

民事訴訟に見る手続的正義

——最決平成23年4月13日を参考に——

長 屋 幸 世

民事訴訟に見る手続的正義

——最決平成23年4月13日を参考に——

長 屋 幸 世

目次

はじめに

1. 最決平成23年4月13日について
 - (1) 事実の概要
 - (2) 決定要旨と本件の意義
 - (3) 先例との関係と本決定に残された問題
2. 手続的正義とは何か
 - (1) 正義論に見る手続的正義
 - (2) 裁判の正統性と手続的正義
 - (3) 民事訴訟と手続的正義
3. 民事訴訟における手続保障
 - (1) 憲法上の要請
 - (2) 手続保障の機能
4. 民事訴訟裁判例に見る手続的正義
 - (1) 手続保障に関する裁判例
 - (2) 手続的正義に関する裁判例
 - (3) 裁判例に見る手続的正義と民事訴訟制度としての手続的正義
 - (4) 平成23年決定における手続的正義の意味おわりに

はじめに

最高裁は、文書提出命令に対する抗告審の取消決定についての特別抗告事件（最決平成23年4月13日民集65巻3号1290頁。以下、平成23年決定という）⁽¹⁾において、申立人に攻撃防御の機会を与えないまま文書提出命令を却下したことは、民事訴訟における手続的正義の要求に反するとの判断を示した。本決定は、民事訴訟における手続保障に関して判断したものと考えられるが、「手続的正義」と

の表現をした点、耳目を引くものである。

手続的正義とは、一般には、決定に至るまでの手続過程に関するものであり、その決定の利害関係者の各要求に公正な手続にのっとって公平な配慮を払うことを要請するものである⁽²⁾。この概念は、配分的正義や実質的正義といった概念と対比的に用いられるだけでなく、裁判の正統性議論など法哲学の側面とも深い関わりを見せ、殊、民事訴訟の場面においては、訴訟の目的や判決効の範囲、あるいは、いわゆる当事者権や裁判官の裁量等、種々の側面に影響する。また、このような手続的正義と類似する概念として、民事訴訟法においては「手続保障」という観点も存在し、その重要性が広く論じられるところである一方、裁判例において「手続的正義」や「手続保障」という表現が直接的に用いられ、その有無等が判断されたという事例は多くはなく、この両者の概念の差異が、実務上どのように捉えられ区別されているかについては明らかではない。そのような中において、先の最高裁決定が、「手続保障」とは言わずに敢えて「手続的正義」との言葉を選んだのは、一体どのような理由によるものなのであろうか。

本稿では、まず先の最高裁決定を紹介した後に、民事訴訟における手続的正義や手続保障についての議論を概観し検討する。その上で、先に述べた一つの疑問、なぜ裁判所は手続的正義との文言を用いたのかという点について、他の裁判例と比較・検討しながら考察

したい。

1. 最決平成23年4月13日について

(1) 事実の概要

X(原告人, 原審相手方, 原々審申立人, 本案訴訟原告)は, Y(相手方, 原審被告人, 原々審相手方, 本案訴訟被告)に対して提起した, 時間外勤務手当の支払を求める訴訟(以下「本案訴訟」という)において, 同手当の計算の基礎となる労働時間を立証するために, Yの所持するXのタイムカード(以下「本件文書」という)が必要であると主張して, 本件文書につき文書提出命令の申立て(以下「本件申立て」という)をした。

原々審は, Yが本件文書を所持していると認めるのが相当であること, 本件文書は民法220条3号の利益文書に該当すると判断して, Yに対し本件文書の提出を命じた。Yはこの原々決定を不服として即時抗告をし, 本件文書を所持していないとしたところ, 原審は, Xは他の従業員とは異なり, 社内において管理的地位にあったものと推認できること, したがってXのみがタイムカードを使用しなかったとしても特段不自然とはいえない事情等を考慮すると, 本件文書の存在が推認できないこと等を述べ, 原々決定を取り消し, 本件申立てを却下した。なお, 原々審においてYは, 『「Xは事務局長だからタイムカードをつけなくてもよい。」として, タイムカードをつけていなかった。」とのみ記載した簡単な意見書を提出したにすぎなかったが, 即時抗告申立書においては, Yが本件文書を所持していない理由がより具体的に記載されており, さらにこれを裏付ける証拠も提出されていた。しかし, 原審はXに対し, Yの即時抗告申立書の写しを送付することなく, また, Yから即時抗告があったことも知らせておらず, Xに何らの反論の機会をも与えないままに, 本件申立て却下の判断を下して

いた。

このような事情の下, Xは, 「原審が, 抗告されたことをXに知らせず, 抗告状や抗告理由書の写しを送達又は送付せず, Xが全く知らないまま, そして手続に参加する機会の何ら保障のないままに, 原々決定を取り消したことは, 憲法32条に違反する」と主張し, 特別抗告をしたものである⁽³⁾⁽⁴⁾。

(2) 決定要旨と本件の意義

最高裁は, 原審における手続の法令違背の有無に対して, 職権で検討し, 以下のように判断している⁽⁵⁾。

「本件文書は, 本案訴訟において, Xが労働に従事した事実及び労働時間を証明する上で極めて重要な書証であり, 本件申立てが認められるか否かは, 本案訴訟における当事者の主張立証の方針や裁判所の判断に重大な影響を与える可能性がある以上, 本件申立てに係る手続は, 本案訴訟の手続の一部をなすという側面も有する。そして, 本件においては, Yが本件文書を所持しているとの事実が認められるか否かは, 裁判所が本件文書の提出を命ずるか否かについての判断をほぼ決定付けるほどの重要性を有するものであるとともに, 上記事実の存否の判断は, 当事者の主張やその提出する証拠に依存するところが大きいことにも照らせば, 上記事実の存否に関して当事者に攻撃防御の機会を与える必要性は極めて高い。

しかるに, 記録によれば, Yが提出した即時抗告申立書には, Yが本件文書を所持していると認めた原々決定に対する反論が具体的な理由を示して記載され, かつ, 原々決定後にその写しが提出された書証が引用されているにもかかわらず, 原審は, Xに対し, 同申立書の写しを送付することも, 即時抗告があったことをXに知らせる措置を執ることもなく, その結果, Xに何らの反論の機会を与えない

まま、上記書証をも用い、本本文書が存在していることを認めないとして、原々決定を取り消し、本件申立てを却下しているのである。そして、記録によっても、Xにおいて、Yが即時抗告をしたことを知っていた事実や、そのことを知らなかったことにつき、Xの責めに帰すべき事由があることもうかがわれない。

以上の事情の下においては、原審が、即時抗告申立書の写しをXに送付するなどしてXに攻撃防御の機会を与えることのないまま、原々決定を取り消し、本件申立てを却下するというXに不利益な判断をしたことは、明らかに民事訴訟における手続的正義の要求に反するというべきであり、その審理手続には、裁量の範囲を逸脱した違法があるといわざるを得ない。そして、この違法は、裁判に影響を及ぼすことが明らかであるから、その余の点について判断するまでもなく、原決定は破棄を免れない。そこで、更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。]

抗告は決定及び命令に対する独立の上訴であり、その手続は決定手続であることから、審理の方式も書面審理が原則であって⁽⁶⁾、口頭弁論を開くか否かについても裁判所に委ねられ（民訴法87条1項但書）、口頭弁論をしない場合には、原告人やその他の利害関係人を審尋することができる（同335条）。また、抗告及び抗告裁判所の訴訟手続には、その性質に反しない限り控訴の規定が準用され（同331条）、控訴状は被控訴人に送達されなければならないもの（同289条1項）、これが抗告手続にも準用されるとは解されていない⁽⁷⁾。さらに、抗告状等の相手方に対する送達又は送付について定める明文の規定はないことから、相手方に対し抗告状を送達することは、民事訴訟法上、義務的ではないと言える⁽⁸⁾。

したがって、抗告状の送達は抗告裁判所の裁量に属すると考えられる中で、本決定が上

記決定要旨のように、原審が即時抗告の相手方（本件ではX）に攻撃防御の機会を与えないまま、原々決定を即時抗告の相手方に不利益に変更することは、民事訴訟における手続的正義の要求に反し、裁量の範囲を逸脱すると示した点、本決定の特徴であり意義でもあるといえよう⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾。

（3）先例との関係と本決定に残された問題

本件は、抗告裁判所が第一審決定よりも即時抗告の相手方に不利な内容決定をしたという事案の類似性から、これに先立つ二つの決定と比較される。婚姻費用分担審判に対する抗告審の変更決定に対する特別抗告事件である、①最決平成20年5月8日家月60巻8号51頁（以下①決定とする）⁽¹¹⁾と、遺産分割審判等に対する抗告審の変更決定に対する許可抗告事件である、②最決平成21年12月1日家月62巻3号47頁（以下②決定とする）⁽¹²⁾である。

まず、①決定の事案を簡単に紹介すると、以下のとおりである。X（夫、原々審の相手方、即時抗告の相手方）とY（妻、原々審申立人、即時抗告の原告人）が、夫婦関係の調整と婚姻費用の分担につき調停を申し立てたが不調となり、婚姻費用分担の調停が審判に移行した。XとYの間では、前記調停期日において、離婚成立まで、XがYに月額5万円の婚姻費用を支払う旨の仮払いの合意をしていたが、原々審は、Xの負担すべき額は一ヵ月12万円が相当であるとして、それに基づく不足額の支払いと、離婚又は円満同居までの間に支払うべき上記婚姻費用額を支払う旨定める審判を下した。これに対しYが抗告、原審はそれに基づき、Xの負担すべき婚姻費用を一ヵ月16万円に増額する決定をした。なお、原審が原決定をするにあたっては、Xに対し、原々決定に即時抗告がなされていることを知らせず、抗告理由書の写しを送達又は送付しなかった。そのため、Xは特別抗告をし、抗告審において適切な反論をする機会が与えら

れないまま不利益な判断をされたことは、憲法32条にいう裁判を受ける権利を侵害されたものである、と主張した。

このような主張を受けて、最高裁は次のように判断している。すなわち、「憲法32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る（最高裁昭和26年（ク）第109号同35年7月6日大法廷決定・民集14巻9号1657頁、最高裁昭和37年（ク）第243号同40年6月30日大法廷決定・民集19巻4号1114頁参照）。したがって、上記判例の趣旨に照らせば、本質的に非訟事件である婚姻費用の分担に関する処分の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、同条所定の『裁判を受ける権利』とは直接関係がないというべきであるから、原審が、X（原審における相手方）に対し抗告状及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同条所定の『裁判を受ける権利』を侵害したものであるということとはできず、本件抗告理由のうち憲法32条違反の主張には理由がない。」とする一方、なお書きにおいて、「(中略) 仮にXの主張するような仮払金支払の事実があったとすれば、Xは、原決定の執行力を排除するために、その事実を異議の事由として請求異議の訴えを提起することができるものと考えられるが、本来、仮払金支払の事実の有無については、原審において審理されるべきものである。ところが、本件記録によれば、原審においては、X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うかがわれ、X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X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X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Xに送付するという配慮が必要であったというべきである。以上のとおり、原審の手続には問題があるといわざるを得ないが、この点は特別抗告の理由には当たらないところである。」としている。

また、これには田原陸夫裁判官の補足意見と、那須弘平裁判官の反対意見が付されている。田原裁判官の補足意見では、家事審判事件での抗告手続における手続保障と、憲法31条、32条の関係が詳細に説明されると共に、なお書きにおいて、抗告審が職権で審理をなす際、申立人と相手方の主張が対立していることが原審の記録から明らかな時には、「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うべきである。」とする。他方、那須裁判官の反対意見は、「本件処理のために家事審判規則、家事審判法、非訟事件手続法及び民事訴訟法を解釈するに際し、憲法32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」とし、本件は職権で原決定を破棄すべき事案であったとする。

次に、②決定である。②決定は、遺産分割審判において、抗告裁判所が第一審決定よりも即時抗告の相手方に不利な内容の分割をした事案であり、最高裁は「即時抗告の相手方である抗告人（原審における相手方。以下、

単に「抗告人」という。)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とどまり、上記抗告状には抗告人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い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によって抗告人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、憲法32条に関して特段触れることはなく、本件抗告を棄却している。なお、本件にも那須裁判官の反対意見が付されており、①決定同様、本件事案においても、即時抗告により不利益変更を受ける即時抗告の相手方に対しては、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べきであるとし、原審手続の法令違反と憲法32条の趣旨に鑑みると、「抗告人が即時抗告があったことを既に知っていたことや、上記抗告状に記載された抗告理由が抽象的なものとどまることなど、多数意見の指摘するような事情があるとしても、それだけでは即時抗告により不利益変更を受ける抗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の送達ないし送付をする必要がなかったということはできないというべきである。」としている。

これら①・②決定は、先述のように事案の類似性から本件との関係で引き合いに出されるところであり、①決定が、一般論として反論の機会を与えないまま不利益な決定をする違法になる可能性を指摘していたのに対し、②決定と本決定で、その具体的な内容について示したことになる⁽¹³⁾。すなわち、本決定は、(a) 本案訴訟における本件文書が、Xの証明活動においてきわめて重要な書証であること、(b) Yが本件文書を所持しているとの事実の存否判断は、当事者の主張

やその証拠に依存することが大きいこと、

(c) 即時抗告申立書には、Yが本件文書を所持すると認めた決定に対する反論が具体的理由を付して記載され、かつそれを裏付ける証拠が提出されていたこと、(d) Xが、Yによる即時抗告を知っていたという事実や、知らなかったことにつき帰責事由がないこと、これら四点を理由として、Xに、Yに対する反論の機会を与えないままXに不利益な決定をすることは、抗告裁判所の裁量の範囲を逸脱しており違法であるとするところ、特に、(c)、(d)は、②決定における多数意見と表裏をなすものと指摘できるであろう。

他方で、両決定と本件の相違は、両決定が一般的には非訟事件とされる点にある。両決定に対しては、従来、訴訟手続の規律がそのまま妥当するかどうかという観点から主に論じられるところであった。これに対しては、その後、平成23年5月25日に非訟事件手続法及び家事審判手続法が改正・公布され、新非訟事件手続法69条1項及び新家事審判手続法88条1項において、抗告裁判所は即時抗告に対し、原則、原審の当事者や利害関係人に抗告状の写しを送付しなければならないこと、及び、抗告裁判所が原裁判所の終局決定あるいは原審判を取り消す場合には、原審の当事者等の陳述を聴かなければならないこと(新非訟事件手続法70条、新家事審判手続法89条1項)等の立法措置がとられ、その結果、①・②決定において問題となっていた点に一定の解決がはかられている。これを本件との関係で見ると、このような抗告審における手続保障の規律が、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、民訴法331条の解釈として、抗告状等の写しの送付を義務づけるとともに、相手方の立会権を肯定することなしには原決定の取り消しを認めない解釈を要請することになることが指摘されている⁽¹⁴⁾。

ただ、①・②決定のように、その事件の本

案裁判に対する抗告と、本決定のように民事訴訟事件における付随的な手続をめぐる決定に対する抗告とでは、質的に異なるものということもできよう。付随的裁判の重要性は様々であり、抗告がなされた場合に相手方に知らせることによって、相手方に相応の防御準備の負担を強いること等から、付随的裁判に対する抗告については、本決定の枠組みの中で裁判所の裁量に委ねるのが妥当であると考えられるとの指摘がある一方で⁽¹⁵⁾、裁量権レベルの問題（違法か否か）として処理するのではなく、憲法31条における適正手続違反として違憲判断をすべきであったとする見解も存在する⁽¹⁶⁾。

これらの見解の相違を評価するにあたっては、本決定が述べるどころの「民事訴訟における手続的正義の要求」が一体どのようなものであるのかを明らかにする必要があるのではないだろうか。つまり、「民事訴訟における手続的正義」が何を指すのか、すなわち、それが何を目的とし、具体的にはどのようなものによって構成されているのかを、検討する必要がある。

2. 手続的正義とは何か

(1) 正義論に見る手続的正義

法の場面における手続的正義とは、法という基準を手続上正しく適用することであり、正義が法をはかる基準（基準的正義）として言及されるのに対し、法を正しく適用するという場合には、正、不正の判断は法との関連で言及され、法が基準となる⁽¹⁷⁾。このように、手続的正義は法と正義の観点から語られてきた。

正義論は、伝統的に、ギリシャ・ローマ時代から、一定の価値・利益や負担の配分・調整の結果の実質的な当否を論じる実質的正義論が中心であった⁽¹⁸⁾。その正義論を、先の基準的正義のみならず、手続的正義を取り込み

展開したのはロールズである⁽¹⁹⁾。ロールズは手続的正義を、「純粋な手続上の正義」、「完全な手続上の正義」、「不完全な手続上の正義」の三側面から捉え、「純粋な手続上の正義」を理解するためには他の二つと比較することであると説く⁽²⁰⁾。

まず、「完全な手続上の正義」の例として、複数の人間によるケーキの分配をあげる。ここでは、一人にケーキを切り分けさせ、それ以外の者が各自の分を選び、最後に切り手が自分の分を取るという形にすることで、ケーキは均等に分割されると説明し、そこではどのような結果が正義に適っているかを定める独立の基準と、そうした結果を確実に招き入れてくれる手続とが存在するという。

次に、「不完全な手続上の正義」の例として、刑事裁判をあげる。すなわち、望まれている結果は、被告が起訴された罪を犯している場合かつその場合に限り有罪を宣告される、というものに相当するとし、裁判手続もその点に関する真相究明や確証を目的に組み立てられているが、いくら法が注意深く遵守され訴訟手続が公正かつ適正に執行されたとしても、有罪の者が無罪となったり、逆に冤罪という結果の可能性は排除できない。したがって、この「不完全な手続上の正義」の特徴は、精確な結果に関する独立の規準が存在するにもかかわらず、そうした結果を確実に招来してくれる実行可能な手続が全くないとする点にあるとする。

これらに対して、「純粋な手続上の正義」とは、正しい結果を規定する独立の規準がない場合であっても成立するものであり、独立の規準がない代わりに、精確なもしくは公正な手続が存在し、その手続が適正に踏まれたのであれば、結果がどうであろうも手続と同様に精確あるいは公正な結果が生じるとして、ギャンブルを例にとって説明する。つまり、ギャンブルを実施する背景に恣意的な何かが存在しない以上、賭けの手続は公正なもので

あり、それによる分配結果も公正であるというのだ。

このようなロールズの区分に対し、これらを承認するとしても、現実にはその区別はそれほどはっきりしたものではないとの指摘もある⁽²¹⁾。ギャンブルの結果に対しても、勝利のチャンスが万人に平等に保障される正しさもあれば、度胸のある者が勝つのが正しいとする見方もあり、それに従って異なったギャンブルのルールがあり得ると考えれば、ギャンブルのルールも完全または不完全な手続上の正義に解消されるという。さらに、ケーキの分割の例に対しても、分け手を最後にとらせる手続によって他の人は結果の正しさにつき安心していただけであり、そのように見ると、これも純粋な手続上の正義の一つのバリエーションであると考えられ、刑事裁判の例も同様に考えられるとする。その上で、手続的正義は現に行いつつある手続の中に見出されるべきもので、手続は実質的正義を実現できるよう改良が加えられるが、人為の常として限界があると同時に、実質的正義の内容自体が不明確なことが多いため妥協が行われ、結果的には、不完全な手続上の正義が制度としては純粋な手続上の正義として作用していると思われることができるという。

このような手続的正義をめぐるのは、ロールズ以降も様々な検討が重ねられており⁽²²⁾、それら正義論の展開を通じて、手続的正義や手続過程の独自の意義が重視されていることが明らかとなっている⁽²³⁾。翻って法の適用場面について見るに、手続的正義は、まさに手続法の役割や裁判制度に影響するものであり、それゆえ、手続法がその独自の意義を積極的に検討してゆく流れに繋がっていくのも当然の流れであったと言えよう。その中でも代表的なトピックとしてあげられるのが、訴訟における手続保障という問題であるが、これについては後述する。

(2) 裁判の正統性と手続的正義

ところで、上述のような手続的正義の分類を踏まえて考えると、ロールズの言う純粋な手続上の正義の観点に従えば、手続の結果の正しさをはかる規準がない場合にも、手続自体によって結果の正しさを作出することができることとなるため、裁判の場面における純粋な手続上の正義を実現することは、必然的に裁判結果の正しさをもたらすことになる。他方で、ロールズ自身は刑事裁判を不完全な手続上の正義の例としてあげており、そこでは正しい結果に対する規準は存在するものの、その結果を確保するプロセスが欠けているとする。元来、裁判システムが担保すべきものは、結果自体の内容的な正当性と、それを導く過程の正当性であるが、現実の裁判において、人間に完全なる真実を発見することは難しく、また、不完全な手続上の正義において欠落しているプロセスを補完し、完全な手続上の正義を目指すこともまた難しいことを考えると⁽²⁴⁾、実体的な真実が仮に明らかにできない場合でも、裁判の結果（判決や決定等）をもっともなもの、受け入れられるものにするためには、裁判上の手続的正義としては、純粋な手続上の正義を指向する方向に動かざるを得ないのではないだろうか。

このように考えるとき、裁判の正統性とは、裁判について当事者およびその背後にある社会一般に対し、その承認・受容を要求し得る資格・根拠ということの意味し、裁判の適法性とは別個の観念であると言える⁽²⁵⁾。そして、正当な裁判として認められるための条件は、唯一の客観的に正しい決定を導くことではなく、それよりも一段低くより緩和されたものに求めるほかない、つまり、いくつかの異なった内容決定の可能性を容認しつつも、明らかに不当で恣意的な決定を排除するような、ある程度幅のある基準ないし枠組みを設定し、それに従って決定をなすべきことを要求することになり、それを満たす限りは「正当な裁

判」として承認と受容を要求できることになる⁽²⁶⁾。

上述した裁判の正統性の定義からすると、純粋な手続上の正義の実現こそが、当事者等が裁判の結果を受容し得るという点で、裁判の正統性の重要な要素であると言えなくもない。ただし、裁判の結果という点に着目するならば、そこには必ず何らかの「正しい結果」が常に存在するというのも、裁判システムの前提であることを忘れてはならない。それこそが、ルールズが裁判を不完全な手続上の正義の例として挙げた所以である。したがって、精確な結果に関する規準が存在する中で、純粋な手続上の正義の実現により正しいとされた結果が、既に存在するその「正しい結果」とどのような関係性を有するかという点も、裁判システムにおいては重要視されるべきであろう。

他方で、それらの関係性の検討を重視すべきという観点は以下のような前提に基づいている。つまり、裁判においては、そもそも精確な結果に関する規準は一応実体法で定められていると考えられており、それを前提として裁判が行われているというものである。しかし、既存の実体法では解決できない類の紛争が生じることもあろう。公害紛争等のいわゆる現代型紛争のような場合である。現代型紛争の局面において、裁判所は、紛争解決のために用意された実体法上の規準をその時点では持ち合わせていないため、伝統的な事件におけるように、実体法に従って解決したことに正統性の根拠を求めることには抵抗が感じられ、正統性の根拠は手続そのものに求められることになる⁽²⁷⁾。すなわち、裁判官には、個人的な感情・利害や一方的な独断によってではなく、その事態に適切な何らかの客観的な基準を見出して解決を与えることが期待されており、このような基準は一方当事者から提出される主張や立証を通じて得られた情報が相手方当事者により厳密な吟味にさらされ、

当事者間および裁判所との間の議論によって客観性を与えられたうえで形成されたものであることによって当該事件に適用しうるための「正当性」をもちうる、とされる⁽²⁸⁾。そうであるとする、このことはまさに、結果の正しさに対する規準となる実体法規が存在しないところで、一般に承認し得る過程を経ることで結果の公正さを担保するという純粋な手続上の正義というカテゴリーに入るものであると言え、最終的にはここでも純粋な手続上の正義の指向という状況が生じる。

ただ、前述の場合（正しい結果をはかる規準として実体法規が存在する場合）と異なるのは、ここでは、正しい、承認し得るプロセスを経た結果、生じた結果自体に正当性が付与されるため、そのような裁判を経た結論である判決や決定に正統性が付与されることになり、結果として裁判による新しい法の創造という現象が生じる可能性がある点であろう。これは、判例による法創造を認めるか否かという問題とも関わる事柄であり、これを認めるとした場合においては、ヨリ一層、裁判における手続過程が重視されると考える⁽²⁹⁾。

(3) 民事訴訟と手続的正義

これまでは、裁判一般における手続的正義について概観してきたが、ここでは民事訴訟における手続的正義に目を移してみよう。ルールズは、不完全な手続上の正義について刑事裁判を例にあげているが、この考え方は民事訴訟にも妥当すると言える⁽³⁰⁾。民事上の責任を負うべき者にその責任を負わせるべきであるという規準は、刑事上の、咎められる行為をした者に対してのみ刑罰が科されるべきという規準と同旨であると言え、精確な結果に関する規準があるという点で、刑事裁判と同様に考えられるからである。

さて、上述の議論からすると、民事訴訟における手続的正義もまた、純粋な手続上の正義を指向することになるであろう。具体的に

は、訴訟手続を、精確なもしくは公正な手続とし、その手続を訴訟に関わる者に適正に踏ませることが必要となる。したがって、民事訴訟における手続的正義は、訴訟において当事者を主体的に参加させて公平な配慮を払うことによって恣意専断を排除することに価値を見出すもので、手続過程全体を通じて当事者の意思が尊重され、当事者双方に公平に攻撃防御をする機会が与えられることであるといえる⁽³¹⁾。このことは裏を返すと、訴訟に関わる者のうちの当事者ではない者—すなわち裁判所—に対し、訴訟手続における過度な干渉を控えるように求めるものであり、当事者主導の裁判を促すものであると見ることもできよう。このように考える時、民事訴訟における手続的正義という問題は、当事者主義と裁判所の裁量や訴訟指揮の範囲という問題に関わることがわかる。

そもそも、手続的正義の観念の核心は、正義問題についての決定に先立ち利害関係人の各要求・意見に公正な手続にのっとった公平な配慮を要請するところにあり⁽³²⁾、その具体的な要請内容は、それぞれ、①第三者の中立性・公平性に関するもの（中立性・公平性）、②当事者の対等化と公正な機会の保障を要請する手続的正義に関するもの（手続的正義）、③第三者及び当事者に対して理由づけられた議論と決定を要請する手続的合理性に関するもの（手続的合理性）であるとされる⁽³³⁾。①のうち中立性については、当事者から一歩退いて何もしないという消極的なものか、あるいは当事者の均等化のために配慮介入する積極的なものを含むのか等につき議論の対立が見られ、中立性の要請を否定する見解もある。他方で公平性については、第三者の権限に着目し、第三者の裁量範囲や、その役割の在り方について議論されている⁽³⁴⁾。②は、各当事者に手続について公正な告知をすること、当事者双方の論拠と証拠を聴取すること、相手方当事者の論拠と証拠に抗弁する公正な機会

を与えることなどがその主な要請であり、そこでは、当事者間の事実上の能力格差の是正をどの程度取り込むべきかという点が、難しい問題であると指摘される⁽³⁵⁾。③は、第三者と当事者の双方に対する共通の要請で、三者関係で議論する場合には、一定の主張をする場合には、予めそれぞれの議論領域を構成する原理・ルールにのっとって、適切な理由をつけて一定の主張を行い、その理由の適否や優劣に関する反論も、同じように理由を付けて行わなければならないとされ、また、第三者がそのような議論をふまえて一定の決定をする場合にも、提示された論拠と証拠に言及した理由を付けなければならないとされる⁽³⁶⁾。

これらを民事訴訟法上の具体的論点に引き直して考えてみると、①では、釈明の問題や裁判官の裁量問題へと繋がるであろうし、②は、まさにこれまで見た純粋な手続上の正義という問題で、いわゆる当事者主義あるいは当事者権の問題へと発展するし、指摘されている当事者間の能力格差も、訴訟の場ではそのままの問題として妥当する。特に後者の能力格差という問題においては、それに起因して当事者が実質的に対等な議論・交渉ができない場合には、公正な機会が保障されたと言えないだけでなく、そこから生じる結果も歪められがちになるため、この点への配慮が公正の確保にとっても合理性の確保にとっても極めて重要であるとされている⁽³⁷⁾。弁護士強制主義を採らない我が国の民事訴訟においては、弁護士を雇った相手方に対し本人訴訟で挑む場合などが、当事者間の能力差が顕著に表れる例であろう。③は、合理的な議論の確保・促進という手続過程自体に照準を合わせたものであるが、そこから生じる結果の正当性を正当化する機能を有しているとされることから⁽³⁸⁾、②同様、純粋な手続上の正義、すなわち当事者主義や当事者権の問題へと繋がるといえる。

このように見ると、手続的正義が要請する

ところの三側面は、民事訴訟の場面においては、各々別個独立のようであり関連性を有するもの、あるいは、根源的には同一のものとも考えられ、訴訟の場面全体を通じて検討されるべきものであることがわかる。そして、結局のところ、民事訴訟における手続的正義を叶えるためには、広く制度上の手だてを設けることになり、いわゆる「手続保障」をどのように考え把握していくべきかという一つの問題に帰着する⁽³⁹⁾。

3. 民事訴訟における手続保障

(1) 憲法上の要請

民事訴訟において、手続保障を尽くすことで正統性を確保するという考え方は、英米法における適正手続 (due process of law) の思想を基にする。これは、刑事裁判手続において用いられていたものが、適用範囲を拡大し、適切な告知 (notice) と聴聞 (hearing) の手続を保障する原理として、英米法の大原則となったものであり⁽⁴⁰⁾、このように (いわゆる手続的デュー・プロセス, procedural due process) 理解する限り、手続的正義と内容的に重なることは確かであるとされる⁽⁴¹⁾。このデュー・プロセスの思想を訴訟法上実現するものとして、両当事者に平等に口頭弁論の機会を与えるとともに、判決は、原則として、そのような参加の機会を与えられた両当事者のみを拘束するという構造をとっている⁽⁴²⁾。

また、日本の民事訴訟法のモデルであるドイツにおいても、ドイツ連邦共和国基本法103条1項において審問請求権 (Anspruch auf rechtliches Gehör) が保障されている⁽⁴³⁾。これは、判決手続のみならず、裁判手続一般における手続の主体あるいは手続に関係する者に、常に与えられるべき最小限の手続的権利であり、弁論権やこれを保障するための手続上の諸権利が含まれ、個々の手続法規の補完作用を営むものとされている⁽⁴⁴⁾。

日本国憲法上には、例えば、憲法32条 (裁判を受ける権利) や82条 (裁判の対審・公開の原則) 等、民事訴訟の手続に係る規定が存在する。また、同14条 (法の下での平等) からは、訴訟手続における当事者の平等の扱いや武器対等原則等の保障が導かれるであろう。このように考えると、上述のデュー・プロセスの思想 (あるいはそれに類する思想) は、日本においても憲法上組み込まれているといえる。すなわち、憲法には、国民は、その代表者の選挙を通じて立法過程に参加するとともに、そうして作られた国民一般に適用される法の下で国民各人の具体的な権利義務の関係はそれぞれ自らが決定していくという自己決定の原則をとり、このように決定される国民各自の権利義務については、自己が適正に代表されていない手続によって裁断されそれに拘束されることは不公正であるという概念が組み込まれているのである⁽⁴⁵⁾。そして、公権力が法律に基づいて一定の措置をとる場合、その措置によって重大な損失を蒙る個人は、その措置がとられる過程において適正な手続的処遇を受ける権利 (告知および聴聞の機会を得る権利) を有すると解されており⁽⁴⁶⁾、民事訴訟においてもこのような考え方は妥当するであろう。民事訴訟においては、裁判の結果敗訴した後は再度争うことができないという不利益を強制的に受けることから、その強制を受ける前提として、各自がその訴訟の進行過程に参加し、手続主体となって裁判のために材料を提供し、自己の言い分を述べる機会を平等に与えられ、こうして提出された資料を判断材料にして、公平な立場の裁判官によって結論が出されるという構造をとることが、憲法上要請されていると言えるのである⁽⁴⁷⁾。

このような憲法上の要請については、民事訴訟において、対審・公開の原則や武器対等の原則等、訴訟制度上 (訴訟制度の運営という点で) 外枠として策定できる部分もあるが、

実際の個別の訴訟事件にあっては、当事者の適正な手続的処遇は事案に応じて具体的かつ柔軟に検討されなければならない性質のものである。したがって、個々の具体的な事件において手続的正義を達成するためには、種々の手続原則が誠実かつ確実に履践される必要があり、全体的に一律に策定できるものではないかもしれない。また、これら憲法の保障する手続原則を、一括して、「手続保障」とか「手続権保障」と呼び、立法論・解釈論の指導原理として多用しているが、本来、他の原則、他の価値との調整を要する原則であることに鑑みれば、マジックワードとして濫用することは慎まなければならないとされると同時に、憲法などに違反しないところの、いわば最低限度の保障を考察する視点とともに、さらに、その参加が実質的になるような制度的保障を考察する視点が必要であることもまた指摘されている⁽⁴⁸⁾。以下では、民事訴訟における手続保障につき、更に検討を進める。

(2) 手続保障の機能

民事訴訟において手続保障の議論は様々な場面で展開されているが、まず、手続保障の機能について概観しておく。

手続保障の機能には、「真実発見機能」と「正統性確保機能」があるとされる⁽⁴⁹⁾。前者の真実発見機能は、できるだけ真実を発見し、裁判外において存在するものと想定されているところの実体的法律関係を間違いなく発見することを窮極の目的とするものとして理解され⁽⁵⁰⁾、弁論主義の根拠をめぐる学説の手段説が説く思想であるという⁽⁵¹⁾。すなわち、紛争の利害関係者である当事者に、それぞれ自己に有利な資料の提出につき責任を負わせることで、客観的にも十分な資料の収集が期待でき、結果、自ずと真実が明らかになるとする考え方である。他方、後者の正統性確保機能は、これまで述べてきた純粋な手続上の正義の実現といえるもので、必ずしも真実発見機

能を否定したり、それと矛盾するものではないという⁽⁵²⁾。また、ここに見る正統性確保機能こそが、民事訴訟制度の目的であるとする考え方もある。いわゆる、民事訴訟の目的論における手続保障説である⁽⁵³⁾。

このような、従来論じられてきた手続保障に対し、形式的手続保障と実質的手続保障に分類して各々の射程を明らかにし、手続保障論を再検討する議論もある⁽⁵⁴⁾。形式的手続保障とは、必要最小限度の手続保障を指し、例えば、弁論権に対して、主張立証を妨害したり、裁判所がそれを受領しないような行為の禁止が問題とされるような場合、すなわち、あくまで形式的に機会を保障することであるのに対し、実質的手続保障とは、さらに民事訴訟手続・制度の正統性を可能な限り高めていくための、ヨリ高度な手続保障であるという⁽⁵⁵⁾。

この実質的手続保障には三つの内容が含まれ⁽⁵⁶⁾、第一は、攻撃防御方法を提出する実質的な機会を保障すべき必要があるという点であり、そこでいう実質的な機会とは、主張・証拠を当事者が提出するにあたって、その必要性や重要性を認識していたかどうかという要素にかかる。このことは、訴訟手続に関する情報へ（例えそれが、訴訟上表面化しているものであろうとなかろうと）アクセスする機会の確保にも及ぶという。第二に、当事者に必要な証拠を確保させる制度的な担保が求められるという点、すなわち、証拠の取得に関する点である。ここでは、当事者がどのような証拠が存在するかを十分認識できるような情報を取得できることに加え、存在が確認されたものの、それを取得するための代替的な方法が存在しない証拠の取得のための手段を、当事者に付与する必要があるとする。第三に、討論の保障という点であり、訴訟の場に提出された情報につき、当事者が十分に実質的な討論をする機会が保障される必要があるとされる。

こうした実質的手続保障は、単に、ある行為をする機会さえ与えれば、それで手続保障が図られたとすることは、民事訴訟手続の正統性を確保するものではないという観点に基づくものであり、基本的には支持できると考える。しかし、個別訴訟ごとに相当に相対的な性質を有するものであることは否定し難く⁽⁵⁷⁾、仮にこのような実質的手続保障を履践しようとする、裁判官の裁量の余地が拡大するようにも思われる⁽⁵⁸⁾。したがって、手続保障を、ある種の規範として判断基準の一つにするにあたっては、形式的手続保障が確保されていることは当然の前提とした上で、当該事件においてこの実質的手続保障をどこまで追求すべきか、という考量をせざるを得ないであろう。そしてその考量をさらに類型化しようとするならば、結局のところ、手続の差異等による外枠の考量と、事件に即した特殊な事情の存否による考量という、当該事件に内在する事情の観点に基づき、判断するほかないのではないかと⁽⁵⁹⁾。ただ、先の①、②決定における那須裁判官の反対意見や、家事審判法の改正等からも明らかなよう、訴訟事件と非訟事件などという手続上の差異が識別基準となるかについては疑問が残る。そうすると、訴訟・非訟という既存のカテゴリー等による外枠の識別以上に、例えば、迅速さや簡易性、当事者間の能力格差の均衡化といった制度的に追求されるべき要素が一つの基準材料としてより重視されるかもしれない。

4. 民事訴訟裁判例に見る手続的正義

(1) 手続保障に関する裁判例

裁判例において、手続保障を考慮するものは少なくないが、文言として手続保障そのものを示すものもあれば、文言は出さずに実質的に手続保障に欠けていると判断したように思われるものもある。

まず、手続保障という文言には触れず、実

質的に手続保障を考慮したと思われる裁判例を紹介する。先の①、②決定に加え、③最決平成4年9月10日民集46巻6号553頁は、Xに対するYへの金員の支払いを命ずる確定判決につき、Xに対する訴状の送達がなかったことが民法420条1項3号(現338条1項3号)の事由に該当するとして申し立てられた再審の訴えである。前訴は、妻が夫であるX(前诉被告)の名で、妻の特約店から買い受けた商品の購入につき、Y(前訴原告)に立替払を委託し、これに応じて支払いをしたYが、Xに対し前記立替金及び約定手数料の残額並びにこれに対する遅延損害金の支払いを求めたものである。この前訴において、Xに対し訴状及び第一回口頭弁論期日の呼出状が送達された際、それら書類は当時7歳9カ月のXの四女に交付された。しかし、同女はこれらをXに交付しなかったため、Xは前訴提起の事実を知らぬまま、その第一回口頭弁論期日に欠席したところ、口頭弁論は終結され、XにおいてYの主張する請求原因事実を自白したものとして、Yの請求を認容する旨の判決が言い渡された。そして、妻が、X方においてその同居者として、右判決の言渡り日(第二回口頭弁論期日)の呼出状と、判決正本の各交付を受けたが、この事実をXに知らせなかったため、Xが右判決に対して控訴することなく、右判決は確定した。Xは、Yから本件立替金を支払うよう請求されて調査した結果、前訴の確定判決の存在を知った。

そこで、Xは、有効な送達がなされなかったとして再審の訴えを提起したところ、原審は、交付を受けた四女が書類の受領能力を有していたかを判断するにあたって、「民法171条1項の補充送達の場合において、送達を受ける同居者等に要求される『事理を弁識するに足るべき知能』とは、訴訟関与の機会を保障する送達の法的重要性に鑑みれば、司法制度や訴訟行為の効力まで理解する能力は必要ではないが、書類送達の意義を理解でき、受

領書類を送達名宛人に交付することを期待できる能力を有するものであることを要すると解される」とし、四女はこれを理解する能力を有していると認められるものの、「受領した原訴訟の訴状等が裁判に関する重要な書類であり、これを送達名宛人に確実に交付すべきものであることを理解するまでの能力は具えていなかったと認めるのが相当である。」として、「Xに対する原訴訟の訴状等の送達は無効というほかないところ、右は民訴法420条1項3号の代理権欠缺の再審事由に該当する」と判示した。

これに対し原審は、原訴訟の訴状副本及び第一回口頭弁論期日の呼出状を受領した四女は、事理を弁識するに足るべき知能を具える者とは認めがたいので、右書類の送達はその効力を生じないとしつつも、妻が受領した判決正本については「これを無効と扱うべき特段の事情のない本件では、右送達は、民訴法171条1項によりXに対する送達として有効となるものというべきである。」とし、「Xは、原訴訟事件判決正本の送達を受けたときにおいて、原訴訟の訴状副本及び第一回口頭弁論期日呼出状不送達の瑕疵を知ったものとみられるから、右瑕疵の存在を理由とする不服申立ては、右判決に対する控訴によってすることができたものといわざるを得ない。」と判示、再審事由の主張のない訴えであり不適法却下の判断をした。

最高裁では、Xの四女は、事理を弁識するに足るべき知能を具える者に当たらず、同女への訴状及び呼出状の送達は効力を生じないところ、「有効に訴状の送達がされず、その故に被告とされた者が訴訟に関与する機会が与えられないまま判決がされた場合には、当事者の代理人として訴訟行為をした者に代理権の欠缺があった場合と別異に扱う理由はない」として、同号の事由があると解するのが相当であるとした上で、「また、民訴法420条1項（現338条1項）ただし書は、再審事由

を知って上訴をしなかった場合には再審の訴えを提起することが許されない旨規定するが、再審事由を現実的に了知することができなかった場合は同項ただし書にあたらないものと解すべきである。けだし、同項ただし書の趣旨は、再審の訴えが上訴をすることができなくなった後の非常の不服申立方法であることから、上訴が可能であったにもかかわらずそれをしなかった者について再審の訴えによる不服申立てを否定するものであるからである。」として原判決を破棄、差し戻している。

また、④最決平成22年9月29日判時2121号5頁は、雇用契約上の地位確認及び未払い賃金の支払を求める事案において、管轄違いによる移送（民訴法16条1項）の適用が問題となった事案である。Xは、Yのグループ会社が経営する三重県津市内のカラオケ店（本件店舗）に勤務していたが、別のグループ会社への出向を命じられ、これを拒否したためYから懲戒解雇処分を受けた。Xは、本件解雇は無効であると主張し、Yに対し、雇用契約上の地位確認及び未払賃金の支払いを求める本件訴えを津地裁に提起し、その後福島県内に転居した。Yは、本店を東京都内に置いているため、民訴法16条1項に基づき、本件の東京地裁への移送を求める申立てをした。

原々審は、津地裁には管轄が無いとして東京地裁への移送を認める決定をしたが、原審は、Xの訴えはいずれも民訴法5条1号所定の財産権上の訴えであり、Xは解雇当時、津市内の本件店舗の店長として労務を提供していたことが認められるため、雇用契約上のYの義務履行地は本件店舗であると解されると判断して、津地裁に管轄があるとして原々決定を取り消し、本件移送申立てを却下した。これに対してYは、即時抗告の相手方であるYに抗告状を送達せず、反論の機会を与えることなく原々決定をYに不利益に変更したことは、民訴法331条に違反し、雇用契約上の義務履行地についての原審の判断は法令の解

積を誤ったと主張して、抗告の許可を申し立てた。最高裁は、「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。」と判示している。

以上の裁判例に対し、手続保障に欠けると明示的に述べたものとしては、平成23年決定の後に^⑤出された最決平成23年9月30日判時2131号64頁がある。補助参加を許可する旨の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あたり、即時抗告申立書の副本の送達又はその写しを送付しなかった原審の措置には、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ものの、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とされた事例である。以下、事案の概要である。

Yとその夫との間には、X及びAの二人の子がおり、Yは平成21年に後見開始の審判を受け、その成年後見人には弁護士が選任され、同審判は確定した。Xは平成22年、Yのために老人ホーム入居一時金を立て替えたと主張して、Yを被告とする立替金請求訴訟を原々審に起こした(本案訴訟)。Aは、「Yはその遺産の全てをAに相続させる旨の遺言をしたから、仮に本案訴訟においてX主張の立替金返還請求権の存在が認められると、Aが相続すべきYの遺産が減少し、場合によっては、AがYの立替金返還債務を承継する。」ことなどを理由に、本案訴訟について、Yのために補助参加を申し出た。Xが、Aの補助参加について異議を述べたのに対して、Aは、Xの異議に対する反論書を原々審に提出した。

原々審がAの補助参加を許す旨の決定をしたところ、Xは、Aが法律上の利害関係を有するものではないことを理由に、原々決定に対し即時抗告をした。原審は、このXの主張を認め、Aが法律上の利害関係を有するものではないことを理由に原々決定を取り消し、

Aの補助参加を許さない旨の決定をした。なお、原審がこの原決定をするにあたり、Aに対し、本件即時抗告があったことを知らせず、本件即時抗告の申立書の副本の送達又は同申立書の写しの送付もしなかったため、Aは、原決定正本の送達を受けるまで、本件即時抗告があったことを知らなかった。Aは、Aの補助参加を許す旨の原々決定をAに不利益なものに変更するにあたり、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った原審の措置が、憲法31条、32条に違反すると主張して、特別抗告をした。またAは、抗告許可の申立てもしたが、原審はこれを許可しなかった。

最高裁は、以下のように判示し、Aによる本件抗告を棄却している。まず、Aのいう憲法違反に対しては、最大決昭和35年7月6日民集14巻9号1657頁、最大決昭和40年6月30日民集19巻4号1114頁を引用して、憲法32条所定の裁判を受ける権利は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とし、「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、A(原審における相手方)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32条に違反するものではないことは、上記判例の趣旨に照らして明らかである。」と判断した。そして、なお書きにおいて「なお、原々決定を即時抗告の相手方であるA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った原審の措置には、抗告審における手続保障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が、本件記録によれば、原審においては、A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問

題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、上記の法的問題については、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。」(傍点筆者)としている。

(2) 手続的正義に関する裁判例

次に、平成23年決定同様、「手続的正義」との文言を用いて判断を示した裁判例を見ていこう。判文において「手続的正義」の文言が現れた事例は、本件の他に二例ある。

第一に、⑥最判昭和56年9月24日民集35巻6号1088頁である。事案の概要は以下のとおりである。X2はX1の養子である。X2は、X1に無断でAを復代理人として本件不動産の一部をBに売却したが、Aはその売買の履行をせず、勝手にX1の代理人として、Cから1000万円を借金し、その担保として本件不動産を提供し本件登記を経由した。これを知ったX1は、Yに対して本件不動産のについてなされたYのための所有権移転登記、抵当権設定登記等の抹消登記を請求したものである。

Yは、Aに復代理権があると主張する一方、X1あるいはX2がAに代理権を与えた旨を表示したことを理由とする開示行為の表見代理と、X2がAに本件不動産の一部を売却する権限を与えていたことを理由とする権限踰越の表見代理等の主張をしたが、原々審はX1の請求を認容した。ところが、控訴審の弁論終結直前にX1が死亡し、X2が相続人としてX1の地位を承継したものの、X1には訴訟代理人がいたために受継手続がとられないまま弁論が終結された。その後まもなく、YはX1の死亡を知り、直ちに口頭弁論再開申請をしたが、原審は弁論を再開しないまま、X1勝訴の判決をしたものである。

最高裁は、一端終結した弁論を再開するか

どうかは当該裁判所の専権事項に属し、当事者は権利として裁判所に対して弁論の再開を請求することができないという過去の判例を引用しながらも、「しかしながら、裁判所の右裁量権も絶対的無制限のものではなく、弁論を再開して当事者に更に攻撃防御の方法を提出する機会を与えることが明らかに民事訴訟における手続的正義の要求するところである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ものであり、これをしないでそのまま判決をするのは違法であることを免れない」(傍点筆者)と判示した。

第二に、⑦最判平成7年7月14日民集49巻7号2674頁である。Y1は、昭和47年、Aと婚姻届出をしてAの実家で同居を開始したが、昭和57年頃から家庭内別居の状態となり、昭和59年頃にはY1がAの実家を出て完全な別居状態となった。Aは、昭和58年頃からXと関係を持つようになり、昭和62年Y2を出産したが、その際、Y2をAとY1の間の嫡出子として届け出た。そこで、Xは、自分がY2の血縁上の父であると主張し、Y1とY2の間の親子関係が存在しないことの確認を求める本件訴えを提起したが、本件訴えが第一審裁判所に係属中に、Y2をB夫妻の特別養子とする審判が開始されてしまった。Xは、右審判に対し即時抗告を申し立てたが、申立適格を欠くことを理由に却下され、右審判は確定した。

原々審は、Y2を特別養子とする審判が確定したにもかかわらず、特に本件訴えの適法性を判断することなく、XがY2の父であると認定してXの請求を認容した。しかし原審は、Y2を特別養子とする審判が確定した以上、本件訴えは確認の利益を欠き不適法であるから却下すべきものであるとの判断を示した。

最高裁は、子を第三者の特別養子とする審判が確定した場合、原則、血縁上の父親は戸

籍上の父親と子の間に親子関係が存在しないことの確認を求める訴えの利益は消滅するが、右審判に準再審の事由があると認められるときは、将来、子を認知することが可能になることから、訴えの利益は失われなかったとして、「Xが、Y2を認知する権利を現実に行使するためとして本件訴えを提起しているにもかかわらず、右の特段の事情（筆者注；民法817条の6ただし書に該当する事由等）も認められないのに、裁判所がXの意思に反してY2を特別養子とする審判をすることによって、Xが主張する権利の実現のみを閉ざすことは、著しく手続的正義に反するものといわざるを得ない」（傍点筆者）と判示した。

（3）裁判例に見る手続的正義と民事訴訟制度としての手続的正義

さて、以上の裁判例において具体的に表れた（明示的あるいは表現上明示されていない）手続保障や手続的正義と、これまでに見てきた正義論に由来する純粋な手続上の正義とは、一体どのような関係にあると考えられるであろうか。

まず、手続保障に関する裁判例から検討する。先に示した①、②決定及び④、⑤決定は、いずれも即時抗告申立書等の送付に関わるもので、即時抗告の相手方にこれらを送付せず、攻撃防御の機会を与えないまま相手方に不利益な判断を下した原審の措置が問題となった事例である。

①、②、⑤決定の判断枠組について見ると、最初に、攻撃防御の機会を与えられないまま不利益な判断をされることは憲法32条に違反するかどうかという問につき、事件の性質上、憲法32条が適用される純然たる訴訟事件ではないという理由から、これを否定している⁽⁶⁰⁾。その上で、抗告状等を送付しないことに対し、一般論として不利益変更にあたっては攻撃防御の機会を与えるべきと展開する。そして、1.（3）において示したように、②決

定は①決定の一般論を内容的に補充しているものと考えられ、具体的には、即時抗告の知・不知やそれに対する帰責事由の有無、即時抗告申立書における具体的な記載等の要素によって、上記一般論の適用除外が検討されることが示されている。⑤決定においては、手続保障に欠けるとされながらも、純粋な法的问题のみが争点であり、その前提たる事実関係が争点となっていたわけではなく、当該法的问题については既に攻撃防御方法が尽くされ新たな法的主張はないことが指摘されており、後者の理由、すなわち攻撃防御方法が既に尽くされており、更にその機会を与えるべき新たな主張がないという点は、手続保障をすべき対象の不存在という、ある意味、事案の実態に即した要素であるとも言える。また、前者の、純粋に法的问题が争点であるという要素に関して言うと、④決定に通じるところがある。つまり、④決定は、事案の争点が専ら法令解釈に関わっており、抗告状等を送付せずとも結論に影響を及ぼすおそれのない事案であったと考えられているもので⁽⁶¹⁾、ここから、法的问题や法令解釈に関わる場合と、具体的に解決すべき問題が含まれる場合とでは、発生する不利益に対する評価が異なるかもしれないことが指摘できる。特に後者の場合には、ヨリ手続保障が重視されるであろう。

また、各決定の結論はともかくとして、①、②、④、⑤決定では、非訟事件、訴訟事件という分類を越え、抗告審において不利益な判断を下す場合には、攻撃防御の機会を与え手続保障を図るべきであるという示唆が含まれている。このことは、憲法上の違反は見受けられないものの、広く裁判制度に要求される純粋な手続上の正義を実現することを企図していることの表れとも言えるであろう。ただ、各決定の結論を見るとわかるように、この手続保障の履践については、訴訟か非訟かという点で異なる扱いを受けていた。まさにここが、①、②決定に対して批判がなされるとこ

ろであり、先にも述べたよう、この問題は法改正によって従来の批判を受け入れた形になっている。残る問題としては、②決定の那須裁判官の反対意見、すなわち、原告人が即時抗告のあったことを既に知っていたことや、抗告状の抗告理由が抽象的であるにしても、それを理由に、抗告状等の送達ないし送付をする必要がないと判断してよいかどうかという点であろう。この点、前述した実質的手続保障という範疇の問題であると考えられる。那須裁判官の見解に従うと、当事者の自己責任という側面は一步後退することになるが、抗告状等の送達ないし送付について言うならば、この見解は支持できる。なぜなら、送達ないし送付によって、裁判官の中立性・公平性が損なわれるものではないからである。したがって、純粋な手続上の正義をより保障するためには、できる限り抗告状等の送付をなすべきであろう⁽⁶²⁾。また、原告人が即時抗告について既知であった等の事由は、手続上要請される他の要素（例えば迅速性等）との比較衡量材料となり得るかもしれないが、抗告状等の送付が犠牲となっても止むを得ない要素とはどのようなものであるのか、検討する必要がある。

最後に、③決定では、現実に訴訟に関与する機会がなかった当事者に対し、前訴の判決正本が有効に送達されたことのみを理由として控訴による不服申し立てを怠ったと判断してはならないと最高裁が判示した点に着目すると、最高裁は、送達により訴訟に関与する機会が保障されたという最低限の手続保障で良しとするのではなく、訴訟へ実質的に関与できる状態まで整えて、初めて手続保障がなされたと評価できるとの判断をしたとも考えられ、ここでも実質的手続保障が重視されていると言えるだろう。③決定においては、純粋な手続上の正義は全く履践されていないに等しい。

以上から、裁判例上に表れる手続保障の概

念は、およそ実質的手続保障を指すものであると考えられ、裁判の正統性確保のための重要な手段として、純粋な手続上の正義を民事訴訟上体現する機能に着目した概念であると把握できるのではないだろうか。したがって、裁判例上の手続保障とは、正統性確保のための機能の一つであり、純粋な手続上の正義を実現するためのプロセスに着目した概念である。

次に、手続的正義を指摘する裁判例について検討する。⑥判決において、手続的正義という文言が用いられた当時、その用語自体は必ずしも一般的なものであったとはいえず、そのような状況下で、手続的正義という文言を用いたのは、主任であった中村治朗裁判官の明確な意志によるものであり、2. で述べたところの、手続的正義をめぐる英米法の動向を認識した上で、用いられたものであろうことが指摘されている⁽⁶³⁾。このような背景から、⑥判決においては、まさに純粋な手続上の正義が追求されていたことが推察できる。⑥判決には、弁論再開申請の理由とされた新たな攻撃防御方法が他方当事者側に生じた事実のみ依存し、その事実の存在自体が従前の立証の不足を補うものであることが明らかであり、かつ、その事実を知らなかったために主張・立証の機会を失ったことにつき故意又は過失がなく、しかも、弁論を再開しなければ判決の既判力による不利益を受けるといふ、事案の特殊性があり、この特殊事情こそが、弁論を再開すべき「民事訴訟における手続的正義の要求する」根拠となっているとされる⁽⁶⁴⁾。また、このような極めて高次元の概念を裁量権の制約基準として示したことは、⑥判決により、それまでの実務（当事者には弁論再開の申立権がないという扱い）に何らかの変更を加えようとしたものではないことも指摘される⁽⁶⁵⁾。

ただ、仮に以上のように解すると、一方で、純粋な手続上の正義を追求するものとして手

統的正義の文言を使用しつつ、他方ではそれとは異なる意味合いで手続的正義と述べたことになる。前者はいわゆる手続保障に収斂されるものと考えられるが、裁量権の制約基準という後者は、ある種の規範として作用すべき概念として手続的正義を位置づけたことになり、結果、憲法等の上位概念との関わりから、場合によっては当該事案における裁判所の措置は違憲であるとの判断にも達し得るものとなるのではないだろうか。

同様のことは、⑦判決にも妥当するであろう。⑦判決では、当事者は自己の権利を行使しようとして行動しているにも関わらず、裁判所がその道を閉ざすような行為をしており、当事者となるべき者に手続に参与する機会を与えなかったと見ることができ、最低限の手続保障を欠いた措置であったとも評価できる事案である。そのため、ここでの手続的正義という文言の用いられ方は、⑥判決とは異なり、むしろ手続保障に近いものと言えるかもしれない。しかし、事案としては、手続のルールに乗ること自体ができなかったという点で③決定と類似する部分があるものの、裁判所が能動的に当事者の権利行使の道を閉ざしたということに着目し、手続的正義に反するとの評価を下したものと考えられ、ここでもまた、用いられた手続的正義という概念には、形式的あるいは実質的手続保障という側面だけではなく、それとは別のより高度な次元にある規範となり得る側面が含まれている。すなわち、⑦判決において審判官が採るべき措置は裁量に委ねられているが、⑥判決同様、それが無制限に認められるものではないことが指摘されたものであり、手続的正義に反するとの文言を裁量に対する制約基準として作用させたと考えられる。

このように見ると、⑥、⑦判決における手続的正義との文言は、純粋な手続上の正義と同一の側面を含みつつ、同時に、それ自体がある種の規範概念としても用いられているこ

とがわかる。敷衍すると、ここでの手続的正義という文言は、正統性確保のためのプロセスという点から個別の事件に対する手続保障と同一視できる部分があるものの、評価規範としてそれとは異なる価値をも意味するものであって、憲法上保障された独立の価値を指すものであると言えるのではないか。したがって、これら裁判例に表れた手続的正義とは、純粋な手続上の正義を実現する手段・機能という側面を有すると同時に、裁判の正統性を支える、実現された純粋な手続上の正義そのものを意味する概念であると言えよう。

(4) 平成23年決定における手続的正義の意味

平成23年決定は、即時抗告申立書を送付等しなかった点で①、②、⑤決定と類似する事案であるが、それらとは異なり、手続的正義の要求に反すると明示する。最高裁は、平成23年決定においてなぜこのような表現を用いたのであろうか。

①、②決定とは事件のカテゴリーが異なるということは、一つ言えるであろう。①、②決定は本質的に非訟事件であったが、平成23年決定は訴訟事件に付随する事件である。また、訴訟事件に付随するという意味では、⑤決定と同一カテゴリーに属するものと言えるが、平成23年決定の判断内容を見るに、提出が求められていた文書は本案訴訟における当事者の証明活動において極めて重要な書証であるとされていることから、本案訴訟に対する影響力が強く、当事者に攻撃防御の機会を与える必要性が極めて高いとされており、この点において⑤決定の事情とは異なるものである。純粋に法的問題のみが争点となっていた⑤決定においてさえ、「手続保障に欠けるところがあった」と判断されていることを考えると、平成23年決定において同様に判断されるであろうことは想像に難くない。また、①、②決定における那須裁判官の反対意見に

よれば、これら決定は憲法32条の関係から問題となると指摘されていた。とすると、訴訟事件に付随する事件である平成23年決定においては、一層この問題が浮き彫りになるとも考えられ、単に手続保障という観点からのみ扱うのではなく、一歩踏み込んだ判断を行った結果と考えることも可能である。以上から、単に手続保障としたのではなく、手続的正義に反するとの表現に到ったものと考えられる。

ところで、4.(3)で述べたように、裁判例に表れる手続保障と手続的正義の意味するところが異なるとするならば、平成23年決定には、手続保障以外の側面が含まれているかどうかを検討する必要がある。平成23年決定も⑥、⑦判決と同様に、裁量の範囲を逸脱したとの指摘がなされており、事案としても、本案の審理を妨げられたという点を広く解するならば、同様の事例と見ることもできなくはない。しかし、平成23年決定は、本案の審理自体が阻まれたというのではなく、本案における立証活動に支障が生じる結果となり、立証活動が難航する結果を招来するというに過ぎず、審理そのものの道が閉ざされる結果となる⑥、⑦判決とは事情が異なるとも言える。そのように見ると、果たしてこれまで用いられてきた「手続的正義」と同義であると捉えられるかは、一考を要するところである。平成23年決定が言うところの「民事訴訟における手続的正義の要求」とは、当事者に攻撃防御の機会を与え審理することで当事者の納得が得られ、裁判結果も正統なものとして受け入れられるようになることを述べたものであり、それ自体は純粋な手続上の正義であると言える。ただ、⑥、⑦判決のように、より高次元の概念として位置づけたかどうかと言う点については疑問が残る。攻撃防御の機会を確保すべきであるということは、裁判の正統性を得るためのプロセスに瑕疵があることを指摘するもので、⑥、⑦判決のように裁判へのみち自体が閉ざされたというわけ

ではないことから、純粋な手続上の正義そのものが最初から保障されていないということではなく、単に純粋な手続上の正義に到る過程に問題があると述べるに過ぎないからで、規範としてと言うよりも、手続保障としての色合いが濃いように思われるからである⁽⁶⁶⁾。したがって、平成23年決定の言う手続的正義が①、②決定の多数意見、及び⑤決定に示されるところの手続保障と同一であるというならば、結論としては、違憲ではなく違法であるという評価が正しいことになるであろう。

これに対し、①、②決定における那須裁判官の見解に従うならば、平成23年決定は手続保障に欠けた側面を有することは間違いが無いだけでなく、民事訴訟における憲法上の要請を欠いているとの判断になり、結論としては違法ではなく違憲と判断すべきであったということになる⁽⁶⁷⁾。そうすると、ここで述べる手続的正義という文言は、憲法上の要請に基づくというところから、ロールズの示す純粋な手続上の正義と同種のものであり、規範的側面は後退するものの、⑥、⑦判決において示された手続的正義の概念と、やはり根源的に共通するものがあると言えるのではないだろうか。すなわち、平成23年決定では、⑥、⑦判決のように直接的ではないにせよ、裁判所の判断が、本案のゆくえに密接に関わるがゆえに、間接的に裁判へのみちを閉ざすような結果を招来する可能性があった。このように解するとき、裁判所が言うところの「手続的正義」を理解する一つのポイントは、裁判の正統性にあると指摘できよう。

よって、平成23年決定は、正当性を保障するところの手続保障ではなく、正統性を追求するところの手続的正義という観点をういたものと考えられる。

おわりに

手続的正義は手続保障により実現されるも

のであるが、これら二つはしばしば同義で用いられる。しかし、訴訟法上、手続的正義に反すると評価されると、手続保障に欠けるとされるのでは、その効果が異なることが指摘できる。前者は、憲法上の要請を欠くものであることから憲法違反となる可能性があるのに対して、後者の場合であれば、手続的正義に反するとまでは言えない状況、即ち憲法違反であるとの構成には該当せず、裁判官の裁量の逸脱等、違法というレベルの問題となる⁽⁶⁸⁾。平成23年決定において、裁判所は手続的正義という文言を用いて判断したが、手続的正義に反すると判断した結果であるとするならば、憲法違反として扱うべきであったと言えよう。しかし、従来用いられてきたような、手続保障に欠けるという意味でこれを述べたのであれば、違法であるとした結論は支持できる。

手続的正義は、手続保障を含むものであると考えることができるが、手続保障のマジックワード的使用が指摘されていたように、その内容は多種多様であると同時に、様々に変遷し得るものでもあり、民事訴訟上も幅広い諸相を呈するものである⁽⁶⁹⁾。また、手続的正義を確保するために実質的手続保障が必要であると解した時、実質的手続保障履践の企図により、裁判所の裁量の余地が拡大するという点は、手続的正義自体が裁判所の恣意専断を排除するものであることと、どのように関係づけ調整をはかるべきか、という問題も生じる。その際に、民事訴訟における手続的正義の要求とは具体的にどのようなものであるのか、また、手続保障とはどのような関係にあるのかを検討する必要がある、その効果もまた検討を要するであろう。つまり、当該手続上の瑕疵は裁判結果の正統性を損なうものであり、憲法違反とすべきものであるのか、それとも違法という評価で足りるものなのかを常に意識するべきである。それにより、手続制度の有する固有の価値が、一層高められ

深化されるものと考ええる。

〔注〕

- ⁽¹⁾ 裁判所時報1530号1頁，判時2119号32頁，判タ1352号155頁，金融法務事情1945号107頁。
- ⁽²⁾ 田中成明『法理学講義』（有斐閣，1994年）186頁。
- ⁽³⁾ Xは併せて許可抗告（民訴337条1項）も申し立てているが，許可抗告の要件（同条2項）を満たしていないとして認められなかった。東京高決平成22年10月19日平成22年（ラ許）第259号。
- ⁽⁴⁾ 原審決定は高等裁判所の決定であるため，裁判所法7条2号より，最高裁に対する再抗告が認められず，特別抗告（民訴法336条）か許可抗告（民訴法337条）をすることになる。
- ⁽⁵⁾ 民集65巻3号1292頁以下。
- ⁽⁶⁾ 中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔第2版補訂2版〕』（有斐閣，2008年）603頁
- ⁽⁷⁾ 菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅲ』（日本評論社，1986年）336頁以下。
- ⁽⁸⁾ ただし，実務においては，裁判体の判断により事案に応じて行っているという実情にあるようである。判時2119号33頁本件コメント参照。
- ⁽⁹⁾ なお，最高裁の判例と相反する判断その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むと認められる場合には，これを許可しなければならないが（民訴法337条2項），本件では同時に申し立てていた許可抗告が認められなかった点（前掲注（3）参照），後注記載の先行判例との関係から興味深いものがあり，許可抗告制度の在り方について検討を要する旨指摘される。草鹿晋一・速報判例解説（法学セミナー増刊）10号130頁。民事訴訟法的に，興味深い論点であり，本件とは異なり，抗告裁判所が原決定の変更を予定していない場合の取り扱いも含めて検討する必要があるのではないだろうか。参考として，宇野聡・ジュリスト臨時増刊1440号132頁〔平成23年度重要判例解説〕。
- ⁽¹⁰⁾ 本件の評釈としては，前掲注（9）にあげたものの他，以下のものがある。川嶋四郎・法学セミナー683号126頁，加波眞一・民商法雑誌145巻3号329頁，川嶋隆憲・法学研究85巻1号157頁，田中壯太・NBL967号79頁。
- ⁽¹¹⁾ 裁判所時報1459号1頁，判時2011号116頁，判

- タ1273号125頁，最高裁判所裁判集民事228号1頁。評釈としては、主に以下のものがある。塩崎勤・民事法情報267号81頁，川嶋四郎・法学セミナー650号126頁，園田賢治・法政研究75巻3号115頁，宍戸常寿・判例セレクト別冊342号11頁，垣内秀介・ジュリスト臨時増刊1376号155頁〔平成20年度重要判例解説〕，山田文・速報判例解説（法学セミナー増刊）3号153頁，本間靖規・私法判例リマークス38号126頁，石田浩二・別冊判タ25号124頁（平成20年度主要民事判例解説），三木浩一・法学研究83巻10号84頁，佐瀬裕史・別冊ジュリスト201号252頁〔民事訴訟法判例百選 第4版〕。
- ⁽¹²⁾②決定の評釈としては、稲田龍樹・別冊判タ25号200頁（平成22年度主要民事判例解説）。
- ⁽¹³⁾草鹿・前掲注（9），130頁。
- ⁽¹⁴⁾川嶋四郎・前掲注（10）。
- ⁽¹⁵⁾宇野・前掲注（9），132頁。
- ⁽¹⁶⁾川嶋四郎・前掲注（10）。
- ⁽¹⁷⁾矢崎光圀『法哲学』（筑摩書房，1975年）391頁。
- ⁽¹⁸⁾田中成明「手続的正義からみた民事裁判の在り方について」法曹時報55巻5号3頁以下。
- ⁽¹⁹⁾矢崎・前掲注（17）393頁以下。
- ⁽²⁰⁾ジョン・ロールズ著，川本隆史＝福間聡＝神島裕子訳『正義論 改訂版』（紀伊国屋書店，2010年）115頁以下。以降の説明はこれに基づく。
- ⁽²¹⁾谷口安平「手続的正義」岩波講座『基本法学8－紛争』（岩波書店，1983年）36頁以下。
- ⁽²²⁾詳細は，田中・前掲注（18），3頁以降参照。
- ⁽²³⁾田中・前掲注（18），15頁。
- ⁽²⁴⁾ロールズ自身も，完全な手続上の正義が成り立つことは，不可能ではないにせよ稀であることを指摘する。ロールズ・前掲注（20），117頁。
- ⁽²⁵⁾中村治朗『裁判の客観性をめぐって』（有斐閣，1970年）195頁。適法な裁判が必ずしも常にその正当性を主張し得るとは限らないとし，ここでいう裁判の適法性とは，現存する法システムの中で，裁判が，法の規範的統一体の中でそれ相当の地位を与えられており，その中で裁判という法行為をする権限を与えられた者が，権限の範囲内で定められた手続に従ってなした裁判は，法的遵守を要求するという法的効果を与えられていることから，その法システム内においては，当然に承認・受容を要求し得る資格や根拠を有するという意味合いであるが，このことは，その法システム外から承認の根拠を問われた場合には機能しないとする。
- ⁽²⁶⁾同，198頁以下。
- ⁽²⁷⁾谷口・前掲注（21），53頁。
- ⁽²⁸⁾同，前掲注（27）。
- ⁽²⁹⁾判例による法形成という問題については，実体法に対してのみならず，手続法に対しても一定程度これを認めるべきであると考え。また，判例による法形成によって新しい権利が創出される場合でも，その判決や権利の法的正統性を正しく理解するためには，手続過程の展開と連続的に関連付けられなければならない。公正な手続保障の下での両当事者の弁論を通じて，新しい権利の法的正統性についてより説得力のある理論構成を工夫したり，その内容・範囲を司法的保護・救済になじむように明確化・具体化したりするために，法廷で十分に法的議論が展開されることが重要とされる。田中・前掲注（2），172頁。
- ⁽³⁰⁾田中・前掲注（18），29頁。
- ⁽³¹⁾遠藤賢治『民事訴訟にみる手続保障』（成文堂，2004年）2頁。
- ⁽³²⁾田中成明「裁判の正統性」『講座民事訴訟法1 民事紛争と訴訟』（弘文堂，1984年）99頁。
- ⁽³³⁾田中・前掲注（18），20頁以下。同・前掲注（32），99頁。
- ⁽³⁴⁾田中・前掲注（18），21頁以下。
- ⁽³⁵⁾同，22頁以下。
- ⁽³⁶⁾同，24頁以下。
- ⁽³⁷⁾同，23頁。
- ⁽³⁸⁾同，24頁。
- ⁽³⁹⁾伊藤眞「学説史からみた手続保障」新堂幸司編著『特別講義民事訴訟法』（有斐閣，1988年）51頁以下においては，手続保障が弁論主義などの審理原則から判決効までを貫く理念であることが述べられる。
- ⁽⁴⁰⁾松井茂記「非刑事手続領域に於ける手続的デュー・プロセス理論の展開（一）」『法学論叢』106巻4号，21頁。
- ⁽⁴¹⁾谷口・前掲注（21），38頁。
- ⁽⁴²⁾新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂，2011年）249頁。
- ⁽⁴³⁾ドイツ連邦共和国基本法103条1項「何人も裁判所において法的な審問を請求する権利を有する」。審問請求権については，紺谷浩司「民

事手続における審問請求権 (Anspruch auf rechtliches Gehör) について」広島大学政経論叢18巻1=2号51頁, 同3=4号91頁。

- ⁽⁴⁴⁾ 新堂・前掲注 (42), 133頁。
- ⁽⁴⁵⁾ 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』(青林書院, 1995年), 295頁以下。
- ⁽⁴⁶⁾ 同, 462頁。なお, この根拠を憲法31条に求め適正な手続的処遇を受ける権利を肯定する見解もあるが, 佐藤教授は, 同条の表現及び憲法体系上の位置に照らして, 基本的には13条(幸福追求権)の問題と解すべきであるとしている。
- ⁽⁴⁷⁾ 新堂・前掲注 (42), 43頁。
- ⁽⁴⁸⁾ 同, 44頁。
- ⁽⁴⁹⁾ 谷口安平「手続保障の基礎理論のために」(シンポジウム・訴訟機能と手続保障) 民事訴訟法雑誌27号140頁以下, 同・前掲注 (21), 42頁以下。
- ⁽⁵⁰⁾ 谷口・前掲注 (21), 43頁。
- ⁽⁵¹⁾ 谷口・前掲注 (49), 140頁。
- ⁽⁵²⁾ 同, 前掲注 (51)。
- ⁽⁵³⁾ 井上正三「訴訟内における紛争当事者の役割分担」前掲注 (49) (民事訴訟法雑誌) 185頁以下, 井上治典「手続保障の第三の波」新堂編・前掲注 (39), 76頁以下, 同・『民事手続論』(有斐閣, 1993年) 217頁, 同・『民事訴訟の役割』岩波講座・前掲注 (21), 153頁以下等。
- ⁽⁵⁴⁾ 山本和彦「手続保障再考—実質的手続保障と迅速訴訟手続—」『井上治典先生追悼論文集 民事紛争と手続理論の現在』(法律文化社, 2008年) 146頁。
- ⁽⁵⁵⁾ 同・前掲注 (54), 151頁以下。
- ⁽⁵⁶⁾ 同・前掲注 (54), 153頁。以下, 実質的手続保障の内容については, 同頁以下参照。
- ⁽⁵⁷⁾ 同・前掲注 (54), 154頁。
- ⁽⁵⁸⁾ 裁判官の裁量が拡大することにより, 各個別事件における対応に差が生じ, 訴訟制度全体として眺めた際, 裁判の正統性に求められるところの, 社会一般に対して受容され得る結果という目的が損なわれる可能性もあるのではなかろうか。
- ⁽⁵⁹⁾ 参考として, 伊藤眞=加藤新太郎=山本和彦『民事訴訟法の論争』(有斐閣, 2007年) 171頁。
- ⁽⁶⁰⁾ なお, ②決定は憲法違反について特に触れてはいないが, 同時になされた特別抗告におい

て憲法32条に違反するものではないと判断されていることから, ①決定の判断に従っていると考えてよいだろう。

- ⁽⁶¹⁾ 判時2121号 6頁。
- ⁽⁶²⁾ 実務においては, このような取扱いがなされている。前掲注 (8) 参照。
- ⁽⁶³⁾ 大江忠=加藤新太郎=山本和彦編『手続裁量とその規律』(有斐閣, 2005年) 313頁以下〔加藤新太郎執筆部分〕。遠藤・前掲注 (31), 109頁。
- ⁽⁶⁴⁾ 遠藤・前掲注 (31), 112頁以下。
- ⁽⁶⁵⁾ 同, 113頁。
- ⁽⁶⁶⁾ もっとも, 広く考えれば, ⑥, ⑦判決も裁判の正統性を得るプロセスに問題があると評価はできよう。ただ, 手続のルールに乗ることができない場合である⑥, ⑦判決と, レールには乗っているものの, それが正しいものではないとの評価をした場合である平成23年決定では, 問題の重要性に大きな差があるだろう。
- ⁽⁶⁷⁾ ①, ②決定は, 共に同一の小法廷で判断されたもので, その構成員も同一である。また, ⑤決定は構成員の中に那須裁判官と田原裁判官が含まれている。ここから, ①, ②, ⑤決定における手続保障の概念は, 比較的統一されたものであると考えられよう。これに対して, 平成23年決定における小法廷の構成員の中に, ①, ②, ⑤決定に関わった裁判官はいない。したがって, 平成23年決定において, これら三つの決定例における手続保障の概念を, どこまで反映させて「手続的正義」との表現を用いたかは定かではない。
- ⁽⁶⁸⁾ 最高裁が, 憲法的価値を持つ手続的権利や, いわゆる手続基本権により保護される利益はどのようなものかを明らかにしてこなかったことによって, 日本の裁判官の中に, 民事裁判手続に関する瑕疵が単なる法令違反を超えて, 憲法違反になる可能性を有するという意識が醸成されてこなかったと指摘される。本間靖規「手続保障論の課題—審尋請求権を中心に」(シンポジウム・民事裁判の審理における基本原則の再検討) 民事訴訟法雑誌57号124頁。
- ⁽⁶⁹⁾ 2012年に開催された第82回民事訴訟法学会のシンポジウムにおいても, 「民事訴訟法の今後の改正課題」と題して, 主張過程・争点整理場面, 文書提出の局面を中心とした証拠収集

手続場面，多数当事者訴訟の場面，判決効を受ける第三者の保護の場面について，試論が展開されている。そこでは，従来指摘されてきた手続保障の問題に一定の解決が与えられていると考えられるものの，ルール化することによって，それとはまた異なる手続保障の問題が生じるであろう。

[Abstract]

Procedural Justice in Civil Cases : In Reference to the Supreme Court Decision on 13 April, 2011

Yukiyo NAGAYA

It is the duty of a court to ensure people opportunities to participate in a judicial procedure. People will be satisfied with the judgment a court makes when their rights to access to a court are secured, they are treated equally and fairly in litigation, and given enough chance to obtain information or claim their legitimacies. In his book *A Theory of Justice*, John Rawls says that if there is a precise and fair procedure and people can follow it properly, then the result is acceptable and admissible as precise and fair, regardless of what that result is. This is pure procedural justice. When it comes to Japanese civil procedure law, there are many provisions to secure that kind of procedural justice. In a case when judges think that people aren't properly given chances to take part in a judicial procedure, however, they rarely say it is a violation of the procedural justice in their judgment. Instead, they declare there is no procedural securing. What is the difference between these two concepts? This paper attempts to reveal the differences between procedural justice and procedural securing, in reference to the Supreme Court decision on 13 April, 2011.