

ヨハイム・ミュンヒ

前提問題の確認可能性

国内法へのヨーロッパの影響？

出口雅久 (共訳)
本間 久学

はじめに

「市民社会における安寧・秩序は、手続が永続したり、適法な審理の後に裁判官によって承認・確定された当事者の権利がいかなる口実の下にも再び取り消されることを許さない。すなわち、適法な要件のもとに下された既判力を有する判決は、その後の相手方の取消から、勝訴者を永久に保護する。」と、1793年に公布されたプロイセン普通裁判所法の序章の65条、66条は述べている。既判力に関する学説は、今日でもなお訴訟上の丸天井の要石と見なされ、一方で技術的に高度に精緻化され、他方ではまさにそうであるが故なのか 過度に弾力性のない無味乾燥なものとして避けられてきた。この既判力の効力が実体法的に説明されるべきか、訴訟法的に説明されるべきか、という遥か大昔から心を込めて育まれてきた論争だけが思い浮かぶようである¹⁾。勿論、本稿ではこの点について詳述するつもりはない。私は、ZPO 322条 1項により完全に守られているようにみえる、より平穩な領域にお誘い申し上げたい。

ZPO 705条の不可取消性 (Unanfechtbarkeit) と異なり、ZPO 322条 1項により規範化された実体的確定力は、判決の拘束性および基準性を意味する。周知の通り、既判力は二つの効力を有する。後訴における訴訟物が

同一である場合には、新たな訴えは認められない。つまり、一事不再理である (ne bis in eadem re)。ここでは、既判力は消極的作用を有する。すなわち、既判力は第二訴訟を遮断し、AGO (プロイセン普通裁判所法) が表現したように、独自の適法性の要件として「訴訟が永続する」ことを阻止する。しかし、後訴における訴訟物は異なるが、既判力でもって判断された法的効果とその段階で先取りのな意味を有する場合には、裁判官はそれを判決の基礎としなければならない。つまり、先決性 (Präjudizialität) である。すなわち、この場合には既判力は積極的に作用する。既判力は、第二訴訟の負担を軽減し AGO の文言によれば「一度承認された権利が再び取り消される」ことを阻止する。かかる「承認された権利」とはいかなるものであるうか。それは、もっぱら請求として具体的に提起されたものである、と ZPO 322条 1項は規定している。それに応じて、主文のみに既判力が生じ、判決理由には既判力は生じないということが、民事訴訟理論の絶対的に保障された基本原則としても通用している²⁾。

したがって、単に第一訴訟の前提問題が第二訴訟につき先決問題である場合、すなわち、並行した前提問題が問題となる場合には、既判力は作用しない。たとえば、金銭消費貸借契約が不成立であったために、利息を求める訴えが棄却された場合であっても、直近の賦払利息 (Zinsrate) については別様に判断することが認められている。またその結果、不当利得に基づいて認められた金額の返還を求める者は、時折「あっと驚く」ことがありうる。というのは、二度とも既判力の拘束力、したがって前提問題が「同一」であるとの評価の確信を欠くために、これは、積極的な形式 (BGB 606条:「消費貸借につき」)、あるいは消極的な形式 (BGB 812条 1項 1文:「法律上の原因なく」) で表現される可能性がある。学説は、散発的にこの種の「不満」をできるだけ少なくしようと企ててきた、その限りにおいて、例えば「法的意味関連性 (rechtlichen Zusammenhang) のツォイナーの見解が想起される³⁾。しかし、これに対してツォイナーも、

かかる見解が必要とする支持をこれまで獲得できなかったこと⁴⁾とは無関係に、十分に検討することなくすべての重要な理由に既判力を認めることには明確に異議を唱えている⁵⁾。

したがって、主文にのみ既判力が生じ、理由には既判力が生じないという命題は、基本的には変更なく存続する。もっぱら「直接的な訴訟物」に関してのみ既判力を有する判決が下されるに過ぎない。このことは、ZPO 322条 1項と共に、その限りにおいて、法が認めている個別の例外からも同時に導かれる。

- (1) 事実の確認については既判力は生じない 例外：訴えによる文書の真否の確認（ZPO 256条 1項）
- (2) 抗弁（Einwendungen und Einrede）に関する陳述には既判力は生じない 例外：相殺の場合の反対債権についての判断（ZPO 322条 2項）
- (3) 先決的法律関係についての判断は既判力は生じない ただし、先決的法律関係が特別に中間確認判決の対象となった場合は別である（ZPO 256条 2項）

ここで本来のテーマに辿り着いた。つまり、ZPO 256条 2項については、その文言から明らかなように、法律関係だけが確認可能であり、個々の要素または前提問題もしくは法律上重要な事実などを確認することはできないと異口同音に理解している⁶⁾。

・ 国内訴訟法

1. ZPO 265条の射程距離

前提問題の確認可能性の問題は、なるほど ZPO 256条 1項の独立した確認の訴えにのみ目を向けて通常は提起されるが、この問題は、ZPO 256条 2項の中間確認の訴えについても同様に生じる。両規定における「法律関係」という構成要件要素を同様に理解すべき点⁷⁾、すなわち「事実関係

によって法規範に基づいて与えられた、ある者その他の者との法律関係、または、ある者と法益との法律関係⁸⁾、または「具体的な構成要件事実から法的効果として生じる当事者相互間の法的関係⁹⁾」として理解される点では見解は一致している。殆ど使われてこなかった第二の定義は、その際に個々の法律効果により一層照準を定めることによって、若干緩やかに把握されている。この点に関しては後述する。我々の問題は、なるほど単なる前提問題または法律関係の要素を確認の対象外として除外するが、しかし、確認可能性を、グローバルな法律関係に由来する個々の法的関係に認めることによって、一層複雑化している。正確な限界線をどこに引くかは、容易には論じ尽くせない。確認の申立てを許容しようとするか、または拒絶しようとするか次第で判断されている¹⁰⁾（もしくは、すべては単なる形式的な定式操作に依存している¹¹⁾）との印象を禁じ得ない。二つのすでに判断された事例を考察することで、限界を引くことの難しさが幾分明らかになるであろう。

第一の事例¹²⁾においては、6歳の原告が予防接種禍を理由として犠牲請求権（Aufopferungsanspruch）を主張した。上級地方裁判所は、申立てに基づいて、被告である州は、いずれ生じるすべての損害、とりわけ治療費用、特別扶養手当、職業上の収入の欠如に対する損害並びに婚姻困難に対する損害を賠償する義務を負うことを確認した。連邦通常裁判所は、かかる個々の内訳を主文に掲げることは手続的に不適法であると見なした。ここでは、給付義務の範囲および内容ではなく、恐らく法的には重要であるが、確認対象としない個々の前提問題または法律関係の要素が争われているのである。ここから、後に「一般的な法的確証（allgemeinen Rechtsüberzeugung）」の地位を承認された、かかる厳格な定式が始まるのである¹³⁾。しかし、その際、個別費目は全体の考量のための計算の規模としてのみ役割を果たすという、その限りで真に非独立的な、犠牲請求権の特徴は弱められがちである。

第二の事例¹⁴⁾においては、原告は組合関係を、被告は雇用関係を前提

としていたが、両当事者間に契約が存在していた点は争われておらず、単にその法的性質が明らかにされることが要求されていた。上級地方裁判所はこの訴えを「抽象的な法律問題」として片づけたのに対して、帝国裁判所は「具体的な法律関係」を肯定した。すなわち、全体としてみた独立した法律関係だけでなく、一種の「全体的な法律関係」に基づく個々の権利も確認対象となりうる。まず、契約関係そのものが確認され、その後、その契約関係ごとに「法的な着色」について判断された、と予測したであろう。しかし、「主たる問題」は、ZPO 256条 2項が要求するように、「手続の進行中に争われる」ことは全くなかったのである。したがって、帝国裁判所は別の方法で急場を凌ぐしかなかった¹⁵⁾。その際に、理由中の判断には既判力は生じないことの代替としての、中間確認の訴えの目的に関する明確な認識が少なからず付随的效果をもたらした可能性がある。

2. ZPO 322条 1項との協働

このような ZPO 256条 2項と322条 1項との正確に構築された協働は、立法者によっても意図的に考慮されていた。ZPO 256条 2項の規律は、その存在を既判力の射程距離の争いにおける基本判断に負っており¹⁶⁾、ここでは一種の「妥協的な形式」として生まれた。この点については、19世紀にはドイツにおける既判力の範囲は極めて争いがあり、未解明であった点を銘記すべきである。フォン・サビニーやヴィントシャイトのような権威に支えられていた¹⁷⁾側には、判決理由にも既判力を生じさせようとする学説が存在していた。各判決は「裁判官により肯定または否定された法律関係との密接不可分に結びつく限りで」既判力を有するものとみなされるのであり、サビニーは、それを「不可欠な判決存立部分」、客観的理由、あるいは、裁判官が判断するに必要である、「係争法律関係の要素」とも命名した。とりわけ、訴訟法学者のヴェッツェルによって鋭く主張された反対説によれば¹⁸⁾、訴権（アクチオ）に関する「裸の」判断についてのみ既判力が生じるとされた。すなわち、「個々の事実または法的要素の

真否には既判力という実体的概念は妥当しない。」

かように19世紀における学説と実務は両対極の間を揺れ動いていたが¹⁹⁾、普通法は、恐らく判決要素に部分的に既判力を与える傾向をより一層強くしていた。したがって、反対に、確認の訴えはむしろ懐疑的に取り扱われた²⁰⁾。この争いを、終局的に立法者は解決したいと考えた。サビニーの「広範な」既判力に、広範な既判力が相矛盾する判決の危険を最大限排除する点が与みした。これに対して、ヴェッツェルの「狭い」既判力のために、訴えの申立ては当事者意思を判断の基礎とするというような、当事者意思の厳格な考慮は戦った。どのように最終的に規範化されたかをご存知の通りである。もっとも大家の目から見れば、すなわち、フリードリッヒ・フォン・サビニーはこの中に含まれるが、幾分驚くべきものであっただろう。小さな「のみ」という言葉が、ZPO 322条1項の核心的な文言となったのである。すなわち、既判力は「訴えによって……提起された請求について判断する限りの」範囲で「のみ」生じ、これ以上には生じない。すなわち、判決理由²¹⁾ましてや事実的基礎には生じない。ZPO 256条1項は、その限りにおいて、サビニーおよびその支持者に譲歩したものである。しかし、「訴訟の領域を越えて及ぶ既判力を伴って判断されるべきものを、法律によるのではなく、当事者の意思に決めさせるという」²²⁾考え方と結びついている。

したがって、歴史的に見れば、かかる要素形式については全く別様にみえるだろう。ZPO 256条2項は、ZPO 322条1項にもかかわらず、個々の理由中判断に既判力が生じることが、まさに予定されているとみなしうる。「法律関係」と法律上書き換えることは、今日このような意図を隠蔽している。もっとも、その大部分は、我々が「法律関係」として理解しようとしてきたものについての、変転した、あるいはひょっとすると安定した考え方を抱いているからかも知れない。この概念は、当時はどちらかといえば新しいものであり、その著書「体系」の冒頭にこれを記し、これにより権利への伝統的な指向性を幾分相対化したフォン・サビニーに遡る点が

特徴的である²³⁾。それにもかかわらず、我々の問題との関係では、サビニーは奇妙にも曖昧な表現をしている。というのも、同じ文脈で²⁴⁾、彼はすべての前提問題を法律関係とするにもかかわらず、さらに単一の包括的法律関係の要素に過ぎないともしているからである。その限りにおいて、正確な定点は未定のままである。ここでは、波及的な訴訟物が問題となっているのであろうか。それとも、紛争を判断するための独立した包摂措置が問題となっているのであろうか。CPOの起草者は、恐らく前者の見解であり、フォン・サビニーはむしろ後者の見解であった。なぜならば、フォン・サビニーは判決理由に照準を合わせるからである。そして同様に、BGBの起草者でさえも以下のように明記するところであった。すなわち、「既判力を有する判決が両当事者の法律関係（！）について基準となる」と（第一草案191条1項1文）²⁵⁾。

3. かかる手がかりの長所

ZPOが定めているような、かかる細分化された解決の長所は明白である。とりわけ、二つの点が極めて重要である。まず第一に、当事者の意思との結合、すなわち、処分権主義の考慮である。諸資料がそれを示唆している²⁶⁾。当事者およびその申立ては、何が既判力による拘束力を有して判断されるかを確定する。前提問題に対する回答が第二審の裁判官を待つ場合には、第一審の裁判官とその判断方法が基準となるのではなく、また、第二審の裁判官の見解も同様にそれほど決定的なものではない。そのために両当事者が存在するのである。正確に言えば、申立てを通しての当事者である。こうすることによって、相手方が将来 既判力を伴って！拘束される危険を回避したいと考える場合には、これについて争わなければならないことを相手方に意識させる。このような方法により、如何なる者も事後的に酷い不意打ちに遭わないことが保障されているように思われる。しかし、同時に法的安定性と法的明確性の利益にも資する。これが第二の点である。というのは、当事者の申立てと判決定式によって確実な定

式化, すなわち既判力の基盤が生じるからである。後の解釈上の疑念は, 同様に, この方法で最初に回避され, 未然に防がれている。何について, また如何なる範囲で審理がなされ, 判決がなされるかは明らかである。いわば有益な付随的効力として, 過誤はその範囲に限定され, かつ, 決して「後続損害 (Folgeschäden)」を引き起こすことはない。他方で, 当事者がそのような「存続保証 (Bestandsgarantie)」を望む場合には, 当事者は自己の権利が判決において明記されることを妨げられない。「関係している」ことだけが「危険に」も晒されるのである。

・外国訴訟法

我々の隣国はかかる問題をいかに解決しているのだろうか。ドイツの見解は, オーストリアおよびスイスでも妥当する。オーストリアは, 既判力の射程距離 (öZPO 411条1項1文) を全く同じように厳格に確定し²⁷⁾, 調整手段として同様に中間確認申立て (原告につき öZPO 236条1項および öZPO 259条2項) を規定している。確かに, これは, 「権利または法律関係」につき許容される。しかし, 「権利」を指定することは不必要であり, すでに「法律関係」によってカバーされているとされる²⁸⁾。その結果, ドイツとの実際上の相違は存在しない。スイスについても同様である。すなわち, 既判力を有するのは, 主文のみである²⁹⁾。連邦民事訴訟法の枠内においては専ら個別の確認の訴えだけが規定されているにもかかわらず (BZPO 25条), 欠陥を補充するために各州の取扱いによれば, 同様に中間的な確認の申立てが指定されている³⁰⁾。最後に, 日本³¹⁾ もかかる解決法に従っている。すなわち, 制限的な既判力 (jZPO 114条1項 主文だけで, 理由には及ばない) と補充的な確認との相互作用がこれである (jZPO 145条)。

もっとも, その他では, ドイツ型モデルは若干孤立している。ローマン法系も, またアングロ・アメリカ法系もこれとは別様に捉えている。これ

に関し、フランス法とイングランド法の限界をまず一瞥し³²⁾、その後によりヨーロッパ司法裁判所による訴訟物概念につき考察してみよう。

1. フランス

フランスの法状況は、n. c. p. c. 455条 2 項と共に同法480条 1 項により明らかとなるように思われる。これらによれば、主文に表出されたように、本案の判断に既判力が生じ（“tuot ou partie du principal”）、とりわけ、前者はこの点についてもわざわざ規定している（455条 2 項：“sous forme de dispositif”） または別様に定式化される。すなわち、既判力を有するのは、主文（dispositif）であり、理由（motif）には既判力は生じない。これはわが ZPO 322条 1 項と同様にみえ、これでもって既判力の判決理由への関与に反対の立場を採ったものとの主張がなされるかもしれない。しかし、多くの事柄がなお不明確なままである。理由であるにもかかわらず既判力を包含しているとされる「誤って置かれた主文」と呼称しうる、いわゆる決定判断的理由（motifs décisaires）という実務が、恐らく除々に行われてきたのだろう³³⁾。これは本稿ではこれ以上は立ち入らない。我々にとって重要であるのは、伝統的に確立された例外³⁴⁾である。それは、いわゆる判決理由（motifs décisif）にも既判力を部分的に認めるものである。たとえ、近年、法規に忠実な解釈が明らかに優位になっている可能性があるとしても、「黙示的に」または「潜在的に」（付随的に）のみ判断される訴訟問題についての広範な領域が、なお存在している。ここでも同じことを常に意味している。すなわち、これは、主文が定義するような、具体的な請求について、思考法則上含意され、同時に判断されたはずであるもの、すなわち裁判のための必要不可欠な資料（“soutien nécessaire”）である。それ自体は、n. c. p. c. 480条 1 項（“tout autre incident”）の文言に反するが、少なくとも主要な理由には同様に既判力が生じる。

「主文」と「判決理由」の相違点は、始めは明確に思えたものが、見る見るうちにぼやけてくる。その相違点は フランス人研究者自身が認め

ているように³⁵⁾ 精確さからは遠いもの(“loin d'être exacte”)であり、ここでは極めて融通性がある。この主要な先決的争点を解明することを望む場合には、形式的に定められた構造はあまり有用ではない。このことは、さほど疑念を抱くことのない、とりわけ訴えの却下の場合に我々にとっても馴染み深い、判決理由に基づく主文の単純な解釈の比ではない。ここでは複雑であるが、その時点での、結果についてしばしば開かれた、第一判決からの包摂行為を追体験することが必要である。そして、かかる追体験は、第二審の裁判官の価値判断に多くの私見では過大であると思える裁量権を認めている。もっとも、そのような「黙示的な主文(décisions implicites)」は、おそらく通説³⁶⁾によれば、そもそも当該問題が審理の中で論じられ(“conception restrictive”), 訴訟の中に採り入れられたことを前提としている。そして、当然のことながら、事後的には、主文(objet)と理由(cause)(c. c. 1351条)とは同一でなければならないが、このことがフランスにおける訴訟物の比較的厳格な理解の際には補充的に有効な限定を意味する。したがって、以前から先決的法律関係には事実確認などではなく既判力の効力が生じている。

明確にしよう。たとえば一部請求訴訟において請求原因について争われていた場合には、判決は残額請求の訴えに対して既判力を有する。しかし、損害賠償請求の訴えで過失が争われた場合には、当初不法行為に基づいて主張された請求は、新たに契約に基づいて訴えを提起することができ(“non cumul”), そして、その際には、如何なる拘束力も認められない。

2. イングランド

イギリスの法実務はもう一段階進んでいる。イギリスの法実務は、我々が慣れ親しんでいるよりも大きな意義と広い射程距離を既判力に認めている。しかし、既判力の効力は、裁判所の判決の権威というより矛盾挙動の禁止(“estoppel”)に依拠する。当事者は自己の訴訟行動と矛盾することは許されず、もし矛盾した行動をとる場合には、当事者はこの点について

審問を受けることなく、あたかも失権したかのような状態となるであろう（“estopped”）³⁷⁾。この概念は、ラテン語の“stuppa”を語源としており、このことは語義的には麻くずまたは麻を意味し、恐らくは「拘束」と翻訳できるものとして転用されたものである。これは拘束を表現するものである。もっとも、エストップ理論は、その起源ゆえに、どちらかと言えば、証拠法（law of evidence）の一部とみなされているが、いずれにしても、我々にとって重要な手だてである。というのは、同じようにイギリスでは、既判力には二つの効力があり、第二手続のために完全な遮断を伴う「訴訟原因のエストップ（cause of action estoppel）」と「争点のエストップ（issue estoppel）」とを区別しているからである。これによって、それぞれの法律上または事実上の争点は把握され、後続の手続において前提とされている。ひとつの争点については一度だけ争うことが許されるが、その際に、広範なイギリスの訴訟物概念が問題をさらに先鋭化させている。

今一度明確にするために例を挙げよう。すなわち、この場合一部請求訴訟（“Splitting”）あるいは事後請求の可能性なしに、損害賠償請求訴訟は損害全体を包含するはずである。もっとも、人的損害および物的損害は、イギリス法によれば³⁸⁾、複数の手続をもたらず複数の「訴訟原因（causes of action）」であるとされる。

したがって、すべての先決的前提問題には問題なく既判力が生じる。しかし、かかる命題はなお精緻化を必要とする。フランスにおけるのと全く同様に、ここでは、重要な理由、レイシオ・デシデンダイ、および判決主文に至るまでの論理客観的かつ論理必然的に必要な行為だけが問題となる³⁹⁾。付随的に述べられる理由（collateral issues）は含まれない。しかし言及されてはいないが、重要な黙示的な理由は含まれる⁴⁰⁾。ここでは、一方で秩序だった訴訟追行からして提出しなければならなかった争点（issue）は失権し、他方で裁判官自身が判断しなければならなかった争点（issues）は先決事項となる。さらに、記録の状況（pleadings）や人証（evidence）でさえも、これらの事項に関して情報を与える可能性がある。

エストoppel (estoppel) と信義誠実に反する行為 (venire contra factum proprium) の禁止との発生的な結びつきは、今日もなお影響を及ぼしており、一定の主観的な評価を許容する。すなわち、当事者はより早期に公正かつ完全な訴訟の機会を与えられたのか、そのように中核的な問題を定式化することができる。これによれば、欠席判決は訴訟原因のエストoppelのみを結果として伴い、争点のエストoppelを伴うことはなく、加えて、過失もしばしば大きな役割を果たしている。すべては、第二訴訟の裁判所が「狭く」見るか、それとも「広く」見るのか⁴¹⁾、ならびに、第一訴訟の裁判官が判決した点を、第二訴訟の裁判官がどのように理解するか、が再び重要となる。

3. ヨーロッパ司法裁判所の見解

ヨーロッパ司法裁判所も、重要な判決理由に既判力を拡張することに好意的であるように思われる。ヨーロッパ司法裁判所は、確かに訴訟係属の遮断効 (EuGVÜ 21条 1項) や承認障害事由 (EuGVÜ 27条 3号および5号) という若干異なった関係においてではあるが、このことを示唆してきた。

EuGVÜ 21条 1項によれば、「同一の請求に基づく訴え」の場合に、職権で考慮されるべき訴訟係属が生じる。ヨーロッパ司法裁判所は、ここでは固有の解釈を行い、これによって「国単位に狭めること」を回避してきた。その先鞭を付けたのが、グビッシュ対パルンボ事件⁴²⁾である。グビッシュは、ドイツにおいて売買代金の支払を求める訴えを提起し、パルンボは、その後イタリアにおいて、売買契約が不成立であること、予備的請求としてその無効、さらに予備的な請求としては取消しを求める訴えを提起した。本件で、ヨーロッパ司法裁判所は、両訴訟の核心は売買契約の有効性である (Nr. 16) という理由から、かかる訴訟係属の抗弁を認めた。ドイツ法によれば、別様に判断されなければならなかったであろう。というのは、売買代金支払の訴えは、売買契約の存在についても既判力は生じ

させないし、また通説によれば、意思の合致または無効の、明らかに別個の確認も認めていないからである。もっとも、このことをイタリア民事訴訟法はその34条により認めている。したがって、グビッシュ対パルンボ事件を、第一手続、売買代金支払の訴えにおいては、ヨーロッパ司法裁判所の見解によれば、これはたとえば 少なくとも伝統的な フランス法に相応するように、重要な理由にまで既判力が拡張される⁴³⁾と理解しなければならない。これは、ヨーロッパ司法裁判所が本件では基準としてフランス法の文言に依拠していることにも起因している。関連する両方の（ドイツおよびイタリアの）法規範が 例外としてほとんど付加しようとした 明確な中間確認を認めているにもかかわらず（ZPO 256条2項並びに c. p. c. 34条）、かかる概念の内容は極めて徹頭徹尾「固有に」決定されている。

したがって、ヨーロッパ訴訟法の領域においてさえも、我々ドイツの解決方法は比較的孤立したものである。その際、EuGVÜ 26条1項における効力拡張理論または重畳理論がより正しいと思われるか否かは、一度完全に度外視されるべきである。

4. かかる見解の短所

かかるグローバルな考え方のプラス点は、当然のことながら訴訟を広範かつ終局的に、つまり「一挙に」処理することに資する点である。第二裁判所の裁判官は、どのように（前提）問題が具体的に判断されるべきかにつきもはや熟考する必要はない。しかし、第二裁判所の裁判官は、（前提）問題がすでに拘束力を有して判断されたか否かについて、それだけ一層配慮しなければならないであろう。訴訟はいわば第二訴訟へ移されただけである。この場合、訴訟経済から見て如何なる解決策が事柄に適合的であるかは、依然として未解決のままであるように思われる。確かに、当事者の処分権は、イギリス法およびフランス法の下でも争点整理手続（issue-pleadings）ならびに争点決定（conclusions）を機に具体的な点が争われ

るという形で、同様に考えうる。しかし、これは明らかに定式化された基盤を欠いている。したがって、たとえば、主文が既判力を有しないであろう判断を内包しているかも知れないし、これとは逆に、判決理由に既判力を有する内容が記されることもありうる。したがって、両当事者の争いは、通常は後に、既判力が如何なる範囲まで及ぶかを巡るものとなるであろう。この点では、ドイツの規律が明らかに優れている点は、すでにアングロ・アメリカの研究者も率直に認めている⁴⁴⁾。アングロ・アメリカにおいては、既判力の効力は全体として自由に利用することが可能であるので、確かに適切な均衡は生じない。

・ 反 対 論 拠

争いのある前提問題についても中間確認の訴えを認めることが、以上によって直截に想起されれば、多くの人を悩ませている中間確認の訴えを認めないという全員一致の見解⁴⁵⁾が、そもそも合理的な根拠を持ち出しうるか、今なお疑わしい。

1. 訴訟経済の思考

このような制限の目的は、とりわけ、訴訟の増加に対処することにあると大抵は言われている⁴⁶⁾。これは、二つのことを意味しうる。すなわち、裁判所は二重の権利主張から保護されなければならないこと、または、他方では被告を過度な負担から保護することも意味しうる。もっとも、この二つの論拠はほとんど説得力はない。

a) 法律関係と権利保護の必要性

第一の点、いわゆる「五月雨式の」訴訟という結果をもたらす紛争に、裁判所を不必要に、また軽率に関与させるという点であるが、中核に非常に重要な論拠を含む可能性がある。この場合全く誤った位置づけがなされているにすぎない。かかる考慮は、権利保護の必要性、ならびに、その

限りにおいて、とりわけ規範化された確認の利益に位置づけなければならない（また位置づけることが許される）。しかし、このような考慮は「法律関係」という構成要件のメルクマールの解釈とは何らの関係もない。この場合に、すでに給付の訴えを提起しており、したがって、広範な権利保護を追求しうることを理由として、原告に（積極的な！）独立の確認の訴えを禁ずる場合には⁴⁷⁾ 補充性の思考または原則、これはいずれにしても、同じ説明がなされた限りにおいてのみ説得力を有することになる。請求の「裸の」存在または不存在については確かに給付の訴えにも既判力を有する確認が含まれている。そしてそれに加えさらに執行力を有する給付命令が含まれる。

しかし、この場合、個々の行為について言明がなされておらず、それ故補充性は全く問題とはならない。これについては如何なる選択肢も残されていないことからなおさらである。このことは、第一項に比して弱められた第二項についての確認の利益の要件にも現れている。すなわち、その限りで、争訟性と法律関係の先決性で十分である。中間確認の訴えに鑑みると、回避可能な裁判官の負担という異議はそれ自体矛盾を論証する。前提問題は、この場合給付義務が判断できるように、最終的には何らかの形で回答されなければならない。いずれにしても、いわば紛争を契機として、勞せずして明白に既判力あるものとして同時に処理される、必要な確認が問題となるに過ぎない。これは、全体として訴訟経済に資するものと理解できる。早期の確認は、後続訴訟を回避し、または、少なくとも負担を軽減することに助力する。

b) 確認の効力と被告保護

しかし、制限は有効な被告保護として正当化される可能性もある。他方で両当事者はすでに争っている。そして、訴えまたは反訴によって両当事者は同じ権利を有し、同じリスクを負い、すなわち、依然として武器対等が存在することに留意すべきである。したがって、債権者によって過度に「苦しめられた」、保護されなければならない債務者というイメージは、最

初の段階で歪曲されており、誤解を与えるものである。独立した確認の訴えの場合ですら、相手方は ZPO 93条でその他に生じうる費用の負担を転嫁する方策を有しており、わが中間確認の訴えの場合においては、最初から係争法律関係が要求されている。したがって、かかる不安は全く当を射ていない。なぜならば、この場合には、訴額の決定は比較的柔軟に取り扱われているからである。またそうでないとしても、かかる反対意見は説得力を持ち得ない。なぜならば、債務者はことによると二度訴訟を起こすことができ、それにより場合によっては結果的に高い費用負担が生じるという理由のみで、一部請求の訴え⁴⁸⁾の形式での量的な対応物を同様に無に帰せしめることはできないからである。同様の論拠は、この場合に、可及的な終局的解決の観点で、量的な分割が問題となっている場合にまさに妥当する。

2. その他の考えうる反論

訴訟経済の思考は、まさに ZPO 256条 2項の場合において特有のニュアンスを経験してきた。裁判所は「先決性」について保護され、両当事者は「争訟性」に基づいて権利保護の必要な状況下にある。「法律関係」という要件は、その限りにおいて寛大に取り扱われても、問題は生じない。ZPO 256条 1項に基づく独立した確認の訴えの場合には、より厳格な基準が妥当しうる。中間確認の訴えは寛大に許容される。当然の帰結として、同条 1項に基づく訴えは ZPO 256条 2項によって「実体的により洗練されて色づけられている」ことは認められるであろう。

しかし、なお残りうる若干のその余の反論について少なくとも簡単に反駁しておこう。

- a) 法律鑑定を行うことは裁判所の任務ではない、と主張されることがある⁴⁹⁾。これは疑いなく正しいと思われる。したがって、何らかの法律問題に回答することを求めるいわゆる「予めの」訴えは確かに不適法であろう。かかる批判は正当にも、抽象的および具体的

な法律関係，ならびに現在および将来の法律関係について限界付けをすることに向けられている。しかし，どのように現存する法的関係を解釈されるべきかについて，現在すでに疑念がある場合には，かかる反論は無意味である。

- b) これにより，訴訟法上の制度が不適法に実体法上の基準を導入しているのではないかという点に逃げ込むこともできない⁵⁰⁾。これは，たとえば，主張の不真実性のような，純粋な事実の確認可能性に興味を喚起しようと努める場合には，ある程度は説得力があるように思われる⁵¹⁾。なぜならば，その限りにおいて規範化された領域を離脱するからである。しかし，我々にとって問題なのは，かかる領域を完全に利用することだけである。言い換えれば，制度に適合した法律解釈が唯一重要となるのである。
- c) しかし，かかる展開が結局は一種の「偽装された中間判決」という結果をもたらすという考慮は，より重大な疑念を惹起する⁵²⁾。この種の判決を，訴えの適法性（ZPO 280条），請求の原因（ZPO 304条）または一般的に訴訟上の前提問題（ZPO 303条）について，法は規定している。これと，理由具備性という個々の実体的要素についての争いは無関係である⁵³⁾。しかし，まさにかかる問題については，現在ではZPO 256条2項が裁判の適法性を規律しており，これは，むしろ一種の「強制的な一部判決」（ZPO 301条）となっている⁵⁴⁾。
- d) 最後に，第二裁判所の裁判官の前提問題に関する権限を不適法に制限しているか否かは検討に値するだろう⁵⁵⁾。確かに第二裁判所の裁判官は，先決的な前提問題を通常は完全に独自の権限で判断する。もっとも，たとえば，裁判官による「完全な活動を求める権利」のようなものは存在しない。裁判官は，管轄規定および手続規定，そして同様に既判力にも従わなければならない。この点につき，かかる問題は既判力について決定的に明らかである。この場合，第二訴訟からは根拠付けることはできない。

3. 調和への努力

最後に「グレートヒェン問題」について言及する。すなわち、かかる解決方法は大いなる「欠点」ではないか。あたかも ZPO 256条における二つの条項の間、すなわち、確認の訴えの二つの発現形態の間に、かかる解決方法が必要もないのに楔を打ち込んでいるように見えるであろう。ここで、同条第1項と第2項における「法律関係」というメルクマールをそれぞれ別個に解釈した場合には、単独の確認の訴えと中間確認の訴えとの体系上の密接な結合に著しい妨害を与えないのであろうか。他方において、むしろ同条2項に関する我々の寛大な解釈が同条第1項に対して悪影響を及ぼすのではないかを反問することができよう。いずれにしても、たとえば労働裁判所や社会裁判所の訴訟においては、裁判所の判断によって終局的な解明がもたらされうるならば、またそのことを理由として、少なくとも例外的に、いわゆる「要素の争い (Elementstreit)」に関する可能性ぐらいは認められている⁵⁶⁾。その限りにおいて、たとえば連邦通常裁判所⁵⁷⁾は、「一部関連の個別化は、かかる一部請求問題について一挙に法的平和を創設することを可能にする」と率直に認めている。これはただちに ZPO 256条1項にも反作用を及ぼすはずである。というのも、労働裁判所法46条1項1文は、その限りにおいて単に参照指示 (Verweisung) として構想されているからである。

しかし、そこまで進む必要すらない。というのは、すでにその諸前提が極めて疑わしいからである。すなわち、ZPO 256条第1項および第2項は、不当にも「一卵性双生児」と見なされている。しかし、せいぜいこれらの規定は、かなり後になってはじめて、確かな信憑性のある背景思考もなく集まった「性質の異なる兄弟」である。二つの規定は当初は全く別個に規定されていた。すなわち、同条第1項は CPO 231条ならびに ZPO 256条、同条第2項は CPO 253条および ZPO 280条に規定されていた。そして、簡素化法によってはじめて1977年7月1日の発効でこれらの規定が一つに纏められた。これは、新たな集中的な規定を挿入するための法典上の

場所を獲得するためという非常に平凡な理由に基づいている⁵⁸⁾。したがって、密接な体系的類似性という外観は当てにはならない。100年近くも両方の規定はお互いに別々に機能してきた。しかし、中間確認の訴えに立法者によって本来的に設定されていた既判力の効力の補充的機能は、決定的であるに違いない。真の体系的な交互作用があるのは、もっぱら ZPO 322条 1 項と ZPO 256条 2 項だけである。このことは、「法律関係」というメルクマールの多種多様な解釈に対して道を開くものである。

・ 結 論

「法律関係」という概念は、決して完全に固定されているものではない。この概念は三重の意味を有する⁵⁹⁾。すなわち、法的形態、全体関係または個別関係である。第一の解釈は抽象的な構成要件を意味するので、ここでは除外される。現行の ZPO 29条 1 項においてなお通用しているように、本能的に肯定できるのは恐らく第二の定義であろう。すなわち、「契約関係から生じた訴訟または契約関係の存在に関する紛争……」である。実務も当初はこのように理解し、これによれば、給付請求権⁶⁰⁾または少なくともその他の権利⁶¹⁾も、考える個別の関係として法的関係に基づく場合には、法律関係のみが確認適格のあるものと見なされてきた。しかし、今日では、個々の実体的請求権⁶²⁾、形成権⁶³⁾、社員権⁶⁴⁾または抗弁権⁶⁵⁾に関する（中間）確認の訴え等、また請求権限（Forderungszuständigkeit）⁶⁶⁾自体は問題なく適法とされる。ひいては広範な説明はもはや不要であり、個別関係が基準となる。「法律関係」という概念は、このため十分弾力性があるように思われるし、その際、この概念は比較的開かれたものである。たとえば、BGB は債務関係に BGB 241条 1 項 1 文によって極めて厳格な意義を与えている。すなわち、「債務者に履行を請求する」権利である。それにもかかわらず、上位の法律関係を不要なものとする者はいない。

このような見解だけが既判力の範囲に関する歴史的な立法者の目的に忠実に考えられてきた理解に合致している。それは、法的関係⁶⁷⁾、法的帰結、あるいは、まさに前提問題を意味していた。これは、もとより、ヨーロッパに共通の理解を防ぎ、我々ドイツ人を我々の隣国に再び少しずつ接近させてくれる。結論として、ここでもう一度テーゼを確認したい。すなわち、

- (1) ZPO 322条と ZPO 256条 2項との相互作用は、要素と前提問題に既判力を関与させるように、立法者によって意図的に設定された。
- (2) ドイツの規律は外国の解決法と対照的に、当事者自治の完全な考慮のもとでの明確な定式化という利点を有している。したがって、「既判力をめぐる訴訟」はかなり広く効率的に回避される。
- (3) 訴訟経済という思考も、また「法律関係」という概念も、ZPO 256条 2項に関して、争いのある前提問題および要素を既判力でもって確定することと矛盾はしない。

ZPO 256条 2項に基づく中間確認の場合の「法律関係」という純化された見方についての、またヨーロッパの実務の観点から争いのある前提問題または要素についての確認可能性に有利に考える私の意見表明は、精密なドイツの理論との決別を意味するものではない。私の関心事は、ドイツ訴訟法⁶⁸⁾の潜在的な可能性を完全に利用し尽くすことにあつたのである。

- 1) これに関して極めて詳細なものとして、KOUSSOULIS, Beiträge zur modernen Rechtskraftlehre (1986), S. 22ff.
- 2) ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD § 153 III, S. 922ff.; JAUERNIG ZPR (27. Aufl. 2002) § 63 III, S. 252f.; A. BLOMEYER ZPR § 89 I 2, S. 449 mit V, S. 457f.; MUSIELAK § 322 Rn. 17, SCHILKEN ZPR Rn. 1021 mit Rn. 1023-1025.
先決的法律関係につき、例えば、BGH NJW 1995, 967 [II 1] u. 2993 [II 2], 1993, 2684, 2685 [II 1]=BGHZ 123, 137, 140 m. w. N.-BGHZ 43, 144, 145; 94, 29, 33 u. STEIN/JONAS/LEIPOLD § 322 Rn. 78 mit Rn. 89ff. 「包摂結果に左右されない」 この点につき適切に補充すべきであるのは、MÜNCH, vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, (1989) § 8 IV 2, S. 146f. かなり異なった見解として、ZÖLLER/VOLLKOMMER § 322 Rn. 30ff.
- 3) ALBRECHT ZEUNER, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhäng- Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und

Entscheidungsgründen im Zivilprozeß (1985); この点につき考察に値するものとして、ULF RITTER, Die objektiven Grenzen der materielle Rechtskraft des Leisungsurteils (1973)。その端緒を幾分ラディカルに提示する。また、ULRICH FOERSTE, Zur Rechtskraft in Ausgleichszusammenhängen, ZJP 108 (1995), 167ff. さらに、BAUMBACH/HARTMANN § 322 Rn. 9 mit Rn. 20.

その他、重要なものとして、WOLFRAM HENCKEL, Prozeßrecht und materielles Recht (1970), S. 150ff., 特に S. 172f. もっともヘンケルは個々の判決要素との何らかの関連に対し、非常に明示的に異議を唱えている（S. 169）。

4) 批判的なものとして、例えば、ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD § 154 IV, S. 929 及び MünchKomm/GOTTWALD § 322 Rn. 48ff.; SCHILKEN Rn. 1021; JAUERNIG ZPR (22. Aufl. 2002) § 63 III 2, S. 253; ZÖLLER/VOLLKOMMER vor § 322 Rn. 36 a.E.; OTTE, Umfassende Streitentscheidung durch Beachtung von Sachzusammenhängen (1998), S. 47ff. これに対し、好意的なものとして、例えば STEIN/JONAS/LEIPOLD § 322 Rn. 212ff. mit Rn. 80a.

5) ZEUNER, a. a. O. (Fn. 3), S. 1f., 4, 41f., 173f. u. FS Zweigert (1981) S. 603, 615.

6) SCHELLHAMMER ZPR (9. Aufl. 2002) Rn. 22179; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD (15. Aufl. 1993) § 93 II 1, S. 519 bzw. ROSENBERG (9. Aufl. 1960) § 86 II 1a, S. 405; A. BLOMEYER ZPR (1963) 37 II, S. 178f.; NIKISCH (1950) § 39 II 4; GOLDSCHMIDT (1929) ZPR § 14 [1], S. 33; STEIN/JONAS/SCHUMANN § 256 Rn. 27 mit Fn. 55 u. Rn. 31f.; MünchKomm/LÜKE § 256 Rn. 10 mit Rn. 24f. u. 79; MUSIELAK/FOERSTE § 256 Rn. 2; BAUMBACH/HARTMANN § 256 Rn. 6; ZÖLLER/GREGER § 256 Rn. 3; THOMAS/PUTZO § 256 Rn. 10; RECHBERGER/FAUENBERGER § 228 6ZPO Rn. 5 [b] u. [c] 事実確認の排除について、例えば BGHZ 68, 331, 334 反対するものとして、LEIPOLD ZJP 84 (1971), 150 及び HANS STOLL FS Böttcher (1969)S. 341, 357ff.

例 確認不能な前提問題；適用しうる外国法（OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 283 [II 1]）；違法性（BayObLG WuM 1988, 90, 91）；過失（BGH NJW 2000, 2280, 2281 [1a a.E.]）；債務契約（BGH NJW 2000, 2280, 2281 [1b]=JZ 2001, 198, 201 m. abl. Anm. SCHILKEN 及び ZEUNER FS Schumann [2001] S. 595, 604/505）および履行遅滞（Glaubigerverzug）（BGH NJW 2000, 2663, 2664 [5] これに対し否定するものとして、SCHILKEN JZ 2001, 199, 201 u. ZEUNER FS Schumann [2001] S. 595, 604/505）；法的行為の無効（BGHZ 37, 331, 333-obiter）

特徴的であるのは、まさにツォイナー（FS Schumann [2001], 595, 603f. mit 597f. 上述注 3 参照）は、最近「法律関係」のプロクレーステースの寝台的解決に賛成している点である。

8) RGZ 50, 399, 401/402; 126, 234, 237; BGH WarnR 1984 Nr. 148, S. 278 a. E.; BGHZ 68, 331, 332 u. vgl. auch BGH NJW-RR 1990, 318, 320 [B II 4]; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 283 [II 1]

学説については、例えば、STEIN/JONAS/SCHUMANN § 256 Rn. 131; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD § 98 III 2c-e, S. 558f. bzw. ROSENBERG (9. Aufl. 1960) § 92 III 2b

, S. 453; MünchKomm/LÜKE § 322 Rn. 75 mit Rn. 79; MUSIELAK/FORESTE § 256 Rn. 41; BAUMBACH/HARTMANN § 256 Rn. 113 mit Rn. 5; ZÖLLER/GREGER § 256 ZPO Rn. 24; THOMAS/PUTZO § 256 Rn. 30; RECHBERGER/FRAUENBERGER § 256 öZPO Rn. 3.

- 9) RGZ 158, 164, 166 にわずかに見られる変化はそうである。同様のものとして, RGZ 107, 303, 304.
- 10) 最近公表されたものとしては, BREHM BGH-FG WissIII (2000) S. 89, 105; 文言上は「結果によって支配されている」。
- 11) BREHM BGH-FG WissIII (2000) S. 89, 105 を再び参照。実際には「拡大的強制」。更に最近のものとしては, たとえば BGH NJW 2000, 2280, 2291 [2].
- 12) BGH 22, 43ff., U. v. 15. 10. 1956-III ZR 226/55.
- 13) BGHZ 68, 331, 332 同様の根拠付けをするものに BGH NJW 1979, 2099, 2101 (「一般的な見解によれば」), NJW-RR 1986, 104, 105 (「最高裁判所の判例で強固なものとなった見解」), NJW 1995, 1097 re. Sp. (確定された判例によれば)
出発点となる事例の一般化に対して懐疑的なものとして以下のものも参照。
TRZASKALIK, Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage (1978), S. 134ff., 136.
- 14) RGZ 144, 54ff., U. v. 27. 02. 1934-II 276/33.
- 15) RG JW 1930, 755, 756 m. abl. Anm. Fuerst (S. 1058 Li. Sq.) と RGZ 126, 18, 21 の異なる判決を目にして使用質貸借と用益質貸借の限界に関するパラレルな問題については, 若干驚かされる点については, a. a. O.S. 57f.
- 16) 非常に優れた説明として, GAUL FS Flume I (1978) S. 443, 471ff.
- 17) VON SAVINY, System des heutigen Römischen Rechts VI (1847) § 291-294, S. 350ff., insbes. S. 358-361 mit S. 369 (Zitat S. 358); WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts I (3. Aufl. 1873), § 130, S. 356f. m. w. N. pro et contra.
- 18) WETZEL, System des ordentlichen Zivilprozesses (3. Aufl. 1878), S. 594-596 (Zitat S. 594, Hervorhebung vom Verfasser).
- 19) 詳細は, KERAMEUS AcP 167 (1967), 241, 249ff. 模範的なものとして, BOHG SeuffA 25 (1872) Nr. 278, S. 432ff. これは, 実務はヴェツェルに従い, 学説はサヴィニーに従っていた, プロイセンにも妥当する。一方については ObTr. Berlin AS 17, 462, 他方については, FÖRSTER/ECCUS I (4. Aufl. 1881) § 55 Fn. 25, S. 316 参照。 その限りで, AGO Einl. § 65 f. u. I 16 § 1 mit I 13 § 38 参照。
- 20) 特徴的なものとして, 例えば OAG Darmstadt SeuffA 27 (1873) Nr. 68, S. 121, 123 a.E. (「全く必要なし」)
- 21) 限界につき, Mot. E III S. 226-228 mit Prot. S. 106-108=HAHN S. 291f., 608f., 明確にするものとして, Mot. E III S. 183 [zu § 223=§ 256 Abs. 1 ZPO] u. S. 206 [zu § 243=§ 256 Abs. 2 ZPO]= HAHN S. 256, 274 同様のものとして北ドイツ草案 (NE-Prot. S. 605ff., 607f. mit S. 593), 異なるものとして, ハノーファー草案 (HE-Prot. S. 146ff.)

既判力を有する判断は, まず本文において述べられねばならない, 283条3項E 第一読会が削除。(理由:「さもなくば, 不明確性と不安定性が存在する」 Abg. BÄHR

前提問題の確認可能性（ミュンヒ）

[Prot. S. 107]）。

- 22) Mot. E III S. 227=HAHN S. 291/292 (原典の強調なし)。
- 23) System I (1840) S. 6ff.
- 24) System VI (1847) S. 358.
- 25) Mot. I S. 372. 同文は、CPO § 293条 1項 = ZPO § 322条 1項を斟酌し、誤解されやすいとして第二委員会によって削除された。これに対して、Prot. I S. 255 は、事柄の性質上受け入れられた (Prot. I S. 254 [Mitte] zu Antrag 3b [「判決は、訴えによって……紛争の対象にされた法律関係について判断される限りにおいてのみ既判力を有する」] mit Mot. I S. 371)。
- 26) NE-Prot. S. 607f. u. Mot. E. I S 313=DAHLMANN S. 569 bzw. Mot. E III S. 227=HAHN S. 291 mit S. 291/292. さらに、RGZ 13, 384, 385f. (Grundlage) bzw. S. 386f. (Einzelfall). を見よ。

KRALIK, Die Vorfrage im Verfahrensrecht (1953), S. 112ff. 114 mit En. 5 u. S. 117, 120f.
- 27) OGH SZ 25 (1952) Nr. 121; JBl 1984, 489; FASCHING § 411 öZPO Bem. 25f. (III S. 711f) bzw. ZPR (2. Aufl. 1990) Rn. 1520f. mit Rn. 1523 bzw.; RECHBERGER/SIMOTTA ZPR (5. Aufl. 2000) Rn. 791f. bzw. RECHBERGER § 411 öZPO Rn. 6, 10; KRALIK, Die Vorfrage im Verfahrensrecht (1953), S. 112ff., 114 mit Fn. 5 u. S. 117, 120f.
- 28) FACHING § 236 öZPO Bem. 4 [III S. 133] mit § 228 öZPO Bem. (III S. 60) bzw. ZPR (2. Aufl. 1990) Rn. 1089; 同様に RECHBERGER/SIMOTA ZPR (5. Aufl. 2000) Rn. 421 [3] bzw. RECHBERGER/FRAUNBERGER § 236öYPO Rn. 3 mit § 228 öZPO Rn. 4; KRALIK, a. a. O. (Fn. 27), S. 113 mit S. 53f.
- 29) BGE 106 II (1980) Nr. 22, S. 177, 118 更に: HABSCHEID Rn. 621; WALDER-RICHLI (4. Aufl. 1996) Rn. 26, 19f. mit Rn. 26, 41; VOGEL/SPÜHLER ZPR (7. Aufl. 2001) Rn. 8, 71.
- 30) 示唆的なものとして、BGE 84 II (1958) Nr. 90, S. 685, 692 さらに: HABSCHEID Rn. 434.
- 31) KOSHIYAMA, Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht (1996), S. 19 mit S. 51f., 53, 91 異なる学説があるため、68頁以下及び91頁以下も参照。
- 32) その限りで、なお基本的なものとして、MILLER Mich. L. R. 39 (1940/41), 1ff. u. 238ff. ドイツの観点からは、HABSCHEID FS Fragistas (1966) I S. 529f.; RITTER ZZP 87 (1974), 138ff.; ZEUNER FS Zweigert (1981) S. 603ff.; SPELLENBERG FS Schütze (1999) S. 913ff.
- 33) NORMAND RTD civ. 1988, 386ff.: arg. art. 455 Abs. 2 n. c. p. c. PERROT I (1977) S. 654 の評価は懐疑的である。STÜRNER FS Schützte (1999) S. 913, 926f.: 詳細につき、PERROT/FRICERO Jur. Class. artt. 1349-1353 Fasc. 2 Nr. 113 mit Nr. 118f.
- 34) 詳細につき、PERROT/FRICERO Jur. Class. artt. 1349-1353 Fasc. 2 Nr. 114 mit Nr. 118f. u. PLANIOL/RIPERT/GABOLDE VII (2. Aufl. 1954) S. 1020/1021. 更に STÜRNER FS Schützte (1999) S. 913, 927f. 参照。
- 35) RERROT I (1977) S. 653.

- 36) 同様に評価するものとして, SPELLENBERG FS Henckel (1995) S. 841, 860 aE. u. RITTER ZJP 87 (1974), 138, 152f., とりわけ, C. Cass. Bull. civ. 1988 I Nr. 188 参照。しかし, PERROT/FRICERO Jur. Class. artt. 1349-1353 Fasc. 2 Nr. 125 aE.
- 37) アメリカは既に別様である。訴訟上の原則としてのコートラル・エストッペルとイシュー・プレクルージョンである。KOSHIYAMA, a. a. O. Fn. 31, S. 37f. 参照。その39頁以下のアメリカ統一の解釈も参照。
- 38) Brusden v. Humphrey [1884] 14 Q. B. D. 141 しかし, アメリカ合衆国では異なっている。
- 39) BOWER/TURNER (2. Aufl. 1969) Nr. 192 「それなしでは存立しえない重要な基礎」。
R v. Harington, Middle Quarter (Inhabitants) [1855] 4 E. & B. 780, 794ff.=E. R. 199, 288: HALSBURYs Laws XVI Nr. 977.
- 40) 詳細は, BOWER/TURNER (2. Aufl. 1969) Nrn. 197ff.; RITTER ZJP 87 (1974), 138, 170-172; ZEUNER FS Zweigert (1981) S. 603, 606f.; SPELLENBERG FS Henckel (1995) S. 841, 847ff.; STÜRNER FS Schütze (1999) S. 913, 921f. これについてのリーディングケースは, Hendderson v. Henderson [1843] 3 Hare 100, 114f.
- 41) ここでは, それどころか, 場合によっては既判力は当事者の限界を越えて効力を及ぼしうる。North West Water Ltd. v. Binnie & Partners [1990] 3 All E. R. 547, 552, 558ff. m. w. N. しかし, ここでは「訴訟の濫用」が認められる。
- 42) Slg. 1987, 4861=NJW 1989, 665, 肯定的なものとして, SCHACK IPRax 1989, 139ff. [II] 批判的なものとして, M. Wolf FS Schwab (1990), 561, 562ff. u. PFEIFFER Jb. JZW 1991, 71, 84f. むしろ懐疑的なものとして, LEIPOLD in: KROECHELL/CORDES (1995) S. 67, 72ff.: 既判力との切り離しか。最近これを確認したものとして, EuGH JZ 1995, 616, 618 (The Taty/The Maciej Ratay), これにつき, P. HUBER JZ 1995, 603ff. [I] u. CHR. WOLF EuZW 1995, 365f. [III]. しかし, ここでは, グローバルになされ, 先行して提起された消極的確認の訴えと, 同時に補充性原則が問題となる。その他に, OLG München EuZW 1994, 511. これに対し, OLG Koblenz EuZW 1991, 158, 159f. は, ZPO 322条2項の下に当てはまる。
- 43) 同様に解釈するものとしては, M. KOCH, Unvereinbare Entscheidungen... (1993), S. 161. EuGVÜ 27条3項の問題状況につき, MARTINY Hdb. IZPR III/2 Kap. II Rn. 138f. を参照。
- 44) MILLAR Mich. L. R. 39 (1940/41), 238, 262f.
- 45) 一定の懐疑を示すのは, 以下のものだけである。GRUNSKY, Grundlagen des Verfahrensrechts (1970), § 38 II 2, S. 320 mit § 46 ArbGG Rn. 17 u. TRYASKALIK, Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage (1978), S. 130ff., insbes. S. 134, 146, 150.
そのように近時解するものとして, しかし, 付随的なものにすぎない SCHILKEN JZ 2001, 199, 200/201 もっとも, 独立の確認の訴え (ZPO 256条1項) の誤った前提のもとにある。しかし, 独立の確認の訴えはまさに前提問題について判断することを「確定し」たのではない。
- 46) 最近になりやっと再びそれを示したものとして, BGH NJW 1995, 1097 [1] (補償請求権

前提問題の確認可能性（ミュンヒ）

- の算出についての評価形式）。同様のものとして、BGH VersR 1975, 440, 441 a.E.; RG LZ 210, 211 a.E.（「かかる方法で、法律関係についての争いを裂くことの[不]許容性」。
- 47) 相手方が一方的に自己の給付の訴えをもはや取り下げ得なくなるとすぐになされる、まさに（消極的）確認の訴えもそうである。
- 48) Vgl. Insoweit nur RGZ 68, 266, 271; BGHZ 85, 367, 373（一部請求）ならびに RGZ 149, 96, 98; BGHZ 46, 242, 244,（一部譲渡）。一部請求の既判力の射程範囲については、BGH 85, 367, 373/374; NJW 1985, 2825, 2826; NJW-RR 1987, 525, 526.
- 49) BGH NJW 1995, 1097.
- 50) BGH NJW 1995, 1097; MünchKomm/LÜKE § 256 Rn. 22 a.E.（「抽象的な」法律問題の確認について）。
- 51) BGHZ 68, 331, 334 [II 3a] は、かかる事件だけを念頭に置いている。
- 52) RG HRR 1935 Nr. 813 a.E. aber: RGZ 126, 234, 236 a.E!
- 53) BGHZ 8, 383, 384 mit S. 384/385（実体的権限）; BGHZ 72, 34, 38（個々の請求の根拠）
例外としては、いわば「職権による」中間確認判決を認めている ZPO 304条がある。
- 54) そのように明確にするものとして、BGH NJW 1994, 1651, 1652 [II].
- 55) これに関しては別の理由で同一の帰結に至る、TARZASKALIK, a. a. O. (Fn. 45), S. 149f. も参照。
- 56) BGB 242条の年金については、BAG AP NR 111; 近時は、一方では、BAG AP Nr. 20 zu § 7 BetrAVG m. w. N. BSG 31, 240; 43, 137（適法性） 他方では、BSG 4, 184, 37, 247（例外事例）。
- 57) U. v. 18. 11. 1968-3 AZR 255/67, NJW 1969, 680.
- 58) Amtl. Bergr (BT-Drucks. 7/2729) S. 66 zu Art. 1 Nr. 19.
- 59) LARENZ/WOLF (8. Aufl. 1997) AT § 13, Rn. 13, 24ff: 基本関係, 組成, 権能。
ENNECCERUS/NIPPERDEY I § 71, S. 427f: 法制度, 構成および単純関係。
内容上に最終的には、ESSER (2. Aufl. 1960) § 25 [1/2], S. 77f: 「目的条件的社会的関係」
HELLWIG (1900) S. 41 は最初内容を弱めているので、以下のように認識する: 全体および個別債務関係。
- 60) これは恐らくすでに RGZ 10, 413, 414が判示するところである。さらに RG Recht 1902, 206 もそうである。別様に理解するものとして、RGZ 74, 292, 294, a.E.
- 61) RGZ 107, 303, 305（他の視角では、過去の法律関係に関する予備的な確認の利益?）。
- 62) RGZ 126, 234, 237; BGH NJW 1984, 1556 [II 1a]; BGHZ 109, 275, 276=JZ 1990, 392 m. Anm. BREHM=Rpfleger 1990, 246 m. Anm. MÜNCH=ZJP 103 (1990), 335 m. Anm. SMID; BAG NJW 1985, 220, 221; JAUERNIG ZPR (27. Aufl. 2002) § 34 II 2, S. 139.
- 63) BGHZ 109, 306, 312 u. RGZ 92, 1, 6/7（遺留分割奪権）; RG JW 1938, 1188 u. OLG Hamm NJW 1981, 2473, 2474（解除権）; HELLWIG (1900) S. 2f.; STEIN/JONAS/SCHUMANN § 256 Rn. 24.
しかし、この場合なお確認の利益および権利保護の必要性についての問題は残る！（MünchKomm/LÜKE § 256 Rn. 15）
- 64) たとえば、RGZ 122, 266, 269 a.E. mit RG JW 1914, 460（団体からの除名の無効性）

これについては、ZEUNER FS Schumann (2001) S. 595, 599 m. w. N. も参照。しかし、これとは異なるものとして、OGH JBl 1997, 453.

- 65) RGZ 74, 292, 294 (瑕疵の抗弁); OLG Hamm NJW 1981, 2473, 2474; STEIN/JONAS/SCHUMANN § 256 Rn. 24 (履行拒絶); MünchKomm/LÜKE § 256 Rn. 15.
- 66) 積極的なもの (BGH NJW-RR 1992, 252, 253; 1987, 1439, 1440 [2] u. RGZ 98, 143, 145; 41, 345, 347) 否定的なもの (BGHZ 123, 44, 48f.)
- 67) しかし、これとは異なるものとして、RGZ 158, 164, 167 mit RG JW 1909, 497, 498.
- 68) 以下のような STÜRNER FS Schütze (1999) S. 913, 933ff. [VII 2] の期待は吟味していない。; ヨーロッパにおける「最も小さな共通分母」。また、批判として、FORESTE ZZP 118 (1995), 167, 174f. 既判力概念は「首尾一貫してはいるが、殆ど満足のできるものではない」。

[訳者後記]

本翻訳原稿は、ゲッチンゲン大学法学部・ヨアヒム・ミュンヒ教授 (Prof. Dr. Joachim Muench) が2002年3月14日に立命館大学 (国際学術交流研究会) において講演されたセミナー原稿の翻訳である。原文タイトルは、„Die Feststellungsfähigkeit von Vorfrage – europäischer Einfluss auf das nationale Prozessrecht?“ (Ritsumeikan Law Review Nr. 20, 2003) である。本翻訳原稿の公表についてご快諾いただいたミュンヒ教授に対して感謝申し上げる次第である。同教授とは、過去何回かドイツの民事訴訟法学会等で議論する機会があった。今回、関西大学とゲッチンゲン大学との学術シンポジウムで来日された折りに、関西大学法学部の竹下賢教授に無理なお願いして本学でセミナーを開催させて戴いた。改めて関西大学の関係各位に記して感謝の意を表する次第である。尚、ミュンヒ教授は、ロルフ・シュトゥルナー門下として日本の研究者の中にも多くの友人がいるが、セミナー当日は、とりわけ学問領域を共有する越山和広教授 (香川大学法学部) に議論の通訳について大変お世話になった。なお、本翻訳原稿の公表が大幅に遅れたことは私の個人の責任である。関係各位に心よりお詫び申し上げまする次第である。

[出口雅久記]