慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	再訴事案の法的規律 : 英米法理論からの比較法的アプローチ
Sub Title	Res Judicata in successive actions: a comparative approach with English civil procedure and American civil procedure
Author	川嶋, 隆憲(Kawashima, Takanori)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2013
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.86, No.11 (2013. 11) ,p.37- 110
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20131128-0037

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.

再訴事案の法的規律

——英米法理論からの比較法的アプローチ——

川嶋隆憲

一　はじめに
二　英米法理論との比較考察
1　イギリス法
2　アメリカ法
3　日本法との比較
三　基本的視点
1　訴訟物論と既判力論の峻別
2　既判力論と信義則論の峻別
3　争点効と「五一型遮断効」の峻別
四　再訴事案の法的規律
1　一般原則とその例外
2　同一紛争の蒸し返し
3　一部請求後の残部請求
4　既判力の縮小について
五　おわりに

一　はじめに

本稿は、再訴事案[1]——いわゆる蒸し返し訴訟——の法的規律に関して、英米法理論からの示唆を得て、わが国の判例および学説の一部が採用する、既判力と信義則を併用したアプローチを再評価するとともに、解釈・立法のための新たな理論枠組みを提示することを目的とする。

わが国の判例によれば、既判力は原則として前訴と同一の訴訟物について生じると解される一方、前訴と後訴で訴訟物を異にし、その結果、既判力が作用しないと考えられる場合でも、後訴が前訴の実質的な蒸し返しである場合には信義則を根拠として後訴を遮断することができるという法理（以下、「信義則に基づく後訴遮断の法理」という）[2]が確立している。このような、既判力の限界を信義則によって補完するというアプローチに対しては、信義則を根拠とするがゆえの判断基準のあいまいさが指摘されるが、当事者が前訴と同一または関連する訴えを提起する背景には様々な目的や動機がありうることに鑑みると、そのすべてを既判力という厳格かつ画一的な法原理によって処理することは適当ではなく、信義則という一面においてあいまいであるが、他面において柔軟かつ弾力的な法規範によって調整することが必要かつ有益であると考えられる。このような観点は、既に一部請求論において指摘されているところであるが[3]、同様の観点は、再訴事案一般に当てはまるものと思われる[4]。

筆者は、これまでに、イギリスおよびアメリカの判決効理論の研究から、イギリス法においては、判決効の原則的ルールによっては妥当な結論が得られない場合でも、個別事情に基づく裁判所の総合的判断の下、手続濫用法理を根拠として後訴を遮断することができるという判例法理が形成されていることを紹介した[5]。また、アメリカ法においては、イギリス法とは対照的に、原則として前訴と実質的な同一性または関連性を有する請求および争点について広く判決効が及ぶ一方、判決効が及ばないとされる例外的な場合について詳細なルールが存在しており、判決効理論を全体として見た場合には、具体的事案に応じたきめ細かな利害調整が可能となっていることを紹介した[6]。こうした英米法理論の状況は、再訴事案を厳格かつ画一的な法理によって処理することの限界を含意するものと言え、とりわけ、イギリスの判例法理が判決効の限界を手続濫用法理という抽象的規範によって補完していることは、わが国の信義則に基づく後訴遮断の法理と基本的な考え方を同じくするものとして示唆に富む。

そこで、本稿では、再訴事案の法的規律に関して、これらの英米法理論との比較考察をもとに、解釈・立法のための基本的視点を明らかにするとともに、新たな理論枠組みを提示することにしたい。なお、本稿においては、以下、とくに断りのない限り、同一当事者間における再訴事案を念頭に置いて議論を進める。

二　英米法理論との比較考察

英米法系における判決効理論はres judicata[7]を中心に構成されるが、res judicataの原則的な範囲と例外に対する考え方はイギリスとアメリカとで必ずしも同じではない。両国の判決効理論については既に別稿で紹介しているが[8]、わが国の判決効理論およびその周辺理論との比較考察に必要な範囲で、各国の基本的な考え方を整理しておく。

1　イギリス法

(1)　原則――訴訟原因禁反言および争点禁反言

イギリス民事訴訟法におけるres judicataは[9]、訴訟原因禁反言（cause of action estoppel）と争点禁反言（issue estoppel）から構成される[10]。前者は、前訴と同一の訴訟原因について再び争うことを禁止する法理であり、わが国でいう既判力に相応する概念である。他方、後者は、前訴と同一の争点について再び争うことを禁止する法理であり、わが国ではこれに相応する制定法上の概念は存在しないが、判決理由中の判断の拘束力に関して学説上有力に主張されている争点効理論や信義則による拘束力説の考え方がこれに近い。なお、イギリスにおいては、アメリカのリステイトメントに見られるようなres judicataに関するルールの準立法化は見られず、その解釈・

適用はもっぱら判例法に委ねられている状況にある。

まず、訴訟原因禁反言は、原則として前訴と同一の訴訟原因（cause of action）について再び争うことを禁止する法理である。「訴訟原因」とは、「特定の権利義務を発生させるのに必要な範囲の事実」[11]ないし「特定の法的観点」[12]をいうと解されており、請求（claim）概念にほぼ相応すると見られる。訴訟原因禁反言が働くのは、前訴と同一の訴訟原因に基づいて再び訴えが提起された場合であり、前訴と後訴で訴訟原因の同一性が認められる場合には、その訴訟原因の全体について後訴で争うことが禁止される。また、訴訟原因禁反言は絶対的な効力であるとされ、当事者が新たな証拠を発見した場合や、法に重要な変更があった場合でも、既に判断された訴訟原因について再び争うことは許されないとされる[13]。

一方、争点禁反言は、前訴と同一の争点について再び争うことを禁止する法理である。訴訟原因禁反言が前訴における訴訟原因の全体について生じるのと異なり、争点禁反言が生じるのは、前訴において実際に審理・判断をした争点であり、かつ、争われている訴訟原因にとって不可欠の争点でなければならない[14]。また、訴訟原因禁反言が絶対的な効力であるのとは対照的に、争点禁反言は「特別の事情（special circumstances）」がある場合には働かない。この「特別の事情」が認められる事案類型には、大別して、①当事者が新たな証拠を発見した場合で、当該証拠が前訴当時において獲得することができなかったものであり、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、②判例に重要な変更があった場合で、当該判例によれば前訴判決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があるとされる[15]。

(2) Henderson ルール――手続濫用法理に基づく後訴遮断

① 概　要

イギリス法においては、訴訟原因禁反言や争点禁反言とは別に、紛争の実質的な蒸し返しを禁止する法理とし

て、Hendersonルール（the rule in *Henderson v Henderson*）と呼ばれる判例法理が存在する。このHendersonルールは、一八四三年の*Henderson v Henderson*事件判決[16]（以下、「Henderson事件判決」という）によって表明され、以来、今日に至るまで先例としての価値を有する。同ルールの理解については変遷も見られるが、今日では、ある事項を後訴で争うことが手続の濫用（abuse of process）にあたると評価される場合に、当該事項を争うことを禁止する法理として理解される[17]。ここでは、今日においてHendersonルールに関して最も包括的かつ権威的な先例として知られる[18]、二〇〇〇年の*Johnson v Gore Wood & Co*事件の貴族院判決[19]（以下、「Johnson事件判決」という）の紹介を通して、Hendersonルールの全体像を整理する。

② Johnson事件判決

本件事案は、不動産開発事業を営むWestway Homes社（以下、「WWH社」という）およびその実質的な所有者であるJohnsonが、ソリシタ事務所のGore Wood & Co（以下、「GW事務所」という）を介して行った土地取引に関して、取引の相手方との間で紛争を生じた結果、多額の損害を被ったとしてGW事務所との間で紛争を生じたものである。WWH社はGW事務所に対して職務上の過失に基づく損害賠償を求める訴え（前訴）を提起する一方、Johnsonは自身の被った損害については経済的困窮等を理由として賠償請求を留保した[20]。本件訴訟においては、GW事務所がWWH社に対して請求額のほぼ全額に相当する額を支払う内容の和解が成立したが、その後、Johnsonが自身の被った損害についてGW事務所に対して職務上の過失に基づく損害賠償を求める訴え（後訴）を提起したため、GW事務所は本件請求が手続の濫用にあたるとして争った。当時の最上級裁判所であった貴族院は、Hendersonルールに関するそれまでの先例の集積をもとに、次のように判示している。

まず、Bingham裁判官は、Hendersonルールを手続濫用法理の一つとして位置づけたうえで[21]、手続濫用にあたるか否かにとって決定的な問題は、「当事者が前訴において提出することができた争点を裁判所に提出しよう

とすることが、事件の一切の事情に照らして（in all the circumstances）、裁判所の手続を誤用ないし濫用するものであるかどうか」であると述べ、当時有力な見解であった、もっぱら前訴における提出可能性を基準として手続濫用の有無を判断する考え方を「ドグマチックなアプローチ」として批判した。[22] そのうえで、本件請求の適否に関しては、前訴当時における Johnson の経済的困窮という事情は原則として別訴を正当化するものではないと述べる一方、そのような事情が相手方当事者によって生じた場合には例外が認められるとして、結論において手続の濫用を否定した。[23]

また、Millett 裁判官は、Henderson ルールが未だ審理・判断されていない事項について訴訟で争う機会を否定するものである点について、「コモン・ローによって与えられ、かつ、一九五三年人権条約の第六条第一項によって保障される裁判所へのアクセスを認め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（prima facie）を受ける」との認識を示したうえ、[24] 本件において考えるべき唯一の問題は、「本件訴訟を提起することが、被告にとって過度の負担であるか否か、あるいは、裁判所の手続の濫用であるか否か」であり、それは、「原告が本件訴訟を提起した時点を基準として、それまでに生じたあらゆる事情に照らして（in the light of everything that had then happened）判断されなければならない」と述べている。[25] そして、本件請求の適否については、Johnson の請求は WWH 社の請求と争点を異にしており、両者は別々に審理することが可能かつ適切であるとして、[26] 本件請求は被告にとって過度の負担であるとも、また、裁判所の手続の濫用であるとも言えないとした。[27]

③ Henderson ルールの形成と発展

そもそも、一八四三年の Henderson 事件判決[28]において表明されたルールは、「res judicata の抗弁は、特別の場合を除いて、裁判所が当事者によって意見を表明し判決を下すことを実際に求められた点だけでなく、訴訟対象の範囲内に適切に含まれており、かつ、当事者が相当な注意を払うことにより、同時に提出することができた

あらゆる点についてあてはまる」[29]と述べるものであり、もともとはres judicataを拡張的に適用する旨を表明した先例に過ぎなかった。ところが、その後、既に審理・判断された事項を遮断する法理としてのres judicataと、未だ審理・判断されていない事項を遮断する法理としてのHendersonルールの違いが認識されるようになり[30]、近年では、Hendersonルールはres judicataとは区別された手続濫用法理に基礎を置くルールとして理解されている。前記Johnson事件判決もまた、そのような近年の理解を前提とするものであった。

では、ある事項を後訴において争うことが手続の濫用にあたると評価されるのはどのような場合か。この問題に一つの答えを示したのが、一九七五年の*Yat Tung Investment Co Ltd v Dao Heng Bank Ltd*事件の枢密院司法委員会判決[31]（以下、「Yat Tung事件判決」という）であった[32]。同判決では、Hendersonルールの適用基準として、「前訴手続において争うことができ、それゆえに争うべきであった事項（matters which could and therefore should have been litigated）を後訴手続において主張することは、手続の濫用にあたる」という準則――のちにKilbrandon原則と呼ばれる[33]――を示した判決として知られる。しかしながら、このような前訴における提出可能性を要件としてHendersonルールの適用を考えるというアプローチに対しては批判も強く、貴族院もまた、Johnson事件判決において「ドグマチックなアプローチ」であると指摘する。

Johnson事件判決は、これに代わる新たなアプローチとして、「当事者が前訴において提出することができた争点を裁判所に提出しようとすることが、事件の一切の事情に照らして、裁判所の手続を誤用ないし濫用するものであるかどうか」（Bingham裁判官）、「それまでに生じたあらゆる事情に照らして」「本件訴訟を提起することが、被告にとって過度の負担であるか否か、あるいは、裁判所の手続の濫用であるか否か」（Millett裁判官）という事案ごとの個別具体的な事情に基づく総合判断的なアプローチを採用したものである。このようなアプローチは一面において、判断基準のあいまいさという問題を不可避的に伴うものであるが、Johnson事件判決におい

ては、①前訴において訴えを提起することができなかった事情が相手方当事者によって生じたこと（Bingham 裁判官）、②前訴は後訴と争点を異にしており、両者は別々に審理することが可能かつ適切であったこと（Millett 裁判官）、が手続の濫用を否定する要素として働いており、このことは同様の事案を処理するに際して参考になるものと思われる。

(3) 学説による評価

① Watt 教授の見解

Henderson ルールに関する代表的な論者である Watt 教授は[34]、Henderson ルールの先例としての価値に疑問を示し、同ルールの廃止を強く主張する一方、これに代わる新たなルールとして、前訴と同一の事実を基礎とする後訴の提起は、前訴と訴訟原因が同一である場合を除いて、適法な訴えであることにつき推定を受けるとしたうえで、後訴について手続を進めることが当事者間の衡平を害する場合、または手続の濫用にあたる場合には、その推定が覆されるという見解を提唱する[35]。手続の濫用にあたる場合に後訴が遮断されるという点では判例法理と共通するが、後訴が無制約に遮断される危険を避けるため、後訴遮断の限界に関して、以下のような一定の規範化を試みる点に特徴がある。

すなわち、Watt 教授の見解によれば、前訴と後訴で訴訟原因を異にする場合、それによって当然に後訴が許容されるわけではないものの、後訴が適法であることが推定されるという。したがって、前訴と類似または関連する後訴を提起する原告としては、さしあたって後訴が前訴と異なる訴訟原因に基づくものであることを示せば、被告の反証がない限り、当該請求について審理・判断を受けることができる[36]。このような推定が働くことは、res judicata が適用される場面を制限することができるというメリットがあるほか、とりわけ、原告が訴訟を複数回に分けて提起することに十分な理由がある場合において、望ましい結果をもたらすという。同教授は、その

ような例として、原告が訴訟の複雑化を避けたいと考える場合、前訴において同時に請求することが社会的礼儀に反する場合[37]、裁判所がすべての請求を同時に審理するだけの設備を備えていない場合、また、当事者間において特定の請求を一時的に請求しない旨の合意があった場合や、被告からの申出を受けて原告が請求の行使を差し控えた場合を挙げる[38]。

他方、後訴について手続を進めることが当事者間の衡平を害する場合[39]、あるいは手続の濫用にあたる場合には、上記推定は覆される。Watt 教授自身、手続の濫用にあたる場合の判断基準の明確化は困難であるとの認識を示しながらも、訴訟の最終性や効率性といった政策的考慮が無制約に働く危険を避けるため、原則的な基準として「後訴が司法手続に対する信頼を失わせるおそれがあるか否か」という基準を提唱する[40]。

② Handley 裁判官の見解

res judicata 研究の第一人者として知られる Handley 裁判官は[41]、Henderson ルールはもともと res judicata に関する先例であったにもかかわらず、その後、大きく誤解されるに至ったと指摘し、とりわけ前記 Yat Tung 事件判決は、res judicata を過度に拡張するものであったと批判する[42]。また、これまで Henderson ルールが問題になった事案の多くは、訴訟原因禁反言や争点禁反言でカバーされる事案であったとの見方から、Henderson ルールの発展は不要であったのみならず、審理・判断に値する請求までをも遮断する危険性を有するもので、却って有害であったと指摘する[43]。もっとも、同裁判官の主張は、Henderson ルールを全面的に否定する趣旨ではなく、Yat Tung 事件判決に見られたような Henderson ルールの広範な適用に異議を唱えるものであり、Johnson 事件判決をはじめとする最近の判例が、手続の濫用という枠組みのなかで Henderson ルールの限界を画そうとする傾向には好意的なようである[44]。

また、Handley 裁判官は、過去の判例の分析から、後訴請求が濫用的であるか否かの判断に際しては、前訴の

勝敗が重要な要素になっているとし、前訴原告が本案で勝訴判決を得た事案や、和解の結果、前訴原告が勝訴判決を得たのと同様の結果を得た事案においては、そのことが後訴請求を許容する要素として強く働いていると指摘する。[45] 加えて、前訴原告が敗訴した場合でも、本案で敗訴した場合と、手続的・技術的な理由から敗訴した場合とでは大きな違いがあり、後者の理由のみをもって敗訴した場合には、後訴請求が許容される場合があることを示唆する。[46]

2　アメリカ法

(1)　原則――請求排除効および争点排除効

アメリカ民事訴訟法における res judicata は、[47] 請求排除効（claim preclusion）と争点排除効（issue preclusion）から構成される。res judicata に関する様々なルールは、リステイトメントの形で準立法化が図られており、今日では、一九八二年に刊行された『判決リステイトメント〔第二版〕』[48]（以下、「判決第二リステイトメント」という）が、国内の解釈・運用に影響を与えている。

まず、請求排除効は、前訴と同一の請求について再び争うことを禁止する法理であり、イギリス法における訴訟原因禁反言に相当する。もっとも、請求排除効との関係でいう「請求」の概念は、一般的な意味での請求概念とは区別され、「事件テスト（transaction test）」と呼ばれる判断基準の下、前訴と同一の事件またはこれと一連性を有する事件から生じた請求を広く含む概念として理解されている。判決第二リステイトメントは、この「事件テスト」を採用する旨を明らかにしており、同二四条一項は、請求排除効の原則的な範囲について、「訴訟の原因となった事件の全部もしくは一部、または一連の関連する事件に関して原告が被告に対して救済を求めることができるあらゆる権利が含まれる」[49] と規定する。また、同二項は、「どのような事実の集合が『事件』を構成

するか、また、どのような集合が『一連』を構成するかは、当該事実が時間、場所、原因または動機において相互に関連するか否か、それらが適当な事実審理の単位を構成するか否か、および、それらを事実審理の単位として扱うことが当事者の期待、取引上の了解または慣例に合致するか否かという考慮に重点を置いて、実用主義的に（pragmatically）決定されなければならない[50]」と規定しており、「事件テスト」の適用に際しては、主として、①事実相互の関連性、②裁判所の便宜、③当事者の期待といった諸要素を勘案して判断されるべきことを明らかにしている。

また、「事件テスト」の下では、請求排除効は前訴と同一の事件またはこれと一連性を有する事件に関して生じた請求について広く及ぶことになるが、このことは、ある事件に関連して複数の請求を有する者は、それらの請求について裁判所の判決を求めるのであれば、一回の訴訟においてそのすべてを同時に訴求しなければならないことを意味する。このように、「事件テスト」の下では、これと表裏一体をなす原則として、関連請求を分割して訴求すること（splitting）が禁止されるという原則（以下、「分割訴訟の禁止原則」という）が導かれる[51]。

一方、争点排除効は、前訴と同一の争点について再び争うことを禁止する法理であり、イギリス法における争点禁反言に相当する。アメリカの争点排除効も、争点排除効を生じるためには、前訴において実際に審理・判断をした争点であり、かつ、争われている請求にとって不可欠の争点でなければならない点で、イギリス法における争点禁反言と基本的な考え方を同じくする。ただし、アメリカ法においては、争点の同一性判断に関しても、請求の同一性判断におけるのと同様に実質的な要素が勘案され、前訴と後訴の争点間に完全な同一性が認められない場合でも、①当該争点に関する主張や証拠の共通性、②当該争点に適用される法の同一性、③当該争点の前訴における予測可能性、④前訴請求と後訴請求の関連性といった諸要素に照らして争点の同一性が判断される[52]。

(2) 例　外

上記のように、アメリカ法の res judicata は、原則として前訴と実質的な同一性または関連性を有する請求および争点について広く及ぶ一方、判決効が及ばない例外的な場合について詳細なルールが存在する点で特徴的である。請求排除効および争点排除効の原則に対する例外として、判決第二リステイトメントは次のように規定している。[53]

まず、請求排除効の一般原則に対する例外として、①当該判決が、裁判管轄権の欠缺、不適切な裁判地、または当事者の不併合または誤併合を理由とする却下判決である場合、②原告が自発的に訴えを取り下げた場合または裁判所が訴えの取下げを原告に命じた場合、③法律または裁判所規則において、強制的却下または自発的取下げに関して遮断効が作用しないと規定されている場合、もしくは、裁判所が遮断効の発生を明示しない限り遮断効が作用しないと規定されている場合でその旨の明示がない場合が挙げられる。[54] また、前訴における原告敗訴の判決が、請求が訴訟をするのに熟していないことに基づく場合、あるいはまた、訴え提起の前提条件を充足できなかったことに基づく場合も請求排除効は生じないとされる。[55]

次に、分割訴訟の禁止原則に対する例外として、①原告が関連請求を分割して訴求することについて、当事者間に明文または事実上の合意があるか、被告がそれに黙示的に同意した場合、②前訴裁判所が原告について後訴を維持する権利を明示的に留保した場合、③前訴裁判所の管轄権その他の手続上の制約のために、前訴において原告が特定の法的観点に依拠することや特定の救済方法を求めることができなかった場合、④前訴判決が法律上または憲法上の制度の公正かつ公平な実施と明らかに矛盾しているか、それらの制度趣旨に照らして原告が関連請求を分割して訴求することが許容されている場合、⑤継続的ないし反復的な契約または不法行為の事案に関して、過去および将来の全損害について一度に訴えるか、訴え提起時までに生じた損害について期間を区切って訴

えるかの選択権が原告に与えられている場合が挙げられる。[56] また、上記のいずれにも該当しない場合であっても、⑥請求排除効を基礎づけている政策が、「特別の理由」によって排除されることが明白かつ説得的に証明された場合には再訴が許容されるとしている。[57]

また、争点排除効の例外としては、①後訴において争点排除効を主張される側の当事者が、法律上、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、前訴と後訴の請求が実質的に無関係である場合や、当該争点について新たな判断をすることが法状況の変化や法の公正な運用の観点に照らして正当化される場合、③当該争点について新たな判断をすることが、両裁判所における手続の質や範囲の相違に照らして、または、裁判所間の管轄権の分配に関する要素に照らして正当化される場合、④前訴と後訴で当該争点に関する証明責任の負担に差異がある場合が挙げられる。[58] さらに、上記のいずれにも該当しない場合であっても、⑤当該争点について新たな判断をすることに明白かつ説得的な必要性がある場合には争点排除効の例外が認められるとされており、[59] これには、ⅰ前訴判決の判断が、公共の利益または前訴において当事者ではなかった者に不利益となる影響を及ぼす可能性がある場合、ⅱ前訴当時において当該争点が後訴において問題になることが十分に予見できなかった場合、ⅲ争点排除効を主張される側の当事者において、相手方当事者の行為その他の特別の事情のために、前訴において十分かつ公平な判断を得る適切な機会や動機がなかった場合などが含まれるとされる。[60]

このように、判決第二リステイトメントは、請求排除効および争点排除効の例外が認められる場合について個別的な規定を置くとともに、それらのいずれにも該当しない場合を想定した概括的な例外規定を置くことにより、具体的事案に応じた調整を行う余地を残している。

3　日本法との比較

(1)　原則論

わが国の民事訴訟法によれば、既判力は、確定判決に示された裁判所の判断のうち、「主文に包含するもの」（民訴法一一四条一項参照）に限って生じる。ここでいう「主文に包含するもの」とは、本案判決に関する限り、特定の訴訟物の存否に対する裁判所の判断を意味する。したがって、既判力の客観的範囲は原則として前訴における訴訟物の範囲に限定され、当事者は前訴と同一の訴訟物について再び争うことが禁止され、裁判所もまた前訴と同一の訴訟物が再び問題になるときには前訴裁判所の判断に拘束される。[61] なお、訴訟判決についても既判力を認めるのが今日の通説であるが、[62] 比較対象を限定するため、以下、本案判決に限定して論じる。[63]

上記のように、既判力の範囲は原則として訴訟物の範囲によって画されることから、伝統的には、既判力論は訴訟物論の影響を受けると考えられてきた。[64] すなわち、実体法上の権利義務ごとに訴訟物を観念する旧訴訟物理論を前提とすれば、前訴と後訴で実体法上の権利義務が異なる場合には訴訟物は別個であると解される結果、既判力は後訴に及ばないと考えられるのに対して、特定の給付または形成を求めることができる法的地位（確認の訴えにおいては実体法上の権利義務）を訴訟物として観念する新訴訟物理論を前提とすれば、前訴と後訴で実体法上の権利義務が異なる場合でも、前訴と同一の給付または形成を求める場合には訴訟物は同一であると解され、その結果、既判力は後訴に及ぶと考えられる。この点、わが国の判例・実務は旧訴訟物理論を前提としていると見られており、[65] したがって既判力は前訴の訴訟物たる実体法上の権利義務の範囲に限定されるのが原則となるが、その一方で、前訴と後訴で訴訟物を異にする場合でも、後訴が実質的に前訴の蒸し返しであると評価される場合には後訴は信義則に反して許されないとする判例法理――信義則に基づく後訴遮断の法理――が確立している。[66]

こうした、既判力に関するわが国の判例および一部の学説の考え方は、以下の点でイギリスの判例理論と共通

する面を有する。すなわち、第一に、既判力（イギリス法では訴訟原因禁反言）の原則的範囲については、アメリカの請求排除効に見られるような広範な射程を持っておらず、原則として前訴において審理・判断の対象となった請求に限定される点である。また、第二に、前訴において審理・判断の対象となっておらず、したがって既判力の原則的なルール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、既判力そのものを拡張するのではなく、既判力とは異なる抽象的規範――日本では信義則、イギリスでは手続濫用法理――を適用することによって後訴を遮断する点である。第三に、そうした信義則ないし手続濫用法理が適用されるか否かは、個別具体的な事情に基づく裁判所の総合的判断に委ねられている点である。もちろん、わが国の信義則概念とイギリスの手続濫用概念はそれぞれに異なる法概念であると見られるが、のちに見るように、具体的な考慮要素に関しては両者で重なり合う部分も少なくない。

(2) 例外①――理由中の判断の拘束力

既判力の原則論によれば、判決理由中の判断には既判力は生じない。もっとも、学説上は、理由中の判断にもなんらかの拘束力を認めることによって紛争の実質的な蒸し返しを禁止しようとする見解が有力に主張されている[67]。

その代表的な見解は、新堂幸司教授によって提唱された争点効理論[68]である。この見解によれば、判決理由中の判断であっても、①前訴請求の当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り、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、③裁判所がそれに対して実質的な判断をしており、かつ、④前訴と後訴の係争利益がほぼ同等である場合には、当事者間の公平に基づく一種の制度的効力として、争点効と呼ばれる拘束力が生じるとされる[69]。同教授によれば、争点効は、前訴判決の後訴に対する拘束力である点において、また、その拘束力の正当性を当事者間の公平に求める点において既判力と共通する面を有するとされる一方、争

点効は、前訴において当事者が主要な争点として争い、かつ、裁判所が実際に審理・判断した場合にのみ発生する効力である点において、原則として前訴の手続経過のいかんを問わず発生する既判力とは異なるとされる。また、既判力の有無は裁判所の職権調査事項であると解されるのに対して、争点効については争点効によって利益を受ける側の主張を待って取り上げれば足りるとされる。[70]

また、もう一つの有力な見解として、竹下守夫教授の見解に代表される信義則による拘束力説[71]がある。これは、訴訟上の信義則（民訴法二条参照）[72]を根拠として判決理由中の判断に拘束力を認める見解である。この見解によれば、前訴の勝訴者に対する拘束力と敗訴者に対する拘束力とが区別され、前訴の勝訴者については、①前訴において自己の主張が理由ありとして認められながら、②後訴に至って前言を翻し、前訴で得た利益と実体法上両立しえない利益を二重に取得しようとし、または、前訴で得た利益に当然伴う負担を免れようとする場合には、③拘束力を否定すべき特別の事情がない限り、「矛盾挙動禁止の原則」に反して許されないとされる。他方、前訴の敗訴者については、①前訴における主要な争点について、②相手方当事者において既に決着が着いたとの正当な信頼が生じ、法の規範的要求としてその事項につき再度の応訴・弁論を強制し得ないと認められる場合には、③拘束力を否定すべき特別の事情がない限り、「権利失効の法理」の趣旨に照らして当該争点を再び争うことが許されないとされる。[73]

これらの見解のうち、争点効理論は、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[74]――から示唆を受けて提唱された見解であり、[75]基本的には争点排除効と同様の判断枠組みを採用するものである。すなわち、日本の争点効も、アメリカの争点排除効も、前訴において当事者が実際に争い、かつ、裁判所によって審理・判断された争点について（審理判断要件）、当該争点についての判断が前訴判決にとって不可欠であった場合（不可欠性要件）に効力を生じる点で共通する。また、上記要件を満たしてもなお、前訴と後訴における係争利益

の大小ないし請求相互の関連性に照らして拘束力を生じさせることが妥当ではない場合を観念する点でも同様である。ただし、アメリカの争点排除効では、前訴と後訴の争点間に完全な同一性が認められない場合でも、①当該争点に関する主張や証拠の共通性、②当該争点に適用される法の同一性、③当該争点の前訴における予測可能性、④前訴請求と後訴請求の関連性、といった諸要素に照らして争点の同一性が判断される点で、より幅を持った概念であると言えようか。

一方の信義則による拘束力説は、争点効理論の提唱を受けて、信義則の観点から判決理由中の判断の拘束力にアプローチした[76]、わが国固有の学説である。判決理由中の判断に拘束力を認める点では、日本の争点効理論やアメリカの争点排除効と基本的な考え方を同じくするが、信義則による拘束力説は、勝訴当事者に対する拘束力発生根拠と敗訴当事者に対する拘束力発生根拠とを意識的に区別し、勝訴当事者に対する拘束力については、当該当事者の主張が前訴において実際に争われ、裁判所によって審理・判断されたこと（審理判断要件）を必要としない点で争点効理論と差異を生じる。例えば、自白のあった事実については、争点効理論や争点排除効の考え方によれば拘束力を生じないと考えられるのに対して、信義則による拘束力説によれば、少なくとも勝訴当事者との関係では拘束力を生じ、のちに当該事実と矛盾する主張をすることが禁止される。

(3) 例外②——信義則に基づく後訴遮断

わが国では、前訴と後訴で訴訟物を異にする結果、既判力が作用しない場合であっても、後訴が前訴の実質的な蒸し返しであると評価されるときには後訴は信義則に反して許されないとする判例法理——信義則に基づく後訴遮断の法理——が確立している。信義則適用に際しての考慮要素は、個々の判例によって表現ぶりや比重の置き方に若干の違いも見られるが、基本的な考慮要素としては、①前訴と後訴の実質的同一性、②後訴における請求または主張の前訴における提出可能性、③紛争決着に対する相手方当事者の合理的期待などを挙げることがで

きる。[77] また、信義則違反が認められる場合の事件処理については、一部に争点レベルで主張を却下する例も見られるが、[78] その多くは請求レベルで訴えを却下するものである。[79]

前述のように、わが国の判例理論とイギリスの判例理論は、判決効の原則的ルールによっては妥当な結論が得られない場合に、判決効とは異なる抽象的規範――日本では信義則、イギリスでは手続濫用法理――を根拠として、個別具体的な事情に基づく裁判所の総合的判断の下で後訴を遮断することができるという点で共通する。加えて、具体的な考慮要素を見ても、前記 Johnson 事件判決において示唆される、①前訴における提出可能性、②後訴を提起するに至った事情、③請求相互の関連性といった考慮要素は、わが国の判例に見られる考慮要素と大きく重なり合う。このように、日本法とイギリス法との間には、信義則を根拠とするか手続濫用法理を根拠とするかの違いこそあるが、再訴事案の法的規律に関して興味深い一致が見られるところであり、このことは、わが国の判例法理に見られる既判力と信義則による二元的なアプローチがわが国独自のアプローチではなく、歴史的・制度的な背景の違いを超えて一定の普遍性を持つことを意味するものと言える。

一方、わが国の判例理論とアメリカのそれとを比較した場合には、前者が既判力と信義則による二元的なアプローチを採用するのに対して、後者は res judicata による一元的なアプローチを採用する点で、両者の考え方は一見して対照的である。しかしながら、日本、アメリカともに、後訴において実質的な同一性ないし関連性を有する請求が争われる場合に、これを遮断する必要性を認めている点では共通しており、かつ、そうした後訴遮断の最大限を画しているのは両国ともに柔軟かつ弾力的な法理――日本では信義則、アメリカでは「事件テスト」――である点では共通する。どちらの理論も実質的な要素を勘案して後訴の適否を判断するものであり、アメリカの「事件テスト」の下で考慮される、①請求相互の関連性、②裁判所の便宜、③当事者の期待といった諸要素は、わが国における信義則の考慮要素とも親和的である。後訴遮断の最大限度を画する法的根拠を res judicata

という本来の判決効原則に求めるのか、それとは異なる抽象的規範としての信義則に求めるのかという理論的な違いはあるものの、どちらも実質的な要素を勘案して請求レベルで後訴を遮断するという点では同様の発想に立つものであり、その意味で、わが国の信義則に基づく後訴遮断の法理とアメリカの「事件テスト」による事件処理との間には一定の対応関係があると言ってよい。

(4) 小　括

これまで見てきたように、再訴事案の法的規律は、法系の異なる日本法と英米法との間だけでなく、同じ英米法系に属するイギリスとアメリカの間でも異なる特徴が見られるが、それぞれの共通点ないし類似点を手がかりとして各国の判決効理論およびその周辺理論を整理すると、概ね以下のように整理することができる。

まず、わが国の既判力概念は、前訴と同一の請求について再び争うことを禁止するという点において、イギリス法の訴訟原因禁反言、アメリカ法の請求排除効に対応する。ただし、その原則的範囲については、アメリカ法では、いわゆる「事件テスト」の下、原則として前訴と実質的な同一性または関連性を有する請求について広く請求排除効が及ぶのに対して、日本法やイギリス法では、原則として前訴において実際に審理・判断の対象となった請求についてのみ判決効が及ぶ点で異なる。また、わが国では、訴訟物概念が既判力の原則的な範囲を画しているが、英米法においてはわが国でいう訴訟物概念に対応する概念は見られないうえ、アメリカ法において顕著に見られるように、訴訟の審判対象としての請求概念と、判決効の原則的範囲を画する請求概念とは必ずしも一致しない。

次に、わが国において学説上有力に主張されている争点効理論および信義則による拘束力説は、前訴と同一の争点について再び争うことを禁止するという点において、イギリス法の争点禁反言、アメリカ法の争点排除効に相応する。このうち争点効理論は、アメリカ法のコラテラル・エストッペル（争点排除効）を学説上継受したも

のであるため、両者の間には当初から密接な対応関係があると言うことができ、争点排除効ないし争点禁反言に関する理論状況は、わが国における争点効理論の是非ないし解釈・運用を検討するに際して有益である。また、わが国の判例は、争点効理論に対して否定的な立場を示す一方で[80]、紛争の実質的な蒸し返しを禁止するための理論として信義則に基づく後訴遮断の法理を採用するが[81]、イギリス法において争点禁反言と手続濫用法理がそれぞれに別個の法理として相互補完的に機能していることは、わが国における争点効理論と信義則理論との関係を考えるにあたって示唆的である。

さらに、わが国の判例法理である信義則に基づく後訴遮断の法理は、判決効の原則的ルールによっては妥当な結論が得られない場合に、他の抽象的規範を根拠として後訴を遮断する点において、イギリスの判例法理であるHenderson ルール――手続濫用法理に基づく後訴遮断の法理――と対応する。これに加えて、請求相互の関連性や当事者の期待といった実質的な要素を勘案して、前訴と実質的な同一性ないし関連性を有する請求を遮断するという点において、アメリカの「事件テスト」による事件処理との間にも一定の対応関係が認められる。信義則に基づく後訴遮断の法理については、信義則としての性質上、裁判所の個別的な判断に委ねざるを得ない面がある一方で、予測可能性の観点からは、同法理の適用に際して裁判所が考慮すべき要素やその程度について一定の共通理解を形成しておくことが望ましいと言えるが[82]、イギリスの Henderson ルールやアメリカの「事件テスト」において斟酌される考慮要素は、わが国にとって示唆に富む。

このように見てくると、再訴事案の法的規律に関する限り、日本法と英米法との間には比較考察のための共通の理論的基盤があると言ってよい。そもそも、紛争の蒸し返しを禁止する必要性は裁判制度に普遍的な要請であり、特定の訴訟制度に固有のものではない以上、日本法と英米法との間に一定の相関性が見られることはある意味で当然のことかもしれないが、こうした英米法理論との比較可能性の存在は、わが国の理論を従来とは異なる

視角から捉え直す契機となりえよう。

三　基本的視点

前章では、再訴事案の法的規律に関する英米法理論との比較考察から、日本法と英米法との間に比較可能な理論的基礎が存在することを明らかにした。そこで、本章では、英米法理論から得られる視座をもとに、わが国の現状と課題をふまえて、再訴事案の法的規律を検討するに際しての基本的視点を提示する。

1　訴訟物論と既判力論の峻別

(1)　日本法の現状と課題

前述のように、わが国では伝統的に、既判力の客観的範囲は原則として訴訟物によって画されると考えられてきた。すなわち、民訴法一一四条一項は、「確定判決は、主文に包含するものに限り、既判力を有する」と規定しているところ、判決主文には訴訟上の請求すなわち訴訟物についての裁判所の判断が示されることから、訴訟物についての裁判所の判断に既判力が生じるとされる。また、実質的に見ても、当事者は訴訟物に対する裁判所の終局的な判断を求めているのであるから、この点の判断に既判力を認めれば当事者間の紛争解決にとって十分であると言えるし、訴訟物の範囲を超えて既判力を及ぼすことは、当事者の意思に反して不測の不利益を及ぼすおそれがあると考えられるからである。[83] こうして、わが国では「訴訟物＝既判力の客観的範囲」[84]という図式で示されるように、訴訟物論と既判力論は相互に密接不可分の議論として、訴訟物論は既判力論を見据えて論じられる一方、既判力論は訴訟物論を反映して論じられるのが伝統的な理解であった。[85]

もっとも、今日では「訴訟物＝既判力の客観的範囲」という単純な図式は様々な方面から修正を迫られている。[86] 例えば、新堂幸司教授によって提唱された争点効理論は、[87] 訴訟物に対する裁判所の判断に加えて、主要な争点に対する裁判所の判断についても既判力に準じる拘束力を認める点で上記図式を打ち破るものであったと言えるし、信義則を根拠として判決理由中の判断に拘束力を認める信義則による拘束力説[88]もまた同様である。また、旧訴訟物理論を前提としながらも、前訴と後訴の間に一定の関連性が認められる場合に既判力の拡張を認める見解は、[89]「訴訟物Ⅱ＜既判力の客観的範囲」を承認するものであるし、新訴訟物理論を前提としたうえで、既判力が及ぶのは前訴において裁判所が審理・判断した請求権に限定されるとする見解は、[90]「訴訟物Ⅳ既判力の客観的範囲」を承認するものであると言える。また、今日では、既判力の根拠を法的安定性と手続保障の両面に求める立場を前提として、前訴における提出可能性や期待可能性に照らして既判力の調整を行う考え方が有力に主張されるが、[91] このような考え方もまた訴訟物の範囲と既判力の範囲が一致しない場合があることを当然の前提とするものである。[92]

さらに、近年では、訴訟物論の持つ意義それ自体にも疑問の目が向けられており、訴訟物論が持つ影響力は、既判力論をはじめ民訴法理論全体との関係において低下傾向にある。[93] そもそも、訴訟物概念には、民事訴訟の審判対象を指し示す「指示概念」としての機能と、民訴法理論のいわばバック・ボーンとして個別問題の解決に統一的な基準を与える「体系概念」としての機能の両面があるとされるが、既判力の客観的範囲の問題をはじめとする個別問題の解決が訴訟物論からの演繹で決せられるほど単純ではないことは、今日における学界の共通認識と言ってよい。[94] そのような認識を前提とすれば、訴訟物概念の機能としては「指示概念」としてのそれにほぼ尽きるのであって、「体系概念」としての機能はほとんど期待することができないとの見方が成り立つ。[95]

このように、「訴訟物＝既判力の客観的範囲」という図式は、様々な例外が認められるという意味では、既判

力の原則的範囲を示す一応の目安であって、既判力の限界を画する実質的基準は訴訟物以外の要素にあると見られるが、訴訟物に加えて、あるいは訴訟物に代わって既判力の限界を画する基準は必ずしも確立していない。手続保障といった抽象的な基準を提示するのみでは解決基準としては不十分であるし、ケース・バイ・ケースの解決によるのでは、本来、個別具体的な事情を問わず一律に発生することが要請される既判力制度の基礎を掘り崩すおそれがあることに留意しなければならない。

(2) 基本的視点

筆者は、既判力論と訴訟物論とは別個独立の議論であり、訴訟物論のいかんを問わず、訴訟物論は既判力をめぐる議論に直接的な影響を及ぼさないと考える。その理由は以下のとおりである。

第一に、形式的な理由ではあるが、既判力は「主文に包含するもの」に限定されているのであって、「訴訟物」という概念によって画されているわけではないことである。判決主文は訴状における「請求の趣旨」に対応するものであるから、「請求の趣旨」に対する裁判所の判断について既判力が及ぶことは明らかであるが、だとすれば、「請求の趣旨」それ自体を問題にすればよく、あえて「訴訟物」という概念を介在させる必要性に乏しい。「請求の趣旨」には、訴訟上の請求、すなわち原告の被告に対する権利主張（および裁判所に対する判決要求）が記載されるから、既判力は、端的に当該権利主張に対する裁判所の判断について生じると解せば足りる。たしかに、「訴訟物」という概念には、「請求」（民訴法一三三条二項、一三六条、一四三条、二六六条など）のほか、「主文に包含するもの」（同一一四条一項）、「事件」（同一四二条）といった条文上の様々な概念を包括的に指し示す「指示概念」としての有用性は認められるものの、これらの諸概念も厳密には異なる意味内容を持つものであるから、便宜的にこれらの概念に「訴訟物」という言葉を当てるとしても、そこに統一的な意味内容を盛り込む必要はないであろう。

第二に、より実質的な理由としては、既に学説によって主張されるように、後訴遮断の範囲は訴訟物を基準として決せられるほど単純ではないことである。後訴遮断の判断基準を訴訟物のみに求めるとすれば、後訴遮断の範囲は訴訟物の範囲によって機械的に決せられることになるが、そうした画一的処理は、前訴における手続経過や後訴が提起されるに至る事情によっては必ずしも妥当な結果をもたらさない。審判対象の広狭にかかわらず、前訴において実質的に審理・判断され、既に決着済みであると見られる事項が再び争われることは相手方応訴の負担や裁判所の審理の負担に照らして相当ではない場合がありうるし、逆に、前訴において実質的な審理・判断を経なかった事項についてまで既判力が広く及ぶと解することは、当事者の手続保障を害し、ひいては司法制度に対する信頼を失う結果をもたらす。上記のように、今日において「訴訟物＝既判力の客観的範囲」の図式が崩れていることはその現れであると言ってよい。

第三に、比較法的な観点からも、わが国で見られるような訴訟物論からの演繹的なアプローチは、少なくともアメリカ・イギリス両国においては採用されていないことである。アメリカやイギリスでは、いわゆる「体系概念」としての訴訟物に相当する概念は存在しておらず、審判対象の範囲と判決効の範囲との間に概念上の統一性は要求されていない。とりわけ、アメリカの請求排除効は、いわゆる「事件テスト」の下、請求排除効との関係でいう請求概念と一般的な意味での請求概念と明確に区別しており、概念の統一性よりもむしろ結果の妥当性を重視する姿勢を鮮明に打ち出していることが目を惹く。この点、わが国やドイツでは、訴訟物概念になお体系概念としての有用性が期待されているようであるが、訴訟物概念は、一面において、民事訴訟法学を実体法学から独立させ、独自の学問分野としての独自性を確立しようと試みた時代の産物であるとも言え、民事訴訟法学の独自性が確立した今日においては、訴訟物概念はその役割を終えたと言うべきではないだろうか。[96]

以上のように、筆者は訴訟物論と既判力論とを峻別する立場に立つが、こうした訴訟物論との関連性を重視し

ない立場に対しては、個別問題の解決を体系的に統制されないカズイスティックな解決に委ねることとなり、ひいては訴訟制度の基礎を掘り崩すことに繋がるとの批判も見られる。[97] しかしながら、既判力論をはじめとする訴訟法上の個別問題が訴訟物論によって決まるほど単純なものではないことは既に述べたとおりであるし、むしろ、訴訟物論から切り離されることによって、既判力の制度目的や立法政策に照らした制度運用が可能になると言える。英米法理論、なかでもアメリカの判決効理論は体系的な問題解決アプローチを採らないが、そのことによって民事訴訟制度や判決効制度の基礎が危うくなるとの問題意識は見受けられない。

なお、訴訟物概念については、近年の比較的軽い理解を前提としながらも、訴訟における審理範囲や既判力の原則的範囲を画するうえでなお訴訟物を論じる意義があるとする指摘が見られる。[98] のちに検討するように、筆者もまた、結論において訴訟上の請求すなわち「訴訟物」の範囲と既判力の範囲とが一致することを否定するものではなく、その意味で、「訴訟物」が既判力の客観的範囲を画する原則的な基準ないし既定値としての機能を持ちうることを否定するものではない。

2　既判力論と信義則論の峻別

(1)　日本法の現状と課題

わが国の伝統的な既判力論によれば、前訴と後訴で訴訟物が同一の場合には既判力の作用により前訴判決と矛盾する訴えまたは主張が禁止される一方、訴訟物が異なる場合には既判力は作用せず、新たな訴えまたは主張は禁止されない。このことは、前訴と後訴との間に事実上または法律上の関連性がある場合でも同様であり、実定法がとくに禁止している場合（人訴法二五条参照）を除いては、複数の関連する請求について個別的に訴えを提起することは禁止されない。この点は、アメリカ法において「分割訴訟の禁止原則」の下、原則として関連請求

について個別訴訟が禁止されているのと対照的である。

もっとも、わが国の判例法理は、前訴と後訴で訴訟物を異にする場合（さらには前訴と後訴で当事者を異にする場合）であっても、信義則を根拠として後訴が遮断される場合があることを認める。例えば、最判昭和五一・九・三〇民集三〇巻八号七九九頁は、土地の買戻契約の成立を理由とする所有権移転登記等を求める訴えにおいて原告の請求を棄却する判決が確定したのち、前訴原告が同土地の買収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の訴えを提起した事案において、前訴と後訴で訴訟物が異なることを前提としたうえで、①後訴は前訴の実質的な蒸し返しであること（前訴と後訴の実質的な同一性）、②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）、③本件後訴提起を許容するとすれば、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（相手方当事者の紛争決着に対する合理的期待）を理由として、本件訴えは信義則に反して許されないとした。また、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目的物の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のち、前訴原告が受贈者の債務不履行を理由に同契約を解除して目的物の返還を求めた事案において、上記昭和五一年最判が示した判断枠組みの下で、①後訴が前訴の蒸し返しであるとは当然には言えないこと、②前訴の訴訟経過に照らせば、債務不履行解除を主張することが容易であったとは言い難いこと、③前訴原告が後訴を提起したのは、前訴被告が前訴判決中でその存在が認定された義務を履行しなかったことによるものであること、④本件後訴提起を許容するとしても相手方当事者の地位を不当に長期間にわたり不安定な状態に置くことにはならないことを理由として、結論において信義則違反を否定した。さらに、最判平成一〇・六・一二民集五二巻四号一一四七頁は、金銭債権の明示的一部請求後の残額請求の事案において、いわゆる明示説を前提としながらも、金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した前訴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判示した。このように、わが国の判例理論は、既判力の原則的範囲は前訴の訴訟物の範囲に限定されるという伝統的な理解を前提としたうえで、既判力の限界を信義則によって補完するという立場を採用しており、このような既判力論と信義則論による二元的アプローチは、学説上も比較的多くの支持を集めている[99]。

他方で、こうした二元的アプローチに対しては、既判力論のみによる一元的なアプローチを支持する見解も有力に主張される。例えば、松本博之教授によれば、①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こと、②既判力が及ばないところで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、また、③既判力が及ばない事項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（または中間確認反訴）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、上記判例理論および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[100]。

加えて、信義則論を解釈論として用いる場合には、信義則としての性質上、判断基準のあいまいさや予測可能性に困難を生じる一方、基準の明確化を図ることにより信義則が有する柔軟性や弾力性が損なわれるというジレンマも指摘される[101]。

(2)　基本的視点

筆者は、少なくとも現行民訴法下における解釈論としては、再訴事案の法的規律を既判力論のみに委ねることは困難かつ不適当であり、既判力論と信義則論との二元的なアプローチによることが必要不可欠であると考える。

というのも、わが国の判例に現れた事例を見ても、また、国外の事例を見てもそうであるように、前訴当事者が一定の費用や時間をかけてまで、あえて前訴と同一または関連する訴えを提起しようとする動機や目的には、単なる嫌がらせや困惑目的とは異なる様々な事情が存在するのであって、そうした様々な背景事情を持つ再訴事案を適切に処理するためには、本来的にリジッドな性格を持つ既判力論のみによっては十分に対処しきれないと考えられるからである。訴訟物論の枠組みの下、一定の要件――伝統的には訴訟物の同一性――の下で後訴の適否を処理することは、再訴事案を迅速かつ円滑に処理するにあたって一定の合理性を有することは否定できないが、そうした一刀両断的な事件処理のみによるのでは、具体的状況の下で審理・判断に値する請求を排除し、そうでない請求に対する審理・判断を許容することに繋がりかねない。再訴事案の背後にある様々な利害関係を調整するためには、既判力という厳格かつ画一的な法原則のうえに、信義則という柔軟かつ弾力的な判断枠組みを用意しておくことが必要かつ有益である。

また、比較法的に見ても、再訴事案の法的規律に関しては、相対的にリジッドな性質を持つ原則ルールと、フレックスな性質を持つ例外ルールとを併用する事件処理のあり方が一定の普遍的価値を持つと見られる。これまで見てきたように、イギリス法においては、訴訟原因の同一性といった比較的明確な要件の下で作用する res judicata と、具体的事案における裁判所の総合的判断の下で柔軟かつ弾力的に適用される Henderson ルールとが併用されているし、アメリカ法においても res judicata に関する原則的ルールとは別に、特定の事案類型について、あるいはまた、そのような事案類型を超えて適用される例外ルールが詳細に定められている。イギリス法とアメリカ法とでは、res judicata の原則的射程を限定し、これを超えて遮断効が作用する場合につき例外ルールを設けるのか（イギリス型）、あるいはこれとは逆に res judicata の原則的射程を広く設定して、遮断効が作用しない場合について例外ルールを設けるのか（アメリカ型）という基本的なスタンスにおいて違いはあるが、res

judicata の原則的ルールに対して、具体的事情の下で柔軟かつ弾力的に適用される例外ルールが設けられているという意味では、わが国でいう「既判力的」なルールと「信義則的」なルールとが併用されていると言ってよい。

もちろん、信義則による調整が必要かつ有益であるとしても、そのことは既判力論が不要になることを意味するものではない。そもそも、実定法が既判力の存在を前提としている以上、既判力それ自体を否定することはできないし、実質的に見ても、再訴事案のすべてを信義則による処理に委ねることは、個別具体的な事情に基づく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うえ、前訴判決によって確定された法律関係を常に不安定な状態に置くことになり、妥当ではない。定型的な再訴事案を迅速・円滑に処理するためには、個別事情を問わず後訴を画一的に遮断する法理もまた必要不可欠であり、既判力論はそうしたいわばオートマチックな遮断効の範囲を規律する法原則として独自の存在意義を持つ。したがって、既判力論と信義則論の二元的アプローチに対して向けられる批判のうち、二元論を採用することが既判力論を不要にするとの批判は当たらないし、既判力概念は、そうした画一的な遮断効の最大限を画する法概念として理解されるべきである。

なお、上記のように、既判力一元論に立つ論者は、既判力の及ばない事項について拘束力を得るための手段として反訴（または中間確認反訴）が用意されていることを指摘するが、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訴被告に反訴を強いることは、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おそれがあり、合理的ではない。前訴被告について反訴不提起の自己責任を問うことのできる事案であれば再訴負担を甘受させることも考えられてよいが、そうした自己責任を問えるか否かはまさに具体的な手続経過によるものと考えられる。抽象的な反訴提起の可能性があったことのみをもって遮断効の範囲を一刀両断的に画することはできない。

また、信義則論が抱えるジレンマは、たしかに信義則を解釈論に用いようとする場合に不可避的に伴う解決困

難な問題であり、ともすれば裁判例の集積に委ねてしまいがちであるが、既に指摘されているように、理論的に可能な範囲で規範化を試みる一方、それをもとに個別事案において柔軟かつきめ細かい調整を行うところに、信義則をはじめとする抽象的規範の存在意義があると言うべきである。[102]

3　争点効と「五一型遮断効」の峻別

(1)　日本法の現状と課題

前章で紹介したように、日本の民訴法理論においては、既判力の原則的ルールを補完し、もって紛争の実質的な蒸し返しを禁止するための法律構成として、大別して、二つの異なる方向からのアプローチが見られる。

一つは、争点効理論や信義則による拘束力説に代表されるように、前訴判決の理由中の判断にもなんらかの拘束力を認め、その拘束力の作用として、後訴における請求や主張の適否を考える立場である。争点効理論は、①前後両請求の当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を要件として判決理由中の判断に既判力に準じた拘束力を認める見解であり、その拘束力の作用として、後訴当事者に対しては当該争点に関する前訴裁判所の判断と矛盾する主張を禁止し、後訴裁判所に対してもこれと矛盾する判断を禁止する。[103] また、信義則による拘束力説は、争点効理論が説く争点効という不文の効力こそ認めないが、訴訟上の信義則（民訴法二条参照）を用いて、一定の判断基準の下に判決理由中の判断に拘束力を認める。この拘束力は、前訴勝訴者に対しては、前訴において自己の主張が理由ありとして認められながら、後訴に至って前言を翻し、前訴で得た利益と実体法上両立しえない利益を二重に取得しようとし、または、前訴で得た利益に当然伴う負担を免れようとする場合に作用するのに対して、前訴敗訴者

に対しては、前訴における主要な争点について、相手方当事者において既に決着が着いたとの正当な信頼が生じ、法の規範的要求としてその事項につき再度の応訴・弁論を強制しえないと認められる場合に作用する。[104] このように、争点効理論および信義則による拘束力説は、拘束力の発生要件ないし判断基準に違いはあるが、いずれも前訴判決の理由中の判断に拘束力を認めるとともに、その拘束力の作用として同一事項に関する審理・判断の蒸し返しを禁止する点で、基本的に同様のアプローチを採用するものである。また、いずれの見解においても、拘束力を生じるのは原則として前訴において当事者が提出し、前訴における争点として審理・判断の対象とされ（信義則による拘束力説によれば自白のあった事項も含まれうる）、判決理由中に示された事項である点でも共通する。

他方、既判力の原則的ルールを補完するもう一つの異なるアプローチは、判例法理である信義則に基づく後訴遮断の法理に見られるように、判決理由中の判断に争点効その他の拘束力を観念するのではなく、後訴における訴えの提起や主張の提出という当事者の行為に着目して、その適否を考える立場である。この立場は、判決効を媒介とすることなく、後訴における訴訟行為を直接的に規律する点で、争点効理論や信義則による拘束力説とは異なる。すなわち、判例理論によれば、前訴と後訴で訴訟物を異にし、したがって既判力が作用しない場合であっても、①前訴と後訴の実質的同一性、②前訴における提出可能性、③前訴判決によって紛争は既に決着済みであるとの相手方当事者の合理的期待等に照らして後訴が信義則に反して許されない場合があるが、上記考慮要素の下で前訴判決の理由中の判断に拘束力を認めるというのではなく、あくまで後訴の提起それ自体の適否を直接的に判断する点に特徴がある。また、上記のように、争点効理論や信義則による拘束力説は、いずれも当事者が前訴において当事者が提出し、実際に審理・判断の対象となった事項（信義則による拘束力説によれば自白した事項も含まれうる）を遮断するのに対して、信義則に基づく後訴遮断の法理は、前訴において提出されておらず、実際に審理・判断の対象となっていない事項を遮断する点で対照的である。[105] 例えば、信義則に基づく後訴遮断の

法理のリーディング・ケースとなった昭和五一年最判は、買戻契約の成立を理由に所有権移転登記手続を求めた原告が、敗訴判決確定後、国の買収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た事案であったが、後訴において提出された訴訟上の請求およびその発生原因はいずれも前訴において提出されておらず、裁判所の審理・判断の対象となっていない事項であった。争点効の提唱者である新堂教授もまた、信義則に基づく後訴遮断をとくに「五一型遮断効」と呼び、争点効との差異を指摘される[106]。

このように見てくると、信義則に基づく後訴遮断の法理は、争点効理論や信義則による拘束力説とは、判断基準や考慮要素のみならず、適用対象ないし作用の仕方をも異にする異質な理論であって、同理論を既存の民訴法理論の中に適切に位置づけるとすれば、既存の理論との関連性ないし整合性を明らかにする必要があると言える[107]。この点、新堂教授は、「正当な決着期待争点」と呼ばれる概念を用いて、既判力、争点効および「五一型遮断効」を統一的に把握される。すなわち、同教授によれば、ある訴訟において主要な争点として認識されたものと相手方当事者において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に、相手方の期待を保護することが従前の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を「正当な決着期待争点」と呼び、既判力、争点効、および「五一型遮断効」はいずれも「正当な決着期待争点」について遮断効が作用する場合として、統一的に把握することができるとされる[108]。このような理解に立てば、後訴における請求や主張が排斥されるか否かは、それが「手続事実群」に照らして判断される「正当な決着期待争点」に含まれるか否か、という統一的な判断基準の下で決定されることになる。

(2) 基本的視点

筆者は、争点効理論ないし信義則による拘束力説（以下、ここでは便宜的に両者を含む意味で「争点効理論」とい

う）と信義則に基づく後訴遮断の法理――いわゆる「五一型遮断効」――との関係について、両者は適用対象や作用の仕方を異にする別個の法理として並存し、それぞれの違いに応じて判断基準ないし考慮要素も区別されるべきであると考える。

上記のように、争点効理論は、原則として前訴において当事者が提出し、裁判所の審理・判断の対象となった事項について再び争うことを禁止する法理であるのに対して、信義則に基づく後訴遮断の法理は、前訴において当事者が提出しておらず、したがって争点効理論によっては必ずしもカバーできない事項について、一定の判断基準ないし考慮要素の下で後訴における提出を禁止する法理である点で差異がある。両者はいずれも既判力の原則的ルールを補完する法理として機能する点では共通するが、前訴における提出の有無という点では対照的であり、両者を同列に扱うことは適当ではない。とりわけ、信義則に基づく後訴遮断は、争点効とは異なり、未だ裁判所の審理・判断を経ていない事項について裁判で争う機会を奪う可能性を含むものであるから、その正当化根拠はおのずから争点効理論とは異なる点に求められなければならず、判断基準ないし考慮要素も争点効理論とは異なると解するのが相当であるように思われる。

この点、山本和彦教授は、争点効理論といわゆる「五一型遮断効」との関係について、前訴における争点提出の有無という違いから、両者の並存的な関係を前提としたうえで、それぞれに異なる要件を定立される。[109] すなわち、争点効と「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差異があり、その要件も当然に異なってくるとの観点から、争点効については、①当該問題が前訴の主要な争点であったこと、②その点を当事者が争ったこと、③前訴と後訴の法的利益（訴訟物）の類似性が要件となるとの見方を示される。一方、「五一型遮断効」については、争点効とは異なり、前訴で当該争点が提出されなかった場合の遮断であるため、前訴において当該争点を提出すべきであったか否かという責任（同教授はこれを「争点持出責任」と呼ぶ）が

問題になるとし、「争点持出責任」の要件としては、①当該争点を仮に前訴で提出していれば、それが主要な争点となっていたこと、②提出の容易性、③前訴と後訴の法的利益の類似性を挙げられる。

筆者もまた、争点効理論と「五一型遮断効」の適用対象および作用の仕方の違いから、両理論は相互に両立し、かつ、異なる規律に服するのが適当であると考える。争点効理論と「五一型遮断効」との関係については、新堂説のように「正当な決着期待争点」という概念を介在させることで、両者を一元的に把握しようとする試みも見られるが、争点効理論のもととなった英米法理論においてはそのような形での統一的な把握は見られないようであるし、実質的に見ても、両者を連続線上に位置づけることは争点効理論の外縁をあいまいなものとし、同理論が持つ予測可能性の高さを損なうことが懸念される。争点効理論の持つ基準としての明確性を維持しながら、なお個別事情に応じた柔軟かつきめ細やかな利益調整の余地を残すとすれば、争点効理論については英米法の争点禁反言ないし争点排除効に見られるような一定の明確な要件の下で画一的な運用を図りつつ、争点効理論によってもなお結果の具体的妥当性を欠く場合において、個別事情に基づく総合的判断の下で信義則を適用することが考えられてよい。

また、いわゆる「五一型遮断効」は、争点効が及ばない場合であっても信義則を適用して後訴における請求や主張を排斥できる点で、争点効理論よりも広範な射程を持ちうるものであるが、これによって争点効理論が不要となるものではないと思われる。たしかに、争点効理論は前訴において実際に審理・判断の対象とされ、なおかつ、前訴判決にとって不可欠の争点に限って生じる拘束力であるから、その射程範囲は限界的なものとならざるを得ないが、他方で、争点効理論には、上記のような一定の比較的明確な要件の下で後訴における提出の適否を画一的に判断することができるという点において、「五一型遮断効」によっては代替できない独自の存在意義があると言える。この点は、前述のように、既判力と信義則との関係について、信義則に基づく後訴遮断の法理を

採用するとしても、それによって既判力の存在意義が失われないのと同様である。

なお、前章において見たように、わが国における信義則に基づく後訴遮断の法理は、イギリス法のHenderson ルール――手続濫用法理に基づく後訴遮断の法理――に相応するものと言えるが、Henderson ルールが訴訟原因禁反言とも争点禁反言とも異なるルールとして存在していることは、わが国の争点効理論と信義則に基づく後訴遮断の法理とを区別して理解するうえで示唆的である。すなわち、イギリスでは、訴訟原因禁反言および争点禁反言はいずれもres judicata の中核的な要素であり、それぞれに一定の明確な要件の下に適用されることが予定されているのに対して、Henderson ルールはres judicata とは区別された手続濫用法理に基礎を置くルールとして、裁判所の総合的判断の下で適用される法理として理解されている。このようなイギリス法の理解を日本法の理解に反映させるとすれば、既判力と争点効理論はいずれも判決効に関するルールとして一定の明確な要件の下に適用される法原則ないし法理論として位置づけられる一方、信義則に基づく後訴遮断の法理は、判決効ルールとは異なる抽象的規範（ここでは信義則）に基礎を置くルールとして個別事情に応じた総合的判断の下で適用される法理として位置づけられる。

もちろん、信義則論のあるべき方向性としては、可能な範囲で一定の要件化を行いつつ同時に柔軟かつきめ細かい調整を行うことを目指す必要があると思われるが、前訴における提出可能性ないし期待可能性といった要素を過度に強調することは、Henderson ルールの教訓が示すように、遮断効の範囲を拡大させ、審理・判断の対象となるべき事項をも遮断させるおそれがあることに留意しなければならない。前記Johnson 事件判決が示唆するように、提出可能性や期待可能性はあくまで考慮要素の一つであり、前訴において当該請求や主張を提出しなかった事情を総合的に勘案せざるを得ないとの認識の下[110]、可能な限りの規範化を目指していくことが求められよう。

四　再訴事案の法的規律

本章では、前章において提示した基本的視点――訴訟物論と既判力論の峻別、既判力論と信義則論との峻別、争点効と「五一型遮断効」の峻別――をもとにわが国の再訴事案の法的規律に関する基本的な理論枠組みを明らかにするとともに、いくつかの事案類型について若干の考察を試みる。

1　一般原則とその例外

(1)　既判力による遮断

本稿の理解の下でも、再訴事案の法的規律のうち、最も中核的なルールとなるのが既判力であることは変わらない。ただし、既判力論は訴訟物論とは別個独立の議論であり、訴訟物論の影響を受けないとの立場から、既判力の要件については、訴訟物概念を介在させることなく、端的に請求の同一性――請求の趣旨に示された権利主張の同一性――によって判断するものと考える。また、既判力による遮断効は画一的なものであり、原則として請求の同一性が認められる限り、後訴は個別事情を問わず遮断されると解される。

既判力が作用する場合としては、前訴と後訴で訴訟物が同一の場合（訴訟物同一）、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）、前訴の訴訟物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）とが挙げられるが、通説的見解によれば、既判力は後訴それ自体を不適法なものとして排斥するわけではなく、前訴判決の基準時後に生じた新たな事由を除いて、前訴判決によって確定された判決主文中の判断を争うための主張を排斥する。その結果、後訴裁判所は、基準時後の新たな事由が提出されない場合でも、新たな基準時の下で請求棄却の本案判決をすべきであるとされる（以下、「請求棄却説」という）[11]。他方、このような通説的

見解に対しては、訴訟物の同一性は消極的訴訟要件の一つをなすとして、訴訟物同一の場合においては、基準時後の新たな事由が提出されない限り、後訴は却下されるべきであるとする見解も有力に主張される（以下、「訴え却下説」という）[112]。たしかに、既判力の作用として一事不再理的な側面を強調すれば、前訴請求は既に裁判所によって審理・判断されたものである以上、後訴請求は常に不適法となるとの考え方も採りえないではない。現に、英米法の res judicata は、原告の請求は裁判所の有効かつ最終的な判決によって消失するとの考え方を前提として、前訴と同一の請求について再び訴えを提起する場合には、当該請求自体が排斥される[113]。しかしながら、わが国の既判力概念は、伝統的には前訴判決の後訴裁判所に対する内容的拘束力であると理解されており、一事不再理的な効力としては観念されていない[114]。民事訴訟の審判対象たる私人間の権利関係は、時の経過とともに発生・変更・消滅する可能性があるものであるから、民事訴訟においては刑事訴訟におけるのと同様の意味での一事不再理を観念することはできないからである。また、請求棄却説に立った場合には、基準時が後訴の事実審口頭弁論終結時に移行する結果、後訴において主張された新事由についてはもちろんのこと、後訴において主張されなかった事由についても、それが後訴の基準時前の事由である限り、これを持ち出して前・後訴両判決を争うことが遮断できるというメリットも看過できない。したがって、立法論としてはともかく、現行民訴法の解釈としては通説的見解に従い、既判力は後訴請求それ自体を遮断するものではなく、前訴判決によって確定された権利義務ないし法律関係を争う攻撃防御方法を遮断するものであると考える。

なお、アメリカ法の res judicata のように原則として広範な射程を有する判決効理論の下では、res judicata の適用を除外するための例外ルールが必要となりうるが、わが国の既判力の射程は原則として同一請求に限定されるため、既判力の適用除外に関する例外ルールを設ける必要性は小さいと考えられる。この点、わが国と同様に、res judicata の原則的な射程について限定的なスタンスを採るイギリス法では、訴訟原因禁反言の適用が排

除される唯一の例外として、詐欺または通謀による判決であることを理由として前訴判決が取り消された場合が挙げられるが[115]、わが国では、これと同様の問題についてはいわゆる確定判決の騙取の問題として、再審事由（民訴法三三八条一項五号参照）の該当性が指摘されており[116]、結論において既判力が排除される点は同様である。

(2) 争点効による遮断

争点効理論については、その是非をめぐってなお議論のあるところであるが、前述のように、争点効理論は、既判力理論とも、また、信義則に基づく後訴遮断の法理とも、適用対象や作用の仕方を異にする別個独立の法理であり、再訴事案の法的規律に必要不可欠の構成要素として位置づけられる。

争点効理論を解釈論として採用することに対しては、形式論としては、これを認める明文規定が存在しないということが、また、実質論としては、判決理由中の判断に拘束力を認めることで前訴における審理が硬直化・複雑化し、既判力を判決主文の判断に限定した趣旨に反する事態が生じるおそれが挙げられる。しかしながら、裁判所において実質的な審理・判断を経た事項が繰り返し争われる事態を回避する必要性は裁判制度に普遍的な要請であると言うべきであり、明文規定を持たないことは争点効理論を否定する決定的理由とはならない。また、前訴におけるあらゆる争点について拘束力が生じるというのであればともかく、争点効が発生するのは当事者が現に争い、かつ、判決にとって必要不可欠の争点に限定されていることから、争点効理論が存在することによって審理が過度に重くなるような事態は考えにくい。また、争点効理論のモデルとなったアメリカ法においては、争点排除効に関する原則的ルールのほかに、争点排除効が否定される例外的場合について詳細なルールが存在しており、争点排除効が発生する場合に関して厳密な絞りがかけられていることも、見落としてはならないであろう。こうした明確かつ厳密な要件の下で争点効理論が運用される限りにおいては、争点効理論を導入するとしても、わが国の民訴法が既判力を判決主文の判断に限定した立法趣旨を没却するものではないように思われる[117]。

以上の理由から、筆者は、現行法の解釈論として争点効理論を支持するものであるが、争点効理論のモデルとなったアメリカ法の争点排除効に関する今日の理解を反映するとすれば、争点効理論は次のような内容を持つ理論として理解される。すなわち、争点効は、前訴と同一の争点について再び争うことを禁止する法理であり、その原則的な要件は、審理判断要件と不可欠性要件に整理される。すなわち、前者は、前訴において当事者が争い、かつ、裁判所が審理・判断した事実上または法律上の争点であること、後者は、当該争点についての判断が前訴判決にとって不可欠の判断であることである。他方で、これらの要件を満たす場合であっても、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がある場合、④前訴と後訴で当該争点に関する証明責任の分配や証明度に差異がある場合、には争点効が否定されると解されるほか、上記のいずれにも該当しない場合であっても、⑤前訴当時、後訴において争点となることを予見することができず、そのために前訴において十分に争うことが期待できなかった場合や、前訴における係争額が後訴におけるそれに比べて著しく小さく、前訴において十分に争うことが期待できなかった場合など、争点効を否定すべき特別の事情が認められる場合には、争点効が否定されると解される。

(3) 信義則に基づく後訴遮断の法理

信義則に基づく後訴遮断の法理は、既判力理論および争点効理論と並存し、かつ、これを補完する法理として機能する。

第一に、同法理は、既判力理論と並存し、かつ、これを補完する法理として機能する。すなわち、前訴と後訴で訴訟上の請求を異にするために、前訴判決の既判力によっては後訴を遮断することができない場合であっても、当該請求に基づいて訴えを提起することが信義則に反すると評価される場合には、当該請求が遮断される。信義

則適用に際しての基本的な考慮要素としては、昭和五一年最判をはじめとする一連の裁判例に見られるように、①前訴と後訴の実質的同一性、②前訴における提出可能性、および、③紛争決着に対する相手方当事者の期待などが挙げられる。

この点、イギリスでは、Henderson ルールの適用に際して、①前訴における提出可能性のほか、②後訴を提起するに至った事情や、③請求相互の関連性などが勘案されており、わが国の解釈論にとっても参考になる。先に紹介したように、Henderson ルールの適用基準ないし考慮要素に関しては、前訴における提出可能性を中心に判断するとの考え方が一時期において有力であったが、こうした提出可能性を中心とする考え方に対しては、遮断効の範囲を拡大させ、審理・判断の対象となるべき事項をも遮断させるおそれがあるとの懸念から、今日の判例は否定的であり、これに代わる新たな考え方として、個別具体的な事情に基づく総合判断的なアプローチが採用されている。こうした Henderson ルールの理解をめぐる変遷は、提出可能性に偏重した解釈・運用に警鐘を鳴らすものとして、わが国の信義則に基づく後訴遮断の法理の運用指針ともなりうるものである。前訴における提出可能性は、信義則違反を基礎づける考慮要素の一つにはなりうるが、前訴において提出可能性がありながら提出しなかった背景には様々な事情がありうることを考えると、提出可能性の一事をもって当事者の自己責任を問うことはできず、前訴において提出しなかった事情や、のちに訴えを提起するに至った事情などを含めて総合的に判断することが求められよう。

第二に、信義則に基づく後訴遮断の法理は、争点効理論と並存し、かつ、これを補完する法理として機能する。すなわち、前訴と後訴で争点を異にする場合や、あるいはまた、同一争点でありながら争点効の他の要件に欠けるために争点効を生じない場合であっても、当該争点をのちに争うことが信義則に反すると評価される場合には、当該争点に関する主張が遮断される。例えば、争点効理論の下では、前訴において自白のあった事実については、

審理判断要件に欠けるために争点効は発生しないとされるが、自白者において自白した事実についてはのちに争わない旨を明らかにしていたような場合において、これを再び争うことは信義則に反するものと評価されよう。このように、信義則に基づく後訴遮断の法理は、既判力を補完する法理として機能するだけにとどまらず、争点効の限界を補完する法理としても機能する。信義則適用に際しての基本的な考慮要素としては、後訴遮断の場合に準じて、①争点間の実質的同一性、②前訴における提出可能性、および、③紛争決着に対する相手方当事者の期待などが挙げられる。

2　同一紛争の蒸し返し

(1)　議論の状況

既判力の原則論によれば、前訴と後訴で訴訟物または当事者を異にする場合、後訴において既判力は作用しない。そのため、訴訟物や当事者を異にする形で、前訴と同様の利益の実現を目的とする訴えが再び提起される場合には、実質的な意味での紛争の蒸し返しが生じることになる。

こうした紛争の蒸し返しが生じうるケースとしては、大別して、①後訴当事者が前訴判決の理由中の判断と矛盾・抵触する事項を主張して争う場合のほか、②後訴当事者が前訴判決の理由中の判断と両立し、あるいはこれを前提としながら、前訴において提出されなかった事項を新たに提出して争う場合とがありうる。前者の具体例としては、①売買契約を原因とする不動産の明渡請求訴訟において被告売主が主張した詐欺取消しの抗弁が認められずに原告買主の明渡請求を認容する判決が確定したのち、敗訴被告が再び詐欺取消しを主張して既にした当該不動産の移転登記の抹消を求めるケース[118]（以下、［設例①］という）が、後者の例として、②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、同契約の成立を前提としたうえで、受贈者の債務不履行を理由に同契約を解除して目的物の返還を求めるケース[119]（以下、［設例②］という）が挙げられる。

学説は、既判力が作用しない局面においても、争点効ないし信義則を介して判決理由中の判断の拘束力を認めることによって実質的な紛争の蒸し返しを禁止する見解が支持を集めている[120]。また、これと同様の結論を既判力自体の効力として説明する見解や[121]、端的に信義則の適用の結果として説明する見解なども主張される[122]。他方で、既判力概念を厳格に捉え、既判力の拡張や信義則の適用に慎重な見解も有力である[123]。判例は、先に紹介したように、前訴判決の判決理由中の判断について既判力またはこれに類似する効力を否定する一方で[124]、後訴における請求または主張に対して信義則を適用することによって実質的な紛争の蒸し返しを禁止している[125]。

(2) 若干の考察

① 前訴判決の理由中の判断と矛盾・抵触する事項を提出して争う場合

本稿のように争点効を支持する立場からは、判決理由中の判断であっても、前訴において当事者が争い、裁判所が審理・判断をした事実上または法律上の争点であり、なおかつ、当該争点についての判断が前訴判決にとって不可欠の判断であった場合には、争点効の発生を否定する特別の事情がない限り、当該争点について再び争うことが禁止される。

［設例①］においては、前訴において売買契約の有効・無効が争点となり、審理の結果、当該売買契約は有効であるとの判断が示されたものであること、また、売買契約が有効であるとの判断は原告の請求認容判決を下すうえで不可欠の判断であることから、原則として売買契約が有効であることにつき争点効を生じる。したがって、後訴において再び詐欺の事実を主張して争うことはもちろん、錯誤の事実を主張して争うこともまた、売買契約の有効性を再び争うものとして許されないと考えられる。

ところで、［設例①］は、争点効を否定した最高裁判決として知られる最判昭和四四・六・二四判時五六九号四八頁[126]をモデルとしたケースであるが、同判決の事案はやや特殊である。すなわち、同事案は、XがYに対して提起した、売買契約を原因とする不動産の明渡請求訴訟（以下、「第一訴訟」という）と、YがXに対して提起した、上記売買契約の錯誤無効を理由とする所有権移転登記の抹消登記請求訴訟（以下、「第二訴訟」という）とが同一の裁判所に並行して係属した事案であった。第一審は、第一訴訟、第二訴訟ともにYの錯誤無効の主張を退け、第一訴訟についてはXの明渡請求を認容し、第二訴訟についてはYの抹消登記請求を棄却した。これらの二つの判決に対して、Yが控訴を提起して控訴審において詐欺取消しの主張を追加して争ったところ、第一訴訟の控訴審は詐欺取消しの主張を退けてYの控訴を棄却する（同判決は控訴審で確定）一方、第二訴訟の控訴審は詐欺取消しの主張を認めてYの抹消登記請求を認容した。この第二訴訟の控訴審判決に対して、Xが、本件不動産がXの所有であることは第一訴訟の確定判決によって確定していると主張して争ったのが本件上告審であり、最高裁はいわゆる争点効を否定してXの主張を退け、上告を棄却した。

同判決については、争点効論者からは争点効が作用する典型的な事例として説明されるが[127]、争点効が否定される特別の事情の存否については別途検討が必要であるように思われる。この点、アメリカの争点排除効の例外ルールの一つによれば、法律上、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争点については争点効を生じないものとされており、わが国の争点効理論もまた、上訴審の判断を受けられなかった判断については、審級の利益を保障する観点から争点効を生じないとの考え方を採用している[128]。このような理解を前提とすれば、本件事案において争われた詐欺の事実は、控訴審において初めて主張された事実である一方、本件控訴審判決に対して詐欺の事実を理由に上告をすることは事実認定の誤りをいうものであって許されないものであり、したがって、上記例外ルールの適用を受けるとの見方もありうるかもしれない。しかしながら、売買契約の有効・無

効という争点自体は第一審において既に審理・判断の対象となっており、かつ、上級審の審理・判断を経ているものであるから、争点効の対象を契約の有効・無効レベルで捉える限り、上記例外ルールの適用を受けないと解されよう。

② 前訴判決の理由中の判断を前提とする新たな事項を提出して争う場合

一方、前訴判決の理由中の判断と両立し、あるいはこれを前提としながら、前訴において提出されなかった事項を新たに提出して争う場合においては、前訴と同一の争点を争うものではないため、争点効の発生を認めることは困難である。しかしながら、争点効が生じない場合であっても、後訴における主張または請求が信義則に反すると評価される場合には、当該主張または請求が遮断される。前述のように、信義則適用に際しての考慮要素としては、①請求または争点の実質的同一性、②前訴における提出可能性、および、③紛争決着に対する相手方当事者の期待などが考えられる。

これをもとに［設例②］について見ると、前訴では負担付贈与契約の成否が争点となる一方、後訴では受贈者の債務不履行責任の存否が争点となっていることから、争点間の実質的同一性を認めることは困難であると思われるが、他方で、請求面に着目すれば、前後訴ともに同一の不動産の取戻しを求める請求であるという点では共通しており、請求相互間には実質的な意味での同一性は認められるものと考えられる。また、前訴において負担付贈与契約の成立が認められた場合に備えて、予備的に受贈者の債務不履行責任に基づく解除の事実を主張しておくことは、必ずしも前訴原告に不可能や不合理を強いるものとは言えない。したがって、相手方当事者において、本件不動産の取戻しをめぐる紛争について前訴において最終的な決着が着いたものとの合理的期待が成立していると認められる場合には、後訴は信義則に反して許されないと考えることになるが、そのような合理的期待が成立しているか否かは、前訴における審理経過など、個別具体的な事情に左右されることになるものと思われ

る。

［設例②］は、最判昭和五九・一・一九判時一一〇五号四八頁をモデルとしたケースであるが、同事案においては信義則違反の評価をめぐって、原審と最高裁とで次のように判断が分かれた。すなわち、原審は、①前訴と後訴は、実質的には、いずれも本件不動産に対するX（前後訴ともに原告）の所有権取得登記を回復ないし取り戻すことを目的とするものであること、②Xが前訴において本件贈与契約の債務不履行解除を再抗弁として主張し、また、後訴と同一の訴えを併合提起することは極めて容易であり、しかも親族間の紛争の早期解決のためにはむしろそれが期待されていたと考えるべきであるから、Yら（前後訴ともに被告）において本件不動産に関する紛争は前訴ですべて落着したと信頼するのも無理からぬものであること、を理由として信義則違反を認めたのに対して、最高裁は、①後訴は、本件不動産の贈与は有効にされたとする前訴判決の判断を前提としたうえで前訴判決後の債務不履行解除による原状回復請求権に基づいて提起された訴えであり、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、②前訴の訴訟経過に照らせば、Xが前訴において本件贈与契約の債務不履行解除を抗弁または訴えの形で主張することが容易であったとか、それが期待されていたとは言い難く、また、Yらにおいて本件不動産に関する紛争がすべて落着したと信頼するのも無理からぬものであるとは言えないこと、③Xが後訴を提起したのは、Yらが前訴判決確定後も前訴判決中でその存在が認定された生活費支給義務を履行しなかったことによるものであること、④後訴提起までは本件贈与契約成立時から四年余り、前訴判決確定時から約一〇ヵ月の期間が経過しているにすぎず、Yらの法的地位が不当に長期間にわたり不安定な状態に置かれるという事情が存在しないこと、を理由として信義則違反を否定した。具体的事案における信義則適用の困難さを示す事例であるが、本件最高裁においては、上記③に見られるように、後訴を提起するに至った原因がもっぱら後訴被告の側にあるという事情が原審と結論を分ける決定的な要素として働いているように思われる。なお、同様

の事情は、先に紹介したイギリスの Johnson 事件判決においても結論を左右する要素として斟酌されている。

3　一部請求後の残部請求

(1)　議論の状況

一部請求後の残部請求の適否については、大別して、残部請求を全面的に肯定する説（全面肯定説）、前訴において一部請求である旨の明示があった場合にのみ残部請求を肯定する説（明示説）、残部請求を全面的に否定する説（全面否定説）が主張されている。[129] 今日の判例理論は、いわゆる明示説を前提としながら、[130] 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。[131]

一部請求論をめぐっては、伝統的には、前訴である一部請求訴訟の訴訟物をどのように把握するかということが残部請求の適否を左右する問題であると考えられてきた。すなわち、一部請求訴訟の訴訟物を債権の一部であると考えるときには、前訴判決の既判力はその一部にのみ生じる結果、残部請求は既判力によって禁止されないと考えられるのに対して、一部請求の訴訟物を債権の全体であると考えるときには、前訴判決の既判力は債権の全体にわたって生じる結果、残部請求は既判力によって禁止されると考えられる。明示説に立つ判例理論もまたこれと同様の発想に立つものであり、一部請求であることの明示がある場合には訴訟物は明示された一部に限定される結果、残部請求は既判力によって禁止されないという理解を前提としている。[132]

もっとも、このような考え方に対しては、訴訟物からの説明は結論を得たあとの理由づけのための手段にすぎず、訴訟物自体は残部請求の適否を判断するに際しての決定的な意味を持たないとの指摘がある。[133] 今日では、残部請求の適否を訴訟物ないし既判力の観点とは別に、信義則の観点から調整する見解も学説上有力に主張されて

おり、[134] 一部請求論と訴訟物論との関連性は、かつてほど強固なものではなくなっている。

(2) 若干の考察

本稿のように、再訴事案の法的規律に関して、既判力理論、争点効理論、および信義則に基づく後訴遮断の法理を併用する立場からは、一部請求後の残部請求の場合も、この三者によって規律される。すなわち、既判力が作用する場合には後訴は既判力によって遮断されるが、既判力が作用しない場合であっても、争点効の要件を満たす場合には争点効によって、信義則に反すると評価される場合には信義則によって、後訴における請求または主張が遮断される。

まず、残部請求に対して既判力が作用するか否かであるが、一部請求と残部請求は、前訴における明示の有無にかかわらず、原則として訴訟上の請求を異にするものとして、既判力は作用しないと考える。なぜなら、金銭支払請求訴訟における訴訟上の請求ないし訴訟物は、請求権の発生原因とその金額を提示することによって特定されると解するのが一般的な理解であるところ、このような理解を前提とすれば、前訴において一定額を請求し、後訴において前訴で請求しなかった残額を請求する場合には、前訴と後訴で訴訟上の請求ないし訴訟物は別個であると見られるからである。この点、明示説は一部請求であることの明示がある場合には訴訟物が分断されるとの理解に立つが、上記のように明示の有無それ自体は訴訟物を特定する要素ではない以上、一部請求であることの明示があるか否かは訴訟上の請求ないし訴訟物の同一性に影響を与えない。ただし、のちに見るように、前訴における明示の有無は相手方当事者の反訴提起の可能性や紛争解決に対する合理的期待を左右するものであるから、残部請求における信義則違反の有無を判断するに際して重要な考慮要素の一つになるものと考えられる。[135]

次に、既判力が作用しない場合であっても、争点効の要件を満たす場合には、争点効を否定する特別の事情がない限り、後訴において同一の争点を再び争うことが禁止される。例えば、不法行為を原因とする一部請求訴訟

において被告の過失の有無が争点となり、審理の結果、過失が認められて一部請求が認容されたとする。この場合、前訴原告が前訴で請求しなかった他の損害について残部請求の訴えを提起することは既判力によっては遮断されないが、当該訴訟において被告が再び過失の有無について争うことは、争点効により遮断される。他方で、損害の総額がいくらであったかなど、一部請求訴訟との関係では必ずしも厳密な認定を必要としない争点については、前訴において審理・判断がなされたとしても、前訴判決にとって必要不可欠の争点であるとまでは言えないことから、不可欠性要件に欠けるものとして、原則として争点効は生じないと解されよう。

一方、既判力や争点効が作用しない場合であっても、残部請求をすることが信義則に反すると評価される場合には、当該残部請求は信義則によって遮断される。これには様々な場合が考えられるが、その一つには、最判平成一〇・六・一二民集五二巻四号一一四七頁に見られるように、金銭債権の数量的一部請求訴訟において敗訴した原告が残部請求の訴えを提起する場合が挙げられる。本件最高裁が指摘するように、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」であり、同判決の確定後に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蒸し返すものであり、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」と言える。したがって、一部請求の前訴において請求の全部または一部が棄却された原告が残部請求の訴えを提起することは、債権の特定の一部のみを請求するような場合を除いて、信義則に反して許されないと解される。

また、いわゆる黙示的一部請求については、明示説によれば残部請求は既判力によって処理されることになるが、本稿のように明示の有無を問わず既判力は残部請求に及ばないとする立場からは、残部請求の適否はもっぱ

ら信義則を中心に規律されることになる。前述のように、一部請求訴訟における明示の有無は、相手方当事者の反訴提起の可能性や紛争解決に対する合理的期待を左右するものであるから、一部請求の原告は、前訴において一部請求である旨を明示する信義則上の行為責任を負っていると解するのが相当である。この点、三木浩一教授は、一部請求訴訟の背景にある多様な利害状況を反映するためには信義則による柔軟かつきめ細かな対応が必要であるとの理解を前提として、一部請求訴訟の原告においては、信義則上の行為責任として、①前訴において一部請求である旨を明示する責任（一部明示責任）、②一部請求をする理由を明らかにする責任（理由説明責任）、③審理の過程や被告の防御に応じて請求を拡張する責任（請求拡張責任）を負うとする。そして、一部請求訴訟の原告がこれらの行為責任を適切に履行しない場合には、訴訟上の信義則に基づく結果責任として、残部請求の遮断その他の不利益を受けるとされる。[136] 本稿もまた基本的にこれと同様の理解に立つものであり、黙示の一部請求の場合には、上記一部明示責任を履行しなかったことの結果責任として、一部請求の前訴における勝敗にかかわらず、残部請求の後訴は認められないと考える。ただし、いわゆる費目限定型の一部請求訴訟[137]のように、被告が当然に一部請求であることを認識できる場合には、文字どおりの明示がなくても上記行為責任を果たしたと評価できる場合も考えられる。最判平成二〇・七・一〇判時二〇二〇号七一頁は、不法行為の被害者が弁護士費用のみを特定して請求した場合に、一部請求である旨が明示されていたものと解して前訴判決の既判力は後訴に及ばないとした事例であるが、本稿の立場からは、一部明示責任が緩和される事例として位置づけることができる。

なお、このような信義則上の行為責任を前提とする残部請求の規律は、判決確定後の後遺症の発症または悪化によって生じた拡大損害を請求する場合にも同様に当てはまるものと考える。すなわち、損害賠償請求訴訟の前訴と判決確定後の拡大後遺症に基づく後訴との関係を一部請求論の問題として考える場合には、[138] 前訴は一種の黙示的一部請求であると見ることになるが、前訴において後遺症の発症または悪化を予見することができなかった

場合にまで信義則上の一部明示責任を問うことは相当ではない。したがって、前訴判決確定後に前訴において予見しえなかった拡大損害部分について追加的に賠償請求をすることは信義則に反しないと解される。この点、最判昭和四二・七・一八民集四〇巻五号九四一頁は、拡大後遺症損害に基づく損害賠償請求訴訟において、前訴において一部請求である旨の明示があったのと同視したうえで前訴判決の既判力は後訴に及ばないとしたものであるが、本稿の立場からは、そもそも一部明示責任を問われない事例であったと評価できよう。同判決は、明示説を採用する最高裁の論理的制約の下ではやむを得ない解釈であるが、文字どおりの明示がないことが明らかであるにもかかわらず明示があったと解することは技巧的に過ぎるように思われる。明示の有無は後訴の適否を判断するうえで重要な要素ではあるが、そこで求められる明示責任の程度や態様は、信義則としての性質上、具体的事案によって異なりうるものと考えられる。(139)

4　既判力の縮小について

(1)　議論の状況

既判力の伝統的な理解によれば、既判力による遮断的作用（いわゆる消極的作用）は前訴における具体的な手続過程を問わず生じる。すなわち、既判力によって確定された権利義務ないし法律関係を再び争うことは、判決基準時後の新たな事由がある場合を除き、当事者の善意・悪意や過失の有無といった具体的事情のいかんを問わず、画一的に排斥される。(140) 例えば、ある契約に関して詐欺取消しを理由として提起された不当利得返還請求の訴えを棄却する判決が確定したのち、前訴原告が同一の契約に関して錯誤無効を理由として再び不当利得返還請求の訴えを提起することは、前訴において錯誤無効の点について争うことができたか否か、また、争わなかった具体的事情のいかんを問わず、既判力によって一律画一的に遮断されることになる。また、新訴訟物理論の下では、

前訴と異なる権利義務に基づく訴えであっても、前訴と同一の給付ないし形成を求める訴えは既判力の作用により遮断されるが、この場合も、既判力の伝統的な理解を前提とする限り、前訴において他の法律構成によって争うことができたか否か、また、争わなかった具体的事情のいかんを問わず、既判力の作用により後訴は遮断されると考えられる。

もっとも、このような伝統的な理解に対しては、既判力の範囲は前訴の手続過程によって訴訟物の範囲よりも縮小し、前訴において審理・判断の対象とならなかった法的観点や事実主張については遮断的作用が否定されるとする見解も見られる。これには様々な見解が含まれるが[141]、例えば、新訴訟物理論を前提としつつ、既判力の遮断的作用は、前訴の審理過程においてまったく問題とならず、また問題とすることを期待することもできなかった法的観点には及ばないとする見解[142]や、裁判所が法的観点指摘義務に違反してある法的観点を指摘せず、かつ、後訴原告が当該法的観点について前訴で主張しなかったことに無過失である場合には、当該法的観点による後訴を適法とする見解[143]などが有力に主張される。また、近時では、訴訟物理論に関する立場の違いを超えて、前訴で主張することを期待できなかった事実の主張について既判力の遮断的作用を否定する見解も支持を集めている[144]。これらの見解の下では、前訴における裁判所の訴訟指揮や当事者の訴訟追行など、具体的な手続過程によって既判力の範囲は訴訟物の範囲よりも縮小することになる[145]。

こうした手続過程による既判力の縮小に関する論点が正面から問題になった事例として、最判平成九・三・一四判時一六〇〇号八九頁がある[146]。本件事案は、土地の帰属をめぐって亡Aの共同相続人である、X_1、X_2、Yとの間で紛争を生じたものであり、X_1がYに対して、本件土地の所有権確認と所有権移転登記手続を求める訴え（前訴）を提起し、X_1の請求をいずれも棄却する判決が確定したのち、X_1、X_2がYに対して、本件土地が亡Aの遺産に属することの確認と、相続により取得した共有持分に基づく所有権一部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。本件においては、前訴である所有権確認請求訴訟で敗訴したX_1が後訴において相続による共有持分の取得を主張することが前訴判決の既判力に抵触して許されないか否かが問題となったが、[147] 最高裁の判断は次のように分かれた。すなわち、本判決の多数意見は、「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」との一般論を述べたうえで、本件事案については、①前訴においてはX_1・Yともに単独所有権の取得を主張して争っており、相続による共有持分の取得については主張されていなかったこと、②前訴判決が上記単独所有権の主張をいずれも排斥する一方で、本件土地が亡Aの所有である旨を判断したものであったこと、③本件後訴の提起に至ったのは、前訴判決の確定後にYが再び本件土地の単独所有権を主張したことによること、といった諸事情があるとしても、それによって相続による共有持分の取得の主張が許されるものではないとした。一方、反対意見は、[148]「後の訴訟における当事者の主張が前の訴訟の判決との関係で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っ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、既判力に抵触する主張であっ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」との見解を示し、上記のような本件具体的事情の下では、相続による共有持分の取得の主張は許容されるべきであるとした。[149]

(2) 若干の考察

筆者は、前章で述べたように、既判力論と信義則論とを峻別し、既判力には個別事情を問わず後訴を一律画一的に遮断することができる点に、信義則論によっては代替できない固有の存在意義があると考える。仮に既判力の縮小理論が説くように個別事情によって既判力が縮小する可能性があるとすれば、後訴裁判所は後訴原告が主張する個別事情の存否について常に審理・判断する必要に迫られることになり、後訴裁判所における事件処理の負担を増大させるおそれがあるだけでなく、[150] 前訴判決によって確定された権利義務ないし法律関係を判決確定後も引き続き不安定な状態に置くこととなり、紛争解決の終局性を確保することができない。

また、近時では既判力の正当化根拠を手続保障に求める立場が有力であるが、[151] そのような立場に依拠するとしても、そのことが論理必然的に既判力の縮小理論と結びつくわけではない。[152] 問題はここでいう手続保障の中身であり、これを事案の特質に応じた具体的なレベルの手続保障であると見れば、具体的な手続過程によって既判力が縮小するとの理解に傾くであろうが、そうした具体的なレベルでの手続保障を判決効理論に反映させることは、本来、判決内容の当否や手続過程のいかんを問わず一律に生じるべき既判力理論の基礎を掘り崩すおそれがあって採用することができない。もちろん、具体的な手続保障の重要性は否定できないにせよ、そうした具体的なレベルでの手続保障はあくまで裁判の運用指針として活かされるべきであり、[153] 既判力の正当化根拠としての手続保障の内容としては、各種の手続規定によって担保される抽象的なレベルの手続保障にとどまると解すべきではないだろうか。

上記平成九年最判は、所有権確認訴訟の訴訟物の理解とも関連して評価が分かれうる事例であるが、所有権確認訴訟の訴訟物に関する一般的な理解によれば、所有権確認訴訟の訴訟物は所有権そのものであり、その存否の判断について既判力が生じると解される結果、所有権確認請求訴訟で敗訴した原告が前訴とは異なる取得原因を主張して再び所有権の存否を争うことは、基準時後の新事由に基づく場合を除き、前訴判決の既判力によって遮

断されると解される。[154] また、持分権は所有権の一部ないし制限された所有権であるとの理解を前提とすると、所有権確認請求を棄却する判決は所有権の不存在を既判力をもって確定するのみならず、持分権の不存在をも確定するものであると解される。平成九年最判は上記のような理解を前提とするものであり、本判決に関して既判力の縮小の可能性を検討する論者もまた基本的にこのような理解を前提としていると見られる。

しかしながら、所有権確認請求を棄却する判決が当然に持分権の不存在をも確認するものであるかは、なお検討の余地があるように思われる。[155] たしかに、原告の意思として、単独所有権が認められない場合には共有持分権の確認を求める趣旨であると解される場合もありえようが、処分権主義の下では審判対象の特定は原則として原告の意思に委ねられていることからすると、原告が単独所有権の確認のみを対象として訴えることも権利の濫用にあたるような場合を除いて別段禁止されないと解される。その場合、単独所有権の確認のみを求める訴えは観念的には一種の一部請求であると言うことができるのであって、[156] 原告が明示的に単独所有権の確認のみを求めた場合には明示の一部請求の場合に準じて、明示のない場合は黙示の一部請求の場合に準じて考えることも不可能ではないように思われる。平成九年最判の事案はその意味では一種の黙示的な一部請求の事案であり、一部請求に関する本稿の理解によれば、一部明示責任を問うことができないような特別の場合を除き、後訴は信義則に反して許されないと考えることになる。この点、本件前訴においては、訴訟の対象を単独所有権の存否のみに限定するような文字どおりの明示こそないが、X_1・Yともに自身の主張する単独所有権が認められない場合には被相続人Aの遺産となること、換言すれば、X_1とYを含む共同相続人間における共有に属することを当然の前提としていたものと思われる。また、かつての最高裁判例には、所有権確認請求訴訟において、単独所有権の取得は認められないが共有持分の取得が認められる場合に共有持分確認の一部認容判決をすることができるとした事例があるが、[157] 本件前訴裁判所が、結論において共有持分権を確認する旨の一部認容判決をすることなく、端的に原告

の請求を棄却していることは、裁判所においてもまた、本件における審判対象が単独所有権の存否に限定されていることを前提としていたように思われる。そうだとすれば、本件は、両当事者および裁判所の間で、訴訟の対象を単独所有権の存否のみに限定する旨の共通理解が形成されていたと言うべき事案であり、[158] 文字どおりの明示がなくても信義則上の一部明示責任を果たしたと評価できよう。[159]

ところで、本稿の立場によれば、信義則に基づく後訴遮断の法理を支持する一方で、既判力の縮小理論は否定することになるから、後訴遮断の範囲は既判力の枠を超えて拡大することはあっても、既判力の枠を下回ることはないということになる。このような帰結に対しては、既判力の原則的ルールを拡大方向でのみ修正するものであるとして、理論的な一貫性が疑問視されるかもしれない。しかしながら、後訴遮断の範囲が既判力の枠を超えて拡大することがありうるのは信義則違反の効果によるものであり、既判力それ自体は個別事情によって拡張することもなければ縮小することもないという意味では一貫している。問題は、信義則が既判力を補完する形でのみ作用し、既判力を制約する形で作用することがないということになろうが、筆者もまた、「荷馬車挽き事件」[160] に見られるような、判決確定後の著しい事情変更によって、前訴判決の効力を維持することが著しく衡平の理念に反するような場合にまで前訴判決の既判力その他の効力を維持することを主張するものではない。とはいえ、後訴遮断の範囲を拡大方向で修正することは、訴訟制度のコストパフォーマンスを引き上げ、他の制度利用者の制度利用の機会を増大させることに繋がるのに対して、縮小方向で修正することは逆にこうした司法資源の効率的利用の阻害要因となりうるものであるから、[161] 拡張方向での修正と縮小方向での修正をシンメトリカルに考える必然性はなく、むしろ縮小方法での修正には拡張方向での修正以上に謙抑的な姿勢が求められるように思われる。

五　おわりに

本稿では、再訴事案の法的規律に関して、英米法理論との比較考察から得られた基本的視点をもとにわが国の理論を捉え直すとともに、再訴事案の事件処理について若干の考察を試みた。その要点は以下のとおりである。

第一に、再訴事案の法的規律に関して、わが国の理論と英米法理論との間には概ね以下のような対応関係が認められる。まず、わが国の既判力概念は、前訴と同一の請求について再び争うことを禁止するという点において、イギリス法の訴訟原因禁反言、アメリカ法の請求排除効に相当する。また、学説上有力に主張されている争点効理論および信義則による拘束力説は、前訴と同一の争点について再び争うことを禁止するという点において、イギリス法の争点禁反言、アメリカ法の争点排除効に対応する。さらに、わが国の判例法理である信義則に基づく後訴遮断の法理は、判決効の原則的ルールによっては妥当な結論が得られない場合に他の抽象的規範を根拠として後訴を遮断するという点において、イギリスの判例法理である Henderson ルール――手続濫用法理に基づく後訴遮断の法理――と対応するほか、前訴と実質的な同一性ないし関連性を有する請求を遮断するという点において、アメリカの「事件テスト」による事件処理との間にも一定の対応関係が認められる。これらの共通点に鑑みれば、再訴事案の法的規律に関する限り、日本法と英米法との間には、比較考察のための共通の理論的基盤があると言ってよい。

第二に、英米法理論との比較考察から得られる解釈・立法のための基本的視点として、①訴訟物論と既判力論の峻別、②既判力論と信義則論の峻別、③争点効と「五一型遮断効」の峻別という視点を挙げることができる。すなわち、①英米法理論においては審判対象の範囲と判決効の範囲との間に概念上の統一性は求められておらず、判決効の範囲は判決効に固有の観点から決せられる。わが国における訴訟物論と既判力論の関係もまた、両者は

論理必然的に一致しなければならないものではなく、それぞれに別個独立の議論として論じられるべきである。また、②再訴事案の法的規律に関しては、英米法理論においても、明確な要件の下に適用される原則的ルールとは別に、個別具体的な事情の下に柔軟かつ弾力的に適用される例外ルールが併用されている。紛争解決の実効性を確保し、かつ、定型的な再訴事案を迅速・円滑に処理するためには、既判力のように厳格かつ画一的な性質を持つ法原則が不可欠である一方、再訴事案の背後にある様々な利害関係を調整するためには、信義則のように柔軟かつ弾力的な性質を持つ法原則もまた必要不可欠である。加えて、③イギリスの判例法理であるHendersonルールが、訴訟原因禁反言や争点禁反言とは別個の法理として理解されているように、わが国における信義則に基づく後訴遮断の法理――いわゆる「五一型遮断効」――もまた、既判力や争点効理論とは別個の法理として理解することが適当である。とりわけ、「五一型遮断効」は、Hendersonルールと同様に、未だ裁判所の審理・判断を経ていない事項について裁判で争う機会を奪う可能性を含むものであるから、その正当化根拠はおのずから争点効理論とは異なる点に求められなければならず、判断基準ないし考慮要素も争点効理論とは異なると解するのが相当である。

第三に、上記のような基本的視点の下に再訴事案の法的規律を考えると、既判力理論、争点効理論、および信義則に基づく後訴遮断の法理は、それぞれに独自の存在意義を有する法原則ないし法理論として事案に即して併用される。すなわち、既判力は個別事情を問わず画一的に後訴を遮断する法理として、その範囲は判決主文の判断、つまり請求の趣旨に示された権利主張の範囲に限定される一方、既判力が作用しない場合であっても、争点効の要件を満たす場合には争点効によって、また、争点効の要件を満たさない場合であっても後訴における請求または主張が信義則に反すると評価される場合には信義則によって、紛争の実質的な蒸し返しが禁止される。争点効の解釈・運用に際しては、争点効のモデルとなった争点排除効の考え方が参考になるが、英米法の争点排除

効については原則ルールに加えて詳細な例外ルールが設けられていることに留意が必要である。また、信義則の適用に際しての考慮要素としては、①請求または主張の実質的同一性、②前訴における提出可能性、③紛争決着に対する相手方当事者の合理的期待等が考えられるが、国内外の事案に見られるように、後訴を提起するに至った原因の所在もまた、再訴事案の適否を決する実質的な考慮要素の一つとなりえよう。

以上、本稿では、英米法理論からの示唆をもとに再訴事案の法的規律に関する基本的な理論枠組みを提示した。本稿のように、ドイツ法を母法とするわが国の民訴法理論に英米法の民訴法理論からアプローチすることには異論もありえようが、後訴においてどのような請求または争点を排除し、逆に排除してはならないか、という議論自体は裁判制度に普遍的なテーマであり、様々な角度からのアプローチが可能であろうし、また、英米法理論の視角からわが国の理論を見つめ直すことは、大陸法型の民訴法理論と英米法型のそれとの間の比較可能性を高めるとともに、民訴法理論の国際的調和に向けた手掛かりを見出すことにも繋がるものと思われる。本稿に示した基本枠組みについては、他の民訴法理論との関連性や整合性、個別問題における解決基準としての妥当性など、なお検証すべき課題も多いが、再訴遮断理論の再構築に向けた試みとして、大方のご批判を仰ぐことができれば幸いである。

（1）「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、さしあたり、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。

（2）リーディング・ケースとして、最判昭和五一・九・三〇民集三〇巻八号七九九頁。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・一九判時一一〇五号四八頁、最判平成一〇・六・一二民集五二巻四号一一四七頁など参照。

（3）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）一一五頁、三木浩

一「一部請求論の展開」慶應義塾大学法学部編『慶應の法律学 民事手続法』（慶應義塾大学法学部・二〇〇八年）一九七頁参照。

（4） 例えば、勅使川原和彦「一部請求と隠れた訴訟対象――判例によるルール設定と信義則による後訴遮断についての覚え書――」早法七五巻三号（二〇〇〇年）三九頁以下は、一部請求論における後訴遮断ルールについて、再訴事案への応用可能性を示唆する。

（5） 拙稿「イギリス民事訴訟における判決効理論の展開――Henderson ルールの形成と発展を中心に――」中央学院二四巻一・二号（二〇一一年）一五七頁以下。

（6） 拙稿「アメリカ民事訴訟法における res judicata――請求排除効と争点排除効に関する基礎的考察――」法研八五巻一〇号（二〇一二年）八三頁以下。

（7） 「既判力」と訳されることがあるが、わが国における既判力概念とは必ずしも一致しないことから、本稿では“res judicata”の語を用いる。

（8） イギリス法に関して、拙稿・前掲注(5)一五七頁以下参照。また、アメリカ法に関して、拙稿・前掲注(6)八三頁以下参照。

（9） イギリスの res judicata については、Spencer Bower and Handley, *Res Judicata* (4th ed. 2009); Peter R. Barnett, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments* (2001); Neil Andrews, *English Civil Procedure* (2003); Adrian Zuckerman, *Zuckerman on Civil Procedure* (2nd ed. 2006) など参照。わが国では、先駆的な業績として、小山昇「イギリスの裁判官の思惟方法の分析――res judicata を舞台として――」兼子一博士還暦記念『裁判法の諸問題(上)』（有斐閣・一九六九年）一二九頁以下（同『小山昇著作集(2)』（信山社・一九九〇年）所収）、住吉博「イギリス法における民事判決の拘束力」新報七五巻四・五号（一九六八年）四三頁以下がある。また、越山和広「イギリス国際私法における既判力理論（一）――国際的既判力論の視点から――」近法四四巻二号（一九九七年）九六頁以下参照。

（10） イギリス国内においても、訴訟原因禁反言や争点禁反言という用語に代えて、請求排除効（claim preclusion）や争点排除効（issue preclusion）という用語が用いられることがある。See Andrews, *supra* note 9, at para. 40.02.

（11） 田中英夫ほか編『英米法辞典』（東京大学出版会・一九九一年）“cause of action”参照。
（12） See Bryan A. Garner et al., *Black's Law Dictionary* (9th ed. 2009) “cause of action”.
（13） 詐欺または通謀による判決であることを理由として前訴判決が取り消された場合が唯一の例外とされる。*Arnold v National Westminster Bank plc* [1991] 2 AC 93, 104, HL.
（14） 訴訟の結果に影響を及ぼさないような付随的・派生的争点は、争点禁反言の対象から除外される。*Arnold v National Westminster Bank plc* [1991] 2 AC 93, 105, HL.
（15） Zuckerman, *supra* note 9, at p. 941.
（16） *Henderson v Henderson* (1843) 3 Hare 100.
（17） Henderson ルールの形成と発展については、拙稿・前掲注（5）一六三頁以下参照。
（18） See Zuckerman, *supra* note 9, at p. 946, Andrews, *supra* note 9, at para. 40.35.
（19） *Johnson v Gore Wood & Co* [2002] 2 AC 1, HL.
（20） 自身の請求を留保した理由について、Johnson が提出した宣誓供述書（affidavit）によれば、①前訴当時は、いまだ十分な額の法律扶助を受けることができず、自身の請求について訴えを提起できる状況になかったこと、②自身の請求を立てることによって WWH 社の訴訟の進行と解決が大幅に遅れ、その結果として WWH 社が倒産に陥る可能性があったこと、③ Johnson および WWH 社の資金源は、GW 事務所の過失を原因とする訴訟によって使い果たされてしまったこと、④自身の請求を加えた場合、WWH 社の訴訟のために指定されたトライアル期日が中止になる可能性があったこと、⑤より複雑な性質を有する Johnson の請求が、WWH 社の訴訟に悪影響をもたらす可能性があったこと、⑥ Johnson が訴訟の追行のためにあてることのできた時間は、彼が新しい職を探す必要のために制限されていたこと、が述べられている。
（21） Bingham 裁判官は、Henderson ルールを「Henderson 手続濫用法理（*Henderson v Henderson* abuse of process）」と呼び、訴訟原因禁反言や争点禁反言とは別個のものであると位置づける。[2002] 2 AC 1, 30-1, HL.
（22） *ibid.* at 31. その他、Bingham 裁判官の意見においては、Henderson ルールは前訴が判決で終了した場合だけでなく和解で終了した場合においても適用があること、手続の濫用にあたることの立証責任はそれを主張する当事者の

側にあること、前訴と後訴で当事者が異なる場合でも両者の間に実質的な同一性が認められる場合には適用があること等が述べられている。

(23) *ibid.* at 31.

(24) *ibid.* at 59.

(25) *ibid.* at 59.

(26) 本件請求については、① Johnson が GW 事務所を Johnson 個人の代理人としていたかどうか、② GW 事務所において WWH 社のみならず Johnson 個人についても損失を生じさせることを予見していたかどうか、③ Johnson 個人に生じた損失のうち賠償を受けることのできる範囲およびその額等が争点になるとする。*ibid.* at 60.

(27) *ibid.* at 60. その他、Bingham 裁判官の意見と同様に、Henderson ルールは前訴が和解で終了した場合においても適用があること、手続の濫用にあたることの立証責任はそれを主張する当事者の側にあることが述べられている。また、Millett 裁判官の意見によれば、前訴と後訴で当事者が異なる場合については、原告が異なる場合と被告が異なる場合とで区別し、被告が異なるケースについては、被告にとって二重の負担はないとして同ルールは適用されないとする一方、原告が異なるケースについては、後訴原告が前訴原告の承継人である場合において当該承継人に適用される余地があるとする。

(28) 事案の概要について、拙稿・前掲注(5)一六四頁以下参照。

(29) (1843) 3 Hare 100, at 115.

(30) See *Greenhalgh v Mallard* [1947] 2 All ER 255, 257, CA.

(31) *Yat Tung Investment Co Ltd v Dao Heng Bank Ltd* [1975] AC 581, PC.

(32) 事案の概要について、拙稿・前掲注(5)一六七頁以下参照。

(33) Handley, *infra* note 42, at p. 400.

(34) イギリス Warwick 大学教授。専攻は信託法を中心とする財産法であるが、Henderson ルールにも造詣が深い。

(35) Gary Watt, 'The Danger and Deceit of the Rule in *Henderson v. Henderson*: A new approach to successive civil actions arising from the same factual matter' (2000) 19 CJQ 287-314.

(36) *ibid.* at p. 308.

(37) ここでは具体例として、*North West Water v Binnie & Partners* [1990] 3 All ER 547 が挙げられている。同事案は、水道当局がパイプラインの破裂事故によって被った財産的損害について、技術者に対して損害賠償を求めた事案である。本件に先立っては、当該事故によって死傷した被害者・遺族から、技術者と水道当局に対して損害賠償を求める訴えが提起されていたが、筆者によれば、このような被害者・遺族による訴訟において水道当局が技術者に対して同時に損害賠償を求めることは社会的礼儀に反するであろうと指摘する。*ibid.* at p. 308, footnote 22.

(38) *ibid.* at p. 307.

(39) そのような例として、原告が前訴において後訴請求はない旨を表明し、それを受けて被告が譲歩ないし和解を行った場合を挙げる。*ibid.* at p. 311.

(40) *ibid.* at p. 312. なお、Andrews, *supra* note 9, at para. 40.58 は、同基準の持つあいまいさが Henderson ルールの拡張的な適用に繋がる可能性を指摘する。

(41) オーストラリア New South Wales 州の元最高法院裁判官。res judicata に関する権威的書籍として知られる、Spencer Bower, Turner and Handley, *The Doctrine of Res Judicata* (3rd ed. 1996), Spencer Bower and Handley, *Res Judicata* (4th ed. 2009) の著者。

(42) K. R. Handley, 'A Closer Look at *Henderson v. Henderson*' (2002) 118 LQR 397, at p. 397.

(43) *ibid.* at p. 397.

(44) *ibid.* at p. 403.

(45) *ibid.* at p. 404.

(46) *ibid.* at p. 405.

(47) アメリカの res judicata については、Robert C. Cased & Kevin M. Clermont, *Res Judicata: A Handbook on Its Theory, Doctrine, and Practice* (2001) に詳しい。その他、アメリカ民事訴訟に関する近年の概説書として、Fleming James, Jr., Geoffrey C. Hazard, Jr. & John Leubsdorf, *Civil Procedure* (5th ed. 2001), Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane & Arthur R. Miller, *Civil Procedure* (4th ed. 2005), Kevin M. Clermont, *Principles of Civil Procedure* (3rd ed.

2012) など。わが国では、先駆的な業績として、谷口安平「アメリカにおける和解判決（Consent Judgment）の効力」論叢六七巻五号（一九六〇年）二四頁以下、吉村徳重「アメリカにおける既判力拡張の一側面」法政二九巻一～三号（一九六三年）六三頁以下、同「アメリカにおける既判力の客観的範囲」法政三二巻二～六号（一九六六年）七一一頁以下、同「判決理由中の判断の拘束力――コラテラル・エストッペルの視点から」法政三三巻三～六号（一九六七年）四四九頁以下、同「判決効の主観的拡張とデュー・プロセス――アメリカ法の視点から（一）（二）」法政四四巻一号（一九七七年）一頁以下、二号（一九七七年）一八二頁以下（以上、吉村徳重『比較民事手続法』（信山社・二〇一一年）所収）、平良「英米法の歴史における既判力と判決による禁反言」法研三八巻二号（一九六五年）一頁以下、同「判決による『附随的禁反言』の理論」法研三九巻三号（一九六六年）一頁以下、霜島甲一「既判力の相対性について――合衆国におけるベルンハルト・ドクトリンの展開」判タ三〇七号（一九七四年）三一頁以下など。近年の判決効理論の展開を紹介するものとして、小林秀之「判決効の拡張化現象とリステイトメント」同『新版・アメリカ民事訴訟法』（弘文堂・一九九六年）二四四頁以下、ロバート・G・ボーン（三木浩一訳）「アメリカ民事訴訟法における遮断効――政策的な圧力の下での法的な原理」大村雅彦＝三木浩一編『アメリカ民事訴訟法の理論』（商事法務・二〇〇六年）一七五頁以下など参照。

(48) Restatement (Second) of Judgments (1982). 小林・前掲注(47)二八九頁以下に抄訳がある。

(49) See id. § 24 (1).

(50) See id. § 24 (2).

(51) 分割訴訟の禁止原則に関する判例および学説の状況については、小松良正「アメリカの民事訴訟における一部請求をめぐる判例の展開――近時の判例を中心として――」早法七二巻四号（一九九七年）一一九頁以下に詳しい。

(52) See Restatement (Second) of Judgments § 27 cmt. c (1982).

(53) 請求排除効の例外について、拙稿・前掲注(6)九三頁以下参照。また、争点排除効の例外について、同一〇二頁以下参照。

(54) See Restatement (Second) of Judgments § 20 (1) (1982).

(55) See id. § 20 (2). 前者の例としては、期限の未到来を理由とする敗訴判決が、後者の例としては、停止条件の未成

就を理由とする敗訴判決や、双務契約における原告の債務未履行（同時履行の抗弁）を理由とする敗訴判決が挙げられる。

(56) See id. § 26 (1) (a)-(e).

(57) See id. § 26 (1) (f).

(58) See id. § 28 (1)-(4).

(59) See id. § 28 (5).

(60) See id. § 28 cmt. j.

(61) 既判力が作用する場面としては、①前訴と後訴で訴訟物が同一の場合（訴訟物同一）、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前訴の訴訟物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）の三つに整理される。

(62) 例えば、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）三一〇頁〔高橋宏志〕、兼子一原著『条解民事訴訟法〔第二版〕』（弘文堂・二〇一一年）五一四頁〔竹下守夫〕、新堂幸司『新民事訴訟法〔第五版〕』（弘文堂・二〇一一年）六八五頁、伊藤眞『民事訴訟法〔第四版〕』（有斐閣・二〇一一年）五〇七頁、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第七版〕』（弘文堂・二〇一二年）六三五頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)〔第二版〕』（有斐閣・二〇一一年）七一八頁など参照。

(63) なお、本案判決の既判力が訴訟物レベルで生じるのに対して、訴訟判決の既判力は個々の訴訟要件レベルで生じる点で、両者は性質を異にする面がある。アメリカでも、却下判決の拘束力については、裁判権の判断権限（jurisdiction to determine jurisdiction）の問題として、請求排除効や争点排除効の問題とは区別して論じられているようである。See Cased & Clermont, *supra* note 47, at p. 265.

(64) 訴訟物理論の議論状況につき、新堂幸司＝福永有利編『注釈民事訴訟法(5)』（有斐閣・一九九八年）九一頁以下〔新堂幸司〕、兼子原著・前掲注(62)七四三頁以下〔竹下〕、新堂・前掲注(62)三一一頁以下、伊藤・前掲注(62)一九八頁以下、松本＝上野・前掲注(62)一八〇頁以下、高橋・前掲注(62)二五頁以下など参照。

(65) 最判昭和三五・四・一二民集一四巻五号八二五頁、最判昭和三六・三・二四民集一五巻三号五四二頁、最判昭和

三六・四・二五民集一五巻四号八九一頁、最判昭和五三・六・二三判時八九七号五九頁など参照。

(66) リーディング・ケースとして、最判昭和五一・九・三〇民集三〇巻八号七九九頁。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・一九判時一一〇五号四八頁、最判平成一〇・六・一二民集五二巻四号一一四七頁など参照。

(67) 理由中の判断の拘束力をめぐる議論状況につき、鈴木＝青山編・前掲注(62)三三八頁以下〔高橋〕、兼子原著・前掲注(62)五三四頁以下〔竹下〕、伊藤・前掲注(62)五二一頁以下、松本＝上野・前掲注(62)五八八頁以下、高橋・前掲注(62)六三三頁以下、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）二二〇頁以下など参照。

(68) 新堂幸司「既判力と訴訟物」法協八〇巻三号（一九六三年）一頁以下（同『訴訟物と争点効(上)』（有斐閣・一九八八年）所収）、新堂・前掲注(62)七〇九頁以下参照。

(69) 新堂・前掲注(62)七一七頁以下参照。

(70) 新堂・前掲注(62)七一五頁以下参照。

(71) 竹下守夫「判決理由中の判断と信義則」山木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）七二頁以下、兼子原著・前掲注(62)五三八頁以下〔竹下〕参照。また、伊藤・前掲注(62)五二四頁以下参照。

(72) 訴訟上の信義則の発現形態は、大別して、①訴訟上の権能の濫用の禁止、②訴訟上の禁反言（矛盾挙動禁止の原則）、③訴訟上の権能の失効（権利失効の法理）、④訴訟状態の不当形成の排除に整理される。新堂幸司＝小島武司編『注釈民事訴訟法(1)』（有斐閣・一九九一年）四七頁以下〔谷口安平〕、兼子原著・前掲注(62)三〇頁以下〔新堂幸司＝高橋宏志＝高田裕成〕、栂善夫「民事訴訟における信義誠実の原則」伊藤眞＝山本和彦編『民事訴訟法の争点』（有斐閣・二〇〇九年）一六頁以下など参照。

(73) 兼子原著・前掲注(62)五三九頁以下〔竹下〕参照。

(74) 争点排除効という概念は、伝統的に「ダイレクト・エストッペル（direct estoppel）」および「コラテラル・エストッペル（collateral estoppel）」として知られる二つの法理を包摂する概念として理解される。この点につき、拙稿・前掲注(6)九八頁参照。

(75) 新堂教授によれば、争点効理論は、英米法のコラテラル・エストッペルの法理と兼子一博士によって主張された参加的効力の相手方当事者への拡張理論に示唆を受けたものであるとされる。新堂・前掲注(62)七〇九頁参照。

(76) 竹下・前掲注(71)七五頁参照。

(77) 原強「判例における信義則による判決効の拡張化現象（二・完）」札院八巻一号（一九九一年）三九頁は、最高裁および下級審が信義則適用に際して掲げる考慮要素を、①前訴と後訴の請求または主張の実質的同一性、②前訴における請求または主張の提出期待可能性、③紛争解決についての相手方の信頼、④前訴における審理の程度、⑤請求または主張の遮断を正当化するその他の事情等に整理する。

(78) 東京地判昭和六三・一二・二〇判時一三二四号七五頁、東京地判平成二・四・一六判時一三六八号七四頁、仙台地判平成二・七・二七判時一三七三号一〇一頁など。

(79) 最判昭和五一・九・三〇民集三〇巻八号七九九頁、最判昭和五二・三・二四金判五四八号三九頁、最判平成一〇・六・一二民集五二巻四号一一四七頁など。その他、東京地判平成一二・一二・二二金判一一一七号五五頁、東京地判平成一七・三・一〇判タ一二二八号二八〇頁、東京地判平成一七・一一・一判時一九二一号一二六頁など参照。

(80) 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。

(81) 最判昭和五一・九・三〇民集三〇巻八号七九九頁、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など参照。

(82) 例えば、伊藤眞ほか『民事訴訟法の論争』（有斐閣・二〇〇七年）七二頁〔加藤新太郎発言〕では、信義則に基づく後訴遮断の法理に対する学説の役割として、中間命題の定立の必要性を指摘する。また、同一〇四頁〔山本和彦発言〕参照。

(83) 兼子原著・前掲注(62)五三四頁〔竹下〕参照。

(84) なお、伝統的な理解によっても、前訴と後訴で訴訟物が同一の場合（訴訟物同一）のほか、前訴の訴訟物が後訴の訴訟物の前提問題になっている場合（先決関係）や、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が両立しえない関係にある場合（矛盾関係）にも既判力が及ぶとされており、「訴訟物＝既判力の客観的範囲」という図式は、あくまで原則論を示し

たものである。

(85) 例えば、山本克己「訴訟物論争」伊藤眞＝山本和彦編『民事訴訟法の争点』（有斐閣・二〇〇九年）一〇八頁は、「我が国の訴訟物論争は基本的には判決効、とりわけ既判力の客観的範囲をめぐる論争であった」と評する。

(86) 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）二一七頁以下参照。

(87) 新堂幸司「既判力と訴訟物」法協八〇巻三号（一九六三年）一頁以下（同『訴訟物と争点効㈠』（有斐閣・一九八八年）所収）、新堂・前掲注(62)七〇九頁以下参照。

(88) 竹下守夫「判決理由中の判断と信義則」山木戸克己教授還暦記念『実体法と手続法の交錯㈡』（有斐閣・一九七八年）七二頁以下、兼子原著・前掲注(62)五三八頁以下〔竹下〕。また、伊藤・前掲注(62)五二四頁以下参照。

(89) 理由中の判断にも既判力の拡張を認める見解として、上村明広「判決効の拡張をめぐる利益考量」法教〔第二期〕七号（一九七五年）六七頁以下参照。

(90) 中野貞一郎「訴訟物概念の統一性と相対性」同『民事訴訟法の論点Ⅰ』（判例タイムズ社・一九九四年）四七頁参照。

(91) 新堂・前掲注(62)七二九頁、高橋・前掲注(62)六〇〇頁など参照。

(92) その他、いわゆる「手続保障の第三の波」の論者によれば、既判力の客観的範囲は訴訟物ではなく、手続過程における当事者の行動によって決まるとされる。井上正三「既判力の客観的限界――提出責任効論の背景と課題――」新堂幸司ほか編『講座民事訴訟⑹』（弘文堂・一九八四年）三一七頁以下、井上治典「手続保障の第三の波」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』（有斐閣・一九八八年）七六頁以下。また、水谷暢「後訴における審理拒否――近時の最判の論理――」民訴二六号（一九八〇年）五九頁以下参照。

(93) 訴訟物概念の機能につき、伊藤眞「訴訟物概念の役割」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）六五頁、三木浩一「訴訟物概念の機能」青山善充＝伊藤眞編『民事訴訟法の争点〔第三版〕』（有斐閣・一九九八年）一三四頁、出口雅久「訴訟物概念の機能」伊藤眞＝山本和彦編『民事訴訟法の争点』（有斐閣・二〇〇九年）一一二頁など参照。

(94) いわゆる「訴訟物概念の統一性ドグマ」の崩壊である。中野・前掲注(90)四四頁参照。

(95) 三木・前掲注(93)一三五頁は、訴訟物概念の機能は「指示概念」のそれにほぼ尽きることになるとしたうえで、こうした「指示概念」への一元化は、訴訟物概念の本来の姿への回帰であることを示唆する。

(96) 山本・前掲注(85)一一一頁は、訴訟物論争が後退した背景として、民事訴訟法学の学問分野としての独自性が確立したことを指摘する。

(97) 松本＝上野・前掲注(62)一八〇頁参照。

(98) 山本和彦『民事訴訟法の基本問題』（判例タイムズ社・二〇〇二年）八五頁以下参照。

(99) 兼子原著・前掲注(62)五六一頁〔竹下〕、菊井維大＝村松俊夫原著『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）四七六頁、伊藤・前掲注(62)五二六頁など参照。また、一部請求論に関連して、中野・前掲注(3)一二四頁、三木浩一「一部請求論について――手続運営論の視点から――」民訴四七号（二〇〇一年）五一頁参照。

(100) 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。

(101) 例えば、井上治典「判批」リマークス一九号（一九九九年）一二六頁は、「場合分けをしたり、要件化すれば、本来のうまみはなくなってしまうというのが信義則であり、二刀流ではなく、既判力という一刀流で、遮断の本質に迫る理論を考究しつづけるのが、姿勢として正道ではなかろうか」と指摘する。

(102) 三木・前掲注(3)一九九頁は、信義則を解釈論に用いることに向けられる批判に対して、「可能な範囲で一定の要件化を行いつつ同時に柔軟かつきめ細かい調整を行うことを目指すという二兎を追うところに、信義則を含む抽象的規範の存在意義があることを看過してはならない」と述べる。

(103) 新堂・前掲注(62)七一七頁以下参照。

(104) 兼子原著・前掲注(62)五三九頁以下〔竹下〕参照。

(105) 例えば、山本和彦「法律問題指摘義務違反による既判力の縮小――最判平成九年三月一四日（判タ九三七号一〇四頁）を手掛かりとして――」判タ九六八号（一九九八年）八八頁は、争点効による遮断といわゆる「五一型遮断効」との相違について、「前訴での争点提出の有無という点では決定的な相違があり、当然その要件が異なってくる

と見られる」との見方を示される。なお、同八九頁注(30)参照。

(106) 新堂・前掲注(62)七二五頁以下参照。

(107) 新堂・前掲注(62)七二六頁は、信義則に基づく後訴遮断に関して、「このような遮断効が肯定されるとなると、訴訟上の請求という観念による既判力の客観的範囲と矛盾しないか、さらには、争点効とはどのような関係に立つのかを明らかにする必要がある」とする。

(108) 新堂・前掲注(62)七二六頁以下参照。すなわち、「正当な決着期待争点」を訴訟物レベルに置くことができる場合が既判力の問題であり、主要な争点レベルに置くことができる場合が争点効の問題である。いわゆる「五一型遮断効」については、「主要な争点と決着期待争点とが極限近くまで乖離した事例」と位置づけたうえで、「これを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」とされる。

(109) 山本・前掲注(105)八八頁以下参照。

(110) 山本・前掲注(105)八九頁も、「五一型遮断効」の要件の一つである提出の容易性については、当事者の法的知識、事実の認識の程度、証拠提出の容易性、訴訟係属の長短など様々な事情に照らしたケース・バイ・ケースの判断にならざるをえない旨を指摘される。

(111) 鈴木＝青山編・前掲注(62)三〇三頁〔高橋〕、兼子原著・前掲注(62)五四八頁〔竹下〕、菊井＝村松原著・前掲注(99)四四八頁、新堂・前掲注(62)七〇八頁、伊藤・前掲注(62)五〇五頁、高橋・前掲注(62)五八六頁など参照。

(112) 三ケ月章『民事訴訟法』(有斐閣・一九五九年)三〇〇頁、松本＝上野・前掲注(62)五八二頁参照。また、高見進「一部の債権による相殺の抗弁と判決の効力」青山善充先生古稀祝賀『民事手続法学の新たな地平』(有斐閣・二〇〇九年)二三二頁も、同一債権に基づく給付訴訟の場合に訴え却下説を採用する。

(113) See Restatement (Second) of Judgments § 17 (1), (2) (1982).

(114) 例えば、兼子一『新修民事訴訟法体系〔増訂版〕』(酒井書店・一九六五年)三四七頁、兼子原著・前掲注(62)五四七頁〔竹下〕、菊井＝村松原著・前掲注(99)四四八頁など。

(115) 前掲注(13)参照。

(116) 石川明＝高橋宏志編『注釈民事訴訟法(9)』（有斐閣・一九九六年）四八頁〔上村明広〕、兼子原著・前掲注(62)一七三一頁〔松浦馨〕など参照。

(117) なお、信義則による拘束力説は、争点効理論に信義則の観点からアプローチするものである。前述のように、信義則による拘束力説は当事者が自白した事実についても拘束力を認める場合がある点で争点効理論と差異を生じるが、弁論主義の下、争点形成に関する当事者の自由を担保するためには、当事者が積極的に争点としなかった事実については拘束力の発生を否定することが相当であるように思われる。

(118) 最判昭和四四・六・二四判時五六九号四八頁をモデルとしたケース。

(119) 最判昭和五九・一・一九判時一一〇五号四八頁をモデルとしたケース。

(120) 近年の議論状況について、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）二一六頁以下、鈴木＝青山編・前掲注(62)三三八頁以下〔高橋〕、兼子原著・前掲注(62)五三六頁以下〔竹下〕、菊井＝村松原著・前掲注(99)四七二頁以下など。また、富樫貞夫「民事訴訟における『むし返し』禁止の効力」熊本大学法学会編『法学と政治学の諸相』（成文堂・一九九〇年）二七三頁以下参照。

(121) 上村・前掲注(89)六七頁以下参照。

(122) 小山昇「いわゆる争点効について――争点効理論の深化へのひとつの刺戟として――」ジュリ五〇四号（一九七二年）八二頁（同『小山昇著作集(2)』（信山社・一九九〇年）所収）、中野貞一郎「いわゆる争点効を認めることの可否」法教〔第二期〕四号（一九七四年）六四頁参照。

(123) 松本・前掲注(100)五頁以下、松本＝上野・前掲注(62)六〇二頁以下参照。

(124) 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。

(125) 最判昭和五一・九・三〇民集三〇巻八号七九九頁、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など参照。

(126) 評釈・解説として、住吉博「判批」判タ二四二号（一九七〇年）八八頁、小山昇「判批」『続民訴百選』（有斐閣・一九七二年）一九二頁、青山善充「判批」『民訴百選〔第二版〕』（有斐閣・一九八二年）二四〇頁、富樫貞夫

「判批」『民訴百選Ⅱ〔新法対応補正版〕』（有斐閣・一九九八年）三二六頁、宇野聡「判批」『民訴百選〔第三版〕』（有斐閣・二〇〇三年）一八八頁、松本博之「判批」『民訴百選〔第四版〕』（有斐閣・二〇一〇年）一八〇頁など。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」中田淳一先生還暦記念『民事訴訟の理論(下)』（有斐閣・一九七〇年）六九頁（同『訴訟物と争点効(上)』（有斐閣・一九八八年）所収）。

(127) 新堂・前掲注(126)八四頁は、「本件は、最高裁が争点効理論を実務において認知するのに、もっとも適当なケースであった」と評する。なお、信義則による拘束力説の立場からは、本件のように二つの訴訟が同時並行的に係属し、たまたま一方の判決が先行して確定したという事情の下では、係争中の争点について最終的決着に至ったとの合理的期待は成立しえないとして、理由中の拘束力が否定されるようである。兼子原著『条解民事訴訟法』（弘文堂・一九八六年）六二七頁〔竹下守夫〕、伊藤・前掲注(62)五二五頁参照。

(128) 新堂・前掲注(62)七二四頁参照。

(129) 近年の議論状況について、中野・前掲注(3)一〇七頁以下、納谷廣美「一部請求と残部請求」青山善充＝伊藤眞編『民事訴訟法の争点〔第三版〕』（有斐閣・一九九八年）一四四頁以下、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、高橋・前掲注(62)九六頁以下など参照。

(130) 最判昭和三二・六・七民集一一巻六号九四八頁、最判昭和三七・八・一〇民集一六巻八号一七二〇頁参照。

(131) 最判平成一〇・六・一二民集五二巻四号一一四七頁参照。

(132) 最判昭和三七・八・一〇民集一六巻八号一七二〇頁、最判昭和四二・七・一八民集二一巻六号一五五九頁、最判平成一〇・六・一二民集五二巻四号一一四七頁、最判平成一〇・六・三〇民集五二巻四号一二二五頁など参照。

(133) 井上治典「確定判決後の残部請求――一部請求論の素描――」三ケ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点〔初版〕』（有斐閣・一九七九年）一八一頁、高橋・前掲注(62)一一一頁参照。

(134) 中野貞一郎「一部請求論について」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）六二頁以下（同『民事手続の現在問題』（判例タイムズ社・一九八九年）所収）、三木・前掲注(99)五一頁以下参照。

(135) 三木・前掲注(3)一九九頁は、明示の有無の問題を訴訟物特定要素ではなく、信義則要素として捉えるべきであるとする。

(136) 三木・前掲注(3)二〇三頁以下参照。

(137) 費目限定型の一部請求訴訟とは、不法行為を原因とする損害賠償請求訴訟のように、一個の債権が複数の費目の集合体である場合において、特定の費目を除外して提起する一部請求訴訟をいう。一部請求訴訟における事案類型について、三木・前掲注(99)三四頁以下参照。

(138) 学説上は既判力の時的限界の問題として論じるものも少なくないが、不法行為に基づく損害賠償請求権は将来において具体化する損害も含めて全損害が不法行為時に発生するとの判例・通説の理解を前提とする限りは、判決確定後に後遺症が拡大したとしても基準時後の新たな法律関係の変動はないと言わざるを得ず、後遺症の拡大をもって基準時後の新事由と見ることは困難である。また、これを基準時後の問題として捉えるときには、後遺症の拡大が基準時の前後いずれかであるかで結論が正反対になりうるが、後遺症の拡大は時間的に幅のある事象であるから、その拡大時点を基準時の前後いずれかに確定することには馴染まないように思われる。むしろ、一部請求論の問題として位置づけたうえで、信義則に基づく柔軟かつ弾力的な判断枠組みに委ねることが、事案の適切な処理に資すると考えられよう。

(139) 三木・前掲注(3)二〇六頁は、「一部明示責任の履行の程度や態様は、一部請求類型の種類、一部請求と残部請求の関係、一部請求の客観的な背景、被告の認識の内容と程度などによって異なってくるが、一部明示責任の根拠が信義則である以上、それは当然のことである」と指摘する。

(140) 兼子・前掲注(114)三四〇頁、三ケ月・前掲注(112)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。

(141) 学説の状況につき、坂原・前掲注(120)二一九頁、鈴木＝青山編・前掲注(62)三一六頁以下〔高橋〕、菊井＝村松原著・前掲注(99)四六四頁、高橋・前掲注(62)七二五頁以下など参照。

(142) 兼子原著・前掲注(62)五二四頁〔竹下〕参照。

(143) 山本和彦『民事訴訟審理構造論』（信山社・一九九五年）三二五頁、同・前掲注(105)八四頁参照。

(144) 新堂・前掲注(62)六九一頁、上田徹一郎『民事訴訟法〔第七版〕』（法学書院・二〇一一年）四八九頁、河野正憲『民事訴訟法』（有斐閣・二〇〇九年）五八三頁など参照。

(145) 他方、既判力の縮小に慎重な立場として、鈴木正裕「既判力の遮断効（失権効）について」判タ六七四号（一九八八年）四頁、中野貞一郎「既判力の標準時」同『民事訴訟法の論点Ⅰ』（判例タイムズ社・一九九四年）二四八頁参照。

(146) 評釈・解説として、上田徹一郎「判批」民商一一七巻六号（一九九八年）九九頁、池田辰夫「判批」ジュリ臨増一一三五号（一九九八年）一二三頁、後藤勇「判批」判タ臨増九七八号（一九九八年）一七八頁、高見進「判批」リマークス一六号（一九九八年）一三五頁、坂原正夫「判批」法研七一巻一二号（一九九八年）一四四頁など。また、本判決を取り上げた論稿として、山本・前掲注(105)七八頁、新堂幸司「既判力と訴訟物再論」原井龍一郎先生古稀祝賀『改革期の民事手続法』（法律文化社・二〇〇〇年）二四七頁（同『権利実行法の基礎』（有斐閣・二〇〇一年）所収）、高橋・前掲注(62)七二一頁以下など。

(147) 原々審は、前訴の所有権移転登記請求と後訴の遺産共有持分権に基づく所有権一部移転登記請求は「その質を異にする」として既判力との抵触を認めなかったが、原審は、「X_1は、本件各土地につき、その所有権取得の原因の如何を問わず、また、所有権の全部かその一部かを問わず、前訴の口頭弁論終結前に生じた事由による所有権を主張することは前訴の判決の既判力に抵触して許されない」として、原々判決を取り消し、X_1の所有権一部移転登記請求を棄却した。

(148) 最判平成九・三・一四判時一六〇〇号八九頁の福田博裁判官反対意見参照。

(149) なお、反対意見の見解に対しては、「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って、到底容認することができない」との根岸重治裁判官の補足意見が付されている。

(150) 鈴木・前掲注(145)一一頁は、個別事情を考慮することによる裁判所の負担過重のおそれを指摘する。

(151) 新堂・前掲注(62)六八三頁、兼子原著・前掲注(62)五一三頁〔竹下〕、菊井＝村松原著・前掲注(99)四四五頁、伊藤・前掲注(62)五〇二頁、高橋・前掲注(62)五八二頁など参照。

(152) 中野・前掲注(145)二四九頁も、「既判力の根拠を手続保障に求めるにしても、そのことから直ちに、前訴での主張の期待可能性の欠如に遮断効の例外を認めようとするのは、短絡のそしりを免れない」と指摘し、既判力の縮小理論以外の解釈手法によって救済を図る可能性を示唆される。

(153) 坂原・前掲注(120)二一八頁は、既判力の範囲に関して手続過程を重視する見解について、その実用性に疑問を示しながらも、「当面は裁判の運用指針として、判決効発生前の審理において生かされるべきである」と指摘する。また、松本＝上野・前掲注(62)五八〇頁も、期待可能性による調整に否定的な見解を示す一方で、前訴における審理の充実の必要性を説く。

(154) 新堂・前掲注(62)六九七頁、藤田耕三＝小川英明編『不動産訴訟の実務〔七訂版〕』（新日本法規出版・二〇一〇年）四〇七頁など参照。

(155) 原判決について、徳田和幸「判批」判評四二〇号（一九九四年）二〇四頁は、「通常の所有権の主張と相続による共有持分権の主張とがまったく同一のものであるかどうかについては、なお検討の余地があるのではないかと思われる」と指摘する。

(156) 上田・前掲注(146)一〇八頁は、「本件のような相続人間の単独所有権確認請求の申立事項は通常は遺産の一部認容判決は求めない趣旨と解すべき」であるとする。一個の訴訟物の観念的な一部のみを審判対象に据えることを許容するという点では、本稿の立場と共通する。

(157) 最判昭和四二・三・二三集民八六巻六六九頁参照。

(158) 高見・前掲注(146)一三八頁は、前訴裁判所が共有持分権の主張に関して釈明権を行使しなかったことは、「裁判所も含め、前訴関係者の間で、前訴判決の既判力がXの共有持分権の主張を排斥するものと考えていなかったことを示していよう」と分析する。

(159) その結果、X_1が後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よって遮断されず、本件訴訟後の遺産分割手続においてもX_1は本件係争地について自己の共有持分権を前提として手続を進めることができる。

(160) 最判昭和三七・五・二四民集一六巻五号一一五七頁。

(161) 山本・前掲注(105)八七頁は、当事者の合意による既判力の拡大および縮小に関する文脈においてではあるが、訴訟制度の他の利用者や訴訟制度の設営費用を負担している納税者といった第三者の利益に鑑み、既判力の拡大場面と縮小場面とを分けて考える必要性を示唆される。