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

Title	〔最高裁民訴事例研究四一一〕一 原告として確定されるべき者が訴訟提起当時その国名を「中華民国」としていたが昭和四七年九月二九日の日中共同声明に伴って「中華人民共和国」に国名が変更された国家としての中国であるとされた事例 二 訴訟当事者を代表していた者の代表権の消滅が公知の事実である場合における代表権の消滅の効力発生時期 三 外国国家を代表して外交使節が我が国で訴訟を提起した後に我が国政府が当該外国国家の政府として上記外交使節を派遣していた政府に代えて新たな政府を承認したために上記外交使節の我が国における当該外国国家の代表権が消滅した場合における訴訟手続の中断 四 上告審が職権探知事項に当たる中断事由の存在を確認して原判決を破棄する場合における口頭弁論の要否(平成一九年三月二七日最高裁第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	小原, 将照(Ohara, Masateru) 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	2008
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.81, No.1 (2008. 1) ,p.118- 135
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=AN00224504-20080128-0118

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.

〔最高裁民訴事例研究四一一〕

平一九1（民集六一巻二号七一一頁）

一　原告として確定されるべき者が訴訟提起当時その国名を「中華民国」としていたが昭和四七年九月二九日の日中共同声明に伴って「中華人民共和国」に国名が変更された国家としての中国であるとされた事例

二　訴訟当事者を代表していた者の代表権の消滅が公知の事実である場合における代表権の消滅の効力発生時期

三　外国国家を代表して外交使節が我が国で訴訟を提起した後に我が国政府が当該外国国家の政府として上記外交使節を派遣していた政府に代えて新たな政府を承認したために上記外交使節の我が国における当該外国国家の代表権が消滅した場合における訴訟手続の中断

四　上告審が職権探知事項に当たる中断事由の存在を確認して原判決を破棄する場合における口頭弁論の要否

土地建物明渡請求事件（平成一九年三月二七日最高裁第三小法廷判決）

〔事　実〕

本件の明渡対象である土地建物は、戦中戦後の紆余曲折を経て、昭和二七年一二月八日付で訴外AとX（中華民国政府）との間で売買契約が締結され、昭和三六年六月八日に同売買契約に基づいてXへの移転登記が行われた。昭和四一年頃になり、Xは本件建物に居住している留学生に対して、昭和四〇年五、六月頃より、一部の留学生がXの駐大阪総領事館の本件家屋に対する管理を阻害したとして家屋の明渡ないしは借用契約を締結するよう通知したが、留学生側がこれに応じなかったため昭和四二年九月、Xは所有権に基づき、留学生Yら八名に対して本件土地建物の明渡を求める訴えを提起した。

ところで、第一次第一審係属中の昭和四七年九月二九日に我が国の政府は、それまで中国を代表する政府と見なしてきたXとの外交関係を断絶し、これに代えてB（中華人民共和国政府）との国交正常化を図る方針を打ち出した。具体的に

は、同年九月二七日に発表された日中共同声明により、日本政府は「中華人民共和国政府が中国の唯一の合法政府であることを承認する」とともに、「台湾が中国の領土の不可分の一部である」とする同国政府の立場を「十分理解し、尊重し、ポツダム宣言第八項に基づく立場を堅持する」ことを明らかにした。また、同時に発表された日本政府の見解は、昭和二七年に締結されたXとの日華平和条約が「存続の意義を失い、終了した」ことを認めるものであった。

第一次第一審は、傍論で、Xの当事者能力を肯定したものの、その当事者適格を否定して訴えを却下した。これに対して、Xが控訴。第一次第二審は、Xの当事者適格を肯定し、原判決を取消し第一審に差し戻した。差し戻し後の第二次第一審および第二次第二審は、第一次第二審の判断に従う形で、Xの当事者能力を肯定し、また、本件土地建物に対する明渡請求の当事者適格を肯定した上で、Xの請求を認容している。これに対して、Yらが上告したのが本件である。

なお、本件訴訟の原告についての判決書における表示は、第一次第一審から第二次第一審までは「中華民国」とされていたが、第二次第二審では、裁判所独自の判断に基づき「台湾（本訴提起時中華民国）」と改められている。また、新聞報道によれば、本判決言い渡し前の平成一九年一月、最高裁は、「この訴訟を遂行すべき中国の代表権を持つ政府は中華人民共和国と中華民国のいずれか」についての意見を両当事者に対して求めている。(1)

〔判　旨〕

破棄自判(2)

「(1)ア　記録によれば、①被上告人は、昭和四二年九月六日、京都地方裁判所に本訴を提起したが、その訴状に、原告の表示として「中華民国」と記載し、原告代表者の表示として「中華民国駐日本国特命全権大使」と記載していたこと、②第一次第一審において被上告人の訴訟代理人……に訴訟代理権を授与したのは、中華民国駐日本国特命全権大使であったこと、③上告人らが、昭和四四年二月一五日付け準備書面において、被上告人の自称する「中華民国」とは台湾省にいる旧国民党の一部を指称するものと思われるが、これはいかなる意味においても「中華民国」ではなく中国人民によって構成された国家でもない旨主張したのに対し、被上告人は、同月一八日付け準備書面において、上記主張事実を否認していること、以上の事実が明らかである。

イ　また、①「中華民国」が国家としての中国（以下「中国国家」という。）の国名として用いられてきたものであること、②本訴提起前の昭和二四年には、中華人民共和国政府の支配が中国大陸全域に及ぶものとなり、中華民国政府の支配は台湾島等に限定されるものとなっていたが、我が国政府は、中国国家の政府として中華民国政府を承認し、同政府と

の間で、昭和二七年四月二八日、「日本国と中華民国との間の平和条約」を締結したこと、③上記のとおり、我が国政府が中国国家の政府として中華民国政府を承認したことから、中国国家の我が国における代表権は、本訴提起当時、中華民国政府から派遣されていた中華民国駐日本国特命全権大使が有していたこと、④中華民国政府は、本訴提起当時、自らが中国国家の唯一の政府であると主張していたこと、⑤しかるに、我が国政府は、本件が第一次第一審に係属していた昭和四七年九月二九日、「日本国政府と中華人民共和国政府の共同声明（以下「日中共同声明」という。）」において、中国国家の政府として、中華民国政府に代えて中華人民共和国政府を承認したこと、⑥これに伴って、中国国家の国名が「中華民国」から「中華人民共和国」に変更されたこと、以上の事実は公知の事実である。

ウ　ア及びイの各事実に照らすと、本件建物の所有権が現在中国国家以外の権利主体に帰属しているか否かは別として、本件において原告として確定されるべき者は、本訴提起当時、その国名を「中華民国」としていたが、本件が第一次第一審に係属していた昭和四七年九月二九日の時点で、「中華人民共和国」に国名が変更された中国国家というべきである。

⑵ア　上記のとおり、我が国政府は、本件が第一次第一審に係属していた昭和四七年九月二九日、日中共同声明において、中国国家の政府として、中華民国政府に代えて中華人民共和国政府を承認したのであるから、これにより、中華民国政府から派遣されていた中華民国駐日本国特命全権大使が有していた中国国家の我が国における代表権が消滅したことは、公知の事実というべきである。

そして、本件のように代表権の消滅が公知の事実である場合には、民訴法三七条で準用される同法三六条一項所定の通知があったものと同視し、代表権の消滅は、直ちにその効力を生ずると解するのが相当である。なぜなら、上記規定が、法定代理権の消滅について、相手方に通知しなければ、その効力を生じないと定めているのは、訴訟手続の安定性と明確性を確保し、相手方の保護を図る趣旨と解されるところ、上記の場合には、代表権の消滅が直ちにその効力を生ずるとしても、訴訟手続の安定性と明確性は害されず、相手方の保護に欠けるところはないと解されるからである。

また、本件のように、訴訟代理人が外国国家の外交使節から訴訟代理権の授与を受けて訴訟を提起した後に、我が国政府が、当該外国国家の政府として、上記外交使節を派遣していた従前の政府に代えて新たな政府を承認したことによって、上記外交使節の我が国における当該外国国家の代表権が消滅した場合には、民訴法三七条、一二四条二項、同条一項三号の規定にかかわらず、上記代表権の消滅の時点で、訴訟手続は中断すると解するのが相当である。なぜなら、上記規定は、訴訟代理人が選任されているときには、当該訴訟代理人が訴

訟の実情に通暁しており、一般にそのまま訴訟を追行させたとしても、当事者の利益を害するおそれがないことから、訴訟手続の中断事由が生じたとしても、訴訟代理権は消滅しないものとして（同法五八条一項四号参照）、訴訟手続の中断についての例外を定めたものと解されるところ、上記の場合、従前の政府が上記代表権の発生母体としての根拠を失ったために上記代表権が消滅したのであって、単に代表権のみが消滅した場合とは実質を異にする上、新たに承認された政府が従前の政府と利害の異なる関係にあることは明らかであるので、従前の政府から派遣されていた外交使節からの訴訟代理権の授与しか受けていない訴訟代理人がそのまま訴訟を追行することは、新たな政府が承認された後の上記外国国家の利益を害するおそれがあるというべきだからである。

そうすると、本件の訴訟手続は、民訴法三七条、一二四条一項三号の規定により、第一次第一審に係属していた昭和四七年九月二九日の時点で中断したものというべきである。

イ　しかるに、第一次第一審は、原告として確定されるべき者が台湾島等を支配して事実上の国家形態をとっている者であるとの前提に立って、本件の訴訟手続が上記のとおり中断したことを看過して、本件の審理及び判決をし、その後も、本件の訴訟手続は、原審（第二次控訴審）まで続行されてきたものである。

ウ　以上によれば、本件の訴訟手続は、第一次第一審に係属していた昭和四七年九月二九日の時点以後、原告として確定されるべき者である中国国家について、訴訟行為をするのに必要な授権を欠いていたものというほかなく、旧民訴法三九五条一項四号に該当するものとして、論旨についての判断をするまでもなく、原判決は破棄を免れない。そこで、上記時点に立ち戻って訴訟手続の受継をさせた上で、第一審の審理をやり直させるために、第一審判決を取り消し、本件を第一審に差し戻すこととする。なお、訴訟手続の中断は、中断事由の存在によって法律上当然に生ずるものであり、代表権の有無のような職権探知事項については、裁判所が職権探知によって中断事由の存否を確認することができるのであるから、民訴法三一九条及び一四〇条（同法三一三条及び二九七条により上告審に準用）の規定の趣旨に照らし、上告審において職権探知事項に当たる中断事由が存在することを確認して原判決を破棄するについては、必ずしも口頭弁論を経る必要はないと解するのが相当である（最高裁平成一七年（オ）第一四五一号同一八年九月四日第二小法廷判決・裁判集民事二二一号一頁参照）。」

〔評　釈〕

判旨には疑問がある。

一　本判決の意義

本件は、訴え提起時には、所有権に基づき不法占有を理

由とする土地建物の明渡請求訴訟という単純な事件であったが、第一次第一審に係属中であった昭和四七年九月二九日のいわゆる「日中共同声明」により、我が国政府が「中国国家」を代表する政府として、中華民国政府に代えて中華人民共和国政府を承認したことから、国際法上、民事訴訟法上の重要な問題を含む事件となった。また、第二次第二審判決以後は、日中間の重大な外交問題の一つにもなり、提訴後三〇年以上が経過しているが、未だ解決には至っていない状況であった。本判決は、このような特殊な事情を含む事案について、最高裁が示した事案解決的な判断であるが、訴訟手続上の重要な問題についての判断が含まれており、その実務的意義は少なくないものと思われる。[3] 以下では、本判決の判示事項の順序に従って評釈することとする。

二　判示事項一について

1　係属している具体的な訴訟において誰が当事者であるのかは、様々な訴訟手続上の事項の判断基準となる。例えば、普通裁判籍（民訴法四条）、裁判官の除斥（同二三条）、当事者能力・訴訟能力（同二八条）、訴訟手続の中断・受継（同一二四条等）、送達すべき者（同一〇二条以下）などは、当事者を基準として判断される。また、判決の効力も当事者に及ぶのが原則（同一一五条一項一号）である。[4] したがって、誰が当事者であるのかを確定することは、訴訟手続において必要不可欠なことであるが、何をもってその確定基準とするかついては、未だ見解が統一されていない。[5]

学説は、従来、原告あるいは裁判所の意思を基準とする意思説、当事者として行動した者または当事者として扱われた者を当事者とする行動説、訴状の記載を基準とする表示説の三つの見解に分かれており、一般的な事例において、表示説が単純・明確で基準として優れていることから、通説であるとされていた。[6] しかし、氏名冒用訴訟や死者名義訴訟などの特殊な事例においては、表示説では妥当な結論を導くことができないことから、さらに様々な見解が主張されることとなり、適格説、[7] 併用説、[8] 規範分類説、[9] 紛争主体特定責任説[10]などが主張されている。

また、これらの議論の展開が、「訴提起時の当事者確定理論」と「確定時の当事者確定理論」と分析されるように、[11] 基本的な考え方に相違があるものであったことから、当事者確定基準の議論を訴え提起時の問題だけに限定しようとする確定機能縮小説[12]が主張されることとなった。それゆえ、

当事者の確定基準に関する学説は、そもそも「当事者の確定基準」が何を対象として議論されるべきものか、という点でも一致を見ていない状況にある。

このような学説の錯綜状況に対して、判例の見解は、意思説ないし行動説ではないか、と考えられていたが、[13]そのような評価自体、文献に現れた特別な事例を分析した結果であり、一般的な事例についても裁判所が意思説ないし行動説により、当事者を確定している根拠にはならないとの意見が出され、[14]今日では、判例の見解も、統一的な説明が可能な状況にはないと思われる。

2　本判決は、これらの見解のいずれに立脚した上で当事者を「中国国家」と確定したのかは判然としない。ただ、本件の各下級審が、当事者を「中華民国」もしくは「台湾（本訴提起時中華民国）」という台湾島などを実効支配している「政府」を当事者と確定したこととは異なる判断をしている。したがって、本判決のように「国家」を当事者と確定するのか、それとも本件各下級審のように「政府」を当事者と確定するのかにより、昭和四七年九月二九日の「日中共同声明」によって、わが国が「中国国家」を代表する政府の承認を切り替えたことが、その後の訴訟手続にどの様な影響を及ぼすのかを検討する方向性が異なることになると思われる。すなわち、当事者を「国家」とするのであるなら、承認切替後は承認された政府が受継すべきとする本判決の見解に従うことになる。これに対して、当事者を「政府」とするなら、承認切替後に承認を取り消された政府のわが国における法的地位を検討した上で、当該「政府」による訴訟手続の続行が可能かどうかを判断しなければならない。

3　思うに、「国家」の構成要素の一つとして「政府」の存在が必要とされるのであるから、[15]「政府」それ自体が独立して存在すると考えるよりも、「国家」の代表として「政府」が存在していると考えることが素直である。また、仮に、訴訟手続において「政府」を当事者と確定したとしても、「政府」が「国家」の構成要素の一つである以上、当事者と確定された「政府」の背後には、必ずその「政府」が代表する「国家」の存在を認識せざるを得ない。したがって、ある「国家」を代表する「政府」が我が国において訴訟を提起した場合には、当該訴訟における当事者は「国家」であると考えるのが妥当ではないかと考える。

加えて、本件の特殊性として、「中国国家」を代表して中華民国政府が提訴し、昭和四七年九月二九日に我が国が中華人民共和国政府に代表権の承認を切り替えたことを考

慮しなければならない。提訴時、承認切替時および今日まで、「中国国家」は実効支配地域が明確に分かれ、かつその状態が安定しているにもかかわらず、互いの実効支配地域を合わせて一つの国家であると主張している。[16] また、昭和四七年九月二九日の日中共同声明においても、我が国は「中国国家」の代表は中華人民共和国政府であるとし、台湾島などを含み「中国国家」は一つであるとの立場を尊重することとしている。従って、中華民国政府を当事者と考えるのであれば、その政府を構成要素とする「外国国家」の存在を認めることになる。承認切替以前であれば、その「外国国家」は「中国国家」であるが、承認切替後は「中国国家」以外の「国家」を黙示にせよ認めることとなり、日中共同声明の趣旨に反することになろう。[17] それゆえ、承認切替後の本件各下級審の当事者の確定については、問題があるものと思われる。

また、承認切替後も、台湾当局として法人格なき社団等に類似する存在として、訴訟法上、当事者能力を認めると仮定したとしても、提訴当時は中華民国政府が「中国国家」の代表権を有しており、前述したように「国家」を当事者であると認めるのが素直であることを考慮すれば、承認切替後、少なくとも当事者を変更しなければ、台湾当局が訴訟を追行することは困難であるものと考える。[18]

従って、台湾島などを含み一つの「中国国家」であるとする考え方を尊重する以上、そして、承認切替前には「中国国家」の代表権を有する政府が提訴している以上、当事者は「中国国家」と考えるべきであり、また、承認切替後に中華民国「政府」による訴訟進行を認めることは、二つの「国家」の存在を認める結果につながるものと考えられる。それゆえ、「中国国家」を当事者と確定した本判決の見解は妥当であるものと考える。[19]

三　判示事項二について

1　法人および法人でない社団等であって当事者能力が認められるものは、自ら訴訟行為をなすことができないので、その代表者によって訴訟行為がなされる。このような場合、法人等とその代表者との関係は、訴訟無能力者とその法定代理人との関係に類似していることから、民訴法三七条は、法人の代表者および民訴法二九条の社団等の代表者等に法定代理人に関する規定を準用している。[20] それゆえ、法人等が当事者となっている訴訟の係属中にその代表者の代表権限が消滅した場合には、民訴法三七条により準用される民訴法三六条の規定が適用されることになる。

法定代理権の消滅については、民法その他の法令により定まるが、民訴法三六条一項は、この点に関して特則を設け、実体法上、法定代理権が消滅する原因が発生したとしても、当然には訴訟における法定代理権消滅の効力が生じるのではなく、相手方に通知して初めて消滅の効力が生じるとしている。その趣旨は、裁判所および相手方からは必ずしも容易に知り得ない事項である法定代理権の消滅について、効果発生の時期をめぐる争いを避けることにより、訴訟手続の安定と明確化を図るためと説明される。[21]

したがって、消滅についての相手方の知不知は問題とならないとするのが、判例・通説の考え方であり、[22]また、民法の表見法理（民一一二条）の適用も排除されるとする。[23]ただし、訴訟代理人が選任されている場合には、法定代理権消滅の通知が相手方に対してなされていなくても、代理権消滅および新代理人選任の事実が明らかになった場合には、判決書において、新しい法定代理人を表示することも許され、判決書の送達によって相手方に対する通知と同一の効果が生じるとするのが判例である。[24]また、法定代理権の消滅を通知する者は、本人が能力を取得した場合には本人または法定代理人であるし、法定代理人が交代した場合には新旧いずれかの法定代理人であるが、法定代理人が死亡し、または後見開始の審判を受けた場合において本人が無能力者の時には、通知する者が存在しないため、通知がなくとも消滅の効果が生じると解されている。[25]

2　本判決は、民訴法三六条の解釈として、代表権の消滅が公知の事実である場合には、相手方への通知なく、直ちに消滅の効力が生じると新たな解釈を示している。本判決の解釈でまず問題となるのは、公知の事実と民訴法三六条の制度趣旨の関係である。確かに、民訴法三六条の趣旨から考えると、厳密な通知が必要とされているのではなくそれに類する行為等により相手方にその事実が伝わればよいと考えられるので、公知の事実であるならその一般性、明確性が確保されており、相手方に対する通知と同視したとしても手続の明確性・安定性が阻害されるとは考えられない。その意味では、一般論としても判旨の考え方には賛同できるものである。ただ、このような事案が他に存在するかどうかについてはきわめてまれなものと思われる。

3　そこで次に問題となるのが、事実の公知性である。すなわち、「日中共同声明」により我が国における「中国国家」を代表する政府が中華民国政府から中華人民共和国政府に切り替わったことが、公知の事実に該当するのか、という点が問題となる。

そもそも、顕著な事実とは、民訴法一七九条による裁判所が証拠による証明を必要とせず、これを判断の基礎とすることができ、公知の事実と職務上知り得た事実がそこに含まれる。[26] そして、公知の事実は、歴史上有名な事件、天災地変または大事故の時期もしくは内容など、不特定多数人が信じて疑わない程度に認識されている事実とされ、裁判官自身がその事実を知っていることのほかに、その認識が一般に共有されていることを要し、具体的事実についての認識が公知か私知か判然としないときには、公知の事実とはいえないとされる。その理由は、公知の事実に、事実の内容についてだけでなく、公知性の確信が要求されているからである。[27] 本件の一連の下級審も一貫して「顕著な事実」あるいは「公知の事実」と評価している。

4　確かに、本判決および一連の下級審判決が述べるように、昭和四七年九月二九日の「日中共同声明」により、我が国が「中国国家」を代表する政府として中華人民共和国を承認したため、中華民国政府が有していた我が国における「中国国家」の代表権が消滅したことについては公知性が認められるので公知の事実であると考えられる。[28] 以上のことから、本判決の判示事項二に示された手続処理については問題ないものと考える。

四　判示事項三について

1　当事者の法定代理人の代理権が消滅した場合には、民訴法一二四条一項三号の規定により、訴訟手続は中断し、新たな法定代理人等が受継することと規定されている。このように手続が中断するのは、訴訟当事者の一方またはその法定代理人について訴訟行為を行う資格・能力を喪失させる事由が発生した場合に、その当事者または法定代理人に代わる者が訴訟に関与できるようになるまでの間、訴訟手続を停止して、その当事者の利益を保護するためである。[29] ただし、法定代理人の代理権が消滅した場合であっても、同条二項の規定により例外的に訴訟代理人がある場合には訴訟手続は中断しないとする。その理由は、訴訟代理人はその訴訟関係を熟知しているばかりでなく、通例は弁護士が訴訟代理人となっているので、訴訟代理人によって訴訟を進行させても支障は生じないし、当事者の保護にも欠けることがない、と説明される。[30]

したがって、民訴法三七条により本条が準用されることから、法人等の代表者の代表権が消滅した場合には、本来訴訟手続は中断するのであるが、訴訟代理人が選任されている場合には中断しないことになる。[31]

2　しかしながら、本判決は、従前の政府の代表権の消滅と新しい政府の代表権取得により、代表権の発生母体としての根拠を失ったことにより代表権が消滅したのであって、単に代表権のみが消滅した場合とは実質を異にすること、および訴訟手続を中断させなければ当事者の保護に欠ける可能性があること、という本件事案の特殊性を理由に、民訴法一二四条二項の規定の適用を排除し、訴訟手続の中断を認めた。このような見解は、従来の学説・判例において、民訴法一二四条二項の適用が排除されるべき場合について、まったく議論されていないことから、事案の特殊性はあるものの下級審裁判例を含めて初めての判断を示したものといえる。(32)

3　思うに、外国国家における承認政府の交替は、一見すると法人の代表者の交替と類似しているように思えるが、単に代表権が移転しただけでなく、当該外国国家の内部的制度や外交方針等が大きく転換される可能性を含んでおり、実質的には、当事者が交替した状況に準じるものと思われる。また、本件事案のように交替した新旧両政府間の利害が鋭く対立していることがきわめて明白な場合には、当事者である当該外国国家の利益を保護する必要があると思われる。したがって、本判決の見解と同様訴訟手続を中断させることが望ましいと考える。(33)

五　判示事項四について

1　民訴法八七条一項は、「当事者は、訴訟について、裁判所において口頭弁論をしなければならない。」と必要的口頭弁論の原則を定めている。その趣旨は、裁判資料提出について当事者に手続保障を与える点にある。ただし、同条三項は、一項の規定は「特別の定めがある場合には、適用しない。」として、例外的に法律に特別の規定がある場合には、口頭弁論を開くことなく訴え、上訴または異議申立てに対する裁判をすることが許されている。このような例外の一つとして、民訴法三一九条は、「上告裁判所は、上告状……その他の書類により、上告理由がないと認めるときは、口頭弁論を経ることなく、判決で、上告を棄却することができる。」と定めている。その趣旨は、次のように説明される。すなわち、上告審は、法律審であるうえ事後審であるから、当該事件記録中の上告状、上告理由書その他の書面を審理することによって、上告に理由があるかどうかの結論に到達することができることがあり、とりわけ書面審理の結果上告に理由がないことが判明した場合には、強いて口頭弁論を開く必要がない。そこで、訴訟経済

ないし上告審の負担軽減の観点から、口頭弁論を経ずに判決で上告を棄却することができることとしたのである。そして、同条の反対解釈として、一般に、上告審は、上告を理由あると認め、原判決を破棄するときには、民訴法八七条一項に従い、口頭弁論を開かなければならないと解されていた。[34]

ところが、民訴法八七条三項の他の例外として、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は、裁判所は、口頭弁論を経ないで、判決で、訴えを却下することができる。」とも定めている。このことから、不適法でその不備を補正することができない訴えにつき原裁判所が棄却判決をしている場合に、上告裁判所が原判決を破棄して同訴えを却下する判決をする場合にも口頭弁論を開く必要があるのか否か、という問題が生じるのであるが、従来、このような点については議論されていなかった。[35]

2　この問題について、最三小判平成一四年一二月一七日[36]（以下「平成一四年判決」とする）が、不適法でその不備を補正することができない訴えにつき原判決を破棄して訴えを却下する判決をする場合に口頭弁論を開く必要がないことを認めたことから、その後も、例外的に口頭弁論を開く必要がないとする判例が相次ぐこととなった。まず、最二小判平成一七年九月二七日[37]は、衆議院議員選挙を無効とする判決を求める訴えにつき、衆議院が解散したことにより、訴えの利益が失われたとして、本件訴えは不適法としてその不備を補正することができないものとして、口頭弁論を経ないで原判決を破棄し、訴えを却下する判決をした。次いで、最二小判平成一八年九月四日[38]（以下「平成一八年判決」とする）は、原審口頭弁論終結後、判決言い渡し前に被上告人が死亡し、その地位が相続の対象とならないものであるから、当該訴訟は当然に終了している、と職権により検討した上で、口頭弁論を経ることなく原判決を破棄した上で、訴訟の終了を宣言した。さらに、最三小判平成一九年一月一六日[39]（以下「平成一九年判決」とする）は、原判決には、その基本となる口頭弁論に関与していない裁判官が判決をした裁判官として署名押印していることが明らかである、と職権で調査した上で、民訴法二四九条一項に違反し、同法三一二条二項一号に規定する事由が存在するとして、口頭弁論を経ることなく原判決を破棄し事件を原審に差し戻した。このように判例は、口頭弁論を経ない原判決破棄を拡大する傾向にある。[40]

3　このような一連の判例の動向に対して学説は、当初平

成一四年判決について結論において支持するものの一般化、規範化については慎重にすべきであるとの見解が示されている。[41] その後の平成一八年判決においても例外を認めるには、慎重であるべき旨が示された見解[42]と、これら一連の判断で示された例外を認めるべきではないとの見解[43]が存在する。そして、平成一九年判決においても、結論は支持するものの、従来の判例とは事案を異にするので例外の拡大に歯止めをかけるべき旨が主張されている。[44]

以上のような状況において、本判決はこれら一連の判例と同様口頭弁論を開く必要がない例外を認めたものであるが、以下の理由により、判旨の見解に賛成することはできない。

4　そもそも、本判決はその理由中で平成一八年判決を引用している。確かに、職権探知事項として中断事由の存在を確認する点は共通しているが、平成一八年判決とは異なり、本件は誰を当事者と確定するのかにより、中断事由の存否が変動する事案である。したがって、当事者の死亡の場合を扱った平成一八年判決とは必ずしも同列に扱うことはできないと思われる。また、平成一八年判決は、訴訟を終了する宣言をしており、本判決の原判決破棄差し戻しとはその点で異なっており、まだしも平成一九年判決の方が、共通点が多いと思われる。

そこで、平成一九年判決の理論に従って、口頭弁論を経ない原判決の破棄差し戻しが認められるかどうかを検討する。確かに、民訴法三一二条二項各号所定の事由が存在することが明らかな場合には、上告審の負担軽減を考え、また当事者への手続保障を考慮した上で、口頭弁論を経ない原判決の破棄差し戻しは認められる余地はあると思われる。しかし、それは、平成一九年判決で問題となった一号事由と同様の形式的違反事由（二号、五号、六号前半）に限定されるべきであり、本件で問題となった四号の場合は当事者に対する手続保障の観点から、口頭弁論を開かないことには問題があると考える。なぜなら、本件のような場合には必要な授権の有無自体が、誰を当事者と確定するのかによって変動するのであり、当事者または現に訴訟を追行している者に不利益が生じるおそれが高いからである。[45] それゆえ、このような場合には、口頭弁論を開く必要性があると考える。特に、本件の場合、第二次第二審まで当事者として扱われていた中華民国政府のこれまでの訴訟手続上の地位を奪うことにもなるのであるから、口頭弁論は開くべきであったと考える。

加えて、平成一九年判決も同様の問題を抱えているが、

民訴法一四〇条の規定とは直接関係のない事案である。したがって、口頭弁論を経ない理由として同条を挙げることは、そもそも事案が異なるのであり不適切であり、また、同条の趣旨に基づかないのであれば、民訴法三一九条の趣旨だけで口頭弁論を経ない原判決破棄差し戻しの例外を認めることについては慎重に判断すべきであろう。(46)

以上のことから、「中国国家」を当事者と確定し、原判決を破棄し一審判決を破棄した上で差し戻した本判決の結論には賛成するが、口頭弁論を経なかった点については疑問が残る。

(1) 朝日新聞平成一九年一月二三日夕刊一面、一四面、日本経済新聞平成一九年一月二四日朝刊三八面参照。

(2) 民訴法三二六条二号は、事件について裁判権がないことを理由として原判決を破棄した場合について規定しているが、本条二号を例示的規定であるとし、裁判権の欠缺だけでなく、上告審が自ら事実を確定して判断することのできる訴訟要件の欠缺や訴訟障害事由の存在を肯定する場合についても、本条二号によって自判すべきであることに異論はないとされる。賀集唱ほか（編）『基本法コンメンタール民事訴訟法3［第三版］』（日本評論社、平二〇）九一、九二頁［田中豊］、鈴木正裕＝鈴木重勝（編）『注釈民事訴訟法(8)』（有斐閣、平一〇）三七〇、三七一頁［遠藤功］、松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』（弘文堂、昭六一）一二三七頁など参照。また、同様の判例として最三小判平成六年一月二五日民集四八巻一号四一頁がある。

(3) 本判決の評釈として、和田吉弘「判批」法セミ六三三号一一七頁（平一九）がある。また、本件各下級審については以下の評釈がある。第一次第一審、波多野里望「判批」判評二四〇号一三五頁（昭五四）、広部和也「判批」ジュリ臨増六六六号二四四頁（昭五三）。第一次第二審、小林秀之「判批」『民事訴訟法判例百選Ⅰ（新法対応補正版）』別冊ジュリ一四五号四八頁（平一〇）、横田洋三「判批」『渉外判例百選［第二版］』別冊ジュリ八七号二五六頁（昭六一）、広部和也「判批」ジュリ八六七号一四九頁（昭六一）、澤木敬郎「判批」判タ五〇五号二一一頁（昭五八）、越川純吉「判批」中京一七巻三＝四号三二頁（昭五八）、志水義文「判批」季刊実務民事法一号二五〇頁（昭五八）、筒井若水「判批」ジュリ臨増七九二号二七二頁（昭五八）。第二次第一審、村瀬信也「判批」ジュリ八六九号一二六頁（昭六一）、広部和也「判批」法教六九号九四頁（昭六一）。第二次第二審、安藤仁介「判批」『国際法判例百選』別冊ジュリ一五六号三八頁（平一三）、横田洋三「判批」『渉外判例百選［第三版］』別冊ジュリ一三三号二六二頁（平七）、小林秀之「判批」『民事訴訟法判例百選

Ⅰ』別冊ジュリ一一四号四八頁（平四）、江橋崇「判批」法セミ三九七号九八頁（昭六三）、筒井若水「判批」ジュリ臨増九一〇号二六二頁（昭六三）、桜田嘉章「判批」法教八三号九〇頁（昭六二）、林修三「判批」時法一三一三号八五頁（昭六二）。

（4） 上田徹一郎『民事訴訟法［第五版］』（法学書院、平一九）八一、八二頁、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ［第二版］』（日本評論社、平一八）二六六頁、伊藤眞『民事訴訟法［第三版再訂版］』（有斐閣、平一八）八五頁、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕『新民事訴訟法講義［第二版補訂版］』（有斐閣、平一八）八六頁［本間靖規］、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法［第四版補正版］』（弘文堂、平一八）八七頁、新堂幸司『民事訴訟法［第三版補正版］』（弘文堂、平一七）一一八頁など参照。

（5） 以下の学説の整理については、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）』（有斐閣、平一七）一三五頁以下、坂原正夫「当事者の確定―新行動説の提唱―」青山善充ほか（編）『石川明先生古稀祝賀・現代社会における民事手続法の展開（下）』（商事法務、平一四）一七一頁、秋山ほか前掲注（4）を参照。

（6） 坂原正夫「当事者の確定（二・完）」民商七二巻一号五二頁、九〇頁（昭五〇）、中務俊昌「当事者の確定」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座［第一巻］』（有斐閣、昭二九）七三頁、八二、八三頁、中野＝松浦＝鈴木・前掲注（4）八六、八七頁、高橋・前掲注（5）一三六頁、坂原・前掲注（5）一七七頁など。

（7） 伊東乾「訴訟当事者の概念と確定」中務俊昌（編）『中田淳一先生還暦記念・民事訴訟の理論（上）』（有斐閣、昭四四）六一頁。

（8） 石川明「当事者の確定と当事者適格の交錯」法教〈第二期〉六号七〇頁（昭四九）。

（9） 新堂幸司「訴訟当事者の確定基準の再構成―行為規範と評価規範との区別を手がかりとして―」同『民事訴訟法学の基礎（民事訴訟法研究第二巻）』（有斐閣、平一〇）一六三頁［初出は鴻常夫（編）『石井照久先生追悼論文集・商事法の諸問題』（有斐閣、昭四九）二五五頁］、同・前掲注（4）一一九頁以下。

（10） 佐上善和「当事者確定の機能と方法」新堂幸司ほか（編）『講座民事訴訟③』（弘文堂、昭五九）六三頁、同「当事者確定理論再編の試み」立命一五〇―一五四号二三一頁（昭五五）。

（11） 福永有利「当事者の確定理論の意義」新堂幸司（編）『特別講義民事訴訟法』（有斐閣、昭六三）三〇一頁。

（12） 納谷廣美「当事者確定の理論と実務」鈴木忠一＝三ケ月章（監）『新・実務民事訴訟講座1』（日本評論社、昭五六）二三九頁、伊藤眞『民事訴訟の当事者』（弘文堂、昭

五三）一五五頁以下、上野泰男「当事者確定基準の機能―死者名義訴訟の場合―」『名城大学創立三十周年記念論文集（法学篇）』（法律文化社、昭五三）一三三頁。

(13) 中務・前掲注(6)八八頁以下。

(14) 納谷・前掲注(12)二四二、二四三頁、上野・前掲注(12)一四七―一四九頁。

(15) 小寺彰＝岩沢雄司＝森田章夫『講義国際法』（有斐閣、平一六）一二五頁、杉原高嶺ほか『現代国際法講義［第三版］』（有斐閣、平一五）三七頁［水上千之］、山本草二『国際法［新版］』（有斐閣、平六）一二五、一二六頁など参照。

(16) 広瀬善男「光華寮訴訟と国際法」明学四六号一頁、五五―五九頁（平二）、同「光華寮訴訟と「事実上承認」の法理」判時一三二九号三頁（平二）、安藤仁介「光華寮事件をめぐる国際法上の諸問題」林久茂＝山手治之＝香西茂（編）『国際法の新展開―太寿堂鼎先生還暦記念』（東信堂、平元）二一九頁、二三八頁、高野雄一「光華寮訴訟と国際法」判時一三〇一号三頁、五頁（平元）、吉岡進「光華寮訴訟について」判時一二七四号三頁、五頁（昭六三）、広部和也「光華寮事件の法理と課題」ジュリ八九〇号一八頁、一九頁（昭六二）、小寺＝岩沢＝森田・前掲注(15)一三四、一三五頁など参照。

(17) 高野・前掲注(16)七―九頁参照。第二次第二審判決時点での中華人民共和国政府の見解も同様である。当時の中華人民共和国政府の見解については、加藤一郎「中国における光華寮問題の論議」ジュリ八九四号七六頁（昭六二）など参照。

(18) 当事者を変更するのであれば、任意的当事者変更ということになろうが、任意的当事者変更が認められるかどうかについては困難な問題がある。上田・前掲注(4)五五八頁以下、伊藤・前掲注(4)九〇頁以下、中野＝松浦＝鈴木・前掲注(4)五五七頁以下など参照。

(19) なお、本判決と同様の見解を採るものとして、高野・前掲注(16)、吉岡・前掲注(16)がある。

(20) 小室直人ほか（編）『基本法コンメンタール新民事訴訟法1［第二版］』（日本評論社、平一五）九三頁、秋山ほか・前掲注(4)三六三頁、伊藤・前掲注(4)一一五頁、中野＝松浦＝鈴木・前掲注(4)一一七頁など参照。

(21) 秋山ほか・前掲注(4)三五八、三五九頁、伊藤・前掲注(4)一一四頁、中野＝松浦＝鈴木・前掲注(4)一一五頁、小室ほか・前掲注(20)九三頁など参照。

(22) 大判昭和一六年四月五日民集二〇巻四二七頁、秋山ほか・前掲注(4)三六〇頁、伊藤・前掲注(4)一一四頁、小室ほか・前掲注(20)九三頁など参照。なお、民訴法三六条の解釈として、「相手方の保護」をその趣旨に挙げ、そのことを理由として、相手方の知不知により、代理権消滅時

期等に影響があるとの見解も存在する。新堂・前掲注(4)一五九頁、新堂幸司＝小島武司（編）『注釈民事訴訟法(1)』（有斐閣、平三）四九九、五〇〇頁［松原弘信］。しかし、大正改正時に改正調査委員会に提出された案の中に但書で「相手方かその事実を知りたるときはこの限りにあらず」としていたが、その文言が削除されたことから、同見解は支持できないと思われる。したがって、同条の趣旨はあくまでも手続の安定性・明確性の確保と理解すべきであろう。秋山ほか・前掲注(4)三六〇頁。

(23) 秋山ほか・前掲注(4)三六〇頁、伊藤・前掲注(4)一一四頁、小室ほか・前掲注(20)九三頁。

(24) 最三小判昭和四三年四月一六日民集二二巻四号九二九頁、秋山ほか・前掲注(4)三六一、三六二頁。

(25) 秋山ほか・前掲注(4)三五九、三六〇頁、新堂・前掲注(4)一五八頁、中野＝松浦＝鈴木・前掲注(4)一一五頁、松本＝上野・前掲注(4)九七頁、小室ほか・前掲注(20)九三頁など参照。

(26) 上田・前掲注(4)三五一頁、伊藤・前掲注(4)三一七頁、新堂・前掲注(4)五〇一頁、中野＝松浦＝鈴木・前掲注(4)二八二頁など参照。

(27) 上田・前掲注(4)三五一頁、伊藤・前掲注(4)三一七頁、新堂・前掲注(4)五〇一頁、中野＝松浦＝鈴木・前掲注(4)二八二頁など参照。

(28) 和田・前掲注(3)は、「原審等が代表権が消滅したとは考えなかったのであるから…、代表権消滅が公知であることではなく、通知することが期待できず、また「通知があるまで本人に効果が帰属する」ものともできない、という本件の特殊性を挙げるべき」と主張されるが、前述したように原審等が代表権消滅について公知の事実として扱っていることは、判決文中明らかであり、原審等のとらえ方に誤りがあるものと思われ支持できない。

(29) 秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法II［第2版］』（日本評論社、平一八）五三二頁、上田・前掲注(4)二八一頁、伊藤・前掲注(4)二一八頁、新堂・前掲注(4)三六九頁、中野＝松浦＝鈴木・前掲注(4)一七七、一七八頁、小室ほか・前掲注(20)二六一頁［越山和広］など参照。

(30) 鈴木正裕＝青山善充（編）『注釈民事訴訟法(4)』（有斐閣、平九）五七四頁［佐藤鉄男］、斎藤秀夫ほか（編）『注解民事訴訟法(5)［第2版］』（第一法規、平三）二九六頁［遠藤功＝奈良次郎＝林屋礼二］、小室ほか・前掲注(20)二六八頁［越山和広］、秋山ほか・前掲注(29)五五〇頁など参照。

(31) 秋山ほか・前掲注(29)五四五頁、鈴木＝青山・前掲注(30)五六〇頁［佐藤鉄男］、斎藤ほか・前掲注(30)二八五頁［遠藤功＝奈良次郎＝林屋礼二］など参照。

(32) 和田・前掲注(3)一一七頁。

(33) 訴訟代理人が選任されている場合であっても訴訟手続が中断する点から考えるなら、破産財団に関する訴訟が係属中にいずれかの当事者に対して破産手続開始決定がなされると、当該訴訟手続が中断する（破産法四四条一項）取扱いと類似していると考えられる。破産手続開始決定による係属中の訴訟手続の中断については、竹下守夫ほか(編)『大コンメンタール破産法』（青林書院、平一九）一八〇―一八二頁［菅家忠行］、中島弘雅『体系倒産法Ⅰ』（中央経済社、平一九）二七八、二七九頁、伊藤眞『破産法・民事再生法』（有斐閣、平一九）二九九頁など参照。

(34) 上田・前掲注(4)五九三頁、伊藤・前掲注(4)六七二頁、中野＝松浦＝鈴木・前掲注(4)六〇七頁、松本＝上野・前掲注(4)七〇四頁、新堂・前掲注(4)八四二頁など参照。

(35) 坂原正夫「判批」法研八〇巻七号一六八頁、一八七頁注(4)（平一九）、宇野聡「判批」リマークス二八号一三〇頁、一三一頁（平一六）。

(36) 判時一八一二号七六頁。評釈として、川嶋四郎「判批」法セミ五九四号一一八頁（平一六）、今村隆「判批」ジュリ一二六二号一七三頁（平一六）、太田幸夫「判批」判タ臨増一一五四号二五二頁（平一六）、山田二郎「判批」判自二三九号一一二頁（平一五）、岩﨑政明「判批」判評五三八号一六八頁（平一五）、宇野・前掲注(35)がある。

(37) 判時一九一一号九六頁。評釈として梶哲教「判批」民商一三四巻四＝五号一六九頁（平一八）がある。

(38) 判時一九四八号八一頁。評釈として和田吉弘「判批」法セミ六二七号一一九頁（平一九）、坂原・前掲注(35)がある。

(39) 判時一九五九号二九頁。評釈として和田吉弘「判批」法セミ六三一号一二一頁（平一九）がある。

(40) 本判決後も、最三小判平成一九年五月二九日（横田基地騒音公害訴訟上告審判決）判時一九七八号七頁がこのような取扱いをしている。

(41) 宇野・前掲注(35)一三二頁、川嶋・前掲注(36)一一八頁。

(42) 和田・前掲注(38)一一九頁。

(43) 坂原・前掲注(35)一六九頁。

(44) 和田・前掲注(39)一二一頁。

(45) 和田・前掲注(39)一二一頁。

(46) 和田・前掲注(39)一二一頁。なお、賀集ほか・前掲注(2)八二、八三頁［田中豊］は、これら一連の判例を紹介した上で、「本条は上告を棄却する場合に口頭弁論を開かないでする権能を上告審に付与したものであるから、口頭弁論を開いたうえで上告を棄却することも適法であり、上告を棄却する場合に口頭弁論を開くかどうかは上告審の裁量に属する。」と述べている。

〔追記〕 本稿脱稿後に、横溝大「判批」判評五八八号一九四頁（平二〇）を見る機会を得たが、本文中に引用することができなかった。

小原　将照