#### 慶應義塾大学学術情報リポジトリ

Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔民集未登載最高裁民訴事例研究二四〕特別抗告の理由として形式 的には憲法違反の主張があるがそれが実質的には法令違反の主張に すぎない場合に原裁判所が特別抗告を却下することの可否(平成ニー 年六月三○日第三小法廷決定)
Sub Title	
Author	川嶋, 隆憲(Kawashima, Takanori) 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	2010
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.83, No.8 (2010. 8) ,p.169- 180
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=AN00224504-20100828-0169

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.

告において、Xは、民訴法三三六条三項で準用する同三一六

ため、これに対してXが許可抗告を申し立てた。本件許可抗該当しないとして、本件特別抗告を却下する旨の決定をした

条一項所定の原裁判所の権限は形式的審査権のみであると解

をいうものにすぎず、民訴法三三六条一項に規定する事由に

#### 民 集 未 登 載 最 高 裁 民 訴 事 例 研 究 二四

特別抗告の理由として形式的には憲法違反の主張があるがそれが実質的には法令違反の主張にすぎない場合に原

告事件、 平成二一年六月三〇日第三小法廷決定(最高裁判所平成二一年(許)第九号、特別抗告却下決定に対する許可抗 破棄、 判例時報二〇五二号四八頁、判例タイムズ一三〇三号九三頁)

裁判所が特別抗告を却下することの可否

#### **4**

ろ、原裁判所は、本件特別抗告の理由は実質的には法令違反これに対して、Xが同却下決定は憲法二五条一項、三した。これに対して、Xが同却下決定は憲法二五条一項、三した。これに対して、Xが同却下決定は憲法二五条一項、三とが、同裁判所はXに訴訟上の救助を付与すべき事由があるとは、高等裁判所において訴訟上の救助の付与を申し立て

などを主張して争った。 抗告を却下したことは権限を逸脱した違法なものであることされるところ、原裁判所が実質的判断に踏み込んで本件特別

## 〔決定要旨〕

破棄

によりこれを却下することはできないと解すべきであるから、原裁判所が同法三三六条三項、三二七条二項、三一七条二項)り(民訴法三三六条三項、三二七条二項、三一七条二項)とお、「特別抗告の理由として形式的には憲法違反の主張があるが、「特別抗告の理由として形式的には憲法違反の主張があるが、「特別抗告の理由として形式的には憲法違反の主張があるが、「特別抗告の理由として形式的には憲法違反の主張があるが、「特別抗告の理由として形式的には憲法違反の主張があるが、「特別抗告の理由として形式的には憲法違反の主張があるが、

決定・裁判集民事一九二号九九頁参照)。」最高裁平成一○年∅第六四六号同一一年三月九日第三小法廷及ぼすことが明らかな法令の違反がある(上告の場合につき、又の特別抗告を却下した原審の上記判断には、裁判に影響を

### 評釈

本決定に賛成する。

## 一本決定の意義

に専属的に委ねられるものであることが明らかとなった。 質的には法令違反の主張にすぎない場合であっても、最高 質的には法令違反の主張にすぎない場合であっても、最高 できない旨を判示した初めての最高裁決定である。本決定 により、特別抗告の理由として憲法違反の主張がなされて により、それが実質的には法令違反の主張がなされて により、それが実質的には法令違反の主張がなされて (1) できないこと、そして、抗告人の主張する特別抗告の理由 できないこと、そして、抗告人の主張する特別抗告の理由 として却下することは できないこと、そして、抗告人の主張する特別抗告の理由 としてあっても、最高 数判所においてものであるか否かの判断は、最高裁判所 できないこと、そして、抗告人の主張する特別抗告の理由 とどま が憲法違反をいうものであることが明らかとなった。

本件最高裁は、その論拠を積極的に示してはいないが、本件最高裁は、その論拠を積極的に示して挙げていることから、同決定の論旨が本件においても同様に妥当することを示唆するものと解される。同決定は、上告人の主張立とを示唆するものと解される。同決定は、上告人の主張する上告理由が民訴法三一二条一項および二項所定の上告する上告理由が民訴法三一二条一項および二項所定の上告がある。として却下することはできない旨を説示した最高裁決定である。

ことから、特別抗告に関しても、基本的には上告に関するる民訴法三二七条二項は上告に関する規定を準用している上告に関する規定を準用しており、さらに特別上告に関す特別抗告の手続については、民訴法三三六条三項が特別

これまでの下級審裁判例には、憲法違背の字句を使用して

判例研究 た。「本件本案事件についての上告の理由は、理由の不備

質に反しない限りであるから、特別抗告に固有の事由があ 議論が妥当すると考えられる。ただし、特別抗告の手続に あてはめることの是非について検討する。また、本決定が で、同決定の論旨を非常の不服申立制度である特別抗告に 本決定が前提とする平成一一年決定の論旨を分析したうえ ればこれを考慮する必要がある。そこで本評釈では、以下、 ついて上告に関する規定が準用されるのは、特別抗告の性

# 二 最三小決平一一・三・九判時一六七三号八七頁の論旨

今後の裁判実務に及ぼす影響について若干の考察を試みる。

上告理由は民訴法三一二条一項、二項所定の上告理由を主 主張して上告を提起したところ、原裁判所において、本件 平成一一年決定の事案は、上告人が原判決の理由不備を

張するものではないとして当該上告を却下する決定がなさ

れたため、これに対して特別抗告を申し立てた事案である。

却下されたことには問題があるとして、次のように指摘し 論としては特別抗告を棄却したが、本件上告が原裁判所で 本件において最高裁は、原決定に憲法違反はないとして結

をいうが、その実質は事実誤認を主張するものであって、 明らかに民訴法三一二条一項及び二項に規定する事由に該

> 「なお書き」において示されたものであったが、最高裁と しては、これによって当時の高等裁判所の実務に注意を喚 ないと解するのが相当である」。上記説示は、 訴法三一七条二項)、原裁判所又は上告裁判所が民訴法三 最高裁判所が決定で棄却することができるにとどまり(民 当しない。しかし、このような上告も、上告裁判所である 一六条一項又は三一七条一項によって却下することはでき いわゆる

して主張された憲法違反や理由不備等の主張が実質的には 礎は次の点にある。第一に、本件上告のように上告理由と 起するねらいがあったとされる。 本件解説によれば、同決定が上記判断を示した理論的基

単なる法令違反や事実誤認等を主張するものであって明ら

正により上告理由が原則として憲法違反(民訴法三一二条 ある。これは、民訴法三一七条二項の規定が、平成八年改 所である最高裁判所の棄却決定の対象となるということで ものでない場合は、民訴法三一七条二項によって上告裁判 かに民訴法三一二条一項、二項所定の上告理由を主張する

定められたものであるとの理解に基づく。 理由に名を借りた上告を簡易に棄却する方法としてとくに って新設された規定であり、憲法違反や理由不備等の上告

一項)と絶対的上告理由(同二項)に制限されたことに伴

に基づいて却下することは許されず、そうである以上は原

判所が決定で棄却すべき事件については、これを同条一項べきであり、同条二項に基づいて上告裁判所である最高裁象と同条一項による却下決定の対象とは理論上峻別されるそして第二に、民訴法三一七条二項による棄却決定の対

場合の規定であるという理解を前提とするものである。されないということである。このことは、民訴法三一七条の規定は、上告裁判所が上告を却下できる場合と棄却できる場合とを明確に書き分けており、同条一項は上告が不適式である場合の規定であり、他方、同条一項は上告が不適まである場合の規定であり、他方、同条一項は上告が不適まである場合の規定であり、他方、同条一項は上告が不適まである場合の規定であるという理解を前提とするものである。

## 三 上告に対する原裁判所の審査

ことが明らかな場合に限って原裁判所が決定で上告を却下について、旧法下の学説は、同規定は上告が不適法である現行法三一六条一項に相当する、旧三九九条一項の規定かであるときは、決定で上告を却下しなければならない。いるとき(同二号後段)のいずれかに該当することが明ら

里界こよれば、憲去皇文や里由下備等ことを借りた上旨で所が上告を却下することはできないと解する。このようなあるいは架空であることが明らかである場合にも、原裁判主張されていれば、それが主張自体から理由がないこと、ま法または法令の違背あるいは訴訟手続の法令違背がよ、憲法または法令の違背あるいは訴訟手続の法令違背が判断させない趣旨であるとす(1)。

がないかどうかは必ず上告裁判所に判断させて原裁判所にすることを要するとした規定であり、上告が内容的に理由

ることになるが、このような訴訟運営のあり方に対しては判所に送付され、上告裁判所が判決の形式で上告を棄却すあっても、上告理由が主張されている限りは事件は上告裁理解によれば、憲法違反や理由不備等に名を借りた上告で

否かという形式的審査にとどまり、上告人の主張する上告判所の審査の範囲については、上告が適法・適式であるか現行法の解釈としても、旧法下におけるのと同様、原裁

権限の拡大・強化を望む意見も見られた。(3)

最高裁判所の負担過重をもたらすとして、原裁判所の審査

改正における上告受理制度の創設に際して、重要な法律問 る棄却の制度(民訴法三一七条二項参照)が導入されたと た上告を簡易に棄却する方法として上告裁判所の決定によ 規定が旧三九九条の規定の文言をほぼそのまま引き継いで 理解が多数である。このような解釈は、現行法三一六条の するか否かという実質的判断にまで及ぶものではないとの の理由が民訴法三一二条一項、二項所定の上告理由に該当 いう立法経緯から基礎づけられる。また、同じく平成八年 して憲法違反(民訴法三一二条一項)と絶対的上告理由 いることに加え、平成八年改正において上告理由が原則と (同二項)に制限されたことに伴い、上告理由に名を借!

る(民訴法三二七条二項)。これにより、特別抗告にお され(民訴法三三六条三項)、さらに特別上告の手続につ 提起する非常の不服申立制度である。特別抗告の手続につ(6) 他憲法の違反があることを理由として最高裁判所に対して 条)等の規定がそれぞれ準用される。 条)、上告裁判所による上告の却下および棄却 載(同三一五条)、原裁判所による上告の却下(同三一六 ても、上告提起の方式(民訴法三一四条)、上告理由の記 令に対して、その裁判に憲法の解釈の誤りがあることその いては、その性質に反しない限り、上告の規定が準用され いては、その性質に反しない限り、特別上告の規定が準用 (同三一七

裁判実務もまた、まったく憲法違反の主張がない場合は別 断にまで及ぶものではないとの理解が多数である。従来の 憲法違反に名を借りたものであっても、最高裁判所に直接 として、憲法違反の主張があると認められる限り、それが って、抗告人の主張する特別抗告の理由が民訴法三三六条 ても、上告の場合と同様、形式的審査にとどまるものであ 項所定の特別抗告理由に該当するか否かという実質的判 学説は、特別抗告に対する原裁判所の審査の範囲につい

四 特別抗告に対する原裁判所の審査 基本的な考えを同じくするものと思われる。

判断は上告裁判所に専属的に委ねられるという上記解釈と であるとの立法判断がなされたことも、上告理由の実質的(15) 理由の有無について審査する上告受理の制度のほうが適当 を審査する許可上告の制度よりも、最高裁判所自らが上告 る必要があるとの理由から、高等裁判所が上告理由の有無 題については最高裁判所が適切に判断をする機会を確保す

特別抗告は、通常の不服申立てができない決定および命

例が多いとされる。

判断を仰ぐべく、原裁判所が最高裁判所に事件を送付する

な特別上訴が相当数存在していることが指摘されていた。から、実務上、訴訟の遅延を図ることを目的とした濫用的(32)からのの、執行停止効が一定の要件の下で認められることいものの、執行停止効が一定の要件の下で認められること

もっとも、特別抗告や特別上告には、確定遮断効こそな

下級審裁判例には、憲法違背の字句を使用しているが実質

少なからず存在していたものと思われる。 ような処理がなされる背景には、特別上訴の濫用の問題が所が不適法却下できるとした例が紹介されているが、その所には法令違反の主張にすぎない特別抗告について原裁判

憲法適合性の問題については常に最高裁判所の審理・判断裁判所に留保されていること、換言すれば、訴訟当事者は法適合性が争われるときは、その最終的決定権は常に最高るということの意味については、一般に、裁判において憲るということの意味については、一般に、裁判において憲るということの意味については、一般に、裁判において憲るということの意味については、一般に、裁判において導入所が終審裁判所となるということの意味については常に最高裁判所の審理・判断となるということの問題については常に最高裁判所の審理・判断を別に、特別抗告の制度と、特別抗告の規定が準用する思うに、特別抗告の制度と、特別抗告の規定が準用する思うに、特別抗告の制度と、特別抗告の規定が準用する思うに、特別抗告の制度と、特別抗告の規定が準用する

疑いを生じさせるものと思われる。
いが、その根底には上記憲法上の要請が働いていると見るいが、その根底には上記憲法上の要請が働いていると見るの点、本決定は、前記平成一一年決定を援用するにすぎなてこれを制限することは許されないと解すべきである。こてこれを制限することは許されないと解すべきである。こ

で却下することが濫用的上訴の抑制に資するとは必ずしもで却下することが濫用的上訴の抑制に資するとは必ずしもの立法経緯に照らせば、現行法はそのような上訴も含めての立法経緯に照らせば、現行法はそのような上訴も含めて事件を最高裁判所に送付させる趣旨であると解されるし、事件を最高裁判所に送付させる趣旨であると解されるし、事件を最高裁判所に送付させる趣旨であると解されるし、事件を最高裁判所に受けるという状況を相当のというによび、原裁判所のと訴が、

# 特別抗告理由の記載方式との関係

五

言えないように思われる。

理由として憲法違反の主張さえあれば常に適式要件を満たすることはできない。もっとも、このことは、特別抗告のすぎない場合であっても、これを不適法であるとして却下がなされている限り、それが実質的には法令違反の主張に本決定によれば、特別抗告の理由として憲法違反の主張

判断の機会が保障されなければならず、解釈・運用によっ

しも伴わない普通上告の場合以上に、最高裁判所の審理・

特別抗告や特別上告については、憲法問題を必ず

を求める権利を有することを意味すると解されている。 (3)

ع

由とする上告理由の記載方式に関して、憲法の条項を掲記二○四条により特別抗告に準用される)は、憲法違反を理式に関して規定する民訴規則一九○条(同二○八条およびすということを意味するのであろうか。上告理由の記載方

具体的な記載内容いかんによっては、原裁判所において方抗告の理由として憲法違反の主張がなされていても、その四条により特別抗告に準用される)は、上告理由は具体的四条により特別抗告に準用される)は、上告理由は具体的に記載しなければならないと規定していることから、特別に記載しなければならない旨をし、憲法に違反する事由を示してしなければならない旨を

りうると思われることから、以下、若干の考察を試みる。論じるものではないが、今後の裁判実務において問題とないるとも考えられる。本決定は、この点について正面から式違背を理由に特別抗告が却下される余地がなお残されて

そもそも、民訴規則一九〇条ないし一九三条の規定は、

によれば、上告理由の記載方式としてはその記載の有無だされたことに伴って設けられた規則であるが、当時の解説判所規則で定める方式により記載されなければならないと(83)昭和二九年の民訴法一部改正によって、上告理由は最高裁条ないし六条の規定を受け継いだものである。同規則は、第3

とすれば、特別抗告の理由として、憲法の該当条項およびとすれば、特別抗告の理由として、憲法の該当条項およびなければならない旨を定める同規則六条(旧民訴規則においると説明される。このような理解は、現行民訴規則においると説明される。このような理解は、現行民訴規則四九条、現規則一九三条に相当)は、いわゆる訓示的規定であると説明される。このような理解は、現行民訴規則四九は問題であり、記載された事実が真に存在したかどうかけが問題であり、記載された事実が真に存在したかどうかけが問題であり、記載された事実が真に存在したかどうか

二号九七一頁は、上告理由の方式違背を理由に原裁判所が極的なスクリーニング機能を与えようとする例も見られる。極的なスクリーニング機能を与えようとする例も見られる。背景として、記載方式に関する民訴規則の規定に、より積増点をで、従来の裁判実務には、最高裁判所の負担過重を

けるところはないように思われる。違反する事由が記載されている限りは、

適式要件として欠

するのか、その具体的根拠を条項と併記して明示することかなる点が、どういう理由によって、どの上告理由に該当記または抽象的文言の記載をもっては足りず、原判決のい四七条(現規則一九一条)の規定の趣旨は、単に条文の掲

の記載方式に関する旧民訴規則四六条(現規則一九〇条)、上告を却下した事例であるが、同決定によれば、上告理由

を要求していると解すべきであるとし、これに違背する記

載は却下を免れないとする。(31)

**本件事案における原審却下の是非** 

法二五条一項、三二条および七六条に違反する旨の記載が抗告人の訴訟救助の申立てを却下した原裁判所の決定が憲本決定によれば、本件特別抗告における特別抗告状には、

いても同様にあてはまると解される。 いても同様にあてはまると解される。 いても同様にあてはまると解される。 は、同じく憲法本決定は妥当なものとして支持できる。なお、本決定は特別抗告を原審却下した原決定を破棄したとから、本件特別抗告を原審却下した原決定を破棄したのでは安いと解される。 の記載の内容にまで及ぶものではないと解される。 は、同じく憲法本決定は妥当なものとして支持できる。なお、本決定は特別抗告に関する先例ではあるが、その論旨は、同じく憲法をは、同じく憲法をは、同じく憲法を明される。

ところで、本決定の主文は、「原決定を破棄する」というにとどまるが、これは原決定を破棄すれば原裁判所におうにとどまるが、これは原決定を破棄すれば原裁判所においる特別抗告手続が当然に復活するという理解に基づく。よって、その後の処理としては、事件は原裁判所から最高よって、その後の処理としては、事件は原裁判所から最高は、同三三六条三項、三二七条二項(同三三六条三項、三二七条二項により特別抗告に準用する。に基づいて棄却されることになるが、そのような事情が認められない場合には、抗告人が主張する憲法違反の有無について、最高裁判所の終審裁判所としての判断がの有無について、最高裁判所の終審裁判所としての判断がの有無について、最高裁判所の終審裁判所としての判断がの有無について、最高裁判所の終審裁判所としての判断ができれることになる。

違反する事由が記載されていれば足り、その具体的根拠や

実質的理由の有無は問わないと解するのが相当であろう。

あったとされる。上記のように、原裁判所が特別抗告の適

## 七 終わりに

司法統計にあらわれた数字を見ると、最高裁判所へ上訴された事件のうち、原裁判が破棄された件数はごくわずかされた事件のうち、原裁判所の限りある人的・物的資源が、がうかがわれる。最高裁判所の限りある人的・物的資源が、いう現状をふまえると、最高裁判所の負担軽減を図るべく、いう現状をふまえると、最高裁判所の負担軽減を図るべく、いう現状をふまえると、最高裁判所の負担軽減を図るべく、がうかがわれる。最高裁判所の限りある人的・物的資源が、がうかがわれる。最高裁判所の限りある人的・物的資源が、がうかがわれる。最高裁判所の限りある人的・物的資源が、がうかがわれるとも言えるが、そのような事件処理は本決定によって明確に否定された。裁判所の負担過重の問題を当事者の不利益に帰するような解釈・運用は適当ではなく、とりわけ憲法適合性についての判断が求められている特別上訴においては、最高裁判所への上訴の途が開かれる特別上訴においては、最高裁判所への上訴の途が開かれる特別上訴においては、最高裁判所への上訴の途が開かれる特別上訴においては、最高裁判所への上訴の途が開かれる特別上訴においては、最高裁判所への上訴の途が開かれる特別上訴においては、最高裁判が、最高裁判所への上訴の途が開かれているは、最高裁判が、表言裁判が、表言ない。

レクト二○○九Ⅱ(法学教室三五四号別冊付録)(二○一二七九号(二○○九年)六五頁、佐瀬裕史「判批」判例セ二号(二○○九年)二四七頁、塩崎勤「判批」民事法情報(二○○九年)一二六頁、福本知行「判批」民商一四一巻(二) 先行評釈として、川嶋四郎「判批」法セ五四巻一二号

〇年)三〇頁、青木哲「判批」ジュリ臨増一三九八号(二

- 〇一〇年)一四五頁。
- 判所はこれを却下することができる(最決昭三一・三・二(2) 憲法違反の主張がない特別抗告は不適法であり、原裁

(3) 福岡高決昭三六・三・二八下民一二巻三号六五七頁。

集民二一号三七三頁参照)。

- ころであり、本決定はこのような下級審の実情に対して警手続においても誤った原審却下がされる例が散見されるとれば、特別抗告に限らず、上告や上告受理申立て等の上訴(4) 本決定のコメント(判時二〇五二号四八頁以下)によ
- 判時一六七二号六七頁参照)。 も、同様の判断が示されている(最一小決平一一・三・九(5) なお、最高裁では、同日、上告受理の申立てに関して

鐘を鳴らすものであると評されている。

- 務はやや混乱した状況にあったようである(鈴木正裕=鈴がはやや混乱した状況にあったようである(鈴木正裕=鈴が機能の強化を示唆する裁判例もあらわれるなど、裁判実しなければならない場合も含めて事件を上告裁判所に送付しなければならない場合も含めて事件を上告裁判所に送付しなければならない場合も含めて事件を上告裁判所に送付いるという扱いが慣行化していたとされるが、その一方で、であという扱いが慣行化していたとされるが、その一方で、対機能の強化を示唆する裁判例もあらわれるなど、裁判案がある。
- 一二頁〔塩崎勤〕参照)。

木重勝編『注釈民事訴訟法⑧』(有斐閣・一九九八年) 三

- 8 7 同決定のコメント(判時一六七三号八七頁以下)参照 法務省民事局参事官室編『一問一答・新民事訴訟法』
- (以下、「一問一答」と表記) (商事法務研究会・一九九六
- 9 民事訴訟規則一九四条参照

年) 三五三頁参照

- <u>10</u> 民事訴訟規則一九〇条ないし一九三条参照。
- 二九年の民訴法一部改正の経緯にもあらわれている。 て削除されるに至っている(関根小郷「上告手続に関連す なる形式的審査の域を越えるものであること等を理由とし れていたところ、一種の実質的判断を伴う事項であり、 ト明ナル法令ノ違背ヲ理由トスルモノナルトキ」と規定さ 由トスルモノニ非ザルトキ又ハ判決ニ影響ヲ及ボサザルコ 案では、三九九条一項三号として、「上告ガ法令違背ヲ理 原裁判所の審査が形式的審査にとどまることは、 改正
- 社・一九八六年)二七三頁、兼子一ほか『条解民事訴訟 九六年)五五〇頁〔小室直人=東孝行〕、鈴木(正) 夫ほか編『〔第二版〕注解民事訴訟法⑨』 (第一法規・一九 |(弘文堂・一九八六年)||二二||頁 [松浦馨]、斎藤秀 菊井維大=村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅲ』(日本評論 II 鈴

(重)編・前掲注(6)三一三頁〔塩崎〕など。

プラクティス研究会「最高裁のプラクティスについて

年) 二七頁参照)。

る民事訴訟法の改正等について」曹時六巻六号(一九五四

- (一)」法の支配三八号 (一九七九年) 九八頁参照 中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義 〔第二版補訂二
- 編『基本法コンメンタール〔第三版〕民事訴訟法3』(日 版]』(有斐閣・二〇〇八年) 六一七頁〔上野桊男〕、 六七二頁、松本博之=上野桊男 『民事訴訟法 [第五版]』 眞『民事訴訟法〔第三版三訂版〕』(有斐閣・二○○八年) (弘文堂・二〇〇八年)七四七頁〔上野桊男〕、賀集唱ほか 伊藤
- <u>15</u> 一問一答・前掲注(8)三四六頁参照

本評論社・二〇〇八年)七七頁〔鈴木重信〕など。

- 16 頁以下、兼子ほか・前掲注(12)一二五四頁以下 [松浦]、 規・一九九六年)一七七頁以下〔斎藤秀夫=磯部喬〕、鈴木 斎藤秀夫ほか編『〔第二版〕注解民事訴訟法(0)』 特別抗告については、菊井=村松・前掲注(12)三五六
- 直人編『民事訴訟法の基礎』(青林書院新社・一九七五年) 年)一九七頁以下、坂口裕英「特別抗告」斎藤秀夫=小室 (正)=鈴木(重)編・前掲注(6)四四○頁以下〔三宅弘 維大編『全訂民事訴訟法(下)』(青林書院新社・一九六六 人=古閑裕二]、賀集ほか編・前掲注(4)一一六頁以下 〔加波眞一〕など参照。また、小室直人「違憲上訴」菊井
- (17) 民事訴訟規則においても、特別抗告については特別上 告の規定が準用され (同二〇八条)、さらに特別上告につ いては上告の規定が準用される (同二〇四条)。これによ

三九〇頁参照

- 一九三条)等の規定が準用される。 の記載の方式(同一九〇条)、上告理由の記載の仕方(同 り、特別抗告においても、憲法違反を理由とする上告理由
- 18 編・前掲注(16)一九四頁〔斎藤=磯部〕、鈴木(正)=鈴 兼子ほか・前掲注(12)一二五四頁 〔松浦〕、斎藤ほか
- (重)編・前掲注(6)四四七頁〔三宅=古閑〕など。
- 19 菊井=村松・前掲注(12)三五七頁。
- (20) 特別抗告につき民訴法三三六条三項、特別上告につき 同四〇三条一項一号参照。
- 21 菊井=村松・前掲注(12)三○五頁参照
- 法学協会編『註解日本国憲法・下巻②』(有斐閣・一 福岡高決昭三六・三・二八下民一二巻三号六五七頁。
- 九五三年)一二一六頁、宮澤俊義著・芦部信喜補訂『全訂 正己『憲法〔第三版〕』(弘文堂・一九九五年)六二七頁、 日本国憲法』(日本評論社・一九七八年)六七六頁、伊藤
- 樋口陽一ほか『憲法Ⅳ』(青林書院・二○○四年)九九頁 [佐藤幸治] など参照
- (24) なお、最高裁によれば、特別抗告において原裁判所が 定めるところに委ねられていると解されること、また、原 度をいかに規律するかは憲法八一条に定めるほかは法律の 形式的審査を行うことそれ自体は、憲法違反にあたらない (最決昭三三・五・二九判時一五一号一九頁参照)。審級制

裁判所の審査はあくまでも形式的審査にとどまるものであ

- ものであろう。 されていることを前提とすれば、このような理解は相当な り、憲法適合性については最高裁判所の審理・判断が留保
- (25) 原裁判所の却下決定に対して不服のある当事者として 所が高等裁判所である場合には許可抗告(同三三七条一 は、理由の有無はともかくとして、原裁判所が地方裁判所 である場合には即時抗告(民訴法三一六条二項)、原裁判
- 項)をすることが考えられる。
- <u>26</u> 上告理由の実態」民訴一〇号(一九六三年)一二一頁以下 の具体的記載内容を紹介するものとして、坂井芳雄「民事 実際の事件にあらわれた上告理由および特別上告理由
- (27) 昭和二九年最高裁判所規則第三号。
- 28 旧民訴法三九八条二項(現行法三一五条二項)参照。
- <u>29</u> 関根・前掲注(11)六二頁参照
- 30 最高裁判所事務総局民事局監修『条解民事訴訟規則』

(司法協会・一九九七年) 三九三頁以下参照。

- (31) 判例評釈として、花村治郎『判例民事訴訟法』(成文 四年)一八三頁]、古川正孝「判批」季刊実務民事法七号 堂・一九九二年)一八八頁[初出・判評三〇五号(一九八
- 定的である。 (一九八四年)一七六頁がある。いずれも、同決定には肯 したがって、特別上告の理由とされた憲法違反の主張
- 179

とはできない。 とはできない。 とはできない。 とはできない。 とはできない。 とはできない。 とはできない場合であっても、 が実質的には法令違反の主張にすぎない場合であっても、

- 項、三二七条二項、三二二条参照)。 (3) 離立した実務の取扱いであるとされる(前掲最一小決のないないのでは、抗告人が主張する以外の憲法違反の事由にのいても職権で調査することができる(民訴法三三六条三項、三二七条二項、三二十条公司といる(前掲最一小決のいてののであるとされる(前掲最一小決のであるとされる(前掲最一小決のであるとされる(前掲最一小決のであるとされる(前掲最一小決のであるとされる(前掲最一小決のであるとされる(前掲最一小決
- (裁一○条参照)。 た大法廷判例と意見を同じくする場合にはこれを要しないは、原則として大法廷を開かなければならないが、既にしは、原則として大法廷を開かなければならないが、既にし
- 決定五七件、棄却決定一二一八件、破棄決定○件、その他決定五七件、棄却決定一九五七件、棄却判決一一件、破棄判決六七件、棄却決定一九五七件、棄却判決一一件、破棄判決方ち、不受理決定二四一八件、棄却判決一一件、破棄判決方ち、不受理決定二四一八件、棄却判決一四件、破棄判決方ち、不受理決定二四一八件、棄却判決一四件、破棄判決方告、不受理決定二四十八件、棄却判決一四件、破棄判決方告、不受理決定二件、③特別抗告事件—総数二二八件のうち、却下決定おける民事・行政訴訟の既済事件数とその内訳は次のとおおける民事・行政訴訟の既済事件数とその内訳は次のとおおける民事・行政訴訟の既済事件数とその内訳は次のとおいる。

- 一〇件となっている。
- (平成二二年四月三〇日脱稿) (37) 現行法下における上告、上告受理、許可抗告の運用状況に関して、福田剛久ほか「最高裁判所に対する民事上訴別をの連用」判タ一二五〇号(二〇〇七年)五頁以下参照。 もの、上告がなされており、その件数は旧法下における件数とあまり変わらないこと、また、上告理由としては、多くの場合、憲法違反か理由不備が挙げられるものの、実質的には法令違反を主張するか原審の事実認定に不服をいうにすぎないものがほとんどであることが指摘されている。にすぎないものがほとんどであることが指摘されている。にすぎないものがほとんどであることが指摘されている。にすぎないものがほとんどであることが指摘されている。

川嶋・隆山