

既判力の補完・調整法理の諸相（二・完）

——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（二・完）

- 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、前号）
 - 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

三 既判力の補完・調整法理の再検討（承前）

2 既判力の作用する限界

(1) 限界づけの必要性

いわゆる再訴事案に対する基本的なアプローチとして、既判力の限界を信義則によって補完するという解釈論は今日では比較的広く受け入れられていると見られるが、このような解釈論が有効に機能するためには、信義則の発現しうる領域とその判断枠組みの明確化が図られなければならない。信義則としての性質上、信義則が適用される場合のすべてを明らかにすることは困難であるとしても、信義則の発現領域とその判断枠組みをできる限り特定しておくことは、裁判所ごとの判断の不統一を回避し、当事者の予測可能性を高めるために避けて通ることのできな

い課題である。

そこで、信義則の発現領域およびその判断枠組みの明確化を図る上でまず明らかにすべきは、既判力それ自体の作用領域の限界である。というのも、一般に、再訴事案において信義則が作用するのは既判力の限界を超えた領域であると考えられるところ、既判力それ自体の作用領域を特定することができなければ、信義則の発現する領域もまた特定できないという関係に立つからである。また、ある事例が既判力の作用領域に含まれるか否かは、単なる説明の差異にとどまるものではなく、具体的な事案の処理に際して個別事情を斟酌することができるか否かという形で、実践的な差異を生じうる問題でもある。

この点、伝統的な理解によれば、既判力が作用する局面は、①前訴と後訴で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っている場合（先決関係）、③前訴と後訴の訴訟物とが両立しえない関係にある場合（矛盾関係）であると解されており、その意味で、既判力の作用する限界は既に明白であるとも言えそうである。しかしながら、上記にいう同一関係、先決関係、矛盾関係の具体的意味内容については、学説上、必ずしも見解の一致があるわけではなく、ある事案が上記三類型のいずれかに該当するか否かをめぐって評価が分かれる事案も少なくない^①。

例えば、給付訴訟で敗訴した被告が同一債務の不存在確認の訴えや不当利得返還の訴えを提起した場合が既判力の作用する局面であることについてはほぼ異論がないが^②、上記の敗訴被告が不法行為に基づく損害賠償請求の訴えを提起した場合については既判力の作用につき見解の対立が見られる^③。また、所有権確認訴訟で敗訴した被告が同一不動産について所有権確認の訴えを提起した場合が既判力の作用する局面であることについては争いが無いものの、所有権に基づく明渡請求訴訟や登記請求訴訟で敗訴した被告が同一不動産について所有権確認の訴えを提起した場合については議論がある^④。また、前章において見たように、金銭債権の数量的一部請求棄却判決後の残部請求

の訴えについて、平成一〇年判決やこれを支持する学説の多くは、前訴において一部請求であること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との理解を前提としているが、これに対しては、前訴と後訴は矛盾関係に立ち、したがって後訴は既判力によって遮断されるとする見解も主張される。⁵⁾

(2) 基本的視点

上記のように、既判力の作用する局面は、今日では一般に、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と説明されるが、このような理解はア・プリオリに存在するものではなく、既判力の客体的範囲⁶⁾判決主文中の判断（⁶⁾訴訟物たる権利関係の存否についての判断）であることと密接な関連を有する。仮に既判力が判決理由中の判断にも生じるとする法制度を想定するならば、前訴と後訴の訴訟物が同一、先決、矛盾関係にある場合はもちろん、そのような訴訟物間の関係を越えて、前訴と後訴の争点が同一の場合にも既判力の作用することは言うまでもない。既判力の客体的範囲と既判力の作用する局面との間には、前者を原因とし、後者を結果とする、因果の論理が存在している。⁶⁾

そもそも既判力とは、今日の通説的理解によれば、前訴判決の後訴裁判所に対する拘束力であると解されており（いわゆる拘束力説）、前訴判決において既判力を生じた事項が後訴において再び問題になる場合において、後訴裁判所は前訴判決の既判力ある判断に拘束され（積極的作用）、当事者もまたこれと矛盾する攻撃防御方法を提出して争うことが許されない（消極的作用）、という形で作用する。一般に、同一関係、先決関係、矛盾関係の場合に既判力が作用するのは、前訴判決において既判力を生じた事項が、後訴において再び審理・判断の対象となつて現

れるからにはかならない。すなわち、①同一関係の場合に既判力が作用するのは、前訴判決が既判力をもって確定した権利義務の存否が、後訴において再び訴訟物として審理・判断の対象として現れるからであるし、②先決関係の場合に既判力が作用するのも、前訴判決が既判力をもって確定した権利義務の存否が、後訴の訴訟物の存否を判断する前提問題として再び審理・判断の対象となつて現れるからである。また、③矛盾関係の場合に既判力が作用するのも、前訴判決が既判力をもって確定した権利義務の存否が、これと表裏一体にある後訴の訴訟物という形で再び審理・判断の対象となつて現れるからである。

このように見てくると、前訴と後訴の訴訟物が同一関係、先決関係、矛盾関係のいずれかに該当することは既判力が作用するための要件ではなく、一定の実質的な判別基準——前訴判決において既判力を生じた事項が後訴の訴訟物を判断する過程において再び審理・判断の対象となるか——に従つて既判力が作用することになる事をカテゴライズした結果に過ぎないと見るべきであろう。講学上は、「既判力が作用する局面Ⅱ同一関係、先決関係、矛盾関係」と定式化されることがあるが、このような定式を既判力の作用のメルクマールとして用いることは、三類型のいずれとも判別することが困難な事案を既判力の範疇から取りこぼしてしまうおそれを生じうるし、そのような事案を既判力を作用させるべき実質的必要性を理由に同一関係、先決関係、矛盾関係のいずれかに押し込むことは、却つて上記三類型の外縁を曖昧なものとするように思われる。同一関係、先決関係、矛盾関係にある場合に既判力が作用する（したがつて、これらの場合以外には既判力は作用しない）という理解は、多くの場合、特段の不都合を生じないであろうし、本稿もまたそのような定式化による思考経済上の有用性を否定するものではないが、既判力が作用するか否かが問題となる限界事案においては、「前訴判決において既判力を生じた事項が後訴において再び審理・判断の対象となるか」という既判力概念の基本に立ち返つた検討が必要である¹⁷⁾と考える。

(3) 既判力の守備範囲

以上のように、本稿の立場は、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既判力が作用するという従来の理解を一応の目安としながらも、上記の関係それ自体は既判力が作用するための要件ではないとの理解に立ち、後訴において既判力が作用するか否かにつき疑義を生じる事案においては、「前訴判決において既判力を生じた事項が後訴において再び審理・判断の対象となるか」という観点をもとに、その作用の有無を判別するものである。以下、学説上、見解の対立の見られるいくつかの事案について若干の考察を試みる。

① 前訴が所有権に基づく登記手続請求訴訟、後訴が所有権確認訴訟の場合

この場合は、同一関係、先決関係、矛盾関係のいずれにも該当しないと見るのが通説的理解であるが、これを先決関係と同視する見解も見られる^⑧。また、一物一権主義を媒介とすれば、同一不動産をめぐって一方当事者の所有権に基づく物権的請求権の存在と他方当事者の所有権の存在は同時には成り立ち得ない以上、両者を矛盾関係の一種と見ることもできないではない。

そこで、上記判断基準に則して考えると、まず、⑦前訴において原告Xの請求を認容する判決が確定した後、前诉被告であるYが同一不動産について所有権確認の訴えを提起した場合、前訴判決において既判力を生じた「Xの所有権に基づく登記請求権（の存在）」が、後訴の訴訟物である「Yの所有権」の存否を判断する過程において再び審理・判断の対象となることはないから、既判力の作用する局面には当たらない。もちろん、前訴判決はXの所有権の存在を前提とするものであるが、Xの所有権の存否に関する判断は判決理由中の判断であり既判力を生じていないから、この点が後訴において再び審理・判断の対象となつたとしても、前訴判決の既判力の枠外である。

また、⑧前訴において原告Xの請求を棄却する判決が確定した後、Xが同一不動産について所有権確認の訴えを

提起した場合も、前訴判決において既判力を生じた「Xの所有権に基づく登記請求権（の不存在）」が、後訴の訴訟物である「Xの所有権」の存否を判断する過程において再び審理・判断の対象となることはないから、既判力の作用する局面には当たらない。前訴判決がXの所有権の不存在を理由にXの請求を棄却するものであったとしても、Xの所有権の存否に関する判断は判決理由中の判断であり既判力を生じていないから、これを後訴において再び審理・判断の対象とすることは、少なくとも既判力によっては遮断されない。

以上より、所有権に基づく登記手続請求訴訟の判決確定後に提起された所有権確認訴訟においては、前訴の勝敗に関わらず、既判力の作用する局面に当たらないと解される。⁹⁾このような理解は、争点効を否定した前記昭和四四年判決のほか、最高裁において繰り返し踏襲されてきたものであり、学説もまた、このような理解を前提として、前提問題たる所有権の存否について中間確認の訴えを提起することの意義を説き、あるいはまた、判決理由中の判断に拘束力を認めることの必要性和その理論構成を模索してきた。既判力の限界に関する本稿の理解は、従前の理解に特段の変更を加えるものではないが、既判力の作用する限界をあらかじめ明確にしておくことの必要性に鑑み、改めてこの点を確認しておく。¹⁰⁾

② 前訴が一部請求訴訟、後訴が残部請求訴訟の場合

議論の出発点として、一部請求訴訟の訴訟物は訴求した一部に限定される（一部請求肯定説によれば前訴における明示の有無を問わないが、明示説によれば前訴において明示のあった場合のみ）との理解を前提とすると、前訴判決によって既判力を生じるのは「前訴請求部分の存在」（原告勝訴の場合）または「前訴請求部分の不存在」（原告敗訴の場合）であり、一部請求に係る給付請求権の存否それぞれ自体は判決理由中の判断であって既判力を生じないと解される。

前述のように、学説上は、一部請求訴訟の訴訟物は訴求した一部に限定されるとの理解を前提としながらも、一部請求棄却判決後の残部請求は、請求権は存在しないという前訴判決の判断と矛盾関係にあるから、残部請求にも前訴判決の既判力が及ぶとする見解も主張される¹¹⁾。しかしながら、右の見解が成り立つためには、その前提として、一部請求棄却判決の既判力は「請求権（全体）の不存在」について生じると解する必要があるところ、一部請求に係る給付請求権が存在しないとの判断が判決理由中の判断であることは上記のとおりであり、「請求権（全体）の不存在」について実質的な拘束力を観念する右の見解は、結局のところ、判決理由中の判断に既判力を認めるに等しいように思われる¹²⁾。

本稿で示した上記判断基準の下では、後訴の訴訟物である「後訴請求部分」の存否を判断する過程において再び審理・判断の対象となるのは、あくまで前訴判決の理由中の判断である「給付請求権」の存否であり、前訴判決において既判力を生じた「前訴請求部分の存在」または「その不存在」ではないから、一部請求後の残部請求訴訟は、既判力の作用する局面には当たらないと解される。

なお、以上の前提とは異なり、一部請求訴訟の訴訟物は債権の全体であるとの理解（一部請求否定説）を前提とした場合には、後訴である残部請求において前訴判決の既判力が作用すると解される。この場合は、一部請求と残部請求の訴訟物はいずれも請求権の全体であり、前訴判決において既判力を生じた事項が、後訴の訴訟物として再び審理・判断の対象となるからである。

③ 判決確定後の損害賠償請求訴訟の場合

被告に対して金銭の支払いを命じる判決が確定した後、前訴判決がいわゆる「確定判決の不当取得」であることを理由に、前訴被告が前訴原告を相手取って損害賠償請求の訴えを提起する場合は、両者を矛盾関係の一種と見て、

既判力が作用することを前提とした議論(すなわち、原則的には、再審の訴えを経由しない限り、前訴判決の不当性を争うことが許されないが、例外的な条件の下で、再審の訴えを経由することなく不当判決からの救済を求めることが許される)が展開されることが比較的多数であると見られるところ、他方で、上記のような給付判決確定後の損害賠償請求訴訟は、同一関係、先決関係、矛盾関係のいずれにも該当せず、既判力は作用しないと解する見解も主張される¹⁴⁾。前訴確定判決により原告が得た利益の回復を被告が求めようとする点に着目すれば、後訴は前訴と相容れないものであつて矛盾関係にあると言えそうであるが、後訴において争われるのは前訴における手続過程の不当性である点を重視すれば、前訴と後訴は形式的にも実質的にも審判対象を異にし、矛盾関係にあるとまでは言えないようにも思われる。

本稿の判断基準によれば、前訴判決において既判力を生じた「(代金債権等の)給付請求権(の存在)」が、後訴の訴訟物である「不法行為に基づく損害賠償請求権」の存否を判断する過程において再び審理・判断の対象となる場合には既判力が作用する、と考えることになる。この点、判例によれば、確定判決後の損害賠償請求訴訟においては、後訴原告において、①当事者の目的意図の不当性(相手方の権利を害する意図)、②手続的な不当性(相手方の訴訟手続に対する関与を妨げ、あるいは虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔するなどの不正な行為)、③判決結果の不当性(本来あり得べからざる内容の確定判決)を主張・立証することが求められていると解されるところ¹⁵⁾、後訴原告において上記③を主張・立証することは、前訴判決が既判力をもって確定した「給付請求権」の存否を再び審理・判断の対象に据えることを意味する。したがって、本稿の立場からは、確定判決後の損害賠償請求訴訟もまた既判力が作用する一局面に位置づけられ、後訴は原則として既判力による規律を受けると解される。判例が、いわゆる特段の事情論を用いて例外的に後訴を許容する場合があるのも、このような本稿の理解と一致する。

④ その他

ここでは既判力が作用するか否かにつき疑義を生じる事案のすべてを取り上げて論じることではできないが、その他の例として、貸金返還請求訴訟において原告の請求を棄却する判決が確定した後、前诉被告が消費貸借契約の不成立を理由に既に支払済みの金銭の不当利得返還請求訴訟を提起する場合を挙げておく。⁽¹⁶⁾ 前訴と後訴は訴訟物レベルでは相互に両立しえず（前者は貸金債権の存在を前提とし、後者は貸金債権の不存在を前提とする）、したがって両者は矛盾関係にあるとも言いうる一方、前訴判決と後訴請求はいずれも前訴原告の貸金返還請求権の不存在をいうものであって、その意味で両者は矛盾関係にないとも言いうる事案である。

本稿の判断基準によれば、上記の場合も既判力が作用する事例に該当する。後訴の訴訟物である「不当利得返還請求権」の存否を判断する過程において、前訴判決において既判力を生じた「貸金返還請求権」の存否が訴訟物の前提問題として再び審理・判断の対象となるからである。ただし、ここで留意しなければならないのは、既判力が禁止するのは前訴判決の既判力ある判断と矛盾・抵触する主張であるから、後訴原告（前诉被告）が前訴基準時における貸金返還請求権の不存在を前提に不当利得返還請求の訴えを提起すること自体は、前訴判決の既判力ある判断と矛盾するものではなく、遮断されないということである。これに対して、後诉被告（前訴原告）が、後訴である不当利得返還の訴えに対して前訴基準時における貸金返還請求権の存在を主張して争う場合には、右主張が前訴判決の既判力の作用によって遮断される。⁽¹⁷⁾

3 補完・調整法理の必要性と許容限度

(1) 補完・調整法理の必要性

既判力の補完・調整法理（そ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もの）の必要性は、紛争の実質的な蒸し返しを禁止すべき要請によって基礎づけられる。そもそも、現行民事訴訟制度において、紛争の蒸し返しを禁止する役割を担っているのが既判力であることは言うまでもないが、既判力の客体的範囲¹⁸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）という既判力の原則論によっては紛争の蒸し返しを防ぐことが困難な場合が少なからず存在することは、前章において取り上げた諸事例からも明らかである。これらの事例において、既判力の限界を超えることを理由に、前訴判決の判断内容を再び争うことが無制約に許されるとすれば、前訴と実質的に同一の紛争が繰り返し返し審理・判断の対象となる事態を避けられない。

もともと、紛争の実質的な蒸し返しを禁止すべきとの規範的な要請に対して、既判力以外の補完・調整法理を持ち出すことに対しては、現行法が予定している既判力制度の基礎を掘り崩すおそれを生じうるとの批判が向けられる。¹⁸現行法上、既判力の客体的範囲が判決主文中の判断に限定されているのは、訴訟物の前提問題についての裁判所の判断を当該訴訟限りのものとする¹⁹ことで、あらゆる前提問題について慎重かつ徹底した攻撃防御を必要とせず（争点選択の自由）、結論を導くに必要な範囲で迅速かつ弾力的な裁判を可能とする（審理態様の自由）ことにあると解されるところ、¹⁹これらの前提問題の中にも既判力の原則的範囲を超えて不可争となる事項があるとすれば、当事者および裁判所はそのような拘束力ないし失権効の発生を念頭においた攻防と審理を尽くさざるを得ず、その結果として上記の争点選択の自由や審理態様の自由が失われる、と考えられるからである。あるいはまた、現行法が判決理由中の判断の拘束力を認めないのは、判決理由中の判断の誤りが当該訴訟を超えて永久化することによつ

て生じうる当事者の不利益を回避すべきとする政策的考慮にあるとされることにも鑑みれば、判決理由中の判断に何らかの拘束力ないし影響力を認める解釈論は、そのような政策的考慮と相容れない、とも考えられる。このような現行規定の趣旨ないし立法上の経緯を重視するならば、紛争の実質的な蒸し返し禁止の要請は、信義則その他の補完・調整法理によるよりもむしろ、既判力論ないしその基礎をなす訴訟物論自体を捉え直すことによって解決される⁽²⁾ことが望ましい、とも言えそうである。

しかしながら、紛争の蒸し返し事案に対する基本的なアプローチとしては、以下の理由から、個別事情を問わず作用する「定型的ルール」としての既判力と、その限界を補完・調整すべく、個別事情に応じて適用しうる「非定型的ルール」としての信義則を併用することが有効かつ適切であると考える。第一に、一口に紛争の蒸し返し事案と言っても、相応の費用や時間をかけて、敢えて再び訴えを提起する当事者の事情は様々（前訴当時の資力不足、前訴請求の緊急性、判決確定後の事情変更など）でありうるところ、そうした多種多様な背景事情を持つ訴えの中から審理・判断に値する訴えまでも排除しないためには、個別事情に応じた柔軟かつ弾力的な処理を可能とする「非定型的」な判断枠組みを備えておくことが必要であり、これらの事案のすべてを「定型的」な判断枠組みによる処理に委ねることは適当ではない。第二に、「非定型的」な判断枠組みの有用性が認められるとしても、再訴事案のすべてを「非定型的」な判断枠組みによるケース・バイ・ケースの判断に委ねることは、個別事情に基づく総合的判断を常に裁判所に強いることになり、審理の複雑化や長期化を招くおそれがある上、前訴判決によって確定された法律関係を絶えず不安定な状態に置くことになり妥当ではない。そのため、一定の領域においては、個別事情を問わず一律・画一的な処理を可能とする「定型的」な判断枠組みの存在もまた不可欠である。また、第三に、紛争の蒸し返し禁止ルールとして「定型的」な判断枠組みと「非定型的」な判断枠組みを併用するという二元的な

事案処理のスタンスは、イギリスやアメリカといったわが国以外の民事訴訟法理論の中にも見出すことができ、このような共通点は、法体系の違いを超えて、再訴事案に対する一元的な事案処理——「定型的ルール」のみによる事案処理または「非定型的ルール」のみによる事案処理——の限界と、二元的な事案処理——「定型的ルール」と「非定型的ルール」を組み合わせた事案処理——の有用性を示唆するものと言える。

（2） 補完・調整法理の許容限度

前章において取り上げた既判力の補完・調整法理は、いずれも後訴における当事者の請求または主張がその当否を問わず遮断される場合があることを認めるものであるが、このような帰結は、どのような根拠によって正当化することができるであろうか。一般に、既判力の正当化根拠は、訴訟手続に参加して争う機会を与えられていたという手続保障の充足に求められるところ、既判力の補完・調整法理の正当化根拠もまたこれと同じ点に求めるとすれば、前訴において現に提出したか、少なくとも提出する機会を与えられていたことが、後訴における請求ないし主張の遮断を基礎づける中核的要素となる、とも言えそうである。

この点、争点効説は、争点効の正当化根拠を「公平の理念（信義則）」に求めており、ここでいう「公平」とは、本来争わない自由のある前提問題でも、当事者が実際に争った以上その結果は甘受すべしという責任を内容とするものであるとする⁽²³⁾。また、信義則に基づく拘束力説は、拘束力の正当化根拠を文字どおり信義則に求めるものであるところ、信義則の内容については勝訴当事者に対する拘束力の根拠としての信義則と、敗訴当事者に対する拘束力の根拠としての信義則とで異なる（前者は矛盾挙動禁止の原則、後者は権利失効の法理によって基礎づけられる）ことは前章において見たとおりである。判例が採用する信義則による後訴遮断の法理もまた、その正当化根拠を信

義則に求めているが、判例に見られる信義則の内容としては、紛争決着に対する合理的期待の保護という相手方の信頼保護に加え、前訴と後訴の実質的同一性や前訴における提出可能性など、複数の要素が複合的に勘案されている点で特徴的である。

思うに、判決理由中の判断の拘束力を原則として否定する現行法の下では、原則として当事者に争点選択の自由（訴訟物の前提となっている様々な事実ないし法律関係のいずれを争うかは当事者の自由な選択に委ねられる）が与えられていると考えられるから、前訴において提出可能性があったとしてもこれを提出するか否かは本来自由であり、前訴における提出可能性があったとの一事をもって後訴における遮断を正当化することは、そのような自由を奪うものとして許されないはずである。にもかかわらず、後訴における遮断という不利益が正当化されるとすれば、①そのような不利益が自由な争点選択の結果として課される場合であるか、または、②争点選択の自由を上回るだけの利益が他に存在する場合、のいずれかでなければならぬであろう。その意味において、既判力の補完・調整法理には、既判力の正当化根拠以上の正当化根拠が求められる場合がありえよう。

上記の観点をもとに、各種の補完・調整法理の正当性を検討するに、まず、争点効説は、主要な争点として当事者が実際に争った結果として判決理由中の判断の拘束力を肯定するものであるから、上記①の観点からその拘束力を正当化することが可能である。次に、信義則に基づく拘束力説であるが、信義則を根拠とする拘束力のうち、権利失効の法理によって基礎づけられる拘束力（敗訴当事者に対する拘束力）は、争点効説と同様に、主要な争点として当事者が争ったことが要件とされ、自白した事実についての後訴での拘束力は否定されるから、争点選択の自由はなお当事者に留保されていると言える。他方、矛盾挙動禁止の原則によって基礎づけられる拘束力（勝訴当事者に対する拘束力）は、自白により争点化しなかった事実についても拘束力を肯定する点で、争点選択の自由を制

限する面があることは否定できないが、矛盾挙動禁止の原則が作用するのは、前訴における勝訴当事者が前訴判決によって得た利益を維持しながら、後訴においてこれと両立し得ない利益を得ようとし、または、前訴判決によって得た利益に伴う負担を免れようとする場合であって、そのような二重の利益獲得ないし負担回避を除去すべき要請は、争点選択の自由に優先すると考えることができる。このように見れば、権利失効の法理を根拠とする拘束力は上記①の観点から、また、矛盾挙動禁止の原則を根拠とする拘束力は上記②の観点から、それぞれ正当化することが可能であるように思われる。

これに対して、信義則による後訴遮断の法理は、前訴において直接的な審理・判断の対象となっていない請求や主張であっても後訴における提出が遮断される場合を肯定するものであるから、本稿で取り上げる各種の補完・調整法理の中でもとりわけ当事者の争点選択の自由、さらには訴訟物選択の自由を害するおそれが高いと言える。したがって、このような法理を正当化するためには、①前訴において不可避的に攻撃防御や審理判断の対象となった事項を再び争うものであって、これを遮断しても当事者の争点選択の自由や訴訟物選択の自由を奪うものではないと評価できる場合（前記①の観点から正当化できる場合）であるか、または、②当該請求や主張の提出を許容することが一方当事者の不当な利益獲得や負担回避に助力することになるなど、特に公平の観点から当該請求または主張を排除すべき要請が働く場合（前記②の観点から正当化できる場合）であることが求められる、と考えるべきであらう。

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

(1) 判断拘束力構成と行為評価構成

既判力の補完・調整法理（そ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もの）は、いずれも既判力の原則論によっては紛争の実質的な蒸し返しを禁止することができない場合に機能するものであるが、その法律構成は、大別して、判決理由中の判断の拘束力を観念した上で、後訴においてこれと抵触する行為が遮断されるとする構成（以下、「判断拘束力構成」という）と、そのような理由中の判断の拘束力を介在させず、後訴における当事者の行為の適否を直接的に評価する構成（以下、「行為評価構成」という）とに区別することができる。学説上主張される争点効説や信義則による拘束力説は、いずれも判決理由中に示された裁判所の判断に拘束力を観念する点で、上記にいう判断拘束力構成に分類される。いわゆる留保付判決の留保部分について判例がいう「既判力に準じる効力」もまた、判決主文において示された結果として生じる効力であると見れば、判断拘束力構成の一種として分類できよう。これに対して、判例が採用する信義則による後訴遮断の法理や、後訴における当事者の行為に対して信義則が直接的に適用される旨を説く学説は、ここでいう行為評価構成に分類される。

判断拘束力構成と行為評価構成とを比較すると、両者の特徴的な差異としては以下の点が挙げられる。第一に、判断拘束力構成の下では、後訴における当事者の請求や主張が遮断されるか否かは、前訴判決に示された判断（その中でも所論の要件を満たしたもの）に抵触するか否かによって決まるから、後訴当事者にとっても、また、後訴裁判所にとっても、その判断は比較的容易であり、予測可能性に優れるという面を持つ。これに対して、行為評価構成の下では、前訴判決に示されておらず、また、前訴判決の主文や理由中の判断と正面から抵触しない事項であっても前訴・後訴を通じた当事者の行為態様の如何によっては遮断される場合がある（昭和五一年判決参照）ことか

ら、前訴判決を見るだけでは後訴においてどのような行為が排斥されることになるかは必ずしも明確ではない。第二に、判断拘束力構成は、前訴の訴訟物の前提をなす様々な事項の中でも、当事者が現に自ら攻撃防御の対象として選択し、裁判所が審理判断をした事項について拘束力を観念するものであるから、このような事項につき拘束力を肯定しても、前述した当事者の争点選択の自由（訴訟物選択の自由を含む）や裁判所の審理態様の自由の特段の制約を課すものではない。これに対して、行為評価構成は、当事者が現に提出せず、裁判所も直接的に審理・判断の対象としていない事項であっても遮断される余地を認めるものであるから、そのような遮断リスクをあらかじめ回避しようとするれば、将来的に遮断される可能性のある請求や主張についても前訴において同時に争っておく必要を生じうる。第三に、判断拘束力構成では、昭和五十一年判決の事案等に見られるように、後訴における請求が、前訴判決の既判力に抵触せず、また、理由中の判断とも正面から抵触しない場合には、後訴が実質的に前訴の蒸し返しにすぎないと見られる事案でもこれを排除することが困難であると考えられるのに対して、行為評価構成では、そのような事案も射程に収めることができ、判断拘束力構成に比べてより広い範囲で実質的な紛争の蒸し返し事例に対処しうるという利点がある。

このように、判断拘束力構成と行為評価構成にはそれぞれに一長一短があるが、いわゆる紛争の蒸し返し事案は必ずしも前訴判決の判断内容と正面から抵触する請求や主張の形を取って現れるとは限らないことを考えると、判断拘束力構成の限界は否定できず、柔軟かつ弾力的な運用の余地のある行為評価構成を採用することが有用であると言える。また、行為評価構成を採用するとしても、その射程範囲は無制約ではありえず、現行民訴法の解釈論としては、前述の範囲（本章3(2)参照）——すなわち、①前訴において不可避的に攻撃防御や審理判断の対象となつた事項を再び争うものであって、これを遮断しても当事者の争点選択の自由や訴訟物選択の自由を奪うものではない

いと評価できる場合（以下、「①類型」という）であるか、または、②当該請求や主張の提出を許容することが一方当事者の不当な利益獲得や負担回避に助力することになるなど、特に公平の観点から当該請求または主張を排除すべき要請が働く場合（以下、「②類型」という）——でのみ正当化しうるとの理解を前提とする限り、行為評価構成を採用することが遮断的作用の過度の拡大を招くことにはならない。さらに、判決理由中の判断に拘束力が認められないことは判例によって繰り返し確認されており、判断拘束力構成を正面から採用することに事実上の困難があることも否定できない。以上の点に鑑みれば、既判力の補完・調整法理の法律構成としては行為評価構成を採用し、現行民訴訟法の下で許容されると解される限度において、その評価基準の明確化を可及的に図っていくことが、今日において実践的かつ建設的なアプローチであると思われる。

(2) 評価基準——英米法理論の応用可能性

ここまで検討してきたように、現行民訴訟法の下では①類型および②類型の限度で既判力の例外ルールを正当化することができ、かつ、そのような例外ルールの法律構成を行為評価構成として把握するとすれば、前記①類型においては、「前訴で既に審理・判断の対象となった争点について再び審理・判断を求めようとする行為」を評価するための評価規範が、また、前記②類型においては、「前訴では審理・判断を求めず、後訴に至って初めて審理・判断を求めようとする行為」を評価するための評価基準が問われることになる。

本稿でいう行為評価構成に分類される判例・学説は、その評価規範を信義則に求める点で共通するものであり、筆者もまた、これらの行為の評価規範を信義則に求める点で同様である。もともと、解釈上の根拠として信義則を用いることには、常に、基準としての曖昧さや予測可能性の困難さを伴うことから、信義則の適用に関する裁判所

ごとの判断の不統一を回避し、当事者の予測可能性を高めるためにも、信義則の発現領域とその判断枠組みの明確化を図ることは不可避である。

このうち、前者の、信義則の発現領域の明確化という点に関しては、本稿は既に次の二つの面で限界づけを行った。すなわち、既判力の補完・調整法理としての信義則が発現するのは、既判力の作用領域を超えた問題局面に限られ（本章2参照）、かつ、現行民訴法の下で既判力の例外ルールを許容しうるのは前記①類型と②タイプの限度にとどまる（本章3参照）、との理解である。

一方、後者の、信義則の適用に関する判断枠組みの明確化という点に関しては、①類型と②タイプのそれぞれについて、英米法上、これと類似した状況の下で機能する遮断理論の考え方が示唆に富む。

第一に、①類型においては、「前訴で既に審理・判断の対象となつた争点について再び審理・判断を求めようとする行為」が行為評価の対象となるところ、英米法上、これと同様の行為が問題となる場合に作用する遮断理論として、イギリスの争点禁反言（issue estoppel）やアメリカの争点排除効（issue preclusion）の判断枠組みが参考となる⁽²⁶⁾。すなわち、英米法の争点禁反言ないし争点排除効は、前訴において裁判所が実際に審理・判断をした争点であり、かつ、前訴の判断に不可欠の争点については原則として再審理を許さないとする一方で、そのような再審理の禁止を正当化することが困難な各種の事案において例外的に再審理の道を開く点に特徴を持つ。例えば、イギリスでは、判例法上、④前訴当時、合理的な注意を払っても獲得し得なかつた新たな証拠を獲得した場合で、当該証拠によれば前訴における判断が覆されることが明白である場合、⑤前訴において裁判所が前提とした法に重要な変更があつた場合で、当該法によれば前訴において争点禁反言を生じる争点についての判断が誤っていたことが明白である場合⁽²⁸⁾、には争点禁反言の例外が認められるとされるほか、「均衡性（proportionality）」を重視する一九九八

年民事訴訟規則の下では、③後訴における実質的な係争事項が前訴のそれに比べて著しく大きい場合において、争点禁反言の例外が認められるべきとする見解も見られる²⁹⁾。また、アメリカの判例準則を明文化した「判決第二リス・テイトメント」によれば、争点排除効が否定される例外的場合として、①前訴において上訴審の審理を受けることができなかった場合、②法律上の争点に関して判例その他の法状況に変更があった場合、③前訴裁判所の審理手続と後訴裁判所の審理手続との間に実質的な違い（証拠制限の有無等）がある場合、④前訴と後訴で当該争点に対する証明責任の分配や証明度に差異がある場合、⑤当該争点について新たな判断をすることについて明白かつ説得的な必要性が認められる場合、が挙げられる³¹⁾。

これらの争点禁反言ないし争点排除効の例外が認められる各種の事案は、「前訴で既に審理・判断の対象となつた争点について再び審理・判断を求めようとする行為」であるにもかかわらず、そのような行為が正当なものと評価される事案類型を示唆するものとして有益である。上記の英米法に見られる判断枠組みを、①類型における当事者行為の評価基準として応用するならば、「前訴で既に審理・判断の対象となつた争点について再び審理・判断を求めようとする行為」は、当該争点が前訴判決の判断に不可欠の前提問題として争われ（不可欠性要件）、かつ、前訴において裁判所が実際に審理・判断をした争点である限り（審理判断要件）、重ねてその再審理を許すことは当事者の公平の観点に照らして原則として信義則違反の評価を免れないが、再審理の禁止を正当化することが困難な「特別の事情」が認められる事案（そのような事案としては、上記の各事案類型が参考になりうる）においては例外的に信義則違反の評価を受けない、という行為評価の枠組みを提示することが考えられよう。このような判断枠組みは、当事者が現に自ら攻撃防御の対象として選択し、裁判所が審理判断をした事項を争う行為を遮断するものであるから、このような行為を否定しても、前訴における当事者の争点選択の自由（訴訟物選択の自由を含む）

や裁判所の審理態様の自由の特段の制約を課すものではないし、誤った理由中の判断に当事者が恒久的に拘束され続ける、という憂慮すべき事態も回避しうる。わが国ではこれまで、争点効理論をはじめとして、争点レベルの遮断ルールを採用することに対しては、裁判所の誤った判断に恒久的に拘束され続けることへの懸念から否定的な評価も少なくなかったと見られるところ、英米法型の争点遮断ルールにおいては、そうした誤った判断ないし正当性に疑いを生じるに至った判断が恒久化しない仕組みが備わっている、という点はここで改めて確認されてよいように思われる。

第二に、②類型においては、「前訴では審理・判断を求めず、後訴に至って初めて審理・判断を求めようとする行為」が行為評価の対象となるどころ、イギリスの判例法理として知られる Henderson ルール (the rule in Henderson) は、これと同種の行為を規律する規範として示唆的である。⁽³²⁾ この Henderson ルールは、前訴において審理・判断の対象となっていない事項について後訴で審理・判断を求めることが「手続の濫用 (abuse of process)」であると評価される場合に当該事項について争うことを遮断するものであり、後訴における当事者の行為が「手続の濫用」に当たるか否かという、一種の行為評価的な判断枠組みを採用する点に特徴がある。その具体的な評価基準については、かつての判例には、前訴における提出可能性 (前訴において争うことができたか否か) に重点を置くものも見られたが、⁽³³⁾ 今日では、このような提出可能性のみを基準とする考え方は「ドグマチックなアプローチ」として否定されており、前訴における提出可能性のみならず、請求相互の関連性 (前訴と後訴で主要な争点を異にし、別々に審理することが適切であったか否か) や、後訴を提起するに至った事情 (前訴で提出できなかった事情が相手方の行為によって生じたものであるか否か) といった、様々な事情を勘案した総合的判断の必要性が示唆される。⁽³⁴⁾ また、前訴において審理・判断を経ていない事項を遮断することは、裁判所へのアクセスに関する市民的権

利を否定するものであることにつき一応の推定を受けるとの指摘もあり、³⁵⁾ そのような指摘の背景には、判決効の原則ルールの作用しないところでは、裁判所の審理・判断を受ける機会が可及的に保障されなければならないという考慮がうかがえる。

このようなHendersonルールの判断枠組みを、**①**類型における当事者行為の評価基準として応用するならば、「前訴では審理・判断を求めず、後訴に至って初めて審理・判断を求めようとする行為」については、未だ裁判所の審理・判断を経っていない事項について審理・判断を求める行為であることから、裁判所における審理・判断の機会を保障すべき要請は**①**類型に比べてより強度であると考えられる。そのため、そのような行為が信義則違反であるとの評価を受けるためには、単に前訴において提出可能性があったというだけでは足りず、これを許容することが当該当事者に不当に有利な地位を与えることになるなど、特に公平を害する事情の存在を必要とすることが相当であるように思われる。信義則による後訴遮断のリーディング・ケースとして知られる最判昭和五一・九・三〇民集三〇巻八号七九九頁が、信義則違反を基礎づける事情として、前訴における提出可能性のほか、後訴を維持することが相手方およびその承継人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を考慮するものであることは、そのような「特に公平を害する事情」の一つとして位置づけることができる。他方、昭和五一年判決と同様の判断枠組みを前提としながらも、結論において信義則の適用を否定した最判昭和五九・一・一九判時一一〇五号四八頁は、後訴を提起するに至った事情が相手方の責めに帰すべき事由にあると見られる事案であり、³⁶⁾ 後訴を許容することが、後訴原告に不当に有利な地位を与えることになるとまでは言えない事案であったことからすれば、結論において後訴を許容した同判例は、上記の判断枠組みに照らしても相当なものであったと言えよう。

以上のように、本稿にいう行為評価構成を採用した場合の行為評価基準として、英米法上の遮断理論の判断枠組

みを参酌するとすれば、①類型に該当する行為は、前記の不可欠性要件と審理判断要件を満たす限りにおいて、原則として信義則違反の評価を受けると解される一方、再審理の禁止を正当化することが困難な「特別の事情」（これには、⑦当該事項について上級審の判断を受けることができなかった場合、⑧前訴の係争利益が後訴のそれに比べて著しく少額である場合、⑨前訴当時、合理的な注意を払っても獲得し得なかった新たな証拠を獲得した場合、その他、⑩前訴で当該請求ないし主張につき十分な審理・判断を受ける機会や動機に欠けていた場合などが考えられる）が認められる場合には再審理が許容される、という行為評価の判断枠組みを提示することが考えられる。他方、②類型に該当する行為は、原則として適法な行為として、当該請求ないし主張につき裁判所の審理・判断を受ける機会を保障すべきであるが、これを許容することにつき特に公平を害する事情が認められる場合には信義則違反の評価を受ける、という判断枠組みを提示することが考えられる。上記の判断枠組みの下では、①類型であれば、信義則の適用を求める側の当事者において、前述の不可欠性要件と審理判断要件を主張・立証すれば、相手方当事者において信義則違反の評価を妨げる「特別の事情」を主張・立証しない限り、信義則違反の評価を免れない。これとは逆に、②類型の行為であれば、信義則の適用を求める側の当事者において、当該行為を許容することにつき「特に公平を害する事情」を主張・立証することが求められる。

なお、以上のように、信義則違反が問題となりうる事案にも問題状況を異にする二つの事案類型があることを前提とすると、信義則による後訴遮断の法理に関するリーディング・ケースとして知られる前記昭和五一年判決は、本稿にいう②類型に関する先例であり、かつ、後訴を維持することが特に公平の観点から否定されるべき事実関係の下で信義則を適用した先例であることから、その射程範囲は限定的に捉えるのが相当であるように思われる。³⁷⁾

(3) 争点効理論の新たな可能性

右に挙げた判断枠組みのうち、①類型の判断枠組みは、英米法の争点禁反言ないし争点排除効の考え方を行為評価基準として参酌するものであるから、その判断枠組みは、英米法におけるコラテラル・エスツッペル（今日でいう争点排除効）から示唆を受けたとされる、わが国の争点効理論と近似する面がある。

もっとも、争点効理論は、本稿でいう判断拘束力構成を前提として、当時のコラテラル・エスツッペルの考え方を、判決理由中の判断に拘束力が認められるための積極・消極要件として応用するものであったと言えるのに対して、本稿が提示する解釈論は、行為評価構成を前提とした上で、今日における争点禁反言ないし争点排除効の考え方を、「前訴で既に審理・判断の対象となった争点について再び審理・判断を求めようとする行為」の評価枠組みとして参酌するものである点で異なる。英米法の争点禁反言ないし争点排除効は、いずれもわが国でいう既判力に相応する *res judicata* の一部を構成するものであり、判決と密接に結びついた効力である点を強調すれば、一種の「判断拘束力」ルールとして捉えることができるが、争点「禁反言」やコラテラル・「エスツッペル」という言葉に象徴されるように、これらの法概念はいずれも一種の行動準則といふべき「禁反言」に由来するものであることに鑑みれば、これを「行為評価」ルールとして捉えた上で、わが国における信義則違反の評価基準として応用することも許されよう。

また、争点効理論は、主要な争点について当事者が争い、裁判所が実質的な判断を下していることを基本的な要件としつつ、これらの要件を満たしてもなお争点効が否定される場合としては、⑦前訴の係争利益が後訴のそれに比べて著しく少額である場合、⑧上訴の利益を欠くために上級審の判断を受けることができなかつた場合等が想定されるにとどまるのに対して、本稿の立場は、前述のとおり、信義則違反の評価を妨げる「特別の事情」としては、

上記⑦⑧の各場合のほか、⑦前訴当時、合理的な注意を払っても獲得し得なかった新たな証拠を獲得した場合や、⑧前訴で当該請求ないし主張につき十分な審理・判断を受ける機会や動機に欠けていた場合なども含まれると解する点でも異なる。前述のように、英米法の争点禁反言ないし争点排除効の考え方は、再審理の禁止を正当化しえない種々の事案を想定する点で特徴的であり、かつ、そのような例外的事案の類型的把握が進んでいる点でも示唆的である。本稿に示した判断枠組みは、そのような英米法に見られる理論的な蓄積をわが国の解釈論の指針として反映しようとする試みでもある。

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（いわゆる「五一型遮断効」）³⁹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「五一型遮断効」の峻別とその併用を論じた。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く、前述のように、既判力の補完・調整法理の法律構成としては行為評価構成を採用し、その評価基準の明確化を可及的に図っていくことが今日において実践的かつ建設的なアプローチであるとの見地からは、従来型の争点効理論を今日においてそのままの形で維持するのではなく、争点効理論の利点を損なわない形で、これを行為評価構成の下で再構成することが生産的であるように思われる。本稿が採用する①類型の判断枠組みは、信義則違反を基礎づける一般的な要件（不可欠性要件および審理判断要件）を定立するとともに、例外的に信義則違反の評価を妨げる「特別の事情」が認められる場合を類型的に提示するものであるから、このような判断枠組みを採用することが争点効理論を採用する場合に比べて基準としての明確性や予測可能性において劣ることはないであろうし、争点効理論が目指した「信義則が発現する場合の類型化」は、上記の判断枠組みを通じて具現化することも可能である、と考えられる。

以上のように、①類型の判断枠組みは、争点効理論と近似する面を持ちながらも、これを今日の英米法および日本法の法状況に即して発展的に再構成したものと言うことができ、かつて筆者が論じた争点効理論と「五一型遮断効」の峻別と併用は、信義則違反の有無を判断する行為評価基準としての二つの判断枠組み——①類型の判断枠組み（争点効理論に代替する）と、②類型の判断枠組み（五一型遮断効に対応する）——の峻別と併用を説くものとして置き換えられる。争点効理論と五一型遮断効とが理論上並存し得るものであることは学説上もかねてから指摘されている点であり、本稿で示した二つの判断枠組みもまた、異なる二つの行為類型に応じて二つの評価枠組みを提示するものとして、両者はそれぞれに並存しうると考える。

5 各論に関する若干の考察

(1) 理由中の判断の拘束力

以上の考察より、既判力の作用領域は、前訴判決において既判力を生じた事項が後訴において再び審理・判断の対象となる場合であり、右の場合には、後訴裁判所は前訴判決が既判力をもって確定した事項に拘束され、後訴当事者もまた前訴判決が確定した事項に矛盾・抵触する攻撃防御方法を提出して争うことができないと解される（本章2参照）。また、右の場合を超えて既判力の例外ルールを許容しうるのは、現行民訴法の下では一定の事案類型（前記①類型および②類型）にとどまると解すべきであり（本章3参照）、当該事案類型における法的規律のあり方としては、これと類似の事案類型において作用する英米法の遮断理論の判断枠組みを参酌することが考えられる（本章4参照）。

以上の総論的な視点をもとに、以下では若干の具体例を素材として、個別問題における事案処理について検討し

たい。ここではまず、古い事例ではあるが、訴訟物の前提問題に関する判決理由中の判断の拘束力が問題となった、最判昭和三〇・一二・一民集九卷一三号一九〇三頁の事案をもとに考える。右の事案は、XのYに対する所有権に基づく抹消登記請求が認容された後、Xが再びYを相手取って提起した同一不動産の所有権に基づく明渡請求訴訟において、YがXに対して同一不動産の所有権確認の反訴を提起した事案である。本件最高裁は、「所有権に基づく物上請求権による訴において、原告がその基本たる所有権をも訴訟物たらしめんとする意思をその請求の趣旨で黙示的に表明し、裁判所も亦主文において黙示的にその存否について裁判をしている場合、その判決が当該所有権の存否につき既判力を有すべきことは勿論であるが、原判決が前説示の如く判示して前掲登記請求事件の確定判決に、請求の趣旨にも又主文にも何等表明されていない本件土地の所有権の存在についてまで既判力のあるものとしたことは失当であり破棄を免れない」と述べ、前訴訴訟物の前提問題たる所有権の存在について既判力は認められないとの立場を明らかにしている。

上記の事案について、まず、既判力の作用から考えると、後訴における本訴と反訴のいずれにおいても、前訴の訴訟物である所有権に基づく抹消登記請求権の存否が後訴において再び審理・判断の対象となることはないから、前訴判決の既判力は後訴には作用しないと解される。したがって、本件後訴においては既判力の積極的作用も消極的作用も生じることはなく、本件後訴においてYが前訴の前提問題たる所有権の存否を再び争うことは、既判力の作用によっては遮断されないと解される。この点、所有権に基づく登記手続請求訴訟においてはその基礎たる所有権の存否も不可分一体的に訴訟物を構成するとの理解に立てば、右所有権の存否について生じた既判力が後訴において作用すると解することができるが、このような理解は未だ多数の支持を集めるには至っていない。

次に、信義則の適用について見ると、本件後訴は、前訴において審理・判断の対象となったXの所有権の存否を

Yにおいて再び争うものであり、「前訴で既に審理・判断の対象となった争点について再び審理・判断を求めようとする行為」(①類型に該当する行為)にほかならない。そのため、①類型に係る行為評価枠組みとして、本件後訴においてYが同一不動産の所有権の存否を再び争うことは、「特別の事情」のない限り、信義則違反の評価を受けると解される⁽¹⁾。もちろん、前訴における所有権の存否の判断がいわゆる「誤判」である可能性は皆無ではないが、前訴裁判所の誤った判断ないし正当性に疑いを生じることに至った判断に当事者が拘束されるべきでないことは、英米法の争点禁反言や争点排除効の考え方が明らかにするところであり、これと同様の視点を「特別の事情」の解釈において参酌することは妨げられないと考える。

(2) 留保付判決の拘束力

給付訴訟の既判力は、既判力の客体的範囲⁽²⁾訴訟物たる権利関係の存否という図式を前提とする限り、訴訟物たる給付請求権の存否に限って生じ、責任財産の範囲についてはなんら拘束力を生じない、と考えられる。しかしながら、責任財産の範囲は、当事者にとっては当該訴訟を通じて獲得または喪失しうる利益の最大限を画するものであり、当事者の攻撃防御のあり方に重大な影響を及ぼす要素であるうえ、裁判所にとっても責任財産の範囲が限定される場合にはこれを判決主文において明示することが求められている⁽³⁾という点で、審判対象の一部を構成するものと言える。こうしたことから、責任財産の範囲は訴訟物たる権利義務そのものではないが、当事者の攻撃防御目標および裁判所の審判対象の重要な構成要素として、訴訟物と同様の扱い(これを訴訟物と呼ぶか、訴訟物に準じるものと呼ぶかは、言葉の問題に過ぎない)を認めることが適当であるように思われる。

このように、責任財産の範囲についても訴訟物と同様の扱いを認めるとすれば、責任財産の範囲に関する紛争の

蒸し返しは、次のような既判力の作用による規律を受けると解される。すなわち、相続財産の範囲で相続債権の支払いを命じる確定判決の既判力は、「判決基準時において訴訟物たる権利義務が存在し、かつ、その執行力は相続財産の範囲に限定されること」について生じ、この点が後訴において再び争われる場合には、裁判所は前訴判決を前提とした裁判をしなければならず、当事者は前訴判決と矛盾する主張をして争うことが許されない。既判力の作用は、原則として個別事情を問わず一律・画一的に生じるものであるから、前訴原告が前訴において限定承認と相容れない事実（例えば民法九二一条所定の法定単純承認の事実）を知っていたか否か、また、当該事実を主張しなかったことについて過失があるか否か、といった事情によって左右されない。

このような帰結に対しては、前訴判決の基準時までには法定単純承認事由を知り得ない場合に前訴原告にとって酷な結果を生じるようにも思われる。しかしながら、民法九三七条は、法定単純承認事由がある場合の相続債権者について、相続人の固有財産に対して権利を行使することができる旨を定めており、右の規定を根拠に相続人に対して訴えを提起することは認められてよい、と考える。なぜなら、同規定は、①法定単純承認事由の存在、および、②相続財産からの弁済による不足額の発生を要件として、相続人の固有財産に対する権利行使を許容する効果を定めており、右の法律効果の発生は前訴判決の基準時後に生じた新たな事由であると見ることができるからである。また、期待可能性による既判力の調整を認める近時の理解を前提とすれば、前訴において限定承認と相容れない事実を主張することが期待し得ないと認められる場合には、例外的に後訴において当該事実を主張して前訴判決の判断を争うことも許容される、と考えることができる。

ところで、責任財産の範囲を限定する判決の既判力によって確定されるのは、前訴の訴訟物たる権利義務の存在とその引き当てとなる責任財産の範囲であり、限定承認が有効であることについては既判力で確定されないから、

後訴において前訴と異なる権利義務が争われる場合には、限定承認の存否ないし効力をめぐって当事者間で再び争われる場合を生じうる。私見によれば、理由中の判断に拘束力は認められないから、ここでは、後訴において限定承認の存在ないし効力を争うことが信義則に反して許されない場合を観念できるか否かが問題となる。この点、上記のように、責任財産の範囲は訴訟物たる権利義務そのものではないが、当事者にとっては重要な攻撃防御目標となりうることに鑑みると、前訴において責任財産の範囲が審判対象の一部を構成し、裁判所の審理・判断が示された場合には、「前訴で既に審理・判断の対象となった争点について再び審理・判断を求めようとする行為」(①類型に該当する行為)として、原則として信義則違反の評価を受けると考える。前訴当事者は、他の様々な前提問題と同様に、限定承認の存否ないし効力についても当該訴訟との関係において争点化しない自由(いわゆる争点選択の自由)を有していると言えようが、前訴においてこの点を争点とした攻撃防御が展開された場合に信義則を適用する限りにおいては、上記の自由を制限することにはならない。

(3) 信義則による後訴遮断

信義則による後訴遮断の法理は、既判力の限界を補完・調整する判例法理として、昭和五一年判決をリーディング・ケースとして、今日に引き継がれている。右法理は、判決理由中の判断の拘束力を観念するものではなく、信義則を根拠として当事者の行為を直接的に排斥する点で、本稿でいう行為評価構成を採用するものであり、行為評価構成を採用することの利点については既に述べた(本章4参照)。

信義則は、個別事情に基づく総合的判断の下で適用される、いわば「融通無碍」な法規範であるから、信義則を根拠とした解釈論を採用する場合には、信義則の適用可能性についての当事者の予測可能性を高め、かつ、裁判所

の裁量的判断が働く余地を合理的に制限することが望ましい。この点、本稿では、既判力の補完・調整法理としての信義則が発現するのは、既判力の作用領域を超えた問題局面に限られ(本章2参照)、かつ、現行民訴法の下で既判力の例外ルールを許容しうるのは前記①類型と②タイプの限度にとどまる(本章3参照)との理解の下に、信義則の評価基準として、上記①類型と②タイプの二つの行為類型に応じた二つの行為評価枠組みを提示した(本章4参照)。

このような観点をもとに、信義則による後訴遮断を認めた昭和五一年判決を振り返ると、本件事案は、前訴において不動産の買戻契約の成立を理由とする所有権の移転登記請求権を訴訟物とする訴えが提起され、原告の請求を棄却する判決が確定した後、後訴において同一不動産の買戻処分が無効を理由とする所有権の移転登記請求権を訴訟物とする訴えが提起された事案であった。本件前訴と後訴の訴訟物は別個であると解され、また、係争不動産に関する買戻処分の有効・無効は前訴において直接的には審理・判断の対象となっていないことから、本件後訴の提起は「前訴では審理・判断を求めず、後訴に至って初めて審理・判断を求めようとする行為」として、②タイプの判断枠組みが適用される。したがって、本件後訴の提起は当然には信義則違反の評価を受けないが、後訴を許容することにつき特に公平を害する事情が認められる場合には、例外的に信義則による遮断を肯定しうる。この点、本件後訴の提起は、買戻処分を前提とした事実状態が長期間にわたって継続する中で、前訴において当該買戻処分の存在を前提とした訴えを提起したにもかかわらず、後訴に至ってそれが無効であることを主張して右の事実状態を覆そうとする行為であるから、そのような行為を許容することは、特に相手方との公平の観点に照らして許されない、と評価することが相当であるように思われる。昭和五一年判決が結論において信義則を根拠に後訴を遮断したことは、本稿の判断枠組みの下でも支持される。

なお、信義則による後訴遮断の法理に対しては、学説上は反対説も根強いが、右法理に向けられる批判に対しては、次のような反論が考えられる⁽⁴⁹⁾。第一に、信義則による後訴遮断の法理を採用することが、既判力論の存在意義を失わせることにつながるのと批判に対しては、既判力は個別事情の如何を問わず後訴における請求や主張を一律・画的に遮断する法概念として独自の存在意義を有しており、信義則による後訴遮断の法理を採用するとしても、これによって既判力概念が無用になるものではない。また、第二に、前诉被告は前訴において関連請求の不存在確認の反訴を提起することにより後訴のリスクをあらかじめ回避することが可能であり、このような手段を講じることのなかった場合には後訴の負担を甘受することになってもやむを得ないとの批判に対しては、前訴当時において後訴提起の可能性が確実である場合はともかく、後訴提起の見通しが必ずしも立たない段階で常に前诉被告に反訴の提起を強いることは、不要不急の審理負担を当事者および裁判所の双方に課すものであって相当ではない、と考えられる。

(4) 一部請求後の残部請求

最判平成一〇・六・一二民集五二卷四号一一四七頁は、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という事案類型について、当該事案の典型的特徴（数量的一部請求を全部または一部棄却する旨の判決は、債権の全部について行われた審理の結果としての判断であり、後に残部として請求しうる部分が存在しないと判断を示すものにはかならないこと）に照らして、残部請求の訴えは、特段の事情がない限り、信義則に反して許されないという解釈手法を採用したものであった。このような信義則の典型的適用アプローチの採用は、それまでの判例に見られた信義則の個別的適用アプローチとは異質なものであり、両者の差異は、信義則による後

訴遮断を求め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って現れることは前述した(本章1参照)。

一部請求後の残部請求の適否に関する問題を、本稿で示した判断枠組みの下で改めて整理すれば、以下のように説明される。まず、既判力の作用について見ると、いわゆる明示説の下では、明示のある一部請求訴訟の訴訟物は明示された一部に限定される一方、明示のない一部請求訴訟の訴訟物は債権の全体であると考えられることの帰結として、明示のある一部請求訴訟の既判力は残部請求の後訴に作用しないのに対して、明示のない一部請求訴訟の既判力は残部請求の後訴に作用すると解される(本章2(3)参照⁴⁴⁾)。

次に、既判力の作用しない領域における信義則の適用については、本稿において示した評価枠組みの下では、次のように解される。すなわち、金銭債権の数量的一部請求訴訟で全部または一部棄却判決を受けた原告が残部請求の訴えを提起することは、前訴判決が債権の全部について行われた審理の結果としての判断である限り、「前訴で既に審理・判断の対象となった争点について再び審理・判断を求めようとする行為」として、**①**類型の判断枠組みに従い、残部請求の訴えは原則として信義則違反の評価を受けると解される。金銭債権の数量的一部請求を棄却するにあたっては、通常は、その前提として債権全体について審理・判断を行うことが不可避的である(当事者・裁判所に選択の余地はない)から、これを再び争えないと解しても、当事者の争点選択の自由や裁判所の審理の柔軟性を奪うことにはならない。もともと、一部請求を棄却する判決後の残部請求の訴えであっても、再審理の禁止を正当化することが困難な「特別の事情」が認められる場合においては例外的に信義則違反の評価を受けないと解するのが相当であり、この点において上記平成一〇年判決が「特段の事情」による例外的余地を残していることは、本稿の判断枠組みとも共通する。そのような「特別の事情」ないし「特段の事情」としては、これまで論じられて

きたように、一部請求棄却判決後に前訴当時に予見し得なかつた後遺症の発生やその拡大を生じた場合や、一部請求の訴えに対する弁済や相殺の抗弁の処理に関していわゆる外側説以外の処理がなされた場合など、請求の全体について十分な審理がなされなかつたと評価し得る場合が考えられるほか、本稿で紹介した英米法の争点禁反言ないし争点排除効の考え方に示唆を得れば、上記「特別の事情」ないし「特段の事情」の解釈論において、請求債権の存否に関する誤った裁判所の判断に恒久的に拘束される事態を回避するための観点を反映させることも考えられてよいように思われる。⁽¹⁶⁾

これに対して、一部請求訴訟で全部認容判決を受けた原告が残部請求の訴えを提起することは、必ずしも前訴において債権全体が審理・判断の対象となっていないとは限らないことから、「前訴では審理・判断を求めず、後訴に至って初めて審理・判断を求めようとする行為」として、**②**類型の判断枠組みに従い、残部請求の訴えは当然には信義則違反の評価を受けないものの、後訴を維持することが特に当事者間の公平の観点から否定されるべき場合には、信義則による後訴遮断を肯定しうる。この点、原告において一部請求を選択することは、他方において相手方に対して複数回にわたる応訴の負担や前訴段階における債務不存在確認の訴え提起の負担を課す以上、一部請求を選択する原告においては一部請求を選択する利益を享受することに伴う一定の行為責任（その具体的な内容としては、学説上有力に主張される、一部明示責任、理由明示責任、請求拡張責任等の行為責任を観念しうる⁽¹⁷⁾）を負うと解するのが衡平に適う。前訴においてそのような行為責任を果たすことが容易に期待できたにもかかわらずこれをしなかつたことは、残部請求の訴えを信義則違反と評価する方向に傾くと言うべきであり、明示的一部請求で全部勝訴した原告であつてもなお残部請求の訴えが否定される場合を想定しうる。⁽¹⁸⁾

なお、平成一〇年判決のように、一部請求棄却判決後の残部請求の訴えを一般的・典型的に遮断する解釈論を採

用することに対しては、民事訴訟における武器対等の原則に反するとの批判がある¹⁰⁾。一部請求棄却後の残部請求が一般的・類型的に信義則に反して許されないと解すると、一部請求訴訟の原告は自身が敗訴した場合に債権全体の利益を失うリスクを負う一方、被告は自身が敗訴した場合でも請求部分の利益を失うにとどまり、請求されなかった残部部分についてはなお争う機会が残される、という不均衡を生じるからである。しかしながら、一部請求訴訟は、原告において提訴手数料の節約や損害の一部の早期回復、さらには共通争点（被告の過失等）の判断を通じて紛争全体の勝敗見通しの獲得といった様々な利益を享受することになる一方、被告において複次応訴の負担を強いられることになるという不均衡をもとより内包するものであるから、両当事者間の実質的な武器対等を実現するのであれば、むしろ一部請求の原告に相応の行為責任を課することが衡平に適う。上記のように、一部請求を選択した原告には、一部請求を進行するに際して各種の信義則上の行為責任を負うと解されるが、このような行為責任は、一部請求を選択した原告が、それによって享受する利益と同時に負担すべき責任として位置づけられるべきである。

(5) 口頭弁論終結後の承継人に対する拘束力

前章において紹介したように、近時では、事実審の口頭弁論終結後の承継人（以下、「承継人」と表記する）に對して、その中でも非訴訟物承継型の承継人（訴訟物の基礎となる権利義務または訴訟物から派生する法律関係の承継人）に對して既判力が拡張されることの意味をめぐって多くの議論がある。ここでは、比較的単純な設例として、【設例①】X・Y間における、Xの土地所有権に基づく土地明渡請求訴訟において自己の賃借権の抗弁が認められずに敗訴したYが、口頭弁論終結後に土地上の建物の占有をZに移転した場合、【設例②】X・Y間における、Xの土地所有権に基づく土地明渡請求訴訟においてYの賃借権の抗弁が認められて敗訴したXが、口頭弁論終結後

に土地所有権をZに移転した場合、を例に挙げて若干の考察を試みる。いずれの設例においても、Zは民法一五条一項三号所定の「承継人」に該当すると解するのが今日における学説の一般的な理解であると見られるが、ここで前訴判決の既判力が「承継人」に拡張されることの意味は必ずしも判然としない。

【設例①】では、前訴判決の既判力は、前訴の判決主文中の判断である「XのYに対する土地所有権に基づく明渡請求権の存在」についてのみ生じ、訴訟物の前提問題である「Xの甲土地に対する所有権の存否」の判断については生じない。このとき、X・Z間の後訴としては、⑦XのZに対する甲土地所有権に基づく明渡請求訴訟^①、⑧ZのXに対する（あるいはXのZに対する）甲土地の所有権確認訴訟などが考えられるところ、前者については、後訴の訴訟物たるX・Z間の明渡請求権は、Zの占有取得の事実によって、前訴の訴訟物たるX・Y間の明渡請求権とは別個独立に発生する権利であるから、Zが前訴の訴訟物たる権利関係の存否についての判断に拘束されるとしても、そのことは後訴の訴訟物の存否に直接的には影響を与えない、と考えられる。また、後者についても、前記のとおり（本章2(3)参照）、所有権に基づく物権的請求権を訴訟物とする訴訟の既判力は所有権確認訴訟の後訴において作用しないと解されるから、Zが前訴判決の既判力の拡張を受ける「承継人」に該当すると言っても、当該所有権確認訴訟との関係においては特段の意味を持たない、と考えられる。

【設例②】においても同様に、前訴判決の既判力は、前訴の判決主文中の判断である「XのYに対する土地所有権に基づく明渡請求権の不存在」についてのみ生じ、訴訟物の前提問題である「Xの甲土地に対する所有権の存否」の判断については生じない。このとき、Z・Y間の後訴としては、⑨ZのYに対する甲土地所有権に基づく明渡請求訴訟、⑩ZのYに対する甲土地の所有権確認訴訟などが考えられるところ、前者については、後訴の訴訟物たるZ・Y間の明渡請求権は、Zの所有権取得の事実によって、前訴の訴訟物たるX・Y間の明渡請求権とは別個独立

に発生する権利であると解する限り、Zが前訴の訴訟物たる権利関係の存否についての判断に拘束されるとしても、そのことは後訴の訴訟物の存否に直接的には影響を与えない、と考えられる。また、後者についても、所有権に基づく物権的請求権を訴訟物とする訴訟の既判力は所有権確認訴訟の後訴においては作用しないと解されるから、Zが前訴判決の既判力の拡張を受ける「承継人」に該当すると言っても、当該所有権確認訴訟との関係においては特段の意味を持たない、と考えられる。

この点、学説では、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を擬制することによって、前訴当事者間において遮断されることになる攻撃防御方法の提出が遮断されるとする解釈上の工夫が見られるところである（第二章5(2)参照）。もつとも、前訴と後訴の訴訟物は、上記⑦⑧のように、前訴と目的を同じくする同種の権利義務が訴訟物となる場合もあれば、上記④⑤のように、前訴と異なる態様の権利義務が訴訟物となる場合もあるところ、少なくとも後者について訴訟物たる権利関係の同一性を観念することは技巧的に過ぎるように思われる^⑨。また、上記⑦⑧についても、実体法上、前訴と後訴の訴訟物は別個の事実に基づいて発生する独立した権利義務であるとの理解を前提すると、これを同一視することを理論的に正当化することは必ずしも容易ではない。

思うに、非訴訟物承継型の「承継人」との後訴においても、前訴の実質的な蒸し返しを禁止する必要性があることは否定できない。前訴の訴訟物の基礎となる権利義務または訴訟物から派生する法律関係を譲り受けた者との間で前訴と実質的に同一の事項が再び争うことが許されるとするならば、前訴において敗訴した当事者は、前訴の訴訟物ないしこれに関連する権利関係を第三者に譲渡することによって、前訴において勝訴した当事者が得た既得的地位を容易に無にすることが可能となるからである。したがって、このような事態を回避するためには、なんらかの形で既判力の補完・調整を図る必要があるが、判決理由中の判断の既判力を否定する現行民訴法の下で、判決理

由中の判断に既判力類似の拘束力を認めることは困難であり、また、上記「訴訟物の同一性擬制」という補助概念の正当性ないし有用性にも疑問が残るとすれば、これらに代わる解釈論の可能性が検討されなければならない。

そもそも、「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は、つとに指摘されているように、前主である被承継人とまったく同一視されることを意味するものではなく、前訴判決が確定した前主たる被承継人の権利義務を再び争うことができないにとどまると解される⁽⁵⁵⁾。このことは、既判力の積極的作用ないし拘束力の面から言えば、後訴裁判所は、後訴の審理・判断に際して前訴の訴訟物たる権利義務の存在を前提とした判断をしなければならぬことを意味するものであるし、既判力の消極的作用ないし遮断効の面から言えば、後訴当事者は、前訴判決において既判力を生じた基準時における訴訟物たる権利関係に抵触する攻撃防御方法を提出することが許されないことを意味すると考えられる。その帰結として、「承継人」は、前訴判決の確定により、前主たる被承継人において提出することができなくなった攻撃防御方法を提出して前訴判決を再び争うことは許されなくなるが、「承継人」に固有の攻撃防御方法を提出して争うことは前訴判決の既判力に抵触しない、というのが今日における一般的な理解と言える。

だとすれば、「承継人」を当事者とする後訴において前訴判決の既判力が作用するか否かは、「当該攻撃防御方法が、前主たる被承継人において提出することができなくなったものであるか否か」によって判断される、と解するのが相当であるように思われる。もともと、既判力は後訴において作用する効力である以上、具体的な後訴の存在を抜きにして論じることはできないから、上記にいう「当該攻撃防御方法が、前主たる被承継人において提出することができなくなったものであるか否か」を判断するにあたっては、仮に前訴当事者間で同種の訴訟が提起された場合（以下、「仮定的な後訴」という）を観念せざるを得ない⁽⁵⁶⁾。この点、【設例①】の⑦のケースにおいて、承継

人Zが前訴基準時におけるXの所有権の不存在ないしYの賃借権の存在を主張することは、X・Y間の仮定的な後訴（所有権に基づく土地明渡請求訴訟）においてYが提出することのできない主張を再び提出するものであるから、これをZが後訴において主張することは既判力の作用により許されないと解される。他方、①のケースにおいて、承継人Zが前訴基準時におけるXの所有権の不存在ないしYの所有権の存在を主張することは、X・Y間の仮定的な後訴（所有権確認訴訟）においてYが提出することの妨げられない主張を提出するものと解されるから、これをZがXとの後訴において主張することも、既判力の作用によっては否定されないと考えられる。【設例②】も同様に、⑦のケースにおいて、後訴原告であるZが前訴基準時におけるYの賃借権の不存在を主張することは、X・Y間の仮定的な後訴（所有権に基づく土地明渡請求訴訟）においてXが提出することのできない主張を再び提出するものであるから、これをZが後訴において主張することは既判力の作用により許されないと解されるが、⑤のケースにおいて、Yが前訴基準時におけるXの所有権の不存在を主張することは、X・Y間の仮定的な後訴（所有権確認訴訟）においてYが提出することの妨げられない主張を提出するものと解されるから、これをYがZとの後訴において主張することも、既判力の作用によっては否定されないと考えられる。

以上のように、同一当事者間の後訴において既判力の作用しない攻撃防御方法を提出することは（上記の例では①および⑤のケース）、原則として既判力の作用によっては否定されない。しかしながら、そのような攻撃防御方法であっても、これを提出して争う行為が信義則に反して許されないと評価されるもの（本稿の立場によれば、前記①類型または②類型の行為評価枠組みの下で、信義則違反との行為評価を受けるもの）については、口頭弁論終結後の承継人においてもまたこれを提出して争うことが許されないと解する余地はありえよう。もちろん、信義則の適用の有無は当事者間の公平の観点から当事者ごとに個別的に検討されるべき問題であり、前訴当事者間にお

いて生じる信義則上の効果が当然に口頭弁論終結後の承継人に引き継がれると考えることはできない。しかしながら、一一五条一項三号の規定により既判力の拡張を受けるとされる承継人は、①被承継人の法律上の地位を包括的に承継した者（包括承継人）であるか、または、②被承継人の法律上の地位を甘受することを正当化しうる法律上の地位を被承継人から承継した者（前主と依存・従属関係にある特定承継人）のいずれかであると解されるから、同条項の「承継人」に該当する者については、前訴当事者である被承継人が負う信義則上の責任を被承継人に代わって、あるいは被承継人と並んで引き受けると解することも否定されないように思われる。⁶⁷⁾

四 おわりに

以上、本稿では、各種の既判力の補完・調整法理（そ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もの）に関する従来の判例・学説の議論状況を横断的に考察することを通じて、個別問題領域ごとの問題状況を整理・分析するとともに、これらの個別問題の全体を貫く共通の理論的基盤の解明と構築を試みた。本稿における考察の要点は以下のとおりである。

第一に、わが国の判例が採用する信義則による後訴遮断の法理は、その理論構造の違いから、昭和五一年型と平成一〇年型の二つに区別される。前者は、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るのに対して、後者は、特定の事案類型（金銭債権の数量的一部請求棄却判決後の残部請求）に限ってはあるが、当該事案の類型の特徴に鑑み、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る。平成一〇年判決の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前訴請求の当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・判断する必要があり、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、という判断枠組みが導出される。このような、信義則違反の類型化という法律構成それ自体は、信義則のケース・バイ・ケースの適用による判断の不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と考えられるし、これによって後訴請求について裁判所の審理・判断を受ける機会が一律・画一的に奪われることにはならない。

第二に、既判力の補完・調整法理を論じるにあたっては、それが既判力の限界を超えて作用するものであると考えられる以上、議論の前提として、既判力それ自体の作用領域が明らかとならなければならない。既判力の作用領域については、今日では一般に、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と説明されるが、このような理解はア・プリオリに存在するものではなく、あくまで既判力の客体的範囲が判決主文中の判断（＝訴訟物たる権利関係の存否についての判断）に限られることの帰結として導出されるものであり、後訴において既判力が作用するか否かにつき疑義を生じる事案においては「前訴判決において既判力を生じた事項が後訴において再び審理・判断の対象となるか」という既判力概念の基本に立ち返った検討が必要となる（同一関係、先決関係、矛盾関係という訴訟物相互の関係は既判力が作用するための要件ではなく、あくまで前訴判決において既判力を生じた事項が後訴において再び審理・判断の対象となる事案をカテゴリー化した結果に過ぎない）。近時の議論の中には、先決関係ないし矛盾関係の概念を拡大することによって既判力の作用を拡大する見解も見られるが、既判力は一般に判決内容の当否にかかわらず作用する強力な作用を持つものであるから、その限界は謙抑的かつ一定の明確

な判断基準によって画されることが望ましいと考える。

第三に、既判力の補完・調整法理を信義則その他の法規範に求めるとしても、そのような既判力の例外ルールは、あくまで現行民訴法の規定の趣旨に抵触しない範囲でのみ許容しうる。現行規定は、既判力の客体的範囲を原則として判決主文中の判断に限定する旨を定めることによって、訴訟の一回的解決の要請よりもむしろ、当事者の争点選択の自由や裁判所の審理の柔軟性をより優先する立場を採用していると見られるから、既判力の原則ルールに対する例外が許容されるのは、①そうした現行民訴法の規定の趣旨を損なわない場合か、または、②そのような民訴法の規定によって保護される利益を上回る利益が認められる場合に限られる。これを具体的に敷衍すれば、既判力の作用しない領域において、なお例外としての遮断的作用を肯定しうるのは、①前訴において不可避的に攻撃防御や審理判断の対象となった事項を再び争う場合（①類型）か、または、②前訴において攻撃防御や審理判断の対象となっていない事項であっても、当該請求や主張の提出を許容することが一方当事者の不当な利益獲得や負担回避に助力することになるなど、特に公平の観点から当該請求または主張を排除すべき要請が働く場合（②類型）に限られる。既判力の補完・調整法理をいかなる法規範に求めるにせよ、上記の範囲を超えて既判力の例外ルールを設定することは、現行民訴法の解釈の限界を超えるものとして許されない。

第四に、既判力の補完・調整法理の法律構成としては、大別して、判断拘束力構成と行為評価構成とが考えられるところ、判断拘束力構成の理論上ないし事実上の制約に鑑みれば、行為評価構成を採用した上で、その評価基準の明確化を図ることが、今日における実践的かつ建設的なアプローチであると考ええる。その評価基準としては、上記①類型および②類型と類似した状況の下で機能する英米法の遮断理論（前者については争点禁反言ないし争点排除効、後者についてはHendersonルール）が示唆的であり、これをわが国の解釈論に参酌するとすれば、①類型に

該当する行為については、原則として信義則違反の評価を受けると解される一方、再審理の禁止を正当化することが困難な「特別の事情」（これには、⑦当該事項について上級審の判断を受けることができなかった場合、⑧前訴の係争利益が後訴のそれに比べて著しく少額である場合、⑨前訴当時、合理的な注意を払っても獲得し得なかった新たな証拠を獲得した場合や、⑩前訴で当該請求ないし主張につき十分な審理・判断を受ける機会を欠いた場合などが考えられる）が認められる場合には再審理が許容される、という評価枠組みが考えられる。他方、②類型に該当する行為については、原則として適法な行為として、当該請求ないし主張につき裁判所の審理・判断を受ける機会を保障すべきであるが、これを許容することにつき特に公平を害する事情が認められる場合には信義則違反の評価を受ける、という判断枠組みが考えられる。

第五に、争点効理論によって提唱された、紛争の実質的な蒸し返し防止のための解釈論の重要性は、本稿で取上げた各種の個別問題領域の整理と分析によっても改めて浮き彫りとなったが、既判力の補完・調整法理の法律構成として判断拘束力構成から行為評価構成への転換を説く本稿の立場からは、従来型の争点効理論をそのままの形で維持することはできない。本稿が採用する①類型と②類型の二つの行為評価枠組みのうち、①類型の行為評価枠組みは、一定の要件・効果枠組みを持つ点において争点効理論と近似するものではあるが、争点効理論のルールと言ふべき英米法の争点禁反言ないし争点排除効の判断枠組みを、行為評価構成の下での行為評価基準として参酌するものであり、このことは、いわば行為評価構成を前提とした争点効理論の新たな発展可能性を提案するものである。他方、②類型の行為評価枠組みは、前訴において審理・判断の対象となっていない事項を後訴に至って初めて争う行為に関する判断枠組みであり、いわゆる「五一型遮断効」の判断枠組みと基本的に重なり合う。かくして、かつて筆者が論じた争点効理論と「五一型遮断効」の峻別と併用は、信義則違反の有無を判断する行為評価基準と

しての二つの判断枠組み——①類型の判断枠組み（争点効理論に代替する）と、②類型の判断枠組み（五一型遮断効に対応する）——の峻別と併用を説くものとして置き換えられる。

以上、本稿において述べたところは、既判力およびその補完・調整法理に関する理論的基礎の確立に向けた一つの試みとして、今日において複雑化の様相を呈する既判力の作用領域の明確化を図りつつ、既判力の作用領域を超えたところで発現する信義則理論を行為評価構成として再構成した上で、異なる二つの行為類型に応じた二つの行為評価枠組みを提示するものであった。このような判断枠組みの妥当性ないし有用性は、総論レベルにおいても各論レベルにおいてもなお多くの批判と検証に耐えなければならないが、わが国における信義則による後訴遮断法理のさらなる規範化に向けて、今後も引き続き検討を重ねたい。

註

- (1) 既判力の作用領域の曖昧さは、学説上もつとに指摘されていたところである。例えば、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）二〇八頁「初出・法学教室（第二期）四号（一九七四年）」は、争点効理論に対する考察の中で、「争点効理論じたいの難点というわけではないが、その適用につき最も気になるのは、既判力の遮断効に関する理論的な検討が十分でなく、『既判力』と『既判力にとって阻止しえない紛争の蒸し返しを禁じようとする争点効』との守備範囲の境界がはっきりしない点である」と指摘する。近時でも、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）三六一頁「初出・龍谷法学四四卷四号（二〇一二年）」は、「口頭弁論終結後の承継人に対する既判力の拡張を論じる前提として、「日本の学説においては、

いかなる場合に既判力が後訴に及ぶ先決関係が肯定され、既判力が及ぶ結果、後訴裁判所が既判力のある前訴裁判所の判断を自己の裁判の前提にしなければならないのかという問題についてさえ、一部の文献を除き、これまで、さほど関心が向けられず、十分な具体的検討がなされていないように思われる」と指摘する。

- (2) 例えば、新堂幸司『新民事訴訟法（第五版）』（弘文堂・二〇二一年）七〇八頁、伊藤眞『民事訴訟法（第五版）』（有斐閣・二〇一六年）五二六頁、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）五九五頁、松本博之⇨上野泰男『民事訴訟法（第八版）』（弘文堂・二〇一五年）〔667〕など参照。

- (3) 高橋・前掲注（2）五九五頁は、矛盾関係にあるとする。これに対して、勅使川原和彦『読解民事訴訟法』（有斐閣・二〇一五年）一六七頁は、同一関係、先決関係、矛盾関係のいずれにも該当しないとす。最判平成二二・四・一三裁時一五〇五号一二頁は、この種の損害賠償請求を「前訴判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する」（傍点筆者）と見ているが、そのことが形式的な意味で矛盾関係の不存在を言うものであるかは明らかではない。

- (4) 兼子一『新修民事訴訟法体系（増訂版）』（酒井書店・一九六五年）三四三頁は、一般論として、所有権に基づく返還請求や妨害排除請求においては、前提問題たる所有権について既判力を生じないと理解に立った上で、所有権に基づいて提起される不実登記の抹消登記請求訴訟においては、実体関係を登記に反映させるために提起される同訴訟の目的に鑑み、所有権それ自体が訴訟物となり、所有権の存否について既判力が生じる旨を説く。小室直人「訴訟上の請求」鈴木忠一⇨三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座1』（日本評論社・一九八一年）三五〇頁は、所有権に基づく返還請求訴訟の訴訟物は実質的には所有権であるとの理解に基づき、所有権の存否の判断について既判力が生じる場合を肯定する。また、松本⇨上野・前掲注（2）〔670〕参照。

- (5) 松本⇨上野・前掲注（2）〔679〕参照。このほか、矛盾関係の理解に関する近時の論稿として、堤龍弥「訴訟物と確定判

決の遮断効をめぐる一考察」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）三六九頁以下は、既判力の作用する矛盾関係の範囲について、売買等の双務契約に基づく給付と反対給付（一例として、売主の代金支払請求と買主の目的物引渡請求）のように、両請求が相互に牽連・依存関係にある場合を含むと解し、右の場合には訴訟物を基礎づける前訴判決理由中の判断（上記の例では、売買契約の成否・効力など）に既判力を認めるべき旨を説く。

(6) 高橋・前掲注(2)五九六頁注(15)も、「本来は、前訴の訴訟物（判決）に既判力が生じているから訴訟物同一、矛盾、先決の後訴に既判力が作用していくと理解すべき」であるとし、「前後の訴訟物が同一の場合等に既判力が働くという説明」は「本末を転倒していると言うべきであろう」と論じており、本文で述べた意味での論理的な先後関係の存在を指摘している。

(7) 高橋・前掲注(2)五九七頁注(15)は、「訴訟物の同一、矛盾、先決で考えるよりも、既判力論の基本に戻り、一度決められたことの蒸し返しは許されないという本来の形で考える方がよい」とする。一例として、一〇〇〇万円の給付訴訟を提起して請求棄却となったXが、前訴判決が請求棄却の理由とした弁済は実は無効であった（または別債権への弁済であった等々）と主張し、にもかかわらず前訴で自己の債権が請求棄却で失われたのであるから不当利得が生じているとして不当利得返還請求訴訟を提起した事例を挙げ、右事例については実質的な矛盾関係にあることを理由とする説明も可能であるとしつつ、矛盾関係という説明を経なくても、既判力には判決が間違っていたという主張を封じる効果があるから、前訴の弁済の認定が間違っていたというXの主張は封じられる、あるいは、後訴は前訴請求権の存在の主張を含んでいるところ、このような主張は前訴請求権の不存在を確定した既判力に抵触して許されない、といった説明も可能である旨を論じる。

- (8) いわゆるツォイナー理論（後訴裁判所が前訴裁判所の判断と矛盾する判断をすることで、前訴で判断された法律効果と後訴で主張される法律効果との間に存在する法的意味連関が切り裂かれてしまう場合に限り、前訴確定判決の判決理由中の判断が後訴に対して既判力効を及ぼすことを肯定する見解）の下では、本文のケースが既判力の作用場面の一つとして理解されることにつき、松本＝上野・前掲注（2）〔670〕参照。
- (9) このことは、前訴が所有権に基づく明渡請求訴訟である場合も同様であると考えられるし、前訴が所有権に基づく登記請求訴訟、後訴が所有権に基づく明渡請求訴訟である場合（およびその逆の場合）も同様であると解される。
- (10) なお、口頭弁論終結後の承継人（民訴一一五条一項三号）に対する既判力の作用をめぐる議論においては、同一当事者間における既判力の作用につき論者の中で共通理解が形成されていないことが、議論の複雑化を招いている要因の一つであるように思われる。
- (11) 松本＝上野・前掲注（2）〔679〕参照。
- (12) 三木浩一「一部請求論の展開」同『民事訴訟における手続運営の理論』（有斐閣・二〇一三年）二二六頁注（26）〔初出・慶應義塾大学法学部編『慶應の法律学（民事手続法）』（慶應義塾大学出版会・二〇〇八年）〕参照。
- (13) 勅使川原・前掲注（3）一四二頁は、矛盾関係を「実体法上論理的に正反対の関係に立っていると評価される場合」と定義した上で、①給付判決に対し当該給付を不当利得として不当利得返還請求を後訴する場合は、前訴と後訴で実体法上論理的に「正反対」の請求と見ることができるから、矛盾関係と見ることができる（ただし、先決関係とも評価しうるとする）。一方、②前訴の訴訟自体が判決の騙取として不法行為にあたる、として後訴で不法行為に基づく損害賠償を求める場合は、前訴と後訴の請求は実体法上論理的に「正反対」の関係には立たず、矛盾関係に含まれないとする。
- (14) リーディング・ケースとして、最判昭和四四・七・八民集二三卷八号一四〇七頁。最判平成一〇・九・一〇判時一六六一

号八一頁、最判平成二二・四・一三裁時一五〇五号一二頁も同旨。

(15) 前掲最判平成一〇・九・一〇判時一六六一号八一頁、最判平成二二・四・一三裁時一五〇五号一二頁参照。

(16) 高橋・前掲注(2)五九六頁注(15)では、「訴訟物矛盾で考えると却って混乱を招きかねない」例として挙げられる。

(17) このように、ある事例が既判力の作用する事例であるとされることは、当事者の攻撃防御方法の提出が当然に遮断されることを意味するものではない(遮断されるのは、前訴判決の既判力ある判断と矛盾・抵触する攻撃防御方法である)。このことは、本文の例に限らず、先決関係の典型的な事案(例えば、所有権確認訴訟で勝訴した原告が、所有権に基づく明渡請求訴訟を提起した場合など)においても同様である。

(18) 例えば、松本博之『既判力理論の再検討』(信山社・二〇〇六年)七頁は、「既判力理論は、基本として既判力が及ばない範囲では、後訴は前訴の確定判決によつては不適法ではないということ」を当然の前提とした法理ではなかったのか」と指摘し、「既判力規定は確定判決の後訴に対する効力の最小限を規定するものではなく、最大限を規定するものである」と説く。

(19) 新堂・前掲注(2)六九八頁、伊藤・前掲注(2)五三九頁、高橋・前掲注(2)六三〇頁など参照。

(20) 松本＝上野・前掲注(2)〔674〕参照。

(21) 松本＝上野・前掲注(2)〔686〕は、信義則による後訴遮断の法理を採用した昭和五一年判決を評して、「訴訟の蒸返しを排除できないから直ちに信義則に依拠するのではなく、旧実体法説による訴訟物の把握の再検討がまず必要であろう」とし、「さらに、信義則の適用が安易に流れるおそれがあり、それによって国民の裁判を受ける権利を侵害する危険がある」と論じる。

(22) 紛争の蒸返し禁止ルールの具体的な内容に関してはイギリスとアメリカとでそれぞれに独自の特徴が見られる一方、次

のような共通点を指摘することが可能である。すなわち、イギリスでは、原則として一般的・類型的に適用される *res judicata* による事案処理に加えて、個別事情を勘案して弾力的に適用することのできる *Henderson* ルールによる事案処理が採用されており、そこには定型的な判断枠組み（前者）と非定型的な判断枠組み（後者）の併用という、わが国にも見られる二元的な事案処理のあり方を見取ることができる。一方、アメリカでは、いわゆる *transaction test*（判決第二リステイトメント第二四条）の採用により、それ自体が弾力的な性質を有する *res judicata* による事案処理を原則としつつ、原則ルールが否定される場合を類型的に抽出した例外ルールの存在が事案の定型的処理を可能にしており、ここでもまた、定型的な判断枠組み（後者）と非定型的な判断枠組み（前者）の併用という二元的な事案処理のスタンスを見出すことができる。

(23) 新堂・前掲注(2) 七一四頁参照。なお、新堂説は、「既判力も争点効もその拘束力の正当化をとともに公平の理念（信義則）に求めている点では差異はない」とした上で、既判力の正当化根拠としての「公平」は、「争うことが平等に可能であるという地位ないし権能に由来する当事者間の責任」を内容とするのに対して、争点効の正当化根拠としての「公平」は、「そのような地位ないし権能を現実に行使してみずから判決の基礎を作ったことに基因する当事者間の責任」を内容とする点で差異があるとす。

(24) 例えば、伊藤・前掲注(2) 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」と説く。また、中野・前掲注(1) 二〇七頁参照。

(25) 争点効を否定した昭和四四年判決のほか、最判昭和四八・一〇・四判時七二四号三三頁、最判昭和四九・二・八金判四〇三号六頁、最判昭和五六・七・三判時一〇一四号六九頁など。

- (26) イギリスの争点禁反言の考え方につき、拙稿「イギリス民事訴訟における判決効理論の展開」中央学院大学法学論叢二四 卷一・二号(二〇一一年)一六一頁以下参照。また、アメリカの争点排除効の考え方につき、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)九七頁以下参照。
- (27) *Hunter v Chief Constable of West Midlands* [1982] AC 529 (HL).
- (28) *Arnold v National Westminster Bank Plc* [1991] 2 AC 93 (HL).
- (29) See *Adrian Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure* (3rd edn, Sweet & Maxwell 2003), at para 25.90.
- (30) これには、同一の争点の問題となることを前訴において十分に予見し得なかった場合、相手方その他の事情のために前訴において十分かつ公正な判断を得る機会または動機を欠いていた場合、前訴において当事者となっていない者にとって不利益な影響を生じる場合などとされる。
- (31) See *Restatement (Second) of Judgments* (1982) §28 (1)-(5).
- (32) イギリスの *Henderson* ルールの考え方につき、拙稿・前掲注(26)「イギリス民事訴訟における判決効理論の展開」一六三頁以下参照。
- (33) *Yat Tung Investment Co Ltd v Dao Heng Bank Ltd* [1975] AC 581 (PC).
- (34) *Johnson v Gore Wood & Co* [2002] 2 AC 1 (HL).
- (35) *ibid.* at 59, per Lord Millett.
- (36) 本件事案は、負担付贈与契約の不成立を理由とする目的物の返還請求訴訟において契約締結の事実が認められて原告の請求を棄却する判決が確定したのち、敗訴原告が、前訴判決中でのその存在が認定された生活費支給義務が履行されなかったことを理由として、上記負担付贈与契約を解除して目的物の返還を求める訴えを提起した事案であった。

- (37) 昭和五一年判決に対する当初の評価は、一種の「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ことにつき、第二章3(1)参照。
- (38) 新堂幸司「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)一九〇頁「初出・民訴一〇号(一九六三年)」参照。
- (39) 拙稿「再訴事案の法的規律」法学研究八六卷二一号(二〇一三年)六三頁以下参照。
- (40) 例えば、富樫貞夫「民事訴訟における『むし返し』の禁止の効力」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)三〇三頁参照。また、山本和彦「法律問題指摘義務違反による既判力の縮小」判タ九六八号(一九九八年)八八頁以下は、争点効理論と五一型遮断効とでは、前訴での争点提出の有無という点において決定的な相違があり、その要件も当然に異なってくる旨を指摘する。
- (41) 一方、仮に前訴においてXの所有権の存否について当事者間に争いがなく、裁判所の実質的な判断がなされていない場合には、「前訴で既に審理・判断の対象となった争点について再び審理・判断を求めようとする行為」とは言えないから、**①** 類型の評価枠組みの適用はないと解すべきである。
- (42) 限定承認が認められる場合につき、大判昭和七・六・二民集一一卷一〇九九頁参照。また、不執行の合意が認められる場合につき、最判平成五・一一・一一民集四七卷九号五二五五頁参照。
- (43) この点につき、拙稿・前掲注(39)六五頁参照。
- (44) 筆者は、一部請求訴訟の訴訟物は明示の有無にかかわらず訴求された一部に限定されると解するのが相当であると考えるが(この点につき、拙稿・前掲注(39)八三頁参照)、ここでは通説的見解である明示説の見解を採用した。筆者の立場を前提とすれば、一部請求訴訟の既判力は、明示の有無にかかわらず残部請求訴訟において作用せず、残部請求の規律はもつ

ばら信義則に委ねられることになる。

(45) この点につき、前号注(81) 参照。

(46) 具体的には、前訴当時、合理的な注意を払っても獲得しなかった新たな証拠を得た場合で、かつ、当該証拠によれば前訴における判断が覆されることが明白である場合には、信義則による後訴遮断を否定することが考えられるであろう。もちろん、前訴判決によって既判力を生じる一部請求部分については、再審事由が認められる場合を除き、その内容の当否を問わずこれを再び争うことは許されないが、既判力を生じない残額請求部分についてまで一部請求部分と同等の強力な遮断効を認めることは相当ではなく、上記の限定的な要件の下でなお再審理の余地を残しておくことが望ましいように思われる。

(47) 三木・前掲注(12) 一二五頁は、一部請求訴訟の原告に課せられる信義則上の行為責任として、①一部明示責任(一部請求であることを明示すべき行為責任)、②理由明示責任(一部請求の訴えを提起した理由を明らかにすべき行為責任)、③請求拡張責任(一定の場合において残部請求の部分にまで請求を拡張すべき行為責任)を観念した上で、これらの行為責任を果たさない場合には、残部請求の訴えの遮断や請求拡張のための控訴の利益の否定といった、一定の不利な扱いを受ける旨を説く。

(48) 例えば、東京高判平成二二・七・二六判タ一〇五九号二三九頁は、「前訴の訴状においては損害額の全額の請求をしていることが明らかであり、後、二度にわたり損害額について主張を変更(増額)したものの、請求の拡張をしない旨表明したのにとどまり、前訴の第一審係属中のいずれの段階においても、その主張する損害額を請求額との差額を後訴に留保する意向を明らかにするなど、前訴における請求が損害の一部を請求する趣旨であることを明示していたと認めるに足りる行動を採ったものとは認めることができないというほかない」として、「明示」の欠如を理由に前訴において全部認容判決を

得た原告の残部請求を否定している。本稿で言及する行為責任の観点から見れば、前訴において請求額を上回る損害額を主張しながら残部請求の可能性についてはなんらの合理的な理由なくこれを表明しないという原告の態度について、一部明示責任および理由明示責任との抵触が認められる事案であったと言える。

(49) 松本博之「二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)二三二頁
 「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・二〇〇一年)」、岡庭幹司「明示的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)一一八頁など参照。

(50) 学説上、民法一五五一条一項三号所定の「承継人」の判断基準については、①当事者適格(訴訟追行権)を承継した者、②紛争主体たる地位を承継した者、③訴訟物に関連する実体法上の地位を承継した者、④実体適格(実体法上の権利義務の主体性)を承継した者、など様々な見解が主張されているが、いずれの見解によるかは結論に大きな影響を与えないと見られる。筆者は、判断基準としての具体性ないし明確性の点で、原告または被告となることを基礎づける実体法上の地位(すなわち実体法上の権利義務ないし法的利益の帰属主体性)を承継した者をいうと解するのが相当であると考えている(③ないし④の見解に与する)が、ここでは詳細には立ち入らない。

(51) この場合の訴えの利益をめぐる議論状況については、前号注(99)参照。

(52) 物権的請求権を訴訟物とする判決の既判力に関する本稿の理解は、従来の伝統的な理解を改めて確認したに過ぎない。このような理解に対しては、前訴の判決主文中の判断(＝基準時における訴訟物たる権利関係の存否についての判断)と矛盾・抵触する攻撃防御方法は前訴判決の既判力によって遮断されるべきところ、所有権の存否に関する請求や主張もまた、基準時における物権的請求権の存否と矛盾・抵触する以上は遮断されると解される、との考え方もありえよう。しかし、そもそも既判力が作用しない局面においてはその作用の一つ(消極的作用)である遮断効も観念できないのであって、事

案の如何を問わず、前訴判決に矛盾・抵触するあらゆる攻撃防御方法が遮断されると解することは（いわゆる意味連関理論を採用するのであればともかく）適切ではないように思われる。

- (53) 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）七〇二頁注（21）は、前訴が甲の乙に対する真正な登記名義の回復を原因とする甲宛ての移転登記手続請求、後訴が丙に対する甲の所有権確認請求の場合のように、前訴訴訟物が後訴訴訟物と、同一関係、先決関係、矛盾関係のいずれにも立たない場合に「請求権の同一性」ないし「訴訟物の同一性」を擬制することについて、「あり体にいえば、前訴は本件土地についての甲の所有権確認請求だったことにしておもうということである」、「前訴当事者である甲乙間ですら認められないはずの判決理由中の判断の既判力を甲丙間においては認めるといふ、制定法の規律とは相容れない帰結を覆い隠すための『擬制』という性格が顕著である」と批判する。

- (54) 上野泰男「既判力の主観的範囲に関する一考察」関西大学法学論叢四一卷三号（一九九一年）九一〇頁以下は、旧民訴法二〇一条（現一一五条）の既判力拡張規定のうち、請求の目的物の所持者や訴訟担当の場合の利益帰属主体への既判力の拡張は、当事者以外の者が当事者とまったく同一の立場で既判力を受けるといふ拡張のされ方であるのに対して、口頭弁論終結後の承継人への既判力の拡張は、前訴当事者間の権利関係が確定したことを争えないにとどまるといふ拡張のされ方であることを明らかにし、前者を「当事者型」既判力の拡張、後者を「承継人型」既判力の拡張と呼んで区別する。

- (55) 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）八三二頁、八四五頁は、「前訴の訴訟物が、仮に前訴口頭弁論終結後に承継の事実がなかったならば、前主との関係で提起されるはずであった後訴の訴訟物と、同一であるか、矛盾または先決関係にある場合には、前訴確定判決の既判力が現実の後訴に作用する」として、口頭弁論終結後の承継人に既判力が拡張される場合の既判力の作用の仕方は、同一当事者間における場合と変わらない旨

を説く。所論は、矛盾関係の範囲を従来の範囲よりもやや広く捉えていると思われる点で私見とは前提を異にする部分もある(例えば、同八四三頁は、X・Y間の所有権に基づく返還請求訴訟の訴訟物と、その後のY・X間の同一物の所有権に基づく返還請求訴訟の訴訟物は矛盾関係にあると解した上で後訴における既判力の作用を肯定するが、私見によれば、上記後訴の訴訟物を審理するに際して前訴の訴訟物たる物権的返還請求権の存在ないし不存在が再び判断対象となることはないから、前訴判決の既判力は後訴において作用しないと解する)が、同一当事者間において提出することが許されない攻撃防御方法を提出することが遮断されると解する点では軌を一にする。

(56) 最判昭和三〇・一二・一民集九卷一三号一九〇三頁参照(同判例の概要と考察については、本章5(1)参照)。

(57) このような理解は、訴訟係属中の訴訟承継による承継人について觀念される「訴訟状態承認義務」に類するものであるとも言える。訴訟承継の制度と口頭弁論終結後の承継人に関する既判力拡張の制度は、いずれも紛争主体の変動にもかかわらず訴訟による紛争解決の実効性を可及的に確保しようとするものであるから、通説的見解によれば、訴訟承継による承継人には原則として「訴訟状態承認義務」が生じると解されるのと同様に、口頭弁論終結後の承継人についてもこれと同様の義務(前訴当事者間において訴訟を進行した結果、前訴当事者間において争うことが許されなくなった状態を承認すべき義務)が生じる、と解する余地もありえよう。