

Gaius-Institutionen 写本の発見と 民事訴訟法学の転換点

—Bethmann-Hollweg, Keller と Savigny—

松 本 博 之*

目 次

献 辞

- I Gaius-Institutionen の写本の発見
- II 19世紀普通法学における Litis Contestation と既判力
 - 1 自然法論の国家目的との関連での既判力
 - 2 L.C. と判決の効力
 - 3 Bethmann-Hollweg の L.C.=訴訟上の合意説
 - 4 Keller の必要的更改説
 - 5 Göschen による L.C. の訴権消耗効の否定
 - 6 Wächter による L.C. の訴権消耗効の否定
 - 7 Savigny の既判力理論
 - 8 Savigny に対する批判
- III おわりに——既判力理論の新たな出発点

献 辞

本小稿は、出口雅久教授の立命館大学定年退職に当たり、これまでのご厚誼に感謝し、今後のご健康と活躍を祈り、出口教授に捧げるものである。

出口教授は、ドイツ・フライブルグ大学で故ペーター・アーレンス教授のもとで研究され、学位を取得された。筆者は、時期は異なるが、1978年から80年にかけてアーレンス教授のもとで研修を行ったので、いわばアー

* まつもと・ひろゆき 大阪公立大学名誉教授

レンス門下生として長いお付き合いをさせていただいている。出口教授は、とくに筆者が在籍した大阪市立大学（現、大阪公立大学）法学部とフライブルグ大学法学部との間の学術交流として行われてきた共同シンポジウムにおいて討論の通訳として協力された。また、大阪でのシンポジウムのさい来日したフライブルグの教授達が立命館大学で講演をしたり、京都見物に招かれたりして国際学術交流の実を上げることができた。出口教授は広く日独間の国際学術交流においても活躍された。特筆すべきは、国際訴訟法学会の理事を務められたことであろう。長年のご厚誼の感謝の印として、この小稿を出口教授に捧げる。

I Gaius-Institutionen の写本の発見

1816年、ローマ史家 Barthold Georg **Niebuhr** (1776-1831) は、Heiliger Stuhl (ローマ教皇庁) におけるプロイセンの公使としてローマに赴任した¹⁾。かれは、この赴任旅行の途次、別の書物の下に隠れているガイウス

1) **Niebuhr**, Barthold Georg (1776-1831): Kopenhagen 生まれ。歴史家、古代研究家で政治家。著名なオリエント学者 Carsten Niebuhr の息子で、「コスモポリタンな神童」(Th. Mommsen) といわれた。1810年に、Niebuhr は開設したばかりの Berlin 大学で講義をするための短期の招待に応じて、テーマとしてローマ史を選び、これを例に、かれの政治理想を説こうとした。この講義は、それまで誰もしなかったほど力強く、種々の発展段階におけるローマの諸制度の具体的機能を論じ、政府高官も訪れた講義は、センセーショナルな成功を取めたとされる。Niebuhr が友人たち、とくに Savigny に迫られて大急ぎで公刊した講義テキストは、歴史主義の基本文書の1つと見なされた。

1816年、Niebuhr は Heiliger Stuhl におけるプロイセンの公使としてローマに赴任した。かれがガイウスの Institutionen の写本を Verona で発見したのは、この赴任旅行の途次であった。ライン・プロイセンにカトリック教会を新たに組織するというローマでのかれのミッションは成功を取めた。それと並んで、かれは同地で包括的な古代研究を行った。1823年帰国後、Niebuhr は家族と共に Bonn に住んだ。1825年には、1818年設立の Bonn 大学に教授として招聘された。Bonn では、Hasse らとともに、Savigny らの雑誌 *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* に対抗して、雑誌 „Rheinisches Museum“ を創刊した。以上、*Walther, Gerrit*, Niebuhr, Barthold Georg, NDB 19 (1999), 219-221 による。

Institutionen (法学提要)の写本をヴェローナの教会附属図書館で発見した²⁾。

この世紀の発見の報を受けた Friedrich Carl von Savigny (ザヴィニー)の提案により、プロイセン王立科学アカデミーは、1817年の春に Gaius の写本の解読作業のため、Savigny の同僚である Johann F.L. Göschen³⁾ (ゲシェン)と文献学者 August Immanuel Bekker (ベッカー) (1785-1871) をヴェローナに派遣した。後に「訴訟法における歴史法学派」と呼ばれる⁴⁾、当時ベルリン大学法学部の学生であった Moritz August von Bethmann-Hollweg (ベトマン=ホルヴェーク)⁵⁾は、Savigny の徳意にもか

2) 写本の発見について、船田享二・ガイウス法学提要(1967年・有斐閣)53頁以下；佐藤篤士監修／早稲田大学ローマ法研究会・ガイウス 法学提要(2002年・敬文堂)Ⅵ頁以下参照。写本の邦訳には、これらのほか、西村重雄訳「ガイウス・法学提要」久保正幡先生還暦記念・西洋法制史料選Ⅰ(1978年・創文社)所収がある。

3) Göschen, Johann Friedrich Ludwig (1778-1837): Berlin で1811年、Savigny のもとで学位を取得し、同年 Berlin 大学の員外教授、1813年同正教授、1917年から Savigny および Eichhorn とともに Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft の編集を担当した。1819/20年、ベルリン大学学長。1820年に出た „Gaii Institutionum commentarii“ の初版は、かれの Gaius 調査の果実であった。1822年 Göttingen 大学教授。

Göschen については、Steffenhagen, Göschen: Friedrich Johann Ludwig, ADB 9 (1879), 403; C. Vano, Der Gaius der Historischen Rechtslehre. Eine Geschichte der Wissenschaft, 2008, S. 92 Fn. 6.

4) K. W. Nörr, Zur Historischen Schule im Zivilprozess und Aktionenrecht, in: Tradition und Fortschritt im Recht, Festschrift zum 500-jährigen Bestehen der Tübinger Juristischen Fakultät, 1977, S. 75 ff.

5) Bethmann-Hollweg, Moritz August von (1795-1877): Göttingen で法学の学習を開始し、G. Hugo のローマ法を熱心に聴講したが、これに満足できず、Berlin に移り、1819年に Savigny のもとで教授資格を取得した。1823年以降 Berlin 大学でローマ法の教授を務め、1829年、Bonn 大学の招聘に応じ、1842年まで同地で教えた。その後は政治の道に進み、国王 Friedrich Wilhelm IV. の助言者であった。1858年からは、精神・教育・医療大臣であった。1862年、大臣の任期が終わると共に、かれは私学者として Bonn 南方にある Bad Breisig のかれの Burg Rheineck で „Der Civilproceß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung“ 全6巻の執筆を始め、1864年以後、同書が出版された。

Bethmann-Hollweg については、Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, III/2, 1910, Text, S. 295 ff., 471 ff., Noten, S. 129 ff.; A. Wach, Art. Bethmann-Hollweg, ADB 12 (1880), 762 ff.; C. Vano, aa.O. (Fn. 3), S. 146 ff.; S. Meder, Wie „geschichtlich“ die Historische Rechtsschule? Der römische Formularprozeß und die

かわらず、当初はこの解説作業に加わらなかったが、Bekker が約一月後にその共同作業を終え、別の調査のためヴェローナを去ることを望んだとき、共同作業に加わる決意をした。かれは、Göschen と Bekker による、発見された驚くべきもの (Wunderdinge) についての説明によって「法学における全革命」をなすためにプロジェクトに魅力を感じるようになったといわれる⁶⁾。かれは、1817年7月から同年10月まで、Göschen の助手としてヴェローナでの解説作業に従事した。当時すでに、人の法と物の法についてのガイウス法学提要の1～3編の解説作業は終了していたので、かれは基本的に第4編、すなわち権利保護制度とその手続に集中することができた。このようにして、Bethmann-Hollweg は、Gaius-Institutionen の第4編の解説と手続法の再構成に初めから関与した⁷⁾。そして、かれはその後、Savigny の勧めに応じて、元々の希望であった法実務への道を断念して研究の道に進み⁸⁾、民事訴訟の歴史についての重要な研究を多数公にする。Gaius-Institutionen 写本の発見の後、民訴法の研究との関連で関心の的になったのは、とくに古典期ローマ法の *Litis Contestatio*⁹⁾ と既判力であった。

↘ Forderungen zur Reform des Prozeßrechts um die Mitte des 19. Jahrhunderts, in: Karlheinz Muscheler (Hrsg.), *Römische Jurisprudenz - Dogmatik, Überlieferung, Rezeption*. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag, 2011, S. 433 ff.; *H. -P. Haferkamp*, *Christum und Privatrecht bei Moritz August von Bethmann-Hollweg*, in: Jens Eisele et al. (Hrsg.), *Naturrecht und Staat in der Neuzeit*, Diethelm Klippel zu 70. Geburtstag, 2013, S. 519 ff.; *M. Avenarius*, *Erkenntnis- und Inspirationsquellen der modernen Wissenschaft von römischen Zivilprozess*. Bethmann-Hollwegs Beitrag zu einer rechtswissenschaftlichen Wende, in: Heun und Schorkopf (Hrsg.), *Wendepunkte der Rechtswissenschaft*, 2013, S. 81 ff. 参照。

6) *Avenarius*, a.a.O. (Fn. 5), S. 89 f. 「法学における全革命」という言葉は、Bethmann-Hollweg が München の医師 Wilhelm Sämmering に当てた書簡において用いられているという。A.a.O., S. 89 Fn. 21.

7) *Avenarius*, a.a.O. (Fn. 5), S. 89 f.

8) *Avenarius*, a.a.O. (Fn. 5), S. 92 ff.

9) *Litis Contestatio* は、日本では一般に「争点決定」と訳されている (船田享二・ローマ法 V (1974年・岩波書店) 144頁; アルトゥール・エンゲルマン (小野木常/中野貞一

II 19世紀普通法学における Litis Contestation と既判力

1 自然法論の国家目的との関連での既判力

制度としての既判力の理由づけは、Danz の教科書において、法的安定性に求められる。すなわち、もし裁判官の裁判に対していつでも不服申立てができるならば、「一般的な福祉 (Wohlfahrt) の最大の不利益のみならず、国家の個々の構成員にも、訴訟は不死身になってしまう」ので、立法者は一定の時点からは「官庁により (behördlich) 下され、告知された裁判官の裁判が、不可逆の真実をなし、これに関わる当事者に関して変更できない法律となる時点¹⁰⁾」とした。ここには、一般的な福祉の実現という自然法論の国家目的との関連が現れている¹¹⁾。既判力は、「真実」と「不可変更的法律」の言葉で言い表される。そして、当時の最有力の訴訟法学者 Christoph Reinhard Dietrich **Martin** (マルチン) は、当事者が確定裁判に拘束されることを、「裁判 (richterlicher Ausspruch) への両当事者の服従 (Unterwerfung)」に基づくと説明した¹²⁾。ここには、自然法上の国家契約 (服従契約) への依拠が見られ、これは、既判力の主観的範囲、すなわち既判力が係争当事者、その承継人または事件の防御を第三者に委ねた者にのみ及ぶことの説明に役立った。

ㄨ郎編訳)・民事訴訟法概史〔2007年・信山社〕138頁、163頁など；林屋・西欧における民事裁判の発達と展開 (2021年・有斐閣) 35頁、56頁など)。しかし、方式書訴訟について、これが当事者の合意かどうかについて基本的に争いのある問題であり、内容的には訴訟対象を定め、審理されるべき事項と審判人を定めるので、「争点決定」という訳語は適切ではないと思われる。ここでは原語のまま記述し、以下で L.C. と略記する。

10) *Danz*, Grundsätze des gemeinen, ordentlichen, bürgerlichen Processes, 1.Aufl., 1791, S. 525. 類似の見解は、*Claproth*, Einleitung im ordentlichen bürgerlichen Proceß. Zum Gebrauche der praktischen Vorlesungen, 3.Aufl., Bd. II, 1795, S. 514; *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Helffeld. Ein Commentar, Teil XI, 1809, S. 85 にもみられる。

11) *O. Vossius*, Zu den dogmengeschichtlichen Grundlagen der Rechtsschutzlehre, 1985, S. 86 の指摘。

12) *Martin*, Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes, 1. Aufl., 1800, S. 220 f.

Nicolaus Thaddäus **Gönner** (ゲナー) は「最高の原則としての法的審問の付与は、争訟の開始に限られるのではなく、無制限的な必要性をもって裁判手続のすべての部分および段階ならびに特別の訴訟種類に及ぶ」けれども、当事者が法的審問を放棄した場合には、判決の効力はこの当事者の不利に及ぶと主張した。かれは、既判力を事物の本性や法的防御の放棄に根拠を有する制度であると説明した¹³⁾。

自然法上の国家契約論によって既判力を根拠づけることは、既判力の主観的範囲を決めるのに役立つ、若干の文献がより詳しくこの問題を扱った。これに対し、既判力の客観的範囲に関しては、文献は、「既判力論との関連で言及される限り、同一事件に関する新たな争いは、排除される」という形式的な命題を掲げるにとどまっていたが、しかし、既判事項の抗弁の条件の問題を扱わなかったという意味ではなく、別の個所で、すなわち「アクチオの競合」の場で扱った。係属したアクチオが同一事件を排除する効力は、同一当事者間で同一のアクチオが繰り返される場合に限りならず、異なる多数のアクチオが主張される場合または異なる当事者間で同じアクチオが主張される他の多数の場合においても、同一事件かどうかの問題となったが、前者（同一当事者間での繰り返し）の場合が「アクチオの競合」と呼ばれ、後者の場合は人的競合と呼ばれた。Carl Georg von **Wächter**¹⁴⁾ (ヴェヒター) は、アクチオの競合を「訴え (Klage) の複数」と

13) *Gönner*, Hanbuch des deutschen gemeinen Processes, 2. Aufl., Bd. 1, 1804, S. 18.

14) **Wächter**, Carl Georg von (1797-1880): Württemberg 王国の出身で、1818年 Tübingen 大学の員外教授、1822年に法の正教授になり、かつ学位を取得、1825年～1828年 Tübingen の学長で副大学管理官 (Kanzler)、1833年～1835年 Leipzig 大学で教え、1835年から1851年まで Tübingen 大学管理官、1839/48年 Württemberg 王国の下院議長を務めた。1851年 Lübeck へ行き、上級上訴裁判所所長になる。1852年から Leipzig 大学教授、1858～1860年同大学学長。北ドイツ連邦の憲法制定議会のメンバー。ザクセン王国の枢密顧問官など歴任した。1860年に設立されたドイツ法律家大会 (Deutsche Juristische Tagung = DJT) の設立者の1人で初代理事長に選ばれた (以後数度再選) (DJT については、鈴木正裕・近代民事訴訟法史・ドイツ (2011年・信山社) 147頁以下が詳しい)。

Wächterについては、*Ch. Mauntel*, Carl Georg von Wächter (1797-1880): Rechtswissenschaft im Frühkonstitutionalismus, 2004; *B. Windscheid*, Carl Georg von Waechter, ↗

見て、それゆえ、複数の訴えが同一の目的を狙っている場合をアクチオの競合と解した¹⁵⁾。そして、訴えの競合と権利の競合を明確に区別し、両者を混同すべきでないことを強調した。後に、Friedrich Carl von Savignyも複数の訴えに共通する法律上の対象 (juristischer Gegenstand) または目的 (Zweck) が同一である場合をアクチオの競合と解し、ここで適用される全く単純な原則は「だれかがある訴えによって取得したものを、かれはもう一度他の訴えによって要求することはできない」という定式で表現することできるとした¹⁶⁾。そして、アクチオの消耗原則の方は「一度棄却された訴えは、改めて提起することができない」という一般的命題で表現した。これによって、Savignyは消耗原則とこれと交錯しそうに見える訴訟原則の明確な線引きに成功したとされる。

なお、1830年頃までのドイツ普通訴訟学は、L.C. を、原告の訴えに対する被告の応訴 (Einlassung) と捉えていた。そして、L.C. は、裁判所の下す判決を受けるべき当事者の義務を意味するものと解された¹⁷⁾。当時の現行法 (普通法) においては、ローマ法が L.C. に結び付けた効果は、裁判所に提出された訴状に不備が見当たらない場合に裁判所が発する伝達命令 (Kommunikativdecret) (ここで、裁判官は被告への訴えの通知を命じ、被告の態度決定のための期間を定める) の送達 (Insinuation) によってすでに生ずると解されていた¹⁸⁾。

↘1880; *O. von Wächter*, Carl Georg von Wächter: Leben eines deutschen Juristen, 1881; *G.Schiemann*, Zum Einfluß Carl Georg von Wächters auf die Entstehung des BGB. in: Franz Dorn (Hrsg.): Festschrift für Kleinheyer, 2001, S. 419-435; *v.Eisenhart*, Wächter, Carl Georg von, ADB 40 (1896), 435-440 を参照。

15) *Wächter*, Handbuch des im Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. 2, 1842, S. 459 f.

16) *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. V, 1841, S. 208.

17) Vgl. *S.Schlinker*, Litis Contestatio, 2008, S. 445 ff.

18) エンゲルマン (小野木/中野編訳)・前掲注 9) 377頁; *Martin*, aa.O. (Fn. 12), S. 114; *Danz*, aa.O. (Fn. 10), 4. Aufl., S. 304; *Glück*, aa.O. (Fn. 10), Bd. VI, 1800, S. 173; *Gömmel*, aa.O. (Fn. 13), 2. Aufl., Bd. II, 1804, S. 188 ff; *Grolman*, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 2. Aufl., 1803, S. 339.

判決の効力については、普通法では研究が進展していなかった。すなわち、内容的には、確定判決の効力は「形式的権利の創設」にあり、その内容は真実と見なされなければならないとされたが、古い学説や新しい学説も、確定判決が誤って被告を免責した場合、被告は判決確定後もなお自然債務を負うとし、したがって、免責判決を受けた被告が判決確定後に誤って債務を弁済した場合にも、非弁弁済の返還請求は許されないとする見解が多かったといわれる¹⁹⁾。

2 L.C. と判決の効力

Gaius-Institutionen 写本の発見によって、とくに注目されたのは、Gaius, III, 180 の伝える諺 „et hoc est, quod apud veteres scriptum est, ante litem constetatum dare debitorem oportere, post litem constetatum condemnari oportere, post condemnarem iudicatum facere oportere [...]“（さらに、債権債務関係は、法定訴訟によって訴訟が行われた場合に限り、争点決定によって消滅する。というのは、争点決定時にたしかに元の債権債務関係は消滅するが、被告は争点決定によって新たな義務を負うことになるからである。けれども、その被告が有責判決を受けた場合、争点決定が消滅し、被告は判決によって新たな義務を負うことになる [...]）²⁰⁾の意味である。この問題に直面して、L.C. とこれと密接に関連する判決の効力をめぐって重要な新しい研究が登場する。それは、Bethmann-Hollweg と Friedrich Ludwig Keller（ケラー）の研究である。そしてまた、かれらの見解に対する Ernst Immanuel

19) Vgl. K.-A.v. Vangerow, Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen, 1. Aufl., 1839, S. 204.; Wächter, Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Würtembergischen Privatrechte, 3. Heft, 1846, S. 136 f. (Wächter は、真実は債務を負っている債務者が誤って免責判決を受けた場合、自然債務が存続するという見解を、法的安定性を基礎とする既判力の一般原則に合致しないものとして批判した。そのさい、かれは、E. Fein, Der mit Unrecht freigesprochene Schuldner bleibt trotz der Freisprechung naturaliter obliegt, AcP 26 (1843), 161 ff. を指示して、19世紀のドイツの法律家においては、自然債務肯定説とこれを否定する見解が拮抗していると指摘した)。

20) 邦訳は、佐藤監訳・前掲注 2) 168頁による。

Bekker (ベッカー) の批判も生じた。

3 Bethmann-Hollweg の L.C.=訴訟上の合意説

Bethmann-Hollweg が Gaius の写本の解読に貢献したことはすでに述べた。かれがガイウスに関連する論文を書くことはごく自然な成り行きであった。かれは、市民法上の対人訴訟における L.C. によるアクチオの消滅に関する Gaius, III, 180 に関心を寄せる²¹⁾。そして、かれは、後述の Keller の著書と同じ1827年に、L.C. を「準契約 (Quasi-Contract)」と見る見解を再び取り上げたが、L.C. を Contract (契約) と性質づけず、専ら審判手続 (judicium) への服従に向けられた訴訟上の合意と捉え²²⁾、これを

21) *Bethmann-Hollweg*, Ueber Repräsentation im Prozeß, in: *ders.*, Versuche über einzelne Teile der Theorie des Civilprocesses, 1827, S. 138, 150 f. Note 17. もっとも、それ以前に Gaius, III, 180 を取り上げた著作として、*Ribbentrop*, de necessaria, quem vocant novatione, commentatio, 1822; *ders.*, Commentatio ad L. 16 § 5 D.de pignoribus et L. 9 § 1 D.de exceptioe rei iudicatae, 1824 があったといわれる。Vgl. *Vossius*, a.A.O. (Fn. 11), S. 91 Fn. 178.

22) *Bethmann-Hollweg*, „Keller, Litiscontestatio“, Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft, 5 (1829), 65, 75, 79. 当然、方式書訴訟における L.C. を、法律訴訟における L.C. とは異なり、当事者の行為ではなく、政務官の面前における法定手続 (in iure) の「観念的終点 (der ideelle Endpunkt)、完了」を示すにすぎないと主張した後掲注 32) の Keller, Litis Contestatio, S. 6 ff., 80, 107 との対決が生ずる。Bethmann-Hollweg は、「L.C. 二面的当事者行為が、至る所での効力の原因としてあげられている。それゆえ、われわれは、これを両当事者の意思 (Willkür)、その一致から発するものとしてのみ考察することができる。特示命令訴訟との比較はこのことを確認する。もっとも特示命令訴訟では、法務官は直接本案の処分、仮の裁判を發し、それゆえアクチオ訴訟において L.C. に帰せしめられる効果も、ここでは特示命令の發令から演繹されるのが普通であった」(S. 78) と主張し、Keller の必要的更改説を詳細に批判した。Bethmann-Hollweg の訴訟上の合意説に対し、Savigny はこの見解は「真 (wahr) なのだが、一面的であり、そして、全関係の最重要で最も不変的な側面を表現していない。この点で適切な表現は L. 3 pr. jud. solvi. (46.7) „sententiae——se subdiderunt ((保証人は) この裁判官の裁判に服した)“にある」と批判した (*Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. VI, 1847, S. 32 Fn. r)。Bethmann-Hollweg は、後に *Der römische Civilprozeß*, Bd. I, 1864, Nachdruck 1959, S. 178 Fn. 4 において、Keller の見解に対する批判を取り下げた。曰く、「書面により作成される Formula は Jus と Judicium の関連をより単純に保全し、かかる Litis contestatio を不要にした」ことをコロンブスの卵として承認する Keller の見解に対し、私は以前抵抗

基礎に、訴訟における当事者間の関係を債務的關係として把握し、当事者の判決承認義務をこの訴訟上の合意に基づく法的効果と性質決定した。

「ローマ法によれば、訴訟の開始と終了は、当事者間における債務的關係を根拠づける。この関係は、実際に他には考えられない。なぜなら、裁判官職の目的が達せられるべきだとすれば、判決は、不可変更でなければならず、それは内的真実を顧慮することなく判決を承認するよう当事者に義務を負わせなければならないからである。しかし、このことは、すでにローマ法の判決債務 (obligatio iudicate) である」²³⁾。

Bethmann-Hollweg にあっては、たとえ判決が誤判であった場合にも、判決の既判力は、L.C. の効果としての iudicium facere oportere（審判手続を受けることを要する債務）により基礎づけられる。そのさい、判決に拘束力がなければ、裁判官職の目的は達成できないという観点が強調されている。ドイツにおける権利保護思考の歴史を研究した Oliver Vossius によれば、ここで、Bethmann-Hollweg は、古い文献ほどには法源に依拠しておらず、「裁判官職の目的のような自然法由来の問題提起によっており、この前提が法源解釈を指揮している。古い文献の問題提起への依存は、かれの次の説明から一層明らかである」²⁴⁾。

ゝした。[...] 後に、私は完全にその正しさを確信した」と。なお、Keller の見解は支持を集めたが、これに対して後に、*M. Wlassak, Die Litiskontestation im Formularprozeß (aus Breslauer Festschrift für Windscheid)*, 1889, S. 53 ff. が批判を展開し、L.C. を仲裁契約に由来する両当事者の訴訟契約と捉え、支持を集めたが、著者の没後批判され、論争が続いた。この論争について、西村重雄「ウラサクの litis contestatio 論(1)～(3)」民商66巻3号421頁以下、4号604頁以下、5号796頁以下（いずれも1972年）が詳しい。

23) *Bethmann-Hollweg*, aa.O. (Fn. 21), S. 148 f. Savigny 自身は、ユ帝法についての、L.C. が準契約であり、それゆえ契約類似の債権を生み出すという通常理解に賛成できるとし、契約性を認めるが、自由な意思に基づく真の契約でなく、「擬制された契約」であるとした (*Savigny*, aa.O. (Fn. 22), S. 31)。かれによれば、「L.C. においては、確かに両当事者は協力する者として現われるが、しかし、債権の設定は、両当事者の、しないことも可能なような自由な決心に基づくものではなくて、拒否できない訴訟法の規定に基づく」 (*Savigny*, aa.O. (Fn. 22), S. 32)。

24) *Vossius*, aa.O. (Fn. 11), S. 92.

「訴訟の開始と共に成立するオブリガチオを認めることは、必ずしも必然的ではない。だが、そのためにも一般的理由を述べることができる。すでに権利とその侵害は、原告と被告との間に、本当はオブリガチオと名付けることはできないにせよ、オブリガチオと比較される人的関係、すなわち、アクチオを生み出す。しかし今、訴訟が生じ、両当事者がそれによって接近する場合、かれらを取り巻いているかの法的紐帯が狭まること、そして、かれらが厳格な意味で相互に債務を負っていると見なされることは、当然の結果である」²⁵⁾。

ここには、明瞭に Savigny の侵害説²⁶⁾の影響がみられる。L.C. が権利侵害のアナロジーとして現れ、訴訟の開始が改めて侵害された権利の修正を惹起する。このように、L.C. の効力は、主観的権利の修正として把握される。ところが、L.C. においては当事者の契約締結意思が明らかでない。それにもかかわらず、L.C. が後述の Keller のように必要的更改 (novatio nessesari) ではなく、訴訟上の合意でなければならない理由は、Bethmann-Hollweg にとって何なのであろうか。

「この見解をより鋭く形成する特別の理由は、もちろんローマの裁判所構成 (Gerichtsverfassung) にあった。なぜなら、そこでは審判人 (Judex) にはあらゆる公権力が無かったので、当事者が、L.C. がそのようなもの

25) *Bethmann-Hollweg*, aa.O. (Fn. 21), S. 149 f. *Bethmann-Hollweg* 以前に、*Glück*, aa.O. (Fn. 10), Teil VI, 1798, S. 190 は「L.C. の効力に関する限り、それはなおローマ法によれば、この行為があたかも契約 (Contract) のように見られたことに主としてその原因があり、それによって、問答契約のように新たな債務が根拠づけられたのみならず、いくつかの点で提起された訴えの性質が変更された」と述べて、準契約から L.C. の効力を説明した。しかし「今日では訴えに対する応訴はもはや準契約とは認められない」と主張していた (S. 203)。

26) Savigny は、侵害前の状態の権利と侵害後の状態の権利を区別し、後者をアクチオ権とし、権利侵害によって主観的権利からアクチオへの移行が生ずるという体系を構想した (*Savigny*, Briefe Savignys an Georg Arnold Heise, herausgegeben von Otto Lenel in: *SavZ/RA* 36 (1915), 96, 116 f.). Savigny の訴権論については、富樫貞夫「ドイツ訴権論の成立過程——とくにその前提条件を中心として」*民訴雑誌*11号 (1965年) 98頁以下も参照。

と見なされた訴訟の正式の開始によって、契約によるように、審判人の裁判に服したことは当然であった。そして実際に、L.C. によって打ち建てられた当事者の双務的な債務の内容は、この審判手続の存続の間およびその結果につき、この審判手続に服するという債務に他ならない²⁷⁾。

Bethman-Hollweg は、このように述べ、古典期ローマの審判人に公権力がなかったことを非常に重視し、当事者がその意思によって訴訟の結果を受け入れる旨約束したことに判決の効力の根拠を求めた。

「しかし訴訟の結果についても、両当事者はすでに今、裁判官の判決を、それがどのような結果であろうとも承認する義務を負ったのである。被告はすでに今、有責判決の場合、判決債務 (Judikatum) を履行する義務を負った。原告は免責判決の場合、被告にさらに請求しない義務を負った。そう、この点に、同じ事件を別の訴訟 (Judicium) において追求しない消極的義務が両当事者にあった²⁸⁾。

以上の L.C. の訴訟上の合意説によれば、L.C. によって基礎づけられる新たな債務と訴権との関係は、上記の両当事者の消極的義務によって規定される。しかし、訴権は L.C. によって消滅しない。原告は第 2 の訴訟においても一度訴求することができるが、被告は第 2 の訴えに対して *exceptio rei in iudicium deductae* (訴訟が審判手続に入ったことに関する抗弁) を盾にすることができ、対人訴訟において *formula in jus concepta* (市民法上の請求の表示をもつ方式書) と *legitima iudicium* (法定訴訟) で訴えられた場合においてのみ、訴えの基礎となった債務が L.C. によって法上当然に消滅し、この場合には更改に比較され、*exceptio rei in iudicium deductae* はもはや必要でなかったと説明される²⁹⁾。

これに対し、L.C. によって生じた債務は、訴訟の結果にとって暫定的、

27) *Bethmann-Hollweg*, aa.O. (Fn. 21), S. 149 f.

28) *Bethmann-Hollweg*, aa.O. (Fn. 21), S. 150 f.

29) *Bethmann-Hollweg*, aa.O. (Fn. 21), S. 151.

準備的なものであり、この債務は既判力 (res judicata) とともに消滅し、actio iudicati (判決訴権、判決債務履行請求訴訟) に代わる。裁判官の特定の判決を承認することは、両当事者の訴訟上の合意に基づく双務的義務であり、両当事者は、有責判決の場合にも免責判決の場合にも、裁判官によって裁判されたものを真実として妥当させる義務を負うので、同一事件を新たな訴訟の対象となし得ない。有責判決の場合の被告の履行義務は判決訴権によって主張され、再訴の場合の義務違反は既判事項の抗弁によって主張されると説明される³⁰⁾。

Bethmann-Hollweg は、以上の L.C. と res judicata の効力はユ帝法においても変わりはなく、ただ、exceptio rei in iudicium deductae は既判事項の抗弁と異なる理由としてはもはや現われないこと、および、原告の権利はもはや法上当然には消滅しないことだけが異なると見た³¹⁾。

4 Keller の必要的更改説

(1) Keller

Gaius の写本が解読され、最初に出版されたのは、1820年である。その7年後の1827年にチューリッヒ (後にベルリン) のロマニステン Friedrich Ludwig Keller³²⁾ (ケラー) が著した „Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht“ (古典期ローマ法によるリティス コンテ

30) *Bethmann-Hollweg*, aa.O. (Fn. 21), S. 152.

31) *Bethmann-Hollweg*, aa.O. (Fn. 21), S. 152 f.

32) **Keller**, Friedrich Ludwig (1799-1860): Berlin (Savigny のもと) と Göttingen で法学を学び、1822年に出版されたローマ法に関する学位論文は注目を集め、1824年以降、Zürich の政治研究所で私法を講じ、1826年に教授になった。1833年 Zürich 大学開設後、Zürich 地方法とローマ法の同大学の員外教授になり、1848年正教授になった。1827年に出版された „Über Litis Contestation und Urtheil nach klassischem Römischem Recht“ で学問的名声を得た。1831/37年 Zürich 上級裁判所々長、1831年政府の一員として司法改革を行い、民法の法典化を行うなど政治的活動を行ったが、1839年の政変により、Baden に逃避しなければならなかった。1843年 Halle 大学、1847年 Berlin 大学の教授 (Puchta の後任) に就任した。

スタチオと判決について）が、Gaius 法学提要の発見に逸早く注目し³³⁾、これから新たな知見を引き出した。既判事項の抗弁の「積極的機能」は、かれが最初に発見した顕著な業績である³⁴⁾。Keller は、L.C. と判決を、訴訟に属する問題としてではなく、実体的アクチオ法の問題、すなわち、L.C. と判決が係争法律関係に及ぼす影響の問題として論じた。中心的論点は、novatio nessesari（必要的更改）と、Gaius において発見された方式書訴訟における「アクチオ（訴訟）の消耗」である。

(2) アクチオ（訴訟）の消耗

アクチオの消耗は、法源上、既判事項の抗弁³⁵⁾と関連づけられている。Keller は、L.C. と判決のもつ実体的効力の法源上の理由づけを、両者による二度の更改に求める（「必要的更改」³⁶⁾）。すなわち、市民法上の対人訴訟においては、前者すなわち L.C. により、アクチオは審判手続に係属すると同時に消滅し、当事者は一度 L.C. に至ったアクチオを改めて提起することはできなかったが³⁷⁾、L.C. と同時に、もとの債務者の「与えることを要する（dare oportere）債務」が、原告の主張する事実が証明されたときは「有責判決を受けることを要する（condemnari oportere）債務」に変じた。この場合、従来付属物（Akzessorien）は、法的安定性の理由により影響を受けない³⁸⁾。ただし、この原則は補充を要するとする。すなわ

33) Keller, aa.O. (Fn. 32), Vorrede, I f.

34) K.Reischl, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Zivilprozeß, 2002, S. 48.

35) Gaius, IV, 107: 「これに対して、法定訴訟で、市民法上の請求の表示をもつ方式書で対人訴訟が行われた場合、法上当然に再び同じ事件について訴訟を行うことはできない。したがって抗弁は必要ない。けれども、対物訴訟または事実にもとづく〔方式書〕で訴訟が行われた場合には、法上当然に再び〔同じ事件に付いて〕訴訟を行うことができる。したがって、既判物の抗弁、あるいは訴訟係属の抗弁が必要になる」(邦訳は、佐藤監修・前掲注 2) 215頁による)。

36) Keller, aa.O. (Fn. 32), S. 87 ff., 106 ff.; ders., Der römische Zivilprozess und die Aktionen in sumarischer Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen, 1852, S. 253 ff.

37) Keller, aa.O. (Fn. 32), S. 85.

38) Keller, aa.O. (Fn. 32), S. 99.

ち、対人訴訟においては、この準則の実現は法上当然に (ipso iure) 生ずるが、対物訴訟では抗弁に基づき生ずることである³⁹⁾。そして消耗の対象となるのは、Keller によれば、「通常の形式的な意味での訴え」ではなく、権利の侵害によって訴権を基礎づけた実体的法律関係である⁴⁰⁾。この点を、かれは次のように説明する。

「もちろん、厳密に言えば、ここでは、なおつねに法律関係の本来の内実 (Substanz) と、国家におけるその外的な妥当および効果とを区別し、そして判決の影響を後者の関係においてのみ承認することができる。しかし、この関係は、あらゆる法律関係において最後には、この区別が必ずしも維持されず、判決の効力がまさに法律関係の内実に関係づけられる場合に、非常にわかりやすく決定的に本案を解決するのである。われわれは、すぐに、すなわちローマ人において、かれらが一定の限界づけにより判決の影響を、あるいは法律関係の内実に、あるいはその外的な妥当にのみ関係づけたことにより、両者が発見されることを見るであろう」⁴¹⁾。

Keller によれば、L.C. による訴権の消耗は、当事者間の契約または準契約ではなく、必要的更改 (novatio nessesari) である。必要的更改は、当事者の意思によって生ずる通常の更改とは異なり、「当事者の意思と無関係に、L.C. の効果として生ずる」ので、契約または準契約によって基礎づけることはできないという理由による⁴²⁾。Vossius は、「Keller にあつては、かれがテーマにアプローチする方法を規定するのは理想主義哲学であり、背後にあるのは (原則として否定的に答えられる) イデーと現象の同一性の問題である。ここから、Keller がなぜ L.C. の問題を理想的に理想的終点として解し、同時に準契約的意味づけを排斥するかが今や明らかになる」⁴³⁾

39) Keller, a.a.O. (Fn. 32), S. 111.

40) Keller, a.a.O. (Fn. 32), S. 241.

41) Keller, a.a.O. (Fn. 32), S. 74 f.

42) Keller, a.a.O. (Fn. 32), S. 99.

43) Vossius, a.a.O. (Fn. 11), S. 94.

と分析する。すなわち、Keller によれば、法定手続と審判人面前手続との分離、「ein purificirtes Urteil（浄化された判決）」としての方式書の性格に基づき、ローマ法は L.C. にも法律関係の内実と外的な妥当への効力を認めており⁴⁴⁾、法律関係の内実に関わるのが消耗（Consumtion）と更改（Novation）であり⁴⁵⁾、外的な妥当に関わるのが消極的および積極的機能における、既判事項または審判手続に入った事項の抗弁であり、各々消耗と更改に倣っている⁴⁶⁾。以上の分析から、Vossius は、Keller にあつては、1つの命題が Keller の作品の全装備を規定しており、この命題が再び理想主義的見方によって打刻されていると見る⁴⁷⁾。

(3) 判決の効力

判決の効力についても、Keller は L.C. の効力と類似の説明をする。すなわち、かれは、L.C. によって生じた「有責判決を受けることを要する債務」は、有責判決により改めて、判決訴権（actio iudicati）によって主張されるべき判決債務（Urteilsobligation）に代わるといふ。

Keller によれば、L.C. の消耗効と判決の消耗効に基づき、判決は「消極的機能」を有する。すなわち、有責判決の場合には、もとのアクチオはすでに消滅しているので、原告は判決後に改めてもとのアクチオを主張することはできない。勝訴原告は、判決訴権（actio iudicati）を主張できるだけである。免責判決の場合にも、もとのアクチオは L.C. によってすでに消滅しているので、この理由で再訴の提起はできない⁴⁸⁾。ここでは、既判事項の抗弁は、一事不再理として消極的に作用する。

Keller は、さらに、この L.C. と判決の消耗効（消極的機能）のほかに、既判事項の抗弁の「積極的機能」の必要性を検討する。この積極的機能

44) Keller, a.a.O. (Fn. 32), S. 76 ff.

45) Keller, a.a.O. (Fn. 32), S. 82.

46) Keller, a.a.O. (Fn. 32), S. 125 f.

47) Vossius, a.a.O. (Fn. 11), S. 95.

48) Keller, a.a.O. (Fn. 32), S. 203 ff.

は、判決の消耗効によらないで、後訴に対する判決の実体的な効力として、後訴に対して既判事項の抗弁が作用するという意味である。

(4) Keller による既判事項の抗弁の「積極的機能」の発見

Keller は次のように問題を提起する。すなわち、対人訴訟 (Actiones in personam) においては「係争法律関係は、通常、判決の可能な結果、すなわち有責判決と完全に同種である。換言すれば、こうである：請求表示 (Intentio) と有責判決 (Condemnatio) とは同名である」。「審判人は、被告が原告に対して有責であるものを命じるべきであり、したがって、裁判官の審理は「有責判決と合体するのであり、請求表示においては、物の債務が現れ、有責判決においては、この債務の金銭価値が現れるという非本質的な差異が可能なものとして残るだけである」⁴⁹⁾。

Keller によれば、対物訴訟 (Actiones in rem) においては、事情が全く異なる。

「請求表示は、審理の対象をなすべき物権——所有権、相続権等——について述べている。それに対し、有責判決の方は、個人の金銭給付 (Geld-Prästation) について述べている。しかも、後者は、[...] 単に審判人の審査 (Instruktion) がつねに金銭支払命令に向かわなければならないことが一回訴訟の準則 (ein Mal Prozeß-Regel) であるゆえである。そして、それをもたらしたのは、実務の必要である。そして、請求表示が理由を有すると見られる場合、ここでは直ちに有責判決に進まず、この場合にはむしろ、請求表示の文言は真の仮の判決として形式的に宣言され、その結果、被告に物自体の回復が命じられ、この命令は必要な場合、裁判官

49) Keller, aa.O. (Fn. 32), S. 211 f. Keller は事実訴権 (Actiones in factum concepta) の場合には、事情は異なるが、しかし「事実訴権の場合も有責判決が唯一の目的であること、請求表示において示され、したがって調査の条件と対象をなす事実、有責判決が行われる限り、もはや少しも利益を有しないことにおいて、対人訴権と大部分違いはないことを指摘するが、なお、Arbitrium de restituend oder de exhiend を含む対人訴権には、対物訴訟において展開されるものが適合すると注記している。S. 211, Fn. 2.

により執行されることは、すでに方式書において示唆されていた。原告がこれを要求しなかった場合または原状回復（Restitutio in Natura）が不可能であった場合にのみ、金銭評価と金銭の支払いを命ずる判決が行われた。簡単に言うと、対物訴訟についての訴訟の結果の規定が問題である場合に、2つのことが観察される。1つは物権自体についての、したがって請求表示の内容について判決と、他は本来の終局判決、すなわち有責判決または免責判決（Absolutio）である。しかし、まさしく確かなことは、真の有責判決からのみ判決訴権が成立しうることである。したがって、原告が訴訟の結果を保全できるものが判決訴権のほかには何もないとすれば、実際に最も重要な、請求表示の内容をなす物権自体に関する判決は将来にとって全く役に立たないであろう。なぜなら、物権に関する判決を主張できる法的手段が全くないからである。そして、この欠陥が直ちに一層堪え難く思われるのは、原告が勝訴する場合ですら、被告が審判人の原状回復命令に従い、それによって少なくとも本案について免責されたことによって、判決訴権が生じなかったことが、そのような事態が実際上日常生活において最高にありそうであるように、多分通常の欠陥であったことを考慮に入れる場合である。加えて、終結した訴訟に勝訴した原告が、かれの物権につき下された判決を後に被告として利用しようとするすべての場合においても、判決訴権では助けにならない⁵⁰⁾。

このように所有物取戻訴訟において、請求表示（intentio）と判決宣言（Urteilsspruch）との間には食違いが生じうる。たとえば、請求表示の内容についての判決において物の返還を命じられた被告が任意の原状回復をして本来の終局判決において免責を受けたのち、前诉被告が前訴原告の所有権を否定して前訴原告に対して当該物の引渡しを求める訴え（後訴）を提起する場合、前訴裁判所の判決の判断を後訴において妥当させる手段がないことを、Keller は発見した。そして、ローマ法はすでに既判事項の抗弁に後訴を遮断する消極的効力のみならず、後訴に対する積極的機能をも承認しているというのが、Keller の問題意識であった。

50) Keller, aa.O. (Fn. 32), S. 213 ff.

Keller は、このように、前訴と後訴の間に広い意味で矛盾関係がある場合に既判事項の抗弁が役に立たない事態の解決を、既判事項の抗弁の「積極的機能」についての研究のきっかけとした。これは、前訴判決の実体的な(積極的な)内容の機能を問題にするものである。そして、Keller は、ローマ法源のなかに、積極的機能を認める法源があることを発見する。

その典型的な事例の1つは、対物訴訟において勝訴した原告が後に後訴において被告として、この前訴の勝訴判決を主張する場合である。たとえばAのBに対する所有物取戻訴訟において、審判人がAの所有権を認め、Bに対して物の返還を命じ、Bがこれに従ったので免責判決をし、またはBが付帯事項についてのみ有責判決を受けたところ、Bが今度は占有者Aを被告として同一物の所有権を主張してその返還を求めた場合、Aに既判事項の抗弁の提出を許す典拠として、l. pen. 30 §1 De. exc. rei iud. (44, 2)⁵¹⁾ および l. 40. §2 De procurat. (3, 3)⁵²⁾ があげられる⁵³⁾。

51) L. pen. 30 §1 De. exc. rei iud. (44, 2): 「PAUL. lib. XIV (パウルス 質疑録第14巻) […] 地所の所有権が問題であり、われわれが原告の有利に裁判されたと仮定する場合、前訴で勝訴した者には改めて訴えを提起する者に対し既判事項の抗弁が対抗する。なぜなら、原告がその要求(Forderung)を証明する場合、再訴者の権利は同時に審理されたと思われるからである。しかし、免責判決を受けた占有者は、かれが占有を失った後、前訴で敗訴した者がかれに対し同じ地所を請求する場合には、その抗弁は対抗しない。なぜなら、その場合には、後者によって提起された請求については、前者の権利に関する訴えにおいては全く何も決定されなかったように見えるからである。しかし、かつての債権者に対して質の訴え(Pfandklage)が提起された場合には、占有者の権利が全く論じられなかった場合が生じうる。なぜなら、私に属する物は他の人には属さないという、所有権についての問題のように、ある人がかれに質入れされていることを立証するものは、他の人には質入れされていないということは全く生じないからである。そして、占有者の権利は問題とされず、義務だけが問題とされたので、抗弁は対抗しないと、より正しく主張される」(Otto/Schilling/Sintenis (Hrsg.), Das Corpus Iuris Civilis (Romani), Neudruck 1885, Bd. 4, S. 545 f. の私訳)。

52) L. 40. §2 De procurat. (3, 3): 「Id. lib. IX. ad Ed. しかし弁護人として対物訴訟によって[わたしから]要求される者も、判決は履行されるという通常の保証のほかに、同意について担保を与えなければならぬ。なぜなら、この手続において、物がわたしのものであると裁判される場合に、しかしその者のために弁護人が登場した者は、戻ったのち、土地の返還を求めようとする場合には、どうか。その場合、かれが明らかに裁判された事

別の例は、2人の相続人の各人(AとB)が相続財産を占有している場合に、AがBに対し相続回復を申し立て(hereditatis petitio)、審判人がBを排除してAを相続人として宣言する事案である。その後、BがAに対し相続回復申立てを提起する場合、前訴判決によって得られた、Aが相続人であるという命題は同時にBが相続人でないことの確定を含み、したがって、Bの訴えは前訴判決に矛盾するので、Aには既判事項の抗弁が許される。これに対し、前訴において、審判人がAは相続人でないという判断をした場合、この宣言は第二の訴訟に影響を及ぼすことができない。なぜなら、Aが相続人でないという命題はBの相続権について何らの決定をも含んでいないからだとされる(L. 15. De. exc. rei jud. (44, 2)⁵⁴⁾⁵⁵⁾。

もう1つの例は、Aが物を最初にBに、次いでCに質入れした場合である。CがBに対し、actio hypothecaria(抵当訴権)を提起し、Bがexceptio rei sibi antes pignorateae(先順位で自己に質入れされた物の抗弁)を提出した

↘項に同意する者ではないか。すなわち正当な訴訟代理人が登場したとすれば、または出頭した真の営業主がみずから訴訟を進行し敗訴したとすれば、そして、かれがわたしに返還を求める場合、かれは既判力の抗弁に基づき却下されるであろう。そして、JulianusもDigestaの第50編において記述しているはこのことである。なぜなら、物がわたしの所有物であると裁判される場合には、それによって裁判されるのは物がかの者に属していないことである」(Behrens/Knütel/Kupisch/Seiler (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Bd. II, 1995, S. 294の私訳)。

53) Keller, a.a.O. (Fn. 32), S. 221

54) L. 15. De. exc. rei jud. (44, 2)「GAJ. lib. XXX. ad. Ed. prov. (ガイウス 属州告示註解第30巻)——わたしと汝の間に相続財産に関して争いがあり、その若干のものを汝が占有し、他をわたしが占有する場合、わたしが相続財産訴訟を汝に対して提起し、汝がわたしに対して提起してよいことに障害はない。しかし、もし汝が事件が法的に裁判された後、わたしに対して訴えを提起する場合には、相続財産がわたしに相応しいと裁判されていたか否かが重要である。前者であれば、既判事項の抗弁が対抗する。なぜなら、それがわたしのものであることが認められていることによって、逆に、それが汝のものでないと裁判されているように見えるからである。しかし、わたしのものでないと判断されている場合には、汝の権利が判断されているとは全く認められない。なぜなら、相続財産がわたしのものでも、汝のものでもないことが、可能であるからである」(Otto/Schilling/Sintenis (Hrsg.) a.a.O. (Fn. 51), Bd. 4, S. 540の私訳)。

55) Keller, a.a.O. (Fn. 32), S. 224 f.

が、Cが勝訴する。その後、Bが新たな原因が生じることなく、Cに対して *actio hypothecaria* を主張する場合、Bの前に既判事項の抗弁が立ちほだかる。Bは判決によって、Cが質権を有する、Bの質権は古い質権として優先できないという命題を得たからだという⁵⁶⁾。典拠として、L. 19. De. exc. rei. jud. (44, 2)⁵⁷⁾ があげられる。

この既判力の積極的機能の発見は、学説によって高く評価され⁵⁸⁾、後に、Savigny によっても、結論部分の多くが採用された。

5 Göschen による L.C. の訴権消耗効の否定

Göschen は、かれの死後、Arrleben によって1839年に公開された „Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Aus dessen hinterlassenen Papieren herausgegeben von Dr. Albrecht Arrleben, Bd. I, 1838“ (普通民事法講義遺された文書に基づき Albrecht Arrleben により編集、第1巻)において、古いローマ法によれば、L.C. によって訴えが消耗されたにもかかわらず、判決においても独自の消耗力が与えられたが、近時のローマ法によれば、L.C. による訴えの消耗はなくなっており、訴えの消耗は判決によって初めて生じ、しかも法上当然にではなく、再訴の提起があった場合に、既判事項の抗弁により保護されるという効力をもつだけであること、および、判決は消極的効力のみならず、Keller と同様、積極的機能をも有することを主張した⁵⁹⁾。

56) Keller, aa.O. (Fn. 32), S. 225 f.

57) L. 19. De. exc. rei. jud. (44, 2): 「MARCELL. lib. XIX Dig. (マルケルス デイゲスタ第19巻) — だれかが同じものを時を異にして二度質入れする。新しい債権者が古い債権者に対し質訴権を提起し勝訴した。これに対し、後者が同じ訴えを提起した。今や、既判事項の抗弁がかれ(後者)に対抗するかどうか問題である。後者が先にかれに質入れされた物の抗弁を「前訴においてすでに」提出しており、重要な新事由を付加していない場合には、抗弁は疑いなくこの者に対抗するであろう。なぜなら、その場合には、同じ問題がもう一度持ち出されているからである」(Otto/Schilling/Sintenis (Hrsg.), aa.O. (Fn. 51), Bd. 4, S. 541の私訳)。

58) J.F.L. Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 1. Teil, 1838, § 171 (S. 505 f.); v. Vangerow, aa.O. (Fn. 19), S. 204.

59) Göschen, aa.O. (Fn. 58), § 171.

6 Wächter による L.C. の訴権消耗効の否定

Wächter は1845/46年に出版した „Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrecht, 2. Heft“（ローマ私法、ドイツ私法およびヴェルテンベルク私法に基づく論説第2分冊）において「訴えの理論」を、同書の第3分冊において「訴訟の実体法への影響の理論」を扱った。かれは L.C. による訴権の消耗について、次のように述べ、L.C. の消耗効はもはやドイツ普通法では妥当しないことを指摘した。

「ユスティニアヌスはかれの時代までに単なる廢墟として保持されていた訴訟上の消耗の最後の痕跡をかれの立法において、あるいは省略とインテルポラチオにより、あるいは C.VIII, 41 de fidej.cst 28 におけるように明示の処分により削除しようとした。それゆえ、われわれはユスティニアヌス法典においても *exceptio re iudicium deductae* を発見しないし、ユスティニアヌス法典からは全く訴訟上の消耗の原則を正確には知らないのであり、Gaius から初めてこれを知るのである。

この徐々にかつ最新のローマ法において完全に惹起された訴訟消耗の原則の廢棄は、最新のローマ法にとって、上述の詳細を完全に変えており、今われわれの今日の法においても通用しているのとは本質的に異なる方法で問題を形成しなければならない。しかし、まさにこの点において、より古い私法学者の見解と観念において、新しい私法学者のそれにおいても、いくつかのものが欠けているのである。より古い私法学者にあっては Gaius が数十年來われわれに与えた鍵によってのみ一連のパンデクテン法文の意味を誤解したに違いないがゆえに、若干の近時の私法学者にあってはこの鍵を適切に顧慮し利用しなかったことにより、あるいは訴訟上の消耗という死滅した制度に今日の法においてもなお効力を与えていることによってである。

それゆえ、今妥当していることを、上において詳細に述べたローマ法とのより正確な関係において証明することが重要であろう」⁶⁰⁾。

60) Wächter, aa.O. (Fn. 19), S. 37 f.

Wächter はこのように、何人かの私法学者によって、最新の、ドイツにおいても適用されるローマ法についても、L.C. がもはや実際には持っていない意味がまだ与えられていると非難した。ユ帝法およびドイツ普通法において、すでに L.C. の消耗効を否定した Wächter は、既判力を L.C. と関連づけることはしない。

7 Savigny の既判力理論

(1) L.C. によるアクチオの消耗の否定

以上のように、Gaius-Institutionen の写本の発見によって、L.C. と判決の効力を通じて、実体的アクチオ権の変化の中に既判力を求める方向と、L.C. の消耗効はもはやユ帝法およびドイツ普通法では妥当せず、したがって L.C. による訴権の消耗はなく、再訴に対する対応は既判事項の抗弁 (exceptio rei iudicata) のみによってなされるという方向が生じたのであるが、問題は Savigny である。

Savigny は、1841年の System des heutigen römischen Rechts の第5巻においてアクチオ (訴え) と exceptionen (抗弁) の種類、アクチオの競合、アクチオの時効を実体的アクチオ法の問題として扱い、1847年の System の第6巻では L.C. と判決の既判力を扱う。ここでは、L.C. と確定判決の既判力がもたらす主観的権利の変容がどのように扱われるかが主たる関心である。Savigny も、更改によるアクチオの消耗の考えは、古代ローマにおいてすでに長い間廃れているとして、現行法では認められないとする。したがって、アクチオの消滅による第2の訴訟の阻止を内容とする既判力の消極的作用を否定する。このように、Savigny は、古典期ローマ訴訟の手續二分制とそれに伴う L.C. による訴権の消耗がその後ユ帝法までの間にすでに消滅していることを理由に Keller の出発点を否定し、L.C. によるアクチオの消耗を問題にしない⁶¹⁾。

61) Savigny は、L.C. によるアクチオの消耗を否定し、これは同様に多くの著名な学者によっても否定されたが、その後も *Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, 3.Aufl.* ↗

(2) 既判力の本質

Savigny は、既判力の実体的側面が権利自体の内容とその範囲への判決の遡及作用であると主張するが、かれは Bethmann-Hollweg および Keller のように、既判力を係争法律関係の変動から直接実体法的に説明することをせず、法的安定性を重視して、「既判事項ハ真実ト見ナサルル」という法源（D. 50, 17, 207）を前面に出し、確定判決によって、存在する権利が存在しないと擬制され、存在しなかった権利が存在すると擬制されることを、法的安定性の要請を根拠に受け入れる⁶²⁾。その上で、法的安定性の観点から、判決理由の既判力や既判力の主観的範囲のような、種々の既判力問題を論じた。そのさい、Savigny は、既判力の消極的作用を否定したが、Keller の主張した既判力の積極的作用は肯定した。

(3) 消極的機能の否定

既判事項の抗弁の消極的機能について、Savigny はこれを否定する。「同一事件ニ付キ二度訴ヲ提起スルコトヲ得ズ」という古い準則は、Savigny によれば、新しい法にはもはや妥当せず、既判力は消極的機能をもたない。この古い準則は、Savigny によれば、判決内容でなく、判決の存在だけを基礎とするもので、かつ何らかの権利を貫徹するものではなく、単に訴えを阻止する機能を有するものであり、前訴と後訴の同一性が認められる場合にのみ適用されるものである⁶³⁾。しかし、この古い既判力の消極的機能がなし得たことは、同一対象をもつ訴えの繰返し防止の防止だけであり、

↘1878, Neudruck, 1969, S. 127 のように、アクチオの消耗の否定は欠席と早すぎた訴えの提起による却下の場合に改めて訴の提起を許す Zeno 帝と Justinianus 帝の命令を拠にしていることを指摘し、この規律は法源が出发点とする古い準則と矛盾しないと主張する学説もあった。

なお、Savigny は普通法が L.C. に結びつける効果について非常に詳しい重要な論述を行う（Savigny, a.a.O. (Fn. 22), S. 54 ff.）。紙幅の関係で、ここではこれに立ち入ることができない。

62) Savigny, a.a.O. (Fn. 22), S. 261.

63) Savigny, a.a.O. (Fn. 22), S. 268.

しかも、既判事項の抗弁（消極的機能）は、たとえば延期的抗弁のために被告が免責判決を受けたような、原告の権利が否定されたのでない場合にも、現実存在する権利の追求を不可能にしていたという⁶⁴⁾。Savignyにとって、このような既判力の消極的機能を維持すべき根拠も、必要性も存在しなかった。

(4) 積極的機能の承認

他方、Savignyは、反対返還請求の場合、および、被告が第2の訴訟によって間接的に前訴の敗訴を無害化しようと試みる場合を取り上げて、専ら既判力の積極的機能が重要なことを主張する。

「これらの欠陥の知覚から、真の必要についての考察と、また本当は、裁判官の裁判はすべて全将来に対するその疑う余地なき有効性を確保することが本来かつ専ら重要であるという明瞭な意識に至った。それで、既判事項の抗弁（*exceptio rei judicatae*）という古いよく知られた法制度を、この目的が達成されるように、しかも完全に達成されるように形成する試みがなされた。これは、その抗弁をもはや従来のように判決の単なる存在にではなく、判決の内容に基礎づけることによって行われた。判決内容の妥当（*Geltung*）は、あらゆる将来の訴訟のために確保されるべきであった。そして、抗弁と並んで必要に応じて既判事項の再抗弁（*replicatio rei judicatae*）をも与えたことによって、この法制度は、この新たな発展の中で、判決の内容から将来の争いにおいて導き出され得たすべての利益を、かつての原告にも、また正に被告にも保障するのに適するようになった。

この発展によりこの制度の基礎とされた法命題は、以下の定式によって表現することができる：

いかなる後の判決も、発せられた判決の内容に矛盾すべきでない。

一見したところ、この定式は前に定立されたより古い定式と同様に、正に、単に否定的で阻止的なもののように見える。しかしながら、どの裁判

64) Savigny, a.a.O. (Fn. 22), S. 270.

官も自分の前に提出された訴訟の裁判を拒否してはならないので、かの定式は直ちに次の別の定式の中に解消する：

現在の訴訟において、すでに前訴において判決がなされている問題が現れる場合、新たな裁判は、かの判決の内容を真実と認め、自分自身の判決の基礎にしなければならない。

この定式においては、しかし、この法命題は、完全に肯定的な姿をとり、そして、すでに上記（§ 280）において既判力の本来の意味として、そして真の実際的な必要として示された真実擬制の直接の表現である。

抗弁の2つの姿、より古い姿とより新しい姿の、この論理的関係を示すために、次のように、適切な表現が用いられた。すなわち、消極的擬制と積極的擬制における既判事項の抗弁（Keller, S. 223 N. 4）である」⁶⁵⁾。

Savigny は、既判力の積極的機能を発見した Keller の見解を「輝かしい功績」⁶⁶⁾と讃える。Keller の既判力論に対しては、これはすでにユ帝期にはずっと以前に消滅している古典期の L.C. の効力を基礎としているとする Wächter の批判があった。Savigny は、この批判に対して反論するのである。すなわち、訴権消耗も、これと不可分に結びつく *exceptio rei in iudicium deductae*（審判手続に入った事件に関する抗弁）も、ユ帝法においてもはや行われていなかったことは明らかであるが、ユ帝法には「判決内容の保護としての、積極的機能における既判力の抗弁は、古い法律家たちの著述から非常に完全に取り入れられている」として、既判力の積極的機能は L.C. による訴権消耗がなくなっても影響を受けていないと主張した⁶⁷⁾。

8 Savigny に対する批判

(1) Ernst Immanuel Bekker⁶⁸⁾ の批判

ユ帝法における訴権消耗の消滅と、現行法における積極的機能に限った

65) Savigny, a.a.O. (Fn. 22), S. 270 f.

66) Savigny, a.a.O. (Fn. 22), S. 281.

67) Savigny, a.a.O. (Fn. 22), S. 279 f.

68) Ernst Immanuel Bekker (1827-1916); 父は Gaius 写本の解説に当たった文献学者

既判力の抗弁の妥当という Savigny の主張は、しかし、普通法において貫徹できなかった。既判力の積極的機能のみを主張する Savigny の見解と、これを批判して専ら既判力の消極的機能のみを主張した Ernst Immanuel Bekker (ベッカー) の見解⁶⁹⁾ の対立が先鋭化し、普通法においては、最終的に論争の出発点である Keller の二重機能テーゼにおいて終息した⁷⁰⁾。

ユ帝法における訴訟消耗原則の消滅と既判力の抗弁の積極的機能だけの妥当という Savigny のテーゼを動揺させ、訴えの繰返しの場合に既判力の消極的機能の必要性を明らかにしたのは、Bekker である。かれは、既判事項の効力のすべては消耗原則のみから説明できるという自己の主張を貫徹できなかったけれども、訴権消耗が「古典後期法において初めて添え

↘ August Immanuel Bekker である。1844-1849年 Berlin と Heidelberg で法学を学び、1849年 Berlin 大学で学位を得た。1848-1851年プロイセン軍の現役将校を経て、学問の道に転じ、1853年 Halle-Wittenberg 大学で教授資格を得た (Die prozessualische Konsumtion, 1853)。1855年から同大学員外教授、1857年 Greifswald 大学正教授、1874年 Heidelberg 大学正教授 (いずれも B.Windscheid の後任)、1886年副学長、1908年退職。「Bekker、最後の偉大なパンデクテン法学者は、同時に、正確に法源により研究する、純粹のローマ法の認識に向かう研究者として、かつ深く掘り下げ、新しい刺激と豊かな思考により群を抜くドグマティカーとして卓越している」(D. Lang-Hinrichsen, Bekker, Ernst Immanuel (1827-1916), NDB 2 (1955), 25)。かれのローマ法学者としての名声は、前記教授資格取得論文を始めとして、Die Aktionen des römischen Privatrechts, 1871-1873; Das Recht des Besitzes bei den Römern, 1880; System des heutigen Pandektenrechts, 1886-1889 などによる。Bekker は、歴史法学派に属するが、Savigny に批判的に対峙した。Bekker については、Lang-Hinrichsen, aa.O. を参照。

69) Bekker, Die prozessualische Consumtion im klassischen Römischen Recht, 1853, S. 11 ff.

70) 既判事項の抗弁の積極的機能のみに賛成したのは、Gustav Rümelin, Zur Lehre von der Exceptio res judicatae, 1875 (Diss. Tübingen) のみであり、消極的機能のみに賛成したのは、A. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. I, 1857, § 96; H. Dernburg, Pandekten, Bd. I, 7. Aufl., 1902, S. 375 f. であり、ユ帝法および普通法につき継続して既判事項の抗弁の二重機能を認めるのは、Bethmann-Hollweg, Der römische Civilprozeß, Bd. II, 1865, § 111 (S. 631 ff), Bd. III, 1866, § 156 (S. 297 ff); Keller/Wach, Der Römische Civilprozeß und die Aktionen, 5. Aufl., 1876, § 72 (S. 345 f. Anm. 849); J. Unger, System des Österreichischen Allgemeinen Privatrechts, Bd. II, 1847, § 133 (S. 683 ff); Wetzell, aa.O. (Fn. 61), § 14 (S. 126 ff), § 47 (S. 574 ff) であった。ハンス・F・ガウル (松本博之編訳)・ドイツ既判力理論 (2003年・信山社) 33頁も参照。

られた更改の思考形式でなく、法源上はるかに古い *bis de eadem re ne sit action* (同一事件ニ付キ二度訴ヲ提起スルコトヲ得ズ) の準則に基づくと説明したことによって、更改思考の消滅と共に、消耗理論も必然的に零落せざるを得なかったのではないことを明らかにした⁷¹⁾。Bekker は、訴権消耗が今や L.C. ではなく、手続終結行為としての判決と結びついていると主張した⁷²⁾。Bekker は531年に訴権消耗が継続していたことを示す、新しい法集成に含まれている多数の法文を指示することができた⁷³⁾。

(2) 「既判事項ハ真実ト見ナサル」をめぐって

さらに、Savigny がユ帝法および普通法につき既判力の積極的機能の表現と位置づけた „*res judicata pro veritate accipitur*“ (既判事項ハ真実ト見ナサル) も、後期ローマ法にとって一般的な既判力原理の表明でなかったことが、A. Brinz (プリンツ) によって明らかにされる。すなわち、Brinz は、この法格言の2つ法源上の典拠 (D. 1. 5. 25、および、この法文の抜粋である D. 50. 17. 207)⁷⁴⁾ が、対世的に既判力が及ぼされる先決訴訟 (Praeludzialprozeß) に、具体的には身分関係事件 (Statussache) に関係しており、これは既判事項の抗弁とは異なることを明らかにした⁷⁵⁾。「既判事項ハ真実ト見ナサル」という命題が既判事項の抗弁との関連において出てくるのではないことを、Savigny 自身も認めていたのであるが、Savigny

71) Bekker, a.a.O. (Fn. 69), S. 103.

72) Bekker, a.a.O. (Fn. 69), S. 116; ders., Die Actionen des Römischen Privatrechts, Bd. 1, 1871, S. 350 f. これを支持したのは、Unger, a.a.O. (Fn. 70), § 133 Anm. 17 である。

73) Bekker, a.a.O. (Fn. 69), S. 11 f.

74) D. 1. 5. 25 (「その身分が生来の自由人として判決により確定された者をも、われわれは、この者が実際には被解放者 (Freigelassener) であった場合にも、生来の自由人と見なさなければならない。なぜなら、既判事項は真実と見なされるからである」); D. 50. 17. 207 (「確定判決ハ真実ト見ナサル」) (Otto/Schilling/Sintenis (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 51) の該当箇所の私訳)。

75) Brinz, a.a.O. (Fn. 70), S. 348 ff. zu Ulpian im kommentar zur Lex Julia et Papia D. 1. 5. 25, D. 50. 17. 207. Brinz は遺言相続人と法定相続人等の間の相続訴訟も、先決訴訟と同様に対世効が生ずると論じた。S. 350.

は、この法文は、D. 50. 17. 207 が示すように、本来の既判力の表現として理解されるべきだと主張した⁷⁶⁾。だが、この「既判事項ハ真実ト見ナサルル」の命題の一般化に対しては、あらゆる抽象的概念構成に対するローマ人の抑制的傾向に抵触したであろうとされる。D. 50. 17. 202 の „omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset.“ (私法における定義はすべて危険である。なぜなら、それは非常に容易に覆されうるからである)」という Javolenus (ヤヴォレヌス) の言明は、抽象的概念構成の抑制の古典的表現だとされる。このように、真実擬制に既判力の原則を求める Savigny の見解は、十分な法源上の典拠を得ることができなかつた⁷⁷⁾。

(3) 既判力の二重機能

また、既判力の消極的作用を否定する Savigny の見解によって、前訴と同じ訴えの繰返し的事案に満足の行く解決を与えることができるのかも、問題であった。Savigny は、いかなる有責判決も「原告はそれ以上のものを要求することができない」という黙示の付款付きと考えなければならぬとして、請求が確定した給付判決の範囲を超える後訴については、既判力の抗弁は理由を有すると見たけれども⁷⁸⁾、確定した給付判決後まだ満足を得ていない原告は、その選択により判決訴権に代えて改めて訴えを提起することができるとした⁷⁹⁾。また、判決によって満足を得た原告が再

76) Savigny, a.a.O. (Fn. 22), S. 274 Fn. d (「Julia 法は生来の自由人と破廉恥な女との婚姻を禁止した。これに関係するのが、解放された男が誤っているが確定した判決によって生来の自由人と宣言されていた場合にも、かかる婚姻はこの男にも不可能であるとの Ulpian の宣言である。しかしながら、ユ帝法との関連では、この箇所は本来の既判力によって理解されなければならない、この箇所のエネルギーな表現は、これに非常によく適合する。とくに、ディゲスタの他の部分に掲載された二重箇所は、この意味付けを疑いなきものにする」)。

77) ガウル (松本編訳)・前掲注 70) 35頁参照。

78) Savigny, a.a.O. (Fn. 22), S. 304.

79) Savigny, a.a.O. (Fn. 22), S. 304.

度訴えを提起した場合にも、この訴えの繰返しを既判力の積極的機能によって阻止することはできなかつた。これらの場合に、訴えの繰返しを阻止できるのは、まさに既判力の消極的機能だけであつた⁸⁰⁾。

他方、Bekker は、Keller や Savigny が取り上げた反対返還請求の事例に既判力の消極的機能によって対処することができたのであろうか。かれは、これができると主張した。その理由づけは、前訴において被告の反対請求権も „res qua de agitur“（訴訟の対象）となっていると見なし⁸¹⁾、これに訴権消耗原則が適用されるというものであつた。しかし、前訴時点では、被告の反対返還請求権はまだ存在していなかつたので、これが前訴において訴訟対象になっていたという理由づけは説得力に乏しかつた⁸²⁾。このように、Bekker は、消極的機能だけで十分だとする自己の見解を貫徹できなかつた。

既判力の消極的機能と積極的機能についての論争は、Keller の意味での二重機能の承認で終わったのであるが、以後の既判力論の発展との関係では、二重機能の承認、とくに積極的機能の発見が重要な意味を有した。この積極的機能は既判力を実体法的に捉える見解、すなわち、確定判決が実体法状態に合致しない場合には（不当判決）、確定判決の内容どおりに実体法状態の変動が生ずるとみる既判力の実体法説と、消極的機能を重視し、既判力を一事不再理として捉える一事不再理説の対立が続く。

III おわりに——既判力理論の新たな出発点

時代は進み、1877年に、ドイツ帝国の統一民事訴訟法典（CPO）が成立する。そこでは、周知のように、既判力の客観的範囲として「判決ハ訴又ハ反訴ヲ以テ提起サレタル請求ニ付裁判サレタル限りデノミ既判力ヲ有

80) ガウル（松本編訳）・前掲注70）39頁。

81) Bekker, a.a.O. (Fn. 69), S. 131.

82) ガウル（松本編訳）・前掲注70）39頁。

ス」と定めた(CPO 293条1項、ZPO 322条1項)。これは、判決要素にも既判力の発生を主張した Savigny の見解を立法的に否定したものである。ドイツ民訴法の立法者は既判力を実体法的に理解したが、1895年のオーストリー民訴法411条2項は既判力を職権調査事項と定めたので、これがドイツの解釈論にも影響を及ぼし、既判力の訴訟法説の登場を促した。以後は、既判力論は実体法説と訴訟法説の対立として展開する。

以上のように、Gaius-Institutionen 写本の発見は、L.C. と既判力という民訴法学の中心的課題についての理論的發展に重大な影響をもたらし、まさに訴訟法学の転換点であったということができよう⁸³⁾。

83) その後の展開については、ガウル(松本編訳)・前掲注70)77頁以下が詳しい。