

判決理由の既判力をめぐる西ドイツ理論の新展開

吉村, 徳重
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1655>

出版情報 : 法政研究. 39 (2/4), pp.307-350, 1973-06-30. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

判決理由の既判力をめぐる西ドイツ理論の新展開

吉村 徳重

一 序 説

二 ツオイナー理論批判と西ドイツ理論の対応

三 西ドイツ理論の新展開

四 むすび

一 序 説

1 確定判決の理由に拘束力を認めるべきであるかという問題は、近時わが国民訴訟論の一焦点となっているが、ドイツ普通法における既判力論争以来の古くて新しい問題であることは周知のところである。ドイツ民法訴訟法典成立をもって一応の解決をみたと思われた、かの論争は、ことにツオイナー理論の鋭い問題提起を契機として、⁽¹⁾再び新しい展開をみせている。

2 新堂教授のいわゆる争点効理論を契機とするわが国における理論の展開も、⁽²⁾一方では、このツオイナー理論に触発されたという側面をもつ。しかし他方、つとに兼子博士によって提唱されていた参加的効力の当事者間への類推適用の理論を⁽³⁾展開した、信義則の判決効への定着化の理論でもあった点で、⁽⁴⁾ドイツにおける既判力拡張論とは異った側

面をもっている。小山教授はこの点を明晰に分析され、争点効を信義則の効力とみるか、判決効（既判力）とするかによって、その根拠や接近の方法が異なってくる、とされる⁽⁵⁾。事実、この種の拘束力を判決効として位置づける場合には、既判力の範囲限定におけると同様の配慮が必要とされるであろう。

3 わたくしが旧稿「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——において、この種の拘束力の根拠と要件の検討を試みたのは、これを判決効（既判力）として位置づけようという視点に立つものであった⁽⁷⁾。したがって、判決理由に拘束力を認めるについては、既判力の範囲を「主文ニ包含スルモノ」にかぎるとした現行民訴法一九九条一項の立法趣旨とされるもの、つまり、当面の訴訟目的を主眼とし、これとの関連においてその前提事項を争うにすぎない当事者の主体的意思を尊重し、かつ訴訟の迅速で弾力的な処理を可能にする拘束力の範囲を探る必要があった。

そこではとりわけ、アメリカ法における判例法則として形成されてきた、コラテラル・エストップペル法理の根拠と要件が、わが国や母国ドイツ理論との比較法的対比を通じて明らかにされた。そして結局、判決理由の拘束力は、(1)前訴における主要事実に関する争点の判断のうち、判決主文に必要不可欠の前提となったものであって、(2)後訴において将来問題となることが合理的に予測できる場合にかぎって認められる、とした。これは、コラテラル・エストップペルの法理において一般的に認められてきた要件でもあるが、そこでこのような要件を生み出した根拠を要約すれば、次のような四つの配慮であるといえよう⁽⁸⁾。①まず何よりも、民事手続における当事者の主体的地位（意思）や利益を尊重する立場から、拘束力を判決にとり必要不可欠な争点の判断にかぎり、当事者が付随的ないし選択的に争った前提事項の判断に及ぼすべきでない、との要請による⁽⁹⁾。②これは他方、拘束力を訴訟手続上当事者や裁判所の注意の集中すべき不可欠の争点についての判断にかぎって、判決の正当性を保障する趣旨でもある。③また、当面の訴訟処

理に必要なかぎりでも最少限の訴訟負担に止めるべきである。^④最後に、当事者の予測できない拘束力を認めず、当事者に不意打判決の不利益を与えてはならないという要請である。

わたくしが、このようなコラテラル・エラストツペルの法理を参照してえた結論と新堂教授の争点効理論との差異はこうであった。すなわち、結局のところ、新堂説は、「当事者が真剣に争い、裁判所も実質的に審判した争点の判断」につき争点効を認めたのに対し、私見では「真剣に」や「実質的に」という曖昧な要件をさけ、これに代えて、前述のように、判決主文にとり不可欠の前提であるところから、当事者が当然に主張立証をつくすことが期待できた主要争点の判断にかぎるとしたこと、および後訴における拘束力が合理的に予測できたことを強調した点であった。私見では、当事者が現にどの程度まで主張立証をつくしたかは問題にならないわけである。このような差異を生じたのは、基本的には、新堂説が強調した紛争解決の一回性と審判の便宜の要請もさることながら、むしろさらに、広義の弁論主義に基づいた当事者の主体的地位（意思）の尊重と拘束力の予測可能性を強調したためであった。^⑩これは、民法一九九条一項の趣旨でもあるから、判決理由中の判断に拘束力を認めるについても、同様の趣旨を配慮して、その限界を明確化すべきであると提案してきたのである。^⑪

判決理由の拘束力をこのような要件のもとに認めようとする試みに対しては、二つの側面から反論がなされた。その一つは、問題を一般条項としての信義則適用による具体的かつ柔軟な処理に委ねておくべきであって、判決効（既判力）として構成すべきでないとの批判である。^⑫しかし、その効果として判決内容と矛盾する主張を排斥する点では結局のところ既判力の作用と異ならないのだから、基準の曖昧な一般条項を直接無媒介的に適用することはさけるべきであって、既判力規定と共通の趣旨に基づく明確な適用基準の定立こそが必要であると考える。^⑬さもなければ、却って、既判力による法的安定性は事実上くずれさり、当事者は判決効の不意打をうけることに帰着するからであ

る。その二は、右の要件では必ずしも適用基準が明確化されたことにならず、とりわけ、この拘束力の将来の訴訟における合理的予測可能性を要求しても、具体的には不明確であることを免れない⁽¹⁴⁾、という反論であった。

4 本稿はこの批判をふまえ、問題をさらに深化するために、その後に展開された新しい西ドイツ理論を検討することを目的とする。旧稿では、ドイツ理論については、ドイツ民法法三二二条の立法趣旨およびこれとの関連におけるツオイナー理論の問題点の指摘に止った。しかし、その後の西ドイツ理論は、実体法的意味関連の範囲において既判力を拡張するツオイナー理論の問題提起をうけとめ、これを現行規定の趣旨と調和させるためには、どの程度の制約を必要とするか、という問題意識に支えられて展開された。判決理由の既判力は、ツオイナーの実体法的意味関連だけではなく、さらに、訴訟手続過程においても、当事者の訴訟追行の緊張度を媒介とした判決の正当性の保障(バーダー・ヘンケル)⁽¹⁵⁾や、判決効の予測可能性(リンメルスバッハ)⁽¹⁶⁾を基準として制約されねばならない、というのである。これらの基準が、旧稿においてわたくしが提唱した「判決理由の拘束力」理論におけると極めて類似した視点に基づいていること明らかである。本稿がこの点を詳細に検討することを有益と考えた所以である。

(1) Zeuner, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, 1959 (本書は以下 Zeuner として引用する)。このツオイナー理論についてはわが国でも多くの紹介や批評がなされている。伊東八書評 V 民訴雑誌六号一九七頁、霜島八紹介 V 法学協会雑誌七六卷六八九頁のほか、井上正三「既判力の対象と裁判所の選択権」(一)、立命館法学三二号七三頁、三三号四七頁など。また上村「既判力の客観的範囲に関する一問題」法学と史学の諸問題一七九頁はわが国でも同様の立場をとる。

(2) 新堂「既判力と訴訟物」法学協会雑誌八〇卷二九五頁、同「条件付給付判決とその効果」民訴雑誌一〇号一頁の提唱に初まり、同「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」兼子還歴記念裁判法の諸問題(中)四〇七頁などにおいてさらに展開された。中務「民事訴訟の動向」現代の裁判七七頁、斎藤・民訴法概論三九七頁はこれを肯定する。吉村「判決理由中の

- 判断の拘束力」法政研究三三卷三一六号合併号四四九頁、住吉「争点効の本質について」(一)民商法雑誌六一卷二号一七五頁、五号七五四頁は、判決効ないし既判力効としてこれを再構成し、要件の明確化を図るが、小山「いわゆる争点効について」ジュリスト五〇四号七五頁、中野「請求異議訴訟の訴訟物」実務民訴講座10三七頁注(18)は、信義則の一適用としてのみこれを肯定する。倉田「いわゆる争点効の理論について」判タ一八四号八一頁、奈良「争点効」小山ほか編演習民訴法(上)四七九頁は、実務の見地から要件の明確化を要求する。伊東「判決の争点効」実務民訴講座2九三頁、三ヶ月「既判力の客観的範囲」学説展望ジュリスト三〇〇号二六三頁は否定的ないし懐疑的である。なお、新堂教授ほかの座談会「争点効をめぐって」IⅤ判時五八六号と五九二号参照。
- (3) 兼子「既判力と参加的効力」研究Ⅱ五五頁、六五頁以下。
- (4) たとえば、新堂・前掲民訴雑誌一〇号九頁。
- (5) 小山・前掲ジュリスト五〇四号八二頁。
- (6) 前掲法政研究三三卷四四九頁以下。
- (7) このような評価として、文字「ヘンケル・訴訟法と実体法」法学論叢八七卷五号七四頁、八六頁参照。
- (8) とくに、吉村・前掲法政研究三三卷四六八頁以下参照。
- (9) 選択的に競合する争点については判例の分れるところであったが、とくに、理由中の判断だけを不服とする上訴が認められないところから、この点の判断に拘束力を否定するのが多数である。吉村・前掲法政研究三三卷四七八頁参照。
- (10) 文字・前掲法学論叢八七卷五号八六頁は、この趣旨を正しく把握しているのに対し、住吉、前掲民商法雑誌六一卷一八九頁が私見では、紛争解決の一回性の要請をとくに強調するかのよう述べているのは当たらない。
- (11) 住吉・前掲民商法雑誌六一卷七八二頁も、私見と類似の要件で争点効を認めるが、ただ、予測可能性の要件に代えて、「前後両訴により進行する利益の間に関連性が認められること」で足りるという。奈良・前掲演習民訴法(上)四八九頁は、私見の要件を一応の基準として認める。
- (12) 小山・前掲ジュリスト五〇四号八二頁、同「争点効」続民訴判例百選一九三頁、中野・前掲実務民訴講座10三七頁注(18)。後述のように、西ドイツにおいても同様の主張がある。Lent-Jaurnig, ZPO 14Aufl. (1969) S. 186f.
- (13) So Zeiss, Die arglistige Prozesspartei, 1967, S. 111 ff.; Zeuner, S. 77 ff.; Henckel, Prozessrecht und mater-

ielles Recht, 1970, S. 199 (本書は以下 Henckel として引用する)。もっともわが国においても、民事訴訟における信義則の適用を認めるのが一般である。中野「民事訴訟における信義誠実の原則」訴訟関係と訴訟行為三八頁、山木戸「民事訴訟と信義則」末川古稀記念権利の濫用(中)二六五頁、福永「民事訴訟における信義則」続学説展望一三〇頁、林屋「民事訴訟と権利濫用・信義則」小山ほか演習民法(上)六五頁。しかし、この一般条項が民事訴訟のいかなる場面において、いかなる限度で適用されるかは慎重に決められねばならず、結局、山木戸教授がいわれるように、「既存の法規によって予定されているところを実現しまたは規定の存しないところを伝統的命題によって補充するものとして機能」させるのを原則とすべきであろう(山木戸・前掲権利の濫用(中)二八六頁)。信義則はのかきりで判決理由の拘束力と関連することになると考える。本文に述べたところもこの趣旨に他ならない。

(14) たとえば、前掲座談会「争点効について」判時五八八号一二頁の谷口、新堂発言、住吉・前掲民商法雑誌六一卷七八二頁参照。

(15) Bader, Zur Tragweite der Entscheidung über die Art des Anspruchs bei Verurteilungen im Zivilprozess, 1966, S. 88ff insb. 90; (本書は以下 Bader として引用する。) Henckel, S. 155f. なお後述するところ参照。

(16) Rimmelspacher, Materielle rechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme in Zivilprozess, 1970, S. 184 ff. (本書は以下 Rimmelspacher として引用する)。この点についても後述するところ参照。

二 ツオイナー理論批判と西ドイツ理論の対応

〔一〕 ツオイナー理論 法的意味関連に基づいて判決理由にも既判力を認めようとするツオイナー理論の投じた一石は、ドイツ民法理論に波紋をひろげ、多くの議論の展開する契機となった。民法法典の成立により一段落をみたと思われた、かの普通法における論争が、再び民訴理論における焦点として登場した感さえある。この西ドイツ理論の新展開が、普通法における論争といかに関連するかの検討は別の機会に譲らざるをえないが、ツオイナー理論が、現行

法の立法過程において否定されたサヴィニー理論の単純な復活でないことはいうまでもない。⁽²⁾ サヴィニーにおいては、いわゆる判決の基本要素 (Elemente des Urteils) 、「つまり判決理由となった先決的法律関係に既判力を生じ、これが将来のすべての訴訟において拘束力を及ぼす。⁽³⁾ これに対し、ツオイナーは、前訴で確定された請求と後訴で訴えられた法律効果との間に客観法に基づく一定の意味関係がある場合にだけ、判決理由の既判力をみとめようというのである。⁽⁴⁾

ツオイナーは、訴訟物の同一性の他にも一致して既判力の認められてきた先決関係 (Präjudizialität) における前訴・後訴の関係を出发点とする。⁽⁵⁾ つまり、前訴で確定された法律効果が後訴の法律効果の先決問題となっている場合には、後訴は前訴の確定判決の内容的続行として現われるから、前訴判決の既判力が後訴に及び、前訴判決理由も争えない。この場合、前訴判決理由が取消せなくなるのは、前訴で確定されたものと後訴における法律効果との間に実体法秩序による目的論的な意味関係があるからである。この法的意思関係を維持するために判決理由に既判力が生ずる。しかしてこの法的意思関係が認められるのは先決関係に限らない。従来⁽⁶⁾の通説が、先決関係や矛盾関係という、法律効果相互の形式論理的構成だけに基づいて既判力を拡げてきたのは不当であって、むしろ法律効果相互間に目的論的に認められる実体法秩序の関連性を維持することが重要である。このような目的論的意思関係は、先決関係のない場合にも、後訴の法律効果が前訴で確定された法律効果の目ざす法秩序に属している場合には一般的にも認められる。このような法秩序における目的論的な意味関係を守るために必要なかぎり⁽⁷⁾で判決理由に既判力が生ずる。こうして、たとえば、元本債権の目ざす秩序は利息債権を含むが、利息請求権は元本債権の秩序を目ざさない。同様に妨害排除請求権の目ざす秩序には所有権は属しない。判決理由の既判力をこのように限定することにより、サヴィニー理論に対して現行法の立法過程において加えられた反論にも答えようというわけである。つまり、この限度の判決理由

の既判力であれば、個別訴訟の目的を超えて拘束力が及ぶこともなく、当事者の意思や予測に反することもなく、⁽⁶⁾と考へたものと思われる。

(1) 普通法における論争について、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。なお、新たに、Kemeraus, Die Rechtskraftwirkung der Entscheidungsggründe nach gemeinem und partikularem Recht, AcP 167, 241ff. はこの論争に決着がついたわけではなく、ツオイナー流の判決理由の既判力を問題にするのは、立法者の意図にもそい歴史的にも正当であるという。これに対し、Gaul, AcP 168, 31 N. 19a の反論がある。

(2) ツオイナー自身が強調するところである。Vgl. Zeuner, S. 2, 41

(3) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 6, 1847, S. 350ff. insb. 358f.

(4) Zeuner, S. 44 ツオイナー理論についてはすでに詳細な紹介がなされているので（前注一(1)参照）、ここではその概要を述べるに止める。

(5) Zeuner, S. 13ff., 42ff. 51ff.

(6) Zeuner, S. 43f. は、立法過程におけるサヴィニー理論否定に際して考慮された利益状態は、先決関係においては維持されているところから、一般的にこのような法的意味関連あれば、後訴における前提問題の確定力は当事者にとり直ちに予測可能かつ期待可能である、という。

〔二〕 ツオイナー理論批判 ツオイナーのいわゆる「法的意味関連」は、このようにすぐれて実体法的概念であり、具体的な訴訟過程において当事者や裁判所がいかに判決理由の形成に関与したかにかかわらない。もっぱら、前後請求における法律効果相互間の実体法秩序における目的論的意味関連を基準として、既判力の範囲が決められる。⁽⁷⁾しかし、既判力の限界づけにとつて、実体法的な規準が重要であることはいうまでもないが、訴訟法上の手続的な配慮も欠かすことはできない。⁽⁸⁾「請求ニ付裁判シタル部分ニ限り、確定力ヲ有ス」と規定するドイツ民法三三二条がこのことを要求する。ツオイナー理論に対する批判は、まさにこのような視点から、大別して次の二つの点に向けられて

いる。⁽⁹⁾

その一は、前訴、手続において、判決理由の形成につき当事者や裁判所がいかに関与し、あるいはどの程度までその関与が期待されかつ保障されたのか、という点である。⁽¹⁰⁾ 前訴手続における当事者および裁判所の直接の関心事は、判決主文の裁判であって、判決理由はこれとの関係で相対的、付随的に問題となりうるにすぎない。したがって、この点にも既判力を認めるとなると、ペーターが詳細に批判したように、とりわけ次の二つの場合が問題となる。⁽¹¹⁾

(イ) まず、欠席判決や放棄・認諾判決のように、裁判所が判決理由について判断を表明していない場合である。たとえば、原告の請求原因によれば、売買代金請求か契約無効による不当利得返還請求のいずれかが可能である場合には、裁判所の判決理由の判断は不明であり、意味関連も明らかにならない。そこで、リンメルスパッターがいうように、判決理由の既判力は、裁判所の判断が示されている事項に限るべきことになる。⁽¹²⁾

(ロ) ついで、判決理由たりうる事由が選択的に競合している場合である。⁽¹³⁾ 裁判所は労力の少ない迅速な審判のために、どれか一つを自由に選択できるが、判決理由に既判力が生ずるとなれば、裁判所の偶然の選択によって当事者は不利益をうける。そこで、当事者には自己に不利な事由を予備的に主張するなど、審判の順序を強制する権限を認める必要があるし、理由だけを不服とする上訴の利益をも認めねばなくなる。しかし、その結果は、当面の請求の判断を直接左右しない余分の労力を費やし、訴訟手続を硬直、せん延させることになり、実務がこれに耐えうるかは疑問である。⁽¹⁴⁾ そこで、バーダーやヘンケルのように、判決理由が具体的な訴訟過程の状況により、判決主文にとりま

さに問題であった場合にだけ既判力を限定すれば、この点を争うことが当面の訴訟結果を直接左右しない余分の労力とはならないであろう。と同時に、当事者には判決理由の形成に寄与せざるをえないという緊張度が生まれ、その結果、当事者の関与が手続的に期待され、かつ保障されたことになるとともに、判決理由の正当性も保障されることにな

らう。⁽¹⁵⁾

その二は、前訴請求と後訴請求との間に存する、ツオイナーのいわゆる「法的意味関連」ないし「目的づけられた秩序」という基準では、将来の訴訟における判決理由の拘束力の予測可能性を保障したことになるはず、不意打の既判力効を防止せんとする現行民法の趣旨に反する、という批判である。⁽¹⁶⁾

まず、これらの基準は予測可能な適用を保障するには余りにも不確実であって、人によって広くも狭くも解することができる。場合によっては、全私法体系が相互に意味関連をもつともいえる。⁽¹⁷⁾

ついで、実体法秩序における法律効果相互の結びつきが客観的に存しうるとしても、既判力の限界づけにとって問題なのは、当事者が具体的な訴訟手続上いかなる拘束力を予測できるかである。つまり、当事者は訴訟上、既判力効によって、いかなる価値について危険を賭けているのかを予め計算することができねばならない。⁽¹⁸⁾ 判決理由はあくまで当面の請求との関係で、相対的、付随的に争っているのであるから、軽微な請求についての判決理由がはるかに高価な後訴請求において拘束力をもつことになれば、当事者に不意打を与えることになる。当事者が訴訟において賭けているのは当面の請求の判決基準時における価値であって、後訴請求が前訴請求によって予測できた価値をこえるものであれば、判決理由の拘束力を及ぼすべきでない、というのである。

(7) Zeuner, S. 176f. は、既判力をこう解することによって、訴訟モノロー主義が克服され、訴訟と実体法を結びつけることができる結論する。

(8) Vgl. Henckel, S. 149f., 231f.; Rimmelspacher, S. 184 f.

(9) この二点は、同条立法過程において、サヴィニー理論に対する批判として述べられた二つの論点に連なる。その一は、個々の訴訟の当面の任務を超えることにならないのかという問題に対応し、その二は、当事者の意思と予測を超えた不意打となるという問題そのものである。Vgl. Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd II,

1881, S. 290 f. なお、吉村、前掲法政研究三三卷四五二頁参照。

(10) この点を強調するものとして、Peters, Zur Rechtskraftlehre Zeuners, ZJP 76, 229, insb. 238 ; Bader, S. 90 ; Henckel, S. 155f. ; Rimmelspacher, S. 184 f などがある。

(11) Peters, a. a. O., ZJP 76, 233 ff. ペーターズのこの論文は最も詳細かつ包括的にツオイナー理論を批判検討している。

(12) Rimmelspacher, S. 261f.

(13) Peters, a. a. O. ZJP 76, S. 237 ff. は、この場合の裁判所の選択権と当事者の予備的主張あるいは上訴の利益を強調する。これはまさに井上・前掲立命館法学三二号七三頁以下が強調した視点であった。Grunsky, Rechtskraft von Entscheidungssgründe und Beschwer ZJP 76, S. 165 は、同一の請求の後訴において判決理由の既判力をみとめ、ために判決理由だけを不服とする上訴を認める。

(14) この事情は将来予測もできない後訴において判決理由の既判力を認めるとすれば、常に倍化される。Peter, ZJP 76., S. 239—241 ; Vgl. auch Grunsky, ZJP 76, S. 175 f.

(15) Bader, S. 90 が提唱した視点である。Vgl. auch Rimmelspacher, S. 184 f., 194 f. リンメルスパッチャーにおいてはこれは当事者に弁論の機会を保障すべき要請、つまり審問請求権に基づく(Rimmelspacher, S. 177)° Bader, S. 105 も同様である。

(16) Peters, ZJP 76, 232 ; Rimmelspacher, S. 184, 185 ff. がこの点を強調する。So auch Stein-Jonas-Schumann / Leipold, ZPO 19 Aufl., § 322 IX 3 (S. 1340) ; Habscheid, FamRZ10, 381 f. ; Grunsky, ZJP 76, 175 f.

(17) So Stein-Jonas-Schumann/Leipold, ZPO 19 Aufl., § 322 IX 3 (S. 1340) ; Lent, ZJP 73, 316 (302) ; Schwab, JZ 1959, 786 ; Habscheid, FamRZ 10, 381 f. ; Rimmelspacher, S. 184 ; Bader, S. 81 N. 15 以下は、この基準が確実、明確でないため既判力限界を画する基準となりえないという。

(18) この点を強調するのは Rimmelspacher, S. 184, 191, 191f. である。なお Henckel, S. 173f. もほぼ同旨に解かれる。

〔三〕西ドイツ理論の対応 ツオイナー理論には、たしかに右のような問題があったが、従来の通説が曖昧に放置していた点に対する鋭い問題提起を含んでいた。とりわけ従来、訴訟物を異にする後訴請求においても前訴判決の既判力

を及ぼすための基準とされてきた、先決関係や矛盾関係の概念が具体的には、法的形式論理による概念構成いかに左右される側面をもつだけでなく、実体法上の偶然の結びつきにすぎない点で、既判力の範囲画定の基準としては包括的とはいえない難点があった。⁽¹⁹⁾ ツオイナー理論が、豊富な具体的設例をつきつけて、西ドイツ理論に対応を迫って以来、すでに一〇年余りの年月を経過した。その間、多くの学者がいろいろの反応をみせ、次第に理論を深化して行った。

(1) まず、ツオイナー理論を積極的に評価して、判決理由の既判力を認めるものに、ブロマイヤー、マルテン、ブルンスがある。⁽²⁰⁾

ブロマイヤーによれば、前訴判決がこれと請求の異なる後訴においていかなる範囲で既判力を生ずるかは、両請求の法的状態の間の実体的関連によって決まる。⁽²¹⁾ 両請求が単に共通の前提問題をもつというだけでは既判力を生じないが、通説のように先決関係や矛盾関係に限って既判力を認めたのでは不十分である。さらに、既判力の目的に照らした「意味関連」を定めるとともに、当事者による予測可能性が要求される。こうして、先決関係・矛盾関係と並んで、ツオイナーの「意味関連」を限定的に具体化して既判力を認めた。つまり、(イ) 双務契約に基づく給付と反対給付のように、両請求が相互に依存関係にある場合、(ロ) 不法行為に基づく原状回復請求と金銭賠償請求のように、両請求が共通の法律関係に基づく法的効果として選択的な関係にある場合、(ハ) 計算請求と引渡請求のように、補助的請求が主たる請求に依存している場合の三つの類型的事例には、意味関連ありとして既判力を及ぼしたのである。

ブルンスもまた、訴訟モノロー主義を克服するためには、実体法の背景にあって判決と実体法の結節点となつてい
る秩序内容に立ち帰るべきである、としてツオイナー理論を積極的に評価する。⁽²²⁾ 彼は普通法理論展開の再検討を通じ、
ことに現行法成立直後にサヴィニー理論を再評価したクレッペル理論を参照して、⁽²³⁾ 現行法上の既判力対象限定の基準

を採った。そして、先決関係と矛盾関係ではこの基準を提供することはできず、結局、法律効果とその基礎をなす法律関係が不可欠の「意味一体性」(Sinnlichkeit)をなし、これが判決における包摂決定の連鎖から既判力対象を限定する、という。つまり、訴の申立によって裁判を求められているところの、口頭弁論終結時における当事者の権利関係がこれである。この基準時における当事者の法的状態について、申立の範囲内でなされた裁判、つまり法的救済(Rechtsbehelfe)を支える権利関係についての裁判が既判力対象である。こうして、裁判の求められている権利関係の範囲内においては異議や抗弁にも判決効が及ぶが、抗弁により関係づけられた独立の権利関係には及ばない。こうしてたとえば、売買契約のように双面的依存関係にある事例では、代金請求の基礎である契約の存否についての前訴判断は、反対給付の後訴において拘束力をもつ。さらに、利息請求や一部請求の判決も、元本請求や残部請求に既判力を及ぼすことになるが、この場合には期待可能性(Zunutbarkeit)を保障するため、拘束力を制限することになる、というのである。普通法理論、ことにクレッペル理論の影響が大きいこと明らかである。

(2) これに対して、従来の通説の立場から、立法趣旨や制定法の文言を強調して、ツオイナー理論を拒否するものも多い。ブロックスによれば、既判力の範囲を決めるのは、目的論的考慮ではなくて、現行法の立法趣旨であり、これによれば明らかにツオイナー理論は否定される。⁽²⁴⁾ シューマン・ライポルトも、「意味関連」なる概念は不明確であって、予測可能な具体的基準を示すことができず、立法趣旨にも反する、という。⁽²⁵⁾ また、ファシングによれば、訴訟法上の制度である既判力の範囲を実体的な基準によって画しても、明確な限界規程を見出すことはできない。⁽²⁶⁾ こうしていずれの立場からも、たとえば、双務契約に基づく給付、反対給付の関係においては、契約の成否の判断に既判力を認めるべきではない、とする。ヤウエルニヒは、このような事例については、実体法上の権利濫用や信義則を活用すべきであって、これにより当事者が単なる付随的な判決理由に拘束されないようにすべきである、とする点

が注目される。⁽²⁷⁾

(3) しかし、ツオイナーのいわゆる「意味関連」なる基準には批判的であっても、ツオイナーによって提起された事例の多くは結果的には妥当であるとして、これを認めるための理論を考えようとすることも多い。そのための有力な構成は、判決における包摂決定 (Subsumtionschluss) 全体について既判力を生ずるといふ従来からの理論である。包摂決定の各構成要素を示す判決理由は、確定された法律効果から独立して絶対的に既判力を生ずるのではないが、法律効果との関連においてだけ拘束力をもつ、という相対的既判力説である。シュヴァープ⁽²⁸⁾、バーダー⁽²⁹⁾の強調するところであり、レントの説く判決解釈としての判決理由の限定的拘束力も同じ趣旨である。⁽³⁰⁾

シュヴァープは、確定された法律効果を維持する限度で判決理由に相対的既判力を認めるが、これとても後訴請求が前訴との間に同一性、先決関係、矛盾関係にある場合にかぎって生ずる、という⁽³¹⁾。ただ、これらの従来概念を、通説が認めるよりもはるかに広く解することによって、ツオイナーの事例の多くに既判力を認めようとする。⁽³²⁾たとえば、双務契約に基づく給付、反対給付の間には先決関係を認める。両請求は相互に密接に結びついているために、後訴で反対の判決があれば、前訴判決の存在を害せざるをえないからである。また、矛盾関係についても、後訴判決が前訴確定判決の効果を何らかの形で滅殺する場合には認められる、という。ツオイナー理論を徹底的に批判したペータースも、シュヴァープのこの提案に従う。⁽³³⁾しかし、先決関係・矛盾関係をこのように広げることになれば、結局、ツオイナーの「意味関連」の不確実性を他の概念で置きかえたにすぎないことになる⁽³⁴⁾。

バーダーは、前訴請求の法的性質決定について同様の相対的既判力を認めるにつき、注目すべき分析を示した。⁽³⁵⁾彼によれば、請求の法的性質決定は、請求についての個別化機能、先決機能、存続機能をもつが、判決理由の相対的既判力は、この存続機能と先決機能について生ずる。すなわち、存続機能においては、確定された法律効果の存続を崩す

目的で判決理由を攻撃することは許されない。所有権に基づく引渡請求を認めた判決に対して、逆に被告が所有権を請求する後訴は、「所有権に基づく」との法的性質決定を攻撃することによって、前訴で確定された法的効果を否定することになる。また、先決的機能が認められるのは、前訴で確定された法律効果が、判決理由によって豊富化されて、後訴請求の先決関係に立つ場合である。

判決主文の解釈に必要なかぎりで判決理由の拘束力が生ずるとされるのは、存続的機能についてだけであるから、先決的機能について判決理由の既判力を認めるためには、さらに内在的正当化が必要である。³⁶⁾ そのためには、単に包摂決定の一環として判決理由となっただけでは不十分であって、請求の性質決定が訴訟の結果にとりまさに問題となつたために、判決対象の一部となつたことを必要とする。たとえば、訴訟手続において反対債権による相殺が主張されれば、「故意による不法行為」という請求権の性質が判決対象となりこの点の性質決定に既判力を生ずる。この場合には、当事者も裁判所もこの主要問題につき十分に注意することができ、かつ多くの場合注意してきたことによつて先決的拘束力が正当化される。判決対象の一部とならない単なる前提問題は、判決にとり必要ではなく、その確定も裁判官の包摂活動の偶然に左右されるから、既判力を生じない。これに反して、具体的訴訟の結果にとりまさに問題になる性質決定については、判断の緊張度 (Entscheidungsintensität) が大であつて、これによつて判決の正当性が保障される。右の意味で判決対象とならない単なる判決理由に既判力を拡げることが、当事者にとつて不意打の危険を生じ、法治国家の原則および審尋権の保障に反することになる、といのである。

バーダーはこのようにして、ツオイナー理論や従来西ドイツ理論においては必ずしも十分に配慮されたとはいえない新しい視点を提供した。つまり判決理由は、前訴手続過程においてまさに問題であつたために、当事者や裁判所の判断の緊張度が大きとなり、その結果判決の正当性が保障されたかぎりにおいて既判力を生ずる、というのであ

- (19) So Zeuner, S. 14, 15, 27ff.; Rimmelpacher, S. 182; A. Blomeyer, Zivilprozessrecht § 89 V 4 (S. 460). なお、Bruns, Zivilprozessrecht, § 44 I 3 S. 408 は、この基準によりサヴィニー理論の実体論的関連の議論をさげうと考えるのは、自己欺瞞であるという。
- (20) プロマイヤーやブルンスの他に、マルティンはツオイナー理論を積極的に評価しかつ弁護する。Martens, Rechtskraft und materielles Recht, ZJP 79, 404 insb. 437ff. つまり、法律効果は構成要件に依存するから確定された法律効果を争えないのは、その基礎となる構成要件要素を取消せないからである。後訴の法律効果が確定された法秩序と矛盾するかどうかは、確定された構成要件を介してだけ明らかとなる。契約による支払請求を認めた判決により給付されたものを不当利得として返還請求できないのは、給付の適法性の要件である契約の有効性が支払判決において確定されているからである。(Martens, ZJP 79, 440)。こうして、ツオイナー理論を肯定し、ペータースの批判に反論する(S.441—444)。
- この外、後述の Henckel, S. 149—232, Rimmelpacher, S. 195—309 が、ツオイナー理論の積極的評価を前提とした理論であることを指摘する。
- (21) A. Blomeyer, Zivilprozessrecht (1963) § 89 V. S. 457ff. insb. S. 460ff.
- (22) Bruns, Zivilprozessrecht (1968) S. 410;ブルンスは同書の § 43, §44 (S. 388—418)において、既判力の本質と客観的範囲を学説史的にも詳細に検討している。以下は既判力の対象、客観的範囲の概要である。とくに Bruns, Zivilprozessrecht, §43 IV, § 44; S. 401—405; S. 407f, 409—411, 415—418 参照
- (23) Vgl. Kloeppe, Die Einrede der Rechtskraft nach der deutschen Zivilprozessordnung, 1882
- (24) Brox, Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess, Jus 62, 121, insb. 122f.
- (25) Stein-Jonas-Schumann/Leipold, ZPO 19. Aufl., § 322 IX 3 S. 1340f. 以下に、ツオイナーの事例は一視点からは解決できない多様性をもつとして、(イ)不作為請求と損害賠償請求、(ロ)不動産登記請求と物権の関係につき、夫々、前者の判決は後者の請求につき既判力をもつという。(ハ)には先決関係を認め、(ヘ)の登記請求権の判決には物権についての裁判が明示されているとみるためである。

- (26) H. Fasching, Zivilprozessgesetzen III (1966) § 411 Anm. 20 S. 707f. この他にも、既判力の訴訟法的理解、訴訟法規の文言、法的安定を目指す既判力目的のいずれにも反することを論拠とする。
- (27) Lent-Jauernig, Zivilprozessrecht, 14Aufl. (1969) § 63 III 2 S. 186f.; Vgl. auch Habscheid, FamRZ 10 (1963) 381; この説の問題点についてはすでに序説において述べた。一注(13)参照。
- (28) Schwab, Die Bedeutung der Entscheidungsggründe, Festschrift für Bötticher (1969) S. 321ff.; JZ 1959, 786f.; Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 10 Aufl. (1970) § 154 III. § 155
- (29) Bader, S. 81f.
- (30) Lent, ZZP 73, 316 insb. 319 f. (その「レントも、所有権に基づく引渡判決における所有権の確定は、所有権が問題となるすべての後訴において拘束力をもつのではなく、所有権を否定すれば前訴判決の廃棄を意味する後訴においてのみ拘束力をもち、ない」。
- (31) Schwab, a. a. O., Festschrift für Bötticher, S. 333
- (32) So Schwab, JZ 1959, 787; Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, § 155 S. 807—809; Vgl. auch Pohle, JZ1963, 323
- (33) Peters, ZZP 76, 242f. ペーターズは、先決関係や矛盾関係を拡張することは、不確実性を伴い、限界づけに恣意がひそむことになることを認める。が、このカズイステイクはさげえない試金石であるという。
- (34) So Rimmelspacher, S. 202
- (35) Bader, Zur Tragweite der Entscheidung (1966) 前注1(5) insb. S. 32—38, 81f.
- (36) Bader, S. 88ff., 57—59, 105

三 西ドイツ理論の展開

〔一〕序説 ツオイナーの理論に対する以上の批判と対応に立脚して、西ドイツ理論はさらに新たな展開を示した。

それはヘンケルとリンメルスパッハーの見解である。⁽¹⁾ ほぼ同時期に現われた、この師弟による二冊の著書は、相互に似通った問題意識に支えられてはいるが、民事訴訟についての基本的な立場や理論構成の道具立てにはかなりの差異が認められる。両者が相互に影響し合っているのはいうまでもないが、とくにヘンケルにおいては、ツオイナー、ペーターズ、バーダーの系譜が認められ、リンメルスパッハーにおいては、ヘンケルに至る右の系譜に加えて、普通法理論ないしこれを評価したブルンスの影響があるように見える。

ともに既判力の限界画定について、ツオイナーの実体法的基準を高く評価するが、これだけでは不充分であって、実体法的要素と訴訟法的要素を一体とした基準が必要であると説く (Henckel, S. 149, 231; Rimmelspacher, S. 184)。訴訟法的側面としては、とくにドイツ民法三二二条一項が、既判力を「請求ニ付裁判シタル部分」にかぎるとした立法趣旨が何を目的としているかが前提となる。ヘンケルによれば、これは既判力の前提としての判決の正当性 (Richtigkeit) の手続的保障の範囲を示しているし (Henckel, S. 155)、リンメルスパッハーによれば、判決効の當事者による予測可能性 (Überschaubarkeit) の範囲を示している (Rimmelspacher, S. 178f.)。ツオイナーの実体法的意味関連だけでは、訴訟の目ざす判決の正当性の保障や予測可能性の範囲に既判力を限定することができない、というのである。しかし問題なのは、いかなる論拠と基準によって既判力をこのような範囲に限定することができるか、ということであり、両者の議論もまさにこの点に集中されているといえる。

(1) Henckel, *Prozessrecht und materielles Recht* (1970) (前注1⑬) insb. S. 149—232 及び Rimmelspacher, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme* (1970) (前注1⑭) insb. S. 175—309 (以下再び著者名だけで引用する)。前者については、文字「ヘンケル、訴訟法と実体法」法学論叢八七卷五号七四頁の紹介がある。

〔二〕ヘンケルの見解

1 判決理由の正当性の保障　ヘンケルによれば、判決理由に既判力を認めることができるのは、民訴法三二二条一項の立法趣旨からみて、第一に、既判力の前提としての判決の正当性（Richtigkeit）、ことに判決理由の正当性が訴訟手続の法的形成によって保障された範囲に限られる²⁾。ところが訴訟手続の目的は当面の訴訟物についての判決であって、その前提にすぎない事項については、判決にとり必要なかぎりで付随的に争われるにすぎない。だから、すべての前提問題を終局的、一義的に確定する必要はないし、選択的に確定することもできる。また、「弁論主義の分野における、わが民事訴訟の構成によれば、事実関係の提供と確定についての責任の重要な部分は当事者に委ねられ、これによって事実確定の正当性が保障されている。当事者は予期された判決を顧慮してこの責任をとるのだから、事実関係が判決にとり重要なかぎりでのみ、その確定に寄与することを余儀なくされる。この限界をこえれば、確定された事実の正当性はもはや手続形成によって保障されたことにはならない。」（Henckel, S. 156）。

このように、一方において、当面の訴訟物についての判決を目ざす訴訟手続の目的と、他方においては、事実関係の提供と確定の責任を当事者に委ねる弁論主義とを前提とすれば、当事者は判決に重要なかぎりで事実関係の確定に寄与するよう動機づけられ、その限りで強い緊張度（Intensität）をもって訴訟を進行せざるをえない。したがって、この範囲において、判決理由の正当性が訴訟手続上も保障されることになり、拘束力も認められる。当事者がこの責任を果さなければ敗訴判決の不利益をうけるが、この制裁が逆に正当な判決発見に寄与するよう当事者を強制するのである。

しかれば、具体的にはいかなる場合に、このような判決理由の正当性が訴訟手続過程において保障されたこととなるのか。これは、ヘンケルによれば、前訴手続において請求棄却あるいは認容の判決理由となりえた事由が、口頭弁論最終結時の訴訟状態において、選択的に競合していたかどうかによって決まる。

ヘンケルは請求棄却判決の時的限界に関する拘束力の事例を出発点とする⁽³⁾。たとえば、(イ)売買代金請求において、被告が契約無効事由だけを主張したところ、これを理由に請求が棄却された場合には、判決理由に拘束力を生ずる。(ロ)これに対して、被告が契約無効とともに支払猶予の抗弁を提出し、あるいはさらに、これらの抗弁が争われたので証拠を提出した場合には、結局、契約無効により請求を棄却する判決理由には拘束力を生じない。ツオイナーは、(イ)のみならず、(ロ)の場合にも判決理由に拘束力を認め、この点について口頭弁論終結後の新事由を提出しなければ再訴ができないとする⁽⁴⁾。しかしこれでは、たまたま選ばれた判決理由により拘束力の内容が異なることになるので、原告は、これらの選択的に競合する事由について審判の順序を指定できるか、少くとも審判の順序が法定されている必要がある⁽⁵⁾。しかし、このような要件は原則として（相殺の例外を除き）認められないので、(ロ)の場合には拘束力は生じない。そこで、原告が口頭弁論終結後に履行期が到来したことを証明して再訴すれば、(ロ)については契約無効の判決理由に拘束されないが、(イ)についてはなおこの点の拘束力が認められる。ヘンケルによれば、この差異が生ずるのは、原告が請求棄却を免れるためには、(イ)では契約無効事由を争わざるをえなかったが、(ロ)では必ずしもそうではなかったからである。つまり後者の場合には、原告はすでに、支払猶予を争いえず、あるいは立証されたものとも考えることもあるから、契約無効を争う必然的な動機はなく、この確定には手続形成上の正当性の保障がない、というのである⁽⁶⁾。

請求認容判決においては、原則として、すべての請求原因事実の認定とすべての抗弁事実の否定が必要であるから、被告はこれらの判決理由に拘束される。ただ、前訴手続において、選択的に請求認容事由が競合した場合として、選択的な請求原因事実のどれかが確定され、あるいは新訴訟物概念を前提とすれば、選択的な法的視点の一つが決定された場合が考えられる。これらの場合にも、選択的棄却事由による請求棄却判決における同様の関係が認められる⁽⁷⁾。

それ故結局、請求棄却又は認容判決には、口頭弁論終結時の訴訟状態によって、夫々に選択的棄却又は認容事由が競合していた場合には、判決理由における事実確定および法的性質決定に拘束力を生じない。だから、これらの選択的に判決理由たりえた事由の一つにつき新事実が提出されれば、前訴判決理由に拘束されずに新たな審判を求めることができる、そこで、判決理由に拘束力を生ずるのは、当事者が前訴手続において敗訴を免れるために、まさに判決理由となった、この棄却又は認容事由を争わざるをえなかった場合にかぎられる。そのかぎりでは、これは判決の包摂決定の拘束力、つまり、訴訟物およびその不可欠の前提についての裁判の拘束力にすぎない、という。⁽⁸⁾

2 経済的価値の同一性 ヘンケルが判決理由の既判力を認めるために要求する第二の基準は、前訴と請求内容を異にする後訴においては、請求の経済的価値が前訴のそれと同一でなければならぬ、という要件である。⁽⁹⁾ 判決理由の正当性の手続的保障を要するという第一の基準は、前述の通り、既判力の時的限界における拘束力をめぐって展開された。だから、請求内容は変わらないが、口頭弁論終結後に請求の基礎となる事実が変った場合が問題であった。そこで請求内容が前訴、後訴で異なる場合にも判決理由の既判力を認めるためには、さらにいかなる基準を要するのかが問われねばならない。

ヘンケルがここで、請求内容の同一性に代る調整基準として経済的価値の同一性の概念を導入するのは、基本的には訴訟物を処分対象として構成する観点に連なる⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾。訴訟上は原告の特定した請求内容を伴う訴訟物だけが、当事者によって賭けられ、当事者の訴訟追行もこの点に向けられる。当事者が訴訟追行を怠って敗訴すれば、既判力によって結果的には、実体法上の処分や権利失効と同様の効果をうける。財産法上の処分対象や失効対象は、実体法上はその経済的価値によって個別化される。そこで、訴訟上当事者が請求内容によって賭けるものも、このような処分対象としての経済的価値に他ならない。当事者がどの程度の緊張度をもって、訴訟を追行し、その結果に影響を与えるかも、

係争の請求内容によって何が賭けられているかにかかっている。たとえば、利息請求や微々たる一部請求では訴訟費用のかさむのをさけたかもしれない当事者も、高額の元本請求や全額請求が問題となれば、より強度に参与したであろう。既判力が利息請求や一部請求額に限られるのは、当事者が判決によって、訴えられた請求内容から期待できた程度以上の負担をおうことは許されないからである。こうして、ヘンケルによれば、請求内容に代って既判力を限界づける機能を引き受けるものは、当事者にとり訴訟で賭けられている経済的価値である。そこで、同じ請求原因に基づくが異なった請求内容についての新訴においても判決の拘束力を認めようとするならば、両訴において賭けられている経済的価値が同一の場合に限って許されることになる。

3 若干の具体例 ヘンケルはこのような原則を豊富な事例について具体化するが、⁽¹²⁾その二三をあげれば次の通りである。

① 前訴において他の事由が問題とならず貸金契約無効だけを理由に利息請求を棄却した判決は、元本請求の後訴において拘束力を生じないが、同じ理由による元本請求の棄却判決は、将来の利息請求を排斥する、前訴、後訴における経済的価値の大小による。(Henckel, S. 176)。② 所有権登記手続請求の前訴で、所有権がないことだけが問題となつて敗訴した原告は、所有権確認の後訴を排斥される。逆に被告が前訴で敗訴した場合には、後訴において原告に所有権なしと主張することはできない。この登記手続請求は所有権ある場合にのみ認められるから、正当性の保障があり、経済的価値も同一である、という。(Henckel, S. 180f.)。③ 所有権に基づく引渡請求訴訟において②と同様の理由で敗訴した原告は、所有権確認の後訴を排斥されるが、原告が勝訴してもその所有権が確定されることはない。後者の場合には他の法的性質決定の可能性もあり、被告にとっては物の引渡だけが問題であったので、この点を争わないこともありえたから、正当性の保障がない。(Henckel, S. 183—185)。④ 双務契約に基づく相互の請求権に

ついでには、買主の目的物引渡請求の前訴が、もっぱら売買契約無効だけを事由として棄却された場合には、勝訴した
 売主は後訴で自ら代金請求をして契約無効を争いえない。逆に買主が引渡請求の前訴において勝訴した場合には、買
 主は後訴における売主の代金請求に対して売買契約の効力を争うことができるが、売主の不当利得返還請求を争うこ
 とはできない。前訴の結果によってこのような違いを生ずるのは次の事情による。つまり、買主（原告）敗訴の場合
 には、売主が前訴で売買契約を争ったのは目的物の代金に対する超過価値を賭けたのであるから、契約無効の拘束力
 を代金請求の後訴で認めても、これはすでに前訴で予期できた経済的負担に他ならない。これに対し買主勝訴の場合
 には、ただ双務契約に基づく両請求の有機的結びつき（funktionelles Synallagma）だけが確定され、給付を受領し
 た買主は少くとも物の客観的価値を支払わねばならない限りで拘束されるにすぎない。それ以上売主の代金請求||代
 金の超過価値が争われ確定したわけではない（Henckel, S. 199—211）。⑤給付請求に対する弁済の抗弁と相殺の抗弁
 についての前訴判決理由中の判断は、それぞれ非債弁済としての不当利得返還請求と反対債権に基づく請求の後訴に
 おいて、拘束力に差異を生ずる。これは正当性の保障の有無による。弁済の抗弁については他の抗弁も可能であり
 （とくに弁済だけしか棄却事由がなかったことが判明すれば別である）、審判の順序強制もないが、相殺の抗弁につ
 いては、ドイツ民法三二二条二項により、例外的に既判力の制裁があり、審判の順序も強制されるから、正当性の
 保障が異なるためである（Henckel, S. 214f., 220—222）。

4 ヘンケル理論の評価・私見との照応対比 こうしてヘンケル理論によれば、判決理由の既判力は、第一に、前
 訴手続における当事者の訴訟追行の緊張度により正当性が保障された場合にかぎり、さらに第二に、請求内容を異に
 する後訴においては、その経済的価値が同一な場合にかぎって認められた。ツオイナー理論においては殆んど配慮さ
 れなかった第一の前訴手続における正当性の保障は、すでにバーダーの指摘したところであるし、選択的判決事由に

ついでに審判の順序の問題はペーターズの批判したところであった。ヘンケルはこれらの視点を判決理由一般に総合的に展開して、ツオイナー理論と現行民法との調和を図る解決案を示したといえる。第二の後訴との関連については、ツオイナーがまさに法的意味関連として把握したところであった。「法的意味関連」が客観法秩序の目的論的概念であるに對して、処分対象としての「経済的価値の同一」は、実体法的価値概念であるとともに、当事者の訴訟追行の緊張度を左右する点で訴訟手続との結びつきをもつ基準として、⁽¹³⁾より具体化されたものと評価できる。ツオイナーの法的意味関連が不明確であって将来の拘束力を予測できないとする反論に答えるとともに、訴訟物を処分対象とする自己の理論との統一を図ったものと思われる。

判決理由の拘束力についてのヘンケル理論は、わたくしがアメリカ法におけるコラテラル・エストoppelの法理を参照して提唱した見解と多くの点で共通していることをここで指摘しておきたい。⁽¹⁴⁾何よりも基本的には、両説ともに、弁論主義のもとでの当事者の訴訟追行についての主体的地位と責任を前提としている点において共通である。そこから、ヘンケルによれば、判決にとり重要な前提事項であるために、訴訟過程において当事者がその確定に寄与せざるをえなくなったかぎり、判決理由の拘束力も認められる。わたくしが、判決理由の拘束力の要件として、第一に、前訴手続において、主要事実に関する争点の判断のうち、判決主文に必要不可欠の前提となるものであることを要する、としたのもまさにこのためであった。ここで主要事実とは、ヘンケルの言葉をかりれば「前訴判決の包摂決定の一部として確定された事実」(Henckel, S. 150)であり、請求された法律効果を生ずべき構成要件に当てはめられた事実である。ヘンケルもこれらの事実について、裁判所の判断を要求し、欠席判決にはこの種の拘束力を認めないが(Henckel, S. 161f.)、争点となったことを必ずしも要求しない点において私見と異なる。⁽¹⁵⁾現に争われなくとも、判決にとり必要不可欠の前提となる判断であって、当事者が高度の緊張度をもって訴訟追行すべきものについては、拘束

力を生ずる、というわけである。問題は、判決にとり必要不可欠の前提となる判断とは何か、である。コラテラル・エストoppelにおいても、この点について、選択的に競合している争点が問題となることは別に詳論した通りである⁽¹⁵⁾が、ヘンケルはこれらの場合の一切に拘束力を否定したわけである。当事者による審判の順序の強制や理由だけを不服とする上訴を認め難いとすれば、ヘンケルの解決による以外にないように思われる⁽¹⁶⁾。

もつとも、この立場に対しては、「当事者が敗訴を恐れてむやみと主張、抗弁を提出したとき、拘束力の認められる範囲が極めて限定されてくる」との比判がある⁽¹⁷⁾。この批判は弁論過程における争点の整理によってかなり緩和されるものと思われるが、それでも争点が選択的に競合した場合の判決理由に拘束力を認めないことは、当事者の主体的地位や拘束力の予測可能性の保障を前提とするならば、むしろ当然の結果であろう⁽¹⁸⁾。また、この立場では、判決理由の拘束力が前訴判決基準時における訴訟状態に左右されるから、後訴においてこの点を事後的に確定する必要がある⁽¹⁹⁾（Henckel, S. 171）が、これは不当であるとのベッチヘルの批判がある。後訴裁判所の負担を却って増加することになるといふわけである。この批判は争点効理論のように基準の曖昧な実質的要件により拘束力を認める立場には妥当しようが⁽²⁰⁾、要件の明確を期すヘンケル理論や私見には当らない⁽²¹⁾。

第二に、前訴と後訴との関連について、わたくしが、将来の訴訟における拘束力を合理的に予測できた場合という要件をあげたのは、初めから予測可能性を示す具体的な基準による補正の余地を残したものであった⁽²²⁾。ヘンケルによる処分対象としての経済的価値の同一性という基準は、この意味で注目し値する。要するに、前訴における請求内容から当事者が予測できた程度の経済的価値であって、すでに前訴において賭けられたものは、再び争わせないという基準である。ベッチヘルは、この基準自体が予測不可能であって、増々既判力の不確実性を増大させると批判して、結局ツオイナーの法的意味関連に従い、経済的価値は異っても既判力を拡張する勇氣をもつか、あるいは判決理由の拘

束力を全く否定するかのどちらかである、という⁽²³⁾。しかし、この経済的価値は実体法上も処分対象を個別化する基準として構成された概念であるから、ツオイナーの法的意味関連よりは、むしろより具体化された基準であるといえる⁽²⁴⁾。問題は、実体法上この概念がどのように明確化されるかにかかっているといえるが、リンメルスパーは、まさにこのような視点から当面の問題と真正面に取り組んだわけである。

(2) Henckel, S. 150—171, insb. S. 155f. ヘンケルはここで、前訴の訴訟物が後訴のそれと同一の場合およびいわゆる

先決関係にある場合には、前訴基準時に確定した法律効果につき、裁判所は異った判決ができないことを前提としている (Henckel, S. 169)°。したがって、Henckel, *Parteilohre und Streitgegenstand im Zivilprozessrecht* (1961) S. 302

が、前訴判決基準時に成立した事実訴訟物の同一の限りで遮断されるとした立場は、このかぎりで維持されているといえる。ただ、新たに、既判力の時的限界に関して、前訴判決基準時後に請求権の発生、変更、消滅あるいは履行期到来などをきたす新事実が後訴において主張立証されれば、前訴のそれと訴訟物を異にすることが強調された。ここでは訴訟物の同一性や先決関係は認められず、こうした場合には前訴判決の拘束力はかぎられた範囲にだけ認められる、というわけである。(Vgl. Henckel, S. 151f., 154f., 169f.)°。

(3) Henckel, S.150—163

(4) Zeuner, S. 34

(5) Henckel, S. 152f. 同様の視点をよび、Peters, ZZP 76, 237ff. が指摘していることについては前述した。

(6) Henckel, S. 152f. 155, 156—158. また、所有権に基づく引渡請求訴訟において、(i)被告が原告の所有権を争わず、自己の占有だけを争った場合と、(ii)所有権と占有をともに争った場合とでは、被告の占有なしと認めた請求棄却判決の拘束力も異ってくる。(i)については判決理由の拘束力を生ずるが、(ii)についてはこの点の正当性の保障がなく拘束力を生じない (Henckel, S. 158—160)°。

(7) Henckel, S. 163—168 つまり、請求認容事由が選択的に競合していた場合には、認容判決理由に拘束力を生じない。判決理由となった事由だけを争わざるをえない緊張関係がなく、正当性の手続的保障がないからである。ただ、一方の事由

- ②が存在しないことが明かになったため、他方の事由⑥が唯一の請求認容事由となっていた場合には、認容判決事由⑥に拘束力を生ずる。たとえば、被告が②を争い原告がその点の証拠を出さなかった場合や被告が②につき抗弁を出し抗弁事実が証明された場合がそうである（insb. Vgl. Henckel, S. 165f）。
- (8) Henckel, S. 170f.
- (9) Henckel, S. 171—175 第一の基準自体も、前訴・後訴の訴訟物が異なり、先決関係にもない事例についての原則であったから（前注(2)参照）、これは訴訟物の同一性も先決関係もない他の事例にも適用できるが、この場合はさらに第二の要件を要するというわけである。
- (10) Vgl. Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, S. 270ff., S. 262ff. ただ訴訟物の個別化によって、*hinzu*に、その請求内容（Anspruchsinhalt）の同一性が前提となるが（Henckel, a. a. O. S. 278, 264）、ここでは、請求内容の異なる後訴との間で、経済的価値の同一性が問題となっているわけである。
- (11) Henckel, S. 173f., 172
- (12) Henckel, S. 175—231 ここでヘンケルは二六の事例について詳細な論証を試みている。
- (13) So Henckel, S. 232, 173
- (14) 吉村「判決の効力の客観的範囲」ジュリスト五〇〇号三六〇頁において、すでに同様の指摘をしておいた。吉村「判決理由中の判断の拘束力」法政研究三三卷三一六号合併号四四九頁以下の私見の概要は、本稿の序説一三において要約した。
- (15) 私見によれば、相手方の主張を自認し、あるいは争わない場合には拘束力を認めるべきではない。ただし、当面の請求との関係にかぎって、先決事項を争わずに簡単に解決する途を開いておくべきだからである。吉村・前掲法政研究三三卷四六五頁以下参照。ただ、現に争われた論点については、判決主文にとり不可欠であって主張、立証を尽すべきであった場合には、現に主張立証が十分であったかどうかは問わない。
- (15') 吉村・前掲法政研究三三卷四七七頁以下参照。
- (16) この場合には、当事者の主体的地位や利益の尊重を前提とすれば、当事者による審判の順序づけや上訴を認めるか、さもなければ、拘束力を否定するかの択一関係に立つことになる。吉村・前掲法政研究三三卷四九〇頁以下は、いずれを選ぶか決しかねたところがあった。審判の便宜と当事者の予測可能を重視する立場からも、後者を優位させるべきであろう。

- (17) 文字・前掲法学論叢八七巻五号八七頁。
 - (18) 吉村・前掲法政研究三三巻四九五頁が、競合する争点の判断に争点効を認める立場の二律背反として指摘したところであった。
 - (19) Bötticher, Prozessrecht und materielles Recht, ZJP 85, 1, insb. 17f. これが訴訟経済の要請に反するだけでなく、当事者が自己責任において訴訟追行上このような状況を測定しなければならぬかも疑問であるという。
 - (20) 座談会「争点効をめぐって」II (判例時報五八八号一三頁)における馬場発言参照。
 - (21) Vgl. Henckel, S. 191
 - (22) 吉村・前掲法政研究三三巻四九二頁参照。そこでは、予測可能の類型的基準を探るべきことを予定し、コラテラル・エス・トッペルにおける同一事件から生じた後訴に限るとの基準や後訴において主要事実になった場合に限るとの基準などを参照すべきことを指摘した。同論文四八一頁参照。
- また、住吉「争点効の本質について」(民商法雑誌六一巻七八二頁は、「前後両訴訟間に関連性が認められること」に代えるが、これでは具体的な予測可能性を保障したことはない。
- (23) Bötticher, a. a. O., ZJP 85, 16f.
 - (24) 文字・前掲法学論叢八七巻五号八七頁も同旨の評価をしている。

〔三〕リンメルスバッハーの見解

1 法的地位の同一性 リンメルスバッハーの既判力限界論は、第一に、ドイツ民訴法三二二条が当事者に対する予測可能性を保障し、不意打の判決効から当事者を保護しようとする立法目的を果しうる基準は何か、を探ることから出⁽²⁵⁾発する。そのために明確な既判力の範囲を限界づける確たる基準として、「法的地位」(Rechtsposition)の概念を提示するのである。これは、ドイツ民訴法三二二条の立法者がまさに請求権 (Anspruch) 概念に期待したものに他ならない。立法者が統一しないし一面的に考えたこの実体法上の請求権は、リンメルスバッハーによれば、二つの機能

に応じた要素、つまり、価値への期待としての法的地位とこれを実現すべき法的手段（Rechtsschutzmittel, Rechtsbehelf）の二つの側面に分けて把握される⁽²⁶⁾。そして、既判力の範囲についても、その最大の限界を定めて、当事者に訴訟における危険の予測を可能にすべき請求権の役割は、この法的地位としての要素が果さなければならぬ⁽²⁷⁾。

この場合の法的地位は、請求権の二つの要素のうち保護され、実現されるべき実体的価値であるが、他方給付訴訟はまさに実体法上の権利関係の保護実現を目ざすものであるから、法的地位は給付訴訟の対象であり、給付判決の対象である。また、法的地位は実体法上の処分対象としての機能をもつとされるが、この意味でも法的地位は判決対象である。すなわち、法的地位なしとして請求棄却されれば、実際には法的地位は存在したとしてもこれを実現する可能性は失われ、結果としては実体法上の処分の効果と区別できないのだから、その効果の生ずる対象も同一でなければならぬ。要するに法的地位は、処分対象であるとともに、判決対象でもあることになる（Rimmelspacher, S. 204-206）。リンメルスパッハーによれば、こうして、「この法的地位により、既判力限界の第一の確実な基準が得られたことになり、これによってツオイナーの法的意味関連も次のような基準と解しうるようになる。すなわち、その基準により、当事者には裁判対象およびそれにより訴訟上賭けたものと訴訟上の危険についての明確かつ鋭利な形象が保障される。そして他方、実体法において示された秩序機構が訴訟においても決定的なものとなり、こうして訴訟目的を実体的秩序に向けようとする手続法的要請も充される。」（Rimmelspacher, S. 206f.）。

しかし、法的保護手段としての保護権によって法的地位の一部だけにつき判決が求められていけば、この一部だけが民訴法三二二条の意味の「請求権」である。法的地位が量的に可分であれば、法主体もこの部分の保護だけで満足できる。この場合には裁判対象もこの一部だけに限られ、既判力もこれを超えて他の部分には及ばない（Rimmelspacher, S. 207）。

そこでたとえば、所有権に基づく引渡請求という法的手段によって訴訟上主張されているものは、所有権という法的地位の本来の内容全体を含まず、ただ、(イ)引渡訴訟の口頭弁論終結時において、(ロ)目的物の返還に化体された所有権の部分を含むにすぎない。この範囲を超えて既判力を認めることは、当事者に不意打を与えることになるからである。もっとも、所有権に基づく引渡請求権は、ことにその処分対象としての機能において、所有権の法的地位と異なるから、結局、引渡訴訟の確定判決は、口頭弁論終結時における所有権を含めて確定するが、この時点以前については確定しない、という。そこで、基準時以前に生じた収益返還請求や損害賠償請求の後訴には既判力を及ぼさないことになる。⁽²⁸⁾

2 法的関連性についての保障 リンメルスパッハーの既判力限界論は、第二の基準として、当事者が拘束されるべき点²⁸ 法的関連性について審理されかつ判決されたことを要求する。しかも、この法的関連の解明に寄与する機会を当事者に与える手続を提供し、それ故まさにその結果の正当性を保障するかぎりでのみ既判力を生ずる。⁽²⁹⁾

こうして、たとえば、リンメルスパッハーによれば、双務契約においては、請求権と反対請求権とは法的地位を異にするが、両請求の双務性が同時履行の抗弁権によって判決対象になった場合には、反対債権についても審判されたことになる。この場合、同時履行の抗弁権は、反対請求権の保護手段であって、この点の判断は反対請求権についての後訴においても拘束力を生ずる。これに対し、同時履行の抗弁が出されないか、先行給付義務あるために出せない場合には、反対請求の後訴においては何らの拘束力も生じない。反対請求権との関連性を考慮しない判決だからである。この意味で同時履行の抗弁権は相殺の抗弁が出された場合と同置される。法的地位を実現するための法的手段は、このように訴えによる必要はなく、抗弁によることも可能であって、この場合にも法的地位についての判断に既判力を生ずることになる。(Rimmelspacher, S. 195, 218ff.)

3 積極的既判力の範囲 リンメルスパーの既判力限界論の第三の特徴は、これを消極的既判力と積極的既判力に区別して、その限界を論じた点である。消極的既判力の限界に関する注目すべき見解⁽³⁾の紹介は、ここでは省略せざるをえないが、いわゆる積極的既判力の限界によって、前訴、後訴で主張された法律効果が異なる場合に、前訴判決理由の既判力がどの範囲に及ぶかが問題とされる⁽³¹⁾。つまり、同じ法的地位についての判決の拘束力は、保護規範や保護手段（の種類）が変化しても存続するの、存続するとすればいかなる範囲に及ぶのか、という問題である。

(1) この場合に注目すべきことは、拘束力の結節点として、法的地位の存否の判断だけでなく、その確保と貫徹のために主張された保護権の判断をも含めた、請求権の基本要素 (Elemente) についての判決に拘束力を生ずるとする点である。この基本要素は、さらに法的地位（①その存在、②誰がその主体か）と法的保護手段（③主張された具体的形式における法的救済か、④請求された領域に向けられているか、⑤原告は保護権の主体か、⑥被告はこの領域防禦の資格者か）につき、六つの基本要素に具体化される。しかし、これらの基本要素は、いずれにしても構成要件要素に従って一定の方法で確定されるのだから、拘束力の範囲を画するには、構成要件要素も考慮されねばならない。(Rimmelspacher, S. 260f. 262)。

(ii) こうして、基本要素についての判決の拘束力を認めるための前提要件として、①まず、前訴において個々の基本要素が審理され、その存否が判決されたことを要する。②ついで、審理された基本要素の成立要件が同一であることを要する。実体法上の構成要件が異っている場合にも拘束力を及ぼすと既判力により実体法を変えることになるからである。ただ、この場合に同一であるべき構成要件は、保護規範の要件である場合だけでなく、異議の要件の一部であってもよい。③また、これらの構成要件につき挙証責任分配が異っている場合にも、既判力により実体法を変える惧れがある。挙証責任が同一人に帰属するのか、前訴で挙証責任を負わない者に不利にならぬかぎり、既

判力が認められる。④最後に、法的地位の同一性の範囲にかぎられる。個々の基本要素の判断の拘束力の最大限の範囲を簡單明瞭にして不意打を防ぐためである(Rimmelspacher, S. 261—264)。

(ハ) 積極的既判力を生ずべき後訴では保護規範が変るから、訴訟資料の一部も変化する。そこで別に論じられている消極的既判力の時的限界⁽³²⁾におけると同様に、ここでも拘束力が制限される。①認容判決については、判決理由とされた保護規範が変化した場合には、構成要件要素が変わっている部分には拘束力がないが、両規範にとり共通の構成要件要素については拘束力が残る。②棄却判決については、判決理由となった棄却事由たる基本要素のすべてが、新しい保護規範においても同様の構成要件要素に従い確定されるかぎりには拘束力をもつ。しかし構成要件要素が異なれば、拘束力はない。(Rimmelspacher, S. 265f)。

(ニ) こうして、保護規範が変化すれば法的救済も変るが、当事者が訴訟で賭けているものは、この特定の保護の可能性であって、法的地位自体ではない。だから、保護の観点が異なれば、前訴判決の拘束力も以上の原則に従って限定されねばならない。⁽³³⁾

そこでたとえば、不法行為に基づく原状回復と金銭賠償のように、法的救済の形式だけが異って他の基本要素が構成要件的にもすべて同じ場合には、原状回復請求認容、棄却判決ともに、同じ基本要素について拘束力をもつ。しかし、原因請求と手形請求のように、法的地位、法的手段(形式・侵害領域)ともに同じだが、基本要素の構成要件が異なる場合は問題がある。法的手段については構成要件が異なるから拘束力は及ばず、法的地位については構成要件は同じだが拳証責任が異なるから、この点を配慮したかぎりでは既判力を生ずる、ということになる(Rimmelspacher, S. 269ff.)。

(25) Rimmelspacher, S. 178, 184, 185ff., 203f. 従来の既判力の範囲画定の基準である、訴訟物の同一性、先決関係、矛盾関係も、当事者の予見可能性を目的としてこれを実現してきたが、これでは実体法上の偶然の結びつきに左右される難点

- があった、という（Rimmelspacher, S. 178f., 182f.）。
- (26) リンメルスパッハーは、Rimmelspacher, S. 15ff. の前半において、ドイツ民法の立法者が訴訟物とした統一な請求権概念が、ヴィントシャイトの創設になる新しい概念であるところから、この概念の再検討とその後の理論の展開を通じて、このような結論を導き出す。奥田「ヴィントシャイトの請求権概念をめぐる最近の論議について」法学論叢八八巻四一六号合併号五五頁、とくに六四頁以下、七九頁以下にこの点の詳細な紹介がある。こうして得た実体法上の請求権の二つの構成要素の有用性を、訴訟物問題の個々の試金石について個々に検討するのが、Rimmelspacher, S. 175ff. の後半の部分である。その際、訴訟物の統一的解決という視点から吟味する必要はなく、個々の制度の目的をより有用に果す実際の解決をさぐるべきである、という。
- (27) Rimmelspacher, S. 202ff.
- (28) Rimmelspacher, S. 214—216, 185—193, たとえば、訴訟係属中に外的作用によって価値を毀損した絵の引渡訴訟に、最早興味を失った被告が敗訴した後、今度は損害賠償を訴えられた事例を考えれば、前訴判決の既判力を及ぼすことの不当が明かである。前訴における当事者にとっては、基準時における絵の引渡が問題であって、ことに被告ははるかに高価な損害賠償についてまで防禦しておくべき立場にはないからである。（insb. Rimmelspacher, S. 191, 192f.）。
- (29) Rimmelspacher, S. 184f., 194ff. この点につき、後述〔四〕2②（八六頁）参照。
- (30) Rimmelspacher, S. 226—258 簡単にいえば、消極的既判力は既判力の消極的作用ないし遮断効に対応し、判決された同じ法的地位についても、多くの異った保護規範、保護手段があるから、保護規範が異なれば新訴を提起できるかの問題である。そして、消極的既判力の限界は、裁判所の裁判の機能が法律や当事者の限定によって阻げられずどの範囲に及んだかによって決まる。つまり第一に、原告の提出した訴訟資料（事実関係）が手がかりを与えた保護規範についてだけ及び、後訴で他の保護規範が問題となれば及ばない。第二に、法律上の規定（管轄権や処分権主義など）によって、裁判権が制約された限度に限られる。（Rimmelspacher, S. 226—245）。消極的既判力の時的限界については後述注(32)参照。
- (31) Rimmelspacher, S. 259ff. 積極的既判力は再度同様の判断を要求する拘束力であるが（Rimmelspacher, S. 226f.）拘束力の範囲での訴訟の再提出は権利保護利益を欠く典型的事例として、消極的既判力を生じ後訴を否定するとらつ（Rimmelspacher, S. 259）。結局両者は相補う関係にあるといえる。

(32) Rimmelspacher, S. 245—258. 消極的既判力の時的限界として再訴が可能になるのは、①認容判決においては、判決理由となった保護規範だけでなく、判決理由たりえた保護規範の構成要件事実につき、基準時後に変化が生じた場合である。この場合の後訴で拘束力が残るのは、判決理由となった保護規範に変化が生じた場合の変化しない構成要件要素の判断にかぎられ、他の場合はすべて拘束力を失う。②棄却判決については、問題となったすべての保護規範の一つにつき、棄却事由たりえた一つの要件事実が変化すれば、常に再訴可能となる。変化を生じた規範については拘束力を残さず、変化を生じない規範についてだけ拘束力を残すとされる。こうして、基準時後に再訴の認められた後訴において、右の限度において、判決理由の拘束力が問題となる。

(33) Rimmelspacher, S. 267—304 は、こうした事例九例について検討したのち、保護規範の変化にもかかわらず、右の(四)の要件のもとでの積極的既判力が検証されたとする。

〔四〕リンメルスパー理論の検討とヘンケル理論および私見との対比

1 以上リンメルスパーの既判力限界論のうち、判決理由の拘束力に関する部分の概要を述べた。その特徴を一言でいえば、ツオイナーの目的論的な「意味関連」の代りに、実体法的な価値概念としての「法的地位」をすえ、これを中心に構成した見解である。この法的地位は、当事者の予測可能性を保障するために、既判力の最大の限界を画する明確な基準を提供するとともに、法的手段を通じて判決対象となり、法的手段が変っても、積極的既判力を生ずべき結節点として、判決の基本要素となる、というのである。この法的地位は、さらに、処分対象としての機能をもつ価値概念であるとされる点でも、ヘンケルのいわゆる「経済的価値」の概念と対応する。ヘンケルのこの基準に対しては、なお不明確であるとのベッチヘルの批判があったが、これに代るべきリンメルスパーの「法的地位」はどうであろうか。⁽³³⁾

リンメルスパーによれば、法的地位の決定的特徴をなすものは価値であり、これは経済的概念ではなく規範的

概念である。法的地位の同一性は、経済的価値評価によって決まるのではなく、法的地位の機能とされるところの処分対象、担保権の帰属点、履行の帰属点などの単複を決定する規範によって決まる。が、処分対象などこれらの事象は優れて経済的現象であるから、法規自体の内容を探究するには経済的考察が適切であるとし、結局、「法的地位の同一性は履行の帰属点の単複により決まる。これによって、法的地位の単複について手頃で明確な基準がえられたことになる」という。しかし他方では、この法的地位にいかなる経済的価値が帰属するかは第二の問題であって、これは法的地位のための救済手段の数、範囲および価値に関して答えられるとして、ここでも別途に経済的価値が問題とされる。(Rimmelspacher, S. 103—105)。このようにして得られた「法的地位」が、果して、ヘンケルのいわゆる経済的価値の同一性よりも明確な基準を提供しうるかについて、ここで即断はできない⁽³⁵⁾。ただ、ヘンケルの説明に較べ、その内容を具体化するための手がかりや道具立てが豊富であることは明らかである。しかし、これが却って問題を複雑化しないという保障はない。

2 リンメルスパッハーの既判力限界論がヘンケル理論と異なる点は、判決理由の既判力の結節点として、法的地位や法的手段などを判決の基本要素として位置づけたことである。しかも、これら基本要素は同一の構成要件要素により確定された限りで拘束力を生ずるとされるが、これは、ヘンケル理論において、包摂決定の一部となった事実確定や法的性質決定が直接拘束力をもつとされたのと異なる。このことは二つの意味をもっている。

① ヘンケル理論では、前訴判決にとって不可欠な事実確定や法的性質決定は、前訴請求と経済的価値が同一の後訴において直接拘束力を生ずるが、リンメルスパッハー理論では基本要素の構成要件の確定というフィルターを媒介として拘束力を生ずる。たとえば、所有権に基づく返還請求の場合、その法的地位が基準時における所有権を含むとすれば、所有権は構成要件に従って確定されるから、前訴で審判された売買による所有権と審判されなかった時効取

得による所有権は異なるという結果になる。⁽³⁶⁾ この場合の所有権は、当面の引渡請求との関係で相対的に争われるのであるから、訴訟過程において判決との関係で、具体的に主張立証を尽くすことの期待された主要事実に関する争点の判断に拘束力を限定した方が妥当であろう。⁽³⁷⁾

② また、リンメルスパッターにおいては、「関連性」が直接審判の対象となったことを要求するのも、拘束力の生ずべき基本要素としての「法的地位」が両訴の関連性に他ならないからであろう。だから、双務契約における反対請求権が前訴請求とは別個の「法的地位」であれば、同時履行の抗弁権（法的手段）を通じてこの点が審判されない限り既判力は認められない。しかし、前訴においてこの抗弁が提出されなくとも、当事者が双務契約の効力を争わざるをえず、かつ後訴における契約無効の確定力が前訴で予期できた経済的負担を超えない限り、直接この点の拘束力を認めるべきであろう。⁽³⁸⁾ 逆に、リンメルスパッターにおけるように、抗弁権によって審判された反対債権の判断すべてに拘束力を生ずるとすれば、抗弁と反訴との区別がなくなるだけでなく、前訴判決にとり必ずしも不可欠でない付随的な判断にも常に既判力を生ずることになって不当である。⁽³⁹⁾

3 ヘンケル理論や私見が強調した弁論主義のもとでの当事者の主体的地位と責任を前提とする視点は、リンメルスパッターにおいては後退する。わずかに、法的関連についての審判に当事者が寄与できる可能性を与える手続によってその正当性を保障することを要求する。しかし、ここでは判決主文に不可欠であることからくる訴訟追行の緊張度が問題なのではなく、ただ、当事者の弁論と裁判所の判断の機会があったかどうかだけが問題である（Rimmelspacher, S. 194）。この点で、拘束力を審判の有無にかからせないツオイナー理論を一步制限することになるが（vgl. Rimmelspacher, S. 222）、ヘンケルが慎重に考慮した審判の順序強制への配慮はここでは欠落し、たとえば、請求を他の権利と関連づける抗弁はすべて相殺の抗弁と同置されてしまうことになる（Rimmelspacher, S. 220f.）。

4 リンメルスパッハーの既判力限界論のヘンケル理論とのこのような食い違いは、基本的には、民事訴訟の目的ないし既判力の根拠についての理解の差異に深く根ざしていることを見落してはならない。リンメルスパッハーによれば、既判力の目的と根拠は、(1)当事者間の法的安定性の保護、(2)裁判所の負担の軽減、(3)裁判所の威信の維持の三点にある(Rimmelspacher, S. 228f., 259)。これは、法的平和維持を民事訴訟の理念的目的と考へ、そのための手段である私権の実現は前者を阻げないかぎりでだけ認められる、とする彼の訴訟目的観に根ざしていると思われる⁽⁴⁰⁾。そこから、秩序維持の役割をもつ裁判所が、裁判を求められかつ裁判のできた範囲において既判力を生じ、そのかぎり再度争わせないことが前述の既判力の目的にもそうことになる。判決理由の既判力についても、拘束力の生ずべき基本要素について裁判所が審理判決したことが重視され、訴訟過程における当事者の訴訟追行の緊張度が問題とならなかったのも、この理由によるものと思われる。

しかし、本来私人間の権利をめぐり対立する利益を調整するための民事裁判の既判力が、私人間に妥当する正義の観念を抜きにして、もっぱら国家的威信や法秩序維持の訴訟目的だけから根拠づけられるのは疑問である。これでは既判力によって、結果的には私権の侵害を生じうることを正当化することはできない。これを理由づけるためには、この権利と調和しこれを制約できる内在的な論拠が必要である⁽⁴¹⁾。ヘンケルはこのように反論して、民事訴訟をば私人の権利行使の場と解するとともに⁽⁴²⁾、既判力の右のような効果を権利失効 (Verwirkung) の原則によって根拠づけ⁽⁴³⁾る。つまり「既判力の失権効は両当事者がすべての重要なものを訴訟に提出できたこと、そしてこの可能性が相手方のためにも役立つべきものであったことを根拠としている。訴訟の機会を利用しなかった者は、保護されるべき相手方のために、自己の権利をそれ以上行使することを失効する。」これは、既判力における法的安定性をば私法上の権利をめぐる法的安定性と統一的に評価し、既判力の失権効を、私的自治における自己責任の原則と相手方との信頼保護

の観点からくる権利失効の原則によって論拠づけたものである。もちろん、既判力は双方当事者の対立する利益の評価に基づいて、勝訴当事者の保護すべき必要性を認めたことに立脚している。この場合に評価されるのは、訴訟外の権利状態だけでなくとりわけ訴訟上のその行使の容態であるから、その訴訟上の行使の容態によって実体権の効果に重要な影響を生ずることになる、というのである。

ヘンケル理論は、さらに判決理由の既判力については、前述の通り、当事者の訴訟追行の緊張度により判決理由の正当性が保障されたことを根拠とする。そして、当事者が判決基礎の形成に寄与すべき責任は、訴訟過程においてこれが判決にとり重要となった限りでのみ生ずる。しかし、当事者がこのような判決基礎形成の責任を現に果たしたかどうか、またどの程度に果たしたかは問題ではない。ただ、当事者が訴訟過程において必要となった判決基礎形成への寄与を怠った場合には、その程度において主張が排斥されるという既判力の制裁をうけ、これによって判決理由の正当性の手続的保障が確保されることになる(Henckel, S. 156)。

このように既判力を当事者の懈怠した容態に対する制裁として捉えることは、既判力効を権利失効の原則により論拠づけることに由来すると思われる。換言すれば、権利失効の原則により既判力の失権効が根拠づけられることから、判決理由の正当性の手続的保障も確保されることになる。ただこの場合、権利失効の原則による既判力の失権効は、訴訟物の同一の範囲においては、当事者の提出できたすべての事実⁽⁴⁴⁾に及ぶことになろうが、訴訟物を異にする後訴での判決理由の既判力については、さらに具体的な訴訟追行の高度の緊張度が要求され、拘束力の範囲はより狭く限定される。両者がいかに関連するかは、ヘンケルの説明だけでは必ずしも十分ではない。⁽⁴⁵⁾

さらに、権利失効の原則による既判力の根拠づけに対しては、すでにベッチヘルの批判がある。⁽⁴⁶⁾ すなわち、訴訟の結果である既判力効は、当事者の行為に帰することはできず、むしろこれは裁判所の関与による法発見の結果であるか

ら、その協力や瑕疵の方がより重視されねばならない。十分に注意深く訴訟をしたが敗訴した当事者が、なぜ不当判決を甘受しなければならぬのか。これは当事者の行為責任に根ざす権利失効の原則からは説明できず、法的安定性という公的利益の要請により根拠づけられねばならない、というのである。たしかに、民事訴訟は国家制度であり、判決は裁判官の関与する法発見の結果である。しかしながら、処分権主義、弁論主義のもとでは、判決の対象と判決の基礎をなす資料の提供は当事者に委ねられ、その責任とされている。その限りで、訴訟の結果は当事者の訴訟追行に左右され、結果的には実体法上の処分行為と異ならない効果を生ずる。その意味では、私法上の私的自治と自己責任の原則に照応した構造をもっている。これは民事訴訟法の基本的構造であって、当事者の訴訟追行の結果は当事者に帰すのが原則である。裁判所の瑕疵により当事者の訴訟追行を不当に評価した結果生ずる誤判は、いわば病理現象であり、これを理論の出発点とすべきではあるまい。⁽⁴⁷⁾ また、民法が、当事者に帰しえない確定判決の顕著な瑕疵を再審事由として取消を認めるのは、この間の事情を示すものといえる。⁽⁴⁸⁾

(34) Rimmelspacher, S. 48—107 は、消滅時効の完成した請求権にも、給付を受領し保持する債権者の地位が残るところから、この地位を法的手段による要求権能や義務づけの要素をもたない法的地位として構成し、他の場合にも拡大する。そして、このような法的地位は、履行の帰属点であり、かつ、給付の法的原因であるという機能をもち、さらに、担保権の帰属点としての機能、処分対象としての機能、責任対象としての機能をもつ。

しからば、この法的地位の実質とその個別化の基準は何であるか。この点を明らかにするために、法的地位が従来から——ヘンケルをも含めて——請求権個別化の基準とされてきた請求原因や請求内容といかに関係するかを、法的地位の機能領域をめぐって検討する。そして結局、次のように結論するのである。つまり、法的地位はある価値を取得する期待と利益である。この価値に対する期待は、価値を取得する具体的な見込であって、受け取った価値を保持し、使用し、換価する権限をも伴うものである。この価値はいかなる時点でも一定の形式に化体されているが、この形式は、——間接的な請求内容としての給付内容のことであって——価値の同一性、つまり法的地位の同一性を決める基準とはならない。法的

- 地位を基礎づける事情である請求原因も、法的地位の同一性の基準として適切ではない。こうして、その同一性を決める基準が何であるかにつき、次のようにいう。なお、奥田・前掲法学論叢八八卷四一六号七九頁以下参照。
- (35) リンメルスパーの「法的地位」の基準をここでいかに評価するかが問題となるが、本稿でこの点に深く立ち入るゆとりはない。他日を期せざるをえない。奥田・前掲八二頁の評価参照。
- (36) この点で所有権の中間確認の訴を提起した場合の確認判決の既判力と異なることにならう。So Bruns, *Zivilprozessrecht*, S. 214 N. 25
- (37) 住吉・前掲民商法雑誌六一卷七八二頁参照。吉村・前掲法政研究論文は、この点を明確に意識して論じていないが、主要事実の判断としたのは、構成要件的判断であるとの意味に他ならない。
- (38) So Henckel, S. 199ff. 前掲〔一〕3④の説明参照。
- (39) Bruns, *Zivilprozessrecht* § 44 IV S. 418; Kloepfel, *Die Einrede der Rechtskraft*, S. 135ff は、独立の権利をも既判力で確定するためには、そのための中間確認の訴を必要とする、という。中間確認の訴がなくとも常に既判力を生ずるとはいえない。
- (40) Rimmelspacher, *Zur Prüfung von Amts wegen* (1966) S. 19ff. insb. S. 23
- (41) Vgl. Henckel, S. 59ff.; ders., *Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen*, S. 11ff. なおこの点につき、吉村「西ドイツにおける各種訴訟促進案とその問題点」法政研究三六卷二一六合併号三六一頁以下参照。
- (42) Henckel, S. 61ff.
- (43) Henckel, S. 96ff.
- (44) Henckel, *Parteilchere und Streitgegenstand im Zivilprozess*, S. 302; Henckel, S. 169 なおこの点につき、前注(2)参照。
- (45) 権判失効の原則が、訴訟物である法的効果について作用したための間接的效果であるか、あるいは判決理由たりうる前提事実の直接作用したための効果であるかによる差異であろう。事実関係の遮断効の要件の緩厳の差異もこの結果であろう。両者をいかに位置づけるかは、既判力の根拠づけとの関係で問題とならう。
- (46) Böttcher, a. a. O., *ZZP* 85, S. 20; ähnlich auch Kollhoser, *JZ* 1972, 291 (292)

(47) So, auch Gaul, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, ACP 168, 27 insb. 53ff.

(48) Vgl. Henckel, S. 98ff. もともと、この点については明らかに検討する必要がある。

四 む す び

一 以上において、判決理由に関するツオイナー理論以降の西ドイツ理論の展開をできるだけ詳細にたどってきた。この理論の展開を学説史的にみれば、すでに指摘したように、二つの系譜に区別できるように思われる。その一は、ツオイナー、ペータース、バーダー、ヘンケルに至る系譜であり、その二は、ツオイナー、(ヘンケル)、ブルンス、リンメルスパッハーの系譜である。前者は、ツオイナー理論に欠けていた、前訴手続過程における訴訟追行の状況や容態を配慮すべきことを強調する方向をとったのに対して、後者は、前訴における法的救済手段の基礎となる法律関係(ブルンス)や法的地位(リンメルスパッハー)についての裁判を既判力対象とみて、後訴におけるその同一性を強調する方向であった。第二の系譜のうち、ブルンスにおいては、サヴィニー理論を再評価しこれを現行法のもとで再構成しようとしたクレッペル理論の影響がみられ、また、リンメルスパッハーにおいては、ウィンドシャイドを通じてともに、普通法理論に連なる系譜をたどることができるといえる。ただ、ブルンスやリンメルスパッハーにおいては、基礎となる法律関係や法的地位を現行法のもとで限定的に解釈し、その同一性の範囲内において、前訴で確定された構成要件要素が共通なかがり、拘束力を認めようというわけである。ヘンケル理論における「経済的価値」の同一性が、ここでの「法律関係」や「法的地位」の同一性に対応することはいうまでもないが、他方、ヘンケルが拘束点とする事実確定や法的性質決定は、第一の系譜に連なり、前訴手続過程において高度の緊張度による訴訟追行が期待された場合でなければならなかったわけである。

二 このような西ドイツ理論の展開とは別に、むしろ時期的にはこれより早く、わが国においても、ツオイナー理論の批判と検討がなされていたし、さらに新堂教授の争点効理論が判決理由の拘束力について独自の理論を展開していた。わたくし自身の見解も、一方で、アメリカ法のコラテラル・エストップの法理を参照しながらも、他方では、これらのわが国独自の理論に立脚したものであったことというまでもない。残念ながら、これらのわが国独自の理論は西ドイツ理論に影響を与えないまま、むしろ時期的にはこれより遅れて、かの地でも類似の方向に理論の展開をみつつあることが明らかとなったと思う。

たとえば、井上正三教授のツオイナー批判における「裁判所の選択権」ないし「当事者の審判の順序指定権」の観点は、その後のペーターズのツオイナー批判のそれと共通である。また、新堂教授が前訴手続過程における訴訟追行や審判の状況によって争点効を認められたのは、その後のバーダーやヘンケル理論と共通するところであった。ただ、ヘンケル理論においては、訴訟過程において判決にとり不可欠となった事項にかぎって、当事者がその確定に寄与すべき緊張関係にあった場合であれば、新堂理論におけるように、現に主張立証をつくしたことを必ずしも必要としない点で異なるだけであった。⁽²⁾この点に関連して私見が、ヘンケル理論と共通するところの多いことはすでに述べた。⁽³⁾さらに、信義則による争点効の根拠づけ以来、わが国においてなされた、判決理由の拘束力の根拠をめぐる理論は、信義則の具体的法則に他ならない権利失効の原則により既判力を根拠づけるヘンケル理論と連なるものがある。⁽⁴⁾とりわけ、小山教授が、信義則の適用としての争点効を主張されながら、なお信義則を根拠とする既判力としての争点効の余地を示唆される場合には、⁽⁵⁾同様の方向を示すものと見ることができよう。

三 こうして、ツオイナー理論以降わが国において独自に展開してきた理論は、西ドイツにおいても、とくに第一の学説史的系譜のなかに、極めて類似した理論の展開を見出すのである。そこでいま、これをどのように受けとめる

かが問われているわけである。もちろん、わが国理論が独自に積みあげてきた配慮や成果が、西ドイツ理論に欠落していることも多い。したがって、いたずらにこれに盲従すべきでないこというまでもないが、新たな理論の展開によってわが国理論を豊富化できるものがあれば、比較法的な見地から主体的にその努力を重ねることも必要であると考えられる。本稿では、このような見地から、西ドイツ理論の以上のような展開に立脚するとともに、その後のわが国理論の展開をも含めて、判決理由の拘束力の根拠を検討し、私見の新らたな補強ないし補正を図るつもりであった。しかし、そのためには、稿を改めて独立の論稿とした方がより適切であると思われるので、この点につきさらに別稿を参照して頂ければ幸せである。⁽⁶⁾

四 争点効理論以来のわが国における判決理由の拘束力理論は、リンメルスパッハーよりもヘンケル理論により多くの共通点を見出すことが、以上によって明らかになったと思う。ただ、リンメルスパッハー理論は、前述のように、学説史的には、ブルンス、クレッペル理論とともに普通法理論に連なる系譜をもち、普通法以来の豊富な概念道具を再構成して活用するなど注目すべき多くの視点を提供した。積極的既判力と消極的既判力の区別、判決理由の拘束点としての基本要素、さらに先決的法律関係に代る法的地位などがこれである。これらの点を正しく評価するためには、ブルンスやクレッペル理論との対比だけでなく、さらに遡って普通法理論の検討を要するように思われる。これは今後の課題とせざるをえない。

(1) この点について、前注一(1)(2)の各文献参照。

(2) 小山「いわゆる争点効について」ジュリスト五〇四号八二頁は、この立場は疑問とされる。「真剣に争うか否かは当事者の自由であり、争わない自由にまで争点効の不利を結びつけることは、……信義則適用の埒外のことからであると思われるからである。」問題は信義則の内容は何かであろう。信義則の具体的法則に他ならない権利失効の原則によれば、へ

ンケル理論も根拠をもつことになる。この点の私見につき、前注三(15)参照。

(3) 前述三(12) 4 参照。

(4) 新堂・前掲論文(前注一(2))および小山・前掲論文(前注(2))参照。なお、住吉・前掲民商法雑誌六一卷一七五頁、七五四頁は、新たな視点から、既判力の本質を論じ、争点効もまた、既判の訴訟手続の貫徹力として既判力と共通であるが、既判力とは異った要件のもとに、相対的な独立性をもつ第二次的な拘束力である、という。

(5) 小山・前掲論文(前注(1))八二頁。なお、新堂・前掲論文(前注一(2))のほか、同「紛争解決後の損害の増大とその賠償請求」ジュリスト四三一号一四三頁や民訴雑誌13号一八五頁の新堂発言参照。

(6) 「判決理由の拘束力」―その根拠と限界―山木戸教授還歴論文集登載予定。