

Title	英米法の歴史における既判力と判決による禁反言
Sub Title	Res Judicata and estoppel by judgement in Anglo-American legal history
Author	平, 良(Taira, Ryō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1965
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.38, No.2 (1965. 2) ,p.1- 19
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19650215-0001

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.

英米法の歴史における既判力と判決による禁反言

平 良

まえがき

判決の確定効の歴史

判決による禁反言

あとがき

まえがき

裁判が一度なされたならば、それを動揺させることなく、同一紛争はそれによつて確定されたものとする考えの判決の拘束力ないしは既判力を認めることは現在においてすべての法制において自明のものとされているといえよう。しかしながら、判決が何故に既判力をもつことが出来るかという既判力の本質については多くの説を見ることが出来るのであり、⁽¹⁾判決の既判力がどの程度認められるかという範囲についても多くの論議を見ることが出来る。本稿においては、わが国が継受した大陸法系といわれるドイツ・フランス法としばしば対照的に論ぜられる英米法における既判力論の特質をその歴史をたどることによつて素描してみようとするのである。

英米法における既判力論を紹介するに当つて予め若干の用語上の説明をしておく必要があるように思われる。

一、本稿において、既判力という言葉は英米法における、阻止 *bar* 吸合 *merger*⁽²⁾ ならびに附随的禁反言 *collateral estoppel* を含むものとする。しばしばレス・ジュディカータ *res judicata* が既判力といわれているが、レス・ジュディカータは阻止と吸合について用いることが適当であり、また附随的禁反言といわれるものはレス・ジュディカータとは異つた起源に由来するものと考えられるからである。⁽³⁾

二、もとより既判力の問題は個々の判決の拘束力についていわれるのであるから、英米法上の判例法の拘束力 *stare decisis* の理論とは異つたものであり、本稿において判例法の拘束力を論ずるものではない。もつとも、判決の拘束力と判例法の拘束力とを類似的の性質をもつたものと考ええる立場もある。これは判例法の拘束力は判決の拡張と考えているのであり、判決の拘束力が判例法の拘束力によつて裏付けられていると考えるものとはいえないようである。⁽⁴⁾

三、前記のレス・ジュディカータをなす吸合と阻止は、前訴 *former litigation* と現在の訴(後訴)が同一訴訟原因にもつづくものであり、前訴判決において自己に有利な判決をえている後訴の請求者 *claimant* ないしは原告が後訴において主張している利益は前訴において確定している内容に「吸合」されているというのである。逆に前訴において自己に不利な判決をえた後訴原告は、後訴を「阻止」されているものといわれる。⁽⁵⁾ 又、既判力の一つの場合である附随的禁反言は、後訴は前訴と異つた訴訟原因にもつづくものであるが、前訴において主張した事実と後訴において主張している事実が本質 *merit* において同一である場合の拘束力というのである。この他に、同一当事者間において同一の訴訟原因による後訴が提起された際に直接的禁反言 *direct estoppel* といつた効果が認められる。これにより、吸合や阻止による既判力が主張されえない場合に一種の既判力を認めることになる。⁽⁶⁾

四、さらに、イギリス・アメリカ法における対物判決 *judgement in rem* と対人判決 *judgement in personam, personal*

judgement の区分が考えられなければならない。対物判決は現在においてはその存在はあまり重要なものとされなくなっているが、人や物の状態や時には身分に関する判決であり、基本的にはその身分や物に関係をもつた凡ゆる人に対して確定力を持つものと考えられる。⁽⁷⁾ これに対して対人判決は争われている事実につき、争っている当事者に対して確定力であるということになる。⁽⁸⁾ もつとも、対人判決においても当事者を拘束すると共に当事者と関係を有する者 *privy* をも拘束するといつた点において、いわば既判力の主観的範囲についての問題は残されているのである。⁽⁹⁾ 対物判決においてはすべての者に対して確定力が働くものといえるのであり、基本的には第三者も拘束されることとなるのであり、対人判決においては当事者あるいは関係人以外の第三者は拘束されるものではないといえるのである。本稿においては、既判力の主観的範囲に属する問題をとりあげるのではないから、対物訴訟において第三者が後訴を維持しうる場合や、対人訴訟において前訴と後訴の当事者や関係人が相違するような場合を考慮しないで、**吸合、阻止、禁反言**の問題を考えていくことにする。

(1) たとえば三ヶ月章・民事訴訟法(法律学全集35)(二二―二六頁に、実体法説、旧訴訟法説、具体的法規説乃至権利実在説、新訴訟法説といつた既判力本質論の大観を見ることが出来る。

(2) わたくしは先に *merger* について「併合」という訳を用いたが(アメリカにおける連邦と州の法律問題・慶應義塾大学法学研究会叢書(8)・一四四頁)、すでに故峯岸治三教授により使用されている「吸合」なる訳語(峯岸治三・イギリス証拠法研究三九三頁)が言葉の意味をより良く表していると思われるので、吸合といつた訳語を使用する。

(3) レス・ジュディカータを、吸合、阻止、附随的禁反言に分つことは現在においてはごく一般的である。リステイトメント *Restatement of the Law of Judgments* もその立場をとつているといえる。通常の場合レス・ジュディカータを既判力とか既判事項と訳すことについて特に問題は生じないと思われる。(英米法辞典・有斐閣は既判力・既判事項としている。) わたくしが敢て既判力といわれる場合と、レス・ジュディカータを区別しようとしているのは本稿において後述する歴史的な部分において説明するようにこの区分を明確にしておく必要があると考えられるからである。

(4) たとえばサーモンド *Salmond, John* は判例法の拘束力を「判決されたものは真実とみなす」*Res judicata pro veritate accipitur* なる法諺に結びつけて説明している。*Salmond, Jurisprudence, § 67.* この点については宮本英雄・英法研究三三―三四頁にふれられてゐる。

- (5) Restatement of Judgments, § 45 comments a. b.
- (6) *ibid.* comment d.
- (7) *ibid.* § 3. 峯岸・前出書三九七—三九九頁四〇—四〇四頁、同書によると対世判決といわれている。判決の効果ということから対世判決という訳語も当っているが、文字に従って対物判決の訳をとる。(前出英米法辞典は、対物判決、対世判決の両者をとっている。)同書に對物判決の例として、財産没取の言渡、遺言検認、離婚判決、捕獲判決、破産宣告、カレッヂよりの放校、法律保護停止、准正、等が挙げられている。現在においてこれらのあるものについては果してそれが對物判決といえるか論ぜられているものもある。たとえば離婚についてそれが物的訴訟といえるかどうか論ぜられている。この点について平・前出書二二—二二五頁に簡單ではあるが説明した。
- (8) Restatement of Judgments, Chapter I, Introductory Note § 1. 峯岸前出書三九九—四〇〇頁、四〇四—四〇五頁。
- (9) 既判力の主観的範圍については簡單であるが、平良「既判力の主観的範圍——アメリカにおける考え方」綜合法学五一号・六五—六八頁に紹介した。

判決の確定効の歴史

イギリス、アメリカにおける既判力論の特色は、既判力の性質がコモン・ローに由来する禁反言の理論と結びついて説明されていることである。もつとも、現在アメリカにおいていわれている附随的禁反言 *collateral estoppel* と、かつて用いられた判決による禁反言 *estoppel by judgment* は必しも同じ内容でなく、禁反言という言葉の上で共通しているだけにすぎないということもいわれているのである。⁽¹⁾ しかしながら附随的禁反言においても、訴訟原因の同一性をとりあげるよりは、事実が本質において同一であることを主要な論点としているのであり、禁反言が過去になした言動と矛盾する言動を許さないといつた趣旨に出ていることを考えるなら、現在の附随的禁反言も過去の判決による禁反言さらに禁反言一般と全く無縁になつてしまつたものということは出来ないであろうし、現在の既判力論を考えるに先立つて判決による禁反言の歴史を遡つてみる意味もあると思われる。

ローマ法よりレス・ジュディカータの觀念を採用する以前において、イギリス法において判決の既判力を支える理論は一種の禁反言であつたと考えられている。⁽²⁾ もつとも、禁反言という言葉自体は一四世紀の中頃に見られるのであり、それ以前に用語として禁反言という言葉が使われていたわけではない。イギリスに対するローマ法の影響は、四三年より四一〇年にいたるローマの占領時代に及ぼされたものというよりは一〇六六年のノーマン征服以後において及ぼされているものといえるのであるから、⁽⁴⁾ まずノーマン王朝以前のアングロ・サクソン法制の下で既判力をどのように説明しようとしていたかを見れば足りるのである。アングロ・サクソン時代においては、ゲルマンの法理から来たと思われる、訴訟は当事者によつて左右されるという考えが、一種の記録禁反言 *estoppel by matter of record* ⁽⁵⁾ と結びついて判決の既判力を支えるものと考えられていたようである。そして特に当事者によつて引受けられていなければ、判断された事項について、新しい判断や争いが許されていたものと考えられている。⁽⁶⁾ もつともこのことが判決を不確定なものとしてしまうのではなく、ゲルマン法においては争われた事実に必要な意味を与えていたのである。すなわち紛争が再燃した場合に、先の判決が排除効 *preclusive effect* をもつからではなくて、先の紛争における事物の状態が当事者によつてすでに確定されているからと考えるのである。すなわち、当事者の自認 *admission* や拒絶 *renouncement* とつた主張表示 *declaration* が証明の結果 *proof-result* と共に後の訴訟において拘束力を持つているものと考へていようである。⁽⁷⁾ もつとも、アングロ・サクソン期の末においては教会法の影響を通してであるといわれているが、判決という事実には排除効を認める觀念が生れたともいわれているし、一一一八年頃のヘンリー王の法 *Leges Henrici* はアングロ・サクソン時代のイギリス法ウェセックス *Wessex* 法を中心に記述したものとわれているが、それによると判決という事実には排除効を認めているものとしてい⁽⁸⁾。しかしながら、判決そのものに排除効を認めるという考えが、ゲルマン法の中から自然に発生して来たのか、外来のローマ法の影響によるかは証明されていない問題であり、通常理解されているところにおいては主張した事実とその記録に拘束力を認める禁反言の中に判決の既判力

を求めるゲルマン法の理念がその後においてもひきつがれていたことはたしかである。一八〇三年のアウトラム対モアウツ事件⁽⁹⁾においてエレンバラ卿は、

禁反言を創設するのは、救済ではなくて、当事者の主張した事項である。救済は当事者の主張した事項にもとづいてえられるものである。⁽¹⁰⁾
といっているのである。

ノーマン征服後のイギリスにおいては在来の法に対するローマ法の影響が見られるにいたつたのであるが、十三世紀の中葉のブラックトンのノート・ブックには、まだ禁反言という用語そのものは用いられていないが、既判力を主張事実の確定に求める説と判決そのものに認める立場の両者が作用しているものといわれている⁽¹¹⁾。またその著書においては、先に判決があつたという事実を認めざるをえないものと考え、これがローマ法から借りて来ればレス・ジュディカータの申し立て *ceptio rei judicatae* とづいていいものではないかといっている⁽¹²⁾。いずれにせよ、ブラックトンの時代に伝統的な禁反言の原型をなすものと外来のレス・ジュディカータの混合がはじまつているものと見られる。この点については、後訴が前訴の単なるくりかえしである場合には、第二の訴の提起をさまたげるのは前訴の判決であり、後訴が前訴のくりかえしであるといえないにしても、前訴で主張したと異つた主張をしたり自認をしたりして矛盾を生ぜしめることは同じく後訴をさまたげる根拠と考えられたのであり、これが記録による禁反言の一つと考えられたものであらうと解されている。この時代に判決にレス・ジュディカータという意味を附与したにしても、それは、判決の既判力は国の公権力によつて確立されたから拘束力を持つというよりは、当事者の共働の成果として達成された結論であるから拘束力をもつものであるといつた考えにもとづくものであると理解することが当をえたものであるように思われる。

判決自体に拘束力を認める立場と、主張事実拘束力を認める立場はその後イア・ブックの時代をへて十九世紀にいたるまで併存して、その限界線においては混乱を生じながら存続して来たといえる⁽¹³⁾。前者は漸次ローマ法上のレス・ジュディカ

一タ論を受けいれつつ独自の発展をとげ、後者は禁反言の一般理論の発展にもなつて判決による禁反言の問題を提起するにいたつたといえる。しかしながら判決の拘束力の本質をレス・ジュディカータから裏付けようとするとはかなり後になつて見られるのであり判決自体の拘束力と主張事実の拘束力の区分は単に専門技術上の区分にすぎないともいわれているのである。⁽¹⁴⁾ すなわち、訴えられたごとく判決 *judgement si actio* されている場合と禁反言として拘束力を主張する場合は相違があるのであり、前者においては判決は阻止効をもち、後者は単なる禁反言上の効果を主張しうるものであると用語の上では区分しながら、阻止の場合に禁反言の理論を用いて説明するといった事例を見ることが出来るのである。⁽¹⁵⁾ これは、厳格な訴訟方式 *forms of action* を採用していた中世のイギリスにおいて、前訴の訴訟方式と全く同じ訴訟方式による後訴の提起は阻止されるということが妥当であり、前訴と異つた訴訟方式をとり、前訴といくらも異つた事実が含まれているなら禁反言を用いることとしたのであろう。ただ、訴訟方式こそ異なるが主張事実が同一である後訴に対して、前訴は阻止効をもつというか、禁反言効をもつと考えるかといった限界線上の問題が残されていたのである。

阻止と禁反言の区別を明らかにしようとする試は一八〇三年にいたつてはじめてエレン・バラ卿によつて実を結んでいる。彼は禁反言は当事者によつて主張された事項によつて創り出されるものであると述べ、さらに、

不法侵害訴訟における損害賠償の回復自体は同じ侵害に関する将来の損害賠償の回復を阻止する。しかし禁反言は、当事者によりもしくは財産的・法的に関係ある者により一度、明白に争点とされ、争点の一致 *issue joined* にもとづき、彼等に対して厳密に認定された *find* 点、あるいは事実上の事項があるなら、当事者および関係人のそれとは反対であるという主張を排除してしまうものである。⁽¹⁶⁾

というのである。この考えから、禁反言は事実認定と結びついた排除効であるといえるが、判決自体の排除効は、ミラーのいうようにローマ法に由来するレス・ジュディカータの一つの現れとしての阻止効であるともいえる。⁽¹⁷⁾ しかしそれは又、禁反言の理論の拡大すなわち現在も言葉としては残っている直接的禁反言理論によつて裏付けされるともいえるのである。⁽¹⁸⁾

古くは訴訟方式を採つて来たイギリスは一種のアクチオ *actio* の法制に属するといえるのであり、判決の確定効を保証するために、それを禁反言の理論で説明するよりも、同一訴訟原因であるならアクチオの消耗の理論を借りて、レス・ジュディカータとして説明することがすくなくとも効果的であつたといえるのである。

訴訟方式は十九世紀の法変革を通して改革され遂には一八七三—七五年の裁判所法 *Judicature Acts* により廃止されるのであるから、すくなくともそれ以後において、レス・ジュディカータをアクチオ法制にもとづくものであり、イギリスにおけるアクチオ法制を訴訟方式と結びつけて説明する過程をたどることは出来ない。しかしながら、レス・ジュディカータ理論の借用が訴訟方式の廃止の時期に當つていたことから、イギリスの既判力論の裏付けに混乱を生じたであろうことも否定出来ないのである。一八四四年にウェンズリイデール卿 *Wensleydale* はキング対ホアース事件¹⁹⁾においてレス・ジュディカータの理論を説明しているが、それによると、ある訴訟原因にもとづき訴が提起され、記録裁判所による判決があるとその判決が本来の訴訟原因に対して、それを阻止するものである。それは、判決によつて一つの確定状態ができ、訴訟の目的は達成されたのであり、再び訴訟を行うことはわずらわしいからである。従つて先の判決はレス・ジュディカータとなつたといふのである。それというのは、訴訟原因が記録事項となつたからで、それは優れた性質をもち劣つた救済はそれに吸合されるからであるといふのである。これから見ると、この場合の既判力はレス・ジュディカータにおかれていふといふよりも記録禁反言の一つということも出来るのであり、レス・ジュディカータは言葉として用いられてにすぎないともいへよう。

禁反言の法理はコモン・ローの訴答 *pleading* を前提として考えられ発展して来たものであるから、十九世紀におけるイギリスの民事手続の改革はかつてみられたように禁反言の主張しうる場合を明白に確定しえなくなつて来ている。一八六一年のハウレット対タート事件²⁰⁾は禁反言は前訴の記録と矛盾する申し立ては禁じているのであり、その結果被告は後訴において、前訴では否認しなかつた、否認しえた事項 *traversable matter* を争うことは禁ぜられるものといつた禁反言に対する

かなり明白な法則を示しているが、一九一一年のクック対リッチマン事件⁽²¹⁾においては、

ハウレット対タート事件の法則は、訴答が非常に正確に行われていたために、最初の主張表示 *declaration* において何が否認しうる主張 *allegation* であるかを容易に確定しえた時代に形成されたものである。現在の訴答制度の下においては同事件の法則の適用に困難を生ずるであろう。⁽²²⁾

といつてゐるのである。そしてこの頃にいたるまでにすでに歴史的なコモン・ロー上の法則によらず、前訴と後訴の目的を比較して訴の前提 *premises* ないし訴訟目的の効果をレス・ジュディカータであるとして制限を加える努力がされている。この訴訟目的が同一であることが結論に當つて要求されているという考えは、コモン・ロー裁判所以外の裁判所、特にエクイティ裁判所において発展させられて来た。エクイティ裁判所その他のコモン・ロー裁判所以外の裁判所はそれ自体がイギリスの中において独自の歴史をもつて発展して来たものではあるが同時に外来の法をかなり弾力的に受け入れて来た裁判所であつたことを考えに入れなければならない。一八七三年のヒンドスタン銀行・アリソン事件⁽²⁴⁾はエクイティ裁判所におけるコモン・ロー上の判決について、

わたくしの理解するところによれば、コモン・ロー裁判所の判決は判断された現実の事柄に関して最終的ではなく、判決自体から判断の根拠が明白に発見出来るなら、判断の根拠に関しても最終的なものである。⁽²⁵⁾

としている。これは前提、根拠、目的といつた表現に共通した意味内容があると考えらるなら、エクイティ裁判所において訴訟の目的が共通であるなら前訴に最終効があると考える立場をとつてゐるように思われる。既判力を論じてゐるこれ以外の事件はいわばまったくコモン・ロー外の事件である。このことから、コモン・ロー裁判所においては禁反言の法理の拡大を狙い、それ以外においてはレス・ジュディカータを用いようとしていたともいえるのである。⁽²⁶⁾

しかしながら一八七三年―五年の裁判所法の制定は、基本的にはコモン・ローとエクイティを中心としたそれ以外の法の統合の方向を旨とするものであり、既判力についても禁反言とレス・ジュディカータの二つの理論の混合を生ずるにいたつたと考えることが出来よう。訴答の変化に伴つて禁反言は漸次レス・ジュディカータの適用に近づき、實質的に両者は併合されてしまつたといえるのである。⁽²⁷⁾ この併合されてしまつたものに対してレス・ジュディカータという名称を与え、その中に阻止、吸合、禁反言を含むものと考え、レス・ジュディカータが判決の拘束力ないしは既判力一般を意味する言葉として理解するが、レス・ジュディカータは禁反言の一つの場合であるとして、イギリス、アメリカにおける既判力は禁反言効を土台とするものであるという立場をとるかについては充分に確立された理論を見ることは出来ないが、現在の通説的な用例としては前者、すなわちレス・ジュディカータを既判力とし、阻止、吸合、禁反言をその内における区分とつていようである。

このレス・ジュディカータと禁反言の混合はアメリカにおいては一層明白である。十九世紀にはアメリカ法はイギリス法と異つた独自の発展をとげつつあつたわけであるが、イギリスにおいて既判力の本質について模索している時に、アメリカにおいては充分な考慮の末になされたとはいえないが、レス・ジュディカータという名称をもつてコモン・ローの理論と外來の理論の結合をもたらしているのである。一八七六年のクロムエル対サック⁽³⁰⁾ 県事件は判決の最終効についての代表的な判例とされているが、フィールド Field 判事は、後訴が前訴と同一訴訟原因にもとづくものであるなら、前訴において提出された、もしくは提出されたであろう抗弁や請求の根拠については最終的なものであることは疑う余地のない法則であること⁽²⁸⁾ を指摘し、

しかし後訴が異つた請求もしくは要求にもとづく同一当事者間の訴の場合に、前訴判決は、それについての事実認定 finding or verdict がなされていることにもとづいて、争点に含まれている事項や争われた点についてのみ禁反言として作用する。故に、異つた訴訟

原因にもとづいた訴から生じた事項について一つの訴訟原因にもとづく判決の禁反言の適用を求める場合には、問題の吟味は最初の訴において現実に争われ決定された点についてなされなければならないのであり、争われたでもあらうとか決定されたでもあらうところについてなされるべきではない。⁽³¹⁾

とづつている。ミラーはここで用いられている禁反言は判決の禁反言 *estoppel of a judgement* であつて、コモン・ロー上の禁反言と異つたものではないかといつているが、この判例において先に同一訴訟原因の場合の判決の拘束力を説明し、つづいて異つた訴訟原因の場合を論じているのであるから、狭義のレス・ジュディカタと禁反言の伝統的な区分を前提とし、意識しないにしても判決の拘束力の新しい分類を企てたものといふことが出来るのである。

(1) Scott, Austin Wakeman: *Collateral Estoppel by Judgement*, 56 Harv. L. Rev. 1 は禁反言という言葉よりも、排除効 *preclusion* とでもいふ方がいいのではないかと示唆してゐる。

(2) Bartholdy, Mendelssohn: *Grenzen der Rechtskraft* (1900), in Millar, Robert Wyness: *The Historical Relation of Estoppel by Record to Res Judicata*, 35 Ill. L. Rev. 41.

(3) Crabb, *History of English Law* (1823) 408. 「エドワード二世時代のイア・ブックに当事者が訴答をうけられないことを、その次の時代に当事者は禁反言されると一再ならず指摘してゐる。禁反言とは文字通りにいへば、禁止されている訴答の申し立てを止められるといふことである。禁反言という言葉は人の行為から生ずる訴権を妨害したり阻止するものとして、ヘンリー六世およびエドワード四世の時代から一般的に使用されるようになってゐる。」

(4) 宮本英雄・前出書一四五—一五八頁によるとローマ支配時代ならびにノーマン征服以前のアングロサクソン時代に全くローマ法の影響がなかつたというのではない。アングロ・サクソン時代にも教会法を通してローマ法の影響はあつたといふことが出来る。しかしながら大陸におけるローマ法研究の隆盛期は十一世紀から十三世紀にいたるものであり、イギリスにおいてもこの時代になつてはじめて体系的なローマ法の影響を受けるにいたつたものであると考へておく方が当をえたものと思われる。

(5) 記録禁反言は禁反言としては最も古いものであるが、十二世紀頃から認められるようになってゐるといわれている(峯岸・前出書三四五頁)。このことからアングロ・サクソン時代に記録禁反言が明白な形で見られたといふことは出来ない。

(6) Seelman, *Der Rechtszuzug im älteren deutschen Recht*, 107, *Untersuchungen zur deutschen Staats-Rechtsgeschichte* (1911), in Millar,

Historical Relation, 35 Ill. L. Rev. 41, 42.

(7) *ibid.* 42 n. 8, 43.

(8) ケンリイ王の法については Pollock & Maitland, *History of English Law* 100。ケンリイ王の法が果してマンダロ・サクソン時代の正確な再版であるかは明らかでない。また「マンダロ・サクソン時代に制定されたといわれる法は皆、果してそれがマンダロ・サクソン時代に制定されたものであるか、また「たとえそうであるとしても、同時代に正しく行われていた法であるかは明らかでない」。Plucknett, *A Concise History of the Common Law* 316-7, Jenks, *Law and Politics in the Middle Ages* 17.

(9) *Outram v. Morewood*, 3 East 346 (1803)

(10) *ibid.* 355.

(11) *Millar, op. cit.* *Historical Relation*, 35 Ill. L. Rev. 41, 45.

(12) *ibid.* 45. ノリントンンの著書は「*De legibus et consuetudinibus Angliae* (英国の法律及慣習について) であり一三五〇年から一六八八年頃までの間に書かれた。英国法をローマ法の概念を借りながら説明したものとされている。判決の拘束力についての説明はあまり明瞭ではないとされている。

(13) イフ・ブック *Year Books* は一二一八年から一五三五年までの間に集められた判例集である。それ以後十九世紀にいたるまでは個人的判例集 *Individual reports* の時代とされている。この時代の判決の拘束力については *Millar, op. cit.* *Historical Relation*, 35 Ill. L. Rev. 41, 46-50 に数多く例示されている。

(14) 阻止は本来は形式的要件を欠くための却下抗弁 *abatement* に対するものであったが、次第に禁反言に対して、訴訟原因にもとく阻止を意味するものとして用いられるようになっていく。禁反言に対する阻止については *レス・ジュライカータ* という言葉が明白に用いられているわけではない。コックも禁反言効を判決の阻止効と結びつけて考へている。Coke upon *Littleton*, 352 a-352 b.

(15) *Bro. Abr. Action sur le case*, pl. 110 in *Millar, op. cit.* *Historical Relation*, 35 Ill. L. Rev. 41, 50.

(16) *Outram v. Morewood*, 3 East 346, 355; 102 Eng. Rep. 630 (1803).

(17) *Millar, op. cit.* *Historical Relation*, 35 Ill. L. Rev. 41, 52. 「*ノーリントン阻止はレス・ジュライカータの一種であり、ローマ法に由来するものである証明がなされた用いられる。Millar, The Premises of the Judgement as Res Judicata in Continental and Anglo-American Law*, 39 *Mich. L. Rev.* 1, 238-239.

(18) 直接的禁反言は同一訴訟原因で同一当事者間でなければならぬ。ただ効果としては訴訟原因そのものの拘束力というのではなくて、そこで争われた事項に認められる効果をついたこととなる。実質的には阻止や吸収のものと効果と同一目的を果している。

(19) *King v. Hoare* 14 L. J. Ex. 29, 2 D & L. 382, 13 M & W 494 (1844).

(20) *Howlett v. Tarte*, 10 C. B. (N. S.), 142 Eng. Rep. 673 (1861). この事件に先立ち *Boileau v. Lutin*, 2 Ex. 665, 154 Eng. Rep. 57 (1848) には「如何なる訴においても争点をこつて現実決定された事実とは同一当事者間において重ねて争いえない」と別の理論にもとづいて「それは決定的であり、訴訟を終局される目的において証拠である。」といつてゐる。

(21) *Cooke v. Richman*, [1911] 2 K. B. 1125. この事件に先立つて一九一〇年のハンプリズ対ハンプリズ事件 *Humphries v. Humphries* [1910] 2 K. B. 531 はすでに訴答方式が變つてつたにもかかわらず、ハウレット対タート事件の法理に従おうとしている。

(22) *Cooke v. Richman*, [1911] 2 K. B. 1125, 1130.

(23) 一八二七年にすでに「原告が十分ではなかつたと申し立てられた手続において、その手続は現在の訴と同じ目的でとり上げられることが証明されなければならない、争点は同じであるが目的が異なるかもしれないのであり、事柄が審理された状況は証拠の問題としては終局的なものではない。」 *Behrens v. Steveling*, 2 Myrle Cr. 602 40 Eng. Rep. 769 (1837) とつて、形式的な争点よりも目的の同一というものを拘束力のきめてとするように示唆している。一八四二年のハース対ジャクソン事件 *Barrs v. Jackson*, I. Y. & C. C. C. 585, 62 Eng. Rep. 1028 (1842) も、目的の同一による拘束力と、そこで争われた証拠から生ずる拘束力を区分している。この事件は教会裁判所において扱われた事件である。一八四四年のプリーストマン対トーマス事件 *Priestman v. Thomas*, 9 Prob. Div. 210 (1884) は遺言検認裁判所より生じた事件であり、同じく目的の同一性をとりあげてゐる。

(24) *In re Bank of Hindustan; Alison's Case* L. R. 9 Ch. App. 24 (1873).

(25) *Ibid.* 25. この事件ととも、正確にコモン・ロー裁判所の事件とはいえないのであり、判決の拘束力を説明しているのは、エタイティ裁判所の側であることに注意しなければならない。

(26) 裁判所法制定後の代表的な事件としては、*In re South American and Mexican Co.* [1895] 1 Ch. 37 と *Woodland v. Woodland*, [1928] Prob. Div. 169. がある。前者はエクイティ、後者は遺言検認の流れをうけているものである。前者はある協定にもとづき請求がされ、前訴においてその請求額が認められた、後訴において協定にはコンダレイションがなかつたから無効であると主張されたが、前訴において金額の支払いを認めたのは協定を承認した上で結論に達したのであるから、前訴判決が拘束していると考えた。後者は、先に夫により婚姻無効が争われ、妻により同居権の回復が請求された事件があつた場合に、先に夫婦であるという認定がされている以上は、重ねて婚姻の効力は争えないものとしてゐる。

(27) *Miller, op. cit. Premises*, 39 Mich. L. Rev. 1, 251-252.

(28) たとえばアメリカにおけるリヌティエメントはこの立場になつてゐるといふ。 *Restatement, Judgments* § 45.

(29) 峯岸・前出書三九五—三九六頁。

(30) *Cronwell v. County of Sec.*, 94 U. S. 351 (1876).

(31) *Ibid.* 356.

(32) *Millar, op. cit. Premises.* 39 *Mich. L. Rev.* 1, 254.

判決による禁反言

判決の拘束力を禁反言の法理にもとめるなら、それが禁反言の法理一般の中においてどのような位置を占めるものであるかを考えなければならぬ。そのために禁反言の法理の沿革と発展、ときには変容と思われるものをたどつてみなければならぬであらう。

最も古い禁反言の様式は記録禁反言といわれるものである。記録禁反言は国王によつて蔽諭に記録された事物には反証を許さない確定性をもつものと考えたところから出ている。⁽¹⁾従つてこの禁反言は国王ないしはそのコート *Kings Court*, *Curia Regis* がその権威を主張しようになつた十二世紀に現れて来たものといえる。しかもこの記録されたものは必しも狭義の裁判所に関する事項にとどまるものでなく、コートあるいはキュリアといった広い範囲で作成された文書にあてはまるものであつた⁽²⁾ということができる。それは禁反言の原初的なものはウイリアム一世の作成したドウムズデイ・ブックであるといわれ、同書は訴訟を通して作成されたものではないが、その内容は国の公けの記録として作成され、従つて争いえないものとされているからである。⁽³⁾もとよりこれとやらんでゲルマン法における王権にその根拠をもとめ王の言葉、王の印章を神聖絶対視し、王によつて確定された事項を終局的なものとする思考が含まれていることはいふまでもない。⁽⁴⁾

判決の既判力と関連してこの古い禁反言を考えると、当時の特殊な訴訟手続にふれざるをえない。それがあるいは禁反言の拘束の限界といったものを示しているかもしれないからである。イギリスの当時の訴訟手続においては、当事者が法廷に証拠を提出して陪審や裁判官が事実認定にいたり、判決にいたるといつた形をとつたものではなく、法廷において当事

者は自己の利益にもとづき主張を行い、当事者間の主張を通して一致した争点 *issue joined* につき、一定の立証方法が選定され、その立証の結果によつて判決が下されることになるのである。従つて当事者間の争点とその立証方法について決定されたことはくつがえすことの出来ないものとして実行されなければならなかつたということが出来る。すなわち、このような経過をへる場合に記録の提出によつて立証が行われたことが示され、判決そのものは結果として生じて来るものとされているのである。⁽⁵⁾ このような争点の決定、証明、判決が別の時に、また別の場所において行われたであろう場合に、記録を疑うべからざるものとして取扱わざるをえなかつたといえるのである。

さらに記録された事項と王の印章に特別な意味を附したであろうことも想像しうる。⁽⁶⁾ すなわち、イギリスにおける古い立証方法は血闘や神判に見られるような宗教的、神秘的な方式をとつたことであり、さらに宣誓審 *wager of law* においても言葉のもつ神秘的意味を無視しえないし、初期の陪審は現代みられるような素人の裁判への参加というより、宗教的色彩の濃いものであつたことに気がつくのである。⁽⁷⁾ これとともに、記録された文書や言葉が「神聖なる」国王を体现する印章によつて争いえない存在となつたものということも出来るのである。記録による禁反言に訴訟上の特定目的を付したのは、一般に指摘されているところでは一五九一年のハインド事件⁽⁸⁾であり、それまでに記録による禁反言を明白に既判力の問題として論じていたかは疑わしいと思われる。一般的には、弁論が行われ陪審の決定がされても、判決がされなかつたなら、弁論の陳述や陪審の決定は禁反言とはいえず、禁反言は当事者双方を拘束し、また訴訟物に利害関係を有する者を拘束し、身分に関する判決においてはすべての人を拘束するといつたような一般的な原則が生み出されていつたといえよう。⁽⁹⁾ この時代において注意すべきことは最後には国王の印章によりその効力が支持されたとしても、禁反言を生ずるには陳述 *statement* が大きな役割りを演じていたことである。

記録禁反言から派生したものとして証書禁反言 *evidence by deed* が見られる。これは国王の印章に厳肅な意味があると

同じく、個人の印章にも厳肅な意味があり、印章を押捺された文書は禁反言されるものとなつて来ているのである。⁽¹⁰⁾ 個人の印章の使用は十一世紀頃から十四世紀にひろがつたものだといわれる。記録禁反言は訴訟行為の終局性ないしは国家行為の終局性といった理由からその存在が認められるにいたつたものであろうが、証書禁反言はむしろ印章の厳肅性から出発し次第に当事者間の行為を表象するといった観念を生じたといえる。十六世紀頃に自己の行為又は承諾がされたならそれに反する主張を禁止するといった考えを生ずるにいたり、印章といった形式にこだわらない行為禁反言 *estoppel by matter in pais* の出現を見ることになるのである。行為禁反言はすでに一四四五年⁽¹¹⁾に見られるといわれているが、十六・七世紀においては未成熟であり、土地法についてのみ行われたものであると考えられている。土地については多くは証書にもとづく法律行為がされるのであり、当初の行為禁反言は証書禁反言と極めて密接に結びついていたものといえる。一八六五年にいたつてようやく土地と結びついた禁反言法理とは別に、近代的禁反言法理の発達を見るにいたるのである。⁽¹²⁾

禁反言の法理はこのように記録禁反言から出発し、近代の表示禁反言 *estoppel by representation* へ変つて来たのであり、⁽¹³⁾ 禁反言される根拠を当事者が従前なした表示をくつがえしえないものという考えにもとづかせることとなつていのであるが、他方において記録禁反言が登場するにいたつたもう一つの理由、すなわち国家行為の終局性、そこから、司法行為の終局性さらに判決の拘束力といった面においても発展せしめられて来ている。近代的な表示禁反言の発展せしめられた十九世紀に、同じく判決による禁反言ないし判決禁反言は既判力の一部としてその存在の意味を再検討されているのである。

判決による禁反言は裁判記録は疑うべからざる終局性をもつているということから出発しているようであり、初期においては記録されていること自体が強調され、判決にいたつていことは考慮されなかつたように思われる。⁽¹⁴⁾ しかしながら、裁判の終局性は判決によつて保証されるものといえるから、事実認定がされても判決にいたつていない場合には前訴は禁反言効をもちえないものと考えられるにいたるのである。十三世紀の末には事実認定のみされ判決のない記録に禁反言効を認め

ていない。⁽¹⁵⁾ 十四、十五世紀を通してはほぼ同じ法理が発達していったようである。⁽¹⁶⁾ 十七世紀において、訴訟が定められた方法によつて終結せしめられないかぎりには禁反言効をもちえないものと考えられるにいたつたのである。⁽¹⁷⁾ この間に禁反言の法理にレス・ジュディカータの影響があつたといふ切ることには出来ない、判決は禁反言を構成するような、記録の完成、確認、確証といつたことを意味するものと考えられるにいたつたのである。⁽¹⁸⁾ このように判決による禁反言は当事者が主張した内容であるから禁反言であるというよりは、終局性を与えられた権威ある記録であるから禁反言であるということが強調されているといわなければならない。

十九世紀において判決による禁反言とレス・ジュディカータの法理に混乱が生じているのであるが、それは禁反言の法理は本来はコモン・ロー上のものであると考えられ、それ以外では適用されないものとしていたのである。⁽¹⁹⁾ 一七一七年の判例は明白に⁽²⁰⁾

エクイティ裁判所においては禁反言といつたものは存在しない、それはコモン・ロー上の技術上の用語であるにすぎない。

といつてゐる。しかしエクイティ裁判所においても裁判の終局性の表示は必要であり、この場合にはレス・ジュディカータを用いたものと思われる。いづれにせよ、判決による禁反言も、レス・ジュディカータも判決の終局性と排除性を意味するといつた点では同じ役割を負うものであり、判決による禁反言といつたものも、記録ということよりも、判決そのものの効果と考え、禁反言とレス・ジュディカータの同化の過程を歩むことになる。そして禁反言がレス・ジュディカータに吸収されたからといつた意味においては無いが、レス・ジュディカータが判決の終局性と排除性を表す適当な用語であるという意味で、既判力を意味する言葉として用いられるようになった⁽²¹⁾ ことが出来よう。従つて現在英米法上用いられるレス・ジュディカータと同じものの中においてすでに禁反言により影響されているのであり、ローマ法において用いられるレス・ジュディカータと同じものということは出来なくなつてゐるということになるのである。

(1) 峯岸・前出書三四四頁以下。他に禁反言の問題につき訴訟上の視野からふれるものとして、花岡敏夫「禁反言の法理に関する概論」法学協会雑誌三二巻一一号、同、江すつとべる法理ヨリ見タル判例ノ既判力。宮本英雄「英法に於ける禁反言法理の発展過程」法学論叢三巻二号、末延三次「英米法における禁反言」法律時報八巻一二号、吉村徳重「アメリカにおける既判力拡張の側面」法政研究二九巻一号、などが見られる。

(2) 前出峯岸著書、宮本論文においてもコートを裁判所としている。裁判所は必しも司法裁判所を意味するものではないのだから裁判所なる訳語が当つていないというわけではないが、現在裁判所という言葉から受ける意味とはかなり異つた意味においてもキュリアないしコートが考えられなければならないと思う。コートの意味については、Pucknett, op. cit. p. 142, The meaning of the word "Court" に簡明な説明がされている。

(3) 末延・前出法律時報八巻一一五六頁。Pucknett, op. cit. p. 13.

(4) Wigmore, John H., Treatise on Evidence, §2426; Pollock and Maitland, op. cit. ii, p. 669.

(5) 末延・前出法律時報八巻一一五六頁。Holdsworth, History of English Law, ix, p. 147.

(6) 宮本・前出法学論叢二三巻一七七一七八頁。同氏はウィングモアの説 Wigmore on Evidence, ix, §2426 を論拠としている。わたくしも、中世において言葉や象徴に付されていたと思われる魔術的な意味を考慮にいれるなら、この考えが当つていると思う。

(7) 中世の立証方法は、われわれが現在の常識から非合理性を嘲笑すべきものではなく、当時の常識において考えなければならぬ。古代の立証方法については、Pucknett, op. cit. p. 113-118。陪審も「民主的」制度であるから古代の審問方法に代つたわけではなく、十二人といった数、初期においては評決にいたるまで飲食が禁じられていたことなどからもうかがえるように、かなり宗教的な色彩をもつていたものといわなければならない。

(8) Hyndes Case, [1591] Co. Rep. II, p. 456.

(9) この点については、峯岸・前出書三四七—三五二頁、宮本・前出法学論叢二三巻一七九頁。Holdsworth, op. cit. ix, pp. 150-153.

(10) 峯岸・前出書三五二—三五八頁、宮本・前出法学論叢二三巻一七九—一八二頁。Wigmore on Evidence, ix §2426, Holdsworth, op. cit. ix, p. 154.

(11) Holdsworth, op. cit. ix, p. 159.

(12) Bidle v. Bond, 31 L. J. Q. B. 137, 6 B. & S. 225, 峯岸・前出書三五八—三五九頁、宮本・前出法学論叢二三巻一八二—一八四頁。

(13) 禁反言法理の発展については、すでに前出峯岸、宮本、著者・論文に紹介されているのであり、本稿の目的は禁反言の法理一般について説明するものではないのだから、両氏の著書・論文に依つて立ち入つた説明に入らなかつた。

(14) Millar, op. cit. Historical Relation, 35 III. L. Rev. 41, 53.

- (15) Y. B. 20 & 21 Edw. I (Rolls Series) 400.
- (16) Y. B. Mich. 18 & 19 Edw. III (Rolls Series) 52, 54. Millar, *op. cit.* *Historical Relation*, 35 Ill. L. Rev. 41, 54.
- (17) これは十七世紀における代表的な法律書『ローターの法律提要 Institutes of Laws of England by Thomas Co. Litt. 352 b.』
- (18) Millar, *op. cit.* *Historical Relation*, 35 Ill. L. Rev. 41, 55.
- (19) *ibid.* 56.
- (20) Pierce v. Johns, Bumb 11.
- (21) Millar, *op. cit.* *Historical Relation*, 35 Ill. L. Rev. 41, 57-59.

あとがき

本稿においては英米法における判決の確定効の一つとしての禁反言の法理の歴史をたどつたとどまるのであるが、もとより、これはすくなくとも現在においても残っているいわゆる附随的禁反言といった言葉の中に、実質的に歴史上見られた禁反言の法理がとり入れられているといえるのか、あるいは附随的禁反言という言葉はすでに見て来た禁反言の歴史とは無関係なものであるかを検討してみなければならぬことになる。この点については本稿の続稿としてさらに検討を進めたいと思う。

さらに英米法における禁反言の法理にもとづく判決の確定効や既判力のうらづけといった方法と歴史が、多くの説を見ることの出来る既判力論の一つとして、もし新しい視野を加えるものであるなら研究の対象としてさらに関心を向ける必要があるのではないかと思われるのである。本稿はまさに一つのいとぐちにすぎないものであり、英米法史上の一つの問題を紹介したにとどまるのである。