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

Title	〔最高民訴事例研究 四一九〕
Sub Title	
Author	河村, 好彦(Kawamura, Yoshihiko) 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	2009
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.82, No.8 (2009. 8) ,p.181- 191
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=AN00224504-20090828-0181

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四一九〕

平成二〇3（民集六二巻七号二〇一三頁）

地方裁判所にその管轄区域内の簡易裁判所の管轄に属する訴訟が提起され、被告から同簡易裁判所への移送の申立てがあった場合における同申立てを却下する旨の判断と地方裁判所の裁量

移送申立却下決定に対する抗告審の取消決定等に対する許可抗告事件（平成二〇年七月一八日最高裁第二小法廷決定）

〔事　実〕

本件は、貸金業者に対する過払金の返還請求事件である。記録によれば、事実関係は以下の通りである。

抗告人Xは、自分が貸金業者である相手方Yとの間で利息制限法一条一項所定の制限利率を超える利息の約定で金銭の借入れと弁済を繰り返した結果、過払金が発生しており、かつ、Yは過払金の受領が法律上の原因を欠くものであることを知っていたとして、Yに対し、不当利得にもとづく過払金六六四万三六三九円の返還および民法七〇四条前段所定の利息の支払いを求める訴訟（以下「本件訴訟」という。）を提起した。Xが訴えを提起したのは、Xの住所地を管轄する大阪地方裁判所である。

これに対してYは、本件金銭消費貸借契約の契約証書には「訴訟行為については、大阪簡易裁判所を以て専属的合意管轄裁判所とします。」との条項があり、これにもとづいて本件訴訟については大阪簡易裁判所を専属的管轄とする合意が成立していると主張して、民訴法一六条一項にもとづき、本件訴訟を大阪地方裁判所から大阪簡易裁判所に移送することを求める申立てをした。

Xは、上記専属的管轄の合意の成立と効力を争い、また、本件訴訟においては期限の利益の喪失の有無および悪意を否定する特段の事情の有無などが争点となることが予想されることから、地方裁判所で審理および裁判することが相当であるとしてこれに反論した。

原々審は、専属的管轄の合意の成立およびその効力が過払金の返還などを求める本件訴訟にも及ぶことは認めたが、本

件訴訟が、その訴額において簡易裁判所の事物管轄に属する訴額をはるかに超えるものであり、その判断にも相当の困難を伴うものであることなどを理由として、本件訴訟は、地方裁判所において自ら審理および裁判をする（以下「自庁処理」という。）のが相当と認められる（民訴法一六条二項）として相手方の移送申立てを却下する旨の決定をした。

これに対して原審は、専属的管轄の合意により簡易裁判所に専属的合意管轄が生ずるにもかかわらず地方裁判所における自庁処理が相当と認められるのは、上記合意にもとづく専属的管轄裁判所への移送を認めることにより訴訟の著しい遅滞を招いたり当事者間の衡平を害することになる事情があるときに限られる（民訴法一七条参照）としたうえで、本件訴訟において上記事情があるとはいえないから地方裁判所において自庁処理をするのは相当とは認められないとして原々決定を取り消し、本件訴訟を大阪簡易裁判所に移送する旨の決定をした。

Xがこの原決定を不服として抗告許可を申し立てたところ、抗告が許可され、これについて最高裁が判断を示したのが本件決定である。

〔決定要旨〕

最高裁判所第二小法廷は以下の理由により、裁判官全員一致の意見で原々審の決定を正当と認め、原決定を破棄して原々決定に対する抗告を棄却した。

「民訴法一六条二項の規定は、簡易裁判所が少額軽微な民事訴訟について簡易な手続により迅速に紛争を解決することを特色とする裁判所であり（裁判所法三三条、民訴法二七〇条参照）、簡易裁判所判事の任命資格が判事のそれよりも緩やかである（裁判所法四二条、四四条、四五条）ことなどを考慮して、地方裁判所において審理及び裁判を受けるという当事者の利益を重視し、地方裁判所に提起された訴訟がその管轄区域内の簡易裁判所の管轄に属するものであっても、地方裁判所が当該事件の事案の内容に照らして地方裁判所における審理及び裁判が相当と判断したときはその判断を尊重する趣旨に基づくもので、自庁処理の相当性の判断は地方裁判所の合理的な裁量にゆだねられているものと解される。そうすると、地方裁判所にその管轄区域内の簡易裁判所の管轄に属する訴訟が提起され、被告から同簡易裁判所への移送の申立てがあった場合においても、当該訴訟を簡易裁判所に移送すべきか否かは、訴訟の著しい遅滞を避けるためや、当事者間の衡平を図るという観点（民訴法一七条参照）からのみではなく、同法一六条二項の規定の趣旨にかんがみ、広く当該事件の事案の内容に照らして地方裁判所における審理及び裁判が相当であるかどうかという観点から判断されるべきものであり、簡易裁判所への移送の申立てを却下する旨の判断は、自庁処理をする旨の判断と同じく、地方裁判所の合理的な裁量にゆだねられており、裁量の逸脱、濫用と認められる特段

の事情がある場合を除き、違法ということはできないというべきである。このことは、簡易裁判所の管轄が専属的管轄の合意によって生じた場合であっても異なるところはない（同法一六条二項ただし書）。」

「以上によれば、原審の前記判断には裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令違反がある。論旨は理由があり、原決定は破棄を免れない。そして、以上説示したところによれば、原々審が本件訴訟の事案の内容に照らして自庁処理を相当と認め、相手方の移送申立てを却下したのは正当であるから、原々決定に対する抗告を棄却することとする。」

〔評　釈〕

判旨に賛成する。

一　問題の所在および本決定の意義

消費者がいわゆるサラ金などの消費者金融業者と消費貸借契約を締結する際に用いる約款には、金融業者の本店所在地の裁判所を専属管轄とする旨の条項が印刷されていることが多く、このため消費者からする過払金の返還請求においても、金融業者がこの専属的合意管轄の存在を主張して移送を申し立てる場合が多い。

本件において最高裁は、このような専属的な管轄の合意が有効であることを認め、かつ、合意の効力が当該消費貸借契約の過払金についての不当利得にもとづく返還請求訴訟にも及ぶことを認めたうえで、簡易裁判所への移送の申立てを却下するか否かについての民訴法一六条二項の「相当と認めるとき」の判断は地方裁判所の合理的な裁量にゆだねられているとした。これは最高裁としては初めての判断であり、(1)以後、同種の事件についての基準として実務の指針となる点で重要な意義を有すると考えられる。以下、このような専属的管轄の合意の有効性、本件合意の効力の及ぶ客観的範囲、民訴法一六条二項と民訴法一七条の関係について順に検討する。

二　普通契約約款における専属的管轄の合意の有効性

本件金銭消費貸借契約の契約証書には、「訴訟行為については、大阪簡易裁判所を以て専属的合意管轄裁判所とします。」との条項があるが、Yは貸金業者であり、この合意は普通契約約款によりなされたものと考えられるため、その効力をそのまま認めてよいかどうかがまず問題となる。

普通契約約款によりなされた専属管轄の合意においては、企業の本店所在地を管轄裁判所とする場合が多いなど、約款作成者である企業側に有利な裁判所が管轄裁判所とされることが多い。これにより相手方である一般の消費者は、

自己に有利な管轄裁判所における訴えの提起や訴訟の追行が困難となる結果、その裁判を受ける権利が害されるおそれが生じる。旧民訴法三〇条二項・三一条は、訴訟が「専属管轄」に属する場合に移送を否定していたが、ここに専属的合意管轄が含まれるかどうかが明らかでなかったため、専属的合意管轄が約款を使用する消費者の利益を害する場合に、移送による救済をはかれるかどうかについて見解が分かれていた。この点につき現行民訴法一六条二項・二〇条は「専属管轄」から専属的合意管轄を明文で除外することにより、立法として専属的合意管轄がある場合にも移送を認め、消費者の救済をはかるための手段を確保した。ただし、普通契約約款による専属管轄の合意を有効と認めたうえで民訴法一七条による移送を認めるためには、「当事者及び尋問を受けるべき証人の住所、使用すべき検証物の所在地その他の事情を考慮して、訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため必要がある」との要件を充たすことがなお必要であるし、また、民訴法一六条二項により自庁処理が認められるためには、「相当と認め」られることが必要であるため、移送の可否については少なくとも形式的にはこれらの要件についての検討を経なければならない。したがって現行民訴法においてもなお、普通契約約款によりなされた専属的管轄の合意の有効性が前提として問題とされる余地があることになる。

普通契約約款による管轄の合意の有効性に関する裁判例としては、旧法下のものも含めると、合意の成立を否定するもの[2]、合理性、妥当性を欠くとして約款によりなされた合意を無効とするものなどがあるが[3]、これを一応有効として、付加的合意と解するものが多い[4]。学説としても、管轄の合意が書面によらなければならない（一一条二項）旨の要件を当事者が合意により生じる結果を充分に認識して意思決定したことを要する趣旨と解し、約款による合意の成立自体を否定する見解[5]、合意の成立は認めるが、公序良俗違反の類推適用、信義則などによりその効力を否定する可能性を認める見解[6]なども主張されるが、裁判例と同様に付加的合意とする見解[7]が有力である。

確かに、普通契約約款が一般消費者の利益を害する場合がしばしばあることは否定できない。たとえば、普通契約約款作成者の選択する任意の裁判所に管轄権を認める旨の合意などの、合意の内容が極端に一般消費者の利益を害すると認められる場合には、合意自体を公序良俗に反するものとして無効とすべきである[8]。しかし一般に、普通契約約款による専属管轄の合意をなすことが直ちに一般消費者の

利益を害することにはつながらない。また、不利益が生じた場合には、民訴法一七条の移送や民訴法一六条二項などを用いることによって事案に柔軟に適合した実際的な措置をとることが可能である。とすれば、普通契約約款における専属管轄の合意の有効性については、普通契約約款によってなされたことのみをもって合意を一律に無効とする必要まではないと解すべきである。(9)

本件合意も、金銭消費貸借に関する訴訟行為の専属的合意管轄裁判所を大阪簡易裁判所と定めたにとどまり、その内容が極端に一般消費者の利益を害すると認められる程度にまで至っているとまでは解されないことから、合意自体を無効とする必要はないと解される。

三　専属的管轄合意条項の客観的適用範囲

本件は過払金の不当利得にもとづく返還請求訴訟であるが、原々審はY主張の消費貸借契約に関する専属的管轄の合意の効力が本件訴訟にも及ぶことを認め、最高裁もこれを前提として判断を下している。そこで、専属的管轄の合意条項の効力が及ぶ客観的範囲が問題となる。

この点について正面から論じた学説は見あたらない。(10) 裁判例としては、契約について紛争が生じた場合に関する専属的管轄の合意の効力が、当該契約の締結に関する行為が詐欺であり不法行為にあたる旨を主張する損害賠償請求訴訟にも及ぶかどうかに関するものがある。これを肯定的に解する仙台地判平成四年九月二五日(11)は、このような合意の趣旨・目的に照らすと、当該訴訟における訴訟物や法律構成のいかんを問わず、当該契約を前提とするすべての訴訟が合意した裁判所に集中的に提起され追行されるべきことを当事者は合意したと解するのが相当であること、管轄の合意を契約に関するものに限定すると、不法行為責任に関する訴訟が契約責任に関する訴訟とは別の裁判所に係属することを認めざるを得なくなるなど、社会的には同一ないし密接に関連する紛争が分断される弊害が生じるおそれがあることなどを根拠として挙げる。これに対して、大阪地決平成元年一〇月二七日(12)はこれを否定し、契約書中にある専属的管轄の合意の効力は当該契約に関する債務の履行・不履行、あるいは解除・取消しなどにもとづく訴訟に限定されるとする。また、商品預託販売契約に関する一切の訴訟についてなされた専属的管轄の合意について、東京地決昭和六一年九月三〇日(13)は、この合意の効力は、当該契約にもとづく債務を旧債務とする準消費貸借契約の履行請求訴訟にも及ぶとする。準消費貸借契約の履行請求訴訟の争点

が旧債務の存否にあると認められることをその根拠とする。

思うに、管轄の合意は書面を通じてなす両当事者の訴訟法上の意思表示の合致であるから、合意の成立範囲は管轄の合意を締結した両当事者が有していたと考えられる合理的意思の解釈によるべきである。一般に当事者は契約締結にあたって自己がその時点で認識した事実を前提として利害得失を判断し、有利と判断した場合に契約を締結する訳であるから、当事者の合理的意思解釈にあたっても同様に、当事者が契約締結にあたって認識することができた事実を前提とすべきことになる。

そして本件のような金銭消費貸借契約の場合には、当事者は、契約成立の準備段階から契約消滅後の清算段階までに通常生じる事項を認識したうえでこれを認容して合意を締結したと考えられるため、合意の拘束力はこの範囲全般に及ぶと解される。そして過払金の不当利得にもとづく返還請求という事態が生じることは、このような一連の段階において予想外の事項ではない。したがって、消費貸借契約に関する専属的管轄の合意の効力は、過払金の不当利得にもとづく返還請求訴訟にも及ぶと解すべきであり、最高裁がこれを認めたことは妥当と考える。

四　民訴法一六条二項における「相当と認めるとき」の意義

1　本件原審は、地方裁判所における自庁処理の可否に関する民訴法一六条二項の「相当と認めるとき」かどうかを判断するについても民訴法一七条と同様の基準が適用されるべきであって、自庁処理が認められるのは専属的管轄裁判所への移送が「訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため必要があると認め」られる場合に限られるとする。これに対して最高裁は、「相当と認め」られる場合とは、一七条の要件に該当する場合だけでなく、より広く、一六条二項の規定の趣旨にかんがみ、当該事件の事案の内容に照らして地方裁判所における審理および裁判が相当と認められる場合と解されるべきであるとし、地方裁判所の合理的な裁量にゆだねられているため、その判断については裁量の逸脱、濫用と認められる特段の事情がある場合を除き、違法ということはできないとする。この点について明文がないため、「相当と認めるとき」が一七条の「訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため必要があると認め」られる場合に限られるかどうかが問題となる。

現行民訴法一六条二項の前身である旧民訴法三〇条二項は、従前の旧裁判所構成法における区裁判所と比べて簡易

裁判所の権限が単純となり、訴訟手続きも簡易化されたことにもとづいて昭和二三年に付加された規定である。この規定は、地方裁判所と対比した場合、簡易裁判所においては合議制が排除されていること（裁判所法三五条）、簡易裁判所判事の任用資格が判事よりも緩和されていること（裁判所法四四条・四五条）、口頭による訴えの提起を認めることをはじめとして、訴訟手続きが簡略化されていること（二七〇条以下）から、簡易裁判所でなされるよりも地方裁判所でなされる方が慎重で充実した審理を期待することができ、地方裁判所で審理判断することは当事者にとって利益となることはあっても、不利益をもたらすことはないのが通常であるとの趣旨にもとづいて定められたものである。[14] このような自庁処理を民訴法一六条二項が認めることと、民訴法一九条が、当事者が簡易裁判所ではなく地方裁判所で審理を望む場合に地方裁判所への必要的移送を認めることをあわせて考えるときには、これらの背景には、紛争解決について第一審を管轄する本来的かつ原則的な管轄裁判所は地方裁判所であり、これに対して簡易裁判所は比較的軽微な紛争について、迅速な解決を求める当事者に対して簡易な手続きにより審判を行なう裁判所であるとの考え方があると解される。[15] とすれば、地方裁判所で審理することが適当な場合を民訴法一七条所定の要件に該当する場合に限る必要はなく、たとえば徹底した証拠調べの実施により紛争の実態に即した充実した解決をはかることが予想される場合なども原則として含まれるべきである。したがって、民訴法一六条二項にいう「相当と認めるとき」に該当するかどうかは、前述した簡易裁判所の特殊性や当該事案の内容、予想される争点の多さ、解決の困難さ、関連事件の係属の有無などの諸般の事情を考慮して広く柔軟に解するのが相当である。この点で本件最高裁決定の態度は基本的に妥当なものと解される。

2　民訴法一六条二項の「相当と認めるとき」という場合が、一七条の「訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため必要があると認め」られる場合に限られないとして、「相当と認めるとき」かどうかについての裁判所の判断はどのようになされるべきか。

これについて東京地決昭和三〇年九月二六日[16]は、「いわゆる相当なりや否やは客観的な基準によって判断すべきものであって、原審のいうように『相当なりや否やは裁判所の自由なる裁量によって定むる他の干渉を許さない』となすべきものではない。」としていた。これに対して本件最高裁決定は、相当と認めるか否かの判断は地方裁判所の合

理的な裁量にゆだねられており、裁量の逸脱、濫用と認められる特段の事情がある場合を除き、違法ということはできないとする。

思うに、一六条二項に内容の例示などがなく、明文の基準がないこと、また、具体的かつ客観的に明確な基準を設けることは実際上非常に困難と考えられることからすれば、実際の判断が自由裁量的になされることは否定できないものと思われる。ただし、前述した一六条二項の趣旨および公正、公平の見地からすれば恣意的な判断が許されないことは当然である。

まず、一般に決定をなすにあたり口頭弁論を開くかどうかは任意的であるが（民訴法八七条一項）、簡易裁判所の地方裁判所への裁量移送（民訴法一八条）について裁判所は相手方の意見を聴いて決定するものとするとされていることから（民訴規八条）、地方裁判所が自庁で審理を行なうかどうかの一六条二項の判断にあたっても、当事者の意見を聴いて決定することを原則とすべきである。[17] また、移送の決定および移送の申立てを却下した決定に対して即時抗告が認められ（民訴法二一条）、上級審において移送の可否が審理されることに鑑みれば、判断は客観的になされるべきであり、[18][19] 裁判所は決定にあたり、移送申立てを認めた、あるいは却下した理由を明らかにしなければならないと解される。[20] 前述した東京地決昭和三〇年九月二六日の判断は、全く無制限な裁量は認めないとの趣旨と解すべきである。

「相当と認めるとき」の具体的な内容としては、①当事者双方に異議がない場合、②事件が複雑で慎重に審理するのが適当な場合、③牽連事件が地方裁判所に係属していたか、または現在係属している場合などが挙げられるのが一般である。[21] 移送および自庁処理の可否を決定するについてはさまざまな要素を勘案する必要があるが、民事訴訟制度による紛争の実効的な解決を実現するためには、審理の程度、審理期間の長短などの解決の態様も当事者のニーズに応じてなすことを原則とすべきではないだろうか。[22] すなわち、民訴法一六条二項が自庁処理を認めるのは、前述したように、簡易裁判所よりも地方裁判所の方が一般に慎重で充実した審理を期待できるからである。とすれば、当事者が慎重で充実した審理を望む場合には、原則として自庁処理が認められるべきである。他方、簡易裁判所における審理は、簡易迅速な解決を重視するものである。したがって、当事者が簡易迅速な解決を望む場合には、地方裁判所は事件を簡易裁判所に移送すべきである。ただし、当該事件を

簡易裁判所に移送した場合に迅速な解決ができるかどうかを当事者が判断することは一般に困難であり、その判断は裁判所の方がよくなし得る場合が多いため、迅速性については裁判所の判断が当事者の判断に優先すると解すべきではなかろうか。

五　その他

本件は訴額が一四〇万円を超えるため地方裁判所の事物管轄に属する事件について、約款により簡易裁判所に専属的合意管轄が定められていたにもかかわらず地方裁判所に訴えが提起された事案に関する決定であるが、その射程距離は、訴額が一四〇万円以下の場合についても及ぶものと解される。[23]

本決定については、川嶋四郎教授、濵田陽子准教授[24]による評釈がある。

（1）　判例時報二〇二一号四二頁の本決定の解説によれば、専属的合意管轄にもとづく地方裁判所からその管轄区域内にある簡易裁判所への移送申立てについては、これを却下すべきものとした裁判例として東京高決平成一八年一一月六日、大阪高決平成一八年一一月三〇日がある一方で、これを認容すべきものとした裁判例として大阪高決平成一九年九月四日、大阪高決平成二〇年五月二二日などがあり見解が分かれていたとのことである。ただし、これらの決定はいずれも公刊物未登載であり、その詳細は不明である。

（2）　大阪高決昭和四〇年六月二九日下民集一六巻六号一一五四頁。なお、菊井維大ほか原著、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ』（日本評論社、第二版、平成一八年）一八三頁参照。

（3）　高松高決昭和六二年一〇月一三日高民集四〇巻三号一九八頁。

（4）　札幌高決昭和四五年四月二〇日下民集二一巻三＝四号六〇三頁、大阪高決平成二年二月二一日判例タイムズ七三二号二七〇頁、広島地決平成八年六月二五日判例タイムズ九六二号二五〇頁、大阪地決平成一一年一月一四日判例時報一六九九号一六九九頁、東京高決平成一六年二月三日判例タイムズ一一五二号二八三頁など。

（5）　水谷暢「判批」民商法雑誌六九巻五号九三二頁、吉野正三郎「管轄をめぐる当事者自治とその限界」『講座民事訴訟第四巻』（弘文堂、昭和六〇年）七五頁など。

（6）　新堂幸司編「続民事訴訟法判例百選（別冊ジュリスト）」一三頁［竹下守夫］、伊藤眞『民事訴訟法』（有斐閣、第三版再訂版、平成一八年）五七頁。

（7）　鈴木忠一ほか監修『新・実務民事訴訟講座第一巻』

（日本評論社、昭和五六年）二三七頁［高島義郎］、鈴木俊光ほか編『ケーススタディ民事訴訟法Ⅰ』（日本評論社、昭和五一年）［納谷廣美］、林屋礼二『新民事訴訟法概要』（有斐閣、第二版、平成一六年）二六頁など。

(8) 兼子一『新修民事訴訟法体系』（酒井書店、増訂版、昭和四〇年）九〇頁、菊井ほか・前掲注(2)一七七頁など。

(9) 新堂幸司ほか編『注釈民事訴訟法第一巻』（有斐閣、平成三年）二五五頁［栂善夫］。

(10) 高橋徹「判批」判例タイムズ八五二号二〇五頁参照。

(11) 判例時報一四九九号一〇四頁以下。東京高決平成三年六月二八日判例時報一四二七号六五頁、東京地決平成六年二月二八日判例タイムズ八七六号二六八頁も同旨。

(12) NBL四四二号二二頁。

(13) 判例時報一二四四号九七頁。

(14) 新堂ほか・前掲注(9)二八四頁［花村治郎］、菊井ほか・前掲注(2)二〇三頁。

(15) 「研究会　新民事訴訟法」ジュリスト増刊一九九九年一一号［福田発言］参照、新堂幸司『民事訴訟法』（弘文堂、第四版）一二〇頁。

(16) 判例時報六四号二三頁。

(17) 決定にあたっては当事者の意見を聴いたうえでするのが適当であるが、常に口頭弁論を開くまでの必要はないとするものとして、新堂ほか・前掲注(9)二八五頁［花村治郎］、菊井ほか・前掲注(2)二〇三頁。意見の聴取が望ましいとするものとして、高田昌宏「管轄と移送」『民事訴訟法の争点』（有斐閣、第三版、平成一〇年）、濱田陽子「本件判批」ジュリスト一三七六号一四二頁。これに対し、決定は口頭弁論にもとづいてすることを要するとするものとして、兼子一ほか編著『条解民事訴訟法』（弘文堂、平成元年）七九頁［新堂幸司］。齋藤哲「本件判批」私法判例リマークス三九号一〇一頁も同旨か。

(18) 菊井ほか・前掲注(2)二〇三頁。

(19) 民訴法一七条に関してであるが、その前身である旧民訴法三一条が裁量移送と称されることについて、旧民訴法三一条には移送の要件が定められており、この要件を充たす場合には常に移送をすべきであって移送しないことは認められないとと解すべきことを根拠として、裁量とすることを批判する見解がある。奈良次郎「移送決定の構造と若干の問題について(3)―民訴法三〇条一項と三一条を中心として」判例時報一三六八号一五頁。これに対しては、効果を否定できる効果裁量ではないが、要件の一般性から要件裁量が認められているとする見解がある。山本和彦「一七条移送における手続裁量と要因規範」ジュリスト一二六三号一五四頁以下。

(20) 濵田・前掲注(17)一四二頁、齋藤・前掲注(17)一〇一頁。

(21) 菊井ほか・前掲注(2)二〇三頁、新堂ほか・前掲注(9)二八五頁［花村治郎］、兼子ほか・前掲注(17)七九頁［新堂幸司］、伊藤・前掲注(6)六八頁。

(22) 齋藤・前掲注(17)一〇一頁参照。

(23) 川嶋四郎「本件判批」法学セミナー六四八号一二〇頁。

(24) 川嶋・前掲注(23)一二〇頁、濱田・前掲注(17)一四一頁、齋藤・前掲注(17)九八頁。

河村　好彦