

Title	〔最高裁民訴事例研究 三八八〕
Sub Title	
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao) 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	2004
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.77, No.5 (2004. 5) ,p.129- 148
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=AN00224504-20040528-0129

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.

〔最高裁判事例研究 三八八〕

平成一五三（最高民集五七卷一〇号一五三一頁）

- 1 各相続人への審判の告知の日が異なる場合における遺産の分割の審判に対する即時抗告期間
- 2 即時抗告期間経過後にされた遺産の分割の審判に対する即時抗告が適法とされた事例

遺産分割審判等に対する抗告却下決定に対する許可抗告事件
（平成一五年一月一三日第一小法廷決定）

〔事件の概要〕

本件の被相続人には七名の相続人がいる。A B C D E F Xである。AとDはE F Xを相手方として、遺産分割の調停を申し立てたが、不調になり審判に移行した。XはAとFを相手方として寄与分を定める審判の申立てをし、これが遺産分割事件に併合された。原々審はXの寄与分を定める申立てを却下し、特別受益等を考慮して被相続人の遺産を具体的に分割する審判をした。

Xは四月二日にこの審判の告知を受けたが、相続人全員に

告知が完了したのは四月八日であった。Xはこのことを原々審の裁判所書記官に確認したうえで、同月二日に本件審判に対して即時抗告をした。この日は四月八日からは二週間以内であるが、四月二日からは二週間を超えているために、期限内の即時抗告か否かが問題になった。

原審はXの即時抗告は不適法であるとして、これを却下した。その理由は概ね次のとおりである。(1) 本件即時抗告は、抗告人が本件審判の告知を受けた日から二週間の即時抗告期間を経過した後に行われたことが明らかであるから、不適法なものというべきである。共同相続人に対し最後に審判の告知がされた日から全員について即時抗告期間が進行する旨の抗告人の主張を採用することはできない。

(2) 本件において、即時抗告期間の徒過が抗告人の責めに帰すことのできない事由によるものであったと認められることはできないから、訴訟行為の追完が認められるべきであるとする抗告人の主張にも理由がない。

そこでXが許可抗告の申立てをした。理由は多くの判例と文献を詳細に引用した大部なものであるが、大要は次のよう

なものである。必要的共同事件の即時抗告期間については学説は分かれていて、最高裁の判例はない。本件は従前の判例によれば訴訟行為の追完が認められる場合である。すなわち、原々審の裁判所書記官の見解に従った期間計算によって行った抗告が認められないのはおかしい。書記官の見解は有力学説によっても支持されているし、家事審判法に関する文献は書記官の見解を支持しているから、間違っているとはいえない。このような状況において、抗告期間を弁護士士の責任において判断すべきであるというのは裁判所に対する信頼関係を棄損する。

最高裁は次のような理由で原決定を破棄し、事件を原審に差し戻した。

「三 しかしながら、原審の判断のうち：(1)は是認することができるが、；(2)は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1) 相続人は、遺産の分割の審判に対して即時抗告をすることができ、その期間は、相続人が当該審判の告知を受けた日から二週間と定められている（家事審判法一四条、家事審判規則一七条、一一一条）。相続人は、各自が単独で即時抗告をすることができ、遺産の分割の審判は、相続人の全員について合一にのみ確定すべきものであるから、相続人の一人がした即時抗告の効果は、他の相続人にも及ぶものであり、相続人ごとに審判の告知を受けた日が異なるときは、そ

のうちの最も遅い日から二週間が経過するまでの間は、当該審判は確定しないものと解される。そして、遺産の分割の審判の合一確定のためには、当該審判の確定について上記のように解すれば足りること、各相続人は、それぞれ告知を受けることによって当該審判の内容を了知し、各自の即時抗告期間内において即時抗告をすることができ、各相続人への審判の告知の日が異なる場合における遺産の分割の審判に対する即時抗告期間については、相続人ごとに各自が審判の告知を受けた日から進行すると解するのが相当である。そうすると、相続人は、自らが審判の告知を受けた日から二週間を経過したときは、もはや即時抗告をすることは許されないというべきである。

また、寄与分を定める審判に対する即時抗告（家事審判規則一〇三条の五）についても、上記遺産の分割の審判に対する即時抗告の場合と同様に解すべきである。

以上と同旨の原審の；判断は、正当として是認することができる。この点に関する論旨は採用することができない。

(2) 相続人ごとに審判の告知の日が異なる場合における遺産の分割の審判等に対する即時抗告期間については、上記のとおりに解すべきものであるから、本件即時抗告は、即時抗告期間が経過した後になされたものであることは明らかである。しかしながら、この場合における即時抗告期間に関しては、先例となるべき当裁判所の判例はなく、記録によれば、家庭

裁判所における実務においては、告知を受けた日のうち最も遅い日から全員について一律に進行すると解する見解及びこれに基づく取扱いも相当広く行われており、本件においても、抗告人が本件審判の告知の日がいつであるかを原々審に問い合わせた際に、担当の裁判所書記官は、平成一四年四月八日に相続人全員に対する告知が完了した旨の上記の実務上の取扱いを前提とする趣旨の回答をしていること、抗告人は、この回答に基づき、その日から二週間以内である同月二二日に本件即時抗告をしたことが認められる。本件におけるこれらの事情を考慮すると、抗告人は、その責めに帰することのできない事由により即時抗告期間を遵守することができなかつたものと認めるのが相当であり、本件即時抗告か即時抗告期間を徒過した不適法なものともみることができないというべきである(家事審判法七条、非訟事件手続法二二条前段)。

したがって、これと異なる原審の：判断には、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨はこの趣旨をいう限度で理由がある。

四 以上によれば、その余の抗告理由について判断するまでもなく、原決定は破棄を免れない。そして、本件即時抗告につき更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。」

〔評釈〕

一 はじめに

判旨に賛成である。もつとも私見はそれだけではなく、本決定からは判旨が説く以上の内容を読み取るべきであるというものである。すなわち、本決定は家事審判法上の問題について判示しているが(以下では「家事審判」は単に「家審」と略す)、単にそれだけでなく民事訴訟法上の固有の必要的共同訴訟の上訴期間の進行の問題と(以下では「民事訴訟法」は「民訴法」の略称を使用)、上訴の追完の問題のそれぞれに対して重要な意味を有する判例であるというのが私見である。

ところで家審法や家審規則によれば、相続人は遺産の分割の審判に対して即時抗告をすることができる(家審規則一一一条)。その期間は二週間であり(家審法一四条)、相続人が当該審判の告知を受けた日から進行する(家審規則一七条)。問題は相続人ごとに告知日が異なる場合である。この場合に即時抗告の期間はどのように進行するのかということである。すなわち、告知日に応じて各人によって異なるのか(個別説)、それとも遺産分割の審判の性質(判断内容の合一確定の要請)から、一番最後に告知を受けた者を基準にして一律に進行するのか(一律説)ということ

である。⁽¹⁾ 本決定はこの問題に対して最高裁が示した最初の判断であり、最高裁は本決定で個別説の支持を表明した。判例集はこの判断を第一の判示事項としているので、本評釈では先ずこの問題について考察する(二〇五)。

次に判例集は第二の判示事項として、「即時抗告期間経過後にされた遺産の分割の審判に対する即時抗告が適法とされた事例」と述べて、本件を上訴の追完が認められた事例と位置付けている。一般に上訴の追完が認められることは多くないから、その意味で本件は注目すべきであり、本件を通して追完に関してより一般的な原則が抽出できないかを検討する必要がある(六)。冒頭に述べたように、それは単に家審手続のためだけの話ではない。民訴手続においても通用するものとして理解すべきである。なぜならば本件での上訴の追完は家審法七条に基づく非訟事件手続法二二条に根拠を有するが(以下では「非訟事件手続法」「非訟法」と略す)、この非訟法の規定は民訴法九七条と同様な規定であるからである。すなわち、両者は同じ内容の規定であり、判例は相互に通用すると考える。確かに家審法は非訟事件であり、民訴法は訴訟事件であるから、両者は異種な手続であるにしても、問題は期限を守れなかった当事者を救済すべきか否かということである。これは手続

の種類に関係なく、当事者の置かれていた状況に注目して解答がなされるべき問題である。したがって、第二の判示事項は単に家審法や非訟法上の問題ではなく、民訴法の上訴の追完の問題にも関係していると理解すべきである。

このように第一の判示事項は固有必要的共同訴訟の上訴期間の進行の問題と、第二の判示事項は民訴法上の上訴の追完の問題とそれぞれ密接な関係がある。以下ではこのような認識を基にして、前記の各問題について順次考察することにする。

二 遺産分割の審判と民訴法

本件において検討すべき問題、すなわち相続人ごとに告知日が異なる場合に即時抗告期間の進行についてのよう考えるかという問題に関して、家審法や家審規則は何ら規定していない。したがって類似した制度から類推するか方法は無いが、当該審判に求められていることは、審判の内容は相続人全員に対して同じでなければならないということである。なぜならば遺産の分割の審判は相続をめぐる紛争の抜本的な解決を目指してなされるものであるから、審判の内容が相対的で相続人によって異なったり、紛争の再燃の可能性を有するものであってはならない。これは裁判所の判断の画一性の確保という点で、民訴法の固有必要

的共同訴訟の判決に求められる状況と全く同じである。したがってこの問題は民訴法の固有の共同訴訟における議論を参照すべきである。⁽²⁾ もちろん家審法と民訴法とは非訟事件手続と訴訟手続ということで手続の種類が異なるから、一般には一方の学説が他方に通用することはない。しかし本問題はそれとは別であり、例外的な場合である。なぜならば合一確定の判断が求められる手続での上訴期間の進行という問題は、手続の基本原理とは無関係であり、手続の違いによって影響を受けることはないからである。

そのようなことから、家審法の学説も次のように民訴法の学説に立脚して、本問題について一律説を主張している。⁽³⁾ 遺産分割の審判は相続人全員に合一に確定すべき審判であり、相続人が三人以上いる場合の即時抗告の期間の進行は、民訴法上の必要的共同訴訟の上訴期間の進行の問題と同様に考えるべきである。民訴法では一律説が通説であるから、遺産分割の審判の場合も一律説であると。もともとこの学説を構成している文献は少なく、しかも最近のものではないので、現時点において単に学説として位置付けることには抵抗があるかもしれない。しかし、議論がなされないままに現在に至ったのであるから、いたしかたないし、おそらく今後は学説は本決定や民訴法での議論の影響を受けて、

一律説から個別説に変わるものと思われる。

ところで本決定は民訴法との関係について何も述べていないが、右の学説に反して民訴法との関係を否定するとは考えられない。なぜならば、先例となる判例がなく問題について初めて裁判をする場合、裁判所がそれに関する従来の学説を参考にしないとは考えられないからである。したがって本決定も学説と同様な手法で民訴法の議論のうえになされたものと解し、本決定を民訴法においても評価すべきである。もともとこのような見解に関しては異論があるかもしれない。本決定はそのようなことについては全く何も述べていないし、そもそも本決定は個別説であり、学説は前記のように一律説であって、両者は対立しているからである。しかし、本決定の理由がこれについて何も述べていないことから、直ちに民訴法の議論を排斥したと結論付けるのは早計である。また学説と立場が異なるとはいえ、それでもって本決定が、家審法の学説が行った方法、すなわち民訴法の同種の議論から類推するという方法を否定したことはない。

そこでこの点を論証するために、決定理由を分析してみよう。本決定は個別説を採用する理由を次のように説いている。①「遺産の分割の審判は、相続人の全員について合

一にのみ確定すべきものである」。②そのためには、「当該審判の確定について：(次)のように解すれば足りる」(一)は筆者による加筆。すなわち、「遺産の分割の審判は、相続人の全員について合一にのみ確定すべきものであるから、相続人の一人がした即時抗告の効果は、他の相続人にも及ぶものであり、相続人ごとに審判の告知を受けた日が異なるときは、そのうちの最も遅い日から二週間が経過するまでの間は、当該審判は確定しないものと解される」。③「各相続人は、それぞれ告知を受けることによつて当該審判の内容を了知し、各自の即時抗告期間内において即時抗告をするかどうかの判断をすることができ」。④これらを「かんがみると」、個別説のように「解するのが相当である」。

要するに、本決定の根拠は合一確定が求められるにしても一律説である必要はないということと、個別説でも手続保障が十分であるから正当であるというものである。これは学説の一律説を意識し、それを採用しなくても問題がないということを示したものである。正しく民訴訟法の議論を反映したものである。すなわち後述のように、一律説は民訴訟法では以前の通説であつて現在の通説ではない。個別説は今日では有力説であり、正に現時点では通説が一律説か

ら個別説に変わろうとしている。本決定はかような状況から考慮したうえで個別説を説いたのである。そもそも家審法での学説が一律説であるのは、当時の民訴訟法の通説が一律説であつたからである。つまり本決定も学説も民訴訟法の通説に依存するという点では違はない。両者が結論を異にしたのは、民訴訟法の議論を参照した時点が異なつたからであり、その間に民訴訟法では通説が変化したのである。このように考えると、本決定は本問題と民訴訟法との関係は全く述べていないが、民訴訟法の固有の共同訴訟の上訴期間の進行の問題と連動させなければならないとの立場である」と解することができる。

なお本決定は前述のように個別説を説いているが、その理由として挙げている①②③は、根拠としては十分でないように思う。なぜならば①②③は、一律説を排除する理由にはならないからである。すなわち①②③を肯定したとしても、一律説を主張することは十分に可能である。自らの上訴期間は過ぎても別の共同訴訟人の上訴期間が満了していない場合はその者は上訴できるとするならば、これは結果的に一律説と同じであり、これを一律説ということも許されるからである。すなわち、これは後述(四の(c))の個別的一律説である。また③については、それ自体もつともな主張

であるから、一律説においても積極的に反対することはないであろう。このように考えると、本決定は個別説でなければならぬという積極的な理由は述べていないということになる。裁判の理由は論文ではないからこのことは非難されることではないが、判例研究ではそれを探求する必要がある。

三 固有必要的共同訴訟における判例の状況

最判昭和三八年（一九六三年）三月二二日民集一七卷二号三一〇頁は、具体的な訴訟について、それが固有必要的共同訴訟か否かを明らかにした判例であり、「所有権移転登記の共有名義人を被告として当該登記の抹消登記手続を求める訴訟は、固有必要的共同訴訟と解すべきである」と述べている。注目すべきことは、この事件では原審は共同訴訟人の一人の控訴を自己の控訴期間経過後の控訴であるとして、不適法却下している点である。さらに原審はその者の控訴は認められないとしても、他の共同訴訟人の控訴によってその者は控訴人たる地位を有するとも述べている。これは個別説を前提にした判断である。最高裁は上告を棄却しているので、原審のこの判断を是認したと解すれば、この判例は個別説ということになる。しかし、判決文で述べていることではないので、この判例は個別説の先駆けと

の評価はできても、本決定の先例とは言い難い。⁽¹⁾

より明確に個別説を説いたのは、名古屋高裁金沢支部判決昭和六三年（一九八八年）一〇月三十一日高民集四一卷三号一三九頁（判例時報一三一三号一三五頁、判例タイムズ六九六号二〇七頁）である。これは、債務者が目的不動産を第三者に賃貸したので、抵当権者が両者に対して当該賃貸借契約の解除等を求めて訴えを提起したというものである。一審は請求を認容したので債務者は控訴した。その日は自らの控訴期間満了の日ではあるが、公示送達された第三者の控訴期間の満了の日であった。そこで控訴の適否が問題になった。この判例は判示事項によれば、「固有必要的共同訴訟において、控訴期間は各人ごとに個別に進行し、自己の控訴期間経過後であれば、他の共同訴訟人の控訴期間内でも不適法であるとされた事例」というものであり、判決理由において個別説を詳細に説いている。そのため、個別説の「：根拠は、本判決によってほぼ尽くされているようであり、：前記最高裁判決とあいまって、今後の実務上は：（個別）説にしたがった処理がなされることとなると思われる」と評されている（⁽²⁾）は筆者による加筆）。

本決定が個別説を表明したということは、おそらく個別

説を詳論したこの判例を十分に考慮したと思われる。またこの判例も本決定によって、最高裁判例に先行する下級審判例として今後評価されると思う。しかし、それだけではなくこの下級審の判例に関してより注目すべきことは、この判例当時の学界の状況である。この判例の出現には当時の学界の状況が大いに影響していたと思うからである。⁽⁶⁾その意味でこの問題の考察には今日の学説の内容だけでなく、今日までの学説の変遷や展開について考察する必要がある。

四 固有必要的共同訴訟における学説の状況

固有必要的共同訴訟における上訴期間の進行については、昔からいろいろと議論されてきた。そのために学説の分類においても、二つに分類するものと、三つに分類するもの⁽⁷⁾とがある。学説の表記においても種々な見解が見られるが、⁽⁸⁾本稿では二の家審法の議論と比べる意味で、一律説と個別説と表記することにする。そして学説の分類は、問題を詳しく考察するために三分類説に従う。すなわち二分類説による一律説を、本来の一律説と結果的な一律説に分け、前者を一律説、後者を中間説(個別的一律説)と表記することにする。⁽¹⁰⁾このような学説の分類と表記により、学説の展開の状況を概観してみよう。

(a) 一律説 初めは一律説であった。一律説は、上訴期

間は共同訴訟人の最後の者への送達があった時から共同訴訟人の全員に対して一律に進行すると説く。すなわち、上訴の対象となる終局判決の送達はすべての共同訴訟人に対してなされるが、それが同時になされるとは限らない。そこで最後の者への送達になされた時を標準として、その時より上訴期間は進行する。その根拠について比較的詳しく述べているのは山田正三博士で、次のように述べている。⁽¹¹⁾

「共同訴訟人全員ニ対シ利益ニ於テ其ノ効力ヲ生スヘキカ故ニ(新、第六二条第一項第二項(現行法四〇条一項・二項に相当)共同訴訟人中ノ或ル者ノミニ対シテ期間懈怠ノ結果ヲ生スルコトナキモノ)である。新法が旧民法(明治二三年の民法)五〇条四項の認める「期間懈怠ノ場合ノ代理關係ニ付キ規定ヲ設ケサル所以ニシテ、共同訴訟人間ニ期間ハ一樣ニ進行スルコトヲ前提トスルモノニ外ナラス」(一)は筆者による加筆。なお原文の旧漢字は常用漢字に変更)。

この山田博士の主張は戦前・戦後を通じて代表的な学者によっても支持され、⁽¹²⁾一律説は一九八〇年代までは通説の地位を確保していたように思う。⁽¹³⁾というのはその後には発表された文献ではこの説を支持するものは少なくなり、個別説の方が多いように思うからである。しかし、新民訴訟法下

においても支持者がいなければ⁽¹⁴⁾。

(b) 個別説 この説は、各自の上訴期間が経過すれば他の共同訴訟人の上訴期間が経過していない場合でも、もはや上訴できないと説く。戦後に登場した学説であり、一説が法文を根拠に形式論を展開するのに対して、この説は事柄の実質に着目して、次のような理由を挙げる。固有必要的共同訴訟でも訴訟法律関係は各自に生じるものであり、各自の訴訟行為とその及ぶ効力の問題は峻別すべきである。したがって共同訴訟人の一人が上訴すれば、全員に対する関係で上訴の効力が生じるにしても、それは上訴期間に關して期間経過後の当事者を有利に扱う趣旨ではない。訴訟における一般原則は個別的に考えるべきであるから、例外を認める場合は必要最小限度に止めるべきである。個別説によれば判決の確定の時期が各人によって異なるようになるが、それによって手続の共同進行を損ねることにはならない。また自身の上訴期間経過後の上訴も一律説により許されると信じたために上訴しなかつた者が生じるかもしれないが、それは上訴期間経過後の上訴を一般的に適法と考えるのではなく、救済が必要ならば上訴の追完として個別的に救済すれば十分である。

このように個別説は実質的な考察をしてその根拠を詳し

く述べたために、次第に支持者を増やし、既述のように判例に影響を与えたとともに、今日では(新民訴訟法下において)通説的な地位を確保したように思う⁽¹⁵⁾。

(c) 中間説(個別的一律説) この説は自己の上訴期間が経過しても、他の共同訴訟人の上訴期間満了前ならば上訴できると説く。すなわち、判決の確定は共同訴訟人の全員について上訴期間の経過によって確定するから、共同訴訟人の一人に対する関係で上訴期間が満了していない間は判決は確定せず、したがって自己の上訴期間が満了している者もこの間は上訴できると説く⁽¹⁶⁾。問題は(a)の一律説との違いである。換言すれば、この学説をこのように独立して分類することの当否である⁽¹⁷⁾。(a)の一律説との違いは自己の上訴期間は各自ごとに進行すると考えるか否かという点であるが、この点は必ずしも論者によっては明確ではない。例えば兼子一博士は、「期間も一樣に進行すべく、殊に裁判の確定は全員に付き上訴期間が満了した時に始めて生ずる」と説き、「随つて自己の上訴期間満了するも他の者に付て満了せぬ限り尚適法に上訴を為し得ると解する」という論理を展開させている⁽¹⁸⁾。一樣に進行すると説いていることから一律説のようであるが、自己の上訴期間の満了という点に注目すると個別説のようにもとれる。そこでこの説

は、個別進行を肯定したものと解すれば個別説になるが、そうでないとすると一律説と同じことになる。しかし、いずれに解しても、自らの上訴期間満了後でも上訴できるとする結論は、(a)の一律説と同じである。そこでこの点に着目すれば、この説を(a)の一律説と区別し、(c)として独立させる必要もないから、学説分類は二分類説になる⁽¹⁹⁾。

そこであえてこの説(c)と一律説(a)との違いを探してみると、一律説のように法文を根拠にするのではなく、個別説に対抗して、次のような実質的な根拠を挙げているという点に違いを見ることができるとはならない。さらにも相手方に対して不意打ちになることはない。さらに共同訴訟人どうしが即時抗告の期間をフルに利用して協議する場合、期間がそれぞれ異なると不便である。またその場合に上訴を考えていた者が協議のために上訴しなかったが、自身の上訴期間の満了後に協議が不調になった場合はその者の上訴を認めるべきであるが、上訴の追完という救済方法では迂遠である。典型的に一律説によって適法とすることの方が合理的である⁽²⁰⁾。

確かにこの説と一律説(a)との違いは単に根拠あるいは説明が異なるということであって、実質的な内容は同じである。しかし、この説の背後には一律説(a)と異なり、

形式的で硬直的な対応ではなく、結果の妥当性を考慮した弾力的な対応を重視する訴訟運営論があるように思う。この説についてそのように考えることができるならば、実質論を展開した個別説(b)とこの説を同じ土俵に上がらせ、正面から対峙させることができる。それは条文の形式的な解釈で済ました一律説(a)に取って代わるということを意味するであろう。

五 固有必要的共同訴訟での問題状況に対する私見

個別説(四の(b))を支持する。理由は個別説が説いている根拠は正しいと思うからである。根拠としては従前述べられていることだけで十分であると思うが、さらに次のような理由を付け加えたい。

第一に、私的自治の原則や個人の自由の尊重という民法の大原則から問題を考えると、個別説が一番調和するということである。確かに固有必要的共同訴訟において必要な裁判の合一確定ということは、共同訴訟人があらゆることで共同歩調を取れば達成できることである。しかしながら、裁判の合一確定はあらゆる場面で共同訴訟人が共同歩調をとらなければ達成できないということではない。私的自治の原則を考慮すると、個人の制約は必要最小限に限られるべきであるし、共同歩調は合一確定に必要な場面に限

定されるべきである。すなわち必要的共同訴訟であっても、個人の意思を尊重したり訴訟活動を個人単位で考える必要があり、必要以上に共同歩調を求めべきでないということである。上訴期間の進行を個別的に考え、個々に上訴できない事態が生じても、共同訴訟人全員は上訴審の裁判に拘束されるとするならば済むことであり、裁判の合一確定のために上訴期間の画一化は必ずしも必要ということにはならない。

そうであるならば、個別説は私的自治の原則との調和という点で優れている。そもそも画一化によって、上訴期間に関して結果的に共同訴訟人を通常の上訴期間よりも延長を認めて優遇することの方が妥当性を欠く。固有必要的な共同訴訟といえども、ことさら共同訴訟人を一律に扱う必要もなければ根拠もない。⁽²¹⁾したがって民法四〇条の例外規定ではなく民法三九条の原則規定が本問題において適用されるべきであるから、この点で四〇条の適用を説く一律説(四の(a))には賛成できない。また共同訴訟人間において上訴するか否かを協議する場合、確かに上訴期間が各自ばらばらよりも一律の方が協議しやすいことは確かである。しかし、常に協議が行われるとは限らないし、協議においても最終的には各自が各自の責任で決めることである

から、一律でなければならないということにはならない。各自が各自の期限内で上訴するか否かを判断すべきである。

第二に、必要的共同訴訟と通常共同訴訟との区別の流動化という現象を考慮すると、個別説が妥当であるということである。今日では常に明確に両者を区別することが困難な状況にあり、このような状況においては、訴訟において両者の区別を間違ふことがありうる。間違つた場合の不都合をできるだけ回避しようとするならば、両者の間で訴訟上の取扱いに必要以上に差異を設けるべきではないということになる。そうなると一律説ではなく個別説ということになる。

次に個別的一律説(四の(c))の当否についてである。この説の問題点は、便宜論ということである。この説は上訴期間満了後の上訴の場合、それを適法として認めたとしても問題がないのであれば、認めるべしとの議論である。しかし、そのような理由ならば、同様な発想を他の場合にも拡張せざるをえなくなり、それが訴訟の運営において基準の不明確という悪い影響を与えるように思う。確かにこの説が個別具体的な結果の妥当性を追求する姿勢は評価しなければならぬが、固有必要的共同訴訟というだけで通常共同訴訟とは異なつた扱いをすることを正当化することは

できない。極端な意見ではあるが、この説によれば、個々に問題がない場合は上訴期間に拘束されないということになるように思う。もしそのような事態になれば、上訴期間として上訴できる期間を一律に定める意味はないということになる。なお私見に関しては、一方で共同訴訟人の共同歩調を否定し、他方で上訴期間に関して画一的な基準を求めるのは矛盾しているとの批判があるかもしれない。しかし、一方は個人の自由の問題であり、他方は制度の存立の要請の問題であり、両者は区別して考えるべき事柄であると思う。

ところで本問題で個別説を採用した場合、自らの上訴期間が満了したために上訴できない者は、その後で他の共同訴訟人が上訴した場合、訴訟上は上訴人になるのかという問題が生じる。この問題は種々な学説が展開されていて、解決が困難な問題である。正に個別説でなければ(四の(a)・(c)説では)、問題にならないことは確かである。したがってこの観点からも本問題を考察すべきであるとの意見が、本研究会で述べられた。そのような考察をすると、本問題については個別説よりも個別的一律説(四の(c))の方がベターというものである。しかし、上訴しない共同訴訟人の上訴審での法的な地位の問題は、そもそも上訴したくない

者を上訴審でどう処遇するかの問題であるから、本問題で個別説を採用しなければ解決できるというものではない。そうであるならば、本問題において上訴しない共同訴訟人の地位について、特に考慮する必要はないように思う。

なお個別説は一般的な感覚からいって不自然であり、不親切な扱いとの感を免れないと批判がある。⁽²³⁾確かにそのような面がないとはいえないが、既述のようにそのことを一般化することができない以上、二週間の上訴期間という原則に立ち返って考えるしかない。

六 上訴の追完について

例えばある事項について学説の対立があった場合に、当事者が学説の一方を支持し、裁判所が他方を支持するということは常に起こりうることである。したがって、法律的に明確に規定されていない場合や判例がない場合には、当事者は裁判所が他方の学説を採用した場合の不利な結果を事前に予測し、それへの対応策を考えておく必要がある。このような当事者の負担は、いたしかたないことである。

ところが法の改正によって当事者の従前の行動準則の変更が求められる場合がある。このような場合に対しては、一般には改正法の施行のために十分な周知期間が定められたり、必要な経過措置がとられたりして、関係当事者に不

利益が生じないような配慮がなされている。そこで問題は、本件はどちらの場合に該当するのかということである。前者であれば、当事者の救済は考える必要はないが、⁽²⁴⁾後者であれば当事者が不利にならないような対策が必要である。本件において原審と最高裁とで判断を異にしたのは、この点の判断の違いに基づくのではないかと思う。

本件の場合、従来、判例がない場面で新たに判例によって基準が示されたものであるから、前者の学説の対立の問題の解消の事例のようである。しかし、既に二で述べたような学説の状況や実務の状況からすると、⁽²⁵⁾後者のように従来の行動準則を変更する場合に該当するというべきである。すなわち、判例変更や立法の改正による基準の変更に匹敵するものであり、経過措置が必要な場合である。なぜならば本件では学説は一律説で対立していなかったし、実務も一律説であったからである。すなわち学説の対立は民訴法の固有の必要的共同訴訟での場面であり、本件の家審法の場面ではなかった。民訴法の学説の状況や判例の状況を考察すれば、個別説の判例の出現は予測できないが、⁽²⁶⁾それをもって一般の弁護士に個別説による訴訟活動を求めるのは無理であり、そのようなことは現場に混乱を生じさせる。立法や判例による対応がない以上、従前の例（学説の

通説と実務の慣行）によるべきである。このような理由から最高裁の判断を支持する。

なお本件では、抗告代理人は原々審の裁判所書記官から一律説（四の(a)・(c)）による説明を受けたと主張し、それに従った即時抗告であることを強調する。そこで、これについて付言しておく。原審は抗告代理人の主張に対して、そのような説明をしたものと認める資料はなく、弁護士である抗告代理人としては、抗告の期限がいつであるかは自らの責任において判断すべきであると述べている（判例集一五六〇頁）。これに対して最高裁は、一律説（四の(a)・(c)）による「実務上の取扱いを前提とする趣旨の回答をしている…ことが認められる」と述べている（判例集一五三四頁）。正に三者それぞれに異なった判断であり、この種の判断の困難さを物語っている。⁽²⁷⁾

そのような観点で最高裁の判断を見てみると、最高裁は原審と抗告代理人のそれぞれの見解の中間的な判断のように思う。一律説について直接の説明があったともとれるし、なかったともとれる。このことは本件では、書記官の説明の有無は決定的な意味を持たないということであろう。私見は既述のように、本件は従前の即時抗告期間の進行に関する準則の変更であると解し、それゆえに変更前の準則に

従った上訴は、追完による救済が認められるべきであるというものである。したがって、最高裁が認定した書記官の回答、すなわち相続人全員に対する告知が完了した旨の回答を理由に追完が認められるとは思わない⁽²⁸⁾。換言すれば、一般論としては原審が述べているように、弁護士は裁判関係機関の説明に依拠したということだけでは、自らの責任を免れることはできないと思う。つまり裁判関係機関の説明を鵜呑みにすることなく、よく検討し、自らの責任で対応する必要がある。

七 おわりに

固有必要的共同訴訟の上訴期間の進行の問題において個別説を支持するので(五)、本件の遺産分割審判の即時抗告期間の進行の問題も個別説で処理すべきであると考えた。したがって判旨に賛成であるが、判例が本件において個別説を説いたことは、本件と固有必要的共同訴訟の上訴期間の進行の問題との密接な関係からして(二)、判例は固有必要的共同訴訟の上訴期間の進行の問題についても個別説を支持するものと思う(一)。そのようなことから本件判例は、固有必要的共同訴訟の上訴期間の進行の問題についても重要な意味を有すると考える。

さらに本件判例は家審法の即時抗告の追完が許される場

合を明らかにしたが、それは民訴法でもそのまま通用すると考える。確かに両者の根拠条文は異なるけれども、両者とも同じ目的の規定であり、根拠条文が異なるだけで両者を区別する合理的な理由はないからである。そもそも家審法七条に基づく非訟法二二条は、必要なかつた立法であった。元来は非訟法一〇条によって民訴法を準用すべきものが、民訴法の規定の関係から非訟法において独立して条文化されたものである。したがって追完に関する民訴法九七条が改正されたときは、それに合わせてこの非訟法二二条も改正された⁽²⁹⁾。このようなことから、本件判例は家審法における即時抗告の追完ということを越えて、民訴法の上訴の追完にとっても有効な判例と考える(一)。

(1) 一律説、個別説という学説の表記は、長谷川浩二・ジュリスト一二六四号一二〇頁(二〇〇四年)、堀野出・同一二六九号一三七頁(二〇〇四年)、以下の本件判例掲載誌の解説等が使用している。民事情報二〇八号三一頁、判例タイムズ一一三八号三一七頁、判例時報一八四一号一〇三頁、金融法務事情一七〇一号五六頁等。

(2) 通説と思われる。鈴木忠二「非訟事件に於ける当事者」同『非訟事件の裁判の既判力』二六四頁(一九六一年、初出は法曹時報一二卷四号(一九六〇年)、岡垣学『家事審判法講座第二卷、相続関係』五六頁、一〇六頁(一九六

五年)等。なお前者は注においてドイツの学説の状況を報告している(二六五頁注56)。後者は注の中で、南関東家審協議会決議昭和三〇年九月二六日家裁月報七卷二号一八二頁を指示している。

また東京高決昭和三十一年五月一八日東高民報七卷五号一〇三頁は、遺産分割審判に対する申立人の一部による即時抗告は、遺産分割事件の性質上その他の申立人にもその効力が及ぶと説いているが、同趣旨であろう(蕪山・後掲注(3)三五〇頁注7)。

なお最高裁本決定についての判例解説としては齋藤哲・法学セミナー五九一号一二〇頁(二〇〇四年)と、前掲注(1)の文献がある。これらの中で長谷川、堀野、判例掲載誌の解説は同趣旨を説いている。

(3) 例えば、蕪山徹「家事審判に対する抗告」鈴木忠一ほか監修『実務民事訴訟講座七卷』三四八頁(一九六九年)、齋藤秀夫ほか編『注解家事審判規則・特別家事審判規則(改訂版)』一七三頁(岡垣學)(初版は一九八七年、改訂版は一九九二年)等。

なお後者は前者を引用し、前者は(当時の)民法六二一条一項(現行法四〇条一項相当)を参照することを指示し、次のような「民事訴訟における必要的共同訴訟人の上告期間の進行について」の文献を順不同で挙げる(三五〇頁注8。出版年の表示は筆者による加筆)。菊井維大「上訴制

度」民事訴訟法学会編『民事訴訟講座第三卷』八五六頁(一九五五年)、菊井維大・村松俊夫『民事訴訟法I』二一三頁(一九五七年)、兼子一『民事訴訟法体系』三四四頁(一九五六年)。

(4) 調査官による解説は、「原審が、控訴期間徒過を理由とするY₁の控訴申立却下の判決にかかわらず、Y₂の適法な控訴申立に基づきY₁を控訴人の一人に加えて判決をしたのは、適法である」と述べるにとどまる(『最高裁判所判例解説(民事編)昭和三十八年度』九六頁(宮田信夫)(一九六六年))。

なお鈴木正裕「判批」民商法雑誌四九卷五号七三一頁(一九六四年)は判旨に反対であるが、この問題を取り上げ学説の状況を概観している。しかし、原審の状況が明らかにされていないことを理由に、「これ以上の論評にはたちらない」としている。もつとも「評論は別の機会にゆするが」として、理由を示さないう個別説に賛成している(原審の措置に賛成)。

なお本件判例については、石川明「判批」本誌三七卷九号九一頁以下(一九六四年)、中村英郎「判批」続民事法判例百選四六頁以下(一九七二年)に判例研究がある。これらは判旨に対して疑問や反対を表明していることもあって、この問題については言及していない。

(5) 山口幸雄「判解」平成元年度主要民事判例解説(判例

タイムズ七三五号(二九五頁(一九九〇年)。なおこれ以外に、この判例については次のような判例研究がある。梅善夫・法学セミナー四二二号一〇二頁(一九九〇年)、山添聖可・私法学研究(駒沢大学大学院)一四号一五五九一頁以下(一九九〇年)、花村治郎『判例民事上訴法』九六頁以下(成文堂、一九九二年、初出は判例評論三八五号(一九九一年))等。山口、花村は判旨に賛成、梅、山添は判旨に反対である。

(6) 花村・前掲注(5)一〇一頁はこの判例についての当時の判例研究であるが、「学説の趨勢は、次第に①説(一律説)から②説(中間説⇨個別的一律説)ないし③説(個別説)に移行してきているといえよう」と述べている(一)は筆者による加筆。

(7) 例えば、梅・前掲注(5)一〇二頁、上田徹一郎ほか編『注釈民事訴訟法(2)』八〇頁(徳田和幸)(一九九二年)、鈴木正裕ほか編『同(8)』八二頁(春日偉知郎)(一九九八年)、塩崎勳編『注解民事訴訟法I』三九二頁以下(徳田和幸)(二〇〇二年)、秋山幹男ほか著『コンメンタール民事訴訟法I』三九〇頁(二〇〇二年)等。

(8) 例えば、斎藤秀夫編『注解民事訴訟法(6)』一〇三頁以下(小室直人)(一九八〇年)、山口・前掲注(5)二九四頁以下、山添・前掲注(5)九四頁以下、花村・前掲注(5)一〇〇頁以下、斎藤秀夫ほか編著『注解民事訴訟法(9)』(第二

版)』一六二頁以下(小室直人⇨東孝行)(一九九六年)等。(9) 例えば、梅・前掲注(5)一〇二頁は共同進行説と各別進行説である。花村・前掲注(5)一〇一頁は、それらにさらに各別・共同進行説を加える。これ以外には積極説と消極説という表記があるが、これは自らの上訴期間が満了していても、他の共同訴訟人の上訴期間が満了していない場合に上訴できるかという問題設定に基づく(上田ほか編・前掲注(7)注釈民事訴訟法(2)八〇頁、塩崎編・前掲注(7)注解民事訴訟法I三九二頁)。

(10) 花村教授は共同進行説と各別進行説の他に、「各別・共同進行説」という説を取り上げて説明している(前掲注(9)参照)。これを参考にして、中間説(個別的一律説)と命名した。なお本問題についての日本の学説に関する文献の詳細は、山添・前掲注(5)九四頁以下が詳細なので、それに譲る。したがって本稿で引用する文献は網羅的でなく、代表的なものに限定した。

(11) 山田正三『改正民事訴訟法三巻』五七一頁(一九三〇年)は根拠として、大正一四年六月二日の第四九回の民事訴訟法改正調査委員会での松岡義正委員の草案の説明を挙げている。松岡委員は、明治二三年の民訴法五〇条四項の期日の懈怠に関する規定は欠席判決制度を廃止したことにより必要でなくなり、期間の懈怠の規定も一項でその趣旨は明らかであるから不要であると述べている(司法省民事

局編『民事訴訟法改正調査委員会速記録(統)』四二頁以下(一九二九年)。さらに山田博士は、注の中で、Helwig System, Bd. I, S.344, Ann.13を挙げている(五六五頁)。

なお明治二三年の民訴法五〇条は次のような規定である。

- ① 然レトモ総テノ共同訴訟人ニ対シ訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定ス可キトキニ限り左ノ規定ヲ適用ス
- ② 共同訴訟人中ノ或ル人ノ攻撃及ヒ防禦ノ方法(証據方法ヲ包含ス)ハ他ノ共同訴訟人ノ利益ニ於テ効ヲ生ス
- ③ 共同訴訟人中ノ或ル人カ争ヒ又ハ認諾セサルトキト雖モ総テノ共同訴訟人カ悉ク争ヒ又ハ認諾セサルモノト見做ス
- ④ 共同訴訟人中ノ或ル人ノミカ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルトキハ其懈怠シタル者ハ懈怠セサル者ニ代理ヲ任シタルモノト見做ス
- ⑤ 然レトモ懈怠シタル共同訴訟人ニハ其懈怠セサリシ場合ニ於テ為スコキ総テノ送達及ヒ呼出ヲ為スコトヲ要ス其懈怠シタル共同訴訟人ハ何時タリトモ其後ノ訴訟手續ニ再ヒ加ハルコトヲ得
- (12) 細野長良『民事訴訟法要義第二卷』一五四頁以下(全部改訂第七版、一九三〇年)、前野順一『民事訴訟法論第二編乃至第五編』九三二頁(一九三七年)、河本喜与之『新訂民事訴訟法提要』一四六頁(一九四九年)、野間繁

『民事訴訟法学概説』一八〇頁(一九五〇年)、菊井維大『民事訴訟法講義』四二二頁(一九五五年)、小室直人『上訴要件に関する判例総合研究』民事訴訟雑誌一〇号二二八頁(一九六三年、後に論文集に収められた。小室直人『民事訴訟法論集中巻 上訴・再審』であり、そこでは三八六頁(一九九九年)、中村宗雄『新版民事訴訟要論』一五九頁(一九六六年)、中村英郎『民事訴訟法』一二〇頁(一九七八年)、吉村徳重ほか編『講義民事訴訟法』三七八頁(三谷忠之)(一九八二年)等。

(13) 前注(6)で紹介した記述を根拠にする。

(14) 例えば、中村英郎『新民事訴訟法講義』七八頁(二〇〇〇年)、吉村徳重ほか編『講義民事訴訟法』四八四頁(三谷忠之)(二〇〇一年)等。

(15) 小山昇『必要的共同訴訟』民事訴訟法講座第一巻二七〇頁以下(一九五四年、後に論文集に収められた。小山昇『多数当事者訴訟の研究』(著作集第四巻)であり、そこでは二二頁(一九九三年)、三ヶ月章『民事訴訟法(法律学全集)』二二二頁(一九五九年)、兼子一編『判例民事訴訟法上巻』二八五頁(一九六二年)、鈴木正裕・前掲注(4)七三二頁、齋藤秀夫編『注解民事訴訟法(1)』三五八頁以下(一九六八年)、同『同(6)』一〇四頁(一九八〇年)、齋藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(2)(第二版)』一八七頁以下(小室直人Ⅱ東孝行)(一九九一年)、同『同(9)』一六二頁

以下(小室直人「東孝行」(一九九六年)、上田徹一郎ほか編『注釈民事訴訟法』(2)八〇頁(徳田和幸)(一九九二年)、鈴木正裕ほか編『同8』八二頁以下(春日偉郎郎)(一九九八年)等。

なお齋藤編・注解民法によれば『(6)』一〇四頁(一九八〇年)、『(9)』(二版)一六三頁(一九九六年)、ドイツでは通説とのことである。これ以外にドイツの状況について報じているものとしては、五十部豊久「必要的共同訴訟」ドイツ判例百選(別冊ジュリスト二三号)一四八頁以下(一九九九年)、高橋宏志「必要的共同訴訟と上訴」小室「小山選歴記念『裁判と上訴』中」四三頁以下(一九八〇年)、高田・後掲注(21)がある。

ところで、新法下では塩崎勤編『注解民事訴訟法』三九三頁(徳田和幸)(二〇〇二年)、秋山幹男ほか著『コンメンタール民事訴訟法』三九〇頁(二〇〇二年)、松本博之「上野泰男『民事訴訟法(第三版)』五七七頁(二〇〇三年)、伊藤眞『民事訴訟法(第三版)』五八八頁注18(二〇〇四年)等。

(16) この説と思われる文献としては、次のようなものがある。兼子一『民事訴訟法概論』四三七頁以下(一九三八年)、加藤正治『民事訴訟法(新法学全集)』一三二頁(一九四三年)、兼子一『民事訴訟法体系』三九四頁(一九五四年)、菊井維大「村松俊夫『全訂民事訴訟法』三四九

頁(一九七八年)、同『同III』六七頁(一九八六年)、兼子一ほか『条解民事訴訟法』一七〇頁(新堂幸司)(一九八六年)、新堂幸司『民事訴訟法(第二版)』四七八頁(一九八一年)等。

なお新法下での説を説くのは、新堂幸司『新民事訴訟法(第二版)』六七三頁(二〇〇一年)、高橋宏志「重点講義民事訴訟法 下」二〇五頁、四四九頁(二〇〇四年)である。

(17) この説を独立して分類するのは三分類説であり(前掲注(8)参照)、その理由を詳論するのは、花村・前掲注(5)一〇一頁である。

(18) 兼子・前掲注(16)概論四三七頁以下。引用に際して原文の旧漢字は常用漢字に変更した。なお松本「上野・前掲注(15)五七七頁は、前掲注(16)の新堂説・高橋説について、「やや論理の飛躍があるように思われる」と述べている。

(19) 山口・前掲注(5)二九五頁は三分類説であるが(前掲注(8)参照)、「現在では、(a)説を唱える者はいないようである(但し、(a)説は、事実上(c)説と同一の結論になるう。)」と述べている(原文は学説を③①という数字で表記しているが、本稿の学説の表記に従い修正した)。

(20) 高橋・前掲注(16)二〇五頁、四四九頁以下。

(21) 高田裕成「いわゆる類似必要的共同訴訟関係における共同訴訟人の地位―多数当事者訴訟における合一確定の意

義」新堂古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築 上巻』六五九頁注26(二)(一)年)は、「合一確定」に必要とはいえない事項については、三九条の原則が妥当すべきである」と説いている。

(22) この問題については、堀野・前掲注(1)一三八頁が指摘し、論じている。

(23) 樽・前掲注(5)一〇二頁。

(24) この類型に属するものとしては、東京高決昭和六二年九月二二日金融法務事情二二〇二号三二頁II金融商事判例七九四号二〇頁がある。これは、「不動産競売手続において、最低売却価額の決定に対する執行異議の申立てに基づき競売手続停止決定がされた場合、手続の代理人である弁護士が右停止決定を執行裁判所に提出することを要するかどうかについて確認する等の注意を払わなかったときは、右競売手続が進行して売却許可決定がされ、これに対する抗告期間を徒過してされた執行抗告は、不変期間の不遵守につき当事者の責に帰すべからず事由があつたとはいえない」旨を判断している。

ところで、執行停止決定がされた場合、職権で手続が当然に停止するのか、あるいは執行停止決定正本の提出を待って停止するのかについては、当時、「実務上一定した取扱いが確立されておらず、……学説上見解の統一した状況ではなかった」。そこでこの判例は、このような場合は代

理人はどちらの立場にたつにせよ、裁判所の取扱いに注意し、現実には手続を停止しているか注意しなければならない」と説いている。

(25) 本件判例解説によれば(前掲注(1)参照)、実務は一律説であった。その根拠として、佐々木睦男「家事審判に対する即時抗告と書記官事務」家庭裁判所論集(創設三〇周年記念)一六九頁(一九八〇年)、山田浩子II池田友『民事上訴審の手続と書記官事務の研究』三五四頁(二〇〇〇年)が挙げられている。

(26) 山口判事は、三で述べた個別説を説いた昭和六三年(一九八八年)の名古屋高裁金沢支部判決についての判例解説において、「今後実務上は……(個別)説にしたかった処理がなされることとなると思われる」と述べている(前掲注(5)二九五頁。「」は筆者による加筆)。

(27) 前掲注(24)で紹介した東京高裁の昭和六二年九月二二日決定の事件でも、裁判所の説明が問題になった。手続が完全に停止したと裁判所から言われたと抗告代理人が述べているが、この判例は「他にこれを裏付けるに足りる資料のない本件においては、……たやすく認めることができないものというべきである」と述べている。

(28) これに対して齋藤哲教授は、「本件では、即時抗告期間に関する裁判所書記官の誤つた回答が追完事由にあたる」と述べている(前掲注(2)二二〇頁)。さらに続

けて齋藤教授は、「書記官の誤解を招く回答が、抗告期間の追完事由にあたる」とした先例として、東京高決平成一四・三・二六がある」と指摘している。

この先例であるが、齋藤教授に問い合せたところ、ご丁寧なご返事とともに家庭裁判月報五四巻九号一二九頁以下に掲載されているとの回答を頂いた。それによれば、この先例は遺産分割審判の更正審判がなされ、それが抗告審で更正審判が違法かつ無効として取り消されたという事例である。したがって更正審判の無効という抗告審の判断が掲載誌では裁判事項として取り上げられていて、それがメインテーマであるが、この先例は裁判理由の最後に付言として、更正前の審判に対する抗告の追完の可能性を示唆している。すなわち、更正前の審判に対して即時抗告しようとしたが、担当職員から更生審判がなされることを知らされ、即時抗告の必要性がないと思い、しかも更正審判に満足した当事者は、相手方の更正審判に対する即時抗告によって更正審判が取り消された場合、更正前の審判に対する不服申立て期間が過ぎたといえども、更正前の審判に対する抗告について追完の可能性があると認めるのである。確かに更正前に審判に抗告をしなかったのは担当職員の対応に問題があったからだと思うが、更正審判の内容に当事者が満足すれば、その更正審判が取り消されることを予測して従前の審判に対して抗告することはないかと思う。

したがってこの事件でも職員の対応の有無に関係なく、追完は認められるのではないかと思う。なおこの先例の場合には当事者本人の責任が焦点であり、本件のような訴訟代理人の責任が問題ではなかったという点でも、本件とは異なる。

(29) 非訟法二二条と民訴法との関係については、『注解非訟事件手続法(借地非訟事件手続規則)』(改訂)二七七頁(豊泉貫太郎)(一九九五年)が述べている。民訴法の追完の規定は非訟法一〇条によって準用されるから、非訟法二二条を規定する必要性は全く存しない。原因は立法の際の事情による産物であると。それを物語るように、法典調査会の非訟事件手続法議事速記録によれば、明治三十一年五月一二日の記録では、非訟法二二条一項は即時抗告の期間は裁判の告知の日より起算することを規定しているが、二項は旧民訴法の現状回復に関する一七四条ないし一七六条の準用を規定している(法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会非訟事件手続法議事速記録』(日本近代立法資料叢書23)八頁(一九八六年))。つまり、今日の民訴法は追完の規定を「期日及び期間」の中に置いているが、当時はそうではなく独立していたのであり、非訟法一〇条が非訟法で準用する民訴法の期間に関する規定の中に含まれていなかったのである。

平成一六年六月三〇日

脱稿

坂原 正夫