論　説

司法権定義に伴う裁判所の中間領域論

――客観訴訟・非訟事件等再考　(2)

君塚　正臣

2　非訟事件・人事訴訟論

個々の類型として、まず、問題にしたいものは、家庭裁判所で取り扱われる家事審判などのいわゆる非訟事件等である。広義の家事審判は、狭義の審判手続と調停手続に分かれる[157]。従来、非訟事件は「訴訟」ではなく、即ち「裁判」や「司法」ではないため、これらに関する憲法の保障水準を満たす必要がないとの議論が多かったが、そのような議論の是非から論じたいと思う。

非訟事件とは、19 世紀初頭において、「争訟的要素を最も少なくもち、性質的には行政に近いものでありながら、私権と直結する度合が強いため他の国家機関特に行政機関では引き受けてもらえぬ故に、やむなく（！）裁判所が担当せざるをえぬという事件であった」[158]。日本でも、1898 年に人事訴訟手続法と非訟事件手続法[159]が制定された。家族紛争というものは、関係者にとって共通の解決が与えられるのが望ましいこと、物質的な次元のみならず、心理的な次元でも解決がなされることが望ましいことが、その理由であった[160]が、これは「しょせんは訴訟手続」[161]を定めたに過ぎないものである[162]。そして、そもそも家庭事件は訴訟的処理に馴染まないということが強調された[163]こともあり、「家庭の平和と親族共同生活の維持」を目的とする[164] 1947 年公布の

家事審判法から始まる戦後の手続法においても、家事事件においては心理的な次元の解決が必要であるとの視点は維持され、法律により、訴訟事件と非訟事件は分離されたのである[165]。総じて、既存の権利を確認する裁判は訴訟事件、裁判所が裁量によって一定の法律関係を形成する裁判は非訟事件であるというのが一般的傾向であり[166]、「非訟事件は訴訟手續に依らない民事作用で、形成作用と保護作用の雙方を包含する」[167]との観方も示された。また、世界的にも「ユニークな制度であ」る[168]裁判所における調停[169]も導入された。

非訟事件の本質、即ちそれが訴訟事件と異なる点は、①「法律上の争訟」ではない「非紛争」を対象とし、②裁判所が後見的・監督的機能を果たし、形成的・意欲的・裁量的性質の作用、実質的意味においては行政作用を行い、③公開・対審の構造をとらず、資料も職権で探知し、「判決」ではなく「決定」形式の裁判[170]をもって臨み、柔軟かつ実践主義的な特質を有し、④その決定も、状況に応じて取消し・変更が可能であり、全面解決主義の要請から対世的効果[171]をもつこと、などとされる[172]。要は、契約の自由の原則を尊重し、私的自治の原則を反映した手続である[173]訴訟に比して、「裁判所が自由な方式をもって行うことができる」性質のものだと言えよう[174]。

非訟事件手続法は、上述のように明治期に制定されたものであり、戦後、民事関係の手続法が順次整備されると、早急な見直しが求められた。また、「訴訟事件の非訟化」をスローガンに、現代社会の様相の変化、裁判所の役割の変化に対応させるべく、個別的・実質的保障へ進むべきであるとの主張が、主に民事訴訟法学界からなされるようになっていた[175]。そして、家事審判と家事調停は非訟事件であり、家事審判法は非訟事件手続法の規定を広く準用していたため、非訟事件手続法の改正が必要であれば、家事審判法もその影響を受けざるを得ない関係にあった[176]。そこで、2011 年に、改正非訟事件手続法、家事事件手続法が成立し、2013 年 1 月 1 日から施行されるに至った[177]。従来、家事審判では当事者責任の考えが明確でなかった[178]とされるところ、新しい家事事件手続法は、当事者に主体的地位を与えて、当事者の手続上の機能を強

化したとされるが、その第2条は、「裁判所は、家事事件の手続が公正かつ迅速に行われるように努め、当事者は、信義に従い誠実に家事事件の手続を追行しなければならない」と定め、裁判所の職権探知主義、公益的、後見的役割を名目上変更していない[179]。だが、職権探知主義とはいえ、当事者が主体的な資料収集を行うことは否定されるものでもなく、裁判所にもたれれば有利な判断が得られるものでもない[180]。訴訟資料収集の主導的な役割は当事者が担っているのであり、こういった点は弁論主義の場合と異ならず[181]、それは、中立の第三者たる裁判所に判断を求める当事者の信義でもあるとも指摘される[182]。この第2条を根拠に、家事事件における手続上の禁反言、手続上の権利の失効、紛争の蒸し返しの禁止、申立権の濫用の禁止、手続協力義務の違反などの法的効果が及ぶとされるのであり[183]、効果の点では、訴訟事件とはっきりとした乖離のあるものとも思われず、職権主義と当事者主義の実質的な違いは思うほどはないのかもしれなかった。

非訟事件の中でも、特に、夫婦同居義務や共有財産の分割、親権者の変更、寄与分や遺産分割を定める処分などの12項目は、裁判所型ADRの一種である[184]調停によっても処理でき、関係者の協議により自由に定められるか合意を基礎として定めることができる事件と性格付けられ[185]、争訟的事件と称されて、乙類審判事件に分類される。これらは、本質的に紛争性がなく、法律上も相対立する当事者を予定せず[186]、司法機関としての家庭裁判所の管轄としなければならない必然性のない[187]甲類審判事件（46項目）とは異なるものとされている。そして、家事事件手続法33条が明文で定めるように、非訟事件では、乙類審判事件も含めて、非公開審理が原則である。家事事件は、「公益性の観点から、実体的真実に合致した裁判をすることが要請されるが、」そ「の性質上、家庭や個人のプライバシー性の高い資料であっても収集することが求められ」ることが、その理由とされる[188]。かつ、これは単なる訓示規定ではない。非公開を命じるものであり、裁判所が裁量で公開の尋問に付してなした決定は違法だと解されているのである[185]。

他方、2003 年、「人事訴訟に関する手続について、民事訴訟法（平成 8 年法律第 109 号）の特例等を定めるもの」（1 条）として、人事訴訟法が制定された[190]。具体的には、「婚姻の無効及び取消しの訴え、離婚の訴え、協議上の離婚の無効及び取消しの訴え並びに婚姻関係の存否の確認の訴え」、「嫡出否認の訴え、認知の訴え、認知の無効及び取消しの訴え、民法（明治 29 年法律第 89 号）第 773 条の規定により父を定めることを目的とする訴え並びに実親子関係の存否の確認の訴え」、「養子縁組の無効及び取消しの訴え、離縁の訴え、協議上の離縁の無効及び取消しの訴え並びに養親子関係の存否の確認の訴え」がその対象となった（同法 2 条）。家事審判とは異なり、人事訴訟は特別訴訟手続であり、訴訟の構造を有するものの、法律に特に定められた限度において通常の訴訟手続と規律を異にするものとされており、職権探知主義と全面的解決主義が特殊原理とされて、調停前置主義が採られ、通常の民事訴訟とは異なるものとなった[191]。身分関係は、客観的事実に基づいて対世的に確定し、同一身分関係が反復して訴訟上問題とならないことが要請される[192]。この下では、財産関係の訴訟では殆ど見られない形成の訴えが多く見られること[193]、意思能力を有する限り、行為能力を制限された、被保佐人、被補助人、意思能力を有する未成年者も完全な訴訟能力を有する（同法 13 条 1 項）[194]のが特徴だと言えよう。

そして、これらの事件は、同法 3 条により、地方裁判所から家庭裁判所の管轄となった[195]。終戦直後、家庭裁判所[196]は憲法の禁じる「特別裁判所」ではないかとの疑問すら存在したが[197]、現在では、「特別裁判所」とは、戦前の「軍法会議」[198]など、性質上、「司法」に属する事件を通常司法裁判所の系列外に置いたものであり、知的財産高等裁判所と併せ、このような特別な管轄を有するものであっても、司法権を有する通常裁判所の系列に属する限り、憲法に違反しないとするのが判例であり圧倒的通説である[199]。設立当初は司法機関であることが疑われ、あってもその性格が希薄だとまで言われた[200]家庭裁判所が、この一連の改革により、調停、審判、訴訟という 3 つの手段を活用できるようになったことで、家裁の士気は上がったであろう[201]。東京家裁は、

同法の施行に合わせて、人事訴訟を専門に扱う家事第6部を創設したほどである[202]。他面、訴訟事件を家事審判や少年事件を主に取り扱ってきた家裁に委ね、非公開審理の訴訟としたこと、当事者尋問等の公開停止を行うことができる旨を同法22条1項が厳しい限定付[203]ながら明言したことなどは、裁判の公開の原則についての例外であり、「新局面」[204]であった。

人事訴訟法の下では、離婚訴訟等の手続における監護内容等附帯処分等の手続（同法32条）において、家庭・高等「裁判所は、」「事実の調査をすることができ」（同法33条）[205]、家庭裁判所の福祉的権能の担い手である[206]「家庭裁判所調査官に事実の調査をさせることができる」（同法34条）ことになった[207]。他方、同法9条からは、和解[208]の際に裁判官の同席が必要とされることとなった[209]。同法10条で、参与員に、裁判官の除籍・忌避に関する規定が準用されるほか、人事訴訟規則8条では、参与員は証人、当事者本人、鑑定人の尋問に立会い、裁判官の許可を得て質問もできることになっており、原告対被告の争いを中立の裁判官が裁くという対審構造と異なっており、裁判所の裁量が広く[210]、当初から「丸く収める」ことを予定したものと言える。参与員とは、本法以前から、国民の司法参加一般、民主化の一面というよりも、家庭事件の特殊性から「淳風美俗」の体現者としての国民を審判に関与させ、これを裁判官に伝達して、審判内容に反映させることが元々の発想である[211]。そして、戦後の運用においても、「国民の司法参加の中心的意義を体現したものというよりは、むしろ裁判所が必要と感ずるときに、良識あるまたは専門的知識を有する国民に裁判所の補助をさせる制度として機能して」きた[212]と評せた。人事手続法の下では、次第に国民の司法参加、「一般国民の感覚を反映させるという趣旨」が前面に出ており、また、ジェンダー・バランスに配慮した選任がなされるようになっている[213]。人事訴訟法6条では、調停を経た家庭裁判所による自庁処置の制度を新設し、訴訟上の和解による離婚又は離縁を可能にしている。

18条は、「第一審又は控訴審の口頭弁論の終結に至るまで、原告は、請求又

は請求の原因を変更することができ、被告は、反訴を提起することができる」として、攻撃・防御のルールを緩和し、19 条は処分権主義、弁論主義に制限を加えている。そして、裁判官の職権主義は、この法律の下でも現れている。20 条は、「裁判所は、その事実及び証拠調べの結果について当事者の意見を聴かなければならない」としながらも、「裁判所は、当事者が主張しない事実をしん酌し、かつ、職権で証拠調べをすることができる」などとしている。

このように、人事訴訟法には、家事審判かとすら見えるような規定が実は散見され、訴訟事件と非訟事件の区別は、そう明快でもないことが感じられる。ナチス・ドイツが民事訴訟法を全廃して全て非訟化しようとしたのは極端だ[214]としても、「現代における社会生活の複雑化に伴い、私生活関係に国家が後見的に介入して弾力的に紛争を処理する非訟事件の範囲は拡大する傾向」[215]があると、よく言われる。人事訴訟制度を廃止し、その対象事件を家事審判制度に委ねるべしとする議論は、日本でも根強い[216]。確かに、離婚訴訟を提起した当事者が調停前置主義のためにまず家庭裁判所に調停申立てを行い、これが不成立になると改めて地方裁判所に訴訟を提起する仕組み[217]は、「訴訟は調停経過とは全く無関係に行われることの徒労感」[218]を与え、かつ、地方裁判所で家裁調査官の専門的知見が活用されない弊害があり[219]、そして何よりも紛争解決の一回性を損ない、法律に必ずしも明るくない一般市民に負担をかけていた[220]。また、離婚訴訟において、対立構造より協働構造が解決に資するとの指摘もある[221]。裁判所間の分担の整理、つまりは家庭裁判所の役割の拡大[222]、「家庭裁判所が、非訟、訴訟を問わず、専門的統一的な家事事件裁判所となる」[223]ことが求められており[224]、こういった議論の流れの中で、家庭裁判所が「らしさ」を失うのではないかとの懸念が示されながらも[225]、人事訴訟の家裁移管がなされたのである。そして、その際に、これを憲法問題だとする議論が巻き起こらなかったことは、ある特定の事件を専門的に扱う裁判所を設けても、最高裁や高裁への上訴の途があり、通常司法裁判所の系列に列せられれば、憲法違反ではないということで決着した[226]ことを示すものとも言

えた[227]。何より、訴訟と非訟の区別が相対的であるが故に家裁への移管が可能だったことが、確認されてよいであろう。

非訟事件は、就中（なかんづく）、憲法 82 条の裁判の公開原則との関係でよく論じられてきた。判例も、旧くは、憲法 32 条の「裁判」を 82 条の「裁判」よりも広義に捉え、82 条は全ての裁判の対審手続を定めているのではなく、非訟事件とするか、伝統的な対審・判決の訴訟手続によるかは政策的決定であって、抗告、再抗告、特別抗告の途もあるので合憲だと判示してきた[228]。最高裁は、罹災都市借地借家臨時処理法 15 条に基づく借地権設定に関する審理が非公開を原則としていても、憲法 82 条に反するものではないという判断[229]や、訴訟救助却下決定に対する抗告却下決定も対審を必要としないとの判断[230]を行った。また、最高裁には、裁判手続に関する憲法の保障を憲法 82 条の公開に限定し、これ以外の憲法原則は及ぼそうとしない傾向が顕著であった[231]。同居請求権や婚姻費用分担請求権を巡る争いについて、訴訟事件の側面を有すると考えるべきか、非訟事件と解するべきかについても意見が割れていた[232]が、親権者のいない未成年者に後見人を選任するような古典的非訟事件は、行政的なものとされた[233]。そして、それ以外の裁判上の手続保障を非訟事件にも及ぼそうという発想もなかった[234]。

しかし、最高裁も、1960 年の強制調停違憲訴訟において立場を変え、「性質上純然たる訴訟事件につき、当事者の意思いかんに拘わらず終局的に、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定するような裁判が、憲法所定の例外の場合を除き、公開の法廷における対審及び判決によつてなされないとするならば、それは憲法 82 条に違反すると共に、同 32 条が基本的人権として裁判請求権を認めた趣旨をも没却するもの」だとして、強制調停について違憲としながら、他方で、権利義務の具体的内容の形成を行う非訟事件であればその手続に従えばよく、憲法 82 条の裁判の公開の要請に応じる必要はないとしたのであった[235]。ここでは、憲法 32 条の「裁判」と 82 条のそれは同義に捉えられた[236]。また、非訟手続において権利義務の存否自体を前提問題として判

断しても、既判力は生ぜず、民事訴訟の途を閉ざすものではないので違憲ではない、と判断された[237]。破産宣告決定は純然たる訴訟事件についての裁判ではないので、口頭弁論を必要としないとする判断もある[238]。親権者の変更の審判も非訟事件の裁判であり、公開は要求されないとした[239]。過料の裁判も非公開でよいとするのが判例である[240]し、再審を開始するか否かを定める手続も、憲法 82 条にいう「裁判の対審及び判決」には含まれないとされた[241]。

このほか、家事審判法 9 条 1 項乙類 9 号は推定相続人の排除を定めているが、純粋な訴訟事件ではなく[242]、同項乙類 9 号の 2 所定の寄与分を定める処分に係る審判も本質的に非訟事件であり、何れも公開は要求されないと判断した例[243]、同条 2 項乙類 9 号の推定相続人廃除請求の手続も非訟事件であり、家事審判法により審判されるものであって、公開の必要はないとした例[244]、「みなし相続財産」に関する審理手続も、非訟事件の遺産分割手続の一部を構成するに過ぎず、公開法廷は要求されないとした例[245]などもある[246]。

憲法判例としても有名な寺西判事補事件[247]も、裁判官に懲戒を課する作用は固有の意味における司法権の作用ではなく、純然たる訴訟事件についての裁判ではなく、公開は不要だとする判断がなされた事件である。しかしこの中で、尾崎行信裁判官が反対意見を述べ、非訟「事件の中にも、その性質や内容に応じて、今日では、手続的保障を加味し公開・対審の原則の適用を考慮すべき場合がある」として、非訟か訴訟かの立法の区分が全てではないことを指摘したことは、注目できよう。同反対意見が示唆するように、このような不利益処分については司法救済の途が開かれなければ、同事件は「司法」が終局的な判断を下すことができず、実際の最終判断が、特にプライバシーや公序良俗の問題がないにも拘らず、非公開審理であった点に問題を残した。そう考えると、非訟事件について、その区分を、憲法の手の届かない法令の区分、立法裁量に委ね、立法府が当該事件の対審構造を破壊すれ公開の必要がないと説明する[248]ことはあまり適切ではなく、非訟事件は「行政」であるから、「裁判」や「司法」に関する憲法原則を被せて考える必要はないという旧い説明はやめるべきであ

ろう。もし、非訟事件が「行政」であると言うのならば、その決定自体を「司法」、つまりは訴訟事件で争えることが担保されねばならないが、人事訴訟法等にはそのような発想がないのである。

現実問題として、件数も多い離婚事案[249]を例にすれば、原因たる事実は異常な性生活の強要や幼児虐待など、プライバシーに深く関わるものであり、その主張をすれば勝訴できる場合であっても、裁判の公開は憲法による制度的な保障であり、当事者の合意で非公開にできるものでもないので、公開の法廷での主張を躊躇することがしばしばで、結局、泣き寝入りをするか、家事調停で不本意な調停案を飲まざるを得ないことも多い[250]。「自己の家庭に関する事柄」である「人事訴訟の領域では、人が合理的に行動するとは限らない」、「冷静さを欠」く行動に出る危険性もある[251]とも言われる。こういったことをどのように考えるか、である。しかし、安易な非公開を導けば、行政訴訟などの他分野の訴訟にも波及するという虞れからの反対意見も強い[252]。人事訴訟法に関して、「実務の適切な運用が期待される」[253]などの注釈が付くのは、このためである。こういった議論も踏まえて、人事訴訟法22条は、「当事者本人若しくは法定代理人（以下この項及び次項において「当事者等」という。）又は証人が当該人事訴訟の目的である身分関係の形成又は存否の確認の基礎となる事項であって自己の私生活上の重大な秘密に係るものについて尋問を受ける場合においては、裁判所は、裁判官の全員一致により、その当事者等又は証人が公開の法廷で当該事項について陳述をすることにより社会生活を営むのに著しい支障を生ずることが明らかであることから当該事項について十分な陳述をすることができず、かつ、当該陳述を欠くことにより他の証拠のみによっては当該身分関係の形成又は存否の確認のための適正な裁判をすることができないと認めるときは、決定で、当該事項の尋問を公開しないで行うことができる」など、極めて厳重な要件の下で公開停止を認めたのであった。

学説でも、訴訟事件については対審公開の手続によらねば違憲、非訟事件については対審公開の手続によらなくとも違憲とならないとする考え方も根強

かった[254]が、実際には訴訟事件であっても、上述のように非公開を定めている。憲法学者が、この分野の法改正に対する不知を拭って、旧来の学説を鸚鵡返しするのは疑問である[255]。家庭裁判所による不服申立てのみに救済方法を限定し、行政事件訴訟法上の抗告訴訟を認めない運用をなし、公開・対審・判決の構造をとらない非訟事件の救済しか認めていない運用が憲法 32 条の「裁判を受ける権利」の侵害ではないかとの指摘がある[256]。

しかし、新しい人事訴訟法の下では、家事審判事項についても人事訴訟手続で審理されるとする人訴説が有力である[257]。その手続が対審構造を必要とするかという点も重要である。学界では、民事訴訟制度の公開主義・双方尋問主義・直接主義・口頭主義・弁論主義・自由心証主義などに基づく判決請求権こそが憲法 32 条にいう「裁判を受ける権利」ではないか、との批判があった[258]ほか、立法による訴訟事件の非訟化によって、裁判公開などの要請が排除されてしまうことの問題点も指摘されていた[259]。法律上の訴訟の分類により、憲法上の要請が減殺されるということは、法律による隠れた憲法改正であり、大いに疑問である。訴訟事件が弁論主義を必要としている理由とされる、訴訟内容の自主的形成（裁判所の中立・当事者の自己責任確立）機能、真実発見機能、不意打ち防止・手続保障機能、公正な裁判所への信頼確保の機能などは、弁論主義を採用しない家事審判の下でも、基本的には必要とされるとの批判もあった[260]。実際、権利内容の具体的形成を目的とする非訟事件でも、共有物分割訴訟などでは訴訟手続によって判断されており、逆に、訴訟事件であっても、権利の性質上対審・公開の手続に親しまないものについては、そうしない判断もなされている[261]。同居請求権や婚姻費用分担請求権などの事案は、その権利の性質上、裁判の対審・公開に馴染まず、非公開が憲法上も許されるという立場も存在した[262]。今でも、公開対審は、裁判の公開を担保する最も本質的な要素であろう[263]。立法による非訟化などにより、このような保障を軽々しく奪うことは許されまい[264]。救済ルートが家庭裁判所に限定され、「法律上の争訟」に当たる、確認的・判断的性質の作用を有する処分性のある事案が非訟事

件となっているという指摘もある[265]。確かに、「訴訟」ではない、「必ずしも法律にこだわらず条理にかない、紛争の実情にあった円満な解決をねらう」[266]性質の「調停」については非公開でも許されるとする下級審判決[267]もあるが、拘束力がなく、これに従うかどうかが当事者に委ねられているものと、「審判」との間には一線があろう。結局、非訟事件に対する憲法上の保障はほぼ皆無になってしまっている[268]。そうであれば、そして、民事訴訟法学の動向と併せて考えれば、次々と民事訴訟の非訟化が進められれば、憲法の素直な解釈から予定されるような裁判上の保障が大きく崩れても、憲法違反とはならないという事態を招きかねないのである[269]。

非訟と訴訟が憲法上区別不能であり、その憲法的保障が普(あまね)く十全になされるべきことからすれば、非訟事件は「司法」ではないが、「『司法権』の担い手たる裁判所が行うものである以上、司法作用と親和性を有するような形と実を備えたものでなければならない」[270]であるとか、と「訴訟ではな」いが、「非訟事件のなかには訴訟に近い性質を有するものも少なくない」ので、「できるだけ裁判上の手続の原則が適用されることが憲法上の要請」である[271]いうところからも踏み込んで、当事者が事実の法的解決を求めている点で、憲法上の語ではこれも「司法」であると考え、当該事件の性質に応じ、憲法上許容される憲法原則の制約が許容される場合があるとするべきではなかろうか。状況証拠的な付言をすれば、日本国憲法は憲法24条で家族生活における男女平等や個人の尊厳を謳っており、その解決も、合理性の基準をベースとする財産関係の司法的処理と同程度超の憲法の関心事でもあるまいか。そもそも、当該事件の性質が憲法76条1項の「司法権」に含まれ、裁判所法3条の「法律上の争訟」に分類されるものでありながら、実定手続法が非訟事件と扱っているのであれば、憲法76条1項違反かもしれない[272]。下位法がどう整理したかを根拠に、憲法解釈が左右されることは許されまい。即ち、「訴訟にあらざる手続、すなわち、非訟手続は82条にいう公開の対象ではない」[273]もしくは、「私人間の権利義務に関する争いを終局的に確定することを目的と」しない「非訟事件

には、公開は必要ではない」[274] などという簡単な処理はできない。かつ、これらの説明は、何が非訟事件とするに相応しいかの説明がトートロジーとなっている[275] 点でも問題である。

加えて、憲法 82 条の裁判の公開の要請は、国民一般の情報受領権や、適正な裁判手続を衆人環視の下に行うため、一般公開、一般の傍聴を保障し、憲法がこれを具体的に保障するものである[276]。その意味で、非公開を広範に許容する立法や運用には慎重でなければならない。「石に泳ぐ魚」事件[277] などでも問題化した、表現の自由とプライバシーとの究極的衝突はここにも表れよう。公開か非公開かは、単なる立法政策の問題ではない。何れを選択すべきかは、憲法の要請である。原則として、裁判はおよそ公開であるが、裁判に関わる憲法の直截的命令が「公開」であることを排してでも、夫婦間の扶助義務に関する事件など、事件の性質により、非公開にせざるを得ない面がある場合[278] は、その限りにおいて審理は非公開とされ得る[279] もので、それが憲法の別の人権や原則からの要請であれば、そこまでの非公開は寧ろなされなければならないものであろう[280]。逆に、そうでなければ、立法により、訴訟事件だった事項を審判事件にしたり、管轄を地方裁判所から家庭裁判所にしたりすることにより、対審の保障や裁判の公開、通説的理解からすれば「裁判を受ける権利」の侵害だとして違憲ということにはなろう。そして、各事件で適切な公開・非公開、就中公開が定められていなければ、非訟・訴訟という法令上の分類に拘らず、憲法違反であろう。その先、「家事調停」は「人間関係調整機能」を有する[281] 一方、「家庭裁判所における司法的手続によって紛争を解決する制度であり、」[282]「調停も広義の司法の概念に含まれる」との指摘[283] もあって、調停の対象となる事案では、審問請求権や証拠申出権などの弁論権、立会権、記録閲覧権などの当事者主義的構成であるべきではないのか[284]、非訟手続である審判により取扱う旨の家事審判法の規定及びそれに基づく審判が憲法 32 条や 82 条に反しないか、という議論もある[285]。

このような主張には、「審判」は、憲法上の固有の意味での「司法」や「裁判」

ではないとする反論[286]もなされよう。「裁判を受ける権利」の主たる研究者である片山智彦も、「憲法32条が、法律上非訟事件とされるすべての事件について裁判を受ける権利を保障していると解することはできないであろう。この点では、訴訟事件の非訟化に関しても、『固有の司法権の主たる作用』を法律上の実体的権利義務の確定とみて、これが憲法32条にいう裁判であるとする最高裁の見解が、むしろ、首尾一貫している」[287]と述べている。だが、この立場では、立法による「非訟」か「訴訟」かの決定を安易に追認する結果になり、憲法の保障の意味（特に、片山が強調する、憲法32条に含まれるという、民事紛争を裁判所に訴え、適正な手続の下で判断される権利の実）が極めて希薄になること、非訟事件とされているものが、権利義務の確定を求めるものであり、法律上の区分や民事訴訟法学の整理に従い、安易に憲法（上位法）上の「司法」や「裁判」の範疇を動かすべきものでないこと、そして、憲法上の「固有の司法権の主たる作用」が、判例の蓄積を待たねば確定できないことなどから、疑問である。

片山は、更に、「憲法32条にいう裁判の対象は『事件・争訟』であり、同条は、この『事件・争訟』について、適正な手続による裁判を受ける権利を保障している。非訟事件のうち『事件・争訟』に該当しない事件に関する手続保障は、基本的には、憲法32条ではなく、憲法13条や31条などの問題と考えるべき」[288]だとしているが、裁判所がその審理を行う以上、裁判所が行うに相応しい手続がなされるべきであり[289]、行政手続もしくは手続一般の保障にまで憲法が保障するその手続の水準を落とす[290]ことには賛成できない。そもそも、非訟事件は純粋な「行政」ではなく、裁判所が行う終局的な解決である。憲法76条の「司法」及び「裁判」であることが担保できる手続でなければなるまい[291]。婚姻費用の分担に関する抗告審決定について、相手方から抗告状と抗告理由書の副本が送達されていないので、反論の機会を与えられないまま不利益な判断がなされたのだとして特別抗告がなされた事件の2008年決定[292]で、最高裁は、「本質的に非訟事件である」として憲法32条違反の主張を認めなかった。審尋請求権などの手続保障はおよそ裁判所でなされる「裁判」には及

ぶと解されるべきところ、非訟事件の手続保障を一般手続保障レベルに下げれば、いかに問題ある結論が導かれるかの例をこの決定はよく示している。

また、非訟事件について、被治者たる国民の自由・利益に対する侵害的権力行為の側面を有する[293]のであり、非訟事件は「司法」ではないので適正手続、公開原則その他の憲法上の原則が及ばないとの主張にも疑問がある。非訟事件については、「裁判所は司法権のみを行使すること、換言すれば、裁判所が本来的司法権ならざる権能を行使してはならないこと、を直ちには意味しない。本来的司法権を核として、その周りには法政策的に決定されるべき領域が存在している。非訟事件の裁判権はその典型」[294]などの説明がなされてきた。これは、非訟事件を「司法」ではないとするものであるが、非訟化を「裁判を受ける権利の空洞化」と表現する[295]かどうかは兎も角、「非訟事件を裁判から除外し『裁判』としての内実の保障の範囲外に置くこと」はやはり疑問である[296]。「訴訟手続か非訟手続かという二分思考に固執せず、事件の類型や性質・内容に即した適正な審理方法の可能性が探求されるべき」[297]であり、憲法 82 条に「対審」や「判決」という語があることを根拠にしながら、下位法である法律が別の語を指定したという理由で、非訟事件を公開対象から自動的に除くというのは、本末転倒である[298]。非訟事件といえども、憲法 32 条の「裁判」に含まれ、「裁判」としての内実の保障を範囲外に置いてはならない[299]、或いは 82 条の原則を指導原理として各事件の性質・内容に相応した手続が保障されるなどと言われるようになり[300]、そして、このような範囲で修正された手続による裁判を憲法 32 条は保障しているとする説[301]も唱えられるに至っている。もしそうであれば、非訟事件でも決定は公開、決定という形式のままでも、少なくとも公示する必要があり、それまでの審理も原則は公開であるが、事件の性質上[302]、非公開が憲法上許容される事案が多いか、そのように類型化されているだけだと解すべきであろう[303]。そして、「政治犯罪、出版に関する犯罪」に関するような事件では、非訟事件や略式裁判、少年審判などと類型化されることがあっても、文字通り「常に」公開されなければ違憲である。

要は、現在ある非訟事件も、当事者の訴えにより、裁判所が法を適用し、権利義務関係を終局的に確定しているものに変わりがないということではなかろうか。前述（本誌22巻3号掲載）のように、「司法」についての、「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用」（清宮四郎）、「法を適用し、宣言することによって、これを解決する国家作用」（佐藤幸治）などの定義に照らせば、「審判」も、具体的な事件があり、訴えの利益ある当事者の訴えがあり、法を適用して、それを国家機関として終局的に解決するものであるから、「司法」の作用に含まれる筈である。この点、最高裁自身も、「この決定（「審判」と言います。）に不服があるときは、2週間以内に不服の申立てをすることにより、高等裁判所に再審理をしてもらうこともでき」るが、「不服の申立てをしないで2週間が過ぎた場合や高等裁判所で不服申立てが認められなかった場合には審判は確定」し、なおかつ、「審判が確定した場合には、」「義務がある人がこれに応じない場合は、地方裁判所で強制執行の手続をとることもできます」と公示しており[304]（強調は筆者）、終局性を有し、一般的な憲法上の「司法」や「裁判」の要件を満たすと公言しているものに思えてならない[305]。乙類審判手続は、当事者の合意によって始まるので「司法」や「裁判」ではないとの反論も予想できるが、当事者の同意により始まる少額訴訟も、被告の同意により始まる刑事の略式手続も、「司法」や「裁判」であることを思えば、この種の審判は、「広義において実質上の司法の範囲」[306]であるに留まらず、「司法」や「裁判」ではない理由にはならない。家事審判での非公開が「法律上の要請であって、憲法上の要請ではない」[307]のだとすれば、憲法に立ち返って考え直すべきである。仮に審判は「行政」である[308]と、旧来の説を主張し直すとすれば、審判は終局性がなく、審判そのものを裁判所の「司法」作用として争えるもの（最低でも、高裁への抗告は新たな提訴と見做し、原則公開の裁判が始まると解する）とされていなければならず、家庭裁判所の存在意義を没却しており[309]、訴訟経済的にも無駄が多い[310]ばかりか、現行制度は憲法違反とならざるを得ない。2つ以上の解釈が成立する際には合憲的解釈を採用

すべきだとする合憲限定解釈に関する法理[311]からしても、審判は「司法」とし、許容できる限り、合憲的理由をもって通常の裁判とは異なる手法が採られている部分があると解するべきであろう[312]。だとすれば、そこには憲法の求める水準が保障されるべきであり、審判であっても、決定は何らかの意味での「公開」がやはり最低限求められるのではなかろうか。憲法上疑義のある不備があれば、法令は改められるべきである。

この点、裁判の公開原則が、刑事手続について慎重な保障を要求した、憲法 31 条以下に位置するものではなく、「司法」の章に属することは注目できる。即ち、この原則は、刑事事件は勿論、民事・行政事件においても貫かれるべきものであり、その例外は、他の人権及び憲法原則との均衡により慎重に検討されるべきものである。ここに、非公開を要請するプライバシー権からの要請との均衡があると思われる[313]。この意味で、民事・行政裁判においては、「性質上訴訟事件には原則として公開・対審・判決をセットで要請するが例外もありうるとする解釈」[314]が適切のように思われる。審問請求権は憲法 31 条や 32 条から演繹的に導き出すのが一般的である[315]が、民事裁判については 76 条をまず根拠とし、相手当事者の不利益な供述に対する審問権は、刑事手続保障の条項から準用されると解されるべきである[316]。審問請求権の不備は、憲法のみならず、国際人権規約Ｂ規約 14 条 1 項の「公正な公開審理を受ける権利」を満たさぬ疑いがあるとの指摘[317]もある。その上で、憲法の目から見た非訟と訴訟の区別がアプリオリにあるわけではないのだとすれば、「非訟事件においても、」「緊張関係が存すること、そしてそれ故に、審問請求権法理が要請されることも見逃してはならない」[318]。実際、遺産分割事件などの乙種審判事件などで、関係人の第一次的な協力義務を認める当事者主義的運用が積極的に採用されていた[319]。特に相手方のある非訟事件や家事審判事件では、攻撃防御を尽くさせるべきであるとして、2010 年の「非訟事件手続法及び家事審判法の見直しに関する中間試案」が見直しを求めた[320]。そして、2011 年公布の家事事件手続法も、「その立案審議において、旧法である家事審判法に整備さ

れていなかった当事者権及び手続保障に関する規律を整備することを、重要なテーマの一つとして掲げた」[321] のであった。こうした背景には、単なる実際上の不都合ばかりか、憲法の要請があることを忘れるべきではない。

なお、民事訴訟法 134 条の証書真否確認の訴え、会社法 830 条 2 項の株主総会決議の無効確認の訴え[322] のような、単なる事実や過去の法律関係の確認を求める裁判もある。また、60 万円以下の金銭の支払いを求める少額訴訟では、両当事者が裁判官と共にラウンドテーブルに座り、証拠書類や証人を審理の日にその場ですぐに調べ、原則として 1 回の審理で紛争解決を図る。判決に不服があっても、異議申立てまでで、控訴はできない。対審構造は形から崩れており、上訴可能性がない点で憲法上の疑義もある[323] が、民事紛争では、刑事事件とは異なり、私的自治が貫徹され、両当事者が和解してもよい[324] 以上、これと典型的な判決との中間形態が立法されても、違憲であるとまでは言い難かろう。他方、家庭裁判所は、窓口業務の延長として家事相談を行っている[325]。これは「司法」権として許されざる「勧告的意見」に類するものである[326] 印象もあろうが、寧ろこのようなものこそ、「司法権」に法政策的に付与した、「司法」ではない権限の外縁と理解できなくもない[327]。民事関係における紛争処理は必ずしも司法に限られないが、裁判所に委ねられる以上、76 条以下の「司法」や「裁判」の要請からそれに相応しい、公開などの適正な手続が求められるが、ある程度の柔軟性がある点で、憲法 31 条以下の刑事手続における適正の要求水準とは異なるものと思われる。

3 略式起訴・少年審判論

刑事訴訟法は、「一定金額以下の罰金又は科料に処せられることには異議のない被告人にとって、公開の法廷への出頭などの負担がなく、刑事司法を担当する検察庁や裁判所の人的・物的負担の軽減にもな」り[328]、「他方で真に慎重を要する事件に十分の時間をかけられないおそれ等も生じ、司法エネルギー

の適正配分という司法政策上の観点からも決して妥当でない」[329] ことから、「手続の迅速処理を目指したもの」[330] として、461 条から 470 条で略式起訴手続を定める。このような制度は、戦前、1913 年の刑事略式手続法で創設され [331]、1924 年施行の旧刑事訴訟法の中に収められたものが起源である [332]。しかし、第二次世界大戦中、略式手続の対象が自由刑まで広がってしまったことは、禍根を残した。このため、戦後の刑事訴訟法は、略式手続での科刑範囲を再び少額の罰金刑と科料に限り、自由刑を排除した [333]。刑事裁判については、憲法 31 条以下や憲法 76 条の要請は刑事裁判の適正さ、適切な対審構造を強く求めるものとの趣旨であり、また、82 条の公開裁判の要請からして問題ないか。迅速な裁判は被告人の利益でもあるとして、本制度を容易に認める見解 [334] もあるが、それが軽微な刑罰であるとしても、略式の手続による刑事処罰が憲法上許されるのかについては、なお検討に値するものであろう。

刑事訴訟法 461 条は、「簡易裁判所は、検察官の請求により、その管轄に属する事件について、公判前、略式命令で、100 万円以下の罰金又は科料を科することができる。この場合には、刑の執行猶予をし、没収を科し、その他付随の処分をすることができる」と定め、470 条により、それは「確定判決と同一の効力」を有するとされる。但し、1953 年に挿入された 461 条の 2 は、「検察官は、略式命令の請求に際し、被疑者に対し、あらかじめ、略式手続を理解させるために必要な事項を説明し、通常の規定に従い審判を受けることができる旨を告げた上、略式手続によることについて異議がないかどうかを確め」、「被疑者は、」これに「異議がないときは、書面でその旨を明らかにしなければならない」[335] と定め、465 条は、「略式命令を受けた者又は検察官は、その告知を受けた日から 14 日以内に正式裁判の請求をすることができる」としており、あえての略式起訴が被告人本人の意思によるものであることを強調している。現在では、全刑事事件の 9 割程度がこの手続で処理され、その大半は道路交通法違反、業務上過失致死傷である。口頭主義に基づく交通事件即決裁判手続法（1954 年公布）が全く利用されなくなった [336] 反面、略式手続はこれらの事案に

多用され、交通裁判の感が強くしているものである[337]。

略式手続は、「非公開の書面審理であ」り[338]、「直接審理主義、公開主義、口頭主義によらない手続であ」る[339]が、刑事訴訟法学説は、「①被告人に異議がない場合に限られるだけではく、②裁判所は不相当であると判断したときは通常の手続で審判することを要し、③被告人には略式命令が出たのちも正式裁判の請求権が与えられていること等に照らせば、憲法37条違反とまではいえず、合憲性は肯定されてよい」[340]などとしており、「裁判の能率的処理のメリット」や「簡易迅速な手続きによって被告人の受ける利益」[341]からもこれは補強されている。また、「『裁判の対審』ではないから対審の公開に関する憲法82条の問題は生じない」[342]し、「『判決』を言い渡す手続でもない」からでもある[343]とする見解もある。こういった合憲的説明は、1947年の、「常に正式裁判を請求しうる」点を軸にした、弁護士でもある片山哲首相の答弁から始まる。それは、「捜査官憲の取調を受けた者で、略式命令による裁判を希望する者が極めて多いことにも特に考慮を払う必要がある」、「統計的にいえば、略式命令によって確定する事件は、全刑事事件の7割に達する」中、「軽微な争なき事件については、比較的簡易な手続による裁判を行い、真に争のある事件及び体刑を以て臨むがごとき比較的重要な事件については、慎重な裁判を行うことこそ、実質的に国民の権利を尊重し、これを保障する最も妥当な途である」などとするものであった[344]。

最高裁も、略式命令請求の書面に「待命」と記入されている略式命令に関する事件で、「請求があつた場合において裁判所がその事件につき略式命令をなすことを得ず、又はこれをなすことを相当でないと思料するときは通常の規定に従い審判すべきものであり、その然らざるときに限り公判を開くことなく略式命令をなしその裁判書の謄本を送達するのであつて、」「被告人が略式命令を受けたときは謄本の送達があつた日から7日内に正式裁判の請求をして通常の規定に従い審判を求めることができ、この場合においては裁判所は略式命令に拘束されるものではなく、又正式裁判の請求により判決をしたときは略式命令

はその効力を失うものである。それ故略式命令手続は罰金又は科料のごとき財産刑に限りこれを科する公判前の簡易訴訟手続であつて、生命又は自由に対する刑罰を科する場合の手続ではな」く、「右のごとき財産刑を科する公判前の手続についても被告人をして公判に出頭する労力、費用を省き且つ世間に対する被告人のおもわくをも考慮して特別手続を定めても、通常の公判手続に比し訴訟法上必ずしも被告人の利益を害する不当のものと云うことはできない。しかのみならず略式命令の請求は前述のごとく裁判所を拘束するものではなく、又その命令は被告人の迅速な公開裁判を求める権利を何等阻止するものでもないから、毫も憲法に違反するものではない」などと判示したのであった[345]。

そして、刑訴法 461 条の 2 が挿入された後の事件でも、この判決を引用する形で、一般的に略式手続は、「被告人が迅速な公開裁判を受ける権利を行使しようと思えば略式命令の告知があつたときから直ちに正式裁判の請求をすれば事足りるのであり、むろん資格を有する弁護人を依頼しようと思えば何時でも附することを妨ぐるものではない」などのため、「対審判決の公開に関する憲法 82 条の適用を受けるものではなく、また、同法 37 条所定の被告人の迅速な公開裁判を受ける権利、証人を求め若しくは訊問する権利又は弁護人を依頼する権利等を害するものでもなく、また、もとより被告人の自白に関する同法 38 条 3 項に触れるものでもな」く、「罰金又は科料のごとき財産刑に限りこれを科する公判前の命令手続として被告人に対しかかる利益考慮の余地を与えると共に前示のごとき憲法上の権利の行使をも妨げない簡易手続を規定したからといつて毫も憲法に違反するものではない」[346)] とされた。他方、1953 年刑事訴訟法改正で導入された同法 291 条の 2 は、1 年の懲役・禁固より軽い刑について、被告人が冒頭手続で、起訴状に記載した訴因について有罪である旨の陳述をしたときには、簡易公判手続によって審判する旨の決定ができるとした。伝聞証拠排除の法則由来の英米の「有罪の答弁」に示唆を得て創設された制度だとされ[347]、判例も、「簡易公判手続は、所論比較的軽微な事件について被告人が有罪である旨陳述したときのみに限り訴訟の合理的運営を図る目的をもつ

て（伝聞の証拠書類に対し証拠とすることに異議を述べたときにはこれを証拠とすることができないとする）合理的な法律上認められた訴訟手続に過ぎない」として、これを違憲とはしていない[348]。

そもそも何故、被告人が同意すれば非公開の法廷での刑事裁判の判決が許されるのか。1947年、衆議院議員の林百郎は、片山哲首相に「略式命令の違憲性に関する質問」を送り、「戦時中」のそれ「は体刑をも科して」おり、「純然たる書面審理で在り」、「民は依らしむべく知らしむべからずの裁判」であったが、「今日なお全国多数の簡易裁判所において、依然としてこの暗黒裁判が行われている」などと批判し、前述の片山の答弁を引き出した[349]。大野実雄は、「すべての刑事事件において被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する」[350]ことを楯に、「自らの手で民主主義を獲得した英米及び仏蘭西」と異なり、「封建社会の残滓の温存された独逸と日本のみが、この制度を民主革命の嵐から護りつづけ」ていると強く非難した[351]。1913年の刑事略式手続法は、1852年のドイツ法系、プロイセン刑事訴訟法の「制度をそのまま白地継受したもの」であり、「いかなる文明国にも、かかる立法例が存しなかつた」ものであると述べる[352]。その際にも、衆議院で、野村嘉六議員より、このような制度は違警罪即決例と同じだとする批判がなされていた[353]。そして、日本国憲法下でも、「戦争の結果たる行政整理と司法部の従属性によつて無理矢理に過少人員に減らされた裁判所が、永年の惰性により、今や立法當時の事情を全く忘れ果てているのに乗じ、法務廳をして、逆に、この制度なかりせば到底努濤のごとき犯罪を制壓することを得ず、全事件の70パーセントをこれによつて處理するという好成績をおさめていると誇示せしめる悪循還を來さしめている」[354]とし、このことは、被疑者が「裁判所へ出頭する前、どれ位警察や検事局へ足を運ばされるか」と比べ、「一度や二度、裁判所へ出頭する『努力』や費用を考慮」しても意味がなく[355]、そもそも憲法上の「基本人權は一片の訴訟行為によつて、簡単に取得されたり、手放されたりするものでない」[356]、などとして、略式手続には根本的誤りがあると主張した。結局、

現行刑事訴訟法の略式手続は「憲法にいう迅速な『裁判』ではない」[357] ものであって、「母法」「に内在する矛盾をそのまま、無批判に継受したものであって、」これが「給付的裁判として許されるとしたなら、死刑は国家に對して被告人の生命を、體刑はその労働を、夫々給付せしめる裁判となり、全刑罰に付て、略式命令が理論的可能性を持つに至る」と警告し[358]、財産刑であっても前科であるのに、被告人の無知につけ込む制度であると非難したのである[359]。

しかし、英米でも、軽微な事件について、法曹資格を有さない治安判事に処理を委ねる制度があり、軽微な事件に簡易な手続を規定することが文明国の水準に達しないとは言い難い。全ての処分を最厳格な手続で行え、というのは非現実的である。だが、まず、略式手続でよいという被告人本人の意思が適切に確認されているのか、という疑問はある。正式裁判の請求期間が 7 日では短いとの疑念は当初からあり、それもあって、1953 年の刑訴法改正により、それは 14 日に改められたのであった。また、手続が正式手続より簡易であるのは許容できるとしても、あまりに簡易であることは、それが「刑罰」である以上、許容限度を超えてないか、との疑問もある。陳述聴取制度を略式手続に織り込むことはできないかとの主張もある[360]。加えて、略式手続がなされる範囲が、本当に軽微なものに限られているかは微妙である。「略式命令における罰金額が無制限であってはならないという考え方は」終戦直後から「すでに支配的」であった[361] のであるところ、現在の罰金 100 万円という上限額は、貧困な被告人によっては支払いが難しく、自由刑で代替されることもあり得る額であることを考えると、この最高額の設定が妥当であるかはやや疑問である。

他方、モータリゼーションが進展すると、道路交通法違反者が増加し、年約 400 万人を「被告人」として「刑」を科すことに疑問が生まれることになった。刑罰法規の謙抑性の見地からすれば、「一億総前科」にすることは避け、特に「刑罰」とせずとも正義が実現できることが望ましい。それは、略式手続により「刑罰」を科すことではなく、それ以外の懲戒を加えれば十分であれば、そうすべきものであろう。こういった考えから、1967 年に交通反則金

制度が発足した[362]という面もある。1969年には道路交通法違反者は144万人に減少した[363]。果たして、略式手続のうち軽微な罰金・科料は、このような手段による代替はできないか。その種の行政、もしくは裁判所による「準司法手続」による懲戒的処分に納得がいかないという場合に、正式な裁判で争うということも、選択できるように思われる。このように考えると、現行の略式手続そのものは違憲ではないとしても、まず、略式手続について被告人に十分説明し、これによらない正式裁判を求める余地は十分に付与されねばならないであろうし、高額な罰金刑については通常の手続とし、ごく低額のものについては「刑罰」とはならない処分とするのが憲法の要請にも思え[364]、その範囲については検討を要するように思われる。

このほか、刑事法分野に関するものとしては、少年法22条2項が少年事件[365]の審判手続について、「これを公開しない」としていることにも留意が必要である。少年事件については、1900年の感化法以来、成人処遇との区別がなされ、1922年に少年審判所の管轄となり、1948年から家庭裁判所のそれとなったものである。そして、近時は適正手続の要請からの改善がなされる一方、2000年と2014年の少年法改正などにより厳罰化傾向が見られる[366]。少年審判は、職権主義の下、「審判廷における裁判官と少年の位置には段差はなく、審判の進め方については、」少年法22条1項の概括的定め「以外には」「細かく少年法で定められていない」のであって、「言い換えれば、少年の保護に向けて裁判官が1人1人の少年に合わせた審判を行うことができる」ものである[367]。そして、「少年が話をしやすい雰囲気を実現する」ため、「非公開であること（少年法22条2項）も重要な役割を果たす」のだとされる[368]。そもそも保護処分は「特性において欠陥のある少年を、国家の」「福祉的、後見的な特別な力によって、その欠陥を除去し、精神的に健全な聖人になれるためのサーヴィスを与えてやるもの」[369]などとされ、公開は、少年・保護者等のプライバシーへの配慮、可塑性に富んだ少年の情操の保護や健全育成上必ずしも好ましくなく、非公開の方が「懇切を旨として、和やかに」行なわれるべき審判手

続に相応しいものであり、訴訟事件ではないから「裁判の対審」でもないので、憲法や 37 条 1 項や 82 条の問題は生じないなどとされている[370]。審判不開始の決定について、一事不再理の効力を認められないとの見解[371]もある。この点、国際人権規約 B 規約 14 条 5 項が「少年の場合には、手続は、その年齢及びその更生の促進が望ましいことを考慮したものとする」と謳っているのを配慮したものかは不明であるが、刑事法学界は寧ろ、少年を被告とする刑事裁判を「非公開にすることは、憲法に抵触しかねず難しい」[372]としている。

ここには、略式手続と同様の問題があろう。しかも、少年保護事件の審判手続が、「性質上は一種の行政手続」であるからだとの説明[373]があるが、当事者にとっては、事実上、犯罪を犯した少年、非行少年との烙印を捺されるのであるから、憲法上は、行政手続一般の適正で十分とする説明では適切ではないように思われる。裁判所でなされる以上、「司法」に相応しい手続でなければならず、憲法 76 条の「司法」の例外などと決して整理すべきではない。言わば準刑事的手続である以上、憲法 31 条の趣旨から、その手続は厳密でなければなるまい[374]。特に、流山事件最高裁決定[375]が、非行事実認定に関する証拠調べの範囲、限度、方法の決定が家裁の自由裁量というわけではないと述べた点は注目できる。少年側に伝聞証拠の内容を争う機会を与え、証人を尋問する機会を与えるべきではないか[376]。そうであれば、少年審判でも、必要に応じて公開が望ましい事例、対審構造が憲法上も求められる事例も存在するように思われ、法改正を含め検討の余地があろう。

（続く）

157）山木戸克己『人事訴訟手続法・家事審判法』家事審判法部分 15 頁（有斐閣、1958）。

158）三ヶ月章「訴訟事件の非訟化とその限界」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座 7 巻』3 頁、16 頁（日本評論社、1969）。併せて、家事審判手続の歴史については、岡部喜代子「家事審判手続の歴史と将来」ケース研究 300 号 53 頁（2009）も参照。

159）ドイツ法を範とする方針であったが、ドイツのそれは審議段階であり、草案や法案を入手して作業を進めたらしい。このためか、総則規定ではドイツ法との対応関係が顕

著であるが、各則ではそれは薄い。三木浩一「非訟事件手続法・家事審判法改正の課題」ジュリスト 1407 号 8 頁、9 頁（2010）参照。

160）大村敦志『家族法』〔第 2 版〕283 頁（有斐閣、2002）。

161）同上 60 頁。

162）アメリカの家庭裁判所制度の影響を受けて、1927 年には家事審判法案が仮決定したが、未確定のまま戦後を迎えた。梶村太市＝徳田和幸編『家事事件手続法』〔第 2 版〕356-357 頁（有斐閣、2007）［大橋眞弓］。1936 年には、母性保護連盟を通じて、母子扶助法と共に家事調停法が第 69 帝国議会に提出された。しかし、次の第 70 帝国議会には提出できなかった。進藤久美子『市川房枝と「大東亜戦争」』144 頁（法政大学出版局、2014）。これが戦前の婦人参政権運動の、軍国主義時代からくる限界とも言えた。1939 年に人事調停法が制定されている。山木戸前掲註 157）書家事審判法部分 2 頁。

163）山木戸同上 6 頁など参照。

164）岡部前掲註 158）論文 60 頁。

165）ドイツでもそうであるらしい。カール・アウグスト・ベッテルマン（田中恒朗訳）「行政と司法の狭間における非訟裁判権」東海法学 12 号 190 頁（1994）。

166）佐々木前掲註 12）論文 20 頁。

167）美濃部前掲註 20）書 452 頁。

168）大野正男『社会のなかの裁判』27 頁（有斐閣、1998）。

169）ところで、調停には同席調停と別席調停がある。前者は、強者が弱者に圧力をかける、かえって関係が悪化するなどの問題があり、後者が「慣れ親しん」だものであった。しかし、後者にも「相手の悪いことを言いつけあう」欠陥があり、「当事者が主体となり納得の行く解決方法を見つけていく方法としては、不適格」であるため、「少しずつではあるが、」前者が「試みられるようになっ」ている。梶村太市「家事事件手続法の課題と展望」梶村太市＝棚村政行編『新家族法実務大系 5 ―調停・審判・訴訟』50 頁、54 頁（新日本法規、2008）。日本で調停が好まれる理由などにつき、田宮裕『日本の裁判』196 頁以下（弘文堂、1989）なども参照。

170）このことについて、笹田前掲註 16）書 249-250 頁は、三ヶ月章「決定手続と抗告手続の再編成」同『民事訴訟法研究第 8 巻』167-168 頁及び 193 頁（有斐閣、1981）を引用しつつ、独立的決定でありながら、「決定」という語が用いられるが故に、そして訴訟非訟二分論の下、非訟事件がそうであるが故に軽んじられている傾向を指摘している。

171）このため、阿部潤「新しい人事訴訟の実情」自由と正義 55 巻 8 号 26 頁、31 頁（2004）は、「手続が違法になったり、手続保障が損なわれたりすることがないように、より細かな神経を使う」のであって、「制度の趣旨を十分に理解しなければ適切な訴訟運営ができ

ない」と評する。

172）渋谷前掲註 12）論文 5 頁。

173）吉村徳重「訴訟事件と非訟事件」法学教室（別冊ジュリスト第 2 期）2 号 63 頁（1973）。

174）岡部前掲註 158）論文 63 頁。

175）三ヶ月前掲註 158）論文 3 頁。批判的紹介として、松井前掲註 127）書 131 頁以下も参照。

176）秋武憲一編『概説家事事件手続法』3 頁（青林書院、2012）［秋武］。

177）家事事件手続法は、家事審判法を廃して新たに制定されたもので、「家事審判法」では「調停」も含まない名称であるため、改められた。また、旧法では「家事審判官」という用語が用いられていたが、「裁判官」に改められた。松川正毅ほか編『新基本法コンメンタール人事訴訟法・家事事件手続法』114 頁（日本評論社、2013）［松川］。

178）佐上善和「家事紛争と家庭裁判所」岩波講座『現代の法 5―現代社会と司法システム』267 頁、292-293 頁（岩波書店、1997）は、加えて、家事審判法時代の家事審判についても、職権探知主義だからといって、当事者の主体性なくしては事実や証拠の提出、争点の具体化は困難だったと評している。

179）秋武編前掲註 176）書 33 頁［高橋信幸］。このような規定は、家事審判法にはなく、家事事件手続法で新たに設けたものである。松川ほか編前掲註 177）書 127 頁［三木浩一］。なお、家事調停については、調停機関の判断・評価を重視する調停裁判説と、当事者の合意形成の援助・促進を重視する調停合意説に大別すれば、徐々に前者から後者に流れていることは確かであり、権威的調停・高圧的調停は危惧されるところである。梶村前掲註 169）論文 51 頁。子の福祉に関する事案は、当事者主義的運用は控えねばなるまい。大橋眞弓「乙類審判の審理手続をめぐる諸問題」梶村＝棚村編前掲註 169）書 258 頁、268 頁。

180）松川ほか編前掲註 177）書 127 頁［三木浩一］。

181）三木浩一ほか『Legal Quest 民事訴訟法』213 頁（2013、有斐閣）［三木］。

182）秋武編前掲註 176）書 33 頁［高橋信幸］。

183）同上 35-36 頁［高橋信幸］、松川ほか編前掲註 177）書 128-129 頁［三木浩一］。

184）木佐茂男 ほ か『現代 の 司法』〔第 5 版〕111 頁以下（日本評論社、2009）［水谷規男］、梶村＝徳田編前掲註 162）書 26 頁［梶村］。このほか、山田文「ADR としての家事調停」梶村＝棚村編前掲註 169）書 75 頁以下も参照。

185）これに対して、甲類事項は、調停による処理に適しない事項、非紛争性のものと性格付けられる。平田厚「乙類審判事件に関する当事者主義的運用の意義と問題点」判例タイムズ 1237 号 5 頁（2007）、山木戸前掲註 157）書家事審判法部分 25 頁。

186）平城恭子「家事調停の対象」梶村＝棚村編前掲註 169）書 129 頁、134 頁。

187）梶村前掲註 169）論文 58 頁。同論文 58-59 頁は、これを行政機関に移管すべきであると述べる。

188）秋武編前掲註 176）書 91 頁［高橋信幸］。

189）大決大正 15 年 8 月 3 日新聞 2611 号 11 頁、大決昭和 2 年 10 月 12 日新聞 2773 号 13 頁、大決昭和 3 年 5 月 19 日新聞 2887 号 10 頁など。松川ほか編前掲註 177）書 177 頁［堤龍弥］。

190）詳細は、小野瀬厚ほか「人事訴訟法の概要」家庭裁判月報 56 巻 4 号 101 頁（2004）、片山登志子「新人事訴訟法の概要」自由と正義 55 巻 8 号 14 頁（2004）、高田昌宏「人事訴訟法施行と今後の理論的課題」ジュリスト 1301 号 2 頁（2005）、松村徹「家庭裁判所における人事訴訟事件の概況について」同 25 頁、秋武憲一「東京家庭裁判所における人事訴訟の運用状況―移管後、1 年経過を踏まえて」同 32 頁、南方暁「人事訴訟法と家事調停」新潟大法政理論 38 巻 2 号 186 頁（2005）など参照。その制定過程については、青山善充「人事訴訟法の制定過程を振り返って」家庭裁判月報 56 巻 4 号 53 頁（2004）、高橋宏志「人事訴訟法の制定において」同 75 頁など参照。また、「資料・東京家庭裁判所における人事訴訟時意見実務の運用について」ジュリスト 1301 号 39 頁（2005）も参照。ところで、同法は、実務家の研究業績は多いが、家族法学でも民事訴訟法学でも法社会学でも、そして当然のように憲法学・国法学・裁判法学でも主たる研究対象とされていない印象がある。エアポケットに落ちたように、隠れた問題点、学問的興味を引く論点が隠れているように思えてならない。このような改革は司法制度改革の流れの中でなされたものと言えよう。これについては、佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』282 頁以下（有斐閣、2002）も参照。

191）山木戸前掲註 157）書人事訴訟手続法部分 2 頁。

192）同上 2-3 頁。

193）中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義』〔第 2 版補訂 2 版〕33 頁（有斐閣、2008）［徳田和幸］。

194）同上 103 頁［本間靖規］。この点、成年被後見人は、本条項が民事訴訟法 31 条の適用を排除しているため、建前上はその残存能力をできる限り尊重して、訴訟能力を否定していないが、本人保護の観点から、人事訴訟法 1 条 2 項以下の定める訴訟代理人の選任が有力な方策と考えられる。松川ほか編前掲註 177）書 37-38 頁［高田昌宏］。

195）この際、遺産分割の審判は家庭裁判所、遺産範囲確認などの訴訟は地方裁判所という状態についても、後者を家裁に移管する議論もあったが、今回は人事訴訟とその関連訴訟に限定することになったようである。高橋前掲註 190）論文 78 頁参照。なお、訴

訟代理人の中には、夫婦間の貸金返還請求や不当利得返還請求も併せて行う者も少なくないという。秋武憲一「東京家庭裁判所における人事訴訟の運用状況」自由と正義 58 巻 2 号 59 頁、61 頁（2007）（なお、同一著者による、副題以外は同一名称の論文が前註 190）に存在するが、注意）。

196）その各国の実情については、野田愛子「家庭裁判所制度の世界的展開」梶村＝棚村編前掲註 169）書 3 頁など参照。

197）三ヶ月章「家庭裁判所への人事訴訟移管の司法政策的意義」家庭裁判月報 56 巻 4 号 5 頁、6 頁（2004）。ところで、美濃部前掲註 20）書 460 頁以下の「下級裁判所」の記述には「家庭裁判所」がない。美濃部にはこの制度は想定外だったのかもしれない。

198）芦部（高橋補訂）前掲註 93）書 337 頁が、禁じられる特別裁判所の「典型」として「戦前の軍法会議」を挙げている重みは理解すべきである。芦部前掲註 93）書 311 頁でも表現は同じである。

199）最大判昭和 31 年 5 月 30 日刑集 10 巻 5 号 756 頁。清宮前掲註 3）書 343-344 頁、毛利ほか前掲註 119）書 278 頁［松本哲治］など。

200）佐上前掲註 178）論文 268 頁。

201）坂梨喬「調停に代わる審判の問題点」梶村＝棚村編前掲註 169）書 229 頁。

202）阿部前掲註 171）論文 27 頁。秋武前掲註 190）論文 33 頁によれば、2005 年 9 月 30 日現在、裁判官 4 名、家庭裁判所調査官 5 名、書記官 8 名、事務官 2 名の構成である。

203）有名人や著名人、単に私生活を公開したくないというような事情は理由にならない。秋武憲一「人事訴訟の審理手続をめぐる諸問題」梶村＝棚村編前掲註 169）書 362 頁、371 頁。

204）佐藤前掲註 4）書 609 頁。

205）但し、不貞行為があったか、暴力があったかなどの離婚原因、有責配偶者からの離婚請求の際に、離婚を認めることで他方配偶者が過酷な状態に置かれないかというような過酷条項については、事実の調査の対象にはならない。これらは、訴訟事項として、厳格な証明、民事訴訟法に定められた証拠調べの結果に基づいて判断される。片山前掲註 190）論文 20 頁。

206）野田愛子「人事訴訟の家庭裁判所移管と家庭裁判所の独自性」家庭裁判月報 56 巻 4 号 36 頁（2004）は調査官をそう表現する。

207）高等裁判所でもこれは可能である（裁判所法 61 条の 2）。松川ほか編前掲註 177）書 91 頁［高見進］。

208）松村前掲註 190）論文 28 頁資料 3 によれば、人事訴訟開始後 1 年間の終局区分別件数

によれば、人事訴訟のうち「和解」で終わるものは32.0%を占め、「判決」に至った45.9%と比べても一定の割合である。「離婚」に限れば、「和解」は36.8%であり、「判決」の41.1%との差は縮まる。

209）大橋眞弓「運用から見た参与員制度と家事調停制度」ジュリスト1301号17頁、18頁（2005）はこれを特に指摘する。

210）竹下守夫「家庭裁判所と国民の司法参加」家庭裁判月報56巻4号13頁、29頁（2004）参照。

211）同上16-17頁参照。

212）同上23頁。

213）片山前掲註190）論文23頁。大阪家裁では、30代、40代からも選任されているという。同論文同頁。但し、こういった若い世代、特に男性の参与員の確保は難しいという。小野木等「大阪家庭裁判所での人事訴訟事件の審理状況について」自由と正義58巻2号54頁、57頁（2007）。また、東京家裁では2004年1月には、本庁分の参与員候補を112名選任した。阿部前掲註171）論文27頁。ただ、こういった肯定的な分析がある一方、梶村太市「東京家裁・大阪家裁における新人事訴訟2年の運用状況報告の問題点」自由と正義58巻2号69頁、79頁（2007）は、参与員に「中途半端な関与のさせ方しかできないのならば、参与員は意見を言うべきではな」く、「それ以上に当事者を大事にすべきである」と主張している。

214）吉村前掲註173）論文63頁。

215）長谷部前掲註137）書292頁。

216）山木戸前掲註157）書人事訴訟手続法部分8頁参照。

217）野田前掲註206）論文33頁など参照。

218）木内道祥「人事訴訟の家庭裁判所移管を生かすための審理改善」家庭裁判月報56巻4号87頁、88頁（2004）。

219）片山前掲註190）論文15頁。

220）高田裕成「家庭裁判所における人事訴訟の課題」梶村＝棚村編前掲註169）書343頁、344頁、南方前掲註190）論文190頁など。但し、木内前掲註218）論文88頁は、当事者が家裁と地裁を（物理的に長距離を）「行ったり来たり」することが問題であるとする論は、多くの地裁と家裁がほぼ同じ場所にあり、支部では殆どそうであることから「ミスリーディングである」と指摘している。なお、離婚調停と離婚訴訟の連続性については、調停における当事者の任意性の確保などが損なわれ、また、調停が訴訟の前哨戦と化し、当事者は離婚を前提に行動し始め、調停の独自性や特色が損なわれるなどとする反対論もある。南方暁「離婚訴訟と調停前知主義」梶村＝棚村編前掲註169）書139頁、146-147頁参照。

221）南方同上 191-192 頁。

222）このほか、人事訴訟法 4 条では、身分関係の当事者の普通裁判籍を有する地を管轄地とすることとなり、例えば、離婚裁判において、夫婦の共通の住所地に何れかが残っていればそこでしか訴訟を提起できないというルールは消滅した。このため、DV が絡む事件で当事者の訴えにより住所地が判明してしまうという問題もなくなった。同法 8 条により、離婚に伴う慰謝料請求訴訟がまず地裁に提起され、その後に離婚訴訟が家裁に提起されたとき、相当と認めるときは前者の訴訟も家裁に移送できることとなった。片山前掲註 190）論文 17-18 頁など参照。

223）水野紀子「人事訴訟法制定と家庭裁判所における離婚紛争の展望」ジュリスト 1301 号 11 頁、15 頁（2005）。

224）なお、2004 年には「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律」（ADR 法）の制定があり、2007 年の施行後は、法務大臣の認証を受けた民間の解決業者が紛争解決の業務を行えることになった。梶村＝徳田編前掲註 162）書 11 頁［徳田］。関連して、南方前掲註 190）論文 202 頁は、離婚事件において、調停が訴訟の準備段階として期待され、機能しなくなる危惧を指摘する。同論文 216 頁以下は、調停委員と参与員は同一人物たりうるか、調停で聞き出した資料を訴訟で使えるか、などの具体的な疑問を突きつけている。

225）三ヶ月前掲註 197）論文 6-7 頁参照。

226）佐藤前掲註 4）書 597 頁の記述も、「現在の家庭裁判所は、本項にいう『特別裁判所』ではなく」という淡白なものになっている。

227）三ヶ月前掲註 197）論文 7-8 頁同旨か。

228）最大決昭和 31 年 10 月 31 日民集 10 巻 10 号 1355 頁。

229）最大決昭和 33 年 3 月 5 日民集 12 巻 3 号 381 頁。

230）最決昭和 56 年 7 月 2 日裁判集民 133 号 237 頁。

231）三木前掲註 159）論文 10 頁。

232）石川明「乙類審判事件の非訟性から生じる憲法並びに手続法上の諸問題」家庭裁判月報 30 巻 11 号 1 頁、15 頁（1978）参照。

233）佐藤前掲註 2）書 8 頁注 3。

234）三木前掲註 159）論文 10 頁。

235）最大決昭和 35 年 7 月 6 日民集 14 巻 9 号 1657 頁。本件評釈としては、宮井清暢「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第 6 版〕278 頁（有斐閣、2013）など参照。佐々木吉男「裁判を受ける権利」小林直樹編『憲法の判例』〔第 3 版〕148 頁（1977）は本

件を取り上げ、非訟事件に憲法 32 条などの要請を被せることに反対する。

236）渋谷前掲註 12）論文 7 頁。

237）夫婦同居・協力扶助義務に関する処分の審判についての最大決昭和 40 年 6 月 30 日民集 19 巻 4 号 1089 頁、婚姻費用の分担に関する処分の審判についての最大決昭和 40 年 6 月 30 日民集 19 巻 4 号 1114 頁、遺産分割に関する処分の審判についての最大決昭和 41 年 3 月 2 日民集 20 巻 3 号 360 頁などがある。第 1 の決定の評釈としては、鍛冶良堅「判批」ジュリスト増刊『民法の基本判例』191 頁（1969）、畑宏樹「判批」小林秀之編『判例講義民事訴訟法』〔第 2 版〕4 頁（悠々社、2010）などが、最後の決定の評釈としては、高津環「判批」判例タイムズ 189 号 79 頁（1966）などがある。

238）最大決昭和 45 年 6 月 24 日民集 24 巻 6 号 610 頁。

239）最大決昭和 46 年 7 月 8 日裁判集民 103 号 385 頁。

240）最大決昭和 41 年 12 月 27 日刑集 20 巻 10 号 2279 頁。本件評釈としては、時本義昭「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第 6 版〕282 頁（有斐閣、2013）など参照。磯崎辰五郎「非訟事件手続法により科する過料について」龍谷法学 3 巻 3=4 号 64 頁（1971）は、この判例を特に取り上げ、「被処分者は憲法 32 条により裁判請求権を保障されていると解すべき」（93 頁）であり、同「法 207 条を解して、同上 2 項による過料の裁判に対して同上 3 項の即時抗告を認めるのみで、別訴をもって争うことを認めないものとすれば、その限りにおいて同法は、憲法 32 条および 82 条に違反する」（95 頁）とする。

241）最大決昭和 42 年 7 月 5 日刑集 21 巻 6 号 764 頁。本件評釈としては、谷口正孝「判批」ジュリスト増刊『昭和 42 年度重要判例解説』234 頁（1967）などがある。

242）最決昭和 59 年 3 月 22 日裁判集民 141 号 379 頁。

243）最決昭和 60 年 7 月 4 日裁判集民 145 号 131 頁。

244）最決昭和 55 年 7 月 10 日裁判集民 130 号 205 頁。本件評釈としては、石川明「判批」民商法雑誌 84 巻 3 号 91 頁（1981）などがある。

245）東京地判平成元年 10 月 6 日判時 1344 号 149 頁。本件評釈としては、山崎まさよ「判批」判例タイムズ臨時増刊 735 号『平成元年度主要民事判例解説』202 頁（1990）などがある。

246）このほか、以下のような例がある。商法 245 条の 3 第 3 項にいう裁判所の株式買取価格の決定は、後見的立場からの裁量権の行使で、具体的内容を形成するに留まるとして非訟事件とした例がある。最決昭和 48 年 3 月 1 日民集 27 巻 2 号 161 頁。会社更生法 232 条の更生計画認否の裁判を、非訟事件とした例がある。最決昭和 60 年 1 月 22 日裁判集民 144 号 61 頁。国選弁護人の報酬支給額の決定も非訟事件とした例がある。最決昭和 61 年 9 月 8 日裁判集民 148 号 425 頁。旧民事訴訟法 511 条 1 項に基づく強制執行停止命令の申立ての却下に際して、口頭弁論は必要ないとした例がある。最決昭和 59

年 2 月 10 日裁判集民 141 号 181 頁。民事執行法 83 条による不動産競売事件における引渡命令も、純然たる訴訟事件ではないので、公開の法廷における口頭弁論を要しないとする例がある。最決昭和 63 年 10 月 6 日裁判集民 155 号 1 頁。詳細は、戸松秀典＝今井功編『論点体系判例憲法 3』211 頁以下（第一法規、2013）［大林啓吾］参照。

247）最大決平成 10 年 12 月 1 日民集 52 巻 9 号 1761 頁。本件評釈としては、本秀紀「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第 6 版〕392 頁（有斐閣、2013）、君塚正臣「判批」法学教室 234 号別冊『判例セレクト '99』11 頁（2000）などがある。このほか、棟居前掲註 8）書 468 頁以下も参照。

248）平賀健太「家庭裁判所」中川善之助ほか編『家族問題と家族法Ⅶ―家事裁判』120 頁、129 頁（酒井書店、1974）など。毛利ほか前掲註 119）書 293 頁［松本哲治］、松井前掲註 127）書 127 頁は、このような説明に疑問を呈する。

249）松村前掲註 190）論文 27-28 頁資料 1・2 によれば、人事訴訟開始後 1 年間の種類別新受件数・既済件数の何れをとっても、「離婚」が 8 割以上を占め、「親子関係存否関係」の 3-5％程度などを大きく引き離して、圧倒的な数である。

250）青山前掲註 190）論文 67-68 頁。

251）高橋前掲註 190）論文 80 頁。

252）同上 82 頁参照。

253）新堂幸司『新民事訴訟法』〔第 5 版〕510 頁（弘文堂、2011）。

254）石川前掲註 232）論文 15 頁参照。

255）他方、憲法学における司法権論を黙殺する民事訴訟法学説等も問題である。

256）渋谷前掲註 12）論文 4 頁。

257）高田前掲註 190）論文 4 頁参照。

258）中田淳一『民事訴訟判例研究』227 頁以下（有斐閣、1972）。

259）芦部信喜編『憲法Ⅲ―人権（2）』302 頁以下（有斐閣、1981）［芦部］。石川前掲註 232）論文 37 頁も、「かかる立法万能思想には疑問を感じている」と述べる。

260）岡部前掲註 158）論文 74 頁。

261）石川前掲註 232）論文 38 頁参照。

262）同上 14 頁参照。

263）同上 36 頁。

264）同上 44 頁。

265）渋谷前掲註 12）論文 13 頁。

266）田宮前掲註 169）書 81 頁。

267）名城大学事件＝東京地判昭和 38 年 11 月 12 日行集 14 巻 11 号 2024 頁。本件評釈としては、大沢勝「判批」小林直樹＝兼子仁編『教育判例百選』〔第 2 版〕168 頁（有斐閣、1979）などがある。

268）松井前掲註 127）書 136 頁同旨。但し、同書はこれを憲法 32 条の「裁判を受ける権利」の読み込みから導いている点で立場を異にする。

269）関連して、戸波前掲註 73）書 341 頁は判例・通説の説明として、「『純然たる訴訟事件』については公開・対審・判決の訴訟手続によらなければならない」としながら、同書 342-343 頁では、「対審・公開の手続では、プライバシーの侵害など、かえって当事者の権利が保護されないこととなる事態は生じうる。したがって、訴訟事件に関する公開・対審・判決の原則は、裁判を受ける権利の実質化の観点から、十分な理由のある場合には例外を許容すると解することが妥当である」とするのでは、非訟・訴訟の区別なく、広汎に非公開審理を招くことになり、当初の説明の歯止めにあまり意味がない虞れが大である。

270）佐藤前掲註 2）書 128 頁。同書 434-436 頁はこの問題を再論する。

271）覚道前掲註 95）書 301 頁。

272）渋谷前掲註 12）論文 3 頁。

273）阪本昌成『憲法 1 ―国制クラシック』〔全訂第 3 版〕249 頁（成文堂、2011）。

274）樋口前掲註 87）書 415 頁。

275）長谷部前掲註 137）書 292 頁。

276）辻村みよ子『憲法』〔第 4 版〕465 頁（日本評論社、2012）、佐藤前掲註 4）書 606 頁、渋谷前掲註 61）書 677 頁、毛利ほか前掲註 119）書 292 頁［松本哲治］など。

277）最判平成 14 年 9 月 24 日判時 1802 号 60 頁。本件評釈としては、大石泰彦「判批」ジュリスト臨時増刊 1246 号『平成 14 年度重要判例解説』13 頁、棟居快行「判批」堀部政男＝長谷部恭男編『メディア判例百選』150 頁（有斐閣、2005）、曽我部真裕「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選 I』〔第 6 版〕142 頁（有斐閣、2013）などがある。また、君塚正臣『憲法の私人間効力論』361 頁以下（悠々社、2008）も参照。

278）阿部照哉ほか編『憲法（3）』〔第 3 版〕163 頁（有斐閣、1995）［田口精一］。

279）藤井前掲註 145）書 36 頁は、「原則的にはすべての裁判に対して右の手続的保障が及ぶとした上で、一定の類型ごとに個別的な正当化自由が認められる限りにおいて、公開とか対審手続の要求をゆるめることができる、と解すべき」としており、同調できる。藤井前掲註 141）書 10 頁もほぼ同様。

280）これに対して、松井前掲註 64）書 239 頁は、最近の訴訟事件の非公開を問題とし、憲法 82 条の「『公の秩序又は善良な風俗』を従来のように解釈する以上、」プライバシーや営業の秘密、情報公開を求める裁判「で非公開審理を行なうことは困難であ」り、非公開を許容する解釈は「裁判の公開を骨抜きにする危険性をもっている」と批判する。

281）梶村＝徳田編前掲註 162）書 32 頁［梶村］。

282）同上 33 頁［梶村］。

283）同上 26 頁［梶村］。

284）平田前掲註 185）論文 6-7 頁参照。

285）石川前掲註 232）論文 2 頁。

286）目立ったところでは、橋本前掲註 29）書 637 頁など。

287）片山前掲註 17）書 45 頁。

288）同上 50 頁。

289）佐藤幸治編『憲法Ⅱ―基本的人権』440 頁（成文堂、1988）［中山勲］。な お、伊藤前掲註 85）書 402 頁は、「32 条にいう『裁判』は、公開法廷における対審、判決を保障される純然たる訴訟手続にあたる裁判のみでなく、それぞれの事件に応じた適正な手続の定められた広い意味の裁判（たとえば借地非訟事件の裁判や家事審判法 9 条 1 項乙類の審判）を含むものと解される」と述べており、その趣旨の方が理解できる。とは言いながら、同書 573 頁は、「性質上純然たる訴訟事件にあたらない非訟事件の裁判については、公開法廷における対審および判決の必要はない」としている。

290）片山がこのように主張するからには、行政手続の適正は憲法 31 条準用とする通説、13 条説の何れかであり、31 条適用説ではないことになろう。川岸ほか前掲註 123）書 227-228 頁［君塚］参照。しかし、13 条説の多くは、訴訟手続の適正を「司法」らしい手続の要求の水準に上げる傾向にあるため、結局は 31 条準用説に頼らざるを得まい。だが、この説は疑問である。君塚正臣「日本国憲法 31 条の射程について―行政の適正手続保障の憲法上の根拠の議論を中心に」横浜国際経済法学 13 巻 2 号 31 頁（2005）参照。

291）芦部（高橋補訂）前掲註 93）書 250 頁は、憲法 32 条の「裁判を受ける権利」には、「家事審判」についても「国民が紛争のために裁判所で当該事件にふさわしい適正な手続の保障の下で受ける非訟事件に関する裁判をも含む」と述べ、同書 327 頁は、「82 条の公開・対審の原則を指導原理として、それぞれの事件の性質・内容に相応した適正な手続の保障をともなうものでなければならない」としている。芦部前掲註 93）書 232 頁でも表現は同じである。やはり、非訟事件の裁判所の審理としての適正の要求は通説だと言える。

292）最決平成 20 年 5 月 8 日判時 2011 号 116 頁。本件評釈としては、垣内秀介「判批」ジュ

リスト臨時増刊 1376 号『平成 20 年度重要判例解説』155 頁（2009）、宍戸常寿「判批」法学教室 342 号別冊『判例セレクト '08』11 頁（2009）、佐瀬裕史「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選』〔第 4 版〕252 頁（有斐閣、2010）、畑宏樹「判批」小林編前掲 237）書 6 頁などがある。

293）山内編前掲註 39）書 333 頁［宍戸］。

294）佐藤前掲註 4）書 586-587 頁。

295）高橋前掲註 43）書 296 頁。

296）同上同頁。

297）佐藤前掲註 4）書 608 頁。

298）もしくは、阿部照哉『憲法』〔改訂〕169 頁（青林書院、1991）が述べるように、「非公開を原則として審理がなされる非訟事件手続法で権利義務を確定する裁判が行なわれることがあってはならない」かであるが、公開すべきか否かという憲法原則、憲法解釈の問題が、憲法の下位法に委ねられてはなるまい。

299）高橋前掲註 43）書 296 頁。

300）芦部編前掲註 259）書 302 頁以下［芦部］。

301）林屋礼二「『訴訟事件の非訟化』と裁判を受ける権利」吉川大二郎追悼『手続法の理論と実践上巻』66 頁（法律文化社、1980）。

302）伊藤公一『憲法概要』〔改訂版〕175 頁（法律文化社、1983）は、「公開しない方がむしろ人権の保護に適うと考えられる場合」と表現する。阪本前掲註 124）書 472 頁は、「訴訟か非訟かという違い」ではなく「事件の性質・内容に応じた配慮」だと説明する。

303）樋口＝栗城前掲註 86）書 19 頁［樋口］は、憲法「82 条の定める形式から解放されたものとして扱う非訟事件化を、合目的性の見地から積極的に容認するか、それとも『いかに解決すべきか』という方法を重視する立場から消極的に評価するか、というところ」が争点であり、合憲との結論は同じだと論評する。

304）http://www.courts.go.jp/saiban/syurui_kazi/kazi_02/

305）旧家事審判法 24 条 1 項は、「家庭裁判所は、調停委員会の調停が成立しない場合において相当と認めるときは、当該調停委員会を組織する家事調停委員の意見を聴き、当事者双方のため衡平に考慮し、一切の事情を見て、職権で、当事者双方の申立ての趣旨に反しない限度で、事件の解決のため離婚、離縁その他必要な審判をすることができる。この審判においては、金銭の支払その他財産上の給付を命ずることができる」と定めており、調停の合意がなくても合意成立と同じ効果を有し、「強制調停」などとも呼ばれていた。坂梨前掲註 201）論文 230 頁。このことからも、審判は強制力を有するもの

である。同論文 239 頁は、調停不成立即訴訟よりも、このような審判を定着させるべきだとも主張している。

306）林田和博「司法権の範囲」清宮四郎＝佐藤功編『憲法講座 4 ―司法・財政・地方自治・最高法規・改正』1 頁、4 頁（有斐閣、1959）。

307）榮春彦「家事事件における記録の開示」梶村＝棚村編前掲註 169）書 105 頁、109 頁。

308）榎原猛『憲法―体系と争点』388 頁（法律文化社、1986）。

309）宮田豊編『憲法講義』140 頁（嵯峨野書院、1993）［高井裕之］。

310）畑前掲註 237）評釈 5 頁。

311）君塚正臣「合憲限定解釈の再検討―労働基本権を制約する最高裁判決を素材に」帝塚山法学 11 号 35 頁（2006）など参照。

312）長尾前掲註 40）書 486 頁、浦部前掲註 84）書 317 頁ほぼ同旨。大須賀明ほか『憲法講義 2』294 頁（有斐閣、1979）［平松毅］も、「非訟事件においても、可能な限り、個人の人権を尊重し、公正な解決を導くための訴訟手続を導入することが、憲法で要求されている。非訟だからといってこれを行政の作用と観念し、徒らに行政的後見性を強調すべきではない」と述べており、実質的には近い立場と言えなくもない。

313）石川前掲註 232）論文 39-40 頁同旨か。

314）佐々木前掲註 12）論文 26 頁。但し、同論文同頁はその前段階として、「憲法 32 条の裁判＝ 82 条の裁判＝『現行法が裁判所の権限に属せしめている一切の事件につき裁判所が裁判という形式をもってするすべての判断作用ないし法律行為』（広義の裁判）」との理解を示すが、民事裁判を受ける権利は憲法 32 条の問題とする立場からすると、この問題は憲法 82 条の要請と現行民事訴訟法令が適合的であるかの問題に集約できると思える。

315）有紀新「非訟手続における審問請求権」民事訴訟雑誌 12 号 162 頁、163 頁（1975）参照。同論文 171 頁は、当時の「非訟法上、法の欠缺が存する」と批判した。三木前掲註 159）論文 11 頁も参照。

316）君塚前掲註 1）論文 60-61 頁。

317）三木前掲註 159）論文 11 頁。

318）有紀前掲註 315）論文 174 頁。

319）三浦毅「非訟事件手続における審尋請求権法理の実定化に関する考察（1）」名大法政論集 242 号 213 頁、225 頁（2011）など参照。同「同（3・完）」同 244 号 55 頁、57 頁以下（2012）は、下級審判例を紹介しつつ、審尋請求権法理の実効性を証明し要とするが、同論文 75 頁は、「審尋請求権概念に関する立法措置が採られていないわが国において、

総じて、手続基本権、或いは法原理としての審尋請求権概念にもその十分な規範性を認めることはできない」と指摘している。

320）これについては特に、畑瑞穂「相手方がある非訟・家事審判事件における当事者対立構造と手続規律」ジュリスト 1407 号 32 頁（2010）など参照。

321）三浦前掲註 319）論文（3・完）78 頁。

322）内野正幸『憲法解釈の論点』〔第 4 版〕151 頁（日本評論社、2005）はこれを指摘する。

323）川岸ほか前掲註 123）書 323 頁［君塚］。

324）裁判上の和解を憲法学の視点から検討した貴重なものに、笹田栄司『裁判制度』214 頁以下（信山社、1997）がある。

325）山木戸前掲註 157）書家事審判法部分 18-22 頁など参照。

326）佐藤前掲註 4）書 587 頁同旨か。阪本前掲註 124）書 397 頁は、「他の統治部門に対して見解を提供」するものと定義しており、家庭裁判所の運用は、これには該当しない。しかし、同書 398 頁は、この「アナロジィ」から、「裁判所が事前に当事者の法的関係について確認する宣言的裁判」が疑問視されてきたことも説明している。この点は、勧告的意見に肯定的な佐々木前掲註 69）論文も参照。

327）そしてやはり、この種のものはこれが限界と考えるべきである。一般に「司法」ではない権限を「司法権」を担う裁判所に付与することは慎重であるべきであり、特に国家機関が裁判所の権威を利用し、その判断（の、場合によっては曲解）を根拠に立法や行政を行うことは権力分立を侵すものであると共に、実際に、そのような立法や行政を司法機関が違憲・違法と判断することは困難であろう。百歩譲って、このような勧告的意見が憲法上許されるとの立場に立っても、そのような立法や実務は断じて避けるべきである。

328）池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義』〔第 3 版〕206 頁（東京大学出版会、2009）。

329）田宮裕『刑事訴訟法』〔新版〕408 頁（有斐閣、1996）。

330）三井誠『刑事手続法Ⅱ』286 頁（有斐閣、2003）。松尾浩也「略式手続の合憲性（1）」法学セミナー 273 号 54 頁（1977）も、「厖大な数の事件に対して、重大事件と同様に綿密な手続を用意することは、実際上不可能である」と述べる。

331）大野実雄「裁判の民主化―略式命令の違憲性と封建性」早稲田法学 25 巻 1 冊 56 頁、71 頁（1949）は、「山本権兵衛軍閥内閣の行政整理の副産物以外の何物でもなかった」と評する。

332）1885 年太政官布告による違警罪即決例でが、拘留（10 日以内）又は科料という軽微な犯罪であっても、正式の裁判なしに警察署長等により刑罰を科すものとなっており、

1908 年には警察犯処罰例により、拘留の限度が 30 日未満まで拡大してしまっていた。略式手続の導入し際しても、違警罪即決例は廃止されず、戦後の軽犯罪法制定までこれが存続したことは禍根を残したと言えよう。松尾前掲註 330）文献 54-55 頁など参照。

333）但し、労役場留置の換刑処分を行うことは「もちろんである」。伊藤栄樹ほか『刑事訴訟法』〔新版〕256 頁（立花書房、2000）［東條伸一郎］。

334）初谷良彦『憲法講義Ⅰ』〔第 2 版〕403 頁（成文堂、2000）。

335）略式命令をした裁判所に対して年月日の記載と署名捺印をもって行うのであるが、葉書でもよいとされる。電報やファックスでは許されないとされる。伊藤ほか前掲註 333）書 259 頁［東條］。

336）交通事件即決裁判手続法は、1963 年の新受が 25 万人、1964 年が 17 万人、1965 年が 5 万人、1966 年が 3 万人にまで落ち込み、その代わりに大都市を中心に交通切符制度が発足した。松尾浩也「略式手続の合憲性（3・完）」法学セミナー 275 号 82 頁、84 頁（1977）参照。

337）田宮前掲註 329）書 412 頁参照。横浜国立大学近くの保土ヶ谷簡易裁判所は「交通裁判所」として一般に知られ、相鉄バス「浜 5」も一般に「交通裁判所循環」と呼ばれている。

338）平野龍一『刑事訴訟法』291 頁（有斐閣、1958）。

339）伊藤ほか前掲註 333）書 240 頁［東條］。

340）三井前掲註 330）書 347 頁。平野前掲註 338）書 291 頁も、「このような手続を被告人に強制するのは、憲法上疑問」としつつ、この制度を解説しており、「被告人に異議のないことを確かめる慎重な手続をと」れば、合憲と解しているようである。

341）田宮前掲註 329）書 412 頁。

342）三井前掲註 330）書 347 頁。

343）伊藤ほか前掲註 333）書 241 頁［東條］。

344）昭和 22 年 10 月 1 日付官報号外、第 1 回国会衆議院会議録 38 号。松尾前掲註 330）文献 58 頁より引用。1947 年の略式事件新受 55457 件に対し、「略式命令ニ対スル正式裁判事件」の新受 4662 件なので、その比率は 8.5％に過ぎなかった。松尾浩也「略式手続の合憲性（2）」法学セミナー 274 号 88 頁、89-90 頁（1977）参照。

345）最大決昭和 23 年 7 月 29 日刑集 2 巻 9 号 1115 頁。本件評釈としては、武安将光「判批」警察研究 21 巻 5 号 66 頁（1950）などがある。同評釈 69-70 頁によると、「待命」付略式命令とは、旧刑事訴訟法時代にしばしば賭博競馬法違反のように軽微な犯罪に用いられた手法で、通常、逮捕され拘置した被疑者について、直ちに略式命令を請求し、24 時間以内にそれが下されて送達が終了する手続をいったようである。この判断に対

して、松尾前掲註 344）文献 89 頁も、「完全な説得力をもっていたとは評し難い」と述べる。

346）最大判昭和 24 年 7 月 13 日刑集 3 巻 8 号 1290 頁。芹沢斉ほか編『新基本法コンメンタール憲法』280 頁（日本評論社、2011）［青井美帆］同旨。

347）田宮前掲註 329）書 409 頁。

348）最大判昭和 37 年 2 月 22 日刑集 16 巻 2 号 203 頁。このほか、東京高判昭和 32 年 9 月 30 日高刑集 10 巻 8 号 666 頁も、簡易公判手続は憲法 37 条 1・2 項、38 条 3 項と 31 条に違反しないと判示している。詳細は、戸松秀典＝今井功編『論点体系判例憲法 2』315 頁（第一法規、2013）［戸松＝武田真一郎＝川岸令和］参照。

349）昭和 22 年 10 月 1 日付官報号外、第 1 回国会衆議院会議録 38 号。松尾前掲註 330）文献 56-57 頁より引用。

350）大野前掲註 331）論文 57 頁。

351）同上 60 頁。

352）同上 72 頁。

353）第 30 議会衆議院記事摘要 328 頁以下。大野同上 73 頁より引用。

354）大野同上 73 頁。同論文 89 頁は、この論法は、「金がないから民主主義や文化國家の建設は殆んど不可能に近いというのと同じ」だと非難する。

355）同上 90 頁。

356）同上 94 頁。

357）同上 94 頁。

358）同上 96 頁。

359）同上 92 頁。

360）松尾前掲註 336）文献 87 頁。

361）松尾前掲註 344）文献 90 頁。

362）松尾前掲註 336）文献 84 頁。

363）同上 86 頁参照。

364）君塚正臣「LRA の基準―他に選択し得る基準が存する場合における本基準のより制限的な利用の勧め」横浜国際経済法学 19 巻 3 号 103 頁、125 頁（2011）。

365）木佐ほか前掲註 184）書 136 頁以下［水谷規男］など参照。ここにおける家庭裁判所調査官の役割については、高井一匡「生きている少年法―家庭裁判所調査官の役割」法学セミナー 714 号 25 頁（2014）、付添人の役割については、安西敦「生きている少年法―

保護事件の付添人」同 28 頁など参照。

366）葛野尋之「少年法の歴史と理念」法学セミナー 714 号 12 頁（2014）。少年法 20 条 2 項は、「原則と例外が逆転した結果、やむを得ず保護処分を選択しなければならないと積極的に言えなければ、逆送される構造となってしまった。」本庄武「刑事司法の中での少年法の理念」同 21 頁、22 頁。

367）岡田行雄「家庭裁判所の調査・審判と保護処分」法学セミナー 714 号 16 頁、17 頁（2014）。

368）同上 18 頁。

369）平場安治『少年法』〔新版〕205 頁（有斐閣、1987）。

370）三井前掲註 330）書 347-348 頁。

371）宮沢俊義『憲法Ⅱ』〔新版〕429 頁（有斐閣、1971）。

372）本庄前掲註 366）論文 23 頁。

373）新前掲註 143）書 86 頁。

374）川岸ほか前掲註 123）書 227 頁［君塚］。

375）最決昭和 58 年 10 月 26 日刑集 37 巻 8 号 1260 頁。本件評釈としては、八束和廣「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第 5 版〕270 頁（有斐閣、1986）、田宮裕「判批」田宮裕編『少年法判例百選』6 頁（有斐閣、1998）、木谷明＝家令和典「判批」同 94 頁など参照。

376）岡田前掲註 367）論文 18 頁同旨。

〔付記〕　本稿は、平成 25 年度－ 29 年度日本学術振興会科学研究費基盤研究（C）一般「司法権・憲法訴訟論の総合構築」（課題番号 25380029）による研究成果の一部である。本稿では、全て敬称は略させて戴いた。

なお、(3) では主に行政事件訴訟法の客観訴訟を取り扱う予定だが、これについても、現行法の分類を桎梏とせず、憲法の目から見る必要を感じている。