

Title	再審開始決定の確定と原判決の既判力について
Sub Title	Der unanfechtbar gewordene Beschluß über die Eröffnung der Wiederaufnahme und die materielle Rechtskraft des angefochtenen Urteils
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2004
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.1 (2004. 12) ,p.165- 198
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20041215-0165">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20041215-0165</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 再審開始決定の確定と 原判決の既判力について

坂 原 正 夫

はじめに

- 1 既判力停止効説の誕生の事情
  - 2 加波教授の批判と本稿執筆の動機  
従来の学説の問題点と私見の概要
    - 1 学説の争点
    - 2 学説の状況
      - A 暫定効説  
遡及効説  
伊藤眞教授の見解  
上田徹一郎教授の見解
      - B 確定効説  
既判力失効説（加波教授の見解）  
既判力停止効説（私見）
  - 3 学説の問題点と私見の概要  
私見の新たな展開と加波教授への回答
    - 1 再審開始決定の申立て 私見の補充と新たな展開
      - A 再審開始決定の申立てと訴状への記載
      - B 再審開始決定の申立てと再審訴訟の訴訟物
      - C 第1段階手続の形成訴訟的性格
      - D 訴訟物に準じるもの
    - 2 再審と通常訴訟
    - 3 裁判所の認定の効力
    - 4 取消的な要素を有する裁判
    - 5 再審請求の棄却と再審の上告制度との類似性
    - 6 特殊な形成訴訟
    - 7 既判力本質論と再審事由
- おわりに

## I はじめに

### 1 既判力停止効説の誕生の事情

現行民事訴訟法が施行された平成10年（1998年）に刊行された伊藤眞＝徳田和幸編著『新講座民事訴訟法』（弘文堂、1998年）において、私は「第五章・再審の手続構造」を担当し、そこでテーマに関して私見を発表した。このテーマでの執筆の依頼に応じたのは、従来既判力を研究してきたが、既判力と再審に関しては手付かずであったから、この際勉強して、既判力と再審との関係について考えてみようと思ったからである。基本的な文献を収集し、勉強して分かったことは、この問題について我が国では加波眞一教授が第一人者であるということであった。そこで加波教授に研究のために援助をお願いしたところ、教授は快く引き受けられ、教授の長年の研究成果である数多くの研究論文の抜刷と、それらを集大成された『再審原理の研究』（北九州大学法政叢書15、信山社、1997年）をお送りくださった。加波教授の助力がなければ、私の「再審の手続構造」は完成しなかったことは確かである。本来ならこのような事情と謝辞は講座の論稿の中で述べるべきであったが、当初の原稿を大幅に圧縮することが求められた関係で、上記事情を述べる部分はカットせざるをえず、失礼してしまった。この場を借りて、加波教授に対して心よりお礼を申し上げるとともに、お礼が遅くなったことをお詫びする次第である。

さてこのようなことであるから、私見は加波説に影響を強く受けている。それ故に山本研教授が私見について、「坂原論文においては手続構造とそれに関連する主要問題について加波教授の見解を土台に、新法に関する文献を豊富に引用しながら緻密な検討がなされている」と述べているが（「新民事訴訟法における再審手続の論点」沖繩法政研究2号63頁注4〔2000年〕）、「加波説を土台にしている」との指摘はその通りである。しかし、私見は加波説を土台にはしているが、それに全面的に賛成しているわけではない。加波説に対する疑問を出発点にして、上記論稿においては再審開始決定の効力として、加波教授の既判力失効説に対抗して、既判力停止効説という独自な見解を構築した。加波教授は、

この私見と自らの説との関係について、次のように述べている。「前訴確定判決の既判力を取り消すというのではなく、その既判力を制約するという点では大差ないように思われる。ただ、そのような機能は、再審手続でのみ生じると考える点が、私見〔加波説〕との大きな差異である」(加波慎一「再審制度と既判力の制約(判決無効論)」福永有利ほか七名編『民事訴訟法の史的展開』(鈴木正裕先生古稀記念論文集)890頁(有斐閣、2002年)。なお〔 〕は筆者の加筆)。すなわち再審開始決定の確定によって、当該再審訴訟において前訴の既判力が停止すると説くのが私見であり、当該再審訴訟に限定されることなく既判力が失効すると説くのが加波説である。

## 2 加波教授の批判と本稿執筆の動機

前述の「再審の手続構造」という私の論稿は、再審に関する文献案内に取り上げられたものの<sup>1)</sup>、既判力停止効説という私見は学界にインパクトを与えることもなく、内容が簡単に紹介された程度で終わってしまった<sup>2)</sup>。これに対して加波教授は上記の論文において、ご自身の説を補強するとともに、私見(坂原説)を厳しく批判された(890頁以下)。すなわち、「私見〔加波説〕について、若干の誤解があるようなので、この場を借りて、反論の意味も込めて、私見〔加波説〕についていくつか補足説明を行っておきたい」と述べている(893頁注41。〔 〕は筆者の加筆)。

この加波教授の補足説明を読んでみたが、残念ながらそれによって私見の誤りに気が付き加波説に納得したということには至らなかった。すなわち加波説に対する従前の疑問が氷解することはなかったし、私見には加波教授の指摘されたような問題のあることは認めるにしても、未だ十分に通用するのではないかという印象を得た。そして、教授の補足説明を参考に加波説と私見の既判力停止効説をもう一度検証してみるならば、再審開始決定と原判決の既判力の問題に関する議論をより深化させられるのではないかと思った。

そこで、本稿はこの検証を行うものである。これが本稿執筆の動機である。検証のために現時点での一番効率的な方法を考えてみると、加波教授に対する

疑問点を基に私見を補充することと、教授の私見に対する批判についてすべて答えることではないかと思う。したがって本稿のメインは であり、 の1は加波説に対する疑問を基にした私見の補充であり、 の2～7は加波教授が提起した問題についての私の回答である。

なお本稿のそれぞれの項目名や学説の名称は、本稿を執筆するに際して私が付したものである。また本稿で使用した文献であるが、原則として前記の論稿で利用したものは除き、それ以降の最新のものに限定した。

- 1) 上田徹一郎『民事訴訟法〔第4版〕』611頁（法学書院、2003年）、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第3版〕』507頁（弘文堂、2003年）。
- 2) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法 下』517頁（有斐閣、2003年）、中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義〔第2版〕』618頁注21〔加波眞一〕（有斐閣、2004年）。

## II 従来の学説の問題点と私見の概要

### 1 学説の争点

再審の手續の概要を述べれば次のようになる。裁判所は先ず再審の訴えの適否を審査して、不適法と判断したら決定で再審の訴えを却下する（民訴法345条1項）。適法であっても再審事由が認められない場合は、決定で再審請求を棄却しなければならない（同条2項）。棄却決定が確定すると、同じ理由による再審の訴えは提起できなくなる（同条3項）。再審事由があると認められると、再審開始の決定をしなければならないが（民訴法346条1項）、その前に相手方の意見を聞かなければならない（同条2項）。再審の訴えの却下決定、再審請求の棄却決定、再審開始の決定に対しては即時抗告ができる（民訴法347条）。ここまでが再審訴訟の第1段階の手續であり、再審許否審理手續である。手續の最終目的によってこの段階の手續を表記するならば、「再審開始決定手續」ということになる。

再審開始決定が確定した場合、不服申立ての限度で、本案の審理及び裁判を行う（民訴法348条1項）。これからが再審訴訟の第2段階の手續であり、再審

の訴えの本案の手続が開始され、原判決の内容を再審理する手続が展開する。審理した結果、原判決と同じ結論に達したならば、再審の請求を棄却し（同条2項）、そうでない場合、すなわち原判決が不当であるとの判断に達した場合は、原判決を取り消して、さらに裁判をしなければならない（同条3項）。

このように再審訴訟手続は2段階の手続から成り立っているが、このような手続は平成8年の民事訴訟法によって導入されたものである<sup>3)</sup>。本稿で問題にするのは、再審開始決定が確定した後、すなわち本案の審理及び裁判の段階（第2段階）における原判決の既判力の効力についてである。もしこの段階で原判決の既判力が作用するならば、審理及び裁判はそれに拘束されて本案の新たな審理はできないはずである。したがって審理ができるとするには、この段階においては裁判所は再審訴訟の審理の対象になっている訴訟の確定判決の効力である既判力に拘束されないこと、すなわち原判決の既判力の束縛から解放されることが必要である。しかし、必要があるからといって既判力の効力を否定するならば、確定判決の取消しを判決において宣言していないにもかかわらず、既判力の効力を否定できるのかという疑問に直面する。確定判決の取消しは、第2段階において原判決が不当であるとの判断に達した場合に行うことになっているからである（民訴法348条3項）。すなわち、この問題は望ましい効果（既判力に拘束されないこと）を確定判決の取消しの判決前に、どのようにして導き出すかという全くの理論的な問題である。

なお前記（の1）の拙稿において既に詳論したように（98頁以下）、この問題は加波教授が提起した問題であるが、直接解答している文献は多くはない。それは多くの研究者が再審手続において原判決の既判力が作用しないのは当然なことと理解し、理由を問う必要を感じていないからである。しかし、さらにその原因を考えるならば、現行民訴法（新民訴法）は旧法<sup>4)</sup>を多岐にわたって改正したうえに出来上がったものなので、学界に未だこの問題まで考察する余裕がないということではないかと思う。改正に伴う問題が克服され学界において余力がでてきた現在、再審制度を考えるうえで基軸となるこの問題について、今後、活発な議論が予想される<sup>5)</sup>。

## 2 学説の状況

この問題について言及している文献は少ない。そこで学説の争点を明確にするためには、直接言及していない文献でも、その見解の立場に立つてこの問題を考えたならばどうなるのかというような理解と把握が必要ではないかと思った。そのような作業によって数少ない見解をあえて対立的に整理してみると、再審の第2段階手続において原判決の既判力が作用しない効果を暫定的に理解する見解と、確定的に理解する見解の対立があるように思う。本稿ではとりあえず前者を暫定効説、後者を確定効説と表示して、先ず学説をこの2つに分けることにした。

### A 暫定効説

暫定効説は、再審訴訟で原判決の既判力が働かないのは暫定的であると考えられる説である。断わっておくが、この説に分類した文献がそのようなことを直接述べているわけではないし、論者が意識的に自覚的に暫定効を説いているわけでもないということである。すなわち、それぞれの記述から暫定効を説いているように、私には解せられるということである。また以下に という項目を設定したが、これらは暫定効説をさらに細分化したのではなく、それぞれが暫定効説であろうと思われる根拠を述べたものである。したがってそれぞれに違いがあるか、それとも同一の主張であるかは分からない。ただ、いずれにしても暫定効を説いているのではないかと思われるので、列挙した。

ところで再審の訴訟物について、旧法において一元説と二元説の対立があった<sup>6</sup>）。前者は再審訴訟の対象となった訴訟の本案がそのまま再審訴訟の訴訟物であるとする説であり、後者はさらに原判決の取消し要求も訴訟物とする説である。この学説の対立という視点で以下の を見てみると、これらは再審訴訟の訴訟物について訴訟物二元説を採用している。そこで暫定効説は二元説と密接な関係があるとも考えられる。二元説は原判決を取り消すとの判決を重視するから、おそらく再審開始決定は原判決を取り消す判決の先行的な裁判であると解することになる<sup>7</sup>）。

**遡及効説** 既判力が作用しないのは、あくまでもいずれ下される確定

判決の取消し判決の先駆的な効果と考える説である。旧法においては、再審事由が認められると原確定判決が取り消されてその既判力も消滅するので、原判決の再審判が可能になるとの説明が一般的であった<sup>8)</sup>。そこでこのような旧法での通説的な見解を現行法において活かすとすると、本案の再審理手続で下される原判決を取り消す旨の宣言に、取消しの遡及効を認めるとする見解が考えられる<sup>9)</sup>。これは加波教授が「このような論も考えられる」と紹介している見解であるが、この説によれば、第2段階の再審手続において既判力が作用しないことは暫定的なものにすぎず、取消し判決によって初めて確定的になると解することになる。さらにこの説を再審開始決定の確定の効果という観点から見ると、再審開始決定の確定によって暫定的な既判力停止効が発生したと解する説ということもできる。

**伊藤眞教授の見解** 既に暫定効説の説明(の2のA)で述べたように、再審の訴訟物について、旧法においては一元説と二元説の対立があった。またの1で述べたように、旧法は再審訴訟において手続に段階を設けず、再審事由の存否の問題と本案の問題を一体として審理する手続構造であった。通常の訴訟においては訴訟要件と本案の問題とは区別しないで審理するが、旧法の再審は正にこのような審理方式であった。現行法はこれを改正して、手続に段階を設けることにした。これによって再審の訴訟物論はどのような影響を受けるかが問題になるが、一元説が有利になったと言われている<sup>10)</sup>。

これに対して伊藤眞教授は二元説に基づき、「開始決定の効力として確定判決の既判力による拘束が解除されている」と述べている<sup>11)</sup>。問題はこの解除の中身である。伊藤教授は自説について以下のように述べている<sup>12)</sup>。

「二元論が息の根が止まってしまったというのは、ちょっと言いすぎではないかと思うのです。再審開始決定は、確かに既判力を打ち破って本案審理開始を正当化する効力をもっていますが、確定判決の効力そのものが最終的に失われるのは、348条3項の取消しによると思います。ですから、取消申立てに対応するのが、すべて再審開始決定で尽きているとはいえないと思います。

私は何も二元論に固執するわけではありませんが、再審開始決定の制度がで

きたことによって、再審が上訴と類似の性質のものになったというのは、比喻として言い過ぎだと思います。上訴と同様なものであれば、そもそも再審開始決定制度を設ける必然性もないわけですから。やはり本案の審理再開の限度で開始決定によって既判力の拘束は再審手続内で解除されますが、終局的には、348条3項に基づく取消しの裁判によって判決の効力が失われると思うのです。」

上記の発言の中の「既判力の拘束は再審手続内で解除され…終局的には、348条3項に基づく取消しの裁判によって判決の効力が失われる」との箇所は、暫定効説ではないかと思う。

**上田徹一郎教授の見解** 上田教授は、次のような自説を「条件附併合二元説」と表示して、第2段階の訴訟の構造について説いている<sup>13)</sup>。「再審請求は、第一段階では取消請求が審判対象となり、再審事由が審理され、取消請求認容により判決の確定（既判力も）が排除され旧訴訟が復活することを前提として、第二段階で取消請求と従来の本案請求とが同一訴訟で併合して審理・判決されるものと解すべきであろう（条件附併合二元説）」。この説は、「取消請求認容により判決の確定（既判力も）が排除され旧訴訟が復活することを前提として」いる点に、特色がある学説である。これは取消請求認容判決を条件にして、暫定的に既判力が停止すると考えているのではないかと思う。そのような理由から、上田説も暫定効説であると解せられる。

## B 確定効説

確定効説は、第2段階での「原判決を取り消す」との判決に関係なく、再審訴訟で既判力は働くことはないと言く。それは、原判決の取消し要求は再審の訴訟物にならないということであり、正しく訴訟物一元説である。そうのように考えると、確定効説は訴訟物一元説と密接不可分な関係があるということになる。しかし、訴訟物一元説がすべて確定効説なのかは、直接言及している文献がないので明らかではない。なお再審訴訟は再審開始決定によって、暫定的であれ確定的であれ既判力の拘束を離れて本案の裁判が行われるから、現象的には暫定効説でも確定効説でも変わりがなく、両説の対立は正に理論的なものである。

**既判力失効説(加波教授の見解)** 再審開始決定によって原判決の既判力が確定的に消滅とする説である。加波教授は、その理由を次のように説く。「再審事由という瑕疵の存在自体が既判力の拘束力の正当化根拠を否定すると解するので、その存在が認容・確定された時点で、既判力(の拘束力)は否定されるべきことになり、その瑕疵が及ぶ限りで、既判力の効力(消極的作用・積極的作用)は制約を受け、原判決を取り消すことなく、前訴本案の再審理ができる」<sup>14)</sup>。

この見解は一元説をより理論的に実質的に根拠付けた見解と評価すべきであり、再審事由は判決取消し事由ではなく、再審理事由であると説く点に特色がある。加波教授は、一方で旧法の諸説の延長ではこの問題は説明できないと批判するとともに、他方では既判力の正当性に注目しその喪失を根拠にして、この問題に対して明確に意識的に既判力失効説という解答を提示した。

**既判力停止効説(私見)** この説は前記の既判力失効説の問題提起に基本的には賛成するものであるが、既判力が失効するという結論には反対であり、それを根拠にして構成した説である<sup>15)</sup>。既判力は失効するのではなく、当該再審訴訟においてのみ既判力が作用しないということだけである。それで十分であるし、そもそもそれ以上の効果が発生する手続的な根拠はない。再審開始決定は既判力を失効させるのではなく、既判力を停止させる効果(既判力停止効)を発生させるだけである。かような効果が発生する根拠は、民訴法338条1項である。この規定は「再審の訴えをもって、不服を申立てることができる」という文言によって成り立っているが、それは単に「再審の訴えが提起できる」というように国語的に解釈すべきはない。「再審事由が存在すると再審の訴訟が開始される」というように訴訟法的に解釈すべきである。そして再審訴訟を開始することができるということを既判力の観点で説明すれば、既判力停止という効果が発生したということになる。そこで民訴法338条1項は、再審開始決定に対して既判力停止という効果を付与する規定と考える。

### 3 学説の問題点と私見の概要

それぞれの説が有している問題点をまとめると、次のようになる。

**遡及効説**（Aの ）に対しては、加波教授の批判がある。教授はこの説に対して、次のような問題点を指摘している<sup>16)</sup>。「再審理の結果、原確定判決内容を変更しない場合は、原判決取消宣言を行うことなく（したがって取消効はそもそも生じない）棄却判決が下されることになる（348 ）ため、その遡及効論も疑問が残る。詳しくは加波・前掲注（9 ）31頁以下」（加波教授が指示している文献は、本稿での文献の表記に合せて修正した。すなわち前掲注（9 ）は原文の注の番号ではなく、本稿での注の番号である）。

**伊藤教授の説**（Aの ）に対しては、既判力が解除されて審理されるという現象を述べているだけで、その根拠を説明していないとの批判が考えられる。あるいは終局的な効果を招来するものとして、第2段階でなされる取消し判決を考え、その効果として再審訴訟において既判力から解放される現象を説明していると考えられる。しかし、このような考えは判決に対して遡及効が付与されると考えるのと同じことであり、そうであるならば、遡及効説に対する批判がそのまま当てはまることになる。

**上田教授の説**（Aの ）に対しては、既述の批判がそのまま通用するように思う。上田説は「取消請求認容により判決の確定（既判力も）が排除され旧訴訟が復活することを前提として」いるが、そのような結論に至らなかった場合は、どのように説明するのだろうかということである。現実には既判力なしに裁判をしているのであるから、このことが何らかの理由で後から否定されるとの結論は妥当性を欠く。そこで後から否定されることはないと言及することが考えられる。しかし、そのようなことの説明は不可能ではないにしても、何等かの条件に依存するような構成になるから、理論構成が複雑になることが予想される。そうならざるをえないのは、既判力から解放されることが暫定的であると解するからである。正にこの前提に問題がある。確定的に考えて何ら不都合がないのであるから、確定的な既判力の停止を考えるべきである。

**加波教授の既判力失効説**（Bの ）の問題点は、「既判力が否定される」と

構成する点である。再審理のために既判力は制約されなければならないとの指摘は誠に貴重な意見であるが、そこから直ちに既判力の否定と結び付ける点には疑問がある。再審理のために既判力の拘束を解くのであれば、それは当該訴訟に限定すべきではないかと思う。というのは一般的に既判力を否定した場合、再審と並行して関連訴訟が提起されると、その訴訟でも既判力を否定せざるをえないと思うからである。これでは再審訴訟が終了していないにもかかわらず、結果的に既判力否定の効果が別訴で発生することを認めることになり、妥当性を欠く。

さらにこの説によれば、決定手続による再審事由の存在の認容・確定だけで既判力が否定されることになる。これは、判決は判決手続で内容が確定することを考えると、バランスを欠く。相手方の手続保障という点や確定判決の安定性という観点からも問題である。もしどうしてもそのような結果を導きたいのであれば、事の重要性からしてその旨を表す規定が置かれるべきではないかと思う。

**私見**(Bの )は、このような諸説の批判のうえに、既判力停止効説を主張するものである<sup>17)</sup>。伊藤教授は先に紹介した発言において、「本案の審理再開の限度で開始決定によって既判力の拘束は再審手続内で解除されます」と述べているが、私見はこのような現象を既判力停止効の発生ということで説明したものである。既判力停止効が再審開始決定によって生じるとする私見に対しては、そのような重要な内容が決定主文に記載されなくてよいのかという疑問があろう。しかし、再審開始決定の中に既判力停止の意味が含まれていると考えられるし、旧法時代においては一体的な手続構造から取消し宣言なしに再審理が行われていたことを考えると、主文で具体的に明記する必要はない。さらに付言すれば、この点は何も私見だけの問題ではない。暫定効説でも既判力失効説でも同じである。いずれの学説も決定主文で原判決の既判力について宣言する必要があるとは言っていないからである。実質的に考えても、再審開始決定によって当事者は第2段階の再審手続において原判決の既判力が作用しないことを当然認識できるのであるから、それ以上に既判力が停止していることを広く一般に明らかにする必要はないし、わざわざ決定主文で明らかにする必要も

ない。

私見に対しては、既判力が働かない事態を既判力停止効なる概念で単に説明したにすぎないとの批判も考えられる。しかし、既存の概念によっては法現象が十分に説明できない場合、学説は常に新たな概念を創設して説明してきたのであるから、既判力停止効説の当否は別にして、方法論としては決して奇異なことではないし、安易な方法というものではない。例えば、民訴法46条の裁判の効力は既判力ではなく参加効力であるとか、訴えの変更には追加的変更とは別に交換的変更が存在するとか、訴えには救済訴訟という新たな類型が存在するとか、当事者の任意的変更における特殊行為説など、学説における新しい概念の創設については具体的な事例に事欠かない。

3) このような2段階の手続は、再審という構造に相応するものである。なぜならば再審は確定した終局判決に対する非常の不服申立て制度であり、先ず再審事由の存否が審理され、その存在が認められた場合に当該判決の訴訟の本案が再審理されることになっているからである。しかし、旧法では手続上そのような区分はなく、1つの手続の中で再審事由の存否の判断と本案の再審理とが行われていた。旧法の手続構造を仮に一体的手続構造と呼ぶならば、現行法は旧法の一体的手続構造を承継しないで、段階的手続構造を採用したということができる。

手続構造を改正した理由は、一体的手続構造の欠点として、次のようなことが指摘されていたからである。第1に、再審事由と本案とについて、それぞれの攻撃防御方法が同時並行的に提出されるから、審理が複雑になること。第2に、再審の訴えの第一審で再審事由の存在が認められて本案の判断がなされた場合、控訴審で再審事由がないと判断されると、結果的に第一審の本案の審理が無意味になってしまうこと。

そこで現行法はこのよう不都合を解消させるために、手続に段階を設け、再審事由と本案の審理の順序を法定化した。しかし、新たな問題が浮上したことに注意しなければならない。すなわち、再審事由を判断する前に本案に理由がないことが明白である場合に、便法がとれなくなったことである。通常の訴訟であれば本案の審理を先行させ訴訟経済に配慮することが可能であるが、それができなくなったからである（三谷忠之「再審訴訟の訴訟物と手

続構造」青山善充ほか編『民事訴訟法の争点〔第3版〕』305頁〔有斐閣、1998年〕。さらには本稿が問題にするように、第1段階の手續の終了の法的意味や効果を明らかにしなければならなくなったということである。

なお現行民法は再審に関して新たな規定を設けた。民法348条3項と民法規則211条がある。前者は旧法時代の通説を成文化したものであり、後者は裁判所の負担軽減を狙ったものであり、段階的手續の導入に比べれば、それほど重要なものではない。再審に関する改正の内容やその目的については、法務省民事局参事官室編『一問一答 新民事訴訟法』381頁以下（商事法務研究会、1996年）竹下守夫ほか編『研究会 新民事訴訟法 立法・解釈・運用』（=ジュリスト増刊1999年11月）454頁以下（有斐閣、以下本稿では「研究会新民法」との略称を使用）に詳しい。

- 4) 現行の民法は平成8年（1996年）に成立したが、それ以前においては旧法といえば明治23年（1890年）に公布され、翌年に施行された民法のことであった。現行民法が施行されたことによって、この法律は「旧々民法」と呼ばれるようになり、大正15年（1926年）に公布され昭和4年に施行された民法が「旧民法」と呼ばれるようになった。しかし、これは時代や状況により旧法の内容が異なるということであり、場合によっては誤解や混乱が生じる。そこで「旧々民法」ではなくて「明治民法」、「旧民法」ではなくて「大正民法」というように固有の名称を付すべきであろう。しかし、本稿は新しい再審制度の問題を論じるので、現行法に対してその直前の法を示すには旧法という表記が便利である。そこで本稿では旧法という用語を使用するが、それは大正15年の民法のことである。なお民法の改正に伴う民法の名称の変更については、鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』116頁注1（有斐閣、2004年。初出は2002年）が詳しく論じている。
- 5) 段階的手續に生じる問題を解決する場合に先ず考えねばならないことは、再審開始決定手續の目的をいかに理解するかということであり、この手續の終了を意味する再審決定の訴訟法的な意味（効力）をどのように把握するかということである。これこそが問題解決のための法解釈論の基軸になると考えるからである。この解答は全く新たな制度が誕生したとして今までにないものを考えるのではなく、学問の承継ということから、従来の再審の構造に関する学説の成果を参考にして考えることが必要である。手續構造の改正であり、理論の承継を認めないような改正ではないからである。

ところで旧法においては再審訴訟の構造論は、訴訟物一元説と二元説の論争の中で展開されてきた。そこで新法の問題もこれらの議論の延長線上において位置付けて考える必要があるが、この際に注意しなければならないことは、従来の学説は一体的手続において自説を展開していたということである。換言すれば、論者は必ずしも段階的手続を想定して立論していないということである。したがって従前の学説を利用する場合は、段階的手続に当てはめた場合にそのまま通用するか否かを常に検討する必要がある。場合によっては、それらは再審開始決定をどのように理解し、自らの立場をどのように再編成するであろうかというような推測をすることも必要である。つまり過去の学問的な業績を新法に活かすためには、一体的手続における学説を段階的手続の学説に変換する作業が必要である。再審については既に多くの先人の輝かしい業績があるが、段階的手続における議論は始まったばかりである。

- 6) 再審訴訟の訴訟物についての一元説と二元説の対立の構造については、高橋・前掲注(2) 頁10頁以下、拙稿・前掲(の1) 94頁以下、三谷・前掲注(3) 頁02頁以下等が詳しく分析している。
- 7) 暫定効説と再審訴訟の訴訟物論との関係であるが、訴訟物一元説は暫定効説を採用しないというものでもない。一元説によれば、原判決に対する取消しの裁判に関係なく自動的に既判力が消滅すると説く。例えば、担保法の斎藤和夫教授はかつて一元説を詳論したことがあるが、その時の説明によれば、判決は未来永劫に確定するものではなく、再審による取消しを留保して確定するというものであった(斎藤和夫「再審手続の訴訟物(三・完)」法学研究47巻9号72頁以下〔1974年〕)。

確かにこのような考えで再審制度を説明することは説得力があるが、これは本稿の視点でいうならば、既判力そのものを暫定的な効力として考えるものである。しかし、このような見解には次のような疑問がある(拙稿・前掲(の1) 100頁)。第1に、再審という極めて例外的な事象に注目して、そのような留保条件を一般の判決の確定概念に組み入れる姿勢である。第2に、条件的な構成はいたずらに理論を複雑にする。第3に、既判力の効力はそもそも条件になじまないものである。したがって判決の確定とは未来永劫に確定するものであり、ただ例外的に再審事由の存在を認定した決定や判決によって取り消される場合があると考えべきである。すなわち、取消権的な構成の方が素直であり、簡明で分かりやすい。

- 8) 加波・前掲注(2) 頁18頁注20。なおこの説は訴訟物二元説であり、旧法では通説であり、一元説が挑戦した学説である。再審は原判決を取り消して原裁

- 判をやり直すものであると理解するならば、二元説はそのようなことを示すのに最も適したと評価することができる（拙稿・前掲（の1）99頁以下）。
- 9）加波・前掲注（2）18頁注20。なお加波慎一「新民事訴訟法における再審訴訟の手續構造」北九州大学法政論集25巻1号31頁以下（1997年）は、旧法時代の議論と新法との関係を詳しく分析し、旧法の議論がそのまま現行法に通用しないことを詳論する。
- 10）現行法において訴訟物一元説と二元説の対立状況については、山本・前掲（の1）75頁が詳しく分析している。ところで研究会新民訴・前掲注（3）466頁において、青山善充教授と鈴木正裕教授が現行法と一元説（本案訴訟説）との親近性を説いている。これに対して、伊藤眞教授は以下の本文で引用したような反論を主張している。竹下守夫教授はこの対立について、次のような言葉で締め括っている。「全体としては、一元説に馴染みやすくなってきたことは間違いないように思いますが、しかし、これでもう決定的かと言われるれば、おそらく学説上は両説あり得るだろうと思います」（466頁以下）。
- 11）伊藤眞『民事訴訟法〔第3版〕』683頁（有斐閣、2003年）。なおこれに先立って、伊藤教授は二元説を説いている（676頁以下）。
- 12）研究会新民訴・前掲注（3）466頁。
- 13）上田・前掲注（1）604頁。
- 14）加波・前掲注（9）12頁。この説についてはこれ以外に、同30頁、加波・前掲注（2）18頁等において詳論されている。
- 15）拙稿・前掲（の1）101頁以下。
- 16）加波・前掲注（2）18頁注20。
- 17）拙稿・前掲（の1）94頁以下。

### Ⅲ 私見の新たな展開と加波教授への回答

加波教授は の2で紹介したように、私見に対して厳しい批判を展開した。私見に対して致命的とも思える鋭い指摘のために、正直なところ答えることは困難である。しかし、私見に対する批判において私見を誤解されていると思える箇所がないわけではないし、加波教授の補足説明によって、加波説に対する私の疑問がすべて氷解したわけでもない。また私見についても、その理論の発

展の可能性が完全に断たれたというものではないように思う。そこで後向きの議論にならないように注意しながら、お互いの理論のより一層の発展を念頭において、私見の立場からの回答をまとめてみた。

なお回答や意見表明に先立ち、それらの総論として、私見において従来考察していなかった再審開始決定の申立てについて、私見を補充する意味で論じることとする。次に各論としての回答や意見表明であるが、この種の論争では、ともすれば答えやすい批判だけ答えて、答えにくい批判は留保したり無視することがないではない。そのようなことにならないように、以下では加波教授が拙稿について言及している箇所のすべてについて、回答したり意見を述べたつもりである。換言すれば、それ以外については本稿では論じていない。

## 1 再審開始決定の申立て 私見の補充と新たな展開

確定した再審開始決定には既判力停止効が伴うというのが私見であり、私見の発表に際してはその根拠の説明や論証は行ったが、再審開始決定のための当事者の申立てについての問題は考察することがなかった。論じなければならないと感じながらも、紙幅の関係や時間的に余裕がなかったからである。そこで以下では次のような問題を念頭に、再審開始決定の申立ての内容と性質について考察し、私見を補充するとともに、私見の新たな展開の可能性を考えることとする。再審開始決定を得るためには当事者の申立ては必要なか否か。必要とすれば、その申立ては再審の訴えの訴訟物なのか否か。訴訟物でないとする、その申立てに対する判断のための手続はどのようなものと理解すればよいのか。

### A 再審開始決定の申立てと訴状への記載

再審開始決定を得るために当事者の申立てが必要である。処分権主義の原則から当然のことであり、そもそも勝手に裁判所が再審開始決定を行っているのではなく、当事者の再審の訴えに基づくものである。したがって、問題は再審の訴えにはそのような申立ての記載が必要か否かということである。すなわち、旧法では一体的な手続構造のため再審手続の開始について裁判所が明示の裁判

をする必要がなかったが、新法では段階的手続の導入によって再審開始決定が下されるのであるから、そのようなことを申立てとして訴状に記載しなければならないのかということである。あるいはそのようなことを要求する新たな実務慣行を確立すべきかという問題である。訴状に記載すべき文言については法に規定されていない以上、従前の実務の慣行は尊重されるべきであり、従前の書式や取扱いを前提にして考えるべきである。すなわち、申立ての直接の記載は必要なく、再審の訴状の文言の背後にいわば黙示的に含まれていると考える。なぜならば、原判決の再審理を求めることは、現行法の段階的手続構造のもとでは先ず再審開始決定を得ることであるから、再審の申立ては再審開始決定の申立てを当然含むものでなければならないからである。このように考えると、再審開始決定の申立ては黙示の申立てとして扱わざるをえない<sup>18)</sup>。

## B 再審開始決定の申立てと再審訴訟の訴訟物

再審開始決定の申立ては訴訟物ではない。再審訴訟の最終目的は、通常の訴訟と同様に（従前の）原告の請求である一定の権利・義務若しくは法律関係についての裁判所の判断である。そうであるならば、その最終目標こそが再審訴訟の（本案の裁判の対象である）訴訟物である。したがって、それ以外の判断事項は、たとえそれがいかに重要であっても訴訟物ではない。おそらく再審訴訟の訴訟物について一元説の説明もこのようなものであろうから、私見は訴訟物一元説ということになる。問題は二元説であるが、二元説は再審手続開始後の確定判決の取消しの要求を訴訟物と考えるから、その前段階である再審開始決定の申立ては訴訟物と考えないようである<sup>19)</sup>。したがって、一元説も二元説も再審開始決定の申立てを本来の再審の申立てとは異なるものとして理解し、それ以上に特に検討する必要はないとの考えでは一致している<sup>20)</sup>。

しかし、再審開始決定の申立てが訴訟物でないからといって、決定に至るまでの手続について、それがどのような手続であるかを理解する必要はないとはいえない。なぜならば手続の法的な性質が不明であると、具体的な訴訟活動の指針が得られないことになるからである。また再審開始決定前の申立てと後の申立てはその内容が異なるにしても、既判力の観点からすると、両者の関係は

理論的に検討されねばならない。既判力がいわば原判決の取消し判決を待つことなく、再審手続中に停止するからである。この場合に、単に申立てが異なるというだけでは解答にならないのは明らかである。 で見たような説明が必要である。

### C 第1段階手続の形成訴訟的性格

第1段階の手続について、私は形成訴訟に準じて考えるべきであると思う。再審開始決定の申立ては再審訴訟の訴訟物にならないから、形成訴訟としては考えられない。しかし、実質的に見ると形成訴訟と類似するから、形成訴訟に準じて扱われるべきである。その理由は次の通りである。

第1に、再審手続の第1段階では、再審開始決定のための要件である再審事由は、訴訟物と同様な役割を演じているからである。すなわち裁判の対象であるし、当事者間での一番の関心事であり、最大の争点であるからである。これは訴訟物と異ならない。したがって第1段階だけで手続が完結するのであれば、訴訟物と解することについて反対は少ないと思う。訴訟物でない理由は既述のように、第2段階を含めて再審訴訟の訴訟物を考えるからである。要するに形式的には訴訟物ではないが、実質は第1段階では訴訟物であるから、できる限り訴訟物として扱うべしというのが私見である。

第2に、第1段階の裁判対象と再審訴訟の訴訟物との間に密接な関連性が存在するからである。民訴法345条2項で棄却されるのは第1段階の申立てだけなのか、さらに第2段階の申立てを含めるのかという問題があるが、第1段階の申立てだけだとすると、他の申立てが残存してしまう。第1段階での棄却決定は第1段階の申立てだけでなく、第2段階の申立ても含むと考えざるをえないが<sup>21)</sup>、それは第1段階の申立てと第2段階の申立て（訴訟物）とが密接な関係にあることを意味する。そうであるならば、第1段階の申立てと第2段階の申立てとは異なるにしても、第1段階の申立ては第2段階の申立てに準じて扱われるべきである。

第3に、再審開始決定の確定によって原判決の既判力は活動を停止するが、これは明らかに裁判による権利変動であるからである。裁判による権利変動は

形成力によって説明せざるをえないし、その淵源を第1段階の裁判対象である再審事由に求めるならば、これは正に形成訴訟と同じ構造である。もちろん、このような説明は再審開始決定には既判力停止効が生じるという私見を前提にしていると批判があろう。しかし、私見を支持しなくとも、第1段階手続が形成訴訟的であることは否定できないように思う。このような理由から、第1段階手続は形成訴訟に準じて考えても、決して不当ではない。

#### D 訴訟物に準じるもの

形成訴訟に準じて考えるということは、一方では判決手続でないことを許容し、他方では当事者の手続保障を要求する。第1段階は決定手続であり、再審開始の決定をする場合に相手方を審尋しなければならないが(民訴法346条2項)、第1段階手続が形成訴訟に準じたものと考えることによって説明がつく<sup>22)</sup>。第1段階の手続は形成訴訟に類似し、再審訴訟の先駆的な役割を演じていると考えたとすると、再審訴訟とは本来の訴訟とその先駆的な形成訴訟的な手続の合体ということになる<sup>23)</sup>。これは通常の訴訟の形態とは大いに異なるが、それが再審訴訟の特質と考えるべきである。訴訟物でないから訴訟物と同様に扱う必要はないとの結論を出すべきではない。つまり無理に既存の概念に当てはめて、そのいずれかで説明しなければならないというものではない。通常の民事訴訟は段階的手続構造ではないから、段階的手続を通常の民事訴訟の視点で考えるべきではないし、そもそもそれでは妥当な結論が説明できないからである。そこで第1段階の手続の裁判対象は訴訟物ではないが、訴訟物に準じて考えるというのが実態に即応して一番素直な見方ではないかと思う。

このような見方は単に現象を記述しただけであって、意味がないとの意見もある。しかし、民事訴訟の理論において、このような発想で形成された有力な理論は少なくないから、「訴訟物に準じるもの」という新しい概念で説明するという手法は、決して牽強附会でもないし、珍しいことでもない。例えば、境界確定訴訟の判例・通説の形式的形成訴訟説を挙げることができる。この説は妥当する結論を説明するために、訴訟ではあるが実質は非訟事件であるとの理論である。同様な例は既に 3 で述べたことではあるが、民訴法46条の裁

判の効力についての通説・判例の参加的効力説や任意的当事者変更の特殊行為説に見ることができる。前者は既判力では説明できないとして、法が認めた特別な参加的効力であると説いている。後者は旧訴の取下げと新訴の提起の合体では説明できないとして、特殊な行為であるとしている。要するに、既存の概念を拡張させるという手法ではなく、個々の場面においてそれぞれの特質に対応した理論が形成されているということである。

## 2 再審と通常訴訟

加波教授の私見に対する批判は、多角的で詳細なものである。以下では教授の批判の順序に従い、その全文を掲げ、それに対して私の意見を述べることとする。項目名は の1で述べたように、私が付したものである。なお以下では前記（ の1）と注9の加波論文は下記のように表記し、加波教授の文章を引用した際には、原文の文献の表記はこの表記によって修正した。その意味では本稿での加波教授の文章の引用は原文通りではない。また原文は縦書なので、本稿では引用に際して原文の漢数字は算用数字に修正した。個々に修正内容を注記すると煩雑になるし、そもそも内容的な改変ではないので、このような引用方法も許容されるのではないかと思う。

坂原は、前記（ の1）での拙稿。

加波は、前記（ の1）での加波論文。

加波・原理研究は、前記（ の1）での加波教授の著書。

加波・前掲注（9）は、本稿の注9に引用した加波教授の論文。

さて加波教授は私見の既判力停止効説の問題点として、既判力の制約が再審訴訟に限定されることを指摘して、次のような批判を展開する（加波・890頁以下）。

「…再審事由の機能に関する見解（私見）について、同様の見解を展開するものとして、坂原（正夫）説がある。坂原説では、再審事由の存在により、既判力が停止される、という表現が用いられているが、前訴確定判決

の既判力を取り消すというのではなく、その既判力を制約するという点では大差ないように思われる。ただ、そのような機能は、再審手続でのみ生じる、と考える点が、私見との大きな差異である。

つまり、一般論としては、このような瑕疵の存在自体が前訴確定判決の既判力の停止をもたらすことはないが、再審手続というのは、確定判決を再審理するための手続であるため、その手続内に限っては、そのような瑕疵の存在が認められるとそれが停止効を生じさせる形成原因とされ、再審開始決定という形成的裁判の結果、その停止効が認められる、との主張である。

この見解では、私見のような展開にはならず、再審事由という瑕疵が既判力の正当性の瑕疵となり、その効力に影響するという点では同じでも、その存在自体からそのような影響を直接認めるのではなく、それを形成原因とみて、形成的裁判を経ることではじめて、その影響が顕在化されると考える。そのため、再審事由という瑕疵の存在が既判力に影響を与えるのは、あくまで、再審手続内に限定されることになる。この見解は、再審事由ごとき瑕疵で既判力が直接影響を受けるという考え自体、法的安定性という観点からは問題である、という考えが基本にあるように思われる。したがって、あえて、再審事由という瑕疵の存在を形成原因にとどめたものと思われる。

しかし、同じ手続的瑕疵でありながら、通常手続では、既判力に何らの影響も与えないものが、なぜ、再審手続では、既判力の停止という効力をもたらすような瑕疵として扱われることになるのであろうか。再審手続では、この瑕疵は形成原因となるからというのは、この瑕疵の影響を再審手続内にとどめようとするための形式論理に過ぎず、上記の差異を十分説明するものにはなりえないのではないか。この点に、釈然としないものを感じる。」

私見が既判力の制約を再審手続内にとどめる理由は、それで必要にして十分であると考えからである。確定判決に対して疑義が生じた（再審事由の存在が認定された）から、再審理を行うのが再審である。そうであるならば、再審理には既判力が障害になるから再審理のためにだけ既判力を停止させるということであり、単純明快である。そもそも再審手続に制限することなく、既判力

を失効させることは妥当性を欠く。既に加波説に対する問題点として の3で述べたことであるが、再審訴訟が本格的に始まるという段階で、既判力を否定するのは結論の先取りであるし、確定判決が有する法的安定性を弱めるという点で問題である。また判決手続によって形成された既判力を決定手続で消滅させるのではバランスを欠くし、当事者の手続保障という点で問題である。要するに既判力を全面的に失効させる基礎が十分でないということである。

加波教授の見解、すなわち再審事由を手続保障欠缺をもたらす瑕疵として評価して、再審事由の存在は既判力の拘束力の正当性の根拠を失わせるものであるとの見解は卓見であり、学界にとって貴重な発見である。これによって既判力の無効と再審の関係が明らかになったと評価することができる。しかし、そのように考えたとしても、それによって直ちに既判力が失効するというのは論理の飛躍があるように思う。その前にいかなる瑕疵を既判力の正当性の瑕疵として評価するのかという問題と、そのような評価に対してどのように対応するのかという問題があるであろう。具体的にいうならば、瑕疵は再審事由に限定されるのか、瑕疵によって生じる効果は、例えば株主総会決議の瑕疵の対応にみられるように、無効なのか、それとも取消し事由なのかということである。このように考えると、既判力が失効するとの結論の他に、再審訴訟に限定して既判力が制約される（既判力停止効の発動）という見解も成り立つと思う。

加波教授は私見のような考えを「形式論理に過ぎない」と批判するが、私見は結論を根拠づけるための形式論理ではなく、上記のような「制度の論理」ではないかと思う。さらに加波教授は、瑕疵事由が通常手続と再審手続とでは取扱いが異なる点を問題にされるが、それは、「再審事由の再審訴訟外での主張の可能性」を認め、「通常訴訟手続に、実質的に、再審を組み込み、内在化することを理論化」するという教授の強い信念を前提にする（引用は加波・889頁）。したがって、再審と一般訴訟とを統合的に考察しようとしなければ、通常手続と再審手続とで取扱いが違ってても不当ではないし、問題にはならない。そもそも再審事由を再審訴訟外で主張する必要があるのか、また望ましいのかは議論が分かれるであろうし、それを肯定したとしても、単に再審の訴えが提起され

たとえれば済むのではないだろうか。

### 3 裁判所の認定の効力

加波教授は「…私見について、若干の誤解があるようなので、この場を借りて、反論の意味も込めて、私見についていくつか補足説明を行っておきたい」と述べて、4項目に分けて意見を述べている（加波・893頁注41）。

「確かに、私見と坂原説との違いは、再審事由を再審訴訟（手続）以外の通常手続でも主張することにより、そこで既判力の制約という効果を生じさせることを認めるか否か、ということにある。しかし、さらに、坂原論文が、一元説は『裁判所の判断によって再審理が可能になるという点を看過している』と論じ、あたかも、私見では、裁判所の再審事由存在の認定・判断がなくても再審理を認めているかの書き方をしている（坂原・103頁）が、その点は誤解である。私見でも、裁判所が再審事由の存在を認定するという判断を経て初めて、再審事由の再審理機能が生じると解するのであり、その点は明記したつもりである（この点、加波・前掲注（9）12頁）。」

加波教授は指摘されているように、「再審事由〔の存在〕が認容・確定される」ことを再審理の条件にされているので（加波・前掲注（9）12頁、〔 〕は筆者の加筆）上記の主張は正しい。しかし、私見はこの点に関して加波説をそのようなものではないと理解し、誤解したものでない。重要な点は裁判所の判断は確認なのか、それとも形成なのかということである。裁判所の判断によって新たな効果が発生するのであれば、それは形成的な判断ではないかというのが私見である。もし形成的でないとするならば、裁判所によって再審事由の存在が認容・確定される以前にも、既判力の失効は主張できることになる。そうであるならば、再審手続の第1段階における認容・確定という条件は、それほど重要でなくなるはずである。これが裁判所の判断は確認であると考えた説に対する疑念であり、このような見解に立って、私は加波教授が指摘した箇所を執筆した。いずれにしても再審訴訟において形成的な性格をすべて取り除くことはできないのではないかと思う。もっとも判決無効の議論に関して、再審事

由以外に確定判決の瑕疵の事由が存在するのか、再審訴訟において再審事由の存在が認容・確定されないと常に再審理することはできないのかといった問題があるから、正確には上記の答えのように簡単に済むわけではない。しかし、そのような場合は例外的なものとして別に考察することとし、再審訴訟の原則は上記のような形成的なものではないかと思う。

#### 4 取消し的な要素を有する裁判

加波教授は次のように述べている（加波・893頁注41）。

「私見も、現行再審手続において、原判決を形成的に取り消すという要素が存在することを否定するものではない（この点、加波・前掲注（9）14頁、加波・原理研究228頁）。したがって、そのことをもって独自の訴訟物を形成するといつか否かに、現行法でも（再審訴訟の訴訟物についての、いわゆる）二元説をとるかどうかがかかっていると考える。私見が批判するのは、再審事由を独自の訴訟物とみて、しかも、その機能を前訴確定判決取消事由と解する二元説であり（従来二元説という場合はこのような説を意味していた）それを認めることは、現行法では難しいのではないかと主張しているわけである。現行法でも、原判決を取り消すという要素を強調して、そこに独自の訴訟物を構想し、二元説とするという考え方自体を否定するものではない。ただ、その場合は、そこでいう訴訟物は何か、ということが問われることになると考えている。」

ここでは私見が引用されていないので、私見を述べる必要はないが、次のような疑問が生じる。二元説のように再審事由を独自の訴訟物とみたり、その機能を前訴確定判決取消事由と考えることが問題であるならば、それらは全く評価する必要がないのかということである。すなわち、「原判決を形成的に取り消すという要素が存在することを否定するものではない」のであれば、取消し的な要素を再審原理の中に組み込まなくてよいのかということである。取消し的な要素と再審事由は、再審事由であると考えることとの調整は必要ないのかということである。訴訟物とは何かという問題に関連するが、訴えは一般に

は判決の効力を求めて提起されるものであり、判決要求の中核をなすのが訴訟物であると解されている。そうであるならば、取消的要素を多少とも考慮すべきではないかというのが私見である。すなわち、取消的要素は訴訟物にならないが、再審の第1段階では訴訟物に準じて考えるべしということである(の1)。それが段階的構造の再審の特質と考える。

## 5 再審請求の棄却と再審の上告制度との類似性

加波教授は民訴法345条2項について、次のように述べて、一元説にとって不都合な規定ではないとする。そもそもこの規定は、再審を上告制度に類似したものとして考える根拠になると位置付ける。(加波・894頁注41)。

「再審事由が認められないときは再審請求の『棄却』決定が下される、との規定(345条)の存在は、再審を上告類似のものともみ一元説からは問題ではないか、という指摘がある(坂原・96頁、...)。確かに、疑問の趣旨は理解できる。しかし、この規定はすでに論じたように(加波・前掲注(9)14頁、36頁)まさに、再審を上告に類似して考えるべく作られたものと評価すべきであろう。なぜなら、上告理由が認められないときは上告棄却となるから(317条2項・319条)それに準じて規定したものと解されるからである。上告理由が認められないときは上告棄却とされることから、まさか、上告では上告理由が独自の訴訟物を構成すると解する見解が一般的見解である、などとはいわないであろう。」

加波教授が主張される通りであろう。その主張は二元説からの批判に答えるという消極的なものではない。教授は民訴法345条2項は一元説のお荷物ではなく、反対に一元説の根拠になることを積極的に見事に論証している。しかし、疑問がないわけではない。上告理由が認められないと上告が棄却されるし、上告理由は訴訟物ではないということはその通りであるが、しかし、再審の場合に問題なのは、再審は上告と異なり訴えであるということである。再審事由は請求(訴訟物)でないにもかかわらず、再審事由の存在が認められないと再審請求が棄却されるというためには、さらに何等かの説明が必要のように思う。

すなわち、上告に類似しているとの説明だけでは十分ではない。訴訟物について判断したのではないにもかかわらず、請求（訴え）が棄却されるからである。なお付言すれば、引用された私見は二元説からの批判の可能性を指摘したものであって、私自身が批判を支持しているというものではない。既述のように（の1）私見は再審の第1段階の手続は形成訴訟的であり、再審事由は訴訟物類似のものとする。上告理由と上告との関係もそのように考えるべきかもしれないが、ただ上告の場合は既判力が存在しないから、既判力の作用停止を考えて再審のように形成的に理解する必要はない。

## 6 特殊な形成訴訟

加波教授は次のように私見の方法論を厳しく批判される（加波・894頁注41）。

「坂原論文は、再審を『訴訟上の形成訴訟』という『特殊な』形成訴訟と解すれば、二元説批判は全く成立しなくなる、という（坂原・97頁）。もし、そういうのであれば、同時に、一般的な形成訴訟に比べて、具体的に、どういう点が『特殊』であり、かつ、その『特殊』さをどういう根拠・理論でもって説明するのか、が問題となろう。再審という制度の『特殊さ』を理論的に説明しようと努力しているときに、それらは全て『特殊な』手続だから、といて答えるのは、『特殊』というマジックワードへの理論的逃避にすぎず、問いに対して問いで答えるようなものに過ぎない、というべきではなかろうか。」

教授の私見への批判はもったなことである。教授の再審における形成訴訟説批判は鋭い分析に基づくものだけに説得力があり、納得のいくものである。しかし、それは実体法上の形成訴訟では再審は説明できないということである。それでもって、再審における形成訴訟の可能性をすべて否定するのは問題ではないだろうか。既に述べたように（の1）、民訴法の多くの場面での学説の展開を見てくると、先ず既存の概念で説明し、それが十分でない新たな概念によって説明する動きが看取される。そのようなことから、常に一般的な理論によってのみ個別具体的な訴訟現象を説明することにためらいを感じる。その

場面に適した理論の構築が試行されてもよいのではないかと思う。

さらに形成訴訟の場合に問題なのは、一般理論が十分に確立していないという事情である。換言すれば、形成訴訟についてはその種類や内容について、新たに発展的に考える必要があるように思う<sup>24)</sup>。したがって、既存の形成訴訟だけでなく、私見の既判力停止効説のように、当該手続内でしかも当事者間しか通用しない新たな形成訴訟というものが考えられてもよいのではないかと思う。

## 7 既判力本質論と再審事由

加波教授は、次のように私見の矛盾を鋭く指摘する（加波・891頁）。

「…坂原教授は『既判力論』について『当事者意思説』というものを主張される。そこでは、『当事者の意思に反した裁判がなされた場合には、その裁判の既判力を否定すること』を主張され、そこから氏名冒用訴訟や判決の詐取（騙取）の場合に、既判力は『生じない』と主張される。同様に、無権代理の場合も既判力は『生じない』とし、無権代理を理由とする再審事由について、これは『法がこの場合は判決の無効と考えている』ものと論じる。この主張は、再審事由は単なる既判力停止効をもたらすものすぎない、とする上記坂原説の主張と完全に矛盾する。それとも、この既判力論は、この再審事由の機能論によって修正されたのであろうか。筆者は、当初この『当事者意思説』の上記説明の部分を読んだとき、判決無効の事由と再審事由との関係を調整する方向での議論が今後展開されるのかとの期待を持った。しかし、こうなってくると、改めて、再審と判決無効との関係につき、坂原説ではどうなっているのか、問題提起せざるを得ない。」

「再審の手続構造」（の1）を執筆した際には（1998年）既判力本質論での自らの主張は全く考慮しなかったし、「即判力について」という論文で既判力本質論を考えた際には（1991年）再審制度を深く考えなかった。無視したのではなく、気が付かなかったのである。加波教授の指摘を受けて、判決無効と再審との関係の重要性に気が付いた。この点の考察が欠落していたことに対して、それぞれの論文の読者に申し訳ないと思っている。しかしながら、かような考察を欠いていたとしても、判決無効と再審とは原則としてそれぞれ別個の

独立した問題であると考えるならば、加波教授の批判は私見に対して有効ではないし、私見の既判力停止効説が理論的に大きな欠陥を有しているとは思えない。さらに私見の既判力停止効説は再審事由を個別に検討したのではなく、現行法の再審手続の構造から一般原則を述べたものであって、再審事由のそれぞれの特性を考慮していない。したがって再審事由によっては、単なる既判力停止効ではなく既判力失効という効果が生じる可能性を否定するものではない。また加波教授は、既判力停止効説は既判力本質論における私見の当事者意思説と「完全に矛盾する」と批判されたが、それは私自身の理論体系の整合性の問題であって、当面の問題である既判力停止効説に対する直接の批判にはならない。しかも私には、加波教授の見解とは異なり、後述のように既判力停止効説と既判力本質論での当事者意思説とは、「完全に矛盾する」とは思えない。

加波教授は私見を鋭く批判するが、それは教授の主張と無関係ではない。教授は判決無効と再審との問題を統一的に考察し、両者の等質性を強調され、再審手続での規制を一般手続に及ぼすべきであると主張されている。私見に対する批判は、正にそのような観点からのものである。したがって加波教授が私を詰問したように、問題は判決無効と再審との関係をどのように考えるかということである。両者は従来、互いに他方を意識しながら別々に論じられてきた問題である。しかも、判決無効の問題が再審で完全にカバーできるという状況ではない。また判決無効の事由と再審事由を比較すると、概して判決無効の事由の方が重大な瑕疵である。このような状況からすると、両者を統一的に考察し、個々の場面での要件を調整する必要があるにしても、直ちに一体化することには疑問を感じる。むしろ判決無効と再審とは別々にそれぞれの要件や論理で考えることの方が、多様な解決策が展開するという为好ましいように思う。例えば民訴法114条1項がありながら、判決理由中の判断の拘束力をめぐって、判例・学説は争点効理論、信義則理論等の多彩な理論を展開させたが、このことは想起されてよいであろう。

なお加波教授は両者を統一的に考える必要性として、判決無効と主張すれば、何の制約も受けることなく当該判決について審理が開始されることを問題点と

して挙げられる（加波・887頁以下）。しかし、事柄（瑕疵）の重要性から判決の正当性に疑問が生じている以上、審理せざるをえないことはいたしかたないことであるし、既判力が生じないことを主張すること自体は既判力には抵触しないから、瑕疵があったとの主張を審理すること自体は問題はない。今日では、時には主張が認められるとは思えない荒唐無稽な訴えが提起されるようなことがあるが、そのような場合にも、被告は最低限対応せざるをえないのであるから、判決無効の主張がなされた場合にも、相手方としては対応しなければならないことは甘受すべきことではないだろうか。判決無効の主張を認めたからといって、判決無効の理由が薄弱であったり、そのための証拠が十分でなかったりすれば相手方の負担は少ないはずである。

もっとも両者は別個独立のものであるといっても、再審事由を抽象化すると、少なからずの場面で判決無効の場合と重なり合うことは否定できない。しかし、再審とは別に判決無効理論を認める以上、それぞれの視点で考えて処理するのがベターのように思う。すなわち判決無効と評価できるのであれば判決無効という方法を、再審事由の拡張と評価できるのであれば再審という方法を、両方が認められるのであれば両方を、それぞれ認めてよいのではないかと思う。どちらか1つでなければならない、ということではないからである。具体的にいうならば、氏名冒用訴訟や判決の詐取（騙取）の場合には判決無効と考えるにしても、再審による救済方法を否定する必要はない。確かに無効判決でありながら再審を認めることは無効な判決を再審で取り消すという理論的には説明できないことになるかもしれない。しかし、判決が無効か否かは見解が分かれるところであるし、判決無効の理論は再審制度を経由しない特別な救済方法ということを考えるならば、当事者が再審という方法を選ぶ場合には、それを尊重すべきである。判決が無効であるという理由でそれを認めないならば、それは不当である。また判決無効理論は別訴において判決の無効を主張するのに便利であるし、再審は当該判決の内容の変更を希望する場合に便利であるから、その選択は当事者に任せればよい。どちらかでなく、どちらでもということである。もちろん二重起訴の禁止の原則の趣旨から、両方同時にということも認め

られない。

このように考えると、両者を区別して別々に論じることが決して不合理ではないように思うが、ある事項が無効事由でもあり、同時に既判力停止事由でもあるということでは説得力に欠ける。加波教授が批判されたように、体系的には矛盾であり、その場限りの単なる思いつきにすぎないということになる。しかし、私見は再審開始決定の効力として既判力の停止を主張したものであって、再審事由に該当する事実が判決無効をもたらすことはないとは述べていない。そもそも再審事由と判決無効の要件が一致していても、判決無効理論の場合は判決手続で、再審の場合は決定手続で審理するから手続が異なる。手続が異なる以上その効果は異なると考えたとしても、それは手続保障の違いということで説明は可能である。そうして再審と判決無効のそれぞれの手続の違いから、それぞれの存在理由を認め、いずれを選ぶかは当事者に委ねると考えるならば、判決の無効と既判力停止効は矛盾なく両立する。

私見は何度も述べてきたことであるが、本案に先立つ決定手続だけで既判力が失効する点を問題にする。決定手続での再審事由の存在の認定だけで既判力を否定し、別訴での既判力に反する主張を認めることは、再審訴訟の結論の先取りである。それはとりあえず既判力の失効を暫定的に認める説（の1のA）と大差ないように思う。しかも既判力を否定する主たる理由が審理のためであるのであれば、全面的に既判力を失効させる必要はない。したがって既判力を一時的に停止させればよい。しかし、既判力停止効説は既判力の否定を本案の裁判の後まで延ばすものであって、既判力の失効を否定するものではない。再審が開始されて、裁判所が原判決の無効を確認して本案の判断をし、その内容に応じた必要な判決を下すことによって、既判力は失効すると考えるものである。

要するに既判力失効説と私見との争点は、いつの時点で既判力の失効を考えるかということである。私見は再審本案の判決手続において、確定的に既判力の問題に決着をつけるべきであるという立場である。こう解することによって再審事由で判決無効事由に該当するものは、判決無効という理由による手続と

再審による手続とで取扱いは一致する。既判力本質論を主張した当時は、再審は段階的構造ではなかった。再審は一体的な手続構造から段階的手続構造に変化したことによって、再審事由の有する意味が変容したと考える。このように考えれば、私見は「完全に矛盾する」ことにならないのではないかと思う。

18) 青山善充教授は再審の訴えの「確定判決の取消しを求める」、「本案についての相当な裁判を求める」という2つの申立ての中に、まず、黙示的に「再審事由があるから再審手続を開始してほしい」という申立てが含まれていると理解すべきであろうと述べている(「研究会新民訴・前掲注(3)456頁」)。

19) 伊藤教授は二元説を支持するが、民訴法345条2項で棄却する請求と348条2項で棄却する請求とは異なると説いている(「研究会新民訴・前掲注(3)460頁」)。これは、つまり再審開始手続の開始決定前の申立てと後の申立てが異なるということであろう。

20) 再審開始手続の開始決定前の申立てと後の申立てとは異なると理解するのは、再審事由が存在したからといって原判決が取り消されたり、相当な裁判がなされたりすることではないからである(「研究会新民訴・前掲注(3)456頁」)。

21) 民訴法345条2項の棄却決定で棄却されるものについては、研究会新民訴・前掲注(3)459頁以下で論じられている。

22) 再審の段階的手続構造は、いわゆる検討事項で提案されたものであるが、「賛成の意見が多数であったが、反対の意見も相当数の団体等から寄せられた」とのことであった(柳田幸三=始関正光=小川秀樹「民事訴訟手続に関する検討事項に関する各界意見の概要(13)」NBL524号44頁〔1993年〕)。賛成の中に付された意見として紹介されたものは、再審事由の存否の審理は必ず審尋をしなければならない、再審開始決定には不服申立てを認めない、手続の順序は裁判所の裁量の余地を認めるべきである、再審事由の存否に関しては必ず中間判決をすること等である。反対意見の理由として紹介されたものは、再審事由は再審訴訟の中核であり公益に関係し請求原因事実に相当するから決定手続は適当でない、再審事由の存否の審理と本案の審理は密接な関連があるから手続を区分すると審理が重複する可能性がある、事件が上訴審と往復し審理が長期化するおそれがある等である。

改正要綱試案の段階的手続については、「反対意見もあったものの、寄せら

れた意見の圧倒的多数は賛成の意見であった」とのことであった（柳田幸三＝始関正光＝小川秀樹＝萩本修＝花村良一「民事訴訟手続に関する改正要綱試案に関する各界意見の概要（9）」NBL569号47頁〔1995年〕）。もっとも賛成の中には、再審事由の存否の審理は審尋を必要とし、再審開始決定に対して不服を申し立てられないことを賛成の条件とするものがあつたと報じられている。反対意見の理由は、再審事由の存否の審理は口頭弁論において判断されるべきであるというものである。その他の意見として、再審裁判所に移送を認める規定の必要を説くものがあつたとのことである。なお改正要綱試案に対して、小林秀之教授は、「再審開始決定を行うには両当事者の審尋を行うことを必要とする」と主張した（倉田卓次ほか「民訴法改正『要綱試案』の検討（3・完）」判例タイムズ877号82頁〔1995年〕）。

このような議論から分かることは、改正議論の中心の論点は、段階的手続の第1段階の手続である再審事由の存否の審理は決定手続でよいのか、その場合に当事者の手続保障をどうするのかということであった。このための配慮と思われるが、改正要綱にはいわゆる検討事項や改正要綱試案にはない「再審開始決定をする場合には、相手方を審尋しなければならないものとする」という項目が付加され、それが民訴法346条2項となった。立法者はこれで当事者の手続保障に対する危惧に答えたということであろう。しかし、口頭弁論手続によるべしと主張した者には不満が残る立法である。

なお段階的手続に関しては、刑訴法446条から448条、同450条及び451条を参照すべしとの文言が付されていた（法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続に関する検討事項』66頁〔法務省、1991年〕、同『民事訴訟手続に関する検討事項補足説明』67頁〔法務省、1991年〕）。この点に関して斎藤秀夫『新民事訴訟法解説』382頁（第一法規、1997年）は、新法の再審は「より合理的である刑事訴訟法の審理方法...を導入したものである」と述べている（393頁）。刑訴法の段階的手続の導入に関して坂口裕英教授は、今回の改正は安易な刑訴法の審理方法の追従であり、そもそも刑訴法の審理方法自体に問題があると指摘した（石川明＝高橋宏志編『注釈民事訴訟法（9）』103頁以下〔有斐閣、1997年〕）。

- 23) 再審の段階的な手続構造に関して、訴訟物を並列的ではなく直列的に考えることについては、拙稿・前掲（の1）107頁注18や、同「境界確定訴訟について」法学研究72巻12号39頁以下、49頁注32（1999年）で述べたことがあ

る。

24) 形成訴訟について、ゲルハルト・リュケ著、坂原正夫＝田原有里訳「離婚権の放棄」の「訳者後書き」において、次のように述べたことがある（法学研究69巻5号121頁以下〔1996年〕）。このことは今日でも通用するように思う。

「形成の訴えは今日でも必ずしも概念が明確ではないし、理論的検討も行き届いていない。それは、この訴えがいわゆる訴訟の三類型の中で一番最後に登場した訴えであり、給付の訴えや確認の訴えのように一般的に認められる類型ではなく、法律が個別に規定している訴えであることに起因する。すなわち、成立の経過からして性質も内容も異なる種々雑多なものが形成の訴えとされ、形成の訴えの統一的理解を困難にしているのである。このような状況を打破するためには形成の訴えをさらに分類し、異同を明らかにする必要がある。そこで例えば、一般には実体法上の形成の訴えと訴訟法上の形成の訴えという区別がなされているが、本論文で述べられているような『真性な形成の訴えと不真性な形成の訴え』という区別も、また今後の形成訴訟の研究に重要な役割を演じるものと思う。」

#### IV おわりに

加波教授の指摘された問題点について逐一回答を考えてみたが、当初の予想に反して非常に困難な仕事であった。加波論文を初めて読んだ時には、私見からの反論は一見簡単そうに思えたが、当時は回答を執筆する時間的な余裕がなかったので、そのままにしていた。この度、夏休みに多少の時間的な余裕ができたので再度読んでみると、簡単に反論できないことが分かった。加波説の重厚さと自説の軽薄さを再認識することになった。このまま黙っていたのでは、加波教授の批判を放置したと言われても仕方がないと思った。そこで全面降伏でないという意味で、回答を考えてみた。

確かに私見には多くの問題点があるにしても、「再審開始決定の確定によって再審手続が開始されるということは、既判力が当該手続において停止することである」という私見の結論は、既判力の観点から素直にみれば、妥当な結論であり、修正する必要はないように思う。問題はその論証である。暫定効説

（ の2のA ）のように、既判力が暫定的に失効するというのでは、確定した再審開始決定の効力としては不確実であり、理論としては複雑でかつ技巧的であって支持できない。また既判力失効説（ の2のB ）のように、既判力が失効するというのでは、判決手続で形成された既判力が決定手続で失効することになり、バランスに欠ける。そこで私見の既判力停止効説（ の2のB ）は、確定した再審開始決定には、既判力を当該手続において停止させる効力が生じるというものである。

このような私見に対して、加波教授は既判力失効説から詳細な批判を展開された。本稿はこれを受けて、その批判に対して逐一回答するとともに、従前の説明を補充したものである。すなわち、本稿での主たる主張を要約すると、第1に、決定手続と判決手続の違いを強調した。第2に、再審事由が判決無効事由でもある場合は判決無効という主張もできるとし、再審手続の場合は確定した再審開始決定では既判力停止効しか得られないという見解を展開した。

このような私見に対しては、これらは相変わらず誤解に基づいている、論証ではなくて一方的な見解の表明である、回答ではなくて新たな問題を提起したもので、問題点を拡散させてしまった等の批判が予想される。正直なところ加波説について十分に理解しているかということ、自信がない。本稿も前回の論文（ の1 ）と同様に、誤解に基づいているかもしれない。もしそうであるならば加波教授と読者にお詫びを申し上げるとともに、具体的な批判を受けて、さらに考えてみたい。