

訴訟内非訟手続の手続形成に関する一点描

——最高裁平成29年9月5日第三小法廷決定を素材として——

川 嶋 四 郎

目 次

- I はじめに
- II 判例
 - 1 事案の概要
 - 2 本件最高裁決定
- III 検討
 - 1 本件最高裁決定の意義
 - 2 訴訟上の救助と国の直接取立権
 - 3 相殺処理の要否と新たな手続形成のあり方
- IV おわりに

I はじめに

民事訴訟過程は、当事者にとっては法的救済過程であり、実体的な権利義務または法律関係の存否の判断過程であるが、そのいわば大きな宇宙のなかに、あたかも小宇宙のように、それ自体ほぼ完結した付随的な判断手続がいくつも存在する。民事訴訟過程自体は、民事訴訟法・民事訴訟規則等によって規律され、いくつかの重要な最高裁判例¹⁾により、基本的な手続構造が示され、実体的権利義務の存否が問題となっている限り、口頭弁論が保障されている。これは、最も慎重で手厚い手続保障が確保された手続過程であり、係争事項に関する具体的な救済形成のプロセスが、歴史的な所産として創造

1) たとえば、夫婦同居審判事件に関する、最大決昭和40年6月30日・民集19巻4号1089頁や、婚姻費用分担事件に関する、最大決昭和40年6月30日・民集19巻4号1114頁などを参照。

され確立されたものである。

これに対して、民事訴訟過程に付随した各種の判断手続のなかには、その手続が必ずしも明確なかたちで確定していないものも存在する。このような裁判所で行われる手続であって口頭弁論を経ることなく裁判を行うことができる一群の非訟手続²⁾には、多様な手続が含まれる。そのような手続の多様性を反映して、手続的な特質としては、迅速性や裁量性などが強調され、判決手続と比較した意味での手続保障は、その分だけ後退することになる。一般に、非訟手続に憲法保障が及ぶか否か、また、及ぶとした場合にいかなるかたちで及ぶかなどについては、様々な議論があり³⁾、現在のところ、その議論は収斂をみていない。

この問題は、たとえば、近時、各種の抗告手続における即時抗告申立書の副本等の相手方への送付等の要否をめぐって顕在化した。いくつかの判例⁴⁾をめぐって議論がなされ、その後、一定の立法⁵⁾にも結実することとなった。ただし、それらの立法は、あくまで抗告状の副本等の送付等に関する手続に限定されており、すべての非訟手続における全体的な手続的手当がなされたわけではなかった。それは、今後、その他の訴訟内非訟手続においても、また、訴訟外の他の手続過程においても、埋めて行かなければならない重要な課題である。

このような問題意識から、近時の判例を眺めた場合に、最高裁平成29年9月5日第三小法廷決定⁶⁾ (以下、「本件最高裁決定」と呼ぶ。)が視野に入る。

2) これについては、たとえば、川嶋四郎『民事訴訟法』22頁(日本評論社、2013年)などを参照。

3) たとえば、新堂幸司「訴訟と非訟」同『民事訴訟法学の基礎』209頁(有斐閣、1998年〔初出、19年〕)、鈴木正裕「訴訟と非訟」小山昇＝中野貞一郎＝松浦馨＝竹下守夫編『演習・民事訴訟法』28頁(青林書院、1987年)、高田裕成「訴訟と非訟」伊藤眞＝山本和彦編『民事訴訟法の争点』12頁(有斐閣、2009年)などを参照。

4) たとえば、最三小決平成20年5月8日・家月60巻8号51頁〔婚姻費用分担審判事件〕、最三小決平成21年12月1日・家月62巻3号48頁〔遺産分割審判事件〕、最二小決平成23年4月13日・民集65巻3号1290頁〔文書提出命令事件〕、最三小決平成23年9月30日・判例タイムズ1358号76頁〔補助参加事件〕など。

5) 非訟事件手続法69条・70条、家事事件手続法88条・89条、民事訴訟規則207条の2を参照。

6) 集民256号47頁・裁判所時報1683号1頁・判例タイムズ1443号56頁。

これは、訴訟上の救助（民訴法82条以下）における受救助者が猶予された訴訟費用について、国の相手方に対する直接取立て（民訴法85条前段）のさいの金額の決定方法に関する判例である。この判例は、その決定方法について、訴訟費用額の確定処分前なら、原則として、差引計算をしないで取立額を決定することができる旨を判示した。

すなわち、訴訟費用のうちの一定割合を受救助者の負担とし、その余を相手方当事者の負担とする旨の裁判が確定した後で、訴訟費用の負担額を定める処分を求める申立てがされる前に、裁判所が、受救助者に猶予した費用について当該相手方当事者に対して民訴法85条前段の費用の取立てをすることができる額を定める場合において、その額につき、受救助者に猶予した費用に上記裁判で定められた当該相手方当事者の負担割合を乗じた額とするべきであるとした原審の判断には違法があると判示された事例であるが、本件の具体的事例ではともかく、原則的には、差引計算をしないで取立額を決定することができると判示したのである。

この最高裁判例は、支払いを猶予された訴訟費用について、国の迅速かつ簡易な回収を可能にする判例ではあるものの、その回収の相手方とされた債務者にとっては、差引計算、すなわち「相殺処理」（「相殺計算」と呼ばれることもある。）をする機会を奪われることになる。確かに、実質的には司法行政的な手続であり、簡易かつ裁量的な手続形成が許されると、一般的にはいうことができると考えられるものの、しかし、原則的に、このような者（債務者）の相殺処理の機会（実体権の行使の機会）を奪うこと（結果的に、実体権自体を奪うこと）を認めるだけの合理性が存在するか否かは疑わしいように思われる。本件は、訴訟上の救助における猶予された受救助者の訴訟費用の国による直接取立てにおける金額の決定方法が問題となった事案にすぎないとも考えられるが、本件最高裁決定は、一般には、詳細な明文の規定がない非訟手続において、「裁判所が手続を創造的に形成するさいにおける合理的な裁量的手続形成のあり方」が問われる基本的な判例でもあると、考えられるのである⁷⁾。

そこで、本稿では、本件最高裁決定を素材として、本件で問題となったような訴訟内における付随的な決定手続を「訴訟内非訟手続」と呼び、その裁量的な手続形成の基本的なあり方について、若干の覚書を記したい。

II 判例

1 事案の概要

本件の事案の詳細は必ずしも分明ではないが、大略次の通りである（なお、事案は、かなり簡略化している。）。

本件に先立ち、Aは、Bに対して立替金等請求訴訟を提起し、その提訴手数料として86,000円を納付した。これに対して、Bは、A・Cに対して、損害賠償等請求訴訟を提起し、その提訴手数料119,000円について、訴訟上の救助の決定を受けた。その後、両訴えは併合審理された（以下、併合後の訴訟を「本件訴訟」という。）。

本件訴訟の第1審係属中に、Aが死亡したことから、D・EおよびC（以下、Dらという）がその地位を承継した。Bは、本件訴訟の第1審判決（名古屋地方裁判所半田支部判決）に対して控訴を提起し、控訴提起の手数料178,500円について、訴訟上の救助の決定を受けた。

平成27年10月に言い渡された本件訴訟の控訴審判決（名古屋高等裁判所判決〔確定〕）は、本件訴訟の訴訟費用につき、第1審・第2審を通じ、Bに生じた費用の5分の3とDらに生じた費用との合計を2分し、その1をDらの連帯負担とし、その余の費用およびBに生じたその余の費用をBの負担とした。

それに基づき、平成28年2月、原々審（名古屋地方裁判所半田支部）は、

7) 本件最高裁決定については、すでに、川嶋四郎「判例批評」ジュリスト1518号〔平成29年度重要判例解説〕130頁（2018年）において、基本的な問題の所在と解決の方向性を示したが、紙幅の制約から必ずしも十分に論じられなかった点を含めて、本稿で敷衍して論じることにした。

Dらに対し、Bの猶予費用合計297,500円のうち89,250円および原々決定正本の送達費用2,144円を連帯して、国庫に支払うことを命じる旨の決定をした。これに対し、Dらは、Dらに本件費用の取立てができる猶予費用額（本件取立額：Dらの負担額）は、BのDらに対する訴訟費用請求権の額の範囲に限られ、Bの負担すべき費用との差引計算をすべきであるが、それをしていない点が違法であると主張して、即時抗告を申し立てた。

原審（名古屋高等裁判所）は、次のように判示して、訴訟費用額確定処分（民訴法71条）の申立前には、本件取立額につき、Bの負担額との差引計算をする必要はない旨を判示した。

「Dらは、民事訴訟法85条は、訴訟費用の裁判が当事者双方に費用の一部ずつの負担を命じている場合には、その裁判の内容にしたがって各当事者が現実に支出した費用の額を対比し、双方の分を対当額で相殺し、受救助者が相手方に対し残余につき費用償還請求権を有することになるときに限り、国庫がその限度で相手方から取立てができると解釈されるべきであるのに、原審〔名古屋地方裁判所半田支部〕は、訴訟費用額の確定処分をせずに、訴訟救助額だけを訴訟費用負担の裁判にしたがって、各訴訟当事者に割り付けて取り立てており、同条の解釈を誤っている旨主張する。

しかし、訴訟費用額の確定処分の手続は、職権で行われるのではなく、当事者の申立てにより行われるものであるところ（同法71条1項）、本件において、当事者が同処分の申立てをした事実は認められない。訴訟費用の償還請求権は、当事者の申立てに基づいて行われる訴訟費用額の確定処分の手続を経て弁済期が到来し、このときに初めて相殺に供し得るのであるから、当事者の申立てがないのに、裁判所がDらの主張するような相殺処理をしなければならないということとはできない。

．．．

Dらは、原決定のような取立てを許せば、Dらは、自らの訴訟費用を相殺する機会がないため、本来であれば受救助者が負担しなければならない訴訟費用までも、いったん立替払いしなければならなくなり、その後、受救助者

への訴訟費用の請求を強いられ、さらには受救助者の無資力の危険まで負わされることになり、不当である旨主張する。

しかし、訴訟費用額の確定処分において、そもそも民事訴訟法71条2項に基づく相殺による処理が可能なのは、相手方も訴訟費用額の確定処分を求める申立てをした場合や、相手方が催告期間内に費用計算書・費用額の疎明に必要な書面を提出した場合（民訴規則25条2項）等に限られており、訴訟費用額の確定処分の手続における相殺の利益が、Dらが主張するほど強く保障されているとみることはできない。

・・・

よって、原決定は相当であり、本件抗告は理由がないから、これを棄却することとし、主文のとおり決定する。」

これに対して、Dらは抗告の許可を申し立てた。

2 本件最高裁決定

最高裁判所は、裁判官全員一致の意見で、以下のように判示して、原決定を破棄し、事件を原審に差し戻した。

「民訴法85条前段の規定は、本来、受救助者が、訴訟費用請求権の行使として相手方からその負担すべき費用を取り立てて、猶予費用を国庫に支払うべきであるところ、受救助者において、上記の取立て等をするを必ずしも期待できないため、国が猶予費用を相手方から直接取り立てることができるようにしたものである。そして、同条前段の費用の取立てについては、第1審裁判所の決定により、強制執行をすることができることとされており（民事訴訟費用等に関する法律〔以下、「民訴費用法」と略す。〕16条2項、15条1項）、同裁判所が民訴法85条前段の費用の取立てをすることができる猶予費用の額を定めることになる。

一方、訴訟費用請求権の額、すなわち、訴訟費用の負担の額は、その負担の裁判が執行力を生じた後に、申立てにより、第1審裁判所の裁判所書記官が定めることとされ（民訴法71条1項）、上記申立てにより、訴訟費用額確

定処分を求めるときは、その申立人は、費用計算書等を裁判所書記官に提出しなければならない（民訴規則24条2項）、裁判所書記官は、訴訟費用額確定処分をする前に、上記申立ての相手方に対し、費用計算書等を一定の期間内に提出すべき旨を催告しなければならないものとされている（同規則25条1項本文）。そして、訴訟費用額確定処分をする場合において、当事者双方が訴訟費用を負担するときは、各当事者の負担すべき費用は、その対当額について相殺があったものとみなすものとされているが、上記相手方が上記期間内に上記費用計算書等を提出しない場合には、そのような取扱いをしないものとされている（民訴法71条2項、民訴規則27条）。このように、各当事者の負担すべき費用につき訴訟費用額確定処分又は差引計算を求めるか否か及びその求める範囲がいずれも当事者の意思に委ねられていることからすると、上記の各点についての各当事者の意思が明らかにならない限り、当事者の一方の他方に対する各訴訟費用請求権の額を判断する上で考慮される各当事者の負担すべき費用を定めることができない。そして、上記各当事者の意思は、訴訟費用額確定処分を求める申立てがされる前においては明らかにならないのが通常である。

以上によれば、民訴法85条前段の費用の取立てをすることができる猶予費用の額は、受救助者の相手方に対する訴訟費用請求権の額を超えることができない筋合いであるが、訴訟費用のうち一定割合を相手方の負担とし、その余を受救助者の負担とする旨の裁判が確定した後、訴訟費用額確定処分を求める申立てがされる前に、裁判所が同条前段の費用の取立てをすることができる猶予費用の額を定める場合においては、上記の観点から当該事案に係る事情を踏まえた合理的な裁量に基づいてその額を定めるほかない。そして、訴訟費用額確定処分に係る上記の定めのとおり、訴訟費用請求権の額を判断する上で考慮される各当事者の負担すべき費用を定めることが当事者の意思に委ねられていることからすると、上記の場合において、猶予費用以外の当事者双方の支出した費用を考慮せずに、猶予費用に上記裁判で定められた相手方の負担割合を乗じた額と定めることが、直ちに裁判所の合理的な裁量の

範囲を逸脱するものとはいえない。

しかしながら、本件においては、訴訟費用額確定処分を求める申立てがされる前に、裁判所が民訴法85条前段の費用の取立てをすることができる猶予費用の額を定める・・・場合に当たるものの、Aが訴え提起の手数料として少額とはいえない86,000円の支出をし、Dらは、Aの地位を承継して、原々決定に対する即時抗告をし、その際にBの負担すべき費用との差引計算を求めることを明らかにしている。そして、裁判所がDらに対しBの負担すべき費用との差引計算を求める範囲を明らかにするよう求めたときに、Dらが上記範囲を明らかにしないと認められる事情はうかがわれない。このようなときには、裁判所は、訴訟記録等により判明するところに従って、BのDらに対する訴訟費用請求権の額を判断する上で考慮されるBの負担すべき費用の有無及び額を審理すべく、Dらに対し上記範囲を明らかにするよう求めるべきである。

したがって、Dらに対しBの負担すべき費用との差引計算を求める範囲を明らかにするよう求めることのないまま、本件取立額につき、Bの猶予費用297,500円の5分の3に2分の1を乗じた額である89,250円とすべきものとした原審の判断には、本件事案に係る事情を踏まえた裁判所の合理的な裁量の範囲を逸脱した違法がある。

以上のとおり、原審の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。論旨はその趣旨をいうものとして理由があり、原決定は破棄を免れない。そして、Dらに対しBの負担すべき費用との差引計算を求める範囲を明らかにするよう求めた上で、BのDらに対する訴訟費用請求権の額を判断する上で考慮されるBの負担すべき費用の有無及び額について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。」(〔 〕内は、筆者)

Ⅲ 検 討

1 本件最高裁決定の意義

本件最高裁決定は、訴訟上の救助の受救助者に対する猶予費用のうち、国がその相手方から直接取り立てる場合における取立額の一般的な決定方法について、最高裁が初めて判示した判例である。事例決定であると考えられるかも知れないが、これまで、学説と実務の間で見解が分かれていた問題に関して、一定の手続指針を示した点で、今後の裁判実務に与える影響は大きいと思われる。ただし、この種の事件自体は、実際にはそれほど多くはないであろうが、訴訟内非訟手続の手続形成に関する基本的な課題を提示する判例である。

本件最高裁決定の射程は、相手方が訴訟費用の負担を命じられた他の場合、たとえば、訴訟上の和解等の場合や、訴訟上の救助決定を得たすべての場合における訴訟費用についても及ぶであろう。

本件で最高裁は、訴訟上の救助の受救助者に対する猶予費用のうち、国がその相手方から直接取り立てる場合における取立額の決定方法について、次のような定式化を行った。すなわち、訴訟費用額確定処分前の場合ならば、原則として、差引計算なしで取立額を決定できるが、例外として、①記録上相手方からの少額でない金額の支出が明らかであり、②相手方が受救助者の負担すべき費用との差引計算を求めることを明らかにしており、かつ、③相手方にそれを求めても明らかにしない事情のない限り、差引計算の範囲を明らかにするよう求めないで決定すれば、合理的な裁量の範囲を逸脱する旨の決定を行ったのである。

この判例は、興味深いことに、従前の実務の考え方を全面的に否定することなく、迅速かつ簡易な国の債権回収を可能にし、また、第1審裁判所の負担軽減につながる判示を行った。いわば従来の実務状況を大きく変容させる

ことなく、基本的にはそれを追認しつつも、一定の場合には、差引計算の範囲を明確化したうえで取立額を決定すべきであるとの裁量指針を提示したのである。裁判所の広い裁量権を原則的に肯定しつつも、それを統制し縮小させる諸要素を提示したのである。この判示は、例外的に、本件最高裁決定が示す一定の場合には、取立ての相手方である債務者も保護されることになるものの、しかし、原則的には、債務者が差引計算という相殺処理の機会を奪われる結果、債務者が立替払いを余儀なくされ、事後的にその分の支払いを拒絶または回収を図るために、債務者が加重的な負担を負わざるを得ない可能性が生じることから、最高裁判所におけるこのような手続形成には疑問がある。むしろ、最高裁判所の本件局面における手続形成の基本的なあり方としては、本件の原則と例外を逆にした基本方針の提示とその具体的な取扱いがなされるべきであろう。そのためには、本件のような場合には、裁判所が、債務者に対して一律に相殺処理の機会を事前に付与する実務の形成が望まれるのである。

2 訴訟上の救助と国の直接取立権

一般に、訴訟上の救助の制度は、正義・司法へのアクセスの実現にとって、重要な手段の一つである。それが、予納すべき訴訟費用の原則的な支払猶予にとどまる限りで、原告にとって、必ずしも十全な金銭的負担の回避手段ではないものの、裁判所へのアクセスの保障のための手段として、古くから一定の貢献を行ってきた。これは、一般に訴えの提起には様々な費用が必要になるが、訴訟の準備ができず、また、訴訟費用の予納ができないような経済的に恵まれない者のためにも、裁判を受ける権利（憲法32条）等を実質的に保障する制度である。

訴訟上の救助の制度の本質について、かつては国家が貧者に与えた恩恵とする、「恩恵説」も存在したが、戦後、民事訴訟法上の制度であり、裁判を受ける権利を形式的に保障したに止まり、憲法32条とは直接関係しないとする、「法律上の権利説」が唱えられた。訴訟上の救助が、民事訴訟法上の規

定である限り、少なくとも法的な権利であることは確かであるが、民事訴訟法自体が憲法規範に裏打ちされ、それを具体化する含意を有すると考えられることから⁸⁾、正義・司法へのアクセスを実質化する観点からも、再構成しなければならないと考える。このような観点からは、この制度は、憲法規範(憲法32条・13条・14条・25条)に裏打ちされた当事者の訴訟上の権利と解することができるのである(「憲法上の権利説」)⁹⁾。それゆえに、訴訟上の救助の手續とそれに関連する手續についても、それに相応しい手續規律が望まれることになる。このことは、単に、訴訟上の救助自体の手續的な規整のさいにおける受救助者への手續配慮だけではなく、事後的な精算手續においても、国(裁判所)の手續完備を要請することになるように思われる¹⁰⁾。それは、アクセス保障の積極的な側面だけではなく、その結果としての訴訟当事者間と国の少くとも三者間での事後精算局面における手續充実の要請ともいえるであろう。

ところで、訴訟上の救助決定の効果は、予納すべき訴訟費用の支払猶予にすぎない(民訴法83条1項1号・2号参照)ので、受救助者が、終局判決で訴訟費用の負担を命じられた場合には、支払わなければならない。これに対して、相手方が訴訟費用の負担を命じられた場合には、国が相手方から直接取り立てることができる旨の規定(民訴法85条前段)が置かれている。これは、訴訟上の救助に関する事件では、受救助者自身が直接的に金銭を得ることにはならないので、その訴訟費用額確定処分を申し立てて取り立てたうえで国庫へ納付する期待可能性がないために、認められた手續である。本決定

8) 川嶋・前掲書注(2)17頁以下を参照。

9) 川嶋四郎「差止的救済における『訴訟上の救助』論」同『差止救済過程の近未来展望』75頁、82頁(日本評論社、2006年)、同・前掲書注(2)166頁などを参照。また、東京高決昭和55年2月7日・判例タイムズ413号98頁等も参照。

10) たとえば、訴訟上の救助の制度自体が国家の恩恵的な制度であるとするならば、その事後的な精算すなわち債権回収の手續にも、強い裁量的な手續形成が認められるようにも思われ、また、その後の事後処理を当事者間に委ねるという手續形成の方向性も認められなくはないと考えられるが、訴訟上の救助の制度を法律上の権利または憲法上の権利として考えれば、それぞれの権利の性質に従った合法的・合憲的な手續形成が求められると、考えられるのである。

では、このような場合において、当事者双方が訴訟費用を負担するとき、裁判所が、相手方の支出費用中の受救助者の負担すべき額との間で差引計算(相殺処理)をする必要があるか否かが争点となったのである¹¹⁾。

3 相殺処理の要否と新たな手続形成のあり方

本件最高裁決定は、この争点に関して、原則として差引計算をする必要がないが、例外的に上記①、②かつ③の場合には、差引計算をすべき旨を判示した(以下、これを「原則不要説」という)。その理由として、この場合には、上記確定処分や差引計算等を求めるかどうかに関する当事者の意思が不明であるので合理的な裁量によるほかないことを挙げる。その前提には、処分権主義のもとでの当事者の意思の不明確さと、差引計算が上記確定処分に附帯した手続であることを重視する基本姿勢を窺うことができる¹²⁾。

しかし、その場合でも、本件では相手方が不服申立てで差引計算を求めており、それを求める範囲を明らかにしない事情は窺われないので、合理的な裁量の範囲を逸脱すると結論づけた。すでに差引計算すなわち相殺処理の不要説は、かつての『実務研究報告書』¹³⁾で提示されていたが、国の取立手続として簡便であり、その促進にもつながると論じていた¹⁴⁾。本件最高裁決定

-
- 11) 本決定が、相殺処理の用語を用いなかったのは、それが上記確定処分に固有の手続であり、その手続が、国の直接取立手続とは全く異別であるとの認識や、相殺の担保的機能の喪失を想起させることを回避する意味などがあるように思われる。さらに、本件原審決定が明示的に述べるのと同様に、最高裁も、本件のような事案では、そもそも、一般的な相殺処理の期待さえ、権利として法が保障するものではないとの前提的な認識が存在するようにも思われる。そうでなければ、本件で最高裁が、原則的には相殺処理を認めないような裁量を肯定するとは考えられないからである。
- 12) 特に注目すべき点は、最高裁が、判決理由中において、「当事者の意思」について、繰り返し4度も言及していることである。これは、一見、私的自治に基礎をおく民事訴訟法の処分権主義に多大な配慮を示し、当事者の意思を尊重する姿勢を示しているようにも思われる。
- 13) 横田忠『訴訟上の救助に関する研究』173頁(法曹会、1973年)[裁判所書記官研修所実務研究報告書12巻1号]。本書は、旧民事訴訟法下の研究であるが、現行法下でも示唆的な書物として、補訂版の形式で、横田忠『訴訟上の救助に関する研究〔復刻補訂版〕』59頁(裁判所職員総合研修所、2006年)が公刊されている。
- 14) なお、ごく最近に刊行された、「<事例研究>訴訟救助により猶予された訴え提起手数料」日本裁判所書記官協議会編『訴訟費用額確定処分に関する書記官事務の研究』会報書記官55号

は、基本的にこの見解に依拠するが、しかし、例外的にであれ、相手方に差引計算の機会を付与した点には、一定の配慮がみられる。それゆえに、この点は、評価することができるであろう。

これに対して、古くから学説（裁判官等の見解を含む。）は、このような場合でも、差引計算、すなわち相殺処理をすべきであるとの見解（以下、これを「必要説」と呼ぶ。）に立っていた¹⁵⁾。直接取立てができるのは、受救助者が相手方に償還を求められる範囲に限られるので、費用分担が定められれば当然差引計算をしたうえでの相手方の償還額であると、論じられていたのである。なお、実務上も、「昭和46年12月3日法曹会決議」¹⁶⁾では、差引計算を前提として、相手方の受救助者への償還費用額の限度内での取立てに限るとされていた。

最高裁判所は、この場合の裁判所の処理を、差引計算と呼ぶが、そもそも、「差引計算」というか、それとも「相殺処理」（または、相殺計算）と呼ぶかによって、その含意が異なると考えられる。一方で、差引計算と呼べば、裁量的かつ事実的な機械的処理、あるいは、恩恵的な対応を想起させかねないが、他方で、相殺処理と呼べば、民訴法71条2項などの規範的な要請を想起

別冊88頁（2018年）によれば、「受救助者の相手方に対して訴え提起手数料の取立決定をする場合に注意すべき点については、最高裁第三小法廷平成28年（許）第40号決定〔本件最高裁決定〕を参照されたい。」（同89頁脚注。〔 〕内は、筆者が付記）と付記されている。

- 15) たとえば、兼子一『条解民事訴訟法〔上〕』298頁（弘文堂、1955年）〔この後継書である、松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫＝高橋宏志＝加藤新太郎＝上原敏夫＝高田裕成『条解民事訴訟法〔第2版〕』360－361頁〔新堂幸司＝高橋宏志＝高田裕成執筆〕（弘文堂、2011年）も同旨〕、菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅰ』644頁（日本評論社、1978年）〔この後継書である、秋山幹男＝伊藤眞＝加藤新太郎＝高田裕成＝福田剛久＝山本和彦『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ〔第2版〕』132頁〔日本評論社、2006年〕も同旨〕、斎藤秀夫＝小室直人＝西村宏一＝林屋礼二編『注解民事訴訟法（3）〔第2版〕』247頁〔斎藤秀夫＝松山恒昭＝小室直人執筆〕（第一法規、1991年）、上田徹一郎＝井上治典編『注釈民事訴訟法（2）〔当事者（2）・訴訟費用〕』624頁〔福山達夫執筆〕（有斐閣、1992年）、三宅省三＝塩崎勤＝小林秀之編集代表（園尾隆司編）『注解民事訴訟法Ⅱ』178頁〔山口健一執筆〕（青林書院、2000年）、小室直人＝賀集唱＝松本博之＝加藤新太郎編『基本法コンメンタール・民事訴訟法Ⅰ〔第3版追補版〕』208頁〔大多喜啓光執筆〕（日本評論社、2008年）、川嶋・前掲書注（2）168頁、加藤新太郎＝松下淳一編『新基本法コンメンタール・民事訴訟法Ⅰ』218頁〔島崎邦彦執筆〕（日本評論社、2018年）など。
- 16) 法曹時報24巻2号201頁（1972年）。

させるだけでなく、簡易決済機能、公平確保機能、さらには担保的機能をもつ当事者の相殺権に思い至らせることになり、当事者の保護要請（裁判所による当事者の権利制限に対する抑止的な効果）が高まることになると考えられる。本稿では、ここまでは差引計算の用語も用いてきたが、単なる差引計算を超えて、相殺処理自体の必要説に立つことから、以下では、主として相殺処理の用語を用いることにしたい。

確かに、相殺処理の原則不要説も、訴訟費用額の確定処分前における直接取立てであるという点で（金銭的な具体的な負担額が決められていない段階であるので）、一定の合理性もなくはないようであるが、しかし、本件最高裁決定が重視するようにみえる当事者の意思を実質的に勘案して尊重するならば、むしろ相殺処理の必要説をとり、裁判所は、相手方に相殺処理の機会という具体的な手続保障を与えるべきであろう¹⁷⁾。当事者とくに相手方の合理的な意思は、本来負担すべき金額のみを支払えば足りるというものであると、考えられるからである。このことは、訴訟上の救助決定がなされた後の法律関係においても、変わらないであろう¹⁸⁾。本件最高裁決定が指摘するような当事者意思の不明確さは、むしろ明確にするための裁判所の行為の誘発・要請原因とはなり得ても、相殺処理の機会を原則的に奪うような裁判所の裁量を、正当化するものではないであろう¹⁹⁾。しかも、その明確化は、むしろ、

17) 本件のような状況では、相手方による訴訟費用額確定処分の申立ても、期待可能性がないと考えられるからである。

18) 本稿のように、訴訟上の救助制度が、司法・正義へのアクセスのための憲法保障の具体化の一翼を担う制度と考えれば、訴訟の結果の帰趨にかかわらず、憲法規範をベースとした丁寧な精算手続が完備されている必要があると考えるのである。少くとも憲法保障の具体的な帰結が、特定の関係者に不利益をもたらすことは回避されなければならないからである。

訴訟上の救助の憲法保障は、あくまで受救助者の訴訟費用の支払猶予（その限りで、国庫による立替振替）にすぎないのであり、相手方までも巻き込んだ受救助者の猶予費用の相手方による立替強制までも含むものとは考えられないのである。あるいは、憲法保障のある帰結が、国の債権回収面での受救助者とその相手方との間での一種の不真正連帯債務化をもたらすような訴訟利用者を犠牲にする制度ではないと考えられるのである。

19) 民訴規則27条〔民訴法71条2項（原則として、対当額で相殺があったものとみなす旨の規定）の最高裁判所規則で定める場合の規律〕の手続的な処遇は、あくまで催告の存在（民訴規則25条参照）を前提とするのである。

現代日本民事訴訟法における裁判所の釈明義務の一環とも考えられる。この点は、本件手続が非訟手続であることから、より後見のかつ柔軟に対応することができるであろう。相殺処理の機会の事前保障こそが、憲法保障のもとにおける事後精算の手続として合理的であると、考えられるからである（憲法31条参照）。

さらに、裁判所が、相手方への相殺処理の機会の保障を考慮すること（すなわち、裁判所が、訴訟費用額確定処分の申立て、および、訴訟費用額の取立決定等に対する不服申立てなどを行わなければ、相手方が相殺処理の機会を失うリスクを回避すべき配慮を行うこと）や、裁判所は相手方の負担を回避すべきであるとの観点（すなわち、相手方が受救助者の負担額をも立替払いすることを余儀なくさせられる結果、受救助者の無資力のリスクを負担しかねないことや、訴訟費用額の取立決定が債務名義化することによって、事後的に相手方が相殺権行使を異議事由とした請求異議の訴え〔民執法35条〕や執行停止の仮の処分を申し立てなければならなくなるなどの負担を、裁判所が回避すべき配慮を行うこと）は重要であり、しかも、国の直接取立額の範囲があくまで受救助者の相手方への償還請求額に限定されるべきことも考慮すべきであろう。本件最高裁決定は、「民訴法85条前段の費用の取立てをすることができる猶予費用の額は、受救助者の相手方に対する訴訟費用請求権の額を超えることができない筋合いであるが」として、相手方の負担に一瞥を加えているが、しかし、本件で問題となっていることは、「筋合い」のものとなるか否か、つまり筋が通ったことになるかどうかの問題ではなく、金額の多寡はともかく、実体的な「権利義務」の問題であろう。最高裁が認めるように、「受救助者の相手方に対する訴訟費用請求権の額を超えることができない」理由のものであるならば、むしろそれを考慮して評価する手続を形成すべきであろう。

最高裁は、まず、上記①で、金額の多寡を問題とすることにより、相手方による相殺処理のインセンティブや可能性を考慮するようにみえるが、当事者の意思を尊重する基本的な立場に立つ限り、金額の多寡にかかわらず、相

殺処理を求めるか否かは相手方自身が決めるべき問題であり、また、相殺処理がなされればその限りで強制執行の負担を考慮する必要がなくなること、しかも、金額自体のもつ意味が当事者によって異なることから、①は基準としても不明確であろう。なお、金額の多寡を問題とすることは、金額にかかわらず裁判所からの一般的な相殺処理の催告等は要しないことを前提としているようにも見える。

次に、上記②は、原則的に、裁判所からは相殺処理をするか否かを催告等しないことを前提としているが、そもそも一般市民がこのような相殺処理の求めができることを知っているとは考えられない。しかも、受救助者の分まで立替払いを求める内容の取立決定に対して確かに即時抗告をする機会はあるものの、それをしてまで相殺処理を求めるという事案がどれだけあるのかは疑問であり、仮に抗告審ではじめて相殺処理を求めるような事例を考えれば、むしろ、最初から第1審で相殺処理の機会を与えるのが、公正、親切かつ簡便であると考えられる。しかも、本件最高裁決定によれば、裁判所は、訴訟費用額確定手続において、相殺処理を積極的に求めなければならないといった、先に述べたような釈明義務も、存在しないことになるであろう。そのような状況で、本件のように明示的に相殺処理が求められている場合に限って、それを認めるというのは、マイナーな手続の不知が、相手方の大きな不利益さえ招来させかねない結果を導くことになってしまうであろう。

さらに、上記③は、間接反証的な措辞であり、特段の事情の考慮であるようにも思われる。そのような説示は不要であるとは考えられないかもしれないが、しかし、裁判所が原則的に一般的な相殺処理の機会を与える必要はないとしつつ、さらに、念を押すかのように、相手方にそれを求めても明らかにしない事情の有無を事前に斟酌するのは、相殺処理の機会を与えない基本的な考え方にかなり傾斜した措辞のように思われる。たとえば、免責手続の場合には、破産手続開始の申立てをした場合に、その申立てと同時に免責許可の申立てをしたとみなされるが、そのさい、反対の意思を表示した場合はこの限りではない（破産法248条4項）とされており、その立法の沿革は措

くとしても、債務者の利益やその合理的意思を第一に考えた手續規律がなされている。本件最高裁決定は、前提となる事件類型は全く異なるものの、基本的な配慮のあり方は真逆のように思われる。通常、まさか、権利義務をきちんと判断して処理してくれると思われる裁判所が、受救助者（他者）が負担すべき訴訟費用までも相手方（自己）に一時的な立替えをさせるようなことをするなどとは、よもや市井の人々は考えないのではないだろうか。これは、裁判所と当事者との間の信義則（民訴2条）の問題でもあり、当事者（相手方）の司法制度に対する信頼保護の問題でもあると、考えられるのである²⁰⁾。

いずれにせよ、相殺処理の要否をめぐり、上記①から③の判断要素を示すこと自体、すでに評価の分かれ得る判断の余地を作ることから、簡便かつ迅速であるべき猶予費用額の直接取立ての手續を、むしろいたずらに重くしてしまうようにも思われる。これは、この種の訴訟内非訟手続における迅速かつ簡便で裁量的な手續形成には悖る結果を導くことにもなりかねない。微妙な裁量的判断の余地を残す限りで、予見可能性の点でも、手続的に不透明であろう。なぜならば、判断結果に関する争いを先延ばしし、事後的な判断積明的な考慮の余地さえ残すことになると、考えられるからである。したがって、本件のような場合には、比較的簡便で一般的な事前の手續保障が可能であるがゆえに、むしろ、原則的かつ一般的に、一律相殺処理の機会を付与すべきであろう。

裁判所にとっては、民訴法71条2項・民訴規則25条の手續に準じた処理（費用計算書等の催告による相殺処理の機会の保障）を、本件の場合でも行うことは、手続的にみて一挙手一投足の労であり、一般に能力が高くその権限の拡張にもこれまで悉く円滑に対応してきた現在の裁判所書記官にとっては、ほとんど負担とならないであろう²¹⁾。国の直接取立ては、司法行政的な非訟

20) この問題については、たとえば、川嶋四郎「『民事訴訟と信義則』論における新たな局面について——裁判所の行為への信義則の適用可能性に関する覚書」同志社法学401号53頁（2018年）を参照。

21) たとえば、濱田陽子「民事訴訟手続における裁判所書記官の役割」帝塚山法学13号1頁（2006

手続であるが、すでに手続の基本が類する民訴法71条が存在することから、欠缺した国の取立手続（訴訟手続に付随した金額確定の非訟手続）の補完にさいしては、そこでの手続保障に準じた手続の創造こそが、近時の非訟事件における手続保障のあり方とも平仄が合うと考えられるであろう²²⁾。なお、消滅時効についても、処分や決定から5年間もの時間的な猶予が規定されている²³⁾。

このように考えれば、本件相手方にとって訴訟上の救助事件か否かで手続が大きく異なることが、回避できることにもなるであろう。

なお、受救助者に対しては、国は、その負担額の請求のみが可能であると考えるので、受救助者の債務と相手方の債務は、不真正連帯債務とすべきではないと考える。なぜなら、それは訴訟上の救助という提訴者の憲法保障の帰結を、相手方の不利益に転化しかつ負担を転嫁しかねない事態の発生は、憲法保障の精神が許容する限界を超えていると考えられるからである。しかも、そもそも本稿の立場からは、受救助者と相手方は各々の異なる内容の分割債務を負っているものであり、また、救助事件の場合には、なぜ相手方も人的担保と解されることになるかの根拠に欠けるからである。

IV おわりに

以上、訴訟内非訟手続の手続形成のあり方に関し、最三小決平成29年9月5日を素材として、試論的な手続に関する覚書を示してきた。

本件に関して、より具体的に現実的な負担金額をみた場合に、相殺処理が認められるか否かによって、相手方であるDらの取立決定における負担額は、

年)などを参照。より広い文脈のなかの裁判所書記官の役割と展望として、池田辰夫「裁判補助官の職の権限と役割——審理の充実迅速化を踏まえた裁判の適正化をめざして」新堂幸司監修(高橋宏志=加藤新太郎編)『実務民事訴訟講座〔第1巻〕(民事司法の現在)』407頁、409頁(日本評論社、2014年)などを参照。

22) 決定書の正本には、明細書や計算書も添付すべきである。

23) 東京高決平成9年12月12日・判例時報1649号130頁、会計法30条も参照。

なお、本件のような迅速な手続処理のあり方と人事考課との関係は不明である。

相当に異なる。本件で、提訴手数料に限定し、上記裁判の記述を踏まえて試算すれば、Dらの負担額は、相殺処理がなされなければ、89,250円であるところ、相殺処理がなされれば、46,250円となる。

この場合の計算式は、以下の通りである（単位、円）。

$$D \text{ らの負担額} : (297,500 \times \frac{3}{5} + 86,000) \times \frac{1}{2} - 86,000 = 46,250$$

$$B \text{ の負担額} : (297,500 \times \frac{3}{5} + 86,000) \times \frac{1}{2} + 297,500 \times \frac{2}{5} = 251,250$$

このように、Dらにとって、43,000円（計算式：89,250円〔本件原審決定・相殺処理なしの場合〕－46,250円〔本稿の試算・相殺処理ありの場合〕）という差額は、決して少なくないと考えられるのである。ただし、本稿の基調は、このような相殺処理の機会が与えられた場合と与えられなかった場合との間の金銭面での差額の大きさ自体を問題とするのではなく、そのような結果を生み出しかねない訴訟内非訟手続のあり方自体を問い直すことにあるのである。

ちなみに、本件最高裁決定は、波及的な影響力も有している。これによれば、特に明文の規定がないものの訴訟上の救助決定を受けた受救助者に対する相手方当事者に不服申立てを認めた、最高裁判例（最二小決平成16年7月13日²⁴⁾）の根拠を、さらに補強することにもつながるであろう。なぜならば、訴訟上の救助決定を受けた受救助者に対する相手方当事者には、訴訟上の救助の手続に関する先々のことを考えれば、本件で原則的に認められるように、相手方には不利益（相殺処理の機会の剥奪という実体権の喪失を招来しかねない不利益）が生じる場合があるからである^{25) 26)}。

24) 民集58巻5号1599頁。

25) しかし、私見では、この最二小決平成16年7月13日自体、変更されるべきであると考えている。川嶋・前掲書注（2）167－168頁、同「判例批評」法学セミナー600号119頁（2004年）などを参照。

いずれにせよ、本稿で述べたように、本件最高裁決定の原則と例外を逆転させたいうえで、相殺処理に関して事前に催告を行う裁判所実務の定着こそが望まれるのである。

-
- 26) 提訴する原告も、応訴強制のため被告とならざるを得ない者（また、反訴を提起せざるを得ない者）にとっても、「やっとの思いで裁判所へ」という心情からは、手続に反映させるべき重要な要因を汲み取るべきであろう。永野三智『みな、やっとの思いで坂をのぼる——水俣病患者相談のいま』101頁（ころから、2018年）を参照。なお、同書、52頁以下、91頁以下も参照。
- さらに、「司法へのアクセス」に関するある真摯な問題提起としても読むことができる書物として、浅田次郎「柘榴坂の仇討」同『五郎治殿御始末』155頁、166頁、190頁（新潮社、2003年）も参照。