

Title	〔下級審民訴事例研究七〕 被告の法定相続分に応じた金銭の返還請求訴訟の一審係属中他の相続人が相続放棄をしたため被告の法定相続分が変わった場合において、全部勝訴の判決を受けた原告について控訴審で請求拡張するための控訴の利益を認めた事例 (名古屋高裁金沢支部平成元年一月三〇日判決)
Sub Title	
Author	三木, 浩一(Miki, Koichi) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1990
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.63, No.6 (1990. 6) ,p.131- 140
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=AN00224504-19900628-0131

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.

なお、本判決については山木戸克巳「判批」民商法雑誌三〇
巻一七四頁「昭29」の評釈（賛成）がある。

(1) 齊藤秀夫『注解民事訴訟法(二)』（齊藤秀夫編）三二二頁（昭和
46）。

(2) 菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法』七七四頁（追補版、昭
59）。

(3) 齊藤・前掲注(1)三二七頁。

(4) 菊井・村松・前掲注(2)一一六六頁。

(5) 大審判大正三・六・二五民録二〇輯五〇〇頁、同大正九・一二・
二三民録二六輯一九五五頁。

(6) 東京高判昭三四・五・七東高民時報一〇巻五号一〇六頁、同大
阪高決昭三八・一二・二六下級民集一四巻一二号二六六九頁。

(7) 東京高判昭四〇・一二・一七東高民時報一六巻一二号二四二頁。

〔下級審民事訴訟例研究七〕

7 被告の法定相続分に応じた金銭の返還請求訴訟の一審係属中他の相続人が相続放棄をしたため被
告の法定相続分が変わった場合において、全部勝訴の判決を受けた原告について控訴審で請求拡張
するための控訴の利益を認めた事例

名古屋高裁金沢支部平成元年一月三〇日判決（昭六三）ネ一一一号、一審富山地裁昭六〇（ワ）三一四号）貸
金請求控訴事件、判例時報一三〇八号一二五頁

(8) 東京高決昭三五・六・二九下級民集一一巻六号一三八二頁。

(9) 兼子一ほか『条解民事訴訟法』七二五頁（竹下守夫担当）〔昭
61〕、齊藤・前掲注(1)四二八頁、菊井・村松・前掲注(2)一
一六七頁参照。兼子一『民事訴訟法体系』二六五頁〔昭40〕は証拠
申出却下決定に関してはあるが、取調べを保留したまま弁論を終
結した場合は黙示的に却下したことになるとし黙示の裁判も可能で
あるとしている。

(10) 最判昭三一・六・一五裁判集民二二号三四五頁。

(11) 兼子一ほか・前掲注(10)三四七頁（新堂幸司担当）〔昭61〕。

(12) 菊井・村松・前掲注(2)七七二頁、齊藤・前掲注(1)三二
四頁。

小池 順一

〔事 実〕

判決書の「事実」欄における当事者の主張及び「理由」欄における裁判所の認定事実を纏めると以下のようになる。

Xは、昭和五八年七月三〇日、訴外Aに対し、金四〇〇万円を、利息年九・二五パーセント、遅延損害金年一四パーセント、弁済期昭和五九年七月二九日の約定で貸し渡した。Aは昭和六〇年四月六日に死亡したが、同人の法定相続人は、妻B、子Y、子C、子D、子E、子F、子Gの七名であり、Yの法定相続分は二分の一であった。そこで、XはYに対し、四〇〇万円の一二分の一である三三万三三三三円及びこれに対する昭和五八年七月三〇日から昭和五九年七月二九日まで年九・二五パーセントの割合による利息金、同月三〇日から完済まで年一四パーセントの割合による遅延損害金の支払いを求めるとの支払命令を申し立てた。右支払命令は、その後Yの異議申立てにより訴訟手続に移行した。右訴訟中の昭和六一年一月二三日、D、E、F、Gの四名が家庭裁判所に相続放棄を申立て、同日、同裁判所がこれを受理したことにより、Yの法定相続分は四分の一になった。

X代理人は、右相続放棄の結果、Yの法定相続分が増加したことを知ったにもかかわらず、Yに対する請求を拡張しなかった。そのため、原審は、昭和六二年一月二七日終結した口頭弁論に基づき、昭和六三年五月三一日、XのYに対する右請求を全部認容する勝訴判決を言い渡した。そこで、Xは、右請求

を拡張するため控訴に及び、控訴審においてYの法定相続分が四分の一であると主張を改め、Yに対し、貸金一〇〇万円及びこれに対する前記同旨の利息金と遅延損害金の支払いを求めた。

Yは、本案前の主張として、Xは原審で請求した四〇〇万円の一二分の一につき全部勝訴の判決を得たのであるから、同判決に対して控訴の利益はないとして、訴えの却下を求めた。

(Yはこれ以外に、Xの控訴審における主張の変更は時機に遅れた攻撃防御方法であるとして、民事訴訟法一三九条による主張の却下を求めているが、この点については特に取り上げて論ずべき問題はほとんどない。)

Yの主張に対し、Xは大略以下のように反論した。「全部勝訴の当事者には原則として控訴の利益はないが、例外として、原判決の確定により原判決より有利な申立をする機会を失う場合には、申立の変更のための控訴の利益を認めるべきである。そして、既判力により遮断される残額請求のため、第一審の請求額を拡張する場合はこれにあたる。」しかし、控訴代理人は、和解が進行していた関係もあって、原審で請求を拡張することを失念していた。そこで請求を拡張するため本件控訴を提起したのであり、控訴人が原審で請求拡張を失念したからといって、この一事によって残額請求が許されないとされるべきではない。そして、一個の債権の一部についてのみ判決を求めるときは、明示して訴えを提起したときは、一部請求が認められているが、一部請求の明示がないときには、別訴で残額請求をすることは

認められていない。したがって、本件は別訴をもって残額請求ができない場合であるから、控訴審での請求の拡張を認めるべきである。このことは紛争の集中的・一回的な解決という観点からも合理的である。」

〔判旨〕

裁判所は、控訴の利益について、以下のように判示した。「全部勝訴の判決を受けた当事者は、原則として控訴の利益がなく、訴えの変更又は反訴の提起をなすためのものであっても同様であるが、人事訴訟手続法九条二項（別訴の禁止）、民事執行法三四条二項（異議事由の同時主張）等の如く、特別の政策的理由から別訴の提起が禁止されている場合には、別訴で主張できるものも、同一訴訟手続内で主張しておかないと、訴訟上主張する機会を奪われてしまうという不利益を受けるので、それらの請求については、同一訴訟手続内での主張の機会をできるだけ多く与える必要がある、また、この不利益は、全部勝訴の一審判決後は控訴という形で判決の確定を妨げることによってしか排除し得ないので、例外として、これらの場合には、訴えの変更又は反訴の提起をなすために控訴をする利益を認めるべきである。そして、その理を進めて行くと、いわゆる一部請求の場合につき、一個の債権の一部についてのみ判決を求め趣旨が明示されていないときは、請求額を訴訟物たる債権の全部として訴求したものと解すべく、ある金額の支払いを請求権の全部として訴求し勝訴の確定判決を得た後、別訴において、

右請求を請求権の一部である旨主張しその残額を訴求することは、許されないと解されるので（最高判昭和三二年六月七日民集一一巻六号九四八頁参照）、この場合には、一部請求についての確定判決は残額の請求を遮断し、債権者はもはや残額を訴求する機会を失ってしまうことになり、前述の別訴禁止が法律上規定されている場合と同一となる。したがって、黙示の一部請求につき全部勝訴の判決を受けた当事者についても、例外として請求拡張のための控訴の利益を認めるのが相当ということになる。」「これを本件についてみるに、控訴人は、被控訴人が亡Aの債務を一二分の一法定相続したとして、貸金元本三三万三三三三三円及びその利息金・遅延損害金の支払を、請求権の全部として訴求して本訴を提起したのであり、右請求を全部認容した原判決が確定すると、控訴人は、実は被控訴人の法定相続分は四分の一であったとして、右請求を請求権の一部である旨主張し、再度別訴で、その残額である貸金元本六六万六六七円及びその利息金・遅延損害金を訴求することは許されないものであるから、控訴人は、全部勝訴の原判決に対しても、請求の拡張のため控訴の利益が認められるべきである。」

〔評釈〕

判旨に反対である。

一 本件は、黙示の一部請求につき、全部勝訴の判決を受けた原告について、控訴審で請求を拡張するための控訴の利益が認められた事例である。

本件判決が採用した見解は、後に見るように、従来学説の多数説によって説かれていたところとはほぼ同様である。しかし、公刊された判例集を見る限り、本件判決と同様の結論を正面から認めた裁判例はこれまでなかった。むしろ、本件判決とは逆に、請求拡張のための控訴を否定した裁判例が目につく。たとえば、第一審において、建物収去、土地明渡しとあわせて損害金の支払いを求めて訴えを提起した原告が、これが認められたにもかかわらず損害金の増額を求めて控訴した事案につき、裁判所は第一審で全面的に勝訴した原告が請求を拡張するために控訴を申し立てることは許されないものと判示している。¹⁾

また、やや特殊な事案であるが、第一審において主位的請求を全部棄却され、予備的請求を全面的に認容された原告が、主位的請求のうち被告らに対し金銭支払を求める部分について第一審口頭弁論終結後の事情に基づき、さらに請求を拡張する目的のためにのみ控訴を申し立てた事案につき、裁判所は、「当事者が全部勝訴の判決を得た場合に、控訴審で請求を拡張するためにのみ控訴を提起することは原則として控訴の利益を欠き許されないものと解するのが相当」と判示して、控訴を却下した例がある。²⁾

このように、裁判所が全部勝訴の判決を受けた原告による請求拡張のための控訴を認めることはきわめて異例であり、本件判決の先例としての意義は、無視し得ないといわなければなら

ない。

二 ところで、控訴の利益の有無を識別するための理論としては、いわゆる形式的不服説が今日の判例及び通説⁴⁾であるとされる。形式的不服説とは、原審における当事者の申立てと判決を比較して、後者が前者に及ばない場合に不服の利益を認めるという考え方である。これに対して、実質的不服説は、当事者が上級審で原審よりも実体法上さらに有利な判決を求めうる可能性があれば、不服の利益を認める考え方である。実質的不服説は、上訴を認める範囲が広くなりすぎる点が批判された。⁵⁾

ところで、判例・通説である形式的不服説によれば、全部勝訴の判決を受けた原告には控訴の利益がないのが原則であるはずである。ところが、形式的不服説をあらゆる事件に対して機械的に貫くと、いろいろな不合理や不都合が生じる場合がある。そのため、少なくとも今日では、言葉通りの純粹な形式的不服説はほとんど存在せず、いわゆる「例外を認める形式的不服説」が多数説である。⁶⁾このあたりの経緯について、井上治典教授は次のように述べられている。「そこで近時の学説の傾向としては、形式的不服説だけではすべての問題に十分に対応できないことが自覚されて、次に述べる実質（体）的不服説でもって部分的に補強を試みたり、形式的不服説と実質（体）的不服説とをともに取り込んで理論化をはかろうとする立場（いわば融合論）が、次第に有力になりつつある。」⁷⁾本件で問題となつて

される。判例理論によれば、黙示の一部請求の場合、既判力は債権全額に及び、勝訴当事者はもはや残部を別訴で訴求することができなくなる。従って、たとえ全部勝訴の当事者といえども、この場合は例外的に控訴の利益があるとされているのである⁽⁸⁾。

しかし、形式的不服説は、本来、実質的不服説に対する批判の上に成立していたといつてよい。それが、形式的不服説では不都合な結果が生じる場合に、場あたりに実質的不服説を取り込むというのでは、理論としての整合性を疑われても仕方がない。再び井上教授の言葉を借りるとすると、同教授は「補強説や融合説では、原則として形式的不服説で処理できるが、これであまりかたくなな場合には、例外的に実質(体的)不服説の考え方で処理するという、なんとも全体として筋のとおりない議論の立て方がなされていて、原則と例外とがどういう関係にあるのかについてすら満足はいく説明がなされていない」と述べておられるが、もっともな批判というべきである。

学説の中には、形式的不服説と実質的不服説とを対立する見解として捉えるのではなく、両者を統一的に説明しようという試みもある。たとえば、小室教授は、形式的不服は実質的不服の徴憑であるとされ、形式的不服説と実質的不服説の対立もどちらを原則的不服とみるべきかの問題にすぎないが、明確性等の理由から形式的不服を原則とすべきであるという⁽¹⁰⁾。しかし、この見解によっても、いかなる場合に例外としての実質的不服

を認めてよいかという基準は示されていない。従って、原則と例外とを仕分けする基準を持たないという点では、補強説や融合説に対する批判がそのまま妥当することになる。そこで、形式的不服説のいう原則と例外を統一的な不服概念で説明しようとする見解として、「新実体的不服説」と呼ばれる見解が、最近有力に唱えられている。この見解は、原審の裁判が確定すれば既判力その他の判決効によりならぬ不利益を被る者に、上訴の利益を認めようという考えである。この考えによれば、旧実質的不服説と異なり原審で全部勝訴した当事者に訴えの変更・反訴のための上訴が認められることは原則としてなくなる反面、既判力により別訴の提起が禁じられる場合には形式的不服説が例外として認める上訴の利益が認められることになる。そうすると、黙示の一部請求の場合について、不服概念そのものから無理なく控訴の利益が認められることになる。

いずれにせよ、説明の仕方の差異はあれ、多数説である形式的不服説によっても、また、有力説である新実体的不服説によっても、本件の場合、控訴の利益が認められることになる。しかし、果してその結論は妥当なのであろうか。

三 判例時報一三〇八号一二六頁の本件判決に関するコメントは、本件のような金銭債権の黙示の一部請求について、請求を拡張するために控訴できるかどうかにつき、以下の三種類の考え方があるという。①残部請求の遮断から救うため、例外的に請求拡張のための控訴を許す説、②当事者が過失なくして残部

の請求をなしえなかつた場合に限り、控訴を許す説、③控訴を許さない説¹⁴（いずれの説も、「例外を認める形式的不服説」を前提としている）。

1 しかし、③説として紹介されている考えは、控訴の利益に關し、①説や②説と異なる見解に立脚していると解してよいかどうかは疑問である。なぜなら、この見解は「金銭債権の一部請求の場合は、この訴訟の性質をどう理解するかによって結論を異にするが」という留保を付した上で、「これを〔控訴の利益―筆者註〕消極に解するのが正しい」と述べているのである。そして、金銭債権の一部請求訴訟については、別稿で、いわゆる一部請求肯定論に依ることを表明している。すなわち、一部請求をした当事者が別訴で残部請求をすることを認めることを前提として、請求拡張のための控訴を否定しているのである。これに対し、①説及び②説の見解は、残部請求が認められないことを前提として控訴を肯定する立論を展開しているものであり、①説及び②説と③説の間には共通の前提を欠く。

さらに、残部請求が否定されることを前提とした場合には、③説はむしろ控訴を認める結論を採用するものと思われる。なぜなら、③説は、別訴の提起ができない場合には控訴の利益を認めるべきであるという①説及び②説が前提としている見解を紹介した上で、「この説の根本的の考えは正しい」と述べているからである。

かくして、一部請求をした当事者の残部請求に何らかの制約

を設ける見解（一部請求否定論ないし条件付一部請求否定論）を前提とする限り、請求拡張のための控訴の利益を全く認めない見解は、少なくとも現在では存在しないことになる。

2 ①説は、本件判決の採る見解であり、今日の多数説であると解される。この見解は、法律の明文で別訴提起が禁止されている人訴法九条二項、民執法三四条二項等と、判例において別訴による残部の訴求が否定されている黙示の一部請求を同視する。

しかし、両者を同一に扱うことが果して妥当なのであるうか。人訴法九条二項や民執法三四条二項は、本来別訴で主張できるはずの請求について、特別の政策的理由から同一訴訟内で主張することを法が要求している場合である。従って、これらについては、別訴による権利救済の可能性は全くありえなかつたのであり、また、そのことに関して当事者にはいかなる意味でも落度はない。

これに対し、一部請求の場合は事情を異にする。なぜなら、一部請求がなされた全ての事案について債権を数量的に分割行使する必然性があつたとは限らないし、また、そのような必然性があつた場合でも一部請求である旨の明示を要求しても酷ではない場合がありうるからである。このような場合には、たとえ別訴による訴求の道が封じられていたとしても、それは当事者の自己責任に帰すべきものである。少なくとも、形式的不服説の例外を認めなければ耐え難い不合理が生じるとまではいえ

ないであらう。

3 この意味で注目に値するのが②説である。②説は、過失なくして残部の請求ができなかった場合に限り、残部請求のための控訴の利益を認めてよいとする。

もっとも、②説に属する立場のうち、小室教授の見解は一部請求否定論を前提としており、一部請求であることを明示すれば残部に既判力は生じないという判例の唱える明示説は考慮されていないことに注意する必要がある。また、無過失を要求する理論的根拠も「試験訴訟の弊を防ぐため」と述べられるのみで、必ずしも十分に示されていない。

これに対し、栗田助教は、小室教授の見解を基本的に支持し、さらに以下のような詳細な検討を加えられている。まず、原告が第一審の口頭弁論終結前から残部請求の存在に気が付いていながら黙示の一部請求をした場合は、請求拡張のための上訴を許すべきではないとする。なぜなら、黙示の一部請求の場合に残部にまで既判力を及ぼす趣旨は、残債務の不存在を当該訴訟で争う機会を与えられなかった被告の保護及び法的平和の迅速な回復にあるところ、その趣旨を徹底させれば、被告を犠牲にしてまで原告に請求拡張のための上訴を許す必要は認められないからであるという。逆に、原告が第一審の口頭弁論終結後から控訴期間の終了までの間に初めて残部請求の存在に気付いた場合は、上訴を許すべきであるとする。なぜなら、この場合に残部請求が遮断されるとすると、原告は彼の責めに帰せら

れない不利益を原判決により受けるから、それを避けるための上訴が許されるべきであるからであるという。筆者は、こうした衡量結果を妥当と考える。

しかし、その後の論理展開には賛成できない。同助教によれば、これらの検討結果に従うと、原告が第一審において残部請求の存在に気付いていたか、あるいは、原告がどの時点において残部請求の存在に気付いたかといった不明確な要素に上訴の適法性が左右されることになるが、これは形式的不服説を採った場合に不可避的に生じる難点である。ところが、新実体的不服説によると、原告が第一審の口頭弁論終結前に既に残部請求の存在を知っていた場合でも、判決が確定すれば残部請求が遮断される限り上訴が許されるので、上訴の適否が原告の知・不知に左右される度合が少なく、新実体的不服説に依ることが妥当であるとされる。しかし、前半の衡量結果は、黙示の一部請求に過失があれば上訴の利益を認めるべきではないという結論を志向しているのに、それを受けた後半で、新実体的不服説に依れば原告の過失を問題とすることなく控訴の利益が認められるから妥当だと結論するのは、筆者には理解できない論理の流れである。

筆者は、黙示の一部請求において残部に既判力が及ぶとされる趣旨を検討し、その趣旨を控訴の利益論に反映させるアプローチこそが、基本的に正しいと考える。

四 一部請求に関し、明示の一部請求ならば前訴の勝敗にかか

わらず後訴の残部請求に既判力は及ばないが、黙示の一部請求ならば既判力が及ぶとする、確立された最高裁の判例理論（明示説）⁽¹⁵⁾は、その適用結果がおおむね妥当な結論を導くことから、学説においても多くの支持を得ている。⁽¹⁶⁾

かつては、明示説は既判力の客観的範囲論の枠の中で捉えられていた。しかし、最近では、既判力の客観的範囲の問題として捉えることはできないという理解が一般的になりつつある。一部請求であることの明示があったか否かは訴訟物要素とはならないし、判決主文において判断されるわけでもない。また、前訴当時に残部の存在に気づくことを原告に期待できない場合には、明示がなかったといつて常に残部請求を既判力に服させるのは不当であるからである。⁽¹⁷⁾そのため、判例のいう明示の有無という基準を「禁反言の思想」に基づくものと捉える見解⁽¹⁸⁾、明示のない場合に後訴で残部請求を認めることは「訴訟上の信義則」に反すると解する見解⁽¹⁹⁾、禁反言あるいは信義則によって実現せられるのは被告の手續保障であり判例理論は原告と被告の「手續保障の調和」を図るものであると考える見解等⁽²⁰⁾がみられる。

中野教授は、明示説の理論構成の行方を次のように総括される。「学説の対応は、主として、次の二方向のいずれかに赴かざるをえないのではないか。ひとつは、伝統的な既判力論の枠組みを一步踏み出して、既判力の遮断効を、紛争の態様や前訴の手續経過に照応しつつ具体的・実質的に考えていく、という

方向であり、他のひとつは、伝統的な既判力の枠組みを維持しつつ、その画一的な適用が妥当な結果に至ることを阻害する個別的あるいは類型的な場合につき、信義則による理論構成を図る、という方向である。」⁽²¹⁾筆者も右の中野教授の指摘に同感であり、伝統的な既判力理論を前提とすると、明示説の根拠は、同一債権により再度請求されることを通常予期しない被告や裁判所に対する信義則に求めるべきであると解する。

明示説の根拠が信義則にあるとすると、別訴による残額請求が否定されることの代償として、無条件に控訴の利益を肯定するという本件判決には問題がある。なぜなら、原告が前訴で残部請求の可能性を予告しておかなかったことを理由として信義則上原告の残部に関する別訴の提起を否定するということと、その原告を救済するために原告が一部請求であることを明示しなかったことの事情や過失の有無を何ら問題とすることなく形式的不服説の例外を無条件で認めるということとは、論理的整合性を欠くと思われるからである。明示説の趣旨を貫徹するならば、信義則上別訴の提起が否定される場合、すなわち一部請求であることを明示しなかったことについて過失がある場合は、控訴の利益をも否定するべきである。

これに対しては、別訴よりも控訴の方が、第一審の審理を利用できる等の点で、相手方当事者や裁判所の負担が軽く、従って、信義則上別訴を否定しても控訴を否定する理由にはならないという反論があるかも知れない。しかし、控訴審が統審であ

るといっても、結局、原審の審理内容は訴訟記録で知るよりほ
 なく、別訴において前訴の訴訟記録を提出する場合と比べ、
 裁判所や当事者の負担は実質的には異ならない。また、高等裁
 判所の数は地方裁判所より少ないので、第二審裁判所が相手方
 当事者の住所地から離れた場所にある場合には、かえって相手
 方の応訴の負担は重くなる。さらに、黙示の一部請求の残部請
 求は常に上訴の利益があるとすると、原告が恣意的に残部に
 ついて第一審を省略させて被告の審級の利益を害することも可能
 になりかねない⁽²⁾。なお、栗田助教教授は、控訴の利益の有無が原
 告の主観的要素によって左右されるべきではないと考えられて
 いるようであるが、控訴の利益が必ず形式的基準で判断されな
 ければならないとする理由はない。かつて、算術的に不服の有
 無が判断できるといふ点で基準としての明確性を誇った形式的
 不服説も、例外を認めることで既にそうした意味の明確性を放
 棄しているのである。

五 本件の原告Xは、記録によれば、第一審の審理中にYの法
 定相続分が四分の一であることを知った。従って、第一審で請
 求を拡張し、あるいは、一部請求である旨を主張することが可
 能であった。従って、控訴の利益は否定されるべきである。

(1) 名古屋高裁金沢支部昭和五三年二月二四日判決(判例タイムズ
 三六六号二〇七頁)。但し、この事件は、原告の控訴の申立以前に
 被告からの控訴申立があり、裁判所は原告の控訴申立は附帯控訴の

要件を具備しているとして、結局原告の控訴を認めた事案であつた
 点に注意を要する。すなわち、附帯控訴として控訴を認めた結果、
 控訴審で拡張された請求部分を別訴で請求できるかどうかという問
 題が顕在化しなかつたのである。

(2) 東京高裁昭和六三年二月一七日判決(東京高等裁判所判決時報
 三九卷一―四号七頁)。但し、本文で述べたように、原告の控訴人
 の請求拡張の理由は、第一審口頭弁論終結後の事情に基づくもので
 あり、一部請求の場合とは若干事情を異にしている。

(3) 小室直人「上訴要件に関する判例総合」民事訴訟雑誌一〇号二
 六三頁以下参照。

(4) 中野貞一郎ほか編『民事訴訟法講義(補訂第二版)』五八四頁
 (林屋、新堂幸司『民事訴訟法(第二版)』五四七頁、三ヶ月章『民
 事訴訟法(法律学講座双書)』五二五頁、菊井維大・村松俊夫『全
 訂民事訴訟法Ⅲ』二〇頁、林屋礼二「上訴の利益」民事訴訟法の争
 点二八八頁ほか多数。

(5) 林屋・前掲註4など参照。

(6) たとえば、小室直人「上訴の不服再論」吉川大二郎博士追悼論
 集『手続法の理論と実践・下巻』三八八頁以下など参照。

(7) 井上治典ほか著『これからの民事訴訟法』三二五頁。

(8) 兼子一『新修民事訴訟法体系(増訂版)』四四〇頁、新堂・前
 掲註4五四七頁、中野ほか編・前掲註4五八五頁、兼子ほか編『条
 解民事訴訟法』一一五〇頁(松浦)など。

(9) 井上・前掲註7三二六頁。

(10) 斎藤秀夫編著『注解民事訴訟法』六卷一九頁(小室、小室・
 前掲註6三三七頁以下)。

(11) 上野泰男「上訴の利益」月刊法学教室三九号(一九八三年一二

月号)五三頁、同・「上訴の利益」『新・実務民事訴訟講座3』二三頁以下、栗田隆「上訴を提起できる者」『講座民事訴訟7』五五頁以下。

(12) 註8参照。

(13) 小室直人「上訴制度の研究」三五頁、栗田・前掲註11六七頁。

(14) 菊井II村松・前掲註4三〇頁。

(15) 最高裁昭和三二年六月七日判決(民集一一卷六号九四八頁)、最高裁昭和三四年二月二〇日判決(民集一三卷二号二〇九頁)、最高裁昭和三七年八月一〇日判決(民集一六卷八号一七二〇頁)、最高裁昭和四二年七月一八日判決(民集二二卷六号一五五九頁)、最高裁昭和四五年七月二四日判決(民集二四卷七号一一七七頁)。

(16) 学説で明示説を支持するものとして、斎藤秀夫『民事訴訟法概論』三九三頁以下、小山昇『民事訴訟法(二訂版)』三七四頁、菊井維大II村松俊夫『全訂民事訴訟法I』一一〇頁など。西ドイツ連邦大審院の判例も、多分に共通する内容の理論を示していると考えられる。この点については、中野貞一郎「一部請求論について」『民事手続の現在問題』九九頁以下に詳しい。

(17) 中野・前掲九七頁。

(18) 楠本安雄「示談と事情変更」判例タイムズ二二二号(臨時増刊・交通事故と民事責任)一八七頁。

(19) 菊井維大II村松俊夫『全訂民事訴訟法I』一一〇頁。

(20) 上田徹一郎『判決効の範囲』二九〇頁、三〇六頁、三二四頁。

(21) 中野・前掲註16九七頁。

(22) 栗田助教は、明示の一部請求を全部認容する判決に対し、請求を拡張するために上訴を認める見解に対して同様の批判をされているが、黙示の一部請求が故意または過失でなされた場合にも、同

じ批判はあてはまる。栗田・前掲註11六七頁参照。

三木 浩一