

第 16 章 特別手続に関するコメント

はじめに

現行日本民訴法の特徴の一つは、一部を除き判決手続へ特化したことである。旧法時代に内包していた様々な手続は、民事執行法・民事保全法等に分化したほか、以前より家事事件・非訟事件として別個の法律で扱われてきたものもある。

中国民訴法の「特別手続」は「通常手続」および「簡易手続」に対する概念と紹介されている。その多くが日本法において広義の非訟手続に属するものであるが、督促手続のように民訴法に規定する手続として位置付けられるものもあるほか、日本法には見られない手続もある。以下個別の手続について概観するが、本文に言及のある部分は基本的に省略する。

一 特別手続

中国民訴法の「特別手続」は、多くが日本法の非訟事件に該当し、そのうち失踪宣告や行為能力に関する事件は、家事事件手続法（以下、家事法と略称する）のうち別表第一に定める事件に相当する。日本法のこれらの規定は、主として、旧家事審判法の甲類審判事件を承継したものである。職権探知主義が適用される家庭裁判所の手続であるが、当事者等の手続保障や使いやすさの向上の観点から現行法（平成 23 年法律第 57 号）が制定され、平成 25（2013）年より施行された¹⁾。

日本法では民訴法とは別個の法律で規定されている手続であるが、家事事件という枠組みの中では各手続間に共通部分が多いことと比較すると、中国法は各手続間の共通性が低く独自性が高いことを指摘できよう。

特別手続に相当する日本法の規定は、家事法以外にも多くの法律に区分される

1) 家事事件手続法における手続保障について考察したものとして、たとえば、金子修「家事事件手続法下の家事審判事件における職権探知と手続保障」判例タイムズ 1394 号（2014 年）5 頁参照。

が、以下では中国法の構成を念頭に叙述することとする。紙幅の都合で、割愛した部分もあることをお断りしておく。

1 失踪宣告・死亡宣告

中国法上の失踪宣告は、名称から、日本法においては、民法30条（失踪の宣告）以下に相当するようにも思われるが、実体法上の要件効果の違いには留意すべきである。日本法においては、民法31条により失踪宣告を受けた者は死亡したものとみなされるが、中国法の失踪宣告にこのような効果はない。むしろ、中国法の死亡宣告が日本法の失踪宣告に相当する法律効果を有するものといえよう。中国法の失踪宣告の関連制度は、日本における不在者財産管理人選任手続（民法25条以下）に近いものである。

いずれにせよ、失踪宣告・死亡宣告の手続は性質上訴訟手続には該当しないが、中国法においては民訴法に規定される手続である。

2 民事行為無能力・制限行為能力の認定

日本民法の行為能力に関する規定は、平成11（1999）年民法改正（平成11年法律第149号）等によって「禁治産」「準禁治産」の制度に代わる成年後見制度として設けられたものである。柔軟な制度設計と自己決定の尊重、残存能力の活用、ノーマライゼーションといった新しい理念と従来の本人の保護の理念との調和を図るという理念的要請に應えるため、制度改正が行われた²⁾。旧家事審判法もこれに伴い改正がされた（平成11年法律第152号）が、家事法制定においてもおおむねこの規定が引き継がれた。

成年後見（民法7条以下）については、家事法117～127条に規定を置いており、保佐（民法11条以下）については、家事法128～135条。補助（民法15条以下）については、家事法136～144条である。いずれも別表第一に属する事件である。

手続法上の特徴をいくつか挙げると、家事法118条は、後見開始の審判事件等について、成年被後見人となるべき者は、法定代理人によらずに自らが手続行為能力を有する旨規定している。中国法は、被後見人の近親等が代理人になること

2) 小林明彦・大鷹一郎編『わかりやすい新成年後見制度』（有斐閣リブレ・1999年）4～6頁参照。

のみを規定している³⁾。家事法では、成年被後見人からの陳述の聴取の制度が整備された(家事法120条)。なお、中国法においては、民事行為無能力等の認定等は判決による(187条・188条)が、日本法においては、審判による。

3 無主財産の認定事件

日本民法239条は、1項で「所有者のない動産は、所有の意思をもって占有することによって、その所有権を取得する。」と規定し、さらに2項で「所有者のない不動産は、国庫に帰属する。」と規定する。しかし、この規定について、司法手続上は、民訴法にも、非訟事件手続法ほかの手続法にも、また不動産登記法上も、これに対応すべき特段の規定は置かれていない。相続人の不存在によって相続財産が国庫に帰属することとなる場合、家事法203~208条(別表第一99~101の項)により審判等がされることになる。

所有者のない動産については、先占により所有権を取得するので、原理的には問題は生じない。埋蔵物についても、基本的には同様の考え方である。所有権が争われる場合は、所有権確認訴訟などを提起して争うことになる。

不動産、特にある土地が過去に無主地であり、これを時効取得したとして自らの所有権を主張する者は、民訴法の手続にのっとり、所有権確認訴訟を提起する方法が考えられる。しかし、二当事者対立構造を前提とすれば、相手方当事者を確定させることができない場合、訴訟での解決は困難である。国が当該不動産の所有権を争っていれば被告適格を有するが、国が自らの所有権を否定している所有者不明の土地の場合は、これらに該当せず、適当な被告を見出すのが困難であり、所有権確認訴訟によってこれを解決することはできない⁴⁾。

このような事案で司法の手続によって、無主地であることが認定されれば、すなわち国庫に帰属することとなり、被告適格を認めることができるほか、これと異なる者が所有者であるということになれば、自らの所有権を確認でき、あるいは被告適格を有する者を確定することができる。

中国民訴法の手続は特定の財産を国庫に組み入れるための手続で、以上の問題

3) 民訴解釈では、351条で選任手続における異議の手続、352条で近親者がいない場合の規定を置いている。

4) 所有者不明の土地を時効取得したと主張して国に対して提起された所有権確認訴訟に関しては、最判平成23年6月3日(集民237号9頁)も確認の利益を否定して原告の訴えを却下している。