

民事控訴審・抗告審の新たな問題

東 孝 行

目 次

- 一 はじめに
- 二 控訴提起事件の手続
- 三 攻撃防御方法の提出等に関する期間の定め
- 四 許可抗告申立て事件における理由書不提出等とその判断
- 五 むすび

一 はじめに

1 控訴審及び抗告審についての主な改正点は次の点である。

まず控訴審についてみるに、民訴法の面で、控訴状提出先の第一審裁判所への限定（法二八六条一項）、不適法控訴についての第一審裁判所の控訴却下決定（法二八七条）、攻撃防御方法の提出等の期間（法三〇一条）を定めたことが重要な改正であるが、その他、期日呼出費用不納による控訴却下（法二九一条）、選定者に係る請求追加（法

三〇〇条三項）、不適法却下の原審判決取消しの場合の特例（法三〇七条但書）、金銭支払判決における仮執行宣言（法三二〇条）がある。さらに、民訴規則の面で重要なものは控訴理由書提出強制（規一八二条）、反論書の提出命令（規一八三条）などである。¹⁾

抗告審についての主な改正点は、民訴法の面で、再抗告以外の抗告状についても提出先を原裁判所に限定したこと（法三三二条、二八六条一項）、不適法抗告について原裁判所は抗告却下決定をしなければならないこととしたこと（法三三二条、二八七条）及び許可抗告制度の採用（法三三七条）、これに伴い許可抗告の理由書提出強制（法三三七条六項、三二五条）があり、民訴規則の面で重要なものは通常抗告の理由書提出強制（規二〇七条）である。²⁾

それゆえ、改正により変更を受けない主な点をみると、控訴審については構造論、確定遮断効、移審の効力、不服の理由（形式的不服説と実質的不服説の対立の余地がある）、控訴審の審判の範囲並びに附帯控訴につき控訴との一本化は実現していないこと³⁾といった点である。そのうち特記すべきは、抗告審の構造も改正により影響を受けなかった点である。

控訴における移審の時期については、後述のとおり、控訴状提出の原審への一本化に伴う控訴提起事件手続の性格に関する見解の違いによって異なる。

2 本稿では改正点のうち実務の運用上重要と思われる三点について検討したい。第一点は控訴状の提出先を第一審裁判所に限定し（法二八六条一項）、第一審裁判所に控訴の適法性についての審査権を認めたこと（法二八七条）に伴う問題である。これは控訴提起事件の立件とそれに関連する第一審裁判所の権限の問題である。

第二点は控訴審において攻撃防御方法の提出等の期間を定める裁判長の権限を認めた規定（法三〇一条）の実際の

運用について、実務の現状に照らして検討する。

最後に許可抗告の規定につき許可抗告理由提出強制とその後の対応について規定上必ずしも明白でない点があるの
で、その点について考察を試みたい。

なお、本稿で考察の対象は、民事控訴審につき地方裁判所を第一審とする手続であり、民事抗告審手続につき高等
裁判所の決定に対する許可抗告手続である。

また、民事控訴審及び抗告審の実務の実状について述べることは、筆者が平成一〇年一二月までに勤務した広島高
等裁判所第四部の経験を中心とするものである。

3 民事訴訟手続においては裁判所ないし裁判官、書記官等並びに当事者、とりわけその代理人である弁護士等の様々
な訴訟行為ないし事実行為が連なり、集まって訴訟が進行する。これを規制する代表的な規範は民事訴訟法及び同規
則であるが、これらの規定があるだけでは民事訴訟手続は動かない。その規定を解釈し、構成する法解釈論が存し、
法解釈学と判例がこれを表現しているのであるが、これらを参考として初めて訴訟関係者は安心して諸種の行為がで
きるのである。そして、訴訟関係者も一定の自らの行為を位置づけながら行為するのであり、それは訴訟運用論と称
すべきものであると考える。法解釈論と訴訟運用論との関係について典型的分類としていえば、その法解釈論の終わ
るところから訴訟運用論が展開することになる。しかしどの論が法解釈論であり、訴訟運用論であるかの線引きは実
際には困難である。理論的にいえば、適法、不適法の評価を基準とする論が法解釈論であり、相当、不相当の評価を
含む論が訴訟運用論であるといえようが、訴訟運用論に広い意味における訴訟運用論として訴訟運用に密着した法解
釈論を含むものを考え、右の理論的という訴訟運用論を狭義のそれとして位置づけることが実際的かもしれない。

筆者は民事訴訟法及び同規則の定める規範又はその理念は、法解釈論はいうに及ばず、この訴訟運用論にまで浸透することが望ましいと考えている。

そのような意味から、法解釈学は実務上の少なくとも主要な行為にまで及び、実務上の雑多な行為にその指針を与えることが望ましいと考え、できるだけ法解釈学の及ぶ範囲を広くしたいと念願している⁽⁴⁾。

本稿で取り扱う諸問題は一般の体系書のみならず専門の論文においても全く、あるいは、少なくとも僅かしかふれられていない問題であるが、敢えてこれらの問題を考察の対象に選んだ次第である。

一 控訴提起事件の手続

1 新法は、第一審判決の確定の有無を調査する資料の一本化をはかつて判決確定証明手続を迅速簡易にするために控訴状の提出先を第一審裁判所に限り（法二八六条一項）、加えて控訴事件の迅速処理のために、控訴状の受付を専らとすることになる第一審裁判所に控訴適法要件の審査権限を与えることにした（法二八七条⁽⁵⁾）。

これらの民訴法の規定を合理的に検討すると、手続を確実、適正に運用するためには、第一審裁判所においてその目的のために独立の事件を立件して処理し、判決をした事件（以下、本案事件という）を記録と共に控訴裁判所へ送付することにより終結するというものにも相当であると思われる。旧法下における「上告受理手続」（新法三二八条所定の「上告受理」と異なり原審裁判所が上告状を受理し、上告適法要件の審査及び上告理由ないしは上告理由書の審査をした後、事件を上告記録と共に上告裁判所に送付するまでの事件をこのように称していた）がその模範となる。この制度は新法に引き継がれている。

この上告に関する手続は昭和二九年の上告手続に関する民事訴訟法の改正に際して最高裁判所の負担調整のために上告適法要件審査を第一次的に原審に委ねるといふ形で形成され、その目的は重要なものであった。これに比べると、今回の控訴状第一審裁判所提出の制度はその理由においてそれほど重要なものではないが、手続として本来の控訴手続に付随して、控訴適法要件審査のためにそれに先行する控訴提起事件を立件する点では、改正前の上告受理事件と変わらない。

そのような理由から、実務上「控訴提起事件」(事件符号は(ワネ))として立件する手続をとることとなったのは相当である。⁽⁶⁾

それゆえ、新制度である「控訴提起事件」をどのように運営するかは一つの問題である。その意味からこの問題を考察することにした。

2 控訴状の提出があれば、第一審裁判所は控訴提起事件として上記のように事件番号を付して立件して手続を進める。

これは、上記のとおり旧法下の「上告受理事件」及びこれを引き継いだ新法下の「上告提起事件」及び「上告受理申立て事件」に対応する制度であり、これらにおけると同様の問題を含むものと解される。

旧法下で「上告受理事件」につき、その性質論として、代行権限説⁽⁷⁾と固有権限説⁽⁸⁾とに分かれていた。前者によると、移審の効果は上告状提出と同時に発生しているということになり、後者によると、移審の効果は記録を上告裁判所に送付したときに発生するということになる。

基本的にはこの旧法下の「上告受理事件」に準ずる性質を有するものと解せられるので、この旧法下の議論を控訴

提起事件に反映させてみると、第一審裁判所が控訴審裁判所を代行する権限を与えられたものであり、移審の効果は控訴状提出と同時に生じると解する見解と第一審裁判所が固有の権限で処理するのであり、移審の効果は記録を控訴審裁判所に送付したときに生じると解する見解とに分かれることになろう。

ここで控訴提起受付から控訴提起事件の終結である本案事件及び事件記録送付までを概観すると以下のとおりとなる。

第一審裁判所は控訴状を受け付け、上記のとおり独立番号（ワネ）を付して控訴提起事件を立件する。第一審裁判所は控訴の適法要件を審査して、その補正することができないことが明らかな場合には決定で控訴を却下する（法二八七条一項）。この決定に対しては即時抗告が許されるので（法二八七条二項）、その告知の方法は送達によるのが相当地であろう。他方第一審裁判所は本案事件記録の整理をする。事件記録の整理が済むと第一審裁判所は事件を控訴裁判所に本案事件記録と共に送付する。その所要期間は通常ほぼ一ヶ月程度である。

この手続において注意すべきは、上告提起事件及び上告受理申立て事件（旧法下の上告受理事件）におけるように、第一審裁判所は控訴理由書の提出の催告をしたり、その他控訴理由書に関する特別の手続をする権限も責任もなく、第一審の裁判長の控訴状審査権もないことである。ただし、控訴理由書の提出があればこれを事件記録に編綴する。

3 そこで、第一審裁判所が控訴提起事件を立件してから事件の送付までの間に当該事件に関して生じる当事者の付随的な申立て等の要請にどのように応えるべきかを検討する必要がある。

この点に関して考慮すべき基本的な点は事件の実体に関しない付随的なことから合理的な必要性がある場合に限られるということである。

まず、法律又は規則に定めがあるときはこれに従うことになる。

控訴の取下げ手続は記録の存する裁判所と定められている（法二九二条、規一七七条一項）。

執行停止の裁判は記録の存する裁判所と定められている（法三九八条一項三、四号、三九九条一項）。

なお、判決確定証明書の交付は第一審裁判所の書記官又は上訴審に係属中であるときは上訴裁判所の書記官が交付する旨の規定（規則四八条）、執行力ある正本の付与についても事件の記録の存する裁判所書記官が付与する旨の民事執行法の規定がある（民執法二六条一項）のでこれに従うことで足りる。

次に、そのほか、旧法下の上告受理事件に関して、訴えの取下げ（法二九七条、二六一一条）、訴訟救助（法八二条）、訴訟費用担保の裁判（法七五一条一項）、担保不供与による却下の裁判（法七八条）、公示送達の許可（法一一〇条）、原判決不服申立てなき部分に仮執行宣言を付する手続（法二九四条）、記録の閲覧、謄写の許可、正本等訴訟に関する事項の証明（法九一）、上告提起後になされた証拠申出の却下、和解（法二九七条、二六四条他）が検討され、肯定できると解されていた。⁹⁾

これを控訴提起事件に関して検討する。

まず、記録の閲覧請求等は、閲覧等の便宜からみて、事件記録の存する裁判所と解すべきであり、第一審裁判所の権限に属すると解する。次に、控訴提起後になされた証拠申出に関する判断は上告事件と異なり控訴事件は続審として控訴裁判所が検討すべき事項であるから第一審裁判所の権限とすべきではない。

訴えの取下げは控訴の取下げと同じ理由で肯定すべきである。訴訟救助の申立て等については、訴訟救助の対象事項に控訴状貼付の手数料も含むので第一審裁判所の権限とすべきである。¹⁰⁾ 公示送達の許可申立てについては、控訴却下決定の送達の必要があるので、第一審裁判所（書記官）の権限とすべきである。さらに、原判決不服申立てなき

部分に仮執行宣言を付する申立も執行の迅速を考慮して第一審裁判所の権限とすべきである⁽¹¹⁾。

和解については、当事者間で和解条項が合意されている場合など上記の基本的な線にそう限り許されると解する。上記決定に必要であれば審尋する（法八七条二項）ことも許されると解する。

4 ところが、以上の理論を正当としても、実務の実際においてはこれに反する現象が生じることがある。

その一つの例として、記録の存しない控訴裁判所に控訴取下書が提出されることがあるが、この場合に控訴裁判所はこれを受理したうえ、控訴取下書を記録の存する原審に送付する扱いをすることがあるが、その理由付けが問題となる。規則一七七条には記録の存する裁判所に提出する旨の定めがあるのでこれとの調整が問題である。控訴取下の効果の発生時期を厳密に判断することを迫られるときに重要な問題となろう。前記の控訴提起事件の性格論において固有権限説に従うと移審の効果は事件の送付のときとなり、右の事例における控訴審の受付時点では控訴審に事件が移審していないこととなり、記録の存する裁判所に送付された時に控訴取下の効果が生じると解すべきである。さらに控訴提起事件の性格論とは関係なく、規則一七三条一項が控訴権放棄の意思表示をなすべき裁判所について記録の存する裁判所と定め、同条二項がこの意思表示は控訴取下とともにしなければならぬ旨定めていることとの関連で、規則一七七条が規定されていることから考えると、これら規則の規定を相当であると見る限り、同様の結論となる⁽¹²⁾。

また、誤って控訴状が控訴裁判所に郵送された場合の対応として、単に管轄の違いとして却下する方法⁽¹³⁾、一旦控訴裁判所において控訴状を受付けてその上で原審に移送する方法、さらに控訴裁判所は単に控訴状を原審に回付する方法が考えられる。却下説は、移送を認めることは全国いずれかの裁判所に控訴状を提出することがあり得ることから、控訴状の提出先を第一審裁判所に限定した法二八六条は有名無実となるという法的安定性の見地を理由とする。この

理由には魅力を覚えるが、控訴状が控訴裁判所に郵送された場合に限り移送することとすれば、それほど法的安定性を害することもなく、控訴状の郵送が控訴期間の終了日に切迫しているときには、移送の方法をとることが控訴の趣意を生かすことになるので却下説に賛成しがたい。移送説は控訴状が控訴裁判所に郵送された場合などに控訴の趣意を生かす方法であることを内容としているようであるが、折角判決確定証明書交付に際して控訴なきことを原審のみにおいて確認できる便宜のために設けられた制度の一角を崩すことになる点が短所であるが、この点は控訴審裁判所から原審宛の電話連絡等によりその欠点を是正でき、そのように実施すると主張するので、あながち不当とはいえないであろう。回付の方法をとると、移送説と逆の長短があるところ、移送説の長所に代わる回付説の短所の是正方法が見当たらないので回付説は相当でない⁽¹⁵⁾と考える。

三 攻撃防御方法の提出等に関する期間の定め

1 法三〇一条の立法趣旨として立法関与者によって述べられるところは、旧法下では、当事者は、原則として、控訴審においても、新たな攻撃防御方法の提出、請求又は請求の原因の変更及び反訴の提起（ただし、相手方の同意を要する）をすることができ、これらに関する制限としては旧法一三九条、二二二条一項があるが、これらが必ずしも有効に機能しておらず、そのため、当事者が第一審において攻撃防御を尽くさず、訴訟の完結の遅延を招く事態が生じているともいわれていることを前提として、このような事態に対処するために、一定の範囲で、控訴審における攻撃防御方法の提出等に制限を設ける必要があるという認識にある⁽¹⁵⁾。

少なくとも民事訴訟手続に関する検討事項が公になされた平成三年一二月ころにこのような訴訟の実態であったで

あろうか。筆者は当時大阪高裁の右陪席であったが、当時の裁判長、相陪席裁判官、その他の先達の努力があったからか、検討事項補足説明に指摘されるような事例はむしろ少なく、控訴審の審理の遅滞の原因は人証の採否、調べの方法にあった。すなわち、証人又は本人の調べを有効に絞り込めないばかりでなく、一旦採用すると、その尋問事項を制限していてもその制限が有効に働かず、また、尋問事項が限定した事項以外に及ぶと、相手方はこの点に対する反証として人証を申請し、裁判所はその採用を余儀なくされるという憾みがあった。これに対処するには訴訟指揮を強力にするよりほかないと考えるに至っていた。そして訴訟指揮の問題であるので立法論としては適当でないと考えていたため、改正論として提言しなかった。そして、新法三〇一条及びこれに先行する検討事項については、将来民事訴訟の実状も時代により変遷するであろうし、必要になったときに新规定が活用されたいし、また規定として存在するだけでも意味があると考えていたのであえて反対しなかったに過ぎない¹⁶。

その後新规定に対する意見に賛否両論があり、その内容の概略は周知のとおりであるが、当時の訴訟の実態からみて検討事項の提案の線までの必要性に疑問を呈する意見があったことが紹介されている¹⁷。

2 新法施行後から平成一〇年一二月までの一年近くの間、筆者は、広島高裁四部において、新法三〇一条の適用の肯否を意識して各事件ごとに検討したが、ついにこれを適用する機会がなかった。

その原因としては、新法施行前から中国弁護士連合会と広島高裁との協議会において、控訴理由書及び反論書（答弁書）をできるだけ早期に提出することを了承してもらったからか、新法の施行後のこれら書面の提出が早期に整い、自ずと攻撃防御方法の早期提出が実現したことにあると考える。控訴理由書は控訴提起後ほぼ五〇日以内に提出され、これに続いて反論書等が提出され、証拠申請もこれにそう形となり、不都合はなかった¹⁸。

もちろん、時機に後れた攻撃防御方法（法一五七条）等に関する訴訟指揮は従来どおり積極的に実施していた。

3 控訴審における失権効を民事訴訟法に導入すること自体は、同法が大法典であり以後七〇年ないし一〇〇年と長期間の存続を予定されているものであるから、仮に現在その必要が少なくとしても将来事情の変更が生じて必要とする場合も生じるであろうから、このような規定をおくこと自体は適切な立法政策であろうと考える。

しかし、現実はその適用の必要性が認められないならば、これを適用するに無理に努力する必要はないはずである。折角立法がなされたからといって、適用を急ぐ必要はない。代理人と裁判所が相互に信頼して訴訟手続が円滑に進行している際に法三〇一条を突然適用することは避けるべきであろう。

ここであらためて法三〇一条が適用を予定している手続場面をまとめると、攻撃防御方法の提出、請求若しくは請求原因の変更、選定者に係る請求の追加が遅れたか又は遅れることが予想された場合であり、実際には、人的な面では、代理人が不誠実な訴訟活動をすることにより遅れているか、代理人が怠慢のため遅れているか、物的な面では、控訴理由書・反論書（答弁書）は提出されているが、未完である場合などであろう。

このような場面が生じて、改善の兆しが見えないときは法三〇一条を適用する必要がある⁽¹⁹⁾。

また、時機に後れた攻撃防御方法に関する旧法一三九条（新法一五七条）が有効に機能していないということは、前記のとおり立法理由においても指摘され、いくつかの文献でも述べられているところであるが、その趣旨が控訴審⁽²⁰⁾において俗に言う「雨だれ式」に攻撃防御方法が提出されその規制がなされていないという趣旨であれば、検討事項が公にされた平成三年当時及びその後の状況認識としては筆者の見聞を含む経験による認識に反することは前記のとおりであり、さらに控訴審における攻撃防御方法の提出自体は早期になされているとしても、その整理及び証拠の採否等に際して右の規制が働いていないという趣旨であれば、そのように簡単にはいえないのであるかと思う。

例えば、具体的事件につき裁判所が当事者の主張に関して時機に後れた攻撃防御方法に当たると考えるときは、相手方の意見も聞いたうえ、これを主張しないよう又は撤回するよう勧告することは少なくないのである。この勧告を当事者（訴訟代理人）は受容するのが一般である。このような場合には、判例集に掲載されるに適した形式の判断をしないので当該事件の法廷外からは何もなかったかのように見えるであろう。しかし、以上のことがなされているならこの規定は有効に機能しているといえよう。

このようにして時機に後れた攻撃防御方法の規制の趣旨を活かすことは法三〇一条を適用する余地がない場合にも裁判官ないし弁護士に心がけるべきことであろう。

四 許可抗告申立て事件における理由書不提出等とその判断

許可抗告申立て事件（符号「ラ許」）において、抗告理由書提出命令があつたにもかかわらず抗告理由書を提出せず又はその記載に規則違反があるときに、そのことだけを理由に許可抗告を不許可とするか、それを考慮に入れて検討した結果不許可とするかが問題であり、これに伴い、抗告理由書提出命令を発する際にその命令に理由を提出せず又は記載に規則違反があるときに申立て却下する旨記載するか、それとも不許可とする旨を記載するか、あるいは何ら警告の記載をしないかという問題がある。抗告不許可決定書及び抗告理由書提出命令の内容ないし表現など手続の基本的な問題に関わるのであって、実務上はないがしろにできないものである。

後記のような法及び規則の事情に照らして考えると、抗告理由書不提出又は記載の規則違反があるとき、考えられる見解として、第一にこのことだけを理由に抗告許可申立て却下とする見解、第二にこれだけを理由に抗告不許可と

する見解、第三にこれだけを理由には許可申立て却下も抗告不許可もせず、この事実是一个の判断要素として事件全体を見て抗告の許可不許可を決めるとする見解が考えられる。

上告制度において、法は上告理由書提出強制、その違反に対する上告却下をもって臨んでいる（法三一五条、三一六条一項二号）。しかし、許可抗告については、法のレベルでみると、法三三七条六項が法三二五条を準用するので抗告理由書提出強制は規定していることになるが、法三一六条一項を準用しないので、原審による抗告理由書の不提出又は法三三七条六項、法三一五条二項（同条の委任に基づく規則）違反の抗告理由書であることを理由とする抗告許可申立て却下の規定がないことになる。一方、規則のレベルでみると、許可抗告に関する規則二〇九条は規則一九六条を準用するが、法のレベルで上記のとおり法三一六条一項の準用がないので規則一九六条二項は法三三七条、三一五条一項の規定に違反していることを理由としてする決定（後記の結論次第で抗告許可申立て却下あるいは抗告不許可）は前項の規定により定めた期間内に上告人が不備を補正しないときにするものとするという趣旨に解して準用することになる。

そこで、法三三七条六項に法三一六条一項の準用が規定されていない理由について検討すると、上告提起、上告受理は本来上告裁判所が判断する事項であるところ、簡易な形式的な判断を原審に任せるという趣旨で法三一六条一項（法三二八条五項）の規定が置かれたものと解されるが、許可抗告はもともと原審が許可不許可の判断権限を有しているから、このような却下裁判の委任を要せず、原審自ら判断をすれば足りると解したのではないだろうか。

しかしながら、一般的に訴え、控訴、上告など申立てに対する裁判所の判断形式をみると、申立状に不備があるときで補正できないときは申立状却下の裁判、申立てが理由がないときは実体判断を内容とする裁判が考えられ、その中間に、申立てが法、規則の定める要件を満たさないときには「申立て却下」の裁判が考えられるはずである。そし

て、抗告許可手続に関して、申立状却下の裁判については法三三七条六項による法三一三条、二八八条、二八九条二項、一三七条の準用があり、実体判断を内容とする裁判には不許可の裁判が法三三七条二項に規定されていると解することができるが、その中間の裁判については法に規定を欠くと考えるよりほかない。

もともと抗告許可手続は許可抗告の制度に付随する手続であるから、そのように厳格に考える必要はなく、その中間の裁判に当たる抗告許可申立て却下の裁判は不許可の裁判に含まれると考えたのであろうか。それも合理性がないとまではいえないであろう。

一方、上記のとおり抗告理由提出強制が定められていることからみると、これに違反した抗告許可申立人に対するそのことを理由とする不利益扱いが認められる必要がある。

これらの事情を総合して検討すると、原審は抗告理由書不提出、規則違反の理由書提出の場合には、規則二〇九条、一九六条の補正命令の手続を経た上で、これだけを理由に抗告許可申立て却下に相当する裁判として法に規定がある抗告不許可決定をすべきであると解するのが妥当である。⁽²¹⁾したがって、前記第二の見解を相当と考える。

なお、この点については、許可申立て却下と解する見解（前記第一の見解）も主張されている。⁽²²⁾

五　む　す　び

本稿で取り上げた問題は実務運用上の問題であり、一般にあまり論じられていない問題である。したがって、本稿で述べた結論は一つの提言にすぎない。控訴提起事件の立件手続のようにすでに実務上動いている事項もあるが、事項によっては、批判的に検討していただきたいものも含んでいる。

大方のご批判をいただければ幸いである。

さらに、方法的側面からみると、本稿の議論の大部分は法解釈論であるが、その結論が決まればそこから訴訟運用論が始まるといったぎりぎりの線まで議論したつもりである。

訴訟運用論に属する部分を掲げれば、控訴提起事件手続中に控訴理由書が提出された場合にこれを記録に編綴すること、控訴取下書を記録の未だ存しない控訴裁判所に提出した場合の取り扱い、誤って控訴状が控訴裁判所に提出された場合の取り扱い、第二の問題の中核である裁判長が攻撃防御方法等の提出等の期間を定めること、許可抗告理由書提出命令及び不許可決定の表現内容などがあげられよう。さらに、控訴提起事件の立件手続をすることを相当とする旨の議論も、訴訟運用論に属するといえよう。

注

(1) 法務省民事局参事官室編・一問一答新民事訴訟法(平八)三三四頁、最高裁判所事務総局監修・条解民事訴訟規則(平九)三六三頁以下、中野貞一郎・解説新民事訴訟法(平九)七四頁

(2) 前掲一問一答新民事訴訟法三六九頁、前掲条解民事訴訟規則四二六頁以下、中野・前掲書八一頁

(3) 小室直人・上訴制度の研究(平二)一一七頁(注四〇)、斉藤秀夫ほか編・注解民事訴訟法(9)第二版(平八)二〇九頁以下(小室直人・東孝行執筆)の批判の対象は残る。「事件の受付及び分配に関する事務の取扱について」の一部改正について(平成九年七月一六日最高裁総三第七八号事務総長通達)別紙(1)別表第1(民事事件)10参照
その他、旧法下から引き継いだ主な問題は、上訴の利益、引用判決書の是正などがある。

拙稿「民事控訴審の諸問題」木川統一郎博士古稀祝賀・民事裁判の充実と促進・中巻(平六)三一五頁、拙稿「民事控訴審判決書について」法曹時報五一巻三号(平一一)、前掲注解民事訴訟法(9)第二版七七頁以下参照

(4) 拙稿「民事訴訟法における運用論の試み―証言拒絶権―」民事判例実務研究八巻(平四)二八六頁、同「訴訟運用論のす

- すめ」ジュリスト一一五二号（平一一）三頁参照
- (5) 法務省民事局参事官室編「民事訴訟手続の検討事項補足説明」NBL二三号（平三）六一頁、前掲一問一答三二六頁以下、青山善充ほか「新民事訴訟法をめぐって」ジュリー一三七号以下（平一〇）一一〇頁以下（柳田発言）参照
- (6) 「事件の受付及び分配に関する事務の取扱について」の一部改正について（前掲事務総長通達）参照
- (7) 菊井維大・村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅲ（平三）二六六頁、兼子一（松浦馨・新堂幸司・竹下守夫）・条解民事訴訟法（昭六一）一一二一六頁
- (8) 前掲注解民事訴訟法（9）第二版五二九頁、関根小郷「上告手続に関連する民事訴訟法の改正等について」法曹時報六卷六号（昭二九）五六頁、札幌高決昭和二九・九・一三下民集五卷九号一四八三頁、東京高決昭和三一・七・九東高民時報七卷七号一四五頁
- (9) 前掲注解民事訴訟法（9）第二版五三三頁、関根「前掲論文」法曹時報六卷六号一頁、池田鹿雄「民事上告の書記官事務」書記官（書記官研修所富士見同窓会）一〇四号（昭五五）二頁参照
- (10) 旧法下の上告受理事件に関するが、東京高決昭和三一年六月五日東高民時報七卷六号一二二頁、仙台高秋田支部判昭和三二年八月一三日高裁民集一〇卷六号三六三頁、東京高決昭和三五年一月二五日東高民時報一一卷一号八頁はいずれも原審裁判所が訴訟救助付与の申立てについて判断する権限を有するとする。
- (11) 関根「前掲論文」法曹時報六卷六号五六頁同旨
- (12) 前掲条解民事訴訟規則三七〇頁参照
- (13) 旧法三九七条に違反して上告裁判所に上告状を提出した事案について、移送説があることをも検討して、上告を却下した事案として東京高判昭和四二年六月一九日高裁民集二〇卷三号三〇九頁がある。
- (14) 同様に旧法三九七条に違反して上告裁判所に上告状を提出した事案について、移送説をとった事案として東京高判昭和四三年一月四日判タ二二八号一二四頁がある。
- (15) 前掲一問一答三三八頁、「前掲検討事項補足説明」別冊NBL二三号六二頁、柳田幸三ほか「新民事訴訟法の概要（七）」NBL六〇六号（平八）二八頁参照

なお、この点に関する検討事項の内容は次のとおりであった（前掲別冊NBL二三号六〇頁所収）。

(四) 控訴審における新たな攻撃防御方法の提出

(1) 控訴審においては、原則として、第一審で提出しなかった攻撃防御方法の提出、請求の変更及び反訴の提起をすることはできないが、当事者が重大な過失なくして第一審においてこれらを行うことができなかつたこと又は訴訟手続を著しく遅滞させないことを疎明したときは、この限りでないものとするとの考え方

(2) 控訴審においては、法定又は裁判所の裁定した期間の経過後は、原則として、第一審で提出しなかつた攻撃防御方法の提出、請求の変更及び反訴の提起をすることはできないが、当事者が重大な過失なくしてこれらを行うことができなかつたこと又は訴訟手続を著しく遅滞させないことを疎明したときは、この限りでないものとするとの考え方

(16) 拙稿「民事控訴審の構造論と実務」民事判例実務研究九巻(平七・初出判タ八一九号・平五)三一五頁は当時のこの点に関する民事控訴審の実務の建て直しの手がかりをつかむための考察であった。

民事控訴審の状況の変更についてみるに、例えば事件数を概観すると第二次大戦終結後、新受件数は昭和二一年の三七〇件から同二四年の三、〇四七件、二六年の七、〇八〇件、三〇年代の後半から八、〇〇〇件台、四〇年代九、〇〇〇件台、五〇年代後半から一万件台と増加の一途であったが、昭和四〇年代後半、既済件数の新受件数に対する割合としての既済率が一〇〇パーセントを超えるという努力の結果、昭和六一年には新受件数と未済件数がほぼ同数となった(ジュリスト増刊・データムック民事訴訟(平五)一六頁、一四五頁)。さらに控訴審の繁忙を反映しているとみられる判決書のスタイルについてみても、原判決の事実の引用は資料を遡ることができるとして昭和三年から見られるが、理由をも引用する形式は第二次大戦終結後しばらくはほとんど見かけなかつたものの、昭和三七年ころからかなり見られるようになり、同四六ころその典型例が現れ、以後五〇年、六〇年とその数が多くなり、最近その反省の兆しが見られるようになった(前掲拙稿法曹時報五一巻二号六四九頁以下、特に六六二頁参照)。このように、訴訟の実態は変動するものであり、弁論の態様もその例にもれない。

その他控訴審の最近の実状につき藤原弘道「民事控訴審のあり方」をめぐる二、三の問題点」判タ八七二号(平七)五頁以下参照

(17) 『民事訴訟手続に関する検討事項』に対する各界意見の概要(別冊NBL二七号(平六)六七頁)では必ずしも明らかでないが、青山ほか「前掲座談会」ジュリ一一三七号一二〇頁以下(柳田発言)で紹介されている。

なお、日本弁護士連合会・新民訴訟法五〇のポイント（平八）八五頁及び日本弁護士連合会・民事訴訟法改正問題委員会編・新民訴訟法（平九）一五七頁所収の日本弁護士連合会の主張は控訴審の審理の事後審的運営に対する懸念の表明であって、当時の訴訟の実態に関する立法当局の認識と自己の認識の相違を指摘して、この規定の必要性に疑問を呈するものではない。

(18) 藤原「前掲論文」判タ八七一号六頁も民訴訟法改正論議にいわれた更新権の制限強化は実際上の控訴審の改善・促進のためにあまり有効でないことを指摘する。

(19) 木川統一郎・訴訟促進政策の新展開（昭六二）三五頁以下はドイツの控訴審における時期に遅れた攻撃防御方法の却下の制度について紹介していて、我が国における控訴審における運営の参考になる。さらに、三谷忠之ほか訳・西ドイツ簡素化法入門（v. Bänder, Rolf etc.）（昭五八）一一一頁以下は、第一に、法五二七条が二九六条二項に言及しないのは、編纂上の過誤であると指摘し、文言どおりであれば控訴審における真正の新事実については、必要的却下のみがあるだけか又は一般的訴訟促進義務違反の場合は却下は全くないということになるが、二九六条二項に従い一般的訴訟促進義務に違反すると、真正の新事実の場合は、任意却下であると解すべきであるという。第二に、法五二八条三項が第一審において適法に却下された攻撃防御方法は、その提出を許されない旨規定しているが、これは誤りであることを論じる。なお、ドイツ民法の条文については法務大臣官房司法法制調査部編・ドイツ民事訴訟法典（平五）（法曹会）参照。

さらに、畑宏樹「控訴審における更新権についての一考察」山形大学法政論叢六号（平八）七一頁は Rimmelspacher, Tatsachen und Beweismittel in der Berufungsinstanz, ZfP 107 (1994) S.421ff. の紹介を中心とする論文であり、ドイツの簡素化法施行後の控訴審の更新権に関する議論が紹介されている。

その他、吉村徳重「訴訟促進と弁論の充実・活性化」刑事法学の諸相（下）（井上正治博士還暦祝賀（昭五八）三〇一頁、石渡哲「民事訴訟法の改正と控訴審の構造」民事手続法の改革（ゲハルト・リュケ教授退官記念）一〇一頁（平七））、司法研修所編・ドイツにおける簡素化法施行後の民事訴訟の運営（平七）一一九頁以下（巻末に文献表がある）参照

前掲西ドイツ簡素化法入門の指摘する二つの問題点について Stein-Jonas Kommentar zu ZPO 23 Aufl. Bd.5 Teilband 1 (1994) Rn.4u. 18 v. §527 ZPO; Rn.12~17v. §528 ZPO 参照

ドイツの簡素化法下の時機に後れた攻撃防御方法の提出の許否の制度の運用の実態、違憲論を含む制度としての成功と失敗の評価について、多くの参考文献がある。前掲の論文並びにその引用文献及び司法研修所編・前掲書巻末の文献表など参照

わが民法三〇一条の適用をしない場合はドイツにおける一般的訴訟促進義務違反の場合に当たり、これを適用した場合はドイツにいう個別的訴訟促進義務違反の場合に当たるとであろう。これら双方の場合について、ドイツの試みを参考して検討することは、将来のわが民事訴訟手続の運用のために有益であろう。なお、畑宏樹「控訴に関する改正②―控訴審における新たな攻撃防御方法の提出―新民事訴訟法大系四巻（平九）八頁参照

- (20) 小林秀之編著・新民事訴訟法の要点（平八）一二〇頁（畑宏樹執筆）、宇野聡「控訴審における攻撃防御方法の提出」ジュリー〇九八号（平八）七八頁、石川明ほか編・新民事訴訟法・補訂版（平九）三七七頁（高木敬一執筆）、河野正憲「新民事訴訟法の理念とその実現」司法研修所論集創立五十周年記念特集号第一巻民事編Ⅰ（平一〇）三三六頁、基本法コンメンタールⅢ（平一〇）三六頁（本間義信執筆）、小室直人監修・新民事訴訟法講義（平一〇）二八二頁（小室直人・三谷忠之執筆）。なお、石渡哲教授は「前掲論文」民事手続法の改革（平七）一〇五頁以下において、新法公布前の要綱試案までの立法事情を前提として考察されているところ、その当時の控訴実務に関する認識として、慎重な表現ではあるが、実質上覆審に近いものといえるのではないかと、「推測」を述べておられ、右各論者の指摘と同旨である。

(21) 同旨、前掲条解民事訴訟規則四三二頁、四三六頁

(22) 中野貞一郎Ⅱ松浦馨Ⅱ鈴木正裕編新民事訴訟法講義（平一〇）五三四頁（上野泰男執筆）

（後記）

本稿は平成一一年一〇月二日九州大学において開催された民事手続研究会において報告したものである。席上貴重なご意見を賜り感謝する次第である。