

第三章 既判力の客観的範囲（１）

講義の予定

さてさて、５．既判力は判決のいかなる判断に生じるのか、です。これは、いわゆる既判力の客観的範囲という問題です。

今回は、原則論である１１４条１項にまつわるお話をしましょう。必然的に次回は例外について、ということになります。

- | |
|---|
| <p>５．既判力は判決のいかなる判断に生じるのか</p> <ul style="list-style-type: none">(１)「主文」とは何か(２) 訴訟物とは何か(３)「包含するもの」とはどういう意味か |
|---|

あと、余談ということで、期限未到来による棄却判決の場合の既判力、却下判決の既判力について触れましょう。さらに、これまでの総まとめということで、司法試験論文過去問昭和２７年第４問を検討しましょう。そして、ついでですでの、一部請求の論点も検討します。

うーん、盛りだくさんですね。わくわくしてきませんか？え、こない？勉強も楽しんでやらないとやってられませんよ？

(１)「主文」とは何か

判決書

さて、今回は判決のいかなる判断に生じるか、ですから、まずは判決文に何が書かれるのかを見てみましょう。

本当は判決書のモデルを参照していただくといいんですけどね。やる気のある方は、判決書のモデルが掲載されている参考書などを見てみてください。あるいはインターネットで検索すれば、けっこういろいろ出てくると思います。

判決書の記載事項

さて、判決書の条文はご存知ですか？

この講義でも、時的限界のところから出てきましたね。２５３条１項です。この条文に定められている記載事項のうち、今回重要なのは「主文」、「事実」、「理由」の３つです。

ファンタスティック民訴

主文

主文にはどのようなことが書かれるかといいますと、判決の結論です。

「本件訴えを却下する」

「原告の請求を棄却する」

「被告は原告に対し金1000万円を支払え」

「別紙目録記載の建物につき原告が所有権を有することを確認する」

こんなふうに、結論だけがごくごく簡潔に記載されます。

これらに加えて、訴訟費用の負担や仮執行についても記載されますが、今回学ぶ既判力との関係では置いておいてよいでしょう。

事実と理由

次に、事実と理由です。

ここは、実際の判決書では、「第1 請求」「第2 事案の概要」「第3 争点に対する判断」と3つに分けて記載されるようです。

余談：新方式と旧方式

おっと、このように記載するのは、いわゆる「新方式」の判決書です。「旧方式」では事案の概要がなく、当事者の主張として請求原因→認否・抗弁→抗弁に対する認否・再抗弁ってな形でどんどん続いていく書き方がなされています。このほうが、要件事実をきちんと分類しており、証明責任で間違えたりしないというメリットがありますが、他方で素人には分かりにくいというデメリットがあります。

新法に改正されたときに、「旧方式」はとりやめたのかと思ったら、そうでもないようで、「新方式」「旧方式」両方の書き方が見られます。裁判官は、裁量でどちらでも選べるようです。

ちなみに、司法修習生は旧方式で教わるそうです。要件事実論をきちんと勉強せえってことなのでしょうね。

事実と理由

まず、「第1 請求」には、原告が訴状の「請求の趣旨」欄に記載した内容を記載することになります。

次に、「第2 事案の概要」には、当事者間に争いのない事実と、争いのある事実とが分けて記載されます。これにより、何が争点だったのかが明確になります。

そして、「第3 争点に対する判断」において、争いのある事実を裁判所はどのように認定したか、また、それはどのような理由に基づくかが記載されることとなります。

具体例

おおざっぱな具体例を挙げましょう。実際の判決書は、やはりなにかの参考書等でご覧下さい。

XがYに、貸金1000万円の返還請求訴訟を提起して、勝訴した場合です。利息

や訴訟費用等は、細かい話なので無視しちゃいましょう。というわけで、判決書はこんな感じのものです。イメージをつかんでくださいね。

主文

被告は原告に対し、金1000万円を支払え

事実及び理由

第1 請求

主文と同旨

第2 事案の概要

本件は、原告が、平成15年12月1日、被告に対し金1000万円を貸し付けたものの、その返済がなされていないとして、その支払を求めた事案である。争点は、被告が原告に本件貸金債務をすべて返済したかどうかにある。

1 争いのない事実

原告は、平成15年12月1日、被告との間で、次の約定にて、金銭消費貸借契約を締結し、被告に対し、金1000万円を貸し付けた。

(略)

2 当事者の主張

(1) 被告

被告は、平成16年12月1日、原告に対し、すべて弁済した。

(2) 原告

被告の主張を否認する。

第3 争点に対する判断

1 本件の争点は、被告による弁済の事実の存否にある。弁済の事実については、・・・これを認めるに足りる証拠はない。よって、被告は原告に対して本件貸金債務を負っていることになる。

2 以上の次第で、原告の本訴請求は理由があるからこれを認容し・・・(略)

判決書で示された判断

復習ですが、既判力の定義は覚えていますか？

もちろん、ばっちり覚えていますよね？

まさか言えないはずがありませんよね？

言えなかった方は反省しましょう。はい、そこに正座です。

それで、既判力とは、確定判決の判断に生じる拘束力でした。今回のテーマである既判力の客観的範囲とは、この「判断」とはいったい何かという問題だといえるでしょう。

先ほどの判決書には、裁判所の判断が2つ含まれていますね。原告たるXが被告たるYに貸金1000万円の返還請求権を有するという判断と、被告Yによる原告Xへ

ファンタスティック民訴

の弁済の事実は存在しないという判断です。

また、この具体例では問題となっていませんが、被告Yがそもそも消費貸借契約の存在自体を争っていたら、その点についての判断もなされていたでしょう。あるいは、契約成立は認めつつ錯誤無効を主張した場合には、錯誤の存在についての判断がなされていたと思われます。

そんなわけで、当事者が何を争ったかに応じて、判決書には裁判所の様々な判断が記載されることとなります。そこで、既判力は、これらの判断すべてに生じるのか、が問題となるのです。

民訴法114条1項

まずは条文をひいてみましょう。114条1項です。これはものすごく大切な条文です。

「確定判決は、主文に包含するものに限り、既判力を有する」

ちょっと中抜きにしてみました。読みにくいですかね。

つまり、114条1項は、主文に包含する判断にのみ、既判力が生じるとしているわけですね。

ということは、先ほどの判決書の場合は、「被告は原告に対し、金1000万円を支払え」という部分についてのみ既判力が生じ、「弁済の事実について は、・・・これを認めるに足りる証拠はない」という部分には生じないということになります。

このことを、既判力は主文の判断にのみ生じ、理由中の判断には生じない、と言います。

なぜかについては、また、次回あらためてお話ししましょう。

主文に記載されるものは何か

さて、では、主文には何が記載されるのでしょうか？

具体例は先ほど挙げましたが、あれらは何を記載していたのでしょうか？

訴訟物やろ？

うおおおっと、あなた、いきなり出てきていきなり答えを言いましたね。そうやって先走られては困るんですけど・・・

主文に記載されるのは訴訟物についての判断だろ？聞かれたから答えてやったまです、文句あんのか。

なんか今日は喧嘩腰ですね、ご機嫌斜めですか？

・・・ともあれ、正解です。ではですね、なぜ訴訟物なのかはわかりますか？

なぜって言われても、そういうもんやろ？

しかし、それじゃ答えになってませんね。主文＝訴訟物の判断なのはなぜでしょう？
わかりませんか？

前の既判力の作用のところ、既判力は訴訟物同一のときに作用するって自分で言うてたやんけ

それ言いましたけど、ここではその理由を問うているのです。

...

ふっふっふ、降参ですか。

・・・すいません、絶対勝つ相手に勝って勝ち誇るなんて恥ずべき真似でした。そおゆうことをする可哀想な人になってはいけませんね。

さておき、答えは、そもそも判決とは何だったか、というところにあります。判決って何でした？

定義か？判決とは・・・裁判所のなす裁判で、当事者の申立のうち重要な事項に対してなされるもの、やな

ふむふむ、で、裁判というのと、重要な事項というのを説明してみてください。

裁判とは、裁判機関が行う判定の結果、またはその判断や意思を法定の形式で表示する訴訟行為や。重要な事項ってのは、訴えや控訴のことやろ？

ぱちぱちぱち、どちらも正解です、すばらしい。え、今さら褒めても遅い？むしろバカにされてる気がする？ばれましたか・・・って嘘です、嘘。

つまりですね、以上を簡単に言い直すと、判決というのは当事者の訴えに対する裁判所の回答なわけですね。訴え以外にも控訴や上告なんかも含まれますけど、ここでは置いておきましょう。

そうするとですね、訴えというのは・・・あ、ついでに聞いてみましようか。訴えって何でした？

まだ聞くんか、しつこいなほんま。訴えというのは、裁判所に対して審判を求める申し立てや

しかし、あなたなんでそんなに偉そうなんでしょう・・・別にいいんですけど。

えーと、何について審判を求めるかということ、被告に対する権利主張について、ですね。これも入れておいたほうがよいと思います。

権利主張は請求とも言います。訴訟上の請求とも言いますし、訴訟物とも言います。最後の、訴訟物という言い方が一般的です。

おっと、出てきましたよ出てきましたよ、訴訟物がついに。

どういうことや、ちゃんと説明せえ。

はいはい、今しますから。気が短いですねあなた。

つまりですね、まずは原告が、訴えを提起しますよね。この訴えは、裁判所に対し、訴訟物について審判してくれって要求することですね。それに対する裁判所の回答が、判決というわけです。ということは、判決には、訴訟物についての審判内容が記載されているはずですよ。それが主文なのです。

ちょっと待てや。請求認容や請求棄却なら、訴訟物の判断をしてるけど、訴え却下なら門前払いだから、訴訟物の判断をしてへんやろ？

お、鋭いですね。

訴え却下の場合は、訴えという申し立てがそもそも不適法であるという判断を示したわけですね。したがって、正確に表現すれば、判決主文には訴えの適法性の判断と、訴訟物についての判断とが記載されることになります。

ただまあ、ここでは訴訟物を権利関係の意味に使っていますが、実は・・・ま、訴え却下の話は後回しにしましょう。

ということで、5. 既判力は判決のいかなる判断に生じるのかの答えは、主文、すなわち訴訟物についての判断に生じる、ということでしょう。

(2) 訴訟物とは何か

訴訟物とは何か

さて、では(2) 訴訟物とは何か、に入りますよ。そもそも、訴訟物とは一体何なのか、確認しておきましょう。

訴訟物とは、審判の対象たる権利関係のことです。この定義は覚えておく必要があります。

先ほど見たように、訴訟物は訴訟上の請求や原告の権利主張と同義です。林屋先生の教科書によると、どうやらこの「訴訟物」という言葉は、「訴訟の目的物」の略語だそうです。旧々民訴法に存在した言葉が、学術用語としてずっと残っているのだそうです。ま、これは覚えてなくてよいです。

広義の訴訟物と狭義の訴訟物

語源はどうでもいいとして、いやよくないかもしれませんが、とりあえず置いておくとして、訴訟物には広義と狭義があるということを、一応頭に入れておきましょう。

つまり、同じく「訴訟物」といっても、違う意味で使われる場合があるのですね。さらに言えばですね、実はこの広義・狭義のという区別もまた、必ずしも一般的とはいえないようです。わかりにくくて仕方ないですね、まったく。でも、別に私のせいじゃないんです。

まず狭義では、原告の主張内容となる権利・法律関係そのものを言います。たとえば、XのYに対する1000万円の貸金返還請求権そのものです。

これに対し、広義では、原告の被告に対する権利主張に、裁判所に対する審判要求を含めたものを言います。おっと、先ほど出てきた、訴えの定義と同じですね。そうです、この意味での訴訟物は、訴えともいうのです。

余談：訴訟要件と本案

ちなみに、少し脇道にそれるといっか、さっき置いておいた話を蒸し返すこととしましょう。訴え却下判決の場合は、訴訟物の判断が主文に含まれていないではないか、という話です。あ、これはほとんど余談なので、次の訴訟物論争のところまで飛んでいただいてかまいません。

そもそもですね、裁判所に対する審判要求についての審理が訴訟要件の審理、被告に対する権利主張の審理が本案の審理にあたります。

言い換えれば、そもそも裁判所が審判するに値するかどうかという、訴えの適法性を審理するのが訴訟要件の審理です。これに対し、権利主張に理由があるかどうかを審理するのが本案の審理なのです。

そして、訴え却下判決は審判要求に対する回答、請求棄却・請求認容判決は権利主張に対する回答といえます。

そうするとですよ、広義の訴訟物は、裁判所に対する審判要求と被告に対する権利主張の双方を含むのですよね？

したがって、かかる広義の訴訟物についての判断が、主文に示されたといえるのです。よって、訴え却下判決の場合でも、訴訟物の判断が主文に示されたといえます。

・・・ただまあ、訴訟物とは権利関係だととらえた場合には、主文に示される判断は、訴訟物たる権利関係についての判断と、訴えの適法性の判断の2つなのだととらえることになるのでしょね。そして、どうやらそう考えるほうが多数説のようです。別にアンケートをとったわけではないので、多数というのは確実ではありませんけども。

きっとどっちゃでもいいでしょうね。

長々と説明したくせに、なんてオチなんでしょうね？

訴訟物＝訴訟上の請求＝請求＝訴え＝審判の対象＝訴訟の目的

さて、話をもどして、整理しましょう。

広義の訴訟物は、訴えや請求などと同じ意味なのです。これに対し、狭義の訴訟物は、訴訟物の内容をなす権利関係と言われたりもします。

・・・え、あまり整理になっていない？

まあ、たしかにそうですね。ややこしいですが、伝統的にそうなっているので、こ

ファンタスティック民訴

こは一つ勘弁して下さい。

新堂先生の教科書によると、広義・狭義の違いは、どうやらドイツの論争が影響しているようです。つまり、訴訟物や請求をどう定義づけるかが、そもそも争われていたみたいですね。

ですが、新堂先生も書いておられるように、被告への権利主張という概念と、裁判所に対する審判要求という概念の二つがあり、問題となる場面に応じて、どちらの概念を用いるべきかを検討するのが妥当だと思われれます。

また、高橋先生はこんなことを書いておられます。すなわち、学者によっては、訴訟物や請求、訴えといった概念に異なった内容を定義することがあるということの頭に置いておけばよい、広義の意味か狭義の意味かは前後の文脈から明らかであるから通常は厳密に意識せずともよい、との趣旨のことを述べておられます。

訴訟物と条文

訴訟物概念が多義的になっているのは、条文のせいでもあります。というか、先ほど述べた通り、現行法の条文には訴訟物という言葉はないのですね。

現行法の条文では、「訴訟の目的」、「請求」、「主文に包含するもの」、「事件」などの文言が用いられています。これらの文言を総称するものとして、学説が作り出したのが訴訟物という概念なのですが、条文に応じて、内容が微妙に違うんですよ。

たとえば、133条の「請求」と266条の「請求」とは、同じ言葉が用いられていますが、内容は異なります。

まず、133条のほうは、「請求の趣旨」として「1000万円を支払えとの判決を求める」などと書かないといけないわけですから、この「請求」は被告への権利主張と裁判所に対する審判要求、さらには給付・確認・形成といった審判形式まで含む意味で用いられているといえます。

これに対し、266条のほうは、被告が認諾するのはあくまで自らに対する権利主張であって、裁判所に対する審判要求などは認諾しようがないことからすると、この「請求」は単に被告への権利主張を意味するといえるのです。

このような感じで、条文上の概念自体がいろんな意味に使われているんですね。したがって、ややこしいのもやむを得ないんです。私のせいではありませんから許してください。

(イ) 訴訟物論争

訴訟物論争

訴訟物に関しましては、訴訟物論争というものに触れないわけにはいきません・・・が、説明がかなり長くなってしまいますので、飛ばして下さい構いません。旧訴訟物理論だけ押さえておいてくださいね。

さて、訴訟物論争というのは、訴訟物の枠をどのように考えるか、についての論争のことです。あ、別にこの定義は覚えなくてよいです・・・いや、覚えてほうがいいですかね、ま、どちらでもいいです。

とりあえず押さえておくべきなのは、何についての争いか、という点です。訴訟物とは何か、という定義についての争いというよりも、訴訟物とは権利関係だと考えたうえで、その範囲、その枠をどのように考えるかについての争いなのです。

枠って何やねんという声が聞こえてきそうですが、それは、以下の2つの説の対立を眺めてみればわかるかと思えます。

XはYに建物を賃貸していた。賃貸借契約は終了したが、Yは出ていこうとしな
い。そこで、XはYに対し、賃貸借終了に基づく建物明渡請求訴訟を提起した。

この事案で考えてみましょう。民法上は、XはYに対し、賃貸借終了に基づく明渡請求権と、建物所有権に基づく明渡請求権の2つを有しています。一つの建物明渡請求について、実体法上、2つの請求権が発生しているわけですから、いわゆる請求権競合という場面です。

さて、この場合、訴訟物はどうなるでしょうね？

旧訴訟物理論（旧説、旧実体法説）

旧説では、この場合、訴訟物は賃貸借終了に基づく明渡請求権だとします。当たり前ではないかと思われるかもしれませんが、訴訟物とは権利関係だと考えた場合の素朴な帰結といえます。

訴訟物の枠を、実体法を基準に考えるわけで、実体法説と呼ばれるゆえんです。なぜ「旧」の字がついているかは、またあとで。

この考え方は、建物所有権に基づく明渡請求権とは別の訴訟物だと考えることになる点がポイントでしょうね。つまり、一つの請求について複数の実体法上の請求権が成り立つ場合に、それぞれの請求権ごとに訴訟物が成立すると考えるのです。

そうすると、どうなるのでしょうか。今回のテーマである既判力の客観的範囲とからめて考えてみましょう。

既判力は主文について生じる、すなわち訴訟物についての判断について生じるのでしたね。ということはですよ、上の例でXが請求棄却判決をくらった場合、「賃貸借終了に基づく明渡請求権が存在しない」ということについて既判力が生じることになります。言い換えれば、「建物所有権に基づく明渡請求権」が存在するか否かについては既判力は生じません。

したがって、Xは、今度は建物所有権に基づく明渡請求訴訟を提起することが可能ということになります。

余談：訴え提起ができないという表現の意味

あ、今、訴訟提起が可能という表現をしました。これはですね、訴えが適法という意味ではありませんから注意して下さいね。

ファンタスティック民訴

上の例の場合でも、Xがもう一度、前訴と同じく賃貸借終了に基づく明渡請求訴訟を提起すること自体は可能です。ただ、この場合のXは、前訴判決の既判力が作用し、基準時後の新事由がとくになれば再び敗訴してしまう立場になります。既判力の作用のところでお話ししましたよね。このようになってしまうことを、伝統的に言いますか慣例上といいますか、「訴え提起ができない」「再訴は既判力で封じられる」というような表現であらわしているのです。

ま、いちいち、「訴えは適法に提起できるけど、前訴判決の既判力が作用して、新事由がない限り敗訴する」と表現するのは面倒なので、「訴え提起ができない」と表現しているのだと考えてもらえばよいでしょう。

旧説への批判

さて、話をもどしましょう。

旧説では、請求権競合の場面では、実体法上の権利ごとに訴訟物が成り立つと考えました。その結果、上の例では、Xは賃貸借終了に基づく明渡請求訴訟で敗訴しても、建物所有権に基づく明渡請求訴訟を提起することは可能でした。

しかしですよ、やってることは結局、同じ建物の明渡請求訴訟ですよ。たまたま、実体法上、2つの請求権が発生するからといって、二度の訴訟を認めていいんですかね？これって紛争の蒸し返しじゃないんですかね？

新訴訟物理論は、旧訴訟物理論に対してこのような批判を加えました。そこでは、紛争解決の一回性、という理念が強調されたのです。何回も紛争を蒸し返して訴え提起されるのでは、相手方当事者や裁判所に迷惑だらってことです。

新訴訟物理論（新説、訴訟法説）

そこで、新説は、全実体法秩序により一回の給付が認められる地位、というものを訴訟物だと考えます。上の例では、建物明渡を求める地位が訴訟物だということになります。

訴訟物の枠を、実体法ではなく訴訟法独自の基準で考えようじゃないかというわけで、訴訟法説と呼ばれるゆえんです。

では、賃貸借終了や建物所有権はどうなるかというと、それは、法的観点、攻撃防御方法だとしてとらえることになります。

このように考えると、Xが請求棄却判決をくらった場合、「建物明渡求める地位がない」ことについて既判力が生じますから、もはや、建物所有権に基づく明渡請求訴訟を提起することはできなくなるのです。基準時前の攻撃防御方法は、すべて遮断されるのでしたよね？

めでたしめでたしということで、これにて紛争解決の一回性の理念を達成することができました。

新説への批判その1：広い遮断を正当化できるか

しかしながら、そうすると今度は、Xは最初の訴訟において、賃貸借終了に基づく明渡請求のみならず、建物所有権に基づく明渡請求をも主張しておかないといけない

ということになります。そうしないと、もはや後訴では主張できないわけですから。

このような負担を原告に課してよいのかも考えなければなりません。紛争の一回的解決は被告や裁判所の利益でしたが、原告の利益にも配慮する必要があります。

そして、わが国では弁護士強制主義が採用されておらず、本人訴訟が認められています。弁護士なしでも民事訴訟は可能なのですね。ということは、法律知識にうとい当事者が自ら訴訟を進行している可能性があります。そのような場合に、新説のようにすべて遮断してしまってよいのかは問題です。

既判力の正当化根拠である手続保障という観点からも、たしかに抽象的には、すべての請求権を主張しえたとはいえますが、そのような抽象的手続保障で足りると言い切ってしまうとよいのか、疑問も残ります。

新説への批判その2：法的属性を決定しなくてよいのか

もう一つ、新説のように、請求権そのものではなく、給付を求める地位というものを訴訟物と考えると、実体法上の権利によってその属性が異なる場合に困ることになります。

ということかという、例えばですね。

XはYに対し、債務不履行に基づく損害賠償請求訴訟を提起し、勝訴し確定した。もともと、不法行為も成立する事案であった。

新説では、「～万円の給付を求める地位がある」ことについて既判力が生じます。むしろ、債務不履行の事実が存在することも確定されたでしょうけれども、その部分については既判力は生じないですよね。法的観点に過ぎないのですから。

そうすると、敗訴したYのほうで、自分の有する反対債権によってこの損害賠償請求権と相殺することはできるでしょうか？

かりに、不法行為に基づく損害賠償請求権であるとすれば、民法509条によって相殺は禁止されることになります。これに対し、債務不履行に基づく損害賠償請求権であれば、このような制限はありません。

ところがですよ、新説では、いずれの請求権が認められたのかは明らかではありません。少なくとも、既判力が生じるわけではないのです。

旧説なら、実体法上の請求権がそのまま訴訟物となりますから、上の例では「～万円の債務不履行に基づく損害賠償請求権がある」ことについて既判力が生じ、したがって民法509条の適用はないということが明快にわかります。

批判その1への反論、再批判、再批判に対する再反論

新説の側からの反論もあります。

まず批判その1の、広く遮断されてしまうという原告の不利益については、裁判所が適切に釈明権を行使すればよいと反論します。上の例のXは勝ったからよいものの、負けたときには不法行為の請求ももはや遮断されてしまうわけですね。しかも、債務不履行では負けるが、不法行為では勝つ可能性がある場合が問題です。このような場

ファンタスティック民訴

合には、裁判官が「あなた債務不履行しか主張していないけれど、不法行為も主張しておいたほうがよいですよ」という釈明をすればよい、というわけですね。

これに対しては、いちいちそんな釈明してられないという再批判があります。ま、裁判所も忙しいんですね。他にも成り立つのではないかなんて、気にしてる余裕がないというわけです。

ただ、この再批判に対しては、やるべきことをやるだけであって、忙しいなんてのは理由にならないと再反論できるでしょう。

結局、裁判所にそのような釈明義務を課するのが妥当かどうか、實際上どの程度忙しいのかといったあたりを踏まえたうえでないと、結論は出ないといえましょう。

批判その2への反論、再批判、再批判に対する再反論

批判その2の、法的属性を決めないと困るという点については、それが問題となったときに、再び訴訟で審理すればよいと反論します。これが、いわゆる法的評価の再施、という理論です。

つまり、先ほどの例では、Xが勝訴したがYが支払わないことによって強制執行をかけ、これに対しYが相殺を主張して、その強制執行ちょっと待ったと請求異議の訴えを提起するでしょうから、その請求異議の訴えにおいて、不法行為なのか債務不履行なのかを決定すればよいのです。

これに対しては、結局、二度の訴訟をすることになって紛争解決の一回性は図れていないではないかという再批判もあります。

もっとも、二度目の法的評価の再施をする訴訟においては、問題となっているのは法的属性の決定だけであって、一から請求権の存否を判断するわけではないことから、旧説に立った場合のような二度の訴訟をすることと同じとはいえないと再反論できます。また、そもそも、法的評価の再施が問題となる事案はさほどないことから、二度の訴訟をしなければならない場合は少ないでしょうね。

さらに、旧説でもですよ、先ほどの例においてYが相殺を主張してきた場合に、Xが「いやすまん、前訴では債務不履行といったけど、やっぱり不法行為だったことに変更したい」なんて言い出した場合には同じような問題が生じます。ま、そもそもこのような「変更したい」なんてのが許されるのかも問題です。難問ですので皆さん考えてみて下さい、なんて言ってここは逃げることにしましょう。

旧訴訟物理論への批判と反論

次に、旧説の検討をしてみましょう。

請求権が競合する場合は、実際には、2回の給付が受けられるわけではありませんよね。不法行為と債務不履行が競合する場面でも、賠償額が2倍になるなんてことはありません。

にもかかわらず、実体法上の請求権がそのまま訴訟物になるとすると、2つの請求権で同時に訴えた場合に、2つの勝訴判決を手に入れるという事態がありえます。そして、2回強制執行して賠償額も2倍なんてことになりかねません。このような事態が起きるのは、さすがにちょっと不合理です。

そこで、旧説は、そのような場合には選択的併合という併合がなされているのだと反論します。すなわち、一方の請求が認容される場合には他方が訴えを撤回するという解除条件が付けられているのだと言うのです。こう考えれば、勝訴判決は1つだけになりますよね。

これに対しては、そのような選択的併合という併合形態は、いかなる請求権であろうと給付さえ得られれば当事者は満足するというを前提とするものと言えますから、当事者が選んだ請求権が訴訟物となるとする旧訴訟物理論の考え方と矛盾している、と批判されます。三ヶ月先生が、選択的併合を「旧訴訟物理論がわが国において辿りついたその最後の墓場である」なんて評したことは有名です。

さらに、原告が2つの請求権で訴え提起した場合には、このような選択的併合としてしまってよいのでしょうか、あえて1つの請求権で訴え提起したような場合には、1つしかないのですから併合のしようがありませんよね。裁判所が釈明して、もう1つの請求権も追加するように促すんですかね。それに対し、原告があくまでも1つでやりたいと言い張ったら・・・そして、勝訴したのに、もう1つの請求権で再び訴え提起してきたら・・・信義則を持ち出して後訴を遮断するしかないでしょうね。

訴訟物論争：実務

ま、こんな感じで、かなり激しく論争が繰り広げられたようです。

そして、新訴訟物理論は多数説を形成したんですが、実務は旧訴訟物理論のまま動きませんでした。要件事実を考えるにも旧訴訟物理論のほうが明快だし、旧訴訟物理論で問題が起きる場合もさほどないからだと言われています。

旧訴訟物理論と新訴訟物理論の接近

さらに、旧訴訟物理論と新訴訟物理論とは、様々な場面で接近しています。

XはYに対し、賃貸借契約終了による土地明渡請求訴訟を提起した。

例えばこの事例において、新訴訟物理論であれば土地明渡を求める地位が訴訟物となりますが、旧訴訟物理論ならどうなるでしょう？

え、賃貸借契約終了に基づく土地明渡請求権？そうですが、賃貸借契約が終了するのは、期間満了、賃料不払いによる解除、信頼関係破壊による解除などなど、いろいろな場合が考えられます。これらの事由ごとに、請求権は別個なんじゃないかな？別個だとしたら、期間満了による賃貸借契約終了による土地明渡請求権が訴訟物となります。

しかし、旧訴訟物理論の多数説は、賃貸借契約終了で1つの請求権と考えています。さすがに、別個の請求権と考えた場合には、Xは何度も訴えることができてしまっておかしいということでしょうね。

その結果、旧訴訟物理論と新訴訟物理論とで、実質的に同一の結論となっています。その他、1つの事故により、民法709条・民法715条など複数の条文で損害賠償請求できる場合であっても、旧訴訟物理論の多数説は訴訟物を1個とするようです。

こうしてみると、請求権ごとに訴訟物を考えるという旧訴訟物理論は明快そうに見えますが、では請求権が1個かどうかをどう判断するのかは、けっこう難しい場面がありますね。先ほどの民法709条・民法715条等の場合を見ると、条文ごとに別の請求権というわけではなく、不法行為に基づく損害賠償請求権で1個と考えるんでしょうかね。でも、民法709条と民法715条とでは、要件が違いますが・・・ま、これは民事訴訟法の問題ではなく、実体法の解釈問題であると考えて、民訴の問題から追いやってしまってよいのかもしれませんが。

(ロ) 訴訟物論の実益

訴訟物論を論じる実益はどこにあるか

長々と訴訟物論争を説明しました。

ここで、そもそも、訴訟物論を論じることの実益を、もう一度確認しておきましょう。

まず、既判力の客観的範囲が決まるというものがあります。114条1項の話ですね、覚えていますか？

次に、142条の二重起訴の禁止にあたるかどうかの基準ともなります。訴訟物が同じなのに、二重に起訴するのは許されないんですね。

そして、143条の訴えの変更と、136条の請求の併合も決まってきます。つまり、訴訟物が変われば143条2項で書面が必要となるし、また、別個の訴訟物であれば請求の併合がなされているんですね。

このように、訴訟物が何であるかによってこれらの場面が決まってくるため、訴訟物は訴訟手続の背骨、バックボーンをなすと考えられていたのです。

訴訟物論の実益に対する疑問

しかしながら、今日では、訴訟物がこれらの場面を統一的に判断するものとして機能するかは、疑問が投げかけられています。

例えば二重起訴の判断基準としては、訴訟物の同一性だけではなく、訴訟物の内容をなす権利関係が同一の場合や、さらには争点が同一の場合とする説が主張されています。また、相殺の抗弁として提出した場合には、別訴でその債権の請求訴訟を提起することは、二重起訴にあたるというのが一般です。前訴では抗弁として提出したに過ぎないので、その債権は訴訟物とはなっていないにもかかわらず、です。

また、訴えの変更においても、訴訟物の同一性より、むしろ「請求の基礎」の同一性のほうが重要です。

そして、既判力の客観的範囲においても、実は信義則等による修正が・・・というのは、また次回の話ですね。

ま、そんな感じで、かつては訴訟物で統一的に判断しようとしていたのが、今日

では、それぞれの場面に応じ、それぞれの制度趣旨などをもとに判断していくべきと考えられるようになったため、訴訟物論の役割も低下していったんですね。

今日における訴訟物論の意義

ただ、訴訟物論の意味がまったくなくなるとまでは言えないでしょう。

一応、一つの基準としては機能しています。ただ、絶対的なものではなくなったということですね。

既判力の客観的範囲においても、既判力は訴訟物についての判断に生じるということから、当事者は訴訟物についてきちんと攻撃防御をしないと、もはや失権してしまうということ予測できます。

そして、後訴において、既判力が訴訟物の判断にしか生じないということから、なんらかの不都合が生じた場合には、修正を施すべきかどうかを考えていくこととなります。これの具体的な内容はまた次回、ですね。

このように、訴訟物論はかつて考えられていたほど決定的なものではないが、一応の基準として意味がある、ということになるかと思えます。

(3)「包含するもの」とはどういう意味か

既判力が生じる部分

判決文のうち、既判力が生じるのは、主文に示された判断でした。逆に、理由中の判断には既判力は生じないんですね。そして、主文には、訴訟物および訴えの適法性についての判断が示されるのでした。

ところがですよ、ここでひとつ、考えてみましょう。はたして、判決の主文だけ眺めていたら、いかなる判断が示されたのか、わかりますかね？

主文の記載

もう一度、冒頭で示しました判決文のおおざっぱなモデルを眺めてみることにしましょう。その、主文のところをご覧ください。

「主文

被告は原告に対し、金1000万円を支払え」

ってなってますよね。

そうすると、この主文だけ眺めていたのでは、「原告が被告に対し1000万円の請求権を有する」という判断しか読みとれません。この請求権が、いかなる請求権なのか、契約なのか不法行為なのか債務不履行なのかそれ以外なのか、不明ですよ。

ということは、主文以外の部分を見ないとだめなんじゃないでしょうか？でも、理由中の判断には既判力は生じないじゃなかったでしたっけ？

棄却された場合の主文の記載

上記の例では、原告が勝訴した場合ですが、棄却された場合には、「原告の請求を棄却する」と記載されることになります。

この主文も、「原告は被告に対して請求権を有しない」という判断しか読みとれず、いかなる請求権を有しないのか不明です。

したがって、やはり主文だけでは、どのような判断がなされたのかはわからないんですね。

主文以外の参照

そうすると、主文でいかなる判断がなされたかを知るためには、主文以外の部分を参照することが不可欠なのです。

しかし、理由中の判断には既判力は生じないことと、どう折り合いをつけたらよいのでしょうか？

もう一度、114条1項を眺めてみましょう。

「確定判決は、主文に包含するものに限り、既判力を有する」

このように、「主文に包含するもの」と書いてあります。

かりに、「主文に記載するもの」と書いてあったら、主文の文言のみから既判力の客観的範囲を決めないといけなかったでしょう。しかし、「主文に包含するもの」となっていますよね。したがって、主文の判断が含んでいるものということで、主文以外の部分を参照して決めることになるのです。

具体的にどう参照するか

先ほどの判決文の例では、主文は「被告は原告に対し、金1000万円を支払え」というものです。そして、事実及び理由の記載からは、この1000万円の請求権は平成15年12月1日に生じた消費貸借契約に基づく請求権であることがわかります。

よって、事実及び理由の記載を参照した結果、主文に示された判断は「XはYに対して平成15年12月1日における消費貸借契約に基づく1000万円の返還請求権を有する」というものであることが判明するわけです。

いいですか、あくまで、主文で判断された事項は何かを明らかにするためだけに、主文以外の部分を参照するのです。理由中で判断された事項について既判力が生じるわけではありませんから、注意してください。ここを勘違いしてはいけません。

余談：期限未到来による棄却の場合の既判力

以下は余談です。

ただ、与太話というわけでもないのですが、読んでおいたほうがよい余談かもしれません。

まず、前提を確認しておきましょう。

XはYに対し、100万円の貸金返還請求訴訟を提起した。審理の結果、Yによる弁済の事実があると判断され、棄却判決が下され確定した。

この場合に、いかなる判断について既判力が生じますかね？

簡単やな。100万円の貸金返還請求権がないって判断や。

ま、またあなたですか。たまにはかわいい女の子・・・い、いや、なんでもありません。

正解です。弁済の事実があるという判断には生じないんですよ。かりに、弁済の事実ではなく、免除の事実があるとか、そもそも契約が不存在であるとかの事実があると判断され、その結果、請求棄却判決がなされたとしても、これら弁済等の事実については既判力は生じないのですね。この点の詳しい内容は次回ということで。

XはYに対し、100万円の貸金返還請求訴訟を提起しました。審理の結果、期限は1年先と判断され、棄却判決をくらい確定しました。

その後、Xは1年たったので、あらためて100万円の貸金返還請求訴訟を提起しました。

さて、では、この事例について考えてみましょう。はたして、このXの後訴は認められるでしょうかね？

前訴で1年先って判断されたとおり、1年たってから訴えてるわけやから、そら認められるやろ

まあ、常識的に考えるとそうなりますよね。しかし、理屈できちんと考えてみましょう。この場合、前訴の判決について、既判力が生じるのはどのような判断でしょうね？

む・・・100万円の貸金返還請求権がないって判断か？

先ほどの前提のところを出した事例と同じく考えれば、そうなりますよね。そうするとですよ、「ない」って判断され、そこに既判力が生じる以上、もう争えないんじゃないですかねえ。

・・・でもそれやったら、再訴が遮断されてもうて、請求できなくなっておかしいやろ。期限到来が基準時後の新事由にあたるってことにしようや。

でもねえ、「ない」っていう判断がなされたことに対しては、「ある」っていうものでないと基準時後の新事由とはいえませんよね。「期限が到来した」ってことは、「ある」っていうものとは言えないんじゃないですかねえ。「ない」ものの期限がいくら到来しても、「ない」ものは「ない」ままじゃないですかねえ。

それに、もし、期限の到来が基準時後の新事由にあたるですとするとですよ、先ほどの前提の例のような、弁済の事実があるという理由で棄却されたような場合でも、「期限が到来した」っていう事由を主張すれば、なんたって基準時後の新事由なわけですから認められるんですかねえ。

・・・それもおかしいな・・・けどな、請求できなくなってまうのもおかしいやろ？

はい。

じゃあ正解を言いましょうか。いや、正解というか、これも一つの説に過ぎないんですけどね。余力があれば伊藤『民事訴訟法』や『民事訴訟法の争点』などを参照してみてください。

つまり、前訴で既判力が生じたのは、この場合は、「100万円の貸金返還請求権がない」という判断ではないのでしょうかね。

先ほど、既判力が生じるのは、「主文に包含される判断」であって、理由も参照するのだということをお話ししましたよね。そこで、この場合に理由も参照してみると、期限未到来ということが判明するでしょう。したがって、主文に包含される判断とは「基準時の時点では、期限未到来のため現在請求できる地位にない」という判断であるということが出来ますよね？

そうするですとね、基準時後において「期限が到来した」と主張することは、基準時後の新事由として遮断されないことになるのです。めでたしめでたし。

余談：期限未到来による棄却の場合の既判力のまとめ

整理しましょう。

まず、弁済の事実が認められたことにより棄却された場合については、主文以外の部分を参照することによって、100万円の貸金返還請求権は弁済により消滅しているということが判明します。したがって、主文の「原告の請求を棄却する」という判断に包含されているのは、「100万円の貸金返還請求権がない」という判断だということになります。その他、免除や契約不存在の場合も同様です。

これに対し、期限未到来による棄却の場合には、理由から期限が未到来であることが明らかになるでしょうから、主文は同じく「原告の請求を棄却する」ですが、そこに包含されている判断は「基準時の時点では、期限未到来のため現在請求できる地位にない」というものになるのです。

余談の余談：将来給付判決すればよいのではないか

ついでですので、このお話のさらに余談をお話しておきましょう。そもそも期限

未到来の場合って棄却されるのだろうか？っていうお話です。

現在給付の訴えを提起したら、期限未到来だということが判明したわけですね。この場合って、一部認容ということで、将来給付判決が可能です。じゃあ、前訴裁判所は将来給付判決をしておけば、上述したような問題は生じなかったんじゃないですかねえ。訴えの利益がない等の事情があって、将来給付判決できなかったんでしょうかね？

ま、別に答えはありませんので、皆さん考えてみてください・・・考えるほどのことはないような気がしますけども。

余談その2：却下判決の既判力

さらに、ついでのついでということで、もう一つ余談をしておきます。先ほど後回しにした却下判決の既判力の話です。

訴え却下判決というのは、訴訟要件を欠くことから、訴えが不適法であるという判決でした。

ここまでずっと、当然に訴え却下判決にも既判力があるという前提でお話ししてきました。しかしですね、却下判決にそもそも既判力は生じるのかという点について、争いがあるのです。

既判力否定説

既判力を否定する説は、既判力というものはそもそも実体法の権利を変動させる効力をもつものだから、したがって、請求認容ないし棄却という本案判決にしか既判力は生じない、なんてことを言っているようです。

しかし、既判力が実体法上の権利を変動させるようなものかどうかは、たいへん難しい問題です。いわゆる既判力本質論という問題で、そもそも民事訴訟って何？裁判って何？法と裁判の関係は？という、きわめて哲学的なテーマとなるものです。

既判力肯定説

そこで、この点は置いておいて、むしろ既判力の根拠である法的安定と手続保障の点から考えてみると、やはり、訴訟要件の争いが蒸し返されるのは好ましくありません。例えば、訴えの利益がないとして却下されたところ、再訴してきてとくに基準時後の新事由も提出しないというような場合には、再び一から訴えの利益があるかないかを審理するのは面倒です。紛争の蒸し返しというべきでしょう。

また、訴訟要件について主張立証する機会は、前訴で十分に与えられていたといえるでしょう。

さらに、114条1項の文言も「主文」となっていますが、却下判決だって主文に「訴えを却下する」なんて記載されます。

したがって、既判力は肯定すべきでしょうね。

既判力が生じる部分

ただ、肯定するとしても、もはや一切訴え提起できなくなるのもかわいそうです。却下判決は門前払いですから、権利については審判してもらえていません。そこで、本案についての審理を保障する必要があります。

そのため、訴え却下判決に既判力が生じるのは、訴訟要件全般の欠缺ではないと考えておく必要があります。

もし、訴訟要件の全部が欠缺であるということに生じてしまうと、基準時後に、全部の訴訟要件を備えたという主張立証をしないといけなくなってしまい、えらいことになってしまうでしょう。これに対し、「当該具体的な訴訟要件が欠缺であって訴えが不適法である」という判断に既判力が生じると考えれば、その訴訟要件を基準時後に具備すれば再訴が可能となります。

というわけで、特定の訴訟要件の欠缺という判断にのみ、既判力が生じるのです。そしてこの場合も、「訴えを却下する」という主文だけではいかなる訴訟要件が欠けていたのかわかりませんから、理由を参照して決定するということになるのです。

司法試験論文過去問：昭和27年第4問

所有権確認訴訟で敗訴の確定判決を受けた原告が、同一被告に対し右所有物に加えた損害の賠償を請求する訴を提起した。前の確定判決は、後の訴訟に影響を及ぼすか。

では、今までのまとめということで、この過去問を検討してみましょう。既判力の作用、時的限界、客観的範囲のすべてが問題となります。50年以上前の問題ですが、理解を試すには絶好の問題です。しかしこの頃は、第4問までであったんですね。

前訴判決の既判力

この事例では、まず原告は、前訴で敗訴し確定していますね。前訴は所有権確認訴訟ですから、訴訟物は「原告の所有権」です。何の所有権なのかはわかりませんが、まあ、何でもいいのでしょう。訴訟物が「原告の所有権」であることから、前訴判決の既判力も「原告の所有権がない」ことについて生じるでしょう。条文はもちろん、114条1項です。

あ、これは前訴判決が棄却判決の場合ですね。敗訴とあるからには訴え却下判決の可能性もあります・・・が、それだと後訴に影響しないでしょうから、考えなくてよいでしょう、たぶん。

前訴判決の既判力が作用するか

後訴の訴訟物は、「原告の所有権侵害に基づく不法行為による損害賠償請求権」で

すね。そうすると、前訴の訴訟物は「原告の所有権」ですから、訴訟物同一とはいえませんね。

ただ、後訴の所有権侵害に基づく損害賠償請求は、所有権を有していることが前提となっています。よって、先決関係といえ、既判力は作用するといえます。

どう作用するか

復習も兼ねて、どう作用するか、確認しておきましょう。

消極的作用と積極的作用とがありました。もちろん覚えてますよね？覚えてない方は頭を剃って反省して下さい。

まず、消極的作用により、原告も被告も、「原告に所有権がない」という判断を争うことができなくなります。裁判所も、そのような主張がなされた場合には排斥しなければなりません。

次に、積極的作用により、裁判所は「原告に所有権がない」という判断を前提にして判断しなければならないこととなります。

そうするとですよ、「原告に所有権がない」んだから、「原告の所有権侵害に基づく不法行為による損害賠償請求権」もない、ということになりそうです。なりそうですよね？

しかし、まだ少し、考えないといけないのです。

基準時に所有権がないこと

ここで、基準時を思い出しましょう。「原告の所有権がない」というのは、過去一度たりとも所有権を有していなかったことを決めるのではないし、また、未来永劫所有権を有することはないことを決めるものでもありませんでしたよね？

そう、「基準時に原告の所有権がない」ということを決めるに過ぎないのです。

ということは、どうなるんでしょうね？

どの時点の所有権侵害か

所有権侵害といっても、最近侵害された場合だけでなく、大昔に侵害された場合もありえます。大昔に侵害されて損害賠償請求権が発生し、そのまま弁済されずに現在まで請求権が存続しているような場合は、当然ありえますよね。

そうするとですね、所有権侵害がなされた時期は、(1) 基準時後、(2) 基準時前の2つが考えられますので、それぞれ別々に考えていく必要があります。

(1) 基準時後

まず、前訴判決の既判力が作用し、「基準時に原告の所有権がない」ということは、もはや争えません。したがって、原告が、

基準時前からずっと俺のものやったんや。それを、あいつが侵害してきよったんや。

と主張してもダメです。基準時に原告には所有権がない以上、侵害してきた時点でもなかったとされてしまうのです。

いやいや、前訴では主張せえへんかったけど、基準時前にわしが時効取得だか即時取得だか民法94条2項4類推だかで取得してたんや。

ダメですってば。基準時前の事由はすべて遮断され、「基準時に原告の所有権がない」という判断は、もはや争えないのです。まあ、期待可能性説に立てば争う余地はありますし、あるいは形成権だったら種類によっては認められる場合もあるでしょうけど、ここでは置いておきましょう。

そうか、たしかに基準時にはわしの所有権はなかったとしよやないか。でもな、その後でわしが相続で取得したんや。その取得した所有権を、あいつが侵害したんや。

あ、それならOKです。前訴判決の既判力は、あくまで「基準時に原告の所有権がない」という点に生じるのみですから、基準時後に相続なり売買なり贈与なりで取得したという原告の主張は遮断されないのです。

(1) 基準時後のまとめ

以上をまとめると、基準時後に所有権を自己が取得し、その所有権が侵害されたという主張をした場合には、原告の主張は既判力に抵触しないということになります。

これに対し、基準時後に所有権を取得したということを言わないと、「基準時に原告の所有権がない」んですから、その後もないままということになり、ない所有権が侵害されることもありえないということになってしまうでしょう。

また、基準時前に所有権を取得していたから現在も所有権を有しているという主張は、「基準時に原告の所有権がない」という既判力に抵触するので、排斥されてしまうことになります。「基準時に原告の所有権がない」ということは、もはや争えないのです。

このことは、逆に言えば、裁判所は基準時後に原告が所有権を取得したかどうかだけ審理すればよい、ということですね。

(2) 基準時前

では次に基準時前です。

・・・え、なになに、基準時前の攻撃防御方法はすべて遮断されるのだから、基準時前に所有権を有していてそれが侵害されたっていう主張も遮断されるんじゃないかって？

いいえ、それは誤りなのです。

先ほども述べましたように、前訴判決の既判力はあくまで「基準時に原告の所有権がない」ということについて生じるに過ぎず、基準時前に所有権がどうだったかは一

切確定していないのです。基準時の1年前までは原告が所有していたが、1年前に被告が売買で買ったとか時効取得した、なんて例を考えれば明らかかと思います。

そして、既判力によって遮断される基準時前の攻撃防御方法というのは、あくまで、「基準時に原告の所有権がない」ということを争う攻撃防御方法です。基準時に所有権を有していたということは、これを争っているわけではなく、攻撃防御方法でもありませんよね。

(2) 基準時前の場合、既判力は作用するか

そうするとですよ、基準時前の権利はまったく確定しないのだから、基準時に原告が所有権を有していたか否かについて、既判力は作用しないということになります。

したがって、原告が基準時に所有権を有しており、かつ、その所有権が侵害されたと主張することは、既判力によって遮断されることはないのです。

終わり。

・・・まあ、それで終わりというのが、既判力理論の理論的帰結というわけですから、終わってしまったてよいのかもしれませんが、ただ、もう少し考えてみましょう。

(2) 基準時前の場合の具体例 1

先祖代々わしの一族が所有していたんやけどな、1年前に別の奴に売ったんや。けどな、売る半年前に、あいつがわしの所有権を侵害してたんや。

ふむふむ、1年前に売ってしまっていたため、基準時にも所有権がなく、したがって前訴では敗訴したと。

でも、1年半前には所有権を有していたのですから、その所有権に対する侵害もありうるでしょうね。そして、このような事例であれば、後訴を許してもとくに問題はないといえるでしょう。

(2) 基準時前の場合の具体例 2

わしが1年前に買ったんやけどな、あいつが詐欺取消を主張してきよって取り消されてもうたんや。わしは詐欺なんてない言うたんやけど、裁判所に詐欺やって認定されてもうてな。

で、その後、あいつがわしの所有権を侵害したままやから訴えたんや。

え、なんかおかしくないですか？

まず、詐欺取消によって遡及的に無効となり、あなたが所有者だったことはかつて一度もないことになったんですよ？そうすると、基準時に所有権がなかったのみならず、基準時前も所有権を有したことはなかったわけです。ないものが侵害されたなんていう、あなたの主張はやっぱおかしいですね。

じゃあ、例2の後訴が既判力によって遮断されるかという、先ほどお話ししたよ

うに、既判力は作用しません。あくまで既判力は、「基準時に原告に所有権がない」という判断に生じるのであって、基準時前に所有していたかどうかには生じないのです。

もちろん、基準時前に有していたかどうかは判断され、理由に記載されるでしょう。基準時にどうだったかを判断するためには、結局、基準時前にどのような事情があったのかを判断して決するほかありませんよね。例1では「1年前に売却した事実が認められる」、例2では「詐欺取消の事実が認められる」等と書いてあるでしょう。しかし、これらはいずれも、理由中の判断であって、既判力は生じないのです。

(2) 基準時前の場合、一切及ばなくてよいか

ただ、例2の場合に、既判力が生じないからといって後訴を認めてよいかは、やはり問題です。

なぜかというのですね、前訴で争われたのは詐欺の事実の有無ですよ。そして、詐欺の事実ありと判断され、その結果、原告に所有権がないということになったんですよ。たしかに、既判力が生じるのは訴訟物である「原告の所有権」の有無についてのみですが、実際に争われたのは詐欺の事実の有無なのです。そして、その点については、すでに判断されていますよね。

ところが、原告は訴訟物を「所有権侵害に基づく不法行為による損害賠償請求権」に変えて再訴してきました。そして、その理由は、やはり詐欺の事実はないと主張して、1年前に売買によって所有権を取得した、その所有権を被告が違法に侵害した、よって原告は被告に対して所有権侵害に基づく損害賠償請求権を取得した、というものになるでしょう。これは、やはり蒸し返しではないでしょうかね。裁判所がもう一度、詐欺の事実があったかなかったかを審理するのは、二度手間といえますよね。

というわけですよ、理由中の判断には既判力は生じないにしても、こんな形で蒸し返しができる以上、なんらかの拘束力を認めるべきではないか・・・ってなわけで、理由中の判断の拘束力の問題が生じてくるのです。が、この話は、次回に本格的に触れましょう。

まとめ

以上ですが、いかがでした？

まとめると、既判力は「基準時に原告に所有権がない」ことに生じる。これを、基準時前の事由で争うことはもはやできない。したがって、基準時後に所有権が侵害されたと主張する場合には、基準時後にあらたに所有権を取得したことも主張立証しないと原告は負ける。

これに対し、基準時前に原告に所有権があったかどうかについては既判力は生じない。したがって、基準時前に所有権が侵害されていたと主張する場合には、既判力は作用しない。ただし、場合によっては、理由中ですでに判断されている以上、不当な蒸し返しと言える場合がある。

こんなところでしょうかね。

この昭和27年第4問が理解できるかどうかで、今までの理解がどれほどのものか

わかります。ぜひしっかりマスターしましょうね。

余談：一部請求

これで終わりなのですが、余談ということで脇道にそれて、一部請求と後遺症の論点を扱っておきます。余談とはいえ、是非勉強しておく必要がある論点です。

一部請求

一部請求の論点は、どのような論点かご存知ですか？

文字通り、一部請求が許されるか、ってことやないのか？

では、次のような事例の問題のことですかね？

XはYに対し、不法行為に基づく3億円の損害賠償請求権をもっていると個人的に思っていた。しかし、裁判で訴えたとしても、不法行為をうまく立証できるか自信がなく、また立証できたとしても3億円全額勝てる見込みも今ひとつであった。そして、3億円全額を請求すると、印紙代がばかにならずためらわれた。そこで、まず300万円だけ訴えてみることにした。

この、300万円の請求が認められるかっていう問題なんですかね？

うん、そやな・・・でも、こんなの認められて当然のような気がしてきたで。

「一部請求」という論点のタイトルから誤解する方が多いんですが、この、Xによる300万円の請求は、許されるということで争いはないでしょう。全額でなく、一部を好きな額だけ請求することは、処分権主義、246条から当然に許されます。

問題はですね、

Xが300万円だけ訴えてみたところ、勝訴し確定した。
そこで、Xは、残額の2億9700万円について、あらためて訴えを提起した。

という場面です。この、後訴における残額請求がはたして認められるのかという問題、これが一部請求の論点なのです。

それやったら、一部請求っていう表現はおかしいやろ。

まあ、そうですね。一部請求後の残額請求というのが正しい表現なのでしょうけれ

ファンタスティック民訴

ど、慣例的に一部請求と言われてますし・・・私が決めた訳ではありませんので仕方ありません。

問題の所在

そして、この問題は、実は既判力の客観的範囲、あるいは訴訟物の問題なのですね。

どういうことかと言いますと、かりに、前訴の訴訟物が300万円の範囲のみであるならば、既判力もその「300万円の部分について債権が存在する」という点にのみ生じますよね。したがって、残額の2億9700万円については、まだあるともないとも既判力が生じておらず、後訴は前訴の既判力の作用を受けないことになります。よって、後訴における残額請求は認められます。

これに対し、前訴の訴訟物が3億円の債権全部だったとするならば、既判力が生じるのは「300万円の部分について存在し、かつ、2億9700万円については存在しない」という点に生じることになります。そうするとですよ、後訴における2億9700万円の請求についても、前訴の既判力が作用してしまい、残額請求は認められないことになるのです。

普通に考えたら、300万円を請求したんやから、訴訟物も300万円になりそうやけど、そうはならんのか？

そんな感じがしますよね。

ところが、ことはそう単純ではないのです。

原告の利益

そこで、利益状況を確認してみましょう。はたしてこのような残額請求を認めるとどうなるか、です。

まず、原告としては、上の例のXのように少額でいったん訴訟をして勝てるかどうか試してみる、といういわゆる試験訴訟を行う必要性があります。この必要性からしたら、残額請求を認めるべき方向にいくでしょう。

被告の利益

しかし、他方、被告としてはですよ、300万円の前訴と2億9700万円の後訴とで、二度も訴訟につきあわされることになります。面倒ですから、「1回にしてくれ」って言いたいでしょうね。

しかも、上の例では、Yとしては前訴の請求が300万円だったことから、「あれれ、Xは300万円って言うてきよった。3億円はあきらめたんやなー。なら、300万円くらいなら払ってやってもええか」なんて思って、ええ加減な訴訟追行をしていたかもしれません。その結果、負けてしまい、のみならず後訴で残額請求までくった場合、前訴で負けたことから後訴にも悪い影響力は及ぶでしょう。この影響力は、既判力といった法的効力ではありませんが、裁判官が「お、なんや、Yは前訴で負けてるやん。なら、きっと不法行為はあったんやろなー。一応審理はするけど、前訴で

も審理してるし、よっぽどの証拠でも出てこん限り不法行為はあったってことでええやろ。損害額だけ丁寧に審理すればええか」なんてふうなことをつつい考えてしまうであろう、ということの意味します。事実効ですね。

ま、このような事実上の影響力は置いておくとしても、同じ紛争なのに原告の都合で二度も訴えられるのは、やはり被告にとって酷といえましょう。

裁判所の利益

また、裁判所としても、既に上に出てきたように、後訴が提起されると一から審理し直しということになってしまいます。上の例では、不法行為の事実があったかどうかをあらためて審理し直さなくてはなりません。

つまり、たとえ一部の300万円であっても、この請求権が発生するためには不法行為の成立を認めることが不可欠です。したがって、一部請求の前訴において、請求額にかかわらず、裁判所は不法行為の事実を審理しなければなりません。

そして、後訴においても、訴訟物が異なって前訴の既判力は後訴に影響しませんし、そもそも不法行為の事実があるという部分には既判力は生じませんから、やはり、不法行為の事実を審理しなければならないのです。

したがって、裁判所としても面倒ですよな。「何回も審理させんなや。わしらの手を煩わせんなや」って言いたいでしょう、きっと。

どのように利益を調整するか

そういうわけで、単純に原告の利益を強調して残額請求を認容するわけにもいかないんですね。そこで、どのように利益を調整していくかが問題となります。

この論点はいろいろな説があるところですが、被告や裁判所の利益も考える以上、全面的な肯定説には立ちにくいところです。では、全面的な否定説はどうでしょうか？

全面的否定説

この立場は、残額請求を一切認めないとします。

それやったら、被告や裁判所の利益だけ考えてて、原告の利益には配慮してへんのやないか。

いえいえ、原告が一部請求したいという利益については、前訴において請求を拡張すればよいと言います。つまり、原告は前訴でまず一部請求しておき、勝訴できそうなら拡張し、敗訴しそうならそのままにすればよいというわけです。

なるほどと思いますが、これに対しては、日本の裁判官はポーカーフェイスだから、勝訴できそうかどうかなんてわからないという批判があります。谷口先生の『口述民事訴訟法』にあります。

明示を必要とする説

次に、前訴で一部のみであることを明示していた場合には、残額請求が認められる

ファンタスティック民訴

という説があります。

なぜ明示が必要なのかと言いますと、もし原告が明示していれば、被告のほうで、債務不存在確認の訴えを提起できますよね。むろん、全額の、です。

というわけで、この説は、原則として残額請求できないが、一部であることを明示していた場合には、被告に十分に警告した以上は残額請求できるということになります。ただ、裁判所の利益には配慮してませんねえ・・・まあ、もともと裁判所は、訴えが提起されたら審理せねばならない立場なのですから、やむを得ないということなのでしょうかね。

そして、これが判例の立場でもあります。旧版の判例百選ですが、147事件：最高裁昭和37年8月10日判決が、「一個の債権の数量的な一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴が提起された場合は、訴訟物となるのは右債権の一部の存否のみであって、全部の存否ではなく、従って右一部の請求についての確定判決の既判力は残部の請求には及ばないと解するのが相当である」としました。

ふーん・・・でもな、原告が明示していたら訴訟物が一部になり、明示してなかったら全部になるって、なんか変な気がするで。

ま、たしかに。でもまあ、そういうもんだということで・・・

あと、明示せえへんかったら、一切ダメなんか？なんらかの事情で明示できひんかった場合は？

そこがまた問題ですね。ただそれは、次の後遺症のところでも検討しましょう。

明示すれば常に後訴は許されるのか

逆に、明示さえしていれば、いかなる場合でも後訴できるってのも、おかしい話やで。一部請求で敗訴した場合には、もう全部ないってことが明らかなんやから、後訴を認めてやる必要もないやろ？

おおお、あなた本当に鋭いですね。

例えば最初の事例にもどって、3億円のうちの300万円さえないということは、それはすなわち、3億円全額がないってことを意味しますよね。3億円全体のうち1万円でもあれば、その限度で勝訴したはずですから。

このような場合、たしかに明示していれば訴訟物は300万円の限度で、既判力も300万円の債権がないという部分には生じないんですが、後訴を認める必要はないでしょう。

では、どのような理屈で、後訴を阻止すべきでしょうね？

今見たように、既判力は残額の2億9700万円の部分には生じないと考える以上、既判力ではこれは阻止できませんから、既判力以外の効力に頼る他ありません。これ

については、また次回の内容となるんですが、争点効ないし信義則による遮断を考えていくことになります。

そして、百選89事件：最高裁平成10年6月12日判決は、「おのずから債権の全部について審理判断することが必要になる」「当事者双方の主張立証の範囲、程度も通常は債権の全部が請求されている場合と変わるところはない」「数量的一部請求を全部又は一部棄却する旨の判決は、このように債権の全部について行われた審理の結果に基づいて、当該債権が全く現存しないか又は一部として請求された額に満たない額しか現存しないとの判断を示すものであって、言い換えれば、後に残部として請求し得る部分が存在しないとの判断を示すものにほかならない」とし、残部請求をすることは蒸し返しであって相手方に「二重の応訴の負担を強いるもの」とし、「特段の事情がない限り、信義則に反して許されない」としました。

明示して勝訴すれば常に後訴は許されるのか

もう一つ、ええか？

これまでの話の流れやと、明示して、かつ、一部請求で勝訴していれば、残額請求は許されることになりそうやけど、原告が恣意的に分断している場合にも許してええんか？

恣意的ということは、試験訴訟の必要もないのに分断している場合、ということでしょうね。例えば、3億円という巨額の場合ではなく、300万円を30万円ずつ10回にわたって訴えるとかですかね。

そのような場合、明示さえすれば、10回も訴えるなことができるというのは、なんか不合理な感じですよ。たしかに、被告のほうで債務不存在確認の訴えを提起すればよいとしても、です。どうしたらいいんでしょうね？

このような場合、やはり既判力是一部である30万円の部分にしか生じませんから、争点効なり信義則なりで対応するしかないでしょうね。

余談：後遺症損害

もう一つ、後遺症について扱っておきましょう。これは、一部請求の後でやるとよい論点です。判例がありますので、まずは事案をみてみましょう。

百選〔旧版〕149事件：最高裁昭和43年4月11日の事案

Xの母AはYの過失により交通事故の被害者となったため、Yを相手方とする損害賠償請求の民事調停を申し立て、「YはXに5万円の損害を賠償しその余は放棄する」との調停が成立した。

ところが、その後、Aは事故による傷害がもとで死亡するに至った。そこで、Xは、Aの死亡により生じた損害の賠償を求める訴訟を提起した。

調停なんて出てきていますが、調停調書の記載は裁判上の和解と同一の効力を有するとされています。民事調停法16条です。そして、裁判上の和解調書の記載は、確定判決と同一の効力を有するとされていますよね。民訴法267条です。

そして、民訴法267条の「確定判決と同一の効力」に既判力が含まれるかは争いあるところですが、ま、ここでは含まれることにしましょう。そうでないと、既判力の問題になりませんか、あはは。

さて、調停によって既判力が生じるとすると、Aによる損害賠償請求訴訟は、いかなる影響を受けますかね？

既判力は、YがXに対し5万円の損害賠償請求権を有するという点に生じるから・・・その余は放棄するってなってるし、損害賠償請求権は5万円しか存在しないという点に生じるんやろな・・・したがって、遮断されてしまうんちがうか。

ということは、訴訟物は同じというわけですね？

同じ不法行為から発生してるから、同じやろ？あ、でも、後遺症の損害は、後で発生してるしな・・・じゃあ訴訟物は違うんか？

そこは一つの問題ですねえ・・・訴訟物が異なるとする説もあるんですよ。

しかし、そのように損害ごとに訴訟物が異なるとしてしまうと、じゃあどこからどこまで1個なのかという問題が生じてきます。交通事故であれば、治療費、休業損害、衣服のクリーニング代、精神的損害などなど、たくさんの損害が生じます。これらが全部、別の損害だから訴訟物も異なるんでしょうかね？

やはり、一つの不法行為で生じた損害賠償請求権は、全損害について1個の訴訟物と考えるべきでしょうね。

そうすると、Xの後訴は既判力によって敗訴になるんか。けどな、前訴の時点では後遺症が出るかはわからへんかったとしたら、かわいそうやないか？

かわいそうですねえ・・・結論的には、後訴を認めてあげたいですよ。でも、どうやって理論構成しましょう？

せやな、基準時後に後遺症が発症したんやから、基準時後の新事由と考えるのはどや。

なるほど、したがって、後遺症の主張は遮断されないというわけですね。そのように、基準時後の新事由だと考える説もあります。

しかし、後遺症の原因となった事実は、交通事故ですよ。つまり、後遺症の原因自体は、すでに基準時前に存在していたわけです。存在していたけれども、基準時前には後遺症が生ずるであろうという事実がわからなかったんですよ。

そして、思い出しましょう。当事者が知っていようが知ってまいが、過失があるうがなかろうが、一切の事由が既判力によって遮断されるということ。

・・・ということは、後遺症の原因となる事実は基準時前に存在していた以上、当事者がそれを知ることができなくても、遮断されてしまうのか。

そうですね。基準時後の新事由となるとする説には、このように、基準時後ではない、と批判されているんですね。

じゃあ、どないすんねん。

つい先ほど、一部請求の論点をやりましたよね。あれを応用してみましょう。

という？前訴が一部請求だったと考えるんか？でも前訴では一部だという明示はしてへんで。

まあ、そうですね。

本当は後遺症も含めた額が全額だったのだけれども、前訴は一部のみ請求したのだと考えることができれば、訴訟物も別だと考える余地が出てきます。

そして、あとは一部請求論でどの説をとるかですが、判例の明示説に立った場合、前訴で明示がないと残額請求はできません・・・

ところが、後遺症による入院加療費の請求が問題となった最高裁昭和42年7月18日判決は、明示説をひきつつ、本件では後遺症の損害賠償を求めているのが明らかであるから、訴訟物を異にするとして、残額請求を認めているんですね。

「所論の前訴（略）における被上告人の請求は、被上告人主張の本件不法行為により惹起された損害のうち、右前訴の最終口頭弁論期日たる同三五年五月二五日までに支出された治療費を損害として主張しその賠償を求めるところ、本件訴訟における被上告人の請求は、前記の口頭弁論期日後にその主張のような経緯で再手術を受けることを余儀なくされるにいたつたと主張し、右治療に要した費用を損害としてその賠償を請求するものであることが明らかである。右の事実によれば、所論の前訴と本件訴訟とはそれぞれ訴訟物を異にするから、前訴の確定判決の既判力は本件訴訟に及ばないというべきであり、原判決に所論の違法は存しない。」

明示そのものはあらへんやろ？後遺症の場合には明示あったことにするってか？

ファンタスティック民訴

たしかに、判旨は苦しいですね。このような場合に、被告からの債務不存在確認の訴えを提起できるかも疑問ですし。

しかし、ちょっと苦しくても、また被告の利益を考慮したとしても、なおやっぱり原告がかわいそうということなんじゃないですかね。

どの説にも難があるから、しゃあないってことか。

はい。ところで、もう一つ説があります。

期待可能性説を覚えていますか？

基準時前の事由であっても、それを主張することに期待可能性さえなかったような場合には、後訴で主張できるって説やろ？・・・これを使うんか。

先ほど、基準時前の事由は、当事者の知・不知に関わらず、あるいは過失・無過失に関わらず、一切遮断されると言いましたよね。これが、通説の立場です。

しかし、ごくごく例外的な場合には、遮断されない場合もあることを認める説、それが期待可能性説と言ってよいでしょう。

そして、この期待可能性説からは、まさしくこの後遺症のような場合には、前訴で後遺症損害についてまで損害賠償請求することはできなかつたわけですから、期待可能性がなく、後訴において主張できるという帰結になるのです。

おお、すっきりうまくいくな。

ただ、この期待可能性説をとってよいかどうか、また一つの問題ですねえ・・・さて、後遺症の論点はこんな感じです。

あ、百選〔旧版〕149事件の判旨については・・・やや不明確なところがあるので、あえて紹介しません。気になる方は、自力で見てください。

宿題

1. 既判力が生じるのは判決のいかなる判断か。
2. 条文は何条か。条文にはどう記載されているか。
3. 「主文」にはいかなる判断が記載されるか。
4. 訴訟物とは何か。
5. 旧訴訟物論とは。
6. 訴訟物論の実益は。

7. 「包含」とはどういうことか。
8. 期限未到来により棄却判決が確定した場合、いかなる判断に既判力が生じるか。
9. 訴え却下判決が確定した場合、既判力が生じるか。いかなる判断に生じるか。

<事例問題 1 >

XはYに対し、土地所有権確認訴訟を提起したところ、敗訴し確定した。その後、Xは、基準時前からずっと自分が所有者だったのにYが不法占拠していると主張して、Yに対し土地所有権侵害に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。

<事例問題 2 >

XはYに対し、土地所有権確認訴訟を提起したところ、敗訴し確定した。その後、Xは、基準時後にあらためてYから土地を買ったのにYが不法占拠していると主張して、Yに対し土地所有権侵害に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。

<事例問題 3 >

XはYに対し、売買によってYから土地所有権を取得したと主張して、土地所有権確認訴訟を提起したところ、売買の事実はないと認定され、敗訴し確定した。その後、Xは、基準時前にYから土地を買ったのにYが不法占拠していたと主張して、Yに対し土地所有権侵害に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。

それぞれ、はたして前訴判決の既判力は作用するでしょうか。

昭和27年第4問がわかっているかどうか、この3問で試してみましよう。これらはぜひ、解いてほしいところです。

<事例問題 4 >

甲は、乙に対し、乙所有の絵画を代金額500万円で買い受けたとして、売買契約に基づき、その引渡しを求める訴えを提起した。

1 (略)

2 甲の乙に対する訴訟において、「乙は甲に対し、500万円の支払を受けるのと引換えに、絵画を引き渡せ。」との判決が確定した。その後、乙が、甲に対し、この絵画の売買代金額は1000万円であると主張して、その支払いを求める訴えを提起することはできるか。(司法試験論文問題平成15年第2問)

小問1は既判力ではない論点だったので省略しました。小問2のほうを是非考えてみてください。ま、要するに、前訴判決の既判力はどの部分に生じているか、ということです。

ファンタスティック民訴

おまけ

Xが貸金返還請求訴訟を提起したところ、「期限が1年後なのでまだ到来していない」という理由による棄却判決がなされました。ところが、敗訴したXが1年後ではなく、半年後に「期限が到来した」と主張してもう一度訴えてきました。どうなるでしょう？ま、これはおまけですから、よかったら考えてみてください。

おまけその2

Xが売買契約に基づく目的物引渡請求訴訟を提起したところ、「目的物は既に滅失しているから履行は不可能である」という理由により棄却判決がなされました。

そこで、Xは、履行不能に基づく損害賠償請求を提起しました。

はたして前訴判決の既判力は作用するのでしょうか？

仮に前訴において、「そもそも売買契約は成立していない」という理由によって棄却判決がなされたとしたらどうでしょう？両者の比較もしてみてください。