

# 口頭弁論終結後の承継人への既判力拡張

(最高裁昭和48年6月21日民集27巻6号712頁, 判例時報722号61頁)

加 波 眞 一\*

## 【事 案】

本件土地1～3はAの所有名義に登記されていたが、Y1は、この登記はAとY1の通謀虚偽表示によるものであって、本件各土地はY1の所有に属すると主張して、Aを被告として、本件各土地につき、真正な名義を回復するための所有権移転登記手続請求訴訟を、名古屋地裁に提起した。前訴に係る訴訟手続の口頭弁論は昭和43年4月17日に終結し、同月26日に請求認容の判決がされ、この判決は確定した（以下、これを「前訴」という）。

Aを執行債務者として執行債権者Zが申し立てた土地甲の強制競売事件において、X1は、上記の事情について善意で、昭和43年6月27日に土地甲を落札し、同年7月22日にその旨の所有権移転登記を経由した。

その後、X1は、昭和43年8月8日に本件土地1につき、X2～X5、Bに持分権を譲渡し、同年同月9日、その旨を登記した。また、X1は昭和45年5月12日に本件土地1のBの持つ持分権を買受けた。

さらに、X1は、本件土地3の持分三分の二を昭和43年8月8日にX2に譲渡し、同年同月9日、その旨を登記した。

ところが、Y1は、X1らは前訴口頭弁論終結後の承継人であるとして、名古屋地裁からX1らに対して執行できる旨の承継執行文の付与を受け、昭和43年9月16日に土地甲について所有権移転登記を経由した。その後Y1は、本件土地2をY2に、また本件土地3をY3に、それぞれ昭和44年5

---

\* かなみ・しんいち 立命館大学大学院法務研究科教授

月 6 日に売却し同月 13 日に所有権移転登記を経由した。

そこで、X1～5 は、この承継執行文付与は違法であり、その結果、Y1～3 の所有権移転登記も無効であると主張して、Y1～3 を被告として、本件土地 1 につき X1 が六分の二、X2～X5 がそれぞれ六分の一の共有持ち分権を有すること、本件土地 2 が X1 の所有に属すること、本件土地 3 につき X1 が三分の一、X2 が三分の二の共有持ち分権を有することの確認を求め（以下、これらを「所有権確認請求」とまとめていう）、加えて、本件土地 1～3 に同様の所有権移転登記手続きをするように求め、名古屋地裁に訴えを提起した。これが本件訴訟である（以下、これを「後訴」ともいう）。

#### ＜第一審＞請求認容

(一) Y1 と A の前訴はいわゆる物権的請求（被告 Y1 の本件各土地に対する所有権が訴訟物となっていた）であったと解されるので、原告らは、訴外 A から本件各土地を前訴の口頭弁論終結後に買受けた者である以上、承継人として前訴判決の既判力をうける者であることは明らかである。

しかし口頭弁論終結後の承継人は確定判決の既判力をうける者として、口頭弁論終結時における前主と相手方の権利関係について確定判決の内容に抵触するような主張ができないだけであって、その時以後に生じた新たな事実にもとづく主張はできるのである。本件において被告 Y1 が、訴外 A に対して前記事件において勝訴判決を得ているけれども、それは、同被告名義の所有権取得登記を経由し対抗要件を備えてはじめて排他的効力を生ずる可能性があったものであるにすぎない。したがって同被告が本件各土地について登記を経由する前に第三者である原告 X1 が各土地について前訴の口頭弁論終結後において権利を取得しその登記を経由した場合には同被告は、同原告に対抗できなくなると解するのが相当である。

(二) のみならず、被告 Y1 と訴外 A の間には前記事実関係によると民法 94 条 2 項を類推適用すべき関係にあったのである。

しかして原告X1は本件各土地を裁判所における強制競売手続によって取得したものであるから、他に特段の事情のないかぎり訴外Aが本件各土地について無権利者であったことについて善意であったと推認するのが相当であり、右の特段の事情についてこれを認めるに足る証拠はない。

そうすると被告Y1は、原告X1が本件各土地について所有権を取得したことを否定できない立場にあったものといわなければならない。

(三) 次に被告Y1が訴外Aに対する前訴確定判決にもとづき、原告らから本件各土地について所有権移転登記を経由したということは、訴外Aに対する前記強制競売手続を無効にしてしまったものといえることができる。

しかして本件のように強制競売手続における競落人が競落物件について真実の権利者から追奪された場合においては競落人は民法568条に定める手続によって救済されるものである。しかし本件においては前記のように被告Y1と訴外Aの間には民法94条2項が類推適用される関係にあったものであるから、訴外Zが同Aに対してなした本件各土地についての前記強制執行に対して、被告Y1が本件各土地が同被告の所有に属することを理由として第三者異議の訴を提起しても、同被告は訴外Zに対して勝訴できない立場にあったと考えられるのである。けだし登記には権利推定の作用があるから、登記簿の記載を信頼して利害関係をもつに至った第三者（本件においては訴外Z）は登記名義人である訴外Aが無権利者であることについて一応善意であつたと推認するのが相当であるからである。

したがって前記認定のような手続で被告Y1が原告らから本件各土地について所有権移転登記を経由したということは、著しく条理に反するものがあるといわなければならない。

(四) したがって被告Y1は訴外Aに対する前訴の確定判決について承継執行文を得てその判決にもとづき原告らに対して強制執行をすることはできなかったものといわなければならない。

してみると被告Y1が本件各土地について右の判決にもとづいて経由した各登記はいずれも無効であり、右の登記を前提とする被告Y2、Y3の各

登記もまた無効であるといわなければならない。

以上の次第で本件各土地は原告X1が名古屋地方裁判所岡崎支部における強制競売手続によって昭和43年6月27日頃所有権を取得したものであると見て、これを前提とする原告らの本訴請求はすべて理由があるから正当として認容する。

Y1らが控訴。

### <控訴審>控訴棄却

本件はBのAに対する強制競売申立に基づく手続が進行し、被控訴人X1がこれを競落して所有権を取得した後一部を残しそれを更に他の被控訴人らに持分譲渡が行われたものであるところ、Aを所有者とする登記名義が同人と控訴人Y1との通謀虚偽表示によるもので無効だという判決があつたためY1へ回復登記が許された案件である、そして一番基本のAの登記名義が虚偽であればその後の各譲渡行為も無効となり、かつ、被控訴人らはAの特定承継人になるという解釈のもとに名古屋地方裁判所が承継執行文を発し、法務局も控訴人Y1への回復登記を許したもので単純形式的には同裁判所や法務局の措置はAに対する確定判決がある以上やむを得なかったものと解される。しかし、Y1は本来原判決理由(一)(二)記載の理由により前訴の確定判決に承継執行文を得て強制執行をなすことができなかったものといわなければならない。当審ならびに原審に現れた全証拠によるも右判断を左右することができない。

そうすると控訴人Y1が本件各土地について右判決にもとづいて経由した各登記はいずれも無効であり、右の登記を前提とする控訴人Y2、Y3の各登記もまた無効であるといわねばならない。

Y1らが上告。

<上告審>上告棄却

<上告理由>

原判決は本件を民法第177条の対抗要件の問題として扱っているが、本件は同条の対抗要件の問題ではない。即ち上告人Y1と訴外A間の訴訟は、証拠によって明らかなように本件土地はもともと上告人Y1が前主より買受けて取得した上告人Y1の所有地であって、訴外Aの所有地ではないことを理由とするものであり、これが前訴判決において認容されているものである。従って登記に公信力のない以上、被上告人が訴外Aから所有権を取得したとしても、実質的にその所有権を取得することはできず、このことは裁判所の競売によって競落した場合でも同じである。

そうだとすると、被上告人の競落による所有権取得登記はもともと無効であり、これと異なる見解をとった原判決は民法第177条に関する解釈又は適用を誤った違法があり破棄されるべきである。

【判 旨】

原審の確定した事実関係のもとにおいては、上告人Y1は、本件土地につきA名義でなされた所有権取得登記が、通謀虚偽表示によるもので無効であることを、善意の第三者である被上告人に対抗することはできないものであるから、被上告人は本件土地の所有権を取得するに至ったものであるというべきである。このことは上告人Y1と訴外Aとの間の前訴確定判決の存在によって左右されない。そして、被上告人は同訴外Aの上告人Y1に対する本件土地所有権移転登記義務を承継するものではないから、同上告人が、前訴確定判決につき、同訴外人の承継人として被上告人に対する承継執行文の付与を受けて執行することは許されないといわなければならない。

ところで、原審の確定したところによれば、上告人Y1は前訴確定判決につき被上告人に対する承継執行文の付与を受けて、これに基づき、本件土地の所有名義を自己に回復するための所有権移転登記を経由したという

のである。

同上告人の上記行為は違法であって、上記登記の無効であることは前説示に照らし明らかである。結論において右と同趣旨に帰する原審の判断は正当であって、原判決に所論の違法はなく、論旨は理由がない。

## 【研 究】

### 1 問 題 点

民訴法115条1項3号により、口頭弁論終結後の承継人には既判力が拡張されるが、それはどのような作用が後訴手続に生じることを意味するのか、民訴法115条の既判力の作用論（既判力拡張の効果・意味）として、実質説と形式説があるとして、学説上、論じられている（また、民訴法115条1項3号による既判力拡張も、確定判決の内容に既判力が生じるのは民訴法114条1項により主文判断内容に限定されるので、あくまで、確定判決の「主文」判断内容のみが拡張されるにすぎないはずであるが、近時は関連して問題となってきている）。

この実質説と形式説に関する従来からの説明の仕方には分かりにくいものが多い。ポイントは、（口頭弁論終結後の）承継人に固有の抗弁が存在する場合、既判力拡張の要件である（民訴115条1項3号の）「承継人」要件に、その固有の抗弁が成立しないこと、を消極的要件として加えることになるか否かであり、既判力の作用の仕方の説明の違いにより、そのような違いが生じることを説明することになる<sup>1)</sup>。そうすると、この実質説と形式説とは以下のようなことになろう。

#### (1) 実 質 説

前訴本案判決の既判力の拡張を受けるということは、前訴本案判決と同一判決を受けると同様であると考え、その既判力拡張の意味・効力は、承継人が前訴確定判決と同一内容の判決をすべきである（ないしは、それと異なる判決内容の判決ができない）という拘束力が生じる、と考え

る見解<sup>2)</sup>である。

この見解によると、承継人要件を充たしたとしても、承継人に固有の抗弁が認められると、前訴確定判決の内容とは異なる判決内容を下すことになるので、既判力の拡張ができないことになる。そこで、承継人には、「固有の抗弁権が成立しないこと」が消極的要件として付け加えられることになる。

これは、承継人となるべき第三者の実体法上の地位を審理した結果、前訴判決内容を否定できる地位が認められる場合であれば既判力の拡張を認めず、独自の判決を下すことになるが、そうでない場合には、既判力の拡張を認め、前訴と同一内容の判断を下す、という見解なので、結局、第三者への既判力拡張を判断するにあたって、本案についての実質審理をすることになると見て、「実質説」という。

## (2) 形式説

口頭弁論終結後の承継人への既判力拡張規定（115条1項3号）の立法趣旨が、それまでの訴訟結果を無に帰さないためであるとしても、承継人は、前訴の訴訟手続に全く関与していないにもかかわらず、前訴確定判決と同じ内容の判決が下されることになる、というのは、既判力理論としていわゆる2元説<sup>3)</sup>を採る以上、是認できない結論となる。

そこで、（既判力理論として2元説を採る限り）115条1項3号により既判力が拡張されるとしても、既判力の効力としては、承継人は前訴判決内容に拘束され、裁判所もそれに拘束されて、前訴確定判決の「既判力によって確定された権利関係」を（前訴の当事者同様に）争えなくなる、ことを意味するにすぎないという（ただし、この「既判力によって確定された権利関係」を争えなくなる、という意味を前訴の口頭弁論終結時における判決主文判断内容（すなわち、訴訟物として主張された法律関係についての判断）と矛盾する主張・判断が、後訴の本案審理においてできなくなることを意味するにすぎない、と厳格に考えるか、さらに多少拡張して考

えるかは、形式説の中でも見解が分かれる<sup>4)</sup>。

この見解では、既判力の作用の仕方（＝後訴では、前訴の既判力が及ぶことを前提に、それへの矛盾主張・判断を排除しながら、本案問題を審判する）を考えると、承継人の要件さえ充たせば、（当然）既判力は及ぶとし、承継人固有の抗弁は、そのことを前提として承継人の本案問題として審判することになる、と考える。

すなわち、この見解では、承継人の要件さえ充たせば、それだけで既判力は及ぶと形式的に既判力拡張を判断するので、「形式説」という<sup>5)</sup>が、承継人に「固有の抗弁権が成立しないこと」が消極的要件とはならない、ということになる。

両説の妥当性を巡り議論があるが、形式説が現在の既判力理論との整合性から通説（少なくとも多数説）の地位にあるといえよう<sup>6)</sup>。

そして、学説の多数説によると、判例は実質説を採るものと評価され、その典型判例として本判決が援用されてきた<sup>7)</sup>。

しかし、そのような本判決に関する評価には後述のように疑問があるという見解も増えてきている<sup>8)</sup>。

## 2 従来の本判決についての評価

### (1) 一般的見解

前述のように、本判決は、判例が実質説を採る典型例として援用されてきた<sup>9)</sup>。それは実質説と形式説という分類の命名者である新堂教授<sup>10)</sup>が、本判決をもって実質説が採られている典型例であると評価・紹介したこと由来するように思われる。

その評価の根拠は、本判決が、民法94条2項を根拠にX1の権利の存在を判断した上で、「このことは上告人Y1と訴外Aとの間の前訴確定判決の存在によって左右されない。」と判示し、かつ、「義務を承継するものではないから……承継人として」（承継執行文の付与が）認められないと判示されていることに求められている<sup>11)</sup>。



すなわち、「前訴確定判決の存在によって左右されない。」とは、前訴確定判決の既判力が後訴である承継人X（以下、X1らは、単にXと表記する）とY（以下、Y1らも、単にYと表記する）との訴訟に及ばない、という意味であると考え、その前提として、X主張の固有の抗弁である民法94条2項成立の判断がされていると考える。そうすると、まず、承継人固有の抗弁の成立を判断し、それが認められたので、民訴法115条1項3号による承継人への既判力拡張を否定している、ということになり、しかも、その場合は「承継人」とは認められない旨を判示しているとも読める言説もあるので、これは実質説を採用することを意味する、という理解である。

## （2）伊藤眞教授の見解<sup>12)</sup>

それに対して、伊藤教授は既判力抵触が問題となる場合というのは、判決主文判断で確定された法律関係内容と矛盾する主張がされる場合に生じるのであって、判決主文判断内容と矛盾する主張がない以上、既判力抵触問題は生じないと論じる。

そして、承継人固有の抗弁とは、前訴確定判決の既判力で確定された法律関係を否定するのではなく、（場合によれば、それを前提にして）承継人自身が前訴相手方当事者に対して有する抗弁を主張することで、前訴相手方当事者からの承継人に対する請求を否定する主張をいう。

そうすると、承継人固有の抗弁の主張には、既判力問題が関わってくる余地はない。したがって、そのような、既判力と関係しないはずの承継人固有の抗弁の取扱い方を巡って、（既判力拡張をもたらす承継人要件の問題とするのか否かという）実質説か形式説か、という議論は議論のあり方として意味がないと批判する。

以上の見解によると、本件では、Xは前訴判断内容である、Y1はAに対して（民法94条の通謀虚偽表示成立による）所有権に基づく所有権移転登記請求権を有するという判断内容自体を争うのではなく、その判断を前

提に、しかし、Xは民法94条2項の善意者であり、Y1がAに対して主張できる権利主張を否定できる固有の抗弁権の主張を行っているのみであるから、そこには既判力問題が生じる余地はない。

判例が「このことは上告人Y1と訴外Aとの間の前訴確定判決の存在によって左右されない。」と判示しているのは、そのことを示すものであると評価する。

すなわち、本判決は実質説か形式説のいずれをとったものではなく、本事案の場合はそもそも既判力問題は生じない、ということを述べたものにすぎないと評価する<sup>13)</sup>。

### (3) 高田昌宏教授の見解<sup>14)</sup>

伊藤教授見解同様に、本判決はそもそも既判力拡張問題は生じない事案ではないか、との疑問を呈すると思われるものに高田教授の見解がある。

その理由は、次のようなことである。既判力抵触が問題となる場合というのは、後訴の主張が前訴判決主文判断で確定された訴訟物判断と同一訴訟物である場合、その判決主文判断が先決関係にある場合ないし矛盾関係にある場合に限定される<sup>15)</sup>。

ところが、本件事案では、前訴Y1・A訴訟での訴訟物は、Y1のAに対する(Y1の)所有権に基づく本件各土地の所有権移転登記請求権であり、後訴のX・Y訴訟での訴訟物は、XのYに対する(Xの)所有権確認請求であって、両訴訟物は、同一でもなく、また、先決・矛盾関係に立つものではない。

したがって、たとえ民法115条1項3号により、前訴Y1・A訴訟の判決主文判断に生じる既判力が後訴のX・Y訴訟に拡張されて及ぶとしても、その既判力は、X・Y訴訟に何ら影響を及ぼすことはなく、XはX主張の訴訟物を根拠づけるために、改めてY1・A間での虚偽表示による契約無効も主張できる、ことになるという。

伊藤説は、本件はXが固有の抗弁として民法94条2項を主張している事案なので、本既判力抵触問題が生じる事案ではない、というわけであるから、Xが民法94条2項の抗弁を主張するのではなく、改めてY1・A間での虚偽表示による契約無効を否認する場合は既判力抵触問題が生じるということになろう。その点で、高田説と本件に対する見解を異にすることになろう。

ただし、高田教授が本件判例評釈で実際問題にしているXの後訴請求は、確認（所有権・持分権確認）請求の点のみである。この所有権の存否問題は前訴の理由中判断事項にすぎず、そもそも通説・判例による限り、前訴Y1・A訴訟でも既判力は生じないので、その後訴への拡張ということは問題となりようがない。それを問題にしたところは不適切である。

高田教授は、前訴のY1・A訴訟での（Y1の）所有権に基づく本件各土地の所有権移転登記請求権認容確定判決の既判力がXにまで及ぶとすれば、その既判力により、後訴が本件Xの所有権確認請求の場合であっても、そこでのXの所有権主張はできなくなる、という見解が存在すると考えて、それを批判する形で、Xの所有権確認請求の場合を論じているように思われる。

しかし、そうであるとすれば、それは誤解であろう。確かに、高田教授が引用する中野論文<sup>16)</sup>では、前訴のY1・A訴訟での（Y1の）所有権に基づく物上請求権認容確定判決の既判力が（Xは口頭弁論終結後の承継人であるとして）Xにまで及ぶとすれば、その既判力により、後訴でのXの所有権主張はできなくなる場合がある、との記述がある。

しかし、それは、もし前訴の当事者であるAが主張したとすれば、その主張は「Y1との間で既判力ある判断に矛盾するため遮断される」というような、そういう主張を、後訴でXが主張する場合である。

そのような主張でない場合として、前訴（原告Y1・被告A）の訴訟物が物上請求権であり、認容判決が確定した場合に、後訴で（Aの承継人）XがY1に対して前訴訴訟物の前提・先決問題となった所有権につき所有

権確認請求を提起し、Xの所有権取得を主張して、(前訴口頭弁論最終時に、前訴の物上請求権の根拠として理由中判断により認められたY1への)所有権帰属を争うという場合を挙げ、その場合にはそのXの主張には既判力は及ばない、と中野論文も明確に記述している<sup>17)</sup>。

いずれにせよ、Xが請求した所有権移転登記請求権については高田教授は検討していないが、それも前訴と(承継人の)後訴との関係で、両訴訟物が同一でもなく、また、先決・矛盾関係に立つものではないとなれば、高田説では、民訴法115条1項3号の承継人への既判力拡張は生じない、ということになり、既判力拡張は否定されることになる。

そうすると高田説では、本判例の場合は、そもそも既判力拡張が問題とならない事案となるので、判例の立場が実質説か形式説かを判断するための判例として援用することは不適切と評価することになるが、そこまでは主張されていない。単に「実質説と形式説の何れの立場を採るか判旨からは明らかではない。」というに止まっている。

#### (4) 高田教授の見解に対する反論

この高田教授の見解については、高橋宏志教授からの反論がある<sup>18)</sup>。

高橋教授は次のように論じる。例えば、前訴がXのYに対する所有権に基づく土地返還請求訴訟で、その認容判決確定後に、Yから第三者Zに当該土地の占有が移転する場合、後訴のXがZに対する(Xの)所有権に基づく土地返還請求訴訟での訴訟物は、少なくとも、いわゆる旧訴訟物論による限り、前訴のX・Y訴訟での訴訟物とは異なる。また、両訴訟物は、先決関係にも、また、矛盾関係にも立たない。XのZに対する訴訟物である物上請求権は、実体法的には、Zが占有したことにより(Yの占有とは関係なく)初めて占有者であるZに対して成立するものであるからである。

したがって、この場合は、形式説に立つ限り、確かに、前訴主文判断に生じる既判力は、後訴のX・Z訴訟に何ら影響を及ぼすことはない<sup>19)</sup>。

しかし、それでは、「勝訴当事者の権利の安定という既判力拡張の根本理念に反する」ことになるので、「前訴で提示された訴訟物と承継人と相手方との間の訴訟物とが同一でも先決関係にもないときには、訴訟物の同一性が擬制される」と解することになる、と論じる<sup>20)</sup>。これは「勝訴当事者の法律関係の安定の要請」から導かれる解釈であり、高田説のように、口頭弁論終結後の承継人への既判力拡張の場合を、訴訟物の同一性、先決・矛盾関係に限定して考察する見解は「狭すぎる」見解である、と批判する<sup>21)</sup>。

この高橋説とは見解は異なるが、登記請求訴訟における所有権の帰属にも既判力の拘束力は生じるという見解に立ち、口頭弁論終結後の承継人への既判力拡張を論じる松本説<sup>22)</sup>からも、高田説のような見解は既判力が及ぶ場合を狭く考えすぎている、と批判することになる<sup>23)</sup>。

しかし、高橋説も上記の批判は一般的な議論として展開されており、本判決の批評に関して議論されているわけではない。

以上に概観してきたように、本判決の評価に関しても、様々な見解があるが、本稿では、本判例が実質説を採るものかどうか、という点のみに焦点をあてて、以下に検討していきたい。

### 3 本判決の検討

本件事案では、XはAより（競売により）係争物の所有権を取得した者であるから、所有権に基づく登記請求権を行使・主張できる地位にある。したがって、承継人要件として、従来の通説である適格承継説や近時の通説（少なくとも多数説）である紛争の主体的地位移転説をとれば承継人として既判力拡張を受ける可能性が問われることになりそうである。しかし、この事案はそう単純に考えられない問題を抱えている。

本件事案では、前述の伝統的な既判力拡張の見解に立つと、前訴の既判力ははたして後訴に及ぶといえるのかが問題となる余地があると考えられるのである。また、その伝統的見解に批判的な高橋説及びそれに類する諸

説にしても、承継人が受ける既判力の内容は、前訴当事者である被承継人の内容を越えるものではないはずである。そうであるとすれば、本件事案では、やはり、前訴の既判力ははたして後訴に及ぶといえるのかが問題となる余地があると考えられる。

まず、Xの所有権確認請求についていうと、前述のように、前訴の既判力はY1の（所有権に基づく）登記請求権にしか生じず、Y1への所有権の帰属判断は理由中判断にすぎないため、その点に既判力は生じない。前訴の被承継人Aですら、この所有権確認請求を後訴として提訴しても、通説・判例の見解に立つ限り、前訴既判力がそれに及ぶことはない（前述・高田説の解説のところで論じた通りである）。

それゆえ、承継人が受ける既判力の内容は、前訴当事者である被承継人の内容を越えるものではないと考える限り、前訴理由中判断である所有権判断につき既判力の承継人への拡張ということはありません。すなわち、通説・判例の見解に立つ限り、Xの所有権確認請求に対して前訴の既判力が及ぶということはありません<sup>24)</sup>。

次に、Xの所有権に基づく登記移転請求権について検討する。

本判決事案の特徴として、看過されるべきではない点は次の点にある。

本件は、後訴のX・Y1訴訟は、前訴判決確定後、前訴の判決内容に於いて、Y1が登記をAから自己に移転し保持したことによって生じた、という点である。

すなわち、Xが主張する登記移転請求権（物上請求権）は、前訴の口頭弁論終了後のY1の登記保持という事実発生により、前訴口頭弁論終了後に新しく生じた権利ということになる。したがって、その権利を主張することが、前訴口頭弁論終了時の法律関係の判断である判決主文判断に生じる既判力と抵触することはないはずである（既判力の時的限界）。

もし、承継人のXではなく、被承継人であり、115条1項1号により、既判力が生じる点で争いのない、訴訟当事者である前诉被告Aが、この（Xが主張する）登記移転請求を前訴判決の口頭弁論終了後に前訴原告Y1

に対して提訴した場合はどうなるのか。その場合は、既判力に抵触することになるのか。

その場合でも、Aが主張する所有権に基づく登記移転（ないし抹消）請求権という物上請求権は、前訴の口頭弁論終結後のY1の登記保持によって初めて生じる権利である（したがって、Y1もその登記保持により初めてこの登記移転義務を負うことになる）ため、（前訴口頭弁論終結時にY1がAに対して物上請求権を有することを確定する）前訴の既判力には抵触しないことになる（既判力の時的限界）。

もちろん、民法上、同一土地の所有権は一つなので、前訴の口頭弁論終結時に所有権はY1に帰属していると判断されている以上、（虚偽表示は成立せず契約は有効であるとして）その所有権を有するとAが主張することは、その判断に対して矛盾主張となるが、上記のように、通説・判例では、理由中判断にすぎない所有権判断には既判力は生じない。

したがって、Aが所有権の存在を根拠に、口頭弁論終結後のY1の新たな登記保持に対して物上請求権が新たに生じたと主張することは、前訴既判力内容（すなわち、前訴口頭弁論終結時に、Y1がAに対する登記請求権を有することを確定する）に矛盾するとして既判力に抵触するということにはならない。

そうであれば、Y1に対するX主張の訴訟物がA主張の訴訟物と同一であるとしても、その訴訟物の主張は被承継人である前訴当事者Aですら既判力が及ばない訴訟物主張である以上、そのAの承継人であるXに既判力が及ぶことはない。したがって、Aが後訴で（口頭弁論終結後に成立した）Y1に対する登記移転請求権の根拠として（前訴口頭弁論終結時にY1に帰属していると）前訴判決理由中判断で判示された所有権判断を争う主張をしても、その主張は前訴の既判力により排除されないのと同様に、XがY1に対する登記移転請求権の根拠として（前訴口頭弁論終結時にY1に帰属していると）前訴判決理由中判断で判示された所有権判断を争う主張をしても、その主張は前訴の既判力により排除されないことになる。

被承継人に対してすら既判力が生じない問題につき、承継人に対して既判力が生じることは、承継制度としての民訴法115条からしては考えられないはずである。承継制度は、前訴の訴訟結果を無駄にさせないため、従前の訴訟結果を承継人に及ぼすものであり、本件の場合、当事者間で生じた既判力を承継人に拡張しよう、というものであるからである。

高橋説等のように、承継人への既判力拡張が「訴訟物の同一性」擬制をも生じるものであるという見解に立っても<sup>25)</sup>、本件事案では、Xの請求には前訴既判力抵触という問題が生じないのではないかと論じるゆえんである<sup>26)</sup>。

もちろん、上記のような場合、既判力の時的限界ゆえに既判力が及ばないとすれば、理論的には、当事者間で訴訟のやりとりが繰り返され、紛争が終結しないおそれが生じる。これは、問題である。争点効や信義則効による対応が考えられればそれでもよかろうが、そうでない限り、何らかの前訴の既判力が、このようなAの請求に影響するという法律構成を考える必要がある。

本件事案では、まずこの問題に適切に対処できないと、そもそもXの請求には前訴既判力抵触という問題が生じないことになり、承継人への既判力拡張における作用問題としての形式説・実質説を論じる余地も生じないということになる点を明らかにしておきたい。

しかし、では、従来からの通説・判例の立場に立った上で、どういう解釈論を構築すべきかという、なかなか、この問題は難しい<sup>27)</sup>。

前訴口頭弁論終結時の権利主張として、Aが物上請求権を主張するのであれば、同一物につき、口頭弁論終結時という同一時に、(すでに前訴確定判決の主文で)物上請求義務を負うことが判断されて既判力で確定しているAが同時に、その物上請求権者であると主張するのは、実体法的に見て主文内容と矛盾する主張になるので、既判力に抵触することになる。

しかし、Aが主張しているのは、「口頭弁論終結時の権利関係」ではな



く、「口頭弁論終結後に発生した権利」を主張しているのであるから、そのような矛盾主張とはならない。したがって、既判力に反するともいえない。

これが、Y1に対する登記請求権ではなく、Aからの所有権に基づく（Y1の目的物占有に対する）返還請求であれば、現在の通説的見解や実務の見解に立っても、次のような立論も可能かもしれない。

Y1が目的物占有を保持した時点は、確かに前訴口頭弁論終結時以降のことである。しかし、その占有保持は、前訴確定判決で確定されたY1の返還請求権の行使により実現したものである。したがって、Y1は不法に占有を保持しているのではなく、正当な権原に基づいて保持しているのである、という正当な占有（保持）権原の抗弁を主張するという論法が考えられる。

そうすると、Aとしては口頭弁論終結時のY1の目的物返還請求権の存在を既判力により争えない以上、（その返還請求権に基づき目的物の占有を正当に保持しているという）このY1の抗弁も争えないことになるのではないか。

このようなY1の正当な占有保持権原の抗弁の主張を介して、Y1・A間での前訴のY1の目的物返還請求権の存在を確定する既判力が、Aからの口頭弁論終結後の目的物返還請求権の主張にも及ぶことになると法律構成することになるのではないか。

このような立論が可能なら、理論的には、当事者間で訴訟のやりとりが繰り返され、紛争が終結しないという事態は避けることができよう<sup>28)</sup>。

そうすると、XがAの承継人の場合でも、承継人Xからの所有権に基づく目的物返還請求に対して、Y1は上記の正当権原による占有の抗弁を主張すれば、Xの所有権に基づく目的物返還請求を排除できる論理も成り立ち得る。なぜなら、その場合、XにはY1・Aの前訴既判力が拡張されると、XはA同様、前訴口頭弁論終結時のY1の占有保持権原の存在を争えないことになるとの（前述高橋説等の）見解に立てば、XはY1の占有が

無権原で不法であるとの主張もできないことになるからである。

しかし、上記のような論理が可能であるとしても、それが登記請求権についても応用できるのか。同じく、所有権に基づく物上請求権であるとして、Y1の登記保持もY1が口頭弁論終結時に有すると既判力で確定されたY1の登記請求権の行使により得たものとして、Aからの登記請求（抹消ないし移転請求）に対して、正当な登記保持権原の抗弁のような論理が成立し得るのか、議論の余地がある。

いずれにしても、もし、そのような論理が成立し得るとしても、本件判決がそのような論理を用いていないことは、判旨より、明白である。

以上のことを考えると、本件判決は、前述のように、Xの所有権問題に既判力が及ばない以上、（所有権に基づく）登記請求権についても前訴の既判力拡張問題は生じる余地がない、という判示内容ではなからうか。そして、そのことは当然で明白なことと判断してXの登記請求権問題については何らの言及もないということではなからうか。

誰に対してどのような要件で前訴の既判力が拡張されるのかということとは民訴115条1項の規律事項であるが、その規律に従って既判力が拡張されるとしても、その拡張される既判力の内容は前訴確定判決の主文判断に限定される。既判力は主文判断にしか生じない（民訴114条1項）からであり、この点は民訴法114条の規律事項である。

そして、その前訴主文判断に生じる既判力の内容は、前訴口頭弁論終結時の判断にすぎないという時的限界を有する以上、（民訴115条1項3号により）承継人に拡張される既判力内容もその時的限界の枠を超えることはない。

したがって、後訴での主張が（判決主文で）口頭弁論終結時に確定された法律関係を争う主張でない限り、その（後訴での）主張に対して既判力抵触問題が生じることはなく、それゆえ、そこでは形式説か実質説かという問題も生じることはないのではないか。

本判決は、正にそのことを判示するものと評価すべきではなからうか。

すなわち、Y1の前訴判決の理由中判断には既判力は生じないため、その理由中判断内容である（前訴口頭弁論終結時の）Y1の所有権の帰属を争う後訴Xの所有権確認請求に既判力拡張問題が生じることはない。また、後訴Xの所有権に基づく登記移転請求も（口頭弁論終結後に新たに生じた権利の主張ゆえ）前訴判決主文で口頭弁論終結時に確定された法律関係を争う主張ではないので、それに対して既判力拡張問題が生じることはない。

以上のことをまとめて、後訴での所有権の帰属問題に既判力が及ばない以上、所有権確認請求にも（所有権に基づく）登記移転請求にも、後訴では前訴の既判力が問題となる余地はないという意味で、「このことは上告人Y1と訴外Aとの間の前訴確定判決の存在によって左右されない。」と表現したのではなかろうか。

本判決で注目すべきなのは、Xの登記移転請求権も訴訟物なのでそれと前訴既判力との関係も問題となってくるはずであるにもかかわらず、本判決は、民法94条2項によりXが取得すると判示したのは所有権のみであり、「このこと」（すなわち、民法94条2項によりXが所有権を取得すること）は「前訴確定判決の存在によって左右されない」と述べるのみで、実体法上の審判対象の焦点、および、前訴判決の既判力との関係も、全てXの「所有権」取得問題のみに限定して判示している点である。

これは、Xの所有権取得問題さえ解決すれば、Xの物上請求権（登記請求権）についてはあえて言及するまでもなく、その所有権取得判断に従って解決するという見解の表れであろう。すなわち、本件でのXの物上請求権については（口頭弁論終結後に発生した権利であるから）既判力問題など生じることもないので、その先決・前提問題であるXの所有権取得問題のみを判示すれば足る、ということではないのか。

そして、そのXの所有権取得問題については、（所有権帰属問題は、前訴判決の理由中判断で判断されているにすぎず、その判断には既判力が生じないため）前訴判決の既判力は及ばないので、「前訴確定判決の存在に

よって左右されない」と判示した。この点は、元来、明白なことなので言及する必要もないことなのかもしれないが、第一審判決がXには前訴確定判決の既判力が及ぶと判示していたことに対応して言及したものと思われる。

「そして」、(前訴確定判決の既判力の影響など受けることなく)実体法上の審理をした結果、Xが真の所有権者であると判断される以上、Xとの関係ではY1は自己への登記移転を正当化できず、承継執行文の付与を受けべき者ではないので、「義務を承継するものではないから……承継人として」(承継執行文の付与が)認められないことになるはずであるが、現状はY1を承継人として扱い登記をY1に移しているので、現在のY1の登記は違法・無効である、という論理を判示しているというべきではないか。すなわち、「そして」以下の記述は、(承継)執行文付与の適法性、つまり、(既判力ではなく)「執行力」拡張の問題を論じているというべきであろう。

もし、本判決が、実質説を採るものであるとすれば、Xの固有の抗弁である民法94条2項の主張が認められるので、前訴判決の既判力は及ばないということを判示していることになる。そうすると、逆に、本判決では、そのXの抗弁が認められないと後訴のXの審判には前訴判決の既判力が及ぶことになるはずである。

しかし、本判決が、<確定判決の存否(すなわち、既判力の存否)にもかわらず、それに影響されることなく後訴で審判できる>と判示している内容は、前述のように、Xの所有権の帰属問題である。この所有権帰属問題については、Xの抗弁である民法94条2項の主張が認められるか否かに関係なく、前訴判決の既判力は所有権帰属問題についての判断に(それは理由中判断にすぎないため)生じない以上、前訴判決の既判力が及ぶことはなく、それが拡張されてXの後訴に及ぶはずもないのである。

したがって、そのことを考えても、本判決の判示内容は本判決が実質説を採ることを示すものである、と考えるのはおかしいということになる

う。

以上、検討してきたことをまとめると、本判決は、実質説を採るものでも形式説を採るものでもなく、（伝統的・一般的見解に立つ限り）そもそも既判力拡張が承継人に生じる場合ではないと判示した判例であったということになる。そうすると、承継人への既判力拡張の判例とするには不適切なものであったということになる。

この点に関しては、本判決は、既判力が問題となる事案ではないとした伊藤教授の見解とは同旨となる。ただ、伊藤教授の見解は、本件は、Xが自己の固有の抗弁権の成否のみを根拠にして争う事案であることを理由にその結論を導くが、本稿の見解では、Xが固有の抗弁権を根拠に争ったか否かは関係なく、既判力の客観的範囲や時的限界に関する通説的見解を前提にする限り、そもそも既判力が生じる事案ではなかったのではないかと考える点で異なることになる。

いずれにせよ、従来は、実質説を採る判例の典型例として引用されてきた本判決であるが、その点は、上記の通り、疑問である。今後は再検討されるべきであろう。

なお、本稿では、本判決内容の批評のみを展開し、実質説と形式説についての学説の検討などは割愛している。その問題については別稿を用意しているので、そこでの議論に委ねたい。

また、本判決は、口頭弁論終結後の承継人への執行力拡張問題という側面も有するが、その問題も別の機会に論じることにしたい。

- 1) 新堂幸司「訴訟当事者から登記を得た者の地位」『訴訟物と争点効(上)』（有斐閣・1988年）327頁以下、中野貞一郎「弁論終結後の承継人」『民事訴訟法の論点Ⅰ』（判例タイムズ社・1994年）215頁以下、上野泰男「既判力の主観的範囲に関する一考察」（関西大学）法学論集41巻3号918頁以下（1991年）、高橋宏志『重点講義・民事訴訟法(上)第2版補訂版』（有斐閣、2013年）692頁以下、越山和広「既判力の主観的範囲」『実務民訴〔三期〕3巻』（日本評論社、2013年）313頁以下、園尾隆司編『注解民事訴訟法(Ⅱ)』（弘文堂、2000年）474頁以下〔稲葉一人執筆〕、上田徹一郎「口頭弁論終結後の承継人」『当事者平等原則の展開』（有斐閣、1997年）164頁以下、松本博之「口頭弁論終結後の承継人への既

判力拡張に関する一考察」龍谷法学44巻4号1270頁以下(2012年)、上原敏夫「既判力の主観的範囲(1)」伊藤=山本編『民事訴訟法の争点』(有斐閣、2009年)232頁以下等。また、後掲注(7)掲載諸文献も参照。

なお、このような実質説・形式説と分類する学説に批判的な見解も少なからず存在する。例えば、吉村徳重「既判力の第三者への拡張」『民事判決効の理論(下)』(信山社、2010年)180頁以下、伊藤・後掲注(12)540頁以下。また、中野・前掲224頁、上野・前掲922頁以下、越山・後掲注(20)62頁以下などもこの分類に懐疑的である。

- 2) 新堂・前掲注(1)328頁、中野・前掲注(1)219頁以下等、前掲注(1)文献参照。その理論的根拠については幾つか考えられるが、ここではその説明は割愛する。
  - 3) 念のため確認しておきたいが、この見解は、既判力は、裁判所がすでに判決した事項について、その再審判を認めると訴訟の実効性を確保できず、また、司法への信頼を損ねることになることから既判事項の後訴での再審判を否定する効力であるが、その後訴での効力を正当化する根拠としては訴訟手続における当事者の十分な対論の機会が保障されていることにある、とする(2つの異なる次元から既判力を考察する)見解で、現在の通説とってよからう。
  - 4) この点、後掲注(6)参照。
  - 5) 前掲注(1)諸文献参照。
  - 6) 中野・前掲注(1)216頁、高橋・前掲注(1)694頁、越山・前掲注(1)314頁、および前掲注(1)諸文献参照。
  - 7) 高橋・前掲注(1)693頁、上田徹一郎『民事訴訟法(第7版)』(2011年)510頁、川嶋四郎『民事訴訟法』(日本評論社、2013年)710頁、園尾・前掲注(1)注解II 475頁以下(稲葉執筆)、兼子ほか『条解民事訴訟法(第2版)』(弘文堂、2011年)575頁(竹下守夫執筆)等。
- また、本件判例評釈である、石川明=西沢宗英・法学研究47巻10号1135頁、高見進・民事訴訟法判例百選Ⅱ(新法対応補正版)341頁、山本克己・民事訴訟法判例百選(第4版)188頁、等。
- 8) すでに、中野・前掲注(1)219頁は、その点を指摘していたし、後述の伊藤説、高田説がある。谷口安平・法学セミナー231号81頁もその点は不明とするが理由は示していない。越山・前掲注(1)316頁注(24)も消極的である。笠井=越山編『新・コンメンタール民事訴訟法』(日本評論社、2010年)406頁(岡田幸宏)も判旨からは不明という。松本博之=上野泰男『民事訴訟法(第7版)』(弘文堂、2012年)612頁も実質説を採るものとの評価はしていない。水谷暢・民商法雑誌71巻2号173頁以下も本判例が実質説をとったか否かという点は明確にはしていない。また、本判決についての調査官解説である最高裁判所判例解説民事篇昭和48年度号580頁も、本判決は実質説を採るものか否かという点は明らかにはしていない。河野正憲・(北九州大学)法政論集3巻1号105頁も本判決の立場は明確ではないという。上野・前掲注(1)233頁や小島武司『民事訴訟法』(有斐閣、2013年)665頁も両方の評価があるとして結論を留保している。上田徹一郎・(ジュリスト別冊)昭和48年重要判例109頁も「必ずしも明らかではない」という(ただし、上野・前掲註(1)169頁では実質説を採るものではないか、という見解に変わっている)。

- 9) 前掲注(7)諸文献参照。
- 10) この点、上野・前掲注(1)920頁注(24)。
- 11) 新堂幸司・判例民事手続法（有斐閣・1994年）292頁。それに対して、第一審判決は形式説を採るものと評価されている（新堂・同頁）。
- 12) 伊藤眞『民事訴訟法（第4版）』（有斐閣、2011年）538頁以下。
- 13) 伊藤・前掲注(12)540頁。
- 14) 高田昌宏「口頭弁論終結後の承継人」伊藤眞・高橋宏志・高田裕成編『民事訴訟法判例百選〔第三版〕』（有斐閣、2003年）190頁。
- 15) このような考え方が伝統的・一般的な見解といえよう。後述の「厳格な意味での形式説」を採るとこの考え方に従うことになる。このような考え方に立った場合に展開される論理については、丹野達「既判力の主観的範囲についての一考察」法曹時報47巻9号2045頁以下（1995年）、園尾・前掲注(1)注解Ⅱ480頁以下（稲葉執筆）、など。山本・前掲注(7)189頁、中西正「既判力・執行力の主観的範囲の拡張についての覚え書き」川上正二ほか編『要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開』（青林書院、2009年）618頁以下など参照。なお、越山・後掲注(20)54頁も、このような考え方が「既判力の一般原則に忠実な考え方」であろうという。
- 16) 高田・前掲注(14)191頁が引用する中野・前掲注(1)226頁。
- 17) 中野・前掲注(1)226頁-227頁。また、上野・前掲注(1)932頁。なお、越山・後掲注(20)58頁も同旨であろう。
- 18) 高橋・前掲注(1)701頁以下。
- 19) この点、山本・前掲注(7)189頁等、前掲注(7)掲載文献参照。
- 20) この高橋説と同様の見解として、中野・前掲注(1)225頁以下、上野・前掲注(1)931頁以下、越山和広「口頭弁論終結後の承継人への既判力」香川法学22巻1号62頁以下、三木＝笠井＝垣内＝菱田『民事訴訟法』（有斐閣、2004年）448頁（垣内秀介執筆）、などがある。また、中西・前掲注(15)637頁、高見進「判決効の承継人に対する拡張」北法31巻3・4合併号1227頁注(5)（1981年）も同旨か。
- 21) しかし、高橋説等のように、「勝訴当事者の法律関係の安定の要請」から訴訟物の同一性の擬制を既判力拡張の作用として認めるという解釈（この見解は、上野・前掲注(1)932頁の創意による）は、訴訟物の同一性の擬制の程度いかんによっては、形式説の見解と整合性のとれた解釈といえるか、疑問が生じるのではなからうか。

形式説では、前訴主文判断に生じる既判力内容のみが承継人に拡張される、という建前のはずである。そして、前訴主文判断内容とは、前訴の訴訟物についての判断であり、それ以上のものではないはずである。

ところが、「勝訴当事者の法律関係の安定の要請」から承継人に拡張される既判力の作用が後訴の訴訟物と前訴の訴訟物の同一性を擬制する、という。すなわち、「同じ訴訟物判断」が擬制されるということである。要するに、それは、前訴判決内容についての拘束力を訴訟物の枠を超えてまで後訴でも維持することを強制することであろう。

それでは、実質説と同じ既判力の作用を認める方向に傾斜することになるのではないかと、という疑問が生じてくるからである。実質説は、前述のように、既判力の作用とし

て、前訴判決結果と同じ結果の判決を後訴でも維持することを強制すると解する見解である。後訴の承継人が民訴115条1項3号の要件を充すとして既判力が拡張されるということは、後訴の承継人にも前訴と同じ判決結果が下されることを意味することになる。しかし、承継人に固有の抗弁が成立する場合には、前訴と同じ判決結果を下すことはできない。そこで、3号「承継人」要件以外に、固有の抗弁が成立しないことが消極的要件として加えられることになる、という結論に繋がるのである。

そうすると、既判力の作用論として、実質説とは対極に位置づけられているはずの形式説に立ちながら、実質説と同様の既判力作用を認める方向に舵を切ることになる点に問題はないのか、という疑問である。

同様に、この点に関し、越山論文が、形式説によってのみ高橋説が説くような承継人への(訴訟物の枠を超えた)既判力の拡張が説明できる、という点(越山・前掲注(20)64頁)は疑問である。

越山論文は、前訴でXからYに対する虚偽表示を理由とした抹消登記請求が認容され確定した後、そのYから善意の第三者Zに移転登記されたので、XがZに対して登記移転請求を提訴するという事例において、そのX・Z間の後訴では、前訴の既判力が問題となる余地はない、という丹野論文を批判し、その場合でも、既判力は問題となるのであり、ZがXの所有権喪失の抗弁を主張したとしてもそれは既判力で排除され、争点はZの民法94条2項の成否に絞られることになる、これは形式説によってのみ説明することができる、という。

しかし、形式説をとっても、それを厳格に適用する限り、この事案では、後訴では既判力は問題とならず、ZのXに対する所有権喪失の抗弁主張も可能、という立論はあり得るのである。形式説は、前述のように、口頭弁論終結後の承継人への既判力拡張の作用を、前訴確定判決の「既判力によって確定された権利関係」を(前訴の当事者同様に)争えなくなる、ことを意味するにすぎないと見る見解である。そうすると、その「既判力によって確定された権利関係」を(前訴の当事者同様に)争えなくなる、という意味を民訴法の既判力規律(民訴114条1項)に厳格に当てはめると、前訴の口頭弁論終結時における判決主文判断内容(すなわち、訴訟物として主張された法律関係についての判断)と矛盾する主張・判断が、後訴の本案審理においてできなくなることを意味するにすぎないことになる。そうすると、Xは後訴でZとの関係で、既判力により排除できるのは、(前訴判決主文判断で確定された)Xの(Yに対する前訴口頭弁論終結時の)登記請求権の存在を争う主張のみということになる。それを争う場合には、その理由として、Xの登記請求権の存在認容判断の根拠とされた(理由中判断である前訴口頭弁論終結時の)Xの所有権帰属を争うことも排除されることになる。

しかし、後訴ではZが争っているのは、「XのYに対する(前訴口頭弁論終結時の)登記請求権の存在」ではなく、「XのZに対する登記請求権の存在」であり、両請求には実体法上の関連性はない。そうすると、Zの主張には何ら前訴確定判決の既判力は生じることはない、ということになろう。かくして、形式説をとっても、この事案では、後訴では既判力は問題とならず、ZのXに対する所有権喪失の抗弁主張も可能、という立論も可能となる。



形式説・実質説という分類を提唱された新堂教授の見解によれば、既判力拡張の問題は、承継人の後訴の解決を「すでに確定した前訴訟の解決結果にどの程度依存せしめるかという問題」であり、形式説・実質説という分類はその「依存の程度」に関連する考え方である、と説かれている（新堂・前掲注（1）327頁）。

そこで、対極的な考え方として、単に前訴の訴訟物判断を争えない、という程度に極めに限定的にのみ「依存する」見解と、逆に、前訴の訴訟結果をそのまま後訴に適用する、という包括的に「依存する」見解を考え、前者を「形式説」、後者を「実質説」というように分類したと考えられる。

したがって、今後のあるべき解釈論としては、形式説か実質説かという二者択一ではなく、どの程度、（民訴114条1項が規定する）前訴判決主文内容の拘束力を承継人の後訴に及ぼすのが、承継制度の趣旨を全うすることになり、かつ、同時に、前訴に関与していない承継人の手続保障を考慮することになるのか、という問題の処理の仕方でも議論していくことになろう（吉村・前掲注（1）181頁以下もこのような方向での解釈を指向する見解の一つではないかと思われる）。

しかし、新堂教授の考えは、そのような議論を進めるにあたって、これまでの学説で形成されてきた考え方（この問題に関する学説史や考え方の変遷については、小山昇「口頭弁論終結後の承継人の基準に関する学説の展開について」『小山昇著作集（2）』（信山社、1990年）180頁以下や菱田雄郷「口頭弁論終結後の承継人に対する既判力の作用」東北大学法学74巻6号170頁（2010年）などを参照）を、対極的な2つの考え方にまとめ、それを対比させることで、その議論のたたき台を提供しようとしたものと評価すべきではないか。

そうであるとすれば、極端な一方の見解である「形式説」をとりながら、対極にある「実質説」の考え方に傾倒していく場合、その程度いかんによっては、理論的矛盾を生じることにならないか、注意が必要ではないかということである。

そう考えると、（前訴主文で判断され）「既判力によって確定された権利関係」を超えて既判力の拡張を認める結果となる高橋説等の見解は、もはや厳格な意味での形式説というべきではなく、あえて「形式説」ということばを使うのであれば、形式説の問題点を解釈で補って修正した「修正形式説」というのが適切ではなからうか。このままでは実質説のみならず形式説まで内容のよくわからないものになりかねず、議論を混乱させかねないからである。

そして、高橋説等のような「既判力によって確定された権利関係」という民訴114条1項の枠を超えて承継人への既判力拡張を認める見解には、それなりの慎重さが要求され、そのような拡張を正当化するための十分な論理も必要とされることになる（松本・前掲注（1）1254頁・1258頁以下、1264頁以下もこの点を問題としてその論理的不十分さを批判するが、正しい指摘である。菱田・前掲論文も同様の問題意識に立つものであろう）。「勝訴当事者の法律関係の安定の要請」ということのみで十分な論理になるかはさらに検討の余地があろう。

実質説・形式説の区別は意味がない、という見解が多くなってきている。しかし、実質説はすでに中野・前掲注（1）223頁以下が論証しているように、既判力論の兼子学説から

は説明がつく。逆にいうと、既判力のいわゆる 2 元説（前掲注(3)）に代表される訴訟法説からは形式説になるのが（すでに多くの論者が指摘しているように）原則的には論理的帰結である。ところが、それでは問題が出てくるので実質的な思考に傾倒した「修正形式説」に走りがちになるが、そうするとそのような見解と既判力論との関係が、既判力の客観的範囲問題とも関連してただちに問題となってくるのである。すなわち、理論上の問題点を明らかにする（ないしは、あぶり出す）という意味では、やはりこの区別はまだ意味があるように思われる。上記のように新堂教授の狙いもそこにあったのではなかろうか。

いずれにせよ、本稿はこの問題を論じる場ではない。本稿では、これ以上の言及は控えて、この問題は別稿に委ねることにしたい。

- 22) 松本・前掲注(1)1257頁注(31)。
- 23) 松本・前掲注(1)1255頁以下。
- 24) この点は、すでに高見・前掲注(7)341頁なども明確に論じているところである。前掲注(17)引用文献なども参照。
- 25) 前注(17)掲載の中野説などによっても、この場合は、もし前訴の当事者である被承継人が主張したとすればその主張は「前訴当事者間での既判力ある判断に矛盾するため遮断される」というような、そういう主張を後訴でXが主張する場合ではないことになるので、Xの所有権帰属を主張して、（前訴口頭弁論終結時に、前訴の所有権移転登記請求権の根拠として理由中判断により認められたY1への）所有権帰属を争っても、そのXの主張には既判力は及ばない、ということになろう。
- 26) 被承継人ですら既判力が生じない問題につき、承継人に既判力が生じることはないという点は、高橋・前掲注(1)701頁注(123)、中野・前掲注(1)225頁以下、上野・前掲注(1)916頁以下、越山・前掲注(20)57頁以下。
- 27) 松本説のように、被告の「占有権原が存在しないこと」や「登記義務が存在すること」が既判力で確定されると考える点は、従来の通説的な見解でも可能な解釈であると思われる。しかし、それだけではこの問題は解決できない。「占有権原が存在しない」「登記義務が存在する」という点を既判力が拘束してもそれは口頭弁論終結時の判断であるので、本件のような事案では、口頭弁論終結後のY1の占有・登記移転保持により、（既判力で）不存在と確定された権原の対象となる「占有」は存在せず、存在すると確定された登記「義務」も履行・実現され消滅しているからである。ただし、松本説ではさらに所有権の帰属判断にも既判力が及ぶことを認めるので（前掲注(22)参照）その点で解決できることになろう。
- 28) もちろん、以上のような法律構成を採る場合には、弁論主義の要請から、当事者がその抗弁に該当する主要事実を主張しないとイケない。それがないとすれば、既判力抵触問題は生じないことになる。

しかし、通常は、目的物返還請求を主張する場合にその事情として現状に至るまでの諸事実が当事者から主張されることは考えられる。そのような諸事情は、請求を根拠づける権利成立要件を認定するための間接事実として主張されるに過ぎない場合であっても、しかし、それが抗弁を根拠づける主要事実該当する場合は、その抗弁該当主要事実の主張

#### 口頭弁論終結後の承継人への既判力拡張（加波）

があるとして、それを認定して抗弁を認めることはできよう。ただし、その場合は、間接事実として主張されたであろう事実を（新たな法的観点から）主要事実として認定する場合であるから、現在の判例理論によれば、その点に関して適切に釈明権を行使し、新たな争点となっていることを指摘した上で、認定する必要があるということになろう。この点、最判平9・7・17判時1614号72頁（民訴法判例百選〔第4版〕50事件）や最判平22・10・14判時2098号55頁等及びその諸評釈など参照。