

## 民訴第二三八条の期間徒過後追完を理由とする

### 期日指定申立があつた場合の裁判

高 島 義 郎

昭和三五年六月一三日最高裁判所第二小法廷決定(昭和三二年(オ)第一一〇)最高裁民集一四卷八号一三三三頁―却下。  
(六号損害賠償請求事件)

【決定要旨】 民訴第二三八条の期間徒過により上告取下とみなされた後において、当事者が同法一五九条に基き追完できると主張して口頭弁論期日指定の申立をした場合、右申立は決定をもつて却下すべきである。

【事実】 判例集には最高裁判所の決定しか登載されていないので、事実関係はあまり明瞭でないが、これから知りうるところでは次のとおりである。X(原告・被控訴人・被上告人)のY(被告・控訴人・上告人)に対する損害賠償請求訴訟の上告審手続において、XYとも昭和三四年七月一七日の口頭弁論期日に出頭せず、以後三月内に期日指定の申立もしなかつたので、民訴二三八条によりYの上告は取り下げられたものとみなされた。ところがその後に至つて、Yは、これまで期日指定の申立をしなかつたのは、Xも右口頭弁論期日に出頭しなかつたことを知らなかつたため、昭和三五年三月二三日にはじめてこの事実を知つたから期日指定申立の追完をするとの申立をした。

【決定理由】 しかし、民訴法第二三八条の期間は不変期間ではなく、期日指定申立の追完を許さないことは最高裁判所の判例とするところである(当裁判所昭和三二年(オ)第一二三六号、同昭和三三年一〇月一七日第二小法廷判決、最高裁判所民事判例集一二卷一四号三一六一頁参照)。

されば、本件申立は決定を以て却下すべきものとし、全裁判官一致の意見で主文のとおり決定する。

【参照構文】 民訴法第二三八条、第一五九条。

【研究】 一 訴訟行為の追完が許されるのは不変期間を懈怠した場合にかぎられるから、不変期間ではない民訴二三八条の期間を徒過したのちに、期日指定申立を追完することは許されない、との判旨の前段については問題がない。判旨も引用しているように、これはさきの最高判昭和三三年一〇月一七日の趣旨をくり返したままで、もとより正当である（引用判例の批評・拙稿民）。本件で問題があるとすれば、判例集が決定要旨として掲げているように、追完を主張してなされた期間徒過後の期日指定申立を決定で却下した点であろう。しかしこれについても、私はこの措置を正当と考える。

二 訴訟手続の進行については、職権主義を原則として裁判所に主導的な役割を担わせている現行法の下では、期日の指定も原則として職権で行なわれ、職権で指定されない場合の補充としてのほか当事者に申立権は認められていない。したがって裁判所としては、期日を開くべき状態にあるかぎり、当事者の申立をまつまでもなく、職権で期日を指定しなければならぬのであつて（もつとも期日の指定権は、原則として裁判長ら）、当事者の期日指定の申立は、通常、単に職権の発動を促すだけの意味しかなく、このような申立に対して裁判所が一々応答する必要がないことはない（菊井・村松・民訴一（コメンタール）五一―五頁、三カ月・民訴一七〇頁。したがつてこの種の申立には、民訴印紙うまでもない（法六条ノ二一号による印紙を貼用する必要はないが、実務では貼用させているようである（岩松・兼子編・実務法律講座民訴編二巻））。しかし申立を拒否する処置は、常に、期日を開くべき状態——すなわち訴訟が審理すべき状態にないとの判断を前提として、期日における訴訟行為をさせないことになるのであるから、裁判所としても裁判でこの趣旨を明らかにする必要がある。この場合、裁判長の命令で申立を却下すべきでないことは明らかであろう。ただし

期日の指定は、もともとと手続を進行させるだけのことで、単なる事務的技術的な考慮で事足り、そのために特に裁判所をわずらわせる必要はないし、他面簡易迅速な処理を必要とするから、裁判長の裁量事項とされ、裁判長が命令ですることになつてゐるが、期日指定の申立を拒否する処置が右のような趣旨のものである以上、これを裁判長だけの判断に委ねるのは適當でないからである。したがつて一般論としては、期日指定の申立が理由のないときは、裁判所が決定をもつてこれを却下すべきであるといえよう（兼子・条解上三八八頁、岩松・兼子編・前掲二六九頁。しかし大判昭和きものとするが、後述のように）。これは判例としても異例である）。

三 ところが民訴二三八条の期日指定の申立については、大審院はこれと異なる見解を示した。すなわち大決昭和八年七月一日（民集一二卷二〇四〇頁）は、民訴二三八条所定の期間経過後の申立であつても、訴訟終了の有無につき争ひのある場合には、常に期日を指定して口頭弁論を開いてその点の審理を経た上で、判決をもつて訴訟終了の趣旨を明らかにすべきものとしたのである。この決定は、民訴二三八条の申立に関するものとしてはおそらく唯一のもので、期日指定申立に関するそれまでの判例の趣旨とは必ずしも一致するものではないし（事由は明瞭でないが、大決昭和五年六月一日新聞三二一〇号七頁は、期日指定の申立を却下する裁判）、その理由を詳細に説示しているので、少しく長文であるが煩を厭わず次に引用しておきたい。

「民事訴訟法二百三十八条ノ場合ハ一定ノ事実ニ賦与スルニ訴取下ノ効果ヲ以テシタルモノニシテ、其ノ要件ヲ成ストコロノ事実ノ存セザル限り当該効果ノ生ズベクモアラザルハ多言ヲ俟タザルトコロナリ。……訴訟ハ恰モ終了シタルガ如キ觀アルモ其ノ実爾ラザルコトガ幸ニ裁判所ノ発見スルトコロト為リタルトキハ、裁判長ハ乃チ職權ヲ以テ期日ヲ指定シ手続ノ進行ヲ計ルベキヤ論無く、若又訴訟ハ未ダ終了セズトノ理由ノ下ニ当事者ヨリ期日指定ノ申立アリタル以上裁判長ハ必ず申立ヲ許容セザル可カラズ。

…蓋右ノ場合期日指定ハ末ノ問題ニシテ、問題ノ重点ハ繫リテ訴訟ノ已ニ終了セリヤ否ニ在リ、而モ其ノ苟モ終了セザル以上事物普通ノ經過ニ從ヘバ、事件ハ判決ヲ以テ局ヲ結バザル可カラズ。及之其ノ已ニ終了セル以上少クトモ本案ニ付キテハ又判決ヲ為シ得ベキ限リニアラズ。夫レ当該事件ニ付判決ヲ為サザル可カラザルヤ抑又判決ハ之ヲ為スコカラザルヤト云フコト程爾ク重要ナル問題ハ当該事件トシテ有ル可クモアラズ。期日指定ノ申立ヲ許否スル裁判ノ一前提トシテ…余リニ重要ナル問題タルハ云フヲ俟タザルニ於テ必ず裁判所ノ合議評決ニ依ラザル可カラザルノミナラズ、其ノ評決ノ結果ハ裁判所ノ意見發表ノ最モ周到ニシテ慎重ナル方式タル判決ヲ以テ之ヲ發表ス可キハ殆ンド自明ノ數ト云ハザルヲ得ズ。是故ニ期日ノ指定ハ之ヲ辭スルニ由無シ。斯クテ期日ヲ開キ口頭弁論ヲ經タル上裁判所ノ意見若シ訴訟ハ未ダ終了セズトスルニ在ラバ、…當事者間ニ争アルトキハ中間判決ヲ以テ訴訟ノ尚繫属スルコトヲ宣言スルト將タ終局判決ノ理由中ニ其ノ旨ヲ判示スルト這ハ裁判所ノ自由ニ從ヒテ可ナリ。若又裁判所訴訟ヲ以テ已ニ終了セリト為ストキハ其ノ旨ノ終局判決ヲ為スコト当然ノ理ニ外ナラズ。」

訴訟上ノ和解、認諾、取下などによる訴訟終了後、その終了を争い弁論の続行を求める趣旨でなされる期日指定の申立についても全く同様に解されるが（和解につき大決昭和六年四月）、この趣旨は学者にも是認されており（兼子・民訴一用判例評釈、菊井・村松・前掲五一五頁など）、私もこれに異論はない。ただこのように解すると、申立を決定をもつて却下すべき場合は極めて例外的な場合にかぎられるであろう。前述のように、訴訟が審理すべき状態にあるかぎり裁判所としては必ず期日を指定するを要する以上、申立を却下するのは訴訟が中断中か終了した場合にかぎられ、そして後者の場合普通却下の決定は考えられないからである（岩松・兼子・前掲二七〇頁は、例外的な場合として中断中の）。この意味では、右の大審院の決定は、それまでの、申立が理由のないときは却下の決定をもつて訴訟終了の宣言をすべきものとした判例を改めたともできよう（菊井・村松・前掲五一五頁参照）。

四 しかししそうだとしても、私は、判旨は大決昭和八年七月一日の趣旨に反するものではないと思う。民訴一三三

八条の期間徒過後追完を主張してなされる期日指定の申立にあつては、訴取下の効果を発生については争いが無い点で、訴訟係属の有無自体に疑いのある場合とは全く事情を異にするからである。追完を理由とする場合は、追完が仮に許されるとしても、期間の経過によつて一旦発生した訴訟係属消滅の効果は、追完の主張によつて何ら影響されることはないのであるから、事柄としては、むしろ終局判決確定後の期日指定の申立の場合に類似する。ことに本件のように上訴の取下とみなされる場合には、期間の満了により第一審の終局判決は確定するから、まさに確定後の申立である。したがつて判旨が、追完を理由とする期日指定の申立を、一般原則に立ちかえつて、決定で却下すべきものとしたのは正当であると思う。本件決定の引用する最高判昭和三三年一〇月一七日の原審が、期日指定の申立の追完は許されないとして、判決をもつて訴訟の終了を宣言したのは、前掲大審院の決定に引きずられたのであろうが、不当であつた。