慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	訴訟判決の既判力
Sub Title	Materielle Rechtskraft des Prozeßurteils
Author	伊東, 乾(Itō, Susumu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1962
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.35, No.10 (1962. 10) ,p.1- 20
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19621015-0001

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.

訴訟判決の既判力

伊東　乾

一

訴訟要件の欠缺を宣言し・訴を不適法として却下する・いわゆる訴訟判決には、これが確定に達した場合、既判力を認めることができるか。嘗て、たとえば、故細野博士は、「所謂訴訟成立要件ノ欠缺ニ因リ訴ヲ不適法ナリトスル判決、正当ナル当事者ノ欠缺ノ為メ請求ヲ不適法トスル判決又ハ権利保護ノ利益ナキ為メ訴ヲ理由ナシトスル判決即チ本案以外ノ理由ニ依ル判決ハ訴訟ノ目的物タル私法上ノ権利又ハ法律関係等ニ付キ何等ノ裁判ヲ為シタルモノニアラサルカ故ニ実質的ノ效力ヲ生スルニ由ナク……本案ノ判決ノミ所謂実質上ノ效力ヲ生ス」と論じておられたし（要義〔昭和九年〕四巻一六五頁）、「所謂訴訟判決は……既判力を有せずとは、わが国の学説の一致した見解である」と説く教科書もある（菊井講義三八六頁）。現在でも、小野木教授は、訴訟判決の既判力を否定する立場に立たれるが（講義増補版二七九頁）、故加藤（正）博士が「所謂訴訟判決も亦既判力を有する。蓋し訴又は上訴を不適法として之を却下する判決の如きも同一の状態の下に於ける再訴を禁ずるが為めには既判力を必要とする」と説かれたのをはじめとして（要論二八一頁）、既判力否定論が「わが国の学説の一致した見解である」と説く教科書の著者・菊井教

授も、みずからは、訴訟判決の既判力を肯定せられるのであり（講義前掲、法律学講座叢書民訴三九〇頁）、兼子博士（概論三七六頁、体系（三八二）1イ、法律学講座民訴一六四頁、条解一九九条三）1イ）・中田教授（講義一六四頁）・山木戸教授（民事訴訟法二一六頁）・高根判事（講義一〇七頁）等も、すべて訴訟判決の既判力を肯定せられるのであつて（他にも後述諸家の肯定論がある）、今日では、むしろ、訴訟判決にも既判力を認めるのが、わが国の学界の多数説ないし通説であると、認むべきであろう。

ドイツでは、明かに、肯定説が現在では通説であると、認められている。たとえば、シュタイン＝ヨーナスのコメンタールでは、既判力を本案判決に限るのは「昔の学説でしばしば主張せられた見解」であると言い（§322, IV 1）、バウムバッハ＝ラウタアバッハでも、異論を唱えるのは「実体法的既判力理論の主張者だけである」と説かれている（§322, 1, A.）。実務は全く肯定論に立つており「実体的既判力理論の主張者だけがこの立場を排斥する」という代表的な教科書の説明もまた、全く同じ状況を伝えるものである（Rosenberg, §149 I 2）。

尤も、これら諸論者の中には、一方に、訴を不適法として却下する判決だけを訴訟判決と考え、従つて問題の範囲から上訴を不適法として排斥する判決を除外している者もあれば（Rosenberg, a.a.O., und §129 II 1, §134 I a. E.）、他方に、上訴の適法要件を特別訴訟要件と称し、一般もしくは特別の訴訟要件についての判決を訴訟判決と規定することによつて、上訴を不適法として排斥する判決にも既判力を認めるに帰着する趣旨の者もあつて（Baumbach, a.a.O., und Grundz. vor §253 3G, Übers. vor §300 2A）、ニュアンスは必ずしも一様ではない（わが国では普通「訴又は上訴に付訴訟要件又は上訴の要件の欠缺に基き訴又は上訴を不適法として却下する判決」を訴訟判決と呼ぶ例であるから訴訟判決にも既判力ありと言えば上訴を不適法として排斥する判決にも既判力を認めるに帰着しよう）。だが、訴訟判決の既判力の問題は、訴に対する判決についてその典型を示すのであり、解決は典型的な問題について与えられれば充分であるから、本稿では訴を不適法として却下する判決のみを考えていきたい（なお文辞上明瞭に訴訟判決を訴に対する判決に限定している例として Nikisch, Zivilprozeßrecht, S. 384（対比 S. 467））。然るときは、ニュアンスの差を無視して、学説は概ね訴訟判決にも既判力を認める態度において現在は一致していると、認めることができるのである（伊東民事訴訟法一六二頁）。（もかかる肯定説に従つた）

そして、肯定説の結果は、たしかに実践上妥当には違いない。だが、訴訟判決にも既判力を認めうる〝理論上の〟根拠はどこにあるか。以下には、少しく、肯定説の根拠を吟味してみたい。

二

比較的に詳しく肯定説の論拠を説くのは、シュタイン＝ヨーナスのコメンタールである。そこには三つの根拠が挙げられているが、第一に曰く、ローマ法におけるとは異なり、近時の訴訟では、すべての判決が同一裁判所の国家行為として内面的に同種等価のものであり、従つて既判力を生ずべき適格も同一なら、既判力の必要も同様であること。第二に曰く、形式的確定力や訴訟内部の拘束力にあつて判決の内容が実体的か訴訟的かは区別されていないこと。そして、第三に曰く、ドイツ民訴一一条その他はまさに後訴裁判官の拘束を明定するものであるが、これは訴訟判決についてであり、また二七六条その他は訴訟的な内容をもつ決定に関するものであること(Stein-Jonas-Schönke, Pohle, a.a.O.)。だが、本案前の審理と本案の審理とが手続上分離されていないと言つても、それは技術的な形式の問題で、そこから本案判決と訴訟判決との同種等価や適格の同一を導き出すことはできない(問題は訴訟目的からの評価にかかわるのであつて其処まで行かないかぎり反対にローマ法上は異種不等価であつたとも言えない)。また、形式的確定力や訴訟内部の拘束力にあつて判決の内容が実体的か訴訟的かが区別されていないという点は、むしろ、いわゆる訴訟訴訟での判決の既判力に対応する事実で、本案判決・訴訟判決の区別とは次元の異なる問題である。そして、ドイツ民訴一一条・二七六条その他挙示の諸条文は、個別規定にすぎないから基本の態度が決まらぬかぎりこれから何物にも推及することはできないばかりでなく、これらはすべて管轄もしくは権限争議についての裁判に関し、原則に推及するには余りにも特殊にすぎると言わなければならないのであつて、結局、シュタイン＝ヨーナスからは、ただ既判力の必要という一点のみが、取るに足りる論拠として汲取られうるにすぎない。

もう少し理論的に整つた説明は、ローゼンベルクの教科書に見られる。曰く、

判決はそれが訴について実体に関し裁判するときだけではなく、いわゆる訴訟判決であるとき、即ち、たとえば訴状が補正されずに残る内容の瑕疵をもつことを理由とし、又はその他の訴訟要件が欠缺し、もしくは訴訟障礙が存することを理由として、訴を不適法として排斥するときにも、既判力に適する。というのは、訴訟判決もまた起こされた請求についての裁判であり、且つ独民訴三二二条は、起こされた請求について実体に関し裁判が行われることを要求していないからである。実践上の利益もまた、訴を無管轄、訴訟事項でないこと、被告が裁判権に服しないことを理由とし、仲裁契約の抗弁を理由とし等々によつて排斥する裁判が既判力を生じること、および、恣意的な反覆によつて裁判所がその度に同じ法律問題を更めて裁判すべく強いられることがないことを、切に要求している。それ故に実務は全くこの立場に立つているのであり、実体的既判力理論の主張者だけがこの立場を排斥している。何故なら、実体的既判力理論の主張者は訴訟判決の既判力を彼等の仕方では説明することができないからである。訴訟判決の既判力は、しかし、そのうちに裁判された訴訟問題に限られるもので、従つてただ同一法律問題が同一当事者間で裁判される場合にだけ生じ、無管轄を理由とする排斥判決の既判力は従つて同一裁判所の面前で同一の訴がおこされる場合にだけ生じ、同一裁判所の面前で第一判決後に生じた事実に基づき、又は他の裁判所の面前で訴がおこされる場合には及ばない。それ故に民訴一一条・二七六条・労働裁判所法四八条一項からは我々の見解の確証もこれに対する反対の論拠も汲取られない。何故なら、管轄裁判への他の裁判所の拘束は既判力の作用ではなく、加うるにかの諸規定は三二二条一項とは異なり裁判理由への拘束を規定するものだからである、と。(Rosenberg, a. a. O. 割註は一切割愛、強調字体や細字の表示も施さなかつた。三二二条の前に「独民訴」と加えたのは原文にはないものを念のため表示したもの)

最後段に示された独民訴一一条云云は、あたかもシュタイン＝ヨーナスに対する反論になつていることを、見ることができよう。それは、兎もあれ、ここには、また、シュタイン＝ヨーナスとは別の、一連の論拠が示されているのであつて、訴訟判決もまた請求についての裁判であること、既判力を認める実際上の必要があること、訴訟判決に既判力を認めるも既判力の本質に矛盾するものではないことの三点が、簡潔適確に指摘されている。

他方、わが国で論拠を挙げる代表的なものは、菊井教授の教科書であつて、既判力の否定論は「実体判決のみ既判力を有するとしたローマ法の余韻を存するもので、すべての判決が裁判官の行為として同価値であるとするゲルマン法思想の支配する現行法に調和しない。のみならず第一九九条の確定判決は実体的判決に限定されることなく、又当事者が同一の訴を繰り返すことを防止する上において実際上も必要であるといわなければならない」と説いておられる（講義前掲）。その第一点はシュタイン＝ヨーナスの第一点と同旨、第二点前段はローゼンベルクの第二点を彼此条文の差異に応じて飜案したに帰し、第三点はシュタイン＝ヨーナスともローゼンベルクとも共通である。

およそ、このようにして、肯定論の・取りあげるに値する従来の論拠は、ローゼンベルクの要約する三点にあるとみることができるが、上掲三者に共通な〃既判力を認める実際上の必要〃という点は、先ずこれを肯定して差支あるまい。ザウアのように、司法の威信を保持するためにも訴訟経済という見地からも、とくに既判力を認める実際上の必要はないという見方もないではないけれども（Grundl., S. 261ff.）、それは訴訟判決のすべてについて言われているものではなく（cf. S. 255; Allg. §16 III 4）、個別的に実益なきに帰する場合があるとしても、一般にこれを否定することはできない（兼子概論体系各前掲参照）。むしろ、この実際上の必要ということこそ、従来の肯定説の共通且つ殆ど唯一の理由として挙げられてきた根拠で（加藤山木戸各前掲）、我々もまた、レントとともに、訴訟判決にも既判力を認めることが実践上望ましい（praktisch wünschenswert）ということから出発すべきである（Lent, Studienbuch, 9. Aufl., S. 173）。

だが、それは、出発点にすぎまい。望ましい効果を望むままに帰せしめうる根拠は一たいどこにあるか。真に吟味に値する論拠は、かくて、起こされた請求との関係、および既判力の本質との関係の二点である。

二点のうちでは、既判力の本質との関係の方が、決定的なものとみえるかも知れない。

三

訴訟判決の既判力との関係で、既判力の本質の問題が決定的な役割を演じることを強調せられるのは、三ヶ月教授であつて、「訴訟判決の既判力を如何に説明するかは既判力本質論として如何なる立場をとるかによつて場合により困難に逢着するのであるが（実体法説や具体的法規説乃至権利実在説の立場に立つと、訴訟判決の既判力を説明するに窮すると思われる。精々本案判決の既判力の趣旨を類推するに止まるであろう。しかし既判力の本質が権利乃至法規範の存在に依拠するとの前提をとる以上実体面とは無縁な訴訟判決につき類推するならば、本質の異るものに類推する根拠がなお詳細に示されねばなるまい）、既判力の根拠を一事不再理に求めるときにはじめて、本案判決の既判力、訴訟判決の既判力の問題も刑事判決と民事判決の既判力の問題を論ずるときと同じ様に本質的同一・具体的差別の形で捉えられるといつてよい（私的紛争の解決という機能の関係上両者のもつ意味は異るにしても国家の裁判である以上一事不再理の理念は同じく働く。但し審判の容体が異り、本案判決の場合は法律上の主張の当否であるから、既判力には一定の失権効が当然に結びつくのに対し、訴訟判決の判断の対象は多く訴訟要件たる事実の存否であるから、失権効というものの結びつく余地は少く、むしろ刑事訴訟の場合と同様、繰返しを禁ずるという消極的効果の面で捉えられることが多い）」と説いておられる（民事訴訟法二八頁）。これは、前述のように、バウムバッハ＝ラウタアバッハやローゼンベルクが訴訟判決に既判力を否定するのは「実体法的既判力理論の主張者だけである」と説いている事実、あるいは、レントやローゼンベルクが訴訟判決の既判力の問題を既判力に関し実体法説を排して訴訟法説をとるべき根拠の一つに算えあげている事実に対応する（Lent, a.a.O.; Rosenberg, § 148 II 1 (a) a. E.）。否、これらよりも更に一歩を進めて、従来の訴訟法説ではなお不充分、その言わゆる新訴訟法説でなければ、訴訟判決の既判力を十全には説明しえないことを、説こうとせられたものと言つてよい（前記の説明は一事不再理説の「理論的効用」の標題下にその一環として展開されている文言である）。

だが、既判力の本質は、実は、訴訟判決の既判力の問題に、直接の関連を持たないであろう。既判力の本質をどういう角度から眺めようとするにもせよ、その問題の本領は、本案判決の効力に存する。ザウアもいうように「既判力は……事物形成が観念的に完成に達する終結点であつて」、既判力の本質はまさに訴訟の使命から判断せられなければならず、その使命

の中心は、何よりも先ず、本案の形成に認められる（Grundl. S.235. そこから導き出す彼自身の既判力理論には賛成できないが、出発点は正しい）。民事訴訟の目的が私的紛争の法的解決にあるとすれば（伊東研究三七頁以下）、紛争自体についての判断形成が事物形成の中核をなし、紛争自体についての本案裁判が裁判の効力の焦点におかれることは、疑の余地のない所である。だから、既判力の本質は、先ず本案判決について闡明せられなければならない。訴訟判決のごときは後に別に処理せられれば足りるところで、訴訟判決の既判力を訴訟法説の根拠に算えあげ、あるいは、訴訟判決について既判力理論の当否を検証するがごときは、話が全く倒錯している。そして、既判力の本質をその本領たる本案判決について訴訟法説に従い、又は一事不再理説に従つて理解することは、既に疑問の存する所であるから、この立場から訴訟判決の既判力を肯定することができても、それは論証たるに足りないと言わなければならない（既判力の本質論は別稿「既判力について」民訴雑誌八号に譲る）。

かくては、しかし、既判力の本質に関し例えば実体法説をとるべきものと態度決定した場合、訴訟判決には既判力を否定して引退らざるをえないであろうか。実体法説と訴訟判決の既判力とが本当に矛盾するものであるならば、たしかに引退つておわらざるをえない。いかに既判力を認める実際上の必要があつても、矛盾をおかして訴訟判決の既判力を強弁することは許されないところであるとともに、ここで引退らざるをえない結果は既判力の本質論のいかなる弱点をも示すものではないからである。しかし、実のところは、実体法説、必ずしも訴訟判決の既判力と矛盾はしないであろう。もし、それ、訴訟判決にして、本案判決と類縁の性格を具えるなら、本案判決についての効力はその限度で当然訴訟判決にも推及せられなければならない（仮に構成してみれば例えば実体権の存在要件もしくは属性の一つを確定するとでも言えないことはない）。実体法説の論者や、訴訟法説よりは実体法説に近い権利実在説の論者が、当然のこととして訴訟判決に既判力を認める実例があるのは（高根前掲、兼子前掲）、論証の当否を別にすれば、かかる可能性を暗示する事実といえる。問題は、むしろ、訴訟判決というものが果して本案判決と類縁の性格を具えるかどうか、に存するのである。

仮に実体法説は訴訟判決の既判力に矛盾するとしたところで、訴訟法説ないし一事不再理説を採りさえすれば、途端に訴訟判決の既判力が必然のものになるわけではない。精々いえることは、ただ、肯定しても矛盾しないということ、認めるについて障礙が少いということである。既判力についての訴訟法説の論者がそれにも拘らず訴訟判決に既判力を否定する実例があるのは（細野前掲）、肯定のために既判力本質論のほかなお他の要件の具わることが必要であることを示唆するものといえる。他の要件とは何であるか。訴訟判決の本案判決との近似性がそれであつて、訴訟法説ないし一事不再理説と雖も、かかる近似性を証明して、後にはじめて、訴訟判決に既判力を推及することができるのであり、「実体面とは無縁な訴訟判決につき類推するならば、本質の異るものに類推する根拠がなお詳細に示されねばな」らないのは（三ケ月前掲）、実体法説や権利実在説ばかりのことではない。この論証を跳びこすなら、本案判決と訴訟判決とを区別すること自体が始から無意味であるし、訴訟判決にも当然既判力が生じると説きつつ「但し審判の客体が異り」従つて既判力の現れ方は異なると説くときは、近似性の論証を要する両者の別異性が却つて露呈して来よう。両者を同じからずと感じるのであれば、理論的整合は別論として、訴訟判決には、中村（宗）教授のように実体的確定力を伴わぬ既判力があるとか（訴と請求並に既判力増補改版三八一頁、要論下三四七頁）、村松判事のように本案判決のそれとは実質的に異なる既判力があるとか（菊井村松コメンタール一九九条Ⅰハ）、野間教授のように本来の意味での既判力とは別の一種の拘束効があるとか（学四五二頁、要論三〇四頁）説く方が、説明として正直である。もし、それ、訴訟判決の、近似性にあらぬ独自性が論証せられるなら、たとえ訴訟法説や一事不再理説の下にあつても、これへ本案判決の効力を推及するのは、当然どころか、逆に矛盾をきたすのであつて、訴訟法説ないし一事不再理説も、決して直接に肯定説を論証するものではない。

既判力の本質は、正しくは、判決内容の正しさの担保とみらるべきであろう（伊東前掲既判力）。それは判決の実体的内容を必ずしも前提とはしない。従つて、いわゆる実体法説よりは、遙かに訴訟判決にも親しみ易い。しかし、この立場に立つ場合でも、既判力の本質から訴訟判決の既判力に直行することはできない。問題は何処までも本案判決に対する訴訟判決の地位奈

何に懸るのである。

ブローマイヤアが、嘗て、訴訟物の二元性という独自の構想を提唱した際に、これに関連して次のような議論を示したことがある。曰く、「単一の訴訟物を考えることに伴わざるをえない諸困難は、訴訟判決の既判力効をめぐる実体的既判力理論と訴訟的既判力理論との争のうちに、明瞭に示されている。実体的既判力理論の決定的な支持者として、クラインフェラアは、訴訟判決の既判力一般を否定した。反対に、訴訟判決の既判力が今日でも訴訟的既判力理論の理由づけに奉仕している。どちらの理由づけも必然ではない。本案判決の訴訟物と訴訟判決の訴訟物とは異なるからである。実体的既判力理論は訴訟判決の既判力に抵抗する必要はなかつたのだし、訴訟的既判力理論はこれを援助することを許されなかつた筈である」と（Festschrift zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin, S. 60. 傍点は筆者が附した）。傍点の限度で、全く同意せざるをえない。

四

それなら、訴訟判決は一たい「起こされた請求についての裁判」といえるか。これがローゼンベルクの挙げる論拠の他の一点であつたが、前段にみた所によつて明かなように、これこそが、実は、既判力の本質にもまして、問題に深いかかわりをもつのである。

勿論、起こされた請求について裁判したものと言えるか否かという問い方は、ドイツ民訴三二二条一項が「判決はただ訴もしくは反訴をもつて起こされた請求が裁判された限度においてのみ既判力を生じる」と規定することに基づく。これに対応するわが国の民訴一九九条一項が「確定判決ハ主文ニ包含スルモノニ限リ既判力ヲ有ス」という異なつた表現をもつことを考えると、わが国で訴訟判決の既判力を考えるについては、この問題を回避できるかのようにも見えないではない。しかし、裁判所は当事者の申立てない事項について判決することができないこと（民訴一八六条）、別に中間確認の訴の制度があること

（民訴二三四条）などに徴すれば、わが国法上「主文ニ包含スル裁判ト云フハ訴又ハ反訴ノ申立……ヲ以テ起シタル請求ニ付キ主文ヲ以テ裁判シタルモノヲ云フ」と観るほかなく（雉本民事訴訟法論文集六九六頁）、前記日独の両法条が「両者何れも同一のことを規定している……にすぎない」ことは（三ケ月民訴一一二頁）、学説の一致して認める所である（伊東講座三巻七一八頁、両法条の今日のように相岐れるに至つた沿革については斎藤法学八巻四号一頁以下参照）。わが国法上、訴訟判決の既判力を考えるについても、訴訟判決が果して起こされた請求についての裁判といえるかどうかの問題は、これを回避することができない（そしてこれが実は前述のように中心の問題をなすのである。伊東講座七一九頁が訴訟判決の既判力を考えるにあたり「一九九条が請求に関する判断と言わずに主文に掲げられた判断と言つていることは、考察のひとつの材料になりうるであろう」と言つたのは当らないことであつた。訴訟判決の既判力が「裁判および既判力の本質とこれを認める実益とにかかる問題で、一九九条の文言のみからは決められない」ことだという先行の文章も前段所述のように既判力の本質に決定的契機を認める限度では不当であつたので併せてこの機会に本稿に添うて改説する。但し請求に関する判断と主文に掲げられた判断との間に実質と形式の差があることは没却できない所で、主文に掲げられたか否かを全く無視して請求に関するか否かの面からのみ既判力の範囲を考えれば足りるのではない。実際にも、請求に関する判断が主文に掲げられず、又は請求に関せざる本案の先決問題についての裁判が主文に掲げられる場合を考えることができる。いずれの場合も既判力を否定すべきであろう。伊東同所七一八頁参照）。

また、ドイツ民訴三二二条一項が、起こされた請求の裁判された限度でのみ既判力が生じることを規定するのは、ツォイナアもそのモノグラフの劈頭で確定したように、ただ古い普通法上の既判力の客観的範囲に関する理論を排斥することを目的としたにすぎない（Die objektiven Grenzen d. Rechtskraft, S. 2）。普通法上の理論に従えば、「主張された法律効果の裁判以外において、条件的法律関係すなわち言わゆる〝判決要素〟についてフォン・サヴィニイが、また事実たる要件すべてについてさえ例えばヴィントシャイトが主張していたように、要件たる諸条件の確定もまた既判力を生じるのであつた」（Zeuner, a. O., S. 1）。しかし、だからといつて、この点からも、訴訟判決の既判力は起こされた請求についての裁判か否かとは無関係とすることはできない。なるほど、「許容性の否定は主たる問題についての裁判を妨げる」に対し「実体法上の先決問題は主たる問題についての裁判を左右はしても妨げることはできない」のであるから、「許容性の問題と他の実体法上の先決問題とは異なる」には相違ないけれども（Blomeyer, a. a. O., S. 59）、本条を他所にしては、なお、訴訟判決に既判力を認むべき積極的な根拠は与えられない。すなわち、起こされた請求についての裁判が云々ということは、本来の裁判対象について、先決問題の裁判と結論的な裁判とを区

別するものであるとともに、当然、同時に、本来の裁判対象についての裁判は（且つ本来の裁判対象についての裁判が）既判力を生じるということを前提として予定し、従つて、併せてこの趣旨を表現するものであると見なければならない。この前段の意味では固より訴訟判決は本条と無関係であるが、この後段の意味において、なお、本条の予定する請求に関するか否か、起こされた請求についての裁判かどうかが、問われなければならないのである（訴訟判決の既判力の問題は、既判力の客観的範囲の問題ではなく、そもそも既判力を生じうる底の裁判か否の問題である）。

そうして、既判力の肯定論者は、しばしば、訴訟判決もまた「起こされた請求についての裁判」に他ならぬことを、説こうとする。その理論構成の一つは、訴訟上の請求そのものを判決の「要求」として規定する仕方である。ローゼンベルクの論法はこれに属する（Lent, a. a. O., S. 176. は「訴訟物についての裁判は成程存在しないが訴による要求・請求についての裁判は存在する」という。他方に「訴訟物はかくて法律効果の既判力による確定に向けられた要求である」ともあるので（S. 103）その趣旨必ずしも明かではないが、ここでの問題に関する限りローゼンベルクと同旨と解してよかろう）。曰く、「民訴法典上の請求は従つて定立された申立によつて表示される法律効果の既判力による確定に向けられた要求（Begehren）と定義せらるべきである」。「人は判決を訴をもつて起こされた原告の質問に対する回答と考えることができる。訴を認容するときそれは質問を肯定するのであり、訴を理由なしとして排斥するとき判決は質問を否定するのであり、訴を（特に訴訟要件の欠缺を理由として）不適法として排斥するとき判決は実質的な回答を拒否するのである。そのどの場合でも裁判所は訴訟物について裁判している」と（a. a. O., §88 III 1, §83 III 1）。

しかし、請求を要求と規定することには賛成できない。この点は別に論じたことがあるので（伊東研究二一三頁）、ここには、ただ、要求（Begehren）説に対する批判の一つだけを援用しておく。曰く、「もつと恐るべきことは、かような言わゆる訴訟上の請求が全く権利とは考えられていないことである。……（権利と考えようとするなら）原告が裁判所に向けるものであるその言わゆる〝要求〟は、裁判所の裁判、それも、何らかの裁判ではなくして、申立てられた裁判、原告に有利な裁判を求める原告の権利を主張することにならざるをえまい。原告に有利な裁判にこそ要求は向けられているのだからである。これでは

ワッハ流の権利保護請求権になつてしまうが、近時の著者達は全く圧倒的に権利保護請求権を排斥する。彼らの訴訟上の請求は権利でもなければ、権利の行使でもなく、訴による要求そのものである」と（Nikisch, AcP. Bd. 154, S. 275）。

かような請求＝要求説とは別に、既判力の肯定論者が訴訟判決もまた起こされた請求についての裁判に他ならぬことを説こうとする・もう一つの理論構成は、例のハープシャイトの訴訟物二分肢説である。彼によれば、「〝請求の原因〟をなす法主張はかくてニキッシュの意味における法律効果主張と〝手続主張〟とに分けられなければならない」。「原告は要求する法律効果がその手続で彼に帰せしめられなければならぬと主張しているのである。両者――手続主張と法律効果主張――が相携えて法主張を構成し、従つて同一の訴訟物に属する」。「手続主張に属するのは一定の権利保護形式の主張である。それは、しかし、これに尽きない。むしろ、それは、適法要件すべてに関するのである」。「その手続で帰せしめらるべき（手続主張 Verfahrensbehauptung）・訴の申立のうちに輪廓づけられた内容の権利（法律効果主張 Rechtsfolgenbehauptung）が自己に属する旨の原告の法主張（Rechtsbehauptung）こそ……〝請求の原因〟である」。かく解すれば「訴訟判決の問題もまた満足な解決を見出す。これはただ手続主張のみを判断する裁判である。……従つてただ〝その限度で〟（民訴三二二条一項）既判力を生じる」。「手続主張についての判決は適法性に関し、法律効果主張についてのそれは訴の理由具備性に関する」（Streitgegenstand, SS. 147, 151, 148, 149.）。

しかし、かかる訴訟物の特殊な構成には賛成することができない。それは、本案と訴訟要件とを機械的に同列におくことによつて、訴訟の構造を暴力をもつて破壊し、訴訟要件の実質的な機能を見失わせるものである。今日まで特にハープシャイトの二分肢説を批判して詳論した者は、ニキッシュとヘンケルであるが、あるいは、前者が「（法律効果主張と手続主張を統合した）かかる上位概念が今や併し〝法主張〟だということになると、手続主張もまた一種の法主張でなければならないことになる。ここで主張される権利は併しただ裁判所から本案についての判決を受けることにのみ存しうることになろ

う。かくて人はハープシャイトが今日圧倒的な見解とともに排斥している所の権利保護請求権にまつすぐ乗りあげることになるであろう！」といい（Nikisch, Besprechung, Bd. 156, S. 73. 同じ文段の先行文章は本稿本文段冒頭と同旨であろうか。しかし曖昧。爾余の点についてはなお考慮を要する）、あるいは、後者が「訴訟判決は一定の訴訟要件に孤立的に関係する裁判ではない。自己の訴が適法であるという原告の主張について裁判するのでもない。さような主張を原告は訴訟法上全く定立する必要がない。……適法性だけが裁判されるのではなくして、具体的な請求原因を伴う具体的申立を判決は排斥するのである。その時々の訴訟物を伴つた訴の不適法性が確定されるのである」というのも（W. Henckel, Parteilehre u. Streitgegenstand, S. 194. 進んで自己の見解を示す箇所では後出のように賛成できないものを含む。また二分肢説が訴訟物の識別機能に適しないという批判（S. 195）も疑問である。なお二分肢説が権利保護請求権説を想起せしめるというニキッシュと同旨の批判も他の所に掲げられている（S. 26））、後者における請求＝要求説の色彩を払拭すれば、適切な指摘としてこれを援用することができる。

問題は、実は、訴訟判決の既判力に関するかぎり、請求＝要求説や訴訟物二分肢説が理論構成として成立つかどうかにあるのではなくして、既にそれ以前において、およそ何故、要求たる請求や法主張たる訴訟物が、訴の単なる適法要件をそのうちに含みうるか、という点に存する（請求＝要求説や訴訟物二分肢説が理論構成して成立たないこと従つてかかる理論構成を「理由として」訴訟判決に既判力を認めることができないことは右にみた通りである）。そこには、前提として、実体的理由具備の問題も訴訟的適法の問題も訴訟上は同質・等価だとの認識が予定されていると、観るほかあるまい（勿論訴訟判決の既判力が請求＝要求説や訴訟物二分肢説を理由として説明される限度においてはのことであるがこの限度ではかかる同質等価は所説の理論的必然の前提である）。さればこそ存しうる請求＝要求説であり、訴訟物二分肢説であるが、既にかような同質・等価を予定するとすれば、そこから直接訴訟判決の既判力を引出すことができて、要求説や二分肢説を経由する必要もなかつた筈であり（現にローゼンベルクの既判力肯定論は請求を法主張と定義していた時代（4. Aufl., S. 372）にも全く同じ形で存在していたし（S. 683）、また前出のように肯定論者に属する中田教授は同時に却つて請求＝要求説のきびしい排斥論者でもある（中田研究Ⅰ一四頁以下））、ハープシャイトの訴訟物二分肢説のごときは、むしろ逆に、訴訟判決にも既判力を生ぜしめることを主たる狙いとして構想されたふしがある（そこに構想の狙いがあるとみることについて同旨なるは Henckel, a. a. O., S. 194. 始から訴訟判決の既判力を狙つた理論構成が訴訟判決の既判力を説明しうることは当然なことで、訴訟物二分肢論を〝理由とする〟既判力肯定論は結局同義反覆にすぎない。勿論、所説はあわせて権利保護形式の相違を訴訟物のうちに取込むことを狙いとしており、請求＝要求説の方は殆ど専らこの方の狙いに向けられているが、ついでにこの点に論及しておくことにすると、権利保護形式の相違のごときは権利主張それ自体の態容の差と考えれば足り、そのために訴訟物二分肢説をとる必要がないことは勿論、法主張説を排して要求説をとる必要もない）。

だが、実体的理由具備の問題と訴訟的適法の問題とがドイツ民訴三二二条（日民訴一九九条）との関係で同質・等価だという認識は頷けない。訴訟は、本来、本案当否の確定を目的とし、従つて、既判力も、本来、本案の裁判について考えられたものであり、考えられるべきものであるから、「ドイツ民訴三二二条一項で〝請求〟の語をもつて考えられているのは、争われている実体権である」とみなければならない（Nikisch, AcP., S. 74）。いかに「むしろ訴訟判決もまた申立と請求原因とによつて表示される訴訟物について裁判するものである」といい（Henckel, a. a. O., S. 194）、「訴訟判決は本案判決からその対象によつて区別されるのではなくして、その内容によつて区別されるものである。従つて訴訟判決もまた訴訟物についての裁判であつて、権利主張の当否は解決しないにしても、これを併し排斥するのである」と説いてみたところで（a. a. O., S. 195）、本案判決から「その内容によつて区別される」裁判は、たとえ論理上は対象を同じうするも、目的上、ドイツ民訴三二二条（日民訴一九九条）に包含せられることをえないであろう。まことに、小野木教授が既判力を否定しつつ言われるように、「訴訟判決は……民事紛争を解決することなく」、これを本案判決と同一に考えることはできない（小野木前掲）。

訴訟判決は、かくて、「起こされた請求についての裁判」ではない、と観なければならない。

五

訴訟判決が「起こされた請求についての裁判」ではないことを認めながら、なお且つ訴訟判決に既判力を帰せしめるためには、「起こされた請求についての裁判」に関する規定をこれに〝類推〟するほかはない（勿論、シュタイン＝ヨーナス前掲第三点のように、本質論に立返らぬ実証論のみを行うつもりなら話は別であるが、その論拠そのものが当らぬこと前述の通りであるとともに、実証論だけで理論的満足はえられない。シェーンケ肯定論（Lerb. S. 335）の筆法も完全な実証論であつて、「訴訟判決は何ら主張された請求についての裁判を含まないのであるから」という一見有望な前句も「既判力はここではただ訴訟要件についての裁判にかかわる」という事理当然の後句で結ばれているに過ぎない）。

ヘルウィヒとニキッシュとはこの途を進んだ（Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S 157; Nikisch, Streitg. S. 54.）。後者が場合によつては拡張解釈という言い

方をするのも、とくに類推から区別されたものを考えているわけではあるまい(Nikisch, AcP., S. 74.)。しかし、類推を説く以上、三ヶ月教授の言われるように、「本質の異るものに類推する根拠がなお詳細に示されねばなるまい」(前出)。それが、「ドイツ民訴三二二条の立言は、いわゆる〝先決的な〟法律関係の存否に関する裁判所の宣言もまた既判力を生じるかどうかという嘗て争われていた問題を、何よりも明かにしようとしたものであつたということから理解される。さればこそ〝ただ……のみ〟と言われ、〝請求〟についての裁判が挙げられているのである。規定のかような目的に眼をとめるならば、法主張についての実体的裁判を含まぬ判決にこれを類推することに、何の妨も存しない」というだけであつては(Nikisch, a. a. O.)、いかにも根拠として薄弱である(類推を妨げない事情だけが説明されていて、積極的に類推を行うべき根拠は全く何も明かにされない)。また、たとえ、確認の利益・当事者能力・訴訟事項・仲裁契約の不存在等は〝訴権〟を規定する関係にあり(Hellwig, a. a. O., 131 u. 143. 彼によればこれらは訴有効要件(Klagvoraussetzungen)であつて訴訟の要件(Prozeßvoraussetzungen)からは区別されるが(S. 141)、今日普通に訴訟要件とされるものはその言わゆる訴有効要件(から原告勝訴のために必要な実体的要件を除いたもの)に当る)、従つてこれらを判断することは〝訴権〟を判断することになる(S. 141, § 20 a. E.)と言つてみても、「吾人の言わゆる訴権と上述のような民訴法上の請求とは同じではない。訴権は法典が〝請求〟のために、その保護・その実現のために与えている公権である。この国家に向けられた権利が訴訟対象ではなく、訴の申立によつて表示される主張された法律関係が訴訟対象である。かかる請求の概念が民訴三二二条の基礎をなす」と説く以上は、いかなる根拠に基づいて「類推によつて……私権の裁判を含まない判決(訴権を否定する判決をさす—筆者註)に本条は拡張せられうる」ということになるのか(S. 157)、その辺の理由は、少しも明かでない。ハープシャイトの言うように、類推説は、不満足なものと言わなければならない(Streitg., S. 141)。

ただし、他説も、実質的根拠は言外に措いた。その腐心する無関係もしくは不当な外面的理論構成を払拭するとき、根拠の与えられて残るものは認められない(既述)。「類推する根拠がなお詳細に示されねばなるまい」との批判において、他説も類推説と同罪であり、いずれが当然のように予定する事態も、恐らく、全く同一のものである(引用句は前出)。

また、訴訟要件の概念およびその位置づけが、真摯熾烈な論争の、長い豊かな歴史を綴つてきたことは、周知の通りである。訴訟判決は訴訟要件の価値や概念と絡みあい、その評価基準は右の歴史のうちに与えられているであろう（ヘルウィヒの類推論はその詳密な訴権論の全体を根拠とするであろうし、ニキッシュの類推論さえ実は訴訟の本質に関する今日までの論争を援用するものと言えないではない）。かかる沿革と経緯に立返らずに前記類推の根拠を考えることは、あるいは不可能・無意義と見えるかも知れない。だが、一方、対象自体は論争以前の所与の事実であり、他方、評価と構成とは歴史のすえ今日ではほぼ帰一するところで、その深化ないし反省は寧ろ却つて個別的な問題の開拓を俟つほかないのである（個別的に検討してみることによつて、ヘルウィヒの類推論も実は訴権論となお直結していないことが明かになつたのであるし、ニキッシュの類推論も学説史のどこを何故援用するものか不明なことが露呈されたのであつて、かかる個別的な問題における曖昧の発見が基本的問題の反省を培う）。事態は、現時学界の大勢・水準を前提して、これから出発し、所与の対象に直接して、検討・吟味せられるべきである（現水準を前提するということは其処に佇みおわるということではなく其処での疑問を剔出することである。前註のような結果のほか既判力の本質との通常いわれている関係が直接には存在しないことも既に上に指摘した）。

そうして、類推論者自身は明示していないにもせよ、類推の客観的根拠は、これを認めうるものと思われる。それは、しかし、訴訟判決もまた「国家の裁判である以上」ということではない（引用句は三ケ月前掲）。かくては、そこで「適法性だけが裁判されるのではなくして、具体的申立を判決は排斥するのである。その時々の訴訟物を伴つた訴の不適法性が確定される」という事実が没却せられ（引用句は Henckel。但しその請求＝要求説の色彩を払拭して理解すべし。すべてこれらの点は前出）、本案判決との共通性のみが残されて、区別自体が抹消せられる。他方、また、「訴訟判決もまた訴訟物についての裁判であ」るということが、類推の根拠をなすのでもない（引用句は Henckel（前出））。かくては、訴訟判決の方が本案判決に吸収せられ、逆の経路を辿りながら、同じ無差別を結果するであろう（本案判決と同じ対象について異なる裁判をなすものというが、本案判決内部における内容の差と此処で言わゆる内容の差とが質的に異なるに拘らずこれを最大公約数で一括するところに実質無視の強暴がある）。訴訟判決の正しい理解は、たとえば、ニーゼの一節にみられる（Doppelfunktionelle Prozeß-handlungen, S 40f）。曰く、

手続規定はすべて……実体的な訴訟対象、被告人の行為または訴求された紛争関係が、事実について完全に解明され、且つ法について正しく評価せられうることを、保障する使命をもつ。手続が正義に叶つていること（Justizförmigkeit）は正しい本案判決を確保すべきも

のである。

個々の場合に裁判所がおよそ本案自体について裁判を許されるかどうか、たとえば、通常裁判所の面前における訴訟が許されるか、受訴裁判所が事物および土地の管轄権をもつか、手続が然るべく権限ある人によつて追行されているか、同一の刑事もしくは民事々件が既に他に係属し又は既に裁判所によつて裁判さえされていはしないか、等、言葉をかえて言えば、本案についての弁論および裁判のためのすべての要件が存在するかどうかという、重要な問題もまたこれに属する。かくて、訴訟の本来の目標たる本案判決との関係での本案裁判要件、という問題が、極めて重要な意味を獲得するのであつて、この問題をはじめて極めて鋭く認識したビゥロウのごときは、これを〝訴訟要件〟として、あたかも本案判決に至る場合にのみ訴訟がそもそも存在したことになるかのような意味に誤解することができた程である。この実り多い誤は、in iure 手続と in iudicio 手続とへのローマ民事訴訟の分裂というビゥロウの法史的出発点を別にすれば、実際、訴訟が本案判決による実体権の実現というその観念的ならびに実際的な目標に達する場合にのみ、論理的現象形式から見てではないにしても、法政策的目的から見て、はじめて完全な訴訟ということができるという、正しい感じに基づいている。これに代えてただ訴訟判決に至るにすぎないならば、これによつては、あわせて、欠缺する本案裁判要件の種類に応じ、裁判所の本案裁判が、あるいは、かくては（例えば裁判所の無管轄の場合）、又は、そもそも（例えば訴訟事項でない場合）与えられえないことが、宣言されているのである。この意味において、訴訟判決には、言わば、一つの〝消極的実体的機能〟が存するのであり、これによつて、場合によつては終局的な効果をもつて、通常裁判権を手段とする実体権の実現が排除せられるのである、と。

まことに、民事訴訟は私権の確定を目的として存し、本案判決と訴訟判決とを同一視することはできない。訴訟要件は「請求」の〝属性〟ではなく（ブローマイヤア前掲同旨。言わゆる権利保護の資格や利益も同断である）、訴訟上の問題が併せて独立・同位の訴訟対象をなすこともない（対象はどこまでも争ある私権のみ。ブローマイヤアの訴訟対象二元説には賛同しない）。しかし、私権の〝主張〟は必ず何らかの「場」において行われざるをえまい。場を捨象した主張は、観念形象であつて、現実の主張ではない。場が異なつても主張は同一たるべきであるから、場の条件はなお主張自体の属性ではないが、訴訟要件は、訴訟という場が私権の主張に課する制約にほかならない。この資格におい

て、言わゆる実体関係的訴訟要件も、その他の訴訟要件も区別さるべきものはない。また、この意味において、訴訟要件の調査は、本案判決のための「不可避の先決問題」にかかわるのである（引用句は Blomeyer, a. a. O., S. 58.）。場の条件は、ここでは、私権の「主張」のために存在する（従つて裁判所の構成のような個々の「主張」をこえた一般的条件は場の条件ではあつても訴訟要件ではない）。それが満足されて主張そのものが判断せられた以上は、主張の条件は存立の目的を失つてこれを確定する意味がなくなる。しかし、これが否定せられる場合には、本案裁判に至りえない場合であることを、宣言する必要があるばかりでなく、宣言することに主張自体にとつての重要な意義がある。これが訴訟判決であるに他ならず、それは、「請求」判断の〝不可缺〟な前提を不可避な関係で宣明する訴訟必然の現象である。

訴訟判決は、かくて、なるほど請求自体を判断するものではないが、請求の存立にかかわり、且つ本案判決に必然的に随伴するものである。本案判決を目的とする訴訟は、この目的を訴訟判決を随伴するものとしてのみ追求することができ、従つて、本案判決の効力たる既判力もまた、訴訟判決に拡張せられてのみ、はじめて訴訟の目的に相応して存在することができる。ここにこそ、本案判決について本来は存する筈の既判力が、訴訟判決にも「類推」せられうる根拠がある、というべきであろう。

ただし、そうであるとすれば、上級審の裁判の拘束力などを訴訟判決の既判力と同列におき、又はこれを根拠として考えるがごときは（兼子研究二巻九三―四頁はこういう筆法で上級審の裁判の拘束力を「訴訟内の効力に止まる」〝既判力〟とされる）、不当な拡張であるといわなければならない。訴訟判決は、これとは異なり、請求自体に、且つ直接にかかわる判断であつて、その既判力もまた、判決の確定を前提として、当該訴訟の外部に対し作用する（たとえば控訴を不適法として排斥する判決の効力も訴却下の判決と同一には考えられないであろう。本稿冒頭に断つたようにこの問題は別の機会に譲る）。既判力を裁判一般の効力と考えるがごときに至つては、既判力の意義・目的を恣に稀薄化するものである（何もかも取込んで本質的同一・具体的差別という言い方をして行くと（三ケ月前出参照）やがて問題はすべて振出しに戻ることになろう）。

また、「既判力の働きは、勿論、訴訟判決の場合と本案判決の場合とで非常に異なる」ということも、右の類推の根拠を動かすものではない（引用句は Schönke, Lerb., S. 335. なおStein-Jonas, § 322 IX 2 参照）。既判力が個々の訴訟要件の欠缺に基づく訴の不適法を確定するに止まるのは、むしろ、右類推の根拠からみて、当該訴の不適法一般を確定することが目的をこえるためであり（訴訟要件は請求に従属するもので、前述のようにこれを肯定する判断は特に確定する意味がないとともに、一要件の欠けるときに他の要件も欠けること又は訴が全体として不適法になることを確定する必要も目的から導かれない。他方A要件欠缺による不適法却下がA要件の欠缺を確定するのは裁判の理由に既判力を認めることにもならない。訴不適法一般が宣言せられてA要件欠缺の判断がその理由をなすのではなくして、独立の各箇不適法事由が確定せられて目的上競合や重複が許されぬものに過ぎぬこと上記の如くであるからである）、本案判決の場合と異なり「失権的効果の入りこむ余地が少い」のも（三ケ月民訴三一頁）、むしろ、訴訟要件が具体的な請求と結びついてのみ意味をもつこと、および事情の変更は前後両請求の「場」の条件として存すれば足りるため、と観ることができる（既判力である以上かかる本案判決との差異を超えて失権的効果を控制するのは不当である。いかなる場合にも、訴訟判決は、訴不適法の判断で（然らざれば既判力をこれに推及するのは不当であり法判断たる本案裁判の当然の随伴現象が事実判断に止まる理由はない）、「訴訟要件たる事実の判断に止まることが多い」とみるのは当らない（三ケ月前掲は既判力を生じる裁判に法律関係の存否が審判の対象をなす場合と事実関係の存否が審判の対象をなす場合とが区別され一事不再理の理念の現れ方が異るとされている）。

更に、かく類推の根拠を理解することは、あるいは、もはや、類推どころか、本案判決の既判力との〃自同〃を認めるに帰するかも知れぬ。事実、ここに指摘しようとしたことは、訴訟判決の既判力を考えることなしには本案判決の既判力自体を考えることができないという底の、両者の親近・密着であつた。これを「類推」と規定するかどうか、それは再び実質には拘わりのない単なる〃構成〃の問題である。

六

訴訟判決は「請求」についての裁判ではない。本案判決と訴訟判決とは、何処までも区別されなければならない。しかし、訴訟要件は本案判決の回避できない通路であり、前提である。訴訟要件をよそにして、訴訟、従つて本案判決を考える

ことはできない。訴訟判決は本案判決当然の随伴現象であり、必然附帯の制度である。請求認容および請求棄却の判断は、訴不適法却下の判断と組合わされてのみ、現実には存しうる。かくて、訴訟判決は、本案判決とは区別されつつ、しかも、これと〝自同〟に近い〝親近性〟を有する。

これは、恐らく、まことに平凡な事理というべきであろう。本稿には、訴訟判決の既判力の問題との関係で、平凡な事理に人為的操作を加えることの、不要且つ不当であることを説いた。訴権ないしは既判力というような訴訟の基本問題についての反省へ、小さな一角から寄与することを願つたに他ならない。

（昭和三七年八月　稿）