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三二四〕 再審の訴えの対象となった原判決の証拠とされた文書の偽造等につき有罪の確定判決を得ることを可能とする証拠が原判決の確定後に収集された場合の再審の訴えの許否 (最高裁平成六年十月二五日第三小法廷判決) 裁判官が訴訟代理人の娘婿であることは、除斥原因にも忌避事由にも該らない (最高裁昭和三〇年一月二八日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	栗田, 陸雄(Kurita, Mutsuo) 鈴木, 貴博(Suzuki, Takahiro) 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	1996
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.69, No.4 (1996. 4) ,p.88- 100
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=AN00224504-19960428-0088

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三二四〕

平六7（判例タイムズ八六八号一五四頁）

再審の訴えの対象となった原判決の証拠とされた文書の偽造等につき有罪の確定判決を得ることを可能とする証拠が原判決の確定後に収集された場合の再審の訴えの許否

再審請求事件（平成六・一〇・二五第三小法廷判決）

〔事　実〕

X_1株式会社の代表取締役であった原告Aとその妻Yは、昭和四四年一〇月九日にX_2株式会社に対し、自己が保有するX_1会社の株式各五〇〇〇株を売却した。

その後、A及びYは、右株式の譲渡は無効であるとして、X_1及びX_2両会社を相手に、自らが依然としてX_1会社の株主であることの確認を求める訴えを山形地裁に提起した。同地裁は、X_1会社に対する株主権確認の請求を認容し、仙台高裁は、昭和五九年七月二〇日、この点のX_1会社等の控訴を棄却した。

X_1会社等は上告したが、最高裁は、昭和六二年一一月一〇日に上告を棄却する判決を下し、控訴審判決は確定した。A及びYの勝訴判決の理由は、A及びYとX_2会社との間でなされた株式の譲渡契約は、当時株券が発行されていたのにその交付がないので、商法二〇五条一項により無効であるというものであった。

その後、Aは、平成二年九月二日に死亡し、Yを含むAの相続人が同人の権利義務を承継した。

X_1及びX_2会社は、平成二年六月三日に、Y等を相手に本件再審の訴えを提起した。その理由は、旧訴訟の請求を認容した確定判決の証拠となった書証（株券）が、昭和四三年に作成されたX_1会社の株券であるとされているが、これは昭和五二年一一月一六日頃に代表取締役Aが勝手に作成した偽造文書であり、昭和四四年当時株券は未だ発行されていないので、その場合は株券の交付がなくても当事者間では株式の譲渡は有効であるというものであった。すなわち、本件においては、①「判決ノ証拠ト為リタル文書――カ偽造セラレタルモノ」（民訴四二〇条一項六号）であるか、また②X_1等が旧訴の上訴手続において当該再審事由を主張し、ないしはその存在を知りながらそれを主張なかったものであるか（民訴四二〇条一項本文但書）が争われた。

原審は、①については、同条項の再審事由の存在を認め、また②についても、旧訴訟における再審事由の主張ないし主張可能性を否定して、本件再審請求を認容した。―Y等から上告したが、最高裁は、上告を棄却した。

上告理由は、次のように再審事由に関するものと経験則違背等に関するものの二つに大別される。

一　再審事由について

1　法四二〇条一項六号に基づく再審事由は、上訴人がそれを知っていても、同条二項の要件が、判決確定後に充足された場合には、再審の訴えを提起することができるとするのは、明らかな法令違背であり、かつ従前の最判（適法要件説をとる最判昭和三六・九・一九及び昭和四七・五・三〇）に反する。

2　原判決は、民訴四二〇条の再審事由につき、いわゆる合体説から正当化されるものであるが、原判決の摘示する最判昭和四七年五月三〇日は、合体説を採用していない。最判は同条二項につき「適法要件」という言い方をし、また昭和三六年判決を変更する手続をとっていない。適法要件説によれば、同条二項の要件とは関わりなく、当事者が旧訴において実質的に再審訴訟におけると同一の攻撃防御方法を尽くし得たかどうかを判断すべきである。

3　昭和四七年判決と異なり、旧訴においては、昭和四九年から六二年まで争われ、当時から株券の偽造か主張されており、十分な時間があったにも拘わらず、証拠の速やかな収集を怠り、公訴時効が完成した後に、ようやくその証拠を発見したというのであるから、十分な攻撃防御を尽くす機会があった。それでは、刑事訴訟て証拠力の乏しい証拠しかない場合に、わざと公訴時効の完成をまって民事の再審を起こすことも考えられる。

4　昭和四七年の最判は、民訴四二〇条二項前段に該当する場合であって、同条一項但書に関する本件とは事案を異にする。

二　経験則違背、理由不備、理由齟齬

1　新乙1～乙三号証　二〇〇枚の株券　株式会社丸兵製作所一六〇枚、株式会社丸兵制作　四〇枚～新甲五号証（印刷会社の売上帳）によれば、昭和五二年の丸兵製作所の株券の印刷は、一六〇枚であるから、その一六〇枚の株券は同一のものと考えられる。

甲一一号証の株券（株式会社丸兵制作　四〇枚）は、明らかに昭和五二年に印刷された株券とは異なるものであり、これを昭和五二年に印刷された一六〇枚の一枚であるとするのは、証拠の見誤りである。

2　明白な誤謬に基づき、本件株式会社譲渡契約を有効と解した原判決は破棄を免れない。

3　株券には二種類のものがあり、その一つは昭和五二年以前に印刷された可能性もあるのに、これに言及しない原判決には理由不備がある。

4　株式譲渡契約の有効性につき、詐欺による取り消し、錯誤、控除良俗違反等の実体的争点があり、原審はこれらについて十分な説示をしていない。

〔理　由〕　最高裁は、右の諸点について次のように判示した。

上告理由第一点について

民訴法四二〇条一項六号に該当する事由を再審事由とする再審の訴えが同条一項但書により許されないのは、再審原告が、再審の訴えの対象となった判決に対する上訴により、右再審事由のほか、同条二項の要件を主張したか又は右要件の存在を知りながらこれを主張しなかった場合に限られるものである。（最高裁昭和四四年（オ）第二一〇号同四七・五・三〇第三小法廷判決・民集二六巻四号八二六頁）。また、同条二項の「証拠欠缺外ノ事由ニ因り有罪ノ確定判決ヲ得ルコト能ハサルトキ」とは、再審の訴えの対象となった判決の証拠とされた文書の偽造等につき、本来ならばその実体において有罪の確定判決を得ることが可能であったのに、被疑者の死亡、公訴権の時効消滅、不起訴処分等実体に関係のない事由のためにこ

れを得られなくなったことをいうものであるから、文書の偽造等につき有罪の確定判決がない場合に同条一項六号に基づいて再審を申し立てる当事者は、被疑者の死亡等同項所掲の事実だけではなく、それらの事実がなければ有罪の確定判決を得ることが可能であったことについてもこれを立証しなければならないというべきである（最高裁昭和三九年（オ）第一三七四号同四二年六月二〇日第三小法廷判決・裁判集民事八七号一〇七一頁最高裁昭和四八年（オ）第一一八九号同五二・五・二七第二小法廷判決・民集三一巻三号四〇四頁）。そして、右のように、民訴法四二〇条一項六号に該当する事由を再審事由とし、かつ、同条二項の適法要件を主張する再審の訴えにおいては、被疑者の死亡等の事実が再審の訴えの対象となった判決の確定前に生じた場合であっても、文書の偽造等につき有罪の確定判決を得ることを可能とする証拠が再審の訴えの対象となった判決の確定後に収集されたものであるときは、同条一項但書には該当せず、再審の訴えが排斥されることはないというべきである。

これを本件についてみると、原審の適法に確定したところによれば、再審甲五号証の売上帳及び加藤四郎の証言が得られたのは、昭和六二年一一月一〇日に再審の訴えの対象となった判決が確定した後であり、被上告人らは、これらの証拠により、右確定判決の証拠となった甲一一号証の株券は、大泉機械工業株式会社の代表取締役の地位を失った亡Aが昭和五二年一一月頃右会社の変更前の商号である丸兵製作所の代表取締役名義で作成日付をさかのぼらせて作成した偽造の文書である、ということを主張、立証しており、またこれらの証拠は、右文書の偽造について有罪の確定判決を得ることを可能にするものであるが、それが得られた時点ですでに行為の時から七年が経過し、公訴時効の期間が満了していたというのである。

そうすると、本件再審の訴えは、民訴法四二〇条二項の前記の要件を具備しており、同条一項但書によって不適法となるものではない。これと同旨の原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らし、正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。論旨は採用することができない。

同第二点について

所論の点に関する原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らし是認することができ、原判決に所論の違法はない。論旨はすべて採用することができない。

よって、民訴法四〇一条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文の通り判決する。

〔評釈〕 判旨の結論に賛成する。但し、理由付けは異なる。

一　民訴四二〇条一項四号ないし七号の可罰行為を係属中の手続において主張するさいに、同条二項の要件は必要であろうか。またそのさいには係属中の手続が事実審の場合と法律審の場合とで違いがあるか。さらに、同条二項の要件の具備しないままに右の可罰行為を係属中の手続において主張し、これを排斥された当事者は、当該判決確定後に右の要件を具備したとして再審の訴えを提起することができるであろうか。後者について同条一項但書は、「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リニ在ラス」と規定している。本件は、右の諸問題と関連しており、したがって、上訴の可能性との関係で、次のように①一審判決に対する再審の場合と②控訴審判決に対する再審の場合を分けて考える必要

がある。

①一審判決に対する再審　まず、第一審判決の基礎に同条一項四号ないし七号の可罰行為があり、当事者が、当該の可罰行為を主張して控訴することは、同条二項の要件を具備しなくても可能であろう。控訴審は事実審であり、同条二項の要件と関わりなく、可罰行為の有無及び一審判決との関係を自由に判断することができるからである。したがって、一方当事者が、一審判決が確定した後に同一の可罰行為に基づき、右の二項要件が具備したとして再審の訴えを提起した場合には、旧訴において上訴の機会を有していたことになり、同条一項但書の制約を受ける可能性がある。

②控訴審判決に対する再審　次に、当事者は、控訴審において可罰行為を主張したが、排斥され、控訴審判決が確定した後に同条二項の要件が具備したことをもって再審の訴えを提起する場合がある。この場合、当事者は、可罰行為の主張を排斥する控訴審判決に対して、経験則違反を理由に上告を提起できるかどうかという問題がある。この問題について、上告審で初めて可罰行為を主張する場合には、上告審の法律審としての性格から同条二項の要件の具備を必要とするが、そうでない場合には、当該の控訴審判決に対しては経験則違反としての上告理由があると主張する学説[1]もある。しかし、通説によれば、上告審の法律審としての性格から、可罰行為の存在は、同条二項の要件の具備がなければ、上告理由とはならないものと解される。[2]また可罰行為についての控訴審の判断は、二項の要件の存在に照らして明白な経験則違反となるという見解[3]も、通説・判例と同一の帰結をもたらすであろう。いずれにせよ、当事者は、控訴審の確定判決に対しては、上訴（上告）の可能性がなかった場合には、同条一項但書の制約を受けないという帰結が導かれる。

二　本件の上告理由によれば、再審原告は、旧訴において、一審以降、上告審に至るまで二項の要件を具備しないままに同条一項六号の可罰行為を主張していた事情が窺われる。おそらく再審原告は、民訴四二〇条の要件が具備しないために経験則違反としての上告理由が認められず、上告が斥けられて控訴審判決が確定した後に、同条二項後段の要件の具備をもって本件再審の訴えを提起したものと思われる。したがって、本件は、右の②のグループに属する。

三　判旨は、再審原告が、民訴四二〇条一項但書により再審の訴えを許されないのは、再審の訴えの対象となった判決に対する上訴により、右再審事由のほか、同条二項の要件を主張したか又は右要件の存在を知りながらこれを主張しなかった場合に限られるとする最三昭和四七・五・三〇の判決を引用して、本件再審の訴えを認めた。本来、同条一項の四号ないし七号の可罰行為のみを再審事由と解し、同条二項の要件を再審の訴えの適法要件と解するいわゆる適法要件説[4]によれば、旧訴における適法要件を具備しない可罰行為の主張についても同条一項但書

の制約は働くと考えるのが筋である。むしろ右の最判の結論は、同条一項四号ないし七号の可罰行為と同条二項但書が合体して再審事由となるとするいわゆる合体説[5]を思わせるものである。しかし、右の最判は、従来の最判の立場である適法要件説を変更したものとは解されず[6]、上告審の法律審としての性格、したがって、控訴審判決に対する可罰行為の主張が事実問題であって、上訴（上告）の可能性がなかったことから同条一項但書の制約を認めなかったものと理解される[7]。すなわち、右の判決は、本件と同様、右の②のグループに属し、その限りで妥当すべきものと解される[8]。その場合、①のグループについては、上訴の機会があったことから、論理的帰結として、敗訴当の再審の訴えは許されないものと解される。

四　①の事例についても、右の最判と同様に、再審の訴えを認める旨の見解[9]は、かねてから主張されていた。しかし、この見解に対しては、民訴四二〇条二項については、適法要件説を採用しながら、同条一項但書については、むしろ合体説の立場を採用したに等しく、便宜的にすぎるという批判[10]があった。しかし、私見は、理論構成は別として右見解に賛成するものである。すなわち、私見によっても、再審の濫用を防止する意味から、適法要件説が正当であると思われるが、しかし、同条一項但書の意味は適法要件説とは切り離してむしろその規定の実質からこれを判断すべきであると考えるからである。

右の立場から、一項但書の意味について、既に吉村教授の詳細な論文[11]がある。現行の民訴四二〇条一項の一号ないし一〇号の再審事由のうち、一号ないし三号の事由は、旧民訴の取消の訴えの事由（同法四六八条）に相当し、四号ないし七号の事由は、旧民訴の現状回復の訴えの事由（同法四六九条）に相当するものであるが、その取消の訴えと現状回復の訴えの区別は、ドイツ民訴に由来し、前者は重大な手続的瑕疵、後者は重大な判決資料の欠陥を内容としている。ドイツ民訴においても、旧民訴においてもそれぞれについてこれらの再審事由が上訴に対して補充性を持つ旨の規定があったが、現行の同条一項但書の規定は、取消の訴えと現状回復の訴えの補充性に関する規定を一本化した規定であることが知られている。そこで、一項但書の規定の意味については、ドイツ民訴における現状回復の訴えの補充性に関する規定の立法理由及び解釈が参考となる。ドイツ民訴の立法理由書によれば、「現状回復の訴えはもっぱら衡平のみに基づくものであるから、除去されるべき不利益が当事者の責によらずに成立したことがこの訴えの要件である。この不利益は、前訴手続において現状回復事由の存在を主張できなかった点に存在する」。吉村教授は、右の立法理由をふまえて、ドイツ法上は、前訴における敗訴当事者の責任の範囲内にある事由について、当事者の責任によって証書の発見やその利用が遅れた場合には、補充性の制約が働くが、他人の可罰行為のようにもともと敗訴者の責任の範囲内にあるとは言えない瑕疵が判決の基礎となっている場合には、原則として補充性の制約が

働く余地はないと解している。しかし、右のような瑕疵であっても、敗訴当事者が既に前訴の手続係属中にこれを有していながら提出しなかったような場合には、例外的にその再審の訴えも許されないものとなろう。(12) 右の解釈は、当事者の自己責任及び衡平の観点からそれ自体として正しいものと思われるし、また立法の経緯(13)からみて現行民訴四二〇条一項但書にも妥当すると考えられる。

以上、同条一項但書として、旧訴の敗訴当事者は、同条一項四号ないし六号の事由については本来敗訴者の責に帰しえない瑕疵として、旧訴の係属中に同条二項の再審事由の適法要件を備えていない限り、同但書によって再審の訴えを妨げられることはなく、また反対に、旧訴の敗訴当事者は、同条二項の適法要件を旧訴の確定判決後に具備した場合には、同条一項但書の規定によっては再審の訴えを妨げられないと解される。再審原告は、同条二項前段の可罰行為に関する有罪の確定判決がある場合には、その旨を主張するだけで足りるが、後段の要件については、可罰行為の存在を示す証拠を示すことが必要である。これは、適法要件説の当然の帰結である。

五 本件においては、上告理由は、右の証拠の収集につき再審原告の懈怠を主張している。しかし、それは、右に述べた如く、本来旧訴の敗訴当事者の責任の範囲外にある現状回復事由については当てはまらないものである。なお本件の上告理由第二点は、証拠の評価に関係する問題であるから、これを割愛する。

以上、判旨の結論は正当であるが、むしろその理由は、一審の確定判決に対する再審の訴えと控訴審の確定判決に対する再審の訴えとについて統一的に民訴四二〇条一項但書の意味にこれを求めるべきであると考える。

(1) 小室・「再審事由と上告理由の関係」裁判法の諸問題下一七五頁以下、特に一九〇頁。
(2) 三谷・民事再審の法理一七一頁参照。なお三谷説は、上告審が、民訴四二〇条二項の要件を肯定する場合には、原審に事件を差し戻すべきであるとする。一七三頁。
(3) 新堂・法協八二巻三四二頁。
(4) 最二昭和四五・一〇・九民集二四巻一一号一四九二頁、兼子・条解上九九〇頁、石川・民商六六巻四号一七七頁ほか。
(5) 細野・民訴法要義五巻四〇頁、松本・判例タイムズ二六七号七九頁、同民商六七巻六号一〇三四頁ほか。
(6) 上告理由か指摘するように、この最判は従来の最判を変更する手続を採っていない。
(7) 吉村・「再審事由」裁判と上訴下九六頁以下、特に一〇四頁。
(8) 吉村・前掲一二七頁。
(9) 柴田・法曹二五巻二号三七六頁。
(10) 吉村・前掲一〇六頁。
(11) 吉村・前掲九六頁以下。
(12) 吉村・前掲一二八頁以下。
(13) 吉村・前掲一三〇頁。

栗田陸雄

昭三〇2（最高民集九巻一号八三頁）

裁判官が訴訟代理人の娘婿であることは、除斥原因にも忌避事由にも該らない

立木売買契約存在確認請求事件（昭和三〇・一・二八第一小法廷判決）

X（原告、被控訴人兼控訴人、上告人）は、Y組合（被告、控訴人兼被控訴人、被上告人）に対し、三筆の山林に生立する赤松立木の売買契約が存在することの確認を求めて訴えを提起した（Xが買主側）。

第一審（福島地裁若松支部）は、Xの請求の一部（売買契約は成立した）を認容しその余の部分を棄却した。XYともに控訴。Xはその敗訴部分の取消を求めて、残る一筆の山林上に生立する赤松立木についても売買契約が存在することの確認を求め、Yは敗訴部分の取り消しとXの請求の全面的棄却を求めた。

控訴審（仙台高裁）においては、売買契約は成立に至らなかったとして、Xの請求全部を棄却。これに対してXが上告。その際、原審の審理、判決に関与した裁判長がY訴訟代理人の一人の娘婿であったことが判明し、その上告理由において売買に関する法令適用の誤りとともに、大要以下のように原審裁判長関与の違法性を主張した。

すなわち、「原審裁判長は、Y訴訟代理人の娘婿であるが、裁判が裁判長の意見により左右されることが多いのは国民一般の通念であり、自然の親子よりも義理と愛敬の点で深いもののあるのも一般国民の是認するところである。この点で、原審裁判長は、民訴法四三条により職務の執行から回避すべきであった。……しかるに、原審裁判長は、Y訴訟代理人の娘婿であることをXに対し全然知らせないで本件の審判に当たった。……原審は、終始Xの目をおおい、一方においてその忌避権を不当に侵害し、一方において回避すべき義務に違背して原判決をするに至ったものである。」と。それに加えて、X上告代理人は、理由不備ないし齟齬、釈明権の不行使、採証法則違反、経験則違反などを主張した。

〔判　旨〕 上告棄却。

「原審における裁判長たる裁判官が、原審におけるY組合の訴訟代理人の娘婿であるからといって、右の事実は民訴三五条所定事項に該当せず、又これがため直ちに民訴三七条にいわゆる裁判官につき裁判の公正を妨ぐべき事情があるものとはいえないから、所論は理由がない。」

〔評　釈〕

上告棄却とした判旨の結論には賛成するが、その理論構成には疑問がある。

一　本判決は、裁判官と訴訟代理人とが姻族一親等の関係にあることが除斥原因・忌避事由となるかという点について判断した最初の最上級審判例である。その後も除斥原因・忌避事由としての親族関係について判断した判決はなく、その意味でも本判決の内容は、なおひとつの先例といえるものである。

二　上告人は、上告理由書作成中に忌避事由が存在することを知ったが、忌避申立はせず、その上告理由において、除斥原因・忌避事由の存する裁判官には当然に回避義務（民訴法四三条）があるはずだと主張した。これに対して本判決は、回避義務に

関する上告人主張の当否の判断に先立って、そのような姻族関係があるという「……事実は民訴三五条所定事項に該当せず、又これがため直ちに民訴三七条にいわゆる裁判官につき裁判の公正を妨ぐべき事情があるものとはいえないから、所論は理由がない」（回避義務はない）としている。

本判決は、除斥原因・忌避事由の存否の判断を回避義務の存否の判断に論理的に先行するものとし、回避の義務があるかどうかを論ずる以前に、そもそも本件では回避の前提となる除斥原因も忌避事由も存在しないのだから回避義務の有無という問題は生じ得ないと判示したものと一般的に解されている。(1) そこで、本件をめぐる論点としては、まず、裁判官と訴訟代理人との間に姻族一親等の関係があることは除斥原因にも忌避事由にも当たらないという判断の当否が挙げられる。なぜなら、本件における姻族関係が忌避事由に該らないという判断には、その根拠が合理的に説明されているとはいえないと思われるからである。次いで、忌避事由の存否と回避義務の関係、つまり本件とは逆に、除斥原因または忌避事由が存在する場合には、上告人主張のように回避義務が生じるというべきかという点がある。(2) そして、これと関連して、とくに本件のように、判決言渡後に忌避事由が存在することが明らかになった場合（民訴法三七条二項但書）の忌避申立権者の救済措置という問題などが考えられる。

以下で、以上の論点について順を追って検討していくこととする。

三 まず、本判決は、理由を明示せずに、裁判官と訴訟代理人の間に一親等の姻族関係があることは除斥原因にも忌避事由にも該当しないとしている。

そこでまず、このような事情が除斥原因に該るか否かを考えてみると、結論的にいえば裁判官が訴訟代理人の娘婿であることは除斥原因に該らないというべきである。けだし、民訴法三五条二号では「裁判官カ当事者ノ四親等内ノ血族、三親等内ノ姻族若ハ同居ノ親族ナルトキ又ハナリシトキ」として、三親等以内の姻族関係は、「当事者」との関係においては除斥事由に該るとされているが、他方、同五号では「裁判官カ事件ニ付当事者ノ代理人又ハ輔佐人ナルトキ又ハナリシトキ」として当事者と代理人とを明確に区別しているので、同三五条二号における「当事者」に訴訟代理人を含ませて考えることは困難だからである。

では次に、忌避事由についてはどうか。忌避事由については、民訴法三七条に「裁判ノ公正ヲ妨クヘキ事情」と規定されているのみで、具体的な事実が列挙されているわけではない。一般に裁判官の忌避事由とは、通常の理性ある社会人が、当該裁判官の職務執行につき偏頗・不公平な裁判がなされるであろうとの懸念を抱くに足る客観的事情であって、当該裁判官の担当する具体的事件と直接無関係な手続外の要因に限られるものとされる。(3)

ところで本件においては、裁判官と訴訟代理人の間に一親等の姻族関係があるということが問題となっている。この場合、裁判官と訴訟代理人との間に一定の身分関係があるということは、いうまでもなく「事件の手続外の要因」といえるのであり、忌避の要件のひとつは満たしているといえる。問題は、このような身分関係があることが、「通常の理性ある社会人が偏頗不公正な裁判がなされるであろうとの懸念を抱くに足る客観的事情」といえるかどうかにかかってくる。その点からいえば、一般に、訴訟代理人は、自己の固有の権利を行使するのではなく、当事者本人の権利を代理人として行使するにすぎない。しかし手続の公正は訴訟関係者相互間の緊張関係に支えられるという側面を重視するならば、当事者の具体的な主張は訴訟代理人を通じてなされ、その代理人の主張について裁判官が判断するという意味では、まさに訴訟代理人は訴訟関係者なのであり、一定の身分関係があることが訴訟運営に影響を及ぼす可能性は、裁判官と当事者本人の間であろうと、裁判官と訴訟代理人との間であろうと別段異なって考える必要はないであろう。[4] そのように考えれば、裁判官と訴訟代理人との間に一親等の姻族関係があるということは、客観的にみて、公正な裁判を妨げる事情といえるであろう。[5] したがって、本判決が、とくに理由を示すことなく、除斥原因に該らないからというだけで忌避事由にも該らないとしたのは、誤りというべきであり、この点で判旨には賛成できない。また学説も、ほとんど一致してこのような事情を忌避事由と解している。[6] さらに、わが民事訴訟法の母法とされるドイツ民事訴訟法の解釈においても、裁判官と訴訟代理人との親族または姻族の関係が忌避事由となりうるとされていること[7]なども上記の結論を補強するものとなろう。

四　つぎに忌避事由と回避義務の関係について考える。民訴法四三条は「第三十五条及第三十七条第一項ノ場合ニ於テハ裁判官ハ……回避スルコトヲ得」としているところ、上告理由は、忌避事由があれば回避の義務があると主張しているからである。本判決は、そもそも忌避事由がないとしているため、忌避事由の存在を前提とする、回避義務の主張を結果的に否定している。

ところで、回避事由としては、除斥原因がある場合と忌避事由がある場合とがありうる。[8] 前者については、除斥原因があるかぎり当該裁判官は当然に職務を執行することができなくなるのであり、除斥原因があるにもかかわらず裁判官が誤ってなした訴訟行為も無効である。このような重大な結果に鑑み、除斥原因は職権でも判断できるとされている(民訴法三六条)。その意味では、除斥原因のある裁判官については回避を義務として考えることも可能である。[9] それに対して忌避事由は、当事者からの忌避申立をまってその存否を判断するという構成をとっており、職権による忌避は認められていない(民訴法三七条一項)。またその故にこそ、本案手続の停止が明文化されているといえる(民訴法四二条)。そして忌避事由は除斥原因と異なって抽象的であり、申立権者の申立てによる裁判をまたないと、その存

否に関して確定されない。それゆえ、そのような段階では、積極的な回避義務があるとまではいえないと考える。[10] したがって、すでに述べたように、判旨が忌避事由を認められないと判断したことに対しては賛成できないが、かりに私見のような解釈を前提としても、本件のように、事件の係属中に忌避事由の存否が確定しない場合には、その段階で回避義務を認めることはできないのであるから、結果として、これを否定して上告を棄却した点についてはその限りで賛成することができる。

五　最後に、上告理由書作成中に、忌避事由の存在を知った場合の救済措置という問題である。[11]

忌避は、原則として、申立てを認める裁判があってから当該裁判官の当該裁判に対する職務執行を将来にわたって禁止するという効果を有しており、[12] その効力は形成的且つ不遡及のものとされる。[13] このため、判決言渡後には当該裁判官は現に事件を担当して職務執行に関与しているとはいえなくなったものといえ、もはや忌避の利益は認められないと考えられている。[14] つまり、忌避申立に関する通説に従うかぎりXの上告が容れられる可能性はないものといわねばならない。[15]

ところが、民訴法三七条二項但書は、当事者が当該裁判官の面前で弁論をした場合でも、「忌避ノ原因カ其ノ後ニ生シ又ハ当事者カ其ノ原因アルコトヲ知ラサリシトキ」には、なお忌避申立てができる旨規定しているので、本件のような場合はこれに該るのではないかということが考えられる。[16] しかしながら、この民訴法三七条二項本文の「弁論」および「申述」は、訴訟係属中のことを予定しているとされ、判決言渡し後の当該手続上の瑕疵については救済の機会が認められないとされる。[17] もちろん訴訟の全過程を通じての弁論の一体性ということから考えれば、原審関与裁判官の忌避事由を上訴して問うことも可能かもしれない。しかし、明文規定で原因が列挙されている除斥においても、除斥原因のある裁判官が判決言渡しに関与した場合には、判決言渡し自体はつねに違法であるものの、すでに確定した判決の内容を外部に表示するだけの行為であるから、その関与については、絶対的上告理由（民訴法三九五条一項二号）にも再審事由（同四二〇条一項二号）にも該当しないとされる。[18] 況や、その事由が抽象的にしか規定されていない概括的規定に止まる忌避にあっては、判決内容が確定して以降の手続上の瑕疵については、忌避確定による効果も実質的には無益といえ、むしろ訴訟遅延という弊害が指摘されよう。つまり、判決言渡し後の裁判官の関与という瑕疵については、除斥と別段異なって考える必要はないものと思われる。

しかし、そのように解すると但書の実質的意味がなくなるため、忌避権の保障を実質化するための試みとして、とくに、近時二つの方向からの理論が提唱されている。すなわち、ひとつは、裁判官に対して忌避事由（になる可能性のあるもの）を開示する義務を課し、この開示義務の違反が忌避権者にとって上告理由となると構成する、裁判官の忌避事由開示義務を提唱す

る説であり、その義務違反を法令違背として上訴の理由とする途を開くものである。[19] またそれに続く、いまひとつの見解は、同様の目的を回避の義務化によって達成しようとするものである。[20] すなわち、通説に反して、民訴法四三条の「監督権ある裁判所の許可」は回避義務による構成を論理必然的に排除するものではないとして、端的に回避義務を認め、その義務違反を法令違背の上告理由（民訴法三九四条）に該ると解するものである。思うに、前者に対しては、忌避事由の開示義務を根拠づける実定法は見当たらないし、むしろ忌避当事者の存在は当事者が申立てをした忌避の手続の中で明らかにすべきことが前提とされている（民訴法三七条一項）。したがって、注目すべき見解ではあるが、この見解にはにわかに賛成することはできない。[21] また後者に対しては、すでに述べたように裁判官に回避義務を認めることは困難であり、この見解には賛成できない。

むしろ、忌避については、裁判の公正を害する、一見して明白で具体的な事実が制限列挙されている除斥と異なって、裁判の公正を害する程度に応じて、その事由につき、重大かつ明白な場合（たとえば裁判官と事件の当事者やその法定代理人との間に内縁関係、婚約、恋愛関係、敵対関係、民訴法三五条二号以外の親族関係などが存在し、もしくはかつて存在したことがあるとか、裁判官が当該事件の結果如何によって事実上影響を受けるような間接的な利害関係を有する場合）には、瑕疵は治癒されずに上告理由に該るとしたり、軽微で、かつ虞があるだけという程度の場合（たとえば、申立人の単に主観的、非合理的な言い掛かりや思い込みなどによる場合。しかしこの場合、忌避申立てにおける疑念が個々の事案における司法への信頼の維持もしくは申立人の批評（不当なものについてもまた）の機会を奪うことになる場合には受容されるべきである）には、その程度に応じて救済措置を判断するといった一般条項的な基準の定立によっても司法運営の公正を妨げるような事情は回避しうるのではないだろうか。

(1) 中務俊昌・民商法雑誌三三巻六号八一四頁、同・末川博編最高裁民事判例批評九巻二八頁、大場茂行・判例タイムズ四六号二九頁、同・最高裁判所判例解説（民事編）昭和三〇年度六頁、佐々木吉男・続民事訴訟法判例百選（五事件）一六頁、高橋宏志・法学協会雑誌一〇七巻三号五一二頁、西野喜一・民事訴訟法判例百選Ⅰ（三六事件）七四頁などを参照。

(2) 注(1)に引用の各評釈・解説は、判旨が除斥・忌避事由の存在に基づく回避義務の存在を肯定する判断を含むものなのかという点につき疑問を投げかける。

(3) 兼子＝新堂＝竹下＝松浦・条解民事訴訟法九三頁、東京高決昭四五・五・八判時五九〇号一八頁、菊井＝村松・全訂民事訴訟法（Ⅰ）（追補版）一八二頁、兼子一編・増補判例民事訴訟法（上）一〇九頁、京都地決昭三八・一一・一六判例タイムズ一五六号二〇一頁も同旨。なお、判例においては、一般に刑訴法上の解釈とされ（最決昭四八・一〇・八刑集二七巻九号一四一五頁）、民訴法上の忌避についてはこれを踏襲する判例もあるが（札幌高決昭五一・五・二〇判例時報八二〇号七八頁）、他方で例外の有り得る事を明言する判例もある

（大阪地決昭三七・七・一六下民集一三巻七号一四二一頁、東京高決昭五三・七・二五判例時報八九八号三六頁）。

（4） この点、とくに弁護士の場合につき、その職務執行の公正・品位保持、依頼人の利益保護という点が考慮されたものと思われるが、弁護士法二五条二号には「相手方の協議を受けた事件で、その協議の程度及び方法が信頼関係に基くと認められるもの。」と規定されている。この「相手方との信頼関係」が依頼人との関係で公正な職務執行を行ない得ない事情とされていることから「裁判官との姻族関係」も裁判官との関係で公正な裁判の確保にとって問題視される場合もありえよう。

（5） 忌避事由の類型化を主張する声もあり、とくに注釈書にはそうした分析が少なくない。たとえば裁判の公正を疑わせるに足る事由を訴訟指揮に関するもの・予断の虞に関するもの・裁判官と当事者との特別な関係に関するものなどに類型化してその毎に判断をしていこうとする基本法コンメンタール民事訴訟法（林屋礼二執筆）五三頁以下。裁判官と当事者との人的関係、裁判官と具体的な事件との事物的関係などといった区別に則って、手続利用をめぐる行動の類型化かてきるなら事由の細分・明定によって裁判の公正確保に関する予測可能性に資することになると思われる。なお新堂＝小島・注解民事訴訟法(1)（大村雅彦執筆）三四二頁以下参照。

（6） 多数説である。概してその根拠は、裁判官と当事者の一方側との特別密接な関係が認められる以上、公正を妨ぐべき事情があるものとすべきだとされる。なお新堂幸司・民事訴訟法五三頁、三ヶ月章・民事訴訟法（法律学全集）二六四頁、斉藤秀夫編・注解民事訴訟法(1)二一三頁、菊井＝村松・全訂民事訴訟法（Ⅰ）一八一頁、中務・本件評釈（前注（1））、畔上英治「忌避試論（二）」法曹時報一三巻一号一六頁、松浦馨「裁判官の除斥・忌避」民事訴訟法演習Ⅰ二八頁、兼子＝新堂＝竹下＝松浦・条解民事訴訟法九三頁、中野＝松浦＝鈴木編・民事訴訟法講義（補訂第二版）八七頁（高島義郎執筆）、斉藤秀夫・民事訴訟法概論（新版）七九頁、新堂＝小島・注釈民事訴訟法(1)三三〇頁（大村雅彦執筆）などを参照。

（7） 訴訟代理人の姻戚関係についてはＺＰＯ四一条三号の除斥原因に準じて血縁関係については三親等以内、そして姻戚関係については二親等以内とされる。なお Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, 15 Aufl. s. 132., Zoller, ZPO, 17 Aufl. § 42 Rdn. 13., Thomas/Putzo, ZPO, 19. Aufl. § 42 Rdn. 10., Münch-Komm z. ZPO, § 42 Rdn. 8 ff. など参照。

（8） 畔上英治「忌避試論（一）」法曹時報一二巻一一号一五一七頁には、観念的ではあるが、除斥と忌避とには質的相違があるとする。また佐々木吉男「担当裁判機関の公正の担保――回避義務試論――」新堂編集代表・講座民事訴訟第二巻七九頁は、忌避事由が除斥事由に比して、裁判の公正を妨げる程度においてつねに軽微な事情であるとは限らないとする。

（9） 通説的見解によれば、除斥原因か客観的に存在する場合に、除斥の効果によって裁判官は法律上当然にその職務執行から外れることから、除斥の裁判の性質は確認的裁判とされる。兼子＝新堂＝竹下＝松浦・条解民事訴訟法九二頁、菊井＝村松・全訂民事訴訟法（Ⅰ）（追補版）一七八頁を参照。なお、後注（13）も参照。

（10） 西野喜一「裁判官忌避制度小論」自由と正義四三巻六号一二三頁以下では、忌避の存在意義につき病理現象と生理現象という立て分けを行なっている。

（11） 西迪雄「忌避事由」民事訴訟法判例百選（第二版）（一三事件）

三九頁は、判旨に回避の事由の存否にまて立ち入った判断が示されていることは忌避申立の機会を逸したXの事情をとくに考慮して上告理由に対応した結果とみる。

(12) 兼子一編・判例民事訴訟法（上）一〇八頁、新堂＝小島・注解民事訴訟法(1)（大村雅彦執筆）三二八頁、同（三上威彦執筆）三六五頁参照。ドイツ民訴法においても、その申立ての時的範囲については、終局判決の発令までは取消す事かてきるものの、訴訟の係属から終局判決まてとされる。なお、既判力が生じる以前までは上級審に対する控訴を認めた判例もある（BayObLG FamRZ 88, 743)。なお、Thomas/Putzo,ZPO,19. Aufl. §42 Rdn. 2、および前注(7)参照。

(13) 忌避裁判の効力は忌避裁判の認容判決を得て以降、将来に向かって当該裁判官の訴訟関与が違法となる。「職務執行の資格を剥奪する」とか「当該裁判への関与を禁止する」などの表現で表される。遡及効の根拠については、旧民訴法三五条三項の規定と忌避裁判によって訴訟手続が停止される（民訴法四二条）ことからも推認される。なお、前注(9)参照。

(14) 新堂＝小島編・注釈民事訴訟法(1)（大村雅彦執筆）三四五頁以下を参照。なお小島武司「裁判の本質的特性としての公平(下)」法学セミナー二八四号九四頁には、終審としての最高裁に対する忌避制度の意義にふれ制度の相対性を指摘される。

(15) 当事者が忌避事由の存在を知らないために忌避申立のないまま終局判決がなされてしまえは、その審級の手続には何ら瑕疵はなかったことになるからである。なお中務俊昌・前注(1)本件評釈を参照。

(16) 民訴法三七条二項但書による忌避申立に際しては忌避の原因事実の存在を疎明するほか、同条二項但書の事実、すなわち忌避の原因が忌避期間後に生じたことあるいは忌避申立人が原因あることを知らなかったことまて疎明しなければならないとされる（民訴法三八条二項)。新堂＝小島編・注釈民事訴訟法(1)（三上威彦執筆）三五二頁参照。なおドイツ民訴法四四条四項はその旨を明文て規定している、前注(7)参照。

(17) 菊井＝村松・全訂民事訴訟法（I）一八三頁、斉藤秀夫編・注解民事訴訟法(1)二一四頁、新堂＝小島・注解民事訴訟法(1)（大村雅彦執筆）三四五頁を参照。なお大阪地決昭三八・二・一九判例タイムズ一四二号七〇頁、札幌高決昭五三・一〇・二三判例タイムズ三七三号八一頁は、判決内容に影響を及ぼしえない故に申立ての利益を欠くとする。

(18) 通説とされる。なお、新堂＝小島編・注釈民事訴訟法(1)（大村雅彦執筆）三二七頁参照。

(19) 忌避申立権を当事者権の一部として把握し、しかもこれをデュー・プロセスの要請に基つく中枢的な権利と位置づけて忌避権の空洞化現象を抑制・回避しようとする。なお、小島武司「忌避制度再考」吉川追悼・手続法の理論と実践（下）一頁、同・民事訴訟の基礎理論二五頁以下所収、同・「裁判の本質的特性としての公平(下)」法学セミナー二八四号九七頁などを参照。

(20) 佐々木吉男・前注(8)六七頁、および同「裁判官の除斥・忌避・回避」民事訴訟法の争点（新版）八三頁を参照。

(21) 忌避事由の存在を他の上告理由の補強材料と位置づけて忌避事由の存在を上告理由中て指摘しうることとし、上告理由と併せて慎重な検討に委ねようとする、高橋宏志・前注(1)一九三頁を参照。

鈴木貴博