

2010年 民事訴訟法3

関西大学法学部教授
栗田 隆

第10回 (目次)

1. 抗告

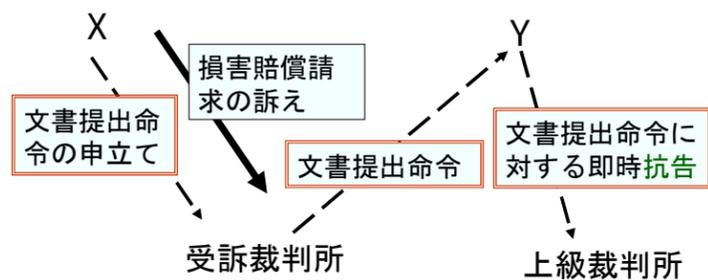
抗告の意義

- 判決手続の中で生ずる様々な派生的問題について、事件の係属している裁判所または裁判官は決定あるいは命令により裁判をなす。それらの中には、終局判決に至る前に、不服申立ての機会を与えて、速やかに解決しておく方が好ましいものがある。
- そこで、決定および命令に対する独立の上訴（上級裁判所への不服申立て）として、抗告の制度が設けられている。

T. Kurita

2

抗告の例



T. Kurita

3

異議

受訴裁判所が略式手続によりした裁判あるいはその構成員等がした裁判・処分に対して当事者が不服を述べる場合に、受訴裁判所が正規の手続あるいは合議体で裁判するのが適当な場合がある。その場合について認められる不服申立てが一般に異議と呼ばれる。

1. 判決に対する異議の申立て (357条・378条)
2. その他の裁判あるいは処分に対する異議の申立てまたは異議の陳述 これについては、抗告との関係が問題となる。

異議と抗告との関係(1)

以下の事項については、不服申立てを許さないと言うのは適当ではないが、しかし、抗告を許しているは審理が渋滞するので、異議の陳述のみが許されている。

1. 口頭弁論の指揮に関する裁判長の命令等 (150条・176条4項)。
2. 証人尋問の順序の変更 (202条・206条)。

異議と抗告との関係(2)

- 受命裁判官・受託裁判官の裁判で、受訴裁判所がしたとすれば抗告することができるもの (329条) については、受訴裁判所への異議が許されている。
- この異議についての裁判に不服のある当事者は、さらに抗告を提起することができる。

異議と抗告との関係(3)

- 裁判所書記官の全ての処分に対しても、その監督者たる受訴裁判所に異議を申し立てることが許されている。
- さらに、重要な事項については、異議の裁判に対して抗告をなすことが個別的に規定されている（例えば、71条7項）。

職権の発動を求める申立て

- 訴訟指揮に関する決定・命令は、いつでも取り消すことができる（120条）。
- したがって、不服申立ての許されない決定・命令であっても、取消しの職権の発動を求めることは許される。但し、裁判所はそれに応答する義務はない。

通常抗告と即時抗告

不服申立期間内の有無による区別である。

1. 即時抗告 迅速に確定させる必要があると認められる裁判について許され、裁判が告知されてから1週間の不変期間内に提起しなければならない（332条）。個別に明規されている場合に許される。原則として、執行停止の効力がある（334条1項）。
2. 通常抗告 決定・命令に対する一般的な不服申立て方法であり、不服申立期間の制限はない。通常抗告が許される裁判に対しては、その告知後、その取消しを求める利益がある限り、いつでも提起することができる。

最初の抗告と再抗告

これは、審級の視点からの区別である。

1. 最初の抗告 名前の通りの抗告であり、控訴に関する規定が準用される（331条本文）。
2. 再抗告 抗告審の決定に対する抗告である。再抗告は、上告に相当するものであり、憲法違反または明白な法令違反があることを理由とするときに限り許され（330条）、上告に関する規定が準用される（特別上告・許可上告に関する規定は準用されない）（331条但書）。

最高裁判所への抗告

- 最高裁判所への抗告は、裁判所法7条の解釈として、特別抗告と許可抗告のみが許され、再抗告は許されない。
- 再抗告は、地方裁判所が抗告審としてした決定に対して高等裁判所に更に抗告する場合に限られる。

抗告の語の多義性

- 狭義では最初の抗告を指すが（331条）、
- 広義では再抗告を含む意味で使われ（330条）、
- 最広義では特別抗告、許可抗告も含む。

一般抗告・特別抗告・許可抗告

- 一般抗告 特別抗告・許可抗告との対比において、通常抗告・即時抗告を一般抗告と呼ぶ。
- 許可抗告 高等裁判所の決定および命令に対する不服申立てであり、原裁判所(高等裁判所)の許可により最高裁判所への抗告としての効力が生ずる。
- 特別抗告 一般抗告が許されない場合に、憲法違反を理由として最高裁判所にする抗告である。cf. 憲法81条。

T. Kurita

13

最高裁判所平成10年7月13日決定

下級裁判所のした裁判に対して最高裁判所に抗告をすることを許すか否かは、審級制度の問題であって、[憲81条](#)の規定するところを除いては、すべて立法の適宜に定めるところにゆだねていると解すべきである。従って、最高裁判所への抗告を一定範囲のものに限定する許可抗告制度は、[憲31条](#)・32条に違反しない。

T. Kurita

14

決定・命令の確定

- [120条](#)の訴訟指揮の裁判に該当するものは、いつでも取り消すことができ、形式的確定力を問題にする意味はない。
- 通常抗告に服する裁判は、取消申立てに期間制限がないので、その確定を問題にする必要はない。
- 即時抗告に服する裁判は、即時抗告期間が徒過すると、取消手段がなくなり、確定する(但し、確定した裁判でも事情変更を理由に取り消すことができることを認める規定は多い)。

T. Kurita

15

決定・命令の確定の時期

- これを明示する規定はないが、[116条](#)から類推すれば、即時抗告（再抗告が可能な場合の再即時抗告を含む）及び抗告許可申立てが通常の不服申立てとなり、これらにより確定が遮断され、これらの不服申立方法が尽きた時点で確定することになる。
- 特別抗告は、特別上告に相当するものであり、確定遮断効を有しない。

抗告審の当事者

- 抗告を提起する者を抗告人と呼ぶ。
- 原裁判の当否を抗告人と争う者を相手方という。
- 多くの場合に相手方が存在するが、しかし、存在しない場合もある。例えば：
 1. 訴状却下命令に対する即時抗告（[137条](#)3項）
 2. 不出頭の証人に対する過料の決定に対する即時抗告（[192条](#)）

抗告審の当事者と訴訟の当事者

- 抗告人とその相手方をあわせて、抗告審の当事者と呼ぶ。
- 抗告審の当事者と訴訟の当事者とは、同一とは限らない。例えば、原告の申立てにより第三者に対する文書提出命令が発せられた場合に、被告は即時抗告を申し立てる利益を有せず（[最高裁判所平成12年12月14日決定](#)）、第三者が抗告人となり、挙証者たる原告がその相手方となる。

抗告人

- 抗告人となりうるのは、原裁判により不利益を受ける者、又は抗告によりその取消し又は変更を求める利益を有する者である。
- 申立てを却下する裁判については、その申立てをした者である。
- 申立てを認容する裁判や職権でなされる裁判については、その裁判により不利益を受ける者が抗告をすることができる。例：
 1. 管轄違いを理由に職権でなされた移送決定に対して、受訴裁判所での裁判を望む当事者
 2. 第三者に対する文書提出命令に対して、当該第三者。

相手方

- 相手方になるのは、原裁判の取消しにより不利益を受ける者である。
- 申立てを却下ないし棄却する裁判については、その申立て自体に相手方がいる場合には、その者が抗告審の相手方になる。第三者に対する文書提出命令を却下する裁判については、抗告審においても、当該第三者が相手方となる。
- 申立てを認容する裁判に対する抗告については、申立人が相手方となる。
- 職権によりなされた裁判の場合には、その裁判の取消しにより不利益を受ける者が相手方となる。

抗告人と相手方の地位

抗告人と相手方は

1. 口頭弁論が開かれる場合には弁論をなし、
2. 証人尋問をする場合には尋問権を与えられ、
3. 参考人等の審尋が行われる場合には立会権を有する。

利害関係人(1)

335条では、抗告裁判所は、口頭弁論をしない場合には、抗告人その他の利害関係人を審尋することができとされている。この規定は87条の内容を抗告審に敷衍したものであると解されている。

利害関係人(2)

抗告人と相手方以外の者も利害関係人として審尋されうる。例

- 文書提出命令の対象文書が提出されると文書の所持者以外の者の利益が害されると主張されている場合に、抗告裁判所は、335条の利害関係人として扱い、挙証者の主張に反論し、自ら証拠を提出する機会を与え、参考人を審尋する場合には、立会権を認めるべきである。

相手方の特定

誰を相手方にすべきかは、微妙な判断を伴うことがあり、その判断の誤りの責任を申立人に押しつけるのは適当ではない。

1. 抗告状に相手方が記載されていない場合には、原審の裁判長が適当と考える者を相手方として記載するよう補正を命ずるべきである。
2. 抗告人が相手方を誤って記載している場合には、抗告審が補正を命ずるべきである。この場合には、抗告状の相手方への送達抗告審によりなされることになり、規定から離れることになるが(331条・289条)、やむを得ない。

補助参加人

- 訴訟当事者が抗告人になることができる場合には、その補助参加人も抗告を提起することができる。
- 補助参加人は、自ら抗告を提起したか否かにかかわらず、抗告審において訴訟行為をなすことができる（45条1項）。
- 但し、宣誓をした当事者が当事者尋問において虚偽の陳述をした場合の過料の決定（209条1項）のように、属人性の強い事項についての裁判に対する抗告は、例外となる。

受訴裁判所・抗告裁判所・再抗告裁判所

- 受訴裁判所 訴訟事件が係属している裁判所である（第一審であるか上訴審であるかを問わない。329条3項参照）。
- 抗告裁判所 受訴裁判所の決定に対する最初の抗告を管轄する裁判所（抗告裁判所）は、その直近上級裁判所である（裁判所法16条2号・24条4号）。
- 再抗告裁判所 抗告裁判所の決定に対する再抗告を管轄する裁判所（再抗告裁判所）は、その直近上級裁判所である。

一般抗告の対象となる裁判 (受訴裁判所の決定又は裁判長の命令)

- 口頭弁論を経ないで訴訟手続に関する申立てを却下・棄却した決定・命令（328条）。次のものは除かれる：
 1. 当事者に申立権がないもの。
 2. 本案と密接に関係する裁判 終局判決に対する上訴の中で非難すれば足りるので、別段の規定がない限り、口頭弁論を経たか否かにかかわりなしに、抗告の対象とならない。
- 口頭弁論を経ないで訴訟手続に関する申立てを認める裁判または職権でなされる裁判のうちで、抗告することができるが定められているもの
- 判決で裁判すべき事項についてなされた決定または命令（違式の裁判）

即時抗告の対象となる裁判

- 抗告の許される裁判のうち、一定のものは、手続の円滑な進行のために早期に確定する必要があるため、不服申立てを一定期間内になすことが要求される（即時抗告）。
- 即時抗告の対象となる裁判は、個別に規定されている。

一般抗告に服さない裁判

- 本案の裁判と密接に関連するために、本案判決に対する上訴により不服を申し立てるべき裁判（[328条](#)の「口頭弁論を経てなされた裁判」）。
- 抗告以外の不服申立てが認められている裁判。例えば、受命裁判官または受託裁判官の命令については受訴裁判所への異議が用意されており（[329条](#)）、命令自体は抗告の対象にならない。
- 高等裁判所の決定・裁判長の命令（裁判所法7条）
- 個々の規定により不服申立てが禁止されている裁判

抗告の提起と抗告審の手続

- 最初にする抗告については、その性質に反しない限り、控訴に関する規定が準用される（[331条](#)）。
- 再抗告については、第2審又は第1審の終局判決に関する上告および上告審の訴訟手続に関する規定が準用される（特別上告と上告受理申立てに関する規定は準用されない）（[331条](#)）。[332条](#)から[335条](#)に特則がある。

抗告期間

- 即時抗告は、原裁判の告知を受けた日から1週間の不変期間内にしなければならない。
 1. 即時抗告に服する裁判については、即時抗告が認められた趣旨からして、当該裁判が確定するまで口頭弁論を終結するのは適当ではない。
 2. しかし、弁論の終結等により抗告の利益が消滅すれば、即時抗告期間中であっても、即時抗告は許されなくなる。
- 通常抗告については、期間制限がなく、抗告により原裁判の変更を求める利益が存在する限り、抗告することができる。

T. Kurita

31

最高裁判所平成13年4月26日決定

- 受訴裁判所が、文書提出命令の申立てを却下する決定をした上で、即時抗告前に口頭弁論を終結した場合には、もはや申立てに係る文書につき当該審級において証拠調べをする余地がないから、上記却下決定に対し口頭弁論終結後にされた即時抗告は不適法である。
- この場合において、文書提出命令申立て却下決定は終局判決前の裁判として控訴裁判所の判断を受けるのであり（[民訴法283条](#)本文）、当事者は控訴審においてその当否を争うことができる。

T. Kurita

32

抗告の利益

- 抗告を申し立てるには、抗告により救済されるべき自己の利益の存在が必要である。抗告の利益が存在しない場合には、抗告は許されない。
- 抗告の利益が認められるためには、次の2つのことが必要である。
 1. 原裁判の取消しにより自己の法的地位が改善されること、
 2. その手段として抗告が適切であること

T. Kurita

33

抗告状

- 抗告状は、原裁判所に提出する（[331条](#)・[286条1項](#)）。
- 必要的記載事項（[331条](#)・[286条2項](#)）
 1. 当事者および法定代理人、
 2. 原裁判の表示及びその裁判に対して抗告をする旨
- 不服申立ての範囲ならびに抗告の具体的理由
 1. できるだけ抗告状に記載することが望ましい（[規則205条](#)・[175条](#)）。
 2. 抗告状に記載されていない場合には、抗告提起後14日以内にこれらに記載した書面を原裁判所に提出する（[規207条](#)）。

不可撤回性の原則とその例外

- 不可撤回性の原則 裁判をした裁判機関自身はその裁判を撤回することができない。
- 例外1 訴訟指揮の裁判は、いつでも取り消すことができる（[120条](#)）。
- 例外2（原裁判機関による更正） 抗告が提起された裁判をした裁判所・裁判長は、抗告に理由があると認めるときは、その裁判を更正することができ、またしなければならない（[333条](#)）。 根拠：決定や命令については、簡易迅速な手続で判断材料が収集されるのが通常であり、対象事項との関係で判決ほどの重みを持たせる必要はなく、更正すれば抗告審の手続が節約できる。

原裁判所による却下

- 原裁判所は、抗告が不適法でその不備を補正することができないことが明らかなきときは、その抗告を却下しなければならない（[331条](#)・[287条1項](#)）。
- この決定に対しては、即時抗告することができる（[331条](#)・[287条2項](#)。もちろん、高等裁判所の却下決定に対しては特別抗告または許可抗告以外は許されない）。

原裁判の執行停止

- 決定や命令は、告知により内容的効力も生ずるのが原則である（119条はこの趣旨である）。但し、確定しなければ効力が生じない旨が規定されている場合も多々ある。（例えば、民執83条5項）。
- 重要な裁判については、抗告期間を制限すると共に、その期間内に抗告があれば、内容的効力を停止させるのが合理的である。そこで、即時抗告は、執行停止の効力を有するとの原則が立てられた（334条1項）。
- 通常抗告については、抗告について決定があるまで原裁判の内容的効力を停止するか否かは、抗告裁判所や原裁判をした裁判所または裁判官の裁量に委ねられている（334条2項）。

T. Kurita

37

事件の送付

- 原裁判所は、自ら更正する場合、あるいは331条・287条により却下する場合を除き、意見を付して事件を抗告裁判所に送付する（規則206条）。すなわち、次の書類を原裁判所の裁判所書記官が抗告裁判所の裁判所書記官に送付する
 1. 意見書
 2. 抗告状
 3. 事件記録
- 事件は、これらの書類が抗告審に送付されたときに、抗告審に係属する

T. Kurita

38

抗告審における審理

- 抗告については、決定で裁判がなされるので、口頭弁論を開くか否かは、裁判所が決定する（87条1項ただし書き）。
- 口頭弁論を開かない場合には、抗告人その他の利害関係人を審尋する（335条）。この審尋は、口頭弁論に代わる審尋であり、利害関係人は裁判所の指揮に従いつつ、自己の主張をなし、相手方の主張を聞いてこれに反論し、自己に有利な証拠を提出することができ、裁判所が参考人等を審尋する場合には立会権を有する。
- 相手方のある事件については、抗告事件の当事者と裁判所とが情報を共有しながら審理を進めることが望まし（当事者公開）。

T. Kurita

39

抗告審の裁判

- 抗告が不適法である場合には却下する（[331条](#)・[290条](#)）。
- 抗告は適法であるが、理由がない場合には（原裁判を変更する必要がない場合）には、棄却する（[331条](#)・[302条](#)）。
- 原決定が不当な場合には、不服申立ての範囲で、原裁判の取消しおよび変更をする（[331条](#)・[304条](#)）。

T. Kurita

40

特別抗告（[336条](#)）

- [憲法81条](#)は、最高裁判所を憲法問題の終審裁判所として位置づけている。
- そこで、通常の不服申立て方法では最高裁判所の憲法判断を得ることができない決定事件について、最高裁判所による憲法判断を得る道を開くために、特別抗告の制度が設けられている。

T. Kurita

41

特別抗告の要件（[336条](#)）

- 最高裁への通常の不服申立ての道がないこと。
 1. 地方裁判所・簡易裁判所の決定及び命令で不服を申し立てることができないもの。
 2. 高等裁判所の決定・命令 許可抗告ができることは、特別抗告の妨げとならない（[337条3項](#)参照）。なお、終局判決に対する上訴により当否を争うべき決定は、特別抗告の対象にならない（例：弁論終結決定）。
- 特別抗告理由の存在 不服申立ての対象となる裁判に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があることが必要である。

T. Kurita

42

特別抗告の手続(1)

- 特別抗告の提起期間 (336条2項)
- 特別抗告状の記載事項・提出先 (336条3項・327条2項・314条1項・313条・286条2項)。
- 原裁判所の裁判長による審査 (314条2項)
- 原裁判所による適法性審査 (336条3項・327条2項・316条1項1号)

特別抗告の手続(2)

- 特別抗告の理由 (336条3項・327条2項・315条2項、規208条・190条1項・193条)
- 原裁判所から最高裁判所への事件送付 (規208条・204条・197条)

最高裁判所による裁判

- 最高裁判所は、特別抗告が不適法である場合には、決定で却下する (336条3項・327条2項・317条)。
- 但し、主張された理由が明らかに特別抗告理由に該当しないこととまる場合には、理由が主張されていることを尊重して、却下ではなく棄却の決定をする (336条3項・327条2項・317条2項)。
- 特別抗告理由を審査して、
 1. 理由がなければ、特別抗告を決定で棄却し、
 2. 理由があれば、原裁判を破棄し、更に差戻等の裁判または自判をする (336条3項・327条2項・325条・326条)。

執行停止

- 特別抗告は、通常の不服申立てが尽きた後で憲法違反を理由になされる非常の不服申立てであり、原裁判の執行を当然に停止する効力はない。
- しかし、最高裁判所または原裁判をした裁判所・裁判官は原裁判の執行停止その他の必要な処分を命ずることができる（[336条3項](#)・[334条2項](#)。336条3項では、執行停止については、原裁判の特質を考慮して、厳格な要件を課す[398条1項1号](#)ではなく334条2項を準用したことに注意）。

T. Kurita

46

許可抗告（[337条](#)）

- 決定で処理されるべき事件の中にも、特別抗告により救済される憲法問題以外の重要な法律問題が含まれている場合が少なくない。
- そうした問題について最高裁判所による法令解釈の統一を可能にするために、許可抗告の制度が設けられた

T. Kurita

47

許可抗告の要件

- 高等裁判所の決定及び命令であること。
- その裁判が地方裁判所の裁判であるとした場合に抗告することができるものであること（[337条1項但書](#)）。許可抗告は、法令の解釈のためにあるが、裁判の内容を考慮して法律が不服申立てを認めていない裁判についてまで許可抗告を認める必要はないからである。
- 但し、次のものは除かれる。
 1. 再抗告（[330条](#)）についての裁判　すでに2回の上訴を経ているからである。
 2. 抗告許可の申立てについての裁判（[337条2項](#)）
これについてまで不服申立てを認めると、抗告を原裁判所の許可に係らしめた意義が半減する。

T. Kurita

48

許可抗告の手続 (1)

- 抗告許可申立書の提出 (337条6項・336条3項・327条2項・314条1項・313条・286条2項)
- 抗告許可申立ての理由 (法337条6項・315条、規210条2項・209条・192条、)
- 特別抗告と許可抗告とを一通の書面に記載すること (兼用抗告) は許されない (規209条において準用規定として188条が挙げられていないのは、この趣旨である)

許可抗告の手続 (2)

- 原裁判所の裁判長による申立書の審査 (337条6項・313条・288条)。
- 原裁判所による適法性の審査
- 原裁判所による抗告の許可
 1. 許可があった時に許可申立てに係る抗告があったものとみなされる (337条4項)。
 2. 許可に際して、高等裁判所は、重要でない理由を排除することができる。

許可抗告の手続 (3)

- 原裁判所は、相手方がある事件については、抗告許可申立書・抗告許可決定書を相手方に送達する (337条6項・313条・289条)。
- 原裁判所から最高裁判所への事件送付 (規208条・204条・197条)。

最高裁判所による裁判

- 最高裁判所は、原裁判所が排除しなかった理由についてのみ調査の義務を負うが、それ以外の理由でも職権で調査することはできる。
- 調査の結果、裁判に影響を及ぼすべき明らかな理由がある場合には、原決定を破棄し、必要に応じ自ら裁判するか、事件を原審に差し戻す。

執行停止

- 特別抗告の場合と同様に、許可抗告にも原裁判の執行を当然に停止する効力はないが、最高裁判所または原裁判をした裁判所・裁判官は原裁判の執行停止その他の必要な処分を命ずることができる（[337条6項](#)・[336条3項](#)・[334条2項](#)）。
