

既判力の客観的範囲・各論2の要約

柏木 邦良

序

はしがき

F. 訴えの併合と既判力

FX. 要約

G. 複合訴訟と既判力

GX. 総括と要約

H. 反訴と既判力

HVI. 要約

I. 訴求競合債権と既判力

IVIII. 結論の要約

序

この論稿は、著者執筆の研究書「柏木邦良著作類纂」(暫定企画全16巻/目下既刊14巻)の一部をなす「既判力の研究 四部作」*の第3巻「既判力の研究 III 既判力の客観的範囲・各論2」に収録予定の論文四編(本文注共約435,000字)の要約各部を発表するものである。資料の分析、法史学、比較法、法論理、民事訴訟実務ならびに実体法の諸制度といった観点からの検討・考究に基づく法解釈論は本文において展開したところであるが、この研究書が現実に刊行されるまでなおしばらくの期間を要すると思われるので、この要約を発表することにした。また、同書の「はしがき」もここに併せて掲載し、もって本書の基調を明らかにしておきたい。

*既判力の研究四部作

(出版ならびに販売—リンパック有限会社〈E-mail; rplaw@mbp.nifty.com/TEL・FAX 81-(0)3-5212-1445〉)

- | | |
|-------------------------------|-----------------------------|
| 第一巻「既判力の客観的範囲の研究」 | 既刊 (B5版全465頁) 本体22,667円 |
| 第二巻「既判力の研究 II—既判力の客観的範囲・各論1」 | 既刊 (B5版全594頁) 本体19,981円 |
| 第三巻「既判力の研究 III—既判力の客観的範囲・各論2」 | 近刊 (B5版全474頁) 本体19,981円 |
| 第四巻「既判力の研究 IV—既判力の主観的範囲」 | 未刊 (B5版全約650頁) 2006年11月出版予定 |

*なお、この第二巻に収録した論文五編の要約(約38,000字)は「大東文化大学紀要44号」に掲載されており、また第四巻に収録予定の論稿「当事者の変更と既判力」(約168,500字)の要旨は、「法政論叢」(日本法政学会)第42巻第2号で発表する予定である。

はしがき

本書は、既刊の「既判力の客観的範囲の研究」と「既判力の研究 II 既判力客観的範囲論・各論1」の続編であり、既判力客観的範囲論各論に関わるつぎの4編の論文を収める。

訴えの併合と既判力

複合訴訟と既判力

反訴と既判力

訴求競合債権と既判力

本書では、これら各問題領域においても、これまで民事訴訟法学を席卷してきた既判力客観的範囲論(旧既判力論)、すなわち訴訟物=既判力客観的範囲論が名ばかりの存在で、実体を伴った義論をしていないことが、まず明らかにされている。しかし、それよりも重大なことは、「既判力の客観的範囲が訴訟物によって劃される」という訴訟物=既判力客観的範囲論は、現実に成立たない見解であることである。この見解は、ひたすら前訴と訴訟

物を同一にする後訴のみを排斥する理論であり、それ以外の後訴に既判力が及ぶのを恐れる議論であったが、文明国の民事訴訟の当事者（原告）は、そのような旧態依然たる民事訴訟法理論よりも聡く、前訴と同一の訴訟物を後訴で訴求し、既判力の抗弁に遭遇して敢え無く訴え却下（実際には、それ以前に既判力の先駆である重複起訴の禁止に触れた訴え却下）の憂き目を見、みすみす資金、労力、時間ならびに神経を無駄にする愚を犯さないからである。

そこで時代が要請する新しい既判力客観的範囲論（新既判力論）は、これまでのように民事訴訟の入り口を規制する訴訟物概念をもって既判力客観的範囲論を構成し、もって判決の既判力を訴訟両当事者の法律関係の葬儀、すなわち、特定の訴訟物の亡骸の弔いと見るのではなく、裁判所が判断を下したところから訴訟両当事者の新しい法律関係に生命が与えられ、その胎動が始まるという視点をもつものであった。つまり、民事訴訟が「いかに始められたか」という過去志向の観点が後々まで影響し規制するというのではなく、民事訴訟を「どう終わったと見るべきか」を問題とする態度への変換が要請されるとするものである。これは既判力制度ひいて民事訴訟制度に対する観照態度としてはコペルニクス的転回であるといつてよいであろう。

しかし、既判力客観的範囲論は純然たる民事訴訟法の解釈論の問題である。何らの思想・動機・理想も持たない法解釈論は貧困であるが、思想や思い込みをもって解釈論を構成することはできない。そこで多くの解釈論はその感ずるところに「衣」を着せることになるが、往々にしてその「衣」は、実務に疎い学者の観念論、判例の、理論構成力の不足から来るところの信義則への過度の依存（信義則判決の濫発）、および理由を付さない民事訴訟法の、熟成にほど遠い見解の押付けに傾くなど、理性的また合理的であるべき「法解釈論」と評定するのが憚られる代物を提供することが少なかった。しかし、こういった思いつきの、もしくは思慮に欠ける議論を廃し、学説・判例の見解に客観性を与えるのは、何といつても制定民事訴訟法の条文であり構成であって、これに優る指導理念はない。民事訴訟法における既判力客観的範囲論の指標となるべきものは、疑いなく日本民事訴訟法の規定（§114(1)）である。無論、さしたる検討もないままに、日本民事訴訟法の既判力規定を、これとまるで異なるドイツ民事訴訟法の既判力規定と同一であると決め付け、ドイツにおける、ドイツ民事訴訟法の既判力規定に拠った既判力客観的範囲論を、我国に導入し展開することの学的な貧困は、再度ここで指摘するまでもないところである。しかしながら、我国のこれまでの訴訟物＝既判力客観的範囲論はこのようなものであった。

日本民事訴訟法の既判力規定に即した既判力客観的範囲論（新既判力論）は、既に上記二著において明らかにしたところであり、本書に収録した四つの論文は、いずれもこれを

基調としているけれども、この四つの論文各個は、この基本的立場を差当り離れ、個々の制度がいかなる課題を、過去ならびに現在担い、また将来どのような機能を果すべきかを考究して形成したものである。その限りでは、訴訟物論や既判力客観的範囲論の立場の如何にかかわらず共通の議論の場を提供しているといつてよい。また、これらの論文は、従来全く議論されていない論点を少からず含むので、なおさらそう称することが許されよう。

本書に続く「既判力の研究 IV 既判力主観的範囲論」のためには、なお三つの論文を新規に書かねばならないが、法科大学院在職中に完成させて出版し、既判力の研究四部作を終結させたいと思う。

F. 訴えの併合と既判力

FX. 要 約 (注：本書本文11頁～82頁／注83頁～119頁)

★598 本章はつぎのように要約される。

(1) 古くからのローマ方式の民事訴訟制度を抜本的に改正し、訴訟促進を図るためにどうしても必要とされた随時提出主義と口頭弁論主義を採用した1877年制定のドイツ民事訴訟法にあっては、随時の、口頭による攻撃防禦方法の提出により個々の訴訟が著しく膨張した状態となることが危惧された。加えて、訴訟促進の観点から、集結可能な訴訟は可能な限り結合して裁判する方法も採用されたが、他方この両者が相俟って複合訴訟が極めて膨脹膨張した状態となり、却って、全国的に訴訟遅延が発生するのではないかとの懸念も強かった。かくて民事訴訟法の立法政策は、当初から二律背反の要求に対応することを余儀なくされた。そこで立法者は、対策として裁判所に「訴訟分離権」を与え、その活用に大いに期待した。このように、従来の一事件一訴訟の仕組みを是正する訴え併合の制度は、期待もされたけれども（訴訟結合権もその表れであるが）、相当に警戒心をもって迎えられた制度であったのである。

(2) かくして、ドイツ法系国の民事訴訟法では、裁判所の「①訴訟分離権」とこれと対をなす「②訴訟結合権」が明定された。また、1個の訴訟の内部における「③独立の攻撃防禦方法に関する口頭弁論の制限の権限」も裁判所に与えられた。その際当然のことながら、複合訴訟規制である前二者①②と、単独訴訟の内部の問題である後者③とが混同されたことはなく、これらは理論上も截然と区別されたものであった。しかし、明治民事訴訟法の立法者の、ドイツ法系国におけるこれらの制度に関する認識は不全であり、その混乱は昭和民事訴訟法において頂点に達し、そのまま是正されることなく平成民事訴訟法に及んで

いる。

(3) ところで「訴えの併合」は、訴訟物論の試金石問題であるとされながら、その実体は作られず、いわばカタログには載っているが商品がないような状態で推移した。実際には、訴えの併合は訴訟物論としても重要ではなく、好んでこの制度を考えようという気運も生じなかった。たまたま取上げられても選択的併合とか予備的併合止りであり、それも、例えば訴訟物論におけるが如く他の議論を補修するための検討に終始して、訴えの併合全体の考察は、個別論文はもとより、注釈書においてすら薄かったといわざるを得ない。

(4) しかし、訴訟物論は訴えの併合の成否の問題についてのみ発言し得るものであるが、これは民事訴訟法の規定に基づき、訴状の請求の趣旨と請求原因を比較して判定すれば足りる問題であった。かくして、訴訟物論は訴えの併合に関する限り不要の議論である。

(5) 訴えの併合には、併合された複数の訴えに対する判決の結論の衝突を防止する機能がある。また、訴えの併合には、併合された複数の訴えの構成要素（請求原因各個、抗弁、再抗弁等々）に関する判断を統一させる機能もある。これらは訴えの併合の法定の効果ではなく、同一事項に関し矛盾衝突する判断が思考上できないという論理法則から導かれる「事実上の効果」であるが、これにより訴えの併合がなされた場合には、各請求に関わる既判力すなわち判決主文に包含されるものを矛盾撞着に至らせないという効用が期待されるのであった。

★599 (6) 判決の既判力は、前訴と後訴の訴訟物が同一の場合に働くという、狭いどころか実際には働く場すらない機能不全の制度ではない。既判力の活性化は、既にドイツやアメリカで見られる世界的潮流となっている。まして、訴訟物ではなく、判決主文に包含されるものにつき既判力が発生するという明文の規定をもつ日本民事訴訟法にあっては、既判力の制度は、訴訟物の衝突を恐れる畏怖ないし禁忌の制度ではなく、判決主文の法的意味内容の否定を禁止し、またはその遺漏なき貫徹を図るという、民事訴訟における人の営みを将来に繋げていく制度であるといわねばならない。このように既判力は勝れて現代的意義を有する制度であるが、これを確実かつ効率よく運営せしめるには補助的な制度があるに越したことはない。訴えの併合と訴訟結合は正にこの目的に適合した制度であり、ここに今日の事件併合の制度の新しい存在意義が認められるのであった。我々は、既に他の補助的な制度として、重複起訴の禁止と訴えの変更の制度を見て来た⁵⁹⁷。また、再訴の禁止の制度も既判力制度を通じて運用されるので、ここにいう補助的な制度であるというに十分である。

(7) 事件の併合の制度は、しかし元来は既判力制度の補助制度として発生したものではない。従って、これがどのような場合に、本来負わされて来た機能と併立するのかを調べて

おく必要がある。かくして、本稿は、事件の併合の制度の生成の歴史、基礎となったドイツ法の構成、日本法への法継受の実体、継受されたものの限界、さらには継受から漏れたものの発見などを見て来た。しかし、これに手を付けて見ると、いずれの問題も、実はこれまで日本でもドイツでも、無論アメリカでも本格的に研究されたことのない問題であることが判明した⁵⁹⁸。

(8) 以下はその過程において発見されたことの一部である。

(イ) 我国における「予備的併合」の把握には、法律行為と訴訟行為の間にある差異に注意することなく民事訴訟法に解除条件の概念を持込み、かつ原告が条件を付しているのが「前訴につき先に判決をなすこと」と「その結論」についてであることを忘れて見解である。また、予備的併合をなすについては特段の要件を必要としないが、その中には少からぬ場合、既判力の衝突、および給付の1回性なる牽連関係のある訴求が含まれており、この面でも事件の併合が既判力の客観的範囲と密接な関係にあることが判明した。

(ロ) 曾ては範疇を設けて議論されていたが、いつしか見失われた「因果的訴えの併合」は、実体法上の因果関係に注目したものであったが、民事訴訟法上の問題としては、この因果関係の尊重の外、前訴が後訴に何らかの影響を与え得る場合の処理方法として事件の併合の特性を大いに生かすものであることが判った。また、そこでは、従来給付の訴えが可能である場合に、確認の訴えの利益を躊躇なく範疇的に否定して来た通説の見解は、既判力制度の沿革を忘れたものであり、また従来の既判力論の具体的妥当性を疑わしく思わせる問題を教義的に扱ったものであって、再検討すべきであると思われた。かくして、因果的併合は、訴訟法上、複数の訴訟間に既判力が働く場合に注意を向けさせ、もって実体法上の因果関係を訴訟法に取込む方途として効用があることが認識された。

(ハ) 事件の併合制度の利用を促進する必要は、既に再訴の禁止、重複起訴の禁止、訴えの変更、訴求競合債権の扱い、といった民事訴訟法上の、既判力関係問題において存在することが再度確認された。

(ニ) 訴えの併合は原告の発議にかかるもので、裁判所が提起された訴えを職権で併合することは、解釈論としてはできない。しかし、日本民事訴訟法の下においても、判決裁判所には「訴訟の結合」をなす権利があり、また、これと対をなす「訴訟分離」の権利があると解された。これらは、裁判所が特定の、独立した攻撃防禦方法に審理を制限する訴訟指揮権とは別の制度であり、これから口頭弁論の併合・分離の名の下に訴訟結合と訴訟分離をいう我国の通説は、全く根拠を欠くものである。

(ホ) 既判力が及ぶような事件が異った地域の裁判所に提訴された場合は、どの裁判所も、「既判力の衝突」という民事訴訟法が絶対に回避せねばならない公益の問題に直面している

可能性があることをよく認識しなければならない。そこでは、当事者を逡巡して prorogatio fori を成立させ、もって事件を必要もしくは職権をもって移送するように努めるべきである。移送を受けた裁判所は、事件配点の内規もしくはその趣旨に則り、一方の事件が既に係属している判決裁判所に、移送を受けた事件を配点しなければならない⁵⁹⁹。

★600 このように、「訴えの併合」と「訴訟結合」の制度は、既判力制度の遺漏なき運営のために非常に有効な制度である。かくして現代では、「訴えの併合」と「訴訟結合」は、たんに複数の訴訟を併行処理するに止まらず、既判力制度を実際に機能させる機能を有し、かつまた、既判力制度を通して、再訴の禁止、重複起訴の禁止、訴えの変更ならびに請求権競合の問題と相互に密接に関連しているのであった。「事件の併合」の制度が、複数の訴訟事件を効率よく進行させ、かつその判断相互間に矛盾撞着を生ぜしめないという機能は、今日いくら強調しても強調し過ぎることはないとしなければならない。

G. 複合訴訟と既判力

GX. 総括と要約（注：本書本文83頁～184頁／注370頁～396頁）

★687 日本民事訴訟法上「法の欠缺」のある複合訴訟制度に関する民事訴訟法学上の大局観は、以下の如きものである。

- I. 日本民事訴訟法には、複合訴訟制度、すなわち「訴訟の分離」「訴訟の結合」「独立の攻撃防禦方法の審理の制限」に関する法の欠缺がある。
- II. 日本以外のドイツ法系国の民事訴訟法は、「訴訟の分離」「訴訟の結合」「独立の攻撃防禦方法の審理の制限」という各別の制度を明文をもって規定している。この立法の基礎をなす諸種の制度、論理、発想、相互関係は、殆どすべてかつ体系的に、日本民事訴訟法に継受されている。
- III. しかし、明治法における、このドイツ法の複合訴訟の把握は朦朧としたものであり、ドイツから移植した条文（和文）も混沌としたものであった。このため昭和法立法者は複合訴訟制度を完全に誤解してこれすら制定法から駆逐し、すべてを弁論に関わる短文の一箇条をもって賄えと錯覚した。
- IV. 昭和法の立法者の誤りはそのまます平成法（§152）に及んでいるが、これは立法の誤りであり、無視しなければならない。
- V. しかし、「訴訟結合」等の複合訴訟の制度は、真実発見、訴訟経済、訴訟促進ならびに判決の抵触衝突の防止に大いに資する制度であるので、この法の欠缺（I）を認識し、

明治法・昭和法・平成法の立法者が及ばなかったところ（Ⅲ/Ⅳ）を、制定法に散在する法継受（Ⅱ）の残穂を拾い集め、その大いに足らざるを綿密な解釈論をもって補完して訴訟結合等の複合訴訟制度を作り上げ、これを知悉させるようにしなければならない。ここにおける判決の抵触の防止の要請を通じ、既判力客観的範囲論は複合訴訟制度の指導理念となっている。

★688 以上を敷衍する。

同一裁判所に、例えば同一当事者間の複数の訴訟が別個に係属しているとき、裁判所が常に受動的に、これをそのままに審理し判決しなくてはならない、とすることは合理的ではない。また、原告が適法に併合した複数の訴を提起したときに、裁判所が最後までこれを併合事件として一体のまま訴訟進行を図らねばならないというのも、不合理なことである。

★689 このような場合に、訴訟の結合、訴訟の分離の権限を裁判所に認めれば、たんに便宜であるばかりでなく、真実発見、訴訟経済、訴訟促進に大いに資すると評定される。訴訟結合も訴訟分離も、複数の訴訟を、1件の訴訟を最小単位として扱うものであり、ある1件の訴訟を、例えば争点毎に細分化して処理するものではない。従って、これは民事訴訟法学上の議論に乗せる適格のあるものである。しかし、日本民事訴訟法では後者についてはともかく、前者に関しては一切規定がなく、明白な「法の欠缺」があった。

★690 現代に至る近代民事訴訟法は、口頭弁論の一体性、ひいて証拠評価の一体性（裁判上の自白を除く）を保持する自由心証主義を鉄則とするものである。これらが、現代の民事訴訟手続における、迅速かつ経済的に、誤りのない事実認定と正しい法律の適用をなすための担保をなしているからであり、これらに対し異を唱えた者は古今東西を通じ未だ現れたことがない。然るに、口頭弁論の分離は、概念上既に口頭弁論の一体性を破壊するものであり、全く許されないところである。さらに、「口頭弁論の分離」がなければ、その反対形相である「口頭弁論の併合」もまたあり得ない。従って、「口頭弁論の分離」と「口頭弁論の併合」をいう現行法の規定（§152）は、立法の誤りとしてこれを無視しなければならない。その結果残るのは「口頭弁論の制限」だけであるが、規程上その対象が無限定である点には耐え難いものがあるけれども、それを改めるならばこの規定がいうところの「制限」自体はあり得るところとしてよい。

★691 日本の、複合訴訟の法継受には問題があった。

明治民事訴訟法の立法者は、ドイツ法を継受したとき、ドイツ民事訴訟法が定める「訴訟の結合」「訴訟の分離」および「独立の攻撃防禦方法の審理の制限（Beschränkung der Verhandlung）」という複合訴訟の制度（§§145～147 ZPO）を正しく理解することができなかった（もっとも「複合訴訟」というのは著者が付けた呼び名であり、ドイツ法でもこの

概念はない)。その結果、日本民事訴訟法とドイツ民事訴訟法は、複合訴訟規制において、つぎに示すように、全く類似するところがないものとなった。

	ドイツ民事訴訟法		日本民事訴訟法		
	制定時	現行	明治	昭和	平成
訴訟の分離	136	145	-	-	-
訴訟の結合	138	147	-	-	-
分離等の取消	141	150	-	-	-
攻撃防御方法の審理の制限	137	146	-	-	-
審理の再開	142	156	-	-	-
弁論の分離	-	-	118 (弁論)	123 (弁論)	152 (口頭弁論)
弁論の制限	-	-	119 (弁論)	123 (弁論)	152 (口頭弁論)
弁論の併合	-	-	120 (弁論)	123 (弁論)	152 (口頭弁論)
弁論の再開	-	-	124 (弁論)	124 (弁論)	153 (口頭弁論)

注：-は対応する規定が設けられていないことを示す。

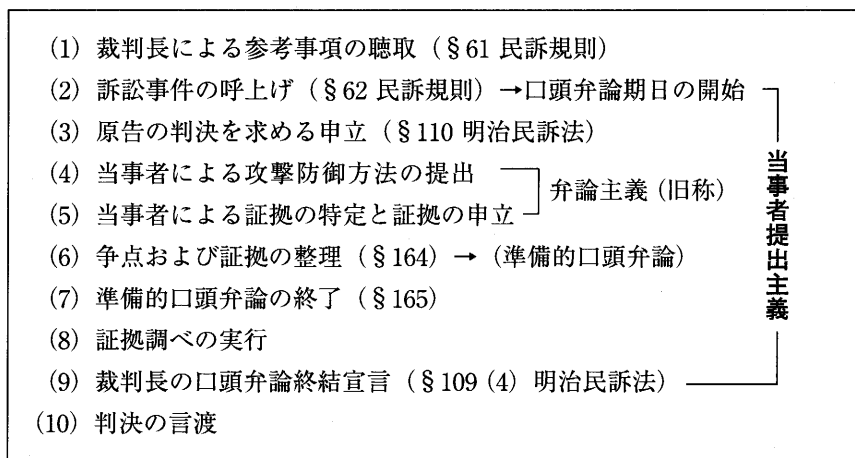
その理由は推論する外はないが、立法行為として何らの動機・縁由がある筈であるので、探求するに、ドイツ法系国にいう「Verhandlung」を、一般にドイツ語としてはその語義にない「弁論」と観念し、そう訳してしまったことに起因すると考えられる。しかし、明治法はこの概念によってドイツ法の規定を継受したため、その複合訴訟の規定群を正しく理解することができず、大変な誤りを犯してしまった。昭和法の立法者は、明治法における「弁論」概念が多用されているのに惑わされ、またそれを前提にドイツ法を見たため、これら分離・制限・結合はすべて裁判所の便利の問題であると看做し、こともあろうにこれらを「弁論」に関する一箇条に集約し、さらにこの誤りを拡大してしまった。それが現行法に至る「弁論の分離・制限・併合」の規定（§152）である（ただし、平成民事訴訟法はこの「弁論」の語を「口頭弁論」に直した）。しかし、明治法から平成法に至ったこの114年もの間、ここに示した明治法以来の日本法の欠陥ならびにこの誤った構成を指摘した者は全くいなかった。従ってまた、現在でもドイツ法の「Verhandlung」概念と制度は、日本法では相変わらず原義を遠く離れた「弁論」の語とこれを使う制度に対応させられたままである。

★692 明治法における蹉跌は「Verhandlungsgrundsatz」を「弁論主義」と訳したことによっても明らかである。またその内容も、明治法時代にドイツ法から輸入したままで、現在でも証拠の申出までがその受持範囲であると把握されている。しかし、ドイツ民事訴訟法では職権証拠調べがあり、証人尋問でも職権尋問制を採っているのに対し（§§396, 397, 398 (3) ZPO）、日本民事訴訟法は交互尋問制を採用し、また無論職権証拠調べの制

度を持たないので、当事者の証拠調べへの関与の程度と内容は、ドイツ法におけるのとは質的に隔絶したものがある。従って、ドイツにおける「Verhandlungsgrundsatz」の妥当範囲の措定をそのまま我国で受止めるべき根拠は既になくしなければならない。すなわち、日本にあっては証拠調べまでをその適用範囲に収まるものと見るべきである。

★693 そうすると、語義の問題としても「弁論」や「口頭弁論」は、証拠法の領域では使えないものであるから、民事訴訟法の大原則である「Verhandlungsgrundsatz」を「弁論主義」と呼ぶのも甚だ適当ではなく、我法としては「当事者提出主義」と訳すのがもっともよいと思われる。ドイツやオーストリアでも、曾て著者が指摘した如く40年程前から、「Verhandlungsgrundsatz」の概念は当事者の訴訟資料と証拠資料の提出を離れたものであるので適切な概念ではなく、これに替り「Beibringungsgrundsatz」の語がかなりの範囲で使われている。

★694 こういった状況から考えると、訴訟分離、訴訟結合および独立の攻撃防禦方法の弁論の制限の規定においていわれている、ドイツ法の「verhandeln」の語は、日本法としては「審理」という訳語を当てるのがもっともよいと思われる。これから見ると、当事者提出主義と従来のいわゆる弁論主義の妥当領域の違いはあらましつぎのように対比される。



★695 訴訟分離、訴訟結合、審理の制限に関する解釈論として重要な点はつぎの如くである。

「訴訟の分離」の制度は、理論的に存在を認め得ない「弁論の分離」、「口頭弁論の分離」をいう規定 (§ 152) からこれを導くことはできない。しかし、制定日本民事訴訟法には、追加的訴えの変更 (§ 143 (1))、反訴 (§ 146 (1))、中間確認の訴 (§ 145)、訴訟上の和解 (§ 267)、判決の更正 (§ 257)、判決の脱漏 (§ 258)、一部判決 (§ 243 (2)) などにおいて、既に「訴訟の分離」を理論上前提とした規定を置いていると見るべきであるから、裁判所の「訴訟分離権」を解釈論として認めるのに障害はない。本書では、その制度の趣旨、

目的を勘考して訴訟分離の要件、手続および効果を提示した。

★696 「訴訟の結合」の制度も、「口頭弁論の併合」があり得ない以上、また、明治民事訴訟法の立法者は完全に錯認していたが、口頭弁論と訴訟が同義語であることは全くあり得ないことであるから、口頭弁論の併合の規定から、類推解釈をもってこれを肯定することは不可能である。しかし、民事訴訟法中には、追加的訴えの変更（§143（1））、反訴（§146（1））、中間確認の訴（§145）、訴えの一部取下げとその再訴（§261（1））、ひいて正しく読み直した一部判決の規定（§243（2））などに訴訟結合の類例があると発見され、裁判所に複数の訴訟を結合する権利を認めることができる。ここでも、訴訟結合の要件、手続および効果につき検討した。

★697 「審理の制限」は複合訴訟の問題ではなく、単一の訴訟の内部の問題であり、上記の訴訟の分離ならびに訴訟の結合とは全く機能と次元を異にする制度である。民事訴訟法における正しい事実認定を、定型的に常時阻害するような原則を設けることができない以上、ここにいう制限の対象は「独立の攻撃防禦方法」に限定されねばならない。また、ここにいう「制限」をしたからといって、当事者が主張の交換をなし得るだけでは意味や実効性がないから、証拠の申出ならびに証拠調べ本体までも行い得るとするのが合理的である。従って、制限されるのは独立の攻撃防禦方法に関する「口頭弁論」ではなく、これらに関わる包括的な「審理」であるとしなければならない（前述の如く、日本法の証拠調べ制度の構造はこう解することの助けとはなっても、妨げとなるものではない）。

★698 我国における既判力の客観的範囲は、ドイツ法が言い、日本法が排斥したところの「訴訟物」をもって劃されるとしてはならず、日本民事訴訟法の規定に忠実に「判決主文に包含されるもの」によって劃定されるものである（§114（1））。従って、訴訟の分離等の制度は、既判力の客観的範囲を左右する請求原因、抗弁、再抗弁がどう扱われるかに注意しつつ運用されねばならない（すなわち、これらが訴訟物ではないからとして既判力論上一旦等閑に付し、後でその結果の不当を挽回すべく遮断効、失権効、争点効などの、体系思考に欠ける exodus の採用に走るという態度は正当ではない）。

★699 訴訟を分離すれば、判決の既判力の抵触衝突の可能性は高まり、訴訟を結合すればその危険は、法律上の同一確定の要請によるものではないが、實際上大幅に減殺される。独立の攻撃防禦方法の審理を制限すれば、場合により既判力客観的範囲論として重要な「前提問題」を請求原因等とする訴訟を迅速に解決することができ、もって複合訴訟における判決、またその後の訴訟で言渡される判決の既判力の統一を図ることができる。

★700 かくして、既判力の客観的範囲の制度は、原始的複合訴訟である「訴えの併合」制度を指導・抑制・制御するものであるが⁶⁹¹、複合訴訟論の範疇に属する「訴訟の分離」

「訴訟の結合」「独立の攻撃防禦方法の審理の制限」の各制度に対しても、それと同等以上の強い影響力をもち、複合訴訟の効用と運営を左右する機能があると結論される。

H. 反訴と既判力

HVI. 要 約 (注：本書本文185頁～273頁／注397頁～424頁)

★794 本章はつぎのように要約される。

(イ) 反訴の制度は実体法を起源とするもので、本来的双務契約および不完全双務契約において対立する、契約両当事者の権利各個 (actio) を、一方につき係属した訴訟において併せて決済させようとの配慮に発するものであった。このように反訴制度はもともと双務契約を母体としていたので、それ以上の要請は反訴に対してなされたことがなかった。従って、双務契約上の両アクツィオがどう牽連するかなどは改めて問い直す必要はなく、反訴制度は民事訴訟法の側で訴訟を掛合わせる手段方法としてではなく、実体法上の権利関係の一挙の解決のための手段として発足したものである。

(ロ) 時代がカノン法ついでドイツ普通法、さらには各ラント法と下るにつれ、民事訴訟の構造は、ローマ法の二段階訴訟よりも遥かに細かい段階訴訟 (単層段階訴訟) に細分化され、その結果反訴を本訴と併合して審理し判断すること自体物理的に不可能となり、その観念が存在する余地はなかった。

(ハ) 単層段階訴訟をほぼ廃止し、積層並行訴訟へと訴訟構造を変えたドイツ民事訴訟法に至り、本訴に対する反訴の観念が復活したのは事理の必然であった。しかしながら、その観念は、あくまでも本訴が中心であり、反訴はその添え物でしかなかった。そこで、反訴につきまず問題とされたのは反訴の管轄であり、反訴につき別段の管轄の合意がないことが要求され、次いで本訴で訴求された請求権と反訴で訴求された請求権とが何の関係もない場合には反訴の管轄を否定するという考えであった。このように、反訴に要求された牽連性は管轄の有無を判定するためのものであり、反訴と本訴の訴求請求権の実体法上の性格を問うものではなかった。

(ニ) 明治民事訴訟法は、その条文から判るように、ドイツ法のこの管轄法としての牽連性を要求する立法政策をそのまま導入したが、昭和法は、当時のドイツ民事訴訟法の規定をそのまま直訳した条文を設けた。平成民事訴訟法の規定はやや冗漫の趣なしとしないが、昭和法と実質的に変りはない。

(ホ) しかし、肝心のドイツ法の反訴規定は、その置かれた場所からいえば管轄規定である

ことは本来疑うべくもなかったが、文言が若干曖昧であったため⁷⁹³、ドイツでは反訴の規定は反訴の実体的要件としての「関連性」を定めたものであるという解釈論が起き、これは通説とまではならなかったが、ある程度の地位勢力を占めるに至った。しかし、挙動が早い我国の学説は当時直ちにこれを導入し、しかもこの見方は我国ではほぼ通説の地位にまで昇りつめた。今日、反訴にいう関連性を管轄規定であるとする見解は存在しないくらいである。

★795 (1) ところで、反訴は「訴え」であるから、新旧の訴訟物論従ってまた訴訟物=既判力客観的範囲論は、反訴を論じる際に訴訟物論を戦わせ、少なくともこれを意識に止めておくべきであったが、実際には新訴訟物論においてすら、反訴を新説の立場で把握せず、ここでは旧訴訟物論に立ったような観察や説明をして来た。しかし、それには確固とした理由があったとはいえず、ドイツの反訴論がそうであったからに過ぎないというのが理由であったように観察される。従って、我国においていわれることがある「ドイツ法の議論の影響を受けて」式の批判の名宛人は、外ならぬ通説が甘受すべきものであったことの例証がここでまた一つ増えたことになる。

(2) 実際に働く場のない既判力客観的範囲論、すなわちこれまでの通説であった訴訟物=既判力客観的範囲論（旧既判力論）は、反訴にあっては、本訴と訴訟物を同じくする訴え（反訴）が既に訴訟物概念の方向性からいって論理的にあり得ないところであるから、反訴制度を既判力論の観点から把握することができないものである。しかし、現実の学説はそうではなく、反訴論ではその訴訟物概念の客体面だけを抜出して訴訟物概念を構成して、反訴を論じている（驚くべきことに、これを指摘し批判した者はこれまで皆無であった）。しかし、訴訟物概念を問題毎に違え、一貫性なく適宜使い分けるような解釈論は、最初から成立たない。

(3) 判決の既判力は、原告の提起する後訴についてのみ問題となるものではなく、むしろ多くは反対当事者であった前诉被告の前訴判決に対する挑戦として現れるものであるから、反訴を提起し得る唯一の当事者の訴え、すなわち前诉被告（反訴原告）の反訴を、既判力論の見地から捕らえ得ないというのは、既に構造的に欠陥のある解釈論（既判力論）である。事態を平易に見ても、反訴に対し本訴判決の既判力が及ぶことはないという前提に立った反訴論と、反訴に対しても本訴判決の既判力が波及することがあり得るという立場では、反訴に関する見方は無論のこと、その法理を説く解釈論も、また、実際の結果も著しく異なったものとなると見るのが自然である。

★796 (1) 本訴と反訴は、「訴訟結合」の一つの典型例である。訴訟結合の概念は我国ではまだ知られていないが、明治民事訴訟法、昭和民事訴訟法、平成民事訴訟法と誤謬を

伝承して来、それ故にその誤謬が判明した今廃止し否定されるべき「口頭弁論の併合」を正しく置き換えたものが「訴訟結合」であるから、日本民事訴訟法の下でこれを認めるのに何の障害もない⁷⁹⁴。

(2) 訴訟結合された本訴と反訴は同時に進行させられるから、一般の見解では、両者の判決の間には矛盾衝突が起きないと思われる。しかし、これはまだ分析に欠ける見解でしかなく、また実際上多くの場合がそうであるというだけの話であって、完成された法理論として認めるには足りない。本訴と反訴はあくまでの独立の訴訟であるから、その訴訟の進展は基本的には各別のもので、独自の様相を呈することを予見しておかねばならない。例えば、一方の訴訟においてなされた裁判上の自白が他方の訴訟における事実認定と齟齬し、一方の訴訟における証明負担分配の原則に従った事実認定が他方の訴訟における事実認定と相克するという事態があり得、このような場合には、訴訟が結合されているからといって、両訴の判断ひいて判決の統一性は保障されず、個々の訴訟における民事訴訟法の適用としてはむしろ破らねばならないものである。

★797 さて、反訴は本訴さえ訴訟係属していれば提起できるというものではなく、それには積極的要件と消極的要件の両方がある。

(1) 積極的要件は

- (A) 本訴で訴求された権利または法律関係と関連しているか、または
 - (B) 本訴における本訴被告の防御方法と関連したものでなければならない
- との要件であり

(2) 消極的要件とは

- (C) 反訴につき専属管轄の定めがないこと、および
 - (D) 反訴の審理により著しく訴訟手続が遅滞させられないこと
- との要件をいう。より問題なのは積極的要件である。

(3) 反訴も訴えであるから、上記の外に

- (E) 訴えの利益などの訴訟要件の具備
- (F) 反訴を許さない手続における反訴でないこと

なども要請される。

★798 (1) (A) にいう関連性の有無を判定するには、本訴と反訴をそれぞれ構成する請求の趣旨および/または請求原因を相互に比較検討する方法が最善の方法である。この方法は実体法の規定と体系を基準とした客観的な検査を可能とするものである。

(イ) これをせずに漠然と本訴と反訴を比較して関連性の有無を見るのは、不特定概念に関わる解釈論の方法として拙劣であり、また、その判断も解釈者の主観の投影でしかなく、

議論を正しく進展させる力を欠くものである。これまでの我国の反訴訟は、反訴と訴えの変更の比較参照、ひいては相互作用をいう解釈論に見られるように、大体においてこの水準にあった。また、そこでは反訴制度が双務契約関係の解決に資するという歴史的観点が語られたことはなく、相殺をいうための反訴という、反訴訟としては端隅辺境にある問題に注力するという均衡を失った態度が見られた。

(ロ) 反訴の① 請求の趣旨および② 請求原因は、本訴の (a) 請求の趣旨、(b) 請求原因および (c) 間接事実それぞれ関係する場合がある。従って、ここには、① (a)、① (b)、① (c) ならびに、② (a)、② (b)、② (c) という各場合があることになる。これ以外の関係は、一般に重要ではない。

(ハ) この関係の仕方には、(i) 対立関係、(ii) 発展関係、および (iii) 交差関係という三者があると見られる (他の、もしくは混合類型があることはこの三者の把握を妨げたり損ねたりするものではない)。

(i) 対立関係は、請求の趣旨・請求原因が相互にその法的意味において対立する場合 —
例えば、Xの所有権とYの所有権

(ii) 発展関係は、請求の趣旨・請求原因の関係が一方から他方が発生などして因果的に展開する場合 — 例えば、Xの所有権とYの賃借権

(iii) 交差関係は、請求の趣旨・請求原因が相互にその法的意味において交差する場合 —
例えば、双務契約上の双方の請求権、または相殺目的の反訴

(ニ) これらの関係が① (a) ないし② (c) において認められれば、反訴は関連性をもつと判定される。これが常にそうであるかは、Fallkonstellation に限界があるので確定的なことはいえないが、いえずともこの分析と把握の方法は、従来に比し、事態の把握において格段に詳密であり客観的であるといつてよい (→:★731~)。

★799 (B) にいう関連性の有無を判定するには、本訴被告の防御方法がいかなるものであるかを知れば容易に客観的判断を得ることができる (しかしながら、従来以下に述べるとような観点からこの問題を考えた例は、ドイツでも日本でもなかった)。

(イ) 本訴は、常に権利根拠規定 (または時として権利阻害規定) から発生する権利関係を請求するものであるから、これに対する防御方法は同じく常にこの権利根拠規定に対する権利減却規定、権利抑制規定または権利阻害規定から発生するものである (→:★744~)。

(ロ) これに対する僅かな例外は、相殺の抗弁で主張した自働債権を請求する反訴であるが、これは互いに関係のない権利関係が相殺の一点において関連させられる特殊な場合であり、また、その特殊性は、これが同時に反訴請求原因が本訴請求原因に関連する類型に該当することにも表れている。

(ハ) 本訴被告が、本訴における権利滅却規定、権利抑制規定または権利阻害規定に依拠すれば、直ちにそれを反訴として提起できることにはならず、反訴も訴えであるから訴えとしての適格を有し要件を満たしていなければならない。

★800 反訴は、本訴被告から本訴原告に対する訴えであり、本訴原告を名宛人とするのを原則とする。従来これに対する例外は殆ど議論されていないが、つぎの場合を分けて検討しなければならない。

(A) 補助参加人に対する反訴および補助参加人からの反訴

(B) 第三者（本訴の外に在る者）に対する反訴

(Γ) 第三者（本訴の外に在る者）からの反訴

(1) (イ) 本訴原告の補助参加人に対する本訴被告の反訴は適法である、と解する。(ロ) また、本訴被告の補助参加人が、本訴被告のためにする本訴原告に対する反訴も、本訴被告の意思に反しない限り、適法である。(ハ) しかし、本訴被告の補助参加人が、自らのためにする本訴原告に対する反訴は適法ではない、とすべきである。(ニ) 本訴被告の補助参加人が本訴被告に対してなす訴求は反訴の範疇に入らない。

(2) 第三者に対する反訴として問題となるのは、(i) 原告との関係において必要的共同訴訟人となり得る者（潜在的必要的共同訴訟人）に対する反訴、(ii) 少からぬ種類の権利義務を発生させる包括的契約関係において、その一部の債権の譲渡もしくは債務引受がなされ、この包括的契約関係が分断された場合の、この包括的契約関係の当事者に対する反訴、(iii) 人的会社などにおいて会社と（無限責任）社員との責任が重疊的に定められている場合、(iv) 取引や権利関係の設定、運営、維持が複数の、しかし少数の関係者の参加を見て支えられている場合（ないしは判決の第三者効を問題とし得る場合）におけるその関係人、といったものである。これらの場合、所掲の者に対する反訴はいずれもこれを許すべきである（→：★786～）。

(3) しかし、一般に第三者からの本訴原告に対する反訴は認められない。このような者は、別途本訴原告を被告とする訴えを提起すればよく、これで足りる。

I. 訴求競合債権と既判力

IVIII. 結論の要約（注：本書本文275頁～332頁／注425頁～474頁）

★884 実用主義法学は、ある特定の観点から構成された学説や体系が普遍的正統性を得ていない場合に、そのような学説や体系に依拠することなしに、実際に生起する問題を解

決することを優先させる考え方である。請求権競合論（広義）も訴訟物論もそれぞれ見解が割れ、支配的な学説はまだ確立されていない。加えて実体法の議論と訴訟法の議論を融和させる試みはなく、近い将来これが実現する保障はどこにもない。従って、これらの議論中のある1個の見解が正しいとし、それによればこうなると主張するような前近代的な態度ではなく、普遍性ある見解がない以上、つぎなる新たな手を打ってこそ初めてこれからの法律学といえる、としなければならない。

★885 裁判所は、国民が訴え出て来たものが実定実体法典に根拠が、一次的にせよある場合には、頭からその審理を拒絶する権能をもつ機関ではない。実定実体法典が権利を発生させているときに、法典外の何らかの理屈によってその訴求を拒むのは既に裁判の拒絶である。しかし、古くローマ法を整理してでき上ったドイツ民法典の発祥以来、法典からは複数の請求権が発生するが、最終的には給付は一度しか受けられないという事態が起きることが認識された。この事態を前にして、いきなり訴求できる請求権はこれこれの論理によって整理された特定のこの請求権だけである（請求権競合論）とか、実体法はともかく、訴訟法では訴え出たところのものはこれこれの理論によってこう合体させた訴訟上の請求である（新訴訟物論）という議論は、いわば最初から実定法の規定を抹殺し一部不能とする論理であった。しかし、法学者に果してそのような事前抹殺の権利があるといえるのか、というもっとも重要な問題は不問に付されたままであった（(イ)人は、ローマ法で訴権が ad hoc 的に作られ、このため1回の給付しか受け得ないのに、いくつもの訴権が乱立したことに今日の請求権競合（論）ならびに訴訟物（論）の淵源があるとしがちであるが、これは誤っている。ローマ法の民事訴訟では、praetor および後代の magister は、事件が来るとそれにもっとも適した法的観点を選択し、事件をもっぱらその特定の法的観点から審理判断すべしとの命令と共に事件を事実審裁判所へと送致したのであり、適用されるべき法的観点は最初から1個に絞られ、他の競合債権は消耗して消滅し、これらは二度と使えないこととされていたのであった。従って、現在の意味における、民事訴訟における請求権もしくは法的観点の「競合」は、存在しようがなかったのである。(ロ)問題は、近代法が（実体）ローマ法を継受したときに生じ、ローマ法の裁判制度を承継しなかったところから発生した。「(只管)どの法的観点から審究すべし」と指定する者がいなくなったからである。法継受の姿からいえば、この法的観点の選択は新しい民事訴訟手続の中で審理を通じてなされることになったとすべきであるのに、学者は請求権競合論や訴訟物論を発明し、往時ローマ法下正当性（正統性）のあった praetor に成り代って、適用法ないし拠るべき請求権を指定し、これを裁判制度を利用する国民と、また裁判所に強制しようとしたのであった。その際、学者に何故そこまでの権限があるのかとの問いは終に発せられることがなかった）。

★886 こういう過去の流れに対して、実定実体法典を素直に認識する（法実証主義）とどうなるか、実定訴訟法に従ってこれを処理していくと本当に請求権競合論や新訴訟物論がいつているような困った問題が起きるのか、問題が発生したならばどう解決するのが合理的か、しかしその際今までの特定の議論に戻って解決をするのであれば、他の意見の者はこれを受容れないであろうし、第一それは普遍性がないままであるから、何らかの妥協ができる解決方法を探すことを優先させるべきである、といったような発想に至ってもおかしくなかったように思われるが、日独いずれの国にあってもそういう動きは一切なかった。教義教条が人を縛るのに実に凄じいものがある。

★887 実定法の立場は明らかに本稿のいう「請求権併存」であり、これが自然な受止め方であるから「自然的請求権併存」と呼ぶことができる。ここでは複数の請求権を、同時もしくは異時に、訴求することができるので、本稿のいう「双方訴求」の事態は不可避である。そこで問題は、双方訴求がなされた場合に何か問題があるか、とくに曾ての請求権競合論や新訴訟物論がいつていた「いかにしても避け難い重大な問題」、すなわち「どんなことがあっても折々の論者のいう請求権競合論や訴訟物論に立戻るのでなければ実際に到底耐え難い弊害があり、二進も三進もいかないことになる」という言明の正否の具体的な検証であった（もっとも、上記のように「立戻るべき議論」といわれても、法の世界を席卷した支配的見解はないので、どの見解に戻ればよいのか途方に暮れるばかりであるが）。

★888 このように、本稿が試みた分析と統合は、本来如何なる請求権競合論においても、またどんな訴訟物論にあっても、既に一度はなされていなければならなかった類いの研究である。場合によれば、その研究はこれらの理論を補強するものであったかも知れないのであるから、尚更であろう。もっとも、ドイツでは事情が少し異り、実体法の議論の決着はついていないが、判決の既判力は判断された限りにおいてしか生じないという狭いが穏当な効果を伴う訴訟物論が実務に浸透しており、かつそれも近時の既判力の客観的範囲拡張の議論により妥当な結果を得るように調整されているなど、検討の必要はやや薄かった^{896a}。しかし、日本では実体法でも訴訟法でも侃々諤々見解が戦わされ、帰一するところを知らないから、双方訴求は放置できない問題であるとしなければならない。

★889 本稿で示したように、双方訴求があれば、裁判所は、まずは一方の請求権につき判決を言渡さねばならない（双方訴求における前訴の判決）。同一期日に二つの判決を下す場合でも、判決の内部的成立および外部的成立が異時点であることを避け難いから、必ず前後の関係が発生する（→：^{815a}）。そこで残りの請求権について如何なる判決を下すか（同じく後訴の判決）が、とくに、前訴の請求を認容する限り、問題となる。これにはつぎのような態様がある。

類型	前 訴	後 訴
I	認容判決確定・取立執行済	提起済・目下審理中
II	認容判決確定・未執行	提起済・目下審理中
III	認容判決言渡済・未確定 仮執行宣言付	提起済・目下審理中
IV	認容判決言渡済・未確定 仮執行宣言なし	提起済・目下審理中
V	先提起済・目下審理中	後提起済・目下審理中
VI	同時提起・目下審理中	同時提起・目下審理中
VII	提起済・目下審理中	未提起
VIII	棄却判決確定／言渡済	提起済・未提起

★890 双方訴求の場合、前訴判決の態様により後訴判決の態様が定まる。すなわち

- (1) 前訴確定判決が執行もしくは任意履行されれば、後訴は損害をいう請求原因は存在せず、請求棄却を免れない。
- (2) 前訴判決が確定していれば、後訴は訴えの利益を欠き訴え却下を免れない。
- (3) 前訴で仮執行宣言付判決が言渡されれば、同じく訴えの利益を欠くので後訴については訴え却下判決が下されねばならない。
- (4) 前訴判決が言渡されたが仮執行宣言が付されていない場合、後訴は不完全債権の訴求であり、実体法上の要件を欠くので、請求棄却の判決がなされる。

このうち (1) ないし (3) の事態が圧倒的多数を占め、(4) の事例は非常に少い⁸⁹⁷。

棄却判決と却下判決とのいずれが重いということはなく、再訴の可能性についても同じ原理が働くから、(4) の結論と (3) の結論が均衡を失しているとはいえない。

★891 (1) の場合があるということは、従来の請求権競合論と新訴訟物論の適用領域を原始的に限定するものであり、これらの理論は最初から部分問題を扱うものに過ぎないことが明らかになった。従って、それらはもはや一般理論とはいえない。

また、(2)、(3) および (4) にあっても、給付の1回性は護られ、他方 (イ) 二重の強制執行、(ロ) 二重の給付判決、(ハ) 矛盾する判決、さらには (ニ) 重複審理ならびに (ホ) 非重畳部分の審理、(ヘ) 各別の処分といったことについても、何らもしくは重要な、例えばそれが故に自然的請求権併存ならびに双方訴求という事態を否定しなければならない程の問題が存在しないことが判明した (→: §805)。従って、これらの類型においても、従来の請求権競合論と新訴訟物論は実用的には必要不可欠なものとはいえない。むしろこれらは争いが続き膠着状態にあって久しいから、別の考え方で処理する方が一般性がある望ましいくらいである。契約責任と不法行為責任はこれらの議論の核心をなす類型であったから、この場合に議論の効用が無くなるということは、従来の議論にとってかなりの打撃と

なることであろう。

★892 給付の1回性が全法体系秩序の一体性から導かれることにつき、私法の学説史上今日に至るまで疑問が呈されたことはない。そこで本稿もこれをいわば公理として前提に置いた。しかし、実体法の議論である請求権競合論および請求権規範競合論、ならびに民事訴訟法の議論である新旧の訴訟物論は、自らをそれぞれの法体系を貫く基礎理論であると称しているが、それは給付の1回性の如き公理ではないから、確とした論証が必要である。しかし、まず一方の債権の履行がなされて仕舞えば、他方の債権は存在の余地すらなく（類型Ⅰ）、しかもこのようにして競合債権の問題が片付けられることは実体法上何ら珍しくなく、むしろ常態であるから、これらの理論は既にあらゆる場合に必要な考え方とはいえない（すなわち、ここでは実体法上一方の履行前の状態を自然的併存と見ても何の弊害もなく、逆にこれを競合論として認識すべき必然性はない）。またこれらが、そういう処理を経ることなく訴求された場合（類型ⅡないしⅥ）でも、競合論や訴訟物論から中立である民事訴訟法の手続原理に従って処理されれば、具体的に妥当な結果が得られ、加えて請求権競合論や新旧の訴訟物論が説くような困った問題が、実体法の問題としても、民事訴訟法の問題としても生ずるとは認められないのであった（すなわち、ここでも自然的併存の認識が妥当する）。

★893 このようにして、従来の競合論や訴訟物論が真に、またいかなる範囲において必要であるのかについて少からぬ疑問が生じた。そこで実用法学の見地からは、これらの議論がまず新たな存在価値と有用性を示すのを俟つことになる。無論そこでは、他のどの議論を扱措いてもこれらの議論、ひいて実体法の議論と訴訟法の議論のうちどれを優先させるべきかの選択、ならびにその各々についての実定法上の根拠が挙げられなければならない。