

法制審議会
非訟事件手続法・家事審判法部会
第9回会議 議事録

第1 日時 平成21年10月23日(金) 自 午後1時33分
至 午後5時30分

第2 場所 法務省第1会議室

第3 議題 非訟事件手続法・家事審判法の改正について

第4 議事 (次のとおり)

○伊藤部会長 それでは、非訟事件手続法・家事審判法部会第9回会議を始めたいと存じます。

早速審議に入りたいと存じますが、前回、部会資料8の8ページの「第4 除斥及び忌避」の「1 家事審判官、参与員及び裁判所書記官」までについて御審議をいただいておりますので、本日は、それに引き続きまして、11ページの「2 その他」のところから御審議をお願いいたします。前回、事務局からの説明は一応しており、若干の重複になるかもしれませんが、2のところに関して補足の説明をお願いいたします。

○脇村関係官 それでは、御説明させていただきます。

第4の「2 その他」の(注)では家庭裁判所調査官について取り上げております。ここでは、家庭裁判所調査官が裁判官の命令に従わなければならないことや、理由がない除斥等の申立てにより事実上家庭裁判所調査官の活動が停止した結果、審理が遅延し、子の福祉等を損なう結果が生じることは相当ではないことから、家庭裁判所調査官については除斥等の規律を設けないものとするを提案しております。

ただ、補足説明にもありますけれども、家庭裁判所調査官の調査結果が審理の結果に重大な影響を及ぼすことからすると、その調査結果について検証する機会を設けることは必要であると考えておりますので、そういった点につきましては、別途記録の閲覧等の規律とともに検討することを予定しているところでございます。

以上でございます。

○伊藤部会長 (注)の内容は、除斥又は忌避という形での規律は設けないけれども、家裁調査官の調査結果に関して、それを検証するといえますか、実質的な意味での手続保障的な措置を考える必要は検討に値する、このようなことが記載されておりますけれども、この点に関しては、御意見あるいは御質問でも結構でございますが、いかがでしょうか。

○栗林委員 調査官についても除斥、忌避の制度を設けるべきではないかと考えております。

一つは、(参照条文)のところにもありますけれども、専門委員についても忌避の制度があることとのバランスということは考えられるのではないかと。もう1点は、調査官が直接当事者と面談をしたりとか、審判の行方に非常に大きな影響を与えるところがございますので、当事者の立場からすれば、その公平性とか中立性に対しては非常に関心が強いところではないかと思えます。

○伊藤部会長 分かりました。

どうぞ、三木委員。

○三木委員 私も結論としては、除斥、忌避の制度を設けるべきだと思っております。今、栗林委員がおっしゃったことと同様の懸念がありますし、調査官自身が判断機関そのものではないとしても、審判官の判断に重大な影響を与えることは確かですし、そうした機能を営む調査官が、例えば極端な場合、夫婦とか密接な親族である場合であっても、法律上はそれが禁止されていないということになるのはいかがなものかという気がいたしております。忌避と除斥は密接に関係しますので、冒頭申しましたように、除斥、忌避ともに設けるべきだと思っておりますけれども、少なくとも除斥は設けるべきではないかという気がいたします。

○伊藤部会長 ただいまお二人の委員からは、御説明のような理由から、除斥、忌避あるいは

少なくとも除斥に関しては家裁調査官についても規定を設けるべきであるという内容の御意見が開陳されましたが、ほかの委員・幹事の方はいかがでしょうか。

○**山本幹事** 私はまだ必ずしも定見を持ち切れてはいない部分があるのですけれども、この問題は、いろいろな裁判所の職員というか機関のそれぞれについて除斥、忌避を設けていたり設けていなかったりするわけですけれども、全体の整合性の中で考えるべきかなと思っています。

裁判所調査官につきましても、知財の調査官については、先般の民事訴訟法の改正で除斥、忌避の規定が導入されたわけでありますけれども、その他の調査官については今のところそういう制度はない状況にあります。知財調査官についての除斥、忌避を設けたときの説明は、恐らく裁判体内部の補助機関と位置づけられている限りにおいては除斥、忌避は設ける必要はないのではないかと。ただ、知財の調査官の役割はほとんど専門委員と同じような形に先般の改正でなったわけでありますけれども、そのような形になれば、もうそれは訴訟手続上の一つの主体になったということから、独立の除斥、忌避を設けるべきではないかという説明であったように思います。私は、そういう区分には一定の合理性があるのではないかと思っているところで、家裁調査官がどうかということになると、家裁調査官が補助機関にとどまっているのか、手続上の主体の地位を持っているのかということですが、私自身が見たところ、現在の役割であれば、やはりまだ補助機関にとどまっているような感じがしております。ここは評価の問題で、家裁調査官の役割を今後の審議の中でどういう形で認めるかということとも関係しておるところでありますけれども、今のところは、私は、そういう整理からすれば、全体の整合性を考えると、除斥、忌避を設けないという選択肢もあり得るかなという印象を持っております。

○**伊藤部会長** ありがとうございます。山本幹事の御意見を必ずしも設ける必要はないという御意見に要約するとすれば、今それぞれ違った内容の意見がこの点に関して述べられておりますが、ほかの委員・幹事の方はいかがでしょうか。

○**長委員** 実務からいたしますと、事務当局が提案されているような位置づけになるかと考えます。実際の問題としまして、調査官の仕事は、困難当事者から事実を聞いたり、その状況を把握することも多く、除斥、忌避が入ってまいりますと、調査に対する支障を来すことが大いに考えられますので、実際の運用として御懸念のような点がないように努めていくという形で、今までどおり、除斥、忌避の制度をむしろ設けないという形での立法の方が実務的な要請にはたえられるのではないかと考えます。

○**伊藤部会長** 当然、関与することが望ましくないような事案に関してはしかるべく対応できるということでございますね。

いかがでしょうか。

○**小田幹事** 先ほど山本幹事からメルクマールとして、補助機関にとどまっているのか、それとも独立の主体なのかという御指摘がありました。その点に関して十分まだ整理できていないわけでは不是ですが、私としても、家裁調査官というのは補助機関にとどまっているのではないかと考えております。

忌避の規定が設けられている専門委員、それから知財の調査官、こちらは知財の専門的知識を裁判手続に活用することが可能となるような働きをしており、そのため独立の主体と評価されているということだろうと思っております。他方で、家裁調査官の専門性というのは、

単純にこれとこれだけというのはなかなか難しいのですけれども、子の関係で言えば児童心理学、青少年の心理又は発達とか、正に知財に相当するような専門性もなくはないわけですが、他方で、困難当事者や子どもに対して面接する際の、そういう引き出し方が専門性の一つとされております。最終的に聞いている内容や結論は特段の専門性がなければ理解できないようなものではなくて、一般的な結論におさまる場合であっても、一定の当事者から事件解決のために必要な内容を引き出すための専門性というのが調査官の専門性として理解されております。そうしますと、そこは正に裁判官の手足としてそれを引き出すための補助機関という色合いが非常に強いのではないかと思います。そういった観点からも、先般の民訴改正で他の調査官に忌避の規定が一部入ったところがございますが、それとの関係でも十分に説明が可能ではないかと思っております。

○伊藤部会長 ありがとうございます。ほかにいかがでしょうか。

○三木委員 重ねて恐縮ですけれども、補助機関か独立機関かというのが忌避、除斥を設けるメルクマールかという点については、私は必ずしもそうではないと思っております。私自身は、現行の制度の整合はどうかという問題ではなくて、本質的に考えて、この種のものを設ける必要性が高い、低いということを考えますと、それは裁判に与える影響が実質的に大きいかどうかということだろうと思っております。そういう観点からいくと、裁判所書記官は非常に独立性の高い職種ですが、これに忌避、除斥が設けられている。ある意味では、裁判に与える影響は書記官よりも大きい場合もあるように思われる調査官にそれがないというのは、むしろ実質的な意味で整合を欠くのではないかと考えます。これが第1点であります。

第2点ですが、先ほど申した忌避と除斥の関係です。忌避と除斥は一体として置くべきだと思っております。強いてそれを分けて考えれば、忌避というのは実質を判断する手続であるのに対して、除斥というのは、いわば客観性がより高い、あるいは外形的な判断になります。忌避は実質的な不公正を防ぐという要素が強いのに対して、除斥は、そういう要素はもちろんありますけれども、やはり公平、公正の外観を確保する、国民の目、利用者の目から見てという要素もあろうかと思います。また、御懸念のありました、こういう制度を設けると、忌避の申立て等が乱発されて手続が遅延するのではないかという問題は、相対的にはより忌避の方に大きくて、除斥にそういう問題が皆無であるとは申しませんが、明らかな要件が立てられていますから、さほど濫用的というのは、相対的には少ないのだらうと思っております。したがって、仮に忌避を設けなくても、除斥を設けなくていいのかというのはやはり別論ではないかと思います。先ほどの繰り返しになりますが、夫婦でも親子でも兄弟でも禁じられていない、そういう法制度としてつくり、そういう外観を呈するのがいいのか。そういったことは、恐らく実務では実際にはそういう場合に調査官を任命するということはほぼ皆無ではないかと思っておりますので、そういった場合ぐらひは規律してもいいのではないかという気がいたします。

○伊藤部会長 いかがでしょうか。三木委員からは、忌避に関しては、判断の幅が広いし、そのことを反映して必ずしも理由のない申立てがなされて、その結果、審理が遅延するというおそれがあるのに対して、除斥に関しては、そういう問題は通常は考えられない。かつ、職務遂行の公平性を担保するという意味では、除斥に関する規定だけを設けるという選択肢も合理性があるのではないかと、こういう御趣旨の発言がありまして、そうなりますと、

除斥、忌避について、これを全体的に家裁調査官にも取り入れるべきだという考え方と、それから三木委員のようなお考え、それから、それとは別に、制度としてこういうものを設ける必要はない、あるいは設けた場合には問題が生ずることが予想される、このような御意見の分布かと思いますが、どうでしょうか。

○山田幹事 結論としては、三木委員が2回目に言われた御意見、すなわち、忌避はともかくといたしまして、除斥については設けるべきではないかという御意見に賛成したいと存じます。確かに調査官が裁判に与える影響につきましてもバラエティーがあり、一概に補助的なものか、あるいは独立した判断として影響を与えるのかを断じることが難しいと存じますが、論文等で読む限り、調査官の仕事というのは、直接に混乱状態にある当事者から話を聞いたり、あるいはその間の心理的な調整を行うということですので、素人の目から見た中立性あるいは信頼性の確保というものが非常に重要になる立場ではないかと思えます。そういう意味では、一層中立、公正さの外観というものが職務の遂行との関係でも重要なのではないかという感じがいたしますので、少なくとも除斥については設ける方がよいのではないかと思えます。

○伊藤部会長 三木委員のようなお考えを支持する御意見も、ただいま山田幹事から御発言ございましたが、ほかの委員・幹事の方はいかがでしょうか。

○杉井委員 私は、結論的には栗林委員の意見に賛成です。基本的に、忌避、除斥の制度があるというのは、言うまでもなく、裁判所の中立性、公正性がやはり市民の目に明らかということだと思うのです。先ほど三木委員もおっしゃいましたけれども、裁判所の公正・中立性といったときに、もちろん最終的には裁判という結果が出るので、その裁判という結果について公平でないと思えば不服申立制度があるのではないかというふうに言われるかもしれないです。しかし、実際のところは、何といたっても、調査官の報告書というのは、裁判に与える影響は非常に大きく、また、当事者の目から見たときに、この調査が公正でない、中立でない、これが問題だというふうにとらえるのが一般ですから、そうしたときに、結論として幾ら裁判についての不服申立制度があったとしても、それだけで裁判所自体の中立性、公平性が保たれるかという点、そうではないのではないかと。やはりそれは、実際に調査をやって報告書を出した調査官に対して忌避、除斥という制度がなければ、なかなか当事者としては裁判所の中立性、公平性ということは納得しないのではないかと思えます。

○伊藤部会長 分かりました。いかがですか。

○高田(裕)委員 私も現在のところ定見があるわけではございませんけれども、人事訴訟法の際の議論も含めまして、今のところは山本幹事の御意見に共感を感じているところでございますが、その前提としまして、家庭裁判所調査官という職務環境が、想像するところ、こうした忌避・除斥制度の利用を巻き込みやすいというおそれを何となく感じているところがあるわけです。その意味で、そこに御配慮された三木委員の御発言というのはそれなりに考慮すべきだとは考えますが、除斥と忌避で異なる規律をするという例はどの程度あるのでしょうか。

○金子幹事 非訟事件手続、そして恐らくそれを踏まえたであろう労働審判員等、除斥はあっても、忌避はないというのがあります。

○伊藤部会長 立法としてそういう選択肢も現にあるということですね。もちろん実質的な意

味で考えても、先ほどの御意見のようなことを踏まえると、そういう解決もあり得るかなという気はしますが。

○畑幹事 新しいことを申し上げるわけではないのですが、私もやはり、裁判に与える実質的な影響という観点から言えば、除斥、忌避を設けてしかるべきではないかと思えます。独立性という議論もありましたが、知財の調査官も裁判長の命を受けて、裁判長を補助して事を行うわけですので、こちらの方が独立というふうにも必ずしも思えないところであります。しかし、他方で、もちろん、長委員や、今、高田裕成委員がおっしゃったように、家事の方が何か実務的に混乱を生じやすいということは、私の場合推測になるのですが、やはり推測される。したがって、その観点からどこまで後退できるかということではないかと思えます。一つは、三木委員、山田幹事がおっしゃったような除斥まで後退するということでしょうし、あるいは、家事審判官についての議論でも、現在、簡易却下というふうなことで弊害を少なくしようということをしているわけでありますから、それでは不十分なのかどうなのか、実務的な混乱を防ぐ上で不十分かどうかということも含めて検討すべきではないかと考えております。

○菅野委員 こういう場で発言するタイミングではないような気もいたしたのですけれども、家裁もしばらく担当していたことがございまして、若干考えていただきたいのは、外見上の公正さ、あるいはきちっと規律された公正さを維持するというのは非常に大切なことだと思いますし、そのために忌避・除斥制度というのは非常に意味があるというのはそのとおりだと思います。ただ、そういう価値と、もう一つ、実際に現場で人と接する密度の一番高い職種、裁判官とか調査官、書記官、いろいろなものの中で最も高い種類の職種特有の問題との一種のバランスをどうとっていったらいいのだろうかという点があります。実際に、短い期間の家裁勤務でも、普通の地裁にいるときとは違う、いろいろな意味でのトラブルというのでしょうか、当事者が暴れたとか、2年半でも警察のことになったのが2度ぐらいございます。そういうときに、こういう制度があって、それで言われることによって委縮するなんてことはないのだろうとは思いますが、やはりきちっとしたことをきちっと報告していただく、あるいはためらわずに面接してもらう、ためらわずにきちっと問いただしてもらい、聞いてもらうということのためには、ややちゅうちょするところがあると困るわけです。それに、裁判官は何となく、いろいろ批判されたりやられることになっておりまして、かなり鉄面皮なので、公正さの方に重点を置いていろいろな制度をつくった方がいいのだと思うのです。ただ、そうでないタイプの職種の場合に、そのはかりが少し傾きがちになるような気がしまして、余計なことかもしれないけれども、ちょっと心配になって発言いたしました。

○伊藤部会長 確かに調査官というその部分は共通しているにしても、今、菅野委員がおっしゃったように、いわば人間関係の機微に直接に立ち入るという職務内容からして、果たしてどちらの方向で考えるがいいのかという、そのあたりでの御意見が分かれているのかと思えますが、とりあえず今の段階では、ただいまの御意見を踏まえまして更に事務当局で検討することにさせていただきたいと思えますが、なお特に御意見のある方はおいでになりますでしょうか。

○高田(昌)委員 先ほどのお話では、家裁調査官が現に除斥事由に該当するような場合、例えば調査官の非常に近い近親が事件当事者であるような場合、恐らく現場の裁判官の方は、

調査官についてそういった事実が判明したときに、その調査官を関与させないということを運用で行っているように思います。こういう感覚というか、この基礎にある考え方がやはり重要で、恐らくそういった調査官を関与させるということでは公正な判断ができないということを裁判官の方が暗黙のうちに判断基礎に置いておられると考えられます。それならば、そういう運用が徹底され、そして統一されるということを法律で担保する必要があるのではないかと。そういうふうに考えますと、少なくとも比較的判断しやすい除外のケースであれば、家裁調査官についてもこれを適用することは十分可能ではないかと考えます。

○伊藤部会長 分かりました。ありがとうございます。

ほかに御意見ございますか。

それでは、ただいまのような多様な御意見を踏まえて検討を続けることにさせていただきたいと思います。

引き続きまして、「第5 管轄」についての説明を事務局からお願いします。

○脇村関係官 それでは、御説明させていただきます。

「第5 管轄」の1の「土地管轄」では、まず本文①及び②におきまして、住所により土地管轄が定まる場合について、本文③において、住所により土地管轄が定まる場合で住所等がない場合や、相続開始地で土地管轄が定まる場合で相続開始地が日本にない場合について、土地管轄がどのように定まるのかを提案しているところでございます。

2の「管轄裁判所の指定」では、管轄裁判所の指定について、民訴法第10条と同様の規律を設けることを提案しているところでございます。

3の「管轄の標準時」では、管轄の標準時について、現行法の解釈と同様の規律を設けることを提案しております。

4の「移送又は自庁処理」では、本文(1)から(3)において、現行家事審判規則第4条の2の規律を原則として維持しつつ、当事者に管轄裁判所において裁判を受ける権利を保障する観点から、管轄権を有しない家庭裁判所において審理がされている際には、当事者に移送申立権を認めた上で、その申立てを却下する審判に対して即時抗告をすることができるものとするを提案しております。

なお、家庭裁判所が自庁処理をするとの判断をした場合等のケースにつきましては、（補足説明）3のななお書きに書いてあるとおりでございます。

(4)は、移送の審判の効力について提案するものでございます。

5の「優先管轄」では、現行非訟事件手続法第3条と同様、同一の事件について2以上の家庭裁判所が管轄権を有するときは、最初に事件が係属した家庭裁判所がその事件を管轄するものとするということを提案しているところでございます。

現行の家事審判規則を前提とする限りでは、ほとんどの事件は、管轄する家庭裁判所が一つでありますから、こういった規律がなくとも、同一の事件を管轄裁判所において審理及び判断することとなり、異なった家庭裁判所が同一の事件について別々に審理及び審判をすることはないこととなりますが、一定の事件では、管轄する家庭裁判所が二つ以上あるケースもありますので、そういったケースについては、管轄裁判所を最初に係属した家庭裁判所とすることによって、異なった家庭裁判所が同一事件について別々に審理及び審判をすることを防ぐことになると考えているところです。

なお、非訟事件手続の議論の際には、いわゆる二重起訴禁止の規律についても議論させていただきました。その議論の中では、その時点で二重起訴禁止の規律を採用しないと決めつけるべきではないといった御意見もございましたが、二重起訴禁止の規律を導入し、原則として後の申立てを却下しなければならないとすることまでの理由はないのではないかと考えましたので、ここでは本文から落とさせていただいております。

また、非訟事件手続の議論の際には、同一事件が何であるのかについても議論がありましたが、その点につきましては、現行非訟事件手続法第3条と同様の理解を前提としており、詳細については（補足説明）3以下に記載させていただいております。

（注）では、審級を異にいたします数個の裁判所に係属する場合について取り上げております。この点については、どういった規律にすべきか、なかなか難しい問題があるところですが、例えば、審級を異にします数個の裁判所に事件が係属していることを一審の裁判所が知った場合には、その旨を申立人等に教示した上で、取り下げて抗告の手続に参加するように促すとか、あるいは抗告審の結果が出るまで一審の手続を事実上停止するといった対処を裁判所はとるべきであるといったことを前提に、裁判所の運用にゆだねることも一つの考え方ではないかと考えているところでございます。

6の「家事審判事件の管轄」では、家事審判事件の管轄については、法律に規定する裁判所の管轄に専属するものとし、合意により管轄裁判所を定めることは認めないものとするを提案しているところです。

この点では、調停をすることができる事項についての審判事件についてどのように考えるのが問題となります。（補足説明）に書きましたとおり、この審判事件については、合意により管轄裁判所を定めるべきとも考えられるところですがけれども、家事審判事件の管轄裁判所をどこにするのかについては、当事者だけでなく第三者の利益についても配慮すべきであることや、人事訴訟においては、和解による訴訟の終了が認められている離婚事件も含めて、合意により管轄裁判所を定めることは認められていないことからすると、合意により管轄裁判所を定めることは相当ではないのではないかと考えております。

もっとも、合意により管轄裁判所を定めることはできないとしましても、当事者が管轄裁判所以外の裁判所で審理することに合意している際には、家庭裁判所は、その合意のほか、他の事情も考慮いたしまして、その合意した裁判所で審理するのが相当であると判断したケースについては、移送又は自庁処理により、当事者が合意した裁判所で審理することは可能でありますので、そういった対処は可能であるのではないかと考えているところでございます。

以上でございます。

○伊藤部会長 概して実質的には現行に現在存在する規律を踏まえているものが多いかと思いますが、順次御審議をお願いしたいと思います。

まず、1の「土地管轄」に関しては、資料に掲げられているような原案の考え方について何か御質問、御意見ございますか。——よろしいでしょうか。

それでは、2の「管轄裁判所の指定」に関してはいかがでしょうか。——この点も格別の御意見がなければ、ここに掲げてあるような考え方を今後の検討の基礎としたいと存じます。

3の「管轄の標準時」はいかがでしょう。——この点もよろしいでしょうか。はい。

次の「4 移送又は自庁処理」に関してはいかがでしょうか。

- 栗林委員 事務当局から提案いただいている内容そのものではないのですが、前回の議論に関して1点確認させていただきたいのですけれども、家事審判法第26条で、調停不成立のときに審判の申立てがあった、これについて管轄ができるという考えなのか、その家庭裁判所が自庁処理をしているのかという議論があったかと思います。前は、私の理解では、自庁処理をしているという意見が優勢だったかと思うのですが、いろいろ記録を見てみますと、学説的には、これは管轄ができるという方が優勢な意見だったのではないかなと考えています。もし自庁処理ということであれば、（補足説明）にありますけれども、その自庁処理自体に対して争いがなくても、移送の申立て等をして、その中で管轄を争うことはできることになるわけですが、そういう前提で考えるべきなのかどうか。それから、自庁処理をするのであれば、少なくとも、自庁処理をしましたという決定が何らか必要になるのではないかという点がございませう。ですので、家事審判法第26条の性質は実際上の結論にも左右してくるところがあるのかなと思っております。
- 伊藤部会長 具体的な処理における差異が生じてくる可能性があるという御指摘だと思いますが、この点はいかがでしょう。
- 脇村関係官 まず、調停から審判に移行したケースの管轄の有無につきましては、先般、金子から説明がありましたとおり、当局といたしましては、自庁処理によって処理することを念頭に置いているところでございませう。ですので、乙類事件につきましては、調停段階で管轄裁判所ではないところで調停をしていて、移行したケースにつきましては、その段階で自庁処理を、明示なのか黙示なのか、現在の実務を前提にすると黙示なのだと思うのですけれども、自庁処理の決定をした上で最終的に審判する。そういった際に、その裁判所が嫌だという方につきましては、その際に管轄違いによる移送の申立てをして対処していただくことで、管轄裁判所で裁判を受ける権利についても十分保障されるのではないかと考えているところでございませう。
- 伊藤部会長 栗林委員、いかがでしょう。事務当局の考え方は、今申し上げたように、移送の申立ても認めることを含めて自庁処理によるものと理解する、そういう考え方でございませうが、その点に関してはいかがでしょう。
- 栗林委員 それは考え方の違いだと思うのですが、家事審判手続に関して、1事件1管轄というのが本当に絶対のものかということがありまして、本当に公益性があるから1管轄でないといけないという前提をアプリアリに決めなくてもいいのではないかと。調停事件などで当事者がそこでやろうとしているわけですので、それをある程度法令の中でも管轄として考えるという考え方というのはあるのではないかと。ちょっとそこは背景的には思っているところでございませう。
- 伊藤部会長 もちろん、そういう考え方があり得ることは当然かと思ひます。ただいまの点に関して何かほかの委員・幹事の方で御発言はございませうか。
- そういったしますと、栗林委員のような御指摘があることはもちろん理解しているわけですが、一応、調停不成立の場合の管轄の関係については、先ほど事務当局から説明をしたような考え方でよろしいということでこの場では進んでよろしいでしょうか。ありがとうございます。
- 三木委員 正確に議論を理解していない可能性があります、1点確認したいのは、当局の

方は自庁処理という考え方で仕組んでいるときに、現在の実務もそうかもしれませんが、黙示の自庁処理という御説明だったと思います。これは単なる形式論の問題なのかもしれませんが、黙示のままでいいのかどうかという点は、当局の方はどういうお立場で御説明されたのか、確認したいと思います。

○脇村関係官 当局といたしまして、必ず明示でしないといけないと考えているところではございません。我々としては、あくまで管轄裁判所で裁判を受ける権利というものをどのように保障するかという観点から、そういったものについては、先ほど申しましたとおり、管轄違いによる移送の申立権を付与することによって達成できるのではないかと考えておりますので、そこで自庁処理を必ず明示しないといけない、その観点からしないといけないと考えているところではございません。

○三木委員 実質において恐らく変わるものではないと思うので、私は特にこだわりたいわけではありませんが、しかし、明示というか、手続の明確性からいくと、明示の方が本筋だと思いますし、明示するという実務にすると何か問題があるのでしょうか。実務というか、そういう規律を設けてもいいのですけれども、いずれにしても、明示するというだけで何か問題があるのでしょうか。

○脇村関係官 我々としては、出発点として、管轄裁判所で裁判を受ける権利を保障することを確保するという点で、その必要な限度で実務を改変すべきだと考えていました。そういう意味では、必ずしないといけないかどうかについて、それ以上の検討をしているわけではございません。この点については、今回のような改正をさせていただければ、実務でもそれを踏まえた対応をしていただくことになるのだと思っておりますが、最終的に御指摘の点は裁判所の方で適宜判断していただければいいのではないかと考えております。現場でどう困るかということにつきましては、これ以上の答えは現在持ち合わせておりません。

○三木委員 繰り返しになりますが、恐らく実質を変えるというか、実質において、明示したからといって何か実質的な意味での当事者にとっての利益とかがあるわけではないとはもちろん思っておりますが、以前の議論で、一挙手一投足ではないかとかいうような議論があったときもありましたが、そうかどうかはこの場合私は知りませんが、そういう気もしますし、やはり、自庁処理をしているのなら、しているということを言うべきだと筋論としては思いますので、そういうふうにしたらどうかという意見として申し上げます。

○伊藤部会長 ただいまの自庁処理という判断の外界に対するあらし方に関して、何か裁判所の委員・幹事の方で御発言はございますか。

○小田幹事 今後どうするかについては難しい問題だと思いますが、なぜ今黙示の自庁処理となっているかについて一つの考えを申し上げます。

まず、調停が不成立となって、そこで当然に審判移行する。通常の場合は担当裁判官も同じだし、裁判官としては当然に自分が審判を担当するという思いがあるからだろうと思います。確かに調停の管轄と審判の管轄の違いは法規を見ればたやすく分かるところですが、現状では、調停を担当した裁判官は、責任を持って審判も担当しなければならないという責任感から、審判も自分が担当すべきと考えることが多いと思われます。また、調停から審判に移行するときに、当事者から、管轄がここでいいんですかと言われることはほとんどないのだろうと思うのです。調停に出て来られている当事者、来ていない当事

者から、審判だから別の裁判所ではないかと言われることは、私の把握している限りでは聞くとお聞きいただけません。ちょっと美しく言いましたが、裁判官の責任感と、当事者も認容していることが、手続的にはどうかという御指摘もありますが、黙示の自庁処理決定が行われている実務の背景にあるのだらうと思っております。

○伊藤部会長 調停不成立の場合の自庁処理に関して、今説明があったとおりですが、三木委員もおっしゃったように、実質においてそれほど大きな差がないし、もちろん、この（補足説明）あるいは先ほどの脇村関係官からの説明にもあるように、管轄を主張する当事者についての手続的な保障はあるわけです。ただ、御意見として出ておりますので、その点も事務当局で検討させていただくことにはいたしましょう。

○高田(裕)委員 今のまとめで尽きていると思いますが、調停不成立の場合に限られず自庁処理があり得ると思いますので、また、私の理解するところ、民事訴訟法第16条第2項で、簡裁事件について地裁がいわゆる自庁処理をする場合においては、これも議論があるのかと思いますけれども、決定がされると記載する書物も多々ございますので、それらも踏まえましてお考えいただければと存じます。

○伊藤部会長 分かりました。ありがとうございます。

ほかに4の「移送又は自庁処理」に関して御意見ございますか。

○山本幹事 本文(1)の②の場合と(2)の場合の関係なのですが、この二つでは移送等をする場合の要件が違っております。②の方は「特に必要があると認めるとき」で、(2)は「適当であると認めるとき」となっておりますが、私自身は、この要件をそろえるべきなのではないかと思っております。これは研究会でも若干議論があったとされているところですが、結局この二つの場合というのは、管轄がない裁判所にどのような場合に審理をさせることができるかということを決めている要件ですので、基本的にはそろえるべきではないかということです。確かに、本文(1)と(2)では、判断をする裁判所は、(1)の②の場合は、管轄権を有しない裁判所が判断し、(2)の場合は、管轄権を有する裁判所が判断することになるので、(2)の方が要件が軽くていいという御判断なのかなと思うわけですが、私は、判断をする主体ではなくて、管轄権を有しない裁判所がどういう場合に審理をできるのかという実質の観点からとらえれば、やはり要件は同じであるべきではないかと思っております。どちらにそろえるのかというのは現時点で定見はないのですが、どちらかにそろえるべきではないかと思っております。

○伊藤部会長 原案の考え方は、今、山本幹事から説明していただいたように、本文(2)の方は、管轄権がある裁判所がする判断だからという点を重視して、比較的緩やかというか、判断の余地を広く認めているということかと思っております。

○脇村関係官 山本幹事がおっしゃるように、当局の案というのは、管轄権がある裁判所と管轄権がない裁判所—法律上その裁判所ですべきだと考えているところとそうではないところ—を比較して、移送するにしても、自庁処理するにしても、管轄権のない裁判所で判断するときについてはより慎重にすべきでないかと考え、その考えを要件に反映させたところでございます。ただ、どこの裁判所ですべきかということに関して基準を区別するのはよくないという御指摘がありましたので、その点も踏まえまして、もう少し当局の方で慎重に検討させていただければと思います。

○伊藤部会長 ほかにただいまの点に関して委員・幹事の間で御意見がございませうでしょうか。

- 三木委員 結論的にはこの原案のままで、つまり差を設けていいと考えております。本来管轄権がある裁判所が「ほかでやってもいいのではないか」という判断をする場合と、管轄権のない裁判所が自らに管轄権を付与するというのはやはり違うし、自庁処理そのものがまずいとか望ましくないと言うつもりは全くありませんが、ただし、それでも自庁処理のような、管轄権のない裁判所が自らに管轄権を付与するというのはやはり例外的であるべきだ、あるいは要件として厳しくあるべきだと思います。
- 伊藤部会長 分かりました。ほかによろしいですか。
- では、ただいまの三木委員、山本幹事からの御意見も踏まえまして事務局で検討させていただきます。
- もしほかにございませぬようでしたら5の「優先管轄」に参りますが、この点に関してはいかがでしょうか。
- 栗林委員 1点質問なのですけれども、一つの事件が二つの裁判所に係属した場合に、最初の方に管轄があつて、後の方には管轄がないということなのですけれども、(補足説明)の2のところ、もし判断が先になされた場合はそちらが優先するということなのですけれども、そうすると、後から起こして管轄がなかつたにもかかわらず、判断がなされてしまえば、そちらの方が管轄があつたということになるのでしょうか。
- 脇村関係官 本来は後の裁判所は自庁処理をせず移送をすべきなので、このようなケースは病理現象なのですが、管轄権がない裁判所にも自庁処理により管轄権が生じますので、結局、管轄権を有する裁判所が審判を行ったことになると思われまふ。ただ、それはよろしくないことにございませぬので避けていただきたいのですが、生じてしまったときにはそうなるのかなと考えているところだす。
- 伊藤部会長 よろしいですか。
- 栗林委員 はい。
- 伊藤部会長 ほかにいかがでしょうか。
- 畑幹事 二重起訴との関係についての御説明がちょっとよく分からなかつたのですが。
- 脇村関係官 非訟の議論の際には、例えば二重起訴を導入した上で、解釈上、民事訴訟法でも却下せずに併合して審理できるので、二重起訴についても同様に考えられる余地はあるのではないかとこのお話があつたと理解してあります。ただ、二重起訴という以上は、原則は却下というのが前提であると思ひますので、その原則却下という形をとるまでの必要性はないのではないかとこのことから、現行法を維持するのでどうかと考へたところにございませぬ。そういう意味で、恐らく非訟の段階で二重起訴禁止を導入すべきだとおっしゃつていた方と実質的にそれほどの差異はないと思ひますのですけれども、先ほど申した点から、優先管轄の方でどうかという提案をさせていたいただいているところにございませぬ。
- 伊藤部会長 畑幹事、いかがですか。もう少し御質問の趣旨を敷衍していただければ有り難いと思ひますが。
- 畑幹事 今、脇村関係官がおっしゃつたように、実質にそれほど争いがあるわけではないだろつと思ひますが、たしか以前も議論になつたように、管轄だけを規制しますと、同じ裁判所に二つ申立てがあつた場合の扱ひが、一応表面上はブランクで残ることになります。それを別々に進行させることは望ましくないということ自体は異論がないと思ひますのですけれども、管轄だけを規制すると、そういうブランクが少なくとも表面上は生じるというところが若

干気になるところではございます。

○**脇村関係官** 一つの事件を二つの裁判所で審理及び裁判することを防ぐ方法としては、民事訴訟のように二重起訴を導入する方法と破産法のように優先管轄を導入する方法がありますが、畑幹事のおっしゃるように、優先管轄のみにより対処することとすると、そのような問題点は残ります。しかし他方で、二重起訴を導入してしまいますと、原則却下となり、それが家庭裁判所の手続になじまないと考えまして、現状を変えるまでの必要はないのではないかと考えております。プラス、マイナスの両面はあるのですが、やはり原則却下というのは家庭裁判所の手続にはなじまないのではないかと考えているところです。

○**伊藤部会長** 畑幹事の御指摘のような問題の所在は事務当局も認識しているところかと思いますが、今、脇村関係官から説明があったようなことで、あえて二重起訴禁止の法理をここに明らかにすることはしていない、そんなことかと思いますが、いかがでしょう。

○**畑幹事** いずれにしても、解釈でいろいろ補う余地が残るということは、どういう規律にしても、よほど詳しいことを書き切らない限りは残ると思いますので、特にこだわるものではありません。

○**伊藤部会長** ありがとうございます。

それから、17ページの(注)のところで、同一事件が審級を異にする数個の裁判所に係属する場合に関しまして、先ほど脇村関係官からの説明では、これは運用の問題として扱うことにしてはどうかという考え方が披歴されましたが、この点に関して何か御意見のある方はいらっしゃいますでしょうか。——よろしいですか。もし特段の御意見がなければ、こういうことで今後は検討を進めさせていただきたいと思います。

次に、6の「家事審判事件の管轄」ですけれども、端的に言うと、合意管轄は認めないということになりますけれども、問題があれば、それは自庁処理の際の判断要素として考慮する、こういうことではございますが、この点はいかがでしょう。

○**杉井委員** 私は合意管轄は認めるべきであると思います。御存知のように調停でも合意管轄は認められておりますし、知財事件でも、基本的に専属管轄であっても合意管轄を認めております。家事審判事件についてだけ合意管轄を認めないというのは、利用者の立場から見た場合にどうなのだろうかと思います。

家事事件の場合に、DV事案がそうですが、住所を明らかにしたくないという当事者もいます。また、意外と申立てのときから実際の審理の途中で住所が変わるといった当事者も多い。そういうことを考えたときに、申立時の専属管轄というだけで規律するのは、非常に利用しにくくなる。あくまでも当事者が合意しているわけですから、それを認めていいと思います。特に、今言ったように、住所を隠したいというような場合には、むしろ合意して、その合意管轄の場所でやりたいという当事者の意思もあるかと思いますので、合意管轄は認めるべきであると思います。

○**伊藤部会長** 杉井委員からは、合意管轄を認めることについての積極的な御意見が出されましたが、ほかの委員・幹事の方はいかがでしょう。

○**小田幹事** まず質問なのですが、今御指摘のとおり、調停では合意管轄が規定されております。乙類に関して、調停ではなくどうしても審判でなければいけなくて、かつ合意管轄を認めるべき事例があるのかどうか、思い浮かばないものですから、何かそういう必要性がありましたら教えていただきたいのですが。

- 伊藤部会長 ただいまの小田幹事からの質問に関して、杉井委員、御発言ございますか。
- 杉井委員 調停を経ないで、いきなり審判という。
- 伊藤部会長 そういう状況ですよね、今の想定されているものは。
- 杉井委員 調停というのはあくまでも合意のできる見込みがある場合に申し立てるわけで、調停の見込みがない場合に、いきなり審判ということも当然あり得ると思うのです。例えば婚姻費用についても、調停は無理だから初めから審判を申し立てるときに、審判事件としての合意管轄の必要性というのは出てくるのではないかと思います。
- 伊藤部会長 分かりました。
- 脇村関係官 部会資料では合意管轄を否定しているところですが、それは、今、杉井委員のおっしゃっていたようなことをすべて否定するつもりでそういうふうになっているというわけではございませんで、もちろん委員のおっしゃったような問題点については自庁処理なり裁量移送で対応することを念頭においております。
- では、なぜ合意管轄ではなくてそちらの方で対応すると考えているのだということですが、我々としては、管轄があるというところは、そこで申し立てる権利、申立権が発生するというふうに整理しているのですけれども、これは人訴もそうですけれども、審判の場合ですと、形式的な当事者以外、一番問題となるのは恐らく子どものことだと思うのですが、そういったケースに、親二人だけで決めて、その管轄権が生じるということがいいのかなと思っておりまして、その両親二人が「ここでいいんだ」と言ったとしても、そこについては裁判所が子どもの立場のことも考えて判断するスキームを設けるべきではないかなと思うのです。そういう意味では、自庁処理なり裁量移送の中で御両親の御意見を考慮した上で判断するというスキームの方がなじむのかな、人訴も恐らくそういった観点ではないかなとは思っております。ですので、杉井委員のおっしゃっている実質を否定するつもりは当局としてももちろんないのですが、こういうスキームをとらせていただいたらどうかというところでございます。
- 伊藤部会長 いかがでしょうか。合意管轄という形で訴訟法上の効力を認めるというよりは、今、脇村関係官からの説明があったように、その合意の実質は尊重しながら、より弾力的な処理ができるようなというのが原案の考え方ということでございますが。
- 栗林委員 根本的なところなのですけれども、例えばアメリカであれば、連邦国家ですから州が独立して、裁判権が州ごとにあるわけですがけれども、日本の場合は、47の都道府県があったとしても、非常に小さい国土ですし、だれでもすぐ移動できる、交通機関も発達している。そういう中で、管轄をこだわる理由というのはどこら辺にあるのでしょうか。
- 脇村関係官 法律に定められた裁判所が管轄権を有することにこだわるのであれば、恐らく自庁処理とか裁量移送自体否定されると思うのですけれども、我々として考えているのは、両親の合意だけで決まるとというのがやはり家事審判の場合なじまないのではないかなと。ですので、そういったのも考慮して自庁処理により対処するというのでいいのではないかと考えているところなのです。
- 三木委員 私は、合意管轄を認めるべきだという意見に賛成です。要するに、御説明にもありましたし、恐らく現状が無理なく動いているのは、合意があった場合にどうしようとしているかということ、結局、管轄のない裁判所に訴えを提起して、あとは自庁処理を待つということだと思うのですけれども、それはイレギュラーなものを本則にしているわけで、

本来管轄のないところに訴えをどうしてもやりたければ起こしなさいという制度が正面からあるのはいかがなものかという気がします。基本的には、合意があれば、その合意を優先して、今、脇村関係官がおっしゃったような問題がある場合には、むしろそれを例外処理として移送なりで対応するというのが本則で、私には原則と例外が逆転しているような議論に聞こえます。

人訴との関係ですが、私の記憶が間違っていれば、当時、法制審に参加しておられたほかの方に訂正していただきたいのですけれども、人訴の場合も確かこの点はかなり議論があったと思います。合意管轄を認めるべきだという見解も相当あったけれども、この時点では、結局、自庁処理とかで実質がとれるのだからという議論に押し切られたというか、押し切られたと思っている側からすれば押し切られたということで、当然のこととして全員が合意管轄の否定で決まったものではなかったと記憶しておりますので、人訴がそうだからという議論はいかがなものかと思います。

- 伊藤部会長 ただいまの御発言では、合意管轄の効力といいますか、合意管轄を認めるべきだという御意見が有力のようですが、ほかの委員・幹事の方はいかがでしょうか。
- 山本幹事 今の三木委員の、人訴にこだわるべきではないという御意見は分からないではないのですが、私も人訴の審議にかかわった者として、私の記憶では、おっしゃるように非常に議論があって、最終的には、人訴法第6条の自庁処理、調停事件が係属していた裁判所の自庁処理の規定を入れて、調停段階で合意管轄をして、その後、その裁判所で基本的には自庁処理が認められるのではないかという形で処理がされたように記憶しています。そうだとすれば、この段階で、もし家事審判で合意管轄を入れるのだとすれば、私は人訴に合意管轄を入れない理由は見いだせないもので、人事訴訟法も改正すべきだという議論になるだろうと思います。ただ、私自身は、そこまでの必要性はないのではないかと考えておまして、人訴にしてもそうだと思います、特に家事審判の場合の公益性、資料にも書かれていますけれども、最終的には真実にかなった裁判をするのにどこの裁判所が適しているかという判断の問題になるのかなと思っております。現在の仕組みは、裁判所が職権探知で行うわけで、やはり裁判所が責任を持って、どこの裁判所が最も適切な判断ができる裁判所かということ、自庁処理とか管轄がない裁判所に対する移送等も踏まえて行っていくべきだという考え方に立っているのだろうと私は思っています。そういうところからすると、やはり合意管轄というのはややなじまないもののように思います。そういう意味では、あえて数年前に国会がなされた政策判断をこの時点で変える必然性というものは、私は見いだせません。
- 長委員 先ほど日本国内の距離感の問題が取り上げられましたけれども、家事事件には代理人がついていない事件もたくさんありますので、そういう人たちにとっての事件解決の場をどこに置くかということ考えたときには、必ずしも先ほどのような大きな議論で解決できるというわけではないと思うのです。そうしますと、事件ごとに細かく見ていくということになります。その事件でだれの利益を中心に考えていくのかを考えましたときに、やはり公益性が強いものもかなりありますので、当局の方で御説明をされたようなスタンスの方が妥当ではないかと考えます。
- 伊藤部会長 そういたしますと、この点もそれぞれの違う立場からの御意見が複数の委員から開陳されておりますが、なおほかの委員・幹事の方で御発言はございますか。

- 長谷部委員 いろいろ御意見を伺っておりまして、実質的にそれほど違いがないのかなというところもあるのですけれども、一つ伺いたいのは、合意管轄を認めるときの拘束力についてです。先ほどの三木委員の御発言によれば、一応合意管轄も認めるけれども、夫と妻とで合意しても、例外的には子の利益のためにほかの管轄を認める場合もあるということのようであり、必ずしも絶対的な拘束力を認めるわけではないという御意見のようですけれども、そうではなく、合意管轄で決まった以上はそこ以外に管轄は認めないのだという御意見になりますと、いささかどうなのかなと思えるわけで、私は自庁処理の方がすっきりしているのかなと思います。
- 伊藤部会長 ただいまの長谷部委員の御発言に関して、合意管轄の効力を認めるべきだというお考えの委員・幹事の方からは何か御発言ございますか。
- 栗林委員 公益性という言葉が先ほどから言われていたのですけれども、その公益性の中身というのがいま一つよく分からない。例えば不動産があって、相続財産があって、そこでやらなければいけないということはあるのかもしれませんが、一般的には、例えば夫婦の間で資産のない、資力のない当事者がいて、その人たちを守らなければいけないとか、そういう観点から言われているのではないかと思うのです。そうであれば、むしろその本人が「そこがいい」と言っているわけですから、そちらの方が公益性があるのではないか、合意管轄を認めた方が公益性があるのではないか。形式的に決めたことが必ずしもその事案の必要性に合致しているとはいえないのではないかとも思いますけれども、いかがでしょうか。
- 伊藤部会長 仮に合意管轄の効力は認めるにしても、その拘束性の程度と申しますか、そこはいかがでしょうか。
- 杉井委員 正にそれは先ほど「移送又は自庁処理」のところでも議論したように、管轄権を有しない家庭裁判所でも移送とか自庁処理は認めるわけですから、そこで処理できるのだらうと思うのです。合意管轄で管轄権はそこで認めた上で、しかし、管轄権のない裁判所が、子どもの利益とか、公益的な理由で移送又は自庁処理はできるわけでそういう形でやればいいのではないかと考えます。そういう意味で、三木委員の意見と同様です。
- 伊藤部会長 そういたしますと、長谷部委員もおっしゃったように、実質においてそれほど正反対の結果になるというわけではないのかもしれませんが、ただ、そうはいっても、考え方の問題としてそれぞれ違った立場からの御意見が述べられていることも事実ですので、これも事務当局でなお検討していただくことにいたしましょう。
- ほかにこの点に関して御意見のある方はおいでになりますか。
- それでは、よろしければ先に進みまして、第6の「当事者能力等」についての説明をお願いいたします。
- 脇村関係官 「第6 当事者能力等」の「1 当事者能力」では、当事者の能力の規律について提案を行っております。
- 2の「選定当事者」では、選定当事者について検討することを提案しております。家事審判手続においては、後ほど検討するように、いわゆる本人出頭主義を採用しており、当事者本人が期日に出頭することを重視しているところですが、このような考え方で当事者が当事者以外の者に手続の追行をゆだねる選定当事者制度がどのような関係になるのか検討する必要があると思われまます。

3の「審判行為能力及び法定代理」の本文(1)では、審判行為能力及び法定代理について、行為能力の制限を受けている未成年後見人や成年後見人が審判行為をすることができないものとする等とを提案しております。

本文(2)では、本文(1)の特則について提案しております。

まず本文アについてですが、(補足説明)にありますとおり、民法では、身分関係の当事者本人の意思をできる限り尊重する必要があること等を理由に、民法第4編及び第5編等に規定する実体法上の行為のうち一定のものについては、意思能力がある限り、当該身分関係の当事者がこれを有効に行うことができると解されているところでございます。このような民法の考え方を家事審判手続にも反映させるために、ここでは、意思能力がある限り当該身分関係の当事者が有効に行うことができる実体法上の行為に係る家事審判手続においては、意思能力がある限り当該身分関係の当事者が有効に審判行為を行うことができるものとするを提案しております。意思能力がある限り当該身分関係の当事者が有効に行うことができる実体法上の行為に係る家事審判事件等は、部会資料の別表記載のとおりであります。これは民法に関する基本的な文献を参考に作成したものでございます。

次に本文イですが、ここでは、実体法上の法定代理人について、(補足説明)にあるような理由から、別表記載の事件において別表記載の者が成年被後見人又は未成年者であるときは、その後見人又は未成年者に対し親権を行う者が、審判行為について代理することができるものとするを提案しております。ただ、(補足説明)にありますとおり、後見人又は未成年者に対し親権を行う者が家事審判事件の申立てをできるかどうかという点については、現行法上、民法が定めを置いておりますので、この点については、民法の定めがある場合に限るということを提案しております。

(注)では、意思能力がある限り当該身分関係の当事者が有効に行うことができる実体法上の行為に係る家事審判事件以外の事件について取り上げております。ここでは5個取り上げていますが、大きく分けると二つの類型がございます。

一つ目の類型は、民法上行為能力の制限を受けていても、意思能力を有する限り当該家事審判事件の申立てをすることができる者がいることを明記しているものであります。(注)の2及び5がそれに当たります。(注)の1の失踪宣告取消しについては、民法上、本人が申立てをすることができることと規定しておりますが、その本人が行為能力制限を受けていても、意思能力を有している限り、これを行うことができるものと考えべきか、文献等で判然としませんので、御検討いただければという趣旨で書かせていただいております。

二つ目の類型は、当該家事審判事件が別の手続の付随的な手続である場合に、その本体である別の手続において行為能力の制限を受けていても、意思能力を有する限り行為を行うことができる者がいるときには、当該家事審判手続においても審判行為を行うことができるのではないかと考えられるケースであり、(注)の3と4がそれに当たります。

次に、4は審判行為能力等を欠く場合の措置を、5は特別代理人について提案しております。

6では、法定代理権消滅の効力発生時期について提案しております。この点については非訟事件においても議論がありましたが、少なくとも家事審判手続については、(補足説明)にあるような理由から、調停をすることができる事項についての審判事件には、本人又は代理人から他の当事者に通知しなければ、その効力を生じないものとし、他方で、調

停をすることができない事項についての審判事件においては、通知の有無に関係なく、民法等の消滅事由により法定代理権は消滅するものとするということを提案しております。

7では、法人の代表者等への準用について提案しております。

以上でございます。

○伊藤部会長 それでは、この点も順次御審議をお願いしたいと存じます。

まず、第6の「1 当事者能力」に関しては何か御意見はございますか。——この点はよろしいでしょうか。

そういたしましたら、次の「選定当事者」ですが、民訴法の考え方を持ってくるとういうことになるけれども、ただいま説明がございましたように、本人出頭主義との関係で言うと、選定当事者という形での規律を設けることが果たして意味があるかどうか、あるいは適当かどうかという問題がございしますが、この点はいかがでしょうか。

○小田幹事 まず、端的に申し上げますと、否定的に考えております。（補足説明）にありますように、本人出頭主義との関係で民訴と同列に論じられない面がある、これが一つございます。それ以外にも、家事審判の場合にはもう少し別の切り口があって、民訴と同列に論じられないのではないかと考えております。一つには、家事審判の場合には、類型が法律で決まっておりますので、大体当事者の数がどれも予想がつくということです。確か非訟のときの議論でも、遺産分割は多いだろうということが前提だったと思いますけれども、それ以外の事件類型については、まず多数になるものが余り想定できないのではないかと考えます。

もう一つは、家事審判の事件類型は身分的なものと財産的なものがございします。身分行為に関して言いますと、選定当事者というのはいわゆる任意的訴訟担当ということで、ある意味で代理をするような関係と理解しておりますけれども、そうすると、身分行為について代理を認めることがどうなのかという問題がございします。もちろん、入れるべきという立場からしたら、それはもともと考えられないのだからということになるのかもしれないけれども、ここでの提案というのは、家事審判の総則に規定を置くという趣旨だろうと思ひます。総則に置くということであれば、一般的に家事事件の類型を見たときに、全部ではなくても、ある程度妥当するという事実が背景にあるべきだと思うのですが、今のよう、一定数ある身分行為について、代理という関係でむしろ問題があるといった状況がある中で総則に置く必要があるのだろうか。むしろ適さないのではないかと考えております。

もう一つ、民事訴訟と同列に言えないところとしましては、民事訴訟の類型を洗ったわけでもありませんけれども、民事訴訟の場合には、家事審判のように、こういう類型であれば当事者数は一定数に限られるといった類型は余りないのではないかとございします。むしろ民事訴訟の場合には、一般的には、どういった類型であっても多数当事者訴訟が観念し得るものが多いのではないかとございします。

○伊藤部会長 小田幹事からは、（補足説明）にあるような理由あるいは實際上多数の当事者が関与するようなものは想定できないというようなこと、あるいは実質的には身分行為についての代理を認めるのと違いがなくなるような場面が出てくるのではないかと、何点かの理由を挙げられまして、こういう選定当事者に関する規律を設ける必要について消極論のお考えが述べられましたが、ほかの委員・幹事の方はいかがでしょうか。——小田幹事

の御意見に皆さん賛成と受けとめてよろしいですか。もちろん、それで結構なのですけれども。是非選定当事者制度を設けるべきだという積極的な御意見がなければ、この段階である程度方向性を決めてしまってもいいかと思いますが。

○高田(昌)委員 別に積極的に必要があると申し上げるつもりはないのですが、選定当事者の制度の規定は民事訴訟法に置かれており、任意的訴訟担当の典型的な場合というか、一番そういったものの必要性がある場合として定められているということになりますので、こういう規定を置かないという決定をした場合は、逆にそこから任意的手続担当といったものは家事審判法の領域では一切必要ないというように解される余地もあるかと思えます。ですから、そういった任意的手続担当の制度が全く必要がないのかどうかについて、もしお考えをお持ちの方がおられましたら、その点をお伺いしたいと思います。また、民事訴訟法の場合ですと、第29条と第30条とがセットになっているようなところがありますので、民事訴訟法第29条と同趣旨の定めは、ここでは当事者能力のところを導入することになっていきますので、もう一方の第30条の方は規定として設けなくてよいということが、身分的行為ということだけで言えるかどうかという点は、なお検討する必要があるように思います。

○伊藤部会長 恐らく先ほどの小田幹事のようなお考えだと、そもそもいわゆる多数当事者的なものが想定しにくいということであれば、選定当事者だけではなくて任意的手続担当、そういうものも、もちろん講学上の概念としてあるのだけれども、余りそういうものが実際に手続上必要とされる場面というのも考えられないということになるのかと思いますが、ただいまの点について何か御意見がございますか。

そうしましたら、一応ここでは選定当事者について積極的にそれを設ける方向で検討すべきだという御意見はないようでございますので、先ほどの小田幹事からの御意見などを踏まえての検討の方向で行きたいと思えます。よろしいでしょうか。

○栗林委員 違う問題なのですが、家事審判規則第5条で、事件の関係人は、自身出頭しなければいけないということで、(補足説明)でも本人出頭主義ということをやわれているわけなのですが、この意味がちょっとよく分からないのです。この解釈として、本人が出席するんだよということと、出席義務があるんですよという解釈もひょっとしたらあるのかとも思ったのです。それと、家事審判規則第5条第2項でも、弁護士が代理人の場合は、本人出頭主義との関係というのはどう——弁護士の場合は、本人が出頭したというふうに判断していいのかどうか、そこの整理がちょっとよく分からなかったのですが。

○脇村関係官 まず、19ページの「選定当事者」で、本人出頭主義との関係が問題となると書かせていただいたのは、家事審判の場合には手続に弁護士とかではなくて本人自身が出る要請が強いと考えられているという考え方からするとなじまないのではないのでしょうかということを言いたかったからでございます。

本人出頭主義の家事審判規則第5条の解釈につきましては、今回の部会資料8では出てきませんが、次の部会資料で出てきますので、そこで改めて事務局から御説明させていただければと考えているところでございます。

○伊藤部会長 では、栗林委員の先ほどの本人出頭主義の意義等に関しては部会資料9のところでも議論していただくことでよろしいでしょうか。

○栗林委員 はい、結構です。

○伊藤部会長 そういたしましたら、先に進ませていただきまして、「3 審判行為能力及び法定代理」のところで、これはいろいろな問題があるようにも思いますが、この点に関してはいかがでしょうか。民法の規定との関係や民法における行為能力の制限などとの関係が問題になるかと思えます。

いかがでしょう。先ほど脇村関係官からは補足的な説明がございましたが、23ページの(注)の1ないし5に関しては何か御発言ございますか。

○畑幹事 今のところではないのですが、21ページの一番下のイの「実体法上の法定代理人の取扱い」ですが、これは、中身はそうかなと思うのですが、ここで「代理」というふうに特定してしまってよろしいかどうか。多分、人訴についても議論があるところであろうかと思えます。実質は余り変わらないと思えます。

○脇村関係官 畑幹事御指摘のように、人事訴訟法第14条で、成年後見人が成年被後見人に代わって訴えるとか訴えられるケースについては、いわゆる訴訟担当説と法定代理説で見解が分かれていると承知しております。では、人訴で見解が分かれているのに、何でここでこのように書いたのだというところだと思うのですけれども、含意としては、実質を御議論いただきたいというものと、訴訟担当説ではない書き方をしたのは、先ほどの議論にもありましたように、家事審判で訴訟担当があるかどうかという点は学説上今後とも多分議論になると思うのですけれども、そういった学説上議論のあるものを前提に書くよりは、代理があるのは間違いないので、そちらで書かせていただいたところがございます。ですので、最終的な案文としてどのように書くかという点につきましては、事務当局でも人訴との整合性等を踏まえて検討させていただきたいと思うのですけれども、少なくとも実質についてはこのような形でどうかということを書かせていただいているところがございます。

○伊藤部会長 大ざっぱな言い方をすれば、代わりにするということなのですから、人訴法第14条の解釈や表現と21ページの表現が違っているか、あるいは違っていると解される余地があることは間違いないのですが、今の脇村関係官のような説明で御理解いただいた上で御意見をちょうだいできればという趣旨かと思えます。

○小田幹事 特別授権事項に関してです。21ページの(1)の④のところでございますが、aで「家事審判事件の申立ての取下げ、調停又は脱退」となっております。これは民訴に倣って、民事訴訟では「訴えの取下げ、和解」、その後幾つか続きますが、多分、「和解」となっているところを「調停」と置き換えたものと思っておりますが、疑問点があります。まず一つ目が、和解が特別授権事項とされている理由というのは、本来訴訟であれば実体上の請求権が100%あって、それを互譲により和解を成立させるということで、一部あきらめるという部分が入ってくるから特別授権事項になるのだらうと理解しております。他方で、調停ですと、非訟事件ということで、非訟事件の手続の中で初めて形成されるものということになると、一部あきらめるということが要素としては入ってこないのだらう。他方で、ここで形成されるわけであり、協議にかわるものとして調停が成立するわけですから、実態として一部互譲に近いようなものがなくはないと思うのですけれども、そういった関係でここに調停というのがすんなり入ってくるのかどうか。ただ、実質的には今申し上げたとおりで、調停の合意をすること自体が特別の授権事項であるというのは理解できるものと思っております。他方で、調停とだけ書いてありますと、調停の合意だけでは

なくて調停の手続まで含めて読まれるのではないかとも思われます。例えば審判事件の申立てがされて、ところが付調停で調停手続になったときに、これが特別授権事項なのだけれども入っていなかったときに調停手続がどうなるか。この点に関しては、調停合意ではなくて調停の手続が特別授権事項になるのは、結論として相当でないような気がしております。

○**脇村関係官** 事務当局として考えているのは、あくまで調停の合意については特別授権が必要であるということです。これは、審判をやってくださいと頼まれていながら、裁判所の判断ではなく当事者間の合意、それを互譲と言うのかはありますけれども、合意によって事件を終わらせることはやはり意思に反するのではないか、それは特別授権が必要だろうと思っております。ただ、それを超えて何か考えているかという点、その点については考えていないところがございますので、調停の合意については特別授権が要するという規律がいいのではないかと考えているところです。

○**伊藤部会長** 実質は脇村関係官が説明したとおりのことで、そういう実質が正確に理解されるような表現になるように検討していただければと思います。

それでは、先ほど脇村関係官から発言がございましたように、実体法と手続法の交錯場面で、いろいろ細部について検討していきますと難しい問題が出てくるかと思っておりますので、是非この場に限らず委員・幹事の方からいろいろな形での御意見がちょうだいできればということで、一応この部分は済んだことにさせていただきます。

次に、25ページの4の「審判行為能力等を欠く場合の措置等」、このあたりはいかがですか。——特に御意見ございませんようでしたら、こういう形で検討を続けさせていただきたいと思っております。

○**道垣内委員** 言葉遣いが民事訴訟法と同じなので、民事訴訟法をひっくり返すみたいな話になるので発言しにくいところがあるのですけれども、一言だけ。私が読ませていただきました、まず違和感がありますのは、これは先ほど了承されました20ページの一番下の③と同じなのですけれども、被保佐人がやった行為というのは取り消し得るものであって、行為としては有効なはずなのではないか、そうすると、授権が行為のためには必要ないのは当たり前ではないかということです。ほかの法律がそういう書き方をしているので、今更という感じがするのですけれども。そして、それを前提とした場合に、必要な授権を欠くときに補正を命じるものの範囲というのは、この授権がないと、そもそも有効な審判行為ができない場合を指しているのか、それとも何らかの瑕疵がある場合一般を指しているのかというのが、読んでいてよく分からないので、お教えいただければと思います。

○**伊藤部会長** 25ページの4の①のあたりですか。「審判行為をするのに必要な授権を欠くときは」という、このあたりの表現のことですね。

○**高田(裕)委員** この「授権」という言葉遣いについては法制的に妥当かどうかというのは、おっしゃるとおり疑問があり得るのかもしれませんが。ただ、民法と違いまして民事訴訟法では、いわゆる制限行為能力を想定していないことが前提でして、被保佐人、同意を要する被補助人は同意がなければ単独で訴訟行為はできない、同意なくしてした訴訟行為は取り消し得べき訴訟行為ではなくて無効であるという前提ですのでこういう表現になっているというのが差し当たりのお答えです。更に細かく言えば、訴訟行為ごとの同意が必要か、包括的同意かという議論があり得るのだらうと思っておりますけれども、ここも民訴と同じく包

括的同意を想定してでき上がっていると私は理解しております。

○道垣内委員 よく分かりました。

○伊藤部会長 よろしいでしょうか。

それでは、5の「特別代理人」、そして6の「法定代理権消滅の効力発生時期」で、6では、調停をすることができる事項についての審判と、（補足説明）の2にあるような、できない事項についての審判を分けて、この点に関する規律を設けている、こういうことになりましたが、このあたりのところはよろしいでしょうか。

もしよろしければ、7の「法人の代表者等への準用」は、ここはよろしいですね。

それでは、第6までを終えていただいたことにいたしまして、ここで休憩をとらせていただきたいと思います。

（休 憩）

○伊藤部会長 それでは、再開させていただきます。

次に、「第7 任意代理人」につきまして事務局からの説明をお願いいたします。

○脇村関係官 第7「任意代理人」の1では、「任意代理人の資格」について、2では「任意代理権の証明」について、3では「任意代理権の範囲」について、4では「個別代理」について、5では「任意代理権の不消滅」について、それぞれ提案しております。

非訟事件手続においても議論させていただいたところですが、家事審判手続特有の問題等があれば御検討いただければと存じます。

6では「任意代理権消滅の効力発生時期」について提案しており、ここでは基本的に先ほどの法定代理と同じだと考えております。

7では「任意代理権を欠く場合の措置等」について提案しております。

「8 その他」の(注)では、当事者による更正を取り上げております。非訟事件手続の議論においては、非訟手続においても当事者が代理人の陳述を取り消すことがあり得るという御意見をいただいたところですが、（補足説明）にもありますとおり、やはり取消しに法的な効果を付与することはできないのではないかと考えましたので、ここでは「取り消すことができる」といった規定をあえて設けなくてよいのではないかとすることを提案しております。

なお、非訟事件手続の議論では、民訴法第57条の趣旨は、当事者から取消し等ができることに意味があるのか、代理人が陳述ができることを裏から規定していいのかといった御質問をいただきました。この点については、同条は、法律上の陳述については代理人は当然でき、当事者の取消し等は認められないことを前提に、事実に関する陳述については当事者に取消し等を認めるものであるということですのでございますので、やはりこの規定は、当事者が取消し等ができることに意味があるという規定であると理解するところがございます。

以上です。

○伊藤部会長 それでは、第7に関しても、現行法の規律あるいは非訟事件に関して御議論いただいた内容と実質的に重なるところが多いかと思いますが、順次御審議をお願いいたします。

まず、「任意代理人の資格」に関しては、ここに掲げてあるようなことですが、何か御発言ございますか。——よろしいでしょうか。

それでは、次の「任意代理権の証明」に関してはいかがでしょう。——この点も特段の御意見はございませんか。

よろしければ、「任意代理権の範囲」でございしますが、この点はいかがでしょう。

- 道垣内委員 資料30ページの③にある「任意代理権は、制限することができないものとする」というのは、一般的な趣旨としてはどういうふうに説かれているものなののでしょうか。
- 脇村関係官 もし間違っていれば御指摘いただきたいのですが、理解といたしましては、任意代理人というのは、基本的に①記載の行為について代理権を有していて、一般的には、これに限らず包括的に非訟行為、訴訟行為についてできると考えられておりますので、そういったことについて、当事者が「そのうちの一部は認めませんよ」ということは認めないという趣旨でございします。ですので、代理権の範囲を法定していると御理解いただければ結構かと思ひます。
- 伊藤部会長 ただいまのような説明で道垣内委員の御質問に答えていますか。
- 道垣内委員 必ずしも。さらに、民法的な発想で言うと、任意代理権の範囲を制限できるのは当たり前で、それを訴訟の場において相手方とか裁判所に対して主張できないというだけではないかという気がしてならないのです。仮に制限を許さないというとき、それでは、任意代理人との間でこういうことをやってはいけないと契約をしていたら、それは無効となるのかというと、それは無効にならなくて、債務不履行による損害賠償は十分に成り立つと思ひます。そうすると、文章としてこれでいいのだろうかというのがすごく気になるところです。
- 高田(裕)委員 あくまでこれは訴訟上の任意代理権の範囲、この場合には非訟手続上の任意代理権の範囲ということで、代理人の行為が本人に帰属するための要件に関する規定でして、代理権の基礎となる法律行為の当事者間の効力とは無関係な規定だと考えています。実質は、今、脇村関係官がおっしゃったとおりで、任意代理人のした訴訟行為は代理権の範囲内で本人に帰属することを前提に、その代理権の範囲を定めた規定と理解することになるのではないかと思ひます。
- 伊藤部会長 道垣内委員の御質問に答えたことになりますか。
- 道垣内委員 教科書を読めば分かるということでは答えたことになると思うのですが、本文を読んでも私には分からない。理論的におかしいのではないかというふうに本文を読むと思ひます。
- 伊藤部会長 まあ、そうですね。
- 三木委員 教科書的な記述によると、訴訟というのは連続性がある、行為が積み重なっていくということがありますので、手続的安定が要求されるので、この行為だけはできる、この行為はできない、自白だけできるとかできないとかいうような個別の授権とか制限はできないという趣旨だと思ひます。
- 道垣内委員 それは内部的にはできるのでしょうか。
- 伊藤部会長 委任者と受任者の関係ではですね。
- 三木委員 私法的な関係ではできるけれども、訴訟法上は法定されていて、自由処分性が無いということです。

- 道垣内委員 結構です。いろいろな法律がすべてそうなっていますから。
- 伊藤部会長 表現としてやや違和感があるということは何となく私も分かりますけれども、趣旨は今説明があったようなことだと思います。
ほかにいかがでしょうか。
- 山本幹事 ①のところですが、研究会のときの段階では強制執行が入っていたと思うのですが、原案から落ちている理由を御説明いただければと思います。
- 脇村関係官 非訟の議論で強制執行というものが非訟行為に含まれるのかという御議論がありましたので、そういうことを踏まえて消させていただきました。
- 山本幹事 しかし、非訟の場面でも債務名義が形成されて強制執行に至ることはあり得るのではないかという気がしたのですが、誤解があるのでしょうか。
- 脇村関係官 もう一度検討させていただきます。
- 伊藤部会長 どうも御指摘ありがとうございます。
ほかにどうでしょうか。
もしよろしければ、5の「任意代理権の不消滅」のあたりはいかがですか。
- 道垣内委員 (補足説明)の2に書いていらっしゃるのと1に書いてあることとの関係がよく分からないのです。というのは、本文もそうですが、本文は「当事者の死亡」ですよ。2には「任意代理人の死亡」と書いてありますよね。2のところでは本人の死亡というのを除かれているのは何か意味があるのでしょうか。
- 脇村関係官 委員の御指摘というのは、民法上当事者本人の死亡も消滅事由に入るのではないかという御指摘でしょうか。
- 道垣内委員 そうなのですが。
- 脇村関係官 民法上はそうだけれども、非訟法とか家事審判法上、抜くものだけを①で書いておりますので、本人の死亡が入っていないのは、本人が死亡したときは消滅することを裏から書いているということだと思います。
- 道垣内委員 仮にそうであると、これも民訴法第58条並びですので、また言うのは嫌ですが、ここで言う「当事者」というのは代理人のことなのですか。
- 伊藤部会長 非訟手続上の当事者のことですよ。
- 高田(裕)委員 これも基本は民法が背後にありまして、また書かれていないわけですけども、特別規定として①に書いてある場合については、民法の原則とは異なる不消滅という効果を訴訟法上は導きたいという趣旨の規定と御理解いただくことになると思うのですが。
- 伊藤部会長 というのが①ですね。
- 高田(裕)委員 そうです。というか、(補足説明)の1ということかもしれません。
- 伊藤部会長 そして、道垣内委員の御質問は(補足説明)の2のところですよ。先ほど発言があったのはそこではなかったですか。
- 道垣内委員 分かりました。
- 高田(裕)委員 ①と2をあわせると民法とそろうと思うのですが、(補足説明)1の例外をつくったという趣旨です。
- 道垣内委員 (補足説明)の2というのは②に対応している説明なのですね。
- 高田(裕)委員 民法に対応しています。
- 道垣内委員 そうですね。dに対応している。実体に何か文句を言っているわけではなくて、

2のところに「なお、任意代理権の消滅事由としては」という一般的な文言で起こされま
すと、何で2号だけ書くのだろうかというのが、すごく違和感がありましたものですか。

○伊藤部会長 民訴との関係がありますから、いろいろ難しい問題はあるかと思いますが、ど
うも御指摘ありがとうございました。

○道垣内委員 条文の書き方の問題ではなくて、恐らく（補足説明）の書き方の問題だと思
いますので。

○伊藤部会長 分かりました。

「任意代理権の不消滅」に関して、ほかにいかがでしょうか。——よろしいですか。

そうしましたら、32ページの「6 任意代理権消滅の効力発生時期」に関してはいかが
でしょう。これも、調停をすることができる事項についての審判事件について、民訴の規
定に倣ってということですが、格別の御意見はございませんか。

そうしましたら、7の「任意代理権を欠く場合の措置等」、ここはいかがですか。これも
民訴の規定に倣ってですが。

○栗林委員 6のところで確認ですが、「調停をすることができる事項」というのがあるので
すけれども、ちょっと今までの過去の議論の中の分からなかった点なのですけれども、相
手方がある事件とない事件に分けて、権利剥奪型は相手方がある事件の方に整理する。例
えば親権喪失がそうなのですが、それは調停ができる事項の方に入れるということな
のでしょうか。それとも、相手方がある事件の中に調停ができる事項とない事項の両方ある
という整理をされるのでしょうか。

○脇村関係官 今の御指摘の点でございますが、調停することができる事項と相手方がある事
件の関係については、相手方がある事件というふうに仮に組んだ場合には、その中に調停
ができる事件と調停ができない事件が当然入ってくると思っております。ですので、親権
の喪失等について、仮に相手方がある事件というカテゴリーで組んだとしても、それが調
停ができるかどうかはまた別でございますので、それに対応してこちらの方にも、そのう
ちの調停ができる事件についてはどうかという提案をさせていただいております。その趣
旨というのは、結局当事者が「処分」という言い方をすると適切ではないような気がする
のですけれども、一定の合意によって事件を終結できる事件とそうでない事件によって、
その規律内容は変わってくるのではないかと、こういう代理権消滅についても、合意で可
する事件については通知をかましたとしても不都合はないのではないかとということで考え
させていただいているというところです。

○伊藤部会長 栗林委員、いかがでしょうか。

○栗林委員 今の説明は非常によく分かったのですけれども、任意代理権の消滅が、調停をす
ることができる事件かどうかで分けられる、今の説明によると分けられる形になるのだ
しょうか。

○脇村関係官 調停ができるかどうかをメルクマールにするのがよろしくないのではないかと
いう御指摘だと思うのですけれども、民法上の実体法上の消滅事由を手続上の消滅事由と
しないということですので、それについては一定の合理性が必要ではないかと考えており
ます。当事者が合意できるものに関する事項に係る審判事件については、そもそも当事者
の合意により調停を成立させ事件を終了させることができるので、代理権消滅についても
当事者に一定の通知義務を係らせても妥当ではないかと考えているところでございます。

ですので、もちろん、御指摘のように、そういったメルクマールではない、何か別の規律を設けるべきだという御議論はあると思いますが、当局としては、本体について合意ができるものというメルクマールを流用といえますか、持ち込んでもいいのではないかと考えているところです。

○伊藤部会長 いかがでしょうか。当事者側からの一種の自己責任のようなもので処理ができるようなという意味で、調停をすることができる事項についてはこういう規律とする。考え方としてはそうかと思いますが。

○高田(裕)委員 あり得る考え方だと思いますが、私の記憶では、非訟のときは相手方の有無で区別したような印象もございますし、そのあたりのことも御考慮の上、御検討いただければと存じます。

○伊藤部会長 分かりました。

どうぞ、金子幹事。

○金子幹事 相手方がある、なしと、それから調停ができる、できないの組合せですね。それについては各論で少し御検討いただくことになろうかと思えます。仮に、相手方がある事件として扱うものの中に調停に親しまない事件があるとすれば、この問題が顕在化するもので、それについてこの消滅時期について検討していただき、その上で、もう一度この問題を考えたいと思えます。

○伊藤部会長 では、栗林委員、そういうことで、ありがとうございました。

7の「任意代理権を欠く場合の措置等」で特に問題がなければ、「その他」のところですが、先ほど当事者による更正権の関係で(注)に問題の所在が指摘され、かつ、弁論主義との関係で、権利として当事者の更正権を規定するような意義はないのではないかという考え方が提示されておりますが、このあたりはいかがでしょうか。

○高田(昌)委員 非訟事件手続法で議論されたときには何も申し上げなかったのですが、こういった規定や制度を設けないのは、それを残したとしても、そもそも弁論主義をとらない家事審判手続では法的効果を観念できないからだということなのですが、ただ、一方で、家事審判手続で職権探知主義がとられていても、当事者の弁論権と言ったらおかしいかもしれませんが、そういう権利が、たぶん保障されていると思うのです。したがって、当事者としては、自分が主張したことを自分の主張として斟酌してもらいたいという当事者権のようなものがあるというように考えると、家事審判手続では弁論主義が妥当していないからということで、当事者による更正という制度を全く設けなくてよいと言えるかどうかは、多少疑問があるのではないかと考えます。

○伊藤部会長 その点は、脇村関係官、いかがでしょう。

○脇村関係官 代理人がAですと言った後に、本当はBですよと当事者が言うことは当然あると思えます。ただ、では、Bですと言ったときに、Aと言ったことが消えるかどうかと言われますと、それは消すことは不可能だと思いますので、そういったことも職権探知という手続の全趣旨の中に入ってくるのだと思えます。そういったことを考慮いたしますと、後で消せませよと言ったことにどういう意味があるのかというのが正直分からなくて、それが最初に言ったこと自体を消すということであれば導入するということが法的効果が付与されるということであると思うのですけれども、事実認定等でそれは消すことは恐らく不可能で、消すべきではないと思いますので、そういたしますと、なかなか難しいのかなと

思うのです。ですので、弁論権との関係も、確かに言うのを認めることは当然なのですが、それを前提としても、規定を置くことが法的な効果に結びつくのかどうか結局難しいのではないかとこのように案を出しているのですけれども、法的効果が何かあるということであれば、また検討させていただきたいのですけれども、是非御意見をいただければと思っております。

○高田(昌)委員 代理人がAと言って、当事者がAではなくBだと言ったときに、もちろんAを消せないというのはそうなのかもしれませんが、当事者が少なくともAではなくてBだと言っていることは、弁論の全趣旨に相当する手段の全趣旨ではそういうふうに評価されるかと思っておりますので、それはそれで意味があるのではないかと思います。

○伊藤部会長 それはもちろん意味があるんですね。ただ、更正権というか、前の代理人の陳述が手続上無意味になってしまう、そういう意味があるかどうかというのが事務当局の問題意識かと思っております。

○山本幹事 私は高田昌宏委員の御意見に賛成です。確かに弁論の全趣旨としては斟酌される弁論かどうか分かりませんが、全趣旨として斟酌されるというのはそのとおりだと思うのですが、やはりその人がそう言ったわけではなくなるのだ、その人の主張ということではなくなるのだということは、その当事者の手続における主体性というのを尊重していくという観点からすれば意味がなくはないと思います。私の理解では、必ずしも弁論主義と更正権というのは一体化しているわけではなくて、人訴は特に適用除外規定は置いていないと思いますし、民訴でも主要事実だけではなくて間接事実等にも更正権は及ぶという理解が一般的なように思いますので、必ずしも弁論主義と一体化して理解しなくてもいいのではないかなと思っておりますので、今のところ高田昌宏委員の意見に賛成しておきたいと思します。

○伊藤部会長 分かりました。やや理論的な問題ではありますが、いかがでしょう。

○高田(裕)委員 これも今のお二人の御発言に尽きていると思っておりますが、純粹に理論的に申しますと、代理人ですから、代理人の発言、事実についての陳述は本人の陳述として効果が生じることが出発点で、それは消えると、一応本人は違うことを言っているということに、象徴的な意味かもしれませんが、意義が存在する。その結果、代理人の発言はたかだか弁論の全趣旨としてしか評価されないことにこの意義があると思します。ただ、そうした効果をわざわざ法律上規定することが必要ではないというのは一つの考え方かもしれませんが、また象徴的意味にとどまるのかもしれませんが、存在価値はなおある規定ではないかと思します。

○伊藤部会長 今の点、ほかに御意見ございますか。

○三木委員 あえて更正権の規定を置かなくてもいいのではないかという意味では原案に賛成なのですが、ただ、先ほどのような御説明を後に何かの御説明で書かれるのなら、それはちょっと誤解を招くという意味では、ほかの委員・幹事の方がおっしゃった意見に賛成です。特に弁論の全趣旨うんぬんということをおっしゃったけれども、山本幹事がおっしゃったように、更正権がある民訴の場合であっても、取り消したからといって代理人の発言が弁論の全趣旨で全く考慮されないかどうかはまた別論であって、ですから、先ほどの弁論の全趣旨うんぬんで弁論主義が働く場合と働かない場合を仕分けた御説明のような説明でほかに書いたりされるとちょっと誤解を招くという気はします。

○伊藤部会長 それでは、この点も御意見をいただきましたので、なお御意見を踏まえて検討することにしてもらいましょう。

ほかに特に御意見がなければ、次の第8に移りたいと思いますが、よろしいでしょうか。

それでは、第8の「任意参加」についての説明をお願いいたします。

○脇村関係官 「第8 任意参加」の1の(1)では権利参加の要件を提案しております。(注)では、当事者となる資格を有する者以外の者であっても、一定の者については当然に権利参加を認めるべきものがあるかどうかという点について検討することを提案しております。

(2)では、許可参加の要件等について提案しております。

イの不服申立てについてですが、この点については、(補足説明)に記載している点のほか、許可参加により参加すべき者としてどの範囲のものを想定するのも考慮する必要があると思われまます。非訟事件手続における議論の際には、利害関係人の中の一定の者については、第一審において手続に参加する利益を保障する必要があり、不服申立てについてもこれを認めるべきであるとの御意見があったものと理解しております。この御意見がどの範囲のものを念頭に置かれているのかという問題はあるのですが、例えば、先ほどの(1)の(注)において検討することを提案している、認容する審判がされた場合に審判を受ける者に該当するものについては権利参加として参加することができるように整理し、こういったものについては不服申立てを認めるとするのであれば、許可参加については不服申立てを認めなくてもよいと考える方もおられるのではないかと存じます。したがって、この点については、許可参加により参加すべき者としてどの範囲のものを想定するのも考慮した上で御検討いただければと存じます。

次に、2では参加の申出を、3では参加した者の地位について提案しております。

以上です。

○伊藤部会長 まず第8の1の「参加の要件等」で、「権利参加の要件等」、「許可参加の要件等」、あわせて「申出を許可しない旨の審判に対する不服申立て」、このあたりに関する御意見をちょうだいしたいと思います。

○栗林委員 参加に関して文献を見ると、いろいろな事案があつて、例えば相続分の一部を譲り受けた人はどうかとか、担保権者がどうなのかとか、いろいろ議論はあるみたいなのですが、1点教えていただきたいのは、遺産分割の審判事件の途中で相続人が新たに判明し、その人を追加する場合、これは新たな申立てと審判の併合したという解釈になるのか、それとも、強制参加なのか分かりませんが、参加というくくりで処理をすることになるのか、その辺はいかがでしょうか。

○脇村関係官 その点についてはフレキシブルに考えているのですが、理論的には参加で対応することを考えておりますが、実務上申立てを新たにした上で併合するという形をとっても、それはそれで結構だと思っております。どちらかに決めつけるまでの必要はないのかなと思っております。

○伊藤部会長 いかがでしょうか。よろしいですか。

○栗林委員 はい。

○伊藤部会長 どうぞ、小田幹事、お願いします。

○小田幹事 以前にも申し上げたところですが、権利参加の要件で当事者となる資格を有する者ができるということで、通常の場合、例えば今の遺産分割の当事者が落ちてい

たような場合には問題なかろうと思えますけれども、後見事件のように、その申立権者が必ずしもそこで審判の対象となる権利関係の当事者ではないけれども申立資格があるという場合には多少問題があるかと思っております。典型例が、後見開始事件で4親等内の親族ですから申立権はあり、たとえ、疎遠な親族で、目的は本人の財産を知りたいというものであっても、文字どおり当事者となる資格を有している者ですから、この規律でいけば権利参加できることになる。他方で、その目的を達するために、その後、記録の閲覧謄写を申請してきますが、さて、そういった問題にどう対処したらいいかということでございます。

一つは、権利参加という規律は当事者となる資格を有する者ということで、特段その権利関係と当事者となる資格を有する者の関係を問題にしないというのが一つあるかと思えます。その場合には、記録の閲覧謄写に関しては、当事者については当然に認めるというのが大筋の流れであります。その暗黙の前提には、当然その人の権利関係に関するところからということがあるかと思えます。仮にここで権利参加において、当事者となる資格を有する者というだけで権利参加になるということであれば、その裏側として、記録の閲覧謄写の要件のところを、権利関係の主体かどうかについても十分考慮しつつ、その区別を反映した結論とする必要があるのではないかと考えております。

○伊藤部会長 脇村関係官、今の点は、何か発言ございますか。

○脇村関係官 部会資料では、権利関係の当事者として申立人となる資格を有する者と権利関係の当事者ではないが申立人としての資格を有する者については同格として扱うことを前提にしておりました。それは、権利関係の当事者ではないが申立権を付与されている者も、当該権利関係に一定の役割を果たすことが法律上予定されているということをとらえて、その点で区別する必要はないのではないかと考えていたからです。小田幹事のおっしゃるように、権利関係の当事者と単なる申立人の資格になっている者については分けて考えるべきだというのも一つの考えだと思います。ですので、その点については今後とも多分検討が進むと思うのですが、部会資料としては、先ほど言ったように、両者については区別する必要はないのではないかと。もちろん理由づけは多少変わってくるかと思えますけれども、区別して考えていないというところですか。

○伊藤部会長 ほかにいかがでしょうか。36ページの3の「参加した者の地位」に関しても、何か御発言があればお願いいたします。

○栗林委員 権利参加と許可参加では、裁判所の許可が必要かどうかということで分かれているわけですが、例えば相続分の譲渡があった場合は、相続人の一人と同じように考えられると思うので、権利参加になるだろうと思うのです。では、一部を譲り受けた人とか相続人の債権者あるいは相続財産に対する担保権者は、その人がそのまま移り変わったわけではないから、許可参加の方にするというような仕分けになるのでしょうか。

○脇村関係官 御指摘のとおりです。正に当事者となるような人について、相続分、包括的に譲渡を受けたような人については権利参加の方で考えていまして、それ以外の、間接的なのか、影響するような人については許可参加の方で考えているところでございます。

○伊藤部会長 よろしいでしょうか。

○栗林委員 はい。

○伊藤部会長 どうぞ、長委員。

- 長委員** 今挙げられたような間接的な利害を持つ方が利害関係を有する者ということで入ってきますと、例えば遺産分割などにおいて、果たしてどこまでその利益を考慮すべきかという問題があると思うのです。その人たちに参加を許可しなくなったときに、(2)のイのところでは不服申立てをどうするかということになります。どのような人が入ってくるか分からないような手続で不服申立ての手続が更に保障されているということになりますと、手続自体の進行に非常に危ういものを感じざるを得ないわけで、実務上かなり支障を来す可能性があるようにも思うのです。そのところはどのようなふうにお考えなのですか。
- 脇村関係官** この点につきましては、結局許可参加でどういったものを想定しているかというところにかかわってくると思います。非訟事件の議論の際には、恐らく、不服申立てを認めるべきだ、許可参加を認めるべきだと言っていた人の中で想定していたのは、例えば家事で言いますと特別養子縁組における実父母といった、申立人、相手方ではないけれども、実質的に当事者になるような人の参加について保障すべきだと言っていて、そういった人たちについては、不当な判断で排除されたときについては不服申立てができていいのではないかというような御指摘があったのだと理解しております。ですので、ここについては、長委員がおっしゃるように、そういった人ではなくて本当に間接的なものについてまで不服申立てを認めるのかという問題と実質的に当事者について認めるかという問題は議論を分けた方がいいのかなと思っております。そういった意味で、権利参加の要件の(注)のところ、そういった人たちはどうするかということをご提案させていただいているところがございます。この点について、当局として現段階で固まった案があるわけではございませんが、一つの考え方としては、そういった実質的な当事者については各論的に手当てをする。先ほど言った実父母のように、必要的陳述聴取の対象になっているような人については各論的に権利参加できるようにした上で、それについては同様に不服申立てを認め、それ以外は不服申立てを認めないというのも一つの考え方ではないかと思っておりますが、いろいろ御意見があるところがございますので、是非御意見をいただければと思っております。
- 伊藤部会長** ただいまの点はいかがでしょうか。許可参加の利害関係について、先ほどの債権者とか担保権者とか、そういった、いわば間接的な利害関係を持つ者が入ってき得ることになったときに、それが不許可に対する不服申立てまでできるということになると非常に手続の円滑な運営を阻害するという問題の発生が予想されるころですので、そういうことについて、今、脇村関係官から説明があったような考え方でよろしいのかどうかという、そのあたりはどうでしょう。
- 豊澤委員** まず、許可参加してくる者としてどういったものを想定されているのかの仕分けが要るのではなからうか。脇村関係官がおっしゃったように、特別養子縁組の実父母のような者には参加を保障するべきであろうが、資料に書いてある要件だけを見ると、民訴でいえば補助参加みたいなイメージなのです。このように許可参加の要件を広くした上で、一般的に不服申立てを認めると、いろいろな者が許可参加をめぐって手続を混乱させることにもなりかねない。議論の前提として、許可すべき参加の申出としてどのようなものを想定しているのかを明確にして、本来的には各論ベースで必要な手当てをすべきだと思います。総論で入れるときには、許可参加の要件を的確に定めるべきであり、それに対する不服申立ては少なくとも総論では入れないで、各論的な手当てにゆだねる方がきめ細かな

議論ができるのではなからうかと思えます。

○伊藤部会長 そういたしますと、少なくとも利害関係という広い概念で許可参加の要件をとらえる限り、およそそういうものであっても不許可の審判に対して不服申立てができる、こういう考え方には余り合理性がないという点では大体御意見が一致しているというふうに見てよろしいでしょうか。その上で、しかし、一定類型のものに関しては、なお仮にそれが許可参加というルートをとる場合であっても不服申立ての可否を検討すべき場合がある、このような整理で現段階ではよろしいでしょうか。

もしそういうことでよろしければ、あとこの「任意参加」に関して何か御意見ございますか。

○山本幹事 大変細かいことで恐縮なのですが、3の②のただし書で除いている事柄の範囲なのですが、申立ての取下げとか即時抗告を除いているというのは（補足説明）で書いているのですが、このほかに除くものというのは、例えば抗告の取下げとか、調停とか、そういうようなものは除かなくてよろしいのかなというのがちょっと気になったのですが。

○脇村関係官 ここは、考え方としてこういう方向でということを書かせていただいておりますので、法文になる際にはもう少しきめ細やかな対応が必要だと考えております。幹事御指摘の点を踏まえて、今後の立案作業の際には慎重を期したいと思います。

○伊藤部会長 どうもありがとうございました。御指摘を踏まえて検討させていただきます。

○平山関係官 今の山本幹事の御発言や先ほど小田幹事から申し上げたこととも関連することではございますが、記録の閲覧謄写などとの関係でも、許可参加の対象となる範囲にかなり関連の薄い方も入ってくるという形になったときに、仮に、当事者と第三者について閲覧謄写の規律をある程度分けることを前提とすると、参加人に当事者同等の閲覧謄写権を認めてよいのかということも、お考えいただく必要があるのではないかと思います。あるいは許可の段階で閲覧謄写を認めるべき人かどうかということを含めて検討すればよいという考え方もあり得るのかもしれませんが、許可した場合にできる手続行為は必ずしも閲覧謄写に限られるわけではないように思われますので、その点のみを考慮して参加の可否を決められるのか、疑問もあります。

○伊藤部会長 ありがとうございます。

どうぞ、畑幹事。

○畑幹事 非訟の際にどういう議論をしたか覚えていないのですが、今の36ページの「参加した者の地位」について、当事者として参加したか、そうでないかというのは何で決まるということでしたでしょうか。

○脇村関係官 参加する人が当事者として参加するかどうかによると考えております。例えば、申立人となる資格を有する者が、申立人として参加しますと言え、当事者として参加した者と扱われます。もちろん申立権者ではない人はどうやっても申立人として参加することはできませんのであれけれども、先ほど言ったような考え方をとっているところでは。

○畑幹事 確認ですが、許可参加になる人は当事者として参加ということはできないということですか。

○脇村関係官 そこはそういうふうには区別すべきだと考えております。もともと、申立人となれない者が申立ての取下げができるのはおかしいと思っておりますので、そういった点で

区別したいと考えています。

○伊藤部会長 畑幹事、いかがですか。

○畑幹事 分かりました。ただ、34ページの(注)で挙げておられるような審判を受ける者類型等については、単なる利害関係人とはまたちょっと違う扱いがあり得るかなという気はいたします。

○脇村関係官 その点については、(注)の中でどのような仕分けをするかにも影響するところだと思いますので、それを踏まえてもう一度検討したいと思います。

○三木委員 許可参加の要件のところですが、考え方が必ずしも私には整理されていない部分もあるように見えるのです。具体的には、先ほど補助参加との関係で御発言がありましたが、補助参加の場合は利害関係概念で選別していて、利害関係があれば補助参加ができるという、そこは一種の権利参加的になっているわけですね。ただし、その利害関係というのは、文字どおりの利害関係ではなくて、ここは皆さん御案内のように判例や学説で様々な議論がありますが、広く解する見解も狭く解する見解もありますけれども、狭く解する見解はもちろん、広く解する見解も文字どおりの利害関係だけあればいいとはしていないわけです。そうすると、こちらの許可参加というのは、ここで言う利害関係をどう考えているのか。というのは、利害関係で補助参加のように絞っているのだとすると、絞った利害関係があるのになお許可をしない場合というのがどういう場合なのか。他方で、利害関係を補助参加ではもっと広くとらえていて——抽象的な言い方ですけども——利害関係は比較的広いけれども、許可がその後にもう一つかんでいるので、許可で実質的な意味で参加を認めるべきでない者を外すということなのか。つまり、利害関係で絞って、かつ許可で絞るという構造は、民訴の補助参加とは違うので、どこが同列であって、どこが違うのかという、そこが分からないところが一つ、議論の混乱を招いているところかなという気がいたします。もちろん、利害関係の中身とかを立法で書けるとか書けという意味ではありませんが、次の読会までの事務当局の資料の整理等の話かもしれませんが、この利害関係というのをどうとらえているのか、許可というのが、利害関係があって、かつ許可をしない場合というのは一体どういう場合を想定しているのかということをお整理いただいた上で次の読会に臨まないで議論がかみ合わないのではないかと気がしました。

○伊藤部会長 今の段階でどうですか。脇村関係官。

○脇村関係官 我々としては、利害関係についてはおおむね民事訴訟法と同様に考えております。では、なぜそれを許可で絞っているのかというところだと思いますが、今回の参加人の地位につきましては、民事訴訟法に言う補助参加よりも格上げしていると我々としては認識しております。つまり、民事訴訟では、補助参加人は、だれかの補助をしますもので、そのだれかの意思に反して何かをするということは当然予定されていない。そういう意味では従属的なものだと思っておりますが、ここで考えていますのは、そういったものではなくて、あくまで自分自身のために、自分自身の意思で何でもできる、参加人を創出することを考えております。そういった意味では、民事訴訟の要件よりも厳しくする必要があると考えておりますので、要件を絞っているところがございます。ただ、確かにこれだけを見ると、そういった点が伝わりにくい点もございますので、今後、部会資料を作る際にはもう少しその辺が分かるようにしていきたいと思っておりますし、また、許可参加の範囲が、先ほどの議論によりますと、大分狭まってくると思いますか、変わってきますので、そう

いったあたりももう少し整理した上で御提案させていただきたいと思います。

○三木委員 私自身の個人的な理解も、今おっしゃったような理解で私は読んでおりました。つまり、この利害関係というのは、先ほど債権者とかそういう例も出ましたけれども、そういうものはもともと利害関係概念で落ちているのだと私は考えておりました。つまり、かなり絞り込んでいる。その上で、そういう狭い意味の利害関係があっても、なおかつ、先ほどおっしゃったような理由あるいは個別事件における事情によって、なお許可をしない場合もあり得るのだと考えておりましたが、いずれにしましても、可能であれば次の資料で例を挙げていただいて、そうでないと違った事案をイメージして議論をすることになりますので、可能な限りで例を挙げていただければと思います。

○金子幹事 三木委員の御指摘を受けて工夫をしたいと思います。

この問題を考える際には、当事者及び利害関係人は即時抗告できるという規定が現行家事審判規則にはかなり入ってあることとの整合性、つまり即時抗告ができる者であれば事前に参加させてもよいのではないかという問題もあります。この後、個別に各論の方で即時抗告権者の検討もあわせてしていただこうと思いますので、改めて振り返ってこの問題を考えるときにもそこでの議論が参考になるとと思います。

○伊藤部会長 どうも御指摘ありがとうございました。

ほかにはよろしいでしょうか。

それでは、第9の「強制参加」について、お願いします。

○脇村関係官 第9の「強制参加」の1では、参加の要件について提案しております。なお、非訟事件手続の議論の際には、当事者となる資格を有する者のうち非訟事件で終局審判が認容された場合において、審判を受ける者になることがない者を強制的に参加させることは相当ではないとの御意見がありましたので、こういったものについては除外しております。

(注)では、申立てを却下した裁判に対する不服申立てを取り上げております。例えば、扶養に関する審判事件で、AさんがBさんに対して扶養料の支払を求めていたところ、その後、本当はCさんが支払うべきであるとの理由でAさんやBさんが強制参加の申立てをしたときに、裁判所がこれを却下したようなケースが想定されるところでございます。

以上です。

○伊藤部会長 いかがでしょうか。要件と、併せて最後に説明がございました(注)の関係ですけども。

○長委員 御説明を補充していただければと思う箇所があるのですが、37ページの(補足説明)で「例えば」という段落がございますが、これは、遺産分割審判が係属していて、そのうちの例えば相手方の1人が死亡し、その方に相続人がいて、その相続人を当事者とするという場合ですけども、私が今理解している現行実務では、当然承継が発生し、したがって、参加させなくとも死亡した人の相続人が当事者になります。それで、実務では受継という形式をとります。それはなぜかという、相続人の範囲をはっきりさせるために戸籍謄本などをきちんと出していただいて、受継という手続をとるのでですけども、これはあくまでも形式的なものでして、「受継」という名前がついているだけと理解した方がいいのではないかと私は思っています。今回の立て方の場合ですと、そこはどのような説明になるのですか。

○脇村関係官 その点についてですが、確かに今お聞きして、今後検討します受継とのすみ分けについて再度検討しないといけないということはよく分かりましたので、もう一度その点については検討させていただきたいと思います。死亡したケースについては、確かに当然受継、当然引き継ぐので、あとは受継なり何なりの手続をどうとるかというのはまた追って議論させていただきたいと思います。

○伊藤部会長 どうも御指摘ありがとうございます。

ほかにいかがでしょうか。(注)の、申立てを却下した裁判に対する不服申立てについては何か御意見ございますか。

○脇村関係官 補足的に、ここで(注)に落とした理由等をもう一度説明させていただきたいと思うのですが、ここで想定しておりますのは、先ほど言いましたように、AさんがBさんだと思って扶養の申立てをしていたと。どうも、もう一人兄弟がいてCさんらしい、本当はCさんが扶養料とか義務、負担すべきだとAさんが考えたときに、AさんがCさんを強制的に参加させる申立てをして、ただ、裁判所は、いやいやCさんは関係ないですよと思って却下したケースについてどう考えるかというところなのですが、初めはやはりAさんがCだと思っていて強制的に参加させようとしていたのに却下したのだから、それについて争わせる必要があるのではないかと思っていたところなのですが、よくよく考えてみますと、これは一種の中間的な判決とも似ているとも思っておりまして、AさんがCさんも入っていると思っていたけれども、裁判所は違うと。本案の先取りというか何といいますか、とりあえずCは扶養義務者ではないという考えを示したときに、それだけを上級審で争わせることに何の意味があるのだろうかと思っております、具体的に言えば、却下した理由が、例えばCさんは兄弟ではないですよということであれば、それだけ即時抗告の上で争わせて戻しても意味ないのではないかと、本案判決と一緒にした方がいいのではないのかとか、いろいろ考えてきますと、非常に悩ましいといえますか。仮に即時抗告を認めたとしても、それは参加するだけでするので、原審がやはり違うと思えばそのまま無視して審判してしまえば一緒ですし、結局意味ないなということを考えていくと、それで不服申立ては要らないのかなという気もしたりして、是非その辺皆様に御検討いただければということで、このような形で書かせていただいたところです。

○伊藤部会長 今回の脇村関係官からの説明を踏まえて、いかがでしょうか。

○小田幹事 今、脇村関係官からは扶養の例で御説明がありましたが、遺産分割で考えても同じということよろしいですか。

○脇村関係官 遺産分割の例ですと、例えばAさんは、最初はBさんが相続人だと思ってA、Bでやっていた。後で、本当はCさんは血がつながっているらしいということで申立てをしたところ、裁判所は、いやいやCさんは相続人ではないですよということで却下した。同じような問題だと思うのですが、そういったときに相続権だけ、しかも即時抗告の形で上級審の判断を仰ぐのかどうかというのが疑問かなというところで、その点は一緒でございます。

○小田幹事 分かりました。扶養でも遺産分割でも同じとのことですが、遺産分割で考えたものですから。正にだれが当事者かという点については、遺産分割であれば前提問題として整理されていて、これは最終的には訴訟で解決しなければいけないことと思います。そうしますと、段階として三つあると思うのです。申立てを却下した裁判に対する不服申立て

というのが一つ、それからここでの終局審判に対する不服申立てというのが二つ目。ただ、いずれにしても、もし前提問題が問題になるのであれば、審判で判断できるということになってはいても、審判限りでは解決できるものではなくて、三段階目の訴訟で争い得るものとされていると思います。そうしますと、終局審判でも決着しないものについて、その前の申立てを却下した段階で不服申立てを認めることは、最終的な解決能力のないものを増やすということになり、余り意味がないのではないかと思います。

○伊藤部会長 ほかの方はいかがでしょうか。

脇村関係官の御説明あるいは今の小田幹事の御意見を踏まえると、不服申立てを認めるべき合理的理由はないということでこの場の意見が一致していると承ってよろしいでしょうか。——もしそういうことでよろしければ、一応そういう考え方を前提にしたいと思います。

ほかに特に「強制参加」のところについて御意見がなければ、第10の「脱退」の説明をお願いします。

○脇村関係官 第10では脱退について提案しております。なお、非訟事件手続の際の議論において、当事者の意向に反して他の当事者を脱退させることは妥当ではないのではないかという御意見がございましたので、ここでは、調停することができる事項についての審判事件においては、他の当事者の同意を要件としたことから、脱退を許可する審判に対して不服を申し立てることはできないということかどうかということに記載させていただいているところでございます。

○伊藤部会長 何か脱退に関して御意見ございますか。

○平山関係官 家事事件の場合、身分的な法律関係を譲渡するといったことが基本的に考え難いと思うのですが、ここで考えていらっしゃる「脱退」というのは、権利義務関係の譲渡を前提とした民事訴訟法あるいは借地非訟等に言う脱退と同様のことを想定していらっしゃるのかということを確認させていただきたいのですが。

○脇村関係官 譲渡を前提にしたときにどのようなときがあるかということであれば、例えば遺産分割等において相続人の地位、相続分をすべて譲渡したケースについては考えられると思っております。ただ、それ以外にもあるものとしては、先ほどから問題になっている遺産分割において、AさんはBさんだと思ってやっていた、実はBさんは血がつながってなくて本当はCさんで、Cさんが参加してきて、ではみんなで、もうBさんはいいですよというので抜けてしまうというようなことも想定しているところでございますので、それが民訴との関係でどうかと言われますとややあれですけども、念頭にありますのはそういうような類型の事件というところでございます。

○伊藤部会長 平山関係官、いかがでしょうか。

○平山関係官 そうしますと、民事訴訟とか借地非訟の場合には、自分の実体法上の権利義務関係の相手方はあの人ではなくてこちらの人だと考えている場合に同意なく脱退されては困るというのは分かりやすいのですが、今の例に挙げていただいた相続分譲渡の場合も、ほかの共同相続人にとっては権利義務関係の相手方が変動するわけではなく、また相続分譲渡によって自分の相続分が減るというような関係にもないわけです。そもそも相続人の範囲でない者だった場合を想定しての「脱退」だということであれば、「脱退」する者は当事者適格を欠く者であったということだと思っておりますので、そこについては裁判所が職権

調査事項である非訟要件としてきちんと判断するという前提に立ちますと、裁判所の許可に加えてなお他の当事者の同意が要するところの実質的な根拠がよく分からないと思ったところです。

○**脇村関係官** 非訟での議論を振り返って、同意を要件としていますのは、例えばAさんがBさんから扶養料をもらいたいと思って申立てをしていたところ、Cさんが出てきて参加して、もうBさんはいいですよということで出ていってしまって、Bさんから扶養料をもらえる審判が今後できなくなるというような事態はAさんの意思にも反するので、それについては何らかし当てが必要ではないかというようなことで非訟の際には同意等を考えてはどうかという御意見があったものと理解しているところです。ただ、これも先ほどの議論と絡むのかもしれませんが、結局、当事者適格があるかないかの判断は裁判所がして、それに対して不服がある場合には、扶養の場合ですと、兄弟かどうかという点については別途訴訟で争った上で、勝てばその前提でまた進めばいいというふうに考えるかにもよってくると思うのですけれども、もともとの趣旨は、反対しているときにまでやらなくていいのではないですかということをございます。ただ、先ほどの議論とも絡むので、その点も考慮しつつ検討する必要があると考えているところです。

○**鈴木委員** 抽象的な質問で申し訳ないのですけれども、先ほど選定当事者に対する効力という問題がありましたが、ここでいう脱退者については、審判の効力はどうなるのかというところが、民訴法の準用になるのかどうか。民訴法でいう脱退と同じだ、ただ、その効力というのは特殊性があるから個別に考えるということなのか、ちょっと分かりにくいと思います。

○**脇村関係官** 用語が民訴と同じですけれども、効力としては全然違うものだと考えているところです。ただ、同じところとしては、当該手続からもう出ていってしまって、その後は当事者として扱われないという点は一緒なのかもしれませんが、裁判の効力については、それはまた別の問題だと考えております。例えば家事審判は形成的効果で対世効があるとされておりまして、そういう意味では、及ぶといえば及ぶということだと思えます。ただ、それは脱退とは恐らく関係がない問題だと思っています。問題となるのは、脱退しますと、例えば先ほどの扶養のケースとかも、執行力ある債務名義等を出すときにはさすがに当事者として掲げておくべきだと思いますので、脱退してしまうということは、そういった人に対して支払を命じたりすることは想定していないということになるので、審判の先取りのようなことにはなるのだとは思っているのですけれども。

○**伊藤部会長** いかがでしょうか。

○**長委員** 脱退の例として遺産分割の相続分の譲渡の例を挙げられました。この点については、平山関係官からも指摘があったのですけれども、今は、相続分の譲渡がされたことを認定するためには、審判手続が開始した後ですと印鑑登録証明書付きの契約書を出してもらいまして、脱退届も出てくるのです。同意なしに脱退を認めています。相続分の譲渡の効力の問題というのは譲渡人と譲受人の問題ですから、その間で効力が確定していれば、あとは現に相続分を持っている人が適格があるとして処理しても困らないのではないかと思います。扶養の問題では、これはちょっと違って、扶養権利者からの請求権の相手方はだれになるかという問題ですけれども、それを全部一緒にして、先ほどの相続分の譲渡についても同意が必要なのだというふうにすると、遺産分割では多くの当事者がいて、中

には同意書を出してくれない方もいると思います。そうすると、そういう方も実質的には争っていないのですけれども、同意書がないので同意がとれない状態で残ってしまいます。同意がとれないで当事者に残ったということは当然主文にも記載が必要になりますが、それは措くとしても、手続進行上の問題や送達の問題などが生じます。同意を要求してもいい場合もあると思うのですけれども、必ず同意が必要だということになると、手続が重くなってしまって動きがとりにくくなってくる面があると思われまので、いずれまた細かく検討する機会があれば検討していただければと思うのですが、いかがなものでしょうか。

○伊藤部会長 今回の段階で何かあれば。

○脇村関係官 繰り返しになるかもしれないのですけれども、結局ここで同意をかますかどうかは、申立人なりと裁判所の間で、脱退する人の当事者適格性について意見が分かれているケースをどうするかというところだと思います。先ほど、意見が対立するときには別訴で争うという仕組みをとるのであれば、ここでも同じように同意をかませずに、そういったケースについては、事実上多分同意のないときについては別訴で争った上で判断することなので、許可以外に確かにかます必要はないのかなという気もしておりますので、そういった先ほどの整理を前提に、もう一度この点についても、どう整理するかは考えさせていただければと思います。

○伊藤部会長 分かりました。では、この点は事件類型の特質に応じて、果たして一般的にこういう考え方でいいのか、それとももう少し細かく分けて考えるのがよろしいのか、そのあたりを検討させていただくことにいたしましょう。

○平山関係官 先ほど脇村関係官から民訴法の脱退とは効力がもしかしたら違うのかもしれないというお話があったと思うのですけれども、もし効力が違うということであれば、何らか文言も変えていただいた方が現場の混乱も少ないのではないかと思いますので、御検討いただければと思います。

○伊藤部会長 分かりました。

そういたしましたら、よろしければ、第11の「子どもからの意見聴取及び子どもの保護機関」について説明をお願いいたします。

○脇村関係官 第11では、「子どもからの意見聴取及び子どもの保護機関」について検討することを提案しております。

まず、ここでは、（補足説明）1にありますように、子どもからの意見聴取の在り方について検討する必要があると考えております。具体的には、どの範囲の事件で子どもから意見を聴くべきか、また、どの程度の年齢に達した子どもから意見を聴くべきかが問題になると考えております。その際には、現在家庭裁判所調査官が行っている子どもの意見聴取の方法等を念頭に置きつつ検討していく必要があると考えております。

次に、（補足説明）2にあるように、子どもが影響を受ける事件について、子どもの親以外に子どもの利益を保護するための機関等が必要であるのか、仮に必要であるとしてどういったものがそれにふさわしいのかを検討する必要があると考えております。

さらに、（注）ですが、意思能力がある子に手続上の権能を付与することについてどのように考えるか、御検討いただければと考えているところです。

○伊藤部会長 それでは、まず、本体の部分につきまして、ただいま脇村関係官から補足的な

説明がございましたが、これについての御意見を承りたいと思います。

○杉井委員 私は、子どもからの意見を独立して聴取をする機関、それが手続代理人という形になるのか分かりませんが、そういったものを是非積極的に検討していただきたいと思います。夫婦が争っている事件で、離婚事件での親権の争い、あるいは面接交渉の争いなどで、これは本来は子ども自身の意見がどうなのかということが一番大事なわけですが、現実の実務においては、結局、子どもの意見を正確に反映する手続保障というのがないと思っております。もちろん家裁の調査官という制度はあるわけですが、私が実際にいろいろな事件で実感しているのは、子どもにとって家裁の調査官というのは、何とんでもこれは裁判所の人なのですね。だから、なかなか子どもが本当に心を打ち明けて話ができない。もちろん調査官は非常に頑張っているいろいろなやっただいていてと思います。それは評価はいたしますが、しかし、やはり立場的に裁判所の人なのです。そうではなくて、子どもの側に立った、それを子ども代理人と言うか、あるいは子ども補佐人と言うか、それは別にして、子どもの側に立った代理人なり補佐人というのがいて、そして子どもの意見を手続に反映するということが必要だと思うのです。

それと、今、「手続」という言い方をしたのは、はっきり言って、子どもにとって、どういう手続が行われているかというのはさっぱり分からないわけですね、全然手続に参加できていないわけですから。また親もどういう手続が行われているかということについてきちっとしたことを話さないことも多いし、親が対立しているわけですから。正確な形では伝わらない。そういうことを考えると、今どういう手続が行われて、そしてどういうふうになっていくのかということをしちんと説明をし、そしてまた裁判所に子どもの意見を反映させる、そういった仕組みを是非この際検討していただきたいと思います。

それと、付け加えますと、資料の中ではドイツの手続補佐人が書いてありますが、実はオーストラリアでも子ども代理人という制度がありまして、私ども日弁連の家事法制委員会と第一東京弁護士会との共催で、ちょうど明日からオーストラリアに調査に行くことになっております。そういう調査結果を踏まえれば、もう少し具体的なものが私たちとしても提案できると思いますので、是非これを積極的な検討に乗せていただきたいと思います。

○伊藤部会長 ただいまの杉井委員の御発言の後半部分は、(注)にある、子に手続上の権能を付与することについても積極的なという御趣旨ですね。

○杉井委員 そうです。

○伊藤部会長 分かりました。

ただいま、現在實際上類似の機能を果たしている家裁調査官についての役割に関する問題の御指摘もございましたが、それも踏まえまして御意見をちょうだいできればと思いますが、いかがでしょうか。

○道垣内委員 聴取とだけ書いてあるので、ここでどういう発言をしたらいいのかよく分かりませんし、かつ、私自身が実務に携わっているわけではないときに、杉井委員からそのような御発言があったのに対して何かを言うというのも大変僭越ではございますけれども、最近の家族法学の一つの流れの紹介をさせていただければと思います。私自身が強い意見を持っているわけではないのですが、最近のアメリカとかフランスとかの家族法学の流れで、子どもに選ばせることの残酷さと、子どもに与える最終的な心理的影響という話が結構説かれています。子どもがどういう生活環境にあるか、お父さんとはどうやっているの

か、お母さんとはどうやっているのかということをお聴くのはよい、しかしながら、あなたは離婚するときにお父さんと住みたいのか、お母さんと住みたいのかということをお聴いて子どもに選ばせるというのは、将来にわたって子どもに大変な心理的なダメージを与えるという話が説かれます。こういうのは調査のやり方にもよりますし、心理学者によっていろいろ意見が違いますから、それが正しいと言うつもりはさらさらございませんけれども、ここに言う意見聴取というところの在り方というものが、正に事情聴取なのか、選択をさせるのかということについてはなお慎重に検討すべきではないかと考えております。

○伊藤部会長 貴重な御指摘ありがとうございました。ただいまの道垣内委員の御発言も踏まえまして——どうぞ、小田幹事。

○小田幹事 調査官に関して申し上げようと思っていたところ、道垣内委員に先に言われてしまったところがございます。子どもの代理人という制度でどういった聴取、利益の代弁というのを想定しているのか、私も明確に把握してはおりませんが、調査官に関しては、道垣内委員がおっしゃったように、離婚しようとしている夫婦、離婚した夫婦のもとに置かれている子どもについての認識、それからアプローチ、説明といったところは道垣内委員がおっしゃったとおりのところを考えております。

まず、最初に戻りますと、子どもの代理人という制度が、ドイツ、オーストラリアにあるという紹介がございました。ドイツを例にとりますと、言うまでもないことですが、ドイツには家裁調査官に相当する制度はないと認識しております。これも全くの余談ですけれども、日本に来ていたドイツの裁判官にこういう話をしたところ、そうか、そんないい制度があるのかと言っていたということもございます。

まず、子どもの立場の理解ということがあるのだらうと思います。意見を聴く。もちろん、意見形成能力がある子どもについては、調査官の調査の中で、最終的にこの子はどういう意向を持っているかというのは把握をするように努めております。他方で、子どもの調査を行う場合は、意見形成能力がある子どもだけではないものですから、そういった場合の見分け、それから使い分けというのも調査官の調査の中では当然に行っているところでございます。

それから、いろいろな見解があるところかもしれませんが、調査官はもちろん制度についても説明しておるわけでございます。道垣内委員がおっしゃったことも含めまして、今こういう状況にある、別にあなたが決めるわけではないと。どうも一般的な認識としては、そういった状況に置かれた子どもとしては、夢を見るということがあるようです。お父さん、お母さんがもう戻らないということを感じたくないということもあるようですが、戻ること一番夢見ているのだと。だからこそ、あなたの言うことでこれが決まるのよということは絶対にしない。むしろそういうのを意識させない方法で自然にお父さんやお母さんとの関係などを聴いて、最終的に必要な情報を集めて、それを調査報告書として提出することになってまいります。

○伊藤部会長 ありがとうございます。

どうぞ、鶴岡委員。

○鶴岡委員 私どもは、非常に紛争性の高い両親の子どもとの面会交流の援助という仕事をしておりますけれども、今、道垣内委員もおっしゃったように、子どもの意見とか子どもの意向を的確に把握することは、年齢にもよりますが大変難しいことでもあります。子どもの

意見や意向を調査する、あるいは把握することはどういうことかということ、親の葛藤に巻き込まれて非常に高い緊張、高い不安にある子どもたちには、その心理的な不安とか葛藤から生じる情報のゆがみというものが生じるわけです。例えば、虐待する親への依存といえますか、虐待する親から離れたくないという表現をする子どももいます。それから、一緒に住んでいる父母への忠誠葛藤といえますか、自分がこう言ったために今住んでいる親がどういうふうな態度に出るだろうかというような無意識の不安もありますし、また、子ども自身の意向自体が揺れ動くということがあります。そもそも、離婚そのものをしてほしくないという子どもたちが多いわけですから、そういう揺れ動く子どもたちの状況、そこから生じるいろいろな情報のゆがみを発見する、そしてその意味を明らかにするということが必要になってきます。

そういう意味で、子どもの面接、特に親の葛藤に巻き込まれた子どもの理解というのは、相当訓練された専門性と、やはり守られた空間というか構造が必要になってきます。また、秘密が守られるかどうか、ここで話したことがどう使われるかといったような説明をするという、いわば子どもに対するインフォームドコンセントのような構造化というものも必要になってきます。子どもにとっては、不用意に本音を悟られたために非常に緊張に陥る、それこそ夢を見るというようなことがあるので、子どもの気持ちを的確に理解するということは非常に難しいわけです。私どもの面会交流援助においては、道垣内委員もおっしゃったように、直接子どもの意見を聴かないことがむしろ援助者に求められる態度であるというふうに言っているぐらいです。

○伊藤部会長 ただいまの御意見を伺っておりますと、状況を把握することが有益であり、また必要である、この点については恐らく認識は一致していると思うので、しかしそうであれば家裁調査官という現在の制度がその必要を満たしているのではないかと、そして子どもに対して判断や意見を要求するという結果になる制度というのは必ずしも合理性がないのではないかと御指摘があり、他方、杉井委員の最初の御発言にもございましたように、子ども自身の意見や何かを適切な形で代弁できるような役割を持つ人の存在というのが必要なのではないかという御意見もあります。なお大変重要な問題でございますので、是非御意見を他の委員・幹事からもお伺いできればと存じます。

○山田幹事 子ども代理人というと、いかにも代理権に基づいて弁論をするという印象ですので、やや異なる観点から、実務の先生方に是非お伺いしたいと思います。現在、調査官の非常に高い専門性によっていろいろな状況が把握されていることは私もそのとおりだろうと存じますが、裁判所からの命を受けて行うというその性質上、どうしても、裁判所における事案の処理、しかもそれはもちろん子どものことを考えつつも基本的にはその両親が当事者であるという事案の処理のための、いわば中立的な調査を行うという側面があるのだろう、そういう性格づけがあるのだろうと思います。

他方で、子どもの意見、子どもの状況を、子どもを中心として調査をするというのはやや異なる性質を持つものだという御認識が、あるいは家庭裁判所の一部の先生かもしれませんが、実務の方にもあるというように発表された論文等では拝見するところです。具体的には、調査官を複数というか二人指名して、一人は通常の調査を行い、他方は子ども向けの調査を行う、そしてそれぞれが報告をするという実務もあるように伺っております。そうだとすると、その背後には、両者はやや性質が異なる価値観あるいは実務での御感触が

あるのかなと思います。ただ、それが一般的なのか、どのような場合に用いられているのかということも詳細には存じませんので、教えていただければと存じます。

○伊藤部会長 ただいま山田幹事からは、子どもが置かれている状況の把握や、場合によっては意向、意見の理解についての家裁調査官の実際の役割や果たしている職務遂行の実情などについての質問がございましたが、この点はどなたか裁判所側で御発言をお願いできますか。

○小田幹事 ごく簡単に申し上げます。鶴岡委員から何らかの補足がされるのではないかと考えております。

今、山田幹事から御指摘がありましたとおり、複数の調査官で調査を担当することがございます。私ども、共同調査と言っております。子どもが絡む事案に関して共同調査を行う場合に、いろいろな理由があるわけですが、ではこの人は子ども側、この人は親側ということでは決してないわけでございます。例えば、調査の場には、単純に子どもが一人いるわけではなくて、親御さんも来ていますので、親と子の関係性をいろいろな角度から同時に確認するために、純粋に事務分担をする必要もございます。特に、子どもの調査に関しては、一人の調査官が子どもと遊びながら他の調査官がそれを観察するということがございます。また、例えば男女の調査官を一人ずつ置いてみたりとか、言葉だけではなくていろいろな働きかけをして、それを違った角度から観察する場合等には、複数の手が必要になってまいります。山田幹事の問題意識は、子ども担当、要するに子どもの利益担当というようなことをもしかしたらお考えだったのかもしれないけれども、決してそういう趣旨ではないと考えております。

○伊藤部会長 分かりました。鶴岡委員、何か補足していただけますでしょうか。

○鶴岡委員 家裁調査官の事実の調査の中に共同調査という方法がありまして、一定の対象者の調査を複数の家裁調査官に担当させるというやり方があります。しかし、これは主として調査結果に客観性を担保するという意味が強くて、例えば子どもの家に家裁調査官二人で行き、一人が子どもと遊んで、もう一人が子どもの反応あるいは親の反応を観察して、できるだけ客観的な事実や情報を収集するという意味で共同調査を用いることがむしろ主であります。確かに、少年事件で被害者と少年とを別々の家裁調査官が担当するというような共同調査がありますが、子どもの意向の調査や、子どもと親との関係性を見るときには、子と親のそれぞれの立場を代理するために家裁調査官が役割を分担するというよりは、客観的な情報を収集するという目的の共同調査の方が一般的ではないかと考えております。

○伊藤部会長 ありがとうございます。

どうぞ、杉井委員。

○杉井委員 実は私、今日午前中に家裁で面接交渉の調停をやってきたところなのです。これの件では、調査官が入って子どもの調査をしました。まだ調査報告書の開示はされていませんけれども、口頭で調査官の説明がありました。私は面接交渉を求められている母親の代理人で、相手方になるのですが、私たちの方には子どもさん自身は、絶対会いたくないという、かなり厳しい意見を出していたということを調査官は話してくれました。しかし、そのことをやはりストレートに申立人の方には言えないというふうなこともおっしゃっていて、今現在受験を控えているので、今の時期には会う気持ちはないという程度の言い方をしていたということで申立人には口頭で報告したようです。私は、こういうのを見たと

きに、やはり調査官は裁判所の人なので、ですから、鶴岡委員からもありましたように、あくまでも客観的、中立的な立場でなければならないのです。もしこれが一方に偏っているということになると、当事者の不信感も出てくるわけです。

もう一つは、調査官の調査というのは、私から言わせれば、子どもを調査の対象にしている、調査の客体というふうに見ているとしか思えないところがあります。今この部会でずっと議論している当事者の手続保障うんぬんというようなことは、子ども自身も一個の権利主体として見て、そしてその権利主体としての手続を保障していこうというふうなことにつながっていくのだらうと思うのです。権利主体としての子どもを代理するなり補佐するものというのは、裁判所の調査官が調査の対象として子どもを見るということとはちがった子どもが独立の立場で子どもを代弁する、そういうふうなものなのだらうと思うのです。

それと、もう一つは、これは私自身の経験で、やはり面接交渉を求められた事例で、これはよくあることですけれども、例えば母親が面接させないと言っていることを相手の方に伝えると、「でも、それは親が会わせないと言っているのでしょうか」という形でしか相手は理解しないわけです。私が母親の代理人である以上、子どもを母親とは別室に呼んで、子ども自身の気持ちをいろいろ聞いて、今会いたくないということを確認したとしても、あるいは会いたいということを確認したとしても、いずれにしても、それは、母親の代理人としての私を通じてそれを相手方に伝えた場合には、これはやはり母親の意向が入っている、結局母親の意見ではないかというふうにしかとられないのです。それに対して、全く親とは別な、独立な子ども自身の代理人なり補佐人なりがもしいるとすれば、親とは切り離された形で代理人なり補佐人が子どもの状況や意見の把握をして伝えることができる。私は子どもの意見を聴くというのは、先ほど道垣内委員もおっしゃっているように、別にそれで選択を迫るとか、短絡的に「あなたはお母さんとお父さんとどっちと住むのがいいの」とか、そういう形での意見聴取であってはならないと思います。もっと子どもの立場に立った、本当に子どもの心の状況をきちんと把握した形での把握の仕方だと思いますけれども、いずれにしても、それをきちんと把握した人を通じて双方の親に、子どもさんは今こういう状況で、こういうふうに言っていますよ、こういう気持ちですよということを伝えることが、かえって父母の間で一定の妥協なり話し合いができるということにつながってくるのではないかと思うのです。実際に、一緒に住んでいる母親で、自分が監護しているから絶対に会わせたくないと思っても、現実には子どもは父親に会いたいと思っている場合もあるのです。そういうときに、独立の子ども代理人なりの意見を、母親がそれを聞いた場合に、ああそうか、子どもは本当にこう思っているのか、だったらやはり会わせるべきだというふうに母親自身が納得する場合もあるのです。そういうことを考えたときに、両親のどちらが有利になるとか、親権を取れるとか取れないとか、そういうことではなくて、本当に子どもの福祉、子どもの幸せを両親が共同で守っていくという、そのためにどうしたらいいかというふうを考えるときに、子ども代理人や子どもの補佐人という制度は絶対必要なのだらうと思います。

○伊藤部会長 ありがとうございます。

いかがでしょうか。杉井委員から大変丁寧に御説明をいただいたように思いますが、それに対して御意見はございますか。

○長委員 裁判所の調査官が子どもの調査をするときに客体としてしか見ていないのではない

かという御発言があったので、決してそうではないということだけ申し上げておきたいのです。私は、以前、子どもの面接交渉を担当したことがあります。そのときに、面接交渉というのは、親の権利というよりはむしろ子どもの権利なのではないか、親には義務者としての面もあるのではないか、そして最も重要なのは、子の福祉、子の利益であると考えていました。ですから、調査官に調査命令を出すときにも、子どもの立場からどうすることが一番いいのかを調査してほしい、これが審判官の気持ちです。そういうことからいたしますと、決して客体として見ているわけではない。伝え方の問題につきましても非常に難しい問題がありますので、その点についてはここでは割愛させていただきますけれども、今の点だけ申し上げます。

○伊藤部会長 ありがとうございます。

どうぞ、高田裕成委員。

○高田(裕)委員 現在の段階でまだ定見があるわけではないのですけれども、お伺いして、そもそも子どもの代理人ないしは子どもの保護機関というよりも、それ以前に子どもからの意見聴取をどう性格づけるかというところで議論が分かれているような印象を持ちました。と申しますのは、子の意見聴取は何のために行われるのかということについていろいろな考え方があってのだろうと思います。

一つは、今出てまいりましたように、子の福祉と申しますか、子の最善の利益を実現するために、あるいは子の括弧つきの意思、括弧つきの意見を手続に反映させ、適切な裁判をするために必要な、広い意味では資料を集めるという観点がどうもあり得そうに思います。ただ、その場合にも、お聞きしていますと、なおそこでの子の意見陳述には二つの意味があるように感じました。

その第一は、文字どおり子の意思、子が何を思っているかということ審判に反映させたいということだろうと思いました。ただ、これにつきまして、杉井委員と道垣内委員で見方が異なっているように感じているところでありまして、私自身も現在のところ、結果として親を選ばせることになるという地位を子どもに与えてしまうことにやや不安感を感じておりますし、鶴岡委員の御発言にもありましたように、そもそも子の括弧つきの意思自体が置かれている環境や両親との権力関係でゆがんでいる可能性があるわけでありまして、そうした中で子の意思というものを中心に意見陳述を考えることには、今のところ私は自信を持ってないところであります。

もう一つの捉え方が、子の利益と申しますか、子の福祉というものだろうと思います。これにつきましては、家庭裁判所調査官はこのことを考えて行動していただいているのだろうと思いますが、これに対して杉井委員は、子どもと調査官とのコミュニケーション不全について不安を感じていらっしゃるという発言があったように思います。これに対応するためには、山田幹事もおっしゃいましたように、諸外国にあるような対抗調査的なものを構想することが必要なのか、妥当なのかという問題にたどり着くのではないかと印象を持ちます。私の理解が正しければ、ドイツでも、裁判所には調査機関はありませんけれども、青少年局がそれなりに調査しているという話をお聞きしているところでありまして、ドイツでは青少年局の調査に対する、いわば対抗調査ではありませんが、対抗意見を述べるために子どもの代理人という制度が使われているという議論をお聞きしたことがあるような気もいたします。

いずれにしても、子の福祉の実現のために調査官調査があることを前提にしつつ、なお当事者対立主義的な手続に基づく事実認定と申しますか、裁判所の資料収集を考える必要があるのかどうかというのがどうも分かれ目になるようでありまして、私自身は現在のところそこまでの必要性を感じていないところですが、諸外国の実情にお強いお方を含めて、なおそうしたコミュニケーション不全を解消するために、調査官記録の閲覧という手段よりも対抗調査的なもの、あるいは対抗意見を対峙させる方が子の福祉の実現のためにより有効であるという御意見があれば、お聞きできればと思います。

杉井委員の意見は、私の理解しますところ、こうしたことではなくて、むしろ子の意見陳述について、いわば意見陳述権と申しますか、子どもに一定の手続上の権能を与えるべきではないかという御発言と理解させていただきました。繰り返し杉井委員が述べていらっしゃるように、権利主体性と申しますか、手続上の主体性を子どもにも与えるべきだということだろうと思います。この考え方は十分あり得ようと思いますし、私の理解しますところ、ドイツ法では子どもには実質の関係人として意見陳述権があるという議論があるようですし、それ以上に、新法で申します第60条ですか、未成年者は固有の権限として即時抗告権があるという議論までドイツ法ではその権限を拡げております。そうした立場もあり得ようと思いますので、杉井委員の御発言を、むしろ子に何らかの手続上の権能を与えるべきかという議論、更にはその権能を行使するために法定代理人たる親にも調査官にも、あるいは裁判所にも期待できないような場合、多くは親と利害対立が激しい場合だろうと思うのですけれども、そうした場合において、一種の特別代理人かもしれないけれども、そうした代理人的な権能を持つ者の関与を認める必要があるかどうかという議論に収れんすると理解することがもしできるのであれば、今少し見通しのある議論ができるのではないかなという印象を本日のところ持たせていただきました。

○伊藤部会長 高田裕成委員の御発言は、むしろ(注)の部分についての検討がまず重要であって、それを踏まえてということですよ。

○脇村関係官 今回、部会資料で(補足説明)1と(注)ということで、陳述聴取と手続上の権能は分けて書かせていただいております。陳述聴取というのは、今までの御議論にありましたように、正に子どもの意見表明権という意味だけを持つのか、更に状況について把握し、あるいは意向を調査することまで含むのかについて様々な議論があるものと承知しておりましたので、これは独立して議論していただいた方がいいのではないかとこのところでございます。そういう意味で、その点から、15歳基準がどうかという点が恐らく派生して問題になるのではないかと考えております。

他方、手続上の権能ということであれば、恐らく意思能力があることを前提に議論していくことになるのではないかと。具体的には、今出ました即時抗告等だと思うのですけれども、それと陳述聴取というのは分けて議論をした上で、陳述聴取のあるべき姿、これがすべての年齢について一律に扱うのか、あるいは一定のところ区切った上で、15歳以上であれば陳述表明権、それ以外であればまた違うものなのかというふうに分けて議論をした方がいいのではないかと考えてこういうふうにさせていただきました。ですので、例えば手続上の権能というのを(注)で書いていますけれども、ここでは恐らく調査官とかそういった話は出ないと思うのですが、意見聴取の方については、意見表明権プラスアルファ何かあるかどうかによって、その議論が変わってくるのではないかと考えているところです。

○伊藤部会長 そういたしましたら、この問題は従来から様々な議論のあるものでありまして、また、本日もそれぞれ違った角度からの意見の開陳をしていただきました。また、杉井委員はオーストラリアで調査をされるというので、そちらの成果もまたお話しいただければと思います。とりあえず、ここに掲げられている事項も、今、脇村関係官がおっしゃったように、まだまだ整理する余地のある問題ですし、本日の御意見を踏まえて更に検討を深める機会を持つということで、今日のところはこの程度にさせていただきますでしょうか。

そういたしましたら、一応部会資料8の審議は終えていただいたことにして、次回以降の話を金子幹事からお願いいたします。

○金子幹事 それでは、次回日程等の説明をさせていただきます。

次回は、平成21年11月27日の金曜日、午後1時30分からで、場所は法務省第1会議室になります。

それから、次回は資料番号9、「家事審判手続に関する検討事項(2)」の御審議をお願いしたいと思いますので、よろしく申し上げます。

○伊藤部会長 ほかに特別の御意見がなければ、本日はこれで閉会にさせていただきたいと思えます。長時間ありがとうございました。

—了—