相続人である子の他、訴訟の結果により相続権を害せられるべき者で相当と認められる者に、訴訟係属の事実を通知するものとした（同法三三条、通知がなされる者の範囲については、最高裁判所規則によって定められる¹²）。

ただ人事訴訟の場合も民事訴訟と同じく処分権主義がとられており（同法一〇条により、請求の認諾について処分権主義が制限されているが）、検察官が訴えを提起できる場合もあるが（同法一九条。ただし、この場合も裁判所が職権によって審判を開始することではなく、検察官は公益的見地から当事者として訴えを提起することができるという意味である。なお、検察官が提起することができるとする婚姻事件の訴えは、民法七三一条、七三二条、七三三条、七三四条、七三五条、七三六条の諸規定に違反した婚姻がなされた場合に、その婚姻取消の訴え（民法七四四条）が認められているにすぎない）、訴えの提起、審判対象の特定、訴えの取下げにおいては当事者の意思に委ねられている。

第三節 人事訴訟手続法における問題点

第二章第二節のところで叙述した人訴法の特色のもつ主要な問題点について、本節では考察を試みる。

第一の問題点は、弁論主義不適用原則（人訴法一〇条）にみられる処分権主義の制限、当事者自治に関する問題である。すなわち、民事訴訟では当事者自治に由来されるとされる請求の放棄・認諾、訴訟上の和解について人事訴訟では認められないと解するべきなのか。最判平六・二・一〇民集四八巻二号三八八頁（離婚請求訴訟）を考察対象とし、この問題を考える手掛かりとしたい。¹³⁾

〈事実の概要〉

原告X（夫）と被告Y（妻）は昭和一八年一〇月韓国で結婚式を挙げ、昭和三〇年九月二一日婚姻届を提出した。Xはそれに先立つ昭和二十一年単身来日して事業を開始したが、経営は順調であつた。しかし、Xの女性問題等の原因として婚姻生活は事実上破綻をきたした。YはXに対して婚姻費用の分担あるいは離婚を求めて家庭裁判所に調停の申立てをしたが、合意には至らなかった。しかし、昭和五二年家庭裁判所に申立てをした婚姻費用分担についての審判では、Yの申立ては認められた。Xは平成元年離婚調停の申立てをしたが、調停は不成立。その後、Xは地方裁判所に離婚訴訟を提起した。Xは離婚にあたって五〇〇〇万円の支払を申し出た。Xの離婚請求に対し、Yは主位的に請求棄却の判決を求めるとともに、Xの離婚請求が認容されることを条件として、予備的に財産分与の申立て（現に居住している家屋と土地について抵当権設定の仮登記を抹消したうえで引き渡すことと一億三〇〇〇万円の支払）をした。

第一審判決は、Xの離婚請求を認容するとともに、Yの予備的申立てに基づき、XはYに財産分与として土地と建

説

論

物を取得せしめること及び五五〇〇万円を財産分与すべきことをXに命じた。Xは控訴し、控訴審の平成四年九月九日口頭弁論期日において離婚請求を放棄する旨の陳述をした。しかし、控訴審は「人事訴訟手続法一〇条の規定が定められたのは、人事訴訟では、対象となる身分関係が当事者の自由な解決に委ねることのできないものであり、その審理については職権探知が行われることから、訴えが提起された以上は当事者による任意の処分は許されないことによるものである。したがって、離婚請求については、人事訴訟手続法一〇条の準用により、請求の放棄も許されない。」として、第一審判決を是認してXの控訴を棄却した。X上告。上告理由として、控訴審判決は人訴法一〇条の解釈適用を誤った違法があると主張した。すなわち、同法一〇条一項後段は民訴法二〇三条（現行民訴法二六七条）中「請求の認諾」に関する規定の不適用だけを明言しているのであり、この規定の反対解釈により請求の放棄、和解は許されるとした。

〈判旨〉

破棄自判。

「離婚請求訴訟について請求の放棄を許さない旨の法令の規定がない以上、婚姻を維持する方向での当事者による権利の処分を禁じるべき格別の必要性もないから、離婚請求訴訟において、請求を放棄することは許されると解すべきである。この場合、離婚請求が認容されることを条件として相手方から予備的に申し立てられた財産分与の申立ては、離婚請求の放棄によって当然に失効するものと解される。……原判決は破棄を免れない。」

よって、本件訴訟が平成四年九月九日に上告人が請求を放棄したことにより終了したことを宣言する……。」

請求の放棄は原告が自己の訴訟上の請求についてその理由がないことを認める旨の陳述であり、その旨を調書に記載することによって訴訟手続は終了し、請求棄却の確定判決と同一の効力が生じるものとされている（民法二六七条）。請求の認諾、訴訟上の和解とともに当事者の意思によって訴訟を終了させることのできる方法であるが、民法一〇条との関係で人事訴訟にも請求の放棄が認められるか否かが問題となつたのが本件である。それというのも、民法一〇条は民法二六七条中「請求の認諾」に関する規定について婚姻事件に適用しないと明記しているが（養子縁組事件、親子関係事件に準用 同法二六条、三二条）、請求の放棄については全く言及していないからである。それゆえ、この問題について学説上も議論のあるところであるが、その適用を肯定するのが多数説である。請求の放棄を肯定するにしても、その根拠は様々である。例えば、民法一〇条に請求の放棄規定がないとする文言上の理由から（松岡義正『特別民事訴訟論（第五編人事訴訟）』（巖正堂書店 大正七年）一二四頁）、片面的職権探知がとられるときは認めるとする観点から（山木戸克己『人事訴訟手続法』（有斐閣 昭和四四年）一一三頁 山木戸氏は、人事訴訟では一般に双面的に職権探知が認められているとすれば請求の放棄も許すべきではないとするが、離婚及び離縁の訴えについては、協議上の離婚・離縁が認められており、又家事審判法における調停離婚・離縁が認められていることとの関係から請求の放棄も許されるとする。岡垣学「人事訴訟における弁論主義の制限」『人事訴訟の研究』（第一法規 昭和五五年）一八九頁、三ヶ月章『民事訴訟法』（有斐閣 昭和五八年）四三七頁、新堂幸司『新民事訴訟法』（弘文堂 平成一〇年）三一六頁、伊藤真『民事訴訟法』（有斐閣 平成一〇年）三八九頁）、訴えの取下げが自由であるというのと同じ意味から（大森洪汰『人事訴訟手続法』（日本評論社 昭和五年）七九頁）、民法一〇条の請求の放棄は、現在の法律上の地位又は権利関係をあるがままの状態に存続せしめることによって争訟をやめる

説

論

ためにする訴権の処分であるとするもの（三田高三郎『人事訴訟手続法解説』（帝国判例法規出版社 昭和二十七年）三三頁）などである。一方、人事訴訟事件が公益と密接な関係があることから任意処分は許されないものであり、立法の経過からすると、請求の放棄は婚姻事件のみならず人事訴訟一般に適用されないと否定的見解を有するものもある（岡垣学『吉村徳重編『注解人事訴訟手続法』（青林書院 昭和六十二年）「住吉博」一四五頁）。

人事訴訟における請求の放棄の問題について、本判決以前の判例はどうなっているのか。例えば、請求の放棄は許されないとしたもの（朝鮮高判昭九・一一・二〇法律評論二四卷民訴三三三頁〈養親子関係存否確認事件〉）この事案では養親子関係存否確認の訴えの終局判決後の訴え取下げに伴う再訴の禁止が問題となったものであるが、この訴えでは請求の放棄は許されないので再訴は可能とする」と認められるとしたもの（東京高判昭一三・七・二八法律新報五一八号二〇頁、東京地判昭一三・三・二九法律評論二七卷民訴二六七頁〈養子縁組無効確認請求事件〉）両判決とも、養子縁組を維持することが法の理想とするものであり、請求の放棄を認めることはその理想に反するものではないとする」と見解が分かれており、その意味で最高裁の初判断の存在価値はあろうか。

又、請求の棄却と対をなすものとして一緒に論じられることの多い請求の認諾について、学説、判例はどのような見解をとっているのか。学説上は、請求の認諾は認めないとするのが多数説である。ただ、この場合にも、離婚・縁組事件については協議による離婚・縁組をわが国が認めていること等から、請求の認諾を認めるべきであるとする見解も有力である（兼子一『条解民事訴訟法（旧版）』（弘文堂 昭和三〇年）一五二頁、小室直人「形成訴訟における処分権主義・弁論主義の制限」『西原追悼 企業と法（上）』（有斐閣 昭和五二年）三五四頁、山木戸克己『人事訴訟手続法』（有斐閣 昭和四四年）一二三頁、兼子一／松浦馨・新堂幸司・竹下守夫『条解民事訴訟法』（弘文堂 昭和

六一年〕「竹下守夫」七〇八頁、三ヶ月章『民事訴訟法』〔有斐閣 昭和五八年〕一五六頁。

判例上、請求の認諾を否定したものととして大判昭九・一一・一七民集一三卷二二九頁〔認知請求事件〕がある。この事案では、主張自体理由のない事実に基づく請求を認諾しても効果は発生しないとした。又、請求の認諾を認めた判例（山形地判昭四五・三・二五判時五九五号八八頁〔離婚請求事件¹⁵〕）もある。

次に、人事訴訟における訴訟上の和解はどのように解されているのであろうか。学説の状況について、片面的職権探知が適用される範囲において和解を肯定する説もあるが（山田正三『特別訴訟手続第二部（新法学全集）（日本評論社 昭和一三年）六八頁、加藤令造『人事訴訟手続法詳解』（大同書院 昭和三三年）三七頁）、人事訴訟においては訴訟上の和解は認められないとするのが通説である。その理由とするところは、①人事訴訟の対象である身分関係事件は公益と密接な関係にあり、当事者間で自主的に解決しうる処分性がないこと（岡垣学「人事訴訟における弁論主義の制限」『人事訴訟の研究』（第一法規 昭和五五年）一八九頁）。②人訴法では請求の認諾に関する規定の適用を除外する旨規定するのみであるが、訴訟上の和解を請求の認諾や放棄と異別に扱う必要はないとするもの（山木戸克己『人事訴訟手続法』〔有斐閣 昭和四四年〕一二四頁、岡垣学Ⅱ吉村徳重編『注解人事訴訟手続法』〔青林書院 昭和六二年〕〔住吉博〕一四七頁）。③人訴法一〇条一項は請求の認諾だけを除外するが、双面的職権探知のとられる親子関係事件への準用の関係では請求の放棄も除外される。訴訟上の和解も、実質上請求の放棄と認諾との中間において紛争の解決を図ることになるから、職権探知と矛盾する離婚への和解を裁判所は勧誘することはできないとするもの（兼子一「人事訴訟」『家族問題と家族法 VII』（酒井書店 昭和三六年）一七六頁）など諸説あるが、協議離婚、協議離婚縁がわが国の法制度で認められている趣旨等に鑑み、離婚・離婚縁訴訟については訴訟上の和解を認める見解も

説

論

ある（山木戸克己『人事訴訟手続法』（有斐閣 昭和四四年）一二四頁、中村英郎「人事訴訟における和解」『実務民事訴訟講座六』（日本評論社 昭和四六年）二二七頁以下、小室直人「形成訴訟における処分権主義・弁論主義の制限」『西原追悼 企業と法（上）』（有斐閣 昭和五二年）¹⁶）。判例上、人事訴訟における訴訟上の和解の可否を取り扱ったものはない。

以上の学説・判例状況を踏まえたうえで、平成六年判決のもつ意味を考察することとする。

本判決は、人事訴訟である離婚請求訴訟において請求の放棄が認められることを明確にした最高裁の初めての判断である。離婚請求訴訟において請求の放棄が許される理由付けとして最高裁が述べている文言「請求の放棄を許さない旨の法令の規定がない」と「婚姻を維持する方向での当事者による権利の処分を禁じるべき格別の必要性もない」との内容から見ると、人事訴訟における請求の放棄に関する多数説に沿ったものと考えられる。又、「請求の放棄を許さない旨の法令の規定がない」という文言からするならば、請求の認諾については、明文規定上（人訴法一〇条）人事訴訟では是認できない趣旨と解せられる。そう解するならば、本最高裁判決を契機として以下の疑問点が考えられる。

まず第一に、請求の放棄と同じく人訴法に規定のない訴訟上の和解が認められることもありうるのか。第二に、本判決は離婚訴訟における請求の放棄を認めたにすぎず、人事訴訟一般について請求の放棄が認められるか否かについては触れていないが、この点をどう考えるべきなのか。本判決の位置付けとして、人訴法一〇条による請求の認諾規定の適用排除についても当事者に処分権がない事件に限られると解すべきとし、請求の放棄・認諾を人事訴訟一般について認めない立場をとったものと解する説もあるが（田邊誠「離婚請求訴訟における請求の放棄の可否」ジュリ平

成六年度重要判例解説 一二五頁）、人訴法上の明文規定に従って結論を導き出したものと考えられている（上北武男「離婚請求訴訟における請求の放棄の可否」私法判例リマックス一〇一三六頁、永井博史「離婚請求訴訟における請求の放棄の可否」法教一六七号一二〇頁）。判旨の文言に忠実に従うならば、本最高裁判決は現在の多数説を是認したものにすぎない。しかも婚姻を維持するとする観点からするならば、婚姻や縁組みを解消する方向での請求の放棄は認めない趣旨と解せられる。又、訴訟上の和解については、本判旨からは窺い知ることができない。その点からして本最高裁判決は極めて射程距離の短い内容のものといえるであろう。ここで提示した二つの疑問点については、再度第四章で検討する。

第二の問題点は、人事訴訟における職権探知（人訴法一四條、二六條、三二條二項）についてである。人事訴訟においては裁判所は職権によって証拠調べをなし、判決の基礎となる事実や証拠について、当事者が提出したものに限らず当事者の提出しないものまで斟酌することができる。この原則は、一般的には弁論主義と相対立するものであるが、人事訴訟に採用されている理由は、身分関係は公益¹⁷⁾に重大な関係があるからであるとする。この職権探知で問題になるのは、人訴法一四條が「婚姻ヲ維持スル為メ」職権探知主義をとることを明記していることである（養子縁組事件に準用二六條）。しかし、この文言の解釈については、片面的職権探知とるか双面的職権探知とるか学説は分かれている。①婚姻事件においては片面的職権探知主義をとるが、親子関係事件では双面的職権探知主義をとるとする説。その理由として、婚姻無効・取消又は離婚の訴えはいずれも現存する婚姻関係を壊すことを目的とするから、この場合、婚姻を維持すると言うのは原告の請求を棄却することになるので、被告側を勝たせるために職権探知を行うことを意味するとする。¹⁸⁾②現状維持のためにのみ職権探知が行われるべきであるとする説。したがって、離婚の無

効・取消の訴えにおいては離婚を維持するためにのみ許されるとする。¹⁹⁾ ③人訴法一四条はドイツ旧民訴法に倣ったものであるが、職権探知主義は根本的には公益保護に立脚しており、しかも婚姻維持が当然に公益に合致するものではないとし、「婚姻ヲ維持スル為メ」という文言は公益のためないし真実探究のためであるとする説。²⁰⁾ これらの諸学説のなかで①の説が多数説である。人事訴訟では、公益を守るために職権探知主義による当事者主義の修正が図られているといわれるが、はたしてその機能は十分に発揮されているのであろうか。この点について、以下のような指摘がある。「檢察官は自らまたは部下の檢察事務官に命じて事実調査を行い、提出すべき事実および証拠方法を収集するわけであるが、多数困難な檢察事務の処理に忙殺されている檢察庁のかぎられた陣容では十分な準備ができないものと思われる」と。実際、人事訴訟事件において、配偶者死亡後、夫、妻からの檢察官を相手方とする離婚無効確認請求訴訟の二つの事件において、檢察官は複数回の口頭弁論期日のうち一回のみ出頭し、陳述をし、そのほかに形式的な答弁書を提出したのみというほとんど職権探知の体をなしていない実情があげられている。²¹⁾

こうした職権探知の実情、檢察官関与の在り方から人事訴訟における二当事者対立構造の形骸化、則人事訴訟事件の非訟手続化へと議論が結び付くのを危惧する。²²⁾ この点についても、第四章で私見を展開したいと考える。

第三の問題点は、人事訴訟における対世効である。身分に関する事件に対世効が生じる根拠として、一般的に、身分関係を画一的に処理し、迅速に法的安定を図ることが目的とされるが、公益の代表者として檢察官が当事者適格をもつこともある人事訴訟において、既判力が対世的に一般第三者に及ぶことが妥当視できるだろうか。少なくとも、前述のような檢察官関与の実態の一面があることを考慮するならば、疑問とせざるを得ない。この問題については、既に強力に反対論が展開されてきている。このような人事訴訟における対世効に対する疑問が生じたのも、手続保障

が十分に行われていない第三者にも既判力が及ぶことへの理論的根拠の薄弱さ、又、人事訴訟の一方の当事者となつた檢察官が十分な訴訟活動をおこなわなかつたとしても既判力が対世的に及ぶことの妥当性に対する疑念がその根底にあるからである。こうした点を踏まえ、とりあえず新民訴法に呼応させて、死後認知訴訟において、その結果により相続権を侵害される者に対して、裁判所は訴訟係属している旨を通知すること（人訴法三三條）と改正された。この規定により、一定の第三者には手続保障がなされることになるが、檢察官が十分な訴訟活動を行わなかつたうえでの対世効の問題は残るし、人事訴訟事件全てに三三條が適用される訳ではない。

以上のような問題点を有する人訴法を再考するに際し、次章では、社会学的な側面からアプローチすることとする。すなわち、夫婦、親子など家族形態の変容のなかで変革を迫られている家族法の動きを看過することはできないからである。なぜならば、社会現状が実体法、手続法に反映されてくると考えられるからである。例えば、家事審判法は民法改正とともに昭和二十三年一月一日から施行されたが、それに伴い人事調停法は廃止され、人事訴訟手続法、非訟事件手続法が修正されるという具合である。人訴法が作られたとき、それはその時代が要請したものである。それが改正されないのは、全く問題がないというよりも、身分関係の国家管理という思想を基盤に人訴法が構築されているからではなからうか。この点について検証を試みたい。

第三章

家族法改革

前章までみてきた人訴法の基底部分をなすのは、婚姻関係、親子関係という身分関係は重要なものであり、それを

訴訟物として訴訟の場に提示したからには、訴訟当事者の意思よりも国家が後見的に介入し、しかもその関係を維持する方向で判断していくことが適切であり、必要とするものである。しかし、この点については異論を述べたい。すなわち、従来型の家族形態が変容し続けている現代にあつて、その関係を維持するために国家が介入すること（「婚姻ヲ維持スル為メ」へ人訴法一四条）の文言の解釈について学説が分かれていることは前述のとおりである）が妥当なのか否かである。この点について家族法の動きを考察することは、前章までの問題点の分析を深めるのに役立つことであろう。

夫婦を中心とした親子による共同生活団体が社会を存立させるための最小の集団であり、それを基礎として社会全体が組み立てられてきた意義をないがしろにすることはできない。しかし、今、その夫婦の在り方、親子の在り方が確実に変化してきている。すなわち、従来考えられてきた「家族」という概念自体が崩壊しつつあるのが現在の状況である。そして、この「家族」を考察する際に、わが国においては家制度の問題は不可避的な事柄である。もともと、明治政府は家制度に治安政策と社会保障政策の代替機能を求め、更に天皇を主権者とする家族国家観の基礎固めの役割を期待していたといわれるが、第二次大戦後、法的には現行家族法は家制度を廃止し、親族関係、婚姻関係、親子関係を規定するにとどめた。しかしながら、家意識、家父長意識を温存する規定が現行民法に残存しているといわれる。例えば、親族の定義を六親等内の血族、配偶者、三親等内の姻族までとする規定は（同法七二五条）、幅広く抽象的な親族概念を通じて、親族を特別な団体と捉える意識を残し、直系血族および同居の親族に相互扶助を課す規定（同法七三〇条）および直系血族・兄弟姉妹のみならず、家庭裁判所の命令があれば三親等内の親族にまで扶養を義務づける規定は（同法八七七条）、家族の相互扶助を当然視する意識を残し、墓や位牌などの祭祀財産を相続財

産からはずし、同じ氏の者が承継することを前提とする規定は（同法七六九条、八一七条、八九七条）、祖先の祭祀を通じて家の存続を図る点で家意識と直結し、成年養子制度は（同法七九二条、七九三条）、家の跡継ぎとしての養子を認めることから家の存続という考え方を維持していると指摘される。²⁶そして、その要となっているのが戸籍制度である。第二次大戦後に、現行家族法は、法形式としては家族を関係の中に解消し、家族法上の効果と氏・戸籍との関係を切断し、それにより氏は個人の呼称であり、戸籍は身分登録の手段であるという立場に一応なつたといわれている。²⁷しかし、戸籍制度は、①外国人には戸籍への登録が認められないこと。②個人の一生の身分関係の変遷を追跡できること。③個人の親族関係を無限に追跡できること。④個人の一生の居住関係の変遷を追跡できること。⑤夫婦およびこれと氏を同じくする子ごとに編成するという、家族単位の登録制度になっていること。⑥戸籍の公開が原則とされていたこと（ただし、この点についてはプライバシー侵害が問題になり、一九七六年法改正により閲覧制度が廃止され、一定の者にのみ請求する権限が認められている）といった特殊性を有し、便利さと同時に国により国民の家族関係・居住関係に関する全ての情報が握られ、国民が国に管理される危険性も合わせもつ存在となっている。²⁸戸籍の定着は一九七〇年代初頭まで女性の労働力率の低下と核家族化が進行した過程と密接に関連しているといわれており（その背後には、「男は仕事、女は家事、育児」という男女の固定的役割分担が強く組み込まれていた点が指摘されている）、その後オイルショックを契機として一九七〇年代後半以降家族をめぐる状況が大きく変貌したといわれている。男女の固定的役割分担が崩れてきつつある現在、このような現行戸籍自体が家族の内部関係の変化と家族の多様化²⁹が進行しているなかで厳しい緊張関係にたつているといわれている。³⁰

こうした法的側面のジレンマを促進することく、家族形態のみならず夫婦、親子の概念自体既成概念では推し量れ

なくなってきた。すなわち、法的な婚姻による血縁家族をつくることも生き方の一つの選択肢であるが、他に事実婚、シングルの女性が養子を育てる、シングルの人々が友人と家族を形成したり、レズビアン、ゲイカップルといった従来型の子供を再生産する家族とは異なった家族形態の存在が増加し始め、⁽³¹⁾従来型家族のように妻、夫、子、親という呼称をもつ人間だけで構成される家族形態しか存在しないのか疑問視されている。⁽³²⁾更に、こうした種々の家族形態の出現とともに従来型の夫婦・親子関係を再考せざるを得ない事態に至らしめているのが生殖形態の多様化⁽³³⁾である。生殖技術の発展により、例えば、体外受精、精子・卵・受精卵の凍結保存、精子・卵・受精卵の提供、代理母等により子供を生産することが可能となり、未婚、非婚にかかわらず、又、自分の血のつながりをもたない子供をもつことも技術的には可能となり、現行の家族法や戸籍法が対象としているような家族関係、夫婦・親子関係は今後確実に変っていくことが予測される。

このような家族形態と家族法、戸籍法との乖離に対し進むべき方向として模索されているのが、個“という視点である。個人単位化と家族の中立性の原則確立についての以下の提言は傾聴に値する。「家族を単位とすることは、家族共同体内部での差別や不平等を隠してしまう。……個人単位化とは、どのような家族形態であっても、家族を構成する個人ひとりの尊厳を保障することを意味し、各個人が家族として共同生活を営むことを否定するものではない。人間が社会的存在であり、他者との共存共栄関係にあることは自明である。否定するのは、家族とりわけ婚姻家族を基本単位として扱い、その他のライフスタイルを抑圧する仕組なのである。……家族法はどのような家族の形態に対しても中立でなければならない。どれか特定の形態を標準的家族、望ましい家族とすれば、必ずそれ以外の形態が抑圧され、選択の自由を保障できなくなるからである。……家意識を温存する規定や性別役割分担型の家族像を析出す

る氏・戸籍制度の改革も検討する必要がある」¹⁴⁾。

以上のように、家族形態の変容のなかで家族法、戸籍法改正までも含めた論議がされつつある現状にありながら、人訴法は相変わらず従来型の家族像を理想とし、その維持を図ることが公益になる、社会秩序の維持になるとの理念の下に運用されてはいないだろうか。本章で考察した日本社会の家族の現状を踏まえて、次章で人訴法の今後向かうべき方向を模索してみたい。

第四章 人事訴訟手続法再考

今後の人訴法の在り方を再考するについては、その制度自体の存続の是非について論じない訳にはいかない。すなわち、家庭裁判所に人事訴訟を移管すべきか否かという問題である。この問題については従来も何度も論議の的となったが、人事訴訟事件を家庭裁判所に移管すべきとする見解の根底にあるのは、家庭に関する同一事件を片や家庭裁判所では調停、審判という手続（非訟手続）でなし、一方、地方裁判所では訴訟手続でなすという二元主義をとっていることの合理的根拠の無さである。山木戸先生は指摘する。「家裁の権限から訴訟の裁判権を除外することは、制度立案の経過という事情を別にすれば、充分の合理的根拠は存しない。立案のはじめ、訴訟の形式によらないで家庭に関する事項を解決するため特別の制度を設けるという趣旨で制度が構想せられ……また家事審判官というもその実は判事又は判事補たる裁判官にほかならない。……このような構成をもつ家裁は訴訟を処理し得るのみならず家庭事

件を包括的に処理するという家事審判制度の趣旨に鑑み、又調査機構をもち職権探知の実をあげることが出来る点からいっても職権探知主義による家庭事件の訴訟は家裁をして処理せしめるのが適當である」と。同じ家庭裁判所に人事訴訟事件を移管するにしても、山木戸先生のように訴訟手続として移管するのではなく、審判事項化するという平賀説のような見解もある。この説によれば、人の身分に関する紛争について、その管轄を訴訟手続と非訟手続、地方裁判所と家庭裁判所と二本建てにすることは両制度とも不徹底なものである。人事訴訟においては弁護士、検察官が当事者適格をもつこともあり、人事訴訟の当事者主義的構成は単なる形式にすぎず、その実質はもはや非訟事件手続と異ならない。異なる点は、人事訴訟では当事者に主張と立証の権利が認められていることと、手続の公開性があることだけだし、身分法関係に対する裁判による国家の後見的機能の強化を基礎に、人事訴訟制度の廃止と全人事訴訟事件の審判化を図り、家事審判および調停制度の拡充を提言する。³⁷⁾

他方、この移管論に反対する論者からは以下の点がその根拠として挙げられている。³⁸⁾ ①人事訴訟の移管によつて、家庭裁判所をどのような裁判所として構想するか、また実現していくかが明らかでないこと。②家庭裁判所設立当初においては「訴訟的色彩」を払拭しようとする見解が有力であつたため、訴訟を家庭裁判所に持ち込むことは、家庭裁判所の特徴である「和やかな雰囲気」を損なうとの懸念が強かつたこと。③人事訴訟を家庭裁判所に移管するに際して、あわせて訴訟事件を非訟化しようとする見解があつたため、そうすると人権保障の点で不安があり、またたとえ非訟化しなくてもなお人権を保障できるかについて疑問が残されること。④調停と訴訟との接続の仕方について疑問が指摘されたこと。⑤家審法二三条の合意に相当する審判および二四条の調停に代わる審判の位置づけと運用にも影響を及ぼすこと。⑥調停等で得た家庭の秘密に関する資料を人事訴訟においても利用できるのかという疑問がある

こと。

この家庭裁判所への移管論については、家庭に関する事件を家庭裁判所に集中させることが適正迅速な紛争の解決に資するとして、少なくとも離婚事件については大多数の家庭裁判所が移管に賛同をしているとの示唆がある。⁴⁹確かに、家庭に関する事件について家庭裁判所と地方裁判所の両管轄に分割されるということは、裁判所のみならず紛争当事者にとつて煩雑な感否めない。⁴⁹そう考えるならば、全ての家事紛争を家庭裁判所へ移管したほうが筋が通る気がしないではない。しかし、仮に家庭裁判所へ家事紛争を一括して移管したとしても、人事訴訟手続それ自体は存続させるべきではなからうか。しかしながら、この場合の難点は、立法的整備がなされることは当然として、現在の家庭裁判所の状況では過重負担となりうるのではないかという危惧である。例えば、一人の裁判官が調停から訴訟までをこなさなければならぬような裁判官の配置となつている現状の改善の見通しの有無、特に同一裁判官が調停手続を行つた後は訴訟事件を担当した場合の裁判所に対する当事者の不信感の問題などが指摘されており、⁴⁹そうした点を斟酌するならば、とりあえず、現段階では両裁判所の連携を緊密にして二元主義の煩雑さをクリアする途を構築していくしかないであろう。それと同時に、人訴法に独自の存在意義をもたせることで人訴法の再構成を図るべきと考える。その理由のひとつは、家庭に関する紛争について国家による干渉の度合をこれ以上増加させないという視点を堅持するため、ひとつには、紛争当事者サイドから見た人事訴訟の位置付けという観点からである。

まず前者について。平賀説によれば、身分法を自由主義的な契約法的構成から解放すべきというが、むしろ逆の方向へ行くべきというのが私見である。国家の後見的機能の強化という在り方は一面福祉国家的な国民に優しい国家というイメージを与えるが、このことは、要は国家の国民に対する干渉の度合を高め、国民を管理していく方向へつな

がついていく危険性を内包している。次に、後者について。財産権上の争いを訴訟の対象とする民事訴訟と比較すると、夫婦・親子間の身分関係が争いの対象となる人事訴訟とは全く同列に論じることが困難であろう。しかし、自己の紛争を処理していくのに、調停前置主義がとられるにしても（家審法一八条）、最終的に訴訟により自己の紛争を処理することになった場合に、当事者に訴訟追行するに際しての権限と義務を課すべきで、そういう方向での法改正をするべきではないかと考える。筆者の民事訴訟に対する基本的スタンスは、種々の紛争処理機関のひとつという位置付けである。人事訴訟の紛争の対象が身分関係であっても、民事訴訟に対するスタンスと基本的には異ならない。民事訴訟と人事訴訟において働く原理原則に若干の違いはあれ、紛争当事者側からみて調停、審判、訴訟と多様な紛争処理機関が存在し（ただこの場合、私見では、民事訴訟は多様な紛争処理機関のひとつとして他の機関と横並び構造をとっていると考えているが、⁽⁴⁵⁾人事訴訟には裁判所外の紛争処理機関が存在しないことなど特殊性がある）、紛争当事者が最終的に訴訟を選択した場合、できるだけ当事者の自主性、自律性が發揮できるような法体制を確立していく必要があるのではなからうか。人事訴訟の訴訟物は身分関係で、特殊であるゆえ国家が介入すべきとする考えをトーンダウンし、当事者に訴訟追行することの権限と同時に義務をも合わせもたせることである。

最近むしろ家事審判事件（主として遺産分割事件）のなかで、弁論主義的な取り扱い、すなわち当事者の権限と義務を中心にして事案解明を進めていくことの必要性が実務上、学説上提案されるようになってきているし、裁判所の決定においてその点を明言したものもある。⁽⁴⁶⁾ただ、このような方向性にたいして「職権探知主義のとられる手続きにおいて、いったいいかなる内容の当事者責任や義務が観念されるのか、また仮にこれを承認するとして理論的にどのような根拠づけていくかは、たいへん困難な問題である。」⁽⁴⁷⁾と理論面構築の難しさが指摘されているが、実務上では

少なくとも遺産分割事件において当事者の権限と義務が強化される方向にあるとみて良いであろう。この実情をどのように考えれば良いのか。この傾向は、逆に非訟手続的に行われる審判が事件によつては（特に司法的処理が望まれるもの）現行手続きによつては充分な成果を上げられなくなつてきていることを露呈したことにはならないか。それは又、家庭裁判所の果たす司法的機能に対する国民の期待の現われでもあり、家事審判事項のなかでも司法的機能の發揮を必要とする事件への弁論主義的取り扱いの拡張のきざしと見うることでもできようか。こうした家事審判事件における当事者責任原則強化の動向は非訟事件におけるものではあるが、このような動きにも注目しながら、人事訴訟手続きにもう一度眼を向けるべきであろう。

従前、兼子一先生は次のように指摘した。「身分關係についても、市民法の原理である個人主義・自由主義的な傾向が浸透するにつれて、それ进行处理する人事訴訟の建前もある程度希薄となつて、通常の民事訴訟の近づく傾向を示すことも見逃すことができない」⁽⁴⁹⁾と。この言説自体は随分前のものであるが、この言葉は今こそ妥当する。すなわち、現行人訴法の基本的理念は前述したとおり、婚姻の維持、親子關係の維持を支柱としたものであり、しかも、それは従来までの家族法や戸籍法の基盤となつてゐる考えかたと軌を一にしているように思われる。国家が維持しようとしてゐるのは従来型の家族の有り様であり、そこを根源とする弁論主義規制原理の發動である。しかしながら、本稿第三章で考察したように、その拠り所とすべき「家族」自体に揺らぎが起こり始めている。家族形態の変容、それに連動する家族法の改革等今後どのようなものになつていくのかは、現段階では定かではないし、予測し難い。しかし、多分「個」を中心とした家族形態、しかも血縁を重視しない団体の形成が進行し、その実態を包摂したうえでの家族法の改正が必要となる時期が来るであろう（個人的見解としては、現行民法に規定してある扶養、相続規定すら

”個“に重点を置いた視点から再検討すべきではないかと考えている。それは又、社会の基礎単位は家族ではなく、”個“であるという発想のもとに人訴法を再考していく必要があることの示唆でもある。「血縁を社会的結合の基礎とするシステムというのは、いざこじれると始末に悪い」⁽⁵⁰⁾ものであり、従来型家族に固執し、国家がその形態の維持に拘泥することにどれほどの意義を見出せるものだろうか。家族を単位とすることは、婚姻家族を形成していない他のライフスタイルを抑圧する仕組をつくっていることに他ならない。⁽⁵¹⁾まさに現行人訴法は、他のライフスタイルを抑圧する仕組のもとに起草され、維持されていることがその諸規定に現われているのである。婚姻家族形態を基本単位とせず、他のライフスタイルをも含めた”家族“を受容していくとき、従来型の夫婦、親子の概念自体が希薄化し、事実主義、血縁主義に重きを置かない別の視点から形作られた人訴法が可能となるのではなからうか。すなわち、家庭に関する紛争を家庭の安寧を維持する理念のもとに処理するものとする観点ではなく、家族に関する私的権利義務関係が紛争の対象なのだ構成していく。そのことによって、人事訴訟における当事者自治の領域の拡大化と責任強化を人訴法改正の支柱としていく。

この基本的理念のもとに、まず着手すべきことは、弁論主義不適用原則（人訴法一〇条）の緩和化である。人事訴訟における弁論主義の強化とより精緻な釈明権行使の構図を構築することである。⁽⁵²⁾例えば、第二章第三節のところでは問題点のひとつとした請求の放棄・認諾、訴訟上の和解の認められる範囲の拡大化はその考慮に値しよう。訴訟上の和解の場合、協議離婚、協議離縁が法制度として認められており、又、家事審判法において調停離婚、調停離縁が認められているわが国にあって、現行人訴法の解釈からしても離婚訴訟、離縁訴訟における和解は認めてしかるべしであると思われるし、又、人事訴訟の訴訟物を前述の観点（国家が維持すべきもので当事者が任意に処分できないとす

るとする見解の見直し）から構築していくと、離婚訴訟、離縁訴訟以外の人事訴訟事件（離婚・離縁無効や取消、婚姻・縁組み無効や取消、認知訴訟⁵⁴）においても訴訟上の和解は成立しうるであろう。仮に、筆者のような見解にたたなくとも、実務上、人事訴訟のうち和解で解決された事件として離婚、婚姻無効、離縁無効、認知についての具体例も挙げられている⁵⁵。更に、訴訟上の和解における互譲性の要件の理解の仕方によつては、現行人訴法においても、解釈上訴訟上の和解は成立しうる。すなわち、訴訟物そのものについての両当事者の互譲は必ずしも必要ではなく、訴訟物に関係していなくとも訴訟終了の合意だけでも和解は成立するとする見解にたてば可能である。

同様の観点から考察するならば、人事訴訟においても請求の放棄・認諾は可能であると構成することができる。そもそも離婚、離縁のみならず婚姻、縁組みを締結することも、解消することも私法上個人が自由になすことが認められている身分関係である以上、現行人訴法の解釈上も可能と思われる。特に請求の放棄の場合、前述の最判平成六年判決により離婚訴訟において認められることが明言されたのであり（その趣旨からすれば、離縁訴訟においても認められるであろう）、又、請求の放棄を排除する規定が存在しないこと、請求の放棄は現状の維持をもたらずにすぎない点からしても、現行人訴法でも、解釈上、人事訴訟事件一般について認められ得ると思われる⁵⁶。

以上、かなり荒削りに人事訴訟における弁論主義不適用原則の緩和化論を訴訟上の和解、請求の放棄・認諾の可否という観点から展開してみたが、同様に人訴法一〇条に規定してある他の規定についても、職権を後退させて訴訟当事者に今以上の権限と義務をもたせ、より自主的、自律的訴訟主体としての自覚のもとに訴訟追行する法構成にすることが望ましい。又、対世効については、人事訴訟においても民事訴訟のような既判力の原則を導入することを考えるか、又は、既判力の及ぶ第三者の手続きを十分に保障するために、訴訟係属を通知する範囲（人訴法三三

説

条)を拡大したり、檢察官が当事者適格をもつ場合に、関係人に補助参加人として訴訟に参加させることで形骸化しがちな二当事者対立構造を確立し、そのうえで対世効を認めるといった構成へ変える方法で再構築を図るべきであろう。

論

第五章 おわりに

本稿では、現行人事訴訟手続法に關しての立法改正を踏まえたうえでの試論を展開してみた。その論自体机上の空論の如き印象を与える部分も論なしとしない。しかし、この問題について議論を喚起する意味で、敢えてこのような視点からのアプローチを試みた次第である。

手続法は実体法との關係を抜きにして考えることは不可能である。その実体法自体が社会状況の変遷のなかで改正されることが要請される時代にはいつている。当然それは手続法にも影響しうることである。社会の変遷とともに手続法も当然修正を余儀なくされる。

”個”の時代を迎え、”個”の時代への移り変わりのなかに生きるわれわれにとつて夫婦、親子といった人の身分關係はわれわれの存在自体にとつて一体どのような意味をもつのであろうか。即答は不可能であらうし、明確な意味づけを与えることも難しいことであらう。しかし、少なくとも国家によつてがんにがために管理されることのない身分關係が模索されるなかで、そうした観点から当事者の訴訟追行が可能となるような人事訴訟手続法制度を確立していくことが望ましい。

- (1) 岡垣学「立法過程に現われた人事訴訟手続法の諸問題」『人事訴訟の研究』(第一法規 昭和五五年)三九三頁。
- (2) 岡垣学・前掲注(1) 三九四頁。
- (3) 家庭裁判所の調停、審判にこうした人事訴訟手続の代用ないし簡易手続の役割が与えられたことについて、次のような理由が挙げられている。①紛争性のない事件についてまで常に人事訴訟の提起を強制することは妥当ではないこと。②訴訟の提起に先立って家庭裁判所の手続きによる解決を試みる事が家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を図る上で望ましいと考えられたこと。斎藤秀夫『菊地信男編』『注解家事審判法』(青林書院 昭和六二年)七二七頁以下。
- (4) 鈴木正裕「非訟事件と形成の裁判」『新・実務民事訴訟法講座』(日本評論社 昭和五九年)一九頁。特に、父を定めることを目的とする訴え(民法七七三条)を人事訴訟事件としたのは、戦後の家事審判法の立法当局者の過誤(整理ミス)ではなかったであろうかと指摘する。同論文九頁 注(5) 参照。
- (5) 岡垣学『吉村徳重編』『注解人事訴訟手続法』(青林書院 昭和六二年)「住吉博」一四一頁。
- (6) 山木戸克己『人事訴訟手続法』(有斐閣 昭和三三年)一二二頁、岡垣学・前掲注(1) 一八九頁。
- (7) 岡垣学・前掲注(1) 一九〇頁以下、岡垣『吉村編・前掲注(5)』「住吉博」一四三頁。
- (8) この評釈として、西野喜一「口頭弁論の終結」 新堂幸司『青山善充』高橋宏志編『民事訴訟法判例百選 I』(新法対応 補正版)一八四頁。
- (9) 通説は各々の訴訟要件のもつ公益性の強弱によって職権探知がとられるか否かを判断する。すなわち、公益性の強い訴訟要件、例えば裁判権、専属管轄、当事者の実在、当事者能力、訴訟能力、代理権などの訴訟要件の存否の判断をなす際の資料収集については職権探知をとるべきものとし、公益性の弱い訴訟要件、例えば任意管轄、訴えの利益、当事者適格については弁論主義によるとする。しかし、このように公益性の強弱により、職権探知の必要性を結び付ける通説

に対し、民事訴訟法沿革史的側面、理論的側面から疑問視する見解がある。松本博之他編『日本立法資料全集12・民事訴訟法〔大正改正編〕』（信山社 平成五年）一八七頁。

(10) 岡垣学・前掲注（1）一三四頁。

(11) 吉村徳重「判決効の拡張と手続権保障——身分訴訟を中心として——」『山木戸克己教授還暦記念 実体法と手続法の交錯（下）』（有斐閣 昭和五三年）一一八頁、池尻郁夫「人事訴訟についてなされる判決の第三者に対する効力——我が国の裁判例を中心にして——」『愛媛法学一八号一頁、高田裕成「身分訴訟における対世効論のゆくえ」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』（有斐閣 昭和六三年）三六一頁。

(12) 林道晴『人事訴訟手続法第三三条の規定に関する規則』の解説」判タ九四〇号四頁以下。

(13) 本件評釈として、永井博史・法教一六七号一二〇頁、田邊誠・ジュリスト一〇六八号一二四頁以下、飯塚重男・判例評論四三六号五頁以下、石渡哲・法学研究六八巻六号一一九頁以下、中山幸二・法学セミナー四八三号四八頁、上北武男・私法判例リマックス一一号一三四頁以下他。

(14) 離婚訴訟に認諾を認める見解に対し、「認諾につき既判力を認めれば、身分訴訟は既判力が第三者に拡張するため、第三者は爾後その法律関係を争えなくなってしまう効果を生じる点で、協議離婚や認知の届出の効果とは異なり（この場合は離婚や認知の効力を事後的に攻撃できる）、そのような不可争効の発生を当事者意思に委ねることが法の趣旨に適合するかは疑問」とする見解がある。鈴木正裕〓青山善充編『注釈民事訴訟法（4）』（有斐閣 平成九年）「山本和彦」四九九頁。ただ、この場合も、認諾調書既判力否定説をとれば、このような指摘はあてはまらない。

(15) この判決において、離婚に関して請求の認諾が許される理由として以下のように述べる。「離婚については従来民法は原因の如何を問わず当事者の自由な合意のみによる協議離婚を認めており、又家事審判法は調停離婚なる当事者の合意に基づく離婚を認めていることに鑑みると離婚については夫婦の自由意思による処分が可能な私的関係と解すべきである。そうすれば裁判上においても各当事者の自由な訴訟活動によって婚姻関係を処分することができるものと解すべき

である」とする。

- (16) 小室先生の場合、人事訴訟の非処分性から請求の認諾・放棄を許さないとする説に対し、理論的適合性はあるが、起訴の自由との均衡を無視した見解とし、訴訟上の和解を排除する規定はないとする。その際、訴訟上の和解の互換内容について、訴訟物に関する譲歩がなくとも、それに付随する扶養料請求、損害賠償請求の互換、および訴訟終了の合意だけで和解の成立を認める見解をとれば和解も肯定されるとする。同趣旨のものとして、中村英郎「人事訴訟における和解」『実務民事訴訟講座六』（日本評論社 昭和四六年）二四一頁。

この問題は、訴訟上の和解の成立要件のひとつである「互換」の内容をどう解釈するかということであるが、訴訟物たる権利関係に全く触れなくとも、単に訴訟を終了させる旨の合意のみで和解が成立するとする見解もあるが（三ヶ月章『民事訴訟法』（有斐閣 昭和五八年）四四二頁）、多数説は訴えの取下げとこれに必要な同意であるとして、訴訟物たる権利関係に全く触れない形で両当事者の合意は訴訟上の和解ではなく、訴えの取下げとこれに必要な同意と解している（新堂幸司『新民事訴訟法』（弘文堂 平成一〇年）三二四頁、兼子一／松浦馨・新堂幸司・竹下守夫『条解民事訴訟法』（弘文堂 昭和六一年）「竹下守夫」七二二頁。筆者自身は前者に立っており、訴訟物たる権利関係に関しない互換によっても和解は成立すると解する。この問題を取り扱ったものとして、木下徹信・遠藤力「離婚訴訟における裁判上の和解と離婚届出」判タ六五四号三一頁以下、拙稿「訴訟上の和解概念の検討——人事訴訟における和解の可否の検討を通して——」大阪経済法科大学論集二四号九七頁以下。

- (17) この「公益」概念について疑問も呈されている。「身分関係事件は公益に関するか、職権探知は公益的観点にもとづくというように、公益をもって包括的に説明される傾向があるように思われるが、公益性ないし公益的観点を全く考慮する必要のない紛争事件及び対応というものは殆ど考えることができず、また公益といっても多義的である」岡垣吉村編・前掲注（5）「佐々木吉男」一六六頁。

- (18) 兼子一「人事訴訟」『家族問題と家族法 VII』（酒井書店 昭和三六年）一八〇頁。ただ、この場合も、わが国では協議

離婚が認められている以上、離婚訴訟では職権探知を認める必要はなく、弁論主義をとるべきとし、婚姻無効の訴えは無効な婚姻を維持するの可笑しいので双面的職権主義が妥当であり、婚姻関係存否の訴えは当事者は無方式に婚姻関係を形成することはできないし、第三者にも影響するところが大であると、事件ごとに細分化する。

(19) 山田正三『特別訴訟手続第二部』(日本評論社 昭和十三年) 六九頁。

(20) 山本戸克己・前掲注(6) 一二二頁。人訴法における婚姻維持の強調は、ドイツ民訴法の無批判な模倣の結果として、婚姻非解消というカトリシズムの伝統から論拠づけられているものとする説として、平賀健太「人事訴訟——批判的考察——」『民事訴訟法講座第五卷』(有斐閣 昭和三二年) 一三〇八頁以下、岡垣学『人事訴訟手続法』(第一法規 昭和五六年) 一四六頁。

(21) 岡垣学・前掲注(20) 一四六頁。

(22) 奈良次郎「檢察官を当事者とする人事訴訟と手続保障(上)」ジュリ八五六号九五頁。この論文において、奈良判事はこのような実情を踏まえ檢察官を相手方とする人事訴訟全てにおいて補助参加をする旨の訴訟告知をすることにより、檢察官への補助参加人の訴訟活動が加わって当事者双方の訴訟活動を得た審理の方が充実しているのではないかと指摘する。人事訴訟に、実際の程度檢察官が関与するか司法統計上も報告されていないが、かなり少ないとのことである。

(23) 平賀健太・前掲注(20) 一三〇六頁。

(24) 通説、判例によると、身分関係事件において一方当事者が死亡した場合に、人訴法二条三項を類推適用して檢察官の被告適格が認められる。例えば、親子関係存否確認の訴えにおいて、父母の両者又は子のいずれか一方が死亡した後も檢察官を被告として訴えを起こすことを可能とし(最判昭四五・七・一五民集二四卷七号八六一頁 本判決の評釈として山本克己「子の死亡後の親子関係確認の利益」新堂Ⅱ青山Ⅱ高橋編・前掲注(8) 一三二頁)、認知者の死亡後における認知無効の訴えにおいても檢察官の被告適格が肯定されている(最判平元四・六・民集四三卷四号一九三頁)。

(25) 利谷信義「戸籍制度の役割と問題点」ジュリ一〇五九号一七頁。

- (26) 二宮周平「家族法と性別役割分業」『現代の法 11』(岩波書店 平成九年) 一三九頁。
- (27) 利谷信義「家族法の実験」『変貌する家族』(岩波書店 平成三年) 一〇七頁。
- (28) 二宮周平「これからの家族法と戸籍制度」法時六五卷一二号七六頁以下。
- (29) 石川稔「家族と法——婚姻法・離婚法の改正問題を中心として」ジュリ一〇〇〇号一五七頁以下。例えば、家族の動向を統計面からみていくと、次のような特徴があるという。①出生数の減少と家族の小規模化(平成元年の合計特殊出生率は一・五七であり、家族のサイズがますます小規模化し、親族共助に期待した制度が機能しなくなるとする)②婚姻数の減少と未婚率の増加③離婚数の増加と母子・父子家庭の増加④非嫡出子の微増⑤高齢者世帯の増加。
- (30) 利谷信義・前掲注(25) 一八頁。
- (31) 仏社会党等の左派系議員が下院に上程した「連帯の市民協約」法案をめぐって、保守派のカトリック教会や仏共和国連合の議員らが「家族制度の基盤を崩すもので、無用かつ危険」と反対の声を強め、国内議論が沸騰しているという。その内容は、結婚しないで共に暮らしている同性又は異性のカップルは居住先の県庁などに登録し、一年以上たてば権利が発生し、一年以上たてば税の優遇措置が認められるというものである。同性愛や同棲のカップルにも婚姻に準じる社会的地位を認め、税金・社会保障の支払や相続、贈与、住宅の賃貸契約などで不利益にならないようにすべきとする内容であり、法案が可決されれば、カトリックの伝統が強い国で同性愛カップルが社会的に認知される最初の例になるという。『朝日新聞』一九九八年一〇月一八日付
- (32) 赤城恵子『「不妊」から見た家族と性』『現代日本文化論 2 家族と性』(岩波書店 平成九年) 一四〇頁。上野千鶴子先生は、文化の多様性から家族の通文化的な定義はとつくの昔に放棄されているとし、「家族」というのは、実体よりもより多くの意識の中に存在するものと考え、その意識をfamily identityと呼ぶ。そして、「居住の共同」と「血縁の共同」という二つの要件が否定されても、なおかつfamily identityは成立するとし、現在流動しつつあるfamily identityは伝統的な家族の要件、居住や血縁の原理だけではとらえきれない多様な相貌をみせているという。「ファミリ

イ・アイデンティティのゆくえ——新しい家族幻想——『変貌する家族 I 家族の社会史』（岩波書店 平成三年）一頁以下。本論文には、コレクティブ・コミュニケーションといった集団形態も含め多様な共同体の具体例が提示されており、われわれの社会的通念として理解している。家族とは異なる家族が確実に群生しはじめている現況を知ることができる。

- (33) 日本では体外受精は別として（日本産科婦人科学会の『体外受精・胚移植』に関する見解』において婚姻した夫婦に限定して体外受精が実施できるとする。金城清子『生殖革命と人権』（中央公論社 平成八年）九九頁）、このような生殖技術の発展に対して、主として倫理的な面から否定的見解が多いように思うが、金城先生は、前掲書の中で、生殖の自由・権利とは人々の生殖行為は個人ののもつともプライバシーな選択にかかわる問題であるから、これに対して国家はみだりに介入してはならないということであり、プライバシーの権利のひとつであるとする。ゆえに、生殖に関する自己決定権は不妊でない人々の避妊や人工妊娠中絶の自由ばかりではなく、不妊の人々の生殖技術を利用する自由・権利でもあり、その視点からの検討の必要性をとく。

- (34) 二宮周平・前掲注（26）一六一頁以下。同旨のものとして、利谷信義・前掲注（25）一八頁、落合恵美子「個人を単位とする社会」と「親子関係の双系化」ジュリー一〇五九号三七頁、赤城恵子・前掲注（32）一四三頁。

- (35) 山木戸克己「審判」『民事訴訟理論の基礎的研究』（有斐閣 昭和六三年）一八八頁。旧西ドイツの家庭裁判所（わが国と異なり区裁判所 *Amtsgericht*）内の家事事件を管轄する一つの部として構成されている。は訴訟事件の管轄も有しており、離婚、婚姻無効ないし取消、婚姻関係存否確認、婚姻生活回復事件（同居請求事件）、別居請求事件、嫡出子の親に対する扶養料請求および配偶者間の扶養料事件がその対象になる。森勇「西ドイツの家庭裁判所制度（一）」判タ四五三号二五頁、西原諄「西ドイツ家庭裁判所手続における若干の疑問」岡山法学三二巻三〇四号一四九頁。

- (36) 平賀健太・前掲注（20）一二八九頁。

- (37) 我妻先生は家庭裁判所移管については論じていないが、人事訴訟事件を非訟手続でなすことの妥当性をとく。その見解の背景には、非訟的手続とは国家の後見の役割を実現するための手続であり、家庭事件について国家の後見の役割を強

化すべきとする思想がある。我妻栄「離婚と裁判手続」民商三九卷一・二・三頁一頁以下。

(38) 佐上善和「家事紛争と家庭裁判所」『現代の法 5』(岩波書店 平成九年) 二八二頁。

(39) 長秀之「家庭裁判所の現状と課題」ジュリー一〇五九号二頁。

(40) 例えば、離婚とそれに伴う財産分与の問題は、申立てのあった場合の特別措置として地方裁判所で取り扱うが(人訴法一五条)、このように人事訴訟に家事審判事項が附帯申立てできる場合は例外的に認められているにすぎない。ゆえに「人事訴訟手続法一五条一項による離婚の訴えにおいてする財産分与の申立ては、本来家事審判法九条一項乙類五号に定める家庭裁判所の権限に属する審判事項につき、手続の経済と当事者の便宜を考慮して、特に例外的に訴訟事件である離婚の訴えに附帯して同一の訴訟手続内で審理判断を求めることを許したものにすぎない」とし、協議離婚が成立して離婚の訴えが取下げられれば、財産分与の申立てについて訴訟手続で審理するのは不適法とした(最判昭五八・二・三民集三七卷一号四五頁、この判例評釈として佐藤歳二「移送(三) 地家裁間の移送」新堂Ⅱ青山Ⅱ高橋編・前掲注(8) 六八頁)。

(41) 佐上善和・前掲注(38) 二八二頁。

(42) 平賀健太・前掲注(20) 一三四二頁。

(43) 拙稿「裁判と裁判外紛争解決制度との関係——西独・オーストリーとの比較法的考察からみた我が国の将来的展望——」判タ六一九号二〇頁以下。

(44) 田中壮太他「遺産分割事件の処理をめぐる諸問題」司法研究報告書四五卷一号二〇七頁以下。当事者の運用の内容として①当事者権の実質的保障②当事者の手続協力義務ないし事案解明義務③当事者の合意を尊重した審理運営について検討を加える。平田勝美他「遺産分割事件の処理について」家裁月報四二卷九号一頁以下。そのなかで「審理に必要な資料の提出権、審問請求権等を内容とする弁論権、証人尋問その他の審理手続に立ち会うことを請求しうる立会権、手続記録の当事者公開を請求し得る記録閲覧、謄写権等の当事者権を保障すること。当事者に手続の主体的地位を与え、そ

の積極的な活動を通じて事案の解明を図り、当事者を納得させる公平妥当な事件処理のために、当事者に不意打ちを与えないようにその意見を聞き十分な攻撃防御の方法を尽くさせること」等を主眼とする。

- (45) 佐上善和「利益調整紛争における手続権保障とその限界」法時五二巻七号二八頁、同「利益調整紛争における当事者責任とその限界(一)」家裁月報三七巻四号一頁以下。同「利益調整紛争における当事者責任とその限界(二)」家裁月報三九巻三号一頁以下、吉村徳重「家事審判手続の当事者主義的運用?」民事訴訟雑誌三五号一四一頁以下、有紀新「非訟事件における手続関係人の手続協力義務(事案解明義務)」青山法学論集一四巻四号一頁、池尻都夫「遺産分割審判手続の当事者主義的運用に関する一考察」民事訴訟雑誌三七号一二四頁以下。

- (46) 家庭裁判所の職権探知義務と当事者の協力について、「家庭裁判所は職権により事実を調査する義務があるが、それには当事者の協力が不可欠であり、相続財産の管理費等を負担したと抽象的に主張するだけで、当該主張をしている者のみが知っている具体的事実について何ら証拠を提出しない以上、原審判において右の点が考慮されなかったのもやむを得ない」(東京高決定昭五四・六・六家裁月報三二巻三号一〇一頁)。

- (47) 佐上善和・前掲注(45)家裁月報三七巻四号二頁。

- (48) 長秀之・前掲注(39)二三頁。

- (49) 兼子一・前掲注(18)一七五頁。

- (50) 落合恵美子・前掲注(34)一六頁。

- (51) 二宮周平・前掲注(26)一六一頁。

- (52) 「人訴法一四条但書の定める当事者尋問は釈明の一種であり、釈明権の行使は職権探知主義の下でも必要である」とし、釈明権の意義を充実した弁論を尽くさせる点に求める。竹下守夫「釈明義務」新堂幸司||青山善充編『民事訴訟法判例百選(第二版)』一六八頁。

- (53) 兼子一・前掲注(18)一八〇頁、山木戸克己・前掲注(6)一二五頁、中村英郎・前掲注(16)一二四頁。

- (54) 認知の問題について、咽先生は次のような見解を提示する。「立法者は（認知は意思だけで十分条件とはならず、必ず血縁的事実を要する）という見解に立っているもののであるが……事実には反する任意認知といえども「反対事実の主張」あるまでは一応有効として存在し得るといえないだろうか。そしてそのかぎりでは認知は事実とは別に（自由意思で処分しうる）といえなくもないのではなからうか。……任意認知を認める以上、そのかぎりでは「自由意思による処分」は認められているという解釈もなりたちえないわけではない」。咽考一「家事審判法第二三条研究序説」『家族法著作選集第一巻 戦後改革と家族法——家・氏・戸籍』（日本評論社 平成四年）三九〇頁、同趣旨のものとして、水野紀子「嫡出推定・否認制度の将来」ジュリ一〇五九号一二二頁、親子関係における「事実」は血縁主義の「所有権」的理解であり、その点について疑問を投げかけるものとして山島正男「親子とは何か」法セ三二八号一二四頁。
- (55) 村重慶一「人事訴訟と和解」後藤勇||藤田耕三編『訴訟上の和解の理論と実務』（西神田編集室 昭和六二年）三三八頁以下。
- (56) 人事訴訟において請求の放棄が許容されるか否か、判例、学説状況を分析して詳細に論じたものとして、永井博史「人事訴訟における請求の放棄の許容性」近大法学四二巻一号二五頁。
- (57) 奈良次郎・前掲注（22）九四頁以下。

