

〔民 集 未 登 載 最 高 裁 民 訴 事 例 研 究 五 七〕

当事者双方が口頭弁論期日に連続して出頭しなかった場合において、訴えの取下げがあったものとみなされないとした原審の判断に民法二六三条後段の解釈適用を誤った違法があるとされた事例

最高裁令和五年九月二七日第三小法廷決定（令和四年（許）二一号）裁判集民事二七〇号一六一頁、判タ一五一六号六〇頁、判時二五八四号八五頁

〔事 実〕

X（大阪拘置所収容中の死刑確定者）は、Yの執筆した雑誌記事による名誉毀損等を理由として、Yに対し、不法行為に基づく損害賠償金等の支払請求訴訟（以下「本件訴訟」という）を同拘置所の所在地を管轄する大阪地方裁判所に提起した。

X及びYは、本件訴訟が第一審に係属した後、適式な呼出しを受けたにもかかわらず、第一回口頭弁論期日及びその次の期日である第二回口頭弁論期日（以下「本件口頭弁論期日」という）に連続して出頭しなかった。本件口頭弁論期日では、期日を延期し、新たな口頭弁論期日を指定する旨の措

置がとられた。

なお、Xは、本件訴訟において、訴訟代理人を選任しておらず、第一回口頭弁論期日及び本件口頭弁論期日に先立ち、拘置所長の許可が得られないため自ら出頭することはできないなどとする上申書を提出していたが、本件口頭弁論期日に至るまでの間に、Xにおいて、訴訟代理人を選任することが具体的に見込まれていたとかがわれない。

Xは、本件口頭弁論期日の後、面会した弁護士が東京地方裁判所には出頭し得ると述べたとして、本件訴訟を同裁判所に移送することを求める申立てをした。これに対し、Yは、民法二六三条後段により本件訴訟について訴えの取下げが

あったものとみなされると主張した。原々審が移送決定をして、Y が即時抗告を申し立てた。

原審は、本件口頭弁論期日において、審理を継続することが必要であるとして、期日の延期とともに新たな口頭弁論期日の指定がされたのであるから、本件口頭弁論期日は民訴法二六三条後段の「期日」に当たらず、同条後段の規定にかかわらず本件訴訟について訴えの取下げがあったものとはみなされないと解すべきであるとした上、本件移送申立てに基づき、本件訴訟を東京地方裁判所に移送すべきものとした。Y が許可抗告を申し立てたのに対して、原審が許可した。

〔決定要旨〕

原決定破棄・原々決定取消・移送申立却下

「民訴法二六三条後段は、当事者双方が、連続して二回、口頭弁論又は弁論準備手続の期日に出頭しなかった場合、訴えの取下げがあったものとみなす旨規定する。同条後段の趣旨は、上記の不出頭の事実をもって当事者の訴訟追行が不熱心であるとして、訴訟係属が維持されることにより裁判所の効率的な訴訟運営に支障が生ずることを防ぐことにあると解されるが、同法には、上記の場合において、同条後段の適用を排除し、審理を継続する根拠となる規定は見当たらない。そうすると、上記の場合に、審理の継続が必要であるとして、期日を延期して新たな口頭弁論又は弁論準備手続の期日を指

定する措置がとられたとしても、直ちに同条後段の適用が否定されるとは解し得ず、同条後段の「期日」の要件を欠くことになるともいえないというべきである。

そして、本件訴訟においては、当事者双方が第一審の第一回口頭弁論期日及び本件口頭弁論期日に出頭せず、訴状の陳述もされていないところ、X（本件訴訟の原告）は、拘留所に収容されている死刑確定者であり、本件口頭弁論期日に至るまで、訴訟代理人を選任する具体的な見込みを有していたともうかがわれないことからすると、X が主観的に訴訟追行の意思を失っていないからにせよ、当事者双方が出頭しないことにより裁判所の訴訟運営に支障が生じており、これが直ちに解消される状況になかったことは明らかであり、そのほか訴えの取下げがあったものとみなすことを妨げる事情も見当たらない。そうすると、本件口頭弁論期日において、上記の措置がとられたからといって、同条後段の適用が否定されると解することはできないというべきである。

したがって、本件訴訟について訴えの取下げがあったものとみなされないとした原審の判断には同条後段の解釈適用を誤った違法がある。」

「以上のとおり、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。論旨は理由があり、原決定は破棄を免れない。そして、以上に説示したところによれば、本件訴訟について訴えの取下げがあったものとみなさ

れ、本件移送申立ては不適法であるから、原々決定を取り消し、Xの本件移送申立てを却下すべきである。」

なお、宇賀克也裁判官の補足意見がある。

〔評 釈〕

本決定に賛成する。

一 本決定の意義

(1) 本決定の意義

当事者双方が、連続して二回、口頭弁論若しくは弁論準備手続の期日（以下「口頭弁論等の期日」という）に出頭せず、又は弁論若しくは弁論準備手続における申述をしないうで退廷若しくは退席をした場合（以下「欠席した場合」という）、訴えの取下げが擬制される（民訴法二六三条後段）。

本決定は、当事者双方が連続二回の口頭弁論等の期日を欠席した場合、民事訴訟法（以下「民訴法」）二六三条後段の適用を排除する規定がないことから、裁判所が審理継続の必要のために期日を延期して新たな期日を指定したとしても、同条後段が適用されて訴えの取下げが擬制されることを明らかにした最高裁決定例としての意義をもつ¹⁾。

(2) 非訟事件手続法・家事事件手続法との相違

非訟事件手続法六四条、家事事件手続法八三条は、申立人等が連続二回、当該事件の手続の期日の欠席等があった場合、申立ての「取下げがあったものとみなすことができる」と定めているため、裁判所の裁量により訴えの取下げを擬制しないことを認める規定と解することができる（宇賀補足意見参照）。

これと対比すると、民訴法二六三条前段は、当事者双方が口頭弁論等の期日に欠席した場合において、一月以内に期日指定の申立てをしないときは、「訴えの取下げがあったものとみなす」と定めており、同条後段は、当事者双方が、連続二回、口頭弁論等の期日に欠席したときも、「同様とする」と定めていることから、民訴法二六三条後段は、裁判所に訴えの取下げ擬制をしない裁量を認める規定と解する余地はない。

以上より、本決定は、民訴法二六三条後段の規定の文言を重視して結論を導いたものと考えられる。もつとも、本決定も同条後段の適用について一切の例外を認めない趣旨ではなく、取下げ擬制を妨げる事情があれば、例外的に取下げを擬制しない余地があることを示唆する。このような民訴法二六三条後段の適用除外に関しては、従来から議論

があり(後述三参照)、宇賀補足意見は、同条後段の適用除外について、本件事例を具体的に検討している(後述四参照)。

二 民訴法二六三条後段の沿革・趣旨と適用場面

(1) 民訴法二六三条後段の沿革と趣旨

民訴法二六三条後段の沿革については、まず、明治民法一八八条において、当事者双方が欠席した場合、いずれかの当事者から期日指定申立てがあるまで訴訟手続は当然に休止し、一年以内に期日指定申立てがなければ、訴えの取下げが擬制される制度があった。その後、大正一五年改正により、旧民訴法二三八条は、当事者の合意による訴訟休止の制度が廃止されたのに伴い当事者双方の欠席による当然休止の制度を廃止するとともに、当事者双方が欠席した場合、その後三ヶ月以内に期日指定の申立てがなければ、訴えの取下げがあったものとみなされることとした(期日指定申立期間の短縮と訴えの取下げ擬制⁽²⁾)。

その改正の結果、当事者双方が期日に欠席し、三ヶ月以内に期日指定の申立てをすることを繰り返すことで、事実上休止がされたのと同じ状態を作出することができた。一方では、これは不熱心訴訟追行として、訴訟促進の観点か

ら問題視されることとなった。不熱心訴訟追行に対して、弁論を終結して終局判決をすることができるとあるが、そうでない場合は、期日指定申立てを信義則違反ないし権利濫用として却下して、訴えの取下げ擬制をして訴訟を終了させたり、訴権濫用ないし訴えの利益を欠くとして訴えを不適法却下したり、旧民訴法二〇二条により補正命令に応じないことにより口頭弁論を経ずに却下したりするなどの対応がされた⁽³⁾。

他方では、裁判外の和解交渉中や関連事件の様子待ちなど期日の欠席に相当の理由がある場合であっても、期日指定されると欠席と期日指定申立てを繰り返すほかないため、実務では、相当の理由がある場合には裁判所が「期日は追って指定」とすることで、手続を事実上停止する対応がされていたようである⁽⁴⁾。

平成八年改正においては、期日指定申立ての期間が長すぎるため短縮する必要があると考えられて、現行民訴法二六三条前段において、期日指定申立ての期間が三ヶ月から一ヶ月へ短縮され⁽⁵⁾、欠席と期日指定申立てを繰り返すこと(不熱心訴訟追行)に対処するための規定がないため、こうした状況を可及的に防止する趣旨で、現行民訴法二六三条後段が規定された⁽⁶⁾。

民訴法二六三条の趣旨については、旧民訴法二三八条の趣旨として、①期日懈怠に対する制裁とする説（制裁説）、②事件整理のために一定期間内に当事者が期日指定申立てをしない限り訴訟を維持する意思がないものと擬制するものとする説（多数説）、③当事者の意思推定規定でなく訴訟整理のための公益的理由とする説があった。⁽⁷⁾ 学説においては、民訴法二六三条前段の趣旨としては、多数説が妥当であり、民訴法二六三条後段の趣旨については、制裁を直接定めた規定と解することもできるが、連続二回の欠席という当事者の態度に基づいて訴訟を進行する意思がないものとして扱う規定と解すれば足りるとして、民訴法二六三条は前段も後段も区別なく多数説を支持する見解が有力である。⁽⁸⁾ これに対して、制裁説を分析した上で、民訴法二六三条の効果が原告への制裁として機能することが期待されていると見るべきであるとの学説もある。⁽⁹⁾

本決定は、「同条後段の趣旨は、上記の不出頭の事実をもって当事者の訴訟追行が不熱心であるとして、訴訟係属が維持されることにより裁判所の効率的な訴訟運営に支障が生ずることを防ぐことにある」としており、①制裁説とは距離をとっており、⁽¹⁰⁾ ②当事者の訴訟追行の「不熱心」を擬制しているという意味では、多数説に近いといえる。も

つとも、不熱心訴訟追行から効率的訴訟運営という公益を保護する③の見解に近いとみることもできよう。

（２）民訴法二六三条後段の適用場面

当事者双方が期日に（初めて）欠席した場合に裁判所がとりうる手続として、次の五つがある。⁽¹¹⁾ ①口頭弁論を続行して、職権により次回期日を指定する。②口頭弁論を続行するが、期日は「追って指定」とする。③口頭弁論を終えて、いわゆる「休止」の状態とする。その後一ヶ月以内に期日指定申立がなければ、いわゆる「休止満了」による訴えの取下げ擬制（民訴法二六三条前段）の効果が生ずる。

④審理の現状及び当事者の訴訟追行の状況を考慮して相当と認めて、口頭弁論を終結し、審理の現状に基づく終局判決をする（民訴法二四四条）。⑤裁判をするのに熟しているとして、口頭弁論を終結し、終局判決をする（民訴法二四三条）。

以上の五つのうち、①②および期限内に期日指定申立てがあった場合の③においては、次回期日が指定されることになり、その指定された期日に当事者双方が欠席した場合、二六三条後段が適用されることになる。

民訴法二六三条後段にいう連続二回欠席の対象となる

「期日」とは、口頭弁論期日、弁論準備手続期日、準備的口頭弁論期日を意味する。⁽¹³⁾ 判決言渡期日は、当事者双方が欠席しても裁判所は判決を言い渡すことができるため（民訴二五一条二項）、民訴法二六三条の期日には該当しないと解されている。⁽¹³⁾ つまり、判決言渡期日において裁判所が判決言渡しをせずに訴えの取下げ擬制をすることはできない。証拠調期日も、民訴法二六三条の期日に該当しないと解されている（通説）。⁽¹⁴⁾ 証拠調期日は、裁判所が証拠決定を取り消さない限り、新时期を指定して証拠調べを実施しなければならないため、証拠調べが完結するまでは当事者が弁論することはできないためである。和解期日も、民訴法二六三条の文言が、「口頭弁論等の期日」（民訴法二六一条三項参照）とは異なり、「口頭弁論若しくは弁論準備手続」と明確に書き分けていることから、民訴法二六三条の期日に含まれないと解されている。もともと、和解期日の懈怠も申立ての取下げ擬制とする規定（非訟事件手続法六四条）を挙げて、民訴法においても同様の考え方がとられるべきなのかもしれないという指摘がある。⁽¹⁵⁾ この見解は、民訴法二六三条と非訟事件手続法六四条との共通化を図る方向性をもつ学説といえる。

なお、当事者双方の欠席と民訴法二四四条（審理の現状

に基づく判決）との関係について、裁判所は、どのような場合に審理の現状に基づく判決をすべきであるかについては、議論があるが、本稿では紙幅の関係上取り上げない。⁽¹⁶⁾

三 民訴法二六三条後段の適用除外

（一）取下げ擬制を妨げる事情

本決定は、民訴法二六三条後段の適用を裁判所の裁量によって排除すること（訴えの取下げ擬制の回避）を原則として認めていないと考えられる。しかしながら、本決定は、①当事者双方が出頭しないことにより裁判所の訴訟運営に支障が生じており、これが直ちに解消される状況、②そのほか、訴えの取下げがあったものとみなすことを妨げる事情があれば、例外的に取下げ擬制をしない余地を認めることを示唆する。

①の具体例としては、突発的な交通事故等（列車事故など）、事前に期日変更の上申等を行う暇がない事由が発生し、かつ、当該事由が解消されれば事件を進行することができる⁽¹⁷⁾と見込まれる場合が挙げられる（宇賀補足意見参照）。②の具体例としては、一方当事者による訴訟妨害等であり（宇賀補足意見参照）、相手方の脅迫など刑事上罰すべき行為によって欠席した場合が挙げられる。⁽¹⁸⁾

前記①②のように例外的な事情がある場合には、本決定を前提としても、訴えの取下げ擬制は妨げられるであろう。それでは、刑事収容施設の被収容者の場合は、①または②に該当するであろうか。刑事収容施設の被収容者の場合、被収容者である状況が直ちに解消される状況にあるケースはほとんどないことから、①にあたらぬ。訴訟妨害目的で相手方を刑事収容施設に収容させることも考えにくいため、②にもあたらない。裁判所の裁量の余地を認めない明文規定の文言を重視している本決定を前提とすると、②を緩やかに解釈することを裁判所に期待することはおそらく困難であろう。

(2) 民訴法二六三条後段を適用除外とする解釈

訴えの取下げ擬制を妨げる事情がある場合に、どのようにして民訴法二六三条後段の適用除外を導く解釈ができるかが問題となる。この問題について、①期日指定の申立てについては、解釈論としてはかなり無理をしないと難しいとの指摘がある。¹⁹⁾ ②期日の原状回復については、規定が破産法にしかないとの指摘があった。²⁰⁾ これは旧破産法二八八条²¹⁾を意味し、現行破産法においては、破産者の異議の追完に原状回復の申立ては不要とされている（現行破産法一二

三条）。なお、一九四二年施行の戦時民事特別法（一九四六年廃止）八条の二本文においては、連続二回欠席の場合に訴えの取下げを擬制していたが、旧破産法二八八条と同趣旨の但書があり、救済が図られていたようである。²²⁾ ③口頭弁論の再開については、訴えの取下げによって訴えがなくなっており、弁論の再開はできないとの指摘がある。²³⁾ ④取下げ擬制自体は認めた上で、再度、訴えを提起して、時効の完成猶予効、出訴期間遵守の効力は維持されると扱うことが提案されている。²⁴⁾

(3) 期日の延期と変更

原審は、審理継続の必要を理由として期日を延期した場合は、当該期日は二六三条後段の期日に該当しないとの解釈をした。しかし、期日の延期とは、期日を開始したがその期日には訴訟行為をせずに、別の期日を指定することであり、期日開始前にその期日を指定した裁判を取り消して、別の期日を指定する期日の変更（民訴法九三条三・四項）とは区別される。この区別を前提にすると、原審の解釈には無理があり、本決定はこの区別を前提として原審の解釈を否定したものと考えられる。²⁵⁾

四 刑事収容施設の被収容者

(1) 問題の所在⁽²⁶⁾

刑事収容施設の被収容者に対する出廷許可は、昭和三五年七月二二日付け矯正甲第六四五号法務省矯正局長通達「収容者提起にかかる訴訟の取扱いについて」に基づいて運用されており、訴訟について裁判所から召喚を受けた被収容者の出廷については、具体的事案における出廷の必要の程度及び出廷の拘禁に及ぼす影響の程度等を勘案し、施設長の裁量によりその許可を決することを原則としている。⁽²⁷⁾

憲法三二条の裁判を受ける権利との関係については、民事事件については訴訟代理の制度があること、および民事法律扶助等の制度があることから、刑事収容施設の被収容者が裁判所において自ら訴訟進行する権利までも保障するものではないと解されている（東京高裁昭和六三年二月一九日判タ六八〇号二三五頁が引用する東京地決昭和六二年一月二日判タ六八〇号二三六頁など）。

出廷不許可が違法でないことを前提とする刑事収容施設の実際の運用としては、被収容者の出廷が許可される可能性はきわめて低い。⁽²⁸⁾ 出廷不許可の場合に、本人訴訟を提起する刑事収容施設の被収容者の裁判を受ける権利を保障するという観点から、訴えの取下げ擬制を例外的に適用排除

することが有効か否かが問題となる。

取下げ擬制肯定説（宇賀補足意見）は、次のように論じる。本人訴訟を提起する死刑確定者について、民法二六三条後段の訴えの取下げ擬制の例外を認めたとしても、その後、事件が進行する見込みは立たないと思われる。本人の出廷が困難であることは提訴前から判明している事情であり、突発的な事情ではなく、移送しても解消の見込みがないためである。したがって、被収容者の出廷不許可の場合には、取下げ擬制による処理をすべきである。

取下げ擬制肯定説に対する批判は、こうである。民事訴訟が本人訴訟を原則としており、訴訟代理制度はこれを補充するものである。民事法律扶助もその前提で設計されている。したがって、刑事訴訟と異なり、必ずしも訴訟代理人を選任できるとは限らないことから、被収容者本人が出廷する権利も可及的に保障されるべきである。⁽²⁹⁾ 訴えを提起しても、取下げ擬制により終了するのであれば、裁判を受ける権利は実質的に奪われた結果となり、実質上の出訴権侵害（裁判拒否）と評するほかに、かかる扱いが一般化すれば、被収容者から訴えられた場合、答弁書も提出せず欠席すれば事実上、被告勝訴とほぼ同様の利益状況を確保できることとなり、被収容者の人権保障は全く空洞化して

しまうこととなる。⁽³⁰⁾

(2) 裁判所に期待される解決策

前述の通り、被收容者について議論されているのは、取下げ擬制の例外を認めるべきか否かではなく、被收容者の出廷権を原則として認めるべきか否かという問題についてである。被收容者の裁判を受ける権利の観点から受訴裁判所に期待される対応として提案されているものとしては、次のものがある。

①連絡調整⁽³¹⁾（当該刑事收容施設に当該被拘禁者からの出廷願いの有無等を照会して当該不出廷が当該被拘禁者の意思によるものか確認し、出廷不許可による場合、不許可理由を照会して刑事施設に任意の出頭協力を促す）、②書面による準備手続⁽³²⁾（書面による準備手続後に第一回口頭弁論期日を実施し、原告側訴状と準備書面について擬制陳述扱いとし、弁論を終結して判決する。ただし、擬制陳述には被告が期日に出席し本案の弁論をする必要あり⁽³³⁾）、③法テラスの利用⁽³⁴⁾（資力のない被收容者の場合、法テラスの利用により、弁護士を訴訟代理人とする⁽³⁵⁾）、④ウェブ会議による口頭弁論⁽³⁶⁾（被收容者本人のためにウェブ会議による口頭弁論が実施できる環境を刑事收容施設に整備する⁽³⁷⁾）。

なお、前記②③④の提案は、相互に両立するものであり、それらを組み合わせると、訴訟代理人委任コストが引き下げられ、訴訟代理制度の利用を希望する場合にそれを利用することができるようになるであろう。

五 本決定の射程

非訟事件手続法六四条、家事事件手続法八三条において「取下げがあつたものとみなすことができる」と規定する趣旨は、非訟事件手続、家事審判手続においては、取下げの要件を満たす場合であっても、裁判所が公益的、後見的な見地から手続を進行させるのが相当であると考えられる場合も想定されることから、取下げとみなすかどうかについては、裁判所の裁量に委ねることとしたものと説明されている⁽³⁸⁾。

しかし、取下げについて裁判所の許可が要求される場合を別とすれば、本来、申立人ないし当事者双方の意向に基づいて取下げをすることが認められていることと、こうした規律とが整合的なものかどうかについては、検討の余地が残されているという指摘がある⁽³⁹⁾。

この指摘を民法改正に対する指摘に読み替えてみよう。すなわち、原告ないし当事者双方の意向に基づいて訴えを

取り下げすることが認められている民訴法の訴えの取下げの規律と民訴法二六三条後段について「……退席をしたときも、同様とする」から「……退席したときは、訴えの取り下げがあつたものとみなすことができる」という規定に改正することが、整合的なものかどうかについては、検討の余地が残されている、という指摘と読み替えてみよう。

民事訴訟手続において当事者双方の初回の欠席の場合に、その欠席が不熱心訴訟追行の場合か、それとも欠席には相当な理由がある場合か、審理の現状はどのような状況か等を考慮して、裁判所は柔軟に対応している（前記二（２）

①（⑤参照）。前記三（１）でみたとおり、欠席に相当な理由があることが当事者双方の二回目の欠席の期日に裁判所に判明した場合に、民事訴訟の画一的な迅速化よりも、個別事情に応じた柔軟な対応の余地を認めることの方が重要であり、妥当である。個別事情の広狭の議論は続くにせよ、個別対応の余地を与えるために民訴法二六三条後段を裁判所の裁量を認める規定に改正することには合理性がある。したがって民訴法二六三条後段を非訟事件手続法六四条、家事事件手続法八三条と同様の規律に改めることは、民事訴訟法の訴えの取下げに関する規律と整合的といえる。前記改正により、当事者双方が取り下げを真に望んで連

続二回欠席しているにもかかわらず、裁判所が取下げを擬制しないケースが生じることになるが、その場合は、当事者が書面で訴えを取り下げればよい。訴えの取り下げ方法として、連続二回欠席による取下げ擬制という方法を当事者に保障すべき根拠は見当たらない。

仮に裁判所の裁量を認める明文規定が民事訴訟法に導入された場合、本件のような事案については、原々審の移送決定という対応は適法なものとして扱われることになると考えられる。本決定は、「審理を継続する根拠となる規定は見当たらない」として、非訟事件手続法六四条、家事事件手続法八三条と異なる民訴法の明文の規定を重視したものと解されるためである。

したがって、本決定の射程は、人事訴訟手続には及ぶと考えられるが（人訴法一九条参照）、非訟事件手続・家事審判手続には及ばないと考えられる。

（１） 本決定についての評釈等として、池田愛「判批」法学教室五二二号一一七頁（二〇二四年）、北村賢哲「判批」民商一六〇巻三号（二〇二四年）四八四頁、園田賢治「判批」ジュリスト一五九七号（二〇二四年）一一〇頁、秦公正「判批」判例秘書ジャーナルHJ1000199（二〇二

四年)、安永祐司「判批」法学セミナー八二八号(二〇二四年)一二二頁、数口康夫「判批」新・判例解説三四号(二〇二四年)一五三頁がある。本件事案の詳細について、前記北村評釈参照。

(2) 沿革について、新堂幸司「福永有利編『注釈民事訴訟法(5)』(有斐閣・一九九八年)三六四頁(原強)、高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法第4巻』(有斐閣・二〇一七年)一二四七頁(越山和広)、本間靖規「期日における当事者の欠席」福永有利ほか編『民事訴訟法の史的展開』(鈴木正裕先生古稀祝賀)(有斐閣・二〇〇二年)四六五頁参照。

(3) 加藤新太郎「不熱心訴訟追行に対する措置②—審理の現状に基づく判決」三宅省三ほか編集代表『新民事訴訟法大系—理論と実務—第3巻』(青林書院・一九九七年)三〇三頁、北村賢哲「『いわゆる欠席判決』法理の生成と展開(二・完)」千葉大学法学論集二二巻四号(二〇〇七年)一七頁、新堂「福永編・前掲注(2)三七三—三七四頁(原)参照。

(4) 新堂「福永編・前掲注(2)三六五頁、三七七頁(原)」。この扱いは現行法下においても必要であることについて、加藤・前掲注(3)三〇九—三一〇頁参照。

(5) 法務省民事局参事官室編「一問一答新民事訴訟法」(商事法務研究会・一九九六年)三〇五頁参照。

(6) 法務省民事局参事官室編・前掲注(5)三〇五頁参照。

(7) 新堂「福永編・前掲注(2)三六三頁(原)参照。

(8) 高田ほか編・前掲注(2)一二四七頁(越山)。

(9) 北村賢哲「原告の欠席による訴えの取下げ擬制」千葉大学法学論集三八巻一・二号(二〇二三年)一〇三頁以下。ただし、論者は、制裁説に親和的な趣旨解釈を前提としても、再訴可能性が開かれている以上、欠席の帰責性の審査をあえて行ってまで救済を図るべき場合は、再訴によれば出訴期間が順守できないという例外的な場面だけであろうという。同論文一〇六頁。

(10) 北村・前掲注(1)四八八頁。

(11) 村田渉「当事者の欠席」高橋宏志「加藤新太郎編『実務民事訴訟講座(第3期)第3巻』(日本評論社・二〇一三年)一二二頁参照。ただし、配当異議訴訟の場合は、原告が最初の口頭弁論期日に出頭しない場合には、その責めに帰することができない事由により出頭しないときを除き、却下しなければならない(民事執行法九〇条三項)と規定されており、これは当事者双方が欠席の場合であっても適用されると解されている。山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール民事執行法(第2版)』(日本評論社・二〇二三年)二八七頁(藤本利二)参照。それゆえ、配当異議訴訟において当事者双方の連続二回の欠席という事態は基本的に生じない。

(12) 上訴審における期日の欠席の場合は、上訴の取下げが擬制される。控訴について民訴法二九二条二項における二六三条準用、上告について民訴法三一三条による二九二条準用。

(13) 高田ほか編・前掲注(2)一二五一頁〔越山〕。

(14) 証拠決定が取り消された場合の議論について、高田ほか編・前掲注(2)一二五一頁〔越山〕参照。

(15) 高田ほか編・前掲注(2)一二五三頁〔越山〕。反対、川嶋四郎「当事者の意思による訴訟終了・考(二)」同志社法学七〇巻一号三二頁。当事者の不利益をもたらしかねない民事訴訟法二六三条の類推適用は控えるべきであろうとする。

(16) 諸学説について、加藤・前掲注(3)三二一頁以下、村田・前掲注(1)一一三頁以下参照。それまでの訴訟追行が不熱心で、裁判所のリソースの適正利用という観点から見過ぎせないと考えられるときとする見解など基本的に審理の現状に基づく判決をする際に、慎重なスタンスで臨むことが相当と考える見解が多いとみられる。

(17) 竹下守夫ほか編(ジュリスト増刊)『研究会新民事訴訟法 立法・解釈・運用』(有斐閣・一九九九年)三三七頁〔福田発言〕。否定例として、名古屋高決平成二三年一〇月二七日裁判所ウェブサイト、東京地判平成二九年一二月一四日税務訴訟資料二六七号順号一三〇八六。これらの

裁判例の概要について、秦・前掲注(1)五頁参照。

(18) 竹下ほか編・前掲注(17)三三九頁〔柳田発言〕。

(19) 竹下ほか編・前掲注(17)三三八頁〔竹下発言〕。反対、川嶋・前掲注(15)二八頁、三〇頁。川嶋説は、指定期日の欠席につき、不可抗力またはそれに近い事情が存在する場合や当事者に帰責事由がない場合には、訴訟行為の追完(民訴法九七条)の類推適用を通じて当事者を救済すべきであるとし、法的救済の必要性が二六三条前段の場合と同様に存在することから、期日指定申立てにより、訴えの取下げ擬制を争うことができると解される旨を論じる。

(20) 竹下ほか編・前掲注(17)三三八頁〔竹下発言〕。

(21) 旧破産法二八八条第一項「破産者カ其ノ責ニ帰スヘカラサル事由ニ因リ債権調査ノ期日ニ出頭スルコト能ハサリシトキハ其ノ事由ノ止ミタル日ヨリ一週間内ニ限り異議ヲ追完スル為破産裁判所ニ原状回復ノ申立ヲ為スコトヲ得」、第二項「裁判所ハ職権ヲ以テ破産者ノ異議アル債権ノ債権者ニ原状回復ノ申立書ヲ送達スルコトヲ要ス」、第三項「裁判所原状回復ヲ許シタルトキハ破産者カ債権調査ノ期日ニ於テ異議ヲ述ヘタルト同一ノ効力ヲ生ス此ノ場合ニ於テハ裁判所ハ債権表ニ異議ノ記載ヲ為スコトヲ要ス」。

(22) 勅使川原和彦「裁判によらない訴訟の終了」高橋宏志Ⅱ加藤新太郎編『実務民事訴訟講座(第3期)第3巻』(日本評論社・二〇一三年)四三四頁参照。

- (23) 竹下ほか編・前掲注(17)三三八頁〔福田発言〕
- (24) 竹下ほか編・前掲注(17)三三九頁〔竹下発言〕。
- (25) 北村・前掲注(1)四八七頁、四九〇頁、園田・前掲注(1)一一頁。
- (26) 安永・前掲注(1)一二三頁、藪口・前掲注(1)四頁参照。
- (27) 宇賀補足意見参照。実際に出廷許可がされることはあまりないようである。その理由としては、刑の執行に影響が出る、施設外への護送の負担があることが挙げられる。安永・前掲注(1)一二三頁参照。
- (28) 平成一五年の一年間、受刑者及び死刑確定者から民事訴訟への出廷の出願件数約四三〇件のうち出廷許可件数は約八〇件(施設内仮法廷への出廷は含まれない)。日本弁護士連合会「刑事被拘禁者が民事訴訟に出廷できない運用の改善を求める意見書」(二〇〇七年) https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/071024_2.pdf 一頁、藪口・前掲注(1)四頁注一〇参照。
- (29) 日本弁護士連合会・前掲注(28)一三頁、安永・前掲注(1)一二三頁参照。
- (30) 日本弁護士連合会・前掲注(28)一六頁参照。
- (31) 日本弁護士連合会・前掲注(28)一九頁参照。
- (32) 日本弁護士連合会・前掲注(28)二〇頁、安永・前掲注(1)一二三頁、藪口・前掲注(1)四頁参照。
- (33) もっとも、当事者双方が期日に欠席した場合に、原告が未決勾留中の刑事被告人であることを考慮して、旧民法一三八条(現行民訴法一五八条)を適用して擬制陳述扱いとした下級審裁判例として、東京地判平成八年六月五日判時一五九二号一一頁がある。この裁判例の概要について、秦・前掲注(1)六頁参照。判決に対する批判として、北村・前掲注(3)一八頁以下、前掲注(9)一一六頁注16がある。
- (34) 藪口・前掲注(1)四頁参照。
- (35) 東京地判昭和四五年一月一日訟務月報一七卷四号六二〇頁、東京地判平成二八年五月二三日LLI/判例秘書L07131348、宇賀補足意見参照。
- (36) 安永・前掲注(1)一二三頁、藪口・前掲注(1)四頁参照。
- (37) 安永・前掲注(1)一二三頁、藪口・前掲注(1)四頁参照。
- (38) 金子修編著『逐条解説非訟事件手続法』(商事法務・二〇一五年)二四六頁、金子修編著『逐条解説家事事件手続法』(商事法務・二〇一三年)二七二頁、藪口・前掲注(1)三頁。
- (39) 松川正毅ほか編『新基本法コンメンタール人事訴訟法・家事事件手続法(第2版)』(日本評論社・二〇二四

年) 三四二頁〔垣内秀介〕。

* 脱稿後、岡成玄太「判批」私法判例リマークス七〇号
(二〇二五年) 一一六頁に接した。

高田 賢治