

既判力の客観的範囲に関する考察

——争点効理論と立法的解決——

金子 宏 直

- 1 本論の目的
- 2 わが国の判例の検討
- 3 わが国の学説の検討
- 4 米国法
- 5 立法論
- 6 結語

1 本論の目的

確定した終局判決の請求権に関する裁判所による判断には既判力が生じる。既判力は、当事者間の関係を律する基準であると同時に、他の裁判所の矛盾する判断を禁ずる拘束力を持つ。既判力は、判決主文の判断に関してのみ生じるのが原則であり（民訴法一九九条一項）、既判力の適用される請求権の範囲は、訴訟物の同一性を基準に決定されると考えられている。したがって、訴訟物を異にする後訴における当事者の前訴の判断に矛盾した請求、主張、立証は、既判力により遮断されることはない。そのため、後訴裁判所は、前訴と異なる判断を下すことが許される。このような結果は、処分権主義、弁論主義、裁判所の自由心証主義といった民事訴訟法の一般原則に適合するものとして是認されている。

しかし、事実上同一の紛争に関して複数の請求権が成立する場合、それぞれの請求についての前訴となる事項の判断について既判力が生じないため、当事者間の法律関係が確定せず、同一の紛争をめぐる重複訴訟や実質的に既判力の抵触を生ずる可能性がある。この問題は、判決理由中の判断の拘束力に関する

問題と呼ばれている。

判決理由中の拘束力の問題に関しては、これまで多くの解釈論が展開されているが、そのなかで、新堂教授の争点効理論は中心的なものである。争点効理論は、前訴で当事者が主要な争点として争い、かつ裁判所の争点についての判断に生じる通用力で、同一の争点を主要な先決問題とする異別の後訴請求の審理において、その判断に反する主張・立証を許さず、これと矛盾する判断を禁止する効力と定義される⁽¹⁾。争点効により、例えば、売主の売買代金の支払請求訴訟において、契約の錯誤無効を主張して勝訴した買主が、同じ売主の目的物返還請求訴訟で同一の契約の有効を主張することは許されなくなる。このような後訴は、前訴を先決事項とするものではないし、物権理論により否定されることはないので、本来の意味の既判力の遮断を受けることはない。しかし、争点効理論は、その提唱当時下級審判例に採用されたが、最高裁判決（最第三小判決昭和44.6.24）により否定され、今日に至っている。本論の目的は、民事訴訟法の改正の議論が開始された今日において、争点効理論を認めることにかなる問題点が残され、また、いかなる解決方法があるのかを、立法論も含めて再検討することにある。

そこで、以下では、判決理由中の判断の拘束力に関して、わが国の判例がどのような取扱いを行っているかを検討することにする。

2 わが国の判例

1) 要素による判例の考察

本論では、判決理由中の判断の拘束力について裁判所がいかに判断しているかを客観的に検討する手段として、判例が後訴遮断の適否を判断するにあたり判決理由に示した要素の一覧表【表1】を作成した（後掲の資料）。【表1】で取上げた要素は、以下のような意義を有する。すなわち、〈d1：請求・主張の同一性〉、ならびに、〈d2：経済的目的の同一性〉は、〈d3：訴訟の実質的な蒸返し〉の判断に肯定的に働く要素である。〈h：後訴での主張が前訴で可能であった〉ことは、〈d1：請求の同一性〉が肯定されない場合でも、当事者の訴え、または主張を遮断する要素である。また、〈e1：紛争の発生からの時間的経過や前訴に要した時間〉〈f：前訴の審級〉等は、信義則適用の際の〈e2：相手方の法的地位の不安定さ〉（相手方の前訴確定による解決への信頼）を判断

[表1] 判例が後訴遮断を判断するために判決理由に示した要素の一覧

NO	a	b	c	d1	d2	d3	e1	e2	f	g1	g2	h	i1	i2
01	I			+					2	1			+	
02	I			+		+			1	1	+	+		
03	I			+		+			3	2				
04	I								3	1	+	+		
05	I			+					3	2		-		
06	I								1	1			+	
07	I								2	1				
08	I								1	1			+	
09	I								1	3			+	+
10	I			+					1	1				
11	I								1	3	+	+		
12	I								1	1	+	+		
13	E	IC	+	+					1	1	+	+		
14	E	IC	+						1	2				
15	E	IC	+		+	+	20	+	+					
16	E	IC	+	+	+	+	13	+	+			+	/	
17	E	IC	+	+	+	+	13	+	+		+	+		
18	E	I		+			04	+				+		
19	E		+			-			3	2	-	-		+
20	E								3	1			+	
21	E	C	+	+	+	+		+	1	2	+	+		
22	E	IC		+	+	+		+	1	1	+	+		
23	E	I		+	+	+	05	+	+	+	+			
24	E					-	04	-	-	1			-	
25	E			+	+		09	+	+	2	2		+	/
26	E	C		+			23	+	+	3	1			
27	E	I			+	-			1	2	+	+		
28	E			+	+		10	-	-	1	1		-	+
29	E	C			+	+			1	2				
30	E	CC			+	+	11	+		1	1		+	
31	E	CC	+	+	+	+			3	2			+	
32	E	CC	+	+	+	+	09	+	+	1	1		+	
33	E	I	+	+	+				3	1		+		
34	E	I	+	+	+	+			1	1		+		/
35	EI	I	+	+	+	+			1	1		/		/

【表1】の見方

表縦に、本文中の判例番号(判例一覧の番号に対応)を表す。表横に、+は肯定的評価、-は否定的評価、空白は言及がないことを示す。表横の英記号は、以下のような意味を表す。

a：遮断効の種別(I=争点効, E=信義則, EI=どちらともとれる), b：遮断効の種類(C=請求遮断, I=主張遮断, IC=請求および主張遮断), c：主観的範囲の拡張が為されている事例, d1：請求および主張が同一であるとの判断, d2：前後訴えの経済的目的の同一性について言及, d3：後訴が前訴の蒸返しにあたると言及, e1：紛争の発生, 前訴の提起, 審理等の時間的長さと言及(数字は年数), e2：相手方の法的地位の不安定さについて言及, f：前訴後訴が何審まで進んだか(1=第一審, 2=控訴審, 3=上告審, s=差戻審, d=取下), g1：前訴で十分な主張立証がなされたと言及, g2：十分な審理がなされたと言及, h：当事者の後訴での請求・主張が前訴において提出でき、提出し得べきと言及, i1：前訴後訴で原告被告の立場が入れ替わった請求を立てた(反訴を含む), i2：前訴後訴が平行して審理された(/=前訴が複数で同時に審理された事例)

〔表2〕事件類型別後訴遮断一覧

H2					35		
64	34	34					33
62	29	29		32		31	
60	25	26		29	28*	30	27
58	23	24*		26			
56	21	22		23		20	
54		21		19*			
52							18
50	17	15	16	16			
48		13		14	12	11	
46							
44		09			10		
42	08 05	03	04	06	07		
40	01	02					
	所有権 確認	登記 請求		土地建物 明渡	契約関係 損害賠償	不法行為 損害賠償	その他

【表2】の見方

表縦に、判決年（昭和・Hは平成）。表横の要素は以下の意味を表す。

所有権確認：不動産の所有権確認請求が含まれている，登記請求：登記請求が含まれている，土地建物明渡：建物取去土地明渡請求などの訴訟である。契約関係：契約の履行請求（不動産の明渡を除く）や契約責任に基づく損害賠償請求である，不法行為：不法行為に基づく損害賠償，その他：妨害排除請求など，以上のいずれの欄の数字は，判例の番号（判例一覧の番号に対応）を表す。また，それぞれの判例番号にアンダーラインなどがついているが，それらの意味は以下のようなものである。下線＝争点効を肯定したと思われる判例，波線＝争点効を否定した判例，*印＝信義則の適用を否定した判例，無印＝信義則を適用した判例である。

する要素となるし、争点効の適用の際の主張・立証、審理が十分に尽くされたかを判断する要素にもなる。〈i 1：前訴後訴での原告被告の入れ替り〉は、〈h：前訴での主張可能性〉を判断する要素になる。最後に、〈i 2：前訴・後訴の同時進行〉は跛行的法律関係の防止に関係している。

では、わが国の判例は、判決理由の判断の拘束力の問題をいかに処理しているのだろうか。判例を大別すると、①争点効を適用した初期の判例 {判例01ないし04}, ②昭和四十四年最高裁判決以降の争点効理論を否定する判例 {判例05ないし12及び20}, ③現在を含めた信義則について判断する判例 {判例13以降} に分けられる⁽²⁾。そこで、【表1】により、これら各時期の判例の傾向を見てみよう。

まず、争点効を適用した①の時期では、判例 {02, 04} のように争点効の要件として、前訴で争点とされ前訴における当事者の主張・立証や審理が十分になされたかを判断しているが、相手方の法的地位の不安定さや前訴での主張可能性については判断していない。

争点効を否定した②の時期では、判例 {12} のように前訴で主張・立証、審理が十分になされたと判断しても争点効を否定している。これは、この時期の判例が、「判決理由中の判断には、既判力類似の効力（いわゆる争点効）は認められない」というように、争点効の理論自体を否定しているためと考えられる⁽³⁾。

信義則について判断する③以降現在までの判例では、①②の時期の判例に比べ、判決理由中に、多くの要素が含まれていることが分かる。

以上のような一般的傾向とは別に、個別の判断要素に関して、いくつかの特徴が見られる。例えば、主張可能性を肯定することは、前訴後訴での請求・主張の実質的同一性を補強する要素と考えられているようである。主張可能性を否定的に評価する判例 {24, 28} は信義則の適用も否定しているが、これらの事例において、前訴判決後の事情変更や公序良俗違反による無効が主張されている点が注目される。これらの主張は、争点効等既判力以外の判決の拘束力を支える法的政策（紛争の一回的・統一的解決等）と対抗関係にある法的政策（紛争実体への適合、公益的目的）を考慮したものとも考えられる。

また、前訴後訴で原告被告の地位が逆転している判例 {19, 28} は、信義則の適用を否定している。争点効を否定した判例 {05, 08, 09} でも、原告被告

の地位の逆転が見られる。そして、前訴後訴が同時に進行している判例 {09, 20}において、争点効の適用が否定されている⁽⁴⁾。これらから、前訴後訴で当事者がいかなる立場にあるかということが、判決理由中の判断に拘束力を適用するか否かの判断に関して特別な意味を有すとも考えることができよう。

2) 類型による考察

【表2】は、事件を、所有権確認請求、登記手続請求、土地建物明渡又は収去明渡請求、契約履行請求または契約不履行による損害賠償請求、不法行為に基づく損害賠償請求とその他の請求が問題となった事件の六種類に分類し、それぞれいかなる判決効に関して判断がなされているかを表にしたものである。

この表から解することは、争点効や訴訟の実質的な蒸し返しが問題となる事例の約三分の二が不動産関係の事件であり、請求の類型と判決効との間に相関関係は見いだせないことである。

3) 判例の評価

③の時期以降現在の判例は、判決理由において様々な要素を取り上げ訴訟の実質的蒸し返しを信義則上許されないものと判断している。しかし、【表1】からは判例がこれらの諸要素をどのように関係づけているか明確でない⁽⁵⁾。例えば、請求の同一性、請求の経済的目的の同一性と訴訟の実質的蒸し返しに関して、判例 {22, 23} は、請求の同一性と訴訟の実質的蒸し返しを共に肯定的に評価しているが、判例 {28} は、請求の同一性と請求の経済的目的の同一性を肯定的に評価しているにも拘らず、訴訟の実質的蒸し返しを否定的に評価している。また、時間的長さや相手方の法的地位の要素の関係については、裁判所の捉え方に以下のような相違がみられる。

まず、どの程度の時間的経過が信義則適用の判断に必要なかは明確ではない。次に、この要素の意味づけは、必ずしも統一されていない。すなわち、時間的要素が前訴での主張、立証、審理が十分に尽くされたかを判断する補助的な要素として捉えられていたり、争点のもとになった事実の起きた時点を基準にする判例 {15, 17, 26, 28, 32}、前訴過程における審理の長さを基準にする判例 {18, 23, 30, 32}、前訴確定時からの時間的経過を基準にする判例 {18, 25, 28} 等の違いがみられる。この時期の判例は、争点効の適用を問題にしていた①②の時期の判例と比べて、多くの要素を取り上げてはいるものの、共通する傾向は見つけにくい。

では、判例の採用している信義則理論は、いかなる法理なのであろうか。竹下教授は、以下に述べるような法理ないし内容の信義則であると分析したうえで、勝訴当事者に適用される禁反言、敗訴当事者に適用される権利失効の原則を分けて要件化を試みている（以下では信義則説と呼ぶ）。

すなわち、当事者が、ある「請求」や「主張」について、すでに前訴で審理・裁判を受け、終局判決が確定した結果、相手方に、その「請求や主張にかかる争い」は決着がついたとの正当な信頼（前訴またはその紛争の具体的状況から見て、合理的と評価される信頼）が生じる。その場合には、後訴において、前訴と実質上同じ論点につき審理を繰り返すのみとなる請求や主張を提出するのは、無意味な審理の反復を求めるか、あるいは前訴における自己の懈怠を相手方の犠牲において後訴で追完・是正しようとするに帰する。判例で言う信義則とは、そのような請求や主張を、相手方の正当な信頼を裏切り、信義に反するから許されないとする法理ないし信義則である⁽⁶⁾。

訴訟の実質的蒸し返しを禁止する信義則には請求レベルの遮断と主張レベルの遮断がある。請求レベルの蒸し返し禁止は、同一当事者間（民訴法二〇一条の第三者を含む）における関連請求の一回的解決の機能を果たし、他方、主張レベルの蒸し返し禁止は関連請求の統一的解決の機能を果たし、争点効ないし判決理由中の判断の拘束力の理論と同じ機能を果たしている⁽⁷⁾。

そして、信義則による訴訟の蒸し返し禁止は、主張レベルの禁止を原則とすべきと論ぜられる。なぜなら、請求レベルでの蒸し返し禁止は、後訴請求が前訴請求と異なるにも拘らず、なお後訴が前訴の蒸し返しに過ぎず信義則に反するとはいかなる場合かの判定が微妙であり、また類似の状況にある原告相互間および原被告相互間の公平を確保するにも難点があるからである⁽⁸⁾。そこで、社会関係上同一とみられる紛争についての重複した審理・裁判を避け、もって勝訴当事者の紛争に決着がついたとの正当な信頼関係を保護するとの目的を達成し得る限り、原則として、主張レベルにおける蒸し返しの禁止によって前訴敗訴当事者の再度の訴えないし主張に対処し、請求レベルの蒸し返し禁止は、後訴の提起自体が訴権の濫用と見られるような例外的場合にとどめるべきであると結論づける⁽⁹⁾。

以上の信義則説のように判例理論を理解する場合でも、次のような点に配慮する必要がある。まず、請求レベルの遮断を権利濫用に限定することの当否に

ついて検討する必要があるように思われる⁽¹⁰⁾。また、判例では争点に関する争いが解決したという相手方の信頼を時間的長短と関連づけているようであるが、両要素の関係は必ずしも明確ではない。したがって、竹下教授の信義則説のように相手方の信頼を要件に加える場合には、相手方の信頼の内容をより明確にする必要があると思われる。

信義則説との関係とは別に、前訴後訴で原告と被告が入替わった場合、前訴が複数存在する場合、前訴後訴が同時に進行する場合、判例には後訴を遮断しない傾向がみられる⁽¹¹⁾。このような事例では、訴訟の併合・反訴手続との関係も議論する必要があると思われる。

以下では、信義則説を含めた判決理由中の判断の拘束力をめぐるわが国の学説が、どのように展開しているかを検討する。その際、問題点を明らかにするため、そうした拘束力の適用を後訴において判断する考え（従来型）と、前訴の行為規範を定立する考え（提出責任論）とに分けて検討する。

3 わが国における学説

1) 従来型の解釈論

まず、争点効理論と信義則説は、訴訟上の信義則を根拠に既判力と異なる判決の拘束力の要件化を試みるものである。そのため訴訟物についてののみ生じる既判力と異なり、仮に要件の不明確さが残る場合には、当事者はいかなる争点について拘束されるかが予見できず、不必要な争点について争うことがあったり、逆に不熱心な訴訟追行を誘発する危険性がある。さらに、既判力とは別の判決効を提唱するこれらの説においては、適用結果の具体的妥当性が確保されつつ要件化が可能であることが、制度的な判決効としての適用を正当化するという意義を有する。しかし、要件化という方向には、信義則の一般条項の性格に由来する一種の自己矛盾があると考えられる⁽¹²⁾。

次に、争点効理論や信義則説のように、既判力以外の判決効を取り入れるのではなく、既判力の適用となる訴訟物の範囲確定方法に修正を加える学説がある。一つは、黙示の訴え提起という概念を用いて中間確認の訴えの活用を提唱する見解である⁽¹³⁾。現行法は、当事者が先決事項について既判力を生じさせることを望む場合の手当として中間確認の訴えの制度を設けている（民訴法二三四条）。この説の特徴は、形式上当事者の訴え提起がない場合でも、当事者が前

訴で争った先決的法律関係については黙示の中間確認の訴え提起や判決がなされたものとして既判力を適用するところにある。

もう一つは、統一的請求権説である⁽¹⁴⁾。統一的請求権説は、実体法の構造を重視すると同時に訴訟の展開に応じて訴訟物が変化するという動態的な訴訟観に基づいて、形式上訴えの提起がなくても当事者の主張を、反訴的抗弁、訴えの変更的抗弁、先決的法律関係の確認に分類し、それらを当該訴訟における実際の訴訟物と評価する。そのため、それらの当事者の主張に関する裁判所の判断に既判力が適用される。

中間確認の訴え利用説と統一的請求権説においては、当事者が訴状に記載した請求を訴訟物と考える従来の考え方に比べて、実質的に訴訟物が拡張され、その結果として既判力の適用範囲が拡張されているため⁽¹⁵⁾、拘束力の強さと適用範囲に疑問が残る。すなわち、前訴における先決的法律関係の判断を後訴でも通用させるために既判力を適用する必要があるか、請求権についての拘束力に限定される結果、前訴の判断と矛盾する主張が遮断できないために争点効や信義則説に比べ適用範囲が狭く不十分ではないか、という疑問である。

以上の争点効理論から統一的請求権説に見られる解釈論の共通点は、前訴の具体的経過を後訴で事後的に評価することである（これらの解釈論を従来型の解釈論と呼ぶことにする）。事後的な評価による問題点は、たとえ要件化がなされても当事者の予見可能性を害する危険性が残り、制度的に適用されると広い意味での法的安定性が害される恐れが常に残る点にあると考えられる。

では、仮に前訴過程で直接判決の拘束力の適用の有無、もしくは、範囲が決定されるという、いわば当事者および裁判所の行為規範を定立すれば、右の従来型の解釈論の問題点である当事者の予見可能性と法的安定性は確保されるのであろうか。このような行為規範をたてるのが、次に述べる提出責任論である。

2) 提出責任論

提出責任論は、訴訟における当事者に対する具体的な手続保障とそれによる自己責任の中に既判力（判決効）の根拠を求める。そのため、既判力の失権作用についても具体的な手続経過が顧慮され争点効と既判力の基本的な差が失われる⁽¹⁶⁾。提出責任論の発達は民事訴訟における手続保障に関する理論の発展が背景となっている。

従来型の解釈論と比較した提出責任論の特徴は、前訴過程で当事者の意思を

尊重した形で手続保障が与えられれば失権効を適用できる点である。従来型の解釈論では、訴訟指揮の問題を別にすれば、当事者の主張・立証に対する制限は緩やかであり、ある意味では訴訟の進行が当事者に委ねられている。そして、そのような前訴の審理経過を後訴裁判所により事後的に評価され、判決効が適用されるのである。そのため、不必要な争点についての審理や当事者の不熱心な訴訟追行を誘発する危険性がある。

これに対して、提出責任論のような考え方によれば、裁判所は、当事者の不必要な争点をいたずらに争う態度や不熱心な訴訟追行を提出責任違反と評価し、前訴において積極的に抑止することが可能になる。同時に、当事者の予見可能性を欠く場合には、既判力や争点効等の失権効は、前訴過程での実質的な手続保障という前提要件を欠くことを理由に、当然に適用が排除される。つまり、提出責任論においては、判決効を適用すべき場合には、判決効を積極的に適用することが可能になり、逆に妥当でない場合には、当然に適用が排除されることが明らかになる。

しかし、提出責任論にも以下に挙げるような問題点がある。すなわち、現在の提出責任論は、論者ごとに見解が大きく異なり⁽¹⁷⁾、現在のところ、当事者に課せられる提出責任の内容が明確に定まらないことである。さらに、提出責任を課す上で、当事者の事前の完全の了解を要件とする立場に立たない限り、前訴における当事者の提出責任（行為責任）の有無を後訴で事後的に評価するから、争点効理論等の従来型の解釈論と同様な法的安定性や当事者の予見可能性を害するという理論的問題を含んでいる。また、提出責任の根拠を当事者への手続保障と考えるにしても、判決効との関連を示す明文の規定がない以上、法的根拠が不十分なことも従来型の解釈論と同様である。

このように、事後的な評価によらない手続保障理論も、従来型の解釈論と同様の問題点を含んでいる。手続保障論の利点を活かすためには、提出責任とは何かを抽象的に論ずるよりも、むしろ前訴の審理過程でいかなる手続保障を当事者に与えるか具体的に検討することが望ましい。この点に関しては、本論で後述する立法論で詳しく扱うが、その準備として米国法を極簡単に検討する。

4 米国法

1) 比較法の意義

これまで述べたように、わが国の解釈論は、争点効理論を肯定する十分な解決策を提示するに至ってはいない。そこで、議論を展開する上で争点効理論の基になった米国におけるコラテラル・エストoppelの法理を参考にする。その際、米国法の判例・学説の集大成である「判決に関するリステートメント（第2版）」が参考になる⁽¹⁸⁾。

米国法にはレス・ジュディカタ（res judicata）とコラテラル・エストoppel（collateral estoppel）の2つの判決効があり、既に、わが国でも詳細な比較法的研究がなされている⁽¹⁹⁾。このうちコラテラル・エストoppelが、争点効理論に対応する拘束力であるが、コラテラル・エストoppelを検討する前提として、レス・ジュディカタを簡単にみておく必要がある。

2) レス・ジュディカタ

レス・ジュディカタは、古くローマ法に起源を發し、有効性（validity）と終局性（finality）を有する前訴における本案（on the merit）の裁判について、請求（claim）の範囲で生じる判決効である⁽²⁰⁾。そして、請求の基礎になった事由のみならず、前訴で提出可能であった事由に関しても、後訴での審理を終了させる効力を持つため⁽²¹⁾、わが国の既判力に対応する判決効といえる。

レス・ジュディカタの範囲は、請求の基礎（cause of action）、もしくは、請求（claim）の範囲を基準に決定される。判決リステートメント（2nd）においては、いわゆる実用主義的な事件アプローチが採用されている。すなわち、前訴の原因となった事件（transaction）、または、一連の関連事件（series of conected transaction）に関する請求全体に請求遮断効が適用されるが、他方で、この事件や一連の関連事件の範囲を、それらを構成する事項の時間・場所・原因・動機の関連性、審判単位としての適当さ、当事者の期待・取引慣行との合致するか、が実用主義的に判断されるのである⁽²²⁾。

この事件的アプローチの導入には、米国法における現代的民事訴訟の確立が背景になっている。すなわち、普通法と衡平法の統合により一つの裁判所にすべての救済を求めることが可能になり、さらに強制的手続、ディスカヴァリやブリトリアル・カンファランス、プリーディングの自由な修正等により、相手方に不意討ちを与えずに、事件に関する主要事項を一つの訴訟で提出することが可能となっており、当事者は、そのようにすることが要求されるからである⁽²³⁾。このような事件的アプローチの採用により、判決効の適用範囲が広くな

り、訴訟経済の要請が実現されると同時に、右事件の範囲の実用主義的な考慮により、当事者の権利主張の利益保護の要請が加味され、両要請のバランスが図られる⁽²⁴⁾。

レス・ジュディカータとわが国の既判力を比較した場合、次のような相違点が挙げられる。①レス・ジュディカータの適用には、当事者の援用が必要で、②レス・ジュディカータは、上訴可能性が尽きることを要件としておらず、③もっぱら消極的作用が中心である⁽²⁵⁾。また、④リステートメントでは、一方で、請求分割 (splitting cause of action) の禁止原則により広い範囲の請求排除が適用されるが、他方で、右原則の例外を典型的に認めるという構造をしている。この点に関して、わが国でもその重要性が指摘されている⁽²⁶⁾。

3) コラテラル・エストoppel

以上のレス・ジュディカータの理解を前提に、わが国の争点効と比較されるコラテラル・エストoppelについて検討する。コラテラル・エストoppelはコモン・ロー上のエストoppelに起源を持ち⁽²⁷⁾、前訴後訴の請求が異なる場合に当事者の主張に対して働く判決の拘束力である。レス・ジュディカータとコラテラル・エストoppelの違いは、レス・ジュディカータが、請求レベルの判決の拘束力であり、当事者が前訴で実際に主張していない事由を後訴で争うことを禁ずるのに対して、コラテラル・エストoppelは、主張レベルの拘束力であり、実際に主張され、審理された事項のみに生じる点である。しかし、こうした差異は現在相対的になりつつあると指摘されている⁽²⁸⁾。

次に、争点効理論の議論の参考のために、コラテラル・エストoppelの要件を少し詳しく紹介する。判決リステートメント (2nd) において、コラテラル・エストoppelは、争点排除効と呼ばれている。その要件は、①実際に争われたこと、②有効な終局判決で判断されたこと、③判決に不可欠であること、と定式化されている⁽²⁹⁾。

まず、これらの要件を判断する前提として、前訴後訴の争点の同一性を判断する必要があるが、それは、当事者への適切な在延期日 (day in court) の保障と実質的に同一争点を争う後訴を防止する利益との均衡を考慮してなされる。また、完全に争点が一致していない場合には、証拠や主張の実体的同一性、新しい証拠や主張が前訴と同一の法規則の適用を受けるか否か、両訴の請求がどの程度関連しているか等の要素が考慮され、争点の同一性が判断される⁽³⁰⁾。

実際に争われたという第一の要件は、予見可能性や明瞭性の確保の為に、実際に争われなかった争点については、画一的に排除効を適用しないことを明記したものである。なぜなら、当事者が実際に争わなかった争点に排除効を適用するのが妥当な場合もあるが、そのような取扱いを認めると当事者間の妥協を困難にしたり、争点の絞込みができず訴訟の集中を害するからである⁽³¹⁾。そして、前訴での争点が不明な場合や複数の争点が争われ、その複数の争点のうち一つの争点が終局的に判断されたことを主張する場合には、その旨の主張をする当事者に証明責任があるとされる⁽³²⁾。

有効な終局判決で判断されたという第二の要件は、請求排除効と同様に判決効の一種である争点排除効に設けられているものであり、ここでいう終局性は上訴可能性が尽きることを必要としない。

判決に不可欠であるという第三の要件は、争点排除効適用の前提には争点の判断について不服がある場合に上訴が可能であることが必要で、判決の前提とならない争点に関する判断については上訴ができないから、このような要件が設けられている。ただ、この不可欠性の要件については、不確実な要素を争点排除効の適用に導入するものであると批判されている⁽³³⁾。

この要件に関連して、競合的 (alternative) 判断の問題がある。競合的判断とは、判決を支持する複数の争点に関する判断が、すべて独立して判決を支持するに足りる判断を意味する⁽³⁴⁾。判決リステートメント (1st) においては、競合的判断にも拘束力が認められていたが⁽³⁵⁾、判決リステートメント (2nd) においては、敗訴当事者の上訴が期待できないことを理由に争点排除効を原則として適用しないが、上訴がなされた場合と競合的判断が後訴でも必然的な判断とされる場合の二つの場合には、争点排除効の適用を認める折衷的な考え方が採用されている⁽³⁶⁾。これに対して、競合的判断に関しても争点排除効の適用を原則とし適用除外類型として扱うべきとの批判がある⁽³⁷⁾。

争点排除効の大きな特徴は、既に述べたような要件化がされていると同時に、適用除外されるべき場合が類型化されていることである。例えば、上訴可能性がない場合や、前訴後訴での手続の質の違い、争点排除効を適用すると明らかに当事者の公平に反する場合などが例外類型とされている⁽³⁸⁾。

4) 比較法的考察

以上のように、コラテラル・エストップルは、わが国の争点効理論に対応す

る概念であることが分かる。そこで、以下では、吉村教授や小林教授の研究を参考に比較法的な検討を行う。

まず、吉村教授はわが国の争点効の要件を以下のように分析する⁽³⁹⁾。まず、争点効理論のように判決の前提となる争点の判断に拘束力を認めるならば、当事者には争点についての選択権を認めなければならない⁽⁴⁰⁾、先決事項についても全力で争わざるを得なくなる。そのため、紛争解決範囲の拡大の要請と前訴における審判の便宜確保の要請が対立することになる。その解決として争点効理論は、「当事者が真剣に争った」、「主要な争点について主張立証を尽くし」、「実質的な審理を遂げた」といった不明確な実質的な概念を取入れた。そこで、実務の利用に耐え、かつ、当事者の合理的な可能性を保障するための論理概念を用いた類型化を追及する必要がある。

このような争点効の理解を前提に吉村教授は、争点効の要件の欠点を補うため、米国におけるコラテラル・エストoppelとの比較から、①前訴における主要事実に関する争点の判断の中で、②判決主文に必要不可欠の前提となる判断で、③将来の訴訟において問題になることが合理的に予測できる場合に限ること、の三つを争点効の要件として挙げる。これらの要件を満たす先決事項に関しては、当事者は訴訟物のいかんを問わず将来の紛争に備えて弁論を尽くし、予めこれを確定することが要請されるので、いわば、客観的に先決事項に中間確認の訴えが提起されてしかるべき場合に、それを強制するに等しいものと説明する⁽⁴¹⁾。このように、吉村説においては、先決事項に関する当事者のもつ権限（処分権主義）が制限され、攻撃防御方法を処分できる当事者の地位（弁論主義）が否定されることにより⁽⁴²⁾、審理の便宜の要請と紛争解決範囲の拡大の要請の直接的な調和が意図されている。

しかし、吉村説に関して、以下の問題点が指摘できる。すなわち、既判力の適用範囲では争点効の適用はないという関係を考慮すれば、吉村説のように要件から実質の評価要素を取除くことと、判決効の拡張理論の目的である審理の便宜と紛争解決範囲の拡張の要請の充足とは必ずしも直結しない。なぜなら、既判力の拡張を伴わずに争点効の適用を認める場合には、後訴における審理が慎重にならざるを得ないからである。つまり、既判力を適用する場合には、同一請求に関する主張であれば前訴で実際に主張されなかった事項も一律に排除できるが、争点効の適用を問題とするのであれば、ある争点が争点効の適用範

圈内で、かつ、適用するに値する争点であるのかの評価が必要になるからである。

これに対して、既に述べたように、米国法においてレス・ジュディカータとコラテラル・エストoppelは、相互に関連補完する判決効理論の両翼をなしている。わが国の争点効理論も、紛争の一回性を徹底させ新訴訟物理論の内容の希薄化を防止し、新訴訟物理論の理論的支柱を提供する働きが確認されていることを考えれば⁽⁴³⁾、争点に関する判決効のみによる紛争の広範囲な解決は妥当と思われぬ。また、吉村教授の加える要件の「当事者の予見」は、当事者の主観的な事情であり、従来の争点効の要件とは別の不明確さを導入することで、争点効で問題となった当事者の予見可能性と法的安定性の問題点が生ずる。

次に、小林教授は、判決リステートメント (2nd) における争点排除効の要件の「ある争点が、①当事者によって実際に争われ、②有効な終局判決によって実際に判断され、③その判断が判決にとって必要不可欠なものであること」をわが国の争点効理論に適用すること、争点効の適用を認めると不都合な場合の類型化を提唱する⁽⁴⁴⁾。そして、わが国の判例と米国の判決リステートメント (2nd) の争点排除効の適用の例外類型と比較検討を行い、わが国で争点効を否定したといわれている判例は、争点効を肯定する立場からもその適用が否定されるべき事案であり、わが国の判例は、争点効理論を否定したものではないと結論づける⁽⁴⁵⁾。

米国における争点排除効の要件の明確さを評価し、わが国の争点効の要件に取り入れようとする小林教授の見解は、争点効の要件から実質的な評価要素を取り除こうとする吉村教授の要件論と趣旨を同じくすると考えられる。ただ、争点排除効の適用除外類型の導入を提案する点で、吉村教授の要件論よりも妥当と考えられる。なぜなら、適用要件から実質的考慮を取り除くことにより、要件が明確になると同時に、適用除外類型を定めることで具体的妥当性を図ることが可能になるからである。

5 立法論

1) 解釈論と比較法からの示唆

これまでのわが国の解釈論の検討と米国法との比較から、判決理由中の判断に争点効のような判決効を認める場合には、要件化、根拠規定の設定、争点に

についての審理構造の改善の三点が重要と考えられる。

①要件化 わが国の従来型の解釈論では、その要件化に争点効等の既判力以外の判決効の正当化の役割が含まれていた。そのために、要件の中に実質的な評価要素が含まれ、要件が不明確になるという欠点が払拭できなかったのである。争点効の要件化にあたっては、米国法における判決リステートメント(2nd)の客観的な要件が参考になる。ただ、米国における争点排除効の要件を参考にする上で注意すべき点は、米国では広い範囲での請求排除効の適用を前提に、争点排除効の適用がなされていることである。また、わが国の判例の検討では、不動産の所有権や明渡が問題となる事例が多いが、複雑な紛争から生じる米国の不動産訴訟は、制度上余りないといわれている⁽⁴⁶⁾。これらの相違が、いかに影響するかについての検討が必要と考えられる。

②根拠の設定 争点効の根拠を訴訟法上の信義則にもとめることは、既判力以外の判決効を制度的に認めるための十分な根拠ではない。また、現在の提出責任は、その理論の不明確さのため、それ単独で争点効の根拠とするには不十分である。なんらかの直接的な根拠を設定する必要がある。

③争点に関する審理構造 提出責任論の考え方が、判決効を適用にあたり当事者への手続保障を重視する点で、従来型の議論より優れていると評価できるとしても、ある争点にどの程度の審理がなされれば失権効が適用されるかが、前訴において明確にならない限り、失権効の適用に対する当事者の予測可能性を害し、裁判所に不必要な審理が強いられる可能性がある。現在の提出責任説では、そのような判断をなすための明確な基準を与えるに至ってはいない。そこで、失権効が適用になることを、裁判所および当事者に認識させる手続が必要となると思われる。

以上の三点が未解決であるのは、従来の争点効に関する議論の不十分さからではなく、むしろ、民事訴訟法における手続保障概念の発展に即して考えた場合に、当事者の予見可能性の確保と制度的運用に耐える法的安定性の確保が、解釈論という枠組みでは解決が困難な問題を含んでいるためと考えられる。

2) 立法論の方向付け

以上のような解釈論の問題を打開するためには、より直接的に立法的な解決をとることも必要と考えられる。ただ、立法論を行うに該つては、民事訴訟法の現状を把握する必要がある。まず、法の全面改正の議論とは別に、現在まで

進行している民事訴訟法手続の改善に関する議論と、審理の充実・迅速化と判決の新様式がある。審理の充実・迅速化に関する議論は、もともと口頭弁論手続の形骸化から生じる、審理の形式化や訴訟遅延の防止を目的とする。また、判決書の新様式は国民に分かりやすい判決の実現と裁判官の判決起案作業の軽減を目的とする。そして、この両改革は相互に関連したものと考えられる。なぜなら、審理の迅速化のためには、その結果を表す判決書の作業も迅速化が必要であり、中心争点を判決書で明確に記述するためには、審理過程での十分な争点の絞り込みが必要であるからである。

そして、既判力に関する議論とこれらの改革とは、次の点で関連する。第一に、既判力の範囲は、判決主文によって決定される（民訴法一九九条一項）が、既判力以外の判決の拘束力を事後的に判断する解釈論は、判決効の適用範囲を決定するために、判決書における理由の記載（民訴法一九一条）が重要になる。第二に、提出責任論では、前訴の審理における手続保障の充足が、失権効の適用の要件となると同時に、手続保障の充足つまり審理の充実自体が目的となる。二つの改革が進むにつれ、争点効が認め易い状況になるが、解釈論の検討の箇所指摘した当事者の予見可能性と法的安定性の確保の問題が解決されるかは疑問である。むしろ、これらの改革を進めることに争点効の制度化を依存させるのではなく、これと協調する形で争点効を実現する制度を考える必要がある。

3) 立法論

以上の議論を前提に、根拠規定と争点決定手続の二つの規定の新設を検討する。

イ) 争点効の根拠規定の新設

次のような明文の根拠規定を設けることが、解釈論で問題となった法的安定性を確保する直接的な解決となると考える。

「判決理由中の争点に関する判断には拘束力を生ずる」という根拠規定を設けることが望ましいと考える。そして、「争点」とは、後で論ずる争点決定手続によって決定された争点に限られるとする。

このような規定の意図は、次のような点にある。例えば、「……争点には拘束力が生じ得る」と規定すると、判決理由中の争点の判断すべてに争点効が生ずると解釈される可能性がある。また、争点効の適用になる争点を限定する意図で「主要な争点」と文言を変えれば、いかなる争点が主要なのかに関し実質的

判断が必要となり、当事者の予見可能性と法的安定性の確保のために明文規定を設けた意味が減殺される(前述吉村説参照)。そのため争点効の根拠規定から争点効の適用範囲の決定基準となる文言を排除することが妥当である。

このような根拠規定の設定により、争点効の判決効の是非をめぐる問題を解消し、法的安定性が確保される。また、争点の範囲を制限する手続と連動させることで、争点効の適用になる争点が不当に拡大することを防止することができる。と考える。

ロ) 争点決定の申立手続の新設

上述の争点効の根拠規定に対応する争点の範囲を決定する手続として、本論では争点決定の申立て手続を論ずる。立法論の前に、現行法の規定が利用可能であるかを検討する。

①中間確認の訴え(民訴法二三四条)

現行法は、判決理由中の判断に既判力を生じさせるために中間確認の訴えを規定している。その沿革を見ると、独法に由来する手続であり、旧法(旧民訴法二二一条)は、中間確認の訴えを確認請求の併合形態として、原告の訴えの追加的変更または被告の反訴により提起することを明文で規定し、当事者・並びに裁判所の便宜と矛盾判決の防止が強調されていた⁽⁴⁷⁾。これに対して、現行法では、先決的法律関係(判決理由中の判断)に関して既判力を付与する特殊な規定であることが強調されるが、実務上中間確認の訴えが利用されることは従来から少ないと指摘されている⁽⁴⁸⁾。

そもそも争点効のかわりに中間確認の訴えの手続を利用することは、その対象と効力に問題がある。中間確認も確認の訴えの一種であるから、その対象は、請求権の存否もしくは法律関係に限定される。これに反して、争点効や信義則説は、むしろ、主張レベルの拘束力、事実判断に拘束力を認めることに重点が置かれている。そのため、仮に、中間確認の訴えにおける訴えの利益概念を広く解し、確認の対象を広げたとしても、当事者の主張を遮断するために既判力を適用することが妥当性であるか疑問である。

②中間判決(民訴法一八四条)

現行法は、訴訟の審理過程で争いとなった事項について、審理を整理するために中間判決を規定している。中間確認の訴えと異なり、中間判決は、権利のみならず法律関係・事実も判決対象とでき、さらに終局判決ではないので当該

審級内での拘束力を有するだけで、既判力は有さない⁽⁴⁹⁾。中間判決も、中間確認の訴えと同じく、独法に由来する規定であるが、独法では現在攻撃防御方法に関する中間の争いを解決する部分は削除され、わが国の中間判決と異なった取扱いがされている⁽⁵⁰⁾。また、訴訟要件等の判断に利用され、中間確認の訴えのような実体判断には利用されていない⁽⁵¹⁾。

③争点決定の申立て（立法論）

以上から、争点効の適用範囲を確定するために現行法の手続を利用することは難しいので、次のような争点決定の申立て手続の新設が望ましいと考える。「裁判所は、当事者間の争点が明らかになった時点で、職権、もしくは、当事者の申立てにより争点決定を行う」

争点決定とは、当事者間での事実（主要事実に限られず間接事実も）、ならびに、法律関係についての争いのうち、何が本案判決の前提としての争点であるかを裁判所が決定することである。

本規定の目的は、争点についての当事者の申立権を確保し、争点の範囲を明確にすることにある。つまり、本案判決の前提となる争点を確定し、不要な争点に関する主張立証を制限すると同時に、争点効を認めるに該り制限された形ではあるが攻撃防御方法に関する当事者の処分権を保障し、訴訟物に類似した手続保障を与えることである。いいかえれば、提出責任論における当事者の争点形成に関する責任を明示する手続ともいえる。したがって、手続の機能は、釈明権（民訴法一三一条）や時期に遅れた攻撃防御方法の却下（同法一三九条）と共通点がある。

争点決定がなされる要件は、次の三つである。第一に、裁判官が中心争点が絞られたと判断するか、当事者が裁判所に対して争点決定を申立てること。第二に、法律関係、もしくは、事実に関する争いがあること。第三に、本格的な証拠調べの開始前で、証拠調べがある程度なされた段階（裁判官が争点になるかの判断ができるだけの当事者の主張がなされ、証拠が提出された段階）であること⁽⁵²⁾。したがって、当事者が実際に法定で争うことがなく証拠調べがほとんどなされずに終結してしまう訴訟では、争点決定は行われないため争点効の適用はなくなる。逆に、本格的な証拠調べをした段階では本案の判断に熟してしまう可能性があり訴訟遅延を防止する意味で争点決定は行われない。

争点決定の効果は、争点決定によって決定された争点以外の争点を当該審級

内では争うことはできず、争点決定の内容に対して不服がある場合でも、明白な違法がなければ抗告の対象にはならない。そして、争点決定のなされた判決が確定すると判決理由中の判断に争点効が付与される。

争点決定の申立の新設による問題点として、訴訟遅延や裁判所の審理負担が増加することが考えられる。なぜなら、争点に関して不利に判断されるのを恐れ、当事者が紛争とは直接関係ないか、枝葉末節の争点を含めて争点判断の申立をすることが考えられるからである。

しかし、争点決定の申立てと争点整理を組み合わせるにより、そうした不都合は除去できると考える。裁判所は、審理の充実・促進の考慮を中心に積極的に争点を絞込むことができ、裁判所の判断した中心争点以外に当事者にとっての重要な争点がある場合には、当事者の争点決定の申立てを通じて裁判所によって絞込まれた争点を当事者間の紛争に適合するように修正することができる。この際、当事者に特定の争点判断の必要性を十分示すことを要求すれば、遅延目的になされる争点決定の申立を防止することができる。さらに、争点決定の申立手続は、争点に対する当事者の申立権を認め、争点効の適用範囲についての当事者の予見可能性を確保するものであるから、その限度において裁判所の負担が増加することは不当と思われない。むしろ、争点の早期確定を含む審理の充実・促進と当事者の予見可能性・法的安定性を確保することができる点で有用であると考ええる。

6 結語

以上、争点効理論を制度化するための立法論を展開した。本論で提示した争点決定の申立て手続は、訴訟審理の充実・促進に関する議論における争点の絞り込みもしくは争点の確定手続と機能的には重複する。判決効の議論をする上で、そうした改革の議論との関係でより詳細な検討を行う必要があり、論者の今後の課題としたい。(1991.10.20脱稿)

【注】

- (1) 新堂幸司「既判力と訴訟物」(『訴訟物と争点効(上)』(所収)145頁(1988)以下、新堂・既判力と訴訟物として引用)

- (2) 竹下守夫「争点効・判決理由中の判断の拘束力をめぐる判例の評価」『判例における法理論の展開』民商法93巻臨時増刊創刊五〇周年 I 259頁 (1986) (以下、竹下①), 小山昇「既判力か信義則か」法曹時報40巻8号1頁 (1988), 原強「第三者による判決理由中の判断の援用(1)」上智法学30巻1号208頁以下 (1988), 同「判例における信義則による判決の拡張化現象(-)」札幌学院法学6巻1号1頁 (1989)
- また、本論と同様に判例理論の要件を抽出する研究がある。東松文雄「争点に対する判決理由中の判断の拘束力について」判時1362, 1368, 1374, 1377, 1386, 1392号 (1990-1991)
- (3) これらの判例は判例 {09} を除いて前訴が第一審限りで終了しているから、争点効の適用を否定すべき場合に該当するから、争点効理論自体を否定したものではないと論ずる (小林秀之=原強=伊藤茂幸「アメリカの『判決リステートメント (第二版)』と日本法への示唆(三)」判タ613号155頁 (以下、小林①)。この点に関して②の時期以降も争点効を肯定する判決が幾つかみられる。判例 {14, 27, 35}。
- (4) 小林①によれば、原告・被告が自己に不利な訴訟では熱心な訴訟進行が期待できない場合に該ると指摘する。
- (5) この点に関して、後訴遮断に使われる信義則理論の運用にバラつきがあると指摘する (前注小山文献1290頁以下)。
- (6) 竹下①278頁。竹下教授の信義則説に対し新堂教授から批判がされている (新堂幸司「判決の遮断効と信義則」三ヶ月古稀『民事手続法学の革新(中)』475頁 (1991))
- (7) 竹下①281頁によれば、主張レベルの遮断についてはこれらの効力の間には説明の差に過ぎないと指摘される。
- (8) 請求レベルの遮断の問題点として、①蒸返しと認められた場合は却下され、否定されれば審理を受けられ権衡を失し、②請求レベルの蒸返し禁止は逆転型には適用できないが、被告についても同様でなければ公平に反する。
- (9) 竹下①286頁
- (10) 登記手続請求訴訟に関しては、登記手続請求権の基礎となる物権の存否についても既判力を生じるとの見解もある (兼子一民事訴訟法体系343頁)。この見解によれば判例 {15, 16, 17, 21, 26 (29), 34} 等で、後訴提起が必ずしも権利濫用に該らない場合でも請求レベルの遮断が可能になる。
- (11) 判例 {05, 08, 09, 19, 28}
- (12) 中野貞一郎「いわゆる争点効について」法教 (第二期) 4号61頁 (1974) (同『過失の推認』(1978) 所収)
- (13) 坂原正夫「黙示による中間確認の訴え」法学研究53巻12号181頁 (1980)
See Millar, *The Premis of the Judgement as Res Judicata in*

Continental and Anglo-american Law, 39 Mich. L. Rev. 13-15(1940); *Developments of Res Judicata*, 65 Harv. L. Rev. 821(1952). (これらは独法における中間確認の訴えの制度を評価する米国学説が紹介されており、特に前者(Miller)の論文は争点効の反対の見解として引用されている。新堂・既判力と訴訟物176頁注17, 近藤他「実務と新訴訟物理論2」判タ155号173頁〔田辺発言〕)

- (14) 加藤雅信「実体法学からみた訴訟物論争」法教49号117頁, 50号53頁, 51号37頁(1984)(新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』(1988)所収)
- (15) ただし、両説には既判力の範囲に関し若干の相違が生ずる。統一的請求権説では、原告の申立た実体法上の請求権とは別の請求権(例えば、原告の主張如何では契約責任を不法行為責任に基づく請求と判断することも可能である)について判断することも理論的には可能であり、先決的法律関係の確認に限られる中間確認の訴え利用説よりも既判力の範囲が広がる可能性がある。
- (16) 井上正三「一部請求の許否をめぐる利益考量と理論構成」法教(第二期)8号83頁(1973), 新堂幸司「提出責任の評価」法協百周年記念論文集三巻249頁(1983)
- (17) 具体的な手続保障を重視する説(前注井上(正)文献参照), 具体的な手続保障を当事者の実体法上の地位に関連させる実体関係の手続保障説(上田徹一郎「遮断効と提出責任」『判決効の範囲』231頁(1985), 同「既判力の客観的範囲と一回的解決要求・手続保障」吉川追悼(下)297頁(1981)), 前訴の手続過程で行為規範により提出すべき責任を負っていたのにその責任を果たさなかったことに対するサンクションとしてそれらの失権を考える(水谷暢「後訴における審理許否」民訴雑誌26巻80頁(1980)), 提出責任を当事者間の実体的生活関係を規律する規範と共通の価値を根拠として認められる訴訟法上の提出責任であるとするもの(吉村徳重「判決の遮断効と争点効の交錯」『新・実務民訴講座(2)』373頁(1981))
- (18) American Law Institute, Restatement Second of Judgement (1982) [Hereinafter cite as Restatement (2nd)]. 判決リステートメント(2nd)については、既に翻訳と解説がなされている(小林秀之=原隆=伊藤茂幸「アメリカの『判決リステートメント(第二版)』と日本法への示唆(1-6完)」判タ581, 598, 613, 628, 635, 649号(1986-1987))
- (19) 谷口安平「アメリカにおける和解判決 (consent judgment) の効力」法学論叢67-5号24頁(1960)(以下, 谷口①), 吉村徳重「アメリカにおける既判力の客観的範囲」法政研究32巻2=6合併号771頁(1966)(以下, 吉村①), 同「判決理由中の判断の拘束力」法政研究33巻3=6合併号449頁(1967)(以下, 吉村②), 小林秀之『アメリカ民事訴訟法』第7章(1985), 小林①, 大橋真弓「アメリカにおける判決効の主観的範囲序

説」法協103巻9号168頁, 103巻10号142頁 (1986)

- (20) Restatement (2nd) §§ 18, 19. (レス・ジュディカータはリステートメントでは請求排除効 (claim preclusion) とよばれ, 原告勝訴の場合に生ずる混同効 (merger) と原告敗訴の場合に生ずる遮断物 (bar) に分類される。)
- (21) Freedman, *Res Judicata and Collateral Estoppel*, 6 (1988).
- (22) Restatement (2nd) § 24.
- (23) Restatement (2nd) § 24, comment a. 実用主義的なアプローチ確立以前の請求の同一性の基準について以下の文献が参考になる。e. g., *Development of Res Judicata*, 65 Harv. L. Rev. 818, 821. また, 強制的請求併合や強制反訴などの強制手続に関しては以下の文献が参考になる。e. g., Friedenthal, Kane & Miller, *Civil Procedure* § 14. 4; Wright, Miller & Cooper, *Federal Practice And Procedure: Jurisdiction* § 4406; Blume, *Required Joinder of Claims*, 45 Mich. L. Rev. 797 (1947).
- かつて米国で強制併合等の学説上の議論が展開されたことについては, 吉村①753頁以下参照。また, このような米国法の考え方は, わが国の提出責任論と類似する点が見られ興味深い。
- (24) Restatement (2nd) § 24, comment b.
- (25) これらの相違点について (吉村①714頁以下)
- (26) Restatement (2nd) §§ 24, 26. (小林・アメリカ民訴法279頁は, 類型化や例外毎に証明度に差をつけることが興味深いと論ずる。)
- (27) Freedman, *supra* note 21, at 6. (かつてコラテラル・エストッペルも含めて広義のレス・ジュディカータと扱われていた。)
- (28) *Winters v. Lavine*, 574 F. 2d 46; *see also* Wright, Miller & Cooper, *supra* note 23, § 4406, at 44. (小林・アメリカ民訴法279頁参照) 例えば, ①現実に争われたという要件を争点排除効の要件からはずし, 代わりに当事者の争う誘因と機会 (incentive and opportunity to litigate) があることを要件とする見解がある (Vestal, *The Restatement (Second) of Judgements: A Modest Dissent*, 66 Cornell L. Rev. 464 (1981). *Contra* Hazard, *Revisiting The Second Restatement of Judgements: Issue Preclusion and Related Problems*, 66 Cornell L. Rev. 564, at 574.). ②争点を拡張的に解すればそれを支える現実には主張しなかったが主張し得た議論 (argument) も排除されると指摘される (e. g., Wright, Miller & Cooper, *id.* § 4406 note 3; Curie, *Res Judicata, The Neglected Defense*, 45 U. Chi. L. Rev. 317, 314 (1978).). ③判決リステートメント (1st) と (2nd) の違いの一つに, 非金銭的請求にも請求排除効が適用されるようになり, 争点排除効の対象が請求排除効の適用範囲に含まれるようになる関係がみられる (Restatement (2nd) §§ 17, 18 Reporter's Note.). この③に関連して, リステートメント (1st) が非金銭的な請求

に関する判決に、merger や bar を適用しないことが普通法上の救済とエクイティ上の救済に関連することについて、(吉村①716頁注3, 谷口①41頁注4)を参照。権限に関する訴訟について人的管轄権 (personal jurisdiction) が得られない場合があったことも原因としてあげられている (Casad, *Res Judicata* § 3-5.)。

- (29) Restatement (2nd) § 27; see also *Nontana v. United States*, 440 US 147, 59 L. Ed. 2d 210. (争点排除効のこのような現代的な定式を導いたリディングケース)
- (30) Restatement (2nd) § 27, comment c.
- (31) Restatement (2nd) § 27, comment e. 例えば、被告が積極的抗弁として主張したが失敗した場合、プリーディングで相手方が認めた場合、トライアルで証拠調べする前に相手方が認めた場合、当事者間で当該争点を排除した場合
- (32) Restatement (2nd) § 27, comment f, g. (すべての争点が有利に判断されなければ勝訴しないような請求で、勝訴判決が下された場合には、それらすべての争点について終局的な争点とされる。)
- (33) Wright, Miller & Couper, *supra* note 23, § 4421, at 200.
- (34) わが国では、複数の主張をしたが、裁判所がいずれか一つの主張についてしか判断しなかった場合も競合的判断の一種として扱うようなので区別する必要がある。例えば、債務者が貸金契約が錯誤無効と弁済による債務消滅を主張したが、錯誤無効は認められず弁済が認められた場合、錯誤無効がないという判断は判決に不可欠な争点ではないから争点排除効は生じない。また、複数の主張が可能であることは認めるが、一つについてしか判断していない場合は競合的判断には該らない。右の例で、裁判所が弁済のみを審理判断し原告勝訴判決を下した場合が考えられる。
- (35) Freedenthal, Kane & Miller, *Civil Procedure*, § 14. 11, at 676; *Winter v. Lavine*, 574 F. 2d 46. (小林・アメリカ民法で争点排除効が請求排除効のかわりに適用される判例として紹介されている) But see *Halpern v. Schwartz*, 426 F. 2d. 102.
- (36) Wright, Miller & Cooper, *supra* note 23, § 4421, at 205; Restatement (2nd) § 27, comment j. (例えば、手形満期前の利息請求に置き換えると、Yの詐欺と利息債務の免除の抗弁が両方認められX敗訴判決が下された場合には、両争点については争点排除効を適用されない。)
- (37) Stockmeyer, *Res Judicata effects of unappealed, independently sufficient alternative determinations*, 70 Col. L. Rev. 717-732, 730 (1985) 小林=原『アメリカ法1987・1』144頁以下参照) ; see also Lucas, *Direct and Collateral Estoppel Effect of Alternative Holdings*, 50 U. Chi. L. Rev. 701-730 (1983). (リステートメントの規則のもとになった判例の先例価値が失われたこと、ならびに、審理構造の検討により競合的判断でも、

コラテラル・エストoppelの適用を肯定する見解である。)

- (38) Restatement (2nd) § 28.
- (39) 吉村②参照
- (40) 井上正三「既判力の対象と裁判所の選択権」立命館法学32号73頁, 33号27頁 (1960) 参照
- (41) 吉村②493頁
- (42) 吉村②494頁。ただし, 当事者は争点効の生ずる争点について実際に弁論しているのであるから, 弁論主義が否定されるとまでいえるかは疑問である。
- (43) 新堂幸司・民事訴訟法 (第二版) 429-431頁
- (44) 小林・アメリカ民法, 第7章
- (45) この点は本論2 (判例の検討) でもふれた。小林①, 前注2 原上智法学30巻1号228頁 (1989) ならびに注17
- (46) 田辺公二『民事訴訟法の動態と背景』256頁 (1964)
- (47) 沿革について, 細野長良『民事訴訟法要義 (第二巻)』91頁 (1919), 『民事訴訟法改正委員会速記録』(198条) 478頁 [松岡義正] (1929) 等
- (48) 倉田卓次「訴訟中の訴え」岩松=兼子編『法律実務講座 (第二巻)』(1958), 同「盲点としての中間確認」近藤=浅沼編『民事法の諸問題3』299頁以下 (1966)。新日本法規の判例 MASTER (1990.2版) で検索したところ, 最高裁後の判例集・判例雑誌に掲載された判例の中で, 中間確認の訴えが審理されたのは十件であった。
- (49) 兼子一他・条解民事訴訟法494頁 (1986) 以下
- (50) Stein-Jonas/Leipold, ZPO, 20. Aufl. § 303, I. S. 30 (1987) / 沿革: 池田辰夫「判決の種類」『講座民事訴訟法⑥』65頁 (1984) 以下, 法曹会『民事訴訟法改正調査委員会速記録』[松岡義正] (赤紙前684) 等
- (51) 例えば, 東京地裁中間判決昭和62.6.23. 東京地裁中間判決昭和62.5.8. 等管轄権の存否の判断に利用される。
- (52) この手続は普通法時代の草案 (Corpus Juris Friedericianum (1781) Erstes Buch von Der Prozess Ordnung) に見られる争点整理手続の一種であるInstruktionを参考にした。Bomsdorf, Prozessmaximen und rechtswirklichkeit, s. 78ff (1970) (鈴木正裕「一八世紀のプロイセン民事訴訟法(二)」神戸法学24巻1号10頁 (1974) 参照)

近年審理の促進・充実の議論に関連して, 米国のプリトリアル・カンファランス (pretrial confesance) (F. R. Civ. P. § 16) が紹介される。この手続は陪審制度との関係でトリアルある前の段階で当事者との協議を通じて十分な主張・証拠・争点の絞り込みを行うものである。そして, その手続の結果はプリトリアル・オーダーという形で決定される。本論の争点決定の手続は米国におけるプリトリアル・オーダーに類似する手続といえる。ただ, 米国では段階的な審理構造がとられて

おり、わが国のような随時提出主義をとる法制度との差異を考慮する必要がある。

付属資料【判例一覧】

(番号、判例名(登載判例集雑誌名))

01. 京都地判昭和40. 7. 31 (下民16巻7号1280)
02. 東京地判昭和41. 4. 20 (下民17巻3 = 4号326)
03. 広島高判昭和42. 3. 3 (高民20巻2号144)
04. 大阪地判昭和42. 8. 18 (判時509号61)
05. 大阪高判昭和42. 2. 15 (下民18巻1 = 2号136 (01の上告審))
06. 福岡地判昭和42. 3. 1 (判時490号67)
07. 東京地判昭和42. 4. 25 (判時490号63)
08. 京都地判昭和43. 11. 20 (判時586号83 (05の差戻審))
09. 最判 (3小) 昭和44. 6. 24 (判時509号61)
10. 大阪地判昭和45. 7. 13 (判夕252号200)
11. 最判昭和48. 10. 4 (判時724号33)
12. 東京地判昭和49. 2. 25 (判夕310号297)
13. 東京地判昭和49. 5. 15 (判時756号90)
14. 東京高判昭和50. 7. 16 (下民26巻5 = 8号639)
15. 最判 (1小) 昭和51. 9. 30 (民集30巻8号799)
16. 最判 (1小) 昭和52. 3. 24 (金商548号39)
17. 東京地判昭和52. 5. 30 (下民28巻5 = 8号566)
18. 東京地判昭和52. 9. 29 (判時884号74)
19. 名古屋高判昭和54. 11. 28 (判時954号42, 判夕409号105)
20. 最判昭和 (2小) 56. 7. 3 (判夕450号88)
21. 仙台高判昭和56. 8. 31 (判夕453号98)
22. 東京地判昭和57. 11. 30 (判時1076号84, 判夕489号80)
23. 東京地判昭和58. 12. 15 (判時1126号63, 判夕520号154)
24. 最判 (1小) 昭和59. 1. 19 (判時1105号48, 判夕519号136)
25. 名古屋高裁金沢支昭和59. 4. 4 (判夕530号186)
26. 東京地判昭和60. 8. 26 (判時1200号84)
27. 横浜地判昭和60. 8. 30 (判時1183号114)
28. 大阪地判昭和60. 11. 15 (判時1199号117)
29. 東京高判昭和61. 10. 23 (判時1216号81 (26の控訴審))
30. 東京地判昭和61. 11. 12 (判時1215号135)
31. 大阪地判昭和61. 11. 13 (判夕629号204)
32. 東京地判昭和62. 3. 30 (判時1263号23)
33. 千葉地判昭和63. 3. 23 (判時1290号115)
34. 東京地判昭和63. 12. 20 (判時1324号75, 金商824号28)
35. 仙台地判平2. 7. 27 (判時1373号101)