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

Title	〔民集未登載最高裁民訴事例研究五一〕相続人YがAの遺産について相続分を有することを前提とする前訴判決が他の相続人Xとの間で確定し、また、XがYに対してAのXに対する債務をYが法定相続分の割合により相続したと主張してその支払を求める訴えを提起していた場合において、Xが自己に遺産全部を相続させる旨のAの遺言の有効確認をYに対して求める訴えを提起することが信義則に反するとはいえないとされた事例 遺言有効確認請求事件 最高裁令和三年四月一六日第二小法廷判決
Sub Title	
Author	川嶋, 隆憲(Kawashima, Takanori) 民事訴訟法研究会(Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2022
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.95, No.5 (2022. 5) ,p.53- 77
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20220528-0053

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.

〔民集未登載最高裁民訴事例研究　五一〕

相続人YがAの遺産について相続分を有することを前提とする前訴判決が他の相続人Xとの間で確定し、また、XがYに対してAのXに対する債務をYが法定相続分の割合により相続したと主張してその支払を求める訴えを提起していた場合において、Xが自己に遺産全部を相続させる旨のAの遺言の有効確認をYに対して求める訴えを提起することが信義則に反するとはいえないとされた事例

遺言有効確認請求事件

最高裁令和三年四月一六日第二小法廷判決（最高裁令和二年(受)第六四五号、破棄自判）判例時報二四九九号八頁、判例タイムズ一四八八号一二一頁

〔事　実〕

本件訴訟は、Xが、Yに対し、両名の母であるAを遺言者とする平成二〇年四月一七日付け自筆証書（以下「本件遺言書」という）による遺言（以下「本件遺言」という）が有効であることの確認を求めた訴訟である。以下に見るように、Aの死後、X・Y間で行われた別件訴訟（以下「前訴」という）においては、本件遺言の効力を問題としない前提での訴訟追行がされ、その判決が確定していた。本件訴訟においては、本件訴えが前訴確定判決の既判力に抵触するか否か、また、既判力に抵触しないとしても信義則に反して許されないとされるか否か、等が主要な争点となった。本件訴訟の上告審に至るまでの経緯は、以下のとおりである。

Aは、平成二四年八月に死亡し、その後、Xの申立てにより、平成二五年一月、本件遺言書の検認がされた。本件遺言書には、Aの有する不動産、動産、株式等の財産全部をXに相続させる旨が記載されていた。

Ｙは、平成二六年六月、Ｘに対し、ＹがＡの遺産を法定相続分の割合により相続したこと等を主張して、Ａが所有し又は持分を有していた複数の不動産（以下「本件不動産」という）についてのＡ・Ｘ間の売買等を原因とする所有権移転登記等の抹消登記手続を求めるとともに、Ａの死亡後にＸがＡ名義の口座から預金の一部を払い戻したことによる不当利得の返還等を求める訴え（以下「前件本訴」という）を提起した。これに対し、Ｘは、同年一一月、Ｙに対し、ＸがＡの医療費等を立て替えており、Ｙはこれに基づくＡの立替金債務を法定相続分の割合により相続したこと等を主張して、その支払等を求める反訴（以下「前件反訴」という）を提起した。

前訴において、Ｘは、本件不動産はＡとの売買等により取得したものであること、預金の払戻しは生前にＡから与えられた権限に基づくものであること等を主張して前件本訴に係る請求を争うとともに、Ａが財産全部をＸに相続させる旨の有効な遺言をしたと主張し、これを証明するため、本件遺言書等を証拠として提出した。

前訴の第一審裁判所が、当事者の主張を整理した書面を作成し、ＸおよびＹに対し、これを示して意見を求めた際、上記書面には本件遺言に関する上記主張は記載されていなかったが、Ｘは同主張の記載がないことについて意見を述べなかった。その後、ＹがＸに対し、本件遺言が有効である旨を主張するのであれば、その主張はＹがＡの立替金債務を相続した旨の前件反訴におけるＸの主張と矛盾することになるとして、これらの主張の位置づけについて明らかにするよう求めたところ、Ｘは、前件本訴に係る請求が本件遺言が無効であることを前提とするものであったため、これに対応して前件反訴を提起したに過ぎず、主位的には本件遺言が有効であると主張するものである旨を回答した。

前訴の第一審裁判所は、平成二八年八月、前件本訴については、上記Ａ・Ｘ間の売買等による本件不動産取得の事実は認められず、預金の払戻しは権限なくされたものであると判断するなどして、上記抹消登記手続請求を認容し、上記不当利得返還請求も一部認容するとともに、前件反訴については、Ｘによる立替払の事実が認められないと判断して請求を棄却した。上記判決においては、ＹがＡの遺産について相続分を有することについては争いがないものとされ、本件遺言の有効性についての判断はされなかった。

前訴第一審判決に対して、Ｘが控訴し、Ｙは附帯控訴をした。控訴審において、Ｘは、Ａが本件遺言をしたことを前件本訴に係る請求についての抗弁として主張したが、前訴の控訴裁判所は、平成二九年四月、上記主張を時機に後れた攻撃防御方法に当たるとして却下した上、第一審判決のうち上記の各判断は維持しつつ、上記不当利得返還請求についてのみ一部変更する旨の判決をし、その後、同判決は確定した。

Ｘは、平成二九年七月、本件遺言が有効であることの確認

を求めて本件訴えを提起した。本件訴えに対し、Yは、①本件訴えは、本件遺言が無効または不存在であることを意味する前訴判決と実体法上矛盾するものであり、前訴判決の既判力に抵触すること、②本件訴えの提起は、Xの重大な過失により判断がなされなかった主張の蒸し返しであり、かつ、Yが、前訴事件のXの言動を通じ、Xがもはや本件遺言が有効であることを前提とした主張はしないものとの信頼を抱いたことを著しく裏切るものであり、信義則に反すること、等を主張して争った。

原々審[1]および原審[2]はいずれも、本件訴えが前訴確定判決の既判力に抵触するものではない[3]ことを前提として、要旨、本件事実関係等の下で、XがYに対して本件遺言が有効であることの確認を求めることは、YがAの遺産について相続分を有することが前訴で決着し、Xにより今後本件遺言が有効であると主張されることはないであろうとのYの合理的な信頼を裏切るものである上、Xが前訴においてYがAの債務を相続したと主張して前件反訴を提起したことと矛盾するものであるから、本件訴えの提起は信義則に反する、としてXの訴えを却下すべきものとした[4]。

これに対して、Xが上告受理の申立てをし、受理された。

〔判　旨〕

破棄自判（第一審判決の取消・差戻し）

「前記事実関係等によれば、Xは、前訴では、本件不動産はAとの売買等により取得したものであり、預金の払戻しは生前にAから与えられた権限に基づくものであるなどと主張して前件本訴に係る請求を争っていたのであって、前訴の判決においては、上記の主張の当否が判断されたにとどまり、本件遺言の有効性について判断されることはなかった。また、本件訴えで確認の対象とされている本件遺言の有効性はAの遺産をめぐる法律関係全体に関わるものであるのに対し、前件本訴ではAの遺産の一部が問題とされたにすぎないから、本件訴えは、前件本訴とは訴訟によって実現される利益を異にするものである。そして、前訴では、受訴裁判所によって前件本訴に係る請求についての抗弁等として取り上げられることはなかったものの、Xは、本件遺言が有効であると主張していたのであり、前件反訴に関しては本件遺言が無効であることを前提とする前件本訴に対応して提起したにすぎない旨述べていたものである。これらの事情に照らせば、Yにおいて、自らがAの遺産について相続分を有することが前訴で決着したと信頼し、又は、Xにより今後本件遺言が有効であると主張されることはないであろうと信頼したとしても、これらの信頼は合理的なものであるとはいえない。

また、前訴において、Xは、Yに対し、YがAの立替金債務を法定相続分の割合により相続したと主張し、その支払を求めて前件反訴を提起したが、Xによる立替払の事実が認め

られないとして請求を棄却する判決がされ、前件反訴によって利益を得ていないのであるから、本件訴えにおいて本件遺言が有効であることの確認がされたとしても、Xが前件反訴の結果と矛盾する利益を得ることになるとはいえない。

以上によれば、本件訴えの提起が信義則に反するとはいえない。」

〔評　釈〕

判旨に賛成する。

一　本判決の意義

本件は、前訴と訴訟物を異にする後訴について、前訴判決による紛争決着期待を害すること等を理由とする信義則違反の有無が問題となった事案であり、最高裁は、本件事実関係の下で、本件訴えの信義則違反を否定した。

前訴は、亡Aの相続人Yから他の相続人Xに対し、A・X間の売買等を原因とする不動産所有権移転登記の抹消登記手続等を求める訴えが提起される一方、XからYに対して、AがXに対して負担していた立替金債務の支払を求める反訴が提起されており、これらの請求はいずれも、実体法上YがAの遺産につき相続分を有することを前提とするものであった。これに対して、本件訴えは、XからYに対して、Xに財産全部を相続させる旨のAの遺言が有効であることの確認を求める訴えであり、右訴えは実体法上YがAの遺産を承継しないことを含意するものであることから、[5] このような訴えを提起することは、Yが相続分を有することを前提として下された前訴判決と内容的に矛盾するものと見ることができる。また、本件訴えの審判対象であるAの遺言の効力（有効性）は、前訴において勝敗を左右する重要な争点の一つとなりうるものであったところ、前訴においてはこの点が積極的に争点化されることなく、Yが相続分を有することを前提とした終局判決が下され、確定している。このような訴訟経過からすれば、本件遺言の有効・無効の点についてはもはや争われることはないであろうという期待を相手方当事者が持つことにも、まったく理由がないとは言えない。

原々判決および原判決は、いずれも結論において本件訴えの提起が信義則に反すると判断したのに対して、本件最高裁判決は、要旨、①Xは前訴では本件不動産はAとの売買等により取得したこと等を主張して前件本訴に係る請求を争っており、前訴判決においても上記主張の当否が判断されたにとどまり、本件遺言の有効性について判断されることはなかったこと、②本件訴えはAの遺産をめぐる法律

関係全体に関わるものであるのに対し、前件本訴ではAの遺産の一部が問題とされたに過ぎなかったこと、③前訴では、裁判所によって抗弁等として取り上げられることはなかったものの、Xは本件遺言が有効であると主張しており、前件反訴に関しては本件遺言が無効であることを前提とする前件本訴に対応して提起したに過ぎない旨を述べていたこと、④前件反訴においては、Xによる立替払の事実が認められないとして請求を棄却する判決がされ、Xは前件反訴によって利益を得ていないこと、を考慮して、本件訴えの提起が信義則に反するとは言えないと結論づけた。

最高裁は、最判昭和五一・九・三〇民集三〇巻八号七九九頁において、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というべきものである場合には、後訴の提起は信義則に照らして許されないとする旨を明らかにしている。本判決は、このような信義則による後訴遮断の可否について新たな事例を加えるものであるが、本判決が紛争決着に対する相手方の合理的な信頼の有無を問題とし、そのような合理的な信頼の有無の判断に影響を及ぼし得るいくつかの事情を明らかにしている点において、理論的にも実務的にも重要な意義を有するものと考えられる。[6] 以下、本評釈では、関連する判例・学説を概観した上で、本判決の判断枠組み等について考察することとする。

二　先行判例

(1)　最判昭和五一・九・三〇民集三〇巻八号七九九頁

Xは、先代であるAがかつて所有し、自作農創設特別措置法に基づく買収・売渡処分を経てBが所有するに至った農地について、XとBとの間の買戻契約の成立を原因として、Bの相続人であるYらに対して右契約に基づく所有権移転登記手続等を求める訴えを提起した（前訴）が、前訴裁判所はXの上記請求を棄却し、同判決は確定した。その後、Aの相続人であるXほか三名は、上記買収処分の無効を原因として、Yらに対して所有権移転登記の抹消登記手続に代わる所有権移転登記手続等を求める訴えを提起した（後訴）。

原審は、[7] 後訴は買収処分の効力について前訴と正反対の主張をするものであること、前訴と後訴はほとんど同一の紛争の蒸し返しであること、Xが前訴で本件買収処分の無効を主張することについて何らかの支障があったとは認められないこと、等を理由に、本件訴えが信義則に抵触すると結論づけた。

これに対して最高裁は、Xは前訴においても本件買収処

分が無効であることを主張しており、本件買戻契約は買収処分の無効による農地返還を実現する方法として締結したものである旨を一貫して陳述していたこと等を踏まえた上で、①前訴と後訴は訴訟物を異にするとは言え、いずれも本件土地の買収処分の無効を前提としてその取戻しを目的とするものであり、実質的には前訴の蒸し返しと言うべきものであること、②前訴で本件請求をすることには支障がなかったにもかかわらずこれをしなかったこと、③本件訴え提起時には買収処分後約二〇年が経過しており、売渡しを受けた相手方やその承継人の地位を不当に長く不安定な状態に置くことになること、を考慮して、本件訴えは信義則に照らして許されないと判示し、原判決の判断を維持した。

本件最高裁判決（以下「昭和五一年最判」という）は、前訴の実質的な蒸し返しと言うべき訴えについて、信義則を適用して訴えを不適法却下した初めての最高裁判例として先例的意義を有する。[8] 上記のように、原判決は、Xの主張が前訴と後訴で相互に矛盾抵触するとの理解を前提として、いわゆる「矛盾挙動禁止の法理」の観点から信義則違反の有無を判断したものであったと見られるのに対し、[9] 本判決は、本件後訴におけるXの主張が前訴における主張と矛盾するものとは言えないことを前提としつつ、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相手方当事者の法的地位の安定という、主として三つの事由を考慮して、結論において本件訴えの提起は信義則に照らして許されないものと判示した。なお、本件調査官解説によれば、上記③の点は、ⓐ長期間の経過によって安定性を増した相手方の権利状態をたやすく覆すべきではないという実体法上の考慮が大きなウェイトを占めていることが指摘されているが、これとあわせて、ⓑ口頭弁論で主張から除外した事実を相当期間経過後に主張することが民訴法上（旧民訴法一三九条、現一五七条参照）時機に後れた攻撃防御方法として却下されるのと同様の訴訟法上の考慮が働いていることが示唆されていた。[10]

(2) 最判昭和五九・一・一九判時一一〇五号四八頁

Xは、登記原因たる贈与契約の不存在を理由として、Yらに対して、不動産の所有権に基づき所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えを提起した（前訴）。前訴裁判所は、Xに対する生活費支給義務を内容とする、本件不動産の負担付贈与契約の存在を認めて原告の請求を棄却し、同判決は確定した。その後、Xは、右贈与契約上の負担の不履行を理由に同契約を解除したとして、Yらに対して、契

約解除による原状回復請求権に基づき本件不動産の所有権移転登記手続を求める訴えを提起した（後訴）。なお、Xに対する生活費の支給は、前訴が提起されて以降、停止されていたが、前訴係属中にXから右の点を理由とする本件贈与契約解除の再抗弁が主張されることはなかった。

原審は[11]、前訴と後訴は訴訟物を異にするが、実質的にはいずれも本件不動産に対するXの所有権取得登記の回復を目的とするものであること、X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、訴えの追加的変更により後訴と同一の訴えを前訴において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、前訴でこれをしなかったことにより、Yらにおいて本件不動産の所有権の帰属に関する紛争は前訴ですべて落着したと信頼したとしても無理からぬものであること、等を考慮して、本件訴えの提起は信義則に照らして許されないと結論づけた。

これに対して最高裁は、①本件訴えは、本件不動産の贈与が有効にされたとする前訴判決の判断を前提とした上で、前訴判決後の債務不履行を理由に本件贈与契約を解除してその原状回復請求権に基づき提起されたものであるから、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、②Xが前訴において本件贈与契約の成立が認定されることを慮って、前訴の係属中に本件贈与契約を解除し、これを仮定的抗弁または訴えの追加的変更の形で主張することは容易ではなく、それが期待されていたとも言い難いこと、③Yらは前訴判決確定後も前訴判決中でその存在を認定された生活費支給義務を履行せず、そのためにXは改めて本件請求をしているのであって、しかも、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か月の期間が経過しているに過ぎず、不当に長期間にわたりYらの法的地位が不安定な状態に置かれるという事情も存在しないこと、等を考慮して、結論において本件訴えの提起は信義則に反するとは言えない旨判示した。

本件最高裁判決は、前記昭和五一年最判を直接的には引用していないものの、判文からは、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相手方当事者の法的地位の安定、という昭和五一年最判の判断枠組みに沿って、（i）後訴が前訴判決の判断を前提として提起されたものであること、（ii）本件訴訟にかかる主張を前訴においてすることの困難さ、（iii）後訴提起に至った原因が相手方の債務不履行という相手方の事情によるものであり、

事実状態を長期にわたって看過ないし放置するものでもないこと、を信義則による後訴遮断を否定する事情として考慮したことが読み取れる。上記のとおり、本件は信義則違反の有無につき原審と上告審とで判断が分かれた事案であるが、本件事実関係の下で訴えを却下すべきものとした高裁の判断を最高裁が破棄したことからは、信義則の適用に対する最高裁の慎重な立場がうかがえる。[12]

(3) 最判平成一〇・六・一二民集五二巻四号一一四七頁

Xは、Yとの間の業務委託契約に基づく報酬請求権の取得等を主張して、いわゆる明示の一部請求の訴えを提起したが敗訴した（前訴）。前訴判決の確定後、XはYに対して、同一の報酬請求権のうち前訴で請求した部分を除く残額部分について支払を求める訴えを提起した（後訴）。原々審は、訴訟上の信義則ないし公平の見地から本件残部請求の訴えを却下すべきものとしたのに対し、原審は、本件訴訟の提起が信義則に反するとの特段の事情を認めるに足りる的確な証拠はない等として、第一審判決を取り消した。

最高裁は、要旨、金銭債権の数量的一部請求においては、おのずから債権の全部について審理判断することが必要になり、当事者双方の主張立証の範囲や程度も通常は全部請求の場合と変わるところはないこと、数量的一部請求を全部または一部棄却する旨の判決が確定した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およ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いうべきであること、等を理由として、「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解するのが相当である」との判例準則を定立し、特段の事情の認められない本件において、本件残部請求の訴えを提起することは訴訟上の信義則に反して許されないと判示した。

本件最高裁判決は、金銭債権の数量的一部請求棄却判決後の残部請求という、一部請求論のなかでも中心的な問題領域について、最高裁が上記一般準則を明らかにした点で重要な先例的意義を有するものであるが、[13] 本判決において信義則の適用を基礎づけている要素に着目すれば、①前訴と後訴の実質的な同一性、②紛争決着に対する相手方の合理的な期待、③二重の応訴の負担、といった要素が考慮されていることがわかる。

(4) 小括

以上のように、判例は、前訴と後訴で訴訟物を異にする（ゆえに既判力は作用しない）場合でも、後訴が実質的に前訴の蒸し返しというべきものである場合には、後訴の提起は信義則に照らして許されないとする考え方を採用しており、今日において定着していると見られる。信義則違反の有無を判断するに当たり具体的に考慮される事由は判例によって一様ではないが、これまでの判例の分析からは、①前訴と後訴の実質的な同一性、②前訴における提出可能性、③相手方の法的地位の保護の必要性、④相手方の紛争決着期待の合理性、⑤二重の応訴の負担、等が勘案されていることが読み取れる。[14]

三 学説

(1) 学説の概観

訴訟上の信義則に関する規定は、平成八年民訴法改正によって明文規定（民訴法二条参照）が設けられたものであるが、民法に規定される信義誠実の原則（民法一条二項参照）が私法上の行為のみならず訴訟上の行為についても妥当することは、学説上も古くから論じられてきた。[15] 一般に、当事者の訴訟行為に適用される信義則の類型としては、訴訟状態の不当形成の排除、訴訟上の禁反言（矛盾挙動禁止の法理）、訴訟上の権能の失効（権利失効の法理）、訴訟上の権能の濫用の禁止、の四つに分類される。[16]

学説上、既判力の限界を信義則を根拠に補完する考え方は、古くは兼子一博士の「参加的効力の拡張理論」[17]に遡ることができる。[18] その後、右の見解等に示唆を受けて、判決理由中の判断の拘束力の一層の規範化を図ったのが、新堂幸司教授の提唱にかかる争点効説である。[19] 争点効説は、一定の要件の下に判決理由中の判断にも既判力類似の拘束力が生じるとする見解であり、その具体的な要件は、主として、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、に整理される。[20] 争点効説は、争点効の根拠を信義則（当事者間の公平の理念）に求める点で信義則の応用理論の一種と見ることができるものであるが、争点効という効力を「判決の制度的な効力」[21]として観念することの是非をめぐっては評価が分かれており、最高裁は争点効説の考え方を明示的に否定している。[22]

一方、竹下守夫教授の提唱にかかる「信義則による拘束力説」は、判決理由中の判断の拘束力という問題に、「矛盾挙動禁止の法理」や「権利失効の法理」という、信義則理論の側からアプローチした見解である。[23] この見解によれば、「矛盾挙動禁止の法理」の根拠は、相手方が当事者の先行行為に信を置いて態度決定をしたときは、その信頼が客観的に合理的と認められる限り、当事者が後に矛盾する態度に出て相手方に不利益を与えてはならない、という点にあるところ、前訴において一定の事実の存在・不存在を主張し、裁判所に理由ありと認められて勝訴判決を得た当事者が、前訴判決と両立し得ない利益を二重に得ようとし、または前訴判決に伴う負担を免れるべく後訴に至って前言を翻すことは、「矛盾挙動禁止の法理」に反して許されないとされる。他方、「権利失効の法理」は、権利の行使が適時に行われなかった結果、権利が行使されないことについて相手方に正当な信頼が生じているために、いまさら義務の履行を規範的に要求できないことを根拠とするものであり、前訴において権利行使を怠った者が後訴において再度これを持ち出して争うことが、相手方に生じた正当な信頼を裏切るものである場合――換言すれば、当事者に攻撃防御を尽くすことを規範的に要求することができ、決着済みとの信頼に客観的合理性が認められる場合――には、「権利失効の法理」の趣旨に照らして許されないとされる。[24]

こうした既判力の限界を信義則を介して補完しようとする考え方は、論者によって理論構成や説明の仕方に違いがあるものの、解釈手法としては広く共有されていると言える。もっとも、争点効説や信義則による拘束力説は、主として、前訴における主要な争点についての判決理由中の判断の拘束力を説くものであり、前記昭和五一年最判のように、前訴において主要な争点とならず、判決理由中の判断として示されていない事項が後訴で争われるケースまでをも当然に射程内に収めるものではなかった。[25] そのため、学説の側からは、前記昭和五一年最判を契機として、その論理を理論化しようとするいくつかの試みが見られる。例えば、訴訟において主要な争点として認識されたものと、それに関連して相手方当事者において最終決着がついたと期待する争点（これを「決着期待争点」という）とが一致しない場合でも、その期待を保護することが当事者の態度を含めた手続経過ないし紛争過程の諸々の状況（これを「手続事実群」という）に照らして公平であると考えられる争点（これを「正当な決着期待争点」という）を後訴で争うことは許されないものと解し、昭和五一年最判の遮断効

（「五一型遮断効」とも呼ばれる）をこのような「正当な決着期待争点」についての失権を肯定した事例とみる見解[26]（以下、本稿では「正当な決着期待争点理論」と表記する）は、その一つである。また、前訴で提出され、審理・判断された争点の遮断が問題となる事案類型と、前訴で提出されなかったが、前訴で提出して争うことができた争点の遮断が問題となる事案類型とを区別した上で、後者の事案類型については、前訴で当該争点を提出すべきであったという「争点持出責任」を行為規範として設定し、前訴においてそのような「争点持出責任」が果たされなかったことが後訴における遮断を根拠づけるとする見解も主張される。[27]このほか、「権利失効の法理」に照らして後訴における訴訟行為が遮断される場合がある旨を説く点では信義則による拘束力説と同様の考え方に立つが、同説とは異なり、前訴判決理由中の判断の拘束力を介在させることなく、当事者の訴訟行為それ自体について直接的に信義則の適用を考えるべき旨を説く見解[28]も主張されており、右の見解もまた、昭和五一年最判の考え方に親和的な見解の一つに位置づけることができる。

他方、昭和五一年最判やこれを理論化しようとする学説の試みに対しては、既判力規定は確定判決の後訴に対する効力の最大限を規定するものであること、紛争決着期待の保護のために判決効の拡張を認めることになれば、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、既判力という基礎的な制度や理論を必要としなくなること、既判力が及ばない事項についても紛争の決着を図ろうとすれば、相手方自身が反訴等を提起することによって再訴を回避できること、等を理由とする反対説も主張される。[29]

(2) 若干の考察

筆者は、一般に判決内容の当否や手続経過の如何を問わず生じる強力な効力である既判力の範囲は限定的・謙抑的なものと解するのが相当であり、そのような厳格な射程を持つ既判力規範の下で具体的妥当性を欠く結果を生じるときには、一般条項である信義則の適用を介して利害調整を図ることが有効かつ適切であると考えている。[30]このような見地からは、既判力の限界を信義則によって補完することを肯定する近時の見解が支持される。

前述した「信義則による拘束力説」や「正当な決着期待争点理論」が説くように、一般に、前訴判決で不利益な判断を受けた当事者についての遮断効の根拠は、当該争点については決着済みであるとの「合理的」ないし「正当な」信頼が相手方に生じているために、当該争点を後訴で持ち

出して争うことが公平の観点から是認し得ないことに求められるが、そこで問題となるのは、相手方に生じた紛争決着期待が「合理的」ないし「正当な」ものであると評価しうるための評価基準をどのようなものとして措定するかである。[31]

この点、現行民訴法の下では、前訴においてどのような請求を立てるか（訴訟物の選択）、また、ある請求についてどのような事項を争点とするか（争点の形成）は、法により同時提出が要求されている場合を除き、原則として当事者の自由に委ねられていることからすると、ある請求や攻撃防御方法が前訴当時において既に客観的に存在している（ゆえに前訴における提出可能性があったと言える）場合でも、それを前訴で提出するか後に留保するかは当事者の選択に任された事柄であるから、前訴において当該請求や攻撃防御方法が提出されなかったという一事をもって、当該請求や攻撃防御方法はもはや提出されないとする相手方の信頼を「合理的」ないし「正当な」ものと当然に評価することはできない。当事者の訴訟物選択の自由や争点形成の自由を前提としてもなお、前訴において当該請求や攻撃防御方法を提出することを規範的に要求しうる（あるいはまた、後訴において応訴・弁論を相手方に強制することを規範的に要求しえない）より積極的な事情の存在が必要であると考える。

既に指摘されるように、「前訴で提出され、審理・判断された争点」の遮断が問題となる事案類型と「前訴で提出されなかったが、前訴で提出して争うことができた争点」の遮断が問題となる事案類型とは理念的には区別しうるものであり、相手方の信頼を「合理的」ないし「正当な」ものとして保護しうる事情も、上記の区別に応じて分けて考えることが、思考枠組みとして有用であると考えられる。すなわち、前者は、前訴で既に審理・判断を経た争点を重ねて争う場合であるから、前訴において実質的な攻防と審理がされているという事情が認められる限りにおいては、再度の審理・判断の機会を確保すべき（相手方に再度の応訴・弁論を強いるべき）規範的な要請は一般的・類型的にみて小さいと言える。したがって、他に特段の事情の無い限り、相手方当事者の当該争点についての紛争決着期待は合理的なものとして保護されるべきであると考えるのが相当である。これに対し、後者は、未だ裁判所の審理・判断を経ていない事項について審理・判断を求める場合であるから、裁判所における審理・判断の機会を保障すべき規範的な要請は前者に比べてより強度であると言うことができ、

紛争決着に対する相手方の期待を保護するためのハードルもこれに応じて高くなると解するのが公平の理念に適う。その際の考慮事情としては、これまでに論じられているように、前訴における提出可能性があることを前提とした上で、前訴において提出すべきであったと評価しうる各種事情（当該請求の提出の容易性や、係争利益の均衡性など）を事案ごとに個別的に勘案していくことが考えられるが、[32] 上述のとおり、この種の事案類型における当事者の審判要求は、原則的に裁判を受ける機会を保障すべき要保護性の高い行為であることに鑑みれば、そのような行為が信義則違反の評価を受けるためには、後訴を許容することが後訴原告の不当な利益獲得に助力し、あるいはまた悪質な訴訟追行を是認することになるなど、特に後訴原告の要保護性を否定すべき事情の存在を権衡上求めることが相当であるように思われる。[33]

四　本判決の論旨と考察

(1)　本判決の論旨

本判決は、要旨、本件事実関係の下で、本件訴えを提起することが前訴との関係で信義則に反するとは言えない旨を述べるものであるが、その論旨は、大別して、主として前件本訴との関係において本件訴えの信義則違反の有無を検討する部分（判旨前段部分）と、主として前件反訴との関係において本件訴えの信義則違反の有無を検討する部分（判旨後段部分）とに整理することができる。本件訴えは、前件本訴との関係では、前訴で争点とされなかった事項について後訴で審理・判断を要求するものであるから、いわゆる「権利失効の法理」との抵触が問題となる局面であるのに対し、前件反訴との関係では請求相互間に矛盾する主張を含むことになることから、いわゆる「矛盾挙動禁止の法理」との抵触が問題となる局面であると言える。本判決は、「権利失効の法理」や「矛盾挙動禁止の法理」といった文言は直接的には用いていないものの、上記各法理が適用される問題状況の違いを踏まえて、それぞれの観点から検討を加えたものと見ることができよう。[34]

(2)　判旨前段部分について

判旨前段部分は、㋐Xは前訴では当該不動産はAとの売買等により取得したこと等を主張して前件本訴に係る請求を争っており、前訴判決においても上記主張の当否が判断されたにとどまり、本件遺言の有効性について判断されることはなかったこと、㋑本件訴えはAの遺産をめぐる法律関係全体に関わるものであるのに対し、前件本訴ではAの

遺産の一部が問題とされたに過ぎなかったこと、㋒前訴では、裁判所によって抗弁等として取り上げられることはなかったものの、Xは本件遺言が有効であると主張しており、前件反訴に関しては本件遺言が無効であることを前提とする前件本訴に対応して提起したに過ぎない旨を述べていたこと、というこれらの事情に照らせば、「Yにおいて、自らがAの遺産について相続分を有することが前訴で決着したと信頼し、又は、Xにより今後本件遺言が有効であると主張されることはないであろうと信頼したとしても、これらの信頼は合理的なものであるとはいえない」と判示する。右の点は、本件訴えの提起が前訴との関係において信義則に反すると言えるためには、当該係争事項についての相手方の紛争決着に対する期待が合理的なものでなければならないこと、そして、そのような紛争決着期待の合理性を判断するにあたっては、㋐前訴における審理・判断の有無、㋑前訴と後訴の係争利益の同等性ないし均衡性、㋒行為者の行為態様の一貫性ないし誠実性、等が具体的な考慮事由となることを示唆するものであり、これまで必ずしも判然としていなかった信義則違反の判断枠組みの構造を可視化するものとして、重要な先例的意義を有すると言える。

本判決が、いわゆる「権利失効の法理」との抵触が問題となる局面において、相手方の紛争決着期待の合理性を中心的な判断基準に据えていることについては、「権利失効の法理」が権利・権能の不行使によって相手方に生じた合理的な期待の保護を根拠とするものであることの論理的な帰結と見ることができる。問題となるのは、そのような紛争決着期待の合理性を判断するための考慮事由として、本判決が、㋐前訴における審理・判断の有無、㋑前訴と後訴の係争利益の同等性ないし均衡性、㋒行為者の行為態様の一貫性ないし誠実性、といった要素を勘案していることの当否であるが、筆者は、以下の理由から、本判決の採用する判断枠組みに賛成する。

第一に、㋐前訴における審理・判断の有無という要素は、既に学説の一部によって指摘されるように、後訴における行為が信義則違反に当たるか否かを判断するにあたって、基本的な要素の一つと位置づけられる。後訴における訴訟行為の信義則違反が問題となる場合でも、既に審理・判断された争点を再び争うことになる場合（争点効説や信義則による拘束力説が主として問題としてきたケース）と、未だ裁判所の審理・判断を経ていない争点を新たに提出する場合（昭和五一年最判において問題となったケース）とでは、裁判所の審理・判断を得る機会の有無という点におい

て問題状況を大きく異にしており、後者の場合に裁判所の審理・判断を受ける機会を奪うことは、裁判を受ける権利に対する重大な制約となりうるものであって、前者の場合に比して信義則の適用には慎重な考慮が必要とされよう。

第二に、㋑前訴と後訴の係争利益の同等性ないし均衡性という要素は、争点効説を中心にこれまで指摘されてきた考慮要素の一つであるが[35]、所論にいう、前訴の係争利益が後訴の係争利益と比較にならない場合には、前訴における争い方をもって後訴の係争利益についても争ったものとは評価し得ないとの観点は、前訴において当事者が争点化しなかったことの評価の視点としても妥当するものと考えられる。前訴における当事者の争い方は、係争物の経済的価値の大小のみならず、法的な重要性の大小（例えば、一方は基本的な法律関係であるのに対して、他方はその存否を前提とした派生的な法律関係であるなど）によっても左右されうることからすれば、ここでいう係争利益の同等性ないし均衡性には、経済的価値のみならず法的価値としてのそれも含まれよう[36]。

第三に、本判旨が前記㋒のように述べる点は、前訴で争わず後訴で争うに至った当事者の行為態様の一貫性ないし誠実性の有無を問題とした上で、本件における行為者の一連の行為態様につき信義則違反を肯定するに足りるだけの非一貫性や不誠実性まで認められないことを言うものと考えられる[37]。前述のように、未だ裁判所の審理・判断を経ていない権利関係についての当事者の審判要求の遮断を肯定するにあたっては、当該行為の原則的な要保護性の高さに鑑み、当該行為者の行為態様において著しい不誠実性が認められるか、これに比肩する事情が認められるなど、特に後訴原告の要保護性を否定すべき事情の存在が求められると解するのが相当である[38]。本判旨が指摘するように、本件遺言が有効である旨のXの主張は裁判所によって抗弁等として取り上げられることはなかったものの、前訴で主張するという行為には出ており、また、Yが相続分を有することを前提とする前件反訴請求が立てられたことについても、前訴において相応の理由が述べられていたというのであれば、そのような行為態様の中に著しい不誠実性を見出すことは困難であるように思われる。

(3) 判旨後段部分について

一方、判旨後段部分は、前件反訴との関係で本件訴えの提起が信義則に反すると言えるためには、（仮に後訴が認容されることになれば）前件反訴の結果と矛盾する利益を獲得するものでなければならない旨をいうものであり、こ

のことは、「矛盾挙動禁止の法理」の観点からの判断枠組みとして、先行行為との矛盾に加えて、既得利益との相反性を加味する考え方を採用したものと言える。一般に、「矛盾挙動禁止の法理」は、前訴で勝訴判決を得た当事者との関係で問題とされるものであることからすれば、前件反訴においてXが全面的に敗訴している本件においては、同法理との関係を問題とする必要はなかったとの見方もありえようが、本判決により、「矛盾挙動禁止の法理」の判断基準として、行為面での矛盾（行為矛盾）と結果面での矛盾（利益矛盾）の双方が問題となる旨が明らかとされたことは、解釈・適用上の指針を明確にする上で有意義であったと言える。

仮に、本件における事実経過と異なり、前件反訴においてXが勝訴していた場合は、上記本判決の判断枠組みによれば、Xの本件訴えの提起は「矛盾挙動禁止の法理」の観点から信義則に反して許されない、ということになるだろう。ただし、「矛盾挙動禁止の原則」もまた、公平の理念に基づく信義則の発現である以上、右の場合でも、前訴判決によって得られた利益とこれによって喪失することになる利益とが著しくバランスを欠いているために、公平の観点から信義則の適用を是認し得ないとされる場合はありえよう。[39]

(4) 本判決の結論について

原々判決・原判決と本判決は、いずれも相手方の紛争決着期待の合理性を主要な判断基準とする点で共通するが、原々判決・原判決は本件事実関係の下でこれを肯定したのに対して、本判決は同一の事実関係を前提としながらも、結論としてこれを肯定するには至らなかった。結論においてこのような違いを生じたのは、前者においては、大要、前訴における提出可能性を基礎として、前訴で提出しなかったことに合理的な理由が見出せなければ、相手方の紛争決着期待を保護するという、どちらかと言えば積極的な信義則の運用が念頭に置かれていたと見られるのに対して、後者においては、上記㋐㋑㋒の総合的な判断の下で相手方の紛争決着期待の合理性を判断するという、原々判決・原判決に比して、より慎重かつきめ細やかなスタンスが採用されたことによる。

一般論として、信義則をはじめとする一般条項の適用は、補充的・例外的なものであり、訴訟上の信義則をめぐる従前の学説においても信義則の適用により訴権を制限することについては否定的ないし消極的な考えが有力に主張されてきた。[40] 本判決は、個別の事実関係如何によっては、後訴

の提起が信義則により遮断される場合があることを排除するものではないが、本件事実関係――これには、前訴第一審の主張整理書面に本件遺言に関する主張についての記載がなかったことに意見を述べなかったこと、前訴控訴審における本件遺言に関する主張が時機に後れた攻撃防御方法として却下されたこと等、Xの側の不手際というべき事実も含まれる――の下で、結論において信義則の適用が否定されたことからは、この種の事案類型（いわゆる「五一型遮断効」が問題となる類型）における信義則の適用には特に慎重を要するとする考え方が読み取れよう。筆者がこのような解釈姿勢を支持するものであることは、前述のとおりである。

五　前訴判決の既判力との抵触の有無

最後に、本判決においては直接問題となっていないが、前訴判決の既判力と本件訴訟との関係について若干付言しておきたい。前訴判決の既判力によって確定されたのは、前件本訴に関しては、本件不動産の所有権（持分権）に基づく物権的妨害排除請求権としての所有権移転登記抹消登記請求権の存在、及び、YのXに対する不当利得返還請求権の一部の存在とその余の不存在、前件反訴に関しては、XのYに対する立替金請求権の不存在である。他方、本件訴訟の訴訟物は本件遺言の効力（有効性）である。本件訴訟の訴訟物は前訴の訴訟物と同一ではなく、また、前訴判決の既判力ある判断を前提問題とし、またはこれと表裏の関係にある正反対の請求を立てるものでもないから、既判力の作用に関する一般的な理解を前提とする限り[41]、前訴判決の既判力は本件訴訟において作用しない。したがって、本件訴訟において、本件訴えが前訴確定判決の既判力に抵触するものではないことを前提とした判断がされていることは正当である。

また、仮に、本件訴訟において本件遺言が有効であることを確認する請求認容判決がされた場合には、当該判決と前訴判決との関係（特に前件本訴の請求認容部分との内容的な矛盾・抵触）が問題となりうるが、両者の関係については次のように整理することができる。すなわち、前訴判決は上記各請求権の存否を既判力で確定するが、本件不動産等の相続による取得の点は判決理由中の判断であって既判力によっては確定されない。したがって、本件訴訟において本件遺言が有効であることが既判力により確定した後、XがYに対して本件不動産等を含む亡Aの財産全部のXへの帰属を主張する場合には、Yは前訴判決の既判力をもっ

てこれを退けることはできず、結果として、前訴判決のY勝訴部分は実質的に無意味なものになると解される。[42] もちろん、このような結果が前訴勝訴者の利益や前訴裁判所の負担・労力を無にするものであることは言うまでもなく、このことは翻って、同種事案における、前訴段階での当事者の訴訟追行（遺言無効確認の中間確認の訴えの要否）や裁判所の訴訟運営（釈明権の行使を通じた追加的な請求や主張の示唆）のあり方を見直す必要を示唆するものと言えるだろう。[43]

（1） 京都地判令和元・七・二五金判一六二六号二〇頁。

（2） 大阪高判令和元・一二・二〇金判一六二六号一七頁。

（3） 原々審は、「本件訴えの訴訟物は、本件遺言の効力（有効性）と解されるから、前訴における訴訟物とは異なっている上、前訴事件における訴訟物と本件訴えにおける訴訟物の内容に照らし、これらが必ずしも実体法上矛盾する関係や先決関係となっているとまでは認めることができない」として、前訴判決の既判力との抵触を否定した。既判力との抵触の点は、原審では争われておらず、本件上告審においても同様である。

（4） 原々判決は、㋐本件訴訟において本件遺言が有効と判断された場合、前件本訴事件の判断結果の大部分が実質的に覆る結果となる可能性が高く、前訴事件判決による紛争解決機能の大部分を無にする結果に帰結すること、㋑Yは、前訴判決を得ることによって原被告間の紛争解決の一助となることを期待していたことがうかがえるところ、このようなYの期待は、Xが前訴地裁事件において本件遺言が有効であることを前提とする主張をせず、逆に、本件遺言の効力を問題としない前提での反訴請求を提訴した等の経緯に照らして合理的な期待であるとみるのが相当であること、㋒Xは、本件遺言に従えば、前件反訴請求はできなくなること、また、前件本訴請求に対する一部抗弁となりうることを十分理解し得たといえるにもかかわらず、前件反訴事件の提起をし、前件本訴事件について本件遺言を前提とする抗弁の主張をしなかったものであること、㋓前件本訴事件の内容は単なる遺産の範囲の確定にとどまらず、Xに対して金銭の支払や登記の抹消という相応の負担を求める請求であり、有効な一部抗弁となる可能性がある本件遺言の有効性を前提とする抗弁を主張しないことは通常では考えにくいにもかかわらず、前訴地裁事件の口頭弁論終結時までにおいて、予備的抗弁としてすら本件遺言を前提とする抗弁をしなかったことにつき合理的な理由を見出せないこと、等を考慮して、本件訴えは信義則に著しく反すると結論づけた。原判決は、このような原々判決の判断を維持す

るとともに、上記の点に加えて、㋔本件では、Yが本件遺言の無効確認の訴えを同時または追加的に提起することが可能であり、これが最も適切であったとも言いうるが、それによって紛争解決に対するYの期待が合理的なものではないとまでは言うことができないこと、㋕Xは、Xが前件反訴事件を提起したり、前件本訴事件で本件遺言の有効性を抗弁として位置づけなかったことの責任が専ら前訴事件のXの訴訟代理人にあると主張するが、その責任の所在は専らXとその訴訟代理人との間の内部関係において判断されるべきものであり、これをYに転嫁することはできないこと、㋖前訴の審理経過に鑑みれば、前訴地裁事件の受訴裁判所が本件遺言に係るXの主張を抗弁として取り上げなかったことに問題はなく、前訴高裁事件の受訴裁判所がXの抗弁を時機に後れたものとして却下したことにも十分な理由があったというべきであること、を付言している。

(5) 本件遺言のように、遺産を「相続させる」趣旨の遺言について、判例は、遺言書の記載からその趣旨が遺贈であることが明らかであるかまたは遺贈と解すべき特段の事情がない限り、当該遺産を当該相続人をして単独で相続させる遺産分割方法が指定されたものと解すべきであるとし、このような趣旨の遺言にあっては、当該遺言において相続による承継を当該相続人の意思にかからせたなどの特段の事情のない限り、何らの行為を要せずして当該遺産は被相続人の死亡の時に直ちに相続により承継されるとする解釈を採用している（特定の遺産を「相続させる」旨の遺言につき、最判平成三・四・一九民集四五巻四号四七七頁、財産全部を「相続させる」旨の遺言につき、最判平成二一・三・二四民集六三巻三号四二七頁参照）。

(6) 伊藤・後掲注(43)は、本判決が事例判断であることを前提としつつ、信義則適用の根拠となる相手方の信頼について合理性という判断枠組みを設定し、その判断のための事情を明らかにしている点、行為者自身についても先行行為によって利益を受けているかを考慮しなければならないとしている点において「信義則適用の要件に関する新たな判例法理の展開とみることができる」と評する。

(7) 大阪高判昭和四八・一二・一四高民集二六巻五号四八七頁。なお、原々判決は、本件では信義則違反を認めるに足りる証拠はないとして信義則違反を否定する一方、被告の取得時効の抗弁を容れてXらの請求を棄却するものであった。

(8) 昭和五一年最判以降の信義則による後訴遮断事例の紹介については、原強「判例における信義則による判決効の拡張化現象（一）」札院六巻一号（一九九〇年）七頁以

下に詳しい。比較的近時の裁判例では、信義則による後訴遮断を肯定した例として、東京地判平成一七・一一・一判時一九二一号一二六頁、千葉地判平成二〇・一一・一七裁判所ウェブサイト、東京地判令和二・一一・二五裁判所ウェブサイトなど、否定した例として、福岡高判平成七・六・一六判タ八九一号二五一頁、東京地判令和二・一・二七（LEX/DBインターネット25583813）、東京地判令和二・一二・二二（LEX/DBインターネット25586834）などがある。

（9）最判昭和四八・七・二〇民集二七巻七号八九〇頁は、一般論として、「先にある事実に基づき訴を提起し、その事実の存在を極力主張立証した者が、その後相手方から右事実の存在を前提とする別訴を提起されるや、一転して右事実の存在を否認するがごときことは、訴訟上の信義則に著しく反する」旨を述べる（ただし、当該事案については信義則違反を否定）。

（10）岨野悌介「判解」『最高裁判所判例解説民事篇（昭和五一年度）』三二六頁以下は、「当事者が、事実上の主張を整理し、口頭弁論で主張から除外した事実を、相当期間を経過したのちに弁論期日に主張したときは、それが初めの弁論期日に主張できたものであれば、時機に遅れた主張として民訴法一三九条により却下されることがあるが、本判決はこうした趣旨も考慮したのかと思われる」、「右の主張が新訴（本訴）という衣を着ているため民訴法一三九条の直接の規制の対象とはならないとしても、信義則といった一般条項の助けをかりることによってこれを規制する余地がある、と本判決は考えたのではないかと思われる」と論じている。

（11）原々判決は、前訴と後訴では登記の形式は異なるものの、請求としては同一であると言うべきであるとして、前訴判決の既判力との抵触を理由に本件訴えを不適法却下するものであった（上記について、判時一一〇五号四八頁以下のコメント参照）。

（12）判時一一〇五号四八頁以下のコメントは、本件最高裁判決を「安易に信義則を適用して訴えを却下するような解決を選択すべきではないことを判示した判決」と評する。

（13）山下郁夫「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成一〇年度（下）』六一八頁参照。

（14）原強「判例における信義則による判決効の拡張化現象（一・完）」札院八巻一号（一九九一年）三九頁は、昭和五一年最判以降の信義則による後訴遮断事例の分析をもとに、信義則による後訴遮断を導く要素として、①前訴と後訴の請求の実質的同一性、②前訴における請求または主張の提出可能性、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を、また、信義則による後訴遮断を否定に導く要素として、⑥前訴において当事者が十分に争う誘因を欠いていたこと等を挙げる。なお、下級審裁判例の中には、昭和五一年最判以降の信義則による後訴遮断の考え方を敷衍して、「後訴の請求又は後訴における主張が信義則に照らして許されないか否かは、前訴及び後訴の各内容、当事者の訴訟活動、前訴において当事者がなし得たと認められる訴訟活動、後訴の提起又は後訴における主張をするに至った経緯、訴訟により当事者が達成しようとした目的、訴訟をめぐる当事者双方の利害状況、当事者間の公平、前訴確定判決による紛争解決に対する当事者の期待の合理性、裁判所の審理の重複、時間の経過などの諸事情を考慮して、後訴の提起又は後訴における主張を認めることが正義に反する結果を生じさせることになるか否かで決すべきである」と説くものがある（東京地判平成一七・一一・一判時一九二一号一二六頁。東京地判令和二・一一・二五裁判所ウェブサイトも同旨）。

(15) 中野貞一郎「民事訴訟における信義誠実の原則」同『訴訟関係と訴訟行為』（弘文堂・一九六一年）六三頁以下［初出・民商四三巻六号（一九六一年）］、山木戸克己『民事訴訟法論集』（有斐閣・一九九〇年）六五頁以下［初出・末川先生古稀記念『権利の濫用（中）』（有斐閣・一九六二年）など参照。

(16) 中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義〔第三版〕』（有斐閣・二〇一八年）二七頁以下［中野］、兼子一原著『条解民事訴訟法〔第二版〕』（弘文堂・二〇一一年）三〇頁以下［新堂幸司＝高橋宏志＝高田裕成］、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ〔第三版〕』（日本評論社・二〇二一年）四三頁以下など。

(17) 相手方当事者との間に補助参加人となることのできる関係がある場合に、当事者間の公平や禁反言の要請から、参加的効力と同趣旨の拘束力が当事者間にも生じるとする見解である。兼子一「既判力と参加的効力」同『民事法研究Ⅱ』（酒井書店・一九五〇年）六五頁以下［初出・法時一四巻三号（一九四二年）］参照。

(18) 兼子理論の承継と発展、特に新堂説と竹下説の展開について、山本弘「判決理由中の判断の拘束力」同『民事訴訟法・倒産法の研究』（有斐閣・二〇一九年）二三九頁以下［初出・鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』（有斐閣・二〇〇二年）］参照。

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

(20) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第六版〕』（弘文堂・二〇一九年）七二五頁以下参照。

(21) 新堂・前掲注(19)一七〇頁。

(22) 最判昭和四四・六・二四判時五六九号四八頁参照。

(23) 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）七二頁以下参照。

(24) 以上につき、竹下・前掲注(23)八三頁以下、兼子原著・前掲注(16)五三九頁以下［竹下］参照。

(25) 後訴における主張が前訴判決において拘束力の認められる争点の判断に包摂される関係にある場合（例えば、前訴において錯誤の有無が主要な争点となって審理・判断がされた後、後訴において前訴では主張されなかった表意者の重過失が主張された場合）には、上記拘束力を肯定することの帰結として、後訴における当該主張の提出は許されないと考えられるのに対し、このような関係にない場合には、前訴における主要な争点についての判断に拘束力を観念したとしても、後訴における主張を当然に排斥することはできないと考えられる。昭和五一年最判の事案が、前訴における主要な争点の拘束力の枠を超えた事案であると考えられることについては、竹下守夫「争点効・判決理由中の判断の拘束力をめぐる判例の評価」民商九三巻臨時増刊号（一九八六年）二八八頁（注六）も参照。

(26) 新堂・前掲注(20)七三二頁以下参照。新堂幸司「訴訟物概念の役割――最近の最高裁判決を手がかりとして」同『訴訟物と争点効（下）』（有斐閣・一九九一年）一三〇頁以下［初出・判評二二三号（一九七七年）］は、昭和五一年最判の事案に見られる手続事実群として、要旨、①前訴で争点を買戻契約に絞った趣旨、②前訴におけるXの訴訟追行の態様、③事件発端からの年月の経過、④前訴における相手方からの提出期待可能性、を挙げ、当該事案における具体的な手続事実群の下で、Yらの紛争全体の解決への期待を正当化できる旨を説く。

(27) 山本和彦「法律問題指摘義務違反による既判力の縮小」同『民事訴訟法の現代的課題』（有斐閣・二〇一六年）三〇七頁以下［初出・判タ九六八号（一九九八年）］参照。同三一〇頁は、「争点持出責任」の要件として、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（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が考慮されるとする）、③前訴と後訴の法的利益（訴訟物）の類似性、の三つを挙げる。

(28) 伊藤眞『民事訴訟法〔第七版〕』（有斐閣・二〇二〇年）五七二頁は、「信義則はあくまで、判決理由中の判断の拘束力ではなく、判決理由において判断の機会を得た

当事者の訴訟行為の態様自体を根拠として適用されるものである」と説く。

(29) 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。

(30) 再訴事案(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)の法的規律として、既判力論と信義則論による二元的な構成をとることの妥当性について、川嶋隆憲「後訴遮断理論に関する基本的視座」同『民事訴訟における後訴遮断理論の再構成』(慶應義塾大学出版会・二〇二二年)一一四頁以下[初出・法研八六巻一一号(二〇一三年)]参照。

(31) 川嶋隆憲「既判力の補完法理の再検討」同・前掲書二一一頁以下[初出・熊法一四一号(二〇一七年)]は、ここでの問題を判決の拘束力の問題としてではなく、当事者の行為それ自体の評価の問題であると捉えた上で、信義則違反が問題となりうる二つの行為類型に応じた、二つの評価枠組みを提示する。以下の本文における考察は、これを敷衍するものである。

(32) 山本・前掲注(27)三一〇頁参照。

(33) 前訴において時機に後れた攻撃防御方法(民訴法一五七条一項参照)として却下されたものであるとの事情は、当該攻撃防御方法の実体的な消滅や別訴における失権までをも意味するものではないから、上記の事情のみをもって相手方の紛争決着期待を合理的なものとして保護することも相当ではないと考えられる。ただし、同条に基づく却下が争点整理手続後の説明義務(民訴法一六七条、同一七四条、同一七八条参照)違反によるものであり、かつ、その義務違反の態様に顕著な不誠実性が認められる場合など、本文で述べたような信義則違反を肯定しうる事情が特に認められる場合は別である。

(34) 本判決のコメント(判タ一四八八号一二一頁以下)は、前件本訴との関係では「権利失効の法理」に抵触するか否か、前件反訴との関係では「矛盾挙動禁止の法理」に抵触するか否か、がそれぞれ問題となる旨を指摘する。

(35) 新堂・前掲注(20)七二八頁参照。また、信義則による拘束力説も、敗訴当事者に対して拘束的効果を認めるためには、前後両訴の間に一定の関連性のあること(ここでは、「前後両訴が、社会関係の次元における同一紛争関係から生じたもの」であること)を必要とする。竹下・前掲注(23)一一二頁、兼子原著・前掲注(16)五四三頁[竹下]参照。

(36) 山本・前掲注(27)三〇八頁は、前訴と後訴の係争利益の同等性について、「問題とされるべきは必ずしも係争額だけでなく、紛争類型からの判断も必要と解される」旨を指摘する。

(37) 本判決のコメント(金判一六二六号八頁以下)が、判

例法理の当てはめに際して留意されるべき点として、「先行行為について生じた効果を後行行為によって意図的に、あるいは、そう捉えられても止むを得ない状況の下に否定する場合であると認められるか否か」という点を指摘するのも、本文で述べた理解に近いと言える。

(38) 信義則による後訴遮断に関する筆者の私見については、前記三(2)参照。

(39) 中野貞一郎「民事訴訟における禁反言」同『過失の推認〔増補版〕』（弘文堂・一九八七年）一八八頁［初出・司法研修所論集五七号（一九七六年）］は、禁反言の適用にあたっては「矛盾行為を許す場合に先行行為を信頼していた相手方に生ずる不利益と、矛盾行為を排斥した場合に行為者自身に生ずる不利益との権衡」を考量し、前者が後者との比較においてより保護に値する場合に禁反言の適用が是認されうるとする。

(40) 中野貞一郎「民事訴訟における信義則および禁反言」三ケ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点』（有斐閣・一九七九年）四五頁、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）一九頁参照。

(41) 既判力の作用局面としては、一般に、前訴と後訴の訴訟物が、同一関係、先決関係、矛盾関係のいずれかであることとされる。なお、既判力の作用局面に関する筆者の考え方については、川嶋・前掲注(31)一九六頁以下参照。

(42) この点に関連して、争点効を否定した判例として知られる、最判昭和四四・六・二四判時五六九号四八頁の事案が想起される。当該事案は、Xを売主、Yを買主とする土地の売買をめぐる争いにおいて、YのXに対する売買契約の履行としての建物明渡請求を認容する別件判決が先に確定した後、本件最高裁判決により、XのYに対する上記売買契約の詐欺による取消しを理由とする所有権移転登記抹消請求を認容する判決が確定することとなった。その後は、YがXに対して右土地の所有権確認を求める訴えを提起し、XもまたYに対して同土地の所有権確認を求める訴えを提起して、最終的にXの請求を認容する判決が確定したことで紛争は決着を見たとされるが（高田裕成「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選〔第五版〕』（有斐閣・二〇一五年）一七九頁参照）、この事案においても、Yが先に得た別件判決は実質的に無意味なものとなっている。

(43) 本判決の解説等として、判例掲載誌の匿名コメントのほか、浅井弘章「判批」銀法八七一号（二〇二一年）六六頁、薮口康夫「判批」速判解二九号（二〇二一年）一八一頁［新・判例解説 Watch 民事訴訟法 No.125（文献番号 z18817009-00-061252068）］、堀清史「判批」法教四九五

号（二〇二一年）一五三頁、上田竹志「判批」法セ八〇六号（二〇二二年）一二一頁、伊藤眞『民事訴訟法〔第七版〕』（有斐閣・二〇二〇年）の補訂情報［http://www.yuhikaku.co.jp/static_files/13849_hotei.pdf］（有斐閣ウェブサイト）に接した。また、本評釈筆者による、本判決の紹介として、川嶋隆憲「判批」民商一五八巻二号（二〇二二年）九二頁がある。

【追記】脱稿後、前田志織「判批」判例秘書ジャーナル（HJ100131）（二〇二二年）、杉山悦子「判批」ジュリ臨増一五七〇号（二〇二三年）一〇九頁に接した。

川嶋　隆憲