

31 管轄不存在決定が有する実体的 確定力について

—比較法的考察—

ヴァルター・J・ハープシャイド

(田 尻 泰 之 訳)

- | | |
|-----------------------------|----------------|
| I. はじめに | b. 実体的確定力と訴訟対象 |
| II. 各国法の比較法的紹介 | c. 既判力と権利保護の利益 |
| III. 比較法的分析 | 2. 権利保護請求権 |
| 1. 法解釈学的鑑定 | IV. おわりに |
| a. 民法又は訴訟法の問題としての
実体的確定力 | |

I. は じ め に

管轄違いという理由により — 国の裁判所又は仲裁裁判所などの — 受訴裁判所が訴えを却下するような裁判に対して、もはや国内法上の上訴手段を用いて不服申立てができないときに、形式的確定力が生じることは明らかである。しかし、どの程度までその決定が「実体的」確定力を有するのか、という問題に対して容易に解答することはできない。法解釈学的に考察するならば、この問題に対する解答は、当該判断が訴訟対象について下されたものであるかどうかによって左右される。なぜなら — これはごく一般的に承認されたルールであるが — 訴訟の対象に対する判断、つまり、それが判決の対象となる限りの判断に対してのみ既判力が及びうるからである。特に問題となるのは、裁判所が自己の管轄を否定したために訴えを不適法として却下するがごとき訴訟判決が、ドイツ民事訴訟法322条1項に規定されているドイツ法上の「請求」と呼ぶような訴訟対象について判断を下すのか、という点にある。

さらに第2点として考察すべきことは、これが「誠実の原則」にとり最も重

要な見解になりうるということである。すなわち、法治国家の要求に応じることとを求めるすべての法秩序は、同秩序に基づく裁判に服するものに対して実体に即した法律上の裁判、言い換えるなら当事者からの実質的な請求を保障するものでなければならない。結局、このことは裁判を受ける権利の存在理由なのである。権利保護の拒絶は許されない。訴訟法は上述の行為を実質的権利の実現のために保障することにある。ジャン・ベロット (Jean Bellot; 1776-1836) は、既にこの意味において、「訴訟制度の目的は市民法の完全な実現にある。それ故、法規の命令に従う者は、より一層、滞りなくその目的に達することができる⁽¹⁾」と述べている。

ベロットが民事訴訟の目的として説明した事柄は、市民に奉仕することを求められる法治国家において一すなわち官憲国家と区別することにより一実現されるものであり、かつ保障されるものでなければならない。この意味においてドイツ及びスイス憲法の司法的基本権は解釈されなければならない、さらに欧州人権条約 6 条に規定されている公正な裁判手続の保障も、この意味において解釈されなければならない⁽²⁾。

もう 40 年も前になるが、民事訴訟及び非訟事件手続における訴訟対象に論究した教授資格論文において、筆者は最初に挙げたドイツ法上の問題点を解決しようと試みた⁽³⁾。そして、この解決方法をスイス法のためにも主張した⁽⁴⁾。

筆者は本稿を中村英郎教授の古稀祝賀論文として同教授に捧げる。早稲田大学における同教授の講座にて講演を行う機会に恵まれる毎に、筆者は「実体的

(1) Jean Francois Bellot, *Loi sur la procédure civile*, 2. Aufl. Paris 1837 S. 13. ベロットは、初めてのリベラルな訴訟法典の父である。

(2) 欧州人権裁判所及び同委員会による判例に言及しているものとして: Vgl. hinzu etwa *Frowein/Poukert* EMR Kommentar, Kehl 1985 zu Art. 6. Rdn. 5. 6; 特に指摘すべきものとして (Das Urteil in Sachen Ashindane 825. 5. 1995. A/93 S. 24ff. 55)。この判決においては、「欧州人権条約 6 条 1 項に基づく裁判を受ける権利」が侵害されるのは、当事者が「訴訟において同条約 6 条 1 項の要請に基づく証人と同様の異議を、裁判所に申立てる機会をもてないとき」に生じる。

(3) *Habscheid*, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Bielefeld 1956.

(4) *Habscheid*, *Droit judiciaire privé, suisse*. 2. Aufl. Genève 1983, insbes. 255 ff, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2. Aufl. Basel 1990. Nrn. 374ff (Streitgegenstand), Nrn. 472ff (Rechtskraft).

確定力と訴訟対象」をテーマに選んでいる⁽⁵⁾。このテーマは民事訴訟手続の基礎的な問題点でもある。

訴訟対象というテーマは、少なくとも一見する限り、法解釈学上の問題である。法的明確性を追求していた若き法律家でありしころの筆者は、まず第一にこの考察方法に取り組んだ。もっとも、今日の筆者からみて、より重要と思われるのは — もちろん、それは法学者としての永い経験を要するのであるが — あらゆる訴訟上のテーマが権利保護の拒絶を防止する性格を持つべきであるとの思考方法である。この権利保護が拒絶されるという危険性は、裁判所が管轄の不存在故に訴えを不適法として却下し、しかもその際に実体に即した権利保護を与えることができるその他の裁判所が存在しないときに生じる。

この種の事件は、およそ仲裁裁判所が訴えを管轄の不存在故に却下し、しかもこの裁判を次の裁判所に訴えることを排除する旨の同意があるとき、すなわち、国の裁判所を全く利用できないとするような強制的な仲裁判断の際に生じる⁽⁶⁾。さらに考えられうるケースとしては、問題となるすべての裁判所が管轄の不存在につき既判力ある決定を下すという消極的管轄抵触がある。確かに大抵の訴訟法は、管轄抵触に関する裁判管轄の制度や管轄裁判所への手続の移送等により、この種の判決抵触を回避することに努めている。それでも、裁判官の誤った判断により、この種の事件は相変わらず生じうるのである。

(5) Vgl. die Veröffentlichungen: Zur Lehre vom Streitgegenstand im deutschen Zivilprozess, in: *Comparative Law Review*, Annals of Waseda University Institute of Comparative Law 1983 ff. mit japanischer Uebersetzung S. 21ff.; Die neuere Entwicklung der Lehre vom Streitgegenstand, jap. Uebersetzung. Keizo *Sakamoto*, in: *Comparative Law Review* 1990, Nr. 2; Die neuere Entwicklung der Lehre vom Streitgegenstand, zugleich zur deutsch-japanischen Rechtsvergleichung. FS. für Karl-Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, München 1990, 181ff (Zweitveröffentlichung des letztgenannten japanisch erschienenen Aufsatzes).

(6) *Habscheid*, Immunität internationaler Organisationen, internationales Schiedsverfahren und anzuwendendes Verfahrensrecht, FS. Heini Zürich 1995, 147ff sowie *Habscheid*, Schiedsgerichtsbarkeit und europäische Menschenrechtskonvention, in FS. Wolfram Henckel, Berlin/New York 1995, 342ff. これらの研究のきっかけとなったのは、連邦裁判所の判決 (vom 21. 2. 1992-4P 34/1992, 1ère Cour Civile) である。

II. 各国法の比較法的紹介

実体的確定力は、いわゆる包括的制度である。それは一方において法的安定性に役立つものであり、また法的平和を実現するものでもある。いみじくもアルカンザスの最高裁は、「既判力をもって裁判される事件という理論は包括的法律学の一原則であり、それは全ての文明国における司法体系の要素を形成する⁽⁷⁾」と適切に表現している。しかしながら、判決の効力の範囲は国毎に異なっている⁽⁸⁾。その上さらに、訴訟判決は実体的確定力にまで及ぶのか、という問題に対する解釈も様々である⁽⁹⁾。法解釈学的に考察するならば、この問題の解決は、訴訟上の判断の際に訴訟対象にまで判断が及んでいるかどうかによって左右される。加えて、— アングロサクソン系の法に対してはまず第一に — 既判力の承認により実体的裁判への道が閉ざされ、それにより、実質的な権利保護が遮断されるか否かにも因る。

このことを以下に概観するに当たり、国内法に基づく選択に制限し、しかも国の裁判所による訴訟判決と手続上の理由から仲裁の訴えを却下する仲裁判断を区別した上で、要点をまとめて紹介する。

1. **ドイツ連邦共和国** 通説及び判例によれば、訴えを却下する訴訟判決は実体的確定力にまで及ぶ。このことはまた、訴えを不適法として却下する判決に対してもあてはまる。この見解の根拠としては、そのような判決が訴訟対象、すなわち訴訟上の請求についても裁判を行っているということが挙げられる。この訴訟上の請求は、実質的権利の請求と同一のものではない。この請求は、むしろ裁判官が訴えの中の請願 (Petitum) というものを実体法上のあらゆる観点に基づき審査し、かつ裁判すべきことを可能とするような、訴訟法上の範疇にある。

筆者はこの訴訟対象を2つの法的主張に分類する。すなわち、裁判所が自己の管轄を否定するときに、まず第1にその義務として判断すべきことは、訴訟判決により判断される訴訟手続上の主張である。さらに、請求において放棄さ

(7) 200 Ark. 276, SW 2d 19 240.

(8) Vgl. *Hebscheid*, Introduzione al diritto processuale civile comparato, Rimini 1984, 161-196 m. Nw.

(9) Siehe Fn. 8.

れており、しかもそれが元々概括的なものであるような — 言い換えるなら、内容的に訴えの請願の中であらゆる実体法上の範疇を包括している — 実体法に関連する法的効果の主張も他方にある⁽¹⁰⁾。シュワープ等の理論によれば、訴訟対象は原告の裁判に対する要求、つまりその適法性及び理由具備性は裁判官により判断されなければならないものである、と定義される⁽¹¹⁾。両理論ともに、訴えの適法性に関する裁判内での訴訟対象に対する判断、より厳密には適法性の判断であると看取される⁽¹²⁾。判例も同様の見解を採っている⁽¹³⁾。

このことから導き出されるのは、管轄の不存在に基づき訴えが裁判所により却下されるときには — 状況に変化がない限り — 原告は基本的に同一の裁判所に再訴することはできない、ということである。判決の実体的確定力は、このことを許さない。もちろんこの訴え却下は、その他の裁判所に繰り返し訴えを提起することを妨げるものではない。つまり、実体に即した法律上の裁判を求める道は遮断されないのである。

それでも訴訟上の仲裁判断の際には、ドイツにおける法律状況が異なってくる。ここで判例は、ただ実体に即した法律上の判断のみが法律的意味での仲裁判断であり、そのような判断にのみ既判力が生じうる⁽¹⁴⁾、と述べている。

このテーゼの法解釈論的な根拠は、ドイツの民事訴訟法1041条1号に求めら

(10) この点につき、脚注3に挙げた訴訟対象に関する著書を参照。

(11) 最も精確に表現しているものとして：K. H. Schwab, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, München 1954.

(12) 此処に挙げた諸理論は様々なヴァリエーションをもっているが、そのいずれもが我々の問題提起と同様の処理している。訴訟対象が二つの要素（権利の主張及び生活事実関係）に区分できるのか、それとも一義的（権利の要求）のなかという問題を本質的に扱っているのである。連邦通常裁判所は二義的な訴訟対象であると裁判しているが（BGH LM § 253 ZPO Nr. 56; BGH NJW 1983, 389 1. Sp.），その際に、同裁判所は「要求」と「生活事実関係」について言及している。「要求」か「権利の主張」かは、多かれ少なかれ言葉の問題である。言葉の問題は、一義的であるか二義的であるかの問題提起と同様に、此処において意味をもたない。なぜなら — 既に言及したように — 全ての理論が同一の帰結に至るからである。

(13) その詳細と証明につき：Vgl. Stein/Jonas/Leipold, ZPO 20. Aufl. Tübingen 1989, § 322 Rdnr. 27, 62ff, 136.

(14) BGHZ 10, 325 m. Nw. ebenso Rosenberg/Schwab/Gottwald Zivilprozessrecht, 15. Aufl. München 1993, § 175 I; Schlosser, in Stein/Jonas (wie Fn. 13) § 1039 Rdn. 3.

れる。そこでは、有効な仲裁契約に基づかない仲裁判断に対してのみ破産終結を求める訴えが認められている。それ故、不法に仲裁契約が否認された結果として下された訴え却下の仲裁判断に対しては、同条に基づく訴えが認められていない。

いずれにせよ、もし訴え却下に既判力が及ばないとすると、他の仲裁裁判所に訴えが改めて提起されることが許されてしまう。ただし被告が同意するならば⁽¹⁵⁾、国の裁判所に訴えを提起することは妨げられない。つまり、実体に即した権利保護は、それでも保障されるのである。

2. オーストリア オーストリアにおける法律状況はドイツと同一である。訴訟判決は実体的確定力を生じる。ただし、法律の意味における仲裁判断は、実体そのものに関係のある判断に対してのみである。つまり、訴訟上の仲裁判断は既判力を有さない⁽¹⁶⁾。

3. イタリア イタリアの学理は大抵ドイツ並びにオーストリアの本質的な問題提起を継受しているものの、通説及び判例は訴訟判決の実体的確定力を否定している⁽¹⁷⁾。このことは国家の判決においてのみならず、仲裁判断にも妥当する。

4. スペイン このことは、実に多くの点でイタリアの学理並びに法学と一致しているスペイン法にもあてはまる⁽¹⁸⁾。

5. フランス フランスにおける法律状況は知識として参考になる。伝統的

(15) 被告が仲裁裁判所で管轄違いの申立てをなす一方、上述の同意を行わないならば、もちろん自己背反行為禁止の問題が提起される。

(16) Vgl. m. Nw., *Fasching*, Zivilprozessrecht 2. Aufl. Wien 1989 Nrn. 2214, 2220.

(17) Vgl. m. Nw., *Cappelletti/Perillo*, Civil Procedure in Italy 1965, 251ff; *Habscheid*, Droit judiciaire privé suisse, 2. Aufl. Genève 1981, 327 (auch zum französischen, englischen und deutschen Recht 322ff)

(18) Dazu *Ramoa-Mendez, Derecho Procesal*, Barcelona 1980, 612ff, 626ff (Vgl. insbes. 626: 此处で *Derecho Procesal* は、「我々の民法典は、古くから伝えられている格言『既判力は真実と考えられる』を反映したものである」と述べている。これにより、既判力の実体法的関係が明らかになる。

な見解によれば、実体的確定力は実体法の制度である。この定義はフランス民法1351条に見いだされる。この着想の背景には、裁判官が特定の実体法的な権能に基づく権利を判断するという、行為権能的 (aktionenrechtlich) 視点がある。論理的に考えれば、このことは訴訟判決に対する既判力の排除を意味するであろう。

他方、判例は既判力の効力を訴訟判決にまで拡大している⁽¹⁹⁾。しかし、これは判例法である。訴訟対象論がその背景にない。そのようなものが存在しなければならぬことを、フランス新民事訴訟法の起草者は気付いていた。ドイツ法理論から借用したとも思える同法4条によれば、「訴訟の対象は、当事者の主張する観点に制限される」。さらに同5条は、「当事者の主張を証拠づけることは、理由づけにより箇々の事実を援用するものに義務づけられている」と規定している。しかし、この法規からも (かつての) 法理論からも既判力に関する帰結を見いだすことはできない。そのことは、フランス民法1351条が引き続き規定されていることから明らかである。もちろん判例は — 既に述べたように — 判決の効力を訴訟要件並びに訴訟上の抗弁にまで拡張しており、それ故、判例法に基づき全ての事件に対して、また訴訟判決に対しても、実体的確定力が生じるということになる。同様のことは、仲裁裁判所の管轄不存在を理由とする訴え却下の仲裁判断にも十分に妥当する。

6. イギリス イギリス法においては、訴訟判決の実体的確定力が厳格に拒絶されている⁽²⁰⁾。イギリスでは、少なくともその訴訟法の構想からすれば、物的かつ地域的に通常裁判権を有する唯一の裁判所は — 高等法院 — のみであるという現実が、実質的な権利保護を拒絶する危険性という視点を敏感にしている。事実上、もし、高等法院が下す管轄不存在の決定に実体的確定力を認めるとするならば、事件を受理する裁判所がなくなってしまう虞がある。だからこそ公正な裁判を義務づけられているイギリスの裁判官は、このような結論に

(19) 本来、何がフランス民法における既判力の「所在地」に依じているのかにつき、参照例として (Soc, 13. 11. 1985, Bull. Civ. V. Nr. 524)。しかし、もしかするとフランス法の見解によれば、主要な判決理由が既判力を有することが、「ここで貫徹される」かもしれない (vgl. *Habscheid*, Introduzione, wie Fn, 8, 161ff. 180, 181, m. Nw.)。

(20) *Cohn*, Die materielle Rechtskraft im englischen Recht, FS Nipperdey, München 1965, Bd. I, 875ff. m. Nw.

同意することができない⁽²¹⁾。

国の裁判所の判決に妥当することは、論理的に、仲裁裁判所の管轄不存在を理由とする仲裁の訴え却下のごとき仲裁判断にも妥当するはずである。

7. スイス 我々が行っている問題提起について、スイス法に基づく解決方法は、特に興味深い。なぜなら、スイス法は我々の抱える問題を訴訟対象論と明確に関連させており、また他方において、実体的確定力が実体法又は訴訟法の制度であるかどうか、についても問題提起しているからである。もし、実体的確定力が連邦実体法上の制度であるならば、連邦憲法の権限分配に基づき、実体的確定力はスイス連邦法となる。もし、実体的確定力が訴訟上の制度であるなら、それは基本的にスイス州法に規定されることになる。もっとも、それを連邦訴訟上の制度であると見なすのであれば、話は別になる。有力説は、これを否定している。

連邦裁判所は、実体的確定力の中に連邦私法上の規範を見いだしている⁽²²⁾。これについては、フランス民法1351条の影響を受けているようにも思われる。いずれにせよ連邦裁判所の見解は、実体的確定力に関する諸規定がスイス全州に対する私法上の規定であると統一的に解釈している。

もちろん、もし実体的確定力が私法の中に見いだされるならば、少なくとも訴訟法上、連邦法的な既判力の余地は、一見すると消滅しているかのようにも見える⁽²³⁾。このことは、スイスにおいて全くの有力説である。さらにこのこ

(21) このアングロサクソンの公正な裁判の概念は、欧州人権条約6条にその表現を見いだしており、そしてそれ故、欧州人権条約に加盟している全ての国々において、考慮されなければならないのである。

(22) Vgl. m. Nw. *Habscheid*, Zivilprozessrecht (wie Fn. 4) N. 476ff und insbes. BGE 95 II 641 Erw. 3.

(23) Vgl. BGE 104 I a 100; 115 II, 187. 189 (その際に、もちろん後者の判断が意味しているのは、訴訟判決において場合によっては生じるかもしれない既判力も、せいぜい許容性の問題と関連しうる程度のことである): *Guldener*, Zivilprozessrecht 3. Aufl. Zürich 1979, 381 Anm. 78; *Vogel*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. Aufl. Bern 1993, 192; *Walder*, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. Zürich 1983, 296; *Sträuli/Messmer*, ZPO ZH 2. Aufl. Zürich 1982 § 191 Rdn. 20 m. Nw.: 特に、訴訟判決の実体的確定力を一貫して拒絶しているチューリッヒの判例につき (vgl. etwa ZR 18 Nr. 143, 32 Nr. 58)。さらに、ゲンフの判例も訴訟判決の実体的確定力を否定している (Cour de Justice SJ 1980, 92)。そこでは、「裁判所の判決は、もっぱら裁判官が実体的なものに触

とは、訴訟上の仲裁判断にも十分に当てはまる。スイス法は、— ドイツ法及びオーストリア法と異なり — 訴訟上の仲裁判断を法律の意味における仲裁判断として承認している。なぜなら、管轄に関する決定に対しても、そして仲裁の訴えを不許可とする却下に対しても、無効の抗告による上訴が認められているからである。このことは、国内において妥当（スイス仲裁契約法36条以下）するのみならず、国際仲裁裁判にも妥当（国際私法190条及び191条）する。無効の抗告は形式的確定力をもつ仲裁判断を前提とするので、そのような形式的確定力をもつ — 法律の専門用語でいう「確定的」 — 仲裁判断が実体的確定力までもたらすかどうかについては、何一つ言及されていない。

それにも関わらず — 既判力の実体法的性質に基づき — 訴訟上の判断は実体的確定力をもたないというのが、スイスにおいて全く支配的な見解である。

もちろん、連邦憲法64条における連邦と州の権限分配に基づき、州は自己の権限により訴訟上の判断に実体的確定力を生じさせることができるとする見方もある。そのような主張を行う者も出てきた⁽²⁴⁾。確かに、そのような既判力が連邦法によるものであり、そしてそれ故、その他の否定的な見解の州に対しても承認されうるものであるのかという問題については、連邦裁判所により最終的な判断が下されていない。それでも連邦裁判所は、この傾向を示しているように思われる⁽²⁵⁾。

筆者の私的見解に基づくならば、多数説には反するものの、実体的確定力に手続的連邦法制度としての連邦裁判所的性格が認められる⁽²⁶⁾。この見解によれば、訴訟判決も既判力を有することになる。とりわけ筆者は、訴訟対象を — ドイツ法におけるが如く⁽²⁷⁾ — 特定の実体法と関連づけるのではなく、 — 訴訟上の主張 — としての訴えの適法性もふくめた「訴訟上の請求」を論究する⁽²⁸⁾。筆者の考える限り、誠実の原則に対応しているこの見解は、判例もそ

れず訴訟上の欠缺理由のみ言及し、そして、その措置を記していない既判事項の効力を得ることができない」のである。

(24) 明らかにこのことは、ヌーシャテルにおいてCPC211条から導いた論理的帰結であり、かつまさにヴァートランドの判例の見解でもある（CJT 1989 III, 36）

(25) Vgl. dazu BGE 117 II, 413 E. 3 u. 4.

(26) Zivilprozessrecht N. 482, Droit judiciaire privé suisse 306ff (beide wie Fn. 4): なお、スイス法における既判力に関する著者の草稿につき（SJZ 1974, 203 ff）

(27) Siehe oben Fn. 3.

れに徐々に傾いていると思えるにも関わらず、それでもなお、いまだに定着していない。

この見解に基づくならば、上訴裁判所の管轄不存在を理由とする訴え却下の判断にも、実体的確定力が生じうる。それでも、これは管轄問題に限られるため、当該管轄を審査する必要性があるその他の裁判所への上訴を妨げるものではない。仲裁判断の事件においても、このことからすれば、新たな仲裁裁判所もありうる。

8. 日本 日本の民事訴訟法はドイツ民事訴訟法をその基礎構造としており⁽²⁹⁾、同法第199条1項、すなわち、「確定判決は主文に包含するものに限り既判力を有す」という文言は、ドイツ民事訴訟法第322条1項の内容をより精確に表現しており、判決理由に既判力を及ばせていない。それにも関わらず、日本民事訴訟法第199条2項は、判断される「請求」について再び言及しており、日本における既判力論がドイツの理論のように請求の手続的視点、すなわち訴訟対象の手続的視点を明確にできるまでに至っていない。その理由としては、最高裁判所が訴訟対象としての実体的確定力から離れ手続法上のコンセプトから措置を講じることを明確に拒絶していることにもある。それ故、判例にとって訴訟対象とは、今なお、訴求された実体法を意味するのである。その結果として、およそ契約の不存在故に棄却された、支払いを求める訴えというのが、不当利得を理由として、既判力を損なうことなく繰返し訴え提起されるのである⁽³⁰⁾。それ自体、単なる訴訟上の判断は既判力を持たない、とい

(28) Zivilprozessrecht (wie Fn. 4) N. 375ff, 392; Droit judiciaire privé suisse (wie Fn. 4) 255ff, 263ff.

(29) Vgl. etwa Hideo Nakamura, Die japanische ZPO in deutscher Sprache, Köln 1978, vor allem aber Hideo Nakamura, Japan und das deutsche Zivilprozessrecht in: *Habscheid* (Hrsg.), Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen, Bielefeld 1989, 415ff.

(30) 日本における判例は、確かに訴訟対象につき実体法理論を取っている。それによれば、提訴された1つの確定された特性を持つ実体法が訴訟の対象である (m. Nw. *Habscheid*, Die neuere Entwicklung der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess, zugleich zur deutsch-japanischen Rechtsvergleichung, in: FS Schwab München 1990, 181ff, insbes. 185: hier auch zu den neueren “materiellrechtlichen” Lehren, S. 193) und *Sakamoto*, Rechtskräftige Entscheidung und Nachforderung in Unterhalts- und Schadenersatzsachen in Japan, Köln 1990, S. 50ff. (mit Literaturangaben); aus der

う問題点に対する論理的帰結となりうる。

最高裁判所は、明らかになる限りにおいて、この問題について明確な見解を全く表明していない。ただし東京地裁の判決の中には、訴訟追行権の不存在 — すなわち訴訟要件の欠缺 — を理由として訴えを却下した判決において、実体的確定力が肯定されているものも1つある⁽³¹⁾。この判決から明らかになることは、それが日本における多数説の学理たることである。ただし、此处で最後に述べた見解は、まだそれを用いて議論すべきではない。

仲裁手続に関しては⁽³²⁾、訴訟上の仲裁判断に実体的確定力を関連させる法律状況が確定判決の際に生じる法律状況と同様のものである、と判断することが許されている。なぜなら、日本民事訴訟法第800条は、仲裁判断が当事者間において既判力ある判決と同一の効果をもつ、と記しているからである。ただ此处で、ドイツ及びオーストリア法の観点からみると、訴訟上の仲裁判断が法的意味での仲裁判断であるのかという問題が提起される。

II. 比較法的分析

このように各国の解決策の本質を概観すると、各々の解決策が決して統一的でないということが明らかとなる。訴訟上の判断、特に管轄違いの判断に対する実体的確定力というものを一般的に否定する法体系もあれば、他方において

Rechtssprechung: OGH Minshu (OGHZ) Bd. 13, Heft 11, S. 1451ff. Bd. 14, Heft 14 S. 825ff, Bd. 15, Heft 3, S. 542ff, Bd. 15, Heft 14, S. 891ff, zuletzt Urteil v. 23. 6. 1978 in Hanrei-Jihō 1978, Heft 897, S. 59. Zur Stellungnahme der Doktrin; vgl. etwa noch *Someno*, Grundprinzipien der Lehre vom Streitgegenstand, in: Baumgärtel (Hrsg.). Japanisches Recht, Bd. 19, Grundprobleme des Zivilprozessrechts, Köln 1985, 207ff, und Muneo *Nakamura*, Der Prozessgegenstand — sein makroskopisches Studium, ebendort 107ff. 確かに、学理は主に訴訟法上のコンセプトをとっているものの、実体法的着想の方が法に不慣れな当事者をよりよく保護する、という見解と対立している (vgl. *Sakamoto*, a.a.O., S. 53, 54 unter Hinwels auf *Kigawa*, Soshōchien to sono taisaku (Prozessverzögerung und Gegenmassnahmen), in: Minjisoshōhō no sōten (Ausgewählte Probleme des Zivilprozessrechts) Tokyo 1979, S. 202ff, (204)。

(31) LG Tokio v. 30. 11. 1956 in: Kaminshū (Zivilentscheidungen der Zivil- und Oberlandesgerichte) Bd. 7, Heft 11, S. 3479.

(32) Geregelt im 8. Buch der ZPO §§ 764ff.

それを肯定するものもある。さらに仲裁判断に関しては、第2番目の法体系グループにおいても否定的解答が下されうる。このような相違の基礎にあるのは、明らかに異なった法的伝統である。加えて、相違している法解釈学的観点から、より困難さを呈することになる。しかし、筆者にとって最も意味があるように思えるのは、各々の解決策の背景にある重点の確定、すなわち問題となっている国内法が一方又は他方の解決策の中で対立利害関係を生じさせているところの、その重点の確定にある。

以下に比較法的鑑定を行う。

1. 法解釈学的鑑定

法解釈学はそれ自体を目的とはしない。それは法的真実を求め、かつそれと共に忠誠を求めるような理論でもない。むしろ法解釈学は、法的解決を1つの体系に組み込み、法的解決を容易にし、そして理解可能かつ追従可能とする法の適用を導くものでなければならない。この解決策は、法の全体的体系における論理に対応することを前提とする。

法の諸説は、学問によって恣意的に創られるものではない。その諸説は、立法者により執り行われた利益並びに対立の判断に基づくものである。それ故、法律への拘束というものは、法解釈学者に対して当然のものである。ただし、この服従は盲目的ではなく、むしろそれは、規定への問題提起 (weshalb und warum) に注意を払うことに役立つのである。このことが、原則に対する例外へと導いてゆく。

a. 民法若しくは訴訟法の問題としての実体的確定力

フランス民法第1351条におけるがごとく、実体的確定力を民法上の範疇にあるもの(同条は「法律により確立される推定」の節に規定されている)と見なすならば、論理的に訴訟上の判断に対する実体的確定力を議論する余地はない。これはローマ法にまで遡った見解、すなわち「判決された事柄は当事者の間に法を作る⁽³³⁾」又は「判決された事柄は真実とうけとられる⁽³⁴⁾」といった、

(33) Vgl. dazu Giovanni *Pugliese*, L'héritage romain dans les règles et les notions modernes concernant la chose jugée, in: Les Actes du colloque organisé par la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'Accademia Nazionale dei Lincei du 8-10 octobre 1973, Varsovie 1978, 161ff, insbes. 170-180.

全く古典的な見解であるということができる。

ここに挙げた論理的帰結を、イタリア法、スペイン法及びスイス法からも導くことができるが、ただし我々は、それを多数説並びに、特に、判例により修正を行っている。その限りにおいてフランス法は — 既判力の訴訟要件への拡張及び訴訟異議の申立てが裁判の行為である限りにおいて — もはや論理一貫しているとはいえない。イギリス法に関しては、既判力の拒絶に対する現実主義的な理由はあるものの、他方において、あらゆる事件に対して実質的な権利保護が保障されなければならないという、公正な手続に対する配慮が全面に出てくる。それでも、ローマ法的な思考方法の影響を排除することはできない。

これに対して、ドイツやオーストリアにおいて支配的であるような、当該問題に対する手続的見解は、既判力の手続法への所属及び特定の権能に基づく実体法から、それに対応する訴訟対象が離れる問題につき、適法性の判断をこの判決効の有効範囲に算入する道を開いている。

訴訟判決に既判力は生じないという命題を主張する者は、これを訴え却下の仲裁判断にも妥当させなければならない。より厳密に言えば、もはや既判力は訴訟法の制度であるとか実体法であるとかという問題と関係なしに、それを適用させなければならないのである。もちろん、ここでドイツ及びオーストリアの判例並びに多数説は、称賛するに値する仲裁判断のみが法的意味での仲裁判断であると確定するなどという、独特の解釈を提供している。

その背後にある一文の見解とは、仲裁手続及び特に仲裁判断が国の手続でなく、しかも国家の判断でないという理由から、それらに実体法上の権能を付与すべきであるというものである⁽³⁵⁾。これはまた、普通法の仲裁契約 (compromissum) についての見解でもあった。この意見を基盤とすると、当然のことながら訴訟上の仲裁判断に既判力が及ぶ余地はない。

b. 実体的確定力と訴訟対象

判決及び仲裁判断は訴訟対象に関する判断を行う。日本での判例が問題となるように、訴訟対象が一つの（又は幾つもの）実体法に制限されるとすると、判断は箇々の実体法について下される。そうすると、その論理的帰結は純粋な

(34) Dig. 1, 5. 25 a. E. = 50, 17, 207 (Ulpian)

(35) スイスに関して言えば、この実体法的な観点は1915年まで判例を支配していた (Vgl. *Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier*, Répertoire de droit international suisse, I Bern 1982, 253 mit weiteren Hinweisen.)。

訴訟上の判断に対する実体的確定力の拒絶ということになろう。なぜなら、手続の適法性に関する判断は実体的な法律問題に該当するのではなく、原告が欲したような実体に即した権利保護を裁判所が保障したのかどうかの問題となるからである。だがしかし、ここで既判力規定の類推適用をもって訴訟判決の既判力を肯定することができるかどうかは — かつてヘルヴィック (Hellwig) やニキッシュ (Nikisch) がドイツ法のための前提とした如く — 証明不能である⁽³⁶⁾。

我々が「権利の主張及び生活事実関係」と定義するところの、訴訟対象の手続的コンセプトは、訴訟判決の実体的確定力への道も開く。このことは、訴訟法上の手続の主張を権利の主張の一部として判断することである。

ここで明らかになることは、手続の主張が裁判所に対して行われるということである。原告が主張するのは、この裁判所が実体に即した権利保護を保障する必要があるということである。法律効果の主張 — すなわち権利の主張のもつ第2の要素 — は、(特定の性質を有するのではなく) 特定の範囲にある実体法上の主張として、相手方当事者に対して行われるのである。裁判所はこれらに関する判断を下さなければならないのである⁽³⁷⁾。

それ故、手続上の主張の際には、実体法の主張ではなく権利保護請求の主張が問題となる⁽³⁸⁾。訴訟判決は、この公共性の領域に関連した (publizistisch) 権利について判断を下すのである。

もし、シュワープの理論⁽³⁹⁾を用いて訴訟対象を原告の判決請求に限定したとしても (つまり生活事実関係を追加的に加えなくても)、結果は同じである。なぜなら、この請求は、公共性の領域に関連した (訴えの適法性) と実体法上の (理由具備性) との二局面を含んでいるからである。

もし判決が公共性の領域に関連した問題、つまり適法性についてのみ判断を下すならば、その判決はその限りにおいてのみ既判力を生じる。それは、管轄不存在故に訴えが却下された際に、その訴えは管轄を有する裁判所に改めて提起されうということの意味する。実質的権利保護の請求は、それ故、保障されているのである。なぜなら、管轄裁判所は大抵常に存在するからである。

(36) *Nikisch*, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, Tübingen 1935, 54; *Hellwig*, Anspruch und Klagerecht Leipzig 1924, 157.

(37) この請求は、裁判所に対して向けられているのである (oben zu Fn. 3)

(38) Vgl. hierzu Habscheid, Zivilprozessrecht (wie Fn. 4) N. 9ff.

(39) Oben zu Fn. 11.

仲裁手続が訴訟法に割り当てられるとすると、訴訟判決に対する既判力の規律は仲裁判断に適用される。このことは、今日（明らかにドイツやオーストリアにおいてではないものの）論理的に導き出された見解である。ただし、既に引用したスイス連邦裁判所の1992年12月21日の判決⁽⁴⁰⁾において強制的仲裁裁判管轄に対する判断がしめたように、管轄違いの仲裁判断の既判力が、もはや実体に即した権利保護を不可能とするような事件がある。この事件は以下のようなものである。

とある国際機関に対する仲裁の申立てが、管轄違いを理由として仲裁裁判所により却下された。その機関は完全な治外法権を享受しているため、連邦裁判所は再審査を拒否した。この手続においては、400万スイスフランが争われている。もしもこの判断の既判力につき、実体に即した権利保護を保障することを認めうる — 上訴を可能とするような — 新たな仲裁裁判所は存在しないと理解すると、原告は何も手に入れることができなくなる。これは全く権利保護の拒絶であろう。しかし、裁判の拒絶は法治国家において許されない。

確かに多数説によれば、この種の事件に対する訴訟判決は既判力を生じないというスイス法により、解決される。これがそのような事件であるとするならば、我々はそれを再度検討する必要がある。

既に見てきたように、日本の判例は訴訟対象を実体法と一致させている。それでも上述の我々の考察によれば、論理的に訴訟上の判断に実体的確定力を認めることになる。

c. 既判力と権利保護の利益

— 成文の又は不文の — 訴訟要件として、権利保護の利益は特別な意味を持っている。それに対しては、確かにいつも論争されてきた。判例及び法理論は、それでも、この「利益」のゲシュタルトなしには済まされない。このことは国際的にもあてはまる⁽⁴¹⁾。実体的確定力は、権利保護の利益に関わる事件であると見なされる傾向にある。既判力をもって裁判された事件では、訴訟の反復を保護するに値する利益がなくなる。

しかし、この利益が例外的に肯定されるような状況においては、再び新たな

(40) Le Cour Civile 21. 12. 1992-4 P 34/1992 ; siehe auch oben zu Fn. 6.

(41) Zum Rechtsschutzinteresse: *Habscheid* (wie Fn. 4), N. 357j, für das französische Recht: *intérêt a agir* ; vgl. *Vincent/Guinchard, Procédure Civile*, 21. Aufl. Paris 1987, nos 21ff.

訴えが許されるということについて見解の一致をみている⁽⁴²⁾。実体に即した権利保護を行うことができるときに限り、この例外は承認されるであろう。

ただし、仲裁判断の既判力が拒絶されるときに、これが — 仲裁裁判所に対して — 改めて訴えを提起することができるということを意味するわけではない。いずれにせよ原告は、自己の有する権利保護の利益を証明しなければならない。このことは、もし事件に対する効果的な権利保護のみが可能となるときには、当事者に容易であろう⁽⁴³⁾。

スイス連邦裁判所により裁判された事件においては、第 2 審の仲裁手続が許可されなければならない。なぜなら — 被告の国際機関としての治外法権故に — 管轄を有する国内裁判所が存在しないからである。

2. 権利保護請求権

あらゆるこの国内的な諸規定及び我々の解決策の提案の背景には、本質的に法治国家的な要求、すなわち権利保護請求権が存在している。この権利保護は効果的であり、しかもそれ故、無欠缺なものでなければならない⁽⁴⁴⁾。箇々の事件において法解釈学がこの権利保護を不可能にするところでは、既判力の理論は自ら譲渡される。

市民が実体法に基づく権利保護を請求する権利は、法治国家の精髓である。このことは憲法から導き出されるのみならず、欧州人権条約 6 条からも導き出すことができる。

イギリス法的な解決策が示すように、基本的に 1 つの管轄裁判所しかないときには、事件について裁判を受ける原告に公正な裁判 (fair trial) を保障するために、その裁判所は最初の管轄違いの裁判の後でさえ新たに訴えを許容する。

ただし、法治国家の最高規原としての権利保護請求権が新たな訴訟手続のための唯一の基礎であるときには、例外的な事件においてのみ問題となる。権利保護の利益、つまり我々が有する訴訟法上の基本的なゲシュタルトは、何故、2 回目の訴えが許容されなければならないのかという理由づけを、大抵放棄している。(まず第一に)、訴訟判決により敗訴した原告は、第 2 回目の手続に関

(42) Vgl. *Habschid* (wie Fn. 4), N. 486.

(43) その際に、失権の問題は、同時に除外される。

(44) Vgl. die Beiträge des Sammelbandes *Habscheid* (Hrsg.) Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung, Bielefeld 1983.

する主観的な利益をもっている。しかし、この利益は、それだけで十分なものとはならない。その利益は客観的な司法の利益に添うものでもなければならぬ。このことは、法治国家の利益、すなわちいずれにせよ何らかの裁判所により実体に即した権利保護が保障されるという利益⁽⁴⁵⁾である。

IV. お わ り に

比較法的分析については、これにて筆を擱くことにする。まだまだ多くの点を論究することができる。我々が証明すべきことは、尽きることがない。とりわけ、訴訟法上の法的比較は、一般的に規則の意味に関する問題に解答を与えることを補助するのみならず — 現行法からであれ、将来的に公布される法からであれ — 固有の法をより理解可能にし、「より整合性のとれたもの」とし、しかも、それを用いてその法を認めることを補助するものである。

* 訳者あとがき

本稿は、ハーブシャイド教授 (Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Walter J. Habscheid) が、1996年10月26日に早稲田大学大学院法学研究科において行った講演の翻訳である。原題名は、Zur materiellen Rechtskraft des Unzuständigkeitsentschieds — eine rechtsvergleichende Skizze — であり、その原文は、中村英郎教授の古稀祝賀記念論文として Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. März 1996に掲載されている。この論文では、スイス国内で仲裁裁判所が下した管轄違いの訴え却下判断に対して、敗訴当事者がスイス連邦裁判所に改めて訴えを提起したものの、相手方当事者がスイスと管轄に関する条約を締結し、イミューニティを享受している国際機関であったため、同裁判所が管轄不存在の決定を下した極めて特殊な事例が取り扱われている。この事件は、その後、国際仲裁裁判所に持ち込まれている。スイス以外の西欧主要国 — すなわちEC加盟国 — においては、加盟

(45) 法治国家において、全ての原告が有する法治国家原則から生じる権利は、従来の権利保護請求権と同一のものでなければ、訴権説並びに日本において兼子教授により提唱された本裁判決請求権説と一致するものでもない (vgl. dazu Ito, Kritik an der Lehre vom Sachurteilsanspruch. Ein Beitrag zur Klagerechts-theorie, in: Baumgärtel (Hrsg.). Japanisches Recht Bd. 1, Grundprobleme des Zivilprozessrechts, Köln 1976, 45ff.

国内の裁判機関による訴え却下判決が「事実上の管轄不存在決定」となり、その結果、基本権としての裁判を受ける権利が侵害されたと判断しうる事件においては、敗訴当事者が欧州人権裁判所に訴え提起をすることを認めるべきではないか、という方向で議論が進んでいる。なお、この問題につき、田尻「EC 司法制度を欧州人権裁判所と関連させることを阻む要因 — EC 裁判所鑑定2/94（共同体の欧州人権条約加盟に関する鑑定）をてがかりとして — 」早稲田法学第72巻4号（1997年）を参照。