

新民事訴訟法における再審手続の論点

A Study on Problems Concerning Retrial-Proceedings
under the New Code of Civil Procedure

山 本 研

目 次

- 1 はじめに
- 2 改正の経緯と新法における手続
- 3 再審訴訟の構造と訴訟物
- 4 再審事由
- 5 その他の論点
- 6 むすびにかえて

1 はじめに

平成8年の新民事訴訟法の制定・公布（平成8年法律第109号）により、大正15年の全面改正以降およそ70年間にわたり部分的な改正を施しながら用いられてきた民事訴訟法が新しく生まれ変わった（以下、新民事訴訟法については、「新法」または「現行法」とよび、条文を掲げる場合には単に条文番号だけをあげる。また、改正前の民事訴訟法については「旧法」とよぶ）。今回の改正にあたっては、「民事訴訟を国民に利用しやすく、分かりやすいもの」とし、その手続を現代の社会状況に適合したものとすることを目的に、手続の全般にわたり全面的な見直しがおこなわれている。それらの中でも、①争点および証拠の整理手続の整備、②証拠収集手続の

拡充, ③少額訴訟手続の創設, ④最高裁判所に対する上訴制度の整備, が改正の4本柱としてあげられており, 裁判に対する不服申立制度としては, 上訴制度の整備の一環として導入された上告受理制度および許可抗告制度が主要な改正点として注目されている。しかし, 不服申立制度の改正はこれにとどまるものではなく, 確定した終局判決に対する非常の不服申立方法である再審についても, その手続構造に関して重要な改正がなされている。

従来, 民事訴訟における再審手続については, 学者の関心も薄く, 実務における注目度も低いといわれてきた¹⁾。確かに, 刑事訴訟における再審手続との比較, あるいは, 民事訴訟における他の分野との比較においては, その注目度は相対的に低かったといえるであろう。しかし最近では, 代理権欠缺の再審事由(338条1項3号)の類推ないし拡張解釈の許否をめぐる最高裁判決²⁾が相次いで出されたこともあり, 実務においても再審に対する関心が高まっている。また学説上も, 再審手続の構造, 再審事由の機能, 再審訴訟の訴訟物, 可罰行為を再審事由とする場合の有罪確定判決等の位置づけ(338条2項)と再審期間, 再審請求棄却判決の既判力の基準時などをめぐり活発な議論が展開されるに至っており, 理論的にも再審の占める位置づけは決して低いものとはいえない状況となってきた³⁾。

かかる状況下, 今回の民事訴訟法改正では, 再審の手続構造面に大きな改正が加えられた。旧法においては「再審事由の存否についての審理」と「本案についての審理」が一つの訴訟手続で審理されていたのに対し, 新法ではまず再審事由の存否についての審理を決定手続により先行して行い, その後に本案の再審理をするという段階的審理構造へと改められたのである。この改正は, 再審をめぐる議論に照応させてみると直接的には再審訴

1) 三谷忠之「再審の論点をめぐる最近の問題点」鈴木忠一＝三ヶ月章(監)『新・実務民事訴訟講座(3)』309頁(日本評論社, 1982), 川勝隆之「再審に関する改正」三宅省三ほか編『新民事訴訟法大系—理論と実務—第4巻』116頁, 117頁(青林書院, 1997)。

2) 最判平4年9月10日民集46巻6号553頁, 最判平5年9月9日民集47巻7号4939頁。

3) 現在においては, 再審に関する論考も多数に及ぶが, なかでも小室＝小山還暦『裁判と上訴(下)』(有斐閣, 1980)所収の各論考, および, 三谷忠之『民事再審の法理』(法律文化社, 1988), 加波真一『再審原理の研究〔北九州大学法政叢書15〕』(信山社, 1997)には教えられるところが多く, 本稿の執筆にあたっても随時参照させていただいた。

訟の構造をめぐる議論にかかわるものであるが、当然これと密接な関係を有する再審訴訟の訴訟物や再審事由の機能をめぐる議論にも波及するものであろう⁴⁾。また、手続構造をめぐる改正以外には再審規定の実質的な改正はないものの、従来の議論は旧法下の手続構造を前提として展開されてきたものであり、その他の論点についても新法の新たな手続構造の下にひきなおして、従来の議論がそのまま妥当するのか、あるいは新たな観点から議論し直す必要があるのか、改めて検討しなければならないと思われる。そこで、本稿においては、今次の立法とのかかわりという観点から、改正の対象となった再審訴訟の手続構造、および立法過程で検討の俎上に載せられた再審事由を中心に再審手続に関する論点をひろいあげ、それらをめぐる議論状況の整理・分析を試みるとともに、新法下における今後の議論の方向性を探ることとする。以下においては、まず今回の改正の経緯と新法における再審手続について概観した上で、個別的に再審訴訟の構造と訴訟物、再審事由、そしてその他の論点の順に、それぞれに関する議論状況をみていくことにする。

2 改正の経緯と新法における手続

1) 改正の経緯

法制審議会民事訴訟法部会による民事訴訟手続の全面的見直し作業は、平成2年7月に開始された⁵⁾。同部会は、まず民事訴訟手続の問題点の洗い出しのための調査審議をおこない、その結果を平成3年12月に「民事訴訟手続に関する検討事項（以下、「検討事項」とよぶ）」として公表し、関係各界に意見照会した。さらに、検討事項に対して関係各界から寄せられ

4) 新法における再審訴訟の手続構造について論じたものとしては、加波眞一「新民事訴訟法における再審訴訟の手続構造」北九州25巻1号1頁（1997）および、坂原正夫「再審の手続構造」伊藤眞＝徳田和幸編『講座新民事訴訟法Ⅲ』91頁（弘文堂、1998）がある。加波論文においては、旧法を前提として展開された自身の解釈論、特に手続構造論の新法下での妥当性について再検証が試みられており、また、坂原論文においては手続構造とそれに関連する主要問題について加波教授の見解を土台に、新法に関する文献を豊富に引用しながら緻密な検討がなされている。

た意見を踏まえて審議をおこない、平成5年12月には審議の中間結果を「民事訴訟手続に関する改正要綱試案（以下、「要綱試案」とよぶ）」として補足説明とともに公表し、再び広く意見照会をおこなった。その後さらに審議を重ね、平成8年2月に「民事訴訟手続に関する改正要綱」が決定され、法務大臣に答申された。この答申に基づき立案された「民事訴訟法案」が、平成8年6月に衆参両院で可決され、新民事訴訟法の成立に至った。

再審制度については、最終的には手続構造に関する部分だけが改正されることとなり、その他の部分についての実質的な改正は見送られたものの、立法過程においては再審事由や再審期間、詐欺再審の訴えなど多くの点が改正論議の俎上に載せられた。まず、検討事項においては、再審の審理方法（手続構造）、再審事由、再審期間、そして詐欺再審の訴えに関して、次のような意見照会がなされた。

検討事項 第一四 再審

二

1 再審の審理方法

再審の審理を、①再審事由の存否に関する審理と②原確定判決に関する本案の審理の二段階に区分し、裁判所は、①については決定手続により審理を行い、再審事由が存在するときは再審開始の決定をし（再審原告又は再審被告は、①の手続における決定に対して即時抗告をすることができる。）、再審開始の決定が確定した後、②の審理を行って判決をするものとするとの考え方

- 5) 民事訴訟手続の全面的見直しが審議事項として採択された背景には、①わが国における民事訴訟法は、大正15年に全面的に改正されて以降は部分的な改正がされるにとどまっており、その後の社会、経済の変化・発展や民事紛争の複雑・多様化に伴った改正の必要が生じてきたこと、②民事裁判に時間や費用がかかりすぎる等の民事訴訟の現状に対する様々な問題点や不満が国民各層や国内外から指摘されるようになったこと、③裁判所および弁護士会における民事訴訟の運用の改善を目指した活動の中からも、旧法を前提とした運用の改善には限界があるとして民事訴訟法の全般的な見直しを求める声が上がってきたことなどがある。法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』3頁（商事法務研究会、1996）。

2 再審事由

当事者の一方が相手方や裁判所を欺いて自己に有利な確定判決を取得した場合（いわゆる確定判決の騙取）を独立した再審事由とする（有罪判決等を必要としない。）ものとするとの考え方

3 再審期間

（一）現行の30日の出訴期間（第424条第1項）を伸張する（例えば、60日とする。）ものとするとの考え方

（二）現行の5年の除斥期間（同条第3項）を伸張する（例えば、10年とする。）ものとするとの考え方

4 詐欺再審の訴え

原告及び被告が共謀して第三者の権利を害する目的をもって確定判決を取得したときは、当該確定判決の効力を受ける第三者は、その確定判決に対し、原告及び被告を共同被告として再審の訴えを提起することができるものとするとの考え方

以上の意見照会に対して関係各界から寄せられた意見は、いずれの点の改正についても賛成意見が大多数であり、特に確定判決の騙取を独立した再審事由とする点（2）と、出訴期間の伸張（3の（一））については圧倒的多数が検討事項に示された考え方に賛成であった⁶⁾。しかし、要綱試案の段階で、再審期間と詐欺再審の訴えに関する改正は見送られ、確定判決の騙取を独立した再審事由とする点についても「後注」でさらなる検討課題として取り上げられるにとどまった。これに対し、再審の審理方法については、検討事項で示された考え方が文言を整理した上で、内容的にはほぼそのまま要綱試案においても取り上げられた。

6) 柳田幸三ほか『『民事訴訟手続に関する検討事項』に対する各界意見の概要(13)』NBL 524号44頁以下（1993）。

改正要綱試案 第一四 再審

裁判所は、再審の事由がある場合には、再審開始の決定をしなければならないものとし、再審開始の決定が確定した事件については、その審級に従い、さらに本案の審理および裁判をしなければならないものとする。再審開始の申立てについての決定に対しては、即時抗告をすることができるものとする。

(再審関係後注)

原告が、被告の住所、居所その他の送達をすべき場所を知っていたにもかかわらず所在を不明とし、又は送達場所を偽って訴えを提起した場合を有罪判決等を必要としない独立した再審事由とするかどうかについて、なお検討する。

この要綱試案に対しては、裁判所、弁護士会を含め、約60の団体などから意見書が提出され⁷⁾、手続構造の改正案については、寄せられた意見の圧倒的多数が賛成意見であった⁸⁾。また、後注についても大多数が賛成意見であったが、送達が違法な場合については旧420条(338条)1項3号の再審事由があるとする解釈論⁹⁾により補えるので、あえて再審事由として掲げること疑問を呈するものや、送達の違法についてのみを限定的に再審事由として規定化することに反対する意見もあった¹⁰⁾。

これらの意見を踏まえてさらに検討を続けた結果、後注に掲げられた送達の違法を独立した再審事由とする改正については立法化が見送られ、最終的には再審訴訟の手続構造に関する部分だけが改正されることとなっ

7) 要綱試案に対する関係各界の意見については、柳田幸三ほか「『民事訴訟手続に関する改正要綱試案』に対する各界意見の概要(1)～(10・完)」NBL561号乃至570号参照。

8) 賛成意見の中には、再審事由の存否の審理においては審尋を必要的とし、再審開始決定に対しては不服申立てを認めないことを条件に賛成するものもあった。また、反対意見としては、再審事由の存否についても口頭弁論で判断されるべきとするものがあった。柳田ほか「各界意見の概要(9)」・前掲注(7)569号47頁。

9) 最判平4年9月10日・前掲注(2)参照。

10) 柳田ほか「各界意見の概要(9)」・前掲注(7)569号47頁参照。

た¹¹⁾。

2) 新法における再審訴訟の手続

以上のような改正の経緯を経て、新法における再審手続の流れは次のようなものとなった。まず、再審の申立てがあると、本案の再審理に先立ち、再審開始の許否についての審理が決定手続により先行しておこなわれる（この手続を、以下「再審開始決定手続」とよぶ）。再審開始決定手続では、再審の訴えの適法性および再審事由の存否についてのみ審理され、再審の訴えが不適法である場合には再審の訴えは却下され（345条1項）、再審事由がない場合には再審請求が棄却（同条2項）される。再審の訴えが適法であり、再審事由の存在が認められる場合には、再審開始決定がなされ（346条1項）、この再審開始決定が確定してはじめて本案の再審理手続に移行する。そして、本案の再審理の結果、原判決を不当と認める場合には、原判決を取り消した上で、これに代わる新判決がなされるが（348条3項）、原判決の判断を正当と認める場合は、再審事由が存在しても確定判決を取り消すことなく再審請求が棄却されることになる（348条2項）。

旧法においては、再審の手続をこのように二段階に区分せず、再審事由の存否に関する審理と原確定判決に関する本案の審理を一つの訴訟手続内で行うものとしていたため、①再審事由と本案についての各攻撃防御方法が同時並行的に提出されることになり審理が複雑になる、②再審の訴えの第一審で再審事由ありとして本案の審理がなされたが、これに対する上訴審で再審事由がないとして訴えが斥けられた場合、第一審における本案に

11) 手続構造以外にも、新法においては、再審開始決定が確定した事件について、再審の請求を棄却する場合を除き、判決を取り消して、さらに裁判をしなければならないとの規定が新設されている（348条3項）。しかし、これは旧法においては、本案の審理をした結果確定判決を正当と認めることができない場合の取り扱いについて規定が設けられていなかったため、この点についての旧法上の解釈（再審の対象となっている確定判決を取り消した上で、新たに本案についての裁判をする）を明文化したものにはすぎず、実質的な変更がなされているわけではない。『一問一答』・前掲注(5)383頁参照。

12) 旧法における一段階の手続構造に起因する問題点については、高林龍「上訴手続」塚原朋一ほか編『新民事訴訟法の理論と実務（下）』303頁、324頁以下（ぎょうせい、1997）、『一問一答』・前掲注(5)381頁参照。

についての審理手続が無意味なものとなるなどの弊害が指摘されていた¹²⁾。そこで、新法においては、再審事由の存否についての審理判断を先行させ、再審開始決定が確定した後にはじめて本案の再審理をして判決するという二段階構造に改められたのである¹³⁾。それでは、まず、このような手続構造にかかわる議論からみていくことにする。

3 再審訴訟の構造と訴訟物

1) 再審訴訟の審理段階について——二段階説と三段階説——

再審訴訟の審理の段階性については、旧法時よりこれを二段階にとらえる見解（二段階説）と三段階にとらえる見解（三段階説）があった。二段階説が、再審事由の存否の審理と本案の再審理との二つに審理段階を分けて把握するのに対し、三段階説は、訴えの適法要件に関する審理、再審事由の存否の審理、本案の再審理の三つの段階に分けるものである。この両説の対立は、再審訴訟における審理対象事項を論理的にどのように区別するかという議論としてとらえれば、結局のところ単なる認識の問題にとどまり、解釈論としての実践を含むものとはいえないことになる¹⁴⁾。これに対して、加波教授は「この問題は、もっと実践的に、どのような手順で再

13) 新法における段階的手続構造の導入については、学説上はおおむね肯定的に受け入れられているようである。たとえば、小林秀之編『新民事訴訟法の解説』320頁〔畑宏樹〕（新日本法規，1997）は、「再審開始決定があつてはじめて本案の再審理をなすことができる」とした新法の考え方は、既判力の尊重の必要性という観点に照らしても、再審手続の慎重な運用に役立つ」と積極的に評価する。しかし、このような新法の立場に対して、三谷教授は、立法論として、確定判決を取り消すべき事由が存在するかどうかの重要な判断に関わる再審事由の存否の審理が非公開の決定手続でなされる点や、再審の開始決定をまずすることは本案の実質的な先取りになるのではないかという点について疑問を呈されるとともに（小室直人（監）『新民事訴訟法講義』312頁〔小室＝三谷〕（法律文化社，1998），小室直人ほか編『基本法コンメンタール新民事訴訟法3〔別冊法セミNo.155〕』103頁〔三谷〕（1998）），実践的にも、新法のような段階的審理手続では、本案の請求が成り立たないことが明白な場合であっても、再審事由が存在するときには再審開始決定をした上で本案の審理・裁判（再審請求の棄却判決）をすることになり、訴訟経済に反するとの問題点を指摘する（三谷忠之「再審訴訟」中野古希『判例民事訴訟法の理論（下）』342頁（有斐閣，1995））。この点につき、加波教授は、明らかに有理性を欠く請求（請求それ自体失当というような請求）の場合は、訴えの利益を欠くものとして、再審開始決定手続において却下決定を下すことで処理すべきとする（加波・前掲注(4)29頁）。

審手続を進めていくのが」妥当かという観点から論じられるべきであるとして、再審訴訟の審理の順序をめぐる議論として三段階説にたち、前の段階が終了しなければ次の段階に進むことができないとする¹⁵⁾。再審の訴えの適法要件を審理し、それが認められてはじめて再審事由の存否の審理に入るとの段階を踏むことにより、確定勝訴判決を得ている再審被告の法的地位を保護する趣旨である。これに対して、二段階説の立場からは、通常の訴訟では適法性（訴訟要件）の審理と本案の審理に段階は設けられていないことから、再審においてのみこれらの間を二段階に分け結果として再審を三段階とするのは不自然であり、段階を設ける必要はないとの主張がなされていた¹⁶⁾。

かかる議論状況において、新法では上述のように、再審手続が再審開始決定手続と本案の再審理手続との二段階に区分され、審理の段階的構造が手続上も明確化された。しかし、この改正によって上記の議論に終止符が打たれたわけではなく、両者の対立は、再審開始決定手続における適法性の審理と再審事由の存否の審理の順序をめぐる問題として、新法においても引き継がれることになる。なお、新法においては、再審開始決定手続における却下（345条1項）と棄却（同条2項）の区別が規定されたことも、この議論に影響を与えうる要因として考慮する必要がある¹⁷⁾。

14) 実際にも、かつては二段階説と三段階説の対立は単なる理論上の区別の仕方をめぐる争いとしてとらえられ、漠然と分類がなされていたようである。加波・前掲注(3)258頁、263頁(注133)、高橋宏志「再審について(一)」法教180号79頁、81頁(注2)（1995）参照。

15) 加波・前掲注(3)258頁以下。

16) 三谷・前掲注(3)177頁以下。また、高橋・前掲注(14)81頁(注2)も、訴訟要件と本案要件の審理順序の問題に波及するところがあるとして、二段階説を支持する。

17) 新法下の論考である坂原・前掲注(4)111頁は、再審開始決定手続を形成訴訟に準じるものととらえ、通常の訴訟において段階が設けられていないことから、再審においても特別な規定がない以上段階を設ける必要はないとする。他方、加波・前掲注(4)30頁は、新法が再審開始決定手続において、あえて審判対象に応じて却下と棄却とに裁判形式を分けたことは三段階説をとるあらわれであり、再審開始決定手続における審理の順序にもその趣旨が敷衍されるべきであると説く。

2) 再審構造論について ― 再審訴訟の訴訟物と手続構造 ―

(a) 議論の分布状況

上述のように再審訴訟は段階的な審理構造をもつことから、その構造に対応した訴訟物をどのように構成するかをめぐることは、従来から議論がある。もっとも、かつては再審における訴訟物論は、再審訴訟が形成訴訟であることを前提に、訴訟物の範囲＝既判力の範囲という図式から、もっぱら再審事由の不存在を理由とする再審請求棄却判決の既判力（失権効）の範囲、複数の再審事由が主張された場合や再審事由を変更する場合の処理等を念頭に展開されてきた¹⁸⁾。しかし、このような議論の前提そのもの（再審訴訟を形成訴訟として理解すること）を否定し、再審訴訟の訴訟物としては本案訴訟（旧訴訟）の訴訟物だけを構想する新たな見解が登場したことにより、再審における訴訟物論の実質は再審訴訟の構造そのものをめぐるものへと変容した。すなわち、「今日の再審における訴訟物論争は再審訴訟の構造に基づくものであり、訴訟物論の形で再審の構造が議論されている」¹⁹⁾のである。したがって、この議論は再審の訴えの法的性質をどのように解するか（再審において形成訴訟という性格を払拭すべきか否か）という問題とも表裏一体のものとして深く結びつくこととなり、議論の様相は複雑さを増している。

これらの議論の分布状況を大まかに示すと次のようになる。まず、再審の訴えの法的性質論として、[訴訟上の形成訴訟説]と[本案訴訟説（上訴類似説）]が対立する。そして、訴訟物論の局面においては、訴訟上の形成訴訟説からは[訴訟物二元説]（以下、「二元説」と略記する）が、本案訴訟説からは[訴訟物一元説]（以下、「一元説」と略記する）がそれぞれ導かれ、訴訟物論の形をとった再審構造論の対立がある（二元説から派生する見解として[条件附併合二元説]もこれに加わる）。また、二元説の陣営内においては、原判決の取消し要求という形成訴訟の訴訟物につ

18) 再審訴訟における訴訟物論の展開、各学説の内容と解釈論への反映などについては、三谷・前掲注(3)59頁以下に詳しい。

19) 坂原・前掲注(4)94頁。

法 的 性 質 論	訴訟上の形成訴訟説		本案訴訟説（上訴類似説）
	確定判決の取消しを求める訴訟上の形成訴訟 ＋ 本案の再審理を求める付随訴訟 ↓		本案の審理をやり直すことを主眼とする上訴類似の救済手段 ↓
構 造 論 （ 訴 訟 物 論 ）	訴 訟 物	訴 訟 物 二 元 説	訴 訟 物 一 元 説
		確定判決の取消しを求める形成請求 ＋ 従前の訴訟の本案請求	従前の訴訟の本案請求
	形 成 請 求 の 訴 訟 物	旧訴訟物理論 →個々の再審事由ごとに訴訟物は別個	確定判決の取消し要求については独立した訴訟物を構想しない ※再審事由は、確定判決が存在するにも関わらず再び本案の訴訟物について審理を行うための「前提条件」（上告理由と同様に訴訟要件的に把握）
		新訴訟物理論 →訴訟物は確定判決の取消しを求める法的地位の主張 ※個々の再審事由は攻撃防御方法 ↓	
		再審請求棄却による失権効の範囲の修正 二分枝説 各再審事由は別の事実関係であるから訴訟物も別であるとし、他の再審事由に失権効は及ばないとする説 通常の注意義務をもって知り得なかった再審事由は失権しないとする説	
派生的見解	条件附併合二元説		既判力停止効説

いて、個々の再審事由ごとに訴訟物を構成するか否かをめぐり、本来的な意味での訴訟物論争（旧訴訟物理論と新訴訟物理論の対立）が展開されている。これにつき新訴訟物理論に立つ学説は、さらに失権効の範囲の修正にあたり、[二分肢説]と[通常の注意義務をもって知り得なかった再審事由は失権しないとする説]に分かれる。他方、一元説においては、原判決取消しの側面については独立した訴訟物を定立しないため、この点については新旧訴訟物理論の対立はない。ただし、最近では一元説の陣営においても、再審事由の審判については形成訴訟に準じて考え、再審開始決定の確定により既判力を当該訴訟において停止させる効力が生ずるとする[既判力停止効説]も新たに主張されるにいたっている。

(b) 再審の訴えの法的性質 — 訴訟上の形成訴訟説と本案訴訟説 —

再審の訴えの法的性質をめぐっては、訴訟上の形成訴訟説と本案訴訟説とが対立する。訴訟上の形成訴訟説は、再審の訴えは、確定判決の取消しを求める側面では訴訟上の形成権を主張する形成訴訟としての性質を持ち、確定判決により終了した事件の再審判を求める側面においては付随訴訟に属するものであり、その法的性質はこの両者が複合されたものと理解する。これに対し本案訴訟説（上訴類似説）は、再審は結局のところ従前の本案の審理をやり直すことを主眼とするものであるとし、これを上訴（特に上告）に類似するものととらえ、上告に形成訴訟という性質を認めないのと同様に、再審についても確定判決の取消しを求める側面については形成訴訟という独立した訴訟性を認めないとする見解である。学説史的にみれば、訴訟上の形成訴訟説が通説として当然に受け入れられていたところに、有力な新説として本案訴訟説が提起されたことにより、再審に形成訴訟という性格を認めるか否かという新たな論争の局面が生み出されたといえる。

(c) 再審訴訟における訴訟物 — 構造論としての一元説と二元説 —

上述の訴訟上の形成訴訟説と本案訴訟説の対立の構図は、再審訴訟の訴訟物に関する議論においても、二元説と一元説という表面的には訴訟物の個数をめぐる対立の形をとって、そのまま投影されている。すなわち、二元説は訴訟上の形成訴訟説を前提に、確定判決の取消しを求める形成訴

訟の訴訟物と従前の本案訴訟の訴訟物の二つを構想し、この両者がともに再審訴訟の訴訟物であるとする。これに対し、一元説は本案訴訟説を前提に、従前の本案訴訟の訴訟物こそが再審訴訟の訴訟物であるとし、確定判決の取消し要求についてはあえて独立した訴訟物を認めず、再審事由は確定判決が存在するのに再び本案の訴訟物につき審理するための前提条件であって、独自の訴訟物識別基準ではないとする。なお、二元説をベースに、確定勝訴判決を得ている相手方の法的地位の保護と裁判の信用維持の観点から、確定判決の取消し請求については既判力をもって確定されるべき独立した訴訟物として位置づけるが、従前の訴訟の本案請求については再審原告が訴訟物として定立するものではなく、取消し請求の認容により既判力も含めて判決の確定が排除されることによって復活するものであり、それによつてはじめて両者が同一訴訟で併合して審理されるとする条件附併合二元説も主張されている²⁰⁾。

以上の、一元説と二元説の対立に加え、原判決取消し要求を独立した訴訟物として構想する二元説の内部においては、さらに新旧訴訟物論争を反映した対立がある。すなわち、旧訴訟物理論に立つ学説や判例²¹⁾は、個々の再審事由の記載が再審訴状の必要的記載事項とされている（343条3項）ことから、各再審事由ごとに訴訟物は別個であると解する²²⁾。これに対し、新訴訟物理論によれば、確定判決の取消しを求める法的地位の主張が訴訟物となり、各個の再審事由は再審請求を基礎づける攻撃方法にすぎないと構成されることになる²³⁾。しかし、新訴訟物理論の考え方を論理的に押し進めると、再審事由なしとする再審請求棄却判決（新法においては再審請求棄却決定）が確定すると、主張されなかった再審事由も含めすべての再審事由の主張が既判力によって遮断されることになる。そこで、そのよう

20) 上田徹一郎『民事訴訟法〔第二版〕』583頁（法学書院、1997）。

21) 最判昭36年9月22日民集15巻8号2203頁。

22) 旧訴訟物理論の考え方によれば、数個の再審事由を一つの訴えで主張すると請求の併合となり、また、訴え提起後に再審事由を変更した場合は訴えの変更となり、出訴期間の遵守も変更のときを基準に判断されることになる（最判昭36年9月22日・前掲注(21)）。

23) 新訴訟物理論の考え方によれば、数個の再審事由を一つの訴えで主張しても請求の併合となるわけではなく、また、再審事由を変更した場合も訴えの変更にはならず、出訴期間については当初の訴え提起時を基準とすることになる。

な不当な結果を回避するために、再審請求棄却による失権効の範囲を修正する必要があるが、これについては二通りの修正理論が主張されている。一つは、再審の訴えに対する裁判の基準時にいたるまでに通常の注意義務によっては知り得なかった再審事由については、失権しないとする考え方である²⁴⁾。いま一つは、再審の訴えを救済訴訟という範疇でとらえ、救済訴訟においては事実関係が異なるごとに訴訟物も異なるとする二分肢説を前提に、各再審事由は別の事実関係であるから訴訟物も別であると解することにより、再審請求棄却による失権効は他の再審事由に及ばないとする考え方である²⁵⁾。

他方、一元説においては、再審事由を再び本案訴訟の訴訟物について裁判を行うための条件（再審理事由）として位置づけ²⁶⁾、いわば上訴要件類似のものと解するのであるから、再審請求棄却による失権効は、上訴が不適法却下された場合と同様に、排除された再審事由についてのみ及ぶことになる²⁷⁾。ところで、一元説のように再審事由を原判決の取消し事由ではなく本案の再審理のための前提条件ととらえると、確定判決が存在するにもかかわらず既判力の拘束を離れて本案の再審理が可能となる根拠が問題となる²⁸⁾。これについて一元説からは、再審事由という瑕疵の存在自体が既判力の拘束力の正当化根拠を否定し、その瑕疵が及ぶ限りで既判力の拘束力は制約を受け、原判決を取り消すことなく本案の再審理が可能になると説明されている²⁹⁾。また最近では、再審開始決定の確定により既判力を当該訴訟において停止させる効力が発生し、原訴訟の再審理が可能となるとする既判力停止効説も新たに提唱されるにいたっている³⁰⁾。この説は、

24) 新堂幸司『新民事訴訟法』807頁（弘文堂、1998）。

25) 三ヶ月章「訴訟物再考」『民事訴訟法研究(7)』19頁、50頁以下（有斐閣、1978）。

26) このような再審事由の位置づけ（機能）については、加波・前掲注(3)199頁以下、同・前掲注(4)12頁以下において詳細に論証が試みられている。

27) ただし、再度の再審においても再審の補充性の適用があるため、先の再審においてその存在を知らずに主張していなかった再審事由については、再度の再審においては、もはや主張できないことになる。

28) 再審事由を原判決取消し事由と解する訴訟物二元説においては、再審開始決定の確定により本案の再審理を行うことができるのは当然の帰結とされる。

29) 加波・前掲注(4)12頁。

30) 坂原・前掲注(4)101頁以下。

一元説を基本としつつ、再審事由の審判は既判力停止効を求める訴訟であるとして、その審判については形成訴訟に準じて理解するものである。

（d）新法の手続構造論への影響

上述のように一元説と二元説の対立を機軸に展開されてきた議論は、実質においては再審訴訟の構造をめぐるものであり、その意味では新法が再審開始決定手続を導入したことは、これらの議論の根幹にかかわる改正といえ、議論の様相にも影響を及ぼすものと考えられる。立法段階より、再審開始決定手続の導入は「一元説になじむ」³¹⁾との指摘があり、最近の新法による手続構造の改正や新規定を前提とする論考をみると、一元説の立場のものが多いようである³²⁾。これらの見解は、新法において再審開始決定手続が導入されたことにより再審事由の存否の審理が決定手続で行われることになったこと、再審事由が存在しても原判決の結論が結局正当であると認めるときには再審請求が棄却されること（348条2項）などを論拠に、新法の手続構造の下では、原判決取消し要求の側面について独立した訴訟性・訴訟物を認めることはできないとする。しかし、このような一元説の攻勢に対して逆に、新法において原判決の取消しが明文化されたこと（348条3項）などを論拠に、新法との関係でも二元説を主張する見解も依然として存在する³³⁾。したがって、今回の改正によってこの論争に決着がついたとみることはできず、今後、新法の下で従来からの議論がどのように展開していくか注目されよう。

31) 石川明＝高橋宏志編『注釈民事訴訟法(9)』10頁〔高橋宏志〕（有斐閣，1996）は、要綱試案に掲げられた「再審開始決定が導入されると、これは決定手続であるから通説の二元説よりも異説の一元説になじむであろう」と述べる。

32) 坂原・前掲注(4)105頁（注7）、107頁（注13）に掲げる各論考を参照。それ以外にも、林屋礼二＝河野正憲編『現代青林講義民事訴訟法』272頁〔加波眞一〕（青林書院，1999）は、「現行法では・・・再審開始決定手続が、前訴判決取消し手続と解し難い以上、再審事由を形成訴訟の訴訟物と考える立場は疑問となる」とし、また、遠藤功＝文字浩編『講説民事訴訟法』303頁〔文字〕（不磨書房，1998）も、断定を避けつつではあるが、「新法は、・・・再審事由の存否に関する審理手続を決定手続としている（345条2項）ので、確定判決の取消しの問題を訴訟物の内容から除外する有力説〔一元説〕のほうが通説〔二元説〕よりも新法と調和するかもしれない」（〔 〕内、筆者）と述べている。

33) 伊藤眞『民事訴訟法』649頁（有斐閣，1998）。その他、新法下において二元説を説くものについては、坂原・前掲注(4)106頁（注8）が掲げる各文献を参照されたい。

なお、付言すれば、一元説と二元説の対立は、繰り返し述べてきたように再審手続の構造をどのように理解するかをめぐる争いであり、いずれの見解をとるかによって再審事由の機能、再審開始決定手続の位置づけなどについての理論的説明は異なってくる。しかし、既判力による失権効の範囲などの具体的な問題をめぐる局面においては、いずれの見解をとろうとも（理由付けは異なるにしても）結論的にはほとんど差はないことから、両説の対立は、実践的なものではなく、理論体系上のものであるとの指摘がなされている³⁴⁾。このような理解を前提に一元説と二元説を比較するならば、新法についての理論上の説明概念としては一元説の方が適していると思われる。その理由は、加波教授や坂原教授が説かれているところ³⁵⁾と概ね同一であるが、次のとおりである。

すなわち、新法においては再審事由の存否の判断が判決手続ではなく決定手続で行われること、および、たとえ再審事由が存在しても原判決の結論が結局正当であると認めるときには原判決を取り消すことなく再審請求を棄却するものとしていること（348条2項）などからみると、再審事由を原判決の取消し事由と解することはできず、一元説がいうように、本案を再審理するための前提要件ととらえるべきである。したがって、再審開始決定手続についても、原判決取消手続と考えるべきではなく、本案の再審理へ移行するための前提手続と考えるべきである。そうすると、あえて原判決取消し要求の側面に独立した訴訟性を認め、訴訟物を構想する必要はなく、またこのように解することが348条2項の規定にも調和することになるからである。

4 再 審 事 由

法は、法的安定性確保の観点から、確定判決に対して再審理を求めうる

34) 三谷・前掲注(3)97頁以下、高橋・前掲注(14)80頁、石川＝高橋編・前掲注(31)7頁〔高橋〕、坂原・前掲注(4)97頁、小林秀之『プロブレム・メソッド新民事訴訟法[補訂版]』502頁（判例タイムズ社、1999）。

事由として、再審事由を338条1項1号から10号にわたり限定的に列举している（以下、再審事由については号数のみを掲げる）。新法の立法過程においては、再審事由についても、いわゆる確定判決の騙取を独立した再審事由として加えることなどが検討されたが、最終的には旧法における再審事由がそのまま踏襲されている。その意味では、旧法の下で展開されてきた議論・判例がそのまま新法においても引き継がれる面が多いと考えられる³⁶⁾。

そこで、ここでは旧法下より盛んに議論されてきた論点として、3号の代理権欠缺を中心とする再審事由の類推解釈の問題、立法過程においても検討事項にあげられた確定判決の騙取、および、詐欺再審をめぐる問題、そして、補充性の問題と可罰行為の再審事由をめぐる問題についてとりあげることにする。なお、再審事由の位置づけをめぐっても再審構造論との関係で議論があるが、それについては既に述べたところであるので、ここでは取り上げないこととする。

1) 再審事由の類推解釈について ― 3号の再審事由を中心として ―

かつては、再審事由が制限列举であることを前提に³⁷⁾、そもそも類推解釈は許されるのか否かという点に議論の中心があった。そして、再審制度が確定判決による法的安定性を覆す「非常の」救済手段であることから、その拡張ないし類推解釈については否定的、あるいはきわめて慎重な見解が有力であった³⁸⁾。しかし最近では、制限列举か例示列举かという点はおくとしても、少なくとも合理的な範囲での類推解釈は許されるとする見解が趨勢となり³⁹⁾、議論の重点は特に3号の再審事由を中心に、いかなる範

35) 加波・前掲注(3), 同・前掲注(4), 坂原・前掲注(4)参照。

36) 加藤哲夫「再審事由」伊藤眞＝徳田和幸編『講座新民事訴訟法Ⅲ』117頁, 121頁（弘文堂, 1998）参照。

37) 再審事由は制限列举されたものと解する判例, 学説については, 加藤・前掲注(36)131頁(注16)参照。

38) これらの見解につき, 具体的には加藤・前掲注(36)131頁(注16)参照。

39) 当事者の手続保障の観点から, 再審事由の類推解釈を認める見解が有力である。代表的なものとして, 吉村徳重「再審事由」小室＝小山還暦『裁判と上訴(下)』96頁（有斐閣, 1980）参照。

囲での類推が許されるかに移っている。

この点で注目を集めたのが、訴状の有効な送達がなく、被告とされた者が訴訟に関与する機会を与えられないまま判決が確定した事案において3号の再審事由を認めた最高裁の平成4年9月10日判決⁴⁰⁾である。従来より、訴状や支払命令などの訴訟書類を第三者が受領し、当事者に送達されないまま判決が確定した場合につき、3号に準じて再審事由の存在を肯定する下級審判例⁴¹⁾が存在し、学説もこれに肯定的な見解が多かったところであるが⁴²⁾、本件最高裁判決により、この局面については3号の類推適用を認める方向で判例・学説ともほぼ一致したものとみることができる。

なお、3号の再審事由が問題とされたその後の最高裁判例として、株式会社の代表者が自己または第三者の利益を図る目的で訴訟行為をし、相手方もそれを知っていた場合につき、代表権がある以上3号の再審事由には該当しないとした最判平成5年9月9日⁴³⁾がある。本判決は、「三号にいう代理権の欠缺、あるいは授權の欠缺は代表者の内心の意思や訴訟の相手方の知・不知によって主観的に左右されるものではないことを明確にした」という意味では、3号の類推ないし拡張される限界を提示するものといえる⁴⁴⁾。もっとも、本件の事案自体については、3号よりもむしろ5号の再審事由を問題とすべきであり、また、それによる救済が可能とする見解が有力である⁴⁵⁾。

40) 前掲注(2)。本判決の評価につき、中山幸二「同居者への訴状・判決の送達と再審の可否」NBL506号14頁(1992)、高木敬一「補充送達による訴状・判決の送達と再審の許否」法教150号62頁(1993)等参照。なお、中山幸二「付郵便送達と裁判を受ける権利(上)(下)」NBL503号38頁、505号25頁(1992)もあわせて参照されたい。

41) 高松高判昭28年5月28日高民集6巻4号238頁、東京地判昭52年2月21日判時869号67頁。

42) 加藤・前掲注(36)125頁参照。たとえば、兼子一／松浦＝新堂＝竹下『条解民事訴訟法』1272頁〔松浦馨〕(弘文堂、1986)など。

43) 前掲注(2)。

44) 加藤・前掲注(36)127頁。

45) 加藤・前掲注(36)126頁以下、加藤新太郎「判批」NBL553号59頁(1994)など。また、本判決の原審(東京高判平3年7月17日判時1415号103頁)に関する評釈である三谷忠之「判批」判時1427号182頁、186頁〔判例評論404号36頁〕(1992)も、本件につき5号による再審の訴えが可能とする。これに対し、本件についてもなお3号の準用を肯定する見解として、宮川聡「判批」ジュリ1046号〔平成五年度重要判例解説〕143頁(1994)、原審について本間靖規「判批」私法判例リマークスNo.6〔1993年(上)〕140頁(1993)などがある。

ところで、再審事由の類推ないし拡張については、不実の公示送達による確定判決の騙取や詐欺再審との関係でも議論があるが、これについては以下、別に述べることにする。

2) 確定判決の騙取について

確定判決の騙取とは、典型的には「当事者の一方が相手方や裁判所を欺いて自己に有利な確定判決を取得した場合」⁴⁶⁾をいい、旧法下においても不実の公示送達によって確定判決が取得された場合⁴⁷⁾の救済方法を中心に、活発な議論が展開されてきた。

これにつき、学説上は再審事由の類推ないし拡張によって再審による救済を認めようとする見解が有力といえるが、この立場においても、具体的な騙取の態様により、3号の再審事由によるのか⁴⁸⁾5号から7号の再審事由によるのか⁴⁹⁾をめぐり見解が分かれている⁵⁰⁾。いずれの再審事由によるかにより、再審期間の制限（342条）にかかるか否か、および有罪確定判決等が必要とされるか否か（338条2項）の点で異なることから、事案の態様にもよるが再審が認められるか否かにつき結論が分かれることがあろう。

46) 「民事訴訟手続に関する検討事項」第一四再審二－2。このような場合に加え、当事者の双方が通謀し、虚偽の陳述の下に、判決を取得する場合も確定判決の騙取（詐欺）に含まれる。これらの分類については、紺谷浩司「確定判決の無効と詐欺（騙取）」新堂幸司ほか編『講座民事訴訟⑦』355頁、362頁（1985）参照。

47) より具体的には、「原告が、被告の送達場所を知っていたにもかかわらず、公示送達を申し立てたため、その事情を知らない裁判所が公示送達を行い、その被告が知らないうちに判決が確定した場合」（「民事訴訟手続に関する改正要綱試案補足説明」再審関係後注について）がこれにあたろう。

48) たとえば、三谷・前掲注(3)237頁は、「公示送達による場合は、『ほとんど判決が其当事者に対しては無きに等しいものである』と解しうるから、代理権の欠缺の場合と同様に解しうる」として、3号の再審事由による救済を認める。

49) この立場の見解については、三谷・前掲注(3)241頁(注14)参照。

50) なお、当事者が過失によって被告の住所を知らずに公示送達によって確定判決を得た場合については、三谷・前掲注(3)237頁参照。

51) 最判昭57年5月27日判時1052号66頁。また、当事者が過失によって被告の住所を知らずに公示送達によって確定判決を得た場合についても、判例は3号の再審事由にあたらなとする（大判昭10年12月26日民集14巻2129頁）。ただし、当事者の責任で相手方が行方を隠さざるをえなくなって公示送達が行われた場合については、原告（夫）の暴力により被告（妻）が身をくらまさざるをえなかったため、離婚無効確認判決が公示送達により獲得された事案において、夫に傷害罪の有罪確定判決があったことにより、5号による再審を認めた大阪地判支判昭60年6月26日判時1173号90頁がある。

他方、判例は不実の公示送達申立てにより確定判決を得たとの事情は3号の再審事由にあたらないとの立場を明らかにしている⁵¹⁾。そして、確定判決が騙取されそれに基づく強制執行が行われた場合の救済方法としては、再審の訴えを提起することなく、直接に強制執行が不法行為に該当するとして損害賠償を求めることができるとする⁵²⁾。学説上も、「判決の当然無効を主張して、損害賠償請求することも許される」として、再審の訴えを経由することなく確定判決の効力を否定する見解もあるが⁵³⁾、「再審制度、ひいては既判力制度を骨抜きにする」⁵⁴⁾との問題意識から、まず再審を経由して救済をはかるべきとの考え方も根強く主張されている⁵⁵⁾。

以上のような議論状況を背景に、今回の立法過程において、確定判決の騙取を独立した再審事由とすることが検討事項として取り上げられ、要綱試案の段階では後注においてではあるが、より具体的に「原告が、被告の住所、居所その他の送達をすべき場所を知っていたにもかかわらず、所在を不明とし、又は送達場所を偽って訴えを提起した場合を有罪判決等を必要としない独立した再審事由とする」ことが提示された。しかし、最終的に立法化が見送られたことにより、新法においても確定判決の騙取の場合の救済方法は、解釈に委ねられたことになる。今後は、要綱試案において提示された方向性に近似する3号の類推ないし拡張による救済を中心に⁵⁶⁾、さらに議論が深化していくことが予想される。また、このような方向性が試案において提示されたことが、今後判例の考え方にどのような影響を及ぼしていくのかも注目される。

52) 最判昭44年7月8日民集23巻8号1407頁。また、仮執行宣言付支払命令が騙取された場合につき、その効力は当事者に及ばず無効とするものとして、最判昭43年2月27日民集22巻2号316頁がある。

53) 新堂・前掲注(24)568頁。

54) 三谷・前掲注(3)242頁。

55) 三谷・前掲注(3)35頁(注5)、伊藤・前掲注(33)437頁、兼子一『新修民事訴訟法体系[増訂版]』333頁(酒井書店、1965)、齊藤秀夫編『注解民事訴訟法(7)』13頁[小室直人](第一法規、1981)など。

56) 「有罪判決を必要としない独立した再審事由」としている点で、5号から7号の再審事由よりも、3号の再審事由により近いといえよう。

3) 詐欺再審について

大正15年の改正において詐欺再審の規定（旧々483条）が廃止されたことにより、旧法下においても、馴合訴訟（詐欺訴訟）による確定判決（以下、「詐欺判決」という）に対して、再審を認める明文規定は存しなくなった。しかし、学説においては、①旧420条1項5号の類推によって詐欺判決に対する再審を認める見解⁵⁷⁾、②旧420条1項3号により詐欺判決の取消しを認める見解⁵⁸⁾、③詐欺再審の規定が削除されたのは立法上の過誤であるとし、一種の法の欠缺として解釈論により旧々483条と同旨の詐欺再審を認める見解⁵⁹⁾が提唱されていた。最近では、詐欺再審をめぐる議論はやや下火の感があったが、今回の改正において、詐欺再審の問題が検討事項として取り上げられたことを契機に、再び議論が再燃することも予想され、今後の議論動向が注目される⁶⁰⁾。

4) 再審の補充性について

確定判決に再審事由に該当する瑕疵があっても、当事者がすでにそれを上訴によって主張していた場合、またはこれを知りながら主張していなかった場合は、もはやその事由を再審事由として主張することは許されないと

57) 兼子博士の提唱にかかる見解であり、「詐欺訴訟を一種の執行妨害（刑96ノ2）として、その處罰に基いて、[旧]420条1項5号の類推により、第三者は参加と共に再審の訴を提起できると解する餘地はあろう」（兼子・前掲注(55)413頁、[]内、筆者）とするものである。

58) 船越隆司「詐欺判決論—債権者取消権と管理处分権に関する考察—」法学新報74巻4＝5号105頁(1967)。5号の類推による見解では、詐欺訴訟を執行妨害と構成するため、給付判決についてしか再審が認められない点、および、再審期間の制限を受ける点などの問題があるため、「訴訟管理権」という概念を媒介に、訴訟管理権を欠く詐欺判決については代理権の欠缺として3号による再審の訴えを認める見解である。また、三谷教授も、「訴訟手続中断中に審理・裁判された場合が、当事者が代理人によって適法に代理されなかった場合と同視できるのであるから、詐欺判決も同じ事情と理解することができ、したがって、代理権の欠缺として救済することが可能であろう」（三谷・前掲注(3)39頁）としており、3号による再審の訴えを認める立場のようである。また、小林・前掲注(34)503頁も、「明治民訴法と同様に、代理権欠缺を準用して再審を認めてよいのではないだろうか」とする。

59) 鈴木正裕「判決の反射的效果」判タ261号2頁、10頁以下(1981)。

60) 詐欺再審の問題を扱う最近の論考として、加藤・前掲注(36)がある。また、加波・前掲注(3)145頁以下においても、検討事項に詐欺再審の問題が取り上げられたことに関連して若干の検討がなされている。

されており(338条1項但書),これを再審の補充性という。

再審の補充性については、まず、「再審事由を知る」ことの意味として、現実の了知を必要とするかが問題となる。これにつき、最高裁(前掲最判平成4年9月10日)は、同居している妻が判決正本を補充送達により受領し、隠匿したため、訴状の有効な送達がないために訴訟に参与する機会がなかったという再審事由(3号)を現実的に了知することができず、控訴しないまま判決が確定した事案において、再審の補充性の適用はないとしており、補充性の適用による失権の基礎には現実の了知・現実の主張可能性を必要とするとの基本的立場を明らかにしている。これについては、学説においてもほぼ異論なく受け入れられているところであり⁶¹⁾、新法においてもそのまま受け継がれるものとみられる。

つぎに、338条1項4号ないし7号の再審事由(以下においてはこれらを総称して「可罰行為」とよぶ)については、338条2項により有罪確定判決等が必要とされることとの関係で、再審事由を主張したといえるのはどのような場合かが問題となる。すなわち、補充性の適用との関係では、可罰行為自体の主張をもって足りるのか、あるいは、338条2項の要件(有罪確定判決等)も併せて主張する必要があるのかという問題である。判例および有力説は、上訴において、可罰行為自体(4号から7号の再審事由に該当する具体的事由)と338条2項の要件の両者が主張され、あるいは、その存在を知らながら主張されなかった場合に限り、補充性の適用があるとする⁶²⁾。したがって、この立場によれば、上訴手続中に可罰行為の再審事由に該当する事実を知らながら主張しなかった場合や、実際に主張した

61) 裁判を受ける権利との関係から本判決の意義を積極的に評価するものとして、中山「再審の可否」・前掲注(40)参照。

62) 最判昭47年5月30日民集26巻4号826頁,829頁は、「民訴法420条〔新338条〕1項6号および7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1項但書によっ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2項の再審の訴の適法要件が主張され、もしくは、かかる要件の存在を知りながら主張されなかった場合に限られるものと解するのが相当である」(〔 〕内、筆者)と判示する。また、林屋＝河野編・前掲注(32)270頁〔加波〕は、有罪確定判決が再審の適法要件とされている趣旨に鑑み、有罪確定判決の成立をまっぴら再審事由を主張することは、補充性制度により排斥されるべき不当な事後的主張とはいいい切れないとする。

が敗訴した場合であっても、当該上訴についての判決が確定した後に338条2項の要件を具備したときには、補充性の適用はなく再審が認められることになる。しかしこれに対しては、事実審である控訴審で可罰行為の再審事由に該当する事由を主張し、事実審理の結果可罰行為に該当する事由はないとして主張が排斥された場合については、たとえ判決確定後に刑事の有罪判決が確定したとしても、再審の訴えは認められない（補充性の適用がある）とする反対説もあり⁶³⁾、議論のあるところである。

また、338条2項後段については、①有罪確定判決を得ることができなくなった事由（被疑者の死亡等）のみならず、②その事由がなければ有罪判決を得ることができた可能性（有罪判決を可能とする証拠等）が必要とされるため⁶⁴⁾、①の事由は原判決の確定前に発生していたが、②の証拠等を入手したのは原判決の確定後である場合に、補充性の適用があるかが問題となる。これについて、近時最高裁⁶⁵⁾は、被疑者の死亡等の事実（当該事案においては有価証券偽造についての公訴時効の完成）が再審の対象となった判決の確定前に生じた場合であっても、再審事由として主張されている文書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その判決の確定後に収集されたものであるときは、補充性の適用はなく再審の訴えが許されるとの立場を明らかにしている。

ところで、補充性に関する規定については、旧420条1項但書が「当事者カ上訴ニ依リ其ノ事由ヲ主張シタルトキ」としていたところを、新法338条1項但書は「当事者が控訴若しくは上告によりその事由を主張したとき」として、「上訴」を「控訴若しくは上告」と言い換えており、新設された

63) 三谷・前掲注(3)138頁以下、特に144頁。民事裁判は刑事裁判の判断に拘束されないことから、民事裁判において可罰行為がないと判断された以上、刑事裁判において逆の判断がなされても、それは再審によって民事裁判の判断を覆す理由とはなりえないとの考慮によるものである。

64) 最判昭52年5月27日民集31巻3号404頁、吉村・前掲注(39)126頁、石川＝高橋編・前掲注(31)13頁〔高橋〕、高橋・前掲注(14)84頁、林屋＝河野編・前掲注(32)268頁〔加波〕など。ただし、これに反対する見解として、上原敏夫「判批」法協95巻11号1824頁、1830頁（1978）がある。なお、338条2項後段に関する判例については、三谷・前掲注(3)123頁以下において詳細な分析がなされている。

65) 最判平6年10月25日判タ868号154頁、判時1516号74頁。

「上告受理申立て」については法文上含まれていない。旧法の下においては、絶対的上告理由(旧395条1項)となっていない再審事由についても上告理由として主張できるかについては議論があり、絶対的上告理由ないしそれに準ずるものと解する通説的見解⁶⁶⁾と、事実認定手続に明白な経験法則違背があるものとして法令違背の上告理由(旧394条)になると解する少数説⁶⁷⁾があった⁶⁸⁾。この議論を新法の下にひきなおしてみると、前者の通説的見解に従えば、再審事由があることを理由とする最高裁への不服申立ては権利上告によることになり、特に疑義は生じないが、後者の少数説に立つと、可罰行為の再審事由の存在を理由とする場合、権利上告ではなく上告受理の申立てによることになるため、補充性の適用の有無につき疑義が生じることになる。すなわち、上告受理申立てにおいて当事者が再審事由があることを主張したが上告不受理決定がされた場合、あらためてその再審事由に基づき再審の訴えを提起することができるのかが問題となる。これにつき、立法担当者の柳田判事の説明⁶⁹⁾によれば、再審の補充性は、上訴によって再審事由について判断を求める機会があったのにこれを求めなかった場合に、再度再審事由として主張することを排斥する趣旨であり、他方、上告受理制度は、再審事由の有無そのものを理由とする不服申立ての制度ではなく、また、当事者が再審事由があることを主張したとしても調査義務が生じるわけではないことから、補充性の適用対象に上告受理を含めるのは適当でないとしている。

66) 菊井維大=村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅲ』371頁(日本評論社,1986),竹下守夫「判批」法協86巻7号813頁,817頁(1969),宇野栄一郎「上告審の実務処理上の諸問題」鈴木忠一=三ヶ月章(監)『実務民事訴訟講座(2)』303頁,306頁(日本評論社,1969)など。

67) 小室直人「再審事由と上告理由の関係」兼子還暦『裁判法の諸問題(下)』175頁,182頁(1970)。

68) なお,338条1項4号ないし7号の可罰行為を理由とする再審事由については,沿革的には原状回復事由に含まれ,上告できないものと規定されていた(旧々470条)ことから,上告理由となしえないとする異説として,三谷・前掲注(3)146頁以下がある。

69) 竹下守夫ほか「研究会・新民事訴訟法をめぐって[第26回]」ジュリ1145号87頁,101頁[柳田幸三発言](1998)。

5) 可罰行為の再審事由について

可罰行為を理由として再審の申立てをする場合、338条2項により有罪確定判決等の存在が必要とされるが、この2項所定の有罪確定判決等を「再審事由」との関係で、どのように位置づけるかをめぐっては議論がある。これについては、2項所定の事実の存在を「要件」的に把握する見解——さらに、再審の訴えの適法要件とみる説（適法要件説）と、可罰行為の可罰性を確定する特別の要件とみる説（理由具備要件説）に分かれる——と、再審事由の一部として位置づける見解（合体説）がある。前者によれば可罰行為そのものが再審事由となるのに対し、後者によれば可罰行為とそれに対する有罪確定判決等が合体して再審事由となることになる。

適法要件説は、再審事由は可罰行為自体であり、2項の有罪確定判決等の存在は再審の訴えの適法要件であるとする（通説⁷⁰⁾・判例⁷¹⁾）。再審の訴えの濫発を防ぎ確定判決による法的安定を実現するために、可罰行為の存在が客観的に明らかにされていることを訴えの適法要件とすることにより入り口を絞ったとの理解に基づく。この説によれば、有罪確定判決等が存在しない限り、可罰行為を理由として再審の申立てをしても、再審開始決定手続において不適法な訴えとして却下（345条1項）されることになる。これに対し、理由具備要件説は、可罰行為自体を再審事由とする点では適法要件説と同一であるが、2項の有罪確定判決等の存在を、可罰行為の再審事由の有無を判断する際に必要とされる再審事由具備の要件とみる点で異なる。したがってこの説によれば、可罰行為の存在を主張するだけで再審の訴えは適法に提起できることになり、有罪確定判決等の要件は再審事由の存在を認定するときに備わっていればよいことになる⁷²⁾。また、合体説は上述のとおり、1項の可罰行為と2項の有罪確定判決等が一体となっ

70) 吉村・前掲注(39), 石川=高橋編・前掲注(31)13頁〔高橋〕など。

71) 最判昭45年10月9日民集24巻11号1492頁。

72) 小室・前掲注(67)185頁以下, 三谷・前掲注(3)100頁以下, 小室(監)・前掲注(13)308頁〔小室=三谷〕。

73) 松本博之「判批」民商67巻6号1027頁(1973), 松本博之=上野泰男『民事訴訟法』400頁〔松本〕(弘文堂, 1998)。

て再審事由になるとする説である⁷³⁾。

338条が、再審事由としては可罰行為だけを1項に列挙し、2項では必ずしも有罪確定判決が無くても、その嫌疑があれば再審の訴えを認めていること(可罰行為自体の重みと2項の要件の重みとの衡量⁷⁴⁾)、および「・ ・ ・ときに限り、再審の訴えを提起することができる」という文言に照らすと、2項の位置づけとしては適法要件説が素直な理解のように見える。にもかかわらず、このように学説が分かれるのは、これらの議論が再審期間に関する規定(旧424条、新342条)との関わりの中で展開されてきたことによる。いわば、一方の目では338条そのものを見つめながらも、もう一方の目には常に342条が映っていたのである。

342条1項は、「再審事由を知った日」から30日以内に再審の訴えを提起しなければならないとしており、適法要件説によればこの「再審事由を知った日」とは「可罰行為の存在を知った日」ということになるが、可罰行為を知ってから30日以内に有罪確定判決を得ることができるケースはむしろ稀であろう。そうすると、有罪確定判決を待つて再審の訴えを提起すると、30日の出訴期間を徒過することになり、出訴期間内に再審の訴えを提起しようとする、適法要件を備えていない不適法な訴えとなるというジレンマに陥ることになる。また、342条2項は、再審の訴えの除斥期間を原則として判決確定日から5年とし、判決確定後に「再審の事由」が発生した場合については例外的にその事由が発生した日から除斥期間を起算するものとしているが、適法要件説に従いここにいる「再審の事由」を可罰行為自体とすると、可罰行為自体が判決確定後に発生することは考えられないので、本則に従い除斥期間は判決確定日から5年ということになる。そうすると、ここにおいても、判決の確定後5年以内に有罪確定判決を得ることができない場合には(刑事裁判の現状に照らすと、このような場合もままあると推測される)、上記出訴期間についてと同様のジレンマが生じることになる。

74) 石川＝高橋編・前掲注(31)13頁[高橋]、高橋・前掲注(14)84頁。

これに対し、2項所定の有罪確定判決等の存在をも再審事由に含める合体説によれば、出訴期間は有罪確定判決の存在を知った日から起算されることになり、また除斥期間についても、再審の対象となる判決の確定後に有罪確定判決等が生じた場合には、判決確定後に「再審の事由」が発生した場合として、その時点から除斥期間が起算されることになる。また、理由具備要件説によれば、適法要件説と同様に、出訴期間については可罰行為の存在を知った日から、除斥期間については再審の対象となる判決の確定日からそれぞれ起算されることになるが、いずれにおいても、可罰行為の主張だけで再審の訴えを適法に提起できることになる⁷⁵⁾。このように、再審期間との関係で、適法要件説を貫くことによるジレンマを回避できることこそ、両説の最大のメリットといえる^{75-a)}。

もっとも、適法要件説においても、再審期間との関係では、その理論をそのまま貫くのではなく、補正を加えることにより、合体説や理由具備要件説が指摘するこれらの難点の回避がはかられている。すなわち、可罰行為を理由とする再審の訴えにあつては、再審事由たる可罰行為のみを知ったことによって当事者に再審の提起を期待することは不合理であるとともに、そのような状況にもかかわらず提訴期間の進行を認めるのは当事者の救済という点からも妥当でないとして、出訴期間については、再審訴権の存在を確知する趣旨で、有罪確定判決等の存在を知った日から30日の期間が起算されるとしている⁷⁶⁾。また、除斥期間についても同様の趣旨から、

75) ただし、理由具備要件説によれば、再審事由の存在を認定する時点では、有罪確定判決等の要件が具備していなければならないため、可罰行為を知った日から30日以内に再審の訴えを提起した上で、可罰行為に関する刑事手続の帰趨が明らかになるまで再審の手続を中止する措置をとることとなる（小室・前掲注(67)192頁。なお、三谷・前掲注(3)109頁以下も参照）。

75-a) ただし、もともと合体説は、再審事由の類推的拡張の可能性と限界を探るためのいわゆる再審原理との関連において説かれたものであり、再審期間の問題を配慮し、これを解決するために提唱されたものではないことから、338条2項要件の位置づけの問題と再審期間の問題とは別個に考慮すべきとの指摘もある（吉村・前掲注(39)108頁、112頁（注42）参照）。

76) 伊藤・前掲注(33)654頁。大判昭12年12月8日民集16巻1923頁。なお、338条2項後段の場合については、公訴時効の完成や被疑者の死亡の事実だけでなく、可罰行為を示す「確実な証拠」の存在を知ったときを、出訴期間の起算日とする見解として、吉村・前掲注(39)131頁がある。

有罪確定判決等が再審の対象である判決の確定後に生じた場合については、342条2項括弧書にいう「再審の事由が判決の確定した後に生じた場合」にあたるとして、その時点から除斥期間が起算されると解している⁷⁷⁾。また、理由具備要件説においても、可罰行為を知った日から30日以内に再審の訴えを提起した上で、可罰行為に関する有罪判決が確定するまで再審手続を中止するという技巧的な措置をとらざるを得ないこと⁷⁸⁾、民事判決確定から5年の除斥期間が徒過した後に有罪確定判決が生ずるにいたり、それによって初めて再審事由の存在を知った場合には、もはや再審の訴えを提起できなくなるなどの難があることから、再審期間との関係では、適法要件説と同様の解釈補充がなされるにいたっている⁷⁹⁾。

したがって、適法要件説・理由具備要件説・合体説のいずれをとろうとも、こと再審期間との関係では、結論はほぼ同一に帰することになる⁸⁰⁾。適法要件説は、338条1項と2項の関係については自然な解釈といえるが、再審期間との関係で補正が必要となる。理由具備要件説についても、やや技巧的との感があるとともに⁸¹⁾、再審期間の点では解釈補充が必要となる。他方、合体説は、再審期間についてはすっきりと説明できるが、338条の文言からはやや不自然との感がある。「いずれの説も、以上の諸効果を説

77) 最判昭47年5月30日・前掲注(62)は、「民訴法424条4項〔342条2項括弧書〕にいう『再審ノ事由カ判決確定後ニ生シタルトキ』とは、・・・同条〔338条〕1項6号および7号の場合であっても、これらにつき同条2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」(〔 〕内、筆者)と判示する。

78) 前掲注(75)参照。

79) 小室直人「判批」判時877号150頁, 153頁〔判例評論230号36頁, 39頁〕(1978)。なお、三谷・前掲注(3)109頁以下も参照。

80) ただし、いずれの説に立つかにより、再審開始決定手続との関係では、以下のような差異が生ずることになる。すなわち、有罪確定判決等の2項所定の事由を具備しないまま可罰行為を理由とする再審の訴えを提起した場合、適法要件説によれば、適法要件を欠く不適法な訴えとして却下されることになる(345条1項)。これに対し、理由具備要件説によれば、訴え自体は適法であるが、再審事由の存否を判断する時点でこの要件が具備されていないときには、理由不具備として再審請求が棄却されることになる(345条2項)。また、合体説においても、訴え自体は適法であるが、有罪確定判決等が存在しない場合には、再審事由がないものとして再審請求が棄却されることになる(345条2項)。ただし、三谷教授は、合体説によっても「不適法な再審の訴えであることに変わりはない」とする(三谷・前掲注(3)107頁)。不適法却下となるという趣旨であろうか。

81) 高橋・前掲注(14)86頁(注13)参照。

82) 鈴木正裕ほか『注釈民事訴訟法』640頁〔鈴木正裕〕(有斐閣, 1985)。

83) 三谷・前掲注(3)111頁。

明するには帯に短したすきに長し」⁸²⁾と評される所以である。しかしながら、その結論においてはいずれの説も「落ち着くところに落ち着いた」⁸³⁾とみることができ、新法においても、再審事由に関する338条と再審期間に関する342条の双方を視野に入れた形での旧法からの議論が引き継がれていくものとみられる⁸⁴⁾。

5 その他の論点

1) 判決の効力を受ける第三者による再審について

再審原告は、確定判決の効力を受け、その取消しを求める利益（不服の利益）を有する者であり、前訴において全部又は一部敗訴した当事者がその典型とされる。また、口頭弁論終結後の一般承継人もこれに含まれることに異論はなく、特定承継人についても、関与の方式については争いがあるものの⁸⁵⁾、最終的に再審訴訟の当事者となりうることについては判例・学説とも大筋において認めるところである⁸⁶⁾。ところが、確定判決の効力を受ける第三者については、検察官を相手方とする死後認知訴訟の確定判決に対し、亡父の子が当該訴訟に関わる機会がなかったことを再審事由として再審の訴えを提起することができるか、という形で議論がある。

84) 理由具備要件説について、「再審の口頭弁論終結時まで要件具備の期間を延長して、できるだけ再審による救済の道を広く認めようと試みる説」として、「再審事由存否の審判手続が本案再審手続に先行する現行法ではあまり意義のある議論ではなくなった」との評価がある（林屋＝河野編・前掲注(32)268頁〔加波〕）。確かに、その限りではいささか価値を減じられたとみることができようが、理由具備要件説においては、2項の要件を満たさないうちに再審の訴えが提起された場合であっても、398条1項の再審申立てに基づく強制執行停止命令を矛盾無く認めることができる点等もメリットとして主張されており（三谷・前掲注(3)136頁以下）、再審開始決定手続の導入をもって、その意義が無くなったと断じることはできないであろう。

85) 特定承継人の関与の方式に関する議論については、石川＝高橋編・前掲注(31)14頁以下〔高橋〕において、すでに手際よく整理・分析がなされているので、本稿では議論がある旨の指摘にとどめる。

86) 最判昭46年6月3日判時634号37頁など。

87) 兼子・前掲注(55)485頁、新堂・前掲注(24)812頁、上田・前掲注(20)587頁、齊藤編・前掲注(55)7頁〔小室〕など。これに対し、再審の訴えの提起と同時に、共同訴訟的補助参加の申出をすべきとするものとして、三谷・前掲注(3)334頁がある。ただし、この見解においても、補助参加人は自己との関係の瑕疵（参加人自身に代理権の欠缺があったことなど）を再審事由として主張できるとする。

従来一般論としては、確定判決の効力を受ける第三者も、固有の利益を有する限り、独立当事者参加の形式をとって前訴の両当事者を共同被告として再審の訴えを提起できるとする見解⁸⁷⁾が、学説においては通説とされてきた。また、判例も学説と呼応するように、下級審のものであるが千葉地判昭和35年1月30日⁸⁸⁾・東京高判昭和43年11月27日⁸⁹⁾が、検察官を相手方とする死後認知訴訟の確定判決について、認知を求められた亡父の子による再審の訴え(再審原告適格)を認めてきた。

ところが、上記の下級審判例とほぼ同様の事案(検察官を相手方とする死後認知請求訴訟が提起され、原告勝訴の判決が確定した後に、亡父の他の子らがこの確定判決の存在を知り、訴訟係属の事実を知らないまま訴訟参加の機会を失したことを理由に338条1項3号の類推適用を主張して再審の訴えを提起した事案)において、亡父の子らの再審の訴えにおける原告適格を正面から否定した最高裁判決(最判平成元年11月10日⁹⁰⁾)が登場したことにより、この問題が一気に注目を集めることになった。

本判決が亡父の子らの再審原告適格を否定した理由は、①再審の訴えは、確定判決の取消しと本案の再審理を目的とすることから、その原告適格は本案の当事者適格を有する者に認められるが、亡父の子らは本案(認知訴訟)に補助参加ができるにとどまり、独立した当事者適格をもたないため、再審原告適格は認められない、②亡父の子らが自己の責に帰することができない事由により訴訟に参加する機会を与えられなかったとしても、当然に再審の訴えの原告適格を有するものとは認められない、③行政訴訟とは対象とする法律関係を異にするとともに、特別の参加規定(行訴22条参照)がない人事訴訟においては、行政事件訴訟法34条の第三者の再審の訴えに

88) 千葉地判昭和35年1月30日下民集11巻1号176頁。亡父の婿養子が、原判決(検察官を相手方とする死後認知訴訟の確定判決)の両当事者を共同被告として再審の訴えを提起した事案において、亡父の婿養子の再審原告適格を認めたいと、338条1項8号の再審事由の存在を認定した。

89) 東京高判昭和43年11月27日下民集19巻11-12号748頁。亡父の養子が、検察官を相手方とする死後認知訴訟の確定判決に対して、両当事者を共同被告として再審の訴えを提起した事案において、亡父の養子の再審原告適格を肯定した。ただし、本件においては、再審原告の主張した再審事由(338条1項6号・7号)の存在は認められなかった。

90) 最判平成元年11月10日民集43巻10号1085頁。

関する規定を類推適用することはできない、というものであった。

この最高裁判決を契機に、独立当事者参加の形式により再審を提起するという通説的見解の根拠が問い直されるとともに⁹¹⁾、このような事案において被告となる検察官には十分な訴訟追行を期待できない現状⁹²⁾に鑑み、訴訟に関与する機会を与えられなかった利害関係人（本件においては亡父の子）に対する事後的救済策として、再審の訴えを認める方向で理論の再構築が試みられることとなった。その際に問題となるのが、第一段階として、本判決において否定された第三者の再審原告適格をどのように認めるか、そして第二段階として、第三者自身との関係で生じた事由（具体的には、前訴に関与する機会を与えられなかったことなど）をどのような論拠により再審事由として構成するか、という点であり、学説上もこの点を中心に議論が展開されている。

前者の再審原告適格については、①死後認知訴訟の被告適格者を検察官としているのは、原理的当事者適格を定めたものではなく訴訟政策的配慮からでたものであり、それ故、検察官より充実した訴訟追行が期待できる第三者（亡父の子）については、本案である認知訴訟の当事者適格を有する者に準じた地位を認め、再審原告適格を肯定する見解⁹³⁾、②第三者再審の事案においては、第三者に固有の再審事由の審理に重点が置かれることから、この側面における原告適格を肯定し、かつ本案においても実質的な当事者たる地位を有するのであれば、全体として再審原告適格を認めるとする見解⁹⁴⁾、③従来からの通説的見解を基礎に、客観的に当事者の訴訟追行の態様から十分な訴訟活動が期待できない場合には（検察官を相手方とする死後認知訴訟がこれにあたるとする）、詐欺防止のために独立当事者

91) 富越和厚「時の判例」ジュリ951号97頁(1990)、鈴木正裕「判批」私法判例リマークス2号[1991年(上)]128頁、原強「判批」ジュリ957号[平成元年度重要判例解説]135頁(1990)など。

92) この点につき、奈良次郎「検察官を当事者とする人事訴訟と手続保障(上)」ジュリ856号94頁(1986)参照。

93) 原・前掲注(91)137頁。

94) 本間靖規「判批」民商102巻6号808頁、821頁(1990)。

95) 吉村徳重「判批」判タ735号178頁(1990)。

参加の形式で再審の訴えを提起する再審原告適格が認められるとする見解⁹⁵⁾、などが提唱されている。

また後者の問題、すなわち第三者自身との関係で生じた事由（瑕疵）を再審事由として主張する法的根拠については、①憲法32条の精神に基づき、行政事件訴訟法34条の第三者再審に関する規定を類推適用する見解⁹⁶⁾、②行政事件訴訟法34条の基礎にある憲法32条の精神を斟酌しつつ、民訴法上の理論構成としては338条1項3号（代理権欠缺）を類推適用する見解⁹⁷⁾、③再審原告適格の問題については、本案訴訟の当事者適格を有していない以上、共同訴訟的補助参加の申出とともに再審の提起ができるにとどまるとするが、再審事由については、共同訴訟的補助参加人には単なる補助参加人よりむしろ共同訴訟人に近い地位が認められるとして、共同訴訟人と同様に、参加人自身の代理権欠缺を理由に再審の訴えが認められるとする見解⁹⁸⁾、などがある。

ところで、上記最高裁判決をきっかけとして、人事訴訟の判決の効力が及ぶことにより権利を害される第三者について、手続に参加する機会を付与し、その利益の保護をはかる必要性が強く認識されるにいたった。これを受けて、今回の立法においても、人事訴訟等の判決により不利益を受ける第三者に対する事後的な救済策の拡充との観点から、補助参加に関する規定が改正された。すなわち、旧法においては、補助参加は「訴訟ノ繫属中」にすることができると規定されていたため（旧64条）、訴訟の結果について利害関係を有する第三者が、終局判決の確定により訴訟が終了した後に再審の訴えの提起とともに補助参加の申出をすることができるかについては文理上明確ではなかった。そこで、新法において補助参加の要件につき「訴訟ノ繫属中」という文言を削除（42条参照）するとともに、45条1項において補助参加人のできる訴訟行為の一つとして「再審の訴えの提

96) 鈴木・前掲注(91)132頁。

97) 本間・前掲注(94)823頁。また、原・前掲注(91)137頁も、明確に断言しているわけではないが、338条1項3号を類推適用する立場のようである。

98) 三谷忠之「判批」判タ722号76頁、82頁(1990)。

起」を掲げることにより、再審の訴えの提起とともに補助参加の申出をすることができることを規定上明確化したのである。また、これとあわせて、いわば事前の救済策としてこれらの者が訴訟に関与する機会を確保するとの観点から、人事訴訟手続法33条が新設された。同条は、死後認知の訴えがあった場合の亡父の子のように、訴訟の結果によって相続権を害される者に対しては、裁判所が訴訟の係属を通知することとしており、これによって、人事訴訟の判決が確定する前の段階で、当該訴訟に補助参加して自己の利益を保護する機会が与えられることとなった。

それでは、これらの改正により、上記最高裁判決によって提起された問題は解消されたのだろうか。答えは否であろう。確かに、人事訴訟手続法33条の新設により、一定の範囲においては、訴訟の係属中における手続関与の機会が保障されることになるだろう。しかし、裁判所が訴訟係属について通知する者の範囲は、訴訟の結果によって相続権を害される恐れのある第三者であり、かつ、訴訟記録上その氏名および住所または居所が判明している者に限られているため（人訴33条但書）、判決によって相続権以外の身分的地位に影響を受ける者や住所などが訴訟記録からは明らかでない者については通知の対象外とされることになる。そのため、人事訴訟手続法33条の網からこぼれた者については、なお事後的な救済策として再審という受け皿が必要となろう。また、この規定は訓示規定であることから、裁判所が通知を怠ったとしても、それにより、訴訟手続が違法になったり、判決に瑕疵が生ずるものではなく⁹⁹⁾、通知を怠った一事をもって直ちに338条1項3号の再審事由を認めることにも無理がある。他方、補助参加に関する改正については、旧法下においても解釈としては、再審の訴えの提起とともに補助参加の申出をすることができるという見解が一般的であり¹⁰⁰⁾、明文をもってそれを明らかにしたにすぎないものである。したがって、今回の改正は、行政事件訴訟法における第三者の再審のように、第三

99) 『一問一答』・前掲注(5)527頁。

100) 兼子・前掲注(55)399頁、中野貞一郎ほか編『民事訴訟法講義〔第三版〕』595頁〔井上治典〕（有斐閣、1995）など。

者が再審原告として自己との関係で生じた事由を再審事由として再審の訴えをなすことを認めるものではなく、あくまでも補助参加人として前訴の当事者（死後認知訴訟に照らしていえば、検察官と認知請求者）について生じた瑕疵を再審事由として、前訴で敗訴した被告（検察官）のために（つまり検察官を再審原告として）、再審の訴えを提起できるというにとどまるものである。

以上のことから、いわゆる第三者の再審の問題は立法によって解決されたわけではなく、第三者の再審原告適格の問題、および、第三者自身との関係に基づく再審事由の問題については、新法においても依然として残されているといえる。しかし他面、上記最高裁判決が行政事件訴訟法34条の類推適用を否定する論拠の一つとして、人事訴訟においては行政事件訴訟法22条のような訴訟参加・職権告知に関する規定がないことをあげていたことから、今回の改正で人事訴訟手続法に33条が新設されたことにより、最高裁の判例理論、あるいはそれをめぐる議論に転機がもたらされることも予想されうる。新法の下における今後の展開が注目されるところである。

2) 除斥期間の起算日について

再審期間に関する問題については、概ね可罰行為の再審事由との関係で取り上げたところであるが、そこでは触れていなかった問題があるので補足しておく。

すでに述べたように、有罪確定判決等の338条2項前段の事実が再審の対象である判決の確定後に生じた場合においては、その事実の発生時から除斥期間が起算されることは学説・判例とも一致して認めるところである。しかしながら、338条2項後段の場合については、被疑者の死亡など有罪判決を得ることができない原因となる事実とともに、可罰行為の可能性を相当程度に示す証拠の具備が必要と解されているところから、除斥期間の起算日を被疑者の死亡等の時点とするか、あるいは証拠を具備した時点と

101) 最判昭52年5月27日民集31巻3号404頁。

するかをめぐり見解が分かれている。これにつき、判例¹⁰¹⁾は「有罪の確定判決を得る可能性そのものは被疑者の死亡等の時に既に存在すべきものである」とし、被疑者の死亡等の事実が判決確定後に生じた場合には、除斥期間はその事実が生じたときから（原判決の確定前に生じた場合には、判決確定の時から）起算するとしている。学説においては、除斥期間は法的安定性の要請によって当事者の知・不知を問わず進行するものとされていることなどから、起算点を証拠の発見という主観的な時点とすることはできないとして判例の考え方を支持する見解¹⁰²⁾と、そのように解すると再審原告に酷となる場合があること、確実な証拠がある場合には再審を認めても除斥期間の趣旨とする法的安定性の要請に反しないことなどから、起算日を証拠を具備した時点からとする見解¹⁰³⁾とに分かれている。

かかる状況下において、先に紹介した最判平成6年10月25日が現れた。本判決は、再審の補充性に関するものではあるが、被疑者の死亡等の事実が原判決確定前に生じていても、証拠の具備が原判決確定後である場合には、補充性の適用はないとするものである。当事者の確知を前提とする補充性の場合と当事者の知・不知を問題としない除斥期間の場合とでは状況が異なるが、本判決が証拠具備の時点をメルクマールとしている点は注目される。本判決の登場が除斥期間の起算点をめぐる議論に新たな局面をもたらすことも十分予想されるところである¹⁰⁴⁾。

3) 再審請求棄却判決の既判力の基準時について

348条2項は、再審事由が存在しても、本案の再審理をした結果原判決と同じ結論に至る場合には、原判決を取り消すことなく再審の請求を棄却

102) 上原・前掲注(64)1828頁以下、伊藤・前掲注(33)655頁(注19)、中村雅麿「判批」民事訴訟法判例百選Ⅱ〔200事件〕436頁。

103) 吉村・前掲注(39)130頁以降、特に135頁(注40)、兼子／松浦ほか・前掲注(42)1282頁〔松浦〕。

104) 高橋宏志「再審について(二・完)」法教181号101頁、102頁(1995)は、「平成6年最判が証拠収集の面に着目したことが、昭和52年最判の論理の見直しにつながる希望は、わずかとは言え、ありうるのではなかろうか」とする。また、中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義』542頁〔三谷〕(有斐閣、1998)も、平成6年最判に触れた上で、「除斥期間の判例の変更が期待されよう」とする。

するものとしている。再審請求が棄却されると、外形的には原判決が維持されることになるが、本案の再審理においては原判決の口頭弁論終結時以降に発生した新たな事由の主張も認められることから、この場合の既判力の基準時をどのように考えるかが問題となる。

これについて学説は概ね以下の三つの見解に分かれる。第一説は、本案の再審理においては新たな事由の発生の主張も可能であり、判決の基礎となるかは別としても少なくとも審理判断の対象となること、請求棄却判決はその上でなお再審訴訟の口頭弁論終結時において原判決を変更すべき理由がないとする実体判断であることなどから、既判力の基準時は、新事由の主張が判決の基礎となったか否かを問わず、常に再審の裁判の口頭弁論終結時に移動するという説である¹⁰⁵⁾。第二説は、原判決の基準時以降に発生した新事由に基づき再審請求が棄却された場合に限り、既判力の基準時は再審の裁判の口頭弁論終結時に移動すると、限定的に基準時の移動を認める説である¹⁰⁶⁾。第三説は、原判決の基準時前に存在した事由に基づき原判決が維持された場合にのみ348条2項の適用があり、原判決の基準時以降に生じた新事由（実体法上の変動）を理由としてはじめて原判決の結論が正当とされる場合は本条項の適用範囲外であるとし、その場合には原判決を取り消して、同一内容の新判決をするという説である¹⁰⁷⁾。

いずれの説も、原判決の基準時以降の新事由に基づき原判決が維持される場合には、基準時が移動するか（第一説・第二説）同一内容の新判決をするか（第三説）という構成は異なるが、再審の訴えの口頭弁論終結時を既判力の基準時とする点では一致している。しかし、原判決の基準時前に

105) 坂原・前掲注(4)113頁以下、高橋・前掲注(104)109頁(注22)、加波・前掲注(3)290頁、同・前掲注(4)40頁、上田・前掲注(20)590頁、新堂・前掲注(24)815頁、木川統一郎＝中村英郎『民事訴訟法〔新版〕』394頁〔中山幸二〕（青林書院・1998）など。

106) 伊藤・前掲注(33)658頁。

107) 三谷・前掲注(3)175頁以下、206頁、小室(監)・前掲注(13)314頁〔小室＝三谷〕。なお、松本＝上野・前掲注(73)402頁〔松本〕は、「原判決が結果として正当であるとの結論に達したときは、法律は再審の請求を棄却しなければならないと規定するが(同条2項)、理論的には原判決を取り消し、内容上同一の判決を行うのが正しい」としており、新事由に基づき原判決が正当とされる場合に限定せず常に原判決を取り消し、新判決をすべきとの趣旨ともとれる。菊井＝村松・前掲注(66)407頁もまた同様である。

存在した事由に基づき原判決が維持される場合については、基準時を原判決の口頭弁論終結時とするか（第二説・第三説）、あるいはその場合も再審訴訟の口頭弁論終結時に移動するか（第一説）で見解が分かれており、この点が再審請求棄却判決の既判力の基準時をめぐる議論の焦点といえよう。また、再審請求棄却判決に関しては、既判力の基準時の問題を中心に議論が展開されているが、形成訴訟の場合には形成力の発生時についても同様の問題がある。

以上の問題については、旧法においても、旧428条が「再審ノ事由アル場合ニ於テモ判決ヲ正当トスルトキハ裁判所ハ再審ノ訴ヲ却下スルコトヲ要ス」としていたことから同様の議論があった。今回の改正にあたっては、「却下」という文言を「棄却」に改めたのみで¹⁰⁸⁾、原判決を取り消した上であらためて本案判決をするという立法論は採り入れられなかったことにより、実質的には旧428条がそのまま新法348条2項に受け継がれることとなった。それに伴い、再審請求棄却判決の既判力の基準時についても、旧法からの議論がほぼそのまま引き継がれる形となっている。

4）新法に関する新たな問題

最後に、新法との関係で今後新たに議論となりうる点につき、簡単に触れておくことにする¹⁰⁹⁾。

（a）再審の訴えにおける申立てについて

再審訴状の必要的記載事項については、343条に規定されているが、表記が改められただけで旧法（旧426条）からの実質的な改正はない。しかし、新法においては、再審開始決定手続の導入にともない、再審開始決定があつてはじめて本案の再審理をなすという段階的手続構造に改められた

108) 旧428条は「再審ノ訴ヲ却下」しなければならないと規定していたが、実体審理に入つた後に行われる本案の判断である以上、「棄却」とすべきである旨が従来より指摘されてきたことから、新法ではこれを「棄却」という表現に改めたものである（高林・前掲注(12)328頁）。

109) なお、新法との関係における新たな論点の抽出にあたっては、竹下ほか「研究会」・前掲注(69)における議論を参考とした。

ことにより、同条2号後段の「その判決に対して再審を求める旨」の意味内容、すなわち再審の訴えの請求の趣旨をどのように理解するかにつき、理論上のものではあるが議論の生じる余地がある。すなわち、「確定判決の取消しを求める申立て」と「本案の再審判により相当な裁判を求める申立て」の二つから成ると理解するのか、あるいは、新法においては再審手続を開始するか否かにつき、再審請求棄却決定(345条2項)もしくは再審開始決定(346条)がなされるようになったことに対応し、上記の二つの申立ての前提として、「本案の再審判(再審手続)の開始を求める申立て」も請求の趣旨に含まれていると理解するか、という二通りの理解の仕方があろう。

前者の考え方は、345条2項の再審請求棄却決定については、決定の形式ではあるが、あくまでも再審請求全体を棄却するものであり、再審手続の開始を求めるという独立の申立てを棄却するというだけに尽きるものではなく、また、346条の再審開始決定については、審理の途中で手続を整序するためのいわば中間判決的なものととらえ、再審手続の開始を求めるという独立の申立てに対応するものではないとの理解に基づく。後者の考え方は、新法においては、第一段階の手続(再審開始決定手続)が独立性をもつことを重視し、そこでなされる裁判(再審開始決定・再審請求棄却決定)に対応する独立した申立て(再審手続の開始を求める申立て)を観念しようとするものである。実務的には、再審訴状の請求の趣旨欄の記載方法は旧法下と同一となろうが、理論上は、再審開始決定手続における裁判の性質をどのように理解するかにより、考え方の分かれるところであろう。

(b) 再審請求棄却決定の効力(345条3項)について

新法においては、再審事由がないと判断するときは決定で再審の請求を棄却し(345条2項)、この棄却決定が確定すると、「同一の事由を不服の理由として、さらに再審の訴えを提起することはできない」(345条3項)と規定する。同一事由に基づく再度の再審を排斥する効力については、旧法においては、再審事由の存否についても判決手続で審理・判断がなされ

ていたため、判決の効力（既判力）として説明されていたところであるが、新法では決定の形式で判断が示されることとなったため、いわば確認の意味で345条3項の規定を設けたものである¹¹⁰⁾。新法における棄却決定のかかる効力については、「決定であっても、形式的確定力を有し、その目的および手続の構成から実体関係を終局的に解決するための裁判とみられるものは既判力を有する」¹¹¹⁾と一般に理解されているところから、既判力とみてよいであろう。

ところで、二元説を前提に新訴訟物理論に立つ学説の中には、いったん再審の訴えが棄却されると、再審の訴えに対する裁判の基準時までには知り得なかった再審事由を除き、すべての再審事由の主張が既判力によって遮断されるとする説¹¹²⁾があるが、この説においては、新法が「同一の事由」のみを排斥するものとしていることをどのように説明するかが問題となろう。もっとも、新法においても、「同一の事由」以外の再審事由について、信義則や再審の補充性の適用により失権することがありうるという点からの説明も可能であり、「345条3項でもって、再審訴訟における新旧訴訟物論争に決着がついた、とは言い切れない」¹¹³⁾であろうが。

また、345条3項の「同一の事由」の理解として、338条1項各号単位で同一の事由を考えるのか、あるいは、再審事由に該当するとして主張された具体的事実ごとに分けて考えるのかについても、今後議論の対象となりえよう。

6 むすびにかえて

そもそも再審をめぐる論点について、本稿のような形でまとめようとしたきっかけは、分担執筆の教科書で再審について割り当てを受けたことにある。民事再審に関する学説上の関心はきわめて薄かった、といわれるも

110) 竹下ほか「研究会」・前掲注(69)94頁〔柳田幸三発言〕参照。

111) 兼子／松浦ほか・前掲注(42)598頁〔竹下守夫〕。

112) 新堂・前掲注(24)807頁。

113) 竹下ほか「研究会」・前掲注(69)94頁〔鈴木正裕発言〕。

の、実際に資料にあたるにつれ、量的には確かに他の分野に比すれば少ないかもしれないが、こと内容面に関しては濃密な議論が展開されていることに引きつけられた。しかし、それと同時に、議論が深化し複雑に絡み合っている反面として、各論者の主張が相互にどのような対応関係にあり、それが各論点といかなる関係を持ち、また全体との関係ではどのように位置づけられるのか、全体像がなかなかみえてこないという問題があった。再審をめぐる議論の森に分け入るための、鳥瞰図ないし見取り図が必要となったのである。

そこで、再審をめぐる議論状況のデッサンとして、論点の整理を試みようとしたのが本稿である。しかしながら、再審をめぐる議論の多様化・深化に伴い、その論点も多岐にわたることから、それらについて網羅的に取り上げることはできず、今回の改正の直接の対象となった再審構造をめぐる論点と、改正論議の俎上に載せられた再審事由をめぐる論点を中心にごく限られた範囲のものにとどまらざるを得なかった。今後さらに、他の論点についても整理分析を進めていくとともに、今回整理した各論点について個別的に検討を加えていく必要があることはいうまでもない。本稿においては、議論状況を俯瞰するにとどまった再審の構造をめぐる議論についても、坂原教授が言われるように「この議論に積極的に参加して自らの再審構造論を提示することが必要」¹¹⁴⁾とされよう。それについては後日に委ねざるを得ないが、今後の課題として取り組んでいくこととし、ひとまず稿を閉じることにする。

114) 坂原・前掲注(4)99頁。