

判例研究の目的

はじめに

一 一つの事例

二 依頼者が死亡した訴訟代理人弁護士

1 弁護士の不作為

2 訴訟当事者の死亡と訴訟手続の中断に関する制度の変遷

3 民事訴訟規則五二条制定の契機

三 口頭弁論の再開申請を受けた裁判所

1 控訴裁判所の不作為

2 上告裁判所による控訴審判決の破棄

3 控訴裁判所はなぜ口頭弁論を再開しなかったのか

おわりに

六 車 明

はじめに

民事事件の判例を研究する目的は、そこにある実体法上及び手続法上の論点について、学理的な面をより深く探求することにあるといえるであろう。刑事事件の判例についてもほぼ同じであろうと思うが、ここでは、民事事件の判例を念頭におく。

私は、判例研究の目的には、その事例の内容によっては、学理的な面とともに、その事例における訴訟手続の運用面を評価することにもあると思っている。最高裁判所は、ある民事事件の判例の核心部分において、正義という言葉を、下級審の行った訴訟手続の運用が手続的正義の要求に反する、という文脈において用いている。このような判例の全体像を研究するためには、訴訟手続の運用面において不適切なことを起こすきっかけを与えるような制度上の要因はなかったのか、そのような不適切なことが二度と起こらないようにするためにはどのような点に注意が必要なのか、という視点も必要である。

本稿は、訴訟手続の運用面についても光をあてながら一つの判例について考えようとするものである。

民事訴訟法には変遷があるので、以下、一八九〇年(明治三三年)制定当初の民事訴訟法を「旧々法」、一九二六年(大正一五年)の改正後の民事訴訟法を「旧法」、一九九六年(平成八年)制定の現行民事訴訟法を「新法」ということにする。

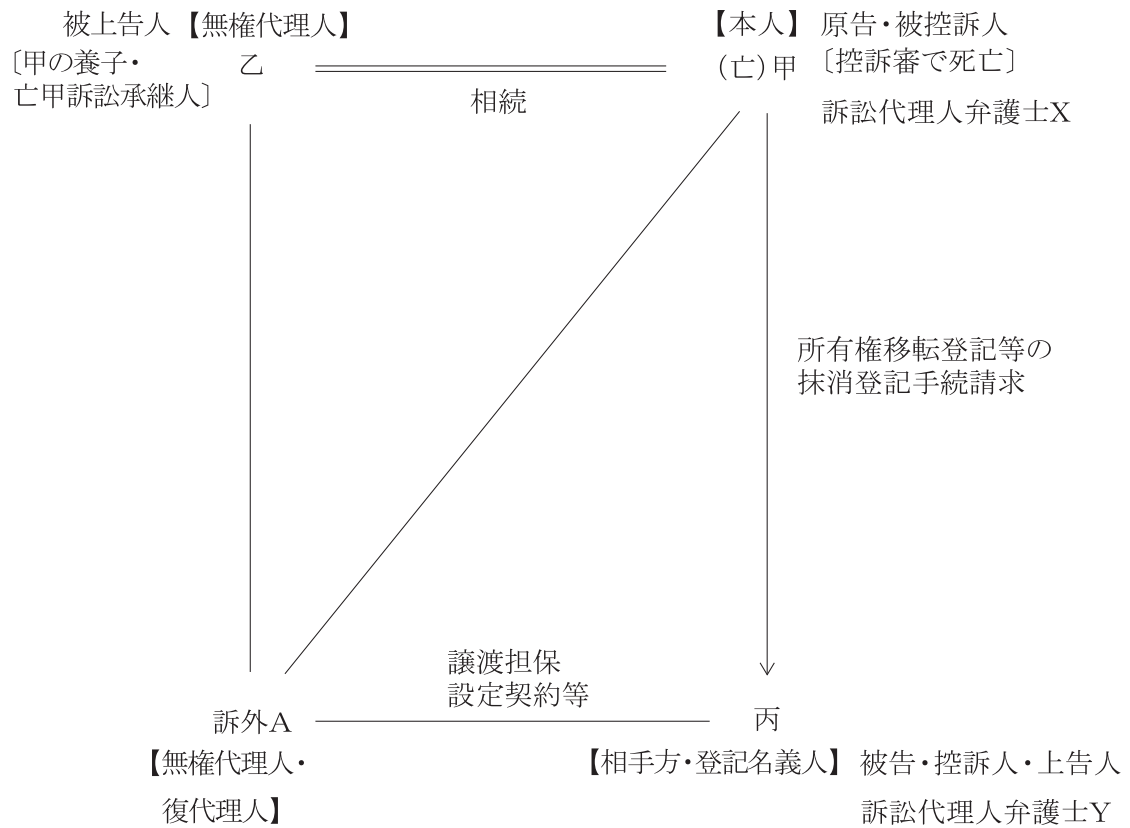
一 一つの事例

ここでとりあげる事例の要点は、一審で無権代理行為をしたと認定された者の親である本人が控訴審の口頭弁

論中に死亡したため無権代理人の本人相続が起きたこと、控訴裁判所はそれを知らずに口頭弁論を終結したこと、本人死亡の事実を知った相手方から口頭弁論再開の申立があったが控訴裁判所は職権発動をしないという対応をとったこと、この対応の当否について最高裁判所が判断をしたこと、ということになる。上告審は、最高裁判所一九八一年（昭和五六年）九月二四日判決民集三五卷六号一〇八八頁（以下「上告審判決」という）、原審は東京高等裁判所一九七九年（昭和五四年）十二月二五日判決同民集一一〇六頁（以下「控訴審判決」という）、原々審は千葉地方裁判所木更津支部一九七八年（昭和五三年）三月二七日判決同民集一一〇〇頁（以下「一審判決」という）である。

この事例のなかの重要なことを時系列に並べると、次のようになる。

- ① 甲は、弁護士Xに委任し、甲を原告、丙を被告とし、甲所有の土地の所有権に基づいて原告甲から被告丙に對する所有権移転登記等の抹消登記などを請求する訴訟を提起した。
- ② 被告丙は、原告甲の養子乙が原告甲の代理人として登記の原因となる行為をしたと主張し、そのほか表見代理も主張した。
- ③ 一審判決は、原告甲の養子乙の行為は無権代理であるとして、原告甲の請求を認容した。
- ④ 被告丙が控訴したところ、原告甲は、控訴審の口頭弁論中の一九七九年（昭和五四年）七月一五日に死亡し、一番で無権代理人と認定された亡原告甲の養子乙が一人で亡原告甲を相続し（無権代理人の本人相続）、訴訟を承継した。ただし、承継の手続は、上告審になってから行われた。
- ⑤ 亡原告甲の訴訟代理人弁護士Xは、原告甲が死亡した事実を控訴裁判所に知らせなかった。
- ⑥ 無権代理人乙は、同年一〇月三〇日（原告甲死亡から熟慮期間三か月（民法九一五条一項）を経過後）、控訴審において、証人として証言をした。



⑦ 同日、控訴裁判所は、証拠調べを終え、口頭弁論を終結した。

⑧ 被告丙の訴訟代理人弁護士Yは、控訴審の口頭弁論終結の直後に原告甲が死亡していることに気づき、同年一月七日、そのことを理由に控訴裁判所に対し、口頭弁論の再開を求めた。

⑨ 控訴裁判所は、口頭弁論を再開しなかった。

⑩ 控訴裁判所は、同年一月二五日、亡原告甲勝訴となる控訴棄却の判決をした。

⑪ 被告丙は上告し、上告審である最高裁判所において亡原告甲から乙への訴訟承継の手續がされ、乙は手続的にも亡原告甲の訴訟承継人となった。

⑫ 最高裁判所は、控訴裁判所が口頭弁論を再開しなかったことは訴訟手續に違反する違法がある、として控訴裁判所のした被告丙敗訴の判決を破棄し、事件を控訴裁判所に差し戻した。

事実関係を簡略に図示すると上図のようになる。この事例を訴訟手續の運用面からみると、法律家

の二つの不作為が浮かび上がる。

一番目は、右の相続が控訴裁判所の口頭弁論中に起きた際、死亡した本人（原告・被控訴人。以下「原告」という）の依頼した弁護士Xが、原告死亡の事実を裁判所に知らせなかった、という不作為である（前記時系列⑤）。

この依頼者死亡の事実を裁判所に知らせなかったという弁護士Xの対応は、当時の民事訴訟法、民事訴訟規則、判例に違反するものではない。しかし、普通の弁護士であれば、自分の依頼者が死亡したのであるから、そのことを裁判所と相手方に知らせることは常識であるといつてよいであろう。この弁護士Xの不作為の結果、控訴裁判所は、自ら担当している事件の原告が死亡し、しかも一審判決が無権代理人であると認定した者が原告を相続するという事態が起きたことを知らずに口頭弁論を終結した（旧法一八二条、新法二四三条一項参照）。

二番目の不作為は、控訴裁判所が、口頭弁論終結の後に原告が死亡したという事実を被告・控訴人（以下「被告」という）の代理人Yから知らされたにもかかわらず、職権を発動して口頭弁論の再開（旧法一三三条、新法一五三条）をするということをしなかった、という不作為である（前記時系列⑨）。

控訴裁判所は、一審判決どおり、無権代理を認定して被告を敗訴させる判決をしたので、被告は上告をした。最高裁判所第一小法廷は、控訴裁判所の口頭弁論を再開しないという不作為を厳しく批判して控訴審判決を破棄し、事件を控訴審に差し戻した。

二 依頼者が死亡した訴訟代理人弁護士

1 弁護士の不作為

この事例において、弁護士Xが、依頼者の死亡を控訴裁判所に知らせないという対応をとるにいたる経緯をみ

ることにする。

旧々法は、訴訟当事者が死亡すれば訴訟代理人がいても中断すると規定していた(二七八条一項)。しかし、旧法では、訴訟当事者死亡の場合であっても訴訟代理人の訴訟代理権は消滅せず(八五条)、訴訟当事者に訴訟代理人がいる場合には、訴訟手続は中断しない(二〇八条)という制度になった。したがって、弁護士Xが依頼者死亡の事実を裁判所に知らせなかったことは、その当時施行されていた旧法には違反しない。しかし、この弁護士Xの不作為は、依頼者本人が死亡することにより実体関係が大きく変動しているにもかかわらず、そのようなことは起きていないと思って訴訟活動をしている他の訴訟当事者の信頼を大きく裏切るものであり、後に述べる控訴裁判所の不作為もあって、多くの者が迷惑をこうむる原因をつくることになった。

その事実関係について、もう少し詳しくみてゆくことにする。

弁護士Xは、甲から依頼をうけ、甲を原告として被告丙に対し、甲の不動産所有権に基づく不動産登記名義人丙に対する所有権移転登記等の抹消登記請求訴訟を起こした。

依頼者の原告甲の主張は、千葉県君津市所在の土地(宅地、田、畑、山林)合計一七筆の土地(以下、「本件(二)の土地」などという)合計約一万平方メートルを所有し、同市所在の木造瓦葺平家建居宅一棟(床面積一〇一・二八)の建物は、原告甲が持分三分の二とする共有権を有しているが、登記原因がないのに、被告丙のために、本件(一)ないし(三)、(一一)および(一二)の土地に所有権移転登記、本件(四)ないし(一〇)および(一二)ないし(一七)の各土地に抵当権設定登記と所有権移転請求権仮登記、本件(一八)の建物に原告甲の持分全部移転請求権仮登記および原告甲の右持分に抵当権設定仮登記がされているが(以下「本件各登記」という)、これらは、実体上の権利関係に適合しないというものである。

被告丙の抗弁は、(1) 被告丙は昭和四九年九月七日、訴外Aとの間で、原告甲所有の本件不動産につき譲渡

担保設定契約、抵当権設定契約および代物弁済の予約を締結し（以下「本件契約」という）、①訴外Aは本件契約に先立ち、原告甲から本件契約をすることについての代理権を授与された、②あるいは、訴外Aは本件契約に先立ち、乙から本件契約をすることについての代理権を授与されたが、乙はそれに先立ち、原告甲から財産の処分に關する一切の権限を与えられていた、(2)原告甲又は原告甲代理人乙は、訴外Aに対し、原告甲の実印及び本件不動産の権利証を交付することにより、訴外Aに右代理権を与えた旨を表示した、(3)原告甲の代理人である乙は、訴外Aに対し、原告甲所有の土地を訴外Bに売り渡し、所有権移転登記手続をする代理権を授与していたところ、訴外Aがその権限を超えて本件契約を締結したものであるが、訴外Aは原告甲の実印と権利証を持参しており、被告丙には訴外Aにおいて本件契約を締結する権限があると信じる正当な理由があったから、本件各登記は実体關係に適合する有効なものである、というものである。

一審判決は、原告甲の主張をいれ、被告丙の抗弁をしりぞけ、請求を全部認容した。そこで被告丙が控訴した。原告甲は、控訴審の口頭弁論中の昭和五四年七月一五日に死亡した。これに伴って、実体法上の権利変動と手続法上の地位の変動が起きた。

原告甲は、前記のとおり、昭和四九年五月二〇日、無権代理人とされた乙との間で養子縁組をしていた。乙は、原告甲の弟夫妻の実子であり、原告甲の甥にあたる。原告甲の弟はすでに死亡している。乙は、原告甲の養子となることにより、原告甲及びその血族との間において、養子縁組の日から血族間におけるのと同じ親族關係が生じ（民法七二七条）、原告甲の嫡出子の身分を取得した（同法八〇九条）。原告甲は、戦後自己の名で自作農創設特別措置法による農地の売渡しを受けていたほか、亡くなった先代名義で農業用資産を所有していた。原告甲の相続人は乙一人であり、乙は相続放棄をしていないから（同法九三九条）、原告甲死亡の時点で乙に対する相続が開始した（同法八八二条）。乙は相続開始の時から、原告甲の財産に属した一切の権利義務を承継した（八九六条

本文)。

乙が無権代理人であるならば、被告丙に対し、同人の選択に従い、民法一一七条一項の履行責任又は損害賠償責任を負う。ただし、この場合、相手方である被告丙において乙が代理権を有しないことを知っていたか、あるいは過失によって知らなかったときなどについては、同条一項の規定の適用はない(同条二項)。

無権代理人である乙は、本人である原告甲の死亡により原告甲を単独で相続した。そのことにより、乙は、亡原告甲の有していた本人として有する地位、すなわち、無権代理人のした契約について追認をし、あるいは追認を拒絶することができる地位(同法一二三条一項、二項)を引き継いだ。無権代理人による契約の相手方である被告丙は、追認があるまで取消権を行使することができる(同法一一五条本文)。また、被告丙が契約のときにおいて乙に代理権のないことを知っていたときは、取消権を行使することができない(同条ただし書)。

乙は、仮に相続した本人の地位に基づいて追認を拒絶したとしても、無権代理人の地位に基づいて履行義務を負う。したがって、結論として、有権代理と同じことになるから、おそらく一審の結論は覆るであろう。

弁護士Xにとっては、もし、控訴審口頭弁論中に原告甲の死亡という事実が存在したことが判決に反映することになると、一審の口頭弁論終結時とは状況は一変し、控訴審の判決は、極めて不利になることがほぼ明らかであった。弁護士Xが、依頼者である原告甲が死亡し、しかもその無権代理人がその本人にあたる原告甲を相続したという、訴訟関係者全員にとって重大な事実を裁判所に伝えなかった理由は、単純なことではあるが、ここにあるだろう。この弁護士Xの対応は、法に違反していないとしても、民事訴訟の一般の実務において常識としてされていることをしないという点からみると、そのようなことを許している制度面にも問題があった可能性がでてくる。実際、この弁護士の不作為に関連するところで、前に少し触れたように法の変遷がある。そこで、この点を次にみることにする。

2 訴訟当事者の死亡と訴訟手続の中断に関する制度の変遷

一八九〇年（明治二十三年）制定の旧々法は、訴訟当事者が死亡すると訴訟手続は中断すると規定していた。同法一七八条一項は「原告若クハ被告ノ死亡シタル場合ニ於テハ承継人カ訴訟手続ヲ受継クマテ之ヲ中断ス」と規定する一方、訴訟代理人がいる場合に当事者が死亡した場合の中断の手続について一八三条一項は、「訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ為ス場合ニ於テ原告若クハ被告カ死亡シ（中略）〔タル〕トキハ委任消滅ノ通知ニ因リ訴訟手続ヲ中断ス」（「内筆者」と規定していた。つまり、当事者が死亡して、委任が消滅したことを通知することによって訴訟手続は中断するという制度であった。

それでは、本人の死亡による訴訟代理権の消滅の効力についてはどのようなになっていたのか。同法六九条一項は、「委任者ノ死亡（中略）ニ因ル委任ノ消滅ハ其消滅ヲ通知スルマテ相手方ニ対シ其効力ナシ」と規定していた。つまり、当事者の死亡による代理の消滅の効力は相手方に通知することによって効力が発生することになっていた。さらに、この通知の手続に関し、同法六九条二項は「此通知書ハ原告若クハ被告ヨリ受訴裁判所ニ之ヲ差出シ裁判所ハ相手方ニ之ヲ送達ス可シ」と規定していた。

一方、同法一七八条二項は、受継に関する裁判所の手続として、「受継ヲ遅滞シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ受継及ヒ本案弁論ノ為メ其承継人ヲ呼出ス」と規定した。そのうえで同条三項において、「承継人期日ニ出頭セサルトキハ申立ニ因リ相手方ノ主張シタル承継ヲ自白シタルモノト見做シ且裁判所ハ闕席判決ヲ以テ承継人訴訟手続ヲ受継キタリト言渡ス又本案ノ弁論ハ故障期間ノ満了後始メテ之ヲ為シ又其期間内ニ故障ヲ申立テタルトキハ其完結後始メテ之ヲ為ス」という規定を設けていた。

ところが、大正一五年に旧々法の大改正があり、改正後の民事訴訟法（旧法）は制度を変更し、訴訟代理権は

当事者の死亡によつては消滅せず（旧法八五条、新法五八条一項一号）、当事者が死亡すると訴訟手続は中断するのが原則であるが（旧法二〇八条、新法二二四条一項一号）、この原則は、訴訟代理人がいる間は適用されないことになった（旧法二二三条、新法二二四条二項）。旧法は新法の施行（一九九八年（平成一〇年）一月一日）前まで施行されており、その内容は新法にも引継がれている。ここでとりあげている事例は旧法の時期のものである。

それでは、一九二六年（大正一五年）に旧々法を右の旧法のように改正した理由はどこにあったのであろうか。鈴木玄之助『新舊對照民事訴訟法』（清水書店・一九二六年（大正一五年））七頁には、「中断シタル訴訟手続ノ受継手続ニ付旧法（第一七八条二項）ノ如キ煩瑣ナル規定ヲ改メ其ノ手続ヲ簡易ニシタルコト（新法第二二六条乃至第二一九条）」という説明がある。

たしかに、改正前の旧法を實際の實務に当てはめると煩瑣なところがあったであろうということは、前記の条文から推測できる。他方、訴訟代理人がいるときは、当事者が死亡しても訴訟手続が中断しないという旧法と新法の制度においては、現実と離れたままの状態で訴訟が進んでしまうことが起こりうることになった。

旧法は、訴訟当事者が死亡しても訴訟代理人がいれば訴訟は中断しないという制度を採用するにあたり、判決内容を左右することが明らかな場合の当事者の死亡という事実が口頭弁論中に発生すれば、訴訟代理人である弁護士は、そのことを裁判所に伝えるであろうと期待し、弁護士はその期待に応じるといふ裁判所・弁護士間の信頼関係があることを前提にしているであろう。

なお、訴訟手続の中断とは別に、訴訟の承継という問題がある。相続人が一人であれば、単独で訴訟を承継する。当事者の死亡により、原則として当然に承継があるから、当然承継あるいは一般承継などといわれている。しかし、当然承継に関する規定は、旧法と新法のいずれにもなく、当事者の死亡による中断の規定などから、訴訟承継があったことを理由づけている（伊藤眞『民事訴訟法「第三版四訂版」』（有斐閣・二〇一〇年）六三三頁。旧

法時代の当然承継による諸問題については、八木良一裁判官の「当事者の死亡による当然承継」民事訴訟雑誌三十一号（一九八五年）三二頁、このようなことを含めて実務の扱いや問題点については、鈴木正裕・青山善充編（編集代表新堂幸司・鈴木正裕・竹下守夫）『注釈民事訴訟法⁽⁴⁾』（有斐閣・一九九七年）五七六～五七九頁（佐藤鉄男執筆）に詳しい。

3 民事訴訟規則五二条制定の契機

最高裁判所は、一九九六年（平成八年）、新法制定にあわせ、新しい民事訴訟規則を制定した。その五二条は、当事者が死亡したときについての手当をしている。同条の見出しは、「（訴訟代理人による中断事由の届出・法第一二四条）」というものであり、本文は「法第一二四条（訴訟手続の中断及び受継）第一項各号に掲げる事由が生じたときは、訴訟代理人は、その旨を裁判所に書面で届け出なければならない。」というものである。右の法第一二四条の一号が当事者の死亡を規定している。本条を新設した理由について、最高裁判所事務総局民事局監修『条解民事訴訟規則』（司法協会・一九九七年）一一三～一一四頁は、次のように解説している。

「法第一二四条一項各号に掲げる、当事者の死亡等による承継を伴う中断事由が生じた場合であっても、その当事者に訴訟代理人がある間は、訴訟手続は中断しない（法第一二四条二項）が、中断の有無にかかわらず、実体法上の権利義務関係の承継が行われ、訴訟手続の実質的な当事者も、実体法上の権利義務関係の承継を受けた者ということになるので、こうした実体と手続における当事者を合致すべきであると考えられる。旧法下の実務においても、同様の配慮から、実体法上の権利義務関係の承継について争いがないときは、訴訟代理人が承継人からの委任状を添えて、『訴訟手続承継申立書』、『当事者の表示の訂正申立書』等と称する書面を提出して訴訟手続の承継を申し出て、裁判所は、この承継を事実と認めたときは、承継人を訴訟手続上の当事者として訴訟手続を進め、判決書にも承継人を当事者として表示する

取扱いがされている(注1) 菊井維大、村松俊夫『全訂民事訴訟法I(補訂版)』一三七〇頁以下、兼子一、松浦馨、新堂幸司、竹下守夫『条解民事訴訟法』七三九頁以下、斎藤秀夫、小室直人、西村宏一、林屋礼二『注解民事訴訟法』【第二版】(五)【三〇〇頁以下】(筆者注・原文では脚注)。

このような簡易な事実上の承継の手続にも合理性があると考えられることから、本条は、訴訟代理人による書面の届出という形で、こうした実務上の取扱いに明文の根拠を与えることとしたものである。

当事者が死亡したときに訴訟代理人がその旨を書面をもって訴訟に関係する者に連絡するという点に関しては、旧々法の時代に戻っている。旧々法から旧法に改正されるとき立法理由は、前記のように、そのようなことをすることが煩瑣であるから手続を簡易にするということであった。本事例をみると、民事訴訟規則五二条制定の契機の中には、本事例のように、依頼者が死亡した弁護士はその事実を裁判所などに連絡するということを期待することができない場合が生じてきたということもあるのではないか。その意味では、立法者解説には、本事例の紹介があってもよかったのではないかと思う。

この規則は、新法二条が「(略)当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を進行しなければならない。」という当事者の責務の具体的場面における適用例であるということもできよう。

三 口頭弁論の再開申請を受けた裁判所

1 控訴裁判所の不作為

原告甲の相手方である被告丙の弁護士Yは、控訴審の口頭弁論終結直後に原告甲が控訴審の口頭弁論中に死亡

した事実を知り、その事実を判決に反映させるために、控訴裁判所に対し、口頭弁論を再開することを迫った。そこで、控訴裁判所は、いったん終結した口頭弁論を再開するか、それとも口頭弁論を再開しないでそのまま判決を宣告するか、という選択をしなければならなくなった。いったん終結した口頭弁論を再開するか、しないかという判断は、裁判所が職権で行うことである。控訴裁判所が弁論の再開に関していずれの判断をしたとしても、少なくとも表面的には何らかの法律の規定に違反するものではない。この控訴裁判所は、口頭弁論の再開については何らの措置をとらずに判決の宣告をした。

控訴裁判所は、この事例において、口頭弁論を再開せずに判決をすれば、そのあとでこの紛争を最終的に解決するために訴訟関係者に相当な手間や負担をかけることになるということは承知している。そうであるならば、控訴裁判所はなぜ、口頭弁論の再開をしないという選択をしたのであろうか。そのことを考える前提として、控訴裁判所がそのような選択をするに至る審理の経過をみることにする。

弁護士Yは、一九七九年（昭和五四年）一月七日、控訴裁判所に対し、住民票とともに口頭弁論再開申請書と題する書面を提出した。同書面には、弁護士Yは原告甲が同年七月一五日に死亡したことを知ったから、後日口頭弁論再開申立理由書を持参する旨を記載してあった。弁護士Yは、同月一四日、口頭弁論再開申立書（原告甲が死亡したことを証する除籍謄本を添付）と弁論再開申請の理由を記載した準備書面を控訴裁判所に提出し、口頭弁論を再開する決定をするという職権の発動を強く促した。

弁護士Yの口頭弁論再開申請の理由は、上告審が整理をして判決文に記載しているので、上告審の判示部分（前記民集一〇九二―一〇九三頁）を引用する。引用文中の「前記一（2）の表見代理」は、本稿二1の被告丙の（2）の抗弁、「前記一（3）の表見代理」は、本稿二1の被告丙の（3）の抗弁に対応する。

「本件弁論再開申請の理由は、帰するところ、乙が原告甲を相続したことにより、乙が亡原告甲の授權に基づかないでAを原告甲の代理人として本件不動産のうちの一部をBに売却する契約を締結せしめ、その履行のために同人の実印をAに交付した行為については、原告甲がみずからした場合と同様の法律関係を生じ、ひいてAは右の範囲内において原告甲を代理する権限を付与されていたのと等しい地位に立つことになるので、被告丙が原審において主張した前記一(2)の表見代理における少なくとも一部についての授權の表示及び前記一(3)の表見代理における基本代理権が存在することになるというべきであるから、被告丙は、原審に対し、右事実に基づいてAの前記無權代理行為に関する民法一〇九条ないし一一〇条の表見代理の成否について更に審理判断を求める必要がある、というにある」

弁護士Yは、口頭弁論終結のわずか一週間後に、控訴裁判所に対し、原告甲が死亡した事実を証明する住民票を持参して弁論再開申請をし、さらに原告甲の除籍謄本を添えて控訴裁判所にきている。このような場合、控訴裁判所としては、もともと原告甲が高齢であることは十分承知のことであるし、しかも原告甲は自分では何もできないようであり、乙と養子縁組をしていることから、普通であれば、来るべきものがきたと考えるであろう。そして、控訴裁判所としては、原告甲の死亡は判決結果に大きな影響があることを考慮して、念のために弁護士Xにも原告甲死亡の事実を確かめ、訴訟承継の手続をとり、弁護士Xには、原告甲訴訟承継人乙から訴訟委任を受けてもらうことになる。さらに控訴裁判所としては口頭弁論を再開をする手続をとるとともに、訴訟あるいは紛争全体にとっての大きな節目にきたのであるから、和解を試みる(旧法一三六条一項、新法八九条)ということも考えて対応するのではないか。現に、上告理由によれば、相手方の弁護士Yは、控訴審の口頭弁論終結日に、被告丙とその母の証人尋問が終了したときに、裁判所に対し、和解が望ましい事案であることを申し立てたというものである。

しかしながら、控訴裁判所は、口頭弁論を再開することなく、被告丙の次の三つの主張を排斥し、控訴を棄却する判決を宣告した。

第一に被告丙の有権代理の主張に対する判断は以下のとおりである。

原告甲は明治三六年二月一日に生まれたが、幼少のころ患った白内障のため以来失明に近い状態にある。そのため、家業の農作業は、原告甲の弟（死亡している）の妻（乙の実母）と乙に一任している。原告甲は、戦後自己の名で自作農創設特別措置法による農地の売渡しを受けたほか、亡くなった先代名義で農業用資産を所有していた。

原告甲は、昭和四九年五月二〇日、乙と養子縁組をした。乙はその前月である四月一〇日ころ、原告甲に無断で訴外Aを介して訴外Bに対し、原告甲が採掘土砂の搬出道路として他に賃貸中の本件（一二）の土地、いずれも分筆前の四六五番の田六九平方メートル及び四六六番一の田六八〇平方メートルのうち三二三・二三平方メートル（分筆後の本件（二二）の山林二五一平方メートル、同（一四）の田四・二三平方メートル及び（一六）の田五八平方メートルとなる）を代金八〇〇万円、所有権移転登記を同年八月二五日ころまでにすることとして売り渡し、同月一二日ころ代金五〇〇万円を受領した。残りの三〇〇万円は訴外Aが着服した。

乙は、訴外Bに対して右土地の所有権移転登記手続をする義務を履行しなかったが、右土地を含む本件（一）ないし（一七）の土地は、原告甲の先代の所有名義のままになっていた。そこで乙は、同年四月一七日、原告甲に無断で原告甲の印鑑登録の申請をし、その証明書の交付は、同月二六日乙の母が受けた。乙は、同年五月二一日、前記三筆（一二）、（一四）、（一六）の土地に加え、本件（一七）の田一〇四一平方メートルの土地について、原告甲において昭和四年十二月六日家督相続をして所有権を取得した旨の所有権移転登記を経由した。乙は、昭和四九年六月五日ころ、建設省関東地方建設局長宛に国道と右三筆の土地との境界査定願書を

提出して、その査定を受け、同年八月十四日、右四六五番の田を本件(二三)、(二四)、右四六六番一の田を本件(一五)、(一六)にそれぞれ分筆するを行った。

乙は、同年八月一〇日ころ、訴外Aから、訴外Bに売り渡した本件(一二)、(一四)及び(一六)の各土地の所有権移転登記手続をするために必要な書類を用意するようにいわれ、同月十五日、原告甲名義の印鑑登録証明書の交付を受け、同日、訴外Aに対し、右印鑑登録証明書、本件(一二)ないし(一七)の土地権利証及び原告甲の前示の登録印鑑(実印)を交付した。

ところが、訴外Aは、八月十六日、原告甲の実印を冒用し、他の訴外人を介して印鑑登録証明書二通を入手し、同年八月二十九日、原告甲の代理人と称して、訴外Cから五〇〇万円を弁済期二か月後、利息月七分と定めて借り受け、本件不動産について抵当権の設定を約し、同年九月六日、他の訴外人をして本件(一)ないし(一一)の土地につき、原告甲が家督相続により所有権を取得した旨の所有権移転登記手続を経由させてその権利証を入手し、本件(一)ないし(四)及び(一二)の土地につき、債権者を訴外C、債権額を四〇〇万円とする抵当権設定登記、本件(一三)、(一五)及び(一七)の土地につき、債権者を訴外D、債権額を一〇〇万円とする抵当権設定登記をそれぞれした。なお、本件(一八)の建物については権利証がなかったので抵当権設定登記はされず、そのため、訴外Cは、原告甲と直接交渉をするといひだした。

ここで本件訴訟の被告丙が登場する。

訴外Aは、右借入れの事実を原告甲に知られることをおそれ、右弁済期前の同年九月二十七日、原告甲の代理人であるとして、被告丙から一〇〇万円を、弁済期同年十二月二〇日、利息月六分と定めて借り受け、このうち五〇〇万円を訴外Cに支払って前記抵当権設定登記の各抹消登記を得た上、本件(二)ないし(一一)、(一二)ないし(一七)の各土地権利証、原告甲の実印を冒用した各委任状を使用して昭和四九年一〇月一日所有権移転

登記など本件各登記を経由した。

控訴裁判所は、これらの事実を列記し、「以上認定した事実によれば、原告甲は乙に本件不動産に担保権を設定することを含む一切の権限を委任していなかったものというほかなく、Aに対しても直接代理権を授与した事実も存しないものというべきである。」と判示した。

第二に、原告甲は訴外Aに授權表示をしたという被告丙の主張に対する控訴裁判所の判断は、訴外Aが所持していた原告甲の実印及び本件(一二)ないし(一七)の土地権利証は、乙がいずれも原告甲に無断で印鑑登録をしたその印類及び家督相続による登記をすることによって入手した権利証であつて、乙が原告甲に無断で訴外Bに売却した本件(一二)、(一四)及び(一六)の土地所有権移転登記をすることを訴外Aが乙から依頼されて交付を受けたものであり、訴外Aが所持した本件(一)ないし(一一)の土地権利証は、訴外Aがほしのままに右土地につき、原告甲の家督相続を原因とする所有権移転登記を経由したことによって入手したものであるから、訴外Aが原告甲の実印と右権利証を所持していたことは原告甲の授權表示にならないというものである。

第三に、被告丙の訴外Aの越権代理の主張に対して控訴裁判所は、訴外Aには代理権を有していなかったから前提を欠いていると判示した。

右の控訴裁判所の判決結果は、登記の現状をくつがえすものであり、これとは反対の結論をとった場合と比べると、社会的影響力は格段に大きい。しかも口頭弁論を再開して新たに明らかになった事実に対応する主張をする機会を当事者に与えることにより、結論が変わる可能性が高いことは明らかである状況にあった。

2 上告裁判所による控訴審判決の破棄

被告丙の上告理由の要旨は、本人が死亡しても訴訟代理権が消滅しないという旧法八五条は、死者と承継人が、

訴訟関係の内容、権利関係が著しく異なっているときは適用されない、死亡した依頼者原告甲の弁護士である X が承継手続をとらないのは訴訟代理権の濫用であるというものである。

亡原告甲は、弁護士 X に上告についての特別の委任をしていた（旧法八一条二項三号、新法五五条二項三号）。したがって、控訴審判決の宣告によっても訴訟はなお中断せず、上告審において、亡原告甲から乙に訴訟承継の手続がとられ、乙が、原告甲訴訟承継人の地位について訴訟が進められた。

控訴裁判所が口頭弁論を再開しなかったことに対する上告審判決の内容は、以下のとおりである（民集一〇九二頁から一〇九四頁）。

「二」ところで、いったん終結した弁論を再開すると否とは当該裁判所の専権事項に属し、当事者は権利として裁判所に対して弁論の再開を請求することができないことは当裁判所の判例とするところである（判決の引用は省略——筆者）。しかしながら、裁判所の右裁量権も絶対無制限のものではなく、弁論を再開して当事者に更に攻撃防御の方法を提出する機会を与えることが明らかに民事訴訟における手続的正義の要求するところであると認められるような特段の事由がある場合には、裁判所は弁論を再開すべきものであり、これをしないでそのまま判決するのは違法であること免れないというべきである。

これを本件についてみるのに、前記事実関係によれば、上告人は、原告甲が原審の口頭弁論終結前に死亡したことを知らず、かつ、知らなかったことにつき責に帰すべき事由がないことが窺われるところ、本件弁論再開申請の理由は、（省略——前記三に引用）ものと解されるのである。右の主張は、本件において判決の結果に影響を及ぼす可能性のある重要な攻撃防御方法ということができ、被告丙においてこれを提出する機会を与えられないまま被告丙敗訴の判決がされ、それが確定して本件各登記が抹消された場合には、たとえ右主張どおりの事実が存したとしても、被告丙は、該判決の既判力により、後訴において右事実を主張してその判断を争い、本件各登記の回復をはかることができないこ

ともなる関係にあるのであるから、このような事実関係のもとにおいては、自己の責に帰することのできない事由により右主張をすることができなかった被告丙に対して右主張提出の機会を与えないまま被告丙敗訴の判決をすることは、明らかに民事訴訟における手続的正義の要求に反するものというべきであり、したがって、原審としては、いったん終結をした場合であっても、弁論を再開して被告丙に対し右事実を主張する機会を与え、これについて審理を遂げる義務があると解するのが相当である。しかるに、原審が右の措置をとらず、上告人の前記一（２）の抗弁は授權の表示を欠くとし、また同一（３）の抗弁は前提となる基本代理権を欠くとしていずれもこれを排斥し、被告丙敗訴の判決を言い渡した点には、弁論再開についての訴訟手続に違反する違法があるものというべく、右違法は前記のように判決の結果に影響を及ぼすことが明らかであるから、論旨は理由があり、原判決は破棄を免れず、右の点につき更に審理をつくさせるのが相当であるから、本件を原審に差し戻すこととする。」

上告裁判所は、口頭弁論を再開しないで被告丙を敗訴させた控訴裁判所の判決について「明らかに民事訴訟における手続的正義の要求に反するものというべきであ（る）」という理由で破棄した。その前提となる訴訟物と既判力に関する判示部分には、学理的な面から検討すべき重要な内容を含んでいる。本稿の趣旨とは異なるので立ち入らないことにするが、この部分に関しては、伊東乾・小川健「〔最高裁判事例研究二〇二〕昭和五六七（最高民集三五卷六号一〇八八頁）弁論を再開しないで判決をした控訴裁判所の措置が違法であるとされた事例」本誌法学研究（慶應義塾大学）五五卷一〇号（一九八二年）に示唆を受けた。

この上告審判決の判例解説は、本件の特殊性を強調し、口頭弁論を再開しないことが違法とされる場合は極めて限定されると指摘している（法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇昭和五十六年度』（法曹会・一九八六年）五五一頁、〔遠藤賢治調査官〕）。

私は、この事例の判例研究においては、問題がなぜ起きたのか、再発防止策というものを考えなくてもよいの

か、という視点があつてよいのではないかと考えている。これが私が考える判例研究のもう一つの目的である訴訟手続の運用面を評価することである。

3 控訴裁判所はなぜ口頭弁論を再開しなかったのか

いまここで控訴裁判所の身になって考えてみると、本事例においては、せっかく判決をするのに熟したから終結をした口頭弁論をわざわざ職権で再開し、無権代理人の本人相続に関連する事実関係について審理することは、判決宣告までにやるべきことが増え、当初予定していた判決期日を先に延ばさなければならなくなることもある。控訴裁判所は、これらのことを避けようとしたのであろうか。

しかし、口頭弁論を再開しなければ、当該控訴裁判所において解決することができ争点を後に残すことになる。和解の機会をのがすことを含め、紛争全体の解決を遅らせる。そうであるにもかかわらず、控訴裁判所が口頭弁論の再開をしなかったことについて考えるにあたっては、以下の点に留意すべきであろう。

第一は、控訴裁判所が職権発動をしないということについての判断を示すことが求められていないということである。たしかに、被控訴人代理人がした口頭弁論再開申立は、裁判所に対し、訴訟指揮権という職権の発動を求めるものであるから（旧法一三三条、新法一五三条）、裁判所は、法律上、決定などの裁判によって判断を示すことは求められていない。そのため、訴訟当事者は、裁判所がいつ口頭弁論を再開しないという判断をしたのかわからないし、その理由もわからず、不服申立の機会を与えられていない。しかし、同じ職権判断の場合である（申立による場合もある）時機に後れた攻撃防御方法への対応については、相手側からの却下申立により、あるいは職権により攻撃防御方法を却下するという裁判を行う（旧法一三九条一項、新法一五七条一項）ことと異なる。ただし、この却下決定について独立して不服申立をすることはできないから、終局判決があつた後、上訴をする

ときに不服を申し立て、上級審における判断を受けるにとどまる（旧法三六二条本文、新法二八三条本文）。さらに、同じ訴訟指揮権に属する裁量移送に関する決定（旧法三一条、三一条の二、新法一七条、一八条）について不服のある当事者は即時抗告をすることができ（旧法三三条、新法二二条）。

もし、法が口頭弁論再開申立に対し職権発動をしないという裁判所の判断を決定など明確な裁判の形で行うことを要求し、この裁判に対する即時抗告をすることを認めていたら、それでもこの控訴裁判所は、口頭弁論を再開しなかったであろうか。

本来は再開しなければならない口頭弁論を再開しないという控訴裁判所の訴訟手続の運用面に関する不適切な対応は、何よりも訴訟関係者に対し不要で過大な負担をかける。本事例のような状況が一般社会に起きたときは、しかるべき者が説明責任を負う場面である。

第二は、控訴裁判所の行う判断の結果は、その裁判所が当該事件の審理・判断のためにかける仕事の量に反映されることである。控訴裁判所は、いったん終結した口頭弁論を再開すれば、新たな争点への対応をしなければならぬ。その点をとらえてみれば、裁判所は、口頭弁論を再開するか、それともしないか、という自らの判断の結果に、利害関係を有している。そうであるからこそ、裁判所はその利害関係があることに十分配慮した対応をすることが求められる。

裁判所がこの事例と似たような状況におかれることは意外と多い。例えば、行政訴訟における原告適格や処分の有無の判断は、その判断の結果が自らの審理の負担の大小につながっている。平成一六年の行政事件訴訟法の原告適格に関する規定の改正の底流の一部には、ここで述べたところがあるのではないか。

以上のほかにも、控訴裁判所が、一月二二日に判決の宣告することにこだわる理由があったのかもしれない。例えば、一般には考えにくいことであるが、この時期にこの事件の口頭弁論を再開すると、ほかの多くの事

件の審理に支障が生じ、その支障の方が、この事件の口頭弁論を再開しないことよりも支障の程度が大きいと控訴裁判所が感じたため、控訴裁判所としてはより大きな支障を避けようとしていたという事情である。

控訴裁判所が不適切な対応をした背景には、さらに別の面があるかもしれない。このような事例を研究するについては、訴訟手続の運用という視点をもち、多面的な評価をすることにも意味があるように思う。

おわりに

判例は、学者や実務家による学理的な面からの研究により、その内容がいわば第三者からの評価を受けることになる。これに対し、訴訟手続の運用面は、主に法廷のなかのことであったり、裁判所の判断内容が外部からわかりづらかったりするので、評価することに難しい点がある。しかし、ここでとりあげたような、裁判所がした訴訟指揮権の職権行使に関連して訴訟関係者に多大の負担をかけさせたというような事案においては、訴訟手続の運用面からの評価を行い、その結果を明らかにして訴訟実務の改善に役立てるということも大切である。

本研究にあたっては、平成二二年度大学特別研究期間制度適用による「特別研究費」の補助を得ている。