

## 〔民 集 未 登 載 最 高 裁 民 訴 事 例 研 究 一三二〕

非訟事件の裁判を行つた裁判所が同裁判の確定後にこれを職権により取り消し又は変更することができる場合

過料取消決定に対する抗告却下決定に対する許可抗告事件  
平成一六年一二月一六日最高裁第一小法廷決定（最高裁平一  
六年（許）第二〇号）（判例時報一八八四号四五頁、判例タ  
イムズ一七二号一三九頁）

### 〔事 実〕

A 株式会社（以下では「A社」と表示）の各取締役は平成  
一二年九月三〇日に、監査役は平成一三年九月三〇日にいづ  
れも退任したが、その旨の登記はしばらくの間なされなかつ  
た。退任の登記がなされたのは、A社の支店の所在地における  
登記の場合は平成一五年一〇月一五日であった。この間に  
登記がなされなかつたのは、前記の各退任によりA社では取  
締役及び監査役につき法定の員数が欠けたためであつた。新  
たな取締役及び監査役は平成一五年九月三〇日に選任され、  
前記の退任登記がなされた。

〔事 実〕  
A 株式会社（以下では「A社」と表示）の各取締役は平成  
一二年九月三〇日に、監査役は平成一三年九月三〇日にいづ  
れも退任したが、その旨の登記はしばらくの間なされなかつ  
た。退任の登記がなされたのは、A社の支店の所在地における  
登記の場合は平成一五年一〇月一五日であった。この間に  
登記がなされなかつたのは、前記の各退任によりA社では取  
締役及び監査役につき法定の員数が欠けたためであつた。新  
たな取締役及び監査役は平成一五年九月三〇日に選任され、  
前記の退任登記がなされた。

この通知を受けて広島地方裁判所は平成一六年三月四日に  
Bに対し、過料六万円に処する旨の非訟事件手続法（以下  
では「非訟法」と表示）二〇八条ノ二第一項に規定する過料  
の裁判を行つた（以下では「第一裁判」と表示）。その理由  
は、役員が法定の員数を欠くに至ったのに、Bは平成一五年  
九月三〇日までその選任手続を怠つたというものであつた。  
この裁判は確定したが、登記官の通知の内容である退任登記  
を怠つたという点については、裁判はなされなかつた。

ところがこれとは別にA社の本店の所在地を管轄する広島  
島法務局可部出張所の登記官は、平成一五年一〇月一七日付  
けで広島地方裁判所に対して、商業登記規則一二三条に基づ  
き次のような通知を行つた。「A社の代表取締役であるBは  
A社の支店の登記につき、商法四九八条一項一号に該当する  
役員の退任登記を怠り、法令に違反した」。

この通知を受けて広島地方裁判所は平成一六年三月四日に  
Bに対して、過料六万円に処する旨の非訟事件手続法（以下  
では「非訟法」と表示）二〇八条ノ二第一項に規定する過料  
の裁判を行つた（以下では「第一裁判」と表示）。その理由  
は、役員が法定の員数を欠くに至ったのに、Bは平成一五年  
九月三〇日までその選任手続を怠つたというものであつた。  
この裁判は確定したが、登記官の通知の内容である退任登記  
を怠つたという点については、裁判はなされなかつた。

法務局の登記官は、平成一五年一〇月三〇日付けて、広島地方裁判所に對して商業登記規則一二三条に基づき、「A社につき、Bに商法四九八条一項一八号に該当する取締役及び監査役の各選任を怠つたとの違反事項がある」旨の通知をした。

この通知を受けて広島地方裁判所は平成一六年三月二四日に、第一裁判が確定しているにもかかわらずその存在を看過し、Bに対して第一裁判と同一の事由により、過料六万円に処する旨の非訟法二〇八条ノ二第一項に規定する過料の裁判を行つた（以下では「第二裁判」と表示）。

その後広島地方裁判所は過料の裁判が二重に行われたことを知り、第一裁判の異議申立期間が経過した後である平成一六年四月一三日に、非訟法一九条一項を適用して第二裁判を取り消す旨の決定をした。これが本件の原々審の判断である。この決定は平成一六年四月一三日に検察官に通知され、検察官は同月二六日に抗告をした。その理由は判例掲載誌の解説によれば、「形式的に確定した略式裁判を法一九条一項によって取り消すことはできないなどというものであつた」（前掲・判時四六頁、判タ一三九頁）。

この抗告に対しても、広島高等裁判所は次のような理由で抗告を却下した。これが本件の原審の判断である。原々決定は過料の裁判を取り消した裁判であるから、非訟法二〇七条三項の過料の裁判に当たるものであり、これに対しては即時抗告をすることができるとするのが法の趣旨と解される。そう

すると原々決定に対する抗告は即時抗告によるべきものであるところ、本件の原々決定に対する抗告は、即時抗告期間経過後にされた不適法なものである。

これに対して検察官は次のような理由で、許可抗告の申立てを行つた。第二裁判は非訟法二〇七条による過料の裁判ではなく、同法二〇八条ノ二による略式裁判であるから、即時抗告は認められない。そして大審院の判例（大決昭七・四・一九民集一一卷七五六頁）は、同法一九条一項によつて取り消された決定が通常抗告による場合は通常抗告の対象になるとしているから、原審の判断はこの判例に反する。また原審の判断は同法二〇条の解釈に関する重要な事項を含むものである。

最高裁は次のような理由で原決定を破棄し、原々決定に対する抗告を棄却した。なお左記の判旨について、若干の説明をしておく。第一は、左記の判旨は決定理由の全文ではない。引用に際して決定理由の中の一と二の全文、三の冒頭の部分、五の最後の一文章は省略した。一は事実の経過を、二は原審の決定の内容を、三の冒頭は原審決定を是認しないとの結論を、五の最後の一文章は裁判官全員一致の判断であることを、それぞれ述べたものである。第二は、判旨において述べられている法とは、非訟事件手続法のことである（最高裁はこのような断りを決定理由の一において述べている）。第三は、丸中数字は筆者が付したもので、決定理由にはない。これは

④を除いて、原文の段落ごとに付したものである。つまり原文では③と④の間には段落はない。

### 〔判旨〕

「① 原々決定は、法一九条一項の規定に基づく取消しの裁判であつて、法二〇七条三項に規定する過料の裁判に当たるものではないところ、法一九条一項所定の非訟事件の裁判を取り消す裁判について、抗告を禁ずるとの規定がなく、かつ、即時抗告によるとする規定もない以上、同裁判に対しても通常抗告をすることができるものと解するのが相当である（法二〇一条一項）。したがつて、原審の上記判断には、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。」

四 更に進んで、原々審の判断の当否について検討する。

② 即時抗告に服する非訟事件の裁判は、法一九条一項の規定による取消し及び変更をすることができないこと（同条三項）、通常抗告に服する非訟事件の裁判についても、抗告により上級審の判断がされた場合には、同条一項による取消し及び変更の余地がないことに照らして、非訟事件の裁判が確定したときには、同項による取消し及び変更をすることができないものと解するのが相当である。

③ しかしながら、非訟事件の裁判は、法律上の実体的権利義務の存否を終局的に確定する民事訴訟事件の裁判とは異なり、裁判所が実体的権利義務の存在を前提として合目的な裁

量によってその具体的な内容を定めたり、私法秩序の安定を期して秩序罰たる過料の制裁を科するなどの民事上の後見的な作用を行うものである（最高裁昭和三六年（ク）第四一九号同四〇年六月三〇日大法廷決定・民集一九巻四号一〇八九頁、最高裁昭和三七年（ク）第二四三号同四〇年六月三〇日大法廷決定・民集一九巻四号一一一四頁、最高裁昭和三七年（ク）第六四号同四一年二二月二七日大法廷決定・民集二〇巻一〇号二三七九頁参照）。

④ このような非訟事件の裁判の本質に照らすと、裁判の當時存在し、これが裁判所に認識されていたならば当該裁判がされなかつたであろうと認められる事情の存在が、裁判の確定後に判明し、かつ、当該裁判が不当であつてこれを維持することは著しく正義に反することが明らかな場合には、当該裁判を行つた裁判所は、職権により同裁判を取り消し又は変更することができるものと解すべきである。

⑤ 本件においては、前記一のとおり、確定した法二〇八条ノ二に規定する過料の裁判である本件第一裁判が存在したにもかかわらず、その存在が看過され、同一事由について本件第二裁判がされたものであるから、本件第二裁判は不當であつてこれを維持することが著しく正義に反する事が明らかである。本件第二裁判を取り消すことができるものというべきである。したがつて、職権により本件第二裁判を取り消した原々決定は、結論において是認することができる。

(6) 五以上によれば、原々決定に対する抗告を却下した原決定は破棄を免れない。論旨はこの趣旨をいうものとして理由がある。そして、前記説示によれば、本件第二裁判を取り消した原々決定は相当であるから、これに対する抗告人の抗告を棄却することとする。」

### 〔評 稹〕

#### 一 はじめに—決定要旨、私見の結論、法の改正等について

本決定の判示事項は本研究の表題に示したが、これは最高裁判のホームページの本決定の紹介で使用されたものである。これに対して判例掲載誌（本研究の表題に記載）では表題を二つに分けている。「一 非訟事件手続法一九条一項所定の非訟事件の裁判を取り消す裁判に対する抗告」と、「二 同一事由について重複して非訟事件手続法二〇八条ノ二に規定する過料の裁判を行った裁判所による確定後の同裁判の職権による取消しの許否」である。これは①の判断を「一」という表題に、④⑤の判断を「二」という表題にまとめたものである。

そして判例掲載誌の判例タイムズは決定要旨として、次のように紹介している。一については、「非訟事件手続法

一九条一項所定の非訟事件の裁判を取り消す裁判に対しても、即時抗告をすることはできず、通常抗告をすることができる。つまり、これが①の要約ということである。二については、「過料の確定裁判の存在を看過して同一事由について重複して非訟事件手続法二〇八条ノ二に規定する過料の裁判をした場合には、同裁判を行った裁判所は、職権により確定後の同裁判を取り消すことができる。」これは④⑤の要約である。

このような裁判所の見解に対しても、私見は、判示事項の一（①）については賛成であるが、二（④⑤）については疑問があるというものである。以下、一、二について順次考察していく。なお一・二に直接関係しない他の判断（②③⑥）については、一部（②⑥）についてだけ検討する。すなわち②については①と密接な関係があるので、一において考察する。⑥については二と関係があるので、二において考察する。したがって一・二に関係しない③については、本研究では考察の対象とはしない。その理由は、次の通りである。確かに、本決定は③においては従来の判例を引用して詳しく述べているが、非訟事件の本質論自体は大いに議論があるとはいえるが、本決定が述べている非訟事件手続の特色については、現時点で議論があると思えないからであ

る。

ところで、非訟法の改正に注意する必要がある。本件でたびたび登場する過料の手続に関する規定は、最近の法の改正により廃止されたからである。しかし、本件に限つていえば、改正されたのは単に条数の変更であり、改正によつて当該条文（旧法）が有していた法の内容が変更したものではない。したがつて、本決定も本研究も現行法においては、法文の条数の変更に注意すれば、そのまま通用する。<sup>(1)</sup>なお本件で問題になる非訟法の総則の規定については、改正はない。

## 二 非訟法一九条一項に基づく取消し・変更の裁判に対する抗告（①）

この問題に関しては、従来ほとんど議論されることはないが、直接関係する判例も見当たらない。つまり、本件によってこの問題が初めて提起されたということである。そこでこの問題についての裁判所の問題解決策を分析し、その当否を考えることにする。この方法は問題について最初から白紙の状態で考えるので、はるかに効率的な考査方法であるからである。そもそも判例研究とは、未知の問題に遭遇した場合、その解決のために苦労した裁判所

の業績を利用して法理論を開拓させて法律学を発展させようとするものである。そのことを想起するならば、このような考査方法は当然のことかもしれない。

このようなことから本件における裁判所の見解を見てみると、最高裁は原決定を破棄している。これは、最高裁の見解と原審の見解とは対立していることを意味する。すなわち、最高裁は通常抗告を説き、原審は即時抗告を説いている。そして原審は、本件裁判は「非訟法二〇七条三項に規定する過料の裁判に当たる」と述べているのに対して、最高裁はそれを否定して、本件裁判は非訟法一九条一項の裁判であると説いている。<sup>(3)</sup> このような対立状況であるが、対立の原因を考えてみると、上訴の種類を決める場合、原審は取り消された原裁判を基準とすべしとの見解と見るとができる（本稿では、仮に「原裁判説」と表記する）。これに対しても最高裁は取消し・変更の裁判が基準であると説いている（本稿では仮に「取消し裁判説」と表記する）。つまり、本問題は原裁判説と取消し裁判説との対立と把握することができる。

なお本件は従来全く議論されたことがない問題であるから、最初の解答を行う裁判所としては、あらゆる可能性を考慮したうえで結論を出したと推測される。すなわち、こ

の問題についてはこれらの裁判所の見解で尽きるのであり、現時点ではこれらの見解以外に新たな見解は考えられない。

さて最高裁の取消し裁判説はその理由を説いているが、原裁判説は理由を説いていないので、先ず原裁判説の根拠を考えることにする。

### 一 原裁判説について

原審の原裁判説の根拠は、注釈書の記述にあると推測する。現在、非訟事件手続法に関する最も新しい注釈書は、伊東乾・三井哲夫編『注解非訟事件手続法〔借地非訟事件手続規則〕〔改訂〕』（青林書院、一九九五年〔平七〕）であるから、この注釈書の記述に原審が影響を受けたのではないかと思う。<sup>(4)</sup> 注釈書は「一九条一項の規定によつて取消変更をした裁判に対しても、不服申立が禁止されていなければ、抗告（原裁判に対しても抗告又は通常抗告）をすることができる」と説いている。<sup>(5)</sup> 正に原裁判説である。

そこでこの記述の根拠を検討してみたが、原裁判説の根拠は必ずしも明確ではない。この説の根拠として、注釈書において引用された判例が考えられる。しかし、引用された判例は原裁判説を述べていない。大審院昭和七年四月一九日決定民集一一巻七五六頁は、原審（横浜地裁）が抗告を不適法却下したことに対して、原決定を取り消して事件を原審に差戻した事件である。<sup>(6)</sup> 決定要旨は、「裁判所カ未成年者ノ後見監督人ノ申請ニヨリ親族会ノ補欠員選定ノ決定ヲ為シタル後之ヲ取消シテ右申請却下ノ決定ヲ為シタル場合ニハ後見監督人ハニ対シテ抗告ヲ為シ得ルモノトス」（七五六頁）というものである。その理由についてこの判例は、「申請ヲ却下シタル決定ニ対シテハ非訟事件手続法第二十条ニ依リ抗告ヲ為シ得ルモノト云ハサルヘカラス従テ裁判所カ一旦右申請ヲ許容シ補欠員ノ選定ヲ為シタル後同法第十九条第一項ニ依リ更ニ之ヲ取消シテ右申請ヲ却下シタル場合ト雖抗告人ハ此ノ却下決定ニ対シ抗告ヲ為シ得ヘキヤ論ヲ俟タス」（七五九頁）と述べている。すなわち、どの箇所にも「原裁判に対しても抗告又は通常抗告」という趣旨のことは述べられていない。要するに、この判例は一九条一項の取消し・変更の裁判に対しても抗告ができるという意味で理解すべきであつて、この判例から原裁判説とも取消し裁判説とも読み取ること

はできない。<sup>(7)</sup> しかも、抗告理由によれば事案の原裁判は通常抗告が許される場合であり、それが正しいのであれば、<sup>(8)</sup> いざれの説を採つても通常抗告であり、本問題を解決するのに適した事例ではない。かくして注釈書の原裁判説は根拠を述べていないといわざるをえない。

そこで実質的な根拠を考えなければならぬが、原裁判説は非訟法における事件の多様性を考慮する説ということができる。法は事件に応じてそれぞれ上訴の方法を規定しているが、取消し・変更の裁判は原裁判の当否を判断するものであり、それは原裁判が行う裁判と異なる。そうであるならば、取消し・変更の裁判は原裁判と同じ上訴方法として扱うのが裁判の内容からして妥当であり、合理的であると考える説である。したがつて、この説の帰結として原裁判が即时抗告に服するのであれば、取消し・変更の裁判も即时抗告に服することになる。この点で、事件の種類に関係なく、すべて通常抗告であるとする取消し裁判説と異なる。換言すれば、両説の対立は取消し・変更の裁判で即时抗告を認めるか否かということになる。

しかし、非訟法一九条一項による裁判の取消し・変更の場合は、同条三項に注目する必要がある。非訟法一九条三項は「即时抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ハ之

ヲ取消シ又ハ変更スルコトヲ得ス」として、原裁判に対して即时抗告がでける場合は、非訟法一九条一項の取消し・変更の裁判ができないことを規定している。換言すれば、非訟法一九条一項によつて取消し・変更の裁判がなされた場合は、原則として原裁判に対する抗告は即时抗告ではない場合に限られる。そうであるならば、原裁判説においても、原則として抗告は通常抗告ということになり、取消し裁判説と違ひがない。したがつて、原裁判説を説いた注釈書の説明には疑問がある。注釈書は「抗告（原裁判に対ししてすることができる即时抗告又は通常抗告）をすることができる」（三井・前掲注（2）一一三頁）と説明しているからである。

このように考えると、取消し・変更の裁判の二重的性格、すなわち取消し・変更の裁判とそれによって招来された法的効果を有する裁判という二重的性格の、後者の性格を強調して原裁判説を採る必要はない。もつとも理論的には取消し・変更の裁判の二重的性格からすると、いづれかの説が誤りであるとは断定できないから、結局のところ、取消し裁判説と原裁判説はどちらが実務で使い易いかということになる。本件において原裁判について原決定と抗告理由が対立したことを考えても、原裁判を考える必要がないだ

け、取消し裁判説の方が単純で明快である。ところで最高裁は、「原々決定は、法一九条一項の規定に基づく取消し裁判であつて、法二〇七条三項に規定する過料の裁判に當たるものではない」として、特に理由を述べることなく原決定の判断を一蹴しているが、あるいは最高裁はこの非訟法一九条三項を考慮したのではないかとも思う。

## 2 取消し裁判説について

最高裁は前述のように取消し裁判説に立つて、本件での裁判が非訟法一九条一項の裁判であることを強調している。そして抗告を禁じる規定がないこと、即時抗告によるとの規定がないこと等を挙げて、非訟法二〇一条一項を根拠に通常抗告が認められることを説いている。これは法文に根拠を置いた明快な見解であるし、法文に忠実な見解である。そして原裁判説が1で述べたように根拠が十分でなく、また問題を有している以上、取消し裁判説で処理すべきであるということになる。このような考察から、最高裁の本決定に賛成である。

しかし、本件の具体的な案件からこの問題を考えるならば、最高裁が取消し裁判説であるということに問題がないわけではない。なぜならば、最高裁は本件は非訟法一九条一項によって取消し・変更ができる場合ではないと断じて

いるからである(②)。そのうえで、最高裁は本件において取消しの裁判が許されるのは非訟法一九条一項に基づくのではなく、非訟事件の裁判の本質(③)に照らして許されるとしている(④)。

このことから明らかなことは、第一に、本件判例掲載誌の解説が指摘しているように(前掲・判時四六頁、判タ一三九頁)、最高裁は本件の場合の抗告の種類については何も述べていないということである。第二に、非訟法一九条一項の裁判に対する抗告について述べている部分は事件とは直接関係のない、いわゆる傍論ということである。本決定が非訟法の解釈において重要な問題について判断をしているにもかかわらず、民集に登載されなかつたのはこのためではないかと推測している。

もつとも、本件では裁判所(原々審)は非訟法一九条一項に基づいて裁判したのであるから、たとえそれが許されない裁判であつても、それに対する上訴審は、上訴との関係では非訟法一九条一項の裁判がなされたとして扱うべきである。もしそうでないと、上訴の方法を簡単に決めることができなくなるからである。そもそも非訟法が非訟法の抗告に関して準用している民訴法は、異式の裁判に対する対応方法として抗告を認めているが(民訴法三二八条二

項)、それは裁判がなされた形式を基準とするということと他ならない。実際の事件での対応を考えると、このように形式的・画一的に決める必要がある。

### 三 非訟事件の裁判の本質による取消しの裁判に対する抗告

本件について最高裁は非訟法一九条一項による裁判の取消し・変更の裁判が許される場合ではないが(②)、非訟事件の裁判の本質(③)に照らして裁判の取消し・変更が許される場合であるとしている(④)。そうであるならば、その裁判に対する異議申立て方法が問題になる。これについては最高裁は述べていないが(二の2)、改めて原裁判説か取消し裁判説かが問題になる。非訟法一九条一項の取消し・変更の裁判の場合であれば同条三項が問題になるが、そうでないのであるから同条三項は適用されない。このことをどのように考えるかということである。先ず取消し裁判説が考えられる。非訟法一九条一項の取消し・変更の裁判は原則規定であるから、その場合の上訴方法が取消し裁判説であるならば、この場合も取消し裁判説であるとする見解である。次に原裁判説が考えられる。非訟法一九条三項が適用されないから、即時抗告に服する裁判も取消し・

変更が許されることになるが、同条三項の趣旨、すなわち即時抗告に服する裁判は取消し・変更是認めず、迅速な確定がなされることは生かされるべきであり、原裁判が即時抗告に服するのであれば、取消しの裁判も迅速な確定が求められるべきであるという説である。

#### 一 原裁判説の支持

私見は、ここでは原裁判説を支持したい。理由は第一に、非訟法一九条三項の趣旨を考えるからである。この規定は取消し・変更の裁判よりも、事件の迅速な処理を優先すべきことを明らかにした規定である。すなわち、非訟法の目的からすれば、非訟法一九条一項に制限を設けるべきではないが、しかし、即時抗告に服する裁判は迅速に確定することを期待している。そこで同条三項は事件の迅速な処理を期待して、同条一項の取消し・変更の裁判を許さないと規定したものである。取消し・変更の裁判についての原則的な規定が非訟法一九条一項であるならば、同条項が適用されない取消し・変更の裁判においても、即時抗告に服する裁判の迅速的な確定の要請は生かされるべきである。

このような見解に対して、非訟法一九条一項の裁判の場合と区別する合理性はなく、非訟法一九条一項の場合と同様に通常抗告によるべきであるという反論があるかもしだれ

ない。しかし、非訟法一九条一項の裁判の場合は、三項によつて即時抗告が認められる裁判は事前に除外されていて確定しているから、即時抗告を認める必要はないが、そうでない場合は除外されていないから、同様に扱うことはできない。

第二に、非訟法における事件の多様性を考慮すると、事件に応じて法が規定している原裁判の上訴の方で処理するのが合理的であるからである。事件の種類に応じて個々に上訴の方法が定められているのであるから、それに応じて対応すべきであつて、取消し裁判説のように一律に通常抗告と考へるべきでない。そうであるならば、原裁判説ということになる。

第三に、原裁判説によれば通常抗告でなく即時抗告となる場合があることを認めることになるが、それは当事者にとって有利なことであるからである。これに対して、上訴の方法が即時抗告による場合は、当事者としては早急な対応が求められるから、当事者にとっては負担であるし、手続保障として十分でないとの批判があるかもしれない。しかし、原裁判の取消し・変更の裁判とは、不当な状況を除去して適切な状況を創設することであるから、即時抗告によつてそのようなことが迅速に処理されることは、当事者

にとつても望むところである。

## 2 裁判例と原裁判説との関係

ところで二の1で紹介した注釈書は原裁判説を述べた後に続けて、次のように付言している。「ただし、遺言執行者を選任する審判（不服申立てをすることは許されない）を、家事審判法七条、非訟法一九条の規定を適用して取り消した審判に対して、これを家事審判規則一二六条一項にいわゆる遺言執行者の解任の審判と同視すべきものとして、即時抗告を認めた裁判例がある（名古屋高金沢支決昭三九・四・一四高民集一七巻一八七頁）」。

ここでわざわざ「ただし」と断つて述べていることを考へると、この裁判例は原裁判説では説明しづらいという意味であろう。問題はこの裁判例をどのように評価すべきかということである。判例掲載誌の解説は、裁判所の結論は妥当であると評価しているからである（判例タイムズ一六四号一〇六頁）。ところが取消し裁判説によれば通常抗告であるし、原裁判説によれば上訴はできないことになつて、いずれにしても、裁判所がこの案件において即時抗告を認めたことと調和しない。取消し・変更の裁判に対して不服申立てができるとの原裁判説の帰結は妥当性を欠くが、それは原裁判を遺言執行者選任の審判と考へるからである。

遺言執行者の選任に関して異議申立てを認めないとするというのではなく、遺言執行者を裁判所の裁量によって決めるべきことを考へると、合理性はある。しかし、この裁判例の場合は、そのまま適用するのは問題である。なぜならば、取消しによって新たに遺言執行者を決めたのではなく、取消しは単に従前の遺言執行者の排斥であるからである。この裁判例が述べているように、正に解任と同じである。つまり、この裁判例は取消し裁判の効果の実質を考慮したものであり、その点で原裁判説と矛盾するものではない。多様な取消しの裁判に対して、適切に対応すべきであるということであつて、取消し裁判説のように一律に非訟法一九条の取消しを考えるのでは妥当性を欠く。このように考へるならば、原裁判説と前記裁判例とは矛盾することなく調和する。

#### 四 非訟事件の裁判の取消し・変更の裁判（②～④）について

二重裁判が生じた原因の探求や再発防止策の検討の問題は興味ある事柄ではあるが、ここでは二重裁判の解消の方針について考へることにする。本件に即してより具体的にいうならば、非訟法二〇八条ノ二に規定する過料の裁判が重複してなされた場合、後になされた裁判をいかにして取

り消して二重裁判を解消させるかという問題である。後になされた裁判を取り消すという点については異論がないと思うので、論点はその場合の方法であり、取消しの裁判を正当化するための法的な根拠である。

ところでこの問題について、原々審は非訟法一九条一項を根拠にしたのに対し、最高裁はこれを認めず（②）、非訟事件の裁判の本質に照らして、一定の要件のもとに取消しが認められるべきであるとの判断を示した（③④）。そこで以下では、原々審の見解には「非訟法一九条説」、最高裁の見解には「裁判本質説」という略称を付して、それぞれの見解の当否を検討する（1と2）。さらに、民訴法の再審手続による方法についても考察する（3）。

確かに本件の裁判の経過において、再審手続については全く考慮されていない。また非訟事件の裁判手続において、民訴法が準用できるのかは議論のあるところである。しかし、確定した裁判の取消しという点では、民訴法の再審制度は精緻な手続であるし、非訟法においても民訴法の再審手続については利用できるとする説が有力であるから<sup>(9)</sup>、本件の場合に再審手続が利用できるか否か、利用できるとした場合のその当否についても検討する必要がある。これが本稿で再審について考察する理由である。なお本決定の判

断が判例としての機能を有するかについては、六の1で検討する。

#### 一 非訟法一九条説について

この説は非訟法一九条一項で裁判の取消し・変更ができるとする説であるが、同条三項の制約を無視している点が問題である。本決定が述べるように(②)、三項は即時抗告に服する裁判の場合には裁判の取消し・変更是できないと規定しているので、本件にこの説を適用する場合は、三項以外に取消しの裁判の制約はないとの論証が必要である。しかし、この論証は次のような理由から無理である。

第一に、非訟法において規定されていなくとも、審級制度の制約は認めざるをえない。すなわち、通常抗告に服する裁判においても上級審の判断がされた場合は、非訟法一九条一項は適用できないと考える。なぜならば民訴法の規定であるが、確定判決の取消し手続である再審手続においては、「控訴審において事件につき本案判決をしたときは、第一審の判決に対して再審の訴えを提起することができない」(三三八条三項)とされているからである。これは民訴法だけの事柄ではなく、民事手続法の一般的な原則として理解すべきであるし、非訟法における裁判の取消し手続においても、この趣旨は生かされるべきと考えるからであ

る。

第二に、審級の制約を認めるならば、裁判が形式的に確定した場合も制約として考えるべきである。裁判が形式的に確定する場合とは、上級審の判断が示される場合と、上訴しない場合が考えられる。両者の違いは前者は上級審の判断に服することであり、後者は一審の判断に服することである。一定の期間後に裁判所の判断に服する点では、両者は同じである。そうであるならば、殊更、両者を区別する必要はない。前者に非訟法一九条一項の適用がないのであれば、後者も同様に扱うべきである。

第三に、即時抗告に服する裁判と裁判が形式的に確定した場合とを区別して、前者は取消し・変更が許されないが、後者は許されるとするのは合理性を欠く。即時抗告に服する裁判が非訟法一九条三項によつて、その取消し・変更の裁判が許されないとされているのは、迅速な解決を優先したものである<sup>(10)</sup>。裁判が形式的に確定する場合も、一定の期間経過後に一定の判断を確定させることから、同様に解することができる。その限りでは即時抗告の場合と同じであり、両者の違いは確定までの期間の長短にすぎない。このような考察から、本決定の非訟法一九条説に対する批判(②)を支持する。さらに次の理由から、非訟法一九

条説に賛成できない。もし裁判の確定後にも、条文に適用されないことを理由に非訟法一九条一項を適用して裁判の取消しと変更を認めるとなると、非訟法一九条の適用に歯止めがきかなくなり、裁判所が安易に取消し・変更の裁判をするおそれがある。確かに不適切な裁判の取消しと、適切な裁判への変更はすみやかになされなければならぬが、安易な取消し・変更の裁判は当初の裁判の意味を軽くするものであり、司法制度の在り方として決して望ましいものではない。当事者においても常に取消し・変更の裁判を期待しているとは限らないであろう。しかし、他方、非訟法の場合、裁判確定後の状況の変化に応じた裁判の取消し・変更の必要性は否定することはできない。そうであるならば、一定の要件のもとで裁判の取消し・変更を認めることになろう。その場合は原則否定で、例外的な場合に認めるとした方が認める要件が明確になり、裁判所の職権の行使を制約することができる。反対に原則は裁判所の自由で、例外的に認められない場合を規定するという方法では、裁判所を制約することは十分にできない。もっともこのような考え方に対しては、非訟法においては裁判所の裁量権は広いから、それを制約しようとすること自体が問題であるとする批判があろう。しかし、そうであるから

こそ、規制する必要があると考える。なぜならば、非訟法における裁判所の裁量の自由を強調して法の規制を不要とするならば、法による手続を経ることによって裁判の正当性を担保するという手続法の大原則を否定することになりかねないからである。

## 2 裁判本質説について

本決定(④)は「職権により……裁判を取り消し又は変更することができる」ための要件として、(a)「裁判の当時存在し、これが裁判所に認識されていたならば当該裁判がされなかつたであろうと認められる事情の存在が、裁判の確定後に判明し」た場合と(以下ではこの要件を(a)と表記する)、(b)「当該裁判が不当であつてこれを維持することが著しく正義に反することが明らかな場合」を挙げている(以下ではこの要件を(b)と表記する)。非訟法に規定がないとも、非訟事件の裁判の本質に照らして、職権により裁判を取り消し又は変更することができることは、非訟事件の裁判では事件の適切な処理という合目的的な裁量が求められることを考えれば、妥当なことである。しかも、このことは通説も認めているのであるから、この点は特に問題にすることはない。問題はそのための要件であり、(a)と(b)の要件が必要かということである。なぜならば、次のような

疑問があるからである。

第一に、(a)と(b)の両方が必要なのかという点である。事件の適切な処理という合目的的な裁量が求められる非訟事件の裁判においては、裁判の基礎となつた事情に変更が生じた場合には、非訟法の規定の有無に関係なく当該裁判を変更する必要があり、このことは既述のごとく一般に認められていることである。そしてこの立場をさらに一步進め、裁判後的事情の変更と(a)とは、「職権主義を探る手続上は同価値である」から、(a)のような場合にも、裁判の取消し・変更を認めるべきとする見解がある。<sup>(12)</sup>これは非訟法の裁判の特質を考えると十分に理解できる見解である。そうであるならば、本件も(a)だけでも要件としては十分ではないかという疑問が生じる。しかも、(b)は非訟事件の裁判の特有の問題ではなく、裁判一般に通用する事柄である。すなわち、(b)については非訟事件の裁判の本質とは関係ないのではないかということである。そうであるならば、(b)を付加したことは、非訟事件の裁判の本質の要請だけでは裁判の取消し・変更を認めないとすることであり、裁判の取消し・変更を非訟事件の裁判の本質の要請から認めていこうとする前提(③)と調和しないように思える。

そもそも反対に(b)だけでは不十分で、(a)が必要というの

も理解しにくい。要するに、(a)と(b)とは立脚している原理が異なるから、それを無視して両者を一体として共に要件とすることは、裁判の取消し・変更の裁判の要件を不明瞭にするといわざるをえない。それではなぜ本決定は(b)を(a)にえたのだろうか。それは(a)だけ認めるに躊躇いがあつたからであると推測する。通説は事情の変更に基づく裁判の取消し・変更は認めるが、従来あまり議論がなされてないから、通説が(a)を認めるかについては不明である。(a)はあくまでも一つの有力説にすぎないし、批判もある。そこで(a)を肯定すると、裁判の取消し・変更の範囲が広すぎるとは覺悟しなければならないし、その点での批判を受けける可能性は大きい。それで本決定は(a)で広げた事情変更を理由にした裁判の取消し・変更の範囲を、(b)の制約を加えるという手法で、バランスを採ったのではないかと思う。<sup>(13)</sup>

とだけに、この要件の存在が実際には認められる事例は少ないようと思うからである。そうであるならば、この要件のために取消し・変更の裁判は、合目的的に行うことはできないことになる。

また(b)は抽象的すぎるとして、より具体的な内容を探求するならば、民訴法の再審事由との差異を考える必要がある。民訴法において(b)を具体化したものが、再審手続の再審事由ではないかと思うからである。したがって、もし(b)を具体化したものと再審事由とが大差ないのであれば、本件のような場合は新たに(a)と(b)という要件を設定した裁判本質説を構築して処理するよりも、民訴法の再審手続を利用してるべきである。手続としても要件としても簡明である、しかも再審についての従前の判例・学説の蓄積が利用できるから効率的である。

### がでける。

このように考えると、裁判本質説においては裁判の取消し・変更のための要件である(a)と(b)に問題があると言わざるをえない。このことはこの説の決定的な欠陥ではないにしても、裁判の取消し・変更のための根拠が十分でないということである。となると再審説を検討して、それとの比較で裁判本質説を評価する必要がある。もつとも本件では、再審説は裁判所や当事者によって全く考慮されなかつた。

ということは、再審説には問題が多いということかもしれない。

### 3 再審説について

裁判本質説が要件として(b)を挙げたということは、あるいは民訴法の再審を意識したものと思われる。そうであるならば、非訟法の裁判であつても民訴法の再審の手続で処理した方が、2の最後で述べたように合理的である。しかも、法に規定がない場合は、類似した制度を類推して妥当な解決を計ることが法解釈の常道であり、王道である。したがって、このようなことだけで再審説を見ると、非訟法一九条説や裁判本質説よりも妥当な見解ということができる。

しかし、この説が従来多くの支持を得られなかつたのは、再審説には次のような問題があるからである。第一に、再審制度を拡張的に用いることが適切なのか。第二に、民事訴訟と非訟事件手続とは峻別されなければならないから、非訟法において民訴法の再審制度を利用することができるか。第三に、再審で非訟法の裁判の取消し・変更の問題は全部カバーできるのか。なお再審説の場合、準用される具体的な再審事由が問題になるが、これは五で検討する。

結論を先に言えば、私見は再審説を基本的に支持する。

これらの問題点は決定的な批判にならないし、そもそも解消することができると考えるからである。第一の再審制度の拡張的な利用であるが、肯定すべきである。最近では肯定的な見解が有力であり、拡張的な利用だからといって、直ちに重大な問題が発生するものではない。そもそも裁判の法的安定性を強調して再審を厳格に運用すべきであるということでは、その事件の解決にとって妥当性を欠くから適当ではないし、厳格に運用しないからといって既判力の制度や法秩序が直ちに崩壊するとは思えない。すなわち再審を広く拡張的に利用したとしても、混乱や不都合が生じることはない。<sup>(14)</sup> まして本件のように非訟法における確定した裁判の取消しの問題であれば、裁判の安定性よりも裁判内容の妥当性が優先されるべきである。確かに決定の再審については、民訴法三四九条は再審の申立てを即時抗告をもって不服を申し立てることができる決定又は命令で確定したものと規定している。しかし、それに限定することはない。非訟法で準用される場合は、終局的裁判の性質を有する決定も含めて考えればよい。<sup>(15)</sup> 再審ということだけで法文の文言を限定的に解釈することはないし、特に非訟法では限定する合理性はないからである。

第二の非訟法における民訴法の再審制度の利用の問題で

あるが、法的には問題ないと考える。非訟法二五条は、民訴法の抗告に関する規定を非訟法において準用することを規定している。そこで前記の民訴法三四九条は抗告に関する規定と解すれば、非訟法二五条によって非訟法において民訴法の再審は準用されることになる。このように法文を解釈すれば、少なくとも形式的に非訟法で再審手続は準用されないとの見解は成り立たない。

実質的に考へても、今日では民訴法と非訟法との違いを殊更強調する時代ではないし、非訟手続においても訴訟手続的な配慮が必要である。<sup>(16)</sup> 例えば、借地非訟手続に見られるように、民訴法と非訟法との混淆した異訟手続が立法化されている。そこで単に非訟法は訴訟法ではないという理由だけで、民訴法の再審制度が非訟法で考慮されないのは問題である。民訴法は当事者の手続保障を考慮しつつ精緻な手続を規定していく、確定した裁判についても再審制度を有している。少なくとも非訟法の原理に抵触しない限り、再審制度の利用が考えられるべきである。あるいは条理上の手続法一般原則として再審の準用が考えられるべきである。<sup>(17)</sup>

第三の再審で非訟法の裁判の取消し・変更をカバーできることかという問題であるが、カバーする必要はないと考え

る。非訟法の裁判の取消し・変更で問題になるのは、主に継続的な法律関係に関するものであるが、再審で対応できなければ、裁判本質説によつて処理すべきである。つまり、私見が問題提起したのは、再審で処理できるものを再審で処理しないことについてである。私見は再審ですべて対応できるとは考えていない。裁判本質説を批判するのは、それですべてを処理しようとする姿勢である。換言すれば、

非訟法一九条説、裁判本質説、再審説はそれぞれ機能を分担すべきであつて、それぞれがすべてをカバーしようとなつてゐることである。

なお判例掲載誌の本決定に関する解説は、本決定と再審説について、「本決定は、……民訴法の再審の準用による救済を否定することまでを述べるものではないことにも注意しておく必要がある」という見解である（前掲・判時四七頁、判タ一四一頁）。しかし、この見解には直ちに賛成できない。再審の準用が認められるべき本件で再審説を探用しないとなると、再審の準用が機能するのはどういうな場面であるのか理解しにくいからである。裁判本質説が機能しない場面で再審説を働くかせるのではなく、反対に既述のように再審説が機能しない場面で裁判本質説を働くかせるべきである。あるいはこの解説は再審説と裁判本質説は併

## 五 二重裁判の解消（⑤）について

本決定は裁判本質説に従つて（③④）、それを本件に適用して過料の二重裁判の解消の方法を説いた（⑤）。しかし、このような手法には次のようないきが生じる。もつとも私見は四で述べているような理由で再審説であり、本件の場合は再審によつて裁判を取り消すべしという見解であるので、そのような視点からの批判もある。

第一に、二重裁判の解消のために、わざわざ裁判本質説を説く必要があるのかということである。二重判決の解消に関して、民訴法は再審事由として三三八条一項一〇号に、「不服の申立てに係る判決が前に確定した判決と抵触すること」と規定している。そこで民訴法は民事手続法の基本法であると解し、これを非訟法に適切に準用すれば済むことである。<sup>(19)</sup>二重裁判という民事手続法の一般的な問題に

ついて、非訟法の特質を強調する必要もなければ、(a)と(b)というような一般的な命題を設定し、それを本件に適用させることもない。正に本決定の方法は迂遠な方法である。<sup>(20)</sup> 本決定は一般論を説いてそれを二重裁判の問題に適用したが、その説いた一般論はおそらく本件限りの公算が大きいようと思える。

第二に、裁判本質説の場合は主に考えられているのは継続的な法律関係における事情の変更の場合であり、本件のような場合に適しているとは思えない。本件は二重裁判の取消しであって、継続的な法律関係の問題ではない。したがつて從来の裁判本質説が本件のような場合をも考慮していいたかというと疑問であるし、本件において裁判本質説を説くのであれば、事情の変更と継続的な法律関係について論じるべきである。

例え、東京高決昭和五〇年一月三〇日判例時報七七八号六四頁は、継続的な法律関係と一回限りの関係について次のように述べている。先ず、非訟事件においては裁判が事情変更により不当になつた場合は非訟法一九条三項の規定にかかわらず、これを取消すことができるとして裁判本質説を説き、確定した裁判である財産分与の審判を、財産管理人選任の審判が当初から不当であることを理由に取

り消した原審判を是認した。そこで一回限りの法律関係といふことが問題となつた。裁判所は「継続的法律関係に関する裁判である相続財産管理人選任の審判を前提とし、その後の一連の段階的手続を経た後、最終の手続としてなされた裁判で、しかも前者の適法有効なことを存立の基礎とするものにあつては、なおこれを広義の事情変更による取消の対象たる裁判に含めて差支えないものというべきである。」と述べている。つまり、裁判本質説によつて本件を処理する場合は、このような説明が必要ではないかと思う。

ところで判例研究の直接のテーマではないが、本件の場合になぜ二重の裁判がなされたのかは、興味ある問題である。なぜならば第一に、事案は決して希有な事例とは思えず、一般に起こりうる事件であるからである。すなわち、本件において二重裁判の生じた一因は、同一の違反原因に基づいて会社の本店と支店の登記を管轄する登記官が商業登記規則一二三条に基づいて、それぞれ管轄地方裁判所に通知を行つたことであり、これは登記官にとって日常的な業務である。第二に、二重の裁判が現実に生じた原因を探求することは、今後の二重裁判の発生防止に役立つからである。二重裁判が生じたということは、その防止のための配慮や工夫が機能しなかつたことを意味する。再発防止の

観点から、二重裁判防止の制度の問題点や、本件においては誰に過失や責任があつたのかを具体的に考える必要がある。

さらに本件に関して問題点を指摘するならば、登記官の通知の内容である違反内容を示す根拠条文が適切だったか否かも検討すべきである。なぜならば、同一事件でありながら、登記を怠ったとして裁判所への通知の内容が登記官によつて異なつたからである。そのことも二重の裁判がなされた一因として考えられる。すなわち、支店所在地の法務局出張所の登記官が通知したのは、代表取締役の商法四九八条一項一号違反（取締役と監査役の退任登記を怠つたこと）である。これに対して本店所在地の法務局の登記官が通知したのは、同法同条同項一八号違反（取締役と監査役の選任手続を怠つたこと）である。なお前者の通知に対して、裁判所は後者として判断したことの当否も問題になるであろう。いずれにしても本件判例を契機に、二重に裁判がなされないような工夫や努力がなされなければならぬい。二重裁判の防止策としては、登記官の通知を一本化する方法や、通知を受領した裁判所が通知を統合する方法が考えられるが、このうちのいずれかの選択ということよりは、これらを併用して二重裁判の防止に努めるべきである。

## 六 おわりに

本決定が判示した事項は従来あまり議論されたことがなかつたので、検討すべき問題点が少くないが、本決定の判断最後の検討課題として、四の問題についての本決定の判断内容が判例になるか否かについて検討する（1）。これ以外の問題は本稿は判例研究なので、後日の本格的な研究に委ねることとする。なお本決定に関する研究会での議論の概要是、本稿の最後にまとめた（2）。

### 1 本決定の判例としての意味

本決定（⑥）は抗告理由について、「原決定は破棄は免れない」という趣旨の「論旨は……理由がある」として、抗告を却下した原決定を破棄した。そのうえで原々決定については裁判の取消しの理由付けは異なるが、裁判の取消しという結論は「相当である」ので、「結論において是認することができる」として、抗告を棄却した。いわゆる破棄自判であるが、それは裁判所の裁量によるものではなく、法が一定の場合に破棄自判を定めていることに基づく。すなわち、本件では事実関係には争いはなく、早急に二重裁判を解消させることが最優先の課題であるから、本件は許

可抗告手続においても準用される上告手続での破棄自判を定めた民訴法三三六条一項一号の要件を満たしている。このようなことから、本決定の結論である主文の判断は正当なものである。

問題は本決定の判例としての意味である。非訟法一九条一項の裁判に対する上訴についての本決定の判断は傍論であるということは、既に二で述べた。それでは原々決定に對する最高裁の判断も傍論なのであろうか。原決定の當否を判断するのが許可抗告の目的であることを考えると、原々決定に対する最高裁の判断は原決定についての直接の判断ではないから、いわゆる判例としての意味を有しないというべきである。おそらくこのような理由から、本決定は判例集に登載されなかつたのではないかと推測する。しかし、判例ではなくていわゆる傍論であるとする見解は妥当であろうか。この点を本稿の最後に考えてみたい。

本件は抗告審が抗告を却下したという事例であり、抗告審は実質的な判断をしていない事例である。最高裁は破棄自判したが、これはいわば上告審が控訴審に代わって自判したように、抗告審に代わって原々決定の当否について判断し処理したものと評価することができる。すなわち、本決定は抗告棄却として事件について具体的に処理したとい

うことができる。そうであるならば、本決定の原々決定に対する判断は、事件と直接関係を有しないものとはいえない。その意味では傍論ではない。大胆な意見と思うが、本決定の非訟法一九条一項が適用されないとの判断、裁判本質説の展開、二重裁判の解消に裁判本質説を適用するという判断等は判例集に登載されていないにしても、判例として意味を有すると考える。

もつともこの議論は実益がないのかもしれない。本決定の判断は傍論であつて判例ではないとしても、最上級審の判断としての事実上の効力は有しているし、実務の指針になることも間違いないからである。しかし、最高裁が本決定の判断を改める場合は、判例か傍論かで具体的に大きな差異が生じるから、判例か傍論かの議論は実益がないとは断言できない。すなわち最高裁の見解の変更が判例の変更であれば、大法廷での裁判が必要であるし（裁判所法一〇条三号）、その意味で判例であれば、傍論に比べて大きな拘束力と影響力を有しているからである。したがつてこの問題は、判例研究では考えておくべき事柄である。

研究会では二重裁判の発生した原因について、いろいろ意見が述べられた。私見については、原々審は非訟法一九

条一項によつて判断したのであるから、それだけを考えればよいとする意見や、本件は再審では処理できないのではなかいかという疑惑が述べられた。なお 1 の私見は本稿執筆の際に考えたものであり、研究会では発表していない。したがつて研究会で述べれば、かなり批判されたように思う。

(1) 「民事関係手続の改善のための民事訴訟法等の一部を改正する法律」は平成二六年一二月二六日に成立し、一二月三日に公布され（平成二六年法律第一五二号）、平成一七年四月一日より施行された。この法律は民訴法をはじめとして多くの民事手続法の改正法であり、これによつて非訟法もいくつかの点で大きな改正がなされた。本件で問題になつた過料の手続は従来は附則に規定されていたが、改正により新たに設けられた「第五編 過料事件」において規定されることになつた。すなわち、本件当時の（旧法）二〇六条から二〇八条ノ一の規定は、新法（現行法）の第五編の一六一条から一六四条にまとめられた。手續を規定する条文の数は同じであるが、内容的には大きな改正であった。すなわち、今回の改正は過料事件の手続の明確化と合理化のためのものであり、併せて法文の片仮名表記を平仮名表記に改めて、いわゆる現代語化を目指したものである。

このようなことから、本決定において引用されている非

訟法二〇七条三項は削除され、現在では存在しない。そこで改正後において本決定が有する意味が問題になる。しかし、非訟法二〇七条三項は削除されたが、それによつてこの規定の内容が非訟法からなくなつたということではない。新設された一六四条二項に同趣旨の規定を見ることができるからである。換言すれば、旧二〇七条三項は一六四条二項に引き継がれたのである。本件と改正法の関係についてまとめるに、過料事件の手續に関しては大きな改正があつたが、本件に関しては実質的には何らの変更はなく、改正法の影響は受けないということである。すなわち、本決定は現行法一六四条二項において意味を有しているのである。

今回の改正に関しては、小林秀之編著『Q & A 平成一六年改正民事訴訟法・民事執行法の要点－民事訴訟・督促手続のオンライン化と少額債権執行の創設など』（新日本法規、二〇〇四年）、小野瀬厚・原司編著『一問一答 平成一六年改正 民事訴訟法・非訟事件手続法・民事執行法』（商事法務、一〇〇五年）等の解説が公刊されているが、過料手續の改正については、前者は二二七頁以下で、後者は八六頁以下で述べている。

ところで別冊NBL編集部『改正民事訴訟法・非訟事件手続法・民事執行法新旧対照条文』別冊NBL九〇号（二〇〇四年）二二頁以下は、改正法案（新法）の一六一条（一六四条の対照となる当時の現行法（旧法）の欄は單に

新設とだけ記載して、当時の現行法（旧法）の二〇六条（二〇八条ノ二）と対照させていない。したがつて当時の現行法（旧法）の二〇六条（二〇八条ノ二）については、対照となる改正法案（新法）の欄は單に削除と表示している。このことと前記の私見との関係であるが、相反しないと考える。なぜならば、私見はあくまでも本件に限つて、旧法の趣旨は新法に引き継がれていると述べたものであり、この条文对照の方は、条文全体からみて大幅な改正がなされていると判断して対照させなかつたと思うからである。

(2) 判例掲載誌における本件の参考条文は、非訟法一九条、二〇〇条一項、（旧）二〇七条三項、（旧）二〇八条ノ二等である。その中で本問題に関するものは、非訟法一九条、二〇一条である。そこでこれらを参考に、左記の文献で從前の判例や学説を探してみたが、本稿の本文や注で紹介するもの以外に、本問題について直接論じている学説や判例を見つけることはできなかつた。なお文献は発行年順に記載したものである。

ところで、(a) の伊東・三井編の注釈書において関係する箇所（非訟法一九条）の執筆者は、三井哲夫判事である。したがつて以下では、三井・前掲注(2)と表記する。

(a) 総覽・注釈書 中島英次編著『非訟事件学説実例総覽』（酒井書店、一九三一年〔昭六〕）、羽田忠義編『法學説判例総覽・非訟事件手続法』（中央大学出版部、一

九八一年〔昭五六〕）、伊東乾・三井哲夫編『注解非訟事件手続法〔借地非訟事件手続規則〕〔改訂〕』（青林書院、一九九五年〔平七〕）

(b) 論文 鈴木忠一「非訟事件に於ける裁判の無効と取消・変更」『非訟事件の裁判の既判力』七一页以下（弘文堂、一九六一年〔昭三六〕）、初出は民訴雑誌四号て一九五七年〔昭三二〕）、林順碧「非訟事件の裁判の取消・変更」『実務民事訴訟講座第七巻』七九頁以下（日本評論社、一九六九年〔昭四四〕）

(3) 本文で引用したように、原決定は非訟法二〇七条三項を根拠に即時抗告であるとの見解であり、原決定に反対する検察官は抗告理由においては、同法二〇八条ノ二を根拠に通常抗告であると主張している。すなわち、抗告理由は原裁判を基準として抗告の種類を考えるという点では原決定と同じ立場である。これに対して、最高裁は取消しの裁判に注目している。

(4) 檢察官が最高裁に提出した抗告理由においては、本問題についてこの注釈書の記述は引用されていない。しかし、抗告理由は原裁判説を前提に、本件での原裁判は何かということに関して、この注釈書の記述（七〇〇頁）を引用して、自説を根拠づけている（前掲・判時四八頁）。

(5) ところで非訟法における裁判の取消しについて我が国の重要な論文というと、前掲注(2)の鈴木論文である。こ

の論文は本問題について、次のように述べている。「非訟法一九条一項によつて取消変更をなした場合其の裁判に対して、不服申立てが禁止されない限り、抗告を為し得べきことは勿論であり（判例も之を是認、昭七・四・一九大決・集一一卷七五六頁）、この抗告が第一の抗告であつて再抗告でないことは謂ふまでもない。」（一一一頁）。

この文章と本文で引用した（伊東・三井編の）注釈書の記述を対比してみると、注釈書の抗告の内容を原裁判説に基づいて説明した部分（「原裁判に対しても抗告が可能である即時抗告又は通常抗告」）が、鈴木論文にはない記述であることが分かる。換言すれば、この部分が注釈書において鈴木論文の見解に対して新たに書き加えられた箇所ということになる。

(6) この判例については、穂積重遠・判例民事法一二巻一九四頁以下（有斐閣、一九三四年〔昭九〕）に判旨賛成の判例研究がある。

(7) 最高裁への抗告理由で検察官はこの大審院の判例を擧げるが、最高裁はこの点について何ら言及していない。このことは、最高裁はこの判例を直接の判例と考えていないからではないかと思う。なお鈴木論文もこの判例を引用しているが（前注（5）参照）、非訟法一九条一項の裁判に対して抗告ができるという意味での引用である。

(8) 最高裁への抗告理由で検察官は、原裁判についての原

審の判断の誤りを主張している。すなわち、原裁判からすると抗告は通常抗告であり、原審の即時抗告との判断は誤りであるという主張である（前掲・判時四九頁）。すなわち、原決定は非訟法二〇七条三項を根拠に原裁判に対する即時抗告できるとの見解であるが、検察官は同法二〇八条ノ二を根拠に通常抗告を主張している。

(9) 非訟事件手続において即時抗告によって不服申立てができる裁判については、民訴法の再審の準用を認めるのが日本の学説では多数説であると一般に述べられている（三井・前掲注（2）二一八頁、鈴木・前掲注（2）九八頁等）。

(10) 三井・前掲注（2）二一五頁、鈴木・前掲注（2）九五頁等。

(11) 三井・前掲注（2）二一五頁以下、林・前掲注（2）九一頁以下、鈴木・前掲注（2）九五頁以下等。

(12) この見解は鈴木・前掲注（2）一〇一頁以下で述べられているが、三井・前掲注（2）二一八頁は批判的である。

(13) 判例掲載誌の本決定についての解説は、本決定は「学説と比較すると、より厳格な要件を必要とするものである」と述べている（前掲・判時四七頁、判タ一四〇頁）。

(14) 再審事由を拡張的に考える最近のドイツと日本の学説の傾向については、石川明・高橋宏志編『注釈民事訴訟法（9）』三六頁以下（上村明広）（一九九六年〔平八〕）。

なお再審を経ないで既判力を否定する訴えの提起の許否

に関する我が国の議論については、高橋宏志『重点講義民事訴訟法 上』六三二頁以下（二〇〇五年〔平一七〕）に詳しい。

(15) この見解は三井・前掲注(2)二二八頁以下が詳論する。なお民訴法三四九条が引き継いた旧四二九条に関して、注釈書は即時抗告に限定されることなく、「終局決定または命令として解釈するのか、昭和三〇年の大法廷決定（最大判昭三〇・七・二〇民集九卷九号一一三九頁）以来の、学説・判例の確立した立場である。」と述べている（注釈民訴(9)・前掲注(14)一〇五頁〔坂口裕英〕）。同趣旨は斎藤秀夫・小室直人・西村宏一・林屋礼二編『注解民事訴訟法(10)』三六四頁以下（斎藤秀夫・加藤新太郎）（一九九六年〔平八〕）も説いているが、この問題についての判例の変遷とドイツでの状況についても述べている（三六二頁以下）。そこで旧民訴法四二九条（現行法三四九条相当）に関しては、た記述ではあるが、非訟法よりも後に民訴法が制定されたことを根拠に、非訟法二五条によって旧民訴法四二九条は非訟法に準用されると説き、「非訟事件における裁判につき再審事由がある場合は、原裁判所に再審の申立てをすることができるものと解する」という見解がある（前掲・注解三六九頁）。

これに対して、旧四二九条の規定の沿革から全く反対の見解がある。それは旧四二九条と明治二三年の民訴法の四

六六条三項との関係に注目する見解である。明治二三年の民訴法の六六条は即時抗告に関する規定であり、通常の抗告とは異なる規律を定めたものである。そしてその三項はいわゆる再審抗告についての規定であり、再審の訴えの要件が存する場合には、即時抗告の不变期間を徒過しても再審の訴えのために定めた期間内は抗告を為し得る旨を規定していた。ところがこの規定は大正一五年の民訴法（旧民訴法）においては廃止された。そして、再審の規定として（前記旧）四二九条が制定された。このような経緯を踏まえて鈴木判事は、前記の六六条三項は再審を認めたのではなく、単に即時抗告の申立てについて不变期間の回復を認めたにすぎないとして、「沿革上の関係からも直ちに〔非訟事件の裁判に再審を認めようとする〕積極説を生じ得ないのであつて、非訟法二五条・民訴法四二九条を根拠として非訟事件の裁判について再審を認めようとする立論に対しては遽に左袒し得ない。」と説いた（鈴木・前掲注(16)二九九頁。〔〕は筆者の加筆）。

(16) 本決定は非訟事件手続に関する若干の最高裁の判例を引用しているが（③）、最大決昭和四年一二月二七日民集二〇卷一〇号一二二七九頁は、本件と同様な過料の裁判に関するものである。それによれば、過料の裁判は行政処分的な性質から非訟事件手続法によつて行われるものであり、訴訟事件でないから裁判が非公開で行われ、不服申立ての

方法が即時抗告であることは違憲ではないという。

しかし、この判断が最高裁の大法廷決定であるにしても、少数意見が表明されていることや、最近の民訴法の当事者権や手続保障の議論からすると、この判例には素直に賛成できない。問題は過料の裁判における争訟的な問題の存在を無視して、単に過料の裁判は非訟事件であるという理由だけで手続的な問題を考えている姿勢である。過料の裁判の法的な性質に目を奪われることなく、その実質について考察することが必要である。なおこの判例の問題点については、石川明・民訴法判例百選 I 一二頁以下（一九九八年〔平10〕）に、判旨反対の立場からまとめられている。

(17) 鈴木判事は、「裁判確定後の救済方法として考へ得られる」とは、条理上手続法に共通する一般原則として……再審の規定の準用を認めるに踏み切るか又は事情変更による取消変更に因るかの何れかであらう。」（前掲注(2)一〇〇頁）と、二者択一的にまとめている。そのうえで鈴木判事は、非訟法に再審の規定のないことを理由に後者を支持する。

(18) ドイツの非訟法においても裁判の取消し・変更については、ドイツ非訟法一八条をめぐって議論されている。民訴法の再審の適用について当初は認められなかつたが（鈴木・前掲注(2)九八頁）、「所謂真正訴訟事件は本質が民事訴訟であるとして事物の性質上独民訴法五七八条以下の再

審の規定の準用を肯定する傾向に在る……。」（鈴木・前掲

注(2)一〇三頁注11）。したがつて、このような傾向があるにしても、原則として再審の規定は「真正訴訟事件の場合を除き、非訟事件の裁判に適用されない」（三井・前掲注(2)六四頁）ということになる。

しかし、すべての非訟事件に再審規定の適用を認める説があり（レントやハーブショイトであると三井・前掲注(2)六四頁は報じている）、「一般的に再審を認めようとする説が、次第に勢を得てくる」（三井・前掲注(2)一一四頁）とのことである。問題は非訟法の裁判の取消し・変更規定と再審規定の適用（準用）の順序である。「非訟事件に於ける救済方法を以て足らない場合には一般的に再審を認めようとする説が漸次勢を得つつある……。」（鈴木・前掲注(2)一〇三頁注11）といわれている。

ところで最近のドイツの状況であるが、左記の注釈書によれば、このような見解が主流のようにならる。すなわち事情の変更理論の適用が第一で、再審の準用は最後の切り札（こうじやく）である。

Keidel, Theodor / Kunzze, Joachim / Winkler, Karl, Freiwillige Gerichtsbareit, Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbareit, 15. Aufl., 2003, S. 646 ～ Bassenge, Peter / Herbst, Gerhard / Roth, Herbert, Gestz über die Angelegen-

heiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Rechtsprechungsgesetz, Kommentar, 10. Aufl., (2004), S. 136f.

のようと考える、再審の準用を重視する私見は異説ということになる。しかし、問題は過料の裁判が二重になされた場合に、非訟法の事情の変更の理論で裁判が取り消せるかということである。概観したところ、ドイツの注釈書や体系書にそのような記述を見ることができなかつた。

このことは私見と同様に、再審で処理するということかもしれない。もつともこれは手前勝手な推測であり、広くドイツの文献をより詳細に精確に読まないと断定できない。

(19) 再審準用説に対し、若干の疑念があるかもしれません。第一は、職権による裁判の変更の場合は再審手続が利用できるのかという疑問である。再審の場合、当事者による訴えの提起が必要であるから、職権による裁判の変更は許されないと見解がある。しかし、非訟法が民訴法を準用する場合、非訟法が職権主義に立脚している以上、当事者の訴えや申立ては必要ないと考える。準用といつても完全に適用されるのではなく、非訟法の原理・原則によつて修正されたうえでの利用である。

第二は、二重裁判の解消は再審事由に該当するかという疑惑である。民訴法三二八条一項二〇号は「前に確定した判決と抵触すること」と規定しているが、「二重裁判の場合に前の判決と同じ主文であれば、抵触しないのではないか

」という疑問である。確かに抵触を矛盾と解するならば、二重裁判は矛盾とはいえない。しかし、同じ裁判を繰り返してはならないということは、二重起訴禁止の規定（民訴法一四二条）に見られるように、手続法の大原則である。とすれば、二重判決の排除が再審に求められていると考えるのが自然である。そもそも既判力は再度の裁判を禁止するものであるから、二重判決の存在は前訴の既判力に反することであり、それは正に前訴の判決に抵触することを意味する。要するに法は二重判決の防止のために、既判力で後訴を排除したり、二重起訴禁止規定を設けているが、それらをすりぬけて二重判決が存在してしまった場合は、再審で除去するということである。いずれにしても、同じ給付判決が二度確定した場合、内容が矛盾しないとしても、二重の執行の危険性があるから放置は許されず、再審によつて後の裁判を取り消すべきであろう。文献でも二重起訴禁止規定が看過されて二重の裁判が生じた場合は、両裁判が抵触する場合という条件付きではあるが、再審のこの条項によつて処理する方法を述べている（新堂幸司・福永有利編『注釈民事訴訟法(5)』二三五頁以下〔佐野裕志、一九九八年〕平一〇）、斎藤秀夫・小室直人・西村宏一・林屋礼二編『注釈民事訴訟法(6)』二八二頁〔斎藤秀夫・賀茂紀久男、一九九三年〕平五）。となると、抵触とは矛盾ではないか

当事者、訴訟物との関係で及ぶ場合である」(前掲・注解⑩)  
二四五頁〔小室直人・三谷忠之、一九九六年II平八〕と  
いうことである。

「 ように思われる。」と述べている。あるいは再審を利用し  
た場合と同じ効果を説明することについて、「この説はい  
かにも苦しい。」とも批判している。

平成一七年六月三〇日 脱稿 坂原 正夫

なおドイツ民訴法について法務大臣官房司法法制調査部  
編『ドイツ民事訴訟法典』一九九一年一一月一〇日現在  
一』一六二頁〔法曹会、一九九三年〔平五〕、法務資料四  
五〇号〕によれば、五八〇条一項七号は現状回復の訴えの  
要件として、「当事者が、a 同一の事件においてなされ  
以前に確定力を生じていた判決、又は、b 当事者に有利  
な裁判をもたらしたであろう他の文書を発見し、又は利用  
できるようにしたとき。」と規定している。

オーストリア民訴法については、法務大臣官房司法法制  
調査部編『オーストリア民事訴訟法典』一九九五年三月一  
五日現在一』一八三頁〔法曹会、一九九七年〔平九〕、法  
務資料四五六号〕によれば、再審の要件として五三〇条一  
項六号は「当事者が、同一の請求又は同一の法律関係につ  
いて既に言い渡されて確定した裁判であつて、再審手続の  
当事者間に権利を創設するものを発見し、又はこれを利用  
することができる状況になつたとき」と規定している。

共に抵触の意味を具体的に明らかにしていく規定と理解  
すべきである。

(20) 三井・前掲注(2)二二一八頁は、「再審の代替物として  
の事情変更による取消変更の利用は、いささか強引すぎる