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

サヴィニーの既判力論についての覚書

児玉, 寛
大阪市立大学法学部助教授

https://doi.org/10.15017/1974

出版情報：法政研究. 59 (3/4), pp.287-316, 1993-03-26. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

サヴィニーの既判力論についての覚書

児玉　寛

一　はじめに
二　既判力と既判力の抗弁権
三　既判力の対象と発生要件
四　既判力の抗弁権の作用要件
五　まとめ

一　はじめに

1　本稿の内容は、F・C・v・サヴィニー（一七七九～一八六一）の『現代ローマ法体系』第六巻（一八四七年）の第二部を構成する既判力論[1]の紹介である。

サヴィニー理論は、確定判決の理由中の判断に既判力を認める。しかしこの見解は、一九世紀中葉のドイツ普通法学における既判力論争をへて、最終的に、ドイツ民事訴訟法（一八七七年）の歴史的立法者によって否定された。すな

わち、

「サヴィニー説にしたがう定式は、個別訴訟の任務を越えるものであり当事者の意図を逸脱している。当事者は、訴訟の対象を請求の趣旨（Petitum）に表示して限定しようと考えており、この訴訟のこの争点という形でしか裁判官の判断を期待していないのである。……判決は、当事者の意図を越えてはならないのであり、当事者が訴訟の過程で全く意識していなかった結果を生んではならないのである。」(2)

にもかかわず、特に二〇世紀後半になってドイツでも日本でも、判決理由中の判断に後訴における拘束力を承認する方向で様々な学説が提唱されてきたことは、周知のとおりである。(3) そしてこれと連動しつつ、サヴィニー理論もアクチュアルな問題として再検討の対象とされてきた。(4) しかし私見によれば、従来のサヴィニー理解には、本稿の「まとめ」で具体的に示すように、いくつかの誤解が含まれているように思われる。本稿の目的は、様々なサヴィニー理解を括弧にいれたうえで、彼の既判力論そのものを再現することをつうじて従来の理解に疑問を提起することにある。

2　ところで、従来のサヴィニー理解を前提としたうえでサヴィニーの既判力論の問題性をラディカルに剔抉しえたのは、井上正三教授であった、と評することができる。それが可能であったのは、井上教授がツォイナー説との対決を通じて自らの既判力論を模索して来られたからであろう。ツォイナーは、『既判力の客観的限界』と題する教授資格取得論文（一九五九年）(5)において、前訴訴訟物と後訴訴訟物との間の「実体法的意味連関」を媒介にして前訴の既判力を後訴にも及ぼすべきことを大胆に主張した。この見解は、後訴に対する前訴判決の既判力の作用を著しく拡張する点でサヴィニー理論と基本的に共通しているのである。したがってツォイナーに対する根本的な批判は、同時にサヴィニー批判ともなりうる可能性を含んでいるのである。

井上教授は、その処女論文である「既判力の対象と裁判所の選択権―『請求』論争への一視点―」（一九六〇年）(6)か

ら、その後の論議の展開を踏まえて執筆された最近の論稿である「既判力の客観的限界」（一九八四年）[7]にいたるまで一貫してツォイナーを批判してきた。その骨子を後者によって要約すれば、次のようになる[8]。すなわち、既判力論には、「何がいかにして既判力を生じるのか」という「発生要件」の問題と、「いかなる後訴との関係で既判力は作用するのか」という「作用要件」の問題が含まれている。この視角からするとツォイナー説は、当初は「作用要件」の拡大のみを説くように見えたが、その後は、訴訟過程で示される原告と被告の主張によって訴訟物が決定されてゆくという方向、つまり「発生要件」の柔軟な拡大へとその理論を変容させている。しかし、「訴訟物決定過程の動態化の中で、当事者相互間の攻防展開がどのような機能を担っているのか、結局複数の攻防法の中からたまたま裁判官が選びとり判断した事項のみが決定的意義をもつだけではないのか、それはまさに訴訟過程における当事者の自律的・主体的な行動を無視した訴訟理論へと帰着するのではないか、という懸念が依然として解消されない」、と。ツォイナー批判を介してサヴィニー理論にも向けられている疑念は、彼の既判力論は訴訟過程を無視した理論ではないか、ということである。この批判は、そもそも、あるいは、どの程度まで正当であるのか。本稿は、このような問題関心からサヴィニー理論を検討する。

3 ところで、本稿は少なくとも二重の意味において暫定的な性格しかもたないので、この点について、いくつかのことを述べておく。

第一に、本稿はサヴィニーの既判力論をとりまく当時の—ローマ法源理解を含む—学説・実務の状況ならびにその後の既判力論争を考察の対象としていない。これらの問題については、注(4)に挙げた文献においてすでに検討が加えられている。しかし、私見によれば、より根本的な考究が必要であるように思われる。というのも、後述するように(**二・5**)、サヴィニーの既判力本質論は厳格法と衡平法との二元性という彼のローマ法源の構造理解を背景とする

独自の抗弁権概念によって規定されており、その他の見解との対立点も、根本的には、国制を異にする当時のドイツにおけるローマ法的二元性の意味についての評価の対立に起因している、と推測されるからである。したがって、サヴィニー理論を位置づける作業は、一九世紀ドイツ普通法学全般におけるローマ法的二元性からの解放過程をふまえたものでなければならないであろう。

第二に、本稿ではサヴィニーの司法政策を考察の対象としていない。彼は、一八一七年三月二〇日に新たに創設されたプロイセンの Staatsrat の当初からの構成メンバーであり、七つある専門部会のうち主として司法部会（Abteilung für Justiz）に所属し、さらに、一八四二年二月二八日には法律改訂大臣（Minister für Gesetzesrevision）に任命された[9]。この時期のサヴィニーの活動の重点のひとつは、プロイセンの民事訴訟法の改革であった[10]。したがって、訴訟過程と既判力論との関連という本稿の問題関心からすれば、サヴィニーの民事訴訟手続の構想を解明することが不可欠である。そのためには、いわゆる「サヴィニー遺稿」や Staatsrat 時代ならびに法律改訂大臣在任中のサヴィニーによる鑑定意見書（Gutachten, Votum）を分析する必要があろう。以上いずれの点についても、現在の筆者にはその用意がないため、これらを将来の検討課題とせざるをえない。

（1） Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd.6, 1847, (Neudruck, Scientia·Aalen 1974), 257ff. 本稿では、『現代ローマ法体系』を『体系』と略して、その第六巻からの引用は頁数のみによる。なお、引用文中の傍点部分の原文はゲシュペルト（隔字体）であり、［ ］内は引用者による補充部分である。また、本書の既判力の客観的限界論については、民事訴訟雑誌二五号（一九七九年）二三六頁以下に文字浩教授による詳細な紹介がある。

（2） Carl Hahn, Die Gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd.2, Materialien zur Zivilprozeßordnung Abteilung 1, hrsg. v. Eduard Stegemann, 2te. Aufl., 1881, (Neudruck, Scientia·Aalen 1983), 291.

（3）ドイツの状況については、吉村徳重「判決理由の既判力をめぐる西ドイツ理論の新展開」法政研究三九巻二―四合併号（一九七三年）四五三頁以下が詳しい。わが国の学説状況については、井上治典・伊藤眞・佐上善和共著『これからの民事訴訟法』（日本評論社、一九八四年）第一五講（井上治典執筆）ならびに同書二二六頁掲記の参考文献、新堂幸司「提出責任効論の評価―既判力の時的限界に関連して―」（初出・法協百年論集3巻、一九八三年）同『訴訟物と争点効(下)』（有斐閣、一九九二年）二五九頁以下、また、判例の動向については、東松文雄「争点に対する判決理由の判断の拘束力について―要件と効果との均衡に視点をおいた理論構成の試み―(一)～(七)完」判時一三六二号一〇頁以下、一三六五号一三頁以下、一三六八号二四頁以下、一三七四号一一頁以下、一三七七号一八頁以下、一三八六号一六頁以下、一三九二号一〇頁以下（一九九二年）を参照。

（4）Konstantin D. Kerameus, Die Rechtskraftwirkung der Entscheidungsgründe nach gemeinem und partikularem Recht, AcP 167 (1967), 241～267 (251ff.); Friedrich Gaul, Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand, in: hrsg. v. Horst Heinrich Jakobs u. a., Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Bd. I, Otto Schmidt·Köln 1978, 443～525; Knut Wolfgang Nörr, Das Aktionenrecht bei Savigny, IUS COMMUNE Ⅷ (1979), 110～119 (116ff.); Oliver Vossius, Zu den dogmengeschichtlichen Grundlagen der Rechtsschutzlehre, Rolf Gremer·Ebelsbach 1985, 42～99. 霜島甲一「ドイツ民事訴訟法三三二条の前史」民事訴訟雑誌八号（一九六二年）一〇八頁以下、文字浩「ドイツ『既判力の客観的限界論』の展開(一)」民商六九巻四号（一九七四年）七一〇頁以下、同「サヴィニーの『判決要素論』に関する一考察(一)」南山法学一巻二号（一九七八年）一二五頁以下。なお、ヴォッシウスの著作については、Theo Mayer-Maly, TRG 56 (1988), 238f.; Stefan Smid, ZZP 101 (1988), 349～353; Wolfgang Sellert, ZNR 10 (1988) 83～86 の好意的な書評のほか、サヴィニー法学の展開を標榜するいわゆるフルーメ学派のピッカー（Eduard Picker, テュービンゲン）の助手である Thomas Kahl による批判的な書評、Vom sachlichen Gehalt der Rechtsschutzlehre, SZ Rom.107 (1990), 396～409 をも参照。

（5）Albrecht Zeuner, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft, Mohr·Tübingen 1959. 本書の紹介として、霜島甲一・法協七六巻六号（一九五九年）六八九頁以下、伊東乾・民事訴訟雑誌六号（一九六〇年）一九七頁以下。

（6）立命館法学三二号（一九六〇年）七三頁以下、三三号（同年）二七頁以下。

（7）編集代表・新堂幸司、編集責任・吉村徳重＝井上正三『講座民事訴訟⑥裁判』（弘文堂、一九八四年）三一七頁以下。

（8）井上正三・前注(7)、三二七頁、三三一頁注(18)。

(9) Vgl., Wolfgang van Hall, Savigny als Praktiker – Die Staatsratsgutachten (1817-1842) –, Diss. Kiel, Bremerhaven 1981. 本書には、Staatsrat 時代のサヴィニーに関わる公文書のうち主なものの内容の要約一覧 (Regesten) と Staatsrat に提出されたサヴィニーの鑑定意見七六点の所在一覧が付されている。なお本書については、ハル自身による同名の標題の要約論文がある (SZ Germ. 99 (1982), 285～297)。さらに、Friedrich Ebel, Savigny officialis, de Gruyter·Berlin u. a., 1987.

(10) Adolf Stölzel, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung dargestellt im Wirken seiner Landesfürsten und obersten Justizbeamten, Bd.2, Berlin 1888 (Neudruck Topos·Liechtenstein 1989), 500ff. 河野正憲「サヴィニーとプロイセン一般裁判所法改正について」原島重義編『近代私法学の形成と現代法理論』(九州大学出版会、一九八八年) 三六五頁以下。Hrsg v. W. Schubert, Gesetzrevision (1825-1848) Abt.2, Bd.9 Halbbd.1, Topos·Liechtenstein 1989; Bd.10, 1990.

二　既判力と既判力の抗弁権

1

まず、用語法から検討する。「既判力」と一般に訳されているドイツ語は、Rechtskraft である。日本語訳との違和感の背景には、ドイツ民事訴訟法継受以前にすでにフランス語の force de chose jugée が「既判力」と訳されて定着していたという事情 (たとえば、旧民法財産編五七〇条) があろう。これらのヨーロッパ近代語の語源は、いうまでもなく、ラテン語の res judicata (判決された事件、既判物) である。ところで、サヴィニーによれば、判決一般を意味していた res judicata に「より上級の裁判所での変更の可能性がなくなった判決」つまり確定判決 (unabänderliches Urteil) という意味を盛り込んだのはカノン法であり、この意味での res judicata に rechtskräftiges Urteil というドイツ語があてられた (二九九頁)。その経緯はともかくとして、サヴィニーと同時代のドイツの少なくとも法律家においては、権利ないし法を意味するレヒトという単語が確定判決の属性を示す術語として受容されていたのである。こ

のような一般的な背景のもとで執筆されたサヴィニーの既判力論は、確定判決が具有するレヒトという属性つまり既判力を全面的に解明しようとしたものである、と評することができる。「全面的に」というのは、既判力の本質、その発生要件、その作用要件の三点にわたって、しかも、一般的に論じる（Rechtsphilosophie）のみならずローマ法源にそくして歴史的に論証する（Rechtsgeschichte）ということである（参照・『体系』第一巻五二頁）。

2 さて、既判力の本質論について言えば、第一の問題は、そもそもなぜ確定判決なるものが存在しうるのか、である。確定判決とは再訴の可能性を封じられた判決のことであるから、この問いは、そもそもなぜそのような封じ込めが承認されるのか、ということである。サヴィニーによる解答は、ひとことで言えば、「権利の不安定さを回避するため」である。彼は、そのような目的が定立されるに至った経緯を法政策の問題として次のように論じている（二五九頁以下、二八九頁）。すなわち、過去の判決が後になってその正当性を疑われる場合には、正義は、かつての過ちを突き止めてこれを正すように要求する。しかしながら、法規則や証拠の認定や包摂問題について見解の対立があることも、つねに予測されうる。したがって、いったん右の要求を認めると、ひとつの事件について何度も判決が繰り返される可能性があり、権利は際限のない不安定な状態におかれる。そこで、誤判を維持することの危険性と権利の無限の不安定さとのディレンマに直面する。いずれがより有害であるかを決することは法政策の問題である。そして、権利の不安定さから生じる危険の方が、古くからしかも諸民族の立法において、より由々しいものであるとされてきた、と。そのような不安定さを解消すべしという要請が再訴の可能性を封じ込めるという措置を可能とした、というわけである。典拠法文は、パウルスの『告示註解』第七〇巻から抜粋された次の法文である（二六一頁以下、参照・二七五頁以下）。

学四四・二・六「各訴訟にはひとつのアクチオとひとつの最終判決で十分であるということは、十分な理由に基

づいて是認されている。かりにそうでないとしたら、訴訟の回数が増加するので―特に、矛盾する判決が下される場合には―由々しい、そればかりか避けることのできない弊害をもたらす。それゆえ、既判物の抗弁を生むことが全く通例である。」

なお、審級制度（die Instanzen）は誤判を避けるために創出された措置であり（二六一頁、二八九頁以下）、この措置自体、ある時点で再訴の連鎖を断ち切って構わないという判断を前提にしているといえよう。

3　第二の問題は、「権利の不安定さを回避する」という目的が正当化されたとして、それをどのようにして実現するか、である。サヴィニーは、この目的を達成するためには確定判決の「真実性の擬制」という実定的な法制度が必要である、と考える（二六一頁）。すなわち、

「前述の目的を達成するための極めて重要な法制度は、一般に、裁判官の判決の既判力と呼ばれるが、既判力とは真実性の擬制（die Fiction der Wahrheit）にほかならない。この擬制によって、既判力をもつ判決は、それに対して異議を申し立てたりそれを失効させたりしようとする将来の一切の試みから守られるのである。才智あふれる論者は、［既判力をもつ判決］について『本当のレヒト（wirkliches Recht）』と対置して『形式に基づくレヒト（förmliches Recht）』という表現を使った。」

総じて、サヴィニーが諸説の検討という文脈を離れて他人の著作を引用することは滅多にないが、ここでは唐突に、ユストゥス・メーザー（Justus Möser, 一七二〇～九四）の時事論文集『愛国者の夢想』を引用している（二六一頁）。立法に懐疑的であった点で歴史法学派とも相通じる、政治家にして歴史家であり政論家でもあったメーザー[11]は、同書の第四分冊（一七八六年）に配された『本当のレヒトと形式に基づくレヒトとの重要な差異について』と題する第三〇番目の小論において、ひとは間違いを犯すものであるという観念から説き起こして、次のように続けている[12]。

「ひとがレヒトであるとか真実であるとか認定している事柄は、それが形式という衣装を纏わされるまでは、決してレヒトとしての通用力をもつわけではない。それがレヒトであるために必要な形式は、それが権限を有する裁判官によって宣言され、かつ、レヒトとしての効力（die Kraft Rechtens）を有するに至っているということである。」

メーザーの論旨は、裁判官が「本当のレヒトである」と判定した内容が「形式に基づくレヒト」になるまでの期間を出来るだけ短くするのが最良の民事訴訟法（Proceßordnug）である、というものである。これは、明らかに当時の訴訟遅延とプロイセンの司法改革を意識した議論である。[13] しかし、サヴィニーをとらえたのは、ふたつのレヒトを語るメーザーのキャッチレフレーズであった、と思われる。確定判決の内容が「本当のレヒト」に合致しているという保障はどこにもない。にもかかわらず、権利の不安定さを回避するためには、再訴の可能性を打ち切る必要がある。この打ち切りを正当化するには、確定判決の内容をレヒトに合致するものであるかのように扱う、つまり、その真実性を擬制してやるしかない。サヴィニーの既判力論の根底にはこのような認識があったのではないか、とも推測される。ともあれ、このような法政策的観点から導かれた「真実性の擬制」という構成がローマ法源とどのように関連しているのか、が次の問題である。

4 「既判物の抗弁について」と題する『学説類集』第四四巻第二章[14]に採録されている法文を読む限りでは、古典期ローマの法律家たちは確定判決の属性を少なくとも正面からは論じていない。にもかかわずサヴィニーは、「[既判力＝真実性の擬制という]」この法制度の内容と諸根拠についての最も一般的な言明」を示す法文として前述(2)のパウルス法文（学四四・二・六）を挙げる（二六一頁）。しかし、この法文からは、この法制度の根拠としての再訴の禁止や矛盾判決の回避は読み取れても、その内容としての真実性の擬制を直接的に読み取ることはできない。たしかに、

ローマ法文には、「既判物は真実と受け取られる（res judicata pro veritate accipitur）」という文言を含むものがある。それは学一・五・二五と学五〇・一七・二〇七であり、サヴィニーも別の個所でこれらを引用する（二七四頁）。しかし、ウルピアーヌスの『ユーリア法とパピア・ポッパエア法について』の第一巻から抜粋された前者は、判決の構成要件的効果に関わる特殊なものであり[15]、後者は前者からさらに抜粋されたレグラ（法範）である。したがって、既判力という「極めて重要な法制度」の内容の典拠としては弱すぎるように思われるのである。

では、サヴィニーの見解にはローマ法源上の根拠はないのか。この疑問に答えるためには、サヴィニーの用語法を一瞥しておく必要がある。それによれば、既判力とは確定判決の内容についてその真実性を擬制する法制度である。既判力をもつ確定判決つまり真実性を擬制された確定判決が後訴に及ぼす作用は「既判力の抗弁権（Einrede der Rechtskraft, exceptio rei judicatae）」という別の法制度に由来する（二六五頁、四〇九頁）。既判力の実現手段が抗弁権である以上、サヴィニーの抗弁権概念からすれば、抗弁権によって主張される確定判決の内容は擬制された真実でしかありえない。その理由は、サヴィニーの抗弁権概念を検討することによって明らかとなるであろう。

5　『体系』第五巻第二二五節にみるサヴィニーの抗弁権概念[16]の要点は、抗弁権とは被告の独立の権利（selbständiges Recht）である、というものである。たとえば、原告の所有物回復請求訴訟における被告による他物権の主張（同書一五七頁）。以下ではこの例にそくして、サヴィニーの抗弁権概念を私なりに敷衍してみる。被告の他物権は、原告の所有権を否定することなくこれと併存しつつ、その貫徹を阻止することができる。そして、他物権が消滅すれば、原告の所有権は完全な支配権能を回復する。このように、抗弁権はその対抗を受ける権利の存在を前提とする。したがって、既判力の実現手段が抗弁権であることは、サヴィニーの抗弁権概念のもとでは、次のことを帰結する。すなわち、確定判決の内容にはその反対形相（抗弁権を対抗される権利関係）の存在を観念しえなくするほど強力な効力を認

めることはできない。私見によれば、この論理的要請にこたえる構成が真実性の擬制である。逆に言えば、確定判決の内容を真実の確認あるいは真実の創出と構想することは、抗弁権を対抗される権利関係をそもそも観念しえなくなるので、サヴィニーの既判力論にとっては論理的に不可能なのである。その典拠法文のひとつは、ユースティーニアーヌスの『法学提要』第四巻第一三章第五節である（『体系』第五巻三七六頁）。

「対物訴訟であれ対人訴訟であれ、汝に対して訴えが提起されても、それにもかかわらず、obligatio は残り続ける。それゆえ、そのあとで同一の事件について汝を訴えることは法上当然に可能である。しかし、汝は既判物の抗弁によって救済されなければならない。」

したがって、「［判決］以前には存在していなかった権利が新たに創出されたり、既存の権利が消滅させられたりすることがありうる」（二六三頁）とか「判決から出て来る新しい権利」（『体系』第七巻九八頁）といった表現は、その前後の文脈に注意すれば判るように、いずれも真実性の擬制を前提としており、それと矛盾する権利関係の存在をトータルに否定する趣旨ではない、と解すべきであろう。

6 ところでサヴィニー理論では、後述の既判力の発生要件の問題を捨象して抽象的に言えば、権利の存在あるいは不存在について真実性が擬制される。具体的には、確定判決の内容は、被告の有責判決の場合には原告の権利の存在であり、対物訴訟では被告の権利の不存在がこれに加わる（三一三頁以下）。被告の免責判決の場合には、それは原告の権利の不存在である（三二〇頁）。サヴィニーのローマ法源理解によれば、この擬制と矛盾するような後訴での権利主張を排斥するのに常に既判力の抗弁権が必要とされたわけではなかった。①被告の免責判決のあとで前訴原告が前訴原告の権利を再度訴求する場合には、前訴の争点決定に基づく原告の訴権消耗を理由として後訴を斥けることができた（二六六頁以下）。しかし、この場合についても、「いったん確定した訴えは決して二度と持ち出されえない」と

いう、既判力の抗弁権のいわゆる消極的機能によって斥けられるようになった（二六八頁、参照・四一四頁）。これに対して、②被告の有責判決のあとで提起される前訴原告の権利の不存在を前提とする前訴被告の訴え、③対物訴訟における被告の有責判決のあとで前訴被告によって提起される前訴被告の権利の存在の主張またはこの権利を前提とする権利主張、④被告の有責判決のあとで提起される前訴原告の権利の範囲を越える前訴原告の訴え、⑤被告の免責判決のあとで提起される前訴原告の権利の存在を前提とする前訴原告の訴えについては、既判力の抗弁権の消極的機能では対処できない（参照・二六八頁以下）。なぜなら、それらの権利主張それ自体について前訴判決が言い渡されたわけではないからである。これらの権利主張を排斥するために、「いかなる判決もすでに言い渡された判決の内容と矛盾してはならない」という、既判力の抗弁権のいわゆる積極的機能が案出された（二七〇頁以下、参照・四一四頁）。

(11) Vgl., Jan Schröder, Justus Möser als Jurist. Zur Staats- und Rechtslehre in den Patriotischen Phantasien und in der Osnabrückischen Geschichte, Heymanns·Köln u. a. 1986; Joachim Rückert, Historie und Jurisprudenz bei Justus Möser, in: hrsg. v. Michael Stolleis u. a., Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag, Beck·München 1991, 357～381.

(12) Justus Möser, Patriotische Phantasien, Vierter Teil, hrsg. von J. W. J. v. Voigt, 4. Aufl., Berlin 1786, 113～117 (115).

(13) Vgl., Werner Schubert, Das Streben nach Prozeßbeschleunigung und Verfahrensgliederung in Zivilprozeßrecht des 19. Jahrhunderts, SZ Germ.85 (1968), 127～187 (143ff.); Friedrich Ebel, 200 Jahre preußischer Zivilprozeß Das Corpus Juris Fridericianum vom Jahre 1781, de Gruyter·Berlin u. a.1982. 石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造』（一九六九年、有斐閣）特に第八章、鈴木正裕「一八世紀のプロイセン民事訴訟法—職権主義訴訟法の構造—(二)」神戸法学雑誌二四巻二号（一九七四年）一〇九頁以下。

(14) ユ帝法のギリシャ語訳（九世紀～一〇世紀）に含まれる本章に対応する部分については、西村重雄「バシリカ法典第五一巻邦訳(二)」法政研究五三巻三号（一九八七年）四八三頁以下がある。なお、バシリカ法典については、同「ビザンツ法源研究」法制史研究三九（一九九〇年）一八五頁以下を参照。

(15) 学一・五・二五「実際には被解放自由人であったにもかかわらず生来自由人であるとの判決が言い渡されている者を、われわれは生来自由人と認めなければならない。なぜなら、既判物は真実と受け取られるからである。」婚姻に関するユーリア法は、生来自由人に下層身分の女性との婚姻を禁止していた。誤判によって生来自由人とされた者にもこの禁止が適用されるというのが本法文におけるウルピアーヌスの解釈である、とサヴィニーは理解する（二七四頁注(d)）。

(16) サヴィニーの抗弁権概念については、坂口裕英「サヴィニーおよびヴィントシャイトの抗弁に関する理論について―『抗弁権』と『抗弁』の分化―」名城法学一五巻一・二合併号（一九六五年）七六頁以下、永田真三郎「抗弁権概念について」関西大学法学論集二二巻四・五・六合併号（一九七三年）一一一頁以下。抗弁権概念の歴史的展開については、Horst Seelig, Die prozessuale Behandlung materiellrechtlicher Einreden—heute und einst—, Heymanns-Köln u. a.1980, 13～45. その詳細な紹介として、本間靖規・龍谷法学一七巻三号（一九八四年）三四九頁以下も参照。

三　既判力の対象と発生要件

1

サヴィニー理論は、判決理由にも既判力を認める。まず、その基本命題（三五八頁）を掲げる。

「既判力は判決の諸理由（Gründe）にも及ぶ。すなわち判決は、裁判官によって肯定あるいは否定された法律関係と不可分に結び付いてのみ、既判力あるものと看做すことができる。そしてこの法律関係に判決の純然たる実際的部分（被告に課された作為、あるいは、原告の［請求］の棄却）が依存している。私は諸理由の既判力を主張したが、その場合の諸理由という表現の意味は、こういうことなのである。だが、この表現は多義的であって誤解を招く恐れがあるので、私はこの意味での諸理由を、争いのある諸権利関係の諸要素（Elemente）にしてかつ（紛争に判定を下した）判決の諸要素、と呼び、さきの命題を、判決の諸要素に既判力が生ずる、と表現したい。」

まさにこの命題が、本稿の冒頭で述べたように(一・1)、個別訴訟の任務と当事者の意図を越えるものとしてドイツ民事訴訟法の歴史的立法者によって斥けられたのである。以下では、この命題を分析することをとおして、右の批判の当否を検討する。

2　まず、ふたつの前提問題を取り上げる。その第一は、そもそも判決理由に既判力を認めることの必要性はなにか、という問題である。サヴィニーは、これを、既判力の将来の作用という観点と権利紛争の本性ならびに裁判官の使命という観点から論じる(三五五頁)。まず後者についてみると、サヴィニーは次のように言う。勝訴当事者の利害関心は、目下の権利侵害を廃棄することのみならず、将来にわたってその結果を維持することにも向けられている。そのことから、裁判官もまた、これら二つの期待に応える職責を負う(三五九頁)。したがってこの観点も、つまるところは、将来にわたって判決を維持するためには判決の諸要素に既判力を認める必要がある、という前者の観点に帰着する、と解される。そしてサヴィニーは、当面の紛争の迅速な解決よりも、「当事者間で争いになって判決するに熟するまで弁論されたすべての法律関係を将来にわたって確定しておくこと」の方を優先させ、ローマ法源もこれを支持している、と考える(三八七頁)。これが、「個別訴訟の任務」についてのサヴィニーの立場なのである。

その第二は、「争いのある諸法律関係の要素」つまり既判力の対象とは具体的になにを指すのか、という問題である。それは、サヴィニーが訴訟をどのようなものとして理解していたのか、という問題でもある。筆者はすでに旧稿[17]においてこの問題を論じたことがあるので、詳細についてはその参照を乞うことにして、ここではその要点のみを記す。サヴィニーの訴権論によれば、主観的権利はその侵害を契機として訴権に転化する。たとえば、履行期到来後も代金債権が未払いであると権利侵害となり、債権は売主訴権に転化する。ところでサヴィニーは、個々の権利を法律関係から抽象されたものとして構想する[18]。したがって、前述の売主訴権によって訴訟に持ち出される代金債権の基礎

には、売主と買主の間の売買契約に基づく法律関係がある。そこで裁判官は、この債権の存否を判定するためには、この法律関係の成立、変更、消滅を惹起する法的事実の存否を認定しなければならない。被告の防御方法について言えば、この権利の存在を全面的に否定する場合が絶対的否定であり、弁済などの事由によって権利の消滅を主張する場合が相対的否定である。したがって、被告が売買契約の不存在を主張し仮定的抗弁として弁済を主張したときは、「争いのある法律関係」の範囲は売買契約に基づく法律関係ひとつであり、その争いの内容は契約の存否と弁済の有無である。これに対して、たとえば反対債権による相殺の主張のように、別個独立の権利を持ち出すのが抗弁権である。これも独立の権利である以上、その基礎には法律関係がある。そこで、抗弁権が主張されると「争いのある法律関係」の範囲は訴権の基礎にある法律関係と抗弁権の基礎にある法律関係との複合的なものとなる。この抗弁権に対しても原告による絶対的否定と相対的否定がありうる。それらが主張されると、「争いのある法律関係」の内容は、その分だけ膨張する。したがって、サヴィニーのいう「争いのある諸法律関係の要素」とは、訴権や抗弁権によって訴訟に持ち出された複合的な法律関係の存否を左右する主張である、と解される。そして、後訴における権利主張も、それが訴訟である以上は、法律関係の存否のレヴェルに還元される。したがって、前訴判決を将来にわたって維持しようとすれば、予め前訴で法律関係の存否を左右する主張に既判力を及ぼしておくことが必要となるのである。

ところでサヴィニーは、既判力の対象を「裁判官によって認定された客観的理由」と言い換えて、その内容として四つのものを挙げている（三六一頁以下）。そのうちの三つ、つまり、訴えの原因（Klagegrund）の構成要素、抗弁権の構成要素、相対的否定は、右に述べた訴訟過程における当事者の主張に対応する、と解される。残るひとつは、サヴィニーによれば、実際的な必要性に基づくものである。すなわち、所有物回復請求訴訟あるいは相続財産返還請求訴訟における被告の免責判決が「権利者は被告自身である」旨の被告の主張を理由とする場合には、この主張も原告

との関係では「客観的理由」として既判力をもつ（三六四頁）。

3　そこで問題は、既判力の対象を拡げることが当事者の意図を越えることになるのか、である。これは、既判力の発生要件に関わる。サヴィニーは、前述(**1**)の基本命題から判るように、当事者が争ったことを要件とする。しかし、何をもってこの要件を担保するのか。私見によれば、サヴィニーはこれを「権利紛争の始期」という観念によって担保しようと構想したように思われる。そして彼は、この始期を確定する機能をローマ法の争点決定に見いだしている（二二頁、一〇頁）。

「ローマ法は［権利紛争の］始期を争点決定におく。……争点決定の本質は、権利紛争の存在と内容について両当事者によって裁判官職の前でなされた表明である。……この弁論行為は、諸事実についての単なる表明に限定されず、むしろ、抗弁権、再抗弁権、再々抗弁権をも含んでいなければならなかった。」

しかし、サヴィニーも承認しているように、一九世紀の民事訴訟手続における権利紛争の始期は被告への訴状の送達時であり、これでは争点決定の機能を代替しえない（参照・二四三頁以下）。そこでサヴィニーが注目したのは、プロイセンの民事訴訟手続であった（四七頁注(o)、二五六頁注(i)）。

「ローマの争点決定の概念と一層完全に対応しているのは一般裁判所法によるプロイセンの訴訟手続に固有な『事実と争点の一覧（status causae et controversiae）』[19]である。……ローマ法の真の意味に従おうとすれば、プロイセンの訴訟の『事実と争点の一覧』に［権利紛争の始期の］正しい中庸を求めてしかるべきであった。」

「事実と争点の一覧」の検討にさきだって、まずプロイセンの一般裁判所法による訴訟の諸段階[20]を概観しておく。この訴訟手続は、事件が単独裁判官に係属するか合議体に係属するか、また、原告が Justizkommissar に事件を委ねるか否か、また、訴えの提出が口頭によるのか書面によるのか、によって異なる。ここでは、その詳細に立ち入ること

なく、エンゲルマンの整理と説明[21]によることとする。

「原告は、裁判所に訴えを届け出る（anmelden）。これに基づいて、裁判官のなかから審査官（Instruent）が指名された。審査官は、原告を呼び出して、訴えを調書に収める。こうして成立した訴えの通知を受けて、被告は、審査官の面前に呼び出された。被告が出頭しなかったときは、いわゆる確認的争点決定、すなわち、原告の主張に対する自白ありと認められた。被告が出頭したときは、その答弁書（Klagebeantwortung）を審査官が調書に収めた。この録取手続は、当事者双方がその陳述を尽くしたと審査官が認めるまで続行されたのである。そのあと、審査官は『事実争点書』（status causae et controversiae）を起案し、そのなかで、事実関係は、当事者間に争いがない限り、当事者の述べたとおりに記載し、これに対し、当事者の相反する主張や申立ては法的な推論を全く加えないで対照させて記載した[22]。これに引き続いて、両当事者は、この事実争点書についての弁論のために呼び出され、事実争点書の終局的な確定に至る。依然として争われている主張に関する証拠の重要性と必要性についての両当事者の一致をみたときは、審査官が自ら証拠調べを行い、そのあとで訴訟記録を、評決のために裁判官合議体に提出した。」

基本的にローマ・カノン法にしたがう普通民事訴訟手続に対するプロイセンの民事訴訟手続の重要な特徴は、本稿との関連では、同時提出主義（Eventualmaxime）の廃止である。ふたたびエンゲルマンによれば[23]、普通民事訴訟手続では、「当事者は手続の各段階においてその段階に属しているすべての攻撃防御方法を、『すべての場合につき（in omnem eventum）』すなわち、そのうちの一つが功を奏さなかった場合のために、提出しなければならない」という同時提出主義が行われていた[24]。これに対して、プロイセンの一般裁判所法による手続では、訴訟手続の終了に至るまで新事実を提出することが許されるわけである。しかし、その結果、「事実と争点の一覧」の条項を確定するに至るま

での期日の回数が不確定となり、訴訟遅延をもたらす。この点についてはサヴィニーも、「裁判官と当事者の無原則な恣意」を批判している（四七頁(o)）。ともあれ、「事実と争点の一覧」の整理手続は、少なくとも当初は、「これまでのプロイセンの訴訟手続のなかで最も独自性をもったものであり頂点に位置するものである」[25]と当時の法律家によって高く評価されたのである。この手続では、一方において相手方の攻防をにらみながら権利紛争の範囲と内容を拡げていくことが可能であり、他方において権利紛争の真のポイントへの収斂が行われるはずであった。それだけに、「個々の権利についての判決も、それが法律関係の全体直観から出発している限りでのみ、真でありかつ説得力をもつ」（『体系』第一巻七頁）とするサヴィニーにとって、この手続は重要な意義を有するものであったと推測されるのである。

さらに注目すべきことは、両当事者の署名によって「事実と争点の一覧」の整理手続が終了に至る点[26]である。この署名によって権利紛争の範囲と内容についての当事者の意思が確定的となる。他方、サヴィニーは、ローマ法の争点決定の契約的構成（ein fingirter Vertrag）[27]を承認し、そのことから判決結果への当事者の服従を正当化している（三一頁、三〇四頁注(e)）。したがってサヴィニーは、争点とすることについて当事者の意思が明確となっているような手続を前提として、判決理由にも既判力を承認しようとしたのではないか、と思われるのである。

4 しかしサヴィニー理論の問題性は、その先にある。それは、「争いのある諸法律関係の要素」と「判決の要素」との間にズレが生じる可能性が残る点である。このズレは、サヴィニーもまた判決理由についての裁判所の選択権を承認していることから生じる（三六〇頁、三八七頁注(a)）。その結果、たとえば、所有物回復請求訴訟で被告が原告の所有権ならびに被告における目的物の占有を争ったにもかかわらず、裁判所がいきなり後者を理由として免責判決を下した場合には、原告の所有権の存否が未決のままとなり、被告の期待が裏切られることもありうる。裁判所の選択権の行使のありかたについて、サヴィニーは、「節度を守ることこそ、当事者の意向を顧慮することを怠らない賢明な

裁判官が自らに課すべき課題である」（三六〇頁）と述べるにとどまる。

(17) 児玉寛「サヴィニーにおける古典的民法理論」法政研究五〇巻三〜四合併号（一九八四年）三七五頁以下、特に三八四頁以下。

(18) Vgl., Okko Behrends, Geschichte, Politik und Jurisprudenz in F. C. v. Savignys System des heutigen römischen Rechts, in: hrsg. v. Okko Behrends u. a., Symposion aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker, Gremer-Ebelsbach 1985, 257〜321 (301ff.).

(19) 鈴木正裕「一八世紀のプロイセン民事訴訟法—職権主義訴訟法の構造—（三）」神戸法学雑誌二四巻四号（一九七五年）三四八頁では、「争点整理といっても、その順序としてまず当事者間に争いのない事実（status causae）を確定し、ついで当事者間の争点を確定するという順序をふむので、両者を一括して『事実および争点の整理』とよんだものであろう。」と言われている。

(20) 鈴木正裕・前注(19)、三四三頁以下、Richard Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2te. Aufl., Leipzig 1906, 96 を参照。

(21) エンゲルマン著『民事訴訟法概史(二九)』中野貞一郎・渡邊惺之・三成賢次・内山衛次共訳、阪大法学一四四号（一九八七年）一七二頁。引用に際しては、筆者の不手際から原文との対照を行っていない。

(22) 一般裁判所法第一部第一〇章第二八条「Instrukutionstermin の第二の主目的たる『事実および争点の整理』を適切に行うには、(一)当事者間で一致をみている限度で、請求を理由づけるために必要な事実（Species facti）を正確にかつ順序だてて採録すること、(二)当事者間で一致をみるに至っていない事実関係に関わる諸事情を確定すること、(三)これらの諸事情のうち証明を要するものを特定すること、が必要である。」原文は、Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten. Erster Teil. Prozeßordnung. Berlin, 1795. in der Buchhandl. des kön. preuß. geh. Commercien-Rathes Pauli. による。なお、Species facti については、鈴木正裕・前注(13)、一一六頁をも参照。

(23) エンゲルマン著『民事訴訟法概史(二五)』中野貞一郎・内山衛次・酒井一共訳、阪大法学一三八号（一九八六年）一五〇頁。

(24) 具体的には、松本博之「一九世紀ドイツ普通訴訟法における民事自白法理」法学雑誌一八巻一号（一九七一年）五三頁以下を参照。

(25) J. Fr. H. Abegg, Versuch einer Geschichte der Preußischen Civil-Prozeß-Gesetzgebung, Breslau 1848, 174 Fn.378.

(26) Abegg, supra note (25), 171. 一般裁判所法第一部第一〇章第三七条「以上の手続によって整理された Species facti ならびにそれに付された争点目録は、両当事者およびその補助者（Assistent）もしくは代理人（Bevollmächtigter）によって署名されなければならない」。補助者ならびに代理人については、鈴木正裕・前注(19)三三六頁以下を参照。

(27) 一九世紀のドイツ普通法学にみられる争点決定契約説におけるローマ法源理解の問題性については、西村重雄「ウラサクの litis contestatio 論（一）～（三・完）」民商六六巻三号四二一頁以下、四号六〇四頁以下、五号七九六頁以下（一九七二年）を参照。

四　既判力の抗弁権の作用要件

1　既判力の作用とは、確定判決が真実性を擬制された結果として発揮するにいたる効力のことである。すでに述べたように(二・4)、既判力という法制度は確定判決の真実性を擬制するにすぎない。サヴィニーによれば、この法制度を始動させるためには手段が必要であり、この手段は別の法制度なのである（二六五頁）。既判力の始動手段としての法制度には三つの段階がある（四〇九頁）。第一に執行制度（Execution）、第二に判決債務履行請求訴権（actio judicati）、第三に既判力の抗弁権（Einrede der Rechtskraft）。以下では、既判力の抗弁権に限定して論じる。

既判力の抗弁権が達成すべき目標は、既判力をもつ前訴判決の内容と矛盾するような一切の訴えを失効させることにある（四一六頁）。もちろん、権利紛争の展開如何によっては、そのような矛盾が訴えではなくて抗弁権あるいは再抗弁権によって惹起されることもありうる。したがって、そのような場合には、既判力の抗弁権は再抗弁権あるいは再々抗弁権という形で発現する（四一六頁）。いずれにせよ、既判力の抗弁権によって後訴を失効させるためには前訴

と後訴とがどのような関係になければならないか、を確定する必要がある。この問題が既判力の抗弁権の作用要件の問題である。

その解決は、サヴィニーによれば、ウルピアーヌスの『告示註解』第一五巻と同第七五巻から抜粋された二つの法文に含まれている（四一七頁）。

学四四・二・三「ユーリアーヌスは、『法学大全』第三巻において、同一の問題が同一人の間で持ち出されるたびに既判物の抗弁が妨げとなる、と解答している。」

学四四・二・七・四「そして一般的には、ユーリアーヌスが定義しているように、同一人の間で同一の問題が持ち出されるたびに―別の種類の訴訟であっても―既判物の抗弁が妨げとなる。」

サヴィニーは、これらの法文に基づいて、既判力の作用要件を次のように定式化する（四一八頁）。

「後訴で判定されなければならない権利問題（Rechtsfrage＝権利の存否を左右する問題）が以前にすでに判定されたものと同一であり、かつ、後訴で争っている両当事者が以前の権利紛争を追行した両当事者と同一であること。それぞれを簡略化して、客観的同一性、主観的同一性と呼ぶことができる。」

さらにサヴィニーは、客観的同一性という作用要件に含まれる二つの規則を次のように定式化する（四一九頁以下、四二一頁）。

「Ⅰ　両方の訴えが異なる権利問題に基づいている限り、たとえ両者の間に一致が存在するように見えようとも、既判力の抗弁権は適用されてはならない。」

「Ⅱ　両方の訴えが同一の権利問題に基づいている限り、たとえ両者の間に差異があるように見えようとも、既判力の抗弁権を適用しなければならない。」

2　以上が、既判力の作用要件についてのサヴィニーの見解の逐語的な紹介である。これを読んで誰しも抱くであろう疑問は、前訴と後訴とが同一の権利問題に基づいているのかどうかを一体どのようにして判定するのか、ということである。たしかにサヴィニーは、いくつかの事例群に分けて右の二つの規則を具体的に適用してみせている（四二〇頁～四八二頁）。しかし、権利問題の同一性の判断構造は直接的には述べられていない。サヴィニーと同時代の者たちの間でもサヴィニー説の理解が分かれていたことは、しばしば指摘されているが、その原因の一端は彼の叙述のそのような不透明さにもあるように思われる。したがって、事例群の紹介にさきだって、権利問題の同一性の判断構造についての私見を提示しておくことが理解の一助となろう。

そもそも、Rechtsfrage の対象を―今日の用語法の意味での―権利関係と理解してそれを事実関係と対置することは、私見によれば誤りである。私は、さきに、これを「権利の存否を左右する問題」と訳したうえで簡略化して「権利問題」と表記した。そのように訳したのは、以下のような理由による。すなわち、すでに述べたように(三・2)、サヴィニーによれば、民事訴訟における請求内容の当否の判断作業は、訴権↓訴権の直接的な基礎をなす被侵害権利↓この権利の基礎にある法律関係、と下降していく。したがって、後訴における請求内容についてこの作業を行う過程で、後訴において主張されている権利の存否を左右する問題が次々に明らかになってくる。その際に、それらの問題が前訴判決においてすでに既判力を付与されていたことが判明すれば、前訴と後訴は同一の権利問題に基づいていることになる。その結果、その問題については既判力の抗弁権によって前訴判決の判断が後訴判決の基礎に据えられることになる。特に、その問題について前訴判決が権利の不存在を帰結していたときは、後訴は斥けられる。したがって、権利問題の対象が―今日の用語法の意味での―権利関係であることもあれば、それが事実関係である場合も十分にありうる。

サヴィニーが権利問題の同一性を否定する事例を、以上の理解をもとに筆者の言葉で説明すると次のようになる。「悪意を要件とする訴えが棄却されても、その後にアクィリア法上の訴えを提起することは妨げられない。なぜなら、後者は単なる過失でも成り立ちうるからである」（四二〇頁以下）。この場合の後訴の基礎にある法律関係について言えば、後訴原告の権利の存否を左右する問題は、被告による加害行為の存否、被告の過失の存否などである。前訴判決の既判力の対象が悪意の不存在であったときは、権利問題の同一性は存在しない。これに対して、それが加害行為の存在と悪意の不存在であったときは、前者について権利問題の同一性があるから、後訴判決はこれを判決の基礎に据えなければならない。また、前訴の既判力の対象が加害行為の不存在であったときは、権利問題の同一性が存在し、しかも、この事実についての既判力によって後訴原告の権利の不存在が帰結されるから、後訴は斥けられる（後述する事例群①を参照）。以下では、サヴィニーが挙げている事例群ごとに、権利問題の同一性の判断構造を筆者の言葉で解説することとする。

3 事例群①は、訴権名が前訴と後訴で異なる場合である。たとえば、XがYに質あるいは使用貸借あるいは寄託として引き渡した物をYが毀損したという場合において、契約上の訴権で敗訴したXが前訴被告Yに対して不法行為法上のアクィリア訴訟を提起した事例（四二四頁）。両方の訴えは、訴権名のレヴェルでも訴権の直接的な基礎をなす被侵害権利のレヴェルでも異なっている。しかし、これらの権利の基礎にある法律関係のレヴェルでは、加害事実の存否という問題が権利問題として共通に含まれており、この点で権利問題の同一性を肯定しうる。したがって、前訴で加害事実の不存在という判断に既判力が付与されていたときは、後訴原告の権利の不存在が帰結されるから、後訴は既判力の抗弁権によって斥けられる。すなわち、「一方の訴えが加害事実の不存在を理由に斥けられている場合には、他方の訴えもまた既判力の抗弁権によって排斥される」（四二五頁）。ちなみに、この事例での「加害行為の存在」

という事実を、サヴィニーはネラーティウス法文（学四四・二・二七）の用語法に従って「訴権の根本原因（causa proxima actionis）」と呼ぶ（四五六頁以下）。

事例群②は、原告と被告の地位が前訴と後訴で入れ替わっている場合である。たとえば、所有物回復請求訴訟で敗訴した被告が前訴原告に対して同じく所有物回復請求訴訟を提起した事例（四二六頁以下）。前訴判決では、前訴被告は所有者でないことが確定している。その者が後訴原告となっても、後訴原告の権利の存否は前訴で確定しているので、権利問題の同一性を肯定しうる。また、前訴において相殺の抗弁を対抗したが敗訴した被告が後訴において反対債権を訴求した事例（四二八頁）。後訴原告の権利問題は、反対債権の存否である。前訴判決が反対債権の不存在を理由とするものであれば、権利問題の同一性を肯定しうる（四二八頁）。これに対して、前訴が相殺適状にないことを理由とするものであれば、両方の訴えには権利問題の同一性はない（三六八頁）。

事例群③は、前訴では権利の存否を左右する問題であった対象が後訴では原告の資格問題（Legitimationspunkt）となっている場合である。たとえば、相続財産返還請求訴訟で敗訴したXが前訴被告に対して相続財産に属する個々の物について所有物回復請求訴訟を提起した事例（四三〇頁以下）。前訴の権利問題のひとつはXの相続権である。後訴のXの所有権が相続を原因とする場合には、権利問題の同一性がある。これに対して、前訴が被告における遺産占有の欠如を理由とする場合には、事例群①のルールによって権利問題の同一性が肯定されることになろう。

事例群④は、訴の物理的対象（der außere Gegenstand）が前訴と後訴で異なる場合である。これには、権利問題の同一性が否定される場合と肯定される場合とがある。たとえば、建物について所有物回復請求訴訟で敗訴した前訴原告が前訴被告に対して土地について同名の訴訟を提起する場合には、権利問題の同一性はない。これに対して、前訴と後訴との間に全体と部分の関係が成り立っている場合には、物理的対象の差異は権利問題の差異をもたらさない

（四四四頁）。たとえば、相続財産返還請求訴訟で被相続人の建物を請求して敗訴した前訴原告が前訴被告に対して被相続人の土地について相続財産返還請求訴訟を提起した事例（四四五頁）。前訴が原告の相続権の不存在を理由とする場合にのみ、権利問題の同一性が肯定される。これに反して、建物が相続財産に属さないこと、あるいは、被告が建物を占有していないことを理由とする場合には、権利問題の同一性は否定される（四四五頁注(b)）。

事例群⑤は、訴の対象の法的性質（der juristische Gegenstand）が前訴と後訴で異なる場合である。たとえば、窃盗に関する不当利得返還請求訴権（condictio furtiva）に基づいて盗まれた物の賠償を請求して敗訴した原告が前訴被告に対して盗に関する訴権（actio furti）に基づいて罰金を請求した事例。両方の訴えは、訴権名も訴権の直接的な基礎をなす被侵害権利も異なっている。その意味では、事例群①で挙げた例と共通している。しかし訴えの対象の法的性質は、事例群①の例では共に損害賠償であったが、ここでの前訴は賠償であり後訴は罰である。サヴィニーは、この点に着目して第五の事例群を構成した（四五三頁）。しかし、権利問題の同一性の判断構造は、事例群①と変わらない。つまり、被侵害権利の基礎にある法律関係のレヴェルでは、窃盗の存否という事実が両方の訴えに共通している。したがって、前訴が窃盗の不存在を理由とする場合には、権利問題の同一性があるから、後訴は既判力の抗弁権によって斥けられる（四五三頁）。

事例群⑥は、訴えによって請求されている権利の取得原因が前訴と後訴で異なる場合である。ここでは、対人訴訟と対物訴訟とでルールが異なる。対人訴訟では、たとえば、問答契約に基づいて奴隷の引渡を請求して敗訴した前訴原告が遺贈を理由として前訴被告に再度同じ奴隷の引渡を請求した事例（四五六頁）。サヴィニーは、前訴と後訴とでは権利が別個であるとして権利問題の同一性を否定する（四五六頁、四五四頁、五一四頁）。その趣旨は、それぞれの訴権の基礎にある法律関係に共通性がない、というものであろう。対物訴訟では、たとえば、引渡（Tradition）を取得

原因とする所有物返還請求訴訟で敗訴した前訴原告が取得時効を理由として前訴被告に再び所有物返還請求訴訟を提起した事例（四五四頁）。サヴィニーは、所有権の存否が前訴と後訴に共通する権利問題である、と考える（四五四頁、四五八頁、五一四頁）。したがって、取得原因の差異は既判力の抗弁権の妨げとはならない。[28] しかしサヴィニーによれば、原告が前訴において取得原因を限定していた場合（causa adjecta oder expressa）ならば、それ以外の取得原因には既判力は及ばない（四六五頁以下、五一五頁以下）。また、後訴が基準時以後の取得原因を理由とする場合（causa superveniens）も同様である（四六三頁以下、五一五頁）。

（28）取得原因の既判力をめぐる、一九世紀ドイツの普通法学における論争については、木川統一郎「物権訴訟の訴訟物の史的検討—expressa causa—」（初出・民事訴訟雑誌六号、一九六〇年）同『民事訴訟政策序説』（有斐閣、一九六八年）二八七頁以下を参照。

五　まとめ

1　以上の検討を前提にして、従来のサヴィニー理解についての筆者の疑問をまとめておく。

第一に、従来の理解によれば、真実性の擬制というサヴィニーの既判力本質論は、ローマ法源上の根拠が薄弱である、と言われる。[29] しかし私見によれば、これはサヴィニーの既判力論のひとつの重要な論理構造を看過した見解であるように思われる。この構造を三段論法風に要約すれば、次のようになる。すなわち、「抗弁権はそれによって対抗さ

れる権利関係の存在を前提とする。既判力は抗弁権によって実現される。ゆえに、判決確定後も判決と矛盾する内容の権利関係が存在し続ける。」というものである。真実性の擬制は、この権利関係の存続を承認するための構成でもあった。ここには、抗弁権概念の本質をそのような点に求めることの当否、さらには、この抗弁権概念でもってすべての抗弁権（exceptio）を一律にとらえることの当否、といった問題が潜んでいる。また、たとえばビューローによる「真実性の擬制」批判[30]や「免責判決確定後の弁済を自然債務の弁済として構成するサヴィニー説」に対するヴェッツェルの批判[31]なども、以上の問題との関連において再検討すべき余地があろう。

第二に、従来の理解には、サヴィニーは権利関係にのみ既判力を及ぼす、とするものが散見される[32]。しかし私見によれば、サヴィニー理論における権利問題の同一性の判断構造は、そのような理解と相いれない。すでに文字論文[33]が指摘したように、既判力の対象は権利関係のこともあれば事実関係のこともある。しかも、ヴィントシャイトに見られるように、請求権概念の創出は既判力の対象を権利関係に限定する方向に必ずしも作用していない[34]。そうだとすれば、サヴィニー型の判断構造の変質をもたらした契機は、請求権概念の創出をも含めて、個別訴訟の任務についての観念ならびに裁判官像の転換[35]というもっと広い文脈のなかで検討する必要があろう。

第三に、サヴィニー理論は判決理由とされそうな事項すべてについて当事者の全力投球の訴訟追行を要求するものであるかのように、評価されてきた[36]。しかし、「事実と争点の一覧」の整理手続との関連で指摘したように、サヴィニーは当事者の明示的な意思に基づく争点形成を既判力の発生要件としていたように思われる。したがって、この批判については、サヴィニーが争点形成手続をどのようなものとして構想していたのか、という問題と関連させて検討する必要があろう。このようにみてくると、さらに、サヴィニーはその既判力論を当時の普通民事訴訟手続のもとで直接に適用可能であるとは考えていなかったのではないか、という疑問に逢着する。サヴィニーは、「本研究の価値と

成果がなんらかの特定の訴訟手続の形式と結び付けられているかのように考えるのは、誤りであろう」（二六四頁）、と言う。そうだとすれば、彼は、その既判力論を一般理論として構想したのであって、その適用条件の整備は、「実体的アクチオ法」の枠外の「形式的訴訟法」の課題と考えていたのではないか、とも思われる。[37] ともあれ、これらの疑問は、彼の民事訴訟法改革作業をも踏まえて検討されるべきものである。

2　では、「訴訟過程を無視する理論」というツォイナー説に対する批判はサヴィニー理論についてもあてはまるであろうか。サヴィニー理論をめぐっては未解明の問題が残されているので暫定的な評価とならざるを得ないが、一応の私見を述べて本稿のむすびとする。第一に、裁判官が判決理由として勝手に選び取った争点であっても、その争点形成について当事者の処分がある限りは、これに既判力を及ぼすことを必ずしも不意打ちと評価することはできないであろう。第二に、右の場合の裏面として、当事者が争点にしていたにもかかわらず裁判官が判決理由として選び取ってくれなかった場合には、その争点に既判力が及ばないため、当事者の期待が裏切られることがありうる。この場合には、ツォイナー批判がサヴィニー理論にもあてはまるように思われる。

にもかかわらず、われわれがサヴィニー理論から継承すべきものは、なにか。「一般に、政治・経済・社会・教育の具体的・個別的問題についての直接的な発言は、どんなにすぐれた思想家の場合でも、その発言が行われた時代状況と密接に結びつき、それだけに歴史的条件による制約が多いのに比べて、……具体的＝個別的な言説の基底に横たわる思考方法というものは、相対的に比較するならば、特定の時代と特定の風土をこえて、より普遍的な意味を帯びる。[38]」継承すべきはサヴィニー理論の基底にある思考方法である。いわば「方法としてのサヴィニー法学」を提示することは、小稿の範囲のみならず、筆者の現在の能力を越える。他日を期することとしたい。

(29) Gaul, supra note (4), 466.

(30) Oskar Bülow, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 62 (1897), 1～96 (92ff.). ビュローによる「擬制批判」については、藤田宙靖『行政法学の思考形式』（木鐸社、一九七八年）三〇四頁も参照。

(31) Gerorg Wilhelm Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl., Leipzig 1878 (Neudruck Scientia・Aalen 1969), 572f. 既判力の抗弁権と自然債務論との関連については、石田喜久夫『自然債務論序説』（成文堂、一九八一年）第五章も参照。

(32) Vgl., Hahn, supra note (2), 609.

(33) 文字浩・前注(4)、民商六九巻四号七二二頁。

(34) Bernhard Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856 (Neudruck Scientia・Aalen 1984), 78, 104.

(35) この転換は、実体的既判力の根拠を「真実性の擬制」にではなくて、国家によって判決に付与された権威に求める『ドイツ民法典第一草案理由書』に如実に反映している。Motive zum Allgemeinen Teile 369=hrsg. v. Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, Berlin 1899, 553.

(36) Friedrich Pfeiffer, Beitrag zur Lehre von der Wirkung rechtskräftiger Urtheile, AcP 37 (1854), 93～125 u. 244～270 (264ff.).

(37) これらの概念については、さしあたり、河野正憲・前注(10)、三七六頁以下を参照。

(38) 丸山眞男「『福沢諭吉と日本の近代化』序」みすず三七九号（一九九二年・一〇月号）一三頁以下。

（井上正三先生の還暦をお祝いして、一九九三・一・一〇）