九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

形式裁判の内容的確定力

井上, 正治
九州大学法学部 : 教授

https://doi.org/10.15017/1292

出版情報：法政研究. 21 (3/4), pp.21-40, 1954-03-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

形式裁判の内容的確定力

井上正治

はしがき

わたくしは、「刑事訴訟法原論」において、次のように述べている。「しかし、特別訴訟条件の欠缺を理由とする公訴棄却の裁判（例、親告罪に付告訴の欠缺を理由とする公訴棄却の裁判）は等しく形式上の裁判ではあるけれども、一般の場合とは少々性質を異にするものであることに注意しなければならぬ。すなわち、親告罪につき告訴の欠缺を理由とする公訴棄却の裁判は、消極的に、進んで被告事件の審判を拒む裁判たるにとどまらず、更に、被告事件は当該親告罪たる点以外では犯罪を構成することがないということを確定する積極的性質を有する。蓋し、被告事件が同一性を害しない範囲内においては、裁判所は第三一二条の手続をへて自由に犯罪事実を認定し得るのであつて、もしも、公訴事実が非親告罪であるならばそのまま有罪判決をなし得たはずであるからである。それ故、一般に特別訴訟条件の欠缺を理由とする公訴棄却の裁判は、形式上の裁判たるにかかわらず本質上、Verkappte Sachentscheidung たる性質を有するものであるといわれている。(一)」問題は、公訴棄却の裁判にかぎらず、管轄違のそれについても同様である。あわせて、形式裁判の内容的確定力と称し得ようか。この内容的確定力なる用語は、団藤教授の命名にかかるといわれている。(二)それ故、同教授もまた、「裁判が形式的確定力を発生すると、これにともなつてその意思表示的内容も確定的となる。これをかりに内容的確定力と呼ぶことができよう。実体的裁判はむろんのこと、形式的裁判も内容的確定力を発生する。したがつて、公訴棄却、管轄違等の純手続的形式裁判が確定したときも、のちに事実の変

更がないかぎり、おなじ事項について異る裁判は許されないのである」[三]と説明される。

こういう見解は、大体承認されているところとみてよかろうが、[四]ベーリンクやヒルシュフエールト[五]によつては、特別に強調されている。それにしても、ザウエルの強い反対があるのみならず、[七]わが国でも反対説のなかつたわけでもないし、[八]また細く分析してみれば、そう簡単な問題ではないように思う。果して、形式裁判にも内容的確定力があるから、おなじ事項について「異る裁判」は許されないのであるか、或は逆に、おなじ事項については「審判の重復」をさけようとするだけの理由から生じた制度を、たんに内容的確定力と呼んでいるにすぎないものであるか。若し前者だとすれば実体的確定力との間に矛盾を来すことはないか。たとえば、前訴では、強姦罪を認定しつつ告訴の欠缺を理由に公訴棄却の判決をした場合、後訴において強姦傷害罪を認定することはできないものであるか。もし可能だとすれば、前訴と後訴との判断における内容的不一致はいかに調整さるべきものか。本稿はこれらの点を解決することを目的としつつ、ひいては、既判力理論の研究にたいする一つの資料に供したいと思う。

そのためには、先ず、いわゆる実体的確定力にいう「実体の確定性」とは何をいうかを考えておかなくてはならない。蓋し、実体的確定力は、いま問題にする裁判の内容的確定力にふくまれつつ、いわば一つの内容たる実体的法律関係についての確定性にすぎないとされているから、彼此、同じように構成されなくてはならない。結論を先に述べておけば、裁判の内容的確定力は、確定した裁判の規準性を理由に生じるのではなく、それとは別に訴訟手続の混乱をさけようとするためにのみ、かような訴訟法的擬制を必要とする以外のものではない。いいかえれば、一つの制度であつて、既判力の理論的帰結ではない。だから、政策的考慮いかんによつて、具体的な場合それぞれいかに制度を求めれば足りるかにより、結論を異にする。刑事裁判と民事裁判の相違も出ようし、同じ刑事裁判においても、実体的裁判と形式裁判との間では、ここにもまた差異があることになる。

(一) 井上・全訂刑事訴訟法原論（昭二七年）二一三頁。この問題については、どういうわけかわが国ではあまり論じられているところをみない。

(二) 団藤・刑事訴訟法綱要（昭一八年）四七七頁。ここに、『「内容的確定力」の語は私の命名にかかるものであつて、一般には用いられないのである』とされる。

(三) 団藤・新刑事訴訟法綱要五訂版（昭二八年）二一六頁。

(四) 平沼・新刑事訴訟法要論増訂一三版（昭一一年）二四一頁。牧野・刑事訴訟法改訂二二版（昭一五年）一六一―二頁。平沼博士は、これをも一種の実体的確定力と称されるが、用語として語弊のあることは、すでに団藤教授によつて指摘されている（団藤・刑事訴訟法綱要三一七頁参照）。

(五) Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, 1928, S. 271

(六) Hirschfeld, Gold Arch 62, S. 73 ff.

(七) Sauer, Grundlagen des Prozessrechts, 1929, S. 261 ff.

(八) 宮本・刑事訴訟法大綱（昭一一年）三一七頁。

一

既判力説にたいし、実体法的既判力説と訴訟的既判力説の争のあることは今更論じるまでもない。その是非につきここで深入すべきことではないが、結論的には、確定裁判は具体的規範を創設すると考える具体的規範説を正しとする。

この問題を解決するためには、さしあたり、訴訟の客体（Prozessgegenstand）にふれておかなくてはならない。訴権論において、公法的訴権学説は、私法的訴権学説を克服して成立したが、ヴァッハは、権利保護請求権なる一つ

の公権を考え出し、これを以て訴権を説明しようとした。(一)それにしても、彼には、公権たる権利保護請求権と訴訟上の請求とが必しも峻別されていたとはいい得ないものがあつて、(二)そこに私法上の請求権の残存が見受けられる欠点がある。この点、ヘルヴィッヒは、権利保護請求権からこの訴訟法上の請求を切り放しはしたが、(三)それ以上に、訴訟上の請求を体系的に位置づけることはできなかつた。(四)しかし、かように訴訟上の請求を位置づけ得なくては、事実的実体形成の段階において、執行名義によつて発効する国家権力が何故債務者に服従を強い得るか、その内的根拠を示し得ないであろう。デーゲンコルプが執行権を論じるにあたり、執行権を債務名義と実体上の請求権との結合にある、としたことは正しい。(五)そうであれば、この実体上の請求権の発展たる訴訟上の請求は、一体誰から誰に対して主張されるのであるか。もし、かりに、原告から裁判所にたいして主張されるとするなら、ヴァッハの誤謬と同じように、すでに抹殺されたところである。ガイプは、当事者の訴および申立の中には、実は二つの全然独立した法的行為が存在し、一は国家にたいする権利保護の要求であり、他は義務者にたいする請求権の行使である、(六)となしている。そして、前者は、訴訟法の支配に服し、後者は実体法の支配に服する。しかも両者は原則として併列的である。ただ、それでは、訴訟における実体的関係が裁判にたいしあまりにも疏遠となつてしまう。実体的関係が訴訟の対象たり得なければ、判決手続の意義は全く存しない。そこで、中村教授は、『一般に「訴」は、国家に対する権利保護の為めの判決の要求であり、「請求」（訴訟法上の意味においての）は、その「訴」の内容を為すことに異論はないのであるが、従来、「訴訟上の請求」概念の定立しなかつた結果として、この関係が、案外、曖昧の裡に放擲せられてあつた。私は「訴訟上の請求」を以て、以上述べた如く解し、これを以て純然たる実体法上の「権利主張」と解すると同時に、「訴」を以てこの権利主張に基き、その権利主張を実現すべき内容を有つ「権利保護の要求」（判決の申立）と解する。即ち原告は、訴の提起により相手方に対し各種の類型に従える実体法上の権利主張を為すと同時に、裁判所によりて代表せ

られる国家に対しては、この権利主張を実現すべき内容を有つ判決を求める申立を為すと看るのである(七)』と主張された。そして、こういう訴訟観を実体法・訴訟法対立二元観（Dualismus）と称されたことは周く人の知るところである。教授の学説は、そのいわゆる権利主張を以て訴訟物とされる点、ガイプの遠く及ばないところであり、多くの教えられるものがある。しかし、その二元観のために、訴訟法理論の考察にあたり、実体法的なる見解の不当に支配する處は、依然疑なしとしない(八)。そもそも、対立する当事者に利益関係の争のある以上、たんなる実体法上の主観的認識を相手に強制するわけにはいかない。訴訟においては、客観的認識こそ存在の根拠である(九)。裁判によつて確定するまでは、文字どおり「主張」が存在するにとどまり、原則として法律関係を規整し得る力をもたない。それにしても、訴訟物は権利主張であり、それは原告から被告に向けられていると考えることには正しいものがある。

そこで、教授の見解をかりれば、刑事訴訟においても、訴訟の客体は、「刑罰権の主張」であり、そして、それは原告から被告にたいして向けられるということになるのではあるまいか。裁判所と原告、裁判所と被告との間には、実体審判の申立を介して、二面的な法律関係が認められる(一〇)。ビューローの訴訟法律関係説は、ゴールトシュミットの指摘する如く(一一)、それが公法的な法律関係を説明し得ないところに欠陥があるのではなく、訴訟と実体との關係を切り放したところに問題がある。この矛盾は、原告と被告との間に、刑罰権の主張を認めることにより救われよう(一二)。ただ、裁判によつて客観にするまでは、どこまでも一つの「主張」であつて、客観的認識をまつてはじめて刑罰権は実在するに至る。

それ故、裁判所の形成すべき実体とは、この刑罰権の主張の当否にある。もつとも、検察官たる原告は、刑罰権の主張をなすには、その原因たる事実を主張しなければならないし、裁判所は、刑罰権の主張の当否を判断するには、その原因たる事実の主張の存否を判断しなくてはならない。民事訴訟手続のように、弁論主義の支配するところで

は、訴訟資料（Prozessstoff）たる事実は当事者の主張をまたなければならない。しかも、当事者の主張があつても、それがそのまま裁判所の心証となるのではない。裁判所としては、自ら確信を得ることによつて、はじめて当事者によつて主張された事実を裁判の資料となし得る。ここに証明行為の必要が生じる。当事者に争があれば証明するということは、事実としては一応正しいとしても、理論的にもそうだとはいえない。この間の事情を岩松最高裁判所判事は次のように説明される。(二三)「訴訟において、事実の真否が調査されるは、裁判所がその真否につき心証を得るためであり、裁判所にかかる心証を得せしめる当事者の行為を証明という。そして一般に訴訟で事実の証明が要求せられるのは、当事者間にその事実の真否につき争があるからだといわれている。争ある事実につき証明が必要とせられるということ自体は正しい。しかし、それは唯成法上しかいい得るというに過ぎないのであつて、本来訴訟上事実の証明が要求せられるのは、その事実が裁判所のなすべき三段論法たる裁判の小前提をなすものであるに拘わらず、非当事的立場にある裁判所は、当該事実の存否につき何等の知識をも有しないことが通例であり、しかもその認識なくしては到底裁判を為し得ないからに過ぎないのである。裁判所は裁判上有効に自白された事実については、その真否につき何等判断することなく、これを裁判の基礎としなければならないのであるから、その場合事実認定の問題は起らず従つてまた証明の問題を生ずる余地がない。また、当事者が口頭弁論で相手方の主張した事実を明らかに争わず、またこれを争う意思の顕われないときは、これを自白したものと看做されるのであるから（民訴一四〇条一項）、この場合も亦証明の問題を生じない。そして更に法律は当事者が相手方の主張した事実を知らない旨を陳述したときは、これを争つたものと推定している（同条二項）。然るに口頭弁論における相手方の事実主張に対する当事者の態度は、㈠これを認めるか（自白）、㈡これを争うか（否認）、㈢不知を以て答えるか、㈣何等の応答もしないか、この四ついずれかの場合に尽きるのである。従つて前掲法規の存する限り、㈠及び㈣の場合は自白あることとなり、㈡及び㈢

の場合は争いたることとなり、現行訴訟法上、相手方の事実主張に対する態度は結局自白するか争うか二者いずれかの場合あるのみという結果を来たし、しかも自白ある場合には証明の問題を生じないから、争いある場合にのみ証明が要求せられることとなつたのである。争あるが故に証明を要すということは、單竟弁論主義の要請に基ずく立法上の措置に由来する結果に外ならないのであつて、事理当然の結果ではない。裁判所に顕著な事実につき証明の問題を生じないことが、その事実につき当事者間に争なきことによるものでないことを思えば、その間の消息を窺うに足るであろう。」かように、証明が、裁判所の心証を形成するためのものであれば、自由心証主義をとる以上、かりにその判断が社会的に妥当するものであつても、(一四)当該裁判所じたいの判断たることを免れない。既に裁判所の確定した同一事件の判断が、他の事件の判断の前提問題をなしても、前の裁判所の判断が後の裁判所の判断を拘束し得ない理由はここにある。その事情は、民事裁判と刑事裁判との関係においても全く同様である。(一五)いずれの裁判所も、その判断の前提なるべき事実は、これを自己の心証となるまで自由に形成し得なくてはならない。ここに、元来公法にぞくする刑法においても、訴訟において具体化した事実が第三者にまで効力を及ぼし得ない理由があるのである。(一六)もつと極端にいえば、もし刑事訴訟手続における一事不再理の制度の如きものがなければ、裁判の内容は他のいかなる裁判所の判断をさえ拘束し得なくとも少しも不思議ではない。この点は非常に重要なことであつて、一事不再理の効力は、裁判の確定性から、必然的に導き出される論理であるが如くに考えることは許されない。わたくしは、かつて、「確定判決の効力」を論じた際、「そこで、問題は、一事不再理の原則を従来どおり実体的確定力の効果と解すべきか、或は純手続的に形式的確定力の効果と解すべきか、という点に要約されよう。わたくしは、新しく、後者の見解に立つべきではないか、と考えるに至つた。その理由は、実体的確定力の限界と一事不再理の限界とを別に考える方が合理的であると思うに至つたからである。実体的確定力は裁判所の判断内容の規準性である。それ故、判断されない内容につ

いては、いかに判断が可能であつても、その規準性を認むべきではない。しかるに一事不再理の効力は、ある程度裁判所の判断から逸脱した部分についても、これを及ぼさなくてはならない。そうでなければ、被告人は甚しい不利益を蒙むる。……結局、実体的確定力の効果としては、いわゆる内部的効力として執行力だけが考えられるのである」[一七]となしたことを想起されたい。それにもかかわらず、確定判決は、具体的規範の創設として既判力を生じる。しかし、それも、訴訟物が刑罰権の主張たる以上、この主張された刑罰権の客観化にほかならない。そして、具体的規範が刑罰権の客観化であれば、その規準性も、この刑罰権の実体的関係を廻る当事者以外には及び得ないであろう。裁判が、この限界をこえて、なんらかの拘束力を有すとすれば、それは後述の如く、既判力じたいの理論的必然性ではない。かような意味で、実体法的既判力説には賛成しがたい。われわれは、むしろ、訴訟法的既判力説をもこえて、裁判に具体的規範の創設を認める。そして、裁判は確定すると、原告たる検察官は同一事件につき新ためて刑罰権の主張をなすべき利益を失うことになり、被告人は刑罰権に服従せざるを得ない義務を妥当つける。[一八]執行機関が、判決の内容に応じて刑罰を執行せざるを得ない義務は、訴訟法上の裁判所の判断内容から生じる義務ではなく、別の国法上の義務にすぎない。[一九]いわんや、裁判所の刑罰権の存否に関する判断の規準性が対世的効力をもつことにはならない。[二〇]これを要するに、一つの裁判は、「裁判」の本質から、その裁判をこえて規準性をもち得るものではなく、更に、裁判が規準性を有する限界についても、訴訟物は刑罰権の主張であるから、その前提たるにとどまる裁判の理由は、これまた具体的規範とはならない。裁判の内容的確定力を考えるには、以上のことは甚だ重要である。

（一）Wach, Feststellungsanspruch, 1889, S. 15.

（二）Wach, Handbuch, 1, S. 296, 373

（三）Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 157 ; Derselbe, Lehrbuch, Bd I., S. 150 Anm. 1.

（四）Vgl, Derselbe, Anspruch, s. 156 Anm. 7

（五）Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozess, S. 100 ff.

（六）Geib, Rechtsschutzbegehren and Anspruchsbetätigung, 1909, S. 18

（七）中村・訴と請求並に既判力（昭二四年）一二九―一三〇頁

（八）たとえば、「死者ヲ被告トシテ訴ヲ提起シタル場合ニ於テモ其ノ死者ノ相続人ハ当然其ノ被告トナルモノトス」（大判昭一一年三月一一日民集一五巻九七七頁）という判例に賛意を表されるが（前掲書一三六頁、なお中村・民事判例研究四〇〇頁以下、）この点は、兼子教授が、「訴はこれにより何人を当事者として訴訟に関与させ、裁判所が何人を名宛人として判決すべきかを確定すべきもので、単に訴訟物についての適当な何人かを被告とするというような漠然たることは許されない」（兼子・判例民事訴訟法・昭二五年・一七頁）といわれる非難がそのまま妥当すると考える。

（九）兼子・民事法研究（昭一五年）一八二頁参照。兼子教授は「請求権と債務名義」の関係について論じられたものであるが、興味深い。

（一〇）訴訟法律関係説に、一面説・二面説・三面説の区別のあることは別に論じておいた（井上・刑事訴訟における既判力について・法政研究一六巻一・二合併号・昭二三年二九頁）

（一一）Goldschmidt, Prozess als Rechtslage, 1925, S.

（一二）原告と被告との間に、刑罰権の主張なる関係を認めれば、多くの点で訴訟の考察に役立つ。まず、刑罰権の観念のしかたいかんにより、原告たるべきものを決定できるし、同じく国家を代表しながら、刑罰権の主体たる検察官と司法権の主体たる裁判所とを截然と区別して考うべきことになる。裁判所が職権を副次的にして、訴訟の追行を当事者に委ねても、刑罰権の主体が検察官たる以上、少しも矛盾を感じない。当事者主義はかようにして訴訟構造の上からも是認できる。有罪の蓋然性が公訴権の理由条件たることも、刑罰権の主張から生れる。厳格なる証明の差異も、刑罰権の主張という面において、その限りに

のみ厳格なる証明を要し、厳格なる証明を構成要件的事実に限る必然性は出て来ない。更に、また、免訴が、実体に関係するといわれるのも、それが刑罰権の「主張」を許さないところにある。公訴の時効が、「未確定」の刑罰権が時効に係るとされるのも、この刑罰権の主張が時効に係ることであり、刑罰権の主張が公訴権の内容をなす以上、公訴権が消滅する。訴訟条件も、刑罰権の主張に関る条件と実体審判申立の条件を区別し得よう。これら一々については、別に稿を改めて考えたいと思う。

（一三）岩松・民事裁判における判断の限界（法曹時報五巻三号・昭二八年）一〇頁以下

（一四）Vgl. Sauer, a. a. O., S. 71 f.

（一五）民事裁判が形成訴訟である場合は別であろう。もつとも、形成判決の確定以前に、刑事裁判が同一事件を判断の前提とせざるを得ない場合には、自由に判断できる（兼子・判例民事訴訟法七四頁参照）。

（一六）平場助教授は、既判力についての具体的規範説にたいし、本文の如き疑を提しておられるが、かりに具体的規範説をとつても、この点答え得ないものではない（平場・刑事訴訟法講義（二）・昭二八年・二二一頁参照）。

（一七）井上・確定判決の効力（刑事法講座六巻）一二四〇―一頁

（一八）齊藤教授および平場助教授は、刑の執行力をもつて、既判力の効果とせず、判決確定の形成力とされる（齊藤・刑事訴訟法学一七八頁、平場・前掲書二二〇頁）。しかし、これは疑わしい（井上・前掲書一二四一頁）。もしそうであるならば、当然無効の判決には何故執行力を生じないのか。蓋し、当然無効の判決は、被告人の刑罰権への服従義務を「妥当」づけないからである。

（一九）兼子・民事訴訟法㈠（昭二四年）二二二頁参照

（二〇）平場助教授は、有罪判決が対第三者的効力をもつことのために、執行力を形成力と考えられる（平場・前掲書二一九頁、二二一頁）。そして、その例として、後の訴訟において犯罪なしと主張して累犯加重を免れることはできないとされる。しか

し、累犯加重は、「執行ヲ終リ又ハ執行ノ免除アリタル」ことそれじたいを理由とするものであり、その前提たる判決の当否を別に問わないことを刑法が規定するだけのことで、理由にはならない。ただ、刑事裁判は、一見対世的効力をもつかにみえる。これは、刑事裁判の本質が、確認訴訟ではなくして形成訴訟たることによる。この点無罪の裁判といえども異らない。平場助教授は、無罪の裁判を確認的だとされるが賛成できない。この点、縁組無効確認の裁判を想起されたい。形成訴訟の本質は、裁判によつて解決するまで、何人も権利又は法律関係の存否を主張し得ないところにある。兼子教授の言をかりれば、「その効果が訴以外において当然には認められず、常に独立に訴訟を経て判決を通じてのみ主張、確定されることになつていれば等しく形成判決による形成の効果と見なければならない」（兼子・前掲書七四頁）。そして又形成訴訟においては、訴訟適格者は限られる。とくに、刑事裁判においては、検察官だけが原告たる適格を有し、その上検察官同一体の原則が存するため、一たん判決があれば、最早、これに容喙しこれを争う余地がなく、その結果として、その法律事実的効果（Tatbestandswirkung）或は反射的効果（Reflexwirkung）として、その法律状態を承認せざるを得ないのである。かつて判例が、行政裁判所の判決の第三者的効力につき、漠然と対世的であることを指摘したが（昭一五年六月一九日民集一九巻九九九頁）、これは誤りである。わたくしが、刑事裁判の対世的効力といつているのは（井上・刑事訴訟法・昭二九年・一九〇頁）、この意味に解されたい。もつとも、判決に対世的効力はなくとも、他の裁判所の裁判を、主文のみならず理由についても、証拠となし得ることはいうまでもない（大判昭四年二月七日刑集八巻七七頁参照）。これは証拠能力の問題であつて、自由心証主義をとる以上、当然である。ただ、証拠能力をいかに制限すべきかという現行法上の態度に応じて、若干の例外は生じる（江家・刑事証拠法の基礎理論・昭二六年・一一八頁以下参照）。なお、Wigmore, Code of Evidence, 1942. § 1671 a 参照。

二

形式裁判の内容的確定力を考えるに当り、まず、具体的に例をあげよう。親告罪につき告訴を欠くため公訴棄却の

判決を得た場合を考える。もつともこの場合でも、訴訟の進行に応じて細分できる。第一は、起訴状の訴因が明らかに親告罪たるにかかわらず告訴を欠く場合。第二は、訴因は非親告罪であるが、これも明瞭に親告罪と考えられる場合。強姦傷害の事実を訴因としながら、一見して傷害の事実が否定されるようなとき。第三は、証拠によつて認定された事実が親告罪であるが、告訴の追完のない場合（告訴の追完を認める立場に立つて）。これらの場合、裁判所の判断としては何が確定されたことになるか。第一の場合は、その主張されている事実は強姦罪であることを確定する。もつとも、裁判所としては、別に証拠による認定をしたわけではないから、その事件は強姦罪以外には犯罪とならない、ことを確定することはできない。この事情は、第二の場合にも異らない。ただ第三の場合には、実体形成の結果、当該事件は強姦罪以外には犯罪とならないことまで確定する。すなわち、第三の場合は、裁判所の判断は、事実的形成および法的形成の二つの面にわたり確定されるが、前二者は、ただ、法的形成の面についてのみ内容を確定することになる。しからば、この判断内容の確定は、後訴にたいしいかなる影響を及ぼすか。

さきにも一言ふれた如く、刑事訴訟手続にみられるように、一事不再理の原則が制度として存在しないとすれば、前訴の後訴にたいする拘束力（Bindungsksaft）は全く存しないはずである。裁判所としては、訴があれば必ず裁判しなければならず、裁判のための法的事実的形成は裁判所の全く自由なる心証に委ねられているから。蓋し、裁判所としては、相手方の主張を心証とし得なくては、それを訴訟資料にするわけにはいかないのである。かような意味で、自由心証主義には合理性がある。もしこれを制限するものがあるとすれば、別の政策的な配慮にもとづく結果である。法定証拠主義はかようにして生れる。それのみではない。自由心証主義を原則とする制度の中においても、かりに、前訴が後訴にたいし、なんらの影響力をもたないとすると、多くの矛盾に直面する結果となる。或は、裁判所の判断が統一を失うことにより裁判の権威を失墜することにもなろうし、或は、国民は、再度の審判にさらされるこ

とによつて人身の自由を失うことにもなろう。或はまた、国家としては、同一事件を重ねて審判することにより、訴訟経済にも反する結果となる。これらの訴訟法上の理念なり目的をどう考慮するかによつて、制度として、前訴の後訴にたいする拘束力が考え出される。それ故、重要なことは、前訴の後訴にたいする拘束力を制度として是認することは、裁判そのものの規準性からア・プリオリーに生じるものではない、ということである。蓋し、確定裁判の規準性は、さきにも述べた如く、訴訟物につき、それ故、訴訟物たる実体的法律関係を廻る当事者の間にのみ生じるにとどまるから。

かつて、民事事件について、大審院は、「一事不再理ナル抗弁ハ、裁判所ガ其ノ為シタル裁判ニ羈束セラレ同一事件ニ付確定判決ニ反スル裁判ヲ為スコトヲ得ザル結果、新訴ガ権利保護ノ要件ヲ缺如スルコトヲ理由トシテ其ノ請求ヲ排斥スベキモノナルコトヲ抗争スルモノナルヲ以テ、本案ノ抗弁ニシテ訴ノ不適法ナルコトヲ理由トスル抗弁ニ非ズ。従テ裁判所ガ此ノ抗弁ヲ理由アリト判定シタトキハ請求棄却ノ判決ヲ為スベク訴ヲ不適法トシテ却下スベキニ非ザルコト言ヲ俟タズ」（昭八年五月二三日民集一二巻一二五四頁）と判決した。この判決が、権利保護要件の欠缺をもつて、つねに訴の適法要件ではなく、請求を理由あらしめるための要件となす点は大いに疑がある。いわゆる訴訟的権利保護要件も訴訟要件も、ともになんら請求の当否に関係なく、その外側にあつて、その前提をなすにすぎないから。それはそれとして、「裁判所ガ其ノ為シタル裁判ニ羈束セラレ確定判決ニ反スル裁判ヲ為スコトヲ得」ぬ、とあたかも、裁判、とくに民事裁判においてさえ、いわゆる一事不再理の効力を認め、しかもこれを既判力の本来の効果と考えようとするかの態度のみえることは誤謬であろう。民事訴訟においては、訴訟物たる権利又は法律関係の存否が、一度確定されても、更に発生・変更・消滅する可能性が多いので、厳格な意味での一事不再理の原則は存しない（大判昭六年一一月二四日民集一〇巻一〇九六頁参照）。民事訴訟に、一事不再理の原則を認め得ないのは、私法上の法律関係のかような特質にもとづく。しか

し、そうかといつて、民事裁判においても、直ちに、前訴の後訴にたいする拘束力を全然無視するわけにはいかない。無視してしまえば、裁判の間に異る結論が生じて私法上の法律関係を混乱せしめるからである。そこで、後訴においては、前訴の裁判の内容に拘束せられることとせざるを得ない。それ故、原告がかつて敗訴の判決を受けた事件と同一の請求原因に基いて訴を提起した場合には、その後請求を理由あらしめる事情の発生しない以上（その限りでは本案の審理が許される）、裁判所は請求棄却の本案裁判をなすべきである。とにかく、本案裁判をなし得るところに、民事裁判の特徴がある。ところが、刑事裁判となると大分事情を異にせざるを得ない。民事裁判では、以上の如く、直接前訴の判断「内容」の拘束力を後訴に認めてさえおけば、それで、訴訟制度の混乱を救うことになるが、刑事裁判ではその程度では足りない。手続の段階の上からも、もつと早く、拘束力を認めて裁判の重復を阻止しなくてはならない。蓋し、ここでは、裁判が、被告人の人身の侵害を伴うからである。そこで、「訴」そのものを許さないで、既に判決の確定した同一事件を改めて起訴すれば、その訴を不適法と判断して訴訟の係属を阻止すべきである。これが一事不再理の効力といわれるものである。もつとも、民事裁判においても、原告が前訴において勝訴しているならば、新訴を不適法として却下すべきであるが、この場合でも、刑事裁判の如く、その理由を直接一事不再理の原則に求めるのではない。民事裁判で、訴を却下する理由は、勝訴判決の存在が権利保護の利益を失うからにほかならない。一事不再理の原則が、刑事裁判においてのみ支配することは、たんに民事裁判においては同一事件ということがほとんどないというだけのことではなく、それ以上に、刑事裁判手続が深く人身の自由と関連する特質に由来する。その結果、前訴の拘束力を考えるにおいても、一は裁判の「内容」として考え、他は「訴」の適法性、すなわち訴権として扱う。民事裁判および刑事裁判の本質をそれぞれ考慮することにより、制度を異にするのである。いわ

ば、その相違は目的々配慮以外にはない。或は、この点、もともと裁判に規準性があるので、そういう目的々配慮を可能にする、と説明されるかも知れない。しかし、それは正当ではない。蓋し、前訴の拘束力を経験的に説明することを否定すれば、その規範的な効力が、規範たるにもかかわらず、裁判所および当事者のみを拘束するにとどまるのか、その相対性を解き得ない。さらにまた、元来、既判力を生すべきはずのない判決の理由についても、判断の衝突をさけるため、なにほどかの考慮を要する場合がある。債権者が、保証人にたいし主たる債務者の債務の弁済を求める給付の訴において保証人が敗訴したため、保証人が更に主たる債務者に求償を求めるため給付の訴を提起してこれまた敗訴すれば、保証人としては債権者に弁済したにもかかわらず求償を求め得ない結果となろう。或はまた、売買の無効を理由に、原告が被告に既に引き渡した物品の返還を求めて勝訴した後、今度は逆に、それでは被告が原告に支払った代金の返還を求める新訴において、もし売買が有効として敗訴すれば、ここでもまた前と同じような矛盾に立ち至るであろう。これらの場合はいずれも一概に、判決の理由には既判力は生じないと捨て去るわけには行かない。実体法的既判力説は、かかる事例に存する矛盾を解決しようとして強く主張されたのであった。訴訟法的既判力説に立脚する人々も、いろいろな角度から前の裁判の拘束性を説明するが、その際、前訴の裁判の規準性だけに直接理由を求めようとすれば、判決の「理由」には既判力は生じないというだけで、解決されない結果となろう。或は又、所有権移転登記請求の訴又は所有権確認の訴の原告が敗訴し且つ判決が売買契約が有効であること従って所有権が被告に移転したことを理由としても、原告の登記請求権ないしは所有権不存在が確定されただけであって、その理由たるべき売買契約の有効又は所有権の移転は確定されない。それ故、前訴の被告が、新訴で原告として建物の收去を請求する訴を提起し、売買契約の有効を主張し且つ所有権の自己にぞくすることを主張し

ても、前事件の原告たる被告は、自らの所有権者たることを主張できないが、売買契約の無効を主張することはできよう。それ故、同一の売買契約が前条件においては有効と判断され、後の事体では無効と判断され、その結果、同一物の所有権が第三者に移転したわけでもないのに、当事者のいずれにも属しないという奇現象を生じる（大判昭一六年七月一八日民集二〇巻九七四頁参照）。これらの例において、問題になるのは前訴の判決の理由に一つの拘束性を認めようとするのであるが、判決の理由はさきに述べた如く、判断の前提をなすにすぎないので、それだけのことで既判力は及ばないと反撥されよう。それにもかかわらず、学説はこれを考慮して、もっぱら、制度的に、或は中間確認の訴や反訴により、或は補助参加によって解決を計り、或は既判力に禁反言を認めて矛盾を除こうとする。だから、そういう制度が前訴において利用されていない限り、矛盾を矛盾として認めざるを得ない結果となる。(二) 結局、前訴の後訴にたいする拘束力は、具体的な場合を考慮して、それぞれ解決を計らざるを得ないのであって、決して、裁判の規準性を理由に、一律に解決され得るものではない。

かように考えて来ると、形式裁判の内容的確定力も、いろいろの訴訟目的を具体的に考慮することにより結論づけられることにならざるを得ない。民事裁判においては、前訴と矛盾する裁判さえしなければ足りた。これに対し、刑事裁判においては、人身の保護から訴をさえ提起させない。しかし、前訴において告訴の欠缺を理由に公訴を棄却された場合には、いまだ実体そのものについての判断をへていないので、改めて訴を提起できなくてはならない。ただ、その際、或は、前訴の裁判にあらわれた法律的判断と異る判断を主張し、或はそれと異る事実的・法律的形成を主張することは、同一事情の下においては、これを許さないこととする必要がある。前訴の裁判所が、或は、一定の事実を強姦罪と判断したのに新訴において「この同一の事実を」強姦傷害罪と主張し、或は、証拠によって強姦罪を

認定したのに「同一の証拠の下で」強姦傷害罪を主張したのでは、被告人の人権を侵さることにもなるし訴訟経済にも反する。[二] だから、それらを考慮して、拘束性の限度を求めれば新訴を不適法なものとして、第三三八条第四号で公訴棄却の判決をすべきである。いわゆる形式裁判の内容的確定力とはこれだけのことであり、訴訟の理念に立脚して目的々に考慮された制度にとどまる。

なお、団藤教授は、「公訴棄却、管轄違の純手続的形式裁判が確定したときも、のちに事実の変更がないかぎり、おなじ事項について異る裁判は許されない」(傍点筆者)とされる。前訴が管轄違ならば、後訴もまた管轄違の裁判をすべき意味であろうか。そうであれば賛成しがたい。前訴の判断内容は、直接後訴の裁判所の判断内容を拘束するのではなく、検察官が、「事実の変更がないかぎり、おなじ事項について異る」主張をなし得ない拘束の、反射的効果が後訴の裁判所に及んで、実体裁判を阻止するだけである。刑事裁判の特異性からさきに述べた民事裁判の拘束性とは異る結果を生じる。

ザウエル[三]は、形式裁判の拘束性を論じて、もしそれだけのことなら、訴訟行為の一回性の原則から当然のことであり、それ以上に、実体的既判力およびその特殊な効果とは関係をもたないとなす。そして、訴の適法性の問題は、大体証拠調をしなくても解決することであり、その点から労力や費用の浪費もないので、再訴を拘束しなくとも訴訟経済に反しない。又、当事者の利益からみても、適法性の問題は、しばしば事情も変るので、前訴に拘束されなければならないことは却つて好ましいことではない。さらに、裁判の権威からしても、それが強調されなくてはならないのは、実体裁判についてだけであるとなす。その結果、後訴の裁判所で、前訴の判断を無視して実体裁判をなしても、それは適法であるとさえいう。ザウエルが、いわゆる形式裁判の拘束性を一回性の原則の適用いがいのものではない

と主張したことは、われわれの如く考えれば甚だ興味深い。そうだからといつて、彼のごとく前訴の抱束性を軽視することには疑がある。かりに訴の適法性の判断は証拠調を必要としないといつても、「大体」の場合にとどまり、ときによつては、証拠調の結果、訴訟条件の判断に直面することもある。或は又、当事者の利益を考えても、ザウエルは検察官の起訴の利益を念頭におくだけであり、被告人が同一の問題で再三審判にさらされる危険には全然考慮を及ぼしてはいない。そう考えれば、「原則として」同一事件に関する限り、後の裁判所は前訴の判断を尊重して公訴を棄却すべきであり、実体裁判をすべきではない。

(一) 通説判例は、登記変更の請求における訴訟物を厳格に登記請求権に局限するが(大判大一四年四月二二日新聞二四一八号一八頁)、兼子教授や一部の判例には、つねに、実質上の権利関係の存否じたいが請求の主内容をなし、抹消訂正などに協力すべき旨の請求は技術的にこれに附随してなされるにとどまるとする(兼子前掲判例民事訴訟法二九二頁大判昭一二年四月七日民集一六巻三九八頁)。こういう見解も、実は、登記請求権とその背後にある実質的権利関係の一元的解決が目的々に考慮されている結果ではあるまいか。

(二) 平野助教授は、「訴訟条件の基礎となる事実は、当然手続法上の事実であるが、訴訟の客体が基礎となることもある。……このばあい、……訴因によつて決すべきか、証拠によつて決すべきかの問題がおこる。舊法の下では、この両者に区別がなかつたので、結局は証拠が標準とされた。しかしそれでは、無罪のばあいは訴訟条件もないことになり実体審理が終らなければ訴訟条件の存否がわからず、形式裁判に内容的確定力を認めるときには実体的確定力との矛盾をさけるため客体に関する部分を特に除外するのに無理がある等の難があつた。現行法の下では、訴訟の対象を標準とすべきである」(平野・刑事訴訟法Ⅱ昭二七年九一頁)とされた。現行法の下では、訴訟の対象たる訴因を標準として訴訟条件を判断すべきものとされることは、原則としては正しい。しかし、訴因変更の手続がある以上、証拠によつて形成された事実を基準にして、訴訟条件の有無を判断しなければなら

ない場合も当然考えられる。この場合、その判断の内容的確定力と後の実体的確定力と矛盾する場合があると虞れるのであれば、訴因を標準にした場合でも、裁判所の法的判断はこれを切り放さなくては同じであろう。また、内容的確定力と実体的確定力との間には矛盾は存しない。矛盾があると考えるのは、内容的確定力が「裁判所」を拘束するとなすからである。本文でその非なることは指摘した。

(三) Sauer, a. a. O., s. 261 ff.

むすび

従来、形式裁判の内容的確定力を考えるにおいても、必しも深い反省をともなわないきらいがあつた。その結果、簡単に、確定裁判の効力の一種として事を論じて来たが、実はたんに、一回性の原則の適用以上のものではない。結局、訴訟理念を目的々に考えて、その上で、制度をどう按配するかだけの問題であり、そういう態度は、裁判の拘束力を考える際、形式裁判のみならず実体裁判についても共通である。(二) これらの制度を一括して、裁判の内容的確定力と称するのは自由であるが、しかし、その内容的確定力ひいてはその規準性から逆に前訴の後訴にたいする拘束性が演繹されるものでないことに注意されたい。(三) そして、形式裁判の内容的確定力も、つまり、目的々に考慮して、検察官の起訴にたいする一種の拘束性としておけば足りる。その結果、「はしがき」で問題にしたような、前訴の裁判の内容的確定力と後訴の裁判の実体的確定力との衝突は、なにも矛盾とみるべきものではなく、なんらの障害たり得ない帰結として解することになろう。

(一)　こういう観点から一事不再理の効力を考えたのが、井上・前掲判決の確定力であつた。

(二)　その意味で、ドイツ大審院が、「判決は請求じたいに関するもののみならず、訴訟条件に関するものであつても、既判力ある限り、問題になつた訴訟条件に関する裁判は、同じ事情の下で新しく提起された訴にも及ぶ」(JW. 1898, 48) となすのには反対せざるを得ない。