

Title	民訴法一九九条一項の沿革について
Sub Title	Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 199 I ZPO in Japan
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1981
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.54, No.4 (1981. 4) ,p.41- 63
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19810415-0041">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19810415-0041</a>

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.

## 民訴法一九九条一項の沿革について

坂 原 正 夫

- 一 はじめに
- 二 テツヒョー草案三九一条と旧民訴法二四四条の関係について
- 三 旧民法証拠編七七条の立法の経緯とその立法理由について
- 四 テツヒョー草案と旧民法との融合
- 五 おわりに

### 一 はじめに

一 わが民訴法一九九条一項の「確定判決ハ主文ニ包含スルモノニ限り既判力ヲ有ス」との規定は旧民訴法二四四条の「判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有ス」との規定に由来することは改正民訴法理由書から明らかである。そしてこの旧民訴法二四四条は直接にドイツ民訴法の規定を継受したものでないことは条文の体裁

の比較から一見して明らかである。<sup>(1)</sup> わが民訴法の基本はドイツ法に由来することは異論のないことであるから、このことは極めて特異なことと言わなければならない。それではこの旧民訴法二四四条は一体どのようなようにして作られたのかということが問題になる。

この問題について研究した論文として斎藤秀夫教授の「判決主文と既判力の範囲」(法学八巻四号「昭和十四年」三五七頁以下)がある。この論文はこの問題についての本格的な唯一の論文といつてもよく、この論文以降この問題について詳論した本格的な論文を私はみるこ

とができなかつた。<sup>(3)</sup>このことはこの論文に付言する必要があるほど教授の論文が秀れていることを意味するものであろう。しかし、問題の設定が実益のないことでこれ以上議論する必要がないから議論がないとも考えられる。問題設定に実益が感じられないとする立場は一つは一九九条一項の沿革を尋ねたところで法解釈にとつて何の役にも立たないと解する立場である。他は沿革を尋ねることが重要であるとしてもわが民訴法は既判力の客観的範囲につき形式的に規定したのに対し、ドイツ法は実質的に規定したもので両者の関係は表裏の関係であるからドイツ法と一九九条一項とは実質的に同じであり一九九条一項が直接ドイツ民訴法の規定を継受しなかつたことそれ自体はあまり意味のあることではないと解する立場である。<sup>(4)</sup>

この二つの立場のいずれかに賛成するならば一九九条の沿革を問ふ必要はない。しかし、いずれの立場にも賛成できない。立法者の意思こそが法解釈にとつて唯一の基準であるとする立場を採らないとしても立法の沿革をたずね立法者の意図を正確に把握することは法解釈の最初の仕事であり、その上で現時点でそれが生かせるかどうかの制度の合理性を探究すべきであると思うからである。これが法解釈の基礎と考えるべきである。このように解するならば第一の立場を否定することになる。このことは法解釈方法論という重要問題に連なるので軽々に結論は出ないと思うが、解釈方法論のいずれの立場でも沿革史の意義を全く否定することはできないと思う。

第二のドイツ法との表裏一体論の立場が今日の一般的立場と思わ

れる。しかし条文の体裁や立脚している原理の違いが解釈上に差異を生じないと考える方が疑問であるし、日本では常に訴訟物と既判力の客観的範囲の一致がドイツ以上に強調されていることは実はこのことの表われであると考えの方が自然であらう。<sup>(5)</sup>もつとも、この立場に立つて日本法のドイツ法に対する特殊性を認めるとしても、それをもつて日本の立法の過誤と解してドイツ法を範にしてドイツ法の理論を直接日本法で生かすべきであるとする考えもあるし、立法の過誤といわないまでも日本法の特殊性を理論上ことさら無視する考えもある。しかし、いずれにせよ立法者の意図を正確に理解し、その合理性を探究することなしに、ドイツ法と日本法とは表裏の関係にあるとか、日本法は立法の過誤であると断定することは問題である。とりわけ重要なのはなぜ、敢えて立法者はドイツ法を直接の範にせず形式主義に基づく立法をしたのかということである。表裏の関係であればかようなことは不必要であつた筈である。このことは考えてみる必要がある。そういう意味で、今日ではもはや立法沿革史は意味がないとする立場に組することはできない。

二 立法沿革を問うことが今日的にも重要であると判断したとしても問題なのはそれについてはもはや斎藤論文が答を出しているのではないかという疑問がある。しかし、斎藤論文の主眼はドイツ民訴法三三二条(旧二九三条)のドイツでの議論の紹介とその評価であり、日本法について言及しているのは論文全体の三分の一程度である。そもそも明治期に遡つてわが国の立法沿革を尋ねる場合に、直接に母法の沿革を尋ねることは方法論としては正道である。今日では既

にわが国においてもドイツ普通法における既判力の客観的範囲に關する研究のめざましい發展はこのことを物語るものであらう。<sup>(8)</sup>しかし、ドイツ法を直接に移入しない民法一九九条一項の場合になぜわが立法者はかような態度にでたのか詳しく考へてみる必要があるのではないかと思う。齋藤論文はこの点について旧民法証拠編七七条が民法一九九条一項の故郷であると指摘した論文であつた。

しかし、既に述べたように齋藤論文の主眼はドイツ法の沿革史であつたために、日本法の沿革については必ずしも十分でないように思える。第一に疑問なのはテッヒョー草案と旧民法二四四條の關係が全く検討されていないのである。教授はテッヒョー草案の最終會議の委員たりし本多康直、今村信行の兩氏の民事訴訟法註解上卷(明治二九年)七四二頁の「本條の規定は民法証拠編七七條の規定に基き本法に於いても判決確定力の範圍を示すを便利として之を設けたるに過ぎず故に其詳細なる規定に至ては民法に譲りしもの」との言葉を唯一の根拠に旧民法こそが一九九条一項の故郷であると判断しているようである。<sup>(9)</sup>しかし、この本の出版が立法直後といえないこと、そもそもテッヒョー草案ができたのは明治一九年である。ところがポアソナードが当該条文のある証拠編を執筆したのは明治二〇年の末から明治二一年二月九日にかけてであり、その註釈は明治二一年九月二〇日に着手し翌二二年三月二日に完成させたと<sup>(10)</sup>いわれている。そしてさらに重要なことは齋藤教授の研究によればポアソナード草案は旧民法証拠編七七條と比較すると正に正反對の条文であつたといふことである。<sup>(11)</sup>とすると、テッヒョー草案がはる

かに旧民法よりも先行した訳であり、テッヒョー草案に既判力の客観的範囲に關する規定がない訳でなく、その三九一条は今日の一九九条一項と比して正反對といふほどの差ではなく単なる表現上の差とも解せる状況であることを考へるとテッヒョー草案を全く無視するのは問題ではないかと思う。<sup>(12)</sup>特に旧民法二四四條と旧民法証拠編七七條との規定の文言が一語一句同じでなく、かなり明白な差異があることは、旧民法は無批判的に旧民法の規定を受け入れたのではないことを物語るものであらう。つまり旧民法の規定を受け入れたことが正しいとしても、受け入れられる立場の民法の状況についての正しい認識が必要ではないかと思う。

第二の問題点は旧民法証拠編七七條に旧民法二四四條が由来するといつた場合に重要なことは旧民法の規定の立法理由であるにもかかわらず、齋藤論文ではこの点については必ずしも十分でないように思える点である。齋藤論文ではポアソナード原案はフランスの學說判例と正反對なものであり、それはあまりも異端的であつたから破れたのであり、「旧民法証拠論七七條は、フランス民法第一三五一條に關するフランス正統派の解釈を継受して法文化せるものであると推測することが可能であり、合理的だと思ふ」と述べている(三五九頁)。つまり齋藤論文ではポアソナード草案が旧民法証拠編七七條にならなかつたという事実を草案の条文と正文の条文との比較により明らかにし、それによつて旧民法の規定の趣旨を説明するという手法がとられているのである。そして草案が否定された理由と立法理由を同一視した上でそれらを資料によつてではなく推

測によつて明らかにしているのである。立法理由書による裏づけや、審議録によるポアソナード草案否決理由の探究が必要と思われる。勿論、本稿とても決定的な資料がある訳ではないが、若干の資料によつて斎藤論文の前記の七七条に関する推測を補足できるのではないかと思う。特に旧民法理由書から七七条の立法理由を明らかにすることのできた点は評価されてよいのではないかと思う（第三章の三参照）。

三 本稿はこのように斎藤論文に対する若干の疑問を出発点として、いくつかの資料に基づいてこれら疑問に対しての答をみつめてみようとするものである。勿論、資料収集と資料の解釈については本稿に対し疑問が生じることと思う。それを承知して敢えて私に現在の状況が問題であるという私の問題意識に基づくのに他ならない。本稿を批判して斎藤論文の正しさを論証する論文やあるいは本稿や斎藤論文とは別の見解を発表する論文、あるいは本稿の問題意識や方法論を批判する論文、あるいは全く新しい資料に基づく論文等が発表されることを期待している。本稿は正にこのようなことの切つ掛けになればと思ひ、不十分さを省みず発表するに他ならない。

本稿は既述の疑問に対する答という意味で次のような構成をとる。第一にテヒョー草案三九一条と旧民訴法二四四条の関係について考察してみる。第二は旧民法証拠編七七条の成立過程について考察してみる。第三はこれらのことを考慮して旧民訴法二四四条、

即ち現行民訴法一九九条一項をどのように解釈したらよいか考えてみようと思う。

本稿を発表するにあたつて伊東乾教授から有益な御助言を戴いたこと、旧民法関係の資料については池田真朗専任講師の有益な御助言と御協力を戴いたことを記し、伊東教授、池田氏に心からお礼申し上げるしだいである。

(一) 司法省編纂・民事訴訟法中改正法律案理由書一〇七頁以下は「本条ハ判決ノ既判力ヲ定メタル規定ニシテ本条第一項ハ現行法第二百四十四条ト同趣旨ナリ」と述べている。また民事訴訟法改正調査委員会速記録七一七頁（大正一二年二月六日第三六回の記録の部分）で松岡義正氏は起草委員の作成した法文三二二条一項（現行法一九九条一項と同文）につき「現行法の二百四十四条に当る所でありまして之に文字に修正を施しまして確定力を有すと云ふことを既判力を有す、斯う改めたのであります、其趣旨は現行法と異なる所はない」と説明している。

なお明治三十六年の民事訴訟法改正案の二八一条一項は「確定シタル終局判決ハ訴又ハ反訴ヲ以テ為シタル請求ニ付キ裁判ヲシタル部分ニ限り既判力ヲ有ス」となつていたことは注目すべきことであらう（第五章の一参照）。

(二) 現行ドイツ民訴法三二二条（旧一九三三）一項の条文は本稿第五章の二の②参照。

(三) 後に（第二章の一）述べる高根論文を除いてわが民訴法一九九条一項の沿革について言及している論文として中村宗雄博士の大学院講義録音「民事訴訟法学の主要問題」（昭和四三年公刊）がある。その三六頁、九八頁以下はテヒョー草案、旧民法草案、同註釈、旧民法正文について言及され旧民訴法二四四条に至るまでの経過が述べられており、博士

は日本法のこの独自の沿革の持つ意味を強調される(序文においても特に強調している)。しかし、博士の説く沿革の根拠については必ずしも明らかでない。この部分は昭和三八年、三九年度の講義録音であり、博士のそれ以前の「裁判の理論構造」(昭和三四年)という論文の中で注として博士はこの問題について斎藤論文が詳細である旨の記述をしておられるから(同・学問の方法と訴訟理論三二二頁注六)、前記講義録音は恐らくは斎藤論文を肯定したという意味と思われる。なお以下本稿ではこの講義録音を中村論文と略記する。

(4) ドイツ法とは表裏の関係であるとする理解が今日でも一般的である。例えば三ヶ月・民訴法(法律学全集)一一二頁注一、小室直人「既判力の客観的範囲」民訴法の争点二六六頁等。

(5) 新堂幸司「訴訟物概念の役割—最近の最高裁判決を手がかりとして—」判例評論二二三号一二頁注22はドイツでは訴訟物の枠と遮断効の範囲とを必ずしも直結させないのはドイツ民訴法の規定(本稿第五章の二の②参照)に由来するのであろうかと述べている。わが国の新訴訟物論への批判が既判力の範囲と訴訟物との不一致に向けられ、わが国の新説はことごとく両者の一致を説いてこれに答えたことは周知のことである。

(6) 柏木邦良「西ドイツ民事訴訟法学の現況」(9)「ジュリスト五三二号九九頁参照。

(7) 伊東乾「民事訴訟法の基礎理論二二〇頁以下は、制度の充分な合理性の探究なくして単に制度を批判しての解釈論は恣意であり立法論は悪戯である、と説く。

(8) 最近では文字浩教授の一連の秀れた研究がある(例えば民商法六九巻四号七一〇頁以下、南山法学一卷二号一二五頁以下、同二巻二号六七頁以下、民訴雑誌二五号二二六頁以下)。なおドイツ民訴法三二二条の沿革についてわが国において初めて詳細に報告し、そこでの問題点を明

民訴法一九九条一項の沿革について

らかにした霜島甲一「ドイツ民事訴訟法三二二条の前史—『請求権』概念の生成—」民訴雑誌八号一〇八頁以下はその一一五頁で「わが民訴法第一九一条の歴史的立法者の意図がどこにあつたかの探索はしばらくおこう」と明確に留保している。

(9) 教授はこの点について「云ふまでもなく、旧民法は、フランス人の手によつて起草せられ、専らフランス法の模範に倣つて作られたのであるに反し、旧民事訴訟法は、始め独逸人デヒューに命じて起草せしめたもので専ら一八七七年の一月三十日の独逸民事訴訟法に範を採つたものである。従て、旧民訴第二四四条の存在は独逸式の民事訴訟のシステムの中に、フランス式の条文の混入してゐることを暗示するものに外ならない。然し右の如き一般的立言はこの特殊部分に於ても正確に妥当するものであろうか。成程旧民法証拠編第七七条には「既判力ハ判決主文ニ包含スルモノニ存ス」とあるが、不思議にもポアソナード起稿の民法草案は之と全く反対であつた。」と述べている(三五八頁)。これでは旧民法が旧民訴法二四四条の故郷であると断言してはいないようである。

しかし、他方教授は「前述の如く旧民事訴訟法は一八七七年の独逸民事訴訟法に範を採つたものであるのに、既判力の客観的範囲に関する独逸民事訴訟法第二九三条(現行法第三二二条)の法文が採用せられず、直接にフランス訴訟法の学説判例に由来する我旧民法証拠編の規定(第七七条)を踏襲したのは、何故であつたらうか。」とも述べている(三六〇頁)。

中村・論文(前注3参照)は旧民法に基づくと断言している。

(10) 前掲書三五七頁参照。なお今村信行・増訂再版民訴法註解上巻(明治三六年)二五八四頁は旧民法二四四条につき、「本条ノ規定ハ旧民法証拠編第七七条ノ規定ニ基キ判決確定力ノ範圍ヲ示シタルモノナリ」と述べている。

(11) 大久保泰甫 「日本近代法の父ポアンナード」(岩波新書) 一五二頁。

大久保教授は法務図書館貴重書に根拠を求めている(一九九頁付註4)。

(12) 前注9と本稿第三章を参照。

(13) テッヒョー草案については本稿第二章の一あるいは第五章の二の③参照。

(14) 斎藤論文もそうであるが、本稿も旧民訴法二四四条についてその成立事情やその立法理由を直接明らかなにした資料はないということを前提としている。もしこのような資料があればそれを明らかにすることでも問題は大方解決されることと思われる。

## 二 テッヒョー草案三九一条と旧民訴法二四四条の関係について

一 テッヒョー草案と民訴法二四四条(あるいは現行法一九九条一項)の関係について斎藤論文は触れるところがない。もつとも斎藤教授は次のようにこの間の事情を述べている。

「我旧民事訴訟法をみると、その草案第三九一条に於ては『判決確定ノ効力ハ判決文ニ示シタル判決ニ止マリ其理由ニ及ノコトナキモノトス』と規定し、その前段に於ては、既判力ある裁判が、判決の構成部分の何処にあるべきかの形式的問題を法定し、その後段に於ては、実質的問題に付てサビニニーの見解を排したものと考へられる。然し如何なる事項に付て裁判せられたるものが既判力を有するかの実質的問題の核心には全く触れる処がない。更に確定法文としての旧民事訴訟法第二四四条が『判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限り既判力ヲ有ス』と規定したのは、専ら形式的問題即ち既判力ある裁判たる為の所在の要件のみを解決したものであると解をねばならぬ。」(三六六頁)

しかし、ここでは単に旧民訴法草案三九一条と旧民訴法二四四条の違いが述べられていてこの間の経緯についてふれられていない。ところで高根義三郎博士は現行民訴法一九九条一項とテッヒョー草案三九一条の関係とテッヒョー草案三九一条の言葉の基になつた資料について次のように述べている(「判決主文ニ包含スルモノ」亜細亞法学一一巻二号「昭和五年」一五頁以下「民事訴訟の基本問題」昭和五年)「一五頁以下」)。

民訴一九九条一項は、「確定判決ハ主文ニ包含スルモノニ限り既判力ヲ有ス」と定めた。「主文ニ包含スルモノ」とは、なにか。

一八八六年、ドイツ人テッヒョーは、日本のため、民事訴訟法草案を書いた。Entwurf einer Civilprozessordnung für Japan (Uebersetzung), Tokio im 19. Jahre Meiji (1886) が、それである。

テッヒョーは、その当時、行われていたドイツ民事訴訟にならび、この草案を作った。一八七七年に、このドイツの法律ができた。

テッヒョーの草案三九一条は、Der Rechtskraft ist nur die in der Urteilsformel enthaltene Entscheidung selbst, nicht die Begründung fähig である。

しかし、一八七七年のドイツ民事訴訟法二九三条一項は、Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage-erhobenen Anspruch entschieden ist-云々である。この規定は、一九〇〇年のドイツ法三二二条一項に、Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage-erhobenen Anspruch entschieden ist-云々である。一八七七年の法律と全く同じである。

ソインフェルトが書いた『民事訴訟法』一八七九年の初版三五七ページ

「*die in dem Tenor des Urteils enthaltene Entscheidung*」  
という言葉がある。それは、一八四八年にでた、判決のなかの言葉である。  
テッヒョーは、一八七七年の法律のなかの言葉を、この判決のなかの  
説明でおきかえたのであろうか。

高根博士のこの論稿は直接に法制史的意図で書かれたものではないのでここで引用することは教授の真意に反すると思われるが、高根博士の推測によれば要するに旧民訴法二四四條、現行民訴法一九九條一項はテッヒョーが一八七七年のドイツ民訴法を一八四八年にでた判決の中の説明でおきかえたのではないかということになる。そうなる前に述べた旧民訴法二四四條は旧民法証拠編七七條によるものとする説との関連はどうなるのかという問題が生じる。つまり単純に図式化すると旧民訴法二四四條はテッヒョーによるドイツ民訴法三二二條の単なる説明のために書かれたのか、それとも旧民法証拠編七七條に由来するものかということである。

私は結論からいえば両者とも成り立つと考える。即ち、テッヒョー草案が土台となり、その上で旧民法証拠編七七條を参考にして旧民訴法二四四條ができたのであり、旧民法だけでもなければまたテッヒョー草案そのものでもないことだと思ふ。以下理由を述べる。

旧民法の規定が直接旧民訴法二四四條になつたのではないことは旧民訴法は「判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有ス」であり、旧民法の規定は「既判力ハ主文ニ包含スルモノニ存ス」であることから明らかである。つまり表現上の差異に過ぎないが確定力と

既判力の違い、あるいは「限り」の有無がこれである。もし旧民訴法の規定が直接に旧民法に由来するならばかかる表現上の差異を生じることはないであろう。旧民法の規定の表現と異なつたのは民訴法立法者には独自の考えがあつたからではないだろうか。しかし、またテッヒョー草案そのものが旧民訴法二四四條にならなかつたことも明らかである。前記高根博士の引用したテッヒョー草案に相当する日本語草案は「判決式文に包含セラレタル裁判其モノニ限り確定ノモノト為スコトヲ得其理由ハ確定ノモノト為ルコトヲ得ス」というものであり、<sup>15)</sup>旧民訴法二四四條と異なるからである。<sup>16)</sup>

二 このテッヒョー草案三九一條から旧民訴法二四四條への経緯であるが、「民事訴訟再調査案」(學術振興會謄写資料)の中に次の一文がある(民再ノ四九丁)。二四三條と二四四條の間である。

旧第三百九十一條、第二百四十三條ノ乙

判決式文ニ包含シタル裁判ニ限り確定ノモノト為ル事ヲ得其理由ハ確定ノモノト為事得

そしてこの頭注として「民法ト抵触ニ付仮定」とある。これが書かれた日であるが、前後の記録からみて明治二一年九月二八日のようである。してみるとこれ以降に民法との調整が問題となり、旧民法の規定との関係で、判決式文が主文となり、理由についての部分が削除されて整序されたのではないかと推測することができよう。ポアソナード旧民法草案は前述のように旧民法の規定と正反対であつたといわれていることを考えると、この推測は正しいのではないかと思ふ。また条文の二四三條ノ乙という数字と旧民訴法二四四條と



いう数字をみてみるとこの規定こそが旧民訴法二四四条の原型と考  
える方が自然ではないだろうかと思う。また内容的には両者の間に  
それほどの大きな差は感じられないのである。

三 次に問題になるのはテッヒョー草案三九一条の由来である。ド  
イツ法とどういふ関係があるかである。高根博士の言われるように  
ドイツの判決文中の言葉を説明として用いたとするならば、なぜか  
ようにドイツ法とずらした条文にしたのかという問題がある。

これについては「委員修正民事訴訟規則第四編」(學術振興會騰写  
資料)の中に興味ある一文がある(民訴四ノ三ノ一九九丁)。

第二十五条 確定力(第七編……条)ヲ得ルハ専ラ判決文ニ掲ケタル裁  
決ニ止マルモノニシテ裁判所ニ於テ其裁決ノ理由トシテ弁明シタルモ  
ノニ及フコトナキモノトス但裁判所ノ旨意ヲ以テ為シタル判決ノ範圍  
及ヒ意義ヲ確定スルカ為メナル時ハ其理由ニ遡ルコトヲ得

第四百十七条 判決確定ノ効力ハ専ラ判決文ニ示明シタル判決ニ止マリ  
其事実及ヒ理由ニ及フコトナキモノトス

(刪) 已ニ判決ノ効力ハ判決ノ点ニノミ止マル旨ヲ規定シテ但  
以下ニ於テ尚ホ其理由ニ及フモノト為スハ法理ニ於テ穩カナラス且ツ  
更ニ必要ノ場合ヲ見ヌ故ニ之ヲ削除シタル

(増) 原案翻訳ハ単ニ理由トアリ此ヲ以テ其事実ナキヲ性シミ原案者  
ニ質議セシニ原案者云フ是レ事實モ共ニ包含スルノ字ヲ用ヒタリト是  
ニ於テ修正ハ之ニ依リ其事実ノ字ヲ加ヘタリ

独訴訟法

第二百九十三条 判決ハ訴訟又ハ反訴ヲ以テ申立タル請求ニ付キ裁決

シタル部分ニ限り確定力ヲ有スルモノトス

弁駁ヲ以テ申立タル反對要求ノ存否ニ付テノ裁決ハ差引計算ヲナス

キ額マテニ限り確定力ヲ有スルモノトス

これによるとテッヒョー草案の原案になつた法文は比較的詳細な  
規定であつたこと、但書の箇所はヴェルテンベルク訴訟法三三八条  
但書に相応するような規定であること、ドイツの法典論争の影響が  
みられること(但書の削除とドイツ民訴法の規定が参照されていることが  
このことを物語るものであろう)、削除された但書の内容は今日で言わ  
れる理由中の判断を斟酌して既判力の内容や範圍を決めるといふ意  
味と思うが、削除された理由から判断すると当時はこの場合は既判  
力が理由中の判断に及ぶものとし解していたこと、そしてこのこと  
はドイツでの論争においてしばしば問題となつた場所的な意味での  
判決理由と論理の意味での判決理由との混同がみられるとも解しえ  
ること等が明らかになる。<sup>(19)</sup>

ここで重要なことはわが立法者は決して安易にドイツ法を持ち込  
もうとしていたのでなく、ドイツ法の論争を注視した上で、ドイツ  
法での通説的見解をより明確に自覚的に取り入れようとしている姿  
勢である。但書の削除にあつて「法理ニ於テ穩カナラス且ツ更ニ  
必要ノ場合ヲ見ヌ」と断言していることがこのことを物語る。即  
ち、この記述は、立法者がどの程度にドイツ法上の論争を、意識し  
たかは別にしても、意識的に論理の意味での判決理由に既判力を認  
めない趣旨をより明らかにしそれを徹底する意味で、場所の意味の  
判決理由にも既判力は生じないという規定方式を採用する強い決意  
を示すものではないかと思う。それではなぜそうしたかというところ  
ドイツにおける既判力の範圍の問題についての規定の仕方に関する形

式主義か実質主義かの論争に関係があると思う。即ちドイツ民訴法草案三項「既判力は既判力を生じうる裁判が判決主文に記されることと関係しない」の削除という型で、ドイツ民訴法上はいわば形式主義が勝利したにもかかわらず、条文の削除というどちらの側にも都合の良い解釈がなされるような型で処理されたため立法後にも論争が尾をひいている状況と関係があると思う。これを解消させるために、より一層徹底した形式主義を宣言する意味でドイツ民訴法旧二九三条(現行三二二条)の一項やその基になつたと思われる北ドイツ連邦民訴法草案三五九条一項をそのままテッヒョー草案に持ち込まなかつたのではないかと思う。そして新立法の多くは既存の法を利用しつつそれへの改良を志向するのが常である例にもれず、立法者はテッヒョー草案において形式主義を完全な型で開花させたのではなくるかと思う。形式主義ということの中村博士はテッヒョー草案三九一条に先立つ三七六条の「判決言渡ハ原告ノ請求ヲ不当ト爲シ、又ハ被告ヲ敗訴ト爲スヲ以テ足レリトセス、其請求不当ノ場合ニ於テハ、其不当ナル請求ヲ判決(主文(Urteilsformel))ニ示シ、又被告ノ敗訴ノ場合ニ於テハ、被告ノ責ニ帰ス可キ行為若クハ不行爲ヲ判決(主)文ニ示スヘキモノトス」旨の規定を指摘している<sup>(20)</sup>が、この規定はまさにこのことを物語るものであろう。つまりテッヒョー草案ではドイツ法以上に、訴訟物についての判断は判決主文でなし、それに既判力が生じるという公式を法文によつて確立したものとみることができよう。そこでテッヒョー草案でいう「理由ニ及フコトナキモノトス」とは齋藤教授によれば実質の問題について

民訴法一九九条一項の沿革について

の規定と解しているが(本章一の冒頭参照)、形式的にも判決の理由の欄の既判力を否定したという形式的規定ではないかと思う。いづれにせよ、ここにおいて注意すべきことは既に述べたようにテッヒョー草案がストレートに旧民訴法の二四四条にならなかつたことである。第一章の二で指摘した仏法の流れを無視することはできないのである。

(15) 學術振興會贈与資料「民事訴訟法草案其ノ一」による(民訴草一ノ八一丁)。なお齋藤論文一〇頁によれば旧民訴法の草案は「判決確定ノ効力ハ判決文ニ示シタル判決ニ止マリ其理由ニ及フコトナキモノトス」とのことである。中村論文(注3)九八頁は「確定判決ノ効力ハ判決(主)文ニ示シタル判決ニ止マリ、其理由ニ及フコトナキモノトス」である。

(16) 旧民訴法の成立の過程を知るには兼子一「民事訴訟の制定——テッヒョー草案を中心として——」(昭和一七年)民事法研究二巻一頁以下、石井良助編・明治文化史第二巻法制編(昭和二年)二二三頁以下、四一三頁以下、染野義信「わが国民事訴訟法の近代化の過程」(昭和四二年)菊井先生献呈論集・裁判と法上巻四九三頁以下等に詳しい。本文の資料が兼子論文七頁でいう民事訴訟法再調査案に該当するの不明である。

なおこれ以前の資料として學術振興會贈与資料の中に「民事訴訟法草案其ノ二」「民事訴訟法草案議案意見集」「民事訴訟法議案」「修正民事訴訟法草案」がある。これらによれば当初民法と抵触する故に「削除」という意見(民訴草二ノ一四五丁、民訴意ノ二六丁)が「未定」となり(民訴草ノ六六丁、修訴草ノ六二丁)、そして本文のように「仮定」となったようである。

(17) 兼子・前掲書六頁でいう委員修正訴訟規則に該当する資料か否か不明である。兼子博士によれば明治一八年七月テッヒョーはテッヒョー訴

訟規則修正原案を完成せよ、これを邦訳して訴訟規則ができた。そして之を三好退蔵を長とする民事訴訟法取調委員会で明治十八年九月から翌一九年六月頃まで約一六〇回の会議を重ねて第三議會を終了して委員修正訴訟規則が出来、かくしてテビヒョーは明治一九年六月独文草案を山田顯義司法大臣に提出し其の任務を終えたものとである。

(18) テビヒョーが草案を作成するにあたりては一八七七年(明治十年)のドイツ民法にのっとり各部においてはプロシア実施条例および法律または一八六七年(慶応三年)のオーストリア訴訟法草案およびその他の法律または一八六八年(明治元年)のヴェルテンベルク訴訟法等をもつて模範としたものであるといわれている(石井・前掲書四一七頁、兼子・前掲書六頁)。本文二五條の但書とヴェルテンベルク民法三三三條但書(本書第五章の二の①参照)と内容が同じであるから、ヴェルテンベルク法に範をもとめたと考えて誤りはないであらう。しかし、本文で述べらるるにわが国においては削除されたのである。ヴェルテンベルク法三三三條はドイツでは北ドイツ連邦草案三五九條二項にうつがれ、これもドイツ民法では採用されなかつたのである。なおオーストリア法はドイツ法と体裁は異なるが、ドイツ法と同じような実質規定主義である。

現行ドイツ民法三三三條一項が北ドイツ連邦草案の影響を受けていることはその理由書より明らかである(Entwurf einer Civil-Prozess-Ordnung für das Deutsche Reich mit Motiv, 1874, S. 482ff.)。参考のために次に掲げよう。

北ドイツ連邦草案三五九條(一八七〇年・明治三年)  
Entwurf einer Civilprozessordnung für den Norddeutschen Bund, Berlin, 1870.

Die in dem Rechtsstreite erlassene 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 Kompensation 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圍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るべき裁判が判決主文に記されるものと關係しない。

なお当時のドイツにおける既判力の客觀的範圍の問題については、法學說、判例の状況の概要については Keramens, Die Rechtskraftwirkung der Entscheidungsgründe nach gemeinem und partikularem Recht, ACP 167, Heft 3, S. 241ff.

(19) 霜島論文一一七頁以下が強調する区別である。

(20) 霜島論文一一七頁以下、斎藤論文三六一頁以下はこの間の事情が記されている。特にマツンは既判力を判決主文に制限しないとの見解を主張したのは有名で、戦前の我が国の体系書等に広く紹介されている。この二つを明らかにしたマツンのVorträge über die Reichs-Civil-

processordnung, S. 108ff. 既に一八七九年(明治二年)に出  
版せられたる。

(21) 中村論文九八頁参照。三七六条の独文は次の通りである。

Art. 376. Es genügt nicht der Ausspruch, dass der Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen oder der Verklagte dem Klageantrage gemäss zu verurtheilen sei; es ist vielmehr im Falle der Abweisung der abgewiesene Anspruch, im Falle der Verurtheilung die Leistung, Handlung, Duldung oder Unterlassung, deren der Verklagte schuldig befunden wird, in der Urtheilsformel bestimmt zu bezeichnen.

なお學術振興会版「民事訴訟法草案其ノ一」によれば次の通りである。  
(民訴草一ノ七七)。

三七六条 裁判言渡ハ原告ノ起シタル訴ヲ却下スヘキコト又ハ訴ノ申立ニ因リ被告ノ敗訴ヲ判決スルコトノミヲ以テ足レリトセス其却下ノ場合ニ於テハ却下セラレタル請求ヲ又判決言渡ノ場合ニ於テハ被告ノ責ニ帰スヘキ給付、行為、寛假又ハ不行爲ヲ判決式式ニ明確ニ表示スルコトヲ要ス

### 三 旧民法証拠編七七条の立法の経緯とその

#### 立法理由について

一 旧民法二四四条が旧民法証拠編七七条に由来するといふ説が正しいのであれば当然に旧民法のこの規定の成立の過程と趣旨が明らかにされなければならない。仮に旧民法に直接に由来しないといふ説を採つたとしても旧民法の規定が重要であるといふことまで否定する訳ではない。既に述べたような旧民法に由来する説の根拠で

民法一九九条一項の沿革について

ある立法に参画した人の発言が仮になされなかつたとしても、当時の立法の作業状況や旧民法二四四系と旧民法の規定の法文の比較からして旧民法二四四系は旧民法の規定の影響を受けたことは客観的に明らかであるからである。そこで以下では旧民法のこの規定の成立の過程と立法理由を探究してみようと思ふ。

二 ポアンナードの草案は既判力の範囲についてはその一四二二条で次のように規定してつた。<sup>(22)</sup>

L'autorité de la chose jugée est attachée non seulement au dispositif du jugement, mais encore à ses motifs pour tout ce qu'ils reconnaissent et déclarent quant aux points de fait et de droit pertinents et concluants, relativement à l'objet, à la cause, aux qualités des parties et aux preuves du litige.

既判力ハ判決主文ノミナラス、目的物、原因、当事者ノ資格及ビ争ノ証拠ニ関スル正当且明確ナル事実及ビ權利ヲ承認シ宣言スル判決理由ニモ及ブ

この日本語訳であるポアンナード氏起稿「再闡修正民法草案註釈第五編」(刊行年不詳)の千九百二十一一条は次の通りである(四六一頁)。

被判断物ノ力ハ判決ノ主文ニ附着スルノミナラス判決ノ理由中目的物  
原由、当事者ノ資格及ビ争ノ証拠ニ関シテ且確實ナル事実及ビ權利ヲ  
追認シ且認定スル総テノ事ニ付テハ其理由ニモ亦附着ス

ポアンナードはその理由を詳論するが、要約すれば以下のように言うことができよう。

① 上訴制度を考えると理由が存在なしと上級審は当該判決の当否は判断できず上級審が下級審を監督するという点から判決理由は

重要である。

② 判決主文で何が判断されたかは判決理由をみないとわからないから判決理由は重要である。

③ 判決理由は同一主文に複数存在しうるから当該訴訟にとつて直接に關係する決定的な理由に既判力を認めることが有益である。

ポアソナードのこの考えは当時のフランスの学説判例が判決主文の内容を明らかにするために判決理由が重要な役割を演じるという点を評価し、その上でさらに一步論を進めて判決理由中の判断に既判力を認めるべきであるとの見解を主張したものとみることができ。彼はこの点については註釈の冒頭で「人常ニ曰ク被理事物ノ力ハ判決ノ主文ニノミ其理由ニ存セスト然レモ直チニ此制限ヲ緩和フシ或ル区別ヲ為シテ理由ニ此効力ヲ附セサルニ至リ寧ロ初ヨリ理由ニ此効力ナシト言ハサルに如カス」と述べ、そして註釈の最後を「若シ吾人ヲシテ十分ニ吾人ノ意見ヲ述フルコトヲ得セシメ仮令其説ノ極端ニ走ルノ觀ナキニ非サルモ吾人ハ云ハントス被理事物ノ力ハ之ヲ理由に付スルコト主文ニ付スルヨリ更に有益ナリト如何ナレハ理由及理由ノ認定シ且宣言スル所ノモノ無クシテ主文ノ意義為サス又何等ノ価値効力ヲ有セザレハナリ」として結んでいることから明らかである。<sup>(23)</sup>

しかし、この彼の案は採用されなかつた。その理由を知るひとつの資料として「民法証拠篇再調査按議事筆記第一卷」(學術振興會資料)の第四〇回の記録がある。これは明治二十一年二月十九日の會議の記録であるが、その中にこの問題についての議論をみることに

できる(民再九ノ二二〇丁以下)。なおポアソナード草案の内容とそれが立法において採用されなかつたという事実については既述の通り齋藤論文等で明らかにされているので以下の記述が本稿の特色ということができる。

第四百二十条 既判力ハ判決ノ式文ニ附着スルノミナス判決ノ理由カ主張シタル權利ノ原因又ハ其原因ノ欠缺ニ出ツルトキハ其理由ニモ亦附着ス

(粟塚) 式文ハ主文トナリマス之ハ報告委員ノ処デハ主文ニ附着スル丈ケテ沢山タロウト云フ説ガアリマス

(松岡) 主文コソ判決ヲ持タセテ宜シイ理由ニ判決ヲ持タシテハ甚タ悪ルイ

(箕作) 理由ニ判決ノ効力ヲ持タセルト云フノハ大變悪ルイ此条ヲ丸ルデ削ツテハドウテス

(南部) 主文ニノミ附着ス丈ケヲ置キタイ

(今村信) 訴訟法ノ乙四百十三条ニアリマス判決ノ式文ニ附着スルモノト御座イマスカラ御削リテ願ヒマス

(南部) アツテモ云フテ置イテ差支ナイ

(粟塚) 判決ノ主文ノミニ存スト致シマシヨウ

(大尾崎) 質問スルカ

(松岡) 質問ニハ及バン

(村田) 十八条ノ看做サルハ看做ストシテハトウダロウ

(栗塚) 看做ステ宜シウ御座イマス

(箕作) 第四百七条ノ第一ノ目的ノコトヲ十八条デ云ヒ十九条テ原因ヲ云ヒ二十一条テ資格ノコトヲ云フ所ニ元トノ四百二十九条ハ理由ヲ削リマシタガ理由ヲ削ツテ主文バカリ存シテハ可笑シクハアリマセンカ

(南部) 外ニ入レル所ガアリマセン

(北畠) 千四百十四条ト十五条ノ間ニ入レ、バ宜シイ

(箕作) 十五条ノ次ニ置イテ差支ナイ

(栗塚) 之ハ千四百十三条ト千四百十四条ノ間ヘ入レルガ宜シウ御座

イマシヨウ

(箕作) 之ハ極大事ノコトダ

(南部) 十三条ハ推定ノ大体ヲ云フ既判力ハ真正ト云フコトガナケレ

ハナラン既判力カ真正ト推定セラル、ノハ大切ノコトダ

(箕作) 目的原因權利上ノ資格ト云フ所ヘ之ヲ入レルノハ可笑シクハ

ナイカ

(北畠) 既判力ヲ濫用シテハナランカラ初メニ入レテ宜シイ

(大尾崎) 十三条ノ次ヘ入レテ宜シイ

(村田) 十四条ヘ入レルコトハ出来マイカ

(松岡) 独立サセルガ宜シイ

(栗塚) 十三条ノ二トシテ置ケバ宜シウ御座イマシヨウ

本条ハ左ノ如ク修正ノ上第千四百十三条ノ次キヘ、「第千四百十三条ノ

二」トシテ挿入スルコトニ決ス

既判力ハ判決ノ主文ノミニ存ス

この記録の中からいくつかのこと読みとることができ、第一に言えることはここで得られた結論のひとつである草案の修正案の内容が旧民法正文に非常に近いということ(「既判力ハ判決主文ノミニ存ス」と「既判力ハ判決主文ニ包含スルモノニ存ス」、同じく結論のひとつである本条の証拠編上における体系的な位置が旧民法正文と符合すること)つまりここでいう千四百十三条とは旧民法証拠編七六条である)から、本記録での議論が旧民法正文決定に非常に重要な役割を演じた

民訴法一九九条一項の沿革について

とみることができることである。そしてその上に立つて第二に言えることはポアソナード草案は十分な議論もなく(ポアソナードの提案理由を検討することなく、またポアソナード案を擁護する者もなく)、当然のこととして排斥されたということである。このことから立法者の意思をいかに読みとるかには解釈の問題であるが、いずれにしてもポアソナード草案の趣旨は明確な型で否決されたという事実は動かしがたい事実である。フランス法、ドイツ法について当時の通説的見解に基づいて勉強した日本人からすればポアソナード草案はあまりにも異端なものにみえたのは当然のことと思われる。

しかし、注意すべきことは以上のことから旧民法のこの規定の趣旨を速断できないということである。既に述べたように旧民法の正文とこの修正案は非常に似ているが同一でないということ、ポアソナード自身はこの日本側の決定にかなり不満をもつていたという事実は重視する必要がある。即ち、旧民法正文によれば判決理由中の判断に既判力は生じるのかという問題については法文上は明確に否定していないようにも読みとれる(既判力の範囲について「限り」とか「ノミ」とかという用語で主文に限定していない)のである。またポアソナード自身は次のようにこの日本側決定に対して見解を明らかにしている。即ち「理由中に既判力を認めることが良いということ十分説いたが法律取調委員会においても元老院においてもこの見解は同調されることなく法典正文では主文にのみ既判力を付与するに止まつた。しかしながら法律もしくは判例はこの案を削除したことを治癒しなければならぬ。わが議論がおそらくそれを助けるで

あろう。既に理由書はその説明によつて七七条の中にある制限されすぎた部分を拡大した(要旨)との主張がこれである。ポアソナー<sup>(25)</sup>が自己の案が否定された後にも精一杯、自己の案がいかされるよう限られた条件の中で努力している姿がみえるようである。そしてこのことは旧民法は判決理由中の判断に既判力を否定したが、しかし既にみたようなテッヒョー草案のように形式主義に徹底することなく、判決主文の解釈の資料になるという認識の下に判決理由を重視する型で立法がなされたことを意味するに他ならない。このことを明らかにするために次に旧民法理由書をみる必要がある。

三 そこで以下に旧民法理由書から七七条の立法理由に関する部分を掲げる。これはテッヒョー草案について本稿で既にいくつかの関連資料を明らかにしたが、それら以上にはるかに重要な資料と思う。なぜならば当時の立法者の既判力の範囲についての正式な考え方を知る資料であると共に、ここで述べられた考えが当時のこの問題についての学問的的最高水準と思われるからである。そして、さらにこの考えがその後の大審院判例の指針となつたと想像することは本資料がたとえ未公刊という事情であれ誤りではないであらうと思うからである。この理由書の発見の経緯や理由書の資料としての位置づけは池田真朗専任講師の「民法四六七条におけるポアソナーの復権」<sup>(26)</sup>手塚豊教授退職記念論文集「明治法制史・政治史の諸問題(昭和五二年)」一〇三九頁以下の付論「旧民法理由書解題」に詳しい(一〇七四頁以下)。池田氏によれば城数馬なる人物が明治二四年(一九一二年)の仏文原本を明治二五年二月から二六年三月に訳したものの

である。日本法の理由書である故に日本語の方が原本であり、仏文原本の方があたかも日本語をフランス語に翻訳した型をとつているとのことである。そして明治二五年一月に旧民法の施行延期が決定され、それによつて未公刊となつたとのことである。

第七十七条

本条ノ明文ニ從フトキハ既判力ハ判決ノ主文ニ付セラルモノトス若シ之ヲ換言スルトキハ判決ノ理由ニハ既判力存スルコトナシト云フニ殆ソト同一ナリトス然レトモ判決ノ理由カ主文ト密接ノ關係ヲ有シ之ヲ分離スルトキハ主文ノ範圍ヲ減スヘキ場合ニ於テハ理由ニモ亦多少ノ既判力ヲ認メ以テ前記ノ排斥ノ寛ナラシムルコトヲ要ス

主文ハ実ニ判決ノ主要ナル都合タルコト明カニシテ是レ実ニ裁判所カ或ル請求又ハ抗弁ノ理由アリトシ又ハ之ヲ棄却シ同時ニ其結果トシテ判決ノ執行タルヘキ或ル所為ノ命令又ハ禁ヲ為ス部分ナリ

然レトモ此主文ハ屢其理由ト分ツコトヲ得サルモノナリ実ニ判決ノ如何及ヒ既判力ノ存スル耶ヲ知ルハ屢々主文ニ非スシテ却テ其理由ニ依ラサルヲ得サルモノナリ令裁判所カ原告ノ或ル特定物ノ所有者タルコト又ハ然ラサルコト若クハ或人ニ対シ債權ヲ有スルコト又ハ之ヲ有セサルコトヲ判決シタル場合ニ於テ若シ如何ナル理由ニ依テ請求又ハ抗弁カ採用セラレ若クハ棄却セラレタルヤヲ知ラスンハ為<sup>(29)</sup>ソ当事者ノ一方又ハ他ノ一方カ再ヒ裁判ヲ受クル為メ同一ノ訴ヲ起スヲ防止スルコトヲ得ンヤ  
今原告カ買主タルコトヲ理由トシテ或ル物件ノ回復ヲ請求シタルニ裁判所ハ原告ヲ以テ其所有者ニ非サルモノト判決シタルト仮定スヘシ此場合ニ於テ原告ハ或ハ其売主ナリト主張シタル相手方ノ受遺者トシテ所有者タルコトヲ得ヘシ然ルニ受遺者トシテ更ニ其回復ヲ請求スルコトヲ得スト云フカ如キハ実ニ不当ナリトス又貸金トシ請求ヲ為シ裁判所カ之ヲ棄却シタルトキト雖氏之カ為メニ焉ソ同一ノ金員ヲ売買代金トシテ請求

スルヲ妨ク可シヤ

若シ判決ノ理由カ其訴訟ノ場合ニ関スル一般又ハ特別ノ法文ヨリ生シタルトキハ既判力ハ裁判所ノ決シタル法律点ニ存スヘシ  
之ニ反シテ若シ其理由カ単ニ推論ノ性質ヲ有スルニ過キサルトキハ主文ノ實質タル部分ナリト云フヲ得ス故ニ既判力ヲ有スルコト無シ

この理由書によつて旧民法の規定の意味を考えてみると、旧民法上は判決理由中の判断に場合によつては既判力は生じるといふことを認めていたことであり、この点は注目する必要がある。勿論、この意味は論理的な意味での理由でなく、場所の意味での理由であり、主文で判断された事項を理解するために判決理由を利用することが判決理由に既判力を認めることと等しいという意味での理由中の判断に既判力を認めることである。この考え方は正に民法流の考えといふべきであり、既に述べたように完全なまでの形式主義に徹したテヒョー草案とは正に相反する考えといふことができよう。つまり結論的にはテヒョー草案も旧民法も既判力は主文に限られるとする点では一致していたが、理由についての考え方は前者が理由を軽視していたのに対し後者は重視していたという点で異なるのである。特に旧民法にあつては既述のごとくボアソナード自身が述べているように彼の執念がその背後にこめられているといふべきで既判力の範囲を拡大させる途を残していたといふべきであろう。そこで問題はこの旧民法の考えは民法法の立法にどのように影響したかである。民法法は既に何度も述べたようにテヒョー草案という基礎があるから、恐らくテヒョー草案の修正といふこと

民法のこの考えが民法法へ影響したものとと思う。ここで正に両者の調整がなされたのではないかと思う。この問題については次章で考えてみよう。

なお理由書で挙げられている事例は今日の旧訴訟物理論に立つ限り概ね問題はないし、主文と理由との関係も実質的であつて決して形式的や硬直的でない姿勢は今日においても評価すべき点であろう

(22) Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon*, accompagnée d'un commentaire (1898), tome cinquième, art. 1421, p. 217, n°226-240 [一四二二条]

日本語訳は斎藤論文三五八頁による。なお中村論文九九頁は「既済事件ノ権威ハ訴訟事件ノ客体、請求ノ原因、当事者資格並ヒニ証拠ニ付キ、裁判所カ、事実上並ヒニ法律上ノ件ニ関シ正當且ツ決定的ニ承認シ、又ハ宣言シタル事項ノ為ニ、判決主文ノミナラス理由ニモ付着センメラル」といふ訳文である。

(23) 原文は注22の仏文であり、訳文はボアソナード氏起稿・再閣修正民法草案註釈第五編の一九二二条の註釈部分を用いた。そのため意味不明のところがあるが、要するに通説は既判力は主文に限られるといひながら実際は理由によつて主文の内容を明らかにしているがそれならば理由に既判力を認めた方がはつきりするし、その方が有益だという意味である。

(24) なお以下の本文では述べないが、今村(信)発言にてくる訴訟法ノ乙四百十三条は何を指示するの不明である。関連するテヒョー草案の修正案は第二百四十三条ノ乙(第二章の二参照)であるからこれの誤記とも考えられなくはないし、あるいは別のものを指すのかもしれない。いずれにせよ訴訟法との関連もあつたといふ一つの証拠にはなる



う。この意味で興味ある発言である。

- (25) ホフソナードは草案註釈の第二版 (Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire* (1891), tome cinquième, art. 1421, p. 816, n°388-842) 中の脚注の中で (本文である註釈の内容は一版〔注22参照〕とかわりない) 草案が否決されたことについてかような見解を述べている。なお齋藤論文を含めて従前の論文はこの二版は参照されていない。また刊行年の一八九一年は旧民法公布の翌年であることに注意すべきである。

- (26) Code civil de l'Empire du Japon, accompagné d'un exposé des motifs, 1891, n°427-428

- (27) 部分の誤記であろう。

- (28) 原本は達筆であるためこの字を読むことが困難である。耶は私の解釈である。

- (29) 反語で為んぞと読むものと思う。

- (30) 当時の仏法の状況については齋藤論文三五九頁参照。なおドイツ民法制定当時については同・三六七頁、霜島論文(前注8)一五九頁参照。

#### 四 テツヒョー草案と旧民法との融合

一 当初に設定した疑問に対しては既に一応の答を得たのではないかと思う。旧民法二四四条を考える場合にテツヒョー草案は無視しえないこと、そしてそれが形式主義に徹したものであることを明らかにしたのが第二章であつた。旧民法証拠編七七条の成立過程及びその立法理由により同条は単に理由中の判断に既判力は一切認めないというのではなく、理由中の判断に主文判断に必要な範囲で既

判力を認め、既判力拡張の余地を残したということを明らかにしたのが第三章であつた。かくして問題はテツヒョー草案と旧民法との関係ということになる。しかし残念なことに、この問題については資料を見ることができず推測の域をでないのである。<sup>(31)</sup> 推測にあつて注意すべきことは旧民法も旧民法も共に明治二三年(一八九〇年)四月二十一日に公布されたという事実である。周知の如く旧民法は明治二六年(一八九三年)一月一日施行を予定しつつも明治二五年(一八九二年)の第三回帝國議決により施行が無期延期され一度も施行をみることなく明治三一年(一八九八年)七月一六日に廃止されたものである。他方旧民法は明治二四年(一八九一年)一月一日に施行されたものである。そこで仮に旧民法も施行されたとすると、実定法上既判力の客観的範囲に関する規定が二つ存在したことになる。このことは立法者が調整を忘れたのか、あるいは全く同一内容の規定であるから両方にあつても問題はないと判断したのか、あるいは両者それぞれ意味が違ふからそれぞれ必要であると判断したのかのいずれかになる。既に見てきたように立法の経過からみると民法の規定を民法の規定にあわせるという調整をした上で両方とも矛盾衝突しないということ<sup>(32)</sup>で民法と民訴法に規定を置いたのではないかと思う。そうであるならば旧民法の立法理由は非常に重要な意味をもつてくることになる。旧民法の方は特にこれといった資料がないからである。しかし、旧民法の規定と旧民法の規定が矛盾しないということが、直ちに旧民法の規定の意味は旧民法の立法理由をみればわかるということにはならない。それは既に一言述べ

たことでもあるが（第二章の一）、お互の正文には次のような差異があるからである。これは民訴法の規定が民法の影響を受けたとしても、過去のテヒョー草案以来の経緯は無視しえず、それが法文の差異になつてあらわれたのではないかと思う。この差異は無視できないと思う。

二 旧民法証拠編七七条は「既判力ハ判決主文ニ包含スルモノニ存ス」であり、旧民訴法は「判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有ス」である。用語等の比較により両者の相違点を考察してみれば「包含」や「主文」という言葉は両者にみられる。もつとも「包含」という用語はテヒョー草案の審議過程で民訴法の条文の中にでてきた用語であり、民法では附着という言葉かあるいは全く使用していなかったようである。一方、主文という言葉はポアソナード氏再関修正民法草案註釈や第二章で述べた審議の記録の中ででてきたところである。従来民訴法では判決式文という用語を使用していたから主文という用語は民法側からの影響とみることもできる。ところが、「限り」という言葉はテヒョー草案以来民訴法側が一貫して使用していた言葉であり、旧民訴法の方にはそのまま存続しているのに対し、旧民法の方には既に述べたように「ノミ」という言葉を削除して限定する用語はないのである。既判力という言葉やそれを冒頭に配するのはポアソナード民法草案以来民法側では一貫している。民訴法の方は草案の段階では判決ノ確定ノ効力 (Rechtskraft) を文頭に配したが、正文では「判決」を文頭に配し確定力を文尾に配している。このように内容的には同じようにみえるが、表現上の

差異はかなり明白である。そこで民法側からの影響が大きいのなら民法のスタイルを真似ている文章なり、あるいは用語も「確定力」よりも「既判力」を使用すべきではなかつたかと思う（旧民訴法二四四条から現行民訴法一九九条一項への改正において確定力は既判力という語に置き換えられた）。そうでなかつたのは民法の影響の下に草案を修正するという方法がとられたということを物語るものであろう。

もつともテヒョー草案成立の過程やあるいは草案から旧民訴法への過程において働いた日本人と旧民法（特に証拠編完成のために働いた日本人とが全く別人でなく、若干の担当者が民法と民訴法の両方で働いたという事実も無視しえないと思うが、それぞれの基にあつた思想が異なつていたため（民訴法ではテヒョー草案、民法ではポアソナードの執念）に、内容的には調整したが、それ以上は手をつけなかつたということではないかと思う。斎藤論文で強調されている本多、今村の両氏の発言はこのような経過を多少誇張して表現したものではなからうかと思う。記録によると民訴法の審議は常に民法側の審議を意識しているから、恐らくこの推測は誤りではあるまい。かくして旧民訴法二四四条は旧民法の規定そのものに由来するとか、テヒョー草案そのものに由来するというのは誤りであり、両者の融合によつてできたものと解すべきであらう。

三 問題はそこでこの融合という考え方が正しいとすれば、これのように評価して解釈論に反映すべきかということである。即ち、テヒョー草案から旧民訴法への過程で旧民法の影響を受けたということはどういうことなのだろうかということである。

テッヒョー草案は既判力の範囲に関しては形式主義を徹底させたということは既に述べたところである。ところが旧民訴法との比較において注目すべきことは既に述べた形式主義と密接な関係をもつ草案三七六条に該当する条文がないのである。即ち、テッヒョー草案においては論理的意味での判決理由は当然としても場所的意味での判決理由をも含め、既判力の範囲とは関係なしとの態度であつたが、草案三七六条該当の条文が存在しないことは、正に形式主義の後退であるといわなければならない。<sup>(35)</sup>しかし、他方草案において本文の既判力を限定した文言は旧民訴法正文において「主文ニ………限り」という型で生きているのであり、ここにおいては形式主義は生きているのである。このことの意味することは形式主義が不完全な型に変型したということである。つまり既判力の範囲を明らかにするために判決理由が利用されるということを確認することであり、これは結果的にはテッヒョー草案作成の際に否定されたヴェルテンベルク草案(第二章の三参照)と同じような考え方の復活である。そしてこれは正に結論的には民法の考えと一致するのである。さらにテッヒョー草案と旧民訴法正文を比較してみると「判決確定ノ効カハ……理由ニ及ブトナキモノトス」(Der Rechtskraft ist…… nicht die Begründung fähig)の部分がこの間に削除されたことは明白である。この部分は民法側には全くない条項だけにこの条項の削除は民法の影響ではないかと思う。なぜならば既に述べたように民法側においては判決主文の解釈に際して、判決理由を利用するということは、判決理由にその限りで既判力を認めるという理解で

あるから、かかる理解とこの条項とは矛盾するからである。かくして判決理由によつて主文で何が判断されたかを判断することについては民法の影響によるといつてよいのではないかと思う。しかし、民法の影響はそれだけであり、テッヒョー草案の形式主義そのものは生き続けたとみるべきではないかと思う。なるほど既にみたように民法においてはポアソナード草案を否定した結果、既判力を判決主文に限定することになり、そのために当初から積極的に形式主義を表明したものではなかつた。しかし、立法の過程でいささかも訴訟物についての裁判の限度で既判力が生じるという実質主義ではなかつたし、ともかくも民法が結果的には判決主文に既判力が生じるという形式主義的立法になつたのは否定できない事実である。そこで民法との調整の際にテッヒョー草案以来の民訴法は形式主義に対しては民法から特に介入されることは全く必要はなかつたのである。こうしてみると、なぜ立法者が一貫してドイツ法的立法体裁を採用しなかつたかという点を考える必要があらう。既判力の客観的範囲についてのドイツ法と日本法の規定は表裏の関係にあるとする通説の立場からはかような発想はでてこないが、それでは立法者の考えを無視することであり、立法者の苦心は全く水泡に帰すことになる。ここに我々はあらためて立法者がなぜドイツ民訴法の規定に反して形式主義的立場をとつたのかを探究する必要がある。

四 そこで問題はなぜテッヒョー草案は形式主義を採用したかであるが、立法者は恐らく形式主義による規定の方が実質主義よりも秀れていると考えたからに他あるまい。何が秀れているかという点、既

判力の範囲が明確であるという点であり、これは結論こそが重要であるということをわかりやすくいうことでもあるし、既判力の範囲が形式的画一的に設定されるということでもある。従つてこの限りで実質主義は「請求につき裁判したかぎり」ということであるから裁判という点の解釈により訴訟物の枠にとらわれない解釈が可能であるし、また既判力を判決本文に限定しない解釈の余地を残している<sup>(36)</sup>。このことが今日でいう普通法理論の再来ともみられるような理論がドイツで生じる余地を残したのであると思う<sup>(37)</sup>。しかし、形式主義の場合はかかる解釈の余地を残さないから、この点で両者は微妙な差異が生じるのであると思う。法文でいう「限り」に注目して、本文で判断するものはその訴訟の目的、即ち訴訟物であることを考へるとこのようになる。即ち、独法は北ドイツ連邦草案のような実質主義を否定しながらも、積極的に形式主義を明言しなかつたため形式主義を相当緩和する解釈を必ずしも排撃しないものであるのに対し、日本法は形式主義を明言しているから、形式主義から遠く隔たらない解釈のみが許されるということである。

こうしてみると、既判力の範囲と訴訟物の範囲の不一致を説く近時の新しい理論はその説く内容が既判力でないとしても、実質的にそうであるならばこの法文の立法者の意思に反することにならう。

ここにドイツの理論がそのまま日本に導入できない事情があり、新訴訟物理論がわが国において一貫して既判力の範囲と訴訟物の範囲の一致をことさら強調したのはわが国のかかる事情があつたからではないだろうかと思う。従つて従前の公式とも思える判決本文Ⅱ

民訴法一九九条一項の沿革について

訴訟物Ⅱ既判力の範囲が正しいのであり、これに反する解釈は現行法一九九条一項を立法の過誤として現行法の不合理を説く必要がある<sup>(38)</sup>。そう解さないならば現行法の枠内で可能な限り既判力の範囲を広くさせようとする場合は、訴訟物の範囲を広く設定する方法か、あるいは他の訴訟物を想定しそれが本文に包含されているというように解釈する方法が考えられる。既判力を判決本文に限定すること自体は既判力制度からしても判決書記載方法からしても決して不合理なことではないからこの方法によるしかないであろう。

(31) 学術振興会資料の「法典調査会民事訴訟法草案按議事筆記」は民法訴訟完成のための討論の概略的経過が掲載されているが、問題の条文の箇所はたまたま省略されている。つまりその四巻では一七回から二一回へ飛んでこの間の会議の記録はないのである。なお法典調査会との表題は法律取調委員会の誤りである(池田・前掲書一〇五七頁注16参照)。

(32) 学術振興会資料の「法典調査会民事訴訟法草案按議事筆記」の二二回の記録(四巻七六丁以下)は民法と民訴法との調整の問題につき証拠に關してはあるが比較的詳細に議論の様子を記載している。結論としては民法証拠編と対照の上決めることとして未定ということであるが、ここでの議論を民法と民訴法の調整という点でみると非常に興味深いものがある。即ち、民訴法草案作成の過程で民法との調整の問題がそれぞれの進行状況の違いや翻訳の都合でとにかく困難なことであつたこと、民訴法立法者が常に民法との調整を意識し、民法に合わせようとした状況を伺い知ることができる。

なお兼子一「日本民事訴訟法に対する仏蘭西法の影響」(昭和一七年)民事法研究第二巻二四頁以下は旧民法を通じての仏法の影響について概説している。

民訴法一九九条一項の沿革について

六〇 (六四八)

(33) 例えは第三章二の民法での審議に登場してくる人物を染野論文五三四頁注2(ここで教授は旧民訴法草案に関与した日本人を明らかにしている)や本稿注31の民訴法の審議録からみるとすくなくとも今村信行、南部甕吉、栗塚省吾、宮城浩蔵、松岡康毅、清岡公張、尾崎三良の諸氏は民法と民訴法にそれぞれ関与していたようである。

(34) 注32参照。

(35) なお学術振興会資料の「民事訴訟法草案其ノ二」「民事訴訟法草案議案意見集」「民事訴訟法議案」等によれば(民訴草二ノ一三九丁、民訴意ノ一〇四丁、民訴草ノ六三丁)、第三七六条は「判決書ノ調製方法ニ自ラ明カナレハナリ」という理由で削除されたらしい。

(36) 中村論文一〇〇頁は次のようにいう。

「ドイツ法の解釈としても、またフランス法の解釈としても、判決本文だけで既判力の主体が特定されるとはしておりません。判決理由を斟酌し、或いは考慮し、或いは判決理由にもとづいて、主文裁判がどのような内容のものであるかが特定されるのでありまして、判決理由を切り捨てたのでは、既判力の主体の内容は特定しえませんが、判決理由を『斟酌して』とか、『考慮して』とかいふのは、言葉の綾に過ぎません。実際問題として、判決理由のうちの判断が、判決本文に示される裁判の内容を充填し、既判力の主体を構成しているのであります。問題は、どの程度、どの範囲において、理由中の判断が既判力の主体に包含され、それを構成するかということでありまして、この点、ドイツ法のもとでは、なんら決め手となるべき基準が存しないのであります。

これに関し、わが民事訴訟法は、『主文ニ包含スルモノニ限り既判力ヲ有ス』(一九九条一項)として、『包含』という言葉で、この範囲を示しています。」

(37) 文字教授は「近時の日独における新たな理論は、普通法理論の現代的

復活という側面をもつと言えぬこともないのである」と述べている(「ドイツ」「既判力の客観的限界論」の展開二「民商法六九卷四号七三二頁」。  
なお注8参照。

(38) 注6の柏木論文参照。

## 五 おわりに

一 民訴法一九九条一項の成立過程は既にみたように複雑なものがある。ドイツ法を直接継受しなかつたテッヒョー草案、ポアソナーの創見ではあるが異端と思える民法草案、施行をみなかつた旧民法証拠編七七条等がこれである。そのためか従来は沿革を通してこの規定の意味を考えるという方法はほとんどとられることがなかつた。沿革の複雑さと旧民法が施行されずその立法理由書が公刊されないこともあつてかこの規定の意味について当初は必ずしも明確に理解されてはなかつたようである。大審院が「主文ニ包含スルモノ」の解釈についてかなり動揺したことはこのことを物語るものであろう。しかし、他方民訴法施行前後のドイツ法への傾斜は沿革を問う姿勢をやめ、この規定についてドイツ法と日本法との表裏一理論を形成していた。明治三六年の民訴法改正草案がドイツ法と同じく、実質主義的規定をとつたのはドイツ法への傾斜を示すものであり、それが立法化されなかつたことは表裏一理論が確立したことを意味するものであろう。ドイツ法と日本法とが表裏一体と解すれば態々日本法を改正する必要はないからである。しかし、この姿勢は立法趣旨を正確に理解したことにはならないし、極論すればいわば問題

を棚上げしたようなものである。そこで本稿は立法沿革の複雑な絡みあいを解きほぐし、立法者の意図を明らかにし、一九九条一項の解釈上の指針を得ようとしたものである。

問題は立法者が一貫して堅持した既判力の範囲についての形式主義を今日どのように評価するかである。確かに今日では既判力の範囲を拡大せよという見解や実質に既判力の範囲を決めていこうとする見解はしだいに有力になってきているのであり、このことからするとポアソナードの見解は卓見ということになろう。しかし、立法者は明白に否定したことは事実である。従つて理由中の判断に既判力を認める方向に賛同しつつ、法に抵触しない方法を考えたとすると訴訟物の枠を広くとるか、「主文ニ包含スルモノ」を訴訟物より広く解するかということになろう(勿論、信義則によるアプローチもあろうが正攻法必ずしもではあるまい)。前者の立場は新訴訟物理論である。後者の立場はいまだ十分検討されていないが、黙示の訴訟物についての黙示の裁判ということではないかと思う。

後者の方法、即ち主文に包含されていた筈であるとして訴訟物を考えるという方法はあるいは形式主義に反するのではないかという批判はある。立法者の意思に反するのではないかという訳である。しかし、立法者の主観的意図はともかく客観的にみれば立法者は純粹な形式主義を後退させ、いわば修正された形式主義として判決理由を主文判断に利用することを認めるのであるから、このことは判決理由が実質上の既判力の範囲を決め、その限定は主文の判断事項であるということの意味することになる。この精神を生かすとする

ならば、主文と判決理由との関連の分析でいわば主文で黙示において裁判がなされたとすることは可能ではないかと思う。そしてこれが許容される最大限度であると思う。

ドイツ法と異なつた点やフランス法の影響等を考えて旧民法二四四条を考え、既判力の範囲の拡大傾向に対する見解となると大胆ではあるが、かような考えになるのではないかと思う。もつとも登記請求権訴訟の訴訟物についての兼子説に代表されるようにかような見解は全く特異なものではない。その点からすれば新味のない見解かもしれないし、沿革からでなく単に法文からも導きだされる見解ということができよう。しかし、沿革からこのことを明らかにした点に本稿の特色と意義があるのではないかと思う。

二 最後に本稿で使用した資料を整理しておこうと思う。私の見解に反対する人でも、私の使用した資料についての価値は認めるところからである。一般に立法沿革を扱う場合にその事実のみを明らかにするやり方と、得られた事実から法の解釈を導く方法がある。前者では法解釈にとつての実用性の点で問題であるし、後者では得られた事実を誤つて解釈し、その上に法解釈をした場合にはその見解を否定すると得られた事実まで否定されかねないという問題がある。本稿は後者の方法をとつたので、多少重複するようであるが、その欠点をなくすため敢えて資料を整理するしだいである。

現行民訴法一九九条一項に何等かの意味で関係する草案等の  
条文の内容(年代順)

① ヴォルテンベルク訴訟法三八三条(一八六八年=明治元年)  
Die Civilprozess-Ordnung für das Königreich Württemberg,  
1868

Die Entscheidungsgründe eines Urtheils sind für sich der  
Rechtskraft nicht fähig; sie dienen aber zur Erläuterung  
des Sinnes und Umfangs, in welchem das Urtheil nach der  
Absicht des Gerichts ergangen ist.

判決の裁判理由は自身で既判力を生じない。但し裁判理由は裁判所の  
意図によれば判決がいかなる意味と範囲で下されたのかを解釈するた  
るに用いられる。

※これは Entwurf einer Civilprozess-Ordnung für das  
Königreich Württemberg mit den Motiven, 1867 の三七三  
条と同文である。

※この条文はわが民訴法との関係については第二章の三参照。

② ホンソナード民訴法三三三條(旧二九三條)一項(一八七七年=明治一〇年)  
Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über  
den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen  
Anspruch entschieden ist.

判決は訴えまたは反訴によつて起された請求について裁判した限りで既  
判力が生じる。

※本条文も立法にあたって参照されたことについては第二章の三参  
照。なお、本条の二つ前の段階である北ドイツ連邦草案について  
は注18参照。

③ テットコー草案二九一条(明治一九年=一八八六年)  
Der Rechtskraft ist nur die in der Urteilsformel enthaltene  
Entscheidung selbst, nicht die Begründung fähig.

判決式文に包含せられたる裁判其のみに限り確定ノモノト為ルモノヲ得  
其理由ハ確定ノモノト為ルモノトヲ得ス

※独文は Entwurf einer Civilprozessordnung für Japan  
(Uebersetzung, Tokio im 19. Jahre Meiji(1886))による。

※日本文は学術振興会版「民事訴訟法草案其の一」による(民訴草  
一ノ八一丁)。

※本条と旧民訴との関係については第二章と第四章参照。

④ ホンソナード民法草案一四二二條(一八八九年=明治二三年)  
L'autorité de la chose jugée est attachée non seulement au  
dispositif du jugement, mais encore à ses motifs pour tout  
ce qu'ils reconnaissent et déclarent quant aux points de  
fait et de droit pertinents et concluants, relativement à  
l'objet, à la cause, aux qualités des parties et aux preuves  
du litige.

ホソナード氏起稿再閱修正民法草案註釈一九二二條(右の翻訳と思わ  
れるが刊行年不詳)

被判事物ノ力ハ判決ノ主文ニ附着スルノミナラス判決ノ理由中目的物、

原由、当事者ノ資格及ヒ争ノ証拠ニ関シテ且確實ナル事物及ヒ權利ヲ追認シ且認定スル総テノ事ニ付テハ其理由ニモ亦附看ス

※仏文の出典は本稿注22参照。

※本条が旧民法正文にならなかつたことについては第三章の二参照。

⑤ 旧民法証拠編七七条(明治二十三年・一八九〇年)

既判力ハ判決主文ニ包含スルモノニ存ス

L'autorité de la chose jugée est attachée à ce qui se rapporte au dispositif du jugement.

※仏文の出典は本稿注26参照。この立法理由については第三章の三

参照。

※本条の旧民法における意味については第一章の二、第四章参照。

⑥ 旧民法二四四条(明治二十三年・一八九〇年)

判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有ス

※現行法との関係については注1参照。

⑦ 民事訴訟法改正案二八一条一項(明治三十六年・一九〇三年)

確定シタル終局判決ハ訴又ハ反訴ヲ以テ為シタル請求ニ付キ裁判シタル

部分ニ限り既判力ヲ有ス

※この草案の意味については注41参照

⑧ 現行民法一九九一条一項(大正一五年・一九二六年)

確定判決ハ主文ニ包含スルモノニ限り既判力ヲ有ス

※理由書等は注1参照。

民法一九九一条一項の沿革について

(39) 大審院判例が「主文ニ包含シタルモノ」についての理解が区々であることは有名である。唯本博士は「法律要件及ヒ既判力」(大正五年)民法論文集六九二頁注2で指摘している。大審院判例のこの状況を詳細に研究したものととしては花岡敏夫「判決の既判力の範圍を論ず」日本弁護士協會録事一九五号(大正四年)四七頁以下がある。なお結論として法改正に際して記録禁反言(Estoppel by record)に注目すべしと述べている点が興味をひく。

(40) 染野論文(注16)五四〇頁以下参照。

(41) 草案の内容は注1またはの参照。なお草案成立の過程や草案の意義については染野義信「わが国民事訴訟制度における転回点」大正一五年改正の経過と本質」(昭和四四年)中田憲曆記念論集・民事訴訟の理論上巻一頁以下に詳しい。

(42) 斎藤教授はその論文の帰結として松岡義正・新民事訴訟法註解第五卷(昭和一〇年刊)一一九三頁を取り上げ、松岡説のいう「判決主文に表示せられずして判決理由のみに包含せられたる裁判も既判力を有する」ということは法典成立の事情を無視すると批判する(三六七頁)。これに対して山内敏彦「既判力の物的・時的限界——確定判決の既判力の客観的・時間的範圍についての若干の問題——」司法協会雑誌一九卷一〇号一頁(昭和一五年)九八三頁は松岡説は訴訟物の同一性は判決理由によつて解釈されるということの意味するものに過ぎないとして、暗に斎藤説を批判している。

(43) 拙稿「黙示による中間確認の訴え」法学研究五三卷一、二号一八二七頁以下はこのような視点の下に書かれた論文である。なお同書一八四八頁一行目の「訴訟」は「訴訟」の誤りである。

(44) 兼子一・判例民法二八九頁以下、同・条解民法上五一四頁、同・民法体系三四三頁参照。