

家事事件手続法制定により 家事事件の手続はどう変わるか

弁護士 杉井 静子

1. 家事事件手続法の制定（家事審判法の改正）の経過とその意義

（1）非訟事件手続法とセットの見直し作業

家事事件手続法は、2013年1月1日から施行された。家事事件手続法（以下、新法という）は家事審判法（以下、旧法という）の改正ではあるが、全面改正であり、法律の名称そのものも変わった。旧法は1947年（昭和22年）に制定されたが、これまで全面的見直しは一度もなかった。64年ぶりの大改正といえる。

いうまでもなく、家事審判・調停の手続は訴訟とは異なる非訟手続であり、旧法の第7条は特別の定めがない限り、非訟事件手続法を準用するとしていた。非訟事件手続法は、1898年（明治31年）に制定された、今では数少ないカタカナ使用の法律であり、古色蒼然とした古いものであった。ただ、家事の分野以外では借地非訟法、会社非訟法、労働審判等々、その分野毎に個別の特別法が出来ており、非訟事件手続法をそのまま準用する場面も少なくなっていた。しかし、非訟事件においても手続保障を整備すべきであるというのが通説になってきており、非訟事件手続法の全面的な改正の必要性も言われてきていた。そこで非訟事件手続法の見直しと、家事審判法の見直しがセットになって立法作業が始められた。2009年（平成21年）3月に、法制審議会の中に非訟事件手続法・家事審判法部会で審議が開始され、2011年1月に非訟事件手続法改正要綱案と家事審判法改正要綱案がまとまり、同年4月に両法案とも国会に上程された。家事審判法改正案は、家事事件手続法と名称も改められた。そして同年5月19日に両法案とも可決成立し、同月25日に公布された。

いずれも民事執行法（1979年成立）に始まる民事手続法の見直し、即ち民事保全法、民事訴訟法、民事再生法、会社更生法、人事訴訟法、破産法という一連の見直し作業の最終場面といえる。

（2）旧法改正のねらいとその意義

旧法は、前述のとおり1947年に制定されているが、1947年といえ、

少年審判所と家事審判所が合体して、新しい家庭裁判所が発足したのが、1949年（昭和24年）1月1日であるから、それ以前である。旧法は、翌1948年1月1日に施行されたが、家事事件を扱うのは「家事審判所」であり、地方裁判所の支部としてであった。

旧法は戦後の混乱期に急がれて作られたため、手続法として備えるべき規定も不備な法律であった面もいなめない。旧法自体は31条という極めて簡単なもので、本来法律事項である規定が、家事審判規則（以下旧規則という）に委ねられ、法律と規則を照らし合せてやっと理解できる条項も多々あった。近年の他の民事関係の手続を定めた法令に比べると、手続法として備えるべき基本的な事項や当事者の手続保障という面でも不十分なものであった。

同時にこの約60年の間に新憲法の制定、民法の親族・相続編の大改正もあって、夫婦のあり方や価値観をはじめ家族の実態も大きく変容してきており、家族をめぐる紛争も複雑多様になってきている。それに適合した法律が求められていた。

ところで当事者の手続保障は、家事審判等の手続は職権探知主義をとることから、伝統的に裁判所の後見的役割や広い裁量（合目的裁量判断）の必要性が強調され、比較的軽視されてきた。しかし、職権探知主義であるとしても、裁判所の裁判である以上、その判断結果は当事者を拘束するものであるから、判断経過が当事者にとって透明であり、かつ判断結果が適正であることが求められる。即ち裁判所の判断の基礎となる事実・資料について当事者が意見を述べる機会が保障されなければならない。

以上の経過からして、今回の改正のねらいとその意義は次の4点にあるといえる。

第1に民事手続法として備えるべき事項を整備することにあつた。第2に当事者の手続保障である。市民の権利意識の高まりもあって、裁判所の後見的役割の下に、裁判所の自由裁量に委せ、「大岡裁き」的に判断されることには疑問も出てくる。当事者にとって審理過程がより透明

であること、そのための当事者の手続保障を厚くすることにあつた。第3に子どもや障がい者など行為能力を制限されている人たちが、出来るだけ裁判手続に主体的に参加し、自己決定や意見を表明できる機会を確保する内容になったことである。第4に国民にとって家事事件の手続を分かりやすく、利用しやすいものとすることも重要なねらいであつた。

こうしたねらいと意義がこめられて誕生した新法をどう実務に生かすかは、裁判所・弁護士をはじめ法律実務家の実践にかかっている。新しい法の解釈・運用は社会の実態と事実と合わせた解釈運用を紡ぎ出していかなければならない。

2. 手続法としての整備

(1) 管轄の規定の整備

管轄については、旧法は旧規則に委ねており、極めて分かりづらかつたのが、新法では明瞭になった。

たとえば二つ以上の家庭裁判所が管轄権を有するときは、先に申立を受け、又は職権で手続を開始した家庭裁判所が管轄するという優先管轄を明記した(5条)。

また、従来は規則で定めていた移送及び自庁処理について法律で規定するとともに、移送の申立権を当事者に認めた(9条①)。そして移送の裁判及び移送申立を却下する裁判に対しては、即時抗告権を認めた(9条③)。自庁処理については、即時抗告は認められないが、規則において「当事者の意見聴取」を義務づけた(規則8条)。

各則では、後見開始の審判事件は成年被後見人となるべき者の住所地を管轄する家庭裁判所の管轄であるが、その他成年後見に関する審判事件は全てこの後見開始の審判をした家庭裁判所の管轄とするということで管轄を集中し、一元的に同一の家庭裁判所が担うことになった(117条)。

また婚姻等に関する審判事件(たとえば夫婦間の協力扶助に関する処

分事件、婚姻費用分担に関する処分事件)の管轄は従来は相手方の住所地の家庭裁判所の管轄であったが、新法では「夫又は妻の住所地」を管轄する家庭裁判所の管轄となり、人事訴訟同様、相手方の住所地が遠隔地の場合でも、自分の住所地での審判申立が可能となった(150条)。

これらはほんの一例であるが、当事者にとってどこの裁判所で裁判を受けられるかは、最初の、そして最大の関心事であるので、法律そのものの中に管轄が明記されたことにより、利用しやすく分かりやすいものになったといえる。

(2) 代理の規定の整備(18条～25条)

家事事件の手續における手續上の行為をすることができる能力(「手續行為能力」という)については、総則では民事訴訟法を準用し、民法上の制限行為能力者には手續行為能力はないとしている(17条)。しかし、各則で「意思能力がある限り手續行為能力がある」とされる事件類型が相当数にのぼる。意思能力のある制限能力者の意思をできる限り尊重する趣旨である(詳しくは4で述べる)。

手續行為をしようとする場合、必要であると認めるときは裁判長は申立、又は職権で弁護士を「手續代理人」に選任することができることになった(23条①②)。

次に特別代理人の規定(19条)が新設された。裁判長は未成年者又は成年被後見人について、法定代理人がない場合又は法定代理人が代理権を行うことができない場合において、手續が遅滞して損害を生ずるおそれがあるときは、利害関係人の申立により又は職権で、特別代理人を選任することができるようになった。

未成年者や成年被後見人などの手續行為能力のない当事者は、実体法上の法定代理人(親権者、成年後見人など)や、実体法上の特別代理人(利益相反の場合の民法による特別代理人など)が存在すれば、その代理人により審判・調停を行うことができるが、そのような法定代理人がない場合又はその法定代理人が代理権を行うことができない場合に備えての新設規定である。この規定は審判及び調停に共通に適用される。

(3) 参加の規定の整備 (41条、42条)

審判や調停の手続に参加することのできる者の範囲と権限を明確にした。まず当事者となる資格を有する者は当事者として手続に参加できる(41条①)。

また、家庭裁判所は相当と認めるときは当事者の申立、または職権で「審判を受ける者となるべき者」を手続に参加させることができる(41条②)。さらに「審判の結果により直接の影響を受けるもの」等も利害関係人として手続に参加できることになった(42条②)。そして家庭裁判所は職権で手続に強制的に参加させることもできることになった(42条③)。例えば、監護に関する事件、親権者変更の事件等での子は「利害関係人」に該当する。後述するように子どもが家事事件に参加するルートがつくられ、子どもの主体的地位を高めることにつながる。

参加の申出が却下されたときは、即時抗告が可能となる(42条⑥)。手続に参加した者は、原則的に当事者がすることができる手続行為ができる(42条⑦)。

3. 当事者の手続保障の拡充

家事事件は非訟事件であって、家庭裁判所の後見的・職権的な役割が強調され、手続面でも広い裁量が認められるため、従来は当事者(代理人)としても裁判所に「お任せ」という面が多分にあった。

しかし、家庭裁判所での裁判も「裁判」である以上、当事者は裁判の基礎となる資料を提出する、それへの相手方の反論・反証が出されるという過程がある。その過程が透明で、結論としても納得がいく(適正な)判断がなされることが重要である。そのためには、当事者の手続保障が不可欠である。新法は、家事事件の特性からして、非公開、職権探知主義は変えていないものの、上記の意味で、出来るだけ、裁判所の自由裁量の中を狭め、当事者の納得のいく裁判実現のために、当事者主義的な手続保障の規定が格段に整備された。

(1) 審判手続の通則（別表第一・別表第二いずれにも通じる）

新法では、「家庭裁判所はこの編に定めるところにより、別表第一、別表第二に掲げる事項並びに同編に定める事項について審判する」（39条）とされ、法律の末尾に別表が付いている。

別表第一は旧法の甲類審判事項、別表第二は旧法の乙類審判事項のうち①扶養義務の設定及びその取消し②推定相続人の廃除及びその取消し③夫婦財産契約に基づく夫婦財産契約による管理者の変更及び共有財産の分割を除いた事項となっている。別表第二の事項の審判手続には後述するように特則があるが、別表第一、別表第二のいずれにも通じる通則として以下のような手続保障規定が整備された。尚、別表第二については本稿末尾を参照のこと。

① 調書の作成の義務づけ（46条）

新法は、期日においては原則として調書の作成を義務づけた。ただし、証拠調べ以外の期日で裁判長がその必要がないと認めるときは、その経過の要領を記録上明らかにすることで、これに代えることができるとした。家事事件の期日において作成される調書は、民事訴訟法160条3項のような法定の証拠法則はないが、上級審などで手続の経過を明らかにすることが出来る唯一の資料である。当事者にとって手続が適正に行われたかどうか、双方当事者の主張立証はどのようなものであったのか、裁判がどのような事実を基になされたのかを後日検証するための重要な手がかりであり、当事者の手続保障にとっては欠かせないものである。そのため少なくとも「手続の経過の要領」は記録にとどめることが義務づけられたのである。

② 記録の閲覧・謄写権の保障（47条）

旧法では、審判・調停ともに事件記録の閲覧・謄写を許すかどうかは、裁判所の全く自由裁量であった。従って、不許可となっても即時抗告はできなかった。勿論、自由裁量であるから裁判所によっては許可されたところもあるであろうが、調査官の「調査報告書」など重要なものが閲覧・謄写を許されないこともよくあった。新法では、人訴法の規定と同

様に当事者や関係人のプライバシーを保護するため不許可事由が別記されている。不許可事由がない限り、原則的には記録の閲覧、謄写は許可されることになった。不許可事由（47条④）は次のとおりである。

- 1) 事件の関係人である未成年者の利益を害するおそれ
- 2) 当事者もしくは第三者の私生活もしくは業務の平穩を害するおそれ
- 3) 当事者もしくは第三者の私生活についての重大な秘密が明らかにされることにより、その者が社会生活を営むのに著しい支障を生じ、もしくはその者の名誉を著しく害するおそれ
- 4) 事件の性質、審理の状況、記録の内容等に照らして当該当事者に申立てを許可することを不相当とする特別な事情

上記のうち1)～3)については、人事訴訟法35条2項と共通であるが、4)については、家事事件には多種多様なものがあり、DV事案や子どもの虐待事案等で、申立人や子どもの住所や勤務先等の情報もあることから、開示が不相当な場合を想定して設けられたものである。しかしながら不許可事由は出来るだけ厳格に解する必要がある。

③ 当事者の証拠調べ申立権の保障（56条）

旧法においては、当事者の証拠調べ申立権は認められておらず、職権証拠調べのみであったが、新法は当事者に証拠調べ申立権を認め、裁判所は応答義務を課した。これにより当事者から証人申請はもとより、鑑定申請、検証申請もできることになった。

たしかに、新法も原則的には職権探知主義であり、「家庭裁判所は、職権で事実の調査を」する（56条①前段）。しかし一方で「当事者は適切かつ迅速な審理及び審判の実現のため、事実の調査、及び証拠調べに協力するものとする（56条②）」とされている。この当事者の責務は、決して、民事訴訟の主張・立証責任と同一ではないが、当事者にとっても審理の活性化・透明化・適正化のための協力は必要であるとの趣旨からもうけられたものである。当事者の手続保障は、当事者（代理人）の積極的な手続活動が期待されていることの反映でもあろう。

④ 一定の場合における事実の調査の通知（63条）

「その結果が当事者による家事審判の手續の追行に重要な変更を生じ得るものと認めるとき」は家庭裁判所は事実の調査をしたことを当事者及び利害関係参加人に通知しなければならないとされている。事実の調査の通知は、後述の別表第二の事項の審判の手續では「特に必要がないと認める場合を除き」原則的には通知が義務づけられている（70条）ので、この規定は、別表第一の事項についての審判手續においてである。事実の調査の通知があったとき当事者としては裁判所がどんな調査をし、どんな心証を得ているのかを前述したように記録の閲覧・謄写権が認められているので把握することが可能になった。これにより、その後の主張立証活動の手がかりが得られるといえる。

⑤ 抗告審での手續保障

抗告審においては、原則として抗告状の写しの送付がなされる（88条①）。原審判を取消変更する場合においては、当事者の陳述を聴かなければならない（89条①）。当事者が裁判所の判断の基礎となる事実や資料について意見を述べる機会は、各審級において保障されなければならないことの表れである。抗告が棄却される場合であっても、その審理の過程が当事者に明らかにされることが必要であるからである。

（2）調停をすることができる事項（別表第二の事項）についての審判手續の特則

新法では従来乙類といわれていた事項の審判事件のうち一部を除いて別表第二の事項として整理した上で「調停することができる事項」としてくり、特則を設けた。調停することが出来る事項であるから、当然相手方がありかつ紛争性も高い事件という位置づけで、当事者の手續保障をより手厚くしたのである。特則は以下の通りである（尚別表第二の事項は本稿の末尾に掲載した）。

① 合意管轄

旧法では、調停については合意管轄が認められているが、審判については合意管轄は認められなかった。審判は公益的見地から専属管轄とい

うことだったのだが、新法では別表第二に掲げられた事件については、合意管轄が認められることになった（66条①）。

法制審では、審判の対象となる事項が当事者が任意に処分できるものであれば当事者が便利な場所に管轄を認めてもよいではないかとの議論から、別表第二の事項に限って合意管轄を認めたものである。

合意管轄といっても並列的な管轄であり、民事訴訟法11条の専属的合意管轄とは異なる。従って、子の住所地とは異なる地を管轄する家庭裁判所を当事者が管轄合意した場合などは、9条②により家庭裁判所は子の利益を守る観点から、子の住所地を管轄する裁判所に移送することがあり得る。

② 申立書の写しの相手方への送付

別表第二の審判事件は、裁判所は原則として申立書の写しを相手方へ送付しなければならない。ただし「家事審判の手続の円滑な進行を妨げるおそれがあると認められるとき」は「家事審判の申立てがあったことを通知することをもって、申立書の写しの送付に代えることができる」とされた（67条①）。

審判前に調停が継続していて、調停不成立となり審判に移行した場合は、審判申立書が存在しないので改めて審判申立書は送付されないが、後述するように、調停申立の段階で原則的に申立書の写しは、相手方に送付が義務づけられている（256条）ので、調停、審判いずれかの手続で申立書の写しは送付されるため、相手方としては申立の趣旨と申立の理由を期日前に把握することが出来ることになった。

この規定の趣旨は、相手方が期日前に申立書の内容を把握して、それに対する反論や反証を準備することで第1回期日が充実したものになるということであったが、各地の家庭裁判所では（定型書式において）申立の趣旨に加えて、申立の理由はチェック方式の極簡単なものしか送付せず、他に書きたいことがあれば別紙で「事情説明書」として記載し、送付する申立書はごく簡単なものにするという運用が行われているところがあるが、これでは法の趣旨に添わないものとなるおそれがあるので、

少なくとも相手方が防御できる程度の具体的な内容の記載を求めるような定型書式の改善を申し入れる必要がある。

③ 必要的陳述聴取

裁判所は原則として当事者の陳述を聴かなければならず（68条①）、当事者の申出がある場合には、審問の期日においてしなければならない（68条②）。当事者は、審問期日において、主張を述べる権利を有することになったといえる。つまり、裁判所に対して直接口頭で意見を述べる権利を保障したものである。当事者が口頭での意見陳述までは必要ないと判断すれば書面のみで行うことも可能であるが、相手方の手続保障の必要性からいうと審問期日以外で口頭で意見陳述を行うことは予定されていないであろう。

④ 当事者の審問立会権

審問の期日が開かれるときは、原則として当事者は立会う権利がある。ただし、当該の他の当事者が当該期日に立ち会うことにより事実の調査に支障を生ずるおそれがあると認めるときは、この限りではないとされている（69条）。

「事実の調査に支障を生ずるおそれ」とは、DV事案などでDVを受けた妻が夫の立ち会いを拒む場合などを想定したものであるが、立会権の制限は反対当事者の手続保障の重大な制約となるので、ついたてを立てるなど直接顔を合わせないだけでなく、手続代理人がいるときは、手続代理人のみの立ち会いを認める方法、TV会議を活用する方法等の方法を考えるべきである。一方、当事者だけが出席する審尋期日は、極例外的な場合に限られると解すべきである。

尚、当事者の立会権を認めるのであるから審問にあたって裁判所からの質問に加えて、当事者からの質問（反対質問も）を認めることも、当然含むと解釈すべきである。

⑤ 事実の調査の通知

家庭裁判所が事実の調査をしたときは、特に必要がないと認める場合を除き、その旨を当事者及び利害関係参加人に通知しなければならない

(70条)。

前述したように、別表第一の事項の審判も含めて通則で家庭裁判所が事実の調査をした場合で、その結果が当事者による家事審判の手続の追行に重要な変更を生じ得るものと認めるときは、当事者らに通知しなければならない(63条)とされているが、別表第二の事項の審判では家事審判の手続の追行に重要な変更を生じない場合も含めて事実の調査をしたことは原則的に通知しなければならないのである。

これにより当事者は、裁判所が事実の調査をしたことを知ることが出来、かつ記録の閲覧・謄写により事実の調査の内容・結果を知ることが出来るのである。当事者からみて透明性のある適正な手続の保障として重要な改正点である。

⑥ 審理の終結

旧法下の審判手続には「終結」という概念がなかったが、新法では家庭裁判所は、相当な猶予期間において審理を終結する日を定めなければならないとされた(71条)。これにより当事者はその日までに、裁判資料の提出を義務づけられ、裁判の判断の基礎となるべき資料もその日までのものということで、資料の範囲も明らかになる。

⑦ 審判日の指定

さらに、審理の終結時には、審判日を定めなければならなくなった(72条)。従来、いつ審判が出されるか明示されず、遺産分割事件等は審判が出るのに何年もかかるといった実情もあったが、こうした事態を避ける意味で画期的な規定である。

(3) 当事者の手続保障のもつ意義

これらの規定は、当事者間での主張・立証即ち攻撃防禦の対象を明らかにし、また、裁判所がそれらの事実の中から何を根拠にして裁判をしたのかを当事者にとっても可視化するための手続保障である。それはまた、法律面・事実面での裁判所・当事者双方間の情報の共有化であり、当事者にとっても納得のいく裁判、適正な裁判の担保でもある。代理人にとっては、従来のように細々とした事情も含めて詳細な事実を書き連

ねる書面ではなく、できるだけ主要な事実を整理し、それを根拠づける資料を提出する、それを審理終結日までにするのが要求されることになる。また審問についても裁判官による質問にまかせるのではなく、代理人からの積極的な質問が必要になるであろう。

4. 行為能力を制限されている人たちの意見表明・自己決定権の尊重

国際的にも国内的にも行為能力を制限されている人たち（制限行為能力者）にも意思や意見があり、それを出来るだけ尊重し、その人たちの自己決定を支援していこうというのが流れである。それにそった改正の主なものは以下のとおりである。

（1）意思能力ある限り、手続行為ができる審判・調停事件

新法は原則的には民事訴訟法を準用し、制限行為能力者は法定代理人によらずには家事事件における手続行為が出来ないとしつつ（17条①）も後見開始の審判事件、後見開始の審判取消しの事件、成年後見人選任の審判事件等一定の事件類型においては、成年後見人となるべき者及び成年被後見人は、意思能力があれば法定代理人によらずに自ら手続行為をすることができる（118条）。

そしてこの規定は各則で他の種類の事件に準用されている。たとえば保佐に関する事件での被保佐人となるべき者や被保佐人（129条）、補助に関する事件での被補助人となるべき者や被補助人（137条）、そして夫婦間の協力扶助に関する処分の審判事件（財産上の給付を求めるものを除く）における夫及び妻（151条①）、さらに子の監護に関する処分の審判事件（財産上の給付を求めるものを除く）における子（151条②）、親権喪失・親権停止又は管理権喪失の審判事件の子及びその父母（168条③）、親権者の指定は又は変更の審判事件の子及びその父母（168条⑦）等である。

また調停事件でも、①夫婦間の協力扶助に関する処分の調停事件（別表第二の1）の夫及び妻、②子の監護に関する処分の調停事件（別表二

の3)の子、③養子の離縁後に親権者となるべき者の指定の調停事件（別表第二の7）の養子その父母及び養親、④親権者の指定又は変更の調停事件（別表第二の8）の子及びその父母、⑤人事訴訟法第2条に規定する訴え（人事に関する訴え）を提起することができる事項についての調停事件の訴訟行為をすることができることとなる者も同様である（252条）。

以上のように「意思能力がある限り手続行為能力がある」とされる事件類型が相当数にのぼる。

（2）手続代理人の規定の充実

手続行為につき行為能力の制限を受けた者が手続行為をしようとする場合において、必要があると認めるときは、裁判長は申立により又は職権で弁護士を手続代理人に選任することができる（23条①②）。これら裁判所による手続代理人の選任は手続行為に制限をうけた者が自分で手続代理人を委任しない場合に裁判所が手続代理人を選任するものであり、行為能力に制限をうけた人たちに対してその行為能力を補完し、彼らの意思決定を支援する国家としての援助制度であるともいえよう。ある意味、家事事件における国選弁護人制度とも言える。弁護士としても、これらの規定を積極的に活用したい。

5. 子どもの地位の強化、子どもの手続代理人の新設

（1）子どもの意思の把握等

子ども（未成年者）は、手続行為に制限をうけた者であるが、新法は前述した手続行為に制限をうけた者の意思や自己決定権の尊重に加えて、特に「子の意思の把握」を裁判所に義務づけている。即ち、家庭裁判所は、親子、親権又は未成年後見に関する家事審判その他未成年者である子（未成年被後見人を含む）が「その結果により影響を受ける家事審判の手続」においては、子の陳述の聴取、家庭裁判所調査官による調査その他の適切な方法により、「子の意思を把握するように努め」、審判

するに当たり「子の年齢及び発達の程度に応じて、その意思を考慮しなければならない」旨の規定が新設された（65条）。

この規定はいうまでもなく、わが国がすでに1994年に批准している国連の「児童の権利に関する条約」の12条の子どもの意見表明権の具体化である。

同条2項においては「子どもは、とくに、国内法の手続規則と一致する方法で、自己に影響を与えるいかなる司法的および行政的手続においても、直接にまたは代理人もしくは適当な団体を通じて聴聞される機会を与えられる」とある。

この条約を批准するにあたって、さらに批准後も、政府見解は国内法の改正は一切必要ないと答弁してきたが、家事事件という子どもにとって重大な影響を与える手続においてようやく司法的手続における子どもに意見表明の機会を与え、それを尊重するための総則規定が新設されたことは画期的であり、かつ意義深いものがある。

同条は調停手続にも準用される（258条）。一定の家事事件について手続行為ができるのは「意思能力がある」子どもに限られるが、同条は「子の年齢及び発達の程度に応じて」その意思を考慮しなければならないのであるから、言語的表現ができない乳幼児についても何らかの方法で、その意思を把握し考慮することが裁判所に義務づけられているのである。また同条は、親子、親権又は未成年後見に関する事件を例示するが、それだけでなく未成年者である子が「その結果により影響を受ける」審判・調停手続全般に及ぶものであり、審判する裁判所が「子の意思の把握」を怠れば、審判は違法となり、抗告事由があることになる。

（2）15歳以上の子の陳述聴取の義務づけ

旧法下では規則に「子の監護に関する審判をする前に、その子の意見を聴かなければならない」との規定があるだけであったが、新法は、前記総則的規定のほか、たとえば次の規定において、15歳以上の未成年者からの陳述聴取を義務付けている。

子の監護に関する処分の審判（152条②）、子の監護に関する処分の審

判を本案とする保全処分(子の監護に要する費用に関する仮処分を除く)(157条②)、未成年後見人が未成年被後見人を養子とする場合の許可審判、未成年者を養子とする場合の許可審判(161条③)、特別養子縁組の離縁の審判(165条③-1)、親権喪失、親権停止又は管理権喪失の審判、同取消しの審判、親権又は管理権の辞任の許可の審判、親権又は管理権の回復の許可の審判(169条①)、親権者の指定又は変更の審判(169条②)、親権者の指定又は変更の審判を本案とする保全処分(175条②)。

(3) 子どもの手続代理人の新設

① 子どもの手続代理人の枠組み

前述したように未成年者でも意思能力がある限り、法定代理人を通さずに自ら手続行為ができる事件類型が相当数ある。たとえば子の監護に関する処分の審判・調停事件(監護者の指定、面会交流、子の引渡し等の事件)や親権者の指定、又は変更の審判事件での子である。これらの事件において直接の当事者(申立人、相手方)は子の両親であり、従来は子は家庭裁判所の手続の「かやの外」におかれていた。しかし新法では、子は審判・調停の「結果により直接の影響を受けるもの」として家庭裁判所の手続に利害関係参加することができる(42条②)ことになった。

また自ら手続参加しない場合でも「家庭裁判所は、相当と認めるときは、職権で」子を家事手続に参加させることができる(同条③)。このように未成年者でも手続に参加することができる。その上、前述したように裁判長は子ども(未成年者)が、手続行為をしようとする場合に「必要があると認めるときは」「申立て」、あるいは「職権」で弁護士を手続代理人に選任できるのである(23条①②)。

もちろん高年齢の子であれば自ら手続に参加し、親の手続代理人とは別に自らの手続代理人を委任することも可能であろう。しかし多くの場合は、子ども自身が自ら参加の是非を判断することができるとは限らないので、裁判所が職権で強制的に手続に参加させ、必要に応じて職権で弁護士を手続代理人に選任するということになるだろう。これが子どもの手

続代理人である。

② 家庭裁判所調査官とのちがい

家庭裁判所調査官はあくまでも、審判や調停のための資料収集を目的とする。調査官は裁判官からの調査命令の範囲内での子どもの調査をする。子どもは調査の客体であり、子ども自身が審判・調停に権利主体として参加できるわけではない。従って調査官の方から子どもに手続がどの段階にあって、どのような結論になるかの見通しを話せるわけではなく、子どもから調査官に聞きたいことを聞けるわけでもない。そして何よりも調査は1～2回実施される程度であり、子どもの側に立って子どもを保護する役割は果たせない。これに比し、「子ども手続代理人」は裁判所から独立した地位を有し、子どもの側に立って、手続の現状についての情報を与え、手続の見通しをふまえた助言ができる。その審判・調停事件が係属している間、頻繁に子どもと接触し、子どもと対話する中で、子どもの真意を把握し、子どもの最善の利益にかなう解決方法を探ることができる。子の監護に関する紛争では監護親とは独立した立場で子どもの真意を双方当事者に伝えることにより、当事者の和解を促す役割も担えると思われる。

③ 離婚調停と子どもの手続代理人

ところで、子どもの手続代理人は、離婚調停でも選任され得るものであろうか。前述したように「親権者の指定又は変更」の審判及び調停事件では意思能力のある子は手続行為能力があることが明記されている(168条⑦、252条④)。しかし、252条5項は人事訴訟を提起することができる事項の調停事件(離婚調停事件は当然これに入る)において手続行為能力があるものは「同法(人訴法)第13条第1項の規定が適用されることにより訴訟行為をすることができることとなる者」と規定し、「子」とは明記していない。しかし人訴13条1項は、人事訴訟の訴訟行為能力は民法の適用をうけず、未成年者であっても意思能力があれば訴訟行為能力があるとしているのであるから「子」も当然含まれると解釈すべきである。「親権者の指定」は離婚と同時に決められるべきとされ親権者

の指定のない離婚は実務上認められていないため離婚後の親権者指定の審判は実務上あり得ないこと、かつ「親権者の変更」の審判、調停事件での子には手続行為能力を認めることとの均衡がとれないからでもある。そして、「子」は両親の離婚により「直接の影響を受けるもの」であるから、調停に利害関係参加でき、その際弁護士の手続代理人を選任することができることになるのである。

④ 子どもの手続代理人の活用

上記のように子の監護や親権をめぐる事件において、当の子の意思を手続に反映し、子自身が弁護士の手続代理人を通じて手続に主体的に関与する機会が保障されることになった。弁護士としては、「子どもの手続代理人の選任」を促す上申をしていくことが期待されるし、裁判所も事件の解決のためにも積極的に選任すべきであろう。

この制度は意思能力のある子どもが手続に参加する際の手続代理人の制度である。諸外国で採用されている意思能力の如何にかかわらず（0歳児の子どもも含めての）、子どものための独立した保護機関である「子ども代理人（補佐人）」とは異なるが「子ども代理人」の端緒的な枠組みがつくられたことは大いに評価できるであろう。

6 利用者・市民が利用しやすい手続の新設あるいは拡充

（1）電話会議

新法では「当事者が遠隔の地に居住しているときその他相当と認めるときは」「家庭裁判所及び当事者双方が音声の送受信により同時に通話を行うことができる方法によって」期日における手続を行うことができることになった（54条①、258条で調停にも準用）。いわゆる電話会議の採用である。遠隔地でなくとも身体的不自由のため出頭できないときも相当と認められるであろう。電話会議は民事訴訟においてすでに実現しているが、民事訴訟法の場合には当事者の一方は裁判所に出頭していなければならないが、新法での電話会議による審判・調停手続は「当事者

双方」とも出頭しないで、電話での通話で可能となり、民事訴訟よりもより便利になった。

規則によると電話番号、通話者、通話場所を特定する必要があるが（規則42条①②）、代理人がついていない場合にも利用できる。長時間の調停には向かないであろうが、調停条項を最終的に詰めるときなど大いに利用すべきである。裁判所としては、小規模な支部あるいは出張所にも電話会議の可能な機器の整備をすべきである。

（２） 審判前の保全処分

審判前の保全処分についても、新法は規定を整備した。まず、各則において、その事件類型によって具体的にどのような保全処分ができるかを大変詳細に規定した。

また、法制審では本案（審判）係属の必要性につき最後まで議論がなされたが、結局本案係属は必要とされた（105条）。

しかし、今回の改正で、一定の審判事件については、家事調停の申立てがあった場合には、審判の申立てがなくても、保全処分の申立てをすることが明記された。

この場合、その本案事件は、当該家事調停が審判移行した後の家事審判事件である。

家事調停の申立てでも保全処分の申立が可能となる事件はたとえば次の通りである。

- ① 婚姻に関する審判事件を本案とする保全処分であって、仮差押え、仮処分その他の必要な保全処分
 - ・ 夫婦間の協力扶助に関する処分の審判事件（157条1項1号）
 - ・ 婚姻費用の分担に関する処分の審判事件（同項2号）
 - ・ 子の監護に関する処分の審判事件（同項3号）
 - ・ 財産分与に関する処分の審判事件（同項4号）
- ② 親権者の指定又は変更の審判事件を本案とする保全処分であって、仮処分その他の必要な保全処分及び職務執行停止又は職務代行者選任の保全処分（175条）

- ③ 遺産の分割の審判事件を本案とする保全処分であって、財産の管理者の選任等の保全処分又は仮差押え、仮処分その他の必要な保全処分（200条1項）

（3）高裁での調停が可能に

旧法では、家庭裁判所が出した審判に対し即時抗告がされた場合、高等裁判所で家事調停をすることができなかったため、一旦原審の家庭裁判所に差戻してから調停に付されていた。新法では、訴訟または家事審判事件が係属している高等裁判所は自庁でいつでも職権で家事調停に付することができることと規定された（274条③）。調停委員会による調停はもちろん、裁判官のみの単独調停も可能となった（同条⑤、247条）。たとえば遺産分割審判事件の抗告審でも、あるいは相続財産確認訴訟の控訴審においても当事者間での合意が成立するときには、調停に付し調停成立が可能となったので、多いに活用できよう。

（4）受諾調停の拡大

一部の当事者が調停の内容には納得しながら、当事者が遠隔の地に居住していることその他の事由により出頭することが困難な場合、その当事者があらかじめ調停委員会（単独調停の場合はその裁判官）から提示された調停条項案を受諾する旨の書面を提出し、他の当事者が調停期日に出頭して当該調停条項案を受諾したときは、当事者間に合意が成立したものとみなし、調停を成立させることができる（270条）。但し離婚又は離縁の調停事件については適用されない（同条②）。これは、所謂受諾調停といわれるもので、旧法では、遺産分割調停事件にしか認められなかったものであるが、それが家事調停の手続一般に拡大された。それまでの調停期日には出頭していたが、最終期日に限って病気その他の事情で出頭できない場合などに活用できるであろう。電話会議で、調停を成立させることも可能であるが、意思確認を確実にする意味で調停条項案を示し、それを受諾する書面を提出してもらって調停を成立させるという形でも利用できる。

(5) 調停に代る審判

旧法にも調停に代る審判の規定はあったものの、乙類の事件には適用がなかったため、ほとんど利用されていなかったが、新法では、別表第二の事項についても調停に代る審判が可能となった(284条①)。但し、277条1項に規定する事項についての家事調停の手続(即ち人事訴訟を提起することができる事項についての家事調停手続)は、除外される(同項但書)。この規定により、たとえば、婚姻費用や養育費の請求のような事件では、わずかな金額の違いであっても当事者には意地もあって合意はできないが、審判がするのであれば異議は出さないというケースもあるであろう。この審判に対しては異議の申立が出来、その場合には審判はその効力を失うが、当事者が調停に代る審判に服する旨の共同の申出をしたときは異議を申立てることはできない。

(6) 調停はどう変わるか

新法では、調停申立書の写の相手方への送付が原則的に義務づけられた(256条)。その趣旨については前述したとおりであるが、従来調停が申立てられても相手方には期日の呼出し状しか送られて来なかった状況が大きく変わる。

申立書は正本の他に相手方の人数分の写しを用意して提出することになる。また、申立書の内容を相手方が読むことを念頭において記載することが必要になる。いたずらに相手を刺激したり、誹謗中傷する感情的な記載は避けるべきであろう。相手方に対しては、答弁書的な書面の提出も求められることになると思われる。

それ以外は、一見すると調停手続についての大きな変化はそうないようにみえる。しかし、別表第二の事項の調停は、調停不成立の場合には、当然に審判手続に移行する。そして、審判手続に移行したときは、原則として記録の閲覧謄写が認められるのであるから、調停手続で提出した主張書面や資料は、原則的に相手方の目に触れることを念頭において提出しなければならない。従来のように「調停委員限り」の書面の提出はおそらく許されず(調停委員は読むだけは読んでも当事者にその書面を

返し、記録に綴られることはないであろう)。相手方に開示してもらっては困るものについては、提出時に非開示の上申をしておかなければならない。

さらに「調停のできる事項の審判手続」として前述したように、種々の特則で当事者主義的な構造での審判手続が控えている。そうすると、調停段階から相手方を意識し、刺激したり誹謗中傷した感情的な記載は避け、相手方にも伝えたい情報をできるだけ、正確に記載し、主張を裏づける資料をそえて提出することを心がけるべきであろう。そのような調停での主張や立証の整理がされていれば、審判に移行してからも、それらの積み重ねの上での審判ということで迅速な審判が得られるであろう。現に遺産分割調停審判の実務では、すでにこうした運用が相当程度定着していると思われるが、今後他の審判事件でもそうした実務運用がされていくであろう。

しかし離婚調停のように当事者主義的な進行にはなじまないものも多くある。調停委員会としても資料のないものは事実もないものとして扱うというような形式的硬直的な姿勢はとるべきではなく、当事者の言い分をじっくり聞くことが大事であることは言うまでもない。争点にはならなくてもささいな事実の対立が、実は当事者が最もこだわり、感情的対立の原因になっていることもよくあるからである。そのため、新法では調停は審判とは異なる規律をしている。これをふまえた新法の運用を考えるべきであろう。

おわりに 家裁の人的・物的拡充を！

以上概観したように、家事事件手続法は家事手続が当事者にとって利用しやすくかつ納得のいく適正な裁判を保障するように様々な改善と工夫をこらした内容となっている。家庭裁判所が担う役割が、これまで以上に大きくなることもまちがいない。家族の変化に伴う時代の要請をふまえて、家庭裁判所は真に利用者・市民のニーズにこたえ、新法の立法

趣旨を実現するためにも、人的・物的拡充が欠かせないことを最後に強調したい。

別表第二

項 事 項	前編ととも法律の規定	項 事 項	前編ととも法律の規定
第一章		第一章	
一 夫婦間の協力行動に関する処分	民法第七百五十二條	九 財産の管理の決定及びその決定の変更又は取消	民法第八百七十八條及び第八百八十條
二 婚姻費用の分担に関する処分	民法第七百六十條	十 財産の管理又は本法についての決定及びその決定の変更又は取消	民法第八百七十九條及び第八百八十條
三 子の監護に関する処分	民法第七百六十六條第二項及び第三項（これらの規定を民法第七百四十九條、第七百七十一條及び第七百八十八條において準用する場合を含む。）	第二章	
四 財産の分与に関する処分	民法第七百六十八條第二項（民法第七百四十九條及び第七百七十一條において準用する場合を含む。）	十一 相続の場合における器具物の所有権の承継者の指定	民法第八百九十七條第二項
五 離婚等の場合における財産等の所有権の承継者の指定	民法第七百六十九條第二項（民法第七百四十九條、第七百五十一條第二項及び第七百七十一條において準用する場合を含む。）	第三章	
第三章		十二 遺言の分割	民法第九百七条第二項
六 離婚等の場合における親族等の所有権の承継者の指定	民法第八百八条第二項及び第八百十七條において準用する民法第七百六十九條第二項	十三 遺言の分割の禁止	民法第九百七条第三項
第四章		十四 贈与分を定める処分	民法第九百四條の二第二項
七 親子の親縁従に親縁者となるべき者の指定	民法第八百十一條第四項	第五章	
八 相続者の指定又は変更	民法第八百十九條第五項及び第八項（これらの規定を民法第七百四十九條において準用する場合を含む。）	十五 贈与すべき財産割合に関する処分	厚生年金保険法（昭和二十九年法律第五十五号）第七十八條の二第二項、国家公務員共済組合法（昭和三十三年法律第二十八号）第九十三條の五第二項（国立学程教職員共済法（昭和二十八年法律第二百四十五号）第二十五條において準用する場合を含む。）及び地方公務員等共済組合法（昭和三十七年法律第四十二号）第四十五條第二項
		第六章	
		十六 扶養義務者の負担すべき費用額の確定	生活保護法第七十七條第二項（パレンセン問題の解決の促進に関する法律（平成二十年法律第八十二号）第二十一條第二項において準用する場合を含む。）