

Title	坂原正夫著『民事訴訟法における既判力の研究』
Sub Title	Masao Sakahara "Die materielle Rechtskraft im Zivilprozeßrecht"
Author	石渡, 哲 (Ishiwata, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1994
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.67, No.9 (1994. 9) ,p.99- 111
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19940928-0099">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19940928-0099</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.

## 紹介と批評

坂原 正夫 著

### 『民事訴訟法における既判力の研究』

#### 一 はじめに

本書は、慶應義塾大学教授坂原正夫氏が長年にわたって公刊された既判力論に関する研究業績を収録して一冊の著書にまとめたものである。ただし、収録にあたり著者は各業績公刊後の学説、判例を丹念に調査した結果を補遺として書き加えている。このように本書は、特定のテーマに関する研究業績の集大成であるという点、および、業績公刊後の学説、判例の状況がフォローされている点において、著者自身が述べているように、単なる論文集ではなくモノグラフと論文集の中間的なものであり、むしろ前者にきわめて近いものといえることができる。

本書は、序および目次を除き、本文だけで四〇六頁におよぶ大部なものであるが、その構成は以下のようなものである。

#### 第一編 訴訟の基準時後の形成権行使と既判力の問題

第二編 既判力の客観的範囲拡張の問題

第三編 債権者代位訴訟の既判力に関する問題

第四編 既判力の本質に関する問題

第一編から第三編までは複数の章により構成されているが、各章ははじめ論文、判例批評ないし注釈書の一部として公表されたものである。第四編はもとひとつの論文として書かれたものである。各編のタイトルから分かるように、第一編から第三編では既判力に関する各論の問題が論じられ、第四編では既判力本質論が論じられている。

以下、本稿においては、まず各編ごとに著者の見解を紹介するとともに、それに対する私の考え、つまり個々の論点に関する若干の私見を表明し(二)―(四)、次いで、本書に対する全体的な評価を述べることにする(三)。

なお、以下においてカッコ内に示す頁数(たとえば、一九頁)は本書の頁数である。また、本書で引用され、著者が賛成ないし批判している学説については、その主張者名のみで示し、出典の表示は省略させていただく。

#### 二 内容の紹介と私見

##### (一) 第一編 訴訟の基準時後の形成権行使と既判力の問題

第一編では、給付判決の被告(債務者)は既判力の基準時前からすでに存在していた形成権を行使して、請求異議の訴えを提起することができるかという問題が、主として相殺権の場合

について論じられている。以下においては、著者と同様に、請求異議の訴えを認める見解を「積極説」、認めない見解を「消極説」、場合によって認め、あるいは認めない見解を「折衷説」と呼ぶことにする。

この問題については、相殺権とそれ以外の形成権を分け、前者については積極説、後者については消極説をとるのがわが国の多数説であり、判例も通常これと同様であると解されている。著者自身は、形成権の種類を分けず、すべての形成権について消極説をとっている。著者がこの問題を取り上げた動機は、一つには、かように著者が多数説と見解を異にしていることにあるが、それ以外にも、日本民訴法の母法国であるドイツにおける判例、学説の状況がわが国とは異なること、および、わが国の学説が判例の状況を必ずしも正確に把握していないことにもある。前者については、ドイツでは判例は消極説であり、学説上は積極説が多数説であるが、形成権の種類による区別はなされていない(一九頁)。後者については著者は、相殺権に関する積極説の判例は理論的に消極説を克服していない点、積極説を確定判例とした判例(大判明治四三年一月二六日民録一六輯七六四頁)の事案が特殊なものであった点、積極説の判例は、消極説によれば反対債権の別訴による訴求も閉ざされるものと考えているが、そう考えなければならぬ必然性がない点、および、消極説を採用する判例もなお存在する点から、積極説が判例上安定したものとはいえないとしている(六四頁以下)。

相殺権に関して著者は、消極説によるとしても反対債権は消滅すると解すべきでないとの立場を前提にしたうえで(一六頁)、消極説と積極説の対立点は、反対債権の主張方法として別訴によらしめる(消極説)のと、請求異議の訴えを認める(積極説)のと、いずれがよいかという点にあるとする(二七頁)。消極説を主張する著者は、その理由および積極説に対する批判を詳細に述べているが、つぎのように要約することができる(以下では、請求異議の訴えなり別訴なりに先行する訴訟を「前訴」という)。請求異議の訴えによると、その結果が不明のあいだに、執行が停止される可能性がある。積極説からは、別訴によらせると二重の執行の危険があると主張されている(近藤完爾氏)が、別訴の被告は前訴の勝訴判決で確定した債権により相殺することができるので、二重の執行は前訴の原告(別訴の被告)の意思により回避可能である(二八頁以下)。積極説はまた、相殺を許容しないと実体法が認める相殺の担保的機能が否定される結果になり(近藤完爾氏)、あるいは、実体法上相殺権者は相殺権行使につき時間的制約を受けていないと、主張する(著者の消極説に対する河野正憲教授のきわめて詳細な反論も、突き詰めればこのように要約できよう)。これに対して著者は、既判力は実体法の規定外の事象であり、積極説は実体法のみを重視し訴訟法を無視している、と考えている(三一頁、四九頁以下、八〇頁以下、八六頁以下)。また、著者は、第四章で詳論しているが、既判力の根源を当事者、とくに原告の意思に求めている

るが、かような著者の基本的な立場によれば、執行による満足  
を望んで訴えを提起した前訴原告の意思が尊重されるべきであ  
るのに、積極説はこれを無視し前訴を軽視している点で問題で  
あるとしている(二三頁)。前訴原告が執行による満足を得るこ  
とを妨げる点で、積極説は原告にとって苛酷であるという論述  
(三〇頁)。大村雅彦教授に対する反論も、このような考え方に  
基づいているのであろう。さらに著者は、消極説をとれば、訴  
訟が促進され、相殺の抗弁を民訴法一三九条によって時機に後  
れた防禦方法として却下できることと調和する、と述べている  
(三三頁)。そのほか、積極説が執行妨害に利用される虞も指摘  
している(五九頁)。

折衷説の中には、兼子一説(確知説)、梅本吉彦説(牽連関係  
説)、上田徹一郎説がある(ただし、上田説は取消権との関係で  
取り上げられている)。著者は、いずれについても反対してい  
るが、その理由は、これらによると既判力の範囲を確定する基  
準が個別的事情に依存することになり、基準が不明確になると  
いうことである(一七頁以下、九八頁以下)。

著者は取消権(九三頁以下)および手形の白地補充権(一〇  
六頁以下)についても消極説を支持しているが、相殺権につい  
て詳細に論じられた著者の考えからすれば、当然であろう。

以上の著者の見解についての私見であるが、私は、基本的に  
これに賛成である。とくに、消極説も、反対債権が消滅するも  
のであると考えているわけではないということは、これまで必

ずしも明確に認識されておらず、著者がこの点を強調したこと  
は重要である。また、積極説が実体法を重視するのに対して、  
既判力は実体法の規定外の事象であると指摘した点にも、注目  
すべきである。

なお、請求異議の訴えと民訴法一三九条との関係に関して著  
者は私(石渡)の論文を引用しコメントを加えておられる。す  
なわち、著者は、前述のように、消極説は一三九条の却下と適  
合すると述べておられるが、そのさい、石渡論文は、請求異議  
の訴えと民訴法一三九条とは直接関係ないと論じており、その  
点で著者と立場を異にしている、と述べておられる(三四頁注  
(8))。私は、引用されている論文において相殺の抗弁が民訴法  
一三九条により却下されうることを主張した。この結論はたし  
かに消極説と適合しやすい。しかし、一三九条は請求債権の観  
念的確定の遅延の防止を目的とするものであり、一方、請求異  
議をめぐる問題は、反対債権をもって請求債権の執行、すなわ  
ち事実上の実現を阻止できるか否かの問題であるから、一応両  
者は別の問題である、と私は今でも考えている。この問題につ  
いては、より詳細に私見を述べたいが、それは書評の枠内では  
なしえないので、後日の課題とさせていただきます。

## (二) 第二編 既判力の客観的範囲拡張の問題

第二編第一章では、実質的に前訴の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理由で、排斥でき

ないのは不合理であるとの考えから、そのための解決策として黙示による中間確認の訴えを認めることが提案されている。つまり、当事者の意思を推定して黙示の確認の訴えの提起があり、また、判決理由中の記載に黙示の裁判があったものと擬制するのである。

この点に関して従来提唱されていた解決策としては、①訴訟物の理解を修正する方法(兼子一理論、加藤正治理論)、②既判力が生じる判決の判断内容を訴訟物よりも広く解する方法(先決的關係、矛盾關係にも既判力が及ぶとする方法)、③ツォイナーの意味関連の理論(美体法的視点からのアプローチ)、④新堂幸司教授により提唱されその後諸家により発展、深化せしめられた争点効理論(訴訟法的視点からのアプローチ)、⑤訴訟上の信義則を援用する方法(竹下守夫理論)、⑥行為効(伊東乾理論)および判決の証明効(山木戸克己理論)の理論が挙げられている。著者は、これらの解決策にはいずれも問題があるとする。すなわち、①は、具体的な訴訟の経過について考慮がない。②乃至④は判決の効力の範囲と訴訟物の不一致を正当化する根拠を示していない。⑤につい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である。⑥はいずれも今後の理論であるとする(一三二頁以下)。

著者は黙示による確認の訴えを、登記手続請求事件の判決の既判力は請求の基本となる物権の存否には及ばないとの結論を打ち出した最判昭和三〇年二月一日民集九卷一三号一九〇七

頁の傍論から示唆を受けて、提案した。理論的には、法解釈の決め手になるのは立法者の意思であるとの考え方が、基礎になつており(一一八頁。一一八頁にも同じ趣旨の論述がある)、立法者が中間確認の訴えの制度を設けた点を重視し、既存の制度を利用するのが法解釈の常道である、と述べている(一三五頁以下)。黙示による中間確認の訴えが認められる要件としては、争点効が生じる要件についての議論を参考にしながら、①訴訟物についての先決關係にある法律關係の存否につき、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なことが挙げられている(一四四頁以下)。黙示による中間確認の訴えが認められた場合の具体的な運用については、次のように述べられている。運用の基準は、基本的には、前訴で十分に審理がなされ、後訴で従前の資料に基づいて従前の主張がなされた場合に、後訴は遮断されるが、新事実に基づく新主張は遮断されない(一五三頁以下)。黙示による中間確認の訴えの対象は、先決的法律關係である(一五六頁以下)。判決事由の選択的競合の場合に、黙示による中間確認の訴えを認めるか否かについては、判決の結論にいたる事由(棄却事由)が唯一であったか否かで機械的に判断せず、十分な審理がなされていたか否かでこれを決めるべきであるとされている。しかし、著者は黙示による中間確認の訴えを認めるには慎重でなければならぬと考えており、判決事由の選択的競合の場合にこれを認めるのは結果的には稀になるであろうとしてい

る(一五七頁以下)。上訴との関係では争点効理論において、全部勝訴の当事者は、判決理由に不服がある場合でも、上訴できないから、この場合に理由中の判断に拘束力を生じさせることが問題になっている。著者は、この場合でも、黙示による中間判決を認め、ただし、新主張、新立証によって再度争う余地も認めている(一五九頁以下)。著者はまた、争点効理論において問題になっている係争利益の同一という点も検討している。すなわち、少額の係争利益のための訴訟で高額の係争利益が問題になり、後に高額の係争利益のための訴訟が提起された場合、前訴での高額の係争利益に関する判断に拘束力を認めていいかという問題である。著者は、係争利益の同一は、黙示の中間確認の訴えを認めるうえで重要な判断基準であるが、例外を許さない基準ではないとしている(一五九頁以下)。また、黙示による中間確認を認めるためには、後訴における当事者の援用が必要であるとされている(一六〇頁以下)。

第二編第二章で著者は、既判力の客観的範囲を規定する民法一九九条一項の立法の沿革を解き明かそうとする。それは、立法者の意思が法解釈の決め手になるとする、著者の基本的な立場からすれば、その提案する黙示による中間確認の訴えという解決策が、民訴法一九九条一項の立法の沿革から判明する立法者の意思に適合することを明らかにすることによって、提案に理論的拠り所を与えることができるからである。著者は、テッシュウ草案、ボアソナードの民法草案、旧民法証拠編七十七条

および関連する諸立法資料を渉猟し、丹念に分析したうえで、以下のような結論に達する。

日本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」という条文(およびその前身である旧民訴法二四四条の条文)と、ドイツ民訴法三二二条一項の「判決は訴えまたは反訴によって起こされた請求について裁判した限りで既判力が生じる」という条文の差異から、前者は形式主義後者は実質主義と呼ばれている。わが国では、両者は内容において同じで、表現の仕方が異なるにすぎない、つまり表裏一体であると解する見解(表裏一体論)が支配的である。著者は、複雑に絡んだ糸を解きほぐすようにして錯綜した立法の経緯を解き明かした。そこから著者は、わが国の立法者は意図的に形式主義を採用したが、ただし、既判力の範囲を明らかにするために判決理由を利用することを認めた点で、純粹な形式主義を後退させた、と推測している。実質主義をとり、「請求について裁判した限りで既判力が生じる」という文言のドイツ民訴法三二二条一項のもとでは、「裁判」の解釈によっては、既判力の範囲を判決主文に限定しない解釈の余地もある(二〇七頁)。しかし、形式主義のもとでは、したがって現行法のもとではかような解釈をとることはできず、「判決主文」訴訟物「既判力の範囲」の図式が維持される。現行法の枠内で既判力の範囲を広くしようとするれば、訴訟物の枠を広くとるか、黙示の訴訟物についての黙示の裁判を想定して、「主文ニ包含スルモノ」を訴訟物より

広く解するということになる(二〇八頁)。後者の方法は形式主義に反するようにも思えるが、著者は、立法者が前述のように形式主義を後退させていることから、現行法の解釈論としてもそれは可能であると(二二〇頁以下)。

第三章以下は判例評釈であり、第一章、第二章における著者の見解を補充するものである。著者は、自説である黙示による中間確認の訴えは、兼子一博士の共同訴訟人間の当然の補助参加の理論と一見似ているが、著者の見解は、「黙示の意思表示」という構成で当事者の意思を尊重する姿勢を基本としているから、当然の補助参加理論とは立脚している原理を異にするものである」と、述べている(二二五頁)。また、前訴と訴訟物を異にする後訴を信義則により排除する判例(最判昭和五年九月三〇日民集三〇巻八号七九九頁)に反対している(二三五頁以下)。

以上の著者の見解について私は次のように考える。著者の見解を「その基調は争点効理論と同一である(坂田宏助教)」とか、「争点効とは説明の仕方の差にすぎない」(新堂幸司教授)と評価する学説もある。たしかに、判決理由中の判断に拘束力を認める点で両者は共通しており、また、すでに紹介したように著者自身、黙示による中間確認の訴えを認める要件やその対象を検討するさいに、争点効理論における議論を利用している。

しかし、第一に、立法者の意思をあくまで重視するという法解釈の基本的立場に立ち、具体的には、既存の制度である中間確認の訴えを理論構成の道具にしている点において、第二に、判

決理由中の判断に既判力を認めるにあたり、擬制された意思とはいえ当事者の意思を媒体としている点において、著者の見解は争点効理論とは一線を画しているし、かつ独自性と学説史上における意義を有している。また、第二の点から、著者の見解は「個人主義的・自由主義的なイデオロギー」で生成されてきた近代民事裁判制度と、その理念(根本政策)の点で相いれない」という批判(納谷廣美教授)は、当たらない。

このように私は「黙示による中間確認の訴え」の理論を評価するが、遺憾ながらそれに賛成はできない。黙示による中間確認の訴えが可能であることを論証するために、著者はまず意思表示について黙示の意思表示があることを挙げ(二三六頁)、黙示による訴えの提起と黙示による裁判がありうる、と述べている(二四一頁以下)。いうまでもなく私法上の取引の場では黙示の意思表示が存在する。また、現在の訴訟行為論は、訴訟行為について私法上の意思表示の理論を準用ないし類推する余地を否定していない。しかし、この準用ないし類推が当然にあらゆる訴訟行為について行われるというものではあるまい。とくに訴訟手続においてもっとも重要である訴えの提起と終局判決に私法上の理論を準用ないし類推するには、慎重が必要であり、たんに、私法上は黙示の意思表示があるというだけでは、そのための理由付けとして不十分であろう。かかる準用・類推を認めるとしても、つぎに、黙示の訴え提起は、訴え提起が書面によらなければならないという要式性(民訴二三三条)および訴

状の送達の必要性（民訴二二九条）から問題が生じる。著者は、訴えの変更についてであるが、この点に関する欠缺は責問権の喪失によって治癒されるとの、最高裁の判例（最判昭和三十一年六月十九日民集一〇巻六号六六五頁）を援用して、自説を正当化しようとする（一四二頁）。この判例に賛成すべきか否かがまづ問題である。しかし、判旨がいうとおり要式性や訴状の送達に関する瑕疵が責問権喪失の対象になるとしても、それが本来手続を違法にすることは否定できない。そして、黙示の確認の訴えについては、訴訟係属のあいだは当事者には、いかなる点について訴えの提起があったとされるかは、必ずしも認識できることではないので、責問権の放棄・喪失は考えられないのではないだろうか。さらに、著者は、黙示による裁判の可能性を認める理由として、主文の内容を解釈するために理由中の判断が利用されることを挙げる。著者は、前述の、日本民訴法の立法者が形式主義を採用しながらこれを後退させたことも自説に有利に働くと、考えているようでもある（二〇六頁）。たしかに、請求棄却判決の場合理由中の記述が判決主文の解釈に、したがって既判力の客観的範囲の確定に必要である。しかしそれは、存在する主文の解釈のために理由中の記載が利用されるということである。そのことから直ちに、少なくとも明示的な形では存在していない主文を理由中の判断から擬制してやることを認めるのは、私には論理の飛躍のように思われる。

また理論上は瑣末な問題であるかもしれないが、私は、黙示

の中間確認の訴えの理論は、この訴えのための手数料が徴収されない点でも問題がある、と考える（この点は、納谷廣美教授も指摘しておられる。一七二頁参照）。著者は、このことを、確実に既判力を得られるわけではないからである、と説明している（一六一頁以下）。しかし、民事訴訟制度も国家の制度であるから、その利用においては受益者負担の原則が妥当するはずである。

そのほか著者は、黙示の中間確認の訴えが認められれば、当事者の積極的な利用や裁判所の釈明により、現在ほぼほとんど利用されていない中間確認の訴えの制度の利用がはかられるようになるであろう、と述べている（一六一頁）。しかし、これが認められると、当事者はわざわざ中間確認の訴えを提起する必要がある（とくに、手数料の負担を考えるとそうなるであろう）、裁判所も、明示的な中間確認の訴えを提起させるように、当事者に対して釈明権を行使する必要性を感じなくなるのではないかと、思われる。つまり、著者の理論が中間確認の訴えが本来の姿で利用されることを、かえって阻害するのではないかと、懸念されるのである。

### （三）第三編 債権者代位訴訟の既判力に関する問題

第一章で著者はまず、債権者代位訴訟の既判力に関する学説の展開を時間的な経過から三つの時期に区分している。第一期は、代位訴訟の勝敗に関係なく既判力は債務者に及ぶという、

従来通説、判例が君臨していた時期である。第二期は、代位債権者が勝訴した場合にのみ既判力が債務者に及ぶという、三ヶ月章説、福永有利説が抬頭し、通説、判例と対立した時期である。第三期は、この対立の止揚が試みられている時期で、現在は第三期である。著者の師であられる伊東乾教授が、学説的には第二期において内容的には第三期の学説に分類すべき学説を発表されていることと、この問題に関する判例研究(本書にも本編第三章として収録されている)を発表する機会を得たことが、著者がこの問題の研究に着手した動機になっているようである。

著者はこの問題に関する諸説を概観したうえで(二六一頁以下、二九二頁以下)、自説を展開されているが、ここでは諸説を概観する部分の再現は差し控え、著者自身の見解のみ紹介する。まず、問題を考える基本的視点として、①債権者代位訴訟に債務者を関与させるにはどうしたらよいかという点、②債務者を関与させたいじよう、一挙抜本的な解決が必要であるという点、③その場合の理論は現実的でないならばならず、したがって債務者が関与しない訴訟も考えておかなければならないという点が挙げられている(二七三頁)。とくに、②の点から、債権者の債務者に対する債権が代位訴訟の訴訟物になるとされていること(二七四頁)に、注目すべきである。

これらの視点から著者は以下のように述べている。①債権者が債務者を代位訴訟に引き込む義務を負うのであって、第三債

務者が引込参加申立てをしなければならぬわけではない。代位訴訟は債権者の事情に基づき提起されるものだからである。この義務の根拠を実定法上の明文規定に求めることはできず、「論理的必然性」が根拠になる(二七六頁以下)。②債務者を関与させる方法としては訴訟告知と訴状送達が考えられるが、前者においては、既判力と結び付ける場合の要件、効果が明確になっていない。むしろ、代位訴訟において債務者は当事者に準じる者であるから、後者によるべきである(二七八頁以下)。③債務者が訴状送達の手続をしなかったときは、第三債務者の応訴拒絶権の行使をまって、かつその後の裁判所の一定期間内の訴状送達の申立命令の不遵守により訴えが却下されることになる。ただし、第三債務者が応訴すれば、応訴拒絶権を喪失する(二七九頁以下)。④訴状送達を受けた債務者の参加形態は、民法七一条参加同七五条参加である。債務者が訴状送達後参加せず放置した場合も、既判力は彼に及ぶ(二八〇頁以下)。⑤債務者に連絡なく代位訴訟が行われた場合、既判力は相対的であり、訴訟の結果いかにかわらざ債務者に及ばない(二八一頁)。

第二章では、第一章の元になった論文の発表後に公刊された学説がフォローされ、とくに、池田辰夫教授が右論文に対して行われた批判が紹介され、それに対する回答が展開されている。池田教授の批判は、次の四点である。①債務者を共同被告とすることは、債権者にとって負担加重になる。②その場合共同

訴訟の要件が具備しているかが問題である。③通常共同訴訟が認められるとしても、上級審での併合審理が保障されていないくてよいのか。④代位債権者の第三債務者に対する訴訟についての債務者の手続保障についてどのように考えるのか、という点である（二九〇頁）。

これに対する著者の回答は以下のとおりである。①については、第三期の学説は、債務者の手続保障を考えることにより債権者に既判力を及ぼすことを、正当と考えているが、そうであれば、代位債権者の債務者に対する債権をたんに代位訴訟の訴訟要件と考えるより訴訟物と考えたほうが合理的であり、かつ、いずれと考えるても、関係者の負担はそれほど変わらない、と回答されている（三〇五頁）。②については、まず、たしかにこの場合文理上は民訴法五九条が規定する共同訴訟の要件を満たしていないが、同条の要件は例示的である、と述べている。そして、代位債権者の債務者に対する債権は代位債権者・債務者間の訴訟では訴訟物であり、代位債権者・第三債務者間の訴訟では訴訟要件である。このような両訴訟を共同訴訟とすることは、条文の趣旨に反しない、とされている（三〇七頁以下）。③について著者は、次のようにして必要的共同訴訟の場合の民訴法六二条が準用されるので、上訴審での併合審理が保障されるとする。すなわち、代位債権者は債務者と第三債務者を共同被告として訴えを提起するのであるが、この訴訟は、債務者・第三債務者間の訴訟を想定して、これに代位債権者が参加すると

いう構造をとるので、民訴法七二条の参加に類似しているため、同条が類推され、したがって六二条が準用されるというのである（三〇九頁以下）。④については、代位訴訟においては訴訟構造的に代位債権者は債務者に対しても自己の債権確認の訴えを提起すべきであり、代位債権者の債務者に対する訴訟と第三債務者に対する訴訟に民訴法六二条が準用されるので、債務者の手続保障は尽くされている、とされている（三一五頁以下）。

第三章は、判例批評であるが、そこで表明された著者の考え方は修正ないし補正を加えて第一章、第二章で展開されているので、紹介を割愛させていただく。第四章、第五章では非訟事件手続法七六条に関する諸問題が扱われている。

著者の見解は、債務者のための手続保障を尽くしたうえで既判力を債務者に及ぼそうとする点で、第三期の他の学説と同じ方向を目指している。しかし、代位債権者の債務者に対する債権を訴訟物としている点に、著者の独自性がある。そこからさらに、債務者の手続保障を尽くすために他の学説が債務者に対する訴訟告知を考えているのに対して、著者は訴状送達を考えている点も、特徴的である。

著者の見解に対する私の評価であるが、債権者代位訴訟は代位債権者、債務者および第三債務者の間で展開される多面的な争いであるので、代位債権者の債務者に対する債権をも訴訟物としたうえで、既判力を債務者に及ぼすという著者の考え方は、紛争の実態にかなっており、妥当であると解する。著者の考え

は、実質上代位債権者に債務者に対しても訴えを提起することを要求しているわけであるが、代位債権者が自身の意思でこの制度を利用しようとするのであるから、かような要求を受けることは妥当であろう。また、債務者に連絡をとらないままに代位訴訟を行った場合も考え、その場合の既判力は相対的であるとしている点も、現実的であって、支持できる。ただ、池田辰夫教授が指摘される点のうち、債務者に対する訴訟と第三債務者に対する訴訟が共同訴訟の要件を満たしているかという点、および、上級審での併合審理が保障されているかという点は、著者の見解にとつてかなり深刻であるようにも思われる。先に紹介したように、著者はこの点について回答しているし、私はそれは一応筋が通っていると思う。ただし、この点についての著者の見解は法文の文理から乖離し、理論構成上若干無理があることは否定できないように思われる。とくに、立法者の意思を重視し、法解釈の理論構成のための道具にできる限り既存の法制度を利用しようとする著者の基本的姿勢（第二編における「黙示による中間確認の訴え」の提唱においてこの姿勢はとくに鮮明である）がここでは貫かれていないとの感がないでもない。しかし、もともとドイツ法には存在しない債権者代位権の行使の手續上の問題を、ドイツを母国とする民事訴訟法に従って処理するいじょう、解釈論が法文の文理から離れ、若干の無理をおかすことはやむを得ないことであろう。むしろ、著者の考え方は債権者代位訴訟の構造に沿ったものであり、現行法

の解釈論としては無理の少ないものであるというべきである。

#### 四 第四編 既判力の本質に関する問題

既判力本質論は近時「没落貴族」にもたとえられるほど衰退しているが、それは、既判力本質論の実益が疑問視されたことと、学界の力点が既判力本質論から正当化根拠論に移行したことによる、と著者はみている。しかし、正当化根拠論が必ずしも具体的成果を挙げていないこと、および、法学の理論体系は制度や物事の本質を正確に理解し、その上に構築されなければならぬとの問題意識から、著者は既判力本質論の再生の必要性を説く。とくに、既判力本質論は既判力の範囲において発言すべきである、と述べている（三三八頁以下、三八六頁）。

かように著者は既判力本質論の再生を図るのであるが、そのさい、実体法説の復興を図った伊東乾教授の既判力論が出发点になっている（伊東教授の学説の内容と評価については、三六七頁以下）。

著者は自説を「新実体法説」と位置付けている（三九二頁）が、実質的には、実体法説と訴訟法説（拘束説）の折衷の見解である（著者自身自説を「折衷説」といえるかも知れないとも述べている。三九二頁）。すなわち、訴訟法説は、既判力現象の説明にはすぐれているが、なぜ当事者は既判力に拘束されるのかという既判力の根源を説明することができない。他方、実体法説は、既判力と当事者の主体性を結び付ける可能性を有して

いるが、当事者の行為の観点のみからみるのでは、既判力の公法的側面が無視されることになる点で、問題である。そこで、訴訟法説からは、既判力現象は訴訟法的性格であるということ、実体法説からは、既判力に対して当事者から働きかけることができるということを学ぶべきである、とされている（三八六頁以下）。そこから著者は既判力の淵源は当事者の意思に求められるとし（三八八頁以下）、自説を「当事者意思説」と名付けている（三九一頁）。具体的には、民法法一八六条（処分権主義）違反の場合ならびに氏名冒用訴訟および判決の詐取の場合、判決を受ける者の意思が判決に反映していないので、既判力は生じないとされている（三八九頁）。

著者は、私的自治の原則を既判力論に結び付けた点に、自説のメリットがあるとする（三九二頁）。従来の学説との関係について著者は、前述のように、自説は実体法説と訴訟法説の折衷であるとし、既判力正当化根拠論との関係については、正当化根拠論の中に法的安定説、手続保障説、二元説があるとしたうえで、正当化根拠論の中では二元説を支持される（三九三頁）。とくに手続保障説との関係について著者は、当事者の主体性を訴訟に反映させるべきであると考える点で、同説と自説は共通しているが、手続保障説が当事者の個々の行為と判決の効力を結び付ける点を批判し、同説は裁判が裁判所の行為であることを軽視している、と述べている。著者の見解が、既判力の淵源を当事者の意思に求めるといっても、「個々の当事者の行為や手

続保障と判決の効力を直接結びつけることなく、最終判断としての判決に当事者の意思が生かされたか否かを重視するのである」（三九三頁以下）。また、既判力の客観的範囲、時的範囲、主観的範囲についても、当事者の意思を中心に考えるべきであるとされている（三九四頁以下）。判決の効力に関して、今日争点効理論、反射効理論、信義則論などが有力に主張されているが、著者は、これらの理論を使うよりも、既判力で説明すべきである、と主張している（三九五頁）。

既判力本質論という訴訟制度の根幹にかかわる問題であるので、本編における著者の見解を評価することは、大変に困難である。しかし、法学の理論体系は制度や物事の正しい本質的理解の上に構築されるべきであるという著者の考え方に、私も共鳴する。かような考えから既判力本質論の再生を図ることに、大きな意義がある。ただし、既判力の淵源を当事者の意思に求めるという著者の真意は、やや理解しにくいようにも思われる。それでは、敗訴した当事者にとっては判決はすべてその意思に反するものであるから、既判力が否定されるのではないかという、素朴な疑問が生じる余地もなくはない。しかし、著者の見解に対してそのような反論が成り立たないことは、すでに引用した、著者の手続保障説に対する批判から明かである。個々の訴訟の結果ではなく、「最終判断としての判決に当事者の意思が生かされたか否かを重視する」のが、著者の真意である。そして、そうであるならば、著者の既判力本質論は、少なくとも

もその基本的方向において正当である、と私は評価したい。なぜなら、民事訴訟制度は、もとより国家が設けし国家により運営される制度ではあるが、民主主義国家においては、すべての国家的制度は個人の福祉のために存在するものであり、基本的に個人の意思に基づいて、個人の意思を生かすために利用されるべきだからである。

### 三 本書の全体的評価

二で、各編の論点を紹介するとともにそれに対する私の一応の考えを披瀝した。もとより、本書で取り扱われている問題はいずれもきわめて難しい問題であるので、必ずしも確定的な私見を表明することはできなかったが、要するに、第二編における黙示による中間確認の訴えの提唱以外は、私は多くの点で著者の考え方に共鳴している。以下では、本書の基礎にある著者の基本的な考え方や法解釈の方法論について、私の気付いたことを述べたい。

まず、著者が法解釈にあたり立法者の意思および(法)制度の目的(以下では単に「立法者の意思」という)を重視していることに注目すべきであろう。法解釈にあたり立法者の意思にいかなる意味をもたせるかは、法解釈方法論の基本問題であり、軽々に論じることができない。しかし、法が真に実現しようとするところを探求するためにも、また、解釈の結果が解釈者の恣意に左右されないためにも、少なくとも、立法者の意思を無

視してはならないであろう。けれども、それを明らかにすることは非常に困難なことである。著者は明治期のわが国の立法資料および母国ドイツの立法資料を実に丹念に蒐集、分析して、立法者意思の解明に努力された。本書の読者は著者がそのために費やされたすさまじいエネルギーに圧倒されるであろう。

また、本書の基調になっているのは、個人の意思の尊重である。この点は、とくに第四編で論じられた既判力本質論において明かであり、私自身の考えはすでに既判力本質論との関連で述べたが、本書の基本的思想を支持すべきものと考えている。

本書のもう一つの特色は、著者の考え方が、前述の立法資料のみならず、学説および判例の網羅的な蒐集と分析のうえに成り立っていることである。とくに、現在では非常に多数出版されている教科書であるとか、若手研究者がその出身大学ないし所属する大学の機関誌上に発表した学界へのデビュー作ということができる論文にまで著者は目を通している。しかも、著者は、本書に各論稿を収録するにあたり、初出後に公刊された文献を完璧にフォローしている。そしてそのさい、自説に対する批判を詳細に引用し、これに答えている。この著者の研究者としての誠実な態度に私は深い感銘を覚える。

なお、本書は既判力をめぐる問題に関する論稿を収録したものであるが、既判力をめぐる問題のすべてを取り上げているわけではない。著者自身、既判力の時的限界をテーマとする第一編において、相殺権、取消権、手形の白地補充権については論

じたが、解除権および家屋買取請求権は取り上げなかったことを、また、第三編で債権者代位訴訟の既判力を論じたが、これと類似する点のある取立訴訟およびその他の当事者適格の問題は取り上げなかったことを認めている。また、民訴法一八六条（処分権主義）違反の場合ならびに氏名冒用訴訟および判決の詐取の場合の判決の既判力については、既判力の本質を論じる第四編で言及されているが、必ずしも詳細に著者の見解が展開されているわけではない。さらに、相殺の抗弁についての判決理由中の判断の既判力（民訴一九九条二項の問題）や、口頭弁論終結後の承継人に対する既判力（民訴二〇一条一項の問題）は、本書では論じられていない。今後これらの問題についても著者の研究が公開されることは、民訴法研究者のみならず実務界のひとしく待望するところである。

最後に、本稿の論述が著者の見解に対する私の誤解に基づいてなされているのではないかと恐れているが、そのような記述があるならば、著者に御海容をお願い申し上げる。

（慶應通信、一九九三年一〇月、八、二四〇頁）

石渡 哲

木村 弘之亮 著

## 『多国籍企業税法』

——移転価格の法理——

移転価格の問題は、国際租税法の分野のみならず、租税法全体を見渡しても、国際取引法の領域を見渡しても、今、最も関心と呼んでいるものといえよう。移転価格の問題をめぐっては、誤解を覚悟であえて分類をこころみるならば、現在のところ、ごく大まかにいって、アメリカ的なアプローチとOECD的なアプローチの二つが存在し、両者がヘゲモニーを争っている状況である。

人により見解の相違もあろうが、アメリカは、移転価格税制の母国であり、この制度に関する実務も理論的研究も世界で最も進んだ国であると思われる（もちろん、アメリカにおける方向がいか悪いかという点は別として）。アメリカにおいては、法律専門家、会計専門家のみならず、数多くの経済学の専門家が、この問題について積極的に発言している。そのアメリカにおいて、様々な分野の専門家のバック・アップを受けた内国歳入庁が、移転価格税制の適用において（世界的に見て）独走傾向を示し、従来の *arm's length price* に基づいて課税を行う