

民事裁判における「手続的正義」規範の可能性と限界・覚書

——「手続的正義」を用いた判例の関連判例に関する若干の覚書——

川 嶋 四 郎

△目次▽

一 はじめに

——問題の所在

二 「弁論再開判決」以降の関連判例等

——「手続的正義」規範を用いなかった諸判例について

(一) 「弁論再開判決」以降の判例の概略

(二) 「手続的正義」規範を用いなかった諸判例

(三) 小括

三 おわりに

——「手続的正義」規範の救済志向的な活用のために

一 はじめに

——問題の所在

憲法学の領域では、近時、政治的な背景が前景化しつつ、その改正をめぐる議論などが盛んに行われているが、民事訴訟法学の世界では、かつて外国法の動向を踏まえて、「憲法と民事訴訟法」に関する議論が行われた時期はあったものの^①、現在のところ、その具体的な規範面での成果は必ずしも明らかではなく、その議論も低調である。また、日本国憲法においても、刑事訴訟手続に関する規定が数多く存在するのに対して、民事訴訟手続に関する規定は必ずしも多くはない。^②

そのような民事訴訟法領域における憲法規範の浸潤状況において、その規範を具体的な民事訴訟法上の解釈問題に反映する試みは、民事訴訟法の世界における手続保障論の擡頭と深化の後でさえ、必ずしも十分に行われてはいないように思われる。^③

私はかつて、憲法規範が、民事訴訟法上の具体的な規律の局面で、直接的にその指針を示す可能性を探求するために、そのような試みに対して一定の制約を課すかのようにみえる若干の最高裁判例について、検討を加えたことがある。その判例は、口頭弁論の再開（民訴法一五三条）が裁判所の専権事項であるとしつつも、弁論の再開が「手続的正義」の要求するところと認められるような特段の事由がある場合には、裁判所は弁論を再開すべきであるとの一般論を展開した最高裁判例（最一小判昭和五六年九月二四日民集三五巻六号一〇八八頁。以下、これを、「弁論再開判決」という。）である。^④ただそのさい、紙幅の関係から、その後の判例で、その判決理由・決定理由において、この「弁論再開判決」と同じく「手続的正義」の用語を用いて判断したものにまで言及できなかったゆえに、それらについては、続稿で検討

を加えた。⁽⁵⁾

これらの検討からは、最高裁がいわば「手続的正義」規範とでもいふべき基本的な考え方（それは、「民事訴訟法領域」〔広く、民事訴訟の付随手続や独立決定手続を含む。〕における対論志向の弁論権保障を實質化し、法的救済手段の途絶をもたらしかねない事態を回避する役割〕をその規範に課していること）を提示し、それによる具体的な規律が今後とも行われることを予想し、期待することができたように思われた。そして、その基礎となる憲法規範が、憲法三二条であると考えたのである。

ところが、その後、類似の事案に関する最高裁判例のなかには、判例の踏襲の観点からは「手続的正義」の法理を用いることができ、それをさらに具体化することができるのではないかと思われるものでも、それを用いなかった判例が散見された。そこで、本稿では、「手続的正義」規範を用いなかった判例について、若干の検討を行い、「手続的正義」規範について、今後の展望を示したい。

(1) たとえば、中野貞一郎「民事裁判と憲法」同『民事手続の現在問題』一五頁（判例タイムズ社、二〇一四年）、同「憲法と民事訴訟——『裁判を受ける権利』と他の憲法価値との調整」同『民事訴訟法の論点』二頁（判例タイムズ社、一九九四年）、福永有利「民事訴訟における憲法的保障」伊藤眞Ⅱ山本和彦編『民事訴訟法の争点』九頁（有斐閣、二〇〇九年）などを参照。

(2) 伝統的な民事訴訟法学の視点からは、主として、憲法三二条と八二条が挙げられるにすぎないであろう。特に、非訟事件と裁判を受ける権利に関して、議論がみられた（これは、審問請求権〔審尋請求権〕に関する議論をも含んでいた）。たとえば、小島武司「民事訴訟法」一六頁（有斐閣、二〇一三年）、川嶋四郎『民事訴訟法』一二三頁（日本評論社、二〇一三年）、松井茂記「裁判を受ける権利」一二六頁（日本評論社、一九九三年）、片山智彦「裁判を受ける権利と司法制度」五一頁（大阪大学出版会、二〇〇七年）などや、また、訴訟目的論との関係で、憲法に論及する見解として、和田吉弘「民事訴訟目的論無用論の試み——憲法上の理念と執行手続による事実形成を念頭に置いて」明治学院院論叢六四六号〔法学研究六九号〕六

五頁(二〇〇〇年)もある。ともあれ、その議論は、必ずしも広範囲には及んでいなかった。ただし、民事訴訟法学における近時の基礎的研究として、渡邊和道「民事手続における憲法的保障」愛知学泉大学現代マネジメント学部紀要三巻一号八二頁(二〇一四年)、同「民事・刑事デュー・プロセスの交錯と統合——米国の判例と日本国憲法三二条を手がかりに」同志社法学三六八号六七頁(二〇一四年)なども参照。

なお、戦後民事訴訟法改革における背景事情として、川嶋四郎「民事訴訟法改正の基本的課題に関する一考察——『民事訴訟法改正の基本問題と差止訴訟の帰趨』の補論を兼ねて」熊本法学七三号二頁、一三頁(一九九二年)などを参照。さらに、同「差止的救済過程の展望」同『差止救済過程の近未来展望』三三二頁(日本評論社、二〇〇六年(初出、一九九三年))なども参照。

(3) なお、現行民事訴訟法下において、日本国憲法をより具体的かつ体系的に生かす試みとして、たとえば、川嶋・前掲書〔民事訴訟法〕注(2)一七頁以下を参照。特に、憲法三二条の「適正手続請求権」とその含意については、同書、一九頁以下を参照。

(4) 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・三七〇号合併号八三頁(二〇一七年)。

(5) 川嶋四郎「続・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)。

二 「弁論再開判決」以降の関連判例等

——「手続的正義」規範を用いなかった諸判例について

(一) 「弁論再開判決」以降の判例の概略

昭和五六六年の著名な「弁論再開判決」で示された「手続的正義」の考え方は、すでに前稿で述べたように⁶⁾、親子関係不存在確認訴訟事件に関する「平成七年判決」(最一小判平成七年七月一四日・民集四九巻七号二六七四頁)や、文書提出命令事件に関する「平成二三年決定」(最一小決平成二三年四月二三日・民集六五巻三号二一九〇頁)でも用いら

れた。すなわち、「弁論再開判決」で誕生したこの基本的な考え方が、その後、裁判所が家事審判手続を行うことにより係属する訴訟手続を知りながら遮断させることを禁止する「平成七年判決」や、抗告状等の不送付等の問題を指摘する「平成二三年決定」でも応用されたのである。なお、一級建築士免許取消処分等取消請求訴訟事件に関する「平成二三年判決」（最三小判平成二三年六月七日・民集六五巻四号二〇八一頁）の那須弘平裁判官の反対意見においても、「手続的正義」に言及されていた。

ただし、そのような一般原則あるいは規範的要件として定立されたようにみえる「手続的正義」の内実は必ずしも明らかではない。「昭和五六年判決」、「平成七年判決」および「平成二三年決定」に共通するのは、裁判所の裁量権限を制限し、著しい手続権侵害、すなわち、弁論権侵害や後訴等の手続遮断を防止することを目的とし、当事者に法的救済の道を開く規範であった。ともかく、「手続的正義」に言及した最高裁判例の件数は多くないものの、これら一連の判例からは、最高裁判所における「手続的正義」規範のある程度の定着がうかがわれたとはいえるであろう。しかし、裁判所による事案即応的な規範の適用といった観をも拭うことができず、今後の規範的な展開は、必ずしも定かではないようにも思われる。

この「平成二三年決定」の前後の時期に、決定手続の控訴審で抗告状等の不送付等に関する最高裁決定がいくつか存在した。次に述べる(1)・(2)決定は、「平成二三年決定」に先立つ家事事件（非訟事件）に関する決定であり、(3)決定は、「平成二三年決定」直後の決定であり、「平成二三年決定」と同様に民事訴訟法における付随手続に関するものである。これらは、特に明示的には「手続的正義」の措辞を用いていないが、それは、逆に、いわば裏から「手続的正義」規範の含意をクローズ・アップするように思われる。

以下、それらの諸判例を概観していきたい。

(二) 「手続的正義」規範を用いなかった諸判例

(1) 最三小決平成二〇年五月八日・家月六〇巻八号五一頁〔婚姻費用分担審判事件〕

1 事案と決定要旨

本件は、婚姻費用の分担に関する処分^①の審判（民法七六〇条、旧家事審判法九条一項乙類三号〔現、家事事件手続法別表第二第二項〕）に対する抗告審が、抗告の相手方に対して抗告状および抗告理由書の副本を送達せず、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、憲法三二条に反するか否かが争われた事案である。^②

最高裁は、次のように判示して、このような場合でも、憲法三二条所定の「裁判を受ける権利」を侵害したものとはいえないと判示した。

すなわち、「憲法三二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、当裁判所の判例の趣旨とするところであ」り、「本質的に非訟事件である婚姻費用の分担に関する処分^③の審判に対する抗告審において手続にかかわる機会を失う不利益は、同条所定の『裁判を受ける権利』とは直接の関係がな」く、憲法三二条に違反するとはいえないと判示した。これは、従前からの最高裁判例の踏襲である。

しかし、「なお書」で、「原審においては、抗告人〔原審の相手方〕に対して相手方から即時抗告があったことを知らせる措置が何ら執られていないことががわれ、抗告人〔原審の相手方〕は原審において上記主張をする機会を逸していたものと考えられる。そうであるとする、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なもの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抗告理由書の写しを原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。」
(一)内は、川嶋」と付言した。

2 補足意見・反対意見と評価

この決定には、田原睦夫裁判官の補足意見があり、次のように述べられていた。

すなわち、「家事審判法九条一項乙類（現、家事事件手続法別表第二）にかかる審判手続についてみるに、憲法三一条の定める手続保障の根幹をなすのは当事者の手続関与権であるところ、同手続では当事者の出頭義務（家事審判規則五条や利害関係人の審判手続への参加（家事審判規則一四條）を定め、また、参考人又は当事者を審尋する場合には、当事者双方が立会うことができる審尋期日においてなすものとされて（家事審判法七條、非訟事件手続法一〇條、民事訴訟法一八七條）、当事者の手続関与権、審問請求権が一応保障されているのであって、憲法三二條、三一條の趣旨は、反映されている」と述べつつも、「なお、抗告審の手続において、相手方の手続関与権、審問請求権が法定されていないとしても、抗告審は職権による審理をなすに当たり、申立人の主張と相手方の主張とが対立していることが原審の記録から明らかなきときは、即時抗告申立書の副本又は写しを相手方に送付する等、相手方に即時抗告の申立てがなされた事実を通知して、相手方に反論の機会を与えるべきであり、相手方にかかる機会を与えないまま原審判を相手方に不利益に変更した場合には、審理不尽の違法の謗りを免れ得ないものといふべきである。」と付言されていたのである。なお、この補足意見は、当事者が特に指摘していない憲法三二條にも言及し、かつ、民事手続への憲法三二條の趣旨の通用性を指摘する点でも貴重な意見である。

この多数意見は、原審における手続への配慮不足（配慮の必要性）を指摘してはいたものの、違憲・違法の判断を行

つたわけではなく、また、「手続的正義」の要求に反するか否かについても、直接的な判断を行ってはいない。しかし、原審判の不利変更の場合には（その場合に限って）、できる限り攻撃防御の機会を付与すべきとする点については、それで足りるか否かはいったん措くとしても、その後の判例に一定の影響を与えた説示ではないかと考えられる。なお、この決定は、抗告状等の送付等が裁判所の裁量であることを黙示的な前提としながらも、それが、「実務上一般に行われている」と指摘している点は、特に興味深い。

これに対して、本決定には、次のような那須弘平裁判官の反対意見が付されていた。

すなわち、本件では、「憲法三二条（「裁判を受ける権利」に関する規定）を念頭におきこれを解釈指針とすることに より即時抗告の抗告状及び抗告理由書（以下一括して、「即時抗告の抗告状等」という。）の送達ないしこれに準じる送付が必要であったとの結論に到達でき、原審もこれを前提として決定をすべきであった」と指摘し、「家事審判規則、家事審判法及び非訟事件手続法に基づく手続にも憲法三二条の理念が及ぶ場合があることについて積極的な見解を採る立場からすれば、上記各法律及び規則の解釈としても即時抗告により不利益変更を受ける原告人に対して反論の機会を与えるために即時抗告の抗告状等を送達ないし送付する必要があると解すべきことになる。このような考え方を排斥する理由として家事審判手続における職権主義・裁量主義の原則が引用されることがあるが、これらの原則は当事者の審問請求権や手続保障の機会を一般的に奪う根拠としては抽象的に過ぎて説得力を欠く。また、実務における運用状況は、むしろ審問請求権及び手続保障を尊重する方向にあり、本件について原決定を破棄するための理由とはなっても、抗告を棄却する理由とはならない。ところが、本件では原審において即時抗告の抗告状等の送達も送付もままに原告人に不利益に変更がなされたというのであるから、決定に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があったというべきである。」と論じられたのである。

この反対意見では、実務における審問請求権および手続保障を尊重する方向性は指摘されていたものの、特に「手続的正義」規範には言及されていなかった。本件は、非訟手続ではあるが、争訟性の高いものであり、「片言訟を論ぜず」〔訟〕とは、勝敗の意⁹⁾ という民事手続の基本に関わる問題を提起することになる。過程志向の制度的なあり方が問われているのである。本稿の視点からは、本件では、「手続的正義」規範が登場すべきであったと考える。ただし、特別抗告事件であり、判例の位置づけでは、「手続的正義」規範は法令違反を導くにすぎないものであることから、「なお書」程度の判示にとどめざるを得なかったであろう。もちろん、「なお書」の付加自体は、高く評価することができるであろう。「手続的正義」規範が、憲法三二条に根拠をもち、違憲をもたらす規範であると解する場合には、本件は、その限りで、違憲判断がなされるべきであった事例であると考えられる。

この最高裁決定（第三小法廷決定）から「平成二三年決定」（第二小法廷決定）への判例の転換は、事実上の（黙示的な）判例変更との評価がなされているが、この転換を先導した基礎法理が、「平成二三年決定」において言及された「手続的正義」規範であると考えられるであろう。¹⁰⁾

(2) 最三小決平成二一年二月一日・家月六二卷三号四七頁〔遺産分割審判事件〕

1 事案と決定要旨

この決定も、先に述べた文書提出命令事件に関する「平成二三年決定」に先立つものであるが、本件は、遺産分割の審判（民法九〇七条二項、旧家事審判法九条一項乙類一〇号〔現行家事事件手続法「別表第二」一二二項）に対する抗告審が、即時抗告の相手方に対して抗告状の副本の送達またはその写しの送付をせず、原審判を不利に変更したことが、憲法三二条に違反するなどとして争われた事案である。¹¹⁾

すなわち、Xが遺産分割および寄与分を定める処分申立てを行い、Yも寄与分を定める処分申立てを行ったところ、原々審は、一方で、Xの寄与分を定める処分の申立てを却下し、他方で、Yの寄与分を一〇二万円余りと定め、遺産全部をYの単独取得とし、Yに対し、その遺産取得の代償として、約三五〇〇万円をXに支払うように命じる旨の審判を行った。これに対して、Xが即時抗告をしたところ、原審は、Xの寄与分を定める処分の申立てを却下し、Yの寄与分を九六三万円余りと定め、遺産の土地の一部をXが取得し、その余の土地建物をYの取得とし、Yに対し、その遺産取得の代償として約一一〇〇万円をXに支払うよう命じる旨の決定を行った。

Yが、抗告状の副本を送達することなどをしないで、Yに不利益な変更をしたことが憲法三二条に反し違憲であるか、もしくは違法であると主張して、特別抗告および許可抗告をした。

最高裁は、次のように判示して、抗告を棄却した。

すなわち、特別抗告については、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として、許可抗告については、「本件記録によれば、即時抗告の相手方であるY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既に知っていたことがうかがわれ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Yに攻撃防御の機会を与え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Y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。

これは、まず、特別抗告については、憲法三二条に関する従前の判例を踏襲し（この点は、上記(1)決定と同様）、次に、許可抗告については、即時抗告の相手方は、①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既に知っていたことがうかがわれるうえ、②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

⑬) 残り、抗告状には相手方に攻撃防御の機会を与え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、抗告状の副本の送達またはその写しの送付がなかったことよって相手方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(①・②は、筆者による便宜的な表記である)。

これに対し、那須弘平裁判官は、その反対意見において、まず、特別抗告については、「原審が相手方に即時抗告の抗告状等の送達ないし送付をせず、攻撃防御の機会を与えることもなしに審判を相手方に不利益に変更したことについては、単に家事審判規則、家事審判法及び非訟事件手続法の法令に反するだけでなく、憲法三二条違反の疑いもある。しかし、本件では、……許可抗告事件において法令違反を理由として原決定を破棄すれば足り」とし、次に、許可抗告については、「原審において即時抗告の抗告状の送達も送付もままに即時抗告の相手方……に不利益に変更がなされたというのであるから、原審の手続には裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令違反があり、原決定が維持されるようなことがあれば、憲法三二条違反の疑念が生ずることになる。」と論じた。¹³⁾

2 評価

本決定も、特に「手続的正義」との関係では論じられていない。ただし、本決定には、後年の「平成三三年決定」で、相手方への抗告状等の送付を要請する事情として挙げられていた諸要素に示唆を与える判示部分がみられる。つまり、①相手方が即時抗告を知っていたこと(↓上記「平成三三年決定」事情⑩「相手方の不知および帰責事由の不存在」との関係)と②記載された抗告理由の抽象性(↓上記「平成三三年決定」事情⑥「即時抗告申立書における具体的理由記載」との関係)である(「平成三三年決定」における各事情の通し番号については、前掲論文注(5)による)。

しかし、①は、ある意味偶然の問題であり、先に述べたような手続権の制度的な保障を考える場合には、裁判所の当事者に対する責任転嫁のきらいがなくはないであろう。当事者（即時抗告の相手方）が事実上知っていることと、制度的かつ手続的に攻撃防御の機会が与えられることとは、別問題であると考えられるからである。制度的な攻撃防御の機会の付与こそが、場当たり的ではない形式としての適正な手続保障の根幹であると考えられるからである。また、②も、抽象的な記載のみで、本原審決定が、その即時抗告を容れて相手方に対する不利益な判断を行ったという事実を考えれば、記載事項の抽象性の問題は、不送付等を必ずしも正当化することはないようにも思われる。確かに、①によって、当事者に対する判断の不意打ちは免れる面があるかもしれないが（ただし、新たな決定が出されるかもしれないと相手方が知る限りでの過程的な不意打ちの回避であるが）、①と②をあわせて考えた場合には（即時抗告の相手方が抽象的な記載しかなない申立書が出されたことまで仮に知っていたとすると）、具体的な記述もないのに反論の機会なく不利な判断がなされたこと（決定内容の不利益性）は、やはり結果的な不意打ちであり、その程度は、具体的な記述がある場合と比べて、むしろより大きいものがあるとも考えられるであろう。抗告審における決定過程への手続関与こそが不可欠であると考えられるゆえんである。

本決定に関しては、一般に遺産分割事件のような全当事者が錯綜したかたちで本格的な攻撃防御を尽くす事案で、現に遺産分割そのものに関する争点が存在する場合に、「抗告状の送達などを必ずしなければならぬ」とすると、これができる場合の手続進行の規律について何らかの立法措置をとらないと、抗告審手続の遅延は避けられない¹⁴との指摘も存在した¹⁵。

確かに、遺産分割の事例のように、多数の当事者が存在する場合（相続人が全国的に散らばっている場合や所在不明の場合、また、海外移住者の子孫等の相続人がいる場合等）は、そのような問題が懸念されることは十分に理解できる。

しかし、それらの場合に備えて、交付送達における各種の制度のほか、付郵便制度（民法一〇七条）や公示送達制度（同二二一条）などが存在するのであり、決定手続であれ最低限度保障されなければならない手続保障のボトムラインは存在するので、「手続的正義」の用語を用いて示された判断は、簡易・迅速・効率的な職権主義的事件処理に優るそのような基本的な手続保障が存在することを示すものであろう。¹⁶⁾

ちなみに、これらの判例（①・②決定および上記「平成二三年決定」）の後に、家事事件手続法（平成二三年法律第五二号）が制定され、抗告状等の送付等についても、法改正がなされた。すなわち、家事審判に対して即時抗告があった場合には、抗告裁判所は、即時抗告が不適法であるときまたは即時抗告に理由がないことが明らかなきを除き、原則として、原審における当事者および利害関係参加人（抗告人を除く。）に対し、抗告状の写しを送付しなければならず（家事事件手続法八八条）、また、抗告裁判所は、原審における当事者およびその他審判を受ける者（抗告人除く。）の陳述を聴かなければ、原審判を取り消すことができず（家事事件手続法八九条一項）、特に家事事件手続法別表第二に掲げる家事調停をすることができる事項についての審判事件においては、抗告裁判所は、即時抗告が不適法であると きまたは即時抗告に理由がないことが明らかなきを除き、原審における当事者（抗告人を除く。）の陳述を聴かなければならない旨（家事事件手続法八九条二項）が規定されている。¹⁷⁾

(3) 最三小決平成二三年九月三〇日・判例時報二二三二号六四頁・判例タイムズ一三五八号七六頁〔補助参加事件〕

1 事案と決定要旨

これは、先に述べた文書提出命令事件に関する「平成二三年決定」と同年の判例であるが、それ以降の決定である。本件は、XがYに対して提起した老人ホームへの入居のための一時金の立替金返還請求訴訟において、Yのもう一人

の子であるZが、Yはその遺産全部をZに相続させる旨の遺言をしたことから、Xの請求が認容されると、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の立替金返還債務を承継することになることなどを理由に、Yを被参加人として補助参加の申出をした事案である。Yは、Xの母であり、後見開始の審判を受けており、弁護士であるAが、後見人に選任されていた。この事件で、Zの補助参加の申立てに対して、Xが異議を述べたので、Zが、その異議に対する反論の書面を提出したが、原々審は補助参加を許す旨の決定をした。そこで、Xが、Zには法律上の利害関係がないことを理由に、即時抗告を行ったところ、原審は、Xの主張を認め、原々審決定を取り消し、Zの申出を却下する決定を行った。そのさい、裁判所は、Zに対して即時抗告があったことを知らせず、かつ、即時抗告申立書の副本の送達またはその写しの送付もなかったために、Zは原決定正本の送達を受けるまで、即時抗告のあることを知らなかったことから、Zは、憲法三一条および三二条に違反すると主張して、特別抗告を申し立てた。⁽¹⁸⁾

最高裁は、次のように判示して、抗告を棄却した。

すなわち、まず、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、即時抗告の相手方に対し、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、憲法三一条に違反するものではないことは明らかであるとして、特別抗告を棄却した（この点は、上記(1)・(2)決定と同様）。

ただし、注目すべきことに、「なお書」において、「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ったことは否定することができない」と指摘しつつも、「本件記録によれば、①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、②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。」(①と②は、筆者が便宜的に付加した。)と付言した。

2 評価

この決定は、訴訟手続の付随手続である補助参加の許否に関する事件であるが、すでに、家事事件手続法や非訟事件手続法が制定された後の決定である。本決定では、抗告審における手続保障の観点に加えられているものの、原審の措置は配慮に欠けるところはあっても法令違反ではないとしている点では、上記(1)決定と同様の考え方が採られている⁽¹⁹⁾である。

この決定は、文書提出命令事件において「手続的正義」規範を適用して破棄差戻しをした「平成二三年決定」後の事件であるが、①・②の事情を指摘・認定して、抗告には理由がないと判示している。特に、「手続的正義」という文言は用いられていない。①と②の事情の指摘が、暗に「手続的正義」を持ち出すまでもないことを示唆しているようでもある。そうだとすると、「手続的正義」規範については、すでに昭和五六年度の「弁論再開判決」、親子関係不存在確認訴訟事件である「平成七年判決」および文書提出命令事件である「平成二三年決定」で行われているように、諸種のフアクターを考慮して、著しい手続保障の不備(著しい手続権の侵害)の場合にのみ、原審の判断を違法(法令違反)とする規範として、最高裁判所が考えていることが明らかとなるであろう⁽²⁰⁾。その限りで、「平成二三年決定」の影響力や射程は、「手続的正義」規範を決定手続一般に普及させるほどには強力ではないだけでなく、手続権の侵害の問題についての考慮や評価が十分ではないように思われる。⁽²¹⁾民事訴訟事件の付随事件では、あくまで個別事件の具体的な文脈で、

抗告状等の不送達・不送付の裁量が認められていたように思われるからである。⁽²²⁾ しかも、きわめて例外的な事例に対する法理として、生み出されたものとも考えられるのである。

また、本決定においては、法廷意見の「なお書」で、原審での争点⁽²³⁾が、補助参加の利益の存否をめぐる純粹な法的問題のみであり、原々審で攻撃防御が尽くされているので法令違反はないと付言されており、「平成二三年決定」とは異なる角度から、攻撃防御の機会の付与を不要化する理由が述べられている。確かに、補助参加の利益の存否は、純粹に法的問題ともいえるが、しかし、抗告審は法律審ではなく、また、すでに裁判例のなかには、具体的事実を考慮して補助参加の利益を肯定した裁判例（例、名古屋高決昭和四三年九月三〇日・高民集二二巻四号四六〇頁、大阪高決平成二一年五月一日・判例タイムズ一三二八号二三三頁〔事案は、特に本件に近似する。〕）がみられることから、そうだからといって、補助参加人の弁論権を剥奪する理由にはならないように思われる。また、仮に法的問題だとしても、法領域における手続保障（不意打ち防止）⁽²⁴⁾が一般化した現在では、両手続当事者を交えた法的対論の機会の保障は、結果を左右するかどうかはともかく、憲法上の適正手続の要請からは不可欠となるであろう。⁽²⁴⁾

なお、少なくとも原決定を変更するような場合には、相手方の意見を聴くことが必要であるとの見解も提示されていた。⁽²⁵⁾ これは、このような判例が出来た当時には、穏当かつ調整的といえる見解である。⁽²⁵⁾

これに対して、学説は、このような事例に関して、憲法三二条違反であるとの見解（憲法三二条違反説）、当事者の審問請求権を侵害するとの見解（審問請求権侵害説）、および、抗告審係属自体を知らない当事者に不利益な判断をすることは裁判所の裁量権の逸脱であるとの見解（裁量権の逸脱説）⁽²⁷⁾なども主張されていた。⁽²⁷⁾

この問題に関しては、新たな非訟事件手続法および家事事件手続法における抗告審での手続保障の規律が、本件文書提出命令事件等の抗告審の規律にも大きな影響を与え、特に民事訴訟における付随事件との関係で、民訴法三三二条の

解釈として抗告状等の写しの送付等を義務付けるとともに、相手方の立会権・反論権を肯定することなしに原決定の取消しを認めない解釈を示唆することになるであろう。ただし、その立法では、不利な判断をしない限り攻撃防御の機会を与えなくてもよいとするようであるが、しかしながら、それが基本的に裁量の範囲内かどうかは疑わしい。本稿の視点からは、「手続的正義」の実現のために、不利な判断の除去の機会付与という結果志向的な発想ではなく、結果のいかにかわからず自己の申立ての判断過程に関与できる機会の原則的保障という過程志向的な解釈が行われるべきであろう。

また、即時抗告の申立てを相手方が知っていたか否かも問題とされているが、訴訟における対論の機会の保障にとつては、相手方の不服申立ての不知が問題なのではなく、手続関与の機会の有無自体が問題なのであり、一方の申立てのみで他方に影響を与え得る判断を行う手続過程自体の不公正さが問題なのである。即時抗告の申立てがあれば、すべ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うべきであろう。

これにより、最高裁判所の負担の増加を危惧する向きも想定できるが、裁判所内部の実務改善によって防止できる問題であり、濫用的な即時抗告の申立ては却下すればよく、日本の最高裁判所が憲法審として本来あるべき役割を發揮することが求められているだけの問題といえるであろう。⁽²⁶⁾⁽²⁹⁾

本稿では、これまで言及したように、憲法三一条の適用説（本件に関しては、憲法三一条違反説）が妥当であると考える。その「適正手続請求権」⁽³⁰⁾の趣旨を具体的に実現するためには、結果の変更可能性の有無によって左右される法律上の利益の侵害の有無を判断するよりは、むしろ、対論保障の手続権として、憲法上の適正な手続保障を考えるべきであろう。⁽³¹⁾

この(3)決定では、文書提出命令に関する「平成二三年決定」と同様に、民事訴訟の付随手続であったが、「手続的正義」

の問題には言及されず、また、すでに制定されていた前述の家事事件手続法や非訟事件手続の抗告状送付の趣旨が、必ずしも貫徹されてはいなかった。確かに、補助参加事件が付随手続であり、独立決定手続であることから、手続の終局性が問題となる家事事件手続などとは異なる面がなくはないとも考えられる。しかし、補助参加人の視点からは、文書提出命令に関する「平成二三年決定」の場合以上に、その手続限りでは手続の終局性の程度は大きく、家事事件手続や非訟事件手続と同様に手続的には終局的な判断であり、付随事件での弁論の機会、とりわけ反論の機会や本案への手続関与権が奪われたことになると評価できる。一方で、文書提出命令事件では、手続権侵害を受けた申立人は原告であり、本案で代替証拠などを用いて争う機会が存在していたとも考えられるが、他方で、補助参加が否定された場合には、補助参加人は本案訴訟への手続関与権を終局的に奪われることになるからである。文書提出命令手続でも、少なくともその手続限りでは終局的であり、「文書は証拠の王」といわれる現代日本の民事裁判において、文書提出命令手続への手続関与は、それ自体に意義があるであろう（この点は、口頭弁論の活性化が志向された平成八年民事訴訟法の平成一〇年施行後も、基本的に変わらないであろう）。しかも、文書提出命令であれ補助参加の局面であれ、付随手続とはいえず、本案への影響も考えられる。また、法適用が裁判所の専権ではあるとしても、その適用過程における法的対論の機会という面でも、重要であると思われるのである。

なお、(3)決定の後、平成二七年の民事訴訟規則の改正（平成二七年最高裁判所規則第六号）により、民事訴訟規則二〇七条の二（抗告状の写しの送付等）が追加され、その第一項で、「法第三三〇条（再抗告）の抗告以外の抗告があったときは、抗告裁判所は、相手方に対し、抗告状の写しを送付するものとする。ただし、その抗告が不適法であるとき、抗告に理由がないと認めるとき、又は抗告状の写しを送付することが相当でないと認めるときは、この限りでない。」との条文が、また、第二項で、「前項の規定により相手方に抗告状の写しを送付するときは、同時に、前条の書面（抗

告の提起後一四日以内に提出されたものに限る。」の写しを送付するものとする。」との条文が、追加的に規定されたのである。⁽³²⁾⁽³³⁾

確かに、この新しい規則の追加は、それ自体、当事者の手続保障に配慮した望ましい方向での法改正であると評価することができ、そしてまた、遅ればせながらの速やかな対応であると考えられるものの、家事事件手続法や非訟事件手続法では法律事項とされた問題が、民事訴訟の付随手続では、なぜ規則事項とされているのかについては、必ずしも明白ではない。本案の付随的な決定手続と独立決定手続との違いに由来するとの考え方もありえようが、先に指摘したように、その手続自体においては、いずれも終局的であり、本案判断への影響も考えられることから、同列に扱われてもよかつたように思われる。

このように、上記判例の配慮要請を認め、民事訴訟手続から独立した決定手続においても、また、民事訴訟手続の付随手続においても、抗告状の送付などについては、手続保障を制度的に付与する方向で、立法的な解決がなされたのである。ただし、民事訴訟判決手続におけるように、被控訴人への一律送付というわけではない点が、「手続的正義」規範の含意と射程の限界を示唆するようで興味深い。

なお、この(3)決定も、特別抗告事件であったことから、「なお書」で、法令違反の可能性に関する指摘を行っている。これは、基本的に妥当な判断であろう。⁽³⁴⁾遺憾であるが、この決定は、特別抗告の理由としてあげられていた憲法三一条の違反については、特に言及していない。ただし、そのことは、最高裁が、民事訴訟法領域への憲法三一条の適用を默示的に否定していることを明確に物語っているようにも思われる。それゆえに、むしろ默示的な憲法判断が行われているとも考えられるのである。

(4) その他の未公判諸判例

このように、近時の抗告状の不送付等に関するいくつかの最高裁決定では、特に、「手続的正義」規範の適用を視野に入れた判示が行われていたが、抗告状等の不送付等に関する最高裁決定で未公判の先例も、数多く存在することが、文書提出命令事件に関する「平成二三年決定」についての最高裁判所調査官解説⁽³⁵⁾によつて、明らかにされている。そのなかには、一定の理由を述べたうえで抗告状の不送付等の実務を正当化しているものもあることから、以下では、それらについて一瞥することにした。手続保障のあり方に関する最高裁判所の基本的な考え方を、それらからうかがい知ることができるからである⁽³⁶⁾。なお、以下の諸判例に関する情報は、入手できた限度での内容である。

① 最三小決昭和五八年六月二日〔借地非訟関係事件⁽³⁷⁾〕

本件は、借地非訟手続における借地条件変更決定に対する抗告認容決定の抗告審手続⁽³⁸⁾について、「原審が、所論のように原審相手方である抗告人に抗告状を送達せず、かつ、これを審問しないで抗告認容の決定をし、それが原審の審理手続の違法を来たすとしても、右の点は、ひつきよう、原決定の法令違背の問題を生じうるにとどまるものというべき」であると判示し、特別抗告を却下した。

② 最一小決平成一一年四月一六日〔財産分与審判事件⁽³⁹⁾〕

本件は、旧家事審判法による家事審判事件である⁽⁴⁰⁾。事案としては、財産分与の審判を一部変更した抗告審の決定に対し、即時抗告の相手方に抗告状を送達することなく、相手方に不利益に変更したのは違憲であると主張して、申し立てられたものであるが、最高裁は、特別抗告を棄却した。

③最二小決平成一一年七月一六日〔扶養料審判事件〕⁽⁴⁾

本件も、旧家事審判法による家事審判事件である。事案としては、子であるXが、父であるYに対し、扶養料の支払を求めたものである。原々審判は、「YはXに対し、六〇〇万円を直ちに、平成一〇年八月一日以降Xが成人に達する日まで一か月五万三〇〇〇円の割合による金員を、それぞれ支払え。」というものであった。Yが即時抗告したところ、Xに抗告状の送付等が行われないうまま、Xに不利益な変更を伴う原決定（一七二万六〇〇〇円を直ちに、平成一〇年一二月からXが成人に達する日まで一か月五万三〇〇〇円の割合による金員を支払うべきことを内容とするもの）が出された。この不利益変更は、過去の扶養料の支払開始の始期をいつからとするか、すなわち、別居時からか、それとも、申立時からかについての解釈の差異に基づくものであった。

許可抗告をしたXは、審理不済であるとして、原審は、原々決定を覆すに当たり、何らの審理も行っておらず、Xに対し、原審でどのような手続がされていたのかさえ全く告知せず（Xは、決定の送達を受けてその存在を初めて知ったほどである）、Xには主張立証の機会が与えられなかった旨を主張した。

これに対して、最高裁は、「所論の点に関する原審の判断は正当として是認することができ、原審の手続に所論の違法はない。論旨は採用することができない。」⁽⁴⁾として、許可抗告を棄却した。

④最一小決平成一三年三月一五日〔扶養料審判事件〕⁽⁴⁾

本件の家事事件は、XがYに対し、内縁関係解消に伴う財産分与の申立てをした事案である。原々審は、当事者双方は現在保有している財産を取得するものとして財産の清算を終了させるのが相当であるから、Xの申立ては理由がないとして、本件申立てを却下した。Xが即時抗告したところ、原審は、Yに抗告状の送付等をしないうまま、Xの寄与の割

合を評価し直し、Yに対し、一五〇万円をXに支払うよう命じた。

これに対して、Yが、即時抗告があつた旨の通知を受けなかつたため、Yは原審に事件が係属していることを知らず、手続に関与する機会を与えられないまま決定が下された旨を主張して、特別抗告をした。

最高裁は、当裁判所の判例の趣旨に照らせば、本質的に非訟事件である財産分与に関する審判に対する抗告審において手続に関わる機会を失う不利益は、憲法三二条の裁判を受ける権利とは関係がなく、所論違憲の主張に理由がないことは明らかであるとして、特別抗告を棄却した。

⑤ 最一小決平成一八年一月一九日〔遺産分割審判事件〕⁽⁴⁾

本件は、Xが申し立てた遺産分割事件の相手方であつたYは原々審判に対し不服申立てをしなかつたが、同じく相手方であつたZが原々審判に対し即時抗告をしたところ、Yに対して抗告状が送付されず、抗告審に事件が係属していることを知らされないうちに、Yに不利益な変更となる原決定が出されたという事案である。不利益な変更がされた理由は、Yが受領していた被相続人の契約に関する生命保険金が、特別受益に当たると評価されたためであるが、この点は、原々審においては、判断が示されていなかった。

これに対して、Yは、特別抗告をし、違憲の主張をするなかで、原審に事件が係属したことは原決定の郵送を受けて初めて分かつた次第であり、呼出しも聞取りも一切行われずに進行して決定がされ、Yの言い分は何も反映されていない旨の主張をした。

最高裁は、抗告審が、公開の法廷における口頭弁論を経ず、Yに手続に関わる機会を与えないまま審理、裁判をしたことをもつて憲法三二条、八二条および七六条三項に違反するという点については、当裁判所の判例（最大決昭和四一

年三月二日・民集二〇卷三三六〇頁（夫婦同居審判事件）に照らして理由のないことが明らかであるとして、特別抗告を棄却した。⁽⁴⁵⁾

⑥最一小決平成一八年五月二六日〔民事再生関係事件〕⁽⁴⁶⁾

本件は、民事再生事件であり、Xの申立てに基づき、担保不動産競売手続の中止命令（民事再生法三二条）が発令された事案である。⁽⁴⁷⁾これに対して、Yが即時抗告をしたところ、抗告裁判所が、当該不動産中にはXの所有でないものを含むから、競売手続を中止することはできないとして、中止命令を取り消し、Xの申立てを却下した。

Xが、即時抗告のあった旨の口頭の連絡を受けたのみで、抗告状、抗告理由書等を受領しておらず、審尋等もなかったにもかかわらず、中止命令を取り消した原決定は、憲法三二条、八二条に違反するとして、特別抗告をしたが、最高裁は、その実質が原審の審理上の措置・判断に対する法令違反をいうものにはすぎないとして、特別抗告を棄却した。

⑦最一小決平成一九年一〇月二九日〔婚姻費用仮払請求事件〕⁽⁴⁸⁾

本件は、妻であるXが、夫であるYに対し、審判前の保全処分として婚姻費用の仮払いを求めた事案である。原々審は、申立時（平成一九年二月）から月額四六万円を仮に支払うのが相当であると判断した。Yが即時抗告をしたところ、原審は、過去の分については特別の事情がない限り仮払いの必要はないなどとして、原々審判時（平成一九年六月）から月額四六万円を仮に支払うのが相当であると判断した。

Xが、Xに即時抗告状を送達せずにXに不利益な決定をしたことが憲法三二条に違反するなどとして、特別抗告したが、最高裁は、Xが違憲をいうが、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と、特別抗告を棄却した。⁽⁴⁹⁾

⑧最二小決平成二二年九月二九日〔移送関係事件〕⁽⁵⁰⁾

本件は、民事訴訟の付随手続である移送関係事件である。事案としては、Xが、雇用契約上の地位の確認請求訴訟および未払賃金支払請求訴訟を津地裁に提起したところ、Yが、本店所在地を管轄する東京地裁への移送を申し立てたものである。津地裁は、津地裁に管轄がないとして、東京地裁へ移送する旨の決定をした。Xが即時抗告をしたところ、抗告裁判所は、津地裁に管轄があるとして、上記決定を取り消し、Yの移送申立てを却下した。Yが、即時抗告状をYに送達せず、主張立証の機会を与えないまま、Yに不利益な変更をしたのは、憲法三二条に反し、民法に反し違法であると、特別抗告および許可抗告をした。

最高裁は、特別抗告については、Yが「違憲をいうが、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、民法法三三六条一項に規定する事由に該当しない」と判示し、また、許可抗告については、「本件事実関係の下においては、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。

⑨最三小決平成一六年一月九日〔DV防止法関係事件〕⁽⁵¹⁾

本件は、配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律（いわゆる「DV防止法」）に関する事件である。妻であるXは、夫であるYに対して、DV防止法に基づき保護命令の申立てを行ったが、原々審はこれを却下した。Xが即時抗告をしたところ、原審は、原々決定を取り消し、原々審に差し戻す旨の決定をし、決定正本と同時に即時抗告

状およびX提出の書証を送達した。Yの許可抗告に対し、最高裁は、「本件においては、原審の手続に所論の違法はなく、論旨は採用することができない」と判示して、抗告を棄却した。なお、Yは特別抗告もしていたが、「違憲をいうが、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」として、棄却された。⁽³²⁾

(三) 小括

まず、先に述べた(1)・(2)・(3)決定などについてまとめれば、次の通りである。

(1)・(2)決定においては、民事訴訟の付随手続に関する「平成二三年決定」の事案と類似する決定手続(非訟事件における独立決定手続)でありながら、最高裁では、「手続的正義」規範が用いられておらず、違法の判断さえなされていない(もちろん、違憲の判断も同様になされていない)。また、(3)決定でも、「平成二三年決定」と同じ民事訴訟の付随手続に関する判例であるものの、最高裁は、「手続的正義」規範を持ち出すことなく、個別事件の具体的な状況から違憲・違法ではない旨を判示していたのである。これは、「手続的正義」規範が、典型的な事件類型で作用する法理あるいは準則というよりも、むしろ、個別事件の具体的状況に依存する程度のものであり、最高裁が位置づけていることを物語るようである。

また、(1)・(2)・(3)決定の事案では、いずれも憲法三三条違反を理由に特別抗告が申し立てられていた(3)決定の事案では、憲法三一条違反も主張されていた)。しかし、最高裁判所の一連の判例(例、最大決昭和四〇年六月三〇日・民集一九卷四号一〇八九頁〔夫婦同居審判事件〕等)にみられるように、⁽³³⁾憲法八二条とともに、非訟事件には憲法三二条の保障が及ばないというのが、確定判例である。その当否はともかく、また、それにチャレンジすることの意義は十分

に認められるものの、現在のところ揺るぎないようである。審尋請求権などを根拠に、憲法三二条を援用し続けることは可能であり、また必要であると考えるが、同時にまた別の道も探求しなければならないであろう。

さらに、これらの判例は、手続保障の確保が事案の個別状況に依存する性格のものと考えられていることを示しているようである。これまで各所で述べてきたように、最低限度の手続保障を基層的なレベルで制度的に保障すると考えられる「手続的正義」規範でさえ、ここでは、一般的かつ基礎的な対論保障の弁論権確保という手続保障のボトムラインの形成に寄与できなかったこともうかがわれる。

またさらに、抗告状等の不送付等の事例に関する判例集未登載の諸判例も、(1)・(2)・(3)決定と同様に、憲法三二条に違反しないとする④決定、特別抗告事件で、単なる法令違反として却下したり棄却したりした判例(①決定は却下、②・⑦・⑧・⑨決定は棄却)、さらには、単に違憲の主張を排斥した判例(⑤・⑥決定)などがみられた。いずれも、違憲や違憲の判断をしたものではなかった。⁵⁴⁾

なお、特に当事者の不利益変更に着目した場合には、たとえ抗告審が相手方に不利益に原裁判を変更する場合であっても、相手方に対して抗告状等の送付等がなされなかったからといって、そのことをもって、手続法上違法になるものではないとする一群の判例(たとえば、③・④・⑤・⑦・⑧・⑨決定など)が存在したことを指摘することができる。

特に⑨決定は、事件の性質上一定の特別な配慮が必要となる事件類型に関するものであるが、その配慮と手続保障とは、一応分けて考えることができるであろう(このような特別の配慮は、その後に判定された民事訴訟規則二〇七条の二第一項但書の「抗告状の写しを送付することが相当でない」と認めるときに該当する正当な配慮であると考えることができると)。)

ともかく、抗告状等の不送付等に関するこれだけ多くの未公表判例が存在することには、驚きを感じる。一般に、最

高裁判例の動向は、利用者である国民等にとつては重要な情報であり、その知る権利（憲法二二条）の実現のためにも、最高裁判例の全件公開も切望される。

- (6) 川嶋・前掲論文注(5) 一八六頁以下を参照。
- (7) その他、集民三八八号二頁、判例時報二〇一一年二一六頁、判例タイムズ二二七三号二二五頁。
- (8) この決定の評釈等として、塩崎勤「判例批評」民事法情法、六七号八頁(二〇〇八年)、園田賢治「判例批評」法政研究(九州大学)七五卷三〇号六七頁(二〇〇八年)、山田文「判例批評」速報判例解説三〇一五三頁(二〇〇八年)、川嶋四郎「判例批評」法学セミナー一六五〇号二二六頁(二〇〇九年)、垣内秀介「判例批評」『平成二〇年度重要判例解説』ジュリスト一三七六号二五五頁(二〇〇九年)、本間靖規「判例批評」私法判例リマックス三八号二六頁(二〇〇九年)、宍戸常寿「判例批評」法学教室三四二号判例セレクト二〇〇八二一頁(二〇〇九年)、石田浩二「判例批評」平成二〇年度民事主要判例解説・別冊判例タイムズ二五号二二四頁(二〇〇九年)、三木浩一「判例批評」法学研究(慶応義塾大学)八三卷一〇号八四頁(二〇一〇年)などがある。
- (9) この点については、川嶋・前掲批評注(8) 一二六頁も参照。
- (10) 渡邊和道「判例批評」〔最二小決平成三年四月三日〕愛知学泉大学現代マネジメント学部紀要四卷二二頁、二四頁(二〇一五年)を参照。
- (11) この決定の評釈として、稲田龍樹「判例批評」平成二二年度民事主要判例解説・別冊判例タイムズ三三二二〇頁(二〇一一年)がある。なお、本件許可抗告事件については、綿引万里子「宮城保」許可抗告事件の实情(平成二二年度)判例時報二〇八五号三頁、二〇頁(二〇一〇年)をも参照。
- (12) そこには、事実認定の誤りを指摘し、詳細は即時抗告理由書で追って主張と記載されていたにすぎなかった。しかも、結局その書面は提出されなかったようである。稲田・前掲批評注(11) 二〇〇頁参照。
- (13) なお、最三小決平成二二年二月一日・家月六二卷二五号五一頁(遺産分割等審判事件)も、基本的に同趣旨の判例である。
- (14) 稲田・前掲批評注(11) 二〇一頁。
- (15) ちなみに、稲田教授(元判事)は、裁判官当時、抗告裁判所は少なくとも即時抗告申立書等の副本を他の複数の当事者全員に送付することが望ましいが、副本の提出がないときはそれも難しく、不送付をもって違法とは言い難いが、実務上の工夫を要するとの指摘もされていた。この点について

では、稲田龍樹「抗告審における遺産分割事件の審理をめぐる諸問題」判例タイムズ六八号二二三頁、二二四頁（一九八九年）を参照。この論文では、ここで引用した部分に続けて、「この点は、当事者の手続上の主体性の尊重、審判に対する納得の確保ということに加えて……不利益変更禁止の原則の適用の有無〔を〕考えておくべき」という注目すべき指摘がなされていた。同、二二四頁。

(16) なお、本決定の位置づけとして、(1)決定（婚姻費用分担事件）の「再確認に止まらず、乙類（現、「別表第二」）の家事審判手続全般に関する判例法の基礎を固めた」（稲田・前掲批評注（11）二〇一頁）とも評価されていた。そのようななかで、「平成三年決定」が、「手続的正義」規範を用いて、一定の場合に限定されるものの、抗告状等の送付等により、相手方に攻撃防御の機会を与えることが義務的なものになる場合があることを判示したことは、手続保障の促進のために、重要な意義をもつであろう。

(17) 金子修編「二問一答・家事事件手続法」一四九頁以下（商事法務、二〇二二年）、徳田和幸「民事裁判における『手続的正義』の意義と機能——若干の最高裁判例から」『民事手続法制の展開と手続原則』（松本博之先生古稀祝賀論文集）三頁、一六頁（弘文堂、二〇一六年）等を参照。なお、同時に、非訟事件手続における終局決定に対する即時抗告についても、家事審判におけるのと同様の規定が置かれている（非訟事件手続六九条・七〇条参照）。この点については、金子修編「二問一答・非訟事件手続法」一〇三頁（商事法務、二〇二二年）などを参照。

(18) この決定の批評として、宗宮英俊「判例批評」NBL九七三三〇八六頁（二〇二二年）、川嶋四郎「判例批評」法学セミナー六九三三〇—四二頁（二〇二二年）、伊藤眞「垣内秀介」春日偉知郎「加藤新太郎」松下淳一「山本和彦」八座談会「民事訴訟手続における裁判実務の動向と検討」（第三回）判例タイムズ一三七五号四頁、一二頁、一六頁（二〇二二年）、芳賀雅顯「判例批評」法学研究（慶応義塾大学）八七巻五号八二頁（二〇一四年）などがある。

なお、最一小決平成二三年四月二三日・民集六五巻三号一二九〇頁の最高裁判所調査官解説として、石丸将利「判例解説」『最高裁判所判例解説 民事篇（平成二三年度）』二六八頁（二〇一四年）では、抗告状の不送付等に関する最高裁判例（同決定）が、後述のように未公開のものも含めて多数紹介されている。そのなかには、本件も紹介されている。また、高橋宏志「重点講義・民事訴訟法（下）（第二版補訂版）」二〇九頁注213（有斐閣、二〇一四年）〔最一小決平成二三年四月二三日について、「そもそもは、抗告申立書の写しを送付するかしないかを事案に依らせている実務に問題があるというべきであろう。送付するのを原則とすべきであり、特に判断を逆転させる場合には攻撃防御の機会を必ず与えなければならない」と指摘されている。〕や、さらに、杉本和士「判例批評」高橋宏志「高田裕成」畑端穂編『民事訴訟法判例百選（第五版）』二六七頁（有斐閣、二〇一五年）なども参照。

(19) 徳田・前掲論文注（17）一六頁。

(20) なお、石丸・前掲解説注(18)三〇四頁では、文書提出命令事件に関する「平成三年決定」は、「個別事件における抗告裁判所の手続の違法を」とがめたもの」と指摘されている。また、加藤新太郎「判例批評〔最一小決平成三年四月二三日〕判例タイムズ一三七五号五二頁、五七頁(二〇一二年)では、「平成三年決定」は、事例判例であり、その射程距離が広いとはいえないと指摘されている。いずれも、いわば「手続的正義」自体の規範化を制約する指摘であると考えられる。

(21) たとえば、松本博之「上野泰男」『民事訴訟法(第八版)』八七五頁注9a(上野泰男執筆)(弘文堂、二〇一五年)では、「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ことは否定することができない」という最高裁の判断は、即時抗告がなされたことすら知らされることなく、自己に不利に裁判が変更された者に対する手続権侵害の大きさを軽視するものであるように思われる」と、的確に指摘されている。

なお、この(3)決定のような考え方は、近時、最高裁判所が、口頭弁論を経ないで原判決を破棄するいくつかの判決(例、最一小判平成一九年三月二七日・民集六一巻二七七一頁(光華寮事件)、最一小判平成一九年五月二十九日・判例時報一九七八号七頁(横田基地事件)など)を言い渡していることも符合する面がある(この問題については、たとえば、高橋・前掲書注(18)七三九頁注114(有斐閣、二〇一四年)、川嶋・前掲書注(2)九二八頁などを参照)。本稿のテーマから、職権破棄に関する論点は、特に扱わない。手続保障の観点からは、一般には、結論を左右するか否か(いわば「結果的救済」の成否)はともかく、破棄自判ではなく、破棄差戻しが望ましく、さらに、より早い段階で、当事者の手続保障の要請を満たすために、上告審において、口頭弁論または審尋・審問を開き、法的対論を保障すること(いわば「プロセス的救済」の付与)が重要であることを指摘しておきたい。

(22) たとえば、加藤・前掲批評注(20)五二頁参照。また、このような裁量性の堅持の基礎には、たとえば、手続を遅延させるための濫用的な抗告などに対する、裁判所の迅速な対応の必要性なども、存在するように思われる。たとえば、伊藤ほか・前掲座談会注(18)一七頁(加藤新太郎発言)によれば、「実際には、一見して理由のないことが明らかな濫抗告も珍しく」なく、「引き延ばしを図る目的の抗告」というのも類型的に「存在するので」「即時抗告に理由がないこと」の明らかなとき」の判断は、「十分にでき」、濫用か否かの「線引きはそれほど難しくはない」と指摘されている(即時抗告の執行停止効(民法三三四条参照)。この指摘は、裁判所の裁量的判断の存在を前提とするものと考えられること、および、この問題が、憲法レベルの問題ではなく、法律・規則レベルの問題であることを示唆しているようである。しかし、一見明白に濫用と認められる場合はともかく、その評価は、個別事件や裁判官によって、可変的でデリケートな問題のように思われる。

(23) 徳田和幸「法領域における手続権保障」同『フランス民事訴訟法の基礎理論』八六頁(信山社、一九九四年(初出、一九八〇年))などを参照。

(24) 川嶋・前掲批評注(18)一四二頁参照。

(25) たとえば、伊藤ほか・前掲座談会注(18)一七頁(春日偉知郎発言)、一七頁(山本和彦発言)などを参照。また、田邊誠「判例批評」(最二小決平成三年四月三日)「私法判例リマークス四五号一〇六頁、一〇九頁(二〇〇二年)なども参照。

(26) なお、興味深いことに、石丸・前掲解説注(18)二九七頁では、本文で述べた、抗告の相手方に不利益な判断をする場合には常に抗告状を送付しなければならないとする見解を、抗告状を常に送付しなければならないとする見解と同列に扱い、「これらの見解は、現行法上は、抗告状の送付が基本的に裁量に委ねられるべき裁判所の訴訟指揮権に属する事項であるということとそぐわない上、許可抗告事件(後掲・最二小決平成一年七月一六日〔下記(4)③決定〕、前掲・最三小決平成二年二月一日〔上記、(2)決定〕)の判断とも整合的であるとはいえない。また、少なくとも、抗告状を常に送付しなければならないとする見解は、抗告状を送付する必要のない事案が存在するという実務上の要請を満たすものではない点でも採り得ない見解であるように思われる。」(一)内は、川嶋)と指摘する。裁判所サイドとしては、あくまで原則的な裁量権限の維持を企図するようである。その意味でも、「手続的正義」規範の極端な例外性を示唆するようである。

なお、抗告状等の送付等の問題を裁量の問題と位置づける、高田裕成「三木浩一」山本克己「山本和彦編『注釈民事訴訟法』」四一八頁〔阿部潤執筆(有斐閣、二〇一五年)も参照。

(27) この状況については、たとえば、石丸・前掲解説注(18)二八八頁以下などを参照。

(28) 以上につき、川嶋・前掲書注(2)九四〇―九四二頁、同・前掲批評注(18)一四二頁、同・前掲批評注(8)一二六頁などを参照。また、現在検討されている「民事裁判のICT化」が実現されれば、手続とシステム次第ではあるものの、抗告状等の送付等も、比較的容易に行うことができ、問題の克服につながりやすいであろう(この問題については、さしあたり、川嶋四郎「民事訴訟におけるICTの利用に関するガイドラインの提言と基本的課題——『正義・司法へのユビキタス・アクセス』理念の具体化指針として」同志社法学三九七号一頁〔二〇一八年〕などを参照)。それでも、そのような送付等の基礎には、「手続的正義」規範が存在することを押さえておくことは重要であろう。

なお、その実践例としての実証実験としては、川嶋四郎「『民事裁判のICT化』に向けた実証研究の概説——利用者目線から『民事裁判のICT化』の実践的な構想を目指して」同志社法学三九八号七九頁(二〇一八年)などを参照。

(29) 本稿のような立場に対しては、民事事件における憲法問題の争点化が増加し、特別抗告が増え、最高裁判所の負担が加重されることになるという懸念も、想定することができる。しかし、最後の憲法審としての最高裁判所の本領は、それらの事件の審理判断を通じて実現されることになる。考える。

なお、たとえ、当事者に知らせても知らせなくても判断結果は同じであると裁判所が考えたとしても、手続保障の考え方、ひいては、「手続的正義」

規範の視点からすれば、知らせる方向に作用すると考えられるのである。法領域における手続保障についても、基本的に、同様に考えられる。判断者の側では、当事者にとつても「無駄な手続」であると付度できるものであつても、当事者の視点からは、「手厚い手続保障、手続的な厚遇」あるいは「淡々とした適正手続の履行」とも評価できるからである。

(30) 川嶋・前掲書注(2) 一九頁以下。

(31) 本決定のように、純粋な法律問題のみが争点である場合でも、立法で不服申立ての制度(審級制度)を認めた以上は、抗告審においても、それなりの法的対論の保障を約束したのではないかと考えられるからである。

(32) この改正以前には、立法的な手当がなされた家事事件手続法や非訟事件手続法に加えて、立法論として、民事訴訟法においても、「決定または命令に対して抗告がされた場合に、抗告裁判所は、その抗告が不適法であるときまたは抗告に理由がないときを除き、抗告状の写しを当事者(抗告人を除く。)および補助参加人に送付しなければならないとする。」との条文創設の提案がされていた。三木浩一「山本和彦編『民事訴訟法の改正課題』一六二頁(有斐閣、二〇一二年)を参照。

また、この立法論に対しては、林道晴「決定手続における対審審理による手続保障」新堂幸司監修 高橋宏志「加藤新太郎編『実務民事訴訟講座(第三期)』(3)『民事訴訟の審理・裁判』」一九九頁、二二六頁(日本評論社、二〇一三年)では、次のように指摘されていた。すなわち、民事訴訟手続ないしこれに準じる民事手続では、家事事件手続法や非訟事件手続法のような規定がなく、決定手続には多様性があり得るところであり、手続保障の必要性にも濃淡があり、また、手続の選択肢にも幅があることから、すべての事件で、家事事件手続法等で採られた規律が、解釈論として直ちに当てはまることにはならないであらう、と。

このような状況で、少なくとも民事訴訟規則で抗告状の写しの送付を原則化したことには、次に述べるような疑問はあるものの、一定の意義があるであらう。

(33) このように、民事訴訟規則中に不送付等の場合をも含めて規定されたのは、抗告状等の送付等の問題が、基本的には、裁判所の裁量の問題であり、憲法問題ではなく法律問題であることが前提のようである。本稿からは、そのこと自体も、再考されるべきであると考えられる。

(34) 許可抗告事件においても、違憲性に関する判断も、一定の場合には可能であると解したい。伝統的な考え方では、特別抗告は憲法問題を、許可抗告は法令違反の問題を扱うという役割分担が規定されている。これは、手続運営の局面からも、また、当事者の手続保障の視点からも、一応もつともな規律であると解される。しかし、最高裁判所へのいわば入口は分かれていても、最高裁判所の手続に入った限りは、法領域における手続保障(法的観点指摘義務)を考慮しつつも、相互融通のあり方も考えるべきであらう。確かに、当事者からの後出しの禁止(手続潜脱の禁止)の必要はある

としても、法適用の専権をもち、最終的な憲法審としての最高裁判所の違憲判断の可能性は、いかなる手続においても、残しておくべきであろう(憲法八一一条参照)。

(35) 石丸・前掲解説注(18)二七六頁以下。以下、諸判例については、おおむねこれによる。

(36) ただし、そこに挙げられた諸判例が、抗告状等の不送付等に関する事件であるので、すでに述べたように、「手続的正義」の措辞を用いた、親子関係不存在確認訴訟事件に関する「平成七年判決」(最一小判平成七年七月一日・民集四九卷七号二六七四頁)や、反対意見で「手続的正義」に言及された、一級建築士免許取消処分等取消請求訴訟事件に関する「平成三年判決」(最一小判平成三年六月七日・民集六五卷四号二〇八一頁)には、言及されていない。

(37) 昭和五七年(ク)第三六一号。

(38) 当時の借地法一四条ノ三本文は「特別ノ定アル場合ヲ除キ前条ノ事件ニ関シテハ非訟事件手続法第一編ノ規定ヲ準用ス」とし、旧非訟事件手続法二五条は、「抗告ニハ特ニ定メタルモノヲ除ク外民事訴訟ニ関スル法令ノ規定中抗告ニ関スル規定ヲ準用ス」と定めていた。それゆえ、条文中、控訴状の送達の規定が準用されるかが問題となり得る。

(39) 平成一年(ク)第二一四号。

(40) 旧家事審判規則一八条は、「即時抗告については、その性質に反しない限り、審判に関する規定を準用する」とし、旧家事審判法七条本文は、「特別の定めがある場合を除いて、審判及び調停に関しては、その性質に反しない限り、非訟事件手続法第一編の規定を準用する」とし、旧非訟事件手続法二五条は、「抗告ニハ特ニ定メタルモノヲ除ク外民事訴訟ニ関スル法令ノ規定中抗告ニ関スル規定ヲ準用ス」と定めていた。それゆえ、控訴状の送達の規定が準用されるかが問題となった。

(41) 平成一年(許)第二三号。これについては、富越和厚「許可抗告事件の実情(平成一〇年度、平成一一年度)」判例時報一七一六号一七頁、二五頁(二〇〇〇年)を参照。

(42) 石丸・前掲解説注(18)三〇九頁注23によれば、本件は、抗告審において新たな事実関係が問題にはならず、即時抗告の事実を相手方に通知していれば決定の結論が左右される可能性があったとは認められない事案であったようである。富越・前掲紹介注(41)二五頁には、「原審の裁量に属する事項に対する非難にすぎないと思われる。」とのコメントが付されている。

(43) 平成一三年(ク)第九六号。

(44) 平成一七年(ク)第四七五号。

(45) 石丸・前掲解説注(18) 三一〇頁注24では、原審は、原々審よりYにとって不利益に内容を変更しているが、それは新たな事実の主張や証拠の提出があったということによるのではなく、裁判所が、特別受益該當性についての法的評価等を異にしたことによるものであり、当事者に意見陳述の機会が与えられることによってその内容が変わり得る事案ではないことがわかれ、特別抗告審において職権で破棄すべき事案ではないように思われると指摘されていた。この最高裁判所調査官解説の指摘は、この決定が、補助参加事件に関する平成二三年の(3)決定の理由を先取りする内容を有していたことを示唆するものといえるであろう。

(46) 平成一八年(ク)第四七二号。

(47) 民事再生法における再生手続については、特別の定めがある場合を除き、民訴法の規定を適用するものとされていることから(民事再生法一八条、条文上、控訴状の送達の規定が準用されるか否かが問題となり得る)。

(48) 平成一九年(ク)第九六九号。

(49) 石丸・前掲解説注(18) 三一〇頁注25によれば、Xの代理人は、原決定がされる前に、原審の事件番号を付した委任状を裁判所に提出しており、抗告事件が係属していたことは知っており、そもそもXにとって全く反論が不可能であったとはいえない事案のようであると指摘されている。このような抗告提起を知っていたことの指摘は、「平成二三年決定」や(2)決定にみられるような相手方の不知に関する考慮要素を先取りする内容であった。

(50) 平成二三年(ク)第七二二号、平成二三年(許)第二〇号。許可抗告事件については、綿引万里子「許可抗告事件の実情(平成二二年度)」判例時報二二二二号五頁(二〇一一年)を参照。

(51) 平成一五年(ク)第一一八号、平成一五年(許)第五二二号。許可抗告については、福田剛久「佐藤裕義「許可抗告事件の実情(平成一六年度)」判例時報一九〇二二二号三頁、二二二頁(二〇〇五年)を参照。

(52) 配偶者暴力に関する保護命令手続規則七条四項は、抗告審の裁判所書記官が、主張書面(抗告状を含む)および書証の写しを、他方の当事者に送付しなければならない旨を定めている。ここでは、「送達」ではなく、「送付」とされているが、これは、迅速性を要求される手続であるからではないかと思われると指摘されている。石丸・前掲解説注(18) 三一〇頁注26参照。

また、福田ほか・前掲紹介注(51) 二三頁には、「この規定(配偶者暴力に関する保護命令手続規則七条四項)は、これらの書面(主張書面と書証の写し)につき他方の当事者に反論の機会を与えるために設けられたものである。しかし、この事前送付の規定は例外を許さないものではないと解される。すなわち、事前に主張書面や書証の写しを相手方に送付し、相手方の反論を待っていたのでは、被害者の安全確保を図れないような事情

がある場合には、事前に主張書面や書証の写しを相手方に送付しなくても違法であるとはいえないであろう。そして、違法性の有無を判断するに当たっては、このような緊急性の有無が中心になるにしても、相手方の反論を聞く必要性の程度や求められている保護命令の内容等の諸事情も含めて判断する必要性があると考えられる。本件の場合、こうした諸事情を総合的に判断し、……抗告を棄却したものと思われる。」(一)内は、川嶋と、本件事案に即した対応がとられた結果であることを推測させる指摘がなされている。

このような考慮は、抗告状等の一律送付等を原則に考える本稿の立場でも、考慮に値する例外となりえると考えられるであろう。

(53) 川嶋・前掲書注(2)二七頁等を参照。

(54) なお、これらのなかに、職権で破棄された事案は存在しなかった。ただし、職権破棄すべき旨を指摘したものととして、上記(2)決定中の那須裁判官の反対意見がある。

三 おわりに

——「手続的正義」規範の救済志向的な活用のために

これまで「手続的正義」規範に着目して、様々な最高裁判例をみてきた。

本稿の基調は、「手続的正義」規範が、憲法三二条による適正手続の核心を意味するとの考えに基づくものであった。しかし、そのような考え方の実践あるいは実現は、前途多難であるように思われる。数多くの判例がある抗告状等の不送付等の事案でさえ、現在のところ、法律または規則レベルの問題と位置づけられ、「手続的正義」規範の出番は、極端な手続権侵害の事例に、ほぼ限定されているようである。しかも、その判断レベルは、法令違反の成否の段階であり、その規範では、一定の準則が示されているというよりも、むしろ、いわば利益考量的に、個別事案における様々なファクターの考慮により、法令違反の有無が判断されているのである。

この点に関しては、民事訴訟規則の改正前ではあるが、抗告状等の不送付等の事案の判断にさいして、次のような「一ゼ」まで提示されていた。⁵⁵⁾

- ① 相手方が即時抗告のあったことの認識を欠いている場合には、攻撃防御の機会を与える必要性が高い。
- ② 争点が事実関係である方が、法律問題であるよりも、攻撃防御の機会を与える必要性が高い。
- ③ 抗告審で新たな主張がなされている場合には、攻撃防御の機会を与える必要性が高い。
- ④ 原々決定を相手方に不利なものに変更する可能性の高低は、攻撃防御の機会を与える必要性の高低に照応する。

確かに、一般的にみた場合に、このような指針は、裁量規律のガイドラインの提供として、事案即応的には一定の妥当性を有するようにもみえる。それゆえに、裁判所にとつても、便利な指針であると考えられる。しかし、それらはいわば傾向的な一般的指摘であり、あくまでその立論の前提として、裁判所の判断に広い裁量権が措定されている点には、基本的な疑問があるように思われる。しかもさらに、個別的にみた場合にも、次のような疑問がある。

まず、①については、先に述べたように、抗告状等の不送付等に関する「手続的正義」の問題は、制度的かつ手続的なレベルの問題であり、相手方の知不知の問題ではなく、裁判所による基本的な手続権保障の問題であろう。抗告に対する反論権保障のための正式かつ画一的な手続機会の保障である。自己の与り知らないところで国家机关である裁判所により自己に関する何らかの裁判が行われることを防ぐための手続参加の機会の存否に関する問題である。相手方がたまたま即時抗告のなされたことを知ったとしても、たとえば、裁判所からの正式な通知を待つ場合もあると考えられ、

また、即時抗告の理由を正式な手続形式を通じて知りたいと考えて待つのは、当事者の通常の思考であり、順当な行動様式ではないかと考えられるのである。⁴⁶⁾ 仮に、即時抗告の提起に関する相手方の悪意が、一般的に抗告状の不送付等を正当化する要素であるとする、たとえば、即時抗告提起を知らせる裁判所書記官による架電一本で、その送付等を不要とするといった帰結さえ正当化されかねないからである。

次に、②については、弁論主義や釈明義務を念頭に置いた指摘であり、確かにそのような面もなくはないが、法的観点指摘義務が認知されている現代民事訴訟法理論においては（例、第一小判平成二二年一〇月一四日・判例時報二〇九八号五五頁等）、事実面での対論の機会だけでなく、法的対論の機会もまた、同様に保障されるべきであろう。当事者にとっては、事実も法も、ともに判断の基礎として重要なのである。法領域における当事者に対する不意打ちも、「手続的正義」規範の観点からは、できるだけ抑止されなければならないからである。

さらに、③については、そもそも、弁論権保障は、抗告審で新たな主張がなされているか否かにはかわらないと考えられる。大切なことは、抗告審という決定手続であれ、その裁判官に対して、判断される立場の当事者が、相手方当事者と同じ条件・同じレベルで（たとえ書面提出等の手続形式であれ）対論の機会が保障されることである。抗告審の途中で新たな事実が提出されれば、そのさい初めて抗告状等をも含めて一切を送付するというのもおかしい話であろう。「手続的正義」規範の核心には、抗告審のプロセスへの当事者の手続関与権が存在すると思われるからである。

また、④についても、先に述べたように、結果的な不利益変更の可能性が問題となるのではなく、当事者が、判断のなされる前にその判断過程にいかにして関与できるか、すなわち、当事者の手続関与権・手続参加権自体が、「手続的正義」規範の基礎にあると考えられるからである。民事手続のプロセスを通じて、結果のいかんにかかわらず、当事者が法的に救済されて行くことこそが、重要であると考えられるのである。

抗告状等の送付等に関する問題については、伝統的に立法問題として処理されてきた。民訴法三三一条によって、抗告および抗告裁判所の訴訟手続は、その性質に反しない限り、控訴審の規定を準用すると規定されていることから、控訴審における送達を定める民訴法二八九条の規定が、抗告および抗告裁判所の訴訟手続の性質に反しないものか否かの問題に、収斂されて論じられていた。また、古い判例（大決昭和十三年一〇月一二日・民集一七卷一九八四頁）は、その性質に反するとして、再抗告には、上告に関する規定（旧三九七条〜三九九条（現、三二四条〜三二六条））が準用されない旨を判示していた。すなわち、ここでは、民事手続において抗告状の送達を常にしなければならないとする⁵⁷ことは、迅速性の要求される抗告手続にはそぐわないこと（「緩裕ナル手続ヲ執ルハ其ノ性質ニ反スル」こと）などが理由に挙げられていたのである。しかし、そもそもこの判例が、現憲法下で合憲性を維持できるかどうかには疑問がある⁵⁸であろう。

抗告審の手続保障のあり方をめぐっては、古くから、その多様性がしばしば指摘された⁵⁹。決定手続で処理される事件が、多様かつ広範に及ぶため、その手続保障に濃淡をつけるべきであるとの考え方の登場にも、一定の必然性がある。たとえば、対審構造をもつ事件、争訟性の高い事件、多数当事者間の権利や利害の調整が要請される事件、二当事者対立構造をもたない事件など、非訟手続の種類は、多岐にわたるのである。それゆえに、対審構造をもつ事件や紛争性・争訟性を帯びた事件において、訴訟手続と同様な手続保障が要請されることは、訴訟手続における弁論権保障のアナロジーから、十分に理解することができる。しかし、たとえば、遺産分割事件のような多数当事者間の権利や利害調整が要請される事件や、家事事件手続法別表第一に規定された二当事者対立構造をもたない事件であっても、当事者の与り知らないところで抗告審の審理が行われること自体が問題となるであろう。その抑止のために、非訟手続にも、おしなべて「手続的正義」規範が発動できると考えられるのである。

また、このような独立決定手続ではなく、民事訴訟の付随的な決定手続であることを理由に、手続保障の程度を下げることに、すでに述べたように、疑問がある。要するに、それ自体も、手続として終局的な要素を有するからであり、本案判断の帰趨を左右する可能性も少なからず存在すると考えられるからである。職権進行主義や職権探知主義の基本的な考え方も、それ自体、当事者の手続保障を規制する理由にはならないであろう。確かに、当事者による手続の濫用は許されず、訴訟手続・民事手続においては、当事者も利用者として一定の作法に従わなければならないとしても、本稿の視点からは、むしろ、職権進行主義であれ、職権探知主義であれ、基本的には当事者のために具体化されるべきであると考えるのである⁽⁶¹⁾。

本稿では、憲法三二条の「適正手続請求権」規定の具体的な規範形態として、「手続的正義」規範を捉える考え方に基づいて論じてきた。この立場からは、抗告状等の送付等についても、原則として一律送付が要請されることになると思われる。それゆえ、先に挙げた平成二七年に改正された民事訴訟規則二〇七条の二の規定についても、再検討をすべきであろう。すでに言及したように、民事訴訟法研究者有志により、家事事件手続法や非訟事件手続法の規律ならった穏当な立法提言（「決定または命令に対して抗告がされた場合に、抗告裁判所は、その抗告が不適法であるときまたは抗告に理由がないときを除き、抗告状の写しを当事者（抗告人を除く。）および補助参加人に送付しなければならないものとする。」との条文創設の提案）⁽⁶²⁾がなされていた。ただし、「手続的正義」規範の広汎な浸潤を考える本稿の立場からは、そこでいう「抗告に理由がないとき」まで除くことには、やや疑問を感じる（この点は、家事事件手続法や非訟事件手続法の規律についても同様である）。それは、一定の実質的な判断を要することがらだからである。手続の迅速性を考えた場合にも、送付等の負担は大きくなるとしても、むしろ、理由のいかんにかかわらず、即時抗告が不適法でない限り、原則として一律に抗告状等を送付等することが望まれるであろう。

したがって、現行の民事訴訟規則の規定を法律に格上げすべきであり、その民事訴訟法の改正としての立法提案としては、「決定または命令に対して抗告がされた場合に、抗告裁判所は、その抗告が不適法であるときを除き、抗告状の写しを当事者（抗告人を除く。）および補助参加人に、送付しなければならないものとする。」というのが望ましい立法例であると考えられるであろう。⁽⁶³⁾

このように、抗告状送付等の実務が定着することにより、抗告状等の一律送付が実現されれば、抗告審の判断過程への手続参加が促進され、その結果、不利益を受ける当事者の納得感や諦念も増すことになるであろう。これが、本稿がその考察の基礎として考えてきた「プロセス救済効」⁽⁶⁴⁾の含意である。相手方が抗告審のプロセスに参加することによって、むしろ、裁判所にとっては、特別抗告の増加が杞憂になるか、あるいは、そのようになるように、充実した実務運営を行うこともまた期待されるのである。もちろん、当事者サイドは、手続の濫用的な利用を抑止しなければならないであろう。

現在のところ、本稿で言及した「手続的正義」規範の判例上の位置づけは不透明かつ脆弱である。その機能面をみた場合には、すでに別稿⁽⁶⁵⁾で述べたような、①「手続保障の規範化」機能はみられるものの、それは、一般的な手続理念である手続保障について、それが著しく欠ける場合にのみ違法になるとするという、②著しい手続権侵害の場合における、裁判所の手続の「法令違反化機能」を果たしてきた。しかも、それは同時に、著しい手続権侵害の場合（例、実務の運用や立法の不作為の場合）でさえ、③「違憲判断回避機能」・「違憲化回避機能」を有することを意味していた。それゆえ、このような「手続的正義」規範は、結局のところ現在では、裁判所の裁量権の存在を大前提とした合法的な手続への誘導を示唆する、いわば「伝家の宝刀的な役割」を有するにすぎないように思われる。問題となった事案では、裁判所の行為に、信義則等の適用さえ想定できただであろうが、「手続的正義」規範は、④裁判所・当事者間での「信義則・

権利濫用法理の適用回避機能」さえ果たすものであった。ただし、「手続的正義」規範の適用事例の少なさと、その規範表現の重大さ・深刻さから、⑤裁判所・裁判官に対しては、「手続保障に配慮することを促す戒告的機能」を有するとも考えられる。しかし、本稿の出発点は、そもそも、「手続的正義」規範の含意が、この程度のものでいいのかどうかといった疑問にあった。

なお、本稿では、審問請求権（審尋請求権）をめぐる議論には言及しなかった。ドイツ憲法（ドイツ連邦共和国基本法）一〇三条一項には、「裁判所においては、何人も、法律上の審問を請求する権利を有する。」と、審問請求権が明記されているが、これを直接日本に移入・導入するよりは、すでに日本国憲法に明文規定が存在するデュー・プロセス（適正手続請求権）の保障の規定である憲法三二条を活用することの方が、まだ現実的でありかつ説得的であると考えたからである。ただし、それは、審問請求権の具体的な適用や作用に関する機能的な比較を不要とするものではないことはいうまでもない。

今後とも、民事訴訟法および民事訴訟法学への憲法規範の普及と浸潤を願いたい。

(55) 加藤・前掲批評注(20)五二頁。これについて、林・前掲論文注(32)二二六頁では、「共感できる整理」と評価されていた。

(56) 仮に、抗告状等の送付等の問題が、法律問題であるとしても、抗告状等の送付に関しては、送付の期待の基礎には、裁判所に対する合理的な信頼があるように思われる。送付は、裁判所と当事者との間の信義則の発露でもあるように思われるのであり、それゆえ、不送付は、裁判所の信義則違反ではないかとも考えられる。渡邊・前掲批評注(10)一九〜二〇頁も参照。

これは、重要な指摘であり、「裁判所の当事者に対する信義誠実訴訟進行義務」を考える契機を与えてくれる議論であらう。これについては、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」同志社法学四〇一号（二〇一八年）（掲載予定）を参照。

(57) 川嶋・前掲書注(2) 九三九～九四〇頁注78。

(58) なお、訴訟手続における審級制度をどのように構成するかは、判例上、基本的には、立法裁量に任された問題と位置づけられている。民事訴訟手続に関しては、たとえば、最一小決昭和五九年一月三日・判例時報一〇五号五頁〔離婚の訴えの管轄を定めた(田) 人事訴訟手続法一条一項の規定は、憲法三三条に反しない旨を判示〕、最一小決平成一〇年七月二三日・判例時報一六五二号五四頁〔許可抗告の申立ての対象とされる裁判に、法令解釈に関する重要な事項が含まれるか否かの判断を高等裁判所に委ねる、民法法、三三七条の規定は、憲法三三条に反しない旨を判示〕、最一小判平成二二年三月一七日・判例時報一七〇八号一九頁〔少額訴訟手続における不服申立てを異議に委ねる手続が、憲法三三条に反しない旨を判示〕、最一小判平成二三年二月一三日・判例時報一七四五号九四頁〔上告受理申立ての制度について、いかなる事由を理由に上告をすることを許容するかは審級制度の問題であって、憲法が八一条の規定するところを除いてはこれをすべて立法の便宜に委ねているので、民法法三二二条および三二八条は、憲法三二二条に反しない旨を判示〕等を参照。しかし、上訴審である抗告審という審級制度を構築した限りで、その手続が適正手続でなければならず、その手続が憲法上の要請を充足している必要があると考えられる。

(59) たとえば、奈良次郎「抗告審の多様性(上)(下)——その統一化・簡略化への模索と可能性を探る(覚書)」判例タイムズ七五四号六頁、七五五号二九頁(一九九一年)などを参照。

(60) 川嶋・前掲書注(2) 二七六頁などを参照。

(61) たとえば、新堂幸司『新民事訴訟法(第五版)』六三～六四頁(弘文堂、二〇二一年)などを参照。

職権進行主義については、川嶋・前掲書注(2) 三〇一頁を参照。職権探知主義については、人事訴訟法二〇条、行政事件訴訟法二四條、非訟事件手続法四六条・五二条、家事事件手続法五六条・六三條等、および、川嶋・前掲書注(2) 四五九頁を参照。

(62) 前掲注32を参照。

(63) ちなみに、加藤・前掲書注(20) 五六頁によれば、上記の(1)・(2)決定の後、その「説示を意識して、原則として、控訴審において結論を変更するか否かを問わず、相手方に対し『反論があれば、いついつまでに書面を提出されたい』旨の事務連絡とともに抗告状・抗告理由書を送付する運営が一般化している」と報告されているので、その現に行われているとされている実務を手続的に定着させることが望ましいであろう。平成二十七年の民事訴訟規則改正の後も、基本的にこのような実務が生かされるべきであろう。また、伊藤ほか・前掲座談会注(18) 一七頁〔加藤新太郎発言〕では、実務上、最一小決平成二〇年五月八日(1)決定や、最一小決平成二二年二月一日(2)決定の那須裁判官の反対意見などに配慮して、実務上、抗告状等を相手方に送達・送付する運用も相当程度広がっていると指摘されていた。ただし、そこでは、一律に送付するのではなく、事件の個

別性を判断した実務が行われていたという。本稿の視点からは、一律の送付が望まれる。なお、注(52)とその本文も参照。ただし、慎重な総合的考慮が必要となるであろう。

(64) 川嶋・前掲書注(2) 六七〇頁。

(65) 川嶋・前掲論文注(4)・(5)を参照。