

Title	黙示による中間確認の訴え
Sub Title	Die stillschweigend erhobene Zwischenfeststellungsklage
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1980
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.53, No.12 (1980. 12) ,p.181- 220
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	法学部法律学科開設九十周年記念論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19801215-0181

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.

黙示による中間確認の訴え

坂 原 正 夫

- 一 はじめに
- 二 問題 状 況
- 三 黙示による中間確認の訴え
- 四 具体的適用状況
- 五 おわりに

一 はじめに

一 既に二五年も前のことであるが、最高裁判所は次のような判断を下した。

「所有権に基づく物上請求権による訴において、原告がその基本たる所有権をも訴訟物たらしめんとする意思をその請求の趣旨で黙示的に表明し、裁判所も亦主文において黙示的にその存否について裁判をしている場合、その判決が当該所有権の存否につき既判力を有すべきことは勿論であるが、原判決が前説示の如く判示して前掲登記請求事件の確定判決に、請求の趣旨にも又主文にも何等表明されていない本件土地の所有権の存在についてまで既判力のあるものとしたことは失当であり破棄を免れない。」

(最一小判昭和三〇年一月二日民集九卷一三号一九〇七頁)

この事件の一審、二審は共に、所有権移転登記抹消請求訴訟の訴訟物は所有権確認と登記請求権の主張の合体したもので前者は後者と表裏一体を為し不可分の関係にあるとの理解の下に前訴の登記手続請求事件の確定判決の正文において登記請求権が確定された以上その裏面の訴訟物たる本件土地の所有権についても本件当事者間に既判力が及ぶと判断したものである。そこでこの最高裁判例はかかる見解を排して登記請求権とその基本となる物権との関係について訴訟上の取り扱いについて従前の判例の混乱を整理すべくあるべき姿を指示した点に意味のある判例である。⁽¹⁾ 従前の判例に混乱があつた故にか、あるいは一、二審とは異なつた判断をする故にか、あるいは排斥する説が兼子一博士が主唱した見解であるためか、あるいは最高裁判例にはめずらしく明確にして且つ詳細であり、訴訟物と既判力の客観的範囲の關係や民法一九九条一項の法意を説く下りは正に教科書的というか教師が学生に教示する趣が感じられる。⁽²⁾ この部分が評価されてこの部分のみが独立して引用されることもすくなくない。⁽³⁾ 判決要旨として説かれている点については反対の評釈がすくなかつたことと同趣旨の判例もこの判例後繰り返されていることから、いわば今日ではその根拠となる理由と共に広く一般的に支持されている判例といつても誤りではないであらう。⁽⁴⁾

それではなに故に私は今日この判例を冒頭に掲記して取り上げたのかというと、本文に掲記した前半の部分の「所有権に基づく物上請求権による訴において、原告がその基本たる所有権をも訴訟物たらしめんとする意思をその請求の趣旨で黙示的に表明し、裁判所も亦正文において黙示的にその存否について裁判をしている場合、その判決が当該所有権の存否につき既判力を有すべきことは勿論である」(傍点筆者)という命題に興味を覚えたからである。この部分は実はすこぶる評判の悪かつた点である。この判例自体は既に述べたように高い評価を受けたものであつたが、この命題については判例の高い評価とは逆に全く無視されるか、あるいは厳しく批判された点であり、⁽⁵⁾ 今日ではもはや忘れさられた命題といふことができよう。⁽⁶⁾

批判された点は第一に判旨前段の部分(注5に引用した部分)で述べたこと(原告の意思は明確でなければならぬこと)と黙示ということとは矛盾しないだろうかという点であり、その説く意味が不明であるという点であつた。第二はこの命題を認めると結局は判例が排斥した見解(兼子説や本件一、二審の判断)と大差なくなるといふ点であり、第三はこの命題を認めることになれば審判対象は不明確になり既判力の範囲は曖昧になるであろうといふ点であつた。⁽¹¹⁾

二 しかし、これらの批判点は今日では必ずしも適切とは思えないのである、第一点については次のように私は考える。確かにこの判例は前半の部分(注5参照)で、原告の意思は請求の趣旨で明確にされねばならないとか、既判力の範囲を不正確にすることは許されないとか、形式的要件を定めた法規は厳正に解釈されねばならないとか述べている。そうした後で、判決要旨の部分(本文冒頭掲記部分)でいきなり黙示の訴えや黙示の裁判を説くことは理解に苦しむものである。そもそも黙示の訴えなり、黙示の裁判というものの自体一般的に存在しうるか疑問である。⁽¹²⁾しかし、この点について考えるよりも判例がなぜこのようなことをいわざわざ突然付言したかそのことを理解することが重要であると思う。即ち、判例の前後の矛盾に注意することよりも、なぜそうなつたのかを理解することがここで注意すべき点ではないかと思う。そうなると批判の第一点は必ずしも致命的な批判にならないと思う。私はなぜ判例がかような黙示の中間確認の訴えというように言及したのかという点については次のように考える。判例は第一に、前段で述べた「既判力の客観的範囲は訴訟物に等しく、訴訟物は訴状で明記されねばならず判決主文で明確に判断されねばならない」とする命題は決して機械的に形式的に適用されてはならないという意味でかかる黙示の中間確認の訴えについて言及したものだと思う。そして第二に——これが重要であるが——本件のような訴訟で請求の趣旨に所有権存否の確認を求める旨の記載がないことや、判決主文にそれについての判断内容の記載がないことの一事をもつて所有権存否の判断に既判力が及ばないと言ひ切るには判例が躊躇を感じたからではないかと思う。⁽¹³⁾このように解することが正しいならばこの判例が躊躇を感じた点とそれを黙示の中間確認の訴えとして克

服した点にすこぶる興味を覚えると共に、重要な視点ではないかと思う。

批判の第二点は今日の学界の状況からすると必ずしも妥当しないものと思う。今日では判決理由中の判断に一定の状況の下に拘束力を認めていく見解が有力に主張されていて——もつともその根拠なり、拘束力の淵源については見解は多様に主張されているが——本判例が問題とした登記請求訴訟では基本たる所有権の確認が前訴においてなされる場合があることを認めていく方向にあるからである。本判例が否定した兼子理論のように訴訟物と構成して一律に所有権の存否に既判力が及ぶというのではなく、訴訟の展開状況に応じて場合によつては既判力あるいは既判力類似の拘束力を認めていくというのが今日の状況であり、それは訴訟の状況において黙示の中間確認の訴えが認められるとする本判例の立場と相通じるものがあるといわなければならない。

批判の第三点も今日では必ずしも重大欠陥というものではない。既に述べた今日の学界の新しい動きは既判力の範囲の問題における形式主義の克服とも評すべく実質的考察に重点を置いている。既判力の客観的範囲と訴訟物とは一致すべきものであるとするのが本判例当時の判例、学説の主流であつた。ところが今日では訴訟物という枠を越えて、実質的な公正な手続を経て判断されたものであればそれに遮断効を認めていくこうという考えが有力であり、既判力の範囲が訴訟物の枠を越えることは十分ありうるとする論調も主張されるに至つて⁽¹⁴⁾いる。このことは既判力の範囲が曖昧になることを意味する。実質という言葉は美しい響きをもつ反面、その把握(要件化)は非常に難しいからである。実質的考察は形式的美しさを犠牲にするからである。既判力の範囲が曖昧になるということは黙示の中間確認の訴えという考えのみのもつ欠点ではないのである。裁判の実質的考察をめざす新理論の共通の悩みであり克服すべき目標でもある。

三 こうしてみると既述の黙示の中間確認の訴えに対する批判は今日の状況では必ずしも説得力を有しないのである。むしろその取り巻く状況の変化は本判例当時においては考慮に値しないという黙示の中間確認の訴えに対する評価を逆転させる

ものがあるというべきである。確かに黙示の中間確認の訴えという考えは十分検討がなされている理論でもなければ歴史的な風雪を経て形成された理論でもないと思う。あるいは当時の状況と今日の状況を結びつける単なる過渡期の一理論とも評することもできよう。しかし、原告の意思に焦点をあて、「訴訟物と既判力の範囲は一致すべし」との命題を維持すべく考えられたと思えるこの理論は現行法構造の下での諸原理の対立をなくすための最大限可能な試みとみることができ、そのように評価すべきものと思う。そうであるならば当時においても今日においてもほとんど顧みられず評価されていないこの理論についてその成立の可能性や成立した場合の射程距離の問題について検討することは何等かの意味のある仕事と思えるのである。これが本稿執筆の動機であり、本判例を冒頭で取り上げた第一の理由である。

第二の理由としては既に上げた種々の新しい理論と関連がある。既に述べたように争点効理論を代表に今日の学界において判決理由中の判断に何等の拘束力を認めようという大きな流れがある。しかし、その根拠という多種多様で一つに纏まるとは思えない状況である。今日の状況は問題解決のためあらゆる方向を模索している状況であると共に、種々の新理論の統合の方向を探している状況である。そうであるならばこの黙示による中間確認の訴えという考えもそれらの状況の中における一つの試みとして位置づけられると思うし、その点において評価されるのではないかと思うのである。

第三の理由としては新理論の出発点は黙示の中間確認の訴えの否定であるのにもかかわらず（肯定するならばそれほど新理論の意味がないと思う）、従来この点がほとんど無視されているからである。

以上の理由に基づいて以下では黙示による中間確認の訴えという理論の成立の可能性を検討し、成立の可能性があるならば本理論の射程距離の問題や要件の問題までも考察してみようと思う。なおそれらに先立つて現在の問題状況を正確に認識しなければならぬと思うので先ず次章ではこの点について考えてみようと思う。

(1) 大判大正一四年四月二日法律新聞二四一八号一八頁以下は移転登記手続請求を認容した確定判決につき理由中で贈与による所有権移転を肯定して

いても所有権移転の点については既判力は及ばず移転登記手続の請求権のみが既判力で確定すると判示する。これに対して大判昭和二年四月七日民集一六巻七号三九八頁は抵当権登記抹消請求を棄却した確定判決について棄却の理由が実質的に抵当権の存在を肯定したことに基づくのでなく抹消請求権者としての無資格を理由としたものであればその実質上の権利関係(抵当権の存在)について既判力は生じないと説く。つまりこの判例によれば棄却の理由が抵当権の存在を肯定するものであれば抵当権の存在が既判力で確定されることになり前者たる大正一四年判例と矛盾する。

なお昭和二年判例については兼子一(後注3参照)、柚木馨・民商法六巻三三三頁以下、浅井清信・法と経済八巻四一四頁以下、兼子一・染野義信・判例法学全集民訴法下巻二〇八頁以下等に評釈がある。柚木評釈と浅井評釈は共に主に実体法上の問題を論じ、既判力の問題については判旨の説く結論(前訴の既判力は後訴に及ばない)が正しいためか特に論じていない。

(2) 最三小判昭和三年四月三日民集一〇巻四号二九七頁は勝訴の当事者の上告の利益について判示した判例であるが、上告を棄却するにあつて上告人の主張は判決理由中の判断の攻撃であるとして本件判例を引用している。つまりこの限りで本第一小法判例をこの第三小法廷は踏襲した訳である。この判例については兼子一・法協七四巻三三三頁以下、中務俊昌・民商法三四巻六九二〇頁以下、三淵乾太郎・最高裁判所判例解説民事篇昭和三年度四一頁以下等に評釈、解説がある。兼子評釈は引用の本判例に対しては異論はあるも、本件については結論は判旨と同じでこの部分は蛇足であるとする。中務評釈は登記請求権とその基本である物権については結論的には判例通説の立場に従うとされつつ、登記請求権の性質解明に訴訟法理論からの寄与の可能性を検討する余地はありそうに思えると述べている。

(3) 昭和二年判例(前注1参照)を評した兼子博士は「登記や戸籍は実質上の権利関係を反映すべきもので、実質上の権利関係との不一致を理由に之が変更訂正を求め訴に於ては、常に実質上の権利関係の存否自体が請求の主内容を成し、抹消訂正等に協力すべき旨の請求は技術的に附随して為されるに止ると云うべきで、登記請求のみを独立の訴訟物と考えるのは甚だ概念的に過ぎるからである。随つて原告の物権の主張であれば当該物権の存否が判断された限り、之について既判力を生ずる。尤も登記の移転、設定等の請求が先買其の他の債権関係に基づく場合は当該契約上の請求権が確定されるに止まる訳である(かかる理論を拡張して行けば、物上請求権に基づく返還請求の場合も其の物件自体に付て既判力を生ずると解すべきこととなるが、此の点は別の機会に留保する)。」と述べている(判例民事訴訟法二九二頁)。この所説はそのまま博士によつて維持されたが(民訴法体系三四三頁、条解民訴法上五一四頁)、学界においては多数説になることはなかつた。もつとも、山内敏彦「既判力の物的・時的限界」司法協会雑誌一九卷一〇・一一合併号九九七頁、伊東乾「既判力の範囲」民訴講座三巻七二二頁は物権的請求権の場合を含めて肯定する。近年では小室直人「訴訟物と既判力の交錯」Law School No. 21三三七頁以下も同趣旨を説く。なお本件一審判決は兼子博士の判例民法を引用している(前記判例集一九一三頁)。

(4) 担当裁判官は裁判長が岩松三郎氏で他は、真野毅、斎藤悠輔、入江俊郎の諸氏であつた。

(5) 重要なので次に掲げる。

「民訴一九九条一項によれば『確定判決ハ本文ニ包含スモノニ限り既判力ヲ有ス』るのである。いわゆる判決の本文とは本案判決についていうなら

は、裁判所が当事者によつて訴訟物として主張された法律関係の存否に關してなした判断の結論そのものを外形上他の記載殊に理由の記載から独立分離して簡明にしかも完全に掲記するものをいうのである(同一九一条一項参照)。法律がかかる形態における主文を判決の必要的記載事項とした所以のものは、右一九九条等の規定と相俟つてその判決書を一見して訴訟物たる法律関係につき、如何なる裁判がなされたかを明確にし、これによつてその判決が既判力等如何なる効力を如何なる範圍において有するかを一見明瞭ならしめようとしたに外ならないのであるから、判決の既判力は主文に包含される訴訟物とされた法律関係の存否に判断の結論そのもののみについて生ずるのであり、その前提たるに過ぎないものは大前提たる法規の解釈、適用は勿論、小前提たる法律事実に関する認定、その他一切の間接判断中に包含されるに止まるものは、たゞそれが法律関係の存否に關するものであつても同条第二項のような特別の規定ある場合を除き既判力を有するものではない。そして如何なる法律関係が訴訟物として主張されているかは、原告が訴を提起するに當り請求の趣旨において明確にすべきところである。すなわち訴訟物の如何は一に訴を提起する原告の意思に基づいて定まるのであり、相手方たる被告の答弁又は裁判所の審判の如何により左右されるものではない。しかもかかる原告の意思は請求の趣旨で明確にされなければならないのであつて、もとより黙示的表示でも足り、また請求原因の記載と相俟つて明確にされるのでも足るのであらうけれど、請求の趣旨で明確にされない限り、ただ請求原因中においてその訴求するが如き内容の判決を受く得べき必須の前提として一定の法律関係を主張しただけでは、かかる法律関係を訴訟物とする意思が表明されたものといふことはできない。けだし、法律が請求の趣旨をその原因の外に訴状の必要的記載要件として規定した所以のものは請求原因中で陳述される法律関係は必ずしも一個とは限らないこと、また一個の権利についても必ずしもその全部の満足を得んとして主張されるわけでもなく、更に同一法律関係についても確認判決の外給付若くは形成の判決を求め得る場合もあること等に鑑み、これによつて如何なる法律関係を訴訟物として、如何なる範圍で、如何なる判決を求め得るかを明確にせんとしたのであり(同二二四条一項参照)、それは判決で主文をその理由から分離して掲記すべきことを規定したのに対応するものであるから、かかる形式的要件を定めた法規は厳正に解釈され適用さなければならぬのであつて妄りにこれを緩和しその形式的規整を亂し、これがために既判力を生ずべき場合、その範圍等を不明確ならしめることは許されないからである。それ故、もし原告がかかる前提問題たる法律関係の存否についても既判力を得んと欲するならば、単に請求原因として主張するに止まらず、その請求の趣旨において訴訟物としてこれを主張しなければならないのである。このことは民訴二三四条が『裁判官訴訟ノ進行中ニ争ト為リタル法律関係ノ成立又ハ不成立ニ繫ル』場合に中間確認の訴を提起し得べきこと及びその方法を特に規定したことに徴しても容易に了解し得るのであらう。

(6) 例えは三月章・民法研究第一卷一六九頁以下、同・民法法(法律学全集)一二二頁、新堂幸司他五名編・考える民法第二版三三七頁以下。またドイツ民法法三二二条の沿革についての詳細な霜島論文(後注21参照)もこの判例のこの部分の批判から出發している。

(7) 本件判例は重要判例であるためか直接の判例評釈や解説はかなり存在する。中野貞一郎・民商法三四卷四号五九〇頁以下、小山昇・北大法学会論集七卷三・四号九〇頁以下、木川統一郎・判例百選第二版一三八頁以下、同・民法判例百選一五二頁以下、長谷部茂吉・最高裁判所判例解説民事篇昭和三〇年度二三四頁以下、同・『最近の判例から』法学セミナー一五二頁以下、兼子一・染野義信・判例法学全集民法法下巻二〇〇頁以下、飯倉一郎・判例演習講座民法訴訟法(小室編)二〇一頁以下、上村明広・セミナー法学全集民法訴訟法(小室編)一八五頁以下、村田裕・基本判例及書民法訴訟法(石川編)二

九四頁以下。なお三ヶ月章・民訴法演習Ⅰ(中田・三ヶ月編)一八九頁以下、飯倉一郎・ケーススタディ民訴法Ⅲ(鈴木・白川編)一四九頁以下は本件判例と類似した事例を演習問題にしたものの解説である。これら評釈、解説等の中で当然のことであるが、兼子・染野解説のみが原判決を支持している(なお前注2も参照)。兼子説が支持されず本件判例が支持されるのはわが国ではドイツ法の如く登記が物権変動の効力要件でなく単なる對抗要件に過ぎないこと、実体法上の登記請求権についての理解からすると物権的請求権の一つの独立した権利と解するよりいたしかたないからである。いずれにせよ、かように本判例が多く取上げられていることは注目すべきことである。

(8) 例えば今日の代表的教科書は本判例を肯定的な意味で引用している。小山昇・民訴法三訂版(現代法律学全集)三九四頁、新堂幸司・民訴法(現代法学全集)四一五頁、三ヶ月章・民訴法(法律学講座双書)一五〇頁、中野・松浦・鈴木編・民訴法講義補訂版(大学双書)四五六頁(吉村徳重執筆)等参照。なお判例コンメンタール民訴法Ⅱ一八一頁(吉村徳重執筆)は最高裁はこの点について判例を確立したと述べているし、菊井維大・村松俊夫・全訂民訴法Ⅰ一一〇九頁はこの点の判断を正しいとする。注解民訴法(3)三〇六頁(斎藤秀夫執筆)は判例、通説の立場であるとする。前注7で掲げたように基本判例集や演習書等を取り上げられていることもこのことを物語るものであろう。

(9) この場合の無視を賛成の意味と解するか反対の意味と解するかは問題であらう。しかし、積極的な賛成が全くなく、積極的な反対論があること(後注10参照)を考えると、取上げられていないという自体、消極的表明とみるべきではなからうか。

(10) 前注7で掲げたものの中でこの点を取り上げ批判しているものは中野評釈、上村解説、飯倉解説(判例演習講座)である。なお兼子・染野解説は判旨反対の立場であるが、判例そのものを登記請求のみを独立した訴訟物と概念する立場にありながらこの点を明確にしていなかったため原判決非難は的外れの感があると批判している。

(11) 中野・前掲書(前注7)五九七頁、上村・前掲書(前注7)一八七頁、飯倉・前掲書(前注7)の判例演習講座)二〇八頁以下参照。なお小山昇教授は別の判例批評の中で本件判例のこの考え方を取り上げ厳しく批判している(民商法七六卷四号六〇七頁)。

(12) 私の調べたところでは日本文献においてもドイツの代表的文献についても黙示の中間確認の訴えなり、黙示の訴えや黙示の裁判について言及している文献を発見することができなかった。若松三郎氏の代表的著作である「民事裁判における判断の限界」(民事裁判の研究)所収)においても全く述べられていない。

なお中間確認の訴えに関する邦語の代表的な論文としては雫本朗造「中間確認ノ訴」(昭和四年)論文集三〇七頁以下、河本喜興「中間確認の訴」法曹会雑誌(昭和五年)八卷四号一頁以下、山田正三「係争中の訴の提起」法学論叢三三卷一号(昭和一〇年)一頁以下、早川登「中間確認の訴について」名城法学一卷二・三合併号(昭和三六年)一〇二頁以下等があるが、これらは制度の概説を主眼としたものである。今日ではそれらの成果に基づいて注釈書、実務講座、判例実務叢書等には制度や運用上の問題につき詳細な説明がある。そのためか、あるいは利用がほとんどないためか、中間確認の訴えについては論文のテーマとして今日ではほとんど選ばれていない。

(13) 長谷部調査官は登記請求権は「他の物上請求権がそれ自体実質的利益を有し、その独立的権利の色彩の濃厚な場合と多少趣きが違うのではないかと

も考えられるのである」と述べていたり(前注7・判解二三七頁)、「本判決その理路極めて整然、従来の通説的立場の根拠を展開して余蘊なく、その意味において貴重な判決であることに異論はないが、なお一脈の疑問の残るのを否定しえない」と述べている(前注7・法セ五三頁)。

(14) この今日的状況の概要を知るには吉村徳重「判決理由中の判断の拘束力」民訴法の争点二七八頁以下が大変有益な論文である。

(15) 新堂幸司「訴訟物概念の役割」判例評論二二三号一六頁以下、同「訴訟物概念の二つの役割」書研所報二九号三頁以下、伊藤真「既判力の二つの性格」法と権利③(民商法七八巻臨時増刊号)二六六頁以下、特に二八〇頁。

二 問題状況

一 民訴法一九九条一項は「確定判決ハ主文ニ包含スルモノニ限り既判力ヲ有ス」と規定している。この規定は既判力の客観的(物的・客体的)範囲について規定しているということについては異論はないし、既判力は二項を除いて原則として判決理由の判断には生じないということについても問題はない。問題は二項を除いて絶対に例外はないかということである。「限り」という語句に注意して法文を率直に読めば絶対に例外はないと解せざるをえないであろう。

しかし、絶対という言葉を持ちだすと概念法学的という批難を受けるであろうし、判決理由中の判断に既判力を一定の場合に認めることが都合がよい場合もあることも否定できないと思う。例えば冒頭に掲記した判例のような登記請求訴訟で所有権の有無がそこで唯一の争点であつた場合、それにもかかわらず、所有権の判断には既判力は生じないというのはあまりにも形式的であるとの印象は否定しえない。また既判力は生じないのことは後訴で所有権の有無が再び争われた場合に前訴の判断と矛盾する判断がなされる可能性を認めることで、仮に矛盾した判断がなされたとしたら判断機関たる裁判所に対する国民の信頼がなくなることになる⁽¹⁶⁾。ことは司法制度の根幹の問題に連なるであろう。しかし、そのことから直ちにそれ故に判決理由中の判断に既判力を認めるべきだということには結びつかない。なぜならば一九九条一項のもつ合理性が今日でも広く一般に承認されているからである。それは第一に個別訴訟の使命と当事者の意思に合致するものであり、第二に

当事者の自由な訴訟活動を保障し、裁判所の審判の弾力性を確保することにあると一般に説かれている⁽¹⁷⁾。また今日まで一九九条一項につき正面きつた改正が議論されたことのないのもこのことを物語るものであろう⁽¹⁸⁾。そこで判決理由中の判断に何等かの拘束力を認めようとする、この合理性に抵触しないことが必要であることは当然であると共に、その判断に正当性の担保が付与されていなければならないと言ふことになる。こういう場合がありうるとしたならばその限りで既判力あるいは既判力類似の拘束力を判決理由に認める余地はある⁽¹⁹⁾。

こうしてみると、結局は理由中の判断には既判力を及ぼした方がよい場合のものと、そうでないものがあるがこれを明確に区別できない以上、理由中の判断に既判力を及ぼさない方が及ぼすことよりもベターであるとの判断で一九九条一項を解することになる⁽²⁰⁾。しかし、ベターであるということは不満足、不合理な事態が生じることもあるということを認める訳であり、このことをどうするかが問題として残る訳である。不満足、不合理とは何かというと、要するに誰がみても前訴の實質的に繰り返しに等しい後訴を判決理由中の判断に既判力は生じないということだけで排斥できない場合である。この不合理な事態を解消することを立法者は考えなかつた訳ではなかつた⁽²¹⁾。ザヴィニー理論⁽²²⁾の欠点を攻撃しその排斥に成功した立法者はザヴィニー理論信奉者からのこの点の攻撃に答えねばならなかつたからである。妥協の産物と評される中間確認の訴えの制度がこの問題の解答であつた⁽²³⁾。そしてこの方法が従前の通説からのこの問題に対する解答でもあつた。ただ注意すべきことはこの中間確認の訴え(民法法三三四条)という方法は当事者による事前⁽²⁴⁾のかかる事態の防止という方法である。つまり事前に(前訴訟中に)当事者が判決理由の判断に既判力を生じさせたければ訴えを提起してそれ自体を訴訟物にするという方法である。裁判所が当事者の提起した新しい訴訟物を判断することによつて本来なら理由中で判断される事項に既判力を生じさせたことにもなるし、訴訟物についての判断であるから一九九条一項の趣旨にも抵触しなすむことになる。立法者の考えである故に現行法の構造にもつとも齊合した方法といえるであらう。ただこの方法の限界は後訴で前訴の判決理

由中の判断が争われる前に前訴中にそれを予測して訴えの提起がなされなければならないということである。問題が生じた時には遅いのである。

二 そこで事前の当事者による訴えの提起という方法で満足しないとなると別の方法を考えなくてはならない。⁽²⁵⁾ 従来いろいろの見解が主張された。これら諸説については既に詳しく紹介されて内容は周知のものと思われるので本稿の必要な限度で私なりの理解に従つて以下のように整理してみた。

第一に考えられることは訴訟物についての理解を修正する方法である。例えば本論文冒頭掲記の判例の事例でいえば登記請求権に関する訴訟では基本たる物権についての確認も訴訟物に含まれるとする考え方である。前述(前注3参照)の兼子博士の見解がこれに属することになる。この考え方に類似したものとして所有権に基づく引渡訴訟の訴訟物は一つではなく二つであるとの認識に立ち当初から所有権確認請求はいわば潜在的に併合されているとの加藤正治博士の見解がある。⁽²⁶⁾ 当初から物権の確認請求が訴訟物をなすという点では見解が一致するのであるが、訴訟物の個数の点で兼子説と異なる。いずれにせよ訴訟物と既判力は一致すべしとの前提の下に既判力拡張を訴訟物についての理解の修正によつて考える方法である。⁽²⁷⁾ 兼子説が訴訟物論として問題視されることを加藤説は避けることはできるがいかなる場合に併合されていると考えるのかは明らかにされていない。

第二番目の方法は既判力が生じる判決の判断内容を訴訟物より広く解することから出発する考え方である。既判力の範囲と訴訟物の範囲が一致しないことを是認することになるが、このことは通説によつても例外的に先決的關係と矛盾關係にある場合に認められていたからそれほど問題とするに当らないとする。⁽²⁸⁾ 例えばXのYに対する所有権確認訴訟でX勝訴後、Yの同一物に対する所有権確認請求が排斥されるのはこのためであるが、この場合の考え方を拡張していくことによつて問題は解決されると説く。伝統的な立場に立脚した上での考え方である。⁽²⁹⁾ もつともこの考え方は第三説を批判を通じてより一層

明確になつた見解でもある⁽³⁰⁾。

第三番目の考え方は第二番目の考え方をさらに一步進めた考え方であり、実体法上の意味連関がある場合にはその連関を切斷しないように既判力は働くと説く。ソイナナーが説いた理論でドイツでも日本でも大きな反響を呼んだ考えであり、その意味で日本でも理論の内容は既に詳細に紹介されているのでここではこれ以上紹介はしない⁽³¹⁾。この理論は日本では多くの支持を得なかつたが、ドイツではヘンケル等によつて支持され、特にヘンケルはソイナナーの考えを發展させ訴訟の審理経過を加味するように主張している⁽³²⁾。

第四番目の方法は争点効理論による方法である。新堂教授によつて提唱されたこの考え方はその後の論争によつて深化發展させられ、この問題についてのわが国の最有力見解といつてもよい。内容については既に周知のことといつてよいのでここでは紹介しないが⁽³³⁾、この理論は一九九条一項の合理性を尊重し、それに抵触しないことを配慮して後訴からみて前訴において実質的な手続の公正があり、実質的な裁判がなされた判決理由中の判断に既判力類似の争点効という拘束力を認めていこうとする考え方である。ソイナナーの考え方は実体法のからみで実質的裁判の繰り返しの防止という問題に対してアプローチしたのに対し、この考え方は訴訟法的視点からアプローチしたものとみることができよう。争点効理論にとつて一番の問題はその効力の根源を何によつて説明するのかという問題である⁽³⁴⁾。既判力とどこが違うのか、あるいは信義則で説明できるのかといった問題である。争点効理論に賛成する者においてこの点について既判力と同じような制度的効力と理解すべきとする立場と純粹に信義則の中で把握すべきだとする立場の対立がある。

第五番目の考え方は訴訟上の信義則を持ちだす方法である。そもそも実質的にみれば許されることが法の形式的適用によつて許容される場合にそれを防止することに信義則は効果を發揮するからである。矛盾挙動禁止の原則と権利失効の法理がこの場合適用されて問題解決に役立つと説かれる。両者は本来異なる原理であり、信義則は勝訴当事者と敗訴当事者にそ

それぞれ異なつて働く筈であることを強調し、この点について区別をしていない争点効理論を批判する。⁽³⁶⁾

第六番目の考え方は全く別の視点で問題を考える見解である。伊東教授の「行為効の理論」は人間の営みにおける行為に注目して、行為は人格の表現であり人格の単一不可分裂性を根拠に訴訟上、裁判所も当事者も徒らな重複と理由のない矛盾とは許されないと説く理論である。⁽³⁶⁾ 山木戸教授の「証明効の理論」は判決のもつ事実的効力である証明効に着目し、その視点から問題に対してアプローチしたものであり、従来ほとんど論じられていない事実的効力の構造や事実的効力と法的効力の役割の分担等について鋭く分析したものである。⁽³⁷⁾

三 このようにいろいろな方法や方向でこの問題は考えられているのであるが、それは正に実質的妥当な結論を得るための不断のたゆまざる努力の跡と評価できよう。立法者自身、完全な方法によつてこの問題に対処したとは思えない以上、一九九条一項の既判力の客観的範囲の問題は裁判の実質的考察による批判を常に受けざるをえないであろう。勿論、これら新しい理論を批判する立場もあるが、これら新理論の方向を批判する側にあつても具体的結論の当否を批判するよりも新理論自体に内在する未熟さに対する批判や法的安定性からの批判が主であることを考える時、実質的な裁判の繰り返し防止はいかになされるべきかという問題自体の設定に対してはそれほど批判するものではない。問題に対しての解答が不十分な故に現状を肯定するのであつて現状が絶対的に良いというのではないのである。⁽³⁸⁾

しかし、このように新理論の問題設定に共鳴を覚えたとしても、新理論のそれぞれに問題がない訳ではない。概括的にいえばたとえ第一説は具体的な訴訟の経過について考慮がないし、第二説乃至第四説は判決の効力(既判力)の範囲と訴訟物の不一致を正当化するだけの根拠が必ずしも十分でないように思える。第五説に対しては一般原理でなく既存の制度に問題を移していくべきだとの批判があるうし、第六説にあつては正に今後の理論であつて現制度において定着するのは時間を必要とするとの批判も考えられる。個々の見解に対しては評価すべき点と検討すべき点とがあり、議論の存するところであ

るが、これら新理論一般に共通して疑問としていえることは立法者の考えた中間確認の制度についての見直しなり、再検討のないままに理論が主張されていることである。同じことは従来の通説的立場といわれる新理論への批判的な立場に対してもいえると思う。新理論からの批判に対しては単に中間確認の制度を説くだけでは十分な答にはならないであろう。新理論は既に述べたように中間確認の訴えのもつ当事者の申立てるといふ方法の解決が十分でないという点から出発しているからである。問題はそこで中間確認の訴えの制度の利用拡大の方法がとれないかということである。この制度は実務ではほとんど利用されていないといわれているが、⁽³⁹⁾制度設立の趣旨を体して現行民訴法体系において活用をはかるべく何等かの工夫がなされえないかということである。もしそうでないと新理論は結局のところ中間確認の訴えの制度の利用の減少に拍車をかけ、この制度の埋葬に加担することになる。原告の側からする訴訟中の訴えに対しては訴え変更の制度があり、被告側のそれに対しては反訴の制度があることを考えると、特殊な訴え変更なり、特殊な反訴なりという特殊性をもうすこし強調していいのではないかと思う。⁽⁴⁰⁾法律問題で意思表示の有無が後に問題になった時に、当時の状況から黙示の意思表示ありとして妥当な解決をはかるのが黙示の意思表示の考え方のように思えるが、このような考えを利用すれば既に述べたような紛争を事前の申立によつてのみ解決するという性格を克服し、紛争が生じた時にも既判力を作用させることができるのではないかと思う。法解釈にあつては既存の制度を最大限利用することが法解釈の常道であることからしてこの方法は妥当なものではないかと思う。また多くの理論が実質的蒸し返しの禁止を説くことは前訴においてその点についていわば一種の訴えの提起がありそれが審判されたということと実質的に同じだという認識に立つていいことだと思ふ。そうであるならば前訴において卒直にかようなものがあつたと評価することは決して不当なことではあるまい。

既に述べたような諸説はそれぞれ我々にいろいろ考えねばならない視点を与えた。訴訟物と既判力の範囲の一致の重要性に基づいて立論したのが第一説であつた。第二説乃至第四説からは実質的裁判とは何かを学ぶことができる。特に訴訟法的

視点に基づいた手続の公正さとは何かを明らかにしたのは第四説であり、実法法的視点から実質的裁判を説いたのは第二説、第三説といふことができよう。第五説は訴訟における公正とか正義について考えるべき点を説き、第六説は既判力という制度の効力とは別の効力が判決に存在することを明らかにしたものである。これら諸点を意識した上ででの中間確認の訴えの制度の見直しが必要と思う。黙示の中間確認の訴えという考え方は結論的には訴訟物と判決効たる既判力の一致の点で第一説を支持し、他説を利用して訴訟の状況において新訴の提起ありと考えることになると思う。このことは近時の新理論の有力な見解が訴訟物と既判力の範囲は一致すべきであるとする見解を短絡的、硬直的と評して鋭く批判していることと厳しく対立することにならう。⁽⁴¹⁾ 中間確認の制度の見直しにあたっては避けて通ることのできない問題である。

(16) 新堂教授は「訴訟の結果を常識的なものに近づけるように判決の遮断効を調節する方策を求めることが筆者の年来のテーマであり、『争点効』はその工夫の一つであった」と述べている(前掲書(注15評論)一四頁)。

(17) 吉村・前掲書(前注14)二七九頁、上村明広「判決効の拡張をめぐる利益考量」ジュリスト法学教室第二期七号六五頁、伊東乾・民事訴訟法の基礎理論一四頁以下等。なお伊東教授はさらに焦点への集中、決断の自律性、誤判の弊の限局をあげている。

(18) もつとも花岡敏夫「判決の既判力の範囲を論ず」日本弁護士協会録事一九五号(大正四年)四七頁以下は既判力の客観的範囲についての大審院判例を分析したものであるが最後に記録禁反言(Estoppel by record)に於て、法改正に際して注意すべしと説いている。また Entwurf einer Zivilprozessordnung, 1931, S. 326 (司法資料一七八号一九六頁以下)は既判力の範囲について検討の余地を含むことをうかがわせる趣旨に解せる説明があるが、結論は現状維持である。

(19) 伊東教授は一九九条一項の「合理性を知らずしてなされる解釈論は恣意であり立法論は悪戯である」と評している(前注17掲記書一一〇頁以下)。
(20) 三ヶ月章・民訴法(法律学講座双書)一五〇頁以下、三一四頁以下は後述の信義則理論や争点効理論を批判するが、恐らくこのような判断に基づくものと思われる。そしてこの今日の判例、通説もこのような考えにあると思う。

(21) Entwurf einer Civil-Prozess-Ordnung für das Deutsche Reich mit Motiv, 1874, S. 482ff. わが国では斎藤秀夫「判決主文と既判力の範囲」法学八巻四号三五七頁以下、霜島甲一「ドイツ民事訴訟法三二二条の前身」民訴雜誌八号一〇八頁以下等に詳しく論じられている。

(22) 判決要素という概念を媒介に判決理由の判断に既判力を認めるザウィニー理論については今日では既にいろいろな紹介がある。前注21の斎藤、霜島論文がそうであり、雑本論文集の大正二年、大正五年の論文の中にもみることができ(三〇七頁以下、六九一頁以下)。最近ではザウィニー理論を中心にドイツ普通法時代の既判力論を精力的に研究している文字浩教授の一連の研究が有名である、例えば民商法六九巻四号七一〇頁以下、南山法学一卷

黙示による中間確認の訴え

一九六 (一八四二)

二号一二五頁以下、民訴雜誌二五号二二六頁以下等に掲載された論文。

(23) 注21の理由書参照。

(24) そこで予防訴訟ともいわれる。中村宗雄・民事訴訟講義中巻一七〇頁、法律実務講座二巻一九〇頁注(一)、倉田卓次「盲点としての中間確認」民事法の諸問題Ⅲ巻二九九頁以下特に三〇六頁等。

(25) 中間確認の訴えの制度の存在は問題解決にならないと一般にいわれている。例えば斎藤秀夫・民訴法概論三九七頁、同・注解民訴法③三三二頁、中務俊昌「民事訴訟の動向」現代の裁判四五頁以下特に七八頁、上村明広・判評九〇号二六頁、同・同一〇四号三七頁、吉村徳重「判決の効力の客観的範囲」ジュリスト五〇〇号三五九頁等。

(26) 加藤正治「先決問題、既判力」民訴法判例批評第一巻二七四頁以下特に二八四頁以下。これは大判大正十年三月五日民録二七輯八巻四六八頁に対する判批。なお登記請求につき同趣旨の立場と思われるものとして住吉博・民訴法読本第二版八三五頁がある。

(27) 小山・前掲書(注11)六〇八頁は「所有権の存否とこれに基づく物権的請求権または登記請求権の存否とを統合する訴訟物を工夫すべきであるのかも知れない」と述べ、別訴禁止の方法や訴訟物の一つとして考える方法につき言及している。小山説はこの立場に立つものといえることができるか。なお霜島・前掲書(注21)はザウニー理論でいう裁判理由とは裁判対象ではなかつたかという議論を紹介している(一五八頁)。

(28) この点の説明は柏木邦良「西ドイツ民事訴訟法学の現況(8)」ジュリスト五三一号七四頁以下に詳しい。

(29) 柏木・前掲書(前注)七五頁はこの考え方が西ドイツにおいて判例上も学説上も優勢であると述べている。また柏木氏もこの立場と思われる(ジュリスト五三二号一〇一頁注50)。

(30) 私はかつて「ツォイナー理論に対する西ドイツでの評価について」という一文を発表したことがある(慶大法研論集一号九九頁以下)。そこで紹介したツォイナー理論で用いているシャープの書評(二〇二頁)、ベーターズの見解(二〇四頁以下)がこの立場であり、これが Rosenbergs-Schwab, ZPR 12. Aufl., §155 (S. 875) <発展していったものと思われる>。

(31) 柏木前掲書(注28)、同・(9)ジュリスト五三二号九六頁以下、前記拙稿(前注)及びその後の文献目録(一二二頁以下)、吉村徳重「判決理由中の既判力をめぐる西ドイツ理論の新展開」法政研究三九巻二一四合併号四五三頁以下等参照。特に吉村論文はツォイナー論文以降の状況を詳細に報告している。

(32) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 149-232 ツォイナー以後のドイツの学界の状況については柏木、吉村前注掲載書参照。なおケンケルの著書については文字浩教授の書評がある(法学論叢八七巻五号七四頁以下)。またツォイナー理論をわが国に早い段階で紹介したのは上村明広教授であるが(前注30掲記拙稿一二二頁参照)、教授はケンケルの立場に辺いものと思われる(注17掲記書六八頁)。

(33) 中野貞一郎「争点効と信義則」過失の推認二〇一頁以下、吉村前掲書(注14)、中野・松浦・鈴木編・民訴法講義四八二頁以下等が争点効理論の概要や問題状況を知るのに便利である。問題点の鋭い指摘と従来の文献を網羅的に掲げている。

(34) 中野・前掲掲書二二一頁以下。

(35) 竹下守夫「判決理由中の判断と信義則」実体法と手続法の交錯(山木戸還暦)下巻七二頁以下が詳細に説く。なお同・法律時報五〇巻八号一〇七頁の中野教授の「過失の推認」に対する書評参照。この方法の問題点については文字・南山法学(前注22)一二七頁以下参照。また信義則についての学説判例の概要については中野貞一郎「民事訴訟における信義則および禁反言」民事訴訟法の争点四二頁以下に詳しい。

(36) 伊東乾「行為効の理論」法学研究五〇巻一号一頁以下、同「信義則に代わるもの―民事訴訟法を視点として―」法と権利③(民商法七八巻臨時増刊)二二七頁以下。

(37) 山木戸克己「判決の証明効」法と権利③(民商法七八巻臨時増刊)二二七頁以下。

(38) 伊東乾「民法の基礎理論」二〇頁以下参照。なおここにおいて新理論を鋭く批判した教授は後になつて既に述べたように行為効の理論を提唱した(注36参照)。

(39) 法律実務講座(注24)二〇三頁は中間確認の訴えは実例が殆んど皆無であり、法二三四条は殆ど死文化した観があると述べている。倉田前掲書(注24)はこれは実際提起されることが稀なのでなく中間確認の訴えとして意識されることが稀なのだとすべきであると説く。

(40) 例えは確認の訴えでありながら即時確定の利益は必要ないとされる。法律実務講座(注24)一九〇頁及びそこで引用されている文献。Rosenberg-Schwab, a. a. O., S. 531.

(41) 問題状況の概要については文字浩「訴訟物概念の役割」民事訴訟法の争点一七二頁以下参照。なお前注15参照。

三 黙示による中間確認の訴え

一 中間確認の訴えの制度の再検討を黙示の意思表示というで行うとするならばいくつかの大きな問題が存在することを卒直に認めねばならない。第一に黙示の訴えの提起はありうるだろうかということである。このことは中間確認の訴えについて規定している二三四条の二項の書面に依ること、三項でいう相手方への送達という要件はどうなるのかという問題でもある。第二の問題は黙示の裁判の問題である。前記判例の表現をつかえば「主文において黙示的に裁判している場合」とは何かという問題である。そして第三の問題としては黙示が認められる限界はどうかという問題である。さらに第四の問題としては争点効に代表される新理論との違いはどこにあるのか、それらに比してどれだけメリットがあるのかという問題で

ある。ここでは表現の差にすぎないとか、なぜドイツで全く考えられていないのかという点とか、単なる過渡期的理論にすぎないとの批判に対しても答がなされねばならない。以下これらの問題について考察してみよう。

二 第一の黙示の訴えの提起の問題であるがこのこと自体は決して突飛なことではないと思う。たとえば前に述べた訴訟物で問題を考えてみようとする第一説の立場と相通じるものをもっているからである。ただ訴訟物による方法では一律に訴えの提起ありとされるのと異なり訴訟の状況に応じて訴えの提起の有無が問題になるという差異はある。また既に述べた加藤正治博士の判例評釈（前注26参照）にもかかる黙示による訴え提起との考えがみられるのである。即ち博士の考えは一定の紛争状況から当然に訴状に明記された訴訟物以外の訴訟物の存在を認めるのである。従つて全くありえない見解ということでもない。意思表示を解釈するのに何も文字による表示が絶対でもないし、当事者の本当の内心の意思をあくまでも追求すべしということでもないからである。⁽⁴²⁾つまり、一定の行為なり状況なりによつて訴え提起ありと解しても、そのことが当事者の真意により近くしかもそう解することが訴訟法的に妥当な結論を導くならば是認される訳である。要は果して当事者の真意として一定の行為や状況から判断してよいのかということである。ここで注意すべきことは訴訟法は訴訟のかかる意思表示の有無をめぐつての紛争が生じることを防ぐ意味で、重要な意思表示は必ず書面を要求していることである。即ち、中間確認の訴えについての民法法二三四条二項の規定がこれである。これをどう考えるかである。しかし、書面は絶対的なものであるうか。あるいは書面での記載の有無によつて一刀両断してよいのだろうか。事柄によつてはそうすべき場合もあるが、場合によつては許されることも考えられる。訴えの変更についてはあるが「訴えの変更についての書面の提出または送達の欠缺は責問権の喪失によつて治癒される」とする最高裁判例⁽⁴³⁾があり支持されていることを考えると、この考えは十分に成り立つと思う。そうなることは訴状記載要求も相手方、裁判所が黙示による訴え提起に対して対応できる状況であればそれほど問題視する必要もないように思える。問題はあくまでも実質的にみて訴え提起の意思表示ありと判断しうる合理的根

拠があるか否かの問題であり、それは一体どういふ場合かである。この点については詳しくは第三番目の問題と関連して考えてみよう。

三 次に問題なのは黙示による裁判である。黙示による中間確認の訴えに対して裁判所が釈明権を行使して明示の訴えにして明示の裁判をするというのも考えられる。しかし、この場合は全く問題はない。黙示による中間確認の訴えに対し、裁判所が黙示のままで明示の裁判によつて答えるということも考えられる。これもそれほど問題はない。これらは全て前訴の中で処理される問題であるからである。一番問題なのは黙示の裁判である。しかし、これとてもあくまでも主文において黙示的といふことであつて判決理由の中で明示していることは必要であらう。判決理由の中で明示されていない場合はもはや裁判があつたとする⁽⁴⁴⁾こと自体無理である。そこで黙示の裁判となると、判決理由中の判断に結果的に既判力を認めることになりはしないかといふことになる。判決理由中に記載された判断に既判力を全く認めないのが一九九条一項の趣旨というのであれば確かに問題である。しかし、実際は請求を棄却する場合の判決の主文にみられるように、その実質的内容を判決理由にゆだねて完全な意味での形式主義を貫徹していない。主文に明記していなければならぬとするのではなく、法文は「主文ニ包含シタルモノ」に既判力を生じさせるとなつてゐる。そこで主文の解釈によつて黙示の裁判ありと考える余地はない訳ではない。⁽⁴⁵⁾所有権に基づく物の引渡請求訴訟に関して前述の判例評釈の中で加藤博士はこの問題に対しては原告勝訴の場合と敗訴の場合を区別して考え、原告敗訴の場合の主文の請求棄却の中に隠れた請求についての棄却も含まれているとの見解である。⁽⁴⁶⁾即ち勝訴の場合は給付判決主文には確認判決は積極的に明言されていないが、敗訴判決には主文の中に含まれると解釈できるとする見解である。しかしこの加藤博士の見解は形式的過ぎるといわなければならぬ。実質的には同じ状況でありながら、主文の解釈という点のみで区別し、しかもいずれの場合であつても訴訟物については判決理由中の判断で主文の解釈をすることによつて判断するといふのでは、やや中途半端な見解である。そうであるならば実体を把握して勝

敗に関係なく既判力を隠れた請求に及ぼすと解すべきではなからうか。加藤博士の見解は主文に何が包含されているかは解釈の問題であることを明らかにした上でまた、主文に包含されたものをかなり広く解することもできることを明らかにした点で評価できよう。主文に既判力を限定したところで主文包含されるものは解釈の問題であり、常に明白一義的になされるものとは限らないことを考えると、主文に明文で掲記されない一事をもつて既判力を否定しえないと思う。わが国の一九九条一項のいう主文に包含とは主文に掲記とか、明記の趣旨とは思わうがそれに尽きるものでなく意味深重な言葉であると思う。いずれにせよ主文を簡略にして主文の判断に理由が斟酌されるということで主文を理由によつて判断することは一般的であるから、そのことからすると主文において黙示の判断ということはその極端な例とみることができると、そうであるならばそれほど奇異なことではないと思う。主文で明記という点からは黙示であれ、斟酌であれそれほどの差異はないと考えることもできよう。かくして主文での黙示の裁判も十分成り立つといわなければならぬ。もつともドイツ民法三三二条(旧二九三条)は草案二八三条においては北ドイツ連邦草案三五九条四項を受けてその三項に「既判力ハ既判力ヲ生ジ得ベキ裁判ガ判決主文ニ記サレタルコトニ関セズ」との規定を設けていたが、これが国会審議の過程で削除されたことは周知のことである。⁽⁴⁷⁾削除されたことを重視すると主文での黙示の裁判は成り立たないことになるが、条文そのものが存在しないから解釈上、理由中でのみなされた判断も既判力を生じるとの説もない訳ではないし、⁽⁴⁸⁾ドイツ法の議論が直接わが国で通用するかは十分検討しなければならない。ドイツ法の議論の評価やあるいは日本法の沿革については後日の検討課題とし留保するが(前注44参照)、ここでは主文以外に既判力を認めた有力草案の存在から、主文での黙示の裁判という考えは決して単なるその場限りの思いつきでないということが指摘できるのではないかと思う。⁽⁴⁹⁾

なおここで注意すべきことは黙示の中間確認訴えと黙示の裁判との関係である。たまたま中間確認の訴えという書面が提出されないことが唯一の理由で、実質は全く中間確認の訴えが提起されて裁判所がそれを判断した場合と同様に評価できる

場合にもかかわらず全く法的に評価されないままにしておいてよいのが議論の出発点であつた。このことは裁判所、原告、被告の一連の行為を一体として評価することに他ならない。黙示の訴えの存在は認められるがそれに対応する裁判の存在は認められないとか、逆に黙示の裁判の存在は認められるが黙示の訴えは認められないという事態は理論的には十分考えることができるが、ここではかかる事態は認めないことになる。一連の行為の一体性を要件とするからこの場合には黙示の訴えなり裁判なりの認められる要件を欠くという構成も考えられるし、この場合は前訴の訴訟手続内の問題とし、かかる問題は前訴判決の確定をもつてもはや攻撃することはできないという構成も考えられる。どちらの構成をとるにしろ一連の行為が中間確認の訴えとそれに対しての實質的審理がなされ裁判がなされたと評価されるか否かであつて、部分的に認められるという事態やそれに伴う問題の発生ということは許されないと考える。もつとも黙示の裁判といつても判決理由中の明示が要求されるから、実際上は訴えの提起とそれに対応した審理の有無が重要要件になる。なお以下の本稿で黙示による中間確認の訴えが認められるという場合は原則としてこれら一連の行為を一体として理解してほしい。

四 第三の問題はいかなる要件で黙示の訴えなり、黙示の裁判を認めることができるかということである。確かに意思表示の存在の探究と意思表示を擬制することは異なるし、区別されねばならない。しかし、表示をもつて意思を判断する以上は実際にはその両者の区別限界は必ずしも明確にならないと思う。黙示の意思表示とは擬制にすぎないと考えられなくはないからである。要は訴え提起の意思表示ありとか、裁判ありとかと判断する合理的状況は何かである。ところでそもそも黙示の意思表示を議論した出発点は誰がみても前訴で決着がみられたと思われる問題の蒸し返し禁止にある。つまり前訴において訴訟物と同じように審理されながらも、当事者が明示的に訴訟物にしなかつたという事だけで再訴が認められる点に不合理さを感じる点である。そうであるならば實質的には本案たる訴訟物と同じような手続がなされたということが必要であり、このことが黙示の中間確認の訴えを認めるための要件にならう。そこで次に問題になることはこのことは具体的にはど

ういう要件になるのかということ、それが果して当事者の真意に相応するものであり、結果が妥当かということになる。争点効理論の要件を参考に考えれば両当事者が中間確認の訴えとして成り立ちうる問題につき真剣に争い、裁判所も実質的に審理したとすることであれば、これに対して中間確認の訴えの提起があり、これに対して相手方が応じて、裁判所が判断を下したということと評価を下してもそれほど問題は無いと思う。重要なことは当事者・裁判所にとつてかかる意思表示解釈が不意打ちなり、突飛な感じを与えないことである。

確かに訴えを提起する意思とある問題について争うという意思は同じではない。しかし、争うということは単に当事者間で争うというのではなく裁判所で判断してもらうために争うのであり、当面の紛争の決着をつけてもらう訴訟物と密接な関係にある事項について争うことは訴えの提起の状況と大差あることではない⁽⁵⁰⁾。特にその争点がその訴訟の決定的な意味をもつのであればなおさらである。ただ争うという場合に、仮にここで争うという場合もあるうし、選択的、予備的に争う場合があり、これらを含めて訴えの提起と扱うことが問題であるのに過ぎない。訴え提起と同じような状況とはそこでこのような場合ではなく、訴訟の勝敗に重要な意味をもついわゆる先決的關係につき両当事者が真剣に争つた場合に黙示の訴え提起の意思表示ありとしてよいのではないかと思う。この限りで一定の状況の下に(一定の要件の下に)いわば意思表示を黙示的に解することが許されるのであり、このことは中間確認の訴えの制度の設立目的にも合致し、しかもその効用増大をはかるものとして許容されるのではないかと思う。両当事者が実質的に真剣に争つたにもかかわらず、一九九条一項を理由に再度争えるという方こそおかしいといわなければならない。このように考えてみると上述の要件の存在が黙示の中間確認の訴えの成立に必要であり十分ということになる。要約すると(1)訴訟物について先決的關係にある法律的關係の存否につき、(2)両当事者が真剣に争い、(3)裁判所も重要争点として実質的に審理し、(4)判断が判決理由中で明らかである、ということになる。この要件についての問題やその他関連する問題については次章で検討したいと思う。

なお注意すべきことはこれら要件は原則として訴訟物設定のための要件であり、判決効の範囲設定のための要件でないという点である。既判力が生じる理由は訴訟物について裁判所が判断したためであり、具体的状況に応じて判決効が左右されるのではない。一般には訴状が被告に送達されることのみが重要であり、被告のそれに対する対応によつて訴訟物の設定や範囲は左右されることはない。黙示の場合は訴状がないのであるから被告の対応によつて訴訟物の設定や範囲を判断することになり、ここに特殊性がある。結果的現象的には被告の対応によつて判決効の範囲が左右されるようにみえるが、訴訟物を介在させている点で、他の判決効拡張の理論と異なる。

五 第四の問題はかような考え方の長所は何か短所は何かという問題でもある。ここではこの考え方の長所と短所について考えることによつて第四の問題を考察してみよう。

長所の第一と言えることは現行法の構造に一番調和することである。立法者自身が考えた方法であるから当然であるともいえるし、そもそも黙示というテクニクはそれを巧妙に拡張させたものともいえるからである。ただ立法者は黙示の訴えや黙示の判決について直接的に考えていなかつたと思われるから、その限りで立法者の考えと全く同一という訳ではない。第二としていえることは要件の理論的明確さである。判決書の場所としての判決理由中の判断に結果として既判力を認めることになるが、しかし、それは一律に無条件に認めるものではないし条件付で判決理由中の判断に既判力あるいは類似的拘束力を認める理論に比して黙示の意思や黙示の判決の存在の認定ということでチェックされるし、しかも民法二三四条の規定により当該事件との関連性という限定がなされることにより常に一定の限定がなされることである。つまり限界が法律上に規定されているし、黙示の意思表示ということで当事者の意思の尊重にも相応するという点である。第三にいえることは理論の単純化である。判決理由中の判断に既判力を及ぼすという方法であれば一九九条一項との関係が問題となるし、既判力でない別の拘束力であるとするとその拘束力の根源の説明が問題になる。しかし、この方法によればこの

点の問題に答える必要がないということである。正に一九九条一項に根拠をもつからである。第四にいえることはかく解することによつてほとんど利用されていない中間確認の訴えの制度がその設立趣旨において期待される紛争解決に役に立つということである。そして第五として言えることは黙示の意思表示なり、黙示の裁判なりを判断するにあつて要件が柔軟性をもつことから訴訟の弾力的運営が可能であるということである。もつともこの点は逆に運用要件不明確として法的安定性を害するとの批判を受けるが、すくなくとも信義則という一般条項や、あるいは拘束力の根源から説きおこさなければならぬ争点効理論よりはベターではないかと思う。

短所としていえることは第一に既に述べたような要件でもつて直ちに中間確認の訴えがありそれに対応する裁判があつたと考えてよいのかという疑問がつきまとうことである。そしてこのことは一般に黙示の訴えなり、黙示の裁判なりが認められるかという問題に連らなりこれを否定するのなら、黙示の中間確認の訴えは説明のための便宜論ではないかという批判になつて返つてくることになる。第二には新理論との表現の差に過ぎず、かえつて従前の制度をよりどころとする限りで不徹底であるとの批判が十分考えられる。そして第三には上訴の問題、要件の問題等で新理論の当面する問題に十分答えられず問題解決の十分な発展に役立たないとの批判がある。さらには中間確認の訴えの制度はドイツ法から継受したにもかかわらずドイツでは黙示による中間確認の訴えが全く議論にならないのはかような考えが普遍性を有しない証拠であるとの批判も考えられる。

第一の点については次のように考える。一般的に黙示の訴えなり、裁判なりを認める訳ではないのでその意味では妥当な結論を得るための便宜論との批判も一理ある。しかし、中間確認の制度の立法の趣旨を生かすということや、既述のかつてのドイツの草案においてあられた考え方（既判力は主文に限定されず、判決理由中の判断でも訴訟物である限り既判力は生じるとする考え）からすると、書面要求主義や判決の既判力についての形式主義を克服する限りで許されるのではないかと思う。そ

もそも実質的にみて裁判の繰り返しの防止ということは既に前訴で裁判がなされたことを意味するし、そうであるなら訴訟物について裁判がなされたように構成することが率直であろう。

第二の問題は要するにどの程度まで判決理由中の判断に拘束力を与えるべきかということと、どの程度現行民訴法体系から離れることかということについての態度の問題である。黙示による中間確認の訴えという方法と新理論による方法（代表的なものとしての争点効理論）と比べた場合に前訴の裁判のもつ効力は後者の方が広くなることは確かであるし、理論としての純粹性も高いであろう。前者たる黙示の中間確認の訴えということは一見して現行法の枠に固執し、しかも牽強付会とも思えるような意思表示解釈をして辻褄を合せている印象を与える。しかし、考えなくてはならないことは現行法の枠を最大限活用して問題解決をはかるべきことが法解釈の一番オーソドックスの方法であり、それができない場面ではじめて新しい理論が構想されるべきであるということである。中間確認の訴えの制度を最大限活用できるか否かを先ず第一に検討すべきことが新理論の第一歩ではなかつたかと思う。そしてさらに注意すべきことはこの黙示の中間確認の訴えが最大限利用できるとするならば新理論が考えている具体的事例の主要な問題をこれによつて解決することは可能であり、特に新理論を持ち出す必要はないということである。勿論、黙示による中間確認の訴えという制度でカバーしきれない面が残ることは確かであろう。しかし、この場合はそれら理論によつて遮断することを志向するよりも逆に一般原則に戻つて再主張できる方がよいのではないかと思う。

次に考えるべき問題は新理論とオーバーラップした部分は単なる言葉の問題か表現上の差異なのかということである。これは訴訟物と判決の効力の遮断効の範囲が異なるのが当然とするのか、一致するのが当然とするのかの見解の対立に基づくと思う。新堂教授は前者の立場から訴訟物概念のもつ意味を分析され、判決の遮断効の範囲は「手続事実群」という前訴の審理経過によつても左右されると説く。そして訴訟物概念のもつ原告の意思に左右される場面と遮断効の範囲を決定する場

面との峻別を強調し、後者においては原告の意思でなく訴訟制度の視点や公平の視点で決められるべきであると説かれる。⁽⁵¹⁾従来、訴訟物については原告の意思の問題と紛争解決にとつて適切かの問題が渾然一体として議論されていたことを考えると卓越せる考えといわなければならない。しかし、果して教授のように峻別することがよいのであろうか。従前の議論は単に当事者の内心の意思を問題とすることなく、当該紛争にふさわしい、あるべき意思ということで、紛争解決の遮断効のふさわしい範囲の問題を原告の設定する訴訟物の中に含めて議論してきたのであり、それはまさに当事者の意思をたとえ擬制であれ尊重してきたことに他ならない。私的自治の原則、それに基づく処分権主義が民事訴訟の原理を構成している以上、そしてそもそも既判力の客観的範囲についての立法者の意思が当事者の意思の尊重にある以上、⁽⁵²⁾かかる姿勢は重要ではないかと思う。手続事実群ということとは、ここにおいて訴訟物の設定あるいは変更がなされたと解する余地があると思うし、手続事実群という紛争解決の経過の重視が当事者の事前的対応に影響するとなれば、それは正に訴訟物論として究極には構成されると思うからである。⁽⁵³⁾たとえ擬制であれ、当事者の意思という出発点は無視できないのではないかと思う。明らかな意思の存在が擬制的意思を排斥するか否かで意思を尊重するか否かの見解の対立があらわれてくるであろう。今日の問題状況は訴訟物論争から判決効への問題と学界の関心事が移ってきたことの反映であるが、ここで再び訴訟物の重要性に基づき、訴訟物理論の再検討なり再構成が考えられるべきことだと思う。

第三の批判に対しては次章で検討してみようと思う。従前の議論はその効力の根源について見解の一致が必ずしもみられないことからそれに帰因する議論のようであつたと思われるが、実定法上根拠ある制度をもつて問題提起したことは議論の土俵を設定したことになるのではないかと思う。

第四の批判は日独の法文と沿革の差に原因があるということと答えようと思う。日本民訴法に比してドイツ民訴法の規定の仕方からして訴訟物と既判力の範囲の不一致を許容する余地があるのに対して、日本法では訴訟物と既判力の一致が常に

要求されるのではないかと思う。即ち、ZPO三二二条一項の「起された請求につき裁判された限度で（Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist）」という法文と日本民訴法一九九条一項の「主文ニ包含シタルモノニ限り」という法文の差が日本法とドイツ法の議論の違いになつてくると思うのである（前注44参照）。そこでドイツ法で全く議論のないことだからといつてそのことが否定的な根拠にはならないのである。

(42) 新堂・民訴法三二二頁は「原告の意思によつて審判の最終目標が特定限定されるといつても……その意思は、明確であるとはかぎらず不意打ちのおそれがないという保障を前提にして、当事者間の公平、さらに訴訟経済等の要請から、解釈によつて原告の合理的意思を逆に帰結するという面がある……。」と述べている。

(43) 最小判昭和三一年六月一九日民集一〇卷六号六六五頁。評釈としては川島武宜・法協七四卷四号五一頁以下、高島義郎・民商法三五卷一号六九頁以下がある。解説としては長谷部茂吉・最高裁判所判例解説民事篇昭和三一年度九一頁以下がある。学説としては既に兼子一・民訴法体系三七四頁、同条解民訴法上六四四頁が、同趣旨のことを説いていた。もつとも事案は請求の趣旨の訂正を口頭弁論期日に口頭でおこない、これに対して被告が異議はないと述べている場合である。

(44) 既判力の客観的範囲について日本民訴法がドイツ民訴法の規定を直接継受しなかつたことは周知のことであるが、このことをどう評価するかというと日本法とドイツ法とは表裏の関係であると解してドイツ法との差異を認めないというのが今日の一般の見解である。しかし、これでは敢えてドイツ法を範にしなかつた日本の立法者の意図を十分理解したことにはならないのではないかと思う。わが民訴法一九九条一項の沿革を尋ね、それをどのように評価すべきの問題についての私見はいずれ機会を得て発表したいと思つている。ここで結論的に私見を述べれば、ドイツ法以上に形式主義を徹底させ主文のみが重要であるとしたテッヒョー草案三九一条と旧民法証拠編七七条の成立過程での私法流の判決理由こそが重要であるとする考えの影響を受けて、いわば両者の折衷的なものとして旧民訴法二四四条が成立したものと憶測する。大審院判例が当初、判決理由の理解について混乱し、しだいにドイツ法的理解に統一されていくことはこのような背景があるからだと思う。しかし、現在の判例通説がかかる背景を全く考慮しないのは疑問である。また本稿冒頭掲記の判例の矛盾（本稿一八三頁参照）は既に指摘されているが、その原因は一九九条一項の立法沿革に帰因するよう思う。なお相木・前掲書（注31）九九頁は日本法は立法の過誤であると説く。

(45) 前掲書（注26）二八四頁以下。

(46) 理由書（注21）四八三頁参照。なお参考までに北ドイツ連邦草案三五九条を次に掲げる。

〔北ドイツ連邦草案三五九条〕

黙示による中間確認の訴え

Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund, Berlin, 1870

§359

Die in dem Rechtsstreite erlassenen Urtheile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.

Entscheidungsgründe sind der Rechtskraft nicht fähig, unbeschadet ihrer Bedeutung für die Feststellung des Sinnes und des Umfanges der Entscheidung.

Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer zum Zweck der Compensation geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrags, mit welchem kompensirt werden soll.

Der Eintritt der Rechtskraft ist nicht davon abhängig, daß die der Rechtskraft fähige Entscheidung in die Urtheilsformel aufgenommen ist.

二項 判決理由は既判力を有しない。但し裁判の意義及び範囲の確定に付き意義を有することを妨げない。

四項 既判力は既判力を生じざるべき裁判が判決本文に記されることと関係しない。

(47) 齊藤・前掲書(注21)五頁以下、霜島・前掲書(注21)一七頁以下参照。

(48) Wach, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung (1896), S. 142 ff.

(49) 霜島教授はドイツ民法訴訟法三三二条の沿革についての大部な研究の結論のひびひとして、『當時は「理由を斟酌して」の命題の意味はまことに混乱して受けとられていたらしいこと、少くとも民法訴訟典の原案では中間確認判決を理由中としてもよいとの、判決の記載法の指示の意味に解されていたらしいこと』を明らかにしている(前掲注21論文二六一頁)。その意味では黙示による中間確認の訴えという考えは結果的にはかかる立法者の考えに近いものといえよう。

(50) 竹下・前掲書(注35)九四頁は「もともと訴訟物に対する判断に対する判断についてのみ拘束力が生ずるとの前提で訴訟を進行して来たのであるから、この前提どおりに拘束力の限定をのぞむ当事者の意思の方に優位を認めるのが本則であるべきである」とされつつも、「一体訴訟によつて紛争の解決を求める当事者の意思の中には、この争いの原因または対立点について決着をつける意思はないのであろうか」と問題を提起している。教授は続けて「たとえ、現実の意思はないとしても、一定の場合に信義則の立場から争点につき「最早争いえない」としても、それは、相手方の主体的意思に反し、一九九条一項の趣旨に違反するとはいえない」と解答している。このように教授は当事者の意思を問題とするが、結果的には信義則の構成に向われるのに対し、私見はそのまま当事者の意思という点で構成しようとするものである。

(51) 注15参照。なお竹下・前掲書(注35)九三頁、吉村徳重「相殺の抗弁と既判力一弁済の抗弁との対比」法政研究四六巻二〜四合併号六二二頁等ではこの考えは評価されている。

また新堂教授の考えは最判昭和五年九月三〇日民集三〇巻八号七九九頁と密接な関係がある。この判例を評価して形成された見解であるからである。私はかつてこの判例を厳しく批判したが、基本的には今日でもこの立場はかわっていない（法研五〇巻一〇号一三二六頁以下）。この判例については多くの評釈や解説があり、それらは水谷暢「後訴における審理拒否」民訴雑誌二六号六九頁注で紹介されている（その他には畑野佛介・法曹時報三一巻二二号二二三〇頁以下、考える民訴法第二版三二二頁以下がある）。

(52) ケメラウスはツォイナー理論を法制史的視点から援護したが、ガウルは立法者の意思を誤解していると批判している。ガウルは立法者の意思は当事者の意思にありとして、当時の *Wetzel, Tinger* の役割を強調する。日独の法制の違いがあるが（注44）、当事者の意思の尊重こそは両法制において共通している点であり、本稿の視点もかかる立法者の意思を強調する立場である。ケメラウス、ガウルの論文については拙稿（注30）を参照して頂きたい（なお拙稿一一三頁G15の注一九二は注一九aの誤り）。

なお兼子博士は共同訴訟人間につき当然の補助参加関係を認める見解を主張しているが（体系三九九頁）、当事者の意思を無視するものとして私はかつて批判したことがある（判批・法研四三巻四号七九五頁）。本稿は当然の中間確認の訴えを認めるのでないので私の従前の見解と矛盾するものではない。(53) 吉村・前掲書（注14）二八二頁は手続事実群の基準につき単に事後的な評価規範としてではなく、前訴手続過程における行為規範としても機能すべきものと思われると述べている。なお水谷・前掲書（注51）七二頁以下参照。

四 具体的適用状況

一 黙示の中間確認の訴えについてその成立を認めるための要件や判断にあつての一連の行為を一体として考察すべきことは既に述べたところである。問題はかような見解が実際の訴訟において実用性があるかということである。即ち、前訴において当事者が争い裁判所が実質的に裁判したということのように後訴裁判所は判断するのかという問題である。争点効理論においてはこれについては「争点については主張立証を尽した」こととされ、「尽した」とは「訴訟上通常予想しうる主張、立証等が提出され、それについて、裁判官が心証形成するのに足りると通常考えられる資料がえられたこと」と説明されている（新堂・民訴法四三三頁）。従つて先決的法律関係につきかような状況があつた場合に訴えの提起ありと考えることになる。明白に要件に合致する場合と合致しない場合は良いとしても問題は限界状況の場合の処理の仕方である。裁判所が一方的に要件に合致しているか否かを判断してよいのかということである。運用基準の設定が必要である。

争点を設定した者、それに応じた者、そして裁判所が十分に審理を尽くして判断を下したとしても法の一般原則をそのまま適用すれば裁判所の判断には何も拘束力は生じない筈である。しかし審理を十分尽くしたとするならば何等の拘束力を認めないのは不合理であるとするところに新理論の出発点がある。従つて問題は審理が十分であつたか否かをどう判断すべきかである。この場合常に十分審理された筈であると解するのは問題であるし、また当事者は真剣に争うべきで裁判所も十分審理すべきであつたとは言えない以上(肯定するならば常に先決的法律關係に既判力を認めることに等しくなる)、十分審理したか否かが問題であり、審理すべきであつたか否かは問題にならない。そして十分な審理をしたことが実質的な訴訟物について審理したのと同じでなければならぬ。訴訟物について密接不可分の關係にありその勝敗を左右するような先決的法律關係であれば、一般的に訴訟物についての審理と同じ程度の審理おこなわれたと解することも決して不合理ではない。ただ常にそうであるといえない場合がありうる事が問題である。争点について自白したことが、その争点についての相手方の主張を全面的に認めておこなう場合もあるし、訴訟物の審理を早くするためにおこなう場合もある。争う場合もここで決着をつけるという事で争う場合もあるし、適当に争うに過ぎない場合もあろう。だからこれらを一律に考えるのは問題であり、十分争わない場合もありうる事を考えねばならない。訴訟物でないから後で再び争えばよいとの考えを批判することはできない(そうでなくここですべて争わねばならないとは一九九条一項の趣旨に反することになる)。

こういつた場合をどのように區別して、それぞれにふさわしい効果を与えていくのかが問題である。既に述べたように、前訴で当事者が争つた問題であることが明らかであり、しかも訴訟物につき密接不可分の關係にあり、訴訟の勝敗を決すべき先決的な法律關係であることにつき裁判所が判決理由中に明白に判断した場合であれば審理を十分に尽くしたと判断することになる。しかし、かかる客観的基準だけで当事者の主張に全く耳を傾けないでよいのだろうか。後訴において従前の資料に基づいて従前の主張の繰り返しがなされた場合は当然に遮断してよいと思うが、新資料の提出による新主張に対しては

前訴は十分な審理を尽したとは言えないのではないかと思う。勿論、ここでいう新主張は従前の訴訟活動と相反する矛盾するようなものであつてはならない。要するに従前の訴訟活動に残されたものがあればそれを全く無視するのは問題であるからである。この点は新主張も遮断すべしとの異論はあろうが、一九九条一項の審理の弾力化と誤判の弊を防ぐということからは新主張・新立証を全く遮断できないと考えるからである。

そうなると結局は前訴の繰り返しになるのではないかということ、前訴の裁判所の判断を採証法則違背や法適用の誤り、あるいは自己の従前の行為に反する行為により批判することは許されてよいのではないのかという疑問が生じよう。しかし、単なる従前の主張・立証の繰り返しであればそれは遮断されるし、新主張・立証が理由のないことが判明した場合は十分な審理が前訴においておこなわれたと判断して黙示の中間確認の訴えの成立を認め前訴の判断に通用性をもたせてよいのではないかと思う。つまり後訴での新主張・新立証は前訴において黙示の中間確認の訴えはないとの主張と当該問題についての新たな訴訟活動との二つの性格をもつたものになる。新主張・新立証の理由の有無と黙示の成否とを結びつけるのは問題であるが、新主張・新立証の途を残しておいてしかもその濫用を防ぐということを考えるとこのようにせざるをえない。そして前訴の審理が十分であつた場合は新資料による新主張以外による前訴判決の判断の批判は前訴において全て行つた筈であるとしてこれを認めないと解する。つまり新しい主張や新しい証拠の提示は前訴でおこなうべきであつたとは解しないが、それ以外のことは前訴でおこなうべきであつたと解するのである。一般にはここでいう新しい主張や立証もすべて前訴でおこなうべきであつたと解すると思われるが、これでは一九九条一項の趣旨に反するし、かといつて前訴判決について前述のような要件が具備していてもなお全く自由に争えるというのも問題である。そこで黙示の中間確認の訴えについての成否の判断においてはかような処理をすべきものと解する。かような取扱いは便宜論とも評されようが、より正しい「実質」を問題とする以上その判断のための一つの運用基準ということで理解できるものと思う。

いずれにせよ、黙示の中間確認の訴えについてはあくまでも例外的なものとしてその適用、運用については慎重を期すべきである。以下では従前の要件についての論争を参考にし、それらを利用しつつ、黙示の中間確認の訴えの成立が認められる場合についての判断基準について考えてみようと思う。

二 第一の問題はその対象の問題である。争点効理論においてはその対象が訴訟物たる権利の根拠規定、障害規定、滅却規定の各構成要件のレベルの事実に限られるのか、さらには先決的法律関係を含むかについては議論のあるところである。この問題については黙示による中間確認の訴えという考えに立つならば当然、中間確認の訴えとして許される対象ということになる。つまり一般的にはその対象がいわゆる先決的法律関係ということになる。このことはいわゆる主要事実レベルを考えないことにより紛争解決能力としては十分でないという面と逆に先決的關係として把握すると失権的効果の拡大(全く立証の対象とならなかつた取得原因や消滅原因等の主張の遮断)という面が生じることになる。この点について竹下教授は紛争類型を両当事者間に法的関係や取引上の接触がある場合とそういう関係が全くない場合とに区別し、前者にあつては先決的法律關係の個別の取得原因・消滅原因等の有無が争点となりその点での決着がはかられ、後者の場合は先決的法律關係の存否が争点となりその点での決着がつけられると考えるのが一般的であり合理的だとされる。⁽⁵⁵⁾しかし、教授も事前にこの二つに分類することは不可能であり、結局は当事者がどのレベルに焦点を合わせ攻防を展開していたと見られるか否かにより、どのレベルで争点をとらえどの範囲で拘束的效果を認めるかを決定するほかあるまいとも述べている。そして教授は続けて、その際いずれかといえば失権的效果の拡大には慎重な態度がのぞましいと付言している。誠に正当な見解と評すべきであり、私見も教授の分類は一応の基準とはなりうるが、絶対的なものでなく当事者が先決的法律關係のレベルについて既判力を及ぼしても決して不都合と思えないような攻防を展開していたとみられる状況においてはじめて黙示の中間確認の訴えとその審理があつたと判断することになる。あくまでもこの判断は慎重でなくてはならず後訴において前訴で主張されなかつた事

実をもつて前訴の先決的法律関係の存否に関する判断を争う場合は既に述べたように原則として前訴において当事者が十分争つたとは判断されない可能性があり、その結果中間確認の訴えとそれに対応する裁判があつたとは判断されないと解することになる。勿論だからといってかかる主張が濫用されてはならず、新主張が根拠がない場合は逆に前訴で十分争つて審判されたと考えて前訴の黙示の中間確認の訴えを認める余地はあろう。

なお一般に争点効理論との関連で判決に不可欠な主要争点ということが要件としてあげられているが、私見の立場では中間確認の訴えとして適しているか否かという点の問題であり、その限りでは要件は明確ではないかと思うし、要件を絞つていのではないかと思う。これでは逆に絞りすぎて紛争解決のための能力という点で不十分ではないかという批判があると思う。しかし、そもそも再び争うことができるのが本来の姿であるということと（一九九条一項の原理）、しかし、誰がみても争うことがどうしても納得がいかないといういわば例外的病理現象を除去するための対応策であるということを考えるなら、これで十分ではないかと思う。⁽⁵⁶⁾

三 第二番目の問題としては判決事由の選択的競合の問題がある。即ち、代金支払請求訴訟で売買無効と弁済の有無の二つとも争点となつた場合にこれをどのように考えるのかという問題である。売買無効についての争点が唯一であつた場合と異なるから売買無効を理由にした棄却判決は売買無効との判断に拘束力はないとする考えがある。⁽⁵⁷⁾ 売買の有効、無効について緊張して争うべききつかけがないと考えるからである。しかし、問題は棄却事由が唯一か複数かという形式的なものでなく、売買について当事者が真剣に争うべき状況にあつたか否か、また現に真剣に争つたのか否か、そして裁判所がそれをふまえて実質的な判断をしたか否かといったことの総合的判断によつて決することになる。⁽⁵⁸⁾ 唯一の争点とか棄却事由が唯一であつたとかという点で絞ることも確かに重要であろうが、これでは実際上は後訴への拘束力の範囲は極めて限定されてしまつてあまり意味をなさないと思う。勿論、だからといって判決事由の選択的競合の場合に後訴への拘束力の判断がルーズ

になされてよいというものではない。要はあくまでも形式的、画一的に考えるべきではないということである。売買契約の有効・無効について十分争われそれが有効と判断され、次に、弁済の抗弁について争われた場合と売買契約の有効・無効の争いと弁済の抗弁についての争いとがいわば同時進行していた場合は区別されねばならない。前者の場合は売買契約有効の点について中間確認の訴えとそれに対する裁判ありと判断する余地は十分あると思うが、後者については否定的に解する。当事者がこの場合どこまで真剣に争つたか判断することが困難であるのと、ここで安易に肯定的立場を採ると結局の所、先決的法律関係をめぐる争いは常にその点にまで既判力を肯定することになり、結果的には常に判決理由中の判断に既判力を認めることになるからである。このことは後訴に対する拘束力は既判力でないと解する説に立つても肯定的立場を採るならば同様なことになると思う。つまり肯定説に立つならば人は常に後訴のことを考えて前訴において行動することになり、結局は一九九条一項のもつ合理性を否定することになろう。一般には前者の場合は稀れであり、後者が一般的であることから結果的には形式的に唯一の争点の場合に限定する立場と大差なくなろうが、一九九条一項が原則である以上、原被告間で中間確認の訴えとそれに対する十分な対応と裁判所の十分な審理ありと判断することが明確にできない場合は黙示の中間確認の訴えを認める訳にはいかないのである。ここでも私見は黙示の中間確認の訴えの成立について制限的な立場である。そうでないと前訴における当事者、裁判所の訴訟活動の自由を侵すことになりかねないと考えるからである。ただその自由は決して濫用されてはいけないという意味で一定の場合に黙示の中間確認の訴えを認めるのである。⁽⁵⁹⁾

四 第三番目の問題として上訴の問題がある。判決の結論には不服はないが理由中の判断について異論があつた場合の問題である。この場合は上訴ができないのが原則である。訴訟は当面の紛争の解決を目的とするのであるからこの原則を修正する必要はない。そうなると上訴の可能性のない当事者に対しては理由中の不利な判断には拘束されないということになる。争点効理論等に関して一般にこのことがいわれている。⁽⁶⁰⁾ 相手方の上訴によつて上級審での審判の機会があれば足りるとの説

(61)と、全部勝訴者にとつて不利な理由中の判断は判決にとつて不可欠とはいいがたいし、すでに勝訴した者が態々上級審で積極的に争うことはないであろうから全部勝訴者には拘束力はないとする説がある。(62)この問題を典型的な例で述べれば代金支払請求訴訟で弁済の抗弁を提出して被告が勝訴した場合である。被告は後に売買契約の無効を主張立証して弁済したものを不当利得の返還として請求できるかということにならう。竹下教授はこの問題につき①契約の成否を被告が争つたが裁判所はこの点を全く審理せず仮定的に提出した弁済の抗弁を認めた場合、②契約の成否につき裁判所が実質的に判断した上で弁済の抗弁を認めた場合、③被告の唯一の防禦方法が弁済の抗弁であつた場合の三つに分類し、全ての場合に被告の後の不当利得返還請求を肯定する。(63)竹下説で問題となるのは②である。①②については裁判所の選択権の視点、短い時間と少ない労力によつて当面の訴訟をきり抜けようとする当事者(この場合は被告)の訴訟活動の自由の保障という視点、さらには契約の成否につき実質的審理がなされていないことと実質的審理をすべきでなかつたということと竹下説に異論はないと思うが、②については一般には竹下説と異なる。(64)竹下説は上訴の道がないことを理由に②の場合に不当利得返還請求を肯定する。この問題を私見の黙示による中間確認の訴えということと考えてみると、このまま確定したとしても中間確認の訴えとその裁判の成立を認め被告の後訴を排することになるのではないかと思う。契約の成否が争点となり裁判所がこれについて判断したという点を評価するからである。私見では既に述べたように新主張、立証によつて再度争う余地を認めているし、現実には相手方による上訴の可能性があるから問題はないと思う。また中間確認の訴え自体控訴審でできることを考えると、上訴の問題はそれほど重視しなくてよいと思う。

五 第四番目の問題として争点効理論等で問題となる前後訴訟間の関係、即ち係争利益の同一という要件について考察してみなければならぬ。一般にこのことは正当性の担保として、後訴発生を合理的に予測できる客観的状況として、あるいは紛争が決着すみとの信頼の客観的合理性からして必要であると説かれている。(65)少額の係争利益のための訴訟で高額の係争利

益が問題となつたとしても(たとえば利息債権に関する訴訟で元本債権の存否が争われた場合)、高額の係争利益について争つたとするわけにはいかなからである。勿論、この場合に前後間の係争利益が厳密な意味での同一であることではなく、その程度については種々に説かれている所である。攻防の密度は係争の利益の大小に依存するという視点からのアプローチもあるし、前訴の攻防が後訴の発生をも計算に入れていたか否かという点からのアプローチもある⁽⁶⁶⁾。従つてこの要件によつて黙示の中間確認の訴えの成否を考えることはできる。この要件が存在した場合に当事者間に中間確認の訴えとそれに対する十分な対応があつたと判断しても不当ではないし、その限りで一つの重要な判断基準である。しかし、それはあくまでも例外を許さない基準というのでなく、一般にこのような場合に当事者の意思を推測しても不合理ではないということである。だから場合によつてはこの基準に適合しなくても黙示の中間確認の訴えの成立を認めることはあろうし、基準に適合したとしても、否定的に解することもあろう。結局は総合的に判断するしかないのである⁽⁶⁷⁾。

六 第五の問題は当事者の援用の問題がある⁽⁶⁸⁾。新理論の多くは援用によつて前訴の拘束力は働くと説かれている。既判力である場合は当事者の援用をまたずして職権で既判力が当該判断事項に及ぶか否か調べることになる。確かに黙示の中間確認の訴えがあつたか否か、そしてそれに対して裁判があつたか否かを当事者の主張を待つことなく裁判所が独自に調査するのは問題である。当事者の意思の有無につき当事者が問題としていなく裁判所が一方的に認定するのは問題である。そこで援用が必要であるということも考えられる。確かに既判力と当事者の援用は結びつかない。しかし当事者の援用を不要にした場合に不都合が生じる。当事者にとつて不意打ちになる場合があることと、裁判所の仕事と責任が過重されるからである。そこで黙示という特殊性から、黙示の成否の判断には当事者の何等かの援用が必要と解する。もつとも両当事者が全く前訴確定判決を持出さなかつた場合は前訴においてその点について十分な審理がなされなかつたと判断するのも合理的ではないかと思う。そうだとすると援用不要説を採つても必要説と大差なくなる。実質的にみて裁判の繰り返し防止のための議

論であるが、当事者の主体的訴訟活動を尊重しつつ、それを志向する以上このようにならざるをえないと思う。⁽⁶⁹⁾

七 その他の問題として若干考えなければならぬことがある。第一に自白の問題である。この問題について、争点効理論では自白した事項については拘束力は生じないとされる。⁽⁷⁰⁾ その訴訟では争わないという趣旨での自白もありうることを考えるとかかる自白につきその訴訟を越えて拘束力を認める訳にはいかないし、争点となつていないことに十分な審理があつたと考える訳にはいかないからである。そこで自白したことについて中間確認の訴えにつき認諾があつたと解することができる。あるいは勝訴当事者と敗訴当事者との間で要件を区別すべきか否かの問題がある。この点について区別すべきことではない。あるいは竹下教授である。⁽⁷²⁾ しかし、黙示の中間確認の訴えの考え方によればこの区別は必要ないということになる。⁽⁷³⁾ 要は先決的な問題について両当事者間に実質的な審理がなされたか否かである。従つて黙示の中間確認の訴えにつき原告や被告は誰かという問題もそれほど重要でない。訴訟の過程を一体として考察する以上、しいて原告・被告を確定する必要はないと思う。あるいは黙示の中間確認の訴えと明示のそれとの差異が問題にならう。特に後者では印紙等が必要とされるのに、前者である場合にはそれを不要にするのは問題ではないかということにならう。確実に既判力を発生させてもらいたい場合が明示の場合であり、黙示の場合には後から諸般の状況から判断されるのであるから必ずしも既判力が生ずるとは限らない点で異なる。明示の場合は相手方は必ず対応をせまられるが、黙示の場合はそれに対応しない自由が相手方にあるからである。手数料等の問題で明示と黙示とに差があるが、これは既判力を確実に得たい場合と訴訟の経過で既判力が生じる場合の違いの現われであり、黙示の場合に手数料等を不要にすることは訴訟中に黙示を明示しなかつた裁判所の責任とも考えられるし、この点を理由に前訴の判断の拘束力を否定し、再審理することの方がこの点を不問にして拘束力を肯定した方よりもはるかに労力の負担になるからかかる労力の節約になるということでは認められよう。たとえ黙示の訴えにつき判断されるべき基準を明確にしたとしても、最終的にはやはり確実に既判力を得る方法ではないので、黙示の理論を認めたとし

ても明示の中間確認の訴えが駆逐されることはないであろう。むしろ、黙示が認められるとなると人は事前に明示するよう
に行動するなり釈明するなりして、ほとんど利用のないとされる中間確認の訴えの制度の利用がはかれるのではないかと思
う。

八 以上、いろいろな問題を検討してみたが、基準は絶対的なものでなく総合的判断が要求されることから明確さという点
で問題は残ろう。しかし、あくまで黙示の中間確認の訴えは例外的に認められるとする限りそれほど問題がないように思え
る。具体的適用の問題の詳しい検討は後日に譲るが、いづれにしろ、争点効理論等における要件論や従前の判例の整理によ
つて、より明確になると思う。なお本稿の立場によれば前訴の裁判所の積極的な釈明によつて黙示を明示にすべく裁判所
の努力が要求されることになろう。⁽⁷⁴⁾

(54) 学説・判例の状況については吉村・前掲書(注14)二八二頁、竹下・前掲書(注35)一〇〇頁以下等に詳しい。

(55) 竹下・前掲書(注35)一〇一頁以下。

(56) 従来この問題に関連する判例の分析は竹下・前掲書(注35)一〇六頁注13・14で詳細になされている。紙幅の関係で個々の判例と私見の関係に
いて言及することは本稿では省略する。

(57) ヘンケルの見解であり、この点については後訴をおそれてむやみに主張や抗弁を提出したときは認められる拘束力の範囲が限定されると批判されて
いる(文字・前注32論文八七頁、吉村・前注31論文四七七頁)。

(58) 上村・前掲書(注18)六八頁以下参照。

(59) 小山昇「いわゆる争点効について」ジュリスト五〇四号八一頁注3は自由であることは濫用を許すことを意味しないと強調する。

(60) 学説の状況については吉村・前掲書(注14)二八三頁が詳しい。

(61) 奈良次郎「争点効」演習民訴法(七七)四九〇頁、新堂・民訴法四三七頁。

(62) 吉村・前掲書(注14)二八三頁。

(63) 竹下・前掲書(注35)九七頁以下。

(64) 兼子一「既判力と参加的効力」民訴法研究二卷六五頁以下、新堂・民訴法四三四頁等。

(65) 竹下・前掲書(注35)一一二頁、吉村・前掲書(注14)二八三頁。

(66) 竹下・前掲書(注35) 一一二頁。

(67) 竹下・前掲書(注35) 一一三頁は両訴間の関連性の要求はその他の特殊事情の顧慮を排斥するものではないとし、終局的には個々の事例の具体的事情の総合的判断にかかるとする。

(68) 問題の状況については竹下・前掲書(注35) 一一〇頁以下参照。

(69) 当事者の授用について言及しなかつた新堂教授に対する中野教授の疑問に対して(前注33論文二〇九頁)、新堂教授は争点効は利益を受ける側の主張をまつてその効力存否を調査すれば足りるとすると答えている(民訴法四三六頁)。もつとも資料収集は職権探知であるとす。争点効の二重の性格のあらわれと思われる。

(70) 既判力によるアプローチをする立場から、自白の点について争点効理論は当事者責任の点で矛盾していると批判されている(上村・注18論文六七頁)。即ち、争わないことに対しても責任を負うという構成でないとおかしいのである。なお伊東教授の行為効理論は自白に拘束力を認める点で争点効理論と違うことを強調する(前注36論文・法研二〇頁)。

(71) 竹下・前掲書(注35) 一〇五頁注7参照。

(72) 竹下・前掲書(注35) はこの点に焦点をあてている。

(73) 吉村・前掲書(注14) 二八一頁注15は竹下論文は勝訴者に有利な理由中の判断には上訴可能性はなくとも矛盾挙動禁止の原則による拘束を生ずるとするがこれは既判力の両面性を認める場合と異なるところはないとされる。

(74) 積極的釈明にかつて判例評釈で述べたことがあるが(法研四四卷一二号二〇六一頁以下)、ここで述べたこと矛盾していないし、釈明権の問題についてはそれに譲る。

五 おわりに

二五年も前の判例の傍論で述べられた黙示の中間確認の訴えという考え方は今日ではほとんど顧みられることもない。判決が下された当時においてもそれ以後にも誰もこの考え方を支持したり、賛成したりしなかつた。そしてそもそもそれ以前にかようなことを提言していた人もいないことを考えると、正にその場限りは理論というか単なる思いつきの理論と評することができよう。しかし、裁判というぎりぎりの状況で単なる法文の形式的適用でなく実質的正義の点に立脚して既判力の範囲問題を考えざるをえなかつた裁判官が考えだしたこの判例の考えを全く抹殺してよいのだろうかと思ふ⁽⁷⁵⁾。この判例の

考え方に対する批判の一番重要なものがその適用の有無の基準の不明確さにあつたことを想起する時にこの点の克服が最重
要課題であるという認識と、従つてそれ以外の問題はそれほど重要な欠陥にならないという認識を得ることになる。その
ことは適用の要件さえはつきりすればこの考え方は十分生かすことではないかということになる。ところで判決理由中の判
断の拘束力の要件論という争点効理論を筆頭に新理論のめざましい成果がある。これを黙つてみてゐることはない。とい
つて伝統的な考えも十分根拠のあるものである。そうなると両者を結びつけるものは黙示の中間確認の訴えという思考方法
ではないかと思う。そこで私は新理論の成果を考慮して判例の考え方の再生をめざした訳である。要件については必ずしも
十分解明できたとは思わないが、すくなくとも再生の可能性は論証しえたのではないかと思う。もしこのことが自画自賛で
ないとするならば今後の判決理由中の判断の拘束力を考える場合の一つの解答としての地位を獲得することになると思う。
恐らく争点効理論を代表にする新理論は今後一層要件論を深化させ、具体的事例につき細かい議論を展開させていくであら
う。その場合に伝統的な訴訟物論と既判力範圍論の立場に立つとしても、ただそれに対して拒絶反応を示していくのでな
く、それらの成果を黙示の中間確認の訴えという考えを通して取り入れ、この問題に対応していきけるのではないかと思
う。わが国における判決理由中の判断の拘束力の問題について見解の著しい対立と拘束力を肯定する立場のめざましい発展をみ
る時に、これらの対立を和らげ結論において少くなくとも一致するような方向にもつていくものとしてこの黙示の中間確認
の訴えという考え方は評価できるのではないかと思う。

(75) 私は既に述べたように単なるその場限りの思いつきとの批判を避けるため立法沿革上の位置づけをいすれおかないと思つてゐる(前注44参
照)。