

Title	〔民集未登載最高裁判事例研究二四〕 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(平成二年六月三〇日第三小法廷決定)
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	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20100828-0169">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20100828-0169</a>

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.

## 〔民集未登載最高裁判事例研究 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告事件、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）

## 〔事實〕

Xは、高等裁判所において訴訟上の救助の付与を申し立てたが、同裁判所はXに訴訟上の救助を付与すべき事由があるものとは認められないとして、申立てを却下する旨の決定をした。これに対して、Xが同却下決定は憲法二五条一項、三二条および七六条に違反するとして特別抗告を提起したところ、原裁判所は、本件特別抗告の理由は実質的には法令違反をいうものにならず、民訴法三三六条一項に規定する事由に該当しないと見て、本件特別抗告を却下する旨の決定をしたため、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

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などを主張して争った。

## 〔決定要旨〕

## 破棄

「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であっても、最高裁判所が当該特別抗告を棄却することができるにとどまり（民訴法三三六条三項、三二七条二項、三一七条二項）、原裁判所が同法三三六条三項、三二七条二項、三一六条一項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、

X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、最高裁判平成一〇年(ウ)第六四六号同一一年三月九日第三小法院決定・裁判集民事一九二号九九頁参照。）」

〔評釈〕

本決定に賛成する。

一 本決定の意義

本決定は、特別抗告の理由とされた憲法違反の主張が実質的には法令違反の主張にすぎない場合であつても、最高裁判所において特別抗告を棄却することができるにとどまり、原裁判所においてこれを不適法として却下することはできない旨を判示した初めての最高裁決定である。<sup>①</sup>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いる限り、<sup>②</sup>それが実質的には法令違反の主張にすぎない場合であつても、これを不適法である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が憲法違反をいうものであるか否かの判断は、最高裁判所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。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

いるが実質的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所が不適法却下できるとした例があり、<sup>③</sup>また、本件原決定もこれと同様の考えにしたがつて原裁判所において本件特別抗告を却下したものと見られるが、本決定はこのような考え方を否定し、原裁判所の審査権限の限界を明らかにした点で、重要な意義を有する。<sup>④</sup>

本件最高裁は、その論拠を積極的に示してはいないが、<sup>⑤</sup>「平成一一年決定」という<sup>⑥</sup>を参照判例と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、上告人の主張する上告理由が民訴法三二二条一項および二項所定の上告理由に該当しないことが明らかな場合であつても、上告裁判所である最高裁判所が決定で棄却することができるにとどまり、これを原裁判所または上告裁判所が不適法で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。<sup>⑦</sup>

特別抗告の手続については、民訴法三三六条三項が特別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ことから、特別抗告に関しても、基本的には上告に関する

議論が妥当すると考えられる。ただし、特別抗告の手續に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ればこれを考慮する必要がある。そこで本評釈では、以下、本決定が前提とする平成一年決定の論旨を分析したうえで、同決定の論旨を非常の不服申立制度である特別抗告にあてはめることの是非について検討する。また、本決定が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。

## 二 最三小決平一一・三・九判時一六七三号八七頁の論旨

平成一年決定の事案は、上告人が原判決の理由不備を主張して上告を提起したところ、原裁判所において、本件上告理由は民訴法三二二条一項、二項所定の上告理由を主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。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、次のように指摘した。「本件本案事件についての上告の理由は、理由の不備をいうが、その実質は事実誤認を主張するものであって、明らかに民訴法三二二条一項及び二項に規定する事由に該

当しない。しかし、このような上告も、上告裁判所である最高裁判所が決定で棄却することができるとどまり（民訴法三一七条二項）、原裁判所又は上告裁判所が民訴法三一六条一項又は三一七条一項によって却下することはできないと解するのが相当である」。上記説示は、いわゆる「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起するねらいがあったとされる<sup>6)</sup>。

本件解説によれば、同決定が上記判断を示した理論的基礎は次の点にある<sup>7)</sup>。第一に、本件上告のように上告理由と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かに民訴法三二二条一項、二項所定の上告理由を主張するものではない場合は、民訴法三一七条二項によって上告裁判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ある。これは、民訴法三一七条二項の規定が、平成八年改正により上告理由が原則として憲法違反（民訴法三二二条一項）と絶対的上告理由（同二項）に制限されたことに伴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定められたものであるとの理解に基づく<sup>8)</sup>。

そして第二に、民訴法三一七条二項による棄却決定の対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裁判所が民訴法三一六条一項に基づいて却下することも許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法である場合ないしは上告状または上告理由書の記載が不適式である場合の規定であり、他方、同条二項は上告人の主張する上告理由が明らかに法定の上告理由に該当しない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

上告の提起は上告状および上告理由書を原裁判所に提出することによって行われるが、原裁判所は、上告が不適法でその不備を補正することができないとき（民訴法三一六条一項一号）、上告人が最高裁判所規則で定める期間内に上告理由書を提出しなかったとき（同二号前段）、または、上告理由の記載が最高裁判所規則で定める方式に違反して

いるとき（同二号後段）のいずれかに該当することが明らかであるときは、決定で上告を却下しなければならない。

現行法三一六条一項に相当する、旧三九九条一項の規定について、旧法下の学説は、同規定は上告が不適法である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判断させない趣旨であるとする<sup>11)</sup>。したがって、形式的にせよ、憲法または法令の違背あるいは訴訟手続の法令違背が主張されていれば、それが主張自体から理由がないこと、あるいは架空であることが明らかである場合にも、原裁判所が上告を却下することはできないと解する<sup>12)</sup>。このような理解によれば、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、最高裁判所の負担過重をもたらすとして、原裁判所の審査権限の拡大・強化を望む意見も見られた<sup>13)</sup>。

現行法の解釈としても、旧法下におけるのと同様、原裁判所の審査の範囲については、上告が適法・適式であるか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

の理由が民訴法三二二条一項、二項所定の上告理由に該当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理解が多数である<sup>14)</sup>。このような解釈は、現行法三二六条の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して憲法違反(民訴法三二二条一項)と絶対的上告理由(同二項)に制限されたことに伴い、上告理由に名を借り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る棄却の制度(民訴法三一七条二項参照)が導入されたという立法経緯から基礎づけられる。また、同じく平成八年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であるとの立法判断がなされたことも<sup>15)</sup>、上告理由の実質的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基本的な考えを同じくするものと思われる。

#### 四 特別抗告に対する原裁判所の審査

特別抗告は、通常の不服申立てができない決定および命

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提起する非常の不服申立制度である<sup>16)</sup>。特別抗告の手続については、その性質に反しない限り、特別上告の規定が準用され(民訴法三三六条三項)、さらに特別上告の手続については、その性質に反しない限り、上告の規定が準用される(民訴法三二七条二項)。これにより、特別抗告においても、上告提起の方式(民訴法三一四条)、上告理由の記載(同三一五条)、原裁判所による上告の却下(同三一六条)、上告裁判所による上告の却下および棄却(同三一七条)等の規定がそれぞれ準用される<sup>17)</sup>。

学説は、特別抗告に対する原裁判所の審査の範囲についても、上告の場合と同様、形式的審査にとどまるものであって、抗告人の主張する特別抗告の理由が民訴法三三六条一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断にまで及ぶものではないとの理解が多数である<sup>18)</sup>。従来の裁判実務もまた、まったく憲法違反の主張がない場合は別として、憲法違反の主張があると認められる限り、それが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例が多いとされる<sup>19)</sup>。

もつとも、特別抗告や特別上告には、確定遮断効こそないものの、執行停止効が一定の要件の下で認められることから<sup>20)</sup>、実務上、訴訟の遅延を図ることを目的とした濫用的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。<sup>(21)</sup> 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的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少なからず存在していたものと思われる。

思うに、特別抗告の制度と、特別抗告の規定が準用する特別上告の制度は、いずれも憲法適合性の判断は最高裁判所が終審裁判所となるという憲法上の要請に基づいて導入された制度である。そして、最高裁判所が終審裁判所となるというこの意味については、一般に、裁判において憲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裁判所に留保されていること、換言すれば、訴訟当事者は憲法適合性の問題については常に最高裁判所の審理・判断を求める権利を有することを意味すると解されている。<sup>(23)</sup> とすれば、特別抗告や特別上告については、憲法問題を必ずしも伴わない普通上告の場合以上に、最高裁判所の審理・判断の機会が保障されなければならず、解釈・運用によつ

てこれを制限することは許されないと解すべきである。この点、本決定は、前記平成一一年決定を援用するにすぎないが、その根底には上記憲法上の要請が働いていると見るべきであり、これを制限するような解釈・運用は、違憲の疑いを生じさせるものと思われる。<sup>(24)</sup>

もちろん、憲法違反に名を借りた最高裁判所への上訴が少なくないという状況それ自体は好ましいものではないが、前述のように、旧三九一条および現行法三一七条二項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、また、実際上も、原裁判所の却下決定に対しては更なる不服申立ての余地が残されていることから<sup>(25)</sup>、原裁判所の段階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言えないように思われる。

##### 五 特別抗告理由の記載方式との関係

本決定によれば、特別抗告の理由として憲法違反の主張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することはできない。もつとも、このことは、特別抗告の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

すということの意味するのであろうか。上告理由の記載方式に関して規定する民訴規則一九〇条（同二〇八条および二〇九条により特別抗告に準用される）は、憲法違反を理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定めるとともに、同規則一九三条（同二〇八条および二〇九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、その具体的な記載内容いかんによつては、原裁判所において方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いるとも考えられる。本決定は、この点について正面から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りうると思われることから、以下、若干の考察を試みる。

そもそも、民訴規則一九〇条ないし一九三条の規定は、昭和二十九年に制定された民事上告事件等訴訟手続規則<sup>(27)</sup>の三條ないし六條の規定を受け継いだものである。同規則は、昭和二十九年の民訴法一部改正によつて、上告理由は最高裁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されたことに伴つて設けられた規則であるが、当時の解説によれば、上告理由の記載方式としてはその記載の有無だ

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は問題外であるとされ、また、上告理由は具体的に記載しなければならない旨を定める同規則六條（旧民訴規則四九條、現規則一九三条に相当）は、いわゆる訓示の規定であると説明される<sup>(29)</sup>。このような理解は、現行民訴規則においても基本的に引き継がれているところであり、これを前提とすれば、特別抗告の理由として、憲法の該当条項および違反する事由が記載されている限りは、適式要件として欠けるところはないように思われる。

他方で、従来の裁判実務には、最高裁判所の負担過重を背景として、記載方式に関する民訴規則の規定に、より積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。たとえば、東京高決昭五八・一〇・一四下民三四卷九一―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上告を却下した事例であるが、同決定によれば、上告理由の記載方式に関する旧民訴規則四六條（現規則一九〇条）、四七條（現規則一九一條）の規定の趣旨は、単に条文の掲記または抽象的文言の記載をもつては足りず、原判決のいかなる点が、どういう理由によつて、どの上告理由に該当するのか、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<sup>(31)</sup>。

しかしながら、民訴規則一九〇条および一九一条の解釈として、上告理由の具体的根拠ないしは実質的理由まで要求することは、民訴規則一九三条が訓示的な規定にとどまることと相容れないほか、どの程度の記載があれば適式なものとして扱われるのかが裁判所によってまちまちとなること、また、理由の記載の巧拙によって上訴の適否が左右されるおそれがあることから疑問が残る。さらに、前述のように、憲法適合性の最終的決定権が最高裁判所に留保されていることに鑑みると、憲法違反の主張に根拠や理由があるか否かは、憲法適合性の当否と密接に関連する事項として、最高裁判所の審理・判断に委ねられるべき事項であると考えられる。これらの理由から、特別抗告の適式要件としては、民訴規則一九〇条所定の憲法の該当条項および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。

#### 六 本件事案における原審却下の是非

本決定によれば、本件特別抗告における特別抗告状には、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

あったとされる。上記のように、原裁判所が特別抗告の適式要件として審査することができるのは民訴規則一九〇条所定の憲法の該当条項および違反する事由の記載の有無であり、その記載の内容にまで及ぶものではないと解されることから、本件特別抗告を原審却下した原決定を破棄した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、同じく憲法違反を理由とする非常の不服申立制度である特別上告についても同様にあてはまると解される<sup>(32)</sup>。

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ける特別抗告手続が当然に復活するという理解に基づく<sup>(33)</sup>。よって、その後の処理としては、事件は原裁判所から最高裁判所へと送付され、特別抗告の理由が憲法違反をいうものでないことが明らかである場合には、民訴法三二七条二項（同三三六条三項、三二七条二項により特別抗告に準用される）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<sup>(34)</sup>、最高裁判所の終審裁判所としての判断が示されることになる<sup>(35)</sup>。

## 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であり、そのほとんどは理由のない不服申立てであることがうかがわれる。<sup>(36)</sup> 最高裁判所の限りある人的・物的資源が、数多くの理由のない不服申立ての処理にあてられているという現状をふまえると、<sup>(37)</sup> 最高裁判所の負担軽減を図るべく、原裁判所の審査権限を拡大・強化するという考え方にはそれなりの理由があるとも言えるが、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ていなければならない。

- (1) 先行評釈として、川嶋四郎「判批」法セ五四卷一二号(二〇〇九年)一二六頁、福本知行「判批」民商一四一巻二号(二〇〇九年)二四七頁、塩崎勤「判批」民事法情報二七九号(二〇〇九年)六五頁、佐瀬裕史「判批」判例セレクト二〇〇九Ⅱ(法学教室三五四号別冊付録)(二〇一〇年)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。

〇一〇年)一四五頁。

- (2) 憲法違反の主張がない特別抗告は不合法であり、原裁判所はこれを却下することができる(最決昭三一・三・二集民二一三三七三頁参照)。

(3) 福岡高決昭三六・三・二八下民一二巻三三六五七頁。

- (4) 本決定のコメント(判時二〇五二四八頁以下)によれば、特別抗告に限らず、上告や上告受理申立て等の上訴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こところであり、本決定はこのような下級審の実情に対して警鐘を鳴らすものと評されている。

(5) なお、最高裁では、同日、上告受理の申立てに關しても、同様の判断が示されている(最一小決平一一・三・九判時一六七二七二七頁参照)。

- (6) 同決定のコメント(判時一六七三三〇八七頁以下)参照。当時の状況としては、上告理由書に上告理由の記載がない場合はともかく、ある程度の記載があれば原裁判所が却下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するという扱いが慣行化していたとされるが、その一方で、従来の取扱いに対する反省から、原裁判所のスクリーニング機能の強化を示唆する裁判例もあらわれるなど、裁判実務はやや混乱した状況にあったようである(鈴木正裕・鈴木重勝編『注釈民事訴訟法(8)』(有斐閣・一九九八年)三一二頁〔塩崎勤〕参照)。

- (7) 同決定のコメント(判時二六七三号八七頁以下)参照。
- (8) 法務省民事局参事官室編「二問一答・新民事訴訟法」(以下、「二問一答」と表記)(商事法務研究会・一九九六年)三五三頁参照。
- (9) 民事訴訟規則一九四條参照。
- (10) 民事訴訟規則一九〇條ないし一九三條参照。
- (11) 原裁判所の審査が形式的審査にとどまることは、昭和二年の民法一部改正の経緯にもあらわれている。改正案では、三九九條一項三号として、「上告が法令違背ヲ理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」と規定されていたところ、一種の実質的判断を伴う事項であり、単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て削除されるに至っている(関根小郷「上告手続に關連する民事訴訟法の改正等について」曹時六卷六号(一九五四年)二七頁参照)。
- (12) 菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅲ』(日本評論社・一九八六年)二七三頁、兼子一ほか『条解民事訴訟法』(弘文堂・一九八六年)一一二二頁(松浦馨)、齋藤秀夫ほか編『第二版』注解民事訴訟法(9)(第一法規・一九九六年)五五〇頁(小室直人・東孝行)、鈴木(正)・鈴木(重)編・前掲注(6)(三三三頁(塩崎)など。
- (13) プラクティス研究会「最高裁のプラクティスについて
- (一) 法の支配三八号(一九七九年)九八頁参照。
- (14) 中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義』(第二版補訂二版)(有斐閣・二〇〇八年)六一七頁(上野泰男)、伊藤眞『民事訴訟法』(第三版三訂版)(有斐閣・二〇〇八年)六七二頁、松本博之・上野泰男『民事訴訟法』(第五版)(弘文堂・二〇〇八年)七四七頁(上野泰男)、賀集唱ほか編『基本法コンメンタール』(第三版)民事訴訟法3(日本評論社・二〇〇八年)七七頁(鈴木重信)など。
- (15) 一問一答・前掲注(8)三四六頁参照。
- (16) 特別抗告については、菊井・前掲注(12)三五六頁以下、兼子ほか・前掲注(12)二二五四頁以下(松浦)、齋藤秀夫ほか編『第二版』注解民事訴訟法(10)(第一法規・一九九六年)一七七頁以下(齋藤秀夫・磯部喬)、鈴木(正)・鈴木(重)編・前掲注(6)四四〇頁以下(三宅弘人・古閑裕二)、賀集ほか編・前掲注(14)一一六頁以下(加波眞一)など参照。また、小室直人「違憲上訴」菊井維大編『全訂民事訴訟法(下)』(青林書院新社・一九六六年)一九七頁以下、坂口裕英「特別抗告」齋藤秀夫・小室直人編『民事訴訟法の基礎』(青林書院新社・一九七五年)三九〇頁参照。
- (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(同二〇八條)、さらに特別上告については上告の規定が準用される(同二〇四條)。これによ

り、特別抗告においても、憲法違反を理由とする上告理由の記載の方式(同一九〇条)、上告理由の記載の仕方(同一九三条)等の規定が準用される。

(18) 兼子ほか・前掲注(12)一五五頁(松浦)、齋藤ほか編・前掲注(16)一九四頁(齋藤・磯部)、鈴木(正)・鈴木(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)三〇五頁参照。

(22) 福岡高決昭三六・三・二八下民二卷三三六五七頁。

(23) 法学協会編『註解日本国憲法・下巻(2)』(有斐閣・一九五三年)一一二六頁、宮澤俊義著・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』(日本評論社・一九七八年)六七六頁、伊藤正己『憲法(第三版)』(弘文堂・一九九五年)六二七頁、樋口陽一ほか『憲法IV』(青林書院・二〇〇四年)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定めるところに委ねられていると解されること、また、原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

り、憲法適合性については最高裁判所の審理・判断が留保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ものである。

(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(民訴法三二六条二項)、原裁判所が高等裁判所である場合には許可抗告(同三三七条一項)をすることが考えられる。

(26) 実際の事件にあらわれた上告理由および特別上告理由の具体的記載内容を紹介するものとして、坂井芳雄「民事上告理由の実態」民訴一〇号(一九六三年)一一一頁以下参照。

(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(現行法三二五条二項)参照。

(29) 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』(成文堂・一九九二年)一八八頁「初出・判評三〇五号(一九八四年)一八三頁」、古川正孝「判批」季刊実務民事法七号(一九八四年)一七六頁がある。いずれも、同決定には肯定的である。

(32) したがって、特別上告の理由とされた憲法違反の主張

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、最高裁判所において特別上告を棄却することができるにとどまり、原裁判所においてこれを不適法として却下することはできない。

(33) 確立した実務の取扱いであるとされる(前掲最一小決平一・三・九判時一六七二号六七頁のコメント参照)。

(34) 裁判所は、抗告人が主張する以外の憲法違反の事由につ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、三二二条参照)。

(35) なお、最高裁判所が憲法適合性を判断するにあたっては、原則として大法廷を開かなければならないが、既にし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(裁一〇条参照)。

(36) 平成二〇年度の司法統計年報によれば、最高裁判所における民事・行政訴訟の既済事件数とその内訳は次のとおりである。①上告事件―総数二〇五八件のうち、却下決定六七件、棄却決定一九五七件、棄却判決二一件、破棄判決五件、その他一八件、②上告受理事件―総数二五一三件のうち、不受理決定二四一八件、棄却判決一四件、破棄判決五一件、その他三〇件、③特別上告事件―総数五六件のうち、却下決定五件、棄却決定五一件、棄却判決〇件、破棄判決〇件、④特別抗告事件―総数二二八五件のうち、却下決定五七件、棄却決定二二八件、破棄決定〇件、その他

一〇件となっている。

(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制度の運用」判タ一二五〇号(二〇〇七年)五頁以下参照。これによれば、上告制限が設けられた現行法下においても多く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。

(平成二二年四月三〇日脱稿)

川嶋 隆憲