

## 既判力拡張における依存関係(一)

吉村, 徳重  
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1376>

---

出版情報 : 法政研究. 26 (4), pp.19-44, 1960-04-10. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 既判力拡張における依存関係（二）

吉村徳重

- 一 問題の所在
- 二 依存関係概念の形成
  - 一 成立地盤
  - 二 前提問題としての依存関係・絶対効
  - 三 処分権能としての依存関係・反射効（以上本号）
  - 四 既判力拡張としての依存関係
  - 三 依存関係の位置づけ
  - 四 個々の問題
  - 五 むすび

## 一 問題の所在

一、民事訴訟における判決の既判力は訴訟の当事者の他に、口頭弁論終結後の承継人や訴訟担当における利益帰属主体等についても拡張される。（民訴二〇一）<sup>（条参照）</sup> ヘルヴィツヒはかつてかかる明文上の既判力拡張の一定の場合を、第三者の法的地位が判決当時の当事者の法的地位に完全に依存しているという「民事法上の依存関係」（materiellrechtlich Abhängigkeitsverhältnis）なる共通の観点を根拠として説明した。<sup>（二）</sup>

しかも更にかかる明文を欠く場合にも、同様の民事法上の依存関係があれば、判決の第三者に対する効力（反射効）が考えられ、たとえば、合名会社と社員（下商法一二九条、日商八一一条参照）、賃借人と転借人、主債務者と保証人の関係などをその事例にあたるものとして設例したのである。<sup>(二七)</sup>その後むしろ却って「依存関係」なる概念は、多くかかる明文なき場合に既判力拡張あるいは反射効を認めるか否かの基準として取上げられている観がなくはない。<sup>(二八)</sup>

わが国でも近年、判例がかかる「依存関係」を理由として、転借人に対する立退請求訴訟において転貸人訴訟での判決の反射効を認めるか否かについて見解の対立を示し、これをめぐって学説の展開を見るに至った。<sup>(二九)</sup>

二、ここにいわゆる「依存関係」なる概念は、実体法上の概念に他ならず、一方法律上の地位の依存性とされる場合は当事者の訴訟上の地位とのつながりを含みうるに至るが、<sup>(三〇)</sup>他方実体法上の法律関係相互の依存性とされる場合は、夫々の判決で確定される内容（判決内容）を個々の実体法上の権利関係の存否として把握することを前提としてのみ登場しうる概念であった。<sup>(三一)</sup>従って殊に給付訴訟の訴訟物について実体法上の法律関係の法的性質決定を前提とせず、ひいては既判力をも個々の実体法律関係によって分断しない見解によれば、<sup>(三二)</sup>かかる意味での民事法上の依存関係なる概念は少くとも給付訴訟では、その訴訟法上の意味を失うことにならないのかとの疑問が生ずる。しかし同様の疑問は、明文による既判力拡張の場合である口頭弁論終結後の承継人についても避け難く、殊に執行力拡張との関連において、その再吟味が迫られているのである。なぜなら、ここにいう承継人なる概念は殊に個別的権利義務の承継において、同様に法的性質決定を前提とする実体法上の権利義務の承継なる概念（ヘルヴィツヒのいわゆる依存関係）を基盤にしているからである。<sup>(三三)</sup>

訴訟物あるいは既判力をその国家制度的本質から見て公法的訴訟法的に把握せんとする訴訟法説の立場からしても、訴訟法上の審理および判決の対象がいかなる点で且ついかなる媒介項を通じて実体法上の法律関係と接着する

か、を吟味確定することは依然放棄できない訴訟法学の課題である。なぜなら、一方民事訴訟の目的を紛争の公権的解決と解するにしてもなお近代市民社会においては、實際生活上の紛争は実体法上の視点をめぐって生ずることが少なくないだけでなく、他方同様に国家法たる実体法秩序から生ずる視点を訴訟法とは無縁の彼岸に存するものとして顧みないという態度の肯認し難いことももちろんだからである。論者のいう給付訴訟における「一定の給付をうけうる法的地位」ないし「受給権」なる概念も、いわば執行力取得という給付訴訟特有の機能を媒介としたところのかかる法的接着点を示すものとして評価されねばならない。同様のことは既判力の主観的範囲拡張の限界についてもいえることであって、「依存関係」なる概念もまた有効性をもつとすれば、何らかの媒介項を通すことによって、あるいは明文による既判力拡張の場合における解釈上の限界を確定する基準となり、あるいは明文なき場合にもその類推適用の可否および限界を示すごとき、いわば訴訟法的な評価をうけた特殊の法的な視点として登場せざるをえないことになろう。

三、ところでローマ法以来の原則といわれる判決効の相対性にも拘らず、紛争の対象について密接な利害関係を有する一定範囲の者についてはなお一律の解決が要請される場合が少くない。すべての時代場所を通じて、この相対性に対する例外が認められてきたのは、第一に自づから訴訟に参与しない第三者の利益と各訴訟関与者の利益とを衡量した上で、これが是認され且つ要求される場合、ひいては第二に、国家的見地からもかかる一定の関係人相互間で判断の衝突を避けることもしくはこれら利害関係人相互間において同一争点を再度審理することを禁ずることが要請された場合であろう。<sup>(一三)</sup>「民事法上の依存関係」なる概念も、かかる多数利害関係者を一つの法的視点において把え、これを判決の既判力を拡張する基礎にしようとする処に出発点と目的があったのであり、今やこれを新しい角度ないし媒介項を通じて訴訟法上如何に評価しうるかを再吟味することが必要とされているのである。

もっともかかる多数利害關係人をめぐる紛争解決については、形成訴訟を初め、必要的共同訴訟、訴訟参加、引受、告知、および選定当事者等の訴訟担当とこれらをめぐる当事者適格ないし訴訟追行権の問題など、民事訴訟法は種々の場面と段階において対策を構じており、既判力拡張<sup>(二四)</sup>、更には執行力拡張もその一環に他ならず、これらは相互の密接な関連づけなしには適切に解決することはできない<sup>(二五)</sup>。ここでこれら諸制度相互間の関連を十分に解明する余裕はないが、ただこれが対象としている多数利害關係人をめぐる紛争処理に興味を抱いている私は、その出発点として、既判力拡張理由とされたいわゆる「民事法上の依存關係」を中心にこの問題を取り上げてみた。殊に給付訴訟に視点を合せれば、既述の如き弁論終結後の承継人をめぐる問題と共に、かかる明文の既判力拡張が執行力拡張を伴うのに<sup>(民訴四九七ノ二条)</sup>、それ以外の依存關係による、いうところの反射効ないし既判力拡張が常に後訴の前提問題としての拘束力に止まるとされてきたことをも考慮すれば、これが執行力拡張との関連において問題を解明せざる限り、かかる場合の依存關係もしくは既判力拡張の位置づけを確立しえないことになる<sup>(二六)</sup>。従って以上のような視点の下に、先ず第一に「依存關係」なる概念形成の跡をたどり、更にはその訴訟法上の位置づけと既判力拡張の限界確定についての有効性の有無を再検討することが要請されるのである<sup>(二七)</sup>。

(1) *Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft* (1901) (以下の文献は原則としてイタリック体の部分だけで引用する。) S. 51, 56ff,

125ff. 後述(二〇頁)参照。もっとも請求の目的物の所持者については、これが占有補助者であれば占有承継人(ZPO. § 325 I)と考えるまでもないことになる(Vgl. a. a. O. S. 338anm. 21, 356f. anm. 10)。

(二) Vgl. *Hellwig, Rechtskraft*, S. 27ff. 後述三九頁註(七)参照。

(三) たとえば、既判力拡張<sup>(二八)</sup>の *Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, 7Aufl. (1956) S. 731(反射効とす)の *Nikisch, Zivilprozessrecht*, 2Aufl. (1952) S. 432f. 参照。なお、かかる場合と共に、基準時後の承継についても「依

存関係」を基礎として既判力拡張を説く *Beiternann, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft.* (1948) S. 63ff., 79ff. 参照。

(四) 大阪地裁判決昭三十年八月二十四日(家屋退去土地明渡請求事件)判例時報六八号一頁、および、東京高裁判決昭二十九年一月二十三日(建物収去土地明渡請求事件)下級民集五卷一号六十二頁は、民事法上の依存関係によって転借人に対する反射効を認めた。

これに対して、後者の上告審最高裁(第二小法廷)判決昭三十一年七月二十日民集一〇卷八号九六五頁は「原審認定にかか  
る確定判決によって当然に原判示の如き法律上の拘束をうけると解すべき法理上の根拠に乏しく」として原判決を破棄した。

(五) 中田「確定判決の反射的効力」判例評論五号一頁はこれを否定、兼子、「判決の反射的効力」、法協七四卷六五五頁は事例を依存関係にあたらぬと論じ依存関係ある場合の反射効を主張される。なお、兼子、「民事訴訟法体系」(昭二十九)三五三頁、同、「実体法と訴訟法」(昭三十二)一六三頁、同「共有関係の訴訟」、研究Ⅱ一四九頁、「連帯債務者の一人の受けた判決の効力」・研究Ⅰ三六九頁、三ヶ月、「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」、法協七五卷一三八頁、同、「民事訴訟法」(昭三十三)三五頁参照。

(六) *Hellwig, Anspruch und Klagrecht* (1900) S. 255ff., *Rechtskraft*, S. 57ff. は依存関係の概念に、訴訟担当者が第三者の権利関係についての処分権をもつ場合をも含め、他方反射効を生ずる依存関係においては、第三者の法的地位の依存性(合名会社と社員)を含めるためにこれを一般に法的地位(*Rechtsstellung*)の依存関係として表現する(*Rechtskraft*, S. 27)。かくていずれも当事者の訴訟追行上の地位との関連を含みうる概念となったのである。後述参照。

(七) この点では後述(二九頁) *Wetzell, Wach*, の依存関係概念の根拠となっている考え方を参照。

(八) わが国の最近の有力説である訴訟物についての訴訟法説に立つ小山、「請求について」岩松論文集一六一頁、三ヶ月「請求権の競合」私法一九号二八頁、同「法条競合論の訴訟法的評価」我妻論文集(中)七二七頁、同、「訴訟物をめぐる戦後の判

例の動向とその問題点」民訴雑誌五号一五七頁、新堂「訴訟物の再構成」法協七五卷一頁・一四五頁・五七八頁等参照。

もっとも、新訴訟物論に立つ見解においても、相殺可能性 (BGB § S. 393, 394) 等との関連で既判力の客観的範囲とは別に、既判力の対象を請求でなく請求についての裁判所の裁判であり、この裁判で確定されるのは法的性質決定を経た権利関係であることを認めればこの疑問はない。Vgl. Rosenberg, Lehrbuch. (7A) S. 407. 721f. じれが法的評価の拘束力の問題にすぎぬ (三ヶ月前掲論文、我妻論文集 (中) 七三頁註 (一三)) としても同様のことがいえる。

(九) 包括的承継あるいは「一定の給付をうける地位」ないし「受給権」なる地位自体の直接の承継があれば問題あるまいが、実体法上の個々の権利義務の承継ある場合に問題が生ずる。特定物引渡訴訟における占有の承継にかかる地位の承継として構成しようとする試み (昭和三十四年秋の学会での小山教授の問題提起参照) は実体法上の占有の概念がかかる訴訟法上の評価に適合していることによるが、その限りで適切な方向づけだと考える (なおこの点につき、兼子、判例研究五卷一号一〇八頁 山木戸「訴訟物たる実体法上の関係の承継」法学セミナー三〇・四四頁参照)。しかし承継は占有の承継に限らない。かといって、個々の法的性質決定を前提とする権利義務の承継 (たとえば手形債権の譲渡や不法行為による損害賠償責任だけの引受など) ある場合には、既判力拡張殊に執行力拡張を生じない、としたのでは却って給付判決のもつ機能を充分に果しえないことになる。従ってかかる場合には、この権利・義務が既判力の生じている「給付をうける地位」を理由づける法的観点にあたるといえれば、ここにいう承継が存すると解せざるをえない。判決主文にはかかる性質決定を経た権利義務は示されていないので右の要件は承継執行文付与機関の判断に委ねられることになる。性質決定の点についての請求異議ないし第三者異議の訴の可否も問題となる。(以上の点につき、三ヶ月前掲・民訴雑誌五号二二五頁、同我妻論文集七三〇―二頁、同民訴法一七四・五頁、新堂前掲・法協七五卷六一〇頁参照)。

もしそうであれば、口頭弁論終結後の承継以外の依存関係についても、たとえば合名会社と社員の如き包括的地位の依存性ある場合については問題ないことになるし、個々の権利義務の依存性ある場合には、全く右と同様の事情が存することになる。転借人の場合を占有する地位において依存性ある場合と解しうれば (Vgl. Bettermann, Rechtskraft S. 217ff.)、右の占有

の承継に対応するといえる。

(一〇) 既判力に関する訴訟法説、ないし一事不再理説及び請求についてのいわゆる新訴訟物論を共に訴訟法説と呼んだが、勿論、実体法を基準として請求を考えるヘルヴィツヒ（訴訟法的既判力説）やベッテルマン（一事不再理説）に明らかなく両者は必ずしも対応しない。本稿ではその本質論を究明してこれに解決を与えようというつもりはないが、ただ、既判力拡張という具体的問題を通じて逆に夫々の立脚点に照明を当ててみるだけである。

(一一) Vgl. O.Fischer, Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft, *Jherings Jahrbücher* 40 (1898) S. 163f., Heim, Die *Feststellungswirkung des Zivilurteils* (1912) S. 210, もっとも「古代ゲルマン法においては一定の絶対効が妥当していたとされる (Fischer, S.146ff.)」。

なお、この相対性は弁論主義・処分権主義に基き (Fischer S.162; Heim, S.206ff.; Betermann, Rechtskraft' S.81ff.; da zu Vgl. Hellwig, Rechtskraft, S. 19) 訴訟に関与しない第三者の利益を保護するためのものである。

(一二) ドイツにおけるのみでなく、英米法における既判力つまり Res judicata or Estoppel by Record. の拡張についても当事者以外の一定の利害関係人 Privies に及ぼされてきた。イギリスについても cf. Everest and Strode, Law of Estoppel (1923) pp. 5, 52・77; アメリカについても cf. Developments in the Law Res judicata; Note in Harv. L. Rev. 65 (1952) pp. 855~8k1, くれ以外の第三者については Due Process や当事者主義の要求から相対性が貫かれてきたが、近年、この相対性への不満から第三者への拡張の動向のあることについても cf. Harv. L. Rev. 65 pp. 861~5.

(一三) この意味では既判力本来の趣旨の顕現といえる。 Vgl. Bötticher. Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, (1930) S. 129ff. insbes. S. 237ff.

なお判断の衝突を避けるべきかかる事例の限界領域として例えば、もし主債務者訴訟で敗訴した債権者が次いで保証人訴訟で勝訴しうるとすれば、この場合保証人は求償権（日民法四五九条I参照）との関係で債権者の承継人となるから、訴訟の

既判力をうけることになり、結局求償できず不合理な結果となる、という場合がしばしば引用される。Vgl. Krückmann, Die materielle Urteilswirkung, ZZP 47 S. 101; Hofmann, Über das Wesen und die subjekt Grenzen der Rechtskraft (1929) S. 111

(一四) 既判力拡張は、もとより前述の二〇一条のみならず、人事訴訟(人訴一八条等)・会社訴訟(商一〇九条等)の形成訴訟において既判力拡張規定の存する場合および債権取立訴訟(六二三条)、破産・会社更生債権確定訴訟(破産法二五〇条会)等の判決の既判力拡張もすべてかかる要請に立っていると見える。

(一五) たとえば、必要的共同訴訟については、既判力拡張をこれとの関連で論ずる、山田「既判力の主観的範囲の拡張」法学論叢三八卷二頁以下、更に判決の効力の及ぶ共同訴訟人にだけ(類似) 必要的共同訴訟を認めるとする三ヶ月「民訴法」三一四—一九頁、Schwab, Die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft, Festschrift für F. Lent (1957)

S. 271ff. 参照。Schwab は片面的既判力拡張の場合も含めて、相互に既判力拡張の生じうべき共同訴訟人には、判決は必然的に統一的でなければならぬとの定式を立て、この場以外には、前後する訴訟において法的理由によって統一的判決の強制されることはないと言明する。ただ、ここでは既判力拡張を常に明文規定ある場に限り、これを前提とするために、その限界の解釈基準等についての究明は見られない。

(一六) この点を強調するものとして、Bettmann, Rechtskraft; および Sieg, Rechtskrafterstreckung bei Rechtsnachsfolge und ihre Bedeutung für die Vollstreckung nach § 883 ZPO, ZZP 66 (1953) S. 23ff. 参照。

(一七) 基準時後の承継人について同様の問題意識をもった最近の論稿として、上田「原始取得と既判力の主観的拡張の限界」法と政治一〇卷三号一八一頁、同、「判例研究」法と政治一〇卷二号三一頁参照。

## 二 依存関係概念の形成 (ドイツにおける学説)

### 一、成立地盤

既判力の相対性の原則に例外を認めるために、いくつかの規定があるが、これらの規定を通じて法的に一定の共通原則があるだろうか。<sup>(二)</sup> この間が依存関係を生み出す出発点であったし、初めてかかる「共通の観点」として「代表関係」の概念を用いたのがサヴィニーであった。拡張の大部分を占める承継関係を自然的拡張と呼んだ上で、これ以外に「個々の法律制度の固有の必要性によって導入された特別の規定」による拡張を実定的拡張として、後者の場合の既判力拡張は、訴訟追行者が第三者を「代表している」ことに基因するとした。<sup>(三)</sup> ここでは、代表者(代理人)が、自己の名前で、主に他人の利益についての訴訟を進行する場合が示されており、<sup>(三)</sup> 他人の名前とする直接の代理ではない。しかし、かかる場合につき、常に代表なる用語に適切な関係が存するか否かが先ず問題であるのみならず、第三者が法律によって当事者となる場合をも含めていたことなどのために、なぜに各場合につき既判力拡張を生ずるかを説明するに何ら役立ち得ない、として多くの批判を受けざるをえなかった。<sup>(四)</sup>

代表概念は、既判力を拡張するために第三者との関係での当事者の訴訟追行の地位づけを説明せんとして、<sup>(五)</sup> 多くの反論をうけた。そこで、主体相互の訴追上の地位づけよりも、むしろ、前訴と後訴で対象とされる権利関係相互の関連の内に拡張の根拠を求めんとする傾向が生じた。

ワッハは、<sup>(六)</sup> 代表概念がサヴィニーのいうように唯一の既判力拡張理由なることに疑問を投じ (Wach. Rechtskraft, S.4.15)、<sup>(六)</sup> 例えば破産法 (R. K. O. §135: heute §147) が破産債権の不存在を確定した判決の既判力をすべての破産債権者に拡張するのは、統一確定の論理的必然性による既判力拡張であると主張した (S.18f.:38)。けだし、あ

る債権者が一方に対しては配当にあづかり、他方に対しては排除されるということとは論理的に不可能だからであり、他方代表概念が決定的であれば、共同債権者に有利にのみならず不利にも効力を認めねばならぬ筈だからである。だが、たとえ論理的に異った判決を許さないとしても、法律上は夫々の関係において異った判決も可能であり、かくては、論理的な必要性は単に既判力拡張の立法理由たり得るに止まる。従って、既判力拡張のためには、論理的根拠以上の理由を必要とするとして、学説はこぞってこれに反対したのである。<sup>(七)</sup>

(一) Vgl. *Wach und Laband, Zur Lehre von der Rechtskraft, Drei Rechtsgutachten*, (1899) S. 6. は *Dernburg* を引用し、例外の法的な一貫性ある主張の必要を主張する。

(二) *Savigny, System des heutigen römischen Rechts*, VI. (1847) S. 468f.

(三) Vgl. *O. Fischer, Jhrings Jahrbücher* 40. S. 171

(四) Vgl. *Hellwig, Rechtskraft*, S. 52f.; *Heim, Feststellungswirkung*, S.212, *Mendelssohn, Rechtskraft*, S. 505ff.

(五) サヴィニーが「代表概念」に“*jus contradictor*”の要件を関連づけ、これを問題にすべき点と目される (System VI. S.471 anm. m)。

*jus contradictor* については後述するが、サヴィニーにおける当事者の訴追上の地位が訴訟法上の概念でなく私法上の地位として把握されているのは勿論である。しかし後述の判決内容のつながりを問題にしているのではない。

(六) *Wach u. Laband, Rechtskraft*, (1899)・ワツハは、代表関係で説明しうる場合を管財人訴訟等に限定、身分訴訟等を代表関係を以て説明することを否定し、異った理由を要するとした (*ibid* S. 14—15)。

(七) Vgl. *Hellwig, Rechtskraft*, S.19; *Heim, Feststellungswirkung* S. 212f.; *Schönke-Schröder-Niese, Lehrbuch des Zivilprozessrechts* (1956) S. 352; *Stein-Jonas-Schönke, Komm. zur ZPO*, 18Aufl. (1952) § 325VI ④. *Baumbach-Lauterbach, Zivilprozessordnung*, 25Aufl. (1958) § 325 5)A. 6); 大塚 Vgl. *Schwab, a. a. O.* S. 274f. は

一 確定の必要につき論理的理由と法的理由を区別するのは疑わしいとして、多くの設例が法的理由からも論理的理由からも統一的判決は要求されない事例だという。これに対し、*Bettermann, Rechtskraft, S.100* は、実体法上の依存関係ある場合について、異った判決をするのは非論理的ではなく利益状態を考慮すれば不当もしくは非目的なのだと主張する。

## 二、前提問題としての依存関係・絶対効

しかし、この両訴の審理対象乃至は判決内容である法律関係相互の関連により既判力拡張を理由づけようという指向性が、他方、いわゆる「民事法上の依存関係」なる概念を生み出すのである。<sup>(二)</sup>ただ、このいわゆる依存関係なる概念において、確定判決による法律関係が相手方と第三者間の法律関係にとって先決事項であることを意味するに他ならないのか、更にはそれ以上の完全なる依存性（附従性）、換言すれば、当事者が第三者との関係において、処分権をもっているに等しいことを要求しているのか、論者によって必ずしも一致しない。<sup>(三)</sup>後者の見解に立つときは、訴訟追行権を処分権と同視し、ひいては当事者の訴訟上の地位を処分権を以て説明する見解の残滓を見ることができ。

(一) 論理的理由によるか法的理由によるかの差にすぎない。 *Vgl. Wach u. Laband, Rechtskraft, S. 18ff.*  
 (二) 両者の区別については、 *Vgl. Bettermann, Rechtskraft, S. 101ff.*

(三) 民事法上の「依存関係又は条件関係」なる概念を既判力拡張理由として初めて指摘したのはウェッツェルだといわれる。<sup>(四)</sup>彼によれば、潜称相続人訴訟及び一定の身分訴訟について、その判決の効力が一定の第三者に及ぶのは、訴権消耗（*Konsumtion*）によってではなく、判決内容によって、殊にその真実の擬制によって生ずる。しかもこの現象の基礎は、第三者の一方当事者に対する法律関係が、当事者間の法律関係によって条件づけられていることに存し、この条件関係が *judicata* に移されるのである。<sup>(五)</sup>

ワッハは、この指摘に従って「依存関係又は条件関係」なる概念を「既判力の範囲を定める統一的な原則」として

定立する<sup>(六)</sup>。つまり、「伝承的な、条件づけられた法律関係は条件となる問題もしくは基本関係の確定判決によって規定 (mitbestimmen) される」。彼によれば、判決内容によって当事者間の法律関係が肯定もしくは否定される限り、誰もこの法律関係が判決によって当事者間に存在し又は存在しないことを争えない。その意味で、すべての判決は、当事者相互間の関係の独立の原因 (Causa) として、一定の形成的力 (乃至は滅却的力) をもつ。かくて、すべての人に対してその当事者間の法律関係は、以後存在もしくは存在しないという絶対的な意味をもたねばならぬ (Wach, Rechtskraft, S. 9) だが、ここから第三者に対する既判力が生ずるのではない。判決は、第一に宣言的効力に止まり遡及効をもたず、第二に他人の権利を先決するのではなく、当事者間だけの規範にすぎぬからとする (Wach, S. 10)。そこで既判力拡張にはその正当な理由が必要となり、前述の条件関係又は依存関係が他の理由と関連した統一的な原則として定立されるのである。しかし、これには二つの条件が付される。一は判決の遡及効は問題にならぬことであり、二は判決が事件についての固有の適格者間で、つまり *justus contradictor* についてなされねばならぬことである (Wach, S. 20)

しかし、彼のいわゆる条件関係又は依存関係なる概念は、この二つの条件乃至は他の拡張理由との関係で必ずしも明確な内容をもって定立されているとはいえない。例えば、ワッハにおいても債権者は、主債務者訴訟の肯定判決を、その確定の相対性のために、保証人に対しては援用できないが、逆に棄却判決は、主債務が存在せぬ以上保証も債務消滅する筈だから、保証人の援用をうけねばならぬ<sup>(七)</sup>。前の場合は判決の不遡及により説明できそうだが、他方確定判決で所有権又は債権を否定された者が、既に訴訟前にこれを他の債権の担保に供した場合でも、担保債権者は既判力の援用をうけないとして、その理由を判決の不遡及によって説明する (Wach, S. 10)。これは保証債務の場合と矛盾する。けだし、共に否定された債権はその存在が債権者の請求の前提となっているからである。とすれば保証債務につ

いての依存関係は、単に先決問題となるだけでなく完全な附従性、ひいてはハイムの指摘するように処分権をもつに等しい場合を指すようにも思われる。<sup>(八)</sup>ところが、他方、同様に依存関係又は条件関係ありということから潜称相続者訴訟における判決は、被遺贈者乃至は遺産債権者及び債務者すべてを拘束する (Vgl. Wach, S. 20ff.)。だがこの場合には、むしろ潜称者を相続人決定についての *justus contradactor* と解することが強調されており、<sup>(九)</sup>これに条件づけられたすべての人を拘束するという、ここでの条件関係は単なる先決問題を意味するに外ならない。<sup>(一〇)</sup>かくて、ワッハのいわゆる条件関係又は依存関係なる概念は、他の諸条件、殊に *justus contradactor* との関係づけの曖昧性<sup>(一一)</sup>の故に、その内容を明確に確定できぬ程の多義性を含んでいるといわねばならぬ。<sup>(一二)</sup>

判決の絶対効と区別して、既判力拡張の原則を吟味したワッハは、依存関係、条件関係と共に承継関係 (Wach, S. 12f.) 代表関係 (S. 14f.)、判決の形成力 (S. 15ff.)、統一判決の論理必然性 (S. 18ff.) が夫々既判力拡張原則であると述べているが、いずれも、唯一の統一的な原則としては定立しなかった。ところがその門下メンデルスゾーンは、ワッハとは別途に、<sup>(一三)</sup>*justus contradactor* 及び依存関係なる概念を維持しながら、当事者間の判決 (権利) の絶対的効力の徹底化によって、既判力拡張を統一的に説明するのである。

(三) Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses 3Auf. (1878), S. 579f.

(四) Wach u. Laband, Rechtskraft, S. 20 は「この既判力拡張の理由を指摘したのは Wetzell の功勞である」という。

(五) もともと Wetzell も、条件関係の外に、主要適格者の得た判決で、共謀のないこと及び対立訴訟たることを条件とする (Vgl. Wetzell, a. a. O. S. 579)。

(六) Wach und Laband, Zur Lehre von der Rechtskraft, Drei Rechtsgutachten, (1899). S. 20ff.; なお Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, I, (1885) S. 626f. はこれを構成要件的効果乃至は反射効として、ローマの

exceptio rei judicatae と同様に、' 拡弁的、' 取消可能的性質を認め、' 形式的拘束の性質をもつ既判力から区別する。

- (七) Wach u. Laband, Rechtskraft, S. 24. この点で、' Wächter, Handb. II (1842) の定式「主権利が確定判決によって消滅したかもしくは存在しないと宣言されると、' これは附随権 (Nebenrecht) についても効力を生ぜねばならぬ。即ち、' 附随権もまた、' それが人的権利であれこの擴張によって存在しないものと取扱われる。」ということに適切だとする。かくて、' Wächter に従い、' もし私が自分の物を他人の債務のために担保に供し、' 又は被担保の目的物を買取ったとき、' 更に担保債権者が債務者に対する訴訟で債務不存在を理由に債務関係の訴を棄却された場合には、' 私は担保請求原告に対して既判力の拡弁をもつことになる (a. a. O. S. 24)。' なお、' 認容判決に関する Preuss. ALRI 14§. 313 については Vgl. Wach. Handbuch I. S. 626 anm. 37.

(八) Heim, Feststellungswirkung S. 197f.; 事実、' 同様の視点を、' ワッハ自身 (Wach u. Laband, Rechtskraft, S. 16) ' 判決の形成力との関連で示している。即ち、' 判決は当事者の法律関係の規制にとって独立の原因事実であるから、' 既判力の時点から一般に当事者が法律行為によって第三者の關係に影響を及ぼしうる限りで効力を有する。従って、' 既判力擴張における判決の形成力乃至「処分権限の限界において法規範化される判決効」および依存關係の夫々の相互の關係および差異は、' Wach によつても明確でなく (Vgl. a. a. O. S. 17f.)。

(九) Vgl. Wach u. Laband, Rechtskraft, S. 21ff. 92ff.; この点では、' 身分關係訴訟をも含めて、' 專屬的適格者<sup>の</sup> justus contradictor 間の判決なることが既判力擴張の理由として強調されているといえる。

(一〇) Vgl. Fischer, Jherings Jahrbücher 40. S. 232f.; dazu Vgl. Bettermann, Rechtskraft S. 103ff. 従つて、' Heim, Feststellungswirkung S. 220f. によれば、' これは、' 依存關係のない場合にも既判力擴張を生じなければならぬ。

(一一) このことは反面、' justus contradictor なる概念自体の曖昧性乃至多義性にもよる。つまり、' これはその特性の故に第三者に対して既判力を及ぼしうる当事者の資格を意味するの否、' あるいは、' Hellwig, Rechtskraft, S. 54f.; Heim, Fest-

stellungswirkung S. 221f. のよう如く、他の理由による既判力拡張ある場合の当事者をかく名づけたにすぎず、従つて、むしろ単に権利関係を確定する適格を意味するにすぎないのか明瞭でない。後に更に吟味せねばならない。

(一二) あるいは依存関係を充分な従属性ないし処分権と同視し、条件関係を先決事項と解すれば理解できないことはない。しかし Wach にはその点の明言はない。

(一三) Mendelssohn, Grenzen der Rechtskraft (1900) は Wach u. Laband, Rechtskraft (1899) より一年遅く、Wach は Vorrede (S. IV) にあつて Mendelssohn と共作したといふが、Mendelssohn は内容的に Wach の理論を引用しない。この点については Vgl. Bettermann, Rechtskraft, S.106 anm. 211.

(二) メンデルスゾーンにとっては、既判力の私法的な把握や、訴訟行為の私法上の処分行為との類推の維持し難いのは勿論、処分権による既判力拡張なる思想は、Legitimus Contradictor (主要利害者) による判決効の拡張という限りでしか意味をもたない (Mendelssohn, Rechtskraft, S.316)。かくて、正当な当事者について判決された法律関係は、当事者間に判決で確定された権利として絶対的効力をもち、後の訴訟の経過の中で問題になれば、すべての人について既判力を示す。<sup>(一五)</sup>換言すれば、既に判決された法律関係は、後に第三者の訴訟について先決問題となるすべての場合に、一義的に既判力拡張を生ずる。ただ、先決問題たる判決が、この絶対効を生ずるためには、Legitimus Contradictor についてなされたこと、つまり判決された法律関係の担い手であるか、もしくはあると主張している当事者 (潜称訴訟における潜称当事者) 間で言渡されたという条件で充分である (Vgl. Mendelssohn, S. 20ff.)。

従つて、彼における「依存関係」による既判力拡張が、例えば「占有補助者の間接占有者への依存関係」における如く自明なのは、他人の権利につき、その権利の主体間の訴訟でなされた確定判決は、すべての人によって認められ

ねばならない場合に他ならぬからである。当事者の承継人、保証人、占有補助者などに限らない。たしかにこれら一定範囲の人が、通常自己の権利の由来する他人の権利について争わねばならぬ状態にあるために、他人の権利についての判決を既判力として承認せねばならぬことが多い。しかし、既判力の発生根拠は、かかる入的範囲に属することではなく、形式的には他人の既判事項に関し、この他人と共にする訴訟たること (Prozessieren de jure tertii, de re tertii et cum tertio judicata) 、実質的には、「自己の権利の他人の権利への依存関係」である (ibid S. 454f.) 。従って、彼のいう「依存関係」なる概念は、判決された法律関係が他人の訴訟における先決事項であるということに他ならないこと明らかである。<sup>(一六)</sup> それ故、主債務者訴訟における確定判決は、認容判決をも含めて、これを先決事項とする保証人を拘束することを認めねばならない。<sup>(一七)</sup>

しかし、本来、他人の判決の既判力に従うか否かという問題は、前訴の判決が第三者の訴訟にとって先決問題である場合にだけ初めて実際的になりうる。<sup>(一八)</sup> つまりメンデルスゾーンのいう依存関係なる概念は、何ら既判力拡張の限界を示すものではなく、問題となれば常に既判力を及ぼすという意味に他ならず、<sup>(一九)</sup> かくてはとくにこれを問題にする余地を失う。そこで、既判力拡張の根拠は、専ら、絶対効を生ずる条件となる Legitimus Contradictor つまり主要利害者の訴訟たる点にあり、彼の理論の妥当性も専らこの概念の有効性如何にかかることになる。<sup>(二〇)</sup>

(一四) Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft, (1900), S 308ff. Bülow, Absolute Rechtskraft des Urteils, Archiv für die civilistische Praxis, 83 (1894) S. 1ff. bes. S. 66. が判決効の国家的公的必要性による基礎づけをするまで、ローマ法の私法的契約的理解 (イエーリング・ローマ法の精神 第一卷(1) 原田監修訳 二六二頁 以下参照) に影響され、その根拠を当事者の意思ないし契約あるいは法律的処分行為に求め、もしくはこれを類推する見解が支配的であったことと多言を要しないが (意田説として H. v. Almendinger, Metaphysik des Civilprozess (1808) 等が引用される Vgl.

Mendelssohn, Rechtskraft, S.308. 参見 Vgl. Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht I 1. Aufl. (1892) SS. 292, 321) / メンデルスゾーンはビュローローと共に国家公法的地域からこれを否定したのである。

(一五) Vgl. Mendelssohn, Rechtskraft SS. 509f, 331/2, 503,422/7; Bülow, a. a. O. S. 10ff., 65ff. が既判力の主観的限界に関連しては論ぜず、もっぱらローマ法の *exceptio rei iudicatae* 以来の処分的既判力に対してその絶対効を主張したのに対して、Mendelssohn は更にこれを越え第三者も当然承認すべき効果として絶対的効力を論じたのである。(Vgl. Mendelssohn, Rechtskraft, S.308f. ann.2)。

(一六) Bettermann, Rechtskraft, S.108 も Mendelssohn をかく評価している。そこで、例えば Mendelssohn, Rechtskraft S. 497 によれば、共有地の用役権についての訴訟における判決が他の共有者にも効果をもつのは、判決された共有者と相手方との権利が民法によって他の共有者の権利義務の「条件づけ」になっている場合ということになる。

(一七) Vgl. Mendelssohn, Rechtskraft, SS. 447/8, 426ff. 従って、彼によれば必然的に判決の遡及効を認めねばならぬという事となる( Vgl. Heim, Feststellungswirkung S.224) 。他方、これは、判決の絶対効を主張する結果、その第三者への効果を有利か不利かによって左右する見解を非論理的として攻撃せざるを得ぬことの帰結でもある (Vgl. Mendelssohn, Rechtskraft, S. 332ff.) 。

(一八) Vgl. Bettermann, Rechtskraft, S. 101; ただ、例外的に前訴もしくは後訴が訴訟担当によってなされる場合に見られる両訴の訴訟物が同一の場合は事情は異なるが、ここでは問題にならぬ (Vgl. a.a.O. ann.193) 。

(一九) Mendelssohn, Rechtskraft S. 509 自身認めるところで、Fischer, Jehrings Jharbücher40 S. 233 参見 Wach のところ、件関係・依存関係を先決問題に他ならぬと解するため同様の批判をする (先述本稿 註(一〇)参照) 。Hofmann, Über das Wesen und die subjekt Grenzen der Rechtskraft (1929) S. 40f. はこれを反射効と既判力効の混同であるというが、執行力拡張との関連で問題にするのであれば格別、後訴への拘束力を問題にする限りそうとは断言できない。

(二〇) 後に改めて吟味されねばならぬが、ただ第一に、なぜに第二次的利害関係者が判決された法律関係につき争うる適格を有し得ないかについて特別の根拠が示されていないだけでなく、第二に法文上かかる概念を一般的に認める理由に乏しいとして批判をうけた。Vgl. Heim, Feststellungswirkung. S. 222; Hofmann, Rechtskraft, S. 39. (なお前述註(一)参照)。

(三) 依存関係なる概念は、ゾイフェルトにおいて、既判力拡張の統一的根拠たる実体法上の依存関係として明瞭に定式化される<sup>(11)</sup>。「実体法の規定によって、第三者の権利、義務又は責任が、当事者の権利義務の存否に依存している場合には、判決により形成された当事者の法律関係の規範化は、当事者にとっても第三者にとっても決定的である」(Seuffert, Komm. S. 533)。従<sup>(12)</sup>ひまた、「実体法の規定によって第三者の権利義務が当事者のそれに依存し<sup>(13)</sup>ないとき」(例えば、連帯債務者相互の独立性<sup>ドイツ民法四二五</sup>条<sup>日民四四〇</sup>条)には、争<sup>(14)</sup>ひにならない<sup>(15)</sup> (Seuffert, S. 534)。しかしながら、他方において、彼が主債務者訴訟の判決は、保証人に対する訴訟で主債務の存否が問題となる限り、常に保証人もこれを認めねばならず、ただ人的抗弁を留保するのみというとき(Seuffert, S. 533)、彼のいわゆる依存関係なる概念も、後に述べる完全な附従性あるいは処分権をもつに等しい場合を意味しているとはいえないことになる。のみならず、ゾイフェルトにおいてとりわけ顕著なことは、既判力拡張の統一的根拠として、この民事法上の依存関係だけを主張したことである。そこで、訴訟係属中の権利承継においても、一方当事者を恒定し、他方この権利を失った当事者についての判決の既判力を承継人にも及ぼすドイツ民訴の立場がいかなる点で民事法上の依存関係に基づくかを説明し得ない<sup>(16)</sup>。従<sup>(17)</sup>って、結局彼の主張するところは絶対的既判力効の主張と異ならず、かく評価されることにもなるのである<sup>(18)</sup>。

(11) Seuffert, Kommentar zur ZPO, II Aufl. (1910) S. 532f. [§. 325 I(a)] (なお一版は一八七六年である。Vgl. Vorwort S. I)三二五条(一)が判決効を当事者のみに限っていないことから、実体法上の依存関係あれば第三者に決定的だという

ことを既判力の主観的限界確定の出発点にすべきだとしていること、及びこの依存関係を身分判決等すべてについて拡張の唯一の根拠とする点が注目される。なお、後に Seuttert-Walsmann, Komm. zur ZPO. 12Aufl. I. (1932) S. 543f. は全く見解を改めた。

(一一一) Vgl. Heim, Feststellung S. 219; Bettermann, Rechtskraft, S. 109.

(一一二) Vgl. Sauer, Grundlagen des Prozessrechts 2Aufl. (1929) S. 278 anm.1; dazu Vgl. R. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2Aufl. (1906) S.791;

### 三、処分権能としての依存関係・反射効

いづれにしても、既判力の本質について、何らかの形で実体法上の権利形成を承認するいわゆる実体法説によって提出された「依存関係」なる概念は、その陰影を異にするにも拘らず、畢竟、先決問題となることを意味するか、少くも、これを包含する概念に他ならなかったことになる。これに対して、ワッハと共に権利保護請求権説に立脚し、既判力の訴訟法的な性格を強調したヘルヴィツヒは、その結果既判力の実体法上の権利形成的作用を否定し、従ってまた民事法上の依存関係なる概念も、一方訴訟法上に特有の位置づけを得ることになると共に、他方単なる先決事項を意味するを以て充分でなく、完全な附従性ないし権分権能を意味する概念として構成される。

(一) Vgl. Helwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, (1901), S. 10ff.; Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts I (1885) S. 128. この点に於て Wach u. Laband, Rechtskraft, S. 9f. は前述のように権利形成的要素を認めているので、Wach を実体法説とするか、訴訟法説にするかにつき見解が分れる。しかし、権利関係に対する影響を認める点で、実体法説といった方が適切である。Vgl. Pagenstecher, Die praktische Bedeutung des Streitens über das Wesen der Rechtskraft, ZJP 37, 1ff. anm3.

(二) ヘルヴィツヒにとっては、あくまで訴訟法上の制度である既判力拡張は、その第一種のもは、第三者の当事者の一方に対する民事法上の依存関係を基礎にしているが、これは既判力拡張規定を正当づける立法理由 (ratio

legis) たゞ止まる。他方、ゾイフェルトが同様に民事法上の依存関係により説明した係属中の承継人や一定の身分訴訟の判決などにおける既判力拡張は、かかる民事法上の統一的な基礎を欠きもっぱら訴訟法の考慮に基いた個々の制度に他ならぬとして、依存関係を基礎とする場合から区別される第二種の既判力拡張の事例としたのである。<sup>(三)</sup>

ところでここでヘルヴィツヒのいう依存関係なる概念により既判力拡張が基礎づけられるのは、判決確定後の承継人の外に、「訴追者が実体法上、第三者の訴訟物について処分権能 (Verfügungsmacht) をもち、それ故に、この実体的法律関係にある第三者に対する効果ある訴訟をする権能ある場合」<sup>(四)</sup>とある (Rechtskraft, S. 56f)。第三者の権利関係について、彼のいわゆる管理権ある場合のみならず、権限者の同意や善意者保護などから特に法の認めた処分権能をもつ場合や特別財団の管理の場合を含んでいる。つまり、かかる依存関係によって、民事法上、第三者の法的地位が訴追者の処分権能乃至管理行為に服せざるを得ないが故に、且その範囲で既判力拡張の立法上の妥当理由が生ずるのである。<sup>(五)</sup>そして、この観点は、判決確定後の承継人の場合にも、承継人は前主のもつ以上の権利をもち得ず、前主の服した負担には従わねばならぬという意味での民事法上の依存関係なる共通分母に通分される。<sup>(六)</sup>いずれも、依存関係の結果、第三者の法的状態が訴追者の管理行為によって規定されるために他ならない。(Rechtskraft, S.62)。しかし、この既判力拡張が依存関係から生ずることは自明のことではなく、依存関係はあくまで「立法理由」という媒介項を通じて、初めて訴訟法上に顕出されるのである。<sup>(七)</sup>

そこで、依存関係に基いて既判力拡張が生ずる場合は、なお類推的解釈の余地を認めるが、(Rechtskraft, S.51) これも右の場合に限られる。それ以外に、第三者の法的地位が当事者の一方の法的地位に依存する場合は、第三者は判決の反射的効力を受けるに止まることになる。<sup>(八)</sup>反射効を生ずるといふいづれの設例も、第三者の法的地位が、その成立においてのみならず、存続においても、継続的に当事者の法的地位に依存している場合、つまり附従性 (ac-

ce societät) の存する場合である。第三者の法的地位は、その意味で依存関係に立ち、それは他面、当事者の処分行為に服せざるを得ないことを意味する。従って、例えば、保証人は主債務が存在し、人的免責をため限り当然に責任を負うが、主債務者は保証人の状態を法律行為により悪化できないので、その限りでは附従性を失うのである (Rechtskraft, S.29 anm.85)。

(I) Hellwig, Rechtskraft, SS. 51f.; 56f; 62. *Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts I* (1912), S. 813ff. (§235) では、既判力拡張につき依存関係を基礎にしたこのような分類は用いられていない。

(II) Hellwig, Rechtskraft, SS. 57—62 S.183ff. *Hellwig Anspruch und Klagrecht* (1900) S. 255ff. 特この点については事件適格 (Sachlegitimation) 及び訴訟進行権との関連で後に更に吟味されねばならぬ。Vgl. Hellwig, Anspruch S. 182ff.; Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts I S.155ff. 316ff.

(III) Hellwig, Rechtskraft, S.127ff., Hellwig, Anspruch, S.255f. anm. 2, dazu Vgl. Hellwig, System S. 818

(IV) Motive zur dem Vorentwurf (§ §204/5 des allgem. Teils, Bd II S.89) が判決後の承継人への拡張を「實際取引上の必要性への譲歩であり、既判事項を譲渡によって再び訴訟の対象にするのを防ぐ目的をもつ」とするのは正当だという。

Vgl. Hellwig, Rechtskraft, S.128; ferner, S.62 anm, (23)

(V) Hellwig, Rechtskraft, S.27ff. *Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts I* S.155ff. 316ff. 判決の反射効とするのは依存関係ある場合に限らないことに注意すべきである Vgl. Hellwig Rechtskraft, S. 21ff.

(VI) *HGB § 129, 128, (日商法八一・八〇条参照)*。つまり、この規定には債権者が会社に対して

して判決時に要求できることは、社員にも人的異議の存せぬ限りは要求できるという原則が含まれている。同様に、賃借人と転借人の関係では、賃借人は前者に許容する限りで後者にも許容せねばならぬにすぎぬから、賃借人が賃貸借契約を解除し賃借人が転貸関係の終結を主張できるようにすれば、転借人はこれに対抗できない。転借人の法的地位が完全に賃借人に依存しているのはかかる意味であり、ために、立退の確定判決が主張されるときも同じ意味になる。Vgl. Hellwig, Rechtskraft, S.28f.

ところが他方第三者は当事者に対する依存関係の結果当事者に有利な判決もこれを主張できる。たとえば、転借人は上位占有者たる賃借人の所有権者に対するすべての異議をもち得るために、賃借人について占有権を認めた判決の効力を転借人も主張できる。更にまた、保証人の法的地位は完全に主債権の存在に附従しているのだから、主債権の棄却の判決の主債務者に生ずる効力を援用できる。合名会社(OHG)に属する異議を社員が主張できる場合(HGB § 129 日商法八一一条)も同様となる。Vgl. Hellwig, Rechtskraft, S. 29ff.

(二)この場合第三者のうける反射効は、訴訟法上の不可抗争性をもつ既判力ではない(Rechtskraft, S. 21)。そこで述べられていることは、実体法が第三者との関係で、判決の存在という事実<sup>(八)</sup>に民事法上の一定の内容をもつ効果をもつ結びつけた構成要件的效果の一種に他ならない。つまり民事判決に付された民法上の附随効に他ならない。そうであれば、設例のそれぞれの場合、果して民法法が判決の存在を要件事実とした例といえるであろうか。殊に判決効は訴訟法上の効力だけをもち実体法上に何ら影響をしないとすると訴訟法説に立つ以上、構成要件的效果は、実体法が直接且明示的に判決の存在自体を要件事実<sup>(九)</sup>にしている場合に限られることになる。依存関係なる概念自体は民事法上のものであり、かかる場合を含み得ない。却ってむしろ既判力拡張の立法理由たりうるとされた概念にすぎなかったのである。そこで、同様に依存関係ありとされる他人の法律関係について処分権限ある場合に類推拡張を認めながら(Rechtskraft, S. 51)、何故この附従性ある場合に類推拡張が認められなかったのか。

第一に反射効乃至は構成要件的效果が唱えられるのは、もっぱらこの場合の判決効の不可取消性を否定し、不正もしくは共謀等による取消権を留保し、且その処分的抗弁的性格を認めようという点にある<sup>(一〇)</sup>。しかし、実体法がかかる条件の下に、その法律要件として規定している場合はともかく、判決の訴訟法上の効力に関する限りは、かかる抗弁的性質乃至は取消可能性を許容する余地は認められず、常に職権調査事項と解せざるを得ない<sup>(一一)</sup>。かくては、反射効なる概念は既判力でも実体法上の構成要件的效果でもありえず、いわばその中間物ともいべきものを認めるに等しい。その曖昧さを露呈せざるを得ないわけである。

その結果、第二に、実体法上判決が法律要件とされていらない限りは、かかる反射効の基礎には、判決を私法上の契約と同視し、<sup>(一三)</sup> 実体法上の独立の権利設定事実と認め、<sup>(一四)</sup> あるいは訴追行為と私法上の処分行為とを同視する実体的見<sup>(一五)</sup> 解の残滓があることを認めねばならぬ。なるほど、実体法上の依存関係なる概念においても、かかる当事者の実体法上の処分行為を忍受せざるを得ぬ第三者の法的地位が示されている。しかし、ヘルヴィツヒにおいては依存関係はあくまで既判力拡張の立法理由たるに止まり、判決乃至は訴訟追行<sup>(一六)</sup> Ⅱ私法上の処分行為なる定式は認められない筈であった。にも拘らず、他方、反射効においては、結果的には両者の同置、つまり、判決の私法上の権利形成事実的性質を認めるに等しいといわざるをえず、かくては理論の一貫性を失うことになる。かかる意味で、反射効なる概念の曖昧性を示していると評さねばならない。

第三に、例えば、ヘルヴィツヒと同様に依存関係から第三者への反射効を基礎づけるニキッシュは、反射効を既判力拡張から区別する要素は、訴訟対象の客観的同一性の有無にあるという。<sup>(一七)</sup> 彼によれば、既判力拡張においては同一の請求だけが考えられているのに、反射効では相互に依存関係にある異った請求がまさに前提となっている。たしかに、第三者の法律関係について処分権能をもつ訴追者の訴訟(訴訟担当)においては、訴訟物として審判されたのは第三者の法律関係に他ならず別訴である、第三者の訴訟においても請求は同一であり、既判力もこの法律関係の帰属主体たる第三者に直接生じ、何ら人的抗弁の余地を残さないということもできよう。<sup>(一八)</sup> これに対し、反射効の場合は審判されたのは当事者の法律関係であり、その後第三者の法律関係を対象とする訴訟においても、前訴の当事者の法律関係について拘束力を生ずるにすぎず、その限りで第三者は人的抗弁を留保する。とすれば両者はかく趣を異にする。しかし、同様の事情は確定判決後の承継人にも見られる。この場合にも請求の相対性を前提とする以上、前訴の審判の対象はあくまで前主の法律関係であり、拡張された既判力も前主の法律関係に関するものであって、承継人自づからのそれではなく、その限りで個人的抗弁を留保している筈である。ただ、かかる法律関係につき実体法上の「承継」という依存関係が存するにすぎず、何ら既判力の承継があるのではない。<sup>(一九)</sup> とすれば、反射効における依存関係

と、承継を意味する依存関係の間にむしろ同質性が存し、いわゆる訴訟担当における依存関係との間には、むしろ後者を当事者の訴訟法上の追行権との関連において把えるべき、異質性を含むといえこそすれ、<sup>(二〇)</sup> 反射効と既判力拡張の差異を生ずべき決定的理由とはなりえない。

従って他面ヘルウィツヒが同様に依存関係なる概念で把握したのも、訴訟担当においては、第三者の権利についての処分権限であり、附従性や承継においては当事者自身の権利についての処分権にすぎず、ただこれを第三者との関係でこれに対抗しうるかを問題にしたに止まったことが明らかである。共に依存関係としたのは、彼が当事者概念および当事者適格を形式的概念として貫き、既判力拡張はこれとは区別できる、別の共通の根拠から説明せんとした結果であろう。<sup>(二一)</sup> 形式的当事者概念の正当性は認めるべきとしても、訴訟担当における訴訟追行権及び当事者適格は既判力拡張と切り離してう訴訟法上論ずることはできない。<sup>(二二)</sup> むしろ逆に既判力拡張をかける追行権なる当事者の地位といの根拠から説明すべきであろう。ただ、それにも拘らず、訴訟担当と承継においては、更に執行力拡張が常に問題とされるのに、附従性の場合にはなぜ一般に執行力拡張が問題にならないかは、改めて執行力拡張の要件乃至は、既判力拡張との関連において吟味されねばならない。

(八) Hellwig, Rechtskraft, S. 21f. はこの反射効を既判力と区別すべき概念として、<sup>(二三)</sup> ibid., S. 22 anm. 54 は前述の Wach が構成要件的效果、ないし反射効としたものを引用する (前出二註 (六) 参照)。da zu Vgl. Hellwig, System I, S. 802f.

(九) Vgl. Kuttner, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile, (1908) S. 3ff.; da zu Vgl. Bettermann, Rechtskraft, S. 114

(一〇) Hoffmann, Rechtskraft, S. 108ff. は夫々の場合につき、これが構成要件的效果に該当するということを立証せんとするが、その証明には技巧に偏った無理がある。又 Hellwig, System I S. 802f. は、反射効・附随効・構成要件的效果を同視す <sup>(二四)</sup> (Vgl. anm. 19) 、「ただ当事者の関係では附随効とした (S. 720) に対し第三者については反射効と呼ぶにすぎぬ。かくて、そこ

で問題にされるのは、「判決が当事者に与えた法律状態が、直接又は間接に第三者の法律状態に影響するところの法律要件をなす」という場合である (S. 803)。間接的な影響を含み曖昧である。

(一一) Vgl. Wach, Handbuch I S. 626 (前註一註 (十) 参照) Hellwig, Rechtskraft, S. 21, derselbe, System I S. 804 anm. 27, Kuttner. a. a. O. § 814-18.

(一二) Bülow, Absolute Rechtskraft des Urteils, Arch. f. d. civ. Praxis, 83 (1894) SS. 51 ff. が、普通法上の、そのわけ I Entw. z. BGB 作成者による既判力=私法上の拡弁とする見解に対し攻撃を加えて以来、一般に承認されるに至った。Vgl. Hellwig, Rechtskraft, S. 11; Hoffmann, Rechtskraft, S. 111 f.

(一三) Vgl. Förster. Eccius, Preussisches Privatrecht. I 1 Aufl. (1892) SS. 292, 321 (なおこの点については前註一註 (一四) 参照)。

(一四) Vgl. Wach u. Laband, Rechtskraft, S. 9; Wach, Handbuch. I S. 626

(一五) Vgl. Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes. I. (1903) S. 421. 曰く。「判決の実体的確定力は当事者の一方との間に一定の關係にあり、その結果当事者の訴訟追行が拘束的となるところの第三者にも擴張される。当事者が訴訟物について第三者に対しても有効に処分できる場合にそうである。けだし、勿論、訴訟追行も判決も訴訟物についての処分ではないが、なお当事者の処分が第三者にとって決定的であれば、まさに彼の訴訟追行もそうでなければならぬと結論が正当なるからである。」かくて権利承継やこれと類似の關係あるいは利益共同体においては、このことがその理由となるのである。なおこの点につき Vgl. Heim, Feststellungswirkung, S. 216 ff.

(一六) Vgl. Hellwig *Anspruch und Klagrecht*, S. 211 f. da zu Vgl. Mendelssohn, *Rechtskraft* S. 310 ff

(一七) Nikisch, *Zivilprozessrecht*, 2 Aufl. (1952) S. 432 f.

(一八) Nikisch, a. a. O. S. 425 f. によれば、既判力擴張は一部は訴訟対象の特性に、一部は第三者のもつ一方当事者に対する特別の法律關係に基くが、後者の場合第三者の法的地位は彼のために有効に訴訟をした当事者のそれと全く同じで、ために既判力はこの当事者の相手方と第三者との間だけに生ずることになる。もう一方 Hellwig, *Anspruch* S. 302 ff. においては訴訟担当者の訴訟上の地位は既判力擴張の範圍とは無關係に形式的当事者の意味で把握されるために、かかる権利主体への既判力効は最早訴訟担当者の追行權の概念規定的な要素ではない。Vgl. Henckel, *Partei begriff und*

Rechtskrafteerreckung, Z郑 70 S. 461 従つて既判力拡張には依存関係(処分権)なる別の根拠を要したのである。

(一九) 既判力を訴訟的面で理解すれば (Nikisch a. a. O. S. 406 f. は更に再度の審判の禁止と解するが、同様に)、当然の結論であらうし Hellwig, Rechtskraft, S. 129 はこの点を正当に評価している。もっともこの点につき兼子、訴訟承継論、研究 1 四四頁、註(四九)は既判力を権利の実在性の程度であるとされるところから、承継人は既判力の関係を承継するとされて 529。

(二〇) Vgl. Betermann, Rechtskraft, S. 93 ff., 86 69 ff. ベッテルマンは訴訟担当者による既判力拡張を、無権限者(係属譲渡)や表見権限者の訴訟追行による権限者への既判力拡張と共に、典型的に訴訟的理由に基づくものとする。

(二一) 小野木、第三者の訴訟追行権、諸訟法学の諸問題七八頁特に一一五頁以下も同様の観点に立つ。なお小野木、訴訟追行権、未川記念論文集四〇三頁、中村(宗)、訴訟遂行権の系譜的考案、民訴雑法三号二頁、中村(英)、訴訟遂行権について 早稲田法学三五卷一一三頁参照。

(二二) 特に訴訟担当におつて、ドイツ法のように条件付の既判力拡張規定(z. B. §. ZPO 326, BGB. §. 1380)をもたず、その拡張を一律に認める一般規定(二〇一条II)をもつわが國では、かかる考察が可能である(この場合も訴訟法上の追行権を前提とすること勿論である)。Henckel, a. a. O. S. 462 f. は基本的には実体法上の処分権の存在を条件とする規定をもつドイツ法の特殊性にかんがみ、処分権あること、つまり法的地位において当事者の行為に左右されるということを実体法上の依存関係とし、既判力に拘束されるのもこのためとするのである。かくて、訴訟担当において権利主体を拘束するのはかかる場合だけであり、他方この依存性との関係からかかる権利主体を既判力(ZPO 325 I)における当事者とする実体的当事者概念を主張する(a. a. O. S. 461 f.)。しかし、当事者概念を既判力だけに(きり別異に解する)ことが問題であるのみならず、訴訟担当における依存関係自体、基準時後の承継等の場合とは趣を異にするところの訴訟法上の訴訟追行権と不可分の概念であることと既述の通りである。従つて殊にドイツとやや事情を異にし必ずしも処分権を要件としないわが國では、単に権利主体の承継人を当事者の承継人に含ませよという解釈だけを理由に、訴訟に基本的な当事者概念を場合により便宜的に使い分ける必要はないと思われる。上田「形式的当事者概念と既判力の主観的範圍の理論」法と政治一〇卷一頁特に一八頁以下が Henckel とほぼ同様の主張をするのに賛成できない理由である。むしろこの点については二〇一条一項を二項についても類推適用する方が素直な解釈であらう。

(未完)