

法制審議会  
非訟事件手続法・家事審判法部会  
第30回会議 議事録

第1 日 時 平成22年12月10日(金) 自 午後1時32分  
至 午後4時34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 それでは、予定の時刻が参りましたので、法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会の第30回会議を開会いたします。

御多忙のところ御出席いただきまして、ありがとうございます。

(関係官の異動紹介につき省略)

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します。

○脇村関係官 本日お配りさせていただいております資料は、非訟事件手続に関する要綱案の案であります部会資料33-1と、その補足説明であります33-2でございます。内容については、後ほど御説明させていただきます。

○伊藤部会長 本日の審議に入りたいと存じます。

まず、事務局から、部会資料33の第1、総則、1、通則、(1)総則から(7)の手続費用まで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、第1の総則のうち、1、通則、(1)総則につきましては、中間試案第1の1及び2と同じでございます。

(2)管轄については、次の2点を除きまして、中間試案第1の3と同じであります。

1点目は、優先管轄に記載している裁量移送についてでございます。中間試案第1の3、(5)イでは、「手続の著しい遅滞を避けるため必要があるときその他相当と認めるとき」としていましたが、そもそも中間試案では、非訟事件の手続における裁量移送は、民事訴訟における裁量移送よりも広い裁量が認められるべきであるとの観点から、要件として「その他相当と認めるとき」を加えていましたが、同様の観点からしますと、その例示につきましても、民事訴訟法第17条よりも緩やかな、「審理及び裁判の遅滞を避けるため必要があると認めるときその他相当と認めるとき」とするのが相当であると考えます。

次に、2点目でございますが、カの移送において、移送の裁判に対する即時抗告には執行停止効があるということを明示いたしました。

続きまして、(3)裁判所職員の除斥及び忌避については、中間試案第1の4と同じであります。ただし、ウの除斥又は忌避の裁判及び手続の停止の⑤について、簡易却下事由がある場合には、これまで「却下しなければならない」としていたのを「却下する場合には、」として、必ず簡易却下しなければならないものではなく、合議体で判断する余地があることを認める表現に変更いたしました。

そのほか、裁判官の忌避の申立ての簡易却下の主体については、これまで(注)の形で記載していたものを、ウ⑤及び⑥で表現しております。裁判所書記官の忌避の申立ての簡易却下の主体についても、同様にエ③で表現しております。

続きまして、(4)当事者能力及び手続行為能力については、法定代理権の消滅の通知について、中間試案第1の5(6)の甲案を採用したほか、中間試案第1の5と同じでございます。

続きまして、(5)の参加について、ア、当事者参加についてですが、本文は、中間試案第1の6(1)①、③及び④と同じでございます。(注)にあるとおり、強制参加については、非訟

事件の手続一般に置かないこととしております。

以前の部会において、申立人となる資格を基礎付けている地位が当初申立人から他の第三者に承継された場合において、その第三者を引き込むことが考えられるとの指摘がありました。しかし、その第三者が申立てを自らしなくてもかかわらず、申立てを強制することを一般的に肯定する制度を置くことには疑問があることから、ここでは上記のようなケースで申立人となる資格を基礎付けている地位の承継を受けた第三者を引き込むことは認めないこととしております。

また、相手方を単に資格を基礎付けている地位が、相手方から他の第三者に承継された場合については、今般の改正では、相手方がある非訟事件の特則を置かず、相手方がある非訟事件のみを想定した場合の規律を置かないこととしたいと考えていることから、そのような場合のみを想定した規律は置かないこととしております。

イの利害関係参加については、中間試案第1の6(2)と実質的に同じであります。ただし、利害関係参加人の権限について、⑥でより正確に表現するために、「当事者としてすることができる」とあったものを、「当事者が当事者としてすることができる」に改めました。

また、中間試案では、利害関係参加人であることだけでは即時抗告することはできないが、利害関係参加人が即時抗告権者に該当する場合には即時抗告をすることができるとしておりましたので、そのことを明示するために、⑥にただし書を付しました。

また、従前は裁判の不服申立てのみを取り上げていましたが、裁判と同様、裁判所書記官の処分も問題となることから、その点を追加しています。

裁判所の許可を得て利害関係参加できる者の範囲についてですが、裁判の結果について、当事者に準ずる利害関係を有する者をいい、補助参加が認められる者よりも狭いと考えるのが相当であるとされてきましたが、これをどのように表現するのか、なお検討を行っているところでありますので、原案でも亀甲括弧を付しております。

続きまして、(6)手続代理人及び補佐人ですが、まず、中間試案では、民事訴訟における訴訟代理人に相当する代理人を「任意代理人」と呼称していましたが、他の用語、例えば、手続行為でありますとか、手続行為能力との平仄等を考慮いたしまして、「手続代理人」としました。内容については、手続代理権の消滅について、中間試案第1の8、(7)甲案を採用し、本人又は代理人が裁判所に通知しなければその効力は生じないものとしたほかは、中間試案第1の8と同じでございます。

○**松田関係官** 続きまして、手続費用の負担についてですが、(7)手続費用のア、手続費用の負担の(ア)につきましては、②を除きまして中間試案と同じでございます。

手続費用の負担に関しましては、従前の部会において、手続に関与していなかった者に手続費用を負担させた場合には、手続費用の負担の裁判に対する即時抗告を認めるべきではないかとの御意見がありまして、この点につきまして、事務当局としましても検討を続けてまいりましたが、手続費用負担の裁判に対して独自に即時抗告を認めた場合には、本案の裁判と費用負担の裁判とで一つの裁判をなしているにもかかわらず、本案の裁判は確定し、費用負担の裁判が確定しないということを考えざるを得ませんが、このようなことを他との整合性を維持しつつ、理論的に説明できるのかといった困難な問題がありまして、また、ここで費用負担の裁判に対する即時抗告を認めたとしても、原審で却下された申立てが高裁で認容され、従前の手続に全く関与していなかった者に手続費用の負担が命ぜられたような場合に

は、その者が不服申立てをすることはできませんので、結局争う機会のなかった第三者に対する手続保障を網羅的に図ることも困難であると言えます。

そこで、費用負担の裁判に対する独自の即時抗告については、民事訴訟法と同様にこれを認めないこととし、他方で裁判の手続に関与しておらず、かつ、その裁判によって何らの利益も受けないような第三者にいきなり費用負担を命ずることはやはり不当であると言えますので、現在は費用負担を命ずることができる対象を一定の範囲に限定する方向で問題の解決を図るのが相当ではないかと考えております。

すなわち、当事者及び利害関係参加人以外の者については、例えば、成年後見開始の審判における成年被後見人のような裁判を受ける者となるべき者や、清算人選任の裁判における会社のような裁判を受ける者に準ずる者であれば、本案の裁判によって自己について成年後見が開始し、又は清算人という自己の代表者を得るという利益を直接的に受けている以上、そのための手続に要した費用を負担させるとしても、一種の受益者負担の考え方から許容されるのではないかと考えられます。

そこで、裁判所が、(ア)②の規律により手続費用の負担を命ずることができる対象は当事者及び利害関係参加人のほか、裁判を受ける者となるべき者、又はこれに準ずる者であつて、その裁判により直接に利益を受ける者に限定することとし、手続費用の負担の裁判に対する独自の即時抗告の規律は置かないものとしたいと考えております。

(イ)手続費用の立替え及び(ウ)手続費用の負担及び手続費用額の確定手続等については中間試案と同じであり、手続費用の強制執行については、民事執行法に規律を置くなどの所要の手当てをすることとしております。

イ、手続上の救助については、中間試案と実質的に同じでございます。

○伊藤部会長 それでは、早速審議をお願いしたいと思いますが、まず1ページの1の通則、通則の(1)総則の辺りについては、今の説明では特段のことはございませんが、何か(1)総則の関係で御発言ございましたら、お願いします。

○竹下関係官 今の説明にもございましたように、この総則については既に中間試案どおりということで、いろいろ御議論を経た結果、本日の資料のようになっているわけでございますので、改めてここで議論を蒸し返していただくという趣旨ではないのですが、この総則のア、裁判所及び当事者の責務、この表現ですと全く民事訴訟法と同じということで、裁判所と当事者の関与の在り方が非訟事件手続と民事訴訟で全く同じでいいのだろうかと思えます。具体的にこう書いたらどういうところが具合が悪いということはもちろんないわけですが、しかし、こういう規定は手続の構造全体を理解する、その上で実際に法律になって適用を始めることになると、いろいろなところで、やはり指導的な理念のような形で影響をしてくるものだと思います。

非訟事件の中には確かに紛争性のある商事非訟のようなものについては、民事訴訟とそう違わなくてもいいということになるのかもしれませんが、非訟事件と言われるものの範囲が非常に広くて種類もまた多様でありますので、総則規定で民事訴訟と同じにしてしまうということについては、実は前々からちょっと疑問を持っていて、もっと早く申し上げればよかったのですが、そういう意味で、もし事務局で最終的な要綱案を作るまでの間にもう一度考えてみようというような機会があれば、お考えいただければと思います。

主として、人事訴訟との関係ではありますけれども、これまで民事訴訟法学会のほうでは

職権探知の下では裁判所が探知義務を負って、当事者は果たして協力義務があるのかどうかというようなことすら議論されてきて、最近では、協力義務はあるというのが一般的な理解だと思いますけれども、そういう状況を考えますと、この場合に非訟事件の手続を進行しなければならないという民事訴訟と同じような表現でいいのだろうかということについて若干疑問を持ちますので、先ほど言いましたとおり、もし機会があればお考えいただければと思います。

○伊藤部会長 ありがとうございます。

ただいまの竹下関係官からの御発言に関して、他の委員、幹事の方、何か御発言ございますか。

非訟手続における手続主体としての裁判所と当事者の役割の特質を踏まえて、より適切な表現がないかどうか、それを検討してみたいかという御指摘ですが、事務当局から何か、その点補足ありますか。

○金子幹事 竹下関係官の御発言の御趣旨は、民事訴訟の規定と文言的にも同じになってしまっているがゆえに民事訴訟と効果において同じようなことになるのではないかという御懸念からのものと推察いたしますが、この程度の裁判所と当事者の責務は、職権探知主義の下であっても弁論主義の下であっても、いわゆるフェアプレーの精神として、等しく適正な事件解決を図る目的に向かって協力していかなければいけないという限度においては当てはまるのではないかということで、非訟事件においてもこの程度の文言は入れるべきではないかということで議論してきました。民事訴訟法と異なる表現であればよかったのかもしれませんが、なかなかここはいい表現がなくて、この程度であればさほど重たい効果にもならないのかなと思っていたものですから、このようにしました。もう少し、可能な表現があるか考えてみたいと思います。

○伊藤部会長 それでは、これも実質を変えるということになりますと、いろいろ更に議論が出てくるかと思いますが、それぞれの文言はともかくとして、ここで言われているようなことは踏まえて、かつ、今御指摘があったような点について、より適切な表現があるかどうか、まだ部会としての審議の時間に余裕が多少ございますので、少し検討してもらって、その結果をまた御報告して審議をお願いするということによろしゅうございましょうか。

○竹下関係官 ええ、結構です。時機が後れていることは十分承知しておりますので。

○伊藤部会長 ありがとうございます。

それでは、(1)の総則の関係、ほかに何か御意見ございますか。

よろしければ、(2)の管轄で、先ほどの説明では、移送についての要件に関して、民訴よりもより弾力的な運用ができるような形での修正を行ったということですが、この辺りはいかがでしょうか。

よろしいですか。

それから、移送の裁判に対する即時抗告についての執行停止効、これも特段御異論はございませんか。

よろしければ、(3)の裁判所職員の除斥及び忌避のところ、いわゆる簡易却下、4ページの⑤のところについて、「却下する場合には」という形に改めたということですが、ここはいかがでしょうか。

もし特別御異論がなければ、御承認いただいたものといたします。

次の(4)当事者能力及び手続行為能力の関係は、特段何か御発言がございましたらお願いしますが、よろしいでしょうか。

それから、(5)の参加のところで、まず(注)にございますように、強制参加制度は置かないということで、これも従来から特に承継のケースをめぐっていろいろ御審議を頂いたところですが、結果としてこういうことにしたいというのが事務当局の提案でございますが、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させていただきます。

それから、利害関係参加の辺りで何点かございますが、裁判の結果について〔重大な利害関係を有するもの〕という亀甲になっている部分の問題であるとか、あるいは、(6)の関係はより趣旨を明らかにしたとかいうような類いのことかと思いますが、利害関係参加についての説明に関して何か御質問、御意見ございますか。

○増田幹事 従前から亀甲括弧に入っていて、なお検討中というその重大な利害関係という点ですが、これも従前から申し上げたことですのでけれども、法文上の表現としては余りないのかもしれませんが、講学上は、「直接の」とか、「密接な」とかいうような表現はよく使われておりますし、ここでは、利害関係の大きさというよりは、事案との関連性がいかに近いかというような話だと思いますので、そういう方向での御検討でお願いしたいと思います。

○金子幹事 引き続き検討したいと思います。この点は、家事事件手続法のほうも同じ問題がありますので、改めてそこで検討の結果を御説明したいと思っています。

○伊藤部会長 それでは、そのほかに参加の関係で何か御発言がございますか。

よろしければ、(6)の手続代理人及び補佐人ですが、「手続代理人」という文言に改めたという辺りかと思いますが、ここはよろしいでしょうか。

そうしましたら、(7)の手続費用の関係で、手続費用の負担を命じられる者に関して、先ほど松田関係官から説明があったような理由で、言わばその裁判の受益者という者に限定をして負担を命ぜられ得る者の範囲を定めるということでは、それを踏まえて、それ自体に対する不服申立てを独立のものとして認めることはしないという説明がございましたが、ここはいかがでしょうか。

そういう方向で、事務当局において更に詳細を詰めて検討するというところで御了解いただけますか。

それでは、この点も御了解いただいたものとして、今までのところで何か特段御発言がございませんようでしたら、先に進みたいと思いますが。

それでは、(8)の非訟事件の審理等から(10)の電子処理組織による申立て等までの説明をお願いします。

○川尻関係官 (8)非訟事件の審理等、ア、手続の非公開は中間試案第1の10(1)から変更ございません。

イ、調書の作成等はこれまでの議論を踏まえまして、中間試案第1の10(2)①乙案及び②と同じ規律としております。

ウ、記録の閲覧等について、①から⑤までは中間試案第1の10(3)アと実質において同じですが、中間試案では②としていた非訟事件の記録中の録音テープ等に関する規律は、①の括弧書きの中で記載する方法に変更いたしました。

また、④は中間試案の⑤に相当する規律ですが、分かりやすさの観点から表現を変更して

おります。⑥から⑧までは、中間試案第1の10(3)イ甲案と同じで、当事者の記録の閲覧等に対する不服申立てについては、手続における重要性に鑑み、異なる裁判体による判断を受けることができるようにしておくことが相当ではないかと考えられますので、御異論もありましたが、⑧のとおり、簡易却下に対して即時抗告を認めることとしています。

エ、非訟事件の手続における専門委員は、中間試案第2の5(3)を具体化した規律で、その内容は従前お諮りした部会資料28、第2の5(3)と実質的に同じです。なお、専門的な知見が必要となる非訟事件としましては、会社非訟における株式価格決定事件、所在不明株式や端株株式の売却許可事件、取締役職務代行者に対する常務外許可事件等のほか、信託法の信託受益権の価格決定事件、預金保険法の事業譲渡許可事件においても、信託のスキームや事業譲渡の対象いかんによって高度に専門的な知見が必要となります。

このように、専門的な知見を要する非訟事件は会社非訟に限られず、様々な事件において想定されることを踏まえ、非訟事件における専門家の関与の在り方については、多様な事件類型について個別法を整備することにより対処していくよりは、非訟事件の手続の総則である非訟事件手続法に規律を置くものとするのが相当であると考えられます。

専門委員制度の具体的な活用方法としましては、当事者の主張する事実や裁判資料等の趣旨を正確に理解するため、あるいは鑑定事項の決定や鑑定の前提条件を整えるために専門的な知見が必要になる場面等において、裁判所が専門委員の意見を適宜聴取して、これを当事者間で共有し、もって、的確かつ円滑に審理を進めていくことを想定しております。

したがって、証拠調べの一方法として、一般に事件の重大な争点につき十分な時間と費用を掛けて行う鑑定とは、その主たる目的を異にするものと考えられますので、この点を明らかにするため、①において、「的確かつ円滑な審理の実現のため必要があると認めるときは」という文言を付加することとしております。

オ、期日及び期間については、中間試案第1の10(4)と同じです。ただし、③についてですが、中間試案では期日の変更について「審問及び証拠調べの期日」に限って顕著な事由がある場合に變更することができるとしておりましたが、審問及び証拠調べの期日に限らず、一旦期日を指定しておきながら何らの理由もなくこれを變更することは相当ではないことから、ここでは一般的に期日を指定した場合には、顕著な事由がある場合に限り變更することができるものとしております。

カ、手続の併合等については、中間試案第1の10(6)と同じです。

キ、法令により手続を続行すべき者による受継については、中間試案第1の10(7)アと実質的に同じです。ただし、当事者が死亡、資格の喪失、その他の事由によって手続を続行することができない場合において、法令により手続を続行する資格のある者がいるときには、当該非訟事件が終了せず、その者が手続を受け継がなければならないことを明示するために、中間試案では、「受け継ぐことができる」としていたのを、①において「受け継がなければならない」と表現しております。

なお、これまで「受継」との用語を用いるかどうか検討してきましたが、借地非訟などでは、これまでも同様の意味を表すものとして、「受継」との用語を用いていたことや、手続を引き継ぐことを「受継」と表現することとしても不自然ではないことから、非訟においても「受継」との用語を用いることといたしました。

ク、他の申立権者による受継は、中間試案第1の10(7)イと実質的に同じです。

ケ、送達及び手続の中止は、中間試案第1の10(5)及び(8)と実質的に同じです。

コ、裁判所書記官の処分に対する異議については、中間試案では不服申立てとして位置付けておりましたが、手続進行上の規律としての位置付けに変更しております。また、異議の申立てに対する裁判の即時抗告について、中間試案では特に限定しておりませんでした。異議を理由があるとする裁判に対して書記官が即時抗告をすることはできないと考えられますので、②において却下する裁判に限定する規律に変更いたしました。異議を理由があるとする裁判に対して異議の申立人以外の当事者又は利害関係参加人が即時抗告をする余地もあるように考えられますため、再度検討させていただきたいと存じます。そのほかは中間試案と同じです。

サ、検察官の関与は中間試案第1の10(9)と、(9)検察官に対する通知は中間試案第1の11と、(10)電子処理組織による申立て等は中間試案第1の12と同じであります。

○伊藤部会長 それでは、順次まいりたいと思いますが、まず、(8)非訟事件の審理等の手続の非公開、それに引き続き調書の作成等で、①で従来幾つか考え方があったわけですが、ここにも①として掲げられているような内容に取りまとめたということですが、この辺りはいかがでしょうか。

よろしいでしょうか。特段御異論がなければ、御承認いただいたものといたします。

それでは、次のウの記録の閲覧等で、今説明があった点ですが、却下の場合の⑦から⑧の辺りですね、特に⑧で、「⑦の規律による裁判に対しては、即時抗告をすることができるものとする。」という辺りに関しては、従来必ずしもそういう御意見ばかりではなかったようにも思いますけれども、この場の方の御意見を取りまとめてこういう形にしておりますが、この点はいかがでしょう。

よろしいですか。御了解いただければ、このようにいたします。

それから、次のエの専門委員のところですが、今説明がございましたように、これを総則に置くことの意味、そして専門委員の果たすべき役割などを考慮して、ここに掲げてあるような形でその内容を明らかにしているということですが、この専門委員に関する点、事例でも結構ですが、何か御発言ございましたらお願いします。

○杉井委員 専門委員の役割ということを限定的にするために、「的確かつ円滑な審理の実現のため必要があると認めるときは」という、こういう表現をされたのは、大変工夫されて、そういう意味では私どもの今までの懸念を払拭するという意味で賛成いたします。

ただ、余りそれほどの違いはないのかもしれませんが、この2行目ですね、「当事者の意見を聴いて、専門的な知見に基づく意見を聴くために」とありますが、「意見」ではなくて「説明」ぐらいのほうがよろしいのではないかとというのが弁護士会の議論でありましたので、御紹介します。

○伊藤部会長 分かりました。

○増田幹事 同意見です。民事訴訟法が「説明」になっておりますので、こちらもそれにならって、「説明」ではいかがかと思えます。

○伊藤部会長 今の点は、事務当局から何か補足することがありますか。

○川尻関係官 今御指摘ありましたように、民事訴訟法の中では「説明」となっております。これは、民事訴訟法の下では弁論主義が採られており、当事者の主張しない事実は裁判の基礎となる資料としてはならないというところにその本質的な原則があるために、専門委員制



度それ自体が、もともと民事訴訟法の弁論主義に抵触しないように慎重に構築されておりまして、そのために御指摘の部分も「説明」となっているのではないかと考えております。

この制度を職権探知主義の規律が妥当する非訟事件の手続のほうに導入しますと、今度はその当事者主義に基づく制約というものは働きませんで、逆に職権探知主義とは矛盾しない制度を構築するという事を考える必要があるのではないかと考えております。

そうしますと、職権探知主義というのはもともと裁判所が職権で裁判資料を収集することができるということになっておりますので、こちらのほうを「説明」に限定するというのはなかなか難しく、結局、裁判所としては他の方からも意見を聴くことは、それは当然妨げられないと考えられておりますので、このようなもとの制度の違いに立脚して、非訟事件においては、専門委員制度は意見まで述べられるものとして表れると考えております。

ただ、これまで指摘を受けた御懸念もございますので、そこは、専門委員から聴き取った内容は書面でなければならぬですか、あるいは期日で口頭で述べなくてはならないというような規律を民事訴訟法と同様に整備いたしまして、不意打ちとはならないように配慮した規律としております。

○伊藤部会長 いかがでしょうか。「説明」と「意見」というその二つの概念だけを比較しますとそれなりの違いがあるように思いますけれども、先ほど杉井委員から評価していただいたような、的確かつ円滑な審理の実現ということと、それから今、川尻関係官が最後に言われた手続保障的な側面ということを併せて考えていただければということなのですが、いかがでしょうか。

○増田幹事 今の川尻関係官の御説明は確かによく分かるのですけれども、裁判所が専門委員の話の聴いて認識される対象というのは何なのかということを考えてときに、それは意見の内容なのかどうかということです。恐らく意見の内容ではないのではないかと思います。つまり、この事件には幾つかの評価手法があって、それによればそれぞれこういう結果になるというような過程、すなわち事実評価の過程が裁判所の認識対象になるのではないかと思います。すると、やはり「意見」というよりは、裁判所が自らの判断を形成する過程の補助ということになりますから、「説明」という考え方のほうがふさわしいのではないかと考える次第です。余り実際には変わらないかもしれませんが、御一考をお願いするという事で。

○伊藤部会長 今の点、他の委員、幹事の方、いかがでしょうか。

○菅野委員 前にもお話ししたことがあるので繰り返しになるかもしれませんが、ここにおいて、例えば判断とかその鑑定意見に近いような表現を使うとすれば、非常に制度の趣旨と異なるということになってくると思うのですけれども、飽くまで何かについて直接判断をしてもらおうとか、そこに評価を全部丸投げしてしまおうという、そういう形で使われるものではないと思うのです。そこはやはり鑑定とは根本的に違う仕組みになっているし、実際の手続とかも異なるものになっている。こちらのほうはやはり補助的な形で使われるようになり、一方で除斥とか忌避とか、そういう仕組みも付いているという形になっている。

今度、そうすると用語として何が的確かということになりますと、前にもお話ししましたが、そもそも「説明」という言葉自体にも一般的な本当に概念についての説明とか、そういうものが必要なきもあろうし、あるいは個別の資料とかグラフとか図面とかそういうものについて説明をしていただこうと、そういうこともあるだろうと思います。

ただ、多くの場合はやはりその事件の資料なり、正にその事件について説明を求めるとい

うことが増えてきます。そうすると、それは増田幹事もおっしゃられたように、結局評価を含むこともあるし、意見を含むこともあるだろうと思います。しかも、それが訴訟でよく使われるような理科系的、技術的な事柄ですと、比較的前のほう、こういう説明的な、いかにも言葉どおりの字義どおりの「説明」に近い部分というのが多く使われて、その限度でもかなりのメリットが得られるでしょうけれども、非訟で想定されるかなり経済的といったら変かもしれませんが、あるいは計算的とかそういうことになると、それはかなり評価の面が強まったり、意見の面が出てくるものと考えます。

とすると、やはり用語としては端的に「意見」ということを書いて、その代わり、それが透明性のある公平な扱われ方ができるように、規律、規定上の工夫を凝らしておくという形で仕上げていただいたのではないかと、そう私は思っております。

○伊藤部会長 分かりました。

ほかに、他の方はいかがですか。言葉の違いということではありますが、若干期待される役割についての認識も背景にはなっているかと思うのですけれども。

○三木委員 民事訴訟において「説明」という言葉が選ばれた理由は、当事者主義だからというよりは、私の理解では、当事者に攻撃防御の機会が与えられない形で知見が提供される、攻撃防御といいますか、要するには反論の機会と言ったほうがいいかもしれませんが、が提供されない形で、裁判所が決定的な判断をするようなことが行われるシステムでは困るということであったり、あるいは、裁判所の中立性、公平性というものを疑わせるようなことがあってはいけないという考慮で入ったものだと認識しております。

したがって、そうした反論の機会とか、裁判所の中立・公平性あるいは中立・公平性の外観というものは、これは職権探知主義が採られる事件であっても要請されるものだと思います。したがって、私は事務当局の御説明には必ずしも納得しておりません。

ただ、それを「説明」と「意見」という言葉の違いで変わってくるとかこないとかいうのは、かなり専門家集団だけ通じる議論であって、一般人にとってみれば余りぴんとかない議論のようなどころもあり、実質において言葉遣いが違えば何が違ってくるかというような問題もありますので発言をためらっていたところであります。

結論めいたことを申させていただければ、私自身はこだわるものではございませんが、先ほど申しましたように、民事訴訟法が「説明」という用語を用いたと理解しておりますので、「説明」という用語を使うほうが、反論の機会とか裁判所の中立・公正性の点で民事訴訟と非訟事件が違うわけではないということが、私の理解では明らかにしやすいという要素はあるかなと思います。

それで、実務が何か支障や不都合を来すということはないように私は思いますので、「意見」という言葉に事務当局のほうがそこまでこだわられなくてもいいのかなというのが感想めいた意見であります。

○伊藤部会長 分かりました。

いずれにしても、国民から見たときにこの言葉をどっちにするかということで大きな差が生じないだろうし、また生じるようでは困るということだと思っております。

○山本幹事 私は、この言葉にはこだわりを持っております。私の理解は、この平成15年改正で説明という文言が入れられたのは、やはりこの専門委員の行為が裁判所の心証に影響を与えるということはやはり避けるべきであると、心証を形成する際に専門的な知見を活用す

る場合には鑑定という証拠調べの方法を採るべきであるという、そういう認識があったように記憶しています。

そういう観点からすれば、先ほど菅野委員からの御説明もありましたけれども、やはり民事訴訟の場合とはやや違った、もう少し事案に密接な形でのこの専門委員の行為が期待されている部分というのが、やはり非訟事件にはあるような印象を持っておりまして、仮にこれを「説明」と書いてしまうと、かえって民事訴訟のほうでも何かそういうようなことが「説明」として専門委員の役割とされてしまうのではないかというようなことも思っています。

こちらは、非訟事件は、もともと事実の調査というものがあるわけですので、それに基づいて心証を形成するということもできることになっているわけですので、この専門委員の役割は、そういう民事訴訟的な説明と事実の調査的なものもない混ぜになったようなものになるのかなという印象を持っておりまして、それを「説明」と表現することには、私自身はやや抵抗があって、むしろ民事訴訟と区別して「意見」と書いていただいたほうが、民事訴訟の理論の面からはよろしいような印象を持っております。

○伊藤部会長 分かりました。

○中東幹事 一般的な国民の声をということでしたが、私、手続法学者ではございませんので、発言させていただきたいと思えます。

今、山本幹事がおっしゃったことは、私のような素人にとっても分かりやすいお話でありました。ですので、民事訴訟においてはやはりここは違うのだということをはっきりする意味でも、ここは「意見」にしておくのが望ましいかと思えます。そろえてしまうと、民訴との関係で皆さんが懸念されたことがそのまま出てしまうということもあると思っております。

○伊藤部会長 ありがとうございます。

いかがでしょう。これも議論をすると、それぞれ専門委員に期待される役割だとか、あるいは、そもそも非訟の手続の在り方だとかそういうところに遡ってしまいまして、なかなかここでの意見の集約が難しいように思いますし、他方、民訴の専門委員の制度の導入の際には、御承知のように、いろいろな種類の訴訟を念頭に置いて、中には非常にセンシティブなものもございまして、その結果、今のような形になっていることなどを考えますと、もし、どうしても意見では「絶対」にいかんという強い御意見があればなのですが、それほどこいづれの文言にしてもこういう制度の趣旨が明らかにされ、かつ、手続の運用の仕方についても規律が設けられているということを踏まえて、原案のような形で取りまとめさせていただければ大変有り難いと思えますが、いかがでしょう。

それでは、恐縮ですが、ここは原案の形でまとめさせていただきます。

それから、あと、もしよろしければ、専門委員のところは何かなければ、期日及び期間のところ、期日の変更一般について……

○三木委員 内容ではない、純然たる表現の問題で、ややくだらないかもしれませんが、9ページの下から3行目の文章のつながり具合なのですが、「専門委員の意見は」で点が打たれて、「裁判長が書面により」とつながっていくのですが、普通の一般国民が読むと、ということかもしれませんが、この「書面により」がどうつながるのか、一読すると分からないし、その前に「裁判長が」がついているので、「裁判長が書面により」とつながって、「立ち会うことができる」というのが次に動詞ですけれども、まさかここにつながるとは思えないので、その後読んでいくと、恐らく「口頭」でもつながらなくて、「書面により述べ

させなければならない」とつながるのかなと読むわけですが、間に非常に長い挿入句が入っているためによく分からない。

これは、ほかの表現が難しいかどうかちょっと分かりませんが、「裁判長が書面で述べさせる」というのもちょっと表現としては分かりにくい。その「書面で述べる」という言葉遣いが、法律上はしようがないのかもしれませんが、日本語では、「述べる」というのは普通口頭を想定するので、この辺り、特に文句をつけるほどのことではないと思うのですが、例えばですが、一番単純には、「書面により」のほうを後に回すとか、何かしら表現振りでより分かりやすい表現振りがあるのであれば御工夫いただきたいということです。

○伊藤部会長 では、そこは、ただいまの三木委員からの御指摘を踏まえて事務当局で検討していただきます。よろしいですね。

期日及び期間、特に期日の変更はこれでよろしいですか。

よろしければ、次の手続の併合等は特段のことがないと思いますが、よろしければ、更にキの、法令により手続を続行すべき者による受継で、従来の民訴の中断、受継とはやや違った考え、内容ではあるけれども、「受継」という用語を用いて、かつ①のところにありますような手続を受け継がなければならないと、こういう内容にしているということですが、この辺りいかがでしょうか。

○山本幹事 「受継」という言葉を用いるということは今の事務当局の説明で理解できたのですが、ちょっとその効果についての質問なのですが、この受継の前においては、手続を続行する資格のある者は手続行為をすることができないのかどうか、受継によって初めて手続行為をすることができる地位に立つと理解してよろしいかどうかということを確認させていただければと思います。

○伊藤部会長 中断していないにもかかわらずということですよ。

○山本幹事 ええ、そうです。

○伊藤部会長 そこは、事務当局としてどう考えますか。

○脇村関係官 基本的には、受継の申出があって初めてするという、こう考えておりました。受継の申出があって初めて当事者になるのか、もともととなっていたのを受継の申出ということで確認した上で初めてできるようにするのかという説明の違いはあるのでしょうかけれども、いずれにしても、申出があって、それが確認されて初めて手続行為をすることができるということと考えていたところでございます。

○山本幹事 そうすると、民事訴訟法の場合は、当然承継という形で当事者の地位が移転して、ただ、手続は中断しているので訴訟行為は行うことができないと、受継によって中断を解消して訴訟行為を行うことができるという理解だと思いますが、それとはやや違う構成で、当然に承継しているのだけれども、ただ、受継まではその手続行為をできない地位にあると、そういうような形で地位の承継が生じていると理解して、この条文でそれが表せていると理解されているということでしょうか。

○脇村関係官 そのように理解をしておりました。

少なくとも、申出があって却下された場合については手続行為はできなくなるということ、この表現でも十分表れているのではないかと考えております。

○山本幹事 分かりました。ありがとうございます。

○伊藤部会長 それでは、ほかに受継の関係はいかがでしょう。

よろしければ、ケ、送達及び手続の中止は何か御意見がございますか。

特にございませんようでしたら、コ、裁判所書記官の処分に対する異議の関係で、先ほど川尻関係官から説明がございました12ページの②の、書記官はともかくとして、このままでいいのかということで、なおちょっと検討する余地が残されているということを発言ございましたが、それを含めましてこの異議の関係はいかがでしょうか。

それでは、②については、少し事務当局で更に検討して、その結果をまた御報告するようなことになるかもしれませんので、その点御了解ください。

それから、(9)検察官に対する通知、(10)電子処理組織による申立て等、この辺りはよろしいですか。

それでは、2の第一審裁判所における非訟事件の手続の(1)非訟事件の申立てから(3)事実の調査及び証拠調べ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。

2の第一審裁判所における非訟事件の手続、(1)非訟事件の申立て、アの申立ての方式ですが、申立ての方式及び裁判長の申立書審査等については、中間試案第2の1(1)及び(3)と同じであります。

いわゆる併合申立てにつきましては、中間試案第2の1(2)甲案を採用した上で、表現についてはより適切なものに変更しています。

イの申立ての変更は、中間試案第2の1(4)と同じでございます。

(2)非訟事件の手続の期日、ア、裁判長の手続指揮権は、中間試案第2の2と同じであります。なお、釈明に関する規律は置かないこととしております。この点について、これまで規律を置くべきとする意見も多く出されておりますが、明文の規律を置かなくても当然できるものであることからすると、規律を設けることはできないものと考えております。

イの受命裁判官による手続は、中間試案第2の3と実質的に同じです。ただし、事実の調査及び証拠調べを受命裁判官がすることができる場合を明確にしたほか、受命裁判官の手続における権限を明確にしています。

ウの音声の送受信による通話の方法による手続は、中間試案第2の4と実質的に同じです。なお、証拠調べについては、民事訴訟法の規律により認められる場合以外には、音声の送受信による通話の方法による手続を採ることはできないことを明示するため、「非訟事件の手続の期日における手続（証拠調べを除く。）」としています。

エの非訟事件の手続における措置は、中間試案第1の10(10)の(注)と同じでございます。

○川尻関係官 (3)事実の調査及び証拠調べ、ア、職権による事実の調査等の①につきましては、中間試案では、「職権で又は申出により」としていた文言を、他の例に倣いまして、「申立てにより又は職権で」に変更したほかは、中間試案第2の5(1)アと同じです。

②については、中間試案第2の5、(1)イ、当事者の役割の部分の趣旨を生かし、実態に即した表現の規律を導入することとしております。

イ、疎明は、中間試案第2の5(1)ウから変更ございません。

ウ、事実の調査の通知については、中間試案第2の5(2)注では、「裁判に重大な影響を及ぼすことが明らかになった場合には」としておりましたが、その実質は変わらないものの、当事者に対する不意打ち防止の観点からの規律であることを明らかにする表現に修正してみ

ました。表現につきましては、なお検討することとしたいと存じます。

エ、事実の調査の嘱託等は、中間試案の④では、③の場合に裁判所及び裁判長の職務が受命裁判官が行う旨規律しておりましたが、同様の規律は①から③まで共通して必要となることから、すべての場合に適用される形に変更しましたほかは、中間試案第2の5(2)から変更ございません。

オ、証拠調べに関する民事訴訟法の準用等は、中間試案第2の5(4)と同じでして、中間試案においては、当事者が正当な理由なく宣誓若しくは陳述を拒んだとき、又は文書提出命令等に従わないときについて所要の手当てをするものとしていたのを、②から⑦までにおいて具体化したしました。

○伊藤部会長 それでは、まず、(1)の非訟事件の申立てのアの申立ての方式等の③でしょうか。申立ての併合について、このような、従来の審議の中では幾つかの案がございましたが、ここでこういった形で同一の申立てにより裁判を求めることができるものとするという形で取りまとめてありますが、この辺りはいかがでしょうか。

○山本幹事 この③の要件と、それからイの申立ての変更の①の要件の関係なのですが、③のほう、主観的な併合の場合にはこういうことで特に問題ないような気がするのですが、客観的な併合もここに含まれているとすると、どうもこの「同一の事実上及び法律上の原因に基づく」というのが、申立ての変更の際の「申立ての基礎に変更がない」というのよりは何となく狭いような印象がありまして、申立ての変更というのが追加的な併合をもたらすものだとすると、この原始的併合のほうが追加的な併合の場合よりも要件が狭いというのは何となくおかしいような感じがするという印象を持っております。

○三木委員 私も基本的には山本幹事と同じような疑問ですが、私は事務局に例を挙げてちょっと、この規定振りの趣旨をお教えいただきたいと思います。具体的には、12ページのアの③の規定振りで、併合が許される場合として、典型的に何を想定し、また、このやや厳格に過ぎるように見える規定振りで、どのようなものを併合を排除しようとしているのか。それから、先ほど山本幹事の御質問にあった、13ページのイの①の規定振りととの関係で、原始的併合はできないけれども、申立ての変更はできるという場合を具体的に何か想定して規定振りを書いているのかどうか、そこを教えていただければと思います。

○脇村関係官 今、主観、客観というお話がありましたが、非訟では恐らく主観とか客観とかいうもので区別することはできない、民事訴訟のようにいわゆる被告がいるわけではございませんので、基本的にはそういった観念で区別することはできないと考えておりますので、問題となっている対象が密接かどうかということで取りあえず併合を認めるかどうかということを考えています。

具体的には、引っ付けていいと思っっているのは、例えば株式を持っている複数の株主に対する株式価格の決定などを会社のほうがする場合などが典型ではないかと思っております。

申立ての変更についていいますと、こちらの場合想定しているのは、やってみたところ出てきた証拠とか、そういった状況からすると、やはりあっちがよかったなというケースで、ちょっと状況が違うことと思いますので、併合申立てとどちらが重いのか軽いのかというのはなかなか言えないところではないかと思っております。

申立ての変更について、家事でいいますと、保佐開始の申立てをしていたところ、成年後見相当であったとか、そういったケースが一番典型例です。非訟でいえば、借地などで増改

築等の許可の申立てをしていたところ、状況が変わったので違う増改築をしたいとかそういったのがあるのかなと思います。ただ、そういったものを考えますと、申立て変更で問題となるようなケースというのは、実は余り併合申立てで想定しているものとはちょっと違うのかなという気はしているところで、そういった意味で、我々としてどちらを重くしたい、どちらを軽くしたいとかいうよりも、状況に応じて要件が違うのかなとは考えていたところで

○**山本幹事** 今の脇村関係官の御説明は、変更のほうが一種の交換的な変更だけを念頭に置いておられる、あるいは、当初併合の申立てというのは何か予備的な形で併合するということは余り想定されていないということを前提の御説明だったような気がするのですが、それが必ずしもそう言えるかなという印象も持っていますけれども。

○**脇村関係官** 理屈を言えば、山本幹事がおっしゃるように交換的変更に限られないわけでして、追加の変更もあると思っておりますが、想定してみると、何かそういうのが主かなと、そういったものを想定しながら創っていたというところがございますが、何かほかにございましたらお教えいただければと思います。

○**三木委員** 変更のほうはこういう要件で規律するのが普通の発想だろうと思いますが、やはり原始的な併合といいますか、申立て時における併合がこのように非常に狭い規律でいいのかどうか、御説明あったように、事例がどのぐらいあるのかというのは、私、実務はよく分かりませんので、もし弁護士の委員、幹事の方で何か例があればお教えいただきたいのですが、抽象論といたしましては、ここまで厳格な要件を設ける必要がどこにあるのかという気がいたします。

何か不都合があれば、職権分離もできるのでしょうから、それで対応すればいい話であって、当事者が、併合が効率的であり、望ましいと思って申し立ててくるものは、ある程度民事訴訟と同じく広く受け付けて、広くというのは、特にいわゆる客観的併合の場合ですが、受け付けて、それで問題が生じた場合には分離で対応するということかなとは思いますが。

○**伊藤部会長** 三木委員の今の御発言は、やはり主として客観的併合を念頭に置いた御発言ですか。主観的なほうも一応含むという……

○**三木委員** 抽象論としては、主観的併合のほうに相手方の立場がありますので、要件が厳しくなければいけないとは思いますが。その主観的併合にしても、民事訴訟より厳しいのかどうか、この規定振り、ちょっと必ずしもよく分からないところがあります。

○**金子幹事** 事務当局は、入口のところを比較的狭めておいて、必要に応じて併合ということでもいいのではないかなと思っていたのですが。例えば、一人の株主が会社に対して複数株式の株式買取請求をするというときに、A株とB株で別の根拠に基づいて買取価格の請求をする場合は、民訴的には客観的併合に近いのかもしれませんが、しかし、そこは、例えば少数株主が反対した議決の内容が違えば、恐らくその後の計算なりの根拠も変わってくる余地があります。そうなりますと、同一の事実上及び法律上の原因とは言えないということで、併合要件を欠くと考えていたわけです。

かなり狭くなってくるとは思いますが、進行上の便宜により、やはり会社も株主も、あるいは同じ鑑定資料が使えるということで一緒にやってもいいという判断があれば、そこは裁判所のほうの裁量で併合していただくということもあるので狭くしておいたほうがいいのではないかという発想がありました。

それから、申立て変更については、資料が共通するもの、それまでの資料が追加した後の手続にも使えるというようなものを基礎に変更がないというようなことで表せないかなと思っていただいております。

今のところは会社法の解釈があるかもしれませんが御教示いただければと思います。

○菅野委員 理論的なことというより、本当に現場的な感覚ですけれども、裁判官のほうの考えること、あるいは書記官事務とかの面でも、なかなかいろいろな意味で能力の限界というのがあるのですね。そのために、できれば小さいもの、少ないもの、シンプルなもののほうが比較的考えやすい、あるいは事務処理もやりやすいというのがまず一般論として非常にあるのです。

あとは、いわゆる資料が共通な場合にどうするかということが、次の段階として実務上は出てくると。

そうすると、現場の者としては、やはり最初の段階としては、できるだけきちんと切って、一人ずつ出していただいたほうが有り難いと。最初から、例えば20とか30とかまとめて出されるのは、実際上には裁判所側の都合でいうと、大変手続の迅速、円滑に進める上ではやはり実際上は妨げになるのですね。

そこを分離することもできるといっても、1通で出たものをやはり分離するというのは、実はそれなりにリアクションもありますし、それ自体で話がまたこじれることもありますし、問題はあるといことで、今の説明していただいたところのほうが、現場ではやはり使いやすいという、そういうイメージを持っております。

○中東幹事 菅野委員がおっしゃったことはよく分かります。

金子幹事がおっしゃったことに関して申し上げますと、同一の株主が価格決定の申立てをしていると、しかし、ある分の株について、その他の分については理由が異なっているという話ですね。例えば、取得時期が違っている場合に、これが求めたい価格だというのが異なっている場合があると思いますが、それは主観的な併合なのか、客観的な併合なのかというのはやや分からないところもありますが、今、菅野委員がおっしゃったように、違うものであれば一旦ばらばらにして申し立ててもらおう、その上で、もし一緒にしたほうがよいということであれば、その後に併合するという形のほうが分かりよいと思っています。

○伊藤部会長 どうもありがとうございます。

ほかに、何か御意見ございますか。いかがでしょうか。

これもちょっと民訴との関係があるものですから、そういう問題と、かつ他方、今、菅野委員などから御発言がありました実務上の運用の基準としての適切性というようなことがあって難しいのだとは思いますが、一応、先ほど金子幹事から説明があったように、特に当初からの原始的な併合の場合と変更の場合とでは、若干考えるべき基礎が違うということであろうという違いになっているということがありますが、いかがでしょうか。

今、御指摘いただいた点について、それを踏まえてもうちょっと事務当局では検討してもらおうことにしたいと思いますが、一応、今日の段階ではこの案について、完全な御了解を頂いたとは申しませんが、これについて審議を頂いて、それについての御指摘を何点か頂いたので、どういう形が他にあり得るかは検討はさせていただくということでいかがでしょうか。

よろしければ、次の非訟事件の手続の期日の関係で、一つは先ほど説明ございましたが、



従来からいろいろ御意見を頂いております、釈明に関する規定を設けないという点であります。これも従来、積極的な御意見があったことは私自身も認識しておりますけれども、それを踏まえましても、やはり規律として設ける必然性はないというのが事務当局の考え方が、いかがでしょうか。

○三木委員 理論的な観点からですけれども、従来の事務当局の御説明は、民事訴訟が当事者主義であるのに対して、非訟が職権主義だからと、職権探知主義が採られているからというのが主たる御説明であったと思います。

しかし、その説明ですと、人事訴訟法が釈明の規定を準用しているという理解がもし正しければ、そちらとの整合性は私には理解できないところです。

○伊藤部会長 よろしいですか。

では、これは何か補足してもらうのなら、どなた。

○脇村関係官 三木委員がおっしゃるように、確かに人事訴訟においても職権探知主義が採られていて、そういったもので釈明権があるとすると、職権探知ということだけで否定するのはおかしくないかという御指摘だと理解しております。

三木委員のおっしゃる点も、私としても十分理解をさせていただいているところでございますが、事務当局として一つ気になるのは、人事訴訟においては、職権探知ができるといっても、その職権探知の方式も決まっております、例えば、いわゆる事実の調査のように、何でもかんでも裁判所のほうが好きに当事者に対して質問を発したりとかということとはできない構造になっているのに対し、非訟においては、基本的には事実の調査としては何でもできるというところにおいて、事実の調査とやる質問と、釈明とやる質問というか問い掛けが本当に区別できるのか、そういったものがそもそも区別できないのだとすると、規律として置くのは相当ではないのではないかと考えているところでございます。

特に、今般、規律を置くということになりますと、その規律の役割でありますとか、あるいは事実の調査との違いを理論的な面ではなく、実際上の面としても区別しないといけないということになると思いますが、やはりそれはなかなか難しいところがございますし、規律がなくても我々としては、それはもう当然できるものではないかと思っておりますので、そういったしますと、規律を置くというのはなかなか実際上難しいのではないかと考えているところでございます。

○伊藤部会長 いかがでしょうか。従来から事務当局が繰り返して申し上げておりますように、釈明権の行使とか、あるいはもうちょっと釈明作用について、それが規定がないからできないとかそういうことではなくて、当然それはできるという前提に立った上で、しかし、積極の御意見の方はそのことを前提にして規定を置くべきだと、しかし、それに対して、当然であるから規定を置く意義がどこにあるのかということ、更に、置くとなれば、今脇村関係官から説明があったような、他の事実の調査との関係がどうなるのかとか、そういったことまで踏み込まなければいけないので、ということで、実質においてそれほど違いはないのかという気もしますけれども、従来から考え方の違いがあったところではあることはよく認識しておりますので、もし何か御意見があればおっしゃってください。

○中東幹事 冒頭、総則の規定に関して竹下関係官がおっしゃった点とかも関係するのかと思いますが、やはり手続の違いということを考えるのであれば、ここで釈明に関する規定がないということは手続法としての違いの分かりよいメッセージになるのかなと思いました。そ

の意味で、事務当局の御提案のように釈明に関する規律は置かなくても、当然できるのだから置かないというほうが分かりやすいかなと思います。

○伊藤部会長 ありがとうございます。

いかがでしょうか。それぞれのお立場や御意見があると思いますので、完全な形での合意ということにならないのかもしれませんが、先ほど三木委員がおっしゃったように、弁論主義と職権主義と、職権探知ということで割り切って、だから必要ないのだというのはちょっと説明として乱暴のような感じもしますし、また、それだけではないと思います。

ただ、釈明作用というのは当然あるし、また釈明権の行使が期待されるべき場面というのも想定できると。その上で規定を置く置かないにかかわらず、釈明権の行使というのがあり得るし、また、しなければならない場面はあるだろうという認識で大方の御意見や認識が一致しているのであれば、事実の調査との関係などいろいろ難しい問題がありますので、事務当局からの提案のような形での御了解が頂ければと思いますが、いかがでしょうか。

なかなかこの議論は回を積み重ねてもこれが解決するという性質のものではないように思いますので、他方、その釈明権の行使というのがあり得るし、またしなければいけない場面があるということの認識も、これも一致しているわけですから、その辺りで御了解いただければと思いますが…。

それでは、そういうことで進めさせていただきます。

それから、受命裁判官による手続の関係は何かございますか。

よろしければ、音声の送受信、それからエの非訟事件の手続における措置、この辺りはいかがでしょう。

それから、(3)の事実の調査及び証拠調べのところ、アのところは、「申立てにより又は職権で」と改めたという辺りですが、ウの事実の調査の通知で、「手続の追行に重要な変更を生じ得るものと認めるときは」という形で、通知をしなければならない場合の規律を定めたという提案でございますが、この辺りはいかがでしょうか。

御異論がないものとして承ってよろしいですか。

それでは、事実の調査の嘱託のところ、④の点で若干変更がございましたが、これも特段御異論はないと承りますが。

よろしければ、オの証拠調べのところはいかがでしょう。

よろしいでしょうか。

それでは、この証拠調べのところが終わったところで一旦休憩を取りまして、(4)裁判のところから再開したいと思います。

(休 憩)

○伊藤部会長 それでは、再開いたします。

(4)の裁判から(5)裁判によらない非訟事件の終了まで事務当局から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。

まず、(4)裁判のア、裁判の方式は、中間試案第2の6では(前注2)として記載しておりましたが、現行法に倣い、裁判所による裁判の方式を明文で規律するものです。

イ、終局決定は、中間試案と実質的に同じです。なお、中間試案第2の6では、非訟事件

についての裁判を「本案裁判」とし、本案裁判のうちの裁判所が行う終局的な裁判を「終局裁判」としておりましたが、ここでは裁判所による非訟事件についての終局的な裁判として「終局決定」との用語を用いることとしております。

申立書の却下命令は、中間試案では本案裁判でしたが、ここではケの終局決定以外の裁判ということになります。

次に、ウ、終局決定の告知及び発効、及びエ、終局決定の方式及び裁判書はいずれも中間試案と同じです。

オ、更正決定では、更正決定が終局決定以外の裁判であることから、ケ①の規律によれば、裁判書の作成が例外的に義務付けられないこととなりますが、更正決定は裁判書を作成するのが相当と考えられますので、終局決定以外の裁判の特則として、②により裁判書の作成を義務付けております。そのほかは、中間試案と同じです。

カ、終局決定に関するその他の手続は、中間試案と同じです。

キ、終局決定の取消し又は変更は、中間試案に一部期間制限を設ける変更をしております。非訟事件の手続が合目的的、公権的な性質を有するとしましても、期間的な制限なく取消し又は変更を認めることは法的安定の要請に照らして相当でない場合もあると考えられ、再審においても期間制限が設けられていることを考慮すれば、終局決定の取消し又は変更の制度においても制限を設けるのが相当であると考えられます。

もっとも、終局決定の取消し又は変更は事情変更により裁判が不当になった場合にも認める必要がありますが、このような場合には期間制限になじまないものと解されますので、終局決定後の事情変更により、当該裁判が不当であると認めるに至ったときについては期間制限を設けないものとするのが相当と考えられます。

そして、この場合以外については、法的安定の要請を考慮し、再審の期間制限に倣って終局決定が効力を生じた日から5年の期間制限を設けるのが相当と考えられますが、事情変更がなくとも当該裁判を維持することが著しく不当であると認められるような場合があり得るとすれば、このような場合についても取消し又は変更の余地を認める必要があるとも考えられますので、御審議いただければと存じます。

ク、中間決定については、中間試案では本案裁判と本案裁判以外の裁判とに分けて規律を整理しておりましたため、中間裁判を本案裁判に属するものと整理しておりましたが、ここでは終局決定と終局決定以外の裁判とに分けて規律を整理することとしております。そのため、中間決定は終局決定以外の裁判に属するものとなり、ケ①の規律により裁判書の作成が義務付けられないこととなりますが、中間決定の場合は裁判書を作成するのが相当と考えられますので、終局決定以外の裁判の特則として②により裁判書の作成を義務付けております。

なお、中間決定は終局決定以外の裁判であることから、特別な定めがない限り即時抗告をすることはできないこととなりますが、独立して即時抗告を認める必要がないため、特別な定めは置いておりません。

ケ、終局決定以外の裁判は、中間試案と実質的に同じです。なお、②の手続の指揮に関する裁判の取消しは、裁判の当・不当を問わずに取り消せるもので、キの不当な裁判の取消しではないため、キとは別に規律を置いております。

○川尻関係官 (5)裁判によらない非訟事件の終了、ア、非訟事件の申立ての取下げは、中間試案第2の8(1)アの乙案、イ及びウと同じです。

(注)では、家事審判手続と同様に、不熱心当事者に対する対応として、例えば申立人が連続して2回、期日に出頭せず、又は期日における陳述をしないで退廷又は退席をした場合には申立ての取下げがあったものとみなすことができる旨の規律を置くこととしてはどうかと考えておりますが、御意見を伺えればと存じます。

イ、和解は、中間試案第2の8(2)①と同じでして、所要の手当てを具体化いたしました。なお、中間試案の②の調停をすることができるものとする点につきましては、関連法の整備により対応することを予定しております。

○伊藤部会長 そうしましたら、まず(4)の裁判の関係ですが、裁判の方式を決定するというところから、概念の整理ということになりますけれども、終局決定と終局決定以外の裁判という形で整理をして、そして更正決定であるとか、あるいは中間決定であるとか、そういったものに関しては、その性質を踏まえて裁判書を作成するものとしなければならないという特則を置いているとか、この辺りはまずいかがでしょうか。取消し又は変更のことは、また別にお伺いいたします。

もし特段御異論がなければ、それでは、17ページのキの終局決定の取消し又は変更というところで、その②のところですね。この本部会における従来の審議内容を踏まえまして、期間制限を置く。ただし、事情変更の場合は別と。それに加えて、亀甲括弧の部分について、〔著しく不当であると認めるとき〕については、もう一つの例外としてそれを設けるかどうか、これについて皆様の御意見を承りたいということが、先ほど事務局から問題の提起がございましたが、この②の本文、更にその亀甲括弧の部分に関しては御意見いかがでしょうか。

○三木委員 ②の本文は、こういう形で結構かと存じます。

亀甲括弧の部分の点ですが、これだけを抽象的に読むと望ましいように見えるのですけれども、現実問題としてどう機能するかということを考えますと、裁判所が自らの判断で当事者の申立てなくこういうことを行うことは余りないと思いますので、現実問題としては、相手方のあるような場合には、当事者の一方から申立てがある、あるいは相手方がなくても、ある当事者ないし関係人から事実上の申立てがあると、その職権発動を促される形で行われるということがほぼ想定されます。

そうしますと、これはもちろん事件にもよりますが、相手方がある場合には、他方では相手方の地位が覆されるというようなこともありますし、また相手方がなくても、このもともとの決定で決まった法律関係を前提に動いているものが、何かしら基礎が崩れるということもあります。そのことによって、事実上の不利益ないし不利益を受ける者が出てくることあり得るわけです。

したがって、そうした者の法律生活の安定や、あるいは事後における手続保障ということも考えなければいけないので、この亀甲括弧の内部の文言は入れないほうが望ましいと私は考えます。

○伊藤部会長 その点について、三木委員は消極の御意見ということですが、他の委員、幹事の方、いかがでしょうか。

三木委員の御意見ですと、一方は事情変更で対処できるし、他方、再審で対処できる部分もある。それ以外にこういう形での取消し、変更の可能性を認める合理性がないのではないかと、かえって関係人の法律関係の安定に反するのではないかと、そういう御趣旨だと私は

理解しておりますが、積極の御意見が、こういうことを入れることについてあれば、どうぞ承りたいと思っております。

特にこういう例、亀甲括弧の中にあるような形での例外を設けることについて積極の御意見はございませんか。もしそういう御意見がないようでしたら、皆さん、消極の御意見なしそれに特に御異論がないと承ってよろしいですか。

○畑幹事 亀甲括弧の中ですが、この部会でも話題になったと思いますが、二重に過料の裁判をしてそれが取り消されたという、それを最高裁が認めたという例があったと思います。それは、明文の規定の枠を超えて取り消すのを認めたということであったかと思います。そういう例では、それを取り消しても何かほかの人に不利益を与えるということは多分ないだろうと思いますし、非訟事件の世界で何かその種のことというのは、もちろんレアケースでしようけれども、あり得るかなという気は一方でいたします。

ただ、それが5年を経過した後にそういうことが起こるか、明らかになるということがあるかという、確かに実際には考えにくいかなという気はいたしますので、亀甲括弧の中があってもおかしくはないと思いますが、なくても多分大過ないだろうという気はいたします。

○伊藤部会長 そうですね、いろいろな例を考えると、今、畑幹事がおっしゃったようなこともあるのですが、他方やはりここで亀甲括弧で言われているような、著しく不当だということはあるにせよ、一般的な要件として取消し、変更の可能性を認めることになると、またそれが、三木委員が懸念されるような問題が生ずるということもありますので、5年ということがあること、それから事情変更はもちろんあると、再審の可能性もあるということ踏まえて、これをこういう例外は設けないということよろしいでしょうか。

それでは、ここはそのように扱わせていただきます。

そのほか、(4)の裁判の関係で何か御意見等がございますか。

よろしければ、(5)の裁判によらない非訟事件の終了で、一つは取下げに関して従来の乙案の考え方に沿ってこの①の事項を掲げているということ、それからもう一つは、いわゆる不熱心な手続追行に基づく取下げの規制については、設けるべきものかと考えるかどうかということで、ここは問題の問い掛けがございましたが、その点を含めて、この裁判によらない非訟事件の終了関係ではいかがでしょうか。特に、(注)の関係での、不熱心な手続追行に対する対処については御意見をちょうだいできればと思いますが。

○山本幹事 意見というか名案があるわけではないのですが、期日というものの性格が訴訟と非訟ではかなり違うような気がして、この期日をメルクマールにするというのが本当に適当なのかどうかというのが必ずしも確信は持てない。しかし、期日以外に何かうまくその不熱心さを徴表するようなことがあるかという、それもなかなか難しいかなと思います。

ただ、少なくとも、この非訟事件における期日というのはかなり多様なものが今までの議論でもあるような気がしますので、その全ての期日について2回連続とかというようなことが言えるかという、それはやや疑問がある。少なくとも、民事訴訟との関係では、和解の期日はやはり入らないのではないかと。訴訟でも和解は入っていないと思いますので、というような気がします、名案は思い浮かびませんでした。

○伊藤部会長 おっしゃることは誠にごもっともで、そうすると、期日というものをどう捉えるかということで、やはり実質的な意味での手続追行の懈怠というものを捉えることができ

れば、こういう（注）に掲げられているような規律は設けたほうが良いということで承ってよろしいですか。

○山本幹事 ええ、そういうことです。

○伊藤部会長 ほかに、いかがでしょうか。

もし、今、山本幹事がおっしゃったような御意見に特段の御異論がなければ、更に検討しなければいけない点が御指摘がありましたけれども、それを踏まえて事務当局でもうちょっと検討してもらうことにいたしましょう。基本的な方向としては、そういうことを設ける方向での御了解が得られたと受け止めさせていただきます。

ほかに、裁判によらない事件の終了関係、何かございますか。

○増田幹事 反対意見とか、文言に異論があるとかいうわけではないのですが、イの和解について、これの射程なのですが、実は訴訟手続と非訟手続との間に、いわゆる破産・倒産系の事件というのがございまして、破産債権の査定事件とか、あるいは担保権消滅等に伴う目的物価格決定などの事件は、訴訟事件ではないので和解はできないと従前解されており、実務的にもそうなのですが、ここで非訟事件で和解ができるということになった以上は、従前和解ができないと解されていた根拠が崩れると思うのですが、そこまで射程が及ぶと理解しているのかどうか、御意見を伺えればと思います。

○金子幹事 少なくともここで言う和解は、非訟事件手続法の、冒頭に定めるところのこの総則が適用になる非訟事件を指しますので、倒産法系は基本的には民事訴訟を準用しているということになりますので、文言上は射程外ということにならざるを得ないのだろうと思います。

ただ、その後、各倒産法の解釈としてどうなるかというのは、恐らく別の問題であって、それ以上私がコメントできるものではないと思っています。

○伊藤部会長 そうですね、増田幹事、よろしいでしょうか。

○増田幹事 研究者の皆様でもし何かコメントを頂ければ有り難いのですけれども。

○山本幹事 余り考えたこともないのですが、ちょっと現行法でそもそもなぜできないのかというのが、必ずしも私自身、十分理解、先ほど金子幹事が言われたように、民事訴訟法が準用になっていて、何となく当事者処分できそうな権利関係のような気がしますので、その和解ができないという解釈がされている根拠がどこにあるのかなという気もしますが。

○増田幹事 恐らく債権者など多数の利害関係が絡むからということだろうと理解しているのですけれども。

○山本幹事 査定手続とかのあれで、具体的な局面がちょっと十分あれですけれども、一般論として言えば、その影響が他の者にも及ぶようなこと、例えば民事再生とかで、債権者が査定の申立てをしているというような局面を考えると、管財人であれば問題ないように思うのですが、一債権者が申し立てるといような場合には、その債権者に合意の処分権、その権利関係についての処分権があるのかどうかという問題ではないでしょうか。例えば、株主代表訴訟で株主が和解できるかとかという議論があるのと同じような問題、局面のような気がして、必ずしもここでの、この非訟事件に和解を入れたからどうなるという、もしそういうことが理由だとすれば、そういうような話では必ずしもないような気もいたしますが、確信はありません。

○伊藤部会長 分かりました。しかるべき時期に、しかるべき方が論文でも書いていただくこ

とにしましょう。そういう意味では、何かのこれも一つの話のきっかけになるのかもしれませんが。

それでは、よろしければ、次の不服申立て及び再審について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。

3、不服申立てでは、2(4)の裁判を、終局決定と終局決定以外の裁判とに分けて規律しておりますことから、不服申立てについても同様に、終局決定に対する不服申立てと終局決定以外の裁判に対する不服申立てとに分けて規律しております。

また、中間試案では抗告審における基本的な手続の通則的規律を置いておりましたが、ここでは、このような方式をやめ、抗告審の基本的な手続を即時抗告の手続の規律として定め、特別抗告及び許可抗告の手続の規律については、これを準用する形式としております。

(1) 終局決定に対する不服申立てのア、即時抗告の(ア) 即時抗告をすることができる裁判は、中間試案と実質的に同じですが、本案裁判を終局決定に改めております。

(イ) 即時抗告期間は、中間試案と同じです。

(ウ) 即時抗告の提起の方法等は、中間試案と実質的に同じですが、③による即時抗告が不適法で、その不備を補正することができない場合の原裁判所の却下決定は終局決定ですので、原則どおりですと、これに対する即時抗告の期間は2週間となりますが、民事訴訟の規律に合わせ、⑤で特則として即時抗告期間を1週間としております。

(エ) 即時抗告があったことの通知については、終局決定に対して即時抗告がされた以上、その事件に紛争性があると考えられますため、抗告の相手方等に早い段階で防御のための準備をする機会を与える必要があると考えられますが、一方で、即時抗告がされた時点で、その抗告状の記載等から理由がないとして棄却するのが相当であると判断される場合には、むしろ速やかに棄却の裁判をすることが当事者の利益にかなうと考えられます。そこで、このような場合には、抗告があったことの通知をせずに棄却の裁判をすることができる規律とするのが相当と考えられますので、①の二つの亀甲括弧の文言は、いずれもこのような趣旨を表すものとして記載しておりますが、表現はなお検討させていただきたいと思えます。

また、③に即時抗告をすることができるという記載がありますが、②の命令は高裁の裁判ですので、即時抗告することができるというのは誤りでございますので、削除させていただきたいと存じます。

(オ) 陳述聴取及び(カ) 原裁判所による更正は、中間試案と同じです。

また、(キ) 原裁判の執行停止は、中間試案と同じですが、②及び③では中間試案の(注)において所要の手当てをするものとしておりました、①により担保を立てる場合の供託及び担保に関する規律を置いております。

(ク) 第一審の手続の規律の準用等は、中間試案と同じです。なお、高等裁判所の裁判に対しては即時抗告することができませんので、2(4)エ①の規律に従えば、裁判書の作成が義務付けられないこととなりますが、抗告審での不服申立てについての裁判は裁判書を作成するのが相当ですので、①において、2(4)エ①をそのただし書を除いて準用することとしております。

なお、非訟事件の管轄は一般的には専属管轄ですが、借地借家法第41条ただし書など合意管轄が認められているものもあり、合意管轄違反の場合には抗告審においてその主張を制限することが相当であると考えられますことから、民事訴訟法第299条第1項と同様の規

律を新たに置くこととしております。

(ケ) 再抗告は、中間試案と同じです。

イ、特別抗告については、(ア) 特別抗告をすることができる裁判等は、中間試案と同じです。

(イ) 即時抗告の規律の準用等は、抗告審における基本的な手続の通則的規律を即時抗告の手続の規律として定めるものとしたことに伴い、①で即時抗告の規律を原則として準用するものとしております。②は中間試案と同じです。

ウ、許可抗告については、(ア) 許可抗告をすることができる裁判等は、中間試案と実質的に同じです。

また、(イ) 即時抗告の規律の準用等は、①において特別抗告と同様に、即時抗告の手続として定められている抗告審における基本的な手続の通則的規律を原則として準用するものとしております。②は中間試案と同じです。

(2) 終局決定以外の裁判に対する不服申立てのアからエまでは、中間試案と同じです。

次に4、再審では、裁判及び不服申立ての規律と同様に、終局決定に対する再審と終局決定以外の裁判に対する再審とに分けて規律することとしておりますが、(1) 確定した終局決定に対する再審の手続、及び(3) 終局決定以外の裁判に対する再審の、いずれについても中間試案と同じです。

なお、再審の申立て適格を有する者の範囲については、補足説明に記載しましたとおり、確定裁判の基礎に重大に誤りがあったり手続に重大な瑕疵があったりした場合には、当事者以外の第三者であっても当該裁判の効力又は影響を直接的に受ける者は、そのような瑕疵のない状態での適正な裁判を求める利益を有すると考えられますので、再審の申立て適格者から排除されないと解するのが相当と考えられます。また、このように第三者にも再審の申立て適格を認めるのは、飽くまで重大な瑕疵や欠陥のない状態で裁判されることを求める利益が第三者にもあると解するためであり、本来有しないはずの即時抗告権まで新たに認めるものではないことから、再審開始決定後の本案の審議の結果された裁判に対しては、本来の即時抗告権者が即時抗告することができるにすぎないものとするのが相当であると考えられます。

あと、本文の(1)の④のところですが、「②により再審開始の決定が確定した場合に裁判所が判決を正当として」と書いてありますが、ここは「終局決定」の間違いでございましたので訂正させていただきます。

(2) 執行停止の裁判の①及び②は中間試案と同じであり、③では、①により担保を立てる場合の供託及び担保に関する規律を置いております。

○伊藤部会長 それではまず、3の不服申立ての(1)の辺りですけれども、先ほどの説明の中で、従来の整理と違った即時抗告を最初に持ってきて、あとはそれに関する内容を準用するという形で改めたことなどは別として、実質的なところで言うと、(ウ)の即時抗告の提起の方法等で、⑤で1週間の不変期間内にしなければいけないという辺りが、ただいま説明があったことですが、ここはよろしいでしょうか。民訴と同様ということですが。

よろしければ、次に(エ)の即時抗告があったことの通知で、これも従来の本部会での審議を踏まえましてこのような形になっておりますが、ただ、一応表現としては、二つの亀甲括弧にあるような表現の選択肢が考えられるので、これはなお検討したいということですが、



この（エ）の①の内容については、何か御意見ございますか。

実質的な意味で二つの亀甲括弧の中身が違うという認識ではなくて、それをどういう形で表すかということのようですけれども。

もし実質的な意味での違いがないということであれば、あとは表現のことについては事務当局で更に検討させていただきたいと思いますが。

○増田幹事 あえて言いますけれども、実質的には多分、前段のほうを意味しているのだろうとは思いますが、法文としてはちょっと違和感がございまして、表現ということであれば後段の書き方でもよろしいのではないかと思います。

○伊藤部会長 もしそういうことであれば、事務当局で、最もこの内容を適切に表現する文言という、そういう視点からこの二つの選択肢を基礎にして検討させていただきたいと思いますが、それでよろしいでしょうか。

それでは、あとは（オ）の陳述聴取、それから（カ）の原裁判所による更正、（キ）原裁判の執行停止。執行停止に関しては、先ほどの②のところの説明があったところですね。それから（ク）の第一審の手續の規律の準用に関しても若干補足的なことが付け加えられて、それについての説明がございました。その辺りはよろしいでしょうか。

○増田幹事 （オ）の陳述聴取の要件のところなのですが、相手方がある事件の特則があればよかったのですが、それが落ちるということになって、従前からの問題性が再び残ってしまったということになるわけですね。そういうことであれば、（エ）の①と同じような要件で陳述聴取をしていただきたいと思いますと思うのですが、非訟全般としてそういうわけにもなかなかいかないかなと思いますので、せめて例えば抗告理由書の送付ぐらいをどこかに入れていただければ大変有り難いと思っておりますが、いかがでしょうか。

○金子幹事 抗告状の写しのほうは、抗告があったことの言わば通知という意味がありまして、抗告がなく確定したのか、あるいは抗告されたのかを知らせる意味があると思います。恐らく増田幹事の問題意識は、抗告状そのものには詳細な反論というか、第一審裁判に対する不服の内容がきちんと書かれているものもあるかもしれませんが、ないものも相当あって、それがどの程度の意味があるのかということかと思いますが、理由書自体の規律が法律レベルでなかなか載りづらいというところもございまして、少し難しいところがあるように思っております。

○増田幹事 理由書についての規律は、民事訴訟規則207条にもあるので、それは理由にはならないのではないかと思います。

それと、抗告審が続審であるということであれば、やはり第一審の当事者として手續に参与した人には、もう一度何らかの主張・立証の機会を与えるというのが私は筋だと思うのです。事後審ということであれば、はっきりと、原則は抗告理由書をもって審査するというところも考えられるのですけれども、それが続審的構造になじむかどうかという問題とか、前も議論が出ました審理状況、進行の可視化という点から考えましても、本当は（オ）の要件をもう一度考えていただきたいと思いますと思うのですけれども、現時点でございまして、せめてその辺りはどうかということなのです。

○金子幹事 理由書は法律レベルで書くのはどうかなという趣旨で申し上げたのであって、抗告状写しを送るような状況において、その理由書をきちんと送るかどうかというのは、言わば規則も含めた運用の問題かなという趣旨で申し上げたつもりでした。ちょっと言葉が足ら

なくて申し訳ありません。

○伊藤部会長 ということなのですが。

○増田幹事 ここで規則のことを言うことはできないかと思いますが、検討事項としていただくということで、よろしくをお願いします。

○伊藤部会長 増田幹事からそういう御要望があったということ、それぞれの方でお聴きいただければと思います。

そうしますと、(ケ)の再抗告の辺りはよろしいですか。

それから、イの特別抗告の関係で何か。それからウの許可抗告、その辺りまではいかがでしょう。

○山本幹事 時間がありそうなので、ちょっと細かいことがあるので恐縮なのですが。

特別抗告の(イ)の規律の準用の部分なのですが、準用から除外されているもので、(イ)が除外されておりまして、抗告期間の点について除外をされていて、抗告期間はあれなのですが、(イ)の②の起算点の規律は、特別抗告の関係でも適用があってもよさそうな感じもしたのですが、ちょっとその辺りを。

○松田関係官 すみません、御指摘いただきました点ですが、確かに即時抗告期間のほうを注目しておりまして、その起算点についてほかの準用の規定でカバーされているかというところまではちょっと確認ができておりませんので、確認させていただきまして、もし(イ)の②について、これは準用から除外すべきではないということになれば、そのように変更させていただきたいと思います。申し訳ございません。

○伊藤部会長 どうもありがとうございます。

それでは、期間のことは別として、いつから特別抗告ができるかというその起算点のことについての、今の御指摘を踏まえて検討してもらうことにいたしましょう。

ほかに特別抗告、許可抗告の関係では何かございますか。

○竹下関係官 先ほど、増田幹事からの陳述聴取の問題に絡んで御意見が出ましたね。前から気になっていたのですけれども、これまで法制審議会の部会で民事訴訟法とか倒産関係の法律の審議をしてきたときには、規則で書くべきことであっても、重要性を持っているようなものについては、こちらの部会でも一応議論をして、もちろん最終的に決めるのは規則制定諮問委員会のほうの話になりますけれども、この点については規則で定めるように要望するなり、何かそういう議論をしてきたように思うのですね。これは規則事項だからというので、ここでの議論から外してしまうというよりも、実質的な問題については法制審議会のほうで議論していただいて、その結果を規則のほうに反映させるようにするというほうがよろしいのではないかと思います。

従来そうやってきたということを御参考までに申し上げます。

○伊藤部会長 御指摘のとおりだと思います。すみません、ちょっと私もうっかりしまして。

そういたしますと、先ほどは増田幹事からの御意見を受け止めていただいてという程度にいたしましたけれども、特に理由書の送付について、それを規則になるかどうかということは別ですけれども、当否といたしますかについて御意見があれば、更にもう少し審議をしていただきたいと思います。いかがでしょうか。

どうでしょう。確かに抗告状の送付だけでは、一体何が不服で申立てや何かをしているのかということの内容が必ずしも伝わらないということが実態としてあるとすれば、増田幹事

の御発言のようなことも検討しなければいけないようにも思いますが。

○三木委員 先ほど陳述聴取の文脈でおっしゃったように記憶しましたが、抗告状の原則送付のところと併せて、例外事項を除けば抗告理由書も送付すべきだという御趣旨だったのか、それとも陳述聴取の必要がある場合に限っての話だったのか、ちょっと御発言の趣旨を確認します。

○増田幹事 抗告状の写しを送付するのと同じ要件でお願いしたいということです。もともとはそれについて同じ要件で陳述聴取を必要なものとしていただきたいところですが、相手方のある事件の特則が落ちたということによってそれができなくなったので、せめて抗告理由書の送付をしていただければ、相手方にも自らの主張・立証をする機会が実質的に保証されると、こういうことです。

○三木委員 御発言までそのことを考えていたわけではありませんので、この場限りの考えですが、何う限りは御発言の趣旨は私にも理解できるように思います。抗告状に何を書くべきかというのは細かくは決まっていなくても、抗告期間の関係とかで最小限のことだけ書いて、その後、抗告理由書で補うということがしばしば行われるのだらうと思ひまして、本来的には抗告状に書かれるべきことが抗告理由書で追加されていると考えれば、抗告状送付を規律するという、抗告状送付を原則とするという規律を置く以上、抗告理由書の送付も同じ扱いにするというのは、私には筋が通っているように思います。

また、これは本質的ではないかもしれませんが、私が勘違いをしていなければ、21ページの特別抗告のところ抗告理由書という言葉が、これは恐らく法律事項として出てくることを想定しているのだとすれば、法律事項でもいいかなという気はいたします。

○伊藤部会長 分かりました。

三木委員から、内容的に増田幹事の意見を支持する旨の御発言ございましたが、ほかにかがでしょうか。

○中東幹事 私も相手方のある事件については関心を持ってきたのですが、結論的には増田幹事の意見には反対です。

もともと相手方のある事件の中間試案の段階でも、抗告の通知しか予定していなかったわけでした、それに加えて抗告理由書も送るということはなかったわけです。抗告理由書にどこまで詳しく書かれるのか分かりませんが、それ以降の準備書面のほうがいっぱい書かれるのではないかなとも思いますし、また、抗告審での陳述聴取の関係では、相手方のある事件でなくとも規定が設けられ、抗告審で原決定を覆すということがあれば、その不利益を受ける当事者には必ず陳述聴取がされるわけですので、その段階で意見を述べればよいと思えます。適切な防御ができるかということについては、どれだけ裁判所が資料を提供するか等に関わるのだと思いますが、あるいはどれだけ防御のための準備期間があるのかということについても、これらは実際上の問題であるかもしれません。そこら辺は裁判所が適切に運用するという前提とすれば、陳述聴取という形で入れれば、十分ではないかと考えています。

○伊藤部会長 分かりました。

いかがでしょうか、理由書の写しの送付について、積極の御意見と、中東幹事のようにそこまでの必要は、陳述聴取の規定を前提にすればいいのではないかと御意見が、両様あるようです。

○岡崎幹事 私も中東幹事の御意見に賛成です。抗告があったことの通知について、一定の実

質的にその必要性のあるものについては、文言をこれから法務省のほうで御工夫されるということですが、抗告状の写しを送付するというところで行われます。これによって、抗告審に係属したことの事実自体は伝わることになると思われまので、これである意味十分ではないかと考えられます。

それに加えて、抗告理由書を送付することまで必要なかどうかという観点を考える必要があるかと思っております、手続の簡易迅速性というところも考慮に入れる必要があるのではないかと思います。

○伊藤部会長 分かりました。

ほかには、御意見はいかがですか。

そういたしましたら、ここで結論はなかなか、今の両様の御意見を承っているとちょっと一本にまとまるということにならないようですが、ここでの今の両様の意見を踏まえて、また、もし規則制定諮問委員会などで検討するような場になりましたら、それを参考にさせていただければと思います。

そうしますと、次は22ページの(2)の終局決定以外の裁判に対する不服申立ての辺りですが、ここは何か御意見ございますか。

もし特段なければ、次の再審に関してですが、再審に関しては、終局決定という概念との関係の若干の手直しと、それからあと補足説明のところがありました、申立適格に関する考え方に関して、先ほど松田関係官から説明がありましたが、それを含めていかがでしょうか。

○山本幹事 補足説明の再審の申立適格についての整理ですが、私の理解するところでは、これは第三者はまず第三者の資格として再審を申し立てて、再審開始決定がされて、本案の審理手続に入ったところで、当事者参加あるいは利害関係参加をするという構造のようにお見受けしましたが、私の理解では、民事訴訟法の場合はまず参加の申立てとともに再審の訴えを提起するという構造になっているような気がして、それで、この再審手続を開始決定と本案の審理が連続する手続であるということは、この非訟の場合でも変わらないという形になっているとすれば、私は筋としては民訴の場合と同じでいいのかなと思っております、したがって、利害関係参加の申立てと同時に再審開始の申立てをするということで、利害関係参加人としての資格が認められずに参加申立てを却下されれば、再審開始の申立ても却下されるということになるのかなと思っております。

ただ、それは私の理解では、この規律内容には特に影響しないで、私のように考えても今の規律でそういうことができるように思ひまして、ですから、余り結論には影響しない議論のようにも思いますけれども、一応私はそう考えているということです。

○伊藤部会長 分かりました。

今の山本幹事からの指摘に関しては、何か説明はありますか。

○松田関係官 民訴と特に異なる規律としなければいけないと考えて、このような補足説明を記載したわけではございませんので、当然に当事者になるわけではないというところに主眼がありましたので、今、山本幹事からの御意見を伺ひまして、やはり民訴と特に異なるふうを考える理由もないのかなと思ひますので、山本幹事から指摘のあったような考え方にしようが適切なのかどうかを改めて検討したいと思ひしております。

○金子幹事 即時抗告の場面でも、参加とともに即時抗告という規律を設けていないこととの整合性の問題がちよっとあるような気がいたします。つまり、一審の段階で、既に即時抗告

権者は即時抗告権者としてきちんと規律するという建前の下で、利害関係を疎明して一審の段階で関与することまではしなかった者が即時抗告をするというルートを基本的に認めていないものですから、再審の場合もやはり同じように考えるとすれば、参加とともに再審の申立てをするということは想定ちょっとしづらいように思います。少なくともそれとの整合性を一度考えてみないといけないのかなという感じがしています。

○山本幹事 私の理解は、確かに前回、畑幹事が確か言われたかと思えますけれども、即時抗告を申し立てられない人間が再審を申し立てられるというのはおかしいではないかという議論はあり得ると思っていて、ただ、ここでの議論は、再審の申立適格が即時抗告の申立権とは切り離して考えるというお話であったように思われて、そこでの再審の申立てのその基準は、やはり利害関係参加ができる範囲の者、今、亀甲括弧に入っている、重大な利益を持っているかどうかというところで決まるのだろうと認識していて、そうだとすれば、再審の場面は即時抗告と違って、参加とともに再審の申立てをするという規律。

そうでないと、全くの第三者が再審の申立てをできるのだとすると、どこかにそれを、誰ができるかを書かないといけないのだろうと思っていて、現状は書かれていないので、私はですから今のような私のような理解をしていたのですが。

○伊藤部会長 分かりました。

その点は御指摘を受けて、もうちょっと検討をしてもらうことにいたしましょう。ありがとうございました。

ほかに再審の関係でいかがでしょうか。

ほかには特段ございませんか。

そうしましたら、次に、第2の民事非訟事件及び（後注）について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。

第2、民事非訟事件の1、裁判上の代位に関する事件のうち、(1)裁判上の代位の許可の申立て及び(2)管轄裁判所は、中間試案と実質的に同じですが、(2)について、中間試案では管轄裁判所を債務者の住所地を管轄する地方裁判所としておりましたが、裁判所の普通裁判籍の所在地を管轄する地方裁判所とする、現行法の規律を変更するまでの必要性はないと考えられますので、これを維持することに変更しております。

(3)申立書の記載事項のうち、②は、①において申立書の記載事項に付加する記載事項を定めていることから、これらの新たな記載事項について、第1の2(1)ア④から⑥までの規律を準用するものとしており、そのほかは中間試案と同じです。

(4)代位の許可等は、担保を立てる場合の供託及び担保に関する規律を追加したほかは、中間試案と同じです。

(5)即時抗告は、中間試案と同じです。

(6)手続費用の負担の特則では、中間試案では現行非訟事件手続法78条の規律を維持し、債務者による即時抗告及びこれに対する再抗告の場合のみ民事訴訟法第61条の敗訴者負担の規律を準用するものとしておりましたが、この類型の事件においては、争訟性は抗告審のみならず第一審の段階から認められると解されますところ、現行法の規律によれば、例えば第一審において債務者が手続に関与して反論等を行った結果、申立てが却下された場合であっても、原則どおり手続費用が各自負担とされるのは相当でないと考えられますことから、現行法の規律を変更し、特則として第一審も含め申立人及び債務者を当事者とみなして、民

事訴訟法第61条の規律を準用するものとしております。

(7) 手続の公開等は、中間試案と同じです。

次に2、保存、供託、保管及び鑑定に関する事件のうち、(1) 共有物分割の証書の保存者の指定は、必要的陳述聴取の対象を、「保存者の指定の終局決定をするには」として、申立てを認容する場合に限定し、また、他の規律との表現上の統一を図るため、審尋を陳述聴取に変更し、申立人を陳述聴取の対象から除外したほかは、中間試案と同じです。

(2) 動産質権の実行の許可は、中間試案では陳述聴取の対象を債権者及び債務者としておりましたが、債権者は申立人であることから、陳述聴取の対象を債務者のみに変更しております。そのほかは中間試案と同じです。

(3) 供託所の指定及び供託物の保管者の選任等の①では、裁判所が選任した保管者が自由に辞任することができるものとするのは相当でないことから、辞任に関する規律は置かないことに変更しております。

また、②では、陳述聴取の対象から申立人を除外し、また④では現行非訟事件手続法81条3項が定めている指定及び選任の決定の手続費用の債権者負担の特則について、債権者負担とする理由は改任の場合においても同様と考えられますことから、改任についても手続費用の債権者負担の特則を置く変更をしております。そのほかは中間試案と同じです。

(4) 競売代価の供託の許可は、中間試案と同じです。

(5) 買戻権の消滅に係る鑑定人の選任は、現行非訟事件手続法第84条第1項に規定する呼出し及び審問について、民法第582条に規定がないこと及び限定承認の場合における鑑定人の選任等の手続においても呼出しや審問等の手続は特に規律されていないこととの平仄から削除する修正をしたほかは、中間試案と同じです。

(6) 検察官の不関与、及び(7) 不服申立ては中間試案と同じです。

なお、部会資料には記載がありませんが、中間試案どおり、現行非訟事件手続法第33条の3の外国人に関する非訟事件の手続の規定については削除し、第2編第3章の外国法人及び夫婦財産契約の登記については、非訟事件手続法以外の法令において所要の手当てをすることとしております。

○脇村関係官 (後注) ですが、後注の相手方がある非訟事件の特則についてですが、この点については、一定の事件類型については十分に攻撃防御の機会を与えるべきですが、この部会においても、どの事件を相手方がある非訟事件とするのかどうかについても必ずしも意見の一致が見られないことから明らかにおり、相手方があるものとなないものという形で切り分けて、異なる規律を適用することは困難であること等の事情があることから、今回の改正では、相手方がある非訟事件特則という形で規律を置くことは見送ることは相当であると考えております。

○伊藤部会長 それでは、それぞれの事件ごとに御意見を伺いたいと思いますが、まず1の裁判上の代位に関する事件の関係、何点かございますが、実質的に言うと(6)の手続費用の負担の特則の関係でしょうか。裁判上の代位に関する事件について、それぞれの項目全体として一括して審議をしたいと思いますが、何か御意見等ありますでしょうか。

よろしいでしょうか。

そうしましたら、次の2の保存、供託、保管及び鑑定に関する事件で、ここは(1)の②の、まず指定の終局決定をするにはという形での変更をしているという辺りが、(1)の関係では先

ほど説明があったところですが。

- 松田関係官** 2の(1)についてですが、③の規律についてですが、ここでは共有者の全員が等しい割合で負担するものとするとしておりまして、現行法80条3項の現在の条文では共有者の全員の負担とすとなっておりまして、更に一步進めてその負担割合まで書かれておりまして、少し規律が異なっていることとなります。

この点について、先ほど道垣内委員のほうから御指摘を頂きまして、例えばA、B、Cの3人が不動産を共有していて、その持分割合が2対2対1だとして、このとおりに分割されたときに、A、B、Cが2対2対1の割合で分割されながら、等しい割合で1対1対1の割合で費用を負担するのはいかがかというような問題提起を頂きました。確かに、現行の規律を少し変えてしまっているところもございまして、道垣内委員から御指摘のあったような問題も生じてくるかと思えますけれども、ただ、ここで提案させていただいている規律によるとしても、総則のほうの手續費用の負担の規律で、事情により裁判所が適宜原則以外の負担割合で負担させることができるという規律はこの場面でも掛かってくることとなりますので、第1の1の(7)のア(ア)②の規律についても、これで対応することは可能だとは思いますので、ここで提案させていただいている規律でも問題はないのではないかと考えております。

- 伊藤部会長** 今、御紹介ございました道垣内委員の御指摘そのものはごもっともなのですが、それを踏まえても、こういう形で支障が出るわけでは、総則の規定を踏まえますとないということですが、何か今の点、御質問等ございますか。

よろしければ、(2)の動産質権の実行の許可はよろしいでしょうか。

それから、(3)供託所の指定及び供託物の保管者の選任等で、先ほど辞任に関する補足的な説明がございましたが、この辺りはいかがですか。辞任と改任のほうですね。④のところでしたか。

その他、先の(4)競売代価の供託の許可、(5)の買戻権の消滅に係る鑑定人の選任、(6)、(7)、この辺りで何か御指摘がございますか。

よろしければ、承認していただいたものとして、最後に脇村関係官から補足的な説明がありました(後注)の関係で、これも従来からいろいろな形で時間を取って審議をしていただいたところではあるのですが、先ほど説明があったような理由から、相手方がある事件、非訟事件の特則について、これを規律を設けるという形で対応することはしないということの説明がございました。この点に関してはいかがでしょうか。

- 増田幹事** 相手方がある非訟事件の特則が落ちるということについては非常に残念です。特に会社非訟につきましては、旧商法の時代から手續の内容が実質的にほとんど変わっていないということもありまして、実務的には手續整備のニーズが非常に強いです。東京とか大阪とか専門部のあるところでは、裁判所のほうでも弁護士の方でも運用で手續をいろいろ工夫してやっておるわけですが、地方のほうでこういうものが係ると、どうやって進めていか分らないというようなお話も聴くところでございます。

きちんと手續を整備すべきだというニーズは非常に強い分野ですので、また近い将来、会社法の改正等がある場合には、是非取り上げていただきたいと考えております。

- 伊藤部会長** 分かりました。

ほかに御意見ございますか。

○中東幹事 今回の増田幹事の意見には大いに賛成でございます。やはり会社非訟については、取り分け今おっしゃっていただいた課題があります。私の認識ですと、会社法875条に非訟事件手続法15条は準用しないという規定がありますので、非訟事件手続法の改正においても、会社法を整備する必要が出てくると思います。非訟事件手続法本体がやはりグレードアップしたといえますか、手続保障の観点から充実しているわけですから、この際、会社非訟についても会社法の規定を見直していただく、そういう機会にさせていただきたいと思っております。

○伊藤部会長 分かりました。

ただいま御発言ございましたようなことで、是非しかるべきところで受け止めていただければと思います。

ほかにはいかがでしょうか。

そういたしましたら、多くの点御了解いただいて、しかし何点かはなお事務局において検討してお諮りをするような点が数点残ってはおりますけれども、一応、本日の資料番号33-1については御審議いただいたものといたします。

それでは、他に特段の御発言がなければ、次の日程についての連絡をお願いします。

○金子幹事 次回ですが、平成22年12月24日金曜日、連休の狭間で大変恐縮ですが、午後1時30分からということをお願いいたします。場所がまた変わります、法務省5階、東京地検の会議室になります。よろしくお願いいたします。

それで、今後の予定ですが、次回とそのほかに1月に2回、部会が予定されております。次回と1月の1回目を使いまして、家事事件手続に関する御審議をお願いしたいと思っております。

ちょっと準備の都合がございまして、要綱案の案に相当する部分につきましては、できる限り全体像をお示ししたいと思っておりますので、それを次回に間に合わせるようにはさせていただきたい、まずそちらを準備したいと思っております。総則と各則への振り分けの問題等も御審議いただいておりましたので、要綱案の案としましては全体のものを示せばと思っております。補足説明につきましては、2回に分けて準備させていただきたいと考えているところであります。

○伊藤部会長 というような進行ですが、何か御質問などありますか。

それでは、よろしければそういうことをお願いいたします。

本日の部会はこれで閉会にさせていただきます。長時間ありがとうございました。

—了—