慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究一〇二〕 一、民訴法四二〇条一項六号または七号に基づく再審の訴と同項但書 二、民訴法四二〇条二項後段の再審の要件が具備されたと認められた事例 三、牽連犯の公訴時効 四、民訴法四二〇条一項六号または七号に基づく再審の訴と同法四二四条四項 (最高裁昭和四七年五月三〇日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	栗田, 陸雄(Kurita, Rikuo) 民事訴訟法研究会(Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1973
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.46, No.4 (1973. 4) ,p.83- 87
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19730415-0083

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.

〔最高裁民訴事例研究　一〇二〕

昭四七2（最高民集二六巻四号八二六頁）

一、民訴法四二〇条一項六号または七号に基づく再審の訴と同項但書

二、民訴法四二〇条二項後段の再審の要件が具備されたと認められた事例

三、牽連犯の公訴時効

四、民訴法四二〇条一項六号または七号に基づく再審の訴と同法四二四条四項

土地建物明渡請求再審事件（昭和四七・五・三〇第三小法廷判決）

前訴訟に於てY（本件再審被告、上告人）は、X_1X_2（本件再審原告、被上告人）に対して、X_1を通じてX_2所有の土地建物を買受け、X_1X_2はその明渡を約したと主張し、その明渡を訴求した。一審はこれを棄却したが、控訴審は甲一、二号証（右土地建物の各売買契約書）、Yの妻訴外Aの証言等を証拠として採用し、Yの請求を認容した。上告審もこれを支持している。所が、Yは甲一、二号証によつてなした登記が公正証書原本不実記載、同行使罪にあたるとして起訴され（甲一、二号証について私文書偽造行為は起訴されていない）、これに対する有罪の判決が確定し、又Aの右証言も偽証罪として有罪の判決を受け、これが確定するに至つた。そこでX_1X_2が民訴法四二〇条一項六号及び七号の再審事由を主張して、本件再審の訴を提起したものである。これらの時間的経過は次の如くである。

26・11・中旬、甲一、二号証の偽造
26・12・4　甲二による登記
26・12・6　甲一による登記
29・6・24　前訴一審判決言渡
30・3・22　Aの偽証
30・8・27　前訴控訴審判決（本件確定判決）言渡
31・12・3　Y起訴さる
31・12・26　A起訴さる
32・7・19　前訴控訴審判決確定
38・12・16　YAの有罪判決確定
38・12・20　X_1X_2が右有罪判決を知る
39・1・16　X_1X_2本件再審の訴提起

最高裁は次の如く判示した。㊀「民訴法四二〇条一項六号及び七号に該当する事由が再審事由として主張されている場合、同条二項但書によつて再審の訴が許されないのは、旧訴訟における上訴により、右再審の事由のみならず、同条二項の再審の訴の適法要件が主張され、もしく

は、かかる要件の存在することを知りながら主張されなかつた場合に限られるものと解するのが相当である」。㈡「本件甲一号証及び同二号証の私文書偽造とこれを行使して犯された本件公正証書原本不実記載、同行使の各所為は、いわゆる牽連犯であつて科刑上一罪の関係にあると解すべきである。……かかる牽連犯において、目的行為たる公正証書原本不実記載・同行使の各罪につき起訴があり、……私文書偽造の罪が犯されたことを前提に、……これらの各罪につき有罪の判決がなされてこれが確定し、この確定判決の既判力が私文書偽造の罪に及び、この罪につき公訴の提起をなしえなくなつたときは、私文書偽造行為につき民訴法四二〇条二項後段所定の証拠欠缺外の理由により有罪の確定判決をうること能わざるときに当ると解するのが相当である」。㈢「牽連犯において、目的行為がその手段行為についての時効期間の満了前に実行されたときは、両者の公訴時効は不可分的に最も重い刑を標準に最終行為の時より起算すべきものと解するのが相当である」。㈣「本件再審の訴における取消の対象とされている旧訴訟の第二審判決が確定したのは昭和三二年七月一九日であるから、本件再審の訴は、それから五年以上を経過した後に提起されたことが明らかである。しかしながら、民訴法四二四条四項にいう「再審ノ事由カ判決確定後ニ生シタルトキ」とは、同法四二〇条一項八号の場合に限定されるべきではなく、同条一項六号および七号の場合であつても、これらにつき同条二項の要件が判決確定後に充足されたときをも含むと解するのが相当である」。—上告棄却（全員一致）—

判旨に反対する。

一　㈠については、既に民訴法四二〇条Ⅰ5について大審院の先例（昭和八・七・二二判決・民集一二・二二一・二二四頁）があり、学説もおおむねこれに従つている（斉藤・判例民事法昭和八年一五三事件、菊井・村松・コンメンタールⅡ・七五八頁、菊井・民訴法下・五〇一頁）。係属中の手続に於て再審事由を主張できることに異論はあるまい（参照・栗田・判批・法学研究四五巻八号一三二頁）が、その主張方法は必ずしも再審手続の厳格な要件に服さなければならないものではない。四二〇条Ⅰ但書の適用があるのは、前訴の係属中に既に同条Ⅱの要件が具備されていた時、即ち再審の訴を起せると同一の状況にあつた場合に限られると考えることが、最も合理的な解釈である。しかしこの場合同四二〇条ⅠとⅡに関する、いわゆる理由具備説（後述）によると、Ⅱの要件が存在していなくても再審の訴自体は適法であると説かれているので、この場合にもⅠ但書の失権的効果が及びそうであるが、しかしそこでⅡの要件が満足されるまで係属中の手続の、当事者の申立に拘束される様な延期を認めるのでなければ、実質的に不当な結果を生じせしめるであろう。§ 149 ZPO は「裁判所ハ訴訟ノ進行中罰ス可キ行為ノ嫌疑生スル場合ニ於テ其審査カ裁判ニ影響ヲ及ホストキハ刑事手続ノ完結ニ至ルマテ弁論ノ中止ヲ命スルコトヲ得」[1]と規定しているが、ドイツの学説は刑事裁判所の有罪判決が訴訟要件になつている場合（§ 581 ZPO）[2]には、かかる延期を認めていない様である（Baumbach-Lauterbach 30 Aufl Anm. § 149. 2). 6)。その理由は、民事裁判所はその訴訟要件を自ら調査すべきであるし、その欠缺は訴訟経済の当然の要請として不適法却下を結果するからである（Vgl. Sauer. Grundlagen des Prozeßrechts. 507 f)。理由具備の要件という表現は一見訴訟要件ではないかの如き印象を与えるが、しかしその実体は審理の順序に於てヨリ本案に近い一種

の訴訟要件である様に思われる。それ故この説でも § 149 ZPO による延期をみとめ得るかは疑わしい。

二　㋑について、原審は不起訴処分を理由とし、本判決は牽連犯であることを理由にしている。或いは結局後者は同じことを言い換えたにすぎないのかもしれないが、最高裁がそこ迄言う必要があつたかは疑問である。即ち上告審の役割は一般に判例法の形成と法の統一性の維持にある（Vgl. Pawlowsky. ZZP. 80. 351 ff. 358 ff）と言われているけれども、しかしこれらは決して独立且つ固有の使命ではなく、権利の実現という主たる使命に従属するものにすぎない（Grunsky. Grundlagen des Verfahrensrechts 4f）のであるから、最高裁は単に原審の判断を維持するだけで足りたのではあるまいか？　この点を除けば、その判断自体に異論はない。[3]

三　㋺について、牽連犯の公訴時効の起算点については二説ある。一つは本判決の立場で、最も重い刑を準標に最終行為の時とする見解（本判決引用外のものとして、大審院昭和六・六・一二判決・刑集一〇・二七三頁）であり、他はこれが実質上数罪をなすという理由（平野・刑訴法・一五三頁、岸・刑訴要義　九一頁）或いは証拠散逸という理由（井上　判例学説刑訴法・一四四頁）で、二つの行為につき起算点を分離する見解である。いづれを採るかで結果は反対となるが、その当否は刑訴の学説に譲ることにして、ここでは前者を前提とすることにする。

四　民訴法四二〇条IとIIの関係については、周知の如く小室教授によつて三説に分類されている。㋑適法要件説（代表として、Rosenberg-Schwab. Zivilprozeßrecht. 10 Aufl. 843f, Baumbach-Lauterbach. a a. O. Anm. § 582 ZPO. I. C.）は、四二〇条IIを再審の訴提起の適法要件とするものであり、㋺合体説は同四二〇条II前段を同条I 4乃至7所定の事由と相俟つて再審事由となるとする（細野　民訴法要義五巻　四〇頁）。既述の㋩理由具備説は同条IIを再審の訴提起の適法要件でもなく、再審事由そのものでもなく、再審事由具備の要件である（参照・小室・上訴制度の研究・三二八頁、これはローゼンベルクにかかる学説であるが、後シュヴァープの改訂版では㋑説となつている）とする。本判決は㋺説に従い、同四二〇条I 6、7を同条IIに結合し、同四二四条IVの適用を引き出したものである。これに対しては、再審事由は可罰行為 die strafbare Handlung そのものであり、同条IIの事実はこれに当らない（Rosenberg-Schwab. a. a. O. 841 f）としつつ、四二四条IVの「再審ノ事由」の意味をこれと同一に考えて、四二四条IVの適用があるのは四二〇条I 8の場合に限られるとする有力な反対説がある（小室　前掲　三二七頁）。かかる立場では確定判決の後五年を経過してから四二〇条IIの要件が具備されても、再審の訴を起すことはできぬことになる。この様な結論は果して妥当であろうか、又絶対にその救済は考えられぬものであろうか？

五　Henckel[4] はこれを次の様に論じている（但し原文通りの訳ではない）。即ち判決確定後五年を経過したならば、当事者が有責であつたかどうかとは関係なく、絶対的な訴訟上の失権的効果が、§ 586 Abs 2 S 2 ZPO[5] に基づいて生ずべきである。この期間を延期することはできないし、これを徒過しても復権はみとめられない。その

進行は裁判の停止によつても、或いは不可抗力によつても妨げられない。かかる絶対的な除斥期間は、次の様な観念によつて理由づけられている、即ち、比較的長い時間的空間の進行によつて、法律関係は正に歴史的な重みを有するに至るか、或いは関係者が仮定された法律状態を基礎とするが故に、それを変更することが無理であり、又耐え難く思われる様になるのである。しかし彼によれば、これは特に五年の経過後に効力を生じる様な継続的法律関係については短かすぎるものである。§ 586 Abs 2 S 2 ZPO の理由はこれを基礎づけることができない。これを救済するために二つの手段が考えられる。即ちこの規定はその目的によれば、かかる法律関係には適用され得ぬものである、としてこの適用を回避するか、或いは相手方の除斥期間の主張を不適法な権利行使と見做すかである。そして Henckel は実体法でも訴訟法でも除斥期間の立法理由が斟酌されるべきであるとしつつ、法律状態を確定的に固定しようとする除斥期間の目的に反して権利の濫用を認めるについては慎重でなければならぬが、個別的にこれを認めることは可能であるとしている。[6] 他方彼は § 826 BGB に基づく不当判決に対する損害賠償請求を認めない。Grunsky はこの否定論の根拠をこう説明している、即ち法は再審の訴によつて既判力覆滅の手段を用意しており、その要件を厳格に限定している（§ 581 ZPO）にも拘らず、§ 826 BGB を適用することは結局再審法の許されざる回避を意味するのである。又再審規定は § 826 BGB に対して特別法の関係にあるとも言われている。しかし Grunsky 自身はこれに反対する、即ち不当判決の公序に反するが如き惹起、又は不当であることが認識された判決の、公序に反するが如き利用は相手方に損害賠償請求権を生じせしめるとする見解は、§ 826 BGB の主張が正に既判力の存続に由来する場合には判決の既判力と抵触するものではない。§ 826 BGB の目標は既判力によつて創造された形式的な法的地位を、損害賠償請求権を賦与することによつて中和することにある。しかしこの規定の限界を無視することはできない。[7] これが適用されるのは当該の場合がその限界を無視して良い程、特別な徴表を提示している場合に限られる。損害賠償を請求するについては、仮令可罰行為があるとしても、確定判決が欠欲している時は、単にこれを主張するだけでは足りない。既判力は判決に於て確定された法律状態に衝突する様な、損害賠償請求権と対立するから、§ 826 BGB は明らかに再審法と衝突する。それ故この規定がここで適用されるのは、可罰行為について有罪の確定判決が存在する時に限られる（a. a. O. 433 ff）。我国の実務では権利濫用論よりも、損害賠償請求を認める方が行われ易いであろう。学説は再審で確定判決が取消されない限り、不法行為の成立を認めない（兼子・強制執行法・一四六頁、加藤・不法行為法・九九頁、斉藤・民訴法概論・三七八頁）が、判例はこれを認めている（最近のものとして、東高・昭和四五・一〇・二九判決・ジュリ四八九・三頁、名古屋地・同四六・四・二七判決・タイムズ二六四・二三〇頁）。名古屋地裁の判決は有罪の確定判決を要件としており、丁度 Grunsky の掲げた限界事例に該当するもので興味深い。私自身は適法要件説を採りつつ、それによつて生じることのあるべき不当

は、かかる手段によつて除去されるものと考える。以上により本判決には賛成できない。尚本件には原審判決に対する判批として、小室教授・三谷氏の民商法雑誌六三巻五号八一六頁(判旨反対)がある。

(1) 訳語は根本・独逸民事訴訟法によつた。以下民訴法の条文については同様。

(2) 前条第一乃至第五ノ場合ニ於テハ原状回復ノ訴ハ罰セラルヘキ行為ニ付キ確定ノ有罪判決アリタル時又ハ證憑ノ欠缺以外ノ理由ニ由リ刑事訴訟手続ノ開始若クハ実行ヲ為シ得サリシトキニ限リ之ヲ為スコトヲ得

(3) 平野・刑事訴訟法の基礎理論・一五八頁以下は、科刑上の一罪で目的行為だけが起訴され処罰された時は、二重の危険の法理、同時訴追義務によつて、手段行為にも一事不再理の効果が及ぶとしている。

(4) Prozeßrecht und materielles Recht 102 ff

(5) …判決ノ確定ノ日ヨリ起算シテ五箇年ヲ経過シタル後ハ訴ヲ為スコトヲ得ス

(6) 公序ニ反シテ他人ニ故意ノ損害ヲ与エタ者ハコノ者ニ対シテ損害ヲ賠償スル義務ヲ負フ

(7) C. Schmidt. Die drei Arten des rechtswissenschaftlicken Denkens. 二二頁はこう言つている「規範は通常の状況と通常の類型を前提とし、…法律の規定は通常の概念を前提とする。…或る規範は本質上不可侵なものとして存在するであろうが、それが或る状態を支配するのは、その状態が何ら変則的でなく、又通常予想される具体的な類型に当て嵌る場合に限られる。規範によつて規律される具体的な状態及び規範によつて前提とされている具体的な類型の正常性は、…規範妥当性の一個の本質的、法律的徴表であり、又その規範自体の一つの規範的限定である。」

(昭和四八年一月二〇日稿)

栗田陸雄