

既判力標準時後の形成権行使

越  
山  
和  
広

目次

- 一 考察の前提
- 二 議論の状況をどのように整理したらいいか
- 三 あらたな議論の方向性
- 四 検 討

## 一 考察の前提

### 1 問題となる事案類型

前訴確定判決に付与される既判力の標準時（基準時）後に、前訴（第一訴訟）の当事者の一方が取消権その他の実体法上の形成権<sup>(1)</sup>を行使し、その結果に基づく法律関係の発生、変更、消滅を主張する後訴（第二訴訟）を提起したとき、この後訴に対して前訴確定判決の既判力が及ぶとすれば、具体的にどのような作用するのであろうか。この論点は、一般には、形成権の標準時後の行使が既判力によって遮断されるかという形で、古くから問題提起がされているものである<sup>(2)</sup>。本稿は、この、わかりづらいものを含む論点について基本的な考え方を改めて整理し、なぜこの問題が、議論の錯綜する解決が困難な論点となってしまったのかを解明してみようとするものである。

ここで問題となる既判力が及ぶる後訴の事案類型としては、①後訴が、前诉被告によって提起された前訴訴訟物である権利関係の消極的確認請求、前訴請求の給付対象物を目的とする不当利得返還請求、所有権に基づく抹消登記請求など前訴請求に対する反対要求の形をとる通常の民事訴訟である場合と、②前诉被告が確定判決を債務名義とする強制執行手続に対抗して請求異議訴訟（民執三五条一項）を提起した場合に区別される<sup>(3)</sup><sup>(4)</sup>。そして、請求異議事由の時間的限界の規定（民執三五条二項）は、確定判決の既判力の時間的限界に関する規定であると理解したうえで、②の場合について論じられた結果を既判力の時間的限界の議論（①の場合）と同一視することが一般的な傾向である。もっとも、①の場合と②の場合とを渾然一体的に議論するという伝統的なやりかたが本当に適切であるのか、換言すれば、②での議論が既判力の時間的限界論に属するのかどうかについては、あらためて確認をする必要があるように

思われる。<sup>(5)</sup>ただし、本稿ではこの点は問題提起にとどめる。

## 2 前後両請求の訴訟物の比較検討

(1) 既判力の時間的限界論に属する問題を考えるに当たっては、前後両請求の訴訟物の比較検討を要する。例えば、売主が買主に対する売買代金支払請求訴訟で勝訴したのに、売買契約を取り消して引渡済みの目的物の返還を求める訴えを起こしたような場合は、前後両請求の訴訟物は異なる（先決関係にも立たない）ので、後訴における主張が既判力により遮断されるかどうかを論じる余地はない。同様の事態は、解除権者が、本来の履行請求権と解除にもとづく原状回復請求権という内容の異なる2つの権利を選択的に訴訟物とすることができる場合にも生じる。<sup>(6)</sup>たしかに、上記のうち売買代金支払請求訴訟の事例について、これを既判力によって規律できないと解することには違和感が残る。<sup>(7)</sup>しかし、訴訟物が異なる場合は、二つの権利関係についての提訴権限が原則的に保障されるべきだというのが民法一一四条の趣旨であり、訴訟物と結び付けられた既判力以外の判決の効果（争点効）や信義則による規制によって、その提訴権限が制約を受けることは、あくまでも個別例外的であるということを確認しておかなければならない。なお、旧訴訟物理論（旧実体法説）を前提とすると、前後両請求の訴訟物が異なることで既判力が及ばない類型が相対に広がる結果、この論点を論じる余地が狭くなること予想できるところにも注意すべきである。<sup>(8)</sup>

最後に、この問題を検討する際には、後訴が既判力の客観的範囲に入る請求かどうかを確認しておくことが重要であるけれども、既判力が及ぶ関係にあるからといって、自動的に形成権が遮断されることになるのではないことにも注意をしておきたい。例えば、XがYに対して売買契約の無効を前提とした所有権確認の訴えを起こしたが敗訴が確

定した後に、前訴の訴訟物（甲土地の所有権）を先決的な法律関係とする所有権にもとづく抹消登記請求権を詐欺による売買契約の取消しに基づいて主張する場合は、2つの訴訟の間に既判力が及ぶ関係が認められ、既判力レベルによる問題解決の土台があることが確認できる。<sup>(9)</sup> その上で、詐欺による取消しの主張が既判力によって妨げられるのかどうか論じられることになる。<sup>(10)</sup>

(2) もっとも、形成権行使の結果として別の法律関係が成立しないときには、当該形成権の後訴での行使は独自の考察の対象とはならない。このことは、次のような事例で考えてみるとよい。

（事例）

Xは、Yに対し、平成二〇年一月一日に、本件建物を、期間同年一月一日から三年間、賃料一ヶ月一五万円の約定で賃貸する契約を行い、同年一月一日に本件建物を引き渡した。Xは、約定の期間満了の六ヶ月前に、本件建物を建て替えて二世帯住宅を建てたいので期間が満了したら明け渡ししてほしいと通知をしたが、Yは他に住むあてがないとしてこれに応じなかった。そこでXは、期間の満了を待って、Yに対して賃貸借期間満了を原因として本件建物の明渡しを求める訴えを提起した。しかし、裁判所は更新拒絶の正当事由（借地借家二六条一項・二八条）を否定しXの請求を棄却した。この判決の確定後に、Xは、本件建物の現状を再度確認したところ、平成二三年一月よりYはZに対して本件建物を無断転貸していたことが判明した。そこで、このことを理由として本件賃貸借契約を解除し（民六一二条二項）、本件建物の明渡しを請求する訴えを提起した。<sup>(11)</sup>

これは、表面的に考察するならば、既判力標準時後の「原告による」形成権である解除権行使の事例である。<sup>(12)</sup> では、この事例は、既判力標準時後の形成権行使の問題の一例として論じるべきなのであろうか。まず、訴訟物の異同を考

えてみると、新訴訟物理論に立てば、本件建物の明渡しを受ける法的地位が訴訟物であり、期間満了や債務不履行等の個別の終了原因によって訴訟物が別々になることはない。したがって、前後両請求の訴訟物は同一である。もっとも、新訴訟物理論でもいわゆる事実関係に訴訟物の特定要素としての役割を認める考え方では、事実関係が異なるようにも思えるが、この事例ではXは同じ賃貸借関係の解消を求めている点で、基本的な事実関係は異ならないと考えるのではなからうか。むしろ問題なのは、旧訴訟物理論に立つ場合である。かつては、終了原因ごとに訴訟物が異なるという考え方も主張されたが、現在では、賃貸借契約の終了に基づく明渡請求権は賃貸借契約の効果として発生する賃借物返還義務に基礎を置くものであり、個別の終了原因自体の効果として発生するものではないから、一個の賃貸借契約に基づく請求である限り、訴訟物は終了原因のいかんにかかわらず一個の賃貸借契約終了に基づく明渡請求権であると解されている<sup>(13)</sup>。したがって、上記事例のXは、既判力の標準時において存在しないと判断された訴訟物と同一の訴訟物が実は存在すると主張した後訴請求を立てている以上、この請求に既判力が及び、それを理由付ける解除権行使の主張が遮断されることに疑問の余地はない<sup>(14)</sup>。換言すれば、この例で、Xが事後的に解除権を行使しても新たな訴訟物を基礎付ける別の法律関係が生じないと解される以上、解除権の既判力による遮断を原則的に認めるかどうかの議論とはまったく関係なしに、解除権行使は認められないとの結論を導くことができるのである<sup>(15)</sup>。以上に関しては、すでに本稿と同様の趣旨の議論がされていること<sup>(16)</sup>から、それに賛成する意味で、ここでとりあげてみた。

(1) ここでは、権利者の一方的な意思表示によって実体的な法律関係の変動を生じさせることのできる権利一般を問題としている。なお、形成権概念の創始者であるゼッケル (Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, Festgabe für Richard Koch, 1903, Sonderausgabe 1954, S. 205ff.) は、この問題を論じているものの評価 (Ernst, Gestaltungsrechte im

Vollstreckungsverfahren, NJW 1986, 401, 402) と、扱っておりかつ遮断を認める立場であったとの評価 (Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., 2010, § 40 Rdnr. 57) が対立する。

もともと、形成権の外延はつきりしない。例えば時効の援用権 (民一四五条) は、確定効果説によれば時効の効果発生の要件にはならないが、不確定効果説では停止条件に該当するので、形成権と同様の扱いを要求することになるかもしれない。今後の研究を待ちたいが、消滅時効の事案について大判昭和一四・三・二九民集一八卷六号三七〇頁とその批評である兼子一『判例民事訴訟法』(一九五〇年)二九五頁以下参照。

(2) 三上威彦「既判力の時的限界」伊藤真・山本和彦編『民事訴訟法の争点』(二〇〇九年)二二四頁以下が、現段階までの議論状況を要領よくまとめている。判例については、松本博之「既判力理論の再検討」(二〇〇六年・論文初出二〇〇五年)一一五頁以下が網羅的である。ドイツ法については、この問題に関するガウル教授による長年の研究のエッセンスを集約した強制執行法のテキスト(ローゼンベルク原著。一二版からは原著者の名前が消えて形式上もガウル教授の教科書となった)の叙述 (Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a. a. O., § 40 Rdnr. 56ff.) が、現段階までの議論状況を理解するに当たりきわめて有益である。ただし、ガウル説は既判力による遮断を全面的に否定する立場であり、そのような前提に立った分析であることには注意が必要であるかもしれない。

(3) 相殺権を主張する場合はその効果が弁済による債務の消滅と同様であることから、債務名義に対する請求異議訴訟が後訴であることが普通である。しかし、解除権や取消権の場合は原状回復請求の形をとることもありうるから、請求異議訴訟に考察の範囲を限定することはできない。

(4) なお、形成権の攻撃的利用と防御的利用の場合とで考え方が異なるとする立場(上田徹一郎『民事訴訟法(第七版)』(二〇一一年)四九一頁以下参照)もある。たしかに、解除権あるいは取消権についてはそのような分析は有益であると思われるが、本稿は、この点を細かく分析的に論じる必要はないとの前提に立つ。

(5) 第一に、前訴手続でされた確定給付判決の既判力は請求異議の訴えに及ぶことはないのに、なぜ標準時前の異議事由は既判力によって遮断されると論じることができるのかという問題がある。すなわち、請求異議訴訟の訴訟物は執行法上の異議権であって債務名義に表示された給付請求権ではないという通常の理解によれば、前訴確定判決の訴訟物との結びつきが肯定できない。それにもかかわらず、民事執行法三五条二項が既判力の標準時の手がかりであると論じることには疑問がある

ということである。この点、民事執行法の条文には既判力という文言はないから、三五条二項という条文があるからというのでは説明にならない。もし、二つの訴訟物の間に同一性を認めるならば（坂田宏「判批」判評四五二号（判時一五七三号・一九九六年）五〇頁、五二頁）、この疑問は解消する。しかし、請求異議訴訟は既判力標準時において給付請求権があることを論理的前提とする訴訟であると論じた上で、先決関係性を認めるべきであろう（松本・前掲注（2）一四九頁）。第二に、民事執行法三五条二項の時間的限界の規定は確定判決の既判力の保護のみを目的とするのかどうかという問題もある。この問題については、もしこれを否定的に解するならば、同条から導かれる遮断の効果は既判力外の効果である可能性をも含むことになるから、より議論が複雑化することになることを指摘するにとどめる（松本・前掲注（2）一四九頁以下参照）。なお、請求異議訴訟に前訴の事実審との連続性を認めることができるのであれば、標準時後の形成権の行使は口頭弁論の一体性を前提とする適時提出義務ないし訴訟促進義務の問題として論じることが可能であることも指摘しておく（これは本稿三・2で論じる）。

(6) 注(4)に掲げた解除権についての上田説の議論に対しては、この点を意識していないという（それ自体は正当な）批判が向けられている。山本和彦『民事訴訟法の基本問題』（二〇〇二年）二〇八頁、兼子一原著『条解民事訴訟法（第二版）』（二〇一二年）五五七頁（竹下守夫）参照。

(7) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法上（第二版）』（二〇一一年）六〇七頁注(30)の「既判力の双面性（の延長）で解決できないものではないのか」という記述は示唆的である。しかし、既判力の双面性は既判力が及ぶことを論理的前提とするから、本文の例であれば、双面性と同じ意味で禁反言が問題となるにとどまるのではなからうか。

(8) 文脈は異なるが、松本・前掲注(2)一八八頁注(112a)も参照。

(9) 既判力の時間的範囲の問題が既判力の客観的範囲の問題から切り離されて独自に存立することはないという議論が有力に行われたことがある。中野貞一郎「既判力の標準時」『民事訴訟法の論点I』（一九九四年）二六〇頁注(4)で、この議論が詳しく紹介されている。筆者は、このような議論自体が完全に誤りであるとは思わないが、だからといって、時間的範囲の問題が客観的範囲の問題に吸収されることはないと考えている。要するに、既判力の論理構造上、客観的範囲に入るかどうかの判断が時間的範囲の問題に先行することを確認しておけば足りるのではなからうか。

(10) この点については、拙稿「演習」法教三八〇号（二〇一二年）一六四頁参照。なお、小松良正「基準時後の形成権行使に

関する一考察」駒沢法曹七号(二〇一一年)一頁以下は、事件の同一性という(おそらくはアメリカ法的な)訴訟物の捉え方に基礎を置いた基準から遮断の有無を論じる。

(11) 類似の設定は、遠藤賢治『事例演習民事訴訟法(第二版)』(二〇一一年)二三三頁に掲載されているが、本文の設定はそれとは関係なく考案したものである。

(12) 原告側の解除権行使については、上田徹一郎『判決効の範囲』(一九八五年・論文初出一九八四年)二五五頁以下が、本来的債務の履行請求権と解除による原状回復請求権との選択権を保障するべきであると論じるが、本文の事例は想定していないであろう。なお、被告の解除権行使については、明確な先例はなく、従来 of 学説は、解除権は取消権と同様に処理すればよいと考えていたようである(三ヶ月章『民事訴訟法(第三版)』三六頁、新堂幸司『新民事訴訟法(第五版)』(二〇一一年)六九一頁など)。現在では、前訴で行使できたことを重視して遮断すると解する立場(山本・前掲注(6)二一〇頁、高橋・前掲注(7)六〇八頁、河野正憲『民事訴訟法』(二〇〇九年)五八九頁)、形成権者の権利行使の自由を保障するべきであるがこの例では権利行使の熟慮期間を保障する必要がないとして遮断するとする立場(松本・前掲注(2)一九〇頁)、解除権の行使は契約関係の存在を論理的前提としてその法律関係を清算するものだから、解除の効果が遡及するとしても、それが既判力により確定された権利関係と矛盾するものではないと論じる立場(伊藤眞『民事訴訟法(第四版)』(二〇一一年)五一二頁)などがある。

(13) 司法研修所『改訂 紛争類型別の要件事実』(二〇〇六年)九〇頁、新堂幸司「家屋明渡訴訟の訴訟物」同『訴訟物と争点効(上)』(一九八八年・論文初出一九六九年)二〇七頁以下参照。

(14) 旭川地判昭和四一・一・二六判時四五三三六〇頁、東京地判平成一・九・二九判タ七三〇号二四〇頁参照。

(15) 遠藤・前掲注(11)二三七頁以下は、設問の事案を基準時後の形成権行使の事例として論じる。しかし、設問の事案については、解除原因である無断転貸の事実が既判力の標準時の前から継続している事実であることに注目して解決すべきである。すなわち、無断転貸による解除権は、無断転貸がされたことよって生じる(ただし背信行為と認めるに足りない特段の事情があれば解除権は生じない。最判昭和二八・九・二五民集七卷九号九七九頁)から、過去の一回的な事実を原因とする解除権である。しかし、転貸人であるYがZに対して返還を求めずに放置している事実を貸貸人に対する債務不履行であると構成できるならば、これを標準時後の新しい解除原因として主張できると考えられる(山本・前掲注(6)二〇九頁)。そう

すると、Xが改めてYに家屋明渡請求の訴えを提起した場合、この後訴の訴訟物は前訴のそれと同一である。したがって、後訴に前訴確定判決の既判力が及ぶけれども、その既判力は標準時における訴訟物の不存在を争えないとするだけであり、その後になって、あらたに家屋明渡請求権を取得したという主張は、既判力に妨げられることはないのである。

(16) 岡庭幹司「既判力の時的限界という法的視座への疑問」『青山善充先生古稀記念 民事手続法学の新たな地平』(二〇〇九年)四五頁、六八頁以下。なお、注(一)で問題とした時効の援用の例であるが、標準時前に取得時効が完成していたが、それを援用せずに所有権確認の訴えで請求棄却判決を受けた原告が取得時効を援用して同じ訴えを提起した場合も、同じ訴訟物についての再訴であるとして既判力が及ぶと考えれば足りる。したがって、所有権取得原因ごとに所有権確認訴訟の訴訟物は個別化しないとの前提に立つ限りは、時効の援用が標準時後の形成権行使という事実該当するかどうかを論じる余地はないと解する。

## 二 議論の状況をどのように整理したらいいか

### 1 前提事項の整理

(1) 本稿の中心的な課題は、既判力標準時後の形成権行使という論点に関する議論状況の整理である。この作業はすでに多くの文献で行われてきたが、ここでは、既判力による遮断を(比較的)広く肯定する説、否定する説、中間的な処理を行う説といった形で諸学説を整理して提示することが通常である。しかし、このような平板な叙述では、学説の量的な分布状況は理解できても、どこに問題の本質があるのかがまったく明らかにならない。また、このような整理をここでまた繰り返すことは、屋上屋を架することになり、意味がない。そこで、以下では、筆者の理解するところに基づいた学説の分析を試みたい。まず、すでに共通理解が形成されている既判力に関する一般ルールを含めて、この論点を考えるために必要な論理的前提を整理することからはじめる。

(2) 既判力に関する基本ルールは、(a) 既判力は、既判力標準時における訴訟物の存否のみをその対象・客体とする（既判力の客観的範囲・時間的範囲）ことと、(b) 既判力は、既判力標準時における訴訟物の存否の判断に反する主張、立証を許さず（既判力の消極的作用）、既判力のある判断を前提にして後訴の審理を遂げなければならない（既判力の積極的作用）<sup>(17)</sup> ことの二つである。以上のルールについては、共通の理解が形成されているはずである。したがって、① 既判力が及ばない権利あるいは法律関係、すなわち訴訟物とは異なる権利または法律関係に基づく請求が既判力で遮断することはない。しかし、② 後訴で主張される法律関係が前訴の訴訟物と同じかまたは両立し得ないか、前訴の訴訟物を先決的法律関係とするときは既判力が及ぶ。そして、③ 既判力が及ぶとしても、それが新たな事実関係による請求と理解されれば、その事実は審理の対象となる。この③の帰結も承認されなければならない。<sup>(18)</sup> なお、既判力の遮断効（失権効）は既判力外の効果ではないことも、確認しておくべきである。

(3) 次に、実体法上の形成権の特殊性も、この論点を検討するために必要な論理的前提である。ここで実体法上の形成権の特殊性とは、形成権は権利行使の意思表示によってはじめてその効果が生じるのであって、形成原因があるだけでは権利変動は生じないということである。また、取消権（民一一一条）や相殺権（民五〇六条二項）などでは、形成権行使の結果が形成原因の成立時まで遡及するが、この場合、「遡及するのは法律効果にすぎず、その構成要件（行使の意思表示のこと）である。筆者補足）は標準時後にある」と論じられることがあり、<sup>(19)</sup> このことも、同様な意味で形成権の特殊性を述べていると理解できる。

## 2 形成権行使の意思表示は遮断しないとする立場

(1) 1で確認した既判力に関する論理的前提からすると、標準時後の形成権の行使が既判力の及ばない新しい事実を構成するのかが決める手がなるはずである。ところが、現実にはそのような形での議論は行われてはならず、遮断を認めることが合理的であるかどうかといった形での利益衡量的な議論が展開されている。このことが、この論点の議論を不必要に錯綜させる原因であると考えられることができる。そこで、原点に立ち返って、標準時後の形成権行使の意思表示は標準時後の事実と同様の扱いを要請するのかということを中心にして、学説状況を見直してみたい。<sup>(20)</sup>

(2) 形成原因があるだけでは権利変動は生じないという前提を尊重するならば、形成権行使時点を基準として新たな権利変動が生じたと解して、すべての形成権について、その行使の結果に対して既判力は及ばないとする説に到達しやすい。<sup>(21)</sup> もっとも、この帰結は論理必然的なものではなく、あくまでも一つの考え方にすぎない。なぜならば、このような考え方は、形成権の実体法上の特殊性だけから導かれるものではなく、権利変動を引き起こしておくべきであったという前訴段階での状況をもって遮断効の対象ないし基礎付けとすることは不可能であるとする理解を前提とするからである。逆に、形成権の実体法上の特殊性を全面的に否定しなくても、権利変動を引き起こしておくべきであったという前訴段階での状況をもって遮断効の対象ないし基礎付けと解することから、形成権の遮断を導き出すことは可能である(後述参照)。したがって、既判力による遮断を否定する立場は、形成権の実体法上の特殊性を出発点としつつ、既判力には、いまだ法律効果が生じていないが権利変動の原因となる事由の遮断を導くような効力は含まれないと考える立場であるとまとめると、わかりやすい。

### 3 形成原因それ自体が遮断する立場

(1) 他方で、形式上はまだ生じていない権利変動であったとしても、それは既判力の遮断効の対象となると考えることができるならば、2で説明した遮断否定説とは異なる議論を行うことも可能となる。そのためには、既判力の遮断効の対象ないしは遮断効の基礎となる原因要素を、権利変動を引き起こしておくべきであったという前訴段階での状況にまで拡張した上で、さらに形成権の実体法上の特殊性という前提を重視しなければよい。これが、前訴の段階で権利変動の原因があるときは、その場で変動を発生させておくべきであるとする責任を形成権者に課し、その責任の不履行は既判力による遮断という不利益の根拠になるという方向で議論を展開する学説である。<sup>(22)</sup>このように解するならば、形成権行使の意思表示がされた時点ではなく、形成権行使を可能とする形成原因の存在時点(形式上は)基準にして考えることが可能になるから、無効のような他の権利障碍事実の主張と同じレベルで、形成原因の主張も既判力の遮断対象として扱うことができることになる。

(2) なお、形成権であっても、その法律効果の発生には訴訟外の意味表示を必要とせず、手続内部で随意に行使できる以上、それは無効の主張と同じであるとする立場もあり、<sup>(23)</sup>そこまで徹底して論じるならば、形成権の実体法上の特殊性という前提自体が否定されるから、提出責任的な概念に依拠して既判力の遮断効の基礎付け原因を拡張しなくてもよいということになる。ただし、多数学説がそこまで徹底して形成権の特殊性を否定しているかどうかは、はっきりしない。多数学説である提出責任的な考え方は、むしろ、形成権行使の意思表示時点を基準とする必要がないという限度で、形成権の実体法上の特殊性を、とりわけ取消権と無効との等置を行う限度で、<sup>(24)</sup>相対化することができるだけ考えているように思われる。

#### 4 提出責任論の分析

(1) ところで、提出責任ないしそれに近い概念に注目する学説には多様性が認められるが、その理由は、形成権者に対して形成権の行使を規範的に要求する提出責任の原因は何かという点で考え方が分かれるからであると思われる。そして、大多数の学説は、明示的に論じていないが、提出責任は訴訟法上の概念であると考えているのではなからうか。<sup>(25)</sup> このような立場は、訴訟物について生じる既判力の失権効は、訴訟物に係る提出可能な攻撃防御方法はすべて提出しておくべきであると警告するから、当事者はそのような攻撃防御方法をすべて提出するべき立場に置かれることになる<sup>(26)</sup>と論じるであろうと想像される。しかし、提出責任の根拠を考えてみようとする場合、これでは、問いを持つて問いに答えただけにすぎず、不満足な解答にとどまる。というのは、この考え方によるならば、提出責任の原因は訴訟物に結び付けられた既判力それ自体の存在ということになり、それでは、「前訴の段階で権利変動の原因があれば」、それだけの理由で形成権が既判力により遮断されることの根拠を具体的に説明できていないからである。あえてこれを説明しようとするれば、前述したように、形成権の特殊性という議論は一つのドグマにすぎないとしてこれを全面否定するか、または、既判力制度との関係では、訴訟になった以上は重視する必要はないとの前提に立つことが必要とならう。

なお、この訴訟法を基準とする考え方も、実際上はその論理を貫徹できていない。なぜならば、形成権行使は一挙手一投足の労しか要しない行為だとしつつも、相殺権（および建物買取請求権）については、ほとんどの学説がその実体法的な性質をおそらくは考慮に入れて、遮断しないと結論を導く一方で、<sup>(26)</sup>相殺権（およびおそらくは建物買取請求権）についても遮断すると考える立場は少数に止まるからである。<sup>(27)</sup>このことは、訴訟法的な要因だけで問題を解

決することへの抵抗感が日本の学説において支配的であるという（筆者にとっては）やや意外な事実のあらわれである。

(2) 他方で、実体法が当該権利について早期の権利行使を求めているかどうかを主たる基準とする考え方は、<sup>(28)</sup> 提出責任の根拠を実体法に求めることで、これを正面から説明しようとする試みであると評価できる。この立場から形成権行使の意思表示の遮断を導くには、形成権行使が形成権者の自由に委ねられているとしても、訴訟手続で訴求債権についての最終的な確定が求められているときはその場での実体的な権利行使が期待され、その期待に反する行動の結果として権利自体が失効すると説明することになる。しかし、この立場については、「実体法」が当該権利について早期の権利行使を求めていることから、なぜ「訴訟法」による失効の効果が生じるのかという理由がわからないという疑問を持たざるを得ない。<sup>(29)</sup> すなわち、形成権がその不行使によって実体的に失効するから、形成権の事後的な行使には理由がないと論じるのならば、これはかなり理解できる考え方である。ところが、この見解（ここでは河野説のことである）は、ここで扱う論点を既判力の問題として論じる（より正確には、ヘンケルの既判力理論に依拠していわゆる権利失効原則によって既判力を根拠付ける）ために、純粋に実体法的な説明ではないことが判明する。また、この説がいう実体的な判断を行っているのは、遮断が否定される相殺権だけであって、それ以外の取消権等の形成権については、訴訟になった以上はそこで行使すべきであるとの理由から遮断を肯定するのである。要するに、実体法重視といいながらも、遮断を肯定する場面では、訴訟法的な説明を試みる見解が述べていることは異なる別の積極的な理由づけが必ずしもされているわけではない。このことは、(1)で述べたのとはまた反対に、実体法的な要因だけで、形成権の訴訟上の失効を理由付けることの難しさを示しているように思われる。

ところで、提出責任論の先駆的学説である上田説は、「当該事項につき後訴での主張を遮断されるかが問題となる

者の実体法上認められた法的地位が、果してその事項につき前訴基準時に主張・立証を尽くしておかなければならなかったような地位であるか（提出責任）を基準とすべきである」と論じる。<sup>(30)</sup> この表現からすると、上田説は実体法を出発点とするとの評価も可能であり、そのように理解する論者は多いのではなからうか。しかし、この記述の論旨は、提出責任の根拠付けを当事者の実体上の地位に求めるものではないと思われる。むしろ前訴の段階で権利変動の原因があればそれだけで既判力により遮断されることが原則であって、実体法上当該権利の行使が強く保障されるときに提出責任が否定されるという論じ方をする点に特徴があると読むべきである。換言すれば、形成権の既判力による遮断を認めるべきではないと上田説独自の視点から評価されうる場合にだけ、実体法の基準性が優位に立つという点に、上田説の特徴があるということになる。<sup>(31)</sup>

(3) 本章の最後に、若干のまとめを試みたい。すでに述べたとおり、ほとんどの学説は、説明方法に細かな相違があるものの、形成原因の存在は無効原因等の権利障碍事実と同格であると考えている。このことを出発点とするならば、形成権の一律失権（相殺権に関する例外的処理を認めない考え方）へと到達するのが自然であると思われる。このような論理展開を明確に示すのが、坂原説である。<sup>(32)</sup> 坂原説の中心的な関心は、通説に対抗して相殺権の全面的遮断（中間的処理も拒否する）という結論の正当性を論証する点にあり、取消権の処理は、相殺権に関する考え方のいわば応用事例と位置づけられている。また、ドイツの判例は依然として形成権の一律遮断を肯定する説に立つことも、比較法的な補強論拠とされている。<sup>(33)</sup> なお、坂原説は相殺権と取消権以外の形成権について直接的に論及していないが、その論旨からみれば、他の形成権についても遮断するとの立場であると推測するのが自然である。

さて、坂原説は、通説の論拠に対して逐一反論することで、自説の正当性を理由づけるといふ手法で構築されてい

るが、相殺権と取消権について共通して妥当するとされる論拠をまとめると、①訴訟法的には形成原因があることは形成の効果発生と同一視される、②訴訟においては当該請求債権を消滅させる事由の一切を主張することが要求される、③原告が得た勝訴という結果を維持することの必要性といったことがあげられる。要するに、この見解は、古典的な既判力観に立脚した上で、既判力の目的・機能としての法的安定、勝訴結果の保持ということの主たる論拠とするものといえることができる。

以上の論拠は、大多数の考え方（比較的広く遮断を認める立場）の背後にあるものと見てよいであろう。そこで、まとめを兼ねて、少し批評を行ってみよう。まず、形成権の意味を相対化する上記①の論拠からは、既判力による遮断を直接的に導くことはできないのではなからうか。というのは、無効も取消しも相殺による債務消滅も、訴訟上の陳述がなければ考慮されることはないのはその通りであるが、それは民事訴訟法が弁論主義を採用することの論理的な帰結であり、そのことと、攻撃防御方法を標準時の前までに主張するべきであるということ、あるいは、それまでに主張しないと既判力に遮断されるということは、論理的に同じことを意味しないからである。ここでの問題は、形成権はその意思表示がなければ新たな権利変動が生じないということを、既判力との関係ではなぜ無視してよいのかである。その理由を明らかにしなければ、新たな権利変動が生じていないという状態にもかかわらず、これを既判力による遮断の対象に取り込むことができるのかどうかを論じたことにはならないはずである。もちろん、坂原説がこの点を論じていないとするのは不当な評価であり、論拠②（本章で問題とした提出責任的な説明）をあげること論証は尽くされたものとされるのであろう。しかし、これに対してはすでに指摘したように、訴訟においては当該請求債権を消滅させる事由の一切を主張することが要求されるということの原因が明らかではないこと、また、この要求の淵

源を訴訟法に求めると循環論法に陥るのではないかということを改めて指摘しておけば足りる。最後に、③の論拠であるが、事後的な形成権の行使は、次の章で検討するように、標準時における権利関係の覆滅を意味するものではないとも考えられるので、これも決定的ではないと思われる。

以上から、提出責任的な説明は、次の二つの基本的な問題に対して問いを持って問いに答えているにすぎないと考えるべきである。すなわち、問題の第一は、形成権はそれを行使する意思表示がなければ効果が生じないが、なぜ訴訟の世界ではこれと異なる規律が妥当することになるのかということである。第二の問題は、形成権を遮断するという機能を有する既判力は、標準時における訴訟物たる権利関係の存在を争えなくするだけではなく、標準時における訴訟物たる権利関係の存在を覆すことになる原因の事後的な主張も許さないという作用を有することになるが、なぜそのような議論が可能なのかということである。

(17) 既判力の本質に関する訴訟法説では、既判力は裁判所に対する拘束力とされている。したがって、既判力による一事不再理効がいわゆる消極的作用であり、既判力に反する主張を当事者がすることはできないという一般に流布している説明は、あたかも既判力が当事者に対して直接作用するかのような表現であり必ずしも適切ではないが、そのまま利用する。

(18) 疑問がないではないが、ここでは、その新しい事実の主張によってまったく別個の訴訟物が主張されるわけではないという前提（訴訟物の特定原因として事実関係を重視しないという前提）で論じていることに注意してもらいたい。なお、請求棄却判決後に生じた新たな事実の意義については、拙稿「請求棄却判決と再訴の可能性——期限未到来による棄却判決を中心に（一）、（二・完）」近畿大学法学四五巻三・四号（一九九八年）一二九頁、四六巻三・四号（一九九九年）四七頁で論じたところである。さらに、松本・前掲注(2)一三頁以下でより詳細な議論が展開された。

(19) 中野・前掲注(9)二五七頁参照。これは、形成権の非失権原則を説いたレント (Lent, *Ausübung von Gestaltungsrechten nach einem Prozeß*, DR 1942, 868, 869) が強調するところであり、その後の学説にも承継されてる (Stein/Jonas/Leipold,

ZPO, 22. Aufl., 2008, § 322 Rdnr. 241; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a. a. O., § 40 Rdnr. 62.)。

- (20) 上野泰男『民事執行・保全判例百選(第二版)』(二〇一二年)三六頁の整理方法が極めて示唆に富む。上野教授は、① 既判力は基準時における権利の存否のみを確定し、すでに生じた権利変動事由のみが遮断されるとする見解と、② この① 説が理解する遮断効の外側に権利変動を惹起させた上での確定責任(提出責任)としての遮断効を肯定する見解の2つの大きな分析枠組みを設定して、諸学説を分類する。本稿はこの分析の視点設定に多くを学んでいる。
- (21) 現時点では、中野貞一郎「形成権の行使と請求異議の訴」判タ一八二号(一九六五年)一八頁以下とそれを再確認した中野・前掲注(9)二五六頁以下にとどまる。なお、坂田・前掲注(5)五三頁も(建物買取請求に関する判例研究であるが)同趣旨と位置づけられる。取消権について、石川明「既判力と取消権の失権」判タ一二七二号(二〇〇八年)三七頁以下も同旨。
- (22) 提出責任論の代表的な論者は上田徹一郎教授である(上田・前掲注(12)二二四頁以下(論文初出一九七八年)参照)。上田説も含めて多くの学説は、権利変動を引き起こしておくべきであったという状況だけでは遮断効の基礎付けとすることはできないとする見解を否定するのだから、そのためには、たとえ上田説に固有の提出責任概念に対して批判的なスタンスに立つ場合であっても、同様に提出責任的な要素に注目しなければ遮断効を肯定する議論を組み立てることはできないであろう。
- 新堂幸司「提出責任効論の評価」同「訴訟物と争点効(下)」(一九九一年・論文初出一九八三年)二五九頁、二六七頁参照。
- (23) 山本・前掲注(6)二〇三頁。取消権と相殺権のいずれも既判力により遮断すると解する坂原・後掲注(26)八八頁は「既判力制度からみれば形成原因の存在は効果発生に等しい」と説く。
- (24) すでに伊東乾『民事訴訟法の基礎理論』(一九七二年)八八頁は、「弁済その他の事実の報告的陳述も訴訟上はこれがなければ判決の基礎にならないことをみれば、形成権の行使に報告的陳述と訴訟上別異の取り扱いを与える理由はない。」として、訴訟物たる権利に付随して独自の意味を持たない形成権は遮断すると論じていた(坂原・後掲注(26)九七頁も同旨)。
- ただし、伊東説がいう「訴訟物たる権利に付随して独自の意味を持たない」ことの具体的な意味は、はっきりしないが、相殺権は別扱いとすることであると思われる、そうであればこの議論は、取消しと無効の等置論であると解される。池田辰夫「基準時後の形成権行使遮断の根拠と限界」阪大法学三九卷三・四号(一九九〇年)四三三頁、四三八頁も、無効と取消しについて、少なくとも訴訟法的には、権利関係に付着した瑕疵としての等価値性を認めて同一レベルでの主張として共通して把握するべきだとする。このような議論はドイツでも古くから存在する。リヒャルト・シュミット(R. Schmidt,

Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., 1906, S. 1013) の議論がそうであると思われる (Ernst, NJW 1986, 404 はそのように読む)。

(25) 「第三の波」説や提出責任効論では、提出しておくべきであったのかを個別の訴訟の具体的展開に委ねることになるであろう。水谷暢「後訴における審理拒否」民訴二六号(一九八〇年)五九頁以下、井上治典『実践民事訴訟法』(二〇〇二年)一七一頁など。

(26) 判例については、山本克己「形成権の基準時後行使」法教二九五号(二〇〇五年)一四一頁以下、山本弘「基準時後における形成権行使と既判力の遮断効」法教三七六号(二〇一二年)一一九頁以下参照。相殺権に関する学説状況は、坂原正夫『民事訴訟法における既判力の研究』(一九九三年)の第二編第一章、建物買取請求権に関する学説状況は、上野・前掲注(20)をそれぞれ参照。

(27) 坂原・前掲注(26)の第一編所収の諸論文と塩崎勤「既判力標準時後の形成権の行使に関する一試論」司法研修所論集七五号(一九八五年)一頁以下。

(28) 河野正憲『当事者行為の法的構造』(一九八五年・論文初出一九八四年)一二一頁以下、同・民事訴訟法(前掲注(12)で引用のもの)五八五頁以下。

(29) 形成権の遮断を否定する中野説は、取消権の行使可能期間内であっても取消原因ある法律行為に基づき債務の履行を求め訴えが提起されれば、法定追認(民一二五条二号)が認められてよいと論じており、実体法規定を根拠としつつ、訴訟追行が権利行使の可能性に対して阻止的に働く余地があることを認めている(中野・前掲注(9)二五九頁)。この説明は論理として一貫している。

(30) 上田・前掲注(4)四八七頁。さらに、上田・前掲注(12)二二七頁以下。

(31) 上田説が対立する利益だと解する法的安定要求と手続保障要求は、いずれも等価値な利益なのだから、どちらかが優先すると解するときには、この二つ以外の別の価値原理を付加的に持ち出してどちらかの要求を優先させる必要があるはずである。ところが、その別の価値原理が何であるのかを明確にしないままに、一定の結論を導くことが上田説の基本的な特徴であり、かつ論理的欠陥なのである。換言すれば、実体的手続保障要求が相殺権では優先するが、取消権では優先しないと解するためには、別な理由が必要であるが、それが何かという問題がはっきりしないのである。なお、新堂・前掲注(22)二七

二頁はこの点を明快に指摘する。

(32) 以下では、坂原・前掲注(26)の第一編所収の諸論文において緻密に論証されていることを要約して紹介する。不正確な叙述になる危険はあるが、該当頁を正確に指摘して引用することはしない。

(33) ドイツの現段階での状況をガウル教授の体系書 (Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a. a. O., § 40 Rdnr. 58) に基づいて簡単に紹介する。判例は、前訴で行使できた形成権 (取消権、相殺権、瑕疵担保の場合の解除権と代金減額請求権) はもはや行使できないという立場を原則論としてはなお堅持している。相殺権に関する判例は、坂原・前掲注(26)二三頁注(17)で紹介されている。取消権については、坂原・後掲注(42)で紹介されているとおりで、BGHは従来の立場を再確認している (BGHZ 157, 47)。他方で例外として、契約当事者の有する選択権 (Optionsrecht) につき遮断を否定している (BGHZ 94, 29)。詳細は池田・前掲注(24)四四七頁参照。類似のものとして給付内容の特定権 (BGB二二五条) の遮断を否定したも  
Gがある (BAG AP Nr. 2 zu § 767)。

他方で、体系書・注釈書の多くは判例に批判的であり、形成権の事後的行使は適法であるとしている。Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, 17. Aufl., 2010, § 155 Rdnr. 4; Stein/Jonas/Leipold, a. a. O., § 322 Rdnr. 241; Musielak, ZPO, 9. Aufl., 2012, § 322 Rdnr. 41f.; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a. a. O., § 40 Rdnr. 62ff.; Saenger, ZPO, 3. Aufl., 2009, § 322 Rdnr. 33 m. w. N. 判例に賛成するGは、Ernst, NJW 1986, 401; Zöllner/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., 2010, vor § 322 Rdnr. 64; Karsten Schmidt, in: Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 2, 3. Aufl., 2007, § 767 Rdnr. 82; Prütting/Gehrlein/Scheuch, ZPO, 3. Aufl., 2011 § 767 Rdnr. 45 等々。

### 三 あらたな議論の方向性

#### 1 形成権行使の遡及効と既判力の遮断効との関係

(1) 形成権を行使するとその効果が遡及的に及ぶことがあり、そのことが既判力標準時における権利関係の存否と  
いう既判力ある判断との矛盾をもたらすとの前提に立って、既判力の効果が形成権行使の意思表示に及ぶことを理由

付ける議論がある。このような視点を明確に提示するのは伊藤説であるが、この説では、形成権行使の効果が遡及することの意味が個別の形成権ごとに異なって理解されているように見え、そのことが、この説の理解を結果的に困難にしているように思える。すなわち、取消権については、取消しに基づく法律効果は、取消しの遡及効により、標準時において法律行為に基づく権利関係が存在しなかったことを意味するから、既判力に反すると論じる<sup>(34)</sup>。他方、相殺権と解除権については、標準時前に法律関係があることを前提とした清算である点で、遡及効が既判力ある判断と矛盾することはないとする。より細かく見ると、解除権は標準時における契約関係の存在を論理的な前提とする点で取消権とは異なるとする<sup>(35)</sup>。また、相殺権については、相殺による債務消滅の効果は基準時における受働債権（訴求債権）の存在を論理的な前提として相殺適状の時点で生じるのだから、既判力との矛盾はないとする<sup>(36)</sup>。

(2) このような分析を成功と評価できるならば、形成原因があった段階での提出責任というあいまいさの残る議論に依拠することなく、既判力による形成権の遮断を理由付けることができるから、あらたな方向性を示すものとして、注目に値する。では、どのように考えるべきなのであるか。結論からいえば、この議論は訴訟法の論理を度外視して実体法の論理をそのまま訴訟法の世界に妥当させている点で従うことが難しいといわざるを得ない。取消権について、標準時後の行使が遮断されないとの前提に立ったとしたとき、どのような訴訟法上の帰結となるのかを考えてみれば、そのことは明らかとなる。

例えば売買代金支払請求の訴えを認容した確定判決後に売買契約を取り消して債務不存在確認の訴えを提起した場合（確認の利益はあるものとする）、既判力は及ぶが取消権の成否について審理された結果として請求が認容されると、その判決は後訴の既判力標準時における売買代金請求権の不存在を確定するにすぎない。すなわち、松本説が指

摘するよう<sup>(37)</sup>に、この場合、前訴の既判力標準時における売買代金支払請求権存在の判断が誤りであったとの判断が後訴判決でされたことにはならない。もしそうであれば、それは明らかに既判力に反する。換言すれば、訴訟法的な効果である既判力によって確定した法律関係が、取消しの意思表示の遡及効という実体的な効果によってはじめからなかったことになるはずがないのである。はじめからなかったことになるというのは、純粹に実体法の世界だけでの出来事なのである。

(3) いずれにしても、伊藤説の意図通りに形成権ごとに扱いを変えるためには、標準時における権利関係との非両立以外の別な理由が必要となるように思われる。伊藤説が言いたいことをあえて推論するならば、取消しによる遡及効の結果が既判力標準時段階での訴訟物である権利関係の否定を実質的に導くから、<sup>(38)</sup>その主張は無効の主張と異ならないということかもしれない。他方で、相殺権の行使は事後的な弁済と異ならず、遮断の対象になることはありえないということであろうか。また、解除権については、いわゆる直接効果説が現在の民法学では強い批判の対象となっていることが念頭にあるのかもしれない。以上のような理解が正しいとすれば、標準時における権利関係との非両立という基準は、比喩的な意味しかなく、既判力の遮断効の実質的な根拠は、多くの見解と同様に、形成権それぞれの持つ実体的な効果や機能に求められているのではなからうか。<sup>(39)</sup>たしかに、いわゆる既判力の遮断効が既判力の消極的作用と同じ意味であるとすれば（本稿四・1を参照）、伊藤説的な理解に至ることは自然の成り行きである。しかし、この説は、取消権が遮断すると解する一方で、相殺権、解除権について遮断を否定する結果、こうした結論の違いが生じる理由を説明できなくなり、自己矛盾に陥る結果となっている。

## 2 訴訟促進義務と既判力の遮断効の関係

(1) 訴訟促進義務が既判力による失権を要請するかという議論は、今までありそうでなかったあたらしい議論であるが、日本法では、松本説<sup>(40)</sup>によって（必ずしも決定的な論拠ではないように見えるが）はじめて明確な形でとりあげられた視点である。松本説は、まず実体法が権利者に対して保障する権限が訴訟上の制度によって容易に失権することとは好ましくないという前提から出発する。しかし、形成権の行使が訴訟とのかかわりを持つときには、何らかの訴訟上の制約が形成権の行使について生じないかが問われるべきであるとする。その上で、現在の民事訴訟法は、充実した訴訟審理と迅速な手続の進行のために当事者に対して訴訟促進に協力すべき責務を課し（民訴二条）、攻撃防御方法の適時提出を求め、争点整理手続終結後の新たな攻撃防御方法の提出に対しての説明義務を課していることに注目する。すなわち、既判力標準後の形成権の行使による法律関係の変動を無制限に主張することが許されると、訴訟審理の充実、促進という民事訴訟法の意図に反すること、時機に後れた提出として却下されうる反面、既判力標準後の提出は無制限と解するのは不均衡にすぎるといふ一般的な視点を立てる。その上で、訴訟促進義務が既判力による失権を要請するかどうかを論じる必要があるとして、個別の形成権についての検討に進むのである。

(2) ここでの論点において、訴訟促進義務は二つの異なった形で意味を持つ可能性がある。第一の可能性は、確定判決に至った前訴手続における訴訟促進義務違反、または、後訴と前訴とを一体的、連続的に考えたときに認められる訴訟促進義務違反が、後訴における形成権行使の効果の主張に対する失権を要請するとの意味で論じられる場合である。第二の可能性は、訴訟促進義務違反がないことを理由にして、形成権の遮断が例外的に否定されることがあるという形で論じられる場合である。

まず、第一の議論について検討する。このタイプの議論は、形成権が既判力により失権することはないのが原則であるとしつつ、後から見て訴訟促進義務違反があるときは例外的に失権するという議論であろう。これは、ちょうど中野説が信義則による微調整の可能性を留保するのと同様な考え方であるために、信義則違反を訴訟促進義務違反と読み替えただけではないかとの批判に直面する。そこで、あえてこの点を別な角度から説明し直すならば、後訴が請求異議訴訟の場合について、請求異議訴訟と前訴給付訴訟との連続性を肯定し、訴訟促進義務違反があるとして、請求異議事由として相殺等を主張することを時機に後れた提出とみなして排斥するという理解に独自性が認められることになる。<sup>(43)</sup>

次に、第二の可能性であるが、訴訟促進義務に注目する立場は、例外的に遮断しない場面を合理的に説明することを主たる狙いに行っているように思える。例えば松本説が、形成権の遮断が例外的に否定される場合を認めることはこの表れではなからうか。すなわち、取消権については、実体法上は取消権を行使するかしないかを熟慮することができるとしても、前訴において行使しなかった合理的な事情を説明できない限りは、後訴における取消権の行使の主張は顧慮されないと論じられる。他方で、松本説は、詐欺や強迫の状態が継続しているために取消権の行使が妨げられたとき、そのことを弁明できれば後訴では取消権行使の効果が主張できるとする一方で、そのような場合には期待可能性の欠如により既判力が縮小するとの議論に与することを拒絶する。<sup>(44)</sup>

以上からすると、訴訟促進義務違反がないことを理由にして、形成権の遮断が例外的に否定される場合を認める点に松本説の実践的な意図があると見るのが正しい評価ではなからうか。しかし、訴訟促進義務違反が否定されるとなれば既判力が及ばないことになるのかという疑問に対しては、直接的な解答は与えられていないように思われる。また、

一般論として、訴訟促進義務違反の有無が既判力を基礎付けると論じるならば、信義則的なものが既判力の範囲を左右することを承認することになるはずである。これは、明らかに問題が大きい議論である。なぜならば、当事者の行為義務に基準性を求めると、形成権者の主観的事情を考慮して義務違反の有無を決することになるはずだから、既判力が有する法律関係安定化の機能に反するからである。そうだとすると、松本説では、形成権の事後的行使を遮断する要因、さらには遮断を否定する要因として、既判力の本来的効果とは異なる別な何かが想定されなければならないように思われる。<sup>(45)</sup> 換言すれば、実体法が予定している権利行使期間を保障する必要がない場合について、その形成権は「既判力により」遮断されると表現する点に、この見解の分かりにくさがあるのではなからうか。いずれにしても、松本説は、権利の行使が訴訟上の観点により阻止されることがあるかどうか、つまり実体法が保障する権利行使の熟慮期間を保障する必要がある場面なのかどうかを個別的に論じていたのであって、訴訟促進義務違反の有無という観点は、このような議論の組み立てにおいては、必ずしも決定的な役割を果たしていないというべきであろう。

(3) ところで、ドイツ（および日本の一部）で相殺権の行使が請求異議事由になるかをめぐってすでに指摘されていたところを見ると、<sup>(46)</sup> そこではむしろ、相殺権の行使を後訴である請求異議訴訟における時機に後れた防御方法、あるいは、抗弁を事後的に提出することの適切性（*Sachdienlichkeit*）の問題として処理することが議論されていたことに気づく。<sup>(47)</sup> この議論にも多様性が認められるが、例えばブロマイアーは、<sup>(48)</sup> 相殺権であれば反対債権自体の給付訴訟という救済策があるので、請求異議訴訟で相殺の抗弁提出の適切性を審査された上で遮断されると解しても、形成権者の保護に欠けるところはないとする一方で、他の形成権ではこのように解することはできないとする。もともと、他の形成権についても、前訴での当事者の態度から後訴で時機に後れた提出として処理できるとの立場もある。<sup>(49)</sup> いず

れにしても、このような議論は、後訴が請求異議訴訟であるときに限定されるから、形成権の事後的行使が問題とされる場面一般を想定するならば、この問題を訴訟促進義務の問題に集約するのでは部分的な解決にとどまるのではなからうか。

(4) 形成権の非失権原則に対する制約として、後訴が請求異議訴訟であるときについては、訴訟促進義務による制御がありうるとして、それは本当に意味のある議論なのであろうか。前節ではこの点に疑問を呈したが、さらにこのことを、別な視点から考えてみたい。ここで検討したいことは、相殺権や建物買取請求権の権利主張が時機に後れた提出として却下されうる反面、同じ権利の既判力標準時後の提出は無制限と解することには不均衡な感じが否めないように見えるが、相殺権や建物買取請求権の標準時後の行使が遮断されると解すると、この不均衡という問題は解消されるのかということである。

相殺権が仮に標準時後の遮断の対象となとしても、反対債権自体の給付訴訟の可能性は排除されない。そうだとすると、前訴で相殺の主張を怠った場合は後訴で既判力により遮断されると解しても、最終的な争いの完結は先送りになる。前訴で相殺の主張を遅延して提出したときは時機に後れた抗弁として却下することができる<sup>(50)</sup>と解しても、同様である。また、建物買取請求権が既判力により遮断すると解する見解でも、実体的に建物買取請求権が消滅するわけではないので、被告は請求異議訴訟を起こして居座ることはできないとしても、投下資本回収のための代金支払請求の訴えは別に起こせると考える立場が有力である。そうすると、相殺権および建物買取請求権が既判力によって遮断されるとの見解に立ったとしても、前訴被告には最終的な権利行使のために第二の訴訟を提起する必要がある<sup>(50)</sup>のである。したがって、相殺権などの主張を既判力による遮断の対象とする、しないにかかわらず訴訟の終結が全体とし

ては遅延することには変わりがなく、また迅速な解決は結局得られない（不均衡問題は解消しない）と結論付けることができる。このことを考えると、相殺権や建物買取請求権には既判力は及ばないのでこれらは請求異議事由になるとしつつ、請求異議訴訟を争いに関する最終段階と位置づけ、そこで相殺権等の提出の意図的な遅延を考慮するといふ議論には、あまり意味がないのかもしれない。もつとも逆に、取消権などについては、訴訟上早期の行使が期待されるときは、それを怠ることをもって訴訟促進義務違反と解して失権させると論じることには、意味があるのかもしれない。

(34) 伊藤・前掲注(12)五一頁。取消権の遮断を肯定した最高裁判例（最判昭和五五・一〇・二三民集三四卷五号七七頁）

もこの点を考慮しているように見える（判決理由中の「右取消権を行使して右売買契約により移転した所有権の存否を争うことは許されなくなるものと解する」の部分である）。近藤完爾『執行関係訴訟（全訂版）』（一九六八年）二六〇頁から二六一頁も、取消しの遡及効は「実質的に請求権の存在を確定した既判力の効果を否定することになる」と論じる。

(35) 伊藤・前掲注(12)五一二頁。

(36) 伊藤・前掲注(12)五一三頁。

(37) 松本・前掲注(2)一五六頁、山本・前掲注(6)も同趣旨。Lent, DR 1942, 868, 869 の記述（「後発的な事象に基づく抗弁権と同様に、請求異議の後訴でも当事者は既判力ある判断の不当性を主張しているのではなく、その判断が事後的に不当となったと主張するにすぎない。当事者は既判力による確定に触れるものではなく、逆にその抗弁が既判力ある確定の正当性を前提にすることすらある。例えば、相殺は二つの債権が対立していること、つまり確定した債権の存在を前提とするのである。」）も参照。なお後段の説明は伊藤説を想起させる。

(38) 河野・前掲注(12)五八四頁は、形成権全般についてこの点を問題とする。

(39) しかし、加藤新太郎ほか『民事訴訟法の論争』（二〇〇七年）九九頁以下での伊藤眞発言は、従来はそうであったが自説はそうではないと述べる。

- (40) 訴訟促進義務 (Prozessförderungspflicht) は、日本法では民訴法一五六条や一五七条の存在により適時提出義務として肯定できるはずであるにもかかわらず、当事者の行為義務を強調することへの警戒感が強いこともあってか(石渡 哲)「訴訟手続の形成をめぐる裁判所と当事者の役割」『講座民事訴訟④』(一九八五年)二二三頁以下参照)、定着していない概念である。しかし、ドイツ法では一九七六年の簡素化法以来、ドイツ民訴法上の法的概念の一つとして明確な地位を得たと考えられている。その条文上の根拠は、ドイツ民事訴訟法(ZPO)二八二条であり、その第一項は、「当事者は、口頭弁論において、その攻撃および防御の方法、とくに主張・否認・抗弁・抗弁権・証拠方法および証拠抗弁を、訴訟の状態に従い、注意深い訴訟の追行および手続の促進に配慮した訴訟の追行にかなうように、適時に提出しなければならない」とする。以上のような条文上の根拠から、訴訟促進義務は、手続の集中主義(Konzentrationsgrundsatz)という手続原則に基づき、ZPO二九六条による時機に後れた攻撃防御方法の却下(失権効)という制裁を課するための前提となる当事者の義務としてとらえるのが一般である。Stein/Jonas/Leipold, a. a. O., § 282, Rdnr. 1, 2; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., § 81 Rdnr. 15; Jauernig/Hess, ZPR, 30. Aufl., 2011, § 28 Rdnr. 12ff.; Schilken, ZPR, 6. Aufl., 2010, Rdnr. 382ff.; Musielak/Foerste, a. a. O., § 282 Rdnr. 1; Lüke, ZPR, 10. Aufl., 2011, Rdnr. 189; MünchKommPrtung, § 282 Rdnr. 2. なお、訴訟促進義務が真の意味での義務(Pflicht)なのか、訴訟上の不利益負担である責任(Last)にすぎないのかという河野正憲教授とガウル教授の論争がある。Kawano, Wahrheits- und Prozessförderungspflicht als Verhaltenspflicht der Parteien gegeneinander, in: Festschrift für Henckel, 1995, S. 411; Gaul, Die Haftung aus dem Vollstreckungszugriff, ZJP 110 (1997) 3, 21ff.; Stein/Jonas/Leipold, a. a. O., § 282, Rdnr. 6ff.
- (41) 松本・前掲注(2)一八一頁。三上・前掲注(2)二二八頁の記述は明確な引用はないが、これに影響を受けたものであろう。ドイツでの議論は、坂原・前掲注(26)二〇頁で紹介されている。
- (42) 中野・判タ一八二号二三三頁、中野・前掲注(9)二五八頁。
- (43) 建物買取請求権につき、坂田・前掲注(5)五三頁、岡庭・前掲注(16)六一頁。相殺権につき、池田・前掲注(24)四四〇頁。
- (44) 松本・前掲注(2)一八七頁。これに対する批判として、坂原正夫「既判力の標準時後の取消権の行使について」民訴五二二号(二〇〇六年)一頁、一八頁以下参照。この論理展開はやや理解が難しいが、おそらく次のような趣旨であろう。すなわち、期待可能性の議論は職権調査事項である既判力の有無それ自体を左右することから、既判力の縮小をもたらす要因は裁

判所が進んで審査しなければならぬ一方で、松本説が問題とする例外事情は訴訟法上の行為義務違反を基礎付ける事実であり、取消権者による具体的な事実陳述という手がかりもなしに考慮することは許されないと解するのである。

(45) このことについては、岡庭・前掲注(16)論文が鋭く示唆するところである。

(46) 請求異議訴訟については、形成権行使時基準説をとりつつ、ZPO二九六条等の一般的訴訟促進義務の制約には服するとの見解をここでは念頭に置く。その先駆的なものはベッティヒャー (Bötticher, MDR 1963, 935; ders., ZJP 77(1964) 485f.) によって提案されていたものであり、最近の教科書等でもこれを支持するものがある (Jauernig/Berger, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 23. Aufl., 2010, § 12 Rdnr. 14; Lüke, a. a. O., Rdnr. 591; Musielak/Lackmann, a. a. O., § 767 Rdnr. 37; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., 2002, § 767 Rdnr. 38)。なお、パウアの教科書 (Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl., 2006, § 45 Rdnr. 45, 14) では、訴訟促進義務によるならば、取消原因を知らずに除斥期間前に取消権を失うことがなく、意図的に取消権を保留することもできなくなるから最も公平な解決となるとの記述がある。ただし、これには続きがあり、この解決策は安定性を欠くので、より明確な基準である形成権行使時基準説を取るべきだとされる。

(47) ZPOでは条文の変遷があるが、現行規定を前提とすれば、二九六条のほか、五三三条 (控訴審での訴え変更等にはその適切性が必要とする) の類推ということになる。

(48) Blomeyer, Zivilprozessrecht, Vollstreckungsverfahren, 1975, S.131f. ミュンツベルグの議論 (Stein/Jonas/Münzberg, a. a. O., § 767 Rdnr. 38) は、簡潔すぎて分かりにくいのが、このプロマイアーの議論に近いように思われる。

(49) Jauernig/Berger, a. a. O., § 12 Rdnr. 14. ミュンツベルグはこれに反対。

(50) 山本・前掲注(6)二一〇頁、高橋・前掲注(7)六一八頁など。

#### 四 検 討

##### 1 既判力の遮断効とは何か

既判力の遮断効という概念ないし表現が日本法において定着して久しいが、これはどのような意味をもつ概念なの

かをあいまいにしたまままでの議論が横行しているように思われる。しかしながら、既判力の遮断効は、既判力の訴訟法説のもとで認められる既判力の消極的作用にほかならず、それ以上の意味はないのではなからうか。以下、学説の展開を確認する。<sup>(51)</sup>

シュタインとヘルヴツヒを主な論者とするいわゆる拘束説は、既判力ある判決に対する実体権の影響力を一切否定し、既判力の本質を、第二訴訟の裁判官が確定判決の判断に拘束され、同一問題は同一に裁判するべき拘束を受ける点に求めた。その結果、同一問題の繰り返しがされた場合、それは訴えとしては既判力に触れないが、第二訴訟の裁判所は前訴判決の内容に拘束され、それと矛盾する裁判ができない(矛盾判断禁止効: *Abweichungsverbot*)とされた。これに対して、ベッティヒャーとローゼンベルクによるいわゆる一事不再理説は、既判力の本質を一事不再理(*ne bis in idem*)にあると考え、同一問題の蒸し返しは既判力に触れるとして却下されると理解する。したがって、判決の確定後に同じ訴訟物による再度の訴えを提起しても、それは消極的訴訟要件である既判力に反するものであり、そのことから不適法として却下される(繰返し禁止効: *Wiederholungsverbot*)。これは、前訴判決が請求認容・棄却いずれの場合でも異ならない。この繰返し禁止の効果がいわゆる既判力の消極的作用であることには疑いがなく、訴訟物存否の判断について再度の実体審理を禁止することが、その具体的な内容である。ちなみに、日本では、鈴木忠一説および兼子説によって、<sup>(52)</sup>民事判決の既判力の作用が一事不再理に尽きることは誤りであると断じられ、のちに新堂説によって、既判力の消極的作用と積極的作用の両側面を併せて考慮するべきである<sup>(53)</sup>と説かれたことをきっかけに、現在の大多数の学説は、既判力の二つの側面を合わせ考慮する立場に至っている。<sup>(54)</sup>もつとも、形成権の遮断を肯定する場合、既判力の積極的作用は考慮する必要はほとんどないであろう。

いずれにしても、既判力の消極的作用からは、既判力は、標準時における訴訟物たる権利関係の存在・不存在の判断を争えなくする（再度の審理の禁止）とのルールしか導くことはできないはずである。それ以上に、標準時における訴訟物たる権利関係との関係ではその消滅等をもたらす原因の事後的な主張も許さないという作用を有することになるとの意味内容までもが消極的作用の中に含まれるとするには、提出責任的な説明を加えることを要する。しかし、それは現段階ではなお成功していないというのが、本稿の評価である。要するに、既判力の遮断効は、あまりにも多くのものを取り込みすぎ、不必要に膨張しているのではないかとの反省を行う必要があると考える。

## 2 取消権の失権と相殺権の非失権

(1) 取消権、とりわけ詐欺による取消権については、取消しと錯誤無効が競合して問題となる詐欺の事案を念頭に置くと、非失権の結論を貫くことはかなり難しいのではないかと思われる。取消権の非失権を大原則とする見解によれば、民法は、取消権を行使するかしないか、行使するとすればいつ行使するかをいずれも権利者の意思に委ねており、こうした民法の枠組みは訴訟の場面でも尊重されるべきであるとされている<sup>(55)</sup>。これに対して、取消権の遮断を肯定する支配的学説は、兼子説の指摘にしたがい<sup>(56)</sup>、より重大な瑕疵に基づく無効の主張が遮断されることとのバランスを考慮するべきだと論じるが、瑕疵の軽重が取消原因・無効原因の区分けを直接導くのではなく、瑕疵の主張を表意者だけに委ねるか否かが無効と取消しの差を導いているとの中野説からの再反論に直面している<sup>(57)</sup>。たしかに、取消権と錯誤無効が競合して問題となる詐欺の事案を考えるならば、取消的無効であると現在の民法学では説明される錯誤による意思表示のほうに詐欺による意思表示よりも瑕疵が重いとの議論は、説得力を欠く。しかし、そのような事案

で、取消権者である当事者が前訴で詐欺による取消しの主張だけをしたが容れてもらえず、後訴ではじめて錯誤無効を主張したとする。この場合でも、表意者に対して意思の瑕疵があったときの救済手段が複数認められている以上は、どのようにそれを主張するのかはその者の自由であると論じることとも可能はずであるが、この無効主張は既判力により遮断されることに争いが無い。つまり、中野説のような議論でも、実体法論理を完全に尊重することはできないのである。そうだとするならば、順序を逆にして、もっぱら無効を主張して敗れた当事者が、取消権を行使すると、それは反対に既判力により遮断しないというのは、たしかに正当化できるような帰結ではない。したがって、兼子説が展開した上述のバランス論は、以上のような意味に理解しなせば、中野説の批判にもかかわらず、現在でもなお説得的である。したがって、民法上行使できるはずの権利等が訴訟法の制度によっていわば失権する可能性は認めざるを得ない。少なくとも、詐欺による取消権については、訴訟の場面では、表意者に対して意思の瑕疵があったときの救済手段が複数認められている以上は、どのようにそれを主張するのかはその者の自由であるということにはならない。問題は遮断の根拠であるが、詐欺による取消権が錯誤無効とほとんど異なる実体法上の救済手段であることにより、既判力との関係では、前訴で集中的に主張すべき立場があると説明することになるか。もっとも、これだけでは、本稿で展開した批判を自らも受けることになることは自覚している。なお考えてみたい。

(2) 次に、相殺権については通説・判例と同じく、遮断しないとの結論が実体法とも整合的であり、これを訴訟法の論理から制約することは難しいのではなからうか。坂原説は、相殺権を遮断させる論拠として、勝訴した原告の意思（相殺による解決を望まなかったということであると思われる）と、被告は反対債権を別に訴求できるから不利益は生じないことをあげている。しかし、相殺権の遮断肯定説に対する最大の疑問は、相手方の資力悪化により反対債

権の實質的価値が低下した段階で、別訴による現金での債権回収を強要することに合理性があるのかということである。<sup>(58)</sup>つまり、相殺権というものは前訴で予備的にせよ行使しておけば足りるというものではなく、帳簿上の決済で満足しなければ現実に損失を被るといふ事情があつて始めて機能するのではないかということである。<sup>(59)</sup>この問題点は比較的新しく指摘された視点であることからか、坂原論文ではこの点に対する有効な反論が欠けているように見えるが、この点こそが、相殺権の別扱いを正当化する実体的な論拠といふべきであろう。<sup>(61)</sup>

(51) 概略は、拙稿「外国判決の承認・執行と内国での再訴の可能性——既判力・訴えの利益との関連で」『櫻井雅夫先生古稀記念論文集 国際経済法と地域協力』(二〇〇四年) 六五三頁、六五五頁以下参照。なお、遮断効の意味については、坂田宏「既判力による遮断効に関する一試論」『新堂幸司先生古稀祝賀 民事訴訟理論の新たな構築(上)』(二〇〇一年) 三六七頁以下も参照。

(52) 鈴木忠一「非訟事件の裁判の既判力」『非訟事件の裁判の既判力』(一九六一年、論文初出一九五六年) 二〇頁以下、兼子一「実体法と訴訟法」(一九五七年) 一四四頁。

(53) 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)』(論文初出一九六〇年) 一二五頁以下。鈴木正裕「既判力本質論の実益」『民事訴訟法の争点(初版)』(一九七九年) 二六〇頁以下も参照。

(54) 現在では一事不再理説に立つ考え方はドイツとは逆に少数説となっている。

(55) 形成権は行使して初めて法律効果が生じること、あるいは、法定の権利行使可能期間が経過する前に既判力によって当該形成権が遮断するのは民法に反するといったことを議論の中心にする見解は、本文のような理解に立っているとみてよい。

(56) 兼子一「新修民事訴訟法体系(増補版)」(一九六五年) 三四〇頁。これは、ドイツでの議論に由来しない兼子説独自のロジックと思われるが、確認できていない。

(57) 中野・前掲注(9) 二五七頁。

(58) 河野・前掲注(12) 一四五頁以下、高橋・前掲注(7) 六一四頁。もっとも両者の視点はやや異なるように見えるところ、本文は高橋説の視点に立つものである。

(59) 相殺の担保的機能に注目するならば、訴求債権と反対債権の関連性から相殺による債権回収の期待が強いのに相殺権を行使しなかったときには失権するという(あまり注目されていない)議論にも一定の説得性がある。このタイプの議論の代表例は、梅本吉彦『民事訴訟法(第四版)』(二〇〇九年)九一九頁。なお、梅本教授はこのような見解を一九七〇年に私家版で発行された「訴訟上における相殺と時間的規制」という論文(これは梅本教授のご厚意により閲覧することができた)ですでに発表されている。

(60) 河野説に対する坂原説からの再反論は、坂原・前掲注(26)八二頁と八六頁以下参照。最終的には、「私は既判力制度と実体法秩序の調和を如何に図るかという訴訟法の永遠的課題に対しての見解の相違ではないかと思っている。」と、これ以上の論争を拒否されるかのような表現でまとめられている。

(61) 相殺権の発生原因である相殺適状は、債務者が自己の負担する債務(受働債権)について期限の利益を放棄することでも作り出すことができる点でも、取消原因とは異なるものがあるように思える。また、だからといって行使できたのだから遮断するということにはならないのではなからうか。事案は異なるが、BGHNJW 2005, 2926は、相殺権の原則失権という判例理論の射程を制限する。

#### 追記

吉田栄司先生には、私が一九九七年に関西大学で非常勤講師(経済学部の「法学」担当)に任じられたときより現在に至るまでご厚誼をいただいていた。本稿は先生のご専門からは外れるのであるが、先生の御還暦をお祝いする気持ちだけでも受け取っていただければ幸いである。