

判決の不当取得に対する救済について

一橋大学法科大学院 2021 年度修了 黒澤陸人

I. はじめに

II. 判例・裁判例の分析

III. 学説

IV. 検討

V. おわりに

I. はじめに

確定判決を不当な手段により取得された者に対する救済はいかなる方法によるべきか。この問題は、前訴で敗訴した者がその不当を主張して、後訴において不法行為に基づく損害賠償請求(以下、単に「損害賠償請求」ともいう。)をなし得るかを中心に確定判決の騙取の問題として論じられてきた¹。後訴請求が認められ得るかにつき、判例は厳格な要件のもとではあるが積極的に解している。しかし、判例法理の理論的根拠は明らかではなく、その要件についてもさらなる検討が必要である。

後訴請求の可否は、前訴既判力との関係で問題となる。前訴判決に基づき債権の満足を得た者に対する損害賠償請求を認めるのであれば、それは実質的に前訴判決の否定である。このため、既判力による法的安定性と判決の実体的正当性のいずれを重視するかの問題として議論されてきたのである²。現在では既判力の正当化根拠として当事者に対する手続保障が重視されるようになり、判決の手続正当性の観点も加味して議論すべきことが指摘されている³。この流れの影響か学説上も積極説が有力化している。しかし、理論構成・要件ともに多種多様な見解が主張されており一致をみない。

¹ この問題について扱う代表的な論考として、小野木常『訴訟法の諸問題』(有信堂、1952)65頁以下[初出:論叢45巻6号(1941)722頁以下]、上田徹一郎「騙取判決の既判力と不当利得」谷口知平教授還暦記念『不当利得・事務管理の研究3』(有斐閣、1972)265頁以下、紺谷浩司「確定判決の無効と詐取(騙取)」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟法7 上訴・再審』(1985、弘文堂)355頁、河野正憲「詐取判決の既判力」同『当事者行為の法的構造』(1988、弘文堂)323頁以下、岡田幸宏「判決の不当取得について(一)～(四)完」名古屋大学法政論集133号(1990)71頁以下・同134号385頁以下・同136号(1991)381頁以下・同137号437頁以下、石川明「不当取得判決とその救済」三ヶ月章先生古稀祝賀『民事手続法学の革新(下)』(有斐閣、1991)1頁以下、加波眞一「再審制度と既判力の制約(判決無効)論」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』(有斐閣、2002)861頁以下、小林秀之「司法改革の影と横断的考察」小島武司先生古稀祝賀『民事司法の法理と政策(上)』(商事法務、2008)387頁以下、本間靖規「判決の不当取得」新堂幸司監修『実務民事訴訟講座〔第3期〕6 上訴・再審・少額訴訟と国際民事訴訟』(2013、日本評論社)219頁以下、上田竹志「誤った判決」についての一考察—再審事由との関連から—高橋宏志先生古稀祝賀論文集『民事訴訟法の理論』(有斐閣、2018)805頁以下がある。

² 中野・後掲注(8)117頁は「究極的には、確定判決の既判力による法的安定性と、判決の正当性のいずれに重きをおいて考えるべきか、という点に帰着する」とする。上田・後掲注(8)11頁、石川・前掲注(1)6頁も同様の整理を行う。

³ 本間・前掲注(1)220頁。

本稿はこの問題につき判例・学説の議論状況につき理論的検討を行い、そのうえで今後の積極説の可能性を要件・運用の面から検討を加えるものである。

II. 判例・裁判例の分析

1. 概観

最判昭和44年7月8日民集19巻1号166頁(以下「昭和44年判決」という。)は判決の不当取得に対する救済方法としての後訴損害賠償請求の余地を認め、この問題につき積極説に立つことを明らかにした⁴⁵。昭和44年判決は「判決の成立過程において、訴訟当事者が、相手方の権利を害する意図のもとに、作為または不作為によつて相手方が訴訟手続に参与することを妨げ、あるいは虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔する等の不正な行為を行ない、その結果本来ありうべからざる内容の確定判決を取得し、かつこれを執行した場合」に不法行為による損害賠償請求をすることは妨げられないとした。後述のとおり、昭和44年判決は作為または不作為によつて相手方が訴訟手続に参与することを妨げる類型(以下「①類型」という。)、虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔する等の不正な行為を行なう類型(以下「②類型」という)を示すものである。下級審では特に②類型について「明白に公序良俗違反を認めうる場合」といった限定を付す傾向が見られ⁶⁷、厳格に判断

⁴ なお、大審院時代の判例は積極・消極に分かれていた。積極説を採用したものとして大判大正2年3月31日刑録19輯430頁があり、消極説を採用したものとして大判明治38年2月27日民録11輯216頁がある。その他の大審院判例については河野・前掲注(1)326頁以下、本間・前掲注(1)223頁以下、曾田・後掲注(8)279頁以下を参照。曾田280頁は、肯定判決で不当判決とされたのは行政裁判所の判決でありその先例性を制限すべき特殊の事情があるとしている。なお不当利得返還請求については、大判明治38年2月2日民録11輯102頁が否定している。

⁵ 昭和44年判決以前の下級審裁判例としては、旧訴の当事者が別訴により旧訴の確定判決の当否の判定を求め、その確定判決により被った損害が結局旧訴における相手方の虚偽の供述の結果であるとしてその賠償を求める訴を提起しても、その既判力を覆すことができない以上、因果関係がなく認められない、として消極説に立った大阪高判昭和43年8月31日判例時報547号72頁が挙げられる。神戸地裁伊丹支判昭和43年11月30日判例時報548号74頁(評釈として齋藤秀夫「判批」判例評論126号(1969)29頁以下)は、後訴損害賠償請求は刑事上有罪判決が確定するなど明白に公序良俗に反する訴訟行為であると認められる場合以外は既判力により認められないとし、例外の余地を認めている。

⁶ 東京高判昭和45年10月29日東京高等裁判所判決時報21巻10号225頁は「虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔した場合に不法行為による損害の賠償を請求しうるためには、相手方の裁判所を欺罔する不正行為が刑事上詐欺罪の有罪判決が確定するなど明白に公序良俗に違反する訴訟行為による不法行為の成立が認められる場合に限られると解するのが相当であって、事実審において攻撃防禦を尽くす機会を与えられながら遂に偽証を打ち崩すことができず敗訴し、新訴において単に相手方の偽証を攻撃するに過ぎないようなものは含まれないというべきである。」とする。名古屋地判昭和46年4月27日判例タイムズ264号230頁、東京地判昭和46年9月20日判例タイムズ272号335頁も同様である。那覇地判平成元年12月26日判例タイムズ733号166頁(評釈として上田徹一郎「判批」私法判例リマークス3号(1991)138頁以下)も方向性は同様であるが、再審の補充性への対応という点で踏み込んだ判断をしているものと評価されている(上田・140頁)。いずれも要件不充足により後訴請求が棄却されている。その他、下級審裁判例については岡田・前掲注(1)133号、本間・前掲注(1)232頁注15に詳しい。

⁷ 近時の②類型の肯定例として東京高判平成31年4月24日金融商事判例1577号18頁(評釈として岡田幸宏「判批」私法判例リマークス61号(2020)122頁以下)がある。事案は以下の通りである。X(原告・控訴人・前訴原告)がY1会社(被告・被控訴人・前诉被告)とY2(被告・被控訴人・前诉被告)に対し、XとY2の間のY1会社株式譲渡は仮装譲渡でありXがY1の株主であることの確認を求め前訴を提起した。Xは証拠としてY2作成の仮装譲渡である旨明記された本件念書の写しを提出したが、原本は紛失により提出できなかった。前訴棄却後、Xは本件念書の原本を発見し、Yらが前訴で本件念書の原本は存在せずY2がこれを作成したことはない旨の虚偽の主張立証をして裁判所を欺罔し、その旨錯誤に陥らせ、請求棄却判決を騙取しており不法行為にあたるとして本件訴訟を提起した。

本判決は、まずYがXの権利を害する意図の下に、本件念書の存在等につき虚偽の事実を主張・立証して前訴裁判所を欺罔するという不正行為を実行したとする。さらに本件念書の原本の存在と成立に争いがなければ、格別な反証がないかぎり、本件株式譲渡が仮装譲渡であることが認定され、Xの前訴請求が認容されるべきであり、本来あり得べからざる内容の確定判決であったとする。そして「Yらは、Xの権利を害する意図の下に、本件念書の写しはXの合成によるものである旨虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔し、その結果本来あり得べからざる内容の確定判決を取得したものと見える。Yらの上記行為は、著しく正義に反し、前訴の確定判決の既判力による法的安定の要請を考慮してもなお容

されていた。最高裁判例としては、①類型について最判平成 10 年 9 月 10 日集民 189 号 703 頁（以下「平成 10 年判決」という。）、②類型について最判平成 22 年 4 月 13 日集民 234 号 31 頁（以下「平成 22 年判決」という。）が続き、いずれも厳格な判断をした。

以下では、昭和 44 年判決をリーディング・ケースとして取り上げ、平成 10 年判決・平成 22 年判決及び関連論点に関する判例を通して判例法理の検討を行う。

2. 最高裁判所昭和 44 年 7 月 8 日第 3 小法廷判決民集 19 卷 1 号 166 頁⁸

(1) 事案の概要

Y(前訴原告、本訴被告)は、X(前诉被告、本訴原告)に対し、貸金の返還及び売買代金を請求するため訴えを提起した(前訴)。当該前訴係属中に、X が和解金を支払い Y が訴えを取り下げの旨の和解が成立した。しかし、Y は訴えを取り下げないまま口頭弁論期日を迎え、X の擬制自白が認められたことにより請求認容の判決がされ、これが確定した。Y は前訴確定判決を債務名義として強制執行に着手したため、X は Y に対し、債務不存在確認の訴え及び請求異議の訴えを提起したというのが本件である。

第一審は請求を棄却⁹し、Y は停止されていた強制執行の続行を申立てたため、X は競売手続を回避するため Y に対し任意に前訴判決で認容された金額を支払い、Y は強制執行の申立を取り下げた。そして、X は訴えの変更を行い、Y の訴訟上及び強制執行上の不法行為により損害を受けたと主張して、この賠償を請求したのである。

原審は、前訴確定判決が当事者間に有効に確定していることを確認¹⁰したうえで、確定判決のもつ既判力の作用により、再審により前訴判決が取り消されない限り、Y の請求権は基準時において当事者間に不動のものとして確定しており、これに基づく強制執行をもって違法ということはできず、強制執行の違法を前提とする X の請求は認められないとし

認し得ないような特別な事情があるといえる。」として X の請求を認容した。

本件は決定的証拠の発見という類型の問題である。民法上は、有罪の判決または過料の裁判の確定を要するもの「宣誓した当事者……の虚偽の陳述が判決の証拠となった」(338 条 1 項 7 号)として再審事由を構成し得る。したがって再審事由が存する場合の損害賠償請求による救済の可否が問題になっているものである。実際、本判決は「Y2 は、本件念書を自ら作成して自署押印したことを認識していたから、Y らは本件念書写しの原本の存在と成立を認めるべきであった(民法 230 条、209 条、2 条参照)」としており、文書の成立の真正を争った者に対する過料に関する 230 条及び虚偽の陳述に対する過料に関する 209 条に言及している。

本判決は②類型について肯定したものであり、いかなる理論で肯定するのかについて議論の余地が大きい。また、平成 10 年判決が、「著しく正義に反」すること、法的安定の要請を考慮しても「なお容認し得ない」といった基準を付加していることを重視する見解からは、単に「虚偽の事実を主張・立証して前訴裁判所を欺罔」したという認定のみで平成 10 年判決が「著しく正義に反」することを要求したこととの関係への言及を欠くとの批判がある。

⁸ 評釈として、上田徹一郎「判批」民事執行法判例百選(1994)10 頁以下、中野貞一郎「判批」民商法雑誌 62 卷 5 号(1970)110 頁以下、加藤修「判批」法学研究 43 卷 11 号(1998)86 頁以下、曾田厚「判批」法学協会雑誌 88 卷 2 号(1971)129 頁以下、伊東乾「判批」続民事訴訟法判例百選(1972)184 頁以下、萩大輔「判批」昭和 44 年重要判例解説(1970)115 頁以下、住吉博「判批」民事訴訟法百選Ⅱ新法対応補正版(1998)338 頁以下、加波眞一「判批」民事訴訟判例百選〔第 5 版〕(2015)182 頁以下、山本和彦「判批」最新重要判例 250(2022)194 頁がある。また調査官解説として千種秀夫「判解」法曹時報 22 卷 5 号(1970)121 頁以下。

⁹ 再審手続をもって判決の取り消しを求めることができることは格別、当事者の一方が加害の意思をもって虚偽の申立をして勝訴の確定判決を得たということだけで直ちに 545 条 2 項〔現行民事執行法 35 条 2 項〕の例外を認めることは「既判力を否定し、ひいては民事訴訟の体系をくずすことになって許されない」と判示した。

¹⁰ 本件和解の後に X に第一回口頭弁論期日の変更決定の通知がされており Y が訴えの取下げを行っていないことが X において明らかであったこと、X が当該期日に出頭することができなかったという事情はないこと、さらに控訴をしなかった点についても Y が取下げを確約した等の認定をするに足る資料はないことを指摘する。

た。これを受けて X は、和解契約成立により訴えを取り下げるべき民法上の義務が生じているにもかかわらず、これに違背し、逆に和解契約により実質債権は消滅してしまっている売買代金につき積極的に訴訟を維持しようとする行為は、それ自体違法な訴訟追行行為であることを免れ得ないなどとして上告した。

(2) 判旨

破棄差戻し

「判決が確定した場合には、その既判力によつて右判決の対象となつた請求権の存在することが確定し、その内容に従つた執行力の生ずることはいうをまたないが、その判決の成立過程において、訴訟当事者が、相手方の権利を害する意図のもとに、作為または不作為によつて相手方が訴訟手続に関与することを妨げ、あるいは虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔する等の不正な行為を行ない、その結果本来ありうべからざる内容の確定判決を取得し、かつこれを執行した場合においては、右判決が確定したからといつて、そのような当事者の不正が直ちに問責しえなくなるいわれなく、これによつて損害を被つた相手方は、かりにそれが右確定判決に対する再審事由を構成し、別に再審の訴を提起しうる場合であっても、なお独立の訴によつて、右不法行為による損害の賠償を請求することを妨げられないものと解すべきである¹¹。」

(3) コメント

本判決は判決の不当取得に対する救済方法としての損害賠償請求を認める立場を示し¹²、さらにこの問題を①類型と②類型として捉えることを明らかにした¹³。そのうえで、①類型についての判断として、Y は X が和解の趣旨を信じて訴訟活動をしないのを奇貨として判決を取得したこと、「和解によって消滅した請求権を認容した」内容の判決により強制

¹¹ さらに、本件については「[引用者注：本件において原審の認定した事実によれば] X は、和解によつて、もはや訴訟手続を続行する必要はないと信じたからこそ、その後裁判所の呼出状を受けても右事件の口頭弁論期日に出頭せず、かつ、判決送達後もなお控訴の手続をしなかつたものであり、その後、Y が真に右請求権について判決をうるために訴訟手続を続行する気であることを知つたならば、自らも期日に出頭して和解の抗弁を提出し、もつて自己の敗訴を防止し、かりに敗訴してもこれを控訴によつて争つたものと推認するに難くない。しかも、原審は、右和解を詐欺によつて取り消す旨の Y の主張は採用し難い旨判示しているのであるから、Y において、右和解後 X に対して特に積極的な欺罔行為を行ない、同人の訴訟活動を妨げた事実がないとしても、Y は、他に特段の事情のないかぎり、X が前記和解の趣旨を信じて訴訟活動をしないのを奇貨として、訴訟代理人をして右訴訟手続を続行させ、右確定判決を取得したものと疑われるのである。そして、その判決の内容が、右和解によつて消滅した請求権を認容したものである以上、Y としては、なお、この判決により X に対して前記強制執行に及ぶべきではなかつたものといえるのである。しからば、本件においては、Y としては、右確定判決の取得およびその執行にあたり、前示の如き正義に反する行為をした疑いがあるものというべきである。したがつて、この点について十分な説示をすることなく、単に確定判決の既判力のみから X の本訴請求を排斥した原判決は、この点に関する法令の解釈を誤り、ひいて審理不尽、理由不備の違法を犯したものであると、その違法は原判決の結論に影響することが明らかであるから、論旨はこの点において理由があり、原判決は破棄を免れない。」旨判示した。

¹² 千種・前掲注(8)130頁、加波・前掲注(8)183頁、上田・前掲注(8)11頁、伊東・前掲注(8)185頁。

¹³ 本間・前掲注(1)226頁参照。住吉・前掲注(8)339頁は、さらに①類型と②類型とは取扱いを異にするべきであるという考え方もまた示されていると解し得ることを指摘する。千種・前掲注(8)130頁も、違法の典型事例たる「被告の住所等を偽り、本人の不知の間に欠席判決を詐取して、本人の財産に強制執行をする場合」に対し、「事実審を通じて攻撃防御を尽くす機会を与えられながら、遂に偽証を打ち破れずに敗訴したような場合には」「何らかの差異のあることも肯定されうるのではなからうか」と指摘している。

執行に及ぶべきではなかったのにこれに及んだことを指摘し、「確定判決の取得およびその執行にあたり」正義に反する行為をした疑いがあると判示する。Y の一連の行動を対象に、これが正義に反し不法行為を認めるべき可能性があると判断するのである。

本判決については積極説の採用それ自体とは別に、その具体的適用について批判が強い。訴えの取下げをしなかったことのみをもって「相手方が訴訟手続に関与することを妨げ」と評価し得るとしたことに対する批判である。Y の行為として認定されるのは、和解契約後も訴えの取下げをせず擬制自白を得て勝訴し、これに基づき執行に及んだことのみ¹⁴である。X が訴え取下げの合意を主張・立証しなかったこと¹⁵は、X 本人に帰責されるべきことが現行民訴法の採用する当事者主義の建前であるとすれば、本判決の認定は緩やかにすぎる¹⁶こととなろう。

3. 最高裁判所第1小法廷判決平成10年9月10日集民189号703頁・743頁¹⁷

(1) 事案の概要

信販会社 Y(前訴原告・本訴被告)は、X に対し X 名義クレジットカードの利用による貸金及び立替金の支払請求のを提起した(前訴)。受訴裁判所の担当書記官は、X 不在により訴状等の送達ができず、Y に対し X の就業場所等につき照会し、Y 担当者は X から勤務先への送付を依頼されていたにもかかわらず就業場所が不明である旨を回答した。これにより担当書記官は、X の住所宛に訴状等の付郵便送達を実施したが、X 不在のため配達できず裁判所に還付された。その後、X 不出頭のまま、Y 勝訴判決がなされ、判決正本は X の住所に送達され、X の妻が受領した。X の妻は X に判決正本を手渡さず、X がこれを受け取れないまま判決は確定した。

その後 Y は、前訴判決を債務名義として執行に着手し、これを受けて X は Y に対し、計 28 万円を任意に弁済した。X は前訴判決に対する再審訴訟を提起したが、再審裁判所は上訴の追完が可能であったため補充性(338 条 1 項但書)が認められない、としてこれを却下し

¹⁴ 原審は、Y が X に対し取下げを確約したり、前訴判決後にこれを不利益に使用しないことを約したりしたという事実については認定していない。また、Y が初めから X の軽率な訴訟活動を見越し、それを利用すべき和解契約を締結したといった認定もされていない(曾田・前掲注(8)282頁)。したがって本判決が前提とする事実は「当事者で訴取下の約定が成立した以上それだけで既に訴訟に出頭する必要はなくなったものと素朴に考え」た(本件上告理由)、というものになる。

¹⁵ 訴え取下げの合意について主張・立証されていれば却下事由となることは最判昭和44年10月17日民集23巻10号1825頁により確認された。

¹⁶ このような指摘として中野・前掲注(8)866頁、曾田・前掲注(8)282頁、伊東・前掲注(8)185頁も同旨。岡田・前掲注(1)133号96頁も疑問があるとする。石川・前掲注(1)15頁注32は、同様の指摘のうえ、被害者が法律的知識を欠くために攻撃防御の機会を利用し得なかったことにより実質的手続保障を欠く場合については②類型の問題であると指摘する。これに対し、加波・前掲注(8)183頁は民訴法338条1項3号の類推により再審事由が認められる事案であるとしている。

¹⁷ 評釈として高木茂樹「判批」九大法学78号(1999)517頁以下、山本和彦「判批」私法判例リマークス20号(2000)124頁以下、小西義博「判批」平成11年度主要民事判例解説・判例タイムズ臨時増刊1036号(2000)130頁以下、村田渉「判批」平成11年度主要民事判例解説・判例タイムズ臨時増刊1036号(2000)254頁以下、渡部美由紀「判批」民事訴訟法判例百選〔第3版〕(2003)100頁以下、田中豊「判批」月報司法書士437号(2008)40頁以下、山本研「判批」民事訴訟法判例百選〔第5版〕(2015)86頁以下がある。また、匿名記事「判批」判例タイムズ990号(1999)138頁以下がある。

た¹⁸。そこで X は、国に対して裁判所書記官による付郵便送達の要件認定に過失があるとして(国賠法 1 条)、Y に対し前訴受訴裁判所からの照会に対し X の就業場所不明と誤った回答をしたことに故意・過失があるとして(民法 709 条)、それぞれ損害賠償を請求した。国に対する請求との関係で本件における付郵便送達の適法性¹⁹が、Y に対する請求との関係で手続関与の機会がなかった被告の損害賠償による救済が問題となった。以下、本稿に関係のある後者の問題を中心に取り上げる。

原審は、X の主張する財産的損害(任意履行分)、手続関与を妨げられたことに基づく慰謝料請求、のいずれも「確定した前訴判決の有する既判力と実質的に矛盾するような内容の損害賠償の請求であることが明らか」とする。そのうえで、前訴における X に対する訴状等の付郵便送達が、Y の重大な過失による誤った回答に基づいて実施されたものであり、要件を欠き違法・無効としたうえで、Y による前訴判決の取得の態様は訴訟上の信義則に反するとし、既判力による法的安定性の要請を考慮しても、法秩序全体の見地から X を救済しなければ正義に反するような特別の事情があるとした²⁰。

これに対し Y は、昭和 44 年判決の射程は極めて例外的な事態に限るべきであり、「相手方の権利を害する意図」を単なる例示として「確定判決取得またはその執行の態様が著しく公序良俗または信義則に反」することとすり替え、故意すらない行為について適用したことは不当であるとして上告した²¹。

(2) 判旨

昭和 44 年判決を引用のうえ「X が前訴判決に基づく債務の弁済として Y に対して支払った二八万円につき、Y の不法行為により被った損害であるとして、その賠償を求める X の請求は、確定した前訴判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求であるところ、前記事実関係によれば、前訴において、Y の担当者が、受訴裁判所からの照会に対して回答するに際し、前訴提起前に把握していた X の勤務先会社を通じて X に対する連絡先

¹⁸ この判断は最判平成 4 年 9 月 10 日民集 46 巻 6 号 553 頁の示した補充性に関する立場を前提とすれば誤ったものである。

¹⁹ 最判平成 10・9・10 集民 189 号 703 頁は、受訴裁判所の裁判所書記官が原告からの誤った回答に基づき被告の就業場所が不明であるとして実施した訴状等の不郵便送達の適法性について判断する。

「民事訴訟関係書類の送達事務は、受訴裁判所の裁判所書記官の固有の職務権限に属し、裁判所書記官は、原則として、その担当事件における送達事務を民訴法の規定に従い独立して行う権限を有するものである。受送達者の就業場所の認定に必要な資料の収集については、担当裁判所書記官の裁量にゆだねられているのであって、担当裁判所書記官としては、相当と認められる方法により収集した認定資料に基づいて、就業場所の存否につき判断すれば足りる。担当裁判所書記官が、受送達者の就業場所が不明であると判断して付郵便送達を実施した場合には、受送達者の就業場所の存在が事後に判明したときであっても、その認定資料の収集につき裁量権の範囲を逸脱し、あるいはこれに基づく判断が合理性を欠くなどの事情がない限り、右付郵便送達は適法であると解するのが相当である。」

付郵便送達要件の認定資料の収集程度について担当書記官の裁量に委ねられているとして、裁量権の逸脱と資料に基づく判断の合理性を検討するものである。山本・前掲注(17)126 頁は、送達が裁判を受ける権利の問題になることから、直ちに書記官の手続裁量に委ねるのではなく、一般的な過失論の枠組みの中で書記官に職務上必要とされる注意義務の範囲を探究していくべきとする。

²⁰ なお、原審は前訴における Y の X に対する請求の当否について審理を尽くすことなく、X に出頭する機会が与えられていれば前訴判決の内容が異なるものとなった可能性が高いことから X の請求を認容すべきとしており、昭和 44 年判決の「本来あり得べからざる内容の確定判決」にあたるかにつき判断していない点には批判がある(匿名記事・前掲注(17)140 頁)。

²¹ X 側は再審の訴えを提起するなど必要な救済手段を行使していることなども主張されている。

や連絡方法等について更に調査確認をすべきであったのに、これを怠り、安易に X の就業場所を不明と回答したというのであって、原判決の判示するところからみれば、原審は、Y が受訴裁判所からの照会に対して必要な調査を尽くすことなく安易に誤って回答した点において、Y に重大な過失があるとするにとどまり、それが X の権利を害する意図の下にされたものとは認められないとする趣旨であることが明らかである。そうすると、本件においては、前示特別の事情があるということとはできない。」

精神的損害の主張については、「確定した前訴判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求には当たらず」、差戻し判決をした²²。

(3) コメント

本判決は、昭和 44 年判決の枠組みを維持しつつ「相手方の権利を害する意図」につき、重過失を含まないとする事で民法 709 条の故意・過失とは区別されることを明らかにした。さらに、昭和 44 年判決に「その行為が著しく正義に反し、確定判決の既判力による法的安定の要請を考慮してもなお容認し得ないような特別の事情がある場合に限って」との要件を付加しているとの評価²³もあり得る。また、本判決は手続の関与不能による慰謝料を認めるという救済方法を認めた点で注目し得る。手続過程に結果とは別個独立した価値を認め、攻撃防御の利益はそれ自体法的保護に値するとの判断を含む²⁴ものといえる。そうだとすれば、前訴判決の内容たる判断とは一切関係のない請求ということになり、前訴既判力との抵触は問題にならない。したがって、「前訴判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求には当たらず」と判断したものといえる。

4. 最高裁判所第 3 小法廷判決平成 22 年 4 月 13 日集民 234 号 31 頁²⁵

(1) 事案の概要

Y(前訴原告・本訴被告)は、訴外 A から本件土地建物を代金 3200 万円で買い受けた(本件売買)。X(前訴被告・本訴原告)は、不動産仲介等を行う会社(代表者 B)であり、Y と A との本件売買を仲介した。Y は約 17 年後、X に対し本件土地建物は市街化調整区域の指定がされた区域内にあり、都市計画法上の制限を受ける物件であったにもかかわらず、B か

²² この点について藤井正雄裁判官の反対意見が付されている。「民事訴訟は、私法上の権利の存否を国の設ける裁判機構によって確定する手続であり、対立する両当事者に手続への関与の機会を等しく保障することが基本をなすことはもちろんである。しかし、その手続は、争われている権利の存否とは無関係に手続の実施そのものに独自の価値があるというものではない。ある当事者が民事訴訟の訴訟手続に事実上関与する機会を奪われたとする場合において、これにより自己の正当な権利利益の主張をすることができず、その結果、本来存在しないはずの権利が存在するとされ、あるいは存在するはずの権利が存在しないとされるなど、不当な内容の判決がされ、確定力が生じては争い得ない状態となったときに、その者に償うに値する精神的損害が生じるものと解すべきであり、判決の結論にかかわらず訴訟手続への関与を妨げられたとの一事をもって、当然に不法行為として慰謝料請求権が発生するということができない。」

²³ 本間・前掲注(1)228 頁。加波・前掲注(8)183 も同旨か。

²⁴ 山本和・前掲注(17)127 頁。反対意見との関係での指摘である。

²⁵ 評釈として、堤龍弥「判批」判例評論 621 号(2010)182 頁以下、渡部美由紀「判批」民商法雑誌 143 巻 3 号(2010)141 頁以下、安達栄司「判批」法の支配 160 号(2011)59 頁以下、石橋英典・川嶋四郎「判批」同志社法学 63 巻 2 号(2011)451 頁以下、越山和広「判批」私法判例リマックス 42 号(2011)118 頁以下、坂田宏「判批」平成 22 年度重要判例解説(2011)163 頁以下、岡田幸宏「判批」速報判例解説 9 号(2011)133 頁以下。

ら事前にその旨の説明を受けなかったため当該売買代金と当時の適正価格との差額相当額の損害を受けたとして、不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起した(前訴)。前訴において、Xは、Yが都市計画法に基づく制限の具体的内容についてBから相応の説明を受けており、知人から市街化調整区域における建築制限の実態について聞き、これを知り得たこと、Yには損害がないことなどを主張してYの請求を争った。前訴控訴審は、Xは本件土地建物については都市計画法による建築制限があることを調査し、これをYに説明する義務があったところ、これが果たされたとはいえない等として、Xの不法行為責任を認めた。前訴判決は上告棄却・上告不受理の決定により確定した。Yは、仮執行宣言付きの前訴判決に基づき、Xの預金債権に対する差押命令を得て、これを取り立てた。そこでXがYに対し不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起したというのが本件である。

原審は、昭和44年判決を引用したうえで判断する。まず、前訴におけるYの説明義務違反に関する虚偽主張等の不正行為の有無について検討を行う。その方法は、Bがいかなる説明をしたか、Yがどのような知識を有していたかについて詳細に認定したうえで、これに反するYの前訴での主張は「信用できないだけでなく、意図的な虚偽供述である」とするものである。そのうえで、Yの行為につき「虚偽の主張立証を巧妙にして、かつ、古い時期のことで明確な証拠がないためにBの反論が制約されることを利用して、前訴裁判所を欺罔し、本来なら請求が排斥されるはず²⁶の前訴において勝訴判決を詐取し、その仮執行宣言に基づき」執行及び詐害行為取消訴訟の提起に及んだものと評価を加えXの請求を一部認容した。

既判力との関係については、「最高裁判決にもあるとおり、著しく不公正な手段を利用し、前訴判決を詐取したというような場合には、前訴判決の既判力に触れることなく、前訴敗訴当事者は本来なされるべき判決を基礎にして、損害賠償請求をすることができると解するべきである。もちろん、紛争解決の一回性の原則が遵守されないと何度でも同じ紛争が訴訟対象となって混乱が生じるので、上記の要件のあてはめには十分留意しなければならないが、実質的に再審事由に当たるような場合だけではなく、公序良俗・正義に反するような結果がもたらされる場合にも、その主張が許されると解するのが相当である。」としており、再審事由が存在せずとも後訴損害賠償請求が認められる余地があるとの立場を示している²⁷。

(2) 判旨

「原審の上記判断は、前訴において当事者が攻撃防御を尽くした事実認定上の争点やその周辺事情について、前訴判決と異なる事実を認定し、これを前提に上告人が虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔したなどとして不法行為の成立を認めるものであるが、原判決の挙示する証拠やその説示するところによれば、原審は、前訴判決と基本的には同一の証拠関

²⁶ 説明義務違反がない、損害がない等として請求棄却とされるべきものという趣旨である。

²⁷ 坂田・前掲注(25)164頁

係の下における信用性判断その他の証拠の評価が異なった結果、前訴判決と異なる事実を認定するに至ったにすぎない。しかし、前訴における上告人の主張や供述が上記のような原審の認定事実と反するというだけでは、上告人が前訴において虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔したというには足りない。他に、上告人の前訴における行為が著しく正義に反し、前訴の確定判決の既判力による法的安定の要請を考慮してもなお容認し得ないような特別の事情があることはいかかわらず、被上告人が上記損害賠償請求をすることは、前訴判決の既判力による法的安定性を著しく害するものであって、許されないものというべきである。」

(3) コメント

本件は、前訴と後訴で同一の主張・立証がされたに過ぎないことが強く指摘される²⁸。また原審も最高裁も昭和 44 年判決の枠組で判断し、その適用について異なる結論に達した。この結論の相違は、単なる評価の違いではなく判断方法に由来するものであろう²⁹。原審は、まず前訴での Y の主張・立証が虚偽であるかの検討を行う。これを認定したうえで、Y の X を害する意思・あり得べからざる判決の取得を認め不法行為性を肯定し、そのうえで Y の行為態様以外の事情も考慮のうえ特別の事情があるとして既判力の制約が及ばないとしている³⁰。すなわち、改めて前訴争点について事実認定を行ったうえで既判力との関係を検討しているのである。最高裁が「原審は、前訴判決と基本的には同一の証拠関係の下における信用性判断その他の証拠の評価が異なった結果、前訴判決と異なる事実を認定するに至ったにすぎない」と指摘するのは、この点であろう。原審のような判断構造によった場合、再審と異なり前訴判断のやり直しが先行し、そのうえで損害賠償請求を認めるべき特別の事情の存否が判断されることになる。しかし、これでは後訴裁判所は常に事実認定のやり直しを行うことになり、異なる事実認定に至った場合に特別の事情を肯定しやすいとすれば原審のようにかなり緩やかに後訴請求を認めることにつながる³¹。

5. 関連判例

(1) 判決の無効確認の訴え

最判昭和 40 年 2 月 26 日民集 19 卷 1 号 166 頁³²は、判決の無効確認について「現在の権

²⁸ 坂田・前掲注(25)164頁参照。越山・前掲注(25)120頁は、本件ではそもそも前提となるべき確定判決の不当取得行為があったとは評価できず、本判決はこのことを主たる理由としているものと読むべきと指摘する。

²⁹ 石橋・川嶋・前掲注(25)463頁も同旨。原審は不法行為の判断と既判力の制約の可否の判断という二段の判断構造をとっていると指摘する。

³⁰ 石橋・川嶋・前掲注(25)464頁は、「原審の判断方法であれば様々な事情を考慮できるのに対し、最高裁の判断方法ではYの行為のみが考慮要素となり、認定の基準は最高裁の方が原審よりも厳しくなる」と指摘する。

³¹ 従来の学説を前提とすれば、どの立場によっても本件で損害賠償を認めることは難しいとして最高裁に賛成するものとして岡田・前掲注(25)136頁。これに対し安達・前掲注(25)66頁は原審を支持し、②類型として考察することが可能となる契機があると指摘する。

³² 評釈として、石川明「判批」民商法雑誌53巻3号(1965)165頁以下、上村明広「判批」岡山大法経学会雑誌15巻2号(1965)133頁以下、新堂幸司「判批」法学協会雑誌82巻5号(1966)141頁以下、伊東乾「判批」法学研究40巻2号(1967)120頁以下。また調査官解説として、関口文吉「判解」法曹時報17巻4号(1965)129頁以下。

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」ため不適法として却下すべき旨を判示した。判決の当然無効があり得るか以前の問題として、無効確認の訴えが許されるかが問題とされ、これを否定するものである³³。本判決は一般に、過去の法律関係の確認は原則として許されないとする確認の利益に関する判例と整理される³⁴。現在では過去の法律関係の確認についても「現に存する紛争の直接かつ抜本的な解決のため最も適切かつ必要と認められる場合³⁵」には、これを認めるべきとする立場が通説的地位を占める。しかし、判決無効確認が適法となることがあるかには疑問の余地がある。判決の無効それ自体が目的であれば再審制度が用意されており、判決の無効確認は基本的に同じ機能を有することになるからである。訴えの利益の問題として解決されるとしても、その実質は再審制度との役割分担であり、再審という立法による例外を除いては判決の有効無効は訴訟事項にあらず³⁶、との理解もありえよう³⁷³⁸。

(2) 請求異議の訴え

最判昭和40年12月21日民集19巻9号2270頁³⁹は判決の不当取得に対する救済としての請求異議の訴えを扱った⁴⁰。最高裁は「確定判決に既判力を認めた法律の趣旨は、判決に接着する事実審の口頭弁論終結時を標準時として訴訟当事者間の権利関係を確定し、それ以前に存した事実を理由として右判決の内容を争うことを許さないこととし、よつて前記確定された権利関係につき法的安定をはかるにあるのであつて、現行民法は、右確定判決に重大な瑕疵が存する場合においても、それが同法420条1項[現行338条1項]に列挙する事項に該当する場合にかぎり、かつ法定の制限のもとに、再審の訴をもつてのみ、

³³ ただし、本件は原告の訴えが牽強付会気味の提起であり先例的価値が低いとの指摘(本間・前掲注(1)223頁)がある。原告は4つの判決の無効を求めたものであるが、その請求の理由は「要領をえない」ものであり「上告理由も、法律論の体をなしていない」(新堂・前掲注(32)141頁)。

³⁴ 鈴木正裕「訴えの利益」ジュリスト500号(1972)341頁、新堂幸司『新民事訴訟法[第6版]』(弘文堂、2019)274頁など。

³⁵ 最大判昭和45年7月15日民集24巻7号861頁・大隅健一郎補足意見参照。

³⁶ 伊東・前掲注(32)121頁。

³⁷ 関口・前掲注(32)130頁は一般に判決の無効という事態はあり得るとしたうえ、これを前提に現在の権利または法律関係の存否の確認を求める余地があることを示唆するが、ここでの「判決の無効」として想定されるものが明らかではない。本件は離婚成立後の離婚判決のような意味での無効が主張されたものではなく、仮に現在の権利関係についての訴えであっても既判力と抵触する主張が許された事案ではないとするものとの指摘として新堂・前掲注(32)142頁。

³⁸ 外国判決の無効確認の訴えを許容すべきか、という文脈ではむしろ既判力・再審制度との関係が強調されている。松岡博「判批(東京地判昭和46年12月17日)」昭和46年度重要判例解説214頁は「既判力の効果」とし、岡本善八「判批(宇都宮地判昭和55年2月28日)」昭和55年度重要判例解説310頁は再審制度の存在を指摘する。

³⁹ 評釈として伊東乾「判批」判例評論91号(1966)21頁以下、斎藤秀夫「判批」民商法雑誌55巻2号(1966)102頁以下、上村明広「判批」岡山大学法経済学会雑誌16巻3号(1966)121頁以下、木村鐘大「判批」法学協会雑誌83巻7=8号(1966)209頁以下、石川明・加藤修「判批」法学研究40巻9号(1967)106頁以下、松浦馨「判批」民事執行・保全判例百選(2005)38頁以下。また、調査官解説として栗山忍「判解」法曹時報18巻3号(1966)129頁以下。

⁴⁰ 事案は以下の通りである。Yが訴外Aに所有土地を賃貸し、Aがその土地上に建物を所有していたところ、Aの賃料不払による賃貸借契約の解除を理由としてYはAに対し建物収去土地明渡を求める前訴を提起し、これを認める前訴判決がAの控訴もなく確定した。A所有の本件建物についてはAの債権者による強制競売の申立及びその後抵当権の実行としての競売の申立がされたが、結局、後者によりXが競売し所有権移転登記を具備した。YはXに対し、Aに対する前訴確定判決に基づきXを承継人とする承継執行文の付与を受けたうえでXに対し強制執行に着手した。これを受けて、XがYに対し請求異議の訴えを提起したのが本件であり、Xは前訴判決はAとYの通謀により専ら第三者の権利を害す目的で虚偽の主張に基づいて取得されたものであり無効となること、仮に前訴判決が有効であるとしてもこれに基づく強制執行は不法行為を構成するから請求異議の訴えをもって執行力の排除を求め得ること、強制執行が経緯に照らして権利濫用となること等を主張した。

右確定判決を取り消すことを許容し、もつて、救済をはかっているにすぎないのである。したがって、判決が確定した以上、その判決の成立過程における当事者の訴訟活動の背後に所論のような意図目的が存し、あるいは、右判決が、専ら第三者の権利を害することのみを目的として、当事者の通謀による架空の事実の主張により、裁判所を欺罔して取得された等、所論の事実が存する場合においても、当事者の右行為が民法 709 条の不法行為を構成するかどうかは別論として、確定判決が既判力・執行力を生じないと解すべきものではない。」「請求異議の訴は、債務名義に表示された請求権と現在の実体的法律状態との不一致を理由に、当該債務名義のもつ執行力の排除を目的とするものであつて、債務名義が確定判決である場合には、請求権の成立は既判力によつて確定されているのであるから、既判力の標準時以前に遡つてこれを争い、所論のような事実が存することを理由に、請求異議の訴により前記執行力の排除を求めることは許されないと解するのが相当である。」と判示した。判決の無効に関する主張に対しては、再審の訴をもつてのみ取り消しを許容しているとして請求異議の訴えの中での主張を認めない。執行が不法行為を構成するとの主張に対しては、判決取得行為が不法行為を構成するかは「別論」とし、「確定判決が既判力・執行力を生じないと解すべきものではない」とする。また執行が権利濫用であるとの主張については、基準時前の主張として排斥している。

本判決は不当取得された判決についても既判力・執行力は認められるとした点、そのうえで、傍論としてではあるが不法行為の成立の余地を肯定した点が注目し、昭和 44 年判決につながったものと考えられる⁴¹。担当調査官は、請求異議訴訟については、基準時後の事実により債務名義に表示された請求権の存在・内容を争うものであり、したがって判決形成過程の不正に関する主張が主張自体失当となることは明らかであると指摘する⁴²。それにもかかわらず本判決が、基準時に関する判示以前に再審制度及び確定判決の有効性について述べたことは、再審以外の手続により判決無効の主張を認めないという最高裁の姿勢を示すものと評価できよう⁴³。そのうえで、不法行為の成立の余地を認めている点を考慮すべきである。

なお、不法行為の成立の余地がある一方で請求異議の訴えが認められないことになる点につき原審は「不法行為はこれによって生じた損害を賠償させる原因たるにとどまり、現になされている不法行為を排除し又は将来なされるべき不法行為を予防する権利は不法行為から直接には発生しない」としている⁴⁴。

これに対し、最判昭和 37 年 5 月 24 日民集 16 巻 5 号 1157 頁⁴⁵は、強制執行権の濫用の

⁴¹ 本間・前掲注(1)224 頁。

⁴² 栗山・前掲注(39)137 頁

⁴³ 栗山・前掲注(39)138 頁は、法的安定と具体的正義のいずれを優位に認めるかという問題につき、「現行法の解釈としては、既判力の基づく法的安定の理念をより重視すべきであるとして、請求異議による救済を否定した」としている。

⁴⁴ このような理解に対しては「迂遠な救済」との批判が当然にある。松浦・前掲注(39)39 頁参照。これに対し栗山・前掲注(39)はこれらの反対論は結局、現行法の判決の効力・既判力の時的限界を無視する点で立法論としてはともかく、現行法の解釈としては踏み越えることのできない限界を超えているとの批判を免れられないと指摘する。

⁴⁵ 評釈として鈴木信次郎「判批」法学セミナー 78 号(1962)50 頁、石川明「判批」法学研究 36 巻 9 号(1963)85 頁以下、山木戸克己「判批」民商法雑誌 48 巻 2 号(1963)114 頁以下、斎藤秀夫「判批」判例評論 50 号(1962)12 頁以下、富樫貞

主張を請求異議訴訟において認めた⁴⁶。最高裁は、「確定判決上の権利と雖も信義に従い誠実に行使すべきであつて、これを濫用してならないことは、多言を要しない筋合である」とし、本件事実関係⁴⁷のもとでは「如何に確定判決に基づく権利の行使であつても、誠実信義の原則に背反し、権利濫用の嫌なしとしない。」として、原判決を破棄し高裁に差し戻した。

本判決は、前訴判決の基準時後の事情変動により当該確定判決に基づく強制執行が権利濫用になり得ることを判示したものであり判決の不当取得の問題としては処理されていない⁴⁸。しかし Y の回復という主張は、前訴で確定された損害賠償請求権の存在それ自体を争うことであり、この点で前訴既判力との抵触が問題とならざるを得ない⁴⁹。このように考えるのであれば、本判決は確定判決の既判力を制限的に解するもの⁵⁰といえる。もっとも本判決は、将来の逸失利益という認定が困難な事案において、前訴確定判決の認定と著しく相違する事態が生じたという特殊事情のもとでの判断であることには注意を要する⁵¹。その後、基準時後に後遺症損害が発覚した場合—本判決とは逆に損害が増加した場合—について最高裁はいわゆる一部請求の理論により後遺症損害の主張を認めた⁵²。現在では、民訴法 117 条の立法等を契機として期待可能性による既判力の調整が有力な見解として唱えられるようになってきている⁵³。

(3) 第三者に対する債務名義の騙取

最判昭和 43 年 2 月 27 日民集 22 卷 2 号 316 頁⁵⁴は、既判力の点で判決と同一と解されて

夫「判批」法学 28 卷 2 号(1964)102 頁以下がある。また調査官解説として右田堯雄「判解」法曹時報 14 卷 11 号(1962)81 頁以下。

⁴⁶ 事案は、以下の通りである。自動車事故により Y に傷害を負ったとして Y は訴外 A に対し不法行為に基づく損害賠償請求の前訴を提起し、50 万円の支払いを命ずる前訴判決が確定した。A の相続人である父母 X らの主張によれば、その後 A は損害賠償債務の負担を苦にして自殺し、他方 Y は前訴判決の認定と異なり順調な回復経緯をたどった。このような事情のもと、Y は前訴判決の確定後 5 年の経過後に X らに対する強制執行に着手し承継執行文の付与を受けて X 所有不動産につき強制競売の申立を行った。これに対し、X らが請求異議の訴えを提起した。

⁴⁷ 「前記判決において Y が A に対して認められた損害賠償請求権は将来の営業活動不能の前提の下に肯定されたのであるから、もし Y の前訴負傷が X ら主張のように快癒し自らの力を以て営業可能の状態に回復するとともに、電話を引きなどして堂々と営業（その規模内容は論旨が特記している）を営んでいる程に事情が変更しているものとすれば、しかも一方において X ら主張のように A は右損害賠償債務の負担を苦にして列車に飛込自殺をするなどの事故があつたに拘らず前記判決確定後 5 年の後に至つて昭の父母である X らに対し前示確定判決たる債務名義に執行文の付与を受け突如として本件強制執行に及んだもの」とすれば権利濫用の可能性があるとしたものである。

⁴⁸ 伊東・前掲注(39)22 頁。

⁴⁹ 右田・前掲注(45)85 頁。栗山・前掲注(32)135 頁も実質は前訴における認定を争い、前訴判決において確定された損害賠償請求権の存否を正面から争っているにすぎないことを指摘する。山木戸・前掲注(45)258 頁は、A の自殺や執行が判決確定から 5 年経過後であるといった事情は必ずしも重要な影響を及ぼしたものと考えられず、Y の回復が決定的な理由であるとするれば確定判決の既判力が問題となるとする。これに対し齋藤・前掲注(45)13 頁は一連の事情を権利濫用の法理により「請求異議の訴の拡張解釈として、口頭弁論終結後に生じた異議事由の中に含めるべき」とする。

⁵⁰ 山木戸・前掲注(45)259 頁。

⁵¹ 栗山・前掲注(39)136 頁、山木戸・前掲注(45)259 頁、右田・前掲注(45)85 頁。

⁵² 最判昭和 42 年 7 月 18 日民集 21 卷 6 号 1559 頁。一部請求の理論により損害の軽減に対応することはできないため、本判決とは直接に関係するものではない。

⁵³ 高地茂世「判批」民事訴訟法判例百選 [第 5 版] (2015)174 頁以下参照。

⁵⁴ 評釈として伊東乾「判批」判例評論 114 号(1968)28 頁以下、中田淳一「判批」民商法雑誌 59 卷 3 号(1968)82 頁以下、赤坂裕彦「判批」法学研究 42 卷 5 号(1969)101 頁以下、村松俊夫「判批」ジュリスト 433 号(1969)103 頁以下、小島武司「判批」民事執行・保全判例百選(2005)24 頁以下、岡田幸広「判批」民事執行・保全判例百選 [第 3 版] (2020)20 頁以下がある。また調査官解説として奈良次郎「判解」法曹時報 20 卷 6 号(1968)141 頁以下。

いた支払命令(旧民訴法 443 条)につき信義誠実の原則を理由とする相対的無効を認めたものである⁵⁵。最高裁は、「甲が乙と通謀のうえ、第三者丙に対して金銭債権を有すると称して丙に対する債務名義を騙取しようとして、甲は、その主張する債権に関し丙あてにその住所を真実に反し乙丙として、支払命令ないし仮執行宣言付支払命令の申立等の訴訟行為をし、裁判所がこれに応じた訴訟行為等をし、乙があたかも丙本人のように装つて、その支払命令ないし仮執行宣言付支払命令の正本等の訴訟書類を受領して、なんらの不服申立をすることなく、その裁判を確定させた場合においては、たとえ甲が丙あての金銭債権についての債務名義を取得したような形式をとつたとしても、その債務名義の効力は、丙に対しては及ばず、同人に対する関係では無効であると解するのが相当である。けだし、右のような場合には、当事者たる甲および同人と意思を通じている乙は、故意に、債務名義の相手方当事者と表示されている丙に対し、その支払命令ないし仮執行宣言付支払命令等の存在を知らせないように工作することにより、丙をしてこれに対する訴訟行為をし、その防禦をする手段方法等を講ずる機会を奪つているのであるから、訴訟行為における信義誠実の原則に照らし、甲は、丙に対し相手方当事者たる地位にもとづきその裁判の効力を及ぼしうべきものではないと解するのが相当だからである。なるほど、このような場合には、乙丙の記載により、一応丙名義の表示がされ、一見丙あての債務名義は成立しているようであるが、前記のように、丙自身は、右の事実を全く知りえない事情にあるのであつて、甲および乙の行為に対し、防禦の訴訟行為をする機会を完全に奪われているのであるから、このような訴訟の実態にかんがみれば、単に丙がたまたまなんらかの事由により事実上訴訟行為等に関与しえなかつたときとは異なるのであつて、丙は対し、到底その裁判の効力が及ぶと解することは許されないのである。」と判示した。

本件は再審で債務名義を取り消すことのみでは X の救済を実現できない事案であつたことが指摘されている。適式な執行正本に基づいて強制競売が実施され、第三者が不動産を買い受ければ、原則として所有権取得は保障される⁵⁶。このことを前提に、本判決は債務名義の無効と無効な債務名義に基づく競落は買受人の所有権取得を基礎付けないこと⁵⁷を判示したものと見える。

A に対する判決効を否定する方法としては氏名冒用訴訟として行動説・規範分類説によ

⁵⁵ 事案は以下の通りである。訴外 A 所有の土地を X は買い受けたが所有権移転登記を備えていなかった。訴外 B 及び訴外 C は A に対する債務名義を騙取することを企て、約束手形金請求債権について A を相手方として支払命令及びこれに基づく仮執行宣言付支払命令の各申し立てをした。この際 A の住所を C 方と偽り C が A を装いこれを受領・確定した。その後 B は本件土地について強制競売を申し立て、競売開始決定も C 方に送達された。Y はこの競売により本件土地を競落し、建物を建設のうえ居住していた。X は、Y に対し、土地所有権移転登記の抹消・建物収去土地明渡等を求めて提訴した。本件一審判決後、仮執行宣言付支払命令は再審で取り消されて、B の請求棄却が確定した。

⁵⁶ 岡田・前掲注(54)21 頁。宮崎地判昭和 57 年 7 月 16 日判例タイムズ 486 号 133 頁は、「競落当時有効な債務名義が存在したが、競落人が競落物件の所有権を取得した後、例えば債務名義である仮執行宣言付判決が後に上訴審で取消された場合などには競落人が悪意取得者であるなど特段の事情がない限り債務者は競落人に対し、取消による遡及的無効とこれによるその所有権の存在を主張できない」として、債務者が悪意・重過失の買受人に対して所有権を主張しようとしている。これを「債務者・買受人菅野利益調整として相当」と評価するものとして竹下守夫「債務者と買受人との利益の調整」法学教室 38 号(1983)97 頁。

⁵⁷ 最高裁昭和 50 年 7 月 25 日判決等確立した判例法理である。

る処理が考えられる⁵⁸。もっとも、本判決は信義誠実の原則による相対的無効との説明をしており行動説・規範分類説による処理を行っていない⁵⁹。本件は、全くの善意の第三者である Y が関与しており、X・A と Y のいずれを保護すべきかが問題となっている点で特殊であり⁶⁰、かかる特殊性に配慮した処理と考えられる⁶¹。また、本判決は債務名義自体の無効をいわずにその効力が信義則上主張しえないとするものに過ぎない⁶²。

(4) その他

最判昭和 42 年 2 月 24 日民集 21 卷 1 号 209 頁⁶³は、公示送達による送達を受けた者に控訴の追完が認められる要件につき、受送達者の帰責性のみならず申立人側の帰責性を考慮することを肯定し⁶⁴、さらに進んで申立人が受送達者の住所を知っているにもかかわらず公示送達を申し立てたという事実から当然に受送達者が無過失であるとの判断を行ったものである⁶⁵。申立人の悪意といった事情は再審事由として関連するとしても受送達者の過失とは関係ないというのが素直であり、判決の不当取得に対し再審の負担を考慮してより簡易な救済を認めたとの理解⁶⁶もある。しかし、「責めに帰することができない事由」といった規範的要件について相手方当事者たる申立人の事情を考慮することは許されると単純に考えてよいようにも思われる。

再審事由に関する判例としては 338 条 1 項 3 号の類推適用を広く認める傾向が指摘できる。氏名冒用訴訟について大判昭和 10 年 10 月 28 日民集 14 卷 1785 頁、訴状が被告の 7 歳 9 ヶ月の子に補充送達され被告本人に届かなかった事案について最判平成 4 年 9 月 10 日民集 46 卷 6 号 553 頁、事実上の利害の対立がある者に補充送達が行われ被告本人への交付がされなかった事案について送達を有効としつつ判断した最決平成 19 年 3 月 20 日民集 61 卷 2 号 586 頁がある。

また、最判昭和 46 年 6 月 25 日民集 25 卷 4 号 640 頁は訴えの取下げが刑事上罰すべき他人の行為によってなされた場合には、再審事由の規程(338 条 1 項 5 号)の法意に照らして無効であるとした⁶⁷。

⁵⁸ 小島・前掲注(54)25頁、岡田・前掲注(54)21頁。

⁵⁹ 奈良・前掲注(54)147頁、村松・前掲注(54)104頁、岡田・前掲注(54)21頁

⁶⁰ 村松・前掲注(54)105頁、岡田・前掲注(1)133号78頁。

⁶¹ 本判決の理論構成には、裁判所を拘束する既判力について信義則を適用することに対する批判(村松・前掲注(54)104頁、岡田・前掲注(54)21頁)がある。また、CがAに対して債務名義の効力を主張できないとしてもYが所有権取得を主張できないことを直ちに導かない点にも問題があるとされる。

⁶² 小島・前掲注(54)25頁。したがって、騙取された判決について判決効を否定することに消極的な最高裁の傾向(岡田・前掲注(54)21頁)は維持されているといえる。

⁶³ 評釈として伊藤眞「判批」続民事訴訟判例百選(1972)146頁以下、富樫貞夫「判批」民事訴訟法判例百選〔第2版〕(1982)150頁以下、片野三郎「判批」民事訴訟法判例百選〔新法対応補正版〕(1998)176頁以下、河野正憲「判批」民事訴訟法判例百選〔第3版〕(2003)102頁以下、濱崎録「判批」民事訴訟法判例百選〔第5版〕(2015)253頁。

⁶⁴ 濱崎・前掲注(63)253頁。

⁶⁵ 伊藤・前掲注(63)147頁。

⁶⁶ 伊藤・前掲注(63)147頁。

⁶⁷ さらに、その無効を主張するために有罪判決等の要件は不要であるとした。

6. 判例法理の検討

(1) 不当取得された判決の効力

昭和 44 年判決は「判決が確定した場合には、その既判力によつて右判決の対象となつた請求権の存在することが確定し、その内容に従つた執行力の生ずることはいうをまたない」ことを前提としおり、上記検討した各判例も不当取得判決の既判力を否定するといった理解は採用していない⁶⁸。判決の効力としての既判力・執行力を否定することなく、事案の特殊性を考慮して救済の可否を判断しているのである。判例法理としては、後訴請求を認める場合についても前訴確定判決につき通常通りの既判力を否定しないものと考えらるべきであろう⁶⁹。

(2) 既判力の作用

判例は不当取得された判決につき既判力を認める一方、後訴損害賠償請求を認めるのであり、前訴と後訴の関係をどのように捉えているのか明らかではない。前訴の既判力を認める以上、後訴請求は前訴既判力により認容され得ないとの理解からは判例法理には整合性が認められない⁷⁰こととなる。また、不法行為に基づく損害賠償請求に、当該事案限りにおいて前訴判決の効力を争うことを認めているとの理解は判決の効力を認めることを強調する判旨と整合しない。

このように考えると、そもそも判例は前訴既判力が後訴に作用しないとする立場をとっている可能性がみえてくる。後述の作用否定説の論者は作用を肯定する見解⁷¹は、「同一関係・先決関係・矛盾関係」の外側で既判力の作用を考えるものであり、少なくとも判例とは離れると指摘している⁷²。たしかに平成 10 年判決・平成 22 年判決は「確定判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求をすることは、確定判決の既判力による法的安定を著しく害する結果となるから、原則として許されるべきではな」いとしており、直接に既判力に反するということがいっていないのである⁷³。このことは請求異議の訴えを否定する際に再審制度に言及し「既判力の標準時以前に遡つてこれを争」うことは許されないと判示していることと対照的である。また、このような理解は請求異議訴訟・不当利得返還請求を否定する判例の立場を説明可能である。

⁶⁸ 昭和 40 年の無効確認訴訟において現在の法律関係に引き直されているのであれば、判決の当然無効があり得るかのような判示がされていたが、判決の不当取得として議論される事情により判決が当然無効とまでの理解を採用したとまではいえない。

⁶⁹ 判例の立場については、当事者の誠実な訴訟進行義務や武器対等のバランスを著しく欠いた場合には、既判力を正当化することができず、既判力が縮減されることがあるというものの指摘(本間・前掲注(1)231頁)もあるが、あくまで既判力を肯定したうえで救済手段を検討するというのが判例の立場であろう。その結果、請求異議と損害賠償で結論が分かれることになる(前掲注(44)参照)。

⁷⁰ 岡田・前掲注(54)21頁。

⁷¹ 「およそ、前訴判決における訴訟物じたいについての判断が誤りであると認めること—これは当然に既判力に反する—なしに後訴における賠償請求を認容することがどうして可能であろうか」(中野・前掲注(8)116頁)のような説明を念頭においた指摘であろう。

⁷² 勅使川原和彦「演習」法学教室 425 号(2016)163 頁。森勇「確定判決の無効と騙取」民事訴訟法の争点(1998)309 頁も、判例の立場を「不当な取得行為は不法行為であり、これは既判力とは次元を異にする問題」とするものと整理する(ただし森は反対)。

⁷³ このような指摘として坂田・前掲注(25)164 頁。

(3) 後訴請求の要件

昭和 44 年判決は、a. 相手方の権利を害する意図、b. 相手方が訴訟手続に関与することを妨げ(①類型)、あるいは虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔する等の不正な行為を行ったこと(②類型)、c. 本来ありうべからざる内容の確定判決を取得し、d. かつこれを執行し、e. 損害を発生させたことを判決の不当取得について不法行為に基づく損害賠償請求が成立する要件として挙げる⁷⁴。各要件が再審理要件であるのか損害賠償請求認容のための実体的要件なのかは明確ではない⁷⁵。

a. 要件については、平成 10 年判決が相手方の権利を害する意図」につき、重過失を含まないことを明示したことにより単なる故意・過失要件ではなく独自の要件として位置付けられていることが明らかになった⁷⁶。残るは、単なる故意を意味するのか、それを超えて害意を要求するものかという点に限られる⁷⁷。

b. 要件は例示であるが再審理の要件として決定的重要性を持つ⁷⁸。再審事由との対応関係をみると、基本的には①類型は 3 号⁷⁹再審事由に、②類型は 5 号・7 号再審事由に対応する⁸⁰ものと考えられる。もっとも再審事由との対応関係は完全なものではなく、文言のみをみれば特に②類型は再審事由より広い事情を含みそうである。このうち①類型については、当事者の手続保障を奪う点で既判力の正当化根拠を失わせるものと肯定的な評価がみられる⁸¹。他方、②類型については極めて広範囲であり再審の厳しい制限が潜脱されるといった批判⁸²も強いところである⁸³。b. 要件を厳格に解するか、緩やかに解するかによって法的安定性が左右されることになるが、近時の判例及び平成 22 年判決原審を除く下級審裁判例は厳格に理解しているようである。

c. 要件の存在により前訴確定判決の再審理が前提となる。これを再審理事由と捉えるのであれば、再審理開始の判断と再審理の結果の判断が混同することとなる⁸⁴。他方で再審理要件ではなく損害賠償請求の認容のための要件とするのであれば既判力の作用を否定す

⁷⁴ 加波・前掲注(8)183頁。

⁷⁵ 既判力の作用を否定するのであれば、すべて実体法上の要件であるというのが素直であろう。しかし、判例が常に再審理を行うことを肯定しているとの理解も取りがたいところである。少なくとも b. 要件については再審事由が意識されており、再審理要件としての意味を持つと思われる。

⁷⁶ 加波・前掲注(8)183頁は、単なる「正義に反する行為」を「その行為が著しく正義に反し、確定判決の既判力による法的安定の要請を考慮してもなお容認し得ないような特別な事情がある場合」という内容に改めたことに対応すると分析する。

⁷⁷ 再審事由はあっても害意はないという場合は想定され、判例の立場としては害意を欠く場合には原則通り再審によるべきであり、例外を認めないものと理解するものとして高橋宏志『重点講義民事訴訟法[第2版補訂版](上)』(有斐閣、2013)『同(下)』(有斐閣、2014)・上 726頁注 153。勅使川原・前掲注(72)163頁も参照。

⁷⁸ 山本和・前掲注(17)127頁。

⁷⁹ 一部 5 号再審事由に対応するものもあり得る。

⁸⁰ このことは②類型について下級審裁判例が有罪判決または過料の裁判の確定を要求していることと対応する(前掲注(6)参照)。

⁸¹ 後述の二分説に特に親和的といえる。

⁸² 中野・前掲注(8)866頁。

⁸³ 岡田・前掲注(7)125頁は、判決の不当取得に対する救済をめぐる論争は②類型が中心となっていると分析する。

⁸⁴ 上田竹・前掲注(1) 828頁以下は、職権探知主義を妥当させるべきか弁論主義を妥当させるべきかという問題を指摘する他、これを再審理要件とすれば「再審理要件審査の中に実体的再審理の中身が含まれるという構造上の混同が生じる」とする。

ることは困難になり得る。また、前訴と後訴の既判力の作用を否定するのが判例の立場であるとしても判例の要件によれば既判力の否定を伴わざるを得ないが、なぜ既判力に反する認定が可能なのか疑問が残る。その他、e. 要件と異なる要件として指摘されていることから、「本来ありうべからざる内容」というのは、単に事実認定が誤りであったと後訴裁判所が判断するのでは足りない⁸⁵とも考えられる。この点を緩やかに判断してしまうのであれば、後訴裁判所の判断も真実の可能性のある「一つの判断」に過ぎないと批判⁸⁶に耐えることは困難であろう。

d. 要件、e. 要件は「執行し金銭を得ていなければ損害賠償請求が成り立たないから」に過ぎない⁸⁷と考えられる。執行に至らなければ違法性が認められ得ないとの理解は、判決取得過程自体の不法行為性を指摘する判例の採るところではないだろう。

III. 学説

1. 概要

積極説は、前訴判決の既判力を否定し、あるいはその後訴への拘束力を否定することによって理論的説明を行うしかない⁸⁸。したがって、前訴判決に既判力が認められるのかという点が、ついで既判力を認める場合にこれが後訴に作用するのか及び拘束力の意味が問われることとなる。以下では、まず後訴請求を否定する伝統的通説(消極説)を紹介し、消極説に対する批判を念頭に積極説の理論を説明する。

2. 消極説

伝統的には後訴請求を否定する見解が有力であった。消極説は、前訴判決の既判力及びこれの後訴への作用をいずれも肯定する。既判力については、民訴法が再審制度による救済という制度を用意している以上、他の方法により既判力を否定すべきではないという制度の仕組みからの素直な解釈に基づくものである。

消極説に対しては再審制度のみでは判決の不当取得に対する救済として不十分であるとの批判がある⁸⁹。この批判は再審事由に向けられたものと再審手続に向けられたものに大別される。前者は、現行民訴法の再審事由は極めて限定的であり再審事由が存しない場合にも救済の必要が認められる場合があり得るというものである。後者は既に執行が完了した場合のように手続再開後に旧訴訟と同じ訴訟物と維持しても迂遠であり当事者もこれを望まない場合があることを指摘するものである。これに対しては、再審事由の類推による拡張をはかること⁹⁰、再審の訴えによりつつ原判決が取り消されることを条件として再審

⁸⁵ 平成 22 年判決の指摘はまさにこのようなものであろう。

⁸⁶ 加藤・前掲注(8)87頁。

⁸⁷ 高橋・前掲注(77)上 726 頁注(153)。

⁸⁸ 中野・前掲注(8)116頁。岡田・前掲注(1)137号 472 頁以下、特に 475 頁も同様の指摘をする。

⁸⁹ 河野・前掲注(1)341頁、石川・前掲注(1)17頁、越山・前掲注(25)120頁。

⁹⁰ 中野・前掲注(8)118頁以下は、再審事由の緩和や期間の伸長は立法論として考慮すべきであるとし、解釈論としても再審事由類推により必要な救済を可及的に確保すべきであるとしている。

の本案に新請求を追加することや反訴提起をすることが可能であり手続的負担は軽微であること⁹¹により反論がされている。

もっとも消極説も常に厳格な立場を維持するものではない(後述の再審制度補完説を参照)。民訴法が再審制度を設け再審事由と再審期間を厳しく限定して再審の訴えを通してはじめて既判力の失効を認める建前をとっている以上、再審の要件を供えないところで既判力の拘束を排除することを認めるべきでないとする見解⁹²においても、一定の例外の余地を認める。確定判決の既判力を維持することが明らかに正義に反するにもかかわらず、再審規定の類推によってもこれを排除し得ない場合は生じうるとし、これを放置することがとうてい耐え難い結果となる事情があるならば、既判力にかかわらず損害賠償請求を容認しなければならない⁹³とするのである。

3. 既判力を制限する見解

(1) 概要

広く判決の無効というとき、判決の不存在、瑕疵ある判決、内容上無効な判決、そして判決の不当取得の問題が挙げられる⁹⁴。ただし、判決の不当取得における判決無効の議論は異質であることが指摘されている⁹⁵。不当取得された判決について既判力を否定するのであれば、後訴請求は前訴既判力に何ら妨げられることなく認められることになる。したがって、再審手続の負担を解消することができる点に利点がある。同時にこれらの見解は、判決の効力を争う手続としての再審制度との関係を説明する必要がある⁹⁶。

既判力の全部・一部を制限するこの見解は、判決の当然無効をいうもの、損害賠償の文脈においてのみ既判力を否定するもの、既判力の縮小と関連付けるものなど多様であり、既判力否定の要件についても様々な見解が主張されている。見解の多様故に要件と再審制度との関係の議論を明確に区別することは困難であるが、以下では要件論と再審制度との関係についての議論を一応区別して整理する。

⁹¹ 中野・前掲注(8)118頁

⁹² 中野・前掲注(8)117頁。

⁹³ 中野・前掲注(8)119頁。なお、中野は再審事由を立法趣旨の妥当しうる同様の諸場合に類推していくことによって、必要な救済を可及的に確保すべきとし、損害賠償請求によるべき場合は「極めて例外的な事態に対する非常救済にとどめるべき」としている。そのうえで、昭和44年判決の「作為または不作為によって相手方が訴訟手続に関与することを妨げ、あるいは虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔する等」という要件について、「きわめて広範囲の行為を含むのであって、これでは、再審のきびしい制限はほとんど潜脱され、いちじるしく法的安定性を害するといわなければならない」と指摘する(同120頁)。

⁹⁴ 新堂・前掲注(34)680頁以下、兼子一原著『条解民事訴訟法 [第2版]』(弘文堂、2011)561頁以下 [竹下守夫]、松下祐記「確定判決の無効と騙取」民事訴訟法の争点(2009)268頁、伊藤真『民事訴訟法 [第7版]』(有斐閣、2020)540頁以下。ある判断内容が判決として成立するためには裁判官が判決するという職務遂行の外観をもって対外的に発表したものでなければならず、これを欠く場合には判決は不存在である。これに対し、一応判決として成立した場合には、その判決は訴訟法上有効であり、手続・内容における瑕疵は上訴・再審の対象となるに過ぎない。判決として訴訟手続上は有効に存在するとしても、実在しない人物に対する判決・当事者適格を有しないものに対してされた形成判決、治外法権者に対する判決などは、内容上無効なものとなる。

⁹⁵ 越山・前掲注(25)121頁。文字通りの当然無効ではなく、既判力を訴訟物の枠内で縮小させることができるとする議論の一種である指摘する。松下・前掲注(94)268頁も参照。

⁹⁶ 鈴木正裕「既判力の遮断効(失権効)について」判例タイムズ674号(1988)4頁以下、特に11頁参照。

(2) 既判力否定の要件

イ 手続保障を欠く場合に当然無効を認める見解

既判力の正当化根拠である当事者への裁判への実質的関与の機会保障を重視する議論状況のなかで、昭和 44 年判決の①類型②類型の区分を念頭に手続的関与の機会の程度による区分を試みる見解が有力化している。

この見解は、一方の当事者が、故意に他方の手続関与権を奪って勝訴判決を得たときは、「勝訴者には判決の判断内容に対する保護に値する信頼が欠け」る一方、「敗訴者には手続権の保障がなかった」のであり、そのような判決は既判力を有しないとする⁹⁷。これに対し、違法行為により虚偽の判決資料を作出したような場合には、敗訴当事者も手続に関与しており、「一般的には、みずから正しい認定を得るための資料を提出しえたはずである」ため再審の訴えを経るべきとされる⁹⁸。このような場合には、判決資料が違法に作出されたと主張するだけで事実審理のやり直しを求め得ることになり、正当な勝訴当事者の信頼をも害するため再審事由を要することも指摘されている⁹⁹。

ロ 公序良俗違反を基準とする見解

この見解は前訴判決の既判力を認めながら、なお損害賠償請求訴訟を許すことには論理矛盾が存在するといわざるを得ず、判決の不当取得を理由として前訴判決の当然無効を認めた上で、直接の損害賠償請求訴訟を許すべきである¹⁰⁰との立場を前提とする。そのうえで、公序に反する外国判決が判決効を有しないことを参照し、公序に反する内国判決も判決効を有しないのではないかと¹⁰¹、という視点から当然無効の要件の類型化を試みる。すなわち「当該判決の不当取得事例につき、「当事者の目的意図の不当性」、「手続的な不当性」、「判決結果の不当性」を審査したうえ、その不当性が公序良俗に反すると解される場合には、判決の当然無効を認めて、直接の損害賠償請求訴訟も許すべきである」とする¹⁰²¹⁰³。

⁹⁷ 兼子・前掲注(94)562頁[竹下]。竹下の見解について、山本和彦「書評」判例タイムズ1350号(2011)83頁は、合理的な見解であり平成22年判決もこの方向への転換の傾向を示唆していると指摘する。同・前掲注(8)194頁は、意図的な相手方の手続関与妨害はともかく虚偽主張による裁判所の欺罔を安易に認めることは「既判力制度と正面から抵触するため、慎重な判断が相当」とし判例の基本的方向性を支持する。

⁹⁸ 兼子・前掲注(94)563頁[竹下]。

⁹⁹ 河野・前掲注(1)355頁は手続権の侵害の観点から判例の①類型と②類型について救済の取り扱いを異にすることが考えられるとしており二分説に親和的である(前掲注(13)参照)。これに対し後述の通り、石川・前掲注(1)16頁以下は再審事由には無効事由が含まれていることを認めつつも、現行法上は当然無効という説明は困難であるとしている。

¹⁰⁰ 岡田・名法(四)475頁

¹⁰¹ 岡田幸宏「確定判決の反公序性とその効力について」民事訴訟雑誌45号(1999)202頁。

¹⁰² 岡田・名法(四)475頁

¹⁰³ この見解に対し以下のような批判がある(加波・前掲注(1)866頁。上田竹・前掲注(1)828頁も参照。)。公序良俗違反として確定判決が無効となる場合の要件の明確化をはかりながらも、結局、それは実体法上および手続法上の公序良俗違反かどうかで判断するというわけだから、それでは、何のための要件化かわからない。要件存否の審理のためには、かなり慎重に前訴本案や前訴手続の具体的過程につき再審理をしなくてはならなくなる場合が多くなり、実質的に本案再審理が、再審理要件存否の審理の名の下で、行われてしまうという結果になりかねない。

岡田は、確定判決の反公序性と再審制度の関係につき、「反公序性を帯びる可能性のある一部の手続的瑕疵を要件化し、この瑕疵の立証をもって反公序性の立証に代えたものが一部の再審事由である」と整理する(岡田・前掲注(101)206頁)。これについて加波・前掲注(1)867頁は、再審との整合性を模索しつつ、議論を展開するものとして一定の評価をしている。

ハ 既判力の拘束力を限定する見解

この見解は、民訴法は再審事由を無効事由と区別せず一括に規定し、再審の訴が不当取得判決の既判力を排除するものである以上、再審による不当取得判決の既判力の排除を経ない損害賠償請求の訴が既判力に抵触するとの反論に答えることは困難であることを認める。そのうえで、「確定判決の瑕疵として判決に影響を及ぼすものか否かを問うまでもなく著しく重大であるがゆえに、それが存在する場合には一方で既判力を肯定しつつ不法行為の別訴を認め得る」とする¹⁰⁴。この見解は、既判力概念を前者一本に統一しなければならないという必然的要請はない¹⁰⁵として既判力を2種類—①伝統的既判力概念(存在する以上不法行為や不当利得の主張を認めない)と、②既判力を排除しない限り当該判決により確定された権利または法律関係を争うことはできないが、別訴による不法行為や不当利得の主張は認めるという内容の既判力概念—で把握する。このような解釈は最高裁の本能的な正義感情に依るものであり、理論的裏付けが可能である限り評価されなければならないとし、判決の効力が本来の効力範囲を超えて拡張される場合、本来の効力を縮減する場合などを予定している¹⁰⁶ことを理論的裏付けの可能性として指摘する。

ニ 再審事由＝再審理事由説

この見解は、その沿革からすれば再審手続は前訴確定判決を取り消す機能を持っているが、再審事由そのものは前訴確定判決を取り消すまでもなく、その再審理を認める機能を有すると指摘する¹⁰⁷。それゆえ再審事由という瑕疵の存在が認定・確定されれば、そのことから前訴確定判決が再審理されるという手続になっていると指摘する¹⁰⁸。再審事由に「再審理事由」としての機能を認め、再審事由の再審訴訟外での主張可能性があり、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できるとする¹⁰⁹。したがって再審事由の主張を損害賠償請求の中で行うことができ、肯定説の論拠となる。この見解は、瑕疵の及ぶ限りに置いて既判力が制約されるというものであり、前訴既判力の否定により後訴請求との抵触を否定する見解と整理する。

ホ 期待可能性による既判力の縮小

期待可能性による既判力の縮小の議論は、判決の不当取得に関する議論の中で直接に言

¹⁰⁴ 石川・前掲注(1)18頁。

¹⁰⁵ 石川・前掲注(1)19頁。河野・前掲注(1)341頁も「従来通説が依拠してきた支配的な既判力概念が、何ら再検討を要しない完全無欠のものであるのかについての疑念が生じる」としている。

¹⁰⁶ 前者の例として氏名冒用訴訟において、被冒用者は当事者でないとの見解を採用した場合、後者の例として既に協議離婚した夫婦に対する離婚判決を指摘する。民事訴訟法117条の存在もこの見解を支える論拠となる。

¹⁰⁷ 加波・前掲注(1)884頁。同872頁はドイツ民事訴訟法沿革上、原状回復事由と無効事由との区別は互いに相対的・同質的であることを指摘している。

¹⁰⁸ 加波・前掲注(1)887頁。

¹⁰⁹ 加波・前掲注(1)889頁。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、再審手続内とする見解に対し、加波・前掲注(1)891頁は、同じ手続的瑕疵でありながら、通常手続では、既判力に何ら影響を与えないものが、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と疑問を呈示する。

及されるものではない。しかし、再審を経ずに既判力を縮小する議論であり関連性があるだろう¹¹⁰¹¹¹。この見解は前訴で主張することにつき期待可能性がなかった事実については、既判力による遮断を正当化できず、遮断効を否定する¹¹²。したがって、手続保障を欠く類型については判決の不当取得に関する議論においても援用が可能であろう。これに対しては、前訴で主張することの期待可能性がなかったということを当事者の一方が持ち出せば、裁判所は期待可能性の有無を審理することとなり、法的安定性が害されるという批判がある。また、再審の訴えは既判力が及ぶことを前提としており、刑事罰が課される他人の行為により主張できなかった場合(338条1項5号)にも既判力が認められていることとの関係で妥当でないとの批判¹¹³が強く、期待可能性による既判力の縮小は通説を形成するには至っていない¹¹⁴。

(3) 再審制度との関係

イ 再審制度補完説

この見解は再審制度が存する以上、判決の効力を争う手段は再審の訴であることが原則であるとしつつ、現行再審制度の不備を補完するものとして損害賠償請求を位置付ける。再審制度の不備として指摘される2点に対応して2つの方向でその役割が指摘されている。まず、再審事由が狭いことに対する対応として再審事由が存しない場合の救済手段としてである。これは上述の消極説を基本とする見解を中心に主張されている¹¹⁵。他方で、再審制度の機能的な限界に対応し、もはや強制執行が終わっており再審制度による救済では迂遠な場合等の再審による救済が適切とはいえない場合についての補充的救済方法として位置付ける見解も存する¹¹⁶。これは多様な手続の用意により救済の幅を広げる見解¹¹⁷といえる。

¹¹⁰ 本間・前掲注(1)237頁以下は、相手方の行為に対する非難可能性による既判力縮減を問題にする判決の不当取得に対する救済と異なり、既判力の縮減を求める者の行為可能性を問題とする点で一応区別して論じるべきであるとする。そのうえで「再審制度が既判力を否定する唯一のものなのか、(大きな)一部を構成するに過ぎないのかの問題」が潜んでおり、看過できない関連性があることを指摘する。

¹¹¹ 高橋・前掲注(77)上612頁注27は、基本的に上記再審事由＝再審理事由説を援用し、「期待可能性がなかったという主張を裁判所が審理し認定することができれば再審理を許容する」とし、再審理事由として期待可能性論を位置付ける。なお、期待可能性が認められなかった主張は標準時後の新事由の主張に準ずるため、部分的な既判力の制約を論じる必要はないことを差異として指摘している。

¹¹² 高橋・前掲注(77)上608頁以下、新堂・前掲注(34)694頁。

¹¹³ 鈴木・前掲注(96)5頁以下、中野貞一郎『民事訴訟法の論点I』(判例タイムズ社、1994)249頁、伊藤・前掲注(94)554頁注173、三木浩一他『民事訴訟法[第3版]』(有斐閣、2018)[垣内秀介]430頁。

これに対し、高橋(上)610頁注(27)は、以下のように反論する。第一に「期待可能性なし」と評価される場合は「過失なし」より狭い。第二に338条1項5号により、再審の訴えを経るという負担を課せられるのは、刑事上罰すべき他人の行為があり、かつ、攻撃防御方法自体は認識していた場合として把握し、当事者の事実の認識により区別すべきである。第三に、再審事由がある場合でも損害賠償請求の別ルートを認めるのであれば、再審の訴えを要求することと既判力が及ばないとするものの差異は小さい。

¹¹⁴ もっとも、最判昭和57年3月30日民集36巻3号501頁は傍論で、期待可能性による既判力の縮減に親和的な判示を行なっている。また、相殺権行使について最判昭和40年4月2日民集19巻3号539頁も参照。

¹¹⁵ 前掲注(93)参照。紺谷・前掲注(1)368頁、上田徹・前掲注(1)281頁も基本的に同旨。山木戸・前掲注(45)259頁も参照。

¹¹⁶ 河野・前掲注(1)355頁。

¹¹⁷ このような考え方は裁判所が再審事由を厳格に判断すれば實際上既判力制度を動揺させることにはならない(新堂・682頁)とする再審制度代替説に通ずるものがある。

ロ 再審制度代替説・併存説

この見解は、再審制度が判決の効力を争う唯一の手段として用意されているという点を重視せず¹¹⁸、再審事由の存否を損害賠償請求訴訟をはじめとする別訴において顧慮することにより再審制度の代替的機能を認める¹¹⁹。この見解の目的は多様な救済手段を用意することで選択を誤ったことにより救済が否定されることを回避しようとする点にある¹²⁰。当然無効を前提にするとしても¹²¹、確定判決を争う方法として再審を用意している民訴法にもかかわらず何故再審を経る必要がないのか、という点については明確ではないが具体的正義の追求による司法への信頼確保によることになる¹²²。あるいは上述の再審事由＝再審理事由説を援用することによっても説明が可能である。

4. 作用否定説

前訴既判力の後訴への作用を否定する見解も主張されている。この見解はドイツ判例の立場とされ¹²³、上述の通り日本の判例もこの立場を前提としている可能性がある。

この見解は、後訴請求は前訴の成立過程における詐欺的な行為等を不法行為とするのであり、前訴の訴訟物についての実体判断に矛盾するものではないとする¹²⁴¹²⁵。既判力の作

¹¹⁸ 高橋・前掲注(77)上 726 頁注 152。高橋は、理論的には、再審制度が存在する以上それに敬意を払い「害意がある場合に限定する」はバランスが良い解釈論とし、この考え方は手続保障を欠く場合に当然無効を認める見解と共通すると指摘する。

¹¹⁹ 新堂・前掲注(34)682 頁、同「演習」法学教室第二期 1 号 180 頁。高橋・前掲注(77)上 722 頁は、理論的な弱さはあるもののこの見解を支持する。山本弘「送達瑕疵と判決の無効・再審」法学教室 377 号(2012)116 頁注 8 も同様の方向性を示唆するものである。

¹²⁰ 新堂・前掲注(119)180 頁。

¹²¹ この見解は当然無効を前提としなければ成り立ち得ないとはいえないように思われる。

¹²² 新堂・前掲注(120)180 頁。また、河野・前掲注(1)340 頁以下も参照。同 344 頁は再審制度それ自体の合理性が認められて初めて法政策的要求による説明が説得力を持つとし、現行再審制度が「民事訴訟手続きを基礎付ける正義」の実現すべてに資するものではないことを指摘しており、新堂と問題意識は近いものと思われる。

これらの具体的正義の実現といった説明に対し、伊東・前掲注(8)185 頁は、既判力もまた基準時点における法律状態は不動のものとなるのが、より大きな正義の土台を成すのであり、既判力自体も正義感情の結晶であり、鋭ぎすまされた衡量が要求されると注意を喚起する。同・前掲注(39)22 頁は既判力は法的安定のみ奉仕するのではなく、「主目的は寧ろ等しく正義の実現にあるのであって、法的安定の要求と正義感情との相克として捉えること事態が皮相的である」とし、抽象的に不当取得を称することは容易だが、不当か否かは断じ難いことは、「正義感情」に既判力を動揺させることが、必ずしも「正義」でないことを示すと指摘する。

¹²³ 「善良な風俗に反する方法で、故意に他人に損害を与えた者は、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。」と定めるドイツ民法 826 条(ドイツ民法Ⅱ(債務関係法)162 頁参照)を根拠とする。ドイツ判例・学説については、小野木・前掲注(1)、岡田・前掲注(1)134 号・136 号、栗山・前掲注(39)136 頁に詳しい。

¹²⁴ 勅使川原・前掲注(72)163 頁。同『読解民事訴訟法』(有斐閣、2015)142 頁は矛盾関係を念頭に、不当利得返還請求との対比により論じる。「不当利得返還請求権においては、不当利得の対象が原物で存すればそれを返すのが原則であるから、前訴請求と後訴請求は同一物について「行ったり来たり」の正反対の請求とみられ、「前訴での給付請求権と後訴での不当利得返還請求権は実体法上論理的に「正反対」の請求とみることができる。これに対し、不法行為に基づく損害賠償請求を求めめる場合は「前訴の請求自体は何でもよく、不法行為に基づく損害賠償請求では金銭賠償の原則で「金銭」に常に転化するので、前訴の訴訟物たる請求と後訴の訴訟物たる請求は、実体法上論理的に「正反対」の関係には立たない。」とするのである。

¹²⁵ 小野木・前掲注(1)93 頁以下は、損害賠償義務を「適法行為の違法性を原因とする無過失損害賠償責任」と解することで、賠償請求の認定は何ら既判力に妨げられず、違法性は公序良俗違反により基礎づけられるとする。

民事訴訟及び強制執行は当事者の一方の責任において展開されるのであるから、これを発動することによって他人に損害を及ぼす場合には相手方に対し損害を賠償すべきであるとしたうえで、不当執行の違法性における議論を参照し「適法行為に基づく違法性の理論」により損害賠償の義務を肯定することは可能であるとの説明である。また、違法性を公序良俗違反により基礎付ける点について同 94 頁は、民訴法が外国判決の承認において判決内容が公の秩序又は善良の風俗に反しないことを要求していること(現 118 条 3 号)を参照し、実体法的正義が形式的正義に優先すべきことを

用は、前訴確定判決が確定した実体判断につき、後訴の前提問題としての拘束を後訴裁判所に及ぼすところ、前訴の手続過程全体が不法行為に当たるか否かは前訴では何も判断されていないため何ら前訴判断に矛盾しない¹²⁶という主張である。そのうえで、前訴判決の既判力を実質的には無にする点で不法行為の要件の「かさ上げ」を要するとし¹²⁷、一般的な不法行為の要件を超えた要件—昭和44年判決の要件もこの中で把握される—を要求する。この見解は、既判力の作用は(典型例として把握される)先決関係・矛盾関係にあたる場合に限り認められるという立場を前提とし、そのいずれにも当たらないと主張するものである¹²⁸。

この見解によれば、不法行為に基づく損害賠償請求である限り直接に既判力は問題とならないため、再審事由に囚われることなく、その要件を具体的妥当性と法的安定性の衡量のもとで定めることが可能となる。

5. その他

再審事由が狭い点については立法論による解決がかねてから主張されているところである¹²⁹。そのうえで、判決の不当取得に対する救済に関する議論については過渡期の議論としては存在意義があるが、本来的には、再審事由の解釈論や提訴期間の追完の議論へと収斂させることが望まれるとの指摘¹³⁰がある。なお、現行民訴法の制定にあたって再審事由に判決の不当取得を明記するかについて議論があったが、類型化が困難であること等により見送られた¹³¹。

IV. 検討

1. 判決の効力

既判力は確定判決の判断に与えられる通用性・拘束力であり、この強力な効果が認められるべき根拠は訴訟制度に紛争解決制度としての意味を持たせるために必要であること(制度的効力)、当事者には手続上の諸権能が与えられ当事者はそれらを行行使することができたこと(手続保障と自己責任)によって説明されることが一般的である¹³²。このことを前

認め得ると指摘する。

このような説明に対し河野・前掲注(1)339頁は、裁判所を利用して不当判決を詐取した前訴当事者に対して向けられた損害賠償請求であり「相手方が故意にかような判決を得たか否かが問題となる」として「無過失」構成を批判する。

¹²⁶ 勅使川原・前掲注(124)143頁注17。ここでは先決関係を念頭において論じられている。

¹²⁷ 勅使川原・前掲注(72)163頁、同・前掲注(124)142頁。

¹²⁸ 勅使川原・前掲注(72)163頁は前訴の実体的判断は後訴請求における損害が何であるかについて「事実上関わりを有するだけである」とする。なお、この見解は不当利得返還請求については、確定判決の認定と正反対の請求として既判力が作用するとして請求を認めない(小野木・前掲注(1)96頁、勅使川原・前掲注(124)142頁)。

¹²⁹ 中野・前掲注(8)118頁、鈴木・前掲注(96)11頁、小林・前掲注(1)420以下など。紺谷・前掲注(1)367頁は再審制度に対して加えられている批判に対しては再審制度自体の改善で答えるべきであると指摘する。

¹³⁰ 越山・前掲注(25)121頁。

¹³¹ 竹下守夫他「新民事訴訟法をめぐって〈二〉各論—V第四編 再審」ジュリスト1145号(1998)100頁〔柳田幸三発言〕。類型化の困難のほか、338条1項3号との関係をどのように整理するかという問題もあり、今後の判例の集積を待つことになったとされる。

¹³² 高橋・前掲注(77)上590頁、新堂・前掲注(34)687頁。既判力は訴訟外の実体法上の権利関係を変更するものではなく、国家裁判権の判断統一という訴訟法上の効果を持つものと捉え、後訴裁判所が確定判決と矛盾する判断をしては

提に、判決無効は当事者に対する手続保障を欠くことを根拠として主張される。しかし終局判決が確定して訴訟手続が終了した以上、その確定判決を尊重しなければ紛争解決は得られない¹³³ために、手続保障を欠く場合であっても直ちに無効とはせず、再審制度によってその妥当性を図るとというのが民訴法の建前である。338条1項3号は手続保障を欠く場合を再審制度に取り込み、既判力の正当化根拠それ自体に関わる問題についても再審制度に委ねる¹³⁴。たしかに再審事由は沿革的に判決無効の訴えの事由を含む。しかし、現行法は再審事由を区別なく規定しており、特定の再審事由の存否により直ちに判決の有効性それ自体を問題とすることは困難といわざるを得ない。

また、338条3号再審事由における類推適用の各事例をみても明らかなおり手続関与の程度は様々であり当然無効なる類型を明確に切り出すことは困難であろう。しかし、当該事由が認められれば直ちに既判力をはじめとする判決の効力が否定されるといった意味での当然無効を考えるのであれば、その線引きは明確である必要がある¹³⁵。

以上より、一定の事由の存在により判決の当然無効を認める見解は採用できない。不当取得された判決であっても既判力は認められると考えたい。

2. 既判力の作用

既判力の作用を論じるにあたってその意義について明確にしておく必要がある。既判力の作用という表現は、前訴と後訴の訴訟物が同一・矛盾・先決関係にある場合に前訴既判力が後訴に作用する、といった形で用いられることが一般的¹³⁶である。しかし、本来は前訴の訴訟物に既判力が生じているから訴訟物が同一・矛盾・先決の後訴に既判力が作用していくと理解すべきである¹³⁷。そこで、既判力が作用するかという問題は、後訴において前訴既判力が意味を持つかという意味で把握するべきである。前訴既判力の内容を確認したうえで、効力が及ぶ者(115条1項)の後訴において前訴既判力が意味を持つか判断するのである。

前訴確定判決の既判力は前訴請求債権の存在について生じる。そして、後訴訴訟物は不法行為に基づく損害賠償請求権である。ここでは前訴既判力が後訴で意味を持つか、すなわち後訴請求の損害賠償請求権が前訴請求債権の存在とは無関係に存在することになるか、が問われることになる。

昭和44年判決の枠組を前提とすれば、「本来ありうべからざる内容の確定判決」か否かが後訴請求権の存否に関わるので、既判力の作用を肯定することになりそうである¹³⁸。昭

ならないものと理解する訴訟法説が通説である(伊藤・前掲注(94)547頁、瀬木比呂志『民事訴訟法』(日本評論社、2019)450頁、松本博之・上野泰男『民事訴訟法』(弘文堂、2015)614頁[松本])。

¹³³ 高橋・前掲注(77)下767頁。

¹³⁴ このような説明は前掲注(122)の伊東の議論を参考にしている。

¹³⁵ 既判力の限定をいうのであれば、明確性が求められることを強調するものとして富樫・前掲注(45)参照。

¹³⁶ 例えば、山本弘他『民事訴訟法〔第3版〕』(有斐閣、2018)340頁[長谷部由紀子]。

¹³⁷ 高橋・前掲注(77)上596頁注15。瀬木・前掲注(132)453頁も同一・矛盾・先決のような分類は既判力の積極的作用と消極的作用が働く場面を分類した結果に過ぎないことを指摘する。

¹³⁸ 坂田・前掲注(25)164頁参照。

和 44 年判決の妥当性は置いておくとしても、作用否定説からは不法行為自体は前訴判決と無関係に成立するが前訴判決の執行による利益を失わせる点で既判力制度を揺らがせる請求であることに鑑み、既判力の枠外で既判力制度の安定という考慮に基づき要件として加重するもの評価することになる。これに対する反論としては、結局のところ前訴既判力に反する認定を許される理由を説明できていないというもので足りるようにも思われる¹³⁹が、不法行為の成立要件それ自体との関係も検討してみたい。

前訴判決の不当取得行為それ自体の違法性は前訴判決が確定したことによって治癒するものではないはずである。したがって、後訴において Y の不当取得行為を加害行為として違法と認定することは前訴既判力とは無関係に行えるはずである。請求権の存在が確定するため、これに基づく執行が基準時前の事情により違法となることはあり得ないとして、違法性を認定することは既判力により認められないとの見解¹⁴⁰は、執行行為を加害行為として捉えるものであろう。しかし判決の不当取得は前訴の成立過程から既に問題となるのである。

それでは前訴既判力を前提としつつ、損害を認定できるのか。Y の X に対する請求権が存在することを前提とすれば、この請求権が確定判決として認められたこと、あるいはこれに基づき執行されたことをもって損害と評価することはできないはずである。したがって、前訴既判力が後訴に意味を持つことにならざるを得ない。作用否定説の論者は、後訴請求における損害が何であるかについて「事実上の関わり」を有するだけであるとする¹⁴¹。しかし、損害の発生及び額は損害賠償請求が認められるための要件であり、前訴既判力によりこれを認められないのであれば後訴請求は認められ得ないのである。まさに既判力の機能が果たされる場面であり「事実上の関わり」と評価することはできない。前訴既判力は後訴請求の損害との関係で作用することとなる¹⁴²。

3. 後訴損害賠償請求の可否

(1) 積極説の可能性

既判力及びその作用を認めることを前提として、なお後訴が拘束されない場合はあり得るか。判決の効力を争う制度として再審がある以上、再審の訴え以外によりこれを争うことは許されないと理解は自然であろう。しかし、再審制度が救済として不十分であることは消極説に対する批判として指摘されてきたところであり、これを立法論に過ぎないとしてしまうのでは現に存する課題に対する回答として不適切とも思われる。そこで、再審が特別の制度として用意されている意義はどこにあるのかを検討してみたい。再審規定は、

¹³⁹ 森・前掲注(72)309頁は「不法行為だとして執行結果をくつがえすことは、いずれにしても旧請求権の存在を確定する既判力と抵触する」と指摘するが同旨であろう。

¹⁴⁰ 曾田・前掲注(8)88頁

¹⁴¹ 勅使川原・前掲注(72)163頁。

¹⁴² 同様の見解として加藤・前掲注(8)88頁。中野・前掲注(8)116頁も基本的に同旨。損害賠償請求を主張する場合、前訴において確定された給付義務の不存在の主張が損害賠償請求権の要件事実をなしている(紺谷・前掲注(1)367頁)との説明も「事実上の関わり」とはいえないとするものとして援用できる。

いかなる事由により再審理を認めるかという点といかなる手続により再審理を認めるかという点の 2 点について定めるものであるが、再審制度の意義とは後者について問うものである¹⁴³。単に根拠条文と訴訟物¹⁴⁴が異なるに過ぎないのであれば、これを特別視する必要はなくなるのではないか。また、再審制度に特別の意義があったとしても、これを損害賠償請求訴訟の中で実現することができないか。以下はこの点に積極説の可能性があるのでないかという問題意識に基づき検討を試みるものである。

(2) 再審制度の分析

イ 二段階構造

現行再審制度の最大の特徴は、再審手続が二段階構造を明確にする点¹⁴⁵にある。再審事由の有無を審理判断する手続と再審事由がある場合について本案について審判をする手続の二段階である。このような二段階構造を採用したのは、再審事由の存否についての審理と本案についての審理が並行して行われ、それぞれに必要な訴訟資料が同時に提出されることになると審理が複雑化する、本案についての審理が無駄になる場合があり得る、という問題に対応するためであった¹⁴⁶。二段階構造により、審理は完全に分離され独立の上訴も可能となっている。

これに対し、不法行為に基づく損害賠償請求による場合には、再審事由の存否の判断—昭和 44 年判決の要件でいえば a. 及び b. 要件—が先に審理判断され、これが存在する場合に限り本案審理—c. 要件の「ありうべからざる内容」か—を審理判断するという関係が制度として担保されていない。したがって、審理の複雑化を招き得る。

二段階構造が確保されていないことは安易な再審を許容し既判力制度それ自体を揺るがすことになり得るという弊害にも繋がり得る。平成 22 年判決の原審は、まさにこの弊害が現れたものであることは既に指摘した通りである。安易に再審理を行った結果、具体的妥当性という正義に突き動かされ再審理要件として厳格な役割を果たすべき b. 要件が緩やかに判断される、という事態が起こりうるのである。制度として分離されていない以上、同時に前訴判決の当否に関する事情にも触れることとなる。その中で、前訴判決が誤りであるとの心証を抱いたとき、再審理要件が緩やかに適用される危険が生じるのである¹⁴⁷。

¹⁴³ 再審事由が狭きに失すとの批判に対しては再審事由の解釈による拡張で対応すべきであろう。判決の不当取得で問題となるもののうち①類型については、その大半が 338 条 1 項 3 号の類推でカバーできる。たしかに 338 条 1 項 3 号は相手方当事者の悪性を考慮しないものであるが、規範的評価へ取り込むことは一定程度可能であろう。②類型については有罪判決の確定等の要件(338 条 2 項)については考慮の余地があるとしても、全体としては再審事由が狭きに失すとの批判が妥当するのかが疑問がある。そもそも、再審事由が認められない場合について、当然無効等の理論により再審以外の方法で救済を図る、というのは重大な瑕疵について規定するはずの再審事由とその手続負担との関係で正当化困難であろう。したがって、再審事由ではなく再審制度との関係を特に問題としたい。

¹⁴⁴ 再審の訴訟物は判決取消しと本案再審理の 2 つと考えられている(吉垣実「再審」加藤新太郎・松下淳一編『新基本法コンメンタール』(日本評論社、2017)343 頁)。

¹⁴⁵ 吉垣・前掲注(144)342 頁、竹下他・前掲注(131)87 頁以下。

¹⁴⁶ 竹下他・前掲注(131)87 頁 [柳田幸三発言]

¹⁴⁷ これに対しては、338 条 1 項 5 号から 10 号の再審事由は判決の結論への影響を問う類型である(高橋・前掲注(77)上 786 頁注 9)ことを前提として、再審理要件が前訴判決の当否との相関で決せられることは法の予定するところではないかとの疑問も生じ得る。これに対しては、まず少なくとも判決の不当取得が主として論じられる手続関与が妨げられたことが問題となる場合には関係がないことを指摘できる。また、345 条 2 項の棄却決定と 348 条 2 項の棄却判決は

また、仮に運用上二段階の審理が徹底されたとしても、前者について独立の上訴ができない以上、後者についての一審の判断が無駄になる場合は常に存することになる。

ロ 管轄・審級

再審の訴えは、再審事由があると主張されている終局判決を出した裁判所の管轄に属する(340条1項)。再審の訴えは前訴と深く関連していることに基づき、適切な審理及び濫訴防止が目的とされている¹⁴⁸。控訴がされていた場合には控訴審裁判所の専属となる。これに対し、損害賠償請求による場合には専属管轄はなく、また第一審から始まることとなる。再審の訴えに対し、損害賠償請求による場合には原告は専属管轄に拘束されず、また審級の利益を得ることとなる¹⁴⁹。

ハ 補充性・提訴期間

再審の訴えには出訴期間の限定がある(342条)。当事者は再審事由を知った日から30日の不変期間内に再審の訴えを提起しなければならない。また当事者は判決確定の日から5年の除斥期間内に再審の訴えを提起しなければならない。これらの規定は338条1項3号前段(代理権欠缺)及び同10号(確定判決の抵触)の場合には適用されない。また、再審制度は補充的にその利用が認められるものである(338条1項但書)。損害賠償請求の場合にはこれらの限定は及ばない。

ニ 審理

再審事由の存否の審理は、弁論主義ではなく職権探知主義がとられる。もっとも再審申立の取下げは可能であり、また再審裁判所は当事者から主張された再審事由に拘束される。これに対し、損害賠償請求の場合には弁論主義が妥当することになる。弁論主義の採用は自白を可能にする点で既判力を否定する合意に等しい結果を生みうる¹⁵⁰、欠席判決の可能性により前訴勝訴当事者が既判力制度により得べき法的安定性を得られないことになり得る¹⁵¹という問題を生じさせる。他方で、損害賠償請求において職権探知主義を採用するのであれば後訴原告の本案における主張立証の負担は不当に軽減される¹⁵²という評価を免れ得ない。損害賠償請求による構成が再審理要件と本案に関する判断について明確に分離していないことに由来して生じる難しい問題である。

区別して規定されており、口頭弁論の要否も異なるのであるから明確な区別があるといつてよい。したがって、5号以下の再審事由が認められたとしても前訴の認定を維持することへの影響が認められない場合が排除されているに過ぎない。

¹⁴⁸ 吉垣・前掲注(144)346頁。

¹⁴⁹ 岡田・前掲注(1)137号461頁は、出まかせな再審請求等によるむし返しの可能性は専属管轄であろうとなかろうと異ならず、前訴の舞台となった裁判所が事件に精通しているといえるかにも疑問があるとして立法論として再審事件においても移送を認めるべきであるとする。また、解釈論としても再審に関する審理の段階と本案に関する審理の段階のうち前者のみ専属管轄が要求されていると理解することは可能であるとしている。

¹⁵⁰ 高橋・前掲注(77)上726頁注153参照。

¹⁵¹ 上田竹・前掲注(1)828頁。

¹⁵² 上田竹・前掲注(1)828頁。

(3) 再審制度(手続的)補完説による損害賠償請求

イ 再審制度補完説の可能性

上記検討の通り、再審と損害賠償請求は仕組みに由来する差異が多々指摘できる。そのなかでも、再審制度の二段階構造は現行法が目的をもって採用したものであり、かつ、損害賠償請求においては果たされていない機能である。再審制度には特別の制度としての意義が認められ二段階構造が制度的に保障されていない損害賠償請求により代替することは困難である。したがって、判決の効力を争う手段としては再審の訴えに限定した制度設計に照らし損害賠償請求は許容できないことになる(消極説)。

しかし、再審制度による救済が迂遠であるという批判に対しては、再審による不当取得判決の取消しに損害賠償請求の併合を認める見解を援用することになり、それ自体が一つの負担¹⁵³ともなる。この結論は後訴原告に何ら帰責性がなく前訴手続への関与が妨げられたという類型においては酷との指摘も直ちに排斥できるものではない。このような考慮が理論的曖昧さを残しつつ判例が損害賠償請求を許容するに至った理由であろう¹⁵⁴¹⁵⁵。そして、判例法理が確立している以上は今後も損害賠償請求による救済が問題となる。そこで、積極説による場合の運用につき改めて検討してみたい。

積極説の理論的位置付けについては、既に執行済みである場合のように再審制度による救済が迂遠・不合理といえる状況における救済手段まで再審制度が完全に独占することまでを予定していない、という方向性で理解したい。法が判決の効力を争う手段として再審制度を用意した趣旨を実現できる限りにおいては、再審制度の利用を絶対的要請とすべき理由はない。そこでは本来再審に委ねられていた正義の衡量を損害賠償請求訴訟において行なっても制度趣旨に反するとはいえず、具体的場面で当事者を救済すべきと認められるのであれば例外を許容しても良いことになる。

ロ 二段階構造との関係での解決策

再審理由(具体的内容について後述)の存在につき確認の訴えを(追加的に)併合提起することを要求し、この点についての判断を先行させるという対応が考えられる¹⁵⁶。確認の訴えが認容されることを、前訴既判力の生じた事項につき後訴裁判所が再審理をするための要件¹⁵⁷と位置付けるのである。したがって、裁判所の訴訟指揮にもかかわらず追加的併

¹⁵³ 石川・前掲注(1)17頁。

¹⁵⁴ 河野・前掲注(1)341頁は、「何らかの実質的理由により「救済」が必要であることが裁判所の承認をえたから」許容されたのであり、この必要性を無視することは適切でないとする。石川・前掲注(1)19頁の最高裁の本能的正義を尊重する説明も同様の指摘といえよう。

¹⁵⁵ 債務名義の(相対的)無効を判示した上述昭和43年の最高裁判例もこのような観点から説明可能であろう。再審制度では救済し得ない事案への処理という姿勢の現れとの評価が可能である。

¹⁵⁶ これでは結局、後訴原告の負担は軽減されていない—再審の訴えに損害賠償請求を併合するのと変わらない—とも思われる。この点については、当事者の直接的要求に答える損害賠償請求という形での救済方法を用意すること自体に意義があること(多様な救済を認めるべきと主張する再審制度代替説の議論を援用できる)、管轄等の利点があることをもって一応軽減と認められると考えたい。

¹⁵⁷ 再審理を認めるべき事情について、判決をもって積極的に認定することが、既判力を生じた事項に関する再審理を

合を拒む場合には前訴既判力を理由に請求棄却判決がされることになる¹⁵⁸。損害賠償請求で勝訴するための前提として位置付けられるのであるから、確認の利益についても肯定できる。さらに、後訴裁判所は再審事由の確認を先行しなければ損害賠償請求について判断することができないことになる。訴訟運営の裁量統制の観点からも再審制度との均衡及び審理の複雑化回避による訴訟経済の確保のため義務付けられるといい得る¹⁵⁹。

もっとも確認の訴えの併合を求めたとしても独立の上訴を可能とする制度設計は困難かもしれない。独立の上訴を可能にするためには、確認の訴えについて分離して判決を行ったうえで、これが確定するまで損害賠償請求に関する審理を中止することを要する。このような処理が可能かには疑問が残る¹⁶⁰。また、審理の順番や考慮要素の限定といった制限は裁判所の裁量に属する領域を制約するものであるところ、手続裁量の統制の方向性¹⁶¹により十分解決可能かもしれない。再審制度の意義を損なわない損害賠償請求訴訟の審理のあり方は結局のところ裁判所に委ねられている。この点はなお検討の必要が残る¹⁶²。

ハ 要件論

再審事由が認められる場合すべてについて損害賠償請求を認めるべきか。これについては消極に解したい。再審制度の二段階構造の意義を完全に確保する手段は存在しない以上再審制度が原則であることは変わらない。また、再審制度との均衡という観点からも、管轄・審級の利益に関する利益を損害賠償提起により得られることを正当化する必要は別途あり、補充性や提訴期間の問題もある。

そこで後訴損害賠償請求の要件としては、手続関与を妨げられた場合に限るべきであろう。この場合は338条1項3号の再審事由が認められるであろうから、補充性・提訴期間の問題は生じず、審級の利益の問題は基本的に生じない。さらに、帰責事由の不存在や相手方の害意を要求すべきか。帰責事由がある場合については当事者主義の観点から安易に

正当化するために必要となるのではないか、という趣旨である。このような位置づけは再審制度との均衡を考へても妥当である。

¹⁵⁸ 併合提起を既判力に対する挑戦を認めるための訴訟要件とするのは立法論といわざるを得ないように思われる。

¹⁵⁹ この理解により、結局のところ同時に判決がされることとなり実際上の解決にはならないとの批判に答えることができると考える。また、判決理由として再審理が必要であることを区別して明示する必要が生じるだけでも十分意義は認められよう。

¹⁶⁰ 一方の手続が終結するまでの間、他方の手続を中止する、という処理は重複訴訟の文脈で議論されることがある(三木浩一「重複訴訟論の再構築」同『民事訴訟における手続運営の理論』(有斐閣、2013)317頁参照)。訴訟指揮権によって裁判所が手続を停止する、という処理をすることになるのであろう。

¹⁶¹ 手続裁量に関する議論としては、加藤新太郎「審理における実質と形式の手続裁量」同『手続裁量論』(弘文堂、1996)63頁以下、同「民事訴訟の運営における手続裁量」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築 上巻』(有斐閣、2001)193頁以下、山本和彦『民事訴訟審理構造論』(信山社、1995)335頁以下、同「民事訴訟における裁判所の行為統制—「要因規範」による手続裁量の規制に向けて—」前記新堂古希 341頁以下などがある。また、加藤・山本の対談として「民事訴訟法規範の将来」山本和彦編『民事訴訟法の過去・現在・未来—あるべき理論と実務を求めて—』(日本評論社、2005)190頁以下。

¹⁶² 審理の順序や再審事由の明確な認定といった点は結局のところ裁判所の裁量に属する領域をいかにして統制するか、という問題にいきつく。これに対し、独立の上訴の可否を可能にできるか、という点は制度の問題であり裁量統制で解決しきることはない。再審制度の最大の強みであり、損害賠償請求のなかでこれに代替する方策を見出すことができないかという課題が生じるのである。ひとつの案として確認の訴えによることを提示したが、難点もありさらなる検討を要する。

例外的救済を許容すべきではない¹⁶³し、害意なき勝訴当事者の信頼は損害賠償請求訴訟においては十分に確保できない。他方でこれらの要件を採用すれば、明確性に欠き当事者が救済手段を誤ることにつながり得る。この点も積極説の抱える深刻な問題である。救済手段の明確性を重視すれば再審と要件を完全に揃え、したがって救済手段により損得は生じない、とすべきである¹⁶⁴。しかし、再審制度が原則であることを崩せない以上、例外的救済についてはこれらの要件を課すべきであろう¹⁶⁵。もっとも、帰責事由は相手方の害意との関係では規範的要件として(さらに明確性が失われるが)ある程度相対化する余地はある。

ニ その他の手続的課題

管轄については、再審理事由の確認については再審制度の要求する専属管轄に拘束されるべきとも考えられる。しかし、専属管轄規定は当該管轄裁判所が審理に適していることに基づくものであることから、移送判断にかかる裁判所の裁量の方向性を一定程度決する程度の役割にしても十分とも思われる。当該裁判所が一審裁判所である限りは、適切な裁判所であるとの推定が働くものとして他の要素との衡量による裁量判断に委ねても重大な問題は生じないであろう。

審理の問題については、難しい問題である。帰責事由の不存在や相手方の害意といった要件は実体的請求権と密接に関連するため職権探知主義を妥当させるべきではない。またこれらの点について主張立証責任を課されることは損害賠償請求による救済を選ぶ以上やむを得ない。そこで338条1項3号該当性に相当する手続関与を妨げられたという点についてのみ、再審同様に職権探知と考え¹⁶⁶、その他の損害賠償請求による救済を許容する要件については弁論主義を妥当させるべきであろう。

V. おわりに

以上の検討は、再審制度の欠点を克服しようとする従来の議論状況に対し、再審制度が確保している利益に着目したものである。現行制度の下では消極説が妥当と考えるが、判例が積極説を採用する以上、再審制度の利点を確保しつつ損害賠償請求の運用していく必要があり、この点についても検討を加えた。ただし、具体的方策につき不十分な点も残るため今後の課題としたい。また、再審制度の意義については、再審制度の不備を立法により解決するとしても意識されることが望まれる。

最後に、損害賠償請求以外の救済手段について検討する。不当利得返還請求については、損害賠償請求と別異に解する理由は基本的にない。害意や帰責性の考慮は不法行為の成否とは無関係に再審理事由として要求されるのであり、既判力の作用を制限した後について

¹⁶³ 昭和44年判決に対する批判(前掲注(16))参照。

¹⁶⁴ 上述の再審制度代替説・併存説はこのような理解を前提としているのであろう。

¹⁶⁵ 要件を加重しても棄却判決に再審事由の不存在につき既判力が生じるわけではない(確認の訴えを併合したとしても当該要件の不存在のみである)から救済手段の誤りが回復不能な不利益を生じさせることにはならないと思われる。

¹⁶⁶ しかし平成10年判決を前提に、手続関与を妨げられたことそれ自体を損害としての賠償請求を併合する場合にはこの点はまさに主要事実でありやはり問題が残る。

は不当利得においても何ら異ならないからである。また、所有権移転登記請求権を認める判決の不当取得・執行に対して移転登記抹消請求をすることについて¹⁶⁷も、手続的により適切な救済を確保すべきとの観点は同様に妥当するものと考えられる。執行がされていない時点においては再審の訴えが迂遠とはいえ、他の救済手段を認める必要はない。ただし、上訴の追完により対応できる場合が多いのではないかとと思われる。

謝辞

本稿執筆にあたり杉山悦子先生からは多大なご指導・ご助言を賜りました。学部時代からのご指導に心より感謝申し上げます。また共に学び、議論を重ねた法科大学院の同級生にも感謝の意を表します。

¹⁶⁷ 中野・前掲注(8)117頁参照。