

判決理由中の判断の拘束力：コラテラル・エスツッ ペルの視点から

吉村，徳重
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1536>

出版情報：法政研究. 33 (3/6), pp.169-216, 1967-03-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



判決理由中の判断の拘束力

—コラテラル・エストップペルの視点から

吉 村 徳 重

一 序 言

二 判決理由の拘束力論争における基本的視点

三 コラテラル・エストップペルの形成と政策的配慮

四 コラテラル・エストップペルの要件をめぐる問題点

五 結語 — 争点効理論の検討

一 序 言

論 説

(1) 民事訴訟において、審理および判決の対象となるのは、いうまでもなく、訴訟物である権利関係の存否であって、判決の既判力もこの点の判断についてのみ生じ、その前提をなす判決理由中の判断については生じない。ここで判決理由というのは、決して形式的に判決文の理由とされる部分を指すのではなく、実質的内容的に、訴訟物である権利関係の判断をうるための前提をなすところの事実や法律問題あるいは先決的法律関係を意味することはもちろんである。わが民事訴訟法一九九条一項が確定判決は「主文に包含するものに限り既判力を有す」と規定し、ドイツ民

事訴訟法三二条一項が「…請求につき裁判がなされた限りにおいて既判力を生ずる」と規定するのは、このことをそれぞれ形式的あるいは実質的側面から表現したものに他ならない。これはドイツおよびわが国において、民事訴訟法が成立して以来、異論なく認められてきた原則であった。^(二)

(2) しかし、近年、この原則に対して鋭い批判がむけられ、新たに、判決理由中の判断にも、一定の限度において拘束力を認めるべきであるという提案がなされるにいたった。これは二つの方向において現われているといえる。一つは、かのツオイナー理論にみられるように、判決理由中の判断にも既判力をみとめようという方向であり、^(三)他は、既判力を認めることはできないが、民事訴訟における信義則の定着したものとして、いわゆる争点効を承認しようという見解である。^(三)その論拠づけにおいて若干の差異は見られるが、いずれも実質的には、紛争解決の一回性の要請を更に徹底しようという趣旨に根ざすものと見ることが出来る。この点では共に、いわゆる新請求概念の延長線上にある理論であるといえよう。しかし、訴訟物の範囲を拡げることによって生ずる既判力の拡がり、判決理由中の判断へと判決の拘束力を深めることとは、これがもたらす各種の作用もまた異ってこざるをえない。そこで新たに吟味すべき多くの問題点が提起され、これは末だ必ずしも十分に論証されたとはいえないのである。^(四)

(3) アメリカ法におけるコラテラル・エストツペルは、訴訟物を異にする後訴において前訴判決の理由中の判断にみとめられた拘束力であるが、^(五)わが国における右のような新しい傾向と興味ある対応関係を示している。事実、いわゆる争点効理論は、この制度を一つの論拠としているのであるが、アメリカでも末だ多分に流動的な状態にあるとみられているこの分野において、払わるべきいくつかの政策的配慮が再吟味されていることは注目に価する。^(六)ことに判決理由の拘束力をめぐるドイツやわが国の論争にみられたいくつかの基本的視点と、ここでのいわゆる政策的配慮とは、ある面では重なり合い、ある面では微妙なズレを示して交錯している。本稿は、これらの点を比較検討するこ

とによって、問題分析のメスとなる何らかの新らしい視点を探ると共に、この分野において吟味を迫られている若干の問題点が、コラテラル・エストッペルにおいてはいかに処理されているかに焦点をあてつつ、この制度の比較法的な考察を試みようとするものである。この問題についての議論を深めるためには不可欠の作業であると思われるからである。

(一) 兼子・民事訴訟法体系三四一頁以下、中田・民事訴訟法講義上巻一六四頁以下、菊井・民事訴訟法講義三八七頁以下、三ヶ月・民事訴訟法一一一頁以下、Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, I, 1912, S. 791 ff.; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 8 Aufl. 1960, S. 748 ff.; Lent, Zivilprozessrecht, 9 Aufl., 1959, S. 177 ff.; Nikisch, Zivilprozessrecht, 2 Aufl. 1952, S. 416 f.

(二) Zeuner, Die Objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, 1939 が提唱し、Blomeyer, Zivilprozessrecht, 1963, S. 457 ff. bes. 460 ff. はこれを一部採用している。わが国では、上村明広「既判力の客観的範囲に関する一問題」法学と法史の諸問題一七九頁以下がツオイナー理論とほぼ同じ立場に立つ。

(三) 新堂「既判力と訴訟物」法協八〇巻二九五頁、同「条件付給付判決とその効果」民事訴訟雑誌一〇号一頁が提唱し、中務「民事訴訟の動向」現代の裁判七七頁はこれを採用する。更に、京都地裁昭和四〇年七月三十一日判決（下民集一六巻七号一二八〇頁）、東京地裁昭和四一年四月二〇日判決（判例時報四四四号七六頁）は同様の立場に立って事件を処理した。なお、京都地裁判決について、上村評釈・判例評論九〇号二四頁参照。

(四) 倉田卓次「いわゆる争点効の理論について」判例タイムズ一八四号八一頁が、その基本的な方向自体には賛成しながら、要件の不明確な点を検討しているのを参照。

(五) その概要については、すでに「吉村「Collateral Estoppel」ジュリスト・英米判例百選二六六頁において紹介しておいた。

(六) この点をとくに指摘する Polasky, Collateral Estoppel—Effects of Prior Litigation, 39 Iowa L. Rev. 217 (1954) 参照。

二 判決理由の拘束力論争における基本的視点

(1) わが民事訴訟法の母法となったドイツ民事訴訟法三二二条^(制定当時二九三条)は、普通法以来の激しい論争を背景にして、結局は、判決理由中の判断に既判力を認めないことにしたのであった。草案理由書がその論拠としたものは、何よりも「当事者の意思と個別訴訟の任務」であった。^(二)「当事者は訴訟において法的紛争の対象を明示しかつ限定しているのであって、この訴訟においては、この事項についてのみ裁判官の裁判を期待しているのである。」これ以外の先決事項について既判力をみとめることは、このような当事者の意思と個別訴訟の任務を超える。当事者の意思をこえて判決の効力を及ぼしてはならないし、当事者が訴訟中全く意識しなかった結果を生ぜしめることは許されない。

判決理由中の判断に既判力をみとめるサヴィニー理論は、^(三)これに対して「法的紛争の性質と裁判官の使命」を強調した。裁判官の使命は、係争権利関係を確定すると共にその作用を保障する点にあるが、これは外部的な侵害を一次的に阻止して、さし迫った要求に答えるだけではなく、確定された権利関係の安全性^(四)(Sicherheit)を将来にわたって維持することをも必要とする。この安全性は、判決要素(Elements des Urteils)、つまり判決理由となった先決的権利関係を確定し、この既判力を将来のすべての新しい法的紛争にあたり利用できるようにすることによってのみ確保できる、というのである。しかし、当事者の意思が直接向けられる請求以外の事項について既判力をみとめるサヴィニー理論は、ヴェッツェルによれば、^(五)訴訟における当事者の意思の支配的影響をみとめる弁論主義に直接矛盾するし、ウンガーによれば、請求のために相対的に処理した事項を独立の紛争の対象と同様に絶対的に確定することになって、個別訴訟の任務と当事者の意思を超えるものである、と批判されていたのである。

ドイツ民事訴訟法の立法者が、このヴェッツェルやウンガー理論を直接論拠にしたことはいうまでもない。^(六)しかし同

時に、サヴィニー理論が同一当事者の同一法律問題について矛盾した判断がなされることを阻止する点では、これを高く評価していた。^(七)そこで、この要請にも答えるために、訴訟手続中に先決事項を直接訴訟の対象にできる中間確認の訴をみとめた。先決事項を確定するのも、法律上当然ではなく、当事者の意思によらしめたのである。判決の効力の分野においても、当事者意思の支配をみとめて、市民法の論理を一貫したことを意味する。^(八)

(一) 普通法における論争の詳細について、霜島「ドイツ民事訴訟法三三二条の前史」民訴雑誌八号一〇八頁参照。

(二) Vgl. Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. II, 1881, S. 290f.

(三) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 6, 1847, S. 350ff. bes. 358f. サヴィニーは先決的権利関係の判断に限り既判力を拡張したが、ヴァントシャイドは、事実の判断にも既判力を広めた。Vgl. Hahn, aa.O., 290

(四) Wetzel, System des ordentlichen Civilprocesses, 3 Aufl., 1878, SS. 574 ff. 592 ff. 即ち「裁判官は当事者の提出する資料によって判決を下し、当事者の意思は、放棄や自認によって、判決の内容に決定的作用を与える。しかも、攻撃防禦の向けらるべき目標は、訴訟の全過程のために、訴状において予め示されている。だから、専らこの目標について当事者の意思が作用を及ぼすものと考えられる。そこで、判決の効果が当事者の意思をこえて及び、当事者の全く予測しない結果を生ずることはできない。」(Ibid, 575f.)

(五) Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1859, Bd. 2, S. 615ff, bes. 628f.

(六) 草案理由書ではそれ以外に、プロイセン法についての上級裁判所の実務およびフランスの理論と実務が論拠とされている(Vgl. Hahn, a. a. O., S. 291)。理由書についての上院の委員会においてサヴィニー理論に従った修正案が出されたが、これは対する委員の発言の中では、当事者の予測をこえて既判力が生ずることにより酷な結果となるという実務経験からの反論が目立つ。欠席判決の事例と妨害排除請求の事例が出されている。その他にも、詳細な調書が欠ける場合には、どの点が前訴で判断されたか判定困難なことがあること、判決理由だけを不服とする上訴をみとめざるを得ないことなどが挙げられ、結局右の修正案は否決されたのである。Vgl. Hahn, a. a. O., S. 608f.

(七) 矛盾した判決は国民に不当な事態だとうけとられるに違いないからである (Vgl. Hahn, a.a.O., 291)。委員会におけるサヴィニー理論の支持者もこれは矛盾判決を阻止し、判決の權威を高める点で公的利益に合致するという (Vgl. *Ibid.*, 608)。

(八) 各ラント毎に異っていた実務を統一する必要性からの立法であったこと、およびフランス法の影響が強いことは、意思主義が貫かれたことと共に (Vgl. Hahn, a.a.O., 291)。この立法が近代市民法としての性格をもつことを示している。

先決事項の確定もまた当事者の意思に委ねる制度がフランスにおいて形成され、ヨーロッパ各国に継受されたことについて Millar, *The Premises of the Judgment as res judicata in Continental and Anglo-American Law*, 39 Mich. L. Rev. 1, 10 *et. seq.* (1940) 参照。

(2) 矛盾した判断を防ぎ法的安定性を計って判決理由中の判断に既判力をみとめれば、当事者の意思に反し個別訴訟の任務をこえる。ドイツ民事訴訟法三二二条はこのような配慮の下に成立したが、それから一世紀近くたった今、ツオイナーは再び判決理由中の判断の一部に既判力をみとめるという提案をしたのである。^(九)ただ、これが一旦否定されたサヴィニー理論の単純な復活でありえないことは、立法の経過からみて当然であった。しかし、立法当時には対立的にのみ扱えられた右の二つの要請も、場合を限ってみれば必ずしも矛盾するとはいえないであろう。その限度にとどまるならば、判決理由中の判断にも既判力を認めることができよう。そこで一方、矛盾判決を防ぐためには、判決理由中の判断に拘束力をみとめないと、前訴の判決主文で確定した法的効果が後訴判決によって実質的に侵害される場合に限って理由中の判断を争えないことにすればよい。^(一〇)そして他方、判決理由を争えなくすることが、当事者の予測に反せず、また個別訴訟の任務をこえない限度を探る必要がある。^(一一)双方の要請を充す典型的な例は、前訴の訴訟物が後訴の先決事項となる場合である。この場合は、後訴が前訴の続行ないし補充と考えられるから、異論なく認められるように前訴判決の既判力が後訴に及び、その結果前訴の判決理由もまた争いえなくなっても、当事者の予測に反することはない。^(一二)そこで、この関係を一般的に推論すれば次のようになる。即ち、前訴で確定した訴訟物たる法的

効果の目ざす法秩序が、後訴の訴訟物として争われている法的効果を含むかあるいはこれを排斥するような場合には、両訴の訴訟物の間には法的意味関連がある。この「意味関連」を保持するためには、判決理由中の判断に既判力をみとめる必要がある、というのである。^(一三)

ツオイナー理論の出発点とされている先決関係のある場合、即ち判決主文において確定した法的効果とこれに条件づけられた法的効果との間に、右にいわゆる「意味関連」が存することは疑いない。又この場合の判決理由が将来争えなくなることとも当事者の予測するところであろう。しかし、彼がこの先決関係の場合をこえて意味関連の範囲を拡張しようとするとき、その限界は必ずしも明確でないのみならず、判決理由の拘束力も当事者の予測するところであるかは甚だ疑問となってくるのである。^(一四) 例えば、彼はサヴィニー理論に反して、利息請求や所有物妨害排除請求の存否を確定する判決は、元本債権や所有権の存否を確定しないとするが、他方所有物返還請求を認める判決は、所有権の存在を絶対的に確定するという。^(一五) 所有権妨害排除請求の場合と所有物返還請求の場合とがどの程度異なるかを思えば、いわゆる「意味関連」なる基準も、主観的判断に頼らざるをえない不明確なものといわざるをえない。又例えば不作為請求訴訟において、先決事項として問題になる権利侵害の判断が、後に損害賠償請求が提起されて争えなくなるということを当事者は果して予測するであろうか。^(一六)

又、ツオイナー理論のように判決理由中の判断に既判力が生ずることになると、競合する攻撃防禦方法についての裁判所の自由な選択権も認められないことになる。^(一七) 当事者はこの点について審判すべき事項や順序を指定できるし、これは裁判所を拘束するとせざるをえないであろう。^(一八) 又当事者には判決理由だけを不服とする上訴が認められねばなるまい。^(一九) さもなければ、裁判所がたまたま何を判決理由として選ぶかによって、判決の拘束力の内容に差異が生じ、当事者に不利益を生ずるからである。例えば、ツオイナーによれば、債務支払請求において、被告が債務の成立

を争うと共に弁済の抗弁を主張したが、裁判所は弁済の抗弁をいれて請求を棄却した場合、被告は後訴で債務が初めから成立しなかったと主張して、弁済したものの不当利得を請求することはできない^(三三)。そうであれば、被告は債務の不成立を第一次的に、弁済を予備的に主張して審判の順序を強制できなければ困るし、また、債務の不成立を理由とする請求棄却を求める上訴の利益がみとめられねばならない。

しかし、もし右のような審判の順序の強制や判決理由だけを不服とする上訴が許されるとするならば、最も労力の省ける方法で訴訟物についての結論に達しうる方法が閉ざれることになる。又すでに結論に達した場合にも、判決主文を直接左右しない事項についての争いのために、訴訟が引き延ばされ、迅速な紛争解決という要請は踏みにじられてしまう^(三二)。もっとも、ツオイナー理論を前提とすれば、将来起りうる訴訟との間に「意味関連」の存する場合にのみ、当事者の判決理由についての指定や不服申立の「保護の必要」(Rechtsschutzbedürfnis)があると考えられる^(三四)。しかし、この「意味関連」がみとめられるとしても、将来後訴が提起されることになるかどうか、前訴審理中には全く不明確である。はっきりしない将来の紛争のために、当面の訴訟物を直接左右しない余分の労力を費すべきか否かは甚だ疑問とならざるをえない^(三五)。このことは、ツオイナーが「意味関連」による既判力拡張を、個別訴訟の任務を越えない限度でみとめようとした前提自体がもろくも崩れ去ったことを意味する。

(九) Zeuner, Die Objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, 1959 このツオイナーの見解についてわが国でも多くの紹介批評がなされている。上村・前掲論文、伊東〈書評〉『民訴雑誌』六号一九七頁、井上「既判力の対象と裁判所の選択権」(一)立命館法学三三三七頁、同(二)立命館法学三三三三七頁、霜島〈紹介〉『法協七六』卷六八九頁。ここでは内容の紹介を繰返さないが、ただツオイナー理論の基本的視点をドイツ民訴法の立法過程における論争との関連で追跡するという新らしい側面からこれに光を当ててみる。

(一〇) Vgl. Zeuner, a. a. O., S. 41 サヴィニーのようにいかなる将来の訴訟においても拘束力を生ずるのではない。

ただ、前訴判決の内容と後訴で主張される法的効果との間に単に論理的概念的な関係ではなく、内容的関連が存するか否かによって、既判力の限界を決めるべきである (Vgl. Zeuner, a.a.O., 30)。確定判決の内容は判決理由中の判断によって左右されるから、前訴判決の既判力が後訴で主張されている法的効果にどの範囲で影響するかも本文で示したように判決理由中の判断を基準にして決まるという。

(一一) Vgl. Zeuner, a.a.O., S. 43f. 判決理由において処理された事項を再び争えなくすることを正当化する事例の特性を探るには、このような利益状態を考察する必要があるという (*Ibid.*, 42)。

(一二) Vgl. Zeuner, a.a.O., S. 44 この場合に、人は新しい手続を初めうるのは前訴が止めたところからであり、既に前訴で処理した事項を再び争うことはできないと感じているからである。

(一三) Vgl. Zeuner, a.a.O., S. 44, 51 ff.

(一四) 井上・前掲論文 (一) 八四頁、霜島・前掲紹介六九二頁、Lent, Besprechungen, ZJP Bd. 73, S. 316, 320; Peters, Zur Rechtskraftlehre Zeuners, ZJP Bd. 76, S. 229 などがこの不明確性を指摘する。

(一五) Peters, a.a.O., S. 232 が同じ疑問を提出する。そして、当事者が前訴において実際に拘束力ある判断を期待しているならば、なぜこの効果を生ずる中間確認の訴を利用しようとしなかったのかを説明できない、という。

(一六) Zeuner a.a.O., S. 52, 54 前者は後者の志向する秩序に属するが、後者は前者の志向する秩序に属しない、とされたのである。

(一七) Zeuner, a.a.O., S. 144 ff. 後訴がどのような訴訟であっても所有権訴訟のすべては、所有物返還請求権の志向する秩序に包含されるのである。

(一八) Zeuner, a.a.O., S. 59 ff. はこの場合の侵害行為についても前訴判決の拘束力をみとめる。Peters, a.a.O., S. 232 が同じ疑問の事例として挙げているところである。

(一九) 井上・前掲論文 (一) 七五、八五頁が強調した視点であった。即ち、裁判所は、競合する攻撃防禦方法のうちいずれを選んでも判決理由とするかは自由であるが、これは理由中の判断に既判力が生ぜず、いずれを選んでも判決の既判力にとってはどうでもよいからである。したがって、裁判所の自由な選択権は、いずれを選ぶかによって既判力に差異が生ずるところに限界をもつのである。Peters, a.a.O., S. 237 も同様の視点からツォイナー理論を批判する。

(二〇) 井上・前掲論文(一八五頁。サヴィニーはいずれを判決理由とするかは自由裁量の領域に委ねられるとしていたが (Savigny, *System*, Bd.6, S. 360) 'ツオイナーはこの点についての配慮を示していない。しかし当事者が自己に有利な判決理由を指定できないとすれば、ツオイナー理論の破綻というほかない (Vgl. Peters, a.a.O., S. 238)。

新請求概念を前提とする場合には、その実体法的性質決定もまた攻撃防禦方法として判決理由となるのだから、同様の問題が生ずる。ツオイナーはこの点の既判力による確定を前提とする以上 (Vgl. Zeuner, a.a.O., SS. 31, 175) '同様に当事者が法的視点を指定ないし順序づけることを認めねばならない (Peters, a.a.O., S. 238)。井上・前掲論文(一四八頁以下は、ドイツおよびわが国の新説が法的視点存否の判断に確定力をみとめる以上は、この点の当事者による指定、順序づけを認めて、初めて「裁判所の選択権」の限界が考えられたといえる、と論ずる。

(二一) ツオイナーも判決理由だけを不服とする上訴をみとめ、これは既判力が判決理由に左右される場合の従来の取扱と異ならなうとらう (Vgl. Zeuner, a.a.O., S. 174 f.)。Grunsky, *Rechtskraft von Entscheidungsgründen und Beschwer*, ZJP Bd.76, 165 は同一訴訟物についての後訴における判決理由の既判力の問題に限って、不服の利益をみとめる。しかし、ツオイナー理論を前提とすれば、問題は訴訟物を異にする後訴との関係で生ずる (Vgl. Peters, a.a.O., 240 f.)。なお、上村「形成対象の繰返しと既判力」民商法雑誌五五卷一号四六頁参照

(一二) Vgl. Zeuner, a.a.O., S. 84 ff.

(一三) すでに井上・前掲論文(一四七頁がするどく批判したところであった。

(一四) Vgl. Peters, a.a.O., SS. 239 f, 241 もともとは新請求概念の下で、実体法的視点を指定する利益として論ぜられたところであったが (Vgl. Habscheid, *Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtbarkeit*, 1956, S. 173 ff.) 'ツオイナー理論においては、一般的に問題にならう。

(一五) Peters, a.a.O., 241 もほぼ同趣の疑問をのべる。

(3) 判決理由中の判断の既判力を一定限度に限って認めることにより、立法当時以来の懸案を解決しようというツオイナーの試みは、現在の通説のもつ問題点を鋭くえぐり出したが、なお右のような矛盾に陥った。このことは既判

力という厳格な概念の操作だけでは問題の解決が難かしいことを示している。^(三六) その意味では参加的効力を当事者間にも拡張しようという兼子博士の見解は、^(三七) この問題への異った視点からのアプローチを示唆するものであった。即ち、参加的効力の根拠は当事者間の公平に基く禁反言の要請であることから、相互に予備的關係にある請求におけるように、当事者間にもこういう要請がみとめられる場合には、これを類推しようとした。例えば、債務支払の請求において、債務者が弁済の抗弁だけを出して勝訴しておきながら、後に債務が初めから不成立であったという理由で弁済の無効を主張して不当利得返還の請求はできない、というのである。この場合には、禁反言という一種の信義則の要請によって、ある事項を請求との関係でのみ争えばよいという弁論主義の要請が譲歩させられるのである。しかし、あくまで公平の要求であるから、禁反言をみとめるのが却って酷な場合には除外されねばならない。そこで、弁済の抗弁の例では、債務者が債務の不成立を主張し、仮定的に弁済の抗弁をしたのに、裁判所は債務の成否を判断せず弁済の事実を認めた場合には、この点の拘束力をうけない、^(三八) というのであった。

新堂教授のいわゆる争点効の理論は、この兼子説の積極的評価の上に立って、更に、紛争解決一回性の要請と審判の便宜の要請という広い視点の下にこれを再構成したものであった。^(三九) 即ち、既判力が判決主文に限られるのは、当事者の弾力的活動と裁判所の審判の便宜を保障し、迅速な解決を可能にするという実践的意図に支えられている。そこで既判力を判決理由に拡張し紛争解決の範囲拡大を図れば審判の便宜の要請に反することになる。審判の弾力性を前提として紛争解決機能を拡充するためには、既判力ではなくて、禁反言という信義則の適用を判決効として定着した争点効をみとめるべきであるというのである。こうして争点効とされるものは、訴訟物以外の各争点についてなされた裁判所の判断に結びつけられた効力であって、訴訟物の違う後訴においてこの判断と異った主張を排斥するという効果である。そして(1)当事者が真剣に争い、(2)裁判所が実質的な審理判断を下した場合に、その争点の判断に拘束力

をもたせようというものである。

このように「参加的効力拡張の理論や英米法のコラテラル・エストツペルに示唆された觀念である」争点効の理論は、その詳細な内容および予想される問題点の吟味を未だ留保している面が多い。^(三〇)例えば真剣に争ったことを要件とする以上、前に挙げた弁済の抗弁の事例で、債務の成立を争わなかった債務者は、後訴で債務の不成立を主張して不当利得の請求ができることになる。^(三一)兼子説と異なるのはおそらく審判の便宜の強調の結果であると思われる。そうすると、この事例で不当利得の請求が阻止されるのは、裁判所が債務の成立を認めた上で、弁済の抗弁を容れて請求を棄却した場合だけになる。しかし、この場合にも、当事者が真剣に争った以上は債務成立の判断に拘束力を認めることになる、この点の判断だけを不服とする上訴や審判の順序の指定というツオイナー理論で論じたと同じ問題がここでもやはり提起されることになる。だが、これらの問題点を吟味するためには、争点効理論の基礎となったアメリカ法のコラテラル・エストツペルの法理が、永い英米法における判例の伝統の中で展開してきたいくつかの法則やこれをめぐっての問題点を検討することが不可欠の前提となる。

- (二六) もっともドイツにおいては、ツオイナー理論に批判的な人々も、従来から既判力拡張の根拠とされた先決関係や矛盾関係の概念を拡げることによって、ツオイナーの通説批判に答えようとしてくるようである。Vgl. Peters, a.a.O., S. 242 f.
- (二七) 兼子「既判力と参加的効力」研究Ⅱ五五頁、六五頁以下参照。
- (二八) この場合にツオイナーは拘束力をみとめて不当利得の後訴ができないとした点については前述した通りである。既判力による窮屈な処理が禁反言では緩和されることを意味する。
- (二九) 新堂「既判力と訴訟物」法協八〇巻三三二九五頁、同「条件付給付判決とその効果」民訴雑誌一〇号一頁、
- (三〇) 新堂・前掲論文法協八〇巻三三一頁註(36)はこのことを留保している。
- (三一) 同論文三二二頁はこの事例でも拘束力を承認すべきであるとされるようにも思われる。しかし、同三二六頁は、所有権

にもとづく土地明渡請求において、被告があえて争わなかった場合にも所有権の存在を確定するのは審判の便宜に反するとされるところからみれば、弁済の抗弁の事例でも本文の通りになるう。

三 コラテラル・エストツペルの形成と政策的配慮

前節で述べた論争にみられたいくつかの基本的視点は、先決事項ないし判決理由中の判断に拘束力をみとめる以上は、ひとり大陸法に限らず、英米法においても避け難い論点であるように思われる。ただ、判例法主義という背景の中で一八四八年以降に制定された英米の各種民事訴訟法典は、直接には判決効の問題を取扱わず、結局はこれを判例法に委ねた。しかもその際、ドイツにおけるように尖鋭な形で対立した論争が立法者の態度決定を迫るという現象もみられなかったのである。したがって、問題は、英米法の判例の中で伝統的にみとめられてきた判決理由中の判断の拘束力が、時代の変遷につれていかに変容したか、そしてこの判例の変遷を動かしているものは何か、という点に存する。そこで払われているいろいろの政策的配慮とこの配慮に支えられたこの種拘束力の合理性の検討が、将来の判例法則の方向をさし示すと共に、同じ問題を考察するわれわれの興味を中心となる。

(1) 英米法における先決事項の判断の拘束力をめぐる判例法則の変遷を一言でもっていえば、ゲルマン法に由来するエストツペル（禁反言）の原則から判決効としての法則への定着であった、ということである。禁反言の一つと考えられる参加的効力の拡大の理論から争点効理論を生み出したわが国理論の進展と対比してみれば、この変遷の跡のもつ意義は明らかである。

アメリカ法にいわゆるコラテラル・エストツペルが、英米法の判例において Estoppel by record や Estoppel by judgment と名づけられてきた法理をリストイットメントにおいて整理構成した産物であったことはいうまでもない。⁽¹⁾

これは、前訴判決の理由中の判断が訴訟物を異にする後訴において生ずる拘束力を意味するわけであるが、沿革的にみれば、ゲルマン法に起源をもったエストツペルの法則に由来するといわれる。^(三) 他方、ノルマン征服（一〇六六年）の前、おそくとも一一世紀初頭までには、ローマ法にもとづくレス・デュディカータの法理が導入されたと思われるが、それ以後これと並んでゲルマンの伝統的法則はなお維持されてきたのである。以来、この二つの法則は伝統的に二つの異った役割を分担してきた。すなわち、ローマ法に由来する法則は、後訴請求が前訴請求と同じであり、実質的にみて同じ紛争の繰返しである場合に後訴を排斥するところの、前訴判決自体の拘束力であった。これに対して、ゲルマン法の法則は、後訴が前の紛争の単なる繰返しではなく、請求を異にするときの排除効であった。これは、後訴でなされている当事者の主張をみると、前訴で記録された当事者の主張や自認、あるいは陪審の認定と矛盾することになる場合に、この記録（record）を援用してこれと矛盾する主張を排除できる効果であった。Estoppel by record の名称の由来である。したがって、これは本来、判決自体の生ずる拘束力ではなく、訴訟手続、プリーディングに結びつけられた効果であって、後に現われる estoppel by deed および estoppel in pais と同様に、本来の意味における禁反言の作用であった。つまり、この効果の本質は、当事者はみずからの行為によって作り出した立場や結論に矛盾する主張をすることは法律によって禁止されているという点にあった。^(四)

しかし、この禁反言の作用は、訴訟上の記録の国家的権威にもとづいてのみ基礎づけられるという考えが拡がるばかりでなく、判決によって終局性を認証された場合にのみ、みとめられるようになった。^(五) Estoppel by judgment の名称の起りである。だがこれによって、その禁反言としての特性が変質したわけではなく、Outram v. Morewood（1803）においてエレンボロー裁判官もいっているように、「禁反言を生ずるのは給付判決（recovery）ではなく、その前提をなす当事者の主張した事実」であった。^(六) そこで、自認や欠席判決の場合にも常に禁反言をみとめるという

のがイギリス法の一貫した原則であつたし、訴答手続記録によって主張事実を明確にすることが不可欠の前提となつていた。^(七)

しかし一九世紀における英米民事訴訟法の改革、ことにコモン・ロー訴答手続の廃止は、前訴の争点を記録以外の証拠により特定するという一八世紀以来の実務と一緒に^(八)なつて、Estoppel by recordの根拠をゆるがし、これを終局判決の拘束力として把える傾向を決定づけたのである。^(九)このことは、若干の用語上の、混乱を生ずると共に、Duchss of Kingston's case (1776) 以来の法則、即ち「いかなる判決も、附随的に問題となつた事項や附加的に認められた事項、あるいは判決から推論できる事項については証拠にならない」という、それ自体としては判決効を合理的に制限する近代的法則をやや緩和せざるをえないようにしたのである。^(一〇)

(一) American Law Institute, Restatement of the Law of Judgments, 1942, p.15 *et. seq.*, esp. 293 *et. seq.* Reporter となつた Austin Scott, *Collateral Estoppel by Judgment*, 56 Harv. L. Rev. 1 (1942) はリステイメント法則の根拠となつた判例法則を説明している。

(二) 訴訟物を異にする点が *collateral estoppel* と呼ばれる所以であり、同じ訴訟物における判決理由中の判断の拘束力を *direct estoppel* と呼ぶべき。see Scott, *op. cit.*, 56 Harv. L. Rev. 1, 3 note 5; Restatement, Judgment, § 45 (d), § 49 (b) なお吉村「アメリカにおける既判力の客観的範囲」法政研究三二巻七一頁七一三頁以下は、レス・デユディカータを含めて判決効制度一般を概説しているので参照されたい。

(三) Millar, *The Historical Relation of Estoppel by Record to Res Judicata*, 35 Ill. L. Rev. 41 (1940) が、この沿革の詳細を解明する。以下の説明はその大要である。なお、平良「英米法の歴史における既判力と判決による禁反言」法学研究三八巻二号一頁参照。

(四) Millar, *op. cit.*, 35 Ill. L. Rev. 52 f.; Millar, *The Premises of the Judgment as res judicata in Continental and*

Anglo American Law, 39 Mich. L. Rev. 238 (1944) にも同様の指摘がある。

(五) これは、ローマ法に由来する *res judicata* の觀念にある終局性の概念の影響であるといわれる。see *Millar, op. cit.*, 35 Ill. L. Rev. 53

(六) *Outram v. Moorewood*, 102 Eng. Rep. 630 (1803) なお、*Ellenborough* 裁判官の基準がこの語の本来の意味を示しているとする *Millar, op. cit.*, 35 Ill. L. Rev. 58 参照。

(七) see *Millar, op. cit.*, 39 Mich. L. Rev. 244; *Houlett v. Tarte*, 142 Eng. Rep. 673 (1861) では、禁反言は前訴の記録に矛盾する主張を排斥するのであって、否認できる事項 (*traversable matter*) を否認しなかったときは、これを争えなくなる、としてこのことを明らかにしていた。しかし、厳格なコモン・ロー訴答手続がなくなるとこの法則の適用が困難になる。see *Millar, ibid.* 245

(八) see *Millar, op. cit.*, 35 Ill. L. Rev. 57 のみならず、コモン・ロー上の法則である *estoppel by record* の適用されないエクイティの分野では、判決の効果と考えられたレス・デュディカータが先決事項についても多少は拡張して解されていた事情も影響を与えた。

(九) *Duchess of Kingston's case* 自体は教会裁判所の事件であるが、そこで判旨された法則は、以後の判例に大きな影響を与えた。see *Millar, op. cit.*, 39 Mich. L. Rev. 242, 243.

(一〇) 判決事項が決定的に判決理由の一部をなせば附随事項とならずまた明示の決定でなくとも判決主文の必然的前提は推論事項にはならないという点であった。See *Miller, op. cit.*, 39 Mich. L. Rev. 251

(2) しかし、最も新しい進展は海を渡ったアメリカに現われるように思われる。*Cromwell v. County of Sac* (1876) 事件において、^(二) フィールド裁判官は、後訴が前訴と同じ請求にもとづく場合には、前訴判決は攻撃防禦のために現に提出された事項だけではなしに、提出することのできたであろうすべての事項について絶対的な *bar* となるとした後に次のように述べた。

「しかし、後訴が同一当事者間で異なった請求にもとづくときには、前訴判決は認定ないし評決された争点について

禁反言として作用する。したがって、ある訴訟原因について言渡された判決の禁反言が、これと異った訴訟原因にもとづく訴訟において生じた事項について適用される場合にはすべて、前訴において現に争われかつ判決された論点（二二）が必ず問題にされねばならない。審理判決できたであろう事項ではないのである。（傍点付加）（二三）

ここで判決の拘束力を請求の異同によって二つの場合に区別するという前述の英米法に伝統的な原則が確定的に宣言されていることは明らかである。しかし更に、判決の禁反言の効力が、現に争われかつ判決された争点のみに限られると共に、争われない事項だけでなく欠席判決にも及ばないという意見を示している点において、コモン・ローの伝統からの進展がみられる。（二四）同裁判官は続けて「欠席判決は、当面の訴訟のために訴えられた請求の適法性をみとめるにすぎないのだから、訴状における主張が異った訴訟原因にもとづく訴訟において拘束力を生ずるわけではない」と述べているのである。これは判決禁反言の法則が、終局判決の拘束力の一種と考えられると共に、単に伝統的禁反言法則の承継ではなしに、訴訟の制度目的を考慮して再構成されていることを意味する。フィールド裁判官の配慮を聞こう。

「当事者は、請求自体を念頭におく外にも、争いとなっている金額や財産が少額であったり、必要な証拠の入手が困難であったり、訴訟経費がかさんだりすること、あるいは当時の個人的事情などを考慮して、当面の訴訟における攻撃防禦を提出するにすぎない。これらの事情は請求を異にする別訴では存しないかもしれないのだ。当事者はこのような事情を考慮して行為するのだから、後訴において異った請求を争うことを排斥すべきではない。」（二五）

こうして更に、Jacobson v. Miller (1879) は、クロムウエル法則に従って、賃料支払請求において、被告がその先決事項としての賃借権の成立をあえて争わずに請求が認容されたとしても、この先決事項について拘束力を生ずる

ことはない、と判旨した。被告がこの点を争わないのは、当面の訴訟を目的とする限度においてこれを認めるというにすぎない。もし先決事項についてこれを争わなければ、以後請求を異にするすべての訴訟においてもこれを主張できないというのであれば、当事者は当面の請求のいかんにかかわらずあらゆる攻撃防禦方法を尽くすよう強制されることになる。

「些細な請求について訴えられた者が、…すべての主張事項の別訴における拘束力を阻止するために、費用のかさむ訴訟にたずさわらざるをえないというのは、苛酷かつ不当な法則である。…原告は訴状において申立てた事項以上を与えられるよう要求することはできない。被告が抗弁や争点を提起して、将来の紛争のために予め先決事項を解決できるようにしなかったからといって、これを非難することはできないのである。」^(二七)

クロムウエル事件において確立された法則は、以上のような論証によって次第に固められ、以来若干の曲折を経たうえで、アメリカにおける支配的な見解となつて行つた。^(二八)ことに一九四二年には、リステイトメントにも採用され、そこで使われた **Collateral Estoppel** という名称は、それ以来従来用語上の混乱を収拾して、一般的に用いられるにいたつたのである。^(二九)

(一一) **Cromwell v. County of Sac**, 94 U. S. 351 (1876) この有名な事件において、原告は被告 **County** 発行の債権証書による利息 (**coupon**) の支払を求める前訴において、証書発行が詐欺的でありかつ原告の代金支払が立証されていないとされて敗訴した。債権証書の満期後その支払を求めた後訴で、被告は前訴判決のエストッフルペを主張したが、最高裁判所はこれを見とめなかった。代金支払の点が争われたかどうか問題となつたのである。

(一二) See 94 U.S. 351, 352—353, 24 L. ed. 195, 198

(一三) 自認や欠席判決にも禁反言をみとめるというのがコモン・ローにおける伝統であつたことは前述した(ことに註(七))

Houlett 事件参照)。Millar, *op. cit.*, 39 Mich. L. Rev. 254 は同様の指摘をする。もっとも後註(一八)参照。

(一四) (一五) See 94 U. S. 351, 356, 24 L. ed. 195, 199

(一六) Jacobson v. Miller, 41 Mich. 90 (1879) (Justice Codey)

(一七) これは Watts v. Watts, 160 Mass. 464, 465, 36 NE 479 (1894) における Justice Knowlton の配慮である。

(一八) もっとも Cromwell 事件の後にも、欠席判決や和解判決について反対の判例もみられた。Last Chance Mining Co. v. Tyler Mining Co., 157 U. S. 683 (1895) (default) しかし、James, Civil Procedure (1965) p. 578 note 14, Moore, Federal Practice, vol. 1B (1965) 4006 はこのクロムウェル法則を支配的であるとしている。但し、Note, *Collateral Estoppel*, 52 Col. L. Rev. 647, 654 (1952) はこれを少数説とする。

(一九) Collateral Preclusion などの用語も考えられたが、すでに一般化されていた *estoppel* の用語を用いたという由来に *cf.* Scott, *op. cit.*, 56 Harv. L. Rev. 1, 3 note 4 参照。

(3) こうして形成されたコラテラル・エストップペルが、最早単なる禁反言の法則ではなく、終局的判決の効果として把握されるようになったことは明らかである。^(一〇) したがって、この法則もまた、レス・デュディカータの法則と共に、一旦審判された事項について再び審判を繰返すことを禁止して、紛争に終結を与えようという要請にもとづいてい

る点では差異はない。^(一一) これが他ならぬ紛争解決の一回性の要請といわれるものに当ることはいうまでもない。^(一二) ^(一三) ^(一四)

ところで、この紛争解決の一回性の要請によれば、コラテラル・エストップペルも、条件付でなしに、レス・デュディカータと同様に全面的に拘束力を生ずるとすべきであるように思われる。けだし、一回的紛争解決の目ざす法的安定性や訴訟負担軽減の要請は、請求自体だけではなしに、先決事項となるすべての事項を一律に確定することによって、より完全に実現されるように思われるからである。^(一五)

しかし、クロムウェル事件以来の判例は、これを現に審判された争点に限定してきたのであって、その際の裁判所

の配慮は次の通りであつた。^(二五)即ち、当事者が攻撃防禦方法を尽くして争うかどうかは、当面の請求との関連で当事者が決めることであつて、この点に一律に拘束力をみとめて争うことを強制するのは不当である。当面の請求を目的として先決事項を争わなかったのにすぎないのに、別の請求との関連においてもこの点に拘束力をみとめるのは、結局は、当事者が攻撃防禦方法を自由に処分できるという立場と矛盾することになる。これは要するに、攻撃防禦方法についての当事者の自由な処分権を認めるアドバーサリイ・システムを^(二六)前提とした論拠であるとみることができる。そうであれば、先決事項の拘束力を支える紛争解決一回性の要請とアドバーサリイ・システムとのこのような矛盾関係とは、争われなかった事項だけでなしに、現に争われた点に拘束力をみとめる場合にも見られるように思われる。けれど、アドバーサリイ・システムの立場からみれば、先決事項についてどの程度まで争いあるいは立証するかも当面の請求との関係で相対的に認めればよい筈である。将来の別の請求を予定して徹底的に争う必要はないからである。^(二七)これはまさに、大陸法において判決理由中の判断の既判力が否定された有力な論拠であつた。^(二八)そこでは、弁論主義、つまり当事者の意思の優位を貫いた立法が成立した。これに対し、先例拘束主義の下では、現に審判された争点に限りて拘束力をみとめるという判例法則を形成することに、対立する要請の調整点を求めたわけである。

しかし、クロムウェル事件のフィールド裁判官がいうように、当事者は個々の訴訟では当面の請求との関連においてのみ攻撃防禦を提出するにすぎないとすれば、仮に争われた先決事項の判断であっても、異った請求との関連において拘束力を生ずるのは、当事者の予期しないところであろう。^(二九)のみならず、コラテラル・エスツッペルは、訴訟物を異にする後訴において同一争点の問題になるときに与えられる拘束力であるために、将来いかなる訴訟において拘束力を生ずるかを前訴当時に合理的に予測することは極めて困難である。^(三〇)このような事情にも拘らず、争点の判断に一律に拘束力をみとめることになれば、前訴当時に当事者の合理的に予測できなかった結果を生ずることになって、

当事者に酷である。^(三二)

もともとコラテラル・エストップルを支える積極的な政策的配慮といわれる紛争解決一回性の要請は、その重要な眼目の一つとして、裁判所も当事者も、無駄な時間や労力を費やして訴訟をする負担から軽減されねばならないという点をあげる。しかし、この分野で紛争解決の一回性の要請を拡充することは、必ずしも訴訟負担の軽減の要請と調和しない。^(三三)成程、前訴の争点についての判断を再び争いえないことにすれば、後訴の審判の範囲は狭くなるのであるから、訴訟負担は軽減されるように見える。しかし眼を前訴自体に注いでみれば、一回的紛争解決の範囲を拡充することが、必ずしも訴訟負担を軽減しないこと明らかである。即ち、先決事項が争点となった以上、この点の判断が将来のすべての訴訟において拘束力を生ずることになれば、当事者はいきおい当面の請求いかなを問わず、これをとことんまで争わざるをえないことになる。ひいては当面の請求にかかわらない上訴が異常に増加することも避け難いであろう。ことに将来この拘束力の及ぶ範囲が、前訴時には合理的に予測できないとすれば、右の傾向は更に甚だしいことになる。その結果、この点の拘束力をみとめない場合よりも、却って裁判所および当事者の訴訟負担を増し、個々の訴訟の解決も遅延することになりかねない。これでは、紛争解決の一回性の要請は、その重要な柱の一つである、訴訟負担を軽減し訴訟能率をあげるという要請と矛盾することになって、その足元から掘り崩されて行くことになるのである。^(三四)

コラテラル・エストップルをめぐって対立する政策的配慮は、要するに、一方の紛争解決の一回性の要請に対して、他方、当事者の利益を主体とするアドバーサリイ・システムや予測可能性の要請、更には裁判所をも含めた訴訟負担の軽減の要請との間の対立関係として把握することができる。アメリカの判例や学説の中にみられるこれらの配慮が、若干のズレを示しながら、多くの点において既にみた大陸法におけるこの問題についての基本的視点と重なり

合っていることは、一々指摘するまでもない。^(三四) 右の配慮のいずれを強調し、どこにその調和点を求めるかによって、コラテラル・エストップペルの効力をみとめる限界線が引かれてきたように思われる。

もっとも、同様に阻止的要因と考えられる夫々の要請の中でも、例えば、アドバーサリイ・システムの要請のように、その考え方自体に、変容が見られるようになると、その要請のもつ意味あいも異ってくることになる。即ち、ここでも、請求や攻撃防禦についての当事者の支配権を基調とする古典的な考え方から、直接利害関係のある当事者の提出した資料にもとづく方が真実に近づき易いことに根拠を求める考え方に移行する傾向がみられるが、^(三五) その結果、当事者の主体的地位の保障よりも、判断の正確性の保障に比重がかかることになる。例えば、対立当事者によって争われた事項に拘束力を限るのは、この点の判断には正確性の保障があるからとされる場合にはこの傾向を現わしている。^(三六) しかし、一般的に言って、判決の拘束力をみとめることは、誤判を固定化するという危険性を含んでいるのであるから、^(三七) 拘束力をみとめる判断には正確性の保障が要求されることは当然である。^(三八) 正確性の保障（適正裁判の保障）は前述の当事者の自由な処分権や予側可能性あるいは訴訟負担軽減の要請と並んで、この種の拘束力を制限する政策的配慮の一つとされるわけである。

いずれにしても、コラテラル・エストップペルの要件を定める判例法則が、これらの要請の緊張関係に規制されて今後とも進展して行くことは真違いないように思われる。

(二〇) 判決効としての *estoppel* と *estoppel in pais*（行為による禁反言）とを区別すべきことを強調する Von Moschizsker, *Res Judicata*, 38 *Yale L. J.* 299, 315 参照。

(二一) しばしば指摘されるところであるが (eg. Scott, *op. cit.*, 56 *Harv. L. Rev.* 1) ‘とくにコラテラル・エストップペルの背景となる政策的配慮を問題分析の基準として取扱うものとして’ Polasky, *Collateral Estoppel - Effect of Prior*

Litigation, 39 Iowa L. Rev. 217, 219 (1954) や *James, Consent Judgment as Collateral Estoppel*, 108 U. Pa. L. Rev. 173, 184 (1959) は注目に値する。

(二二) ここに紛争の終結性ないし紛争解決の一回性の要請といわれるものは、次の二つの配慮に支えられているといえる。即ち法的安定性 (*stability*) と訴訟負担軽減 (*minimising litigation*) の要請である。法的安定性が社会的な要請であることはもちろんであるが、当事者もまたこれに基づいて将来の取引の予測を立てることができる。訴訟負担軽減もまた、裁判所の時間や労力を節約して訴訟の能率を高めるといふ要請であると共に、当事者もまた何度も同一事項について煩わさるべきでないという利益をもっている。see *Polasky, op. cit.*, 39 Iowa L. Rev. 219; なお *Von Moschzisker, op. cit.*, 38 Yale L. J. 300 は裁判所の時間の節約よりも法的安定性の方がより重大であるという。

(二三) 更にここで紛争解決の一回性の要請を支えるいくつかの配慮は、当事者が訴訟の終結を阻止しようとする場合には、必ずしも等質的な要因となって作用するとは限らない。see, *Polasky, op. cit.*, 39 Iowa L. Rev. 220 後述の点を別として、ここに含まれている公的な利益と私的な利益とは、全く異った程度と関連において作用することになると思われる。私的利益の側面では当事者間の公平だけを考慮すれば足りようが、公的利益の側面ではこれを超えた次元での配慮が問題になるからである。Von Moschzisker, *op. cit.*, 38 Yale L. J. 299 は、公的利益の側面を強調する代表的な見解である。なおこの点の交錯をレス・デュディカータの分野において検討したものととして、吉村「アメリカにおける既判力の客観的範囲」法政研究三二巻七一頁、七二二頁、七三二頁以下参照。

(二四) *Schuykill Fuel Corp. v. B. & C. Neiberg Realty Corp.* 250 N. Y. 304, 165 N.E. 456 (1929) において Cardozo 裁判官は、二つの請求の間に、後訴で異った判決がなされれば、前訴で確定された権利が実質的に侵害されることになるような関係がある場合には、現に争われた事項だけでなく、争うことのできた事項をも拘束するという意見を述べている。両請求の関係づけの基準は、ツオイナー理論の意味関連の基準に近似することは興味深い (前述、二 (2) 参照)。Note, *Developments in the Law- Res Judicata*, 65 Harv. L. Rev. 818, 841 (1952) も同一事件から生じた両請求間では、現に争われたという条件をつけずに、争うことのできた事項はすべて排斥すべきであると提案する。いずれも法的安定性ないし紛争解決一回性の要請を論拠としていることは明らかである。

(二五) 詳しくは、Cromwell 事件、Jacobson 事件、Watts 事件における前述の配慮を参照されたい (前述註一四—一七迄)

の本文)。

(二六) ここで *Adversary System* というのは、英米訴訟手続に支配的な特性とされるものであり、民事争訟においては、訴訟を初め、追行し更に事実や証拠や弁論を裁判所に提出するのはすべて当事者に委ねるという原則である。see James, *Civil Procedure* (1965) p. 3 *et. seq.* これは明らかに、大陸法において当事者主義あるいは広義の弁論主義の意味するものである。Millar, *The Formative Principles of Civil Procedure*, (special issue reprinted from 18 Ill.L.Rev.1) (1923) 9 *et. seq.* がこの点を比較法的に解明している。これらによれば、*Adversary System* は、われわれの弁論主義(処分権主義)当事者追行主義、(*Parteilichkeit*)、双方審尋主義のすべてを含んだ原則であるとみることが出来る(esp. see James, *Civil Procedure*, p.4)。したがって、「私法の分野では、当事者が自己の権利の支配者であって、請求や抗弁を主張しようとする放棄しようとする当事者の自由に委ねられる」という観念を現わしている」原則である。なお *Adversary System* については、更に Field and Kaplan, *Materials for a Basic Course in Civil Procedure* (1953) 166, 173 に引用されている。Fuller, *Problems of Jurisprudence*, 706-708; Joughin and Morgan, *The Legacy of Sacco and Vanzetti*, 184-5, 189-91 参照。

(二七) 事実、当事者は、当面の請求との関係で争点について徹底的に (thoroughly or to the utmost) 争わなくともよいということとはしばしば強調される。例えば Polasky, *op. cit.*, 39 Iowa L. Rev. 226 参照。

(二八) ドイツ民訴法草案理由書および Unger や Wetzell の見解(前述二(1)註二・四・五及びその本文)参照。

(二九) James, *op. cit.*, 108 U. Pa. L. Rev. 188 は、争わない事項の拘束力については、将来の訴訟の予測可能性の問題とは別に、それ自体当事者の予期しないところであるという。当事者にその意識がないからである。同様のことは手段として争った場合にもいえるというのがドイツ民訴法草案の根拠であった。

(三〇) *The Evergreens v. Nunan*, 141 F.2d 927, 929, cert. denied, 323 U.S. 720 (1944) において L.Hand 裁判官がまさに強調したところであった。

(三一) 当事者は将来争いになることもあるまいと考えて先決的争点についてまで全力を注ぐこともないだろうからである。see, Note, *op. cit.*, 65 Harv. L. Rev. 842 note 170, 843; Polasky, *op. cit.*, 39 Ill. L. Rev. 218; Moore, *Federal Practice*, vol. 1B, 3780, 3861 など多くの見解に支持されている。なお James, *Civil Procedure*, 582; *id.*, *op. cit.*, 108

U. Pa. L. Rev. 187-8 参照。

(三二) Polasky, *op. cit.*, 39 Ill. L. Rev. 220 が強調したところであった。同旨 James, *op. cit.*, 108 U. Pa. L. Rev. 184; *id.*, Civil Procedure, 577 ツオイナー理論においては複数の攻撃防禦についてとくに問題にされたところであったが、その場合に限る必要もないわけである。

(三三) そこで紛争解決の一回性の要請を支えるものは、法的安定性（矛盾判断の防止）の要請だけとなり、訴訟負担軽減の要請はこれに対立する関係となる。

(三四) 紛争解決の一回性の要請の目ざす法的安定性（矛盾判決防止）はまさにサヴィニーの論拠であった（前述二(1)註三）。これに対して、Adversary System が Wetzel や草案理由書の弁論主義、当事者の意思の尊重と対応し、拘束力の予測可能性の要請もまた草案理由書の要求するところであったし、更に後訴の予測可能性は、ツオイナーの意味関連がまさに意図するところであった。訴訟負担を増加し能率的な訴訟運営を害するとの配慮はまさにツオイナー理論に加えられた批判そのものであった。

(三五) James, Civil Procedure, 4 *et. seq.* はこの新しい傾向の観点を明瞭に説明し、これに賛意を表している。なお、古典的な Adversary System の問題点につき Joughin and Morgan, *op. cit.*, in Field and Kaplan, *op. cit.*, 174-5; J. Frank, Court on Trial, 195 など参照。

(三六) See Moore, Federal Practice, vol. 1B, 3909; Note, Collateral Estoppel, 52 Col. L. Rev. 647, 654 (1952)

(三七) この点を指摘するものも多い。James, *op. cit.*, 108 U. Pa. L. Rev. 187; Note, *op. cit.*, 65 Harv. L. Rev. 820 など。

(三八) 後述するように、コラテラル・エストップルを適用するには、判決主文にとり必要不可欠の前提となる判断であることを要するという要件も、この場合の正確性の保障が大きいことが一つの根拠となる。See, Moore, Federal Practice, vol. 1B p. 3922

四 コラテラル・エストップルの要件をめぐる問題点

コラテラル・エストップルの原則は、これを一般的に述べれば、訴訟物を異にする後訴において生ずる終局判決の

拘束力であって、前訴において現に争われ、かつ判決に必要な前提として判断された争点を再び争うことを排斥する。^(二)この一般的な命題は、前節にのべたいろいろの配慮にもとづいて、判例の到達したコラテラル・エストッペル適用を制限する要件である。そこで、この法則の適用を主張する当事者が、そのために示さなければならない要件は次の点である。即ち、後訴で争われている事項と同じ争点が、前訴において(1)当事者によって実際に争われ、かつ(2)裁判所によって現に判断されたこと、および(3)この判断が本案判決にとって必要不可欠であったことである。(1)(2)がクロムウエル事件により確立され、^(三)(3)がデュチェス事件以来の要件であったことは明らかであるが、それぞれについて多くの問題が生ずる。そして更に、(4)この種の拘束力は主要事実についてだけ生ずるのか、あるいは、(5)同一法律問題についても適用されるのかという点をめぐって展開しつつある判例法則は、コラテラル・エストッペルの適用を制限する必要性を示す重要な傾向である。

(一) See Restatement, Judgment, § 68 (1) (1942), Note, *Development in the Law—Res Judicata*, 65 Harv. L.Rev. 818, 840 (1952)

(一) *Cromwell v. County of Sac*, 94 U.S. 351 (1876) 前出^(二)(2)註(一一) (一二) 参照

(二) *The Duchess of Kingston's Case*, 20 How. St. Tr. 355 (1776), see Note, *Collateral Estoppel*, 52 Col. L. Rev. 647, 660 (1952)

(1) 先決事項の判断の拘束力は、当事者が現に争った事項に限ってみとめ、争うことができたが実際には争わなかった事項には及ばない。前述の政策的配慮からみてこの制限的要件は不可欠である。^(四)そこで相手方の主張を認めればもちろんだが、進んで否認しないときも、争ったことにならないから、拘束力を生じない。^(五)ただ、欠席判決、和解判

決あるいは合意した事項にもとずく判決にこの種の拘束力をみとめるかどうかについては、判例の立場は一貫していない。^(六)しかし、これらの場合には、現実に争点が争われたわけではないから、この効果を否定する立場が一貫し、リステイトメント及び学説によって支持されている。^(七)各種の配慮の外にも、とりわけ、この場合に拘束力をみとめることは、和解や合意によって簡単に事件を解決するという、望ましい方法をとることをためらわせる結果を招くことになろうからである。訴答手続において一旦争点となったが、公判前の準備手続又は審理中に撤回すれば、争ったことにはならない。しかし、撤回せずに証拠提出を怠ったために不利な認定ないし指示評決をうけたとしても、コラテラル・エストップルの適用を排除できない。^(八)

他方、前訴で主張できたが実際には主張しなかった事項が後訴で排斥されないこというまでもない。^(九)しかし、新しい主張が「現に争われた事項」の範囲内に含まれるとされれば、この主張は排斥されることになる。そこで争点の同一性を何によって決めるかが問題にならざるをえない。^(一〇)積極的抗弁であるか消極的抗弁であるかによって区別しようという立場もあるが、判例が明確な法則を確立しているとはいえない。^(一一)

(四) Adversary System の要請にもとづいて形成されたこと前述 (三)(2)、(3) 参照) の通りであるが、予測可能性、訴訟負担軽減、適正裁判の保障などすべての要請に支えられる要件である。前述 (三)(3) に述べたこと以外に例えば、Polasky,

Collateral Estoppel — Effects of Prior Litigation, 39 Iowa L. Rev. 217, 226 (1954), Note, *Collateral Estoppel*, 52 Col. L. Rev. 647, 653-4 (1952) 参照。

(五) Jacobson v. Miller, 41 Mich. 90 (1879) (前出 (三)(2) 註一六本文参照)。訴状の中の多数の主張に対してその一つだけを否認し、あるいは抗弁だけを提出した場合にも、黙示の自認となり、拘束力を生じない。see Note, *op. cit.*, 52 Col. L. Rev. 655 (六) 詳しくは Louisell and Hazard, *Cases and Materials on Pleading and Procedure* (1962) 573 和解判決について、谷口「アメリカにおける和解判決の効力」論叢六七巻五号二四頁、四八頁以下、及び James, *Consent Judgment as*

Collateral Estoppel, 108 U. Pa. L. Rev. 173 et. seq. (1959) 参照。

- (七) Restatement, Judgment, § 68 comment f, h, j; Scott, *Collateral Estoppel*, 56 Harv. L. Rev. 1, 5-6(1942); Polasky, *op. cit.*, 39 Iowa L. Rev.; James, *supra*, 177, 183; Moore, Federal Practice, 1B § 0.444など殆どこの学説が支持する。
- (八) Restatement, Judgment, § 68 f, James, Civil Procedure, (1965) 578 この点では、後述するようにわが国の判例が争点効をみとめるにつき、「主張立証をつくした」ことを要件としている(後出五(3)註九本文参照)のと対象的である。
- (九) 例えば、前訴で主張できた請求原因事実や抗弁を主張しなかったからといって、後訴でこれが排斥されることはない。see Restatement, Judgment, § 68, d, e

(一〇) Polasky, *op. cit.*, 39 Iowa L. Rev. 222-224; Note, *op. cit.*, 52 Col. L. Rev. 650-652, Moore, Federal Practice, 1B, § 0.433(2)がこのことを問題にする。従来この点を看過してきた嫌があるが、この範囲の基準が狭すぎれば制度の意味が少なくなるし、広すぎると実際には争われなかった点に拘束力が生ずることになり影響するところが大きい。なお、この点でわが国の争点効をみとめた判例は、所有権に基づく土地明渡請求で主張されなかった時効取得を、後訴の所有権確認訴訟で主張したのを争点効理論によって排除した(京都地裁昭和四〇年七月三十一日判決下民集一六卷七号三〇頁)。所有権を基準に争点の同一性を決めたのであろうが疑問がある。なお倉田「いわゆる争点効の理論について」判例タイムズ一八四号八一頁、八三頁参照。

(一一) see Note, *op. cit.*, 52 Col. L. Rev. 651

(2) 当事者によって争われても、裁判所が現に判断しなかった事項については拘束力を生じない。コラテラル・エスツッペルが単に当事者の行為にもとづく禁反言ではなく、終局判決による裁判所の判断自体の効果であるとされたことによる。実体法の論理にかかわらず、⁽¹¹⁾ 弁済だけを認定して請求が棄却されたときは、判断の留保された債務の成立に拘束力を生ずることはない。そこで裁判所が実際に何を判断したかを知る必要がある。特別評決や特別認定と同様に、判決理由中で事実の判断を明示するわが国の実務からみれば、この点はわれわれの興味を感かない。しかし、一般評決のなされる英米法では問題とされる。判決主文にとって必要な前提となる判断であれば、必要的推論(*nec-*

essary inference) がみとわられるが、^(二三) 競合的主張であればこの推論もできないことがある。^(二四) ところで取消の抗弁を明示的に排斥したうえで、^(二五) 弁済の抗弁を認め支払請求が棄却されたときは、いずれの点も判断されたことは明らかであるが、さてこれが判決主文にとり必要な前提をなす判断であるかどうかは更に次の要件に関する問題となる。

(一二) ツオイナー理論ではこの場合にも拘束力をみとめることになる。前出(二)註二三参照。

(一三) Little v. Blue Goose Motor Coach Co., 346 Ill. 266, 178 N.E.496 (1931) 本件については、吉村「Collateral Estoppel」英米判例百選二六六頁参照 see Moore, Federal Practice, 1B, 3913-4

例えば利息支払請求認容の判決にとって、取消の抗弁も弁済の抗弁も共に否定されたことが必要である。see Restatement, Judgment, § 68 m; Scott, *op. cit.*, 56 Harv. L. Rev. 11

(一四) 前註の例では、請求棄却の判決はいずれの抗弁によったかは推論できない。see James, Civil Procedure, 580-581, Note, *op. cit.*, 65 Harv. L. Rev. 846, Moore, Federal Practice, 1B, 3915

(3) 争点の判断が判決主文にとって必要な前提でなければならないという要件は、古く The Duchess of Kingston's Case (1776) が「附従的に判決された事項」には拘束力をみとめないとした原則に由来する。その趣旨は、要するに、訴訟の対象に密接に関係ある争点の判断だけに拘束力をみとめるということにある。^(二五) 判決にとり必要不可欠の事項であれば、いきおい当事者や裁判所の関心を集め、^(二六) 審理も集中されることになるから、この点の判断に限って拘束力をみとめれば、前述した各種の配慮にも即することになる。^(二七)

このことは、とりわけ競合的な争点の判断をめぐる問題とされる。例えば、元本債務負担が詐欺によるという理由の取消の抗弁と利息債務を支払ったという弁済の抗弁とはいずれも利息債務支払請求を棄却する理由になりうる。^(二八) いずれか一方の判断を必要だとはいえないが、弁済の抗弁だけを判断して請求を棄却した判決は、弁済の判断にだけ

拘束力を生ずるとされている。^(二九)そこで、債務者はあらかじめより有利な取消の抗弁の判断を指定できないかが疑問となる。アドバーサリー・システムにもとづいて、一般的にも当事者が意識的にこの点を指定するならば、裁判所はこれに拘束されると考えられるが、実際には余りこの種の指定はなされていないようである。^(三〇)

ところで、取消もみとめるが弁済もみとめるという理由で請求を棄却する判決においては、これまた双方とも判断することは必ずしも必要的だとはいえない。判例やリステイメントはそれでも、両者をとくに区別する必要はないとして、いずれの判断にも拘束力をみとめている。^(三一)しかし、他の理由によっても支えられていると考えれば、一方の理由に適正な考慮を払わないおそれがあるとして、いずれにも拘束力を否定する見解もみられる。^(三二)

それでは、取消の抗弁を否定した上で弁済の抗弁を認めて請求を棄却した判決の拘束力はどうか。請求棄却の判決にとり唯一の必要的な理由は弁済の判断であって、取消をみとめないという判断は必要的な前提ではない。

それ故、判例およびリステイメントは取消を拒む判断に拘束力をみとめないのである。^(三四)判決主文に必要的な前提であれば自然と当事者や裁判所の関心も注がれるが、不必要な判断には関心もうすれるという配慮が考えられる。^(二四)

何よりも、この場合に拘束力を否定する多数の判例を支える実質的配慮は、理由中の判断だけを不服とする上訴がみとめられない、ということである。^(二五)さもないと、この点の不利な認定について、上級審の審査をうける機会を奪ったまま拘束力をみとめることになり不当だからである。^(二六)

そこで、この点の判断に拘束力を与えるためには、上訴の利益をみとめる必要がある。^(二七)しかしかりに取消されても原判決の主文に影響しない判断を不服とする上訴を許すことは、訴訟負担を増加するだけであって却ってこの制度の趣旨に反する。^(二八)ただ敗訴当事者の上訴にさいして、附帯上訴 (cross appeal) がある場合には、勝訴当事者に不利な判断が覆されることも考えられる。そこでこの場合の判断には拘束力をみとめてもよいとする立場もあるが、審査す

るかどうかは上級審裁判所の裁量に属するのであって、一般には不必要な判断として審理しないのが常だから拘束力を否定する見解も有力である。^(三〇)

(一五) see Note, *op. cit.*, 52 Col. L. Rev. 660

(一六) James, *Civil Procedure* 583 はこの配慮を強調し、先例拘束の法則が *obiter dicta* (停論) に生じないのも同様の配慮によるという。

(一七) 当事者の自由な処分権、予測可能性、訴訟負担軽減、正確性の保障夫々についての配慮が妥当すると考えられる。

(一八) *Restatement, Judgment*, § 68 n *Illustration* 7 (但し若干変更してある) 参照。

(一九) Moore, *Federal Practice*, 1B, 3020-3021 しかし、期限到来後の元本支払を求める後訴においては、前訴の棄却判決がいずれの抗弁によったかにより決定的な効果の差異を生ずる。

(二〇) see James, *Civil Procedure*, 6 に *よれば*、*Adversary System* を根拠に「当事者がある理由の判断を意識的に拒否するならば、裁判所はおそらくこれに拘束されねばなるまい。しかし、このような事例は少い。」*Webster Eisenlohr, Inc v. Kalodner*, 145 F. 2d 316 (1944), cert. denied 325 U. S. 867 (1944) では同様の問題が提起されている。同じことは実体的視点についてもいえる。当事者が損害賠償ではなく特別履行を固執すれば、裁判所はこれに拘束されざるをえない。しかし通常は有利な救済や判決理由を裁判所に委ねることが多いし、望ましい理由以外は主張しないことが多い。

(二一) *Restatement, Judgment*, § 68.m; *Scott, op. cit.*, 56 *Harv. L. Rev.* 12; *Moore, Federal Practice*, 1B, 3922 41
これが共に判決を支える点を意識した上での判断であり、更に上級審の審査もつけられることを論拠に挙げる。上級審が一方の理由だけで原判決を維持したときは、この点だけに拘束力を生ずることになる。

(一二) Note, *op. cit.*, 65 *Harv. L. Rev.* 845

(一三) *Cambria v. Jeffery*, 305 *Mass.* 49, 29 *N. E. 2d* 555 (1940); *Karameros v. Luther*, 279 *N.Y.* 87, 17 *N. E. 2d* 779 (1938); *Restatement, Judgment*, § 68 o; *Scott, op. cit.*, 56 *Harv. L. Rev.* 12-13 そこで、本文の設例では、後に元本支払を求める請求において、債務者は再び取消を主張して請求を拒むことを排斥されない。(Restatement, *ibid.*)

Illustration 9 参照)。

(二四) see James, *Civil Procedure*, 583 ことに勝訴当事者に不利な理由中の判断は判決主文の根拠となる処分的判断ではなかつたから、その正確性も保障されなかつた。 Moore, *Federal Practice*, 1B, 2302, 3922,

(二五) *Lindheimer v. Illinois Bell Telephone Co.*, 292 U.S. 151; *Scott, op. cit.*, 56 Harv. L. Rev. 16-19; *Note, op. cit.*, 65 Harv. L. Rev. 846; Moore, *Federal Practice*, 1 B, 2303, 3923; *Note, op. cit.*, 52 Col. L. Rev. 661; James, *Civil Procedure*, 582 など多数。 Harv. *Note* はこの点を強調。

(二六) Moore, *Federal Practice*, 1B, 2303; なお *Note, op. cit.*, 65 Harv. L. Rev. 847 は上級審の審査により正確度をチェックする機会がなかつたことを論拠とする。

(二七) *Electrical Fittings Corp. v. Thomas & Betts Co.*, 307 U.S. 241 (1939) は判決理由だけを取消するための上訴を認めた。もっとも、これは理由中の判断が推定的な不利益を生ずるのを排除するためであつて、コラテラル・エスツップルを前提としたためではないと評価されている。 see Moore, *Federal Practice*, 1B, 3925

(二八) *Note, op. cit.*, 52 Col. L. Rev. 661, 一般的には *Psilasky, op. cit.*, 39 Iowa L. Rev. 220 参照。

(二九) *Note, op. cit.*, 65 Harv. L. Rev. 846, *Equitable Life Assurance Soc. v. Gillan*, 70 F. Supp. 460 (1945)

(三〇) Moore, *Federal Practice*, 1B, 3925

(4) 前訴判決にとって必要な前提としての判断に拘束力を限定するという法則は、しばしば、単なる間接事実 (*ev
identary facts*) ではなくして、主要事実 (*ultimate facts*) についての判断に限って拘束力を生ずるという意味に解
され、その趣旨の判例を生み出した。^(三二) アメリカ法におけるこの点のリーディング・ケースは *King v. Chase* (1844) で
あるといわれるが、その趣旨とするところは、^(三三) 判決に必要な判断の要件と同様、関与者の関心の集中する点に拘束力
を限定して、正確性を保障し、当事者の予測しない結果の生ずることを防止しようとする点にある。^(三四) のみならず、「
必要的な判断」という要件に残される若干の曖昧な要素をこれによって明確化できる。^(三五) *The Evergreens v. Nunun*

(1944) において、^(三六) L・ハンド裁判官は、主要事実を定義して、「法律上の権利義務を生ずる基礎となる事実」であるとし、リステイトメントはこの定義を採用した。^(三七) 一部反対の判例を除いて多数の判例によって支持されているこの原則については、賛否ともである。^(三七)

ところが、The Evergreens 事件の L・ハンド裁判官は、更に前訴で認定された事項が「主要事実であつたか間接事実であつたかを問わず——後訴において主要事実である場合にのみ、拘束力をみとめると判旨したのである。その趣旨とするところは、コラテラル・エストoppelの効果を前訴当時に合理的に予測できる限度に限ろうということにある。この拘束力を前訴判決に必要な事項の判断に限ったとしても、なお「この事項が将来どのような法的関連をもつようになるかを何とか予測することは不可能なことが多い。」^(三八) そこで、この拘束力を後訴の主要事実に限れば、将来どのような訴訟において拘束力を生ずることになるかを前訴の審理中に合理的に予測することができることになろう。というのは、こうすれば、拘束力の適用される後訴の訴訟原因は既に前訴当時に存在することが多いからである。さもないと前訴の判断事実が後訴の間接事実となる事件は限りなく拡がることになるう、というのである。

先決事項の判断の拘束力を当事者の合理的に予測できる範囲に限ろうという配慮から、これと後訴の訴訟物との密接な関係を要求するのは、ツオイナーの意味関連の理論と共通の発想であるといえる。^(三九) そして、将来の訴訟において拘束力の生ずることが前訴当時合理的に予測できる限度においてのみ、コラテラル・エストoppelの効果をみとめるべきであるとする点では、今は全く異論をみないように思われる。^(四〇) その意味では The Evergreens 事件は重要な意義をもつ判決であつた。しかし、予測可能性の限度を決める基準を何に求めるかの点になると、後訴における主要事実となることを基準とする判例はまだ多くは現われていない。^(四一) 後訴が前訴と同一事件から生じたものでない場合には、コラテラル・エストoppelの効果をみとめないという提案も、この予測可能性を決める基準を具体化しようという

趣旨にもとづいて^(四二)いる。そして最近では、むしろ端的に「事実の判断が前訴当時に合理的に予測できる場合であって当事者が現にその重要性を認識し、裁判所が前訴判決にとって必要であると認めていた判断に限って」コラテラル・エストッペルの効果を与えるべきであるという立場が有力に主張されているのである。^(四三)

(三二) Paulos v. Janetakos, — N. M. —, 129 F. 2d 636, 142 ALR 1237 (1942); King v. Chase, 15 N. H. 9 (1844)

(三三) see Note, *op. cit.*, 52 Col. L. Rev. 661

(三四) see Moore, Federal Practice, 1B 3859 (for foreseeability); Note, *op. cit.*, 52 Col. L. Rev. 662 (for correctness)；なお Note, *op. cit.*, 65 Harv. L. Rev. 842 は、ロモン・ローにおける記録が訴答手続、判決、評決のそれに限られていたため後訴裁判所は主要事実しか確定できなかったという歴史的理由によるという

(三五) ことに間接事実が果して實際上判決主文に必要なものであったかを定めることは非常に困難であるためである (Polasky, *op. cit.*, 39 Iowa L. Rev. 228)。競合的争点の判断を必要かといえるかについて見解の分れることは前述したが (前出註

二一、二二本文参照)、双方共主要事実の場合拘束力をみとめる判例が多い (Note, *op. cit.*, 52 Col. L. Rev. 660)。

(三六) The Evergreens v. Nunan, 141 F. 2d 927 (1844) この有名事件においては、土地売買による収益に対する課税処分を不当とする審査請求において、前訴で争われた土地価格の認定について、コラテラル・エストッペルを生ずるかが問題となった。

(三七) Restatement, Supplement, (1948) § 336-337 これは Restatement, Judgment, § 68 comment p が単に争点事実の認定に拘束力を生じ、間接事実に生じないとしていたものを、明確化したもの。

(三八) 間接事実も場合によっては判決主文を左右する唯一の争点となつて十分に審理されることもある、というのが反論の立場である。 Moore, Federal Practice, 1B, 3858 争点効理論について、倉田・前掲論文判例タイムズ一八四号八四頁同旨。しかし判決効の明確な限界づけのために一般的な類型的基準を定立するには主要事実の概念が有用であると考えられる。

see, Note, *op. cit.*, 52 Col. L. Rev. 662 なお前註三四参照

(三九) 141 F. 2d 927, 929

(三九) ツオイナーの意味関連は、前訴の判決主文と後訴のそれとが、その共通の先決事項の判断が区々になれば、矛盾し合うような関連であったが、その眼目の一つは判決理由中の既判力を予測可能の限度に劃することにあつたこと前述二(2)註一〇、一一、一二、一三参照。

(四〇) 予測可能性の要請について前述したところ (前述三(2)註二九、三〇、三一の本文)、ことに註 (同三一) 参照。

(四一) see Polasky, *op. cit.*, 39 Iowa L. Rev. 239 ; *Ibid.* 238 及び Note, *op. cit.*, 65 Harv. L. Rev. 843 はこの基準自体の一般的採用が望ましいとする。

(四二) see Note, 65 Harv. L. Rev. 842

(四三) James, *Civil Procedure*, 582; Recent Cases, 74 Harv. L. Rev. 421, 423 (1960) ; see Hinchey v. Sellers, 7 N. Y. 2d 287, 165 N.E. 2d 156 (1959)

(5) 具体的にコラテラル・エストップルが問題になる事項の大部分は、事実問題と法律問題の混合争点である場合が多い。^(四四) 事実問題を前提にして論じてきた以上の制限法則は、認定事実に対する法適用の判断についても同様に妥当する。ただこの法律問題の判断が、適用された具体的事実を離れて拘束力を生ずることになるとその範囲は限りなく拡がることになるので、その制限をめぐって新たな問題が生ずる。^(四五) ここではこの興味ある問題に立ち入ることは避けるが、ただ、リステイトメントの採用した法則をのべれば次の通りである。^(四六) 即ち「同一事項又は同一事件にもとづいて生じた」訴訟原因についての後訴以外においては、同一法律問題の判断に拘束力を与えないと共に、^(四七) これが将来において不当な結果 (injustice) を生ずる際にも除外される、^(四八) というものである。

。(四四) 「裁判がなされるのは事実認定ではなくして、法律問題として判断されるところの、これらの事実の効果についての裁判所の結論である」という表現は、多少広きにすぎても、一般的に正しいといえる。 see Moore, *Federal Practice*, 1B, 4232 例えば賃料支払の前提とされる賃借権の判断はもちろんだが、取消の抗弁や過失の判断も事実認定の問題だけではな

い。

(四五) 最近、ドイツやわが国において、違法な形成の繰返しを阻止するために、取消訴訟における具体的形成行為や時点の差異を超えて、同一の違法性を同一訴訟物としてこの点の判断に拘束力を与えようとする傾向がある。(上村「形成対象の繰返しと既判力」民商法雑誌五五卷一、二八頁、井上介紹 $\searrow$ 立命館法学三七卷九〇頁、本間介紹 $\searrow$ 民訴雑誌一二号二六〇頁参照)。これは実質的には同一法律問題についてのコラテラル・エスツップルの作用と異ならない。従って一旦これをとめれば直ちに、これをいかに合理的に限界づけるかという同じ問題に直面するものと思われる。ここでは論点をしばらくめにあえてこの問題に立ち入らず後日の検討に譲りたいと思う。

(四六) Restatement, Judgment, § 70

(四七) 例えば、同一契約の再度の違反に基づく損害賠償請求において、この契約成立の有効性の判断は拘束力をもち。(Restatement, Judgment § 70 b; U.S. v. Moser, 269 U.S. 236 (1924))。しかし、これが全く別個の契約に基づく場合には、同種の争点を含んでも拘束力を生じない。(Ibid, § 70 e; Commissioner v. Sunnun, 33 U.S. 591 (1948))。

(四八) Commissioner v. Sunnun, *supra*, は、同一契約からの収入についての課税可能性についての前訴判決は、これと矛盾する、別事件の判決の介入によって、後期の収入についての後訴において拘束力を生じないとした。他の納税者との公平な取扱ができないという理由による。Restatement, Supp. (1948) 341-342 は不当な結果の一設例としてこの事例を補充した。矛盾する法的状況の介入の基準を一般化しようという傾向が強い。Polasky, *op. cit.*, 39 Iowa L. Rev. 240-241; Note, *op. cit.*, 65 Harv. L. Rev. 835

以上述べ来ったコラテラル・エスツップルの要件をめぐる問題点が、いずれも、その拘束力の範囲をいかに制限するかという視点から生れてきたことは明らかである。これは、近代市民法成立期における英米法のこの分野において、ドイツ法におけるような、判決の効力を判決主文に限るという立法的解決がなされなかったことの必然的な帰結であった。即ちそこでは、ゲルマン法以来の伝統的なエスツップルの法理が判例法として厳存していたために、これを判決の効力として構成したうえで、近代法の一環としてその効力範囲を合理的に制限する必要があったわけであ

る。そのための判例の努力の成果が右にみた判決効の制限法則であった。そこに作用した各種の要請、ことに攻撃防禦についての当事者の自由な処分権や拘束力の範囲の予測可能性の要請が、近代市民法における私的側面の優位という一般的特色の訴訟における反映であったことはいうまでもない。これらの要請は、その後更に訴訟負担軽減の要請や適正裁判の要請に補強されて増々強くこの分野における判例の傾向を支配しつつあるように思われる。

このような進展の中でお流動的状态にあるといわれるこの法則にはなおかなりの不明確性が残されているが、これは、実務上明確に適用されるべき判例法則としては好ましいものではない。そこでアメリカの学説の中には、コラテラル・エストップルの伝統的法則を廃止して、大陸法におけると同様の制度を採用すべきであるという提案すら生まれている。^(四九)即ち、判決の効力は請求についての判断に限ってとめ、先決事項については宣告的判決の申立にもとづいて判断がなされた場合に限って拘束力を与える、というものである。その方が訴訟の能率的運営と調和するし、何よりも効果の範囲を明確化することになる。しかも、先決事項についても請求自体と同様に適正な弁論を保障することになる。とりわけ、申立によって相手方に将来においてこの点に拘束力の生ずることを明確に予告することによって、現在のように当事者の予測しない結果を生ずることがなくなる、という。

この提案は、判例法を中心とするアメリカ法の中では、必ずしも一般的に支持されているとはいえないようである。しかし、コラテラル・エストップル法理に含まれている問題点を鋭くえぐり出して、前述した判例の一般的傾向を示唆しているように思われる。このことは、判決の効力を主文に限るという実定法規をもつわが国において、新たに先決事項の判断に拘束力をとめようとするとき、どのような意味をもつことになるうか。

(四九) Millar, *The Premises of the Judgment as res judicata in Continental and Anglo-American Law*, 39 Mich. L. Rev.

五 結語 — 争点効理論の検討

(1) 民事判決の既判力が判決主文にかかげられた訴訟物についてだけ生ずるのは、すでに述べてきたように、当事者が意識的に紛争の対象として判決を求めている事項は訴訟物だからである。民事裁判の目的は、当事者が判決による解決を求めている事項についてだけ解決の基準を与えることにある。その他の事項はこのための前提として問題となるにすぎず、当事者がこの前提事項を主張し争うのも、訴訟物についての判決を求めるための手段として意味をもつにすぎない。他の訴訟物との関係では何ら意味をもたないのである。当事者はもともと、みずから紛争を解決することができ、訴訟物を自由に処分することができるのであるから、その前提となる訴訟資料の提出処分をも当事者の欲するにまかせるというのが広義の弁論主義の要請するところである。そこで、当事者は、訴訟物だけを念頭において訴訟資料を提出するにすぎないわけであるが、それにも拘らず、先決事項の判断に既判力を認めるならば、当事者が相対的に主張しているものを絶対的に確定してしまうことになり、当事者の予測しなかった結果を強いることになる。そこで、先決事項について既判力が生ずるのは、当事者が中間確認の訴によってこれを明確に訴訟物として判決を求めた場合に限られる。相手方は、これによって既判力を生ずべき事項を明確に予測したうえで、訴訟活動をすることを保障されることになるのである。このように、先決事項についての判断は、中間確認の訴による以外、既判力を生じないとされるのは、訴訟物および訴訟資料を提出するについての当事者の主体的意思を尊重すると共に、訴訟中には当事者が予測しなかったような結果を生ずることを阻止するためであることは明らかである。^(二)

(二) 従来 of 通説の立場である。前出二(1)註二、四、五の文献の外に、兼子「既判力と参加的効力」研究Ⅱ五五頁、六二頁、岩

松井兼子編「確定判決の効力」法律実務講座、民事訴訟編第六卷二四頁註（二）、Stein-Jonas-Schöncke, ZPO § 323V.2
などが同様の趣旨を述べている。

(2) ところが、他方、既判力を訴訟物に限ってみとめるのは、主として、当事者および裁判所の審判の便宜という実践的な意図に支えられるものであると解する見解がある。^(三)即ち、判決理由中の判断に既判力が生じないことによつて、一方、当事者は訴訟物についての結論のみを考慮して自由な訴訟活動ができることになって、前提問題については自由に処分が可能になり、争点をしぼって結論を急ぐ訴訟追行ができる。他方、裁判所も、実体法の論理的な順序にこだわらず、結論に達する最短距離と思われる順序で審理してもよいという自由をうる。先決事項に既判力をみとめれば、審判の順序を強制されることになって、弾力的な審理と迅速な結論を可能にする審判の便宜の要請に反する。そこで、このような前提の下に審判の便宜を保ちながら紛争解決の範囲を拡大するための判決効として考案されたものが、いわゆる争点効に他ならなかったのである。

判決理由中の判断に既判力をみとめないことによつて右の意味での審判の便宜が保障されることは確かであり、当事者の提出した複数の攻撃防禦方法について裁判所のいわゆる選択権がみとめられることは、従来から説かれてきた。^(三)しかし、ここでは攻撃防禦方法の処理についての裁判所の自由な立場だけでなく、当事者の自由な地位をも、審判の便宜Ⅱ訴訟の迅速な処理という一点において等質的に理解されているところに、その特質がみとめられる。しかし、この点についての裁判所の立場と当事者の立場とが、審判の便宜という視点によつてカバーしつくせるような等質的なものであるかは疑問である。攻撃防禦方法についての裁判所の自由な選択権が、審判の便宜を目ざすものであることは疑いないが、当事者の自由な処分権は、単に審判の便宜のためのものではなしに、前述した弁論主義の要請に裏打ちされた民事訴訟における当事者の主体的地位に由来するものだからである。この立場からすれば、当事者

は、本来、攻撃防禦方法についても審判すべき事項を指定できる筈である。^(四)ただ、先決事項の判断については拘束力が生じないのが原則であるから、複数の争点が提起された場合に、当事者がその中から審判すべき事項や順序を指定するという利益はひとめられず、その限りで裁判所の自由な選択、つまり審判の便宜に道を譲っているにすぎない。もし、先決事項の判断についても拘束力が生ずることになれば、当事者は審判すべき事項およびその順序を指定する利益をもつにいたり、^(五)その結果裁判所は選択権を失うことになるのである。^(六)この意味では、攻撃防禦方法についての当事者の主体的かつ自由な地位は、裁判所の選択権即ち審判の便宜と対抗関係に立っているといえるわけである。

このようにみてくれば、審判の便宜を維持しながら、紛争解決の範囲を拡大するために、争点効をみとめることがいかなる意味をもつことになるかが明らかとなるであろう。本来、審判の便宜と紛争解決の範囲拡大の要請とは、いずれも訴訟運営の能率化を目ざす点において、共に公的な利益のための等質的な配慮であった。^(七)請求概念を実体法的視点から解放して、既判力の範囲を上げた場合には両者は矛盾なく満足された。今紛争解決の範囲を先決事項にも深めようとすれば、両者は矛盾関係に立たざるをえないとされるのは、攻撃防禦方法についての当事者の主体的地位のもつ次の二つの側面が媒介的前提とされているからに他ならない。即ち、先決事項の判断に拘束力を生ずることになれば、第一に、当事者に審判すべき事項や順序を指定する権利をみとめざるを得ない。そうでないと、裁判所の自由に選択した事項のいかんによって拘束力の内容が異なり、当事者の利益に反することになる。第二に、当事者は、請求との関係いかに拘らず、先決事項についても全力を注いで争わざるをえない。さもないと、請求との関係で相対的に争った事項の判断に拘束力を生ずることになって、予測しない結果を生じ、当事者の利益に反することになる。そこで、紛争解決の範囲を拡げるという要請は、当事者の利益を守るという右のような前提に立つ場合には、いきおい審判の便宜と排斥しあう関係に立つのである。しかし、この前提を度外視すれば必ずしもそうとは限らないである。

う。争点効理論は、一については、当事者の指定権を否定し、二については、当事者が真剣に争った場合に限って拘束力をみとめるとして、審判の便宜と紛争解決の範囲拡大の要請の調整を計ったのである。しかし、ここでは、両者の要請を対立させる媒介項をなしていた当事者の利益あるいはその主体的地位について、必ずしも十分な配慮が払われているとはいえないように思われる。

このような基本視点に立って、いわゆる争点効理論が要件としているものを、コラテラル・エストップルのそれと対比しながら検討してみる必要がある。

(二) 新堂「既判力と訴訟物」法協八〇巻三二五頁

(三) 井上「既判力の対象と裁判所の選択権」(一)(二)立命館法学三二号三三三号が強調したところであった。

(四) Schwab, Streitgegenstand im Zivilprozess, S. 98ff は、複数の事実主張のうち、審理を一定の事実に限定し、あるいは事実上順序をつけて主張でき、裁判所はこれに拘束されるといふ。James, Civil Procedure, 6th Adversary System を根拠に一定の判決理由の審判を拒んで、他の有利な理由の審判を指定できる地位をみとめる。

(五) 当事者はあたかも訴の利益と同様に、攻撃防禦についても指定の利益が要求されるであろう。Peters, Zur Rechtskraftlehre Zeuners, ZZP Bd. 76, 239 (1963)、前述(二)註二四参照。

(六) 井上・前掲論文も同様の関係をみとめるが、ここでは裁判所の選択権の限界と既判力の対象との照応関係が出発点とされる。しかし後述のように、裁判所の自由な選択と既判力の拡充とが矛盾するのは、当事者の利益ないしその主体的地位の尊重を媒介とするからに他ならない。そこで、ここでは当事者のこのような地位に出発点を置いて同様の関係を考察したわけである。さもないといわゆる当事者の指定権の根拠が薄弱である。

(七) アメリカにおける新説が何よりも審判の便宜 (Trial Convenience) を最大の論拠としていたことを考えよ。Eg. see Note, Development in the Law-Res Judicata, 65 Harv. L. Rev. 818, 826 (1952)

(3) 争点効理論が、コラテラル・エストップルと異なる何よりの特質は、当事者が真剣に争った事項に限って拘束

力をみとめている点にある。これは、コラテラル・エストツペルに対する批判、即ち争点となった以上はすべての事項について徹底的に争わざるをえないことになって、却って訴訟負担を増加するという批判に対する配慮と思われる。^(八) 当事者は少くとも請求との関係で真剣に争わなくともいい事項については、全力を注ぐ必要がなくなるわけである。しかし、「真剣に争う」とはどのような場合であろうか。争点効理論を採用した判例の用語によれば、当事者が主要争点として主張立証をつくした場合であると説明している。^(九) 主要争点とは何を指すのか、主張立証をつくすとはどの程度を意味するのかは、具体的にはかなり困難かつ曖昧なものとなることは否めない。^(一〇) 真剣に争ったのか、やや手を抜いて争ったのかを区別する基準は、甚だ不明確なものであるといわざるをえない。^(一一) コラテラル・エストツペルの法理は、前述の批判にもかかわらず、あえてこの種の実質的概念を要件にしてはいない。これは、実務上の法則としての有用性はその明確性にあるという理由^(一二) だけではなしに、どの程度に力を注いで争えば争点効を生ずるかが曖昧であれば、当事者は将来の拘束力を合理的に予測できず、常に不意打におびえて訴訟活動をせざるをえないからである。^(一三)

同様の不明確性は裁判所が実質的、^(一四) 審理判断を下した事項という要件にもみられる。コラテラル・エストツペルが現に判断したことを要件とするほか、この判断が判決主文に必要不可欠であることおよび主要事実に関するものであることという要件を加えたのは、この点の配慮に対応する。これらの要件を充す場合であれば、一般的に当事者が真剣に争い実質的に審理判断をする類型的事例であるといえるわけである。^(一五) 実質概念の曖昧さを避けて実務の利用に耐え、当事者の合理的予測可能性を保障するためには、論理概念を用いた類型化が必要である。

ところで争点効を判決主文に不可欠の前提をなす判断に限ることになると、例えば、取消の抗弁を否定し、弁済の抗弁をみとめて債務支払請求を棄却した判決の場合には、取消を否定した判断には拘束力を生じない。この判断は棄

却判決に必要不可欠ではないからである。そこで、被告は再び取消を主張して、不当利得返還請求ができることになる。しかし、争点効理論はこの点にも拘束力をみとめるという趣旨と思われる。^(二六)ここでもまた実質的に、審理判断した点は、判決主文にとり必要でなくとも拘束力を生ずる。実質的な審理判断という基準の不明確さを思えば、当事者はいきおい判決主文に直接必要でない争点をも全力を注いで争わざるをえないことになる。ことにこの点だけの上訴の利益も与えらるから、^(二七)判決主文に影響しない問題についての争いのために、紛争の解決を遷延し、却って訴訟負担を増加することになるという批判は免れないように思われる。

他方、裁判所の選択権が問題になるのは、争点が競合する場合に限られるが、審判の便宜を強調する争点効理論は、当事者の指定や順序づけをみとめていないようである。しかし、当事者が真剣に争った事項であっても、裁判所が何を選択するかによって判決の効力に差異が生ずるとすれば、当事者の利益に反することになる。^(二七)アメリカ法では、アドバーサリー・システムを論拠に判決理由とすべき事項を指定する余地があるようである。争点効理論の下でこの指定権をみとめるとしても、この効力の生じうる要件を充す場合に限り、これを行行使する利益を認めるべきこと^(二八)になるから、審判の便宜との調整もある程度は可能になる。

そこで、争点効を、主要事実についての争点の判断の中で、判決主文に必要不可欠なものに限ってみとめるとしても、当事者は通常訴訟物だけを念頭において弁論をするにすぎない。それにも拘らず、この点の判断が将来他のすべての訴訟物との関係においても拘束力をもつことになる、当事者の予測しない結果を生ずることは避け難い。「真剣に」争った場合に限ったとしても、これとて、当面の訴訟物との関係で真剣であるにすぎないであろう。コラテラル・エストッペルについての殆んどの学説が、前訴判決にとって不可欠な判断が、将来の訴訟において再び争われるような重要なものであることを合理的に予測できる場合にのみ、この点の拘束力をみとめるという立場をとっているの

はこのためである。ツオイナー理論が、前訴と後訴の訴訟物との間に法的意味関連のある場合にだけ先決事項についての既判力をみとめたのも、その限りで当事者は後訴における拘束力を予測するであろうという前提に立っていたのであった。しかし、法的な意味関連なる概念が必ずしも一義的に限界を画するとはいえなかったのと同様に、合理的な予測可能性といっても、やはり明確な基準を提供するとはいえない。後訴において主要事実となる場合に限って拘束力をみとめようという *The Evergreens* 事件の法則や、同一事件から生じた後訴においてのみコラテラル・エスツペルを適用しようという提案などは、予測可能性の存する類型的事例を探ろうとする趣旨に出たものに他ならなかった。争点効理論には、この点の配慮が十分に払われているとはいえない。^(一九)

(八) ここで訴訟負担の軽減の要請といってきたものは、審判の便宜と殆んど重なり合う内容をもつ。共に訴訟の能率的運営を目指すものだからである。Polasky, *Collateral Estoppel - Effect of Prior Litigation*, 39 Iowa L. Rev. 217, 220 (1954) が *disirability of minimizing litigation* と呼ぶものである。

(九) 京都地裁昭和四〇年七月三十一日判決下民集一六卷七号一二八〇頁、一二八四頁、東京地裁昭和四一年四月二〇日判決判例時報四四四号七六頁、七八頁は共に同じ要件をとる。新堂「条件付給付判決とその効果」民訴雑誌一〇号九頁は「重要な争点とされ当事者双方がそこを天王山としてたかった結果出された結論」と説明する。

(一〇) 倉田「いわゆる争点効の理論について」判例タイムズ一八四号八二頁がその不明確さを具体的に検討する。

(一一) 田辺発言「実務と新訴訟物理論」(二)判例タイムズ一五五号五頁、更に「この不明確さということは、既判力というものの定められている目的というか、その性質から云って致命的な欠点だと思うのです」という。

(一二) 倉田・前掲論文八二頁が強調するところである。Millar, *The Premises of the Judgment as res judicata in Continental and Anglo-American Law*, 39 Mich. L. Rev. 1, 238, 262 (1940) は「アメリカ法においてはこの分野ほど、実務の取扱上、明確かつ有用な法則の展開について信頼のおけない分野はない」と嘆くのである。

(一三) See Millar, *op. cit.*, 39 Mich. L. Rev. 264.

（一四）倉田・前掲論文八三頁が不明確な点を具体的に指摘しているところを参照。

（一五）前掲東京地裁判決判例時報四四四号七八頁は、判決の決定的前提として判断したことという要件を付加して、この点の配慮を示している。

（一六）新堂・前掲論文法協八〇卷三二〇頁以下、殊に三二九頁註（33）参照、もっとも、「実務と新訴訟物理論」判例タイムズ一五五号一一頁の新堂発言はいわゆる積極否認の際には被告の所有権の判断の拘束力は、これが結論に不必要であるとの理由で否定される。

（一七）例えば、利息債務弁済の抗弁だけをみとめて利息債務請求の棄却判決をえた被告は、後に元本債務の請求においてこの判決を利用できない。被告は前訴で同時に真剣に争った元本債務負担行為の詐欺による取消の認定に、より大きな利益をもつ。この点が理由とされないかぎり、被告は後判でこの点を再び争わねばならぬことになる。

（一八）即ち、判決主文にとって必要不可欠な前提となる主要事実であって、将来この点が問題になることが合理的に予測される場合に限り指定の利益をみとめるべきであろう。前出註（五）参照。

（一九）「真剣に」争った場合には不測の結果にはならないという趣旨と思われるが、それだけで十分であるかは疑問が残る。前掲京都地裁判決下民集一六卷七号一三八四頁は、更に「新たな審理を許せばその判断如何によっては前訴判決主文中の判断の内容を実質的に破壊する結果となり」「法律的にも不即不離の關係にあり、実質上の同一紛争のむしろ返しに過ぎない場合」という要件を付加する。ツオイナーの「意味関連」に近い要件と思われるが果して明確な基準を提供しうるかは問題であろう（倉田・前掲論文八三―八四頁参照）。

（四） 以上述べてきたことを前提とすれば、争点効は、次のような要件の下にみとめられるべきであろう。（1）前訴における主要事実に関する争点の判断の中で、（2）判決主文に必要不可欠の前提となる判断であって、（3）将来の訴訟において問題になることが合理的に予測できる場合に限って拘束力を生ずるということである。^(二〇) もしこの要件が正しいとすれば、当事者は、この要件を充す先決事項については、訴訟物のいかに問わず、将来の紛争に備えて、弁論を

尽くし、予めこれを確定しておくことが要請されるわけである。これを比喩的にいえば、客観的にみて先決事項についての中間確認の訴が提起されて然るべき場合には、これを強制するに等しいわけである。^(二二)したがって、そこには次のような基本的な問題が提起されていることを看過することはできない。

まず、この立場では、先決事項を訴訟物として判決の対象とするか否かを定める当事者のもつ権限（処分権主義）が、この限度で制限されていることになるし、攻撃防禦について自由に処分できる当事者の地位（弁論主義）も否定されることになる。ここでも、民事訴訟における当事者の主体的地位を基調とする考え方が後退し、紛争解決の一回性の要請のためには、当事者も先決事項の確定のために協力すべきであるという観点が前提とされていることは明らかである。^(二三)

次いで、個別的な訴訟は、訴訟物としての法律関係を確定することによって、当面の紛争を解決することを任務とするものであるのに、争点効理論は、更に将来予測される紛争に備えて先決事項についての争いをも同時に解決することを、一つの訴訟に押しつけることになる。これでは、簡単に解決できる事件でも慎重にならざるをえないことになって、訴訟負担を増加するという難点が依然残されることになるだけではなしに、申立に示された紛争解決の類型を重視する新訴訟物理論においては、却ってその足元を掘り崩すことにならないのかという新しい疑問が提起されることになる。^(二四)即ち新請求概念は、給付、形成、確認という訴の類型の差異を重視し、給付訴訟においては、一定の給付をうける地位が問題であって、その法的性質決定は重要ではないという。しかし、紛争解決の範囲拡大の要請からすれば、判決理由中の実体法上の請求権の判断についても拘束力を認めて、この点の争いをむし返すことを阻止しようということになる。即ち、一方請求概念を考える場合は、給付訴訟の目的は執行力の取得にあり、判決理由となる実体法上の請求権の判断は重要ではないとしながら、他方給付訴訟においても実体法上の請求権の確定が共にその

目的とされることになる。個別訴訟の任務を越えて、本来は別個の確認訴訟の対象となるべき先決事項をも確定しようとするれば、新説の前提自体が否定されることにならないかという疑問は避け難いのである。

ここでも再び、当事者がたまたま真剣に争った事項についてだけ争点効をみとめることにすれば、真剣に争わない限りは、先決事項の確定を強制されることはない。先決事項についての当事者の自由な処分権を正面から否定し、この点の確認をも初めから個別訴訟の任務として押しつけるという右の批判は、その限りで、ある程度緩和されることになる。しかし、「真剣に争う」という実質概念の不明確さのために、当事者はどの程度争えば拘束力を生ずるかを訴訟中に合理的に予測することは困難である。のみならず、かりに真剣に争ったとしても、競合する争点のいずれを判決理由とするかが裁判所の自由な選択に委ねられるとすれば、いずれの点が判断され拘束力を生ずることになるかは、全く当事者の予測を超えること明らかである。^(二四) 争点効理論は、このような二律背反に直面せざるをえないことになる。

(二〇) 現在の争点効理論と異なるのは「真剣に」や「実質的な」という実質概念の代りに、これを類型化した二三の規制要件が付加されている点である。通説的見解によるコラテラル・エスツップルの要件であるといえる。

(二一) 前掲座談会における同旨の新堂発言参照、前掲雑誌一四頁。被告に対して、この考えを更に拡張するものがアメリカ法におけるコンパルソリー・カウンタークレームである。この新しい制定法上の制度の下では、更に審理判断されなかった事項についても排除効が及ぶので批判が強い。see Note, *op. cit.*, 65 Harv. L. Rev. 832; ことに立法によらずにこれに近い効果をみとめることは不可能である（参照田辺発言前掲座談会九頁）。なお、Wright, *Estoppel by Rule: The*

Compulsory Counterclaim under Modern Pleading, 39 Iowa L. Rev. 255 (1944) は好意的評価をする。

(二二) この前提に立って初めて、当事者の自由な訴訟活動を裁判所の選択権と共に審判の便宜の要請の下に等質的に把握することができる。

(二三) 井上「民事訴訟法」法律時報三八卷一三三〇頁参照。

(二四) 当事者が真剣に争った限りは、裁判所は必ず判断すべきであって、これを怠れば裁判の脱漏になるといえるかが一応問題になろう。ツオイナー理論についての霜島公紹介、法協七六卷六九二頁の指摘参照。