

# 当事者の意思による訴訟終了・考(一)

——処分権主義における当事者訴訟終了主義に関する若干の考察——

川 嶋 四 郎

## 目次

### 一 はじめに

#### (一) 訴訟の終了と私的自治

——本稿の基本的な視角

#### (二) 処分権主義における当事者訴訟終了主義

#### (三) 当事者の意思による訴訟終了手続の特長

#### (四) 当事者の意思による訴訟終了手続の諸相

### 二 訴えの取下げと法的救済・考

#### (一) 訴えの取下げの意義と機能

#### (二) 訴え取下契約の効果

当事者の意思による訴訟終了・考(一)

同志社法学 七〇巻一号

一 (一)

(三) 訴えの取下げの方式と要件(以上、三九五号)

(四) 訴えの取下げの効果

(五) 訴えの取下げの擬制とその効果(以上、本号)

#### (四) 訴えの取下げの効果

##### 1 はじめに

訴えの取下げの効果については、特に規定が置かれている。訴えの取下げとは、訴えの全部または一部を撤回することを意味するので、民事訴訟法二六二条一項の効果(遡及的訴訟終了効)<sup>39)</sup>が、あらゆる訴えの取下げの場合における効果である(本稿では、これを、単に、「訴訟終了効」と呼ぶこともある)。ただし、訴えの取下げは、終局判決の言渡後であつてその判決が確定するまでの間にも可能であることから、すでに判決という規範的な指針が示された後になされた訴えの取下げの場合には、法は、特にその後に向けた紛争解決の指針を明記した。それが、民事訴訟法二六二条二項の効果(再訴禁止効)である。基本的には、上訴審の負担軽減という面はあるとしても、判決という裁判所の公権的判断行為よりも、当事者の意思を重視する点で、注目すべき規律である。

訴えの取下げの効果は、原告が明示的に訴えを取り下げる場合(二六一条一項。被告の同意が必要な場合は、それがあるとき)だけでなく、訴えの取下げが擬制された場合(二六三条)にも妥当する(↓(五)5)。

以下では、まず、訴えの取下げにおける手続法上の効果と実体法上の効果(↓2)、次に、再訴禁止効(↓3)、さらに、訴えの取下げの効果をめぐる争い(↓4)の順に論じていきたい。

## 2 手続法上の効果と実体法上の効果

### (1) 手続法上の効果… 遡及的訴訟終了効

裁判所は、訴えの取下げの意思表示がなされると、その有効性を調査し判断しなければならない。訴えの取下げ行為が、その方式性を備え、その要件を満たしている場合には、訴訟手続は終了する（訴訟終了効・手続終了効）。

訴えの取下げの効果は、その取り下げられた部分の訴訟係属の遡及的消滅である（遡及的訴訟係属消滅効。二六二条一項）。つまり、訴訟手続は、初めから裁判所に係属していなかったものとみなされる。提訴によって成立した訴訟法律関係や、その訴訟手続において当事者および裁判所によって行われた訴訟行為（主張・立証、訴訟告知（五三条）、補助参加の申出（四二条）、証拠調べなど）の法的効果は、すべて遡及的に消滅する。終局判決後に訴えの取下げがなされた場合に、当該判決はそれにより失効するが、仮執行宣言（二五九条）が付されていた場合には、仮執行宣言もその効力を失うことになる（大決昭和八年七月一日・民集一二卷二〇四頁<sup>(10)</sup>）。

なお、当該事件限りで認められた応訴管轄（一二条）も、訴えの取下げにより消滅するが、これに対して、訴えの取下げに関する請求と併合されることによって生じた関連請求の裁判籍（七条）は、管轄の基準時が訴えの提起時（一五条）であることから、管轄恒定の効果が生じ、その併合裁判籍が消滅することはない。

訴えの取下げの場合も、訴訟記録は、通常の事件の場合と同様に、裁判所に保存され、当事者は、当該事件の訴訟記録を書証として用いることは妨げられない。また、訴訟記録の閲覧および謄写に関しても、通常の訴訟事件の場合と同様である。

なお、訴えの取下げの場合における費用負担については、民事訴訟法七三条に規定がある。この場合には、当事者の申立てにより、第一審裁判所は決定で訴訟費用の負担を命じ、その裁判所の裁判所書記官は、その決定が執行力を生じ

た後にその負担の額を定めなければならない(七三条一項。最初にすべき口頭弁論期日の終了前に訴えが取り下げられた場合については、民事訴訟費用法九条三項一号を参照)。訴えを取り下げた者は、民事訴訟法六一条の敗訴者と同視されているが、ただし、訴えの提起当時は請求に理由があったものの、その後の事情で訴えの取下げを行った場合には、民事訴訟法六二条が準用されることになると考えられる(七三条二項)(訴えの取下げと訴訟上の救助決定の効力(八三条・八四条)については、福岡高決昭和五〇年八月二一日・判例時報八〇六号四二頁参照。なお、この問題については、最三小決平成一九年一月四日・民集六一巻九号三七四頁〔受救助者の全部敗訴が確定し、かつ、その者に訴訟費用を全部負担させる旨の裁判が確定した場合に、裁判所が、訴訟上の救助の決定を八四条の規定に従って取り消すことなく、受救助者に対し猶予した費用の支払いを命じることができると判示〕も参照)。

## (2) 実体法上の効果

たとえば、時効中断効や口頭弁論などの期日でなされた法律行為などの実体法上の効果が、遡及的に消滅するかどうかについては、個別に考える必要がある。たとえば、時効中断効は、遡及的に消滅する(民一四九条。新民法一四七条一項柱書括弧書。出訴期間の遵守〔行訴一四条など〕の効果も、訴えの取下げにより消滅する。なお、行訴法一五条三項〔被告を誤った訴えにおける出訴期間の遵守の効果〕も参照)。なお、重複訴訟を解消するために訴え(前訴)が取り下げられた場合には、前訴における訴訟上の請求がそのまま維持されている限り、前訴の提起により発生した時効中断効は消滅しないが(最三小判昭和五〇年一月二八日・民集二九巻一〇号一七九七頁、東京高判昭和五六年五月二一日・判例時報一〇〇七号五四頁)、これは、前訴の提起による時効中断効であり、訴えの取下げと時効中断効の例外をなすものではない。また、訴えの交換的変更の場合も、訴えの取下げにより時効中断効が失われることはない(最二小判昭

和三八年一月一八日・民集一七卷一号一頁〔境界確定の訴えから所有権確認の訴えに訴えの変更をした事案であるが、係争地域が自己の所有に属することの主張が、訴えの変更の前後で変わることなく、ただ単に請求を境界確定から所有権確認に変更したにすぎない場合には、時効中断効に影響はないと判示された。〕。

なお、訴えの取下げに関する訴訟における被告が、手形・小切手の償還請求権を有している場合に、その時効の進行（手形七〇条三項・七七条一項八号、小切手五一条二項）については、被告がいつの時点から第三者に対して権利を行使することができえるかの問題であるので、訴状の送達により開始し、訴えの取下げにより、その効力が消滅することはしない。

また、倒産債権者による倒産手続開始の申立ての取下げがあっても、その申立てにより示された権利行使の意思表示は、催告として時効中断効を生じ（民一五三条〔新民一五〇条〔催告による時効の完成猶予〕〕）、その取下げの時点より六か月以内に訴えを提起することにより、確定的に消滅時効の進行を中断すること（時効の完成を猶予すること）が可能となる（破産手続開始の申立てについて、最一小判昭和四五年九月一〇日・民集二四卷一〇号一三八九頁〔破産における申立債権者の破産宣告手続〔現、破産手続開始決定の手続〕における権利行使意思の表示は、破産の申立てが取り下げられた場合においても、債務者に対する催告として時効中断効を有し、その債権者は、取下げの時から六か月内に訴えを提起することにより、当該債権の消滅時効を確定的に中断することができる」と判示〕を参照）。

### (3) 訴訟上行使された形成権の帰趨

訴訟上の形成権の行使後に訴えの取下げがなされた場合の形成の効果については、議論がある。たとえば、訴訟上で相殺権を主張したが、訴えの取下げにより、相殺の目的を達することができない場合に、実体法上の相殺の効果の帰趨

をめぐる問題である。相殺の抗弁が、時機に後れた防御方法として却下された場合(一四七条、一四七条の二)、または訴えの却下のために、相殺の目的を達することができない場合にも、同様に生じ得る問題である。この問題を解決するために、次のような議論がある。<sup>(12)</sup>

まず、相殺の意思表示は、実体法上の意思表示であり、その効果は民法によるが、訴訟上、相殺権が主張された場合には、それは訴訟行為である。それゆえ、形式的にみた場合に、訴訟上の相殺は、訴訟で行われた相殺の実体法上の意思表示と、その効果を訴訟において主張する訴訟行為とが、ひとつの行為のなかに併存し共存するようにみえる。実体法上行使された相殺の効果を訴訟上主張する場合は問題がないが、この場合とは異なり、訴訟で初めて防御方法として行使された場合(すなわち、「形成権の訴訟内行使」の場合)に問題が生じる。それは、たとえば、訴訟上、相殺の抗弁が不適法なために斟酌されなかった場合には、実体法上の相殺の効果、つまり被告の反対債権(自働債権)の消滅という重大な効果が残る可能性があるかどうかの問題である(本稿では、相殺の予備的抗弁を例として論じたい。なお、相殺に条件を付けることは、実体法上は許されないが〔民五〇六条一項但書(新民五〇六条一項但書)〕、予備的相殺の抗弁は、訴訟上の主張に条件を付けているのであり、相殺自体に条件を付けているのではないので許されることについては、問題はない。)

この議論の前提的な基礎には、形成権の訴訟内行使は、どのような法的性質を有しているかに関する議論が存在した。いくつかの見解がある。

訴訟上の形成権の行使について、それが外観上はひとつの行為であつても、私法上の形成権の行使(私法行為)とその効果の主張としての訴訟行為が併存し、前者の要件・方式・効果については、私法が適用され、後者には、訴訟法の規定が適用されるとする、私法行為説(併存説)が、通説とされてきた。これに対して、訴訟上の形成権行使は、訴訟

行為であり、その要件および効果ともに訴訟法により判断されるとする、訴訟行為説や、訴訟上の形成権の行使は、単一の行為であるが、訴訟行為の性質と私法行為の性質を兼備する、両性説などの反対説も存在した。ここで、訴訟行為説に立てば、実体法上の効果は生じないので、特別な理論構成を必要としないが、基本的にそれ以外の見解に立つ場合には、上記実体法上の効果を否定するための特別な理論構成が必要になる。つまり、反対債権（自働債権）の消滅という実体法上の効果を否定するための理論構成が、探究されることになったのである。説明の問題にすぎないようにみえるが、実体法と訴訟法の関係をめぐる議論を背景として、これまで多様な見解が主張されてきた。

すなわち、訴訟上の相殺の抗弁については、これが裁判所によって斟酌されることを条件として提出されていると考え、訴訟上の攻撃防御方法としての意味が無くなった場合には失効させるとの条件付法律行為とみるべきである見解（条件付法律行為説）、実体法上の相殺の意思表示と、訴訟上の訴求債権消滅の主張とが不可分一体となっているとみて、一部無効が全部無効の効果を招来させるとして、訴訟上の抗弁が斟酌されなかつたときは実体法上の意思表示も無効となるとする見解（一部無効類推説）、訴訟外の相殺をも含めて問題を論じる見解のなかには、訴訟上、相殺の抗弁が斟酌されなかつた場合には、相殺権者の意思の解釈として、相殺の意思表示は、自動的または当然に撤回されたものとみる見解（撤回説）、裁判所が、原告の訴求債権の存在を肯定し、かつ、相殺の抗弁を訴訟上の理由から斟酌しないで終わらないことを相殺の実体法上の効果の発生条件と考える見解（停止条件説）、そして、裁判所が、相殺の抗弁を訴訟上の理由から斟酌しない場合には、相殺の実体法上の効果も消滅するとみる見解（解除条件説）などが、それである。相殺権者の意思は、基本的にはあくまで第一次的には訴訟上の権利行使であり、説明の仕方としては、解除条件説で十分であり、しかも、それが妥当であろう。<sup>(43)</sup>

古い判例は、このような場合に相殺の効果は消滅するとする（大判昭和九年七月一日・法学四卷二号二二七頁。こ

れに対して、たとえば、訴状に記載された履行請求の効力は消滅せず〔大判大正二年六月一九日・民録一九卷四六三頁〕、また、解除の効果も消滅しないとする〔大判昭和八年一月二四日・法学二卷九号一一二九頁〕。

なお、同様の問題は、建物買取請求権（借地借家二三条）についても生じる。裁判例（東京地判昭和四五年一〇月三一日・判例時報六二二号九二頁）として、和解による訴訟の終了と建物買取請求権の帰趨について、形成権が訴訟において攻撃防御方法として主張された場合には、その意思表示は訴訟において陳述されることを条件として、相手方に到達したときにその実体的効果を発生するが、しかし、後日、訴訟が、訴えの取下げや訴訟上の和解などのために、その意思表示について裁判所の実体的な判断を受けることなく訴訟が終了するに至った場合には、いったん発生したその実体的効果は、初めに遡って消滅するとしうえで、形成権行使の意思表示は、それが、訴訟で陳述された場合には、原則として撤回の自由はないが、意思表示を受けた相手方の（明示的または黙示的な）承諾があれば（訴訟上異議のない場合には）、撤回もできると判示したものがあつた。訴訟上の和解で訴訟が終了した場合に、訴訟上行使された建物買取請求権の効果をどのように扱うかについては、訴訟上の和解によりその取扱いが規定されている場合には、それにより、そうでない場合には、和解内容に即応する解釈を行うべきであろう。実体法上の建物買取請求権の効果を残し、売買契約、所有権の移転、代金請求権の維持が必要な場合には、実体法上の効果を否定する必要はないであろう。<sup>44)</sup>

### 3 再訴禁止効

#### (1) 再訴禁止効の目的

訴えの取下げの効果は、訴訟終了効、遡及的訴訟係属消滅効にとどまらない。訴えの取下げは、先に述べたように、判決の確定に至るまで可能であるので、本案判決後であつて判決確定時までの間に、訴えの取下げが行われる場合もあ



る。このように本案の終局判決後に訴えの取下げがなされた場合には、その取下げをなした原告は、「同一の訴え」を提起することができなくなるとの効果が生じる（再訴禁止効。二六二条二項）。

この再訴禁止の趣旨・目的が何かにについては、判例・学説上、議論がある。

まず、判例（最三小判昭和五二年七月一九日・民集三二巻四号六九三頁）<sup>(45)</sup>は、「民訴法二三七条二項（現、二六二条二項）は、終局判決を得た後に訴を取下げることにより裁判を徒労に帰せしめたことに対する制裁的趣旨の規定であり、同一紛争をむし返して訴訟制度をもてあそぶような不当な事態の生起を防止する目的に出たものにはかならずない」と判示し、取下濫用制裁・再訴濫用防止説に立つと考えられる。そこでは、裁判を徒労に帰せしめたことに対する制裁を指摘しつつ、同一再訴を、制度をもてあそび訴訟を蒸し返すものとして強く断罪しているようにも読めるからである。<sup>(46)</sup>

学説上、様々な見解が示されている。<sup>(47)</sup>次に述べるような、取下濫用制裁説、再訴濫用防止説、取下濫用制裁・再訴濫用防止説、訴権放棄喪失説（同一紛争解決放棄説）、および、両当事者訴訟事件終了期待説などの対立である。取下濫用制裁説が多数説である。

まず、取下濫用制裁説は、再訴の禁止を国家による制裁の観点から捉える説であり、裁判所がせっかく判決をしたのにその後に取り下げるのは、裁判所の出した解決案を失効させ徒労に帰せしめることになるので、二度と同一の訴えを訴求しても相手にしない趣旨であるとする。しかし、訴えの取下げを認めつつ、制裁を加えるとするのは説得的ではなく、逆に、制裁を加える必要があるのならば、むしろ、訴えの取下自体を禁止すればよいと考えられる。再訴濫用防止説は、本来訴えの取下げには制裁が加えられるべきではないが、再訴を全く自由にするとう当事者は提訴と取下げとを繰り返し、裁判所を翻弄することになるので、再訴が禁止されるという趣旨に理解する見解である。しかし、一方で、訴えの取下げの自由が処分権主義から認められており、かつ、提訴の自由もまた処分権主義から認められているのに対し

て、なぜ突然、しかも一回の再訴が濫用とされるのか必ずしも明らかでない点に難点がある。取下濫用制裁・再訴濫用防止説は、取下濫用制裁説と再訴濫用防止説とを統合する見解であるが、取下濫用制裁説および再訴濫用防止説に対する疑問や批判が妥当するであろう。訴権放棄喪失説は、いったん終局判決が下された後に、その判決に対して不服を申し立てるのではなく、むしろ、その訴え自体をあえて取り下げたのは、当該権利関係について、原告は、もはや訴訟による解決の必要性がないとして、判決による解決を放棄しその権利を失権させたとみることができると求めるべきであるとの見解である。

取下濫用制裁説、再訴濫用防止説、取下濫用制裁・再訴濫用防止説が、公益の侵害を考え、濫用防止を考えているのに対して、訴権放棄喪失説は、当事者の責任原理から再訴禁止効を明らかにする点に特長がある。ただ、本案の終局判決後における訴えの取下げのすべてについて判決による解決を放棄・喪失したとみることができるか否かは疑問であろう。取下書を、放棄調書などのように考えることもできない。手続も規律も異なるからである。ただし、当事者の意思を問題としている点は汲むべき指摘を含んでおり、しかも、そもそも当事者の意思による訴訟の終了手続のひとつとして、訴えの取下げの制度が認められていることから、基本的には当事者の意思を尊重した関係形成のあり方の視点から、この問題を考えるべきであろう。<sup>48)</sup> 民事訴訟法二六二条二項は、公益の保護よりも、私益の優先を認めた規律であるとも考えられるのである。

まず、このような判決よりも当事者の意思を優先させる規律の意図を背景に、判決後における訴えの取下げには、原則として相手方の同意が必要になるので、同意を与えた被告との関係も考慮しなければならないであろう。現実には、本案判決で敗訴した原告が訴えの取下げを行う場合が想定されるが、しかし、理論的には、その場合に限られず、本案判決で勝訴した原告が訴えの取下げを行う場合も考えられる。後者の場合には再訴が裁判制度を弄ぶ行為(濫訴的行為)

と評価されてもやむを得ない側面があるものの、前者の場合には、必ずしもそのようには評価できず、同意した被告の訴訟終了、法的救済への期待を考慮する必要がある。その点では、原告勝訴判決後の取下げとその同意の場合も、基本的に同様であろう（訴えの変更〔一四三条〕の場合、特に、控訴審における訴えの交換的変更の場合には、このような場合もあり得る。しかも、訴えの変更であるので、請求の基礎に変更がない場合や相手方の主張の変更に対応して訴えの変更がなされる場合には、相手方の同意は不要である。被告の態度の変化に従って、原告が訴えの交換的変更を行ったような場合には、原告に、被告の主張への信頼関係が形成されることになるであろう）。とりわけ、本案判決という形式で、実体的な法的救済指針がすでに提供されているにもかかわらず、訴訟手続を遡及的に消滅させようとする原告の意思とそれに対する被告の同意は、そこに、同一の訴えを蒸し返さない旨の当事者間の契約的行為の存在を看取することができであろう（このことは、訴訟判決後の原告の訴え取下げの場合にも、基本的には同様であろう。被告の同意は、本案をも視野に入れたいわば「同一再訴防止契約（一種の不提訴の同意〔旧法下の不起訴の合意）」の締結的な意義をもつ）。

その意味では、訴えの取下げでも本案判決後のそれは、請求の放棄・請求の認諾および訴訟上の和解に近似し、同一の訴えを不要とする形式（原告サイド）または提訴されない形式（被告サイド）で、直接的には実体関係の規範的な確定はないものの、法的救済としての実体関係的な紛争解決基準などが提示されることになる。したがって、再訴禁止の目的は、明示的な同意または黙示的な同意の付与に基づく契約もしくは信義則に基づく信頼関係の形成を通じた、前訴における法的救済（事件終了）に対する両当事者の期待を保護する点にあると考えられるのである（当事者訴訟事件終了期待説）。

このようにみることによって、本案判決後の再訴については、同一の訴えを提起する必要があるという原告の信頼と、

同一の訴えを提起されないという被告の信頼が、ともに保護されることになると考えられるのである。現行法では、当事者の意思による訴訟の終了の章のなかに、訴えの取下げも規定されたことから、当事者の視点から、その訴訟の終了についての期待を考慮して、このように再訴禁止効を位置づけるべきであろう。なお、再訴禁止効の趣旨を論じた判例は、訴えの取下げの規定が当事者の意思による訴訟の終了として明確に位置づけられることがなく「訴」の位置に規定されていた旧法下の判例であることから、できるだけ早くその変更がなされるべきであろう。

## (2) 再訴禁止効とその射程

再訴が禁止される「同一の訴え」が提起された場合には、裁判所は、民事訴訟法二六二条二項に基づいて訴えを却下する。そこで、再訴として禁止される「同一の訴え」とは、どのような訴えを意味するかについて、特にその判断基準が問題となる。

同一の訴えとは、単に当事者と訴訟物が同一であるだけではなく、取下げ後の時の流れを考慮して、原告が訴えを提起する事情が同一であることが必要となる。それゆえ、訴えの取下げ後に相手方の主張内容が変わり、争いが生じたので新たな訴えの必要性が生じた場合には、再訴は否定されない(最三小判昭和五二年七月一九日・民集三一巻四号六九三頁)。本稿における再訴禁止の趣旨に関する当事者訴訟事件終了期待説によれば、このような場合は、まさに事後的な事情の変更になり、被告の主張の変更という信義則違反(禁反言)<sup>49)</sup>により、再訴の必要性が生じた場合であると評価でき、その意味で、新たな救済手続が不可欠となる場合であろう。

なお、本案判決後であっても、再訴禁止効が発生しない場合も存在する。たとえば、第一審の本案判決が控訴審で取り消され差戻しとなり、その後に第一審の本案判決がなされる前に、訴えの取下げがなされた場合には、再訴禁止の効

果は発生しない（最三小判昭和三八年一〇月一日・民集一七卷九号一一二八頁<sup>(50)</sup>）。この場合には、本稿の採用する当事者訴訟事件終了期待説の立場からは、控訴審での第一審本案判決の取消差戻しの結果により、すでになされた判決（本案判決・訴訟判決）を通じた法的救済について、当事者間での信頼関係などが形成されていないと考えられるからである。旧訴の取下げが原告の責めに帰し得ない場合（最二小判昭和五五年一月一八日・集民二九号二七頁・判例時報九六一号七四頁〔ここで、帰責事由がないと判示されたのは、訴えの取下げをしたのが、「旧訴担当裁判官より、『被告に訴状不送達のまま欠席判決をした。控訴審で判決が取り消されることは明らかであるから、いったん訴を取り下げて再度訴を提起してほしい。』旨の要請を受け、被告人が右要請を容れたためである〕からである。〕も、同様に再訴が許される<sup>(51)</sup>。

### (3) 再訴禁止効の位置付け

再訴禁止効（二六二条二項）に触れないことは、訴訟要件である<sup>(52)</sup>。再度の提訴の利益があるか否かに関わることから、訴えの利益の一種として位置付けられることもあるが、しかし、再訴の禁止に関する民事訴訟法二六二条二項の規定自体の独自の効力と考えれば十分であろう<sup>(53)</sup>。先に触れたように（↓(1)）、この再訴禁止の趣旨・目的が何かについては、取下濫用制裁説、再訴濫用防止説、取下濫用制裁・再訴濫用防止説、訴権放棄喪失説（同一紛争解決放棄説）、および、両当事者訴訟事件終了期待説などの対立がある。取下濫用制裁説、再訴濫用防止説、取下濫用制裁・再訴濫用防止説、および、訴権放棄喪失説（同一紛争解決放棄説）によれば、この訴訟要件は、単に被告保護（反訴の場合は、反诉被告保護）のみを目的とするものではなく、公益に関わるものであり、当事者によって処分することができない訴訟要件であると位置づけられることから、理論的には、職権調査事項になると考えられる<sup>(54)</sup>。これに対して、本稿の立場である両

当事者訴訟事件終了期待説からは、確かに再訴禁止を通じて裁判所の負担が軽減されることから公益的な側面につながることはあるとしても、再訴禁止の目的は、明示的な同意または黙示的な同意の付与に基づく契約もしくは信義則に基づく信頼関係の形成を通じた、前訴における法的救済(事件終了)に対する両当事者の期待を保護する点にあると考えることから、抗弁事項と解してよいのではないかと考える。その意味で、民事訴訟法二六二条二項の規定は、同二六二条一項の見返りとして、文字通り当事者の意思による訴訟の終了を確認した規定であると考えられる。

#### (4) 再訴禁止効の人的範囲

再訴禁止効の人的範囲については、当事者(一一五条一項一号参照)だけではなく、訴えの取下げ後の一般承継人にも、その効力が及ぶ。これに対して、訴えの取下げ後の特定承継人(一一五条一項三号参照)については、議論がある。特定承継人にもその効力が及ぶとする肯定説<sup>(55)</sup>とこれに反対する否定説<sup>(56)</sup>とが対立している。基本的には、当事者の意思による訴訟の終了の一端をなす訴えの取下げの制度趣旨を考え、再訴禁止効の趣旨を先に述べた当事者訴訟事件終了期待説のように考える立場からは、訴訟物である権利関係が、当事者の意思によりその内容を自由に決定できるものである場合には、特定承継人との関係でも信義則上再訴禁止効による当事者間の紛争解決の期待を保護すべきであると考えられる限り、拘束力が及ぶと考えられる(特定承継人の非拘束の主張が権利の濫用となる場合も同様である)。

また、民事訴訟法一一五条一項二号および四号の関係にある者については、類推適用すべきであると考えられる。これらの場合も、当事者訴訟事件終了期待説からは、基本的に紛争の終息が期待される場合であるからである。ただし、訴訟担当については、任意的訴訟担当の被担当者については再訴禁止効が及ぶが、法定訴訟担当の場合には及ばないとする見解<sup>(57)</sup>もある。法定訴訟担当の場合も、当事者訴訟事件終了期待説からは、基本的に、当事者に訴訟物の処分権を観

念できる限り、再訴禁止効を肯定することが可能となるであろう。

#### (5) 人事訴訟と再訴禁止

訴えの取下げは、人事訴訟においても認められるので、再訴禁止効（二六二条二項）が人事訴訟においても適用になるか否かが問題となる。

この問題に関して、旧人事訴訟手続法のもとでも議論があったが、そこでの多数説は、適用否定説であった。それは、人事訴訟では請求の放棄や認諾が認められないが、再訴禁止効を認めると、請求の放棄を認めると同様の結果になることを理由としていた。<sup>(58)</sup> 現行人事訴訟法のもとでは、請求の放棄や認諾が認められる場合（人訴三七条・四四条）であるかどうかにかかわらず再訴禁止効を肯定する見解と、請求の放棄・認諾が許されない身分関係を訴訟物とする人事訴訟では再訴禁止効を否定する見解に分かれている。<sup>(59)</sup> 再訴禁止効の趣旨を、本稿のように基本的には当事者の意思に基づく当事者訴訟事件終了期待説に立つ場合には、当事者の意思自治が可能な場合にのみ再訴禁止効を認めるので、人事訴訟で訴訟上の和解が認められる場合にのみ、再訴禁止効を認めるのが妥当であろう。

#### 4 訴えの取下げの効果をめぐる争い

訴えの取下げも、他の訴訟行為と同様に、当事者の自由意思に基づく訴訟上の行為であるが、この訴えの取下行為に意思表示の瑕疵がある場合に、当事者の法的救済をどのように行うかについて議論がある。<sup>(60)</sup> 原告が、どのような手続により法的救済を得ることができうるかをめぐる論争であり、民法の意思表示に関する規定が適用または類推適用されるか否かをめぐる争いである。



基本的には、否定説と肯定説が対立する。

判例（最二小判昭和四六年六月二五日・民集二五巻四号六四〇頁）は、否定説に立つ。否定説は、訴え取下行為の法的性質が訴訟行為であるので、一般に行為者の意思の瑕疵がただちにその効力を左右するものではない（つまり、意思の瑕疵の主張は原則として許されない。）としつつも、ただし、詐欺または脅迫という明らかに刑事上罰すべき他人の行為で訴えが取り下げられた場合については、民事訴訟法三三八条一項五号の「法意」に照らして無効であるとする（なお、この場合には、「いったん確定した判決に対する不服の申立てである再審の訴を提起する場合とは異なり」、民事訴訟法三三八条二項〔刑事上罰すべき他人の行為について、有罪判決の確定ないしこれに準じるべき他人の行為の要件の具備、または、告訴の提起などを必要とする旨の規定〕の適用はないとする。上記判例〔前記・最判昭和四六年六月二五日〕も、このことを判示する。）。このような考え方は、「再審事由の訴訟内顧慮」などと呼ばれる<sup>〔二〕</sup>。

しかし、肯定説が妥当であろう。なぜならば、第一に、訴えの取下行為は、当事者の意思による訴訟終了形態であり、その効果の基礎には当事者の意思表示が存在するので、訴訟行為であるという理由のみで意思の瑕疵の規定の適用または類推適用を排斥するのは、論理的でもなく、また妥当でもない。第二に、特に本案判決後の取下げの場合には、再訴禁止の効果が生じ、原告は、実体権の放棄に等しい不利益を受けるので、その意思に基づかない場合にまでこれを甘受させるのは酷であり、それでは、被告を不当に利することになる。第三に、訴えの取下行為の無効を認めても、訴えの取下げ後にさらに手続が進行しているわけではないので、手続の安定を害することはない。第四に、再審事由の訴訟内顧慮では、詐欺の事例は救済することが可能でも（また、詐欺と錯誤の二重効を認めるとしても）、詐欺でカヴァーできる範囲には限界があり、錯誤は再審事由ではないので救済することができない。第五に、そもそも訴訟行為に意思表示の瑕疵の規定が適用できないのならば、なぜ、詐欺または強迫という意味表示の瑕疵のみを救済するのかは、必ずし



も明らかではない（それらが、実質的にみて法的救済に値すると評価される事例ならば、再審事由の訴訟内顧慮という迂遠な方法ではなく、準用、類推適用または直接的な法的救済のあり方を探求すべきであろう）。第六に、否定説では、再審事由の捉え方にもよるが、なぜ民事訴訟法三三八条二項の適用が排除されるのか必ずしも明らかではない。第七に、無効の範囲が広がれば裁判所の負担がその分増加することになるが、提訴された法的問題の判断は裁判所の本来の職責であり、負担増を理由に原告の真意でない訴えの取下げを維持するのは、裁判を受ける権利（憲三二条）を不当に奪う結果になるであろう。訴えの取下げ行為の法的性質が、訴訟行為であるとしても、それはあくまで原告の意思表示であり、意思の瑕疵に関する民法の規定の適用または類推適用があると解すべきであろう。

したがって、訴訟行為に意思表示の瑕疵がある場合には、原告は、民法の規定に依拠して無効の主張を行い、無効ゆえに旧訴が復活すると主張して、期日指定（九三条一項）を申し立てることができるはずであろう。期日指定申立ては、一般に、新訴提起に比べて提訴手数料などを節約でき、提訴に結び付けられた実体法上の効果も維持でき、従前の裁判資料（訴訟資料・証拠資料）を利用することもでき、さらに、裁判官の更迭がない限り、従前の裁判官の面前で審理を続行できる利点がある。なお、この場合に、無効の主張を無期限に許すと、被告の法的地位が不安定になりかねないことを考慮して、再審期間についての民事訴訟法三四二条の規定〔再審事由を知った日から三〇日〕を類推適用すべきことが主張されているが、その期間は短かすぎることから、妥当性を欠くであろう。肯定説によれば、むしろ、民法二六条（新民二二六条）の規定〔追認可能時から五年間等〕の適用（または類推適用）を考へるべきであろう。

終局判決後に訴えの取下げがなされたが、その有効性について争いがある場合に、その審理判断をどの裁判所で行うべきであるかについても争いがある<sup>(62)</sup>。上訴をして上訴審で訴えの取下げの有効性を争うべきであるとする見解が、多数説であるが、上訴提起前に訴えが取り下げられた場合にその判決を言い渡した裁判所（第一審裁判所または控訴審裁判

所)が、訴えの取下げの有効性を判断すればよいとの見解もみられる。基本的には、いずれも可能であり、どの裁判所で争うかは、訴えの取下げの有効性を争う当事者の自由な選択に委ねるべきであろう。裁判所が、訴えの取下げを有効と判断すれば、終局判決によって、訴訟終了判決を行い、上訴がなされていれば、上訴を棄却すべきである。訴えの取下げを無効と判断する場合に、上訴がなされていれば、上訴審の審理を進めるべきである。なお、勝訴当事者は、上訴の利益がないことから、訴えの取下げの無効を求めて上訴することはできない。

## (五) 訴えの取下げの擬制とその効果

### 1 はじめに

民事訴訟法は、訴訟当事者の双方が口頭弁論もしくは弁論準備手続に欠席し、または出席したとしても何ら弁論や申述をしないまま退廷や退席をした場合について、一定の要件で訴えの取下げを擬制する旨の規定(二六三条前段)を置く(以下では、「口頭弁論もしくは弁論準備手続」を、「口頭弁論等」ということがあり、「欠席し、または出席したとしても何ら弁論や申述をしないまま退廷や退席」をした場合を、「欠席等」・「欠席」をした場合ということがある。)。また、このような当事者双方の欠席等が、二回連続した場合にも、同様に、訴えの取下げを擬制する旨の規定(二六三条後段)が置かれている。本稿では、前者を、「欠席後一月放置事案」、後者を、「連続二回欠席事案」とよぶこともある。一般に、当事者双方が欠席した場合でも、裁判所は、当該口頭弁論期日や弁論準備手続期日において予定されていた証拠調べ(一八三条)および判決言渡し(二五一条二項)を行うことはできるが、しかし、裁判所が、これら以外を行いたい場合には、手続を進めることができないのでは、迅速な訴訟進行の妨げにもなりかねない。これは、「欠席後一月放置事案」でも、「連続二回欠席事案」でも、基本的に変わりはない。そこで、このような訴えの取下げを擬制する

規定が置かれたのである。なお、上訴審において、同様な当事者双方の欠席等が生じた場合には、訴えの取下げの擬制ではなく、上訴の取下げが擬制されることになる（二九二条二項・三二三条・三三一条）。

確かに、当事者の双方が、口頭弁論等の欠席等を行う理由は多様である。たとえば、当事者が、口頭弁論等の期日の呼出しを意図的に無視する場合、怠慢や失念により欠席する場合、訴訟手続への熱意を喪失した場合、訴訟外において当事者間で和解やADR（Alternative Dispute Resolution. 裁判外紛争解決手続〔訴訟外紛争解決手続〕）などが進行中の場合（訴訟手続の中止がなされていない場合。裁判外紛争解決手続法二六条を参照）、訴訟事件に関する別件が進行中であり、その様子見て欠席する場合、裁判所から訴えの取下げを勧められる場合、または、訴訟外においてすでに訴訟上の請求内容を満了したので訴訟手続の進行を放置する場合など、様々な事情が考えられる（なお、訴訟手続の中止の場合については、一三〇条・一三一条を参照）。

当事者双方の欠席の場合でも、現行法上、確かに、「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るときは」、事件について直ちに結審して終局判決（すなわち、「審理の現状に基づく判決」）を言い渡すことができる旨の規定（二四四条）が設けられたが、審理の現状に基づく判決ができない場合には、審理の手続を続行することが必要になる。確かに、裁判所が期日を指定すること（九三条一項）は可能であるが、それ以後の訴訟の進行を、すでに欠席という行為を行った当事者側の主体的な活動に委ねて手続の帰趨を見定めることもまた、裁判所と当事者との間の役割分担のあり方に関する選択肢のひとつである。職権進行主義とはいっても、元来私的紛争をどのようなプロセスや手続進行を通じて解決するかは、当事者に依存する問題という側面がある、それゆえ民事訴訟法二六三条などは、このように、当事者の「訴訟追行の意欲」<sup>(63)</sup>を試す規定である。

以下では、訴えの取下げの擬制の沿革と位置づけ（→2）、訴えの取下げの擬制の類型（二六三条前段の「欠席後一

月放置事案」の場合および二六三条後段の「連続二回欠席事案」の場合」と各要件（↓3）、本条における期日の概念（↓4）、さらには、訴えの取下げの擬制の効果（↓5）の順に、論じていきたい。

## 2 訴えの取下げの擬制の沿革と位置づけ

### （1）双方当事者の欠席等に対する手続対応

裁判所は、双方当事者が欠席等をした場合（弁論・申述をしないで退廷・退席した場合も含む。）でも、先に触れたように、予定された証拠調べ（一八三条）や判決の言渡し（二五一条二項）を行うことができる。

これらの手続のほか、裁判所（裁判長）は、たとえば、①職権により次回期日を指定すること（九三条一項。大判昭和十二年二月一日・民集一六巻二〇一二頁）、②次回期日を追って指定とすること（つまり、さし当たり指定しないでおくこと）、③そのまま期日を終了して、訴えの取下げの擬制を待つこと（二六三条。いわゆる、「休止扱い」とすること）、さらに、④審理の現状に基づく判決（二四四条）を行うことが可能である。<sup>〔64〕</sup>

なお、当事者双方が欠席の場合には、完全な書面主義となってしまうために、当事者の一方が欠席した場合に日本法で採用されている対席判決主義は採用されず、それゆえに、陳述の擬制（一五八条）を行うことはできない。本条が規定しているのは、ここに挙げた③の訴えの取下げの擬制である。

### （2）訴えの取下げの擬制の沿革

ところで、旧民事訴訟法では、現行法二六三条前段の規定に対応する次のような規定が、旧二三八条に置かれていた。<sup>〔65〕</sup>すなわち、「当事者双方カ口頭弁論ノ期日ニ出頭セス又ハ弁論ヲ為サシテ退廷シタル場合ニ於テ三月内ニ二期日指

定ノ申立ヲ為ササルトキハ訴ノ取下アリタルモノト看做ス」という規定である。

この旧法では、訴えの取下げの擬制により訴えの取下げの効果が発生するのに必要な期間は、三か月とされていた。しかし、これは、あまりにも長すぎるのであり、現代社会のテンポに見合ったものに短縮する必要から、現行法（二六三条前段）では、この期間の経過が訴えの取下げという重大な結果をもたらすこともあり得ることに配慮して、一か月に短縮された<sup>(66)</sup>。これは、二六三条前段の「欠席後一月放置事案」に関する規律についての改正である。

また、旧民事訴訟法下の実務では、当事者双方が、口頭弁論の期日への欠席と期日指定の申立てを繰り返すことによって、旧民事訴訟法二三八条の訴えの取下げの擬制を避けようとする事例が、時々みられたが、旧民事訴訟法上はこのような不熱心訴訟追行に対処するための規定が存在しなかった。そこで、現行法ではこのような状況に対する規定として、「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で退廷若しくは退席をしたときも、同様とする」との規定（二六三条後段）が置かれることとなった。<sup>(67)</sup> この規定は、先に触れたように、上訴審で当事者双方の欠席等がなされた場合にも、上訴の取下げの擬制という形式で、本条が準用されている（二九二条二項・三二三条）。したがって、この場合には控訴の取下げが擬制されることから、第一審判決が確定し、通用力をもつことになる。

### (3) 訴えの取下げの擬制に関する規定の位置づけ

本条の規定の位置づけについては、若干の基本的な考え方の異同がある。

旧民事訴訟法二三八条の規定については、一方で、明治民事訴訟法一八八条とは異なり「当事者の合意による休止」の制度を認めていないので、これは、欠席した当事者が弁論の意思を示さない限り熱意のないものとみて、当事者が欠

席することによって訴訟手続が事実上停止する場合における訴訟手続上の処理をする規定であるとの見解が多かったが、他方で、この規定を、不熱心な訴訟追行に対する対策ないし制裁規定であるとみる見解も存在した。<sup>(68)</sup>

先に述べたように、欠席の背景には多様な理由が存在することから、当事者双方の欠席が、あらゆる場合に弁論の懈怠であり不熱心な訴訟追行であると評価することはできないように思われる。裁判所を利用する当事者などの作法のあり方にも関わる問題ではあるが、その後三か月にわたり、期日指定の申立ての期間が認められていたことは、前者の評価を示すものであるとも考えられる。しかし、現行法は、欠席後の手続放置の事案については、この期間を一か月に短縮し、しかも、「連続二回欠席事案」についての規定を、二六三条後段に新たに設けたことから、不熱心な訴訟追行に対する対策としての訴えの取下げの擬制という側面が強化されたとも考えられる。これは、現在では、五月雨式審理の克服、計画審理の推進や裁判迅速化法の制定の影響で、争点中心主義の集中審理を目指し、民事訴訟審理の一層の迅速化が推奨されていることから、先に述べた他の諸手続とともに、基本的には、迅速な事件処理を加速させる手段と位置づけられるであろう。<sup>(71)</sup> 訴訟における当事者の作法の指針(行為規範)を示す規定であり、同時に、裁判所の職権進行主義と手続的な処理指針(評価規範)ともなり得る規定である。つまり、現行法は、当事者双方の欠席の場合の手続処遇のルールを明示し、欠席等から生じる不利益を事前に予告することによって間接的に当事者に対して出席の確保を促し、同時に弁論の活性化を期待する手続を設け、裁判所の手続処遇の正当化根拠を設けたのである。<sup>(72)</sup>

#### (4) 審理の現状に基づく判決との関係

この訴えの取下げの擬制との関係では、現行法下で創設された「審理の現状に基づく判決」(二四四条)の制度との関係も問題となる。

この判決の制度は、当事者の一方または双方の欠席の場合に、現行法が認めた新たな対処方法である。<sup>(73)</sup> 旧民事訴訟法下で、判例（最三小判昭和四一年一月二日・民集二〇卷九号一九一四頁）は、口頭弁論期日に当事者双方が欠席しても、訴訟が裁判をなすに熟するときは、口頭弁論を終結して終局判決をすることができると判示していた。確かに、期日が指定されたことは、裁判をなすに熟していないからであり、その期日に裁判をなすに熟することはなく判決をすることはできないとの立場も考えられたが、しかし、審理の現状に基づく判決の制度は、基本的には、この判例の立場を採用したものである。

審理の現状に基づく判決の要件は、当事者の一方または双方が欠席した場合に、裁判所が、「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るときであり、審理の現状といういわば審理内容の形成状況（判決の基礎の「情報状態としての成熟」）だけではなく、当事者の訴訟追行の状況（当事者の「手続保障の充足として成熟」という、当事者の手続過程・手続追行の評価をも考慮して、訴訟が裁判をなすに熟したか否かが評価できることとなったのである。<sup>(74)</sup>

裁判所の視点からは、双方当事者の欠席に対する対策としては、訴えの取下げの擬制（二六三条）だけでは不十分であり、しかも、従前の審理の状況を活かすためにも、この規定は有用と考えられる。また、一方当事者の欠席に対する対策としても、敗訴が濃厚になった当事者の欠席に対処するために、有効に活用されることが望まれる制度である。

審理の現状に基づく判決の制度の適用については、裁判所が、審理の現状および当事者の訴訟追行の状況を考慮して相当と認めるとき（すなわち、相当性があるとき）は、終局判決をすることができるとされていることから、特に、その相当性の判断をめぐって若干の議論がみられる。<sup>(75)</sup> 訴えの取下げの擬制の制度と審理の現状に基づく判決の制度との役割分担のあり方に関する議論である。



まず、当事者双方が口頭弁論または弁論準備期日に出席しない場合（弁論や申述をしないで退廷・退席した場合も同様）には、原則として、民事訴訟法二六三条の訴えの取下げの擬制により処理すべきであつて、それで対処できない場合（例、両当事者が欠席と期日指定を繰り返すが、二回続けては欠席することがない場合など）には、二四四条によつて処理すべきであるとする見解や、一方欠席と双方欠席とに分け、前者の事件処理は取下擬制によるのが原則であり、例外的な場合に限り、この制度を用いるべきであるとの見解（以上、いずれも、取下擬制優先説）がある。これは、訴えの取下げの擬制による方が、審理の現状に基づく判決による場合よりも、簡易かつ迅速であり、しかも、当事者に対する不利益も少ない（第一審では、再訴が可能となり、上訴審では、再訴禁止効は働くものの、当事者が下級審判決の内容を認識し理解していることから、どのような内容の判決が確定するかが予見可能である。）と考えられるからである。しかし、特に、条文上両者の間の優先劣後関係（二四四条の適用に関する補充性の要件）が明記されていないことから、裁判所は、個別事件の具体的な状況に応じて、選択的かつ柔軟な対応ができると考えるべきであろう（選択説<sup>(76)</sup>）。

従前の手続過程から、当事者の（消極的な）私的自治により訴えの取下げの擬制による処理が適切と考えられない場合もあり、そのような場合には、（裁判所には負担になるものの裁判官の第一義的な職務は判決の形成にあると考えられることから）判決により紛争に決着を付けることが望ましい場合も考えられる。

当事者による信義誠実訴訟追行義務（二条）や適時提出主義（一五六条）という現行法の基調を踏まえて、この制度が、裁判をするのに熟したとき」（二四三条一項）の実質的な意味内容を、手続重視の形式で拡充し変容させたこと（単に「情報状態としての成熟」の場面だけでなく、「手続保障の充足として成熟」の場合にも、裁判が可能になったこと）を重視すれば、それまでの訴訟追行の状況が、判決にさいしては判断の鍵となるであろう。<sup>(77)</sup>

多くの場合に、審理の現状自体は、それまでとは変わらないことが多いと考えられることから（特に、双方当事者の



欠席の場合）、民事訴訟法二四四条において、一方当事者または双方当事者の欠席の事実を裁判の成熟性を基礎づける重要な事実とすることが認められたと考えられる。それをも弁論の全趣旨として評価し、証拠調べの結果については、高度の蓋然性ではなく、手続面の評価をも交えた証拠の優越による裁判を、この場合には特に許したものと解する余地もあるであろう（二四七条参照<sup>28)</sup>）。

なお、控訴審で初めて双方当事者の欠席という事態が生じた場合には、控訴審のその時点までにおける当事者の訴訟追行の状況にもよるが、裁判所は、第一審判決を確定させることによる当該事件の解決か（上訴の取下げの擬制。二九二条二項・三一三条・二六三条）、それとも、審理の現状に基づく判決を言い渡すかのいずれかについて選択権を有すると考えられる。

### 3 訴えの取下げの擬制の類型について

#### (1) 二類型の概観

当事者双方が欠席した場合には、訴えの取下げの擬制がなされる場合があるが、これには、先に述べたように、条文上は二類型がある。すなわち、①新期日指定の申立てを欠く場合の訴えの取下げの擬制（当事者双方が、口頭弁論に出席せず、また、出席しても弁論をせずに退廷した場合には、一か月以内に期日指定の申立てをしなければ、訴えの取下げがあったとみなされる場合。二六三条前段）という「欠席後一月放置事案」と、②連続二回欠席の場合の訴えの取下げの擬制（当事者双方が、連続して二回以上口頭弁論期日に出席せず、または、弁論をしないで退廷した場合にも、訴えの取下げがあったとみなされる場合。二六三条後段）である「連続二回欠席事案」である。

①と②とは、相互に全く別異の類型というより、裁判所の視点からみれば、②は①の期日申立てをいわば実質化させ

ることを目的とした規定であり、それがなされない場合には、法により定型的に訴えの取下げが擬制されることになり、また、この①では訴えの取下げが擬制がされない場合でも、②で特に訴えの取下げが擬制されることになるのである(②は、当事者双方の欠席後に期日指定の申立てをした以上は、その新期日の欠席を認めないことを意味する。これは、その新期日が最初の双方欠席の期日から一か月以内に設けられていた場合でも、新たな期日指定の申立てが認められないことも意味する)。これらを両当事者の視点からみれば、一回は双方欠席が宥恕されるが、その場合でも、一か月以内に期日指定の申立てをしなければならず(そうしなければ、一方で、原告の立場からは、提訴や訴訟追行が無になり、他方で、応訴をした被告の立場からは、その訴訟追行が無になり)、しかも、仮にその申立てをしたとしても、その新期日(二回目の期日)における当事者双方の欠席は、もはや宥恕されず、訴えの取下げが擬制されることを意味している(ただし、当事者の意思による訴訟の終了形態に関する章中の規定ゆえに、「欠席後一月放置事案」であれ、「連続二回欠席事案」であれ、当事者間のいわば消極的合意による訴訟関係の解消を、裁判所が必要かつ自動的に認めることを意味している。これは、次に述べる一か月の期間の位置づけなどの問題と関係する)。

①および②という欠席等とは、条文にいう口頭弁論期日または弁論準備期日において、当事者双方が、事件の呼上げによってその期日が開始された時点(規六二条)において、出席(出頭)していないか、または、出席はしたものの、事件についての弁論等を行わずに退席したことをいう。ここでの弁論は、後述のように、本案に関する弁論に限定されない。その期日において弁論能力を欠くとされた場合(一五五条)でも、その回は出席と評価されるべきであり、次回以降、弁論能力を欠くとされた者のみが出席した場合は、そのときに初めて欠席と扱うべきであろう。弁論能力を欠く者の保護のためである。また、当事者が退廷を命じられた場合(裁七一条二項)も、基本的に同様に考えるべきであろう。

なお、必要的共同訴訟人の一人や補助参加人が出席している場合には、欠席等の効果は生じない（四〇条一項・四五条一項）。

## (2) 欠席後一月放置事案

まず、新时期指定の申立てを欠く場合の訴えの取下げの擬制について、当事者双方が、口頭弁論もしくは弁論準備手続の期日に出席せず、または弁論もしくは弁論準備手続における申述をしないで退廷もしくは退席をした場合において、一か月以内に期日指定の申立てをしない場合には、裁判所は、訴えの取下げがあつたものとみなす（二六三条前段）。たとえば、訴えの却下や移送などが求められた場合には、訴訟追行意思が示されていることから、たとえ本案前の抗弁であっても、本条には該当しない。なお、原告欠席の場合には、出席した被告が、弁論をしないで退廷したり、または、申述をしないで退席したり、もしくは、出席扱いではなく欠席扱いしてもらつたりするという選択肢をとることも可能であり、この場合には、原告から、一か月以内に期日指定の申立てがない限り、訴えの取下げの擬制がなされることになる（二六三条前段）。すなわち、被告の選択で、「欠席後一月放置事案」とすることが可能となるのである（この場合には、被告は、通例期日指定の申立てをすることはないと考えられるので、原告の訴訟追行への意思が試されることになるのである。）。

この一か月について、判例（最二小判昭和三三年一〇月一七日・民集一二卷一四号三一六一頁〔両訴訟代理人の合意のうえで両代理人の連署により期日変更を申し立て、当然に変更されていたと考えていたが、変更申請が却下された事案で、控訴取下げが擬制された。〕、最二小決昭和三五年六月一三日・民集一四卷八号一三三三頁〔相手方の不出廷を知らず上告取下げが擬制された。〕）は、追完が許される不変期間ではないので、期日指定申立ての追完は許されないとす

る。しかし、これには疑問がある。確かに、現行法では、「連続二回欠席事案」における訴えの取下げの擬制の規定が追加されたことから、「欠席後一月放置事案」の場合をも含めて、先に述べたように、不熱心訴訟追行者への制裁的な色彩が強まったようにも思えるが、しかし、このように当事者の意思によるその終了形態の一部をなすと考える場合には、手続の中断・中止の事由には該当しないものの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（例、刑事上罰すべき行為の介在など）に、一か月以内の期日指定の申立てができなかったとき（「欠席後一月放置事案」）、または、指定期日に出席できなかったとき（「連続二回欠席事案」）には、訴訟行為の追完（九七条）の規定の類推適用を通じて、当事者を救済すべきであろう。基本的に、訴訟追行に意欲のある当事者は、保護されるべきであると考えられるからである。<sup>(2)</sup> 手続的には、期日指定の申立てによって（大決昭和八年七月一日・民集一二巻二〇四〇頁、東京高判昭和三四年七月一日・東高時報一〇巻七号一五九頁・判例タイムズ九四号四三頁）、そのことを主張することになる。<sup>(3)</sup>

なお、一か月の起算日については、裁判所が職権で新期日を定めた場合には、その日から（大決昭和六年二月三日・民集一〇巻三三三頁）、また、裁判所が定めなければ、当事者双方が欠席した日からと考えられる。

控訴審における当事者双方の欠席の場合には、控訴の取下げとみなされ（二九二条二項・二六三条。大連判大正一五年二月一日・民集五巻五一頁）、上告審の場合も、上告などの取下げとみなされること（三一二条。前記・最二小決昭和三五年六月一三日・民集一四巻八号一三三三頁）は、すでに述べた。

### (3) 連続二回欠席事案

次に、連続二回欠席の場合の訴えの取下げの擬制について、当事者双方が、連続して二回、口頭弁論もしくは弁論準

備手続の期日に出席せず、または弁論もしくは弁論準備手続における申述をしないで退廷もしくは退席をした場合も、裁判所は、訴えの取下げがあったものとみなす（二六三条後段）。口頭弁論期日や弁論準備期日で、各二回連続して欠席等する場合だけではなく、口頭弁論と弁論準備期日、弁論準備期日と口頭弁論期日の連続した欠席の場合にも妥当する（その他、期日については、後述の4を参照）。立案担当者の説明によれば、同一の審級における二回連続の欠席が、不熱心な訴訟追行の現われと考えられたためである<sup>(81)</sup>。

この訴えの取下げの擬制は、たとえば、①の場合で一か月以内に当事者が期日指定の申立てを行った場合や裁判所が期日指定を行った場合に、それでも当事者双方が連続して二回口頭弁論等に出席しない場合が、これに当たる。また、控訴審・上告審にも準用される（二九七条・三一二条。この場合には、控訴・上告などの取下げとみなされる。二九二条二項）。

欠席等の意味内容は、①で述べたのと同様である。

いずれにせよ、当事者双方による不連続の欠席に対しては、この規定も適用できないので、その対処を考える必要がある。たとえば、当事者が、欠席を繰り返した後に期日指定の申立てを行う場合には、その申立てを権利の濫用として却下する方法も考えられる（例、名古屋地決昭和四〇年九月三〇日・判例時報四三五号二九頁、東京高決昭和六一年八月一二日・訟務月報三三卷五号一一九八頁など）。このような却下がなされれば、①の類推適用により、一か月の経過を待つまでもなく、その却下の日に訴えの取下げを擬制すべきであろう。

なお、当事者の訴訟追行意欲に配慮した場合には、「連続二回欠席事案」の場合においても、「欠席後一月放置事案」（①①）の場合のように、訴訟行為の追完の可否が問題となる。この場合には、連続二回欠席という事実が、自動的に訴えの取下げの擬制をもたらすことから、一見したところ、追完の可能性がないようにも思われかねない。しかし、こ

の場合でも、基本的には、法的救済の必要性が、①の「欠席後一月放置事案」の場合と同様に存在することから（考え方としては、一度双方欠席をした当事者が、自ら期日指定の申立てを行い、その訴訟追行意思を示した事例とも考えられることから〔当事者が緊張感をもって出席をしなければならないことは当然であるとしても〕、期日指定の申立てにより、訴えの取下げの擬制を争うことができると解される<sup>〔8〕</sup>）。

そのほか、行政事件訴訟法一五條四項〔被告を誤った訴えにおける対応として、従前の被告に対する訴えの取下げの擬制〕、民事調停法二〇條二項〔付調停後に調停が成立したまたは一七條の決定が確定した場合における訴えの取下げの擬制〕、非訟事件手続法八四條〔非訟事件の申立ての取下げの擬制〕、家事事件手続法八三條〔家事審判の申立ての取下げの擬制〕なども参照。

#### 4 民事訴訟法二六三條における期日の概念

##### (1) 期日の呼出し

訴えの取下げの擬制に関する民事訴訟法二六三條が適用される前提として、原則として、当事者に対する期日の呼出しは正式のものでなければならず、呼出状が送達された場合または当該事件について出席した者に対してなされた期日の告知でなければならないのが原則である。現行法も、旧民事訴訟法を引き継ぎ「簡易の呼出し」を明文で認めたが（九四條一項）、この場合には、原則として、当事者に不利益を課することができない（九四條二項本文）。したがって、当事者が普通郵便や電話などによって簡易な呼出しを受けた場合には、原則として本条の不利益を課することができない。ただし、例外として、当事者が期日の呼出しを受けた旨を記載した書面（「期日請書」など）を裁判所に提出した場合には、二六三條前段の適用があるといえよう（九四條二項但書）。これは、二六三條後段の場合も同様である<sup>〔8〕</sup>。

「欠席後一月放置事案」と「連続二回欠席事案」において、ともに期日の意味が問題となる。条文上は、「口頭弁論若しくは弁論準備手続の期日」とあることから、当事者の欠席等の期日の意味が問題となるのである（なお、以下のいずれの期日の場合であれ、それを二六三条の期日として評価するかどうかはともかく、一般に、当事者などが期日に欠席する場合には、当事者らは、ケイタイ、スマホまたは電話などを用いてでも、あらかじめ裁判所に連絡を入れるべきであろう。職権による新たな期日の指定は、二六三条に関わる場合でも、可能だからである。）。

## (2) 口頭弁論期日と弁論準備期日

まず、口頭弁論期日とは、口頭弁論（八七条一項本文）を行うために指定された期日であり、最初にすべき口頭弁論の期日であれ、続行期日であれ、いずれでもよい。もちろん、準備的口頭弁論期日（一六四条）も含まれる。次に、弁論準備期日とは、民事訴訟法一六八条の期日をいい、弁論準備手続の期日として指定された期日である。

## (3) 和解期日

条文の文言からは、和解期日は、民事訴訟法二六三条の期日には該当しないと考えられるが、旧法下では議論が存在した。<sup>(84)</sup>旧法下では、訴訟上の和解の勧誘が口頭弁論で行われるのが通例であるとして、本条の期日に該当するとする見解とそれに反対する見解の対立であった。古い判例（大決昭和六年三月三日・評論二〇卷民事訴訟法一四七頁）は、本条の期日に該当するとの立場であった。

これに対して、現行法では、「口頭弁論若しくは弁論準備手続の期日」と制限的に明記しているので、和解期日は含まれないと解される。ただし、この見解に対しては、この解釈を支える実質的根拠があるかどうかは疑わしく、また、



近時の非訟事件手続法六四条では、和解期日の懈怠も申立ての取下げ擬制の対象となり得るとされていることから、今後は、民事訴訟法でも同様の考え方がとられるべきかもしれないとの指摘もみられる<sup>(85)</sup>。迅速な事件処理の促進に広く寄与する見解である。

しかし、条文上は、口頭弁論期日と弁論準備期日に限定されているのであり、当事者に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。特に、当事者間の消極的な同意という形式であれ、当事者の意思による訴訟の終了の一態様として、本条を考えた場合には、その合意の要件は明確かつ特定のなければならぬからである。必ず裁判所書記官が立ち会い、期日調書が作られる口頭弁論期日や弁論準備期日とは異なり、話し合いの場として設定された和解期日の欠席を、取下げという強い効果と結びつけるのは妥当性を欠くであろう。したがって、立法で明記しない限り、本条の期日に和解期日を含めて考えることには消極的とならざるをえない。

なお、迅速な手続規律を必要とし、裁判所の後見的な職権が顕在化する非訟手続における立法例は、直接的には本条の解釈に影響を与えることはないであろう。

#### (4) 証拠調期日

口頭弁論期日が証拠調期日として指定されていた場合に、証拠調期日に当事者双方が欠席しても、裁判所は証拠調べ(証人尋問など)を行うことができるので(一八三条)、そのような場合に、裁判所は、民事訴訟法二六三条の適用ではなく、予定された証拠調べを行うべきである(証人などの不出廷の場合には、その対応でその期日を終了し、裁判所が、新たな期日を指定すべきであろう)。また、当事者尋問を予定していたような場合には、証拠決定を取り消して、同条の適用を行うことも可能なように思えるが、民事訴訟法二〇八条の制裁で対応すれば十分であり、あえて本条を用いる



までもないであろう（この場合も、裁判所が、新たな期日を指定すべきであろう）。さらに、受命裁判官や受託裁判官による証拠調期日に当事者双方が欠席した場合でも、二六三条の口頭弁論期日が、あくまで本来の受訴裁判所におけるものであり、しかも、古い判例（大判明治四五年二月五日・民録一八輯五八頁）上、公開原則の保障もないその種の証拠調期日<sup>(86)</sup>を、同条の口頭弁論期日として扱い、同条を適用するのは妥当性を欠くと考えられる。その場合には、そこで予定された証拠調べを行えば足りるであろう。ただし、そこでの証拠調べの結果を陳述するために口頭弁論が指定された場合には、その口頭弁論期日は、同条の口頭弁論期日である。

#### (5) 判決言渡期日

判決言渡期日も口頭弁論期日ではあるが（憲八二条一項参照）、しかし、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ことから（二五一条二条）、判決言渡期日は、民事訴訟法二六三条における口頭弁論期日には該当しないと考えられる。

### 5 訴えの取下げの擬制の効果

まず、「欠席後一月放置事案」、すなわち、新期日指定の申立てを欠く場合の訴えの取下げの擬制の場合（二六三条前段）は、欠席等をした期日から一か月を経過すると、その時点で当該訴えは取り下げられたものとして取り扱われる。次に、「連続二回欠席事案」、すなわち、連続して二回欠席の場合の訴えの取下げの擬制の場合（二六三条後段）は、二回目の欠席の時点で訴えが取り下げられたものとして取り扱われる（この場合には、たとえ最初の欠席の期日から一か月以内に期日指定の申立てがなされた場合であっても、訴えの取下げが擬制される）。實務上、民事訴訟法二六三条前

段(「欠席後一月放置事案」)による訴えの取下げの擬制は、「休止満了」と呼ばれている。訴えの取下げの擬制の効果は、当事者の意思による通常の訴えの取下げの場合と同様である(二六二条参照)。ただし、民事訴訟法二六三条の場合は、当事者の積極的な意思による訴えの取下げではないことから、相手方の同意(二六一一条二項本文)は、不要である。

なお、反訴やその他訴えの客観的併合によつて数件の事件が一括審理されている場合には、本条の適用の結果として、訴えが取り下げられたとみなされる対象は、すべての事件についてである。<sup>(87)</sup>

(39) これは、訴訟手続の遡及的消滅による訴訟終了効である。厳密にみた場合には、訴えの取下げが功を奏すれば訴訟手続が遡及的に消滅するので(提訴時に遡つて訴訟手続自体がなかったことになるので、(不存在とされた)訴訟が「終了」するということにはやや違和感もあるが、事実として、訴訟事件や訴訟手続は事実上存在したのであり(それにつき法的な評価もなされたのであり)、それが訴えの取下げにより終わることは確かなことから、ここでは、伝統的な用法に従う。それゆえ、訴えの取下げも、訴訟終了原因のひとつなのである。

(40) この場合に、債権者が仮執行宣言付判決を債務名義として強制執行の申立てを行った場合には、債務者は、執行文付与に対する異議の申立て(民執三二条)でも、また、請求異議の訴え(民執三五条)によつても、争うことができる。と解される。

なお、債権者が仮執行宣言付判決を債務名義として、すでに強制執行を実施した後は、たとえ訴えの取下げがなされても、その基礎となった仮執行宣言付判決自体がその後の訴訟における判決で取り消されたのではないことから、民事訴訟法二六〇条二項の適用はないと考えられる(大判昭和八年九月二十九日・民集二二巻二四五九頁)。

(41) 菊井維大「村松俊夫原著 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Ⅰ(第二版)』一八七頁(日本評論社、二〇一四年)など。

(42) 松本「上野・前掲書注(16)三五〇頁、伊藤・前掲書注(16)四六四頁、秋山ほか・前掲書注(16)二七二頁、賀集ほか編・前掲書注(11)三〇九頁(「三谷忠之執筆」、兼子「原著・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(第二版)」一四五〇頁(竹下守夫「上原敏夫執筆」(弘文堂、二〇一一年)、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)」一二頁(越山和広執筆)(日本評論社、二〇一三年)、中野ほか編・前掲書注(15)二四八頁(池田辰夫執筆)、中野貞一郎「相殺の抗弁——最近の論点状況」同「民

事訴訟法の論点Ⅱ』一三六頁、一四〇頁（判例タイムズ社、二〇〇一年）、三上威彦「訴訟における形成権行使」『民事訴訟法の争点（第三版）』七六頁（有斐閣、一九九八年）、名津井吉裕「訴訟行為」『民事訴訟法の争点』一五〇頁（有斐閣、二〇〇九年）、和田吉弘「基礎からわかる民事訴訟法」二六九頁（商法務、二〇一二年）、小島・前掲書注（5）五六六頁、川嶋・前掲書注（5）四一四頁、三木浩一「笠井正俊」堀内秀介・菱田雄輝『民事訴訟法（第二版）』一五五頁（笠井正俊執筆）（有斐閣、二〇一五年）、石渡哲『民事訴訟法講義』一九四頁（成文堂、二〇一六年）、長谷部・前掲書注（9）一七五頁、高田裕成「三木浩一」山本克己・山本和彦編『注釈民事訴訟法（4）』一三三七頁（越山和広執筆）（有斐閣、二〇一七年）など。

(43) 川嶋・前掲書注(5) 四一五頁。

(44) さらに、秋山ほか・前掲書注(16)二七二頁以下を参照。

(45) 上田徹一郎「判例批評」昭和五十二年重要判例解説・ジュリスト六十六号一四三頁（一九七八年）、青木哲「判例批評」『民事訴訟法判例百選』（第三版）二〇三頁（有斐閣、二〇〇三年）など。

(46) さらに、たとえば最二小判昭和五五年一月八日・集民二二九号二七頁・判例時報九六一号七四頁は、「右事実関係(略)のもとにおいて、旧訴の取下によりその裁判が徒勞に帰したのは、被告人の責に帰すべき事由によるものではなく、また、被告原告人において同一紛争をむしろ返して訴訟制度をもてあそぶといったような不当な意図を有していたものといえないから、本訴は、民訴法三三七条二項(現、一六二条二項)により許されないものであるとはいえない」(一)内は、川嶋)と判示し、前記・最判昭和五二年七月一九日を、基本的に踏襲している。

(47) 兼子・前掲書注(19) 二九六頁、三月・前掲書注(21) 四三三頁、宮崎・前掲論文注(20) 七九四頁、岩松・兼子編・前掲書注(36) 二四九頁  
新堂・前掲書注(5) 三五四頁、高橋・前掲書注(5) 二八一頁、伊藤・前掲書注(16) 四六五頁、井上正三「判例研究」(最三小判昭和三八年一月一日・民集一七卷九号一・二八頁)「立命館法學五五号三六五頁、三六七頁(一九六四年)、井上治典「訴えの取下げと再訴の利益」鈴木正裕「井上治典」上田徹一郎「谷口安平」福水有利「吉村徳重」演習民事訴訟法 二二六頁(有斐閣、一九八二年)、同「和解と訴えの取下げ」同「実践民事訴訟法」二二五頁、二二三頁(有斐閣、二〇〇二年)、山本克己「訴えの取下げ後の再訴——最三小判昭和五二年七月一九日民集三二卷四号六九三頁」法学教室(三〇)号六三頁(二〇〇五年)、上田・前掲書注(16) 四四〇頁、梅本・前掲書注(16) 九九〇頁、伊藤・前掲書注(16) 四六五頁、松浦ほか・前掲書注(42) 一四五頁(「竹下守夫」上原敏夫執筆)、秋山ほか・前掲書注(16) 二七三頁、松本・上野・前掲書注(16) 五五〇頁、和田・前掲書注(42) 三八二頁、河野・前掲書注(5) 三三五頁、小島・前掲書注(5) 五六七頁、山嶋・前掲書注(5) 六一頁、笠井・越山編・前掲書注(42) 九五三頁(越山和広執筆)、三木ほか・前掲書注(42) 四七七頁(笠井正俊執筆)、石渡・前掲書注(42) 三三四頁、長谷部・前掲書

注(9) 二九九頁、高田ほか編・前掲書注(42) 一二三九頁〔越山和広執筆〕など。

なお、明治民事訴訟法(旧々民訴訟法) 一九八条一項が、終局判決後の訴えの取下げを禁止していたのに対して、大正民事訴訟法(旧民訴訟法) 二二三条一項・二二七条二項では、判決確定時までは訴えの取下げを可能とし、終局判決後における訴えの取下げについては再訴を禁止すると改正し、現行法に至っている。大正改正の趣旨としては、敗訴原告が自己に不利な判決を受けた後、訴えを取り下げ、いったん敗訴判決を失効させたうえで、さらに同一の訴えを繰り返して提訴するような濫訴の弊害を防止するために、再訴を禁止したとされる。以上につき、賀集ほか編・前掲書注(11) 三〇九頁〔三谷忠之執筆〕を参照。

(48) 基本的に、当事者関係の形成のあり方から論じる見解として、たとえば、井上正三教授は、終局判決後の訴えの取下げを禁ずるべきとする立法論に反対し、「それは当事者処分権主義に対する過大な制約であるのみならず、訴訟制度の合理的運営という公益的見地に立つても、すでに裁判外で当事者間に折合がつき紛争の訴訟的解決を要しなくなった後に至って、なおべんべんと手続を重ねる無駄を生み・・・決して適切な立法とは言えぬ」(井上「正」・前掲批評(47) 三六九頁。井上正三教授は、再訴濫用防止説を採用)と論じられ、また、井上治典教授は、「訴え取下げがなされた経緯とその後紛争の展開を考慮に入れて、再び相手方当事者を訴えるのが当事者間の対等・公平な関係づけの理念に反するからであり、そのような場合に再訴が許されないことを明らかにしているのが二六二条二項の趣旨である」(井上「治」・前掲書(47) 二二二頁)と指摘されている。

なお、山本克己教授も、再訴禁止を原告と被告との間の利害調整問題として捉え、終局判決後の訴えの取下げには、不服申立ての奏功・不奏功についての被告の信頼が常に生じるとみることができると指摘する(山本・前掲批評(47) 六八頁)。さらに、当事者間の公平の観点や私的解決結果の尊重を強調する見解として、坂口裕英「判例批評『続民事訴訟法判例百選』一〇〇頁(有斐閣、一九七一年〔最三小判昭和三八年一〇月一日・民集一七巻九号〕二二八頁の批評のなかで、「判決後の取下げであっても、再訴の禁止が訴の取下の制限になることには変わりはないが、原告は、いったん本案判決にまで進んだ訴訟による解決を避けて、失権を前提として訴を取り下げるのであるから、その私的解決の選択を理由に、原告が失権し、被告が再度の応訴の負担を免れるとすることは、当事者間の公平に合し、それによる裁判所における原告の権利救済の拒否は、必ずしも不当とはいえないことになる」と指摘されている。』も参照。

さらに、判例と学説の詳細については、角森正雄「訴えの取下げと再訴の禁止」『判例民事訴訟法の理論(中野貞一郎先生古稀祝賀)(下)』三五頁(有斐閣、一九九五年)を参照。ここでは、民訴訟法二六二条二項の再訴禁止について、公権的利益と当事者間の公平の両側面から、再訴許可の判断を行いつつながら、再訴禁止の要件(「正当理由のない取下げ」として、①公権的利益の侵害と②帰責事由の要件を、「訴えの同一」として、③訴訟物と当事者の同一と④再訴禁止効の時的境界の要件)を析出され、①から④の要件は、公権的利益に関するものであり、いずれの要件が欠缺しても、

公権の利益を理由に、民訴法二六二条一項を適用することは許されないと、論じられている。ただし、公権的利益の観点で再訴が許容される場合でも、当事者間の契約の効力や信義則違反により再訴が不適法として却下される場合があるとされる。

(49) 川嶋・前掲書注(5) 六一四頁。

(50) 井上(正)・前掲批評注(47) 三六五頁参照。

(51) 川嶋・前掲書注(5) 六一四・六一五頁注15。

(52) たとえば、川嶋・前掲書注(5) 六五一頁などを参照。

(53) たとえば、高橋宏志『重点講義・民事訴訟法(上・第三版補訂版)』三四八頁(有斐閣、二〇一四年)、川嶋・前掲書注(5) 六五一頁などを参照。訴訟要件における位置付けとしては、仲裁法一四条「項本文の仲裁の抗弁と類似した位置付けが可能な規定と考えられる」。

(54) 高田ほか編・前掲書注(42) 一二四五頁(越山和広執筆)参照。訴権放棄喪失説(同一紛争解決放棄説)でも、訴権の放棄・喪失が裁判所の負担軽減という公益に直結することから、理論的には、職権調査事項となると考えられる。

(55) たとえば、兼子・前掲書注(19) 二九七頁、秋山・前掲書注(16) 二七四頁、高橋・前掲書注(5) 二八三頁などを参照。また、裁判例として、大阪地判昭和三十六年二月二日・判例時報二五三三四頁、松江地判昭和三十七年一月一六日・下民集二三卷一〇号(一〇八八頁を参照。なお、当事者の意思によりその内容を自由に決定できるものに限ると述べる見解もある。これについては、松浦ほか・前掲書注(42) 一四五三頁(「竹下守夫」上原敏夫執筆)などを参照。

(56) 三月月・前掲書注(21) 四三四頁、松本(上野・前掲書(16) 五五二頁「制裁」を第三者にも向けることは、第三者が原告の前訴の取下げを容認していた場合を除き、合理的ではないからとする。)、伊藤・前掲書(16) 四六六頁。

(57) 松本(上野・前掲書(16) 五五三頁、伊藤・前掲書注(16) 四六六頁、菊井(村松・前掲書注(27) 二三〇頁、斎藤ほか編・前掲書(13) 四〇六頁(渡部吉隆・加茂紀久男・西村宏「執筆」などを参照。裁判例として、大阪地判昭和五〇年一月三〇日・判例時報八一七号九四頁を参照。

(58) たとえば、新堂幸司(「福永有利編」注釈民事訴訟法(5) 三六〇頁以下(「梅本吉彦執筆」(有斐閣、一九九八年)を参照。

(59) 松本博之『人事訴訟法(第三版)』一九二頁(弘文堂、二〇一二年)、梶村太市(「徳田和幸編」家事事件手続法(第三版) 五三三頁(本間靖規執筆)(有斐閣、二〇一六年)、越山和広「人事事件に係る訴えの取下げと再訴禁止」石川明(「三木浩一編」『民事手続法の現代的機能』一七九頁(信山社、二〇一四年)などを参照。

(60) 兼子・前掲書注(19) 二二三頁、三月月・前掲書注(21) 二八一頁、新堂・前掲書注(5) 三五六頁、高橋・前掲書注(5) 二八四頁、伊藤・前

当事者の意思による訴訟終了・考(二)

掲書注(16) 四六二頁、上田・前掲書注(16) 四三七頁、梅本・前掲書注(16) 九九三頁、秋山ほか・前掲書注(16) 二六三頁、松本Ⅱ上野・前掲書注(16) 五四八頁、和田・前掲書注(42) 三八三頁、河野・前掲書注(5) 三三二頁、小島・前掲書注(5) 五六〇頁、五六二頁、川嶋・前掲書注(5) 六一四頁、石渡哲「訴えおよび上訴の取下げにおける意思の欠缺・瑕疵」横浜国際経済法学一九巻三三六頁(二〇一一年)、笠井Ⅱ越山編・前掲書注(42) 九五二頁(越山和広執筆)、三木ほか・前掲書注(42) 四七六頁(笠井正俊執筆)、石渡・前掲書注(42) 三二二頁、高田ほか編・前掲書注(42) 一二二八頁(越山和広執筆)などを参照。控訴などの取下げにおける意思の瑕疵に関しては、高田裕成Ⅱ三木浩一Ⅱ山本克己Ⅱ山本和彦編『注釈民事訴訟法』(5) 一〇三頁(大濱しのお執筆)(有斐閣、二〇一五年)などを参照。

なお、次に述べる判例については、石渡哲「判例批評『民事訴訟法判例百選(第五版)』一九二頁(有斐閣、二〇一五年)などを参照。

- (61) 本来、訴訟が終わり判決が確定した後には考慮されるべき再審事由が、事前に訴訟内で顧慮されることから、このように呼ばれたと考えられるが、難解な表現である。私見は、この立場に立つものではないが、それについては、「再審事由の準用」などの表現で十分であろう。

- (62) 兼子・前掲書注(19) 二九八頁、中野ほか編・前掲書注(15) 三九五頁(河野正憲執筆)、新堂・前掲書注(5) 三五六頁注1、伊藤・前掲書注(16) 四六七頁。

- (63) 一問一答・前掲書(2) 三〇五頁。

- (64) 川嶋・前掲書注(5) 三六五頁。以上は、裁判所の対応であるが、当事者、特に原告欠席事案で、被告の対応次第では、本条前段の適用を可能にすることについては、後述する3を参照。

なお、原告側の欠席に対する対応についてであるが、池田辰夫「不熱心訴訟追行原告に対する帰責法理の展開」『法と政治の現代的課題(大阪大学法学部創立三〇周年記念論文集)』三三七頁(大阪大学法学部、一九八二年)〔同「新世代の民事裁判」二二九頁(信山社、一九九六年)所収〕なども参照。

- (65) 訴えの取下げの擬制の沿革については、本間靖規「期日における当事者の欠席」『民事訴訟法の史的展開(鈴木正裕先生古稀祝賀)』四六三頁(有斐閣、二〇〇二年)、新堂Ⅱ福水編・前掲書注(58) 三六四頁(原強執筆)、高田ほか編・前掲書注(42) 二二四七頁(越山和広執筆)などを参照。

- (66) 一問一答・前掲書(2) 三〇五頁、竹下ほか編・前掲書注(2) 三三七頁(福田剛久発言)。

- (67) 一問一答・前掲書(2) 三〇五頁。

- (68) 表現には多様性がみられるが、たとえば、兼子・前掲書注(19) 一三三頁、三ヶ月・前掲書注(21) 三九九頁、新堂・前掲書注(5) 五三二頁、新堂Ⅱ福水編・前掲書注(58) 三六三頁(原強執筆)、斎藤ほか編・前掲書注(13) 四一四頁(小室直人Ⅱ加茂紀久男執筆)、高田ほか編・前掲書注

(42) 一二四七頁〔越山和広執筆〕など。

(69) たとえば、新堂幸司『民事訴訟法〔第二版補正版〕』三三〇頁（弘文堂、一九九〇年）など。古くは、山田正三「民事訴訟法第二三八条の期間」法学叢書（京都大学）二五巻五号八〇三頁（一九三二年）があり、現行法の制定時における立案担当者の考え方として、一問一答・前掲書（二）三〇五頁〔実務上、当事者双方が口頭弁論の期日への欠席と期日指定の申立てを繰り返すという事例が時々みられるところですが、旧法には、このような不熱心な訴訟追行に対処するための規定がなく、このような事態を甘受せざるを得ない状況にありました』といった状況認識を踏まえて、「このような状況を可及的に防止する」ために規定を設けたと説明されている」、竹下ほか編・前掲書注（二）三三七頁（伊藤眞発言）（ここでは、「改正」によって不熱心訴訟追行に対する対策が強化された、といった表現をしているかと思えます」と指摘されている。などを参照。なお、笠井〓越山編・前掲書注（42）九五五頁〔越山和広執筆〕は、この規定が、場面は異なるが、審理の現状に基づく判決を規定した二四四条とあわせて不熱心訴訟追行当事者に対する対策として機能すると指摘しつつも、本条を端的にそのような当事者に対する制裁規定として理解すべきかどうかは議論が分かれるとも指摘する。

(70) 一般に、訴訟には一定の作法が必要なことについては、川嶋・前掲書注（5）二七六頁、四二二頁なども参照。ここでは、訴訟上の信義則（権利濫用の禁止を含む。）について概観しているが、当事者と裁判所との関係でも、信義則は作用するであろう（なお、このことは、裁判所の訴訟行為についても、信義則が適用になることを意味する。同書、四二二頁）。

なお、川嶋四郎「民事裁判における『手続的正義・小考——『弁論再開判決』（最一小判昭和五六年九月二四日）を機縁として」立命館法学三六九・三七〇号八三頁（二〇一七年）、同「統・民事裁判における『手続的正義・小考——『弁論再開判決』（最一小判昭和五六年九月二四日）後の諸判例を中心として」『現代民事手続の法理（上野泰男先生古稀祝賀）』一八五頁（弘文堂、二〇一七年）も参照。

(71) 川嶋・前掲書注（5）三二二頁も参照。

(72) 川嶋・前掲書注（5）三二六二頁。

(73) 一問一答・前掲書（二）二八六頁、竹下ほか編・前掲書注（二）三三七頁（柳田幸三発言）、高田ほか編・前掲書注（42）九一五頁（中西正執筆）など。

(74) 川嶋・前掲書注（5）三六七頁。

(75) 竹下ほか編・前掲書注（二）三三七頁（柳田幸三発言）、加藤新太郎「不熱心な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〓塩崎勤〓小林秀之編集代表『新民事訴訟法大系・理論と実務（第二巻）』三〇〇頁（青林書院、一九九七年）、宇野聡「不熱心な訴訟追行に対する

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

三九（三九）



対応」塚原朋一・柳田幸三・園尾隆司・加藤新太郎編『新民事訴訟法の理論と実務(上)』二七九頁(ぎょうせい、一九九七年、高田ほか編・前掲書注(42)九一五頁〔中西正執筆〕など。

(76) 川嶋・前掲書注(5)三六七―三三八頁。

(77) この点で、たとえば、中西教授は、上記の取下擬制優先説を採用しながら、たとえば、民事訴訟法二四三条一項により弁論の終結が義務づけられる場合(例、裁判をするのに熟したがさらに念のために一期日を続行した場合、当事者欠席のためにすでに主張や証拠が出し尽くされたと判断できる場合、仮に次回期日を入れても時機に後れた攻撃防御方法として却下される場合、当事者によるそれまでの訴訟追行の結果を覆滅させるのが、司法資源の有効利用の観点から問題となる場合や十分な訴訟追行をしてきた当事者にとって不公平となる場合など)には、審理の現状に基づく判決をすべきであると指摘される。高田ほか編・前掲書注(42)九二一―九二二頁〔中西正執筆〕。笠井・越山編・前掲書注(42)八四九頁〔越山和広執筆〕も参照。本文で述べた裁判官の役割に照らして、基本的に妥当であろう。さらに、松浦ほか・前掲書注(42)一三二四頁〔竹下守夫執筆〕、竹下ほか編・前掲書注(2)三二六―三二七頁〔竹下守夫執筆〕なども参照。

(78) 川嶋・前掲書注(5)三六七―三三八頁。先に挙げた念のための期日の指定の場合やそれまでの当事者(原告、被告、または、両当事者)による訴訟追行の結果の評価で可能な場合などのみしか、審理の現状に基づく判決ができないとすると、そのことをあらかじめ知っている当事者の緊張感溢れる積極的な訴訟追行が期待できないのではないかと考えられるからである。その意味で、基本的には、裁判所には、充実かつ迅速な審理を実現するための手法のひとつとして、選択的な審理の現状に基づく判決の利用が望まれると考えられる。

(79) なお、この点については、旧法下の議論として、当事者双方の欠席による訴えの取下げの擬制の規定は、当事者の意思規定ではなく、裁判所における訴訟整理のための公益的な理由による規定と考える見解(菊井維大『民事訴訟法(上)』二七七頁〔弘文堂、一九六八年〕も存在した。しかし、現行法の章題は、「裁判によらない訴訟の完結」であり、また、規定間内容のヴァリエーションはあるものの、民事訴訟法二六三条の規定が、当事者の意思による訴訟の終了関係の規定であることは間違いないであろう(川嶋四郎「当事者の意思による訴訟終了・考(一)」―処分権主義における当事者訴訟終了主義に関する若干の考察」同志社法学三九五号一頁〔二〇一八年〕などを参照)。処分権主義における当事者訴訟終了主義(川嶋・前掲書注(5)二五二頁参照)における訴えの取下げの一類型としてとらえる本稿の立場からは、たしかに訴訟遅延の防止(訴訟手続の迅速化)が公益であるとしても、公益性の強調を差し控え、当事者の訴訟追行の意欲自体を捉え、それを適正に評価したい。

このように、一か月を、訴訟行為の追完が許される不変期間に類する期間と考える理由は、次の議論(井上正三「判例批評」民商法雑誌四四巻一号七二頁〔一九六一年〕を参照)が説得的であると考えられるからである。すなわち、訴訟行為の追完が不変期間の徒過に関して認められたのは、一般



に不変期間があまり長くない期間として定められているうえに、その経過が裁判の取消可能性の消滅という重大かつ終局的な効果を招くからであり、不変期間以外の期間についてもその経過によって重大かつ終局的な不利益が生じるものについては、訴訟行為の追完の規定の適用を認めてよく、「三か月」の期間の経過には、訴えの取下げの擬制や上訴の取下げの擬制という効果が付され、特に上訴の取下げの擬制の場合には、直ちに原判決確定となり、それはあたかも上訴期間の経過の場合と同様の効果が生じ、その重大性や終局性の点で不変期間に類すると考えられるからである。この理由は、三か月が一月に短縮された現行法下では、上訴期間などの不変期間の長さに近いというだけではなく、先に述べたように、たとえ立案担当者がいのように不熱心訴訟追行者への制裁的な要素はあるとしても、むしろ、それだからこそ、裁判所に対しては、慎重な対応が求められると考えられるのである。この点に関する立案担当者の認識として、竹下ほか編・前掲書注(2)三三八―三三九頁の議論を参照。

- (80) この場合には、訴訟手続という実体的権利義務の帰趨に関わる事項の判断であることから、口頭弁論によるその申立ての審理に基づくべきであり、裁判所は、一方で、その理由が認められる場合には、そのまま訴訟手続を続行すればよく、他方で、その理由が認められず、訴えの取下げの擬制を認める場合には、既判力を生じさせるために、訴えの取下げの擬制による訴訟終了判決を行うべきであろう。このような訴訟終了判決については、川嶋四郎「和解による訴訟終了判決と不利益変更禁止の原則等について——最一小判平成二七年一月三〇日・民集六九卷七号二二四頁を素材として」同志社法学三九二号一頁、二二頁以下(二〇一七年)を参照。

なお、本判決(最判平成二七年一月三〇日)以前における「訴訟終了判決」の実務上の理解としては、たとえば、塚原朋一編「事例と解説・民事裁判の注文」三三二頁以下(伊藤正晴執筆)(新日本法規出版、二〇〇六年)二〇一五年に、第二版が出版されている。同書三三二頁以下も参照(三)などを参照。特に、訴えの取下げの擬制により終了した場合については、三四頁を参照。

- (81) 一問・答・前掲書(2)三〇五頁、竹下ほか編・前掲書注(2)三三七頁(柳田幸三等発言)。

- (82) この場合にも、上述と同様に、口頭弁論によるその申立ての審理に基づき、裁判所は、一方で、その理由が認められる場合には、そのまま訴訟手続を続行すればよく、他方で、その理由が認められず、訴えの取下げの擬制を認める場合には、既判力を生じさせるために、訴えの取下げの擬制による訴訟終了判決を行うべきであろう。前注(80)を参照。

- (83) 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2』一七八頁(川嶋四郎執筆)(日本評論社、二〇一八年)などを参照。

- (84) 菊井・村松・前掲書注(27)一三六頁、斎藤ほか編・前掲書(13)四一五頁(小室直人・加茂紀久男執筆)、新堂・福水編・前掲書注(58)三六六頁(原強執筆)などを参照。

- (85) 高田ほか編・前掲書注(42)一二五三頁(越山和広執筆)。

当事者の意思による訴訟終了・考(二)

当事者の意思による訴訟終了・考〔

同志社法学 七〇巻一号

四二（四二）

（86）川嶋・前掲書注（5）八一七頁を参照。

（87）賀集ほか編・前掲書注（11）三二三頁〔河野正憲執筆〕。

（未完）