

Title	〔民集未登載最高裁判事例研究四〕 所有権確認請求訴訟で敗訴した原告が後訴において共有持分の取得を主張することが前訴の確定判決の既判力に抵触して許されないとされた事例 (最高裁平成九年三月一四日第二小法廷判決)
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	1998
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.71, No.12 (1998. 12) ,p.144- 154
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=AN00224504-19981228-0144">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19981228-0144</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.

## 〔民集未登載最高裁判事例研究 四〕

4 所有権確認請求訴訟で敗訴した原告が後訴において共有持分の取得を主張することが前訴の確定判決の既判力に抵触して許されないとされた事例

最高裁平成九年三月一四日第二小法廷判決（最高裁平五（オ）第九二二号）遺産確認等請求本訴、共有持分権不存在中間確認請求反訴事件、判例時報一六〇〇号八九頁、判例タイムズ九三七号一〇四頁、金融商事判例一〇二〇号一三頁

### 〔事実〕

X<sub>1</sub>は訴外・被相続人Aの妻であり、本件原告・被控訴人・上告人である。X<sub>2</sub>は長女であり、原告・被控訴人である。Yは次女であり、被告・控訴人・被上告人である。

本件土地は昭和三〇年に訴外BからYに売買を理由に移転登記がなされたが、Aが昭和三七年に死亡したことから、本件土地の所有をめぐって争いが生じた。昭和四五年にX<sub>1</sub>はYに対して、所有権移転登記請求と所有権確認請求を提起した（これが前訴）。その理由は、「Bから購入したのはX<sub>1</sub>であり、仮にそうでないとしても時効取得した」という

ものであった。これに対して、Yは「Aが購入してYに贈与したものである」と反論した。昭和五〇年に第一審はX<sub>1</sub>の請求を認容したが、控訴審は昭和六〇年に、「買受はAであるが、X<sub>1</sub>への贈与は認められない」として、X<sub>1</sub>の請求を棄却した。ところで、Yは昭和五一年に自己の所有権があることを理由に、土地の借地人に対して建物収去土地明渡しの訴えを提起したが、これは前訴と併合審理されていた。控訴審はこのYの請求については、「AからYへの贈与は認められない」として、棄却した。X<sub>1</sub>のみが上告したが、昭和六一年に棄却された。

前訴判決確定後の遺産分割調停事件において、Yが本件土地がAの遺産であることを争ったために、平成元年X<sub>1</sub>X<sub>2</sub>はYに対して、①本件土地がAの遺産であることの確認と、②各共有持分権に基づく所有権一部移転登記請求の訴えを提起した。これに対して、Yは自己の所有権を主張するとともに、X<sub>1</sub>は前訴の既判力により共有持分権の主張は許されないから、①の訴えは不適法であると主張し、さらに③「X<sub>1</sub>は本件土地の三分の一の共有持分権を有しないこと」の中間確認の反訴を提起した。これが本件事件であり、後訴である。平成三年に第一審はX<sub>1</sub>等の請求を認容し、Yの訴えを却下した。Yは控訴し、③の中間確認の反訴から単純な反訴に変更した。平成四年に控訴審は、①についてはYの主張を退け控訴を棄却し、②については、一審判決を取り消してX<sub>1</sub>の請求は棄却し、X<sub>2</sub>の請求部分は控訴を棄却した。③については認容した。その理由は、「本件土地はAの遺産ではあるが、前訴の既判力によりX<sub>1</sub>は移転登記を請求することは認められない」というものである。X<sub>1</sub>が上告し、その理由として「後訴請求は既判力に触れない。既判力に触れるとすると、X<sub>1</sub>には酷であるし、前訴裁判所に釈明権不行使、審理不尽の責任がある。原判決は理論に偏重し、実務や実情と乖離している。既判力の一般

理論を適用すると收拾不可能な事態を招来し、既判力本来の目的に反する」等を挙げた。最高裁は次の理由で上告を棄却したが、福田博裁判官の反対意見と根岸重治裁判長の補足意見が付されている。なおYは①の敗訴に対して上告したが、別の事件として扱われ、以下のような理由で同日に同法廷で棄却された。<sup>(1)</sup>「共同相続人甲、乙、丙のうち甲と乙との間において、ある土地につき甲の所有権確認請求を棄却する旨の判決が確定し、右確定判決の既判力により、甲が乙に対して相続による右土地の共有持分の取得を主張し得なくなった場合であっても、甲は右土地につき遺産確認の訴えを提起することができる」と解するのが相当である。ただし、遺産確認の訴えは、特定の財産が被相続人の遺産に属することを共同相続人全員の間で合一に確定するための訴えであるところ（最高裁昭和五七年（オ）第一八四号同六年三月一三日第一小法廷判決・民集四〇巻二号三八九頁、最高裁昭和六〇年（オ）第七二七号平成元年三月二八日第三小法廷判決・民集四三巻三号一六七頁参照）、右確定判決は、甲乙間において右土地につき甲の所有権の不存在を既判力をもって確定するにとどまり、甲が相続人の地位を有することや右土地が被相続人の遺産に属することを否定するものではないから、甲は、遺産確認の訴えの原

告適格を失わず、共同相続人全員の間で右土地の遺産帰属性につき合一確定を求める利益を有するというべきである。右と同旨の原審の判断は、正当として是認することができらる。」

〔判旨〕

「所有権確認請求訴訟において請求棄却の判決が確定したときは、原告が同訴訟の事実審口頭弁論終結の時点において目的物の所有権を有していない旨の判断につき既判力が生じるから、原告が右時点以前に生じた所有権の一部たる共有持分の取得原因事実を後の訴訟において主張することは、右確定判決の既判力に抵触するものと解される。」

これを本件についてみると、前記事実関係によれば、X<sub>1</sub>は、前訴において、本件土地につき売買及び取得時効による所有権の取得のみを主張し、事実審口頭弁論終結時以前に生じていたAの死亡による相続の事実を主張しないまま、X<sub>1</sub>の所有権確認請求を棄却する旨の前訴判決が確定したというのであるから、X<sub>1</sub>が本訴において相続による共有持分の取得を主張することは、前訴判決の既判力に抵触するものであり、前訴においてAの共同相続人であるX<sub>1</sub>、Yの双方が本件土地の所有権の取得を主張して争っていたこと、前訴判決が、双方の所有権取得の主張をいずれも排斥し、

本件土地がAの所有である旨判断したこと、前訴判決の確定後にYが本件土地の所有権を主張したため本訴の提起に至ったことなどの事情があるとしても、X<sub>1</sub>の右主張は許されないものといわざるを得ない。これと同旨の見解に基づき、X<sub>1</sub>の所有権一部移転登記手続請求を棄却し、Yの反訴請求を認容した原審の判断は、正当として是認することができる。原判決に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。」

反対意見は次のようなものである。「訴訟・判決による紛争の解決は、既判力ある判断部分のみによってもたらされるものではなく、既判力を生じない判断部分も含め、判決によって示された判断が全体として紛争解決の機能を果たしていることは、明らかであり、当事者も判決の右のような機能を前提とし、これを期待して、訴訟制度を利用しているものと考えられる」。「後訴での主張が許されるか否かを判断するに当たっては」既判力との抵触の有無だけでなく、当事者が一般的に期待する判決の紛争解決機能に照らし、当該主張が前の訴訟の判決によって解決されたはずの紛争を蒸し返すものか否かという観点からの検討も必要であり、前の訴訟における紛争の態様、当事者の主張及び判決の内容、判決後の当事者の対応及び後の訴訟が提起

されるに至った経緯等の具体的事情によっては、既判力に抵触しない主張であつても信義則等に照らしてこれを制限すべき場合があり、また、その反面、既判力に抵触する場合であつても例外的にこれを許容すべき場合があり得ると考えられる」。

これに対して補足意見は次のような反論を展開する。「既判力が及ぶ範囲を定めるものは訴訟物の概念であり、どの範囲で訴訟物の同一性を認めるべきかについては種々の議論があるにせよ、訴訟物の同一性がある範囲では既判力が及び、同一性がないものには及ばないと解すべきことについては、ほぼ異論がないところであろう」。「前訴判決の既判力が本訴におけるXの主張に及ぶことも認めながら、既判力に抵触する主張も例外的に許容されることがあるとする反対意見の見解は、民事訴訟制度の根幹にかかわる既判力の本質と相容れないものであつて、到底容認することができないのである」。

#### 〔評釈〕

判旨に賛成。前訴の既判力が後訴に及ぶためには、先ず第一に前訴と後訴の訴訟物が同一であることが必要である。訴訟物の同一性の問題は本件では、①所有権確認請求の訴訟物は所有権取得事由ごとに異なるのかという問題と、②

所有権と共有持分権とは確認請求では全部・一部の関係であるのかという問題に分けることができる。第二に必要なことは、③既判力の範囲は訴訟物の範囲に一致するという原則を肯定することである。<sup>(2)</sup>これら①②③のいずれか一つが欠けると、前訴の既判力は後訴に及ばない。それぞれについては諸説が展開しているので、以下ではこれらの問題に関する諸説を念頭において順次考察し、本件判例に賛成する私見の理由を纏めてみようと思う。

一 所有権の取得原因と訴訟物 我が国の通説は所有権の取得原因は訴訟物の識別の基準ではないと説いているが、これに対しては事実関係を重視する立場から反対の意見がある。<sup>(3)</sup>反対説は、原告に大きな負担である点を問題にしている。すなわち相互に関係のない事実関係である取得原因を、全て一回の訴訟で主張しなければならないというのは原告にとって大きな負担であるという。しかし、原告の負担があるにしても取得原因で訴訟物を区別すると、それを根拠にして訴えが繰り返されるおそれがある。つまり問題は原告の負担と被告の応訴の煩わしさのいずれを重視するかということである。原告の負担といっても、当該権利について考えられる取得原因を全て主張しなければならぬわけではなく、自らの権利を主張するに必要な事実の主張

が求められるに過ぎないし、それは自らの支配領域に属するはずであるから、訴訟物の枠は権利の同一性が決めるものとして、取得原因を訴訟物の識別基準から外しても、原告に対して無理な要求ではない。反対に取得原因を訴訟物の識別基準にした場合は、被告の応訴の煩わしさの他に、再訴（後訴）の道を残すことになるから前訴の審理が充実しないおそれがあるし、理由のない再訴が繰り返されることも考えられる。<sup>(4)</sup>さらに取得原因を訴訟物を決める基準とした場合に、訴訟物理論と一致するのかわという理論的な点も問題になる。旧説であれば実体法上の権利を基準とするし、新説であれば法的効果を基準とするから、取得原因という事実関係が訴訟物の識別の基準であるとする<sup>(5)</sup>ことは調和しない。

二 遺産共有持分権と所有権 判例は両者を一部・全部の関係と理解しているが、学説は多様である。<sup>(5)</sup>また通常の共有の場合と遺産の場合とは区別することも考えられる。<sup>(6)</sup>この問題は共有や遺産共有の法的性質論と結びついているが、訴訟法的に考えるべき視点は、自己単独の所有権を主張した者に、予備的に（その主張と矛盾して）遺産であるとの主張・立証を要求することの当否である。自己単独の所有を主張している原告に遺産共有の主張を要求することは、

原告の負担を加重することではあるが、予め覚悟できないことではない。またそうでないとすると、一で批判した説のように紛争の再燃の方途を残すことになり、その方が問題である。<sup>(7)</sup>また遺産共有持分権と所有権が別個の権利であることを根拠に、訴訟物は異なるとした場合、所有権取得原因を訴訟物の識別基準にしないことと調和しないようにも思う。一で述べたように確認訴訟の訴訟物識別の基準は、原則として法的効果が同じであるか否かであり、事実関係や原告の負担は直接の識別基準にならないと考えるからである。

確かに、所有権確認の訴えの原告に遺産共有持分の主張までもしなければならぬとするのは、原告にとつて負担ではある。しかし、事件をいたずらに後訴に先送りする必要はないから、訴えを提起する以上はそのような負担や事前の準備を原告は覚悟する必要があるし、訴訟の展開に応じて必要な主張をすることも原告に求められるべきである。もちろん、裁判所の積極的な釈明があつてもよいし、当事者が気がついていない場合は裁判所が示唆することも必要であろう。そもそも相続人が互いに自己の単独の所有権を主張している場合に、当事者に示唆することなく裁判所が一方的に遺産であるとの判断をした場合、いわゆる不意打

ちになるから、裁判所の判断は違法であると解することも可能である<sup>(8)</sup>。問題は既判力の遮断効で処理したり救済することではなく、当該訴訟において釈明義務違反なり、弁論主義違反なりで考えるべきである。もちろん、本件のような場合に限定して、共有持分権の主張は既判力によつて遮断されないとの立論も可能ではあるが、抽象的には区別が可能であつても、事前に具体的に区別できないのであるから、そのようなことで判決の効力を左右させることには賛成できない<sup>(9)</sup>。あるいは本件のような場合は、申立てを単独所有権確認請求に制限した場合であり、制限の外にある共有持分権には既判力は及ばないとの見解がある<sup>(10)</sup>。しかし、そのような分断を当事者に認めるのがよいのが問題であるし、仮に制限することを当事者に認めたとしても、裁判所や相手方にも分かるように、原告の制限する意思は明確に表明されるべきであろう。

三 既判力の客観的範囲と訴訟物の範囲 両者は一致すべきであるという点はかつては異論がなかった。しかし、争点効理論の進展により判決理由中の判断に拘束力を肯定する見解が有力になるにつれて、既判力と訴訟物の関係についても疑問が呈示されるようになった。既判力の拘束力の淵源（遮断効、失権効の根拠）を手続保障に求め、既判

力の範囲を手続保障や提出責任の有無で考える説が有力になつてきたが、この説によれば、既判力の範囲は訴訟物に拘束される必然性はなくなる。かくして既判力と訴訟物の関係は全くないのか、あるとした場合それはどのような関係なのか争われ、現在、学界は判決理由中の判断の効力を含めた判決効と訴訟物の関係について模索している状態にあると思う<sup>(11)</sup>。

反対意見と補足意見の対立は正にこのような学界の状況を反映しているように思う<sup>(12)</sup>。既判力の範囲について訴訟物を重視すると、その内容が形式的で空虚な場合がありうるが、訴訟物との関係を切断すると、訴訟物に代わる指標を呈示できるのが問題になる。既判力の範囲は当事者にとつて重要であるだけに範囲を示す指標は明快であることと、実用的であることが要求されるが、訴訟物に代わるべきものが十分に明らかにされていない現状では、訴訟物を基準に考えるしかない。そうすると、既判力の範囲は形式的になるとの批判はあるが、それは審理を充実させることによつて克服することは可能である。これに対して、訴訟物に代わる明確な指標がないままに既判力の範囲が決められるならば、類似の事件が同じように処理される保障がなく、それは正に衡平を欠く点で問題である。このような理由か

ら訴訟物を重視し、既判力は訴訟物の範囲と一致するという原則は堅持すべきものと考ええる。

本件の反対意見は、既判力は訴訟物に拘束されないで他の要因を考慮して決めるべしとの意見であるが、問題は何をどのように考慮するのかが問題である。その指標は判例の集積を待つというのであれば、既判力の範囲の基準は透明性に欠けるし、裁判所の判断が恣意的にならないとの保障はない。また本件は事案の経緯からして、訴訟物の範囲内であっても既判力が及ばない例外の事例として考えるべしとの意見がある<sup>(13)</sup>。確かに、具体的な解決方法としては妥当な考えかもしれない。しかし、その例外をどのように要件化したり、一般化できるのだろうか。それが提示できないれば、問題が残る。それならば信義則で一般化できるかしかし、いかなる点が信義に反したのが問題になる。Yが前訴の判決理由の判断に従わない点が問題になるのかもしれないが、法的に非難されるかは疑問であるし、そもそも非難されるべきは、単独所有の主張に固執して不十分な権利主張を展開した原告ではないかと思う<sup>(14)</sup>。

これら諸説が指摘するように、本件の前訴の審理は不適切であった。しかし、そうであるにしても、それを既判力で調整するのは問題である。不適切な審理は前訴において

是正されるべきであって、先送りして後訴の問題とすべきではない。安易な準備のもとに訴えが提起され、既判力が及ばないことを理由に訴えが繰り返されることは避けなければならぬ。

#### 四 関連する重要な問題

本件で既判力を肯定してX<sub>1</sub>の共有持分権を否定した場合、二つの重要な問題が生じる。

第一はX<sub>1</sub>の遺産確認の訴えの原告適格の問題であり、第二は今後の遺産分割の方法の問題である。既判力を否定すると、このような問題は生じないから、否定説の諸説はこのような関連した訴訟や事後的な問題をも考慮した説ということもできるし、これらの説は既判力否定の結論が先行したということもできる<sup>(15)</sup>。確かに否定説はこれらの問題に対して単純明快で優れているが、しかし、肯定説は次のように考えれば済むことであり、否定説に比べて劣っていることにならない。

第一の遺産確認の訴えのX<sub>1</sub>の原告適格の問題については、この訴えが共有者の固有の共同訴訟であることが求められていることと、前訴の既判力を肯定するとX<sub>1</sub>は相続人ではあるが共有者でないという点をどのように考えるかという<sup>(16)</sup>ことである。X<sub>1</sub>が共有者でないことを理由に原告適格を否定することは、X<sub>1</sub>はYに対して共有者でないにしても、



$X_2$ に対しては共有者であるから妥当でない。あるいは $X_1$ を被告とするとの説も考えられる。しかし、本件では $X_1$ と $Y$ とが争い $X_1$  $X_2$ が共同していることを考えると、紛争の実態に相応しない。このようなことを考えると、 $X_1$ の原告適格を肯定すべきであるが、問題はその理由づけであり適格肯定の基準である。この訴えが機能を發揮するためには、本件のような場合でも関係者全員をこの訴訟に取り込むべきであり、そうであるならば、適格は共有権が残存している限り肯定されるべきである。仮に全部喪失している場合であっても、相続人であったということだけで肯定してよいと考える。

第二の具体的な遺産の分割方法の問題については、 $X_1$ が $Y$ との関係で共有持分権を有していないことが既判力で確定していることを、遺産分割においてどのように考慮するかという問題である。判決がある以上、その判断は無視できない。しかし、判決が確定したのは $Y$ との関係での $X_1$ の持分権の否定であるから、 $X_1$ の持分が全て $Y$ のものというわけではない。そうなると、本来の $X_1$ の持分相当分を $X_2$  $Y$ で半分にしたと想定して、半分は $X_1$ 、他の半分は $Y$ に認めるといふ方法が、<sup>(18)</sup>穩当であり妥当な解決方法のように思う。なお研究会では正にこれらの点が議論になり、遺産確認

の訴えの認容と共有持分権の不存在確認は矛盾するのではないか、既判力を認めることよってこの事件は本当に解決できるのか、既判力の肯定説の遺産分割方法は根拠があるとは思えないといった批判的な意見が述べられた。また判例の反対意見は既判力を肯定して信義則で否定するよう述べているが、そもそも既判力が生じないというべきではないだろうかという意見もあった。

(1) 最高裁平五(オ)第九二〇号事件であり、これに対する最高裁の判断は、本判決を掲載している雑誌に本判決と並んで掲載されている。そのこともあって高見進・私法判例リマークス一六号一三五頁以下(平一〇)、上田徹一郎・民商法雑誌一一七巻六号九九頁以下(平一〇)は、両判決を取り上げて研究している。高橋宏志「既判力補論」法学教室二〇九号八二頁以下(平一〇)は本判決に力点を置いているが、この判決についても分析している。越山和広「必要的共同訴訟と既判力」民訴法判例百選II(新法補正版)四四五頁(平一〇)は、両判決について簡単なコメントを述べている。

原審判決は東京高判平成四年一月一七日判時一四五三号一三二頁であるが、判例研究等としては中山幸二・法学セミナー四六八号六四頁(平五)、奈良次郎・私法判例リマークス八号一四四頁(平六)、徳田和幸・判例評論四二

○号三一頁以下(平六)、仙波英躬・判例タイムズ八五二号二一二頁以下(平六)がある。なお大津卓也「所有権取得原因事実の主張は攻撃防御方法か」判例タイムズ八八七号四頁以下(平七)は論説であるが、原審判決を取り上げ自説を展開したものである。

(2) 小山昇『判決効の研究』著作集二巻九頁(平二、初出は昭四〇)。なお本件の結論の妥当性(座りの良さ)を導くために、後訴の提起を認める(既判力の遮断効を働かせない)とする見解が、種々の観点から主張されている。徳田・前掲注(1)三四頁は共有持分権の観点から、上田・前掲注(1)一〇五頁以下は申立事項の観点から、高見・前掲注(1)一三七頁以下は既判力の範囲と訴訟物の観点から、それぞれ考察し、後訴を適法とする説を明らかにしている。高橋・前掲注(1)八二頁以下はこのような試みと判例の問題点を総合的に判断し、判例に賛成している。

(3) 木川統一郎『民事訴訟政策序説』三二一頁以下(昭四三、初出は昭三二)。大津・前掲注(1)八頁以下。なおドイツの状況については Amz/Luke, ZPR 6, Aufl. (1994), § 14 (S.127); Jauernig, ZPR 24, Aufl. (1993), 37 Ⅲ 3 (S.143) 等で述べられている。すなわち前者は事実関係を訴訟物の識別基準とすることを、後者はそうでないことを主張しているが、それぞれ自説と同趣旨の見解と反対する説とを引用している。

(4) 高橋・前掲注(1)八四頁は、紛争解決の一回性を理由に反対説を批判する。

(5) 所有権と共有権に関する判例・学説の状況については、徳田・前掲注(1)三四頁、高見・前掲注(1)一三六頁が詳論している。

(6) 徳田・前掲注(1)三四頁は、本判決が支持した原審の判例研究であるが、原判決のいわゆる座りの悪さをこのような観点から直すべきことを示唆している。

(7) 高見・前掲注(1)一三七頁は、同様な趣旨から、この点の議論については本判決に賛成している。

(8) 徳田・前掲注(1)三四頁は、裁判所はX<sub>1</sub>に相続の事実を主張する機会を与えるべきであったと指摘し、高橋・前掲注(1)八六頁注4は前訴の高裁の判断について、積み義務違反による破棄差戻しの可能性を詳論する。

(9) 高橋・前掲注(1)八七頁以下は可能性を詳細に分析し、否定的な結論を論証する。すなわち本件のような場合を含めて、共有関係の主張を遮断しない方法を挙げ、それぞれ訴訟法的観点から難点があることを詳論する。

(10) 上田・前掲注(1)一〇五頁以下が詳論するところであるが、本件のような単独所有権確認訴訟の申立ては、通常は遺産の一部認容は求めない趣旨と解すべきであるとも述べている。そしてそれを根拠に遺産共有持分権の主張は既判力で遮断されないことを強調する。

- (11) 学説の状況については、近く公刊される拙稿「既判力の客観的範囲」、『民事訴訟法の争点〔第三版〕』に譲る。本件はいわゆる既判力の縮小の問題であるが、これについては高橋・前掲注(1)八四頁以下、同「注釈民法(4)三」一六頁以下(鈴木正裕・青山善充編)(平九)等に詳しい。
- (12) 補足意見は、既判力の範囲と訴訟物が一致すべきことについて「ほぼ異論がないところであろう」と述べているが、現在の状況は必ずしもそうではない(前掲注(11)で挙げた拙稿参照)。なお多数意見と少数意見は三対一であったが、この数字と担当裁判官の経歴に興味を覚える。少数意見の福田裁判官は外交官出身である。補足意見の根岸裁判官は検察官出身であり、多数意見を構成した大西勝也裁判官は裁判官出身、河合伸一裁判官は弁護士出身である。
- (13) 高見・前掲注(1)一三七頁は、原告に共有持分権を予備的に主張させることは酷であることを理由に、本判決に反対し、反対意見に賛成する。なお越山・前掲注(1)四四五頁は本件について、「当事者の訴訟内外の争い方の態様にまで目配りして既判力の範囲を縮小することの必要性を痛感させる」と述べているが、これは反対意見に賛成という趣旨と思われる。
- (14) 判決効と信義則論については、拙著『民事訴訟法における既判力の研究』二三五頁以下(平五)に譲る。
- (15) 越山・前掲注(1)四四五頁は、「Xが前訴の既判力に

かわらず相続による共有持分権を主張できると解すれば、疑問のほとんどは解消する」と指摘する。

- (16) 遺産確認の訴えの当事者適格についての判例・学説の状況や問題点については、徳田・前掲注(1)三二頁以下、奈良・前掲注(1)一四五頁以下が詳論している。

- (17) 高橋・前掲注(1)八四頁注2はこのような考察から、本件判例に賛成の理由を述べている。私見はこれに基づく。
- (18) 高橋・前掲注(1)八七頁が詳論している。

(平成一〇年四月三〇日稿) 坂原 正夫

## 〔追記〕

- 脱稿後に注(11)で述べた拙稿が公刊された。したがって注(11)、注(12)の拙稿の頁数は二三四頁以下ということになる。また校正時までに気がついた本判決に関する論考としては、次のようなものがある。それぞれの指摘や主張は、機会を得て考察しなければならぬと思っている。論説は山本和彦「法律問題指摘義務違反による既判力の縮小」最判平成九年三月一日(判タ九三七号一〇四頁)を手掛かりとして「判例タイムズ九六八号七八頁以下(平一〇)であり、判例解説は村松和徳・受験新法四七巻一二号一八八頁以下(平九)、池田辰夫・ジュリスト一一三五号一二三頁以下(平一〇)、後藤勇・判例タイムズ九七八号七八頁以下(平一〇)である。

なお本研究で論じた訴訟物と既判力の客観的範囲の問題については、今日では議論が錯綜しており、判例・学説の状況の認識とその分析が重要である。校正時までに公刊された文献としては(前記拙稿や新法の体系書・教科書類は除く)、大村雅彦「既判力の客観的範囲」鈴木重勝・上田徹一郎編『基本問題セミナー民事訴訟法』三二二頁以下(平一〇)、山本克己「訴訟物論争の回顧と現状」民事訴訟法の争点〔第三版〕一三三頁以下(平一〇)、三木浩一「訴訟物概念の機能」同上二三四頁以下、原強「判決理由中の判断の拘束力」同上二三八頁以下等がある。本来ならば本判例研究において、前記の新しい判例研究と同様に、これらを参照し、私見の立場から意見を述べなければならないが、ここでは無理なので今後の課題としたい。