

Title	既判力の主観的範囲に就て
Sub Title	
Author	宮崎, 澄夫(Miyazaki, Sumio)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1937
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.16, No.1 (1937. 4) ,p.23- 54
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19370411-0023

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

既判力の主觀的範圍に就て

宮崎 澄夫

判決の既判力の主觀的範圍決定の問題は、民事訴訟法學に於ける難問の一にして、之が十分なる研究は至難であるが、本稿に於ては、主觀的範圍決定の根據に就て少しく考察して見度いと思ふ。

そも、既判力の主觀的範圍は、既判力の本質及根據と密接なる關係を有し、既判力の本質及其根據から離れて既判力の主觀的範圍を決定することは出来ない。蓋し既判力の主觀的範圍の問題は、既判力なる判決の一效力の主觀的方面に於ける範圍決定の問題であるからである。

然らば既判力の本質及根據は如何と云ふに、これは更に又、判決の本質及根據を離れて理解することが出来ないのである。既判力は如何なる效力なりや、又かゝる效力を認むる根據如何は、結局判決自體が如何なる本質を有するや、又判決自體が如何なる點に其存在理由を有するものなりやの問題を論ずるに非ざれば、之を理解することが出来ない。蓋し既判力は判決又は之に代る可きもの

(23)

(訴訟上の和解の内容、請求の拋棄、認諾等)の有する效力であるからである。

因て、私は最初に先づ判決の本質及根據につき考察し、これに基き既判力の本質及其根據を考へ、更に之に基いて既判力の主観的範圍を論じて見度いと思ふのである。これは本稿の表題より見る時は一見迂遠の如くであるが、前述せる理由に基き問題の性質上已を得ざるどころである。

第一節 判決の本質及根據

判決の本質及其根據を理解することは必ずしも容易ではない。然しながら私は、判決の本質は裁判所に依り定立せられた具體法たる點に存し、其存在の根據は法の安定(Rechtssicherheit)の要請に存するものと考へるのである。

判決は裁判所が個々の具體の場合に法規を適用して得た判断で在り、判決自體は法ではないと爲すことは、一般に考へられて居る所であるが、この考に對して、判決自體が法であることも亦古くから説へられて居る所である。既に獨乙普通法時代に於いて Bayer は、判決は確定力を生ずることによつて個々の場合に對する制定法規(Gesetz)と變化するを爲し(註一)、其後 O. Bulow も「裁判官の法的判断は、國家權力によつて宣言せられた法的意思表示(Rechtswillenserklärung)にして、これは既判力を與へらるゝ結果制定法よりも強き效力を有する。制定法ではなく、制定法と裁判官

とが相俟つて國民に對し法を創造するものである」と云ひ(註二)この考へは更に自由法學派の人々によつて強調せられ、(註三)遂にケルゼン、メルクル等の法段階説に迄發展してゐる。(註四)

勿論自由法學派に於ては、この理論は、裁判官を制定法から出來得る限り解放しやうと云ふ意企の下に主張せられ、又純粹法學派にあつては、法體系の樹立が目的とされて居るのではあるが、判決が具體的(konkret)考へは個別的(individuell)法規範であることを認むる點は同一である。否純粹法學派のこの點に關する主張が、自由法學派のそれに由來することは、ケルゼンの自ら認むる所であり、(註五)従つて又純粹法學派の考へは、Bilow の考へに由來するものと云ふてよいと思ふ。

右の外尙 Husserl (註六) Ysay (註七) Bachmann (註八) Thon (註九) 等も亦同様の考へを持つてゐる。

(註一) Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Zivilprozess, 1842 S. 262

(註二) Bilow, Gesetz und Richeramm, 1885 S. 41-48

(註三) 例へば Unger, Über die Haftung des Staates zur Verzugs- und Vergütungsrisiken, Grdnut, B. 31 S. 110 註 Bilow の言葉を不用し、裁判官を制定法を補充するの權限義務をもつことを主張してゐる。

(註四) Kelsen, J. W. 1929 S. 1724 Mehl, Die Lehre von der Rechtskraft, 1923 S. 218/9

(註五) Kelsen, a. a. O. S. 1729

(註六) Husserl, Rechtskraft und Rechtsgehung 1625

(註七) Ysay, Rechtsnorm und Entscheidung 1929

(28)

(註八) O. Bachmann, Das rechtskräftige Zivilurteil als konkrete Rechtsnorm mit beschränkter Rechtsgeltung 1931

(註九) Das Gesetz in formellen und materiellen Sinn, Arch. für off. Recht B. 5 S 149

私も亦根本に於て右の見解に賛成する者である。而も私は、判決(詳しくは判決の内容)を以て定立せられた具體法 (positives konkretes Recht) と考へたいのである。故に先ず具體法について考察し、次に定立せられた具體法に論及したいと思ふ。

具體法は具體的又は現實的事實に即した法である。即ち Thon の言葉を借りて言ふならば、法の内容たる命令又は禁止の基礎たるべき法律要件が既に發生して居るか又は近く發生すべきものと見らるゝ場合に於て其法は具體法である。(Thon, a. a. O.) 決して法の内容自體が常に具體的たることを意味するものではない。従つて前述せる Bayer の如く具體法を以て具體的事實に對する法と呼ぶのは正確ではない。Ysay は裁判は、個々の場合の秩序 (Ordnung des individuellen Falles) と云ふ言葉を用ひて居るが、この用語も亦正確ではない。寧ろ具體的な個々の場合を根據とした法又は具體的個々の場合に即した法と呼ぶを正當と考へる。反之、抽象的假定的事實に即した法、換言すれば抽象的假定的事實を法律要件とした法(抽象的假定的事實に結合せられたる法)は抽象法即ち所謂法規である。

右の外抽象法と具體法の區別は Ysay の詳細に力説する所である。彼にすれば、法規 (Rechtsnorm) と裁判 (Entscheidung) の區別は次の如くである。(註一〇)

- (一) 法規は、其本質上合理的要素を持つて居るが裁判は、非合理的要素を持つ。
- (二) 裁判は、道徳的人格の發露であるが、法規は其否定である。
- (三) 裁判は正義の實現に役立つが、法規自體は、正義を實現せしむるを得ない。
- (四) 法規を作ることとは、一般概念を求むることであり、一般に妥當する命題を得ることである。特別なもの個別的なものは、問題とならない。反之して、裁判の目標は、個別的な場合の秩序に存する。

(五) 法規は主として認識的思索によつて得られるが、裁判は意欲的思索によつて得られる。彼は又、抽象的法規範 (Rechtsnorm) でなく、裁判によつてのみ個々の場合の規準 (Regelung) たる裁判の總體であるから抽象的法規範は法 (Recht) に非ずして寧ろ個々の場合の規準 (Regelung) たる裁判の總體こそ法 (Recht) であるを爲して居る。(註一一)

(註一〇) Ysay, a. a. O. S. 25-28.

(註一一) Ysay, a. a. O. S. 21. 29

裁判力の主觀的範圍に就て

彼の右の如き區別に對しては、異論も勿論存するであらうし、又彼が抽象的法規範を以て法と爲さず裁判の總體を以て法なりと爲すのは、通説と正に反對の立場に立つものであり、この點に於ても可否の論を免れぬであらう。それにも拘らず、彼が個々の場合の規準は裁判によつて始めて與へられるものであり、抽象的法規範によつては與へられないとなすのは正當である。そも／＼一般には抽象的法規範が直に吾人の社會生活に於ける行動の規準たるものと考へられて居るが、この考へは正當では無い。抽象的假定的法規範(制定法、慣習法等)は如何なる場合に於ても我々の行動の規準たり得るものではなく、我々の行動の規準たり得るものは、具體的現實的事實に即した規範である。これは、決して抽象的假定的法規範の定立せられて居らぬ場合にのみ限らるゝのでは無く、抽象的假定的法規範の明定せられてゐる場合に於ても同様である。唯抽象的假定的法規範は、具體的現實的規範の認識に當つて其認識の規準たり得るに過ぎない。この意味に於て、抽象的假定的法規範は單に間接にのみ我々の行動の規準とはなり得るものと云ふべく、之に對して、具體的現實的規範こそ直接我々の行動の規準たり得るものと云はねばならぬ。この具體的現實的規範が即ち具體法である。それ故、この具體法が法律學の對象たり得るや否やは別として後述するが如く、訴訟の研究に當り抽象的法規のみを重要視し、裁判を以て單なる抽象的法規の適用なりと見るが如きは誤

であらうと考へる。寧ろ訴訟は、後述するが如く、具體法の定立を目的とする制度として理解せらるべきである。(註二二)

(註二二) 斯る立場より云ふならば、裁判官は單なる法の適用者ではなく、より重要な、より意義ある役目を果たすべき使命を有するものと云ふべきである。

斯くて我々は次に具體法の定立について考へねばならない。

裁判特に判決を以て具體法の定立と考へる場合に於て、定立せられざる具體法の存在を考ふることを得るや否やは、一の問題である。或は、定立せられざる具體法なるものは存在せず、具體法の定立以前に於ては、具體的權利又は法律關係については、單に、抽象的法規の主觀的適用に依つて得られた假象的法觀念が存在するにすぎないと云ふことも考へられる、然し私は、裁判に依り具體法が定立せらるゝ以前に於ても、個々の具體の場合に於て之に即した具體法が我々の思惟の共通的對象となる點に於て之に一種の存在を認めんとするものである。然しかくの如き具體法は、それが定立せられざる爲、實生活に於て我々の行動の規準たる役目を十分に果たす事が出来ない。蓋しかゝる具體法の認識の結果は、人によつて區々たるを免れ得ぬからである。原告の意見、被告の意見、甲辯護士の意見、乙辯護士の意見、等が即ち之である。尤もこの定立せられざる具體法についての判

斷乃至認識の結果の相違は、定立せられざる抽象的法規の場合の如く甚しいものではない。蓋し具體法の認識若は判斷に當つては其判斷若は認識の規準として通例抽象的實定法が存在し、各人はこの實定法に據り具體法を判斷し得るからである。しばしば實體上の權利關係が判決をはなれて極めて明瞭に存在してゐるが如く考へらるゝのは之が爲である。然しながらかくの如き抽象的法規の存在にも拘らず、其不完全、不明瞭、又は具體法の基礎たる具體的事實の不明瞭等によつて、具體法の内容も亦不明瞭たるをまぬかれず、従つて之に對する各人の判斷の相違から生ずる法の不安定は、具體法の定立を要求するに至るのである。これ一に法安定(Rechtssicherheit)の要求に外ならぬのである。Radbruchの云ふが如く法安定の要請は必然的に法の實定を要求するのである。(註一三)

(註一三) Radbruch, Rechtsphilosophie S. 70

然らば具體法の定立即ち裁判殊に判決は如何なる意義を有するであらうか。

私は具體法の定立とは、具體法をして單に我々の判斷認識の對象たることを越えて、之に客観性と確定性を具有せしむることであると考へる。然らば、具體法は如何にして定立せらるゝか、換言すれば、如何なる場合に具體法は斯かる客観性及確定性を具有するに至るであらうか。

第一に具體法の定立は具體法の認識に始められねばならない。この認識は、然しながら、自然科

學的認識ではなく、一の觀念的創造作用である。蓋し具體法はそれが吾人の思考作用の對象となる點に於ては一の存在と云ひ得るけれどもそれ以上の存在ではないからである。具體法の認識は *Ysay* の所謂創造的認識作用 (*schöpferische Erschauen*) に於てのみなされ得るのである。かゝる創造的認識作用によつて得られた規範の觀念は即ち定立せらるゝ、具體法の内容[○]を爲すものである。

第二にこの觀念は權限あるものに依り作成せられねばならない。第一に述べたる創造的認識作用は獨り裁判所其他の國家機關のみならず、個人と雖も之をなし得るものであるが、かゝる認識作用に依り得られたる規範の觀念が、定立せらるゝ、具體法の内容[○]を爲すが爲には、法定立につき國家權力を行使する權限あるものによつて爲されねばならない。

第三に、右の規範觀念は、一定の形式を以て表現せられねばならない。即ち右の規範觀念は一定の形式(判決文等)によつて表現せらるゝことによつて、一の意味的存在[○]となり、他人が之を認識する[○]と否とに拘らず客觀的に存在を保有することゝなるのである。

第四に、右の表現せられた規範觀念が確定性を持たねばならない。判決の場合には、それが形式的に確定することによつて、右の觀念は確定性を有するに至る。

(註) 具體法定立の順序は大體右の如くである。然し私は、此處で今一度、右に述べた第一の點につき

(32)

立戻つて考へねばならない。それは右第一に述べた創造的認識作用は如何に爲されねばならぬかの點である。この點は右の創造的認識作用が具體法の認識である點から考究されねばならない。

第一にそれが、法の認識たる點に於て、正義感情 (Gerechtigkeit, Rechtsgefühl) 及合目的の要求 (Zweckmäßigkeit, Nützlichkeit) に基いて爲されなければならぬ。(註一四)

第二に、それが具體法の認識たる點に於て眞實に即して爲さる可きであると同時に其眞實の探知及規範内容の認識は抽象的法規(實體法及訴訟法)に従つて爲されなければならない。前者は眞實發見(wahrheitnässig)の要求であり、後者は合法(gesetzmäßig)の要求である。

右第一及第二の四個の要求は決して、常に一致するものではない。眞實の發見が反つて、反目的である場合もあれば、合法の要求が正義感情に反する場合もある。故に結局、具體法の定立即ち裁判は右四個の要求の調和の上に爲されなければならぬ。如何に之を調和せしむるかは、裁判官の人格に俟つの外はない。合法の要求のみを偏重することは、我憲法五十七條の規定にも拘らず、裁判の本質より見て正當であるとは云へぬ。然し私は今、此處で深くこの問題に立入つてゐることは出来なす。

(註一四) この點に付 Sauer, Lebendes Recht und lebende Wissenschaft, 1896 S. 12 參照

右の如く具體法の定立は右四個の要求の調和に於て爲されねばならないからして、若し我々が裁判を批判する場合に於て、その裁判がこの調和に於て爲された場合、即ち換言すれば、其裁判に於てこれら四個の要求が調和せしめられて満足せしめられたる時、我々は、この裁判を正當なり(richtig)と爲し、然らざるときは之を不當なり(unrichtig)となすのである。斯くて私は裁判が右四個の要求の調和に於て爲されねばならない要求を「正當なる裁判の要求」と呼び度いと思ふ。それ故に、正當なる裁判の要求は所謂眞實發見の要求よりも宏く且これよりも高位の要求である。

斯くの如く具體法の定立自體は法安定(Rachtsicherheit)の要請から要求せらるゝ所であるが、かかる要求に基き爲さる可き具體法定立の場合にも、一面に於て之に對し具體法の正當なる定立の要求即ち正當なる裁判の要求の存在することを看過することが出来ない。而して我々はこの兩者の調和を審級制度を認むること及其制限に於て之を看取し得るのである。

以上を要約するに、判決は具體法の定立行爲であり、其内容は、定立せられた具體法であり、判決の根據は法安定の要求に存すると云ふことになるのである。

第二節 既判力の本質及根據

以上の考察を基礎として、既判力の本質及根據を論じ、更に之を基礎として、其主觀的範圍の間

題を論せねばならぬ。

上に述べた様に具體法の定立は、法安定の要求に基く所であるが、この法安定の要求は獨り具體法の定立を要求するのみならず、更に、定立せられたる具體法が法として妥當することを要求する。具體法が定立せらるゝことゝ、定立せられたる具體法が妥當することゝは、それ自身別個の觀念であるが、然し定立せられたる具體法が妥當すべきことは、具體法の定立と同様に、法安定の要求の然らしむる所である。即ち定立せられざる具體法は、それが定立せらるゝことを要求し、定立せられたる具體法は更に法として妥當することを要求するのである。

定立せられたる具體法即ち判決の内容が妥當すると云ふことは、それが具體法として認めらるべきことが國家によつて要求せらるゝことである。この意味に於て、判決の内容は、原則として判決が形式的に確定した時より妥當するのである。即ち、判決の内容は、それが定立せられたる時より法として妥當するのである。

この判決内容妥當の效力として、左の如き種々の効果が生ずる。

(一) 消極的效果として判決の内容が法として其存在を維持繼續すべきことが要求せらるゝのである。この效力の結果定立せられた具體法の存續に對する攻撃は排除せられる。但し、一面に於て

正しい裁判の要求は、或程度に於ける再審の許容となつて表はれてゐる。(註一五)

(註一五) 尙書の點に付 *Wuzel, Ungerechtfertigte Durchbrechung der Rechtskraft* 參照

(二) 積極的效果として二個の効果が生ずる、

(イ) 拘束力 (*Verbindlichkeit*) この拘束力は裁判外のものと裁判上のものとに之を區別することが出来る。

裁判外の拘束力として、判決の内容は、爾後吾人の行動の規準 (*Regelung, Ordnung*) として特定の人を拘束し、其人が其判決の内容に従つて行動すべきことが、國家によつて要求せらるゝのである。裁判上の拘束力として、後訴裁判所は、判決の内容に拘束せられ、之と矛盾する裁判を爲すことを得ないことになる、即ち、同一の具體法が再度定立せらるべき旨の要求がなされた場合又は既に定立せられた具體法が新に爲さる可き具體法定立の先決問題と爲りたる場合に於て、裁判所は既に定立せられた具體法たる判決の内容に拘束せられ、前判決の内容と一致せしめて右の具體法を定立しなければならぬのである。

(ロ) 國家は、其公力を以て、判決の内容の實現に努むるの義務を負ふに至る、即ち所謂執行力である。

(35)

尙右の外判決の存在が實體上の法律要件となるの效力、所謂 *Tatbestandswirkung* が生ずるが、これは判決の存在が表はす效力であつて、其内容が持つ效力ではないからこゝに之を述べぬ。

以上の諸種の效力の内、私は前記の拘束力中の訴訟上の效力のみを以て、既判力と考へたいのである。勿論、用語の使用は各人の自由であるからして、既判力なる言葉に右以外の效力を意味せしむることは各人の自由であるが、私は、既判力なる言葉に、右の訴訟上に於ける拘束力のみを意味せしむることを以て、訴訟法學上最も適當なものと考へるのである。この點に於て私は現今の通説たる訴訟法上の既判力説と同一の見解に立つものである。然し、私は、右の意味に於ける既判力を以て、判決の内容たる具體法妥當の一表現乃至效果と解するのである。

かくて、既判力の本質は、具體法たる判決内容妥當の一效果たる訴訟上の拘束力であると云ふことになるのである。

然らばかゝる既判力の根據は何であるかと云ふに、しばしば述べた如く、既判力は、判決内容妥當の、一效果であり、而も判決内容妥當の根據は、前言せるが如く、法安定の要求に在るのであるから、其一效果たる既判力の根據も亦、法安定の要求に存することは勿論である。

次に私は、判決が實體上の權利關係を變更せしむるの效力あるや否やに付、一言しなければなら

ない。

私は前に述べた如く具體法としての判決内容の訴訟外に於ける拘束力を認むるものである。然しこのことは、當然、實體法上の既判力説と同様の主張を爲すことにはならない。判決が實體上の權利關係を變更するや否やは、所謂變更せらるべき權利關係、換言すれば、定立せられざる具體法の存在の問題に繋つてゐるのである。若しも、定立せられざる具體法が定立せられたる具體法と同様の存在形態に於て存在するとなれば、この二者を統一し其間に矛盾なからしめんとする要求は當然に發生する所であつて、これをそのまま放抛することは出来ないのである。然し、前に述べた様に定立せられざる具體法は、單に我々の創造的認識の對象となると云ふ意味に於て存在するにすぎず、定立せられたる具體法即ち判決の内容の如く、意味的存在として、客觀的存在を有するものではない。従つて、この立場から云ふならば、判決が定立せられざる具體法即ち所謂實體上の法律關係を變更するや否やは全く問題とならないのである。即ち右の立場から云ふならば明かに判決が實體上の（又は訴訟上）權利關係を變更するや否やの問題自身が無意味となるのである。私の立場からするならば、問題は寧ろ、「判決の存在は、定立せられざる具體法が再度我々の創造的認識の對象となることを妨ぐるや否や」及「若し妨げずとすれば、かゝる創造的認識の結果得られたる我々の法概

(87)

念は、如何なる效力を有するや」と云ふことに存しなければならぬ。この最初問題に對しては、之を肯定しなければならぬ。蓋し法は、かゝる吾人の自由を制限することは出来ぬからである。後の問題に對しては、斯かる創造的認識の結果は、判決が妥當する限り、法律上、何等の效力をも有しないと云はねばならぬ。換言すれば、判決が實體上及訴訟上拘束力を有する限度に於て、法律上何等の意味をも有しないと云ふことになるのである。

要するに、定立せられざる具體法(之を主観的に見れば具體的權利若くは義務)の存在の態様を以て、定立せられた具體法の存在の態様と同様に考へることは誤であつて、この點に於ては、實體法上の既判力説も訴訟法上の既判力説も共に同様の誤を犯して居るものと云ふべきである。

以上を要するに、既判力の本質は、具體法たる判決内容妥當の一效果たる訴訟上の拘束力であり、其根據は、法安定の要求に存すると云ふに在る。

第三節 既判力の主観的範圍

前に述べた如く、既判力は具體法たる判決内容妥當の一效果であり、其根據は法安定の要求も在るから、既判力の主観的範圍を論ずる場合に於ても亦、法安定の要求が問題とならざるを得ない。然し、一面に於て、法安定の要求より生ずる判決妥當の要求に對し「正しい裁判の要求」が對立し前

者を制限せんとすることも、法定立前と同様であり、既判力の主観的範圍を論ずる場合に於ては又この「正しき裁判の要求」が問題とならざるを得ないのである。斯くして既判力の主観的範圍を決定する moment は、「法定の要求」と「正しき裁判の要求」と云ふこの二個の要求を如何に調和せしむべきかに存するものと云はねばならぬ。

即ち、法定の要請のみより云ふならば、判決の内容は、實定せられた具體法として、國家權力に服従する總べての人の間に妥當することが要求せらるゝのである。もつとも、國家權力に服従する總べての者と云ふても、判決は、抽象法ではなく具體法であるから、實際に於ては、判決の拘束力が問題となる場合は、左程多くはないのである。即ち實際に於ては、かゝる判決の拘束力によつて利益又は不利益を受くる者の間にのみ問題となるのである。蓋し、私は、私と全然無關係な他人甲と乙との間に言渡された或物に對する所有權確認の判決に付て何等利害の關係を有するものではなく、従つて右判決の拘束力は私には何等問題にならないのである。右判決の拘束力が私にとつて問題となり得るが爲には、私が右判決の存在につき利害の關係を持つて居る場合即ち其物を譲り受けるか、或は本來私が其物の所有者であると考へる場合、或は私が其物に對し他物權を有すると考へる場合等に於て始めて右判決の拘束力殊に既判力が私にとつて問題となつて來るのである。それ

故に判決は國家權力に服する總べての人の間に妥當すべきであり、從つて既判力は、國家權力に服する總べての人に付き生ずると云ふても、これは決して奇妙なる結果を生ずることにはならないと思ふのである。

之に反して、正しき裁判の要求を貫くならば、判決の消極的效果たる判決の具體法としての存続の維持は否定さる可きであり、何人も又何時たりともかゝる判決の存在を攻撃し得べきであると同時に、判決が判決として存在する場合に於ても、この判決の拘束力は何人によつても否定さる可きである。蓋し「正しきものを求むるの要求」は、常に、既に定立せられた具體法即ち判決の内容に對し批判の眼を向けねばならないからである。

かくて、問題は、かゝる相對立する二要求の調和に於て解決せられなければならないことになるのである。

然し、この調和の場合に於ても、この二個の要求は決して對等の地位に立つものではなく、「法定の要求」は「正しき裁判の要求」の上位に在り、「正しき裁判の要求」は「法定の要求」の前に常に一步を譲らねばならぬことを注意しなければならない。蓋し、これは既に定立せられたる具體法即ち判決の内容が正しくないと云ふことは、何人も確信を以ては之を云ひ得ざること又再度なさるべき

法の定立が既になされた判決よりもより正しくなされるであらうことは何人も確信を以ては之を云ひ得ざること等より生ずる當然の結果である。

右に述べた見地に立つて、前述の二要求の調和を考ふるならば、先づ第一に判決の既判力は一應總べての人について生ずべきであるが、一定の者については正しき裁判への要求を入れ、既判力の排除を認むべきことゝなるのである。一定の人とは他なし、判決の成立に關與せざりし者である。斯くして、判決の既判力は、當事者及當事者に非ざるも訴訟に關與し、訴訟材料を提出の機會を與へられたる從參加人の如きにつき生じ、然らざる者については既判力は排除されると云ふ一應の調和點又は調和線が發見せらるゝのである。然しこの調和線は通例考へらるゝが如く、既判力は原則として當事者についてののみ生じ、當事者以外の第三者には及ばず、例外的に之に及ぶ場合は既判力の擴張なりと云ふ風に見らるべきではなく、既判力は本來總べての人につき生ず可きであるが、訴訟に關與せず從つて判決の成立に關與せざりし者については、そのことより、正しき裁判の要求を爲すを得せしめる爲一應既判力の排除を認む可きであると云ふ風に考ふ可きであると思ふ。

右の如き意味に於いても、一應の調和點は見出されるのであるがこれはどこ迄も一應の調和點であつて、特殊の者については、特殊の理由から、正しき裁判の要求を爲すを得せしめず、從つてその者

(41)

については、それが當事者等に非ざるにも拘らず既判力を排除し得ざるものと爲すべき場合が存在するのであり、承継人其他の者が之である。又反對に假令當事者であつても、特殊の場合には、正しい裁判の要求が極めて強く、爲に之につき或範圍に於て既判力の排除を認めることも亦可能である。以下私はこれについて論じなければならぬ。

先づ學説を見るに、一般承継人については、承継人は前主の法律上の地位を包括的に承継するものであるから既判力が之に及ぶのは當然であるとし多く説明せざるを常とする。

特定承継については種々の見解がある様である。

第一に一番多くの人によつて主張されてゐる見解は、判決の既判力は、私法上の權利又は法律關係に附着する一種の利益又は負擔として、私法上の權利又は法律關係と共に移轉すると見る見解である。例之、判決の既判力が承継人に及ぶのは、何人も前主が有せる權利以上の權利を取得することを得ずとの原則によるものなりとし註一六)或は、既判力は權利につき *Machtzuwachs* 又は *Macht erhdusse* 即ち效力の増加又は喪失なるが故に承継人はこの強められ又は弱められたるまゝの權利を承継するものとなし(註一七)或は又確定判決は實體法上の權利に對し *Bestärkungsgrund* である、即ち實體法上の權利を強める原因となるものなるが故に、判決の效力は承継人にも及ぶとなす(註一八)

等種々である。

(註一六) Stubenrauch, Kommentar zum Osterreichischen a. b. G. 1898 S. 66

(註一七) R. Schmidt, Lehrbuch S. 765

(註一八) Wach-Jaband, Zur Lehre von der Rechtskraft S. 67

然しながら、私は右の見解に賛成することが出来ない。既に述べた如く、既判力は裁判所に對する拘束力であつて、之を實體法上の權利又は義務自體の増加又は減少と見ることは出来ないのは勿論である。又若し、實體法上の權利又は義務自體の増加又は減少ではないが、當事者が裁判上確定判決を有効に争へぬと云ふ點に於て實體法上の權利又は義務の效力の一種の増加又は減少と見て支障ないと云ふのであるとすれば、其増加又は減少は、既判力の適用を受くる人にとつてのみの増加又は減少であつて、既判力の及ばない人にとつては何等の増加又は減少を意味しないのは勿論である。蓋し其増加又は減少と云ふことは既判力の及ぶ者は裁判上確定判決に矛盾した主張が有効に爲し得ないと云ふことを意味するに他ならぬからである。従つて既判力は承繼人にも及ぶが故にそれは承繼人にとつても權利又は義務の效力の一種の増加又は減少であるとは云ひ得るとしても、反對に、既判力は前主の權利又は義務の效力の増加又は減少であるからそれは又當然承繼人にも及ぶとは云ひ得ないのである。

又假に實體法説に従ひ、確定判決により實體法上の権利又は義務自體が變更せらるゝが故に、承繼人は其變更せられたるまゝの権利又は義務を承繼し得るに過ぎないと爲す場合に於ても同様問に答ふるに問を以てするものである、蓋し論者の考へによれば實體法上の權利關係の變更は判決の既判力の然らしむる所であり、今提出された問題はかゝる既判力の效果即ち實體法上の権利又は義務の變更の效果が承繼人についても生ずるや否やに在るのである。承繼人が前主の有せし權利以上の權利を承繼することの出來ぬのは勿論であるが、問題は、前主が權利又は義務を有したりや及有したりとせば如何なる範圍に於て有したりやに在り、この問題の決定の場合に、若し承繼人に既判力が及ぶとすれば前主の有せし權利又は義務の範圍は判決の内容に依り決定せられ、承繼人は之に對し異なる主張を爲し得ざる可く、若し又、及ばずとすれば、承繼人については前判決と無關係に前主の有せし權利の範圍が決定せらる可きである。要するに、既判力により前主の有せし權利又は義務が變更を受けるから、承繼人にも亦既判力の適用を受けるとなすのは、既判力が承繼人に及ぶ理由の説明とはならぬのである。

第二に承繼人は或程度に於て、當事者と同一視すべきものなるが故に、判決の効力は承繼人に及ぶとなす説がある(註一九)

(註一九) *Haldeman, N. Z. P. B. 21 s. 489*

然し私は、この説も亦判決の既判力が承継人に及ぶ根據を説明して居らぬものであると思ふ。前主と承継人が法律の立場を離れて同一人でないことは明白である。又前主と承継人とを法律上特に既判力の點につき同一視すべきや否やは、之に既判力を及ぼすべきや否やの問題と同一であつて、従つて、既判力の點について前主と承継人とを法律上同一視すべしとなすのは、既判力を承継人に及ぼすべしと云ふと全く同様で何故に既判力を承継人につき認む可きやの理由を説明しては居らぬ。

第三に若し判決の既判力が承継人に及ばずとする時は敗訴者が訴訟物を假装的に他人に譲渡することによつて、既判力を實際上無力のものとなすことを得るが故に、之を防止する爲承継人にも既判力を擴張するものなりとなす者がある。(註二〇)

(註二〇) Bekker, *Prozessualische Konsumption* S. 213.

この説は、單に法律行爲に因る承継の場合についてのみ、既判力を承継人に及ぼすの根據を説明し得るに止まり、法律上の承継の場合には、之を説明することが出来ぬ、又假装的讓渡と云ふ一部の場合を根據として、宏く一般に既判力が承継人に及ぶを論ずるは失當であらう。

斯くて、この問題解決の鍵は、結局既判力の根據に之を求めなければならぬ。

曩に私は、既判力の根據は法安定の要求に在り、この點よりのみ云ふならば、既判力は本來國家

權力に服従する總ての人に對し生ずべきであるが、右法安定の要求に對して、正しき裁判の要求が對立し居るが爲、既判力の主観的範圍はこの兩要求の調和に於て解決せられなければならぬこと、この調和に於ては兩要求は對等の地位に在るものではなく、法安定の要求は、正しき裁判の要求の上位に在ること、従つて、既判力が當事者につき生ずると云ふことは、通説の云ふが如く、既判力は原則として當事者についてのみ生じ、他の者に及ぶ場合は既判力の擴張なりと考ふべきではなく、寧ろ既判力は原則として何人についても生ずべきであるが、正しい裁判の要求を容れて、當事者以外の者については一應既判力の排除を認むべきである、然しこれは、勿論一應であつて、當事者以外の者であつても、特別の理由から法安定の要求が著しく強く爲に正しき裁判の要求が退けられ既判力の排除は認められず原則に復歸すべき場合もあり、又反對に特種の場合には、正しい裁判の要求が強めて強く爲に當事者についても或點に於て既判力の排除を認むることも可能なる所以を述べた。斯る立場から云ふならば、問題は、何故に既判力を承繼人に迄、擴張すべきかにあるのではなく、何故に承繼人については、既判力の排除を認め得ないかに存するのである。

右の觀點に立つて私は我民事訴訟法第二〇一條が當事者の承繼人に付既判力の排除を認めざりし所以を次の二點に求め、その限りに於て、右の規定を是認せんとする者である。其の理由は他なし、

(74)

一方に於て若し承継人につき既判力の排除を認めるとすれば、法安定の要求は著しく侵害せられ、折角判決により定立せられたる具體法も大半其存在の意義を失ふに至るべきこと、他方に於て、承継人は其承継したる具體的權利又は義務につき前主の爲したる行爲の結果利益を受くると同時に、不利益をも甘受すべき責任を有するものと云ふべきであるからである。

先づ最初の理由から述べんに、承継は抱括承継たるを、特定承継たるを問はず日常頻繁に生ずる所であつて、若しも承継人につき判決の既判力を排除するものとすれば、具體法たる判決内容當の人的範圍は極めて狭き爲、具體法定立の目的の大半は失はれ、法安定の要求は著しく害せられるのは明白である。而してこのことは其承継が正當なる權利者を害する目的を以て爲さるゝと、然らずして爲されたる場合とに依り差異を生ずるものでは無い。

次に、第二の理由即ち承継人は前主の爲したる行爲の結果につき責を負ふべき理由を述べんに、包括承継の場合に於ては、かゝる責任は包括承継なる制度自體から認めらるゝ所であつて、もしも斯る責任を負はずとすれば、包括承継は無意味となるからである。例之相續の場合に於て、相續人は被相續人の爲したる行爲の結果につき利益を受くると同時に不利益をも甘受すべきは、相續なる制度自體の本質を爲すものである。而して、これは獨り實體法上の行爲のみならず、訴訟法上の行

(44)

爲に付ても亦同様であると云ふ可きであり、敢て之を實體法上の行爲はのみ限るの要を異ならしむ會社の合併の場合に於ても同様であらう。

次に特定承継の場合であるが、この場合には、私は、承継人が前主の権利又は義務を承継するを云ふ態。自體に其責任の根據を求めんとするものである。即ち承継と云ふ法律效果そのものでもなく、又、承継人と前主との人的關係でもなく、權利義務承継の原因たる行爲を爲すと自體に根據があるのでないかと考へるのである。即ち承継人は、訴訟が繫屬すること（口頭辯論終決後、判決確定前）又は確定判決ありたること、換言すれば、承継の目的たる權利又は義務につき其定立がなされんとしつゝあること又は既になされたることを知るか、少くとも通常知り得可きに拘らず、かゝる權利又は義務を承継したることそれ自體の爲に、前主の爲した訴訟行爲の結果を甘受するの義務あるものと考へるのである。そも、承継人が、當事者の一方に對し既に生じた確定判決の既判力を利益に利用し得可きことは疑がなく、問題は、承継人の不利益に於ても亦判決の效力を認むべきや否やに在るのである。承継人は、もしそれが第三者で止まつて居たとすれば、當事者の訴訟行爲につき何等の責任不利益をも負はずべきではないが、この第三者は第三者たることを止め、當事者間に具體法、主觀的に云へば權利義務が定立されつゝあるか又は既に定立せられたることを知り又

は知り得可きに拘らず、之を承継したるが如き場合には、之をして、前主の爲した訴訟行爲の結果につき責任を負はしむるも決して承継人に苛酷であるとは云ひ得ぬのである。而もこのことは法律行爲に依る承継の場合たると法律の規定に依る承継の場合たるを問はないのである。蓋し法律の規定に因る承継の場合に於ても其承継の原因たる法律行爲其他の行爲が存在するからである。たゞこの場合には其法律行爲其他の行爲は、直接權利義務の移轉の爲になされず、他の目的を有し、たゞその行爲の結果法律の規定に依り、當事者の目的とせざる權利又は義務が移轉するのである。然し、この權利義務の移轉は、其法律行爲又は其他の行爲例へば代位辨濟等を爲す者に於て、知り又は知り得可きであるから、かゝる法律行爲其他の行爲を爲したることを理由として承継人は法律行爲に依る權利義務の承継の場合と同様に責任を負ふ可きものと考へるのである。

以上を要するに、承継人につき既判力を排除し得ざる理由は、若し然らずして既判力の排除を認むる時は、法安定の要求が著しく害せらるべく、而も他方に於て承継人は、前主の爲したる訴訟行爲の結果につき、利益を受くると同時に不利益をも受く可き責あるものなるが故に、之につき既判力の排除を認む可からずと云ふに在る。

之に疑問となるのは、右の點から云ふならば、既判力を排除し得ざる場合は、單に承継人が訴

訟の繫屬又は確定判決ありたることを知るか又は知り得べかりし場合に限る可く、之を知らず而も知らざることにつき適失なき時は、既判力の排除を認むるのが適當ではないかとの點である。然し、前言せる如く、承繼人につき既判力の排除を認め得ない理由は、單にそれが前主の行爲の結果を甘受しなければならぬ地位に在ることのみ存するのではなく、一方に於て然らざれば法安定の要求が著しく害せらるゝ點に在り、而も後者は前者に比し遙かに強い理由であるのみならず、實際上に於ては、既判力が承繼人に及ぶや否やを審査する爲一々承繼人の訴訟繫屬についての知不知、過失無過失等を審査せざる可らざることとなり。繁に堪へぬから、寧ろ承繼人は通常訴訟の繫屬又は確定判決の存在を知り居るか又は少くとも知り得べきであることの理由に據り、個々の場合に果して承繼人が訴訟繫屬又は確定判決の存在を知りたるや否や又は知らざることにつき過失ありたるや否やを問ふことなく、一般に、承繼人については既判力の排除を認めざることとするのが適當であらう。

次に、當事者又は其承繼人の爲に請求の目的物を所持する者につき既判力を排除せざる根據は如何、請求の目的物とは、獨乙民訴三百二十五條第一項に所謂 *im Streit befundene Sache* と同様であつて、或物に付所有權其他の物權が主張せられ又は其物に付物上請求權が主張せられ、或は又所有權又は占有者が其資格に於て負擔する義務が主張せられたる場合に於ける其物を云ふのである

が、物につき單なる債權が主張せられた場合例へば貸借の終了を原因として物の返還が求められたる場合に於ても亦其物は右に準じて考ふ可きであらう。(註二)

之等の場合其物を所持するものは、單に當事者又は其承繼人の爲に所謂 *Beneficiarius* たるに過ぎず、従つて、既判力を排除し、確定判決の内容と獨立して具體法の定立を求むるにつき何等正當の利益をも有せざるが故に既判力を排除し得ざるは、當然である。従つてこれらの者については、其所持が口頭辯論終決後に開始せられたると其以前たるを問はざることも亦明である。

右の場合と同様、凡て第三者が、當事者間の判決の既判力を排除するにつき何等正當の利益なき時は、既判力は之にも亦及ぶものと解すべきであらう。例之、甲乙間に甲が債權者なること確定せられたる後債務者乙が右債權の擔保として自己が丙に對して有する債權を權利質として質入れしたる場合、第三債務者たる丙は、甲乙間の右判決の既判力を排除し甲が債權者に非ず又は債權額は判決に依り確定せられたる額よりも僅少なり等の主張を有效に爲し得ざるものと解すべきであらう。(註三)

(註一) Rosenberg, Lehrbuch 9. Aufl. S. 534

(註二) RG Baumbach n. a. O. S. 50

既判力の主體的範圍に就て

(84)

次に第二〇一條第二項に所謂「他人の爲原告又は被告と爲りたる者」に對する確定判決が其他人に對して效力を有するの根據につき考へて見たいと思ふ。私は、この規定の根據を訴訟信託の觀念に求めんとする者である(註二三)

凡他人の爲、原告又は被告となる場合は、之を二つに分つことが出来る、一は、權利者が任意に他人に訴訟實施權を附與し之をして當事者として訴訟を爲さしむる場合にして、他は法律の規定に依り、他人が權利者に代り訴訟を實施する場合である。前者の例は、手形の取立委任裏書に於ける被裏書人、民訴第四七條の選定當事者の如きであり、後者は、破産管財人海難救助料の請求訴訟に於ける船長、遺言執行者の如きである。右の中權利者の意思に基く訴訟信託の場合に於ては、信託を爲したる者が、受託者の訴訟實施の結果を甘受すべきは事ろ當然であつて、之に付既判力の排除を認め得ざるや勿論である。然し法律の規定に基く訴訟信託の場合に於ても、法律が斯る信託を認めたる以上、民訴第二百一條第二項に所謂他人は受託者たる當事者の爲したる訴訟行爲の結果を甘受すべき義務を認むるのが適當であるから、この場合にも亦權利者の意思に基く訴訟信託の場合と同様、其「他人」につき既判力の排除を認め得ないと云はねばならない。

民訴第七十二條及第七十四條の場合判決が脱退したる當事者に對し效力を生ずる理由も亦右と同様訴訟信託の法理に依り説明することが出來やう。

更に、民訴第七十八條に依り訴訟告知を受けたるに拘らず參加せざりし者、第六百二十三條に依り呼出を受けたる債權者等訴訟に關與するの機會を與へられたるに拘らずこの機會を利用せざりし者については判決の既判力を排除することを得ない。蓋しこれらの懈怠者について既判力を排除して正しき裁判の要求を爲さしむべき何等の理由をも存在しないからである。

以上は何れも、或者の法律上の地位又は態度に依り、これにつき既判力の排除を認めざる場合であるが、最後に、かゝる法律上の地位又は態度に拘らず既判力の排除を認め得ざる場合がある。確定判決の内容が多數人の法律上の地位に影響を及ぼすが如きものなる場合が即ち之である。例へば身分關係に關する判決（人事訴訟法十八條、二十六條三十九條等）商法第八十三條に依る會社の解散又は社員除名の判決、同第九十九條に依る會社設立無効の判決、同第六十三條の株主總會決議無効の判決、等が之である。これ等の場合に於ては、其判決によつて定立せられた具體法の内容は、宏く多數人の法律上の地位に影響を及ぼすが如きものであり、従つて若しこの場合第三者に付既判力の排除を認むる時は法安定の要求が著しく侵害せられ、社會生活上の要求に合致せざるが故に、正

しき裁判の要求を遙かに後退せしめて宏く第三者につき（其の範圍は判決の内容により必ずしも同一ではないが）本来の原則に依り既判力の生ずることを認めたものである。それ故、この場合、其の判決が形成判決であるか又は確認判決であるかは問ふべきでは無い。寧ろ判決の内容が多數人の法律關係乃至法律上の地位に影響を及ぼすが如きものなるや否やが問題なのである。

然しながら、右の如き場合に於ても、特種の事情に依り、正しき裁判の要求が著しく強い場合には、特定の者につき既判力の排除を認めなければならなくなる。例へば人事訴訟法第十八條第二項が、重婚を理由として婚姻の取消を求めたるに對し之を棄却したる判決は、當事者の前配偶者に對してはそれが訴訟に參加した場合の外效力を生ぜずと爲した如きはこの理由に因ると云ふべきであらう。

以上に於て私は、既判力の主観的範圍決定の根據につき極めて簡單ながら論述した。然し右の根據を基き、更に詳しく既判力の主観的範圍を考究することは残された仕事である。私は他日を期してこの残されたる仕事に對する責を果したいと思ふ。