

Title	〔最高裁民訴事例研究四二九〕平成二三1(民集六五卷三号一二九〇頁)即時抗告申立書の写しを即時抗告の相手方に送付するなどして相手方に攻撃防御の機会を与えることなく、相手方の申立てに係る文書提出命令を取り消し、同申立てを却下した抗告裁判所の審理手続に違法があるとして職権により破棄された事例(最高裁判所平成二三年四月一三日第二小法廷決定)
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	2012
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.85, No.1 (2012. 1) ,p.157- 170
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=AN00224504-20120128-0157">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20120128-0157</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.

## 〔最高裁判事例研究 四二九〕

平成二三一（民集六五卷三号一二九〇頁）

即時抗告申立書の写しを即時抗告の相手方に送付するなどして相手方に攻撃防御の機会を与えることなく、相手方の申立てに係る文書提出命令を取り消し、同申立てを却下した抗告裁判所の審理手続に違法があるとして職権により破棄された事例

文書提出命令に対する抗告審の取消決定に対する特別抗告事件（最高裁判所平成二二年ク第一〇八八号、平成二三年四月一三日第二小法廷決定、破棄差戻し）

### 〔事実〕

本件は、XがYに対して時間外勤務手当の支払いを求めて提起した訴訟において、Xが上記手当の計算の基礎となる労働時間を立証するために必要であると主張して、Yの所持するXのタイムカード（以下、「本件文書」という）について、

文書提出命令の申立て（以下、「本件申立て」という）をした事案である。

原々審は、Yは本件文書を所持していると認めるのが相当であり、また、本件文書は民訴法二二〇条三号所定の利益文書に当たるなどとして、Yに対して本件文書の提出を命じた。これに対してYが、本件文書を所持している事実を争って即時抗告をしたところ、原審は、本件文書が存在していると認めるに足りないとして、原々決定を取り消し、本件申立てを却下した。なお、記録によれば、上記即時抗告申立書には、原々決定に対する反論が具体的な理由を示して記載され、かつ、原々決定後にその写しが提出された書証が引用されていたが、原審は、Xに対して上記即時抗告申立書の写しをXに送付することも、また、即時抗告があったことをXに知らせる措置を執ることもなかったとされる。

Xは、「原審が、即時抗告があったことをXに知らせず、抗告状の写しの送付等をせず、Xに手続に参加する機会を保障しないままに、原々決定を取り消したことは、違憲（三二

条)である」と主張して特別抗告をした<sup>(2)</sup>。最高裁は、職権をもって原審手続の法令違反の有無を検討し(Xの主張する憲法違反の有無については言及していない)、下記のとおり判示した。

〔決定要旨〕

破棄差戻し。

「本件文書は、本案訴訟において、Xが労働に従事した事実及び労働時間を証明する上で極めて重要な書証であり、本件申立てが認められるか否かは、本案訴訟における当事者の主張立証の方針や裁判所の判断に重大な影響を与える可能性がある上、本件申立てに係る手続は、本案訴訟の手続の一部をなすという側面も有する。そして、本件においては、Yが本件文書を所持しているとの事実が認められるか否かは、裁判所が本件文書の提出を命ずるか否かについての判断をほぼ決定付けるほどの重要性を有するものであるとともに、上記事実の存否の判断は、当事者の主張やその提出する証拠に依存するところが大きいことにも照らせば、上記事実の存否に關して当事者に攻撃防御の機会を与える必要性は極めて高い。しかるに、記録によれば、Yが提出した即時抗告申立書には、Yが本件文書を所持していると認めた原々決定に対する反論が具体的な理由を示して記載され、かつ、原々決定後にその写しが提出された書証が引用されているにもかかわらず、

原審は、Xに対し、同申立書の写しを送付することも、即時抗告があったことをXに知らせる措置を執ることもなく、その結果、Xに何らの反論の機会を与えないまま、上記書証をも用い、本件文書が存在していると認めるに足りないとして、原々決定を取り消し、本件申立てを却下しているのである。そして、記録によっても、Xにおいて、Yが即時抗告をしたことを知っていた事実や、そのことを知らなかったことにつき、Xの責めに帰すべき事由があることもうかがわれない。

以上の事情の下においては、原審が、即時抗告申立書の写しをXに送付するなどしてXに攻撃防御の機会を与えることのないまま、原々決定を取り消し、本件申立てを却下するというXに不利な判断をしたことは、明らかに民事訴訟における手続的正義の要求に反するというべきであり、その審理手続には、裁量の範囲を逸脱した違法があるといわざるを得ない。そして、この違法は、裁判に影響を及ぼすことが明らかであるから、その余の点について判断するまでもなく、原決定は破棄を免れない。そこで、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〕

本決定の結論に賛成する。

一 本決定の意義

本決定は、文書提出命令の抗告審が即時抗告の相手方に

攻撃防御の機会を与えることなく相手方に不利益な判断をしたことの憲法違反が問われた事案において、憲法違反の有無については言及しない一方で、職権をもって原審手続の法令違反の有無を検討し、裁量権逸脱の違法を理由として原決定を破棄したものである。本決定は、抗告審における上記事件処理を一般的に違法であると判断したのではなく、あくまで個別具体的な事情の下で原審手続の違法性を認めたとどまるが、従来、裁判体ごとの判断に委ねられていたとされる抗告審実務<sup>3)</sup>に関して一定の規範的制約を課した点で、重要な意義を有する。

すでに最高裁は、先行判例において、抗告審が即時抗告の相手方に手続関与の機会を与えることなく不利益な判断をすることの違法性を示唆していたが<sup>4)</sup>、本決定は、本件事の下で上記事件処理の違法性を正面から肯定したものであり、先例としての価値は大きい。また、本決定は、いわゆる事例判例ではあるが、前提となる理論として、①抗告審が即時抗告の相手方に攻撃防御の機会を与えるか否かは基本的に裁判所の裁量に委ねられる問題であると捉えている点、また、②上記裁量も無制限ではなく、当該事件の重大性その他の具体的な事情に照らして一定の制約を受けるものであると捉えている点で、理論的にも注目される。

ところで、本決定以降、新たに制定された非訟事件手続法<sup>5)</sup>および家事事件手続法<sup>6)</sup>は、各手続における終局的な裁判（終局決定ないし家事審判）に対する抗告審において、抗告状の写しの送付や陳述の聴取を一般化する旨の規定を置き<sup>7)</sup>、利害関係人の手続保障の充実を図っている<sup>8)</sup>。これらの立法例に見られるように、抗告審における手続保障のあり方は、近時、大きな転換点を迎えており、本決定の是非ないし影響力を検討するに際しても、そのような立法動向との関係は無視できないように思われる。以下、抗告審における手続保障のあり方に関して、従来の判例および学説、さらには近時の立法動向をふまえて検討する。

## 二 先行判例との関係

抗告審が抗告の相手方に手続関与の機会を与えることなく相手方に不利益な判断をすることの違憲性ないし違法性をめぐっては、いずれも家事審判の抗告審の手続が問題になった事案であるが、最決平成二〇年五月八日家月六〇巻八号五一頁<sup>9)</sup>、および、最決平成二二年一月一日家月六二巻三号四七頁がある。

まず、最決平成二〇年五月八日家月六〇巻八号五一頁（以下、「平成二〇年決定」という）は、婚姻費用の分担に

関する処分の審判に対する抗告審が、即時抗告の相手方に対して抗告状および抗告理由書の副本を送達せず、反論の機会を与えることなく相手方に不利益な判断をしたことが

憲法三二条所定の「裁判を受ける権利」を侵害するものであるか否かが問われた特別抗告事件における最高裁決定である。最高裁は、いわゆる「純然たる訴訟事件」と「本質的な非訟事件」との二分論<sup>(10)</sup>を前提として、「本質的に非訟事件である婚姻費用の分担に関する処分の審判に対する抗告審において手続にかかわる機会を失う不利益は、同条所定の『裁判を受ける権利』とは直接の関係がない」として憲法違反の主張を退ける一方、なお書きにおいて、「家事審判手続の特質を損なわない範囲でできる限り抗告人（原審における相手方——筆者注）にも攻撃防御の機会を与えるべきであり、少なくとも実務上一般に行われているように即時抗告の抗告状及び抗告理由書の写しを抗告人に送付する」という配慮が必要であったというべきである」と指摘<sup>(11)</sup>した。また、上記多数意見に対しては、那須弘平裁判官の反対意見が付されており、「純然たる訴訟事件でない非訟事件についても憲法三二条による『裁判を受ける権利』の保障の対象になる場合がある」との立場から、「原決定はこれと異なる立場に立って処理されたものであり、裁判に

影響を及ぼすべき明らかな法令の違反があったと判断されるので、当審において職権により破棄し原審に差し戻すのが相当である」としている。

次に、最決平成二十一年一月一日家月六二卷三号四七頁（以下、「平成二十一年決定」という）は、遺産分割審判に対する抗告審が、即時抗告の相手方に対して抗告状の副本を送達またはその写しの送付をせずに原審判を相手方の不利益に変更したことの適否が問われた許可抗告事件における最高裁決定である。平成二十二年決定とは異なり、原審手続の法令違反の有無が正面から問われた事案であったが、最高裁は、本件においては「即時抗告の相手方である抗告人（原審における相手方。以下、単に「抗告人」という。）は、……即時抗告があったことを既に知っていたことがうかがわれる上、即時抗告の抗告状に記載された抗告理由も抽象的なものにとどまり、上記抗告状には抗告人に攻撃防御の機会を与えることを必要とする事項は記載されていなかった」という事情が認められるとして、上記事情の下では「抗告人が攻撃防御の機会を逸し、その結果として十分な審理が尽くされなかったとまではいえない」として、本件抗告を棄却した。上記多数意見についても、那須裁判官が平成二十二年決定における反対意見と同様の見地から反対意

見を述べており、「原審の手續の法令違反が……憲法三二条の趣旨に反する極めて重大なものであることにかんがみると」、「多数意見の指摘するような事情があるとしても、それだけでは即時抗告により不利益変更を受ける原告人に対して反論の機会を与えるために即時抗告の抗告状等の送達ないし送付をする必要がなかったということとはできない」としている。

このように、これまでの最高裁は、抗告審が抗告の相手方に対して手續関与の機会を与えることなく相手方に不利益な判断をすることについての問題点を指摘しながらも、少なくとも「本質的な非訟事件」においては、相手方の手續に関与する権利——いわゆる審尋請求権ないし手續関与権——は憲法上の権利としては保障されず（平成二〇年決定参照）、審理不尽の違法が認められる限りで相手方が保護される場合があるに過ぎない（平成二一年決定参照）との考え方に立っていたと見られる。

本件もまた、抗告審が抗告の相手方に対して手續関与の機会を与えることの要否が問題になった事案であるが、上記先行判例とは異なり、判決手續に付随してなされる決定（ここでは文書提出命令）の抗告審の手續が問題になった点で特徴を有する。そもそも、抗告審の対象となる決定に

も、大別して判決手續に付随してなされる決定（付随的決定）と、判決手續とは関係なく独立的になされる決定（独立的決定）とがあり、独立的決定のなかでも争訟性の強いもの、権利性の強いものとそうでないものとに区別される<sup>(12)</sup>。本件最高裁が上記先行判例を参照せず、裁量権の逸脱という新たな理論構成を採用することによつて事案の解決を図った背景には、抗告審の多様性に鑑み、上記先行判例の射程を限定するとともに<sup>(13)</sup>、本件抗告審の特質に応じた解決を図ったものと思われる。

### 三 抗告審における手續保障

そもそも抗告審が抗告の相手方に対して抗告状や抗告理由書の写しを送付するなどして手續関与の機会を与える必要があるか否かは、形式的には抗告審の手續に関して控訴審の規定を準用している民法三三一条の解釈問題であり、「控訴状は、被控訴人に送達しなければならない」とする同二八九条一項の準用があるか否かという形で問題となりうる。もっとも、学説・判例ともにこの点に関する一致した見解はなく、学説上は、より実質的な観点から、裁判手續における審尋請求権ないし手續関与権の問題として論じられることが多い。

学説の考え方は大別して三つに分かれる。一つ目は、いわゆる審尋請求権は憲法三二条に根拠を有する憲法上の権利であることを前提として、抗告審が相手方の手続関与の機会を奪うことは憲法違反の問題を生じうるとする見解である。<sup>(15)</sup> 二つ目は、審尋請求権は憲法上の権利とまでは言えないとしても、抗告審が相手方に手続関与の機会を与えることなく原決定を不利益に変更することは審理不尽の違法、あるいはまた、民訴法三三一条（による同二八九条一項の準用）違反の問題を生じるとする見解である。<sup>(16)</sup> 三つ目は、抗告審における手続関与の機会の付与が裁判所の手続裁量の問題であることを前提として、相手方が抗告審の係属自体を知らずに不利益な変更を受け、かつ、通常の不服申立手段も尽きているときには、手続裁量の逸脱があるとする見解である。<sup>(17)</sup> ただし、これらの見解は、いずれも主として家事審判の抗告審における審尋請求権を念頭に置いたものであり、本件のように、いわゆる付随的決定の抗告審における審尋請求権について同様の見解を維持するものであるかは必ずしも明らかではない。

思うに、審尋請求権の法的性質については、多くの学説によって主張されるように、訴訟事件であると非訟事件であるとを問わず、およそあらゆる裁判手続において法律上

の権利であるのみならず、憲法三二条に根拠を有する憲法上の権利であると解される。<sup>(18)</sup> その根拠としては、審尋請求権は、個人の尊厳の保障原理（憲法一三条）、民主的法治主義の原理（同三一条、七六条三項）、法の下の平等原理（同一四一条）等の憲法価値に基盤を有し、それらが相まって裁判を受ける権利（同三二条）の中に、その根幹をなすものとして結実しているものと解されること、また、審尋請求権は、国際人権B規約一四一条一項にいう「公正な裁判を受ける権利」の重要な要素であるとともに、日本国憲法の成立以前から存在する近代法の精神における自明の法原則であることなどが挙げられる。<sup>(19)</sup> このような理解を前提とすれば、本件におけるように抗告審が相手方に手続関与の機会を与えることなく原決定を相手方の不利益に変更することは、憲法違反の疑いを生じさせると考えられる。

もちろん、審尋請求権は抽象性の高い概念であり、その具体的内容は手続の特質に応じて異なりうるものであるから、これを実効的に保障するためには、個別の手続領域ごとの立法化が望ましいことは言うまでもない。その意味で、近時の非訟事件手続法や家事事件手続法の立法に際して、抗告審における審尋請求権を保障する旨の規定が整備されていることは高く評価できる。しかしながら、審尋請求権

は、そうした具体的な立法を待って初めて権利として保障される性質の権利ではなく、少なくともその中核的な要素<sup>(20)</sup>が侵害される場合には、憲法三二条を直接の根拠として司法的救済を受ける余地があるように思われる。すでに有力な見解によって説かれるように、審尋請求権の侵害事案において、「各個の訴訟法規がそれら（審尋請求権その他の憲法上の要請——筆者注）を具体化して定立されている限りでは、直接にはそれらの法規の違背が問題となるにすぎないが、法規がないところでは憲法上の原則が裁判所や訴訟関係人の行動上の指導理念となり、あるいはそれらの行動に対する評価規準として機能する<sup>(21)</sup>」と考えるべきであろう。

以上によれば、本決定が、原審手続の憲法違反の有無についてなんら判断を示すことなく、裁量権逸脱の違法を理由に原決定を破棄した点には疑問が残る。たしかに、特別抗告審においても、最高裁は原決定に影響を及ぼすことができる明らかな法令違反を理由に原決定を破棄することができる<sup>(22)</sup>と解されており（民訴法三三一条による同三二五條二項の準用）、かつ、職権調査事項については当事者の不服申立ての限度に拘束されないとされているから（民訴法三三一条による同三二二條の準用）、原決定に影響を及ぼすこと

が明らかな法令違反が認められるときには、特別抗告理由に対する判断を示すことなく、当該法令違反を理由に原決定を破棄することも可能ではある。しかしながら、本件におけるように、抗告の相手方において抗告審の係属自体を知らず、反論の機会のないままに原決定が相手方の不利益に変更され、かつ、通常の不服申立手段も尽きていたという状況の下では、審尋請求権のまさに中核的な要素が侵害されたと言ふべきであり、これを法令違反の問題として処理することについては、審尋請求権ないし手続関与権の憲法的価値を軽視するものとして賛成できない<sup>(23)</sup>。

#### 四 裁判所の手続裁量とその規律

仮に本決定が前提とするように、抗告審において手続関与の機会を与えるか否かが基本的に裁判所の裁量に委ねられる問題であるとしても、そのことは裁判所の完全な自由裁量を意味するものではなく、おのずから一定の合理的な制約に服するものと考えられる。本決定もまた、本件抗告審の審理手続について、本件具体的事情の下で「明らかに民事訴訟における手続的正義の要求に反する」として、裁量権の逸脱を認める。

最高裁が「手続的正義」に照らして裁判所の裁量権の限

界を画した例は、本決定が初めてではない。最判昭和五六年九月二四日民集三五卷六号一〇八八頁（以下、「昭和五六年判決」という）は、弁論の再開に関する事案であるが、「手続的正義」に照らして裁判所の裁量権の限界を画した<sup>(24)</sup>初めての最高裁判例として参考になる。<sup>(25)</sup>同判決は、「裁判所の右裁量権も絶対無制限のものではなく、弁論を再開して当事者に更に攻撃防禦の方法を提出する機会を与えることが明らかに民事訴訟における手続的正義の要求するところであると認められるような特段の事由がある場合には、裁判所は弁論を再開すべきものであり、これをしないのでそのまま判決をするのは違法であることを免れない」とし、当該事件においては上記特段の事由が認められるとした。同判決は、その理由として、①当該攻撃防禦方法が判決の結果に影響を及ぼす可能性のある重要な攻撃防禦方法であること（攻撃防禦方法の重要性）、②当該攻撃防禦方法を提出する機会を与えられないままに判決が確定すると、判決の既判力により後訴で当該攻撃防禦方法を提出することができなくなること（遮断効による提出機会の喪失）、③弁論終結前において当該攻撃防禦方法の存在を知らず、かつ、知らなかったことにつき帰責事由がないこと（帰責事由の不存在）<sup>(26)</sup>を挙げる。

この昭和五六年判決にいう「手続的正義」は、英米法における手続的正義に由来するものと見られるところ、<sup>(27)</sup>英米法における手続的正義の概念は、「自然的正義 (natural justice)」や「適正手続 (due process)」の観念をもとに形成され、今日では、当事者の対等化と公正な機会の保障（手続的公正）、第三者の公平性・中立性、理由づけられた議論と決定（手続的合理性）という三側面に関する手続的要請を中心に理解されると言われる。<sup>(28)</sup>わが国でも、手続的正義の内容としては、利害関係人の手続参加、公正な裁判所制度の保障、合理的な理由の付与等があることが知られており、なかでも利害関係人の手続参加は、「デュー・プロセスの最も初歩的な要請であり、かつ手続的正義の最も重要な内容である」<sup>(29)</sup>とされる。このように、手続的正義の概念は利害関係人の手続保障を中心とする不文の法理として理解されているものであるが、手続ごとの具体的な手続保障のレベルを考えるにあたっては、手続の多様性に鑑み、利害対立の程度、判断資料の当事者依存度、迅速の要請の程度、裁量性の程度、公益性の程度など、様々な要素を勘案して考える必要がある。<sup>(30)</sup>このような観点は、とりわけ非訟事件における手続保障のあり方をめぐって有力に主張されてきた点であるが、<sup>(31)</sup>同様の観点は、訴訟と非訟

の区別を問わず、裁判手続一般に妥当するものと考えられる。

では、文書提出命令の抗告審の場合かどうか。そもそも、文書提出命令の申立てについての決定（文書提出命令または同申立却下決定）に対して即時抗告をすることができるとされているのは、書証申出の方法としての文書提出命令の申立ての重要性に鑑み、その許否に関する争いを迅速に解決する趣旨であり、<sup>32</sup>当該抗告審において迅速の要請があることは明らかである。しかしながら、他方で、文書提出命令の申立人と文書の所持者との利害は相反する関係にあり、両者の利害対立は文書提出命令に対して所持者が争う場合に顕著である。また、文書提出命令の審理手続においては、裁判所の判断資料は専ら当事者からの提出に依存しており、このことは抗告審においても同様である。さらに、文書提出命令は、証拠調べの必要性、文書の存在または所持の事実、および、文書提出義務の存在を要件としてなされる裁判であるところ、<sup>33</sup>証拠調べの必要性についての判断は受訴裁判所の専権事項であると解されることから、<sup>34</sup>抗告審において裁判所の裁量が働く余地は極めて限定的である。このように、文書提出命令の抗告審が対審的性格および当事者主義的性格の強い裁判手続であることに鑑みれば、当

該抗告審における手続保障の要請は、一般的・類型的に見て高いと言つてよい。

これに対して本決定は、前記昭和五六年判決と同様に、事案ごとの個別的な事情を勘案して裁量権逸脱の有無を判断する立場を採用したものと見られる。本決定が考慮した事情は、①本件文書提出命令の申立てが認められるか否かは、本案訴訟における当事者の主張立証の方針や裁判所の判断に重大な影響を与える可能性があること（当該事件の重大性）、②本件においてYの所持の事実が認められるか否かは、裁判所の判断をほぼ決定付けるほどの重要性を有するとともに、当事者の主張やその提出する証拠に依存するところが大きく、当事者に攻撃防御の機会を与える必要性が極めて高いこと（争点の重要性および判断資料の当事者依存度）、③本件即時抗告申立書には、原々決定に対する反論が具体的な理由を示して記載され、かつ、上記理由を裏付ける証拠として、上記決定後にその写しが提出された書証が引用されていること（新たな主張・立証に対する反駁の必要性）、④Xにおいて、Yが即時抗告をしたことを知っていた事実や、そのことを知らなかったことにつきXの責めに帰すべき事由があることがうかがわれないこと（帰責事由の不存在）であった。

以上のように、本決定は、文書提出命令の抗告審における裁量規律に関して個別的なアプローチを採用するが、前述のような文書提出命令の抗告審の特質に鑑みれば、より一般的・類型的な形での裁量規律のあり方が模索されるべきであったように思われる。この点、新非訟事件手続法や家事事件手続法の下では、終局決定ないし家事審判に対して即時抗告があつたときは、個別事情のいかんを問わず、当事者等に対して抗告状の写しを送付しなければならず、また、原決定を取り消すに際しては当事者等の意見を聴取しなければならぬと規定されている<sup>(35)</sup>。これらの規定はいわゆる独立的決定に対する抗告審の規律ではあるが、その立法趣旨は文書提出命令の抗告審においても同様に妥当するものと考えられる。

## 五 おわりに

上記のとおり、筆者は、最高裁が抗告審における審尋請求権ないし手続関与権に消極的であることには反対であるが、このことは、他面において、現行法規の解釈の限界と立法による解決の必要性を示唆するものとも思われる。将来に向けた立法論としては、新非訟事件手続法や家事事件手続法におけるのと同様に、抗告審における抗告状の送付

や陳述の聴取に関する規定を整備することが考えられるが、いわゆる付随的決定に対する抗告審の性格も一樣でないことには留意が必要である<sup>(36)</sup>。すなわち、付随的決定のなかでも、証言拒絶についての裁判に対する抗告審（民訴法一九九条二項参照）や文書提出命令または同申立却下決定に対する抗告審（同二三条七項参照）などのように、原決定をめぐって申立人と相手方との利害が対立する抗告審がある一方で、除外または忌避の申立却下決定に対する抗告審（同二五条五項参照）や訴訟救助決定または同申立却下決定に対する抗告審（同八六条参照）などのように、主として申立人の利益保護のみが問題になる抗告審もある。したがって、抗告審ごとの検討は不可避であるが、基本的な考え方としては、原決定をめぐって利害の対立する相手方のある抗告審においては抗告状の写しの送付を必要的なものとし、かつ、原決定を取り消すに際しては相手方の意見を聴取しなければならないと考えるべきであろう<sup>(37)</sup>。なお検討を要する問題であるが、本決定を契機として、抗告審の審理手続に関する立法論の進展が期待される<sup>(38)</sup>。

(1) 原々決定に関して、本決定コメント（判時二二一九号三二二頁、判タ一三五二号一五五頁）参照。

- (2) 特別抗告理由に関して、本決定コメント参照。なお、同コメントによれば、Xは原決定に対して抗告許可の申立てもしたが、原審はこれを許可しなかったとされる。
- (3) 抗告審の実務は、裁判体の判断により、事案に応じて抗告の相手方に対して抗告状等の送達ないし送付をしているとされる。本決定コメント参照。
- (4) 最決平成二〇・五・八家月六〇卷八号五一頁、最決平成二一・一二・一家月六二卷三号四七頁参照。
- (5) 平成二三年法律第五一号。
- (6) 平成二三年法律第五二号。
- (7) 抗告状の写しの送付に関して、新非訟事件手続法六九条一項、家事事件手続法八八条一項参照。陳述の聴取に関して、新非訟事件手続法七〇条、家事事件手続法八九条参照。
- (8) 徳田和幸「非訟事件手続・家事事件手続における当事者等の手続保障」法時八三卷一一号(二〇一一年)一一頁以下参照。
- (9) 判例評釈として、山田文「判批」速報判例解説三号(二〇〇八年)一五三頁、塩崎勤「判批」民情二六七号(二〇〇八年)八一頁、園田賢治「判批」法政七五卷三号(二〇〇八年)一一五頁、川嶋四郎「判批」法七六五〇号(二〇〇九年)一二六頁、本間靖規「判批」リマックス三八号(二〇〇九年)一二六頁、宍戸常寿「判批」判例セレクト二〇〇八(法教三四二号別冊)(二〇〇九年)一一頁、垣内秀介「判批」平成二〇年度重判解(二〇〇九年)一五五頁、石田浩二「判批」平成二〇年度主判解(二〇〇九年)一二四頁、三木浩一「判批」法研八三卷一〇号(二〇一〇年)八四頁。
- (10) 判例によれば、憲法三二条の「裁判を受ける権利」および同八二条の「裁判の公開」の保障は「純然たる訴訟事件」に限られるとする。最大決昭和三五・七・六民集一四卷九号一六五七頁、最決昭和三七・一〇・三一家月一五卷二号八七頁、最大決昭和四〇・六・三〇民集一九卷四号一一一四頁など参照。
- (11) なお、田原陸夫裁判官の補足意見は、「抗告審は職権による審理をなすに当たり、申立人の主張と相手方の主張とが対立していることが原審の記録から明らかなきには、即時抗告申立書の副本又は写しを相手方に送付する等、相手方に即時抗告の申立てがなされた事実を通知して、相手方に反論の機会を与えるべきであり、相手方にかかる機会を与えないまま原審判を相手方に不利益に変更した場合には、審理不尽の違法の謗りを免れ得ない」と述べる。
- (12) 三ヶ月章「決定手続と抗告手続の再編成」吉川大二郎博士追悼論集『手続法の理論と実践(上)』(法律文化社・一九八〇年)三〇八頁(同『民事訴訟法研究(8)』(有斐閣・一九八一年)所収)、本間義信「抗告審の審理方式」

鈴木忠一「三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座3』(日本評論社・一九八二年)二七〇頁参照。また、抗告審の多様性に関して、花村治郎「抗告と抗告審の審理」『民事訴訟法の争点(新版)』(一九八八年)三二八頁、奈良次郎「抗告審の多様性(上)・(下)」判タ七五四号(一九九一年)六頁、七五五号(一九九一年)二九頁、菅原郁夫「抗告と抗告審の審理」『民事訴訟法の争点(第三版)』(一九九八年)三〇〇頁など参照。

(13) なお、平成二〇年決定および平成二二年決定の射程を家事審判の抗告審に限定して捉えるときには、家事事件手続法が家事審判の抗告審の手続に関して立法的解決を図ったことにより、両決定は先例としての役割を終えるものと考えられる。

(14) 「審尋請求権」とは、裁判事項について予め自己の見解を表明し、かつ、聴取される機会が与えられることを要求する権利をいう。用語としては、「審尋請求権」と「審問請求権」とがあるが、本稿では「審尋請求権」の語を用いる。用語法の選択について、中野貞一郎「民事裁判と憲法」同『民事手続の現在問題』(判例タイムズ社・一九八九年)二二頁注(20)参照。

(15) 三木・前掲注(9)九三頁参照。園田・前掲注(9)一二一頁も、弁論権・審問請求権の侵害の程度が大きいものについては憲法違反と解する余地があるとす。

(16) 園田・前掲注(9)一二二頁参照。

(17) 山田・前掲注(9)一五六頁、本間・前掲注(9)一二九頁参照。

(18) 小島武司「非訟化の限界について」『中央大学八十周年記念論文集』(一九六五年)三一〇頁、鈴木正裕「訴訟と非訟」小山昇ほか編『演習民事訴訟法(上)』(青林書院新社・一九七三年)二七頁、中野・前掲注(14)一五頁、竹下守夫「家事審判法改正の課題」家月六一巻一号(二〇〇九年)七五頁、三木浩一「非訟事件手続法・家事審判法改正の課題」ジュリ一四〇七号(二〇一〇年)一一頁、伊藤眞『民事訴訟法(第三版四訂版)』(有斐閣・二〇一〇年)八四頁など参照。

(19) 三木・前掲注(18)一一頁、中野・前掲注(14)一四頁参照。また、竹下・前掲注(18)七三頁も、審尋請求権は「人間の尊厳に根ざした手続的基本権」であるとす。

(20) 三木・前掲注(18)一二頁は、審尋請求権の実質を構成する中核的な要素として、①審尋請求権を行使する機会の保障(事件の係属に関する知らせを適切に受けること等)、②見解表明権の保障(主張の提出や見解の表明の機会が適切に与えられること)、③証拠提出権の保障(証拠を提出する機会が適切に与えられること)、④平等処遇の保障(手続において平等に取り扱われるべきこと)、⑤裁判所の情報提供義務(裁判所から当事者に対して情報提供が適切

に行われるべきこと)、⑥事後審査の機会の保障(審尋請求権の保障に関して上級審による適切な審査を受けられること)を挙げる。

(21) 中野・前掲注(14)一三頁。また、新堂幸司『新民事訴訟法(第五版)』(弘文堂・二〇一一年)一三三頁は、これを卓説として評価する。

(22) 特別抗告審が職権により法令違反を理由に原決定を破棄した例として、最大決昭和二七・四・二民集六卷四号三八七頁、最決平成一四・一〇・三〇裁時一三三七号一頁、最決平成一六・九・一七判時一八八〇号七〇頁など参照。

(23) 川嶋・後掲注(38)一二六頁も、本件事案を法令違反の問題として処理することに対して批判的である。なお、同解説は、本件事例では、個別事情にかかわらず適正手続違反(憲法三一条)として違憲判断をすべきであったとする。

(24) 弁論の再開は原則として裁判所の専権事項に属し、当事者は権利として裁判所に対して弁論の再開を請求することはできないというのが確立した判例法理となっている。最判昭和二三・四・一七民集二卷四号一〇四頁、最判昭和二三・一一・二五民集二卷一二号四二二頁など参照。

(25) 調査官解説として、遠藤賢治「判解」最判解民(昭和五六年度)五四一頁、判例評釈として、山木戸克己「判批」法時五四卷三号(一九八二年)一五一頁、河野正憲「判批」昭和五六年度主判解(一九八二年)二三七頁、伊

東乾「小川健」判批」法研五五卷一〇号(一九八二年)一〇四頁、佐上善和「判批」昭和五六年度重判解(一九八二年)一三四頁、太田勝造「判批」法協一〇〇卷一号(一九八三年)二〇七頁、新谷勝「判批」『民事訴訟法判例百選I(新法対応補正版)』(一九九八年)一八二頁、山田文「判批」『民事訴訟法判例百選(第三版)』(二〇〇三年)一〇六頁、安西明子「判批」『民事訴訟法判例百選(第四版)』(二〇一〇年)九〇頁。

(26) その後、最高裁が「手続的正義」に照らして原判決を破棄した例として、最判平成七・七・一四民集四九卷七号二六七四頁がある。本件は、血縁上の父が戸籍上の父と子に対して提起した親子関係不存在確認訴訟の係属中に子を第三者の特別養子とする審判が確定した事案において、訴えの利益が問題になったケースである。最高裁は、原則として特別養子の審判確定により訴えの利益は消滅するとしながらも、同審判に準再審の事由があると認められる場合に血縁上の父が主張する権利実現の途を閉ざすことは「著しく手続的正義に反する」として、結論において訴えの利益を認めた。

(27) 昭和五六年度判決が当時必ずしも一般的でなかった「手続的正義」という用語を使ったエピソードについて、大江忠ほか編『手続裁量とその規律』(有斐閣・二〇〇五年)三一四頁(加藤新太郎)参照。

- (28) 英米法における「手続的正義」の概念については、谷口安平「手続的正義」新堂幸司ほか編『基本法学 8―紛争』（岩波書店・一九八三年）三五頁以下、田中成明『法理学講義』（有斐閣・一九九四年）一八六頁以下参照。
- (29) 谷口・前掲注(28)四五頁参照。
- (30) 谷口・前掲注(28)五一頁参照。
- (31) 新堂幸司「訴訟と非訟」『民事訴訟法の争点〔初版〕』（一九七九年）一二頁（同『民事訴訟法の基礎』（有斐閣・一九九八年）所収）参照。
- (32) 吉村徳重Ⅱ小島武司編『注釈民事訴訟法(7)』（有斐閣・一九九五年）一〇三頁（野村秀敏）、門口正人編『民事訴訟法大系(4)』（青林書院・二〇〇三年）二〇四頁（和久田道雄）、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅳ』（日本評論社・二〇一〇年）四七三頁、兼子一ほか『条解民事訴訟法〔第二版〕』（弘文堂・二〇一一年）一二四八頁（加藤新太郎）など参照。
- (33) 申立ての形式的要件については、民訴法二二一条参照。
- (34) 最決平成一二・三・一〇民集五四卷三号一〇七三頁によれば、証拠調べの必要性を欠くことを理由として文書提出命令の申立てを却下する決定に対して即時抗告をすることは許されない。また、上記判例の趣旨は、文書提出命令に対して、文書の所持者が証拠調べの必要性を欠くことを理由として即時抗告をする場合にも妥当すると解される
- (東京高決昭和五九・六・七下民集三五卷五〇八号三三六頁、福岡高決平成二一・一〇・二三判時二〇七三号五六頁参照)。
- (35) 抗告状の写しの送付に關して、新非訟事件手続法六九条一項、家事事件手続法八八条一項参照。陳述の聴取に關して、新非訟事件手続法七〇条、家事事件手続法八九条参照。
- (36) 抗告の対象となる事件については、小池一利「民事抗告審の実務と考察」判タ一二七四号（二〇〇八年）二三頁以下に詳しい。
- (37) 現在の抗告審実務でも、相手方のある事件で原決定を不利益に変更する場合には、必ず抗告状および抗告理由書を相手方に送達しているとの例が報告されている。シンポジウム「民事裁判の審理における基本原則の再検討」民訴五七号（二〇一一年）一三四頁参照。
- (38) 本決定の解説として、川嶋四郎「判批」法セ六八三号（二〇一一年）一二六頁がある。

（平成二三年二月一〇日脱稿）

川嶋 隆憲