

〔民集未登載最高裁判事例研究 四〇〕

補助参加を許可する旨の原々決定を即時抗告の相手方に不利益なものに変更するに当たり、即時抗告申立書の副本の送達又はその写しの送付をしなかつた原審の措置には、抗告審における手続保障の観点から見て配慮に欠けるところがあつたものの、その審理手続に裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるとはいえないとされた事例

補助参加許可決定に対する抗告審の取消決定に対する特別抗告事件（最高裁平成二十三年（ク）第二三〇号、最高裁平成二十三年九月三〇日第三小法廷決定、抗告棄却、判例時報二一三一号六四頁、判例タイムズ一三五八号七六頁）

〔事案〕

訴外夫とY（妻）には、X（原告）およびZ（補助参加人）の子供がいた。Yは平成二十一年に後見開始の審判を受けた。その後、平成二十二年に、Xは、Yの老人ホーム入居一時金を立て替えていたとして、その立替金の支払いをYに求める訴訟を提起した。

これに対して、Zが補助参加の申出を行った。申出の理由は、「Yはその遺産の全てをZに相続させる旨の遺言をしたから、仮に本案訴訟においてX主張の立替金返還請求権の存

在が認められると、Zが相続すべきYの遺産が減少し、場合によっては、ZがYの相続人として立替金返還債務を承継することになるなどとするものであった。

Xは、Zの補助参加に異議を述べたが、原々審はZの補助参加を認める決定を平成二十二年一月九日に下した。そこで、Xは、Zが法律上の利害関係を有する者ではないとして、原々決定に対して即時抗告を行った。原審は、平成二十二年二月一〇日に、Zが法律上の利害関係を有するものではないことを理由に原々決定を取り消し、Zの補助参加を許さ

ない旨の決定を下した。

ところで、原決定を行うに際して、原審はZに対して、本件即時抗告が提起されたことを知らせず、本件即時抗告の申立書の副本の送達または同申立書の写しの送付も行っていなかったため、Zは原決定正本の送達を受けるまで、本件即時抗告が提起されたことを知らなかった。

そこでZは、原審が、補助参加を認めた原々決定を覆してZに不利益なものに変更するに際して、即時抗告申立書の副本の送達またはその写しの送付を行わなかったことは、憲法三十一条、三二条に違反するとして特別抗告を行った。なお、Zは、許可抗告の申立も行っていたが、原審はこれを許可しなかった。

〔決定要旨〕

抗告棄却。

「憲法三十一条所定の裁判を受ける権利が性質上固有の司法作用の対象となるべき純然たる訴訟事件につき裁判所の判断を求めることができる権利をいうものであることは、当裁判所の判例（最高裁昭和二十六年(ク)第一〇九号同三十五年七月六日大法廷決定・民集一四卷九号一六七頁、最高裁昭和三十七年(ク)第二四三号同四〇年六月三〇日大法廷決定・民集一九卷四号一一一四頁）の趣旨とするとところである。補助参加の許否の裁判は、民事訴訟における付随手続についての裁判であ

り、純然たる訴訟事件についての裁判に当たるものではないから、原審が、抗告人（原審における相手方）に対し、即時抗告申立書の副本の送達をせず、反論の機会を与えることなく不利益な判断をしたことが憲法三二条に違反するものではないことは、上記判例の趣旨に照らして明らかである。本件抗告理由のうち憲法三二条違反の主張には理由がない。

また、本件抗告理由のその余の部分については、原審の手續が憲法三十一条に違反する旨をいう点を含めて、その実質は原決定の単なる法令違反を主張するものであって、民訴法三三六条一項に規定する事由に該当しない。

なお、原々決定を即時抗告の相手方である抗告人に不利益なものに変更するに当たり、即時抗告申立書の副本の送達又はその写しの送付をしなかった原審の措置には、抗告審における手続保障の観点から見て配慮に欠けるところがあったことは否定することができないが、本件記録によれば、原審においては、抗告人に補助参加の利益が認められるか否か等の補助参加の許否をめぐる純粹の法的问题のみが争点となっていて、その前提となる事実関係が争点となっていたわけではなく、上記の法的问题については、原々審において攻撃防御が尽くされ、原審において新たな法的主張が提出されたわけでもないから、その審理手続に裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるとはいえない。」

〔評 釈〕

決定要旨に疑問がある

一 本決定の意義

本決定は、即時抗告申立書の副本や写しを相手方に送付することをせずに相手方に不利な決定を下すことが認められるかという問題が、補助参加手続で問題となった事案である。本決定は、原審では補助参加の利益について純粋に法的問題のみが争点となつて、その事実について原々審で攻撃防御が尽くされている場合に、補助参加許可決定の取消手続の申立書の送付を相手方に送付しなかつたとしても、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があつたとはいえないとして、このような扱いを肯定したものである。近時、この問題については最高裁判例が複数公にされており、それには破棄差戻しをしたものと、抗告を棄却したものとがある。その背景には、民訴法三三一条が「その性質に反しない限り」控訴の規定を準用するとしていることから、控訴状の送達に関する民訴法二八九条一項の準用はなく、抗告状の送達は必ずしも必要とはされないと解される余地があつたことによる。大審院の判例には、抗告手続は迅速性が求められることを理由に、抗告状の送達を不要

とするものがあり、また抗告審の実務では抗告状などの送達や送付は必要とはされておらず、事案に応じて対応がなされていると説かれる。⁽²⁾

本決定は、いわゆる「純然たる訴訟」の理論を前提とし、補助参加手続は「純然たる訴訟」に該当しない「付随手続」であることから憲法三二条の適用がないこと、また原々決定を覆して補助参加を許さない決定を原審が行つた際に、原々決定に対してなした原告の即時抗告の申立書の副本の送達や申立書の写しの送付を、補助参加の申立人に行わない場合でも、法令違反に該当しないとされたものである。他方で、補助参加を認めた原々決定を補助参加申立人に不利益に変更する場合に、その者に対して即時抗告申立書の副本の送達などを行わなかつたことは抗告審における手続保障の観点から見て配慮に欠ける点があるとしたものの、このことをもって裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるとはいえないとした。

二 従来の判例およびその後の立法との関係

(一) これまで、判例は、「純然たる訴訟事件」の場合にのみ、憲法三二条の適用を受けるものとしてきた。⁽³⁾

そして、「純然たる訴訟事件」には該当しない、①婚姻

費用分担の審判（最決平成二〇年五月八日家月六〇巻八号五一頁）、②遺産分割審判（最決平成二一年一月一日家月六二巻三号四七頁）、および③管轄の移送決定（最決平成二二年九月二九日判時二二二一号五頁）について、抗告状を抗告の相手方に送付などをしないまま相手方に不利益に変更した場合において違法はないとした。他方、④文書提出命令に対する抗告状が相手方に送達されなかった場合について、最高裁は原決定を破棄している（最決平成二三年四月一三日民集六五巻三号一二九〇頁）。

そこで、これらの決定において、最高裁がどのような判断を示してきたのか、確認してみる。

①事件^④。夫婦間の婚姻費用分担を求めて家庭裁判所に調停を申し立てたが不成立となったため、審判へと移行し、原々審は、抗告人の負担すべき婚姻費用の額は月一二万円が相当であるとした。これに対して相手方が即時抗告を行い、原審は月一六万円が相当であるとした。しかし、原審は、原決定を行うに際して、即時抗告がなされていることを抗告人に知らせず、また即時抗告の抗告状および抗告理由書の写しを送達または送付をしなかった。抗告人は、送達がなされなかったため裁判を受ける権利が侵害されたとして、憲法三二条

違反などを主張した。最高裁は、憲法三二条が保障しているのは、性質上固有の司法作用の対象となるべき純然たる訴訟事件であるところ、婚姻費用の分担にかかる審判は本質的に非訟事件に該当するため、当該手続において手続の関与を奪われる不利益は憲法三二条とは直接の関係はないとした。しかし、他方で裁判所は、「原審においては十分な審理が尽くされていない疑いが強いし、そもそも本件において原々審の審判を即時抗告の相手方である抗告人に不利益に変更するのであれば、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ふべきである。」として抗告を棄却した（田原睦夫裁判官の補足意見、那須弘平裁判官の反対意見がある）。

②事件^⑤。家庭裁判所が下した遺産分割の審判に対して即時抗告が申し立てられたが、即時抗告の相手方に抗告状の副本の送達またはその写しを送付することをせず、抗告裁判所は原審判を相手方に不利益に変更する決定をした。そこで、即時抗告の相手方が原決定に対

して許可抗告を申し立てた。最高裁は、「即時抗告の相手方である原告人（原審における相手方。以下、単に『原告人』という。）は、即時抗告審における事件の追行を弁護士に委任するなど、即時抗告があったことをすでに知っていたことがうかがえる上、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、上記抗告状には原告人に攻撃防御の機会を与えらるることを必要とする事項は記載されていなかったものというべきであるから、上記抗告状の副本の送達又はその写しの送付がなかったことよって原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。」として抗告を棄却した（那須弘平裁判官の反対意見がある）。

③事件。元従業員が出向命令を拒否したことから会社を解雇されたため、解雇無効を主張し、会社を相手に雇用契約上の地位確認および未払い賃金の支払いを求める訴えを津地裁に提起した。被告会社は、東京に本店を有していることから、民訴法一六条一項に基づき東京地裁に移送する申立を行った。原々審は津地裁に管轄がないとして、民訴法一六条一項に基づき東京地裁に移送する決定を行った。原審は、津地裁に管轄があ

るとして原々決定を取り消し、本件移送申立を却下したが、これに対して、即時抗告状を相手方に送達せず、反論の機会を与えずに原々決定を相手方に不利益に変更することは民訴法三三一条に違反するなどとして許可抗告を申し立てた。最高裁は、「津地方裁判所に本案の管轄があるとした原審の判断は、是認することができ、他に裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるともいえない。」として抗告を棄却した。

④事件。従業員が会社を相手取り、時間外勤務手当の支払請求訴訟を提起し、時間外勤務の計算の基礎となる労働時間を立証するため、会社が所持するタイムカードの提出を求める文書提出命令の申立を行った。原々審はタイムカードの提出を認めたところ、会社が即時抗告を行った。会社は、即時抗告の申立をなすに際して、申立書にタイムカードを所持していない理由を具体的に記載し、また証拠として原々決定がなされた後に受訴裁判所に提出された写しの書証が引用されていた。原審は、従業員に対して即時抗告が提起されたことも知らせず、また即時抗告の申立書の写しを送付することもせず、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、文書提出命令

の申立を却下した。最高裁は、本件文書は労働に従事した事実および労働時間の証明にとって非常に重要な証拠であること、また、本件文書の所持の認定は当事者の主張立証にかかる面が大きいこと、文書提出命令の手續は本案訴訟の手續の一部をなす側面を有すること、さらに、会社が本件文書を所持している事実が認められるか否かは、裁判所による提出命令の判断を決定づける重要な要素であるし、その判断は当事者の主張・立証に左右されること、を考慮して攻撃防御の機会を当事者に与える必要性が高いとした。その上で、文書を有していると判断した裁判所の決定に対して会社が即時抗告申立書に具体的反論を記載し、その理由を根拠づける証拠として決定後に提出された書証が引用されていた事情と、会社によって即時抗告が申し立てられたことを従業員が知っていなかったという事情を考慮し、「原審が、即時抗告申立書の写しを原告人に送付するなどして原告人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原告人に不利益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」といふべきであり、その審理手續には、裁量の範囲を

逸脱した違法があるといわざるを得ない。」として、原決定を破棄した。

(二) その後、①事件および②事件が提起した問題については、立法的に解決された。すなわち、非訟事件手続法(平成二十三年五月二十五日法律第五一号)六九条一項および家事事件手続法(平成二十三年五月二十五日法律第五二号)八八条は、終局決定に対して即時抗告があった場合には、当事者および利害関係参加人に抗告状の写しを送付することを定めた。また、非訟事件手続法七〇条および家事事件手続法八九条一項は、抗告審裁判所が原決定を取り消す場合には、原審における当事者などの陳述を聴かなければならないとした。⁽⁸⁾

(三) 以上にみた従来の判例および最近の立法の状況から、本決定は次のように位置づけることができる。

民訴法三三一条本文は、抗告審手續には性質に反しない限り控訴の規定が準用されるとしている。そこで、同条が準用する民訴法二八九条一項により、抗告審手續において送達がなされる必要があるか否か問題が生ずるが、抗告申立書の送達を必要と解することは迅速性が求められる抗告手續の性質と相容れないとして、二八九条一項の準用はないと解されている。⁽⁹⁾

したがって、抗告申立書を相手方に送達することの判断は、抗告審の裁量（手続裁量）に委ねられることになるが、「民事訴訟における手続的正義の要求に反する」場合には裁量の逸脱があったとされ手続は違法となる¹⁰⁾。その際、即時抗告の送達を受けなかった当事者が即時抗告の申立がなされたことを知っており、かつ具体的に主張立証する機会を与える必要のなかった場合（②事件）や、即時抗告状の送付などを行っても原決定変更の可能性がない場合（③事件）には、違法とはならないとされる。他方、即時抗告の申立書の送付を行い、当事者に攻撃防御を尽くさせる必要があるにもかかわらず、それを行わずに相手方に不利益な変更を行った場合には、「民事訴訟における手続的正義の要求に反する」ことになり、裁量を逸脱した違法があるとされる（④事件）。

本件は、原審では補助参加の可否をめぐる純粋な法的問題のみが争点となっていたため、新たな攻撃防御を尽くさせる必要がないと判断され、前記②③事件と同様に、即時抗告の相手方に抗告状の送付などを行わなかったとしても原決定変更の可能性がない場合であったとの理解がなされたと考えられる¹¹⁾。その意味で本決定は、従前の最高裁の判断枠組みに沿うものであり、上記判断枠組みのもとで抗告

状の送達を要しない事例といえる。他方で、最高裁判平成二〇年決定（①事件）以降も、即時抗告の相手方に不利益な判断変更を行う際に際して抗告状を送付しなかった点が問題とされた事件が続いていること、また、非訟事件手続法および家事事件手続法において抗告審での当事者の手続保障に留意した規定を定めたこと（非訟事件手続法六九条、七〇条、家事事件手続法八八条、八九条）を背景に、なお書きにおいて抗告審裁判所への注意喚起を行っているものと考えられる。

三 学説の状況

抗告状の写しなどを相手方に送付することなく、この者に不利益な判断を下すことができるかという問題について、学説の対応は分かれる。

これまでは、家事審判手続の抗告審手続において抗告状の送達が行われなかった場合をめぐって、判例評釈を中心に学説は議論をしてきた。第一の見解は、抗告審において相手方の手続関与の機会を奪うことは憲法に反するとする立場である。この見解は、いわゆる審尋請求権は憲法三二一条に根拠を有する憲法上の権利であることを前提とする立場である¹²⁾。第二の見解は、審尋請求権の侵害が著しい場合

は憲法違反を問いうるが、それ以外の場合には審理不尽を問う可能性を認めるとする立場である。¹³⁾ 第三の見解は、抗告状の送達が手続裁量に属する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、また、通常の不服申立手段を有しない場合には手続裁量の範囲を超えているとする立場である。¹⁴⁾

他方、文書提出命令の抗告審における抗告状の送達に関する、最近の最高裁決定（前記④事件）を契機とした議論においても同様な議論の展開がみられる（両者とも抗告審手続における抗告状の送達の問題という点では共通するが、前者は家事審判の抗告審手続であるのに対して、後者は訴訟手続における付随的決定の抗告審手続であるため、区別しておく）。第一の見解は、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三二条に反するとする立場である。¹⁵⁾ 第二の見解は、本案審理について憲法上の手続保障が確保されている以上は、裁判を受ける権利あるいは審尋請求権の確保としては十分であり、付随手続について抗告状の送達について憲法問題は生じないとする立場である。¹⁶⁾

四 補助参加人に対する手続保障

本決定は、補助参加は「付随手続」であることから、「純然たる訴訟」におけるような憲法上の保護の対象から外れるとする。その際、裁判所は、最決昭和三五年七月六日民集一四卷九号一六五七頁、最判昭和四〇年六月三〇日民集一九卷四号一一一四頁を引用したうえで、「補助参加の許否の裁判は、民事訴訟における付随手続についての裁判であり、純然たる訴訟事件についての裁判に当たるものではないから、原審が、被告人（原審における相手方）に対し、即時抗告申立書の副本の送達をせず、反論の機会を与えることなく不利益な判断をしたことが憲法三二条に違反するものではないことは、上記判例の趣旨に照らして明らかである。」とした。すでに多くの学説が指摘するように、これら二つの最高裁決定は、そもそも憲法八二条が定める公開原則が適用される事件に関する判例である。すなわち、昭和三五年決定は、家屋の明渡請求などが問題となった事件で、戦時民事特別法一九条二項、金銭債務臨時調停法七条一項により、裁判所が職権調停を行い、これが不調となったため調停に代わる決定を行ったことが憲法に違反するかが問題となった。最高裁は、純然たる訴訟事件につき公開法廷で審理されないなら憲法八二条に違反するとともに、憲法三二条の裁判を受ける権利を侵害するとし

て違憲の判断を下した。また、昭和四〇年決定は、婚姻費用分担の審判が非公開、任意的口頭弁論で行われたことが憲法三二条、八二条に反するかが問題となった事案で、最高裁は、婚姻費用の分担の審判はその性質上非訟事件であるので、公開法廷での対審および裁判を受けることがなくとも憲法に違反しないとされた。このように両決定は「裁判を受ける権利」(憲法三二条)と「裁判の公開」(憲法八二条)を一体ととらえて、「純然たる訴訟事件」はその適用を受けるといふものであり、その狙いは「非訟事件」をこれらの保護から外すことであつた。たしかに、裁判を受ける権利と公開・対審の保障が密接な関係を有することは否定できないが、もともと「裁判を受ける権利」には、一定の手續保障をもつた裁判を受けるといふ要素があり、⁽¹⁷⁾憲法八二条と三二条は直結しないと理解すべきであらう。⁽¹⁸⁾

では、「付随手續」である補助参加手續は、憲法上の保障は及ばないと考えるべきであらうか。補助参加手續は、係属中の訴訟における一方の当事者を勝訴させる目的で参加をし、独自の請求を定立するわけではなく、また補助参加人は従たる当事者とも称せられることから、補助参加人がなしうる訴訟行為も制限を受ける(民訴法四五条一項ただし書き、同条二項)。しかし、補助参加人は、訴訟法律

行為を自己の名において行い(民訴法四五条一項本文)、また、補助参加人の最終的な目的は一方当事者を勝訴させることによつて、訴訟の結果をめぐる自己の利益を守る点にある。本件では、補助参加人は、補助参加を認められた決定に即時抗告がなされたことを知らされずに手續が終了し、決定正本の送達がなされてはじめて即時抗告が申し立てられたことを知つたことから、補助参加人は、補助参加の許否に関する抗告審手續での手續保障の機会がまったく与えられないまま、手續が打ち切られてしまうことになるが、このような扱いは適切とはいえない。

たしかに、補助参加の利益は法律上の利益をいい、感情的利益や経済的利益は含まないと解されることから、⁽¹⁹⁾原審は、本件のような遺産の減少は経済的利益を理由としていふと考え、補助参加の利益は認められないと判断したものとされる。しかし、原々決定で補助参加が認められた者にとつては、⁽²⁰⁾いったん補助参加が認められたにもかかわらず、自分が知らないまま抗告が提起され、何ら手續関与が認められないまま補助参加不許の決定を言い渡される事態は手續保障上問題があるし、また、場合によつては、即時抗告がなされたことを知ることによつて、相手方が補助参加を行うための新たな理由を持ち出すことも考えられる。

裁判所は、「原審において新たな法的主張が提出されたわけでもないから、その審理手続に裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるとはいえない。」とするが、即時抗告が提起されたことを知らない当事者にとつては、原審で新たな法的主張を述べる機会はそもそも与えられていない。このような補助参加人の手続上の利益を保護するには、補助参加人としての地位そのものに手続参加権の保護を認めて抗告状の送付などは必要と解すべきであろうし、その根拠は憲法三三二条の審尋請求権により要請されていると解する⁽²¹⁾。

このような評価は、「原々審において攻撃防御が尽くされ、原審において新たな法的主張が提出されたわけでもない」と事後的に評価される場合であつても妥当すると考える。

五 特別抗告における審理対象

特別抗告における審理対象について問題があるので検討しておく。

本件では、抗告許可の申立もなされていたが、原審はこれを許可しなかった。したがって、本件で裁判所に求められた判断は、特別抗告（民訴法三三六条）に関する部分、

すなわち憲法違反の有無ということになる。しかし、裁判所は、本件では三三六条に該当するような憲法違反は認められないとした上で、なお書きにおいて、「その審理手続に裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるとはいえない。」とし、法令違反の有無についても判断を示している。

これは特別抗告における職権破棄の問題として論じられている。すなわち、特別抗告に関する民訴法三三六条三項が、その性質に反しない限り特別上告に関する規定（民訴法三二七条）を準用するとしており、また特別上告に関する民訴法三二七条二項は、その性質に反しない限り上告審の訴訟手続に関する規定を準用することから、上告審における職権による破棄を定めた民訴法三二五条二項が、特別抗告でも準用されるのが問題となる。

かねてから最高裁は、特別抗告において法令違反を理由に破棄することを認めており⁽²²⁾、また、前述④事件の最高裁決定もこのような扱いをしているし、本決定もこれを前提としていると考えられる。しかし、いかなる根拠に基づいて、このような扱いを認めるのか、これまで裁判所は明らかにしていない。

この点について、許可抗告の制度は最高裁判所の負担過

重とならないように配慮しながら法令解釈の統一を図るために設けられたものであるから、職権による法令違反の顧慮は最高裁に負担となり許可抗告制度の目的を没却させてしまうことになるとして、このような扱いに消極的な見解が主張されている⁽²⁵⁾。しかし、原審における手続に関する瑕疵が明白かつ重大である場合に、法令違反を理由に職権で破棄しても裁判所の負担が直ちに加重になるとはいえず（なお、職権による破棄は裁量に基づく。民訴法三二五条二項）、これを認めたとしても最高裁の憲法審としての機能を害するものとは言えないであろう。また、特別上告においても当事者救済機能は認められるといえ、手続の瑕疵が明白かつ重大な場合に、例外的に職権による破棄を認め⁽²⁶⁾ても差し支えないと考える⁽²⁷⁾。

- (1) 大決昭和十三年一月二日民集一七卷一九八四頁。
- (2) 最判平成二三年四月二三日判時二一九号三三頁のコメント参照。
- (3) 最決昭和三五年七月六日民集一四卷九号一六五七頁、最判昭和四〇年六月三日民集一九卷四号一一一四頁。
- (4) 最決平成二〇年五月八日家月六〇卷八号五一頁、判時二〇一一年一六頁、判タ一二七三号一二五頁。解説・

- 評釈として、石田浩二「判批」平成二〇年度主要民事判例解説（別冊判例タイムズ二五号）一二四頁（二〇〇九年）、垣内秀介「判批」平成二〇年度重要判例解説（ジュリスト一三七六号）一五五頁（二〇〇九年）、川嶋四郎「判批」法学セミナー六五〇号一二六頁（二〇〇九年）、塩崎勤「判批」民法情報二六七号八一頁（二〇〇八年）、宍戸常寿「判解」判例セレクト二〇〇八（法学教室三四二号別冊）九六頁、園田賢治「判批」法政研究七五卷三号一一五頁（二〇〇八年）、本間靖規「判批」私法判例リマックス三八号一二六頁（二〇〇九年）、三木浩一「判批」法学研究八三卷一〇号八四頁（二〇一〇年）、山田文「判批」速報判例解説三号一五三頁（二〇〇八年）。
- (5) 最決平成二二年二月一日家月六二卷三号四七頁。評釈として、稲田龍樹「判批」平成二二年度主要民事判例解説（別冊判例タイムズ三二号）二〇〇頁（二〇一二年）。
 - (6) 最決平成二二年九月二九日判時二二二二号五頁。
 - (7) 最決平成二三年四月二三日民集六五卷三号一二九〇頁、判時二一九号三二頁、判タ一三五二号一五五頁。解説として、安達栄司「判批」法律のひろば六五卷七号四九頁（二〇一二年）、宇野聡「判批」平成二三年度重要判例解説（ジュリスト一四四〇号）一三一頁（二〇一二年）、加藤新太郎「抗告審の審理における手続保障」判例タイムズ一三五七号五三頁（二〇一二年）、加波真一「判批」

民商法雑誌一四五卷三号五七頁（二〇一一年）、川嶋四郎「判批」法学セミナー六八三号一二六頁（二〇一一年）、川嶋隆憲「判批」法学研究八五卷一号一五七頁（二〇一二年）、田中壯太「判批」NBL九六七号七九頁（二〇一一年）、草鹿晋一「判批」新・判例解説Watch 一〇号一二七頁（二〇一二年）、園田賢治「判批」法学教室判例セレクト二〇一一年「II」三四頁、田辺誠「判批」私法判例リマックス四五号一〇六頁（二〇一二年）、渡邊和道「判批」同志社法学六五卷一四七頁（二〇一三年）。

(8) 参照、金子修編著『一問一答非訟事件手続法』一〇三頁（商事法務、二〇一二年）、金子修編著『一問一答家事事件手続法』一四六頁（商事法務、二〇一二年）。なお、終局決定までの間に生ずる付随的裁判については、手続の迅速性を優先させて抗告状の写しの送付は裁判所の裁量に委ねている（金子・前掲非訟事件手続法八八頁、および金子・前掲家事事件手続法一七七頁参照）。

(9) 大決昭和十三年一月二日民集一七卷一九八四頁。建物取去命令に対する再抗告を行うに際して、抗告人が一〇日余を経過しても再抗告理由書を提出しなかったため、大審院が再抗告を棄却した。これに対して、抗告人が、上告裁判所が原裁判所から訴訟記録の送付を受けたときは当事者に通知するとの民訴法三九七条の規定が抗告裁判所の決定に対する即時抗告にも準用され、通知を

受けたときから三〇日以内に理由書を提出すべきところ、通知がなされなかったため提出の時機を失ったとして再審を申し立てた事案である。裁判所は、「凡そ即時抗告を許す裁判は速に確定せしむべきものなれば、抗告裁判所の決定に対する即時抗告及之に対する抗告裁判所の訴訟手続に付、民事訴訟法第三百九十七條乃至第三百九十九條に規定するが如き緩裕なる手続を執るは其の性質に反するものと云うべし。」として、当事者に対する通知を定める規定の準用を否定した。有力説もこれにしたがっていた。評釈として、吉川大二郎「判批」民商法雑誌九巻四号一三三頁（一九三九年、判旨に賛成）、斉藤秀夫「判批」法学協会雑誌五七巻四号一六二頁（一九三九年、判旨に賛成）。参照、菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法（III）』三三六頁以下（日本評論社、一九八六年）。

(10) なお、最判昭和五六年九月二四日民集三五巻六号一〇八八頁では、弁論の再開は裁判所の専権事項であるところ、弁論の再開を行わずに判決を下したことが民事訴訟における手続的正義に反するとして、裁量権の逸脱が認められた。この判例で示された、手続的正義によって裁判所の裁量を限界づける手法は、本評釈で問題となった抗告状を相手方へ送付すべきか否かの問題にも用いられる。

(11) 文書提出命令の即時抗告に関する抗告状の送達を行わ

- なかったことが違法となるとした、最判平成二三年四月一三日民集六五卷三号一二九〇頁(本文④事件)は、①本案との関係で当該文書が極めて重要な書証であること、②文書を所持しているか否かが当事者の主張・立証に依存するところが大きいこと、③不服が申し立てられた決定につき具体的反論が記載され、それを根拠づける証拠が引用されていること、④即時抗告を申し立てられたことを相手方が知らなかったこと、の事情が認められることを考慮要素として挙げている。
- (12) 三木・前掲注(4)九三頁。
- (13) 園田・前掲注(4)二二頁。
- (14) 本間・前掲注(4)二二九頁、山田・前掲注(4)一五六頁。
- (15) 川嶋(四)・前掲注(7)一二六頁(ただし、憲法三一条を根拠にする)、川嶋(隆)・前掲注(7)一六二頁、田辺・前掲注(7)一〇八頁。
- (16) 宇野・前掲注(7)二二二頁、加藤・前掲注(7)五六頁(注一〇)。
- (17) 三ヶ月章「裁判を受ける権利」『民事訴訟法研究(七)』一一頁(有斐閣、一九七八年)。
- (18) 紺谷浩司「審問請求権 (Anspruch auf rechtliches Gehör) の保障とその問題点」『民訴雑誌一八号一六四頁(一九七二年)、中野貞一郎『民事手続の現在問題』一〇

頁(判例タイムズ社、一九八九年)。

- (19) 秋山幹夫ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ(第二版追補版)』四二六頁(日本評論社、二〇一四年)、伊藤眞『民事訴訟法(第四版)』六三二頁(有斐閣、二〇一一年)、上田徹一郎『民事訴訟法(第七版)』五五八頁(法学書院、二〇一一年)、新堂幸司『新民事訴訟法(第五版)』八〇六頁(弘文堂、二〇一一年)。したがって、たとえば、原告が勝訴することによって原告からの弁済が見込める、あるいは当事者たる会社の勝敗如何で株主配当に影響が生ずるといった経済的利益は補助参加の利益とはならないとされる。大決昭和七年二月二二日民集一一卷一一九頁、大決昭和八年九月九日民集一二卷二二九四頁。

- (20) かりにこの場合に補助参加が認められるとするならば、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(下)(第二版)』四三七頁(有斐閣、二〇一二年)が挙げる転用型と称すべき類型に該当することが考えられる。同頁では、所在不明の夫が公示送達により金銭支払請求訴訟を提起されたところ、妻が夫に補助参加することを認めた名古屋高決昭和四三年九月三〇日高民集二二卷四号四六〇頁が、転用型の例として挙げられている。この場合に補助参加が認められる理由として、公示送達で判決を下すよりも妻の補助参加を認めることの方が紛争解決の実質が高まることが述べられている。

- (21) 田辺・前掲注(7)二〇九頁。川嶋四郎「本件判批」法学セミナー六九三号一四二頁(二〇一二年)は、憲法三一条違反とする。
- (22) 最決平成一三年六月一四日判自二七号二〇頁、最決平成一四年一〇月三〇日裁時一三二七号一頁、最決平成一六年九月一七日判時一八八〇号七〇頁。これらの決定においては、とくに理由は明らかにされていない。
- (23) 最決平成二三年四月一三日民集六五卷三号一二九〇頁。
- (24) 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』三七四頁(商事法務研究会、一九九六年)。
- (25) 特別上告についてはあるが、否定説に立つのは、賀集唱ほか編『基本法コンメンタール民事訴訟法3(第三版追補版)』九七頁「上北武男」(日本評論社、二〇一二年)、兼子一『新修民事訴訟法体系(増補)』四七八頁(酒井書店、一九六五年)、新堂・前掲注(19)九三七頁、松本博之『上野泰男『民事訴訟法(第七版)』七七七頁(弘文堂、二〇一二年)。
- (26) 加波・前掲注(7)六七頁、三木・前掲注(4)九六頁、山田・前掲注(4)一五六頁。特別上告について肯定説に立つのは、笠井正俊『越山和広編『新・コンメンタール民事訴訟法(第二版)』一一〇五頁「笠井」(日本評論社、二〇一三年)、兼子一ほか『条解民事訴訟法(第二版)』一六六五頁「松浦馨」加藤新太郎」(弘文堂、二〇一二年)。
- (27) 本件解説・評釈として、川嶋・前掲注(21)一四二頁、宗宮英俊「NBL判例紹介」NBL九七三号八六頁(二〇一二年)がある。

芳賀 雅顯