

〔最高裁判事例研究 三四九〕

最高裁判平成九年七月一七日第一小法廷判決

平九 4 (判時一六一四号七二頁、
判タ九五〇号一一三頁)

請求の一部についての予備的請求原因となるべき事実を被告が主張した場合に原告がこれを自己の利益に援用しなくとも裁判所はこの事実をしんしゃくすべきであるとされた事例

〔事実〕 第一審判決及び原審判決は入手し得ないため、本判決の事実の詳細は明らかではない。判例時報によれば、以下のとおりである。

Xは、本件土地の賃借権及びその地上にある本件建物の所有権を有すると主張して、Xの異母妹である Y_1 — Y_4 に対しては本件土地の賃借権及び本件建物の所有権の確認を、本件建物の登記名義及び占有を有している Y_1 に対しては本件建物の所有権移転登記手続及び明渡を、本件土地の共有者である Y_5 — Y_4 に対しては本件土地の賃借権の確認を訴求した。Xは、請求原因として、Xが昭和二十一年ころに、 Y_5 — Y_4 の先代Aか

ら本件土地を賃借し、その地上に本件建物を建築したと主張した。Yらは、これを否認し、本件土地を賃借して本件建物を建築したのは、Xではなく、Xの亡父Bであると主張した。第一審はXの請求を認容したが、原審はX主張の右事実を認めるに足りる証拠はなく、かえってYら主張の事実が認められるとして、第一審判決を取消し、Xの請求を全て棄却した。そして、原審は、Bが昭和二十九年四月五日に死亡し、Bには妻C並びにX及び Y_1 — Y_4 を含む六人の子があった（XはBの先妻の子）との事実を認定している。

Xが上告し、上告理由として、原審の事実認定を非難する（第一点）ほか、原審認定事実に従っても、Xには九分の一の法定相続分があるので、原審は本件土地の賃借権及び本件建物の所有権の九分の一の割合の権利についてはXの請求を認容すべきであったのに、請求の全部を棄却したことには、審理不尽の違法があると主張した（第二点）。

〔判決〕 一部破棄差戻・一部上告棄却

上告理由第二点について。

「原告人が本件建物の所有権及び本件土地の賃借権の各九分の一の持分を取得したことを前提として、予備的に右持分の確認等を請求するのであれば」B「が本件土地を賃借し、本件建物を建築したとの事実がその請求原因の一部となり、この事実については原告人が主張立証責任を負担する。本件においては、原告人がこの事実を主張せず、かえって被告原告らがこの事実を主張し、原告人はこれを争ったのであるが、原審としては、被告原告らのこの主張に基づいて右事実を確定した以上は、原告人がこれを自己の利益に援用しなかったとしても、適切に釈明権を行使するなどした上でこの事実をしんじやくし、原告人の請求の一部を認容すべきであるかどうかについて審理判断すべきものと解するのが相当である」(最高裁昭和三十八年九月八日判決民集二〇巻七号一三一四頁)。「原審がこのような措置を執ることなく前記のように判断したことは審理不尽の違法があり、この違法が原判決の結論に影響を及ぼすことは明らかである。したがって、原判決のうち別紙記載の部分は破棄を免れず、右部分につき、被告原告らの抗弁等について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする」。

本判決には次のような藤井正男裁判官の補足意見がある。「ある当事者が訴訟上自己に不利な事実を陳述したとき、相手方がその陳述を援用すると否にかかわらず、裁判所はこれを訴訟資料として斟酌すべきである」との理論は、「原

告の場合と被告の場合とを区別せず、請求原因についてであろうと抗弁についてであろうと、等しくどちらについても妥当するというのが、一般的な理解のようである。しかし、本件では、被告原告らの陳述した『父の取得、死亡』の事実、原告人の所有権等の全部を理由あらしめるものではなくその一部(九分の一の共有又は準共有持分)を基礎づけるに過ぎないのである。そして(準)共有持分権は所有権等の割合的一部ではあるけれども、共有物の利用管理等については、単一の所有権等とは異なる種々の制約があり、単純な分量的一部とはいえない。訴訟物としては所有権等の中に包含されているといってもよいが、被告原告らが持分権の取得原因事実を先行的に陳述しているからといって、裁判所が、原告人に何らの釈明も求めることなく、直ちに所有権等の分量的一部として共有持分権の限度でこれを認容してよいということにはならない。もしそのようなことをしたならば、当事者、殊に被告原告らにとっては、予期しない不意打ちとなるであろう。したがって、相続分の限度での一部認容判決をするためには、裁判所としては、原告人に対し、九分の一の共有持分権の限度の請求としてもこれを維持する意思があるかどうかについて釈明を求めた上、予備的に請求の趣旨を変更させる措置をとるのが普通である。裁判所がそのような措置をとらないままで、原告人の所有権等の取得は認められないとする請求棄却の判決をし、これが確定したときは、原告人は目的

物の所有権等を有しないとの判断につき既判力が生じるから、上告人が右判決の既判力の標準時以前に生じた所有権等の一部たる共有持分権の取得原因事実、すなわち亡父の遺産の相続の事実を再訴で主張することができないということになる」(最高裁判平成九年三月一四日判決)。「そうした事態はなるべく起こらないことが望ましい」。

「しかし、このことは、裁判所が常に当然に釈明義務を負うということの意味するものではない。本件において、上告人は、本件土地建物の所有権が自己の固有の財産であるとする主張に固執し、一、二審を通じて、遺産の共有持分の限度での請求をする気配を見せてはいなかったためであり、このようなときに、裁判所が遺産共有を前提として共有持分権の主張をするかどうかについて釈明を求めてまで、請求の一部を認めてやる義務があるというべきかは一考を要する。相続開始後年月を経て、他の相続人間では格別の紛争もなく、一定の事実状態が形成されてきているような場合だと、裁判所の介入がかえって紛争の拡大を助長する結果となることもあり、事案に応じた慎重な配慮が求められるのである。」

記録によると、本訴はB死亡から三十六年後に提起されており、「相続紛争としては今更の感が深い。しかし、上告人は、被上告人らの主張に対する反論としてではあるが、仮に被上告人らのような本件土地建物が亡父の遺産であるとするなら遺産分割協議は未了であるということ述べているので

あり、遺産とされた場合の法律関係のことも一応念頭にあったことがうかがわれる。のみならず、平成元年の母」Cの死亡後にY₁・Y₂及びD(一審相被告)間で「遺産をめぐる紛争が起こっており、本件土地建物の所有権等の帰属は今なお未解決の状態にある。そうすると、本件においては父」B「の死亡から相当の年月を経ているとはいえず、事態はなお流動的であるので、本件土地建物に関する上告人の相続上の権利の有無について、この際判断を加えておくことを躊躇する理由はないことになり、これを拒んだ場合には上告人の再訴における主張が既判力で妨げられる結果になることをも考慮すると、原審としては、上告人に対し所要の釈明を求めて判断をすべきであったということができる。以上の理由により、上告人の共有持分権に関する部分につき、審理不尽、釈明義務違背があるものと認めるのを相当と考える。」

〔評釈〕 本判決(法廷意見)に賛成する。

一 共同相続人間の所有権等に基づく訴訟で、被告が、原告の主張した所有権等の取得原因事実是否認して、死亡した被相続人が所有権等を取得した事実を主張した場合について、本判決は、右の事実は原告の請求の一部(共有持分権に基づく請求)についての請求原因事実にあたるので、原告が右の事実を援用しなかった場合でも、適切に釈明権を行使するなどしてこの事実を斟酌し、共有持分の限度に

おける請求の一部認容について審理すべきであるとする。

本判決は、まず、同一物の所有権の主張と共有持分権の主張は、訴訟物として同一性があるとする考え方を前提にしたものと思われる（後述二）。この考え方に立つと、本件では、被告が原告の請求原因事実を先行陳述し、原告がこれを援用しない場合に、判決の基礎にしようかの問題があり、本判決はこれを肯定する（後述三）。更に、これを肯定しても、所有権に基づく請求を共有持分の限度で一部認容することにつき、釈明をすべきかの問題が考えられる。この点につき本判決の立場は必ずしも明らかではないが、釈明をしないで請求を全部棄却することは釈明義務違反としてしているとみることが出来るように思われる（後述四）。

以下、この三点につき本判決の検討を行う。

二 同一物の所有権の主張と共有持分権の主張は、訴訟物として同一性があるとする本判決の考え方は、以前にも示されている。すなわち、最判昭和四二年三月二三日裁判集民事八六卷六六九頁は、所有権に基づく請求について共有持分の限度の一部認容判決を許容している。⁽¹⁾ 同旨の下級審判例も複数ある。⁽²⁾ また、最近では、最判平成九年三月一四日判時一六〇〇号八九頁が、既判力の問題として、所有権の存否と共有持分の存否につき訴訟物の同一性を肯定して

いる。同判決は、本件と同様の共同相続人間の土地の所有権に基づく訴訟で、被相続人の所有を認定して請求を全部棄却する判決が確定し、敗訴した原告が、後訴で相続による共有持分を主張することは既判力に抵触して許されないとしたものである。尤も、同判決については有力な批判もある。⁽⁴⁾ また同事件に関連して、相続による共有持分権の主張と所有権の主張の同一性については疑問も呈せられて⁽⁵⁾いる。この見解は、同事件のような事例における原告の救済としては注目すべき見解であるけれども、この事件ではそもそも前訴で、共有持分を認める一部認容判決がなされていれば、問題は生じなかったはずである。この事件のよう原告を救済すべき事例があることから、相続による共有持分権の主張と所有権の主張の同一性を否定的に考えていくよりも、取得原因事実如何に関わらず共有持分権の主張と所有権の主張は同一性があるとみたうえで、⁽⁶⁾ 最判平成九年三月一四日の事件のような問題が生じないように、所有権に基づく請求につき共有持分の限度で理由がある場合には一部認容する扱いを徹底する方が、紛争の一回的解決の見地からしても妥当に思われる。

三 所有権の主張と共有持分権の主張は訴訟物として同一であるとみた場合、本件では、被告が陳述した被相続人の

所有権等取得の事実、原告の請求原因事実⁽⁷⁾に該当し、被告にとって不利益な陳述に当たり、原告がこれを援用しないのに、判決の基礎にしようかという問題が生じる。これは、従来の用語によれば、いわゆる相手方の援用しない自己に不利益な陳述の問題である。但し、近時は「不利益陳述」(自己矛盾陳述)と「等価値陳述」の区別を明確にすべしとする主張がある。それによると、不利益陳述とは「当事者が首尾一貫しない主張をしている場合」⁽⁸⁾で、「被告は、原告が請求を理由づけるためにした(それ自体十分な)主張を争っているが、同時に原告の請求を基礎づける別個の事実を自ら陳述する場合に、この被告の陳述を等価値陳述」という。本件の被相続人の所有権等取得をいう被告の陳述は、首尾一貫しない主張ではなく、原告の請求原因事実の主張に対する否認であると同時に、請求の一部を基礎づける別個の事実を陳述する場合であるので、この用語法によると、等価値陳述に当たろう。尤も、これが等価値陳述であるとしても、原告が援用しない場合、判決の基礎にしようかの問題が生じることには違いない。

最高裁は、昭和四一年九月八日判決民集二〇巻七号一三四頁により、所有権に基づく土地明渡請求訴訟で原告が被告に当該土地の使用を許したとの事実を先行陳述した事

案について、被告が援用しなくとも、右の事実を判決の基礎にすべきことを判示しており、本判決もこの判例を挙げ、その立場を踏襲することを明らかにしている。

前掲昭和四一年判決の事案は、原告が抗弁事実を先行陳述したケースであり、また自己矛盾陳述に当たるようであるのに対し、本判決の事案は、被告が請求原因事実を先行陳述したケースであり、また等価値陳述にあたると思われるが、本判決はいずれの場合も判決の基礎にすべき点で異ならないとしたものとみることができよう。しかし、藤井裁判官の補足意見は、必ずしも明らかではないが、両者を区別するもののようにであり、本件のようなケースでは、原則として裁判所に釈明義務があり、釈明により原告の主張を促してからでないと判決の基礎にできない一方、釈明義務がない場合もあり、その場合は、判決の基礎にならないとするもの⁽¹³⁾である。

通説は、相手方の援用しない自己に不利益な陳述について、判決の基礎になるとし、このことは主張共通の原則として説明されることもある⁽¹⁴⁾。これに対し、近時は、主張共通の原則に対する再検討の必要性を指摘する見解もあり、更に松本教授はドイツの等価値陳述の取扱を検討し、「主張共通の原則も無限定に妥当するものではない」とされ、

被告の等価値陳述のケースでは「原告の援用がない限り被告の陳述によっても請求を認容できるとすることはできない」⁽¹⁹⁾とされる。尤も、この場合の原告の援用は予備的でもよく、緩やかに解されるようである。本判決の法廷意見は、通説に従うものであるのに対し、藤井補足意見は従来の学説にはみられないものようであるが、松本教授の考え方に通じると思われる。

通説の根拠は、弁論主義とは当事者と裁判所の間の責任分配を定めるもので、当事者間の責任分配を定めるものではないことにある。⁽²¹⁾これに対し、松本教授の見解の根拠は「原告は自己の主張する権利を根拠づける事実の陳述を要求されなければならず」、「被告の陳述した、原告の請求を根拠づける事実を原告が援用しない場合、それにもかかわらず原告の請求を認容する判決をすることは、原告がそれによって勝訴を得ようとしえない事実によって勝訴を押しつけることに帰する」⁽²²⁾のであって「民事訴訟に適合しない」というもののようである。

松本教授の見解は当事者間の役割分担の再考を促す貴重な指摘であるが、原告の援用しない被告の等価値陳述に基づく請求認容判決は勝訴の押しつけになるとの考え方にはただちには賛成しがたい。原告がこのような請求認容判決

を拒んでいる場合はなると勝訴の押しつけとなろうが、これは処分権主義の問題と考えられようし、このような原告の意思が明らかでない場合は勝訴の押しつけで民事訴訟に適合しないとまではいえないように思われる。⁽²³⁾故に、松本教授の見解も、弁論主義に関する伝統的な理解を覆す十分に説得的な理由たりうるかは疑問である。⁽²⁴⁾また、素朴に考えるに、相手方の援用しない自己に不利益な陳述を判決の基礎にする通説の結論は、これを判決の基礎としない場合よりも、(実体的) 真実に近い公正な裁判・国民の裁判に対する信頼の維持に資すると思う。判決の基礎となる資料が増加するし、しかも、自己に不利益な陳述の形で提出された点で、そうでない場合よりも一般に信憑性(証拠力)は高いように思われるからである。故に、相手方の援用しない自己に不利益な陳述が判決の基礎になるとする通説及びこれを確認する本判決の立場に賛成である。

なお、相手方の援用しない自己に不利益な陳述については、これを判決の基礎とするのに、証拠調べを要するかの議論があり、従来の有力説は肯定するが、ドイツの等価値陳述の理論を範として証拠調べを不要とする見解もある。⁽²⁵⁾本判決は「被告上告人らのこの主張に基づいて『右事実を確定した以上』は、上告人がこれを自己の利益に援用しな

ったとしても」この事実を斟酌すべきであるというが、前掲昭和四一年九月八日判決にも同様の表現があり、昭和四一年判決については、とくに『』を付した文言を重視して、この昭和四一年判決は証拠調べにつき肯定説を前提すると解する見解と、この点の判断はされていないとする見解がある⁽²⁸⁾。故に、本判決についても、同様の解釈の対立が考えられようが、右の文言のみで、肯定説をとったものと判断することは難しいように思われる。

四 相手方の援用しない自己に不利益な陳述も判決の基礎になるとしても、所有権に基づく請求を共有持分の限度で一部認容することにつき、釈明をすべきかの問題が考えられる。この点につき本判決の立場は必ずしも明らかではない。けれども、「適切に釈明権を行使するなどした上で」と述べて釈明に言及すること、自判ではなく差戻しをしていること⁽²⁹⁾、審理不尽を理由とすることを考慮すると、釈明をしないで請求を全部棄却したことに釈明義務違反を認めたと解する余地もあるように思われる⁽³¹⁾。

藤井裁判官の補足意見は、原判決の釈明義務違反を明示的に指摘しており、釈明義務について次のような見解を示している。すなわち、本件のように所有権に基づく訴訟において被告が先行陳述した共有持分権の請求原因事実を原

告が援用しないときは、原則として、共有持分の限度で請求を維持する意思があるかどうかにつき釈明をする義務があるとし、釈明せずに一部認容判決をすることは許されないとするようである。但し、釈明義務は常にあるわけではなく、原告が単独所有権の主張に固執して共有持分権の主張をする気配を見せておらず、「相続開始後年月を経て、他の相続人間で格別の紛争もなく、一定の事実状態が形成されているような場合だと、裁判所の介入がかえって紛争の拡大を助長する結果となることもあり、事案に応じた慎重な配慮が求められる」とする。

所有権に基づく訴訟で被告が主張した共有持分の請求原因事実を原告が援用しない場合に、共有持分の限度で一部認容を欲するかにつき釈明することは、争点を顕在化させるためにも、望ましく、この点には殆ど問題はないように思う⁽³²⁾。しかし、このような釈明は義務であって、釈明しないことは違法で、(旧法下における)上告理由となりうる⁽³⁴⁾かについては、検討を要しよう。

藤井補足意見もいうように、共有持分権には単一の所有権とは異なる多くの制約が伴うことから、原告が所有権に基づく請求をする場合、通常は、共有持分の限度で請求の一部認容を欲する意思があるとまで解するにはやや無理が

あるように思われる。⁽³⁵⁾そこで、釈明せずに一部認容判決を
 すると、原告にとつて不意打ちの裁判となるおそれがある。
 う。また同補足意見がいうように、そのおそれは被告の側
 にもあると考えられよう。翻つて、藤井補足意見は、釈明
 義務がない場合があり、その場合は釈明をせずに請求を全
 部棄却してよいとするようであるが、この点で補足意見に
 は賛成できない。所有権に基づく請求を全部棄却する判決
 が確定すれば、所有権の主張と共有持分の主張は訴訟物と
 して同一性があるとみて、後訴における共有持分権の主張
 が既判力により妨げられるとの考え方を前提にすると、後
 訴で共有持分権の主張を封じられる当事者の手続保障の見
 地から、前訴において相当の手当てを施すべきではないで
 あろうか。すなわち、共有持分の限度で請求の一部認容を
 欲するかにつき原告の意思が明らかではない場合は、常に
 釈明義務があると解すべきであろう。本判決（法廷意見）
 の立場は必ずしも明らかではないが、このように解する余
 地もあろうし、そのように解する限りにおいて、本判決の
 立場に賛成である。

(1) 所有権確認及び抹消登記請求を共有持分権の限度で一
 部認容した原判決は、当事者が主張しない共有を認めた点
 で旧一八六条違反であるとする上告を棄却したもので、通

常の共有に関する。

(2) 宮城控判昭和五年八月二三日新聞三二六八号七頁（相
 続による共有。「所有権確認ノ請求中ニハ通常共有権確認
 ノ請求ヲ包含スヘク単独ノ所有権カ認メラレサル場合ニ於
 テモ共有権ノ認メラルル場合ハ此ノ部分ノ請求ハ認容セラ
 レサルヘカラサルモノノ如シ」（旧字体は改めた）とする。
 但し、本件では、共有権の存在につき当事者間に争いなく
 共有の登記も既にあることから、本件の所有権確認請求中
 には共有権の確認を包含するとは認めがたく、仮に包含す
 るとしても本件の事情の下では共有権確認を求める法律上
 の利益はないとして、請求を全部棄却する）、大阪地判昭
 和三十六年四月一三日行政裁判例集一二巻四号六五〇頁（相
 続による共有。所有権の共有持分権は所有権の単純な分
 的一部とはいえずとも、質的な一部とする）、東京高判
 昭和四十二年一月二五日判時四六九号四三頁（通常の共有
 主文記載の方式に関連し、「共有持分権の確認請求は特に
 単独所有権以外の所有権確認を求めない意思でない限り単
 独所有権確認請求のうちに包含される」という）。

(3) 最判平成九年三月一四日の評釈には、本研究会による
 ものとして、坂原正夫・法研七一巻一二号一四四頁がある。
 その他、高橋弘志「既判力補論―最判平成九年三月一四日
 の検討―」法教二〇九号八二頁以下、高見進・私法判例リ
 マークス一九九八（上）一三五頁以下、上田徹一郎・民商

一七七卷六号九〇五頁以下、池田辰夫・平成九年度重判一三三頁以下。なお、最後のものは、本判決の評釈も兼ねる。また、それ以外に、最判平成九年三月一四日と本判決の関連を指摘するものとして、本判決の藤井補足意見の他、本件解説・判時一六一四号七三頁、高橋・前掲・八六頁注(4)。

(4) 最判平成九年三月一四日には福田博裁判官の反対意見も付されている。この反対意見を支持するものとして、高見・前掲判批・私法判例リマックス一九九八(上)一三七頁。上田・前掲判批・民商一七七卷六号九一三頁も法廷意見に反対する。「座りの悪さ」を強調するものとして、高橋・前掲「既判力補論」法教二〇九号八四頁以下。

(5) 徳田和幸・高判平成四年二月一七日(最判平成九年三月一四日の原審判決)判批・判時一四七六号二〇四頁。最判平成九年三月一四日の第一審判決も、所有権に基づく移転登記請求権と相続による共有持分権に基づく所有権一部移転登記請求権とは質的に異なるとし(徳田・前掲二〇一頁)、最判平成九年三月一四日福田反対意見も、通常の共有持分権の主張と相続による共有持分権の主張は実質的に異なるとする(判時一六〇〇号九四頁)。なお、高橋・前掲・法教二〇九号八八頁以下参照。

(6) 所有権確認訴訟において共有持分の限度で一部認容を許容する前掲裁判例には、通常の共有と相続による共有の

区別はみられない。前注(1)及び(2)参照。

(7) 松本博之「等価値陳述の理論について」同『民事自白法』(弘文堂、平成六年)三二〇頁、松本博之Ⅱ上野泰男『民事訴訟法』(弘文堂、平成一〇年)二〇八頁。池田・前掲・平成九年度重判一二五頁も、この区別に好意的である。

(8) 松本・前掲書三二〇頁。

(9) 松本Ⅱ上野・前掲書二〇八頁。

(10) 同旨、池田・前掲・平成九年度重判一二五頁及び一二六頁。

(11) 反対、松本Ⅱ上野・前掲書二〇七頁及び松本・前掲書三一〇頁以下。

(12) 本件解説・判時一六一四号七三頁参照。

(13) 池田・前掲・平成九年度重判一二六頁、本件解説・判時一六一四号七三頁。

(14) 兼子一「相手方の援用せざる当事者の自己に不利なる陳述」同『民事法研究一卷』(酒井書店、昭和三四年)一三頁、三ヶ月章『民事訴訟法』(有斐閣、昭和三四年)一五九頁、新堂幸司『判例民事手続法』(弘文堂、平成六年)二七四頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法』(有斐閣、一九九七年)二五八頁、上田徹一郎『民事訴訟法』(二版)(法学書院、一九九七年)三〇四頁等。

(15) 高橋・前掲書二五九頁、鈴木正裕「弁論主義に関する

諸問題」司法研修所論集七七号一五頁、上田・前掲書三〇四頁等。

(16) 井上治典「手続保障第三の波」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』(有斐閣、昭和六三年)一〇〇頁は、主張共通の原則につき「当事者間の責任分配のあり方からみれば再検討の余地あり」とする。この指摘に対して、高橋・前掲書二六〇頁は「弁論主義は、伝統的に、裁判所と当事者との間の問題として理解されてきた」ことを強調し、当事者間の責任分配は「弁論主義とは別のものとして受け止めておきたい」とする。なお、ドイツでは弁論主義に関して当事者間の役割分担の考え方が強いようであることにつき、木川統一郎『訴訟促進政策の新展開』(日本評論社、一九八七年)一六一頁、鈴木・前掲「弁論主義に関する諸問題」司法研修所論集七七号一九頁参照。

(17) ドイツの等価値陳述の理論(主張等価原則・等価値主張の理論)については、松本・前掲『民事自白法』二九三頁以下、木川・前掲書七二頁以下及び一五七頁以下、鈴木正裕「相手方の援用しない先行自白」井上治典他『演習民事訴訟法』(有斐閣、昭和五七年)一〇三頁以下参照。

(18) 松本・前掲『民事自白法』三〇九頁。

(19) 松本・前掲書三一二頁。

(20) 松本・前掲書三〇五頁乃至三〇六頁及び三一二頁参照。

(21) 前注(14)。

(22) 松本・前掲書三〇九頁。

(23) 池田・前掲・平成九年度重判一二五頁も、「当事者が望まない事実によって勝訴を押しつけることになる」との懸念は、請求レベルであれば別であるが、的を射たものかや疑問である」とする。

(24) 前注(16)の高橋教授の見解参照。

(25) 兼子・前掲論文二三三頁、吉村徳重・最判昭和四一年九月八日判批・統民事訴訟法百選一二〇頁、上村明広・同判決判批・法経雑誌一七巻二号一四一頁。高橋・前掲書三〇三頁乃至三〇四頁も「我が国の司法風土では兼子説の方が受け入れられやすいかもしれない」とする。

(26) 鈴木・前掲「相手方の援用しない先行自白」『演習民事訴訟法』一〇四頁、鈴木・前掲「弁論主義に関する諸問題」一七頁以下とくに二二頁、谷口安平・福永有利編『注釈民事訴訟法(6)』(有斐閣、平成七年)一一一頁(佐上善和)。ドイツの等価値陳述の理論については、前注(17)参照。

(27) 吉村・前掲判批一二〇頁。

(28) 鈴木正裕・最判昭和四一年九月八日判批・民商五六巻三号四七九頁以下(弁論が併合されたため、他の請求の請求原因事実について判断するために証拠調べをしたにすぎないから、上記の表現のみで肯定説をとったと速断すべきでないとする)。上村・前掲判批一四一頁も同判決の立場

は必ずしも明確でないという。

(29) 本件解説・判時一六一四号七三頁によると、「自判をしないで差し戻したのは、Yらが、遺産分割によりCが本件の賃借権・所有権を相続したとの抗弁、時効取得の抗弁などを主張しており、これらについて審理を尽くす必要があるからである」と説明されている。

(30) 審理不尽と釈明義務の関係については、竹下守夫『伊藤眞編『注釈民事訴訟法』(3)』(有斐閣、平成五年)一七〇頁(松本博之)参照。

(31) 反対、池田・前掲・平成九年度重判一二六頁。池田教授は「既判力による失権が見込まれる場合には釈明義務を構成するとの命題まで定立したとはいえないであろう」とする。しかし、高橋・前掲「既判力補論」法教二〇九号八六頁注(4)も、本判決を釈明義務違反の判例とみるようである。

(32) 本件解説・判時一六一四号七三頁。河野正憲・最判昭和四一年九月八日判批・民事訴訟法判例百選I一〇八事件二一九頁参照。

(33) 前掲最判平成九年三月一四日の前訴の処理に関してであるが、このような釈明を許すものとして、上田・前掲判批・民商一一七卷六号九一三頁、高見・前掲判批・私法判例リマックス一九九八(上)一三九頁。高橋・前掲「既判力補論」法教二〇九号八六頁注(4)は、原告が相続によ

る取得を主張していない場合に、相続で判決することは「当事者の思いもよらぬ争点であるとすれば問題であり、法律問題の指摘(法的観点の指摘)ないし釈明を裁判所はすべきである」とする。

(34) 新民訴訟法では、釈明義務違反は、最高裁に対する上告の理由とはならないが、法令の解釈に関する重要な事項に当たるとして問題になる。この点につき、高橋・前掲「既判力補論」法教二〇九号八六頁注(4)参照。

(35) 上田・前掲判批・民商一一七卷六号九一三頁参照。上田教授は「相続人間の単独所有権確認請求における申立事項は、通常は、遺産持分の一部認容は求めない趣旨と解すべきであろう」とされる。尤も、この解釈は「請求棄却判決は後訴での遺産共有持分権の主張を遮断するものではない」(上田・前掲九一四頁)との解釈を前提とする。

大濱しのぶ