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

Title	一部請求論の展開
Sub Title	
Author	三木, 浩一(Miki, Koichi)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 民事手続法 : 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008.) ,p.195- 224
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88454276-00000006-0195

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.

一部請求論の展開

三木浩一

一　はじめに
二　明示説と訴訟物の関係
三　信義則の内容と効果
四　明示一部請求における過失相殺および相殺の抗弁
五　一部請求後の残部請求の可否
六　一部請求訴訟の全部勝訴原告による控訴の可否

一　はじめに

筆者は、かつて、公刊された判例集に登載された裁判例の分析を通じて、一部請求訴訟を六つの類型（以下、「一部請求類型」という）に分類・整理した。[1] 具体的には、①試験訴訟型（訴訟費用の負担を節約する意図の下に、勝訴の可能性や認容額の目安を探るために、全体債権の一部を試験的に請求する一部請求訴訟）、②総額不明型（訴え提起の時点では債権総額が不明であるために、とりあえず算定可能な金額で訴えを提起し、被告の応訴内容や裁判所の訴訟指揮などを見ることにより、自らの債権総額を見定める意図の下に提起される一部請求訴訟）、③資力考慮型（訴え提起当時における被告の資力が債権総額に満たない場合に、訴訟費用の節約や余計な立証の負担を避けるためなどの意図の下に、執行による満足を得られない金額を控除して、とりあえず相手の資力に応じた金額で提起される一部請求訴訟）、④相殺考慮型（被告からの過失相殺や相殺の抗弁が予想される場合に、訴訟費用の節約、敗訴判決の回避、審理の迅速化などの目的で、相殺等によって消滅する金額をあらかじめ請求金額から控除して提起される一部請求訴訟）、⑤費目限定型（全体債権が複数の費目の集合体である場合において、特定費目に関する立証手段や賠償方法などが異なり、他の費目と一緒に訴求することが困難な事情がある場合に、当該費目を除外して提起される一部請求訴訟）、⑥一律一部請求型（公害訴訟や薬害訴訟などを典型とする集団訴訟において、多数原告の損害に関する集合的な立証を容易にする意図の下に、損害額を類型ごとに分類して一律に請求するとともに、請求額を均等に揃えるために損害額の一部を訴求する形で提起される一部請求訴訟）である。ひとくちに一部請求訴訟といっても、こうした一部請求類型に応じて、原告が一部請求訴訟を選択した理由や両当事者を取り巻く利害等の状況は、顕著に異なっている。したがって、一部請求類型に応じて、それぞれに異なった考慮がなされるべきである。また、いわゆる判例法理が存在する訴訟法上の論点のいくつかについては、否応なく一部請求類型ごとの考察をせざるを得ない場合もある。そして、判例の

射程についても、特定の一部請求類型に限定されると考えざるを得ない場合がある。

こうした一部請求訴訟の類型的考察を適切に行なうには、一部請求論の中に信義則論を正当に位置づける必要がある。本稿の基本的な立場は、以下のとおりである。判例は、原告において訴求債権が全体債権の一部であることを明示している場合（明示一部請求）には、訴訟物は訴求された全体債権の一部のみに限られ、確定判決の既判力が及ぶ範囲もこの部分に限られるが（最判昭和三七年八月一〇日民集一六巻八号一七二〇頁）、一部請求であることが明示されていない場合（黙示一部請求）には、債権の全体が訴訟物になり、確定判決の既判力が及ぶ範囲も、全部請求の場合と同様に処理される（最判昭和三二年六月七日民集一一巻六号九四八頁）とする。本稿では、こうした判例の立場を「明示説」と呼ぶ。さらに、最判平成一〇年六月一二日民集五二巻四号一一四七頁（以下、「平成一〇年判決」という）は、一部請求訴訟で一部敗訴または全部敗訴した原告が提起する残部請求の後訴は、特段の事情がない限り信義則に反して許されないとする。筆者は、基本的に明示説の結論を支持するものであるが、明示説の結論は既判力論のみでは説明できず、そこには信義則論を介在させる必要がある。学説の中には、一部請求訴訟の問題を既判力論と信義則論の両者で二元的に取り扱う立場を批判して、既判力論のみによる処理こそが正道であるとする見解もある。[2] しかし、こうした見解には、一部請求訴訟の背後に存在する多様な利害の交錯を実証的に分析しようという態度がなく、一部請求訴訟を抽象的かつ一面的に捉えて議論をするものと言わざるを得ない。しかし、一部請求の実相を具体的に分析してみれば分かることであるが、一部請求訴訟には利害関係が異なる多様な類型が存在するため、すべてを既判力というリジッドな処理に適した道具のみで取り扱うことは困難であり、信義則という柔軟かつきめ細かな対応が可能な道具を併せて用いないと、適切な処理はできない。すなわち、判例が採る明示説や平成一〇年判決の背後にある信義則論はむしろ正道であり、一部請求論の考察は既判力論と信義則論の両者を軸として行う必要がある。[3]

（1）三木浩一「一部請求論について―手続運営論の視点から―」民訴雑誌四七号三〇頁（二〇〇一年）。

（2）井上治典教授は、「場合分けをしたり、要件化すれば、本来のうまみはなくなってしまうのが信義則であり、二刀流ではなく、既判力という一刀流で、遮断の本質に迫る理論を考究し続けるのが、姿勢として正道ではなかろうか」とされる。井上治典「判批」リマークス一九号一二六頁（一九九九年）。しかし、一部請求訴訟をめぐる利害状況は、一部請求類型や具体的な事件に応じて多種多様であり、このように単純に割り切れるものではない。

（3）安西明子「一部訴求後の残部訴求の規律―当事者による後訴の争い方の観点から―」石川明先生古稀祝賀『現代社会における民事手続法の展開（上）』（商事法務・二〇〇二年）三九九頁は、信義則を要件化すれば本来の柔軟性を失うというジレンマがあるとする。これは、およそ信義則を解釈論に用いようとするあらゆる試みに対して一般的に加えられる常套句としての批判であるが、可能な範囲で一定の要件化を行いつつ同時に柔軟かつきめ細かい調整を行うことを目指すという二兎を追うところに、信義則を含む抽象的規範の存在意義があることを看過してはならない。

二　明示説と訴訟物の関係

原告は、訴訟物を特定する責任を負うが（訴訟物特定責任）、金銭支払請求訴訟における訴訟物特定責任は、原則として、請求権の発生原因とその金額を提示することのみで果たされる。[4] したがって、請求にかかる金額が、債権の一部であるか全部であるかを明示するかどうかは、訴訟物の特定の問題ではない。[5] あるいは、一部の明示がある場合については、判例理論は明示された一部のみを訴訟物とするので、これを金額による訴訟物の特定の一態様と捉える見解がかりにありうるとしても、少なくとも黙示の場合に訴求されていない残部を含む債権の全体が訴訟物となるとする判例理論の結論は、訴訟物特定の理論からは導くことができない。[6] そこで、明示の有無の問題は、訴訟物特定要素ではなく、信義則要素として捉えるべきである。しかし、信義則要素としての把握は、

単なる消去法的発想や説明の便宜にとどまるものではない。むしろ、一部請求をめぐる微妙な利害をきめ細かく調整する装置として、信義則による構成は有益であるばかりか、不可欠といってもよく、積極的な位置づけが与えられるべきものである。[7] もともと、一部請求の場面では、一方で、可分な権利を分割訴求することによって得られる原告の利益があり、しかもその利益の種類は一部請求類型に見られるように複雑かつ多様であり、他方で、再度の応訴負担の回避という被告の利益や司法資源の効率的な利用という公益の要請があり、いずれもが相応の合理性を有するために、既判力のみによるオール・オア・ナッシングの単純な処理では、多様な利害状況を十全にすくい取ることができない。明示説は、こうした状況に対応するために、既判力の上に信義則という柔軟かつ細やかな調整原理を重層的に導入したものであり、そのことが全面肯定説から全面否定説まで入り乱れている一部請求論の世界において、比較的多数の支持を獲得する要因となっているものと思われる。

一部請求の明示の有無を信義則要素と解すべきことは、木川統一郎教授が挙げられた次の場合においても、適切な処理が可能であることからも正当化しうる。木川教授が指摘されたのは、原告が単に残部債権の存在を明示しなかっただけにとどまらず、これが全部であると明言し、積極的に残部債権の留保はない旨の態度を示していたが、客観的には一部請求であったという場合を、どのように考えるべきかという問題である。木川教授は、一部請求論については全面的肯定説を採られるので、黙示一部請求であっても残部請求を認める立場であり、訴訟物と既判力の論理だけで考えれば、この場合にも残部請求を認めざるをえないが、このような積極的な全部請求の明示の場合にまで、残部が既判力で否定されないということには違和感が残るとされる。[8] こうした場面でも、明示の有無を信義則要素と捉える立場は、柔軟かつ妥当な結果を導く。[9] すなわち、一部であることの明示と同じく、全部であることの明示もまた信義則要素であるので、一部請求における訴訟物と既判力についての立場いかんにかかわらず（たとえ全面的肯定説であっても）、信義則により残部請求の後訴を遮断することが可能であり、

妥当な結論を導くことができる。[10]

以上を要するに、明示一部請求の場合のみならず黙示一部請求においても訴訟物は訴求された一部債権のみであり、残部債権は訴訟物とはならない。[11] 一部請求であることの明示または黙示という当事者の態度は、その他の態度と合わせて訴訟上の信義則の要素である。ここにいうその他の態度には、後述する一部請求の理由の明示や請求の拡張の有無を含む。また、ここでいう訴訟上の信義則は、前訴で一部請求を明示しておかなかった（残部請求の後訴を提起する可能性を予告しておかなかった）にもかかわらず後訴を提起したことを問題にするものではなく、あくまでも一部請求の前訴における当事者の態度そのものを問題にするものである。もちろん、平成一〇年判決の事案のように、前訴で残部債権を含む債権全部の存否について攻撃防御を尽くした結果として、一部請求の訴えを一部棄却または全部棄却する判決が出されたが、それにもかかわらず残部請求の後訴を提起することが信義則により許されないと判断されることはある。しかし、それは前訴における信義則要素に新たに後訴における信義則要素が付加されたというにすぎない。前訴における信義則と後訴におけるそれを分けて考えるべきなのは、前訴における信義則は、残部請求の後訴における評価規範として機能するだけではなく、前訴における当事者の行為規範や裁判所の手続運営の指標としても機能すること、および、評価規範としての信義則も、残部請求の後訴が認められなくなることだけではなく、後述するように、過失相殺の処理において原告に有利な外側説の適用を受けられなくなるとか、第一審で全部勝訴した場合における請求拡張のための控訴が認められなくなるなど、多様な効果として機能することからも明らかである。

（4）松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第五版〕』（弘文堂・二〇〇八年）五五二頁は、二分肢説を前提にすると、一部請求訴訟においては、訴訟物は原告の提示する請求額によって特定されるのであり、このことは明示一部請求であれ黙示一部請求で

あれ、共通して妥当するとする。

(5) 木川統一郎教授は、いかなる訴訟物理論を採っても「明示」を識別要素として訴訟物を区切るという理論は存在せず、一部請求であることを「明示」するという訴訟行為の性質は明らかではないとされる。木川統一郎「一部請求後の残額請求」同『民事訴訟法重要問題講義（中）』（成文堂・一九九二年）三一七頁参照。また、中野貞一郎教授は、「一部請求であることが『明示』されていたか否かによって、既判力の客観的範囲を異別に解する理論的な理由づけは、きわめて困難である。前訴で訴訟物とされているのは、請求権の一部であるにすぎず、一部請求であることが『明示』されていたか否かが訴訟物要素になるわけではないし、判決主文において判断されるわけでもない」とされる。中野貞一郎「一部請求論について」同『民事手続の現在問題』（判例タイムズ社・一九八九年）九七頁。

(6) 山本弘教授は、黙示一部請求後の残額請求は許されないというほとんどの学説が一致して認める帰結は既判力によって導くことはできず、また、残額については既判力はあっても執行力はないから給付の訴えによる残部請求を訴えの利益によって否定することもできず、原告の被告に対する信義則違反ないし禁反言に求めるほかはないとされる。山本弘「一部請求」鈴木重勝＝上田徹一郎編『基本問題セミナー民事訴訟法』（一粒社・一九九八年）一三四頁。

(7) 中野貞一郎教授は、「一部請求判決確定後の残部訴求という問題では、請求の範囲を決定するについての原告の利益と被告の複次応訴の煩とを妥当に調整しなければならず、訴訟物や既判力による固定的な尺度で割り切ることができない。おそらく、信義則の適用を必要とする類型的な場面のひとつであろう」とされる。中野貞一郎「一部請求論の展開」同『民事訴訟法の論点Ⅱ』（判例タイムズ社・二〇〇一年）一一五頁。

(8) 木川・前掲注（5）三一九頁参照。

(9) 松本博之「一部請求訴訟後の残部請求訴訟と既判力・信義則」福永有利ほか編『民事訴訟法の史的展開』（有斐閣・二〇〇二年）二一〇頁は、請求額が債権の全額であるという原告の陳述は請求権の一部の放棄または債務免除の意思表示と解することができる旨を述べるが、合理的意思解釈の一般的な考え方に照らすと、単に全部であることの明示があったというだけで（原告のその他の行動や交渉の経緯などによって請求権一部放棄または債務一部免除とみなしうる事情がある場合は別として）そのように解することには無理があろう。

（10）木川教授は、次のような例も挙げられている。XがYによってレオナルド・ダビンチの絵画の模写を毀損されたので、Yに対して一〇〇万円の黙示の一部請求訴訟を提起し、裁判所はこれを認容した。この判決の確定後に、その絵画が実は模写ではなくて、ダビンチの真筆である旨の証拠が発見され、その損害額は一〇億円であることが分かった。この場合に、一〇億円から一〇〇万円を引いた残額を請求する後訴を提起することができるか。木川教授は、残額請求を認めてよいとされる。木川教授は、一部請求論について全面肯定説を採られるので、こうした結論は無理なく得られるかもしれない。しかし、明示説の立場を前提としても、このようなケースでは後訴を認めるべきであろう。一部請求の明示または黙示の態度が信義則要素であるとすれば、このような無理からぬ事情に基づく残部請求の後訴は、必ずしも信義則に反するとは言えないということで、これを認める柔軟な解釈が十分に可能である。木川・前掲注（5）三一八頁参照。

（11）明示一部請求であると黙示一部請求であるとを問わず、全体債権の中の一部訴求された部分だけが訴訟物になるという帰結は処分権主義に基づくが、処分権主義は判決の範囲および判決のために必要な限度で審理の範囲を画するだけであり、実体法上の債権の単一性を当事者が左右できるわけではない。したがって、残部債権は、訴訟物の審判に必要がなければ一部請求訴訟において審理されないが、一部訴求された訴訟物の審判に不可欠であれば当然に審理の対象になるし、訴訟物たる債権の金額を算定する必要から相殺等の抗弁の対象となることもありうる。中野・前掲注（7）一〇四頁参照。

三　信義則の内容と効果

判例の立場である明示説は、原告が前訴において一部請求である旨を明示していない場合には、後訴において残部請求が認められないという不利益が課されるというものであるから、原告には信義則に基づいて一部請求である旨を明示する行為責任があることを当然の前提としているはずである。[12] そこで問題となるのは、原告が負う行為責任が単に一部請求であることを明示する責任のみに尽きるのかということである。明示説は、債権を分割

訴求することによって得られる原告の利益と実質的な審理の重複を強いられる被告や裁判所の負担などの相反する価値につき、信義則という柔軟な装置を用いてバランスをとることを意図した考え方である。したがって、原告の行為責任を考えるにあたっては、両者が適正に均衡するよう配慮しなければならない。この点につき、高橋宏志教授は、明示するだけでよいというのでは、①裁判所の審理重複の非効率や不経済に対する配慮がないこと、②被告への単なる警告だけでは被告の利益が十分に守られているとはいえないこと、③被告に残債務不存在確認の反訴の提起を強要するのは原告と被告のバランスから被告に酷であること、④訴訟の土俵作りは第一次的には原告の責任であることなどを理由に、理論的に疑問であるとされる。[13] 筆者も、同様の問題意識を有するものであり、原告は、一部請求であることを明示すべき行為責任（一部明示責任）に加えて、一部請求の訴えを提起した理由を明らかにすべき行為責任（理由明示責任）も負うものと解する。また、さらに進んで、一定の限られた場合には、一部請求の前訴において残部債権の部分にまで請求を拡張すべき行為責任（請求拡張責任）も負うことがあると解している。[14] これらの具体的な内容は、以下のとおりである。

1　一部明示責任

まず、一部明示責任であるが、判例が採る明示説は、原告に行為責任としての一部明示責任があることを当然の前提としているはずである。試験訴訟型、総額不明型、資力考慮型、相殺考慮型、費目限定型、一律一部請求型という六種類の一部請求類型のすべてにおいて、一部明示責任の履行を期待できない場合は、基本的には考えにくい。[15] したがって、あらゆる一部請求類型において、原告は、原則として、一部明示責任を負うと解すべきである。もっとも、一部明示責任の根拠である信義則上の義務は、主として複次応訴の危険にさらされる被告の保護を目的とするものであるから、被告が当然に一部請求であることを認識できる場合には文字どおりの明示でな

くてもよいと解される。一部請求類型との関係では、費目を指定することによって当然に残りの費目の存在が明らかとなる費目限定型と、請求額を均等に揃えるために一部のみを請求していることが明白な一律一部請求型の場合は、類型的にこうした場合にあたることが多いであろう。最判平成二〇年七月一〇日（以下、「平成二〇年判決」という）[16]は、このことをあらためて明らかにした近時の判例として位置づけられる。

この事件の前訴は、XらがYを反訴被告として、不法行為に基づく損害賠償の支払いを求めた事件である。Xらによれば、Yは、Xらの所有する土地が道路用地として県に買収される予定であることを知り、補償金目当てにXらには絶対に迷惑をかけないと言って賃貸借契約を締結し、その土地上に合計約四万本の樹木を植栽したが、補償金が得られないと知るや一転して巨額の償金請求を行い、この償金請求権を被保全権利として、当該樹木についてXらを債務者として仮差押命令の申立てをし、仮差押命令を得てその執行をした。これに対し、Xらは、Yによる仮差押命令の申立ては違法なものであり、応訴を余儀なくされたことによって損害を被ったとして、それぞれ、弁護士費用相当額二五〇万円および遅延損害金の支払いを求める訴えを、Yからの訴えに対する反訴として提起した（前訴事件）。この前訴は、Xらの請求を一部認容する判決が控訴審で出され、この判決が上告棄却により確定した。Xらは、引き続きYに対し、前訴事件と同一の仮差押命令を理由として、不法行為に基づく損害賠償を請求する訴えを提起した（後訴事件）。すなわち、Xらは、Yによる違法な仮差押命令の申立てに基づいて仮差押命令が発令され、その執行がされたことにより、県による買収が予定されていた土地を更地にすることができず、そのために県からの買収金が本来支払われるべき時期よりも遅れて支払われることになったとして、不法行為に基づき、それぞれ、遅延損害金相当額二〇〇万円弱の支払いを求める訴えを提起したものである。

これに対し、原審である福岡高裁は、明示一部請求の場合には訴訟物は当該一部に限定されるので後訴において残部を請求することは可能であるが、黙示一部請求の場合は一個の債権全体が訴訟物となるので同一の訴訟物

について後訴を提起した場合は前訴の確定判決の既判力に拘束されるとして、明示説に基づく判例理論を述べたうえで、次のように判示した。本件における前訴の損害賠償請求権と後訴の損害賠償請求権は、いずれも違法な仮差押命令に基づく損害賠償請求権という一個の債権の一部を構成するものであるところ、Xらは、前訴において弁護士費用相当額の賠償を請求するにあたり、不法行為による損害の一部であることを明示していたとは認めがたいので、前訴においては違法な仮差押命令を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求権の全部が訴訟物となっていた。そうすると、後訴は、前訴の確定判決の既判力に拘束されるので、前訴で認容された分を超えて損害賠償を認めることはできない。

これに対し、最高裁は、原審と同じく明示説に基づく伝統的な判例理論を前提としながら、次のように判示して、原判決を破棄して原審に差戻した。①Xらは、前訴において、不法行為に基づく損害賠償として弁護士費用損害という費目を特定の上請求していたものであり、このほかに買収金の受領が妨害されることによる損害も主張していたことが明らかである。②前訴の弁護士費用損害と後訴の遅延金損害とは、実質的な発生事由を異にする別種の損害というべきものである。③前訴の係属中は遅延金損害の額が未だ確定していなかったことが明らかであるから、Xらが、前訴において、遅延金損害の額を合わせて請求することは期待しがたいものであった。④Yは、前訴の時点において、Xらには弁護士費用損害以外に遅延金損害が発生していることと、その損害は仮差押執行が継続することによって拡大する可能性があることを認識していた。最高裁は、これらを理由として、本件の前訴では、仮差押命令の申立ての違法を理由とする損害賠償請求権の一部である弁護士費用損害についての賠償請求権についてのみ判決を求める旨が明示されていたものと解すべきであり、遅延金損害について賠償を請求する後訴には前訴の確定判決の既判力は及ばないとした。

このように、一部明示責任の履行の程度や態様は、一部請求類型の種類、一部請求と残部請求の関係、一部請

求の客観的な背景、被告の認識の内容と程度などによって異なってくるが、一部明示責任の根拠が信義則である以上、それは当然のことである。こうした一部明示責任を原告が適切に履行しなかった場合には、後述のように、残部請求の後訴の可否、過失相殺や相殺の抗弁、控訴の可否などにおいて、一部請求類型に応じて、不利な取り扱いを受けることがある。

2　理由明示責任

明示説は、原告による一部請求の明示があれば、被告が残部債権不存在確認の訴えを含む対応措置をとりうることをもって、相反する利害のバランスを図ったものである。しかし、原告は、単に一部請求であることを知っただけでは、適切な行動をとることができない。一部請求類型の中には、相殺考慮型のように原則として後訴を予定していないものもあるし、資力考慮型のように被告の財産状況が回復しない限り、後訴提起の蓋然性が低いものもある。このような場合に、被告に残部債権不存在確認の訴えをやみくもに提起させるのは、被告に無用な負担を強いることになって妥当ではない。また、一部請求の明示を受けた被告の対応には、残部債権について和解をするという選択肢もあるが、和解をめぐる状況は、試験訴訟型、費目限定型、一律一部請求型など、それぞれの一部請求類型によって大きく異なる。したがって、明示説が前提とする原告の行為責任は、単に一部明示責任にとどまるものではなく、一部請求をする理由を明らかにする責任、すなわち理由明示責任を含むものと考えられる。[17] 一部請求訴訟は、原告側の都合で一個の債権を分断して訴求するものであり、その結果として被告の応訴負担や司法資源の非効率をもたらすものであるから、理由明示責任は一部請求訴訟の原告が負うべき相応の負担というべきである。また、合理的な目的で一部請求の訴えを提起する原告にとってはさしたる負担ではなく、むしろ民訴法二条の趣旨からして当然の責任である。

もっとも、理由明示責任も信義則上の義務であるから、被告や裁判所にとって認識可能であれば、一部明示責任の場合と同じく文字どおりの明示でなくてもよい。平成二〇年判決は、理由明示責任のような言葉こそ使っていないが、これに類した判断をしているものと思われる。原告が理由明示責任を適切に履行しなかった場合についても、一部請求類型に応じて、一部明示責任の場合と同様の不利な取り扱いを受けることがある。

3　請求拡張責任

一部請求訴訟を提起した原告が、一部請求の前訴において負担する信義則上の行為責任としては、一部明示責任と理由明示責任のほかに、一定の場合における請求拡張責任が考えられる。ただし、一部明示責任や理由明示責任と異なり、請求拡張責任が認められる場合は限定される。すでに最初の論文で述べたように[18]、試験訴訟型、費目限定型、一律一部請求型については、一般的には請求拡張責任は考えにくい。資力考慮型については、理論的には考えられないわけではないが、現実には、資力考慮型において請求拡張責任が生じる場合は稀であろう。これらに対し、総額不明型の場合は、その性質上、第一審の口頭弁論終結時までのいずれかの時点で請求拡張責任が発生する場合が多いであろう。相殺考慮型の場合は、一般的には請求拡張責任はないが、例外的に請求拡張責任が生じる場合がありうるものと解される[19]。これらに対し、より一般的に請求拡張責任が発生するのは、いずれの一部請求類型にも該当しない場合、すなわち合理的な理由が認められない一部請求が後発的に生じた場合である。たとえば、後述する裁判例のように、訴訟係属中に他の相続人によってなされた相続放棄により、結果的に合理的な理由のない黙示一部請求が生じ、そのことを原告が十分に認識しているなどの場合には、原告は請求拡張責任を負う。原告が、請求拡張責任を適切に履行しない場合には、一定の不利な取り扱いを受けることがある。たとえば、黙示一部請求であるにもかかわらず、請求拡張のための控訴の利益が認められないことなどが考

えられる。

4　信義則違反の効果

訴訟上の信義則に基づく一部明示責任、理由明示責任、請求拡張責任は、一部請求の前訴における行為責任であるが、この行為責任を履行しなかった場合には、いくつかの例を上述してきたように、訴訟上の信義則に基づく結果責任としての不利益を受けることがあってもやむを得ない。後に詳しく検討することとして、ここでは、結論のみを挙げておく。相殺考慮型であることについて一部明示責任または理由明示責任を適切に履行していないときは、過失相殺の処理において相殺考慮型にのみ適用されるべき外側説の利益を享受することができなくなる。残部請求を予定している一部請求類型であっても、一部明示責任を履行していないとき、すなわち黙示一部請求の場合には、一部請求の前訴における勝訴・敗訴にかかわらず、残部請求の後訴は認められない（判例における明示説と結論において同じ）。また、一部明示責任を履行していても、残部請求の後訴に合理性が認められるタイプの一部請求類型であることを示す程度に理由明示責任を履行していないときは、やはり一部請求の前訴における勝訴・敗訴にかかわらず、残部請求の後訴は認められない。また、請求拡張責任が発生する場合において請求拡張責任を適切に履行していないときは、たとえ別訴において残部請求が認められない場合であっても、請求拡張のための控訴の利益を失う。

（12）　松本・前掲注（9）二一四頁は、一部明示責任は認められないとする。しかし、松本教授の見解は、黙示一部請求の場合における残部請求を無条件で認める立場であるから、説かれているところは、そうした立場から導かれた最初に結論ありきのものにすぎない。また、その論拠として述べられている一部明示責任を否定する理由も不当である。すなわち、一部明示責任

は法律に定められていないとするが、一部明示責任は信義則に由来するので、明文規定はないが法律上の根拠を有することは言うまでもない。また、処分権主義の下で一部明示責任は存在しないとするが、明示説をはじめとする多くの見解は、処分権主義も絶対ではありえないとしてその内在的制約を論じるものであり、同教授の処分権主義絶対の発想とはおのずから前提を異にする。さらに、被告は残債務不存在確認の反訴を提起して、自らのイニシアティブで複次応訴の負担を回避できるとするが、一部請求類型の中には残債務不存在確認の反訴が無意味なものや、残債務不存在確認の反訴がどれほど効果的かについて判断を要するものなどがあり、抽象的に残債務不存在確認の反訴が可能であるというだけでは、被告の地位に配慮したことにはならない。同教授と異なって、およそ明示的一部請求と黙示的一部請求とでは、何らかの形で結論を異にすべきとする立場をとる場合には、当然に前訴における一部明示責任の存在が前提となるはずである。

(13)　高橋宏志「一部請求」同『重点講義民事訴訟法（上）』（有斐閣・二〇〇五年）九七頁。

(14)　三木・前掲注（1）四四頁参照。

(15)　後遺症や後発損害の場合については一部請求の前訴における一部明示責任の履行を期待することはできないが、一部請求論は原告が残部の存在を認識している場合に限定した方が生産的であり、これらは一部請求論の領域から外して考えるべきである。三木・前掲注（1）三四頁・四二頁注（9）掲記の文献等参照。

(16)　裁判所時報一四六三号四頁。

(17)　松本・前掲注（9）二一四頁は、理由明示責任は認められないとする。そして、その理由として、①試験訴訟型と総額不明型を明確に区別できるかどうか疑問であること、および、②被告の訴訟上相殺を予期して一部請求訴訟を提起するというのは現実離れした仮定にすぎないことを挙げる。しかし、これらは、いずれも筆者が整理した一部請求類型に対する批判であって、理由明示責任の存在に対する批判ではない。同教授と異なって、一部明示責任を肯定する立場をとる場合には、一部であることの明示を要求するだけでは原告と被告のバランス調整としては不十分であるので、当然に理由明示責任を肯定することになろう。また、同教授の批判①については、筆者の分類は、一個の一部請求訴訟が試験訴訟型であると同時に総額不明型であることを否定するものではないので、一部請求類型に対する批判にすらなっていない。また、批判②については、筆者の見解は、相殺考慮型の典型はあくまでも過失相殺の場合であり、相殺の抗弁については相殺考慮型がありえないわけではないと述べて

いるにすぎないので、やはり批判になっていない。筆者は、前掲注（1）三九頁において、過失相殺の場合と異なって相殺の抗弁の場合における相殺考慮型は特殊な場合に限られること、および、実際にも過失相殺を前提とする相殺考慮型の事例は多いが相殺を前提とする事例はきわめて少ないことをことわっている。ちなみに、同教授は、筆者の見解について、筆者が、試験訴訟型、総額不明型、資力考慮型、費目限定型、一律一部請求型の五つの類型では理由明示責任は考えがたいと述べているかのごとく整理されているが、筆者は、これらの類型では理由明示責任の履行を期待できない場合は考えにくいと述べているのであり、誤読である。

（18）三木・前掲注（1）四七頁参照。

（19）松本・前掲注（9）二一四頁は、請求拡張責任は認められないとする。そして、その理由として、①総額が不明でも試験訴訟をする利益が認められるべきであること、②処分権主義の下では残部債権を後訴で主張するのは原告の任意であることを挙げる。しかし、批判①については、一個の一部請求訴訟が試験訴訟型であると同時に総額不明型であることは否定されないので、批判になっていない。また、批判②については、すでに述べたように処分権主義にも内在的制約があることを看過した議論である。

四　明示一部請求における過失相殺および相殺の抗弁

金銭債権の明示一部請求において原告が訴求した部分の債権の存在が認められ、これに対して訴求債権の一部について被告が提出した債権消滅事由（過失相殺、相殺、弁済等）の主張に理由があると認められる場合、これをいかなる形で控除すべきかという問題がある。理論的には、①訴求されなかった残部も含めて原告の債権全部を基礎として控除額を算出し、これを訴求されなかった残部の側から控除していくべきとする立場（外側説）、②訴求されなかった残部も含めて原告の債権全部を基礎として控除額を算出する点では外側説と同じであるが、こ

れを一部訴求された側から控除していくべきであるとする立場（内側説）、③原告の債権全部を基礎として算出した控除額を一部と残部の比率に応じて按分し、按分された額を一部訴求額から控除すべきであるとする立場（按分説）の三とおりがある。かつては顕著な見解の対立があったが、判例は、最判昭和四八年四月五日民集二七巻三号四一九頁（以下、「昭和四八年判決」という）により、過失相殺の場合について外側説を採ることを明らかにし、さらに、最判平成六年一一月二二日民集四八巻七号一三五五頁（以下、「平成六年判決」という）により、相殺の抗弁の場合についても外側説を採ることを明らかにし、実務上の決着をつけた。学説においても、結論において判例と同じく外側説を採る見解が有力である。[20] 筆者も、基本的には外側説が妥当であると解するが、一部請求類型のすべてにおいて外側説が適切であるわけではない。一部請求類型によっては外側説が望ましくない場合もあれば、好むと好まざるとに関わらず按分説や内側説によらざるを得ない場合もある。

1　一部請求と過失相殺

まず、昭和四八年判決の事案である過失相殺の場合から検討する。判例が採る外側説の中心的な論拠は、「明示的な一部請求をする当事者の意思としては、過失相殺を自認し、そのうえでなおこれだけは認容されたいという趣旨で、損害額の一部について申立をしているにすぎない場合が多」[21] いという点である。すなわち、外側説の正当性は、一部請求の訴えを提起する原告の通常の意思に沿うことに支えられている。しかし、これはあくまでも相殺考慮型を想定した議論である。たしかに、相殺考慮型の場合は、原告の意思で、過失相殺による控除が想定される部分をあらかじめ減額しておくことで、無駄な訴訟費用の支出や無用な争点の拡大を回避しているのであるから、この場合に内側説や按分説を適用するのは不当である。また、外側説の付加的な論拠として、実務的には後訴による残部債権の主張はほとんどなされず、実質的には全部請求と見ることができる旨が説かれること

もあるが、これもまた、相殺考慮型を想定した議論である。相殺考慮型の趣旨は、あくまでも前訴手続における自らの訴訟活動の合理化であるから、別訴提起の可能性を留保する一部請求類型（試験訴訟型、資力考慮型、費目限定型など）の場合は、これとは様相を異にする。[22]

まず、費目限定型から見ていくが、費目限定型は、全体債権のうちの各部分を識別する指標としての費目が存在し、しかも費目ごとに立証手段や賠償方法などが異なりうる点で、相殺考慮型とは本質的に異なる。たとえば、XがYの不法行為によって損害を被った場合において、全体損害としては、治療費、家屋改造費、逸失利益、介護費用、慰謝料、弁護士費用を合計すると少なくとも五〇〇〇万円は下らないところ、これらのうちから逸失利益と介護費用を除外して二〇〇〇万円の支払いを求める一部請求訴訟を提起したとする。Xが、ひとまず逸失利益と介護費用を除外したのは、①逸失利益や介護費用はいかなる損害額の算定方式を採るかについて慎重な検討を要すること、②一時金賠償を求めるか定期金賠償を求めるかについて、後遺症の程度、介護の状況、職場の環境などを時間をかけて見定める必要があること、③証拠の収集について他の費目とは別種の困難さがあることなどが考えられる。このように、全体債権が異なる費目の集合体である場合において、特定の費目を除外した形の一部請求では、そもそも除外された費目については主張・立証がなされず、裁判所はこの部分の金額を認定することができないから、債権全部を基礎として控除額を算出する外側説を採ることは原理的に不可能である。また、かりに、除外された費目について何らかの形で算出が可能である場合がありうるとしても、損害額の算定方式や賠償方法などを熟慮したうえで別訴を検討したいという原告の意思や事情は尊重されるべきであるから、いずれにせよ外側説は望ましくない。また、内側説も債権全部を基礎として控除額を算出する立場であるから、同じ理由で採ることができない。したがって、費目限定型の場合には、按分説によるべきことになる。ちなみに、過失相殺の場合は、当事者の過失割合がパーセンテージで出されるから、残部債権の額が不明であっても、按分説に

よる算出は可能である。ところで、リーディングケースである昭和四八年判決の事案であるが、この事件の訴訟物は不法行為に基づく損害賠償請求権であり、損害費目として、治療費、逸失利益、慰謝料が主張されている。しかし、この事件は、治療費と慰謝料については全額が請求され、逸失利益のみについてその一部が請求された事案であって、特定の費目が除外されていたわけではない。したがって、いわゆる費目限定型ではない。このように、特定の費目の中での一部請求では上述した問題は生じないので、同判例の結論どおり、外側説が妥当するものと解される。以上から明らかなように、外側説や内側説は、原則として、全体債権の内訳が均質な場合にのみ、妥当する考え方である。

それでは、残りの一部請求類型は、どうであろうか。まず、総額不明型については、通常の場合は一部請求の前訴において請求の拡張がなされるので、基本的には問題は生じない。かりに、審理を通じても総額が判明しなかった場合には、債権全部を基礎とすることができない以上、そもそも外側説や内側説は考えられず、按分説によって処理することになる。次に、資力考慮型と一律一部請求型であるが、これらの類型では理論的には残部請求の後訴が考えられるところであるが、実際に残部請求がされることは稀であり、原告保護の観点から考えて外側説が妥当である。このように外側説を採った場合、すでに前訴において過失相殺の対象となり不存在とみなされるべき残部債権が別訴で再び訴求される可能性があり、しかもこの部分は前訴の既判力が及ばないという問題がある。しかし、実際には残部債権の後訴が提起されることは稀であり、かりに提起された場合には信義則に反することになり、信義則の効果として遮断されるべきであるので、深刻な問題は生じないであろう。最後に、試験訴訟型であるが、試験訴訟型は明らかに残部債権の後訴を予定している。[23] したがって、按分説によるべきことになる。[24] もっとも、試験訴訟型は教壇設例に近く実務ではほとんど見られないうえに、かりに存在しても同時に相殺考慮型でもあろうから、純粋な試験訴訟型を想定した議論はあまり意味がない。

2　一部請求と相殺の抗弁

次に、平成六年判決の事案である相殺の抗弁を検討する。同判決は、一部請求訴訟において被告から相殺の抗弁が出された場合につき、最高裁として過失相殺の場合と同じく外側説を採ることを明らかにした。この結論は、一部請求訴訟が相殺考慮型の場合には妥当である。相殺考慮型は、相手方からの相殺の抗弁が予想される場合に、訴訟費用の節約、敗訴判決の回避、審理の迅速化などを目的として、相殺相当額をあらかじめ控除して訴えを提起する一部請求類型であるから、内側説や按分説ではこのような趣旨にかなった処理にはならない。平成六年判決自身も、外側説を採る理由として、一部請求の訴えを提起する原告の意図を重視しているので、相殺考慮型を想定しての判例であると思われる。これに対し、一部請求訴訟において相殺の抗弁が出された場合については、内側説を採るべきだとする学説もある。しかし、これらの学説は、いずれも一部請求類型による相違を何ら考慮せず抽象的な議論に終始しており、平成六年判決の評価についても同事件が相殺考慮型であることを理解してのものではない。[25] 平成六年判決の事案は、原告が建築工事の債務不履行に基づく損害金のうちの一部を訴求したのに対し、被告が未収工事代金を反対債権とする相殺の抗弁を提出したというものである。すなわち、相殺の自働債権は一連の事実経過の中から発生したもので、受働債権たる訴求債権と自働債権たる反対債権は密接に関連性を有することから、原告において事前に被告からの相殺を予測または想定することが可能であった事案であり、相殺考慮型として処理を考えるべき事案である。したがって、外側説が妥当である。

これに対し、他の一部請求類型では異なる処理が必要であり、その内容も過失相殺とは異なる。過失相殺の場合は、控除部分をパーセンテージで算出するので、残部債権が確定されなくても按分説を採ることができるのに対し、相殺の抗弁の場合は、控除部分を金額で算出するので、残部債権が確定しないと按分説による割り付けはできないからである。まず、費目限定型と一律一部請求型については、一部請求の審理において残部債権部分の

金額は算出されないので、外側説や按分説を採ることはできない。すなわち、必然的に請求債権から控除せざるを得ず、結果として内側説と同様になる。資力考慮型については、全体債権が均質な金銭債権であれば総額の確定が可能であり、反対債権という新たに発見された資産は回収が困難な残部債権に充てるべきであるから、外側説が妥当である。試験訴訟型については、理論的には按分説によることになる。総額不明型については、請求の拡張がなされて全部請求になれば問題は生じないが、総額が判明しなかった場合には内側説によるしかない。

(20) 学説の分布については、木川統一郎＝島本吉規「一部請求の訴えにおける過失相殺の取扱について」判タ九〇六号四〇頁（一九九六年）、中野・前掲注（7）一〇〇頁等参照。

(21) 野田宏「判解」法曹会編『昭和四八年度最高裁判所判例解説民事篇』（法曹会・一九七七年）四五四頁・四六二頁参照。

(22) ドイツにおいても、ゲルカンは、①自己の共同過失を前もって考慮したうえで残りの請求権を主張している場合と、②自己の共同過失を考慮することなくそれ以外の理由から（たとえば訴訟費用の節約）発生した全損害の一部分のみを訴求している場合とでは、過失相殺の訴訟上の取り扱いを区別すべきであるとして、①の場合は外側説が妥当であり、②の場合は按分説が妥当であるとする。木川＝島本・前掲注（20）四三頁参照。

(23) 試験訴訟型は、研究者が好んで一部請求訴訟の典型として紹介するが、筆者が過去に公刊された判例集等を調査したところでは、明白に試験訴訟と呼べるような事例はほとんどなく、試験訴訟の結果に基づいて残部請求がされた例もほとんど聞かれない。したがって、どちらかといえば教壇設例に近い。

(24) ゲルカンは、相殺考慮型以外は按分説によるべきであるとする。木川＝島本・前掲注（20）四三頁参照。

(25) 梅本吉彦「判批」ジュリ一〇六八号（平成六年度重要判例解説）一二一頁（一九九四年）は、一部請求をする趣旨は多様であって一義的に判断できないとして、内側説が理論的に素直であって無理がないとするが、一部請求類型の違いを理解した議論ではなく、事案の内容に踏み込まない抽象論にすぎない。また、松本博之「反対相殺の適否について」佐々木吉男先生追悼論集刊行委員会『民事紛争の解決と手続』（信山社・二〇〇〇年）二〇四頁は、外側説は被告の防御権を骨抜きにして実質的

な相殺権の剝奪であるから不当であるとするが、相殺考慮型に対しては妥当しない議論である。

五　一部請求後の残部請求の可否

一部請求後の残部請求の可否は、判例理論の結論を私見である信義則説の立場から説明すれば、以下のようになる。一部請求の前訴が黙示一部請求の場合は、訴訟物は訴求された一部であって残部に既判力は及ばないが、[26] 一部明示責任の不履行による信義則の効果として、後訴における残部債権の主張は許されないことになる。一部請求の前訴が明示一部請求であって、これが一部棄却または全部棄却された場合には、残部債権を含む債権全体に関する当事者の攻撃防御を経て債権全体について不存在の判断がなされているので、信義則に基づく権利失効の原則の適用により、後訴における残部債権の主張はやはり許されない。[27] したがって、後訴における残部請求が許されるのは、一部請求の前訴が明示一部請求であって、かつ、原告がその前訴において勝訴した場合のみである。こうした結論は、この限りでは平成一〇年判決と同じである。しかし、私見の立場では、以下の二つの点で別途の考慮を必要とする。

第一は、一部請求訴訟が費目限定型の場合である。平成一〇年判決の論理と結論は、一部請求訴訟における訴求債権と残部債権を合わせた全体が、すべて均質であることを前提としている。しかし、費目限定型では、訴求された一部と控除された残部は別の費目であり、債権発生の基礎やそれを証明する証拠も異なる。そのため、訴求された一部を判断するに際して残部を審理する必要はなく、実際にも残部の審理および判断は行われないから、平成一〇年判決の論理と結論の射程は及ばない。[28] すなわち、費目限定型の場合は、たとえ一部請求の前訴が棄却された場合でも、残部請求は許される。このことは、平成一〇年判決が参考にしたと思われる竹下守夫教授の信

義則説において、すでに詳しく述べられているところである。すなわち、「請求棄却判決（一部棄却も同じ）は、一部を残部と切離して審理の対象としえない場合には、当然に債権全体を審理し、債権全体につき弁論を尽くしたことを前提とするはずである。そこでこの場合には、一方で、債権全額が存在しないとの裁判所の判断を基準として紛争の決着がつくはずだとの被告の信頼ないし期待的利益を保護する合理的必要があり、他方原告に対しては、債権全体についての手続権が保障されたといえるから、この裁判所の判断に拘束力を認め、原告はもはや残額の存在を主張して別訴を提起することはできないとするのが、当事者間の公平に合致する。……これに対して、一部を残部と切離して審理の対象とすることができ、残部の審理に立入らずに請求棄却の判決がなされた場合には、裁判所は残部の存否については判断をしていないはずであるから、判決の判断内容を基準として紛争の決着がつくはずだとの被告の信頼は、残部については成立しようがない」[29]とされる。平成一〇年判決自身も、理由づけとして「債権の特定の一部を請求するものではないから」と述べており、債権の特定の一部を請求する費目限定型に射程が及ばないことは、当然の前提としているものと思われる。

第二は、一部請求訴訟が相殺考慮型および総額不明型の場合である。これらの場合は、たとえ一部請求の前訴が明示一部請求であってかつ原告がその前訴で勝訴したとしても、原則として残部請求は許されない。相殺考慮型は、その本質において残部請求を予定していない一部請求類型であり、相手方にも残部請求はないことの期待が生じる。また、実際に過失相殺がなされまたは相殺の抗弁が出された場合は、判例理論によれば（相殺考慮型については、私見も同じ）外側説により残部から控除されるので、残部請求を認めることはできない。また、総額不明型の場合は、基本的には、一部請求の前訴の審理や相手方の主張等を通じて総額を把握し、請求を拡張して前訴内で決着をつけるのが筋である。したがって、特段の事由がある場合を除き、請求拡張責任の不履行による効果として、残部請求を認めることはできない。このように、一部請求類型の中には、相手方に残部請求の可

能性が合理的に予測できる類型であるがゆえに明示一部請求かつ勝訴の要件を満たしていれば残部請求が認められるタイプのものと、逆に残部請求がないことについて合理的な期待が生ずるがゆえにこれらの要件を満たしていても残部請求が許されないタイプのものがある。したがって、原告が理由明示責任を適切に履行せず、前者のタイプであることを被告に知らせなかった場合には、信義則により残部請求の後訴は許されないと解すべきである。すなわち、理由明示責任を適切に履行しなかったときは、たとえ明示一部請求かつ勝訴の要件を満たしていたとしても、残部請求は許されないことになる。

（26）松本・前掲注（9）二二四頁は、一部請求訴訟を全部または一部棄却する確定判決は、残部請求の後訴に対して、一部請求の前訴と後訴が矛盾関係に立つとの理由で既判力が及ぶとする。しかし、すでに同教授自身が批判を紹介しているように、このような見解は、判決理由中の判断に既判力を認めることになるし、一部請求を棄却する判決と残部請求の後訴には矛盾関係はないので、不当である。同教授は、こうした批判に対して反論を試みているが、既判力論について独自の見解に立つことを前提とした反論であり、同教授の既判力論を受け入れた場合にのみ、検討に値する議論である。

（27）松本・前掲注（9）二二四頁は、信義則による処理を批判して、既判力の矛盾関係による処理が妥当であるとする。しかし、一部請求の前訴において残部債権がどのように審理・判断されるかは、一部請求類型によっても具体的な事件によってもさまざまであり、一律に判断することはできないので、既判力による画一的な処理にはなじまない。また、同論文は、被告が残債務不存在確認の反訴を提起することができることを強調するが、一部訴訟類型や具体的事件によっては被告に残債務不存在確認の反訴の提起を強いることが不当な場合があることを看過している。また、権利失効の原則の適用につき、権利の長期の不行使の事案ではないとするが、権利失効の原則は相手方に権利不行使の合理的な期待が生じているかどうかを問題にするものであるから、権利の長期の不行使の場合に適用が限られるわけではない。

（28）三木・前掲注（1）五六頁参照。

（29）兼子一ほか『条解民事訴訟法』（弘文堂・一九八六年）六一三頁（竹下守夫）。

六　一部請求訴訟の全部勝訴原告による控訴の可否

名古屋高金沢支判平成元年一月三〇日判時一三〇八号一二五頁は、一部請求訴訟の第一審で全部勝訴の判決を受けた原告が、請求を拡張するために控訴をした事案において、控訴の利益を認める判断をした。事件の概要は、次のとおりである。Xは、亡Aに対して四〇〇万円を貸し渡していたが、Aが死亡して、Yが相続分である一二分の一の割合でこの債務を相続した。Xは、Yに対し、貸金四〇〇万円の一二分の一である三三万円余とこれに対する利息金等の支払いを求める訴えを提起した。この訴訟が第一審に係属中に、他の相続人らの一部が相続放棄をしたことにより、Yの相続分は四分の一になった。しかし、Xは、Yの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せず（Xの代理人は、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旨を述べている）、原審は、Xの請求を全部認容する勝訴判決を言い渡した。そこで、Xは、請求を拡張するための控訴に及び、控訴審において、Yの相続分は四分の一であると主張を改め、Yに対し、貸金一〇〇万円とこれに対する利息金等の支払いを求めた。Yは、本案前の主張として、Xは原審で全部勝訴の判決を得たのであるから控訴の利益はないとして、訴えの却下を求めた。

本件の控訴審は、「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）（現行の人事訴訟法二五条――筆者注）、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り、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る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」と判示して、Xの控訴を認めた。[30]

控訴の利益については、いわゆる形式的不服説が伝統的な判例・通説であるが、形式的不服説の考え方をあらゆる場面に貫くと不合理や不都合が生じることがあるので、現在では純粋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または新実体的不服説を基本とする考え方が主流であり、実務の多くもそうした立場に立つとされる。[31] こうした立場は、控訴審で請求の拡張を認めなければ、別訴ではもはやその請求をすることができなくなる場合には、例外的に全部勝訴者による控訴であっても控訴の利益が認められるとする。そうすると、黙示一部請求の場合は判例理論では前訴の既判力によって残部請求の別訴が許されないから（本稿の立場では信義則の効力）、一部請求の第一審で全部勝訴した原告は、残部債権にまで請求を拡張するための控訴をすることができることになる。本件控訴審も、まさしくこのような考え方に立って、Xの控訴を認めたものであ

る。

しかし、その結論には疑問がある。本件控訴審は、人事訴訟法における別訴の禁止や民事執行法における異議事由の同時主張の規定と、判例理論により別訴が禁止される黙示一部請求の場合を同視しているが、前者は別訴によって権利救済が得られないことについて当事者の落ち度はないのに対し、後者は当事者が自由な意思で一部請求訴訟を選択した結果によるものである。しかも、本件のように、勝訴原告に明らかな過失がある場合にまで、あえて請求拡張のための控訴を許す必然性はない。形式的不服説の例外が認められるのは、過失なくして残部の請求をなしえなかった場合に限るとする見解も、古くから唱えられている[32]。また、実質的に考えてみても、黙示一部請求における残部請求の場合には常に控訴の利益があるとすると、原告が恣意的に残部に関する第一審を省略させることにより、被告の審級の利益を一方的に奪うことも可能になってしまう[33]。したがって、一部請求の第一審において、一部請求であることを明示しなかったことに過失がある場合には、請求を拡張するための控訴の利益は認められない[34]。

このような結論は、一部請求論の見地から検証してみても妥当であり、本稿のこれまで述べてきた立場とも整合する。本件のXによる訴訟は、訴え提起の時点では全部請求訴訟であったが、他の相続人らが相続放棄をしたことにより、第一審の審理途中において結果的に黙示一部請求訴訟となった。Xの代理人は、これを知っていたのであるから、その時点でXに信義則上の請求拡張責任が（一部明示責任とともに）発生している（本件のXには一部請求訴訟をする合理的な理由がないので、理由明示責任は果たせない）。したがって、Xの代理人が自ら認めているように、第一審で請求を拡張するべきであった。それにもかかわらず、Xは請求拡張責任を履行しなかったのであるから、控訴審は、信義則により、控訴の利益を否定すべき事案であった。このように解することにより、一部請求論と控訴の利益論の整合的な理解が可能になるものと思われる。

本件は黙示一部請求の事案であるが、明示一部請求の全部勝訴者による請求拡張のための控訴の可否についても、触れておきたい。明示一部請求の勝訴者は別訴において残額請求が可能であるから、例外を認める形式的不服説または新実体的不服説の立場からは控訴の利益はないとされる。しかし、試験訴訟型で第一審判決の結果により自信を得て請求を拡張する場合などは、あえて別訴によらせなければならない理由はなく、むしろ同一債権の審判は同一手続で行う方が望ましいから、控訴の利益を認めるべきである。総額不明型についても、第一審の審理と判決を受けて総額が明らかになる場合があるので、請求拡張のための控訴を認める必要がある。資力考慮型の場合にも、被告の資力の回復を受けて請求を拡張する場合には、これを認めてよいであろう。これに対し、費目限定型の場合は、一部請求部分と残部請求部分とでは訴訟資料を異にするので別訴によるべきであり、控訴の利益は認められない。相殺考慮型と一律一部請求型については、基本的に請求の拡張が必要になる場合は考えにくいが、何らかの合理的な必要性が認められる場合には、請求拡張のための控訴を否定する理由はないであろう。

(30) 本件の評釈として、花村治郎「判批」判例評論三八八号（判時一三七九号）一八二頁（一九九一年）、坂口裕英「判批」百選Ⅱ〔新法対応補正版〕四〇八頁（一九九八年）、三木浩一「判批」法研六三巻六号一三一頁（一九九〇年）等がある。

(31) 高橋宏志「控訴」同『重点講義民事訴訟法（下）〔補訂版〕』（有斐閣・二〇〇六年）四五八頁、高橋宏志「判批」百選〔第三版〕二三二頁（二〇〇三年）、山田文「上訴の利益と附帯上訴」青山善充＝伊藤眞編『民事訴訟法の争点〔第三版〕』（有斐閣・一九九八年）二九〇頁等参照。

(32) 小室直人「上訴要件の一考察—その不服について」同『上訴制度の研究』（有斐閣・一九六一年）三五頁参照。

(33) 三木・前掲注（30）一三九頁参照。

(34) 栗田隆教授は、一部請求訴訟の場合には、原告が一部請求であることを第一審で明示しさえすれば別訴で残部請求をする

ことが遮断されないにもかかわらず、残部請求の存在を認識しながらしなかった場合には原告の自己責任であり、請求認容の一審判決によりすべての紛争を終了させようとして、あえて不服を申し立てなかった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があるかは疑問であり、請求拡張のための上訴はできないという形で原告が責任を負うべきであるとする。一部明示責任の不履行という観点からの立論であり、本件に関しては、私見と同じ結論となる。栗田隆「上訴を提起できる者」鈴木正裕＝鈴木重勝編『講座民事訴訟7〔上訴・再審〕』（弘文堂・一九八五年）六七頁参照。