

法制審議会  
非訟事件手続法・家事審判法部会  
第23回会議 議事録

第1 日 時 平成22年7月9日(金) 自 午後1時31分  
至 午後5時00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)

## 議 事

○伊藤部会長 予定の時刻がまいりましたので、法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会の第23回会議を開会いたします。

御多忙のところを御出席いただきまして、ありがとうございます。

早速ですが、配布資料につきまして事務局から説明をお願いします。

○金子幹事 それでは、御説明いたします。部会資料の事前にお送りしました24、それから本日席上配布させていただいております24-2を本日使用いたします。24-2につきましては、24と同時発送ができませんで、申し訳ありませんでした。24ですが、非訟事件手続法の見直しについて、中間試案としてパブリックコメントにかけるものの案でございます。24-2は、本日の御議論の便宜のために、以前お配りしました部会資料18及び19からの変更点を記載したものでございます。最終的には、非訟事件手続法の見直しの部分と家庭審判法の見直しの部分とを合わせて1本の中間試案として、それをパブリックコメントに付すことを予定しておりますが、今回の部会資料24は、その前半部分の非訟事件の見直し部分についての案でございます。後ほど御説明させていただきますが、これに基づいて御議論をお願いできればと思います。

それから、パブリックコメントをかける際には、今回も従前に倣いまして、中間試案と、民事局参事官室の責任で作成します試案の内容についての説明ー通常、補足説明と呼んでいるものを併せてパブリックコメントにかけさせていただくことを予定しております。補足説明につきましては、この中間試案本体には記載されていない様々な御議論の紹介等につきまして説明したものを予定しております。

○伊藤部会長 それでは、本日の審議に入りたいと存じます。

まず事務局から、第1、総則のうち、第1の8まで、変更点等の説明をお願いします。

○脇村関係官 では御説明いたします。

まず前注1ですが、部会資料18では、第1の1の趣旨で、今回の資料の第1から第6までの規律が非訟事件の手続について適用されることを明らかにしておりましたが、文章上その趣旨がやや分かりにくかったことと、このことは本部会での議論の前提でありますので、前注という形で書くほうがふさわしいと考え、今回のような形に修正いたしました。また、家事審判の議論の際に、家事審判法の題名についても広く意見を頂くため、中間試案に載せるべきとの御意見もございましたので、非訟事件についても同様にするのがよいのではないかと考え、この点について注記することといたしました。

前注2ですが、本部会では非訟事件手続法第1編及び第2編を検討の対象とし、第3編及び第4編を検討の対象としていないことを明示したほうが、試案を見た人にとって分かりやすいと考えましたので、その点を注記させていただきました。

第1、総則の3、管轄の(1)土地管轄の③についてですが、外国の社団又は財団の住所により土地管轄が定まる場合につきましては、民事訴訟法第4条第5項を参考として、主たる事務所等の有無にかかわらず、日本における主たる事務所等により土地管轄が定まるものとするために、日本国内に住所がないとき又は住所が知れないときは除外することといたしました。この点は、家事審判法の見直しの部会資料20で御説明したことと同様でございます。

また、(5)の移送等のイ、管轄権を有する裁判所による移送についてですが、部会資料18において出された御意見を踏まえ、移送の要件について、「手続の著しい遅滞を避けるため必要があるときその他」を追加いたしました。

4の裁判所職員の除斥及び忌避の(4)簡易却下及び(7)裁判所書記官への準用ですが、部会資料18では簡易却下の主体がだれであるのかがやや分かりにくかったことから、この点を明示するために、注でこの点を明らかにすることといたしました。

5の当事者能力及び手続行為能力等の(2)選定当事者では、乙案の趣旨をより明確なものにしております。

(3)の手続行為能力及び法定代理ですが、これまで「非訟能力」との用語を用いておりましたが、家事審判に合わせて、「手続行為能力」という用語に改めました。また、本資料では、手続行為能力の定義につきまして、「非訟事件の手続についての行為をする能力又は受ける能力」としてしておりますが、これは、審判の告知を受けることを含めるには、行為をする能力だけでなく、受ける能力も含めたほうがよいのではないかと考えたからです。ただ、よくよく考えてみますと、告知を受けることも告知を受けるという行為をしていることですので、「非訟事件の手続についての行為をする能力」とだけ定義しておけばいいのではないかと考え、定義し直したいと考えております。

また、ウの①ですが、民事訴訟法第32条第1項が、「相手方の提起した訴え又は上訴について訴訟行為をするには」と控訴等に限らず「上訴」と表現していることを踏まえて、従前「終局裁判に対する抗告について」としていましたのを単なる「抗告」に改めました。

また、非訟事件の中には、略式による過料の裁判のように、不服申立てや異議によるものもありますので、ウの②のbに「本案裁判に対する異議の申立ての取下げ」を追加いたしました。

(6)の法定代理権の消滅の通知は、読んだ人が分かりやすいように、その実質を記載することといたしました。

6の参加ですが、(1)当事者参加の④について、これまでは即時抗告のみ記載しておりましたが、そもそも却下の裁判があることを示すこととし、より分かりやすくいたしました。また、当事者として参加した者の法的地位についてより分かりやすくなるように、注の表現を変更いたしました。

(2)の利害関係参加のア②についてですが、従前の表現については補助参加との区別が分かりにくいとの御意見もありましたので、ここでは、補助参加のようなものではなく、独立して活動するだけの利害を有している者が参加し、独立して活動することを示すために、その要件等の表現を改めました。

ア④については、利害関係参加人の法的地位をより明確にいたしました。

後注では、これまで当事者となる資格を有する者の取扱いが分かりにくかったことから、説明を施すことにいたしました。

8の任意代理人の(2)任意代理権の範囲ですが、法定代理人における特別授權事項と同様、本案裁判に対する異議の申立て等を追加いたしました。

(6)任意代理権の不消滅では、非訟事件においても民事訴訟でいう法定訴訟担当に相当する者が存在するのではないかと考え、②を追加いたしました。具体的には破産管財人などを想定しております。

(7)任意代理権の消滅の通知の乙案では、その実質を書き下すことといたしました。

- 伊藤部会長 それでは、全体としてはかなり多岐にわたっておりますけれども、従来の内容を変更せずに、表現を分かりやすくしたものとかということがかなりあります。実質的なこれまでの審議を踏まえた内容の反映という意味では、例えば移送等についてのイの「手続の著しい遅滞を避けるため必要があるとき」うんぬんという要件を明らかにしたこととか、簡易却下の主体について明らかにしたこと、それから利害関係参加の関係で「重大な利害を有する」といった形で要件を明らかにしたこと等だと思っておりますが、表現の変更、それから従来の審議を踏まえた内容についての追加、変更を中心にして、どの点でも御質問、御意見等をお願いいたします。
- 藤井委員 5の(2)の選定当事者のところでございますが、変更点ということで、乙案のところに「その趣旨の実質を記載する」と書いてあるのですが、私にはちょっとこの意味がよく分からないので、例えば具体的にどういう書き方になるのかというのを教えていただけますか。
- 脇村関係官 ちょっと説明をはしょってしまって申し訳なかったのですがけれども、従前の部会資料18では「選定当事者については、特段の規律を置かない」と書いていたのですがけれども、「特段の規律を置かない」という意味がこれだとよく分からないかなと思っていて、単に「選定当事者制度は、設けない」というのが乙案の趣旨ですという今回の形のほうが分かりやすいかなと思っていて、変更したいという趣旨でございます。
- 伊藤部会長 よろしいでしょうか。
- 藤井委員 この「設けない」ということを何らかの表現にまた変えるのかと思いましたが、ちょっと誤解してしまいました。失礼しました。
- 伊藤部会長 今、脇村さんから説明があったように、そういう法制的な表現の専門家にはすぐ分かるのですが、パブリックコメントなどで読まれたときに、一体どういう意味かということ、その実質をもっと分かってくらうようにという趣旨だと思います。
- 増田幹事 17ページの利害関係参加のアの②なのですが、従来の「利害関係を有する者」という要件に「重大な」が加わったということになりますけれども、これによって参加できる者の範囲が限定されるという趣旨なのでしょうか。
- 脇村関係官 従前も「利害関係を有する者は」としておりましたが、ここについては、いずれにしても裁判所の許可があるということで、民訴でいう補助参加のような利益を単に有しているものではなくて、一定程度の重大な利益を有するということには参加できるという前提で議論していたと理解しております、それを単に「裁判所の許可」とだけ書いておきますとやや趣旨が表現できていないのではないかと考えて「重大な」を入れたものでございます。従前の資料から限定するという趣旨ではございません。
- 増田幹事 それによって利害関係があるけれども、重大か、重大でないかということ、これを裁判所が判断をするということになります、一応民事訴訟法の「利害関係を有する者」につきましても、従前から学説、裁判例等の集積がございまして、一定の解釈が定立されているところですが、「重大な」が付きますと、それよりも限定がされるということになるように思われます。その理由として先ほど言われたのは、補助参加よりもこちらのほうがやれることが多い、独立当事者参加のような権限を持っているからということでしたが、その権限の違いというのはどうも訴訟と非訟という、つまり、訴訟だと直接自分が判

決効を受けないけれども、こちらだったら終局裁判の効力を一応観念的には受ける、そこからくる差にすぎないのではないかと思うので、要件のほうを限定すべしというところにはつながらないのではないかと思っているのです。従前の案で本当に不都合なのかどうか疑問ですし、今回の案では「重大な」ということによって規範的な要素が入ってきて、従前の議論より少し狭まるという印象を与えるのではないかと思うのですが、いかがですか。

○脇村関係官 従前の御議論でもありましたように、今回は、民訴のようにだれかに従属することによる参加という意味の補助参加というのは設けないという議論を前提としておりまして、その前提で、独立して参加する以上は、それなりの利害関係というか、利害を有するであろうということで、結論的には御意見は一致していたのかなと思っていたのですが、増田幹事のおっしゃるように、民訴並びでいくということであれば、逆に別途違う参加類型をつくるということだと思えるのですけれども、今回考えておりますこの参加類型というのは、正に当事者と同様に、当事者に従属せず、自らやるというものをつくるという前提であれば、そうなるのではないかと考えているところですので、その点では単なる利害関係だけでは足りないということではないかと思っていたのですけれども。

○増田幹事 多分、具体的な範囲については、私の言っていることと脇村関係官の言われていることとは大きくは変わらないと思うのです。要するに言葉の問題だと思うのです。「重大な利害関係」という言葉でいいのかどうか、そこだと思います。多分、実質的な範囲で変わらないという気がします。

○金子幹事 実質において多分変わらないと私も思っていたので、あとはどう表現するかという問題なのです。最終的に法文上の文言としてこれが適切かどうかというのは後々検討しなければいけないとは思っているのですが、単に「利害関係」といった場合に、どうしても民事訴訟法の補助参加を想起して、同じ文言を使うということについて、逆にそれが誤解を生むのではないかという御意見もあったものですから、何らかの差別化を要件上も設けたほうがいいのではないかという考えの下に、少し限定するような趣旨を足してみたのです。「重大な」という文言がそれにふさわしいかどうかというのは少し今後の議論はあろうかと思いますが、事の実質等は補足説明等でふえんしようとは思いますが、同じ文言ということになりますと、同じ程度の利害があればいいという誤解も生むという御意見がかなりあったように思ったので、それで少し工夫してみたという趣旨です。

○増田幹事 しかし、「重大な」という語は、かなり限定的な感じがします。何かもう少し適当な言葉はないのかなと思うのですけれども。

○伊藤部会長 いかがでしょうか。今ここでそれを決めてしまうということではないのですから、今、金子さんがおっしゃったように、なぜこういう文言を入れているかという趣旨については補足説明の中で説明していただくことに当然なると思いますし、またそれを踏まえたパブリックコメントの結果等を見て、より実質を適切に表現できるような言葉があれば、またここで御審議いただくということでいかがでしょうか。

○三木委員 ちょっと1点、念のために確認させてもらいたいのですけれども、今の御説明ですと、「重大な」を入れたのは、主としては民事訴訟法の補助参加の規定振りとの差別化をするためという理解でよろしいでしょうか。仮にそうだとすると、以前の説明にもあったのかもしれませんが、確かに補助参加と同じ「利害関係」という言葉になるのですが、他方でこちらのほうには「裁判所の許可を受けて」という言葉が入っていて、それは42

条には入っていないわけです。その関係は差別化との関係でどう説明されたのか、もう一度確認させてください。

- 脇村関係官** ちょっとついていっていないかもしれませんが、従前はそこで絞るといふ趣旨でも「許可」を入れていたと考えていますので、三木委員のおっしゃっていることは、ここに要件で絞るのであれば、「許可」も要らないのではないかとということでしょうか。
- 三木委員** 法制上の問題でもあるかとは思いますが、「重大な」で差別化をするのか、「許可」の文言で差別化をするのかのどちらかでいいような気もして、二重に置くということの必然性をちょっと確認したい。
- 脇村関係官** その点もちょっと考えていたのですけれども、許可がない段階で当然に参加していいのかというのが一つありまして、恐らくこれを外すとなると、却下しない限りは参加できてしまうという仕切りになると思うのですけれども、この人はきちんとあるのだというのを確認した上で参加させるということを考えると、許可という要件はそれでも必要ではないかと考えておりまして、差し当たりは残していたというところですよ。
- 三木委員** もちろん「許可」を残すことには別に反対ではないのですが、補助参加のほうも参加拒否の裁判があるわけです。それとの関係がやや分かりにくいということです。いずれにしても許可の裁判は必要だと。それですので、繰り返しますが、増田幹事のおっしゃるように実質に關係するようにも思いますし、あるいは法制上の問題のようにも思いますが、補助参加の規定にはない「許可」というのを、要件なのか、言葉なのか分かりませんが、別途立てているという上で、「重大な」を付けなければいけない理由が少なくとも説明で分かるようにしていただかないと、やや過剰な絞り込みをしたという誤解を招くおそれはあるのではないかと。
- 伊藤部会長** 分かりました。「重大な」というこの場合の参加の実質的な要件と、それから「裁判所の許可」という手続的な要件との関係について、聴かれる方がその趣旨を正確に理解できるような説明をしてもらうことにしましょう。その上で、それを踏まえて、また、もう一度この部会で、どういう表現が適切かということのを改めて議論したいと思います。
- 道垣内委員** 小さな確認なのですが、民事訴訟法の問題なのかもしれませんが、14ページのウの①です。「後見人その他の法定代理人」というときには、親権者は入らないと読むのですか。民事訴訟法の32条の2項に「後見人その他の法定代理人」という言葉がございますね。これは、親権者は入らないと読むのですか。それとも、入ると読むのですか。
- 脇村関係官** ちょっとまたついていけないかもしれないのですけれども、字面上は入るのだと思いますけれども、想定はしていないのではないかと思います。恐らくこの32条というのは、実体法上の法定代理人が実体法上同意とかがなければ親権を行使できないというケースについての除外規定ですので、親権者の場合は、確かそういう意味では同意がなければ親権行使できないということはなかったかと思っておりますけれども。
- 道垣内委員** 恐らく、後見人に関しては、民法864条がありまして、後見人が被後見人に代わって13条1項各号に掲げる行為をするという場合には、後見監督人の同意が必要である、とされていますね。そして、13条1項には、訴訟行為が含まれていますので、これを実体法上の根拠にして、一般的には、本来は同意が必要であるということになる。し

かし、民事訴訟法で申しますと、32条1項によって、応訴するときは例外とする、ということですね。とすると、民法864条のような規定のない親権者については、恐らくここには入ってこないのだと思うのです。しかし、「後見人その他の法定代理人」という言葉によって、親権者は抜けると読めるのか、というと、私は読めないのではないかという気がします。そして、親権者が抜けないとすると、この手続上の規定には、実体法上の根拠はないのではないかなということが気になります。民訴法がそうなっていると言われたらそれまでなのですが。

○脇村関係官 民訴は28条により法令の定めによると。その特別な定めとして置いてあるのだとは思うのですけれども。

○道垣内委員 分かりました。そのように民訴で考えられているのなら、その横並びで全然異論はございません。

○伊藤部会長 他にいかがでしょうか。

○増田幹事 すみません、今まで気が付いていなかったのが指摘もしなかったのですが、18ページの(4)に当事者による更正というのがあるのですけれども、任意代理人の事実に関する陳述を取り消したり、更正したりした場合には、その効力を生じないとあります。しかし、弁論主義の適用のない非訟手続でこんなのは本当に要るのですか。

○脇村関係官 その点については、除外する案を部会で示させていただいたところですが、ほかの皆様から、規定を置くことに意味というのがあるのではないかという意見が出されたので、ここは復活させたというか、書かせていただいたところでございます。

○伊藤部会長 よろしいでしょうか。従来の議論の経緯を踏まえてということのようですので。よろしければ、先へまいりましょうか。それでは、第1の9から第1の12までの説明をお願いします。

○松田関係官 では、まず9の手続費用につきまして、変更点を中心に説明させていただきたいと思います。

まず(1)の手続費用の負担についてですが、従前は、②の規律により手続費用を負担させることができる者を「当事者、参加人又は利害関係人」としておりましたが、民事訴訟などに関する法令の規定では、費用の負担者というのは、その手続の当事者又は当事者と同様の地位にある者に限定されているのが通常であることを踏まえまして、費用の負担を命じ得る者の範囲を「当事者、参加人」のほか「裁判を受けるべき者」に限定する修正をしております。それとともに、民事訴訟法69条には、当事者本人以外の手続の関与者が無益な費用を生じさせた場合には、一種の制裁として訴訟費用を負担させることを認める規定がありますが、②で従前の「利害関係人」という言葉を「裁判を受けるべき者」と限定したことによりまして、②の規律により民事訴訟法69条と同様の手続費用の負担を定めることができなくなりましたので、注のほうで「民事訴訟法第69条と同様の規律を置くことについては、なお検討する」ということで、その注書きを追加しております。

次に(2)の手続費用の負担の裁判についてですが、注を追加しております。この趣旨は、例えば利害関係参加をしていない裁判を受けるべき者であって、即時抗告権を有しない者が手続費用の負担を命じられた場合、不服申立ての手段が全くないのは相当ではないとも考えられますことから、このような場合に手続費用の負担の裁判に対する即時抗告権を認めることをなお検討するというので、注書きを追加しております。

次に(3)と(7)ですが、従前、「調停」という言葉に亀甲括弧を付けておりましたが、調停をした場合の手續費用につきまして、実際にその規定をどこの法律に置くか、非訟事件手續法に置かないとしても、その規律の在り方を中間試案で示すのは相当であると思われるので、「調停」という言葉に付けておりました亀甲括弧を削除しております。

あと、(7)非訟事件が裁判、和解又は調停によらないで完結した場合等の取扱いについてです。まず甲案の①の後段で、参加の申出の取下げと参加の許可の申立ての取下げについて規律しておりますが、6の(1)の②にあります参加の申立てを取り下げた場合についてもこれら二つと同様に規律する必要があると思いますので、この資料では修正しておりませんが、参加の申立ての取下げもここに加える方向での修正をしたいと考えております。

次に同じく甲案の②ですが、これはこの規律を置かなくとも当然に(1)の規律が適用になると考えられますので、②の全体を削除する修正をしたいと考えております。

次に乙案の①ですけれども、(1)の②と同様に、手續費用を負担させることができる者を限定する趣旨で、「利害関係人」を「裁判を受けるべき者」に変更しております。

次に(10)の手續上の救助です。手續上の救助の付与について、いわゆる濫申立て防止のための規律として、従前は「ただし、非訟事件の申立てが不当な目的でされたとき、その他誠実にされたものでないときは、この限りでないものとする」というただし書を入れることを提案しておりましたが、このような表現で十分中身を表現できているかというところについてはまだ疑問も残りますし、民事訴訟法82条のほうでは「ただし、勝訴の見込みがないとはいえないときに限る」と表現しておりますので、この表現との対比から、立証責任を転換させたのではないかといった誤解が生じるおそれもありますことから、濫申立てについては救助を認めないことが前提であるということ注のほうに記載することに変更いたしました。

9については以上でございます。

○川尻関係官 では続いて、10の(2)調書の作成等では、①のただし書をこれまで「審問の期日については」としており、この審問の期日にはいわゆる和解期日や進行協議期日のようなものも含まれるとして整理しておりました。しかし、その趣旨が分かりにくく、和解期日や進行協議期日等については本文の規律が適用されて、例外なく調書を作成しなければならないとの誤解を生じさせかねないことから、より明確になるように、「証拠調べの期日を除いては」と記載することとしました。

次に注2においては、期日における審問は、事実の調査としての性質を有しますが、それは②ではなく①により規律されることを注意的に記載しております。

また、②では、これまで「事実の探知」との文言を用いてきましたが、家事審判法や労働審判法等と平仄を合わせて、「事実の調査」に変更いたしました。

(3)ア、記録の閲覧等の要件等では、従前は①のただし書に記載していた規律を、分かりやすさの観点から、⑤において別項建てとしました。

また、②の前段と後段を結ぶ文言が欠けていましたことから、両者の間に「この場合において、」という文言を加筆しました。

更に注において、利害関係参加人は、第1の6(2)イ、利害関係参加人の地位の規律により、「当事者としてすることができる手続行為をすることができる」としておりますことから、記録の閲覧等の場面でも、当事者としてすることができる記録の閲覧等を利害関係



人もすることができることを注意的に記載しております。

イ、即時抗告の丙案では、その趣旨を明確にするため、表現を修正しております。

○脇村関係官 続きまして、変更点には書き忘れてしまいましたが、(6)の手續の分離・併合につきましては、④において、民事訴訟法152条を参考にいたしまして、手續の併合を命じた場合の尋問に関する規律を置かせていただきました。この点につきましては、手續の分離・併合について一読のほうで議論していた際にも、この点について手当てするかどうかという点については御意見等を頂いていたところでもございましたので、民事訴訟法の証拠調べに倣って証拠調べ等を規律したことから、ここも併せて整備してはどうかということでもさせていただいたところでもございます。

次に(7)の手續の〔受継〕では、まず前注において「受継」に亀甲括弧を付している理由を説明することにいたしました。趣旨としては、なぜ亀甲括弧に入っているのかが見た人に分かったほうがいいのではないかと考えたところでもございます。

次に、これまでは「手續の中断」を「受継」とは別項目としておりましたが、規律を置かないにもかかわらず本文として掲げるのは相当ではないのではないかと考えたことと、従前の説明ですとやや分かりにくいこともございましたので、ここについては注のほうで詳しく説明するというようにいたしました。

その上で、アの③では、参加の場合と同様、即時抗告のことだけ書いているのではなく、却下の裁判があるということを示したほうがいいのではないかと考えましたので、その旨を追加しました。なお、部会資料24では、②の申立てについて却下するという裁判が存在するにもかかわらず、③のほうで何も書いておりませんでしたので、②の申立てについても却下する裁判が存在するということは、参加のところと同様、同じ書き振りにしたいと考えております。

次にイのほうですが、これまでは受継についてだけ書いていたのですけれども、では受継をしなかった場合にどうなるのかということについて何も書いていなかったものですから、イの前提について、どういう前提で受継というこの制度を設けるのかという点について説明を加えるために、注の記載を加えさせていただきました。

次に(10)その他の注ですが、今回もう一度検証していたのですけれども、通訳人等について、民事訴訟法では一定の手当てをしておりますから、非訟においてもそれを手当てすべきではないかと考えましたので、そのような旨の注を入れさせていただきました。以上です。

○伊藤部会長 それでは、まず手續費用のところからまいります。全体を通じて、本文に記載されている内容の言わば前提事項になっているようなことを明らかにして、読む方の理解を助けるとか、記載の内容の前後を入れかえて分かりやすくするとか、そういったことも相当程度ありますが、何点か、従来のここでの審議を踏まえて、実質的なことを変更したり、付け加えていくところもございますので、そういったところを中心に審議をしたいと思います。手續費用の関係では、手續費用の負担を命じられるべき者の中に「裁判を受けるべき者」ということで明らかにしたということと、それからそれに関する注です。そして、その次の注にあります、手續費用の負担を命ぜられた者であって、本案の裁判に対して即時抗告ができない者の即時抗告権の話、それから救助のところがありますが、これはどちらかという前提の説明ということではありますけれども、注での説明が付け加わっ

ております。以上の点などですが、手続費用に関してはいかがでしょうか。

○増田幹事 質問なのですけれども、会社非訟において、会社が手続費用を負担する場合がありますとすれば、この今回変わったほうの案ではどこに入ってくるのでしょうか。

○松田関係官 会社非訟で、会社が当事者ではなくて裁判を受けるべき者であれば、裁判を受けるべき者として、負担を命じることができることになるのではないかと思います。

○増田幹事 そうなると、一時取締役職務代行者の報酬や清算人の報酬などは会社の負担とするのが適当であろうと思われるのですが、恐らくそういう報酬決定の裁判を受けるべき者は、その当該選任された一時職務代行者なり清算人ですので、会社はどこにも入ってこないのではないかという懸念があります。前の案だと、利害関係人であることは明らかだと思っております。

○松田関係官 なるべく限定したほうが良いという方向で考えておまして、いろいろな非訟の事件について精査したわけではございませんので、ちょっと今頂きました御意見を踏まえて、再検討させていただきたいと思っております。

○伊藤部会長 やや限定してしまった結果、若干問題になるような事例が出てくる可能性があるということですので、これは検討させていただきます。

ほかにはいかがでしょうか。

○増田幹事 手続の中断についてなのですけれども……。

○伊藤部会長 そちらへ行ってよろしいですね。手続費用の関係は、もうほかにはよろしいですね。

そういったしましたら、審理手続のほうにまいりまして、どうぞ、増田幹事。

○増田幹事 手続の中断のところは、照会事項からも外れてしまったということなのですが、「特段の規律は置かないものとする」ということで結構なのですが、照会事項としては入れていただけないでしょうかということなんです。入っていないと意見も言えないのではないかと、というのが理由なのですが。

○脇村関係官 意見がある方は当然出されるのだろうなとは思ったのですけれども、資料としてはこちらのほうが分かりやすいのかなと思っただけでして、部会資料の補足説明とかでも御意見があったことは書こうと思っていましたが、議論を封殺するつもりで前注で落としたというよりは、受継とセットで書いたほうが分かりやすいと思ったものですから、それだけでございます。

○増田幹事 ここでも多少議論のあった話ですから、どうなのでしょう。皆さんから広く意見を伺ったほうがよろしいのではないのでしょうか。

○伊藤部会長 他の委員・幹事の方は今の増田幹事の御発言に関して何かございますか。

○畑幹事 私も、中断はあったほうが良いのではないかという意見を述べたので、その意味では、今、増田幹事がおっしゃったことに共感を覚えるところもありますが、このままでも意見は出るのではないかという気もいたします。

ただ、補足説明のほうになると思いますが、中断しないという規律で行く場合には、この場でも議論になりましたように、即時抗告の追完とか、レアケースでしょうが、そういうことでカバーする必要がある場合もあるということも明らかにさせていただくほうがよろしいかと思います。

○伊藤部会長 分かりました。ということで、増田幹事、全くそれに関連することが一言も出

てこないというわけではないので、御意見を出していただくということで御了解いただけませんか。すみません、よろしく。

ほかにはいかがでしょうか。

○三木委員 23ページの「審問の期日」を「証拠調べの期日」に改めたというところですが、2点ありまして、1点は、司法手続の実務において、証拠調べ期日という形で期日指定をするのかどうかと。ここでいう証拠調べ期日というのは、そういう通常の訴訟で言えば口頭弁論期日、和解期日、証拠調べ期日とか、期日の名前をいろいろ違えて指定することがあるわけです。そういう実務があるのかというのと、ここでこの言葉に変えた場合にそういう意味を含んでいるのかというのが第1点。

第2点は、事務局の御理解では、非訟における審問というのは証拠調べだけをやる、つまり審問の中に証拠調べ以外の要素は含まれていないという御理解なのかということです。この2点です。

○川尻関係官 ここでは、確かに御指摘がありましたように、厳密に期日概念で分けるのは若干難しいところがあるのかもしれないのですが、表したかったことは、要は証拠調べについてはきちんと調書を残しましょう、それ以外のものにつきましては、いろいろな御意見がありますことから、広く3案を提示して意見を募りましょうということになります。

○三木委員 途中でございますが、その御趣旨はよく分かるのですが、そもそもそのようにせつ然と区別できるものかという前提があるので、この言葉で審問の実質をとらえているのかということです。もともと審問で行われることは、証拠調べがかなり大きな意味を占めますし、それからその部分が特に調書として残したい部分だというのは、もちろん私もそういう意見です。ただ、こういう言葉を使ってしまうと、逆にその意図とは離れたことになるおそれがあるのではないかという趣旨です。実質を事務局と違う理解をしているつもりは余りないのです。

○川尻関係官 実質がうまく表せるように変えることができるかというのは検討したいと思えますけれども、もし時間の関係で変更が間に合わないようであれば、その趣旨については補足説明の中で説明していきたいと思っております。

○伊藤部会長 実質に関してはそう認識の違いはないということですが、三木委員がおっしゃるのは、仮にこういう掲げられている考え方に基づいた法ができたときに、それに即した運用が確保されるかということですか。

○三木委員 川尻関係官がおっしゃったように、審問という元の言葉を使うと、ギリギリ言うと、証拠調べ以外の要素が入ってくるかもしれないですが、それは入ったとしても、もともとが審問自体が証拠調べとほかの要素が渾然としているところがありますので、入ったとしてもそれは弊害にならないですし、調書で押さえるべきところは押さえられるのではないかという気がするのですが、元の審問の表現でそれほど弊害があるのかと。もちろんなるべく必要的調書の範囲を狭めたいという方からは限定したいと思えますけれども、論理的に限定できるのかという疑問があるということです。

○岡崎幹事 まず、民訴でも、証拠調べ期日という形で期日の指定をしているわけではなくて、口頭弁論期日を指定して、その中で証拠調べをするということになると思うのです。それで、ここでの審問期日は、恐らく証拠調べを内容とする審問期日もあるでしょうし、主張

の整理を内容とする審問期日もある。その中で、ここでは「証拠調べの」と「の」が入っていることからして、審問期日のうちの証拠調べを内容とする期日のことを「証拠調べの期日」と書いておられるのではないかと思ったのですが、そういう趣旨ではないのでしょうか。

○**脇村関係官** 今の実務の用語の使い方では、例えば今、岡崎幹事がおっしゃっていたように、審問という中で証拠調べをやるという運用もあつたりしますので、そういたしますと、「審問期日については、その必要がないと認めるときは、この限りでない」という書き方ですと、証拠調べをしていたものについてまでこの例外の要件がかかわっていくように読めます。我々の趣旨としては、証人尋問等をしていたときはきちんとつくらないといけないのですということを書きたかったものですから、今回、証拠調べの期日を除いては例外があるのですという書き方に変えたわけでございます。そういう意味で、今後実務で審問と呼ばれているものを法令上どう表現するのかというのはあるとは思うのですけれども、少なくともここで言いたかったのは、それをどう呼ぶかは別にして、証拠調べの期日にやったとき以外は例外を置くかどうかについてパブリックコメントにかけさせていただきたい。そのためにはこのほうが適切ではないかということを表したつもりです。

○**三木委員** 理屈だけ言うと、期日概念で絞るのに無理があるのですけれども、ただ、それ以外の表現の仕方もないのということなのですね。いずれにしても、どこまで調書を残すかという点では今後も引き続き議論があるように、必ずしも一致しているかどうかは別として、ただ大きなところでは一致しているのですが、この表現振りが私にはやや奇異な感じがして、仮に証拠調べ期日というとらえ方をしなくても、非訟における証拠調べとそれ以外の区別は何だろうとか、いろいろありますので、分かりにくい、あるいはパブリックコメントを読む人が過大又は過小に考えるおそれがあるということをちょっと感じたということです。

○**伊藤部会長** ただ、おっしゃる趣旨はよく分かりますが、従前のような表現だと、また先ほど脇村さんが説明されたような、これもやや不正確な理解がされる可能性があるということ、難しいところだとは思うのですけれども。

○**金子幹事** 今の三木委員の御発言の最後の部分が私はよく分からなくなってしまったのですが、ここで証拠調べと言え、厳格な意味の証拠調べ、第一審の手続の中に出てくる証拠調べを指しているの、証拠調べの手続自体はその前後と区別できる性質のものだと思いますが。手続中にこの部分は証拠調べとしているということは、きちんと区別できるものだと思いますが。

○**三木委員** 例えば、当事者から何か聴取するということに、訴訟だと、当事者尋問の形を採るわけです。非訟でも、当事者尋問と当事者の主張というのを分けてやるのですか。

○**金子幹事** 当事者に審問の形で事情を聴くか、証拠調べの形の当事者尋問であるかというのは、当事者尋問である場合は宣誓をしますし……。

○**三木委員** 尋問でもできますが、審問でも、証拠調べとしての審問というか、証拠調べ手続、つまり宣誓を使わない、従来実務で言われている審問手続で当事者審問をすることはありますね。あれは証拠調べなのか……。

○**金子幹事** 証拠調べとは考えていません、ここでは。

○**三木委員** でも、証拠調べの要素を持った審問というのを従来言われてきたわけですね。

- 脇村関係官 恐らくこういうことだと思えるのですけれども、我々の意図としますと、ここで使っている証拠調べというのは、民訴上の厳格な手続のみを指すという前提で今まで考えておきまして、従前、部会資料18では、「審問期日については、その必要がないと認めるときは、この限りでない」という甲案は、要するに厳格な証明での証拠調べ以外の審問期日全般について例外を置くかどうかということ掲げていたつもりです。恐らく三木委員がおっしゃっているのは、証拠調べだけではなくて、裁判資料の収集である審問期日についても例外を設けるべきではないという意見ではないかと思うのですけれども。
- 三木委員 そういう意見が背景にあるので、しかも、ではそういう意見をくみ上げるための案というのはあるのですか。
- 脇村関係官 丙案がそうです。
- 三木委員 丙案ではそれは広すぎて、実務は知りませんが、非訟で厳密に証拠調べの手続を採るということは少ないのだろうと思うのです。だから、その案だと、ほとんどの場合がただし書は空振りというか、ほとんど調書を作らなくてもいいという場合が拡大すると思うのです。従来の議論でやったのは、いわゆる厳格な証明としての証拠調べ手続を採らなくても、実質証拠調べをやるような審問をやる時は、これはただし書のほうに回すべきだという意見を述べる方が多々いらっしゃったので、もちろんそうではない意見の方もいらっしゃいますが、それを案として立てるという趣旨だと私は理解していたので、それが拾われないのではないかとということです。
- 川尻関係官 三木委員、ちょっと確認したいのですけれども、厳格な証明方法としての証拠調べ手続によらない審問についての調書の規律について、甲・乙・丙の3案を提示していたつもりなのですか、それでは駄目だといいますか、そうではないというお話だったのでしょうか。
- 三木委員 今の御説明ですと、ここの甲案、乙案でいう証拠調べ期日というのは、民事訴訟におけるものと全く同じ意味の厳格な証拠調べとしての証拠調べだけを指している。繰り返しになりますけれども、私が理解している従来の審問期日は、こういう調書を取らなくてもいいということの例外を置くべきではないかという議論を述べていた方々が認識しているのは、私を含めて、いわゆる当事者審問で、証拠調べの要素を持った当事者審問のようなものは例外規定のほうに回すという案を提示すべきではないかという前提で議論していたのかと私は思っていました。
- 脇村関係官 三木委員の御趣旨からすると、要するに審問の中にも二つあるのではないかと。単純に言うと、争点整理型の審問と証拠調べ型の審問があるので、それを区分けしたような形で少なくとも中間試案として掲げたほうがより適切ではないかということですか。
- 三木委員 おっしゃるように適切ではないかと思うし、これは私の誤解かもしれませんが、従来はそういう前提で御発言されていた方が多かったのではないかと私は思っていました。
- 高田(昌)委員 三木委員にお聴きしたいのですけれども、趣旨としては、例えば民事訴訟における狭い意味での口頭弁論に相当する審問と、例えば民事訴訟法における参考人の審尋に近い、当事者を正式な当事者尋問の形式で行わない証拠調べの側面を持った審問とを分けて、それぞれで取扱いを変えるべきだという御意見なのではないでしょうか。もしもそうでなければ、このままでも構わないのではないかという気がしたのですが。

○三木委員 まず私の意見として、私自身は、証拠調べの実質を持つものと、それからそういう争点整理とか、いわゆる口頭弁論に相当するものの実質を持つ審問は、どちらも調書を取るべき例外に入るべきだと思っているのです。そういう意味では分ける必要はないと個人的には思っているのです。ただ、恐らく委員の方々の中には、ぎりぎり必要なものがあるとしても、それは証拠調べ的な部分だけだと思っている方もいらっしゃるだろうと思うので、そういった意見に配慮すれば、そこは分けた案をつくらなければいけないし、私自身は、個人の意見としては、ただ両方の意味を含む審問期日というだけで、それは例外で問いかけていいのではないかと考えていますけれども、そう思っていない方もいらっしゃるでしょうということです。

○川尻関係官 そうしますと、厳格な証拠調べ手続ではない、事実の調査として行う当事者から話を聴く尋問について、それが証拠調べとしての性質を有するのであれば、それとそれ以外のものは別個の規律にする可能性があって、その二つについて、今は甲・乙・丙とありますけれども、例えば、進行協議のようなものであれば甲案であるけれども、そういった証拠調べの性質を有するものであれば乙案になるということで、甲・乙・丙の三つのうちのどれか一つを選ぶというよりは、その実質に応じて、例えば甲案と乙案とか、甲案と丙案ということになるといった御指摘になるのでしょうか。

○三木委員 繰り返しますけれども、私自身はそういう意見ではないのですけれども、そういう案を置いてもいいし、そういう案を置かれるのだったら、これは私の意見ですけれども、更にもう一つの案として、およそ審問期日は外すという案も掲げてもいいのではないかと。もちろん、その案の支持者が少なければ掲げる必要はないのですけれども、私個人がどういふ案を置いてほしいかという、証拠調べの実質もあれば、口頭弁論の実質もあるような、すべてを含む審問期日をただし書で外す案も置いてほしいというのが個人の意見ではあります。

○金子幹事 すみません、ようやく理解できました。ですから、今、証拠調べ期日だけは例外なく調書を作らなければいけないというのに加えて—加えてかどうかはちょっと見解の違いがあるのかもしれませんが、当事者等から審問の形で事情を聴くような場合についても、例外なく調書は作らなければいけないということも、一つの選択肢としてパブリックコメントにかけるべきだというお話だと伺いました。そこを厳密にすると、なお細分化しそうな感じがありますので、できれば、御理解いただけるならば、この証拠調べの期日、今、本文についてはそこだけを例外の対象から除外しているということですが、そういう当事者から審問の形で聴く場合についても、例外なく調書を作成すべきだという意見も部会ではあったといったことを補足説明で補充するという事で御理解いただけるとよろしいのですが。

○三木委員 もちろん形はそれで結構なのですけれども、私が1点だけこの場で確認したいのは、それが私だけの理解なのかです。そうである可能性もあるわけです。あるいは、ほかの方が今まで議論してきたのは、こういう厳密な意味での証拠調べだけのことを言っていたのではないんだという人がほかにもいたのだったら、そういう意見もあったではなくて、それはある程度まとまりのある意見になる可能性があるのです、そこだけ確認しておいてもらって、それは私だけがそう理解していたのか、ほかにもそういう前提で御議論されていた方もいらっしゃるのかだけはちょっと確認して、その場合には補足説明の書き振りも違

ってこようかと思えます。

- 山本幹事** 恐らく従来の丙案というのは、要するに審問期日のことしか考えていなかったと思うので、その審問期日を例外から完全に外して、常に調書を作成するというイメージで、多分その丙案というのが選択肢としてあったのだと思います。ところが、今回、そういう進行協議とか和解とかというものもあるのだという話になってこの書き振りが変わったということです。ですから、恐らく三木委員の言われているのは、今回の丙案だと抜き過ぎていて、この丙案を採用しようとする、和解とか進行協議についてもすべて調書を作成しなければいけないという案になっているわけですが、そこまでは従来の丙案の論者も恐らく考えていなくて、だから、この丙案の「例外の規律は置かないものとする」というところだと、三木委員のお考えでも抜き過ぎていて、この乙案と丙案の中間的なものが選択肢として必要なのではないかという御意見で、それは従来の丙案のことを言われているので、それはこの部会でも多分案として掲げられるだけの一定の支持があったのだろうと私は理解していますけれども。
- 伊藤部会長** そうすると、逆に今おっしゃった文言どおりの丙案というのは、今までは余りそういう意見はなかったということですね。
- 山本幹事** この部会では、進行協議とかまで全部調書に取れと思っていた人は、あまりいないように思います。
- 増田幹事** なかったと言われるとちょっと困るのですが。手続の期日としてそういうものを想定していなかったというのが正しいのであって、進行協議とか和解について独自の期日が本当にあるのかどうか分からないのですけれども、もし本当に設けられるのであれば、それも調書を作成しなければならないものとするという意見です。ですから、全くないと言われると、残しておいてくださいと言いたいのですけれども。
- 長委員** まず、証拠調べ期日の趣旨については、先ほどからいろいろお話がありましたけれども、家事審判手続では、期日を審判期日と呼び、審判期日の中で厳格な証拠調べをすることになります。調書に記載する審問結果をどこまで省くかという議論については、今の御議論があることは理解いたしましたけれども、要するに全部記載を残すということについては、反対説のほうがかなり多かったという理解です。全部記載を残すという考え方が丙案という形で示されていますが、それが本当にごく少数の方の考え方にとどまるとすれば、丙案の存在意義はどうかと思わなくてもありません。ただ、議論の整理として残すのであれば、特別反対するものではありません。
- 中東幹事** 表現振りのことに少し戻ってしまうのですが、今の話を伺っていると、私のような門外漢には、期日という言葉にはそれほどこだわりがなく、実際はその日に何をやったかが大事であると思えます。そういう意味で、例えば証拠調べを行った場合には、期日ごとに記録を残さないということが本来の趣旨であると存じます。岡崎幹事が「の」が付されている意味について発言なさったのも、恐らく同じお考えに基づくものかと思えます。また、民訴でも口頭弁論調書について160条で、「書記官は、口頭弁論について、期日ごとに調書を作成しなければならない」と規定されていますし、非訟の14条でも、「期日」という言葉は使わずに、調書を作成すべき場合を規定しています。パブコメに付す際にも、何をしたときには調書を残すのかという議論がはっきり分かる形で表していただくのがよいかと思えます。

○伊藤部会長 丙案の趣旨には若干バラエティーがあるということも、先ほどの増田幹事、山本幹事の御発言で分かりましたし、それからその前の三木委員の御発言も含めて、厳格な意味での証拠調べの期日は、これは当然のこととして、それ以外の進行協議等を除いた審問に関しては、これこれこういう考え方があるということを知っていただいて、それを甲案・乙案・丙案に加えてというのが本来の形かもしれませんが、今の段階でそこまでというのはなかなか大変なようですので、その辺を補足説明で、ここでの議論が正確に反映されるような形でと思いますが、そこで御了解いただけませんか。

○三木委員 今の部会長の説に異を唱えるという趣旨ではないのですが、恐らく、おっしゃったように、厳格な意味での証拠調べ期日を調書に残したいというのが、調書を残せという立場からは当然のことですけれども、先ほどの山本幹事の御発言とも関連しますが、調書を一定の場合には残すべきだ、裁判所が裁量で残さないことができるというのは困るのではないかという立場の議論の人は、私の理解では、これまでそれは厳密な意味での厳格な証拠調べだけをイメージしてしゃべっていた人は、むしろほとんどいないと思うのです。なので、この原案のほうがこれまでの議論を、これはミニマムは含んでいますけれども、むしろこれらの議論自体を甲案・乙案が正確に反映していないという懸念があるということとはちょっと申し上げておきたいと思います。

○伊藤部会長 うまく説明が書けますか。

○増田幹事 「審問」という言葉が、相手方のある事件の特則のところだけにあって、総則の中から消えてしまっていることがそもそも混乱の原因ではないかと思うのです。要するに、期日にはこれこれの種類のものがあるという前提を省いて、「期日については調書を作成しなければならないものとする」として、その例外をあれこれと議論しても、例外に当たらないものは何なのかというのがここだけを読んでも見えてこない。それが混乱の原因ではないかと思うのです。例えば、進行協議と言われましたけれども、非訟の事件で本当に進行協議というのを期日を開いてやるのかというと、私はやらないのではないかと思います。そのようなものは恐らくファックスでの連絡か、あるいは電話会議での話し合いすべきものであって、原則的には期日を開いてやるようなものでもないのではないかと思うのです。進行協議という言葉もこの案の中のどこにもないわけです。だから、そのところはちょっと概念的に、期日にはどういうものがあるのかということから整理していただいたほうが分かりやすいのかなと思っているのですけれども。

○三木委員 度々申し上げて恐縮ですけれども、要するに、ただし書のようなものを置きたいという立場の人間は、証拠調べ期日か尋問期日かという技術的なことが問題ではなくて、実質的に手続保障とか攻撃防御にかかわるようなことがされたときには、それをきちんと調書に残しておかないと、後にその問題が争われたときに、例えば後に手続保障が欠けていたといったことで上訴をしたり再審で争ったりするときに、期日調書がないと、それ以外に証拠はないものですから、困る。それは大きく言えば憲法上の手続保障の根幹にもかかわるということで、実質において手続保障にかかわる、あるいは攻撃防御の実質を有する部分は調書を取るという規律を置いてほしいということなので、その実質がこの「証拠調べの期日を除いては」というテクニカルな表現振りには現れていない。このメンバーの方々はもちろんそれは共有しているとしても、それがパブコメでは理解されないのではないかと、これはくどい言い方で申し訳ないのですが、そういうことを私は懸念し



ているという趣旨です。

- 伊藤部会長 先ほど山本幹事がおっしゃられたように、この丙案の心はそういうところにあったわけです。ただ、これがこういう丙案の「例外の規律は置かないものとする」ということに表れているかどうかはちょっと別なのですけれども。
- 脇村関係官 確か従前の議論というのは、恐らく証拠調べと、広い意味でのすべての審問のみを前提に議論していて、証拠調べについては例外を置くのはやめましょうと。審問については、いずれにしても、主張整理であったとしても、それは資料になるわけですから、そこは区別せずに例外を置くべきでないという人がいた一方で、その中身によっては、争点整理的なものもあるし、そういったものの整理が必要だということで例外を置くべきだという二つの意見があったのだと思います。その上でバリエーションとして、例外を置くときに、それでも少しは残しましょうという案があったと理解しているのです。そうしますと、いずれにしても、期日を開いた以上は残すべきだという人は、いずれについても例外を置くべきでないという丙案であろうし、証拠調べにだけはあれで、残りについては、審問というか、期日の中身によって裁判官が適宜判断するという方であれば、それは甲か乙になると理解していたので、これでも表現できているとは思っています。ただ、増田幹事がおっしゃっていたように、想定している期日が何かということがはっきりしていないから、特に今回、除くとしたので、では残りは何かというのが分からないということだと思うので、そうだとすると、前提として、期日として想定しているものを注か何かで書くか、そこを書けば、恐らく趣旨というのは出てくると思うのです。想定しているものとしては、証拠調べと、当事者から聴いて資料になるという意味で審問、あとは和解ぐらいですか。その三つぐらいかなと思うのですけれども、何か足すものはありますか。
- 増田幹事 その場合に、「審問」という言葉についてですが、現行法では恐らく裁判所で何かをする期日を、証拠調べも含めて、すべて審問と呼んでいると思うのです。そこは違うのだということは明記していただかないといけないと思います。
- 伊藤部会長 分かりました。ということで、この本体の注に今、脇村さんがおっしゃったようなここでの甲案・乙案・丙案という考え方の内容を何らかの形で補足するか、それとも補足説明の中でその点を誤解のないように考えていただけるように表現するか、そこは検討してもらいたいと思いますが、趣旨は今、脇村さんが言われたようなことなので、従来の議論とこれ自体がずれているというわけではなく、ただ確かに正確に理解されないおそれはあるかと思しますので、それを注とか補足説明で表現するということがいかがでしょうか。その上で、それぞれパブコメなどに対して、そういうことでは不十分だ、もっとはっきりこうしたほうが良いという御意見が出てくるのは当然あり得ることで、また我々としてはそれを踏まえて議論を続けなければいけませんけれども、一応今の段階ではその辺りで御了解賜れば有り難いと思いますが、それでは恐縮ですが、そうさせていただきます。事務局にはいろいろ工夫していただかないといけませんけれども。
- ほかには審理手続の関係ではいかがでしょうか。
- 高田(裕)委員 これも用語法の確認なのですからけれども、同じく23ページの②の注2ですが、「期日における審問」という言葉遣いをされているのですが、審問はすべて期日という理解でよろしいのでしょうか。期日によらない審問があるかのような表現ですので、御工夫いただければと思います。

○伊藤部会長 何かありますか。それを承って。

○脇村関係官 特にございません。

○伊藤部会長 ありがとうございます。確かにそうですね。

もしよろしければ、先に進みたいと思いますが、どうぞ。

○高田(昌)委員 これも言葉の確認です。結局、審問と証拠調べは一応別で考えておけばよろしいですね。後から出てくる25ページの(4)のアの③にも「審問及び証拠調べの期日」と書いてありますので、審問の期日と証拠調べの期日とを分けているという前提ですね。

○脇村関係官 はい。

○高田(昌)委員 ありがとうございます。

○伊藤部会長 ほかにございませんか。

よろしければ、先に進みたいと思います。第2, 第一審の手続です。お願いします。

○脇村関係官 まず第2, 第一審の手続の1, 非訟事件の申立ての(2)併合申立てですが、甲案のただし書については、裁判を求める事項が同種であること等の場合にも併合申立てを認めますとさすがに余りに広すぎるかと思いましたが、部会資料18から、限定する趣旨でその点を削除いたしました。この点につきましては、家事調停について示した案と同趣旨でございます。乙案については、部会資料18の記載振りですと意味がよく分からないのではないかと考えまして、「併合申立てについては、これを認めない」という実質を書くことにいたしました。

(4)の申立ての変更では、②において、前回の家事調停での御意見を踏まえまして、「期日である場合を除き、」を追加いたしました。従前は必ず書面でしなればいけないとされていたのですけれども、期日でやれば取下げをやったかどうかは明確でありますので、特段問題は生じないのではないかと考えております。

2の裁判長の手続指揮権では、従前の御議論を踏まえまして、釈明について注を追加いたしました。

○川尻関係官 4の電話会議システム等の注では、民訴法第215条の3により、鑑定人質問においてもテレビ会議システムを用いることができますことから、その点を追加しております。なお、この注の趣旨は、証拠調べにおいては、第2の5(4)証拠調べの規律により準用する民訴法の各条文によるテレビ会議システムを用いることはできませんが、4の規律による電話会議システム等を用いることはできないという点にありますので、中間試案においてはより分かりやすい表現に修正する予定であります。

5, 裁判資料, (1)総則, イ, 当事者の役割では、表題から「事案解明に向けた」という文言を削除しております。

また、末尾の表現について、これまで複数の案を亀甲括弧に入れておりましたが、この規律の実質につきましては部会においておおむねの共通認識が得られたと考えられますので、中間試案においては「協力するものとする」という言葉に統一することとしました。

(2)事実の調査では、先ほども説明しましたように、「事実の探知」から「事実の調査」へと表現を修正しました。

また、これまでの部会における議論を踏まえまして、注において、事実の調査の結果、裁判に重大な影響を及ぼすことが明らかになった場合の当事者への通知について、「なお検討する」との記載を追加しております。

(3) 専門的な知見を有する事件における審理の充実・迅速化では、従前はもう少し具体的な条文案の形で提案しておりましたが、この規律の実質は更によく検討する必要がありますことから、記載内容をより一般的な表現に修正いたしました。

(4) 証拠調べでは、従前はこの項目の末尾にありました注を、その記載内容に合わせて、アの末尾に移動しました。

イ、当事者本人の出頭命令等では、部会における御意見を踏まえて、③において、当事者の宣誓又は陳述拒絶に対する過料の制裁を追加いたしました。

ウ、文書提出命令等に従わない場合では、表題と本文の表現がずれておりましたことから、表題に修正を加えております。

○**松田関係官** 続きまして、6の裁判ですが、変更点について説明いたします。

まず、前注1と前注2を追加しております。前注1は、本案裁判と本案裁判以外の裁判とを分けて規律することにしましたことから、本案裁判の意味を説明しております。前注2は、従前は「裁判の方式」という項目を立てて、本案裁判を決定ですとしておりましたが、その内容を前注のほうに記載することに変更しております。

(1)の本案裁判についてですけれども、変更点としましては、エの本案裁判の告知のところですが、従前は裁判の告知を受ける対象を「申立人、相手方及び参加人」としておりましたけれども、ほかとの表現の平仄や、表現の統一を図る趣旨から、「当事者及び利害関係参加人」に修正しまして、この場合の「当事者」には当事者参加人が含まれることを注で説明する修正をしております。

次にクの終局裁判の脱漏では、注を追加する修正をしております。クの②と③に亀甲括弧を付けておりますが、この亀甲括弧の趣旨は、第1の10の(2)で手続費用の負担の裁判につきまして甲案・乙案の両案併記しております関係で、規律が決まらないために付しているものでありますので、その趣旨を説明するものであります。

次に7の裁判の取消し又は変更の(1)本案裁判の取消し又は変更では、従前は本文に③として記載しておりました取消し又は変更する場合の陳述聴取の規律の要否の検討を、注のほうに記載することに変更しております。

次に(2)本案裁判以外の裁判の取消し又は変更では、従前は、取消し又は変更の対象となり得る本案裁判以外の裁判が具体的に存在するか否かが必ずしも明らかでなかったために、イの本文全体を亀甲括弧としておりましたけれども、取消し又は変更の対象となる本案裁判以外の裁判として、申立書の補正を命ずる裁判等があると指摘する文献もあり、実際に対象になる裁判もあると考えられますことから、亀甲括弧を外す修正をしております。

○**川尻関係官** 8の裁判によらない事件の終了では、表題につき、これまで「手続の終結」としておりましたが、非訟事件の手続では原則として終結概念はありませんことから、より正確に表すため、文言を「事件の終了」に変更しました。

(2)和解・調停では、これまで①と②の表現振りが若干異なっていましたため、表現を修正して平仄を合わせることにいたしました。

○**伊藤部会長** そういたしましたら、表現をより適切なものに改めたとか、あるいは配置を直したとか、そういうところもございますので、実質的なところを中心と思っておりますが、まず1の非訟事件の申立ての関係では、(2)併合申立てで、甲案についての若干の修正、「同種」うんぬんというのを取ったという辺り、それから申立ての変更については、(4)の②の

期日である場合についての規律をしたとか、それから2の裁判長の手続指揮権についての積明に関する注を設けたとか、その辺りですか。大体これでいきますと、1の非訟事件の申立てから4の電話会議システム等の辺りまでには何か御質問、御意見等ございますか。

○増田幹事 29ページの第2の1(2)の甲案の中で、「事実上及び法律上の同種の原因に基づく」が削られているのですが、例えば、一つの会社で3名の取締役のうち2名が欠けたことに対して複数の一時取締役の選任を申し立てるといった場合は、この「同一の事実上及び法律上の原因に基づくとき」というのでカバーできるというお考えでいいのでしょうか。

○脇村関係官 欠けた理由も何も区別せずにとということですか、そうしますと。

○増田幹事 あえて、欠けた理由が違おうとすれば。

○脇村関係官 ちょっとそこは苦しいのではないかと考えていまして、それを外した一番の理由は、家事でばかり考えていて恐縮なのですが、同種事実、同種原因でいきますと、後見人の選任開始も同種の原因。A、B、Cという全然別人について、事理弁識能力に欠けることを理由にできるのか。それは全部同種ですね。さすがに広すぎるのではないかと考えたものですから、要件として同種まで書くのはちょっと厳しいと思ったのですが、増田幹事のおっしゃっていたようなものも、欠けた理由も区別せずにと言われますと、確かにカバーできないかもしれないですね。ただ、そこまでやっていいのでしょうか。

○増田幹事 欠けた理由が同じであっても、人が違えば、多分原因は別だと思えるのです。だから、A、B、Cといて、AもBも破産手続開始決定を受けたとしても、Aが破産手続開始決定を受けたのとBが破産手続開始決定を受けたのは別ですから、もしこの場合をカバーできないという理解なのであれば、この削った部分を復活させていただきたいと思っているのですが。

○脇村関係官 そこは、逆にそういったケースも併合してしたほうがいいということなのですね。すみませんが、ちょっとその点については実務の感覚が正直ございませんので、それについて合わせてするというところに実務上メリットといったものがあるということなのでしょうか。

○増田幹事 欠けたこと、すなわち取締役会設置会社において取締役会を構成できないというのが一つの原因だと考えれば、カバーはできるかもしれないのですが、その辺が微妙だったので最初は質問をしたのですが、どうでしょうか。

○中東幹事 今、増田幹事のおっしゃった点については、私は、法定の人数や定款所定の人数を欠いているという事実に基づくものということで、「同一の事実上の原因に基づくとき」に該当して、このただし書に当てはまるものと理解しておりました。

○伊藤部会長 中東幹事のような御説明があると思いますし、増田幹事のおっしゃるような例を想定して元に戻すというのはちょっと逆のような感じがしないでもないですが、事実上の話は別ですが、ここでそういう内容の規律を置くということに関してはどうでしょうか。

○増田幹事 先ほどの例の場合は、いずれにしても併合ができるほうが適切であると、別々に申し立てたとしても、後で併合するのが適切であると考えられるような事案ではあるのです。そういうものを除くと、今度は併合申立てができる場合とはどのような場合だろうか

と、今度はそちらの方が抽象的にはともかくとして、具体的な事案としては、想定しにくくなってしまふものですから。

- 伊藤部会長 補足説明の中で何か例示的なものは書くのですよね。
- 脇村関係官 会社法で考えますと、例えば反対株主の株式買取価格などは、恐らく同一の事項を原因とした反対を理由にいろいろな人が一遍にやるような場合に、そういったものはこのような同一の事実、同一の原因ではないかと理解していたのですけれども、そのように関連があるものについてはいけるとは思っていたのです。
- 伊藤部会長 従来のここでの議論は、同種までというのはちょっと広すぎるというのが流れで、それを踏まえてこういう形にまとめているものですから、もちろんパブコメの結果として増田幹事がおっしゃったような意見が出てくる可能性はあるとは思いますが、またそれはその段階で考えたらいかがでしょうか。
- 増田幹事 結構です。私も、同種全部に広げるのは広すぎるとは思っておりますので。
- 道垣内委員 私は、実質的にどこまで併合した形での申立てを認めるべきかどうかということについては格別に意見はありません。しかし、民事訴訟法の共同訴訟の要件と同一の文言を使うということに弊害はないのかというのが気になるところです。同一の解釈で構わないということでありますと、同一の文言で全然構わないのですけれども、考えるべき要素が異なって別途に解釈される可能性があるとしたすと、言葉をそれでそろえてしまうのはどうかなという気がするのですが。
- 伊藤部会長 分かりました。実質的に想定していることはそれほど違わないとしても、最終的にどういう表現が非訟の特質に照らして一番適切かといったことは更に検討しなければいけませんので、今のような御指摘は事務局で更に検討することにいたしましょう。
- 三木委員 私自身がいろいろなケースを検討したわけではないので、事務局のほうで、もしよければ御検討いただきたいというだけですが、私もただし書に同種を含むのは広すぎると思いますし、本文というか、第一文のほうも民事訴訟法38条とはもちろん違った表現振りで、大変御工夫があって、これもこれで結構だと思うのですが、1点、どれほど違いが生じるのかよく分かりません。その意味では検討していないのですが、確かに民事訴訟法は「事実上及び法律上の原因」ということになっていきますけれども、これを「事実上又は法律上の原因」とした場合に、何か弊害的なものが混入してくるのかと。してこないのであれば、ここは「及び」でなくてもいいのかなという気がちょっとしたと。それは抽象的に考えただけなのですけれども、その理由は、言うまでもなく、民事訴訟法では訴訟物というのがあって法律上の原因うんぬんがはっきりしているのですけれども、非訟の場合には何が法律上の原因かよく分からないところがあって、ですから「事実上又は法律上の原因」として、これでどれほどいいものが拾えるかはちょっと分かりませんけれども、その可能性と弊害の余地について御検討いただいて、もしそれでよければ、ここは「又は」でもいいかなという気はしております。
- 伊藤部会長 一応、現段階ではこれでよろしいですね。
- 三木委員 ええ。次の後半の議論につながっていけばということです。
- 伊藤部会長 それではそういうことにさせていただいて、今のことは検討の課題にいたします。

ほかに、裁判資料の前のところまで、4の電話会議システム等のところまでで何かござ

いますか。

それでは、ここで休憩して、再開後は5の裁判資料のところから始めたいと思います。

(休 憩)

○伊藤部会長 それでは、再開いたします。

5の裁判資料のところですが、(1)イの当事者の役割についての表現の若干の修正、(2)の事実の調査の注、「事実の調査の結果、裁判に重大な影響を及ぼすことが明らかになった場合」、(3)の専門的な知見を要する事件における審理の充実・迅速化、これについては「なお検討する」ということですが、この辺りが中心かと思いますが、5の裁判資料に関してはいかがでしょうか。どうぞ、岡崎幹事。

○岡崎幹事 (2)の注なのですけれども、要件が「裁判に重大な影響を及ぼすことが明らかになった場合には」という定めになるのかと思うのですが、やや明確性を欠くのではないかなと思われまます。そこで、この規定の性格については、訓示規定と見ていいのかどうかという点が少し気になるところです。仮に何らかの具体的な効力を有する規定であるとする、裁判所の立場から見ますと、適用に迷うのではないかということが考えられます。その結果、慎重な運用になりまして、手続が重くなってくるのではないかという懸念を感じるところです。そういうことで、補足説明においてその辺りの記載振りを少し御配慮いただければと考えております。

○伊藤部会長 こういうことについては「なお検討するものとする」という表現自体にも何か問題はありますか。

○岡崎幹事 中間試案の本文自体はこのままで構わないと思うのですが、補足説明上、少し御配慮いただければと思います。

○伊藤部会長 はい、分かりました。では、その点はよろしいですね。

○増田幹事 これだけ厳格な要件があるのに訓示規定というのはちょっと納得しかねるところでございまして、迷った場合には当事者に告げていただければそれでいいことでして、別に告げるということについてそれほど何か厳格な方式が決まっているわけでもございませので、それを訓示規定としてあえて書かれるというのは、私は賛成しかねるところでございませ。

○伊藤部会長 「なお検討する」ということの意味について、そういう違う意見があるということを理解していただけるように書いていただければいいのではないかというのが私の申し上げた趣旨ですが、それでよろしいですね。

ほかにこの裁判資料の関係ではいかがでしょうか。

○岡崎幹事 (3)の専門的な知見を要する事件の話なのですが、二読のときも少し言及させていただいたのですけれども、二読のときに比べまして表現振りがかなり一般的なものになっておりまして、ややイメージがわきにくくなったかなという感じがしております。中間試案の本文自体はこれでいかれるということでしたら、それはそれでと思いますが、少しここについても補足説明で詳しい御説明を頂くほうが意見を出しやすいのかなという感じがしております。具体的には、まず必要性について、どういうところで実務上必要と考えられているかというところが1点でございませ。手続的に中立的な立場の専門家の説明

を機動的に受けることが実務では要求される場合がございます、それによって適正迅速な審理ができることになるというところが必要性の根幹にあるところなのですが、他方で、鑑定といった別の専門的知見を導入するような制度がある中で、なぜこのような特別の枠組みを作る必要があるのかというところが若干分かりにくい可能性があります。この点につきましては、鑑定ということになりますと、当事者が申立てをして、相応の費用を予納しなければならない。では専門的知見を要する事件について当事者が予納してまでそのようなことを求めるかという、実務的にはなかなかそこが簡単にはいかないところでございまして、それゆえに当事者の予納を要しないシステムが要請されるわけです。この点、当事者の予納を要しないシステムというのは、要は国庫で費用を負担することになっている民事訴訟における専門委員と類似の制度ということになるかと思うのですが、国庫で負担する実質的な理由というところがある程度要るのかもしれませんが。それにつきましては、例えば株価決定の事案などにおきましては、新聞で取り上げられるような社会的な関心を持たれるような事案もございまして、例えば経済界等からは専門的な知見に十分基づいた判断をしてほしいという要望もあるようございまして、社会的な要請も強いというところがあるかと思えます。

それからもう1点、補足的に申し上げますと、主としてこの専門的な知見の導入が問題になるのは株価決定の事案であると思っておりますが、そのみならず、例えば信託法104条の信託受益権の価格決定や、預金保険法87条の事業譲渡とか営業譲渡の代替許可などがございまして、これらについても専門的な知見が必要となる事案があるようございまして。このように、会社法を整備するというだけでは対応できないような事件類型がございまして、今後特に商事あるいは金融の分野におきましてはその種の非訟事件が新たに出てくるということも十分考えられます。その意味からも、一般法である非訟事件手続法の中にこの種の条文を入れていただければと考えております。

- 伊藤部会長 分かりました。この点に関してもいろいろな御意見があり得ると思っておりますが、ここでこういうことを掲げている趣旨あるいは必要性が言われる具体例等については、補足説明でしかるべく書いていただくということで、よろしいですね。
- 菅野委員 今のお話と少し重なるかもしれませんが、以前地裁のほうで専門委員等をお願いしていたときの経験から申しますと、まず鑑定で代替できるではないかというのが多分一番大きな問題、あるいは鑑定に近いようなことまでするのかという鑑定をめぐっての議論ということが一つ大きいと思えます。ただ、例えば建築部などの場合に、建築・土木関係など、非常に専門的な説明・知見を要しないとなかなか図面一つ見ても何を見ても分からないというところがあるわけですが、そういうところでの数を見ましても、御承知のように、鑑定の件数というものは実際には年間で数件というレベルになるわけなのです。一方で、専門委員あるいは専門家調停委員をお願いする事件というのは、100件、200件という100単位で数えるオーダーに上がってくるわけです。何でこんなに差がつくのかというのは、まず基本的には、費用の問題もありますが、もう一つは時間ということも大きな点でございまして。機動的に、ではすぐ次回の期日なりなんなりでそういう説明を得たり、いろいろと教えていただけるかどうかということと考えますと、鑑定を行うということになれば、まず鑑定事項をどう定めるのかということや、どのようにして適切な鑑定人を探すのかという問題が生じます。あるいはその何か月後に鑑定書が出てく

るのかという問題もあります。もちろん、鑑定についても非常に迅速化ということが進められておりますし、鑑定人紹介のスキームもありますけれども、専門委員の場合と比べると、スピードや機動性については一つ次元が違うというところがございます。

それともう一つは、いろいろな事件で見て、一方で当事者がそういう専門的な知見なり説明なりを得たいという希望は非常に強いように思っております。もちろん、そういう専門知識は、今の時代ですから、当事者双方も幾らでも得られるではないかという考え方もあり得るでしょうが、お互いに相手の出したものについての不信感というのもまたものすごく強いわけです。そうすると、どうしても中立的な形での何らかのものがあつたほうが、紛争の解決やいろいろな手続を進めていく上でも、迅速性とか合理性という意味でも非常にプラスになるわけです。それを行うために、こういう非訟手続の中でも専門家の知見を活用できるものを作るというのは、決して屋上屋を重ねるとか、既にあるもので代替できるというレベルでは全くないような気がいたしますので、実際に手続に当たっている者の感覚として、言わずもがなのことですのでけれども、少し付け足ささせていただきました。

○増田幹事 今スルーしようかとも思っていたのですがけれども、いろいろな話が出ましたので一言申し上げます。聴き方としては、特に異論はございません。補足説明に対していろいろ積極的な御意見等を入れてほしいという御要望については、もちろんそれを入れていただくのもいいのですが、適用範囲をどうするかとか、あるいは除斥・忌避という規定を入れるかどうか、あるいはこういう人を入れた場合のその人の権限の範囲など、なお検討すべき点があります。例えば、今民事訴訟における専門委員と言われましたが、民事訴訟の場合には原則として争点整理について関与するというに限定されております。専門委員と専門家調停委員ともまた差がありますので、専門家調停委員や鑑定人に加えて、こういうものがどうかという問題等、いろいろな問題点がございますので、そういうものも補足説明のところに付け加えていただければと思います。

○伊藤部会長 分かりました。よろしいですね。

○脇村関係官 はい。

○伊藤部会長 そこもおっしゃるとおりだと思いますので、先のお二方の御意見と併せて、問題の所在が認識されるような記述に補足説明のほうでもらいたいと思います。

○高田(昌)委員 今回変わったところではないのですが、1点だけ、言葉の確認ですが、5の(1)のウの疎明のところ、「即時に取り調べることができる資料によって」ということで、民事訴訟と違って「証拠」ではなく「資料」になっているのは、非訟の場合は、疎明資料の範囲が「証拠」よりも広いという理解でよいのかどうかの確認をお願いしたいと思います。

○川尻関係官 はい、そのように考えて、言葉を変えております。

○伊藤部会長 よろしいですか。

○山田幹事 これは議論をしたかどうか、よく覚えていないのですが、31ページの(2)の注のところですが、事実の調査をした結果、重大な影響を及ぼすということについて、告げる対象ですが、これは当事者のみでしょうか。利害関係参加人はここには含まれないという理解でよろしいでしょうか。先ほど来の議論ですと、当事者に準じた手続保障が要るのかなと思われましたので。

○川尻関係官 利害関係参加人は、特に排除する趣旨ではなかったもので、訂正したいと思います。



す。

○伊藤部会長 どうもありがとうございました。

それでは、6の裁判のところ。これは、説明とか言葉の整理の問題が主だとは思いますが、終局裁判の脱漏の注の辺りでは、「なお検討する」という事項も掲げられております。6の裁判のところはいかがですか。

よろしければ、7の裁判の取消し又は変更で、(1)の注の部分で「なお検討する」となっている辺りですか。ほかは言葉の整理、より適切なものに改めたということが中心かと思いますが。特段御意見はございませんか。

○道垣内委員 単に勘違いだけなのかもしれませんが、34ページのコの②は、「更正後の裁判が原裁判であるとした場合に」でいいのですか。「更正後の裁判」という概念と「更正裁判」という概念は別であると。更正裁判によって変更されたものの裁判のことを「更正後の裁判」と呼ぶということですね。

○伊藤部会長 よろしいですか。何か説明されますか。

○松田関係官 それで結構だと思います。

○伊藤部会長 今、道垣内委員のおっしゃられた趣旨でということですが、よろしいですか。

○中東幹事 8の裁判によらない事件の終了についてでもよろしゅうございますか。(2)の和解・調停について、質問というか、お願いなのですが、この所要の手当てについてです。和解の効力について、確定判決と同一の効力を有するものとして債務名義になってくれないと余り価値がないと思います。その点、先ほど議論がありましたように、調書の作成について、和解調書は必ずしも義務付けられていないようにも読めますので、その辺を補足説明で述べていただけるのかということをお伺いというか、お願いできますか。

○川尻関係官 和解制度を導入することになった場合には、ここにありますように、所要の手当てをする予定ですので、補足説明において、細かく書けるかどうかはこれから検討しなければいけないのですけれども、書けるようであれば、何か付け足して具体的に書くことを検討したいと思います。

○中東幹事 ありがとうございます。

○伊藤部会長 どうも御指摘、ありがとうございました。

○山田幹事 同じく(2)の和解・調停の②のところなのですが、和解に関しては、民事訴訟法並びでいうと、いつでもできるということになっていて、調停のところは、逆にここでいつでも職権で付することができるということになっているのですが、以前議論もありましたように、いつでもよいことを総則で置くことを前提とした聴き方では選択肢がやや狭くなりたくないかという感じがいたします。条文上、民事調停は必ずしもいつでもというわけではございませんし、条件を付するという考え方もあり得るだろうと思いますので、①にそろえた形で、「いつでも」というところを取っていただくような形の提案ということは無理でしょうか。

○脇村関係官 山田幹事がおっしゃるように、民事調停法20条は、争点及び証拠の整理が完了した後においては合意がないといけないという要件があるのですけれども、非訟全般に置くとなると、非訟本体に争点整理手続がどうしてもないものですから、並びで置くのはなかなか難しいのかなと思っています。すると、ほかに何か適切な要件というものがあるのかと言われますと、正直、浮かばなかったものですから、差し当たり「いつでも」とし

ているのですけれども……。

- 山田幹事** すみません。最終的にどういう条件を付けるか、付けないかというのは、個別法でも規定できると思いますし、今後の議論に開かれていると思うのですが、このパブリックコメントの段階でいつでもできるものとするために所要の手当てをするという書き振りで、かなりそこは限定されてしまうような感じがしましたので、特段の必要性がなければ、今取っていただいてもいいのかなということです。
- 金子幹事** 脇村関係官から説明があった趣旨で、「いつでも」ということを前提にパブリックコメントに付すことにしているわけですが、そのことが問題かどうかについて、ほかの委員の方に御意見があればお聴きしたいと思います。
- 山本幹事** この「いつでも」という言葉の射程にかかわるかもしれませんが、私は前回家事のところで申し上げたように、この場合も調停というのは別の手続だとすれば、少なくとも当事者の意見を聴くという必要であろうと思っています。だから、この「いつでも」というのが、当事者の意見を聴くとか、そういう手続を排除する趣旨であれば、私は山田幹事の意見と同様に外していただきたいと思っています。
- 金子幹事** その付すときの手続につきましては、考えていなかったですね。どの手続段階でもという趣旨で考えていたので、付すときに関係者の意見を聴くかどうかというのは言わば所要の手当てのほうで考えていたので、聴かずにやっても差し支えないという趣旨も含めて「いつでも」と使っていたわけではないのです。
- 伊藤部会長** どうでしょうか。今、金子さんから説明があったように、「いつでも」というのは言わば手続段階を問わずという意味であって、山本幹事から御指摘のあったような当事者の意見を聴くとか、そういったことを聴かないでもいいとか、そういう趣旨ではないという、専ら手続段階で、しかも脇村さんから説明があったような訴訟手続との違いということを考えてときに、「いつでも」という文言を入れてパブリックコメントに付すると、誤解を生みますか。あるいは、誤解でなくて、かえって反対の意見が出されてきたりとか、そういう問題がありますか。
- 山田幹事** 私がそのように思いましたのは、和解については、手続段階のいつを問わずという意味で「いつでも」が入っているわけですが、ここの①ではそれは書かれておらず、②においてはそれがあるので、その趣旨をうまく酌み取れなかったというところもあろうかと思っていますので、もし非常に困難であるということであれば、その趣旨を補足説明ないしは注に書いていただくということでも構わないと思います。誤解か正解か分かりませんが、それを招かなければ、それで結構です。
- 伊藤部会長** それはいいですね。それでは、今ここで議論があったような趣旨が明らかに伝わるように工夫してもらおうようにします。

そういたしましたら、次に第3、不服申立て等から第5、外国人に関する非訟事件の手続についての変更点等の説明をお願いします。
- 松田関係官** それでは、まず第3の不服申立てについてですが、1の本案裁判に対する不服申立てにつきましては、(1)の不服申立ての対象で、②により即時抗告をすることができる申立人に含まれる者を明確にするために、注を追加する修正をしております。

(2)の抗告審の手続についてですが、変更点としましては、オの原裁判の執行停止で、執行停止につきまして、申立権及び担保を立てさせることができることを明確にするために、

従前の本文及び注の表現をいずれも修正しております。

また、キの抗告があったことの通知ですが、まず甲案について、従前は、原審の本案裁判を取り消す場合には通知しなければならないとの規律の仕方をしておりましたが、部会での御意見を踏まえまして、通知しなければならない、ただし、抗告を却下又は棄却する場合はこの限りでない、との規律の仕方を修正しております。

乙案につきましては、部会資料では、現時点では修正しておりませんが、「遅滞なく」との文言を削除する方向で修正することを考えております。民事訴訟法の138条の訴状の送達や289条の控訴状の送達の規定には「遅滞なく」との文言は入っておりませんが、当然、訴状審査等が済んだ後は速やかに送達されるべきものと解されておりますし、また家事審判関係の部会資料等でも第一審における申立書送付の規律では「遅滞なく」との文言はこれまで入れておりませんでしたので、それとの平仄という意味もありますので、「遅滞なく」との文言がなくても当然速やかに通知すべきであるという趣旨が含まれていることを前提に、「遅滞なく」との文言は削除する方向での修正をしたいと考えております。

また、注の表現につきましては、御意見を踏まえまして、抗告があったことの通知の方法は甲案及び乙案のいずれの場合においても共通する問題であることを明確にするための修正をしております。

次にクの陳述聴取ですが、従前は「抗告裁判所は、原審の本案裁判を取り消す場合には陳述を聴かなければならないものとする」としておりましたが、御意見を踏まえまして、キの甲案と同様の表現の修正をしますとともに、陳述聴取における利害関係参加人の取扱いを明確にするための注を追加する修正をしております。

次にスの抗告権の濫用に対する制裁ですが、④の抗告裁判所につきましては、抗告審の上級裁判所であることが分かる表現に修正すべきとの御指摘がありましたことを踏まえまして、その旨の修正をしております。

セの原裁判が不当な場合の取消しですが、本文に「原審の裁判」との記載がありましたが、用語を統一するために「原裁判」と修正しております。

次に(3)の即時抗告ですが、アの即時抗告につきまして、即時抗告期間の起算点についての規律が置かれておりませんでしたので、②を追加しております。具体的には、民事訴訟法332条が「即時抗告は、裁判の告知を受けた日から1週間の不変期間内にしなければならない」と定めていることに倣いまして、裁判の告知を受ける者は告知を受けた日からとし、裁判の告知を受けない場合は基準の明確性から申立人が告知を受けた日から進行することとしております。

次に(4)の再抗告ですが、アの再抗告の対象の⑤につきまして、従前は「任意代理人」としておりましたが、ここは法定代理人も含まれることとなりますので、「代理人」と修正しております。

⑥につきましては、即時抗告をすることができる裁判はすべて理由の要旨を付す必要があるという規律になっておりますので、「理由を付すべき」という言葉を削除しまして、単に「裁判」としております。

オの調査の範囲ですが、従前は民事訴訟法320条の文言と同様に「不服の申立てがあった限度においてのみ」としておりましたが、民事訴訟手続における申立拘束主義がその

まま適用されるものではないことを明らかにすべきであるとの御指摘がありましたことを踏まえまして、「抗告状又は抗告理由書に記載の再抗告の理由についてのみ」という表現に修正しております。

次にキの職権調査事項についての適用除外について、「裁判所が職権で調査すべき事項」というところに亀甲括弧を付けておりましたが、他の表現に変えることは困難であり、相当でもないと考えられますので、亀甲括弧を削除する修正をしております。

次に(5)の特別抗告ですが、クの職権調査事項についての適用除外は、先ほどの(4)のキと同様に、「裁判所が職権で調査すべき事項」に付けておりました亀甲括弧を削除する修正をしております。

ケの破棄差戻し等につきましては、①について、(4)ケ①との平仄から、従前の表現を「アに掲げる事由があるときは」として文言の修正をしております。

次に(6)の許可抗告について、アの④許可抗告の対象等では、民事訴訟法上、許可抗告には民事訴訟法316条が準用されない、つまり、不適法な申立てについては、高等裁判所が自ら不許可決定ができるのが当然であるから準用されないと解されておりますことから、(5)のオの準用は不要であり、これを除きまして、「(5)イからエまでの規律を準用する」と修正しております。

次に2の本案裁判以外の裁判に対する不服申立てですが、(3)の本案裁判に対する不服申立ての規律の準用につきまして、1の(2)のキの抗告があったことの通知と、クの陳述聴取の二つを本案裁判以外の裁判に対する不服申立てで準用するのは手続として重いのではないかという御指摘がありましたことを踏まえまして、これらについては準用しない、除くこととする変更をしております。

次に第4の再審です。まず、これまでの部会資料では、本案裁判に対する再審と本案裁判以外の裁判に対する再審とを分けた規律としておりましたが、これらを合わせた規律にすることに変更しまして、「本案裁判」という言葉を「終局裁判」に変更しております。

1の再審の事由ですが、①の柱書きのところで、従前は「当事者」としておりましたけれども、終局裁判における当事者か、再審における当事者かは不明でもありますし、また手続上の当事者でない第三者が再審を申し立てる場合も考え得ることから、「再審の申立人」に表現を変更しております。

次に①のjですが、民事訴訟法338条1項10号の文言のままでは、民事訴訟と同様の既判力が認められるように見えるという御意見がございましたことを踏まえまして、民事訴訟と同様の既判力ではないものの、非訟の認容裁判によって一度形成された同じ対象物を再度認容裁判によって形成することは許容されないという趣旨が明確になるように、表現を修正しております。

次に、再審の対象となる「確定した終局裁判」という用語の意味について、①の後ろのところに注で追加しております。

③につきましては、この部会資料では「本案裁判」という表現を使っておりますけれども、ここでは本案裁判と本案裁判以外の裁判を併せて規律することに變更しておりますので、「本案裁判」という言葉を「終局裁判」に修正しまして、「本案裁判」の後ろの括弧内に、抗告状を却下した場合を加える修正をしたいと考えております。

次に11の執行停止の裁判では、民事訴訟法403条1項・2項に倣いまして、規律全

体を追加する修正をしております。

第5につきましては変更点はございません。

○伊藤部会長 そういたしましたら、順次、まず第3の不服申立て等の1、本案裁判に対する不服申立てに関して、これも整理的なものは別といたしまして、(1)不服申立ての対象、それから(2)抗告審の手續の中で、キの抗告があったことの通知に関して、乙案の「遅滞なく」うんぬんはどちらかという表現の問題ということになりますが、それ以外の甲案、それから注、更にクの辺りです。これは従来のここでの御意見を踏まえてということですが、(1)不服申立ての対象から(2)抗告審の手續、つまり(3)の即時抗告の前まで、この辺りはいかがでしょうか。表現の問題を別にしますと、大体ここでの従来御意見を踏まえてということですが、何か御質問等がございますか。よろしいでしょうか。

そうしましたら、次の(3)即時抗告で、アの②、即時抗告の期間の起算点に関する記載事項を追加しているという辺りでしょうか。あとは、(3)即時抗告、(4)再抗告、(5)特別抗告、(6)許可抗告辺りは何か御質問等ございますか。

○道垣内委員 不勉強な者が皆さんの時間を拝借して大変申し訳ないのですが、先ほどの更正裁判との関係でちょっと伺いたいことがあるので、教えてください。原裁判があったとします。それが当事者にとって満足な結果であったとする。したがって不服はない。しかしながら、裁判所としては、誤記その他があると言って、更正したとします。その結果、当該当事者にとって不満足な内容の裁判になった。このときの即時抗告というのは、先ほどの更正裁判のところを見ますと、更正裁判に対する即時抗告ということになりそうなのですが、この更正裁判に対する即時抗告ではどのような判断がなされるのかということをお考えますと、実体的な判断なのではなくて、明白な誤記その他があるかどうかという要件がきちんと満たされているところで更正がされたのかということが問題となると思われるわけです。しかるに、そういった要件はきちんと満たされていたということで更正裁判に対する即時抗告が負けてしまったとすると、不満足な結果としての裁判が現在残っているという状態になるわけです。そういう場合には、まず更正裁判に対する即時抗告を行って、負けた後に、今度は不満足な内容のそういう決定が裁判として存在することになるので、次にそれに対してもう一回即時抗告をするという形を採るのですか。そして、そのときに、2週間というのはどうやって数えるのですか。

○脇村関係官 恐らく起算点の問題でいえば、民訴の判決の更正裁判にも同じ問題があります。つまり、判決がなされた後に更正裁判がなされると、そのときに更正後の、溶け込むというか、何というか、それに対する控訴期間の起算を最初の判決の送達時でやるのか、あるいは更正裁判が来たときから起算するののかという問題があると思うのですが、私の理解では、更正の場合であったとしても、起算点については、最初に判決が来たときから起算するというのが民訴の理解ではないかと思っていたのですが、そこはそうではないのでしょうか。それと同じだと思っていたのですが、もし我々のその理解が間違っていれば、是非御教授いただきたいと思うのです。

○道垣内委員 そうすると、作戦としては、更正裁判については争わないで、更正裁判自体は正当なものとして認めた上で、その結果について2週間以内に争ったほうが安全だということですか。

○脇村関係官 両方争えばいいと思うのです。

○道垣内委員 両方争う。なるほど。

○脇村関係官 本体として争い、その中で更正の判決自体についても争うこと自体は、できないでしょうか。

○伊藤部会長 今、脇村さんが言われたように、普通にある問題で、研究はむしろ民訴の先生方にしていただくことは意味があると思いますが、どうでしょうか。この中間試案固有の問題というわけではないように思いますが。

○道垣内委員 分かりました。結構です。

○伊藤部会長 即時抗告から許可抗告に至るまでのところで何かございますか。

そうしましたら、2、本案裁判以外の裁判に対する不服申立て。これもここでの審議結果を踏まえて、(3)の辺りでは若干修正がございましたが、ここはよろしいでしょうか。

もしよろしければ、第4、再審で、先ほどの松田さんの説明にありましたように、「本案裁判」を「終局裁判」という概念で整理したということ、それからjですが、「不服申立てに係る裁判の結果が前に確定した裁判の結果と抵触する」ということを再審事由として表現を改めたこと、それから、注の「確定」ということの意味についての説明など、それから執行停止について付け加えたという辺りが中心ですが、いかがでしょうか。

○三木委員 念のために、言わずもがなのことではありますが、再審事由の最後の項目の補足説明の中での書き振りの問題ですけれども、非訟の裁判、本案裁判には既判力がないと言い切ってもらわないようにお願いします。ある場合もあるという議論は当然ありますので、すべてがないのだと補足説明で言い切らないようにお願いしたいということです。

○伊藤部会長 そこはよろしいですね。そういう言い方ではなくて、この結果と抵触するということの意味を、先ほど説明があったような形での表現にしてもらうことにしましょう。

ほかには再審の関係はよろしいですか。再審、執行停止の辺りはいかがでしょうか。

そうしましたら、第5の外国人に関する非訟事件の手続に関しては、特段の変更はないということで、もしよろしければ、このままでまいりたいと思います。

そこで、よろしければ、第6、相手方がある非訟事件に関する特則についての説明をお願いします。

○脇村関係官 第6の1、相手方がある非訟事件に関する特則の要否では、注について、「個別的に定まる」などに変更いたしました。

2の(2)の法定代理及び任意代理については、裁判所に対する通知の関係をより明確にするために、記載を修正しております。

(3)の脱退については、裁判所の許可との関係を明確にするため、記載を修正しております。

なお、ここで「許可に加えて、」に亀甲括弧を付しておりますが、これまでの議論では、許可に加えて、当事者の同意を要求するかどうかを中心に議論していたと理解していたところなのですけれども、場合によっては当事者の同意があれば許可は要らないという御意見もあるのかなと思ひまして、少し迷いましたことから、取りあえず亀甲括弧を付したところであります。もしもここで許可に加えるかどうかの議論だけで十分で、その「許可に加えて、」ということについて特に御意見がないようであればございましたら、亀甲括弧を外した上で中間試案の形にしたいなと考えておりますので、御意見を賜ればと思っております。

(4)の第一審の審理手続のイ，陳述聴取については，「必要的審尋」を「陳述聴取」に改めたほか，御意見を頂きました審問申立権について記載を追加いたしております。

オの裁判日では，頂いた御指摘を踏まえて，裁判をする特定の日を当事者に告知すること等も選択肢としてあり得るということを本文中に示すように修正しております。

(7)抗告のア，抗告の通知では，通知の相手方を明らかにするため，表現を修正させていただきました。なお，先ほど抗告の通知の関係で「遅滞なく」という文言を削除するとお話しさせていただきましたが，ここも同様の趣旨で削らせていただければと思っております。

イの陳述聴取では，「必要的審尋」を「陳述聴取」に改めるとともに，仮審判で出た御意見を踏まえて修正しております。

(8)では，当事者照会について言及することにしております。

- 伊藤部会長 順次まいりたいと思いますが，まず1，相手方がある非訟事件に関する特則の要否で，甲案，乙案と，従来これもいろいろ議論があったところですが，こういう形でまとめております。1の甲案，乙案で，「法令により個別的に定まるものとするを前提としている」という形に改めていますが，まずこの辺りはいかがでしょうか。
- 中東幹事 この注の書き振りなのですが，会社非訟については，一切この類型に当たるものはないという含意もあるのでしょうか。
- 脇村関係官 はい。少なくとも含むことを前提にはいないという意味です。
- 中東幹事 この部会が始まってからずっと，会社非訟の中でも取り分け株式の価格決定は相手方のある事件としてみんな念頭に置いてやってきたと思うのです。会社法の解釈については，この議論が前にあったときに，金子幹事と私との間で理解が違うのは分かりました。それはそれでいいと思うのですが，価格決定のように争訟性が高く，実際にも当事者主義的な対審構造で運用されているものがここに入ってこないことは私には想定し難いのですが，どのようにお考えなのでしょうか。
- 脇村関係官 これは飽くまで現時点の法律上どうかということを前提に考えていまして，例えば実際に紛争がある事件であったとしても，必ずしも手続上対立構造を組んでいるかどうかは別だと思えます。例えば借地非訟などは，明らかに申立人と相手方を前提とした規律になっておりまして，例えば借地借家法45条などは，他の当事者のいる期日にしないといけない。つまり，当事者が複数いることを前提にした記載になっておりますけれども，会社非訟については，単に陳述聴取の規定しかありませんので，これだけ見たときに，少なくとも今，運用は別として，法律上予定しているものとして，ではいわゆる当事者というものとして申立人と対立する相手方を想定して会社非訟を組んでいるかと言われれば，現在の法律の文言だけを見れば，それは不可能ではないかと思っております。ただ，実質的に中東幹事がおっしゃっていることもよく分かってはいるつもりですけれども，そういう趣旨で先ほどはあのように言ったつもりです。
- 中東幹事 文言を変えていただいたところですが，「法令により個別的に定める」というと，法律上ははっきり書かないといけないと読めると思えますが，「定まる」という形になっていけば，解釈で個別的に判断することが予定されていると理解できるとも思えます。また，「なお」以下の借地非訟にしても，こういうものは相手方がある事件であると読み取れるという話であると思っておりますので，どうしてそこまで会社非訟を排除しなければいけないの

かが分からないのです。ですので、せめて、「なお、現行法によりこういったものなどがある」とか、例示的列挙であることが明確な表現にして、解釈の余地を残していただく形にさせていただきたいと思います。

○増田幹事 以前にここが議論になったときに、株式買取価格決定事件を初めとして、議事録の閲覧許可事件、それから株主総会招集許可事件などを例にとってお話ししたところ、そういうものについては相手方がある事件であることについては、だれも争わないといった御意見があったと思うのです。ということは、飽くまでこういう「法令により個別的に」ということで言われるのであれば、所与の手当てをする、すなわち関係各法令について所与の手当てをするということを前提にさせていただかないといけないのではないかと思います。私は会社非訟以外は余り経験がないので分からないのですけれども、個別に見ていけば、いろいろと相手方のある事件であろうと思われるものはあるのではないかと思います。そこのところを点検して、各法令について、根本的に変えるわけではなくても、「非訟事件手続法第〇章の規定を準用する」という一箇条を追加するといったことを前提として考えるという話にはならないのですか。

○脇村関係官 これは本質にかかわることだと思うのですけれども、ではそれをするとして、この部会の中での議論に尽きてやってしまっているのかという問題が一つあると思います。つまり、結局この相手方として手続を組むかどうかというのは、その当該事件をどう考えるかということと密接不可分だと思います。そういったことから今回、家事事件については、非常に細かい検討をしてきたつもりです。そういったことを抜きにして、今回整備したことによって、これまで何もそのように組んでいなかったものを準用という形で実質的に改正するということが本当に許されるのかどうかという点は一つあるかと思うのですけれども、そういうことはどうなのでしょう。

○伊藤部会長 今のお二人、中東幹事、増田幹事、それからそれに対する脇村関係官のお答え等に関連して、他の委員・幹事の方、御発言はございますか。

実態として、今お二人がおっしゃられたことの認識は事務当局にもありますが、それを新たな非訟事件手続法の改正の内容としてどのようにこの部会の審議ないし提案として表現できるかという辺りが非常に難しいということなのです。

○中東幹事 難しいと思いますので、先ほど申しましたように、解釈にゆだねるということも考えていただきたいということです。例えば、これは質問なのですが、「なお」のところで公示催告事件について書かれていますが、公示催告手続は基本的に証券と権利の結合を解くだけの話ですから、これが相手方のある非訟事件で、価格決定は相手方のない非訟事件だというのは、およそ理解できません。

○伊藤部会長 虚心坦懐に議論していただきたいと思いますが、公示催告は、今の御質問の関係で言うと……。

○脇村関係官 153条第1項に「申立人及び相手方の双方が」と端的に書いてあるというだけなのですから。

○中東幹事 これだけを決め手に相手方がある事件かの区別をしようという話でしょうか。

○脇村関係官 いや、これだけではなくて、公示催告には終結概念が既に入っていたりするので、153条は、立ち会う日を指定するとともに、終結日を定めるとか、相応の手当てがなされているとは思いますが。



○金子幹事 中東幹事のおっしゃったことと増田幹事のおっしゃったことは、質的には異なる面があるかと思うのです。注が、およそこれ以外にないのだというニュアンスで読まれることの御懸念につきましては、全部書き切るものではないような形にすることは工夫ができると思うのです。例えば、今挙がっているうちの一部を削って、ほかに相手方があると想定されるけれども、書いていないものを挙げて、「など」とするとかです。結局、解釈として残る以上は、そこをここで決め打つことはどうかという問題もあろうかと思うので、我々としては、文言上、予定しているものという趣旨で掲げたのですが、そこに強い御異論があるようでしたら、そこは工夫の余地があろうかなと思います。

増田幹事のおっしゃったことは、またちょっと大きい問題があって、この部会でやるの  
がいいのかということと、そう簡単な整理の問題で済むのかという問題もあって、それを  
手当てすることを前提とするような書き振りを今この場でしてパブリックコメントにかけ  
るというのは、難しいと考えています。

○増田幹事 私が先ほどそう申し上げたのは、飽くまでこれが限定列举であるということ  
を前提にして申し上げたつもりです。ですから、このところが例示であって、その他にも、  
先ほどのように会社非訟の中で典型的なものが入ってくるのであれば、それは別のことだ  
と思います。

○伊藤部会長 その入るほうはなかなか難しいかと思いますが、少なくとも今、金子幹事  
が申し上げたように、ここに例として掲げているものに限ると読まれないように、若干膨ら  
みを残しておくような表現ということで、この段階では御了解いただけないでしょうか。  
もちろん、それに対して更にパブリックコメントを経ていろいろな御意見が出てくるとい  
うことは当然あり得ることですから、飽くまで中間試案の問いかけの段階で、もう一切そ  
ういうものは排除してしまうのだということを前提にしている問いかけだとは理解されな  
いようにということです。

○中東幹事 金子幹事におかれましては、一部を削って「など」を付けるという、どちらの  
意見も通るような形を考えていただいたり等、お礼申し上げます。伊藤部会長が  
おっしゃいましたように、パブコメを経ての意見もまたあると思いますので、現時点では、  
会社非訟事件が相手方のある事件という類型から排除されていないことが明確になってい  
れば、私としては有り難く、結構でございます。

○伊藤部会長 そうしましたら、今の相手方がある非訟事件に関する特則の要否の甲案、乙案、  
ないしはそれに付随する注に関してはその程度にさせていただきます……。

○畑幹事 申し訳ありません、公示催告がここに挙がっていることは、私も前からちょっと気  
になっておりました、先ほど脇村関係官がおっしゃったのも、公示催告の手續の一部のこ  
とですよね。この書き方だと、全部が相手方のある事件であるように見えるので、これ自  
体を削るというのもあるでしょうし、ちょっと書き方について御配慮いただければと思  
います。

○伊藤部会長 はい、分かりました。そこはよろしいですね。

○脇村関係官 はい。

○伊藤部会長 より正確な表現をしてもらおうということで、それでは次に、2の相手方がある  
非訟事件に関する特則の具体的内容になります。

○三木委員 その前に、前に一度確認したかもしれないので、もしそうだったら重複で申し訳

ないのですけれども、49ページの脱退のところですが、形成力というのか、一種の対世効がある非訟事件において、「他方の当事者の同意がなければ、その効力を生じない」ということの意味です。家事審判のときにも同じような質問をして、そのときには本人出頭主義がありますので、本人出頭要請をかけられるか、かけられないかという意味で効力を生じる、生じないという余地があることは理解したのですが、こちらのほうは、その効力を生じない、生じないというのは一体どこで意味を持つてくるのでしょうか。

○脇村関係官 すみません。典型的なのは相続かもしれませんが、借地非訟というのは、借りている人と貸している人の双方が当事者として参加して非訟事件をやるという手続を組んでいるので、そうすると片一方の人が地位を移転して適格性を有しなくなったときには、新たに適格性を有した人を入れて事件を組んでやらないと、裁判ができないのではないかと思ったのですが、そういった意味で……。

○三木委員 そのときに従前の当事者は脱退したいというわけですね。

○脇村関係官 はい。ただ、そのときに、本当に従前の当事者が消えてもよいのであればいいのでしょうかけれども、そうでないといったときに、その人を抜きにしてやるわけにはいかないとすれば、脱退させないということをお願いしておいてもいいのではないかと思ったのですが、あるいは……。

○三木委員 それは、その第三者が加入するときに、要件を満たしているかどうかの問題ですね。

○脇村関係官 そうですね。満たしているのだから、当然ではないかと。

○三木委員 ええ。だって、その承継人でなければ加入できないわけですから。そこで承継人かどうかの審査をするわけですね。

○脇村関係官 今はちょっと借地の例であれだったのですが、典型的なのは遺産分割など、複数いるようなケースです。そういったケースについてまで目配せしようと思うと、参加したから当然できるというスキームだけでも苦しいのかなと思っていました。

○三木委員 参加して脱退すると、何が問題になるのですか。

○脇村関係官 参加して、その従前の者もないといけないうケースがあると思ったのですが、これも……。

○三木委員 いないといけないう意味ですが、本人が脱退したいというときには、欠席するかもしれないわけです。だから、欠席するのは自由ですから、要するに普通の民訴の脱退というのは効力の問題として考えていて、首に縄を付けて出席させるかどうかという話ではないわけです。ただ、家事の場合には本人出頭主義があるので、これももちろん物理的強制はできないにしても、出頭要請はできるわけです。だから多少意味があったのですが、本人が任意で欠席するのはだれにも止められないわけです。だから、ここで言う効果とは何を意味しているのかが全然分からないのです。

○脇村関係官 当事者として残るといふものを考えていて、当事者として掲げていなければ、裁判もできないのですが……。

○三木委員 でも、判決効は及ぶわけですね。

○脇村関係官 それをしていいのかわかるとかだと思ったのですが、……。

○三木委員 いけない理由が分からないのですが。

○脇村関係官 それはいいのですかね。

- 三木委員 つまり、効力として残るものはないと思うのです。これは法律上の効力ですから。
- 脇村関係官 いや、その前提として、脱退していれば、その当事者としては掲げていなくても、例えば相続人の一部が「私はもう出ない。当事者としてもう掲げなくていい」と言っていて、それで遺産分割の裁判ができるのであれば、そうなのでしょうけれども、本当にそこができるのでしょうか。
- 三木委員 今挙げた例は、いわゆる必要的共同訴訟に類する場ですね。つまり、全員そろわないといけない場合。それは別問題で、それは実体法の論理で駄目ですけれども、必要的共同訴訟性のないものですね。
- 脇村関係官 ですから、あるものと、ないものがある……。
- 三木委員 いやいや、それはそっちの論理で当然に排除されるわけです。この脱退の問題ではないわけです。要するに全員そろわないとその裁判はできないという論理になるので、民訴でもそうですけれども、そこは脱退の規定の問題ではなくて、当事者の共同性の問題なわけです。だから、私が言っているのは、そういう必要的共同訴訟性が働かない事件でこの規律は何の意味を持つのですかということです。
- 脇村関係官 では、欠けてしまったようなときについてできないというのは、規律がなくても当然そうなるのであるから、脱退……。
- 三木委員 それは、脱退の問題はもちろんです。そもそも脱退以前に、加入するということがあり得ないわけで、全員そろわないと手続ができない場合は。加入とか脱退がそもそも問題になるのは、全員がそろわなくてもいいという前提が最初にあるわけです。
- 伊藤部会長 難しい話ですけれども、いかがでしょうか、ほかの民訴の先生方は。山本幹事、いかがですか。
- 山本幹事 よく分からなかったのですが、ちょっと問題状況自体がつかめていないような気がします。三木委員が言われるのは、脱退というのがなくて、脱退することによって当事者ではなくなる。ですから、当事者に与えられている、この法律でいろいろ規定されるものが、その当事者の関係では、そのものとの関係では働かなくなるという効果はあるわけですね。
- 三木委員 具体的には何を指しておられますか。
- 山本幹事 記録の閲覧権とか、いろいろなものがありますね。
- 三木委員 それは、本人の意思で脱退したいわけですから、その者が記録の閲覧権を失うのは別に、民訴でも同じことですよね。普通、脱退の許可というのは、本人の権利の問題ではなくて、脱退することによって残存当事者とかほかの人に何か不利な影響が及ぶかという点を問題にする。特に同意権者である残存当事者にとって何か不利が及ぶかということの問題にするわけですね。それには何があるかという話。
- 山本幹事 問題状況は分かりました。
- 古谷幹事 ちょっとずれるかもしれませんが、判決効の問題に尽きるというのであれば、特にこういう規律を設ける意味があるのかという疑問はあると思うのですけれども、少なくとも従前当事者として入っていた人と主張・立証を尽くしたいという利益があり得るのではないかとも思われます。当事者として残しておけば、更に主張・立証が尽くされるという可能性もあるわけで、そこをおよそ法律上保護に値しないと割り切れるのか、何かそこは少し割り切れないのではないかという気がいたしました。

- 三木委員 調停ではないので、相手と何かお話をしたいという要素は全くないわけです。その脱退者に対して不利な主張は幾らでもできるわけですから、何の問題もないと思います。
- 伊藤部会長 ちょっとそれは、訴訟手続における脱退に関しても、いろいろ議論がありますね、その要件を設けているのはどういう意味があるかとか。
- 三木委員 ええ、立法の過誤ではないかとか、いろいろありますが。
- 伊藤部会長 ええ、その話につながってしまうので……。
- 三木委員 ただ、訴訟でも大きな問題があるけれども、こちらは更に先ほど言った一種の対世効が働いて、しかも多くの事件ではもともと対立構造もないわけですから、この脱退という規定は、それでぎりぎり家事の場合は、本人出頭主義との関係で、私は余り意味はないと思うけれども、残してもいいかなと思いましたが、こちらは立法の説明が全く……、この効力がないということの意味が全く分からない。
- 山本幹事 私は借地非訟でそういうものがあるのかどうかは分からないのですが、元の当事者に対して、そのままだと執行力があるような裁判ができる場合に、別の人が入ってきて、その人が脱退してしまうという場合に、しかし本当はその人が相手方になるべき人だったという場合に、執行力ある裁判を……。
- 三木委員 それは当事者交代の間違いの問題ですね。だから、そこは違う話で、本来、実体権が移動するから当事者交代するわけですね。脱退というのは、新当事者が入ってきて、旧当事者はもはや法律上の主体ではなくなったから出ていくわけですね。
- 山本幹事 だから、そこを間違えて脱退してしまったわけです。
- 三木委員 それは脱退の問題ではなくて、当事者交代の間違いですから、その点を突いて上訴することはもちろんできるわけです。
- 伊藤部会長 今の話は、ちょっと根本的なところで、恐らく三木委員はこういうことを掲げること自体に意味がないという御意見だと思うのですが、少し検討させてください。従来は意味があるという前提でやってきたものですから、そういう根底的な疑問が出されますと、それに対してどういう説明があるのかということは、ここで議論を続けていても今すぐ結論が出るような性質の話ではありませんので、例えばですが、次回の冒頭にでも若干御説明するとか、そういう扱いにさせていただきませんか。
- 金子幹事 ちょっと三木委員にお聴きしたいのですが、今の議論は、相手方がない事件でも同じことになりますか。そうではないのですか。
- 三木委員 相手方がない事件で脱退が問題になるというのは、どういうケースですか。
- 金子幹事 非訟の場合は、適格な当事者というものがあって、裁判所から見ても、この人がいなければ困るという場面があると思っていて、その人に勝手にやめられれば、あとは強制参加させるという手段もありますけれども、それだったら脱退を許可しないという道を作っておこうという趣旨です。そのような公益性の面から相手方がない事件については考えていたのですけれども、そういう面はないのですか、勝手にやめられては困るという。
- 三木委員 相手方のいない事件の脱退というのはちょっと私には想定できないのです。
- 伊藤部会長 ちょっと研究して、適当なときに若干の時間を取りましょう。  
ほかにはいかがでしょうか。
- 岡崎幹事 49ページの(4)オの裁判日の関係なのですが、言渡しというものが無い非訟の世界で、何を以て裁判日とするかというところがやや難しい問題なのかなという気がい

たします。すなわち、だれが何をやる日のことを指すのかという点を補足説明において補充していただくとよろしいのかなと思っております。例えば、当該裁判体が裁判日であると指定した日のことを言うのか、それとも、当該裁判官が決定書に判子を押した日のことを言うのか、裁判日といっても一義的に明確に決まるわけではないのかなという気がしております。その辺りを少し補充していただければと思います。仮に当該裁判体が指定した日を裁判日とすると、極端な例なのですけれども、裁判官が決定書に押印して一応完成したという後で、裁判官に事故があって亡くなってしまっただけで裁判日にはその裁判官が存在しないというときに、その効力はどうなるかなど、検討すべき問題が出てくるのではないかなという気がしたものですから、よろしくをお願いします。

○伊藤部会長 では、そこは補足説明などで検討の内容をとということで、よろしいですね。

ほかにこの特則の具体的内容に関してはいかがでしょうか。当事者照会のことが付け加わったりしていますけれども。

○山本幹事 書き振りの問題だけ2点ですけれども、49ページの(2)のところ、今回、「裁判所に対する通知に代えて」という文言が入ったということなのですが、これは本則の16ページですか、例えば法定代理権の消滅の通知で甲案、乙案と分かれていて、甲案のほうは裁判所に通知が必要で、乙案は当然消滅という構成で、今の(2)の書き振りだと、この規律は甲案に対する代替措置という感じがするのですが、選択肢としては、本則では乙案を採って、相手方がある場合には相手方の同意が必要なのだという考え方も十分ありそうな感じがするので、そこは書き振りだけの問題ですが、多分誤解を生じないように説明を頂ければと思います。

○伊藤部会長 何か今のところでありますか。

○脇村関係官 そうしますと、亀甲か何かを入れて、「併せて検討する必要がある」とか、注で説明を加えるようにします。

○山本幹事 もう1点。50ページの(7)のアの注の意味なのですけれども、抗告に理由がない場合にはこの通知は必要でないということが書かれているのですけれども、その本則のところは「抗告に理由がないことが明らかなきを除き」となっていて、この注の趣旨がどういうことか。抗告に理由がないことが明らかとまでは言えないけれども、理由がない場合には通知は必要でないという趣旨なのかなと、ここがよく分からなくて、今のところの本体は37ページの乙案を基本的に採用しているということだと思っております。そこで注が37ページの甲案とどういう関係にあるのか。つまり、甲案が注に落ちているというだけの趣旨なのか、あるいは別のことを書いているのかというのが、これを一読しただけでは分からないような気がしましたので、私だけなのかもしれませんが、もう少し明確に書いていただければと思います。

○伊藤部会長 そうですね。このアの本文と注の関係ということだと思っておりますけれども。

○脇村関係官 ない事件が決まれば、おのずと乙案を採って、こっちで甲案というのはないのですけれども、甲案を採っていても乙案があるのかなと思っておまして、その辺が分かるように。確かにちょっと注が分かりにくい。亀甲括弧にして二つ並列して書くとか、多分陳述聴取も同じ問題だと思うのですけれども、そういったことが分かるように、抗告の通知については、いずれにしても同じように甲案、乙案のような形かどうかは別にして、理由がないことが明らかなきに限るのか、理由がないことも含めて除くのかというのは

明示的にし、陳述聴取も同じような形で分かるように、これだと確かに分からないので、亀甲括弧、並列とか、何かやり方を考えてみたいと思います。

○伊藤部会長 よろしいですか。実質的にはちょっと違う考え方であるということですね。それが分かるような形での表現に工夫してもらうことにいたしましょう。

特則の内容について、ほかにはいかがでしょうか。

もしよろしければ、第7、民事非訟事件の説明をお願いいたします。

○松田関係官 では、第7、民事非訟事件について御説明いたします。

まず1、裁判上の代位に関する事件ですが、全体的に用語及び記号の形式的な修正をしておりますほかは、この部会資料では修正しておりませんが、⑧の後段の「この場合において」以下につきましては、第3の1(3)ア②で規律しております、即時抗告期間の始期の原則どおりでありまして、ここで個別に規定する必要は特になく考えられますので、この部分を削除したいと考えております。

次に2の保存、供託、保管及び鑑定に関する事件ですが、こちらは③のb、c全体に亀甲括弧を付けておりますが、この亀甲括弧を付けている理由を3の下に注で説明するという修正を加えております。同様に⑥のaとbでも呼出し及び尋問に関する事項に亀甲括弧を付けておりますが、これらの亀甲括弧を付けている趣旨を注で説明する修正をしております。そのほかは、用語及び記号の形式的な修正をしております。

3につきましては、特に修正したところはございません。

○伊藤部会長 そうしますと、第7、民事非訟事件については、整理ないし説明的なことかと思いますが、何か御質問、御意見はございますか。――よろしいでしょうか。

それで、御質問、御意見がないようでしたら、本日いろいろ頂いた意見あるいは承認いただいた点に関して、修正する、ないしは補足説明でしかるべき説明をするということにします。ただ、先ほどなかなか議論が収束しなかった脱退の問題については、ちょっと研究させていただいて、場合によっては次回の際に若干の意見交換をする可能性があるということは留保しておきたいと存じます。その点はちょっと別にいたしまして、これまでの議論に基づいて中間報告案を取りまとめることにいたしたいと思っておりますので、最終的な中間報告案の字句や表現に関しては、もちろん実質的な内容を変更するということはありませんが、その点は当然のこととして、表現等に関して若干の修正をするということについて、私と事務局に御一任いただければ大変有り難いと思っておりますが、いかがでしょうか。もちろん、私は余り注意力の点で自信がないのですけれども、事務局は細心の注意を払ってここでの審議が正確に反映されるような形で表現を検討するということになるかと思っておりますので、ただいまの点、御承認いただければ大変有り難いと思っております。――ありがとうございます。

それでは、最後ですが、事務局からの報告をお願いします。

○金子幹事 次回は家事手続のところを検討するわけですが、若干報告をさせていただきたいことがございます。新しく作る家事審判法の総則の適用が将来見込まれるものとしては、特別家事審判事項というものがございます。この部分は、家事審判法の見直しについて法律案の提出ができるという運びになった際には、特別家事審判事項の部分も併せて整備したいと考えております。この特別家事審判事項につきましては、それを家事審判事項で定める法律が多岐に及んでおりまして、民法以外の法律であるわけですが、それが他省庁の

所管法律であることも多いので、今私どものほうでは関係省庁との協議と調整を進めつつ見直しの案を検討しているところです。この部分につきましても法務省の責任で作成しました試案をどこかのタイミングでパブリックコメントに付すことを相当とは考えているのですが、そのタイミングにつきましては、今回の中間試案と内容的に関連するところもありますので、利用者である国民の方々にとっては、中間試案と同じタイミングでパブリックコメントに付すほうが分かりやすいのではないかと考えております。もちろん、部会で取りまとめた中間試案とは明確に区別する形にしますが、同じ時期に付すということを御報告させていただきたいと思っております。

○伊藤部会長 ただいまの金子さんからの報告に関して、何か御質問はございますか。――よろしいでしょうか。

そうしましたら、次回の日程につきましての連絡をお願いします。

○金子幹事 次回は、家事審判手続部分の見直しについての中間試案について御協議いただく予定であります。平成22年7月26日で、このときだけは月曜日になります。午後1時30分からということで、場所がまた変わりました、5階の東京地方検察庁刑事部会議室というところになります。5階に降りていただくと、案内するように表示をしておきます。

また、一応7月30日に予備日を取っておりますが、できるだけ次回に家事審判手続部分の全部を終わらせたいと思っております。それは、パブリックコメントに付すタイミング等もございまして、多少時間の延長をお願いしてでも26日で終わらせていただいて、30日には休会とさせていただきたいと考えております。よろしく申し上げます。

○伊藤部会長 30日の件は、その後のいろいろなパブリックコメント等の作業を進める上でということですので、できればそのようにしていただければ大変有り難いと存じますが、よろしゅうございましょうか。

それでは、以上で本日の部会を終了させていただきます。長時間ありがとうございました。

―了―