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

Title	既判力に関する実体法説と訴訟法説(翻訳)
Sub Title	Materielle und prozessuale Rechtskrafttheorien (translation)
Author	Roth, Herbert(Deguchi, Masahisa) 出口, 雅久
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2016
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.89, No.6 (2016. 6) ,p.97- 116
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20160628-0097

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.

資料

既判力に関する実体法説と訴訟法説（翻訳）

ヘルベルト・ロート*
出口雅久／訳

［訳者前書］

本稿は、二〇一五年六月一五日に慶應義塾大学大学院法務研究科において開催されたレーゲンスブルク大学法学部ヘルベルト・ロート教授の講演原稿の翻訳である。原題は„Materielle und prozessuale Rechtskrafttheorien"（原文は Ritsumeikan Law Review Nr.33 2016 S. 83–96 に掲載予定）である。本稿を慶應義塾大学の『法学研究』に掲載することをご快諾いただいたロート教授に心より御礼申し上げる次第である。なお、ロート教授は、同じタイトルの講演を六月一一日に京都・立命館大学末川記念会館においても開催している。

さて、まずはじめにヘルベルト・ロート教授についてご紹介する。ロート教授は、一九五一年四月一七日にドイツ・バイエルン州ロスハウプテンに生まれ、一九七〇年から一九七五年までレーゲンスブルク大学、チュービンゲン大学で法律学を学び、一九七五年に第一次司法試験に合格後、民法学の大家ディーター・メディクス教授研究室の助手として採用され、一九八一年に„Haftungseinheiten bei §254 BGB"で博士論文を提出し、一九八六年にはミュンヘン大学法学部に教授資格請求論文„Die Einrede des bürgerlichen Rechts"を提出した。一九七九年から一九八〇年までハンブルク・外国および国際私法マックスプランク研究所研究助手、一九八〇年から一九八二年までバイエルン州司法省政府法律顧問、一九八二年から一九八四年ま

でミュンヘンおよびレーゲンスブルク検察庁検事、一九八四年から一九八五年までレーゲンスブルク地裁判事、一九八五年から一九八七年まで一九九〇年バイエルン州司法省上級政府法律顧問、一九八七年から一九九〇までハイデルベルク大学法学部教授、一九九〇年から一九九六年までミュンスター大学法学部教授・国際経済法研究所所長、一九九六年から二〇〇〇年までハイデルベルク大学法学部教授、二〇〇〇年よりレーゲンスブルク大学法学部教授、二〇一〇年より国際訴訟法学会会員、二〇一二年よりドイツ法系民事訴訟法担当者会議議長として国内外での司法、行政、教育、研究の各分野でご活躍である。

ロート教授の日本の民事訴訟法学者との最初のコンタクトは、二〇〇六年に日本民事訴訟法学会（松本博之理事長（当時）において外国人招聘研究者として岡山大学での大会に招聘され、「改正されたドイツの上訴法」について報告された時に遡る（民事訴訟雑誌五三号八五頁以下参照）。今回の来日は、二〇一五年六月一三日に立命館大学衣笠キャンパスで開催された第二七回日本公証法学会の外国人招聘研究者として招聘され、同大会において特別講演会「ヨーロッパ化によるラテン系公証人制度の規制緩和?」本間学訳（公証法学四五号七七頁以下）を開催された。筆者は、ロート教授とは、主にヨーロッパで開催されているドイツ法系民事訴訟法担当者会議、ドイツ国際手続法学会、国際訴訟法学会等で過去一〇年間ほぼ毎年お会いする機会があり、今回の二度目の来日についてもお手伝いをすることになった次第である。なお、ロート先生の来日にあたっては、日本公証法学会理事長・岩志和一郎教授（早稲田大学法学学術院）をはじめ日本公証法学会理事会の方に大変お世話になったことを、この場をお借りして御礼申し上げる次第である。

本稿は、ドイツ民事訴訟法学界の中でもドグマティカーとして著名なヘルベルト・ロート教授に、民事判決の既判力の理論的な解明というドイツ民事訴訟法学の古典的なテーマである「既判力に関する実体法説と訴訟法説」について書き下ろしで執筆していただいた講演原稿の翻訳である。本誌に掲載していただくにあたりお骨折りいただいた慶應義塾大学大学院法務研究科三上威彦教授に心より御礼申し上げる。なお、本稿は、二〇一五年度立命館大学「研究の国際推進化プログラム」研究課題：『EUとアジアにおける紛争解決手続の比較研究のための学術ネットワークの構築』の研究成果の一部である。

最後に、私事にわたり大変恐縮ではあるが、ロート教授

が来日中の二〇一五年六月一〇日に敬愛する石川明慶應義塾大学名誉教授がご逝去された。お亡くなりになる前日六月九日の朝に京都の研究室から石川先生にお電話を申し上げたのが先生との最後の会話であった。石川明先生には、訳者が一九八六年に慶應義塾大学大学院法学研究科修士課程に進学して以来、ドイツ学術交流会によるフライブルク大学留学をはじめ、三〇年間公私共々大変お世話になり、京都・立命館大学法学部に就職後もご指導を賜った。石川明先生とともにＤＡＡＤ友の会、フンボルト会などを通して日独法律家交流を推進することができたことは、訳者自身の現在の学問研究の基礎となっている。この場をお借りして、これまで育てていただいた学恩に感謝するとともに、心より石川明先生のご冥福をお祈りし、ドイツ法系民事訴訟法会議議長であるヘルベルト・ロート教授の追悼の辞とともに本稿を故石川明先生に捧げることをお許しいただきたい。なお、本講演会は、故石川明先生がシューレの皆様方と協力して創設された「石川明教授記念手続法研究所」のご援助により開催することができたことを衷心より感謝申し上げる次第である。

Ⅰ　既判力の目的

判例および民事訴訟上の文献においては、既判力の目的についての見解は一致している。既判力の目的は、訴訟を終了させる裁判の内部的存続を保障することにより、前訴において勝訴した同一の訴訟物については、その上に第二訴訟においてはもはや提起することはできなくなることにある。[1] 裁判の内容的存続が、法治国家原則の本質的な要素となっている法的平和を実現するのである。[2]

裁判の存続保護は、以下の二通りの方法で保障されている。まず第一に、第一訴訟の訴訟上の訴訟物が第二訴訟の訴訟上の訴訟物と同一である場合に実現される。したがって、売却代金を求めた訴えで勝訴した原告は、第二訴訟において同一の請求権を再度請求することはできない。同じく、第一訴訟において敗訴した原告は、第二訴訟において訴えを新たに提起することはできない。第二に、第一訴訟が第二訴訟の先決関係にある場合には、第一訴訟の内容は保護される。すなわち、前訴の主たる問題が後訴の前提問題となる場合である。たとえば、第一訴訟において、被告と締結した売買契約が有効であったと原告側に有利と判断

された場合には、債務者遅滞（BGB二八〇条二項、BGB二八六条）を理由とする損害賠償を求める第二訴訟においては当該売買契約の無効を主張することはできない。両事例において、既判力は、特定の訴訟物に関する当事者間の争いを最終的に終結させるべきとされている。これにより既判力は、裁判の外的な存続力を保障する形式的既判力（ZPO七〇五条）の必要不可欠な補完である。

Ⅱ　理論の形成

しかしながら、最近になっても、既判力の合意された目的はいかなる方法において達成されうるかについては、未だ最終的な合意には至っていない。本稿では物理的および時間的な理由からごく一部しか説明できないが、二つのそれぞれはっきりと異なる個別の理論が対峙している。いわゆる「実体法説」と「訴訟法説」は、注釈書[3]や教科書[4]において依然として多かれ少なかれ詳細に議論されている。

1　実体法説

a　内容

とりわけドイツにおいて従来から主張されてきた実体法説は、判決と実体的な法状況は常に一致すると想定している。この見解はパンデクテン法の伝統に従うものである。[5]正当な判決と不当判決との間には、かなりドグマティックな相違点がある。正当な判決は、現存する法状況を確認し、確認された法効果に対して追加的な債務名義を形成する。正当な判決は、法形成的な効力ではなく、もっぱら宣言的な効力だけを有しているに過ぎない。これによって、判決の多数は少なくとも提起された上訴審で最終的に正当とされるので、大多数の訴訟事件はそのように理解されている。これに対して、不当判決は実体的な法状況を変更するものであり、したがって、設権的（konstitutiv）な効力を与える。実体法上存在しない法効果が承認されると、既判力は法形成的な効力を伴う権利を発生させる。したがって、実体法上存在している権利が訴えの棄却によって否定されると、実体法上存在する権利は判決の既判力によって消滅する。すなわち、「既判力は当事者間の権利を創造する（res iudicata ius facit inter partes）」。判決は、両当事者間の実体的法律関係も、第二訴訟の裁判所の裁判も確定する。現在の法状況は第一裁判所によって表明されるので、第二訴訟の裁判所は実体法に対する拘束を遵守しなければならない。

この学説によれば、判決内容と真の実体的な法状況との相違は存在し得ない。両当事者に対して、あたかも二重の法秩序（doppelte Rechtsordnung）とともに生活するという無理な要求をすることはしない。[6] 実体法説の変種としては、既判力を有する判決は、判決で言い渡された法効果が正当にも存在していることに対する反駁不可能な推定を理由付けようとする見解である。[7] 既判力に関する実体法説は、たとえばアメリカ合衆国および英国の民事訴訟法にも影響している。英米法系において主張されている見解によれば、判決における本来の請求権は混同（merger）する。「混同」（Merger）とは、判決が請求権を吸収することにより、原告に有利な判決効が及ぶことを意味する。[8]

b　ライヒ裁判所

Savigny[9] にまで遡る実体法説は、とりわけ、Pagenstecher[10] や Kohler[11] という学者との結び付きがあるが、遅くとも一九〇〇年以来のライヒ裁判所の判例においてもすでに賛同を得ていたとされている。[12]

2　訴訟法説

a　訴訟法説の内容

今日ドイツでは、一九三〇年にライヒ裁判所[13] が採用した近時の訴訟法説が明らかに支配的である。近時の訴訟法説は、公共の利益を強調するが故に「公的」または「公法的」あるいは「公の」（publistische）理論と呼ばれている。この学説は、スイス[14] またはオーストリア[15] においても支配的な見解である。この学説によれば、判決は――形成判決を別にすれば――実体法を変更せず、専ら実体法について裁判するだけであるとされている。現存の法的状況は法創造されるのではなく、裁判所によって宣言的に確認されるのである。[16] 判決の正当性に関する言明が行われるのではないので、当事者はある種の「二重の法的秩序」とともに生活することになる。既判力の効力は、伝統的な理解によれば、第一訴訟の判決の裁判内容が第二訴訟に対する基準となるという点に尽きる。[17] ドイツ連邦最高裁（BGH）は、これに関して以下のような判決理由を述べている。すなわち、「法的平和および法的安定の維持という公的利益に深く根付いている既判力は、たとえ裁判が間違っていたとしても、既判力それ自体は甘受されなければならない、という強力な効力を発展させてきた。かかる公的な関心事に対しては、個々の実体法も譲歩しなければならない」[18]と。

b　訴訟法説の影響

訴訟法説は二つの刻印に現れている。「拘束説（Bindungstheorie）」によれば、既判力の効力は、第二裁判所の判決は、第一裁判所の判決と乖離してはならないという程度で制限を受けている。[19] 既判力は、かかる見解によれば、「不服申立の禁止（Widerspruchsverbot）」を包含している。この不服申立の禁止によれば、第二の裁判所の個々の事例においては、同じ内容の判決が言い渡されうることになる。これに対して、一事不再理の原則（ne bis in idem Lehre）によれば、第一訴訟の判決の既判力は、第二訴訟において確認された法的効果に関する異なった裁判に対置するだけではなく、これに関する一切の新しい弁論を阻止する。したがって、既判力は、消極的訴訟要件として効力を有しており、「再訴禁止効（Wiederholungsverbot）」を包含している。再訴禁止効にもかかわらず提訴された第二の訴えは、同一の訴訟物に関する対席による当事者訴訟は繰り返されてはならないので、原則として不適法として却下されなければならない。

c　ドイツ連邦最高裁判所の判例

訴訟法説は Stein[20] や Hellwig[21] によって主張されてきた。今日まで貫徹されてきたのはドイツ連邦最高裁判所でも採用された一事不再理の原則（ne bis in idem Lehre）である。[22] ドイツ連邦最高裁判所は、「裁判所の威信、法的安定性、当事者間の法的平和の維持のためには、同一のすでに既判力によって判断された事件に関する一切の争いは当事者に対しては拒絶されるべきであり、それに関するすべての裁判は不適法であることが望ましいと思われる。したがって、前訴訟において言い渡された判決の既判力は職権で斟酌されなければならない」[23] と判決理由において述べている。

3　既判力の統合説（Vereinigungstheorie）

近時、既判力の効力の観点を全体としてより明確に把握するために、既判力に関する実体法説（上述1）と訴訟法説（上述2）を統合しようとする試みが主張されている。すなわち、この既判力の効力は実体法的な構成要素もまた訴訟法的な構成要素も具えている。その実体法上の効力は、まず第一に判決に向けられるべき訴訟当事者に関わるものとされているし、大部分はそうである。[24] したがって、判決は実体法をも変更するという考え方は説得力があるとされている。これに対して、訴訟上の効力は、両当事者の裁判

所に対する関係に現れるものであり、保障されるべき権利保護の一回性を確保するとされている。[25] かかる見解の主張者は、とりわけ民事訴訟法の Stein/Jonas 大注釈書における Leipold や二〇一四年に刊行された民事訴訟法体系書の著者である Braun である。[26][27]

Ⅲ　学説の実務的な利用可能性

1　学説の前史と評価

一〇〇年以上前から展開されてきた学説形成の努力は益々疑問視されている。近時、提示された学説上の争いには学問上の意義は認められるものの、実務的にはほとんど重要ではない、と夙に指摘されている。[28]

2　問題設定の意義

しかしながら、目下の理論問題（上述1）を軽視する傾向とは逆に、むしろ「既判力の性質」に関する議論は、それどころか「そもそも法の本質とは何か」について探求するレベルにまで高められている。[29] それは、どのようにして既判力のある判決に対する拘束を適切に説明することができるのか、という民事訴訟法における理論上の根本問題のひとつであるとされている。[30] 法律学の役割として、常に具体的な個別の推論をそこから導くことができない場合であっても、法的現象の本質に迫ることが必要であるとされている。[31] 説明された調査結果から、問題設定の意義が解決策のために発展された学説の問題解決能力とは反対の関係にある場合に、学説が拒絶されるのは明白である。しかし、これにより最終的に――もっともドイツにおいてむしろ稀にしか問われないが――現代の民事訴訟法一般における「学説」、そして、とりわけ既判力の理解に対する「学説」はとりわけ今日において依然としていかなる意義を有しうるのか、という問題を避けては通ることはできない。この点について以下において詳論することにしたい。

Ⅳ　民事訴訟法における学説形成

1　学説形成の特徴

学説の結論が義務規定（Sollensordnung）としての法の現象形態に関する説得力のある言明に繋がる場合にのみ、そもそも学説について語ることができる。前述した通り（上述Ⅲ-2）、既判力理論では、理論タイプから言えば、特殊な訴訟上の法律問題に関するある種の「ニッチな理論

(Nischentheorie)」が問題とされている。むしろ、すべての民事訴訟上の判決手続の理解に影響を与えるような「大理論」が重要である。かかる大理論とは、その意義において、たとえば「訴訟物理論」[32]または強制執行法における「差押質権理論」[33]などが比較の対象となりうる。Dieter Medicus は、一般民事法の領域に対して「中心的な対象を取り扱い、それに対して多くの結論を導き出す」解釈方法を付与するものを「大理論」と特徴付けた[34]。かかる理解は民事訴訟法にも当てはまる。

2　法の不備の補完

古典的な民法に対しては、「大」理論は広範囲に及ぶ法典化としてのＢＧＢ以前の時代、とりわけ普通法に由来している、と指摘されてきた[35]。これに対して、近時では、もはや新しい理論の形成には至っていない。かかる言説に関する説得力のある理由としては、一九〇〇年一月一日以来生じている法的な紛争問題は、民主的に正当化された法律によって解答が与えられるべきであり、理論によってではない、という理由が挙げられている。ちなみに、「大理論」として伝承される理論も、今日ではむしろ真剣に受け止められていないようである。

かかる一般民事法に関する調査結果は民事訴訟法においても類似性が見られる。実体法説はパンデクテン法の伝統的な学説に由来していた（上述Ⅱ－１－ａ）。それに対応して、既判力は、当時一般に実体法の問題として考えられていたので、一八七九年ＺＰＯ（ＣＰＯ）には既判力は規定されていなかった[36]。この問題はパンデクテンの領域に属するものであった。第二委員会は、ＢＧＢ草案一九一条をＺＰＯに規定することを決定した。規定草案によれば、「裁判で認められたことはもはや争うことができないし、裁判で否定されたことをもはや主張することはできない」とされていた。しかし、一八九八年のＢＧＢ改正法[37]においてはこれについては全く規定されなかった[38]。今日までＢＧＢにおいても、またＺＰＯにおいても判決効の性質については詳細な規定がなされていない。かかる両方の大法典の規定の不備の故に、一八七九年一〇月一日のＣＰＯ施行後および一九〇〇年一月一日のＢＧＢ施行後においても、競合する複数の理論の発展の余地があったのである。立法者が基本問題の規定においてその法典化に際して意識的に法の不備をそのまま残したとすれば、そこには学説形成の空間が存在することになる。

3　学説の発見的機能（Heuristische Fuktion）

学説の最も洗練された機能は、新たに生じる、まだよく考えられていない問題や事例形成を創設する学説の適性の中に見出すことができる。これは「理論の発見的機能」と呼ばれている。しかしながら、判例と学説は圧倒的に他の方向に向いている。[39] すなわち、理論が不適切または全く支持できない結果をもたらす場合には、かかる理論は即座には受け入れることはできない。むしろ、その場合には、理論は放棄されるか、あるいは、少なくとも修正される。学説の発見により事後的にも理論に順応させる必要のないほど体系化された「強力」な論拠が強調されることがある。[40] 私の見る限り、近時における既判力理論に対してはもはや誰も発見的機能があるとはみなしていない。むしろ、個々の問題の裁判は特定の既判力理論の言明からは導き出すことができない、という確信が支配的である。むしろ基準となるのは、現行法規および一般的な法律原則であるとされている。[41] かなり広く利用されている実務家による注釈書における学説に懐疑的な訴訟法の理解は、「学説上の争いは実務には何らの影響もない」と述べるまでに至っている。[42]

4　学説の説明的機能

文献においては、しばしば既判力の「説明的」機能が強調されている。かかるタイプの理論は、発見的理論と比較すると、明らかに控えめに主張されている。説明的機能は、専ら、これまでにすでに確立されてきた解決策を型通りの説明において両立する考え方や支配的な原則を立てることである。（上述のⅢ－1）。それに応じて、「既判力の本質」に関する理論には、とりわけ教育的機能および説明的機能があると言われている。[43] したがって、法的な紛争問題の解決策と結論について学説が判断するのではない。むしろ、学説は事後的にはじめて選択され、学説は確信を得たと考えられた解決策を簡潔に要約することができるものと定義付けられている。

それどころか、すべての――時々明確に定義されるように――既判力に対して主張された学説が現行法と両立しうると考えるならば（上述Ⅲ－1）、その説明的機能さえも疑問視されることになる。その限りにおいて、かかる学説には全く識別能力が欠けていた。しかし、実態は今ここで述べられたようにはなっていない。

Ⅴ　説明適性

1　訴訟法説

a　公的利益の強調

まず訴訟法説を最初に説明する。訴訟法説は、その説明の中でかなり広範に保障された既判力の影響の長所（以下Ⅴ-1-a）。訴訟法説は既判力の公的な意義を強調することにより、まず第一に当事者と国家の関係を視野に入れる。裁判所は、法的安定性と法的平和という理由から再度にわたって同一の紛争の裁判を繰り返して利用されてはならない。

b　訴訟法説の長所

訴訟法説は、その出発点から少なくとも四つの問題領域を適切に解決することができる。第一に、第一訴訟と第二訴訟の訴訟物が同一である場合には、矛盾した裁判のみならず、裁判が蒸し返されることも不適法である。したがって、蒸し返された訴えは支配的な見解によれば不適法として却下される（上述Ⅱ-2-b）。第二に、既判力のある裁判が第二訴訟に対して先決的にのみ効力を有する場合（上述1）には、訴訟法説は納得できる解決策をもたらす。第二裁判所は、第一裁判所の既判力のある確認に拘束されるので、たとえば、新しい証拠調べの方法において第一裁判所の既判力のある確認を審理することはできない。第一訴訟の既判力は、新たな訴えが不適法として却下されないので、かかる場合には消極的訴訟要件としては効力を及ぼさない。むしろ、第二訴訟は、第二審がすでに既判力によって判断された問題について新たに取り扱う負担を軽減するので、逆に、第一審の既判力のある裁判は第二訴訟を促進することになる。「一事不再理」の原則は、事案において同様に考慮されている。[44] 第三に、訴訟法説は、難なく再審の手続または公序良俗に反する判決の偏取の事例（BGB八二六条）において実体法の状況にも遡ることができる（上述Ⅱ-2-a）。たとえば回復の訴え（Restitutionsklage: ZPO五八〇条七号b）は新たに発見された証拠方法に基づいて判決が攻撃される場合には、必然的に、第一判決は実体法によれば間違っていることが主張されなければならない。訴訟法説は、実体法の状況を何ら変更させないので、かかる可能性を提供している。[45] 第四に、訴訟法説にはその公的な利益を強調するために、発生した既判力は職権で斟酌なければならないことが前提とされている。[46]

2　実体法説

a　裁判による価値の引下げ

しかし、訴訟法説（上述1）にも弱点は見られる。訴訟法説は、第二訴訟の裁判官に向けられた想定モデルであるので、第二訴訟が提起されない場合にも、なぜ両当事者が既判力のある判決に拘束されるのかを十分には説明することができない[47]。正当な見解によれば、まさに両当事者は、両当事者間に下された判決の既判力に拘束されるべきであると理解されている[48]。これは、不当判決という例外事例ばかりではなく、また、裁判がまさに「正当である」場合にも妥当する。これについては、一八四七年にSavignyがすでに指摘している[49]。今日でも依然として説得力のある彼の定義付けを引用しておこう。

すなわち、「既判力は、その判決の固定化がまさに既判力の目的のすべての本質をなしている正当な判決の場合にも重要かつ有益である。いかに多くの法律関係それ自体が動揺し、また疑問視されるか、そして、いかに頻繁に現存の証拠方法が後に紛失したり、後訴の裁判官が現在の裁判官が正しく判断したことを間違いうるか、さらには、断固とした判断それ自体が（判決内容は別として）、継続する不確定さとは対照的にすべての当事者にとっていかに望ましいかを考慮に入れると――これらすべてを勘案すれば、やはり正当な判決の場合においても既判力の影響の高い重要性を認めるであろう。」と。

訴訟の主要な目的は、当事者の私的権利の実現にあるので、既判力は、場合によっては、少なくとも、それどころか、まず第一義的に当事者の利益に資するものである。既判力のある判決は、将来において当事者間で通用すべきことを表現している。これは、その出発点において、訴訟法説とは調和しないように思われる。再三指摘されているのは、現行の実体法は判決によって影響を受けずに存続すべきであるので、したがって、判決とは異なることができるという点である[50]。

これに対して、たとえば実体法説によって不当な請求棄却判決がされた場合においては、原告の請求権はもはや存在しないという想定は思いもよらないことではない。既判力のある判決が、実体権が将来においてもはや訴求することができず、そして法秩序によってはもはや保護されないほどに実体権を弱体化したとすれば、法秩序から見れば、もはや権利としてはみなされないように思われる[51]。これを裁判による実体権の価値の引下げと称することができる。

b　改善策

しかしながら、裁判官を通して具体的な法律効果を拘束力をもって固定化することをしかるべく強調する場合には、既判力のある判決に対する両当事者の望ましい拘束力は、恐らくは訴訟法説によっても理解することは可能であろう。判決は、正当または不当もしくはそれどころか不当であるが故に誤判とみなされるかは別として、国家行為として両当事者を拘束する。[52] 常に当事者は判決に対してその不当性について不服申立をすることは妨げられるのである。現代の公法的性格を有する訴訟法においては、当事者に対する判決の拘束力は明確に規定されている。[53] たとえば行政裁判所法一二一条、社会裁判所法一四一条および財政裁判所法一一〇条一項などである。これらの法規は、既判力のある判決が同一の訴訟物においては関係者を「拘束する」ことを明記している。かかる規定は民事訴訟にも全体として類推適用することができる。拘束力という視点から見れば、民事訴訟は公法的な裁判所の法規と何ら変わらない構造を有している。そうであるならば、不当判決と同様に、正当な判決による訴訟当事者への拘束力は、もはや実体法説からではなく、制定法の判断自体に基づいている。

かかる考え方が正しいとすれば、制定法による想定モデルは訴訟法説に親和的である。訴訟法説は、当事者と裁判所との関係ばかりではなく、両当事者間においても法的安定および法的平和を具現化している。両当事者に対する判決の拘束力は、判決の正当性に関する問題をかなりの範囲において不必要なものとする。既判力の目的に照らせば、実体権に対する変更は、だからこそもはや認められていないはずである。確かに不当判決は不当なまま残存するが、しかしながら、かかる判決の不当性は不利益を被った当事者によって新たに裁判所の審査に付することはできない。

Ⅵ　公的利益と私的利益の峻別

1　訴訟法的考察方法への軍配

これまで述べてきたことは、より大きな関連する事項に対しても妥当する。公的利益を強調する訴訟的考察方法は、旧ドイツ民事訴訟法（ＣＰＯ）が施行されて以来、民事訴訟法のすべての代表的な理論において広範囲において容認されている。これは、本稿において議論した既判力理論と並んで、たとえば、いずれにしても実務では支配的である二肢説による純粋に訴訟的に理解される訴訟物概念を取り扱った訴訟物理論に対しても妥当する。[54] 類似のことは、Ｚ

ＰＯ八〇四条の差押質権に関する一般に普及している理論にも当てはまる。[55]

２　実体法と訴訟法の混合状態

確かに実体法と民事訴訟法は無関係に並列しているものではない。Karl Larenz は、まさに現代の訴訟理論が既判力の効果に関する理論においてすべての実体法の関連を回避しようとするならば、現代の訴訟理論は実体法と訴訟法の連結を解き放ってしまうであろう、と現代の訴訟理論を批判した。[56] かかる見解は、明確な（誤りである）私的利益と公的利益との必要不可欠な分離可能性を出発点としている。

実際には、訴訟的構成要素は、実体法と訴訟法の混合状態の中に私法から分離させることができるほど強力な影響をもって登場してくる。[57] 私見によれば、この点に訴訟的考察方法が普及したことに対する決定的な根拠があると考えている。裁判所に対する両当事者の関係、そして、それによる既判力の公的な意義に目を向ければ、「一事不再理の原則」として理解される訴訟法説は、至る所で承認された結論を最も説得力のある形式で説明することができる。すでに詳細に述べたように、再度の裁判所に対する権利主張の禁止に対しては公的利益が強調されており、また訴訟法説によって概念的に浮き出させることができる（上述Ｖ－１－ｂ）。

これに対して、両当事者間の既判力の効力、すなわち、重点としては両当事者の私的権利が問題となっている場合には、正当な判決または不当判決の通用請求権（Geltungsanspruch）が浮かび上がる（上述Ｖ－２－ｂ）。かかる国家による通用命令は、同様に、法的安定性と法的平和を実現することにより、公的利益を保護している。したがって、両当事者相互の関係においても実体法から訴訟的構成要素は区別することができる。裁判官に対する拘束力が必然的に両当事者に対する拘束力を生じさせるのか、[58] あるいは、その逆かについては、議論を前進させる問題とは思われない。

最後に、たとえ裁判官の法創造において実体法を形成する要素があったとしても、実体法説は、裁判官の法創造の特殊性を説明する努力を払う必要もない。しかし、裁判官による法創造について正しく画された限界に関する問題は別として、裁判官は、制定法と法に拘束されているのであり、いずれにしても無制限にその立場にあることが許されているのではない（ＧＧ二〇条三項）。したがって、裁判

の確認的な機能というのは、裁判官の活動の周辺領域についてまで疑問視することはできない。[59] 立法者に対する裁判官の憲法上整備された関係は、以下のような主張によっては変更を受けない。すなわち、すべての判決は形成的な機能が認められており、あるいは――大袈裟に言うと――裁判があってはじめて当該の個別事例に対する適用可能な法規が創造される、[60] とする主張がこれである。

3　訴訟の動態と静態

最後に、訴訟に特有の動態的な構成要素についても言及することにしよう。最も重要な訴訟目的は、確かに両当事者の私的権利の実現にある。しかし、かかる言説は、動態的・時間的発展の中において経過する訴訟事象に関わるものである。訴訟においては、両当事者には法的審問請求権が保障され、それによって両当事者の司法的基本権（Justizgrundrechte）が実現される。訴訟が既判力のある判決に辿り着く場合には、動態的事象は訴訟において終結したことを意味する。判決は、国家行為として「静態的な」考察方法として二つの観点を認めている。すなわち、判決は、第二訴訟の裁判所を拘束し、訴訟の両当事者を拘束する。この時点に至っては、裁判所にとってもまた当事者にとっても実体法の変更も許されないし、またそれは有意義でもない。すなわち、実体法説も必要ではない。もっとも、判決が実体法の状態を変更させないとする、ほとんどすべての訴訟法説によって持ち出された定義も、不必要である（上述Ⅱ－2－a）。むしろ、実体法の状況に関する問題は、既判力のある判決の言渡し後に基本的にはもはや指標とはならないということが正当である。ちなみに、司法形成手続における法的審問請求権の保障を伴う実体的な既判力の関係はかかる方向性に向いている。すなわち、「自らの事件について審問を受けたものは、将来において同じことについて審問される必要はない」[61] とする方向性である。

4　訴訟法における学説形成の困難性

実体民事法と比較して、浮かび上がってくる民事訴訟法における理論形成の困難性は、訴訟法自体の特性にも根拠付けられている。すなわち、訴訟法ドグマは、実体法のドグマに対して、訴訟当事者と並んで、とりわけ、裁判所の関係者および両当事者の裁判所との関係者をも把握する必要があるので、その特殊性を有している。訴訟法は、高権的な（公の）構造を有している。Rolf Stürner は、最近、

この問題について極めて印象深い業績を公表している。[62]

5　説明機能

既判力に関する訴訟法説は、その首唱者であるKonrad Hellwigによって未だに断固として発見的な機能の理論（上述Ⅳ－3）とみなされてきた。[63] これは彼によって主張された「判決による確認という拘束力の性格に関する説明から以下のような個別原則が明らかになる」という定義付けに現れている。これに対して、既判力に関する訴訟法説は、その有利な点にもかかわらず、既判力に対する実体法説に対して単に説明的な機能でしかあり得ないことはもはや疑う余地もないとされている（上述Ⅳ－4）。しかし、訴訟法説は、かかる説明的機能を果たしうるものであり、そして、訴訟法説は現代の訴訟法ドグマを引き続き生産性の高いものとしていくであろう。

故石川明教授への追悼の辞

日本の高名な民事訴訟法学者・石川明教授が二〇一五年六月一〇日に逝去された。私は二〇一六年三月にハノーバーで開催されたドイツ法系民事訴訟法担当者会議総会において理事長として故石川明教授の追悼の辞を述べさせていただいた。石川明教授にとってドイツは第二の故郷であった。石川明教授は、日本とドイツとの文化的および法律学的な交流に対して生涯を通じて多大な精力を注ぎ込んで来られた。石川明教授のご逝去により、日独両国は民事訴訟法の領域において不撓不屈の精神で両国の法文化の仲介をされてきた学者を失った。石川明教授は日独両国において高く評価された研究者である。一九七八年以来、日本民事訴訟法学会理事として、また、数多くの政府関係の委員会のメンバーとしてご活躍された。数多くのドイツでの石川明教授の功績に対して、一九八五年にケルン大学、一九八八年にはザールブリュッケン大学より名誉博士号が授与されている。また二〇〇一年には古稀祝賀記念論集も刊行されている。ドイツの伝統的に刻印された訴訟法学の構造を日本に学問として定着させたことは、石川明教授が残された偉大な功績である。しかしながら、創造的な法の移植というものは決して一方通行ではない。その逆方向において、日本における法発展は、ドイツ訴訟法学の発展的形成において認識されただけではなく、それが斟酌されたことについて、ドイツにおける石川明教授の学問的影響に心より感謝申し上げる次第である。その例として、両国においてその重要性を増している裁判外紛争解決に関する最近

の彼のモノグラフィーを挙げることできる。しかし、かかる極めて卓越した学者を失ったことは決して学術的な影響力の終焉を意味するわけではないであろう。むしろ、石川明教授の数多くの門下の方々がその学術的な遺産を継承し、比較訴訟法学において日独関係の重要な役割を堅持することを期待して止まない。

＊ ヘルベルト・ロート（レーゲンスブルク大学法学部教授・ドイツ法系民事訴訟法担当者会議議長）

（1） Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Auflage 2011, § 62 Rdnr.1; Murray/Stürner, German Civil Justice (2004), 355; Zeuner and Koch, Effects of Judgements (Res Judicata): Int.Enc.Comp.L. XVI ch. 9 (1987) (Neudruck 2014), s.3.

（2） BVerfGE 73, 322, 327 f.

（3） 最も詳細な解説を掲載しているのは、Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Auflage 2008, § 322 Rdnr.18 ff. und MünchKommZPO/Gottwald, 4. Auflage 2013, § 322 Rdnr.6 ff.; ferner Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 73. Auflage 2015, Einführung §§ 322–327, Rdnr.5 ff; Hk-ZPO/Saenger, 6. Auflage 2015, § 322 Rdnr.8 ff; Musielak/Musielak, ZPO, 11. Auflage 2014, § 322 Rdnr.4 f. (knapp); Prütting/Völzmann-Stickelbrock, ZPO, 6. Auflage 2014, § 322 Rdnr.3; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 35. Auflage 2014, § 322 Rdnr.5 ff.; Wieczorek/Büscher, ZPO, 3. Auflage 2007, § 322 Rdnr.28 ff.; Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Auflage 2014, Vor § 322 Rdnr.14 ff.

（4） Braun, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts (2014), S.900 ff.; Jauernig/Hess (oben Fn.1), § 62 Rdnr.3 ff.; W. Lüke, Zivilprozessrecht, 10. Auflage 2011, Rdnr.358 ff.; Pohlmann, Zivilprozessrecht, 3. Auflage 2014, Rdnr.722 ff; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Auflage 2010, 151 Rdnr.3 ff.; Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Auflage 2014, Rdnr.1006 ff.; Zeiss/Schreiber, Zivilprozessrecht, 12. Auflage 2014, Rdnr.562 f.

（5） Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, 2. Auflage 1867, § 129 (S.344 f); りれとうとて概観するのは、Zeuner and Koch (oben Fn.1), s.11.

（6） Stein/Jonas/Leipold (oben Fn.3), § 322 Rdnr.22.

（7） Pohle, Gedanken über das Wesen der Rechtskraft, Gedächtnisschrift Calamandrei II (1958), 377; J. Blomeyer, Zum Streit über Natur und Wirkungsweise der materiellen Rechtskraft, JR 1968, 407.

（8） Koussoulis, Beiträge zur modernen Rechtskraftlehre

(1986), S. 65; Schack, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 4. Auflage 2011, Rdnr.180; Nachweise bei MünchKommZPO/Gottwald (oben Fn.3), § 322 Rdnr.7 mit Fn.13; Zeuner and Koch (oben Fn.1), s. 16.

（9） Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 6. Band (1847), § 280 (S.259 ff., 261: „Fiktion der Wahrheit“).

（10） Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft (1905), S.61 ff., 83, 302 ff. (insbesondere gegen Hellwig [unten Fn. 17]); 既判力に関する実体法説の細分化された理由付けに関する詳細については、Heim, Die Feststellungswirkung des Zivilurteils (1912), S. 115 ff.

（11） Kohler, Das materielle Recht im Urteil, Festschrift Klein (Wien 1914), 1; ders, Der Prozeß als Rechtsverhältnis (1888), S.64, 112.

（12） RGZ 46, 334, 336; 71, 309, 311; 75, 213, 215; 78, 389, 395（ここでとりわけ明確なのは、すなわち、「判決が表現したことは、その正しい理解における従前の実体法に合致しなかった場合であっても、今や法となるのである」）.

（13） RGZ 129, 246, 248（従来の相反する判例に関する分析が行われていない）.

（14） KUKO ZPO/Oberhammer (2010), Art.236 schweizerische ZPO, Rdnr.31.

（15） Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht, 7. Auflage 2009, Rdnr.878; Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2013, Rdnr.921.

（16） 既判力に関する訴訟法説の理由付けの詳細については、Heim (oben Fn.10), S.172 ff.（自ら訴訟法説を支持するのは S.248 ff.）; Überblick auch bei Zeuner and Koch (oben Fn.1), s. 12.

（17） RGZ 129, 246, 248; 167, 328, 334 以来の判例であるが（不明確である）; BGHZ 3, 82, 85 f.（とりわけ、Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts Erster Teil [1912], § 229 (S. 779) に依拠している。

（18） BGHZ 3, 82, 85 f.

（19） BGHZ 3, 82, 85 f.（しかし、実際にはこれは不明確である。すなわち、勝訴した当事者は同一の当事者と同一の訴訟物についてはもはや再度争う必要性はないとすべきである）.

（20） Stein, Über die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der neuen österreichischen CPO (1897), S.6; Stein/Juncker, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 2. Auflage 1924, S.290.

（21） Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, Erster Teil (1912), § 229 (S.777 ff., 780 ff.); ders., Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraftwirkung, in: Festschrift Luitpold von Bayern (1901), 45, 51 ff.

(22) BGHZ 34, 337, 339; 35, 338, 340; 36, 365, 367; 93, 287, 289（債務名義が紛失または毀損または消滅時効の中断のために新たな確認の訴えが必要な場合の例外について）; 123, 30, 34; BGH NJW 2004, 1805, 1806; BAG NJW 1955, 476, 479（訴訟判決に関する Bettermann の注釈）.

(23) BGHZ 36, 365, 367.

(24) Stein/Jonas/Leipold (oben Fn.3), § 322 Rdnr.31; Braun (oben Fn.4), S.903 も同様。

(25) Stein/Jonas/Leipold (oben Fn.3), § 322 Rdnr.36 ff., これについては、Zeuner and Koch (oben Fn.1), s. 13.

(26) Stein/Jonas/Leipold (oben Fn. 3), § 322 Rdnr.39.

(27) Braun (oben Fn.4), S.905.

(28) たとえば Hk-ZPO/Saenger (oben Fn.3), § 322 Rdnr.11; MünchKommZPO/Gottwald (oben Fn.3), § 322 Rdnr.13; Stein/Jonas/Leipold (oben Fn.3), § 322 Rdnr.24; Zöller/Vollkommer (oben Fn.3), Vorbemerkung § 322 Rdnr.14; auch Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 1974, § 47 III 1。これに対して Koussoulis (oben Fn.8), S.85 は、学説形成の実務上の利用可能性を支持する。

(29) Stein/Jonas/Leipold (oben Fn.3), § 322 Rdnr.26.

(30) So Rosenberg/Schwab/Gottwald (oben Fn.4), § 151 Rdnr.3.

(31) Stein/Jonas/Leipold (oben Fn.4), § 322 Rdnr.26.

(32) 比較的最近では、秀逸な体系的モノグラフィーである Althammer, Streitgegenstand und Interesse (2012) でも指摘されている。

(33) たとえば、Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage 2006, Rdnr.27.6 ff.; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Auflage 2010, § 50 Rdnr.46 ff. など解説されている。

(34) Medicus, Theorien im modernen Zivilrecht, in: Rechtswissenschaftliche Fakultät der Christian-Albrechts-Universität Kiel (Hrsg) (1984): Wolfgang Thiele. Reden zu seinem Gedächtnis, S.38, 39 ff.

(35) Medicus (oben Fn.34), S.43 ff.

(36) Stein/Juncker, Grundriß (oben Fn.20), S.290 f.; Pagenstecher (oben Fn.10), S.65.

(37) これに関して Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 23. Auflage 2014, Einleitung Rdnr.146.

(38) Hellwig, System (oben Fn.21), S.776 f.; Gaul, Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand, Festschrift Flume (1978), 443, 504.

(39) Medicus (oben Fn.34), S.53.

(40) 学説に懐疑的な私法理解における論拠の役割について、たとえば、H. Roth, Dieter Medicus (1929), in: Grundmann/Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtler des

20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler. Band 2 (2010), 339, 347.

（41） 明確かつ賛同に値するのは、Stein/Jonas/Leipold (oben Fn.3), § 322 Rdnr.24.

（42） Thomas/Putzo/Reichold (oben Fn.3), § 322 Rdnr.5.

（43） Stein/Jonas/Leipold (oben Fn.4), § 322 Rdnr.26.

（44） 正当にも Rosenberg/Schwab/Gottwald (oben Fn.4), §151 Rdnr.15; Jauernig/Hess (oben Fn.1), § 62 Rdnr.18; 反対は Stein/Jonas/Leipold (oben Fn.3), § 322 Rdnr.40: すなわち、第二の裁判所は既判力によって判断された先決問題に実体法上拘束されるので、先例拘束性においては既判力の実体的な効力が強調されるとする。

（45） Braun (oben Fn.4), S.903 ff; それについても言及するの Rosenberg/Schwab/Gottwald(oben Fn.4), § 151 Rdnr.8.

（46） これを争うのは、Braun, Materielle Rechtskraft und prozessuale Betrachtungsweise des materiellen Rechts, in: Festschrift Spellenberg (2010), 69, 70.

（47） Rosenberg/Schwab/Gottwald (oben Fn.4), § 151 Rdnr.9 はこれを認める。

（48） 異論は、Jauernig/Hess (oben Fn.1), § 62 Rdnr.5.

（49） Savigny (oben Fn.9), § 280 (S.263).

（50） かかる批判点については、とりわけ Stein/Jonas/Leipold (oben Fn.3), § 322 Rdnr.31.

（51） 注目に値するのは、Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1967, § 10 III (S.127).

（52） 基本かつ称賛に値するのは、E. Schumann, Fehlurteil und Rechtskraft, in: Festschrift Eduard Bötticher (1969), S.289, 310 ff.

（53） これを正当にも強調するのは、Rosenberg/Schwab/Gottwald (oben Fn.4), § 151 Rdnr.9.

（54） Nachweise durch Stein/Jonas/H. Roth (oben Fn.3), vor § 253 Rdnr.11 ff.

（55） Stein/Jonas/Münzberg (oben Fn.3), § 804 Rdnr.1 mit umfassenden Nachweisen.

（56） Larenz (oben Fn.51), § 10 III (S.128 Fn.1).

（57） Dazu allgemein H. Roth, Das Spannungsverhältnis im deutschen Zivilprozßrecht, in: Gottwald (Hrsg.), Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan (2009), S.149, 176.

（58） Häsemeyer, Prozeßrechtliche Rahmenbedingungen für die Entwicklung des materiellen Privatrechts - Zur Unvertauschbarkeit materieller und formeller Rechtssätze, AcP 188 (1988), 140, 162. も同趣。

（59） Neuner, Die dogmatische Bedeutung der materiellrechtlichen und der prozessualen Rechtskrafttheorie, ZZP 54 (1929), 217, 222. も、実体法説に軍配を上げるが、

具体的な権利は裁判官の判決によってはじめて存在することになる、とする主張に反対している。

(60) 異説は J. Martens, Rechtskraft und materielles Recht, ZZP 79 (1966), 404, 419。したがって、法創造説も貫徹することはできなかった、たとえば、Bülow, Gesetz und Richterarnt (1885), Neudruck 1972, S.41 ff.; Binder, Prozeß und Recht (1925); これに反対するのは Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (oben Fn.3), Einführung §§ 322-327, Rdnr.8 ff.; MünchKommZPO/Gottwaldn(oben Fn.3), § 322 Rdnr.15; Jauernig/Hess (oben Fn.1), 62 Rdnr.12.

(61) Rechberger/Simotta (oben Fn.15), Rdnr.878.

(62) Stürner, Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht, ZZP 127 (2014), 271, 277 f.

(63) Hellwig, System (oben Fn.10), § 229 (S.782).