

|                  |   |
|------------------|---|
| Title            | 〔民集未登載最高裁判事例研究三〕 不適法なことが明らかであつて、当事者のその後の訴訟活動により訴えを適法とすることが全く期待できない訴えにつき、口頭弁論を経ずに、訴えを却下するか又は控訴を棄却する場合における被告に対する訴状又は判決正本の送達の要否 (最高裁平成八年五月二八日第三小法廷判決)  |
| Sub Title        |   |
| Author           | 栗田, 陸雄(Kurita Mutsuo)<br>民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)  |
| Publisher        | 慶應義塾大学法学研究会   |
| Publication year | 1998  |
| Jtitle           | 法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.71, No.4 (1998. 4) ,p.113- 120   |
| JaLC DOI         |   |
| Abstract         |   |
| Notes            | 判例研究  |
| Genre            | Journal Article   |
| URL              | <a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19980428-0113">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19980428-0113</a> |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 〔民集未登載最高裁判事例研究 三〕

3 不適法なことが明らかであって、当事者のその後の訴訟活動により訴えを適法とすることが全く期待できない訴えにつき、口頭弁論を経ずに、訴えを却下するか又は控訴を棄却する場合における被告に対する訴状又は判決正本の送達の要否

最高裁判平成八年五月二八日第三小法廷判決（最高裁平七（行ツ）第六七号）判決無効確認並びに年金裁定請求事件、判例時報一五六九号四八頁。

### 〔事実〕

Xは、国Yを被告として年金額の変更を求めて訴えを提起したが、上告審における敗訴判決が確定している。そこで、Xは、再度Yを被告として、判決無効確認並びに年金額の変更を求めて本件行政訴訟を提起した。第一審は、口頭弁論を開くことなく訴えを却下し、訴状及び判決正本をYに送達しなかった。Xは、控訴したが、控訴審も、口頭弁論を開かず控訴を棄却し、控訴状及び控訴審判決の正本をYに送達しなかった。そこで、Xは、これらの判断及

び措置が民訴法一九三条（判決送達）、二〇二条（口頭弁論を経ない訴えの却下）、二二九条（訴状の送達）等に違反するとして、上告した。

### 〔判旨〕

「確かに、訴えが不適法な場合であっても、当事者の積明によつては訴えを適法として審理を開始し得ることもあるから、そのような可能性のある場合に、当事者にその機会を与えず直ちに民訴法二〇二条を適用して訴えを却下することは相当とはいえない。しかしながら、裁判制度の趣

旨からして、もはやそのような訴えの許されないことが明らかであって、当事者のその後の訴訟活動によって訴えを適法とすることが全く期待できない場合には、被告に訴状の送達をするまでもなく口頭弁論を経ずに訴え却下の判決をし、右判決正本を原告にのみ送達すれば足り、さらに、控訴審も、これを相当として口頭弁論を経ずに控訴を棄却する場合には、右被告とされている者に対し控訴状及び判決正本の送達をすることを要しないものと解するのが相当である。」——上告棄却。

〔研究〕

一 本件においては、原告は、形式上二個の訴えを併合している。しかし、原告は、一方において自己の請求を否定した前訴の確定判決の無効確認を求め、他方において前訴と同一の請求を繰り返しているのであるから、これらの訴えは実質において同一であると見られる。したがって、裁判所は、筋道としてはこれを一個の訴えに、すなわち、現行の制度の仕組みに沿う仕方として年金額の変更を求める訴えに変更させたいので、右の訴えが前訴判決の既判力に触れることを理由にこれを却下すべきであったろう。しかし、本件では、裁判所は、むしろ原告の訴えを確定判決の無効確認の訴えとして理解し、これを原告の現行法上予定

されていない仕方による司法制度への挑戦と見て、実質論によって一個の判決で斥けたものと考えられる。

本件においては、民訴二〇二条の適用要件、法二〇二条の控訴審手続における準用の可否、法二〇二条の適用と訴状及び判決正本不送達の措置等の問題がある。前二者については後述するように既に最高裁の判決があり、本判決は、後者、すなわち、訴状等の不送達の措置に関する新判例である。最高裁は、本件において「裁判制度の趣旨からして、もはやそのような訴えの許されないことが明らかであって、当事者のその後の訴訟活動によって訴えを適法とすることが全く期待できない場合」において、直ちに訴えを却下し、訴状の送達及び判決正本の送達をしなかった原審の措置を肯定している。右の判旨は、法二〇二条の適用場面においては訴状等の不送達の措置が一般的に正当化されるかのような印象を与える。しかし、法二〇二条は、口頭弁論を経ずに訴えを却下する手続を認めているに留まる。訴状等の不送達は、法律に規定がなく、果たしてこのような措置が可能なのか、またどのような場合に可能なのかは、全く別問題である。この点につき、判旨は、右の問題を区別せず、また後者について十分な理由づけを行っていない。

二 法二〇二条は、「不適法ナル訴ニシテ其ノ欠缺ヲ補正

スルコト能ハサルモノナル場合ニ於テハ口頭弁論ヲ經スシテ判決ヲ以テ之ヲ却下スルコトヲ得」と規定している。右の規定は、明治二三年に制定された旧民訴法においては存在しなかつたが、訴訟経済上の理由から、大正の改正に際して新設され、また昭和二三年の改正（法一四九号）で却下判決に先立ち原告の審尋を必要とする旨の二項が追加された。この二項は、昭和二九年の改正（法一二七号）で再び削除されている。したがって、原告の審尋は、現行法上は必要ではないが、任意的なものとして存続しているものと考えられる。したがって、法二〇二条に基づく措置としては、裁判所は、直ちに訴えを却下する場合と原告の審尋を経た後にこれを却下する場合とを言つてよい。すなわち、訴訟要件の審査は、通常口頭弁論において行われるが、しかし、場合によっては、口頭弁論前に書面審査、審尋等によって行われる可能性もある。法二〇二条は、その旨の規定である。

法二〇二条は、不適法な訴えでその欠缺が補正できない場合について、口頭弁論によらない訴えの却下を認める。右規定は、訴訟経済を図るためのものであるから、その適用範囲は画一的であることが求められる。一般的には、裁判権の不存在、当事者能力の欠缺、出訴期間・上訴期間の

徒過及び本件における確定判決の無効確認を求める訴え等が考えられるところであるが、従来の裁判例では、訴訟要件の欠缺が補正できないものであることが明白であつたか否か疑いのあるような事例も少なくない<sup>(1)</sup>。疑いがある場合には、裁判所は少なくとも原告を審尋すべきであるから、右規定の適用範囲は、実際にはそれほど広くない。すなわち、裁判所は、事案が右の諸類型に該当することをもって満足するのではなく、訴状の記載自体から訴訟要件の欠缺を補正することができないことが明らかなる場合に初めて法二〇二条の措置を執ることができると言うべきであらう<sup>(2)</sup>。

但し、本件における確定判決の無効確認を求める訴えは、現行法上は排除されており、いわゆる訴訟事項に該当しない訴えとして、法二〇二条の適用が考えられる。従来の判例及び通説もこれを認めていると言つてよい<sup>(3)</sup>。しかし、学説の中には、「ある事件が民事司法事項に属しないものとして司法権の外に放逐される場合には、それはまさしく司法権の自己限定のはたらきを意味するが故に、その結論を導き出す判断の形成は本来の司法過程を通じてのみ行われてよいことである<sup>(4)</sup>」と主張して、判例・通説に反対する見解がある。確かに、ある問題が訴訟事項に該当するか否かは、他の問題から性質的に区別される特別な問題で

ある旨の指摘は重要であるが、しかし、法二〇二条の目的が、訴訟要件の欠缺が明白で補正できない場合に口頭弁論を省略する点にあることを考えれば、この場合の口頭弁論は、形式に過ぎず、やはり本条適用の適用可能性を認めるべきであろう。<sup>(5)</sup>

三 控訴審における法二〇二条の適用の可否については、学説には、従来の判例<sup>(6)</sup>に従い、これを肯定するものと否定するものがある<sup>(8)</sup>。肯定説の根拠としては、法二〇二条は総則規定であつて、控訴審においても適用の妨げとならないこと、また本条趣旨を控訴審に拡張する必要があることである。他方、否定説によれば、「控訴そのものが適法であるとき、申立の対象は原判決の是非、いいかえれば第一審判決の取消の可否という問題であつて、そのように公権的強制処分<sup>(9)</sup>の適否が論じられるときには、必ず当事者に口頭弁論の機会を与えるべき」であるという点にある。しかし、法二〇二条の適用場面においては、控訴審においても同様に口頭弁論は形式に過ぎないものであるから、肯定説に従うべきである。

四 法二〇二条ないし法三三八三条の適用場面において、実務では従来から判決言渡期日の呼出状や判決言渡期日の告知を省略する手続が認められてきた<sup>(9)</sup>。かような書面の送達

を省略する手続は、既に広く実施されているが、法律上根拠のないものであつて、改められるべきであろう。さらに本件におけるような訴状等の不送達は、訴訟係属の発生に関わる点で訴訟手続上重要な問題を含んでおり、これは従来の手続省略の延長線上に位置づけるのではなく、別個に論じられべき問題である。

本件におけるように、訴状等を送達しない措置については、これを違法とする裁判例<sup>(10)</sup>があり、学説にも反対説が見受けられる<sup>(11)</sup>。しかし、これらを省略する実務例の存在することも容易に想像されるところである。かかる取り扱ひの問題点としては、①法文上は、法二二九条が法二〇二条に基づく訴えの却下の場合を除外していない、法二〇二条に基づく訴え却下の場合においても訴状の送達が必要であると解される、②判決は被告への訴状の送達による訴訟係属を前提とするところ、被告への訴状等の送達がない場合に判決をすることは背理である、さらに③法二〇二条に基づく訴えの却下の場合にも、被告に訴えの提起を知らせ、防御のための機会を与えるべきである、等が挙げられよう。判旨は、①及び②の点については直接明言していないが、③については、かような訴えについては被告に通知し、防御の機会を与える実益もないと考えていることが伺われる。

①の点は、被告への訴状の送達は、被告に防御の機会を与えるためであるから、防御の必要もない場合には、訴状の送達も不要であるという言い方で説明することができるかもしれない。しかし、裁判所の判決が訴訟係属を前提とし、また訴訟係属が被告への訴状の送達によって発生するとすることは、重要な原則であって、容易にその回避を認めるべきではない。もちろん、訴訟係属は、原告の訴状の提出によって発生するという見解もあるが、それは訴訟係属の発生時期を問題としているのであって、被告が全く手続の外におかれたままで判決効を受けるといふ事態を正当化するものではあるまい。

判旨はどのような理由づけによって訴状等の不送達を基礎づけようとするのであろうか。判旨は、少なくとも本件のような場合においては、原告の訴え提起（訴状提出）によって訴訟係属は発生するが、訴状の送達は被告を煩わすだけであるし、逆に送達しなくても被告にはいかなる不利益もないから、訴状の送達は不要であると考えたかもしれない。これは一種の訴えの濫用的な発想ということになる。確かに実体権の濫用と異なり、訴訟制度の濫用については、訴状不送達の措置が正当化される余地はあるかもしれない。しかし、法二〇二条のすべての適用場面が訴訟制

度の濫用にあたるとは言い難い以上、濫用を識別する基準が必要である。学説には、「司法審査の対象とならないことが明らかな訴え」<sup>(12)</sup>について訴状不送達の措置を認める見解があり、判旨の「訴訟制度の趣旨からして、もはやそのような訴えが許されないことが明らかであって」という部分は、この学説に照応するようにも思われるが、しかし、判旨における限界はそれほど明確ではない。<sup>(13)</sup>

また判旨は、これを本件の訴訟係属は原告との関係のみ生じており、かような判決は、その実質において訴状却下命令と変わらなず、原告のみを拘束する特殊な性質を有するというように理解することもできるかもしれない。しかし、それは、その片面性において民事訴訟法の基本的構造に適合せず、当事者を拘束する効力を持つことができないと思われる。また本件においてなぜこのような理解が可能なのかという問題は依然として残っており、この場合にも濫用論的な基礎づけが必要となるであろう。

五 司法審査の対象とならない訴えは、本来は訴えの利益の欠缺問題として処理すれば足りる。しかし、これを司法制度の濫用と見て、訴状等の不送達の措置を容認する見解による場合、ここで下される訴え却下の判決は、二当事者対立主義の枠内にあり、当事者双方を拘束すると考えられ

ているはずである。しかし、その場合、被告は全く手続の外におかれたまま判決の効力を受けるという結果が生じる。それにもかかわらず、被告は常に勝訴するから、手続関与の機会を与えられる実益がないと考えるべきであろうか。

しかし、そのような考え方は、その者に手続の主体としての地位を認めないことと同様であると思われる。この場合の実益論は、現行の司法制度の観念と調和しがたいと考える。あるいは、判旨には、本件訴訟の被告が国家であるという特別な考慮が働いたのではないかと推測されるが、そうであれば、裁判所の中立性を疑わせる問題があることになろう。

しかし、本件においては、上告審が訴状等の不送達を違法と判断したとしても、第一審における訴状の送達からやり直しが必要であるばかりか、そこでは再度法二〇二条の措置が執られる可能性は高いし、またそれでは不毛な結果となる。したがって、具体的事案の処理としては、判旨の結論には無理からぬところがある。しかし、理論としては本件において訴状等の不送達を正当化すべき根拠は見いだしがたいと考える。以上、判旨に反対する次第である。

(1) 法二〇二条の適用事例については、兼子・竹下・新堂

・松浦・条解民事訴訟法七〇三頁、注解民事訴訟法第二版

(5) 一六四頁を参照されたい。なお従来判例の概観については、堤「口頭弁論を経ない訴え却下」判例民事訴訟法の理論下(中野貞一郎先生古希祝賀)一一三頁以下、疑問のある事例については一三八頁以下を参照されたい。

(2) 兼子・竹下・新堂・松浦・条解民事訴訟法七〇二頁。

(3) 前注(1)の文献を参照されたい。

(4) 住吉「民事訴訟法第二〇二条」民事訴訟論集第一巻三六九頁以下、特に三八五頁。

(5) 同旨兼子・竹下・新堂・松浦・条解民事訴訟法七〇三―一七〇四頁)

(6) 最高裁昭和四一年四月一五日の判決は、上告状貼用印紙額の不足を原因としてその補正命令に従わなかったために上告状を却下された者が、上告状を却下する裁判が行政処分であるとして、高裁長官及び高裁の担当裁判長を被告としてその取消を求める行政訴訟を提起した事件に関して、初めて二〇二条の適用を肯定している。その根拠は、当該判決の原審の判決理由において次のように述べられている。「民事訴訟における当事者双方審尋主義は、最初から適法な訴えでその欠缺が補正できないためこれを却下すべき場合には適用がないことは、民事訴訟法二〇二条の規定に照らして疑いのないところであり、それは、そのような場合には相手方たる被告の意見陳述を聴く必要が全然存在しない

からである。——本件の場合には、控訴それ自体は適法であるから民法三三三条には該当しないが、同条は控訴審が新たな審級であることに鑑み、訴訟要件のほかとくに控訴要件の充足が要求されることから設けられた規定であり、したがって、この規定があることを根拠として総則編の規定たる同法二〇二条の適用を否定することはできない。

——不適法な訴えてその欠缺が補正できないためこれを却下すべきものと判断するには被告の意見陳述を聴く必要がないということとは、控訴審の審判をなす場合においても同様であるから、控訴審においてかような判断の下に訴え却下の原判決を支持し控訴棄却の判決をする場合には、口頭弁論を経ることを要しないと解すべきである（東京高裁昭和三八・二・二七高民一六・三・一四七）。また最高裁昭和五七・一〇・一九第三小法廷判決（判例時報一〇六二号八七頁）も、当事者能力を欠く者の訴えを二〇二条に基づいて却下した控訴審の判決を肯定するに際して右の理窟を認めている。

(7) 兼子・竹下・新堂・松浦・条解民事訴訟法七〇四頁、注解民事訴訟法第二版（5）一六五頁。

(8) 住吉前掲。

(9) 大審院（昭和一三・七・一一民集一七卷一四一九頁）は、まず法三三三条に基づいて口頭弁論を経ないで不適法な控訴を却下する判決の言渡り日には、当事者の呼出を必

要としない旨を判示し、右の立場は、最高裁において、口頭弁論を経ずに控訴を却下する場合について踏襲された（昭和三三・五・一六第二小法廷判決民集一二卷七号一〇三四頁）。また最高裁は判決言渡り日の告知についてもこれを不要とする旨を判示している（昭和五七・一〇・一九第三小法廷判決判例時報一〇六二号八七頁）。また法二〇二条それ自体については、また最高裁の判決は見あたらないが、旨を認める高裁判決（東京高裁昭和三四・一二・二六行集一〇・一二・二六三三）がある。学説は、判決が期日において言い渡される以上、当事者に意見を述べざる機会を与えるために、期日の告知及び呼出が必要であるとす

るものが多い（兼子判例民事訴訟法三九事件、菊井・村松全訂民事訴訟法一・一五三頁、小室・渡部・斉藤注解民事訴訟法第二版六一六五頁）。

(10) 東京地裁昭和四五・一・二二判決「被告に対する訴状の送達を命じた民事訴訟法第二九条の規定は、同法二〇二条によって訴え却下の判決をなす場合であっても適用がある」と解すべきである（判例タイムズ二四七号二七九頁）。

札幌高裁昭和五七・五・二七判決再審の訴えにつき「訴訟要件の存否については、被告にも、その不存在を主張して訴却下の裁判を求める利益があるとともに、その存在を主張して請求棄却の実体上の裁判を求める利益もあると解されるから、第一審裁判所が、訴訟要件の不存在を理由に訴

- え却下の裁判をなす場合には、口頭弁論を開くことは要しない(同法二〇二条)にしても、少なくとも訴状送達が法的にすることができないような場合は別として、被告に対し予め訴状の送達をなすことを要し(同法二一九条)、かつこの理は再審の訴においても変わりがないというべきである」(昭和五七・五・二七判例タイムズ四七五号七六頁)。
- (11) 井上直三郎「民事訴訟法雑題」破産・訴訟の基本問題 九九頁以下。菊井・村松・全訂民事訴訟法Ⅱ一四二頁。
- (12) 菊井・村松・全訂民事訴訟法Ⅱ一四二頁。
- (13) 実務のセンスとして、訴訟制度の濫用が明白な場合に限り(菊井・村松・全訂民事訴訟法Ⅱ一四二頁)と言われることがある。しかし、濫用論も、後述するように基本的な訴訟制度と調和する仕方工夫されるべきであろう。

栗田 陸雄