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 一六九〕上告理由として、民訴法四二〇条一項六号の事由が主張され、二項後段の要件が具備された場合の、上告審のとるべき措置
Sub Title	
Author	伊東, 乾(Ito, Susumu) 山田, 恒久(Yamada, Tsunehisa) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1979
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.52, No.9 (1979. 9) ,p.120- 124
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=AN00224504-19790915-0120

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.

缺の抗弁をXに対抗することはできないと判断した判旨は失当である。

あるいは、Xの請求をY_3が拒めることになると、Xはすでに対価を支払っているため、その損失の処理が問題とされるかもしれないが、これは、Xが通常の手形の流通手段によらないで手形を取得した結果であり、また、実際論としても、Xの請求を一応認めた上で、Y_3の損失を回復させるよりは、Xの請求を認めずに、B・X間の問題として処理する方が直截である。

四、訴訟信託に関する判旨の判断について

判旨は、Xが本件手形を取得したのが、指名債権の譲渡の方法によることを理由として、信託法第一一条の適用を認めるとしつつ、手形の裏書による移転については、信託法第一一条の適用はないものとするようである。判旨の引用する最高裁判決（最判昭和四四年三月二七日民集二三巻六〇一頁）は、手形の裏書にも信託法第一一条の適用を認め、訴訟信託としてなされた手形の裏書譲渡を無効としている。確かに、信託法第一一条は、抽象的な金銭債権の移転行為そのものを信託行為として無効とするものと解する余地はあるが、手形の裏書は、その方式も効力もともに法定されているのであつて、裏書そのものを訴訟信託行為とみるのは正当でなく、単に、手形の裏書の原因関係が訴訟信託として無効となるにすぎないものと解するのが正当であろう。したがつて、本件判旨のこの点に関する説示には賛成である。もつとも、訴訟信託を原因とする裏書によつて手形を取得した所持人が、手形上の権利を行使するのに対して、手形債務者は、正に原因関係が訴訟信託であることを理由として、手形の支払を拒むことができるものと考える。これは、違法かつ無効な原因関係によつて手形を取得した者に対して、手形上の権利の行使を認めるべきではないという、法の精神（河本「手形抗弁」手形法・小切手法講座三巻一九六頁）ないしは、実質的・政策的価値判断（倉沢「手形の無因性と人的抗弁」手形研究一〇九号八頁）によるものである。

並木　和夫

〔最高裁民訴事例研究一六九〕

昭五三・4（最高民集三二巻九号一七四〇頁）

上告理由として、民訴法四二〇条一項六号の事由が主張され、二項後段の要件が具備された場合の、上告審のとるべき措置

債務不存在確認等請求事件（昭五三・一二・二一第一小法廷判決）

Xは、連帯保証契約及び、担保権設定契約の成立を否定し、債務の不存在確認及び、抵当権設定登記、所有権移転請求権仮登記の各抹消登記手続を求めた。一審、原審はともに、乙第一号証（五〇〇万円の、抵当権設定金円借用証書）及び、乙第五号証（二〇〇〇万円の抵当権設定金円借用証書）のX名義部分が、本人尋問の結果、Xの自署によるものである事を認め、さらに全部が真正に成立したものと推定する事ができるとした。そして右各文書を重要な証拠として、被告主張の、連帯保証契約、抵当権設定契約及び、代物弁済予約の成立を認め、Xの請求を棄却した。Xはこれに対して、採証法則違反、証人の偽証、前記各契約書が、Xの息子の妻Aの偽造にかかるものである事等を、上告理由として上告した。尚この偽造に関して、上告理由書によれば、AはXに白紙様の紙を与え、「京都信販のクーポンに使う」と偽つて自署させた上、Xの留守に同家に侵入し実印を盗み出し、これを用いて、前記の金円借用証書などを、代書屋に作成させたものだと言い、さらに、Aは文書偽造について、東京地方検察庁から、その事実はあるが、起訴猶予にするのが相当であるとして、前記各契約書に関する私文書偽造、同行使、公正証書原本不実記載、同行使、詐欺について、不起訴処分に付されたと主張した（尚この不起訴処分は、上告理由書提出期間伸長決定をしている）。本判決は、右上告を容れ、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。その理由として、乙号各証が、偽造されたものである事は、民訴法四二〇条二項にいう、証拠欠缺以外の理由によつて、有罪の確定判決を得る事が、できない場合にあたると考えてよく、上告理由として、原判決について民訴法四二〇条一項六号の事由が存する事が主張された場合で、当該事実について同条二項所定の要件が具備された場合には、原判決につき判決に影響を及ぼすことの明らかな、法令違背があつたものとするのが相当であるとしてこれを破棄し、更に審理を尽くさせるため、事件を原審に差し戻す、とした。

判旨に賛成する。

一、再審事由が適法な上告理由になると解した場合、その要件として民訴法四二〇条二項の要件の具備が必要な事、(1)さらに起訴猶予処分がこれにあたるという事、(2)の二点については、争いがない。しかし民訴法四二〇条一項四号から七号までの事由が主張された場合、上告審はどういう態度をとるべきかについては、見解がわかれている。

再審事由が適法な上告理由になるという事の理由づけと、上告審のとるべき態度との間には、論理的に必然な脈絡があると考える。従つてここではまず、理由づけについての学説の対立を見た上で、上告審の態度について考察する事にする。

二、再審事由が上告理由にあたるか否かに関しては、判例は大審院時代からこれを肯定している。(3)学説も理由づけはともかく結果としては、賛成するものが多い。(4)近時有力に主張される理由は、事実認定手続違背の特殊な場合であるとする見解であろう。(5)さらに民訴法四二〇条一項但書の「当事者カ上訴ニ依リ其ノ事由ヲ主張シタルトキ又ハ之ヲ知リテ主張セサリシトキハ此ノ限ニ在ラス」という文言から、上告理由として主張できないとすると、上告もできず（知つていて主張しなかつた以上は）再審も許されないというような、不当な結果が生じる所から逆に、上告理由とすべきだとしている。(6)

この説明に対して、旧法における原状回復の訴の法文としての取扱いから、反対するものもある。[7] すなわち現行民訴法四二〇条一項四号から七号は、旧民訴法四六九条一項一号から四号にあたり、これは、原状回復の訴とされ、取消の訴と二本立てになつて、現在の再審の訴にあたる場合をまかなつていた。これとの対比から、現行民訴法を立法する過程において、四二〇条一項但書にいわゆる「上訴」に上告は、含まれていないと考えられていた、と主張するのである。つまり取消の訴にあたる現行民訴法四二〇条一項一号から三号は上告が、許されるが、四号から七号は、事実審理を要するため、むしろ上告での、審理をあきらめ、控訴判決を確定させ、再審を控訴裁判所に起こさせて、そこで審理をさせるという意図を持つて、立法されているという事なのである。従つて、上告審が法律審である事を断念しない限り、再審事由の四号から七号が、上告理由と認められる事はないという事になるであろう。又、ドイツ普通法時代の原状回復制度を参照した上で、再審事由の四号から七号を上告理由の一般原則中に解消しようとするのは、それが元来確定判決に対する原状回復の訴の事由であつた事を思えば、もともと成功する見込みのない試みと言わざるを得ないとも言われている。[8]

そのように言つて論者は、再審事由が上告理由として認められるのは、訴訟経済という言葉に理由を求める他はないとするのである。確定を待つて再審に持ち込む事は、上告を許す事に比べると、訴訟経済上妥当でない。むしろ、上告が許されるのは、まさにそれが再審事由であるからに他ならない、というわけである。

三、再審事由のうち、現行民訴法四二〇条一項一号から三号が、絶対的上告理由とされているのに対して、四号から七号が、これに含まれなかつたのは、立法の段階における基本的な発想として、判決確定を待つて再審させるという意図があつたという事は、前述のとおりであるが、さらに付言すれば、これは上告審が法律審である事を厳守するためにされた、帰結と言う事もできそうである。従つてそこにだけ着目すれば、上告審が法律審である事を厳守した上で、再審事由の四号から七号を適法な上告理由と認める事は難しいと考えなければならない。事実審理をしないで、上告理由となるとする、判例や、一部の学説は、基本的に立法趣旨を念頭におく限り、矛盾する所説と言わねばなるまい。

四、立法過程の発想を重視している以上、有力説の論拠だけでは、非常に弱い。[9] 又、訴訟経済上の要請だというだけでは、非常に危険だと考える。上告理由、再審事由にあたる場合というのは、当然限定して解されるべきで、便宜のみを理由にそのワクを拡げるのは、妥当ではない。結局、上告理由と解する事が、許されるか否かは、このワクを限定しようとする力との対比において、考えられなければならないと、考える。

民事訴訟が、紛争を解決する役割を果す事については、問題がない（それが、目的として運営されているか否かについては、今は問題にしない）。そして、その方法として、訴―判決というプロセスを整えた。つまり、少なくとも、訴をもつて始まり、判決をもつて終わるという手続を、民訴制度が備えている事は、間違いがない。さらに、判

決が紛争を解決しうるために、民訴制度の全力を既判力という形で結集させ、強い遮断効を判決に付与している事も、常識的な事であろう。そしてこれだけの大きな力を判決に与える事が可能なのは、民訴制度が正当性を担保しうる程の、合理的な手続として純化される事が、前提となつている。そして、通常は疑う必要がない程度に、我々の民訴法は、純化されている。しかし再審制度のように、既判力を何らかの形で否定するおそれのあるものが、存在する場合、その再審の起される可能性は、手続を純化させるためには、局限せらるべきなのではないだろうか。だとすれば、再審事由にあたるおそれのある場合は、判決が確定する以前には、既判力制度の当然の要求として、そのおそれを排除するべく、上告理由とすべきなのではないか。ひらたく言えば、再審事由であるが故に、上告理由とされるのであるが、それは訴訟経済の要請ではなく、既判力の本質から導かれる当然の帰結であると解したい。例えば、上告を許して事実審理をしたとして、他の理由から差し戻しになるかも知れない、又、事実審理を許さなければ、当然に差し戻される。結局控訴裁判所で、審理されるのであれば、訴訟経済上どちらが得かは、わからない。つまり、訴訟経済の要請だけでは、上告理由にすべきか否かの解決は、可能性の比較などという、あいまいな領域へ議論を引き込むだけで、結着がつかない。今仮に百歩譲つて、可能性の一番高い場合がわかつて、それが訴訟経済上有益であるとしても、その取扱いが、合理性もない単なる便宜なら、むしろ排斥されるべきであろう。本来訴訟経済という言葉は、説明原理にはなりえても、決して第一義のものとして、指導原理にはなりえないのではないかと考える。

ともかく、以上のように考えれば、論理はすつきりする、再審事由にあたる蓋然性があれば、上告理由となる程度の違法は、少なくとも存在する、という事になる。具体的には、有力説が言うように、手続違背があるという事なのだが、そこにあるのは、再審事由にあたるおそれのあるような証拠を採用した、という事自体にある違法を、指している事になる。

五、以上を前提として、上告審のとるべき態度について、考察する。学説は、例外的事実審理をするべきだ、とする(10)か、法律審である事を厳守して、破棄差し戻しをすべきだ、とするかの(11)、二説にわかれている。判例は、必ずしも明確とは言い難いが、常識的に見て、後説と考えて良い。ところで、従来の学説の解釈のままでは、後説には、矛盾がある事は、前述三の所で、指摘したとおりである。従つてその点からすれば、前説の方が素直な考え方とも言いうる。

しかし、前述**四**のように手続違背があつてはならないという事が制度自体の当然の要請であると考えると、話は違つてくる。上告審が、法律審である事を要求されるのも、手続の合理化への志向の一つのあらわれであろう。だとすれば、上告審の法律審的性格と、再審事由の上告理由適性との間には、同一の基盤が考えられる。すなわち、手続は、合理化という同一の目的のために、上告審をあくまでも法律審として維持しつつ、再審事由を上告理由として認める事を許していると考える。

従つて、民訴法四二〇条一項六号に関しても、二項所定の要件が

（起訴猶予処分として）具備された場合は、上告審は、それだけで上告理由ありとして、原判決を破棄し、これを、差し戻して良いと解する。

（1）山木戸「判例批評」民商四六巻四号六九二頁、小室「再審事由と上告理由の関係」裁判法の諸問題(下)一九〇頁、竹下「最高裁民事判例研究」法協八六巻七号八二〇頁

（2）兼子・判民昭一一年五九事件評釈、菊井〃村松・コンメンタール民訴法Ⅱ七七〇頁、竹下・前掲八二一頁

（3）大判昭九・九・一民集一三巻二〇号一七六八頁、最二判昭三八・四・一二民集一七巻三号四六八頁、最一判昭四三・五・二民集二二巻五号一一一〇頁

（4）斎藤・判民昭九年一二五事件四〇九頁、兼子・条解九八九頁、菊井〃村松・前掲六五一頁

（5）新堂「最高裁判例研究」法協八二巻三四二頁、飯塚「判例批評」民商六〇巻一号一一二頁、小室・前掲一八二頁

（6）薬師寺「民事判例研究」法学志林三七巻六号七六四頁

（7）三谷「可罰行為と民事再審に関する若干の問題」判タ三〇一号三四頁

（8）竹下・前掲八一九頁

（9）竹下・前掲八一七頁

（10）小室・前掲一九〇頁

（11）菊井〃村松・前掲七七一頁、奥村・最判解民昭和四三上四七八頁、三谷・前掲三五頁

伊東　乾・山田恒久