

法制審議会  
非訟事件手続法・家事審判法部会  
第25回会議 議事録

第1 日 時 平成22年9月24日(金) 自 午後1時31分  
至 午後5時07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 予定の時刻でございますので、法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会の第25回の会議を開会いたします。

御多忙のところ、本日も御出席いただきましてありがとうございます。

それでは、配布されている資料につきまして、事務局から説明をお願いいたします。

○川尻関係官 本日の部会のために配布しました資料は、事前に送付いたしました部会資料26になります。パブリックコメントの締切りが本日までということとの関係で、パブリックコメントを踏まえた議論はまだできない状況になりますので、部会資料26はパブリックコメントの結果を踏まえずともある程度議論をすることができるものをまとめたものとなっています。

○伊藤部会長 ということで、本日の審議に入りたいと存じます。

そこで、事務局から、第1家事事件手続に関する検討事項のうち、1、申立時に相手方の正確な住所等が不明である場合等についての説明をお願いいたします。

○川尻関係官 第1の1の(1)家事審判手続において申立時に相手方の住所等が不明である場合等では、このような場合の手続の進め方について検討することを提案しております。申立時における相手方の住所等の調査についての役割をどのように考えるかということと関連しますが、まず当事者が住所に関する情報を提供しないため、住所等の調査のしようがなく、住所等が不明かどうか分からない場合には、送付不能として申立書を却下するということが考えられます。

次に当事者又は裁判所が調査をしてもなお相手方の住所等が不明な場合ということが残ります。このような場合には、公示送達によって手続を進めることが考えられます。もっとも、裁判所が促しても申立人が公示送達の申立てをしない場合には、そのままでは相手方に申立書の写しの送付、又はこれに代わる通知ができないことから、その後の手続をどのように進めるものとするかが問題となります。

具体的には部会資料にありますように三つの方法が考えられますが、家事審判手続では親権者が行方不明の場合の親権者の変更の申立てのように職権により公示送達をしてでも手続を進めた方がよいと思われる事案がある一方で、離婚後の財産分与の申立てのように、基本的には公益性に乏しく、職権により公示送達をしてまで手続を進める必要のない事案もありますことから、このような家事審判手続の特色を考慮して、②の考え方を採るものとするについて御意見をいただければと存じます。

(2)申立書の写しの送付、又はこれに代わる事件係属の通知の費用を予納しない場合の取扱いでは、裁判所が費用の予納を命じたにもかかわらず、申立人が手続を開始するのに最低限必要なこれらの費用すら予納しない場合については、申立書の手数料を納付しない場合と同様に申立てを却下するものとするを提案しております。なお、申立人は手続上の救助の申立てをすることができるほか、裁判所も必要な場合には、予納命令を出さずに国庫立替えにより手続を進めることができると考えられます。

(3)呼出費用を予納しない場合の取扱いでは、申立人が期日の呼出しに必要な費用を予納しない場合については既に手続の入り口段階の問題ではないと言えますし、申立てが申立人の利益のみには必ずしも還元されないことにもかんがみますと、呼出費用を予納しないことを

もって手続を終了させることができるという規律を導入することまではしなくてもよいのではないかと考えられますことから、特段の規律を置かないものとするを提案しております。

○伊藤部会長 それでは、ただいま説明がございました点について、順次審議をお願いしたいと存じます。

まず、家事審判手続において申立時に相手方の正確な住所等が不明である場合の措置についてこれも今の説明がございましたように、そもそもという話とそれを踏まえて申立人が何ら調査しない場合の取扱い、更に進んで調査等を経てもなお相手方の正確な住所等が判明しない場合の公示送達等を中心にした取扱いというような内容のことになりますが、どの点でも結構ですので、御発言をお願いします。

そもそもの点は、ここは多少いろいろ意見の幅があるかと思いますが、具体的な話のほうで、申立人が何の調査もしないという場合の取扱いに関してはいかがでしょうか。

この点は特段御意見がないということは、そういう方向で検討すればよろしいということで、承ってよろしいでしょうか。

○増田幹事 前提についてお伺いしたいのですけれども、全く何らの調査もしないというのは、住所の手掛かりも何も裁判所に提示せず、住所が分からない理由も提示せず、という場合のことと理解してよろしいのでしょうか。何らの調査もしないということは、法令用語にはならないと思うのですけれども。

○伊藤部会長 もちろんそうですね。

○川尻関係官 今、増田幹事がおっしゃいましたとおりでして、本当に何もしないということ想定している状況になります。

○増田幹事 当事者が全く何もしないということでは、裁判所としても何もしようがないわけですから、それは却下ということはやむを得ないのではないかなと思います。

○伊藤部会長 そういう御意見がございましたが、恐らくそういう例外的な場合ではありますけれども、あればやむを得ないかと思いますが、よろしいでしょうか。

そうしましたら、その次の必要な調査を経てもなお相手方の正確な住所がどうも判明しない場合の①ないし③の考え方で、一応②の考え方を採るのが相当ではないかというような補足説明がございましたが、この点に関してはいかがでしょうか。

○古谷幹事 先ほど、川尻関係官のほうからも御説明があったとおり、事案によっては公益的な要請もあって、職権で公示送達したほうが良いというケースもあり、他方、私益的な側面が強く、そこまでやる必要はないというケースもございますので、規律としましては、職権で公示送達もできるし、場合によっては申立書の却下もできるという形の置き方が相当かと考えております。

○伊藤部会長 事案の性質に応じて弾力的な取扱いができるという意味で、②の考え方が優れているという御発言がございましたが、ほかにはいかがでしょうか。

○三木委員 これ自体は私も②のような考え方が相当かなと思いますが、ちょっと細かいというか技術的な点で恐縮ですけれども、申立書を却下するという御提案は、これは訴状却下に対応するものだろうと理解しております。住所は不明であっても、相手方の特定はできているという場合には、必要的記載事項としては足りているとすれば、申立書を却下ではなくて申立ての却下になるような気もするのですが、その辺はどのような御検討だったのでしょうか。

- 川尻関係官 これは民訴を参考にしてつくりましたもので、民訴は送達できない場合には、前条の規定を用いて、申立書却下の規律によって手続を終了させるとなっておりますので、それと平行に考えて、このような規律としております。
- 三木委員 特段それで駄目というほどのことはありませんけれども、理論的にちょっとよく分からないところがあるので、民事訴訟法の規律が理論的に分からないのかもしれないのですが、それをここで言うてもしょうがないので、疑問の提起はしておきますが、駄目だというほどの意見があるわけではありません。
- 伊藤部会長 民事訴訟法のほうでは有力な疑義が提示されているような問題ですから、理論的にはなおいろいろな考え方があり得るのかもしれませんが、一応現在の法制度ということによって、それを前提にしているということかと思えます。
- 増田幹事 民事訴訟法においては、住所と氏名が被告を特定するのに必要な情報であるということが言えると思うのですが、今、三木委員が少しおっしゃったように、家事審判については住所が分からなくても、親族関係が申立人と相手方との間にあるとか、かつてあったとかいう場合が多数ありますので、特定のしようがあるわけです。したがって、住所が書いてない、所在不明だというだけで申立て自体が不適法になるとか、申立書の記載自体が不適法になるという事態は余りないのではないかと思います。
- 補足説明に書いてありますように、申立書自体が不適法にならないとすると、その住所の調査義務がだれにあるかという話になってきますが、この点の究極的な義務は、裁判所のほうにあるのではないかと思います。ただ、先ほど申し上げたのは当事者が何もしないのに、裁判所が探せというのは無理な話であるし、そこまでの義務を負わすのは相当ではないだろうということです。これに対し、当事者が一定程度努力したけれども見つけられない、分からない、DVの関係のところでは申しあげましたけれども、法律の制度によってある程度から先へは調査ができない、しかし、裁判所という国家機関が調査すれば分かるかもしれない、そういう場合も考えられます。ほかに例えば刑務所に入っているといった事例もあるかと思えます。
- そういうことを考えますと、この1段目と2段目との間には少し間に幾つかの段階がありまして、結論として私が望ましいと思うのは、当事者がある程度の手掛かりや正確な住所が分からないことについての相当の事情を提示し、裁判所のほうで事案の解決のため相当と認められた場合には何らかの調査をしていただく、という手続です。それでも駄目であれば、後は公示送達は恐らく職権では民訴でもできないと思えますので、申立人のほうで申し立てて公示送達をするものとして、申立人が公示送達を申し立てない場合には、最終的には申立書かどうかは別として申立ての却下ということもあり得るのではないかと思います。
- その補足説明の中段のところにもありますように、「自ら調査する義務があるか」というのは、究極的には「調査することもできる」のではないかと思います。
- 申立人の調査に協力する義務があるということが書いてありますけれども、これはちょっとおかしいので、裁判所が申立てに協力するというものではないだろうと。裁判所は裁判所としてその事案の解決のために相当と認めるときには、調査を行うことができるという程度の話でよろしいのではないかと思います。
- 伊藤部会長 今の増田幹事の御発言のこの補足説明の後半部分の関係、①、②、③、この③の考え方が適切だという趣旨で理解してよろしいでしょうか。これは、いずれにしても公示

送達の申立てをしないときにうんぬんと、申立人がという前提ですよね。

- 増田幹事 相手方のある事件、つまり調停をすることができる事件ということを前提に考えられていると思いますので、その場合にわざわざ職権により公示送達をするのかどうかというのは少し疑問を持っているのですが、特に②に反対するわけではありませんけれども、③でもよろしいのではないかと思います。
- 伊藤部会長 恐らく②の考え方が先ほど事務方からの説明、あるいは古谷幹事の御発言にもありましたように、場合によってはしかし公示送達をしてでも手続を進めるべき場合があるのではないかとという趣旨のことで、なるべく可能性を広げておこうということかと思えます。そういうことであればよろしいのでしょうか。②の考え方で。
- 増田幹事 特に②に反対するわけではないですが、申立人が申立てをしないときに、住所等が本当に分からないのかどうかという点について裁判所で分かるのかどうか。つまり民事訴訟では必ず最後の住民票の記載場所がないということを、申立人のほうで資料を提示して申立てをするというのが一般的な話であって、職権で公示送達される場合というのがちょっと想定しにくいだけのことです。
- 伊藤部会長 そこはどうしますか。事務当局から発言があれば。あるいは古谷幹事、先ほどの御発言ちょっと場合によってはうんぬんということでございましたので、今の増田幹事の発言にふえんしていただければと思いますが、いかがでしょうか。
- 古谷幹事 民訴上も例外的には職権で公示送達の手続を進めるというケースが考えられますし、實際上、どこまで裁判所が調べるかという問題がありますけれども、例えば親権者の問題であれば公示送達の申立てをしてもらうケースがあると思えますし、当事者が申立てをしないがやはり進めるべきケースもあろうかと思えます。その場合、ある程度の情報を基にこれは要件に該当するという判断をすることはあり得るという考えでおります。
- 三木委員 少し理屈を考えてみたのですが、非訟における手続係属というのがどの時点で生じるかというのはよく分からないところもあるのですが、少なくとも申立書を却下するというのは、これは受け付けないということですから、手続係属は申立書却下では発生していないと思えます。申立書却下か職権による公示送達を選べるという②の考え方が論理的にどうなのかということなのですが、職権による公示送達というのは、手続係属が生じた後に職権が発動できると思えます。ところが、住所等が書いてないと、申立て却下ではなくて申立書却下だということは受け付けない、つまり手続係属を発生させないという措置だと思えますので、手続係属を発生させない措置と手続係属によって発動できる職権公示送達が並び立つという理屈がややよく分からないような気がするので、そこを少し教えていただければと思います。

要するに、民事訴訟のほうでは職権による公示送達ではないものですから、そちらとパラレルな議論はできないもので、ここで初めて出てきた問題かなと思うので、確認しているということです。
- 山本幹事 私もどういった具体的な仕組みになるのかちょっとイメージがあれなのですが、民事訴訟の110条2項、先ほど古谷幹事もこれのことを言われたと思うのですが、申立てによらないで、裁判所は公示送達を書記官に命じることができるという規律、これは訴状とかにも適用があるのではないかと理解していたのですが、これと同じような規律になるという趣旨ではないのでしょうか。

- 川尻関係官 これを参考にしておりまして、このような規律を置くことによって対応できないかというふうに考えておりました。
- 山本幹事 要件をもっと緩めるという御趣旨の御提案ということになるのでしょうか。これだと訴訟の遅滞を避けるため必要と認めるときという要件になっていますけれども。もう少し緩くできるようにするという、そういうことですか。
- 川尻関係官 ここで読めないようであれば、文言については検討したいと考えております。
- 伊藤部会長 恐らく実際上は多分、今、山本幹事がおっしゃられたような多少緩やかにと言いますか、という方向での検討になると思いますが、そういうことですか。
- 三木委員 110条2項の規律に倣うということ自体は別に私はおかしいと思いませんけれども、これと訴訟のほうで、訴状却下はどう連動しているのでしょうか。
- 金子幹事 恐らく訴訟で言いますと訴状の送達ができないという状況ですので、訴訟係属は生じていないという理解で申立書の却下ということで一貫すると。
- 三木委員 ここで問題にしているのは、係属は現在は送達時説、かつて受付時説もあったので、送達の問題は論理的にはどちらでも考えられるので、ただ訴状却下をするかしないかは送達の問題のどの説を採るかとは関係なく生じますので、住所を書いてないと必ず訴状却下ということはないはずで、民事訴訟的には当事者は特定されればよい。もちろん一般には氏名と住所で特定するのですけれども、論理的には住所はそれ自体は必要的記載事項ではないというのが一般的理解です。慣例によってももちろんそこで特定していますけれども。ですので、訴状却下とは論理的には連動しないと思います。送達の問題はまた別問題です。送達時に訴訟係属が発生するという現在の通説、判例の議論ともまた別問題ではないかと思えます。
- 金子幹事 私の民訴の理解が不十分なのかもしれませんが、民訴も送達ができないというときは、係属の時期は別にしまして、訴状却下で臨んでいるはずなので、その状況をとらえてここも申立書の却下ということで考えてみたので、それ以上の意味は特になかったのですが。
- 三木委員 恐らく実務は訴状却下で対応していると思いますが、論理的にはそれは法が要求していることではなくて、法の規律は特定しなければ訴状却下になる。つまり必要的記載としての当事者という記載がなければ訴状却下になるということなので、今ここで立法しているわけなので、実務の運用は参考になるにしても同じ問題ではないという気がします。
- 畑幹事 今の御意見は、民事訴訟法138条2項との関係が判然としないのですが。
- 三木委員 私が最初に民訴自体よく分からないと言ったのは、民訴の一般理論では先ほど私が言ったように、必要的記載事項としての当事者の記載がなければ訴状却下になるし、あれば訴状却下にはならない。その当事者の記載というのは、住所を必ず書かなければいけないということは法は要求していないというのがどんな本にも書かれている一般的なことで、それとこの138条2項の規律の関係は、民訴自体がよく分からないと冒頭申し上げたのは、そのことで、実際よく分からないとしか言いようがないです。
- 高田(裕)委員 138条2項自体に疑問があるとお伺いしました。恐らく訴状却下という制度自体がこれも私が申し上げるまでもないことですが、日本法独特の制度として、本来訴え却下で対応すべきことであるとも言い得るところですので、御疑問はそこに起因していると思います。それについてどう考えるかということだろうと思うのですが、138条がなければ、恐らく140条のような規律を準備して対応することになるのではないかと思います。訴状も送達できない場合においてはあえて適法な訴訟係属がないから訴訟要件を欠くといっ

た途を採らずに、裁判所ではなくて裁判長のレベルで訴状を却下するというのでいいというのが138条の趣旨だということになるかと思えます。

結局そのことが非訟に当てはまるかどうかということでして、先ほど来、そこをずっと考えているのですけれども、問題となるのは、この場合、相手方のある事件において、通知要件が絡んでくるということだと思えるのですが、相手方に対する通知、事件係属の通知というものを民訴の送達と同じように訴訟要件と考えていいかどうかということに理論的には帰着するのではないかと思います。そこはもしかすると考え方に違いがあり得るのかもしれませんが、原案のような考え方は十分成り立つところではないかとは思えます。

○三木委員 私が問題にしている実質的な趣旨は理屈の問題ももちろんありますが、理屈を言うことによって、実質として考えているのは、増田幹事がかねておっしゃっているように、当事者レベルではなかなか相手方の住所等が探索しきれないけれども、裁判所に義務を認めるとかそういうところまで私は考えてないですが、それにしてもこの事務局案にもあるように、公益的な事件について何らかの後見的な役割を果たすということが考えられる。もちろん裁量によって。その際に、裁判所がちょっと具体的な事件のことはよく分かりませんが、何らかの手を貸せば、それができるというときに、申立書却下の扱いだとそういうことが理論的に可能になるのかどうかがよく分からなくて、係属が生じていれば、申立書の受付が係属なのかどうかはちょっとよく分かりませんが、申立書は受理されているという状況があれば、多少はそういった後見的な役割を果たす方向が理論的に成り立つのではないかとこのところをちょっと気にしているので、こだわっているということです。

○伊藤部会長 三木委員のお考えですと、ここでの選択肢だと①になるわけですか。必ず職権で公示送達をすると。

○三木委員 いや、②ですけれども、その扱いは、申立書却下ではなくて、申立て却下にする。

○伊藤部会長 そのことですか。分かりました。それでは、増田幹事は多少ニュアンスは違いますが、②の考え方で基本にするという点ではそれほど御意見の違いがないように思います。ただ、民訴の一般理論との関係で、②の言っている裁判長が申立書を却下してうんぬんということが更に検討する余地がないかという点での御指摘はあったということです。そこはよろしいでしょうか。更に御指摘を踏まえて②の内容として検討してもらうことにいたしましょう。

○畑幹事 今の部会長のまとめに異議があるというわけではないのですが、②については私も増田幹事と同じような印象を持っておりまして、調停ができる事件を念頭に置いているとすれば、職権で公示送達をすることには違和感があり、事案に応じてというよりはむしろ事件類型で限定されているということになるのではないかと。それも多くはないのではないかとこの印象を持っています。可能であれば、それを明らかにできればよいのではないかとと思えます。

○伊藤部会長 貴重な御指摘ありがとうございました。確かにおっしゃるような考え方のほうが合理性があるかもしれませんが。

○岡崎幹事 家事審判の話なので、非訟の話を持ち出すと話が混乱する可能性があるわけですが、非訟については、家事事件と同程度に裁判所が後見的な役割を果たすような事件類型があるかという点、ちょっと想定しにくいかなと思えます。したがって、職権による公示送達が必要となる事件類型は余りないのではないかとと思えます。

○伊藤部会長 ただいまの点も参考にさせていただいて検討してもらうことにいたしましょう。  
ほかに(1)の関係で何か御発言はございますか。

よろしければ(2)の申立書の写しの送付、又はこれに代わる事件係属の通知の費用を予納しない場合の取扱いで、ここも申立書の却下というものが出てまいりますが、趣旨としては先ほど川尻関係官から説明がございましたように、救助の申立てであるとか、あるいは国庫立替えであるとか、そういった制度を前提としてこういう取扱いについて検討するということだという説明がございましたが、いかがでしょうか。

○畑幹事 (2)は費用について、一般的なルールとされたところによれば、国庫により立替えができるということだったと思うのですが、それができないことになるということでしょうか。

○川尻関係官 国家による費用立替えはできることを前提としておりまして、それをするまでの必要性がない事件については、却下をすることができると考えておりました。

○畑幹事 分かりました。3ページの(3)の補足説明には国庫立替えが認められることから、却下まではしないと書いてあったので、逆の御趣旨かなと思って、ちょっと分かりにくかったということでもあります。

○伊藤部会長 (2)の関係は、ほかに御発言はございますか。

○古谷幹事 (2)の関係ですけれども、国庫立替えの議論というのは、今のお話を前提にしても申立書というのは手続が始まる場所でもございますので、合理的な趣旨と考えております。

○伊藤部会長 もしよろしければ、(3)呼出費用を予納しない場合の取扱いで、内容は先ほど説明があったとおりですが、この点はいかがでしょう。

○岡崎幹事 また、非訟の話を持ち出して恐縮ですが、ここでも家事事件と同程度に後見的な役割を裁判所が果たすような事件類型というのは必ずしも見当たらないと思われまので、民訴法の141条と並びに訴えを却下できるような規定を設けることになるのかと思います。

○伊藤部会長 その点、検討するということでさせていただきます。

ほかにいかがですか。

○高田(裕)委員 今回の点との関係で申しますと、141条の規定を設けないということを想定している家事事件の(3)では、裁判所には却下する権能はないという理解でよろしいわけですね。それは十分あり得ると思うのですけれども、先ほどの畑幹事の御発言との関係するわけですが、畑幹事の御質問に対する御回答としまして、(2)についても国庫立替えもあり得る、というのは、(2)の①は、申立人に命じた場合においてということが前提要件となっておりますので、申立人に命じることが前提となっているということだろうと思います。

そうだとしますと、(3)におきましても、141条は同じように命じた場合においてですから、命じているかどうかということで規律をすることも可能かと思うのですが、そうではなくて権能のほうを否定するという形で、(2)と(3)の違いを設けられた御趣旨は、先ほど古谷幹事から御説明があったように、恐らく申立て時という、一番初めの手続開始時における規律の重要性であって、それ以外ではそれほど考えなくてよいという御趣旨だろうとは思いますが、今まで申し上げた理解はそれで正しいということでしょうか。

○川尻関係官 おっしゃられましたとおり、厳密に言う(3)で、民訴法141条に相当する規律を置くということも一貫論からすれば一貫するのかも知れませんが、それはそれとして考えられるのですが、入り口論と実体に入った先の話ということで、いったん区別できるのではないかとということと、あと具体的に遺産分割のような事案を考えますと、申立人一人の人



がほかの人たちみんなを呼び出すお金を納めないからといって、却下になるのかということ少しそこも行きすぎた感がありましたので、ここは一貫性よりは個々の事案に応じたバランスというものを考慮して、(3)では規律を設けないということで提案いたしました。

○畑幹事 高田(裕)委員と同じような疑問を持っていたのですが、却下しないとするとどうなるのでしょうか。却下できないということですよ。

○川尻関係官 そうすると国庫の立替えによって進めるということになるかと思えます。

○畑幹事 そうするとそれは(2)の規律と同じではないですか。国庫立替えをしなければならず却下はあり得ないという点で違うということですか。

○川尻関係官 おっしゃるとおりだと思います。一貫すると(3)ではこのような規律を設けたほうが理論的には一貫してすっきりするとは考えております。

○畑幹事 (1)について申しましたように、これが相手方があるような事件を念頭に置いているとすれば、非訟について岡崎幹事がおっしゃったように却下でいいという場合も結構あるのではないかという印象があります。

○伊藤部会長 川尻関係官からの説明がありましたように、考え方が成り立ち得るし、ある意味で一貫しているということも言えるので、ただいまの御発言を踏まえて、なお検討させていただくことにしたいと思います。

次の2の脱退についての説明をお願いします。

○脇村関係官 2の脱退では、脱退制度について御提案させていただいております。ここでは、これまでと異なりまして、分けて検討する形といたしております。(1)では、それまで当事者として扱われていたものが当事者となる資格を喪失した、又はそもそも当事者となる資格を有していなかった場合に、その当事者として扱われていたものが手続を離れることを制度として認め、ここで脱退と呼称することを提案しております。

具体的な事案については、補足説明にありますとおり、例えば遺産分割の審判事件において、相手方とされた相続人の一人がその相続分を他の相続人、又はその他の第三者に譲渡し、当事者の資格を喪失した場合、そもそも相続人ではなかった場合などを想定しております。

なお、補足説明の3のとおりこのような制度を置かなくても、当事者となる資格を喪失した当事者、又は当事者との資格を有していなかった当事者が手続に関与したくないと考えている場合には、手続法上は当事者ではあるものの当事者としての権能を放棄したのものとして、その者に対し、事実の調査の告知などをしないようにし、事実上、手続に関与しないようにすることも考えられます。御検討いただければと存じます。

(注1)では、脱退制度を設ける際には、他の当事者の同意を不要とすることを提案しております。

(注2)では、当事者として扱われていたものが、当事者との資格を喪失し、又はそもそも当事者となる資格を有していなかった場合に、裁判所がその当事者を手続から脱退させることができるものとするについて検討することを提案しております。この点については、資料にもあるとおりどちらにするのか両案が考えられますので、御検討いただければと存じます。

(注3)では、申立人となる資格を喪失した申立人又は申立人となる資格を有していなかった申立人が家事事件手続から離れる方法について検討することを提案しておりますが、この点は、次の(2)と併せて御検討いただければと存じます。

(2)では、申立人は自らに代わり手続を進行することができる者が手続に参加した場合には、裁判所に対し、家事事件の手続から脱退することを求めることができるものとする、ということについて検討することを提案しております。

補足説明にもありますとおり、成年被後見人の親族が成年後見人の解任の審判事件の申立てをしていた場合において、成年後見監督人が当事者として参加したときは、その成年後見監督人がその事件の手続を進行すれば足り、その成年被後見人の親族がその事件の手続から離れても、問題がないと思われまますので、このような場合には、申立人は自らに代わり手続を進行することができる他の申立人があることを理由に、家事事件の手続から脱退することができるようにすることが考えられます。

もっともこの点については、申立人として参加した者がいる場合の申立ての個数をどのように考えるのかということと密接に関係するものと考えられます。仮に、成年被後見人の親族が成年後見人の解任の審判事件の申立てをしていた場合において、成年後見監督人が申立人として参加したときは、成年被後見人の親族の申立てだけでなく、参加により成年後見監督人の申立ても定立され、申立てが二つ存在すると考える場合には、元の親族が成年被後見人の解任の審判事件の手続を続行させつつ、自らその手続から離れたいと考えるときは、単に、自らの申立てを取り下げれば足り、別途脱退制度を置く必要はないということにもなります。

なお、以上は複数の者が一つの申立書で申立てをした場合において、そのうちの一人が手続を離れる際にどのような手続を採るかということと共通の問題であると考えております。

○伊藤部会長 2の脱退のうちの(1)の当事者となる資格を有しない当事者の脱退、この部分について、注も含めてですが、(注3)はどちらかということ(2)の問題の関係になるかと思えますので、主として(注1)、(注2)も含めて(1)の本文に関する御意見をちょうだいしたいと思います。

○三木委員 余り強い意見とか、確信のある意見ではありませんが、結論としては、今、部会長が(1)とおっしゃいましたが、(1)も(2)も含めてこういう意味での脱退という制度を明文で置く必要はないのではないかと考えます。

先に、ちょっと言葉の問題を申しますと、以前にも同じようなことを言いましたが、仮に何か置く場合にも可能であれば、脱退という言葉ではない言葉を使っていた方がいいのではないかと。言うまでもなく、訴訟法に脱退という概念はありますが、(1)も(2)もそれとは異なるようですので、異なる概念を同じ言葉で表現するのは常に混乱のもととなりますので、その点を先に申しておきます。

中身の話ですが、補足説明にも書いておられるように、(1)に関しては、特にこういう括弧付きのこの脱退という制度を設けなくても、当事者は手続から離れたければ出席しないとかすればいいし、裁判所のほうも送達等をしないということで対応できるように思います。

これもやや言葉のイメージにこだわっているところがあるのかもしれませんが、当事者資格がないものが脱退するというのも、その脱退という言葉を使うからかもしれませんが、何かピンと来ないというところは感じます。もちろんここでおっしゃっている意味は、民事訴訟法における脱退とは違って、手続上当事者として資格はなくても扱われることになっているものがその形から抜けるという趣旨ですので、そのこと自体は別におかしいと思いませんから、言葉のイメージで申しているのかもしれませんが。

- 伊藤部会長 もちろん現在でも民事訴訟における脱退という概念と意義もあるいは効果も異なるということは三木委員が御指摘のとおりで、そういう意味では表現がどうかということはあるにして、ここではむしろその表現というよりはこういうどういう表現を使うにせよ、当事者が自らの意思に基づいて手続から離脱することができることを明らかにするような制度、あるいは手続を設けることに合理性があるのか。それとも補足説明の最後を書いてあるようなこと、あるいは三木委員が今おっしゃったようなことで実際上の問題として解決すればそれで足りるのか。その辺りの実質を議論していただいたほうがよろしいかと思えます。
- 増田幹事 質問なのですけれども、当事者が裁判所に対し脱退することが求められることができるというのは、脱退かどうかは別として、この手続にはもう出ませんよという意思表示をした場合には、その意思表示をしたことによって直ちに手続から離脱するという効果が発生するのか。あるいは、裁判所において何か判断をされるということを用意されているのかということをお伺いしたいのですが。（注1）を見ていると、どうも裁判所が何か判断されるのかということもありますので。
- 脇村関係官 ちょっと明確になっていなくて申し訳なかったのですけれども、一応、求めがあって脱退していいですよという判断をすることを念頭に置いてつくっておりました。趣旨としては脱退しますと言って、当然脱退するとそれはそれでまた不明確かなと思いましたので、それによって本当に資格がないということを確認した上で、脱退決定、許可かもしれないけれども、そういった判断がされたときに初めて当事者手続から離れると考えております。
- 増田幹事 これも確認ですけれども、調停することができる事件においては、相手方の同意も要するということが中間試案の中にあっただと思いますけれども、それは維持された上で、という理解でいいですか。
- 脇村関係官 その点については、一応（注2）で、不要でどうかということも提案しているのですけれども、御検討いただければと思っております。
- 増田幹事 恐らく想定される事案は共通だと思いますので、問題意識だけ申し上げますと、遺産分割のときに相続分の譲渡があったと主張して、ある人が抜けるといったときに、本当に相続分の譲渡があったのかどうかというのは、相手方にとっては分からないわけです。（注2）に書かれているような譲渡の効力の問題は裁判所が考えるまでもなく、相手方としても同じように考えるわけで、つまり相続の効力があやしければ同意しないだろうし、相続分譲渡の効力が間違いないだろうということであれば同意することになると思います。また、後で抜けたはずの当事者が出てきて、紛争が再発するというような恐れがあれば、恐らく同意しないであろうと考えられます。そこは当事者のイニシアチブなのか、裁判所なのかというだけの差なのかなと思っております。やはり調停することができる事件の特則は維持しておいていただいたほうがいいたろうと思っております。
- 伊藤部会長 増田幹事のただいまの御発言は、特に（注1）の関係で、一般的に同意不要と割り切ってしまうのではなくて、調停することができるという事件類型に関しては、相手方の利益と言いますか、それを保障する意味で同意を必要とするという考え方に合理性があるのではないかという御発言で、その点は検討してもらおうことでよろしいですね。一応、こういう問いかけをしているのですけれども。
- 古谷幹事 （注1）の関係で申しますと、当事者適格の問題になりますので、それは裁判所

で判断するのが相当と考えておりますので、同意は不要という原案に賛成でございます。

○伊藤部会長 分かりました。この点は、両方の意見があるということですか。

○長委員 現在でも脱退ということ、手続上行っています。こういう制度が置かれると当事者が形式的な意味でも当事者でなくなるかどうかということが明確になります。形式的な当事者でなくなれば、審判書にも表示する必要がありませんし、申立てについて却下する、しないという判断をしなくても済みますし、送達もしなくていいことになります。私は、必要であると思います。

○伊藤部会長 もう一度、括弧付きの脱退かもしれませんが、脱退という手続を置くこと自体について、先ほどの三木委員のような御発言に対して、長委員からの積極的な立場からの御意見がございましたが、その点はほかの委員は何か御発言はございますか。

○鈴木委員 三木先生がおっしゃいましたように脱退という言葉そのまま使っていいのかどうかというのは私も前に発言したような気がするのですが、それとは別に長委員のほうからも話が出ましたけれども、遺産分割で相続分の譲渡をして脱退、いわゆる脱退をしていくというケースで、実務上は共同相続登記がされている場合にはその処理が必要なので、相続分の譲渡をしても脱退はさせないというような扱いをしているようです。

その場合に、相続分譲渡をし、脱退ということで出ていったと。ところが、後で見たら登記が残っていたというようなときに、その前提で審判がされると、どういう処理になるのか。

実際にあったケースは、現物を分割して登記を移転するのでしたら、審判書を書くときに気が付くわけですが、競売にするという審判が出まして、ところが審判が確定してしまっただけからよく見たら、共同相続登記がされていて、脱退した当事者が入っている。これでは競売もできない。そういうときに一体どう処理をするのかという問題がありまして、そうしますとその脱退の効力の問題なのか、これは審判の効力の問題なのかという問題が出ますので、いずれにしてもその辺を整理して、用語の問題だけではなくて、そういう場合も想定して効力とか、あるいはどういう場合に脱退を認める、あるいはそれについて同意なり裁判所のチェックを掛けるかということを考えていかなければいけないのかなと思います。

○脇村関係官 単純化した事案で言えば、遺産分割でAがB、Cを相手にやっていたところ、Cが相続分をすべてDに移転した。ただ、Cの名義で相続財産について共有名義にされている。この場合に、Cを当事者とする給付命令の審判が出ないと、仮にすべてをAが当該遺産について分割によって取得したとしても、所有権移転登記ができない事態が生じるということで、実務上はこのようなケースでは、参考で書いたような脱退という手続をCについて認めずに、Cを当事者のまま審判し、その審判の中で、移転登記に関する給付命令を出していると理解しています。

このような実務上の取扱いを前提にすれば恐らく登記名義を有している人というのは、まだ当事者適格を完全には喪失していないと考えておまして、それを前提にすれば、今回のようなスキームをつくっても脱退できない、資格を有している以上は取りあえず残ったままになるという整理になるのではないかと考えておりました。

○伊藤部会長 鈴木委員、いかがでしょうか。現在の検討の段階はそういうことのようにですが。

○鈴木委員 それが今の実務上の扱いですので、それはそれでいいと思います。そのときには、そういう形で残った人にどこまで手続保障を与えるかが次の問題だと思います。ただ、審判で移転登記を命じなければいけないときにはそこで気が付くのですけれども、競売を命じて、

相続分に応じて代金を分配するという場合だと気が付かないことがあって、そのまま審判が出てしまうということもあります。本来は脱退を認めるべきではなかった。ところが、そのまま審判が出てしまった。そういうときは、再審の問題なのだろうか、何だろうという問題が出ます。

○脇村関係官 そういったケースは、訴訟でもう一回やるというしかないのだろうなと思います。つまり分割によって遺産がある人のものになったということ为前提に、移転登記請求訴訟をすることになるのだと思います。相続分を譲渡した人が当事者になっていなくても、恐らく審判の効力自体が飛ぶとか、そういったことではないと思うのですけれども。

○三木委員 長委員がおっしゃったように手続を明確にするという意味で、何らかのものを置いたほうがいいのではないかとするのはよく理解できる場所なのです。ただ、そのやり方として、脱退という言葉を使ううんぬんの問題だけではなくて、実質的に当事者が抜けるという意思表示をして、相手方が同意するとかしないとか、あるいは裁判所が許可をするとかしないとかという仕組みに倣うことがいいのかどうかという点にやや疑問があります。

古谷幹事がおっしゃったように、これは、しょせんは当事者適格の問題で、それを裁判所がないと判断すれば手続から排除すべきだし、あればもちろん残すべきだという問題で、当事者適格でない者が自分で抜けるとか抜けないとかを言うものではないと思います。もちろん本人が権利譲渡があったということ、本人が知っていますから、申し出るということはいいですけれども、それは脱退の意思表示というよりはそういうことを裁判所に申し出る。裁判所が要するにそのものを手続から排除する決定をする。つまり仕組みとしては脱退ではなくて、細かい仕切りはいろいろあると思いますけれども、長委員がおっしゃったように論理的にはそういう決定をしなくても、適格でなければ手続から排除されることになるのでしょうけれども、それを明確にするための形式的な何かの決定をするという仕組みでよいのではないかという気がします。

適切なアナロジーかどうかは分かりませんが、訴訟の場面でやや似た場面で考えますと、例えば氏名冒用訴訟があって、当事者の確定論の問題として訴訟途中で現在当事者として振る舞っているものが当事者ではないということが確定された。その場合に、脱退するのかというとなんかことはしなくて、裁判所はその者を手続から排除するという措置をするわけです。その場合には、今言ったような決定の仕組みもないですけれども、それは手続を明確にするためにあってもいいということで、いずれにしても当事者が自ら抜ける、抜けないという意思を出すという問題ではないような気がします。それは(1)と(2)がかなり性格の違うものだという点も背景にはあろうかと思えます。

○伊藤部会長 委員、幹事の方、いかがですか。何度かここでも議論いただいている問題ではあるのですけれども。

○山本幹事 私はこの原案のようなことでもよいのかなと思います。その脱退という言葉はともかくとして実質としてはそれでいいかなとも思っています。その当事者が自らの申立てによって自分が当事者ではないことにしてもらおうということはもちろんその手続の明確化ということもありますし、実質的な法的効果はともかくとして、やはり当事者であるということ自体に非常に心理的な負担を感じる人も多くいるだろうと思いますので、当事者でないことを明確にしてもらおうということはそういうことでも意味があると思います。

法的な効果としても、例えば手続費用の負担は今回の案ではその当事者とか関係人等にし

か基本的には原則は負担させないということになっているかと思しますので、当事者の地位を抜けるということにはそれなりの意味があるかなと思います。

(注1)の関係では、ここに書かれてあることは非常によく理解できるのですが、そうだとすると民事訴訟でも同じようなことが言えそうな感じがして、古谷幹事、増田幹事が言われたように、正にこれは当事者適格、裁判所が判断するか相手方が判断するかという問題であって、裁判所の判断でいいのだという考え方を採るとすると、民訴も相手方の同意ではなくて、裁判所の許可を得て脱退するということもあり得るような気がするのですが、非訟だから別だと言えればいいのだらうと思うのですけれども、そうでないとすると、なぜ民訴と違うのかということの説明しなければいけないのかなと思います。

○**三木委員** 山本幹事がおっしゃった自分の意思で抜けてられて手続を明確にするというのは別に私が言ったように、当事者が申し出て裁判所の許可でそれを明らかにするというのもいいので、別に脱退という言葉だけではなくて、脱退という仕組みをとらなくてもそれは同じことが実現できると思います。

それから、何で民訴と違うのかという二つ目の点は私はよく理解できなくて、もともと民訴の脱退とは仕組みが違うわけですから、だから脱退という言葉も使うべきではないという意見が出ているわけなので、そこが違う、違わないという議論に何の意味があるのかよく分かりませんし、もう少し言うと、これは違う御意見の方もいらっしゃるでしょうけれども、昔から言われているように、民訴の同意の仕組み自体に疑義があるということですので、そこも余り議論する必要はないかと思えます。

○**山本幹事** 幾つかのものが含まれているような気がして、確かにそもそも相続人ではなかった場合、これは民訴と違う局面であるような気がします。しかし、手続中に第三者に相続分を譲渡して当事者となる資格を有して、それで他の当該相続人、あるいは第三者が参加してきて、それで抜けるというのは民訴が定める脱退にかなり典型的には近い状況で行われる行為であるような気がします。幾つかのものが含まれているので、性質がかなり比較でなくなっていることは確かだと思のですが、私はやはり民訴とのパラレルな部分というものも考慮する必要があるのかなと思っています。

○**伊藤部会長** どちらかという理論的な問題ですので、民訴手続法研究者の委員、幹事の方にもう少し御発言いただいたほうがいいと思います。

○**高田(裕)委員** 私も現在の段階では山本幹事と同じ感触を持っております。三木委員もおっしゃるように、ここで言う脱退が唯一の規律のあり方ではないというのはそのとおりだろうと思いますが、ここで言う脱退によっても同じ規律ができるのであれば、脱退という言葉はともかくとしまして、ここで提案されている規律に従っても、大差がないような印象を持っております。

実質的には、もう皆さん、長委員、山本幹事等がおっしゃられたように、手続の透明化という観点から脱退といった制度を導入すること望ましいのではないかという印象を持っています。5ページの参考にありますように、もし現行実務がこのようなことをされていらっしゃるのであれば、非常に魅力的な実務の知恵だらうと思いますが、これはやはり私の言葉で申しますと手続の透明化という観点から若干問題があるように思いますし、取り分け今回の改正で当事者たる地位について、かなり詳細な規定を設けるわけですので、当事者かどうかということについては法律上も関心を持つべきだと思いますので、その観点からも当事者と

いう地位から離れる、離脱するということが事の実体かもしれませんが、ここで言う括弧付きの脱退について明文の規定を設けるということは考えていただいたほうがよろしいのではないかという印象を持っております。

- 伊藤部会長 必ずしも意見が一致しているというわけではありませんが、三木委員のお考えでも当事者なる資格を自分が喪失したということを裁判所に対して明らかにして裁判所がその事実を認めて以後その人を当事者として扱わないという取扱いをすること自体が不合理だとか、そういうことをおっしゃっている趣旨ではもちろんないので、それを従来の概念に寄せて脱退という言葉、あるいは手続に沿って考えていくかどうかは、三木委員は特になお御異論があるとは思いますが、この場での意見ということで何とかそこは御了解いただけないかと思えます。

例えば、他の当事者の同意をある事件類型について要するものとするかしないかという辺りについては、なお検討してもらって、一定の整理を事務当局から提示してもらえればと思えますので、この辺りで一定の方向性、言葉としての表現は別として、こういう手続から離脱することを認めるという方向で今後は検討するというところでいかがでしょうか。

それで、ここでの御議論から私なりに推測しますと、(注2)の強制脱退という制度はちょっとそぐわないように思いますが、その点、何か、こういうことも強制脱退の制度はなお検討すべきだという御意見はございますか。

- 中東幹事 先ほどいろいろなものが混じっているのではないかとされたのは私もそうだと思います。当事者となる資格を失ったという場合として、例えば、被相続人を殺したことが後から分かって、刑に処せられたという人が現れたというようなときには、どういう取扱いになるのでしょうか。それを教えていただければと思います。

補足的に申し上げますと、三木委員がおっしゃるように、本来当事者としてかかわらせてはいけないものに当事者の地位を保障するということはやはり必要でもなければ、よろしくないと思えます。

- 金子幹事 (注2)のそもそもの問題提起の趣旨自体を御説明しますと、中東幹事がおっしゃったとおり、僭称当事者というか、本来当事者でない者が手続に入っていること自体に弊害がある場合があるのではないかと。特に、そういう人たちが当事者として閲覧の申請をしたり、あるいは証拠の申出をしたりということで手続を混乱させるという事態を防ぐ手立てが何か考えられてもいいのではないかとこのところが問題点の出発点です。そのような者の申立てが認容されることはななのですが、そもそもそういう人が手続に関与していくこと自体にいろいろな問題が生じないかという問題意識があります。

- 脇村関係官 混乱させるようなのですけれども、理論的にどうかというところから出発しまして、遺産分割でAがBとCに対し、あなたたちは相続人だということで遺産分割申立てをしていて、実際にBは相続人ではなかったというときに、Bを排除した上で、AとCだけの二人だけでさせたいということはあるのかなと思っておりました。

そのBを排除する方法として何かあるか。実務上はBに対する申立てを却下するという方式を採っていると聞いているのですけれども、本当に家事でそもそもBに対する申立てというのがあるのだろうかというのが最初の素朴な疑問です。

というのは、現行非訟法は、家事もそうですけれども、そもそも申立てをするときに相手方を記載する必要がない。申立人だけでいい。つまり相手方があるかどうかは関係なく、審

判対象物が決まる。もっと言うと遺産の申立てのケースについて言えば、ある人の遺産分割をしてくださいということ自体が一つの申立てで、だれに対するとかというのではないのではないかというふうに、ちょっと最初に思っていたのですけれども、そうだとすると先ほどのようなケースは、実務上は明確化するために申立てを却下するということをしていると思うのですが、その分離した上でBに対する申立てだけを却下し、Bを排除するということは理論的にはできないのではないかと。そうすると強制排除があってもいいのかなという気も正直したのです。他方でそこまでする必要が本当にあるのかということもあって、ややそこまでする必要はないのではないかとという雰囲気を書いたのですが、どうでしょうか。

○三木委員 何て言いますか、先ほど申したことの繰り返しに近くなるのですけれども、やはりこの強制脱退という表現とか記述自体が、脱退という言葉とか概念に引きずられ過ぎていて、もともと脱退で考えるからこうなるのですけれども、当事者から申出があろうが、あるいは裁判所が職権で探知しようが、手続に関与すべきではないものが関与していたら、それは排除すべきなのです。そのときに、ただ排除するか、一種の裁判所の決定のような形式を採って排除するか。形式を採れば高田(裕)委員が言っているように、透明化ができるということで、私は何も透明化に反対はしていません。

そういうふうに考えると、当事者適格であるとか、当事者性であるとか、確定の問題も含めて、それが無いものは排除し、あるものはもちろんそのまま維持するということを手続的にどう明らかにするか。それから、その端緒がたまたま当事者の申出であるか、裁判所の職権探知であるか、そこはいずれにしても最終的には裁判所が職権探知事項ですから、申出があってもなくても判断すべきは判断しなければいけないということであれば、その脱退という言葉を少し忘れて考えれば、恐らく山本幹事がおっしゃっていることとか、あと私が言っていることは実質において何も変わらないような気はします。

○伊藤部会長 三木委員の強制脱退という言葉が適切でないということは前提になっていると思いますが、当事者の申出の有無にかかわらず裁判所が一定の事由に基づいて、その者を当事者として扱わないという判断をする制度を設けておく合理性があるということですね。ここで強制脱退の制度という名前がやや問題かもしれませんが、実質においてはそういう必要性があるという御意見も十分あり得るところですが、ほかの委員、幹事の方はいかがでしょうか。

○増田幹事 異論を唱えるわけではないのですが、先ほど脇村関係官がおっしゃった遺産分割の場合に申立てが一つなのではないかというお話なのですけれども、やはり申立ては当事者ごとに複数あるので、一部の者に対する申立ての却下というの、理論的に別におかしくないのではないかと思います。共有物分割とどれほど違うのかという気もします。全く相続人でもない第三者が一人入っていた場合に、その人に対する申立てだけを却下して進めて何がおかしいのかなと思っているのですが、ちょっと御検討いただければと思います。

○伊藤部会長 私が先ほどやや断定的なことを申しましたが、割り切ってしまう性質のものではなくて、強制脱退という概念、あるいは用語について、これはいろいろ御意見があるところですが、当事者の申出の有無にかかわらず、裁判所の判断で、そのものを当事者として以後扱わないという制度を検討する余地があるという御意見がこの場でも有力なものとして述べられましたので、その点はなお検討するというところでよろしいですか。

(2)の当事者となる資格を有する申立人の脱退で、これは先ほどの話がございましたように、



申立ての取下げとの関係であるとか、あるいは手続に参加した場合のその申立ての個数と言いますか、そういう問題に関係をいたしますが、(2)の関係では、御意見はいかがでしょうか。

○古谷幹事 (1)の関係で、一点実務的な観点から確認させていただきたいところがございます。先ほどの鈴木委員の御発言と関連するのですけれども、相続分の譲渡をしたのだけれども、共同相続登記が残っているという場合の扱いで、当事者が当事者としての手続はいらぬということを言ったときに、裁判所としても当事者として扱いませんが、当事者の利益の放棄、当事者権の放棄と言いますか、その辺りを確認させていただければと思います。

○脇村関係官 脱退というのか離脱なのか排除なのかというのがあるのでしょうかけれども、恐らく手続の明確化という観点からつくった際に、運用として、もういいですとって、しないというのはあり得ると思います。できれば使ってほしいなという気はしますが、実際、制度をつかって、当事者から抜けるためにはそういう制度を使わないとしておいたとしても、もういい、みんなもそれでいいと言っているときに、名前だけ残しておいて、何もしないというのは、それは別にほかの場面でもあるとは思いますが。

○古谷幹事 使うと脱退ということで、当事者から抜けるわけですね。その場合に、給付命令を出せるのか、そこがよく分からなかったのですが。

○脇村関係官 手続権の放棄だけを考えればそもそも資格を失うかどうかに関係なく出たいという人は当然出るという制度をつくることも一つ考えられると思います。古谷幹事がおっしゃられたケースも当事者適格を失っていないけれども、もうやめたいといったときに、やめるというのがあってもいいではないかということだと思のですが、制度としてはそれはちょっとやはりおかしいのではないかと思っていて、それを言い出すと当事者、今回協力義務があるかどうかという問題もありますけれども、申立てだけしてやめたと言えるということになってしまいますので、制度としては先ほど言いましたように、当事者ではないときには、当事者ではなくなるということでもいいのではないかと思っています。

ただ、実際、当事者である人が、諸般の事情によって何もできないようなケースについて告知をしないであるとか、そういったことは運用の問題としては、あり得ると思うのですが、それは運用の話ではないかなとは思っています。

○古谷幹事 結論的に言うと当事者になるとおっしゃったかなと思うのですが、当事者だという御認識でよろしいわけですか。

○脇村関係官 そうです。当事者でないのにもかかわらず給付命令等するのはやはり、それはおかしいのではないかと思っています。

○伊藤部会長 ということでよろしいですか。(2)のほうについての審議をお願いいたします。

○脇村関係官 先ほどのお話からすると、取りあえず申立人としての権能を失わせることはいいのだろうという結論になるのではないかと思うのですが、ここで理論的と言いますか、法律をつくるに当たって、そういう明文としてどう置くかという観点から取下げでやるのですということは何も手当てしないということなのか、先ほど言った(1)の関係で脱退というのかは別ですけれども、そういったスキームを取りあえず用意するかどうかということをお話しして、我々としても決めかねているところがございますので、理論的にどうかという点をお話めいただきたいという趣旨でございます。

○伊藤部会長 先ほどの(1)の局面とやや違った側面があるというのは今、脇村関係官から補足的説明があったとおりでございますので、是非この点についても御発言をお願いいたします。

○三木委員 (2)の局面は強いて言えば民訴の脱退に(1)に比べればやや近いという状況ですが、これも仮にこういう制度をつくるのであれば、言葉のほうはやはり御検討いただければと思います。同じではないということですので、それはそれとして……。

今言いましたように、こちらのほうは考え方としては民事訴訟法の脱退、もともと権利譲渡の場合にも使われますけれども、あれは独立当事者参加の規定を準用しているからそうなるだけであって、本来的局面は権利主張参加の場面における脱退が民訴の脱退ですので、それとやや局面は似ているという、似てないところもいっぱいありますけれども、(1)に比べれば似ているということはあります。ただ、問題はこの補足説明にありますように、取下げで十分であるとすれば、こういう規定を置くのはもちろんリランダントでもありますし、誤解も招きやすいということになります。

ここから先が正にポイントではあるのですが、私自身子細にいろいろな局面を検討できてないので、その意味ではやや中途半端な発言になりますが、ざっと考えたところでは、取下げで対応できるのではないかという気がいたします。ここにお書きのように、申立ての個数という理論の問題が背景には出てくるのでしょうけれども、これは考え方はどちらもあり得ると言ったらちょっと語弊がありますけれども、参加によってもそれ自体が申立てになるということは十分に考えられると思いますので、それは説明としては立たないとは思えないと考えられるとすれば、取下げで対応するというところで特に制度としては置かなくてもいいのではないかなと思います。

○伊藤部会長 そうすると手続に参加したものの、参加に基づく申立ての手続が動いていて、元のもの取下げによってなくなると。そのことは手続全体の係属には影響しないということですか。

○三木委員 そこは説明がしきれているのかどうか、取下げの遡及効とか何とか言い始めると、やや疑問ですが、それはちょっと非訟の性格とかかわってくるので、その非訟の性格がよく分からないものですから、その辺はちょっとぼう漠としております。

○伊藤部会長 一応基本的な考え方としてはこの場合は最初の、そもそもの申立ての取下げによって処理すればできるので、あえてこういう脱退というのをここで設ける必要はないのではないかというのが三木委員からの御発言ですが、いかがでしょうか。

○山本幹事 私も多くの場合は、三木委員が言われるとおりかなと思っていますが、ちょっと気になったのは、今回、取下げに時期的な制限とかを設けて、例えば終局審判後については取下げは認めないとか、あるいは裁判所の許可を必要とするとかという規律を設けた場合のことなのですが、そういう規律を設ける趣旨は取下げによって事件が終わってしまって、終局審判が無駄になってしまうと、それは裁判所にとっても相手方にとっても相当ではないというような考え方があるとすると、この場合はその申立人とは別に手続を進行してくれる人がいるわけですから、それは手続は残り続けるような感じがすると、それが正しいかどうか、三木委員が正に言われた遡及効の問題とも関係するののかとも思いますが、もしそうだとすると、あるいは取下げとは別の規律を設けてもよいのかと。それは取下げとしてこういう場合には、何か要件を別にするという考え方もあるかと思いますが、あるいは取下げとは別の脱退という概念で整理するということが論理的にはあり得なくはないような気がしました。

○伊藤部会長 今の三木委員、山本幹事の意見を踏まえましていかがでしょうか。

○高田(裕)委員 ここも山本幹事とほぼ同じ意見なのですから、取下げでカバーできれば

それはあり得る規律だろうと思います。もちろんその際、申立てというものの個数、サイズ、申立てというものをどうとらえるかにもよると思いますが、山本幹事が御指摘されたことにもう一点だけ付け加えておきますと、遡及効の問題ですが、手続的な遡及効は、遡及効という表現が悪いのかもしれませんが、手続的には一種の併合状態ですから、参加した者によって従前の手続は引き継げるのでしょうけれども、民訴で言えば、訴え提起の効果と申しますか、いわゆる出訴期間に該当する規律が実体法上存在する場合を想定しているわけですが、その場合にも参加と取下げでカバーできるのかどうか。

恐らく規定さえ設ければ、カバーできると思いますが、そのカバーするときに取下げの効果に特則を設けるよりはこの括弧付きの脱退ということでカバーできるのであればこれはそれでカバーしておくというのも一つの選択肢かなという印象を持っています。

○増田幹事 取下げと要件が違うというのは確かに文言上はそうなるのかもしれませんが、実質上は取下げと同じなので、取下げにある種の手続的要件をかぶせれば、こちらにも解釈上掛かってくるのではないかと思います。

ただ、それも理論的な話であって、実務的には、裁判所の許可にしても、相手方の同意にしても、取下げだったら許可・同意しないけれども、脱退だったら許可するとか、そういった話にはならないのではないかと思います。結論的には同じような結果になるのではないかと思うので、余りそこは神経質に考えなくてもいいのではないかと思います。

○伊藤部会長 分かりました。

そうしましたら、申立ての取下げですべて処理できる問題であれば、あえてこういう概念をここで持つてくる必要はないのですが、その辺り、もうちょっと細かいところまで検討してもらって、その上で最終的な結論をどうするかを考えることにいたしましょう。

ここで、脱退まで終えていただいたということで、休憩を取ることにいたします。

(休 憩)

○伊藤部会長 それでは再開したいと存じます。

3の夫婦財産契約による管理者の変更及び共有財産の分割に関する処分の審判事件の位置付けについての説明をお願いします。

○松田関係官 では、御説明いたします。

3では民法第758条第2項の規定による夫婦財産契約による管理者の変更及びこれと併せて民法第758条第3項の規定により請求する共有財産の分割に関する処分の審判事件について、いずれも調停することができない事項についての審判事件とすることを改めて提案するものでございます。

このような整理をする根拠としましては、補足説明1のとおり民法第758条の規定の趣旨からしますと、管理者の変更及び共有財産の分割のいずれにつきましても、当事者間の協議による処理は想定されていないと解されますことから、いずれも調停することができない事項と位置付けるのが相当と考えられるということです。また、共有財産の分割につきましても、法定財産制の下では、民法第256条第1項本文の規定に基づきまして、当事者間の協議で夫婦共有財産の分割をすることができると解されますため、これとの対比から夫婦財産契約による共有財産の分割も協議でできてしかるべきではないかとも考えられますが、

夫婦財産契約による共有財産の分割は民法第758条第2項の要件を満たす場合に限り、家事審判手続により行われるものであるのに対し、法定財産制の下での共有財産の分割は一般的な共有物分割の規律に従い、まず当事者間で協議を行い、これが整わなければ最終的に通常の民事訴訟手続で処理されるものであり、両者の共有物分割はそもそも性質が異なるものであると考えることができますので、異なる取扱いとすることにも合理的な理由があり、これにより特段の問題は生じないと考えられます。

このようなことから夫婦財産契約による管理者の変更と共有財産の分割の審判事件につきましては、調停することができない事項についての審判事件と位置付けることを提案しております。

次にこのような整理をした場合の具体的な審判手続についてですが、補足説明3の(1)のとおり、当然には手続の当事者にならないこととなります他方配偶者について、必要的陳述聴取の規定を置く必要があります。また、3の(2)のとおり管理者の変更の請求とともにする場合にのみ共有財産分割を請求することができるとしております民法第758条第3項の規定からしますと、管理者の変更の審判をしない場合には、共有財産の分割の審判をすることができずと解するのが相当です。他方で、民法第758条第3項が管理者の変更の審判の実効性を確保するための規定であることや民法第258条第1項の規定による共有物分割請求が形成の訴えであると解されていることからしますと、管理者の変更の請求を認める場合には共有財産の分割請求も認めるのが相当と考えられますので、管理者の変更の審判をするときは、これと併せて共有財産の分割の審判をしなければならないものとするのが相当と考えられます。

なお、(3)のとおり共有財産の分割の具体的な手続につきましては、現行家事審判規則の第48条第3項が準用する各規定の規律を基本的には維持することを考えておりますが、公告につきましては、遺産分割における公告の規律と併せてなお検討することとしたいと考えております。

○伊藤部会長 この問題につきましては、以前当部会で頂いた御指摘などを踏まえて検討した結果、こういう形での取りまとめになっているわけでございますけれども、いかがでしょうか。

○古谷幹事 基本的には提案に賛成でございます。一点だけ部会資料の8ページになりますが、公告の規律の関係ですけれども、これは實際上、公告までの必要性があるとは考えにくいので、この点については反対という意見でございます。

○伊藤部会長 分かりました。

ただいまの点、あるいは3の基本的な考え方などについてどうぞ御自由に御発言ください。

○畑幹事 調停ができるかどうかということについて、私が疑義を差し挟んだように記憶しますので、一応発言いたします。民法の解釈として、おおむね明らかになったということであれば、これでよろしいかと思えます。

○道垣内委員 おおむね異論はないのですが、一点だけ御説明いただきたいのが、7ページの3の(2)の他方以下なのです。分割の請求をされた場合に関して、管理者の変更の審判をする場合には、これと併せて共有財産の分割の審判をしなければならないものとするのが相当であると考えられる、ということですが、その理由が今一步よく分からなかったのですが。

○松田関係官 説明不足で申し訳ございません。

民法758条第3項の共有財産の分割の請求はその2項の管理者の変更の請求をするときに限ってできるものですので、もちろん両方の請求があった場合ということなのですけれども、まずその管理者の変更をすべきかどうかということ判断することになると思うのですけれども、そこで民法758条2項に定める他の一方、管理者とされている人の管理が失当で財産を危うくしたその要件を満たすと考えて、管理者の変更をすべきだと考えた場合には、管理が失当だからということで併せて共有財産の分割を請求しているわけですから、その必要がないと判断をすることは想定し難いと言いますか、できないのではないかと。民法の共有物分割の請求というのは形成の訴えと分類できるとされていて、そうしますと共有物分割の請求があると、共有物分割の判決をしなければいけないことになると思いますので、ここも管理が失当で管理者変更が相当という判断をしたのであれば、それと併せて共有財産の分割請求がされていたら、分割をしてほしいという請求どおりに分割する方向で判断する以外になかなかないのではないかなと考えまして、併せてしなければならないというような規律にするのがよいのではないかと考えました。

○道垣内委員 理屈上は本当にそうなのだろうかということが分からないのです。つまり、夫婦をA、Bとしますと、共有財産が一方の管理にあるというのは、A、Bの共有財産なのにAが単独で管理をするということになっているという状態です。そのAが管理失当だからといって、変更を求めるということになったときに、どうなるかですが、B単独の管理になるという考え方は恐らくできないと思います。それはなぜかという、A、B共有財産をAが単独で管理することになっているというのは、Bの共有持分についてもAが管理しているというわけでして、Bは自らの共有持分件に基づく管理権を自分に戻すことができますが、現在管理者であるところのAのA自身の共有持分に基づく管理権を排除することは恐らくできないと思います。したがって、A、B共有財産をA、Bの共同管理に移すということになると思います。そこで、次に問題になるのが、そのときに必ず分割になるのかということですが、民法758条2項の基本的な効果としては、管理に関する夫婦財産契約がなくなって、通常の共有状態になるだけであって、分割というのは第2のステップのような気がします。もちろん、そのときも、法定財産制における共有物分割は通常の共有物分割とは別の性質を持つということはできますが、758条3項に基づく請求があるときは必ず分割もしなければならぬとしましても、それはA、B共有財産でAが単独管理になっているものをいったん共有財産だから共同管理という状態にして、それからの分割になりますから、法定財産制に基づく財産の分割に性質上は変わるところがないのではないかと気がします。

○松田関係官 当方で整理した段階では、758条2項で管理者を変更するというのは、それは飽くまで夫婦財産契約の中での変更と考えておりましたので、A、Bの共有財産がAの管理と夫婦財産契約で決められていて、そのAの管理が失当だったので、Bから管理者変更と共有財産の分割の請求が併せてされて、Aの管理は確かに失当だと認定された場合に、夫婦財産契約の変更として管理者をBに変更するという判断をここですのではないかと考えておりました。ただ夫婦財産契約上の管理者が代わったとしても、それがA、Bの共有財産でありますと、そのままということになりますと、共有者であるAも民法の共有の規定もあり、処分するときなり何なりに一定の関与を完全には排除できませんので、本当に自分の財産を守りたかったら、共有財産を分割するしかないということで、758条3項が規定されたとの文献の記載もありましたので、夫婦財産契約としての管理者を2項で変更しただけで

は不十分だから共有財産を分割してほしいと申立人が言っているのに、管理者を変更しただけでいいのではないですかということで、3項の分割請求は認めませんという判断を裁判所がするのはおかしいのではないかと、今、御提案させていただいているような規律にさせていただきました。道垣内委員がおっしゃられたように、管理者を変更すると、民法の共有のほうの規律に行くのだという考え方はしていませんでしたので、ちょっと前提が違ってしまっているのかもしれない。

○道垣内委員 結論として反対するつもりもありませんし、使われてもいないものについて時間を掛けるのは恐縮でございますけれども、A、B共有財産がAの単独管理になっているときに、それをBの単独管理に直すということは758条2項の文言からは出てこない解釈だと思います。「夫婦の一方が、他の一方の財産を管理する場合において、……他の一方は、自らその管理をする」というのは、自分の財産を自分で管理をするということだと思われま。まあ、第2項の「その管理」というときの「その」の意味ですね、結局そうなる。

しかし、救済手段として分割まで救済として求めているのだから、一気にやってしまうということであると、実質論はそれでもいいと思いますので、別段特に反対するわけではありませんが、前提がそうなのかという若干違うような気がします。

○伊藤部会長 そこは、758条2項の管理の変更がどういふ対応のものを想定しているのか。一応事務当局としては、文献等を調査して、先ほど申し上げたようなことなのですが、ただいま、道垣内委員からの御指摘もありましたので、もう一度確認をした上で、特にこの審判手続における手当ての(2)の他方うんぬんというところについては、こういう形でいいのか、それとも検討の結果、何らかの違った考え方を提示したほうがいいのか。それをまたお諮りするにいたしましょう。

ほかにはいかがでしょうか。

あとは先ほど古谷幹事のおっしゃった公告の点についての御意見がございましたが、他の点はよろしいですか。もしよろしければ、直前に議論になった点についての整理、あるいは調査は更にするにすることにして、先に進みたいと思います。

4の調停に代わる審判をする場合等に関し、民訴法265条と同様の規律を置くことについて、という点についての説明をお願いします。

○松田関係官 では、御説明いたします。

4では、調停に代わる審判について、当事者の共同の申立てにより、裁判所が審判をしたときは、その審判に対して異議の申立てをすることができないものとする民事訴訟法第265条類似の規律を置くことについて検討することを提案するものです。

補足説明のとおり調停に代わる審判については、現時点では当事者にのみ異議申立権を認めることを前提としておりますので、民事訴訟法第265条と同様の規律を設けて、当事者の異議申立権を実質的に事前放棄させることにより調停に代わる審判の早期確定を図り、審判により形成された権利をより早期に実現することが可能になるメリットがあると考えられます。

しかし、離婚及び離縁については人事訴訟法第37条第2項及び第44条で民事訴訟法第265条の適用が除外されていることとの整合性からしますと、少なくとも離婚及び離縁についての調停に代わる審判にこのような規律を置くことは相当でないと考えられますし、これと同様に親権者の指定や変更等、離婚や離縁において必ず判断しなければならないとされ

る事項につきましても、実質的に申立権の事前放棄に当たる制度を設けることは相当性を欠くとも考えられます。

このようなことを考慮しますと、調停に代わる審判において、民事訴訟法第265条と同様の規律を置くこととするにしても、例えば婚姻費用の分担に関する処分の審判、子の監護費用の分担に関する処分の審判、財産分与に関する処分の審判、扶養料の支払を命ずる審判、遺産分割の審判等、民事訴訟と同様に財産上の給付を命ずる調停に代わる審判においてのみ導入するというとも考えられます。

以上、申し上げたところなどを御検討いただきまして、調停に代わる審判において民事訴訟法第265条と同様の規律を置くこととするかどうか。置くとした場合にもその規律の適用範囲をどこまでとすべきかについて、御意見を頂きたいと考えております。

なお、(注)に記載しておりますとおり、婚姻取消しの合意に相当する審判については、現時点では、子の親権者の指定についての当事者間の合意の要否が両案併記の状態になっておりますので、いずれにしましても婚姻取消しにおける親権者の指定についての合意の要否を先に決することになります。仮に親権者の指定について当事者間の合意がなくても審判をすることができるとの規律を採用した場合であっても、民事訴訟法第265条と同様の規律を置く必要性は乏しいとも考えられますし、少なくとも調停に代わる審判において、親権者の指定又は変更に関する事項を規律の対象から除外した場合には、合意に相当する審判においてもこのような規律を置く余地はないと考えられます。

○伊藤部会長 まず、(注)は後から審議いただくことにして、4の本文の調停に代わる審判について先ほど説明があったような理由から民法265条の類似の規定を置くことについてどう考えるか。補足説明で一定の類型のものに限ってこういう規律を導入することが考えられるという部分ですが、この辺りはいかがでしょうか。

○古谷幹事 適用範囲等につきましては、また十分議論があり得るかと思えますけれども、基本的なところとしましては、このような制度を置くニーズが実際にあると思えますし、24条審判を適切に活用することによって、権利の早期の実現というものが十分期待できるかと思えますので、賛成でございます。

○伊藤部会長 適用対象となる事件類型に関しては、なお検討の余地はあるけれども、基本的な考えとしては賛成という積極的の御意見がございましたがいかがでしょうか。

○山本幹事 この265条の規定については、理論的には仲裁合意に近い性質のものであるということが言われているのではないかと思います。私の承知する限りでは、ここに書かれている財産上の給付に関するような婚費分担とか、財産分与、あるいは遺産分割等については仲裁の可能性を認める考え方が相当有力なように承知しておりまして、他方で、子の親権者の指定とか変更等については認める見解もあるのではないかと思いますけれども、少数のような気がしております。

そういう意味では、補足説明に書かれているような区分をすることにもそれなりの合理性はあるのかなと思いました。

○伊藤部会長 理論的な見地から見てもここに掲げられているような考え方が合理性を認められるという、これも積極的の御意見がございましたが、ほかにはいかがでしょうか。

○三木委員 私も結論において御提案に反対するものではありませんが、若干の注意として申し上げます。

山本幹事がおっしゃるように、本質において民訴の265条のほうは仲裁と同様の説明が付く制度だと思いますが、問題はこの当事者が共同で申し立てたとはいえ、その共同申立てによって開始される調停に代わる審判がそれと同じ実質を有するかというところだろうと思います。

共同で申し立てたというだけで、特にこういう家事の場合に代理人がつかないとか、素人が行くことが多いと思いますので、どこまで認識されているかという点には十分な配慮が必要です。こういう制度を置くこと自体は、結構かもしれませんが、規則事項になるのかもしれませんが、その辺の十分な教示と言いますか、それ以外にも何かあるのかもしれませんが、そうした当事者が自覚的に異議権を放棄できるという状況をつくり出すという制度とセットということで賛成したいと思います。

○伊藤部会長 当事者の異議申立権の事前放棄に関しての手続的な規律と言いますか、そういうことについての御注意だと思います。ごもっともなことかと思えます。

それでは、本文のほうはそういうことでよろしいですね。

(注)の部分、ここは慎重に検討する必要があるということですが、先ほどの説明からお分かりいただけますように、ちょっとこちらはなかなか難しいのではないかというニュアンスの説明ですがこの点はいかがでしょう。

幾つかの理由が(注)の内容として書かれておまして、ここに書かれているような理由を踏まえると、こちらのほうはちょっと難しいような気がいたしますがいかがでしょう。

先ほどの説明を踏まえて、この部会としてもこちらに関しては、むしろ消極の御意見であると承ってよろしいですか。

それでは、そのようにさせていただきます。

他に特別に御意見がなければ、次の5の再審の申立人の範囲についてに移りたいと思いますが、よろしく願いいたします。

○松田関係官 では、5について説明いたします。

5では、再審の申立適格を有する者の範囲につきまして、原裁判の当事者に限定しないことを提案するものです。従前の審議でも再審の申立人を原裁判の当事者に限定しない前提で規律を提案しておりましたので、今回は、家事審判手続におけるこのような解釈について、改めて確認させていただく趣旨で議題とさせていただきました。

再審の申立人を原裁判の当事者に限定しない趣旨につきましては、補足説明1に記載しておりますとおり、家事審判事件には成年後見開始の審判事件や親権喪失の宣告の審判事件などのように、裁判の効力を直接受ける者が必ずしも手続の当事者になっていない場合が少なからずあり、このような場合には基本的には陳述聴取の機会を与えたり、即時抗告権者とするなどの手続的な手当てをすることとしておりますが、それにもかかわらず手続に関与する機会が現に与えられないまま、重大な瑕疵が見逃されて裁判がされ、これが確定した場合には当事者でない者であっても、再審の申立てにより瑕疵がない状態での再度の判断を求める機会を与えるのが相当と考えられます。

具体的には例えば特別養子縁組における養子の父母につきましては、当事者ではないものの特別養子縁組を成立させる審判の必要的陳述聴取の対象とされており、特に縁組に同意しない父母については、陳述聴取を審問によって行うこととされており、その懈怠は、憲法違反として特別抗告事由になり得ると解されている等、手続への父母の関与が相当重視されて



いますが、このようなものであっても特別養子縁組の審判がいったん確定してしまうと、どのような瑕疵があろうと当事者でない以上は再度の審理を求め得なくなるというのではやはり妥当性を欠くことになると考えられます。

このように家事審判事件では当事者以外の再審の申立権を認める場合が具体的に想定されますことから民事訴訟手続や人事訴訟手続では第三者の再審の訴えの原告適格について争いがあるところではありますが、家事審判手続においては当事者以外の第三者による再審の申立てを許容するのが相当であり、少なくとも解釈上認める余地を残しておく必要があると考えられます。

なお、この場合に想定しております第三者としては、典型的には特別養子縁組を成立させる審判における養子の父母や成年後見開始の審判における成年被後見人等のように、裁判を受ける者のほか、清算人選任の審判事件における会社等のように、裁判を受ける者ではない者の裁判の法的な効力を直接的に受ける者が第三者に当たると考えられますが、特にこれらの者に限定して明示的に再審の申立権を認める規律を置くことは考えておらず、原裁判の当事者に限定しない規律を置くことにより第三者による再審の申立てを可能とすることを考えております。

このように当事者以外の第三者も再審の申立てをすることができる場合があると考えますと、補足説明2のとおり、再審の対象となる原裁判に対して即時抗告権を有していない者が再審の申立人となる場合、具体例で言いますと、非訟のほうの具体例になるのですが、会社法479条第2項の規定による清算人の解任の裁判における会社はその裁判の法的な効力を直接受けるものに当たると考えられますが、清算人の解任についての裁判の即時抗告権者は申立人及び当該清算人であるため、当該会社が申立人でない場合には当該会社は解任についての裁判に対する即時抗告権を有しないことになります。

このような場合があると考えられますけれども、このような場合に再審の開始決定がされて、再度審議が行われた場合、結局原裁判が相当であるとして再審の申立てが棄却された場合には、形式的には申立ての棄却ということになりますので、これに対して申立人に即時抗告権を認めることが考えられますが、この場合は実質的には原裁判がそのまま維持されておりますので、そもそも原裁判自体に即時抗告することができなかつた再審の申立人にその原裁判と同一の判断である申立ての棄却裁判に対する即時抗告権を認める必要はないと言えますので、再審の申立人であっても、原裁判に対して即時抗告をすることができない者は再審の申立てを棄却する裁判に対し、即時抗告をすることができないとの規律を置くことが相当と考えられます。

- 伊藤部会長 まず、本文の部分についての御意見を伺って、その後で今直前に説明がございました補足説明の2のほうに関しての審議をお願いしたいと思いますので、まず当事者に限定しない。少なくとも解釈上は第三者にも再審の申立適格を残す規定、規律とするというこの考え方に対してはいかがでしょうか。
- 畑幹事 原裁判の当事者に限定しないというのは賛成ですが、全く無限定かというのがちょっと気になるのですが。あるいはそれは補足説明のほうの2の問題にもちょっとかかわるのかもしれませんが。もし、何かお考えがあれば、お聞かせいただければと思います。
- 伊藤部会長 先ほど例は説明があったのですが、もうちょっとふえん化するとどういふあれですか、今の畑幹事の無限定ではないでしようという御質問に答えるとする。

- 松田関係官** 法文上限定するというのがなかなか難しいので、ちょっと限定的に規定するのは無理ではないかと思っているのですが、やはり無限定ではないと考えておまして、典型的には民事訴訟では基本的には判決の効力を受ける者ということになるかと思うのですが、それと同様に考えるとその審判なり裁判の効力を受ける者、法的に受ける者が対象になっていると。非常に大きな瑕疵があって、された裁判の効力をそのまま受けることを看過し難いような場合ということで、最終的にはちょっと解釈ということになってしまうのかもしれないのですが、やはり裁判を受ける者に準ずる者というようなことで考えております。
- 畑幹事** 恐らく実質で何か反対ということではないのですが、裁判の効力を受けると言ってしまうと、非訟の裁判の形成力というのは少なくとも観念的には幅広く及ぶと考えられておきますので、それでもやはりちょっと広いかない感じがいたします。だからこそ今裁判を受ける者に準じるということをおっしゃったと思いますが、ちょっと私も考えてみたいと思います。
- 増田幹事** 私も別に反対ではないのですが、ちょっと疑問がありまして、仮に再審開始決定が出たとして、次の審理の手續当事者はだれになるのですか。
- 松田関係官** 再審の申立人も当事者に含まれるのではないかと考えています。
- 増田幹事** 非訟の場合、再審の申立人が当事者適格を有するとは限らないのではないのでしょうか。
- 松田関係官** はい。参加人的な地位で、純粋な当事者、申立人相手方的な純然な当事者ではありませんけれども、利害関係参加した参加人的な立場を採るのではないかと考えております。全く無関係に進んでいくのもおかしいように思われます。
- 脇村関係官** 松田関係官からもありましたように、許可を受ければ参加できるような人でなければ、少なくとも再審申立てはできないのだと思うのです。逆に言えば、再審申立てが認められるだけの利害関係、家事でいうと審判を受ける者、あるいはもうちょっと拡張するかもしれませんが、そういった者についてはあると考えた上で、それが認められる以上は許可があったのと同じように、利害関係参加人というかは別にして当事者として扱うということになると思います。問題は元の当事者をどうするかということですが、手續の再開と考えれば当然元の当事者であった人は当事者になるのだとは思いますが、
- 増田幹事** 実務的にそんなにあることではないと思うのですが、その辺りの手續的なことについて、民訴とは違うところがありますから、その後の手續まで一応は御検討いただければと思います。
- 伊藤部会長** 基本的な考え方を示しているところですので、まだおっしゃるような再審手續の当事者ないし当事者の適格な基礎的なものについては、なお検討する必要があるかと思えます。
- 金子幹事** 今の部会長おまとめのとおり、もう少し検討させてください。ここで前提としているのは、再審の申立てを当事者に限定しないということで、申立権があるとされた者は自らが申立人になるということを想定していて、参加とともに申立てをするということを想定していたわけではないです。なので、3号事由についていえば、その後の手續、それから再審申立人自らに本来保障される手續保障が原審の段階では保障されなかったという場合に、限定するのか、原裁判の当事者に保障されなかったことが必要なのかについては、前者で考

えていたものですから、比較のおのずと申立人の範囲は狭まるようには考えておりました。再審事由は、当事者以外の者については、その者に手続保障が侵害された場合を考えていて、そのような例として今説明したのですが、もう一度整理したいと思います。

○山本幹事 今の点は正に疑問だったのですが、ここに挙がっているような実父母に対する陳述保障が手続違反だと。これは憲法違反なのかもしれませんが、即座には再審事由にはならないわけなので、このどこかにある。先ほど3号というお話がありました。普通はやはりこれは当事者について代理人が代理権を有していない。広く手続保障を害しているのとらえたとしても当事者についての手続保障を害したということだと思いますので、第三者に対する手続保障を害したというのは民訴ではやはり3号では読んでいないように思いますので、これは仮に非訟でそう考えるのだとすれば、明文規定が要るのかどうかは分かりませんが、そこはちょっと慎重に考える必要があるのかなと思います。

○伊藤部会長 解釈上の余地を残しただけではなかなか難しいという問題があるということですよ。

○金子幹事 平成元年の最高裁判決は、検察官を相手にした死後認知の訴訟だったと思いますが、認知を求められた父の他の子どもが手続に関与できなかったことをもって再審事由となる余地があるというのが学説の有力な考え方で、それはその人にとっての3号と考えたのではなかったかと思っていたのですが。

○山本幹事 私の知っている限りでは、原審ではその点が問題になって、必ずしもそうは言えないのではないかというふうな覚えですけれども、そういう議論がされていたように記憶しているのですけれども。

○金子幹事 それは最高裁では否定されてしまったので、それで人訴は手当てをしたのだと思うのですが、そのときの評釈などを拝見しますと、批判が強くて、子どもについて3号該当でいいのではないかと思っていたものですから、むしろそれをこちらに取り込めないかなということ考えていたのです。もうちょっと検討させてください。

○伊藤部会長 基本的な考え方自体に消極的な御意見ということではないように思いますが、しかしこういう形で第三者裁判効力を受ける者という、そういう立場にある第三者に再審の申立適格を認める場合の範囲だとか、事由だとか、あるいはそれをここにあるように解釈上、その余地を残すだけで解決になるのかどうかという辺りでの御意見があったと思いますので、そこはもう少し検討してもらうことにいたしましょう。

今の話と多少関係もございしますが、この補足説明の2の部分、先ほど清算人の解任の例が事務当局から提示されていますが、再審事由を争う資格だけを保障する。しかし、原裁判が維持されるともうそもそも原裁判に対する不服申立資格がない以上、それ以上のことはできないというような考え方がここで示されておりますが、この2の部分に関してはいかがでしょうか。

例が非訟事件の例になっておりますというわけでもないのですが、菅野委員、あるいは中東幹事、何か御意見はございますか。

○菅野委員 難しい議論でなかなか答えにくいのですが、この提案というか説明されているところを読ませていただいたときには、なるほどなど、こういうところになるのだなと思っております。ただ、先ほどから出ていますように、そうかといって範囲というのでしょうか、無限定にそれが取られてしまうとそれは大変なことになるので、一定の絞り込みというか、

あるいはその後、再審になった場合の手続がどうなるのだというところがあれば、周到的な検討を頂くとこれについては基本的には賛成だということになるのかなと、そういう考えでおります。

- 畑幹事 余り時間を取る問題ではないと思うのですが、2で、再審の申立てはできるが即時抗告はできないという人がいるとした場合に、清算人解任における会社というのは、再審開始決定がありますと、元の裁判手続が観念上復活する。そこで利害関係参加の申立てとかをすれば、即時抗告もできるということになるのでしょうか。そういう話ではないわけですか。
- 松田関係官 参加人になれば、即時抗告権があるというのではなくて、いろいろな個別法で即時抗告権者というのが定められていますので、各裁判に対して、それに当たらなければ即時抗告ができないということになるかと思えます。
- 山本幹事 確認ですが、再審事由がないとして申立てを棄却した場合には即時抗告ができるのですね。
- 松田関係官 ええ。
- 畑幹事 ちょっとよく理解していないのですが、清算人解任事件における会社が再審の申立てをするといった場合に、再審事由としては先ほどの話との関係では、どうしているのでしょうか。
- 松田関係官 例えば、民訴法の338条の1項2号ですとか、こういったことがあった場合に会社も入れていいのではないかということですが。
- 畑幹事 清算人解任の例における会社というのは、必要的陳述聴取の対象ではあるわけですか。会社法の条文を見ればいいだけなのですが。
- 松田関係官 会社法の870条の3号に陳述聴取の対象が当該清算人又は清算人となっておりますので、必要的な陳述聴取の対象では必ずしもない。申立人の場合は別かもしれませんが。
- 畑幹事 そういたしますと必要的陳述聴取の対象でもなく、即時抗告権もない、しかし再審の申立権だけはあるということですか。何かちょっと妙な感じもいたしますが。
- 松田関係官 清算人は当該清算会社を代表する立場の人で、その人が代わるということは会社にとってもかなり間接的な影響というよりは直接的な影響を受ける、効果としても受けるので、裁判を受けるべき者に準ずる者と言えるのではないかと考えられますので、例としては挙げさせていただいたところです。
- 畑幹事 ここで頑張るつもりは全然ないのですが、そのくらいであれば陳述聴取の対象にするとか、即時抗告権を認めるというほうが何か素直な気もいたします。
- 伊藤部会長 そちらでの話はあるかもしれませんが。
- 脇村関係官 ちょっと陳述聴取の例があったので、その再審申立人にとっての手続保障の観点のような話があったような気がするのですけれども、そもそも発想としては、当該裁判審判によって一定の影響を受けている人が、もともとその手続上、明らかな瑕疵があるケースについて、自分がその瑕疵自体により害されたかどうかとはまた別に、再審をして一応やり直しを認めるかどうかということで、我々としては、例えば、法律に従って判決裁判所を構成しなかった裁判所が裁判をしたときに、その裁判により影響を受ける人が、構成しなかったこと自体によって、直ちに何か権利侵害を受けているとか、そういうのは置いておくとしても、少なくとも影響を受けている以上は一定の再審申立てをしてもいいのではないかと。

少なくともやり直して正しい判断をしてくれということとは言えていいのではないかと考えて、ちょっと御提案させていただいているわけです。あとはそういったときに、どこまで影響があればいいのかと。個人的には少なくとも審判を受け入れてもらうぐらいかなという気はしていますけれども、そういった感じで考えていたのですが。

○伊藤部会長 いかがでしょうか。陳述聴取という言葉が出ている関係で、再審事由の3号的なことがどうしてもあれですが、今、脇村関係官や松田関係官から説明がありましたようないろいろな再審事由があるわけですから、そういったものを裁判を受ける者、効力を受けるという立場で主張することということも想定されるのではないかと思います。

○畑幹事 こだわるつもりはないのですが、通常の不届申立てである即時抗告はできないが、非常の不届申立てだけできるというのは、何かちょっと違和感があるということだけ申し上げておきます。

○伊藤部会長 分かりました。確かにおっしゃられるとおりです。御疑問は何となく共有できるのですけれども。

この項目自体が、基本的な考え方は提示されているわけですが、細部についてはより深く検討する必要があるところかと思しますので、本日の御意見を前提にして、もう少し検討してもらおうことにいたしましょう。

ほかにございますか。よろしければ、第2の非訟事件手続に関する検討事項、専門的な知見を要する事件における審理の充実・迅速化の項目についての説明をお願いします。

○川尻関係官 第2、非訟事件手続に関する検討事項・専門的な知見を要する事件における審理の充実・迅速化では、以下に述べるような制度を設けることについて検討することを提案しております。

1の専門委員では、制度の枠組みについて規律しております。例えば、株式買取価格決定申立事件や信託受益権の価格決定申立事件、又は事業譲渡、営業譲渡の許可事件のように、特殊な専門的な知見が必要となる事件において、裁判所が適切に審理、判断をするためにはこれらの専門的な知見について正確に理解していることが必要不可欠な前提となります。そこで本文①では、専門的な知見を有する専門家を手続に関与させることにより裁判所が機動的に専門的な知見を得ることができるようにしつつ、当事者に対する透明性の確保強化という見地から専門委員の意見は裁判長が書面により又は当事者が立ち会うことができる期日において、口頭でさせなければならないものとしております。

本文②では、手続の進捗状況に応じて専門委員の関与が不要になる場合も想定されますことから、裁判所は専門委員を関与させるとした裁判を取り消すことができることとしております。本文③では、専門委員が期日に立ち会い、裁判長の許可を得た上で、当事者等に直接質問をすることができるものとするのが、審理の充実と効率性に資すると考えられますことからその旨を規律しております。

2、音声の送受信による通話の方法による専門委員の関与では、専門委員が遠隔地にいる場合等においても、専門委員を利用することができるように、いわゆる電話会議システムを用いて専門委員を期日に立ち合わせるができるものとするものです。

3、専門委員の指定及び任免等では、専門委員の員数や指定方法、任免に関して必要な事項の最高裁判所規則への委任、手当等の支給について規律しております。

4、専門委員の除斥及び忌避では、専門委員の中立性を確保すべく、裁判官と同等の除斥、

忌避等に関する規律を置くこととしつつ、除斥又は忌避の申立てがあった場合には、手続全体を停止するまでの必要性はないと考えられますことから、手続の停止に代えて当該専門委員は申立てについての裁判が確定するまで原則として手続に関与することができないものとしております。

5、受命裁判官等の権限では、受命裁判官又は受託裁判官が専門委員に関する手続を行う場合には、裁判所及び裁判長の職務は原則としてその裁判官が行うものとしています。

○伊藤部会長 それでは、審議をお願いしたいと思います。2以下の手続的な規律に関しては、もちろん御意見があればと思いますが、やはり中心になるのは、この1の専門委員の制度の関与、そのものについての要件だとか、専門委員の役割とか、この点だと思いますので、まず1に関して審議をお願いしたいと思います。

○栗林委員 専門委員の制度自体については問題ないと考えますが、例えば株価の算定の事件において株価について幾らと考えるのが適切であるとか、その株価の評価方法については何がいいとかいうことを書面、ここでは期日、口頭でということですが、そういう話をしたときに、裁判官がそれに非常に影響を受けてしまうことがあるのではないかと。そういうことであれば、それはむしろ鑑定を行うとか、鑑定委員会の意見を取るとか、そういうもう少し手続的な枠組みをしっかりと形で作ったほうがいいのではないかと思いますので、専門委員が述べる意見についてはある決定的なものにならないような枠組みというのをつくることを検討いただければと思っています。

○伊藤部会長 関与の要件をより厳格にするとか、そういうことになりますか。

○栗林委員 そうですね。

○伊藤部会長 分かりました。

他の委員、幹事はいかがでしょうか。

○増田幹事 民事訴訟法にも専門委員はあるのですが、民事訴訟法における専門委員の関与は争点整理だけに限られていて、そこで専門委員が述べられた説明等は判断の基礎とはならないという大前提があります。それを基礎にして、民事訴訟法の手続保障規定が設けられているわけで、御提案はそれをそのままこちらに持ってこられているようです。

ただ、非訟については、専門的な知見に基づく意見、そのものが最終的な回答になってしまう場合がある、そこが一番の問題点になります。非訟では職権探知主義ですので、それを裁判資料から排除するという枠組みをつくるのがなかなか難しい。そういうことを考えると、むしろ一般的な専門委員制度を設けるよりは、問題となるべき各則の中に借地非訟の鑑定委員会の制度に類似したものを設けるほうが適切ではないかと思います。借地非訟の鑑定委員会の制度について、今まで特に問題があるとは考えられていないように思います。

○菅野委員 少し大仰なことを言いますが、司法というものがどれぐらい経済社会の中で意義を持っていけるのか、生き抜いていけるのかということについては、こういう専門的な訴訟、あるいは専門的な知見を要するような紛争についてどれぐらい対処できるかということが非常に大きいと個人的に思っております。裁判所内で議論するときにもそういう意見を有する人というのは結構いるのです。

一方で、司法における専門性に対する要求水準、そういうものがこの10年来上がってきていると思います。昔は、裁判官、あるいは裁判所は民法とか商法とか基本法についての知識、法的な切り分けでやれるのではないかと、やや専門的なところというのは余り持ち込まな

い、あるいは持ち込んでもややブラックボックス的とでもいうのでしょうか、この専門分野はこうなのだ、みたいな事柄で余りそこに立ち入らない審理方式が結構多かったような気がしております。

逆に言うと本当に専門的なところはだから鑑定でしかやらない。そこは鑑定にお願いする。あるいは悪く言うと丸投げするというのがちょっと語弊があるかもしれませんが、あるところもあったということです。

ただ、それに対してだんだん範囲の面でもいろいろな多様なものが裁判所に持ち込まれる、あるいは弁護士にも紛争処理として持ち込まれていくようになったと思います。そういう社会のニーズとか要求というものがだんだん広がっている。その中で、大分裁判所でも、専門的な紛争でもその中身にまで手を突っ込んで議論しよう、判断しよう、そういう意識は随分強まってきているのですが、それに対処できる体制が整っているかということやはり非常に心もとないところがあるのです。

一方で、インターネットとか本とか非常にそういう情報のはん濫しております。実は裁判官も若い人ですと技術的なことでもあるいは会社会的な事柄でも自分でネットで調べてしまうのです。僕らの世代だとそういうことは余りピンと来ないのですけれども、かなりやるのです。

私も科学的な事柄が問題になったときに、自分ですごく調べたことがあります。当事者双方が出してきた主張と証拠にどうも納得できない。何でこんなに双方正反対のものばかり出るのだという意識があったので自分である程度とことん調べました。そのときには実は調べた本を全部双方に開示しました。私が読んだ文献はこれとこれとこれですよと。皆さんも読んで自分たちの主張、あるいは立証方針がいいのかどうか考えてくださいと。ただ、こんなのは全部の事件についてやるわけにはいきません。

そういう意味で、今言ったのは手続の透明性とか中立性ということからも本当は裁判官なりが余り専門知識について自分で一生懸命勉強するとか、調べるということ自体、果たしていいのかどうかという疑問もあるわけです。それもやったらある程度開示しなければならない。そういうことを考えると手間とかコストとか迅速さを考えた場合にこの専門委員制度みたいなものを便利だと言ったら語弊があるのかもしれませんが、合理的な制度だと思っています。

訴訟の専門委員制度は、当初は特許関係、医療関係等、非常に技術的に限られた分野で使われるのではないかと予想していたのですけれども、だんだん様々なものに使われるようになってきております。

現在では、こんな分野があるのだなと思うような非常に特殊な分野、あるいは技術系に限らず会計的、証券取引関係とか、それこそ企業事業価値についての関係だとどういう人がいいのだろうかとか、いろいろな需要が出てきております。

要するに、法のみではなかなか処理できない。かといって専門知識があれば紛争が解決できるということでもなくて、本当に両方、法律家に専門知識を補充することによって審理したり、解決したりすることができる事柄が増えてきていますし、それが多様化していると感じます。そして、それに対処していくようにしないと、法律家の社会というか、あるいは司法制度というものが、維持、発展できないのではないかという、そういう危機感がありまして、そういう意味では受皿となるこういう専門的知見を入れる制度というのはできるだけ幅

広めにつくっておいていただいて、それが使われるかどうか、ニーズがあるかどうか、あるいは、当事者間でかえってそんなものは嫌だということになるのかどうかということを、試すと言ったら変ですけれども、そういう受皿を設けておいていただけると現場としては本当に有り難いという思いがします。

それが制度としてできるときに非常にガチガチにつくられると結局使い勝手が悪いということで余り使われなくなるわけです。民訴の中で専門委員が導入されて、少し時期がたちましたが、時期的に最初使われたとか、あるいはある分野で使われなくなったとか、ある地域では使われているとか、あるいはこういう分野では当事者からの専門委員へのニーズが大きいとか、多様な状況が現れております。典型は、コンピューターシステムの瑕疵とか、あるいはその価値とかが問題になるIT訴訟の分野ですけれども、こんな10センチ、20センチならいいほうで、下手すると棚一つの書類が出てくるわけです。そういうものについては非常によく使われるようになっていきます。

長くなって申し訳ありませんが、もう一点、意見とか説明とかの言葉の意味も難しいのです。民訴法では説明という言葉が使われています。それから、争点整理、これは証拠調べとか和解についても利用をお願いすることが可能だという、そういう仕組みになっていると思っています。その場合に、例えば一般的な概念としてこれがどういう意味ですかということを探ねて答えてもらうのが説明だとすれば、それは正に説明かもしれませぬ。ただ、記録を見せないで、そういう一般的説明しかしないのだとすると、余りニーズが起きてきません。記録を検討してもらってこの事件でのこの用語はどういう意味なのだ、この概念はどういう意味があるのだという議論をして、初めて意味があるわけですが、そうすると、そこは争いがあったり、いろいろ問題になっているから探ねているわけですから、評価が含まれるわけです。昔、用語説明とか、図面説明が典型だと言われましたけれども、そのようなものでさえ、評価なのではないか。あるいは意見なのではないかということが問題になり得ます。あるいは、写真を見せて、この写真に何が写っていますか、この写真から何が分かるのでしょうか、あるいは図面を見せて、この図面はどういう意味ですか、あるいはこの計算式について、この計算式というのは意味は何で、この計算式が普通適用する領域は何で、そういう事柄と本件とがどう関連するのですかなどと探ねる、そのように、絞り込みを強くすると、説明であっても、評価や意見の要素も含まれてこざるを得ないのです。したがって、専門委員の答え得る範囲を明文で限定するのは非常に難しくなるわけです。

もちろん結論そのまま聴くというのは、おかしいと理解しておりますけれども、ただ、条文立てとしては、理科系的な技術事項の説明よりも文系的な相対的事項を扱うことの多い非訟事件では、なおさら今、書かれている条文程度の弾力的表現でないと思いきいと思います。専門委員の一番の魅力というのは多分鑑定と違っての迅速性とか柔軟性、機動性ということでしょうから、だとすると今、提案されているような枠組みでされると非常に現場として今後使われるかもしれないし、専門非訟が活発になるかもしれないという期待ができ、有り難いと思いました。

ちょっと長々と申し訳ありませんでした。

○中東幹事 私も、菅野委員がおっしゃった点に大賛成でございます。法的なあるいは規範的な判断については裁判所がしっかりと責任を持った上で、便利に使うということができればよいということかと思えます。当事者が全面的に対決するような事件では、オピニオン・シ



ヨッピングもやっているかもしれない、少なくとも、自分たちの都合のいい主張ばかりどんどん出して、それも中身は非常に専門的になっています。そのときに、裁判官に今の主張はどういう意味なのだろうか、あるいはおかしな気がしているけれども、今の主張でいいのだろうか、そういうのをアドバイザー的あるいは何かサポートしてくれる委員がいるということは大事であると思います。

栗林委員がおっしゃいましたように、鑑定のほうがいいのではないかというのもありましたが、鑑定に丸投げした事件があり、裁判所に期待されている規範的な判断が疎かになっていると考えましたので、私は判例評釈でかなり強く批判をいたしました。ただ、これもやはりどのように使うかの問題であり、菅野委員がおっしゃったように、やはり法律だけですべて解決できなくなっているという中で、裁判所は規範的な判断をしないとイケないというわけですが、そこをどうやって上手にやっていくかという意味で、これは是非フレキシブルな形で裁判官が使いやすい形で入れていただければと思います。

○伊藤部会長 慎重ないし消極な御意見と積極の御意見が正面から対立しておりますが、いかがでしょうか。

○菅野委員 鑑定との比較ということで申し上げますと、やはり鑑定というのは非常に御指摘がありましたように重いのです。裁判所も裁判所でやった鑑定というものについてそれを覆すかというのはそれはあるのですけれども、大変なことです。それに比べると専門委員のほうがそういう重みがないという意味では、私は当事者から見た場合にも、リスクが小さいと思います。むしろ手続の早期段階から使えますし、軽いことを尋ねたり、双方ともいろいろな質問ができますし、機動性、即時性といったものがあります。また、一方で専門委員の考え方、評価や説明意見というものは、文書で出すなり、口頭で聴けるということになりますから、透明性とか、あるいはフレキシブルさとかがあり、双方からいろいろと議論してもらう意味でもよいのではないかという意識を持っております。

元建築部におりましたときに、大きな事件の場合には、かなりしっかりした書面を出してもらったこともあります。その場合もその書面について双方に渡して、それについての意見、質問をしてもらいまして、2回、3回とそういう文書のやり取りをしていますが、そういう行ったり来たりみたいなことがなかなか鑑定だとできないのです。鑑定の場合ですと、かなり争点整理をして絞り込んで、時間も大分掛けた上でないと鑑定のステージに移れません。当然鑑定事項とかも限られたことになりまして、その鑑定事項をどうするかで何か月も議論を闘わせたりすることもございます。その上で、最後に鑑定書が出てくる。それまでに最初にそういう話が出てから半年掛かるかもしれない。あるいはもっと掛かるかもしれない。その上で、かつ出てからもなかなかそこから動きにくい。それが専門委員の場合ですと、専門委員をお願いしようかといって2か月とか1か月、場合によってはもっと短い期間で専門委員を指定するということがございます。それに、複数回の期日に来ていただくこともできますし、その間で、行ったり来たりみたいなやり取りができる。大分、イメージしているものは鑑定というものと専門委員の間には実務家的にはすごい距離があるのです。もちろん意味合いも重みも違うのです。そういう意味で、私は双方の弁護士にとっても使い勝手というのでしょうか、いいのではないかという気がします。

実際に私自身は専門委員を付けますかということを経験では双方に向けたときに実は不要だとか嫌だと言われた経験はないのです。時期的にもっと争点整理を詰めてから付けたほう

がいいのではないかとされたことが一度あります。それから、この専門委員について別な出身の方をお願いしたいと言われたことが一度だけあります。何十回も専門委員をお願いして、不要だということと言われたことはありません。むしろ、裁判の現場では、当事者に対して、実は余りたくさんこんなに多数質問しないでほしいとか、こんなストレートな質問はしないでほしいと裁判所としては抑える方向のほうが多くて、双方から質問書が出てきたときも、これを狭めていくという方向でむしろ動いていたわけです。専門家の助言へのニーズというのは相当にあるのではないかと、そういう意識を持っております。

○伊藤部会長 専門的知見の供給源としての専門委員の機動性のようなものについて、そこをめぐって積極、消極、あるいは問題の指摘等があるかと思いますが、どうぞ他の委員、幹事の方の御意見を承りたいと思います。いかがでしょうか。

○藤井委員 私も結論から言いますと専門委員の制度を導入することには賛成です。具体的に鑑定との精度さ、どういう使い勝手かということまで承知しているわけではございませんけれども、この職権で探知するという諸事件手続の中で、フレキシブルに専門委員、専門的知見を持った者に対して意見を求めることができるということのほうが特に会社非訟のような特殊な事件がある場合には迅速でかつ的確な判断ができるのではないかなと思っております。

○増田幹事 菅野委員の現状認識と実情に関しては正にそのとおりであろうと思います。しかしながら、やはりその便利さゆえにやはり危険なのではないか、と考える次第です。民事訴訟の専門委員と同じように議論されては困るのであって、民事訴訟の専門委員について弁護士がまず反対しないのは、争点整理に限定するという縛りが掛かっているからなのです。

鑑定については確かに菅野委員が言われたように、十分に争点整理を尽くして、鑑定事項までもんで、最後に鑑定する運用になっていて、それに対して双方余り議論はできないような感じになっているので、使い勝手が悪い部分があるというのもそのとおりです。

しかも中東幹事が言われるように、裁判所にアドバイザーが欲しいというのも多分そのとおりだろうと思います。ただ、その人が専門分野に通じているかとか、その人の能力が間違いないかとか、その人が本当に中立公平だとか、その辺りが全然担保されてないのです。

例えば、知財の訴訟の分野に専門委員がありますけれども、私の経験ではないのですが、微妙に専門分野が違うという場合があります。特に、科学の最先端を議論するとき、のを双方の代理人がこの人は本当にこの分野を知っているのかという疑問を持つような専門委員もおられるようです。それも無理ない話です。今は先端へ行くほど技術的な専門分野は細かく分かれていますから。

そういったことを考えますと、株価の算定などは当事者に専門家がついていることが多いので、争点整理的な手続で、何度も当事者の意見を聞かせてもんでいただいた上で、最後に決めるための何らかの制度をつくるということでもよしいのかなと思います。

例えば、先ほど借地非訟の鑑定委員会の問題を申し上げましたけれども、倒産法の分野では担保権消滅手続の価額決定のときの評価人選任という手続もあります。専門家の知見を生かすこと自体は必要だと思いますが、一般的に不透明な専門委員制度を入れるよりも、それぞれの手続に合った評価制度をつくっていけばよいと考えます。

○岡崎幹事 専門委員の必要性という要請に関しては、既に議論が出ているので繰り返はしませんけれども、今、増田幹事がおっしゃった点に関連して若干付言させていただきたいと思えます。

一つは、各則で定めればいいのではないかという御意見があったかと思います。これは先ほど川尻関係官の御説明の中にもあったように、どの分野で今後使われるかという点につきまして、単に株価算定の事件だけなのかという点、今後、新たな法律の制定に伴って、どんどん広がる話ではないかと思われまます。そのときに、一つ一つふさわしい制度を吟味して入れていくのは、法制上もなかなか容易ではないのではないかと思います。そういう観点からしますと、手続の一般法である非訟事件手続法の中で、この専門委員の制度を設けていただくというのは極めて有意義なことではないかと考えます。

それから、民訴では説明という縛りが掛かっており、争点整理を中心に用いられている関係で、当事者から余り異論が出ないやの御発言もありましたが、これは必ずしもそうではございません。例えば建築事件は、専門委員がしばしば使われる一つの典型例になっているわけですが、当事者双方が専門委員に意見にわたることを言ってもらいたいという要望がある事件も実際にあるわけでごさいます、民訴で縛りが掛かっているから異論がないというよりは、むしろそのようなニーズがある分野があるのだということだと思えます。

民訴で意見を言えないような制度にしたというのは、私の理解ですと、特に医療に関して、専門家不信があつて、医療過誤訴訟の中で、専門家が一定の意見を言うことによって医者をかばうというような体質があるのではないかというところに端を発したものではないかと理解しておりますが、例えば今ここで例に挙げている株価算定の問題ですとか、信託受益権の問題に関して、そのような構造的な専門委員と当事者との間の利害の一致、あるいは不一致があるような事件類型ではないと考えられますので、それほど微妙な問題が生じるのかどうか疑問です。

確かに専門分野が細分化していて、ピンポイントでピタッとくる専門家をお願いできるかどうかという点に関しては、問題があり得るわけですが、そこは菅野委員からも御発言がありましたように、その専門委員の発言をめぐって当事者間で一定の応酬があるわけで、それを通じて当然裁判官もどの程度の意見なのかというのを理解する。こういうシステムになるわけですから、何ら問題がないのではないかと考えます。

○伊藤部会長 どうぞ御自由に御意見を述べてください。

○菅野委員 専門性のピンポイントということでふえんして述べますが、現在の裁判所の実務ですと、この事案の必要な専門性とか分野がどこかということはこれは当然記録を見るだけではなくて、双方当事者にも伺うのです。その上で、その分野に合う専門委員はだれかを調査します。その専門委員候補にも聞くわけです。実際に外れということも少なくはないと思っておりますが、その場合にはまた二人目を付ける、あるいは変えるということをしませし、一番多い例では5人の専門委員の方をお願いした例がございます。これは多方向の検討が必要だったからですが。

何でそんなことができるかという点、先ほど機動性とか、柔軟性とかいうことを言いましたが、正に結構フレキシブルだからなのです。これが鑑定だと、鑑定も実は同じように本当は専門領域がどうかとか、あるいはバイアスがとか、いろいろな議論になることがあるのです。いったん決めると動かすににくいのです。重たい手続でやっていますから。もちろん報酬も鑑定はけたが一けたないし二けた高いわけですから、そう簡単に切り替えることはできないのです。一方で、例えば本当に実務的な話ですけれども、学会とかいろいろなところから推薦を受けたり、新たにこの分野がないので専門委員を入れるということを議論したときに

も、鑑定人を推薦するということにはなかなか皆さんも重たいです。鑑定人を受けてもらえるかどうかは大問題なのです。しかし、専門委員だったらやりますよ、あるいは推薦できますよという形で、これは現実に非常に多いのです。その意味でもいろいろな人を多様にお願ひできるという意味では専門委員のほうがやれるのではないか、より広範に、その代わりに重みはないような専門知識の取り入れ方として、専門委員の合理性があると、そういうように考えております。

○伊藤部会長 先ほど増田幹事から民訴における専門委員のイメージでここを考えてはちょっと問題があるのではないかと御意見もございましたが、専門委員の役割、評価そのものに関する御意見ももちろん分かれていますと思いますが、訴訟手続と非訟手続という手続の性質を踏まえたときに専門委員の関与そのものについてより慎重に考えるべきだという考え方になるのか。それとも必ずしもそこはそうではないという考え方になるのか。その辺りの是非、やや議論がこう着状態でございますので、研究者の委員、幹事の方からも御意見を伺えればと存じます。

○高田(昌)委員 先ほど増田幹事のほうから、民事訴訟法のほうでは縛りが掛かっているという御発言があったわけですが、確かに民訴法の92条の2第1項を見ますと、「訴訟関係を明瞭にし、又は訴訟手続の円滑な進行を図るため必要があると認めるとき」といった縛りがあります。

この10ページを拝見しますと、専門委員の関与が許される場合が、「必要があると認めるとき」というように非常に広く解される余地のある形になっているかと思えます。また、民事訴訟の場合と違って、ここでは、實際上専門委員が関与する場面は、必ずしも限定されておりませんから、例えば事実の調査、実質的に証拠調べに代わるような場面にも専門委員が関与するという可能性が残されていると思えますので、そういう点では、一概に、民事訴訟法で専門委員が認められているから、こちらでも認めてよい、ということにはならないと考えます。したがって、一つの可能性としては、「必要があると認めるとき」という要件に、民事訴訟で「訴訟関係を明瞭にする」等の限定があるように、もう少し絞りを掛けるという余地がないかどうか検討する必要があるのではないかと思います。

○金子幹事 このテーマについて、事務当局の中で検討したのですが、必要性があるのかということが問題になりますが、必要性というのは手続の中で裁判所の専門性を補充するという意味での必要性とこういう専門委員という形で制度として置くことの必要性があると思えます。一つ目の必要性については、既に菅野委員から御説明があったとおり、さほど異論がないのではないかと思います。二つ目の必要性については、非訟事件では、だれかこの人は詳しいだろうということの名指しで、事実の調査としてその人から意見を聞くということができてしまうので、そこを出発点にしますと後は専門委員という形で非常勤職員なり、あるいは報酬の手当てをするというシステム化したものを取り入れるかどうかということの違いであって、個々の事件での使いようという意味では、さほど違いがないのではないかと、あとはシステム化に帰着するのではないかと考えた次第です。

事実の調査として何でもやれるということがいいのかと考えたときは、むしろ縛りを掛ける意味で規律を置いたほうがいいのではないかと御発想になりまして、裁判所が形を採りつつ、しかしそれを使うためにはそのための手続を踏む必要があるものとするのが無限定な専門知識の補充というやり方よりはむしろ透明性が高いのではないかと御ことも考えて、

それで今のこのたたき台に至っているということですが。

少し非訟と訴訟で出発点が違う部分があるのではないかなというところも少し考慮材料にしていればと思います。

- 山本幹事 やはり私も説明か意見かというところはかなりこだわりを持っております。民訴で説明にする、随分長い議論したと思いますけれども、最終的には裁判所の直接的な心証には影響しないということを堅持するために、それを明確化するために説明という文言を使ったのだと思うのですが、意見という言葉を使うとすれば、これはやはり裁判所の心証に対する影響ということは前提にならざるを得ない。正に専門的な知見に基づき意見を述べるという証拠調べが私は鑑定だと思っていますので、これは結局鑑定を簡易にしているというか、証拠調べという正式な手続を採らない一種の鑑定であると考えています。

ただ、今、金子幹事が言われたように、それはいけないのかというと、非訟事件では事実の調査というものがあって、それが事実の調査の結果という非定形な形で心証に影響する行為ができるということになっておりますので、そういう意味では事実の調査の一種として位置付けていくということになるのかなと思っております。

そうすれば、事実の調査と同じレベルでの手続保障が必要になるだろうと思っておりまして、例えば相手方がある手続で事実の調査をした場合には、当事者に告知するという規律をもし入れるのだとすれば、この場合も両当事者は立ち会うことができる期日で口頭でした場合は問題ないと思いますが、書面で専門委員の意見が述べられた場合には、それは当事者に告知するような手続が必要になるのかなと思いますが、その事実の調査並びの手続保障をするということを前提にしたときに、これで心証を取ってはいけないということにはならないような気が私としてはしているということです。

- 伊藤部会長 先ほど金子幹事からこの検討事項の趣旨の説明があり、今、山本幹事からそれを踏まえての事実の調査、同一の専門家について事実の調査という形であればそれはこういう専門委員という制度のあるなしにかかわらずできるので、しかし専門的知見が裁判官の心証形成に及ぼす影響を否定することは、事実から目をそらすような結果になるので、きちんとした専門委員という新しい制度の役割を踏まえた上で、より当事者に対する手続保障的な措置を検討したほうがいいのではないかと。そういう私の理解ですけれども、発言がございましたが、いかがでしょうか。

- 増田幹事 山本幹事のように、訴訟と非訟の区別からスタートすることについて、ちょっと問題提起だけしておきます。

専門委員を必要とする分野というのは、株価の算定事件等、非常に対立性の強い分野であって、政策的に訴訟事件として組んでもおかしくないような種類の事件です。ですから、典型的な訴訟と非訟という区別からスタートすることはむしろ危険であるのではないかと考えます。むしろ訴訟類似の手続を構築した上で、もし専門家の知見が必要であれば、そこに新たな手続をはめこんでいくという方向のほうがよいのではないかと思う次第です。

- 三木委員 結論的には金子幹事がおっしゃったようなことが実質ではないかと思えます。すなわちこういう制度を置かない場合に、どうなるかということももちろんこれからつくる法律がどうなるかにも当然よりますけれども、やはり原則事実の調査が可能だということを背景にして、実務は必要があれば専門委員制度を置かなくても、事実の調査という枠組みの下にかなりフレキシブルに専門家の意見を聞いて、しかもそれにはいわゆる手続保障的な枠組みが

事実の調査に関する規定が置かれる限度でしか掛からないということになるのではないかと思います。そういう意味では、これを置くことによって訴訟のように簡易な鑑定になってしまう、あるいはバイアスの掛かった専門意見が裁判官の心証を汚染するのではないかというような懸念と、むしろ置かないことによって、逆方向のベクトルに働く余地もあるという気がいたしております。

そういう意味では、私はやや趣旨はこの制度を置くことに賛成された方のすべての方とは同じ趣旨ではないかもしれませんが、結論としては制度を置いてかつ山本幹事もおっしゃったように、そこはきっちりと枠をはめるといふほうが望ましいのではないかと思います。その関係で、まだそこまで御検討されてないかとは思いますが、伺っておきたいのは民事訴訟法の専門委員は比較的その証拠調べと争点整理と和解できっちり組まれているのですけれども、他方で民事訴訟規則の例えば34条の3ですと期日外における専門委員の説明もできる。もちろんその場合には、当事者双方に通知しなければいけないことになっています。

そして、これは一つの例ですけれども、非訟に当てはめて考えると、これは既に事務当局から説明もあったように、やや専門委員を置く趣旨が訴訟と違って、実質ねらわれているニーズというのは、簡易な鑑定に近いものを置くのだ。だから、あえて説明ではなくて意見としているのだと思いますので、そうするとここに書いてあるように、これが法律の案だとすると書面による、あるいは立ち会うことができる期日というほかに、期日外における説明のようなニーズもあるし、またそういう使われ方もされるのではないかと思うわけです。

そうするとそういった場合についても、趣旨が違うので、ここから先は技術的な話ですから、必ずそうでなければいかんということではないですけれども、訴訟であればこれは規則事項でもよかったかもしれませんが、非訟の場合にはむしろこういう使われ方も事実の調査という前提があるがゆえに、幾らでもされる余地があるということであると、表に出して期日外の説明についての当事者の通知なりの規律を法律で置くとか、あるいは規則34条の5にある専門委員の説明、ここは説明ですけれども、非訟では意見になるのかかもしれませんが、説明及び意見について当事者が意見を述べる機会がなければならぬという規定を正面から法律事項として規定するとか、その他の手当て、訴訟では規則事項になっているものを含めての手当てをより手厚くする。手厚くというのは何もその制度を使いにくくするという意味ではなくて、今言ったような規律を置いたとしても、実務のニーズを妨げるものではないだろうと思いますので、一方で使いやすくし、かつ一方で透明性や手続保障の可能性をきちんと広げるといふようなことで導入することに賛成です。

○伊藤部会長 なかなかこの場ですぐ意見がまとまるような性質のものではないと思います。積極的、消極の御意見やそれからただいま三木委員、その前の高田(昌)委員、山本幹事からの御発言にもありましたように、何らかの要件を設けるとか、あるいは関与を認めつつ、その手続保障的な規律をより明らかにするとか、そういう御意見もあったように承りましたので、この点についてはもう少し継続して、本日一定の方向を出すのではなくて、審議をお願いできればと思います。

あと2の電話会議システム以下の個別的な事項について何か御発言はございますか。

もしよろしければそういった点についてはある程度方向が定まった時点でもし必要があれば議論していただくということにいたしましょう。

以上で、本日審議を予定しております事項はすべてでございます。

そこで、次回の日程についての説明をお願いいたします。

- 金子幹事 次回ですが、平成22年10月15日金曜日午後1時30分から場所はここの20階第1会議室ということになります。予定ですが、パブリックコメントの締切りが本日ということになっておりまして、徐々に集まりつつある状況ですので、次回からはその内容も踏まえた形での議論をさせていただければと、できるだけそのような形で準備したいと思っております。

どの辺りをピックアップするかというのは、改めてパブリックコメントが集まったところで精査したいと思いますので、いつもどおり資料につきましては1週間前には発送させていただければと思っております。

- 伊藤部会長 ということですので、本日の部会は他に特段の御発言がないようでしたら、これで閉会とさせていただきます。

いつものことながら長時間にわたりまして、熱心な御審議を頂きましてありがとうございました。

—了—