

## 〔最高裁判事例研究 三六九〕

平十二 4 (裁判集民事一九八号四五七頁、判時一七二三号四九頁)

上告状及び上告理由書提出期間内に提出された書面のいずれにも民訴法三一二条一項、二項に規定する事由の記載がない場合に原裁判所の執るべき措置

(最高裁第二小法廷平成十二年七月十四日決定・平十二(オ)五四七号)

### 【事件の概要】

本件は、Xの生活保護法に基づく保護開始申請に対してA福祉事務所長がした保護開始決定が違法であるなどとして、XがYに対し国家賠償法一条一項に基づく損害賠償を求めた事案である。一審及び原審ともにXの請求を棄却すべきものとしたため、Xが上告したが、上告状及びXが上告理由書提出期間内に提出した「上告理由書」と題する書面には法令違反の主張しか記載されておらず、形式的にも民訴法三一二条一項、二項に規定する事由の記載を欠くものであった。とこ

ろが、原審は、上告理由書提出期間の経過後の平成十二年三月十四日付けで、Xに対し、民訴規則一九六条一項に基づく補正命令を発した。Xは、右命令により定められた期間(命令到達の日から十日以内、三月十六日到達なので三月二十六日まで)に一日遅れて三月二十七日に「上告理由補正書」と題する書面を提出し、右書面において「上告理由書」に記載した主張を憲法違反及び理由の不備・食違いの主張に構成し直した。原審は事件を最高裁判所に送付してきた。上告却下。

### 【決定要旨】

上告状及び民訴規則一九四条所定の上告理由書提出期間内に上告人から提出された書面のいずれにも民訴法三一二条一項、二項に規定する事由の記載がないときは、その不備を補正する余地はないから、原裁判所は、民訴規則一九六条一項所定の補正命令を発すべきではなく、直ちに決定で上告を却下すべきであり、原裁判所が右命令を発し上告人が右命令により定められた期間内に右事由を記載した書面を提出したとして、これによって上告が適法となるものではない。

## 【評釈】

判旨の結論には賛成するが、理由には賛成しない。

## 一 本決定の意義

本件は、上告状及び上告理由書提出期間内に提出された書面のいずれにも民訴法三一二条一項、二項に規定する事由の記載がない場合に原裁判所の執るべき措置について述べたものである。これまで実務の取扱が必ずしも固まっていたとはいえない状況であったため、この点について最高裁判所の立場を明確に示した意義を有するものである。<sup>(1)</sup>

## 二 上告の理由の主張及びその方式について

上告の適法要件は、上告理由のあること、上告の利益のあること、上告期間の遵守(上告理由書をあとで提出する場合)はその期間の遵守も、上告の理由の主張、適式であること、である。

上告提起が適法になされるためには、上告の理由の主張がなされなければならない、その主張は民事訴訟規則で定める方式によらなければならない。上告理由は、最高裁判所に対するものとしては憲法違反(三二二条)及び絶対的上告理由(同条)のみである。要求される方式は、上告理由が三

一二条一項に関するものであるときは民規一九〇条一項、三一二条二項に関するものであるときは民規一九〇条二項による。両者とも、判決が最高裁判所の判例と相反する判断をしたことを主張するときは、その判例を具体的に示さなければならない(規一九二)。上告の理由は具体的に記載しなければならない(規一九三)。記載方式については、単に条文の掲記または抽象的文言の記載を以ては足りず、原判決の如何なる点が、どういう理由によって、どの上告理由に該当するのかが、その具体的根拠を条項と併記して明示すべきであるとされる。<sup>(2)</sup>

本件では、最初に提出された「上告理由書」なる書面には法令違反の主張しか記載されておらず、形式的にも三一二条一項、二項に規定する事由の記載を欠いていた。原判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反は破棄理由にはなり得る(三二五条)が上告理由にはならないので、法令違反の主張をなした場合には上告は不適法となり却下されることになる。<sup>(4)</sup>本件では法令違反の主張しか記載されていないので、上告は不適法であるから、不備を補正できない場合には原裁判所において却下されるべきことになる(三一六条①)。

従って、不備の補正の可能性が問題となる。

三 補正の可能性について

(1) 補正命令の要否

上告状または上告理由書における上告の全ての理由の記載が方式要件の規定に違反することが明らかなきときは、原裁判所は決定をもって相当の期間を定めて不備の補正を命じなければならぬ(規一九六一)。期間内に補正がなければ上告却下の決定(三二六一②)をする(規一九六II)。

適式な上告理由の記載がない場合には常に却下に先だって補正を命じなければならぬか否かについては、とりわけ、上告理由として単に原判決には憲法違反、法令違反などの違法があるというだけの記載しかない場合の補正命令の要否を巡って問題が生じる。これについては、実務の取扱は必ずしも一定していなかったようであり、学説も、①このような記載では一定の趣旨の上告理由の記載があるとはいえないから、上告理由書自体の不提出として、補正を命じないで却下してよいとする見解と、②事案の内容に照らして補正が可能であると認められるときには補正を命ずるのが適当とする見解<sup>(6)</sup>が存在していた。但し、①説はその後立場を変更して、特段の事情がない限りは記載が不適式な場合として補正を命ずべきであるとするに至っている<sup>(7)</sup>ので、②が通説となっていると言えよう。

これまでの判例にはこの点について正面から述べたものはなかったが、適式な上告理由の記載がない場合に、原裁判所が補正を命ずることなく上告裁判所に事件を送付した場合には改めて補正を命ずることなく直ちに上告を却下することができる<sup>(8)</sup>としたものはあつた。この事件では、上告人(本人訴訟)の主張する上告の理由は専ら事実認定に対する攻撃に終止しており、適式な上告理由の記載がなかったものである。当該判例は「適法な上告理由を当裁判所規則の定める方式により記載していない」と述べているが、これは適式でないというよりも適法な上告理由が主張されていないという点で、「上告の不適法性が」明ナル場合<sup>(9)</sup>(旧民訴法三九九I・現三二六一に相当)に該当することを示した判例という評価も可能である。そのように理解するならば、当該判例は①の立場を採っていたと考えることもできよう。今回、本決定は、適法な上告理由の記載がない場合には「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」(三二六一①)に該当するとして直ちに原裁判所において決定で上告を却下すべきであるとしていることから、明確に①の立場を採ったと言えるであろう。この問題の背後には、なるべく上告審の判断を受ける機会を与えようとする考え方と、原裁判所に厳格なスクリー

ニングを期待する考え方の対立があるように思える。従来、原裁判所は前者のような考え方をとりがちであったようだが、<sup>(10)</sup>最高裁判所の民事事件の負担が重すぎて、憲法判断と法令解釈の統一という、本来最も重要な職責を充分に果たすことができないという指摘もなされていた。<sup>(11)</sup>本決定が①の立場を採ったのもそれ故であろう。しかし、新法により権利上告理由の制限と決定での上告却下が定められたことなどにより、最高裁判所の負担はやや軽減されると考えられる。そうであれば、当事者に上告審の判断を受ける機会をなるべく与えることのできるよう、まずは補正を命ずるべきとする②の立場の方が妥当であろうと思う。

## (2) 上告受理申立への転換の可能性

但し、上告理由書提出期間経過後、補正期間内に提出される補正理由書には、その前に提出された上告理由書に全く記載されていない新たな主張は許されない。<sup>(12)</sup>補正の名の下に新たな上告理由の追加を許せば、上告理由書提出期間の定めを無意義にすることになるからである。<sup>(13)</sup>そこで、本件のように、上告理由書において、新法の下ではせいぜい上告受理の理由にしかなり得ない法令違反の主張しかなされていらない事件では、補正理由書において新たな主張をなすことが許されない限り、適法な上告理由の主張とはなり

得ないはずである。

即ち、新法では、上告理由とは、最高裁判所に對するものとしては憲法違反(三二二一)及び絶対的上告理由(同II)のみである。原判決に判例違反等の法令の解釈に関する重要な事項が含まれている場合には、上告受理申立をなすことができる(三二八一)が、上告の理由を上告受理申立において主張することはできない(三二八II)。逆に上告受理の理由を上告提起において主張することもできない。<sup>(14)</sup>上告提起と上告受理申立を一通の書面で行うことはできるが、その書面が上告状と上告受理申立書を兼ねるものであることを明らかにし、上告の理由と上告受理の理由は区別して記載しなければならぬ(規一八八)。それにもかかわらず、本件では、最初に提出された「上告理由書」なる書面には法令違反の主張しか記載されていなかった。これは、明らかに上告理由とはなり得ない。

しかし、仮にこれが「原判決に判例違反等の法令の解釈に関する重要な事項が含まれている場合」に該当するならば、上告受理の理由にはなるであろう。そこで、本件の上告提起行為を上告受理申立行為に転換することができないものであろうか。

この点につき、両者の取り違えがあるときは、相互に各

行為の轉換を認めるべきであるという主張がある<sup>(15)</sup>。一方、判例は、上告と上告受理の申立とは異なる手続であること(15)を理由に、法定の理由書提出期間経過後に補正により轉換を認めることは許されないとしている。即ち、上告受理申立期間経過後に上告期間内にした上告を上告受理の申立に変更または訂正することはできないとするのである<sup>(16)</sup>。

しかし、上告と上告受理の申立とが異なる手続であることをもつて轉換を認めないとするのは、非常に形式的な扱いであつて、弁護士代理の場合とはともかく、本人訴訟の場合には酷であると思われる<sup>(17)</sup>。民訴法の改正に当たり、上告審における弁護士強制制度の導入が検討事項とされていたものの、結局断念されたという経緯もある。手続の複雑化の結果、当事者が不利益を受けることになるのは避けるべきであろう。そのように考えるならば、少なくとも治癒の可能性は認めるべきである。三一四条二項・二八八条・一三七条の補正を命ずるか、あるいは補正を要せずに轉換を認めるかのいずれかにより治癒の可能性を認めるべきとする説もあるが<sup>(19)</sup>、補正を要しないとすると、両者の区別がルーズになつていく虞もあり、手続を周知させるためには、補正を命ずる方がよいように思われる。

従つて、本件の場合、まずは補正を命じ、それに応じて

上告提起行為を上告受理申立行為に轉換し、上告受理の理由の方式を整えた文書が提出されていたならば、治癒を認めることが可能であつたと考える。この点で、補正命令を発することなく直ちに却下すべきとした判旨の理由づけには賛成できない。

とはいえ、実際には、本件では、補正命令に依つて提出された「上告理由補正書」なる書面において、「上告理由書」に記載した法令違反の主張が憲法違反及び理由の不備・食違ひの主張に構成し直されていた。このような変更はもはや期間経過後の新たな主張に他ならないので許されないと考えるべきである。従つて、次に述べる補正期間の徒過の問題をクリアできたとしても、上告理由は補正されなかつたとせざるを得ないので、原裁判所は補正がなされなかつたことを理由として上告を却下すべきであつた。この点で、判旨の理由づけには賛成できないが、結論自体は妥当である。

#### 四 期間の徒過について

本件では、「上告理由補正書」なる書面の提出があつたのは補正期間経過後だったのであるから、期間内に補正がなかつたとして上告却下の決定(三一六一②)をすべきだつたはずである(規一九六II)。それにもかかわらず、原裁判

所は最高裁判所に事件を送付した。補正命令の期間は裁定期間であり、裁定期間も不変期間以外の法定期間の場合と同様に伸縮することは認められている（九六一本文、規三八）。但し、期間経過後の期間の伸長が認められるか否かは問題である。

この点につき、学説は、通常期間・法定期間経過後の期間の伸長について、(a)期間の伸長は期間の終了前にすべきであって期間終了後は既に一定の法律状態が生じてしまっているものでこれを覆すことははや許されないと(20)いう見解と、(b)不変期間について追完を許す旧民訴法一五九条(現行九七条)との権衡から考えて期間の満了後でも伸長の裁判が許されるとする見解とがある。

判例は、法定期間経過後の期間の伸長を認めたものとして、東高決昭和六〇年二月二日・判時一一四七号一〇一頁がある。これは、上告理由書提出期間経過後に上告人が提出した「上告状とある書面」を原裁判所が上告理由書と認め十四日以内に補正を命ずる決定をしたものである。即ち、(b)の見解を採った上で期間の伸長の決定が黙示でも足りるとするものであった。本件の原審もこの立場によったものと考えられる。また判例として正面から取り上げたものではないが、最小一判昭和四三年五月二日・民集二二

巻五号一一一〇頁は、上告理由書提出期間経過後に、原判決の事実認定の基礎となった証人が偽証罪で起訴猶予となった事案において、その旨を主張した上申書が提出されたことをもって上告理由の追加主張と解し、上告理由書提出期間を右上申書提出日まで伸長する旨を決定し、適法な上告理由として取り上げて原判決を破棄している。

他方で、法定期間を徒過しその翌日になされた上告理由書の提出を認めなかったものとして最小二判昭和三七年八月三日・裁判集民事六二号六五頁があるが、この判例は特にこの点を論じているわけではなく、むしろ適式な上告理由の記載がなかった点を重視したように思われる。もともと期間の伸縮は裁判所の職権によって行われるものであるから、伸長の必要を特に認めなかったと考えることもできる。そのように考えれば、特に法定期間満了後の期間の伸長を許さないという立場を採ったとまでは言えず、他の二例を見ても、むしろ、最高裁は必要があると認める限り期間の伸長を許す立場を採っていると思われる。

学説上は(a)の見解の方が多数説であり、(b)の見解に対して、不変期間の場合の追完は裁判に対する不服申立の機会が当事者の責に帰すべからざる事由によって失われるのを避けるために厳格な要件の下で特に認められるのであ

って、これと期間満了後の伸長とを同じように考えることはできないと批判する<sup>(22)</sup>。当事者の責に帰すべからざる事由により期間を遵守し得ず、しかも当該期間の性質上、そのまま失権を認めると当事者の実体的利益を不当に奪う結果となる場合には、むしろ追完の規定を類推適用すべきであるとするのである。確かに期間の伸長は裁判機関の裁量によるのであるから、どちらの見解によっても実際上は結論にそれほど大きな差は出ないのかも知れないが、安易な伸長を許さないためにも、厳格な要件の下に追完の規定を類推する(a)の見解の方が妥当であろう。

ちなみに、不変期間以外の期間への追完の規定の類推については、一般に認めない立場を採る説と、当事者双方の不出頭による訴えの取下げの擬制の期間(旧二三八、現行二六三)の場合と上告理由書・再抗告理由書提出期間の場合<sup>(25)</sup>については類推を認める説とが対立しているが、否定説は、一般に決して長いとはいえない期間として定められているのにもかかわらず徒過すると裁判の取消可能性の消滅という重大な結果に至る不変期間と比較して、他の期間の場合は、失権的効果または終局的不利益を当然に生じるわけではなかったりその後の手続で救済を受けることができるのである故に追完を認める必要がないと考えるものである

から、上告理由書提出期間のように、その徒過によって重大かつ終局的な不利益を生ずる場合には、類推を認めてもよいと考えられる<sup>(26)</sup>。

本決定はこの点には特に触れていないので具体的な事情は不明だが、当事者の責に帰すべからざる事由によって期間を遵守し得なかったという事情がない限りは、原裁判所は補正期間の徒過によって上告を却下すべきであった。従って、判旨の結論には賛成できるが、理由づけには賛成できない。

一方、仮に当事者の責に帰すべからざる事由によって期間を遵守し得なかったという事情があつた場合には、九七条一項の類推により追完を認めるべきことになろうが、前述の如く、実際に提出された「上告理由補正書」の内容が理由書提出期間経過後の新たな主張に他ならないので許されず、補正はなされなかったとせざるを得ない。従って、結論的には判旨は妥当であると言えるが、理由づけには賛成できない。

(1) 本決定については、齋藤哲「上告状および上告理由書の提出期間内に提出された書面が不備な場合に原審裁判所の執るべき措置」法学セミナー五五七号(二〇〇一年五月号)

- 一〇七頁も参照。
- (2) 東高決昭和五八年一〇月一四日・判時一一〇一四七頁。
- (3) 竹下守夫・青山善充・伊藤眞(編集代表)『研究会新民事訴訟法』ジュリスト増刊(一九九・一一)四一四頁。
- (4) 同四一四頁。
- (5) 兼子一『条解民事訴訟法・上』弘文堂(一九五五年)九四三・九四四頁。
- (6) 鈴木正裕・鈴木重勝編『注釈民事訴訟法(8)』有斐閣(一九九七年)三一五頁〔塩崎勤〕、斉藤秀夫編『注釈民事訴訟法(9)』(第二版) 第一法規(一九九六年)五四九・五五〇頁〔小室直人・東孝行〕。菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅲ』日本評論社(一九九一年)二七五頁も、①のように解するのが「妥当な場合もあるが、原則としては記載が民事訴訟規則に違背するとして」、補正を命ずるのを妥当としている。
- (7) 兼子一・松浦馨・新堂幸司・竹下守夫『条解民事訴訟法』(新版)弘文堂(一九八六年)一一二一頁。
- (8) 最小一判昭和三〇年三月一〇日・民集九卷三号二七三頁。
- (9) 大場茂行(判批)『判解民昭和三〇「一九」曹時七巻五号六四頁。』
- (10) 鈴木編『注釈民事訴訟法(8)』(前掲注6)三一二頁
- 〔塩崎〕。
- (11) 『研究会新民事訴訟法』(前掲注3)四〇〇頁以下、花村治郎(判批八一)判評三〇五(判時一一一四)号一八六頁。
- (12) 東高判昭和三〇年二月二日・高民八卷九号六九五頁、最高裁判所事務総局『条解民事訴訟規則』(民事裁判資料二二三号)四〇七頁、菊井・村松『全訂民事訴訟法Ⅲ』(前掲注6)二七五頁。
- (13) 菊井・村松『全訂民事訴訟法Ⅲ』(前掲注6)二七五、二六八頁、鈴木編『注釈民事訴訟法(8)』(前掲注6)三一〇頁〔塩崎〕、兼子他『条解民事訴訟法』(前掲注7)一一一九頁。なお、兼子一『条解民事訴訟法・上』(前掲注5)九四三・九四四頁は、この点を理由として①の立場を採っていた。最小一判昭和四三年五月二日・民集二二巻五号一一〇頁は、上告理由書提出期間経過後に、原判決の事実認定の基礎となった証人が偽証罪で起訴猶予となった事案において、その旨を主張した上申書が提出されたことをもって上告理由の追加主張と解し、上告理由書提出期間を右上申書提出日まで伸長する旨を決定し、適法な上告理由として取り上げて原判決を破棄したが、これは再審事由に該当するとも思われる事実を上申したという特殊な事案であるため、これを一般化することは必ずしも妥当ではない。
- (14) 伊藤眞『民事訴訟法』(補訂版)有斐閣(二〇〇〇年)六四六頁。

- (15) 小室直人・賀集唱・松本博之・加藤新太郎編『基本法  
コメンタール・新民事訴訟法3』別冊法学セミナー一五  
五号(一九九八年)六七頁「上野泰男」。
- (16) 最小二決平成一二年七月一四日・判時一七二〇号一四  
七頁。
- (17) 山本克己「最高裁判所による上告受理及び最高裁判所  
に対する許可抗告」ジュリスト一〇九八号八七・八八頁參  
照。
- (18) 検討事項第二の三(二)九頁。
- (19) 山本(前掲注17)ジュリスト一〇九八号八七・八八頁參  
照。
- (20) 中島弘道『日本民事訴訟法 第一編』松華堂(一九三四  
年)六九五頁、兼子他『条解民事訴訟法』(前掲注7)三九  
四頁、齊藤編『注解民事訴訟法(4)』(第二版)第一法規  
(一九九一年)一二六頁「林屋礼二・吉野孝義」、竹下守  
夫・伊藤眞編『注釈民事訴訟法(3)』有斐閣(一九九三年)  
四八五頁「荒木隆男」、三宅省三・塩崎勤・小林秀之編  
『注解民事訴訟法II』青林書院(二〇〇〇年)二九七頁「中  
山幸二」。
- (21) 細野良長『民事訴訟法要義 第三卷』巖松堂(一九三三  
年)六四頁、菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法I』(補  
訂版)日本評論社(一九九三年)一〇三八頁、同『全訂民事  
訴訟法III』(前掲注6)二六九・二七〇頁。
- (22) 兼子他『条解民事訴訟法』(前掲注7)三九四頁、三宅  
編『注解民事訴訟法II』(前掲注20)二九七頁「中山」。
- (23) 最判昭和三年一〇月一七日・民集一二卷一四号三二  
六一頁、最決昭和五年六月一三日・民集一四卷八号一三  
二三頁、最判昭和六年四月二五日・判時一九三号一三  
七頁、兼子『条解民事訴訟法・上』(前掲注5)四〇四頁、  
菊井・村松『全訂民事訴訟法I』(前掲注21)一〇四四頁。
- (24) 齊藤編『注解民事訴訟法(4)』(前掲注20)一三二頁  
「林屋・吉野」、竹下編『注釈民事訴訟法(3)』(前掲注20)  
四九五頁「三谷忠之」、三宅編『注解民事訴訟法II』(前掲  
注20)三〇二頁「中山」。
- (25) 齊藤編『注解民事訴訟法(4)』(前掲注20)一三二頁  
「林屋・吉野」、竹下編『注釈民事訴訟法(3)』(前掲注20)  
四九三―四九五頁「三谷」、兼子他『条解民事訴訟法』(前  
掲注7)四〇六頁、三宅編『注解民事訴訟法II』(前掲注  
20)三〇二頁「中山」。
- (26) 兼子他『条解民事訴訟法』(前掲注7)四〇六頁、三宅  
編『注解民事訴訟法II』(前掲注20)三〇二頁「中山」。

藤井まなみ