

## 第11章 既判力

### 第1節 総論

#### 1. 既判力の本質・根拠

既判力とは、確定判決の判断に与えられる通用性ないし拘束力をいう。

確定判決の既判力が作用する後訴においては、前訴基準時における訴訟物の存否の判断（114条2項の既判力が作用する後訴においては、反対債権の不存在についての判断）と矛盾抵触する当事者の主張は排斥され（消極的作用）、後訴裁判所も前訴基準時における判断を前提として判決しなければならない（積極的作用）。

##### [論点1] 既判力の本質

既判力は実体関係に作用し、確定判決は実体法状態をその判決内容に応じたものに変えると考える実体法説からは、既判力は先ず当事者に対し作用していくと捉える。

これに対し、既判力について、前訴の確定判決と矛盾する主張を取り上げてはならないと後訴裁判所に命ずるという訴訟法上の効果を有すると考える訴訟法説からは、既判力は専ら前訴裁判所と後訴裁判所の間で作用すると捉える。当事者に対する作用については、前訴裁判所・後訴裁判所間での既判力の作用が反射的に当事者にも作用すると説明する。

既判力の性質については、実体法説的な面と訴訟法説的な面との両面がある、あるいは、当事者に作用していく面と裁判所に作用していく面と両面がある、と緩やかに捉えておくことで足りる。

##### [論点2] 既判力の根拠

当事者は訴訟手続上の自律的・主体的な地位を有するから、当事者がこのような地位に基づき攻撃防御を尽くして争う機会が与えられた権利又は法律関係に対する裁判所の判断内容については、①蒸し返しを許さないために終局性を与える必要があるとともに、②当事者に手続保障が与えられているため自己責任を問うことができる（二元説）。

#### 2. 既判力による遮断を検討する際の確認事項

事案により、①～⑤について、どの順序で問題とするのかが変わり得る。

後訴での再度の審理判断の制限が問題となっている場合、①②③⑤で考える

##### ①既判力の客観的範囲

→前訴確定判決の既判力が、前訴確定判決の判断内容のどの部分に生じているのかを確認する（114条）。

##### ②既判力が後訴に作用するか

→既判力が生じている前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張が排斥されるのは、既判力が作用する後訴に限られる。逆にいうと、既判力が作用しない後訴では、既判力が生じている前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張であっても、既判力によっては遮断されない。

B

B

高橋 [上] 587～588 頁

A

高橋 [上] 589～593 頁

A

③既判力が作用する後訴において遮断される主張

→既判力が作用する後訴において、既判力により遮断される主張は、既判力が生じている前訴訴訟物たる権利関係の存否についての前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触するものに限られる。

例えば、既判力が生じていない判決理由中の判断と矛盾抵触するとどまる主張であれば、遮断されない。

→既判力により確定されるのは、前訴基準時における訴訟物たる権利関係の存否にとどまる。

そのため、後訴において、前訴基準時よりも前の時点における訴訟物たる権利関係の存否を争う主張であれば、既判力が生じている前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張に当たらないから、遮断されない。<sup>1)</sup>

114 条 1 項に基づく既判力を念頭に置いた説明

④既判力の時的限界

→既判力が生じている前訴訴訟物たる権利関係の存否についての前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張のうち、前訴基準時前の事由を主張するものは、既判力により遮断されるのが原則である。

例外的に、既判力の正当化根拠が前訴における手続保障を前提とする自己責任にあることから、基準時前の事由のうち、前訴で提出することに期待可能性がなかったものの主張については、既判力により遮断されないと解されているのである（期待可能性による調整）

→既判力が生じている前訴訴訟物たる権利関係の存否についての前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張のうち、前訴基準時後の事由を主張するものは、既判力により遮断されない。

114 条 1 項に基づく既判力を念頭に置いた説明

これは、前訴基準時後における訴訟物たる権利関係の存否という、既判力が生じていない権利関係を争うための主張であるという意味で、遮断が否定されるものであるから、③の亜型に位置づけることができる。

⑤既判力の主観的範囲（115 条 1 項各号）

→仮に、既判力が後訴に作用する場合であっても、前訴確定判決の既判力が後訴の当事者間に及ばないのであれば、既判力が生じている前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張は、遮断されない。

平成 28 年司法試験設問 3 改題（課題②）

[③の具体例]

(事案)

甲土地の土地所有権確認請求 (○)

X → Y  
基準時：H30.3/1

土地所有権侵害を理由とする損害賠償請求

X → Y  
請求原因：H28.3/1～H29.3/1 における X の甲土地所有及び Y の不法占拠

<sup>1)</sup> 前訴判決の既判力が生じている権利関係の基準時と、後訴で前提問題とされている権利関係の基準時のずれは、既判力の「作用」場面では考慮しない。両者にずれがあっても、先決関係が認められ、既判力が後訴に作用する。両者のずれは、②ではなく、③で問題にする。

(解説)

前訴判決により、前訴基準時（平成 30 年 3 月 1 日）における X の甲土地の所有権の存在について既判力が生じている（114 条 1 項）。

後訴は、「他人の権利…侵害」を基礎づけるものとして X の甲土地の所有権の存在を請求原因の 1 つとするものだから、前訴の訴訟物である X の甲土地の所有権を前提問題にするものである。したがって、前訴訴訟物と後訴訴訟物とが先決関係にあるといえるから、前訴判決の既判力が後訴に作用する。

もともと、前訴判決の既判力は、前訴基準時である平成 30 年 3 月 1 日における X の甲土地の所有権の存在を確定するにとどまり、それよりも前の時点である平成 28 年 3 月 1 日から平成 29 年 3 月 1 日の間における X の甲土地の所有権の存在まで確定するものではない。

したがって、Y が、後訴において平成 28 年 3 月 1 日から平成 29 年 3 月 1 日までの間における X の甲土地の所有権の存在を否認することは、前訴判決の既判力が生じている判断と矛盾するものではないから、既判力によって遮断されない。

## 第2節 既判力の作用

A

### 1. 消極的作用・積極的作用

#### (1) 消極的作用

既判力が作用する後訴においては、当事者は既判力の生じた判断を争うことはできない（遮断効：既判力の生じた判断に反する主張・証拠申出は排斥される）。

#### (2) 積極的作用

既判力が作用する後訴においては、裁判所は、既判力の生じた判断を前提として判決をしなければならない。

### 2. 既判力が作用する場面

114条1項に基づく既判力が作用するのは、「前訴と後訴の訴訟物どうし」の関係が「同一・先決・矛盾関係」のいずれかに該当する場合である。

読解 140～148 頁

#### (1) 同一関係

訴訟物どうしを比較して、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が同一である場合をいう。<sup>1)</sup>

#### (2) 先決関係

訴訟物どうしを比較して、前訴における訴訟物が後訴における訴訟物の前提問題（先決問題）になっている場合をいう。

2015 法セミ 62 頁・65 頁

#### (3) 矛盾関係

前訴における訴訟物と後訴における訴訟物が、実体法上論理的に正反対の関係に立っていると評価される場合をいう。

矛盾関係については、①訴訟物どうしを比較して判断する見解と、②前訴確定判決の主文中の判断内容と後訴の訴訟物を比較して判断する見解がある。

論文試験では、事案によって、①・②を使い分ければよい（説明しやすい方を選択する。）。

#### (4) 具体的事例

##### [例 1] 所有権確認請求

X の Y に対する甲土地の所有権確認請求 ○

Y の X に対する甲土地の所有権確認請求

一物一権主義の下、実体法上、同一不動産について X・Y 双方の単独所有権を認めることはできない。

そうすると、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物は、一物一権主義を媒介として、矛盾関係に立つ。

①による説明である。②からも、一物一権主義を媒介として矛盾関係が認められる。

##### [例 2] 不当利得返還請求

X の Y に対する貸金返還請求 ○

Y の X に対する不当利得返還請求（敗訴判決に従い支払った金銭の返還）

不当利得返還請求権の内容は原物返還を原則とするから、後訴で返還が求められている金銭は、前訴の請求客体である貸金と同一物であると評価され

<sup>1)</sup> 前訴で全部勝訴した原告が再び同一訴訟物につき訴えを提起した場合には、本案審理レベルの問題である既判力の作用を考える前に、本案前のレベルの問題である訴えの利益の有無を検討する必要がある。

る。そうすると、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物の間には、同一物に関する行ったり来たりの正反対の請求という意味で、矛盾関係が認められる。

また、後訴の訴訟物は、前訴の訴訟物である給付請求権の不存在を「法律上の原因」の不存在という請求原因とするという意味で、前訴の訴訟物を前提問題にしているといえるから、先決関係にあるともいえる。

**[例 3] 判決の騙取としての不法行為に基づく損害賠償請求権**

X の Y に対する貸金返還請求 ○

Y の X に対する支払った貸金相当額の損害の賠償請求（不法行為責任）

損害賠償請求における給付客体は、金銭賠償の原則に基づき、金銭に転化することになる。そうすると、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物は、いずれも金銭を給付客体とするものであっても、金銭賠償の原則により後者の給付客体は金銭に転化していることから、給付客体の同一性が切断されることになる。したがって、両者は、同一客体に関する行ったり来たりの正反対の請求という関係にないから、矛盾関係を認めることができない。

では、先決関係はどうか。確かに、後訴原告が、前訴の訴訟物である給付請求権の不存在自体を後訴の請求原因（権利侵害・損害）として構成しているのであれば、先決関係を肯定し得る。しかし、これと異なり、前訴の手続過程全体が不法行為に当たるという形で請求原因を構成している場合には、前訴の訴訟物である給付請求権が後訴の訴訟物の前提問題にされているとはいえないから、先決関係を認めることができない。

（補足）

前訴で敗訴した前诉被告が前訴確定判決の不正取得を理由として不法行為に基づく損害賠償を求めて後訴を提起する場合において後訴を制限する構成としては、①前訴確定判決の既判力が後訴に作用するとした上で後訴における前诉被告の主張のうち前訴確定判決の主文中の内容と矛盾するものを排斥することで請求を棄却するものと、②前訴確定判決の既判力が後訴に作用することを否定しつつ、請求認容のために必要とされる請求原因として、本来的要件（故意過失、権利利益侵害、損害、因果関係）に加え「特別の事情」も要求する（請求原因を加重する）というものがある。

読解 143 頁・166～68 頁では、「確定判決…の成立過程における相手方の不法行為を理由として、確定判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求をすることは、確定判決の既判力による法的安定を著しく害する結果となるから、原則として許されるべきではなく、当事者の一方の行為が著しく正義に反し、確定判決の既判力による法的安定の要請を考慮してもなお容認し得ないような特別の事情がある場合に限って、許される」とした最高裁平成 10 年判決の立場について、②で理解している。

したがって、前诉被告が前訴の訴訟物である給付請求権の不存在自体を後訴の請求原因として構成しているため先決関係を認めることができるかどうか、会話文で既判力の作用を認める方向で論じるように指示があるなどの事情がない限り、①を否定した上で、②を論じることになる。

判例は先決関係も認めていない（最判 H22.4.13・H22 重判 3）。

このように、先決関係の成否は後訴原告による請求原因の構成の仕方によって変わり得ると考えられる。

最判 H10.9.10・百 39・総まくり 76  
頁 [判例 1]

なお、田中 44 頁では、最高裁 10 年判決について、①で理解していると思われる。同書 44 頁では、最高裁平成 10 年判決で問題となった後訴の請求のうち、前訴確定判決に従い債務の弁済として支払った 28 万円の賠償を求める請求について、㉞「請求原因事実そのものから前訴確定判決と実質的に矛盾する請求であること（すなわち、前訴判決で既判力に抵触すること）が明らかになっている」とした上で、㉟「前訴確定判決の存在が請求原因事実の一部となっていることから、そのままでは主張自体失当になってしまうため、「特段の事情」ありを請求原因事実「せり上げて」主張しなければならなくなる」としている。㉞は、おそらく、既判力が作用する場面のうち矛盾関係について、「訴訟物同士」を比較するのではなく、「前訴確定判決の判断内容と後訴の訴訟物」を比較する立場を前提として（読解 146 頁参照）、「実質的に矛盾」することをもって矛盾関係を認め、既判力の作用を肯定するものであると思われる。㉟は、既判力が作用することを前提として、既判力が作用する後訴において、請求原因事実の主張が既判力に抵触するものではないことを基礎づけるものとして、本来的要件（故意過失、権利利益侵害、損害、因果関係）に加え「特別の事情」も予め主張する必要がある、と考えるものと思われる。この構成は、「不法行為訴訟の要件のかさ上げ」という点では②の立場と共通するが、既判力が作用することを前提として既判力の消極的作用による遮断を掻い潜るためのかさ上げ要件として「特段の事情」を要求している点で、②とは異なる。

**【例 4】前訴の訴訟物が後訴の抗弁に位置づけられる場合**

X の Y に対する甲建物の賃借権確認請求 ○

Y の X に対する甲建物の所有権に基づく甲建物の明渡請求

まず、後訴では、前訴の訴訟物である甲建物の賃借権の存在が、占有権原の抗弁として主張されることが予想されるという意味で、前訴の訴訟物が後訴の前提問題となるとして、先決関係を認めることができる。<sup>2)</sup>

次に、前訴確定判決では、後訴の訴訟物である所有権に基づく返還請求権の発生を障害することになる賃借権が存在するということが確定されている。そうすると、矛盾関係について、前訴確定判決の主文中の判断内容と後訴の訴訟物を比較して判断する見解からは、前訴判決主文中の判断内容と後訴の訴訟物が矛盾することになるから、矛盾関係が認められる。

**【例 5】明示的一部請求の訴訟物と残部請求の訴訟物の関係**

X の Y に対する売買代金の一部（150 万円／400 万円）の支払請求 ○

X の Y に対する売買代金の残部（250 万円／400 万円）の支払請求

まず、一部請求に関する明示説からは、前訴の訴訟物は、代金 400 万円のうち明示された 150 万円の代金支払請求権に限定される。そうすると、

<sup>2)</sup> 他にも、例えば、X（抵当権設定者・債務者）が Y（抵当権者）に対する債務（被担保債権）不存在確認訴訟を提起し、請求認容の確定判決を得た後に、抵当権設定登録抹消登記手続請求訴訟を提起したという場合には、前訴訴訟物である被担保債権の存否が登記保持権限の抗弁の成否という形で後訴の前提問題に位置づけられるため（被担保債権の発生原因事実が抗弁事実、消滅原因事実等が再抗弁事実）、先決関係を理由として、被担保債権の存在について生じている前訴確定判決の既判力が後訴に作用する（司法試験平成 22 年設問 4）。

前訴の訴訟物は、後訴の訴訟物である残代金 250 万円の代金支払請求権と同一性を有しないから、同一関係にない。また、矛盾関係にもない。

次に、両者は同一の売買契約に基づくものであるものの、後訴の訴訟物で前提問題とされるのは、売買契約の締結等の判決理由中の判断事項であり、前訴の訴訟物ではない。したがって、先決関係もない。

もつとも、後訴において Y が売買契約の締結等について争うことは、争点効や信義則により制限される余地がある。

### 3. 既判力が作用する場面に関する補足

#### (1) 114 条 1 項に基づく既判力が作用するかが問題となっている場合

既判力が作用するかは、①「後訴の訴訟物」と「後訴に作用するのかが問題となっている前訴確定判決の既判力により確定されていること」とを比較して、②両者が「同一・先決・矛盾」の関係にあるかにより判断されるというのが、正しい理解であろう。

①は比較の対象、②は比較の基準（視点）である。

基本書等で目にする、「前訴と後訴の訴訟物どうし」を比較して「同一・先決・矛盾」の関係にあるか否かにより既判力が作用するかを判断するという記述は、114 条 1 項に基づく既判力が作用する場面を念頭に置いた説明である。前訴・後訴の比較の際に、後訴の訴訟物との比較対象が前訴の訴訟物とされるのは、前訴確定判決の判断事項のうち 114 条 1 項に基づく既判力が生じているのが前訴の訴訟物だからである（114 条 1 項）。

読解 140～144 頁、伊藤 538～540 頁等

そうすると、114 条 1 項に基づく既判力が後訴に作用するのかは、「前訴と後訴の訴訟物どうし」を比較して「同一・先決・矛盾」の関係にあるのかにより判断することになる。

#### (2) 114 条 2 項に基づく既判力が作用するかが問題となっている場合

相殺の抗弁に供された反対債権（自働債権）の不存在について生じている 114 条 2 項に基づく既判力が作用するのかは、114 条 2 項に基づく既判力が生じている「反対債権と後訴の訴訟物」を比較して、「同一・先決・矛盾」の関係にあるのかにより判断される。

114 条 2 項に基づく既判力が生じているのは、前訴の訴訟物ではなく、前訴の判決理由中の判断対象である反対債権（訴訟物に対抗した額に限る）であるから、「前訴と後訴の訴訟物」が「同一・先決・矛盾」の関係にあるとしても、前訴の訴訟物ではない反対債権について生じている 114 条 2 項に基づく既判力が後訴に作用することにはならないのである。

確かに、前訴確定判決について 114 条 1 項に基づく既判力に加えて 114 条 2 項に基づく既判力も生じている場合であっても、114 条 2 項に基づく既判力を持ち出すまでもなく、前訴の訴訟物について生じている 114 条 1 項に基づく既判力が後訴に作用し、後訴における一方当事者の主張が 114 条 1 項に基づく既判力が生じている判断内容に矛盾するため排斥されるとして、114 条 1 項に基づく既判力だけで解決できることもある。

しかし、後訴における一方当事者の主張を 114 条 2 項に基づく既判力により遮断することの可否が問われている場面においては、114 条 2 項に基づく既判力を持ち出す必要がある。

114 条 2 項に基づく既判力により遮断される後訴における主張は、114 条

1 項に基づく既判力が生じている前訴の訴訟物の存否についての判決主文中の判断内容と矛盾するものではなく、114 条 2 項に基づく既判力が生じている判決理由中の判断内容と矛盾するものである。

そうすると、後訴における一方当事者の主張を 114 条 2 項に基づく既判力により遮断することの可否が問われている場面において、「前訴と後訴の訴訟物どうし」を比較して「同一・先決・矛盾」関係のいずれかに該当するとして 114 条 1 項に基づく既判力が後訴に作用すると説明しても、「114 条 2 項に基づく既判力により遮断することの可否」という問いとの関係では無意味である。

このように、114 条 1 項に基づく既判力の作用が問題となっている場面では、既判力が作用するかについて「前訴と後訴の訴訟物どうし」が「同一・先決・矛盾」の関係にあるかにより判断されるとする前記（1）の判断基準が機能するが、114 条 2 項に基づく既判力の作用が問題となっている場面では、前記（1）の判断基準は機能しないのである。

### （3）114 条 1 項・2 項に共通する判断基準

既判力の本質は、前訴確定判決の既判力により一度決められたことの蒸し返しを許さないことにある。

そこで、前訴確定判決の既判力が後訴に作用するかは、①「後訴への作用が問題となっている既判力により確定されたこと」と「後訴の訴訟物」を比較して、②両者が「同一・先決・矛盾」の関係にあるか否かにより判断すべきである。

114 条 1 項に基づく既判力の作用が問題となっている場面では、①「後訴の訴訟物」との比較対象になる「後訴への作用が問題となっている既判力により確定されたこと」とは、前訴の訴訟物である。114 条 2 項に基づく既判力の作用が問題となっている場面では、①「後訴の訴訟物」との比較対象になる「後訴への作用が問題となっている既判力により確定されたこと」とは、前訴で相殺の抗弁に供されることで訴訟物に対抗した反対債権（訴訟物に対抗した額に限る）である。

高橋 [上] 596～598 頁参照 [同書  
は、前訴判決と後訴訴訟物の矛盾・  
先決で考える、とする]

### 第3節 既判力の時的限界

A

#### 1. 既判力の基準時

B

既判力は、基準時における訴訟物たる権利関係の存否について生じるのであって、基準時以前における訴訟物たる権利関係の存否についてまで生じるものではない。

##### [論点1] 既判力の基準時

B

訴訟物たる民事上の権利関係（又は法律関係）は、その性格上、当事者の行為や時の経過などにより発生・変更・消滅し得るものであるから、既判力により確定される訴訟物たる権利関係の存否はいつの時点を基準としたものであるかを明らかにする必要がある。

高橋 [上] 602~603 頁

それでは、既判力の基準時をどの時点に求めるべきか。

既判力の正当化根拠は前訴での手続保障を前提とする自己責任にあるところ、事実審の口頭弁論終結時までの事由であれば当事者に主張する機会が与えられていたといえるから、これを基礎とした判決について自己責任を問うことが可能である。

また、口頭弁論の一体性から弁論はその終結時点ですべて等価値のものとして一体として判断される。

そこで、既判力の基準時は事実審の口頭弁論終結時であると解する（民事執行法 35 条 2 項参照）。

#### 2. 後訴で遮断される主張

A

①既判力が作用する後訴において、既判力により遮断される主張は、既判力が生じている前訴訴訟物たる権利関係の存否についての前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触するものに限られる。

以下の説明は、114 条 1 項に基づく既判力の遮断効をだけを念頭に置いたものである。

➡例えば、既判力が生じていない判決理由中の判断と矛盾抵触することとどまる主張であれば、遮断されない。

②既判力により確定されるのは、前訴基準時における訴訟物たる権利関係の存否にとどまる。

➡後訴において、前訴基準時よりも前の時点における訴訟物たる権利関係の存否を争う主張であれば、既判力が生じている前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張に当たらないから、遮断されない。

③既判力が作用する後訴において、既判力により遮断されるのは、既判力が生じている前訴訴訟物たる権利関係の存否についての前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張のうち、前訴基準時前の事由を主張するものに限られる。

➡前訴基準時後の事由の主張であれば、既判力により遮断されない。

#### 3. 論点

##### [論点2] 期待可能性による調整

A

例外的に、前訴基準時前の事由を主張することが許容される場合がある。

高橋 [上] 608~609 頁

確かに、既判力による遮断効は画一的・機械的に生じる制度的効力である

から、後訴における基準時前の事由の主張は、基準時前の事由について前訴で主張しなかったことに過失があったかどうかにかかわらず、遮断されるのが原則である。

しかし、既判力の正当化根拠は、前訴で手続保障が与えられていた事由については、前訴で提出しておくべきであったという自己責任が生じることにある。

そこで、基準時前の事由であっても、前訴で提出することに期待可能性がなかったものについては、前訴で手続保障が与えられておらずその不提出について自己責任が生じないため、既判力により遮断されないと解する。<sup>1) 2)</sup>

### 〔論点 3〕 基準時前に成立していた取消権を基準時後に行使することの可否

X は Y に対して、Y から本件土地を買い受けたとして、本件土地の所有権確認及び本件土地所有権に基づく本件土地の明渡しを求めて訴えを提起したところ、いずれの請求も認容する旨の判決が確定し、土地明渡しについて強制執行がなされた。その後、Y は、本件土地所有権に基づく本件土地の明渡しを求める訴えを提起し、XY 間売買の詐欺取消し（民法 96 条 1 項）を主張した。

前訴確定判決の既判力のうち、X の本件土地所有権の存在について生じている既判力（114 条 1 項）が先決関係を理由として後訴に作用する。そこで、後訴において Y が前訴確定判決の既判力が生じている本件土地所有権の帰属先を争うために基準時前から成立していた X の詐欺を理由とする取消権を行使することができるかが問題となる。

既判力の正当化根拠は、前訴での手続保障を前提とする自己責任にある。

そして、取消権は、前訴で争われた法律関係自体に付着する瑕疵であるという性質上、前訴において取消権者が行使するべきだったといえるから、手続保障があるといえる。

そこで、基準時前に成立していた取消権は、前訴の確定判決の既判力により遮断されると解する。

### 〔論点 4〕 基準時前に発生していた解除権

既判力の正当化根拠は、前訴における手続保障を前提とする自己責任にある。

そして、原告たる債権者は、本来の履行請求・解除権行使・損害賠償請求等のいずれによるべきかについての選択権があるため、前訴で解除権を行使

A

最判 S55.10.23・百 77

B

高橋 [上] 617 頁

1) 制度的効力の面（紛争解決性・法的安定性）からは、期待可能性の内容を厳しく、基準時後の新事由に準ずるものに限ると把握しておくのが妥当である。したがって、単にその事実を知らなかったというだけでは足りず、知らなかったことが無理もないというものでなければ既判力の遮断効を破ることはできないと解すべきである。具体的には、第三者による基準時前の弁済あたりが分かれ目であろう（高橋 [上] 608～609 頁）。

2) 一切の事件につき個別に具体的手続保障充足の有無を判断するという具体的手続保障構成では、あらゆる判決は常に前訴手続過程の展開の態様との関係で争い得ることとなり、判決された権利関係の安定を図るという既判力の目的が達成されないとの理由から、自己責任を問い得るかは、当該事項につき後訴での主張を遮断されるかが問題となる者の実体法上認められた法的地位がその事項につき前訴基準時前に主張立証を尽くしておかなければならなかったような地位であるか（提出責任）という、より客観的な基準により判断されるべきであるとする見解もある。この見解では、既判力の範囲の大枠は訴訟物の範囲によって予め当事者に警告され、さらに細かくその当事者の当該権利関係をめぐる実体法上の地位との関係で明らかとなる予見可能な提出責任によって警告されることによって自己責任を問うることとなる（実体関係の手続保障説／上田 464～465 頁）。

しなければならないという実体法上の地位にないという意味で、解除権について前訴での手続保障があったとは評価できない。そこで、原告たる債権者による解除権は既判力により遮断されないと解する。

これに対し、被告たる債務者は、原告の請求を拒む以上、解除権を主張するしかない法的地位にあるという意味で、解除権について前訴での手続保障があったとは評価できる。そこで、被告たる債務者による解除権は既判力により遮断されると解する。

**〔論点 5〕 基準時後の相殺権の行使の可否**

Xは、Yに本件土地を売却したにもかかわらず、Yが売買代金を支払っていないとの理由から、Yを被告として、本件土地の売買契約に基づく売買代金支払請求訴訟を提起したところ、請求認容判決が下された、それが確定した。

Yは、Xによる強制執行に対して請求異議の訴え（民事執行法 35 条）を提起し、請求異議事由として、前訴基準時前から売買代金債権と相殺適状にあった X に対する貸金債権を自働債権とする相殺権の行使を主張しようとしている。

確かに、前訴の請求認容の確定判決の既判力は反対債権の不存在について生じておらず（114 条 2 項参照）、相殺権の行使が既判力により遮断されても被告は反対債権を失うわけではないから、被告が別訴で反対債権を訴求することは既判力により封じられない。

そうすると、例外的に基準時後の相殺権の行使を認める必要はない（あるいは、前訴被告の相殺の期待よりも前訴原告の強制執行ができる地位を優先すべきである）ように思える。

しかし、前訴確定判決後に前訴原告の財産状況が悪化した場合も想定されるところ、この場合に前訴確定判決後に顕在化した相殺の担保的機能を被告から奪うのは被告にとって酷である。

しかも、既判力の正当化根拠は前訴での手続保障を前提とした自己責任にあるところ、相殺の抗弁を理由とする請求棄却の確定判決には反対債権の喪失という被告の経済的出捐が伴うから（114 条 2 項）、被告には前訴で相殺権を行使することを必ずしも期待できず、自己責任を問えるだけの手続保障が与えられているとはいえない。

そこで、基準時前に相殺適状に達していた相殺権を基準時後に行使することは、既判力により遮断されないと解する。

**〔論点 6〕 基準時後の建物買取請求権の行使の可否**

Xは、Yを被告として、XY間の賃貸借契約が終了したとの理由から（賃借権に基づく占有権限の抗弁に対する再抗弁の先回り主張）、本件土地所有権に基づく返還請求権として建物収去土地明渡請求訴訟を提起し、Yに対して建物収去明渡しを命じる請求認容判決が下され、それが確定した。その後、Yは、Xによる強制執行に対して請求異議の訴え（民事執行法 35 条）を提起し、土地明渡しの態様を争うために（建物収去ではなく、建物退去であるとするために）、請求異議事由として、建物買取請求権（借地借家法 13 条）の行使を主張しようとしている。

A

最判 S40.4.2

高橋 [上] 622~623 頁

基準時後の相殺権の行使は、基準時前になしえた弁済を基準時後にするのと同様である（高橋 [上] 623 頁）。

A

最判 H7.12.15・百 78

建物買取請求権は、前訴の訴訟物たる建物収去土地明渡請求権の発生原因に内在する瑕疵ではなく、建物の社会的効用の保持・賃借人の投下資本回収の機会保障という政策的見地から認められたそれとは別個独立の権利である。

また、建物買取請求権は、建物所有権の喪失を伴う点で、賃借人の実質的敗訴であるから、前訴での早い段階における権利行使を期待できない。

そこで、建物買取請求権については、前訴で十分な手続保障が与えられているとはいえず、前訴での不行使について賃借人の自己責任を認めることが相当でないから、基準時後の行使が認められると解する。

#### 【論点 7】 基準時後の白地手形補充権の行使

白地補充権は、その行使により欠けている手形要件を補充して完全な手形とすることで一方的に署名者の義務を生じさせる形成権である。それゆえに、基準時後の手形補充権の行使は、基準時後の形成権行使の問題である。

まず、白地手形に基づく手形金請求の訴えと、白地部分を補充した手形に基づく手形金請求の訴えとは、その目的である権利又は法律関係を異にするものではなく、訴訟物は同一であるから、既判力が作用する関係にある。

次に、既判力の正当化根拠は前訴での手続保障を前提とした自己責任にあるところ、白地手形の所持人が前訴段階で白地を補充することは一挙手一投足の労であり、特段の事情のない限り、前訴における白地補充権の行使について手続保障が与えられていたといえる。

そこで、特段の事情のない限り、基準時後の白地補充権の行使は既判力により遮断されると解する。

特段の事情は、原告が手形を紛失しているがとりあえず時効完成猶予のために訴訟を提起したなどのように、前訴の基準時までには白地補充権を行使することが期待できなかった事情を意味する。

#### 【論点 8】 基準時後の後遺症悪化

X は、不法行為による身体傷害に係る治療費等の賠償を求める損害賠償請求訴訟で確定勝訴判決を得たところ、前訴判決の基準時後に後遺症が悪化したために再手術を受け、その治療に要した費用 32 万円の賠償を求める損害賠償請求訴訟を提起した。

確かに、同一不法行為により生じた同一の身体傷害を理由とする複数の財産上の損害は、実体法上 1 個の損害賠償請求権を構成する。

そうすると、前訴基準時までには顕在化した傷害に係る損害賠償請求権と前訴基準時後に顕在化した後遺症に係る損害賠償請求権は、本来であれば、同じ訴訟物であるといえるから、既判力が作用する関係にあるといえる。

しかし、明示的一部請求の訴えにおいては、訴訟物は明示された債権の一部に限定されると解される。

そして、後遺症の発生時期の未確定性からすれば、前訴における X の請求が、本件不法行為により惹起された損害のうち、前訴基準時までには支出された治療費に係る損害のみを請求し、前訴段階では顕在化していない後遺症の治療費の請求はしないという趣旨のものであることは、明らかであるといえ

この構成に対して、消極説は、建物買取請求権は独立の権利として構成されているが、その実質的機能は建物収去土地明渡請求権を縮減させる抗弁的なものであるとして批判する。

B

最判 S57.3.30・百 A26

A

最判 S42.7.18・百 82

る。

そうすると、前訴の訴訟物は後遺症の治療費に係る損害賠償請求権を除いた部分に限定されるから、前訴確定判決の既判力はかかる損害賠償請求権を訴訟物とする後訴に作用しない。

(補足)

法律構成としては、①一部請求の理論により前訴訴訟物と後訴訴訟物の同一性を切断して既判力の作用を否定するものと、②作用を認めつつ、期待可能性による調整〔論点2〕により、例外的に基準時前の事由たる後遺症の治療費発生主張の遮断を否定するものがある。

なお、③未顕現の後遺症も含め不法行為時に全損害が発生していると解されるから、後遺症に基づく損害発生を基準時後の事由に位置づけるという構成を採用するのは困難である。

#### 〔論点9〕基準時後の地下高騰

Xは、Yを被告とする土地の不法占拠による賃料相当損害金の損害賠償請求訴訟において、月額4万円7800円の割合による賃料相当損害金の支払いを命じる確定勝訴判決を得たものの、その後も被告が本件土地の不法占拠を継続していたところ、土地の賃料相当額が月額13万5042円に上昇したため、上昇時点以降の不法占拠による賃料相当の損害金として、上昇分との差額分である月額8万7242円の割合による損害金の賠償を求めて、損害賠償請求訴訟を提起した。

確かに、土地の賃料相当額の上昇は特別事情であるものの、土地の不法占拠による賃料相当額の損害賠償請求権は、通常損害と特別損害の双方を包含するものとして実体法上一個の損害賠償請求権を構成する。

そうすると、上昇前の賃料相当額の損害賠償請求権と上昇後の賃料相当額の損害賠償請求権は、本来であれば、同じ訴訟物であるといえるから、既判力が作用する関係にあるといえる。

しかし、明示的一部請求の訴えにおいては、訴訟物は明示された債権の一部に限定されると解される。

そして、前訴基準時後に公租公課の増大・土地の価値の高騰により土地の賃料相当額が上昇した場合、前訴の段階で、差額相当の損害金について主張立証することは不可能である。

そうすると、仮に上記要因により基準時後に土地の賃料相当額が上昇した場合における上昇分の損害金については、前訴における請求から除外するという趣旨が明らかであるから、その旨の明示があったと同視するべきである。

したがって、前訴の訴訟物は、上昇前の賃料相当額の損害賠償請求権に限定されるから、前訴確定判決の既判力は上昇後の賃料相当額の損害に係る損害賠償請求権を訴訟物とする後訴に作用しない。

A

最判 S61.7.17・百 83

#### 4. 請求異議の訴えに既判力が作用する理由

まず、請求異議の訴えに前訴確定判決の既判力が作用する形式的根拠として、

確定判決についての請求異議の訴えについては、民事執行法 35 条 2 項の適用により、異議事由として主張することができることが前訴確定判決の「口頭弁論の終結後に生じたもの」に限られるため、前訴確定判決の既判力が作用することが前提にされているということが挙げられると考えられる。

次に、実質的根拠について、訴訟物どうしが同一関係にあると説明することも可能であると考えられる。請求異議の訴えの訴訟物については、複数の見解があり、現在は、給付判決についての請求異議の訴えについては、これが給付訴訟（前訴）の反対形相であるとして、その訴訟物を給付請求権の不存在確認と捉える見解が有力である（すなわち、給付訴訟は給付請求権（実体法上の権利）の確認を訴訟物として執行機関に対する執行命令を求めるものであるのに対して、請求異議の訴えは給付請求権の不存在の確認を訴訟物として執行機関に対する執行禁止命令を求める訴えである、と考える）。この見解によると、給付訴訟と請求異議の訴えの訴訟物は、いずれも、同一の給付請求権となるため訴訟物の同一関係が認められる。

中野・執行保全 61～62 頁

さらに、実質的根拠について、前訴確定判決と請求異議の訴えの訴訟物との間における矛盾関係によって説明することも可能であると考えられる。高橋 [上] 597 頁では、既判力が後訴に作用するかについては、「一度決められたことの蒸し返しは許されない」という既判力の基本に戻って、「前訴判決と後訴訴訟物の矛盾、先決で考える」べきであり、「訴訟物が前後で同一、矛盾、先決だけにこだわって考える必要はなく生産的でもない」とされている。この見解を前提にすると、次のように考えることが可能である。請求異議の訴えは、債務名義の執行力を排除し、強制執行を阻止することを目的として、主として債務名義に表示された請求権の存在や態様に関することを異議事由として主張するものである。そして、前訴確定判決が債務名義である場合（民事執行法 22 条 1 号）には、異議事由として、前訴確定判決の既判力により確定されている前訴の訴訟物たる給付請求権の存在や態様が前訴確定判決の既判力により確定されたものとは異なるということを主張することになる。そうすると、請求異議の訴えにおける訴訟物についてどのように捉えようが、前訴確定判決の既判力により確定されている前訴の訴訟物たる給付請求権の存在や態様と（＝前訴判決）と、前訴確定判決の既判力により確定されている前訴の訴訟物たる給付請求権の存在や態様が前訴確定判決の既判力により確定されたものとは異なるということを内容とする異議事由により基礎づけられる導かれる請求異議の訴えの訴訟物とは、矛盾関係に立つといえる（仮に前訴確定判決の既判力により確定されている前訴の訴訟物たる給付請求権の存在や態様が正しいのであれば、その存在や態様が判決により確定されたものとは異なるということを内容とする異議事由により基礎づけられる請求異議の訴えの訴訟物の存在が否定されるからである）。

中野・執行保全 60～63 頁

なお、前訴確定判決の既判力が前訴確定判決についての請求異議の訴えに作用するということは、判例・学説上、当然のことと理解されているため、論文試験では、特段の指示・誘導のない限り、上記の形式的根拠や実質的根拠について言及することなく、既判力が作用すると書くべきである。

(参考文献)

- ・「重点講義 民事訴訟法(上)」第2版補訂版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「重点講義 民事訴訟法(下)」第2版補訂版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「民事訴訟法概論」初版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「読解 民事訴訟法」初版(著:勅使川原和彦-有斐閣)
- ・「基礎からわかる民事訴訟法」初版(著:和田吉弘-商事法務)
- ・「新民事訴訟法講義」第2版補訂2版(著:中野貞一郎ほか-有斐閣大学双書)
- ・「民事訴訟法」第5版(著:上田徹一郎-法学書院)
- ・「民事訴訟法」第6版(著:伊藤眞-有斐閣)
- ・「リーガルクエスト民事訴訟法」第3版(著:三木浩一ほか-有斐閣)
- ・「解析 民事訴訟」第2版(著:藤田広美-東京大学出版会)
- ・「講義 民事訴訟」第3版(著:藤田広美-東京大学出版会)
- ・「民事訴訟法講義案(再訂補訂版)」(司法協会)
- ・「民事訴訟法判例百選」第5版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年度～令和2年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2021(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)
- ・「法学教室」2006Apr.NO.307(有斐閣)
- ・「事例で考える民事実認定」(司法研修所)
- ・「民事執行・保全法概説」第3版(著:中野貞一郎-有斐閣)