

不法訴訟の判決の効力

杉 浦 智 紹

- 一 本稿の目的
- 二 不法訴訟の概念の確定及びその類型
 - (一) 概念の確定
 - (二) 類型
- 三 不法訴訟の判決の効力
 - (一) 意義
 - (二) 判例
 - (三) 学説
 - (四) 判決の効力分析
- 四 むすび

一 本稿の目的

現代の訴訟制度は、国家がこれを營為する当事者の権利保護の制度であり、市民社会に於いては、その内部秩序につき自律性を有つが、紛争の強制的解決機構を有せず、最終的な強制担保を国家に求めている。そこに、権利を表現し又法的救済を求める者の利用によって、始めて発動される紛争解決制度としての存在理由がある。その終局の目的とするところは、判決による権利の実在化にある。

ところで、民事訴訟においては二当事者主義訴訟構造がとられ、訴訟における事実の主張及び法律的構成は、当事者の責任とされ、当事者の支配権が決定的であり、裁判所は当事者の申立てない事項を当事者に帰せしめる事はできないのである。かかる機構の下になされた判決が、ときとして現実の権利義務関係と異なる。換言すれば、不当判決あるいは誤判として成立することがあったとしても、それは制度のため、並びに当事者の責に帰すべき事由で止むを得ない事であるといわれている。はたしてそれによいのか、又かかる不当判決をうけることが敗訴の当事者にとって不満をいだかせ、ひいては裁判の威信にも関係するが、一層、裁判所が敗訴者の激昂をあびるのは、勝訴者が不正不当な主張を形式的に正当ずける目的で、故意に違法・反公序良俗的行為を行い、ために不当判決が下された場合である。かかる場合にも、その判決が国家意思の宣言であるからといって、永久不可侵の権利として与えて然るべきだろうか。或いはまた、実体的正義を優先させてその効力に限界をもたすべきか、もしそうだとすれば確定判決によって紛争を終局的に解決し、法的安全を計ろうとする民事訴訟制度の根本との関係をいかなすべきかが問題となる。

本稿においては、国家制度たる民事訴訟制度の利用も、他の法領域に於ける如く、当然に行動の規範たる信義則によって支配されることをその基礎として、不法訴訟の概念構成をなし、それによってもたらされる判決の効力を、特に既判力に限定して判例に現われた事象及び学説を概観した上で、その解決に一つの方向を見出すことをその主たる目的とする。

二 不法訴訟の概念の確定及びその類型

(一) 概念の確定

不法訴訟の概念の確定にあたっては、その根底をなす訴訟制度における当事者の行為をどのように捉えるかによって、広狭の差異を生ずることは免れない。^(二)この点、不法訴訟は、広く訴訟に於ける当事者の主体的意図に重点を置いて考察を要するから、当事者が信義誠実に反する方法をもって、意識的に訴訟秩序を害し、又は相手方を害する事を目的として訴訟をした場合を総て不法訴訟の概念にくみ入れて考えたいと思う。ところで、現行民事訴訟制度では、訴状審査につき形式主義が行われ、実体権の存否については裁判所の「事前審査」がきわめて限定的に行われているので、そこに不法訴訟の介在する基盤がある。

一方、現代の民事訴訟は、総ての権利主張に対して形式的訴権を与え、裁判所は権利主張者からの請求（訴訟上の請求）があれば、これについて審理を開始する建前をとっているので、たとえ訴を提起した原告の請求に理由がないからといって、これを直ちに不法訴訟とすることはできない。ただその訴が不適法であり、その請求が理由のないのであることにより、訴が却下され又は棄却されるに止まる。蓋し、起訴自由の原則の下に於いて、権利主張をするために訴を提起することは自由であり、且つ適法だからである。ところで、この起訴自由といえども、訴訟が国家制度であるところから、絶対無制約のものとはいえないところである。

そこで、不法訴訟とはその概念を具体的には、形式的訴権を不当に行使用することによって訴訟秩序を破壊すること、或いは、実体法上の不法行為が認定されうる訴訟に於ける当事者の行為をいうと定義しうる。しかして、この不法訴訟の成立の一般的基準をたてることは、極めて困難であり、この概念自体が具体的個別的に構成されるからであ

る。

(一) 訴訟は社会生活の一場面であり、信義則は社会規範として的一般条項である。しかして平和的社会観に立脚する限り、訴訟に於けるその妥当性が肯定される。この点、訴訟を闘争的社會観によつて支配されるものと考えれば、自らその領域が狭量となる。この点につき中村(宗)・「民事訴訟に於ける二、三の問題」(末川選歴記念論集)三七一頁以下参照。

(二) 不法訴訟の類型

一 広義の不法訴訟に属する類型

(一) 訴訟制度を不当に乱用する場合。

悪意の当事者が、訴訟法上形式的に与えられている救済手段を乱用して、相手方及び裁判所に対して不測の損害を蒙らせる場合である。(1) これに属するものとして、先ず乱訴をあげる事ができる。同一事由に基き無意味な訴を執拗に提起し、或は逆に相手方の強制執行を遅滞させるために、各種の執行関係訴訟を徒らに提起すること等によって招来される。いずれにせよ、之等の場合には、相手方或いは裁判所に無用な手数と労力を使わせ、更には経済的時間的損失を与えることを目的として、形式的訴権を乱用した場合である。(2) 次に、これに属するものとして、^(三) 仮装訴訟を挙げる事ができる。仮装訴訟により訴訟手続を、不当の目的をもって乱用する場合である。^(三)

(二) 訴訟当事者一方が訴訟上不誠実に権利を行使する場合。

訴訟当事者の一方が背信的・不誠実な意図ないし方法を以つて、相手方に損害を加えることのみを目的として訴訟上の権利を形成しようとする場合。^(三)

(三) 訴訟上善良な風俗に反する方法で権能を行使する場合。^(四)

(1) 訴訟当事者の態度が裁判所に対する関係で善良の風俗に反する場合。この例としては、民事訴訟手続を訴訟当事者が不当に乱用している場合。即ち、不純な目的のために提起された仮装訴訟の場合である。^(五)

(2) 訴訟当事者の態度が相手方に対する関係で善良の風俗に反する場合。公示送達の盗取、即ち訴訟当事者の一方が、相手方の所在地を知らないうちに、これを秘匿して公示送達の申立を行い、その許可を受け、裁判所をして公示送達を行わしめるという例をあげる事ができる。^(六)

二 狭義の不法訴訟に属する類型

(一) 訴訟の相手方に対して、犯罪その他不法行為を成就するために、訴訟を利用して行う不法行為。訴訟詐欺が之に当たる。金員を騙取せんとする目的のために債権証書を偽造し、之に基いて債務履行の訴を提起し、勝訴の確定判決を得た場合。^(七)

(二) 仮装訴訟で判決が不法取得されている場合。(1) 被告が判決を利用しないと原告が約束したので、合意に従って欠席の勝訴判決を生じさせた場合。^(八)(2) 更に相手方の滞在地を知らないうちに、公示送達の方法を取り(日民訴一七八条)、擬制自白を利用して勝訴判決を得る場合。その他暴利・強迫訴訟等が之に属する。^(九)

(三) 当事者が良俗に反する方法で実体的判決の基礎に影響を及ぼした場合。(1) 離婚訴訟に於ける相姦者の虚偽の証言を意図的に利用する場合。^(一〇)(2) 偽証を当事者と計画通りに共同した場合。^(一一)(3) 鑑定人の詐取。^(一二)(4) 主要な事実を故意に沈黙する場合。^(一三)等が之に属する。^(一四)

(一) このような訴はシカーネ的な訴権の乱用となる。猶、この様な訴が提記された場合に、裁判所が原告の権利保護の要求を無視することが出来るか (Roquet, J. W 1935 S. 1364) 或は、これに対して弁論期日の指定を拒否出来るか (Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht § 91. I. 2. a. Nikisch, Z. P. § 43. I. 3. Schönke, § 46, I. 1 C 参照) またこのような訴を提起した者に対して審訊した上で、訴訟外の措置を講ずるか (Baumgärtel, Z.Z.P. 69 S. 103) の問題を生ずる。

(二) 相手方と通謀して、虚偽の実体判決を得ようとする場合である。このような場合、民事訴訟制度の使命をふみにじるのみならず、相手方に裁判所に不信を抱かせる事になる。特に問題となるのは、仮装訴訟に於ける手続追行のため自分を乱用して、第三者に損害を蒙らしめる場合であり、拘る場合には、裁判所がこれを確知したとき、その訴を不法法として却下すべきこととなる (Fisch, Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Jahrg 50, S. 85f.)。

(三) 信義則が訴訟の分野にも支配すべき原則である以上、訴訟手続に於ても、訴訟上の権利を乱用する行為は、訴訟上の信義則違反行為の一つに外ならない (Baumgärtel, Z.Z.P. 69 S. 115)。そこでこのような場合には、当該当事者の企図した訴訟上の効果が発生し、それに基く不当な利益かその者に帰属することが抑制されねばならぬ。この場合、当該訴訟行為は不適法な訴訟行為として取扱われる。なお、相手方の実体法上の権利ないし地位を侵害しようという意図に基いて訴法上の権利が乱用された場合には、当該訴訟当事者が本案について敗訴判決をうけるのみならず、訴訟費用について償還債務を負い、事情によっては損害賠償債務を負担する不利益を課せられることにより、事後的・実体的抑制をもって充分とみるのが正しい (Baumgärtel, aa.O., S. 116)。

(四) ドイツ判例は、かかる場合、訴訟手続上の不利益を帰属させるべきであると考えるのは許されないが、当該当事者が勝訴判決を獲得したときは、独民八二六条に基き、相手方が損害賠償請求権を取得するものと考えるべきであり、それによって

右判決の効果が事実上剝奪されると説明している (R.G. Bd 162, S. 65)。

(五) しかし、この場合には、あえて「善良の風俗に反する法律行為は無効とする」とする規範を用いて、訴を排斥するまでもなく、司法制度の不当乱用の視点から不適法性を帯びる。

(六) Helwig, System S. 459.

(七) 訴訟詐欺の行はれる領域は極めて広く、原告のみならず、被告に於ても、又第三者を介在して之を行う場合がある。この点の詳細は長尾・「訴訟詐欺と不法行為」法学志林四一卷一二号三頁以下。

(八) R.G.Z. 36. S. 249.

(九) 類例 R.G.Z. 61, 365 ; 78, 393.

(一〇) R.G.Z. 39, 412, R.G.Z. 132, 273 (277).

(一一) R.G.Z. 155, 61 ; 156, 240 ; 163, 289 ; 165, 28.

(一二) R.G. JW. 1926, S. 1148.

(一三) R.G. Warm. 1922, Nr 45, 46.

(一四) R.G. JW. 1928, S. 1853.

三 不法訴訟の判決の効力

(一) 意義 不法訴訟の判決とは、公序・良俗に反する目的をもって、若しくはかかる目的達成の手段として訴を提起し、その意図せる確定判決を得た場合である。その具体的事例は二に詳述した処である。ところで既判力の制度は、

法的安全・法平和維持の利益をその主要な眼目とする。従って、判決が確定すればその内容について既判力を生じ、後にその判決の不当が明らかになっても、その効力を当然に排除することは、原則として認められない。判決の確定力は、訴訟手続の瑕疵その他判決の誤りを治癒するといわれる所以である。しかし、判決の内容は事件の解決として必ずしも妥当なものとは限らない。そこで、既判力の効力を徹底的に支持することが著しい不公平の結果を来し、法的安定性を保持する以上に弊害を生じないとは限らない。民事訴訟法は、ために再審の制度を設けている。しかし、再審の訴は確定判決の既判力を排除する目的を持つ制度ではあるが、その事由を訴訟に内在する違法に限定しているが(四二〇条一項)、それで充分だろうか。その他の事由による判決の確定力排除の必要があって然るべきではないか。この点について理論は極めて錯綜している。以下、これに対する救済を判例に頭れたところを通じて、考察することとする。

(二) 判例

一 不法手段により不当判決を獲得する意思のあった場合、訴訟詐欺・強迫等不法手段により不当判決を受けたため損害を蒙った者は、別訴に於いて不法行為に基く損害賠償請求が出来るか。この点ドイツ大審院は、古くより不法行為に基く損害賠償請求を認めている。しかし、不当利得返還請求については、一部学説の認めるところであるが、判例は否定している。以下年代順に重なるものをかかげる。即ち、(1)当初は給付判決に関するものとして、債務者が判決の条件たる宣誓を履行したとの債権者の虚偽の主張によってなされた判決に基き債務額を支払った場合 (R.G.Z. Bd. 1. S. 94)。(2)原告が被告をあざむき欠席判決は實際上之を執行しない旨確約して、被告を口頭弁論期日に出頭さ

せず、一旦勝訴の確定判決を受けるや不信にも前言をひるがえしてその判決を執行した場合 (R.G.Z. 36. S. 249)。いずれも不法行為の成立を認める。なおこれより先、大審院は不法訴訟につき、不当利得の成立を否定して「不当利得請求 (Condictio) は、給付義務の存在せざる事を前提とする。故に不当利得請求を認容しようとするれば、必ず確定した前訴判決の認定を否定しなければならぬ」(R.G.Z. 36. S. 205)と述べている。本来既判力の否定を必要とする。しかし、大審院は既判力の否定にふれないでいずも不法行為の面から裁判した。(3)高利の消費貸借債務を手に書換え、又は暴利の消費貸借を低利に仮装した貸金請求訴訟に於いて、原告は被告を強迫し、被告が口頭弁論期日に出頭し或いは暴利の抗弁を提出する場合は、原告は直ちに抵当権を実行して、被告所有の不動産を競売させるであろうと称して、被告の抗弁又は出頭を阻止した場合 (R.G.Z. 39. S. 142)。(4)原告が既に弁済により消滅した債務について、請求の訴を起し、宣誓をした上、弁済を受けたことを否認した結果、被告敗訴の給付判決を受け確定し、再審期間経過後に原告の虚偽宣誓が判明し、不法行為に基く損害賠償の訴を提起した場合、この事件に対する判決理由で、「既判力は故意に他人の権利を侵害した者が、因って生じた損害を賠償せねばならぬとの根本原則を失効せしめるものではない。確定判決の事実及び効力が正に罰すべき違法行為によって作出され、訴訟当事者の一方が、偽誓及び欺罔によって確定判決を不当に取得した場合には、欺罔者が犯罪行為の方法によって誘致した判決の結果得たものが、既判力の保護の下に動かしえないものとすれば、それは生来の法感情に反するからである。更に再審の規定は、損害賠償の訴を除外するものでない。蓋し、再審の規定は単に訴訟法上認められた確定せる判決の取消の方法であって、不法行為による損害賠償を是認することの妨げとならない」と述べて不法行為に基く損害賠償請求を認めている (R.

G.Z. 46. S. 75)。(5)高利貸が債務者の居住地が不明との虚偽の申立をなし、公示送達申請をし、勝訴の闕席判決を得て確定した。然るに債務者から高利貸を相手どり、闕席判決に基く債務不存在及び債務名義引渡の訴を提起した処、大審院は之を認めて、その理由で判決の形式的確定力は民法八二六条の適用を妨げるものでない。「不正の上正の極印を押す目的のため、故意に違法に確定判決を誘致した場合には、既判力の効果は破壊せられる」と述べている (R.G.Z. 61. S. 365.; 78. 393)。この点従来、裁判所が不法行為を認定するに際して、既判力自体についてはふれなかったが、この判例に於いて既判力否認にまで到達している。しかしその後の判例は必ずしもこの態度を維持していない。ところで、既判力を否認するならば不当利得返還請求をも認めるべきであったが、判例がこの点について不当利得返還請求を認めた事例は存しない。(6)更に確定判決が形成判決である場合にも亦、同一の理論で之を認めたい。即ち夫が良俗に反する方法で離婚判決を得たことを理由とする妻の損害賠償請求を是認しているが、確定判決そのものは何等攻撃されるものでないとされる (R.G.Z. 75. S. 213)。

二 判決を受くること自体に違法は認められないが、訴訟遂行に違法性の存する場合。当事者が裁判所を欺罔する様な手段で判決を誘致した場合だけでなく、その範囲を拡大して、訴訟遂行或いはその利用に違法の存する場合にも、民法八二六条の損害賠償の訴を許容すべきであるとすに至った。(1)妻が離婚の訴を提起したのに対して、夫は妻が或る男と姦通したことを原因として、離婚の反訴を提起した。そこで、裁判所が姦通の相手である男を証人として尋問を求めた処、この証人は姦通の事実を否認した。ところが妻も又自分は心臓病のため、一般に夫婦生活の不能であったことを主張し、右証人の証言を支持し、その証人に宣誓させた。その結果、夫の反訴は棄却され、妻の離婚及び

扶養料請求の本訴は別の理由で認容された。夫はその後、民法八二六条に基く損害賠償請求の訴を妻に提起した。大審院は、之に対し、前訴に於ける妻の行為を良俗違反として、夫の損害賠償請求を認容した。かかる場合、損害賠償の要件審査は前訴訟の確定判決の既判力に抵触しないという (R.G.Z. 155. S. 55)。(2) 同様の思慮は、勝訴せる当事者が判決の言渡について、既に裁判所又は相手方に対して正しい裁判を妨害する行為をとった場合に、一層詳しく述べられている。「かかる方法に基いて訴訟中、既に判決に良識に反して影響を与えようと試みた者は、彼が不当判決を利用した場合には彼にその行為の責任を認めなければならない」。もしその判決に基いている場合には、良俗に反して盗取されたものである (R.G.Z. 156. S. 270) 等、既判力を大幅に制限する態度に出る⁽¹¹⁾。

三 我國の判例

ひるがえって、我國の判例をみると、その態度は首尾一貫していない。

(一) 当事者の一方が、公序良俗に反する行為により、確定判決を得たる場合に於いても、その既判力の排除は、再審を別として許されないとする。

(a) 「再度の欠席により故障を棄却せられた判決は、縦令相手方に欺かれて其の判決を受けたものと雖も、取消又は原状回復の訴により取消されざる以上は、其の効力を失うものに非ず。」(大、六、一一一、二七、朝鮮高等法院判決)

(b) 「……既判力は、其の確定判決が再審の訴により、取消されざる限り其の効力を有し、確定判決が不法の目的を遂げたために、訴訟当事者一方の虚偽の主張に基くものなりとの事由により、直ちに其の既判力を否定し得べきものにあらず。」(昭、二、一、二二、大審院判決・評論一六卷民訴三四〇頁)

(c)更に不当利得返還請求の問題について「……確定判決は実に確定の債務名義と謂ふべし。従つて確定判決の強制執行上、金銭を支払ふも、之を以て法律上の原因なくして金銭を支払いたるものと謂ふこと得ざれば、不当利得を原因として、之が返還を請求することを得ざるは勿論なりとす」。(大審院明治三八、二、二、民一録二輯一〇二頁)

(二) これに対して損害賠償を認めたる事例

(a)「訴訟当事者が不当認定判決を得るに至る手段方法が刑事裁判所に於て犯罪行為として罰すべきものなること明確なりたる以上、勝訴者は故意を以て国家の裁判機関を通じ敗訴者の権利を侵害し、之に損害を加へたるものとして不法行為の責に任すべきものとす」(和歌山地裁判治四五、六、二八、評論一卷四〇八頁)。

(b)国有林下戻の行政訴訟に於て請求者が立証上文書を偽造行使し当該吏員を錯誤に陥らしめ因て勝訴の判決を受けた場合につき、「訴訟関係者が立証上文書を偽造することは訴訟上に於ける不法行為にして民法に所謂詐欺に因る法律行為と性質を異にするを以て、法律行為の法則を以て之を律すべからざるは勿論民事訴訟に於ける再審の規定は、確定せる終局判決の変更を目的とするものにして再審の規定存するがため、確定判決を変更するに非ざれば訴訟上の不法行為に對し損害賠償の責任を帰せしむることを得ざる理由」は、之れを認め難いとして損害賠償の訴を認める(大三、三、七大審院民録二〇輯一九五頁)。

(三) なお、請求異議の訴により救済を認めている判例がある(大審院判例昭一五、二、三民集一一〇頁)。

(一)之れに類するものとして、原告が独占事業、または被告に對する經濟上その他の理由により、強大な實際上の勢力をもつ場合に、その地位を悪用し、本来、法律上正当の理由のない債務につき支払命令の發布を求め、支払命令及びその仮執行宣

言に債務者が異議の申立をすることを無言のうちに抑圧し、それを確定させた場合 (R.G.Z. 132, 273, J.W. 1931, 3102) 等には、債務者がかかる窮地に陥入れ、これに損害を加えたことが権利乱用又は公序良俗に反する行為による不法行為となる。

(二) その他の判例については二類型参照。

(三) 学説—主としてドイツの学説

大別して既判力説と既判力否定説に分けることができる。

一 既判力説の考え方

この立場では、判決は、不法訴訟であると否とに拘らず、常に既判力を有し、従って、損害賠償請求の訴に抵触するという考え方である。(一)後訴に於ける不法行為の訴で損害があるというためには、前訴判決の認定が不当であることを主張しなければならぬ。而も前訴判決の認定は既判力によって確定し、更に之を争うことは出来ぬものであるから、もし不法行為の訴を認めようとすれば、必ず既判力の原則を破壊しなければならない。(二)不当利得の訴が、前訴判決の既判力と相容れない事を認める以上、不法行為の訴についてもこのことを認めなければならない。(三)民事訴訟法は判決の実体的確定力に関して、積極的規定を設けてはいないが、確定判決は五七八条以下(日民訴四二〇条以下)の規定で認められた範囲においてのみ争うことが許されるもので、他の方法を以って攻撃しうるとすれば、訴訟の循環を来し、民事訴訟の保護作用は、その根底から破壊されことになる^(二)とし、判決の既判力を認めた所以は、権利又は法律関係に基き、その安定を得るといふ目的にあるから、何時でも不服申立ができ、その確定に反する主張をなさしむることになれば、取引上の安寧秩序は期待できない。そこで甚しい不法の現象のある場合に唯一の例外として

再審の訴が認められ、この場合を外にして、確定判決の効力を排斥する方法はないと主張する（現在の通説的立場を占めている）。しかし再審の訴を以って十分に救済できるだろうか、検討を要するところである。再審の制度は、我民事訴訟法では四二〇条以下に規定されている。新法は旧法四六八条の如く取消の訴及び原状回復の訴の區別を認めないが、実質的にはその區別を認めねばならぬ。四二〇条一項一号乃至三号に記載された再審事由は、裁判の内容に影響を及ぼしたか否かを問わず、ただ重大な手続上の瑕疵あることに基くが、同条一項四号乃至一〇号に規定された事項は、判決を不当ならしめた実質的原因であり、これが再審の事由である。ところで、現行法中当事者の一方が欺罔手段によって、判決を得た場合には、四二〇条一項六号乃至七号に該当する。原告の訴訟詐欺について之をみるならば、原告が訴訟により、故意に虚無の権利を主張すると同時に、偽造又は変造の文書、その他証拠を提出して、或いは証人、鑑定人、通事を教唆して偽証、偽造鑑定、虚偽の通訳をさせ、又自ら当事者訊問に於て宣誓した上、虚偽の陳述をなし、之等が判決の証拠となった場合、更に之等の可罰行為に付いて、有罪の確定判決もしくは過料の裁判が確定したとき、又は証拠欠缺以外の理由で、有罪の確定判もしくは過料の確定判決を得ることができない場合に限りて再審原因となる（四二〇条二項^(三)）。従つて、原告が故意に訴訟で虚無の債権を主張し、且つ被告の所在不明を申請して、訴状弁論期日呼出等が公示送達に付された結果、最初になすべき口頭弁論に被告が出席せず、その欠席に乗じて原告が勝訴の判決を得て、確定したとき、又裁判所が宣誓をさせずに証人、当事者本人の訊問をし、その結果を判決の証拠とした場合に、その供述が虚偽であったとき、更には、判決の結果を左右する可能性ある重要な証拠が、事実審の口頭弁論終結後に発見されたとき、以上のような場合には、いずれも刑事上、詐欺罪が成立するが、再審原因に

あたらぬ場合である。しかし、かかる事態に対する民事上の救済方法に欠ける所があつてはならない。そこでこの学説をとる者は、その解決を再審原因の狭すぎ、再審期間の短きに失することを指摘し、この点に関する我民事訴訟法の規定は、既に改正を必要とする限界に達しているという。

二 既判力否定説の考え方

(一) 不当利得説

この立場では、判例理論 (R.G.Z. 1, 96; 26, 313; 36, 205; 39, 142; 46, 77; 61, 362; 69, 279)^(五) の如く、一方に損害賠償の請求を許すと同時に、他方に不当利得の訴を拒むことは、それ自体矛盾であり、判決債権者が法律上の原因なくして利得したという主張によって、既判力を否認し得ないならば、債権者の態度が良俗に反するという主張によつても、既判力を攻撃しえない筈であるとし、既判力の抗弁に対しては *Condictio ex turpi vel in iusta Causa* に基き、既判力がその効力を失う旨の再抗弁を提出し得べきであり、独民法八二六条に基く損害賠償の訴のみならず、不当利得の訴によつても、勝訴者が不当に取得した判決に基いて給付したものの返還を請求しうる事を認める^(六)。その理由とする所は、既判力は法秩序維持に役立つが、高度の正義の為に奉仕する不当利得の制度のため犠牲に供されねばならない点に求める。形式的権利の仮面の下に、不正と犯罪を目的とする態度を是認し得べきでなく、既判力はそれ自体尊重すべきではあるが、法を愚弄するために役立てることは、その乱用に他ならないと主張する^(七)。

(二) 損害賠償説

この立場にも、その根拠規定を異にする二つの考え方がある。独民法八二六条に基くものと独民法一六二条二項に

基くものである。いずれの立場に立脚しても、その主張するところは、(1) 良俗違反の行為によって確定判決を取得した者は、既判力による法的安全を援用することはできない。(2) 形式的な既判力を援用して、明白な違法性の排除を妨げることは、かえって司法の威信を害することになる。(3) 再審に関する民事訴訟法の規定は不完全であり、判決の不当取得に対する救済としては、殆んど役立たぬ事を指摘する。

(1) 民法八二六条説^(八)

(1) 判決の既判力・法平和の保証も、判決の確定力・既判力の著しい乱用、もしくは甚しい狡猾な術策に影響された不当判決の場合には、これを制限しなければならないとの発想より、本来正当の権利のない判決請求権を主張して、反公序良俗的な方法を用いて勝訴の結果を得たことは、悪意により瑕疵ある権利実現をした場合で、これを許容することは、法律制度の根本理念に違背すること。^(九)(2) 或いは判決の既判力は、同一の事案につき相反する裁判がなされることを防ぎ、法的安全が保証されるという重要な目的をもつ手段である。しかしながら、それは法秩序の目的を達成

するための手段であって、決して自己個有の目的をもつ手段でない。だから既判力を民事訴訟の動かしえない軸点とみたり、これにふれる事を忌む神聖なタブウのように誇張することはできない。^(一〇)(3) また、ベルンハルトは、既判力

も、それに属するところのあらゆる形式的法律制度は、あらゆる法領域を支配する信義誠実の命令によって限界すけられており、民法八二六条は、加害行為が形式的な法によっておおわれているところで、まさに高度の正義の実現と許されざる権利行使の克服に役立つべきであって、信義誠実の原則によって禁ぜられた訴訟上の制度の乱用は、直接に民法八二六条に基づく訴に導くとする。^(一一)(4) 同じく判決の羈束力または既判力も法律制度の一つであるとすれば、既判力も

総て一般の法秩序と同様に、公序良俗の原則に支配されねばならないのであり、再審の訴は反公序良俗的行為ばかりでなく、その他の事由を再審原因として数え、その不当判決の形式的並びに実質的効力排除の訴訟上の手続を規定しているが、判決の実質的効力を排除否認するその他の事由（殊に実体法上の理由又は反公序良俗性に基く排除事由）を制限抑制するものでないこと、^(二二)訴訟法が再審の訴により、不当な原判決の取消を求める可能性を当事者に与えている一事により、実体法上の理由で、判決の既判力を排除することを禁止するものとは考えられないこと。(5)判決の成立について、反公序良俗の行為が影響を与えた場合には、民訴四二〇条五、六、七号に比肩して、これを原状回復事由として明らかに規定することは立法上好ましい（例一九三一年独民訴改正草案五四六条六号）が、こうした改正が行われない以上、判決の既判力をあまりに強大に考えることなく、ここに示したような救済的解釈により（実体的正義に優位を認め）敗訴者を保護して然るべきであろうと主張する。この思考はドイツ大審院及びオーストリ最高裁判所が、有力な学者の反対にも拘らず一環して採ってきた実践的な立場である。^(二四)

(2) 民法一六二条二項説

この説は「条件ノ成就ニ因リテ利益ヲ受クベキ当事者ガ、信義誠実ニ反シテ之ヲ成就セシメタルトキハ、条件ハ之ヲ成就セザリシモノト看做ス」旨の独民一六二条二項の規定の準用ないし類推によって、当事者が信義誠実に反した挙動によって作出した事実から、彼に有利な訟訴状態を導くことを否定しようとするのである。^(二五)クットナーは、当事者の一方が信義則に反して判決を招来した場合には、本条に従い、条件は成就しなかったものとみなすべく、従って、判決の外部的存在に拘らず、之に依存する私法上の効果を発生しない。第一六二条二項は、その文言上訴訟当事

者双方の不正の合意の場合は勿論、判決の従たる効力につき、利害関係を有する訴訟当事者一方の訴訟追行にも亦適用されるが、事実条件の故意の成就に付き妥当することは、法定条件の故意の成就に付ても妥当するといふ。^(二六)この点については、我国には相当規定がない。しかし、民事訴訟に於ける信義則は之を認めるべきであり、信義則が当事者相互間に於ける実質的衡平維持のために機能するものである以上、一方当事者が、その奸策によって、その当事者に有利な訴訟状態を招来することは、相手方当事者に対する関係でも禁止されており、この禁止に違反した場合には、形式的に承認される彼に有利な訴訟状態の成立は、否定されるべきである。^(二七)

(三) 請求異議説

以上の立場に対して、請求異議の訴によるべき事を主張するコーラー^(二八)及びガイプ^(二九)の立場がある。しかしながら不法訴訟の生ずるのは、単に給付訴訟に限られたものでないから、この立場のみでは救済に値しないものがある。

ところで、独民法八二六条の不法行為を構成する理由は、二つに分けられている。

(一)は、不法行為を認めても確定判決の既判力に抵触しないとすのもの。(二)は、裁判所を欺罔して判決を取得した場合には、判決は確定するが既判力はないという見解である。しかし前者については、虚無の権利に基いて判決を搾取した場合に之を理由とする不法行為の訴は非済弁済に因る返還の訴と同様に、確定判決に依り確定された請求権が存在しないことを、其の理由として主張しなければならないから、独逸大審院が、確定された債務の不存在を理由とする返還請求の訴は既判力に違反することを認めている以上、^(三〇)認められるべきでない^(三〇)と批難されている。また後者については、実体判決が一度確定すると他の訴訟で裁判官が該判決の内容に羈束せられ、当該法律関係の存否の確定は不可

争のものとなる。このことは、法的安全及び法平和の維持に欠くことを得ない一般的要請であり、当事者はその判決により確定した所に従つて行動し、又しなければならぬ。又当事者は別の訴訟でも、前訴訟の判決に於いて既に決定せる法律問題は、之と同様に判断せねばならぬという確信を有つことになる。そこで権利が一度確定判決により否定されるならば、当事者は最早既判力に反して其の存在を主張しえないとすることが、民事訴訟の終局の目的となつてゐる。既判力が確定判決に認められないならば、民事訴訟は其の存在意義を喪失するであろうし、また、終局的に判断された事件の繰返しが認められるなら司法の威信を失うことになる。訴訟詐欺の場合にだけ例外を認める根拠が果してあるだろうか、詐取された判決の既判力を認める事が自然の法感情乃至正義感に反するというだけで、之を否定すべき充分の根拠となしえないとし、その理由を再審によつてのみ取消しうるとし、この方法により不当な確定判決の是正を求めし事を別として、之を取消することなく、確定判決をそのままにしておきながら、其の既判力を一定の場合に否定することは、到底許されないといわねばならぬ。rebus indicatis standum est の命題は裁判所を欺罔して、確定判決を得た場合であっても何等これ異にする所がないといふ。^(三二)はたしてそのように見るべきか次に検討する所である。

一方、それに先立って我国の学説をみてみると、大体三つに分れてゐる。

一は損害賠償をば不法行為によつて認めるとする立場。^(三三)二は適法行為の違法性の理論によつて無過失損害賠償責任を肯定する立場であり。^(三四)三、圧倒的に多いのは既判力説である。^(三五)

(四) 判決の効力分析

一 「確定判決ハ主文ニ包含スルモノニ限り既判力ヲ有ス」のであり、既判力は確定判決について生ずる「事後効」の一種であり、それは同一当事者間、同一「訴訟の目的」についての後訴を拘束する訴訟手続上の効力である。(1)民事訴訟をば私人が裁判上権利を行使する手続だと解し、既判力が直ちに実体法上の効力だと解した立場もあつた(実体法説)。そしてこの立場では、「確定判決の肯定する権利が既存の権利に合致するときは判決の作用は単なる確認にすぎないけれども、それが既存権利に合致しないときは、その権利はその判決によって創設されたものである。この判決は権利消滅の原因となる点において実体法上の法律行為と異るところがない」と説き、^(三〇)判決は当事者間の私法上の権利に新たな実体法上の効果を附与する一つの権原になるという。しかし、判決の法創定力は実体法と訴訟法との綜合の上に成り立つ法規範的効力であつて、実体法の面からのみではその根拠を捉ええない。^(三七)(2)これに対し既判力を、単に後訴の判決をその内容において拘束する訴訟上の拘束力とみる立場(訴訟法説)では、権利を形成する行為は主として実体法が定めて居り、判決は単に実体法上の存否を有権的に宣言するものであり、不当判決は勿論、正当判決と雖も権利創設などすることはできない。即ち、不当判決の勝訴者は敗訴者に対してのみ判決で認められた権利を主張しうるに止まり、判決の名宛人以外の者には主張しえない事からも明らかである。勝訴者が敗訴者に対して不当判決の肯定する権利を行使しうるのは、一に訴訟法が確定判決に与えた既判力の効果に外ならない。判決は実体法上の権利に対し、それ以上の影響を及ぼさないと説く。^(三〇)この説は後訴の拘束力に説明の重点をおき、既判力が訴訟手続上不可争の効力を生ずべき実体的根拠にはふれない学説である。従つて、この学説に従う場合には、不当判決によつて権利の創設された如き結果が生ずるが、実はそれは実体法上の権利そのものではなくして、不可争の効力(既判

力)の反射作用として、恰も実体法上の権利の発生した如き結果を生ずるにすぎないものである。従って、再審の訴に因ってその不当認定判決が取消された場合に於いては、不当認定判決により創設された権利が遡及的に消滅するものでなく、初めから存在しない権利を存在せざとするにすぎないという。(3)ところで現在では、既判力とは、確定判決が当該「訴訟の目的」について生ずる実体的確定力に基き、後訴を拘束する訴訟手続上の拘束力を云うと定義づけられ、確定判決はその法的妥当力により、訴訟制度上「訴訟の目的」につき「実体的確定力」をもち、それに根拠して、訴訟手続上の拘束力としての既判力を生ずるのであって、それ自体訴訟法的性格のものといえる。従ってこの説による限り、判決の形式で実在化された具体的実体法規範の妥当範囲は、訴訟法上の既判力として現われる限りに於いて、訴訟法により決定される。不当判決にあたってはこれを規範抵触の場とみななければならない。^(二九)実体法規範は、一面、社会規範として社会人の自発的遵守を要求するものであるから、判決により否認された義務を自発的に履行し、又判決により是認された虚無の権利を実行しないのは、規範内容の実現以外のなものでもなく、ただ当事者間の意見の合致せぬ限り、判決の形式で実在化された具体的法規範が、訴訟手続上「規範力」をもち、当事者の意思に反しても訴訟手続上強制されるということになる。以上の前提に立って不法訴訟の既判力を検討する。

二 判決は、国家意思の宣言であり、当該事件に関する具体法を創定する。しかしてその判決が形式的に確定して居れば、当然その規範的効力により、実体的確定力(既判力)を有するのが原則であり、要件を具備して判決として成立する限りに於いて、それは当然判決の効力を有つことになり、その具体化された内容が、客観的眞実に合致するか否かは問われないところである。^(三〇)しかし、きわめて例外な事象ではあるが、裁判の取消がなされるまでもなく、内容

上の効力を發揮しえない場合がある。判決の内容がそれ自体に於いて矛盾するか、不能不法を認めるような場合である。かかる場合には、裁判は成立要件を充足しているから、これを無視することはできない。そこでこれを判決の無効として取扱っている。^(三二) 不法訴訟の判決はその中間的存在ということができよう。ところで、1) 判決の認定が客觀的事実と合致する通常の場合には、判決の實質的効力、即ち判決によって示された具体的法規範は、実体法上の権利と全く一致するものである。2) これに反して、判決の認定が容觀的事実に合致しないいわゆる不当判決の場合には、判決内容に相応する実体法上の権利が存在しない場合である。3) 更に又判決の内容自体が不法な場合には、判決は存在するが、その内容に適合する効力を生じない場合である（無効判決）。即ちその内容に応じて発生すべき既判力や執行力、形成力その他いわゆる構成要件の効果等の効力を有しない場合で、実体法上の関係には影響を及ぼさない場合である。4) とところで不法訴訟の判決の場合には、判決それ自体を以て直ちに違法とすることはできないが、その判決によって具体化された規範が、実体関係上不法性をもつ事となり、これに既判力を認めることになれば、不法を保護する結果になるわけである。

三 ところで、不法訴訟は実体法上不法でなければならぬ。この点を論ずることは、不当判決との差異を明確にするためである。不法訴訟は、いづれにせよ不法な手段によって、自己に有利な判決の獲得を最終目的とするものであるから、その不法性は、意識的に他を害する事によって、自己に有利な判決をうる点にある。

従つて、訴訟詐欺を働くため、偽造・証書を提出し又は他人を偽証させ、その他訴訟に関して犯罪行為を行う場合であっても、判決がそれ等の行為に基因してなされ、しかも、不法訴訟をなした者或いはその事実を知っていた者に

有利であることを必要とする。要之に、不法訴訟が不法であるというのは、故意に自己に有利な判決を受ける当事者の主体的活動の存することが、不当判決の場合と根本的に異なる場合であって、不当判決にも効力が認められるのは、勝訴者に有利な判決ではあるが、所謂故意がなく、従って又反公序良俗性が認められないという点にある。

四次に不法訴訟に基づく判決の効力は、実体法上不法を保護する結果を来すから無効だろうか。この点、「判決は当事者間の法律関係を定め、之を羈束する効力を生ずべきものだから、或る判決そのものの内容よりして、法規の規定に従い、全然当事者を羈束できない事が明かになれば、其の判決は其の内容に適合する効力を生じない」といわれる。即ち、「判決は、法律を解釈適用し当事者間の準則を定め、本案判決の趣旨が、法律の禁止した事項又は法が許さない事項を命じ、或いは公序良俗に反する場合は、其の内容に適合する効力を生せず、当事者間の準則とならない」からである。^(三三)結局、不法を内容とする判決がその内容に適合する効力を生じないのは、その内容が不法でその効力を認めることが、実体法上不法を認める結果を来し、民事訴訟が法規を維持し、正当な権利者を保護しようとする目的に反するからである。そこで無効判決と不法訴訟に基づく判決の異同の点について論究すれば、判決の内容自体が不法であるか否かの点で両者は異なるが、その効力が実体法上不法を保護する結果を生ずる点に於いて共通する。ところで確定判決は、その法的妥当力により、訴訟制度上、「訴訟の目的」につき「実体的確定力」を根拠として、訴訟手続上の拘束力としての既判力を生ずるものであるから、既判力自体としては、訴訟的性格のものであり、従って、既判力の限界は、訴訟法によって規律される。そこで、当事者が違法の目的もしくは手段によって確定判決を得たとしても、判決それ自体が違法とはいわれないところである。従って、原則的には、それが再審原因に該当し、再審の

訴により取消されない限り、手続上の拘束力を有つことになる。しかし、ここに取扱われる問題は正に再審によっては救済されない事件である。そこで実体法上、拘る当事者に対しては不法行為責任が認められるべきであり、別訴により損害賠償を提起したる場合には、その限りに於いて既判力も制限されたものとみるべきである。

即ち、無効判決は判決の内容自体が不法であり、既判力の否定が一般的な場合である。これに対し、不法訴訟にあつては個別的な概念に支配される領域であり、具体的個別的に結果的に既判力の否定を生ずる場合である。

(1) Hellwig, System des Deutschen Zivilprozessrecht, Erster Teil, S. 784 ff.

(11) Lent, Zivilprozessrecht 10 Aufl, S. 185, Rosenderg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht 6 Aufl, §. 157., Baumbach Lauterbach, Zivilprozessordnung, 25 Aufl, B vor § 322, Gaul, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahme Grund 1956, S. 99ff.

この点、我国でも細野長良・「民訴要義」第四卷一八頁、長尾章・「訴訟詐欺と不法行為」志林四一卷十二号十三、十七頁、岡村玄治・「無権利者の裁判所欺罔による勝訴の確定判決と損害賠償義務」志林十六卷十二号一九二〇頁、兼子一・条解民訴Ⅱ一三六頁等、圧倒的に多い。

(三) この点、独民訴五八〇条四号は、当事者又は代理人が訴訟に関して刑罰に処せらるべき行為をなし、これによりが判決なされるに至ったときは、原状回復の原因となるものとして、当事者の虚偽主張が訴訟詐欺を構成し、之判決がに影響を受けたときは、一般に再審原因となるが、我民訴法と同じく再審の訴提起期間は五年の制限が存在し、且つ第四二〇条と同趣旨の規定が存在するため、折角訴訟詐欺に付き有罪の確定判決がなされても、右期間の経過により、再審の訴を提起することができなくなつてゐる (R.G. 46, 7; 67, 152)。

(四) この点について Thumm は、大審院及び連邦裁判所が損害賠償請求の救済を支えている場合(民八二六条)には民訴五八〇条の再審原因があるとし、民訴法五八〇条所定の再審原因が嚴格にとらわれている事からは生じないという。即ち大審院が民法八二六条の法的救済を認めた場合には民訴五八〇条四項の再審原因として生ずる。民訴五八六条二項の短期消滅時効の延長こそ急務であると指摘している(Thumm, Die Klage aus § 826 BGB, S. 68, 69f.)。この点、我国の学者もこの説に従うものは共通して説く所である。長尾・前掲十九頁以下、参照。

(五) 確定判決によって給付の命ぜられた場合には、判決の既判力が法律上の原因となるのみならず、不当利得の訴は既判力を以って決定された係争事件を再び展開しうるために利用することは許されないことから、不当利得の返還請求は認められな
るべきである。

(六) 同旨、山田正三「訴訟不法行為に因る不当判決の効力」京法十三卷八号九頁。

(七) Reichel, Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung, Wach-Festschrift (1913) S. 86f.

(八) Bernhardt, Schutz gegen Missbrauch rechtskräftiger Schuldtitel J.W. 66 Bd 1, S. 1034. Bruns, Zur Frage der Schutz gegen den Missbrauch rechtskräftiger Schuldittel J.W. Bd 3, S. 2432f, schönke-Schöder-Niese, Zivilprozessrecht 8 Aufl, 340f.

(九) Boehmer, Grundlage II, 1, S. 135f. Z.A.K DR 1937, 472.

Lehman, J.W. 1937. 2225.

(一〇) Kohler, Archiv. Ziv. Prax, Bd 114, S. 273.

(一一) Bernhardt, Auswirkungen von Treu und Glauben im Prozeß und in den Zwangsvollstreckung, Z.Z.P. 66. S. 77f.

不法訴訟の判決の効力

- (一二) なお、この事は判決についてはかりでなく、訴訟上確定判決と同様に取扱われる裁判上の和解、調停についてもいわれるべく、それ等についてはいずれも公序良俗性の原則の適用をうける。だから当事者の一方が和解または調停の事実上の基礎を定める際に、反公序良俗的な影響を与えた場合は、和解又は調停の実質的効力は発生しない。従って、訴訟上の和解は訴訟係属の効果を消滅しない。(Schönke-Schröder-Niese, a.a.O. S. 308.)
- (一三) z.B. Sperl, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtspflege B.d. I. 1930, S. 830, なる Novak, Österreichische Juristen-Zeitung 1949, S. 338f. 参照。
- (一四) Vgl. Schönke. a.a.O. S. 310, Nikisch, Zivilprozessrecht 2 Aufl. S. 522., Bernhardt, Z.Z.P. 66, 77ff.
- (一五) Baumgärtel, Treu und Glauben, guten Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, Z.Z.P. 69, S. 93ff., Guldner, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2 Aufl., S. 239.
- (一六) Kuttner, Die Privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile S. 201ff.
- (一七) 問題は当事者間の衡平維持の名をかりて、国家司法義務の実現を不当に懈怠することがあってはならないし、又形式上成立する訴訟状態を否定して、手続を不確実にしてはならぬとの要請との調和にかかっている。
- (一八) Kohler, Archiv. Ziv. Prax. Bd 80, S. 190.
- (一九) Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung in deutschen Zivilprozess (1909) S. 136, 210.
- (二〇) R.G.Z. 46, Nr 22, S. 77.
- (二一) Hellwig, System, 784f.
- (二二) Hellwig, System, 783f. Gauppstein IX 2 zu § 322.
- (二三) 中村(宗)・民訴下巻三五九頁、宗宮信次・「訴訟手続乱用による不法行為」法曹公論三四卷十一月号十三頁。

- (二四) 小野木・「確定判決の不当取得」(訴訟法の諸問題) 六五頁以下。
- (二五) 細野・要義四卷一八四頁、兼子・体系三三三頁、山木戸・講義二〇三頁、野間・要論三一九頁、その他註(二)参照。
- (二六) ドイツ大審院のとの立場であり、Pagenstecher, Kohler, Pohle, 等の支持する学説。
- (二七) 中村(宗)・民訴要論三四三頁。
- (二八) Wach, Sein, Hellwig, Jonas, Rosenberg, Sauer, Botticher, Schonke, Baumbach 等の学説である。
- (二九) 中村(宗)・「訴と請求並に既判力」。「既判力の本質」民訴講座三卷七〇七頁。
- (三〇) 中村(宗)・民訴要論三〇三頁以下。
- (三一) 中村(宗)・民訴要論三〇二頁以下、雉本三二三頁、兼子三三三頁、加藤・民訴要論二九六頁、三ヶ月・民事訴訟法三一九頁、判例、昭一六・三・一五・民集二〇卷一九二頁、昭三二・九・一六、民集十一卷一五三三頁。
- (三二) 雉本・「裁判の無効」(民事訴訟法の諸問題) 三三四頁。

四　　む　　す　　び

判決の既判力は、同一事件につき相反する裁判が行われる事をふせぎ、法的安全が保証されるという重要な目的をもつ手段ではあるが、コーラーが、既判力を民事訴訟の動かしえない軸点とみたり、これにふれることを忌む神聖なタブーの様に誇張することはできない^(一)と正当にも主張した如く、既判力も数多い法秩序の形式的制度の一つであり、その限界は公序良俗の原則によって支配さるべきものである^(二)。判決は正当な権利を実証し正義を発揚するものでなければならぬが、同時に法的平和を確立して、争ある当事者間の将来の法律関係に、確固たる基礎をつくることに役

立たねばならぬ。従つて、この二つの要請が競合した場合には、裁判官が具体的な個々の場合に依じて、高度の次元よりこれを判断すべきである。そしてその際、捉うべき必要性は既判力制度の目的であり、各場合についての法の規定精神と、その本質に基いて判断の基礎とすべきである。だとするならば判決の既判力、法的平和の保証も、判決の確定力、既判力制度の著しい乱用又は甚しい悪意の手段により獲得された判決の場合には、この既判力を否定もしくは制限する必要がある、これに正当判決と同じ効力を認めることは、法の根本理念に反するとみねばならぬ。従つて反公序良俗的行動により影響された判決については、実体法上は不法行為を構成するが、更に進んで、訴訟上の効力としても限界づけられるべきものである。^(三)

再審の訴は、元来、手続的瑕疵による原判決の取消であり、その手続瑕疵を通して実体的瑕疵の排除が行われるのである。そこで、反公序良俗的行為ばかりでなく、その他の事由を再審事由として数え、その不当判決の形式的並に実質的効力排除の訴訟上の手続を規定しているが、しかし、判決の実質的効力を否認する実体法上の理由又は反公序良俗性に基く排除事由などは、それ自体としては再審原因とされてはいない。故に勝訴判決が勝訴者の反公序良俗行為によつて影響された場合には、その判決は、後訴の裁判所を拘束しないとみる必要がある。繰返すべきは、判決の成立に不正違法な影響を与えておきながら、既判力を主張悪用することは、いわば権利の乱用であり、その判決の拘束力を実質的に否定しようとするのが、正義を守り、権利保護を使命とする訴訟の制度上、むしろ当然の事といわねばならぬからである。

以上の考察を通じて、不法訴訟の判決の既判力は、後訴の裁判所を拘束しないとみるべきものと考えるのが妥当と

思われる。

なお、このテーマについては論すべき多くの点があるが、改めて近い期日に、不法訴訟についての綜括を試みるべくその足がかりとして、考えている事柄の一端を不十分ながら述べるにとどめた。

(一) Kohler, Archiv. Ziv. Prax, Bd 114, S. 273.

(二) Schonke-Schroder-Niese, Zivilprozessrecht, 8 Aufl, § 74, 1.

(三) この点、シェンケは、(1)民法八二六条違反により生じ又は利用された判決は、裁判所を拘束しない、(2)相手方は強制執行を免れるため一方の当事者に対し、判決の取戻及び執行不許容の確認の訴が提起できる。(3)良俗に反することを知らないで、支払われもしくは執行された場合には、相手方に金銭賠償の要求ができると説いている (Schönke-Schröder-Niese, a. O. S. 340f.)