慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔下級審民訴事例研究四七〕 原告が提訴から一年以上にわたり訴訟委任状を提出しないこと等により訴えが不適法でその不備を補正することができないとして訴えが却下された事例 (東京高裁平成一二年一二月二〇日判決)
Sub Title	
Author	石渡, 哲(Ishiwata, Satoshi) 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	2002
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.75, No.4 (2002. 4) ,p.103- 111
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20020428-0103

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.

〔下級審民訴事例研究四七〕

原告が提訴から一年以上にわたり訴訟委任状を提出しないこと等により訴えが不適法でその不備を補正することができないとして訴えが却下された事例

東京高裁平成一二年一二月二〇日判決（東京高裁平成一一（行ケ）四〇一号）審決取消請求事件、判例時報一七四三号七八頁

〔事実〕

原告は、アメリカ合衆国法人であり、商標登録出願をしたところ拒絶査定を受け、これに対する不服の審判を請求したが、請求不成立の審決がされた。本件は、原告がこの審決の取消しを請求して提起した審決取消訴訟である。平成一一年一二月八日受付の本件訴状には、原告代表者の資格証明および訴訟委任状が添付されておらず、追って補充する旨の記載がなされていた。しかるに、その後約八箇月間にわたりこれらの追完がなされなかったので、裁判所は、平成一二年八月七日、原告に対し、これらを決定正本送達の日から五〇日以内に提出すべきことを命ずる決定をし、同正本は同年九月一九日に原告に送達された。しかし、原告はこの期間内にもその提出をしなかった。そこで裁判所は、行訴法七条により準用される民訴法一四〇条にしたがい本件訴えを却下するとともに、同じく行訴法七条により準用される民訴法七〇条を適用して、訴訟費用を原告訴訟代理人の負担とした。

〔判旨〕

「原告訴訟代理人らは、訴訟委任状等の添付を欠く本件訴状を当裁判所に提出した後、長期間にわたりその追完をせず、また、原告も、当裁判所から相当期間を定めて訴訟委任状等の提出を命じられたにもかかわらず、これに応ぜず、訴状の送達が未了のまま一年余を経過していることは、……明らかである。そうすると、原告訴訟代理人らが原告の訴訟代理人として訴訟行為をするのに必要な授権があることを証明する

ことができず、かつ、追認を得ることができなかった場合に当たるといわざるを得ない。また、これらの経緯に照らし、当裁判所は、原告が訴訟委任状等の提出をする意思がないものと認める。そうすると、本件訴えは、不適法でその不備を補正することができないというべきである。」

〔評釈〕

判旨が口頭弁論を経ないで訴えを却下したことは、妥当である。訴訟費用を原告訴訟代理人の負担としたことは、そのこと自体は妥当であるが、これに関する裁判所の措置には、疑問の余地がある。

一　口頭弁論を経ない訴え却下の可否

法人が当事者である場合、当該法人が真に代表権のある者によって代表されていることは、個々の訴訟行為の有効要件であると同時に、訴え提起がかかる者によってなされることは、訴訟要件でもある。また、訴訟代理人により訴訟が行われる場合、訴訟代理人に訴訟代理権があることも、同様である。[1] そして、代表権についても訴訟代理権についても、書面で証明することが要求されている（民訴規一八条・一五条・二三条）。前者を証明する書面として、通常は、商業登記簿謄本が、また、後者を証明する書面としては訴訟委任状が訴状に添付される。ただし、前者については、商業登記制度を有していない外国の法人が原告になる場合（本件もこの場合のようである）、公証人の認証ある宣誓供述書をもってこれに換えることが認められている。しかし、本件では、代表権、訴訟代理権の双方につきこれらの書面が訴状に添付されず、かつ、五〇日以内に提出せよと命じる裁判所の決定にもかかわらず、提出されなかった。

かような場合に執られるべき措置としては、①これらの書面の追完がなくとも、訴状を被告に送達し、被告が代表権および訴訟代理権を争わないかぎり、追完なきままに手続を進める、②これらの書面の添付がないことは、訴状の不備にあたると解して、民訴法一三七条の適用ないし類推適用により、裁判長が訴状を却下する、③民訴法一四〇条により、裁判所が口頭弁論を経ずに訴えを却下する、④裁判所が、口頭弁論を開いて、訴えを却下する、という四つが考えられる。本件においては③の措置が執られた。いずれの措置が適法ないし妥当であるかが、問題である。

まず①の措置であるが、判例時報誌の本件に付されたコメントによると、かような措置が執られる国もあるとのことである。しかし、上記の書面が提出されないままに訴訟を進めたところ、最終的に代表権や訴訟代理権が証明され

なかったということになる虞が、多分にある。それは相手方当事者の利益を害するだけでなく、裁判所にとってもむなしく時間と労力を浪費させられることになる。したがって、このような場合には、たとえ相手方が争わなくても、手続を進行させるべきではない。それゆえ、①の措置は執るべきでない。

次に②の措置であるが、裁判長による訴状却下は、民訴法一三七条一項・二項の文言によれば、訴状の必要的記載事項（同一三三条二項）に関する瑕疵が補正されない場合、および訴え提起の手数料が納付されない場合に、行われるものである。これらの瑕疵はきわめて明白であり、裁判長限りで訴状を却下できることになっているのも、瑕疵の明白性のゆえである。したがって、この措置を執ることができるのは、明文規定で認められた場合に限定すべきであり、本件事案の下ではこれを執ることはできない。(2)

そこで、③の口頭弁論を経ない訴え却下である。民訴法一四〇条は、「訴えが不適法でその不備を補正することができないとき」に、この措置が執られることを規定している。この規定は、旧民訴法二〇二条を、表現だけを変え、内容に変更を加えずに、受け継いだものである。補正できない不備として、通常、治外法権を有する者に対する訴えないし裁判権の欠缺、選定されていない者を被告の選定当事者とする訴え、当事者能力の欠缺、出訴期間（たとえば、商二八〇条ノ一五、民二〇一条、行訴一四条）経過後の訴えが挙げられる。(3) これらは、補正の可能性がないという意味で、絶対的補正不能といわれている。さらに、裁判例は、被告の住所が不明で期日の呼出状が送達できなくなったので、原告に対して被告の住所の補正が命じられたのに、原告がこれに応じない場合、(4) および、原告の住所が不明になった場合、(5) ならびに、本件と同様に、訴訟委任状が提出されない場合(6)にも、現行民訴法一四〇条に相当する旧民訴法二〇二条によって、口頭弁論を経ずに訴えを却下している。(7) 学説上も異説(8)は少ない。私も、この結論は妥当であると考える。

ただし、これに関して注意すべき点が二点ある。第一点は、被告や原告の住所が不明である場合について、当事者の住所不明がいかなる訴訟要件の欠缺となるのか、あるいは、そもそも住所の不明が訴訟要件の欠缺になるのかは、必ずしも当然に明白ではなく、そのような結論に至るためには、なお説明が必要である。(9) しかし、この点は本件に直接関係がないので、立ち入らない。本件では、代表権と訴訟代理権が証明されなかったが、代表権や訴訟代理権のな

い者による訴え提起の場合に、訴訟要件が欠けていることについてはとくに説明の必要はないであろう。(10)

第二に以下の点に注意すべきである。すなわち、当事者の住所不明（それが訴訟要件の欠缺になるとしても）ならびに代表権および訴訟代理権の欠缺は、補正が絶対的に不可能なわけではない。この場合の口頭弁論を経ない訴えの却下も、ただこれだけを理由として行われるのではなく、それに対する補正が命じられ、原告がこれに応じなかったときに、この不遵守を理由として行われる。そこで、かような場合も、民訴法一四〇条にいう「補正することができないとき」（旧民訴法二〇二条の「補正スルコト能ハサルモノナル場合」）に含まれると説明する学説と、これに準じると説明する学説(11)がある。(12) いずれによるかは、説明の仕方の違いで、結論には違いがないので、議論をする実益はあまりないが、私は一応次のように考える。絶対的補正不能と通常考えられている前述の治外法権を有する者に対する訴え、選定されていない者を被告の選定当事者とする訴え、出訴期間を過ぎた訴えにしても、必ずしも常に訴訟要件欠缺の補正不可能性が絶対的であるとは言い切れない。なぜなら、治外法権を有する者も治外法権を放棄する可能性がある。(13) また、原告と受訴裁判所とで、選定当事者として被告とされた者が真実の選定当事者であるか否かにつき、あるいは、当事者能力が欠缺しているか否か（とくに、権利能力なき社団・財団で民訴法二九条の要件を満たしているか否か）につき、見解が相違している場合、審理や証拠調べをしたところ、原告の見解が正しかったことが判明する可能性もある。さらに、出訴期間経過後に訴えが提起されたと裁判所が考える場合であっても、追完が可能であったり、または、期間の始期について裁判所の考えが誤っていることもあり得る。(14) それにもかかわらず、これらの場合に口頭弁論を経ない訴え却下が正当化できるのは、理論的にはかような可能性があっても、現実にはそのようなことはほとんどないからである。もとより、もしそういうことがあれば、原告のために救済の道が開かれていなければならないが、その救済としては却下判決に対する上訴の道がある。かように考えるならば、これらの場合においても、補正が絶対的に不可能だというのは、正確ではなく、補正の余地がきわめて少なく、事実上無いに近いと言うべきである。この点では、原告が訴訟要件の欠缺の補正を命じられながら、これに従わないという場合も、同じである。そうであるとすれば、後者の場合も民訴法一四〇条が当初から対象としていたと考えることができ、なにも、同条が本

来規定する場合に準じると説明する必要はない。

いずれにせよ、本件のようなケースでは口頭弁論を経ない訴え却下が可能であり、この措置をした点で、本判決は妥当であった。[15]

それでは本件のようなケースで、④の口頭弁論を開いたうえでの訴え却下の措置も可能であろうか。実際には、代表権や代理権の証明がないままに裁判所が口頭弁論を開くことはあまりないかもしれない。しかし、口頭弁論を経ない訴え却下が可能なときでも、口頭弁論を開いて訴えを却下するという、より丁寧な手続を踏むことは違法ではない。ちなみに、裁判長の訴状却下が可能な場合に、口頭弁論を経ない訴え却下ないし口頭弁論を開いたうえでの訴え却下をすることも、違法ではない。逆により丁寧な手続を踏むべきときに、簡単な手続で処理することは違法である。[16]

二　訴訟費用の訴訟代理人負担

㈠　本判決は、民訴法七〇条により訴訟費用を訴訟代理人に負担させた。同条は、旧民訴法九九条を内容上の変更を加えずに受け継いだものであるが、これらの規定の解釈については見解が対立している。通説[17]は、代理人に訴訟費用を負担させるのは、代理権の欠缺について本人またはその法定代理人（以下、「本人等」という）が「何等原因を与えていない場合に限る」とする。具体的には、無能力者や授権を欠く法定代理人の訴訟委任に基づき訴訟代理人が訴えを提起した場合には、訴訟費用は、訴訟代理人ではなく無能力者本人ないし法定代理人に負担させるという。これに対して、旧民訴法九九条（現行民訴七〇条も同様）は、本案訴訟を迅速に解決することを主眼としているので、裁判所は欠缺の原因を与えたのがいずれであるかを審理する必要はなく、訴訟代理人の負担とされた費用につき、さらに訴訟代理人と本人の間で償還を必要とするときは、当該訴訟外で別途に両者の間で解決すればよい、との少数説がある。[18]裁判例[19]は、通説に従っているといわれている。

通説の、「何等原因を与えていない場合に限る」という表現からすれば、訴訟代理権欠缺につき本人等が原因を与えていないという確信を裁判所がもたない限り、訴訟代理人に訴訟費用を負担させることはできないことになる。この原因がいずれにあるかを判定するための、本人等と訴訟代理人との対審的な審理を行わずに、裁判所がかような確信をもたなければ、訴訟代理人に訴訟費用を負担させられないとすることが、民訴法七〇条（旧民訴法九九条）の趣旨にかなうとは考えられない。とくに本件におけるように、口頭弁論を経ないで訴えを却下する場合には、訴訟代理権

欠缺の原因がいずれにあるかにつき、裁判所がある程度の心証をもつことはあろうが、確信をもつに至ることはほとんどないのではなかろうか。このように考えると、通説を支持することはできない。

ただし、たまたま審理の過程において、本人等が訴訟代理権欠缺の原因を与えたとの確信を、裁判所が持つことはあり得よう。その場合でも、訴訟代理人に訴訟費用を負担させることは、たしかに妥当でない。そこで、民訴法七〇条（旧民訴法九九条）はかような場合を想定した規定ではなく、かような場合には適用されないと解すべきである。すなわち、通説のように、本人等が訴訟代理権欠缺につき「何等原因を与えていない場合に限り」この規定を適用するのではなく、本人等が訴訟代理権欠缺につき原因を与えている場合に限り、この規定の適用を排除するものと解すべきである。[20]

いずれにしても、本件においては、民訴法七〇条を適用して訴訟費用を訴訟代理人の負担とすることは可能であった。その限りでは、判旨に賛成する。

㈡　しかし、本件における措置については、疑問の余地がある。それは、訴訟委任状等を五〇日以内に提出することを命じる決定正本が原告に送達されながら、訴訟費用の負担が訴訟代理人に課された点である。これでは、訴訟代理人にとって不意打ちになってしまわないだろうか。判例時報誌の本件に付されたコメントで解説者は、この送達が訴訟代理人ではなく原告になされたのは、両者間の信頼関係が喪失したためであろう、と推測している。しかし、両者間の信頼関係が喪失しているならば、なおのこと、送達を受けたことを原告が訴訟代理人に通知せず、したがって訴訟代理人としては知らないあいだに訴訟費用を負担させられてしまう虞が大きい。たしかに裁判所の立場からすれば、外国法人よりも国内の訴訟代理人に負担させたほうが訴訟費用の満足を事実上得やすいであろうし、前述のようにそうすることは法的に可能である。しかし、それをしようとするならば、訴訟代理人のための手続保障を十分に尽くしておくべきである。もっとも、逆に、送達が訴訟代理人になされたとすれば、そのときはそのときで、訴訟代理人が原告にそのことを知らせず、原告不知のあいだに訴えが却下されてしまう虞が生じる。したがって、裁判所は、本件のようなケースでは、前述の決定正本を原告に送達するにしても、手続保障の観点から、決定内容をなんらかの方法で原告訴訟代理人にも通知することが望ましい。本件では、判決文を読む限り、そのような措置が執られたことは窺え

ず、その点で裁判所の措置は、違法とまではいえないにしても、疑問の余地がある。

(1) 代理権については、新堂幸司『新民事訴訟法』一四一頁以下（弘文堂、第二版、二〇〇一年）が明言する。代表権については明言されることはないようであるが、同様に考えるべきである。

(2) 訴訟代理人への委任状等の書面が訴状に添付されていないことは、裁判長による訴状補正命令の対象にならないとする、菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法II』一三二頁（日本評論社、一九八九年）、斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(6)』二四五頁〔斎藤秀夫＝加茂紀久男〕（第一法規、第二版、一九九三年）の立場からも、同じ結論が導き出されるであろう。

(3) 菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法I』一一五三頁（日本評論社、補正版、一九八四年）、兼子一ほか『条解民事訴訟法』七〇三頁〔竹下守夫〕（弘文堂、一九八六年）、斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(5)』一六四頁〔小室直人＝渡部吉隆＝斎藤秀夫〕（第一法規、第二版、一九九一年）、小室直人ほか編『新民事訴訟法（基本法コンメンタール）2』三四頁〔畑郁夫〕（日本評論社、一九九八年）。

(4) 東京地判昭和五〇年三月一二日判時七八五号八七頁、東京地判昭和五二年二月一七日判時八六二号五〇頁、東京地判昭和五三年八月一六日判タ三七二号九八頁。ただし、いずれも訴状送達後に住所不明になった事案であり、判旨は、旧民訴法二〇二条の準用により訴えを却下している。

(5) 東京地判昭和四四年五月七日判時五六五号七四頁、前掲(注4)東京地判昭和五三年八月一六日（被告の住所不明と、原告の住所変更届の懈怠が重なった事例）。いずれも、訴状送達後に住所不明になった事案であり、東京地判昭和五三年八月一六日は、旧民訴法二〇二条の準用により訴えを却下したが、東京地判昭和四四年五月七日は、同条により訴えを却下した。

(6) 東京高判昭和四八年一〇月二六日判タ三〇三号一八二頁。本件と同様に、外国法人が原告となった審決取消訴訟である。

(7) そのほか、判例および裁判例において、民訴法一四〇条に相当する旧民訴法二〇二条により口頭弁論を開かないで訴えを却下すべきであるとされた事例には、訴訟事項とならない問題について訴えが提起された事例、および、裁判所が求釈明してもなお請求の趣旨が不明瞭な事例がある。前者の例として、最判昭和四一年四月一四日訟月一二巻一〇号一四〇〇頁、最判昭和五五年五月六日判時九六八号五二頁、東京高判昭和五七年六月二八日判時一〇五四号九七頁などがある。後者の例として、大阪高判昭和二五年四月二二日行集一巻三号四二八頁、東京地判昭和三四年四月二

七日訟月五巻六号七頁などがある。前者の場合につき、住吉博「民事訴訟法第二〇二条」『民事訴訟法論文集第一巻』三八三頁以下（法学書院、一九七八年。初出、民商、七八巻臨時増刊号(3)『末川先生追悼論集・法と権利3』〈有斐閣、一九七八年〉）は、口頭弁論を経ないで訴えを却下すべきでないとする。しかし、必ずしも多数の学説の支持を得ているわけではない。この点については、堤龍弥「口頭弁論を経ない訴え却下」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（下）』一三九頁（有斐閣、一九九五年）参照。

さらに、旧民訴法二〇二条は、当事者、とくに原告が期日の欠席による手続の休止と期日指定の申立を繰り返すような、不熱心な訴訟追行を行う場合に、訴えを排斥するために活用されることがあった。この問題について学説の側から問題提起を行ったのが、池田辰夫「不熱心訴訟追行原告に対する帰責法理の展開―近時の下級審裁判例の一つの動向―」大阪大学法学部創立三十年記念論文集『法と政治の現代的課題』三三七頁以下（大阪大学法学部、一九八二年）である。この問題提起は、現行民訴法二六三条後段に結実した。

(8) 鈴木正裕＝青山善充『注釈民事訴訟法(4)』四六三頁〔三谷忠之〕（有斐閣、一九九七年）は、口頭弁論を経ない訴え却下は例外であるから、補正が可能であるかぎり、これを規定する旧民訴法二〇二条（現行民訴一四〇条）は適用されないとする。

(9) 池田・前掲注(7)三五三頁がこのことを指摘している。

(10) 注(1)に同じ。

(11) 兼子ほか・前掲注(3)七〇三頁〔竹下〕、斎藤ほか編・前掲注(3)注解民訴(5)一六四頁〔小室＝渡部＝斎藤〕、小室ほか編・前掲注(3)三四頁〔畑〕。

(12) 菊井＝村松・前掲注(3)全訂民訴Ⅰ一一五三頁。

(13) もっとも、治外法権を有する者にはそもそも訴状を送達することができないから、治外法権を放棄する余地もない、と考えられなくもない。しかし、裁判所が事実上の措置として、この者に、治外法権を放棄するかどうかを尋ね、放棄する旨の回答があれば、送達することもできよう。詳細につき、菊井＝村松・前掲注(2)全訂民訴Ⅱ一三三頁参照。

(14) 堤龍・前掲注(7)一三八頁が指摘するところである。ただし、上訴が不適法で、その不備を補正できない場合（民訴二九〇条、旧民訴三八三条）についての論述である。同論文ではこの問題に関する裁判例も引用されている。

(15) 鈴木正裕「訴状却下と訴え却下」佐々木吉男先生追悼論集『民事紛争の解決と手続』九四頁（信山社、二〇〇〇年）は、本件のような訴訟代理権、代表権を証明する書面の不提出の場合に裁判所が執るべき措置について明言して

はいないが、この場合の措置は裁判長による訴状却下ではなく口頭弁論を経ない訴え却下であるとの趣旨と解され、したがって、少なくとも結論においては、私見と同旨と思われる。

(16) 小室ほか編・前掲注(3)三五頁〔畑〕。同書の前身である、小室直人＝賀集唱編『民事訴訟法（基本法コンメンタール）』二四二頁〔畑〕（日本評論社、第三版、一九八五年）は、この関係を、「大は小を兼ねる」が、逆は不可である、と述べている。

(17) 兼子一『条解民事訴訟法』二五八－二五九頁（弘文堂、旧版、一九五五年）（本文中のカギカッコ内の表現を使ったのは、この文献が最初ではないかと思われる）、兼子ほか・前掲注(3)二六八頁〔新堂幸司〕、斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(3)』七九頁〔小室直人＝宮本聖司〕（第一法規、第二版、一九九一年）、上田徹一郎＝井上治典編『注釈民事訴訟法(2)』四七九頁〔東松文雄〕（有斐閣、一九九二年）、小室直人ほか編『新民事訴訟法（基本法コンメンタール）1』一五六頁〔松浦馨＝日比野泰久〕（日本評論社、一九九七年）。

(18) 菊井＝村松・前掲注(3)全訂民訴Ⅰ五五八－五五九頁、園尾隆司編『注解民事訴訟法Ⅱ』七〇頁〔小池咲子〕（青林書院、二〇〇〇年）。ただし、前者は、例外を認めており、本文で次に述べる私見と同様の考え方をとっているのかとも思われる。後者は、前者を支持しているようであるが、理由付けは前者と異なる。

(19) 高松高判昭和三一年一〇月二六日下民七巻一〇号三〇〇九頁、札幌高判昭和四〇年三月四日高民一八巻二号一七四頁。

(20) 注(19)に引用した判例も、審理の結果、代理権の欠缺の原因が本人にある、ないし、本人にもあることが明らかになったケースであり、必ずしも通説によらなければ訴訟代理人の費用負担を回避できなかったケースではない。ただし、高松高判は、「代理権欠缺につき本人が何等原因を与えていない場合に限り」という、通説と同様の文言を用いている。

石渡　哲