

既判力の補完・調整法理の諸相（一）

——遮断的作用の拡大局面を中心に——

川
嶋
隆
憲

既判力の補完・調整法理の諸相（一）

- 一 はじめに
- 二 既判力の補完・調整法理の諸相
 - 1 理由中の判断の拘束力
 - 2 既判力に準ずる拘束力
 - 3 信義則による後訴遮断
 - 4 一部請求後の残部請求
 - 5 理由中の判断の承継人に対する拘束力
- 三 既判力の補完・調整法理の再検討

- 1 判例法理の形成と発展（以上、本号）
 - 2 既判力の作用する限界
 - 3 補完・調整法理の必要性と許容限度
 - 4 補完・調整法理の再構成：「判断拘束力構成」から「行為評価構成」へ
 - 5 各論に関する若干の考察
- 四 おわりに

一 はじめに

本稿は、既判力の原則規定（民訴一一四条一項）によっては紛争の実質的な蒸し返しを防ぐことができないと考えられる諸事例において、判例・学説上、様々な形で論じられてきた解釈論（以下、これらを総称して「既判力の補完・調整法理」という）について、これらを横断的に考察することにより、解釈論相互の関連性や共通の理論的基礎の解明を試みるとともに、各種の補完・調整法理の発現すべき範囲や適用されるべき基準につき新たな理論的視座を獲得することを目的とする。本稿が対象とする既判力の補完・調整法理は、既に多くの優れた業績によって論じ尽くされているとも言えるが、本稿において特にこれらの諸法理を横断的に取り上げて論じるのは、筆者の次のような問題関心による。

第一に、わが国における既判力論およびその補完・調整法理を統合的かつ体系的に理解するためには、今日にお

いて様々な形で発展した補完・調整法理の包括的な把握が不可避であると考えられることである。例えば、判決理由中の判断について争点効を明示的に否定した最高裁^①が、その後、紛争の実質的な蒸し返しを禁止するための解釈論として信義則を根拠とする後訴訟遮断の法理を形成した^②ように、ある個別的問題領域における解釈上の態度決定が、他の個別問題領域における解釈論の形成と密接な関連性を持つていと見られる場合は少なくない。解釈論相互の間に一定の関連性が認められる限りにおいては、解釈論としての一貫性が問われることはもちろん、その基礎にある価値判断や利益衡量においても矛盾・抵触がないことが求められよう。このような観点は、従来の判例・学説においても少なからず意識されていたものと思われるが、個別的問題領域ごとの解釈論の発展・成熟とともに議論が複雑化の様相を呈する今日において、これらの諸法理を理解するための共通の理論的視座を獲得することには一定の意義があると考ええる。

第二に、第一の問題関心とも重なるが、これまで既判力の補完・調整が論じられてきた諸事例の中には、理論上、既判力それ自体の作用領域内の問題として理解されるべきものと、信義則その他の既判力以外の法規範の問題として理解されるべきものが混在していると見られるところ、両者の区別は必ずしも容易ではなく、個別問題領域ごとの問題状況の整理と分析が不可欠であると考えられることである。筆者は、様々な背景事情を有する再訴事案^③を適切に処理するためには、既判力のような、個別事情を問わず原則として一律・画一的に適用される「定型ルール」に加えて、信義則のような、個別事情に応じた柔軟かつ弾力的に適用しうる「非定型ルール」を併用すること（以下、「二元的処理」と呼ぶ）が有用であると考えているが、このような二元的処理が効果的に機能するためには、単に既判力と信義則を併用すべきというのみでは不十分であり、既判力それ自体が作用する領域と信義則が発現する領域とを、当事者や裁判所に予測可能な形で特定しておく作業が不可欠であると言える。

第三に、既判力の補完・調整法理として、絶えずわが国の議論をリードしてきた争点効理論（および争点効理論を含む包括的な判決効理論である「遮断効論」）の今日的意義を考へるとき、各種の個別問題領域において争点効理論が果たしてきた役割を改めて評価した上で、その新たな発展の可能性を模索することが実践的かつ有意義であると考えられることである。筆者はかつて、争点効理論は一定の比較的明確な要件・効果枠組みを持つ点において信義則による後訴遮断の法理によつては代替できない独自の存在意義が認められるとして、争点効理論と信義則による後訴遮断の法理の峻別と併用を論じたことがある^⑤。筆者のこのような理解はその後も基本的な点において変わりはないが、今日の判例・学説の到達点に照らして争点効理論の新たな発展の可能性を探ることは、争点効理論の有用性を説く論者に課せられた課題の一つであると言つてよい。かつて争点効を明示的に否定した最高裁が、その後、信義則が類型的に適用される事案類型を肯定するに至つたことは、それが限られた問題局面に関する先例であるにせよ、争点効理論の今日においてありうべき姿を暗示しているようにも思われる。

以下、本稿においては、各種の既判力の補完・調整法理の中でも後訴における遮断的作用を拡大する方向に働く法理を取り上げることとし、これを縮小する方向に働くもの^⑧については他日において別途考察の機会を得たいと考えている。また、本稿において取り上げる諸事例の一部には、筆者が別稿において考察の対象とした事例が含まれるが、既判力の補完・調整法理の横断的な把握に基づく新たな理論的視座の獲得という、本稿の目的を達する上で必要な範囲で再度取り上げることとした。なお、本稿では、特に断りのある場合を除き、訴訟物理論に関しては旧訴訟物理論の立場を前提とし、かつ、既判力の客体的範囲は原則として訴訟物の範囲と一致するという伝統的な理解を前提に論じることとする^⑩。

二 既判力の補完・調整法理の諸相

1 理由中の判断の拘束力——訴訟物の前提問題についての判断の拘束力 (1) 判例

既判力の客体的範囲に関する原則論によれば、既判力は判決主文中に含まれる裁判所の判断（以下、端的に「判決主文中の判断」と表記する）にのみ生じ、判決理由中の判断には生じない（民訴一一四条一項。例外として、二項）。このことは、既判力は判決主文中で示された訴訟物たる権利関係の存否についての判断にのみ生じ、その前提問題たる事実または法律関係の存否についての判断には生じないことを意味する¹¹⁾。もともと、訴訟物の前提問題たる事実または法律関係の存否について、当事者が主張・立証を尽くし、裁判所が審理・判断をした場合に、これらの前提問題について何らの拘束力も認められないとすれば、これらの前提問題が後訴で再び争われる場合には、当該前提問題について審理の重複や判断の矛盾を生じうる。そこで、学説では、このような既判力の限界を補完する法理として、判決理由中の判断にも一定の要件の下に既判力に類似する拘束力（≡争点効）が認められるとする見解が主張され¹²⁾、下級審裁判例の中にもこれに与する例が現れた¹³⁾。

このような学説・裁判例の状況の中、最判昭和四四・六・二四判時五六九号四八頁（以下、「昭和四四年判決」という¹⁴⁾）は、いわゆる争点効を明示的に否定した最初の最高裁判例として知られる。本件は、不動産の売買に関して、売主Xが本件売買契約の詐欺による取消しを主張して、本件不動産の所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴え（本件訴訟）を提起する一方、これとほぼ同じ時期に、買主Yが本件売買契約に基づき建物の明渡しと債務不

履行を理由とする損害賠償の支払いを求める訴え（別件訴訟）を提起した事案であり、いずれの訴訟においても、訴訟物の前提問題として、本件不動産の所有権の帰属（本件売買契約の有効・無効）が主要な争点となったものである。その後、別件訴訟において、Xの詐欺取消しの主張が退けられ、Yの請求を認容する判決が確定したのに対して、本件訴訟においては、Xの詐欺取消しの主張が認められ、Xの請求を認容する判決が言い渡されたことから、本件訴訟における右判決が別件訴訟の確定判決と抵触するか否かが問題となった。本件において最高裁は次のように判示し、判決理由中の判断について「既判力およびこれに類似する効力（いわゆる争点効）」を否定し、両判決の間に既判力の抵触は生じないとの考えを示した。

「右別件訴訟の確定判決は、X主張の右契約の詐欺による取消の抗弁を排斥して、Yの請求原因を全部認容したものである。されば、右確定判決は、その理由において、本件売買契約の詐欺による取消の抗弁を排斥し、右売買契約が有効であること、現在の法律関係に引き直していえば、本件不動産がYの所有であることを確認していても、訴訟物である本件建物の明渡請求権および右契約不履行による損害賠償としての金銭支払請求権の有無について既判力を有するにすぎず、本件建物の所有権の存否について、既判力およびこれに類似する効力（いわゆる争点効、以下同様とする。）を有するものではない。一方、……かりに、本件訴訟において、Xの右請求原因が認容され、X勝訴の判決が確定したとしても、訴訟物である右抹消登記請求権の有無について既判力を有するにすぎず、本件不動産の所有権の存否については、既判力およびこれに類似する効力を有するものではない。以上のように、別件訴訟の確定判決の既判力と本件訴訟においてX勝訴の判決が確定した場合に生ずる既判力とは抵触衝突するところがなく、両訴訟の確定判決は、ともに本件不動産の所有権の存否について既判力およびこれに類似する効力を有するものではないから、論旨は採るをえない。」

上記判旨によれば、最高裁が判決理由中の判断について「既判力およびこれに類似する効力（いわゆる争点効）」を否定した理由は、確定判決の既判力は訴訟物たる権利関係についてのみ生じる、という点に尽きる。当時、既に

最高裁では、所有権に基づく登記請求を認容する確定判決は、その理由において所有権の存否を確認している場合であっても所有権の存否について既判力を有しないとす先例¹⁷⁾が存在し、所有権に基づく明渡請求を認容した確定判決についてもこれと同旨の判断が示されるなど、訴訟物の前提問題の判断について既判力が生じないことは、判例として確立している状況にあった。もつとも、本判決の匿名コメントによれば、本判決は単に旧来の判例を踏襲したというにとどまらず、争点効の是非をめぐる当時の学説・裁判例を詳細に検討した上でこれを否定したものであるとのことであり、最高裁が争点効を否定した実質的な理由として、①争点効の理論は理由中の判断の既判力を否定する伝統的な見解と矛盾すること、②争点効が認められる民訴法上の規定がないこと、③争点効の要件（当事者が真剣に争い主張・立証を尽くしたこと、裁判所が実質的に審理・判断をしたこと等）が不明確であること、が示唆されている¹⁸⁾。

このように、昭和四四年判決は、基本的には既判力の客体的範囲＝判決主文中の判断＝訴訟物たる権利関係の存否についての判断、という伝統的な図式を維持するものであり、そこに既判力の原則論を補完・調整しようとする発想は見られない。昭和四四年判決は、上記判旨の帰結として、「Yは、別にXを被告として、本件不動産の所有権確認訴訟を提起し、右所有権の存否について既判力を有する確定判決を求めることができることは、いうまでもない」と説くが、訴訟の勝敗を決する主要な争点として当事者が主張・立証を尽くし、裁判所の実質的な審理・判断を経た事項が繰り返し争われることによる審理の重複や訴訟不経済は避けられない。現に、本件においては、その後、Yが本件不動産の所有権確認を求める第三の訴えを提起したものの請求棄却に終わり、さらに、Xが本件不動産の所有権確認と建物の明渡しを求める第四の訴えを提起して右請求が認容されたことで、本件当事者間の争いはようやく落ち着いたようである¹⁹⁾。このことは、既判力の原則論を貫徹した場合でもなお紛争の最終的な決着を図る

ことがまったく不可能ではないことを示唆しているとも言えようが、本件紛争における真の対立点とも言うべき所有権の帰属（ないし所有権の移転を根拠づける本件売買契約の有効・無効）が繰り返し争われる事態に合理性があるとは言いがたい。

(2) 学説の状況

上述のように、既判力の客体的範囲に関する原則論を貫徹する限り、訴訟物の前提問題たる事実または法律関係の判断については何ら拘束力を生じないと解されるが、学説上は、これらの前提問題が再び争われることにより紛争が実質的に蒸し返される事態に対処すべく、様々な見解が主張されてきた。⁽²²⁾

新堂幸司教授によって提唱された争点効説は、その最も代表的な見解の一つである。争点効説は、訴訟物についての判断にのみ既判力が生じる趣旨（当事者の訴訟活動の柔軟性と裁判所の審理の弾力性の確保）を損なうことなく紛争解決の範囲を拡大するための判決効を模索する中で、参加的効力の拡張に関する兼子理論⁽²³⁾や英米法のコラテラル・エストッペル（今日でいう、争点排除効（issue preclusion））⁽²⁴⁾に示唆を受けて提唱された見解であり、訴訟物の前提問題についても「当事者が真剣に争い裁判所が実質的な審理判断を下したという場合」⁽²⁵⁾に、その判断に拘束力を生じるとするものである（右の要件は、のちに、①前後両請求の可否の判断過程で主要な争点となった事項についての判断であること、②当事者が前訴においてその争点につき主張・立証を尽くしたこと、③裁判所がその争点について実質的な判断をしていること、④前訴と後訴の係争利益がほぼ同等であること、の四つに整理される⁽²⁶⁾）。争点効説は、争点効の理論的根拠を当事者間の公平に求めながらも、これを信義則の個別的な適用の問題に委ねるのではなく、「判決の制度的な効力」にまで高めるところに特徴があり、争点効は「一般条項としての信義則が判

決の一効果にまで凝固・定着した²⁹ものとされる。新堂教授は、上記昭和四四年判決を「最高裁が争点効理論を実務において認知するのに、最も適当なケースであった³⁰」と評し、争点効を否定した判旨に対しては、「従来の既判力理論に唯一不変の価値を置き、その理論を墨守しさえすれば足りると考えた、と解されても仕方がない」として、「裁判所へ信頼をよせるわれわれをひどく失望させるもの」と強く批判する³¹。

これに対して、信義則に基づく拘束力説は、判決理由中の判断にも拘束力を生じる場合があることを肯定し、かつ、その拘束力の根拠を信義則に求める点では争点効説と共通するが、理由中の判断の拘束力を既判力類似の「判決の制度的な効力」として観念するのではなく、あくまで個別事案における信義則の適用問題として構成する点で争点効説と区別される³²。その代表的論者である竹下守夫教授の見解によれば、判決理由中の判断の拘束力の根拠を信義則に求めるとしても、自己の主張に基づいて有利な判断を得た当事者（原則として勝訴当事者）に対する拘束力と、自己の主張が排斥され不利な判断が下された当事者（原則として敗訴当事者）に対する拘束力とはその根拠を異にし、前者は「矛盾挙動禁止の原則」から、後者は「権利失効の法理」の趣旨から導かれるとする³³。理由中の判断の拘束力はこの二つの場合で要件を異にし、「矛盾挙動禁止の原則」を根拠とする拘束力は、前訴の勝訴当事者が、前訴判決の不可欠の前提となった事実主張と矛盾抵触する事実主張をしたことを要件とし、前訴において当該事実が争点となったことまでは要しないとするのに対して、「権利失効の法理」の趣旨を根拠とする拘束力が生じるためには、当該理由中の判断が前訴において主要な争点について下されたものであることを必須の要件とする³⁴。加えて、いずれの拘束力も、信義則発現の一類型である以上、個別事案における具体的事情を総合的に判断した結果、拘束的効果を認めることが却って当事者間の公平に反する場合には拘束力が否定されるとし、上記昭和四四年判決の事案についても、両訴が別個の裁判所に同時に係属し、たまたま一方の判決が先に言い渡されたという

事情は、前提問題につき決着済みとの合理的信頼を否定する要素となるとして、判旨の結論に賛成する。⁽³⁵⁾

一方、後訴における攻撃防御方法の遮断は、前訴において裁判所が審理・判断したことから生じる効果（判断効）ではなく、前訴において当事者が攻撃防御を尽くす具体的な手続保障が与えられたことに基づく自己責任（提出責任効）であるとの理解を基礎として、当事者間の具体的な紛争経緯や手続経過をもとに、後訴における提出の適否を決しようとする見解も主張される。⁽³⁶⁾ 例えば、井上治典教授は、後訴における遮断の根拠を「相手方との間で当然に主張立証を尽くすべきであった、あるいは十分に攻撃防御を尽くしたのに、ふたたびその事項をむし返すのは不公正、不衡平であるという、信義則的な効力に支えられたもの」と捉え、前訴において「主張立証を尽くすべきであった」事項を再び提出して争うことを禁止する。⁽³⁷⁾ このような理解によれば、争点効説が主として念頭に置く「当事者が主張立証を尽くした」事項に限らず、具体的な紛争経緯や手続経過に照らして「主張立証を尽くすべきであった」と評価される事項もまた後訴において遮断されることになるが、いかなる事情の下で「主張立証を尽くすべきであった」と評価しうるのか、その具体的な規範は必ずしも明確ではない。⁽³⁸⁾

このほか、既判力の客体的範囲＝判決主文中の判断、という既判力規定を厳格に解し、既判力規定が定める既判力の限界を超えて後訴において遮断的作用を生じさせることを疑問視する見解も有力である。松本博之教授は、争点効または信義則による後訴の規制の問題点として、理由中の判断の既判力を否定した立法者の決定に明確に反することを指摘する。⁽³⁹⁾ すなわち、既判力の客体的範囲が判決主文に包含される判断に限られるのは、誤った判決理由中の判断が当該訴訟を超えて永久化され、当事者がその訴訟に賭けた利益を超えて広範な既判力効が当該事件から派生する将来の訴訟に及び、それにより当事者が予期しない不利益を受けるのを防ぐことにあるところ、裁判所が事実認定や法の適用を誤ることは起こり得る以上、判決理由中の判断の一定の範囲で既判力を承認するのと同じ結

果になるこれらの理論には無理があるとす。上記昭和四四年判決についても、詐欺取消しの主張を排除した別件訴訟の控訴審判決の判断が瑕疵のない完全なものである保障はないとして、争点効を否定した判断には肯定的である。⁽¹⁰⁾

2 既判力に準ずる拘束力——留保付判決における留保部分の拘束力

(1) 判例

既判力の客体的範囲に関する原則論によれば、本案判決では判決主文において訴訟物たる権利関係の存否についての判断が示されるから、通常は、既判力の客体的範囲＝訴訟物たる権利関係の存否についての判断という図式が成り立つ。もっとも、限定承認をした相続人に対して相続財産の限度で支払いを命じる判決⁽¹¹⁾のように、判決主文において一定の留保が付される場合には、訴訟物についての判断に加えて、当該留保に関する判断（上記の例で言えば、責任財産の範囲についての判断）についても既判力を生じるか否かが問題となる。

最判昭和四九・四・二六民集二八卷三号五〇三頁（以下、「昭和四九年判決」という⁽¹²⁾）は、相続人に対して相続財産の限度で支払いを命じる判決が確定した後に、前訴原告である債権者が、前訴判決の基準時前に存在した限定承認と相容れない事実を主張して、無留保の判決を求めることはできない旨を判示した判例である。⁽¹³⁾ 本判決は次のように判示し、限定承認の存在および効力についての前訴の判断には「既判力に準ずる効力」があるとし、前訴基準時以前に存在していた事実を主張してこれを争うことは許されないと考えを明らかにした。

「相続財産の限度で支払を命じた、いわゆる留保付判決が確定した後において、債権者が、右訴訟の第二審口頭弁論終結時以前に存在した限定承認と相容れない事実（たとえば民法九二一条の法定単純承認の事実）を主張して、右債権につき無留保の判決を得る

ため新たに訴を提起することは許されないものと解すべきである。けだし、前訴の訴訟物は、直接には、給付請求権即ち債権（相続債務）の存在及びその範囲であるが、限定承認の存在及び効力も、これに準ずるものとして審理判断されるのみならず、限定承認が認められたときは前述のように主文においてそのことが明示されるのであるから、限定承認の存在及び効力についての前訴の判断に關しては、既判力に準ずる効力があると考えるべきであるし、また民訴法五四五条二項〔現・民執法三五条二項〕によると、確定判決に対する請求異議の訴は、異議を主張することを要する口頭弁論の終結後に生じた原因に基づいてのみ提起することができるとされているが、その法意は、権利関係の安定、訴訟経済及び訴訟上の信義則等の観点から、判決の基礎となる口頭弁論において主張することのできた事由に基づいて判決の効力をその確定後に、左右することは許されないとすると解すべきであり、右趣旨に照らすと、債権者が前訴において主張することのできた前述のごとき事実を主張して、前訴の確定判決が認めた限定承認の存在及び効力を争うことも同様に許されないものと考えられるからである⁽¹⁴⁾。

既判力の客体的範囲は原則として訴訟物の範囲と一致するとの伝統的な理解を前提とすれば、本件前訴判決の既判力は前訴の訴訟物たる金銭債権の存否および数额について生じると解される。その結果、当該金銭債権の存否および数额については、基準時後に生じた新たな事由を主張して争う場合（民執三五条二項参照）を除き、後訴においてこれを再び争うことは既判力に抵触して許されないが、当該金銭債権の引き当てとなる責任財産の範囲（相続財産の範囲にとどまるか否か）は既判力によっては確定されておらず、後訴においてこれを再び争うことは既判力の作用によっては妨げられない、と考えられる。しかしながら、本件最高裁は、次の二つの理由に基づいて、このような帰結を修正した。すなわち、①前訴の訴訟物は直接的には債権の存否および範囲であるが、限定承認の存在および効力も「訴訟物に準ずるもの」として審理・判断され、これが認められるときには主文においてそのことが明示されるから、限定承認の存在および効力についての判断には「既判力に準ずる効力」があると考えるべきであ

ること、また、②民執法三五条二項が確定判決に対する請求異議事由を基準時後に生じた新たな事由に限定する趣旨は、権利関係の安定、訴訟経済、訴訟上の信義則等の観点から、前訴において主張することのできた事由に基づいて前訴確定判決の効力を争うことを許さないとするものであるところ、本件において債権者が主張する法定単純承認の事由（相続財産の隠匿および悪意による財産目録への不記載）は、前訴において主張することのできた事実であり、これを主張して前訴確定判決の判断を争うことは許されないと考えられること、である。

本判決は、既判力の客体的範囲に関する原則論によっては留保部分に関する前訴判決の判断と矛盾する主張を排除することが困難と考えられる事案において、「既判力に準ずる効力」という概念を介在させ、既判力の範囲およびこれに伴う遮断的作用の範囲を実質的に拡大した点に意義がある。本判決が示した上記二つの理由に対しては、第一の理由が既判力に準じる効力を認めるものである一方、第二の理由がいわゆる失権効ないし排除効（人訴法二五条参照）の拡張をいうものであるとも解されることから、「いずれが決定的理由であるかが明らかでなく、かつ、相互関係が十分に明らかとされていない点においてなお未完である」とされる。とはいえ、前記昭和四四年判決において、既判力の客体的範囲＝訴訟物たる権利関係の存否についての判断という伝統的な理解を堅持した最高裁が、「未完」ながらも、既判力の原則論を修正する解釈論を展開したことの意義は大きい。本判決の特徴は、「既判力、失権効、排除効等について必ずしも概念にこだわらず、権利関係の安定、訴訟経済、訴訟上の信義則ということを中心している点」⁽⁴⁶⁾にあり、なかでも後訴における主張遮断の根拠の一つとして「訴訟上の信義則」に言及している点は、紛争の実質的な蒸し返し返し事案における信義則の適用可能性を示唆するものとして、その後の判例法理の形成にも少なからず影響を及ぼしている。⁽⁴⁷⁾

(2) 学説の状況

上記昭和四九年判決の事案に見られたような、責任財産の範囲を限定する前訴判決の判断の拘束力をどのように考えるかについては、学説上、相続債務の履行を求める訴訟の訴訟物の捉え方と関連して議論がある。一般的な金銭支払請求訴訟と同様に、請求権の存否および数额が訴訟物を構成し、責任財産の範囲は訴訟物を構成しないとすれば、既判力の原則論に従う限り、責任財産の範囲を限定する前訴判決の判断にはなんら拘束力を生じないと解されるから、この点に関する紛争の蒸し返しを排除するためには、既判力の原則論をなんらかの形で修正する必要を生じうる。これに対して、責任財産の範囲も訴訟物の一部を構成するとすれば、請求権の存否および数额に加えて責任財産の範囲もまた既判力によって確定されるから、責任財産の範囲に関する紛争の蒸し返しは既判力それ自体の作用によって排除されると考えられる。

学説では、一方において、債務と責任の概念的な区別を前提として、責任財産の範囲の限定は執行手続において執行力の客体的範囲を画する意味を持つにとどまり、判決手続において訴訟物を画する要素とはならないとの見方がある⁽⁴⁹⁾。ただし、右の見解も、責任財産の範囲を限定する前訴判決の判断を再び争うことを許容するものではなく、後訴において限定承認の存否および効力を争う主張は遮断されると解しており、そのような遮断の必要性は、民執法三五条二項の法意である、「権利関係の安定、訴訟経済及び訴訟上の信義則等の観点から、判決の基礎となる口頭弁論において主張することのできた事由に基づいて判決の効力をその確定後に、左右することは許されない」(上記昭和四九年判決参照)ことから導かれるとする⁽⁵⁰⁾。また、このような帰結は、同時履行の抗弁権を認めて引換給付を命じる判決においては引換給付の判断についても既判力を生じ、後訴においてこれを争う主張が遮断されると解されていることとパラレルであるとする⁽⁵¹⁾。

他方において、相続債務の履行を求める訴訟においては、請求権の存否および数額に加えて、責任財産の範囲もまた訴訟物の一部を構成すると解する見解も有力である。例えば、原告が自ら相続財産の限度で債務の履行を請求する場合には、そこに「相続財産によって責任を制限された債務」という独立の訴訟物を考えることができ、これを認容する判決が確定した場合には、既判力の双面性によって原告の権利が質的にそれ以下でもそれ以上でもないことが確定する結果、前訴原告が後にこれを「全財産により責任を負うべき債務」であると主張することが妨げられるとする見解⁵²⁾はその一つである。また、責任財産の範囲をめぐる紛争の蒸し返しを未然に防止するためには責任財産の範囲も利益主張の限度として判決手続において確定しておくことが望ましいとの理由から、責任財産の範囲も申立事項の一内容として審判対象を限定する要素になるとする見解も主張される⁵³⁾。これらの見解によれば、原告が自ら相続財産の範囲で給付を求める訴えを提起することは、そのような限定を付さない訴えとの関係では一種の一部請求であり、後訴の可否は一部請求後の残部請求の可否に関する問題と同様の規律が妥当することになる。また、原告の無限定の給付の訴えに対して、被告の限定承認の抗弁を認めて相続財産の範囲で支払いを命じる判決をすることは、原告の申立事項の一部を認容する一部認容判決となり、後訴の可否は一部認容判決の既判力の作用によって規律されることになる。

以上のように、学説は、理論構成の違いはあるものの、一般論として責任財産の範囲を限定する前訴判決の判断にも一定の拘束力を肯定するものが多いが、上記昭和四九年判決の具体的事案との関係において、裁判所が後訴における法定単純承認事由の主張を遮断したことに對しては否定的な見解が少なくない。本件において主張された相続財産の一部を悪意で財産目録中に記載しなかったとの事実は、債権者の関与しえない領域で生じたものであるから、これを知らず、知らなかったことにつき過失がない場合に遮断効を生じさせることは妥当性を欠くとの批判⁵⁴⁾や、

本件事案を一部請求後の残部請求と同様に考えとしても、本件訴訟は実際問題として前訴で主張しようにも主張し得なかつた部分を後訴で請求するという点で、後遺症の拡大を理由とする損害賠償請求の後訴における利害状況⁽⁵⁵⁾に酷似しており、後訴を許容する必要性は高いとする指摘⁽⁵⁶⁾が見られる。既判力の消極的作用としての攻撃防御方法の遮断は、伝統的には当該攻撃防御方法の知・不知や知らなかつたことについての過失の有無を問わず作用すると解されてきたところであるが、既判力の正当化根拠を手續保障が与えられたことに伴う自己責任に求める近時の通説の見解に立てば、前訴において法定單純承認事由を主張することにつき本人の自己責任を問ひ得ない事情が認められる場合に既判力による遮断を否定することは背理とは言えないであろう。

3 信義則による後訴遮断

(1) 判例

既判力の客体的範囲に関する原則論によれば、既判力は訴訟物たる権利関係の存否についての判断に生じると解される。その結果、右の事項が後訴において再び問題となる場合、具体的には、①前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が同一の場合(同一関係)、②前訴の訴訟物が後訴の訴訟物の前提問題となつている場合(先決関係)、③前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が論理的に両立しえない場合(矛盾関係)においては、前訴判決の既判力が後訴において作用し、後訴当事者は前訴の既判力ある判断と矛盾する請求や主張を提出して争うことが禁止されると解される。もちろん、判決理由中の判断にも既判力その他の拘束力を認めるとすれば、上記の三類型を超えて、前訴判決の理由中の判断と抵触する訴えないし主張を排斥することが可能となるが、前記昭和四四年最判がこのような解釈論を採用しなかつたことは既に見たとおりである。

最判昭和五一・九・三〇民集三〇巻八号七九九頁（以下、「昭和五一年判決」とい⁵⁹）において、かつて争点効を明示的に否定した最高裁が新たに採用した解釈論は、前訴と後訴の訴訟物が異なり、したがって既判力が作用しないと考えられる事案であつても、当該事案における具体的事情の下で、後訴の提起が信義則に照らして許されないと解される場合があるとするものであつた。本件は、かつてAが所有し、買収処分を経てBが所有権を取得するに至つた甲土地について、AおよびBの死後、Aの相続人であるX₁らが甲土地の返還を求めてBの相続人であるYらとの間で争いを生じた事案である。最高裁は、甲土地の買戻契約の成立を理由とする所有権移転登記手続請求訴訟（以下、「前訴」とい⁶⁰）において原告の請求を棄却する判決が確定した後、前訴原告らが前诉被告らに対して甲土地の買収処分の無効を理由とする所有権移転登記の抹消登記に代わる移転登記手続請求訴訟（以下、「本訴」とい⁶¹）を提起することの適否について、前訴および本訴の事件経過、X₁は前訴においても買収処分が無効であることを主張していたこと、X₁は本訴における主張を前訴で請求原因として主張するにつきなから支障がなかつたことを前提として、次のように判示した。

「右事実関係のもとにおいては、前訴と本訴は、訴訟物を異にするとはいへ、ひつきよう、右Aの相続人が、右Bの相続人及び右相続人から譲渡をうけた者に対し、本件各土地の買収処分の無効を前提としてその取戻を目的として提起したものであり、本訴は、實質的には、前訴のむしろ返しというべきものであり、前訴において本訴の請求をすることに支障もなかつたのかかわらず、さらにX₁らが本訴を提起することは、本訴提起時にすでに右買収処分後約二〇年も経過しており、右買収処分に基づき本件各土地の売渡をうけた右B及びその承継人の地位を不当に長く不安定な状態におくことになることを考慮するときは、信義則に照らして許されないものと解するのが相当である。」

本判決は、前訴判決の既判力の限界を超えて後訴を遮断するものであり、かつ、その理論的根拠として信義則と

いう一般条項を用いるものであったことから、当初は、「特異な判例」あるいは「救済的判決」として、その射程範囲は極めて限定的なものにとどまるとの見方が大勢であった⁽⁶²⁾。しかしながら、その後も最高裁は、最判昭和五二・三・二四金判五四八号三九頁、最判昭和五九・一・一九判時一一〇五号四八頁において、信義則による後訴の遮断の余地があることを認めている（ただし、上記昭和五九年判決は結論において信義則違反を否定している）ほか、近時でも、後掲最判平成一〇・六・一二民集五二巻四号一一四七頁において、金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告による残部請求の訴えを信義則により遮断するなど、昭和五一年判決が採用した信義則による後訴遮断の法理は、既判力の原則論を補完・調整する解釈手法として今日では定着した観がある⁽⁶³⁾。信義則違反を判断するに際しての考慮要素は裁判例によつて必ずしも一樣でないが、上記昭和五一年判決が勘案した、⑦後訴が実質的に前訴の蒸し返しであること（前訴と後訴の実質的同一性）、⑧後訴請求を前訴においてすることに支障はなかったこと（前訴における提出可能性）、⑨相手方当事者（その承継人を含む）の地位を不当に長く不安定な状況に置くことになること（紛争決着に対する相手方の合理的期待の保護の必要性）という要素は、その後も一定の先例的価値を有していると見られる⁽⁶⁴⁾。

(2) 学説の状況

昭和五一年判決の事案のように、実質的には前訴の蒸し返しであるが、前訴と後訴の訴訟物が異なるために前訴判決の既判力が後訴において作用せず、伝統的な既判力論によつては後訴における請求や主張の提出を排斥することが困難な事例が存在しうる。このような事例に対する学説のアプローチは、大別して、信義則に照らして後訴が遮断される場合を肯定する見解、前訴の手続経過に照らして訴訟物の範囲を超えて判決の遮断的作用が拡大する場

合を肯定する見解、既判力の及ばない範囲において後訴を遮断することに否定的な見解とに区別される。

信義則の適用による後訴遮断を肯定する見解は、その理論的基礎を信義則の発現形態の一つである「権利失効の法理」に求める。⁽⁶⁶⁾ すなわち、「権利失効の法理」は、「権利者がその権利を適時に行使しなかった結果、相手方に、もはや権利が行使されないであろうとの正当な期待が生じ、いままら、法の規範的要求として義務の履行を強要しえないと認められるに至ったときは、信義則上権利の行使が許されなくなるとの法原則」⁽⁶⁷⁾として理解される。このような権利失効の法理の趣旨に鑑みれば、前訴と後訴の訴訟物が異なる場合であっても、前訴の結果、後訴の対象となる請求や主張についても既に決着済みであるとの正当な期待が相手方当事者に生じている場合には、そのような請求や主張を提出して争うことが信義則によって制限される、と解される。もつとも、信義則による後訴遮断を肯定する見解の中でも、信義則の効果を判決理由中の判断の拘束力に結び付ける見解（信義則による拘束力説）に立てば、信義則による遮断が認められるのは、前訴の争点に対する判決理由中の判断に抵触する事実を主張して争う場合であると解されるのに対して、⁽⁶⁸⁾ そのような理由中の判断の拘束力を介在させず、信義則違反の効果は当事者の訴訟行為に対して直接的に作用するとの見解によれば、信義則による遮断は必ずしも前訴の判決理由中の判断と抵触する事実を主張して争う場合に限られないと解される。⁽⁶⁹⁾

右の見解が、既判力の限界を信義則によって補完・調整するものであるのに対し、確定判決の持つ遮断的作用を再構成することによって、昭和五一年判決における後訴遮断を理論的に基礎づけたのが、争点効説の提唱者である新堂幸司教授が説く「遮断効論」⁽⁷⁰⁾である。同理論によれば、訴訟において主要な争点として認識されたものと、それに関連して相手方当事者が最終決着が着いたと期待する争点（これを「決着期待争点」という）とが一致しない場合でも、相手方の期待を保護することが他方当事者の態度を含めた手続経過ないし紛争過程の諸々の状況（これ

を「手続事実群」という)に照らして公平であると考えられる争点(これを「正当な決着期待争点」という)⁽¹⁾を後訴で争うことは判決の遮断効によって遮断されると解される。昭和五一年判決の事案では、前訴において主要な争点として認識されたものは買戻契約の成否であるが、原告の態度を中心とする手続事実群からは、被告において所有権の帰属について最終決着したとの期待を生じても無理のない状況が認められ、後訴において所有権の帰属(これが「正当な決着期待争点」と評価されることになる)を争う後訴が不適法とされる。この理論によれば、争点効による遮断効、既判力による遮断効、さらに昭和五一年判決の遮断効(いわゆる「五一型遮断効」)は、いずれも「正当な決着期待争点」について作用する遮断効として統一的に把握されることになる。⁽²⁾

一方で、昭和五一年判決やこれを理論的に基礎づけようとする上記の諸説に疑問を呈し、既判力の及ばない範囲において後訴を遮断すること否定的な見解も有力に主張される。松本博之教授によれば、既判力理論は、既判力が及ばない範囲では、後訴は前訴の確定判決によっては不適法とされないということを当然の前提とした法理であり、既判力規定は、確定判決の後訴に対する効力の最大限を規定したものであること、また、当事者の紛争決着期待を保護するために確定判決の拘束力が作用するというのであれば、紛争決着期待を基準に後訴の適否を判断すれば足りることになり、既判力という民事訴訟法上の基礎的な制度とこれに関する基礎理論を必要としなくなること、さらに、既判力が及ばない先決的法律関係について相手方が紛争の決着を図るためには相手方自身が反訴(中間確認反訴)を提起し、その訴訟で再訴の登場の芽を摘んでおけば再訴は回避できること等を理由として、判例理論やこれを理論化しようとする試みには重大な問題が潜んでいると指摘する。⁽³⁾同教授によれば、昭和五一年判決の事案は、原告の所有権移転登記手続を求める前訴において、被告は所有権確認の反訴を提起することにより、後訴における前訴原告の所有権の主張を既判力により失権させることができたと考えられる上、少なくともX₁の請求に関する

る限り、訴訟物の把握に関する二分肢説または新訴訟物理論を前提とすれば、前訴と後訴で訴訟物は異ならず、信義則に依拠することなく訴訟の蒸し返しを排除することが可能であったと指摘する。⁷⁵⁾

4 一部請求後の残部請求

(1) 判例

前述のように、既判力が作用するのは原則として前訴と後訴の訴訟物が同一の場合（このほか、前訴と後訴の訴訟物が先決関係や矛盾関係にある場合も含まれる）であり、前訴と後訴で訴訟物が異なる場合には既判力は作用しない。いわゆる一部請求訴訟の訴訟物の捉え方には諸説あるが、判例は、前訴において原告が一部請求である旨を明示した場合には訴訟物は明示された一部に限定されるとの見解に立っており、前訴において一部請求である旨の明示がある場合に残部請求の訴えを提起することは前訴判決の既判力によっては遮断されない（以下、このような判例の立場を「明示説」という⁷⁶⁾）。

明示説は、一部請求である旨の明示がある場合に限って残部請求を許容することで、原告側の一部請求を選択する利益と、被告側の紛争の一回的解決の利益との調和を図ったものと言える。一部請求である旨の明示があることにより、被告は残部請求の存在を認識することができ、残部について債務不存在確認の反訴を提起することによって一回の訴訟で一個の債権の全体について既判力ある判断を得ることが可能となるからである。もともと、明示説の帰結として、明示の一部請求後の残部請求は（前訴において残部につき債務不存在確認の反訴が提起された場合を除き）既判力の作用によっては遮断されないから、残部請求訴訟が提起される事案において、前訴と後訴で同一の請求権をめぐって紛争が蒸し返される事態を生じうる。

最判平成一〇・六・一二民集五二卷四号一一四七頁（以下、「平成一〇年判決」という）⁽⁷⁾は、このような明示説の限界を信義則を根拠として補充・調整した判例である。本件は、Yから大規模宅地開発のための用地買収等の事務の委託を受けたXが、右業務委託に係る報酬金債権の一部の支払いを求める一部請求の訴えを提起したが敗訴し、右敗訴判決の確定後に同一の報酬金債権の残部の支払いを求める訴えを提起したという事案である。本件前訴においては一部請求である旨の明示がなされており、したがって、明示説を前提とする限り、残部請求の訴えを提起することは妨げられないと考えられる事案であったが⁽⁸⁾、最高裁は、次のように述べ、金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは、特段の事情がない限り、信義則に反して許されないとの一般論を明らかにした。

「一個の金銭債権の数量的一部請求は、当該債権が存在しその額は一定額を下回らないことを主張して右額の限度でこれを請求するものであり、債権の特定の一部を請求するものではないから、このような請求の当否を判断するためには、おのずから債権の全部について審理判断することが必要になる。すなわち、裁判所は、当該債権の全部について当事者の主張する発生、消滅の原因事実の存否を判断し、債権の一部の消滅が認められるときは債権の総額からこれを控除して口頭弁論終結時における債権の現存額を確定し（最高裁平成二年（オ）第一一四六号同六年一月三日第三小法廷判決・民集四八卷七号一三五五頁参照）、現存額が一部請求の額以上であるときは右請求を認容し、現存額が請求額に満たないときは現存額の限度でこれを認容し、債権が全く現存しないときは右請求を棄却するのであって、当事者双方の主張立証の範囲、程度も、通常は債権の全部が請求されている場合と変わるところはない。数量的一部請求を全部又は一部棄却する旨の判決は、このように債権の全部について行われた審理の結果に基づいて、当該債権が全く現存しないか又は一部として請求された額に満たない額しか現存しないとの判断を示すものであって、言い換えれば、後に残部として請求し得る部分が存在しないとの判断を示すものにほかならない。したがって、右判決が確定した後原告が残部請求の訴えを

提起することは、実質的には前訴で認められなかった請求及び主張を煮し返すものであり、前訴の確定判決によって当該債権の全部について紛争が解決されたとの被告の合理的期待に反し、被告に二重の応訴の負担を強いるものといふべきである。以上の点に照らすと、金銭債権の数量の一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは、特段の事情がない限り、信義則に反して許されないと解するのが相当である。」

本判決は、上記昭和五一年判決を直接的には引用していないが、前訴と後訴で訴訟物が異なることを前提に、信義則を根拠として後訴を遮断する点、また、信義則違反の判断に際して、前訴と後訴の実質的同一性や紛争決着に対する相手方の合理的期待を考慮要素とする点で、昭和五一年判決と基本的な考え方を同じくするものと言える。¹⁹⁾ただし、昭和五一年判決およびその後の諸判例が、当該事案における具体的な事情に照らして信義則の適用の有無を個別的に判断するものであったのに対して、平成一〇年判決は、金銭債権の数量の一部請求訴訟で敗訴した原告による残部請求という事案類型について、一般的・類型的に信義則の適用を肯定する点で異なる特徴を持つ。²⁰⁾右判旨は、①金銭債権の数量的一部請求の当否を判断するためには、おのずから債権の全部について審理判断する必要がある、当事者の主張立証の範囲・程度も通常は全部請求の場合と変わらないこと、②一部請求を全部または一部棄却する判決は、のちに請求し得る部分が存在しないとの判断を示すものにほかならないこと、をこの種の事案類型の特徴として挙げており、このような類型の特徴の中に、信義則違反を基礎づける要素——前訴と後訴の実質的同一性や紛争決着に対する相手方の合理的期待——を見出している。

平成一〇年判決がいう「特段の事情」が具体的にどのような場合を指すかは、判旨が具体例を示していないために必ずしも明らかではないが、本件調査官解説によれば、「一部請求訴訟における審理の範囲が必ずしも債権全部に及ばなかったような事情のある場合、例えば、損害賠償請求で予想しがたい後遺症等による損害が後に生じた場

合や、原告が損害の一部についてのみ主張立証したため、棄却判決を受けた場合などが問題となる」としている⁸¹⁾。最高裁はかつて、最判昭和四二・七・一八民集二一巻六号一五五九頁において、判決確定後の後遺症の拡大を理由として損害賠償請求の訴えを提起する場合には、前訴と後訴はそれぞれ訴訟物を異にし、前訴判決の既判力は後訴には及ばない旨を明らかにしているが、平成一〇年判決もこのような先例を変更するものではないと考えられる。また、最判平成二〇・七・一〇判時二〇二〇号七一頁は、特定の費目のみを請求する損害賠償請求訴訟で一部棄却の判決を受けた原告が他の費目について賠償を求めた事案において、前訴判決の既判力は後訴に及ばない旨を判示しており、平成一〇年判決の判旨の射程がこの種の訴訟（いわゆる特定一部請求）に及ばないことは、右の判例からも明らかであると言える。

(2) 学説の状況

一部請求後の残部請求の適否をめぐることは、一部請求訴訟の訴訟物の捉え方に関する見解の相違や、残部請求が遮断される理論的根拠の相違等を反映して、学説は様々に分かれている⁸²⁾。

まず、伝統的には、一部請求訴訟の訴訟物は当該訴訟で訴求された一部であり、したがって、一部請求訴訟の判決の既判力は残部には及ばず、残部請求は許されるとする見解⁸³⁾と、一部請求訴訟の訴訟物は債権の全体であり、したがって、その判決の既判力は残部にも及び、残部請求は許されないとする見解⁸⁴⁾とに大別することができ、これらの見解は、既判力の客体的範囲は原則として訴訟物の範囲と一致するとの伝統的な理解を前提としつつ、残部請求の規律をもっぱら既判力論に委ねるものであったと言える。

このような伝統的な見解に対しては、残部請求の規律を既判力のみ委ねるのではなく、これに信義則を加えて

調整を図る見解が有力に主張される。竹下守夫教授は、一部請求訴訟を、請求認容・棄却の別や一部請求である旨の明示の有無等によって区別した上で、それぞれの場合について、被告において紛争が全面的に解決・落着いたと合理的に期待しうるか否か、また、前訴において債権全体について手続権が保障されたと言えるか否かといった観点から信義則違反の有無を検討する⁽⁸⁶⁾。竹下説によれば、一部請求を棄却する判決は、債権全体について審理・判断をしたことを前提とするものであるから、債権全体が存在しないとの裁判所の判断に対する被告の信頼を保護する合理的必要がある一方、原告については債権全体についての手続権が保障されたと言えるとして、債権が存在しないとの判決理由中の判断に信義則を根拠とする拘束力が認められ、残部請求をすることが許されないとする。他方、一部請求を認容する判決については、一部請求である旨を明示した場合（訴訟の経過から残額請求の可能性を留保していることが明らかなる場合を含む）には、被告の全面的決着への信頼は成り立ちえず、したがって残部請求は許されるが、残部請求を留保していることが明らかでない場合には、紛争の全面的決着への被告の信頼を優先的に保護すべきであり、原告において特別の正当事由があることを証明した場合を除き、残部請求は信義則を根拠として失権するとする⁽⁸⁶⁾。

また、中野貞一郎教授は、信義則の発現形態の一つである「禁反言」（ないし矛盾挙動禁止の原則）を根拠として、残部請求の適否について統一的な説明を試みる⁽⁸⁷⁾。すなわち、「禁反言」の適用要件は、⑦先行行為と後行行為の矛盾、⑧先行行為に対する相手方の信頼、⑨後行行為を認めた場合に相手方が被る不利益が当該行為を排斥した場合に行為者が被る不利益と比較してより保護に値すること等に整理されるところ、①「明示」の一部請求の場合に残部請求が許されるとする判例の立場は、「明示」した以上、前訴と後訴の間に行為矛盾がない点を捉えたものであり（したがってまた、文字どおりの明示が無くても、前訴や後訴の客観的内容から行為矛盾がないと認められ

るときは、同一の結論に至りうるとする)、②「特定」の一部請求の場合にのみ残部請求が許されるとする所説があるのは、この種の一部請求では最も明確に行為矛盾を否定できる点に注目したものである、と説く。また、③これらの「明示」や「特定」がない場合、それによって被告が被る複次応訴の不利益は残部請求を封じられる原告の不利益に比較してより保護に値することから、残部請求について禁反言の法理が働くと解すべきであり、④「明示」や「特定」があっても、前訴で債権の全体が争われ、前訴における原告の訴訟追行から被告が紛争は前訴判決により全面的に決着を見たものと信じており、原告に残部請求の後訴を認めて被告に複次応訴を強いることが不当に原告を利すると認められるときは、禁反言の法理を適用して残部請求を却下すべきである、とする⁽⁸⁸⁾。

新堂幸司教授は、信義則そのものを適用する立場とは異なるが、判決効の範囲は紛争過程の諸々の状況を含む「手続事実群」によって調整を受けるとする独自の遮断効論(前記3(2)参照)を基礎として、一部請求訴訟における審理方式の下では、債権の現存額をめぐる争点は「正当な決着期待争点」として後訴で争うことが遮断されるとの見解に立つ⁽⁸⁹⁾。すなわち、一部請求訴訟においては、請求の当否を判断するにあたって債権の現存額を確定的に審理判断することが審理方式の原則であり、平成一〇年判決の判旨もこのような審理方式を前提としていると考えられるところ、このような審理方式を前提とすれば、現存額をめぐる争点についても当事者は精力的に争い、かつ、裁判所はその点について確定的な審理判断を示していると言えるから、後訴において前訴で確定された現存額と異なる主張をして争うことは許されないとする⁽⁹¹⁾。また、上記のような審理方式の下では、現存額をめぐる争点について当事者や裁判所が投入する労力や紛争解決への期待は、一部請求額によって変わらなると言えるから、平成一〇年判決の論理は、審理判断の結果、現存額が一部請求額を下回る場合(一部請求が棄却される場合)に限らず、これを上回る場合(一部請求が認容される場合)にも押し及ぼされるとしている⁽⁹²⁾。

これらの諸説に対しては、信義則等による既判力の補完・調整を伴わずに、既判力論の枠内における残部請求の規律を説く見解も、一方では有力に主張される。伊藤眞教授は、一部請求訴訟においては、いわゆる特定一部請求であるか否か、また、一部請求である旨の明示があるか否かを問わず、常に債権全体が訴訟物となり、既判力の客体的範囲もそれを基準として決定されるとの立場から、一部請求棄却後の残部請求は既判力に反して許されず、また、一部請求認容後の残部請求においても黙示の一部請求認容後の残部請求は既判力の双面性に反して許されない（これに対して、明示の一部請求認容後の残部請求は既判力によって遮断されず、残部請求の訴えを正当化するに足りる訴えの利益が認められる限りで許容される）とする⁹³。また、松本博之教授は、一部請求訴訟の訴訟物は訴求された一部に限定され、したがって一部請求と残部請求とは訴訟物を異にするとの立場から、一部請求が認容された場合の残部請求には既判力は及ばないとする一方、一部請求が棄却された場合の残部請求は、請求権は存在しない（または一部認容額以上に存在しない）という前訴判決の判断と矛盾する関係にあるから、前訴における明示の有無にかかわらず、原則として残部請求にも前訴判決の既判力が及ぶと解する⁹⁴。

5 理由中の判断の承継人に対する拘束力

(1) 判例

既判力の原則論によれば、既判力は判決主文中の判断にのみ生じ、判決理由中の判断には生じない。この原則論を貫徹すれば、民訴法一一五条その他の規定により第三者に既判力が拡張される場合においても、既判力による拘束力を生じるのは判決主文中の判断にとどまり、判決理由中の判断については拘束力を生じないと考えられる。もつとも、既判力が第三者に拡張される場合、とりわけ口頭弁論終結後の承継人に既判力が拡張される場合において、

上記原則論の持つ限界が認識されるに至っている。⁽⁹⁵⁾

すなわち、民法一一五条一項三号により既判力が拡張される口頭弁論終結後の承継人には、①訴訟物たる権利義務自体の承継人（以下、便宜的に「訴訟物承継型」と呼ぶ）のほか、訴訟物の基礎たる権利または訴訟物から派生する権利関係の承継人（以下、便宜的に「非訴訟物承継型」と呼ぶ）が含まれる、と解するのが今日の一般的な理解である。⁽⁹⁶⁾ 前者の例としては、⑦ XのYに対する土地所有権確認訴訟の事実審口頭弁論終結後にXから土地所有権を譲り受けたZ、⑧ XのYに対する債務不存在確認訴訟の事実審口頭弁論終結後にYから当該債権を譲り受けたZなど、後者の例としては、⑨ 土地所有者Xの地上建物所有者Yに対する建物収去土地明渡請求訴訟の事実審口頭弁論終結後にXから土地所有権を譲り受けたZ、⑩ 土地所有者Xの地上建物所有者Yに対する建物収去土地明渡請求訴訟の事実審口頭弁論終結後にYから地上建物の所有権を譲り受けたZなどが挙げられる。このうち、「訴訟物承継型」の承継人は、前訴の訴訟物たる権利義務の存在を前提として、これを承継的に取得した者であるから、前訴の訴訟物たる権利義務の存否についての判断に拘束力を認めれば、（基準時後の新たな事由が認められない限り）後訴における紛争の蒸し返しや判決の矛盾抵触を避けることができるのに対して、「非訴訟物承継型」の承継人は、前訴の訴訟物たる権利義務それ自体を取得した者ではなく、⁽⁹⁷⁾ また、前訴の訴訟物を論理的な前提とする権利義務の主体でもないから、前訴の訴訟物たる権利義務の存否についての判断にのみ拘束力を認めても後訴の訴訟物との関係では無意味であり、⁽⁹⁸⁾ 承継人を当事者とする後訴において紛争の実質的な蒸し返しを排除することができない。上記⑦および⑩の例について言えば、前訴の訴訟物たるXの所有権に基づく建物収去土地明渡請求権の存否につき既判力を認めるだけでは、Z・Y間（⑨）やX・Z間（⑩）の後訴において、前訴判決の理由中の判断であるXの所有権の存否やYの土地利用権の存否が再び蒸し返される事態を排除することができないのであって、これらの事例

において紛争の実質的な蒸し返しを禁止しようとするれば、前訴の訴訟物の前提問題をなす権利義務（ここでは、Xの所有権の存否やYの土地利用権の存否）を後訴当事者間において争い得ないものと解する必要があるが、そのためには既判力の客体的範囲に関する原則論をなんらかの形で修正せざるを得ない、とも考えられる。

これまでの判例には、「非訴訟物承継型」の承継人に既判力が拡張される場合の既判力の客体的範囲について直接的に言及したものは見当たらないようである。例えば、名古屋地判昭和四六・五・一一民集〔参〕二七卷六号七一五頁^⑩は、Y名義の土地登記についてXが通謀虚偽表示を理由として提起した所有権移転登記手続請求訴訟においてXの請求を認容する判決が確定した後、Yから同土地を取得して所有権移転登記を経たZに対して承継執行文が付与されたことの適否が争われた事案において、「口頭弁論終結後の承継人は確定判決の既判力をうける者として、口頭弁論終結時における前主と相手方の権利関係について確定判決の内容に抵触するような主張ができないだけであって、その時以後に生じた新たな事実にもとづく主張はできる」との一般論を述べており、その論旨からは、前訴判決の既判力は「非訴訟物承継型」の承継人を当事者とする後訴においても、前訴基準時における訴訟物たる権利関係についての判断のみ拘束力を生じる、との理解に拠っているようにも思われる。ただし、本件事案は、直接的には執行力の拡張の有無（いわゆる固有の攻撃防御方法を有する承継人に対する執行の適否）が問題となった事案であり、承継人を当事者とする後訴における既判力の作用が正面から問題となった事案ではない。また、最判昭和五四・一・三〇判時九一八号六七頁^⑪は、Xが新築した建物についてなされたY名義の所有権保存登記の抹消登記請求を認容する判決の確定後、Yから同建物を取得して所有権移転登記を経たZに対して、Xが真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求める訴えを提起した事案において、「Zは民法二〇一条一項〔現一五一条一項〕所定の口頭弁論終結後の承継人にあたり、これに前訴の判決の効力が及ぶものであることは明らか」

とした上で、結論においてXのZに対する請求を認めた原判決の判断を維持した事例であるが、前訴判決の既判力が後訴においてどのように作用するかについて本判決では特段の言及はなされていない。そもそも、本件前訴においては上記登記請求に加えて建物の所有権確認請求が併合提起されており、前訴判決の既判力が建物所有権の存在についても生じることは自明の事案であった。

(2) 学説の状況

口頭弁論終結後の承継人について既判力が拡張される場合の既判力の客体的範囲は、比較的近時において論じられるようになった問題の一つである。この問題を意識的に論じる学説は、前述のように、「非訴訟物承継型」の承継人に対して既判力が拡張されることの意味について、既判力の客体的範囲 \parallel 判決主文中の判断という伝統的な理解では説明が困難な場合があることを踏まえ、既判力の客体的範囲ないしその後訴における作用につきなんらかの修正を施すことによって、前訴における紛争が承継人を当事者とすると後訴において実質的に蒸し返される事態を回避しようとする見解が多い。

一つの理論構成は、既判力の客体的範囲 \parallel 判決主文中の判断という図式を修正し、前訴判決の判決理由中の判断にも争点効その他の拘束力を肯定することを前提に、口頭弁論終結後の承継人にもその拘束力が拡張されるとするものである。⁽¹⁰⁾すなわち、争点効を肯定する新堂幸司教授は、争点効についても既判力に準じた主体的範囲の拡張を考えることができるとし、その一例として、XがYに対して売買は無効であると主張して売買による所有権移転登記の抹消請求をし、売買は無効であると判断されてXが勝訴したのち、ZがYから目的不動産を譲り受けたので、XがZに対して明渡請求をした場合、Zは、口頭弁論終結後の承継人として、X・Y間の売買が無効であることを

争えないと説く⁽¹⁶⁾。このような争点効の拡張が認められる理由としては、係争物の譲渡と同時に争点効が消失するのではX・Z間の衡平が害されること、売買の有効・無効という争点についてはZの代わりにYが既に争ったと言えることが挙げられる⁽¹⁷⁾。

上記理論構成によれば、「非訴訟物承継型」の承継人を当事者とする後訴において、後訴当事者は前訴の訴訟物の前提問題についても争えないと解される結果、前訴とは別個独立の権利義務が訴訟物となる後訴においても、当該前提問題をめぐって紛争が実質的に蒸し返される事態を回避することが可能となる。ただし、既判力が原則として前訴における個別事情を問わず一律・画一的に生じるのとは異なり、争点効その他の判決理由中の判断の拘束力は前訴における訴訟追行の具体的態様によつてその成否が左右される面を有するため、争点効その他の拘束力の主体的範囲の拡張を観念するだけでは、紛争の実質的な蒸し返しを防止するのに十分ではないとの見方もありうる⁽¹⁸⁾。また、一般論として判決理由中の判断になんらかの拘束力を肯定する見解のすべてが、「非訴訟物承継型」の承継人を当事者とする後訴において右拘束力の拡張を観念しているわけではないようであり、民訴法一一五条一項三号により既判力が拡張されることの帰結として、端的に、承継人は固有の抗弁を有する場合を除き、相手方からの請求に応じざるを得ないと説く見解も見られる⁽¹⁹⁾。

これとは異なる別の理論構成は、既判力の客体的範囲＝判決主文中の判断という図式は維持しながら、既判力の拡張を受ける承継人と間の後訴においては、前訴における訴訟物たる権利関係と後訴におけるそれとの同一性が擬制されるとするものである⁽²⁰⁾。その代表的論者である上野泰男教授によれば、既判力の消極的作用は、本来的には既判力で確定された権利関係を争う場合に作用するところ、「承継関係が介在することによつて、相手方が（又は相手方に対して）向けかえなければならぬ、承継人と相手方との間の権利関係についてもまた作用する点⁽²¹⁾」に、承

継人に対して既判力が拡張される実際的意味があるとす。そして、右にいう「相手方が（又は相手方に対して）向けかえなければならぬ」権利関係は、前訴の訴訟物たる権利関係と同一関係や先決関係に立つわけではないが、「承継人への既判力拡張を通じて、前訴において主張された請求権と同一性を擬制される」と説く⁽⁹⁾。右の見解に従えば、例えば、XのYに対する所有権に基づく建物収去土地明渡請求を認容する判決が確定した後、YからZに地上建物の所有権が譲渡されたため、XがZに対して所有権に基づく建物収去土地明渡請求を提起したという事例では、前訴の訴訟物であるXのYに対する所有権に基づく建物収去土地明渡請求と、後訴の訴訟物であるXのZに対する所有権に基づく建物収去土地明渡請求との間の同一性が擬制される結果、Zは、基準時におけるXの建物収去土地明渡請求権の存在と抵触する主張が遮断され、基準時におけるXの所有権の不存在を主張して争うことは許されない、と解される⁽¹⁰⁾。

この見解は、承継人を当事者とする後訴において「請求権の同一性擬制」という補助概念を介在させることにより、同一当事者間の後訴であれば既判力によって遮断される攻撃防御方法が、承継人を当事者とする後訴においても既判力によって遮断されると考える点に特徴がある。ただし、このような補助概念が必要かつ有益であることと、その理論的な正当化が可能であるか否かは別個の問題であると考えられるところ、後者についての議論はいまだ十分に尽くされていないとの指摘がある⁽¹¹⁾。また、所論によれば、上記の例では、「請求権の同一性擬制」の結果、Zは基準時におけるXの所有権を否定する主張が遮断されるとの帰結が導かれるが、わが国の伝統的な理解によれば、所有権に基づく明渡請求訴訟ないし登記請求訴訟の判決確定後に前訴訴訟物の前提問題である所有権の存否を争うことは、同一当事者間であっても既判力の作用によっては遮断されないと解されてきたところであると思われ⁽¹²⁾。だとすれば、承継人を当事者とする後訴においても既判力は作用しないと解するのが論理的な帰結であるようにも思

われる。所論に対しては、詰まるところ、判決理由中の判断に既判力を肯定し、その拡張を認めることに帰するのではないかとの指摘も見られる⁽¹⁸⁾。

このほか、所有権に基づく返還請求を認容する確定判決は、被告の占有権原の不存在をも既判力により確定するとの理解を前提として、当該判決の既判力が占有承継人を当事者とする後訴において先決的法律関係として作用する旨を説く見解も主張される⁽¹⁹⁾。この見解によれば、例えば、XのYに対する所有権に基づく建物収去土地明渡請求を認容する確定判決の既判力は、Xの建物収去土地明渡請求権の存在のほか、Yの占有権原の不存在にも生じると解される結果、口頭弁論終結後の占有承継人であるZを当事者とする後訴（建物退去土地明渡請求訴訟など）において、ZがYの占有権原の存在を再び争うことは、右確定判決の既判力の作用によって遮断されることになる⁽²⁰⁾。上記の見解に対しては、論者が前提とするドイツ法の訴訟物概念および既判力概念はわが国のそれと異なるものであり、両者の間にはかなりの隔たりがある旨の指摘が見られる⁽²¹⁾。

三 既判力の補完・調整法理の再検討

1 判例法理の形成と発展

(1) 争点効の否定と信義則による後訴遮断

前章において見たように、最高裁は、既判力の客体的範囲＝判決主文中の判断という原則論に従い、判決理由中の判断の拘束力を明示的に否定する（昭和四四年判決参照）。一方、判決主文中の判断については、訴訟物たる権利関係の存否についての判断に既判力が生じるのはもちろんのこと、いわゆる留保付判決において債務者の責任財

産の範囲を限定する旨の判断にも「既判力に準ずる効力」を肯定する立場を明らかにしている（昭和四九年判決参照）。その後、最高裁は、紛争の実質的な蒸し返しを禁止する理論的な根拠を信義則に求め、実質的に前訴の蒸し返しといふべき後訴の提起が信義則に照らして許されない場合があるとす、いわゆる「信義則による後訴遮断の法理」を採用するに至り（昭和五一年判決参照）、同法理は今日では既判力の限界を補充・調整する判例法理としてほぼ定着したと見られる。

判例が採用する「信義則による後訴遮断の法理」は、学説上主張される争点効説や信義則による拘束力説のように判決理由中の判断の拘束力を観念するものではなく、前訴の実質的な蒸し返しにあたる後訴を提起する当事者の行為に着目して、当該行為について直接的に信義則違反の有無を判断する点に特徴がある。¹⁹⁾ 紛争の蒸し返しが問題となるケースには、大別して、①前訴の訴訟物たる権利関係の存否についての判断を後訴において再び争う場合（既判力が作用する場合）、②前訴判決の理由中で示された争点についての判断を後訴において再び争う場合（争点効が作用すると考えられる場合）、²⁰⁾ ③前訴判決の主文と理由のいずれにおいても判断が示されていない事項ではあるが、これを後訴で請求・主張することが実質的に見て前訴の蒸し返しであると評価しうる場合（既判力も争点効も作用しないと考えられる場合）²¹⁾ とに分類することができる。ところで、判決理由中の判断に拘束力を観念する見解によつては、②の蒸し返し訴訟は排除することができても、③の蒸し返し訴訟を排除することは困難である。信義則による後訴遮断の法理は、そのリーディング・ケースとなった昭和五一年判決が示すように、③の蒸し返し訴訟をもその射程内に収める点で、より広い適用可能性を有するものと言える。

昭和五一年判決が信義則違反を判断するに際して考慮した要素は、⑦後訴が実質的に前訴の蒸し返しであること、⑧後訴請求を前訴においてすることに支障はなかったこと、⑨相手方当事者の地位を不当に長く不安定な状況に置

くことになること、という三点であり、昭和五一年判決およびその後の諸判例において考慮された要素を抽象化して整理すれば、判例は、⑦前訴と後訴の実質的同一性、⑧前訴における提出可能性、⑨紛争決着に対する相手方の合理的期待、といった諸般の事情を総合的に考慮して信義則違反の有無を判断しているものと評価することができる。⁽²²⁾もつとも、これまでの判例の中には、⑩前訴と後訴の実質的同一性のみを考慮要素に掲げるものもあれば、⑪前訴と後訴の実質的同一性と⑫紛争決着に対する相手方の合理的期待を考慮要素としていると見られるものもあり、上記の各考慮要素に対する比重の置き方は必ずしも一様ではない。⁽²³⁾

(2) 信義則による後訴遮断の二類型

信義則による後訴遮断の法理は、平成一〇年判決が「金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは、特段の事情がない限り、信義則に反して許されない」とする一般的な命題を定立したことにより、新たな局面を迎えた。というのも、昭和五一年判決およびこれに続く諸判例が、当該事案における具体的な事情に照らして信義則の適用の有無を判断するという個別的なアプローチを採用するものであったのに対して、平成一〇年判決は、金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起したという事案類型について、信義則違反を否定する特段の事情がない限り、信義則の適用を肯定するという類型的なアプローチを採用するものであったからである。

両者のアプローチの差異は、信義則違反を主張するにあたって、当事者が具体的に主張・立証すべき事実の差異となつて現れる。昭和五一年型の後訴遮断、すなわち、信義則の個別的な適用による後訴遮断を求める場合においては、信義則違反を主張する側の当事者（原則として後诉被告）は、信義則違反を基礎づける具体的な事実を評価

根拠事実として主張・立証することが求められる。このとき、昭和五一年判決が考慮要素とした、⑦後訴が実質的に前訴の蒸し返しであること（前訴と後訴の実質的同一性）、⑧前訴において請求することが可能であったこと（前訴における提出可能性）、⑨相手方当事者の地位を不当に害すること（紛争決着に対する相手方の合理的期待）という三つの要素は、信義則違反を判断するに際して一定の先例的価値を有するものと思われる。

一方、平成一〇年型の後訴遮断、すなわち、信義則の類型的な適用による後訴遮断を求める場合においては、信義則違反を主張する側の当事者（原則として後诉被告）は、当該事案が信義則の類型的適用事案に該当する旨を主張・立証すれば足り、相手方当事者（原則として後訴原告）において、信義則違反という評価を妨げる具体的な事実を評価障害事実として主張・立証しななければならない、と解される。したがって、一部請求後の残部請求訴訟では、後诉被告は、差し当たり、当該残部請求の訴えが「金銭債権の数量的一部請求訴訟において敗訴した原告による残部請求の訴え」に該当することを主張・立証すればよく、後訴原告において信義則違反を否定する具体的な事実を主張・立証しない限り、後訴は信義則に反して却下されることになる。

③ 将来の方向性

平成一〇年判決は、直接的には、金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起した場合について判示したものであり、判旨の射程も右の事案類型を超えて当然に及ぶものではない。また、右判決は、前訴判決の理由中の判断（一部請求に係る金銭債権の総額や現存額についての判断）の拘束力を説くものではなく、残部請求の訴えそれ自体を信義則を理由に排斥していることから見て、本判決をもって最高裁がいわゆる争点効説または信義則による拘束力説を採用するに至った、と評価することも相当ではない。

もつとも、平成一〇年判決が、金銭債権の数量的一部請求訴訟という限られた事案類型ではあるものの、事案の類型的特徴に照らして後訴が一般的・定型的に信義則に反するとされる場合がある旨を認めたことは、信義則による後訴遮断の法理の今後の展開に少なからず影響を及ぼしうるように思われる。前述のように、平成一〇年判決は、①金銭債権の数量的一部請求の可否を判断するためには、おのずから債権の全部について審理判断する必要がある、当事者の主張・立証の範囲や程度も通常は全部請求の場合と変わらないこと、②一部請求を全部または一部棄却する判決は、のちに請求し得る部分が存在しないとの判断を示すものにはかならないこと、という事案的特徴の中に、信義則違反を基礎づける要素（前訴と後訴の実質的同一性や紛争決着に対する相手方の合理的期待）を見出しているが、⁽⁵⁶⁾このような論旨を抽象化すれば、一部請求棄却判決後の残部請求という事案類型に限らず、①前訴請求の可否を判断するためには、おのずから後訴請求の対象となるべき事項についても審理判断する必要がある、かつ、②前訴判決の存在が、実質的に見て、後訴請求の不存在を示すものにほかならない、という特徴が認められる事案類型においては、特段の事情のない限り、後訴は信義則に反して許されない、との見方も成り立ちうるからである。

仮に、このような見方を前提とすれば、例えば、⑦所有権に基づく土地明渡請求訴訟で敗訴した被告が、判決確定後に同一不動産につき所有権その他の占有権原（賃借権等）の確認を求める訴えを提起した場合、あるいはまた、⑧債務の弁済を原因とする抵当権抹消登記手続請求訴訟で敗訴した被告が、判決確定後に残債務の支払いを求める訴えを提起した場合等においても、これらの事案の類型的特徴から、特段の事情のない限り、後訴が信義則に反して許されないとの帰結も採り得ないではない。前者の事例では、①裁判所が前訴請求の可否を判断するためには、通常は、被告の所有権その他の占有権原の存否について審理判断する必要がある、②当該紛争類型において原告の請求を認容する判決は、実質的に見て、被告の所有権その他の占有権原（のうち前訴において審理・判断の対象と

なったもの)の不存在を示すものにほかならないと言うことができるし、後者の事例もまた、①裁判所が前訴請求の可否を判断するためには、通常は、残債務の存否について審理・判断する必要があり、②当該紛争類型において原告の請求を認容する判決は、実質的に見て、残債務の不存在を示すものにほかならないと見ることができからである。このような帰結は、説明の仕方こそ異なるものの、前訴における主要な争点について再び争うことを許さないとする点で、特定の事案類型について争点効説を採用することに近似する。¹⁷⁾

このような見通しに対しては、かつて争点効を明示的に否定した最高裁の立場と相容れないものであって、平成一〇年判決は、金銭債権の数量的一部請求の棄却ケースという限られた事案類型にのみ妥当すると先例として、特殊例外的な位置づけを与えられるにとどまるとの見方もまたありえよう。もつとも、争点効説のそもそもの出発点が後訴において信義則が発現する場合を類型化する試み¹⁸⁾であったことを考えれば、「信義則による後訴遮断の法理」の類型化に第一歩を踏み出した判例法理の行く先が、争点効説の目指した先と同じであったとしてもなんら不自然ではないし、信義則違反の類型化という方向性それ自体は、信義則のケース・バイ・ケースの適用による判断の統一や予測可能性の困難という問題を克服する上で好ましい方向性であるように思われる。信義則違反の類型化の試みに対しては、既判力の作用しない局面において既判力を認めるに等しいとの批判が向けられるが、前記②のとおり、平成一〇年型の後訴遮断は、後訴請求が信義則に反しないことの主張・立証責任を後訴原告に課するものであって、後訴請求の可能性を一律・画的に否定するものではなく、したがって、後訴請求について既判力の作用を認めるのと同視することはできない。

註

- (1) 最判昭和四四・六・二四判時五六九号四八頁。
- (2) リーディング・ケースとして、最判昭和五一・九・三〇民集三〇卷八号七九九頁。また、最判昭和五二・三・二四金判五四八号三九頁、最判昭和五九・一・一九判時二一〇五号四八頁、最判平成二〇・六・一二民集五二卷四号一一四七頁など参照。
- (3) 「再訴事案」という用語については厳密な定義があるわけではないが、本稿では差し当たり、前訴と同一または関連する請求について訴えが提起される事案を広く指す言葉として用いる。
- (4) 拙稿「再訴事案の法的規律」法学研究八六卷一一号（二〇一三年）三七頁、六三頁以下参照。
- (5) 拙稿・前掲注（4）六六頁以下参照。
- (6) 最判昭和四四・六・二四判時五六九号四八頁、最判昭和四八・一〇・四判時七二四号三三頁、最判昭和五六・七・三判時一〇一四号六九頁参照。
- (7) 最判平成一〇・六・一二民集五二卷四号一一四七頁参照。
- (8) 例えば、既判力の縮減ないし縮小（前訴における訴訟進行の具体的態様によっては、既判力の範囲は訴訟物の範囲よりも縮減・縮小する場合があります）とする解釈論¹⁷や判決確定後の損害賠償請求（確定判決を取得するに至る当事者の一連の行為が不法行為を構成する場合に、再審の訴えを経ることなく損害賠償請求の訴えを提起することができるとする解釈論）などが挙げられよう。
- (9) 理由中の判断の拘束力につき、拙稿・前掲注（4）七七頁以下、一部請求後の残部請求につき、同八二頁以下参照。
- (10) 本稿のテーマに関連する文献は極めて多数であり、そのすべてを網羅的に取り上げて論じることができなかつたことは、

あらかじめお詫び申し上げるほかなく、ご海容を乞う次第である。

- (11) 例えば、最判昭和三〇・一二・一民集九卷一三三〇三頁は、一般論として、「判決の既判力は主文に包含される訴訟物とされた法律関係の存否に関する判断の結論そのもののみについて生ずるのであり、その前提たるに過ぎないものは大前提たる法規の解釈、適用は勿論、小前提たる法律事実に関する認定、その他一切の間接判断中に包含されるに止まるものは、たといそれが法律関係の存否に関するものであつても同条〔旧一九九条（現二二四条）〕第二項のような特別の規定ある場合を除き既判力を有するものではない」と述べる。

- (12) もちろん、後訴において既判力が作用する場合（一般的には、前訴と後訴の訴訟物が同一関係、先決関係、矛盾関係にある場合）には、前訴判決が既判力をもって確定した訴訟物たる権利関係の存否と矛盾する攻撃防御方法の提出が遮断されるため、その限りで、前訴の訴訟物の前提問題をなす事実または法律関係を再び争うことは許されない。問題となるのは、後訴において既判力が作用しないと考えられる種々の事案において、前訴の訴訟物の前提問題をなす事実または法律関係が再び争われる場合である。

- (13) 新堂幸司「既判力と訴訟物」同「訴訟物と争点効（上）」（有斐閣・一九八八年）一四五頁、一七二頁以下〔初出・法協八〇巻三号（一九六三年）〕、同「条件付給付判決とその効果」同「訴訟物と争点効（上）」（有斐閣・一九八八年）一八三頁、一八八頁以下〔初出・民訴一〇号（一九六三年）〕参照。

- (14) 京都地判昭和四〇・七・三一下民一六卷七号一二八〇頁、東京地判昭和四一・四・二〇下民一七卷三三〇四号三二六頁、広島高判昭和四二・三・六高民二〇巻二号一四四頁、大阪地判昭和四二・八・一八判時五〇九号六一頁など。他方、争点効を否定した裁判例に、大阪高判昭和四二・二・一五下民一八卷一〇二号一三六頁、福岡地判昭和四二・三・一判時四九〇号六七頁、東京地判昭和四二・四・二五判時四九〇号六三三頁など。

- (15) 判例評釈等に、住吉博「判批」判タ二四二号（一九七〇年）八八頁、小山昇「判批」続民事訴訟法判例百選（一九七二年）一九二頁、青山善充「判批」民事訴訟法判例百選（第二版）（一九八二年）二四〇頁、富樫貞夫「判批」民事訴訟法判例百選Ⅱ（新法対応補正版）（一九九八年）三三二頁、宇野聡「判批」民事訴訟法判例百選（第三版）（二〇〇三年）一八八頁、松本博之「判批」民事訴訟法判例百選（第四版）（二〇一〇年）一八〇頁、高田裕成「判批」民事訴訟法判例百選（第五版）（二〇一五年）一七八頁などがある。また、新堂幸司「争点効を否定した最高裁判決の残したもの」同『訴訟物と争点効（上）』（有斐閣・一九八八年）二二六頁以下〔初出・中田淳一先生還暦記念『民事訴訟法の理論（下）』（有斐閣・一九七〇年）参照。
- (16) 他に、争点効を否定する最高裁判例として、最判昭和四八・一〇・四判時七二四号三三頁、最判昭和五六・七・三判時一〇一四号六九頁がある。なお、判決理由中の判断の拘束力に関する判例研究として、竹下守夫「争点効・判決理由中の判断の拘束力をめぐる判例の評価」民商九三卷臨時増刊号(1)（一九八六年）二五九頁、東松文雄「争点に対する判決理由中の判断の拘束力について（二）」判時一三六五号（一九九一年）一三頁など参照。
- (17) 最判昭和三〇・一二・一民集九卷一三三〇三頁。また、最判昭和三一・四・三民集一〇卷四号二九七頁も同旨を説く。
- (18) 最判昭和三九・七・三集民七四号四〇七頁。
- (19) 判時五六九号四八頁および判タ二二九九号一四三頁の匿名コメント参照。
- (20) 高田・前掲注(15)一七九頁参照。
- (21) 本判決およびこれに先行する最判昭和三〇・一二・一民集九卷一三三〇三頁の論旨からは、原告が訴訟物の前提問題たる所有権の帰属についても既判力のある判断を得たいのであれば、その点につき中間確認の訴えを提起しておくべきであり、これをしなかった場合に所有権の帰属につき再び訴えを提起して争わざるを得ない事態を生じてもやむを得ない、

という価値判断が読み取れる。

- (22) 学説の状況については、小室直人「既判力の客観的範囲」三ヶ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点』（有斐閣・一九七九年）二六六頁、井上正三「既判力の客観的範囲」三ヶ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点（新版）』（有斐閣・一九八八年）二七八頁、坂原正夫「既判力の客観的範囲」伊藤眞＝山本和彦編『民事訴訟法の争点』（有斐閣・二〇〇九年）二一六頁、原強「判決理由中の判断の拘束力」伊藤眞＝山本和彦編『民事訴訟法の争点』（有斐閣・二〇〇九年）二二〇頁など参照。

- (23) 兼子一「既判力と参加的効力」同『民事法研究Ⅱ』（酒井書店・一九五〇年）六四頁以下「初出・法時一四卷三号（一九四二年）」。

- (24) 同一争点について再審理を禁止するアメリカ法上の概念であり、今日では一般に「争点排除効（issue preclusion）」と呼ばれる。コラテラル・エストoppelと争点排除効の関係について、拙稿「アメリカ民事訴訟法における res judicata」法学研究八五卷一〇号（二〇一二年）九八頁参照。

- (25) 新堂・前掲注（13）一七四頁。

- (26) 新堂幸司『新民事訴訟法（第五版）』（弘文堂・二〇一一年）七二七頁以下。これらの各要件については、今日におけるアメリカ法の争点排除効の要件との間に共通項を見出すことができる。アメリカ法の争点排除効の原則的要件およびその例外については、拙稿・前掲注（24）九七頁以下参照。

- (27) 新堂・前掲注（13）一九〇頁は、「本訴で重要な争点とされ当事者双方がそこを天王山としてたたかった結果出された結論をそうたやすくつがえすような主張や判断を許すのは、当事者の公平に反する」と説く。

- (28) 新堂・前掲注（13）一七〇頁は、仮に問題の解決を信義則という一般条項に求めることが妥当であると見ても、「信義則が

働く具体的な類型を抽出することが理論家に課せられた任務である筈」とし、「そこにある程度明確な類型が抽出しうるというならば、信義則違背の効果をたんなる事実上の証拠の評価の問題に終わらせないで、信義則違背の主張そのものを——その当否を実質的に審理することなく——排斥するという判決の制度的な効果——信義則が判決の効力という形で定着したもの——を想定することもあながち奇想天外とはいえない」と説く。

(29) 新堂・前掲注(13) 一九〇頁。

(30) 新堂・前掲注(15) 二八三頁。同二九二頁は、本件最高裁判決は、①高裁間で判断が分かれていた争点効について、その是非が最高裁で問われた初めての事案であったこと、②別件訴訟は明渡請求訴訟であり、当時有力に主張されていた物権確定説（物権に基づく登記請求訴訟においては、その基礎たる物権の存否自体についても既判力が生じるとする理論。兼子一『新修民事訴訟法体系（増訂版）』（酒井書店・一九六五年）三四三頁参照）によっても解決を図ることができなかつたケースであったこと、③本件訴訟の審理が別件訴訟の判決確定後になお続けられているケースであったこと、という三重の意味において、争点効理論の真価を問うにふさわしい事件であったとする。

(31) 新堂・前掲注(15) 二八三頁以下参照。

(32) 竹下守夫「判決理由中の判断と信義則」山本戸克己教授還暦記念『実体法と手続法の交錯（下）』（有斐閣・一九七八年）七二頁、兼子一原著『条解民事訴訟法（第二版）』（弘文堂・二〇一一年）五三八頁以下（竹下守夫）、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ（第二版）』（日本評論社・二〇〇六年）四七二頁以下など。伊藤眞『民事訴訟法（第五版）』（有斐閣・二〇一六年）五四三頁以下は、信義則の適用を説く点ではこれらの見解と共通するが、信義則はあくまで当事者の訴訟行為の態様自体を根拠として適用されるものであり、判決理由中の判断に拘束力を生じさせるものではないとの理解に立つ（中野貞一郎「争点効と信義則」同『過失の推認（増補版）』（弘文堂・一九八七年）二〇一頁以下「初出・法學教

室〔第二期〕四号（一九七四年）もこれに近い。

- (33) 竹下・前掲注(32)八五頁以下参照。兼子原著・前掲注(32)五四二頁〔竹下〕は、権利失効の法理の「趣旨」による拘束力の根拠は、「前訴確定判決の理由中の判断により、ある事項については決着が付き、もはや争われることがないとの相手方（勝訴当事者）の信頼の保護」にあると説き、「権利失効の法理の趣旨」という表現は「紛争の蒸し返し禁止」という表現に置き換えられるとする。

- (34) 竹下・前掲注(32)九五頁以下参照。なお、同一〇〇頁以下は、拘束力を生じる範囲につき次のように論じる。まず、原則としては、訴訟物たる権利に関する構成要件レベルで（構成要件が正当事由や過失といった法的評価である場合には当該法的評価について）拘束力を生じる。次に、構成要件が他の権利の存否から成っている場合は、典型として、⑦もともと両当事者間になんらかの法的関係あるいは取引上の接触がある事案類型と、⑧そのような接触がない事案類型とに区別しうることを前提として、前者の類型では、当事者が決着済みとの信頼を持つのが合理的なのは、通常、先決的法律関係についての個別の取得原因・消滅原因等の有無をめぐる争いに限られるのに対して、後者の類型では、先決的法律関係自体の存否の争いについて決着がついたと信頼するのが通常であり、またそのように信頼するのが合理的であるとする。判決理由中の判断に拘束力を生じる範囲について、新堂説と竹下説の論理の展開を整理し、両者の議論の関連を説く論稿として、山本弘「判決理由中の判断の拘束力」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』（有斐閣・二〇〇二年）六四一頁、六五二頁以下参照。

- (35) 竹下・前掲注(32)一一三頁参照。伊藤・前掲注(32)五四七頁注(20)も同旨を説く。

- (36) 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、井上正三「既判力の客観的範囲」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟6』（日本評論社・一九八五年）三一七頁、井上治典「判決効による遮断」井上治典ほか『これからの民事

- 訴訟法』（日本評論社・一九八四年）二一七頁、吉村徳重「判決の遮断効と争点効の交错」同『民事判決効の理論（上）』（信山社・二〇一〇年）一四五頁「初出・鈴木忠一」三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座2』（日本評論社・一九八一年）など参照。
- (37) 吉村徳重ほか編『講義民事訴訟法』（青林書院・二〇〇一年）三七二頁（井上治典）。
- (38) 新堂幸司「提出責任効論の評価」同『訴訟物と争点効（下）』（有斐閣・一九九一年）「初出・法学協会編『法学協会百周年記念論文集・第三卷』（有斐閣・一九八三年）所収」二五九頁、二八五頁以下は、所論のいう「提出責任効論」が成り立つためには、「具体的な行為責任規範が、手続行為の前に、あらかじめ、少なくとも当事者間で、明らかにされていないとされない」ところ、「具体的な行為規範の発見ないし決定自体、複雑な利害の衡量によつてはじめて可能な微妙な判断」であり、「個別のケースにおいて、その手続の各段階において、このような規範の事前の了解をうるといふことは、ほとんど不可能事に近い」と評する。高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）』（第二版補訂版）（有斐閣・二〇一三年）五九一頁もまた、提出責任が生ずる場合については十分に詰められていない点を指摘する。
- (39) 松本博之「上野泰男『民事訴訟法（第八版）』（弘文堂・二〇一五年）」(807)、松本・前掲注（15）一八二頁参照。
- (40) 松本・前掲注（15）一八二頁。
- (41) 大判昭和七・六・二民集一一卷一〇九九頁は、限定承認をした相続人に対して相続債務の支払いを命じる判決では、相続財産の存する限度においてこれを支払うべき旨を留保すべきであるとす。判決本文の例として、塚原朋一編『事例と解説 民事裁判の正文』（新日本法規出版・二〇〇六年）一二六頁参照。
- (42) 調査官解説として、田尾桃二「解説」『最高裁判所判例解説民事篇（昭和四九年度）』二九八頁参照。判例評釈等に、上野泰男「判批」大阪市立大学法学雑誌二二卷三号（一九七五年）四三六頁、小山昇「判批」判タ三二四号（一九七五年）一

一三頁、谷口安平「判批」判評一九三〇号（一九七五年）三三二頁、池田糸男「判批」北海学園大学法学研究一〇巻二号（一九七五年）五〇九頁、水谷暢「判批」昭和四九年度重要判例解説（一九七五年）一一三頁、早川登「判批」名城法学二巻一号（一九七五年）六三頁、吉村徳重「判批」民商七二巻四号（一九七五年）六七五頁、白井久明「判批」法学研究四八巻七号（一九七五年）七九二頁、稲田龍樹「判批」判タ三九二号（一九七九年）二五頁、柏木邦良「判批」民事訴訟法判例百選〔第二版〕（一九八二年）二三八頁、東松文雄「判批」民事訴訟法判例百選Ⅱ〔新法対応補正版〕（一九九八年）三二八頁、菱田雄郷「判批」民事訴訟法判例百選〔第四版〕（二〇一〇年）一八四頁、同「判批」民事訴訟法判例百選〔第五版〕（二〇一五年）一八〇頁などがある。また、田尾桃二「相続の限定承認と給付判決に関する若干の考察」司法研修所論集一九七四年Ⅱ（一九七五年）二二頁以下、新堂幸司「責任限定を明示した給付判決の効力」同『訴訟物と争点効（下）』（有斐閣・一九九一年）一頁以下「初出・我妻栄先生追悼論文集『私法学の新たな展開』（有斐閣・一九七五年）」、高橋・前掲注（38）七九八頁以下参照。

- (43) 本件前訴は、Aの破産管財人XがA・B間の不動産譲渡行為につき否認権を行使して、Bに対して不動産の返還に代わる価格償還請求をした事案である。第一審の係属中にBが死亡し、相続人であるY₁、Y₂が限定承認をし、Y₁が相続財産管理人に選任された後、Y₁がBの承継人として訴訟を受継した。第一審、控訴審ともに、Xの請求額の一部について相続財産の限度で支払いを命じる判決を言い渡し、X・Y₁ともに上告をしたが、いずれも棄却され判決は確定した。一方、本件後訴は、前訴の上告審係属中に、XがY₁、Y₂を相手取って提起したものであり、Xは限定承認の申述に際してY₁らが相続財産の一部を隠匿し、悪意で財産目録に記載しなかったことから単純承認が擬制される旨を主張して、前訴で認められた額について無留保の判決を求めたものである。

- (44) 判旨は続けて、「右のことは、債権者の給付請求に対し相続人から限定承認の主張が提出され、これが認められて留保付判

決がされた場合であると、債権者がみずから留保付で請求をし留保付判決がされた場合であるところによって異なる場合がある。ないとして解すべき」としている。なお、本件は、前訴において被告が限定承認の抗弁を提出し、第一審が右抗弁を認めて留保付の判決をした後、控訴審において原告が自ら留保を付した事案であった。

- (45) 本判決の調査官解説である、田尾・前掲注(42)三〇六頁は本判決をこのように評する。また、同解説は、本判決が二つの理由を並列した理由について、「既判力と断定するには……既判力の概念を拡げることになり影響が大きいこと」、また、「失権効、排除効と断定することも、……その適用範囲を拡めることになってためらわれること」があったのではないかと述べる。

- (46) 田尾・前掲注(42)三〇六頁。

- (47) 新堂・前掲注(42)二九頁は、本判決に「既判力理論、判決効力論の弾力化のきざし」を見出している。また、岨野・後掲注(59)三二七頁は、信義則による後訴遮断の法理を採用した最判昭和五一・九・三〇民集三〇巻八号七九九頁について、「本判決は、問題点を異にするものの、最二小判昭和四九・四・二九民集二八巻三号五〇三頁の見解を参考にしているのでないかと思われる」との見方を示しており、昭和四九年判決が昭和五一年判決の形成に際して一定の先例的役割を果たしたことが看取される。

- (48) 講学上、債務と責任が区別され、限定承認は債務の問題ではなく責任の問題とされることにつき、高橋・前掲注(38)六六九頁参照。

- (49) 小山・前掲注(42)一一五頁参照。

- (50) 小山・前掲注(42)一一六頁参照。

- (51) 小山・前掲注(42)一一六頁参照。水谷・前掲注(42)一一七頁は、本件では、責任財産の範囲が訴訟物に組み込まれる

かということよりも、前訴においてどのような実質的な審理判断がなされたかということにウェイトがあるとして、前訴の審理過程を顧慮する争点効理論の優位性を説く。

- (52) 谷口・前掲注(42)三五頁参照。上野・前掲注(42)四四〇頁も、留保部分につきなんらかの拘束力を認めることは、前訴原告が前訴と別の相続債権について給付訴訟を提起した場合にその本来の機能を發揮するものであり、昭和四九年判決の事案のように、同一債権についてより有利な判決を求めるために再度給付訴訟を提起した場合には、既判力の両面性によって処理しうる旨を説く。

- (53) 新堂・前掲注(42)八頁参照。

- (54) 小山・前掲注(42)一一八頁、谷口・前掲注(42)三七頁参照。田尾・前掲注(42)三〇七頁も、「事情によっては、債権者において留保付判決が確定している場合においても、右事情をみずから主張立証して無留保の給付判決を求め得ることになるう」として、信義則による調整の余地を残している。

- (55) 最判昭和四二・七・一八民集二一巻六号一五五九頁参照。

- (56) 新堂・前掲注(42)一二頁以下参照。

- (57) 兼子・前掲注(30)三四〇頁、三ヶ月章『民事訴訟法』(有斐閣・一九五九年)三〇頁、菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅰ〔補訂版〕』(日本評論社・一九九三年)一二九二頁など参照。

- (58) 新堂・前掲注(26)六八三頁、兼子原著・前掲注(32)五一三頁(竹下)、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ〔第二版〕』(日本評論社・二〇〇六年)四四五頁など参照。

- (59) 調査官解説として、岨野悌介「解説」『最高裁判所判例解説民事篇(昭和五一年度)』三一六頁参照。判例評釈等に、水谷暢「判批」判タ三四五号(一九七七年)八六頁、山木戸克己「判批」昭和五一年度重要判例解説(一九七七年)一二九頁、

小山昇「判批」民商七六卷四号（一九七七年）五九七頁、坂原正夫「判批」法学研究五〇巻一号（一九七七年）一三一六頁、高橋宏志「判批」法協九五巻四号（一九七八年）七八八頁、三ヶ月章「判批」民事訴訟法判例百選〔第二版〕（一九八二年）二二六頁、原強「判批」民事訴訟法判例百選Ⅰ〔新法対応補正版〕（一九九八年）三三頁、高見進「判批」民事訴訟法判例百選〔第三版〕（二〇〇三年）一八〇頁、高田昌宏「判批」民事訴訟法判例百選〔第四版〕（二〇一〇年）一七〇頁（同「判批」民事訴訟法判例百選〔第五版〕（二〇一五年）一六八頁も参照）などがある。また、新堂幸司「訴訟物概念の役割」同『訴訟物と争点効（下）』（有斐閣・一九九一年）一一三頁以下〔初出・判評二二三号（一九七七年）〕参照。

(60) 本件を仔細に見れば、前訴と本訴は、訴訟物および当事者のいずれの面でも一致しない部分が多い。客体面に関しては、前訴は、① X_1 ・B間の買戻契約に基づく所有権移転登記のほか、②右買戻契約が無効とされた場合の予備的請求として、買戻代金の不当利得返還、さらに、③ X_1 ・B間の贈与契約に基づく所有権移転登記を請求するものであった（審理の結果、①および③を棄却、②を認容する判決が確定した）のに対して、本訴は、①買取処分が無効を理由とする所有権移転登記の抹消登記に代わる移転登記に加えて、②A・B間の返還合意に基づく所有権移転登記および地上工作物取去土地明渡しを請求するものであった。また、主体面に関しては、前訴は、Aの相続人の一人である X_1 が、Bの相続人である Y_1 、 Y_2 、C（前訴係属中に死亡し、 Y_1 ・ Y_2 が相続）を被告として提起した訴えであったのに対して、本訴は、 X_1 に加えてAの他の相続人である X_2 、 X_4 が原告に加わり、 Y_1 、 Y_2 および Y_3 （前訴の係属中に Y_1 、 Y_2 、Cから甲土地の一部を取得）を被告として提起した訴えであった。岨野・前掲注（59）三二二頁は、昭和五十一年判決が信義則を用いた理由を、訴訟物の違いと当事者の違いの双方に求めている。

(61) この点は、原判決（大阪高判昭和四八・一二・一四高民二二六巻五号四八七頁）が「本訴においては買取売渡の効力について前訴と全く正反対の主張をしている」としていたのと異なっている。

- (62) 岨野・前掲注(59) 三二八頁、三ヶ月・前掲注(59) 二三七頁、水谷・前掲注(59) 九六頁、坂原・前掲注(59) 一三三〇頁参照。
- (63) 原・前掲注(22) 二二二頁、高田・前掲注(59) 一七一頁参照。昭和五一年判決以降の判例・裁判例の状況については、原強「判例における信義則による判決効の拡張化現象(二)」札幌学院法学六卷一号(一九九〇年)七頁以下に詳しい。
- (64) 梅善夫「矛盾・蒸し返しの主張と信義則」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論(下)』(有斐閣・一九九五年)二二五頁、二四〇頁参照。
- (65) 例えば、最判昭和五九・一・一九判時一一〇五号四八頁は、負担付贈与契約の不成立を理由とする所有権移転登記の抹消登記手続請求訴訟を提起して敗訴した原告が、右贈与契約の負担である義務の不履行を理由に契約を解除したとして所有権移転登記手続請求訴訟を提起した事案において、⑦本訴が実質的に前訴の蒸し返しであるとは当然には言えないこと、⑧前訴において本訴請求を追加することが期待されていたとは言い難いこと、⑨本件においては不当に長期間Yらの法的地位が不安定な状態に置かれるという事情も存在しないこと、を考慮して信義則違反を否定した事例である。また、最判平成一〇・六・一二民集五二巻四号一一四七頁は、金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起した事案について、⑩実質的には前訴で認められなかった請求および主張を蒸し返すものであること、⑪前訴の確定判決によって当該債権の全部について紛争が解決されたとの被告の合理的期待に反すること、を考慮して、「特段の事情がない限り、信義則に反して許されない」とする。
- (66) 竹下・前掲注(16) 二七八頁、伊藤・前掲注(32) 五四八頁参照。
- (67) 兼子原著・前掲注(32) 五四二頁(竹下)。竹下・前掲注(32) 八三頁も参照。
- (68) 竹下・前掲注(16) 二八三頁は、一般論としては、信義則に照らして後訴を請求レベルで遮断することも一概に不当とは

言えないとした上で、「前訴で提出し、すでに前訴判決の理由中で判断された、その事実関係に関する主張の再度の提出（あるいは、理由中の判断に抵触する、その事実関係に関する新たな主張の提出）を、主張レベルのむしろ返しとして排斥することによっても、相手方の信頼の保護、同一事実関係についての審理の重複・矛盾判決の回避、という目的は達成される」として、信義則による遮断理論としては、判決理由中の判断に抵触する主張レベルの遮断が望ましい旨を説く。また、同二八八頁注（6）は、昭和五一年判決の評価として、本件事案においては前訴で買収処分が無効が主要な争点として争われたかは疑わしいとして、本件では後訴を信義則により却下するのではなく、取得時効など実体法上の理由で勝負をつける方が適切であったとして、結論において信義則による遮断に否定的な見方を示している。

(69) 伊藤・前掲注（32）五四七頁は、「信義則はあくまで、判決理由中の判断の拘束力ではなく、判決理由において判断の機会を得た当事者の訴訟行為の態様自体を根拠として適用されるものである」との理解を前提として、「たとえ後訴における主張事実自体が前訴判決理由中の判断の対象となっていない場合であっても、後訴での主張が信義則によって遮断されることがある」と論じる。

(70) 新堂教授は、後訴における請求または主張が前訴の確定判決の存在により遮断される場合を広く指す概念として「遮断効」という概念を用いる。この意味での「遮断効」には、いわゆる既判力の消極的作用としての遮断効に加えて、訴訟物の枠を超えて作用するもの（最判昭和五一・九・三〇民集三〇巻八号七九九頁参照）や訴訟物の先決的法律関係について作用するもの（最判昭和五二・三・二四金判五四八号三九九頁参照）など、従来、既判力の作用としては考えられていなかった種々のものが含まれるが、新堂教授によれば、これらの遮断効はいずれも「訴訟物によってあらかじめ指示された遮断効の範囲を手続事実群の具体的展開に対応して調整する理論」の現れとして、統一的に把握される。新堂・前掲注（59）一四六頁以下参照。

- (71) 「正当な決着期待争点」の意義について、新堂幸司「正当な決着期待争点」同『民事訴訟法学の展開』（有斐閣・二〇〇〇年）四七頁以下「初出・中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（下）』（有斐閣・一九九五年）」参照。
- (72) 新堂・前掲注（59）一三〇頁以下は、本件における具体的な手続事実群として、⑦前訴で争点を買戻契約に絞った趣旨がどのようなものであったか（買取処分効力に関する争いを後に留保させる趣旨であったか）が問われるところ、⑧前訴においてXが買戻契約の主張に終始し、これが無効な場合に不当利得返還を請求して代金の返還を受けたとの事実は、そのような趣旨を否定する方向に働くと考えられること、⑨事件発端から二〇年という年月を経過したことにより、本件買取処分をめぐる紛争全体の解決という被告側の期待も合理性を帯びてくると考えられること、⑩前訴においてYの側から所有権確認の反訴を提起して買取処分の有効性を積極的に争点とすることは期待しにくいことを挙げ、これらの手続事実群がXらに対する不意打ちを否定し、Yらの紛争全体の解決への期待を正当化できる旨を示唆する。
- (73) すなわち、①正当な決着期待争点と主要な争点とが一致する場合は争点効、②正当な決着期待争点を訴訟物のレベルに置くことができる場合が既判力、そして、③正当な決着期待争点を訴訟物の枠を超えたレベルで考えることができる場合に「五一型遮断効」である。新堂・前掲注（26）七二九頁は、三者の関係をこのように把握し、いわゆる「五一型遮断効」については、「争点効と既判力との連続線の他方の極限に位置づけておくのが、判決の遮断効を統一的に理解しその理論をいっそう深めることに役立つ」とする。
- (74) 松本博之『既判力理論の再検討』（信山社・二〇〇六年）七頁以下参照。
- (75) 松本・前掲注（74）九頁は、このような観点から、まずは旧訴訟物理論による訴訟物の把握を再検討することが必要である旨を説く。
- (76) 最判昭和三七・八・一〇民集一六卷八号一七二〇頁は、「一個の債権の数量的な一部についてのみ判決を求める旨を明示し

て訴が提起された場合は、訴訟物となるのは右債権の一部の存否のみであつて、全部の存否ではなく、従つて右一部の請求についての確定判決の既判力は残部の請求に及ばない」と判示する。

- (77) 調査官解説として、山下郁夫「解説」『最高裁判所判例解説民事篇（平成一〇年度）（下）』六〇二頁参照。判例評釈等に、佐上善和「判批」法教二二〇号（一九九九年）一三三頁、奈良次郎「判批」法の支配一一三号（一九九九年）九〇頁、酒井一「判批」判評四八三号（一九九九年）三〇頁、上野泰男「判批」平成一〇年度重要判例解説（一九九九年）一二二頁、井上治典「判批」リマークス一九号（一九九九年）一二三頁、山本和彦「判批」民商一二〇巻六号（一九九九年）一〇二五頁、文字浩「判批」南山法学二四巻四号（二〇〇一年）一〇五頁、青木哲「判批」法協一一八巻四号（二〇〇一年）六二四頁、本間靖規「判批」民事訴訟法判例百選（第三版）（二〇〇三年）一八二頁、河野正憲「判批」民事訴訟法判例百選（第四版）（二〇一〇年）一七二頁、松下淳一「判批」民事訴訟法判例百選（第五版）（二〇一五年）一七〇頁などがある。また、新堂幸司「審理方式からみた一部請求論の展開」同『権利実行使の基礎』（有斐閣・二〇〇一年）二七七頁以下「初出・佐々木吉男先生追悼『民事紛争の解決と手続』（信山社・二〇〇〇年）」、越山和広「一部請求後の残額請求と既判力・信義則」伊東乾教授喜寿記念『現時法学の理論と実践』（慶應義塾大学出版会・二〇〇〇年）三〇七頁以下、山本克己「明示の一部請求後の残部請求」法教二九四号（二〇〇五年）一二二頁以下、岡庭幹司「明示の一部請求棄却判決確定後の残部請求」伊藤眞先生古稀祝賀『民事手続の現代的使命』（有斐閣・二〇一五年）九七頁以下、高田裕成「一部請求について」伊藤眞先生古稀祝賀『民事手続の現代的使命』（有斐閣・二〇一五年）三六三頁以下、高橋宏志「一部請求判例の分析」松本博之先生古稀祝賀『民事手続法制の展開と手続原則』（弘文堂・二〇一六年）二二一頁以下など参照。

- (78) 原審（東京高判平成九・一・二三民集（参）五二巻四号一一八七頁参照）は、本件訴訟は明示の一部請求後の残部請求であるから前訴判決の既判力は本件訴訟には及ばないとし、かつ、本件訴訟の提起が信義則に反するとの特段の事情を認め

るに足りる的確な証拠もないとして、残部請求の訴えを信義則に反するとした第一審判決を取り消し、第一審に差し戻している。

- (79) 山下・前掲注(77)六一六頁は、昭和五一年判決が採用した信義則による後訴遮断の法理の適用に際しては、後訴が実質的に前訴の蒸し返しに当たるかどうかが重要な要素となっているところ、一部請求と残部請求とは、共に同一債権の一部であり、かつ、一部請求訴訟において債権全部の存否が審理の対象となるのが通常であることからすれば、右判例法理を適用する基礎的条件は既に整っている、としている。

- (80) 山下・前掲注(77)六一六頁参照。

- (81) 山下・前掲注(77)六一七頁参照。山本(和)・前掲注(77)一〇四三頁は、考えうる「特段の事情」として、一部請求の棄却判決であっても例外的に債権全部の審理判断をしていない場合、具体的には、弁済、相殺、過失相殺等につき外側説に基づく審理をしなかった場合や、いわゆる後遺症ケースで前訴請求の一部棄却後に後遺症が発症した場合が考えられるとする。また、池田辰夫「判例回顧と展望 民事訴訟法」法時七一巻五号(一九九九年)一三四頁は、「特段の事情」として、前訴と後訴の訴訟物の経済的価値の著しい不均衡が衡量されてよいとする。

- (82) 学説の整理に関して、中野貞一郎「一部請求論の展開」同『民事訴訟法の論点Ⅱ』(判例タイムズ社・二〇〇一年)一〇七頁以下「初出・判タ一〇〇六号、一〇〇八号(一九九九年)」、畑瑞穂「一部請求と残部請求」伊藤眞山本和彦編『民事訴訟法の争点』(有斐閣・二〇〇九年)一二〇頁以下など参照。

- (83) 伊東乾「一部請求」同『民事訴訟法研究』(酒井書店・一九六八年)五二七頁、斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法』(5)「第二版」(第一法規出版・一九九一年)六八頁(斎藤秀夫・渡部吉隆・小室直人)など参照。

- (84) 兼子・前掲注(30)三四二頁は、一部請求部分を全体の中で特定することのできる指標がある場合(いわゆる特定一部請

- 求）を除き、残部請求は前訴判決の既判力に抵触するとの理解に立つ。三ヶ月・前掲注（57）一三三頁も同旨。
- （85） 兼子一原著『条解民事訴訟法』（弘文堂・一九八六年）六一三頁以下「竹下守夫」参照。
- （86） 同上。また、兼子原著・前掲注（32）五三一頁以下「竹下」も参照。
- （87） 中野貞一郎「一部請求論について」同『民事手続の現在問題』（判例タイムズ社・一九八九年）八五頁以下「初出・染野義信博士古稀記念『民事訴訟法の現代的構築』（勁草書房・一九八九年）」参照。
- （88） 以上につき、中野・前掲注（87）一〇六頁以下参照。
- （89） 新堂・前掲注（77）二七七頁以下参照。紛争の具体的な態様や前訴の訴訟経過から残部請求の可否を考察する見解としては、他に、井上治典「確定判決後の残部請求」三ヶ月章Ⅱ青山善充編『民事訴訟法の争点』（有斐閣・一九七九年）一八〇頁、佐上善和「一部請求と残額請求」三ヶ月章ほか編『新版・民事訴訟法演習Ⅰ』（有斐閣・一九八三年）一三一頁などがある。
- （90） 新堂・前掲注（77）二八二頁参照。また、同二九二頁以下は、平成一〇年判決の論理を前提とすれば、一部請求をする原告には、被告の債権全部についての紛争決着要求に対して、そこまでの紛争を決着すべき行為責任（これを「紛争決着責任」と呼ぶ）が認められるとし、現存額が一部請求額を上回ることが予想される事案であっても、被告が現存額について最終決着を要求する場合には、原告はこれを拒否することはできず、裁判所もまた現存額の審理を留保して一部請求を認容することは許されないとする。
- （91） 新堂・前掲注（77）二九〇頁参照。
- （92） 同上。同二九一頁注（4）は、このことは結果的に、残存額について争点効に類似した効果を認めることになる、としている。

(93) 伊藤・前掲注(32) 二二〇頁以下参照。

(94) 松本博之「一部請求訴訟後の残部請求訴訟と既判力・信義則」同『既判力理論の再検討』(信山社・二〇〇六年) 二〇一頁、二二三頁以下「初出・鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』(有斐閣・二〇〇二年)」、松本上野・前掲注(39) [679] [680] 参照。前述のように、松本説は、既判力の限界を信義則によって補充・調整する判例法理やこれを理論化しようとする学説に懐疑的な立場から、平成一〇年判決に対しても、被告が残部について債務不存在確認の反訴を提起しないで信義則を理由に残部請求から保護されるのは、被告に一方的に有利な扱いであり、民事訴訟における武器対等の原則に反する旨を指摘する。松本上野・前掲注(39) [680] 参照。

(95) この問題を論じる近年の論稿として、高田昌宏「判批」民事訴訟法判例百選〔第三版〕(二〇〇三年) 一九〇頁、山本克己「判批」民事訴訟法判例百選〔第四版〕(二〇一〇年) 一八八頁(同「判批」民事訴訟法判例百選〔第五版〕(二〇一五年) 一八四頁も参照)、中西正「既判力・執行力の主観的範囲の拡張についての覚え書き」伊藤滋夫先生喜寿記念『要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開』(青林書院・二〇〇九年) 六一二頁、菱田雄郷「口頭弁論終結後の承継人に対する既判力の作用」法学七四巻六号(二〇一〇年) 八四六頁、松本博之「口頭弁論終結後の承継人への既判力の拡張に関する一考察」同『民事訴訟法の立法史と解釈学』(信山社・二〇一五年) 三六〇頁「初出・龍谷法学四四巻四号(二〇一二年)」、越山和広「既判力の主観的範囲」高橋宏志Ⅱ加藤新太郎編『実務民事訴訟講座〔第三期〕第三卷』(日本評論社・二〇一三年) 三〇一頁、永井博史「口頭弁論終結後の承継人についての素描」梅善夫先生・遠藤賢治先生古稀祝賀『民事手続における法と実践』(成文堂・二〇一四年) 六一三頁、山本弘「弁論終結後の承継人に対する既判力の拡張に関する覚書」伊藤眞先生古稀祝賀『民事手続の現代的使命』(有斐閣・二〇一五年) 六八三頁、鶴田滋「口頭弁論終結後の承継人への既判力拡張の意味」法政研究八一巻四号(二〇一五年) 八一七頁、笠井正俊「口頭弁論終結後の承継人に対して判決効が作用す

- る場面について」松本博之先生古稀祝賀『民事手続法制の展開と手続原則』（弘文堂・二〇一六年）五五七頁、同「登記手続を命ずる確定判決と承継人に対する判決効」上野泰男先生古稀祝賀『現代民事手続の法理』（弘文堂・二〇一七年）三一頁、加波真一「口頭弁論終結後の承継人への既判力拡張論の現状」徳田和幸先生古稀祝賀『民事手続法の現代的課題と理論的解明』（弘文堂・二〇一七年）三八五頁など参照。
- (96) 鈴木正裕＝青山善充編『注釈民事訴訟法(4)』（有斐閣・一九九七年）三九八頁以下〔伊藤眞〕、兼子原著・前掲注（32）五七〇頁以下〔竹下〕、秋山ほか・前掲注（32）四八一頁以下など参照。
- (97) なお、兼子一『判例民事訴訟法』（弘文堂・一九五〇年）三〇一頁は、「訴訟中又は判決後にこの者」物権的請求権に対応する義務を負っている者——筆者注」の妨害物件に対する権利が第三者に譲渡された時は、該第三者は、これに伴うて収去義務の負担者としての地位を前主から承継し……、それに関する訴訟状態上の利益不利益又は判決の既判力、執行力を受けることとなるのが当然である」として、口頭弁論終結時の前後を問わず、占有承継の事案において訴訟物たる物権的請求権に対応する義務の承継を観念する。山本（弘）・前掲注（95）六九八頁は、このような物権的請求権またはそれに対応する物権的負担が承継人に承継されるとの発想を「既判力による実体法の書き換え」と呼び、今日の学説においてもこのような「既判力による実体法の書き換え」が暗黙裡に前提とされている旨を指摘する。
- (98) 高田・前掲注（95）一九一頁、山本（克）・前掲注（95）一八九頁参照。この点を要件事実論の観点から説明するものとして、丹野達「既判力の主観的範囲についての一考察」同『民事法拾遺』（酒井書店・二〇〇四年）二二五以下〔初出・曹時四七卷九号（一九九五年）〕、中西・前掲注（95）六二〇頁以下、菱田・前掲注（95）一七〇頁以下、山本（弘）・前掲注（95）六九三頁以下など参照。
- (99) 口頭弁論終結後の承継人は、執行力の拡張により、承継人を執行債権者または執行債務者とする執行文の付与を受けて強

制執行を開始することができる（民執二三条一項三号、二七条二項参照）ため、承継人を当事者とする新たな訴えを提起することは訴えの利益に欠けるとの議論もありうるが、本稿では差し当たり訴えの利益が肯定される場合があるとの前提で論じる（承継人を当事者とする後訴において訴えの利益を肯定した判例として、大判昭和八・六・一五民集一二卷一四九八頁、最判昭和五四・一・三〇判時九一八号六七頁参照）。この点、長谷部由起子『民事訴訟法（新版）』（岩波書店・二〇一七年）二八四頁は、承継人に対する承継執行文が付与されなかった場合に提起する執行文付与の訴えでは、請求認容判決が確定しても右訴訟の被告が民事執行法二三条一項三号の承継人であることが確定されるだけで、承継人に対する請求権の存在が既判力をもって確定されるわけではないから、給付の訴えである後訴に訴えの利益は認められると論じる。同「口頭弁論終結後の承継人の訴訟上の地位」上野泰男先生古稀祝賀『現代民事手続の法理』（弘文堂・二〇一七年）三七七頁以下も参照。

(100) 本判決は、口頭弁論終結後の承継人が固有の攻撃防御方法を有する場合に判決効の拡張を否定した判例として知られる、最判昭和四八・六・二二民集二七卷六号七二二頁の第一審判決である。

(101) 判例評釈等に、竹下守夫「上原敏夫」判批「判評二五二号（一九八〇年）三九頁、遠藤功「判批」昭和五四年度主要判例解説（一九八〇年）二五八頁など。

(102) 新堂・前掲注（26）七二二頁参照。三宅省三ほか編『注解民事訴訟法Ⅱ』（青林書院・二〇〇〇年）四八八頁「稲葉一人」も、既判力の主体的な拡張の場面においては、既判力の拡張と理由中の判断の拡張とが暗黙裡に前提とされている旨を指摘する。

(103) 新堂・前掲注（26）七二二頁参照。新堂幸司「訴訟当事者から登記を得た者の地位」同「訴訟物と争点効（上）」（有斐閣・一九八八年）三四六頁以下「初出・判評一五二号、一五三号（一九七一年）」は、承継人にとって有利・不利を問わず争点

効の拡張を肯定するが、承継人に有利な争点効の拡張は、①前訴判決を前提とした取引当事者の合理的期待、②相手方当事者の前訴における訴訟追行の機会の付与、③紛争解決の実効性、によって基礎づけられるのに対し、承継人に不利な争点効の拡張は、①被承継人による代替的な訴訟追行の機会、②固有の抗弁の主張が留保されることによる承継人の地位の保護、③紛争解決の実効性、によって基礎づけられるとする。

(104) 新堂・前掲注(26)七二二頁参照。なお、永井・前掲注(95)六三四頁は、民訴法一一五条一項三号によって承継人に対して及ぶ「確定判決の効力」は、既判力そのものではなく、信義則を基底とする制度的効力たる「既判力類似の効力」であることを認めるべきであると論じる。所論によれば、ここでいう「既判力類似の効力」は「信義則による利益調整が類型化された形で現れる制度的な効力」とされ、信義則による利益衡量の考慮要素としては、第一に、確定判決の紛争解決機能の確保（具体的には、①訴訟物が同一であること、②訴訟物が異なっても、訴訟物の客体面が同一であること、または、③訴訟物の客体面が異なる給付請求権であっても、前訴の給付請求権の実現にとって不可欠な給付請求権が、後訴で承継人に対して向けられていること）、第二に、承継人に対する最低限の手続保障（具体的には、いわゆる「実体適格」の承継が認められること）が挙げられる。永井説は争点効概念を用いないが、承継人との関係で判決理由中の判断の拘束力を説く点で新堂説と共通する。

(105) 菱田・前掲注(95)八六八頁は、「判決理由中の判断の拘束力は、多くの場合、前訴における訴訟追行の具体的態様に基づいてその成否が決められるものであり、原則として前訴における訴訟追行の具体的態様に関わらない既判力は、かかる判決理由中の判断の拘束力の議論に解消され得ない特徴を有している」と論じる。

(106) 信義則による拘束力説を説く竹下教授は、口頭弁論終結後の承継人に対する遮断的作用について、理由中の判断の拘束力の拡張という論理を採用していない。すなわち、兼子原著・前掲注(32)五八〇頁〔竹下〕は、XのYに対する不動産の

所有権移転登記の抹消登記手続請求訴訟において敗訴したYから当該不動産の所有権を譲り受けたZは、既判力の拡張を受ける結果、「相手方たる前訴原告に対し、前主が抹消登記義務を負うこと、つまり登記を保持しえないものであることを争えない」とし、ZがXからの抹消登記請求に応じざるを得ない理由を既判力に求めている。

- (107) 上野泰男「既判力の主観的範囲に関する一考察」関西大学法学論集四一卷三号（一九九二年）九三〇頁以下、越山・前掲注（95）三〇九頁以下参照。このような「訴訟物同一擬制説」に基本的に賛同する見解として、他に、高橋・前掲注（38）七〇二頁注（123）、加波・前掲注（95）四〇五頁など。中西・前掲注（95）六二四頁以下は、前訴当事者間の訴訟物の存在と被承継人・承継人間の目的物の移転により後訴当事者間の訴訟物が生じたと構成することによって、前訴の訴訟物が後訴の訴訟物の前提問題となる場合に準ずると見る。

- (108) 上野・前掲注（107）九三一頁。

- (109) 上野・前掲注（107）九三二頁注（48）。本間靖規「口頭弁論終結後の承継人に関する覚書」上野泰男先生古稀祝賀『現代民事手続の法理』（弘文堂・二〇一七年）四〇六頁もこれを支持する。

- (110) 越山・前掲注（95）三一〇頁も、訴訟物の同一性を擬制し（ただし、上野説が承継人に対する既判力拡張の結果として訴訟物の同一性が擬制されると説くのに対して、越山説は、訴訟物の同一性が擬制される結果として既判力が作用すると説く）、訴訟物の同一性を擬制できる限度は、第一訴訟と第二訴訟とで承継がなかったと仮定した場合に、第一訴訟の既判力が第二訴訟に及ぶ限度であるとされる。鶴田・前掲注（95）八三二頁以下は、訴訟物の同一性擬制という補助概念を用いることには消極的であるが、前訴口頭弁論終結後の承継人に既判力が拡張されるか否かは、仮に承継の事実がなかったと仮定した場合に、前訴と後訴との間に既判力が作用する関係（同一関係、先決関係、矛盾関係）があるか否かを基準とする点で、上野説や越山説と親和的である。

- (11) 本文の例につき、菱田・前掲注(95) 八六五頁参照。また、上野・前掲注(107) 九三二頁注(49) 参照。
- (12) 菱田・前掲注(95) 八七〇頁は、「かかる補助概念の必要性を示すことと、いかなる理論的根拠に基づいてかかる補助概念の導入が許されるかを説明することとは別の事柄」であるとした上で、後者の議論は提供されていないのが現状であると指摘する。
- (13) 最判昭和三〇・一二・一民集九卷一三三号一九〇三頁、最判昭和三二・四・三民集一〇卷四号二九七頁、最判昭和三九・七・三集民七四号四〇七頁など参照。
- (14) 山本(克)・前掲注(95) 民事訴訟法判例百選〔第五版〕一八五頁参照。
- (15) ドイツ民法の判例・学説によって承認される見解であるとされる。所有権に基づく返還請求訴訟は、原告の占有の回復を目的とする訴訟であり、占有権原の帰属にその訴訟の焦点があるため、原告の返還請求が認容された場合に被告の占有権原の不存在が既判力によって確定することは必然的な要素である、と考えられることによる。以上につき、松本・前掲注(95) 三六五頁以下参照。
- (16) 松本・前掲注(95) 三七五頁以下参照。
- (17) 松本・前掲注(95) 三七七頁参照。
- (18) 高橋・前掲注(38) 七〇二頁注(123)、永井・前掲注(95) 六三〇頁参照。
- (19) 富樫貞夫「民事訴訟における『むしろ返し』禁止の効力」熊本大学法学部創立十周年記念『法学と政治学の諸相』（熊本大学法学会・一九九〇年）三〇三頁は、判例理論（信義則による後訴遮断の法理）と争点効説の異同として、「第一に、判例理論は、原告の後訴提起行為自体を信義則違背として非難し、これを排斥しているのであって、前訴確定判決の理由中の判断に拘束力が生じ、その判断に抵触することを理由に、後訴を排斥しているわけではない」こと、「第二に、争点効ないし

理由中の判断の拘束力の理論は、前訴で当事者が主要な争点として争い、実際に審理・判断を受けた事項に拘束力を生じさせようとするものであるが、判例の理論は、ある争点を前訴で争うことができ、かつ当然に争うことが期待されたにもかかわらず、それを争わなかった場合には、もはや後訴でそれを争うことは許されないとするものであって、両者は法的規律の対象を異にする」ことを挙げ、「両者は、理論の論理構造はもとよりその機能においても異質なものといわざるをえない」と評する。

(120) 例えば、所有権に基づく明渡請求訴訟や登記請求訴訟において所有権の存否が争われた場合、契約の履行を求める訴訟において代理人の代理権の存否が争われた場合、利息債権のみを請求する訴訟において元本債権の存否が争われた場合で、これらの事項が後訴で再び争われた場合などが挙げられる。

(121) 前述のように、昭和五一年判決の事案は、かつて買取処分が行われた本件土地について買戻契約が成立したことを理由に所有権移転登記手続を求める訴え（前訴）が提起され、買戻契約の無効を理由に原告の請求を棄却する判決が確定したのち、前訴原告らが本件土地の上記買取処分の無効等を理由として所有権移転登記の抹消に代わる所有権移転登記手続を求める訴え（後訴）を提起した事案であった。前訴と後訴で訴訟物は異なると解されるうえ、買取処分の有効・無効については前訴の審理・判断の対象となっておらず、前訴判決の理由中の判断に拘束力を認めても、後訴における買取処分の無効の主張を排斥することは困難な事案であったと見られる。

(122) 昭和五一年判決以降の判例・裁判例における考慮要素の分析として、東松文雄「争点に対する判決理由中の判断の拘束力について（五）」判時一三七七号（一九九一年）一八頁以下参照。

(123) 最判昭和五二・三・二四金判五四八号三九頁参照。

(124) 最判平成一〇・六・一二民集五二巻四号一一四七頁参照。

- (125) 山下・前掲注（77）六一六頁は、「右判例法理「信義則による後訴遮断の法理——筆者注」の適用に当たっては、後訴が実質的に前訴の蒸し返しに当たるかどうかが重要な要素となっている」と述べており、各考慮要素の中でも、前訴と後訴の実質的同一性（本文⑦）に重点が置かれている。
- (126) 勅使川原和彦「一部請求と隠れた訴訟対象」早稲田法学七五卷三号（二〇〇〇年）二五頁、三九頁以下は、平成一〇年判決に顕れた「（前訴訟的な）ルール設定」を、「原告による訴訟物範囲の設定にかかわらず、債権内容全体を現実の訴訟対象とする」という第一ルールと、「訴訟物としては顕れない隠れた訴訟対象であっても、現実に審理の対象となっており、かつ、その顕れた部分の消極的・判断は隠れた部分の不存在を必然的に演繹する」という第二ルールとに整理した上で、このような「（前訴訟的な）ルール設定」を前提とした判例法理の再評価を試みる。
- (127) 平成一〇年判決の論旨が、制度的効力を認めるに近いものであることを指摘するものとして、本間・前掲注（77）一八三頁、渡部美由紀「明示の一部請求後の残部請求」法政論集二一九号（二〇〇七年）三七頁参照。
- (128) 新堂・前掲注（13）一七〇頁参照。