

法制審議会
非訟事件手続法・家事審判法部会
第6回会議 議事録

第1 日 時 平成21年8月28日（金） 自 午後1時30分
至 午後5時47分

第2 場 所 法務省第1会議室

第3 議 題 非訟事件手続法・家事審判法の改正について

第4 議 事 （次のとおり）

○伊藤部会長 予定した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6回会議を開会いたします。御多忙のところを御出席いただきまして誠にありがとうございます。

(委員の異動紹介につき省略)

○伊藤部会長 配布されている資料につきまして事務局から説明をお願いいたします。

○波多野関係官 それでは、事務局から配布させていただきました資料について御説明させていただきます。第6回会議のために配布させていただきました資料は、事前に送付させていただきました資料目録記載のとおりでございます。部会資料7は事務局で作成したのですが、内容につきましては後ほど御説明させていただきたいと思います。以上でございます。

○伊藤部会長 本日の審議に入りたいと存じます。

前は、部会資料6「非訟事件手続に関する検討事項(3)」の「第17 事実の探知及び証拠調べ」の「1 職権探知主義」まで終わりましたので、今日は、第17の「2 証拠調べ」から審議を行いたいと存じます。

それでは、事務局から、第17の「2 証拠調べ」から「7 事実の探知の告知」までの説明をお願いします。

○川尻関係官 それでは、御説明差し上げます。

まず、2の「証拠調べ」ですが、これは一定の除外規定を除いて、証拠調べについては、民事訴訟法の各規定、すなわち第二編第四章第一節から第六節までの規定と同様の規律を設けるものとするを提案するものです。

除外規定につきましては①から⑧まで挙げております。①から④までの規定は、職権探知主義という非訟事件手続の性質とは相いれないものとして、除外されるものと考えられます。⑤は、事実の探知によるか証拠調べによるかが裁判所の裁量にゆだねられている非訟事件手続においては、このような規律を設ける意義や必要性に乏しいと考えられます。⑥、⑦及び⑧には、※をつけてありますが、これは規律を設けないとするものではなくて、別のところで規律を設けて手当てをする結果、この部分で同様の規律を設ける必要はないと考えられるものです。⑥は第16の4において既に検討しており、また、⑦は後ほど5において検討することを予定しております。最後に、⑧につきましては、非訟事件手続法第四編が適用されることを想定しております。

なお、前回の1の議論で仮にA案をとることとした場合には、当事者の証拠調べの申出権に関する各種規定も除外されることとなります。

また、証拠調べ、ここでは当事者尋問や証人尋問、鑑定人尋問を考えていますが、これらにつきましては、当事者に立会権と尋問権を認めるか否かという問題がございまして、この点につきましても御検討いただければと存じます。仮に当事者に立会権と尋問権を認めないという規律をとりますと、これを前提とした民事訴訟法の各種規定も除外されることとなります。

(注)の1は、文書提出命令について、当事者がこれに従わなかった場合は過料の制裁を科すことができるものとする規律を設けることについて検討することを提案するものです。民事訴訟法では、いわゆる真実擬制を認めることにより当事者に提出を促しますが、非訟事件手続では真実擬制を認めることができないため、特に規律を設けませんと、当事者は命令に従わなくとも何らの制裁も受けないこととなってしまう。これは、第三者が従わない場合に過料の制裁を受けることと比較してもバランスを失するのではないかとも思われますので、このような規律を設けることについて御検討いただければと存じます。

なお、文書提出命令に従わない場合のほか、除外規定④に記載した他の規定に関しまして、真実擬制に代えて過料の制裁を科すことができるものとするについても併せて御検討いただければと存じます。

(注)の2は、仮に相手方がある事件という類型を設けるとした場合に、そのような事件においては、当事者は裁判所に裁判の資料となる書類を提出する際に、これを相手方にも直送しなければならないという規律を設けることについて検討することを提案するものです。このような規律を設けますと、相手方は裁判資料を確実に了知することができ、手続保障に資するものと言えますが、他方で、当事者が真に裁判所に伝えたい事実を記載することを控えるといった事態が生じることも想定されるかと思います。

なお、仮にこのような規律を設けるとした場合には、規則事項とすることが考えられます。

次に、3の「当事者の事案解明協力義務」は、当事者が当該非訟事件における事案の解明について、裁判所に協力しなければならないものとする規律を設けることを提案するものです。

非訟事件手続では、職権探知主義がとられておりますが、やはり裁判所による資料の収集には限界がありまして、当事者の協力なくして事案を解明することは困難でしょうし、また、事件に最も近い当事者に資料の収集・提出を期待する方が合理的な場合も多いと考えられます。そこで、このような規律を設けることを提案しております。

なお、当事者がこの義務を懈怠して協力を拒んだ場合の効果ですが、事件の性質上、事案を解明できなかったことにより、当該不協力当事者に有利な認定がされないことによる不利益を当事者に負わせても不当とはいえないようなときには、裁判所は、職権探知義務を尽くしたものとして、当該義務から解放されることが考えられます。例えば、株式価格決定申立事件において、株式価格の算定上、自己に有利な事情について、容易に提出することが可能な手持ち資料の提出に協力しない結果、その事情について裁判所がしんしゃくすることができない場合や、戸籍法上の名や氏の変更を求める申立てをしながら、申立人が変更についての正当な事由ややむを得ない事由について資料を提出しないため、これらの事由を認定できないとしても、裁判所は職権探知義務違反にはならないものと考えられます。

4は、自由心証主義について、民事訴訟法第247条と同様の規律を設けることを提案するものです。

5は、疎明について、民事訴訟法第188条と同様の規律とすることを提案するものです。

6は、他の裁判所への事実の探知の嘱託等について、現行非訟事件手続法第12条の規律を維持しつつ、その解釈も取り込みまして、本文①で裁判所による事実の探知の嘱託について、本文②で本文①の嘱託を受けた受託裁判官が更に他の裁判所に事実の探知を嘱託で

きるとすることについて、本文③で合議体の構成員による事実の探知について、本文④で、そのような場合の受命裁判官の職務について、それぞれ規律を設けることを提案しております。

なお、証拠調べの嘱託等につきましては、第17の2で検討しましたように、証拠調べに関する民事訴訟法の規定と同様の規律を設けることを前提としております。

7の「事実の探知の告知」は、仮に相手方がある事件という類型を設けるとした場合に、そのような事件においては、裁判所は、事実の探知をしたときは、特に必要がないと認める場合を除き、その旨を当事者に告知しなければならないものとする規律を設けることについて検討することを提案するものです。

このような規律を設けますと、当事者は閲覧謄写のきっかけを与えられ、攻撃防御の機会の保障には資することとなります。他方で、事実の探知が様々な行為を含み得る広い概念であることにかんがみれば、これを当事者に逐一告知しなければならないとすることは煩雑に過ぎるのではないかと考えられます。

なお、相手方のない事件につきましても、理論上は、裁判所が自ら収集した資料に関しては同様の問題がありますが、事件数が多数に上ること、手続保障の要請は相手方のある事件に比して強くないことなどの理由から、当事者への告知を必要とはしないものとしております。

以上です。

○伊藤部会長 それでは、順次それぞれの項目につきまして審議をお願いしたいと思います。

まず、第17の「2 証拠調べ」につきまして、特に除外規定として挙げられているものの趣旨などについては、ただいま説明があったとおりでございますが、御質問、御意見ございますでしょうか。①から④までの除外規定を除外規定とすることの理由、それから⑤についても同様の理由、このあたりはいかがでしょう。

○増田幹事 職権探知主義をとる非訟事件手続の性質に反するものについて除外するということはそのとおりだと思うのですが、②と⑤について少し疑問がございます。

②の方は尋問の順序に関する規定、つまり、当事者が先に尋問して、その後に裁判所が尋問するという尋問順序に関する問題ですが、これは職権探知主義か弁論主義かの問題と必ずしも直結するものではなくて、真実を発見する手段として最も適当なものであるという歴史的な認識によるものであらうと思います。また、尋問順序を変更して、裁判所から尋問するということは、實際上、技術的にかなり困難であって、やはり申し出た当事者の方から尋問をする方が適切かと思います。

また、⑤ですが、手続の迅速をはかる規定であると考えられますので、訴訟よりもより迅速性を重視すべき非訟事件で⑤の集中証拠調べを排除する理由はないと考えます。また、非訟で証拠調べが行われることは現実的にも少ないのですけれども、もしあるとすれば、相当に議論が煮詰まった段階で行われるものだろうと考えられますので、より集中証拠調べがふさわしいのではないかと思います。

したがって、②と⑤を排除するのには疑問があります。

○伊藤部会長 ありがとうございます。

それでは、ただいまの増田幹事からの御発言に即して、まず、尋問の順序に関する民事訴訟法の規定を除外規定とすることにつきまして、事務局から何か補足的な説明がござい

ますか。

○川尻関係官 尋問の順序に関する規定を今回除外いたしましたのは、非訟事件においては特段当事者に主観的な証明責任というものは課されておらず、裁判所が後見的な見地から事実を認定していくのだというところがバックボーンとして理由になっているのかと考えまして除外いたしました。このような非訟事件の特質にかんがみますと、必ずしも挙証責任を、申立人からまず責任を負う事項についてどんどん立証していかななくてはいけないという構造を機械的にとりますよりは、柔軟に、まず裁判所の方から必要と思われる点を聴いていくですか、あるいは相手方の方から疑問と思っているところを聴いてみるというような運用の在り方、柔軟な手続の在り方の方がより適しているのではないかと考えて、このようにした次第でございます。

○伊藤部会長 いかがでしょうか。言わば交互尋問制の趣旨をどう考えるかというような問題とも関係がございますけれども、原案の趣旨は、今、川尻関係官から御説明があったとおりです。

○杉井委員 今、川尻関係官から証明責任の問題で言われましたけれども、もちろん証明責任の問題はありますが、証明責任というのは、あくまでも最終的な事実認定がはっきりしない場合にどちらの責任にするかという問題です。尋問の順序とかその他は、あくまでも真実発見のためにどちらが適しているかという問題ではないかと思うのです。もちろん、事実としては、当事者同士が対立する事実はたくさんあるわけですが、しかし、当事者は一応それぞれ全体的な事実をつかんだ上で臨んでいるわけですから、それをやはり当事者の方から尋問して、また、どこが対立点かというようなことははっきりさせた上で裁判所が補充的に尋問するという方が、やはり私は実務的には分かりやすいのではないかと、そしてその方が裁判所にとっても負担は少ないのではないかと思います。

○伊藤部会長 ありがとうございます。いかがでしょうか。もちろん、これを除外規定とするという考え方でも、実務上の運用として、いろいろなやり方があるということは当然のことですね。

ほかの委員・幹事の方、いかがでしょうか。

○菅野委員 格別強い意見があるわけではないのですけれども、むしろ学者委員の方に教えていただきたいのですが、尋問の順序というのは、基本的には言わば英米法系か大陸法系かというところに非常に左右されているところで、国ごとに全く違うシステムをとっているのではないのでしょうか。日本の場合、民事訴訟については当事者主義を基本とするということでこういう順序になっていると理解していたのです。非訟の場合ですと、尋問の順序については、裁量によって、適するものを決めるのだと。それは一種の職権的な発想というのもあるでしょうし、当事者主義で統一しているわけではないという発想、それと、様々な種類のものがあって、様々な状況がある、したがって、非常に当事者主義に近く審理することもあるだろうし、そうでない尋問の仕方もあるだろうということになるのかなと思います。実際に実施するときには民事訴訟と同じように行うかもしれないし、実際そういう運用というのもあるわけで、それを否定するものでは全くないのですけれども、一律に決めるというのは、当事者主義に徹底していない非訟事件の総則としてはちょっと疑問なのかなと考えます。ただ、十分理解していないのかもしれないので、むしろ教えていただきたいというところがございます。

集中証拠調べの問題につきましては、これも実際上は集中証拠調べを行うことは多いのだらうと思いますし、民訴法の改正のときとかも、現場の発想としては、むしろ集中証拠調べでいきたいと、それ以前から行きたいと。ただ、なかなか協力していただけないとかいろいろなことがありましたし、また、裁判官の発想を変えていこうとかいろいろなことがありまして、一種の理念としてそういう規定を明文化しておいた方がよいという発想で入れたのでありまして、必ずしも今回の非訟の総則のところ、民訴のときに集中証拠調べの規定を入れたというのと同じ目的意識とか状況というのがあるのかなという感じがいたしました。感想程度のことで申し訳ありません。

○伊藤部会長 ただいま菅野委員から御要望がございましたが、学者の委員・幹事の方、まず尋問の順序に関していかがでしょうか。

○三木委員 私が理解しているところでは、菅野委員がおっしゃったように、もちろん委員・幹事の皆さんも百も御承知のところですが、国によって尋問順序、尋問スタイルは違いますので、そういうことを考えますと、事務局が御説明になったような主観的証明責任の所在うんぬんで決まるものではないと考えます。むしろ2点が背景かと思います。1点目は、歴史的な背景とか、あるいは訴訟に関する哲学というか考え方の問題で決まってくる。2点目は、これはもっと実際的な問題で、いずれの方法がその手続類型とか手続の種類にとって効率的、合理的、効果的であるかということかかと思えます。前者の方は議論しても仕方がないので、後者の方の問題に触れたいと思います。私は実情を知らないのですが、私の発言の後に可能でしたら実務家の委員・幹事の方々からお教えいただきたいのですが、非訟事件で典型的に証人尋問が行われる——証人尋問というか、当事者尋問も含めてですけれども尋問が行われる事件というのはどういう事件なのか。その場合に、裁判所が事前にある程度事件の筋とか本質とか核心を理解した上で尋問に移ることが通常なのか、それとも、ある程度当事者にゆだねて、尋問を経てある程度真実が見えてくるということなのか。前者であれば、裁判所が最初に尋問を行うというドイツ風のスタイルがなじみやすい面もあるかと思えますし、後者であれば、当事者が先にやった方が効率的あるいは効果的であるということもあるかと思えますので、実情がどうなのか、運用の実態はどうなのかということと関係するかと思えますので、その辺をお教えいただければと考えます。

○伊藤部会長 ボールが実務家委員・幹事の方に投げ返されたような形ですけれども、いかがでしょうか。その点若干補充していただいてからもう一度議論したいと思いますが、いかがでしょう。

○長委員 家事非訟の分野で証拠調べが行われる事件というのは恐らく少ないのではないかと思いますので、遺産分割事件において、割合としては非常に少ないのですが、私も行ったことがあります。一例としては、ある財産が被相続人から贈与されたものなのか、そもそも相続人が自分で取得したものなのかということが争われたものです。これは当事者からの尋問が先行いたしまして、私が補充尋問をしました。それから、この秋に計画しております本人尋問についても、これは今のようなやり方が予定されています。

ただ、場合によってはそういうことが可能ではないかと思っているやり方として、裁判官が主尋問を行って、当事者が補充尋問を行うスタイルのものがああります。遺産分割事件は調停事件が先行しておりまして、審判以前に事案の内容を審判官がよく理解することができます。足りない部分については陳述書を出してもらって、主張を整理した上で、ポイント

トとなるところを本人尋問，証人尋問をしようということになりますと，事案が大体頭に入っているものですから，聴きたいところをまずお聴きして，当事者の方から補充尋問をしてもらうという構造をとることが可能となります。ただ，その場合に，そういうやり方をするということについては当事者にもお話をしまして，了解を得た上で行うこととなります。今のようなことからしますと，先ほど当局の方で御説明のあったような提案の在り方もあり得るのではないかと思います。聞いておりました。

○伊藤部会長 ありがとうございます。

ただいまの長委員からの御説明も踏まえまして，改めていかがでしょうか。具体的な立証主体たる事実や当該人証がいかなる形で審理の場に上程されているかということ踏まえて，そこはそれぞれの具体的状況に応じて弾力的に尋問の順序を考えればよいという考え方と，それから，先ほど増田幹事，杉井委員がおっしゃったように，やはり当事者による尋問が先行することを原則にすべきだ，そういう原則自体は維持すべきだ，こういうお考えの2種類があるように承りましたが。

○増田幹事 菅野委員，長委員がおっしゃったように，裁判所が先に尋問されることが適切な場合ももちろんあるかと思いますが，その場合は民事訴訟法第202条第2項で十分対応可能だと思いますので，202条と同様の規律をとることによって，そのような場合に邪魔になることはないのではないかと思います。

○中東幹事 私は，菅野委員がおっしゃった中ですべて尽きているのではないかと考えています。これは総則規定として置かれるわけでございますよね。その場合に，例えば相手方があるかどうか等の事件類型を問わずに書かれるわけなので，民訴法第202条のように，相手方がいるとも限らないわけです。そういう類型については言わば空振りの規定になってしまうので，であるならば，御提案のように，除外規定として置いておけば足りると思います。あとは実務の運用がきちんとされているということをお教えいただきましたので，それでよいと思います。

○伊藤部会長 ありがとうございます。ほかにいかがでしょうか。

○高田(裕)委員 今の中東幹事と同じことですが，その前に増田幹事もおっしゃいましたように，民訴法第202条によりまして第2項がありますし，これを削除いたしましても，事件類型に応じて適切な処理がなされるということだろうと思いますので，大きな違いはないような気がします。

もう一点，証拠調べがどのような場合に使われるかというのが，私自身もいまだに十分つかめていないところがございます。例えば，遺産分割における遺産の範囲に関する事項といった前提問題をまず固めるための証拠調べを想定するのか，あるいは，事実の調査が先行しており，事実の調査である程度探知できるけれども，なおその真実性に疑問が残った場合に行う証拠調べを想定するのかによっても，それから，今，中東幹事がおっしゃいましたように，相手方のある事件かどうかによっても，証拠調べの在り方にはかなりバリエーションがあるわけですし，そういたしますと，最終的には，適切な表現ではないかもしれませんが，象徴的な意味を持つ規定にとどまるような気がいたします。

そこまでさかのぼりますと，職権探知か弁論主義かには関係がないというのは増田幹事のおっしゃるとおりでしょうけれども，三木委員がおっしゃった，思想と申しますか，アメリカ法的な，言わば当事者対立主義と申しますか，アドバーサリー・システムですね，当

事者対立主義的な発想を象徴している民訴法第202条の規律を、非訟という必ずしも争訟性を想定していない事件で想定するかどうかということにかかわるのではないかという印象を現在のところは持っております。

○伊藤部会長 ありがとうございます。ほかにいかがでしょう。

そういたしますと、相対立するようでもございますけれども、しかし、増田幹事の御発言にもありましたように、実際上は、こういう原則を仮に採用するとしても、それに例外が認められないわけではないということになりますし、また、恐らく、相当数の証拠調べの場合には、当事者による尋問が先行するということもあり得るだろうということを考えますと、一応原則としては、この原案にあるような、言わば厳格な規律を設けなくて、合理的な運用にゆだねるという考え方がこの場の多くの御意見だったとこの段階では整理してよろしいでしょうか。

それでは、もう一つ増田幹事から問題提起がございました、集中証拠調べの規定を除外規定にするという、この点に関してはいかがでしょうか。これも先ほどの菅野委員からの御指摘も踏まえて、他の委員・幹事の方、どういうお考えか、お聞かせいただければと思います。

○青山委員 ⑤の点についての補足説明の中で、事実の探知によるか証拠調べによるかが裁判所の裁量によるものとされている非訟事件手続において、証拠調べを集中して行う旨の規定を置く必要性は乏しいという説明を先ほど伺いましたけれども、そういうことなのかどうかということについて疑問があります。むしろ、先ほど増田幹事が言われましたように、⑤の集中証拠調べは弁論主義とは関係がなく、いかにして迅速に証拠を調べるかということから考えていくとすれば、証人尋問をやるとすれば、やはり原則としてなるべく一緒にした方がいいというこの民事訴訟の規定があっておかしくないと思いますので、除外する必要はないというのが私の考え方です。

○伊藤部会長 一般的な意味での集中証拠調べの必要性というのは、非訟事件手続においても同じく妥当するのではないかという趣旨での御発言がございましたが、いかがでしょうか。

○山本幹事 一般的な意味で、なるべく審理を集中して、効率的かつ迅速に進めなければいけないという趣旨は、私も青山委員のおっしゃるとおりだと思うのですが、民訴法第182条を準用するかどうかという観点から見ると、この規定というのは、私の理解するところでは、争点整理の手続と密接に結び付いていて、争点整理手続が行われた後に集中して証拠調べをするという、立法の経緯からしてもそういう発想だろうと思っています。そういう意味では、必ずしも争点整理という手続が、事実としては行われると思われるわけですが、手続としてそういうものが前提とされていない非訟事件手続に直ちに民訴法第182条を準用するというのは、何か読み替えてということになるのかもしれませんが、必ずしもそこまでする必要はないのかなというような印象を持っております、必ずしも定見はありませんけれども、私は事務局の原案でもよろしいのかなと思っております。

○伊藤部会長 これも両様の御意見があるようですけれども、いかがでしょうか。一般的な意味で、訴訟手続の迅速とか、そういう理念からすれば、集中してやるべきものは集中してやるということは恐らくどなたも異論がないところかと思いますが、それに加えて、こういった民訴法の規定を準用するという形で非訟事件の審理についても規律を設けるかどうか、このあたりかと思えますけれども。

○増田幹事 ②にしても⑤にしてもそうなのですから、何条、何条と決めて除外するのではなくて、非訟事件の性質に反しない限り準用するというのはいかがなのでしょう。

○伊藤部会長 立法のやり方についてはいろいろなことがあるでしょうし、また、事務当局で検討する段階になればそういうことになるかと思いますが、実質を議論していただければ、ここではそれでよろしいかと思うのですけれども。

高田昌宏委員、いかがでしょう。

○高田(昌)委員 最終的にどの規定を除外するかという点で意見がまとまらないのであれば、非訟事件の性質に反しない限り準用するというのはあり得る選択肢ではあるかと思いますが、集中証拠調べの点に関連しては、先ほど山本幹事からも御指摘があったように、仮に民訴法第182条の精神を非訟事件手続に生かそうとした場合に、この「争点及び証拠の整理が終了した後」というものにかわるものは何があるかということ、即座にそれを見いだすのは難しいのではないかということ、もう一つは、証拠調べが、先ほどの実務家サイドからのお話にもありましたように、非訟事件では非常にまれであるという点で訴訟事件とは手続構造はかなり違うということを考えると、証拠調べが前提となっている訴訟手続の規定をここに持ってくるというのは、あまり適当ではないのではないかという感じがしております。

○伊藤部会長 ありがとうございます。

これも両様の御意見があったということで、それを踏まえて今後の検討を続けさせていただきたいと思いますが、ただ、先ほど山本和彦幹事の発言にもありましたように、民訴法第182条は争点整理が前提になっておりますし、集中証拠調べを実施するには当然当事者側の相当の負担ということもありますので、果たして一般的な規律としてこういうものを非訟事件手続に関して準用することが適切かどうかというあたりは、本日の御意見を踏まえて更に検討してもらいたいと思います。

それでは、3ページの(補足説明)の3のところですね。先ほど川尻関係官からの説明がございましたが、ここでの本文は、証拠調べについての当事者の立会権、尋問権というものを前提にしてこのような考え方を示しているわけではありますが、そういう前提でよろしいでしょうか。もしそうではないということになると、民訴法第183条にあるようなものについても除外を検討しなければいけないことになるけれども、その点は立会権、尋問権を認めるという前提で考えていいのか、その点念のために確認をさせていただきたいと思いますが、いかがでしょう。従来のこの場での大方の議論の流れからしますと、こういう方向でよろしいのかと思いますが、それで差し支えございませんか。——それでは、その点は、そういうことで意見の一致を見た受け止めさせていただきます。

それから、(注)の1のところですが、文書提出命令について、それに当事者が従わなかった場合の真実擬制ができない、したがって、それにかわるような実効性確保の手段を設けなければいけないということで、当事者に対して過料の制裁を科すことができる、こういう方向での検討を進めたらどうかという原案でございますが、この点はいかがでしょう。

○山本幹事 実質において、私は賛成です。確かに何らかの制裁がなければ実効性をおよそ欠くことになってしまうと思うのですが、1点気にかかるのは、人事訴訟法において同じような問題があると思うのです。つまり、④に係る規定は人事訴訟法でも適用除外になって

いるわけですが、それに対応した当事者に対する制裁というのが、私の理解する限りでは規定がないように思います。当事者本人の出頭命令については、人事訴訟法第21条第2項で民訴法の制裁規定が準用されているわけですが、それ以外、当事者本人に対する文書提出命令も含めて過料の制裁等は規定がないように見受けられて、それとの整合性をどう説明するのか。私個人としては、人訴法も変えた方がいいのではないかという気もするのですが、これは恐らく本部会の範囲を超えることなのだろうと思いますので、そうだとすると、どう整合性を説明すればいいのかなというのがちょっとよく分からないところです。

○伊藤部会長 御指摘ありがとうございます。これは、今、山本和彦幹事がおっしゃったように、ここで直接審議することではありませんけれども、何かその点もし補足的な説明があれば、金子幹事からお願いします。

○金子幹事 人訴にないものをこの際入れるかということはひとまずおいていただきたいと思っています。ここで議論していただくのは、人訴で議論したけれども入れられなかったということであれば、その理屈をもしどなたか御説明いただいて、その理屈がここに同様に当てはまるので相当ではないという御意見であれば、それはお伺いしたいと思いますが、理屈の上ではやはり入れた方がいいということであれば、人訴の整合性は別途検討することになると思います。この場では、理念的にというか理論上どうなるのかということはお伺っておきたいと思っています。

○伊藤部会長 分かりました。問題の存在については山本和彦幹事御指摘のとおりですけれども、いかがでしょうか。

○三木委員 結論において山本幹事と同意見です。人事訴訟法改正のとき、私も幹事で参加しておりました。記憶が必ずしも定かではありませんが、そのおぼろな記憶で申しますと、人訴の場合、特に過料を入れなかったことの積極的な理由があるという形での議論はなかったように思います。単に真実擬制規定を抜く必要があるという議論にとどまったと理解しております。したがって、現在考えましても、第三者に過料を科して、当事者に何らの制裁を科さないという理由は余らないように思いますので、山本幹事と同様、可能であれば人事訴訟法の方も併せて改正していただくという形で整合性をとるということを踏まえて、こちらはこういう案に賛成です。

○伊藤部会長 お二人の委員・幹事からは、人訴の問題についてのことももちろん検討課題ではあるけれども、しかし、非訟事件との関係では、こういう形での過料の制裁を設けることについて積極的な御発言がございましたが、他の委員・幹事の方、いかがでしょうか。大方の御意見はそういう方向だと承ってよろしいですか。——はい。それでは、そのような形で更に検討を進めさせていただきます。

それから、4ページの上の(注)の2のところでありますけれども、相手方のある事件についての書類の直送に関する点、最終的には規則事項になることが考えられますが、実質を議論していただくとして、これに関しても、先ほど川尻関係官からの説明がございましたように、相手方のある事件についての言わば手続保障に資するという利点がある一方、直送ということによって、かえって事実が正確に提出されなくなるのではないかという懸念もあるところという説明がございましたが、これに関してはいかがでしょうか。今申しましたような懸念に関して、特に弁護士の委員・幹事の方々から御意見を賜れればと思いますし、また、裁判所の委員・幹事の方からも御発言を是非お願いしたいと思います。

○杉井委員 相手方のある事件について手続保障をしっかりしようというのが今回の目的でもありますし、相手方のある事件については、相手方がどのような資料を出しているかというのは当事者にとって一番の関心事です。その書類をきちっと正確に見なければ攻撃防御ということもできないわけですから、そういう意味で、やはり直送ということが不可欠ではないかと思うのです。もちろん、直送されるということで、表現その他で手控えるということはあるかもしれませんが、全くそれで真実を隠したり、曲げたりということにはならないのではないかと思います。そこら辺はお互いの信頼関係だと思いますし、あるいは、そこでいろいろ疑問が生じた場合には、また裁判所の方でしかるべく釈明とかということもあればいいわけですし、やはり原則としては直送ということによろしいのではないかと思います。

○小田幹事 家事事件の現状ですけれども、直送を使うこともあるようでございます。遺産分割事件において、双方代理人がついて、このような事項について次回議論します、その間に直送して検討しておいてくださいという運用がされておりますので、直送という制度が家事審判においても場合によっては一定の効果があるということは十分承知しております。

他方で、「直送しなければならない」という形で義務的にすることは少し支障があるのではないかと考えております。先ほど関係官から御説明があった点もございます。それ以外にも、これを乙類審判の場合に義務付けるということになりますと、双方とも弁護士がついていない事件では、少し心配し過ぎかもしれませんが、果たして当事者だけで直送がうまくいくだろうかという懸念や、養育費に関する事件で、送る相手方が再婚家庭である場合もございます。理性的にやれば何ら問題はないのかもしれないけれども、家事事件の場合、そういった不安要素、また、むしろ害になるような要素が否定できず心配しておるところです。

それと、基本的には、最初に申し上げたとおり、安価で情報が分かりやすいという効果があることは十分承知しておりますけれども、他方で、民事訴訟においては、事前に直送して、これが確認できていれば、期日において主張できるとか、そういった効果と結びつくものだと理解しております。そうすると、非訟の場合で直送は、そういった効果に結びつくものではないということも、考慮していい要素の一つではないかと考えております。

○伊藤部会長 ただいま小田幹事からは、特に家事審判を念頭に置いて、直送を義務付けた場合に生ずるおそれがある問題などについての御指摘がございましたが、今の御発言に関して何か更に御意見がございましたでしょうか。

○菅野委員 以前、東京地裁の民事第22部におりましたとき、借地非訟建築調停部ですけれども、そこでは直送運動というのを銘打ちまして、マニュアルをつくっていろいろなことをやっていたことがございます。これはどういうことかといいますと、実はそんな高尚な理念ではないのです。一つには、前に、直送というのは非常にコストが軽減されるという話をちょっと思いましたけれども、裁判所の書記官事務にとって、書類を送る、保存する、それを的確に相手に渡す、かつ、渡してはいけないものは渡してはいけない、渡すべきものは必ず渡さなければいけない、こういう事務は大変なことなのです。そして、コストが掛かる。それとスピードなのです。迅速の問題で、一度裁判所に出してもらったものを整理し、当事者に渡すのは時間がかかるのです。その二つの観点で、余り高尚ではない理由で言わば直送を進めようということを事務の合理化ということで進めてきたのです。

ただ、その場合も、実は双方に弁護士がついている場合に直送ということをしておりまして、御本人の場合に、なかなかそれを一律にやるというのは難しいこともあります。それから、事案によるということもやはりありまして、言わばかなり多数の事件について、要するに過半数の事件ですが、裁判所から、これは直送してくださいねと、いってみれば代理人にお願いをして直送をその後やってもらう。その場合は、ただ、何かに特定するのではなくて、一律にやってもらう。逆に言うと、一律に直送してもらえそうな事件だけについて、裁判所からお願いした、そんな運用をしていたのです。そういう意味で、こういう形、全然反対ではないのですが、規則事項として、かつすべてではないものとして実施されるのだろうと考えておりました。ましてや、先ほど家事事件についてお話がありましたけれども、恐らく民事等に比べるともっともいろいろな問題というのが直送にもあると思います。ただ、方向としてこういうこと自体に反対ではないということでございます。

○伊藤部会長 そういたしますと、これについても、方向としては、大方の委員・幹事の方の積極的な御意見を踏まえて、ただ、御指摘があったような問題の存在を前提にすると、どういう形での規定の内容を規則としてつくるのが適当なのか、そういったことについて、本日の意見を踏まえまして更に検討させていただくということにいたしましょう。

○増田幹事 証拠調べの規定ではないのですけれども、民事訴訟法第163条の当事者照会の準用を入れていただけないかというのが一つの提案でございます。民訴法の立法当時の様々な事情から、これは争点整理の規定ということになっておりますけれども、もともとは主張立証の準備のための手続としてアメリカのディスカバリーから範をとったもので、調査嘱託や文書送付嘱託などと類似性のある証拠調べに近い規定であると思われるので、これも証拠調べの規定と一緒に準用していただけないかと思います。

○伊藤部会長 何か補足的な説明があれば、金子幹事からお願いします。

○金子幹事 この点は、今、増田幹事から御指摘があったとおり、争点整理との位置付けの関係があったものですから、そこまでは非訟ではいいのではないかとということで準用は考えておりませんでした。御指摘を踏まえてもう少し検討させていただければと思います。

○伊藤部会長 ほかの委員・幹事の方で今の増田幹事の御発言に関して何か御発言ございますか。

そういたしましたら、ただいまの問題提起については、更に事務当局においてそれを受けて検討させていただくということをお願いしたいと思います。

それでは、6ページの「当事者の事案解明協力義務」に参りまして、そもそも事案解明協力義務というものをここで持ち出すことの理由及びその実効性といいますが、実際にもその義務違反と評価される場合にはどういった結果が想定されるのかというようなことにつきまして、先ほどの川尻関係官からの説明を前提にしての審議をお願いいたします。

○増田幹事 まず、これが非訟の公益性ということとなじむのかどうかという疑問が一つあります。すなわち、事案解明協力義務に違反した当事者が必ず不利益をこうむるということであればまだましなのですけれども、当事者の一方が又は唯一の当事者が事案解明協力義務に違反したことによって、その当事者に対して不利益な判断をすることができるということになると、その当事者ではなくて第三者に不利益が生じる場合があるのではないかと思います。例えば、監護権紛争における子どもなどがその第三者に該当すると思うわ

けです。

もう一つは、要件事実という概念がございませんので、当事者にとって、裁判所に提示が必要な事実かどうかということが必ずしも明らかではないわけですから、いわゆる故意犯とは限らない事案解明協力義務違反が起こりえます。このような場合について不利益を科するのは妥当ではないのではないかと思います。

さらに、民訴のように当事者の手続保障が貫徹された上での議論であれば別ですけれども、民訴ほどは手続保障が十分ではない中で、主張立証責任で決められないのだったら事案解明協力義務違反で決めてもいいというのはちょっと乱暴な議論ではないかとも思います。

幾つか申し上げましたけれども、こういう方法よりも、証拠収集の方法を強化する、事実の調査を積極的に行う、あるいは、例えば裁判所から事実ないし資料の開示命令の規定を設けるなどの方法で対応した方が有効な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。

増田幹事から御発言がございましたが、この点に関してはいかがでしょうか。恐らく、先ほど川尻関係官から説明がありましたように、実際上は、（補足説明）の2に書いてあるような状況が起きたときに、その合理的な解決の在り方を探るための道具概念としてこういう事案解明協力義務というものが有効なのではないかという問題意識から発したものかと思いますが、増田幹事の御指摘ですと、それが果たして適切に機能するか、あるいはより適切な解決方法があるのではないかというような御発言だったように思います。

○菅野委員 非常に厳しい制裁が設けられるのだとすると、今、増田幹事のおっしゃったとおりであり、すごくぎらつくような考え方になっておかしいではないかというのはおっしゃるとおりだと思います。ただ、恐らくこの規定の趣旨としては、一つの目標規定というか、そういう理念であって、常にこれに対する何かの制裁があるというものではないと思うのです。一種の非訟手続の全趣旨というか、そういう形でしんしゃくされる場合があるというレベルではないかと思うのです。これは、逆に言うと、非訟事件の性質からしてなおさらそうであろうという気が一ついたします。

それと、前に職権探知主義のところでもう少し弱められないかというようなお話をして、法制的にも、規定のつくり方としても難しいという御指摘を受けて、なるほどなということも思ったのですが、そうしますと、なおさらどこかでこういう規定を理念として加えていただく方がよろしいのではないかと考えます。確かに非訟は職権主義的要素があるとしても、一方で、大量のものが出たり、多数のものがある、あるいは類型的なもの、いろいろなものがあるのですね。本当に当事者が書面で持ってきて、それに基づいて、定型的にこれとこれが出て、これに基づいて機械的に決定しているとか、いろいろなものがございます。そういうときに、職権主義なんだろうとかいろいろ言われまして協力していただけない場合あるいはなかなか難航する場合というのも現実問題として結構ございまして、その意味で、いや、協力もしていただくのですという、そう言える根拠というのがあると現場としては非常に助かるような気がいたしております。それによって、簡易迅速にというか、それほど重たくない手続で進めるということの支えにもなるのではなかろうかと考えます。一方で、証人尋問などが必要な事件もあるのですが、そういうものについて、この規定を使って何か結論を出すという形にはなかなかならないのではないかと考える次第です。

○伊藤部会長 言わば比喩的に言うと、緩やかな規律として当事者に協力を求めることの根拠になるような趣旨のものであれば有効に働く場面も期待できるのではないかというような御発言だったかと思いますが、いかがでしょう。

○中東幹事 私も同じ意見でございます。先ほどの、文書提出命令に従わなかった場合に過料を科すというのも、もともとこういう理念があるからこそ賛成の方が多かったのではないかと思いますので、それとの一貫性を考えましても、こちらがむしろ原則を示したものであると思います。

○山田幹事 私も基本的には事案解明協力義務というものをどのような文言にするかというのは非常に大きな問題だと思いますが、しかしそれには賛成をしたいと存じます。増田幹事が言われた問題点のうちの一つ、この協力義務を懈怠したがゆえに第三者への損害が生ずるだろうという場合に関しましては、これは恐らくは当該当事者にその不利益を負わせても不当とはいえないかどうかということの判断において、公益性、その公益と言われている中には第三者の利益を代弁していることが多いと思いますが、そことの兼ね合いで考えていくことになるのかなと思います。また、完全に協力義務のみに依拠して探知が行われるというわけでもなく、恐らくは様々な弁論の中からあらわれてきた手掛かりが存在する限りは、やはり探知義務は消えないということになるのではないかと存じます。

ただ、他方で、先ほど故意犯のみではないというふうな御指摘がありましたけれども、確かに当事者にとってどのような事案解明義務を尽くせばよいのかが必ずしもはっきりしないという問題はあるような感じがいたします。そういう意味では、現在この案の中には裁判所の釈明義務なり釈明権というものの規定はないように思われますけれども、一定の親切的な釈明というものを前提として初めて当事者の事案解明義務の負担というものも軽減される、そして相互に何が問題なのかということが明らかになるというようなことがセットになれば、多少は御懸念の点が軽減されるのではないかと考えております。

○三木委員 個人的にはこういう趣旨の規定を置く方向性には賛成なのですが、御提案されているものに近いものが条文になるとすると、4点ほど疑問があります。

1点目は、表現の問題なのかもしれませんが、「裁判所に協力しなければならない」というのは、実質はそういうことが多いのだと思いますけれども、結局、事案を解明することによって、それによって利益を受ける当事者にとってもいいことだし、あるいは裁判の効力が事実上も含めて及ぶ人たちにとっても望ましいということですので、裁判所に協力しろと言われると、さすがに少し抵抗感がある人もいるのではないかと思います。特に、先ほど既に議論された尋問順序に関する規定も象徴的な規定であることは確かですが、あちらの方は入れないと。職権探知なので当事者の主導性を認める規定を置く必要性はないと言っておきながら、こちらの方では、職権探知といっても当事者の協力を得なければやれないのだというので裁判所に協力しろというのは、あえて言えば、当事者の方を軽んじて、裁判所の方だけを重んじているような印象を与えるような気がいたします。

ドイツの法律の例が挙がっていますが、私はこれが必ずしも一番いいとは思いませんが、ドイツの条文がどういう理由でこういう表現振りになっているのか承知しておりませんが、これを見たところ、「裁判所に」というような言葉は入っていない。もちろん、事実の調査に協力すると言っているのですから、その相手方が裁判所であることは含意されているのでしょうけれども、少なくとも表現からは抜いてありますし、2項の方はもっと客観的

な規定振りになっておりまして、その辺の表現の問題。これは表現と申しましたが、その背景にある理念とか、新しい法律が当事者主義、職権主義をどう考えているのかというところをうかがわせるような感じがしますので、1点気になりました。

2点目ですが、今の話と関係しますが、この規定を置くことの実質的な意図は何かということが（補足説明）に書いてありまして、2で、探知義務をそれ以上尽くさなくてもいいということの根拠にできるということですが、そうであれば、正面から裁判所には職権探知主義のもとで職権探知義務があるのだという規定を置かないと、そこは整合しないという気がいたします。私がかつてこの関係を調べたときの記憶では、職権探知主義というのは職権探知義務を含むかということについてはなお両説があったように思います。特に裁判所の方々は、義務があると言われることに嫌がるような趣旨のものを書かれている方もおられたかと思います。なので、職権探知義務があるのだという規定とセットで置くのであれば、まだ多少バランスがとれるという気がいたしました。

3点目ですが、これは先ほどの過料の制裁の話、文書提出命令の話と関連しますが、職権探知主義の関係でこういう規定を置くのであれば、人訴とかにこういう規定がないこととの関係をどうするのかという問題がちょっと気になります。併せて人訴の方も改正するということを考えるのかというようなことであります。

4点目ですが、これは民事訴訟との関係ですが、これも言葉遣いの問題に尽きるかもしれませんが、「事案の解明」という言葉はかなり民事訴訟の世界では定着した言葉として、弁論主義が働く民事訴訟のもとでも事案解明義務があるとかないかという議論が長年されてきたわけです。なので、事案解明という言葉を使ってされると、これは職権探知主義が働く事件に限らないということになって、民事訴訟についても事案解明義務は、私個人は入れるべきだと思っておりますので、そういう言葉を使うことの問題もあるということで、申し上げたことの多くは表現振りの問題かもしれません。最初に申しましたように、方向性としては別に反対するものではない、そういうことであります。

○伊藤部会長　ありがとうございました。

そういたしますと、いろいろな御意見をちょうだいいたしましたけれども、こういう義務自体を想定することに関しては比較的積極の御意見が多かったように思いますが、他方、それに対する消極の意見もあり、また、義務の内容や関連する概念との関係などについてより詳細な検討をした上で最終的な判断をすべきだというただいまの三木委員からの御指摘もございましたので、それを踏まえて更に、そもそもこれを置くべきかどうか、置くべきとすればどういう内容のものとして考えるのかについての検討を事務局にしてもらおうということでよろしいですか。

○道垣内委員　まとめはそれで結構なのですが、検討する際に若干お願いしたいことがあります。（補足説明）の中に1、2とあるわけですが、1のところに理由として二つの場合が挙げられています。一つは、限界があるので、協力がないと困難であるというもので、もう一つは、当事者にさせた方が合理的な場合があるというわけですが、前者の場合に関しては、2の効果が出てくるのは当たり前だと思うのです。というのは、裁判所は、当事者が何かやってくれなければ、自分のところはこれ以上できないというわけですから、別に協力義務違反の効果として何かが出てくるというわけではなくて、やるべきことはやりましたというだけの話。そうすると、2の効果が出てくるというのは後者の場合、つま

り裁判所がやるよりも当事者に資料の収集・提出を期待する方が合理的であるという場合になるという気がするのです。しかし、この場合を余り拡大いたしますと、何のための職権探知主義なのだろうかということになります。したがって、私もこういうふうな条文があるのはあったでいいと思うのですけれども、また、實際上実務で運用されるというときに、そんなに不適切な運用がなされるとも思いませんけれども、どういう根拠でこれがあり、どういうサンクションにその根拠からどういう論理で結び付くのかということについて、三木委員がおっしゃったことにも関係するかもしれませんが、もう少し御検討いただければという気がします。

○金子幹事 もともと手続主体性を非訟であっても当事者に認めていこうということと裏腹の議論かと思うので、全体的な手続保障がどの程度及ぶかということを検討した後、また皆さんにお諮りしたいと思っています。また、第三者への影響につきましては、これも第三者、裁判の効力が及ぶ者についてどういう手続保障をするかという参加の問題とか、そういうこととも絡んでくる話かと思うので、一度一通り検討した後、また二読の際にでも表現振りも含めてお諮りしたいと思います。

○伊藤部会長 それでは、そのような取扱いにさせていただきたいと思います。

○畑幹事 以前、民事訴訟法の第2条に対応するような規定を置くかどうかという議論があったかと思います。私自身は置いてよいと思うのですが、その後段の当事者の責務のような内容との関係についても整理をしていただく必要があるかと思っています。

○伊藤部会長 分かりました。どうもありがとうございます。

それでは、この点はこの程度にいたしまして、7ページの「4 自由心証主義」、それから「5 疎明」、このあたりはいかがでしょうか。

○三木委員 4の自由心証主義のところですが、これは民事訴訟法の規定の並びでつくってあるので、今から申し上げることは、言ってもしょうがないということを知りつつ申し上げるのですが、民訴もそうですけれども、弁論の全趣旨とか非訟事件の全趣旨が最初に来て、その後、事実の調査や証拠調べが来るという並びは、民訴の方がもちろん問題なのですけれども、あたかも全趣旨の方が主になるように読めてしまう。これも印象論の問題ですけど、繰り返しますけれども、民訴の方の規定が、そこでさすがに直せとまでは言うつもりはありませんけれども、とりあえず疑問は呈しておきます。

○伊藤部会長 分かりました。なかなか事務当局としては難しいところかと思いますが、御発言は十分事務当局としても理解していると思います。

ほかにございますか。

もちろん後ほど何か問題が出てくれば別ですけども、一応、自由心証主義、疎明に関してはここに掲げてある方向で検討を続けるということにさせていただければと存じます。

それでは、7ページの一番下の「6 他の裁判所への事実の探知の嘱託等」につきまして、何か御意見、御質問はございますでしょうか。

実質は、現在の非訟事件手続法の規定を踏まえて、その内容をより詳細にしているということかと思いますが、特に御異論がなければ、これはこのままの形で今後の検討をさせていただければと存じますが、それでよろしいでしょうか。——はい。

そういたしましたら、次に9ページに参りまして、7の「事実の探知の告知」ということで、裁判所は、事実の探知をしたときは、特に必要がないと認める場合を除いて、その旨

を当事者に告知しなければならない、こういうことで、相手方がある事件に限ってこういう規律を設けるという検討事項でございますが、この点に関してはいかがでしょうか。

○増田幹事 質問というか確認なのですけども、事実の探知の告知の対象というのは、どのような探知行為を行ったかということと、その探知の結果と、両方含むという趣旨でよろしいのでしょうか。

○金子幹事 もちろん詳細については記録を見てくださいという話になりますので、こういう資料が——こういうといっても、中身の具体的な話ではなくて、相手方からこれに関する資料が出ました、あるいは裁判所がこれに関する職権による探知をしましたというような程度かなと思います。

○増田幹事 ですから、こういう探知行為をした結果、こういう答えが返ってきましたと、そういう理解でよろしいのでしょうか。

○金子幹事 例えば書面であっても、事実の探知で調査することがあれば、書面自体は記録になるわけですが、そういう書面が出ました、これに関する書面が出ましたという程度ではないかと思えますし、あるいは、だれからこの件に関して事情を聴きました、裁判所の方が聴取をしましたということであれば、その程度のことではないかなと思います。

○増田幹事 だれにどのような点について照会した結果、こういう答えが返ってきました、それは記録に置いておきますから閲覧くださいと、こういう趣旨でいいのですか。単にちょっとよく分からないからお伺いしているのですけれども。

○金子幹事 程度問題によると思いますが、こういう答えがという、その詳しい内容まではお伝えすることは要らないのではないかなとは思っています。言わば閲覧謄写のきっかけになるような程度でよろしいのではないかなと思います。

○増田幹事 では、きっかけになる程度のことは告知されるということですね。

○金子幹事 はい。

○増田幹事 分かりました。結構です。

○脇村関係官 ここで申しています探知の告知につきましては、だれから聴きましたということとを念頭に置いておりまして、聴いた結果こんなことを言っていますよとか、そういった内容については考えていないということでございますので、多分、増田幹事のおっしゃっている趣旨とは若干違うのではないかと。聴きましたということだけだと思います。

○伊藤部会長 ただ、もちろん、だれからという、その相手の特定はありますし、それから、およそしかしどういう事項についてということは何も言わないというのは、やはりこれも意味がないと思いますから、何らかのことについてだれから聴きましたという程度のことは知らせるということですね。そこはそういう理解でいいですか。よろしいですか。

○金子幹事 そういう趣旨です。

○伊藤部会長 その具体的な内容については、記録等について閲覧の機会を与えるという形で内容的なことについての担保はするという形になる、そういうことのようにですが。

○増田幹事 私としては、少なくとも裁判の資料となるような事実について当事者が何らかの意見を述べる機会が保障されればいいと考えておりますから、少なくとも何か記録、その事実の探知の結果にアクセスできるような情報が告知されるということであれば、それで十分です。

○伊藤部会長 分かりました。

今のやり取りで、いかなる内容が告知されることを想定しているのかということは御理解いただけたと思いますが、そのことを前提にして、こういう内容の規律を設けることを検討するという、この点に関していかがでしょうか。

○栗林委員 人訴法第20条では、職権探知ということで、裁判所は、当事者が主張しない事実をしんしゃくあるいは職権で証拠調べをしたときは、事実及び証拠調べの結果について当事者の意見を聴かなければいけないとなっているのですが、それと比べると、結果だけを、どういうことを調査したかだけを伝えるというのはちょっとバランスがない。そのところの説明をどうするのかということはいかがでしょうか。

○川尻関係官 これは、（参照条文）の中で言いますと人事訴訟規則第24条の方を念頭に置いた条文となっております。人訴法第20条に相当する規律は、確か別のところで一回検討したように記憶しているのですが。

○金子幹事 部会資料6の1ページのところで、第17の1の(注)の1に、主張しない事実をしんしゃくする場合とか、職権による証拠調べをした場合に、その事実及び証拠調べの結果について当事者の意見を聴かなければならないということも考えられるが、これについてはどうかということで前回お諮りした部分かと思います。今、川尻関係官から説明したとおり、ここでは、職権探知によって収集した資料の側面に着目して、規律をどうするのかという観点からお諮りしているものです。

○伊藤部会長 栗林委員、よろしいでしょうか。こちらは、事実の探知に関しても、理念的な意味では共通するところがあるかと思いますが、当事者に裁判所による事実の探知の内容を了知せしめるきっかけを与えるというようなことで、9ページの方はこういう内容が掲げられているということかと思いますが。

○金子幹事 もちろん人訴のように両方入れるという規律も考えられますが、一応別々に議論していただこうかと思っていて、ここでは、人訴で言えば規則の第24条をどう考えるかということで御議論いただければと思います。

○鈴木委員 この探知ということの概念の問題なのですが、訴訟で言いますと、主張と証拠というふうに分けて議論するのだと思うのですが、主張、言わば釈明的なものです、当事者に対して、あなたのこの主張はどういう意味かというたぐいのものも入ってくるのでしょうか。今のは専ら証拠的な議論だったと思うのですが、主張の面での釈明的なものも、裁判所から、例えば申立てに対して、この点について主張を明らかにするように求めました、その結果、書面が出てきましたというようなことも連絡していくのかどうかということだと思います。

○川尻関係官 御指摘の点ですが、それがまさしく事実の探知の広い、比較的あいまいな概念であるという点から生じてくる問題なのではないかと思いますが。ただ、ここでは、「特に必要がないと認める場合を除き」とも書いてありまして、今例として挙げていただいたように、確認的といいますか、出してくださいねといって書面が出てきましたというような場面まで含めて考えるかどうかということ、そこはまさしく必要があると認める場合であるかどうかというようなところで、個別具体的な判断にもなってくると考えております。

○伊藤部会長 鈴木委員、よろしゅうございますか。

○鈴木委員 また考えるということで。

○伊藤部会長 理屈で言えば入るけれども……。

○鈴木委員 それほど必要性のないものは不要である、そこらで処理すればいいではないかということでございますね。

○栗林委員 人事訴訟規則の第24条というのは、こういう手続をとりましたよ、だからそれを一応報告するみたいな感じで、探知の方は、その事実をつかんだら、それを一応当事者に意見を聴くということではないかなと思うのです。だから、ここの、事実の探知をしたというのは、一応手続をとったということだけを伝えるという趣旨ということなのでしょうか。それとも、解明した事実、こういうことがあったみたいなことになるのか。

○脇村関係官 私の理解では、人訴法第20条というものはそもそも何で置かれているかといいますと、もともと人訴に関しては、当事者が出すことを前提の手続で、補充的に職権探知をしていくということから、職権でやったときについては、それはやはり当事者に聴きましようねということで置いてあると記憶しております。今問題となっている点につきましては、そういった観点ではなくて、出てきた以上は、職権なのか、事実上当事者が出したのかは別にして、事実の調査をしたときについては、相手方というか、出した人以外の人も含めて、知らないままやるわけにいかないの、出ましたよというふうに言うということで規定が入っていると理解しております。ですから、そういう意味で、現象としては同じようなことがあるのですけれども、人訴法第20条と規則については、趣旨は恐らく違うのではないのでしょうか。それを踏まえて非訟でどうするかということだとは思いますが。

○高田(裕)委員 脇村関係官の御発言とは若干違う印象を人事訴訟法について持っております。いずれも広い意味での職権による探知を想定し、ただ、人訴法第20条は、そこにもございますように、主張に該当する事実の収集と証拠調べを想定しているという点が特色かと思いますが、いずれにしても、職権で裁判の基礎となる資料を得た場合には、それについての言わば反論と申しますか意見陳述の機会を与える必要があり、そうした意見陳述の機会を当事者に保障しないで、その事実を基礎に、とりわけ不利な判決をすることはできないという趣旨の規定ではないかと理解しております。弁論主義の場合には、当事者が提出した資料しか判決の基礎になりませんので、相手方が提出した資料にさえ反論しておけば、いわゆる不意打ちの判断を得ることはないわけですが、職権探知の場合にはその前提が保障されておりませんので、不意打ちという言葉が適切かどうか分かりませんが、反論ないしは意見陳述の機会が保障されない資料に基づいて判決を得るという危険から逃れる地位を同法第20条後段は保障していると理解しております。

その限りでは人事訴訟規則第24条も同じだろうと思います。同条は附帯処分に関する事実の調査に限定した規定でありまして、これについては、立法者は恐らく実質非訟事項だったということも配慮した上だろうと思いますけれども、最終的には閲覧謄写をした上で反論するという機会を保障すれば反論の機会の保障として最低限十分だろうと。もちろん、事案に応じては、裁判所は当然重要だと思えば、それに対して反論をする機会を与えるはずでありますので、そうした実務には期待しつつ、いわば最低限としてこれだけは保障しておこうという趣旨の規律だろうと思いますので、その限りでは、職権探知のもとで、意見陳述の機会を与えない資料に基づく裁判を受けることを事前に逃れる機会を保障するための手当てという点では重なっているという印象を持ちます。その重ね方をどうするかと

いう問題がここの問題ではないかと思ひまして、ここでの御提案は、事実の探知については、最低限人訴並び、あるいは借地非訟手続並びの保障があれば十分だということかどうかという御提案だと理解しております。

その上で、一言ついでに付言しておきますと、これも代案というほど代案もなく、定見もないわけですが、（補足説明）の2にありますように、今申し上げましたような、判決の基礎となる資料について意見陳述の機会を与えられることなく不利な判断を受けることはないという地位を当事者に保障しようとするすると、やはり相手方のない事件においても、程度の差はあれ、やはり同種の規律が必要ではないかと思ひます。、相手方のない事件について、それを、事実の探知の告知という形で保障する必要があるかどうかということについては今定見を持ち合わせておりませんが、意見陳述の機会を保障することはなお考えてみるに値することであるような気がします。と申しますのは、典型的な場面として相手方から事情を聴取した場合を想定すれば、相手方のある事件を想定することになるのでしょうか、第三者からの聴取であれば、相手方の有無にかかわらずということも考えられるように思ひますので、その点この段階で決めずに、なおもう少し御検討いただければという印象を持っております。

○伊藤部会長 ただいまの高田裕成委員の御発言の後半部分は、9ページの2の、相手方のない事件において、資料で掲げられている考え方は、当事者への告知は必要としないという考え方ですが、必ずしもそのように断定することはできないのではないかと、なお検討する必要があるのではないかとというような趣旨の御発言かと思ひますが、この点はいかがでしょう。他方、ここに書いてございますように、相手方のない事件の数が膨大であること等々あるいは不服申立てという形で一種の手続保障が存在することなどを考えると、というのがこの原案といひますが、ここに掲げられている考え方の根拠でございますが、今の点に関してはいかがでしょう。

○山本幹事 私は今の高田裕成委員と同感です。結局、問題は、「特に必要がないと認める場合を除き」という例外のところだと思ひまして、相手方のない事件では、私の想像するところでは、そういう場合が多いのかなと。あるいは、場合によってはこれを広げるということもあり得るのかもしれませんが、しかし、手続保障というか、有効な反論のために、必要なものについては当事者に告知しないとこれは分からないということになると思ひますので、その点の手続保障はやはり必要ではないかという印象を持っております。

○伊藤部会長 こういうふうには断定するのはまだ早いのではないかと、あるいは問題があるのではないかと御意見がお二人の委員・幹事の方から述べられましたが、他の委員・幹事の方はいかがですか。

○小田幹事 家事に限定した話ですが、甲類審判で認容率が96%ございます。ほとんどがこういう形で認容されるということは、申立人がきちんと――裁判所が示唆することもありますけれども――資料を出して、必要な活動をすれば大体のものは認められるということでもあります。

それから、申立てが認容される場合であれば、事実の探知をしたということ、申立人としては知らせてほしいという要請がどれだけあるだろうかということがございます。そういった場合には特に必要ないという場合に該当し、告知しなくてよいということであれば、結論は同じことになりますが、相手方のない家事事件に限定すると、どれだけ必要性とい

いますか実効性があるだろうかと少々疑問を持っております。

○三木委員 まず、人訴法第20条と人訴規則第24条との関係につきましては、私は高田裕成委員がおっしゃったような理解をしております。脇村関係官がおっしゃった御説明だと、両者は違った根拠の規定だという御説明でしたが、私の理解では、大きくは同じ根拠で、どちらも手続保障なり反論の機会の保障なりの確保の規定である。高田裕成委員がおっしゃったように、人訴法第20条の方は、それをいわゆる主張と証拠に関して、職権探知といっても、反論の機会の保障は弁論主義の場合と変わることはないということを明らかにした規定だと理解します。他方で、規則の方は事実の調査に関しての最低限の保障ということで、人訴の場合は、あくまで訴訟ですから、主張、証拠というものがあある程度メインになってくるので、こういう仕分けもあり得るのですけれども、非訟の場合は、訴訟ではありませんから、証拠調べというのは極めて例外的に行われたりするわけですので、保障の程度が人訴規則第24条と同じでいいかどうかということ自体も、厳密に言えば疑問の余地があるのですけれども、人訴規則と同じ並びにするというのも一つの判断かなという程度の印象です。

それから、相手方のない事件については、高田裕成委員、山本幹事のおっしゃったように、抽象的に言えば、相手方のない事件でも全く保障しなくていいということにはならない。もちろん、今、小田幹事等がおっしゃったように、それを常にということではもちろんありませんが、それを規定振りにどうあらわすかというのは難しい問題ではあるかと思えます。今から申し上げるのは、そういう規定振りにしろということではなくて、一つの考え方ということですが、相手方のある事件については、今御提案のように、必要がないと認める場合を除いて告知しなければならない。他方で、相手方のない事件については、特に必要があると認める場合には告知しなければならない。繰り返しますが、そのような規定を置けという意味ではなくて、実質はそういうことではないか。その「特に必要があると認める場合」というのは、その事実の探知によって不利益な事態が及び、本人に何らかの弁明なり反論をさせるような必要がある場合ということをももちろん意味しているのですけれども、それを適切な表現でどう規定するかということでもあります。というのは、山本幹事がおっしゃるように、現在ある規定の「特に必要がないと認める場合」の解釈でいけというのは、抽象的にはそういうこともありますけれども、現在の規定は、やはり原則は告知だということの、それを外す場合の例外を定めているので、それを、原則、例外を入れ替えずにやるのはちょっと大変かなという程度の印象です。

○伊藤部会長 相手方のない事件に関して、両様というわけではありませんけれども、若干違った視点からの御意見が出されておりますが、他の委員・幹事の方、なお何か御発言ございますか。

○脇村関係官 高田裕成委員に確認させていただきたいのですけれども、前回だったと思うのですが、必要的審問を相手方のない事件に置くかどうかというような議論があったと思いますが、あのときの議論としては、家事でいうと甲類的なもので、却下されるようなケースについては、やはり何らかの弁明をさせないといけないのではないかなというような議論があったと思うのですけれども、今お伺いしている議論も、個々の事実の探知について反論というよりも、多くの場合認容される甲類とかについて、ある程度心証を得ている、却下かなというときについて、そのまま何も釈明とかせずには却下していいのかというような問

題意識だと理解したのですけれども、そういう意味で、委員が先ほど、決めつけるべきではないというのは、恐らくいわゆる釈明とか誠実義務とか、そういった全部をトータルでもう少し考えてから決めるべきとの御主張かと理解したのですけれども、そのように理解しておいてよろしいのでしょうか。

○高田(裕)委員 はい、結構かと思います。私自身悩んでいるところでして、先ほどと若干ニュアンスが違ってくるかもしれませんが、人訴法第24条も、私の理解するところ、非訟全般にこれを広げるということではなくて、あくまで離婚訴訟と密接に結び付いた附帯処分については最低限この手続保障が必要だということであって、常に最低限の手続保障としてこれが保障されなければいけないということではなかったように思います。ただ、先ほどの問題提起は、この種の手続保障をする必要性を相手方のある事件とない事件で分けるのはいかがかという趣旨でした。必要な手続保障は、山本幹事、三木委員、皆さんおっしゃっていますように、反論の機会と申しますか、意見陳述の機会がなく不利な判断が下される場合に、事前にそれに対する意見陳述の機会を保障するというところにあるわけであって、そのための手段として事実の探知の告知が過不足ない帰結なのかというのはなお検討する余地があるかと思ひまして、既に出てまいりました必要的審問、審理の終結を含めて、どの手段が必要以上にコストがかからず、なお適切に反論の機会を保障できるという過不足ない規律なのか、あるいはその規律の組合せなのかということを考えていく必要があるのではないかと考えております。

○伊藤部会長 そういたしましたら、相手方のない事件に関しましては、審判の実情も踏まえて、他方、この種の事件についても、申立人に対して何らかの意味での手続保障をすべきであるということも踏まえて、その上で、当事者への告知がそれに適するのか、それとも、より適切な他の手段があり、それがあれば、事実の探知の告知という方式によってそれを行う必要はないのか、そのあたりのことを今後の検討とさせていただくことにいたします。

それでは、ここで休憩をとらせていただきます。

(休 憩)

○伊藤部会長 それでは、再開させていただきます。

事務局から、「第18 調書の作成等」、「第19 記録の閲覧等」及び「第20 和解・調停制度」までの説明をまとめてお願いします。

○川尻関係官 第18は、調書の作成等に関する規律について提案するものです。

本文①は、審問及び証拠調べについて、原則として調書を作成しなければならないものとするを提案しております。和解につきましては、後ほど第20において規律を設けるか否かにつき御検討いただきます関係で、ブラケットに入れた表記となっております。

このような規律を置くことを前提に、例外に関する規律について提案しておりますのが、A案からC案となります。A案は、裁判長の許可により作成を免じられることとするもの、B案は、裁判長の許可により要旨をもって代えることができることとするもの、C案は、そのような例外の余地を残さないものとなっております。

本文②は、審問以外の実事の探知を記録化する際の規律について提案するものであります。

D案は、裁判長が命じた場合に要旨を明らかにしておくもの、E案は、原則として要旨を明らかにしておくことを義務付けるもので、更に例外の規律を設ける場合には、ブラケット内の文言が入ることとなります。

なお、本資料において審問とは、裁判所が口頭により当事者その他の者から陳述を聴くことをいうと整理しておりますが、この調書の作成等の部分でも同様に考えてしまいますと、正式な調書の作成を原則とする規律が必要以上に広範囲に及んでしまうのではないかと考えられます。そこで、本文①にいう審問とは、審問の中でも意味のあるもの、裁判資料となるような審問を意味するものとするとも考えられますので、この点につきましても併せて御議論いただければと存じます。

第19は、記録の閲覧等に関する規律について提案するものです。

本文①は、当事者は原則として記録の閲覧等を請求することができることとするものです。ただ、非訟事件におきましては、閲覧等により当事者又は第三者に著しい損害を及ぼすおそれがある場合も想定されますことから、そのような場合には、裁判所が記録の閲覧等を制限することができることを提案しております。なお、この例外事由がブラケットに入っておりますのは、文言について検討中という趣旨です。

次に、裁判所と裁判所書記官がいずれもブラケットに入っておりますのは、閲覧等についての判断権者は裁判所になるのではないかとと思われるのですが、請求の窓口自体は裁判所書記官になるのではないかと考えられ、どのような規定振りにするのがよいのか、この点の文言についても検討中という趣旨です。今回は分かりやすさを優先させてこのようなシンプルな表現を採用しておりますので、規定の表現の正確性という点は御容赦いただければと存じます。

本文②及び③は、利害関係を疎明した第三者の記録の閲覧等について、非訟事件手続の非公開性という特質等から、これを裁判所の許可に係らしめるものとし、また、その適否については裁判所の裁量にゆだねることとして、裁判所の判断に対しては不服を申し立てることができないものとするを提案しております。

本文④は、録音テープやビデオテープ等の場合について、民事訴訟法と同様の規律を設けることを提案しております。

(注)は、本文①の当事者からの記録の閲覧等の請求が認められなかった場合に、当事者に不服申立権を認めるか否かについて検討することを提案するものです。

第20は、和解・調停制度に関する規律、すなわち裁判所は和解を試み又は当該事件を調停に付することができるものとする規律を設けるか否かについて検討することを提案するものです。

なお、ここで言う調停とは、もともとの手続が調停である場合以外の非訟事件手続の調停を想定しております。このような規律を設けますと、個別法において和解又は調停についての規定がない場合であっても、和解又は調停が可能な事件については、和解又は調停による紛争の解決が可能となりますが、他方で、非訟事件においては、和解・調停が可能な事件がそれほど多くはないと思われ、和解・調停に親しむ事件は個別法により対応した方がいいのではないかと考えられます。

以上です。

○伊藤部会長 それでは、まず9ページの「第18 調書の作成等」についての御審議をお願い

いしたいと思います。

具体的には10ページのところで、まず、和解については別にいたしまして、審問及び証拠調べについての調書の作成に関してであります。ただし書を設けないC案と、ただし書を設けるA案、B案で、A案とB案の間には今説明がございましたような違いがあるということです。この本文①の調書及び証拠調べについての調書の作成についての考え方に
関して、まず御意見、御質問を承りたいと存じます。

○増田幹事 私、ただし書を設けないC案に賛成します。そもそもどういうプロセスで判断に至ったかということは、後日検証される必要があります。特に非訟においては、当事者以外にも利害関係人がおりますので、原則的にはC案であろうかと思ひます。ただ、事案によりましては、B案のような考慮も必要かと思ひますが、これは運用で何とかするのはないか。特にただし書を設けなくても、当事者に異論がなければそれで足りるような事案も多々あるかと思ひますので、基本的にはC案、運用でB案のような部分を残すということによろしいのではないかと思ひます。

○伊藤部会長 他の委員・幹事の方、いかがですか。

○菅野委員 C案が理想論というか、在るべき姿としてはそういうことなのかなという気はいたしますが、現実問題として、ではそういう体制がとれるのかという悩みがあります。審問、例えば口頭で言ったことをそのとおり調書にとるのかとか、いろいろなことを考えますと非常に難しい点が多々あると思うのです。更に言いますと、本来は、訴訟でもそうですけれども、例えば弁論で述べることも準備書面として要旨は記録化してある、あるいは書証は証拠説明書を出して整理をしておく、あるいは尋問も陳述書を事前に出して内容を開示する、そういうことによって、合理的に、費用を少なくして、かつ期間を短くして審理をするという話を20年ぐらい前から随分議論したのだと思っております。昔は、尋問の数が少ないのですけれども一人の証人を例えば延々とやり、かつその調書を逐語で大量につくっていく。こういう作業というのは、本当はもちろん訴訟活動として事前に当事者が行うことができるのに、それを代わりに裁判所書記官にみんな言わば書き取らせてつくっているようなのだと私は思っております。そういう意味で、審問についても、その内容をみな調書に書かないとどういう審理をしたか分からないというようなことは、本当はあってはならないことのはずなのだと考えているのです。ただ、これもある種の理想論、つまり、これは逆に裁判所から見た場合の理想論ということにはなりましょう。一方で、では全然調書不要かという、例えば審問をやったかどうか分からないというようなことでは、それはいけない。ですから、原則として、審問が行われ、特に証拠調べが行われた場合に調書が必要だというのはそのとおりなのですけれども、ただ、ではどの程度の内容を書くのか、あるいは常に必要なかということになると、いろいろな異論がござひます。その場合に、現場から見れば一番柔軟に処理できるのはA案だと思ひますので、A案がベストだと思ひますし、書き振りにおいていろいろと工夫していただかないと現場として回らないのではないかという気がいたします。

ちなみに、例えば借地非訟の場合には調書が必ずつくられます。ただ、つくられるといつても、要するに、いつ期日が行われて、だれが出頭したかということが書かれるのであって、そこで当事者が口頭で何を主張したかとか、何かを裁判所が質問したかという内容が書かれるということは、何か主張が整理されて裁判官が指示した場合を除き、ほとんどご

ざいませぬ。そのときにどういふ書面が出たかということが記載されることがあれば、まだよいぐらいです。例えば労働審判の場合でも、二つ例に挙げましたのは、非常にどちらも争訟性の強いタイプの非訟なので例に挙げたのですけれども、労働審判の場合でも、調書としては一種の経過の要領を記載するという事になっているので、そういうことも考えた場合に、訴訟ではない非訟ということをよく何度も繰り返して申し訳ないのですけれども、訴訟における調書作成義務というものとパラレルにここで考えるのはやはりまずいのではという気がいたします。

○増田幹事 C案は逐語で書けという意味ではないと私は理解しているのですけれども、口頭弁論調書において要領で足りるのと同じことで、審問及び証拠調べの要領を書けばいいのではないかという前提でお話しているのですが、その辺はいかがなのでしょう。

○金子幹事 それはおっしゃるとおりで、どの程度詳細なものをつくるかというのは、事案に応じて裁判所の方で工夫していただければという前提であります。

○増田幹事 そういう前提でC案ということなのですが。

○長委員 先ほども関係官から御説明がありましたけれども、審問の中にはかなり広いものが含まれます。事実を認定する資料を集めるための審問であっても、例えば当事者が5、6人いる事件があって、ある事実の認定をする必要がある。その事実があったかないかについて、体験したことがあるのかどうかということをみんなに一人ずつ聴くことがあります。しかしながら、例えばその中で体験したことがある人が一人しかいない。そうすると、5人に事実上はあなた体験したことがありますかということ聴いても、それは調書に載せないという処理をしていることがよくあります。審問というのは、ある一つのことが問題になったときに、そこに居合わせた人から直ちにその人たちの持っている材料を集めて、それを体験したことがある人についてはそこを詳しく聴くということをして、それを調書に残すわけです。したがって、現在の実務の運用としては、プラスの材料でもマイナスの材料でも、審判の材料となる審問結果は残しておかなければいけない。残し方について、要領で残す場合もありますし、逐語のような形にまでもすることもある。残さないものもある。

したがって、条文に審問とだけ書かれた場合に、要領的なものでよいと言われても、C案には賛成し難い。むしろ、A案ではないだろうかと思ひます。

○伊藤部会長 現在のところでは、具体的な調書の作成の記載の内容ということになりますと、それほど違いがないのかもしれませんが、考え方としてはやはりA案とC案という二つの考え方が示されておりますけれども、他の委員・幹事の方はいかがでしょうか。

○山本幹事 私自身は必ずしも定見はないのですが、A案をとったような場合に、例えば民事保全規則などを見ると、証拠調べとか審尋調書については一定の場合に作成を免除することができる、ただ、その場合には、録音装置を用いて録音するという規定があるわけですが、このような規律があるかないかによってもかなり違ってきそうな感じがするのですが、原案としては、そういうことはあり得べしというような前提で考えてよろしいのでしょうか。

○川尻関係官 テープを用いること自体は予定しているところでありまふ。「記録の閲覧等」のところ、民訴の規定と同様の規律を設けるということも、テープを使うことを前提として御提案させていただいております。それを踏まえた上で、テープでとっているのではあ

れば作成免除というような、今御指摘ありましたような民訴の規則と同じような規律を設けるかという点につきましては、こちらとしましてもまだこれといった定見はないところでございますので、御審議いただければと考えております。

○伊藤部会長 今の川尻関係官からの説明を前提にして、山本和彦幹事はいかがでしょうか。

○山本幹事 必ずしも更にまだ定見はないのですが、後から検証可能性が担保されるという前提であればA案のようなことでもいいのかなとは思ったりしますけれども。

○伊藤部会長 分かりました。逆に、増田幹事のお考えだと、今やり取りがありましたような録音テープというような記録媒体が存在するということを前提にしても、やはり考え方としてはC案ということになりますか。

○増田幹事 今、山本幹事がおっしゃったことと実質的には同じような意見になるのでしょうか。けれども、民事訴訟規則第170条は、簡易裁判所の口頭弁論調書について規定しております。これは基本的に当事者が申し出れば少なくとも録音テープ等の複製を許さなければならぬということになっていて、せめてこの並びぐらいにはしておいていただかないと検証可能性がなくなってしまうと思います。証拠調べ以外の審問については、実質的にはどの案をとっても、先ほど部会長がおっしゃったように余り変わらないと思いますけれども、理屈の問題としてはやはりC案が妥当であると考えます。

○伊藤部会長 ありがとうございます。ほかの方でなお御発言ございますか。

○三木委員 確認ですが、先ほど長委員がおっしゃった御意見と山本幹事がおっしゃった御質問ですが、どういう関係かちょっと分からないのですが、山本幹事のお考えかどうか分かりませんが、やり取りの趣旨は、調書をつくらないときは必ずテープのようなものはそのかわりに残すという御趣旨のやり取りだったのでしょうか。長委員がおっしゃったのは、そういうものも含めて、後に審判に使われないものはテープであろうと調書であろうととらないものがあっていいのではないかという御趣旨なので、その関係がよく分からないのですけれども。

○伊藤部会長 念のために、長委員の御発言の趣旨は、今、三木委員から確認があったようなことでよろしいのでしょうか。

○長委員 はい、結構でございます。特に審問について、必ずテープを残すということをお考えだとすると、それは非常に煩瑣に耐えないと思うのです。ですから、私は審問についてはテープを残さないということを考えています。

○伊藤部会長 審問と証拠調べとで若干ニュアンスの違いはあるようには思うのですけれどもね。

○増田幹事 補足なのですけれども、審判の材料になるものは残す、そこに少し懸念があるのです。審判の材料になるかならないかというのは、結果から見ての判断です。ですから、審判の材料に結果としてならなかったものは残らない可能性があるということになりますと、やはりその分の情報からも逆に後日検証して不服申立てなりの材料が出てくる可能性もあると思いますので、抽象論で非常に申し訳ないのですけれども、どうしてもA案に対してはそういう懸念があると申し上げておきます。

○杉井委員 審判の材料となったものだけを調書にすることになりますと、現実には不利益を受けた、あるいは認容されなくて不服申立てをするときに初めて調書というのは必要になるものでして、そのときに裁判所が審判の材料になった事実や主張やそれだけを調書

にしてあるとすれば、それ以外のものというのは残されていないわけですよね。しかも、今のお話ですと、それについてはテープも残さないということですので、後で検証のしようもないということになりますので、やはりA案については賛成しかねます。

○伊藤部会長　なかなかここは意見の収束は現段階では難しいと思いますが、先ほどの録音テープに関するやり取りにもありましたように、少し前提条件として一体どういう場合に何が残るのか残らないのかということについて、今出されました御意見の整理も少ししていただいて、その上で改めて、本日は一応A案とC案という考え方の対立がございますが、それはそのままにしておいて、もう一度言わば広い意味での記録の残し方に関しての整理をした上で議論をしていただくことにいたしましょう。

○畑幹事　今、部会長がおっしゃったところでよろしいかと思うのですが、その整理に際してのお願いです。A案ですと、正規の証拠調べをした場合であっても、先ほどの三木委員の発言にも関係しますが、テープさえ残さなくていい、何も残さなくていいかのようにも見えるのです。しかし、そういうことがあり得るのかなという疑問を持ちました。

○伊藤部会長　ありがとうございます。では、その点も併せて検討の基礎としてもらうことにいたします。

もう一つ、事実の探知について、D案、E案という、二つの考え方が示されておりますけれども、これに関してはいかがでしょうか。これも実質がどれだけ違うかということはあると思いますが、一応考え方としては相当の距離があるようにも見えますけれども。

○菅野委員　実際に事実の探知がなされて調書に書かれることを考えますと、E案の場合は、裁判所書記官が能動的にその要旨を記録上明らかにするというのは実際上どうやるのだろうか、非常に難しいのではないかと思います。例えば弁論準備などの調書でまとめをとる場合でも、裁判官がこの点は調書にとるようにと指示したり、長いものはペーパーを渡して、裁判所書記官に、こういう形で整理し、認否をとるようにと指示するのが通常でありまして、ましてやかなり非定型的な形のこういう事実の探知ということになると、実際上裁判官の方でこういうことを、これは意味のあることだから、記録にとどめて調書をつくりなさいと指示しないと、調書化する発端がまず生じないし、何を書くかということもできないのではないかと考えます。そういう意味では、D案がよろしいのではないかという気がいたします。

○伊藤部会長　菅野委員からは、裁判所書記官の記録に関する執務の在り方からしても、D案が自然ではないかという御趣旨の発言がございました。他の委員・幹事の方はいかがでしょうか。

○高田(裕)委員　実務に不案内なので的外れな発言をすることになるかもしれませんが、11ページにございます家事審判規則第10条も、要旨の点は別としまして基本的にE案と同じ構造であり、また、人事訴訟規則第23条も事実の調査についての記録を要求していますが、「裁判所書記官は」という主語で文章ができておりますので、私の理解するところ、現在の家事審判の実務の実情を変えることまでE案は想定していないと理解しております。その上で、どちらが原則かというのは両案あり得ると思いますが、研究者としては、当事者に裁判に重要な意味を持つ裁判資料についてのアクセスを保障するという観点から、基本的な理念としてはE案の方が据わりがよいかなという印象は現在のところ持っております。

○三木委員 既に話が終わっているA案からC案も含めて、A案からE案までを通しての話ですが、私が今まで聞いていて、各委員・幹事の議論が部分的にせよかみ合っているのか、かみ合っていないのかよく分からないところがあるのは、審問という概念がまず非常に幅の広い概念で、審問の中身はいろいろある。事実の探知もいろいろなやり方があって非常に幅が広くて、どちらも外延がはっきりしない概念で、それをどのような場合を想定してどうするのかということがお互いにかみ合っているのか、かみ合っていないのかよく分からないというところがあります。私自身は、規定振りは後で事務局にお考えいただかなければいけないのですけれども、以下のように考えます。

畑幹事がおっしゃったことと関係するのですけれども、まず、本来の意味の証拠調べが行われた場合については、これは、テープも含めての意味ですけれども、調書化するのとは当然だろうと思います。ですから、それがいわゆる文字どおりの調書であるのか、テープで代替できるのかはおいておいて、何かつくらなければいけない。

次に、事実の探知ですが、先ほど言いましたように、事実の探知というのは幅の広い概念ですけれども、普通に考えれば証拠に近いものだと思うのです。なので、基本的には調書化するものだろうと思います。ただ、こちらについては、長委員がおっしゃったように、使わないのが明らかなようなものまで残すというのは無駄な感じは確かにします。ただ、これも言い方が難しいのですけれども、後から振り返って使わないというのをやっている最中にどう判断するかということですので、規定振りの問題ですけれども、あるいはこの議論のときに使う言葉のイメージの問題かもしれませんけれども、審判に使わなかったという抵抗感があるのは確かですけれども、それは後知恵の話になるので、いずれにしても、重要でないものというか、そういうものを除けば記録化する必要がある。

三つ目に、いわゆる訴訟で言う弁論に相当するようなものの調書、これはもちろん中身は要領調書のようなものでいい場合も多いと思いますし、実質余り中身がなくて、そういうのを開いたというようなことに尽きるような調書でもいいのかもしれないというふうに、審問、証拠調べ、事実の調査の中身ごとに考えていかないとなかなか議論がかみ合わないのかなという気がいたしております。

○伊藤部会長 三木委員の今おっしゃったことを私なりに理解していくのは、A案ないしE案に当てはめるとすると、証拠調べに関しては、録音テープも含んだ意味ですが、C案ですね。

○三木委員 そうです。

○伊藤部会長 事実の探知に関してはE案ですかね。

○三木委員 おっしゃるとおりです。

○伊藤部会長 審問についてはB案ということになりますか。

○三木委員 B案とA案の折衷のような。要するに、要旨でいい場合もあるし、とらなくても——とらないということの意味によるのですが、審問を開いたという外形的な事実とはらなければいけないと思うのですけれども、そのやり取りをとる必要はない場合もあるのではないかと、そういう意味ですけれども。私も裁判所書記官が実際にどういうものをつくっているのかについて余り実務をつまびらかにしませんので、具体的なイメージが、特に審問の調書に関しては現物を目の前にしてでないとなかなか分かりにくいところがありまして、やや抽象的な言い振りになります。

○伊藤部会長 分かりました。

○菅野委員 先ほど少し言葉が足りなかったという気もしますので、若干付け加えさせていただきます。今の、手続のそれぞれの中身、目的によってそれぞれ違うというのは三木委員のおっしゃるとおりだと思います。私もいろいろと話を伺いながら、頭の中に想定している対象によってかなりスタンスが違うというのはそのとおりで、総則規定でこれを決めてしまうこと自体、できるのだろうかと感じながら伺っておりました。

それと、調書作成に関して、例外の余地を残すかどうかの議論の際に話したのですが、この30年ぐらい裁判を見ていて思いますのは、調書を見ないと、例えば訴訟の場合でこの訴訟がどういうものなのか分からないとか、判断が分からないというのは、これは非常に古い時代の裁判の進め方なのですね。そうではない。既に当事者がいろいろと資料を出し、あるいは相手方のものを見て、それによって中身が分かっているはずだということがあります。同様に、今回のこの非訟事件手続法の改正でも、立会権、尋問権あるいは審問を増やすと言ったら変なのかもしれませんが、審問期日を大きく更に位置付けていくというかクローズアップしていく、そういう形になっているのだと思っていますので、そういう審問期日の開かれるような事件ではなおさらそれぞれの当事者が分かるはずと考えます。逆に言うと、この決定の理由が当事者の記録を見ても分からない、調書を見ないと分からないという事態は、非常に変なことだという気がいたします。

ただし、今言っているのは、先ほど言いましたように尋問調書を指しているわけではないのです。証人尋問を指している意味ではございません。そういう意味で、循環論法になってしまうのかもしれませんが、要するにその決定を書くのに必要なこと、あるいはそれぞれの判断するのに本当に必要なことならば、かつそれがたまたま当事者が記録に出していないのだ、記録を見ても分からないのだというのだったら、それは調書に残しますし、裁判官も残しておかないと困りますので残すのですけれども、本当はそういう重要なものならば、やはりそれぞれ当事者が記録の中に出していく、あるいは立ち会って分かっているというのが本来の姿ではなかろうかと思います。

こういう会ですから未来の話というのをしてもいいのではないかと思いますのですが、そういう国も既にあるわけですが、将来的には、裁判所が記録を保管するということがもうないようなシステムまで進めれば本当はベストだというぐらいに思うのです。今そこまで非訟についてお願いする気は毛頭ないわけですが、そういう意味で、調書にすべてないといけないという形でいってしまうのは、今の訴訟の流れ、あるいは更にこの非訟の改正においてどういう流れに向かっているかということと見比べて、どうかなと思うわけです。ただ、三木委員がおっしゃるとおり、例えば証拠調べについて何もないということでもいいのかといたら、それはいいわけではないということで、証人尋問につき原則として調書化ということには賛成ですが、本当に必要なものは残さなければいけないのですけれども、非訟において通常の審問の場合に、果たしてそれが残しておかないと後に困るというようなことがどれだけあるだろうか。本当はむしろあってはならないぐらいのことなのだけれどもという、そんな気がいたします。

○鈴木委員 私も、証拠調べについてはやはり基本的には調書を残すことになるのではないかと思います。殊に非訟事件で証拠調べをやるというのはごく例外になるでしょうし、やる以上はそれなりの必要性があってやっているのだと思いますので、基本的には残すとい

うことでいいと思うのです。ただ、訴訟の場合も調書には弁論の要領を記載することになっておりますし、訴訟における証拠調べでも、いわゆる裁判所書記官がつくる要領調書で、これは正に要領なものですから、どこまで書かなければいけないのか、必ずしもはっきりしていない部分がございます。

それから、先ほど御紹介がありましたけれども、簡裁ですと、そもそも調書作成の省略というのがございます。ただ、省略した場合に、当事者の申出があればテープをつけろということもございますし、地裁では、簡裁も含めてですけれども、調書にテープを引用するといういろいろな使い方があるわけでございますので、そういう意味で、私も基本的には何らかの形で残した方がいいということはあるのですけれども、ただ、訴訟の例を見ましてもいろいろなレベルがあるのではないかと、そういう気がいたしますので、それに応じた規制があってもいいのではないかと。ちょっと抽象的な言い方でございますけれども、そういう感じがいたします。

○伊藤部会長 そうしましたら、この点もそれほど具体的な内容に極端な差があるというわけでもないように思いますので、これまでいただいた議論を踏まえて、審問、証拠調べ、事実の探知と、大きく分ければその三つに関して、必要なものをどういう形でどういう場合に残すのが最も合理的かという点で、本日の御意見を踏まえまして、もう一度整理して事務当局から提示させていただくことにしたいと思っております。

それでは、次に11ページの「第19 記録の閲覧等」でございすけれども、これに関しては、まず本文の方で、当事者と利害関係を疎明した第三者について、ここに掲げているような手続によりまして閲覧の請求やその閲覧の許可をすることができる、こういう考え方についての御審議をお願いしたいと思います。

まず、本文①の当事者の方に関してはいかがでしょうか。こういうことでよろしいですか。

○増田幹事 当事者に関しては、閲覧謄写等に関して、少なくとも総則において例外を設けるべきではないと考えております。（補足説明）のところにもございましたように、確かに選任系の事件についてはいろいろ不都合があるかと思っております。そういうものにつきましましては、各則において閲覧制限の規定を設けていくことで対応すればいいのではないかと思います。現在でも、例えば人訴法第35条だとか、あるいは破産法第12条だとか、それぞれ事案にふさわしい閲覧制限規定が設けられておりますので、それは事案、事案によって対応するということで、総則においては、当事者は閲覧等を無条件に請求することができる、これを原則としていただきたいと思います。

○伊藤部会長 そういたしますと、①の〔著しい損害を及ぼすおそれがある場合を除き〕の部分は不要だということですね。

○増田幹事 そういうことです。

○伊藤部会長 分かりました。この点はいかがでしょう。もちろん増田幹事も個別の手続においてそういうものを設ける必要があるということは前提にされているわけですが、少なくとも総則規定で一般的な形で例外を設ける必要はないという御意見のようですが。

○菅野委員 これも理論的になかなか、今、増田幹事のお話されたところに反論するのは難しいのかなと思ってお聞きしていただいておりますけれども、最大の理由はやはり訴訟と非訟とで別種のものなのですよという、訴訟並びという形で考えていくわけにいかないということが一つ理由になるように思います。もう一つは、非訟において、訴訟以上にむしろ非訟

だから何でも出してくださいということではいろいろなもの、会社の株主名簿でも何でもいろいろなものを出してもらうことがある実務に対して、かなり影響があるのではなかろうかという点が気になります。むしろ原則が閲覧謄写できるということになると、どうなのだろうか。会社関係の資料というのは、御承知のように、それぞれ株主でもこれは請求閲覧できる、謄写できるとかできないとかいろいろな要件があったりするわけですね。それが潜脱されないとか、あるいは更に、各論で抜けばよいとした場合に、では、会社法でも、一般社団・財団法人あるいはそれ以外にもいろいろな特殊法人についての各種法令でも全部手当てしていただかないといけないのではなかろうかとか。法制上非常に大変なことではなかろうかとか。その場合、どの法律でも、少なくともこのかぎ括弧で書かれた〔著しい損害を及ぼすおそれがある場合を除き〕というようなところは出てきてしまうのではなかろうか。場合によっては、これよりもっと広めに抜かれてしまうかもしれないということを考えると、少なくともこの限りでは抜かれていますよと。そうすると、逆に言うと当事者の方も安心感はあるのではなかろうかと思います。資料を出す人に対して、非訟において必ずしもすべて閲覧謄写されるのが完全な原則ですよというところではないという発信にもなるのではなかろうかと考えます。これは、裁判所が隠したいとか、そういう意味ではないのです。それぞれの当事者が忌憚なく何か資料を出したり、かつそれを簡易迅速に進めていくことにプラスになるかマイナスになるかという点で、そういう意味で、かぎ括弧のところはやはり残していただいた方がいいのではないかと感じました。

○藤井委員 やはり企業の立場からしても、今、率直に言いまして具体的にどういうケースが当たるかというのは思い当たらないのですが、どういうケースでどういう資料が出されるか、証拠が出されるかということがちょっと想像がつかない以上は、原則として閲覧できるということには非常に懸念がございます。「著しい損害がある場合」というものも、この場合も、これは逆に質問になるかもしれませんが、当事者の意見というものをやはりある程度しんしゃくしていただきたいとも思います。

あと、特に②の「利害関係を疎明した第三者」ということになると、例えば別の訴訟事件で当事者になっているような者が、利害関係を疎明して第三者として登場してきた場合に、予想外の実事が閲覧謄写の対象になって、それが別の訴訟に利用されるというようなことも考えられなくもないので、ここについては「相当と認める時」ということで書いていただいていますけれども、特に当事者についての意見をどういうふうに見ていただくのかということを慎重に考えていただきたいと思います。

そうしますと、逆に閲覧を許可した場合、③というのは第三者のことだと思うのですが、これについても当事者が何らかの形で関与できるのかどうかということもお伺いさせていただければと思います。

○伊藤部会長 そこを補足的に説明していただけますか。今、③のところで藤井委員から御発言がありましたが、ここでは「相当と認める」という裁量的要件になっていますので、不服申立てはできないということになっていますが、その点に関して、当事者の関与ということはどういう場面を想定されていらっしゃるのか。

○藤井委員 閲覧に対して、その停止を求めることができるかどうかということなのですが。

○伊藤部会長 閲覧が許可されたときにですね。

○金子幹事 今のつくりではできないという、②の裁判というのは、許可も不許可も、いずれ

についても第三者に対する閲覧謄写について不服申立てはできないということで考えています。それは要件として「相当と認めるとき」という広い裁量性のある要件を使っていますので、そこは裁判所の広範な裁量にゆだねるという意味で、不服申立てはできないということで考えています。

それから、許可、不許可の判断の中で関係者の意見を聴くということは、運用としてはあり得るのだろうとは思いますが、出してほしくないということで決まるわけではないのですが、見せていいよという場合と、どうしてもこれは見せてもらっては困るということで、その理由がきちんと説明できるかどうかということは、運用面では影響が出るとは思っていますが、そこはいずれも「相当と認めるとき」という中の解釈の問題になってくるのではないかと思います。

○川尻関係官 付け加えまして、御指摘ありましたように、当事者にとって利害関係を疎明した第三者に見てもらっては困るような事案の場合ですと、民事訴訟法の第92条と同様の規律を設けることを予定しておりますので、ここでカバーできるのではないかと考えておりました。

○伊藤部会長 これは12ページの（補足説明）の3ですね。藤井委員、いかがでしょうか。今一応の説明はそういうことなのですが。

○藤井委員 民事訴訟法の第92条で「私生活についての重大な秘密」と「営業秘密」というものが書かれておりますので、この点については了解いたしました。

あと、そうしますと、第三者に著しい損害を及ぼす場合というのはこの二つに完全に限られるのかということも考えられるのですが、その他として当事者及び第三者に著しい損害を及ぼす場合というものもカバーできるような規定になっているか、若しくはその部分は運用で何とかカバーできるというようなことになっていると有り難いと思っているのですが、この点についてはいかがでしょうか。

○川尻関係官 今の御指摘、民事訴訟法第92条の規律をそのまま右から左に持ってくるのではなくて、プラスアルファとして、この規律の除外事由の中に「その他当事者又は第三者に重大な影響を及ぼす場合」というような規律を設けてほしいという点につきましては、今承った御意見になりますので、当局としても定見はないところです。

○伊藤部会長 その点はもう少し検討していきたいと思います。

それで、確認ですが、まず当事者の方について、総則で「著しい損害を及ぼすおそれがある場合を除き」という制限を設けるかどうかについては、両論がございましたけれども、これもそれぞれの根拠はお話しいただいたとおりであります。実際に弊害が生ずるような場合があり得る、それを除外すべきだということは恐らく余り意見の違いはないかと思いますが、それをここで設けるのか、それとも個別の各則で設けるのが合理的か、そのあたりはやや立法技術的な要素も関係をいたしますので、検討をしてもらうということでよろしいでしょうか。

関連して、12ページの（注）のところにありますが、当事者の閲覧請求が認められなかった場合に、当事者の不服申立権を認めること、例えば即時抗告でありますとか、そういった不服申立権を認めることに関してはいかがでしょうか。これはもちろん要件といいますか、例外を設けることが前提になるかと思っておりますけれども、この点はどうか。閲覧請求がこういった例外に当たるとして認められなかった場合に、独立に不服の申立てを

認める必要があるのかないのか。例外を設けるべきでないという御意見は、もちろんそういう御意見として今後の検討の対象にしますが、仮に例外を設けるという前提に立ったときに、閲覧の請求が認められない場合の不服申立てに関して御意見を伺っておきたいと思いますが。

○栗林委員 この点については、現実には非常に激しい争いになることが多いと思いますので、不服申立権を認めるという方向にさせていただけたらと思っています。

○伊藤部会長 栗林委員、不服申立てを認めることの意味ですけれども、閲覧請求が認められなかった場合に、閲覧請求をした側から不服申立てをするという場合がまずありますよね。恐らく今おっしゃった場合はそちらの場合を想定されていると思うのですが、そしてもう一つは……。

○金子幹事 逆のことは想定しなくていいということによろしいですよ。認めたことに対して、相手側から、認めるべきではない、許可すべきでないという不服申立てというのも理論上はあり得るのですが。

○栗林委員 多分、閲覧禁止みたいな感じのイメージで考えるのでしょうか、その場合は。

○金子幹事 事務当局でここで考えていたのは、当事者公開を制限する方向に対して不服申立てを認めることを考えていたので、却下に対して申立てをした者が不服申立て、恐らく即時抗告なりということになるかと思うのですけれども、そういう意味での問いかけだったのですが、考えてみたら、今、藤井委員からお話もあったとおり逆もあり得るので、どうかと思った次第なのですけれども。

○伊藤部会長 閲覧請求が認められたことに対して、およそ当事者にも閲覧をさせるべきではないという趣旨の不服申立てですか。論理的にはあろうかと思いますが。でも、栗林委員の先ほどの御発言は、ここに掲げられている、認められなかった場合の閲覧請求をした当事者の不服申立てですよ。

○栗林委員 非訟事件ではないのですけれども、破産事件などにおいて、債権者の名簿とか、会社の重要な事実について裁判所にファイリングのときに閲覧禁止をかけてもらったりとか、閲覧できないようにしたりとかすることはあると思うのですけれども、何か別の手当てということで対応するというふうには考えられないでしょうか。

○伊藤部会長 そうですね。分かりました。では、それは……。

○金子幹事 ここは却下に対して御意見をいただくということで。

○伊藤部会長 分かりました。ということで、この(注)に書いてありますような、閲覧請求が認められなかった場合に、栗林委員からは、即時抗告ですかね、独立の不服申立てを認めるべきであるという趣旨の御意見がございましたが、これに関しては他の委員・幹事の間に御意見ございますか。

○道垣内委員 よく分かっていないままに伺って恐縮なのですが、民訴法第92条の規定と同様の規律を設けるものとするというわけですが、同条は、卒然と条文を読む限りにおいては、第三者からの閲覧の禁止ですよ。当事者に限ることはできる。これを当事者についても同条と類似の条文を置いて禁止することができるというふうな方向で考えると、④においては考えていらっしゃるのでしょうか。それとも、同条そのもので、当事者に限るというふうな形のを置くということで考えていらっしゃるのでしょうか。

○川尻関係官 民訴法第92条そのものという形で考えておりました。当事者は見ることはで

きるけれども、第三者は見ることはできません、そういう規律を設けることを予定しておりました。今御指摘ありましたように、当事者からの申立てで、当事者であっても見ることはできない裁判記録、決定でそういった裁判記録をつくることができるかという点につきましては、当局からこれといった、つくるべきだとか、つくらないというようなことはございませんので、皆様で御議論いただければと考えております。

○道垣内委員 それは、藤井委員が先ほどおっしゃった、①の「著しい損害を及ぼすおそれがある場合」というものと、現行民事訴訟法第92条第1項の第1号、第2号の要件との関係というものにもかかわってくるということになる。その辺の整理がちょっと私よく分かりませんで、第92条そのものですと、第92条の裁判に対しては即時抗告ができるというのが第92条第4項なわけですよ。だから、営業秘密が含まれていて、記録を出した方の当事者の側から第92条に準じるような制限をかけてくれと言われると、第三者は即時抗告ができるのだけれども、第2項のときはできないとかというのは、全体としてちょっと私、構造がよく分からないままなのですけれども。

○伊藤部会長 そこはどうしますか。

○川尻関係官 申し訳ありません、教えていただきたいのですけれども、民事訴訟法第92条第4項にいう即時抗告をすることができる者というのは、申立てをした者だと思っていたのですが。

○道垣内委員 それはそうですね。ただ、第92条第3項の申立てについても即時抗告できるのですよね。

○金子幹事 民訴法第92条との関係はもう一度整理して御提示申し上げます。

○伊藤部会長 ただいまの道垣内委員からの御発言や、その前の藤井委員からの御指摘もありまして、確かに第19の①ないし④で、一体、当事者と第三者でそれぞれどういう——もちろん①について例外を設けないことになれば別なのですが、仮にこういう例外を設けた場合に、当事者と第三者でどういう要件のもとで閲覧が認められるのか認められないのかということと、それに対して不服申立てがだれに認められるのか、どの裁判に対してだれに認められるのかというのが十分整理して提示できていないように、大変私も怠慢で申し訳ないのですけれども、改めてそう感じられるところがございますので、ここはもちろん本日の御意見を踏まえてですけれども、もう一度整理し直して、より分かりやすい形で再度御審議をお願いするということによろしいですね。

○中東幹事 今のように御検討いただければ幸いですのですが、一つお願いをしたいのは、会社をどう位置付けるのかというのがいま一つ分からないことについてです。会社が申立権を持っていて申し立てる場合には、これは当事者ということで今の議論に乗りやすいですが、他方で、会社以外の者が申し立てた場合に、この申立てについてその会社がどういう立場になっているのか、そのあたりを後日お教えいただければ幸いです。

○伊藤部会長 今のは、一例でもお話しいただけると分かりやすいかと思うのですが。

○中東幹事 会社法学者としては、それはすぐ浮かぶべきだと思うのですが、この場面に適切な例がすぐに出てきません。可能でしたら、菅野委員に……。

○伊藤部会長 菅野委員、何かございますか。今の中東幹事の問題意識に。

○菅野委員 取締役を当事者としている場合に、会社は第三者と言わば2項の方での閲覧の問題になる、そういうふうに仕分けるのですよねという確認の御質問かなという気がい

たしましたが。今の例だとそうなるのではないかと思います。取締役が仮に当事者だとすれば、取締役が閲覧謄写するときは1項の方で、会社が閲覧謄写するときは2項の方になるということですかね。

○金子幹事 中東幹事の問題意識は、例えば会社の清算人の選任の申立てをしたときには、申立人は会社以外の者がいて、会社は必ずしも当事者とはならない。もちろん当事者と扱う運用があるのかもしれませんが、ならない。そのときに、そこにある記録について会社はどのような立場になるのか。場合によっては記録閲覧許可に対して会社の方が不服申立てを言えるような立場になるのかとか、そういうような御認識でよろしいでしょうか。

○中東幹事 そうでございます。申立権者が会社であって会社代表者が申し立てる場合にはそう問題はないと思うのですが、そうではなくて、今、金子幹事がおっしゃいましたように、債権者とか、あるいは株主とかが申立てを認められているような場合にどうなるのかということであります。清算の場合には、あと何を見せてもいいのかもしれませんが、会社がゴーイング・コンサーンでいく場合に、この申立ての場合に特に問題が生じるだろうという非訟のはちょっとすぐ浮かばなかったものですから。問題意識は、今言っていたいたとおりでございます。

○伊藤部会長 分かりました。ありがとうございます。

○増田幹事 再度御検討いただく際に、記録の閲覧等にあたって、裁判所が情報に関する秘密保持に関する命令あるいは情報の利用に関する命令を出すことができるということを御検討いただけないかと考えております。その内容としては、例えば他の事件に利用してはならないとか、あるいは特定の者には見せてはならない、第三者に開示してはならないとか、あるいは、場合によっては代理人限りとして本人にも開示してはならないとか、その秘密等の程度に合わせた命令を出すというような制度ができないかと考えております。これで手続保障と秘密保持のバランスを図るというねらいなので、ひとつ御検討いただきたいと思います。

○伊藤部会長 分かりました。ありがとうございます。

○栗林委員 先ほど、秘密開示を禁止するよう申し立てたものを裁判所が却下したことに対して抗告できるかどうかという御質問がありましたけれども、それは相手方当事者に対して見せてはいけないという申立てということなののでしょうか。私は、相手方がある事件で、非訟事件といえども、裁判所が出した以上は、相手方はそれは最低限見られるのではないかなと。だから、それを禁止するというのは、例えば破産法第12条で支障部分の閲覧制限という規定がありますけれども、これは破産の申立てと一般の第三者という関係であって、相手方がある非訟事件みたいなのは、やはり相手方は見られるのではないかという気はするのですけれども、それはいかがなのでしょう。相手方がある事件で、相手方も禁止できるという、本文①は、相手方に対しても見せないということができるという趣旨でしょうか。

○金子幹事 本文①はそうです。本文①は当事者公開というか、正に事件の当事者に対して閲覧謄写を認めるかどうかの問題であり、それにもブラケットのような最低限の例外を入れるべきかどうかというところが本文①の議論です。

○栗林委員 そうすると、それは、今、増田幹事がおっしゃったように、例えば破産法第12条なんかだと非公開にするような手続をとって、それを即時抗告を認めるとか、そういう

手続があると思うのですけれども、ここだとすごく抽象的な定義だけで裁判所がぼんと制限できるみたいな感じになるので、もう少しきちんとした手続の中で制限できるようにする方がいいのではないかなと思うのですけれども、どうでしょうか。

○伊藤部会長 では、その点も検討の内容に加えてもらいます。

○高田(裕)委員 今の点で、検討していただくことで結構だと思うのですが、その前提として1点情報をお願いできればと思うのですが、実質、本文①に当たる当事者に対する閲覧制限を伴う規律として先行するものとして人訴法第35条があるわけですが、これにつきましては、今、栗林委員もおっしゃいましたように、即時抗告を認めるという形で不服申立てを認めております。人訴法に規定のある事件については不服申立てを認めることはもっともだと思いますし、理論的にも座りがよいと思うのですが、これを入れることが、時機を失さず裁判をするという非訟の理念に反するかどうかという点に関連いたしまして、不服申立てがあった場合は本体の事件の進行がとまるということを想定することになるのかどうかについて、実務家の方の御経験をこの時点でお伺いしておくことができれば参考にしたいと思いますので、よろしくお願いします。

○伊藤部会長 事務当局からまず何か説明がありますか。

○金子幹事 そこまで余り考えていませんでしたが、この手続保障をいろいろ検討していく中で、反論の機会という意味で閲覧謄写は非常に重要な機会ですので、片や本来要件に当たらず記録閲覧を認めるべき場合に、それが認められなかったがゆえに反論の機会がないまま本体が進んでしまうのはやはりどうかと思いますので、不服申立てを認めた場合にはやはり手続をとめるというのが、非訟の中での記録閲覧の重さを考えると筋かなと感触としては思っています。

○脇村関係官 高田裕成委員にお教えいただきたいのですが、委員の御趣旨というのは、今の例でも、却下の裁判に対して即時抗告をした場合に、人事訴訟の場合ですと、例えば人事訴訟規則第27条以下で、抗告事件の記録のみを抗告審に送ればよいということで、本体をとめずに一応記録を送ればできるという規律であると思うのですけれども、実際問題としてそういった手当てで足り得るのか、そういうのは事実上余り機能しないので、どうしても事件がとまってしまうのか、その辺の実務上の感覚をもし分かれば教えていただきたいというような御趣旨かなと思ったのですけれども、違うのでしょうか。

○高田(裕)委員 そのとおりでございます。金子幹事もおっしゃいましたように、とめるべきであるという一つの立法論はあり得ると思いますが、私の理解するところ、人事訴訟法もとめるのが適切な場合が多々あるかと思いますが、法律的には必ずしもとまらないという前提ででき上がっていると理解しております。非訟ですととめずに裁判まで行ってしまうのが適切な事件も少なからずありそうな気もするわけで、そうだとすれば、例えば即時抗告ではなくて本案についての不服とともに上訴審での審理を認めるという立法の選択肢もあり得そうですが、仮に即時抗告という人訴並びの選択肢をとった場合、現実問題としては非訟の場合手続がとまってしまうのでしょうかというのが先ほどの質問の趣旨で、脇村関係官のおっしゃるとおりです。

○伊藤部会長 高田裕成委員からの御質問ですが、どうでしょうか。そこは実務感覚の話で。

○長委員 この閲覧謄写の不服申立てを読んだときに大変危惧したのが今御指摘の問題でした。例えば婚姻費用分担の事件において、DV絡みである、生活状況について例えば調査報告

書なり当事者からの陳述書が出てきているとします。相手方から、それを全部閲覧したいと申し立てられたとします。しかし、閲覧させるのが不適當な箇所を許可しなかったとします。そして、不服申立てがされた。不服申立てされた後、では手続を進めようと思っても、開示されていない以上準備ができませんということで、手続が事実上止まってしまうと思います。子の引渡しの問題について、同じようなことが起こる可能性があります。したがって、これは不服申立てをすべてについて認めることは非常に問題であると、私はそう思います。

○伊藤部会長 分かりました。もし本体の手続が当然にとまってしまうということになると、独立の不服申立てを認めることが問題を生ずる場合があるのではないかと、こういう御意見ですが、他の方はいかがでしょうか。

○栗林委員 その場合は、相手方がある事件だったら、相手方の当事者は、全く何が裁判所に出ているかを知らないまま決定が出る、それを甘受しなければいけない、そういう前提になるのでしょうか。

○伊藤部会長 長委員、今の点について何か御発言ございますか。

○長委員 反論を得なければいけない点については、例えば裁判所が把握した事実のうちの重要な部分について反論の機会を与える工夫は必要だと私も思います。それは直ちに閲覧謄写にイコールであるとはいえない。何かそこで工夫が必要ですし、私自身、そういう手続があったときには、聴くべき反論は聴く機会を設けていました。しかし、閲覧謄写申請があっても、それは却下をするという扱いで処理することになります。裁判が出た後、迅速に裁判が出れば即時抗告されて、そこで明らかになるべきものは明らかになって、反論の機会が得られる。しかしながら、そこでも全部が明らかになるわけではないと思うのですが、それがゆえに職権探知、後見的な配慮をそこでしなさいというのが法の建前です。ありますから、それは全部明らかにしなさいということにはならないだろうと思います。

○伊藤部会長 ここは御意見の違いがあるわけですが、ほかに御意見はございますか。

○山本幹事 今回の点は、私自身は、裁判である以上は、裁判官がそれをもとに心証を形成した資料について当事者にアクセスを認めるというのはやはり最も基本的な手続保障ではないかと思っています。したがって、一定の要件のもとにそのアクセスを認めない場合がある必要があるということはそのとおりだと思いますけれども、それに対する不服申立ての機会もやはり認める必要はあるのではなからうかと思っています。長委員の御指摘のようなことは誠にとてもなこととしてあると思いますが、私自身はやはり、迅速な対応が必要な部分は、本来的であれば何らかの保全的な措置でその部分は担保しながら、本案に相当する部分については十分な手続保障を与えるのが手続の基本ではなからうかと思っています。

○伊藤部会長 そういたしますと、記録閲覧の請求についての裁判に対する不服申立てに伴って、本体の手続もやはりとまる、あるいはとめるべきだということになりますね。

○山本幹事 ですから、人訴と同じような規律ということになるのだらうと思います。

○伊藤部会長 それでは、ただいまの全体をまとめまして、もう一度、記録の閲覧の当事者、それから第三者という主体に即して、それぞれについてどういう要件を設けるのか、特に民訴法の規定との関係がどう整理されるのか、さらに、申立てや請求が認められた場合と認められなかった場合についての不服申立ての違い等々、このあたりは本日の議論をいた

だいたいのものを踏まえまして、より整理された形でまた事務当局から審議の材料を提示してもらうことにいたします。

次に、第20の「和解・調停制度」であります。これも先ほど説明がございましたように、もちろん個別法でそういうものについての規定を設けるという選択肢もあり得るわけですが、総則規定としてこのような和解の勧奨や調停に付することができる旨の裁判所の権限を定めるかどうかという点についての御意見を伺いたいと思いますが、この点はいかがでしょうか。

○菅野委員 以前、調停をいろいろと担当させていただいていた関係で申し上げますけれども、借地非訟とか労働審判でも御承知のように調停というのはできるわけですし、非訟だから調停ができない、あるいは和解ができないということにはならないと思うのです。公益的な面がある、あるいは後見的な面もあるのだとしても、当事者が申し立ててきているものである以上、当事者がそれを終了させる手続というのもあり得るはずと考えます。同意のもと取り下げることができるのかという議論が前にございましたけれども、それ以上に現に和解ができて、あるいは調停ができて、あるいは協議した上、相手方も了解したことを意味するのですから、制限する理由は乏しいように思います。

さらに2点ほど検討をお願いしたいのですけれども、一つは、調停に付することができるものとする要件として、やはり何か必要なのでしょうかという点です。理屈上は、「任意の処分を許す性質のものである場合」というのが恐らくやはり必要なのだろうとは思いますが、これは、和解を試みるというときには必要だとしても、調停というのは、争点整理型調停ということを中心としてここ数年随分言うようになりまして、必ずしも和解をやっているわけではないのです。民間の方にも関与してもらう進め方、あるいは専門的知識・知見あるいは専門的経験則を補充しながら裁判所と一緒にやっていくためということで、むしろ争点を整理したり審理していくために調停という手続を活用しているというのが実はかなり多数ございます。そうすると、調停に付することについて要件を設けるということではないのかなという気が若干します。

2点目として、御承知のように専門委員制度というのがございます。そういう争点整理型の調停というのはむしろ専門委員の方でやるべきではないかという議論もございます。ただ、これも御承知のとおり、専門委員は相当調停委員と立場が違いますので、必ずしも代替できるものではないのです。また、一方で、最初に申し上げたとおり、調停に何かで縛りをつけることが必要だとして、「任意の処分を許す性質のものである場合」などとの要件を設けるのなら、一方で一般的に専門委員も非訟の方に付することができる、そういう明文の規定というのをどこかに検討していただくと非常に有り難いという感じがいたします。

あと、質問ですが、この規定をつくった場合には、抗告審でも付調停とすることができることになるのかなと。これは自分が調停部に行くまで知らなかったのですけれども、実は高裁からの付調停というのも結構専門的な紛争についてはありまして、非常に効果を上げていましたので、意味があるのではないかと考えています。ちなみに、会社非訟においても調停になじむものというのはあるのではないかと個人的には考えております。

○中東幹事 会社非訟のうち、特に和解をですが、これは入れていただきたいと思っています。会社法で直せばよいのではないかとされるかもしれませんが。会社法改正はすぐには予定さ

れていませんので、非訟事件手続法の改正でもし一般的に入れられるのであれば望ましいということです。菅野委員がいらっしゃる前で私が申し上げるのは僭越なのですが、株価の決定にしても、例えば譲渡制限がついている場合の売買価格の決定にしても、東京地裁の民事8部でもほとんどの事件は和解で処理されていると認識しておりますが、その際には合意調書をつくって申立ては取り下げてもらふことになります。ただ、その合意調書は債務名義にならないということになっておりますので、やはりこの際、和解という形で処理していただくのが簡潔ではないかと思うのです。

また、反対株主の株式買取請求権に伴う価格決定申立ても、30日協議をさせまして裁判所に行くという形になりますが、実際のところ、事件によっては協議といっても協議はほとんどしていないわけですし、大きい事件になればなるほど、やはり裁判所の御判断をいただかないと、この値段で買いましたなんて会社は言えない、後で取締役の責任の問題になってしまうということで、裁判所に駆け込むということになっていると思います。そのときに、当事者としては和解勧誘をしていただいて、この金額でいかがですかと言っていたら、それをありがとうございますといってその金額で十分納得して、あと役員の責任等も生じない形で処理できるという点で、会社にとって非常にメリットがあると思います。また、裁判所ももし決定を書くということになれば、これは理由を付記しなければいけないことになり、最近の決定はものすごく長く書いているわけですが、その手間も省けるという点で、みんな満足する形でおさまるであろうと思えます。しかも、先ほど菅野委員がおっしゃったように、任意の処分を許す性質のものというのが正に今の点では当てはまっています。もともと協議で決めればいいものを裁判所に決めていただきたいということを言っているわけですので、そういう種類の事件については恐らくは同様に考えることができ、一般的にこういう形で規定していただくのが恐らくいいのだらうと思っています。

○伊藤部会長　ありがとうございます。

そういたしますと、菅野委員から専門委員の活用という更に別の問題も提起されましたが、この和解・調停制度の活用自体に関しては、こういう形で総則に規定を設けることに関して積極的な御意見が相次いでおりますけれども、ほかに何か更に御意見ございますか。

○栗林委員　その調停というのは、家事調停とか民事調停とかあると思うのですがけれども、家事は非訟の一種かもしれませんけれども、総則で設けた場合の調停というのはどういう体系的な位置付けになるのでしょうか。非訟調停とか、新しい概念なのでしょうか。それとも、例えば会社法の中に調停制度という形で考えるのか、その辺をお願いします。

○金子幹事　それは民事調停の一つと考えています。

○栗林委員　そうすると、民事調停に付すことになるわけですね。

○金子幹事　そうなるのだと思います。

○栗林委員　分かりました。

○伊藤部会長　ほかには、いかがでしょうか。

○三木委員　一般論として、和解や調停を設けることに決して反対ではないというか、賛成なのですが、ちょっと伺いたいのですが、非訟事件の中には、あるいは多くはかもしれませんが、第三者に効力が及ぶものがありますよね。それが形成力の事実効なのか何かちょっと分かりません、いろいろなケースがありますが、適切な例を何か出せばいいの

ですけれども、ちょっと私の方で今例はないのですけれども、事務当局の方でそういう、一種の対世効と呼んでいいのかどうか分かりませんが、事実上の対世効のようなものが生じる場合のケースをどう考えておられるのか、ちょっと教えていただければと思います。どう考えておられるのかという意味は、「任意の処分を許す性質」という概念を仮に使った場合に、そういうのは「任意の処分を許す」と言うのか言わないのかということです。

○金子幹事 例えば新株発行の無効判決が確定した場合、その後の清算のために会社が株主に支払うべき金銭について増減額請求をする手続が非訟にあったと思います。これは総株主について効力が生じることになっていますので、軽々に和解で額を決めるというわけにはいかないのです、そういうものは和解に親しまないのではないかと。要件的には、任意の処分を許すものとはいえないと考えるべきであると思っています。

○三木委員 そうすると、比較的によくある非訟事件で、そういうものを外れて任意の処分を許すものというのは例えばどのようなものがあるのでしょうか。

○金子幹事 これも会社非訟で言えば、株式とか新株予約権とか社債に関しての価格の決定というのがあります。これは会社非訟の中にもいろいろなパターンがありますので、その組合せでいくと相当あるのではないかと思います、そのほかに同じような、会社以外でも持分に関係するものの買取りとか、あるいは信託で言えば恐らく受益権の買取価格の決定も同じような問題があるかと思います。それから、これはあるいは疑義があるかもしれませんが、各種裁判所が選任した者の報酬も、例えば会社と検査役の間に合意すれば、これは和解で終わらせるのに問題はないのではないかと思います、事実上事前に合意した上で報酬を決めているというお話も聞きますけれども、理念的には、正に当事者である清算人とか検査役とかと会社の間で額を決めればいいのではないかと思います。大体そのような例が考えられるかなと思います。

○三木委員 今挙げられた例の一つ一つについて、この場ではちょっと検証できないですが、もう一つは、これはそういうことにはならないと思いますけれども、今おっしゃったのは和解と調停で共通ということによろしいのでしょうか。という意味は、調停の方はやや裁判的な要素があるわけですね。特に専門家が入る場合には、事実上そこで調停を求めるというのは専門家の判断にゆだねることが当事者の意思でして、実際もその判断に従ってやられるし、それが将来裁判の方に移行しても、やはりその判断でやられることが多いので、そういうときには第三者に効力が及ぶ場合にも担保があるとも言えるわけなので、調停と和解というのは完全に同一の規律と考えておられるのだとは思いますが、確認だけしておきます。

○伊藤部会長 なかなか難しい問題ですね、それは。

○脇村関係官 ここで言う「任意の処分を許す性質のもの」につきまして、当局として念頭にありますのは、実体法上処分できるものについては和解と調停ができるということが念頭にあります。ですので、そういう意味で、その限度では和解と調停は一致していると考えております。恐らく三木委員の御質問というのは、実体法上当事者が処分をできないものについても、裁判所の判断が入るので、調停をすることができる類型もあるのではないかと。という御質問だと思うのですけれども、総則規定で置く以上、それについてカバーするのはなかなか難しいのではないかと。思っておりますので、総則規定に置く場合には、対象というのは実体法上処分できるもの。そういう意味で和解と調停は一致するのだと理解して

おります。

○三木委員 そうすると、総則かどうかは知りませんが、各則で何か置く可能性がこの場では留保されているということでよろしいのでしょうか。

○伊藤部会長 そうですね。

○三木委員 分かりました。

○菅野委員 今回の点に関連してですが、先ほど争点整理型調停ということを若干御紹介したのですが、本当は私自身の頭の中にある一種の理想論というのは、和解については任意の処分を許す性質のものでないといけない、ただし付調停の方についてはむしろ相当なものは言わば調停に付することができるというような、そういう形に本当はしていただきたい。仮に最終的な結論が調停成立に至らない場合でも、争点を整理したり、いろいろな審理していく上での意味合いはあり得るのだろーと思ひます。ただ、それはやはり一種の今のいろいろな仕組みの中で飛躍であって難しいのかもしれない。そうだとすると、より恐らく現実的なのは、専門委員の方を非訟の方に積極的に導入していただく方が現実的なのかもしれない。本当の本音は、付調停については相当と認められる場合とか、そういう非常に柔軟な形で本当は処理していただければなという感じがいたしました。

○三木委員 事前に菅野委員と打合せをしたわけではありませんが、同じようなことを考えておまして、菅野部長の東京地裁民事第8部から民事第22部に付調停が来るケースをいろいろ頭に描いて考えておりましたが、東京地裁民事第22部の専門調停の運用等を考えますと、和解と必ずしも同じでない規律もあり得る。ただし、もちろん総則には置けないので、先ほど各則で可能性があるのかということをお願いしたということをちょっと補充しておきます。

○伊藤部会長 分かりました。

そういたしますと、和解に関しては恐らく余り意見の違いはないかと思いますが、調停に関しては必ずしも任意の処分を許す性質のものに限るべきかどうかという点について若干の建設的な御意見があり、この中でその点を検討するのが適当なのか、それが難しければ別の各則の中でそういうことが実現できるかどうか検討すべきか、そのあたりも御意見を承ったことで、更にどういう形が一番適切かを検討してもらうことにいたします。

ほかにいかがでしょうか。

そういたしましたら、資料7の「第21 裁判」の「1 裁判の方式」、「2 裁判の告知」、3の「裁判の効力発生時期」までの説明をお願いします。

○波多野関係官 それでは、御説明いたします。

第21の1は裁判の方式について提案するものでございます。

本文1の①では、裁判の方式について、現行非訟事件手続法第17条第1項の規律を維持して決定とするものとするを提案しております。

本文1の②では、裁判の客観性と公正さを担保するためには裁判に理由を記載することが望ましいことから、終局決定の決定書に理由の要旨を記載することを原則とすることとし、他方で、非訟事件手続の簡易迅速性の観点から、例外的に、不服を申し立てることができない裁判については、理由を付すことを要せず、また、申立書又は調書に決定の主文を記載して決定書に代えることができるものとするを提案しております。

なお、終局決定以外の決定・命令、例えば移送の決定等ですが、これらについては、②に

対応する明文の規定を設けないものの、裁判の告知及びそれを事件記録上明らかにするものとするを前提としております。

また、現行非訟事件手続法第17条第2項及び第4項が規定する裁判官の署名押印又はこれに代わる記名押印につきましては、最高裁判所規則において定めるものとするのが考えられます。

「2 裁判の告知」についてですが、本文①では、裁判を受ける者に対し、相当と認める方法で裁判を告知しなければならないものとするを提案しております。

本文②では、必ずしも裁判を受ける者であるとは限りませんが、手続の主体として関与した者には、裁判を告知すべきであるとの考え方にに基づき、申立人、相手方及び参加人についても裁判を受ける者と同様に告知するものとするを提案しております。

なお、裁判を告知した旨及びその方法を手続記録上明らかにする旨の規則を設けることが考えられます。

(注)の1では、即時抗告をすることができる終局決定の告知については、通常、即時抗告期間の始期とされますことから、即時抗告をすることができる終局決定は、決定書の正本又は謄本を送達して告知しなければならないものとするについて検討することを提案しております。

(注)の2では、刑事施設に収容されている者に対する決定の告知について特段の規律を設けず、解釈にゆだねることとするを提案しております。

「3 裁判の効力発生時期」では、現行非訟事件手続法第18条の規律を維持し、裁判は、これを受ける者に告知することによって効力を生ずるものとするを提案しております。

なお、即時抗告を許す裁判のように確定し得る裁判も、告知によってその効力を生じ、即時抗告がされた場合も特に定めた場合についてのみ執行停止の効力を生じるものとするのが考えられます。

(注)では、裁判は、申立人、相手方及び参加人に告知しなければならないものとした場合に、裁判を受ける者並びに申立人、相手方及び参加人に告知することによって、裁判の効力を生ずるものとするについて検討することを提案しております。

なお、申立人らに告知することとした場合には、告知対象者全員に告知した時点で決定の効力が生じることになると考えられますが、告知を受けた者は、他のすべての告知対象者が告知を受けたか否かが分からないという問題があります。また、仮に決定が即時抗告を許すものであった場合に、送達によるとの規律を採用した場合、告知対象者が増えると送達に要する費用が増え、当事者の費用負担が増すという問題があると考えられます。

以上でございます。

○伊藤部会長 まず、第21の1の「裁判の方式」ですが、決定ですということと、原則は主文及び理由の要旨を記載した決定書を作成して行うということ、このあたりについてはいかがでしょうか。これもまず裁判所の御関係の委員・幹事から御意見を承れればと思いますが。

○菅野委員 御説明のとおりというか、この案文どおりで現場としてはやっていけるのではという形で考える次第です。

○伊藤部会長 分かりました。他の委員・幹事の方でいかがでしょうか。

○増田幹事 基本的には②の本文まではそれで結構かと思います。しかし、ただし書について

は、理由を書く必要のないものもあるでしょうけれども、不服を申し立てることができないかどうかによって決めるのではなくて、各則で決めた方がよろしいのではないかと考えております。基本的に裁判書はだれのために書くのかというような哲学的な話にもなるのですが、これはやはり裁判を受ける当事者その他裁判を受ける者のためのものでして、必ずしも上訴審のためのものではないだろうと思いますので、不服を申し立てることができないかどうかで区別することについては若干疑問であります。

○伊藤部会長 ただいまの増田幹事の御意見に関してはいかがでしょう。

○金子幹事 増田幹事の御意見をきちんと把握できたかどうか分かりませんが、不服申立てができるものについては、不服申立てをするかどうかの判断材料を示すという意味で、ある程度理由をきちんと示すという面はあって、別に抗告審の便宜のためではなくて、正に当事者のために記載する。他方、およそ不服申立てができないようなものについては、抗告するかどうかということの判断のための記載という意味はなくなるので、そこは違いがあってもいいのではないかと考えております。

○増田幹事 ですから、不服を申し立てることができるものについては必ず理由を書かなければならない。不服を申し立てることができないものについても、当事者のために理由を書いてあげた方がいいものもあるのではないかと、そういうことです。だから、理由の要らないものについて、個別に各則で決めた方がよろしいのかと。例えば各種報酬決定なんかは、理由は要らないだろうと思いますし、相続放棄の受理なども理由は要らないと思います。

○伊藤部会長 ただいまの点について、他の方は御意見ございますか。

○小田幹事 ②のただし書というのは、（参照条文）にも載っていますが、家事審判規則第16条と全く同じ枠組みであろうと思います。網羅したわけではないのですが、即時抗告をすることができない審判というのは、大体、子の氏の変更、名の変更でもいいのですが、認めた場合にはそれで満足なわけですし、申立てを却下した場合には、これは即時抗告ができるという規定になっておるわけです。そうすると、大体の場合、申立てが認められた場合には、それが理由も含めて当事者としては十分満足ではないかと思っております、そこであと理由を書くというのが、家事では余りないと思っております。

○伊藤部会長 増田幹事の御発言も、このただし書のような考え方をとる余地が全然ないというわけではなくて、それは個別の裁判に即して判断すればいいだろうという趣旨の御発言だと思いますので、そういう実質であれば検討して、こういう形で総則に入れるのがいいのかどうかという点について更に検討した上で最終的に決めるということによろしいでしょうか。

そうしましたら、次の2ページの「裁判の告知」ですが、本文①の、相当と認める方法での告知と、本文②の、本文①に掲げる者以外の者についても同様とするということ、まずこの本文の①、②の関係はいかがでしょうか。——特段の御異論はございませんか。

（注）の1はいかがでしょう。即時抗告ができる終局決定については、正本又は謄本を送達して告知をしなければならない、これに関しては御意見ございますか。

○菅野委員 現状におきまして、送達する場合というのはかなりあるとは思いますが、ただ、一律に即時抗告できるものは送達しなければいけないとしてしまうと、実際には理想的な形で手続が進んでいるものとは限らないわけで、病理現象もいろいろあるわけですし、最近例えば裁判所とか書いてあるものとか送達とかというものは絶対受け取らないとか、

いろいろな方がいらっしゃるわけです。実は裁判所書記官においては送達事務のウェイトがかなり高く、送達を何とか成功させるということでいろいろやって、弁護士の方にもいろいろと協力してくれとこちらがお願いして、手数料がかかるときもあるのです。また、送達の費用の問題もございます。これは訴訟ですと、そもそも印紙の方が高いですから、郵券に関してそれほど問題にならないのかもしれませんが、非訟の方は相対的に手数料が低額ですので、この郵送費用の問題も大きいのです。それから、期間、時間が送達という手続をとったためにそういう意味でかかってしまうということもあるわけです。このようにいろいろ考えますと、一律に送達して告知しなければならないとぼんと決められてしまうと、どうかなと心配になります。やはり相当と認めるという本則だけでは駄目なのかなとか、あるいはこういう規定をとるのですと、逆にどこか抜くものというか、何かそういうものをつくっていただいた方がいいのではなかろうかとか、いろいろなことを考えます。逆に、対面して議論したり審問をして出てきていただいたりとかしているものですと、むしろ単純にその場で告知したり渡してしまうのが普通です。そうすると、そのときに正式の送達という手続まで採るべきなのかどうかとか、いろいろありまして、申し訳ないのですけれども何か工夫していただいた方がいいのではないかと考えている次第です。

○増田幹事 菅野委員と実質的には変わらない意見だと思いますが、重要なものについては送達するというのを各則で入れていただくということでよろしいのではないかと思います。破産等倒産手続では、重要な決定については送達すると個別の条文で決めていますので、それと同じような建て付けでいいと思います。

○伊藤部会長 送達すべきものがあることはあるのだけれどもというのは両委員・幹事の御発言は共通していると思いますし、しかしすべてをそれに掛けるということがまた非常に手続の硬直化や費用の増大を招くということで、更にこの点は両委員・幹事の御発言を踏まえて検討してもらうことにいたします。

刑事施設に収容されている者については解釈にゆだねるということですが、これはよろしいでしょうか。

○栗林委員 解釈にゆだねた場合に、何で施設の長にすることで足りるのかというのが、理由がはっきりしないと思うので、なぜ今回民訴法第102条と同じ条文を入れることを不要とするのがよく分からないと思っています。反対に、接見禁止の場合に施設の長への送達をしたときに、本当に本人に届いているのかどうか、本人が見られるのかどうかというのが実務上どうなっているのかよく分からないのですけれども、そこは何か別の問題として改善が必要だと思うのですが、条文には書いた方がいいのではないかと考えています。

○伊藤部会長 今の点、何か補足して説明されることはありますか。

○波多野関係官 栗林委員の御指摘は、送達する場合とそうでない場合を分けた上でのお話とお伺いしてよろしいのでしょうか。

○栗林委員 そうです。

○波多野関係官 送達の規律を設けることを提案しておりますので、仮に送達する場合は、送達の規律によって手当てされています。そうでない場合についての根拠をどうするかという御指摘でよろしいのでしょうか。

○栗林委員 送達の場合はこういう条文を入れると。それ以外の場合はちょっとよく分からないのですけれども、何らかの考えを書いた方がいいかと思います。

○伊藤部会長 立法的な手当てをするということですか。

○栗林委員 そうですね。

○脇村関係官 ここをこういう記載にしておるのは、終局決定とかを想定すると、普通は審判書を送るので、告知の対象は施設の長かと思う反面、出張尋問等の際には本人に告知することになるかと思い、こういう記載振りになっているところなんです。実質においてはそれほど御異論はないと伺っておいてよろしいのであれば、表現振り等についてももう少し考えたいと思います。

○栗林委員 面前で告知をする場合は全然問題ないと思います。それは普通の場合と同じです。ただ、施設の長に送達以外の形でやって、本人に到達したと言えるのかどうかということだと思います。

○脇村関係官 確かに民訴法第102条の趣旨として、これは本人に到達したかどうかの疑義をなくすために施設の長にするということをはっきりさせるという面があることと承知していますので、なお委員の御意見も踏まえて一番分かりやすい方法をもう少し検討させていただければと思います。

○金子幹事 今の点は、実は決定の告知の方法については民訴自体に規定を欠いていますので、この機会に非訟にだけ入れるということがどうか。つまり、民訴でも決定の場合は、非訟の終局裁判とは若干違うかもしれませんが、民訴の種々の決定を施設収容者にする場合の規定は実はないものですから、同様に横並びでいいのではないかとということと、それから、施設の長に口頭で告知することの意味が一体手続保障との関係から見てどうなのか。施設の長に告知したことをもって本人に告知したというのにもかえって問題がないのかということもあって、その旨の明文化はかえって具合が悪いのではないかと思ったのです。主として今の二つの理由から解釈にゆだねたらどうかということで今のところは考えていた次第です。

○伊藤部会長 いずれにしても、御指摘を踏まえて検討させていただくということにいたします。

大分時間も超過しましたし、次の点はやや御議論いただかなければならないことがありますので、本日は、ちょっと中途半端で申し訳ございませんけれども、3ページの3の前までで終了させていただきます。

次回の日程や内容について、事務当局から説明をお願いします。

○金子幹事 次回は9月25日（金曜日）になります。時間は、午後1時30分から、場所は、この会議室、20階の第1会議室ですので、よろしくお願いします。

○伊藤部会長 それでは、次回もまたよろしくお願いいたします。本日は時間を若干超過いたしましたので申し訳ございませんでした。

—了—