

一部請求と隠れた訴訟対象

——判例によるルール設定と信義則による後訴遮断についての覚え書——

勅使川原和彦

一 はじめに

二 一部請求に関する近時の最高裁判決

三 「判例によるルール設定と信義則」による遮断、と

いう視点の応用可能性

四 結びに代えて

一 はじめに

一つの素材を包丁で切って、今料理に使う一部分はまな板に載せて調理し、残りは後で別に料理に使うために冷凍しておく。

素材を実体的権利、調理を審理、できあがった料理のうち卓に供されるものを判決と置き換えてみる。判例上

一部請求と隠れた訴訟対象（勅使川原）

は、こと既判力という視点で眺めると、残された素材を当事者が自由に調理でき、また調理されることも限らないので、また解凍して用いることができる（既判力には抵触しない）、というのが、従前民事訴訟法が予め用意しているとされる既判力のルールである。

さて、本稿の出発点は、こうした、素材を残さず全部使い切るのではなくその一部しか用いない場合、すなわち一部請求の場合である。判例上、この場合については一般に既判力による蒸し返し禁止ルールは認められておらず、他方、場合により信義則による後訴遮断という枠組みの処理がなされていると説明されている。つまり、一般的なルールに従って料理が終わった後になって、やっぱり残りは冷凍して再利用してはならない、といわれることがあるわけである。

近時、この問題を扱った注目すべき最高裁判決が出された。⁽¹⁾そこからは、蒸し返しを許さないとするための、ただ後訴から回顧的に適用する信義則とも異なる、既判力ルールとは別の前訴訟的なルール設定がうかがえるように思われる。また、このルール設定が、一部請求にとどまらず、従前「信義則による後訴遮断」と分析されている類型について、読み直しができる可能性も検討の価値がないではない、と考えられる。

紙数の限られた本稿では、早速、この最高裁判決の簡単な検討から行なうことにする。

（１）一部請求そのもの（正確には一部請求後の残部請求）の可否の問題は、ここではひとまず関心の外側におく。この点に関しては、比較的最近の文献として、高橋宏志『重点講義民事訴訟法』（一九九七、有斐閣）八七頁以下、山本和彦「一部請求」判タ九七四号（一九九八）四九頁以下、中野貞一郎「一部請求論（上）（下）」判タ一〇〇六号四頁・一〇〇八号四八頁（一九九九）参照。また本稿の前提として、いわゆる明示的一部請求を念頭に置いておく。

なお、既判力・遮断効に関する最近の研究としては、渡部美由紀「判決の遮断効と争点の整理（一）（二）」法学六三卷一号三一

頁、二号九九頁（一九九九、本稿執筆時で未完）がある。

二 一部請求に関する近時の最高裁判決

本稿の関心の中心は、平成一〇（一九九八）年六月に相次いで出された(1)最二判平成一〇年六月一二日および(2)最三判平成一〇年六月三〇日⁽³⁾のうち、主として前者であるが、事案の概要は省略して、(1)判決から判旨を見てもる。

1 (1)判決の判旨は、以下のとおりである（傍線筆者）。

「 1 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（最高裁平成二年（オ）第一一四六号同六年一月二二日第三小法廷判決・民集四八巻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

一部請求と隠れた訴訟対象（勅使川原）

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はかならない。したがって、右判決が確定した後に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（筆者注・商五二条による報酬請求権一二億円のうち前訴で訴求し敗訴した一億円を除く残額二億九千万円余の支払請求）及び予備的請求の一（筆者注・民一三〇条による報酬請求権一二億円のうち前訴で訴求し敗訴した一億円を除く残額二億九千万円余の支払請求）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。

2 予備的請求の二は、不当利得返還請求（筆者注・本件契約の解除による報酬請求権の損失分が本件土地の交換価値を増加したと主張し、報酬相当額二億六千万円余の支払いを請求）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て、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。」

ここで、注目したいのは、判旨1における二つのルール設定である。表面的に拾い上げるならば、金銭債権の数量的一部の請求の場合は、①「当該債権全部を必ず、審理対象とする」ということ、かつ、②当該一部請求に対する消極的判断に際しては「判決主文としては表明されなくても、残額請求が存しないことも必ず、判断する」ということである。ここでの二つのルールの特質は、金銭債権の数量的の一部についての一部請求の訴えでは、当事者の具体的な訴訟活動によって動態的に変容する可能性があるのではなく、予め定型的に、当該債権全体が訴訟対象となることを表明している点であり、とくに②ルールが、既判力の生じる判決事項と異なり、片面的な、いわば「棄却」の主文を演繹する事項についての判断だけは必ず、行なわれることを示している点である。⁽⁵⁾ すなわち、通常の判決理由中の判断と異なり、原告の申し立てた金額を超える部分も含め、請求権についての不存在につき、「必ず」判断がなされる（しかも請求権としての同一性から、「必ず」一方は一部請求の不存在が、他方は残部請求の不存在を導く関係にある）。⁽⁶⁾ なお①ルールは、判例がいわゆる一部請求の明示説をとることを前提としており、「明示」に際しては当該債権全体が法廷に顕出されなければ請求債権の特定ができない、という枠組みに基づいているものと思われる。⁽⁷⁾

こうした二つのルール設定がもたらす、「既判力」以外の効果が、「特段の事情がない限りでの」信義則による不適法却下である。一部請求論そのものは、従前優れた論稿がいくつも存在するのでもいちいち再論しないが、ここでいう「信義則」の理解が、周知のとおり、通常の「当事者—当事者」間の直接の信頼関係に依拠しているわけではない点に留意しておきたい。被告の「信頼」については、原告が一部請求であると明示している以上、（既判力の及ばない）残部の訴求がありうることを「信頼」すべきである、という、既存の既判力ルールによるフアクター（こちらは直接の当事者間の「信頼」関係となりうる）に対して、一部請求の棄却の場合には「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」が他方のファクター（こちらは、原告の明示の意思と異なる、裁判所の判断を媒介にした被告側の間接的・一方的な「信頼」である^{（9）}）があり、この二つが秤に載せられ、後者のファクターが、保護に値する「信頼」であるとされているのである。ここで、訴訟物の背後に隠れた訴訟対象についての裁判所の判断に対する「合理的期待」こそを、保護に値する、という判断をするに当たっては、論理的には、前記のルール設定の承認が先行しているはずである（すでに「合理的」という評価を含まなければならない「期待」は、まず結論ありきの「合理性」評価でないとすれば、その評価の基準の存在が前提されていなければならないし、被告側にありうる前記の二つの「信頼」態様のいずれを保護に値すると判断するかは、恣意的ではありえない。「残部請求がありうる」という原告側からの告知への覚悟よりも、裁判所が訴訟物としては現れていないが実質的に認定した、消極的判断への期待をより保護する、というためには、原告が訴訟物に据えなかった、いわば「隠れた訴訟対象」についての裁判所の消極的判断に何らかの優位性を認めておかなければならぬ。それは、原告側の「残部請求がありうる」という可能性をうち消して、「残額請求はありえない」という消極的判断に一定の通有性をもたせる（そうした消極的判断への期待をこそ、保護すべき信頼とする）ことを意味する。しかもそこで一定の通有性は、原告の処分権に対応する既判力レベルではなく、原告―被告間で存在していたはずの「訴訟物が異なれば、既判力に抵触しない。故に残部請求もありうる」という了解事項（既判力ルール）を変容させるものである。

私見によれば、この「了解事項の変容」（既判力以外による別訴遮断）が一般的に正当化されるのは、前記の二つのルール設定（特に①ルール）に顕れているように、まずは「必ず」「予め」訴訟対象となる範囲が、「前」訴訟的にルールとして設定されている場合だけである。判決確定後に手続を振り返ってみたら実際に審理されていた、と

いったような、後付けの評価では足りない。たとえ訴訟物たる権利関係を演繹するために論理的には必要となる事項であつたとしても、訴訟物として設定されずに実際に審理されるか否かに一分でも任意性のある事項は、まさにその任意性故に、中間確認の訴えといった確定的効果の取得（任意性排除）の方策もまた用意されているのであり、⁽¹⁰⁾その事項について実際の個々の審理の上では「決着期待」が高められていき、「（ある特定の視点からは）正当な」決着期待争点として判断し終えられたのだとしても、従前の訴訟物・既判力ルールのもとでは、原告の訴訟物設定の「恣意」と、被告の確定効取得の「懈怠」とは、帰責評価としては等価であると思われる。⁽¹¹⁾それに対し、右のような意味での審理の任意性が、判例準則によるルール設定で、前訴訟的に排除されている場合、たとえ既判力は設定されなくても、被告の確定効取得の放置を一概に「懈怠」とまでは評価できないであろう。また、このルール設定自体の根拠なり正当性なりは、端的に言つてそれが両当事者間において「公平」である、ということに尽きるのであろう（その意味で、信義則は、後訴から前訴を回顧的に評価するために使うのみならず、前訴の「前」訴訟的なルール設定のために用いられることになる。ただし、ルール設定の際の信義則の射程は、当然、かかるルールを前訴訟的に両当事者に課しても「公平」である、という評価がなされるものに限られることになる）。原告がかかる狭い訴訟物を設定するのは処分権の範囲であるし、既判力もその範囲内で生じるが、しかし、訴訟物には顕れなくても（原告の主観の中では隠れたものであるとしても）訴訟対象として必ず審理する、という形で攻防の範囲設定をし、加えて、この限りでは、敗訴の場合（性質上、論理的に常に必ず、残部請求の不存在を帰結する）にのみ、その隠れた訴訟対象についての消極的判断を勝訴被告が信託することを認め、その信託を優越的に保護する、という枠組みで、原告の訴訟物設定の「自由」と、被告の応訴負担とのバランス取りをするわけである。前述したとおり、判例準則の②ルールに

示される片面的効果は、既判力とは別種の柔軟なものである（この点で、例えば中間確認の訴えがあつた場合と異なる）。この点、一部請求の認容に対して、原告の賭けた利益（申立て）以上に有利な効果を与える必要はなく（残部についても得たければ、全部請求していればよいし、民訴二四六条との関係も問題となる）、請求（全部・一部）の棄却に対してのみ、後訴における残部請求を不適法とする帰結そのものは、支持を得やすいところではないかと思われる。特に留意すべきであるのは、こうした新たなルール設定によつてはじめて、「互いに相手方に対し、攻防を尽くすことが正当に要求でき」と言いうるのであり、通常の判決理由中の判断とは区別した概念付けを考ふる余地を生じるものと思われる点である。後訴から回顧的に見てたまたま攻防を尽くしていたから拘束力を後から付け加える、というのは、当初の既判力ルールにきちんと則つて訴訟を進行した敗訴当事者にとって、筋の通らないものになりかねないのではないか。実際に攻防を尽くしたのだから「……すべきだったことにする」という論は、どんなに理屈を加えても、後付けのルール変更との評価を免れることはできないように思われてならない。

2 右の①ルールは、判決理由中の判断の拘束力を論じる際にいわゆる、「先決関係」のような場合であれば常に設定される、というわけではない。それがうかがえるように思われるのが、前掲(2)判決（最判平一〇年六月三〇日）である。事実関係・判旨をここにすべて掲げることはしないが、要旨は、「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」というものである。相殺の抗弁と二重起訴の禁止の絡む問題であつて、直接的に残部請求の可否の問題ではないが、判旨の中で、注目したいのは、

「2 しかしながら、他面、一個の債権の一部であっても、そのことを明示して訴えが提起された場合には、訴訟物となるのは右債権のうち当該一部のみに限られ、その確定判決の既判力も右一部のみについて生じ、残部の債権に及ばないことは、当裁判所の判例とすることである（最高裁昭和三五年（オ）第三五九号同三十七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）。この理は相殺の抗弁についても同様に当てはまるところであって、一個の債権の一部をもってする相殺の主張も、それ自体は当然に許容されるところである。

3 もっとも、一個の債権が訴訟上分割して行使された場合には、実質的な争点が共通であるため、ある程度審理の重複が生ずることは避け難く、応訴を強いられる被告や裁判所に少なからぬ負担をかける上、債権の一部と残部とで異なる判決がされ、事実上の判断の抵触が生ずる可能性もないではない。そうすると、右2のように一個の債権の一部について訴えの提起ないし相殺の主張を許容した場合に、その残部について、訴えを提起し、あるいは、これをもって他の債権との相殺を主張することができるところについては、別途に検討を要するところであり、残部請求等が当然に許容されることになるものとはいえない。……」

「4 ……相殺の主張の自働債権である弁護士報酬相当額の損害賠償請求権は、別件訴訟において訴求している債権（筆者注・違法仮処分による本件目的物の価格低落分二億五千万円余の内金四〇〇万円の損害賠償）とはいずれも違法仮処分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はあるが、単に数量的な一部ではなく、実質的な発生意由を異にする別種の損害といふべきものである。……」（抜粋）

という部分である。

不法行為の損害賠償請求の訴訟物に関する、いわゆる加害行為一個説によれば、例えば、入院費と慰謝料とは一個の訴訟物に包含されて請求されることになるが、入院費相当額と慰謝料相当額の損害賠償請求に関する判断は、

結論そのものは区々に分かれても矛盾はしない。実体法上も、財産的損害と非財産的損害が別個の評価を受けうるのである。つまり、既判力の抵触はないので問題となりうるとすれば事実上の判断抵触の点なのだが、仮に不法行為の存否について判断が区々に分かれなかったとしても、右のようにいわゆる特定標識ある場合では両債権の存否の判断はそもそも別々に分かれてしまいうるものなのである。右判旨4の部分は、こうした特定標識のある場合には、相殺の抗弁として債権の個別化を許容している、ものと一応いえるように思われる。¹⁵⁾問題は、単純な数量債権の場合に個別化を許さなかった(1)判決との対比上、並行的に係属する訴訟中の相殺の抗弁としてではなく後訴として提起された場合にも、個別化を許していると見ることができるのである。この点、判旨3の一般論だけを見ると微妙なようであるが、しかしながら、これも許される、と考えることができるであろう。一部請求確定後の残部請求の場合には、実際には前訴の訴訟資料を利用することにより審理の重複による無駄と事実上の判断抵触の危険を相当程度避けることができるのに対し、本訴と別訴(相殺の抗弁)が同時並行的に係属している場合には、訴訟資料の流用は必ずしも容易ではなく審理の重複は不可避である、とされるからである。¹⁶⁾すなわち、(仮に問題となるとしても)事実上の判断抵触の現実の危険は、相殺の抗弁(ないし並行別訴)の方が高いのである。

以上のように、最高裁判例では、特定標識のある(個別化できる)債権と、特定標識のない(個別化できない)債権とを区別しており、後者についてのみ、前掲ルールの設定がなされている、と見ることができるとするならば、そもそもルール設定に際しては、実質的に発生原因を異にする部分については、前訴での消極的判断とは異別に後訴での結論的な判断が可能であるため、対象とされず、実質的に同一内容の(その意味するところは、前訴の対象たる債権の不存在は、後訴の債権の不存在を「必ず」帰結するという関係にある、ということ)債権のみがルール設定の対

象となる、という背景が浮かび上がることになる。

- (2) 民集五二巻四号一四七頁。本判決についての判例評釈として、佐上善和・法教二二〇号（一九九九）一三二頁、酒井一・判時一六六七号（一九九九）一九二頁、奈良次郎・法の支配一一三号（一九九九）九〇頁、上野泰男・ジュリ一七九号（平一〇年度重判）一二二頁、井上治典・リマックス一九号（一九九九）一二三頁、山本和彦・民商一二〇巻六号（一九九九）一三七頁等。
- (3) 民集五二巻四号二二五頁。本判決の判例評釈として、越山和広・法教二一九号（一九九八）一二八頁、酒井・前掲、上野・前掲、高橋宏志・リマックス一九号（一九九九）一二七頁、村上正敏・判タ一〇〇五号（一九九九）二一四頁、坂田宏・民商一二一巻一号（一九九九）六二頁等。
- (4) 「訴訟対象」という語は、本来 Streitgegenstand の訳語として「訴訟物」よりも適切と考えられるものであるが（中村英郎『新民事訴訟法講義』上巻（一九九九、成文堂）一〇六頁）、本稿では、「訴訟物」は一般的な用語法に従って、判決および既判力の対象として用い、それと区別して「訴訟対象」を、既判力の対象とはならないが審理の対象となっている範囲を含めて表す用語として用いる。
- (5) 既判力の対象としては、原告がその処分権において設定し両当事者が利益を賭けた事項を超える必要はないので（松本博之Ⅱ上野泰男『民事訴訟法』（一九九八、弘文堂）三六七頁参照）、勝訴のケースで残額部分に既判力を及ぼす必要はない。
- (6) 山本・前掲注（2）一五二頁。
- (7) 弁論主義からすれば、当事者により当該債権全部の主張がなければ、原告の訴求部分を超える全請求権の存否の認定は、いかなる効力も有しえないことになろう。木川統一郎Ⅱ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（一九九六）四八頁参照。
- (8) とりわけ、山本・前掲注（2）の学説整理参照。
- (9) 中野貞一郎教授は、この問題の処理を専ら禁反言・矛盾挙動禁止の原則に委ねようとする（中野貞一郎『民事手続の現在問題』（一九八九、判例タイムズ社）一〇六頁以下）。なお、訴訟上の信義則につき、梅善夫「矛盾・蒸し返しの主張と信義則」『中野貞一郎先生古稀祝賀・判例民事訴訟法の理論（下）』（一九九五、有斐閣）二二五頁以下参照。
- (10) なお、契約の無効確認のような過去の法律行為の有効・無効は、「事実」ではなく、法令の適用により判断できる「法律関係」一部請求と隠れた訴訟対象（勅使川原）

であって、確認対象となると解される(中野貞一郎「確認訴訟の対象―「事実」はどこまで対象適格をもつか―」判タ八七六号(一九九五)七頁以下参照)。中間確認の訴えの対象は、一九九六年改正後の民訴法一四五条においても「訴訟の進行中に争いとなる法律関係の成立又は不成立」であり、従前通説は「法律関係の存否」と読み替えてきたが、それは、文言通りの「成立・不成立」の確認の排斥を演繹しないであろう。問題は、過去の法律行為の(即時)確認の利益が認められるかであるが、少なくとも中間確認の訴えでは、その対象の「先決性」ゆえに確認の利益が認められるのであり、いちいち現在の権利関係にひき直すことこそ意義を減殺してしまう。過去の法律行為の無効(不成立)は、有効(成立)を前提とした上で現在の何らかの債務の不存在を導くための諸々の争点を、一挙に消滅させるのである。その理は、実務上中間確認の訴えの形態をとらずに、通常の訴えの追加変更や反訴となされた場合にも(倉田卓次「盲点としての中間確認」近藤完爾Ⅱ浅沼武編『民事法の諸問題Ⅲ』(判例タイムズ社、一九六九)二九九頁以下参照)、同様である。

ちなみにドイツ民訴法(ZPO)二五六条二項は、法律関係の「存否(Bestehen oder Nichtbestehen)」を対象と規定するが、取消しうべき法律行為に基づく債権債務関係も対象であるとされ(Vgl. Stein / Jonas, ZPO 21. Aufl. 1996, § 236 IV Rdnr. 23 (Schumann))、権利侵害だとか故意・過失といった法律関係の要件要素の確認は対象適格を欠くとされてゐる。

- (11) 奈良・前掲注(2)九七頁以下参照。当事者の実際の手続経過で決着を「期待」する(訴訟物外の)争点が生じてきたとしても、それがそのままでは既判力を持たないことも前提として認識しているべきはずである。周知の通り、中間確認の訴えの存在に對しては、その先決問題が後になって争われてからでは遅い、という批判もあるが、訴訟物外の問題については常に後で争われる余地をもっている、というルール設定のもとで訴訟行為はなされる「べき」はずなのである。なぜ当初のルール設定を途中から無視してよいことになるのか、なお一段の根拠付けが必要なはずである。決着期待争点論は、実際に争われており決着が期待することが許される(既にこの段階で、「攻防を尽くした場合」には、その争点に関する裁判所の判断に従うのが両当事者の共通の了解である)との断定がある。新堂・後掲参照)のだから、当初のルール設定を無視・変更できると考えるのであろうが、あくまで既判力の生じる事項を目標しての訴訟行為がなされていて、生じない事項についてはそれなりの訴訟行為による処分に過ぎないかもしれないのである。争点効理論の現在の到達点としては、新堂幸司「正当な決着期待争点」『中野貞一郎先生古稀祝賀・判例民事訴訟法の理論(下)』(一九九五、有斐閣)一頁以下参照。

- (12) 本件の上告理由にも引用された *Leipold, Teilhagen und Rechtskraft*, in: FS Zeuner, 1994, S. 431 / 445ff. 14' 単純な金銭

債権の数量的一部請求の認容判決の請求原因は、後訴が殘額請求の場合にのみ、既判力を有すると考えており、その限りでの特別な既判力(拡張)論である。Leipoldはすでに、こうした同一請求の枠内でのみ、判決理由中の判断に拘束力を認める立場を以前から表明している。Vgl. Stein / Jonas, ZPO 21. Aufl. 1998, § 322 X Rdnr. 250 (Leipold). ドイツ法が、本稿で説明を試みているようなルール設定ができる場合を、我が国判例と異なり、あくまで既判力の枠組みの中に含ましめる解釈論ができるのは、既判力の客観的範囲についての我が国の民訴法一一四条一項と、ドイツ民訴法(ZPO)三三二条一項との規定の仕方の違い(柏木邦良『民事訴訟法への視点—ドイツ民訴法管見—』(一九九二、リンパック)一九五、二二二頁参照)によるものと一応説明ができればよい。

また、黙示の「中間確認の訴え」制度經由型の既判力拡張論については、坂原正夫『民事訴訟法における既判力の研究』(慶應義塾大学法学研究会、一九九三)一一一頁以下参照。なお、ギリシャ民訴法では、黙示の中間確認の訴えを認めたのと同様の帰結をもたらす規定が存在する。コスタス・E・ベイス/勅使川原和彦訳「内国立法と、ヨーロッパ民事訴訟条約に関するヨーロッパ裁判所の判例の圧力の下での、訴訟物の特定」早稲田大学外国民事訴訟法研究会編『ヨーロッパにおける民事訴訟法理論の諸相』(早稲田大学比較法研究所、一九九九)一一頁以下参照。

(13) 新堂・前掲注(11)三頁のこの表現は、実際の訴訟の推移の上でこう考えるべき場合が生じる、という、訴訟物の範囲と遮断効の範囲を切り離すという新堂理論を前提とした一種の「判定」であるが、当事者が依拠するであろう判例実務上の当初の既判力ルールに則る限り、なぜ「正当に要求できる」といえるのかが依然不明確であるように思えてならない。なおまた、新堂幸司「判決の遮断効と信義則」『三ヶ月章先生古稀祝賀・民事手続法学の革新(中)』(一九九一、有斐閣)四八九頁以下で展開される竹下説との議論は、真剣に攻防を尽くすべきであった、とか、決着済みとの信頼は成り立たない、とのいった評価が、予めのルールをもたない回顧的なものである限り、まさに論者の主張する基準次第でどちらにでも転びうるという危うさを示してはいまいか。いまのところ私自身は、竹下教授の説かれる勝訴当事者の信頼利益の優越的保護という枠組みには一定の説得力をみているが、ただ、竹下教授が「ある事項が、それこそまさに紛争の原因であるという関係にあるときには、訴を提起しあるいはこれを受けて立ち、訴訟を維持する以上、十分の攻防を尽くすことを期待しても、決して訴訟当事者に対する過度な要求とはいえない」(竹下守夫「判決理由中の判断と信義則」『山本戸克己先生還暦記念・実体法と手続法の交錯(下)』(一九七八、有斐閣)九三頁)とされる点につき、要求すること自体は酷でない場面がありうるとしても、(それを要求しなければならない、といえるほど)既存の既

判力ルールを後から変更しうべき充分な普遍的理由にはなりえていない、とも思う。

（14）人損につき、最判昭四八年四月五日民集一二七卷三号四一九頁。

（15）判旨4で検討されている具体的な「特段の事情」非該当性は、正確には、相殺権行使を「事実上の判断の抵触の危険回避」より優位させる一ファクターではあるが、相殺権の行使は権利濫用などの特段の事情がない限り許される、という判決要旨の一般論からは必ずしも必要でない言明である（高橋・前掲注（3）一三〇頁参照）。この部分は、わずかに二週間ほど前に言い渡され、（2）判決の園部補足意見でも引用された（1）判決（最判平一〇年六月二日）との対比上で、意義を有するように思われる。園部補足意見では、単純な数量債権の残部請求については、当該債権の一部請求が前訴で敗訴確定している場合、信義則によって訴え提起できない以上、相殺の抗弁としても主張できない、と述べられている。

判旨2・3からは、「既判力の抵触」事実として、その回避を相殺の抗弁の諸機能より重視していた最判平三年十二月一七日（民集四五卷九号一四三五頁）との対比からは、一部請求と残部請求が別訴訟物とされ既判力も及ばないために既判力の抵触がない本件が、「既判力の抵触の危険」と「事実上の判断の抵触の危険（審理の重複・応訴の煩）」を段階付けしており、相殺権行使が「既判力の抵触」には劣後するが、「事実上の判断の抵触」よりは優先される、という読み方が、（平三年最判の判例変更が明示されていないことを前提とする限りでは）一応の整合性を有するように思われる。すなわち、（2）判決では、第一に、右に述べたように「既判力の抵触の危険」と「事実上の判断抵触の危険」との段階付けがなされ、「事実上の判断抵触の危険」より相殺の機能が重視されたとみる考え方、第二に、そもそも本件事案では、いわゆる特定標識がある一部請求事案であって、本文に述べたように法律関係レベルでは「事実上の判断抵触の危険」を云々することは意味がないので、相殺の抗弁が許されたとみる考え方、が可能であろう。ここで、第二の考え方をとったとすると、（いわゆる特定標識のない、（1）判決事案のような）金銭債権の単純な数量的一部と残部の請求が、並行訴訟となった場合では、相殺の抗弁が「事実上の判断抵触の危険」より劣後させられる余地を生じることと一応の意義がある。しかし、（1）判決を前提とすれば、確定以前・訴訟係属中の段階では、信義則の基たる当事者の「信頼」の対象要素となる確定判決（しかもそのうちの消極的判断に限られる）がないのであるから、金銭債権の単純な数量的一部と残部の請求の並行訴訟は、各々の訴訟物を別個と解する限り、（「事実上の判断抵触の危険」を問題としうるケースではあるといえども）禁止される根拠が極めて薄弱なことになる。したがって右の第二の考え方は、特定標識の有無で債権の個別化に対する評価が異なることを言う範囲で意義があるものとみるべきであろう。以上より、私としては、（2）判決は、右の第一の考え方を一般論でとった

上で、特定標識の有無によって一部請求に対する評価が場合分けされうる、ということをあえて言明したもの、とここでは解しておきたい。

なおまた付言するならば、判旨4のいう「別種の損害」（特定標識の存在）云々の議論は、相殺の抗弁を許さない「特段の事情」に該当しないことをより強く根拠づけるためのものであり、いわば念押しの表現ではあるが、加えて、（審理重複の結果としての）「事実上の判断抵触の危険」を問題視する意義がなく、「審理重複」現象そのものは是非だけを念頭に置かざるをえない場面でも、「審理重複」より相殺の機能を優先させる、ということを表明したものである、と解する余地もないではない（なお、仮に審査重複そのものが重複訴訟禁止の根拠だと解したとしても、それ以上に相殺の抗弁の機能の優先性は認めざるをえないであろうことに付き、三木浩一「重複訴訟の禁止」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）一一三頁以下参照）。

（16）判タ九七九号（一九九八）九九頁囲み記事参照。本件事案でも、損害賠償債権の基本となる不法行為（仮処分の不当性）そのものは、仮処分が取り消され、その本訴が敗訴するかたちで確定しているという前提があり、この点も訴訟資料として当然に利用されたであろうことは容易に想像される。

三 「判例によるルール設定と信義則」による遮断、という視点の応用可能性

ここまで、金銭債権の単純な数量的一部請求の場合の後訴遮断を、単なる後訴からの回顧的な信義則適用ではなく、予めのルール設定とそれを前提とした信頼の保護という視点で、把握を試みてみた。こうした視点は、右のような一部請求にとどまるものであろうか。例えば、これまで（回顧的な）信義則による後訴遮断と評されてきた、いわゆる敗訴者の「蒸し返し」事例のある程度の範囲も、こうした「（前訴訟的な）ルール設定」論で、説明や、または射程の制限ができるのであろうか。一部請求事案以外でも最高裁は、後訴から回顧的に見て後付けでルール変

更をしているというより、まずルール設定、それからそのルールを信頼した当事者の保護、というプロセスを経るよう要求しており、それを信義則という表現で示している、といえる可能性はあるだろうか。

前述の一部請求事案でのルール設定を、より抽象化して言うならば、第一のルール設定が、「原告による訴訟物範囲の設定にかかわらず、債権内容全体を現実の訴訟対象とする」（根拠は、この第一ルールが設定される対象では、そうする論理的必然性があるということ——前掲「一部請求」事案では、当該一部請求の債権の特定のため必要で、したがって裁判所も原告もその審理が本来的に必要な負担であり負担増とは評価されない、かつ、一部請求と残部請求の債権は同一の債権から切り出されたもので、一部請求の敗訴は残部請求の不存在を「必ず」帰結する関係にあるという理由）、それゆえに、被告の応訴負担としては変わらず、原告に対してそうしたルール設定が酷であるとは言えないこと）、併せて、第二のルール設定が「訴訟物としては顕れない隠れた訴訟対象であっても、現実に審理の対象となっており、かつ、その顕れた部分の消極的判断は隠れた部分の不存在を必然的に演繹する（前訴請求権の不存在は、後訴請求権の不存在を「必ず」帰結する⁽¹⁸⁾）ので、既判力ルールにもかかわらず、隠れた部分の決着に対する被告の信頼を合理的なものとして、保護する」というものである。第二ルールは、勝訴被告の判決に対する信頼を、既判力ルールに則った原告の（訴訟物に顕わさなかった対象については後訴で争えるという）信頼よりも、優位に置く機能を有する。こうしたルール設定の根拠となっているのが、まさに信義則（公平に資するというバランス取り）であったと思われる⁽¹⁹⁾。

従前、かの有名な昭和五一年最高裁判決以降、信義則による後訴遮断の要件として、(a)後訴が前訴の実質的な蒸し返しになっていること、(b)前訴提起時において後訴を提起することに支障がなかったこと、(c)長期間経過したこ

とにより、後訴の提起を認めれば、相手方の地位を不当に長く不安定な状態に置くこと、の三つが指摘されている。⁽²³⁾ただし、その後の下級審の判決の分析でも、ほぼ常に顧慮されているのは(a)要件のみであり、⁽²²⁾「蒸し返し」になるか否かが中心的な指標となっているように思われる。そこにルール設定論をあてはめてみるならば、第一ルールについては、一部請求ではないので、前訴では請求全部が争われており、原告が一つの訴訟物を設定した場合、あえて訴訟物に設定しなかった他の法的構成（もちろんここで対象となるのは、原告が訴訟物に据えた請求権の不存在が、他の法的構成によって成立しうる後訴の請求権の不存在を必然的に帰結するという場合に限られる）による「請求」（の実質）をもが、あえていえば第二ルールの前提となる隠れた訴訟対象として審理対象となっていることになる。重心が置かれるのは第二ルールで、「前訴・後訴で請求の実質的同一性がある、すなわち、前訴請求権の消極的判断が必ず、後訴請求権の消極的判断を帰結する関係にある場合には、前訴請求についての消極的判断に対する、後訴請求についても決着済みとの勝訴被告の信頼を保護する」というルール設定が判例によって提示されたとみることになる。

紙幅の限られたこの小稿で下級審判決を網羅的に取り上げるのは不可能であるが、手元の資料で、この昭五一年最判と前掲(1)判決以外でおそらく唯一の、信義則による後訴遮断が問題になった最高裁判例である、最一判昭和五九年一月一九日⁽²³⁾には言及しておきたい。

これは、目的物件について登記原因たる贈与契約を否定して所有権移転登記の抹消登記手続を求めて敗訴した原告が、右敗訴判決確定後に右贈与の負担の不履行を理由に右贈与契約を解除したとして所有権移転登記手続を求めることが信義則に違反するものとはいえないとされた事案である。

後訴は、贈与が有効になされたとする前訴判決の判断を前提に展開されているものであり、所有権移転登記の抹消登記手続請求権の消極的判断は、（贈与契約の解除の成否も介在しうるため）後訴の所有権移転登記手続請求権の消極的判断を必ずしも帰結しないので、前訴と後訴は実質的に同一とはいえない。すなわち、最高裁が前述の「ルール設定＋信義則（勝訴当事者の信頼利益の保護）」という枠組みから逸れることなく判断している、とみることは充分に可能である。

続けて、前掲(1)判決（最判平一〇年六月二日）の、判旨2にも言及しておきたい。前訴が契約に基づく報酬請求権の一部の請求で、後訴たる予備的請求として契約解除に基づく残額の報酬相当額の不当利得返還請求、というものである。判例の訴訟物・既判力ルールからは、前訴の報酬請求権の存否と後訴の不当利得返還請求権の存否とは、訴訟物を異別にすることになる。仮に前訴一部請求の消極的判断の既判力が残部報酬請求権の不存在にも及ぶと解するのであれば、後訴の不当利得返還請求権の存否を判断するにあたって、例えば、先決関係として「法律上の原因がない利得」がないことに既判力が及ぶ、という処理も可能であつたかもしれない。⁽²⁴⁾しかし、最高裁は、あくまで一部請求と残部請求との訴訟物は別個であり、また前訴と後訴の予備的請求（解除に基づく不当利得返還請求）とも訴訟物は別個と解しつつ、実質的には前訴の請求及び主張の蒸し返しである、とした。前述のルール設定との関係では、前訴の報酬請求権の不存在という消極的判断が、後訴請求権の消極的判断を必ず帰結する、という関係は認められ、「報酬請求権を有することを前提として報酬相当額の支払を求める点において変わりはない」という表現からも、単純な同一金銭債権の一部請求と残部請求に限らず、最高裁において、（前訴請求権についての消極的判断が後訴請求権の消極的判断を「必ず」帰結するという条件での）「実質的に同一」ルールが示されたもの、と看

て取することはできる。

(17) ここでは特に、前訴での主張と後訴でのそれとが、その主張をする当事者限りでは矛盾とはいえないケースを念頭に置いている。

(18) したがって、例えば前訴が所有権に基づく目的物返還請求訴訟、後訴が目的物の所有権確認訴訟である場合は、前訴請求権の不存在が、相手方の賃借権に基づくなど、必ずしも後訴請求権の不存在を帰結しないので、こうしたルール設定からは排除される。いわゆる請求権競合の場合なども、ここには属さない。

(19) 当事者と裁判所との間の信義則、すなわち、他の潜在的裁判手続利用者の利害を背負った裁判所との関係も、考慮のうちに入ってくるであろう。東松文雄「争点に対する判決理由中の判断の拘束力について（七・完）」判時一三九二号（一九九二）一三頁参照。また、「公平」を理由とする訴訟法的なルール設定そのものは、例えば、債務不履行責任の民法四一五条で、帰責事由に関する証明責任を債務者側に負わせる、といった形ですでに利用されているようにも思う。

(20) 最一判昭五一年九月三〇日民集三〇巻八号七九九頁。ただ私自身は、この昭五一最判について、特殊なケースであり、一般化にはあまり適さないのではないか、という評価に賛成である。強いていえば、権利失効法理が妥当しうる場合には、「蒸し返し」を緩く認定して、勝訴当事者の信頼利益を優越的に保護するというルール設定をしている、とみる余地もないではなからうが。

(21) 東松文雄「争点に対する判決理由中の判断の拘束力について（五）」判時一三七七号（一九九二）一八頁以下参照。

(22) 東松・前掲注（21）一九頁以下。

(23) 判時一一〇五号（一九八四）四八頁。なお、坂口裕英・ジュリ八三八号（昭和五九年度重判）一三八頁は、この昭五九年最判により、既判力と信義則が一体となった遮断のルールがつくられた、と説く。

(24) 例えば、酒井・前掲注（2）一九五頁、山本・前掲注（2）一六一頁など。

四 結びに代えて

以上、一部請求に関する最近の最高裁判決から、後訴からの回顧的な信義則適用による後訴遮断、という信義則の適用ではなく、「公平に基づく前訴訟的なルール設定と、それによる勝訴当事者の決着信頼利益の優越的保護」、という信義則の枠組みを読みとる、という試みを行なってみた。もちろん、最高裁による「判例」準則としてのルール設定にあたって、そもそも設定時の事案では、「前」訴訟的なルールを前提にはできないわけであり、やむをえず設定時の事案に限っては、実質的な内容上、（ルール変更をしてもこの事案限りでは）公平に反しないという裏打ちが過渡的に必要となる。⁽²⁶⁾ この過程が、ルール設定時に、前訴・後訴で主張する事実関係が同一である、とか、前訴で充分に攻防が尽くされている、といった諸々のファクターを挙げて、「実質的な蒸し返し」を排除する正当化根拠の判示に表われている、と解することができるように思う。

本来は、いわゆる「蒸し返し」事案のさらに詳細な検討をしたうえで、試論を展開すべきであるし、この試論が一部請求事案に限っての説明概念に過ぎないのではないか、という懸念も払拭しきってはいないのであるが、時間と紙幅の限られたこの小稿ではその点の考察は他日を期するほかに、覚え書、という体裁を採らざるをえない次第である。

冒頭の料理の下手な喩えでいえば、「必ず素材は全部まな板に載せるが、調理しない部分は冷凍せずに捨てる」という調理ルールがあるならば、残った部分を冷凍してその後解凍してまた使うということはできない、という結

論は充分に首肯しうるものである。もったいないから、少しぐらい味が落ちる程度なら健康に問題なければ残った部分を冷凍して再度使ってもいい、というルールが一般にあり、実際にそうする調理者に文句を言えるためには、そうした「必ず全部扱い、残りは捨てる」という調理ルールを調理者が認識・受容していることが前提であり、そうした調理ルールを信頼するに「値する」(すなわち、その調理ルール自体が調理者と食べる者との間で公平に適用することも前提になる)者だけであるはずである。後者の信頼の優越的保護は、それ以前にあるルールを、そのルールに則った後から変更することでは正当化できず、それ自体が公平に適用限定的な新規ルールを予め設定しておくことが要求されるのではないか、という素朴な疑問を出発点に、自分なりの答えを探ってみた、というのが正直なところである。より深い検討の必要は重々自覚しつつ、本稿を閉じたい。

(25) ここでのルール設定は、既判力ルールを部分的に変更する前訴訟的なものだけに、解釈適用が統一されているべきであるという理由から、基本的にはルール設定者は最高裁のみである、と考えておきたい。

(26) 従前の信義則による遮断理論は、ここである「この事実限りの公平」をすべての事件で用いるものといえ、当事者が納得する限りではそれで充分ともいえるのかもしれない。しかし、最高裁は、もっと慎重に、より制限的な内容(すなわち、「訴訟物でなくとも攻防を尽くすべき」といえるルール設定の対象は、前掲注(18)と該当本文のような意味での場合のみ)の前訴訟的なルール設定論を示してきている、とはいえないであろうか。さらにそうであるなら、場当たり的ともいえる信義則適用に謙抑的な、そうした最高裁の姿勢は支持に値するのではなからうか、というのが本稿の主旨である。

* 古稀をお迎えになる恩師鈴木重勝先生には、学部・大学院を通じて、学問を骨の髄まで叩き込んでいただきました。その結果がこれか、というお叱りの声が今にも聞こえそうですが、とにかく学恩に少しでも謝意を表すべく献呈の列の末尾に連なりたい一心で、不首尾な小稿を恐縮しながら提出する次第です。