

Title	判決の無効確認を求める訴え等の可否
Sub Title	Legality of lawsuits having nature to invalidate final judgment
Author	三木, 浩一 (Miki, Koichi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2018
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.40 (2018. 2) ,p.215- 228
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	原田國男教授・三上威彦教授・六車明教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20180222-0215

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.

判決の無効確認を求める訴え等の可否

三 木 浩 一

- 1 はじめに
- 2 判決取消請求訴訟
- 3 判決無効確認訴訟
- 4 判決違法確認訴訟
- 5 判決不存在確認訴訟

1 はじめに

判決の内容またはその成立に至る手続等に瑕疵や問題がある場合（以下、単に「判決の瑕疵」という。また、ここにいう「判決の瑕疵」とは、その瑕疵を主張する当事者の認識における瑕疵である）、その判決の瑕疵を主張する方法としては、判決が確定する前であれば、通常の不服申立手段として設けられている上訴の手続によることを、また、判決が確定した後は、非常の不服申立手段として一定の厳格な要件のもとに認められる再審の訴えを提起することを、わが国の民事訴訟法は基本的に予定している。しかし、他方において、瑕疵があるとされる訴訟とは別の通常訴訟を提起して判決の瑕疵を主張することが、法の明文で積極的に禁止されているわけではない。

そこで、実務の世界では、別訴を提起する方法によって判決の瑕疵を主張する例が時折みられるようである。古くから知られているものとしては、判決の無効確認を求める訴え（以下、「判決無効確認訴訟」という）があり、後に詳し

く検討するように、その可否をめぐるのは、最高裁の判決や学説上の議論がある。また、判決無効確認訴訟の可否に関する議論と同種のものとして、判決の不存在確認を求める訴え（以下、「判決不存在確認訴訟」という）の可否についても、若干ではあるが、議論がみられる。さらに、最近公刊物に登載されたものとして、他の訴訟において言い渡された判決の取消しを別訴で求める訴え（以下、「判決取消請求訴訟」という）の適法性が判断された例がある。また、同訴訟において取消しを求められた判決は、それとはさらに別の訴訟の確定判決が違法であることの確認を求めた訴訟（以下、「判決違法確認訴訟」という）の判決である。こうした判決違法確認訴訟は、後の検討にみるように判決無効確認訴訟とは異なる性質の訴訟であり、別途の考察を要する。

本稿は、こうした他の訴訟の判決の瑕疵を主張するための訴えの可否について、包括的な検討を加えるものである。なお、以下では、議論整理の便宜の観点から、判決取消請求訴訟、判決無効確認訴訟、判決違法確認訴訟、判決不存在確認訴訟の順番で、考察していくことにする。

2 判決取消請求訴訟

(1) 具体的な事例

まず、判決取消請求訴訟から検討する。判決取消請求訴訟は、別訴による判決の瑕疵の主張方法として、これまで学説上議論されたことはないものと思われる。そこで、どのような形の事件として問題になるのかをみるために、最近の公刊物に掲載された下級審の事例の紹介から始めたい。

ここで紹介するのは、2017年6月に公刊された法律雑誌に、「他の民事訴訟においてすでに言い渡された判決の取り消しを求めた請求を却下した事例」として掲載された事件である¹⁾。本件は、次のような経緯を辿っている。Xは、みずからが特許出願した特許権を取り消す旨の特許庁の決定を不服として、同

1) 東京地判平成28年3月15日判タ1435号230頁。

決定の無効確認を求める訴えを東京地方裁判所に提起した。この訴訟に対する判決が言い渡された後（その後、同判決は確定した）、Xは、同訴訟が違法であることの確認を求めて、東京簡易裁判所に別訴を提起した。これに対し、東京簡易裁判所は、訴えの利益が欠けることを理由として、その訴えを却下した。Xは、これに対して控訴したが、控訴審である東京地方裁判所は控訴を棄却し、同判決は確定した。そこで、Xが、同判決の取り消しを求めて別訴を東京地方裁判所に提起したのが本件である。

同裁判所は、この判決取消請求訴訟につき、次のように判示した。「判決に対する不服は、民訴法の定めるところに従い、それが確定する前は上訴、確定後は一定の要件のもとに開始される再審という手続により主張すべきことであって、別の訴えにおいて当該判決の取消しを求めることは許されない。……本件判決が確定していることは前提事実のとおりであるから、……、本件判決の取消しもこれに対する再審請求においてのみ求めうるものである」。同判決は、このように述べて当該訴えを却下したが、いかなる訴訟要件の欠缺を理由としたのかについては、なんら言及していない。

(2) 判決取消請求訴訟の可否

判決取消請求訴訟が適法性を欠く訴えであるという前記下級審判決の結論自体は、異論の余地の少ないところであろう。別訴によって判決の取消しを求めるということは、民事訴訟法が一定の要件のもとにおいてのみ認められる上訴制度や再審制度を設置していることと、本質的に相容れないからである。前記下級審判決が、「判決に対する不服は、民訴法の定めるところに従い、それが確定する前は上訴、確定後は一定の要件のもとに開始される再審という手続により主張すべきことであって、別の訴えにおいて当該判決の取消しを求めることは許されない」とするの、そうした趣旨を述べるものとして理解することができよう。

(3) 不適法の理由

ただし、判決取消請求訴訟が不適法であることの理由については、若干の検討が必要である。すなわち、判決取消請求訴訟が不適法とされる訴訟法上の根拠は、いかなる訴訟要件の欠缺によるものなのであろうか。この点につき、前記判決は、判決に対する不服は民事訴訟法に従って上訴や再審によって主張すべきであると述べるのみで、訴訟要件の観点からの説示はない。

そこで理論上の可能性を考えてみると、まず、判決取消請求訴訟は、訴えの利益を欠くという論理が考えられる。しかし、訴えの利益は、ある訴えを提起することが一般的には認められているが、当該の具体的な事件では、本案判決をする必要性ないし正当性が欠ける場合に問題となる概念である。すなわち、その訴訟形式による訴えの提起自体は認められていなければならない。しかし、判決取消請求訴訟は、この前提を欠くものと思われる。なぜなら、判決取消請求訴訟は、裁判所法3条1項が定める「法律上の争訟」に該当しないと思われるからである。

法律上の争訟とは、①法主体間の具体的な権利義務に関する争いであって（具体的紛争性）、②法令の適用によって終局的にその解決ができるもの（法律問題性）であるとされる²⁾。これを前記訴訟についてみると、①の「具体的紛争性」については、当事者間の具体的な権利義務の争いであるので、充足するものと考えてよい。しかし、②の「法律問題性」については充足するとはいえない。およそ裁判の取消しを求める訴えの法的性質は訴訟上の形成の訴えであるので³⁾、明示的な法令上の根拠を必要とする。しかし、そうした根拠規定が設けられているのは上訴と再審のみであり⁴⁾、通常訴訟としての別訴による判決取消請求訴訟については法令上の根拠はない。

2) 兼子一＝竹下守夫『裁判法〔第4版〕』（有斐閣・1999年）66頁参照。

3) 兼子一『新修民事訴訟法体系〔増訂版〕』（酒井書店・1965年）146頁、三ヶ月章『民事訴訟法』（有斐閣・1959年）54頁等参照。

4) 特定の場合に限ったものとしては、定期金による賠償を命じた確定判決の変更を求める訴え（民訴法117条）がある。

したがって、判決取消請求訴訟は法律問題性を欠くものであり、裁判所法3条1項が定める法律上の争訟に該当しないものと解される。

3 判決無効確認訴訟

(1) 判例

判決無効確認訴訟の可否について判断された最高裁の判例として、最判昭和40年2月26日民集19巻1号166頁（以下、「昭和40年最判」という）がある。

この判例の事実関係は、以下のとおりである。Yが、Xに対し、土地所有権に基づいて建物収去土地明渡請求の訴えを提起し、第1、第2、第3審とも、勝訴判決を得て強制執行をした。しかし、Xが再び建物を建ててYの土地を不法占有したので、Yは、新たに建物収去土地明渡請求の訴えを提起して勝訴判決を得た。これに対し、Xが、同判決に対して判決無効確認請求の訴えを提起した。

こうした経緯に基づく当該訴訟につき、同事件の上告審判決である昭和40年最判は、「Xの本訴請求は、要するに、所論各判決の無効であることの確認を求めるというにあるのであって、所論各判決の無効であることを前提として現在の権利又は法律関係の存否の確認を求める趣旨のものでないことは、本件記録に徴して明白である。されば、本訴は不適法として却下を免れないとした原審の判断は相当であ」として、Xの上告を棄却した。

このように、昭和40年最判は、判決無効確認訴訟を不適法な訴えとして却下すべきものとした。そして、その理由については、「現在の権利又は法律関係の存否の確認」を求めるものではないからとする。現在の民事訴訟法学のターミノロジーからすると、この判示が、「法律上の争訟性」を問題にしているのか、「狭義の確認の利益」を問題にしているのか、必ずしも判然としないところがあるが、調査官解説によれば前者のようである⁵⁾。すなわち、前述したように、「法律上の争訟」の要件は「具体的紛争性」と「法律問題性」であるところ、昭和40年最判は、判決無効確認訴訟の適法性について、こうした

訴えは法律問題性を欠くので法律上の争訟ではないと判示したものとされる。

(2) 判決の無効とは

判決無効確認訴訟の適法性を検討するにあたっての前提作業として、判決の無効とは、そもそもどのような概念であるかを、まず確認しておきたい。

現在では、判決の無効とは、判決としては形式的に成立しており、したがって自己拘束力を生じるとともに確定すれば訴訟終了効を生じるが、既判力などの内容上の効力が生じないものをいう、と一般に解されている⁶⁾。つまり、確定力に絞っていえば、形式的確定力は有するが、実質的確定力は有しない判決である。具体的な例としては、裁判権の及ばない者に対する判決、実在しない当事者に対する判決、内容が不明確または矛盾してその意味を確定できない判決、公序良俗に反する判決、判決当時に存在しない法律関係の形成を宣言する判決、現行法上認める余地のない法律関係を認めた判決などが、挙げられる⁷⁾。

このように、無効の判決は、あくまでも判決としては有効に成立しているものであることから⁸⁾、当事者は、上訴を提起してその取り消しを求めることが

5) 同調査官解説によれば、最高裁は、昭和40年最判以前から、同じ考え方のもとに、通常訴訟の別訴によって裁判の無効確認を求める訴えを不適法なものとしてきている。具体的には、強制執行の無効確認を求める訴え（昭和30年1月28日民集9巻1号125頁）、競売手続の無効確認を求める訴え（昭和34年9月22日民集13巻11号1467頁）、債権差押等の無効確認を求める訴え（昭和39年3月17日未公刊）等が挙げられている。昭和40年最判は、こうした従来の判例の立場を踏襲するものであるとのことである。関口文吾「判解」財団法人法曹会『最高裁判所判例解説民事篇昭和40年度』（法曹会・1966年）17頁。

6) 伊藤眞『民事訴訟法〔第4版補訂版〕』（有斐閣・2014年）503頁、三木浩一＝笠井正俊＝垣内秀介＝菱田雄郷『民事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣・2015年）466頁〔垣内秀介〕等参照。

7) 上村明広「判決の瑕疵」小山昇ほか『演習民事訴訟（上）』（青林書院新社・1973年）455頁、三木ほか・前掲注6）466頁〔垣内〕等参照。

8) 「無効の判決」といっても、判決としては有効に成立しているので、「無効」との表現は必ずしも適切ではないとの指摘もある。三木ほか・前掲注6）466頁〔垣内〕参照。

できる（最判昭和32年7月30日民集11巻7号1424頁）。他方において、たとえ有効に成立していても既判力が生じないことから、判決確定後であっても、再審の訴えを提起することなく従前の訴訟物に関して新たな訴えを提起して判決の内容を争うことができる。これらの点については、今日争いが無い。

したがって、判決無効確認訴訟の可否とは、現実の問題となることが多い判決確定後の場合についていえば、従前の訴訟物に関して新たな訴えを提起して判決の内容を争うという方法のほかに、判決の無効そのものの確認を求める訴訟が独立の訴えとして認められるのか、また、かりに認められないとする場合には、いかなる訴訟要件の欠缺が問題になるのか、をめぐる議論であるといえよう。

(3) 学説

判決無効確認訴訟の適法性をめぐる従来の学説の議論状況は、以下のとおりである。

まず、判決無効確認訴訟を適法とするものとして、中田淳一教授の見解がある⁹⁾。すなわち、中田教授は、無効の判決に対しては、通常の上訴、判決により認められた相手方の権利の不存在を主張するための消極的確認訴訟の提起などに加えて、判決の無効そのものの確認を求める訴えも可能であるとする。ただし、そのように考えるべき理由については特段の説明はない。

次に、判決無効確認訴訟を不適法とし、その理由については、前記の昭和40年最判と同じく、法律問題を対象にするものとはいえないとして、法律上の争訟性の欠缺に求める見解がある。たとえば、上村明広教授は¹⁰⁾、「判決それ自体は特定の権利関係ではないし、当事者間の権利関係を生ぜしめるものでもない。また、無効判決に形式的確定力が生ずるとともに訴訟法律関係は消滅

9) 中田淳一「判決の無効—それは一體現行法上認められ得るか?—」同『京大決別記念法学論文集』（政経書院・1933年）536頁。

10) 上村明広「判批」法経学会雑誌（岡山大学）15巻2号（1965年）134頁。

するわけであるから、この場合、訴訟法律関係も確認の対象としては問題とならない、「従って、……判決無効確認請求が確認訴訟の対象たりうる資格ないし利益をもつとはいいい難い」という。そして、このように解するとしても、判決の無効を主張する方法としては、「当事者が同一の申立をもって前訴をくりかえすか、当該判決と矛盾する請求をするなどの方法が考えられる」ので、それで事足りるとする。また、伊東乾教授は、「思うに、判決の有効無効は、訴訟事項に非ずとすべきものであろう。既判力ある判決の形成は、実体関係と直角に交叉してその不明瞭不安定を明確安固ならしめるものであるから、実体関係を対象として作用する民事訴訟が、軸を異にする判決形成作用を対象にすることはできないものと解せられる。……かような意味で、判決無効確認の訴は、一般的に、権利保護の資格を欠くもの、と私は解する」とする¹¹⁾。

これに対し、判決無効確認訴訟を不適法としつつも、その理由を法律上の争訟性の問題ではなく、確認の利益に求める見解もある¹²⁾。石川明教授は¹³⁾、「裁判の有効・無効の確認は法律関係の確認として理解すべきである。すなわち、裁判の有効・無効は裁判の内容上の効力が当事者間に及ぶか否かということであるから、まさに法律関係そのものである」として、判決無効確認訴訟が法律上の争訟性を欠くとする前述の見解を批判する。しかし、最終的な結論としては、不適法の理由を法律上の争訟性の欠缺に求める見解と同様に、判決無効確認訴訟は常に許されないとする。そして、その理由は、「判決無効の場合判決の無効確認訴訟により判決の無効を主張するより、原告が前訴と同一の請求をもって新訴を提起するか、あるいは逆に被告が前訴と反対趣旨の訴を提起することが、紛争の解決としては直裁的である」とする。

他方、判決無効確認訴訟の適法性につき、同じくこれを確認の利益の問題で

11) 伊東乾「判批」法学研究 40 巻 2 号（1967 年）121 頁。

12) 石川明「判批」民商 53 巻 3 号（1965 年）472 頁、梅本吉彦「判決の無効」斎藤秀夫＝小室直人編『基礎法学大系 6 民事訴訟法の基礎』（青林書院新社・1975 年）258 頁等参照。

13) 石川・前掲注 12) 472 頁。

あるとしつつ、一般的には確認の利益は認められないことが多いであろうが、例外的に確認の利益が認められる場合もある、とする見解もみられる¹⁴⁾。加波眞一教授は、判決無効確認訴訟は、「訴訟物それ自体は実体法上の権利義務を争うものではないが、訴訟上の法律関係を争うものであり、適格を欠くものではない」として、まず、法律上の争訟性を肯定する。次に、確認の利益については、「判決無効は、…別訴の前提問題として主張すれば足りるから、独自に確定しておく必要はないとして、確認の利益は、一般的には認められないことが多いであろう。しかし、事前に判決効が及ばない(制約される)ということを確認しておくことで、それにより執行を予防したり、判決が存在することから今後生じるであろう紛争を予防したりできる場合がないわけではなからう。そのような場合には、この判決無効確認請求(の訴え)という請求形態も認められるものとする」とする。

なお、判決無効確認訴訟とは異なるが、判決内容が不明確なために無効とされる判決に関しては、その内容または範囲の確認を求める訴えを認めてよいとする見解もみられる¹⁵⁾。

(4) 私見

私見は、判決無効確認訴訟は、原則的には不適法であると考え。しかし、その理由については、昭和40年最判や有力な学説の述べる所とは異なり、判決無効確認訴訟は、原則的には確認の利益が認められないことに求める。また、石川教授の見解のように、いかなる場合でも常に確認の利益を欠くものとする立場とも異なり、例外的にせよ、確認の利益を肯定しうる場合もあるものとする。

この問題を議論する際に、最初に押さえておくべきことは、判決の無効を確

14) 加波眞一「(民事)判決無効の法理(三・完)」北九州大学法政論集22巻2号(1994年)77頁。

15) 森勇「確定判決の無効と騙取」青山善充=伊藤眞編『民事訴訟法の争点〔第3版〕』(有斐閣・1998年)308頁。

認する訴えとは、そもそも実質的には何を確認対象とする訴訟であろうか、ということである。判決の無効という概念は、前述のように、形式的には判決として成立しており、自己拘束力や訴訟終了効を有するが、既判力などの判決効を生じない判決である。したがって、判決無効確認訴訟は、実質的には、ある判決が既判力などの判決効を有しないことの確認を求める訴えである。そうすると、判決効の発生の有無をめぐる争いは、訴訟当事者という法主体間における訴訟法上の具体的な法律関係の争いであり、法令の適用によって終局的に解決されるべきものであるから、「具体的紛争性」と「法律問題性」の両要件を充足することになる。このように考えると、昭和40年最判や有力な学説が説く法律上の争訟性を欠くという見解には疑問がある。

これに対し、確認の利益については、原則的には充足しないものと考えられる。なぜなら、無効な判決であっても、その審級を終了させる効果は有しているのであるから、確定前であれば、上訴によって判決の瑕疵を争うことができるし、確定後であれば、既判力による拘束を受けないことから、従前の訴訟物についての給付の訴えや確認の訴えなどを自由に提起することができるからである。これらの手段こそが、普通の場合には最も直截的かつ実効的である以上、これらに比して迂遠な手段である判決無効確認訴訟は、確認の訴えの補充性に照らして許されない。

このように、私見は、判決無効確認訴訟が不適法であることの根拠は確認の利益の欠缺にある、との立場をとるものである。こうした私見の考え方は、法律上の争訟性の欠缺を根拠とする立場と比べると、理論上のみならず実質的な差異もある。法律上の争訟性を根拠とする立場では、訴えが不適法であるとの結論は事案の内容に依存しないので、適法となる余地は文字どおり皆無である。これに対し、確認の利益を根拠とする立場によれば、事案によっては従前の訴訟物について新たな訴えを提起するよりも判決の無効確認を求めたほうが有効かつ適切である場合も考えられるので、例外的に確認の利益が認められる場合もあることになる。

具体的には、次のような場合が考えられる。たとえば、①当事者にとって、

従前の訴訟物に基づく訴えを再度提起してその権利関係についての主張と立証を繰り返すことの負担が非常に大きく、これに対して、判決の無効確認は負担が小さいうえに当事者にとって重要な意味がある場合、②証拠の散逸等の理由により、従前の訴訟物の権利関係についての主張と立証を行うことが不可能または非常に困難な場合、③当事者間において、判決の無効が確認されれば、その無効な判決によって宣言された内容を見捨てる形で、円満に和解を進めることができるという場合¹⁶⁾など、を挙げることができよう。また、④被告に裁判権が及ばないとの理由で判決が無効である場合において、その判決が被告にとって有利な請求棄却の判決であったときなどでは、その被告にとって従前の訴訟物に基づく訴えを再度提起することに意味はなく、むしろ判決無効確認訴訟こそが最も適切であるといえるように思われる¹⁷⁾。

4 判決違法確認訴訟

判決取消請求訴訟が実際に提起された例として前述した下級審裁判例の事件では、判決の取消しを求められた訴訟は、同一の原告による別件の訴訟の判決の違法確認を求める訴訟であった¹⁸⁾。

この訴訟において、東京簡易裁判所は、別件判決の瑕疵は上訴や再審などにより主張すべきことであり、別訴によって違法な判決の確認を求めることは訴えの利益を欠くとして、訴え却下の判決を言い渡した。この事件の原告が、判

16) 伊東教授は、法律上の争訟性の欠缺を根拠とする立場であるが、かりに確認の利益を根拠とする立場によるとした場合には、「当事者間では判決の無効さえ納得できれば法律関係に争なく、あえて主張立証に基づく新たな確定は不要」というときは、一概に確認の利益なしとはいえないとする。伊東・前掲注11) 121頁。

17) 石川教授は、「治外法権者を被告として原告が勝訴した場合、治外法権者が判決で確定された権利そのものは争わないが判決が無効であることを主張するとするならば、反対趣旨の訴は提起しないから、前訴判決無効確認を求める訴えが許されないであろうか」とされる。石川・前掲注12) 475頁。

18) 東京地判・前掲注1) 232頁参照。

決無効確認訴訟ではなく、あえて判決違法確認訴訟を選択した意図は不明である。したがって、あくまでも推測の域を出ないが、同事件の別件訴訟の事案は、いわゆる判決の無効事由があるとは到底考え難い事案であるので、判決の無効までは主張しない趣旨で違法の確認を求めたとも考えられる。また、同事件は、本人訴訟であったとみられることから、判決無効確認訴訟と判決違法確認訴訟の自覚的な区別の意図はなかったのかもしれない。

いずれにせよ、理論的には、判決違法確認訴訟は判決無効確認訴訟と実質的に同じ訴えであるとはいえない。その確認対象において、両者は異なるからである。すなわち、前述のように、判決の無効とは、判決効の発生が認められない判決を意味するので、判決無効確認訴訟とは、実質的には判決効の不発生の確認を求める訴えである。これに対し、判決違法確認訴訟は、その請求の趣旨を文字どおり捉えれば、判決効の不発生の確認を求める訴えではなく、訴訟手続で法令違反があったことの確認を求める訴えということになる。

そこで、訴訟手続の法令違反の確認を求める訴えの適法性が問題となる。まず、法律上の争訟性であるが、ある訴訟の手続に法令違反があったかどうかは、訴訟法上の法律関係に関する具体的な争いであり、法令の適用によって解決されるべきものである。したがって、法律上の争訟性は充足する。

次に、確認の利益であるが、訴訟手続の法令違反は、判決の確定前は上訴によって主張すべきであり、判決の確定後は再審によって主張すべきものである。したがって、いわゆる手段選択の適切性を欠き、確認の利益は認められない。なお、判決が確定した場合には訴訟手続の法令違反は既判力で治癒されるので、判決違法確認訴訟において例外的に確認の利益が認められるケースは、ほとんど考えられない。

5 判決不存在確認訴訟

現在の民事訴訟法学では、「判決の無効」とは別に、「判決の不存在」（「判決の不成立」または「非判決」ともいう）という概念がある¹⁹⁾。判決の不存在とは、

判決のごとき外観が存在していても、それが判決成立のための本質的要素を欠くために、法的な意味で判決が成立したとはいえない場合をいう。実務に現れたものとしては、言い渡しを経ていない判決書が誤って当事者に送達された例などが知られている²⁰⁾。そこで、こうした場合における判決不存在確認訴訟の適法性についても、関連して検討をしておくことにしたい。

判決不存在確認訴訟の適法性は、判決無効確認訴訟の議論と同時になされることが多く、いずれの論者も、基本的には、判決無効確認訴訟と方向性を同じくする議論をしている。まず、判決無効確認訴訟の法律上の争訟性を否定する見解は、判決不存在確認訴訟についても、「判決の存否それ自体が法律関係ではなく、一つの事実にすぎないという意味において、すでに訴権利益を欠くから許されない」とする²¹⁾。これに対し、判決無効確認訴訟の法律上の争訟性を肯定する見解は、判決不存在確認訴訟についても、「裁判は存在する以上瑕疵があっても法律上の効果を全く発生せしめないことはないから、取消されない以上当事者に一定の法律効果を及ぼす。したがって判決の存否そのものの確認は法律関係の確認である」とし、確認の利益の問題として処理すべきものとする²²⁾。

私見もまた、判決の無効確認の訴えに準じて処理すべきものと解する。すなわち、判決不存在確認訴訟は、法律上の争訟性は認められるが、訴えの利益については、原則的にはこれを欠くものと思われる。ただし、例外的な場合には、訴えの利益が認められる場合もありうる。

ちなみに、判決不存在確認訴訟と判決無効確認訴訟とは、異なる考慮要素があることも指摘しておきたい。判決の不存在とは、その定義上、判決成立のための本質的要素を欠くために法的な意味で判決が成立したとはいえない場合

19) 伊藤・前掲注 6) 502 頁、三木ほか・前掲注 6) 406 頁〔垣内〕等参照。

20) 教科書的には、裁判官以外の裁判所職員が作成した判決書や教材として作成された判決書等の例も挙げられる。

21) 上村・前掲注 7) 455 頁。

22) 石川・前掲注 12) 472 頁。

をいうのであるから、理論上は、上訴や再審を認めることはできないはずである。もちろん、たとえば、実際には判決の言い渡しはなされていないものの、判決原本には言い渡しの記載があり、その正本が事実として当事者に送達されている場合などでは、執行の危険を除去する等の必要性から、上訴による判決の外観の除去を認めるべきである²³⁾。しかし、こうした場合には上訴を認めるとしても、その結論は、判決の不存在の場合には上訴は理論的には認めにくいというファクターと、現実的な必要性から緊急避難的な措置として上訴を認めるべきであるとするファクターとを衡量して出されたものである。法律上の争訟性の欠缺を理由とする立場では、こうした衡量の余地がなくなることを考えると、判決不存在確認訴訟の場合は、確認の利益の欠缺を理由にする立場が、より一層妥当性をもつといえよう。

23) 大阪高判昭和33年12月9日下民集9巻12号2412頁は、これと同様の事案において上訴を認めた。