

# 金銭債権の一部請求についての一考察

松 本 幸 一

はじめに

- 一 金銭債権の明示的一部請求と請求の特定
  - 二 金銭債権の一部請求をめぐる判例の展開と動向
  - 三 金銭債権の一部請求をめぐる判例の総括的検討
  - 四 金銭債権の一部請求をめぐる学説の動向
  - 五 訴訟物理論と一部請求をめぐる学説の分析
    - (1) 訴訟物と既判力
    - (2) 訴訟物と既判力と時効中断の相関関係
  - 六 新たな見解の提示
  - 七 債権法改正に向けた対応
- おわりに

## はじめに

一般に、債権者が債務者に対して金銭債権を有する旨を主張している場合に、どのような請求形態を選択するかは債権者の意思に委ねられる。債権者は、当初から債権額全額につき請求するかそのうちの一部につき請求する訴訟形態を採用するかは種々の事情が介在する複合的な価値判断に関わる問題である。それは同時に実体法と訴訟法が交錯する問題でもある。そこで、この問題については、かねてから実体法上及び手続法上種々の議論がある。そもそも、金銭債権のように数量的に分割することが可能な権利関係では、その金銭債権の一部を裁判上請求することが認められるのかという出発点において見解の対立がみられる。そうした請求が可能であるとしても、その時効中断の効力はその範囲につき生じるのか、さらに既判力など判決の効力をめぐって、当初請求した残額につき請求する再訴を提起することは可能かなどにつき、多くの議論がみられる。こうして問題の所在を指摘しただけでも明らかのように、実体法と手続法の両面に係り、両者が交錯する複雑な性質を有する問題である。この問題については、古く筆者の恩師染野義信教授が強い関心を持たれ、優れた論文を発表されて、<sup>①</sup>学界に問題提起したという経緯がある。この一部請求で後訴が許されるか否かは、一部請求であることが明示的であるかないかということから、訴訟物、既判力、信義則、時効中断などに係る論点を含む、いわば実体法と訴訟法が交錯する難解な問題であるといえる。

この間、判例は、種々の展開をし、個別具体的事案の特徴を正面から受け止め、その都度具体的妥当性のある紛争処理に努め、学界および実務界から多くの関心を集め、議論を呼んできた。

筆者は、そもそもなぜ債権者は債権額全額を当初から訴求しないで、そのうちの一部である旨を断ることにより請

求するという一見すると変則的とも思える訴訟戦略を採るのであるかという疑問が拭えない<sup>(2)</sup>。かりに、そうした戦術を採った場合に、当事者の主張する請求につき再訴の手續によつて残額請求することは先行する訴訟の判決が確定することにより遮断されてしまうのか。それは当事者の権利の実現を、その実現過程であるべき手續法で不当に妨げることの意味するのではなからうか、といった疑問を抱くに至った。

そこで、本稿では、現在に至るまでの判例の展開を概観し、それらの代表的な判例を通じて、一部請求の抱える先に述べた問題点について、分析し、その上で学説の動向を批判的に検討することとする。その際に、筆者の基本的視座は「裁判の正当化」<sup>(1)</sup> Ⅱ内容的な手續保障という点に設定し、問題の解明に努めることとする。それによつて、本稿は、金銭債権の（明示の）一部請求をめぐる新たな考察を試みるものである。それをもつて本号の「日本法学」が献呈される山川一陽教授を送別するにふさわしいものであると認識する。

## 一 金銭債権の明示的一部請求と請求の特定

債権者が債務者に対して金銭債権を有する旨を主張している場合に、どのような請求形態を選択するかは処分権主義により債権者の意思に委ねられている。債権者が、当初から債権額全額につき請求しないで、そのうちの一部につき請求する訴訟形態を採用する場合に、請求の対象が特定されているといえるかが問題になる<sup>(3)</sup>。訴え提起に際し、請求を定立することは債権者である原告の権限に委ねられる。そうした視点からみると、金銭債権の全額を請求するか、そのうちの一部を請求するかは債権者である原告の権限に属する事項である。

さらに進んで、その請求は特定されていることを要する。それは、被告が攻撃防御を展開するに際し、その対象が

定まらないのでは訴訟活動を著しく阻害することになる。見方を変えれば、被告の手續保障を侵害することにもなる。また、審判機関である裁判所の視点からみると、審理の対象が定まらず、審理を進めるのに支障をきたすおそれがある。それでは、原告が当初から被告に対して存在する旨を主張する債権額の全額を明らかにした上で、請求額を特定しないで、裁判所が相当と認める金額の支払いを求めるといふ請求形態を選択することは適法であろうか。<sup>(4)</sup>このような請求形態は請求を定立するという局面では、対象とする請求権を特定しているものの、審理の対象をすべて裁判所の判断に委ねてしまっている。それは、一見すると、裁判所にとってはきわめて好都合のようである。しかし、審理の対象が特定しているとはいえない。そののみならず、被告にとっては、攻撃防御を展開すべき対象が定まらないという致命的な欠陥がある。このように見てくると、請求額を特定しないで、裁判所の相当とする金額の支払いを求めるという請求形態は不適法であると解するのが相当である。<sup>(5)</sup>

そこで、本稿の主題とする事項が前面に浮上し、局面は、金銭債権の全額を示しつつ、そのうちの一部である旨を明示して、金銭債権支払請求訴訟を提起するのは、請求の対象が特定しているといえるかという問題に帰着する。その点については、後に「三 金銭債権の一部請求をめぐる学説の動向」の項において、検討することとする。

## 二 金銭債権の一部請求をめぐる判例の展開と動向

はじめに、金銭債権の一部請求については、大審院時代から問題となっていた事項の一つである。判例は、古く大審院の時代から最上級裁判所を中心に展開し、いずれもそのときどき実体法学者であると訴訟法学者であるとを問わず、学界から強い関心を集めてきている。そこで、まずこれらの判例がどのように展開してきたか、その動向を概観

し、そこから民事裁判実務における問題の所在を抽出することとする。さらに、この問題は実体法と手続法が交錯する性格を包含することに鑑み、広い視点から多角的に検討し分析することが必要であると認識するので、最上級裁判所の判例を間接的にしる一部請求に係ると見られる範囲にまで一步拡げて抽出することとする。

〔判例一〕 大審院 第二民事部 昭和四年三月一九日判決民集八卷一九九頁

〔事実〕 炭鉱事故により死亡した子の両親が、子の死亡した翌月から訴え提起の前月までの財産上損害と慰謝料の損害賠償請求訴訟を提起したところ、訴訟係属後に請求を拡張し、子の死亡時から将来の全財産上の損害につきホフマン式計算によつて算出して賠償請求した。これに対し、被告が請求拡張時には、消滅時効が完成している旨を主張した事案。

〔判旨〕 「請求による時効の中断は、裁判上の請求たると裁判外の請求たるとを問わず、その請求ありたる範囲に於いてのみ時効の中断を来すものなるを以て、一部の請求は残部の請求に対する時効中断の効力を生ずることなし。従つて債権者が裁判上一部の請求を為したる後其の訴の申立を拡張して残部の請求を為したる場合に於いても、其の申立拡張の時に始めて残部の請求に対して時効中断の効力を生ずるものと解せざるべからず。」

〔検討〕 本件において、大審院は、裁判上の請求としての時効中断効は当該請求部分についてのみ生じ、残部部分には及ばないとし、右訴訟の係属中に請求を拡張しても、請求の拡張時に、裁判上の請求としての時効中断効は生じないと判断したものである。本判決は、訴え提起時までの財産上の損害とその後の将来取得すべき全財産上の損害の關係を一部と残部と位置付け、前者の請求により後者については時効中断の効力を生じないとしている点に特徴がある。本判決に対し、民法の立場から我妻榮博士は真つ向から反対し、判旨に賛成できないと批判した。<sup>6)</sup> すなわち、訴え

の提起によって債権全額が存在が明示又は黙示に主張され争われている場合にはたとえ請求は一部であっても、訴え提起によって全額が一応中断される。従って、民事訴訟法上適法に申立てが拡張される場合には、たとえこのときに時効期間が満了していても、時効の効力は生じない。これに対し、原告が適法に申立てを拡張せず、あるいは一部の申立てを拡張するに止まって、判決が確定するときは、判決主文に現れた部分についてのみ確定的に時効中断の効力を生じ、残部については訴え提起によって中断しないこととなる。判旨が、本件を一部請求の事案と捉えていることについては特別言及していない。また、ここでは、判例評釈という性格から、民法一四七条一号の請求の意味をどのように捉えているか明らかでなく、さらに催告というこの意味内容についても深く掘り下げた検討はなされていない。しかし、明示の一部請求の既判力については、まったく言及することなしに、申立ての拡張というその訴訟の局面の枠組みの範囲内で検討の舞台を設定して問題解決に努めていることが特徴的である。とりわけ、債権全額が存在が明示的に又は黙示的に主張され、さらに争われている場合を前提として立論されている。そこに、債権者である原告の意思の表れを見出しているものと見られなくもない。しかし、ここでは、問題の所在を指摘するにとどめ、我妻説に対する掘り下げた分析と検討は、後に学説の検討において集約的に行うことが他の見解との違いも明確に浮き出してくるので妥当であると考えられる。付言すると、本判例評釈の三年後には、我妻博士による裁判上の催告の理論を打ち出した「確認訴訟と時効中断」法学協会雑誌五〇巻六号・七号（昭和七年）が登場するのである。今から思えば、本判例評釈はその論文の布石であったといえるのであり、その点で極めて意義深いものがある。

〔判例二〕 最高裁二小 昭和三二年六月七日判決 民集一一卷六号九四八頁

〔事実〕 Xは、Yらに帶留めの販売を委託したが、売却がうまくいかなかったので委託販売は合意解除された。Xは、Yらを共同被告として四五万円の賠償請求訴訟を提起し、全部認容判決が確定した。ところが、XはY<sub>2</sub>から二二万五〇〇〇円の支払を受けたのみで、残る二二万五〇〇〇円は支払われなかった。そこで、XはYらに対し連帯して残額二二万五〇〇〇円の支払を求める本件訴えを提起した。

〔判旨〕「債権者が数人の債務者に対して金銭債務の履行を訴求するにあたり、これを連帯債務と主張しなかったため分割債務として確定判決をえたときは、その後別訴において右債権を連帯債務である旨主張することは、前訴判決の既判力に抵触し、許されないものと解すべきである。」

「Xは、前訴において分割債務たる四五万円の債権を主張し、Y<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>に対し各自二二万五千円の支払を求めたのであって、連帯債務たる四五万円の債権を主張してその内の二二万五千円の部分（連帯債務）につき履行を求めたものでないことは疑いがないから、前訴請求をもって本訴の訴訟物たる四五万円の連帯債務の一部請求と解することはできない。」

〔検討〕 本件は、数人の債務者に対して単純に金銭支払請求訴訟を提起し、請求認容判決を取得した後で、前訴において請求したのは、連帯債務であり、その一部を請求したに止まるので、残額債権の支払いを請求すると主張して再訴を提起したところ、前訴の既判力に抵触し許されないとされたものである。数人の債務者に対して債権者が債権支払請求する場合に、その債務の性質につき特に連帯債務であると主張しなければ、裁判所はこれを分割債務であるとして処理することになる。しかし、そうであるとしても、その事件が終結した後になって、後訴を提起し、先に請

求したのは連帯債務であると主張して残額二二万五〇〇〇円の支払い請求をすることは一部請求の蒸し返しの事案と位置付けるのには、疑問がある。従来、本判決については、いったん訴訟が終結した後になって改めて訴えを提起し、実は前訴は一部請求であったので、その残額を請求するというのは許されないとする判例と理解されてきている。前訴は請求の対象が特定性を欠いていたわけではないが、請求形態がきわめて稚拙であったとみるのが相当であろう。前訴は、連帯債務の一部請求をした事案ではないことに留意すべきである。<sup>7</sup> 前訴の裁判所が本来釈明権を行使し、当事者の請求の意図を正確に把握すべきであったというべきであろう。しかし、いまになってその点を問題にしても解決の手がかりにはならない。さらに、前訴は本人訴訟であったのか、それとも弁護士が訴訟代理人として担当していたにもかかわらず、そのようなことになってしまったのかは、判例集からうかがい知ることができない。そうであれば、本件訴えは前訴の口頭弁論終結時までに主張しようと思えば主張することが可能であった攻撃防御方法を蒸し返して主張するものであり、その点で前訴の既判力に抵触し許されないといえれば足りるものと判断する。そして、本判決はそのように位置づけられるべきものである。

〔判例三〕 最高裁二小 昭和三四年二月二〇日判決 民集一三卷二号二〇九頁

〔事実〕 X等（二名）はY電力会社の高圧線の接触発火が原因の火災でX等の住宅等を焼失させたと主張して、Y電力会社に対して損害賠償請求の訴えを提起した。その際、損害の全額ではなく、全損害額を具体的に明示した上、その中から各自の損害の一割に相当する金額である旨を明示して、その支払を請求する本件訴えを提起した。その後、第一審係属中に請求金額を拡張したところ、Yはその拡張部分についてすでに三年の消滅時効が完成していると主張

して消滅時効の抗弁を提出したが、一、二審ともYの主張を斥けた。これを不当としてYから上告した。

「判旨」破棄差戻。「債権の一部についてのみ判決を求める旨明示した訴の提起があった場合、訴提起による消滅時効中断の効力は、その一部の範囲においてのみ生じ、その後時効完成前残部につき請求を拡張すれば、残部についての時効は、拡張の書面を裁判所に提出したとき中断するものと解すべきである。(旧)民訴三三五条参照」若し、これに反し、かかる場合訴提起と共に債権全部につき時効の中断を生ずるとの見解をとるときは、訴提起当時原告自身裁判上請求しない旨明示している残部についてまで訴提起当時時効が中断したと認めることになるのであって、このような不合理な結果は到底是認し得ない。本訴が本件不法行為により各自の蒙った損害の全額を明らかにした上そのうち一割に相当する各金額についてのみ権利を行使する旨明示して提起されたものであることは原判示のとおりであるから、右訴の提起による消滅時効中断の効力は右当初請求の金額の範囲に限って生ずべく、その後請求の拡張により訴訟物となった残額には及ばないものと解すべきところ、原判決がこれを右残額に及ぶものと解し、右残額に関する上告人の時効の抗弁をたやすく排斥し去ったのは、法令の解釈を誤り審理不尽の違法に陥ったものであって、論旨は理由がある。」

(藤田八郎裁判官の少数意見)「本件のごとき当初から特定の損害賠償債権そのものは訴訟物とされ、その請求の一部につき判決が訴求されている状態であつて、権利者は訴訟の係属中は、なんどきでも、請求の拡張という方法によって残部の請求全部につき容易に判決を求めることができる状態におかれているのである。(請求の潜在的訴訟係属)これをもし民法の『裁判上の請求』若しくは前記大審院連合部判決のいわゆる『裁判上の請求に準ずべきもの』と看做すことは民法時効中断の制度の趣旨に何の背反するところもないのではないか。」「自分は民法が消滅時効中断を認め

た制度の趣旨から理解して、本件のごとき場合において、時効中断の効力は、後に請求の趣旨拡張によって拡張された請求の部分についても訴提起のときに生ずる、そして、右中断の効力は訴訟の係属中は持続するのであるから、本件のごとく、訴提起の時から請求の趣旨拡張までの間に時効期間を経過した事実があるとしても、これをもって消滅時効が完成したと解すべきものでないと思料する。」

〔検討〕 本件は、最高裁になって初めて明示の一部請求と残額部分に対する時効中断の効力の有無につき、直接判示したものであり、同時に最高裁が大審院の前記〔判例一〕の立場を踏襲することを明らかにしたものとして重要な意義がある。この問題は民事訴訟法に止まらず、民法にも深く関わる性質を有するものであり、実体法と手続法とが交錯する一局面として象徴的な性格を有している。それと同時に、藤田八郎裁判官の鋭い少数意見には、問題に秘められた深刻な背景を見事に映し出している姿を垣間見ることができよう。とりわけ、同裁判官が残額債権につき「潜在的訴訟係属」という法的性質決定を施すことにより、具体的妥当性のある結論を導くことにそれまで見られなかった新たな工夫を加えられていることは意義深いものがあると認識する。しかし、残額債権につき「潜在的訴訟係属」という法的性質決定をもって対応することは妥当であろうか。そこには、裁判上の請求としての時効中断の効力を是認するには、訴訟係属していることが必要不可欠であるという認識の前提に立っていて、訴訟係属ということに拘泥する姿勢が見受けられる。しかし、残額債権に裁判上の請求として消滅時効の中断を認めるかはしばらく置くとして、当該部分につき訴訟係属していると認められるかが、時効中断の成否を左右する判断の分水嶺になるのではなく、被害者である原告による加害者である被告に対する賠償金請求の意思が明確に現われているか否かにこそ、問題解決の決め手があるのではないか。<sup>8)</sup> 訴訟係属は、直接裁判所による審判の対象になっている点にこそ、本質的特徴がある。

そうであれば、「潜在的訴訟係属」という理論構成は、概念矛盾の誹りをまぬかれない。その点で、藤田裁判官の少数意見が多数意見を覆すまでには至らなかった要因があると考ええる。もっとも、残額債権につき「潜在的訴訟係属」という法的性質決定を施すことによつてまでして、被害者である原告の法的保護を図ることに現行法の枠組みの中で腐心する姿勢は識者に問題の重要性を深く認識させ、後年裁判上の催告の理論を採用する貴重な礎を築いたと位置づけることが、同裁判官の意図を最も的確に体現しているのではあるまいか。今から半世紀前にすでに時効中断の抱える問題の深刻さを伺い知ることができるといえる。<sup>9)</sup>

〔判例四〕 最高裁二小 昭和三七年八月一〇日判決 民集一六卷八号一七二〇頁

〔事実〕 Xは譲渡担保として床板を取得した。それを倉庫業者のYがXの代理権を確認せずにAに引渡し、Aはこれを他に売却したため、Xは寄託物の返還を受けられなくなった。XはYに三〇万円の損害のうち一〇万円の賠償請求したところ、八万円が認容された。その後、Xはさらに残りの二〇万円について賠償請求した。第一審では前訴判決の既判力に抵触するので許されないとしXの訴えは却下されたが、控訴審で前訴判決の既判力は残額請求には及ばないとし、第一審判決を取消し、差戻した。これにYが上告した。

〔判旨〕 上告棄却。

上告理由について、「一個の債権の数量的な一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴が提起された場合は、訴訟物となるのは右債権の一部の存否のみであつて、全部の存否ではなく、従つて右一部の請求についての確定判決の既判力は残部の請求に及ばないと解するのが相当である」とし、「同趣旨の原判決の判断は正当である」とした。

〔検討〕 一個の債権の数量的な一部請求に対しての既判力が残部請求に及ぶか否かが争われた事案である。本件では、一部請求への既判力は残部請求には及ばないと判示している。その理由は、訴訟物となるのは、債権の一部の存否のみであり、全部の存否ではないというに止まっている。金銭債権の明示的一部請求による裁判上の請求としての時効中断の効力が及ぶ範囲に関するこれまでの判例〔判例一〕〔判例三〕の推移に照らし、本判旨は容易に予想できたことではある。しかし、それではたして妥当な法理論であるかとなると、裁判上の請求としての時効中断の効力が及ぶ範囲の問題と合わせて、ただちに肯定することにはなお躊躇を覚える問題である。金銭債権の全額を明らかにした上で、そのうちの一部である旨を明示して金銭債権支払請求訴訟を提起した場合に、訴訟物は金銭債権の全額ではなく、原告がその中の一部であると明らかにした明示部分である。そうであれば、既判力は訴訟物につき生じるのであるから、当該訴訟の判決の既判力は当初の明示的一部請求部分に止まるのは自然の理である。したがって、当初の訴訟においては請求対象としていなかった残額債権につき再び訴えを提起することは前訴の既判力になんら抵触するものではないのである。最高裁は、このことを具体的事案を通じて明らかにしたものであり、法理論として極めて無理のない構成をしているものと評価することができる<sup>10</sup>。したがって、一部の学説の反対はみられるものの、多くの学説も当然の法理を最上級裁判所が明らかにしたものととして積極的に評価したのも、まことに首肯できることといえる。それは、明示的一部請求における裁判上の請求としての時効中断に関する〔判例三〕とあわせて考えると、最高裁判例は、訴訟物と既判力とさらに裁判上の請求としての時効中断の範囲を等しくとらえ、一体のものとしていることがここに明確になったのである。少なくとも、訴訟物と既判力と裁判上の請求としての時効中断の効力の相関関係については、昭和三〇年代の最高裁判例の姿勢はここに明確に確立されたといえることができる。

〔判例五〕 最高裁一小 昭和四三年六月二七日判決 訟務月報一四卷九号一〇〇三頁

〔事実〕 Xは、不動産仲介業者の斡旋により土地を買い受けて所有権移転登記も完了し、建物を建設したところ、その所有者とされた者が実は真実所有者ではなく、その結果として、土地所有権を取得することができず、さらにそこに建設した建物についても、明け渡し請求訴訟を提起され、敗訴したため、建物を取り壊し、土地を明け渡すことになった。そこで、登記官が偽造書類を看過して登記を行ったため、本件土地所有権を取得しないで代金等支払ったことによる損害を受けたと主張して、国Yに対し国家賠償請求訴訟を提起した。さらに、原審係属中に請求額を拡張し、建物建築費、畳、建具等の費用から建物取り壊し費用を控除した金額につき損害賠償請求したところ、その時点ではこれらの損害項目についてはすでに消滅時効が完成していたとして拡張分につき請求が棄却されたので、上告した。

〔判旨〕 上告棄却。

「一個の債権の数量的な一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴を提起した場合、訴提起による消滅時効中斷の効力は、その一部の範囲においてのみ生じ残部に及ばないと解すべきことは当裁判所の判例とするところであつて（〔判例三〕 昭和三四年二月二〇日第二小法廷判決民集一三卷二号二〇九頁参照）、今なおこれを変更すべき必要をみない。ことに、不法行為に基づく損害賠償請求において、被害者自身が訴を提起するに当たり、全損害の数量的部分を請求するのではなく、一定の種類の損害に限り裁判上の請求をなすことを明らかにし、その他の種類の損害については、これを知りながらあえて裁判上の請求をしない場合には、右の理は一そう明らかである。もしその請求のなかつた部分についても訴提起の時に時効が中斷したとするならば、その結果として被告たる加害者の地位を不当に長期に不安定にするおそれがあり、法が不法行為について特に短期間の時効期間を定めた趣旨にも反するものといわなければなら

らない。」

〔検討〕 本判旨は、その引用する〔判例三〕を踏襲するものであり、判例の流れとしては別段不自然なものではない。その理由を子細に検討すると、訴え提起の時には、賠償請求の対象項目を特定していたが、控訴審において他の費用項目に係る損害にまで賠償請求を拡張したところ、それらについて消滅時効の完成の有無が争いになった点に特徴がある。登記官が偽造書類による登記申請手続を看過したことにより、それらの損害をすべて被ったという点では、全体として一個の事実関係から生じた損害と見することもできる。しかし、判旨は、それぞれ別個の損害と捉える前提に立って、当初の訴えの対象項目以外については、いまだ時効中断の効力を生じていないとして、請求の拡張による賠償請求を排斥している。登記官が偽造書類を看過したとはいえ、もともとの原因を生じさせたのは土地取引に関わった者らにあるので、それらの間の責任分担という観点を斟酌すると、一個の事実関係から生じた複数の保護法益とする考え方もできないわけではない。そこに、事案の具体的妥当性ある処理という考慮が働いたと見られなくもない。しかし、最上級裁判所の判断であるので、先例的意義は無視できないものがある。<sup>11)</sup>

〔判例六〕 最高裁二小 昭和四五年六月一九日判決 民集二四卷六号五六〇頁

〔事実〕 Xは、Yに対し、本件第一審において、昭和三五年九月二一日自動車事故で受傷したことにより、不法行為に基づく損害のうち、慰謝料五〇万円及び遅延損害金を請求し、そのうち二〇万円が認容され、その余は棄却されたので、控訴し、慰謝料として第一審で認容された二〇万円を含む二〇〇万円、弁護士費用として三〇万円合計二三〇万円の損害の存在を主張し、右金員及びこれに対する本件事故発生当日以降の遅延損害金の支払いを請求した。

その請求拡張の経過として、控訴審で弁護士費用として慰謝料五〇万円の一割五分に相当する七万五〇〇〇円を賠償請求し、ついで従前主張していた慰謝料五〇万円に一五〇万円を追加して合計二〇〇万円とし、これに伴い弁護士費用を三〇万円と主張して請求したものである。

〔判旨〕 上告棄却。

「Xが、弁護士に本訴の提起を委任し、…成功報酬に関する契約を締結した場合には、右契約の時をもって、Xが、民法七二四条にいわゆる損害を知った時に当たるものと解するについて、妨げはないといふべきである。」と判示し、原審において請求を拡張したときには時効により消滅したとして、上告を棄却した。

〔検討〕 本判決は、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟に係る弁護士費用の賠償請求権の消滅時効の起算点を、弁護士との報酬契約締結の時とした点で、極めて注目される。果たして本判決の先例的意義はどのように捉えるべきかについては、極めて難しい問題である。もつとも、原告の訴訟戦略には、疑問を抱く点が少なくない。通常、不法行為に基づく損害賠償請求に係る弁護士報酬は、相当因果関係が認められる範囲において認容されることはすでに判例として確立されていた。それにもかかわらず、訴え提起の当初から弁護士報酬について訴訟係属後に請求を拡張したことは、本来の財産的損害そのものの請求額につき、方針が固まらないままに訴え提起に及んだ節が伺われる。<sup>(12)</sup>

〔判例七〕 最高裁一小 昭和四八年四月五日判決 民集二七卷二四四一九頁

〔事実〕 交通事故の被害者が、療養費、逸失利益、慰謝料の全損害額を示すとともに、そのうちの一部である旨を明示して賠償請求訴訟を提起したところ、原審は、療養費および慰謝料につき、請求額から減額したものの、請求総

額の範囲内で、逸失利益を請求額を超えて認容した。また、過失相殺は、一部請求についてではなく、認定した全損害額につき行った。

〔判旨〕 上告棄却。「(一) 同一事故により生じた同一の身体傷害を理由とする財産上の損害と精神上的の損害とは、原因事実および被侵害利益を共通にするものであるから、その賠償の請求権は一個であり、その両者の賠償を訴訟上あわせて請求する場合にも、訴訟物は一個であると解すべきである。」とし、第一審判決および原審判決が当事者の申し立てない事項について判決したものではないとした。さらに、

「(二) 一個の損害賠償請求権のうちの一部が訴訟上請求されている場合に、過失相殺をするにあたっては、損害の全額から過失割合による減額をし、その残額が請求額をこえないときは右残額を認容し、残額が請求額をこえるときは請求の全額を認容することができるものと解すべきである。このように解することが一部請求をする当事者の通常の意味にもそうものというべきであつて、所論のように、請求額を基礎とし、これから過失割合による減額をした残額のみを認容すべきものと解するのは、相当でない。」と、判示した。

〔検討〕 本判決の判旨は、二点あり、(一)は、傷害による財産上および精神上の損害の賠償請求における請求権および訴訟物の個数であり、(二)は、不法行為による損害賠償の一部請求と過失相殺の対象範囲が問題となった事件である。

最高裁は、(二)について、原因事実および被侵害利益を共通にするものであることを理由に、訴訟物は一個であると判示した。この点は、従来の民事裁判実務における伝統的な立場が実体法上の根拠毎に訴訟物を構成するとしていたことからすると、衝撃を与えるに十分な斬新的立場を最高裁が打ち出したものであった。他方、学界は、むしろ

積極的に評価する方向にあったと見られる。とりわけ、被害者の立場から交通事故損害賠償請求訴訟に強い関心をもっていた研究者や弁護士からは、ようやく本判例によつて訴訟戦略を立てる上で重要な意義があるものとする受け止め方をしていたようである。しかし、このことが明示的一部請求の訴訟物論に論理必然的に連動するかととなると、そこにはなお検討すべき課題が残されている。本件事案は、一個の交通事故から生じる同一の身体傷害につき、財産上の損害と精神上の損害である。これに対し、金銭債権の明示的一部請求は、一個の同質の金銭債権につき、債権者である原告がそのうちから一部であることを明示して抽出し、訴求する形態である。そうすると、本判例の立場が金銭債権の明示的一部請求の理論構成に積極的機能を営むのか、あるいは消極的機能を営むことになるかについては、にわかに断定し難い。ここでは、問題の所在を指摘するに止めることとする。

つぎに、(二)について、最高裁は、いわゆる外側説を採用することを明らかにしたものである。その理由として、「一部請求をする当事者の通常の意味」を根拠としている点が注目される。この問題は、昭和三〇年代後半からはじまる交通事故に関する民事訴訟の急激な増加の中で最も重要な論点の一つである。その点につき、最高裁が終止符を打ったことは民事裁判実務に及ぼす影響は多大なるものがある<sup>13</sup>。しかし、最高裁のこの判旨が妥当であるかについては、なお検討を要する。過失相殺は、被害者と加害者間におけるリスク配分の公平性を図る観点から、両者の損害発生に対する原因形成に寄与した度合いを割合的に捉えることによつて、個別具体的妥当性のある紛争処理を図る趣旨にある。そうであれば、「一部請求をする当事者の通常の意味」という一方当事者の意思に問題解決の拠り所を求めるとは、はじめから両者の一方にだけ軸足を置くことにより、問題の解決を図る発想ではあるまいか。そうすると、判旨の妥当性については議論があろう。さらに、この考え方が一部請求に対し、相殺の抗弁が主張された場合につい

でも踏襲されるのだろうかという問題が控えている。最高裁として、そこまで視野に入れた判断であったのかは定かでない。その点は、本判決から二〇年後に直面することになる。それがつぎの「判例八」である。

〔判例八〕 最高裁三小 平成六年一月二二日判決 民集四八卷七号一三五五頁

〔事実〕 Xは、Yに対し請負契約の解除による損害の発生を主張し、全損害額を明らかにするとともに、そのうちの一部である旨を明示して損害賠償請求の訴えを提起したところ、Yが相殺の抗弁を主張した事案である。<sup>14</sup>

〔判旨〕 上告棄却。「特定の金銭債権の一部を請求する訴訟において相殺の抗弁がある場合には、当該債権の総額を確定し、その額から自働債権の額を控除した残存額を算定した上、請求額が残存額の範囲内であるときは請求の全額を、残存額を超えるときは残存額の限度でこれを認容すべきである。

特定の金銭債権の一部を請求する訴訟において相殺のため主張された自働債権の存否の判断は、右金銭債権の総額から一部請求の額を控除した残額部分に対応する範囲については既判力を生じない。」

〔検討〕 金銭債権の一部請求訴訟において被告が相殺の抗弁を主張した事案で、最上級裁判所の判断が示されたのは本件が初めてである。本件事案は、被告が、反訴を提起するのではなく、相殺の抗弁という攻撃防御を選択して原告の一部請求に対抗した点に特徴がある。反訴であれば、原告の訴求債権と被告が主張する反対債権とが正面から対立構造を構成するのであるが、相殺の抗弁であるため、それを受ける原告の受働債権は一部請求部分に限られるのか、それとも残額債権を含む全債権が対象になるのかが問題になる。反訴の提起の場合には、その点につき裁判手数料の納付を要するが、相殺の抗弁であれば、攻撃防御方法であるので、裁判手数料の納付は要しない違いがある。しかも、

相殺の抗弁によって残額債権を含む全債権を対象にすることができるならば、裁判手数料を支払うことなく、受働債権につき自働債権と対当額で消滅させる機能を發揮することができるというメリットがある。さらに、既判力についても、同様の範囲で確定させることが可能である。

これに対し、判旨は、相殺の抗弁につき、「判例七」における過失相殺と同様に捉え、債権の総額を確定し、その額から自働債権の額を控除した残存額を算定した上、請求額が残存額の範囲内であるときは請求の全額を、残存額を超えるときは残存額の限度でこれを認容すべきであるとしたものである。その理由として、一部請求は、特定の金銭債権について、その数量的な一部を少なくともその範囲においては現存するものとして請求するものであるので、請求債権の総額が何らかの理由で減少している場合に、請求債権の総額からではなく、一部請求の額から減少額の全部又は債権総額に対する一部請求の額の割合で案分した額を控除して認容額を決することは、一部請求を認めた趣旨に反するとする。しかし、一部請求につき、この理由とする前段のように理解すると、そこから後段のように論理必然的に推論できるかについては疑問がある。<sup>15</sup> また、相殺のため主張された自働債権の存否の判断の既判力については、一部請求の残額債権部分については審判の対象ではないため、既判力の対象にはならないことを明言したものである。この点は、これまでの最高裁判例の立場からすると、当然のことであろう。

〔判例九〕 最高裁二小 平成一〇年六月一二日判決 民集五二巻四号二一四七頁

〔事実〕 XはYとの間の業務委託契約につき債務不履行を理由に解除し、一二億円の報酬請求権を取得したと主張し、そのうちの一億円の支払いを求める訴えを提起したところ、全部棄却され確定した。そこで、Xは、主位的には

報酬請求権のうち前訴で請求した一億円を除く残額が二億九八三〇万円であると主張するとともに、予備的請求の一として、商法五二二条により残額報酬請求権二億九八三〇万円の支払いと、予備的請求の二として、Yは本件業務委託契約の解除により報酬請求権を失ったが、Xは本件土地の交換価値の増加という利益を得たと主張し、不当利得返還請求権に基づいて報酬相当額二億六七三〇万円の支払を求め、本件訴えを提起した。

第一審は本件各訴えを前訴の蒸し返しで信義則に反するとして訴えを却下したが、原審は、それぞれ信義則に反する特段の事情は認められないとして取消し、差戻した。これにYが上告した。

〔判旨〕 破棄自判(控訴棄却) (一) 一個の金銭債権の数量的一部請求は、当該債権が存在しその額は一定額を下回らないことを主張して右額の限度でこれを請求するものであり、債権の特定の一部を請求するものではないから、このような請求の当否を判断するためには、おのずから債権の全部について審理判断することが必要になる。すなわち、裁判所は、当該債権の全部について当事者の主張する発生、消滅の原因事実の存否を判断し、債権の一部の消滅が認められるときは債権の総額からこれを控除して口頭弁論終結時における債権の現存額を確定し(判例八) 最高裁平成二年(オ) 第二一四六号、同六年二月二二日第三小法廷判決・民集四八卷七号一三五五頁参照)、現存額が一部請求の額以上であるときは右請求を認容し、現存額が請求額に満たないときは現存額の限度でこれを認容し、債権が全く現存しないときは右請求を棄却するのであって、当事者双方の主張立証の範囲、程度も、通常は債権の全部が請求されている場合と変わるところはない。数量的一部請求を全部又は一部棄却する旨の判決は、このように債権の全部について行われた審理の結果に基づいて、当該債権が全く現存しないか又は一部として請求された額に満たない額しか現存しないとの判断を示すものであって、言い換えれば、後に残部として請求し得る部分が存在しないとの判断を示すものに

ほかならない。したがって、右判決が確定した後原告が残部請求の訴えを提起することは、実質的には前訴で認められなかった請求及び主張を蒸し返すものであり、前訴の確定判決によって当該債権の全部について紛争が解決されたとの被告の合理的期待に反し、被告に二重の応訴の負担を強いるものというべきである。以上の点に照らすと、金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは、特段の事情がない限り、信義則に反して許されないと解するのが相当である。

これを本件についてみると、被上告人の主位的請求及び予備的請求の一は、前訴で数量的一部を請求して棄却判決を受けた各報酬請求権につき、その残部を請求するものであり、特段の事情の認められない本件においては、右各請求に係る訴えの提起は、訴訟上の信義則に反して許されず、したがって、右各訴えを不適法として却下すべきである。

(二) 予備的請求の二は、不当利得返還請求であり、前訴の各請求及び本訴の主位的請求・予備的請求の一とは、訴訟物を異にするものの、上告人に対して本件業務委託契約に基づく報酬請求権を有することを前提として報酬相当額の金員の支払を求める点において変わりはなく、報酬請求権の発生原因として主張する事実関係はほぼ同一であった、前訴及び本訴の訴訟経過に照らすと、主位的請求及び予備的請求の一同様、実質的には敗訴に終わった前訴の請求及び主張の蒸し返しに当たることが明らかである。したがって、予備的請求の二に係る訴えの提起も信義則に反して許されないものというべきであり、右訴えを不適法として却下すべきである。」

〔検討〕 本件は、前訴で全債権額の一部である旨を明示して支払請求訴訟を提起して敗訴したところ、敗訴したので、再訴を提起し、前訴で前提とした全債権額を大幅に減額した上で、さらに前訴で請求した分を減額し、その残額につき支払請求した事案である。そうすると、単なる一部請求敗訴後の残額請求という構図とは異なっている。むしろ

ろ、前訴で分割債務であることを前提として訴えを提起しながら、その後において、実は連帯債務であった主張して再訴を提起した事案である〔判例二〕と酷似するともいえる。とりわけ、Xが準備書面において、前訴における一二億円の請求をし、敗訴したのは請求額が高額すぎたためではないかと反省し、本件訴えに及んだことをみずから認めている（民集一一六四頁）。そうであれば、残額請求というよりは、請求金額を下げただけの前訴と同一の訴訟ではないかとするYの主張にむしろ説得力が認められる。他方、〔判例二〕は前訴の債権の法的性質につき、再訴においてはこれと異なる連帯債務である旨を主張したのに対し、本件では、前訴と再訴とは全債権額自体につき異なる主張をしている点に特徴がある。したがって、最高裁は既判力を持ち出すことにより再訴を排斥することは躊躇したと見受けられる<sup>16</sup>。そうであれば、本件は、一部請求訴訟の敗訴判決確定後における残額債権の支払い請求の可否として一般抽象化するのには、不適切な事例であるとみるべきである。本判決をもって一部請求後の残額請求につき初めて信義則を理由に否定説を採用した判例として先例的意義を見出すことは、最上級裁判所の判決につき、判例としての正当な評価であるとはいえないと考える。その点で、本判決をめぐる学説の受け止め方には疑問をいだく点が少なくない。

〔判例一〇〕 最高裁二小 平成一〇年六月三〇日判決 民集五二巻四号二二二五頁

〔事実〕 Xは、Yの申請した違法な仮処分により二億五二六〇万円の損害を受けたと主張し、そのうちの一部であることを明示して、Yに対し四〇〇〇万円の支払いを求める別件訴訟を提起した。一方、YはXが支払うべき租税等を立替えて支払ったと主張して、Xに対し一二九六万円余りの不当利得返還を求める本件訴訟を提起した。

本件訴訟の第一審において上告人Xは、不当利得返還義務の存在を争うとともに、予備的に前記違法仮処分による

損害賠償請求権のうち別訴で請求している四〇〇〇万円を超える残額債権部分を自働債権とする相殺の抗弁を主張した。  
〔判旨〕破棄差戻し。「一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えが提起された場合において、当該債権の残部を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは、債権の分割行使をすることが訴訟上の権利の濫用に当たると特段の事情の存しない限り許されるものと解するのが相当である。」

〔検討〕一個の債権の一部である旨を明示して訴えを提起している場合において、当該請求分を別訴において相殺の抗弁に供することは、二重起訴禁止原則に抵触し許されないことは、すでに判例の認めるところである（最判平成三年二月二七日民集四五卷九号一四三五頁）。それでは、別訴において訴訟物を構成していない残額債権を他の訴訟において相殺の抗弁に供することは許されるかが本件の争点である。この点は、右判例と異なり、残額債権は別訴において訴訟係属していないので、もはや二重起訴禁止原則を問題にする余地はない<sup>17</sup>。

ところで、Xが提起した別件訴訟は、本判決の言い渡し日と同日に最高裁で請求棄却判決が確定している（園部逸夫裁判官の補足意見・民集二二三三頁）。同裁判官は、このような訴訟は第一審段階から同一裁判所の同一裁判部で審理されるべきであり、それによって審理の重複と事実上の判断の抵触が生じたり、訴訟経済に反する事態を防止することができると指摘しているのは、示唆に富む。なお、この判決では、一部請求と残部請求を区別して、一部請求の既判力が残部請求に及ばないとする〔判例四〕を踏襲している。

〔判例二一〕最高裁一小 平成二〇年七月一日判決 裁判集民事二二八号四六二頁、判時二〇二〇号七一頁

〔事実〕Xらの所有する土地に植栽された樹木について、Yの申立てに基づき仮差押命令が発令され、その執行

がなされたところ、Xらは、当該仮差押命令の申立てを違法であり、その執行により、鹿児島県による買収が予定されていた前記土地を更地にすることができず、そのために上記土地に対する県からの買収金が本来支払うべき時期よりも遅れて支払われることとなったとして、不法行為に基づき、Yに対し、本件買収金に対する仮差押命令送達時から約二年半分の遅延損害金相当額の損害賠償を求める本件訴えを提起した。これに先立ち、Yは、本件仮差押命令の本案請求として、Xらは、X所有の土地賃貸借契約の無効を主張して、Yに対し、当該土地上の植栽された樹木の撤去及び本件土地の明け渡し請求訴訟を提起したところ、樹木は土地に付合し、Xの所有に帰属したとして樹木の撤去請求は棄却され、土地明け渡し請求は認容する判決がなされ、確定した。他方、Yは、上記付合によつて損失を受けたとして、民法二四八条による償還請求権を被保全請求権として、本件樹木について、Xらを債務者として仮差押命令の申立てをし、それが認められて執行された。その後、Xらは、本件仮差押命令につき、本案の起訴命令を申立て、Yに対し、本案の起訴命令が発せられた。Yは、起訴命令を受けて、本件償金請求権に基づき、Xらに対し、約四万本の本件樹木に係る各償金の支払いを求める訴えを提起した（前事件本訴）。これに対し、Xらは、本件償金請求権の存在を争うとともに、本件仮差押命令の申立ては違法であると主張し、それぞれ不法行為に基づく損害賠償として、本案の起訴命令の申立て及び前事件本訴の応訴に要した弁護士費用相当額二五〇万円及びこれに対する遅延損害金の支払いを求める反訴を提起した。

〔判旨〕 破棄差戻し。

判旨は、Xらが本件訴訟で行使している本件仮差押執行のために本件買収金の支払いが遅れたことによる遅延損害金相当の損害についての賠償請求権と、Xらが前事件反訴において行使した本案の起訴命令の申立て及び前事件反訴

に要した弁護士費用相当額の損害についての賠償請求権とは、いずれも本件仮差押命令の申立てが違法であることを理由とする不法行為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べきものであるとした上で、つぎのように判示した。

「前事件反訴においては、本件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本件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、本件遅延金損害について賠償を請求する本件訴訟には前事件の確定判決の既判力は及ばないものと解すべきである（判例四）最高裁昭和三五年（オ）第三五九号同三七年八月一〇日第二小法廷判決・民集一六卷八号一七二〇頁参照。」

〔検討〕 本判決は、前訴において一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨が明示されていたとして、前訴の確定判決の既判力が当該債権の他の部分を請求する後訴に及ばないとされた事例と評価されている。しかし、本件は、前訴において全損害額を明らかにすると共に、そのうちの一部について請求する旨を明示して支払請求訴訟を提起していたものではない。後訴裁判所が事案の内容を分析した上で、前訴と本件訴えの関係を一部請求と残部請求と捉えた点に特徴がある。さらに、前訴は、本件訴訟の原告Xが進んで提起したのではなく、本件被告による本訴請求に対する反訴として提起した点にも、他の事件にはこれまで見られなかった特徴がある。本件判旨は、最終的には、前記〔判例四〕〔判例一〇〕に続いて、判例が一貫して明示の一部請求の既判力は残部請求に及ばないことを明確にしたものであるが、上記事実関係を踏まえた上で先例としての意義を理解する必要がある。

〔判例一二二〕 最高裁一小 平成二五年六月六日判決 民集六七卷五号二一〇八頁

〔事実〕 Yは、平成二二年六月二四日、亡Aの遺言執行者Xに対し、本件未収金債権に係る債務を承認した。この未収金債権は、商行為によって生じた債権であり、同日から五年の経過により消滅時効が完成する。Xは、平成一七年四月一六日到達の内容証明郵便をもって、Yに対し、本件未収金債権の催告をし、同年一〇月一四日本件未収金債権の総額は約三億九七六一万円余りと主張し、そのうちの一部である五二九三万余円の支払いを求める別件訴訟を提起した。これに対し、Yは、右総額債権には相殺により処理した分が含まれていると主張した。裁判所は、平成二二年四月二四日Yの相殺の主張を認め、現存する未収金債権は七五二八万余円と認定し、その範囲内であるXの請求を全部認容する判決をし、同年九月一八日確定した。そこで、Xは、右別件訴訟の係属中の平成二二年六月三〇日右裁判所認定の未収金債権から前訴における認容額を差し引いた残額債権二二三五万円の支払いを請求する本件訴訟を提起した。これに対し、Yは、消滅時効の完成を主張した。

〔判旨〕 上告棄却。(1)ア 数量的に可分な債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えが提起された場合、当該訴えの提起による裁判上の請求としての消滅時効の中断の効力は、その一部についてのみ生ずるのであって、当該訴えの提起は、残部について、裁判上の請求に準ずるものとして消滅時効の中断の効力を生ずるものではない(〔判例三〕 最高裁昭和三二年(オ) 第二八八号同三四年二月二〇日第二小法廷判決・民集二三卷二号二〇九頁参照)。そして、この理は、上記訴え(以下「明示的一部請求の訴え」という。)に係る訴訟において、弁済、相殺等により債権の一部が消滅している旨の抗弁が提出され、これに理由があると判断されたため、判決において上記債権の総額の認定がされたととしても、異なるものではないというべきである。なぜなら、当該認定は判決理由中の判断にすぎないのであって、

残部のうち消滅していないと判断された部分については、その存在が確定していないのはもちろん、確定したのと同視することができるともいえないからである。

イ したがって、明示的一部請求の訴えである別件訴えの提起が、請求の対象となっていなかった本件残部についても、裁判上の請求に準ずるものとして消滅時効の中断の効力を生ずるということはできない。

(2) ア 明示的一部請求の訴えにおいて請求された部分と請求されていない残部とは、請求原因事実を基本的に同じくすること、明示的一部請求の訴えを提起する債権者としては、将来にわたって残部をおよそ請求しないという意思の下に請求を一部にとどめているわけではないのが通常であると解されることに鑑みると、明示的一部請求の訴えに係る訴訟の係属中は、原則として、残部についても権利行使の意思が継続的に表示されているものとみることができる。したがって、明示的一部請求の訴えが提起された場合、債権者が将来にわたって残部をおよそ請求しない旨の意思を明らかにしているなど、残部につき権利行使の意思が継続的に表示されているとはいえない特段の事情のない限り、当該訴えの提起は、残部について、裁判上の催告として消滅時効の中断の効力を生ずるといふべきであり、債権者は、当該訴えに係る訴訟の終了後六箇月以内に民法一五三条所定の措置を講ずることにより、残部について消滅時効を確定的に中断することができるかと解するのが相当である。

イ もつとも、催告は、六箇月以内に民法一五三条所定の措置を講じなければ、時効の中断の効力を生じないのであって、催告から六箇月以内に再び催告をしたにすぎない場合にも時効の完成が阻止されることとなれば、催告が繰り返された場合にはいつまでも時効が完成しないことになりかねず、時効期間が定められた趣旨に反し、相当ではない。したがって、消滅時効期間が経過した後、その経過前にした催告から六箇月以内に再び催告をしても、第一の催

告から六箇月以内に民法一五三条所定の措置を講じなかった以上は、第一の催告から六箇月を経過することにより、消滅時効が完成するというべきである。この理は、第二の催告が明示的一部請求の訴えの提起による裁判上の催告であつても異なるものではない。

ウ これを本件についてみると、上告人は、本件催告から六箇月以内に、別件訴えを提起したにすぎず、本件残部について民法一五三条所定の措置を講じなかったのであるから、本件残部について消滅時効が完成していることは明らかである。

〔検討〕 本件では、現在まで学説で争いとなつていた、明示的一部請求により残部につき、裁判上の請求としての消滅時効の中断の効力が生ずるか否かについて否定的に処理すべきであると判示した。しかし、時効中断の範囲につき、訴訟物と既判力の範囲と時効中断の範囲を三位一体として処理した場合には、時効中断については、当事者の保護に欠ける点があることに留意し、いわゆる裁判上の催告の理論により救済を図ることを許容する旨を判示し、実体法と手続法が交錯する局面における当事者の手続保障を考へて、その救済のために大きな一歩を踏み出したものであり、きわめて重要な意義がある。<sup>(18)</sup>〔判例三〕において、藤田八郎裁判官が「潜在的訴訟係属」という法的性質決定を施すことによるべしとした点につき、学界においても実体法及び訴訟法において認知されている裁判上の催告の理論によつて理由づけを行った点に特徴を見出すことができる。

ところで、本件事案を子細に考察すると、Xは、訴え提起に先立ち、債務者Yから債務の存在を承認させ、さらに、Yに対し、未收債権全額につき催告を行つてゐる。いわゆる明示的一部請求の訴えを提起した場合であつても、通常まず催告が行われ、その後訴え提起に及ぶという手順を経るといふ経過を辿ることになる。はじめから、いきなり

訴え提起に及ぶことは極めて不自然であり、一般的にはありえないことである。それは、金銭債権の種類が貸金債権であれ、売買代金債権であれ異なることはない。しかも、たとえ後日、明示的一部請求訴訟を提起する場合であっても、催告は債権の存在を明らかにするとともに、債権全額につき行われるのであり、決して明示の一部につき催告するわけではない。Xがそうした最も正道を歩む手順を採っていることは、裁判所に対して好感をもつて受け容れられたと見込まれる。それが、裁判所の琴線を動かし、裁判上の催告の理論を判旨として導き出す引き金になったと見るのが妥当であろう。この点は、本件事案において見落としてはならない事実であり、このような債権回収の経過に留意することは、債権回収行為が点から線に、そして面を形成することを明確に反映していることが容易に理解できるのである。

このように、最上級裁判所の判例の動きを辿つてくると、判例の動向は明確に確立されてきていることが判明する。その中で、具体的妥当性のある落ち着きを踏まえた事案の解決に腐心している状況が浮かび上がってきている。訴え提起する当事者も、自己の権利の保護を図るのに、もとより可能であれば、全額回収することに努めるべきであるし、そうした手段を採るべきであるものの、相手方の資力に対する不安が最終的には障害になって見られる。その一方で、訴訟代理人が具体的事案に直面したときに、問題解決の道筋を読み間違い、訴訟戦術を旧態依然とする稚拙なものであったために、挫折したのではないかと想定される事案も見られる。このように見えてくると、訴訟代理人である弁護士の事案に対する大局的な視点からの展望ある訴訟活動がいかに重要であるかということを我々に教えてくれていると見ることもできるのではないだろうか。

それでは、こうした判例の動向を検討してきたところを踏まえて、学説がこの問題につき、どのように理論的構築に努めてきたかを見ることが出来る。

### 三 金銭債権の一部請求をめぐる判例の総括的検討

本稿前記二において、標記の事項に係る最上級裁判所の判例の動向を縦覧するとともに、個々の判例につき、そのつど「検討」の項を設けることによつて個別的に検討を加えてきた。そこで、項を改めここで、これらの判例につき総括的に検討することとする。それにより、判例の動向に対する学説はどのように対応してきていたかにつき、次項における学説の動向を概観し、分析する作業に連動させることとする。ここにいたる判例を概観すると、いくつかの特徴がみられる。

第一に、当初は明示の一部請求により裁判上の請求としての時効中断の効力はどの範囲に及ぶか(判例一)・(判例三)・(判例五)、既判力かどうか(判例四)、時効の起算点はどうか(判例六)という単純な問題が争点となつていく。事案につき、裁判所が対応するに止まっていた。しかし、現在の状況からみると、確かに単純な問題といえるにしても、当時は、訴訟物及び既判力との相関関係を視野に入れると、個別具体的妥当性のある処理に相当な苦心の跡が見受けられる。その背景には、当時訴訟物はもとより旧訴訟物理論以外に考える余地はなく、所与のものとする前提の下に、訴訟物を具体化した請求の趣旨に対する判決主文に包含するものに限り既判力を生じるとする民事訴訟法の規定を忠実に当てはめることにより、処理することに終始していた。そのため、裁判上の時効中断の効力は訴訟物につき生じるのであり、明示の一部請求をするからには、当然それによつてもたらされるところの不利益は原告みずか

らが甘受すべきであるという暗黙の認識が浸透していたものと見受けられる。さらに、もう一步踏み込んで見ると、明示的一部請求は、その根底には試験訴訟のきらいがあるという受け止め方が裁判所にも学界にも存在していたことが伺われる。<sup>(19)</sup>

しかし、債権者である原告が債権全額の存在を認識していながら、それにもかかわらずあえてそのうちの一部であることを明示することにより一部請求をすることに踏み切る背景には、なんらかの事情があるのではないかという洞察力を働かせる裁判官や研究者がまったく存在しなかったわけではない。このことは、個々の判例の検討を加えることにより、研究者による判例評釈の中に見られていた。また、最高裁判所の時代になってから登場した少数意見を開示する制度によって（裁判所法二一条）、最高裁における評議の状況を知ることのできない第三者にも、斬新な視点から発せられた反対意見の考え方が存在することを知る機会が得られることになった。さらに、その詳細な内容までも知ることが可能になったのである。したがって、最高裁判例を批評する者も、研究者であると、法曹実務家であるとを問わず、反対意見や補足意見についても、真摯に対応する姿勢が求められる。

第二に、明示的一部請求に係る事案が、時が経過するとともに、複雑になってきていることである。当初は、先第一の項において述べたように明示的一部請求訴訟を提起した後には、請求を拡張したところ、請求部分についての時効中断の成否が争点になっていて、当初の裁判上の請求としての時効中断の効力は当該請求部分に止まるのか、残額債権にも及ぶのかという単純な事案であった。その後、過失相殺（判例七）、相殺の抗弁（判例八）等が加わり、損害賠償請求の訴訟物論、相殺の抗弁と二重起訴禁止原則等の問題が交錯し、複合的な争点を形成する事案が顕著になってきた。そのため、それらの関係事項についての新たな判断をも前提問題として迫られるようになってきた。

第三に、明示の一部請求が、他の訴訟行為と関係して事案に登場するようになり、それらの訴訟行為に係る訴訟法上の問題との関係が問われるという複合的要素を秘めるようになってきていることである。過失相殺や相殺の抗弁の対象範囲、相殺の抗弁と二重起訴の成否の問題が、それである。

#### (1) 過失相殺・相殺の抗弁の対象範囲

過失相殺も相殺の抗弁も、もとより訴訟物ではなく、いずれも攻撃防御方法である点では共通する。しかし、過失相殺は、公平の原則及び信義則の現れであり、裁判所は職権ですることも可能である。これに対し、相殺の抗弁は、簡易決裁機能及び当事者間の公平の現れであり、後者は担保的機能によるとされ、しかも当事者の意思表示によるので、訴訟上においても抗弁として主張されることを要し、裁判所が職権でできるわけではない。しかし、判例は、金銭債権の一部請求との関係について見ると、一部請求訴訟を提起する当事者の意思がどこにあるかという視点から捉え、過失相殺や相殺の抗弁を主張する側の意思は後退してしまうという特徴がある。それは、同時に見解の対立を生じる要因にもなっている。

#### (2) 相殺の抗弁と二重起訴

すでに訴訟係属中の債権をもって別訴において相殺の抗弁に供すること、あるいは係属中の訴訟において相殺の抗弁に供する債権を同時に別訴をもって請求することは、二重起訴禁止原則（民事訴訟法一四二条）に抵触するかは、争いがあったところである。判例は、前者につき、最判平成三年一二月一七日民集四五卷九号一四三五頁が、二重起訴禁止原則に抵触する旨を判示し、後者につき、同様に、東京高判平成八年四月八日判例タイムズ九三七号二六二頁が、

違法とした。そこで、前者に係る最判平成三年二月一七日を前提とすると、明示的一部請求している残部債権は訴訟係属していないのであるから、別訴において、相殺の抗弁に供することも差し支えないとする〔判例一〇〕が導かれることになるのである。その点で、〔判例一〇〕は先行する最高裁判例とも平仄が保たれているといえる。

第四に、訴訟物理論と時効中断の関係を統一的に捉えることが困難な事態に直面するようになってきたことである。それが、明示的一部請求の残額債権に対する消滅時効中断の可否の問題と、手形金請求訴訟による原因債権に対する消滅時効中断の問題とで、統一的な判断基準を構築することが破綻したことである。

明示的一部請求による残額債権に対する時効中断について、判例は訴訟物の対象外であることを決め手としている。訴訟物、既判力および裁判上の請求としての時効中断を三位一体として位置付けている。ところが、手形金債権の支払請求訴訟につき、既判力は訴訟物である手形金債権に止めつつ、裁判上の請求としての時効中断の効力は、原因債権にまで及ぶことを導く必要性から、経済的利益の同一性という別個の基準を持ち出している。そうであれば、明示の一部請求においても、同一債権の一部と残部という相関関係に着目すると、経済的利益の同一性という判断基準を採用しても、著しく不合理であるともいえないが、そうした論法は採用していない。この違いについての理由付けは、いずれの判旨にも見出すことはできない。

第五に、訴訟物を観念することができない事案につき判例がこれまで採ってきている見解と、前記各判例との整合性を検証する必要性がある。とりわけ、催告としての時効中断の効力を認めた事例と被告の主張に裁判上の請求としての時効中断の効力を認めた事例との関係である。

(1) 催告としての時効中断の効力を認めたものとして、

① 被担保債権の債務者が原告である訴訟において、被告が留置権の抗弁を提出した場合には、当該債権につき消滅時効中断の効力があるとする（最判（大）昭和三八年一〇月三〇日民集一七卷九号一二五二頁）。

② 相手方がその選択により本人又は代理人のいずれかに対して債務を負担することを主張することができる場合において、本人が相手方に対し右債務の履行を求める訴えを提起し、その訴訟の係属中に相手方が債権者として代理人を選択したときは、本人の請求は、右訴訟が係属している間代理人の債権につき催告に準じた時効中断の効力を及ぼすとする（最判昭和四八年一〇月三〇日民集二七卷九号一二五八頁）。

(2) 被告の主張に裁判上の請求としての時効中断の効力を認められたものとして、

③ 所有権に基づく登記手続請求訴訟において、被告が自己の所有権を主張して請求棄却判決を求め、その主張が容れられて請求棄却判決が下された場合には、その所有権の主張は、裁判上の請求に準ずるものとして、原告のため取得時効中断の効力を有するとする（最判（大）昭和四三年一月二三日民集二三卷二二号二五一〇頁）。

④ 債務負担の事実がないことを理由として根抵当権設定登記及び移転登記抹消請求訴訟において、被告が請求棄却を求め、債権の存在を主張したときは、その主張は裁判上の請求に準じて、債権につき消滅時効中断の効力を生ずるとする（最判昭和四四年一月二七日民集二三卷一一号二二五二頁）。

前記判例は、明示の一部請求において残部債権についての催告の意思が表示されていると見られるか否かにつき検討するに際し、前記①および②における催告の成否を問うのと比較して、どのような違いがあるのかあるいはどのような共通点を見出すことができるかまでは、検討した様子が見られない。

さらに、本稿前記各判例は明示的一部請求における訴訟物はどの範囲であるかに着目し、そこから既判力を導き出すのは当然のことではある。同様に、訴訟物の範囲という切り分けを境界線にして、裁判上の請求としての時効中断の成否を検討するという作業工程をたどってきている。その上で、訴訟物から外れる範囲につき、催告という法的手段を用いることによつて時効中断の範囲を設定することにより、債権者の保護を図ることに努めている。

しかし、前記③および④は、抗弁としての主張に裁判上の請求としての時効中断の効力を認めている。反訴による請求であれば、本訴と同様に捉えるのはもつともであるが、抗弁としての主張に容易く裁判上の請求に準じた法的効果を導くには、局面が大きく異なるのではないか。抗弁は、先に相殺の抗弁につき二重起訴との関係で述べたように、相殺の抗弁は既判力を生じるので（民事訴訟法一一四条二項）、たとえ抗弁であつても、相殺の抗弁に供する債権については、訴訟係属という法的位置付けをすることも可能である。それ以外の抗弁については、既判力を生じる余地はないので、抗弁をもつて主張する請求権につき、訴訟係属という法的性質を認めることはできない。そうしてみると、前記③・④のように裁判所の請求としての時効中断の効力を認める法的根拠を見出すことは困難である。

これらの点は、判例法において、時効をめぐる問題についての整合性ある検討が後退し、個別的事案の処理に終始しているくらいが見受けられる。<sup>20</sup>近年、「判例一二」をみることができているが、時効をめぐる判例法の形成は、それでもなお途上にあるといえるのではないだろうか。

#### 四 金銭債権の一部請求をめぐる学説の動向

金銭債権の一部請求をめぐり、学界はどのような対応をしてきたのか、つぎに概観することとする。

(1) 兼子一博士と三ヶ月章教授の牽引

金銭債権の一部請求とその残額債権の請求につき、民事訴訟法学の立場から最初に問題提起をしたのは、七四年前の昭和一五年に、兼子一博士が、論文「確定判決後の残額請求」を<sup>21)</sup>発表したときに遡る。兼子博士は、そこにおいて、金銭債権につきたとえその一部である旨を明示したとしても、そもそも請求が特定されているとはいえず、全部請求として印紙の貼用を命じ、全部請求として取り扱うべしとし、その判決確定後はもはや裁判所の審理の対象からはずれた残額債権は存在しないことになるので、許されないとした。旧訴訟物理論の中心的地位を形成した兼子博士がこのような見解を打ち出したのは、きわめて衝撃的な事態であった。この問題につき、本格的に議論されるようになったのは、戦後になってからである。

戦後になって、この立場は三ヶ月章教授に引き継がれた。凶らずも、訴訟物理論につき正反対の立場にある両者がこの問題について共存することとなったのは、訴訟物理論では割り切れない訴訟理念ともいうべきところまで立ち返らなければならない性格を秘めた問題であるとみるべきである。三ヶ月章教授は、同一事実関係から生じた紛争は一回限りで解決を図るべきであるという理念に立ち、金銭債権の一部請求はたとえ明示的であっても、訴訟制度をもてあそぶものであり、許容されるべきではないという考え方である。<sup>22)</sup>

このように、結論において一致する両教授も、兼子博士は、分割された請求を常に全部とみて、残額請求は既判力により遮断されるとするのに対し、三ヶ月章教授は、分割された請求を給付判決の最上限を画しているに止まると見る点で異なっている。

## (2) 村松俊夫判事の慧眼

それでは、両教授のこうした個人的な考え方に對し、実務家法曹はどのような反応を示したであろうか。その最も代表的な論者が村松俊夫判事である。実務の質量共に豊かな経験を踏まえて、金銭債権の一部請求をする背景をつぶさに分析し、裁判外で一部請求することが許されるのに、訴訟において一部請求されることにつき、これほどまでに批判されるいわれはないのではないかという疑問を提起された<sup>23</sup>。とりわけ、全額を請求するだけの訴訟を提起する資力が無い者にとつては、一部請求せざるをえないのではないか。仮に、一〇〇万円を一万円ずつ一〇〇回に分けて訴訟を提起するような者については、訴権の濫用として処理すれば足りるとする。そして、一部請求につきどのように考えるかは、理論の問題というよりも政策の問題であり、裁判所の手数と国民の権利の保護のどちらに重点を置くべきかの問題になるとし、それ以外に公益上の理由は考えられず、そのことをもって一部請求を否定すべしとすることはできないとしている。すでに半世紀以上前に、現職裁判官として要職にある者が、ここまで問題の所在を言い切っていることに敬服する。そして、この村松判事の論説は、その後の一部請求の処理に多大なる影響を与えとともに、勇気を与えていると認識する。

とりわけ、新旧訴訟物理論のそれぞれを代表する立場にある両教授がここでは一致することは不思議なことと受け取るべきか、あるいはその根底にある訴訟観は、国民の権利保護よりも公益性を重視することにあるという隠された意図をあらさまにさらけ出したものとみるべきかということに帰着するのではないだろうか。村松判事は、その点をいち早く見抜いていた慧眼に深く敬服するものである。

### (3) 小山昇教授と新堂幸司教授の立場

これに対し、学説の趨勢は必ずしも兼子一、三ヶ月章両教授の見解を支持するわけではない。訴訟物理論において、三ヶ月教授と比較して一層際立っているように見られる小山昇教授が、一部請求については、見解を異にするのが注目される。すなわち、貸金一〇〇万円のうちの一〇万円という主張は、一〇万円を含む一〇〇万円が単個の事実関係を原因として求められる場合には、一〇〇万円ということは、その事実関係を特定する一要素として、その事実関係の一内容としての意味を持つとする<sup>(24)</sup>。そして、残額請求は、請求を特定するものとしては意味を有しないが、既判の請求と重複しないものとして示す意味があるとして、残額請求の後訴を既判力に抵触しないとす。

他方、新堂幸司教授は、実は三ヶ月教授と同時期に、兼子教授の見解に全面的に賛成する旨を表明している<sup>(25)</sup>。このように、新訴訟物理論の中でも、論者の一部請求に対する姿勢は混沌としていることが判る。

### (4) 染野義信教授による政策論から理論への誘導

染野義信教授は、一部請求をめぐる論争は、解釈論と政策論とが不可分に論ぜられてきていると指摘しつつ、現在の訴訟法理論から見て、一部請求肯定論と比較して、否定論は多くの問題を抱えていると指摘している<sup>(26)</sup>。その上で、紛争解決の一回性の要請は、現在の訴訟制度において最前面に押し出さなければならぬ要請であろうかと疑問を投じている。その上で、染野教授は、政策論から理論的側面への回帰を主張しつつ、一部請求に係る個別的諸問題に対する見解までは、論文として公表されたわけではないことは大変惜しまれる。

現在では、特定の事実関係から生じた債権であることが明らかにされていて、かつその全債権額のうちの一部であ

ることを明示することをもって、請求の特定性は十分に満たしているといえるという点では、ほぼ一致しているとみられる。しかしながら、それを分離して請求し、敗訴判決を受けた後で再訴を提起できるかについては議論がある。

#### (5) 中野貞一郎教授の視座

中野貞一郎教授は、染野教授の古稀記念論文集に「一部請求論について」と題する玉稿を寄稿され、一部請求論をめぐる議論のあり方を整理されている<sup>27</sup>。その骨子は、数量的に可分な債権の一部請求の訴えは、権利濫用と目すべき細分請求の場合を除き、原則として適法であり、その勝訴敗訴の如何にかかわらず、残額請求は既判力に抵触しないとする。とりわけ、訴訟物概念に訴訟手続上生じる諸問題を統一的に解決する判断基準を求める試みは挫折しているとし、一部請求の議論は訴訟物論から切り離すべきことを強調していることが注目される。

#### (6) 近時の動向

それでは、近時の学説は、この問題にどのように対応しているのであろうか。大別すると、民事訴訟法は制度として一部請求を否定する根拠を設けてないとして、基本的にこれまでの判例の路線を踏襲し、肯定的に捉える立場がある。梅本吉彦<sup>28</sup>、松本博之教授等<sup>29</sup>である。伊藤眞教授は、常に債権全部が訴訟物であり、既判力もそれを基準として決定されるとする。その上で、一部であることが明示されていたか否かにより、残部に対する効果が決まるとし、明示の一部請求後に残部請求するには、それを正当化する訴えの利益を主張しなければならないとする<sup>30</sup>。これに対し、全面的に否定すべきであるとするのが、高橋宏志<sup>31</sup>、山本和彦教授<sup>32</sup>である。さらに、三木浩一教授は、一部請求を典型的

にとらえ、類型に応じた考察方法を提唱する。<sup>(33)</sup>

このように学説の動きを辿つてくると、一部請求を巡る諸問題に対する学説の展開は、同時に民事訴訟法学の理論的發展の流れでもあることが判るのである。

## 五 訴訟物理論と一部請求をめぐる学説の分析

### (1) 訴訟物と既判力

金銭債権の一部請求をめぐる学説の論争は、実は一つの特徴が見られる。

戦後のわが国における民事訴訟法学の特徴の一つに訴訟物論争がある。<sup>(34)</sup> いわゆる旧訴訟物理論と新訴訟物理論の対立である。両者は、確認訴訟の訴訟物について、実体法上の請求権毎に単独の訴訟物を構成するという点では、異論がなく、一致している。<sup>(35)</sup> 両者が、最も際立った特徴を見せるのは、請求権の競合の場合である。

旧訴訟物理論は、確認訴訟の訴訟物論を、給付訴訟及び形成訴訟にも当てはめ、訴訟類型を通じて統一的な訴訟物理論を形成すべきであるという点に特徴がある。この立場においては、一個の事実関係から債務不履行に基づく損害賠償請求権（民法四一五条）と不法行為に基づく損害賠償請求権（同法七〇九条）が成立する場合に、両者は実体法上の根拠が異なるので、別個の訴訟物を構成する。したがって、原告が債務不履行に基づく損害賠償請求権だけを主張し、裁判所がその主張は理由がないが、不法行為に基づく損害賠償請求権であれば、理由があると判断したとしても、不法行為に基づく損害賠償請求権を根拠に請求認容判決をすることは、当事者が申し立てない事項につき裁判することになり、処分権主義に抵触し不適法になる（民訴法二四六条）。しかし、債務不履行に基づく損害賠償請求権だけを

主張し、敗訴判決が下されて確定したとしても、債務不履行に基づく損害賠償請求権の不存在が既判力によって確定されるに止まるので、原告は、不法行為に基づく損害賠償請求権を主張して再訴を提起することは既判力には抵触しないことになる。

これに対し、新訴訟物理論は、確認訴訟の訴訟物については、旧訴訟物理論と同一の立場によりつつ、給付訴訟及び形成訴訟の訴訟物については、それぞれの訴訟類型の機能に即した訴訟物理論を構成するのが相当であり、それによつてはじめて、それらの各訴訟類型の特徴が反映されることになるとする。そして、給付訴訟については、実体法上の請求権概念から遮断された「一個の給付を求める法的地位」<sup>36</sup>、あるいはこれを「一個の受給権」と表現することにより、<sup>37</sup>訴訟物を構成するとする。

この立場においては、一個の事実関係から債務不履行に基づく損害賠償請求権（民法四一五条）と不法行為に基づく損害賠償請求権（同法七〇九条）が成立する場合に、両者は実体法上の根拠が異なるとはいえ、その訴訟物は「一個の給付を求める法的地位」あるいはこれを「一個の受給権」である。したがって、債務不履行に基づく不法行為に基づくかは、攻撃防御方法の違いに過ぎないので、原告がいずれを法的根拠として訴えを提起したとしても、裁判所はそれに拘束されることなく、いずれを根拠に請求認容判決をすることも処分権主義に抵触する余地はないのである。その反面、この立場においては、原告が敗訴すると、もはや再訴を提起することは既判力に抵触し、許されないことになる。この点から明らかなように、新訴訟物理論は、同一事実関係から生じた紛争は一個の訴訟によつて集約的解決を図るべしとする理念に裏付けられている特徴がある。

もつとも、旧訴訟物理論の立場によつても、債務不履行に基づく損害賠償請求権（民法四一五条）と不法行為に基

づく損害賠償請求権(同法七〇九条)という実体法上の根拠が異なる二つの請求権につき、選択的併合を用いることにより、紛争の一回解決性を図ることは可能である。これは、あくまでも、当事者の意思を重視し、紛争の一回解決性を実現させる選択肢を残している点に特徴がある。

このように見てくると、金銭債権の一部請求の問題を旧訴訟物理論の立場からみると、当事者の意思を重視する点に特徴があることに着目すると、請求対象の特定性が適えられているとするならば、残額請求の再訴を提起することは差し支えない方向に傾斜するように見受けられる。これに対し、新訴訟物理論の立場からみると、紛争の一回解決性を重視するので、たとえ請求対象の特定性が適えられているとしたとしても、残額請求の再訴を提起することは既判力に抵触し、許されない方向に傾斜するように見受けられる。

ところが、先に紹介してきたように、旧訴訟物理論の中心的地位にある兼子一博士は、すでに昭和一五年にこれを厳しく抑制する見解を表明している。他方、新訴訟物理論の立場にあり、しかも最も徹底していると見られる小山昇博士は、一部請求については、当事者の意思を重視する姿勢を前面に押し出し、許容する見解を採っている。<sup>38)</sup> そうしてみると、一部請求をめぐる問題については、訴訟物理論とは異なる判断基準が働いているように見られるのである。

## (2) 訴訟物と既判力と時効中断の相関関係

金銭債権の一部請求に係る実体法上の事項として、裁判上の請求としての時効中断の範囲の問題がある。金銭債権の一部であることを明示して訴えを提起した場合に、その時効中断の効力はどの範囲につき生じるかということである。この問題は、深刻な事態を生じることがある。

旧訴訟物理論の立場によると、残額債権につき再訴を提起することは既判力に抵触しないとする見解を支持したとしても、残額債権につき再訴を提起した際に、すでにその残額部分につき消滅時効が成立しているという事態もあり得ないわけではない。また、新訴訟物理論の立場でも、原告が一部請求訴訟を提起し、全部認容判決が下され、それに対し、被告が控訴した場合に、原告は附帯控訴を提起し、残額部分につき請求を拡張することが考えられる。ところが、その残額部分につき、消滅時効が成立してしまっていることもあり得る。こうした事態をやむを得ないこととして放置すべしとする考え方もあろう。しかし、前者については、既判力には抵触しないが、消滅時効が成立しているから実体的判断をする余地がないというのは法的処理として均衡を失っている。また、判決確定前でありながら、附帯控訴が消滅時効の成立を理由として斥けられるというのにも、疑問の余地がある。

こうした状況を生じさせる要因につき考えると、実は新旧いずれの訴訟物理論においても、訴訟物と既判力と裁判上の請求としての時効中断の範囲につき、三位一体のものとして捉え、同一範囲であるとしている。そのさらなる要因を掘り下げると、裁判上の請求としての時効中断の効力は、請求が認容されたならば、既判力によって確定されることを前提として付与されるものであるという発想に裏付けられていると見られる。そのため、新旧訴訟物理論とも、このような考え方に落ち着いてしまうのである。

しかし、こうした考え方には疑問がある。<sup>39</sup> 裁判上の請求としての時効中断の効力は、判決が確定するまで、差し当たりその請求につき消滅時効の成立を猶予しようということにある。消滅時効の制度の趣旨を、権利の上に眠るものは法的保護の対象から除外することにあるという説にしる、権利の存在を証明する証拠方法が消滅してしまうおそれに対する措置という説に与するにしる、裁判上の請求としての時効中断の効力は、このように理解するのが相当であ

る。そのみならず、訴訟物と既判力と裁判上の請求としての時効中断の範囲につき、三位一体と捉えると、対処できない問題に直面する。それが、手形金請求訴訟である。

手形金請求訴訟の訴訟物は、旧訴訟物理論においては、もとより手形金債権であり、その既判力は手形金債権のみ生じる。裁判上の請求としての時効中断の効力は手形金債権にのみ生じ、原因債権にまでは及ばないことになる。ところが、手形金請求訴訟の訴訟係属中に原因債権につき消滅時効が成立すると、手形を直接授受した当事者間では人的抗弁として原因債権の消滅を主張し、手形金請求につき請求棄却を主張することができる<sup>40</sup>。こうした事態をあらかじめ回避するには、手形金債権と原因債権を選択的併合により請求すべしとする批判も予想される。しかし、そうすると、手形訴訟という簡易訴訟制度(民法三五〇条ないし三八一条)をせっかく設けているにもかかわらず、これを利用することができなくなる。そこで、翻って考えてみると、手形金請求訴訟における裁判上の請求としての時効中断の効力を、当然のように手形金債権に限定して捉えている考え方がはたして妥当であるかという疑問が生じてくる。

他方、この点については、新訴訟物理論において考え方が一致せず、手形金債権と原因債権を包括した一個の受給権とする考え方<sup>41</sup>から、手形債権の無因性に鑑み、手形金債権と原因債権をいっしょに請求するか分離して手形金債権に限定して請求するかは、当事者の意思に委ねるべしとする考え<sup>42</sup>方まで拡散されていて統一されていない。

こうした状況の下にあつて、最高裁は、債務の支払のために手形の交付を受けた債権者が債務者に対して手形金請求訴訟を提起したときは、原因債権についても消滅時効を中断する効力を有するとした<sup>43</sup>。その理由として、手形授受の当事者間においては、手形債権は原因債権と法律上別個の債権ではあつても、経済的には同一の給付を目的とし、原因債権の支払の手段として機能しこれと併存するものにすぎず、債権者の手形金請求の訴えは原因債権の履行請求

に先立ちその手段として提起されるのが通例であることに求めている。こうした判例の立場であるからといって、判例が手形金請求訴訟の訴訟物を一個の受給権と解することに踏み切ったものとは言えますまい。すなわち、例外的ではあるが、訴訟対象と既判力対象の不一致を許容せざるをえなかったとみるのが相当であろう。<sup>44)</sup>

そこで、こうした判例の動向を視野に入れて金銭債権の一部請求の時効中断に立ち返って考えると、全債権額のうち差し当たり請求した一部を除いた残額債権につき、時効中断の効力を生じさせる法的構成を検討すべき課題に直面するのである。

この点については、実体法の観点から対処しようとするいわゆる裁判上の催告の理論による考え方と、手続法の観点から対処しようとする訴訟対象と既判力対象の分離の理論による考え方とがある。それらは、これまで概観してきた判例の中にも見る事ができる。そして、「判例一二」において、最高裁として裁判上の催告の理論をはじめて認めるに至った。これ自体は、長年にわたる課題がようやく一つの解決をみる事ができたという点で高く評価する事ができる。その一方で、これまでの、訴訟物Ⅱ既判力Ⅱ裁判上の請求としての時効中断という図式に、手形金請求訴訟における「経済的利益の同一性」と「裁判上の催告の理論」という図式が加わるということになった。しかし、こうした事態は、当事者の手続保障という最も重要な理念に合致するものであるかという検証課題に直面するのである。

## 六 新たな見解の提示

一般に、前訴につき確定判決が存在し、後訴が提起され、前訴と異なる主張がなされた場合に、後訴における主張につき信義誠実の原則に違反するとの理由に基づき、訴えを却下することはあり得ることである。しかし、この理を

金銭債権の明示的一部請求に当てはめて、前訴で留保した残額債権の支払請求につき、容易に信義誠実の原則に違反するとの理由に基づき、訴えを却下することは果たして妥当な処理であるかについては、筆者はかねてから強い疑問を抱いている。

筆者は、民事訴訟手続の原点として、「裁判の正当化」<sup>11</sup> 緻密な手続保障の具体化により裁判法上の問題を解決できると考え、その基本的理念から一部請求と既判力の問題を解決するのが最も妥当であると考ええる。

実務上、裁判の当事者にとつては、一部請求は金銭的に負担の軽減になる。金銭債権の明示的一部請求をするのは、個別事案ごとに様々な背景がある。金銭債権の明示的一部請求につき、判決が確定した後に、残額債権につき再訴を提起した場合に、その再訴を提起した部分については、いまだ裁判所の判断を受けていないのであり、さらにはそもそも裁判所の判断を受ける機会が存在しなかったのである。もつとも、原告が被告に対して有する旨を主張する全債権のうちから自己の意思により一部に限定して請求する前訴を提起したのであるから、裁判所の判断を受ける機会をみずから放棄したのではないかという批判も予想される。しかし、それは、金銭債権の実体法上有する可分性と民事訴訟手続における当事者主義に基づく原告固有の権限を正当に行行使したことによるのであり、その批判は理由がない。

さらに、時効中断の効力につき、後述する最近の債権法改正作業におけるのと同様に、裁判上の催告という考え方に依存することには、疑問が残る。むしろ、率直に既判力対象と訴訟対象の分離の可能性を正面から許容することにより、明示的一部請求によって残部にまで、裁判上の請求としての時効中断の効力が及ぶとすることが妥当であると考ええる。それによって、先に述べた手形債権と原因債権の関係におけると同様に統一的な対応を図ることが可能にな

るし、それは、けっして無理な理論構成であるともいえないのではなからうか。

これまで、学界においては、金銭債権の一部請求の可否という視点で論じられてきており、本稿もまさしくそれを主題として検討を重ねてきた。ところが、近年、所有権確認請求訴訟を提起し、その判決確定後に相続による共有持分権の確認請求することは既判力によって遮断されるかという問題提起がなされ、金銭債権の一部請求との類似性が指摘されている。金銭債権の一部請求の可否という問題が一般化され、当事者は、通常の訴訟物の範囲を明示的または黙示的に縮減することができるか、という問題提起がなされるに至っている<sup>45</sup>。このような一連の思考回路とその非凡な発想は従来まったく想定されていなかった新たな局面の訪れである。そのようにみると、一部請求をめぐる理論的説明は、民事訴訟法学の理論的発展の足跡そのものであるとともに、すぐれて実践的な広がりのある問題であるともいえる。

我々は、これを先達から学界に投げかけられた重い課題として受け止めるべきであろう。本稿の趣旨とはかなり外れてくるので、ここでは、問題の所在を指摘するに止める。

## 七 債権法改正に向けた対応

現在、法制審議会民法（債権関係）部会では、時効法制についても審議をしている。平成二五年二月に決定された同部会の間面試案では、裁判上の請求は時効の停止事由とされ、「時効の停止の効力は、債権の一部について訴えが提起された場合であっても、その債権の全部に及ぶものとする」ことが提案されていた（「中面試案」第七消滅時効7（1）ア、（2）参照）。この提案によれば、時効の停止の効力は、確定判決による権利の確定がない場合には、その停止事由の

終了から六か月以内に裁判上の請求等の措置を尽くさないと時効の停止の効力を有しないものとされている。このような中間試案の提案は、実質的に見ると、明示的一部請求訴訟が提訴された場合には、残債権についても「裁判上の催告」の効果として暫定的に時効の中断効が生じ、明示的一部請求訴訟の終了から六か月以内に残債権について裁判上の請求をすれば時効中断効は確定するという結果を導くことになるのではないか。しかし、この提案は疑問が残る。

その後、平成二六年八月二六日の同部会第九六回会議に付された「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」では、中間試案後に最判平成二五年が下されたことから、催告を重ねるのみで時効の完成が永続的に阻止されることを防ぐため、催告によって時効の完成が阻止されている間に行われた再度の催告は時効停止の効力を有しないことのみが採用されており、明示の一部請求によって残債権にまで、何故、時効停止の効力が及ぶのかの手続法上の視点からは疑問が残る。

明示の一部請求訴訟では、その部分が審理の対象となっており、消滅時効も同様の部分につき中断されるに止まり、残部請求には、一部請求に生じた消滅時効の効力は及ばない。一部請求も残部債権も同一の債権ではあるが、裁判上の請求としての時効中断の効力は及ばないのである。しかしながら、わが国民法典に採用され前述のように現在進行中の民法の改正案で「現行民法一五三条の催告」の提案をさらに訴訟手続の局面に持ち込み、消滅時効の効力を中断ないし時効停止とする「裁判上の催告」として機能させることは理論的に一貫性に欠くきらいがあり、しいては裁判における当事者の具体的な手続保障が確保されないという結果を導くことが懸念されるのである。

## おわりに

新民事訴訟法が平成一〇年一月一日をもって施行されてから本年末で満一六六年が経過する。民事訴訟法学は、学説と実務とが交錯する性格を有する点に特徴がある。それと同時に、民法、商法等の実体法と民事訴訟法という手続法は、民事訴訟の局面においては、車の両輪のごとく機能する。したがって、民事訴訟法学では、これら両方の側面に対する複線的思考をもつて考察することが必要不可欠である。

筆者は、かつて、恩師染野義信博士に師事し、これらの学問の環境基盤につき多くのかつ貴重な指導を受けてきた。拙稿は、現在本法学部の民事訴訟法を預かる立場から、博士が約半世紀前に学界に問うた問題を取り上げて、その後の学説・判例の目覚ましい発展を踏まえつつ、再検討を試みたものである。

本法学部は、今年度創設一二五周年の記念すべき年を迎えた。この節目の年に伝統ある「日本法学」に染野博士の民事訴訟法学を継承する責任ある者として拙稿を寄稿するものである。今後も微力を傾注することとし、ここに筆を置くことにする。

(1) 染野義信「一部請求論の新しい段階について」佐々木良吉博士古稀記念論文集『近代法律と政治の諸問題』（日本大学法学会・昭和四二年）三四五頁。

(2) 本稿の標題とする問題を取り上げるには、実体法と手続法の両面からの考察を必要とする。実体法の側面としては、特に時効について多くの研究業績が蓄積されているので、本来それらを検証する作業を経なければならぬところであるが、ここ

では、先行業績を引用することによって、それに代えることとする。代表的なものとして、星野英一「時効に関する覚書―その存在理由を中心として―」法学協会雑誌八六卷六号(昭和四四年)・八号、八九卷一号、九〇卷六号(昭和四九年)〔同『民法論集・第四卷』(有斐閣・昭和五三年)一六七頁以下〕。また、手続法の側面としては、金銭債権の一部請求の背景について、学界はその点についてすでに先行業績を共有している。梅本吉彦『民事訴訟法・第四版第三刷』(信山社・平成二五年)二四一頁注一参照。

(3) 染野教授は、一部請求の適法性は、請求対象の特定性の成否が問題の出発点であることを当初から指摘していた。染野・前掲注(1)三五七頁。

(4) その適法性をはじめて提言したものととして、民事訴訟法の立場から、小山昇「金額請求について」民事訴訟雑誌六号(昭和三五年)〔同『小山昇著作集一巻・訴訟物の研究』(信山社・平成六年)一五〇頁〕、五十部豊久「損害賠償額算定における訴訟上の特殊性―慰藉料額算定における裁判所の自由裁量を中心として―」法学協会雑誌七九卷六号(昭和三八年)七三一頁。民法の立場から、平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会・昭和四六年)四九一頁、潮見佳男『不法行為法』(信山社・平成一年)二二二頁。

(5) 民事訴訟法の立場から不法法とするものとして、梅本吉彦「紛争処理における損害の概念と賠償範囲―損害賠償請求と賠償請求額の特定について」加藤一郎・木宮高彦編『自動車事故の損害賠償と保険』(有斐閣・平成三年)七頁。判例も、不法行為に基づく損害賠償請求につき、金額を明示しない請求を不法法として訴えを却下する。最高裁一小昭和二七年二月二五日判決民集六卷二二二号二二八二頁。三ヶ月章教授は、本判旨に賛成し、訴訟物が金銭債権である場合には、金額と原因の二面から特定することを要し、その点では、確認の訴えと給付の訴えであるとを問わないとする(法学協会雑誌七三卷四号四九一頁)。その後、消費貸借に基づく貸金返還請求と損害賠償請求では、その金額の認定につき、裁判所の主導権に差があってもよく、前者と比較して後者の方が自由裁量が広がる」と改説している。三ヶ月『判例民事訴訟法』一九七頁〔補説〕、同「訴訟事件の非訟化とその限界」『実務民事訴訟講座第七卷』(日本評論社・昭和四四年)〔同『民事訴訟法研究・第五卷』(有斐閣・昭和四七年)七五頁〕参照。

- (6) 我妻榮「判例評釈」判例民事法昭和四年度一八事件。我妻教授は、その理由として、訴え提起によって債権が行使されるときは、時効中断の実質的理由である消滅時効の基礎が破壊される。したがって、訴えによって債権全額が主張される場合には、たとえその一部が請求されるにすぎないときにも、なお全部につき時効中断の価値ある債権の行使があるとすべきであるとす。そして、損害賠償請求権においては、全額はむしろ訴えの結果明瞭になるのであって、債権の同一性は常に原因たる事実によって決定される。本判例評釈は、後述する兼子一博士の論文のはるか一年前に発表されていることが注目される。
- (7) 井上正三教授は、本判決の意義はこの点にこそあると指摘するとともに、訴訟当事者双方の利益を適度に妥協せしめ、これを保護する点で正当なものであると評価する。井上正三「判例解説」続判例百選一四五頁。その後、井上教授は、本判決によって示された残部請求の制限方法を支持した上で、さらに一部請求で敗訴した後の残部請求を遮断することが妥当かつ可能であるとすに至っている。井上「一部請求と残部請求(一)」立命館法学六一号(昭和四〇年)二七三頁。また、原告の主張を容れることは、被告にとつて不意打ちになるという理由から、判旨に賛成するものとして、上村明広「判例解説」続民事訴訟法判例百選一八三頁。しかし、「不意打ち」という表現は、弁論主義との関係で用いるのであり、判決効との関係で用いることには違和感がある。
- (8) 中田淳一教授は、不法行為に基づく損害賠償債権のように、証拠調べの結果をまたなければ損害の全額が明らかにならず、しかもその行使につき短期の時効期間が定められているような事案では、被害者の公平を図る趣旨から、判旨は妥当性を欠くとして少数意見を支持している。中田淳一「判例評釈」民事訴訟法判例百選・同『民事訴訟判例研究』(有斐閣・昭和四七年)二九八頁。
- (9) 本判決につき、内池慶四郎教授は、当初の訴えにより主張された一部は民法のいわゆる裁判上の請求として時効中断効があり、残部については訴えにより生じた一応の中断効が請求の拡張により確定したものと解すべきであるとす。内池慶四郎「判例評釈」法学研究三三卷一一号〔同『消滅時効法の原理と歴史的課題』(成文堂・平成五年)一三八頁〕。しかし、そうした考え方に立つと、当該訴訟においては請求を拡張することなく確定し、後訴を提起し、残額請求した場合には、問題解決の手がかりが得られず、どのように対応するのか疑問が残る。平井一雄「裁判上の請求と時効の中断」『法律学の争点シリーズ

3—1 民法の争点I』九二頁(有斐閣 初版・昭和六〇年)は、裁判上の催告は、「催告」という形式をとるものの、その実質は「裁判上の請求」の外延的拡張として、時効中断が生じる範囲を拡張する機能を果たしてきたとする。民法専攻の立場からの指摘として示唆に富む。

(10) 上村明広教授は、紛争の集中的一回解決性を重視する立場から、一部請求に否定的である。上村・前掲注(7)一八三頁。

(11) 本判決は、最上級裁判所によるものであるにもかかわらず、掲載誌が訟務月報であるためか、これまでほとんど言及されていないようである。しかし、賛否は別として、看過できないものがある。

(12) 岡本坦教授は、弁護士費用の賠償請求権一般の時効起算点について、先例的意義を持たないだけでなく、本件のような事案に関する解決方法としても適切でないと厳しく批判する。岡本坦「判例評釈」民商法雑誌六四卷四号六二九頁。極めて妥当な指摘であると考ええる。その一方で、岡本教授は、明示的一部請求による裁判上の請求としての時効中断については、前記「判例三二」を支持している。岡本坦「裁判上の請求による時効中断の客観的範囲」『民法学の現代的課題—川島武宜教授還暦記念II—(岩波書店・昭和四七年)二七六頁。なお、不法行為による損害賠償請求の時効の起算点については、内池教授の壮大な一連の研究があるが、本稿の主題から離れるので、問題点として指摘するに止める。内池慶四郎『不法行為責任の消滅時効—民法第七二四条論—(成文堂・平成五年)。もつとも、個性的な色彩が濃く現れているので、評価は分かれているようである。

(13) 基本的に判旨に賛成する立場から、詳細に分析するものとして、三木浩一「一部請求論の展開」慶應義塾大学法学部編『慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 慶應の法律学〈民事手続法〉(慶應義塾大学出版会・平成二〇年)〔同『民事訴訟における手続運営の理論』(有斐閣・平成二五年)一三二頁〕。

(14) 本件事案の背景には特別の事情が存在するようである。なお、この間の事情につき、第一審の訴訟記録を調査するとともに、原告訴訟代理人に直接面会して調査した麻田恭子氏(当時・立教大学大学院博士前期課程)は、「本件は提訴段階では三七六万三〇〇〇円が債権の全部であるとして請求されていた。しかし、審理遅延による時間経過のために、第二回準備書面提出の段階において、提訴時点に比して賃料相当損害金の総額が増加し、また、解体工事費用に関する再度の鑑定結果が当初

の見積より高額となったため、X主張の債権総額は提訴段階を大幅に超えた九五九万五〇〇円であると、算定された。そこで、Xは請求の拡張をしようと考えたが、仮に全額請求して全面勝訴したとしても、Yの経済状態を考慮すると債権の全額を回収することは不可能であろうと判断したため、提訴段階で全部として請求した訴訟物の価額を変更せずに、右価額をその後生じた損害分を含めた全損害額の一部であるとの法律構成にして請求するという方法をとったのである。」と、述べている(麻田恭子「判例研究」立教大学大学院法学研究一六号七四頁参照)。事案の特殊性を伺わせる極めて貴重な記録であり、判例研究の新たなあり方を示すものとして、貴重な意義があると評価する。

(15) この点につき、判旨に賛成する見解と、反対する見解の鋭い対立がある。前者の立場として、中野貞一郎・民商法雑誌一一三巻六号九二二頁、三木・前掲注(13)一三五頁。後者の立場として、梅本吉彦「金銭債権の一部請求と相殺の抗弁」ジュリスト一〇六八号(平成六年)一一二頁以下、木川統一郎・北川友子・判例タイムズ八九〇号二二二頁がある。

(16) 本判決は、従来の視点と異なり、裁判所の審理の方式という観点から検討を迫るものがある。それを反映したものとして、新堂幸司「審理方式からみた一部請求論の展開―最高裁平成一〇年六月一二日判決の分析と展望―」佐々木吉男先生追悼論集『民事紛争の解決と手続』(信山社・平成一二年)〔同『権利実行使法の基礎』(有斐閣・平成一三年)二七七頁〕。

(17) 厳密に考えると、相殺の抗弁と二重起訴の関係をめぐるこれらの判例相互間で一貫性があるかについては、疑問を差し挟む見方もあり得る。松本博之「相殺の抗弁と重複起訴」福永有利先生古稀祝賀『企業紛争と民事手続法理論』(商事法務・平成一七年)〔同『訴訟における相殺』(商事法務・平成二〇年)一一五頁以下〕。

(18) 坂田宏「判例評釈」私法リマークス四八号一一〇頁は、本判決の問題点を余すことなく論じていて示唆に富む。また、山中稚菜「判例研究」同志社法学三六九号三三九頁は、多角的視点から、坂田宏教授の判例評釈を含め、これまでの判例・学説につき、掘り下げた考察を行って有益である。

(19) 例えば、民事訴訟法学者として、後掲注(21)兼子博士、注(22)三ヶ月教授の理解が代表的であり、民法学者としては、前掲注(12)岡本教授の理解が、代表的である。

(20) 星野英一教授も、時効中断に関する判例の傾向には、必ずしも一貫しているとはいえないものがあり、問題であると、民

法の立場から指摘していることが注目される。星野・前掲注(2)三〇八頁参照。

(21) 兼子一「確定判決後の残額請求—既判力の客観的範囲に関する一問題—」『法学新報五〇周年記念論文集第二部』(昭和十五年)〔同『民事法研究・第一巻』(酒井書店・昭和十五年)三九二頁〕。

(22) 三ヶ月章『民事訴訟法』(有斐閣・昭和三四年)一〇七頁において、兼子博士の見解を支持する旨を表明し、その四年後には詳細な論攷を発表し、その立場を一層鮮明にした。三ヶ月「一部請求判決の既判力論争—訴訟理論における解釈論と政策論の分解について—」判例タイムズ一五〇号記念論文集(昭和三八年)〔同『民事訴訟法研究 第三巻』(有斐閣・昭和四一年)一六五頁以下〕。その背景には、訴権論の議論において、これを否定し、国民が裁判所に訴えを提起することができるのは、国家の統治権に服していることの恩恵にすぎないとする訴訟観に一脈相通じるものが垣間見える。なお、三ヶ月教授の訴権否認論に対する厳しい批判として、梅本吉彦「訴権論の構造と展開—学説の体系性と整合性—」ジュリスト一四二五号(平成二三年)四一頁参照。

(23) 村松俊夫「金銭債権の一部請求」法律時報二九卷四号(昭和三三年)四六頁〔同『民訴雑考』(日本評論社・昭和三四年)七八頁〕。とりわけ、同判事が、既判力は再訴の禁止ではなく、前の判決の既判力に矛盾抵触する判決をすることはできないとの効力なので、当事者に権利保護の利益があれば、同一内容の判決をしても差し支えないと指摘した上で、残額債権につき前訴において裁判所はなんの判断もしていないのに既判力を及ぼすことは不可能であると指摘している。このことは、実務家法曹の考え方を代表しているといえよう(同『民訴雑考』八一頁)。まさしく事実が理論を生み、さらに育むのであり、理論が事実を生むわけではないことを実証しているといえるのではないだろうか。

(24) 小山昇「訴訟物論」北大法学会論集一一巻三号(昭和三六年)〔同『小山昇著作集・第一巻』(信山社・平成六年)六一頁〕。その後も、この基本的立場に変更は見られない。小山昇『民事訴訟法〔五訂版〕』(青林書院・平成元年)一六三頁。

(25) 新堂幸司「『訴訟物』の再構成(二)—給付の訴と確認の訴を手がかりとして—」法学協会雑誌七五巻二号(昭和三三年)〔同『訴訟物と争点効(上)』(有斐閣・昭和六三年)八〇頁注5〕。もつとも、その後、新堂教授は、明示的一部請求に対する裁判所の審理の方式に問題関心を移行させてきている点が注目される。新堂・前掲注(16)二七七頁。

- (26) 染野・前掲注(1)三四五頁・三五八頁・三六一頁注9。
- (27) 中野貞一郎「一部請求論について」染野義信博士古稀記念論文集『民事訴訟法の現代的構築』(勁草書房・平成元年)〔同『民事手続の現在課題』(判例タイムズ社・平成元年)八五頁〕。
- (28) 梅本・前掲注(2)二三九頁・二八八頁・九〇一頁。
- (29) 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」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』(有斐閣・平成一三年)〔同『既判力理論の再検討』(信山社・平成一八年)二〇一頁以下〕。
- (30) 伊藤眞『民事訴訟法「第四版補訂版」』(有斐閣・平成二六年)二二四頁。
- (31) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法・上・第二版補訂版』(有斐閣・平成二五年)一〇七頁。
- (32) 山本和彦「一部請求」判例タイムズ九七四号(平成一〇年)〔同『民事訴訟法の基本問題』(判例タイムズ社・平成一四年)一〇三頁〕。
- (33) 三木浩一・前掲注(13)一三二頁。
- (34) 訴訟物論争の概要については、高橋・前掲注(31)二五頁以下参照。
- (35) 例えば、三ヶ月章『民事訴訟法』(法律学全集)(有斐閣・昭和三四年)一一〇頁。
- (36) 三ヶ月章「請求権の競合」私法一九号(昭和三三年)〔同『民事訴訟法研究・一卷』八八頁〕、同「訴訟物理論の連続と不連続」法曹時報一四卷一一号(昭和三七年)・一二号〔同『民事訴訟法研究・三卷』六七頁〕
- (37) 新堂幸司「『訴訟物』の再構成(一)」法学協会雑誌七五卷一号(昭和三三年)〔同『訴訟物と争点効(上)』(有斐閣・昭和六三年)四頁、六〇頁以下〕。同『新民事訴訟法 第五版』(弘文堂・平成二三年)三三七頁は、一部請求後の残額請求を否定している。
- (38) 小山昇「請求について」岩松裁判官還暦記念『訴訟と裁判』(有斐閣・昭和三二年)〔同『小山昇著作集・一卷』(信山社・平成六年)六一頁〕。
- (39) 梅本吉彦「手形金請求訴訟と時効中断」民事訴訟雑誌二七号(昭和五六年)八五頁以下参照。

(40) 最判昭和四二年一月一六日判例時報五二〇号五頁、最判昭和四三年二月二二日判例時報五四五号七八頁。学説は争いがある。判例に賛成するものとして、服部栄三『改訂手形・小切手法』(商事法務研究会・昭和四六年) 一二七頁、大隅健一郎Ⅱ河本一郎『注釈手形小切手法』(有斐閣・昭和五二年) 一九〇頁。反対するものとして、木内宜彦「手形の原因関係と手形抗弁(本論一)」法学新報八〇巻一二号(昭和四八年) 一一頁以下。菊井維大Ⅱ村松俊夫『全訂 民事訴訟法Ⅰ〔追補版〕』(日本評論社・昭和六四年) は、明示の一部請求についての判例・学説の否定説を多数説とする。しかし、判例は、「原告は一部請求か、全部請求かを明示すべきであり、一部請求であることを明示して訴えを提起した場合には、その残部については既判力が及ばない」(大判昭和一八・五・三法学一二巻九九九頁、最判三七・八・一〇民集一六巻八号一七二一頁)と解している。

(41) 新堂幸司「『訴訟物』の再構成(二)」法学協会雑誌七五巻二号(昭和三三年)〔同『訴訟物と争点効(上)』(有斐閣・昭和六三年) 七六頁以下)。

(42) 三ヶ月・前掲注(22)『民事訴訟法』一〇九頁。

(43) 最判昭和六二年一〇月一六日民集四一巻七号一四九七頁。

(44) 最初にこの点を指摘したのは、小室直人「訴訟対象と既判力対象」法学雑誌九巻三・四合併号(昭和三八年) 三六〇頁〔同『訴訟物と既判力』(信山社・平成一年) 一六頁〕である。もともと、ドイツにおける新理論が、これと同様の立場にあることは、それまでも紹介されている。井上正三「既判力の対象と裁判所の選択権(二)——『請求』論争への一視点——」立命館法学三三三号(昭和三五年) 二九頁。

(45) 新堂教授が一部請求との類似性をはじめて指摘し、さらに金銭債権の一部請求については既判力による残額債権の遮断を主張するのと異なり(前掲注(41))、ここでは所有権確認請求訴訟によって共有持分権確認請求は遮断されないという方向性で捉えている。このことは、極めて注目されることであり、問題が難解な性質を包含していることを示していると思われることができる。新堂幸司「既判力と訴訟物再論」原井龍一郎先生古稀祝賀『改革期の民事手続法』(法律文化社・平成二年)〔同『権利実用法の基礎』(有斐閣・平成一三年) 二六〇頁・二七〇頁〕参照。