

Title	〔下級審民事事例研究九〕 土地所有権に基づき所有権移転登記の抹消登記に代わる所有権移転登記請求をし敗訴した者が再度右抹消登記と土地の所有権確認を求める訴訟を提起した場合につき既判力及び信義則を理由に前訴と異なる主張をすることが許されないとされた事例 (東京地裁昭和六三年一月二〇日判決)
Sub Title	
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1990
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.63, No.8 (1990. 8) ,p.102- 123
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19900828-0102">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19900828-0102</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔下級審民訴事例研究九〕

9

土地所有権に基づき所有権移転登記の抹消登記に代わる所有権移転登記請求をし敗訴した者が再度右抹消登記と土地の所有権確認を求める訴訟を提起した場合につき既判力及び信義則を理由に前訴と異なる主張をすることが許されないとされた事例

東京地裁昭和六三年一月二〇日判決(昭六二(ワ)第一〇五九八号)、土地所有権移転登記抹消登記手続請求事件、金融・商事判例八二四号二八頁||判例時報一三二四号七五頁

〔事実〕

X(原告)は $Y_1, Y_2, Y_3$ (被告)に対して本件土地についてそれぞれの所有権移転登記の抹消請求と、 $Y_2, Y_3$ に対して当該土地の所有権の確認の訴えを提起した。本件土地は昭和五六年一月二日にXから $Y_1$ に、昭和五七年五月一日に $Y_1$ から $Y_2$ に、昭和五七年六月七日に $Y_2$ から $Y_3$ に移転の登記がなされている。ところで本件訴訟に先立ってXは $Y_3$ に対して本件土地につき真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記請求の訴えを提起したが、訴訟はXの敗訴に終わり判決は確定している(以下ではこの訴訟を前訴と表記する)。なお $Y_2$ はこの訴訟において $Y_3$ に補助参加している。さて本件でのXの主張は次のようなものであ

る。「Xは昭和五七年四月三〇日に $Y_2$ から二億四百万円を借り、その担保として本件土地とその地上建物五棟の所有権登記名義を $Y_1$ からXに移し、さらにそれを $Y_2$ に移転するという内容の譲渡担保契約を締結した。そしてその契約に基づき $Y_1$ から $Y_2$ への所有権移転登記がなされた。現在この土地の価格は一〇億円以上であり、 $Y_2$ は譲渡担保契約に基づく清算手続をしていないのであるから、Xは前記債務を支払い本件土地を受け戻す用意がある。 $Y_2$ は $Y_2$ と共謀しているから $Y_2$ と同一の立場であり、それ故に受け戻しによってXへ所有権が復帰すれば登記無くして對抗できる」。なおこのような主張を根拠にXは $Y_1, Y_2, Y_3$ に対して一〇億円からXの債務を引いた残額の約七億九千二百万円の支払

いを予備的に請求している。

これに対して $Y_1$ 、 $Y_2$ 、 $Y_3$ は、「Xの本件登記抹消請求は前訴の既判力に触れるし、所有権確認請求は前訴で決着した問題である。すなわち、前訴の争点はX主張の二億四百万円は同日行われたXと $Y_2$ との本件土地売買の代金であるのか、それとも売買は錯誤により無効かということであった。前訴で裁判所はXの売買契約は錯誤との主張を排斥したのであるから、Xがここで本件土地の所有権を主張することは信義則に反し許されない」と反論した。

裁判所は $Y_1$ 、 $Y_2$ の主張を認め、Xの全ての請求を棄却した。本判例研究ではXの $Y_3$ に対する裁判所の判断を取り上げるので、この部分の裁判所の見解を次に挙げる。なお本事件の詳細はXの $Y_2$ に対する請求についての裁判所の判断の中で示されている。また予備的請求について裁判所は、「主位的請求に関して」既に認定、判断したところから理由のないことが明らかである」と一蹴している。

〔判旨〕

「第一 主位的請求について

.....

(被告 $Y_3$ に対する請求)

1. 抹消登記手続請求について

原告の右請求が前訴の既判力に抵触するとの被告 $Y_3$ の主張について判断する。

.....そこで検討するに、抹消登記に代えて真正な登記名義の

回復を求める登記請求権は所有権に基づく物権的請求権としての性質をもつと解されるから、前訴の訴訟物は本件土地所有権に基づく物権的請求権としての真正な登記名義の回復を原因とする移転登記請求権であるといえることができる。そして、本訴の請求原因1によれば本訴請求のうち被告 $Y_3$ に対して本件土地所有権に基づく所有権移転登記の抹消登記手続を求める部分の訴訟物も、本件土地所有権に基づく物権的請求権としての抹消登記請求権である。すると、前訴と本訴のうちの右部分とは登記の種類を異にするとはいえず、その訴訟物は同一であると解することができる。したがって、原告が被告 $Y_3$ に対して本件土地所有権に基づく物権的請求権としての登記請求権を有しないとの前訴確定判決の判断には既判力が生じており、原告は、本訴においてこれに反する主張をして争うことは許されず、当裁判所もこれと矛盾抵触する判断をすることは許されないものといわざるを得ない。してみれば、本訴における原告の被告 $Y_3$ に対する本件土地所有権に基づく抹消登記手続請求については、かかる登記請求権が存在しないという右の既判力ある判断を前提として審判すべきこととなるから、原告主張の請求原因事実の存否にかかわらず、原告の請求は理由がないものと判断すべきことになる。

なお付言するに、物権変動の過程を如実に公示しないような物権的請求権としての登記請求権は本来是認し得ないという立

場から、抹消登記請求と真正な登記名義の回復を原因とする移転登記請求とは訴訟物が異なるという見解も十分あり得るところ、右見解に従っても、本件では前訴と本訴はいずれも本件土地につき原告の登記を回復することを目的とするものであって、原告はそのための方法として、前訴では、原告から被告Y<sub>1</sub>に至るまでの所有権移転登記をすべて抹消するという本来の方法に代えて、被告Y<sub>1</sub>に対し直接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たのであるから、原告が本訴において被告Y<sub>1</sub>に対し前訴と全く同じ請求原因事実を主張して抹消登記手続を求めることは信義則に反し到底許されないものといふべきである。したがって、請求原因事実の存否にかかわらず、その請求には理由がないものと判断すべきものと解されるのであって、前記登記請求権の性質についての理解の相違は本件の結論に影響を及ぼすものではない。

2. 所有権確認請求について

原告の右請求が訴訟上の信義則に違反するとの被告Y<sub>1</sub>の主張について判断する。

(一) 前記認定の前訴の経過についての事実によれば、前訴においては、本件売買契約が有効に成立したことによって原告が本件土地の所有権を喪失したか否かが専ら争点となつて、当事者間においてその点につき攻防が尽くされ、その結果、本件売買契約が有効に成立し、原告は本件土地の所有権を喪失したと認定されたものと認められる。

(二) 原告が本件土地につき所有権を有しないという右の点についての前訴判決の理由中の判断内容には既判力が生じているわけではないが、以上のような前訴の経過にかんがみると、本訴において原告が本件土地につき所有権を有すると主張し、本件売買契約の成否を争うことは、実質的に前訴の蒸し返しとなることが明らかといふべきである。また、原告は、前訴において真正な登記名義の回復を原因とする移転登記手続請求のほかに所有権の確認をも併せて請求することが可能ではあったが、その必要性を感じなかつたため格別その請求をしなかつたものと推測されるところ、本訴において所有権確認請求をも併せて提起したのは前訴判決の既判力に抵触することを免れようとしたものと明らかに窺われる。しかし、このような原告の行為は、訴訟上の信義則に照らし到底許されないものと解するのが相当であり、してみれば、原告が被告Y<sub>1</sub>に対し本件土地の所有権を主張することが許されない結果として、原告の被告Y<sub>1</sub>に対する本件土地の所有権確認請求については、その請求原因事実の存否を問うまでもなく、その請求は理由がないものと判断すべきである。」

〔評 釈〕

抹消登記手続請求の訴訟物に関する見解（判旨の1の前半の部分）については賛成。ただしそれに関して付言した部分（判旨の1の後半の部分）には疑問がある。所有権確認請求の問題で信義則で処理すること（判旨の2の部分）には反対。

## 一 抹消登記手続請求訴訟の訴訟物

先ず最初に本判決の抹消登記手続請求の訴訟物に関する見解（判旨の1の前半の部分）について考えてみる。本判決は本件の移転登記抹消登記手続請求と前訴の真正な登記名義回復を原因とする所有権移転登記手続を求める訴訟とは訴訟物が同じであり、それ故に前訴の確定判決の既判力によって本件の移転登記抹消登記手続請求訴訟は理由がないと判断し、その根拠としてそれぞれの登記請求権は所有権としての物権的請求権の性質を有するものであることを挙げ、その点をみれば前後同一の訴訟物であるという説明をしている。訴訟物の重複異同の基準は実体法上の権利の重複異同に依存するとするいわゆる旧訴訟物理論の立場からすると、請求権はその発生原因によって区別することになるから、登記請求権について本判決のような理解に立てばその帰結は是認できる。そうなると本判決の登記請求権の性質についての理解が妥当であるか否かが問題になるが、民法学における登記請求権に関する議論をみると簡単に解答を得ることは難しいように思われる。<sup>(2)</sup>しかし、民法の従前の議論はともかく、登記制度の目的は現在の物権の所有者を明らかにすることであり登記請求権はそのための権利であると理解するならば、登記請求権の訴訟物はその発生原因として背後に存在する物権（本件では所有権）に着目して考えるべきであろう。<sup>(3)</sup>また登記実務において便法として真正な登記名義回復を原因とする所有権（移転登記が認められていることを考えると、登記の方法が異なる

り、したがって請求の趣旨の文言が異なったとしても、それは訴訟物を決める要素ではないといふべきであろう。<sup>(4)</sup>このような理由から本判決に賛成するが、このことはいわゆる新訴訟物理論の排斥を意味するものではない。すなわち、登記訴訟の訴訟物について訴訟によって得ようとしている究極の目的（法的効果）が同じであれば訴訟物は同じであると考えることは可能であり、そのような立場からも本判決の結論は認められると思うからである。その意味で登記請求権の訴訟物の問題は新旧の訴訟物論争の対立の場面ではないといえる。<sup>(5)</sup>

問題は新説か旧説ではなくて、本判決のように移転登記抹消登記手続請求と真正な登記名義回復を原因とする所有権移転登記手続を求める訴訟とは訴訟物が同じであると理解することは、登記が権利変動を正確に反映しないことになるがそれでよいのかということである。<sup>(6)</sup>本判決が訴訟物が異なるとする見解は否定できないとし、その場合は信義則論で考えるというのも、このような問題を考慮したからであり、登記請求権について学説・判例における議論の錯綜を考えるならば、判例が別の訴訟物論の可能性について付言したことは十分に理解できる。しかし、その内容は問題である。後訴と前訴とが訴訟物を異にするならば、後訴は前訴の既判力は受けず後訴の提起は適法であるにもかかわらず、本判決は前訴と後訴とは原告の登記を回復することを目的とするから、「後訴は」信義則に反し到底許されないものといふべきである」と説くのである。これは判示事項二の

議論をそのままでも利用したからであると思うが、その姿勢は一貫していると評することはできても、いささか信義則を安易に無原則的に利用しているように思う。信義則の内容は漠然としているのは当然としても、それを根拠にして当事者の主張を排斥するのであるから、少なくとも何が信義に反したかということは明らかにする必要があるように思う。詳しくは次の判示事項二に関する研究で述べるので、重複を避ける意味でここでは結論だけを述べるが、前訴と後訴とが訴訟物を異にするとの理解に立つならば、後訴の提起は許されると考えるべきであろう。つまり訴訟物が異なるにもかかわらず後訴は不適法であるというのは、後訴の訴訟物が既に前訴で判断されていたことに他ならないということではないかと思う。

なお本判例のような登記請求訴訟の訴訟物に関する見解は従前の判例にも相応するように思う。例えば東京地判昭和三九年四月一三日下民集一五巻四号七七四頁は土地の所有権移転登記手続で敗訴した原告が再度、同一被告に対して所有権移転登記の抹消を求めた事件であるが、裁判所は前訴の既判力によって後訴を却下した。その理由は、「現在の実務では抹消登記手続を求めるのに代えて移転登記手続を求めるのを許すのが例であるから、……前訴は本件土地につき抹消登記手続を求めるのに代えて移転登記を求めたものと認定するのが相当である」というものである。また東京地判昭和六〇年八月二六日判時一二〇〇号八四頁、判タ五九四号一一九頁では、前訴の売買契約の解

除により所有権が復帰したことを根拠にした移転登記手続請求と後訴の真正な登記名義回復を原因とする所有権移転登記が問題になった事件である。裁判所は両者とも「抹消に代わる移転登記請求権である」というべきであるから「前訴と後訴とは訴訟物は同じであると判断している。このようなことから最近のある注釈書は「判例は、登記については訴訟物を比較的広く解する傾向にあるもの」と述べている<sup>7)</sup>。かくして本判例の登記請求訴訟の訴訟物の見解は従前の下級審判例に沿うものであり、その意味で特に目新しい判例とは言えないが、前記判例の傾向をより明らかにしたものであることができる。登記請求の訴訟物について必ずしも多くない判例に一事例を加えたということでも<sup>9)</sup>ある。また本判決の訴訟物に関する見解は従前の学説においても支持されるのではないかと思う。そこで本判決は今後においても判例として重要な意味を有するものと考えらる。

## 二 信義則による後訴の排斥

次に判示事項の二について考える。実はこの点について論じるのが本判例研究の主眼である。本判決は訴訟物を異にする後訴の提起を信義則により認めないとの判断を示したが、第一に本判決のどのような見解は従前の判例、学説の流れの中でどのような位置にあるかを考えなければならぬ。これによって本判決の将来における評価が予測されるし、また本判例と従前の判例との関係を考察することによって判例の今後の展開を予想することが可能になるであろう。第二に考えなければならないこ

とは、本判決の位置付けや判例の今後の展開を考察して得られたことに對する評価である。つまり、判例の採用した見解や向かうべき方向は正しいのかという問題である。そして第三の問題は判例を批判するならば、それに対抗するいわゆる対案は何かという問題である。以下ではこの三つの問題について順次考察してみよう。

### 従前の判例の系譜

第一の本判決の判例法上における位置付け問題であるが、この問題はここ約二五年間の判例の動きを概観することによって解答を得ることができる。そこで先ず従前の判例の流れを概観してみよう。概観に当たっては紙幅の関係で事実関係は一切省略し、事実に適用した(当て嵌めた)理論とその結果を中心に年月日順に纏めてみた。また本判決は信義則による後訴の排斥を説いたのであるから、判例の概観においては従前の判例の信義則論に焦点を当てて整理し、判例の信義則論の特色が分かるように心がけたつもりである。前半の紹介に比べて後半の方が多少詳しいのはこの理由による。

1 模索の時期 判決理由中の判断に拘束力は生じない、あるいは訴訟物以外に既判力は生じないという命題が確立した状況で、実務として問題を提起したのは昭和四〇年の京都地裁判所の判決であった。すなわち、①京都地判昭和四〇年七月三〇日下民集一六卷七号一二八〇頁、判時四二三号二一頁、判タ一八一号一六九頁<sup>12</sup>であり、一定の要件の下で訴訟物の異なった後訴の提起を否定したものである。判決理由を読むと新堂教授の争点

効理論や当時日本に紹介されたドイツのツォイナー理論の影響が見られるが、この判決は控訴審判決であるため上告され、上告審である②大阪高判昭和四二年二月一日下民集一八卷一・二号一三六頁、判タ二〇五号九三頁<sup>13</sup>によって独自の理論として破棄された。事件は大阪高判の指示の下で処理された(③京都地判昭和四三年一月二〇日判時五八六号八三頁)。上級審で認められなかったが、かような見解が全く否定された訳ではなかった。昭和四一年から翌年にかけて、①を待っていたかのように、①と同じような結論を指向する判例が相次いで出現した。④東京地判昭和四一年四月二〇日下民集一七卷三・四号一九二頁、判時四四四号七六頁、判タ一九一号一七八頁<sup>14</sup>であり、⑤広島高判昭和四二年三月六日高民集二〇卷二号一四四頁、判時四七八号六二頁、判タ二〇四号一二三頁、⑥大阪地判昭和四二年八月一八日判時五〇九号六一頁、判タ二一五号一七五頁<sup>15</sup>である。しかしこのような傾向に対して、②のように旧来の民事訴訟理論に立った批判的な判例も同じ頃同じく出現した。すなわち、⑦福岡地判昭和四二年三月一日判時四九〇号六七頁、⑧東京地判昭和四二年四月二五日判時四九〇号六三頁、判タ二〇九号二〇七頁<sup>16</sup>である。こうして見ると昭和四〇年から昭和四四年の間は「模索の時期」と言うことができる。纏めてみると、この間において判決理由中の判断に拘束力を認める判例は①④⑤⑥であり、否定的な判例は②③⑦⑧である。

2 争点効否定の時期 下級審の対立を「模索の時期」と表現す

るならば、昭和四四年から昭和五一年の間の判例は「争点効否定の時期」ということができる。すなわち、最高裁は⑨最三小判昭和四四年六月二四日裁判集九五号六一三頁、判時五九六号四八頁、判タ二三九号一四三頁、⑩最一小判昭和四八年一〇月四日裁判集一一〇号一五九頁、判時七四三号三三頁において既判力類似の効力(争点効)を否定し、前記下級審の対立に終止符を打った。これを受けてその後の下級審判例は否定説が相次いだ。すなわち、⑪大阪地判昭和四五年七月一三日判タ二五二号二〇〇頁、金融法務五九八号三〇頁、金融商事二三四号一四頁、⑫東京地判昭和四九年二月二五日判タ三一〇号二九七頁である。しかし、注目すべきことは争点効は否定されたが、かような結果を志向する見解が全く否定された訳ではなかった。⑬東京地判昭和四九年五月一五日判時七五六号九〇頁、⑭東京高判昭和五〇年七月一六日下民集二六卷五ノ八号六三九頁、判時七九八号三二頁は結果的に拘束力を肯定している。もっともその根拠は全く示されていない。理由はともかく結論の妥当性を考慮したということであろうか。そういう状況からか、⑮和歌山地新宮支判昭和五二年六月二八日下民集三三卷五ノ八号四八〇頁、判時八七一号八八頁、判タ三六一号二八二頁は「本訴請求は既判力ないし争点効に触れ不適法であるか、少なくとも有限会社法三〇条ノ三第一項前段の要件……の主張、立証がないので、その理由がないものといわねばならない」という表現をしている。いずれにしても最高裁は⑯最二小判昭和五六年七

月三日裁判集一三三号二四一頁、判タ四五〇号八八頁、判時一〇一四号六九頁において、再度既判力類似の効力(争点効)を否定している。

3 信義則論の台頭 争点効が最高裁によって否定されたにもかかわらず、その後も根拠を示すことなく前訴の判決理由中の判断に拘束力を認めた判例(⑬⑭)が出現したことは重要である。実務においてこの種の結論が待望されていることを示すものであろう。ところで最高裁は⑰最二小判昭和四九年四月二六日民集二八卷三号五〇三頁において限定承認事実のむしろに關して既判力に準じる効力を認め、根拠の一つとして信義則を挙げた。この判例はこの種の問題に關して信義則が利用できることを示唆したとも評価できる。より明確な形で信義則論を明らかにしたのは⑱最一小判昭和五一年九月三〇日民集三〇卷八号七九九頁、判時八二九号四七頁、判タ三四一號一六一頁、金融商事五一八号一二頁である。事案は農地開放に伴う土地の帰属に關する紛争であるので、信義則による後訴の排斥に關してどれほど要件を一般化できるかは疑問の存するところであるが、後訴は実質的紛争のむしろ返しであること、後訴の主張は前訴において主張できたこと、後訴は前訴で紛争が解決されたと考えた被告の信頼を裏切り、被告を長期間不安定な状況におくこと等が信義則に反する根拠であるとする。これを受けて信義則の一般化が進んだ。先ず最高裁自らが要件の一般化について考察することなく、簡単に⑲を他の事件に利用した。すなわち、最高

裁第一小法廷は⑮を引用して、自ら「後訴の請求又は後訴における主張が前訴のそのむし返しにすぎない場合には、後訴の請求又は後訴における主張は、信義則に照らして許されない」という命題に発展させた。これが⑯「第一小判昭和五二年三月二四日裁判集一二〇号二九九頁、金融商事五四八号三九九頁<sup>(31)</sup>である。ここでは⑰で信義則適用で考慮された時間的経過は姿を消してしまったことが注目される。<sup>(32)</sup>⑱東京地判昭和五二年五月三〇日下民集二八巻五―八号五六六頁、判時八七四号五八頁は⑳を引用し、前訴のむし返しであり、後訴での主張は前訴において主張できたこと、後訴を認めると被告を不当に長く不安定な状態におくことを述べている。<sup>(34)</sup>㉑東京地判昭和五二年九月二九日判時八八四号七四頁は信義則で後訴の提起は許されないとし、その根拠の一つとして前訴判決確定後五年間経過した提訴であることを挙げている。しかし、他方、㉒東京高判昭和五三年七月二六日高裁民集三一巻三号四八四頁、下民集二九巻五―八号四九六頁、東高民報二九巻七号一六一頁、判時九〇四号六六頁、判タ三七〇号七三頁<sup>(35)</sup>は建物買取請求権の再度の行使の主張は前訴と同じ事実に基づくものとはいえず、前訴は取却拒絶のためであり後訴は代金請求と異なる法律効果を主張するものだから、信義則に反しないとする。信義則を適用するとき何に着眼すべきかの問題を提起した判例といえることができる。なおこの判例は前訴の建物買取請求権行使による請求異議訴訟の棄却判決との関係に触れて、⑳㉑㉒を引用して「前訴の既判力にふれる

ものでないことはもちろん、既判力類似の効力（いわゆる争点効）にふれるものでもない」と判示している。この文言では争点効は認められるがこの場合は適用事例ではないという解釈も可能であるが、争点効否定の最高裁判例を引用しているということはそのような意味ではないであろう。いずれにしてもこの㉓は事案が特殊なものといえることができることから信義則適用否定説を発展させる契機にはならなかった。反対に信義則による後訴の排斥が定着の方向を示した。この時期の判例は㉔を根拠に後訴の排斥を考えているが、㉕のように単にむし返し可否かを問うのでなく、㉖のように㉔の要件化を行い、それに該当するか否かという手堅い手法が有力である。正にこの時期に実務の第一線において信義則利用による後訴の排斥が考案されたといえることができる。

㉗名古屋高判昭和五四年一月二八日判時九五四号四二頁、判タ四〇九号一〇五頁<sup>(36)</sup>は争点効は認められなかった上で、㉘の引用はないものの、そこで述べられた信義則の存在を肯定している。すなわち、後訴が前訴のむし返しや前訴で主張できた管である主張を後訴で初めて行うことは、前訴の勝訴者の地位を不当に長く不安定におくので信義則に反するといっているのである。この判例は㉙をより一般化したものと評価できるが、事件処理においては前訴は一番で確定して十分な審理がなされていないとして信義則を適用していない。㉚仙台高判昭和五六年八月三十一日判タ四五三号九八頁<sup>(37)</sup>は、前訴以降の最高裁の判例変更

を理由に構成された後訴は前訴の実質的むし返しであり、信義則に反するとする。②東京地判昭和五七年一月三〇日下民集三三卷九一―二号一四三七頁、判タ四八九号八〇頁、判時一〇七六号八四頁は「主要な争点として挙証責任を負う被告が主張・立証し攻防を尽くしたと認められる場合は、右確定判決の理由中の判断には既判力類似的効力は認められないにしても、……信義則上許されない」と説く。その理由は勝訴者の合理的な期待と信頼に反し、その地位を不当に長く不安定な地位におくからであるとする。③東京地判昭和五八年二月一五判時一一二六号六三頁、判タ五二〇号一五四頁は前訴が五年かかったこと、訴訟代理人が前訴と同じであること、後訴で前訴の主張を換えたことについて正当な理由を挙げていないこと、前訴と実質的に同じであること等を根拠に、「形式的には既判力又はいわゆる争点効に抵触しないとはいえ、紛争解決の一回性の要請に反し、相手側の立場を著しく不安定にする」から信義則に反すると判断する。

4 信義則論の発展 このような判例の流れの中で注目されるのは④の最新小判昭和五九年一月一九日判時一一〇五号四八頁、判タ五一九号一三六頁である。信義則を適用して後訴を排斥した原判決を信義則を適用すべきでないとして破棄したからである。原判決は⑤を念頭において信義則違反を構成したが、⑥はその信義則の適用に問題があると判示している。本判決は信義則の適用の難しさを示すものであろうが、不適用の理由を詳論した

ことは結果的には⑦の信義則を肯定したことになった。⑧名古屋高金沢支判昭和五九年四月四日判タ五三〇号一六八頁はむし返し、矛盾した訴訟行動が見られること、前訴を提起してから約九年を経ていること等を理由に信義則により後訴は排斥されるとする。⑨東京地判昭和六〇年八月二六日判時一二〇〇号八四頁、判タ五九四号一一九頁、訟務月報三卷九号一九八七頁は実質的には前訴のむし返しであり、問題の契約から二五年以上経過していることが信義則に照らして許されないとする。⑩東京高判昭和六一年一〇月二三日判時一二一六号八一頁はその控訴審であるが、前訴の判決理由中の判断を争うことが信義則に反するもので、本件の場合には信義則違反と評価されるとして控訴を棄却する。⑪東京地判昭和六一年一月一二日判時一二一五号一三五頁、判タ六四五号一七八頁は前訴のむし返しで訴訟上の信義則に反するとし、その理由として後訴と前訴とは主要争点が同じで単に法律構成を代えたものであること、請求が経済的利益において前訴と実質上ほぼ同一であること、前訴は確定まで一一年を要し、前訴判決の確定直後に後訴が提起されたこと、前訴において後訴の請求・主張をすることに何等の支障もなかったことを挙げる。⑫大阪地判昭和六一年一月一三日判タ六二九号二〇四頁は後訴は前訴の主張と同じであり、実質的には前訴のむし返しであるとする。そして⑬を引用して、本来なら前訴の当事者でなかった者に対する後訴も信義則で許されないが、その者からそのような抗弁がなされていないとして、

その者に対しては実質的判断をして請求を棄却している。なおこの判決は既判力の抗弁は信義則による訴訟むし返し禁止の抗弁と解することができるとした上で、これらの抗弁は請求の当否に関する抗弁であると述べている点が注目される。<sup>③</sup>東京地判昭和六二年三月三〇日判時一二六三号二三頁、判タ六四七号二二頁<sup>(46)</sup>は前訴と当事者と訴訟物を異にするが、紛争の実体は同一であり、後訴での主張は前訴でも可能であったこと、問題の契約締結時から本訴提起まで九年経過しその内前訴は七年間にわたっていること、前訴終了直後の本訴提起であること等を、後訴の提起を不適法にする根拠として挙げている。

このように信義則による後訴の排斥は着実に実務に浸透していったのであるが、既に見たように信義則の適用を否定した事例がある<sup>(②)(③)(④)</sup>。この場合に信義則としては、<sup>②</sup>は後訴の主張が前訴で主張できたか否か、後訴での主張が前訴の主張と矛盾したものか否かを問題にする。これに対して<sup>③</sup><sup>④</sup>は<sup>③</sup>を意識して、むし返しにか否か、前訴で主張できたか否か、不当に長い間被告を不安定な地位におくか否かを問題にする。<sup>④</sup>大阪地判昭和六〇年一月一日判時一一九九号一一七頁、判タ六〇〇号一二六頁<sup>(47)</sup>は<sup>③</sup><sup>④</sup>と同じように<sup>③</sup>を意識して、その要件に後訴が該当しないことを詳論する。

判例理論の現況　このような従前の判例の概観から現在の判例理論の特色を纏めてみると、次の二つのことを指摘することができる。第一は前訴と訴訟物を異にする後訴を排斥する方

法として、現在の判例においては争点効理論による処理が否定され、信義則による解決が確立したことである。第二は現在の判例の信義則論に最高裁判例<sup>⑧</sup>が与えた影響は大きく、信義則を説く判例において<sup>⑧</sup>を根拠にしたものやそれを意識したものが多いということである。このようなことは前記の判例の概観からすると異論のないことであると思うが、しかし、このような事実から現在の判例理論をどのように解するかというと、次のような二つの見解の対立がある。一つは竹下守夫教授の見解で、「判例の信義則理論による」主張レベルにおけるむし返しの禁止は、機能的には争点効ないし理由中の判断の拘束力の理論と同じであり、同一主張の排除の要件の定め方が異なる可能性はあるものの、両者はほとんど説明の差に過ぎない」という<sup>(48)</sup>ものである。これに対して富樫貞夫教授は判例理論と争点効理論の論理構造と機能の違いを強調する。すなわち、教授は判例理論は後訴提起行為を問題にし、前訴判決の理由中の判断に抵触することを根拠にしないことと、「争点効の理論は、前訴で争ったという作為の結果に対する争った当事者の自己責任を問題にするのに対して、判例の理論は、前訴で争わなかった不作為の結果として生じた外観に対する相手方の信頼保護を目的としている」ことを理由にする。<sup>(49)</sup>それぞれ鋭い判例の分析であり、今日の判例理論を理解する上で重要な視点を明らかにしたと言うことができる。

それではこのような対立をどのように理解すべきであろうか。

そもそもこの対立は信義則の内容と判例の理解に起因するもので、このことだけでも信義則論は問題があると言わなければならないが、それはともかくとして私は判例の信義則論はこの二つの内容を有していると考え。すなわち、判例は竹下教授の指摘したような判決効的な信義則論と富樫教授の指摘した相手側の不安を強調する信義則論があり（以下では単に「相手側不安強調の信義則論」と表記する）、先の判例概観によって明らかなるに後者が今日において優勢であるということである。確かに富樫教授の指摘されることは的確な分析であり、今日の多くの判例を説明することができるのであるが、しかし、竹下教授の指摘されるような判例(⑬)、(⑭)が存在することも否定できない。しかも、⑬は⑮と同一の裁判官によってなされたという事実は、相手側不安強調の信義則論の出発点と基礎を形成したと評価される判例⑯の主観的意図は判決効的信義則ということもできるのである。

今日の判例理論が相手側不安強調の信義則論だけでないことは、判例の争点効理論に対する判例の対応にも現れている。すなわち、最高裁判例が繰り返し既判力類似の効力(争点効)を否定したにも拘らず(⑨)(⑩)(⑪)、争点効理論を否定した最高裁自身が既述のように⑬という判断を下した点はともかく、下級審判例において最高裁が争点効を否定した昭和四四年以降に争点効的な判断を下している判例(⑬)(⑭)(⑮)や争点効を意識している判例(⑳)(㉑)が見られるということは、信義則に基づく争点効は判

例によって否定されてはいないとの認識に基づくものであろう。そうなると信義則に基づく争点効と争点効的信義則論の違いが問題になるが、昭和四四年以前の判例、すなわち本稿で「模索の時期」と纏めた時期の判例で、前訴の判決理由中の判断に拘束力を肯定した判例の多くはその根拠を信義則に求めていることを想起すると、両者は表現の問題と言えなくはないし、今日の判決効的な信義則論はそれらと同じであるということも言えなくはない。確かに最高裁判例で否定されたのは既判力類似の効力(争点効)であって、信義則による後訴の排除や後訴での前訴の主張の排斥ではないが、表現は信義則といながら内容は信義則よりも判決効と解すべき判例が少数ながらも存在することは否定できないように思う。このことを強調すると、正に争点効が考えたことを信義則によって達成しようとしているとの表現が可能になる。

かくして判例は富樫教授の見解にも拘らず、判決効的信義則の存在は否定できず、判例の信義則はそのような性格をも含んだ正に二重的性格を展開する素地があると言うことができる。これをどのように考えるべきか、すなわち、その対応の問題か今日残されているということである。

後述の三、四で述べるように私は信義則による問題の解決に反対であるが、私のそのような立場は別にして、判例理論が二重的性格を有しているということ、換言すれば判例の信義則論には二つの種類が存在するということに対しては、どのように

対応すべきかを考えておく必要があると思う。なぜならば既述の判例概観から明らかかなように判例が近い将来にその態度を改めるとは考えられないし、<sup>(31)</sup>判例が現実の法生活に強い影響力を有していることを考えると、単に判例理論の批判だけでは済まされず、判例理論の土台の上に立って判例理論の展開を考えなければならぬと思うからである。確かに判例をあるがまま肯定するのではなく、あるべき姿を探索するということは容易なことではないが、前述の判例概観が示すように既に多くの判例が存在するのであるから、そこから今後の判例の信義則論の要件化や信義則論の理論的深化の問題の解答のヒントが得られるのではないかと思う。

結論的に私見の概要を述べるならば現在のところ次のように考えている。判例の判決効的な信義則論は判決の効力の問題に吸収されるべきであり、信義則から取り除くべきである（私見では既判力、訴訟物の問題として考える）。このような立場の判例の数は今日では少ないし<sup>(32)</sup>、その説く信義則は判決の拘束力に服さないことを問題としていて本来の信義則とは異なるからである。相手側不安強調の信義則論は従前の二つの最高裁判例の立場、すなわち争点効理論を否定した判例<sup>(9)(10)(16)</sup>と信義則による後訴の排斥を説いた判例<sup>(18)</sup>との調和を考えながら理解すべきであると考ええる。具体的に言うならば、判例の信義則論は争点効理論を否定するのであるから、後訴の排除や後訴での前訴の主張の排斥が認められるためには後訴が単なる前

訴のむし返しというだけでなく、前訴で決着を付けるべきところをそれをしなかったことと、後訴を認めることによつて相手方を不当に不安定な状況に置くことが必要であると考ええる。<sup>(33)</sup>判例はその主観的意思是<sup>(34)</sup>にあるにしても、このように理解すべきである。そうして前訴の決着責任の有無や相手方の不利益状態の判断に当たって、原告告間の利益バランスを考慮すべきことは当然にしても、前訴と後訴との訴訟物間の関係、前訴に要した時間、前訴の上訴の有無、当該紛争の法律関係の発生から今日までの経過年数等によつて判断すべきであり、これらの客観的要素が信義に反するという主観的要素の判断に重要な役割を演じると考える。

**本判決の意味と問題点** 判例の流れと現在の判例の状況から本判決を見ると、本判決の特色として挙げられるのは、本判決は<sup>(35)</sup>の流れに沿った判例であり、いわば判決効的な信義則論の判例ということが出来る。なぜならば本判決は後訴請求は前訴において当事者が攻防を尽くした上で裁判所が判断した事項であることを強調して、相手側の不利益について何等の考慮をすることなく、直ちに、訴訟上の信義則に違反すると断定しているからである。それ故に本判決の説く信義則違反は相手方に対する信義則違反というよりも、裁判所の判断に対して争うことが信義則に反するというように理解する方が素直な判決文の解釈のように思う。ただそのような解釈が正しいとしたならば、本判決の問題点も明らかである。

既にみたようにこのような信義則論は今日の判例の信義則論の主流ではない。すなわち、判例の概観から明らかかなように従前の判例は信義則を利用する場合は⑧判例についてその信義則発動のための要件を一般化し、その関係で後訴の信義則違反の根拠の一つとして、相手（被告）側が長期間不安定な状態に置かれることを問題にする判例が多い。つまり判例の主流は前訴に要した時間や今から何年前の法律関係が紛争対象であるか等を重視しているのである。本判決は全くそのようなことは問題にしていない。つまり信義則による解決が妥当であるとの見解に立ったとしても、本判決の信義則論は今日の判例の主流の信義則論からは認でできるのが問題になる。換言すれば、信義則の利用範囲の拡大として評価するのか、それともそれは行き過ぎと考えるのが問題になる。私自身は既に述べたように争点効を否定した判例の趣旨からすれば、このような信義則論は認められないと考える。

本判決はこのような問題について何等言及していないが、本判決を支持する場合は本判決は判例の主流と異なるのか否かという点と、本判決と争点効を否定した判例や本稿で模索時期と纏めた時期の判例との関係等について説明がなされるべきである。もちろん、判決は論文ではないからかような点を本判決に要求することは過大な要求と言わざるをえないが、かような要望は問題点の指摘にはなろう。さらに問題点を挙げるならば、本判決の信義則発動の要件について、一般化する必要があるの

か、あるとすればどのようなものかということも検討する必要がある。

このように本判決について考えるべき問題が種々あるが、いずれにしても本判決の信義則論をどのように評価するかが今後の信義則論の展開において重要なことは確かである。

### 三 信義則論批判

今日の判例の信義則論が判例⑧を契機に展開してきたことは判例の概観で明らかである。⑧判例に対して厳しく批判した者としては、このような判例の展開に対しては批判的にならざるをえない。⑧の判例研究で指摘した問題点がこれら一連の判例によって解決された訳ではないからであり、そこで批判した理由は今でも通用すると考えている。

確かに一連の判例が後訴排斥の問題に信義則を用いたということは、具体的妥当性を重視し且つその判断の根拠を実定法に求めた結果であるから、判例のこのような姿勢は評価すべきである。これによってこの種の問題は後訴の審理ではなく、後訴の排斥の方向で処理すべきことが明確になり、この種の問題の結論が定まったと言える。しかし、そのための方法として信義則は問題であると言わなければならない。再訴を否定するのは制度上は既判力であり、既判力は訴訟物の範囲に原則的に一致することになっているから、このような制度の根幹に関わる約束事（原則）が簡単に放棄されてよいのかという疑問が浮上してくる。右の原則に従いつつ問題の解決がなされるべきではな

いかと思うからである。かような方法を無理しても探求すべきなのか、それとも無理せずに信義則によるべきかは意見の別れるところであるが、それはともかく、以下では信義則を用いる場合の問題点を指摘しておきたい。換言すればこの問題について十分な解答が期待できないから、私は信義則で問題解決の試みを行わないのである。

信義則論に対する疑問は理論的問題と運用上の問題に関してである。理論的問題は信義則論は後訴の提起や後訴の主張が信義に反するというが、具体的にいかなる信義に反するのかが明らかでない。民事訴訟法の原則によれば、訴訟物を異にする後訴は適法であるし、後訴において前訴の主張の繰り返しや矛盾した主張をしたとしても直ちに違法という訳ではない。もしかようなことが直ちに違法というのであれば、正に原則と例外の転倒である。後訴（再訴）の許容は誤判を避け、前訴の判断を是正するという再審の意味もある筈である。それ故にかような合理的根拠を有する制度の論理を修正するというのであるから、信義則の内容は慎重に考えなければならぬ。ところがそれに対して例えば単に前訴のむし返しだから信義に反するというのでは不十分な解答と言わざるをえない。というのは時間の経過や前訴の敗訴という状況を受けて、訴訟物を異にする後訴において当事者は全く前訴と同じ攻撃方法を採用とは通常考えられず、その主張構成の変化が考えられるからである。それを実質的に前訴と同じということで直ちに排斥してよいのだろうか。

また前訴の記録から後訴が前訴のむし返しとの判断は必ずしも容易には思えないのである。

さらに問題なのは信義則の内容が人によって異なるということである。判例の信義則論には信義則の理解について異なった立場が見られるということは既に指摘したことであるが、これは正に信義則の捉え方や理解に違いが生じていることを示すものである。それは信義則という徳義の問題であるから致し方ないということかもしれないが、徳義の問題であっても、それが法的に高められた以上、判断者の主観の問題であるということでは済まされないとと思う。またそもそも判決理由中の判断に既判力が生じないとする現行の既判力原理は立法者の価値選択の結果ということに注目しなければならぬ。既判力が生じないことを悪用したいわゆる濫用的事例が多少見られるにしても、立法者は再訴を容認した方がベターであるとの判断に立ったとも考えられる。換言すれば、立法者はむし返しの事例に対する対応を全く考えていないとは考えられないにもかかわらず、それを考察しないで直ちにいわば法の欠缺として信義則で処理するというのは安易すぎるように思える。

次に運用上の問題として要件の問題がある。信義則の内容が明らかであり、それについて異論がないにしても、信義則発動の要件を確立することは困難である。信義則は非常救済手段であるから、信義則適用の個々の結果を統一的に考察するには無理があると言わなければならない。<sup>56</sup>しかし、統一的に考察し一

般的な適用要件を明らかにしなければ、単なる法感情による恣意的判断との批判があろう。信義則を用いたからといって、いわゆる大岡裁きでよいというものではあるまい。また実際問題としてある訴えを提起した場合に、その時に（事前に）その後いかなる訴えが許されるのか、あるいは拒絶されるのかが全く予測できないというのでは法理論としての説得力が弱いと言わざるをえない。このためにも必然的に信義則適用の要件が明らかにされなければならないが、信義則それ自体は実定法に根拠を有しても適用の要件について明確な基準を実定法上に有しないから、論者により信義則適用の要件についての理解が異なることは避け難いであろう。これが問題である。

また仮に共通の要件の設定に成功したとしても、今度は明確な規定を欠いた状態で一つの制度の創設ということになり、既存の制度との調和が改めて問われるものと思う。もちろんこの要件化の問題は信義則に限った問題でなく、判決理由中の判断に拘束力を考えるべしと主張する学説の宿命とも言えるであろうが、しかし、信義則論はこれらの中で個別事件の救済を目的としている本来の性格から、基準について明確な要件化がそれらの理論の中で一番困難なものと思う。例えば、判例概観で紹介した信義則適用を否定した判例<sup>(23)</sup><sup>(24)</sup>は、正に具体的に信義則適用が安易になされては危険であることと、信義則適用の判断が困難であることを明らかにしている。また判例を詳細に分析した小山教授は結論として信義則適用の要件に該当するか

否かの判断や信義則適用の効果において諸判例の間に不揃いが見られると纏めている。<sup>(57)</sup>このような要件の不統一をどのように克服すべきかが判例の信義則論に問われている。

#### 四 本判決に対する批判

信義則を利用することに對して本判決は、原告の行為は「信義則に照らし到底許されないもの」と言うだけであり、それを自己の判断の正当性の根拠にしている。しかし、既に指摘したようにこれでは原告の行為が果たして信義則違反なのか、また従前の判例との関連を考慮しなくてよいのかという疑問が生じる。判決に現れない理由があるのかもしれないし、判決書が学術論文ではないということも確かである。また信義則であるから理由付けは必要ないとも考えられる。しかし、裁判官が自由に信義則を判断できるということは、より実質的な正義の探求と評価できても、信義則の使用が無制限に自由に許されるということではあるまい。制度的に裁判官の恣意的判断を防止し、個々の裁判官による区々の判断を避けることが必要である。そのためにも過去の判例に注意すべきであるし、信義則の内容、発動の要件を明確に提示すべきである。

具体的に本判決の信義則をみてみよう。本判決は前訴において十分に審査されたと判断し、それを争うことは「実質的に前訴の蒸し返しとなることが明らかとすべきである」とし、前訴で可能であった請求を前訴で行わないことは必要を感じないからであり、後訴で行うことは前訴の既判力を免れようとする

ことが明らかに窺われ、「信義則に照らし到底許されないもの」と弾劾する。しかし、果たしてこのようなことから直ちに信義則に反すると言えるのだろうか。また信義則発動の要因となった事実は全て「明らか」なのだろうか。ここでの信義則は誰に對する信義則なのかも明確でない。理由中の判断に既判力は生じないという原則はどのように理解すべきなのだろうか。また当事者は前訴でどのような訴訟活動をしなければならなかったのだろうか。この場合に前訴の裁判所の訴訟指揮は非難されないのだろうか。このような種々の疑問が生じるが、重要なことはこの判例の考え方を一般化すると、前訴で主張できるものは主張しておかないと後に主張できなくなるということである。

これは一種の提訴強制、主張強制に繋がり処分権主義、弁論主義に反することになりかねない。これに對して一般化するのでなく、本件登記手続請求事件の特質という点に注目すべしという見解が考えられる。例えば登記手続請求訴訟という登記手続請求権と基本になる物権との関係について、前者の既判力は後者にも及ぶとの見解がある。兼子博士の見解として有名であるが、この見解は多数説になりえなかったにしても、事件の特性を訴訟物で考えるべきことを示唆したものと理解すべきであって、事件の特性と信義則は結びつかない。そもそも事件の特性から考えるならば、事件の特殊性とは関係ない一般条項という信義則を用いることは矛盾と評すべきであろう。

さらに問題なのは争点効理論との関係である。従前の判例の

概観から明らかのように、判例は争点効を否定して以来、慎重に信義則論を展開させてきた。ところが本判決のような信義則の理解では、単に表現を変えて争点効を復活させたことと等しいと言わなければならない。なぜならば結局のところ本判決の根底にあるものは、判断したのだから従えということに他ならないからである。そうであるならば、後訴は実は前訴でも訴訟物であったとする説明ならば簡便である。争点効と判例の信義則理論について「両者はほとんど説明の差に過ぎないともいえる」と指摘されたり、あるいは判例の信義則理論は「結果的には訴訟物の枠を越えて前訴判決の既判力ないし遮断効を拡張したのと同じ機能を営む」と理解されているが、本判決のような信義則論が実は訴訟物と関連をもった判決効理論であることを示すものであろう。

こうして判決の問題点を考察してみると、<sup>(59)</sup>判例についての梅教授の批評が想起される。梅教授は<sup>(60)</sup>について、<sup>(61)</sup>より「信義則適用について更に大胆になって」と評し、「これを理論により裏付けることは難しい」と言わざるをえないと指摘している。正に同じことは本判例についても言える。

##### 五 向うべき解決の方向

この問題についての判例理論の信義則論を批判した場合に對案の提示が必要であろう。判例が信義則論を確立させたということは、実務において前訴のむし返しと思われる事件が少なくないことを推測させるし、またこの場合に判例理論が信義則論

であるということは、学説において理論的考察が十分でないことを意味するからである。私はこの種の問題については、かつて「黙示の中間確認の訴え」ということで答えたことがある<sup>(63)</sup>。具体的に言うならば、後訴の主張は前訴の訴訟物であったという<sup>(64)</sup>ことで解答すべきであると考ええる。本来は前訴の訴訟物ではないが、前訴の訴訟活動の評価として訴訟物であったと考え、いわばそのような形で既判力拡張によって問題を処理すべきである。後訴の排斥は既判力であるから、この見解は排斥の根拠を論じる必要がないこと、従前の訴訟物に関する理解を變更する必要はないこと、訴訟物と既判力の範囲は一致するから従前の既判力原理や民事訴訟法原理を維持できること等にメリットがある。しかし、問題は当事者の前訴の訴訟活動と裁判所の判断を訴訟物の設定とそれに対する裁判所の判断と解することが許されるかということである。この見解に対しては問題点の指摘や批判が少なくないが、批判に対する解答は可能であり、この見解は基本的には今日においても維持できると考えている。批判に対しては解答しなければならぬが、紙幅の関係もあるし、本稿は判例研究なので批判に対してこの場所で答えることは適切でない。いずれ機会を得て解答するつもりである。ただこの問題に関連して一言述べるならば、学説においては争点効理論が有力であり、判例においては信義則論が確立した現在、この二つの方法の融合が考えられなければならない、その場合には「黙示の中間確認の訴え」理論が有効ではないかと考えている。

前訴の訴訟物ではないがそれについて前訴で争った場合も(争点効理論が機能する場合も)、争わなかった場合も(判例の信義則論が機能する場合も)、それが実は前訴で訴訟物であったと解すれば済む問題であると考えるからである<sup>(67)</sup>。

- (1) 本判例研究の表題は金融・商事判例が本件判例を紹介するに際して付した表題(判示事項)の一部、すなわち表題の前半(判示事項の一)を利用した。表題の後半(判示事項の二)は「右前訴において補助参加人であった者に対する右前訴の判決の効力(消極)」というものであるが、この点については本判例研究の考察の対象から除外した。その理由はこの問題についての本判決の解答は、最一小判昭和四五年一〇月三日民集二四卷一〇一五八三頁を引用したものであり(すなわち、本判決の解答はこの最高裁の判例に依拠したものである)、この最高裁判例については私は既に論じているからである(本誌四五巻五号七五頁以下(昭四七))。なお判例時報の本判例についての紹介は「一 所有権に基づく真正な登記名義の回復を求める請求を棄却した確定判決の既判力が後訴である抹消登記請求に及ぶとされた事例、二 前訴と訴訟物を異にする主張が訴訟上の信義則に反し許されないとされた事例」というものである。
- (2) 最近の登記請求権の訴訟物論の概要については塩月秀平「所有権移転登記請求訴訟の請求の同一性」民事訴訟雑誌二九号四頁以下(昭五八)、伊藤滋男「平手勇治」要件事実論による若干の考察―登記請求権及び代表権の濫用について―ジュリハ六九号三二頁以下(昭六一)等参照。
- (3) 小谷卓男「登記手続請求訴訟の訴訟物」『不動産法大系第六巻』(青林書院、昭四五)四六頁以下参照。
- (4) 三ヶ月章「判決の効力―訴訟物を異にする後訴と信義則違反―

(最小判昭和五一年九月三〇日民集三〇巻八号七九九頁)、『民事訴訟法判例百選第二版』(別冊ジュリ七六号)二二七頁(昭五七)参照。

(5) 小谷・前掲書(注3) 四七頁参照。

(6) 伊藤・平手・前掲書(注2) 三四頁以下参照。なお同書三七頁は「物権の請求権は、基本的には抹消登記手続請求として発現し、限られた場合には、これに基づく抹消に代わる移転登記手続請求を認めてよい」とする。

(7) 引用句は兼子・松浦・新堂・竹下『条解民事訴訟法』六〇六頁(竹下守夫)(弘文堂、昭六二)。なお同書はこの傾向を示すものとして、印章盗用を理由とする抹消登記請求棄却判決の既判力が買戻特約の履行としての移転登記請求にも及ぶとした名古屋地岡崎支判昭和四〇年一〇月二五日判時四四四号八六頁も紹介している。

(8) 判時一三二四号七五頁の本判決の解説参照。

(9) 訴訟物の問題は重要であるが、判例が少ないのは本件のよう事案において再訴されることが少ないからではないかと推測する。

(10) 判例と同時に学説の変遷も併せて考察する必要があるが、判決理由中の判触の拘束力の問題に関する種々な学説とその問題点については、私はかつて論じたことがある(「黙示による中間確認の訴え」法律学科開設九〇周年記念論文集・本誌五三巻一・二号一八一頁以下(昭五五))。その後には発表された文献の補充という点を除けば、基本的な状況は今日と当時とは大きな変化は見られないので、そこで行った学説の分類やそれに対する私の考えは今日でも通用するよう思う。それ故に問題に対する学説の状況はそれに譲り、本稿ではそこで触れなかった判例の流れを概観してみようと思う。

(11) 判決理由中の判断の拘束力に関する判例については、既にいくつかの優れた総合判例研究が発表されている。すなわち、林屋礼二『民事訴訟における権利濫用と信義則(一)』民商法七一巻三号七五

頁以下(昭四九)、菅原雄二「判決理由中の判断の拘束力」後藤勇・山口和男編『展覧判例法1』二七九頁以下(判例タイムズ社、昭五八、初出は判タ四八二号三七頁以下(昭五八))、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」民商法雑誌九三巻臨時増刊号(一)二六七頁以下(昭六二)、小山昇「既判力が争点効か信義則か」法曹時報四〇巻三号一頁以下(昭六二)である。以下の本文で引用する判例に関しては、これらの研究に負うところ大である。しかし、従前の判例に関してこれらの文献をそのまま利用せず、以下の本文において関係する判例をできるだけ網羅的に挙げ私なりに整理したのは、それらの論考と私見とは問題意識やこの問題についての解答が異なっているからである。

なお本稿では判例に注を付し、注の中でこれらの判例研究の著者の姓の後に使用された判例番号を挙げ、これらの判例研究での使用状況を明らかにした。同時に当該判例に判例研究・判例批評、論文等があれば、できるだけ注において明らかにした。それによってそれぞれの判例の注目の度合や事実的効力が多少なりとも明らかになると考えたからである。なおこのような作業を行っている文献は他にないように思う。例えば民事判例研究会編『民事判例索引集』(第一法規、昭六一、但し挿入式)は本問題に適切な直接関係した条文がないため、判例は散在しており一箇所に纏められていない。

ところで菅原、竹下、小山の判例研究で挙げられた判例の中で戦前の判例や既判力に関する判例ということ等を理由に本稿で使用しなかった判例を挙げれば、菅原(01、11)、竹下(01、06)、小山(01、02、28、29、35、39)である。つまり、これ以外の判例は本稿で使用したということである。

(12) 判例研究としては上村明広・判評九〇号二四頁以下(昭四一)、倉田卓次「いわゆる争点効の理論について」『民事法の諸問題第三巻』

- 三二五頁以下(判例タイムズ社、昭四四、初出は判タ一八四号八頁以下(昭四一)、村松俊夫・法律時報三八巻三三七頁以下(昭四一)があり、判例番号は林屋48、菅原02、竹下07、小山18である。
- (13) 判例番号は菅原03、竹下11、小山19である。
- (14) 判例番号は林屋49、菅原04、竹下08、小山27である。
- (15) 判例研究としては福永有利・民商法六一巻一号一三七頁以下(昭四四)、上村明広・判評一〇四号三四頁以下(昭四二)があり、判例番号は林屋50、菅原06、竹下09、小山26である。
- (16) 判例番号は林屋51、菅原08、竹下10、小山28である。
- (17) 判例番号は菅原07、竹下12、小山20である。
- (18) 判例番号は菅原05である。
- (19) 判例研究としては住吉博『民事訴訟判例評釈』二六一頁以下(法学書院、昭五三、初出は判タ二四二号八八頁以下(昭四五)、新堂幸司「争点効を否定した最高裁判決の残したもの」中田遺暦下巻六九頁(昭四五)、小山昇「争点効」『統民事訴訟法判例百選』(別冊ジュリ三六号)一九二頁以下(昭四七)、青山善充「争点効」『民事訴訟法判例百選第二版』(別冊ジュリ七六号)二四〇頁以下(昭五七)があり、判例番号は菅原09、竹下14、小山21である。
- (20) 判例番号は菅原12、竹下15、小山22である。
- (21) 判例番号は菅原10、竹下16、小山32である。
- (22) 判例番号は竹下17、小山30である。
- (23) 判例番号は菅原14、竹下19、小山24である。
- (24) 判例番号は菅原15、竹下20、小山25である。
- (25) 判例番号は菅原19、竹下21である。
- (26) 判例研究としては上北武男・同志社法学三四巻三号一五五頁以下(昭五七)があり、判例番号は菅原22、竹下18、小山23である。
- (27) この判例は重要な判例であり、判例の掲載誌は五つを数えるこ

とができるし、判例研究、判例解説、論文等も少なくとも九つはある。しかし、本稿との関連は次の本文で述べるような意味の判例なので、本問題の判例というものではない。判例についての文献を挙げることは省略する。なお菅原論文はこの判例に判例番号13を付して、⑧、⑨と同列な判例として位置づけている(『展望判例法』三〇〇頁、判タ四八二号四二頁)。

(28) 嶋野悦介「最高裁判所判例解説昭和五一年度」三二七頁(法曹会、昭五四、初出は法曹時報三二巻一〇二二三頁(昭五四))。これは⑩の調査官の解説であるが、そこで⑩は「⑪の見解を参考にしているのではないかと思われる」と述べている。

(29) 重要判例であるため判例研究等が多い。水谷暢・判タ三四五号八六頁以下(昭五二)、嶋野悦介・前掲書(注28)、小山谷克己・重要判例解説・ジュリ六四二号一九九頁(昭五二)、新堂幸司「訴訟物概念の役割」判例評論二二三号一六頁以下(昭五二)、坂原正夫・本誌五〇巻一号一九九頁以下(昭五二)、高橋宏志・法協五九巻四号一七六頁以下(昭五三)、三ヶ月章「判決の効力」(3)『民事訴訟法判例百選第二版』(別冊ジュリ七六号)二二六頁(昭五七)、柏木邦良「訴訟物概念の機能」『講座民事訴訟第二巻、訴訟の提起』一八二頁以下(昭五九)等の多数が存在する。判例番号は竹下09、小山22、菅原16である。

(30) ⑩⑪とも同じ裁判官による判決である。すなわち岸盛一、下田武三、岸上康夫、団藤重光の各氏である。もっとも裁判長は⑩は岸盛一氏、⑪は団藤重光氏であった。なおこのメンバーに藤林益三氏を加えた第一小法廷は⑩に先立つこと約一年四ヶ月前にいゆる白鳥決定を下している(昭和五〇年五月二〇日刑集二九巻五号一七七頁)。そのようなことから当時の第一小法廷は法的安定性よりも実体的正義を重視した部であったと言えるように思うし、部の構成員

は経歴からみると外交官出身の下田氏を除けば、どちらかと言えば刑事法を得意とする方々であったということもできよう。

(31) 判例番号は菅原17、竹下23である。

(32) ⑩は単に上告棄却の判決が掲載されているだけで、事件の内容は分からないので論評できないが、後の下級審の判例が信義則を利用することに慎重であるのに比べると、やや慎重さを欠いているように思う。⑩のように簡単に信義則で後訴を排斥しているのを見るのと、裁判所は⑩において信義則を利用した場合の問題点や実務に与える影響等を十分に考慮したのか疑問である。堀野倂介調査官は⑩について調査官解説で「信義則といった融通性に富む一般条項を適用して訴を却下するのは、慎重であることがのぞまれるのであり、本判決(⑩)は狭く限定された射程距離しかもたないものと考えるべきであろう」と述べている(前掲書〔注28〕〔解説〕三二八頁)。また信義則と権利濫用についての最高裁判例を研究した小神野利夫判事は⑩について「繰り返しすが、このような処理はまったく異例のことであり、本件限りの処理とすべきものであろう」と述べている(小神野「信義則と権利濫用に關する最高裁判例総覽(8)」判タ五七六号二二頁〔昭六一〕)。実務の第一線で活躍されている裁判官だけに貴重な評というべきであろう。なお後の本文において挙げる判例の④は信義則の適用を否定した判例であるが、裁判長は堀野倂介氏である。④は氏の前記の言葉を具体化したものと考えるべきであろう。

(33) 判例番号は菅原18、竹下24、小山04である。

(34) 判例研究としては小室直人・判評二四〇号二六頁以下(昭五四)があり、判例番号は菅原20、竹下25である。

(35) 判例研究としては右田堯雄・判評二四三号三二頁以下(昭五四)、畑郁夫・判タ三九〇号二四二頁以下(昭五四)があり、判例番号は

小山33である。

(36) 判例番号は菅原21、竹下26、小山29である。

(37) 判例番号は竹下27、小山10である。

(38) 判例番号は竹下28、小山11である。

(39) 判例番号は竹下29である。

(40) 判例研究として住吉博・判評三〇七号二七頁以下(昭五九)、木川流一郎・中山幸二・判タ五三五号九四頁以下(昭五九)、新堂幸司・法学教室四四号九六頁以下(昭五九)、坂口裕英・シュリ八三八号一三八頁以下(昭六〇)等があり、判例番号は竹下30、小山12である。

(41) 判例番号は竹下31、小山05である。

(42) 判例番号は小山06である。

(43) 判例研究としては山口幸雄・判タ六七七号二六八頁以下(昭六三)があり、判例番号は小山07である。

(44) 判例番号は小山14である。

(45) 判例番号は小山15である。

(46) 判例研究としては根善夫・判タ六七七号二五二頁以下(昭六三)があり、判例番号は小山31である。

(47) 判例番号は小山13である。

(48) 竹下・前掲書(注11)二八一頁。

(49) 富樫貞夫「民事訴訟における「むし返し」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』三〇三頁(成文堂、平二)。

(50) 例えば④は裁判所に委ねたことについて実質的な審理がなされたのであるから、それを受忍することが信義則と説く。

(51) 判例を詳細に分析した竹下教授は信義則による後訴の排斥が「下級審に浸透しつつあるように見受けられる」と述べている(前掲書〔注11〕二八六頁)。

(52) 既に竹下教授は信義則を適用した場合の要件を詳細に明らかにしている(前掲書〔注11〕二八四頁以下)。なお富樫教授は裁判所が介在した信義則ということについて、本来の信義則ではないと鋭く批判する(前掲書〔注49〕二八五頁以下)。

(53) 例えば②④⑤⑥⑦⑧⑨⑩⑪⑫⑬⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿を参照。これらの判例がどのような時間の経過をもって、後訴が相手方を不当に長期間不安定な状態に置くことになるかというものは興味あることである。しかし、判例は時間の経過だけでなく総合的に判断しているから、纏めることは困難であるが、信義則の適用否定説(⑳㉑㉒㉓)を含めて考えると、この判断は判例においてははかばか幅があるように思う。時間の経過について一〇年が一つの基準のようにも思えるが、客観的統一的な基準の設定は困難といふべきかもしれない。

(54) 拙稿・前掲書〔注29〕参照。

(55) 松浦馨「当事者行為の規制原理としての信義則」『講座民事訴訟第四卷審理』二六八頁、二八〇頁以下(弘文堂、昭六〇)。なお倉田・前掲書〔注12〕諸問題は、判例①について基本的志向には賛成しながらも(三二七頁)、実務の理論たるに熟せぬものの性急な採用であったとし、信義則とか訴権濫用という既成法理を利用すべきであったと評する(三三三頁)。

(56) 例えば後訴提起までの時間を問題にしても、一応の基準を纏めるのは困難であることについては注53で述べた。なお判例②は最高裁が信義則適用の否定を説いたものであるが、そこにおいて「著しく信義則に違反するものとはとうていいうことができず」と述べている箇所がある。信義則違反には著しい違反とそうでない違反があり、前者の場合に後訴の提起が違法視されるということなのである(うか)。

(57) 小山・前掲書〔注11〕二九頁。

(58) 拙稿・前掲書〔注10〕一九一頁参照。

(59) 兼子「判例民事訴訟法」二九二頁(昭二五、初出は『判例民事訴訟法昭和二二年度・二八事件』、同『条解民事訴訟法上』五一四頁(昭三〇)、同『新修民事訴訟法体系』三四三頁(昭四〇))。

(60) 竹下・前掲書〔注11〕二八一頁。

(61) 富樫貞夫「判決理由中の判断の拘束力」『民事訴訟法の争点・新版』二九八頁(昭六三)。

(62) 樺善夫・前掲書〔注46〕二五三頁。

(63) 学説において理論が成熟していない場合に信義則を使用することについては前注55参照。

(64) 拙稿・前掲書〔注10〕一八一頁以下。

(65) 柏木弁護士は判例⑩の事案は既判力の問題として処理すべきであるとの立場であるが(前掲書〔注29〕一九〇頁以下)、判例がこの問題について信義則を適用していることについて、「判例は学生の答案よろしく『信義則』概念による処理を施しているが、『現在の問題は、訴訟物概念の優越性に固執しながら、弥縫的に処理しているか、それとも当事者や裁判所が将来予測できる基準、すなわちある程度は訴訟物に注目しつつ、既判力の客観的範囲を合理的に画定していくかということにある」と問題状況を明らかにしている(柏木邦良「訴訟物概念の機能」『民事訴訟法の争点・新版』一九七頁(昭六三))。氏は「いうまでもなく後者の方法が優れている」との見解でその理論を展開させるが、これは、新堂教授と異なり訴訟物論や既存の制度を重視する三ヶ月名誉教授の立場(前掲書〔注29〕二三七頁)を発展させたというべきであろう。従前の制度の延長上に問題解決の起点を据えるという立場は賛成であるし、氏の説く見解が今後日本でもドイツでも有力になっていくように思う。

ところで、私の「黙示の中間確認の訴え」の主張は既判力の客観的

範囲は訴訟物に一致すべきであるとの主張でもあるから、氏の「既判力論としては、訴訟物概念のみが基準になるといった考えはすでに過去のものとなっている」との主張が問題になる。私は既判力の客観的範囲は訴訟物概念のみによって決まるとの立場を固執するものではないが、私の見解は既判力の客観的範囲の拡張はそのような考え方に従ったとしても可能であり、それならば先ずその可能性を検討すべきであるということである。

(66) 例えは私見の「黙示による中間確認の訴え」について言及した文献としては、吉村徳重「判決の遮断効と争点効の交錯」『新実務民事訴訟講座三巻』三七六頁(昭五六)、ジュリスト匿名批評七四五号一九一頁(昭五六)、榊原豊「複数請求の定立と規制」『講座民事訴訟第二巻』三二七頁注45(昭五九)、納谷廣美「訴訟物の特定」『講座民事訴訟第二巻』二四八頁以下(昭五九)、上北武男「判決の客観的範囲」林屋「小島編」『民事訴訟法ゼミナル』二八八頁(昭六〇)、坂田宏「同時履行関係と引換給付判決(一・完)」『民商法雑誌九八巻五号五八六頁以下(昭六三)、新堂幸司「訴訟物と争点効(上)」一八一頁(昭六三)等がある。

(67) ツォイナーは実体法上の意味連関に注目してそれを手掛りに既判力の客観的拡張を主張した訳であるが(拙稿・前掲書(注10)一九二頁)、私見は前訴の審理の状況をも考慮して既判力の拡張を説くものである。反射効、参加的効力、争点効と学説は既判力以外に判決の効力を創設してきたが、今日では既判力との関係が問題になっているし、条文に根拠を有しないものについてはその根拠を説明するのは困難な状況にあるように思える。私見が既判力を持ち出すのはこのような状況と無関係ではない。

坂原 正夫

追記 脱稿後に原稿「判例における信義則による判決効の拡張現象(一)」(札幌学院法学六巻一頁以下(平成二))という論文の存在を知った。この論文は判例理論の「要件および反射効とも対比させながら検討」するものである(引用句は四頁以下)。そのため判例を詳細に報告しているが、「判例の評価と展望」は(二)に予定されているため、残念ながら読むことはできなかった。

ところでこの論文で取り上げた判例は、左記のように本稿の二の3、4で取り上げた判例とほとんど同じである。本稿執筆前にこの論文を知っていたら、私は本稿の二は執筆する必要はなかったと思う。本稿の判例番号とこの論文の判例番号との関係は次の通りである(この論文では判例番号は「」で表示しているので、そのまま利用した)。

⑧は〔01〕、⑨は〔02〕、⑩は〔03〕、⑪は〔04〕、⑫は〔05〕、⑬は〔06〕、⑭は〔07〕、⑮は〔08〕、⑯は〔09〕、⑰は〔10〕、⑱は〔11〕、⑲は〔14〕、⑳は〔15〕、㉑は〔16〕、㉒は〔12〕、である。これらから明らかなことは㉓㉔はこの論文では取り上げられず、この論文の〔13〕は本稿では取り上げなかったということである。本稿が〔13〕(東京高判昭和六一年五月二九日判時一一九五号九四頁、小山16)を取り上げなかった理由は、〔13〕は前訴と当事者を異にする場合を論じたもので、いわゆる主観的範囲の判例であるからである。

なおこの論文で私見について言及している箇所があるが(四五頁注8)、別の機会に考えてみたい。