Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2025-07-11

ドイツ民事訴訟法における一事不再理について

八田，卓也

(Citation)
民事手続法の現代的課題と理論的解明 ： 徳田和幸先生古稀祝賀論文集:347-367

(Issue Date)
2017-02

(Resource Type)
book part

(Version)
Version of Record

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100477779

ドイツ民事訴訟法における一事不再理について

八田卓也

Ⅰ はじめに
Ⅱ ドイツ法の一事不再理説とその具体的中身（効果）
Ⅲ ドイツにおける既判力本質論での一事不再理説（Ne-bis-in-idem Theorie）の優位
Ⅳ 一事不再理説の日本における非受容と受容の萌芽
Ⅴ 中間的整理
Ⅵ 一事不再理説に対する内在的疑問
Ⅶ まとめ

Ⅰ はじめに

本稿は、ドイツ民事訴訟法学において圧倒的優位をもって採用されている既判力本質論としての一事不再理説（その中身についてはⅡで明らかにする）の妥当性を検討するものである。その意図は次のようなところになる。現在の日本の民事訴訟法学説においては、既判力の本質論としては一事不再理説はほぼ一致して採られておらず、確定判決の内容を以後の当事者間の関係を規律する基準として通用させる効力、後訴裁判所に対する訴訟上の拘束力として既判力を理解する見解（拘束説）[1]がほぼ一致して採られている。これに対して日本民事訴訟法の母法とされるドイツではほぼ一致して一事不再理説が採られている。この見事なまでのコントラストはどこから来るのか、特に日本でも少数ながら一事不再理説を採る見解が主張されておりまた近時これを支持する文献が登場していること（後述Ⅳ2）に鑑み、日本法においても既判力本質論として一事不再理説を採る余地があるのかどうか、を吟味すること

1） 高橋宏志・重点講義民事訴訟法（上）［第2版補訂版］（有斐閣・2013）586頁以下、三木浩一ほか・民事訴訟法［第2版］（有斐閣・2015）418頁以下〔垣内秀介〕。

には一定の意味があるのではないかと思われる。そこで本稿では、この問題（日本とドイツでの既判力本質論における相違の淵源如何、および日本法下で一事不再理説を採る余地の有無）を検討する。

Ⅱにて、ドイツ法の一事不再理説の中身を概観した上で、Ⅲで、ドイツ法下で一事不再理説が優位を占めるに至った過程を追い、Ⅳで日本における一事不再理説の採否の経緯を追い、Ⅴでドイツの学説と日本の学説の対比を中間的整理として行った上で、Ⅵにて一事不再理説内在的な問題を扱い、Ⅶでまとめを行うこととする。

Ⅱ　ドイツ法の一事不再理説とその具体的中身（効果）

ドイツ民事訴訟法の既判力本質論における一事不再理説とは、同じ事件について当事者が裁判所を利用することができるのは一度だけである、という指導理念のもとに、一度確定判決をもって判決された事項について裁判所は再度の審理・裁判をすることが禁止される、とし、これを確定判決の既判力の効果によるものとする考え方をいう[2)]。

その具体的な中身（効果）は以下の通りである。まず、訴訟物が前訴と後訴で同一の場合については、既判力の効果として後訴が却下される（既判力ある判決の存在が消極的訴訟要件として機能する）。その具体例としては、勝訴原告／敗訴原告が同じ内容の請求を繰り返すケースが挙げられる[3)]。

さらに、訴訟物が前訴と後訴で矛盾関係に立つ（Kontradiktorisches Gegenteil）場合にも、前訴確定判決の既判力の効果として後訴の却下が導かれる

2）*Zöller/Vollkommer,* Kommentar zur Zivilprozessordnung, 31 Aufl. (2016) Vor §322 Rdnr. 19, *Prütting/Gerlein/Völzmann-Stickelbrock,* Kommentar zur Ziviprozessordnung, 8. Aufl. (2016) §322 Rdnr. 3, *Musielak/Voit/Musielak,* Kommentar zur Zivilprozessordnung, 13 Aufl. (2016) §322 Rdnr. 5, *Thomas/Putzo/Reichold,* Kommentar zur Zivilprozessordnung, 37 Aufl. (2016) Rdnr. 7, *MünchenerKommentarZPO/Gottwald,* 5. Aufl. (2016) §322 Rdnr. 9ff., *Jaurnig/Hess,* Zivilprozessrecht 30. Aufl. (2011) §62 Rdnr. 14f., *Stein/Jonas/Leipold,* Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl. (2008), §322 Rdnr. 20.

3）以上につき、*Zöller/Vollkommer,* a. a. O. (o. Anm. 2) Vor §322 Rdnr. 21, *Prütting/Gerlein/Völzmann-Stickelbrock,* a. a. O. (o. Anm. 2) §322 Rdnr. 14, *Musielak/Voit/Musielak,* a. a. O. (o. Anm. 2) §322 Rdnr. 9, *Thomas/Putzo/Reichold,* a. a. O. (o. Anm. 2) §322 Rdnr. 11, *MünchenerKommentarZPO/Gottwald,* a. a. O. (o. Anm. 2) §322 Rdnr. 39f., *Jaurnig/Hess,* a. a. O. (o. Anm. 2) §62 Rdnr. 16, *Stein/Jonas/Leipold,* a. a. O. (o. Anm. 2) §322 Rdnr. 185.

（説明としてはこの場合にも訴訟物の同一性が認められるという方法が用いられる）[4]。この場合の具体例は大きく二つに分かれる。①一つは、前訴判決が給付請求認容判決で、後訴が、給付判決で認められた請求権の不存在の確認である場合等、日本法にいういわゆる狭義の訴訟物自体は前訴・後訴で同一といえる場合である[5]。②もう一つは、前訴判決が原告（A）の所有権確認訴訟認容判決で、後訴が前訴被告（B）の所有権確認訴訟の場合[6]；前訴判決が Auflassung を命じる給付判決で、後訴が反対方向の Auflassung を求める訴えの場合（同一の Sachverhalt を前提とする）；前訴判決が所有権に基づく明渡請求認容判決で、後訴が前訴被告による同じ目的不動産の明渡請求である場合（同一の Sachverhalt を前提とする）、といったように、日本法にいういわゆる狭義の訴訟物自体は前訴・後訴で同一とはいえない場合である[7]。

以上のように、訴訟物が前訴後訴で同一もしくは矛盾の関係に立つ場合には、後訴却下という規律になるが、前訴の訴訟物が後訴の訴訟物の前提関係に立つ場合（Präjudizialität）には、既判力の効果としては、後訴却下ではなく、後訴の裁判所は、既判力をもって確認された前訴確定判決の内容を無条件の前提にして判決を出さなければならない、というものが導かれる。具体例としては、前訴判決が所有権確認請求認容判決で、勝訴原告が目的物の明渡を後訴で求める場合等が挙げられている[8]。

4）*Zöller/Vollkommer*, a. a. O.（o. Anm. 2）Vor §322 Rdnr. 21, *Prütting/Gerlein/Völzmann-Stickelbrock*, a. a. O.（o. Anm. 2）§322 Rdnr. 15, *Musielak/Voit/Musielak*, a. a. O.（o. Anm. 2）§322 Rdnr. 21, *Thomas/Putzo/Reichold*, a. a. O.（o. Anm. 2）§322 Rdnr. 11, *MünchenerKommentarZPO/Gottwald*, a. a. O.（o. Anm. 2）§322 Rdnr. 42, *Stein/Jonas/Leipold*, a. a. O.（o. Anm. 2）§322 Rdnr. 186, *Jaurnig/Hess*, a. a. O.（o. Anm. 2）§63 Rdnr. 4ff. ただし以上のうち、Gottwald、Leipold はこれらの場合に訴訟物が同一だという表現は用いない。Musielak、Hess は、本稿本文後掲①の場合にのみ訴訟物は同一だとする。

5）*MünchenerKommentarZPO/Gottwald*, a. a. O.（o. Anm. 2）§322 Rdnr. 43, *Stein/Jonas/Leipold*, a. a. O.（o. Anm. 2）§322 Rdnr. 186, *Jaurnig/Hess*, a. a. O.（o. Anm. 2）§63 Rdnr. 4.

6）前訴が A 所有権確認請求の棄却判決であった場合には、既判力は作用せず B による B 所有権確認の後訴は不適法とはならない。*Prütting/Gerlein/Völzmann-Stickelbrock*, a. a. O.（o. Anm. 2）§322 Rdnr. 15., *Stein/Jonas/Leipold*, a. a. O.（o. Anm. 2）§322 Anm. 277; *Jauernig/Hess*, a. a. O.（o. Anm. 2）§63 Rdnr. 8, *Albrecht Zeuner*, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge（1959）, S. 12.

7）*Prütting/Gerlein/Völzmann-Stickelbrock*, a. a. O.（o. Anm. 2）Rdnr. 15, *MünchenerKommentar ZPO/Gottwald*, a. a. O.（o. Anm. 2）§322 Rdnr. 44, *Stein/Jonas/Leipold*, a. a. O.（o. Anm. 2）§322 Rdnr. 186, *Jauernig/Hess*, a. a. O.（o. Anm. 2）§63 Rdnr. 6f. 争いある場合を含め、その他の具体例につき、高見・後掲注 51）282 頁以下を参照。

8）以上につき、*Zöller/Vollkommer*, a. a. O.（o. Anm. 2）Vor §322 Rdnr. 22, *Prütting/Gerlein/Völzmann-Stickelbrock*, a. a. O.（o. Anm. 2）§322 Rdnr. 20f, *Musielak/Voit/Musielak*, a. a. O.（o. Anm.

Ⅲ　ドイツにおける既判力本質論での一事不再理説（Ne-bis-in-idem Theorie）の優位

1　既判力本質論における訴訟法説中の拘束説の優位化

ドイツ民事訴訟法下では、普通法期の議論の影響を受け、当初（19世紀から20世紀への転換期くらいまで）は実体法説（判決の内容が実際の権利状態に反する場合には、既判力の効果により実際の権利状態の方が判決の内容の通りに変更され、これにより後訴裁判所は前訴判決の内容に拘束されるという考え方[9]）が優位であった[10]が、既判力は訴訟外の実体法上の法律関係には影響を与えないという訴訟法説（中、特に拘束説（Bindungstheorie：既判力ある判決内容と異なる判断をしてはならないという後訴裁判所への拘束力に既判力の本質をみる考え方[11]））が優位を占めるようになる。これは、Stein（1901）[12]、Hellwig（1901）[13]の功績による[14]。

2　一事不再理説の優位化

これに対し、同じく訴訟法説中、既判力の効果を一事不再理とみる一事不

2）§322 Rdnr. 10, *Thomas/Putzo/Reichold*, a. a. O.（o. Anm. 2）§322 Rdnr. 9f., *MünchenerKommentarZPO/Gottwald*, a. a. O.（o. Anm. 2）§322 Rdnr. 51f., *Jaurnig/Hess*, a. a. O.（o. Anm. 2）§62 Rdnr. 18, *Stein/Jonas/Leipold*, a. a. O.（o. Anm. 2）§322 Rdnr. 194f..

9）高橋・前掲注1）587頁、同・民事訴訟法概論（有斐閣・2016）252頁以下、長谷部由起子・民事訴訟法（岩波書店・2014）250頁。

10）実体法説の主唱者としては、*Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts Bd. VI（1847）, *Josef Kohler*, Prozeßrechliche Forschungen（1889）, *ders*, Das materielle Recht im Urteil in: Festschrift für Franz Klein（1914）, *Max Pagenstecher*, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft（1905）等が挙げられている（いずれも文献としては参照できなかった）。*Stein/Jonas/Leipold*, a. a. O.（o. Anm. 2）§322 Anm. 14参照。

11）前掲注1）参照。

12）*Gaupp/Stein*, Kommentar zur Civilprozessordnung 4. Aufl.（1901）§322 II 3. この他、拘束説を説いたSteinの文献として *ders*, Über die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der neuen österreichischen CPO（1897）があるが、参照できなかった。

13）*Konrad Hellwig*, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft（1901）S. 12, 18; *ders*, System des deutschen Zivilprozeßrechts Band I（1912）, S. 777. ただし、Hellwigも、*ders*, Anspruch und Klagrecht（1900）S. 165ff. では、敗訴当事者による同一訴訟の繰り返しの場合の効果は訴えの不適法却下だとしていた。この点につき、*Hans Friedhelm Gaul*, Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Bd 1, S. 514 Anm. 414.

14）この他、*Gaul*, a. a. O.（o. Anm. 13）S. 503ff. によれば、Bülowが既判力の職権調査化を導いたことも訴訟法説の優位化に影響を及ぼしているものと思われる。Bülowの情熱がオーストリア法において既判力の職権調査化の立法に結実したことにつき、*Gaul*, a. a. O.（o. Anm. 13）S. 504、松本・後掲注48）101頁注158）。

再理説（Ne-bis-in-idem Theorie）が次第に優位化していく。一事不再理説は、当初 Johann Christof Schwartz（1900）[15]によって主唱されたが、Stein（1903）[16]による反論にあったせいか、すぐには追随者をみなかった[17]。しかし、1920年代から30年代にかけて Rosenberg（1927）[18]、Bötticher（1930）[19]による相次ぐ主張の結果、ドイツ民事訴訟法で圧倒的優位を占めるようになる[20]。

Rosenberg は、まず、前訴が後訴の前提関係に立つ場合について前提問題についての後訴における当事者の主張・証拠調べ・裁判 Entscheidung が不適法となり、かかる前提問題についての前訴裁判所による判断内容が後訴裁判所により当然に ohne weiteres 基礎に置かれなければならなくなるとした上で、同旨は前訴と後訴の訴訟物が同一の場合（矛盾関係に立つ場合を含む）にも妥当する、という形で一事不再理説を展開した。ここでは、訴訟物が同一・矛盾・前提の何れの関係に立つ場合でも、そこでの扱いは一事不再理により説明できるという考え方がとられている。Rosenberg が挙げる一事不再理説の根拠は、以下の通りである：①否定説の根拠はローマ法上の消耗法理（訴権は一度使うと消費されつくすという法理）の再燃に対する懸念にあるが、それは的外れであること。②二重起訴の法理（＝後訴却下）との類似（矛盾する裁判を避けようという点で二重起訴禁止は既判力と同じ目的をもつという[21]）。③拘束説

15）*Johann Christof Schwartz,* Absolute Rechtskraft und heutiges Deutsches Recht in: Festgabe für Heinrich Dernburg zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 4. April 1900.

16）*Friedlich Stein,* Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage（1903）S. 81ff.

17）*Gaul,* a. a. O.（o. Anm. 13）S. 446 参照。
なお、Schwartz 自身、*ders,* Billigkeitsurteil des §829 BGB（1904）で Stein に対する反論を試みている。ただし、本文献は参照できなかった。*Bötticher,* a. a. O.（u. Anm. 19）S. 134 参照。

18）*Leo Rosenberg,* Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts（1927）, §154 II 3.

19）*Eduard Bötticher,* Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess（1930）.

20）Rosenberg、Bötticher 後も一事不再理説を自覚的に否定して拘束説を採用するものに *Zöller/Degenhart,* Kommentar zur Zivilprozessordnung, 10. Aufl.（1968）Vor §322 4）c）（一事不再理説では前訴訴訟物が後訴訴訟物の前提関係に立つ場合の説明が出来ないことを理由とする）、*Arwed Blomeyer,* Zivilprozeßrecht, 2. Aufl.（1985）（（同一内容の）裁判が排除されるというのは「裁判」と「拘束」Bindung を対立する概念として把握するものでありドイツ民事訴訟法の体系に対応しないものであるということを理由として挙げるが、必ずしもその趣旨は正確に理解できなかった）がある。以上のうち Zöller のコンメンタールは、同じ Degenhart による 11 版（1974）以降は一事不再理説を採用しているが、改説の理由は挙げられていない。前掲注２）参照。

21）同旨、*Gaul,* a. a. O.（o. Anm. 13）S. 513.

によれば既判力の効果は実体法的なものだとされるが、そうだとするとⓐ原告の請求を棄却する第一訴訟の判決確定後、原告が再訴を提起した場合、拘束説に立つと、口頭弁論終結後の事由が不存在であれば第一訴訟判決の既判力により再度請求棄却判決が出される。ここで、第一訴訟の判決に瑕疵があり再審により取り消されたとする。拘束説では、にも拘わらず同内容の繰り返しの第二訴訟の判決があることにより、既判力の除去ができないことになってしまうこと。ⓑ最初の訴えで敗訴した原告が再訴を提起した訴訟に被告は欠席した、という場合、既判力は職権探知事項であるから、拘束説によればもう一度同じ内容の判決が出ることになる。しかし、既判力の効果が実体的だとするとそのような職権探知はできないのではないかという疑問が生じること。ⓒ第二訴訟における第1審は第二訴訟は第一訴訟の既判力に触れると判断したが、控訴審は既判力に触れないと判断した、という場合。拘束説だと、控訴審は差戻し判決をしないことになり（第1審は実体判断を出しているので必要的差し戻しにならない）、当事者から第一審級の判断をうける利益が奪われること。④定期金給付の変更の訴えが要件を満たさないと却下になり、再度同じ内容の判決が出るわけではないこと。⑤一事不再理説を採らないと、第二の訴えが既判力に触れるかどうかについての中間判決を出すことができないこと[22]。

Bötticher (1930) は、Rosenberg と同様に拘束説が効果面において実体法的考察に陥っていること[23]や二重起訴禁止と既判力の目的の共通性[24]を指摘する他、訴訟経済の観点を強調する。曰く、敗訴原告が再訴してきた場合について、同じ実体判断を繰り返すよりは訴え却下の方が訴訟経済に合致する。拘束説が、請求棄却の繰り返しでも結論は決まっているから訴訟経済に反しないというのであれば、それは自説の欠点を暴露するようなものであり、本

22)　以上のうち④⑤は、Rosenberg の教科書の第3版（1931）で追加されたものである。

23)　*Bötticher*, a. a. O. (o. Anm. 19) S. 150ff. 具体的には、拘束説は、既判力による効果を主張の理由具備性の問題として扱ってしまっているといい（S. 152）、これは Stein（Bötticher 曰く、既判力に抵触する主張を他の主張と並んで評価するとしているから。S. 152）、Hellwig（Bötticher 曰く、既判力に沿う主張を自白された主張と同様に立証不要な主張として扱っているから。S153）、Lent の何れにおいてもあてはまるが特に Lent において顕著だとしている（Bötticher 曰く、Lent が、既判力の抗弁はその根拠においては訴訟法上の救済手段 Rechtsbehelf だが、その効果と目的においては、自己の実体的権利を主張し相手方の実体的権利を否定し本案即ち実体法についての判断を導こうとする限りで、実体法的な救済手段 Rechtsbehelf である、と述べているから。S. 153ff.）。

24)　*Bötticher*, a. a. O. (o. Anm. 19) S. 206.

案についての裁判を認めておきながら当該裁判所の独自の判断の余地を認めずにその内容を初めから固定するというのは背理である、という[25]。また、勝訴当事者が再訴してきた場合について拘束説が訴えの利益（の不存在による訴え却下）で対処するのに対し、それでは敗訴当事者が再訴してきた場合には対応できないこと、したがって勝訴当事者・敗訴当事者のいずれによる再訴に対しても（訴え却下で統一して）対応できる点で一事不再理説の方が優れている旨を述べる[26]。なお、Bötticher は、前訴の訴訟物が後訴の前提問題となるケースでも一事不再理説は機能するか問題とした上で、その場合、後訴裁判所はかかる前提問題について自分自身では判断をせず前訴裁判所の判断を前提にする以上、機能しているといえる、とする（この場合は前提問題が一事不再理の対象となる、という考えである）。そしてこの場合に後訴の判決ではなく前提問題が一事不再理の対象となるのはおかしくないかを問題とした上で、前提問題についても「判断」Entscheiden するといえるので、おかしくはないとする[27]。この場合に後訴裁判所は前訴裁判所の内容の通りに「判断」をしているのではないか、という疑問に対しては、後訴裁判所は自分自身では判断をせず、自己を拘束する前訴裁判所の判断を流用しているだけなので、一事不再理には反しない、とする[28]。即ち、Bötticher も Rosenberg と同じ様に、訴訟物同一・矛盾・前提の何れの場合についても、それぞれの場合の取り扱いの効果を一事不再理で説明できると考えていたといえる。

なお、訴訟法説中の拘束説の優位から一事不再理説の優位への転換を象徴するものとして Lent による改説を挙げることが出来る。Lent は、自己の教科書の第3版（1949）[29]までは、拘束説を支持し、その理由として、後述する日本の学説同様、基準時をずらせることを挙げていた。しかし、第4版（1952）[30]では一事不再理説に改説し、以降一事不再理説を維持している[31]。

25）*Bötticher*, a. a. O.（o. Anm. 19）S. 202. Rosenberg の教科書の第3版（1931）の523頁にこれに呼応した記述がみられる。

26）*Bötticher*, a. a. O.（o. Anm. 19）S. 207ff.

27）*Bötticher*, a. a. O.（o. Anm. 19）S. 138.

28）しかし、この場合やはり前提問題として「判断」はされてしまうのであるから、判断の禁止を内容とする一事不再理には反するのではなかろうか。同趣旨の疑問を *Gaul*, a. a. O.（o. Anm. 13）S. 517 が提起している。

29）*Friedlich Lent*, Zivilprozessrecht, 3 Aufl.（1949）§59 III.

30）*Ders*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl.（1952）§59 V.

31）Hess により改訂された *Jauernig/Hess*, a. a. O.（o. Anm. 2）§62 Rdnr. 15 でも、一事不再理説が維持されている。

なお、Lent が挙げる一事不再理説支持の理由は以下の二つである：①二重起訴禁止からの類推；②拘束説は、前訴訴訟物が後訴訴訟物の前提関係に立つ事例で、既判力と矛盾する主張を理由なしとして退けるが[32]、それは既判力に対応する主張の正しさを当事者が判決で証明することによると考えられる。しかし、そのような証拠調べ手続（既判力による立証）は実定法上認められておらず、許されないこと。

3　一事不再理説の現在における変容

前述のように、当初の一事不再理説は、訴訟物同一・矛盾・前提の何れの場合についても、それぞれの扱いを一事不再理で説明できるとしていたが、現在ではその部分は変容を受け、既判力の効果は二元的に説明されるようになってきている[33]。具体的には、訴訟物同一・矛盾の場合の効果を後訴却下とし、その根拠を一事不再理に求めつつ、訴訟物が前訴が後訴の前提問題になる場合の扱いについてはその根拠を別のところに求める傾向が強まっている。

例えば Leipold[34] は、既判力の目的は第１に当事者の保護、第２に国家機関の保護（同じ事柄についてもう一度裁判所に要求をすることを不可とすることによる）にあるとし、この第１の目的から、既判力の実体的な効果として、具体的な法的帰結の拘束的な確定が導かれ、この効果が前訴訴訟物が後訴訴訟物の前提問題となる場合に働くとする。

また、Gottwald[35] は、既判力本質論については、基本的に一事不再理説に立ちつつ、その弱点として当事者に対する拘束力を否定している所を挙げ、むしろ、当事者と裁判所が第１次的に積極的に判決の既判力に拘束されるこ

---

32)　この理解は、*Bötticher*, a. a. O. (o. Anm. 19) 152ff. の指摘に基づくものと思われる。前掲注 23) も参照。拘束説によっても既判力に反する主張を不適法とすることは可能であり、この部分にかかる Lent の改説の根拠にはあまり説得力がないようにも思われるが、このような取扱いが拘束説によっても可能であることが意識されなかったようである。

33)　もっとも、*Gaul*, a. a. O. (o. Anm. 13) S. 461f. によれば、19 世紀の普通法期にも二元説的説明が多数であったということである（*ders*, S. 469 も参照）。Gaul はまた、今日に至るまで拘束説か一事不再理説による一元的説明に成功した者はいないという（S. 513f.）。この点につき、松本・後掲注 48) 102 頁注 160) 参照。

34)　*Stein/Jonas/Leipold*, a. a. O. (o. Anm. 2) §322 Rdnr. 31ff.

35)　*MünchenerKommentarZPO/Gottwald*, a. a. O. (o. Anm. 2) §322 Rdnr. 13ff.

との訴訟上の帰結として一事不再理を捉えるべきだとする。かかる積極的な拘束力を抜きにしては、前訴訴訟物が後訴訴訟物の前提問題の関係に立つ場合の先決的機能がうまく説明できないとする。したがって、拘束説にいう拘束力と一事不再理は既判力の互いに補完しあう効力だとする[36]。

Vollkommer[37]は、一事不再理説に立ちつつ、①訴訟物が同一の場合、②前提関係にある場合を区別し、①では既判力ある前訴判決が消極的訴訟要件として機能し、②では前訴判決の既判力の効果は後訴裁判所の前訴判断への拘束力にあるとする。

Gaul[38]も、訴訟物が同一の場合は一事不再理説による繰り返しの禁止 Wiederholungsverbot を、訴訟物が前提関係に立つ場合には拘束説による矛盾禁止 Widersprechungsverbot を妥当させるのが適切であるとしている。

Musielak[39]に至っては、一事不再理説をとりつつ、既判力の効果については、訴訟物同一の場合には既判力ある判決の存在が消極的訴訟要件として機能するとする一方で、前訴訴訟物が後訴訴訟物の前提関係に立つ場合には、第二訴訟の裁判所は既判力をもって判断された前提問題について自ら新たに判断することなく、既判事項を実体審理なく自己の裁判の基礎に据えなければならないとしつつ、ここで、それが一事不再理の特別な形の表れなのか、矛盾禁止を内容とする既判力の積極的な機能が働いているからといえるのかは、法理論的な問題なので放置するとしている。

以上の結果として、一事不再理は、訴訟物同一（および矛盾）の場合に後訴却下を導く理屈として純化されつつあると評価して良いように思われる。

36）高見・後掲注 51）282 頁が指摘するように、Gottwald は自己の教科書（*Rosenberg/Schwab/Gottwald,* Zivilprozessrecht, 17. Aufl. (2010) §151 III 2. Rdnr. 15）では、前訴訴訟物が後訴訴訟物の前提関係に立つ場合の後訴裁判所の拘束力は一事不再理 ne-bis-in-idem によるものだとしている。しかし類旨の記述は Gottwald による Münchener Kommentar zur ZPO においても見受けられるにもかかわらず、同書において Gottwald は本稿本文のような主張をしている。Gottwald が教科書で述べている前提関係の場合の一事不再理は、本稿本文で述べられているような積極的効力を背景にもつ一事不再理であり、そうであるがゆえに前提関係の場合の拘束力を説明できると考えられていると読むべきであるように思われる。なお、既判力が当事者を拘束する旨の記述は Gottwald の教科書にもみられる（*Rosenberg/Schwab/Gottwald,* Zivilprozessrecht, 17. Aufl. (2010) §151 II 3. b) Rdnr. 9)。

37）*Zöller/Vollkommer,* a. a. O. (o. Anm. 2) §322 Rdnr. 19.

38）*Gaul,* a. a. O. (o. Anm. 13) S. 517.

39）*Musielak/Voit/Musielak,* a. a. O. (o. Anm. 2) §322 Rdnr. 5, 10.

Ⅳ　一事不再理説の日本における非受容と受容の萌芽

1　一事不再理説の非受容

上記のようにドイツ民事訴訟法を席巻している一事不再理説は、しかし日本では受継されることはなかった。これには、兼子[40]による非受容が大きく響いたと考えられる[41]。

兼子は、「民事判決の対象である私法上の権利関係は、時が経てば、発生変更消滅の可能性があり、又民事訴訟は常に現在（その訴訟の口頭弁論終結当時）の法律状態を確定するものであるから、時的要素を入れて考えれば厳密に同一事件というものはないということになる」とした上で、「既判力の作用は、一事不再理の効果とは異る。」とし、一事不再理説を排した[42]。

三ケ月は、一事不再理説を受継したがその内容を「希薄」化してしまったといわれる[43]。具体的には、一事不再理を「理念」に高めた上で、民事訴訟における時制の経過という考慮要素より、実際に同一事件の繰り返しを禁ずるという効果が生じる場合はほんの一部であるとした上で、既判力の効果は寧ろ後の裁判における判断を内容的に拘束するという点にある、とした[44]。

新堂は、一旦は一事不再理説を評価する[45]。しかし、最終的には、いわゆる既判力の消極的作用（当事者が後訴において既判力の生じた前訴判決の判断に反する主張・立証をすることが許されず裁判所もまたそうした主張・立証を取り上げることができないこと[46]）の中に一事不再理の考え方を解消し[47]、既判力の本質論とし

40）以下では、ドイツ人法学者について敬称を略すことと平仄を合わせ、日本人法学者についても敬称を略す。

41）以下による記述の他、判例や他の学説を含めた包括的検討として、高見・後掲注51）270頁以下を参照。

42）兼子一・新修民事訴訟法体系［増補版］（酒井書店・1965）348頁。

43）新堂・後掲注45）128頁。

44）三ケ月章・民事訴訟法［法律学全集］（有斐閣・1959）19頁以下。

45）新堂幸司「民事訴訟における一事不再理」訴訟物と争点効（上）（有斐閣・1988〔初出1960〕）125頁以下。拘束説が前提とする「実体的審理なき実体判決」を一見して分かる奇妙な結果だと評価する（同134頁）。

46）三木ほか・前掲注1）420頁〔垣内〕。

47）新堂幸司・民事訴訟法（筑摩書房・1974）423頁。対応し、所有権確認訴訟で敗訴した原告が、同じ所有権確認の再訴を提起したが基準時後の新事由を主張しなかった場合について、一事不再理説による訴え却下ではなく、基準時をずらした請求棄却判決を支持する。同書424頁。鈴木正裕「既判力本質論の実益」争点［旧版］（1979）260頁以下も参照。

ては拘束説的理解を採用している。

2　受容の萌芽

以上のように、大勢において一事不再理説は日本では受容されず、寧ろ拘束説が日本では一般的であるが、一事不再理説の受容の萌芽も日本でみられないわけではない。

まず、松本[48]はドイツ法的な一事不再理説を支持する。その根拠として、第一訴訟が請求棄却、原告が再訴、口頭弁論終結後の新事由が不存在という場合に拘束説（松本は請求棄却説と呼ぶ）だと請求棄却判決が出されることになるが、その訴訟不経済（第二訴訟の裁判所は請求棄却の判決主文と事実・理由を書かなければならないという）を問題とするほか、拘束説だと、基準時前の事由はすべて主張不可能になるが、それだと当事者は請求を理由あらしめる事実を主張することも出来なくなってしまい、請求認容を導くことが出来なくなるという[49]。

以上の松本説の他、近時の動向として注目されるのは、河野[50]が訴訟物同一の場合には前訴判決の既判力により後訴が却下となるとして一事不再理説を説いている他、高見[51]が一事不再理説に同調的な理解を示していることである[52]。高見は、拘束説の利点とされる基準時をずらせるという点は、必ずしも全ての訴訟には妥当しない（貸金返還請求訴求訴訟で原告の債権が不存在という理由で請求棄却になった場合には、その後に債権が発生することはほぼあり得ない以上、

48）　松本博之「請求棄却判決の確定と標準時後の新事実による再訴」既判力理論の再検討（信山社・2006〔初出 2002〕）13 頁以下、松本博之＝上野泰男・民事訴訟法［第 8 版］（弘文堂・2015〔初版 1998〕）613 頁、617 頁〔松本〕。

49）　松本・前掲注 48）99 頁以下。

50）　河野正憲・民事訴訟法（有斐閣・2009）571 頁。河野と松本の相違として、松本がドイツ流の訴訟物についての二分肢説をとるのに対し、河野はそうではないことを挙げることが出来る。河野・同書 197 頁。

51）　高見進「判決効の意義と機能」実務民事訴訟講座［第 3 期］第 3 巻（日本評論社・2013）269 頁以下、特に 279 頁。

なお、高見と類似の問題意識を提起する先行業績として、岡庭幹司「『既判力の時的限界』という法的視座への疑問」青山善充先生古稀祝賀・民事手続法学の新たな地平（有斐閣・2009）45 頁以下、特に 53 頁以下も参照。

52）　この他、一事不再理説を支持する文献として、斎藤秀夫ほか編著・注解民事訴訟法（5）［第 2 版］（第一法規・1991）102 頁〔斎藤秀夫＝渡辺吉隆＝小室直人〕、中村英郎・新民事訴訟法講義（成文堂・2000）239 頁がある。高見・前掲注 51）276 頁を参照。この他、畑郁夫「既判力の本質と作用」争点［新版］（1988）274 頁以下、特に 277 頁が一事不再理説的処理を一部支持している。

基準時をずらす意味はほとんどないとする）とし、また後訴却下の方がわかりやすく、国民にわかりやすい裁判という観点からは妥当であり、これは基準時をずらす利点を上回るとされる。

V　中間的整理

以上の議論を中間的に整理すると、日本法（における多数派たる拘束説）とドイツ法（における多数派たる一事不再理説）との齟齬として以下のことを指摘できようか。

まず、日本法における多数派たる拘束説は、基準時後の新事由がある場合や前訴訴訟物が後訴訴訟物の前提問題として機能するケースから考察を出発させる。そしてこれらのケースでは、前訴の既判事項は前提問題として判断はされる（積極的効力の基礎として；実体審理なき実体判断がなされる）[53]。であるならば訴訟物同一（ないし矛盾）で基準時後の新事由が（主張されたが）存在しない場合（もしくは主張されない場合）にも、（前訴判決と同内容の）判断がされることは背理ではない。このような思考により拘束説を支持するものと思われる。そこでは特に、基準時後の新事由がない場合に、基準時をずらすことができる点が重視された[54]。

これに対し、ドイツ法での多数派たる一事不再理説は、現在は前訴訴訟物が後訴訴訟物の前提関係に立つケースについては一事不再理と別の原理で説明する傾向が強い（上述Ⅲ3）。したがって、一事不再理は、専ら訴訟物同一（および矛盾）の場合に後訴の不適法却下を導くための理屈として機能しているといえる。そしてそこでは「同じ事柄について裁判所を頼れるのは一度だけ」という指導理念のわかりやすさが響いているのではないかと考えられる。具体的には、前訴棄却の場合も前訴認容の場合も単一の原理で同様に後訴却下という処理ができること[55]および二重起訴禁止との類推[56]が強く意識され

53）前掲注27）も参照。
54）前掲注47）参照。
55）*Bötticher*, a. a. O.（o. Anm. 19）S. 207参照。これに対し、*Gaul*, a. a. O.（o. Anm. 13）S. 514は、特に、勝訴当事者による訴訟の繰り返しに対して訴えの利益の欠缺により訴えを却下するという「困窮策」Verlegensheitslösungをとることが不要になることを一事不再理説の利点として強調する。
56）Lentによる改説を参照。

ているものと思われる。なお、第二訴訟で基準時後の新事由がないケースについて、既判力の基準時をずらせることが日本では拘束説の優位の有力な論拠として位置付けられていたが、この点については、ドイツでは基準時をずらすことよりも第一訴訟が再審事由により取り消される場合の方が、また拘束説は実体法的考察に陥いっているとのドグマティッシュな考慮の方が重視されたということがいえようか[57]。

このうち特に後者には、拘束説に立つ限りは既判力と抵触する相手方の主張自体を理由具備性のレベルで攻撃する以外にないと考えられたこと（日本での拘束説のように、訴え自体はその本案 Sach のレベルで処理しつつ、それを基礎付ける主張レベルでは不適法として扱うという中間段階が観念されなかったこと）が、一定の影響を与えているように思われる[58]。

Ⅵ　一事不再理説に対する内在的疑問

以上の中間的整理の他、一事不再理説に対する内在的疑問として、訴訟物が前訴と後訴で同一と考えられる場合に、基準時後の新事由の主張（とそれに伴う本案判決）はどういう理由付けで許されるのか、という問題がある。訴訟物が前訴・後訴で同一の場合でも、基準時後の新事由が主張された場合には後訴は適法とせざるを得ず、かつ、そこでは、前訴判決内容を基礎として後訴を判断する、という拘束説的な内容の既判力が働くとせざるを得ないはずである[59]。しかし、訴訟物が前訴と後訴で同一の場合には後訴却下というのが一事不再理説からの帰結であり、そこからの逸脱をどのように説明するのか問題となると思われるからである。

1　基準時後の新事由は訴訟物の分断をもたらすという見解（A 説）

この点については、まず、基準時後の新事由が（有理性をもって）主張され

57）Rosenberg による一事不再理説の根拠③ⓐ、および Lent による改説を参照。

58）前掲注 23）とこれを受けた Lent による改説（前掲注 32））、また鈴木・前掲注 47）261 頁以下を参照。

59）Lent はその教科書の第 4 版（一事不再理説に転換した版）で、前訴訴訟物が後訴訴訟物の前提問題となるケースに、前訴と同一訴訟物を内容とする後訴で基準時後の新事由が主張されるケースを付け加えている（*ders*, Lehrbuch des Zivilprozessrecht 4. Aufl. (1952) §59 V a. E.）が、これはこのことを端的に示しているのではなかろうか。

た場合には、常に訴訟物が異なることになるという考え方（以下、A 説という）が主張されている。A 説をとるのは、Gottwald[60]、Musielak[61]、および BGH・BAG の判例[62]である。A 説は、訴訟物を同定する要素を申立 Antrag と事実関係 Sachverhalt に分けるいわゆる二分肢説[63]を前提とした上で、基準時後の新事由は常に新たな Sachverhalt を導き、したがって前訴と後訴の訴訟物は異なることになるという。金銭債権訴求訴訟で前訴判決が履行期未到来による（一時的）棄却である場合で、前訴口頭弁論終結後に期限が到来した、というときでも、この期限到来は新たな Sachverhalt をもたらすとされる[64]。

A 説に対しては、基準時後の新事由が（有理性をもって）主張されても、常に訴訟物が異なることになるわけではないという考え方（以下、B 説という）も主張されている。B 説をとるのは Leipold[65]、Vollkommer[66]、松本[67]である（いずれも訴訟物論としては二分肢説を採用している）。この考え方は基準時後の新事由が常に訴訟物の変更をもたらす事実関係 Sachverhalt の変更をもたらすわけではない、という考え方を基礎とする。

2　A 説批判

(1)　批判の内容　B 説を詳細に展開し、A 説に対する優位を主張するのは Leipold[68]である。Leipold は、【第一訴訟で X が V から譲渡を受けた売掛

60）*MünchenerKommentarZPO/Gottwald,* a. a. O. (o. Anm. 2) §322 Rdnr. 149ff.

61）*Musielak,* Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4 Aufl. (2005) §322 Rdnr. 32.

62）*BGH* NJW 1986, 1046; *BAG* NJW 1984, 1710.

63）訴訟物についての二分肢説については、さしあたり邦語文献として松本＝上野・前掲注 48) 199 頁以下〔松本〕を参照。

64）*Musielak,* NJW 2000, 3593; 3596. *MünchenerKommentarZPO/Gottwald,* a. a. O. (o. Anm. 2) §322 Rdnr. 149f. も参照。この場合、松本・前掲注 48) 16 頁によれば、訴訟物が異なることにはならないとされる。

65）*Stein/Jonas/Leipold,* a. a. O. (o. Anm. 2) §322 Rdnr. 234ff.

66）*Zöller/Vollkommer,* a. a. O. (o. Anm. 2) Vor §322 Rdnr. 55ff.

67）（標準時後の）「新事実の中には、前訴の事実関係を補充するもの（請求補充的新事実）と、前訴の事実関係と一定の関係はあるけれども、それに属するのではなく別個の訴訟物を構成する事実関係をなすもの（請求変更的新事実）とを区別することができる。」とし、前者の場合には訴訟物の変動はもたらされないという理解に立っていると考えられる。松本・前掲注 48) 23 頁以下。

68）*Dieter Leipold,* Eininge Bemerkungen zu den zeitlichen Grenzen der Rechtskraft in: Festschrift für Georgios G. Mitsopoulos II (1993), S. 797ff., *ders,* Zur zeitlichen Dimension der materiellen Rechtskraft in: Keio Law Review, Nr. 6 (1990), S. 777ff. 内容はほぼ同一のため、以下では、前者の方の論文の頁で引用する。後者の論文については日本語訳がある：ディーター・ライポルド（坂原正夫＝田原有里訳）「既判力の時間的広がりについて」法学研究 66 巻 7 号（1993）101 頁以下。

債権[69]をＹ相手に訴求したが、譲渡が不存在という理由で請求棄却の判決が確定した。その後、第一訴訟の口頭弁論終結時後にＸが再度Ｖから譲渡を受けたと主張して同債権を訴求する後訴を提起した（第二訴訟）】（以下、**【例1】**という）という事例を用いてＡ説を以下の２点において批判する。

第１の批判は、以下のようなものである。即ちＡ説の立場では、**【例１】**の第一訴訟では最初のＶによる譲渡が訴訟物を構成する事実関係 Sachverhalt であるのに対し、第二訴訟では第２のＶからの譲渡が訴訟物を構成する事実関係になる以上、第一訴訟の訴訟物と第二訴訟の訴訟物は異なる、ということになる。であるならば、再度のＶからの譲渡が第一訴訟の口頭弁論終結時以前に行われた場合でも、同じ事が妥当するはずである[70]。しかし、このような基準時前の事由の主張を後訴で簡単に許してよいか疑問である、というものである。

第２の批判は、前訴確定判決の既判力を維持する必要性があるのではないか、というものである。具体的には、Ａ説の立場では、**【例１】**の第一訴訟と第二訴訟では訴訟物が異なる。したがって第一訴訟の既判力は第二訴訟には及ばない。したがって**【例１】**において第一訴訟で売掛債権（の基礎となる売買契約）がそもそも存在しないという理由で請求が棄却された場合を**【例２】**とすると、Ａ説の立場では**【例２】**において、Ｘは、Ｖによる再度の譲渡を主張すれば、第一訴訟の既判力から解放され（既判力が作用する関係に前訴・後訴が立たないためである）、再度の譲渡と売掛債権の発生を立証すれば、請求認容判決を得られることになってしまい、それは不当ではないか、というのである[71]。

69）実際に Leipold が挙げるのは、建築請負契約において履行内容に瑕疵があった場合の瑕疵担保責任としての金銭支払請求権であるが、簡略化のため本文では売掛債権に事例を変えている。

70）事実、*Musielak*, a. a. O. (o. Anm. 64) S. 3598 や *MünchenerkommentarZPO/Gottwald*, a. a. O. (o. Anm. 2) §322 Rdnr. 142 は、Ｖによる再譲渡が基準時前であった場合にも Sachverhalt は前訴と後訴とで異なることになるという。これに対し BGH は反対である（*BGH* MDR 1976, 136）。

71）これに対し Musielak は、*ders*, Einige gedanken zur materiellen Rechtskraft in: Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag (1996) S423ff. において、前訴と後訴の訴訟物は異なるという立場に立っても、第一訴訟の既判力ある判決は当事者間で拘束力をもち続け、第二訴訟の裁判所はこの第一訴訟判決による既判力ある確認内容から逸脱できないとして、Leipold が本稿本文の次の段落で認める効果を自説でも同様に導けるとする。しかし、その理由は明らかではない。特に、Musielak は Leipold が認めるような判決理由中の判断の拘束力（即ち理由説（後掲注 72）参照）の認める拘束力）を認めないとしており、だとすれば Leipold と同様の帰結は導けないのではないかと考えられる。なお、Musielak による ZPO のコンメンタールにおいてはその第４版まではこれと同じ趣旨の記述が見出されるが、第５版以降では、かかる記述は削除されている。

これに対し、第一訴訟・第二訴訟の訴訟物を同一とみれば、基準時後の新事実が既判力ある判決と結びついて法律状態の変更を導く限度においてのみ第一訴訟の判決の既判力が基準時後の新事実によって限界づけられる、という可能性を導き出せる、と Leipold はいう。即ち、基準時後の新事実が変更された法律状態を導き出せるかどうかが、既判力ある判決の理由中の判断を基礎に判断される、というのである。言い方を変えれば、基準時後の新事実が、既判力ある判断において肯定／否定された構成要件に影響を与える限りにおいて、新たな実体審理（およびそれ次第での第1判決と異なる内容の判決）が許される、他方、その他の面では既判力ある判決はその拘束性を維持する、というわけである。具体的には**【例2】**では、基準時後の新事実（債権譲渡）が、既判力をもった請求棄却の理由（売買契約の不存在）に関係しないため、既判力をもった請求権の否定が拘束力をもって維持される、とされる。

(2)　**批判の評価**　かかる Leipold の見解について考察するに、まず、Leipold による A 説批判の1点目はその通りだと思われる。第一訴訟で主張できたはずの基準時前の V からの債権譲渡を第二訴訟で主張することを X が遮断されない、というのには問題があると思われる。他方、第2点目で主張されている見解は、基準時後の新事由の意味は既判力ある判決の判決理由を基礎に審理され判断されなければならない、という見解であり理由説（Begründungstheorie）と呼ばれ、ドイツではほぼ一般的に承認されている見解である[72]。ただし、理由説自体の評価は日本法では定まってない。理由説に対してはさしあたり2点の問題点が指摘されている。その一つは、これは、§322 I ZPO（日本民訴114条1項）が封じているはずの判決理由中の判断の既判力の承認を意味しないか、というものである。今ひとつは、裁判所に裁量的な判決理由選択権を認めながら棄却理由への拘束を認めることは問題が大きい、というものである[73]。しかし、理由説の是非はともかく、前訴後訴の訴

72)　**【例2】**でいえば、売買契約の不存在という判決理由の拘束力が維持され、債権譲渡にも拘らず請求棄却が維持される、ということになる。

理由説（Begründungstheorie）については、*Peter Dietrich,* Zur materiellen Rechtskraft eines klagabweisenden Urteils, ZZP 83 (1970), 201ff.、越山和広「請求棄却判決と再訴の可能性（1）（2・完）」近畿大学法学 45 巻 3＝4 号（1998）129 頁以下、同 46 巻 4 号（1999）47 頁以下、松本・前掲注 48）28 頁以下を参照。

73)　具体的に**【例2】**を用いて敷衍するに、原告が、被告が出した債権譲渡無効の主張を克服できないと考え、どうせ負けるならということで売掛債権の発生についてもまともな主張・立証を展開

訟物が同一もしくは矛盾関係にあり、かつ基準時後の新事由を理由に後訴の適法性が主張される場合には、拘束説的な意味での既判力（既判力ある前訴判断を前提として後訴を処理するという意味での既判力）が働くことを肯定する必要があることは否定できないと思われる。

以下、【Xが原告となりYを被告として甲土地の所有権が自己に帰属することを確認することを求める訴えを提起し、請求認容で判決が確定した（第一訴訟）。その後、Yが、第一訴訟口頭弁論終結後に甲土地をXからYが購入したと主張して、Xを被告として甲土地がYの所有に属することの確認を求める訴え（第二訴訟）を提起した】という事例（**【例3】**）および、【Xが原告となりYを被告として甲土地の所有権が自己に帰属することを確認することを求める訴えを提起し、請求認容で判決が確定した（第一訴訟）。その後、Yが、甲土地は元々（第一訴訟口頭弁論終結時前から）C所有であり、第一訴訟口頭弁論終結後にCからYが購入したと主張して、Xを被告として甲土地がYの所有に属することの確認を求める訴え（第二訴訟）を提起した】という事例（**【例4】**）を素材として考察する。

このうち**【例4】**のB説による処理は以下の通りとなると思われる：前訴訴訟物（Xの甲土地所有権）と後訴訴訟物（Yの甲土地所有権）は矛盾関係にある。よって一事不再理説に立てば本来であれば後訴は不適法である。しかし、基準時後の新事由（C→Y所有権移転）を基礎に新訴が提起されている。よって後訴は適法である[74]。しかし、前訴判決の既判力は後訴に作用する。よって、後訴では、第一訴訟口頭弁論終結時にXに甲土地所有権が帰属していたことを前提に審理する必要がある。Yの主張は、X→Yの所有権移転を基礎付けられておらず、有理性を欠き、請求棄却に終わる。

これに対し、A説による処理はどうなるか。まず、**【例3】**はA説によれば、以下のように処理されることになると思われる。前訴訴訟物（Xの甲土地所有権）と後訴訴訟物（Yの甲土地所有権）は本来矛盾関係にある。よって一事不再理説に立てば本来であれば後訴は不適法である。しかし、基準時後の

しなかったような場合にまで、売掛債権不存在という判決理由に決定的意味をもたせて良いのか、というのが批判の内容である。越山・前掲注72）（2）51頁以下。

74）Leipoldは有理性を欠くものでも基準時後の新事由の主張があれば後訴自体適法にはなるとしている。*Stein/Jonas/Leipold,* a. a. O. (o. Anm. 2) §322 Rdnr. 254.

新事由（X→Y 所有権移転）を基礎に新訴が提起されている。よって後訴の訴訟物は新しい訴訟物と構成することになり、前訴訴訟物と矛盾関係に立つことが否定され（これを否定しないと後訴が適法にならない）、前訴既判力は後訴に作用しない。よって X→Y 所有権移転を立証できれば、Y は勝訴できる。同様に【例 4】は A 説によれば以下のように処理されることになると思われる。前訴訴訟物（X の甲土地所有権）と後訴訴訟物（Y の甲土地所有権）は本来矛盾関係にある。よって一事不再理説に立てば本来であれば後訴は不適法である。しかし、基準時後の新事由（C→Y 所有権移転）を基礎に新訴が提起されている。よって後訴の訴訟物は新しい訴訟物と構成することになり、前訴訴訟物と矛盾関係に立つことが否定され、前訴既判力は後訴に作用しない。よって C 元所有と C→Y 所有権移転を立証できれば、Y は勝訴できる。しかし、これでは X が勝訴した第一訴訟が無意味になってしまう。このように、A 説をとり、基準時後の新事由が前訴と後訴の訴訟物の分断をもたらすとすることには、理由説の採用如何にかかわらず、問題がある。

3　B 説批判

結局、Leipold による A 説批判自体はその通りだと思われる。しかし、Leipold 自身ないし B 説に対しても、疑問がある。即ち、B 説によれば、訴訟物が同一であるにも拘わらず第二訴訟が適法であることはどのように導かれるのか、という疑問である。これに対する Leipod による応答は次のようなものである。即ち、口頭弁論終結後の新事実は、既判力の限界づけとして理解される。そのことは、適法性の問題について以下のことを意味する：新しい訴訟が基準時後の新事実つまり、既判力により影響を受けない事実に立脚している限りは、既判力は同一訴訟物を繰り返して提起することを封じない[75]。

しかし、この応答の趣旨は必ずしも明らかでない。既判力は、客観的限界と別に時的限界を有するということであろうか。だとするとその根拠は何か。

---

75)　*Leipold*, a. a. O. (o. Anm. 68) S. 807.　この部分にかかるライポルド（坂原＝田原訳）・前掲注 68）108 頁以下の訳は誤訳ではないだろうか。

なお、Leipold 以外に B 説に立つ文献で、この部分の説明を試みているものをみつけることが出来なかった。

§767 II ZPO[76]は直接には既判力に関する規定ではない。端的に、判決の基礎にできるのは事実審口頭弁論終結時までの事由だという事実から、事実審口頭弁論終結時後の事由を基礎に新訴が提起された場合には、一事不再理の基礎となる事件の同一性が否定される、と構成することになるのだろうか。

Ⅶ まとめ

以上をまとめると、以下のようなことがいえようか。

まず、一事不再理説に立つか、拘束説に立つかは、以下の二つのポイントに依存する。第1は、訴訟物同一の場合の訴え却下という処理の簡明性を採るか、前提問題に立つ場合の処理との均一性を採るか、という問題である。第2は、一事不再理説に立った場合に、訴訟物が本来同一の場合で基準時後の新事由が主張される場合の後訴の適法性は（どう）説明できるのか、という問題である。

第1の問題はいわば価値判断であり、どちらの立場も採り得る。前者を採れば一事不再理説を支持することになり、後者を採れば拘束説を支持することになる。そして前者を支持するのがドイツ法であり、後者を支持するのが日本法だといえようか。

ただし、ドイツの一事不再理説が、訴訟物同一という範疇に加えて訴訟物矛盾という範疇を設け、かつ、真の意味での矛盾関係（例：第一訴訟が原告所有権確認で、第二訴訟が前訴原告所有権不存在確認である場合）以外のものにもこの範疇を拡張していることには注意が必要である[77]。特に、この中（拡張された矛盾関係の中）には、いわゆる前提関係で説明の付くものもあるが（例：第一訴訟が原告の土地所有権確認で第二訴訟が前訴被告の同土地所有権確認である場合[78]。これはカテゴリを整理し直せば済む問題である）、前提関係でも訴訟物同一でも説明の付かないものが含まれているように思われ（例として、第一訴訟がA⇒Bの所有

76） 日本民事執行法35条2項に相当し、判決に対する請求異議事由を事実審口頭弁論終結時以後に限定した規定。しかし、日本民事執行法と異なり、対象を確定判決に限定していない（したがって仮執行宣言付き判決の場合にも適用があると理解されている）。*Leipold*, a. a. O. (o. Anm. 68) S. 800.

77） ドイツ法下において矛盾関係として整理される類型については、越山和広「矛盾関係論による既判力の客観的範囲の確定について」法学政治学論究7号（1990）389頁以下を参照。

78） 高見・前掲注51）285頁。

権に基づく土地明渡請求で、第二訴訟がB⇒Aの所有権に基づく土地明渡請求である場合が挙げられる[79]、即ち「矛盾関係」という範疇は、前提関係でも訴訟物同一でも説明がつかないものを飲み込む役割を果たしているように思われる。さらにこの場合（例えば、上記の**【例5】**の場合）、後訴が却下になる理由は定かではない。広い意味で「同一の事件」といえるということだとすれば、たとえば**【例2】**にいう「事件」は「AとBの何れが本件土地を占有すべきか」という問題だ、ということになり、後訴却下を導く根拠となる事件の同一性の限界が拡散してしまっているように思われる。

上記の第2の問題については、ドイツの一事不再理説では、基準時後の新事由が主張される場合、常に訴訟物が異なることになるとする見解があるが、この見解は、前訴訴訟物と後訴訴訟物を切断し、前訴確定判決の既判力を後訴に作用させる必要がある場合にそれが出来なくなってしまう点に難点があった。他方で、ドイツの一事不再理説中、基準時後の新事由が主張されても常に訴訟物が異なるわけではないとする見解は、にも拘らず（訴訟物が同一であるにも拘らず）後訴が適法になることを十分に説明できているかには、疑問が残った。

結局、ドイツ法的な一事不再理説を日本で採用するには乗り越えなければならない壁がまだ大きいように思われる。訴訟経済や、わかりやすさでは割り切れない問題が、そこには残っているように思われるからである[80]。

特に、日本でも「矛盾関係」という範疇は認められ、内容の拡散の傾向もみられるところである[81]。しかし、ドイツ法（一事不再理説）では「矛盾関係」に整理をすれば後訴却下というきめの荒い処理で片を付けられるのに対

79）　高見・前掲注51）285頁。以下、この具体例を**【例5】**とする。

80）　なお、松本・前掲注48）100頁が拘束説の難点として指摘する、基準時前の事実が全て主張できなくなる、という点については、拘束説は、基準時における訴訟物についての既判力ある判断（例：基準時においてAが甲土地を所有していた；基準時においてAが金銭支払請求権を有していなかった）と矛盾する限度で基準時前の事実を主張することを遮断するのであり、拘束説をとっても基準時における訴訟物についての既判力ある判断に矛盾しない主張は後訴でも許される以上、それと基準時後の新事由が合わさって後訴での請求認容が導かれる可能性は否定されないものと思われる。

81）　兼子一ほか・条解民事訴訟法［第2版］（弘文堂・2011）549頁〔竹下守夫〕に判例上既判力の作用が認められた具体例が挙げられているが、その中には**【例5】**に類似したケース（前訴で所有権移転登記請求を認容する判決が確定した後、その被告が原告に対して、基準時前の事由に基づいて、その逆の請求をするケース）が挙げられている。その他日本法で主張されている具体例については、高見・前掲注51）277頁参照。

し、日本法（拘束説）では、基準時の既判力ある訴訟物についての判断（上記の【例5】でいえば、基準時におけるAのBに対する甲土地明渡請求権の存在）を前提に後訴を判断する、という処理をする必要があり、そこでは、「基準時におけるAのBに対する（所有権に基づく）甲土地明渡請求権の存在」が、BのAに対する（所有権に基づく）甲土地明渡請求権にとってどのような意味をもつのかを精緻に吟味する必要が生じる[82]。このことは、かかる精緻な吟味を不要とする機能を一事不再理説が担い得るという一事不再理説の利点を示しているようにもみえるが、それが「矛盾関係」という範疇の拡散によってなされているということは、一種のごまかしがそこに潜んでいる可能性を示唆するものといえるように思われ[83][84]、そしてそのようなごまかしは法律論としては極力排していくべきもののように思われる。

【付記】

本論文脱稿後校正中に、越山和広「既判力の作用と一事不再理説の再評価」松本博之先生古稀祝賀・民事手続法制の展開と手続原則（弘文堂・2016）459頁以下に接した。同論文で越山先生は一事不再理説を支持され、本稿とその結論を逆にされる。本稿では脱稿後にご論文に接したこともあり、越山先生が指摘されている点を充分に検討できていない。今後の検討課題とさせていただくことでご海容を願う次第である。

---

82) 高見・前掲注51）285頁以下に、このケースについての詳細な分析がある。

83) 高見・前掲注51）286頁の指摘される点はその通りだと思われる。

84) *Zeuner*, a. a. O. (o. Anm. 6) S. 10ff. は、判決理由中の判断に既判力を認めない通説的立場からは矛盾関係という範疇を設けることに疑問が生じることを指摘している。*Gaul*, a. a. O. (o. Anm. 13) S. 460, Anm 85 も参照。なお、Zeuner 流の判決理由中の判断の拘束力は、ドイツの通説は限界が曖昧だとして否定している点は周知の通りであるが、所有権に基づく登記訂正請求訴訟（§894 BGB）に限っては、その認容／棄却の確定判決は本来前提問題でしかないはずの所有権についても既判力を有するとする点では一致して Zeuner に賛成している点が注目される（ただし、所有権に基づく明渡請求ではこの関係は否定する）。その理由は、所有権の登記は所有権の確認以外の目的ではなされないという登記の特殊性に求められている（所有権に基づく明渡請求で否定される理由は、当該訴訟が所有権確認以外の目的では追行されないとはいえないことによる）。*Zöller/Vollkommer*, a. a. O. (o. Anm. 2) Vor §322 Rdnr. 36, *MünchenerKommentarZPO/Gottwald*, a. a. O. (o. Anm. 2) §322 Rdnr. 56, *Stein/Jonas/Leipold*, a. a. O. (o. Anm. 2) §322 Rdnr. 209. *Musielak/Voit/Musielak*, a. a. O. (o. Anm. 2) §322 Rdnr. 24 も、理由付けは異なるがこのケースで既判力が作用することを認めている。