当事者双方が口頭弁論期日に 2 回連続で欠席した場合において、期日の延期がされていても訴えの取下げが擬制されるとされた事例

【文 献 種 別】 決定／最高裁判所第三小法廷
【裁判年月日】 令和 5 年 9 月 27 日
【事 件 番 号】 令和 4 年（許）第 21 号
【事　件　名】 移送決定に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件
【裁 判 結 果】 破棄自判
【参 照 法 令】 民事訴訟法 263 条
【掲　載　誌】 裁時 1825 号 1 頁、裁判所ウェブサイト
◆ LEX/DB 文献番号 25573079

青山学院大学教授 **薮口康夫**

事実の概要

1　Y（相手方・本案訴訟原告）は、大阪拘置所に収容されている死刑確定者であるところ、X（抗告人・本案訴訟被告）の執筆した雑誌記事により名誉が毀損されたなどとして、Xに対し、不法行為に基づき、損害賠償金等の支払を求める訴訟（以下「本件訴訟」という。）を同拘置所の所在地を管轄する大阪地方裁判所に提起した。

Y及びXは、本件訴訟が第一審に係属した後、適式な呼出しを受けたにもかかわらず、第 1 回口頭弁論期日及びその次の期日である第 2 回口頭弁論期日（以下「本件口頭弁論期日」という。）に連続して出頭しなかった。本件口頭弁論期日では、期日を延期し、新たな口頭弁論期日を指定する旨の措置がとられた。なお、Yは、本件訴訟において、訴訟代理人を選任しておらず、第 1 回口頭弁論期日及び本件口頭弁論期日に先立ち、拘置所長の許可が得られないため自ら出頭することはできないなどとする上申書を提出していたが、本件口頭弁論期日に至るまでの間に、Yにおいて、訴訟代理人を選任することが具体的に見込まれていたとはうかがわれない。

Yは、本件口頭弁論期日の約 6 ヶ月後、面会した弁護士が東京地方裁判所には出頭し得ると述べたとして、本件訴訟を同裁判所に移送することを求める申立てをした。

これに対し、Xは、民訴法 263 条後段により本件訴訟について訴えの取下げがあったものとみなされると主張した。

2　第一審は本件移送申立てを認容した。Xの即時抗告による原審（抗告審）は、本件口頭弁論期日において、審理を継続することが必要であるとして、期日の延期とともに新たな口頭弁論期日の指定がされたのであるから、本件口頭弁論期日は民訴法 263 条後段の「期日」に当たらず、同条後段の規定にかかわらず本件訴訟について訴えの取下げがあったものとはみなされないと解すべきであると判断した上、本件移送申立てに基づき、本件訴訟を東京地方裁判所に移送すべきものとして、Xの抗告に対し抗告棄却決定を下した。

3　これに対して、Xは許可抗告を申し立て、認められた。

決定の要旨

原決定を破棄し、原々決定を取り消し、Yの本件移送申立てを却下。

「民訴法 263 条後段は、当事者双方が、連続して 2 回、口頭弁論又は弁論準備手続の期日に出頭しなかった場合、訴えの取下げがあったものとみなす旨規定する。同条後段の趣旨は、上記の不出頭の事実をもって当事者の訴訟追行が不熱心であるとして、訴訟係属が維持されることにより裁判所の効率的な訴訟運営に支障が生ずることを防ぐことにあると解されるが、同法には、上記の場合において、同条後段の適用を排除し、審理を継続する根拠となる規定は見当たらない。そうすると、上記の場合に、審理の継続が必要であるとして、期日を延期して新たな口頭弁論又は弁論準備手続の期日を指定する措置がとられたとしても、直ちに同条後段の適用が否定されるとは解し得ず、同

条後段の『期日』の要件を欠くことになるともいえないというべきである。

そして、本件訴訟においては、当事者双方が第一審の第1回口頭弁論期日及び本件口頭弁論期日に出頭せず、訴状の陳述もされていないところ、相手方（本件訴訟の原告）は、拘置所に収容されている死刑確定者であり、本件口頭弁論期日に至るまで、訴訟代理人を選任する具体的な見込みを有していたともうかがわれないことからすると、相手方が主観的に訴訟追行の意思を失っていなかったにせよ、当事者双方が出頭しないことにより裁判所の訴訟運営に支障が生じており、これが直ちに解消される状況になかったことは明らかであり、そのほか訴えの取下げがあったものとみなすことを妨げる事情も見当たらない。そうすると、本件口頭弁論期日において、上記の措置がとられたからといって、同条後段の適用が否定されると解することはできないというべきである。」

本件決定には宇賀克也裁判官の補足意見が付せられているが、紙幅の都合上割愛し、必要部分は、解説中にて紹介するに留める。

判例の解説

一　当事者双方が口頭弁論期日に欠席した場合の規律

明治民訴法は、期日及び期間について当事者の自由な処分を認めており、期日に当事者双方が欠席した場合には、その後いずれかの当事者から期日指定の申立てあるまで訴訟手続は当然に休止し、1年以内に申し立てなければ訴えの取下げを擬制するとの規定を設けていた（旧旧法188条）。これは、テヒョー草案402条に由来するものとされている[1)]。

ところが、大正15年の改正では職権進行主義が導入されて休止の制度は廃止され、現行法263条の前身となる旧法238条では、期日に当事者双方が欠席した場合には、その後3ヶ月以内にいずれの当事者から期日指定の申立てがなければ、訴えの取下げを擬制するとの規定となった。

平成8年改正においては、双方当事者が欠席と期日指定申立てを繰り返す不熱心訴訟への対策が検討の対象となり、現行法263条前段は、まず、期日指定の申立期限を、3ヶ月から1ヶ月に短縮し、更に、現行法263条後段を新設し、当事者双方が、連続して2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（すなわち、訴えの取下げを擬制）とすることを定めた。その根拠としては、当事者双方にまじめに訴訟を進行する意思がないことが明らかであることが挙げられている[2)]。

二　期日の延期と欠席

1　原審

本件口頭弁論期日において、審理を継続することが必要であるとして、期日の延期とともに新たな口頭弁論期日の指定がされたのであるから、本件口頭弁論期日は民訴法263条後段の「期日」に当たらず、同条後段の規定にかかわらず本件訴訟について訴えの取下げがあったものとはみなされない、とした。

2　最高裁決定

本件口頭弁論期日において、審理の継続が必要であるとして、期日を延期して新たな口頭弁論又は弁論準備手続の期日を指定する措置がとられたとしても、直ちに同条後段の適用が否定されるとは解し得ず、同条後段の「期日」の要件を欠くことになるともいえないというべきである、とする。

3　本件決定における期日の延期の意義

当事者及び訴訟関係人並びに裁判所が会合して訴訟行為をなすための時間が期日（民訴法93条・94条）である。

期日の延期は、期日の目的である事項に立ち入らずに期日を終了することをいうとされており、事項に立ち入ったにもかかわらず完了しないもので、審理を次回期日に持ち越すことを続行というとされている[3)]。

このうち期日の延期には直接の明文規定がないため、民訴法93条3項・4項の期日の変更の一種のようにも考えられる。しかし、期日の変更とは、指定期日の実施前にその指定を取り消し、これに代わる期日を指定する裁判所の決定を指す[4)]。

期日の延期と期日の変更を上記のように考えると、両者は別の制度であり、延期したということは、本件口頭弁論期日は期日指定を取り消されていないので、双方当事者の欠席を受けて裁判所が

延期したとしても、本件口頭弁論期日が無くなるわけではないと理解したのが、最高裁決定の論理なのであろう。

この点で、本件最高裁決定は、期日の延期の意義を明らかにしたということになる。しかし、従来の民事訴訟実務における延期の扱いは、むしろ原審のような扱いも多く存在していたと思われ、そうだとすると、本件最高裁決定によって、期日の延期の概念が変わってしまうことになるかもしれない。

三　取下げに例外があるか否か

1　他の法令との比較（文理解釈）

補足意見が指摘するように、非訟事件手続法64条は非訟事件の申立てについて、家事事件手続法83条は家事審判の申立てについて、申立ての取下げがあったものと「みなすことができる」と規定しているのに対して、民訴法263条は、訴えの取下げがあったものと「みなす」と規定しており、文理上は、裁判所の裁量を認めない趣旨と読める。

この非訟事件手続法64条・家事事件手続法83条の規定の趣旨としては、立案担当者らからは、申立て取下げの要件に該当する場合であっても、申立ての取下げの擬制をすることが公益性の観点から相当でないと考えられる場合も生じ得ることを考慮したとされている[5)][6)]。

2　例外の余地

例外の余地については言及していない文献[7)]も多いが、認める見解は、交通機関の事故などやむを得ない事由による不出頭の場合は、本条が想定している不熱心訴訟には該当しないので、何らかの救済が必要としている[8)]。

これに対し、認めない見解は、例外を認めることは、民訴法263条後段の条文の文言に馴染まないとする[9)]。

3　本件決定の意義

法廷意見は、その後半で「……そのほか訴えの取下げがあったものとみなすことを妨げる事情も見当たらない。」と判示している点で、例外の存在自体は全く認めないわけではないようにも見える。

補足意見と併せてみると、最高裁としては例外を認める余地を残しつつ、本件は例外には当たらないと判断したことになるであろう。

四　刑事収容施設被収容者の裁判を受ける権利（出廷権）

1　問題意識

本件決定事件において、例外の余地となり得るのが、相手方（本案原告）が刑事収容施設の被収容者であり、しかも死刑確定者であることから仮釈放も考えられないことである。

刑事収容施設の被収容者が口頭弁論期日に出頭するには、刑事施設長による出廷許可が必要となる。その許可は、昭和35年7月22日付け矯正甲第645号法務省矯正局長通達「収容者提起にかかる訴訟の取扱いについて」に基づいて運用されており、訴訟について裁判所から召喚を受けた被収容者の出廷については、具体的事案における出廷の必要の程度及び出廷の拘禁に及ぼす影響の程度等を勘案し、施設長の裁量によりその許否を決することを原則としている。実際の運用としては、出廷許可がされる可能性は低いようである[10)]。

その結果、刑事収容施設の被収容者が原告となる訴えは、被告も欠席する場合には、すべて訴えの取下げが擬制されるか、被告が出席して続行期日における擬制自白の成立（民訴法159条3項）により請求棄却判決が下される場合が大多数となる。

そのため、刑事収容施設の被収容者の裁判を受ける権利（憲法32条）の保障が十分でないのではないかという問題意識が生じる。

2　本件最高裁決定の意義

法廷意見・補足意見を総合すれば、民事訴訟においては刑事訴訟における国選弁護制度はないが、被収容者も総合法律支援法に基づく民事法律扶助事業を利用することにより、資力のない者も、民事訴訟で弁護士を代理人とする道は閉ざされていないことを理由に、被収容者の法廷への現実出廷を認めなくとも違法ではないとする。

3　刑事収容施設長の出廷不許可を問題視する見解

これに対し日本弁護士連合会では、2007年に「刑事被拘禁者が民事訴訟に出廷できない運用の

改善を求める意見書」[11] を発表したり、法務省矯正局宛に、人権救済申立てに基づき、出廷許可の勧告[12] を行っている。

4　解決策

刑事施設被収容者にも裁判を受ける権利（憲法32条）が存することは否定できないが、民事訴訟においては法廷への現実出廷ではなくとも、代理人によって本人の弁論権が保障されていれば、実質的には、その権利は保障されることになる。とすれば、法廷意見のように、出廷が原則許可にならない限りは、本人の弁論権を保障する手段が必要となる。

(1)　まず、現行法上は、書面による準備手続（法175条以下）を用いて、当事者双方の出頭なしに準備書面の提出等あるいは電話会議の方法で争点及び証拠を整理し（法175条、176条3項）、当事者の一方の出頭を得て弁論準備手続にて電話会議の方法で争点と証拠の整理を行い（法170条3項、規則91条）、かかる準備手続の終結後の口頭弁論期日において、証拠調べによって証明すべき事実を当事者との間で確認し（法165条1項、170条5項、177条）、可能ならば同日、ないし次回期日に一気に人証調べまで進めることなどが提言されている[13]。しかし、この方法でも、1回は現実の出廷が必要となる。

(2)　となると、総合法律支援法に基づく、法テラスによる民事法律扶助事業の利用を促進して、代理人弁護士を付するべきことになるので、その財源措置が必要となる。

(3)　民事訴訟のIT化のための令和4年民事訴訟法一部改正のうち、口頭弁論期日のウェブ会議による実施（改正民訴法87条の2）については、2024年（令和6）3月1日から施行されることとなった[14]。施行後は、ウェブ会議によって口頭弁論を実施すれば、現実の出頭は不要になるし、代理人弁護士を付することは必須ではなくなる。しかし、そのためには、刑事収容施設に、ウェブ会議による口頭弁論実施のための設備・環境の構築（予算・人員措置）が求められることになる[15]。

●――注

1）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)』（有斐閣、2017年）1247頁［越山和広］。

2）法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』（商事法務研究会、1996年）305頁。

3）伊藤眞『民事訴訟法〔第8版〕』（有斐閣、2023年）258頁。

4）伊藤・前掲注3）書258頁。なお、同書259頁注9は理論的には、期日指定の取消しは、裁判所の決定であり、新期日の指定は裁判所などの命令であるが、両者を一体の決定とする。

5）非訟事件手続法64条については、金子修編著『一問一答非訟事件手続法』（商事法務、2012年）98頁。家事事件手続法83条については、金子修編著『一問一答家事事件手続法』（商事法務、2012年）143頁。同編著『逐条解説家事事件手続法〔第2版〕』（商事法務、2022年）348頁。

6）これに対し、取下げについて裁判所の許可が要求される場合（家事事件手続法121条）を別とすれば、本来、申立人ないし当事者双方の意向に基づいて取下げをすることが認められていることと、こうした規律とが整合的なものかどうか検討の余地が残されていると論じる者として、『新基本法コンメンタール人事訴訟法・家事事件手続法』（日本評論社、2013年）［垣内秀介］。

7）兼子一ほか編著『条解民事訴訟法〔第2版〕』（弘文堂、2011年）1455頁以下。笠井正俊＝越山和広編『新・コンメンタール民事訴訟法〔第2版〕』（日本評論社、2013年）955頁以下。『新基本法コンメンタール民事訴訟法2』（日本評論社、2017年）176頁以下。また、高田ほか編・前掲注1）書1256頁［越山］は、例外を認めるべきとする見解を紹介しつつも、同書自体の立場は明確ではない。

8）竹下守夫ほか編『研究会新民事訴訟法（ジュリスト増刊）』（有斐閣、1999年）337頁以下。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Ⅴ〔第2版〕』（日本評論社、2022年）310頁。

9）竹下ほか編・前掲注8）338頁［竹下守夫発言］。

10）日本弁護士連合会「刑事被拘禁者が民事訴訟に出廷できない運用の改善を求める意見書」（2007年10月24日）https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/071024_2.pdf（2023年12月21日最終アクセス）1頁によれば、平成15年1月1日から同年12月31日までの1年間に、受刑者及び死刑確定者から民事訴訟への出廷の出願件数は約430件あり、このうち裁判所への出廷を許可した件数は約80件となっている（この数字には、施設内の仮法廷への出廷は含まれない。）。

11）前掲注10）。

12）https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/hr_case/data/071106r.pdf（2023年12月21日最終アクセス）

13）前掲注10）20頁。

14）民事訴訟法等の一部を改正する法律（令和4年法律第48号）附則第1条第4号、令和5年12月15日政令第356号。

15）同様の指摘として、本件評釈である、安永祐司「最新判例研究」法セ828号（2024年）122頁。