

法制審議会
非訟事件手続法・家事審判法部会
第29回会議 議事録

第1 日 時 平成22年11月26日(金) 自 午後1時30分
至 午後5時02分

第2 場 所 東京高等検察庁第2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 それでは、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29回会議を開会いたします。

御多忙のところ、御出席をありがとうございます。

配布資料についての説明をお願いします。

○川尻関係官 本日の部会のために配布しました資料は、部会資料32、家事事件手続に関する検討事項(3)になります。内容につきましては後ほど御説明いたします。

○伊藤部会長 それでは、部会資料31から審議を行いたいと思います。

31の第4、家事審判及び審判前の保全処分に関する手続(各則)、1、成年後見に関する審判事件についての説明をお願いします。

○脇村関係官 それでは、御説明させていただきます。

まず、1、成年後見に関する審判事件ですが、この点については中間試案を維持するということを提案しております。パブリックコメントにおいては、試案②について成年被後見人が遠方の地域に転居したような場合について、例外を設ける余地があるとの意見がありましたが、そのような事態には自庁処理により対応することをすれば足りると考えられます。なお、以上の点は保佐に関する審判事件及び補助に関する審判事件も同様であり、これらの人権の管轄についても、同様に中間試案を維持することを提案しております。

(3)精神状況に関する意見聴取等、ア、後見開始の審判事件ですが、この点は中間試案の甲案、乙案を改めて検討していただくものでございます。パブリックコメントにおいては、甲、乙について、それぞれに賛成する意見がありました。現状の実務の取扱いを肯定しつつも、成年被後見人となるべき者の精神の状況は慎重に判断する必要があることからすると、原則としては鑑定を必要とする乙案を採用するのが相当であるとも思えますが、記載内容を工夫した診断書によって適切な判断が可能である場合が多いことや、鑑定による費用や期間を考慮すれば、制度の利用者である国民の便宜の観点から、事案に応じた柔軟な対応が可能な甲案を採用するのが相当であるとも思われます。なお、中間試案の注に関し、甲案を採用する場合には成年被後見人となるべき者の精神の状況を慎重に判断するため、意見聴取の対象者を医師に限定すべきであるとも思えますので、その前提で御検討いただければと存じます。以上の点については保佐に関する審判事件でも同様でございます。

イの後見開始の審判の取消しの審判事件ですが、中間試案の注に関しては、意見を聴く対象者を医師に限定するのが相当であると思えますので、その点を盛り込んだ案を提案しております。

(5)審判の告知等、アの後見開始の審判事件における成年被後見人となるべき者に対する告知〔通知〕の特則ですが、この点については中間試案の乙案ではどうかと考えております。パブリックコメントにおいては甲案を支持する意見もありましたが、後見開始の審判は成年被後見人となるべき者に直接、影響を与えるものであることや、成年被後見人となるべき者が心身の障害により、審判の告知を受けることができないとの判断が、万が一、誤っていた場合に想定される弊害等を考えますと、甲案には問題があるように思えます。なお、成年被後見人となるべき者に対し知らせることを告知と表現するか、通知とするのかについては更に検討する予定であります。

(注2)の(成年後見人及び成年後見監督人の選任及び解任の審判)についてですが、この点については、成年被後見人に対して裁判所が告知するものとする旨の規定を設けないものとしてはどうかと考えています。選任及び解任の審判を成年被後見人に知らせること自体に法的効果はなく、実際上も、成年後見人の選任については選任された者、成年後見人の解任については申立人又は新たに選任された者が知らせるものと考えられ、それで耐え得ると思われるからでございます。なお、以上は保佐人及び保佐監督人並びに補助人及び補助監督人の選任及び解任の審判についても同様でございます。

次に、(7)成年後見に関する審判事件における申立ての取下げ制限、ア、後見開始の審判事件ですが、中間試案の甲案と乙案について改めて検討していただくものでございます。パブリックコメントにおいては、甲案及び乙案について、それぞれに賛成する意見があり、意見が分かれました。この点については補足説明に記載したような弊害を防止するために、甲案を採用するのが相当であるとも思えますが、他方で、取下げが制限されるとすれば、後見が必要であると考えながら、申立てをちゅうちょする者が増えるおそれもあり、乙案を採用するのが相当であるとも思えます。なお、以上は保佐開始の審判事件及び補助開始の審判事件も同様です。

イの成年後見人が欠けた場合の成年後見人選任の審判事件ですが、この点については未成年後見人の選任の審判事件と同様、取下げを制限すべきあるとも考えられますが、職権による選任が認められていない未成年後見人と異なり、成年後見人の場合には職権による選任も可能であることから、取下げを制限する必要性に乏しいとも思われます。なお、取下げ制限を設ける場合、その対象者については特に範囲を限定する必要はなく、一律に取下げ制度を設けるべきであるとも思われますが、他方で、民法等は一定の者にのみ申立て義務を負わせている趣旨を踏まえ、これらの者に限定すべきであるとも思われます。以上の点は、保佐人選任の審判事件及び補助人選任の審判事件も同様でございます。

(9)審判前の保全処分、ア、後見開始の審判事件を本案とする保全処分ですが、保全処分の申立権者を本案事件の申立人に限定するかどうかについて検討していただくものでございます。ア(ア)①については、いずれにしても職権により保全処分をすることはできますし、保全処分の内容も管理人の選任等にとどまりますので、現行規則どおり、その申立人を限定する必要に乏しく、本案事件の係属を必要なものとした場合であっても、その申立人は本案事件の申立人に限定をしないのが相当であると思われます。また、その申立権者については利害関係人として考えられるところでございます。他方で、②については職権により保全処分をすることはできませんし、本人の行為能力の制限を行うことには慎重であるべきであり、その申立権者を限定する必要性はあると思いますので、②については本案事件の係属を必要なものとした場合には、その申立人を本案事件の申立人に限定することが相当であると思われます。以上は、保佐開始の審判事件又は補助開始の審判事件を本案とする保全処分も同様でございます。

イの成年後見人又は成年後見監督人の解任の審判事件を本案とする保全処分、(ア)についてですが、まず、保全処分の申立権者については、職権により当該保全処分をすることができることとしましたので、現行規則の規律を変え、保全処分の申立権者を本案事件の申立人に限定しないこととすることが相当であるとも思われます。他方、重大な処分であり、申立権の乱用を防止する必要があることから、現行規則のとおり、保全処分に最も利益を有す

ると考えられる本案審判の申立人に限定するのが相当であると思われます。なお、仮に保全処分の申立権者を本案事件の申立人に限定しない場合であっても、保全処分の申立てを却下する審判に対しては、本案事件の申立てをすることで、希望をすれば即時抗告をすることができるものとしていることから、保全処分の申立権者は、成年後見人等の解任の審判の申立てをすることができるものとすべきとも思われます。以上の点は、保佐人等、補助人等及び未成年後見人等の解任の審判事件を本案とする保全処分も同様でございます。

(注) では、特別養子縁組の成立の審判事件を本案とする保全処分については、本案事件の係属を必要的なものとした場合には、その申立権者を本案事件の申立人に限定することを提案しております。これは、これらの事件では職権により保全処分することができないことから、このように解することが相当ではないかと考えているからでございます。

イの(ア)(注3)については、成年後見人の職務の執行を停止する審判は、他の成年後見人又は職務代行者に対する告知により、この効力を生ずるものとするを提案しております。ここで、成年後見人等が所在不明であるなどの理由により、職務執行停止の審判を当該成年後見人等に対し、告知することは困難である場合の保全処分の効力発生についての対応を検討してまいりました。この点については申立人への告知により効力を生ずるものとするとも考えられますが、それでは職権により職務執行停止等をする場合に対応することができないという問題があり、相当ではありません。そこで、本文のとおりにはどうかと考えております。以上、保佐人、補助人及び未成年後見人等の解任の審判事件を本案とする保全処分も同様でございます。

なお、(注)では特別養子縁組の成立の審判事件等における職務の執行を停止する審判についても同様に問題があり、例えば他の親権を行う者又は職務代行者に対する告知により、その効力を生ずるものとするのが考えられますので、その旨を提案しております。

○伊藤部会長 それでは、1の成年後見に関する審判事件について、ただいま説明がありました点を中心にして、順次、御審議を頂きたいと思えます。

まず、最初の(1)管轄のところですが、この点については、今、説明がありましたように、パブリックコメントの意見を踏まえましても、なお、中間試案を維持するという点でどうかという説明がございましたが、いかがでしょうか。この点は特段、御異論はありませんか。

○増田幹事 パブリックコメントにおいては、転居した場合の被後見人の利益という観点からその後については新たな成年後見人を選任した裁判所を管轄裁判所とすべきだという意見もありましたし、そのほうが便利だろうと思えますが、自庁処理によって適切な対応がなされるということを期待して、この案で結構です。

○伊藤部会長 分かりました。ただいま増田幹事からは原案について賛成の意見がございましたが、他にいかがでしょうか。特段、御意見、御異論がなければ、御了解いただいたものとさせていただきます。

次の(3)精神状況に関する意見聴取等で、ここは甲案、乙案、それぞれの長短についての説明がございまして、ここでもどのように考えるかという問い掛けになっております。改めて、委員、幹事の皆様の御意見をちょうだいできればと存じます。従来からも意見を述べていただいておりますが、こういう段階になりましたので、改めて御意見を伺った上で、部会としてどういう方向に進むかを考えたいと思えますので、是非、よろしくどうぞ。

○増田幹事 従来から乙案を支持しておりましたところです。行為能力の制限ということは非

常に重大な影響を及ぼすものであるから、慎重な手続を採るべきだというのが基本的な理由ですが、その後、いろいろと聴いてみますと、診断書ですとどうも親族の意思が反映されやすい、親族の意思に影響されやすいという傾向があるとか、あるいは保佐と後見の程度が微妙であって、実際には保佐程度が相当であるにもかかわらず、後見が開始されているような例が少なからずあるというような報告もなされております。したがって、20数%程度しか鑑定の実施率がないということも、しかも司法統計を見ますと、右肩下がりで下がってきているということも、そういう現状がいいのかどうかということも含めて検討する必要がある、やはりここは慎重に乙案でお願いしたいと思えます。

○古谷幹事 この点につきましては、例えば医師の診断書ということでありまして、その内容等につきましてはかなり実務的な工夫が積み重ねられてきて、適切な内容になった上での運用がされているところかと思えます。そういったことを前提としまして、また、実際、鑑定を要するとした場合のコストと時間等のことを考えますと、やはり、ここは甲案が相当だと考えております。

○伊藤部会長 従来からの流れどおり、甲案、乙案のそれぞれを支持する御意見がございましたが、どうぞ、他の委員、幹事の方、お願いします。いかがでしょうか。このままですと、なかなか部会としても方向を定めるのが困難のように思いますので、もう少し御意見をちょうだいできないかと思いますが、高田昌宏委員、いかがですか。

○高田(昌)委員 現在の運用が現行の規則24条を前提にして、既に甲案的に運用されているということであれば、殊更24条を甲案のように変更する必要はないのではないかと考えます。それと、規定を甲案のような形にした場合、鑑定を避けるという運用がある意味で正面から認められているような規定振りにも読めますので、やはり、慎重を期す場合には鑑定の必要があるということが担保されるような規律の仕方が、仮に甲案を採る場合でも、必要ではないかと思えます。

○伊藤部会長 そうですね、長谷部委員はいかがでしょう。

○長谷部委員 私も、乙案のように原則として鑑定を必要とし、例外的にそうでない場合も認めるという規律も考えられると思うのですが、甲案のようなやり方をすること、コスト的にはこれは合理的なのかなと思えます。ただ、今、高田昌宏委員もおっしゃいましたが、医師の診断書の内容に争いがあるというような場合に、それをどう解決するかという問題があるかと思えますので、そうした場合には、例えば医師に出てきてもらって意見を聴いて、審理・判断するというような手続が入るとよろしいのかなと思えます。そういった観点からいいますと、先ほどの脇村関係官の御説明にもありましたように、注については「その他適当な者の意見」に、医師以外の者は入れないという方向でしていただければと思います。

○伊藤部会長 分かりました。精神状況の判断に関する専門家である医師の意見に限定するという前提であれば、そしてあと、鑑定を必要とする場合等についての慎重な実務運用を前提とすれば、甲案がいいのではないかという御意見かと思えますが、ほかの方で何か御意見はございますか。

○栗林委員 私は乙案に賛成です。私の経験だと痴呆性老人なんかの場合に、長谷川式診断というのがあるのですけれども、ほぼ同じ時期に非常に点数が違う、一方が18点だったのに、他方が5点になったりとか、そういう診断書が出てきたりすることがあって、かなり診断書

にばらつきがあるという経験がございましたので、そこら辺はやはり鑑定であれば、もう少し統一性のある扱いがあるのかなと思っております。

○長委員 後見の程度まで進んでいるのか、それとも保佐の程度にとどまるのかという辺りについて、問題になるようなケースについては、鑑定をするということももちろんあり得ることだと思います。甲案の場合ですと後見の程度にまで進んでいることがはっきりしているような場合について、鑑定までしなくとも行えるということが明確になっているので、より実務に近い形になっていると思うのですが、その他適当な者ということについて、これがふさわしくないということであれば、そこは十分、修正の余地はあるだろうと、このように思います。

○伊藤部会長 ほかの方はいかがでしょうか。

○杉井委員 私も乙案に賛成です。既に現行の運用でも鑑定というのは20数%と聞いておりますし、そういう意味で、鑑定といってもかなりコストの掛からない便宜的な方法で、実際の運用はされているのだらうと思うのですね。それをもしも鑑定が必要ないということになると、恐らくほぼ診断書だけでオーケーということにもなりかねないと思いますし、先ほど来、意見が出ておりますように、やはり行為能力を制限するという意味では重大な結果を本人にもたらすわけですから、そういう意味で、やはり慎重を期すという意味で原則鑑定という乙案に賛成です。

○伊藤部会長 分かりました。いかがでしょうか。一方で、後見開始の審判の持つ重大な法律効果を踏まえて、鑑定ということ原則にすべきだという御意見と、他方、そういう必要がある事案は当然あり得るとしても、かえってそのことが制度の適切な運用を拘束するおそれがあるのではないかというような視点から、甲案の考え方を支持する御意見とが相変わらずきつ抗しているように受け止めますが、どうしますか。もう少し検討されますか、今日の御意見を踏まえて。なかなかこの場で甲案又は乙案のいずれかというのが決し難い状況でございますので、事務当局に更に検討してもらうことにいたしましょう。

それでは、この点はよろしいでしょうか。

それから、次の後見開始の審判の取消しの審判事件に関しては、先ほど説明がございましたように、医師の診断の結果を聴かなければならないものとする、明らかにその必要がない場合には除外しますが、原則はそういうことにしてはどうかという提案がございましたが、ここはいかがでしょうか。

○道垣内委員 私自身の考え方からは異論はないのですけれども、後見の開始の要件について、事理弁識能力を欠く状況にあるというのが必要条件の一つにすぎないのか、必要十分条件なのかという問題があるような気がします。学説の中には、事理弁識能力がない状況にあるとしても、完全に寝たきりで、かつ財産処分の必要性もないといったような場合には、必要性がないという理由で、後見開始の審判をしないと考えるべきであるという考え方もあるように思います。それは、実は禁治産者、準禁治産者の時代のものですが、準禁治産者宣告は必然的であって、裁量の余地はないという判例がありますから、判例法理には反しているのですけれども、学説上はそういうふうな見解があります。

しかるに、もしそのような学説の立場を採った場合においては、取消しの場面においても、事理弁識能力が回復していなくても、取消しが行われるという場合があり得るのだらうと思うのです。そうすると、イの規律というのは一つの解釈、つまり先ほど説明いたしました学

説の立場とは異なる解釈を民法7条ないし10条について採るということを前提にしているのだろうかというのが若干気になるところです。私は後見等の手続開始は必然だと思っていますので異論もないのですけれども、その点が若干気になることです。

○伊藤部会長 分かりました。その点は、事務当局では何か今の段階で説明していただくことはありますか。

○脇村関係官 道垣内委員がおっしゃるように、学説上はその必要性も加味した上で、一種、裁量が残っているのだという学説があり、裁判例の中にもそういったものによっているものではないかと言われているものがあるというのは、我々としても承知しているところでございます。ただ、ここで提案しておりますのは、少なくとも普通の場合にはそういう事理弁識が回復している場合であるということが取り消す場合であるということを挙げておきまして、そういった意味では、そういったことを想定してつくっているところでございますが、さりとて、この規定自体から直ちに民法の解釈が定まるものではないのではないのか、私も別にそちらの説だというつもりではないのですけれども、裁量がある説に立ったとしても、その必要性を考える際には、恐らく本人の状況というのは、必ず判断材料としないといけないと思いますので、そういった医師の診断を聴くということを踏まえた上で、必要性がないということで判断するというのもいいのではないのかなとは思いますが、そういった意味では、これがあるからといって、必ずそういうのを否定することではないのではないのかとは思いますが。

○伊藤部会長 よろしいでしょうか。そういう場合もあり得るので、特定というか、一般的な解釈のみによって依拠しているわけではないという程度のことでしょうか。

ほかに何かこの点で御意見はございますか。

よろしければ御了解いただいたものとして、次の(5)審判の告知等に進みたいと思いますが、ここでは4ページの(1)のところでございますように、後見開始の審判は成年被後見人となるべき者に対して告知か通知かは別として、告知しなければならぬものとするという乙案の考え方を採ることが提案されておりますが、いかがでしょうか。よろしいでしょうか。告知か通知かということは、この場合の行為の性質も考え合わせないといけないと思いますので、更に検討するという留保が先ほど事務当局からの説明にございましたが、この点でも何かもし御意見があれば承りたいと思います。

○古谷幹事 甲案と乙案のことなのですが、各庁の求意見の結果で申しますと、やはり一律に告知あるいは通知をするのはどうかということで、甲案が多数の意見であったということを御紹介させていただきたいと思っております。それからあと、告知か通知かという点につきましては、先ほど事務当局からもお話がありましたように、御検討のほうをお願いしたいということでございます。

○伊藤部会長 分かりました。事務当局も当然、そういった御意見のことは踏まえていると思いますが、先ほど説明がありましたような理由から乙案の考え方ということで、今、御指摘のようにこの概念、告知か通知かについては、更に慎重に検討してもらいたいと思います。

もしよろしければ、(注2)の(成年後見人及び成年後見監督人の選任及び解任の審判)についてですが、これを成年被後見人に対して裁判所が告知するものとする旨の規定を設けないと、その理由は先ほど説明があったとおりですが、ここはいかがでしょうか。

特段、御異論がなければ御了解いただいたものといたします。

次の(7)の成年後見に関する審判事件における申立ての取下げ制限ですが、これも甲案、乙案と、許可にかからせるものと、そういう制限を置かないという二つの考え方がございまして、ここは甲案又は乙案のいずれを採用すべきかという問い掛けになっておりますが、いかがでしょうか。

- 増田幹事 ここは従前から申し上げているとおり甲案を支持します。補足説明で乙案を支持する理由として、取下げが制限されるとすれば、申立てをちゅうちょする者が増えるということが挙げられていますが、取下げを前提に申立てをする人はまずいないだろうと思います。後見が必要であるから申し立てるのであって、後見が必要でないのに申し立てるというような人を保護する必要もないし、この理由はよく理解できないところです。
- 伊藤部会長 ということで、甲案支持の御意見がございましたが、いかがでしょうか。
- 古谷幹事 この論点につきましては、もともとが申立てに基づいて審理がされるというふうな構造を基本的に採っているということと、仮に許可制とした場合に許可の基準なり、審理構造というのは非常に見えにくいというところがございまして、この点については乙案を支持するものでございます。
- 伊藤部会長 この点も、甲案、乙案、それぞれを支持する御意見がございまして難しいところかと思いますが、どうぞ、他の委員、幹事の方にもお願いいたします。
- 山本幹事 私は甲案でよいのではないかと考えております。これは理論的には後見開始の審判申立ての性質をどうとらえるかということなのだろうと思うのですけれども、やはりこの申立ては、私が見たところは申立人の利益ということももちろんあるとは思いますが、やはりこの被後見人となるべき者を保護するという被後見人となるべき者の利益というものも、その対象になっているのではないかと考えておりますので、そういう意味では、申立人の処分権が制限されるということはあるけれどもよいのかなと考えております。そういうことです。
- 道垣内委員 山本幹事の御意見に全面的に賛成です。
- 伊藤部会長 分かりました。そういたしますと、古谷幹事からの御意見もございましたが、この場での大勢ということでは甲案の考え方という理解、そういうことになるかと思いますが、もしほかの方でなお御意見があればおっしゃってください。
- 長谷部委員 私も甲案なのですけれども、先ほど古谷幹事が御指摘になられた許可の要件ですとか、審理構造が見えにくいということは、確かに対立構造を採っておりませんので、判断に困難な面があるという御懸念もあるのかもしれませんが、そこは解釈によって、どういう場合には取下げを認めるべきなのか、そうでないのかということは考えていく必要もあると思いますので、その辺り、若干、具体例のような形で許可が認められる場合というのを検討していただければよいのかなと思います。事務当局には御負担になるかもしれませんが、お願いしたいと思っております。
- 伊藤部会長 説明的なことになるかとは思いますが、分かりました。そういたしましたら、この点は今の御意見の分布から見ますと、比較的、甲案の考え方を支持される意見のほうが多いように思いますので、それを踏まえて事務当局で検討してもらおうようにいたします。

次のイの成年後見人が欠けた場合の成年後見人選任の審判事件に関してですが、これも同様の話で、許可にかかわらしめるかどうかという点ですが、この点は先ほど補足説明がございましたが、職権による選任も可能であるというような事情が加味されることとなります。

で、その点から考えると、取下げを制限する必要性は乏しいのではないかとありますが、何かこの点に関して御意見はございますか。

- 山本幹事 実質論として職権によることができるから制限する必要性に乏しいというのは分かる気がするのですが、ただ、私が先ほど申し上げたように、この申立ての性質、この場合もやはり理論的には成年被後見人の保護を含んだ趣旨の申立てになっているような気がしますので、そうであるとすれば、裁判所の許可なしに取下げを認めることは相当でないような気がいたしております、それは申立て義務があるかどうかにもかかわらないような気がいたしております。
- 伊藤部会長 分かりました。そうすると、甲案の支持の御意見と承りましたが、いかがでしょうか。
- 道垣内委員 山本幹事の意見に全面的に賛成します。
- 伊藤部会長 分かりました。了解いたしました。甲案の支持の御意見が多数述べられておりますが、どうぞ。
- 古谷幹事 大体、先ほどとかぶりますけれども、この点も乙案を支持するものでございます。
- 伊藤部会長 分かりました。それでは、この点も今の御意見の大勢を踏まえて、事務当局に更に検討してもらうことにいたしましょう。

次の審判前の保全処分の関係で、まず、8ページの一番下の辺りですが、①について本案事件の係属を必要的なものとした場合であっても、申立人を本案事件の申立人に限定せず、そして、②については本案事件の係属を必要とするという前提に立って、申立人を本案事件の申立人にするという考え方がここで提示されております。その理由は先ほどの説明があり、あるいは補足説明に記載のとおりでございますが、ここはいかがでしょうか。先ほどの事務当局からの説明で御了解が得られたと承ってよろしいですか。
- 豊澤委員 職権で立件ができるかどうかで区別するという御説明ですけれども、職務執行停止と代行者選任という第三類型の保全処分については、もともとかなり重い処分であるというところに着目して申立権者を限定しているというのが審判前の保全処分の制度が導入されたときの説明であったと思います。そういう意味では、職権立件を可能にしたからという理由で直ちに申立権者の限定が外れるというのは、一つの説明であることはもちろん分かりますけれども、実質から見てもいかがなものかという気がいたします。
- 伊藤部会長 そういたしますと説明の仕方はともかくとして、やはり①についても、今、おっしゃったようなことを考えると、申立人を限定する必要があるということになりますか。
- 豊澤委員 ①の部分は特段異論はありません。補足説明にありますとおり、①については申立人の限定がなく、②については限定があるとしている説明の仕方として、本来はかなり重い処分ですということに着目しての切り分けという理解ではなかろうかと思えます。もう一つ、第三類型のところで申立権者の範囲が異なってくるというのは、実務的には混乱を少し招きかねないおそれもあるかなという気がします。
- 脇村関係官 豊澤委員がおっしゃっていたように、アに関して成年後見開始の審判事件を本案とする保全処分の①の支持と申しますか、いわゆる第一類型のものについての説明については、補足説明にありますように職権による保全処分を認めていることから、それも理由として外してはどうかということで、恐らくこの説明振りからすると、次に取り上げます成年後見人又は成年後見監督人の解任の審判事件を本案とする保全処分、次のイに書いてある職

務執行停止と代行者の議論にも影響することから、それだけの理由ではないという御指摘ではないかと私としては理解していたところでございますが、当局としては今のところで職権立件を入れたことから、申立てを限定するかどうかにかかわらず、ここについてはいずれにしても、今、委員がおっしゃったように内容的にも軽いというのとあれですけれども、そこまで重くないというか、職務執行停止代行者とは違う側面がございますので現行法を維持して、いずれにしても限定せずがいいのではないかと考えているところでございます。

ただ、今、おっしゃっていたように職権ということを強調しますと、こことイの解任の審判事件を本案とする保全処分職務執行停止代行者というのを区別する必要はないのではないかとということにもつながるというところで、恐らくそういうことから、今、御意見を頂いていると思うのですが、我々としてはいずれにしても、それをイで限定するという説に立ったとしても、ここはいいのではないかと考えているところでございます。

○**豊澤委員** 後の論点との兼ね合いを気にし過ぎて、少し議論を混乱させてしまったかもしれませんが、そういう実質に着目する必要があるだろうということを申し上げたかったのです。脇村関係官のおっしゃるところが当を得ているところなので、この部分に関しては特段異論があるというわけではなく、説明の仕方としてどうかということを上げました。

○**伊藤部会長** 説明の仕方については、ここではこういうことが書いてございますけれども、ただ、今の御指摘を踏まえて少しなお検討していただければと思います。

ほかにいかがでしょうか。

それでは、この点は説明の仕方は、今、豊澤委員からの御発言がございまして、若干の工夫を要するかと思いますが、考え方そのものとしてはこういうことでよろしいですか。

それでは、御了解いただいたものとして、次のイの成年後見人又は成年後見監督人の解任の審判事件を本案とする保全処分ということで、こちらに関して、まず、10ページの本文のところがございますように、本案事件の係属を必要的なものとするという前提に立って、本案事件の申立てをした者が保全処分の申立てをすることができる、これについてどのように考えるかというので、今の意見の交換があったことも踏まえまして、更に先ほどの説明、補足説明でそれぞれについての検討内容が書かれておりますけれども、この点はいかがでしょう。やはり処分の重大性というようなことを考えますと、本案審判の申立人に限定するという考え方になるのでしょうか。もし、豊澤委員、先ほどの御発言との関係で、この点に関して何か御意見がございましたら。

○**豊澤委員** いわゆる第三類型に関しましては、先ほどちょっと先走った形で申しましたけれども、もともとの制度が設けられたときの趣旨からしますと、かなり重たい保全処分であるという関係で申立権者の限定も入っていると説明されるのだろうと思います。そういう観点からすると、職権立件の可否という形の切り分けと当然に連動する話なのかなという、そこに疑問を持っているという趣旨です。

○**伊藤部会長** ほかにいかがでしょうか。

○**金子幹事** 特段、私も豊澤委員の御意見に反対するものでもないのですが、ちょっと確認をしたかったのは、処分の重大性の問題と申立人に限定するということの論理的な結びつきがいま一つ私にはしっくりきていないのですが、つまり、本案の申立てをするほどに、この事案に関心を寄せているものに、保全処分についても申立てをさせるということかなと思うのですが、他方、申立人は保全処分までは求めなくても、なお、裁判所が保全処分を必要だと

思えば、職権ですという余地を認めるという前提に立ちますと、ほかの者が申立人は保全までは求めなくても、他の利害のある者が申立てをすることができないという理由がどうもなかなか説明がしづらいように思うのですが、その点はいかがでしょう。

- 豊澤委員 その辺りにつきましては、要するに手続を申し立てて遂行している駆動力になっている申立人以外の人たちということになってきますと、その人たちに申立権を与えて判断に対して即時抗告権まで認めると、そういう形にするのがいいのかと。ある意味、裁判所に職権が認められているというのであれば、その職権発動を促すようなぐらいの位置付けでも、足りているのではないかという気もいたします。

倒産法関係や、会社法関係では、申立てがあった後に、様々な形の保全の処分の申立てをすることが申立人以外にも広く認められている場合があります。それらは、例えば会社であれば債権者であったり、あるいは株主であったり、それ以外の者であったりとか、あるいは倒産法でも、当然のことながら、いろいろな利害関係人、ステークホルダーが様々にかかわってきていて、申立人のみに限定すると、かえって緊急に保全の必要があるというような場合にきちんとした対応が採り切れないというようなところがあるのだらうと思います。しかし、成年後見の場合には、結局、本人の保護というのが基本的な方向で、そこに相対立するような複雑な利害関係は存在しないと思われるので、そういう対比から見ても、わざわざ申立人以外の人に申立権を認めるだけの実益があるのだらうかと考えます。

- 伊藤部会長 職権によってよることが認められていることが、すなわち、その他の人に申立権を認めるべき理由につながるということではないということですよ、先ほども御発言がございましたが。

ほかにいかがでしょうか。山本幹事、いかがですか。

- 山本幹事 私も金子幹事と同じように、重大な処分だからという理由付けはちょっと余り説得力がなきような感じはしておりましたが、今、豊澤委員の御説明を伺って、そういう説明はあり得るかなとは思いました。

- 伊藤部会長 そうすると、本案の申立人に限定しても、それはそれで合理的な理由があるということですね、職権は別としても。

- 増田幹事 利害関係のある者は参加すれば申立人と同じことができますから、ここで特に限定をしても余り意味がないのではないかと思っているのですが、特に反対するものではありません。

- 豊澤委員 申立権者は当然に手続に参加できるわけですから、本当にそこまで強くかかわりたいというのであれば、手続に参加して、記録の閲覧・謄写等を踏まえて何か考えるという形にしたほうがよいのではないかと思います。

- 伊藤部会長 手続遂行主体になってということですね、本体のほうの。

それでは、ここでの御意見は本案の申立人に限定するのが相当であるという御意見が比較的多かったように思いますので、それを踏まえて事務当局で今後のことを考えてもらいたいと思います。

それから、10ページの(注)の関係で、特別養子縁組の成立の審判事件等に関して、ここでは申立権者を本案の申立人に限定するというところで、今の議論との関係でいきますと、こういうことになるのかとも思いますが、いかがでしょうか。よろしいでしょうか。

もしよろしければ、11ページの(2)イ(ア)(注3)についてですが、成年後見人の職務

の執行を停止する審判を他の成年後見人などに対する告知によって、その効力を生ずるものとするということで、理由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か。先ほどのような説明を御理解いただいて、こういう考え方で了解していただいたということでもよろしいですか。

それでは、もう一つ11ページの（注）、真ん中よりちょっと下のところにございますけれども、特別養子縁組の成立の審判事件等に関して、他の親権を行う者又は職務代行者に対する告知によって、その効力を生ずるものとするということですが、この点もよろしいですか。

そういたしましたら、御了解いただいたものとして、次が2の保佐に関する審判事件から5の財産の管理に関する審判事件までの説明をお願いします。

○脇村関係官 それでは、御説明させていただきます。

保佐に関する審判事件、(6)即時抗告では、申立人は保佐人の同意に代わる許可の申立てを却下する審判に対し、即時抗告をすることができるものとするを提案しております。パブリックコメントにおいては賛否両論がございましたが、同意しないと保佐人の判断及び同意に代わる許可をしないと家庭裁判所の判断が不当である場合に、被保佐人の行為が不必要に制限されるということになりますので、即時抗告により是正する余地を認めるべきであると思われまふ。以上は、補助人の同意に代わる許可の申立てについても同様でございます。

(9) 審判前の保全処分(ウ) 審判の告知及び効力発生時期の特則についてですが、この点については甲案を採用することを提案しております。パブリックコメントにおいては、乙案に賛成する意見が甲案に賛成する意見よりも多数でしたが、被保佐人となるべき者については一定の事理弁識能力があり、審判の告知を受けることができる以上は、その者が知らないうちに保全命令の効力を発生されるものとするのは相当でないと考えます。そこで甲案を採用し、原則どおり、保佐命令の審判の効力発生時期については、審判を受けるものである被保佐人となるべき者に審判を告知することによって、その効力を生ずるものとするかどうかと考えております。以上は、補助開始の審判事件を本案とする保全処分も同様でございます。

次に、4の失踪の宣告に関する審判事件、(2) 審判告知、(注1) 失踪の宣告をする審判についてでございますが、失踪の宣告をする審判は不在者の相続人に対し、告知しなければならない旨の規律は置かないものとするを提案しております。パブリックコメントにおいては、告知しなければならない旨の規律を置くべきであるとの意見もありましたが、即時抗告権者のうち、相続人に対してのみ、即時抗告の機会を保証するために審判の告知をする必要性はないと考えられ、相続開始を知るのが遅れることはあっても、自然死の場合と同様、相続放棄の熟慮期間により対応することが可能であることを考えれば、不在者の相続人に対し、告知しなければならないものとする旨の規律は置かないものとするのが相当ではないかと考えております。

(注2) の失踪の宣告を取り消す審判については、失踪の宣告を取り消す審判は失踪者の相続人に対し、告知しなければならない旨の規律は置かないものとするを提案しております。パブリックコメントには、告知しなければならない旨の規律を置くべきであるとの意見もありましたが、失踪の宣告を取り消す審判をした裁判所にとって、失踪者の相続人の範

囲やその住所地を把握することは必ずしも容易ではなく、また、即時抗告権者のうち、相続人へのみ即時抗告の機会を保護するため、審判を告知する理由は見だし難いように思います。

(4)の公示催告手続ですが、中間試案を維持し、公示催告期間は民法第30条第1項の場合には3か月以上、同条第2項の場合には1か月以上でなければならないものとするを提案しております。この点については、パブリックコメントにおいては反対意見もありましたが、催告期間を6か月以上又は2か月以上とすることは、長期に過ぎるとして試案に賛成する意見もありましたし、短縮すること自体によって不在者の権利・利益に支障を及ぼすとは考え難いので、試案を維持するのが相当であると思われま。

(5)その他、(注)ですが、不在者又は失踪者は失踪の宣告に関する審判事件においては、意思能力を有する限り、手続行為能力を有するものとするを提案しております。この点については、失踪の宣告は不在者又は失踪者の身分関係に影響を与えるものであり、その要件については意思能力があれば判断することが可能ですので、不在者又は失踪者は失踪の宣告に関する審判事件においては、意思能力を有する限り、手続行為能力を有するものとするのが相当であると思われま。パブリックコメントにおいても、本文のとおりとすることに賛成する意見が多数でした。

次に、5の財産の管理に関する審判事件、(1)管轄では、中間試案②及び③を維持することを提案しております。パブリックコメントにおいては、②に反対する意見もありましたが、父又は母を同じくする以上、そのような場合であっても共通の裁判所を管轄裁判所としても不都合はないと思われま。また、試案③に対する反対意見もありましたが、成年後見に関する審判事件と異なり、未成年後見に関する審判事件は必ずしも相互に関連しているものとは言えず、いずれも未成年被後見人の住所地の家庭裁判所の管轄とすることとしていることから、これを維持するのが相当であると思えま。

④は、中間試案では注2においてなお検討することとしていた点について提案しており、第三者が成年被後見人に与えた財産の管理者の選任その他の財産管理に関する処分の審判事件については、成年後見事務の一環として、後見開始の審判をした家庭裁判所の管轄とするのが相当と考えられることから、その旨の規律とすることを提案するものでございま。パブリックコメントも同旨の意見が多数でした。以上の点は、成年後見に関する特別代理人の選任の審判事件も同様でございま。

それで、次に(6)のその他では、相続財産の管理人の審判について、相続人等に対して裁判所が告知することを一律に義務付ける旨の規律は、特に置かないものとするを提案しております。相続財産の管理人は保存行為をするにとどまるものであり、また、基本的には暫定的な処分でありますことから、相続人等への告知は裁判所の裁量にゆだねることで耐え得るのではないかと考えられま。

○伊藤部会長 それでは、順次、参りたいと思いますが、まず、12ページの一番下の保佐人の同意に代わる許可の申立てを却下する審判に対して、即時抗告権を認めるということで、理由は先ほど説明がございましたが、この点はいかがでしょうか。特段、御異論はありませんか。

それでは、御了解いただいたものとして、次の(9)審判前の保全処分の関係で、14ページ一番下の辺り、甲案を採用して審判を受ける者である被保佐人となるべき者に審判を告知

することによって、その効力を生ずると。その理由は被保佐人となるべき者についてのその者の特性等を考えると、そういうことになるのではないかということですが、ここはいかがでしょうか。

この点も御了解いただいたものとしてよろしいですか。それでは、そのように理解させていただきます。

次に、4の失踪の宣告に関する審判事件の(2)の審判の告知の関係で、15ページの一番下の辺りですが、不在者の相続人に対して告知しなければならないものとする規律は置かないということで、理由は16ページの補足説明と先ほどの脇村関係官の説明にあったとおりで、ここはいかがでしょうか。この点もよろしいでしょうか。

それでは、次の16ページの(2)(注2)の(失踪の宣告を取り消す審判)に関して、失踪者の相続人に対して告知しなければならない旨の規律は置かないものとするということですが、この点もよろしいですか。

よろしければ先に進ませていただいて、(4)の公示催告手続との関係で、17ページの上のほうにございます本文のところで、それぞれ3か月以上、1か月以上という中間試案の考え方を維持するということですが、ここはいかがでしょうか。

そういたしますと、この点もパブリックコメントでは違う意見もあったようですが、この場では中間試案の考え方を維持するという点で御了解いただいたものといたします。

それから、(5)のその他に関して、不在者又は失踪者の手続行為能力に関して、意思能力を有する限りは手続行為能力があるという考え方で、これはパブリックコメントでも多数の賛成意見があったようですが、この場でもこういうことでよろしいでしょうか。それでは、そのようにさせていただきます。

次の5の財産の管理に関する審判事件の管轄の関係ですが、19ページのところで中間試案の②、③に関して、中間試案の考え方を維持するという点ではどうかという説明がございました。パブリックコメントでは、それに対する違う考え方もあったようですが、先ほどの説明のようなことから、この考え方を維持するという点はいかがでしょうか。よろしいですか。

あとは20ページの(2)のところ、④に関しての管轄に関する考え方の提示がありますが、この点もパブリックコメントの結果を踏まえても、こういうことで御了解いただけますでしょうか。

そういたしましたら、次の(6)その他のところで、相続財産の管理人の選任の審判について、相続人等に告知する旨の規律を置かないと。理由は審判の内容といたしますか、相続財産の管理人の職務の内容を踏まえて、このようなことではどうかということですが、この点はいかがでしょうか。もしよろしければ、了解いただいたものといたします。

それでは、次に11、扶養に関する処分の審判事件から12、相続に関する審判事件までの説明をお願いします。

○松田関係官 では、説明させていただきます。

まず、11、扶養に関する処分の審判事件では、手続行為能力に関する特則は置かないものとする点を提案しております。パブリックコメントでは、例えば両親が養育費不請求の合意をして離婚した場合に、未成年の子が非親権者に対して直接、扶養料の請求ができるよう意思能力を有する限り、手続行為能力を有するものとする特則を置くべきであるとの意見

がありました。しかし、このような財産上の権利に関する行為について、手続行為能力を認めるものとしますと、民法上の行為能力に関する規定とそごすることになりますし、また、一般的に未成年の子の扶養に要する費用については、専ら親権者又は監護権者がその責任と権限において処理すべき性質のものと考えられますので、自ら生活を営むことができないような未成年の子が独自に扶養料請求等の権利行使をすることができるものとしますと、親権者・被親権者間又は監護権者・被監護権者間の権利関係を複雑化させることになると考えられます。このようなことからしますと、扶養に関する審判事件において、手続行為能力に関する特則を置くことは相当でないと考えられます。

○川尻関係官 12, 相続に関する審判事件, (3)相続財産の分離の陳述聴取においては、民法上、分離の必要性が審理の対象となるか否か自体に争いがあり、相続人の陳述が結論に影響を及ぼすか否かが明確ではないことや制度の実効性という観点から、相続人から陳述聴取をする旨の明文の規律は特に置かないものとするを提案しております。

(6)即時抗告のイの注は、相続の承認又は放棄をすべき期間は各相続人ごとに進行し、伸長の要否及び必要な期間も各相続人によって異なりますし、また、期間の伸長が必要な申立権者は自ら申立てをすることができることにかんがみまして、申立て却下の審判に対する即時抗告権者を申立権者一般には広げないものとするを提案するものです。

(7)その他では、民法上の取消権の行使と平仄を合わせて、相続の限定承認又は放棄の取消しの申述も意思能力を有する限り、これを行うことができるものとするを提案しております。

○伊藤部会長 そういたしましたら、まず、11, 扶養に関する処分の審判事件との関係で、今、説明がございましたような理由から、パブコメでの御意見はございましたが、手続行為能力に関する特則は置かないというのが、今、ここで事務当局から提示されている考え方でございますが、この点はいかがでしょうか。

○増田幹事 民法の改正で共同親権になるのを待ちたいと思います。

○伊藤部会長 ほかにはいかがですか。

そういたしましたら、もちろん、民法のほうがどういうことになるかということは、これからの課題としてあるかと思いますが、現在の民法の制度を前提とする限りでは、パブコメの御意見の意味するところはそれなりに合理性があるのかもしれませんが、制度としてこういうことで御了解いただいたということでもよろしいでしょうか。

そうしましたら、次の12, 相続に関する審判事件で、ここでは相続財産の分離の陳述聴取の関係で、22ページの一番上の辺りで乙案の考え方、特段の規律を置かない、陳述聴取をしなければならないものとはしないということで説明がございましたが、ここはいかがでしょうか。よろしいでしょうか。

それでは、次の(6)即時抗告で、申立てを却下する審判に対する即時抗告権者を申立権者一般に広げることとはしない、広げないという考え方の提示がございましたが、ここはいかがでしょうか。

よろしければ、次の(7)のその他のところですけれども、申立人は意思能力を有する限りは手続行為能力を有するものとする、もともとはなお検討するというようになっておりましたが、この点はどうでしょうか。

御了解いただいたものとして、よろしければ、先へ進みたいと思います。

それでは、次に13、推定相続人の廃除に関する審判事件から、16、遺言に関する審判事件までの説明をお願いします。

○松田関係官 それでは、説明させていただきます。

13、推定相続人の廃除に関する審判事件の(3)陳述聴取では、廃除を求められた推定相続人の陳述聴取を審問の期日とするものとするについて、改めて検討することを提案するとともに、推定相続人の廃除の審判事件においては、陳述聴取の規律以外にも調停をすることができる事項についての審判事件の特則の各規律を置くものとするを提案するものです。陳述聴取の方法についてパブリックコメントでは、調停をすることができる事項についての家事審判事件と同じ規律にすべきであるとの意見がありましたが、廃除の審判の効果が重大であることを考慮すると、親権又は監理権の喪失を宣告する審判事件等の場合と同様に、審問期日における陳述聴取の機会を保障するのが相当であるとも考えられます。

また、仮に必要な審問の規律を置く場合であっても、例えば部会資料30の24ページの乙案のただし書と同様、ただし、期日を経ることにより、家事審判事件の申立ての目的を達することができない事情があるときは、当事者から陳述を聴取することをもって、これに代えることができるというような例外を設けることも考えられますので、これらの点も含めて御検討いただきたいと存じます。また、推定相続人の廃除の審判事件が実質的には争訟性の高い二当事者対立構造の事件であることを考慮しますと、陳述聴取のほかにも、本文に記載したような調停をすることができる事項についての審判事件の特則と同様の各規律を置くものとするのが相当と考えられます。

14、遺産の分割に関する審判事件の(8)即時抗告では、遺産の分割に関する審判について利害関係人に即時抗告権を認めないものとするを提案するとともに、現行家事審判規則105条と同様の公告の制度は設けず、遺産の換価処分における審判の取消しの申立権及び即時抗告権のいずれも、利害関係人には認めないものとするを提案しております。

まず、遺産の分割に関する審判に対する即時抗告権については、補足説明1の①から⑦までに記載したものが遺産の分割に関する審判に対して利害関係を有する者として考えられますが、それぞれ検討した結果、①から⑥までについては遺産の分割に関する審判に対する即時抗告権を認めるまでの必要はないと考えられ、また、⑦の相続人の破産管財人については、当事者適格の帰属主体になるものと解され、当然に当事者として即時抗告権を有することになると考えられますので、利害関係人として即時抗告権を認める必要はないと言えます。このように利害関係人として独自に即時抗告権を認める必要性のある場合が想定されないことからしますと、利害関係人に即時抗告権を認めないものとするのが相当と考えられます。

また、利害関係人に即時抗告権を認めないものとしますと、補足説明2及び3のとおり、現行家事審判規則105条の公告の制度を維持すべき必要性や遺産の換価処分における利害関係人の審判取消しの申立権及び即時抗告権を認めるべき必要性は、いずれも認め難いと考えられますので、公告の制度を設けず、また、換価処分における利害関係人の即時抗告権等も認めないものとするのが相当と考えられます。

(9)その他では、遺産の分割の審判事件について、手続上の特則的な規律は置かないものとするを提案しております。パブリックコメントでは、職権探知主義の規律の適用を限定することについては賛否両論があり、裁判所による任意の評価や不熱心当事者への対応等のための規律を置くことについては賛成する意見が多数を占めておりました。しかし、補足説

明にありますように、これらのいずれについても実態を踏まえた慎重な検討を経た上で、規律の導入の可否やその内容を決する必要があると考えられますところ、現行法のものでも、実務上の工夫等によって適正かつ迅速な手続進行を図る余地はあると考えられますので、現時点では特段の規律は置かないものとするのが相当と考えられます。

○川尻関係官 16, 遺言に関する審判事件, (2)陳述聴取等及び(3)審判の告知の注においては、負担付遺贈に係る遺言を取り消す審判は、受益者に及ぼす影響が大きいこと、受益者が負担の義務を果たしているかどうかを確認する必要もあることから、受益者の陳述を聴くものとし、また、審判も受益者に告知するものとするを提案しております。

(5)遺言の確認の審判事件及び遺言書の検認の審判事件における申立ての取下げ制限は、民法上、遺言書の検認はその請求をすることが過料の制裁をもって義務付けられておりますし、遺言の確認についても申立人の一存で遺言者の遺言の効力が左右されるのは相当ではないと考えられますことから、申立ての取下げについては裁判所の許可を要するものとするを提案するものです。

○伊藤部会長 それでは、また、順次、参りたいと思いますが、まず、13の推定相続人の廃除に関する審判事件に関して、23ページの本文の一番下の辺りに書いてあることですが、事項としては二つあります。推定相続人の陳述聴取を審問の期日ですということについて、どう考えるかという問題の投げ掛け、それに関しては先ほど松田関係官から説明がありましたように、例外を何か設けることが考えられるのかという、この点についての御意見を承りたい。それから、後半の「また」というところは、こういった手続保障的な措置を推定相続人の廃除の審判の効果の重大性を考えると、設けるべきではないかという考え方の提示がございしますが、この二つに関してはいかがでしょうか。前半の審問の期日ですということについての問題提起に関してはいかがですか。

○増田幹事 原案の考え方に全面的に賛成いたします。推定相続人の廃除というのは、非常に重大な効果をもたらすと思います。権利義務にかかわるといってもおかしくはないような種類の事件だと思いますので、できる限り、訴訟に近い手続として設計するのが適切だと考えます。

○伊藤部会長 そうすると、審問の機会を保障すべきだということで、例外的なものを検討するという含めてよろしいですか、今の増田幹事の御意見は。

それでは、ほかにいかがでしょうか。よろしければ、それでは、それを前提にして例外を認める必要があるか、あるいはどういう場合に例外を認めるかということに関して、事務局で更に検討してもらうことにいたしましょう。

それから、「また」以下の手続保障的な措置に関しては、この審判事件にも置くものとするかどうかという考え方の提示がございしますが、これもよろしいでしょうか。

○増田幹事 先ほどと同じく全面的に賛成いたします。

○伊藤部会長 という御意見がございましたが、他の委員、幹事の方も御異論がないものとして承ってよろしいですね。それでは、この点はそのように理解させていただきます。

14の遺産の分割に関する審判事件で、まず、25ページの真ん中より少し上の本文のところですけども、利害関係人には即時抗告権を認めないと、種々の利害関係人について事務当局で検討した結果でありまして、併せて26ページのところにありますように、従来、議論のありました破産管財人については、当事者として即時抗告権があるので、ここではそ

のことを意識して検討する必要はないということですが、この点はいかがでしょうか。よろしいでしょうか。

○畑幹事 強い意見というわけではないのですが、このうち⑥の共同相続人の債権者については、若干気になります。御説明によれば事実上の利害関係にすぎないということでしたが、前にもこの場で議論というか、話題になったかもしれませんが、債権者というのは場合によっては詐害行為取消権を行使できる立場ですので、是非とも入れるべきだというほどの意見でもないのですが、こう割り切ってしまうといいのかなという感じはちょっと残ります。

○伊藤部会長 何か事務当局から補足して説明してもらうことはありますか。

○松田関係官 畑幹事のほうから御指摘がありましたように、⑥につきましては微妙なところもあるのかもしれませんが、ここが想定している場面というのは審判の場面でございます。詐害行為取消しの対象となるような不当な分割というのはされないのではないかと、このようなことを前提に考えておきまして、共同相続人全員が参加して、裁判所が相当としてした審判に対して、相続人の全員が異議を唱えていない中で、相続債権者という利害を持っている者に対して、即時抗告権まで認める必要はないのではないかと考えまして、認める必要性はないと判断させていただいた次第でございます。あと、すみません、相続債権者でありましたら、仮差押えなど、そういう法的な対抗措置を執ることも可能かと思っておりますので、そういった手段もございまして、即時抗告権までは必要ないのではないかと考えられるかと思っております。

○伊藤部会長 いかがでしょうか。なお御意見があるかもしれませんが、畑幹事も特に強く反対されるということでもないとおっしゃっていただきましたので、御了解いただければと思います。

そうなりますと、それを踏まえた公告制度を設けないとか、審判取消しの申立権を認めないとか、換価処分に対する即時抗告権を認めないとかという辺りもよろしいですか。

それでは、次の(9)のその他の関係で、これもパブリックコメントなどではいろいろ御意見があったようですけれども、遺産の分割の審判事件について、手続上の特則的な規律は置かないという考え方が提示されておりますけれども、この点はいかがでしょうか。

○増田幹事 パブリックコメントの段階では、不熱心な当事者に文書を送って、一定期間、返事がなければ合意を擬制するとかいったような考え方を示しておりましたけれども、どうも手続上の合意だとか、評価方法に関する合意だとか、そういうものに関する効力及びその効力の及ぶ範囲などについて、議論がまだ成熟していないようで、今回の改正にそこまで盛り込むのはちょっと難しいかなと結論的には思っております。しかしながら、遺産分割手続の長期化で紛争がだらだらといつまでも続くということは、実務家共通の大きな悩みでございますので、是非、また、研究者の方にも遺産分割手続の迅速化という点にも関心を向けていただいて、近々、何らかの改正の機会があればと希望しております。

○長委員 今回の結論自体は異論はございません。私も遺産分割事件における職権探知主義の規律の問題につきましては、是非、将来の検討課題としていただきたいと、そのように考えています。

○畑幹事 私も結論的にはこの御提案でしようがないかなと思っております。職権探知主義を限定するとか、あるいは何か不熱心当事者に対応ということは、理屈の上では、前から申し上げているつもりですが、十分、あり得ることだと思えますし、ここに何らかの規定を置け

れば、ほかの事件類型にも何らかの類推のようなことをする手掛かりにもなるだろうという気もいたしますが、明確な規定を置くほど議論が熟しているかという点、確かにそれは難しいところもあるかなと思います。

○古谷幹事 パブリックコメントの際に、各現場の家裁から出てきた意見は、今後の検討課題という話も出ましたので、ここで幾つか紹介させていただきたいと思います。出てきました意見としましては、不熱心当事者について当該相続分を放棄した上で脱退したものとみなすという意見、あるいは当事者に鑑定費用の予納義務を課し、予納がない場合、裁判所は遺産を任意に評価することができるとする意見、それから、申立人に財産目録等の提出義務を定めて、義務を懈怠したときには却下できるようにする、そういう意見、それから、職権探知主義の規律の適用を限定する意見又は前提問題について訴えを提起させ、訴えの提起がない場合には取下げを擬制するという意見、また、裁判所が資料により相当な遺産分割ができる判断する場合には、不熱心当事者に有利な事情の存否を明らかにするための事実の調査等を行うことなく、審判することができるという意見、以上のようなものがございましたので、紹介させていただきます。

○伊藤部会長 分かりました。そういたしますと、委員、幹事の御発言を承りましても、遺産の分割に関する審判事件についての現状に関する問題意識あるいは将来の課題という点では、かなり共通した認識があるように思います。ここでは、ここで特段の規律を置かないということ御了解いただいたものとさせていただきますけれども、是非、また、今後の検討の機会がいろいろな場であればと存じます。

それでは、次の16の遺言に関する審判事件に関して、負担付遺贈に関する遺言を取り消す審判に関して受益者の陳述を聴くとか、受益者に対して告知をするとかいうことでの考え方の提示がございしますが、ここはいかがでしょうか。よろしいですか。

そうしましたら、29ページの(5)の関係で、遺言書の検認の審判事件の申立てを取り下げるとは、裁判所の許可を得ない限り、できないとする規律を設けることに関して、そういう考え方の提案がございしますが、ここはいかがでしょうか。それでは、この点も御了解いただいたものといたします。

以上で31の審議を終えていただきましたので、ここで休憩を取らせていただきます。

(休 憩)

○伊藤部会長 それでは、再開いたします。

部会資料32に入りたいと存じますが、部会資料32の第5、家事調停に関する手続の3、調停委員会から7、調停手続までの説明をお願いします。

○川尻関係官 第5、家事調停に関する手続、3、調停委員会は、調停委員会の権限について、①から③まではいずれも調停委員会がその判断主体として、より適切であると考えられますことから、これらを調停委員会の権限に加えるほかは、中間試案の規律を維持するものとするを提案するものです。

6、付調停ですが、ここでは申立人の手続選択権を保障する観点から、裁判所が事件を調停に付す場合の当事者からの意見聴取について提案しております。(注)では合議体により家事調停の手続を行うことについて取り上げております。訴訟事件又は家事審判事件を合議

体で処理していた裁判所が当該事件を家事調停に付して、自ら処理する場合には合議体により家事調停の手続を行うこともあると思いますが、それ以外にこれを認める必要性があるのか、御検討いただきたいと存じます。

7、調停手続、(3)電話会議システム等、(1)電話会議システム等の制度の導入についてですが、この点については中間試案を維持して、導入するものとするを提案しております。パブリックコメントにおいては、導入に慎重な御意見もございましたが、当事者にとっての利便性にかんがみれば、導入することが相当であると考えられます。

(2)(注2)については、電話会議システム等を用いた期日においても、一定の事件を除いて調停を成立させることができるものとするを提案しております。パブリックコメントにおいては、幅広い御意見が寄せられました。早期の調停成立による当事者の利益の保護といった観点からすれば、電話会議システム等を用いた期日においても、基本的には調停を成立させることができるものとした上で、必要な例外について検討するのが相当であると思われまふ。例外につきましては、まず、離婚又は離縁については調停成立時における当事者の真意をより慎重に確認する必要があることから、人事訴訟法第37条第3項、第44条においてこれらの事件について和解ができないこととされていることと同様に、調停を成立させることはできないものとするのが相当であると考えられます。

次に、親権者の指定若しくは変更又は監護者の指定若しくは変更についてですが、これらは当事者にとっても重要事項であることからすれば、調停を成立させることはできないものとするものも考えられますが、他方で、直ちに身分関係が消滅する離婚又は離縁とはやや性質が異なり、後に親権者又は監護者の変更の申立てをすることも可能であることからすると、法律上、明文の規定をもって一律に禁止するまでの必要性はないとも考えられますので、この点について御意見を頂ければと存じます。

(3)(注3)については、合意に相当する審判における当事者間の合意は、電話会議システム等を用いた期日においてはすることができないものとするを提案しております。合意に相当する審判の対象となる事項は、いずれも重要な身分関係の形成又は存否の確認に関するものでありますことから、当事者の真意をより慎重に確認する必要があると考えられるからです。

(4)家事調停事件の申立て、(1)併合申立てについては、調停手続において併合申立ての規律を置くものとするかどうかを検討することを提案するものです。調停手続においても調停委員会の裁量による併合や、当事者による申立ての追加的変更が予定されておりますことから、これとの関係からすれば規律を置くことが相当であるとも考えられますが、他方で、調停手続の柔軟性等にかんがみれば、明文の規律を置かないものとするものも考えられますので、この点について御検討いただければと存じます。

(2)ウ(注)については、家事審判手続と同様に裁判所が申立書の写しの送付等を行うことができない場合や、申立人が申立書の写しの送付等の費用の予納をしない場合に対応する必要がありますことから、民事訴訟法と同様の規律を置くものとするを提案しております。なお、③の呼出し費用の予納がない場合につきましては、今回、規律を置くものとして提案しておりますが、家事審判の手続における規律との平仄等の問題もございましたので、この点につきましては、引き続き検討したいと存じます。

(11)家事調停委員の専門的意見の聴取ですが、パブリックコメントでは意見を聴く旨をあ

らかじめ当事者に告知するとともに、その内容を当事者に対して明らかにするための措置を講ずるべきであるとの御意見もございましたが、調停は基本的には当事者の任意の合意により成立するものであることからすると、厳格な手続規定を置くまでの必要性はないと考えられますことから、当事者への告知等につきましては特に明文の規律は置かず、調停委員会の適切な裁量にゆだねるものとするを提案しております。

(12) 調停の成立、(1) 調停の脱漏は、調停の脱漏について特に明文の規律は置かないものとするを提案するものです。当事者が任意に合意をして調停が成立した以上は、明示的に一部調停をした場合以外、これにより紛争のすべてが解決したものとして取り扱うのが当事者の意思とも合致し、相当であると考えられることを理由としております。

(2) (注1) については、調停条項案の書面による受諾について、一般的にこの制度を導入することとしつつ、例外を検討することとしています。まず、離婚又は離縁についてですが、調停成立時に離婚意思又は離縁意思の合致が存在することを直接、確認することが重要であると考えられますことから、人事訴訟法第37条第2項、第44条においてこれらの事件についてこの方式により和解をすることができないものとされていることと同様に、調停条項案の書面による受諾により、当事者間の合意を成立させることはできないものとするのが相当であると考えられます。

次に、親権者の指定若しくは変更又は監護者の指定若しくは変更につきましては、先ほどの電話会議システム等を用いた期日における調停の成立と同様に事柄の重要性に着目すれば、当事者間の合意を成立させることはできないものとするのが相当であるとも考えられますが、後に親権者又は監護者の変更の申立てをすることも可能であることからすると、常に当事者の意思を調停成立時に直接、確認する必要があるとまでは言えないとも考えられますので、この点について御検討いただければと存じます。

(14) 調停をしない場合では、調停不成立の場合との均衡及び当事者は再度の申立てをすることは妨げられないことなどから現行の規律を維持し、調停を成立しない場合には即時抗告をすることができ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、順次、審議をお願いしたいと思います。

まず、1ページの調停委員会の権限の関係ですけれども、中間試案の規律を維持することを前提にして、1ページから2ページにございます①ないし③を調停委員会の権限とするということ、そういう考え方が提示されておりますが、この点はいかがでしょうか。ここはよろしいでしょうか。御異論がなければ御了解いただいたものといたします。

それから、次の2ページの6、付調停の関係で3ページの真ん中辺りのところにございますけれども、付調停、例外は除いて当事者の意見を聴かなければならないものとするかどうかという考え方の提示がございますが、これはいかがでしょうか。

○岡崎幹事 ここで民事調停の話を上上げるのがいいのかどうかという問題があるのですが、現在、簡易裁判所の実務の中で、過払金返還請求事件を調停に付するという運用が結構行われています。そのときにどうやっているかという、1回目の期日を指定するときに、調停に付して調停期日として指定します。その際に、原告側の意向を必ずしも聴取しないで第1回期日を調停期日にするという運用が行われております。この背景にありますのは、多くの事件では第1回期日限りで調停に代わる決定を行っており、これに対して異議が出るのはごく一部に過ぎず、多くの事件については、17条決定が確定して、それで終わって

くことがあります。

つまり、過払金返還請求というのは極めて簡易な事案が多く、こういう特殊な類型の事件についてどこまで重い手続を採るかというところ、原告側の手続選択権というところも理解はできるのですが、必ずしもこれを重視する必要性がないという類型もあることに留意をすることがあると思っております。パブリックコメントでも簡易裁判所からの意見の中には、その趣旨の強い意見が出ております。現行の民事調停法では、原則、裁判所が職権で調停に付すことができ、例外的に争点の整理が終わった段階では当事者の合意が必要であるとする規定になっていますが、民事調停に関してどの程度、修正を加えるかというところは、御留意を頂ければと思っております。

○金子幹事 この規定を家事調停でこのようにした場合に、民事調停でどうするのかというのは、この部会の範囲をちょっと超える問題で、また、別途検討の余地はあろうかと思えます。

○伊藤部会長 ということでよろしいでしょうか。ただいまの御意見は、もちろん、それとして承ってということですが、では、この点に関して家事調停に関してこういうことで、特段、御異論はございませんか。

それから、3ページの(注)の関係で家事調停事件を合議体で処理することを認める必要性についてどう考えるかと、こういう問い掛けがございますが、この点はいかがででしょうか。どうでしょうか。裁判所の御関係の委員、幹事の方で何かこの点で御発言はありますか。

○長委員 実務の中で、調停事件を合議にしなければいけないという必要性を感じることはほとんどないと思えます。ゼロかというところではないと思えますが、ほとんどないと思えます。乙類調停の場合に不成立になったあとの審判ということになれば、かなり難しい事案もあろうかとは思いますが、調停の段階では必要性を感じてはおりません。

○豊澤委員 パブリックコメントで裁判所から寄せられた意見の中にも、この点について積極的なニーズがあるというようなことをうかがわせるようなものは特にありませんでした。

○伊藤部会長 分かりました。裁判所側から来ておられる委員の中で、そういう認識であるとするれば、この点は特に積極的な意味での必要性はないと理解してよろしいでしょうか。それでは、そのようにさせていただきます。

次に、7の調停手続のまず(1)電話会議システム等の導入に関してですが、電話会議システム等を導入すること自体に関しては、ここで積極の方向での考え方が示されておりますが、これはいかがでしょうか。この点はよろしいですか。

では、5ページの(2)の(注2)についてですが、電話会議システム等で調停を成立させることに関して、まず、離婚又は離縁については除くという考え方が示されており、親権者の指定若しくは変更又は監護者の指定若しくは変更に関しては、どう考えるべきかという問題の投げ掛けがございますが、この点はいかがででしょうか。

まず、離婚又は離縁を除くということはよろしいですね。

もしよろしければ、親権者の指定等に関して、ここで補足説明では二様の考え方があり得るという検討結果が示されておりますが、この辺りはいかがででしょうか。

○山本幹事 十分な定見があるわけではないのですが、私にはここで書かれている、補足説明で「他方で」以下で書かれていることは、それなりに説得力がある印象を持ちました。やはり離婚、離縁というのは、そこで合意がなされると、確定的に婚姻が解消したり、親子関係が、養子の関係が解消するという効果が直ちに発生をして、それで取り返しがつかないよう

なものであるのに対して、親権者、監護者の変更というのは、それ自体は確かに重要な事柄であることは確かなのですけれども、場合によってはその後、更に変更の申立て等をするということも可能であるということを考えれば、電話会議システムでももちろん、そこで十分に意思を確認するということは必要だと思いますが、それがなされれば、そこでできてもいいのかなという印象を持っています。

○伊藤部会長 山本幹事からは一律に排除するのではなくて、適切な事案においては、親権者の指定等に関しては電話会議システムを用いた調停の成立の可能性を開いておくべきだと、こういう御意見ですが、いかがでしょうか。今の山本幹事の御意見のようなことで皆さんが御了解いただけるのであれば、一律に除くことはしないということで検討してもらおうことにいたしますが、それでよろしいですか。

○長委員 私も定見はないのですが、ただ、親権者の指定、変更に関しては慎重に対応したいという感じがしております。

○伊藤部会長 おっしゃるとおりだと思います。

○畑幹事 私も定見はないのですが、これを可能としても適切に運用していただけることとは思いますが、規定上、電話でオーケーというのは、ちょっと抵抗があるかなという気はいたします。

○伊藤部会長 そうですか。そうしますと、そういう意味では、今の長委員は慎重にと、畑幹事はそれより更にもう一歩ですが、やはりここは除いておくのが適切ではないかという趣旨の御発言と理解しましたが、いかがでしょうか。

それでは、この点もただいまの両様の御意見を踏まえて、事務当局でもう少し検討してもらおうことにいたしましょう。

5 ページの下のほうの(3) (注3) についてですが、合意に相当する審判の合意、これを電話会議システム等を用いた期日ですることができないということにすることでどうかですが、この点はいかがでしょう。今の話とも通じるものがありますが、ただ、今のような御意見からすると、やはりここで事務当局から示されておりますように、この場合の合意は電話会議システムではちょっと控えたほうが良いということになりましょうか。もしよろしければ、御了解いただいたものといたします。

次に、そうしますと(4)の家事調停事件の申立てで、7 ページの(1)併合申立てについてですが、ここは問い掛けになっておりまして、一方では、こういう併合申立てに関する規律を置くべきだということの考え方も成り立ち得るし、しかし、調停の特質を考えたときに、そこまでの規律を置くべき理由があるのかという疑問の提示もされておりますので、この点はいかがでしょう。

○山本幹事 何か実質論があるわけではないのですけれども、(4)のところでは申立ての変更というのがあって、それが基本的には認められているということであって、そして、この申立て変更には追加的変更のようなものも含まれるのだとすると、追加的変更がされれば自動的に併合されるということであるとすれば、当初からの併合申立てを認めない理由は余りないような気がします。

○伊藤部会長 そうですね。確かにそれはそうかもしれませんね。

いかがでしょうか。山本幹事からは積極の方向で検討すべきだという御意見がありました。が、かえって手続の柔軟な運用を妨げるとか、あるいは……。

○増田幹事 非訟のときもそうでしたし、家事審判手続においてもそうでしたが、併合を認める甲案に賛成でございます。職権での分離は可能ですので、裁判所が併合は不適當であると考えられる事件については、分離をされればよろしいことかと思えます。

○古谷幹事 仮に積極というふうな前提に立った場合に、要件が不明確なままに併合申立てとなりますと、非常に実務的には運用に支障を来すというところがありますので、その点の検討は必要かなと考えております。

○伊藤部会長 事務当局がこういう形で問題の投げ掛けの形になっているのも、そういった点も考慮してなかなか難しい問題があるということかと思えますが、いかがでしょうか。ほかに御意見はございますか。

それでは、ただいまの御意見を踏まえて、なお検討してもらうことにしましょう。

それから、7ページの(2)のウの(注)に関して、申立書に不備がある場合の補正、却下、それから、費用の予納のない場合の予納を命じること、あるいは申立書の却下、それから、③のところは先ほど川尻関係官のほうから、更に内容的には検討すべきことがあるということと言われておりましたけれども、ここはいかがですか。何か御意見はございますか。よろしいでしょうか。

そうしましたら、8ページの(11)家事調停委員の専門的意見の聴取の関係で、中間試案の規律を維持すると、補足説明にございますように意見を聴く旨をあらかじめ当事者に告知するという点に関する規律を置くまでの必要はないと、そこは調停委員会の適切な判断にゆだねれば足りるという考え方が示されておりますが、ここはいかがですか。特段、御意見がないようでしたら御了解いただいたものと理解いたしますが、それでは、そのようにいたします。

9ページの(1)調停の脱漏について、これは調停という作用の特質からして、脱漏についての規律を置くまでの必要はないと、こういうことで考え方の提示がありますが、いかがでしょうか。よろしいでしょうか。

そうしましたら、次は9ページの一番下、(2)(注1)について、10ページのところに入りますが、先ほどの電話会議システムとも若干関係をする問題ですが、調停条項案の書面による受諾の対象となる事項に関して、離婚、離縁を除くということについての考え方が示されておりますし、それと併せて、親権者の指定等も例外として除外すべきかどうかということについての問い掛けがございます。先ほどの議論との関係があるかと思えますが、この点はいかがでしょう。

畑幹事、先ほどの御意見を踏まえると、こちらのほうはどうなりますか。

○畑幹事 やはり、やや慎重にということかなと思ってます。

○伊藤部会長 どうでしょうか。性質の似た問題であるようにも思えますが、完全に同じかというのやや微妙なところがあるかと思えますが。

○山本幹事 やはり慎重にということには異論はないのですが、しかし、民事訴訟その他で法律関係を最終的に決定する事項についても認められていることで、その場面ではやはり慎重な意思の表示の判断ができるという前提に立っている制度だと思うのですね。私はやはりそれを前提にすれば、この場合には後で変更もきくようなところなので、認めてもいいのではないのかなというのが、この辺りは多分、感触の問題なのだろうと思えます。

○伊藤部会長 ほかに他の委員、幹事の方で何か御発言はありますでしょうか。

○長委員 私は今の二つの意見については畑幹事のほうに賛同したいと思います。

○伊藤部会長 そういたしますと、親権者の指定等の事件を含めるかどうか、あるいは例外としないかについて、この場の比較的多数の御意見は、これを除くべきであるという御意見だったように思います。しかし、山本幹事からの発言もございましたので……。

○増田幹事 多数と言われると困りますので、山本幹事に賛成の意見を述べさせていただきます。

○伊藤部会長 分かりました。そうすると相きつ抗するということになりましたので、では、事務当局としてはなかなか難しいことになるとは思いますが、それを踏まえて検討してください。

そうしますと、(14)の調停をしない場合、調停をしないものとして、事件を終了させるとしたときに、それに対する即時抗告を認めるかどうかというので、パブリックコメントではそういう積極の意見もあったようですけれども、先ほど説明があったような理由から、ここではそれは認めないという考え方が提示されていますが、この点はいかがでしょうか。もし、特段、御異論がなければ、こういうことで御了解いただいたものといたします。

それでは、8の合意に相当する審判について説明をお願いします。

○松田関係官 それでは、説明いたします。

8、合意に相当する審判の(1)合意に相当する審判の対象事件及び要件のアの(注1)では、合意に相当する審判の対象となる事件に人事訴訟法第2条の本文に定める「その他の身分関係の形成又は存否の確認を目的とする訴え」も含めるものとするを提案しております。パブリックコメントでは、人事訴訟法2条本文に定める訴えにどのような事件が該当するか等が不明確であるとの指摘もありましたが、合意に相当する審判の制度の趣旨からすれば、人事訴訟手続とでその対象を別にすべき合理的な理由はないと考えられますことから、人事訴訟法第2条本文に定める訴えについても、合意に相当する審判の対象とするのが相当であると考えられます。

次に、アの(注2)では、合意に相当する審判の要件である原因事実について争いがないことの主体に、手続上の当事者のすべてを含むものとするを提案するものです。この点について、パブリックコメントでは意見が分かれていましたが、合意に相当する審判が当事者間の合意と原因事実について争いがないことの二つを要件としている趣旨からしますと、合意の当事者と原因事実について争いがない当事者とを異なるものとするのは相当でないと考えられますし、実際、原因事実を争っている当事者が合意をすることは想定し難いため、両要件の当事者を分けて考える実益もないと言えます。したがって、原因事実について争いがないことの主体から手続上の当事者であって、身分関係の当事者でない者を除外するのは相当でないと考えられます。

また、イの(注2)では、身分関係の当事者の一方を死亡等により欠いている場合には、合意に相当する審判をすることができないものとするを提案しております。原因事実について最もよく知る身分関係の当事者の一方を欠いている場合には、申立人と身分関係の他の当事者との間で合意が成立するだけでは紛争性がないとは言えず、このような場合には原則どおりに人事訴訟手続において、慎重な事実認定を要するものとするのが相当であると考えられます。なお、(前注1)は合意に相当する審判との用語について、パブリックコメントでもこれに代わる用語の提案はなく、実務的にも合意に相当する審判が定着していると考え

えられますことから、他により適当な用語がない限り、引き続き用いるものとするを提案しております。

(4)不服申立てのウ、異議申立期間の(注)に関し、合意に相当する審判の異議申立権の放棄について、一般的に審判に対する即時抗告権の放棄を認めていることや、利用できる可能性が皆無ではないことなどを考慮し、規律を置くものとするを提案しております。

エ、異議申立てに対する裁判の(ア)の(注2)について、合意に相当する審判を取り消す審判に対する即時抗告は認めないものとするを提案しております。合意に相当する審判は、当事者間の合意と原因事実について争いがないことの二つの要件を満たす場合に限り、簡易な手続で審理することを許容したものであるところ、合意に相当する審判に対する異議が出されて、裁判所がその異議に理由があると認めているような状況では、簡易な手続で審理することを許容すべき前提を欠いていると考えられ、取消しの審判の当否を上級審で争わせる必要性も相当性もないと考えられます。また、即時抗告を認めなくとも、身分関係の形成等を求める当事者は、取消し後に改めて合意の確認を得て合意に相当する審判を受けるか、人事訴訟手続で判決を得ることが可能でありますので、特段、問題は生じないものと考えられます。したがって、取消しの審判に対して即時抗告をすることができるものとはしないものとするのが相当であると考えられます。

(6)婚姻の取消しについての合意に相当する審判における親権者の指定では、甲案の規律を採用するものとするを提案しております。この親権者について、合意がない場合にも親権者を指定しなければならないものとし、親権者の指定の判断のために家庭裁判所調査官による調査など相当な調査を要することになり、他方で、このような調査を経ても異議により調査が無駄になることも生じ、当事者間に紛争性がない場合に限って簡易迅速に処理することを認めた合意に相当する審判の趣旨に反するものと考えられますことから、この親権者の指定についても合意の成立を要するものとするのが相当と考えられます。

(7)その他では、夫が嫡出否認の調停の申立てをした後に死亡した場合に、人事訴訟法41条と同様の規律を置くことを提案するものです。夫が嫡出否認の調停の申立てをした後に死亡した場合において、当該死亡が民法777条に定める嫡出否認の訴えの出訴期間経過後であったときは、このために相続権を害される者その他、夫の三親等内の血族は、人事訴訟法41条1項により、嫡出否認の訴えを提起することができませんが、夫が生前にしていたのが訴えの提起であったか、調停の申立てであったかで取扱いが異なるのは不合理ですから、この場合に人事訴訟法41条2項と同様に、夫の死亡の日から6か月間は嫡出否認の訴えを提起することができる旨の規律を置くものとするのが相当であると考えられます。

○伊藤部会長 そうしましたら、順次、またお願いしたいと思います。まず、12ページの(1)のアの(注1)、合意に相当する審判の対象事件として、人訴に合わせてその他の身分関係の形成又は存否の確認を目的とする訴えと、これも含めるということですが、ここはいかがですか。ここはよろしいでしょうか。

そうしましたら、同じページの(2)アの(注2)についてですが、手続上の当事者のすべてについて争いがないことを要するという点で、原因関係についての争いがないことの主体から、手続上の当事者であって身分関係の当事者でない者を除外するという点は相当でないという理由から、こういう考え方が提示されておりますが、この点はいかがでしょう。合意に相当する審判の特質から考えて、このようなことでよろしいですか。

○古谷幹事 この点につきましては、身分関係当事者でない者につきましては、争いがないというふうなことを要求する実質的な意味というのがやはり乏しいかと思われますので、この点は消極に考えております。

○伊藤部会長 そうですか。分かりました。

他の委員、幹事の方でただいまの点で何か御意見はございますか。

それでは、ただいまの古谷幹事の御意見を踏まえて、なお事務当局で検討してもらうことにいたします。

それから、13ページの(3)イの(注2)についてですけれども、身分関係の当事者の一方が死亡して、それが欠けているような場合、その場合になお合意に相当する審判をする余地を認めるかどうかというので、ここではそれはできないという考え方が提示されていますが、この点はいかがでしょうか。

○増田幹事 この点は、仮に一方が欠けていたとしても、それは事実認定の問題であって、調査に慎重さを要するというだけの問題かと思うのですが、強く反対するものではありません。

○伊藤部会長 ほかに今の点に関してはいかがでしょうか。

○長委員 補足説明に記載されている理由でもって、やはり提案どおりがよろしいかと思いません。

○伊藤部会長 分かりました。それでしたら、増田幹事からは疑問が投げ掛けられておりますが、強く反対するものではないとおっしゃっておられましたし、長委員からの御発言もありましたので、ここは、ここに示されている考え方について御了解が得られたものと扱うことにいたします。

それから、13ページの(前注1)のところですが、用語の問題でなかなかこれが最善のものかということに関しては疑問もあるかもしれませんが、なかなかそれに代わる言葉で適切なものがあるかという点と難しいというので、これを維持するという点ですが、何かこの点に関して意見はございますか。

もちろん、これは用語の話ですから、この場以外でも適切なものがあるという申出があれば、当然、事務当局も検討はすると思えますけれども、よろしければ、次の14ページの不服申立ての関係で、まず、14ページの一番下、(1)ウの(注)についてですが、合意に相当する審判についての異議申立権の放棄の規律を置くということですが、この点に関しては、こういう考え方についてはいかがでしょうか。

御異論がなければ御了解いただいたものといたしますが、それでは、次の15ページの(2)に掲げられているところで、合意に相当する審判を取り消す審判に対して即時抗告を認めるかどうかと、即時抗告を認めることについての実際上の意義も少ないということから、消極の考え方がここで示されておりますけれども、この点はいかがでしょうか。先ほどの事務当局からの説明を踏まえて、こういう考え方でよろしいでしょうか。

それでは、そのように御了解いただいたものとして、次に16ページの(6)婚姻の取消しについての合意に相当する審判における親権者の指定の関係で、16ページから17ページに書いてありますが、甲案の考え方で合意に相当する審判の趣旨を考えると、乙案を採るべき理由はないのではないかとというのが事務当局からの考え方の提示でございますが、ここはいかがでしょうか。よろしいでしょうか。それでは、御了承いただいたものといたします。

それから、17ページのその他の関係で、ここに書いてありますように、これこれ、こう

いう内容で調停の申立てのときに、その訴えの提起があったものとみなすということかどうかという考え方が示されておりますが、この点はいかがでしょうか。

○山本幹事 このような規律を設けること自体には賛成なのですが、具体的な規定の提案の中の夫の死亡の日から6か月以内という、この期間についてやや疑念を持っております。というのは、人事訴訟法41条1項が適用になる場合には、夫の死亡の日から1年間以内に訴えを提起しなければならないとなっているところの整合性の問題ですが、夫の死亡した時期が民法777条の期間内、夫が子の出生を知ってから1年以内、例えば11か月の時点で夫が死亡すれば、人訴41条1項が適用になって死亡したときから1年、訴えが提起できるわけですけれども、死亡した時期がそれを経過した後、例えば13か月の時点で死亡した場合には、この規律だと、そこから6か月しかできないということになりそうな感じがいたします。そこにやや私は不整合があるのではないかという気がいたしております、そういう意味からすれば、これは6か月ではなくて1年のほうがよろしいのではないかということです。

これは人訴41条2項のほうに合わせたということかと思えますけれども、41条2項は私の理解では訴訟手続がそのまま受継して継続するので、相手方の地位を余りに長期に不安定にするのは相当でないということで、1年ではなくて6か月と短くしたのだと思えますが、この場合は調停手続自体は終わって、その後、訴えを提起する期間の問題でありますので、むしろ、1項のほうとの関連なのかなと思っております。

○伊藤部会長 その点、事務当局で何か補足はありますか。

○松田関係官 山本幹事から御指摘いただきましたように、この規律を考えたときは人訴法41条2項のほうに引き付けて考えておりましたが、御指摘がありましたように、確かに調停の申立て後に申立人が死亡すると、その事件は終了してしまいまして、事件が係属している状態というわけではございませんので、確かに人訴41条1項のほうに近づけて考えるべきことのようにも思います。そうしますと、やはり先ほど例を挙げていただいたようなアンバランスな状態が起きてしまうということもありますので、御指摘を踏まえて期間については検討させていただきたいと思えます。

○伊藤部会長 ということですが、他に何か関連して御意見はございますか。

よろしいでしょうか。そうしますと、ただいまの点に関してはなお検討するということが、基本的な考え方自体は訴え提起の擬制に関しては、こういう方向でという了解を頂いたものといたします。

それでは、次に調停に代わる審判について、それから、記録の閲覧等を併せて説明をお願いいたします。

○松田関係官 では、説明させていただきます。

9、調停に代わる審判の(1)調停に代わる審判の対象及び要件について、調停に代わる審判で親権者の指定をする場合であっても、15歳以上の子の必要的陳述調書の規律は置かないものとするを提案しております。一般的に親権者の指定においては、子の意思を可能な限り尊重する必要があると考えられますが、調停に代わる審判は、当事者間のわずかな意見の相違により調停が成立しないような場合において裁判所が明確な判断を示せば、当事者はその判断に従う可能性があるときにされるものであるため、親権者の指定を要する事案で調停に代わる審判に親しむ事案としては、親権者については争いのないものが少なくないと考えられます。加えて、民法上は父母間の協議により親権者を定めることができるものとされ

ていること、調停成立の場合には陳述調書が必要的なものとされていないことなども考え合わせますと、調停に代わる審判において、15歳以上の子の陳述調書を一律に必要的なものとするのは相当でなく、事案に応じた裁判所の裁量にゆだねるものとするのが相当であると考えられます。

(前注1)では、調停に代わる審判の用語について、合意に相当する審判と同様、他に適切な用語がない限り、引き続き用いるものとするを提案しております。

次に、(2)審判のイ、家事審判に関する手続の規律の準用では、調停に代わる審判について脱漏の規律を準用することについて、検討していただくことを提案しております。調停に代わる審判においても、親権者指定や手続費用の負担の裁判を脱漏することは考えられますので、脱漏の規律を準用するのが相当とも考えられますが、他方で、調停に代わる審判では親権者の指定と手続費用の負担の裁判以外に、脱漏を観念することが困難であるとも考えられますので、脱漏の規律を一般的に準用することが相当か否か、疑問の余地もあると考えられます。

次に、(3)不服申立てのア、異議申立権者等の(注1)では、調停に代わる審判においては、子に異議申立権を認めないものとするを提案しております。これは即時抗告権と同様、子に異議申立権を認めるものとしますと、子が両親のいずれかを選ばなければならない状況に置かれることが考えられ、加えて民法上も父母間の協議で親権者等が定められた場合には、子はこれに従わなければならないとされていることとの均衡も考慮しますと、子に異議申立権を認めないものとするのが相当であると考えられます。

アの(注2)では、調停に代わる審判において、一般的に民事訴訟法265条と同様の規律を置くものとし、例外について検討することとしています。離婚及び離縁については人事訴訟法37条2項、44条において、この方式により和解することができないものとされていることと同様に、この方式により調停に代わる審判をすることはできないものとするのが相当であると考えられます。また、親権者又は監護権者の指定又は変更については、この監護等を継続的に担う者を定めるものである点で、異議申立権の実質的な事前放棄を認めることは相当でないと考えられます。そこで、これらの事件については除外するものとするのが相当であると考えられます。

次に、12、記録の閲覧等では、家事調停事件における記録の閲覧の規律について現行家事審判規則の規律を実質的に維持し、当事者及び利害関係を疎明した第三者のいずれについても、相当と認めるときに閲覧等を許可するものとするを提案するものです。家事調停手続では、紛争の実態を把握した上で適切な解決を図る必要があることから、高度なプライバシーに及ぶ資料や、他方当事者を感情的に非難する書面等が含まれることが少なくありませんが、このような記録を当事者が原則、閲覧等することができるとしますと、プライバシー侵害だけでなく、当事者の感情をいたずらに刺激し、情宜に基づく話し合いという調停手続の根幹となる機能を損なうおそれが高いと言えます。家事調停手続が家事審判手続とは異なる機能を有していることや家事調停事件の事案の多様性に照らせば、家事調停手続における記録の閲覧等については裁判所にある程度、広い裁量を認め、各事案に応じて柔軟に当事者の手続保障や公正の確保を図ることができるようするのが相当であると考えられます。

また、(注2)では、合意に相当する審判の手続については、簡易な人事訴訟の手続という性格を有し、判断作用を含んでいる点で、記録の閲覧等に関し、家事調停手続よりも家事

審判手続や人事訴訟手続に近い規律にするのが相当であると考えられますことから、合意に相当する審判の対象となる事件の記録の閲覧等については、家事審判事件の記録の閲覧等の規律によるものとするを提案しております。

- 伊藤部会長 そうしましたら、まず、18ページの調停に代わる審判に関して、親権者の指定についての審判に関して15歳以上であるときには、子の必要的陳述に関する規定が問題になりますが、これを置かないという考え方が示されております。理由は、今、説明があったとおりですが、この点はいかがでしょうか。
- 増田幹事 この審判の性格を基本的には合意ととらえるのか、権力作用ととらえるのかといった問題にかかわってくるのだらうと思いますが、一応、裁判所が判断を示す以上は、その基礎として子からの意見聴取というのを入れていただきたいと考えております。
- 伊藤部会長 ということで、原案に対して反対の考え方が表明されておりますけれども、いかがでしょうか。
- 山本幹事 全く増田幹事のおっしゃるとおりで、調停に代わる審判というものの性質をどうとらえるのかという問題かと思えます。私自身は判断作用があるということはおっしゃるとおりですけれども、この調停に代わる審判の拘束力を最終的に支えるのは当事者が異議を述べなかったという、そういう意味での消極的な同意を与えているというところにあるように思っております。そういう点からすれば、調停の成立の場合には子の陳述聴取は必要的なものとしておりませんので、そちらとパラレルに考えるべきなのかなと思っております。
- 伊藤部会長 しかるべき事件においては陳述を聴くとか、そういう形での裁量にゆだねるという規律が合理的だということですよ。今、お二人の幹事の意見にもありましたように、調停に代わる審判の性質の両面があることは否定できないと思いますが、どちらを重視するかというようなところにつながる問題かとは思いますが、いかがでしょうか。
- 杉井委員 確かにおっしゃるように、この調停に代わる審判の性質をどう考えるかによって変わってはくと思いますが、しかし、最終的にはやはり裁判所のほうが審判をするわけですから、そういう裁判所の審判に当たって、これは15歳以上の子の陳述を聴くというのが子どもの意見表明を尊重するという立場からすると、私はやはり必要なのではないかと思います。
- 古谷幹事 先ほど山本幹事から御指摘があったように、調停の場にやはり引き付けて考えるべきではないかというのが一点と、あと、補足説明で先ほど関係官のほうからもお話がありましたけれども、実際、これが活用される場面を考えますと、かなり争いがし烈な場合は考えにくいという状況もあろうかと思っておりますので、この点は必要的にと考えることについては消極でございます。
- 伊藤部会長 どうでしょうか。それぞれの立場からの御意見がきつ抗しているような状況ですが、ほかに御発言はございませんか。としますと、ここもなかなか今の時点でも申しましても、そう先も余裕があるわけではないのですけれども、今の御意見も踏まえてもう少し検討を事務当局にしてもらうことにいたしましょう。

それから、調停に代わる審判という用語について、19ページのところに（前注1）がありますが、これも先ほどと同じようなことで用語の問題ですので、もし適切な御提案があればお願いしたいと思います。取りあえずはと申しますか、現状ではこういうことで引き続き用いることで御了解いただいたものとさせていただきます。

次の(2)の審判の関係で20ページの脱漏に関する家事審判に関する規定、手続の規律を準用するという点に関しては、そういう合理性があるという考え方と、必ずしもそうではないという二つの考え方があるので、どう考えるかという問題の投げ掛けになっておりますが、ここはいかがでしょうか。

- 畑幹事 先ほど調停について脱漏の規律を置くかという話があったと思います。調停について脱漏の規律を置かないけれども、調停に代わる審判については置くというのは、何かちょっとバランスが悪い感じがいたします。理屈の上では私はどちらも脱漏はあり得ると実は思いますが、ただ、実際、そういうことはほとんど考えられないというもおっしゃるとおりだと思いますので、置かないというほうで統一するというのであれば、それはそれでよろしいかと思っております。
- 伊藤部会長 分かりました。という御意見ですが、いかがでしょうか。もしそうであれば、調停に代わる審判に関しても、一般的に脱漏の規律を置くまでの必要はないということが、この場の方の御意見であると承ってよろしいですか。それでは、そのように理解させていただきます。
- 松田関係官 ちょっと畑幹事にお聴きしたいのですけれども、調停に代わる審判ですと、審判ですので手続費用の負担の裁判などは脱漏ということがあり得るかと思うのですけれども、この場合は規律がなくとも、そこは後でその部分だけ補完的に審判することが、裁判することができるというようなお考えでいらっしゃるのかどうかというところはいかがでしょうか。
- 畑幹事 そこは明確に考えていないというか、實際上、起きないだろうというほうに重点があります。
- 伊藤部会長 そうですね。事務当局の問題意識としてはその辺りなのですよ。実際上、そういうことがほとんどというか、考えられないという前提は共通かと思っておりますけれども、しかし、審判である以上ということで、これはなかなかこの場でということは難しいかと思っておりますので、事務当局で検討してもらおうということでよろしいですか。
そうしましたら、次の不服申立ての関係で20ページの(1)のところ、アの(注1)で調停に代わる審判においては子に異議申立権を認めないという考え方が示されておりますが、パブリックコメントではそれに反対する意見もあったようですけれども、ここでは、こういう考え方があります。ここはいかがでしょうか。
- 鶴岡委員 私は子に異議申立権を認めないものすることに賛成です。これは前回、即時抗告権の議論のときに申し上げるべきことだったと思うのですが、私は子の意見表明が子の福祉の実現に結び付くためには、子が意見表明を行うことがその子にとって安全でかつ安心できる守られた環境があるということが前提になると考えております。今、私たちが行っている面会交流の援助などの経験からいいますと、親が紛争の渦中にある場合、子は自分の本音を悟られるということに強い不安を持ち、あるいは強い恐怖を覚えるのがむしろ一般的であります。これは思春期の子の場合においても同じでありまして、しばしば子は自分の本心とは逆の態度や発言をしたり、あるいは思いがけない言動を取ったりすることがあるわけですが、そういう心理が働くからではないかと思っております。

こういうことを考えますと、子の意向とか生活状況等を含めて相当な話し合いが行われた後に、裁判所によって一定の判断が示されたときには、当事者がその判断に従う可能性があるという見通しの下に行われる決定に対して、その効力が失われるということになる異議申立

てをするかどうかの選択を迫るという環境に置くことが子の福祉を守るように機能する、あるいは子どもを守る構造を保証するということには、つながらないのではないかと考えております。

○伊藤部会長 ありがとうございます。鶴岡委員からは、今、御説明があったようなことで原案の考え方に賛成の御意見がございましたが。

○増田幹事 すごく悩ましいところです。理屈からいえばやはり異議申立権は認めるべしということになるのだろうと思いますけれども、ただ、同じ内容で調停されたら終わりなのですね。異議申立てをしてわざわざまた訴訟をさせる、それだけで訴訟させるというのもどうかと思うのですけれども、ただ、今の鶴岡委員の御意見なんかを伺っていても、事前に子どもの環境については十分に調査をされていると、恐らくは子どもの陳述を聴いての上での審判であるということが前提になるのではないだろうかと思っておりますので、ここは非常に悩ましいのですが、先ほどの18ページのほうを入れていただければ、こっちのほうはそれほど頑張らないということで申し上げておきたいと思っております。

○伊藤部会長 分かりました。そうしますと、陳述聴取との関係がございましてけれども、こちらに関しては異議申立権を認めることがかえって子の福祉を害するおそれがあるような、そういう状況を生じさせかねないというような鶴岡委員からの御意見がございまして、増田幹事もそのことには御理解を示していただいているように思いますので、この点に関しては原案で了解いただいたものと。いかがでしょうか。

そうしましたら、21ページの(2)のアの(注2)についてですが、民訴法265条、いわゆる裁定和解の制度に関する規律を導入するということを前提にして、かつ離婚及び離縁とそれから親権者の指定等については、その対象から除くという考え方ですけれども、ここはいかがでしょうか。

○中東幹事 原案に賛成でございます。ただ、御検討いただきたいのは、少し戻って申し訳ないのですが、除外される事件類型についてでございます。補足説明にもありますように、親権者又は監護権者の指定又は変更については、子の監護等を継続的に担う者を定めるものである点で、当事者の真意の確認をより慎重に行う必要があると考えられると、このような理由から除外されているということでございますが、そうしますと、先ほどの電話会議での調停の成立とか、あるいは書面による受諾の問題については、離婚及び離縁と別途の扱いをされているということについて、私たち一般の法の利用者からすれば、分かりづらいことになっていると思えます。ですので、ここで、このような規律を設けるのであれば、先ほど申し上げた二つの点のところ、畑幹事、長委員がおっしゃった形でそろえていただくのがよろしいかと思っております。

○山本幹事 そろえる必要があるという点について、私は中東幹事の御意見に全く賛成です。ですから、私はここでも除いてもよろしいのではなかろうかという感じがしております。確かにどちらが親権者になるかを決めないで、白紙で裁判官にどちらかを決めてくださいというのは、親として無責任な態度であるということはあるいはあるのかもしれませんが、ただ、その裁判官を信頼して、その人が決めるのであれば、どちらに決めていただいても、それは納得しますという趣旨で、その裁判官に預けるということはあるいはあるのではないと思っておりますし、また、先ほどのような形で変更の申立て等もあるというところからすれば、依然として私はここについても外してもよろしいのではないかという意見です。

○伊藤部会長 分かりました。そうすると、先ほど来の電話会議システムに基づく合意の対象となる、成立の対象となる事件との関係などで、全体的に矛盾のないように考えなければいけないという点は、ここで共通の理解があるものとして、それを踏まえて裁定和解の対象とすべきかどうかということに関しては、なお考え方の対立があるということですね。

○増田幹事 すみません、パラレルに考えなければならないのかどうかについてちょっと疑問があります。先ほどの電話会議などにつきましては、少なくとも本人の意思に基づくものですので、私個人は離婚及び離縁もいいのではないかと考えているくらいなので、それよりも軽い親権者又は監護権者の指定変更はできるとしてよいと思いますが、こちらのほうは本人が明確に意思を示しているわけではありませんので、やはりそこは慎重に、ここでは除くほうがいいかと思います。なお、個人的にはこの手続というのはほとんど使われないのではないかと、置くことに反対するものではありませんが、民事訴訟法265条もまず使われたという話は聞いたことがありませんので、そういうふうには思っております。

○伊藤部会長 民訴の規定自体についてもいろいろ議論があるところではありますが、これはどうしますかね。ちょっと研究していただくことですね。そうしましたら、そもそも、そろえるべきかどうかという他の類似の問題との調和との関係と、それから、ここで親権者又は監護権者の指定等を除くべきかどうかという実質の問題の二つがあるように思いますので、事務当局で研究していただきましょう。

よろしければ、記録の閲覧等に関して22ページの(1)③で、これも調停手続における当事者の手続保障という問題と、それから、調停の特質という問題の調和点をどこに見いだすかということですが、原案としては相当と認めるときという裁判所の判断にゆだねるという考え方が示されておりますけれども、この点はいかがでしょうか。

○増田幹事 これは調停の理想像というのをどう考えるかという問題になってくるわけです。あらゆる情報を知った上で自己決定をすべきだという成熟した人間像に基づく考え方が一方にあり、また、一方には知らないほうが幸せなこともあるのではないかというような牧歌的な考え方も一方にありということなのですね。調停観がいろいろあって、現時点でどういう調停観を理想にするかということについては、まだそこまで議論が成熟していないようにも思いますので、当面はこういうことでやむを得ないのかなと考えております。ただ、審判のほうは厳格にさせていただきたいと、こういうことです。

○杉井委員 私も調停の現状、将来的なことは別にして現状ということを考えてときに、やはり本当に相手が言っていることのすべてを全部開示された場合に、果たして調停がまとまるかという、これは実務家のいつも勘なのですけれども、そういうことを考えたときに、調停の場合には相当と認めるときという絞りがあってもいいのではないかと考えています。恐らく将来的に今回の改正で例えば申立書が相手方に送付されるとか、そういう中で、書類というものは基本的には相手方が見るものだと、そして、だから、そこには自分の感情的なものを全部、ぶち込んで書いていいものではないと、一定のルールといいますかね、ルールがあるのだというふうな国民の意識が形成されてくれば、むしろ全面開示というほうがいいのだらうと思いますけれども、現状では調停の今の現状を考えるならば、この規律でいいのではないかと思います。

○伊藤部会長 そういたしますと、杉井委員、増田幹事からも相当と認めるときというので、裁判所の合理的な裁量にゆだねるということで、少なくとも現時点において制度を考える場

合には、その選択肢でよろしいのではないかという御意見ですが、ほかに何かこの点に関しては御発言はございますか。

○山田幹事 先ほどの正に増田幹事が言われた調停の理想像ということとの関連でいいますと、記録を開示せずに話を進めるといっても最終的には自己決定を迫られるという構造自体は変わらないわけですから、原則的には相手方と接しあるいは記録等を見て十分な情報に基づいて判断することが本来の姿だろうとは思いますが。ただ、今、おっしゃられたように、現状では極めてそれが難しいということであれば、文言上は、本来であれば例えば例示を若干置いていただいて、これこれというような相当と認める場合というようなことを法文あるいは規則で置いていただくか、それも難しいということであれば、実務のそちらの方向へ向けた改善というものを是非強く願いたいと思います。そういう意味で意見といたしましょうか、今後の課題といたしましょうか、それを申し上げたいと思います。

○伊藤部会長 そうですね。補足説明にありますように、話し合いという調停手続の根幹となる機能を損なうおそれがあるかどうかと、そういった辺りを軸にして、相当と認めるかどうかという裁判所の合理的な判断にゆだねるという趣旨だと思えますけれども、そういたしますと、それぞれ若干、背景となるお考えなどに関しては違いがあるかもしれませんが、結論として原案のような考え方で了解いただいたということにさせていただきます。

そのこととの関係で申しますと、23ページの(2)のアの(注2)の合意に相当する審判の対象となる事件の記録の閲覧等に関しては、こういうことでよろしいですね。特に御意見がなければ御了解いただいたものとします。

では、次の第6、履行確保、履行命令についての説明をお願いします。子の意見表明のほうも併せて説明してください。

○松田関係官 では、説明いたします。

第6、履行確保の2、履行命令では、履行命令の対象となる義務を財産上の給付を目的とする義務だけでなく、そのほかの強制執行が可能な義務にまで広げることについて、改めて検討することを提案するものです。パブリックコメントでは、履行命令の対象となる義務の範囲を広げることについて賛否両論がありました。確かに財産上の給付を目的とする義務以外の強制執行が可能な義務も履行命令の対象になるとすれば、権利者のとり得る選択肢が客観的に広がるものと考えられますが、例えば面会交流については仮に強制執行の対象になるとしても、履行命令の実効性が相対的に弱いと考えられる反面、履行命令の発令により、以後の家庭裁判所による調停機能が著しく損なわれる結果になるおそれが高いとも考えられる点で、履行命令の対象とする必要性や相当性には疑問があるとも考えられますし、また、面会交流のような性質の継続的債務について、過去の不履行を理由に将来の履行を命ずる枠組みをどのようなものとすべきかという問題もあります。このような点を踏まえて、再度、御審議いただければと思います。

○脇村関係官 それで、次が第1の総則の15、子の意見表明についてですが、子の陳述聴取について取り上げております。この点については前回に整理が不十分であったところがございますので、再度、取り上げておりますが、ここでは子の陳述聴取の方法については人事訴訟法第32条第4項等と同様、限定されておらず、証人尋問や事実の調査における裁判官の審問や調査官による調査、書面による陳述及び書面照会の方法などで行うことができることを前提に、15歳以上の子については個別に陳述聴取を義務付ける規定を、15歳未満につ

いては陳述聴取を義務付ける規定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、まず、履行命令の関係で強制執行が可能な義務にまで広げるということですが、松田関係官から説明がありましたように、選択肢を広げるという点では意味があるけれども、他方、その場合に、一体、どういう要件のもとで命令を発令するのかということが難しい場合も想定されるということですが、ここはいかがでしょうか。
- 増田幹事 基本的に、そのほかの強制執行可能な義務にまで広げたほうがいいという意見なのですが、例えば面会交流に関していえば、継続的な給付を目的とする義務の履行を怠った者がある場合において相当と認めるときは、期限が到来していないものについても、義務の履行をすべきことを命ずることができるという形です。同じように相当性の要件を付けて、将来の問題ですから、これは継続的なものだけに限ると。要するに、将来の履行命令を出せる場合は継続的な給付というものに限るということで、立法をすることは可能ではないかと考えております。
- 伊藤部会長 今の点は何か事務当局から補足して発言はありますか。よろしいですか。
それでは、どうでしょうか。今の増田幹事からの発言に関して、面会交流のようなものについても、この制度の設計は可能であるはずであるし、また、それは選択し得る手段の範囲を広げるという意味では、実質的意味があるという積極の御意見ですが。
- 古谷幹事 面会交流とか、子の引渡しとの関連で申しますと、基本的には家裁によって再調整するというのが実効的な解決になる場合が非常に多いわけでごさいますて、そういったケースでこの履行命令を使ったら、逆に義務者の反発を招くという事態になって、調整機能が本当に損なわれてしまうという懸念が非常に大きいところかと思えます。かえって、これを使うことが有害なことになることもあり得ると考えているところでごさいますので、その点は反対でごさいます。
- 伊藤部会長 分かりました。積極と消極の御意見が分かれていますけれども、どうでしょうか。
- 鶴岡委員 これは養育費の確保についても本当は言えることなのですからけれども、やはり離婚後の親子関係の形成と申しますか、非監護親と子との人間関係の維持、回復を図っていくときに、強制力の行使をどの段階とするのかということについてはケース・バイ・ケースで、それが効果を発する場合もあれば、かえって障害となる場合もありまして、今、古谷幹事が言われましたように、どちらかといえば、やはりケースワークになじむ性質のものではないかと考えております。選択肢を広げるという意味で、全くこれが機能しないということはないと思えますけれども、使われにくい制度になるのではないかと申します。
- 伊藤部会長 分かりました。いかがでしょうか。研究者の委員、幹事の方で御意見はございませんか。積極論のほうも飽くまで選択肢の幅を広げるということですから、選択肢をつくること自体が問題だということであれば、あるいは選択肢をつくること自体に意味がないということであれば消極の意見になりますが、いずれにしても両様の意見がございますけれども、事務局で更に検討してもらおうということでもいいですか。ちょっと難しいところですが、これも。
- 金子幹事 増田幹事の御助言があって、どういう規律が可能かということで一つの提言を頂いたと思うのですが、今の履行命令の構造とかなり違う構造にならざるを得ないというところがあって、もちろん、もともと債務名義があるわけですが、金銭給付の場合は怠った債務

を履行しなさいというものになるのに対し、ここで主として期待されている面接交渉の場面では、既にある特定の日に合わせるべき債務は履行が不能になってしまったので、それをもって、今度、そういう義務を怠ったという対応をもって、将来の来るべき面接交渉の日にきちんと合わせるようにという命令を制裁の背景を持って出すという、そういうちょっと難しい構造になるような感じがしています。

結局、履行命令制度が、もちろん、もともと強制執行ができるような性質のものについて、なお、義務を怠った者について陳述を聴いたり、慎重な仕組みを採っているのは、結局、過料につながっていくということだからであって、本来、直接強制できるようなものであれば、それについて直接、そちらの道があるにもかかわらず、この方法を採るときには改めて義務者の陳述を聴いたりしなければいけないという、こういうことになっているものですから、なかなか目的を達するのにどういう仕組みを採ったらいいかというのがなお悩ましいと感じているところです。

それから、面接交渉も次の一回限りを命ずればいいのか、どこまで命じられるのかということも、結局、義務者の陳述を聴くということは、義務者側の言い分なりがなおあるのではないかということを感じ取るということになりますので、一回一回、事情が変わったりするということも想定されるので、結局は最終的には義務者側の協力を得て、きちんと合わせるようにするという将来の目的を果たすには、やはりもう一度、再統合に向けた家裁での調整というか、そういうものにゆだねざるを得なくなるのではないかという感じを持っていて、設計が難しいのと同時に効果の面でも、それに見合うだけの効果を期待できるかということに疑問をなお感じしているところで、検討はさせていただきますが、少し難しい面があるということも御了解いただきたいなと思っています。

○増田幹事 効果の面ですけれども、一般の人にとって心理的な効果をどの程度与えるかということを考えますと、履行勧告というのは全く効果がないです。現実にあるという話は聞いたことがないです。ただ、履行命令だと、義務者の陳述を聴かなければならないということになっておりまして、裁判所から呼ばれたり、裁判所からの命令がくることがある程度心理的な効果を及ぼすことがあると考えます。これが何もないと、あとは間接強制ぐらいしかないのですけれども、これは将来面会交流を継続していく上では、逆にマイナスに働くことが多いわけです。もちろん、ケースワークがどのような場合でも、どのような地域でも機能してくれていけば、それはそれでいいのですけれども、鶴岡委員らが努力されていると思いますけれども、まだ、残念ながら、それを利用できる人は一部にすぎない。そういった現状を考えますと、一つメニューとして考えていただきたい、こういうことです。

○道垣内委員 私だけが分かっていないのかもしれないのですけれども、今までの議論の中で、履行命令を出すと、その後の調整機能が失われるという話は何回か出てきたと思うのですが、それは間接強制ができることを前提に話をしてきたわけですね。そうすると、間接強制をやっても関係は破たんし、調整機能は失われるわけですね。そうすると、調整機能を高めようと、いろいろな事情もあるでしょうというのなら、間接強制も認めないとしなさいとそうはならないはずのような気がしまして、ここまでの議論がどういう構造になっていたのかが伺って分らなかったのです。少しお教えいただければと思います。

○金子幹事 間接強制した場合に壊れるかどうかというのは、ちょっと私の能力を超えています。おっしゃるとおりだと思います。結局、これは面会交流を例えば親として実現できな

くなっても、お金で解決すると踏み切ってしまうえば、多少、覚悟でそれは間接強制になるということもあって、間接強制を申し立てて、それが実行されるがゆえに、なお、実際の面会交流の道は遠のくという場面は恐らく否定はできないのではないかと考えています。履行命令のところはその真ん中というか、いかにも何となく中途半端な感じがしているものですから、かつ効果において履行がなかなか難しく壊れてもということであれば、それは間接強制でやっていただくほうが効果としては重大で、なおかつ間接強制の金額も最近、かなり高いものをいろいろ見ますが、そこまで払うのだったら合わせるといふ人が出るかもしれない。しかし、過料という制度にはそこまでの効果は期待できないのではないかとされているので、どちらのほうにいくにも何となく中途半端だなという感じがしているところです。

○伊藤部会長 いかがでしょうか。道垣内委員のおっしゃる御疑問も私にもよく分かるのですが、いずれにしてもちょっと難しいですね。難しいというのはこの場で決めることは難しいので、検討はもちろんしてもらうことにして、ただ、先ほど金子幹事からの発言があったように、一つは実質判断でこれをつくるのがここでの議論の意図を実現する上で、どれだけ役に立つかという問題があり、他方、もう一つは義務の内容からして、履行命令という制度に乗るような仕組みを特に面会交流など、主として想定されている場面を考えると、できるのかどうかという難しい問題がありますので、必ずしも検討の結果が積極的な方向になるとも考えられませんが、いずれにしても、もう少し検討してもらうことにいたしましょう。よろしいですね、それで。

それでは、15の子の意見表明の関係で、26ページの下のほうについて先ほど脇村関係官から15歳以上の子についての陳述聴取についての個別の規定を設けること、それから、15歳未満の子については陳述聴取の義務付けの規定を設けなくて、裁判所の合理的裁量にゆだねるといふ方向で考えるといふことの説明がございましたが、この点についてはいかがでしょうか。

○増田幹事 結論的に、①、②の義務規定というのは残る、その前提で、15歳未満については、それ以上の規律は設けなくて、こういう理解でよろしいわけですか。

○脇村関係官 ①、②については書いていませんけれども、このままという前提で考えておまして、その上で、従前の議論のように陳述聴取というものを義務付ける規定については、15歳で一応の区切りをつけてはどうかといふことを提案しているものでございます。

○増田幹事 それ以外は特に異存はありません。

○伊藤部会長 ほかに御意見はございませんか。もしよろしければ、この点に関しては御了解いただいたものといたします。

他に特段の御意見がございませんようでしたら、事務局から次回の日程についての連絡をお願いします。

○金子幹事 御連絡いたします。次回は平成22年12月10日、金曜日、午後1時30分からになります。場所はまた元に戻りまして、法務省20階の第1会議室で行われますので、よろしく願いいたします。

○伊藤部会長 それでは、長時間、熱心な御審議を頂きましてありがとうございます。また、どうぞ、次回もよろしく願いいたします。

—了—