

## 〔最高裁判事例研究 三六四〕

平一一三（判時一六八四号五九頁、判タ一〇〇九号九三頁）

再抗弁に対する判断の遺脱が上告理由としての理由不備に当たらないとされた事例

約束手形金請求事件（平成一一年六月二九日最高裁第三小法廷判決）

〔事實〕

Y<sub>1</sub>有限会社は、Xの系列下にあつた訴外A有限会社を買収することとし、買収資金はA社の営業譲受人であるY<sub>1</sub>において環境事業団から融資を得て支払うこととし、右融資がなされなかったときは契約を白紙撤回するとの合意の下に、X及びその代表者らからAへの出資持分等を買受ける旨の本件契約を締結し、その手付金の支払のため、Y<sub>1</sub>が振出しY<sub>2</sub>外三名が支払保証目的で裏書をした本件約束手形をXに交付した。しかし、Y<sub>1</sub>は、融資の申請に必要な担保（保証金）を調達できず、融資の申請を拒絶された。

Xは、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>外三名を相手取って手形金の支払を求めて手

形訴訟を提起し、勝訴判決を得た。裏書人のうちの一名を除くY<sub>1</sub>外三名が手形判決に対する異議申立をし、通常訴訟に移行した。移行後の通常訴訟で、Y<sub>1</sub>らは、手形債権についての原因関係上の抗弁として、本件契約につき、Y<sub>1</sub>が右事業団から融資を受けることが停止条件となつていたこと（停止条件の不成就）、又は右融資がないことが解除条件であればこれが成就していること（解除条件の成就）を主張し、これに対しXは、Y<sub>1</sub>が、故意に停止条件の成就を妨げたか、又は解除条件を成就させたものであるとの再抗弁を主張した。

一審判決は、手付合意の趣旨等に照らせば、本件契約が無効になつたことは手付返還の理由とはならないとして、Y<sub>1</sub>らの抗弁を排斥し、手形判決を認可した。原審である控訴審判決は、Y<sub>1</sub>らの停止条件の不成就及び解除条件の成就の各抗弁を摘示しながら、Xの再抗弁としては、故意による停止条件の成就妨害（民法一三〇条）のみを掲げ、認定においては、本件では解除条件の合意があつたとし、右解除条件の成就を認め、これに対する再抗弁の主張はないものとして、請求を棄却した。Xは、解除条件成就作出の主張を摘示せず判断を

しなかったのは判断遺脱に当たると、原判決には理由不備があるとして上告を申し立てたが、上告受理申立はしなかった。

最高裁は、原判決を民訴法三二五条二項により職権で破棄し、本件を原審裁判所に差し戻す判決を下した。

〔判旨〕

「……条件の成就によって利益を受ける当事者が故意に条件を成就させたときは、民法一三〇条の類推適用により、相手方は条件が成就していないものとみなすことができる（最高裁平成二年（オ）第二九五号同六年五月三十一日第三小法廷判決・民集四八巻四号一〇二九頁）。したがって、上告人の右二二（二）の主張（解除条件の成就作出）は、被上告人の同1（三）の抗弁（解除条件の成就）に対する再抗弁となるべきものである。

ところが、原判決は、停止条件の不成就と解除条件の成就をいずれも抗弁として摘示しながら、再抗弁としては、停止条件の成就妨害のみを摘示し、解除条件の成就作出を摘示していない。しかも、原審は、本件売買は解除条件が成就し無効となったから、本件裏書は原因関係を欠くに至ったとして、解除条件成就の抗弁を入れながら、解除条件の成就作出については何らの判断も加えないで、上告人の請求を棄却した。

右によれば、原判決には、判決に影響を及ぼすべき重要な事項について判断を遺脱した違法があるといわなければならない

ない。

……しかしながら、原判決の右違法は、民訴法三二二条二項六号により上告の理由の一理由とされている「判決に理由を付さないこと」（理由不備）に当たるものではない。すなわち、いわゆる上告理由としての理由不備とは、主文を導き出すための理由の全部又は一部が欠けていることをいうものであるところ、原判決自体はその理由の全部又は一部が欠けているとはいえないからである。

したがって、原判決に所論の指摘する判断の遺脱があることは、上告の理由としての理由不備に当たるとはならないから、論旨を直ちに採用することはできない。しかし、右判断の遺脱によって、原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるものというべきであるから（民訴法三二五条二項参照）、本件については、原判決を職権で破棄し、更に審理を尽くさせるために事件を原裁判所に差し戻すのが相当である。」

〔評釈〕

判旨の結論に賛成するが、理由の一部に反対する。

一 本判決は、判決主文の結論を導くのに必要な当事者の再抗弁の主張を摘示せず判断をしなかったという原審判決の手續違反につき、民訴法三二二条二項六号所定の絶対的

上告理由である理由不備には該当しないと判断したが、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反に該当するとし、民法三二五條二項を適用して原審判決を職権破棄した最高裁判決である。<sup>(1)</sup> 上告理由である理由不備の意義、及び再審事由である判断遺脱(民法三三八條一項九号)との関係については、旧民事訴訟法(平成八年法律第一〇九号による改正前の民事訴訟法。以下「旧法」という。)時代から議論がなされていたが、上告制度は現行民事訴訟法(以下「新法」という。)制定により大幅な改正がなされており、本判決は新法下での初めての最高裁判決である。

二一 新法の解釈に先立ち、旧法における絶対的上告理由である理由不備の意義、及び再審事由である判断遺脱との関係について、判例及び学説を整理することとする。

旧法の上告制度は、上告理由として、憲法違反又は判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反を規定するほか(旧法三九四條)、一定の重大な手続違反を絶対的上告理由として旧法三九五條一項に列挙し、それらは判決への影響の有無に関係なく常に上告理由になるものと規定していた。旧法三九五條一項六号は「判決ニ理由ヲ附セズ又ハ理由ニ齟齬アルコト」を規定しており、前段の事由は理由不備と呼ばれ、判決主文を導き出すための理由付けの全部又は一

部が欠けていることを指すものと解されていた。<sup>(2)</sup> また、後段の事由は理由齟齬と呼ばれ、判決主文を導き出すための理由付けが、その文脈に食違いがあるため、その記述もつては主文に示された結論に到達することができない場合を指すものと解されていた。<sup>(3)</sup> 一方、旧法四二〇條一項は再審事由を列挙しているが、同九号は「判決ニ影響ヲ及ホスヘキ重要ナル事項ニツキ判断ヲ遺脱シタルトキ」を規定している。この再審事由は判断遺脱と呼ばれ、当事者が主張した攻撃防御方法の判断、又は当事者が裁判所に職権調査事項の判断を促した場合に、その判断を判決理由中に記載せず、そのため判決の主文に影響がある場合を指すものと解されていた。<sup>(4)</sup>

旧法下の最高裁での民事破棄判決をみると、原判決に理由不備の違法がある旨を判示している例は数多い。判例上理由不備に該当するとされた事例は、単に理由の記述が欠落するものにとどまらず、主文が不明確な場合、請求原因が特定しない場合、主張を誤解している場合、要件事実の一部につき説示を欠き又は特別事情の説示を欠いた場合、判示の意味が不明な場合など多種多様の類型にわたっているが、<sup>(5)</sup> 当事者の主張を摘示せず、かつそれにつき何ら判断しないまま判決をしたという判断遺脱の事例は、理由不備

の代表的事案の一つとされていた。<sup>(6)</sup> また、旧法下の学説の多くも、判決本文が導かれたことを納得させるだけの理由が記載されていない場合を広く総括して理由不備に該たるとしていたことから、判決に影響を及ぼすような重要な事項について判断の遺脱は理由不備に該当するものと解していた。<sup>(7)</sup> このような旧法下の判例・多数説の解釈は、原判決に現実に記載された本文と理由との対比のみではなく、その基礎となるべき主張や証拠の一切をも考慮したうえで、正しい事実摘示、事実認定ないし法適用を行っていたならば本来記載されていたはずの理由の有無という観点から、理由不備を判断するものといえよう。

2 ただし、右の判例・多数説における理由不備の用法に対しては、主に実務家の間から疑問が提起されていた。その疑問とは、旧法下で理由不備を破棄理由に掲げていた判例には、絶対的上告理由である理由不備を真に破棄理由にするものと、「理由不備」の語が併記されているものの、実際には旧法三九四条に該当する他の法令違反を破棄理由にするものが混在していたと見るべきとの指摘である。<sup>(8)</sup> このように指摘する論者は、旧法下での最高裁の破棄判例には判決理由中に理由不備を掲げる事例が多いものの、理由不備のみが単独で破棄理由とされるものは少なく、審理

不尽、経験則違反、法令解釈の誤り、釈明義務違反などと依存的又は選択的に用いられる事例が大多数を占めていること、<sup>(9)</sup> 加えて、理由不備と他の法令違反事由とを併記して破棄した判決の理由を仔細に見ると、絶対的上告理由に該当するのであれば本来不要であるはずの、当該違法が判決に影響を及ぼすことが明らかである旨の認定がなされているものも数多いこと<sup>(10)</sup> をその論拠として説いていた。

旧法下での破棄理由の判示において右のような慣行が生じた理由は明らかではないが、推測するに、旧法では判決に影響を及ぼすことが明らかかな法令違反一般が上告理由とされていたことから(旧法三九四条)、法令違反が存在しそれが判決に影響を及ぼすべきものであれば、絶対的上告理由に該当するにせよ一般の上告理由に該当するにせよ結論として破棄されることは同じであったことから、破棄理由を厳格に特定する必要性に乏しかったものと考えられる。しかし、このような旧法下の判例の慣行が、上告理由書において他の法令違反事由を列挙したうえで理由不備をあたかも結語の如く併記する当事者の慣行とも相俟って、破棄理由を不明確にし、理由不備の概念を広汎で曖昧なものとしていたことは否定できず、理由不備の解釈・運用として妥当なものであったと言い難い。<sup>(12)</sup> このように、旧法下の

判例・多数説が理由不備に該当すると解していた事案について、新法制定前において既に見直しの必要が生じていたことには留意すべきである。

三 次に、新法の改正点、並びに新法における理由不備及び判断遺脱の解釈と両者の関係について述べる。新法においては、最高裁に対する上告理由は、憲法違反（新法三二二条一項）及び絶対的上告理由（同二項）に限定されており、これらは権利上告理由と呼ばれている。これら以外の法令違反については、上告審裁判所が高等裁判所であるときには、旧法と同じく判決に影響を及ぼすことが明らかとな法令違反があることを上告の理由とすることができるが（新法三二二条三項）、最高裁に対する関係では、「原判決に最高裁判所の判例と相反する判断がある事件」及び「法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」についてのみ上告受理申立権が認められ、最高裁がこれを決定で受理した場合に上告があったものとみなされる（新法三二八条一項）、いわゆる裁量上告制が採用された。加えて、最高裁が上告理由を調査している過程で、権利上告理由以外に「判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反」を発見したときは、職権で原判決を破棄することができる旨の規定が新設された（職権破棄、新法三二五条二

項）。上告制度の改正の目的は、最高裁が、負担過重の状態から解放され、本来の責務である憲法判断及び法令解釈の統一という責務を十全に果たすことができるよう、適正な範囲で最高裁への上告の理由を制限するという点にあるとされている<sup>(13)</sup>。また、新法の再審事由は旧法から変更はなく、新法三三八条一項が列挙しており、同九号が判断遺脱を規定している。

2 新法の絶対的上告理由は、法文上は旧法の列挙事由をほぼそのまま継承している。しかし、右に述べたとおり、新法の上告制度は、上告事件の大多数を扱う最高裁に対する関係で一般の法令違反を権利上告理由から除外していることから、旧法下のように、理由不備を他の法令違反事由と併存的又は選択的に用いることはもはや許されず、真に新法の絶対的上告理由とするに値する事案にのみ理由不備が適用されるよう厳格に解釈・適用される必要がある。すなわち、旧法下の判例・多数説のように広範で曖昧な理由不備概念を新法下でも用いると、実態は事実認定や実体法適用の誤りにすぎないような事例までも、権利上告理由である理由不備ありと主張されて最高裁に持ち込まれ、最高裁に対する上告理由を制限した新法の趣旨が没却されるおそれがある<sup>(14)</sup>。よって、新法では、上告制限の潜脱を許さな

い明確な基準で理由不備の有無を画すべきである。

そこで検討するに、旧法下の理由不備概念が広汎で曖昧になった原因は、二一において述べたように、旧法下の判例・多数説が、理由不備の判断を、本来なされるべき正しい判決に付されるべき理由が記載されていたか否かという基準により行っていた点にあると考えられる。仮に新法下でも同様の基準によった場合、その判断を行うためには、原判決の主文と理由の記載のみならず、その基礎となる事実認定や実体法適用の当否も粗上となることが避けられない。新法の理由不備の概念を、絶対的上告理由本来の趣旨である、重大な手続違反を対象とするものに純化するには、理由不備の判断を、原判決に現実に記載された主文と理由の対比のみによつて行い、それ以外の訴訟記録は調査の対象から除外すべきである。すなわち、原判決の主文と理由の記載との間に論理的不備や矛盾がある事例は理由不備や理由齟齬に該当するが、原判決書の記載上は論理的な不備や矛盾はないが、他の訴訟資料に照らせば本来なされるはずの正しい判決理由が欠けているというような場合は、理由不備や理由齟齬には該当しないものと解する<sup>(15)</sup>。

3 右の私見によれば、原判決が事実摘示を欠き判断もしていないという典型的な判断遺脱の事例は、原判決の主

文と理由とを対比して論理的な不備が存在しない限り、絶対的上告理由である理由不備には該当しないことになる<sup>(16)</sup>。しかし、先に述べたとおり、判決に影響を及ぼすべき重要な事項についての判断遺脱は、新法でも再審事由となつている(新法三三八条一項九号)。旧法下の通説は、絶対的上告理由として記載されていない再審事由を上告理由として主張し得ると解していたが、新法においても同様の解釈を採り得るとすれば、判断遺脱が理由不備に該当しないとしてもこれを上告理由として主張できることになるから、新法における再審事由と上告理由の関係について検討の必要がある。

この点、最高裁の負担軽減を目的とした上告制度改正の趣旨を徹底すべく、再審事由を権利上告理由として主張することは、新法ではもはや許されなくなったとする見解が有力に主張されている<sup>(18)</sup>。しかし、新法制定にあたり、絶対的上告理由と再審事由との従来の関係を見直すような議論はなされていなかったことや、新法にもかかる見直しを窺わせるような条項は見当たらず、かえって、再審の訴えは、当事者が上訴によつて再審事由を主張できなかった場合にのみ認められるとする再審の補充性の規定を旧法からほぼ変更なく残していることから(新法三三八条一項但書)、

新法においても、絶対的上告理由として記載されていない再審事由を権利上告理由として主張し得るものと解するの(19)が合理的である。また、実質的に見ても、当事者の適法な主張に対して裁判所が応答することは公正な裁判の基本であるところ、(20)裁判所がその専権に属する事実摘示に過誤を犯したにもかかわらず、上告によって是正をはかれないとすることは、当事者にとってはなほ酷なものというべきである。

よって、私見は、新法三三八条一項九号の再審事由に該当する判断遺脱は、明文規定はないが、解釈により上告理由として主張し得るものと解する。

四一 以下、右の私見に基づき本件判旨について検討する。まず、本件原審判決における手続違反は、抗弁を認定していながら、再抗弁の主張を事実摘示せずかつ判断を遺脱したというものであって、原審の判決の正文と理由の記載との対比上は、論理的な不備や矛盾は存在しないことになる。本判決は、絶対的上告理由としての理由不備を、「正文を導き出すための理由の全部又は一部が欠けていること」と定義しつつ、原審の判決が「その理由において論理的に完結している」として、理由不備には該当しない旨判断しており、私見と同様、原判決の正文と理由のみを対比して論

理的な不備・矛盾の有無を判断しているものと思われる。よって、私見は右の部分の判旨に賛成する。

2 本件判旨は、理由不備に該当するか否かの判断に続いて、右の判断遺脱が新法三二五条二項の判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反に該当すると判示して、原判決を職権で破棄している。職権破棄の規定の本来の趣旨は、上告理由が存在しない場合であっても、裁判所が事案の適正処理の見地から裁量的に原審判決を破棄できるものとした規定であって、上告理由が存在し原判決の破棄が基本的に求められる場合に適用すべき規定ではない。私見は、前述のとおり、絶対的上告理由として明文で列挙されていない再審事由も上告理由として主張し得ると解するため、再審事由である判断遺脱が存在した場合は、明文はないが権利上告理由が存在していることになる。そのような事例について、私見は、再審事由の類推適用により上告理由が存在する旨を端的に指摘したうえで、新法三二五条一項の類推適用によって原判決を必要的に破棄すべきものと解する。

本件判旨が、絶対的上告理由として記載されていない再審事由を上告理由として主張することを肯定するのか否かは明らかではないが、右私見からは、破棄の根拠条文に職

権放棄の規定を用いた点には反対である。<sup>(21)</sup>

五 今後、判断遺脱がある原判決について、上告審への不服申立は、いかなる手続によるべきか。本件判例が変更されない限りは、今後同様の判断遺脱の事例について、理由不備を上告理由として主張したとしても、適法な上告理由の記載がないものとして不適法却下されることとなる。<sup>(22)</sup>私見では、前述のとおり、判断遺脱も再審事由の類推適用により上告理由が存在するものとして上告提起によって主張し得るものと解するが、更に、判断遺脱を上告受理申立(新法三二八条一項)によって主張することが可能か否かについて検討する。

この点、上告受理は、最高裁の負担軽減のため権利上告理由を制限する一方で、法令解釈の統一を図るため、重要な法律問題について適切に判断できるようにした制度であるから、<sup>(23)</sup>上告受理の要件である「法令の解釈に関する重要な事項」は、一般的な法令の解釈に関する重要性を意味し、個別事案における重要性は含まれない概念と解すべきである。<sup>(24)</sup>しかるに、判断遺脱は法令違反に該当するが、当該事案の個別事象にすぎず法令解釈一般の問題ではないため、法令解釈に関する重要な事項とは認められない。よって、判断遺脱を上告受理申立により主張することはできないと

解する。<sup>(25)</sup>

六 最後に、本判決の射程について検討する。本判決は、新法の絶対的上告理由としての理由不備につき、原判決の理由の記載が論理的に完結している場合はこれに該当しないとの解釈を明確にした。よって、旧法下の判例で理由不備があると解されていた事案についても、今後は、本件判旨のように、原判決の正文と理由の記載の対比のみによって理由不備に該当するか否かが判断されることになるであろう。具体的には、実体法の解釈を誤っている場合や、当事者の主張を誤解して摘示するような場合には、判決自体は論理的に完結しているとして、理由不備には該当しないとされるであろう。一方、正文と理由の不一致のように、判決書の記載が論理的に完結しない場合は、絶対的上告理由たる理由不備があるものと認められよう。判断過程が不明確な場合や、証拠評価についての理由が不十分な場合などについては、どの程度理由中での説示が必要か絶対的な基準はないため、最小限の合理的理由が付されていれば、理由不備には該当しないとされるであろう。

また、新法においても、高裁への上告理由は旧法から変更されていないが、新法三一二条二項六号の理由不備の適用範囲については本判決に拘束され、今後は高裁に対する

関係でも、判断遺脱は同条三項の法令違反として主張すべきものと解する。

- (1) 本判例の評釈として、田邊誠・ジュリ一七九号平成一一年度重判解二二八頁(二〇〇〇)、高見進・判時一七〇九号二一五頁(判評四九七号三七頁、二〇〇〇)、生野考司「最高裁民事破棄判決の実情(1)平成一一年度」判時一七〇七号六一頁(二〇〇〇)、宇野聡・リマークス二一号一三四頁(二〇〇〇)がある。
- (2) 鈴木正裕Ⅱ鈴木重勝編・注釈民事訴訟法(8)二八三頁(吉井直昭執筆)(二九九八)
- (3) 鈴木ほか・前掲注(2)(吉井直昭)二九五頁
- (4) 菊井維大Ⅱ村松俊夫・民事訴訟法Ⅲ三八五頁(日本評論社、第二版全訂版、一九九一)
- (5) 本文での類型化は、鈴木ほか・前掲注(2)(吉井直昭)二九〇ないし二九五頁によった。他に類型化を行ったものとして、小山昇・民事訴訟法五七七頁(青林書院、五訂版、一九八九)、齋藤秀夫ほか編・注釈民事訴訟法(9)四八四頁(齋藤秀夫・奈良次郎執筆)(第一法規出版、第二版、一九九六)がある。
- (6) 判例として、錯誤による意思表示の表意者に重過失有りとの主張がなされているにもかかわらず、これを事実摘示せず判断を行なわなかった原判決を破棄した最判昭和三

七年一月二七日判時三二二号一七頁や、連帯保証契約締結の有無が争われた事案で、表見代理の仮定主張がなされていたのにこれを事実摘示せず判断を行なわなかった原判決を破棄した最判昭和四九年七月二二日金法七三一号三〇頁などがある。

- (7) 兼子一・条解民事訴訟法上九三六頁(弘文堂、一九七五)、新堂幸司・民事訴訟法五六五頁(弘文堂、第二版補正版、一九九〇)、小室直人Ⅱ賀集唱編・基本法コメントール民事訴訟法2二一六頁(日本評論社、第四版、一九九二)、齋藤ほか・前掲注(5)四八四頁(齋藤秀夫・奈良次郎)、三谷忠之「控訴理由×上告理由×再審理由」法教一一二号三七頁(一九九〇)。なお、これらの学説は、理由不備そのものの解釈として判断遺脱がこれに含まれるとするものであるが、同時に、旧法下の通説は、絶対的上告理由として記載されていない再審事由も上告理由として主張し得るものと解していた。この点につき注(17)参照。
- (8) 宇野栄一郎「上告審の実務処理上の諸問題」・実務民事訴訟法講座2三二三及び三二一五頁(日本評論社、一九八九)、鈴木ほか・前掲注(2)(吉井直昭)二八九頁、野山宏「最高裁民事破棄判決の実情(1)平成八年度」判時一五九八号一二頁(一九九七)、同「最高裁民事破棄判決の実情(1)平成九年度」判時一六三六号九頁(一九九八)、竹下守夫ほか編・別冊ジュリ研究会新民事訴訟法四〇二頁

〔鈴木正裕発言〕(有斐閣、一九九九)。

(9) これらに加えて、理由不備と理由齟齬を併記し、両者を明確に区別しない事例もしばしば見られる。この点につき、鈴木ほか・前掲注(2)(吉井直昭)二八三頁。

(10) 例えば、最判昭和三七年一月九日判時三一五号二〇頁は、組合契約又は類似の契約に基づく出資金の性質について判断しなかつた原判決に、判断遺脱、理由不備の違法があるとした事例であるが、当該違法が判決に影響する旨を述べたうえで破棄の理由としている。

(11) 鈴木ほか・前掲注(2)二八三頁(吉井直昭)は、破棄理由判示におけるこのような慣行は、破棄事由を曖昧にし、本来は単なる法令違反の事例に「理由不備」を付加することにより、判決への影響の厳密な検討を怠る結果を招来するとする。

(12) この点を指摘するものとして、坂井芳雄「民事上告理由の実態」民訴雑誌一〇号一六八頁(一九六三)。

(13) 法務省民事局参事官室編・一問一答新民事訴訟法三四二頁(商事法務研究会、一九九六)。

(14) 高見・前掲注(1)二一七頁、宇野・前掲注(1)一三六頁。

(15) 同旨、高見・前掲注(1)二一七頁。

(16) 反対説として、小室直人Ⅱ賀集唱編・基本法コメンタール新民事訴訟法三五四頁(上田徹一郎執筆)(日本評

論社、一九九八)は、再審事由である判断遺脱は絶対的の上告理由たる理由不備に該当するものとする。

(17) 兼子一・新修民事訴訟法体系四八三頁(酒井書店、増訂版、一九六五)、三ヶ月章・民事訴訟法五三八頁(弘文堂、一九六八)、小山・前掲注(5)五九四頁、斎藤秀夫・民事訴訟法概論六一三頁(有斐閣、新版、一九八二)、菊井Ⅱ村松・前掲注(4)二三九頁、小室直人「再審事由と上告理由」兼子還暦記念・裁判法の諸問題下一八二頁(有斐閣、一九七〇)、新堂・前掲注(7)民事訴訟法五六六頁、中野貞一郎ほか編・民事訴訟法講義六六三頁(林屋礼二執筆)(有斐閣、第三版、一九九五)。

(18) 上野泰男「上告—上告理由について」法教二〇八号三七頁(一九九八)、中野貞一郎ほか編・新民事訴訟法講義五一七頁(上野泰男執筆)(有斐閣、補訂版、二〇〇〇)、高見・前掲注(1)二一九頁。

(19) 石川明・小島武司・新民事訴訟法四〇〇頁(青林書院、補訂版、一九九七)、新堂幸司・新民事訴訟法七八二頁(弘文堂、一九九八)、伊藤眞・民事訴訟法六三〇頁(有斐閣、一九九八)、林屋礼二・新民事訴訟法概要四二一頁(有斐閣、二〇〇〇)。田邊・前掲注(1)一二九頁、河邊義典「最高裁判事破棄判決の実情(1)平成一〇年度」判時一六七八号二八頁(一九九九)。

(20) 高見・前掲注(1)二一七頁は、これを双方審尋主義

ないし審問請求権の内容と捉え、弁論主義よりも基本的な民事訴訟法の審理原則に対する違反とする（但し、同書は結論的に判断遺脱を上告理由として主張することを認めない立場をとる）。

(21) 田邊・前掲注(1) 一二九頁は、本判決が、判断遺脱が職権破棄事由に該当するとしながら原判決の結論変更の蓋然性を具体的に示していないのは、職権破棄の適用形式を借りて、実態は再審事由を絶対的上告理由として認めたものと解する余地もあるとしている。また、高見・前掲注(1) 二二八頁は、原審判決は、判断を遺脱した主張について実質的には既に判断しており、原審に差し戻したとしても結論は変わらず、判決結果に影響がないとして、職権破棄の結論を疑問視する。

(22) 同旨、高見・前掲注(1) 二二九頁、河邊・前掲注

(19) 二八頁、宇野・前掲注(1) 一三七頁。

(23) 法務省民事局参事官室・前掲注(13) 三四六頁。

(24) 三宅省三ほか編・新民事訴訟法体系第四卷・七五頁

(三宅省三執筆) (青林書院、一九九七)。

(25) 同旨、高見・前掲注(1) 二二八頁。反対説として、

三宅ほか・前掲注(24) 八五頁(田原睦夫執筆)は、上告審も限定的とはいえ事案の適正処理の任務を担っていることから、個別事案における救済の必要性を上告受理の理由からは完全に除外するべきではないとする。なお、竹下ほ

か・前掲注(8) 四二五頁(鈴木正裕)は、今後の運用では、上告受理理由としての法令違反が、旧法下の法令違反と同様に解される可能性が高いのではないかとの予想をしている。

工藤 敏隆