

法制審議会
非訟事件手続法・家事審判法部会
第8回会議 議事録

第1 日 時 平成21年10月9日（金） 自 午後1時30分
至 午後5時29分

第2 場 所 東京高等検察庁第2会議室

第3 議 題 非訟事件手続法・家事審判法の改正について

第4 議 事 （次のとおり）

○伊藤部会長 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8回会議を開会いたします。御多忙の中御出席いただきましてありがとうございます。

それでは、配布されている資料につきまして事務局から説明をお願いいたします。

○脇村関係官 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説明させていただきます。

第8回会議のために配布させていただきました資料は、本日席上に用意させていただきました資料目録記載のとおりであります。参考資料10は、乙類事件の手続の流れと事件数の概要について最高裁判所家庭局が作成された資料でございます。内容については後ほど説明がでございます。

以上でございます。

○伊藤部会長 それでは、本日の審議に入りたいと存じます。

前回は、部会資料7の「非訟事件手続に関する検討事項(4)」の「第25 費用」まで終わりましたので、本日は、「第26 最高裁判所規則」から審議を行いたいと思います。そこで、事務局から、「第26 最高裁判所規則」から「第28 民事非訟事件」までの説明をお願いいたします。

○波多野関係官 それでは、説明いたします。

第26の「最高裁判所規則」では、非訟事件手続に関する最高裁判所規則について提案しております。この点につきましては、当事者の権利義務に重大な影響を及ぼす事項や手続の大綱となる事項は法律によって定め、それ以外の事項は規則で定めるものとすることが考えられます。

第27の「外国人に関する非訟事件手続」では、外国人に関する非訟事件手続について提案しております。外国人に関する非訟事件の手続につきましては、法及び最高裁判所の定める規則によって規律すべきであると考えられますが、現行非訟事件手続法第33条の3に基づきまして、「外国人ノ遺産ノ保存処分ニ関スル手続」という司法省令が定められており、同司法省令に係る条約の存在等の調査を踏まえて更に検討する必要があると考えております。

第28の1の「裁判上の代位に関する事件」では、裁判上の代位に関する事件について提案しております。この点につきましては、この制度を民法上どのようにすべきかという検討が必要であると考えられますので、現行の規律を維持することを提案しております。

(注)では、担保につきまして、民事訴訟法第76条、第77条、第79条及び第80条と同様の規律とすることを提案しております。

2の「保存、供託、保管及び鑑定に関する事件」では、保存、供託、保管及び鑑定に関する事件について、必要的審問は審尋で足りるとしてありますほかは、原則として現行の規律を維持することを提案しております。

3の「外国法人及び夫婦財産契約の登記」では、外国法人及び夫婦財産契約の登記につきまして、現行非訟事件手続法と同様の規律とすることを提案しております。この点につきまして、外国法人及び夫婦財産契約の登記は、裁判所の手続に関するものではないことから、非訟事件手続法で規定することについては、なお検討するものとしております。

以上でございます。

○伊藤部会長 それでは、順次御審議をお願いしたいと存じますが、まず「第26 最高裁判所規則」に関して御質問、御意見等はございますでしょうか。——この点に関しては格別のことはございませんですか。もしよろしければ、こういうことで進めさせていただきたいと思います。

次に、「第27 外国人に関する非訟事件手続」でございます。先ほど事務局から説明がございましたように、なお検討するという内容でございますが、何か御質問、御意見等があればお願いいたします。——この点も、なお検討するということです、しかるべき検討をするということでよろしいでしょうか。

それでは、次の「第28 民事非訟事件」でございますが、現行法の規律の内容を維持するということになっております。この点に関しまして何か御質問、御意見等ございますでしょうか。——第28全体にわたって格別の御意見はございませんか。それでは、ここに掲げられている内容に即して今後の作業を進めさせていただくことにいたします。

そうしましたら、事務局から、「第29 保全処分」及び「第30 当事者概念及び関係人概念」についての説明をお願いします。

○波多野関係官 説明いたします。

第29の「保全処分」は、非訟事件手続の保全処分についてのものでございます。ここでは、必要な保全処分についての規律は個別に設けることを前提に、総則的規定を設けないものとするを提案しております。

第30の「当事者概念及び関係人概念」では、当事者概念及び関係人概念について、手続の規律を一通り検討したところで改めてもう一度検討することを提案しております。この点につきましてはこの後更に検討を進めていくことになると思われませんが、それを踏まえて御意見をいただければと思います。

以上でございます。

○伊藤部会長 まず「第29 保全処分」に関して、ただいま事務局から説明があったようなことでございますが、何か御質問、御意見ございますでしょうか。——個別的な形での規律を設けることを検討するという方向で、よろしいでしょうか。それでは御了解いただいたものといたします。

「第30 当事者概念及び関係人概念」でございますが、これはかねてより基本的に重要な問題として御審議をいただき、また今後検討する予定でございますが、今の段階でこの点に関して御質問や御意見がございましたら承って、今後の事務局による検討の資料とさせていただければ大変有り難いという趣旨かと思いますが、いかがでしょうか。——それでは、いずれにしてもこの点はまた相当の議論をしなければいけないかと思しますので、その段階で御意見、御審議を賜ればと存じます。

以上で部会資料7についての審議を終えたことにしたいと思います、何か御意見等はございますか。

○増田幹事 今回は国際裁判管轄については改正の対象としないということでしたが、外国非訟事件決定の承認に関してはどうするのかということです。民事訴訟法は第118条に外国判決の承認に関する規定がありますが、非訟事件についてその準用があるかどうかはどうも学説上も争いがあって、家事事件の下級審判例の中には、非訟事件については民訴法旧200条の準用がないと判示するものもあるようでございます。特に国際的な家事事件が増えて

いる中で、外国非訟事件決定の承認の手続というのを創設するべきではないかと思うのですが、いかがでしょうか。

○伊藤部会長 御指摘ありがとうございました。

それでは、金子幹事からお願いします。

○金子幹事 今回の御指摘はごもっともだと思います。どこの場で検討させていただくかということも含めて一度事務当局の方で引き取らせていただいて、今後の課題とさせていただければと思います。

○伊藤部会長 ほかに非訟の関係で格別の御発言はございますか。

よろしければ、部会資料8の「家事審判手続に関する検討事項(1)」に基づいて御議論いただきたいと存じますが、その前に、参考資料10につきまして、小田幹事からの説明をお願いいたします。

○小田幹事 それでは、御説明いたします。

今日議論されるところで多分一番関係があると思いますのは、第1の2の「家事審判手続における家事調停手続の資料の取扱い」だろうと思います。もちろん、この資料の取扱いが乙類事件における調停と審判の構造論といえますか、そのような関係にも大きく左右されるものと思っています。私からは、冒頭に少しお時間をいただきまして、事件数や流れ、それからいろいろな特徴についてお話しいたします。また、議論の中で、この数字、流れの中の具体的な運用状況などについては長委員から適宜いろいろな御発言があるだろうと思っています。

まずこの図の中身でございますが、それぞれの事件類型ごとの流れを書いております。上の太い方が調停で、左側で申立てがあって、右側の成立などに向けて手続が流れていくというものがございます。下については審判で、同様に申立てがあって、終局に向けて活動がされていくということでございます。その二つの関係については、改めて申し上げるまでもないところではございますが、調停が不成立になれば、少なくとも現行法では当然に審判移行ということになっております。それが右側の上から真ん中あたりに向けて来ている赤い矢印でございます。他方で審判から調停への流れというのもございます。それが左側の下から上に向いている矢印でして、審判についてはいつでも調停に付することができるというものでございます。

次に事件数ですが、調停と審判は同じ乙類ではありますが、9対1の割合で調停申立てが圧倒的に多いです。正確に言いますと、調停申立てが約5万4,000件で87%、審判申立てが約8,200件で13%という比率になっております。

それから、既済についてもこれを受けて同様でございます。右側ですが、この比率については、今の新受のところと同様ですが、審判と調停の主要な終局理由を足して100としたものの比率になっております。調停成立が一番多くて、約3万3,000件で約54%。それ以外にも調停の終了事由がございしますが、審判については下で、審判で終わるものが約1万件で16%。それぞれ足していきますと、既済の調停・審判比率は大体8対2でございます。

このようにもともと調停が不成立で審判に移行するのは、おのずから審判に先行して調停があるということになりますし、また調停申立てが9対1の割合で非常に多いこと、それからもう1点、審判申立てのところから先ほどお話しした付調停の矢印が伸びておりますが、

大体は審判申立て直後に調停に付することが多いようでございます。この件数を見ますと、必ずしも全部対応するわけではないのですが、単純に比べて審判の新受の申立てが約8,200件であるのに対して付調停の数が約3,100件ということで、半分弱というところでございます。

審判から調停に付されるものの割合は事件類型によって随分差がございまして。個々の事件を追ったものではなく年間の総数で見ました概数で大まかに申し上げますと、財産関係のものは調停に付する割合が高いということでございまして。例えば婚姻費用ですと89%、要するに審判申立てで受けたものの89%が調停に付されるということです。財産分与は86%。遺産分割は数字を出すと130%ということで、これはなぜかと申しますと、ぐるぐると、一度不成立で審判移行したけれども、その後また調停に付されるということがありまして、このような数字になっております。

他方で低いものの代表例ですが、年金分割ですと約10%でございまして。審判申立てという当事者の意思表示もありますし、年金分割に関しては特段のことがなければ1対1、50%・50%というのが確立しておりまして、そういったことを反映しているものと思われま

す。ほかには、扶養に関する事件が2%、親権者変更が18%と、いずれも低くなっております。これについては、推測でございしますが、扶養についてはいわゆる精神保健福祉法に基づいて保護者選任という甲類事件の類型がございまして、保護者に選任されるためには扶養義務者でなければならないことになっております。当然に親等の近さから扶養義務者である場合はいいのですけれども、そうでない場合には保護者選任の申立てと同時に扶養者指定の審判がございまして。こういった性質上、相手方がおりませんので、性質上、付調停できないといえますか、適さないといえますか、そういった類型が含まれていることが理由の大半だろうと思っております。

親権者変更が18%と低い理由についても、様々な理由がございしますが、今の扶養と似たようなものとしては、離婚後親権者となった者が死亡なり所在不明になってしまっていて、そこでもう一人の当初は親権者ではなかった親が親権者変更の申立てをする場合がございます。この場合にも、性質上、調停に付することが相当でない、適さないということで今言ったような数字になっているものと思われま

す。ここで、上の調停申立てがあつて約5万8,000件という調停でどのようなことが行われているかということですが、当事者に簡単に説明するときには、調停はお二人で決めていただく話し合いですということを言うのですが、実際の活動を吟味すると、単なる話し合いであったり互譲ではないと思われま

今申し上げたのが大体この図に関するところですが、もう少しほかのデータも付け加えて御説明いたします。

調停と審判との関係ということで、遺産分割事件に特定したものではありませんが、調停不成立で審判に移行して審判をした類型を一定数、平成20年4月以降の全数取り出してみたところ、平均の調停期日回数が、これが先に行われているわけですが、6.3回。それに対して、平均した審判期日の回数が3.3回ということで、調停の方が大体2倍の期日回数開いているところがございます。これはむしろ遺産分割ですから審判期日回数が3回と多いのではないかと考えております。典型的には養育費や婚姻費用分担の場合ですが、よくある事例としては、調停手続が進行し、資料も整って算定表ではこうなるところで審判も書ける状態ではあるのだけれども、どうしても何らかの理由で当事者が合意しなかった場合には審判に移行するわけです。今申し上げたような事例ですと、審判期日で行うことは特段残っておりません。審判期日を1回開くこともありますし、そうでないこともあるようです。今申し上げたような事例は相当数あるわけですが、調停での活動というのが乙類事件の解決には非常に大きな意義を持っているということがございます。

今申し上げてきたことをある程度整理いたしますと、乙類事件には調停と審判があるということで、大体二つ必ず並べて言われるわけですが、事件数であつたりそういった最終的な紛争解決にどれぐらい寄与しているかを考えてみますと、別に審判が不要だと言っているわけではありませんが、調停の存在感は大きく、また調停が審判と一体として全体の紛争解決に大きな役割を果たしていると考えております。

参考資料の図で言いますと下にありますように、私どもは、「審判のみ型」と呼んでおりますけれども、審判のみ型というのは、この図からも明らかのところですが、非常に少ないです。

調停不成立・審判移行型は、先ほども申し上げたとおり、不成立7,700件というところから矢印が伸びておりますし、一定数あるわけでございます。

およそ申し上げてきたところではあります。調停と審判との関係は言わば不可分一体で、資料のところでもまた議論になろうとは思いますが、正に資料に関して申し上げますと、調停の手続で集められた資料が最終的な審判の解決に役立っていることが相当あるといったところは間違いないものと思っております。

以上でございます。

○伊藤部会長 ありがとうございます。

それでは、ただいまの小田幹事からの説明も踏まえまして御審議をお願いしたいと思いますが、まず事務当局から、「第1 家事審判手続と家事調停手続との連続性」に関して説明をお願いいたします。

○脇村関係官 それでは、説明させていただきます。

まず、家事審判手続に関する検討に際しましては、家事審判の対象となる事項については現行法を維持することを前提に部会資料をつくっております。

第1の「家事審判手続と家事調停手続との連続性」の「1 調停不成立と審判への移行」でございますが、これは現行家事審判法第26条第1項の規律を維持するものとするを提案させていただいております。

続きまして、2の「家事審判手続における家事調停手続の資料の取扱い」では、家事審判

手続において家事調停手続の資料をどのように取り扱うべきかを検討することを提案しております。（補足説明）や先ほどの小田幹事の御説明にありましたように、現在の実務においては、調停手続での資料はすべて審判に引き継がれるという考えに基づき運用がなされているところでございますが、この点につきましては、（補足説明）の2にあるような観点から検討を行っていただく必要があると思いますので、御検討のほどよろしくお願いいたします。

以上でございます。

○伊藤部会長 それでは、まず第1の「1 調停不成立と審判への移行」に関しまして御意見、御質問でございますでしょうか。

○増田幹事 まず質問ですけれども、現行法の趣旨なのですが、一つは出訴期間、時効などが調停の申立時に中断するという効果を生むことと、もう一つは管轄、すなわち、審判の管轄のないところでも調停から申し立てたときには、不成立になった場合でもその裁判所で審判の管轄が生じる。この二つぐらいかなと思うのですが、そういう趣旨でよろしいのでしょうか。というのは、調停と審判とは事件としては同一ではないという理解でよろしいのでしょうか。

○脇村関係官 家事審判法第26条の趣旨につきましては、（補足説明）の2段落目に書いてあるとおりでございます。

手続の同一性のお話ですが、現行規則等には、調停に付した場合には——これは付した場合のケースですけれども——審判事件を中止することができるという規定等がありますので、手続自体としては調停と審判で別であると考えているところでございます。

○伊藤部会長 増田幹事、いかがですか。

○増田幹事 それを前提に、これは1と2がかかわるのですけれども、現在の実務で、審判において判断の基礎となる資料に、調停で出されたものがそのまま使われているというのはどういう法的根拠に基づくものか、もし御存じの方がおられたらお聞かせいただきたいのですが。

○伊藤部会長 おっしゃるように2にかかわるといえるか、むしろ2の基礎になるようなことかとは思いますが、基本的な事項ですので、これはどうされますか。言わばその根拠ですね。

○脇村関係官 増田幹事の御指摘の点でございますが、法的根拠について深く解明した研究がこれまでなされていたかといいますと、これまで余りなかったというのが正直なところだと思います。コンメンタール等、文献でよく挙がっておりますのは、3ページ目の参考の中に記載している、「援用し得るものと解すべき」という東京高裁の判断でございますが、この「援用する」というのが事実の調査をもう一度したという意味なのか、当然資料になっていて、それを心証形成に使っていいのだと言っているのか、その辺は正直判然としないところでございますので、是非皆様に御検討いただければと思います。

○伊藤部会長 そういたしますと、ただいまの点は2の審議の中で議論いただくということでよろしいですか。

○増田幹事 調停と審判との関係を改めて議論するに当たって、今のあたりをあいまいにしたまま議論を進めていいのかどうかというところに根本的に疑問があります。現行の実務は、おっしゃったように、実は調停の段階でほとんど争点整理のようなことを行って、審判手続になると期日もあまり開かれていないというのが実態でございます。ただ、そのような進行をするならばそういう手続として法的に組むべきであって、現在の実務においては、法律が

そういう手続を予定して組んでいるかどうかあいまいなままそういった運用が行われていることが正に問題なのだと考えておりますので、1番と2番というのは、審判手続と調停手続の関係をこれから組んでいく上で重要な問題として、一体として検討すべきと思っております。

○伊藤部会長 具体的な問題になると2の問題になるわけですがけれども、ただいま増田幹事から御指摘がありましたように、調停と審判についての連続性ということではあるのですが、その二つの手続の理論的な関係をどう把握するかという御指摘は検討しなければいけないものかとは思いますので、ほかにどなたか御発言ございましたらお願いいたします。

○長委員 今回の御指摘をよく理解するために伺っておきたいのですが、調停に出された資料を審判の基礎にすることについて、それができないのだとお考えになっておられるのですか。

○増田幹事 調停に出された資料をそのまま当然に審判にすることについては、現行法の解釈は別として、今後は不適当であると考えております。その場合に、改めて資料を出し直せということではなくて、何か工夫をすべきかとは思っておりますけれども、当然に資料とすべきという制度にはすべきでないと考えております。

○伊藤部会長 その点は、2に関して具体的に御議論いただきたいと思いますが、言わばその前提として、審判の申立てがあったものとみなすという考え方の背後にある調停と審判の関係について、基礎的なところですが、御発言があれば承っておきたいと思います。

○長委員 増田幹事の御指摘は今後立法された場合の扱いをおっしゃったので、私は現行法の理解に基づいて申し上げますと、職権探知主義がとられておりますので、調停が不調になって、その瞬間から自動的に審判に切り替わった際には、職権探知主義の発動でもって裁判所はすべての資料を見ることができますので、そうしますと、記録と一体になっている資料が基礎となることは現行法においては当然の前提になっているのだと思っています。そのことが資料を引き継ぐことなのだという理解をしています。

○伊藤部会長 この点に関しては、理論研究をなさっている学者の委員・幹事の方はいかがでしょう。こういう形である手続からほかの手続に移行する際に、後行の手続の申立てがあったものと擬制するというような形の処理はほかにも幾つかあるわけですが、そういったことを踏まえまして、どのようないわば基礎的な視点で、具体的には2の話になりますけれども、考えたらいいか。御発言をお願いできればと思います。

○長委員 調停手続は職権探知主義であり、同じ主義のもとにある審判手続に自動的に移行するので、事件手続は確かに調停から審判に変わるのですが、資料は引き継がれないということになるかどうか疑問があります。資料は引き継がれ、裁判官が同一であれば、心証も引き継がれているというのが実務的な感覚だと思います。

○伊藤部会長 両者が一体の手続であるという認識が基礎になっているということですね。

○増田幹事 私も現行法についてはそのような理解なのですがけれども、コンメンタールでも資料の引継ぎの問題は家事審判法第26条のところで出てくることが多いように思います。ただ、事件は別だということはどこにでも書いてあるので、職権探知主義だからといって何の手続もとらずに別の事件の資料を使うことはできないだろうと思います。それはおそらく事実の調査の一つとしてされているのではないかという理解でいるのですが、その辺は違うのでしょうか。

○伊藤部会長 それでは、金子幹事からお願いします。

○金子幹事 先ほど増田幹事が家事審判法第26条の効果として管轄のことを言われたと思いますが、同条があるために調停が提起された裁判所に審判の管轄が生じるという考え方は一般にはとられていないのだろーと思います。先ほど御質問があったのですけれども、事務局の方からお答えが漏れていたかと思うので補わせていただきます。

それから、調停と審判の関係ですが、手続の主宰者は、一方は調停委員会、一方は家事審判官と違うので、心証が当然に引き継がれることはないものと我々は理解していたのですが、そうではないのでしょうか。

○伊藤部会長 ただいまの委員・幹事の御発言で、どういう点が問題かということは御理解いただいているかと思いますが、2を議論する前提として、両手続の関係、これは、今、金子幹事から発言がございましたが、手続の主体の違いも関係いたしますけれども、どのように考えたらよろしいか。いかがでしょうか。

○増田幹事 1点だけ決着をつけておきたいのですが。そうすると、現在、管轄の点で、調停が係属した裁判所で引きつづき審判手続を行っているのは、現行法の26条の効果ではなくて、自庁処理という運用に基づくものだという理解なのでしょうか。

○金子幹事 そのように理解しておりました。

○伊藤部会長 家裁の実務を御担当しておられる方でその点について補充的な発言はございますか。今、金子幹事あるいは増田幹事からの確認がございましたが、そういう理解でよろしいでしょうか。

○小田幹事 明示で自庁処理の決定をしているわけではございませんが、当然に審判と調停の管轄が違う場合には自庁処理の決定を黙示でしているのだろーと。理屈としてどうかという点はさて置き、実務としてはそういう考えでいたと思います。

○伊藤部会長 では、そういう認識であるということを一応基礎にしてよろしいわけですね。

○三木委員 家事審判法第26条の調停事件と審判事件の関係ですが、私もここはさほど詳しく勉強したことがあるわけではないのですけれども、立法の経緯などを見ても、部会資料にある記述より以上の規定が置かれた趣旨というのは必ずしも私にはよく分からないところがあります。部会長がおっしゃったように、ほかに手続が当然的に移行するという制度はあるわけです。例えば、適切な例かどうか分かりませんが、手形訴訟が通常訴訟に移行するとかですね。ただ、そういうのとこれは性質が違って、手形訴訟の例で言うと、本来の手続ではない簡易な手続から本来の通常手続に移行するということですが、先ほど来出ているように、調停事件と審判事件というのは恐らく概念的には別事件でしょうから、それが当然に移行するというのはやや異質な制度かなという気がして、その趣旨は必ずしも分からないところがあるという気はします。

2点ほど質問したいのですが、現在、実務において、調停を担当する裁判官と審判を担当する裁判官が異なる事件がどのくらいあるのか。仮に多少なりともあるとすれば、それはどういう理由でそういう扱いをしているのかということが一つ目の質問です。

二つ目の質問は、当然移行というのが裁判所にとっても、あるいは一般の当事者にとっても便利な面があることは確かだろーと思いますが、仮にこの当然移行の制度、規定がなくて、申立てをもう一度しなければならぬ制度であった場合、実務の現在やっておられる方々の感覚というか、実務の経験として具体的に生ずる不都合というものを、こういう不都合が明らかに生じるのだという例を挙げていただければと思います。

- 伊藤部会長 ただいまの三木委員の後半の質問部分でございますが、まず、調停主任である裁判官と家事審判官である裁判官の関係についてはいかがでしょうか。長委員、よろしいですか。前半の方をまずお願いいたします。
- 長委員 調停事件を担当する裁判官と審判事件を担当する裁判官が異なることはあると思います。ただ、事務分配上、調停事件を担当した裁判官がそのまま審判事件を担当することが多いと思います。何らかの理由で、ある裁判官が調停事件だけを担当して、審判事件は別の裁判官が担当するということはありません。
- 伊藤部会長 ただいまの長委員の御説明部分に関してはよろしいですか。
- 三木委員 具体的な数字で出せないのは私もよく分かっておりますけれども、印象でも結構ですが、そういう裁判官が異なる事件というのはどの程度、比率あるいは数がありそうなのでしょうか。
- 長委員 印象だけですけれども、恐らく異なることは1割以下なのではないでしょうか。ほとんどが共通した裁判官だと思います。
- 伊藤部会長 三木委員、よろしいですか。
- 三木委員 結構です。
- 伊藤部会長 そうしましたら、2番目の問題、つまり、移行するのではなくて、新たに審判申立てを要求するとした場合には想定されるような不都合といいますか、当事者の不利益といいますか、これに関してはいかがでしょうか。
- 長委員 今の御質問からすると、その構造は離婚調停と離婚訴訟の関係と同じになってくると思うのです。新たな審判申立ての後の手続はゼロからスタートいたしますが、例えば、現行の乙類審判の場合には資料が引き継がれていくことが前提になっておりますので、不調になる可能性もある程度含んでいる調停事件の中では、審判に移行することを見越して、問題点をはっきりさせたり、それを解決するために、例えば鑑定が必要であれば鑑定をしたり、寄与分の問題であれば調査をして、報告書を開示したり、一定の手当てを尽くした上で、調停案を提案するわけです。調停から審判に当然に移行するという制度では、調停で行われた証拠調べの結果とか調査の結果を審判でも使えるわけですが、審判のために新たな申立てが必要になるという制度の場合、まずそもそも主張自体ゼロからスタートさせることになり、証拠についても、提出時期が変わってくると、例えば前にやった鑑定から時間がたてば今度はまた新たな時点での鑑定が必要になってくることもあるでしょうし、せっかく整理した内容が無駄になってしまうというのも結構出てくるのではないかと思います。ですから、現在の手続構造に比べて時間と労力をかなりかけなければならないことになるのではないかと思います。
- 三木委員 私の質問の趣旨ですが、資料の移行の問題は2で扱いますし、もちろん資料の移行が主たる関心事であることはよく分かっておりますが、資料の移行は、たとえこれが当然移行するという現行の制度を維持したとしても、切断する仕組みも理論的にはあり得るわけですし、反対に、当然移行しない、つまり申立てが要するという制度をとったとしても、いいかどうかは別として、記録をそのまま援用するとか使うとかいうような便法を何かしら考える余地もないわけではありませぬので、資料の点は置いておいて、それ以外で何か不都合がありますかという趣旨の質問です。
- 小田幹事 改めて申立てを要することになりますと、先ほどから管轄の問題が出てお

りますが、もう不成立になりました、改めて申立てをしてもらう必要がありますが、それは別の裁判所に申立てをしてもらわなければいけませんというのはどうしても出てくることだろうと思います。

もう一つ、そうなりますと、仮に同じ裁判所に申立てをしてということだったとしても、どうしても申立ての手續などの関係から改めて期日を設けてという、形式上も一からやり直しということになってきますと、時間の問題がございます。これも一つの運用として、調停不成立になったときに、その際当然に移行する、それから当然その調停委員会を構成していた裁判官が家事審判官として担当することが前提ですけれども、その双方がそろっているときには、その場で、審判に移行しました、では審判移行したということで期日を開いてこのとおりでよろしいですねと、特に養育費、婚姻費用などですが、それに基づいて審判をしますということで、資料の点が整っているからということはありませんけれども、不成立即当然移行ということであればすぐに審判に移ることができまして、迅速な解決が図れる。それが妨げられるということもあろうと思います。

○伊藤部会長 三木委員、よろしいですか。いろいろ御意見があると思うのですが、それはまた御意見として承ることにして。

○三木委員 今意見を言うつもりはないのですが、御説明が必ずしもよく分からなかったのですけれども、やはり多少資料と絡んだようなところのある御説明だったものですから、なかなか資料を抜きにして語れないのだろうとは思いますが、繰り返しますが、資料の流用の点は別にしてやると。先ほど手續の遅れとおっしゃいましたけれども、実際、現在こういう規定があって、その規定がない状態のことを聞くのですから、お答えしにくいとは思いますが、どのぐらい、どういう理由で遅れるのかがよく分からなかったのですが。

○長委員 補充するとすれば、新たな審判申立てをするという前提であるとする、前に調停を担当していた裁判官ではない裁判官が審判を担当するということは普通のこととして起こると思います。そうしますと、完全にゼロから始まる、思考としてもゼロから始まることになるかとは思いますが。

○伊藤部会長 三木委員の御質問はどうでしょう。お答えが難しいかと思いますが。

○菅野委員 思い出したことがあったのでお話しします。民事裁判でも、中学生、高校生が随分傍聴に見えられるわけです。質問タイムということで質問させるのですけれども、一つの典型的な質問は、民事裁判というのは何か主張とか議論とかしているのだと思ったらそうではなくて、期日の打合せを延々とやっている、これは何なんですか、どうして1か月以上先の日になるのですかという、これが極めて典型的な質問なのです。よく出ることなのです。

それで、実際に新たに申し立てることになりますと、申立てまでの時間もあるかもしれませんが、当然それに対して、まず裁判所の方で、訴訟で言えば訴状審査ということになりますけれども、申立書審査という手續が起きるでしょうし、それが書記官室と審判官を回って、それから期日指定、あるいは期日を指定するのかどうかとか、そういういろいろなことの手續が進んでいく。そうすると恐らく1か月半とかそういうタイムラグは出てきてしまうのではないのかなと思います。それに対して、今の家裁で、ここは不成立です、では次に審判に移りますねというと、その場で両当事者がいるところで、次の手續は何になるのか、そして、次の期日の日にちを決めるという事柄と、もう一つ、次の手續で何をするか、何を準備してもらうのかという事柄が決められますので、確実に1期日分はそこで省略されているのでは

なかろうかと推測いたします。

○伊藤部会長　いかがでしょうか。私も実務のことは全く分かりませんが、相当期間がかかるということは経験則的に見てもそう御異論がないところかと思えます。

○三木委員　特に2の方はいろいろ議論もあるでしょうし、私も多少の意見はありますが、1の方に特段意見があって御質問したいというよりも、増田幹事も御発言の途中から2の資料移行の問題に話が移ってしまいましたが、もともと当初の御質問の意図は、全体の議論を始める前に両手続の関係を整理しておかなければいけないのではないかということであったので、整理をするために質問したということです。

○伊藤部会長　なかなか中身の御意見に入る段階が難しいかと思いますが、両手続の関係についての基本的な考え方に関してもう少し御意見をちょうだいできればと思います。

○長委員　先ほど、心証の形成を引き継ぐのかという問題がありました。単独調停が不成立になった後、その審判官が引き続き審判手続を担当するときは、心証を引き継ぐことになると思います。調停委員会が調停を行ったときは、その構成員であった審判官が審判手続を担当すれば、心証が事実上引き継がれることになると思います。審判段階で、新たに主張立証がされれば、審判官は、新たな心証を形成することになります。

○伊藤部会長　ありがとうございます。

○山本幹事　今の御発言にやや疑問を持ったところがあるのですが、そうすると、心証が引き継がれるかどうかというのは、たまたま家事調停を担当されていた裁判官がそのまま審判を担当するときは引き継がれるけれども、事務分配等で別の裁判官とか、あるいはもともと家事調停官が調停を担当していたような場合はそうだと思いますが、それは引き継がれないという、そういう偶然的な事柄によって左右されるということなののでしょうか。制度的には違う人がやるということがそもそもあり得て、かつ、弁論の更新のような前の手続を後に引き継ぐような手続をとっていないとすれば、論理的に心証が引き継がれることは前提とされていない手続である。もちろん、同じ方がやられれば事実上のものとしてはあるのだろうと思います。それは裁判官が訴訟上の和解をやられるときも事実上のものとしてはあるかもしれないですが、和解で何らかの心証を持ったとしても、それは判決手続では用いることはできない。それと同じような関係が調停と審判の間にもあるのかなという印象を持っていたのですが。

○長委員　その点は、御指摘のとおりだと思います。同一の裁判官が調停と審判とを担当すれば、事実上心証が引き継がれるということはあると思います。そして、それが実際の実務の運用においては大変有効に機能していたのではないかと思います。

○伊藤部会長　山本幹事、いかがでしょう。今の根本的な問題についてはどう考えたらよろしいでしょうか。

○山本幹事　根本的な問題というか、私自身は、2の前提として心証が引き継がれると考えられないとすれば、調停手続での資料については、先ほどから御議論があるように、事実の調査で、審判手続で新たな取調べが行われていることを前提にしてその議論が発するのではないかと考えておりましたので、先ほどのような御確認をさせていただきました。

○伊藤部会長　言わば両手続が当然に一体のものとして構成されているわけではなくて、資料が引き継がれるという前提に立っても、それを引き継ぐための手続があり、それを踏まえてということですね。

○山本幹事 私自身はそう思うしております。

○金子幹事 この1と2が非常に密接な関係があるということで、両方併せて御議論をいただいてよろしいと思うのですが、あえて1のところだけ考えていただくとすると、調停不成立になったときに改めて審判の申立てをする機会を与える、言わば一回頭を冷やしてもらうなりして改めて申立てをしてもらう方がいいのか、あるいは調停を申し立てた者は当然最終的に審判まで求めているので、当然移行の方が当事者の意思にも、便宜にもかなっており、その方がいいと考えるのかといったことだと思うのです。資料の取扱いについては三木委員御指摘のとおりいろいろな工夫が考えられると思いますので、その点を別にして、1のところでは何か御意見があれば、今の段階でいただきたいと思います。

○脇村関係官 ここでは家事審判法第26条第1項だけを取り出していまして、ちょっと分かりにくいところがあるかもしれませんが、第26条全般について御説明させていただきますと、第26条第1項が乙類審判事件は当然に移行するとしておりますのは、部会資料に書いてありますとおり、当事者が調停を求めている以上審判についても求めているだろうということも踏まえて、新たな申立ては必要ないものとしているところです。他方、第2項が、調停から訴訟に移行するときについて、当然移行するのではなくて新たな申立てにしているというのは、この訴訟については公開の法廷で審理されることがありますので、当事者が調停をやっているからといって当然訴訟についてもやりたいとはいえないのではないかということから、これについてはもう一度当事者に選択といいますか、本当に訴訟までやるかどうかについて機会を与えようということで切っているところでございます。もともと第26条の趣旨というのはそういう観点からなされているところでございますので、先ほど金子幹事から説明がありましたように、新たな申立てを必要とする理由があれば是非教えていただきたいと思います。

○伊藤部会長 そうしますと、ここで掲げられている考え方を前提にして両手続の関係をどう考えるかという問題はもちろんあるわけですが、今、金子幹事や脇村関係官から発言がございましたように、考え方として、審判の申立てがあったものとみなすと。今、家事審判法第26条第2項との対比がございましたが、この考え方自体に対して別の考え方に合理性があるのではないかというような御意見はございますでしょうか。

○三木委員 結論から言うとそういう意見ではないのですが、先ほどの私の質問も含めて、私自身は、この当然移行の規律を特に変えなければいけないような立法事実があるとは思っておりません。ただ、確認したかったのは、この規定を維持するにしても、先ほど来何度も出ておりますように、両手続は手続としては別であるということをここで確認しておく。というのは、違う意見もあると思うので、違う意見があればもちろん出していただいて結構ですが、そういう意見を持つ人は少なくとも今までの発言ではかなりいらっしゃったということですので、そこで議論があるなら更に議論をすればいいと思いますが、私自身は手続としては別手続だと思っていますので、もし異論があるのであれば議論をするし、ないのであればそれを前提に以下の手続を議論することを確認するということには意味があるのではないかと思います。

○伊藤部会長 ほかに御発言ございますか。

○増田幹事 三木委員と全く同じ意見でございます。私自身も、調停の申立時に審判の申立てがあったものとみなすこと自体について異論があるわけではありません。ただ、現在家事審

判法第26条の解釈として本来想定されている以上のものがいろいろと盛り込まれているのではないかという危惧を指摘したかっただけのことであって、別の手続であることを前提として今後の議論が進むのであれば、それで異論はありません。

○伊藤部会長 ほかにいかがでしょうか。

そういたしますと、審判の申立てを調停不成立によって擬制するという手続的な規律自体について御異論があるという御意見はないようですが、それを前提にして、別の手続と言った意味は、調停手続と審判手続ですから、これは別の種類の手続であることは間違いないので、そういう意味で別である。あるいは、その手続を主宰する主体としても別である。そういう意味で別の手続であるということについては、特段それと違った御意見があるというわけではないと承ってよろしいでしょうか。ただ、そのことを前提にしてもなおかつ、二つの手続の実質的一体性を確保する上で2に掲げられている点についてどう考えるかという問題が残されている。このような整理でよろしゅうございましょうか。皆様の認識と大きく違っているのであればおっしゃっていただいて、違ってないのであればそういうことで2に進みたいと思いますが、よろしいですか。

それでは、今、大分関連する御審議をいただいたわけでございますけれども、2の、言わば実質的な意味での本体部分ということになりましょうか、家事審判手続において家事調停手続の資料をどのように取り扱うべきかということで、（補足説明）の2にございますように三つぐらいの問題があろうかというのが事務当局の整理でございますが、ただいまの御発言と重なっている部分についても余りお気遣いなく、それぞれの御意見をちょうだいしたいと思います。

○山本幹事 先ほど、私は前提的な認識を発言させていただきましたが、そのような前提で、私自身は、この問題は審判手続の中で調停事件の記録をどのような形で取り調べるのかという問題だと思っております。審判手続は職権探知の手続で、原則として取調べの対象に制約がないとすれば、調停事件の記録も取り調べられる、そしてそれが判断の基礎になるということだろうと思います。ただ、その際にやや注視すべきかなと思っているのは、そういうことが調停手続を始める段階で当事者にも認識されていることが重要なと思っています。当事者としては、先ほど来出ている、別の手続だと思っているとすれば、調停だからこそうような資料を出す。ところが、調停が不調に終わった後、審判の中でそれが当然に判断資料とされることが不意打ちになる可能性はありますので、そんなことなら調停の段階でも出さなかったということがあり得ると思われま。その認識させる方法はいろいろなことがあり得るのかなと思いますけれども、やはり当事者がその点を調停段階で十分に認識する必要があるかと思っています。

それから、それが今のような形で審判手続の取調べの中で資料化されるということであるとすれば、審判手続における手続保障がやはり必要だろうと思っております。家事調停の段階と家事審判の段階では、事件記録に対する閲覧等の規制が変わってくるかもしれませんが、審判手続の資料にする以上は、当事者には家事審判手続における閲覧等の開示の規律が当然保障されることになるだろうと思います。

ただ、このような考え方は調停手続の機能を損なうおそれがあるのかもしれませんが。つまり、後の段階での判断の基礎になることをおもんばかって調停の段階で当事者が十分な資料を提示しなくて、それが調停における円滑な話を妨げるおそれがあるのかもしれないと

いうことは思っております。もしその点が懸念されるのであれば、政策的に審判手続における真実発見の要請よりも調停手続の方が重要だということがあるとすれば、調停の資料を当然には審判の資料にはせず、もう一度審判手続で改めて提出させるというような規律をする可能性はあり得るだろうと思います。私自身はどのような規律が相当かという定見は持っておりませんが、少なくとも、最初に申し上げたように、当事者が調停だけだと思って提出していたのに、それが当然に審判の資料になってしまうということが起こり得るとすれば、それは相当な規律ではない、それは避けるべきだろうと思っております。

○伊藤部会長 山本幹事の御発言の趣旨を正確に理解しているかどうか自信がありませんが、最後の部分でおっしゃったことは別にして、それまでにおっしゃったことは、形としては、調停手続において提出された資料が当然に審判手続における資料となるという前提に立ちながら、資料になることを何らかの形で調停の当事者に認識せしめて、それが手続になるのかどうかはつきり分かりませんが、そういう措置が必要であろうということですね。したがって、例えば、当事者の側から、これは調停には出すけれども審判の資料にはしないでくれという意味での処分権のようなものを認めるという御趣旨ではありませんね。

○山本幹事 今の点は、職権探知を前提としておりますので、そういう職権探知は何のためにあるかといえ、真実発見のためのあるのだとすれば、そこで当事者の処分権を認めるのはやや矛盾してしまうと思っております。

○伊藤部会長 ありがとうございます。

どうぞ、小田幹事。

○小田幹事 今の山本幹事の御発言の中にもありました、当事者が調停段階だけだと思って資料を出したところ、審判の資料に当然になるということで、ある意味で不意打ちといいますか、当事者の本来の意向と違って、こういうことを避けるためにという問題意識があることは十分理解しております。他方で、内部で議論をしたときも、具体的にはどういう事案で、どういう書類なのだろうかというのが余り具体的な例として挙がってこなかったものですから、これはむしろ日弁連の委員・幹事の方かなとも思うのですけれども、現実にはこういった事件でこういった場合があったとか、あり得るとか、そういうことでもいいと思うのですが、そこら辺をお聞かせいただけるとこちらも分かりやすいので、可能でしたらお願いしたいと思います。

○伊藤部会長 そういたしましたら、今の小田幹事からの御発言で、調停では自らの立場を正当化するための資料として積極的に出したい、あるいは場合によっては求められれば出す、しかしそれが審判で使われるとなるとちょっと困りますよということについての具体例を教えてくださいと有り難いと私自身も思いますが、杉井委員その他の弁護士会の委員・幹事の方、いかがでしょうか。

○杉井委員 完全に的確なお答えになるかどうか分かりませんが、一つは、調停の段階というのは基本的に出した資料が相手方には渡らないという前提で出しておりますので、本人が書いたものにしても何にしても、結構感情的な、相手を誹謗中傷するようなことも含めて感情的な文章で書かれた資料も提出されることがよくあると思うのです。

もう一つは、結局調停の場合には相手の申立てがどういうものであるかということも、現在の場合、例えば調停申立書一つとっても、完全に開示されるわけではありません。原則的には非開示という扱いになっているわけで、相手の主張、相手の申立てがきちんと把握でき

ない中での資料の提出となりますので、そこら辺の双方の主張が行き違う中で、向こうからこういう主張が出ていたのであればこちらはこんな主張はしなかったとか、こんな証拠は出さなかったとか、そういうことが現実であり得るのではないかと思います。実際にも、当事者の意識として、これは調停限りにしてほしいと本人が強く望むこともあります。

それともう一つ、今現実には私が扱っている事件で、子供の面接交渉の調停事件があります。こちらは相手方の代理人ですけれども、相手方としては、これは母親ですけれども、DV絡みの事件なものですから、父親からの面接交渉に応じられないという立場です。そして現実には学校に申立人がいきなり来て、そのために子供がパニック状態になったということもありまして、会わせられないということを言っているのですが、そのときに調停委員から、その辺の事情について何か文書を提出してくださいと言われてまして、母親が陳述書を提出しました。学校の先生はこのときこうだった、申立人が来てこうだった、ああだった、そして子供はこうだったというような、結構詳細に書いた陳述書を提出したのですが、調停委員から、これは相手方に開示していいのですかと言われたので、開示しては困りますとこちらはお答えしたのです。もちろん今度は記録開示の問題になってくるのかもしれませんが、調停段階だから提出したのであって、それが完全に記録開示ということになると調停段階では提出しなかったかもしれないというそのような事例もありました。

いずれにしても、理論的に整理して申し上げられませんが、一応実務の感覚としては、調停段階だから提出する、審判になったら提出したくないという資料は実際に存在するというのが私の実感です。

○伊藤部会長 どうぞ、栗林委員。

○栗林委員 そういう資料としては2種類あると思うのです。一つは、相手に見られたくない資料。もう一つは、審判で使われると困る、裁判官に審判で判断の基礎としてもらおうと困る資料という2種類があるのではないかと思います。

相手に見られたくないものとしては、例えばDV事案であるとか、子供の意見とか、それからDV事案の場合であればその所在地であるとか、将来の夫婦関係とかそういうことに影響があるような問題とかもあります。

審判で使われると困るものとしては、例えば遺産分割で生前贈与を受けたとか、そういう事実で、確かに贈与があった事実はあるかもしれないけれども、例えばそれはお互いにあったと。相手もあったような場合ですね。だから、その贈与を生前贈与と判断するかどうか微妙な判断だけれども、調停だからあったと言ったけれども、これがもし裁判の基礎となるのだったら、その評価の仕方が変わってくるのではないかと思います。あと、例えば婚姻費用の中の給与とか所得についても、それを当事者に認めるかどうかは別として、当事者の意識としては、調停だから一応開示してもいいという判断はあったのではないかと思います。

○伊藤部会長 どうぞ、栗林委員。

○栗林委員 先ほどの事実の評価の問題なのですけれども、例えば、調停のときに、お父さんが私のことをどれだけ愛してくれたかを示すためにこんなことをしてくれましたと言っていた。だけど、審判で生前贈与を受けたと認められるのだったら、それは評価が違うから、その事実をそのまま使われるのはちょっと違うのではないかと、そういうことはあるのではないかと思います。

○伊藤部会長 ただいま、杉井委員、栗林委員から具体例についての説明をいただきましたが、何かその点に関して御質問などございますか。小田幹事、いかがですか。

○小田幹事 まず、杉井委員が最初におっしゃった、相手方に対する悪口などという点ですが、それは正に今後議論されるところでしょうけれども、家事審判において申立書の送付が現状のままで果たしてできるだろうかとということと共通することであろうと思います。

その次に、今は調停の中で相手方当事者の主張を十分に聞けていないという問題意識から行き違いのような場合があるのではないかとということだったろうと思います。その点については、家事調停の現状としては確かに当事者の言葉そのまま、書面そのままをその度その度に伝えていくととても調停の成立を目指せないという危機感から、調停委員会で、そこはきちんと伝えるという目的を達せるように、ただ弊害が起きないように配慮しているところでございます。ですから、そこは、今後どうなるかは分かりませんが、裁判所では、当事者に、手続、それから相手方の主張などの情報をいろいろな制約の中できちんと伝えるようにという運用を実施・改善しておりますので、そういった方向で対応できることだろうと思っております。

それから、給与明細の問題が指摘されました。この点については、仮にそれを当事者が見せたくないと言っても、養育費や婚姻費用を決めるに当たって、この人は現実に給与を幾らもらっているのかというのは、裁判所にとっては知らなければ審判ができない事実でございます。確かにたまに調停の中でこれは自分を出したくないと主張する当事者がいると聞いておりますけれども、そういった場合には、裁判所から、仮に審判になってもこれは必要な事実だから調査嘱託をしてでも入手して調べますということを、これは裁判所の行為として当然だろうと思っておりますけれども、そういった説得をしながら調停の段階で出していただいていることが多いものと思っております。

あと、今伺った限りでは少し漠然としたところですが、例えば第三者から聞いたこと、面接交渉で学校での出来事うんぬんということがあったと思います。その点は記録の閲覧謄写の話になってまいります。審判にとって必要な事実については、当事者からきちんと出してもらった上で、相手方当事者に見てもらいたくないという当事者の意向が相当であれば、人事訴訟法の中にも同様の規定があるように、何らか記録の閲覧謄写の段階で解決されるべき問題であると思われます。したがって、調停の段階で当事者の意向があつて、それを審判段階に引き継がないといったレベルで解決する問題ではないのではないかという気がいたしました。

そのほか、父親にどれだけ愛してもらったかということと贈与の問題という裏表になるものという例がございましたが、その点に関しては、十分な検討をしておりますが、証拠の評価というのは訴訟では裁判官が自由に行うことですから、それを出した上で、出すということであれば、それがどのように評価されるかということは、どこまで当事者の意向が働くものなのかと思った次第です。

そのようなこともありまして、給与明細などは実際にあるようですから、多分そういう御指摘はあるのかなと思っていたのですけれども、先ほど申し上げたとおり、今御指摘されたところは一通り、感想めいたものも含めて以上でございます。

○伊藤部会長 先ほど弁護士会の委員の方から具体例が示され、それに対して、ただいま小田幹事からは、そういった問題についての裁判所側の認識についての御説明あるいは御意見が

ございましたが、それを踏まえまして、先ほど山本幹事からは具体的な考え方の内容をお示ししていただきましたが、更にこの点についての御審議をお願いしたいと思います。

○長谷部委員 私は調停も審判も実務のことは何も分からないのですけれども、比較法との関係で思いつきましたのは、例えば和解のために、この和解の場限りで出すというような資料、without prejudice と言ったりしますけれども、和解が成立するのであったらこちらも多少譲歩した内容でもこういう資料を出しましょうと言って出したところが和解に至らなかったような場合、それは裁判では使わないでほしいということが言われることがありますけれども、調停についても、調停の成立に向けて多少譲歩して出した資料なのに、それが不成立に終わって審判に移行した場合にそれを使われてしまうのは、それは不意打ちになるとか、そういう議論はあり得ないのでしょうか。

○伊藤部会長 そうですね。それはあり得るとは思いますが。

○小田幹事 感覚的で恐縮ですが、家事調停の場合はそういったものは大体口頭のやり取りに尽くされているのではないかと思います。何かそれが紙で体现されて出てきて、委員がおっしゃったようなやり取り、そういった機能、過程は調停の中にもあるものだと思いますけれども、大体そこは口頭のやり取りで尽くされているのではないかなという気がいたします。むしろ正確には長委員の方が実情をよく御存じだとは思いますが。

○伊藤部会長 長委員、今の点で何かございましたらお願いします。

○長委員 調停を成立させるために双方の当事者が譲歩するということはよくあります。譲歩する対象となる事項を調停委員会が明示しまして、例えば双方の主張する金額が大きく異なる場合に、この点についてどうしますかとお尋ねしたときに、当事者が資料を出した上で歩み寄るというよりは、具体的な金額の主張を詰めていって、ではこうしましょう、あるいは、例えば、相手方から、他方の当事者は特別受益があるはずだから具体的相続分額を減らさなければいけませんという主張があったところを、話合いの結果、もうその特別受益は調停の場においては主張しませんと、こういうやり取りはあります。しかし、一方当事者が、調停にのみ使用するという条件で、裁判所にだけ資料を出してやり取りするということは、私は経験がありません。むしろ審判になったら改めて資料を出しましょうということはありません。調停委員会にだけに見せるために資料を出すということです。

○長谷部委員 はい。

○杉井委員 私は現実にはそういう資料を提出した経験は何度もあります。なぜそのぐらい譲歩するかについて、やはりそれなりに根拠を示さなければいけませんし、調停委員からも、どうしてそういう数字になるのですかということで、ペーパーを出してくださいということと言われて提出したことは何度もあります。

○伊藤部会長 杉井委員、お差し仕えなければ、それはどういう性質の資料でしょう。これは調停だから出すのですよ、それ以外のところでは困るからというのは。

○杉井委員 例えば損害賠償の場合に、全項目からするとこのぐらいになるという金額がありますよね。でも金額的に譲歩できるとしたらこの程度だというときに、もちろん口頭で大ざっぱにこのくらいと言うことももちろんあります。それで済む場合もありますけれども、项目的にどの項目だったら減らせるのか、そういうことについてもう少し明確に出していただきたいと言われて、それなりに項目も整理して、この程度の金額なら譲歩できるというような感じで提出することがあります。

- 長委員 私は地裁の通常部で損害賠償事件を担当したことがあるのですが、要するに金額を積算していくときに、各項目についてここまで譲れるという数字を準備書面の形でお出しになるということとはまた別なのですか。
- 杉井委員 もちろん準備書面のようなもので出すこともあります。どちらかというと言準備書面のようなものでしょうね。
- 伊藤部会長 訴訟であればそういうふうになるけれどもということですよ。調停の場合ですから。
- 杉井委員 ええ。
- 長委員 長谷部委員がおっしゃったのは、証拠をお出しになった例ですね。単なる主張だけのものでは、それは、とりあえずこの段階の主張はこうですと、そういう書面は出てまいります。ただ、それは調停を前提とした書面ですから、合意ができなければその書面によって拘束されることはないと思います。
- 長谷部委員 私の説明が抽象的で、舌足らずでしたが、先ほど申しました例は、典型的には和解の金額でもめているときに、幾らまでなら出せるということと、幾らだったらのむというのをその場でお互いに見える形でしますとなかなかうまくいかないというときに、紙に書いて、私は幾らまでだったら出せる、こちらは幾らまでだったらのむというようなことをやって、それを調停委員のみで見て決めるというようなことが仮にあるとしまして、それで結局は全く金額が違って折り合わないときには不調になると思うのですが、それで審判になったときに、例えば、調停で100万円までなら出せるといった方が、審判で100万円と裁定されては困るというようなことはないかという趣旨です。
- 伊藤部会長 どうでしょうか。主張といいますか、申出といいますか、そういう性質のものもあると思いますが、しかし他方、出せるということの根拠として何らかの客観的資料を提示するということもないわけではないと思いますので、そういう意味では、長谷部委員のおっしゃるようなことも、あるいは杉井委員のおっしゃるような場合もあり得るのかなという気はしますけれども。
- 長委員 主張として、自分の今の考え方としてここまで譲歩しますという書面が出てくるとはよくありますが、それはその限りのものであるということが前提になっていますから、仮に明らかになっても、拘束されることはありません。
- 伊藤部会長 それ自体はおっしゃるとおりだと思いますが。
それでは、どうぞ、増田幹事。
- 増田幹事 長委員に質問なのですが、今のような書面は、調停が終わったときに返されるのでしょうか。それとも記録についたまま審判に行くのでしょうか。
- 長委員 記録につづられます。その場合に、相手方に見せてほしくないという前提でもらったものであるとすれば、相手方に交付していないことが分かるような形で残されることがあります。
- 増田幹事 もとに戻って私の当初の2に対する意見ですが、山本幹事と問題意識はほぼ共通なのですが、結論としては、やはり審判手続においては家事調停手続の資料を当然に資料とすべきではないと考えております。ただ、職権主義でございますので、事実の調査として調停手続の資料を使うことについては特に否定するつもりはありません。しかし、審判手続で使うときには、まず当事者の援用があるか、あるいは事実の調査をするという手続を

とられるか、いずれかの手続によって審判手続に乗せることが必要であると考えております。その理由は、山本幹事がおっしゃったように、手続保障、不意打ちを防ぐ必要等です。閲覧・謄写等に問題があるのであれば、それは別に規定を整備すればいいことであるし、資料を当事者が援用する際に、それで改めてコピーをとったり遅れたりというようなことが問題になるのであれば、そこも何らかの簡易な提出方法と援用方法を整備すればよいことであると考えております。

○伊藤部会長 確認させていただきたいのですが、先ほどの山本幹事の御発言では、調停の段階で、これは審判に移行した場合には審判の資料にもなりますよということについて当事者に認識させなければいけないということがあったかと思いますが、増田幹事の今の、当然には駄目だけれども、事実の調査という手続を踏むのであれば差し支えがないというお考えと、先ほど山本幹事がおっしゃった調停の段階での当事者の認識を促すという、その関係はいかがでしょうか。

○増田幹事 山本幹事がおっしゃった、当事者にそういった認識をさせなければならないということについてはもちろん賛成ですけれども、それ自体を調停の手続の中で手続的に保障するのは技術的に困難ではないかと考えております。もちろんそれは運用としてそうすべきであらうとは思っております。

事実の調査という手続を踏んでくださいというのは、事実の調査を踏めば、その結果の告知等は当然今回の改正で入ってくるだろうと思われまので、それに対して当事者がいかなる資料に基づいて判断されるかについて予想をつけ、それについて意見を述べる機会が与えられるということだと考えております。

○伊藤部会長 審議の途中ではありますが、ここで休憩させていただきたいと思います。

(休憩)

○伊藤部会長 それでは再開させていただきます。

先ほど、増田幹事からの御発言があったところで休憩に入りましたが、増田幹事の御意見、それからそのほかの御意見も踏まえまして、もう少しこの点に関して意見交換と審議をさせていただきたいと思います。

○高田(裕)委員 前提の確認をさせていただきたいと思うのですが、ここで言う資料というのが何かということでございます。先ほど来、証拠に当たる資料に限定する趣旨の御発言と、調停段階でなされた様々なやり取りも資料だという理解もあり得たようですし、先ほどでてきた言葉で申しますと準備書面をどう位置づけるかという問題もあり得そうな気がしますが、私自身は山本幹事と同じように事実の調査を介するという立場ですので、審判段階で事実の調査の対象となり得るものすべてが資料だと理解しているのですけれども、それでよろしゅうございませうでしょうか。

○脇村関係官 部会資料は、調停段階の資料すべてを前提に記載しているところでございます。

先ほど長委員から、準備書面とか、あるいは譲ったときに書面を出すとかいうお話があったと思いますが、私としては、そういったものも資料になるけれども、証拠価値がないという整理になるのではないかと理解していたところでございます。

○伊藤部会長 よろしいですか。

○高田(裕)委員 ありがとうございます。

○伊藤部会長 高田裕成委員の御意見としては、山本幹事あるいは増田幹事の発言にございましたように、言わば当然になるわけではなく、裁判所の事実の調査という手続を経てそれが審判手続の資料になる、このように承ってよろしいですか。

○高田(裕)委員 はい、事実の調査と見てよいのではないかと申し上げたのは、今おっしゃったとおり、当然に資料となる十分な根拠を今のところ見いだし得ないということとして、他方で事実の調査という手続を経るとすればそれなりに合理的な説明が可能ではないかということでございます。

もう1点は、これも山本幹事もおっしゃいましたし、増田幹事も前提とされておられますが、事実の調査という手続を踏まえますと、事実の調査に対する手続保障をかぶせることができるわけです。事実の調査についてはそれを行ったことを告知しなければいけないということを含めまして、様々な手続保障について議論しており、恐らく家事審判においても非訟と同じような議論をこれからすることになると思いますし、とりわけここでは相手方のある事件を想定しておりますので、相手方のある事件についての事実の調査についての手続保障の規制をかぶせることによってそれなりの手続保障に対する手当てはできるのではないかと考えているためです。

むしろ、私自身が関心を持ちますのは、これも最初に山本幹事がおっしゃったことでして、山本幹事は「政策的に」とおっしゃったかと思いますが、事実の調査によって、審判の判断材料になるということが調停の成立に悪影響を与えないか、そうした副作用を伴わないのかということでもあります。長谷部委員の御発言も恐らくその真意はそこにあったのだろうと理解しているわけですが、審判手続で利用することができるという規律が、調停限りでという限定で資料を提出することを妨げ、あるいは裁判所ないしは相手方に調停成立のために必要な情報を提供することを妨げ、結果として調停の機能を阻害することになるのではないかとということにやや不安を感じております。この点について、研究者は、外国における議論や規制例を見て、調停手続の資料を審判手続、後の裁定手続で使うことは調停の機能を害するのだという議論に共感を覚えてしまう傾向があるわけですが、そうした考え方を基礎に今回の立法をすることになるのか。とりわけ実務家の方に、調停手続の資料を審判手続で利用することになっても調停に対する機能阻害というのは起こらないということを御説明いただいて、安心できる立法ができればと考えておりますので、そのあたりについての御感触をお伺いできればと思います。

○伊藤部会長 高田裕成委員の御発言で、調停に対する副作用といいますか影響の部分はそれとして考えなければいけないけれども、ここで問題とされていること本体の部分に関しては、事実の調査という手続を経て、もちろんそれに付随する手続保障的な措置はありますが、審判手続における資料として取り扱ってよろしいと、こういうことでよろしいですね。

そういたしますと、先ほどから、山本幹事、増田幹事、ただいまの高田裕成委員からは、若干の違いは別として、今私が申しましたような形での意見が開陳されておりますけれども、それに対する評価なども含めて、ほかの委員・幹事の御意見を承れればと存じます。

○三木委員 言うまでもなくこの問題は難しいところがありまして、私は二つの観点から申し上げたいと思います。一つは、やや理想主義的な観点からの発言であります。理想主義的という意味は、直ちにそれに沿って制度をどうこうしろということのかということ、それは難しい面もあり

ますねというふうに腰砕けになるような趣旨の発言であります。しかし、では言わなければいいのではないかと思うかもしれませんが、それはやはりこういう機会というか、私の発言というよりも、この立法の際にはそういう発言もあったということを記録に残しておきたい趣旨の発言が一つ。二つ目は、それに比べればやや現実的な発言であります。

先ほど来出ている議論は、調停で出た資料を審判の方に出さない方向での議論で、調停にどんどん資料を出すことによって調停を活性化する方向の議論ではなかったわけです。もう一つが、調停では出せるけれども審判では出たくないというときの、その出たくないという意味は、主として相手方に見せたくないということであって、調停官、審判官、そういう裁判官側に見せたくないという趣旨のものは少なかったと思います。もちろん資料というのは先ほどの主張的な資料も含めてですけれども、そういうものもあるわけです。先ほどの高田裕成委員の御発言にも、こういうことを言うと調停が阻害されるおそれがあるのではないかという趣旨の発言がありましたけれども、調停を活性化しつつ審判の方にも当事者の手続保障を害さないというやり方をとる方法がないわけではない。それは調停官と審判官を分ければできるわけです。この2の議論は、専ら調停官と審判官が同一人であることを所与の前提として書かれているわけです。ただ、先ほど言いましたように、何か制度的な発言を今しているのかと言われると難しいところがあるのは、2点ありまして、一つは人的な問題とか実務的な問題で、常に調停官と審判官を分けられるかという問題があります。もう一つとしては、同一人であることのメリットというのは私も分からないわけではない。心証を引き継ぐうんぬんという話が当初出ましたけれども、その弊害があると同時に、心証が引き継がれることのメリット、特に実務の方はそのメリットを強く感じておられるだろうと思います。ということもありますので、こちらの側面ではなかなか難しいところもありますけれども、抽象的に申し上げれば、冒頭の私の質問で、長委員から、もちろん印象論でしかお答えできないですけれども、1割ぐらいの事件は別人かもしれない。ということは、9割ぐらいの事件は同一人であるというのを当然のこととしてこれからもやっていいのかどうか、多少分けるという運用にも目が向けられていいのではないかという、これは立法における具体的な発言ではありませんけれども、多少感想めいたことを申しておきたいというのが1点目であります。

2点目であります。では調停官と審判官が同一であることを前提としてこの資料にあるような問題をどう考えるかですが、山本幹事がおっしゃったことにかかなりの部分賛成する部分と、若干異なるのか、あるいは異ならないのかよく分からない部分とがございます。

賛成する部分は、調停における資料が当然に審判手続で引き継がれるという前提で制度を仕組むのであれば、やはり調停開始直後の最も早期の段階で、そういうおそれがあることを何らかの形で当事者に認識させる必要が手続保障的にはあるのではないかという気はいたします。私も調停のことを全く知らないわけではありませんので、そういうことをやるのが調停に対して悪影響を与えるのではないかという懸念は分からないわけではありませんけれども、インフォームド・コンセントということを考えますと、自分がこれからなされることを知らないままにやるというのは、医療だろうと法律の現場だろうと望ましくないもので、引き継がれるのだったら引き継がれるということを知った上でやらせるというのはどうしても必要ではないかという気はいたします。増田幹事が、趣旨に賛成しながら、しかし法律的にはできないという趣旨のことをおっしゃいましたけれども、やるとすれば、今から言うのは一つの余り深く考えていないので、種々多様な工夫があり得るのだろうと思いますけれども、一つには、教示義務とい

いますか、調停官に対して手続の冒頭でそういうことを教示する義務を明文化する。それはもしかしたら規則事項かもしれませんが。後で実務家の方々の御発言があるでしょうから、その当否は私には分かりかねるところもありますけれども、そういう可能性は具体的にはあり得る。それから、冒頭でそういう抽象的、一般的な教示をするだけでいいのかというと、それでは不十分で、手続が進行していった、具体的な主張あるいは証拠の書面等が出された個々の段階でこれはと思うものが出てきた場合——これはというのは、調停ではいいけれども審判になると本人の意思とは違うことになると思うようなものが出たら、その都度更に重ねての指摘義務というか教示義務というか、そういうのも課すべきではないかという気がいたします。繰り返しますが、そのことによる調停の阻害のおそれがあることは承知の上で申し上げております。

次に、審判に移った後の話ですけれども、先ほど来、審判は職権探知主義である、あるいは事実の調査が許されている、だから当然に調停の資料を審判で使うことは問題ないのだという趣旨の御発言がありましたが、そういった御発言をされる方の概念されているところと私が今から言うところが異なっているのかどうかは分かりませんが、事実の調査だから何でもいいのか——もちろん、何でもいいと皆さんおっしゃっているわけではないですけれども——という気がいたします。具体的に言いますと、事実の調査だから、それが実施されたことを告知する、提案をカバーできるということもありますけれども、それはやや形式的な保障であって、更に加えて、事実の調査といえども手続保障を害していいかどうかはまた別問題で、職権探知だから当事者の不意打ちをしていいか、それはまた別問題でありますので、事実の調査として資料を審判で使うときにも、この資料は調停に出した趣旨と審判に出した趣旨がかなり異なっていると、審判の段階で、つまり事実の調査の段階で審判官が考えれば、その段階でも、当事者の意見を聴くなり、その意見に拘束はされないのでしょうけれども、何らかの審判段階の事実の調査における手続保障というものを重ねて仕組む必要があるのではないかという気がいたします。そういったことが現行の実務にとって一種の阻害要因になるだろうということは認識しておりますけれども、逆に言うと、その程度は、そういうおそれが多少あっても甘受すべき手続保障ではないかと思っています。

それから、今から申すのは、私は民事調停しかやっておりませんで、民事調停と家事調停はかなり性格が違いますし、また、民事調停をやっているといても、自分が体験している事件数はごくわずかですから、余り参考にはならないだろうと思いますが、私が民事調停をやっている印象から言うと、手続の冒頭で——民事調停でも、付調停事件が来た場合には、また不調に終われば訴訟に戻るわけですから、似たような状況はあるわけですが、付調停事件で来た民事調停の冒頭で、これは将来不調で裁判に戻れば使われますよということを行ったからそれほど調停が今と違ってくるかという、これは印象ですけれども、民事調停の私の乏しい経験では、そのような気は余りしない印象であります。

以上です。

○伊藤部会長　ありがとうございました。

三木委員からは、基本的には先ほど来何人かの方から開陳された考え方と同様の考え方で、かつ、調停の段階、審判の段階それぞれに応じて当該資料に関する手続保障を充実するための方策を検討しなければいけないという趣旨の御発言がございましたが、この問題は家事審判の骨格にかかわるような重要な問題でございますので、是非、多くの委員・幹事の方から

御意見をちょうだいした上で今後の事務局の検討を進めさせていただきたいと思いますので、もう少しお願いいたします。

○山田幹事 私も、家事調停の資料を審判に用いることになる、調停では胸襟を開いた議論ができなくなるおそれがあると考えてきましたので、意見を述べさせていただきたいと存じます。

そのような危惧から、調停手続と審判手続の趣旨、制度目的、あるいは手続主体が異なるべきという解釈ができると思いますので、現状ではそうではないという中においても、そのような理念を追求することは必要なことではないかと考えております。先ほど長谷部委員からもお話がありましたけれども、比較法的に見ますと、少なくとも譲歩のための様々な資料、発言、あるいは主張については、調停手続の情報の遮断、あるいはコンフィデンシャルティの保護という形で、例えば証拠能力を否定するなどして遮断されるのが一般的な流れではないかと思えます。ただ、家事に関しましては、職権探知主義に表現されるような公益性、あるいは子ども等の利益の保護という側面がありますので、やや異なる考え方をとらねばならないところはあるのかなと思っております。

現段階での意見としては、恐らくは三木委員がおっしゃった第2の、より現実的とされたこととかなり近似するかと思いますが、事実の調査という形で家事調停の資料等を取り扱いながら、同時に、調停手続の冒頭に教示義務を置くことには賛成いたします。また、調停が不調に終わる時点で、その調停手続でなされた主張等について撤回が必要であればそれができるというような、一種の確認の作業を確保することも考えられるように思います。これは運用上の問題かもしれませんが、あるいは、先ほど三木委員が言われたような教示義務によって事実上なされることが期待できるのかもしれませんが。審判においては職権探知がなされるにしても、調停手続の間は、調停手続の内容あるいは手続の進行等についても当事者の一定の処分権を認め、緩やかに撤回を認めることによって一定の解決ができるのではないかと。調停での処分の自由を残し、その活性化を図りつつ、審判に移行することが可能になるのではないかと考えております。

以上です。

○伊藤部会長 確認ですが、山田幹事が最後におっしゃった撤回というのは、例えばこれだけ譲歩するとか、そういう意味での主張といいますか申出の撤回なのか、それとも、何らかの資料を提示するのだけれども、これは審判に移行する可能性大なのでやめますという話なのか、どちらでしょうか。

○山田幹事 今のところは両方のことを考えております。先ほど、そのような資料が提出されても審判において心証への拘束はないというお話が長委員からもありまして、それはそうなのだろうとは思いますが、当事者の信頼性を考えますと、それを明らかにする段階があってもよいのかなと思いました。

○伊藤部会長 分かりました。

どうぞ、藤井委員。

○藤井委員 企業の立場からは、家事審判手続というかなり特殊な立場について確かな知見があるわけではなく一般的な印象から申し上げるのですが、審判手続という一種裁断型の手続において判断する審判官が、当事者の予期しない事実に基づいて判断を下すということでは、手続保障は不十分ではないかと思えます。そのためには、山本幹事がおっしゃった手続です

とか、三木委員がおっしゃった手続、どれが適切かというのは私は分かりません、それぞれもっともだと思うのですけれども、やはりある程度の手続保障のもとで収集された事実をもとにした審判でないとなかなか納得性が得られないのではないかと、そのところだけ申し上げておきたいと思います。

○伊藤部会長　ありがとうございます。

ほかにはいかがでしょうか。

○高田(裕)委員　議論が調停の充実というところに関係してまいりますので、先ほど申し上げたことにもう一言付け加えさせていただきたいと思いますが、恐らく調停の充実を図るために最も有効な方法は、今、山田幹事もおっしゃいましたように、調停であるがゆえに、そこで合意を調達するために提出した資料を審判段階では使わないという手続が組み込むことだろうと思います。ただ、もちろん職権探知ですし、とりわけ子の利益等重要な資料がありますから、すべて当事者の自由に処分できるとは思いませんが、そうした限定をするための手続が考えられないかということに尽きているのだろうと思います。一つには、これも山田幹事がおっしゃいましたように、証拠能力という形で制限する方法があるということだろうと思うのですが、従来の民訴理論からするとなかなか難しそうな印象もあります。その観点から、山田幹事のおっしゃる撤回というのはある意味で興味深いところなのですけれども、撤回した場合の効果はどうなるのかということをお教えいただければと思います。繰り返しくなりますけれども、調停段階で合意に至るための資料を制限することが望ましいのか、その範囲・方法はどうかということだろうと思いますので、そのためのアイデアをいただきたいということでございます。

○伊藤部会長　山田幹事、何か補足的発言がございましたらお願いいたします。

○山田幹事　余り詳細を考えておりませんでしたが、事実の調査の範囲を制約することはいかがかと考えております。なお、先ほど1点言い忘れまして、今、高田裕成委員に御指摘いただいたことに関連しますが、職権探知ですので、公益ですとか子の利益にかかわるような事柄について自由に撤回を許すかどうかということは私も留保させていただきたいと存じます。

○伊藤部会長　いろいろな御意見が出ましたが、裁判所側の委員・幹事の方で、ただいまいろいろな委員・幹事の御発言を聞いておられて、なお何か御発言がございましたらお願いしたいと思いますが、いかがでしょうか。今、手続保障としてこうしたらどうかとか、そういう趣旨の発言があり、また調停に関しても、その機能を阻害しないためにはこうだというような御発言がございましたが。

○長委員　現状は、相手方に示してほしくないというものが調停で出れば、それは相手方には見せませんし、審判に移行した後もそういうものは見せません。そういう中で、裁判所が利用できる情報は大変幅の広い情報になります。反対尋問にさらした方がよいと裁判官が考えた場合には、何らかの形でもって相手方の反論をもらうようなことを工夫して、実質的には反対尋問権を保障するというのを心掛けています。

そこで、今御提案があった幾つかのうち、手続保障を徹底させるために、例えば、調停段階の冒頭で、これは審判になったら開示されるのが原則ですから注意してください、また、審判になった場合に、これからあなた方が提出される主張及び証拠は相手方にも当然交付されるのが原則ですと、こういう告知をして手続を進めていった場合、それによって得られる資料がどのようになっていくのかということ考えたときに、現在提出されている情報がそ

のまま100パーセント出てくることはなくなるだろうと思います。しかしながら、立法上、実務上の工夫をして、審判にとって必要な情報を確保しなければならないと思います。実務家としては、表面的な事実だけで審理をすることは避けたいと思いますし、同時に当事者のプライバシーも守りたい、これをとにかくどこかで調整してバランスのいい審理をしたいと考え、実務上も工夫をすると思います。したがって、例えば給与証明などについては、今の実務では、夫側の給与の証明書も妻側の給料の証明書のコピーも互いに相手方に交付されるわけではありません。しかし、手続保障を原則とするということになれば、相手方にそのコピーを交付するということになるのだろうと思います。では、どのようにするかというと、住所とか会社名とかは消して、金額だけが明らかになっているものを渡すということが考えられます。それから、私どもが一番気になるのは、DV事案、あるいは子どもの面接交渉などの事案で、どうしても住所を教えたくないというような場合があるわけですが、住所が載らないような形での調査をしたり、申立書についても弁護士さんが工夫をなさっているようでありまして、そういう工夫をすることによって、どうしても知らせたくないところは記載しないということが考えられます。その上で、中心的な、重要なところは記録化して、反対尋問にさすべきところはさらし、閲覧禁止にすべきところは禁止することができる立法上、実務上の工夫をすることが必要だと思います。この辺の問題はなかなか難しいところですが、そういうことを工夫することによって、資料の提出を確保することができるのではないと思います。そのためには、かなりいろいろ努力をして、立法上、実務上の工夫をしていかなければいけないと思います。

手続保障という目的のために、審判手続をオープンな手続にしたときに、従来の制度のもとで家庭裁判所が当事者からの信頼を築き上げて、裁判官にだけ見せるとの前提で提出されてきたようなものが出てこなくなるということが本当にいいことなのかどうかという問題があります。この点については、手続保障を原則としても、立法上及び実務上の種々の工夫を加えることによって解決することが必要であり、非開示事由の検討などが重要であると思います。手続保障という観点からの改正をするに当たっては、そういうことを含めた検討が不可欠であると思います。

○伊藤部会長　なお御意見等があらうかと思いますが、この点について大分時間も費やしました。今日の段階でこういう方向でという結論が出るような性質のものではないということもございまして、ただいま出していただきました御意見を踏まえて、それをもう一度事務局において整理して、今後どういう形で検討を進めていったらよろしいのかを考えてもらいたいと思います。

ただ、もし何かどうしても今の段階でおっしゃっておきたいことがあればお願いしますが、いかがでしょうか。

○青山委員　今の御議論は、調停と家事審判との情報の切断という問題ですが、この問題は調停と人事訴訟にもありますし、民事調停と民事裁判にもあるわけです。のみならず、一般のADRの機関なども同じ問題を抱えていて、例えば調停を前段階にやって、調停が成立しなかった場合には仲裁をするという場合に、調停委員と仲裁委員に同じ人がそのままなることが民間でもしばしばあります。こういうことに対しては、諸外国から、調停で得られた資料がそのまま仲裁で使われるというのはとんでもないというのが一般的な傾向だろうと私は思っております。それで、ここでの今の議論は、範囲が非常に広い、影響するところが非常に

広い議論なものですから、きちんと審理をして、主体が同じであってもバイアスがかからない判断ができることが対外的に分かるような形のものにしてもらおうと、諸外国に対する説明等にとっても、それは副次的ですが、いいのではないかと思っております。例えば、これは思いつきなのですが、そういうことができないのだという精神的な規定が一つでもどこかに入っているというようなことは考えられないのかということだけ、もしかしたら事務当局に工夫していただければと思っております。

以上でございます。

○伊藤部会長 ありがとうございます。

ただいまの御指摘に関しては、事務当局で十分検討することになろうかと存じます。

ほかに御発言ございますか。——よろしいでしょうか。

それでは、一応先ほどのようなことで前に進ませていただきたいと思います。

次に、「第2 手続保障の主体及び審理構造」について説明をお願いします。

○脇村関係官 御説明させていただきます。

「第2 手続保障の主体及び審理構造」の「1 調停をすることができる事項についての審判事件」では、原則として当事者に資料の収集をゆだねるとともに、当事者双方が攻撃防御を尽くすことができるよう、審理構造等を検討することを提案しております。今後調停をすることができる事項についての審判事項、現行法で言いますといわゆる乙類審判事件ですが、こういったものについて、こういった観点から検討を行うことでよいのか、是非御検討いただければと存じます。

(注)の1では、後見人の解任審判事件など、一定の法的地位を剥奪する類型の審判事件について取り上げております。部会資料に記載しましたとおり、このような類型の事件についてはいろいろと考えることができと思いますが、このような類型の審判事件をすべて一律に取り扱うことはなかなか難しい点がありますし、いずれにしても、後見人の解任審判事件などの各審判事件の各則につきましては後ほど個別に検討する機会を設けておりますので、必要な規律があればその際に御意見をいただければと考えているところでございます。

(注)の2では、調停をすることができる事項についての審判事件について、相手方を前提として規律を設けた場合において、実際の事件で相手方が存在しないケースの取扱いについて取り上げております。このようなケースでは、結局そういう規律を設けても機能しないことになると思いますが、確認のために記載しているところでございます。

「2 調停をすることができない事項についての審判事件」では、調停をすることができない事項についての審判事件において認容審判が出された場合に、審判を受ける者となる者について、手続の主体としての地位を付与すべく、所要の手当てをすることについて検討することを提案しております。先ほど述べましたとおり、各審判事件の各則については後ほど個別に検討する機会を設けることを予定しており、各審判事件の特質等を考慮して、個別の事件ごとに審判を受ける者となる者に関する規律をどのようにするのか検討することになりますが、ここでは、その前提として、審判を受ける者となる者について、手続の主体としての地位を付与すべく所要の手当てをするという考え方をとることでもいいのかどうかという点を御検討いただければと存じます。

(注)では、審判を受ける者以外について取り上げております。例えば、親権の喪失事件などにおいて、子どもは現行法上審判を受ける者とは考えておらず、このような子どもの取扱

いも問題になるかと存じます。ただ、今挙げました子どもの取扱いについては、「第11 子どもからの意見聴取及び子どもの保護機関」において検討することを考えておりますので、ここではそれ以外の者については是非御検討していただければと思います。

以上です。

○伊藤部会長 それでは、順次御意見を承りたいと思いますが、第2の「1 調停をすることができる事項についての審判事件」で、1の本文に書いてある点はいかがでしょうか。これまでの御意見を承っておりますと、大きな方向でこういう視点から検討することについてはそれほど御異論はないのかなという印象はございますが、どうぞお願いいたします。

○三木委員 別に内容に異論があるわけではなくて、念のための確認ですが、書き振りだけ見ると相手方のある事件イコール乙類審判事件のようにも読めますけれども、これは、現在の乙類審判事件の中身と、これからつくる可能性のある相手方がある事件の中身を見直す作業をしないという趣旨ではないということでしょうか。

○脇村関係官 ここでは、いずれにしましても、まず調停ができる事件とできない事件は区別して検討した方がいいのではないかという視点を持っておりますので、それを書かせていただきました。それで、調停できない事件についてどうするか、現行法のものについてどうするかについては個別に検討していくほかないと考えております。

○伊藤部会長 よろしいですか。

○三木委員 はい。

○伊藤部会長 ほかに御意見ございますか。

そういたしますと、本文に関してはこういう視点から審理構造等を検討するということがよろしいでしょうか。

そうしたら、今度は(注)ですが、先ほど脇村関係官から説明がありましたが、こういう一定の法的地位を剥奪する類型の審判事件を相手方のある事件として構成した上で、攻撃防御の機会を保障するとか、そういうことでの審理構造を検討する。この点に関してはいかがでしょうか。ということとの関係で、(注)の1の第2段落というのでしょうか、4ページの一番上のあたりに、別の考え方もあるのではないかという指摘もありますが、このあたりは御意見はいかがでしょう。

○山本幹事 私の理解している限りでは、この手の何らかの法的地位を剥奪する裁判というのは、家事審判だけではなくて、倒産法関係の破産管財人の解任とか、あるいは商事非訟では清算人の解任とか、あるいは仲裁法であれば仲裁人の解任とか、いろいろな類型の裁判があります。例えば破産法の中では、いわゆる必要的審尋のような形で規律がされている。仲裁人のような場合は、特に規律がないけれども当事者の地位を与えるべきではないかという議論とか、あるいは必要的審尋のような手続保障を与えるとか、いろいろな議論があるように思います。そういう意味では、私は、先ほど御説明がありましたように、個々のところで考えていくほかないのかなという印象を持っておりまして、法的地位にどれだけその人間固有の利害があるかというのは一つのメルクマールになりそうな感じがしているところで、家事でも、例えば親権者の親権の喪失と後見人の解任のようなものではかなり違いそうな感じがしております。ですから、私自身は、こういうものは一律に当事者対立的なものだということは決めつけずに、それぞれのところで必要な手続保障、それぞれの法的地位に即した手続保障を考えていく方が妥当ではないかと思います。

○伊藤部会長 山本幹事からは、およそ一般的にこの種の事件を相手方のある事件として手続保障なり審理構造を考えるよりは、それぞれの事件の類型あるいはその特質に即して手続保障を考える方が合理的な結果に至るのではないかという御発言がございましたが、ほかの委員・幹事の方、いかがでしょうか。商事非訟の話も出ましたが、菅野委員、もしよろしければ。

○菅野委員 私も、資料を拝見したときに山本幹事のおっしゃられたようなことを考えておりました。形式的には地位剥奪型となっていたとしても、その地位が包含するものが何なのか。実際には利益というよりはかなり義務的なものを含んでいる場合もあるでしょうし、非常に公益的な立場から行動することを期待されているもの、あるいはそれを言わば免責するようなものもある。また、例えば清算人についての解任ですと、清算人に連絡がとれなくなっているのではとか、いらっしゃらないのではとか、いろいろなことが割合多いのです。そのように、その地位や実際に出てくる事件の性格がどういうものが多いか、かなりそれぞれごとに検討していただいて、どういう形で仕組みをつくっていくのかという問題なのかなという気が私もいたします。一律に一般的なメルクマールで決めてしまうのはなかなか難しいだろうと考えております。

○伊藤部会長 山本幹事、菅野委員の御発言に関して、ほかに御意見ございますか。

○増田幹事 基本的には異論はないのですが、部会資料をつくられた方に確認なのですが、親権喪失は剥奪型に入っているという理解なのでしょうか。山本幹事の御発言では親権喪失は剥奪型のように言われていますが、私はそれは考えていなくて、親権喪失は今度は乙類に入ることを検討するのかなと漠然と思っていたので、質問させていただきます。

○脇村関係官 ここに書いてある法的地位の剥奪の中には、親権の喪失についても当局としては念頭にあったところです。ただ、そこで乙類にするのかどうかという点なのですが、親権喪失について必要的審尋等を入れるのかどうか、そういうのを個別的に検討していけばおのずと結論が出てくるのかなと思っておりましたので。ただ、後で出てくる、調停事項にするかどうかという点ではまた検討があると思うのですが、親権の喪失について手当てをすることについては個別的に検討していくことを考えているところです。

○伊藤部会長 増田幹事、いかがですか。

○増田幹事 実質的な違いはないのかもしれませんが、この問題設定自体が、乙類審判一般の審理手続を創設するという意味なのか、あるいは各個別手続ごとに手続を考えていく上での指針という意味なのか、それはいかがですか。

○脇村関係官 基本的に、ここに書いてありますのは、まず第2の1については、乙類事件について今後検討していく指針ということで取り上げております。ではそこで乙類審判事件と地位剥奪型について同列に扱うのかという点については、やはりそういう調停型事件というのは一定の処分型でございますので、同列に扱うのはどうかなと考えているところです。ただ、法的地位の剥奪型については、非訟の議論もございましたし、法的地位を剥奪するというものの手続保障をより図らなければいけないのではないかという視点は必要だと思っておりますけれども、それは個別的に、その地位の中身を踏まえて検討することを提案しているところだと思います。

○増田幹事 了解しました。ですから、ここで直ちに親権喪失を調停することができる事項から外すという趣旨ではないということによろしいですね。

○**脇村関係官** はい。今の乙類事件はこうですけれども、それ以外についてどうかと言われますと、そこはまだ決まっていないというところです。

○**伊藤部会長** よろしいですか。

それでは、(注)の1の問題自体につきましては、先ほどから御意見がございましたように、一般的にそれを相手方のある事件と構成するのではなくて、個別事件の特質に応じて必要な手続保障を検討していくということで御理解が得られたものとさせていただきます。

それから、(注)の2の方は、先ほどの説明のときにも、言わば確認的なことであるという趣旨の発言がございましたが、これはよろしいでしょうね。こういう場合も出てくる可能性があります、それはやむを得ないといえますか、そういう可能性があるというだけのことかと思いますが、何か御意見、御発言ございますか。

そうしましたら、確認していただいたということで、先に進みたいと思います。

「2 調停をすることができない事項についての審判事件」に関しての、言わば手続保障でございますが、審判を受ける者となる者について、手続の主体としての地位を付与することでの手続保障、本文の部分ですが、ここはいかがでしょうか。これも、今までの御意見の流れから言うと、これ自体について御異論があるように私自身は受け止めておりませんが、それでよろしいでしょうか。

そうしましたら、むしろ(注)の方ですけれども、先ほど脇村関係官からも問題の指摘がございましたが、審判を受ける者以外で手続の主体としての地位を付与すべき者ということですから。子どもに関しては後ほど御議論いただくこととなりますが、それ以外の者であってこのような取扱いをすべき者があるのかどうかという点です。これは是非御意見あるいは御教示いただきたいという趣旨の(注)でありますけれども、いかがでしょうか。

○**高田(裕)委員** 確認の趣旨の発言になりますが、ここで言う「審判を受ける者」に該当すると申しますか、相当する用語として、非訟では「裁判の結果により直接影響を受ける者」という言葉を使っていたと理解しておりますが、(注)に書いてあります子ども以外について、「裁判の結果により直接影響を受ける者」は「審判を受ける者」でカバーされていると理解してよろしいのでございましょうか。

○**脇村関係官** 非訟では「直接影響を受ける者」という用語を使っていたのに対し、ここで「審判を受ける者」という用語を使っておりますのは、審判を受ける者については、長年の解釈によりましてある程度だれかが明らかであることから、具体的に議論するために適していると考えたからであります。ただ、「直接影響を受ける者」のすべてを「審判を受ける者」でカバーしているわけではございませんので、「審判を受ける者」にあたらない者について御意見等いただければ幸いであると考えております。

○**伊藤部会長** この記載は、ただいま脇村関係官からの説明にあるとおりで、むしろそういう認識を踏まえてどういうものが想定されるのかについての御意見をいただければ幸いということでございますが、実務御担当の委員・幹事の間で、何かこの点に関して御発言ございませんか。

○**長委員** (補足説明)の2に書かれているようなことになるのではないかと思います。要するに、今ここで一般的に決めるよりは、個別的に検討する中で考えていくことになるのではないかと考えています。

○**伊藤部会長** 分かりました。

○道垣内委員 理解が不十分でよく分からないのですが、「審判を受ける者以外で、手続の主体としての地位を付与すべく、所要の手当てをすべきものとして」という話で現在論じられているのは、先ほど高田裕成委員からも御発言があったように、何らか間接的な形で影響を受けることを前提とした概念なのでしょうか。

と申しますのは、先ほど一応は承認されたところの後見人の解任審判事件などで、申立人も利害対立の関係にあるのであたかも対立構造のある事件のように扱うべき場合があるかもしれないというわけで、個別類型ごとに考えるべきであるということでもとまったのだと思います。抽象的には後見人が解任されるだけで、かつ、職権でもなされるわけですから、申立人と後見人との間には抽象的な意味では対立構造があるわけではないですよね。しかしながら、現実的に利害対立があって、対立構造があるような形なので、何らかの手続保障を与えなければならない場合があるのではないかということで、それを洗い出す必要があるだろうというわけですね。他方で、今問題になっている、「審判を受ける者以外で、手続主体としての地位を付与すべく、所要の手当てをすべきもの」というのが、これも調停をすることができない事項についての審判なのだけれども、実際には対立構造にあたり、ないしは利害関係を有すると考えますと、この両方の概念はともに例外を定めるものとして機能するもののような気がします。そうであるにもかかわらず、一方では対立関係にあるものと考え、他方では間接的な影響を受ける者と考えerというように違う概念を使って分けることができるのだろうか。それとも、原則類型としては対立構造的な事件とそうでない事件に分けるのだけれども、実際には、対立構造でないとしても対立構造の相手方になるような人に対しては何らかの例外を個別具体的に設けていくというだけではありませんか。対立構造があってもそうですね。A、Bという対立構造があっても、あるいはCという人が間接的に利害関係を有するということはあり得るわけですから。2の甲類審判事件とまとめられているものに特有に必要とされる例外規定ではなく、そういう例外を個別類型ごとに置かなければいけないという全体を通した概念なのではないかという気がしてならないのです。ではおまえ具体例を挙げてみろと言われると困るので、もっと具体例を示せば分かりやすいのかもしれませんが、申し訳ございません。

○脇村関係官 お答えになっているかどうか自信ないところもあるのですが、おっしゃるように、乙類審判事件でも、両当事者以外で直接影響を受ける者は存在すると思います。具体的には、親権者指定の子どもなどが典型だと思いますが、ここで何で甲類審判事件のところに書いたのだと言われますと、基本的に子ども以外については乙類のときでは当事者に上がっているのではないかということもあって、子どもは別に考えるということもありましたので、こちらの方が分かりやすいかなということもあって書かせていただいたところでございます。ほかに言うと、後見人の解任のときの被後見人はどう扱うかとか、そういった問題もあると思います。

あとは、くくり出す人をどうするのか。恐らくこれは各審判事件を見てみないと分からないところでございます。

○高田(昌)委員 これも確認ですけれども、手続保障の主体というか、手続の主体としての保障をだれに与えるかという点での最大公約数として、ここに、調停することができるかどうかに合わせて挙げられている者に手続主体としての保障を与えることについては、異論はありません。ただ、ここでは、例えば「審判を受ける者」とくくってあるわけですが、これと、

従来議論されていた実質的な関係人といえますが、当事者のような地位を付与すべきだと考えられている者との関係が必ずしも明確になっていません。例えば、前回取り上げられた抗告権者のところにも出てくるような、審判によって直接権利又は法律上保護される利益に侵害を受ける可能性のある者も、なお手続の主体として扱われる必要があるかどうかは、今後詰めていくという理解でよろしいのでしょうか。

○**脇村関係官** まず、「審判を受ける者」と「権利侵害を受ける者」の関係については、我々の整理としては、「権利侵害を受ける者」は当然「審判を受ける者」に入っていると考えています。ですので、「審判を受ける者」の方が「権利侵害を受ける者」より広いと考えております。

次に、「実質的な当事者」ということでこれまで非訟で議論していたものと「審判を受ける者」との関係について言えば、「審判を受ける者」の方が若干狭いのではないかという印象は抱いています。典型的なのは、前から出ている子どもとか、あるいは被後見人とかもそうなのかもしれませんけれども、ただ、非訟の議論でもございましたように、具体的に考えていくべきだというような御意見もございましたので、今回は「審判を受ける者」をまずくり出した上で、それ以外については個別に検討していくという形がいいのではないかと考えているところです。

○**伊藤部会長** よろしいですか。

そういたしましたら、この点は、必ずしも具体的にこういうものがということとは出てまいりませんでしたけれども、今後更に検討して、その結果に応じて必要な手続保障的なものについての検討を行っていくということにさせていただければと存じます。

ほかに御意見が特にございませんようでしたら、「第3 審判機関等」について説明をお願いいたします。

○**脇村関係官** 説明させていただきます。

「第3 審判機関等」の1では、現行家事審判法第2条、第5条の規律を維持するものとするを提案させていただいております。

「2 参与員」の「(1)参与員からの意見聴取等」については、現行家事審判法第3条第1項と同様、原則として審判は参与員から意見を聴いて行うものとするとともに、参与員を審理に立ち合わせることができるものとするということを提案させていただいております。

「(2)参与員による事情聴取」では、（補足説明）にある理由から、意見を述べるために必要な限度で、参与員が申立人その他の者から事情を聴取することについて検討することを提案しております。現在でも一定の事件で参与員が申立人その他の者から事情を聴取していると聞いておりますが、この点を法律上明確化することにより、参与員が事情を聴取することができる限度を明らかにし、聴取した結果の記録化等を実現することができると考えているところでございます。

「(3)その他」の(注)の1では、家事審判法第10条等の規律を維持するものとする、(注)の2では参与員の指定基準について取り上げております。

以上でございます。

○**伊藤部会長** 順次御審議をお願いしたいと存じます。

まず、「1 家事審判官及び審判機関」について、本文①ないし③にございますような考え方が掲げられておりますが、これに関してはいかがでしょうか。ここは格別の御意見はご

ざいませんか。よろしければ、この点はこういふことで御理解いただいたということにさせていただきますと思います。

引き続きまして、「2 参与員」でございますが、まず、「(1)参与員からの意見聴取等」についての御意見を承りたいと思います。

○杉井委員 先ほどの説明ですと、これは現行法とほぼ同一というような御説明だったかと思うのですが、この書き方をよく見ますと、意見を聴くというのはいいのですが、②で「参与員を期日に立ち合わせることができる」という言い方になっております。現行の家事審判法第3条は、「参与員を立ち合わせ、又はその意見を聴いて、これを行う」ということで、現行の方が立ち合わせることについての規律が厳しいといひますか、そういう意味では現行より若干後退する感じがするのですが、いかがでしょうか。

○脇村関係官 部会資料はあくまで現行法を前提に考えているところであり、そこは当局として何か後退させるということではございません。我々として何か後退させるという趣旨では全くございません。

○杉井委員 ありがとうございます。

○伊藤部会長 これは現行家事審判法第3条の本文ただし書をあわせて、それを踏まえてやると、本文①、②で考えられていることと実質的なところでの差異はないという説明かと思ひます。

○増田幹事 参与員の性格づけなのですけれども、現行法の参与員というのはどうも裁判所の補助機関みたいな感じがするのですが、人訴法で参与員を議論したときに、国民の司法参加という視点を取り入れて、かなり性格の異なったものになったわけですが、これはどちらの方でお考えですか。

○金子幹事 今おっしゃった二つは矛盾するものではないと思ひています。もちろん人訴のように国民の司法参加という意味は十分持っているという理解です。それは人訴と同じように思ひています。

○増田幹事 ここで議論することとは若干違ふのかもしれないけれども、参与員の人選とかが、家事審判で使っている参与員と人訴の参与員とは全く違ふ選任方法がされていて、全く違ふ性格の人がなっていますけれども、どちらに近づけて考えておられるのかなと。純粋に質問なのですけれども。

○伊藤部会長 では、ただいまの増田幹事の御質問に関して、もし今の段階で御発言があればお願いいたします。

○小田幹事 選任方法といひますか、このようなことではないかと思ひております。人事訴訟で参与員が導入されたときに、人事訴訟が家庭裁判所に移管されるということもあり、また、当時は国民の司法参加という色彩が非常に強調されたところがございます。これに関しては、今、金子幹事が御説明になったように、特段従前からそういう性格はなかったというのではなくて、もともと国民の中から選ばれた参与員であるという理解をしていたところですが、ただ、人事訴訟が移管されて、そこに参与員をとすることを契機として、より幅広く国民の中から参与員となる者の候補を集めようという運用をしようとしたことも事実でございます。そういったところから、出てきていただくのに非常に苦勞をかけるわけですが、報道もされましたように現役の40代の大企業に勤めている方とか、かなり幅を広げて参与員となる候補を集めてきたというところを指してのことだろうと思ひます。特段何か選任方法が変わっ

たとかいうことではなかろうと思っております。

○増田幹事 もっと直接的な言い方をすると、従前の家事審判手続において出てきた参与員というのは、調停委員の古参の方とか、あるいは法曹、要するに弁護士などが中心だった。一方、人事訴訟における参与員というのは、逆にそういう人は外して、一般の方、企業の現役の方とかが多く選ばれるということを意識してなされているということで、どちらの性格づけにするかによって、この(1)、(2)はちょっと変わるのではないかと思って、その点をお伺いしたかったのです。

○伊藤部会長 小田幹事、今の点で何か御発言ございますか。

○小田幹事 特段影響はしてこないのではないかと考えておりますが、人事訴訟を契機としてということで一つあったのは、従前の参与員といいますと調停委員を長年務めている方の中から選任されることが多かったというのはそのとおりでございます。それに関しては、もともと調停委員というものもある意味では一種の国民参加であったということで、そういう中から、家事事件に関して裁判官に意見を言うというところまで一定の経験を積んで、そういったのに適した方を参与員の候補者として選んでいるということもあったわけです。

もう一つ、年齢層など、また社会での位置づけなどを広げたことによって、人事訴訟といいますと大体9割は離婚訴訟ですので、若年の離婚事件が増えてきたということもありまして、別に年代が高ければ駄目ということではありませんけれども、選択の幅を広げることも必要だろうということで先ほどのような活動をしたということでございまして、結論に戻りますと、特段何か大きく変わってくるというものではないと考えております。

○伊藤部会長 増田幹事、実態についてはともかく、今の御質問や認識はこの(1)本文①、②についての御意見に影響があるわけですか。

○増田幹事 若干影響があるように思うのです。国民の司法参加ですから、同じと言えば同じなのですけれども、現実的には、今、二つの制度が「参与員」という同じ言葉を使っているけれども、かなり趣旨が違うような印象を持っているものですから質問させていただいたのですが。

○金子幹事 既に御案内のとおりですが、人訴の方は、必要があると認めるときは参与員から意見を聴くこととなっています。他方で、家審の方は意見を聴くことが原則です。今回の立案に当たっての事務当局案は、家審の現行法の規律を維持するものです。人訴の規律に合わせるということも考えられますけれども、今、国民の司法参加ということが言われている中であえて後退させる必要はないだろうという趣旨で、現行の家審の規律を維持することを提案しております。

○伊藤部会長 よろしいでしょうか。

そういたしましたら、この(注)のところですね。「参与員を立ち会わせの際に、裁判長の許可を得て、参与員が申立人その他の者に対し直接に問いを発することができるものとする」、この点はいかがでしょう。

○杉井委員 私は、これは直接に問いを発することができるものとするとしていただきたいと思います。先ほど来、人訴の参与員のことを話題に出っていますが、私自身も人訴で参与員が関与した事件を取り扱ったことがあります。かなり適切な発問をされて非常によかったという印象があります。今、国民の司法参加ということで裁判員裁判なども始まったわけですから、意外と一般の市民の感覚が非常に適切ということもありますし、せっかく家裁に参与

員という制度があるわけですから、その役割を十分に果たしていただくという意味でも、直接に問いを発することができるとした方がいいと思います。

○伊藤部会長 杉井委員からはこれについての積極的な御発言がございましたが、ほかの委員・幹事の方で何か御意見ございますか。杉井委員の御発言のような認識が共有されていると理解してよろしゅうございましょうか。

○増田幹事 私は、自分で発問すると公平性というのはぶれるものであると考えておりますので、基本的な考え方としては反対なのですけれども、ただ、人事訴訟が認めているのでやむを得ないかなという消極的賛成の立場でございます。

○伊藤部会長 御趣旨はよく分かりました。

それでは、この点はこういうことで検討を進めるということにさせていただきたいと思います。

次に、「(2) 参与員による事情聴取」でございますが、これについては本文に掲げられているとおりで、あわせて、(補足説明)の中で、事情聴取した結果についての一種の手續保障ですとか、あるいは手續の透明性確保についての考え方も触れられておりますが、この参与員による事情聴取に関してはいかがでしょうか。

○高田(昌)委員 この制度は、見方によっては、参与員が事情聴取した結果を報告して、それに基づいて審判を行うという形ですので、間接審理を導入したことになると思われます。家事審判事件においても、基本的には、審判官が、直接当事者等に接して事情聴取をすることが審判をする上で最も有効であり、適正なことではないかという気がいたします。そういう観点から、こういった制度を新たに導入する場合に、今言ったようなところを乗り越えてどのようにこういう制度を理由づけることができるのかという点をお伺いしたいと思います。

○伊藤部会長 高田昌宏委員御自身はどうなのでしょう。今おっしゃったようなことがあるので、少なくとも積極的な立場ではないと承ってよろしいのでしょうか。

○高田(昌)委員 少なくともこの補足説明の記述を見る限りでは、そういった審理の直接性を後退させる十分な理由が見いだせなかったという印象があります。

○杉井委員 関連してですが、私も、裁判官と別に参与員自身が事情聴取することには反対です。実際の実務の中で私自身が体験しているのは、例えば後見人選任の問題とか、あるいは不在者の財産管理人の事件などで、参与員が代理人の私のところに直接電話をかけてきているいろいろ聞くのです。これは何だろうという感じがしました。一つは、裁判官の下請、書記官の下請、場合によっては、事情聴取した結果を家庭裁判所に文書で報告するなんてなると正に調査官の下請みたいな感じがするのです。先ほど申し上げたように、参与員自体はすごく意義があるものだと思いますし、独自の役割を果たしていただきたいと思っておりますが、それはあくまでも裁判所の職員とか裁判官とは別に独自の立場で意見を述べるというところに意義があるのであって、参与員による事情聴取等を認めるというのは裁判所の下請というような感じがしまして、反対です。

○伊藤部会長 杉井委員からは実態に即した御発言がございましたが、何かそういったことに関連していかがでしょうか。

○小田幹事 杉井委員御指摘のとおり、一定の事件において、予備審問などと言っておりますが、裁判官の立会いなく参与員が当事者などから事情を聴いて、意見を付して裁判所に提出することが行われているのはそのとおりでございます。

まずその位置づけでございますが、今、下請という御発言がありました、決して下請ではございません。この制度趣旨にあるとおり、参与員の位置づけはどこにあるかということですが、あくまでも裁判所に対して、裁判官が審判するに当たって参考となる意見を言うということであって、現在の運用の中でも、参与員に意見を言ってもらって、それが裁判官の参考になるような事案においてそのような運用がされているものと考えております。

ではなぜ裁判官と一緒に調べないのかというと、いろいろな個別の事件における事情もあるかと思いますが、これは参与員の意見が機能していることの証明になるのではないかと思います。参与員は、自分が聴いたことだけで決めるわけではなくて、申立てがされているわけですから一定の資料などはある状態で参与員が聴くわけですが、それを合わせて意見を出します。裁判官は、そのもともとあった資料、参与員が聴いた事実、それに加えて参与員の意見を聴いて、多くの場合は甲類がほとんどなのですが、甲類の認容率が高いというところからも当然そうなるのですが、この申立ては認容だということで納得すれば、迅速に申立て認容の審判を出すことになります。そうでなくて、裁判官が、事実や意見を見て、仮に認容という意見であったとしても、事実としてこれはどうかということになれば、審問期日を指定して、改めて本人から事情を聴いて心証を検討した上で何らかの結論を出すのが運用でございます。

ですから、ポイントとしては、特に書記官なり調査官の下請をしているということではなくて、参与員の意義は意見を言うということに集約されているわけで、その結果、今言ったような多数の事件を迅速にという甲類の事件処理の観点からは、むしろ適正に活用されているのではないかと考えているところです。

○伊藤部会長 この点もやや相対立する御意見がございますが、ほかの委員・幹事の方、いかがでしょうか。

○三木委員 今度の新しい法律で、参与員の定義規定のようなものは置かれるのでしょうか。それで、置く場合にはどういう内容になるのでしょうか。

○金子幹事 念頭にはありませんでした。

○三木委員 普通は、こういう裁判所の機関だと、何をするものかという規定は、新しくつくる法律にはあるべきではないのでしょうか。

○金子幹事 御意見を参考にさせていただきます。ほかの法律における似たような職種についても余り定義のようなものはなかったように思っていますけれども、また研究させていただきます。

○三木委員 これ自体は形式的なことですけれども、法律上の位置づけが少なくとも法律レベルで明らかになっていないこと自体が一つの問題の根源にはあるのではないかという気はします。

○伊藤部会長 分かりました。

○畑幹事 私も、他の方と同様に、これはもともと参与員制度が考えていたのと随分違うことを参与員にゆだねているように思います。もし仮にこれを認めるとすれば、これはある種の事実の調査ということになるかと思います。それも審判官に代替して事情聴取する。代替ではないというお話もありましたが、どうも代替のように思えるわけです。ということです。そういうものとしての手続保障を考える必要があるのではないかと。ここでは②がそれに関係していると思います。すなわち、書面で報告して、その閲覧謄写の問題ということに

なるのだらうと思いますが、それで足りるかどうかということについても検討が必要になるかと思います。

○伊藤部会長 なるほど。

いかがでしょうか。どちらかというところ消極というか、手続保障との関係で慎重に検討すべきだという御意見が多いようでございますが。

○長委員 手続保障の関係ですと、今おっしゃった(2)の②の問題というのは、書面で明らかになります。これに基づいて保障していけば足りるわけですから、手続保障の問題を解決できるようにしておけば、そこはクリアできるのではないかと思います。

○伊藤部会長 そうなると、むしろ、参与員というのはそもそもということについての認識の違いのようなものが御意見の違いの基礎になっているのかなという印象がございそうですが、どうでしょうか。

○菅野委員 少し別な話になりますが、外国のお客様が見えたときに、私は、調停委員や参与員について、非常に人数が多いですし、実際の活用実績も、量的にも大きいですし、歴史的にも長いものなので、我が国において国民の司法参加ということでこういうことがされているのだということをよく話しております。そのときに、質的な面だけではなく、量的にもサポートしていただいているという意識が私個人はあります。要するに、仮に裁判官だけで何かやっているのと比べて、調停とかこういうもので同じものを行っている。それを質的にもレベルアップするため、そういうこともあるし、同時に、言葉は悪いかもしれませんが、戦力でもある、量的なサポートでもあるのですということを調停ではよく言っていました。正に調停委員と裁判官とタッグを組んで事件についてそれぞれ分担しながら、場合によっては、別々に聴いたり考えたり調べたりしながら、それでみんなで評議をしてやっていく。それによって、本来だったら5件しかできないものが10件できることもある。しかもこれは単に件数だけではなくて、5件のものが10件できるということは、逆に言えば当事者に待っていただく期間がそれだけ短くなるということでもあるのです。

少した外的な言い方なのかもしれませんが、参与員も同じように国民の司法参加という面があるほか、更に質的な意味でいろいろな別な見方を加えてもらったり、議論を深めるという意味があると思いますけれども、同時に、審判の中で、量的にもサポートしてもらう、一緒に事情聴取とかをしていただくという面もあるのではなかろうかと、この資料を読んだときに思っておりました。私、家裁の経験は実は2年半ぐらいしかございませんで、それほど経験がないので、参与員の位置づけと言うときに、ちょっと誤解しているかもしれませんが、私はそんないろいろな複合的な意味があるものとして参与員の方に協力していただいていたということがありまして、こういう制度もあった方が、より積極的な参与員の活用ということでよろしいのかなと思います。ただ、もちろん下請で使ってはいけないというのは御指摘のとおりだと思いますが。

○伊藤部会長 どうぞ、増田幹事。

○増田幹事 現行実務ではこのようなことが行われていますし、小田幹事の言われているとおり、必要性と言われると、現在の甲類審判の申立ての件数から言えばこのような運用なしでは処理できないだらうと思うのですけれども、それを正面から認めて、参与員に事情聴取などの権限を与えるという形になるとなると、それはちょっとどうかなと思うのです。現在は、こういう場合に現実に来られる参与員というのは法律家か法律家に近い人、法律関係機関に

勤めていたような方であって、一般の国民の司法参加とは全く別の話なのです。しかし、やはり正面から認めるには問題があって、本当は正面から書かない方が使い勝手がいいのではないかという気がしております。

○**脇村関係官** 我々として今回このような形で書かせていただいたのは、一つには、運用にすべて任せていることが本当にいいのかという思いがありまして、やる以上は一定の枠組みをはめて手続保障すべきではないかと思っているところでございます。今回の家事審判の改正の際には、これまで家庭裁判所でやっていた運用に光を当てて、それをある意味批判的な目で見つつ手続保障を図る形で検討しているところでございますので、そういった観点からいきますと、今実際に行われている参与員の事情聴取についてきちんとした権限を与えると同時に制限をかけるということは十分意味があるのではないかと思っているところです。

また、一番最初に高田昌宏委員から、これは間接審理ではないですかというお話がありましたが、審判官が直接事情等を聴取しないという意味では家庭裁判所調査官による事実の調査も間接審理だと思いますが、そういった調査が許されている以上、間接審理という問題は理屈の面ではクリアされているのではないかという印象を抱いているところでございます。

○**三木委員** 今、裁判所調査官との対比があって、しかもやっている内容も、少なくとも一部は調査官に類したことをやるということに対する、先ほどの条文との関係で言うと、これが適切な比較対象かどうか分かりませんが、裁判所法第57条第2項には、裁判所調査官は、裁判官の命を受けて、事件の審理及び裁判に関して必要な調査その他他の法律において定める事務をつかさどると規定されています。人事訴訟法の制定のときも、今の議論とは文脈が違いますけれども、調査官の位置づけを巡って種々議論がされて、その中でも、条文に定めているのだからそれは行き過ぎではないかとか、いやそれでいいのだとか、そういう議論もあったわけですので、調査官が許されているからという理屈であれば、やはり何かしらそういう権限規定なり——あるいは位置づけの規定かよく分かりませんが——があつての話かという気がいたします。

2点目ですけれども、私も、少なくとも現時点ではこういうのには疑問を持っておりまして、高田昌宏委員がおっしゃったように、やはり直接主義の関係で疑義がある気がします。言葉遣いにこだわるというか、言葉遣いの揚げ足をとるつもりはありませんけれども、先ほど小田幹事は実務では予備審問と言われているという言い方もされましたけれども、その言葉だけ聞くと、日本では採用されていない予審を思い浮かべるわけですし、そのような言葉がどうかということではないですけれども、そのような認識が多少なりとも言葉にあらわれているのかなという気がいたしました。

3点目ですが、これは私が知る限りでは書かれているものもないので、この場の私の思いつきの意見ですけれども、事実の調査がなぜ許されているかという理由の一つとして、あれは裁判官がやるからああいう非定型の、一種の自由な証明とかにつながるようなものも許されているのかなという気がいたします。すなわち、法律の専門家でもありますし、特殊な訓練を受けている。裁判官がやれるから参与員も事実の調査がやれるのかというのはまた別論ではないかという気もするので、以上の3点から、少なくとも現時点では疑義を持ちます。

○**伊藤部会長** そうしますと、これも意見が必ずしも一致していないように思いますので、今の段階で方向づけを出すことは難しいかと思いますが、他方、180度対立しているのかという気がしないでもありません。したがって、今の消極的な御意見を踏まえて、なお、

どういう形での役割が書けるのかどうか、そういうことをもう少し事務当局で検討して、その上でまたお諮りしたいと存じます。

「3 その他」のところは何か御意見ございますか。1は、家事審判法第10条等の維持に関しては恐らく余り御異論はないように思いますが、それでよろしければ。それから、2はいかがでしょうか。何かこの点で実務上の御経験などを踏まえた御発言がございますか。

○三木委員 先ほども調停と審判の関係で申しましたように、調停官、審判官といえどもある意味では人を分離した方がいいということを考えますと、この参与員、家事調停委員との関係はこのような趣旨でよいのではないかと思います。

○伊藤部会長 どうぞ、小田幹事。

○小田幹事 (注)の2は乙類であることを前提としたものですが、まず参与員の活用状況についての現状を申し上げますと、乙類に関しては、既済総数との比較で参与員が関与している件数は2%ほどでございます。主に参与員を活用しておりますのは甲類でして、こちらは14%。いずれも平成20年の数字ですが、このようになっております。一つはこういった現状があるということ。

もう一つは、私ども、先ほどの乙類の中での調停と審判との関係が問題となってくるものと思われま。人事訴訟の場合には、確かに調停と人事訴訟とが分断している、不成立となったら、人事訴訟に行きたければ訴えを提起しなければいけないといったことを始めとして、別の制度でございますが、こちらは、どう評価するかはともかくとして、当然に審判に行くということですし、また、位置づけが、意見を言う。人訴でも同じかもしれませんが、そういった位置づけであるときに、乙類における活用の現状はありますけれども、このように分断して線を引いておくことはいかなるものかと思っております。

○山本幹事 私は三木委員の御意見に賛成です。人訴でこの規定をつくるときに随分議論があったかと思うのですが、やはり最大の理由は、参与員による心証の引継ぎということがあって、裁判官はある程度訓練によって心証を意図的に切断することができたとしても、参与員は通常の人ですので、それはなかなか難しかろうと思うのです。そういうことがあると、調停段階で当事者が十分率直に自分の思いを伝えることは、それが将来審判において参与員が意見を述べる際の資料となるということを考えるとなかなか難しいのではないかと。御意見等があって、このような規律になったものと承知しております。そういう意味では、最初のところの議論での私の認識では、小田幹事が言われたことは分かりますけれども、家事調停と家事審判の間でも原則的には心証の引継ぎというものは法律上はないということを前提とすれば、やはり同じ理由が妥当するのではないかと思いますので、人訴でこのような規定を入れているにもかかわらず審判で入れないという理由は私には見いだせないということです。

○伊藤部会長 実際上の参与員が果たす役割については小田幹事から御説明がございましたが、それはともかくとして、この2で掲げられている事項につきましても異なった考え方が委員・幹事の間から述べられておりますが、ほかの方はいかがでしょうか。

○長委員 現在、裁判員裁判も行われていて、一般の国民の方が事実認定などをするということが行われるようになっております。国民の方は、特に訓練されているわけではありませんが、事実認定をしておられます。そうすると、国民が参与員として関与する場合に、先行する調停には関与してはいますけれども、仮に審判で新たな証拠が出てきたときに、それに基づいて

改めて事実を認定するということが十分できるのではないかと思います。裁判官自身は、訓練されているという面はもちろんあるにせよ、参与員の方についても、必ずしも2のようなものを入れなければならないということにはならないように、最近のそういう例などを考えたときに思いました。

○伊藤部会長 どうでしょうか。それぞれごもつともな根拠を示しての、しかし方向としては違った方向での御意見が述べられておりますけれども。

そういたしましたら、この点は、ただいまの御意見を踏まえて引き続き事務局で検討することにさせていただきます。

ほかにこの点に関して何か御意見ございますか。

そういたしましたら、次の「第4 除斥及び忌避」ですが、時間がそろそろ予定の時刻に迫っておりますが、一応説明だけ事務局からしてもらって、できましたら区切りのいいところまで審議をお願いしたいと思います。

○脇村関係官 「第4 除斥及び忌避」の1では、家事審判官、参与員及び裁判所書記官の除斥及び忌避について提案しているところでございます。詳しい説明は（補足説明）にあるとおりでございます。

「2 その他」の(注)では、家庭裁判所調査官について取り上げております。ここでは、家庭裁判所調査官が裁判官の命令に従わなければならないことや、理由がない除斥等の申立てにより事実上家庭裁判所調査官の活動が停止した結果、審理が遅延し、子の福祉等を損なう結果が生じることは相当ではないことから、家裁調査官については除斥等の規律を設けないものとするを提案しております。

ただ、（補足説明）にもありますが、家庭裁判所調査官の調査結果が審判の結果に重大な影響を及ぼすことからいたしますと、その調査結果について十分検証する機会を設けることは当然必要であると考えておりますので、この点については、別途、記録の閲覧等の規律とともに検討することを予定しているところでございます。

以上でございます。

○伊藤部会長 そういたしましたら、まず「1 家事審判官、参与員及び裁判所書記官」についてですが、ここに記載されているようなことでよろしいでしょうか。何か御意見ございますか。

○山本幹事 細かいことなのですが、基本的は民訴並びということだと思っておりますが、家事にやや特徴的な、例えば(1)①のaでは当事者との関係だけを問題にしているのですが、審判を受ける者との間で配偶者とか親族だったかどうかとか、dで証人、鑑定人が問題とされますが、事実の調査の対象になったような場合はどうかとか、そのあたりは忌避事由で受けるという考え方も十分あり得るかなとは思っておりますが、私の感覚では、審判を受ける者が配偶者だったりすると、それはやはり除斥事由かなという感じもするものですから、そのあたり御検討いただければと思います。

○伊藤部会長 ごもつともな御指摘かと思しますので、検討させていただきます。

ほかにはいかがでしょうか。

そういたしましたら、1については今の山本幹事の御指摘を検討させていただくことにして、ほかについてはここに掲げられているとおりのことで今後の検討を行うということにさせていただきます。

「2 その他」の家庭裁判所調査官に関しては、従来の経緯を見ましても、ある程度御意見をいただかなければいけないという感じがありますし、若干のことは（補足説明）にも書いてございますので、ここは次回に回したいと思いますので、御了解いただければと存じます。

そういたしましたら、本日はそこまでということで、次回の日程等の連絡をお願いいたします。

○金子幹事 次回の日程ですが、平成21年10月23日の金曜日、午後1時30分からで、場所は前のところに戻りまして、法務省の第1会議室になります。

○伊藤部会長 それでは、ほかに特段の御発言がなければ、これで部会を終了させていただきます。どうも長時間熱心な討議をいただきまして、ありがとうございました。

—了—