

一部請求について

——主としてドイツの判例・学説を手がかりとして——

坂 本 恵 三

はじめに

一 ドイツの学説・判例

二 アメリカ連邦民訴規則五四条C項と一部請求

三 我國の学説の検討

おわりに

はじめに

金銭債権・代替物など量的に可分なものの給付を求める場合、原告はこれを分割して訴求することができるか。

いわゆる一部請求許否の問題は、従来様々な観点から論じられてきたが、⁽¹⁾最近の議論の中心は、前訴判決の既判力が残部請求を遮断するか否かという点に絞られてきたように思われる。この問題についてわが国の判例は、一連の判決⁽²⁾において明示説をとることを表明している。判例のとる明示説とは、前訴で一部請求である旨を明示したとか、前

訴で残部請求を明示的に留保したといった厳格な基準で残部請求の適否を判断するものではなく、もっぱら前訴での原告の主張態様により、一部請求明示の有無を判断し、残部請求の適否を判断するものである。こうした前訴での原告の主張態様を基準として残部請求の適否を判断する立場（判例のとする明示説）は、既判力を提出責任と手続権保障とで根拠づける最近の立場からも一応の基準として評価されている。⁽³⁾

わが民事訴訟法の母法国ドイツでは、学説・判例とも、前訴における一部請求との明示の有無にかかわらず、原則として残部請求を許す立場をとっているが、前訴で一部請求との明示がない場合（いわゆる黙示的一部請求）、残部請求は前訴判決の既判力により遮断されるとする判決もある。⁽⁴⁾ これらの判決をとらえ、ドイツの判例が一部請求許否の問題につき明示説に復帰するかに論ずるものも、わが国の学説には存在した。⁽⁵⁾ 実際これらドイツの判決は、一見すると我國の判例理論である明示説と同一の判断基準によって、前訴（一部請求）判決の既判力が残部請求を遮断するか否かを決しているように見える。しかしドイツにおいて黙示的一部請求の場合、残部請求が前訴判決の既判力によって遮断されるとした判決には、我國で一部請求の適否の問題を論ずる際、ストレートに比較の対象とすることに疑問を懐かせ、むしろ完全な（無制限の）肯定説をとるという基本姿勢には何ら変化がないと考えざるをえない特殊性が存在する。そこで本稿ではドイツの判例に現われた、黙示的一部請求の場合に残部請求が前訴判決の既判力により遮断された事件での連邦通常裁判所の論拠を明らかにし、残部請求が前訴判決の既判力により遮断された根拠、一部請求許否の判断基準を明らかにし、ついで分割請求禁止の原則が妥当するアメリカの制度的背景を考察したうえで、わが国の完全な（無制限の）肯定説以外の学説に批判的検討を試みることにする。

- (1) 従来論争されてきた様々な観点については井上治典「確定判決後の残額請求」民事訴訟法の争点一八一頁(4)に要領よくまとめられている。
- (2) 最判昭和三年六月七日民集二卷六号九四八頁・最判昭和四年二月二〇日民集三卷二号二〇九頁・最判昭和七年八月一〇日民集一六卷八号一七二〇頁が一部請求についての我國のリーディングケースであるが、最初のものを一部請求の判例とする点には疑問がある。
- (3) 井上治典「確定判決後の残額請求」民事訴訟法の争点一八二頁。
- (4) BGHZ Bd. 34 S. 337 (Erläuterungsschlichtung), BGHZ Bd. 36 S. 365 (Miteigentumsanteil).
- (5) 井上正三「分割債務と既判力」民事訴訟法判例百選一五五頁・同「金錢債権の一部請求の適否」続学説展望二一九頁。

一 ドイツの学説・判例

一部請求適否をめぐるドイツの学説の対立は我國の学説の対立と対応する部分が多いので、まずドイツにおける明示的一部請求、黙示的一部請求それぞれについての学説を概観する。

一 明示的一部請求の場合

原告が前訴で明示的に請求権の一部のみを訴求した場合(いわゆる明示的一部請求)、前訴判決はその範囲内で既判力を生ずるにすぎず、同一請求権の残部請求が前訴判決の既判力によって遮断されることはないという点で現在の学説・判例は一致している⁽¹⁾。この理由としては、まず第一にZPO三二二条一項が挙げられる。同規定によれば、判決が既判力を生ずるのは、訴または反訴により起こされた請求につき、裁判された範囲内に限られる。第二の理由としては、ZPO三〇八条一項が挙げられる。同規定によれば、裁判所は申立てられた事項についてだけ裁判しなければならない。さらにZPO三二二条二項からも、既判力が訴求された一部に制限されることは明らかである。同規定によれば、相殺のために主張した反対債権が存在しないとの裁判も、相殺を主張した額までに限って既判力を生ずるの

であり、反対債権のうち訴の申立 (Klageantrag) を超える部分は、判決にとって何の意味ももたない。訴求債権についても同様に、申立のない部分について既判力が生ずることはない。

明示的一部請求の場合、前訴判決の既判力が同一債権の残部請求を遮断しないということは、前訴で請求が認容された場合だけでなく、請求が全部もしくは一部、棄却された場合にも同様である。確かに後者の場合、かりに債権の存在するとすれば請求が棄却されることはないから、債権が全く存在しないということが確認されたことになるが、この確認は、判決の前提問題として判決理由中で行なわれた確認であって、既判力には含まれない。

明示的一部請求の場合、前訴判決の既判力を債権の訴求された一部に限っても、被告の保護に欠けることはない。原告が一部請求と明示する場合、ZPO 三三条・二五六条による確認の反訴提起のための法的利益は常に肯定され、被告はこの反訴により一部請求を全部請求として争うことができ、紛争を一回で解決できるからである。

(一) Vgl. Stein-Jonas, 19. Aufl. § 322, VI, 8, a. (S. 1329ff.) mit weiteren Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung.

二 黙示的一部請求の場合

黙示的一部請求の場合、前訴判決の既判力が同一債権の残部請求を遮断するか否かについては、ドイツでも争いがある。ドイツではこの問題を、「債権の訴求されなかった部分への既判力の拡張」(eine Rechtskräfterstreckung auf die nicht eingeklagte Teil) として論ずる場合が多い。⁽¹⁾

ドイツの通説は、前訴における一部請求との明示の有無にかかわらずなく、前訴判決の既判力は同一債権の残部請求

を遮断しないと⁽²⁾するが、反対説は、前訴判決の既判力が同一債権の残部請求を遮断するとしている。反対説は次の三点を論拠としている。

(1) 残部請求を留保しないうでなされた一定量の訴訟上の請求の主張は、原告には請求額より多くも少なくも帰属しないとの権利主張、つまり基礎となる債権は請求額を全額とするとの権利主張を含む。したがって残部請求は前訴判決の既判力によって遮断される。⁽⁴⁾

(2) 前訴判決の既判力が黙示の一部請求の場合にも残部請求を遮断しないとすれば、量的に特定して主張された訴訟上の請求はすべて最低値として訴求されていることになり、明示的な残部請求の留保がなくとも判決確定後に、原告は同一債権の残部を訴求しうることになり、量的に特定された訴はすべて一部請求となる（少なくともその可能性はある）。したがってこの場合、既判力は敗訴被告に不利に作用するだけで、武器平等・機会平等（Waffen- und Chancengleichheit）という訴訟上の原則に反する。⁽⁵⁾ しかも明示的な残部請求の留保がなかったために、消極的確認の反訴を用いて残部請求を予防する機会と法的利益をもたなかった被告だけが不利益を受ける。⁽⁶⁾

(3) 明示的な残部請求の留保により「一部請求」と表示しなかった場合には、債権の全体が訴訟物となることを原告は覚悟しなければならず、その結果、債権の全部に対して下された判決の既判力が同一債権の残部請求を遮断するということが訴訟経済上要求される。⁽⁷⁾

これに対しドイツの通説は、黙示の一部請求の場合にも、債権のうち前訴で主張されなかった部分に既判力の及ぶことを否定している。その理由は主として次の二点である。

(1) このような既判力の拡張を認めるのは処分権主義と既判力の客観的範囲との機能上の関連を誤解している。ZPO二五三条一項、二項二文、二六三条一項、三〇八条一項、三二二条一項に示されている処分権主義は、裁判に付す請求の対象・内容・範囲を申立によって裁判所に対し拘束力をもって特定する権限を原告に付与するものである。この種の特定は、訴の申立の量的な（特に数額による）特定にも存在する。したがって、特別な残部請求留保の意思表示は必要ではない。⁽⁸⁾

(2) 黙示的一部請求の場合に、この種の既判力の拡張を認めるならば、原告は訴訟上の危険にさらす意思のなかったものまで失なうことになり、原告の獲得の機会 (Gewinnchance) と喪失の危険 (Verlustisiko) とのバランスが保たれない。黙示的一部請求の場合、請求認容判決によって同一債権の残部の主張が排除されるとすれば、裁判所は前訴において訴の申立の量的特定に拘束されることなく、訴求額以上を原告に認容しうるとの心証を得た場合には、それを原告に認容できなければならないであろう。これが許されるならば原告の獲得の機会と喪失の危険とのバランスは保たれるが、ZPO三〇八条一項は、明文の規定をもって、これを禁止している。したがって、黙示的一部請求の場合に前訴（一部請求）判決の既判力による残部請求の遮断を肯定すれば、原告の喪失の危険は、もともと原告勝訴の場合に原告が得る利益を上まわることになってしまう。⁽⁹⁾

とりわけ黙示的一部請求の場合で、前訴が一部もしくは全部棄却に終わった場合には、矛盾関係あるいは同一関係にあたるとして前訴判決の既判力が残部請求を遮断すると考える学説もあるが、これも一般には認められていない。⁽¹⁰⁾

- (1) Vgl. Zeiss, Rechtskrafterstreckung bei Teilklagen, NJW 1968, S. 1305; Pohle, Erstreckung der Rechtskraft auf nicht vorbehaltene Nachforderung des siegreichen Klägers? ZZZP Bd. 77, H. 1/2, S. 98.
- (2) Vgl. Batsch, Zur materiellen Rechtskraft bei "Teilklagen" und zur Repräsentationswirkung des Klageantrags, ZZZP Bd. 86, H. 3, S. 264, Fuß. 24 mit weiteren Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung.
- (3) Pagenstecher in JW 1925, S. 712 ff.; und S. 2754 ff.; ders. in JW 1926, S. 211 ff.; Lent in NJW 1955, S. 1865 ff.; Grasmeyer in FamRZ 1961, S. 266 (267); Bötticher in MDR 1962, S. 724 ff.; Bernhardt, Zivilprozessrecht, 1970, § 53, III, 5, a (S. 303, 304).
- (4) Pagenstecher, a. a. O. in JW 1925, S. 712 ff.; Lent, a. a. O. in NJW 1955, S. 1865 (1866); Grasmeyer, a. a. O. in FamRZ 1961, S. 241 (243 ff.).
- (5) Pagenstecher, a. a. O. in JW 1925, S. 724 ff.; Lent, a. a. O. in NJW 1955, S. 1865 (1866); Bernhardt, a. a. O. § 53, III, 5, a (S. 303, 304).
- (6) Pagenstecher, a. a. O. in JW 1925, S. 712 (713); Bötticher, a. a. O. in MDR 1962, S. 724 (725).
- (7) Bötticher, a. a. O. in MDR 1962, S. 724 (725).
- (8) Vgl. Batsch a. a. O. in ZZZP Bd. 86, H. 3, S. 264, Fuß. 24 mit weiteren Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung.
- (9) Batsch, a. a. O. in ZZZP Bd. 86, H. 3 S. 269.; Pohle, a. a. O. in ZZZP Bd. 77, H. 1/2, S. 101.
- (10) Zeiss, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. § 72, 4, S. 209.; Brox, NJW 1961, S. 854.; Jauernig, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. § 63, II, S. 207.; Bruns, Zivilprozessrecht, 1968, § 44.

三 ドイツの判例の見解

ライヒ裁判所は一連の判決の中で、黙示的一部請求の場合にも、既判力はZPO三三二条一項により、債権の訴求された部分にだけ生じ、したがって残部請求は原告が前訴において、これを明示的に留保しなかった場合にも、前訴

判決の既判力によって遮断されることはないとの見解をとっている。⁽¹⁾しかしライヒ裁判所は、量的に(特に数額を明示して)特定された訴の申立の場合にも、「原告は自己に帰属する債権の全体を主張する意思であった」とか「原告は訴求額以上の部分については請求を放棄する意思であった」と訴の申立を解釈しうる場合のあることを認めている。さらにライヒ裁判所の見解によれば、「全体を主張する意思であった」との解釈は、原告が請求額の判断を裁判所の裁量に委ねる場合には常に認められるのである。⁽²⁾

連邦通常裁判所は主としてライヒ裁判所の見解に従っている。連邦通常裁判所の次の判決が、黙示的一部請求の既判力の客観的範囲についてのリーディング・ケースである。⁽³⁾

(1) BGHZ三四卷三三七頁以下「公用徴収補償」

原告は自己の所有する二二五平方メートルの土地の収用補償の支払を求めて、まず総額九〇〇〇〇〇ドイツマルクを訴求し、自分は町の再開発を妨害するつもりはないので、当面、最高総額の主張をみあわせるつもりであると主張した。しかし原告は訴訟係属中、この主張を撤回し、訴の申立を一五七五〇〇ドイツマルクに拡張した。裁判所は被告たる町に一三五〇〇〇ドイツマルクの給付を命じ、その余の請求を棄却した。この判決確定後、同土地所有者は再度町を相手方とし、残部請求として七八七五〇ドイツマルクの給付を求めて訴を提起したが第一審・控訴審ともこの訴を排斥した。原告が上告したが連邦通常裁判所は次の理由でこの上告を棄却した。

すなわち「後訴の補償請求は、前訴判決の既判力により遮断される。前訴判決はたとえ原告は前訴で補償債権の一部だけを主張したつもりであると考えるにしても、公用徴収により原告に帰属する補償債権の全部について裁判し

たものであり、その結果、現在提起されている訴は、既に既判力をもって裁判されているので不適法である。」

(2) B G H Z 三六卷三六五頁以下「共有持分」⁽⁴⁾

当事者は一九三六年に結婚し、一九五七年に(裁判)離婚している。

原告(女)は被告(男)を相手方とし、婚姻中、共有の貯金で購買した土地について二分の一の所有権の引渡を求めて訴を提起し、裁判所はこの請求を認容した。同判決確定後、原告は当該土地の共有持分につき、その余の一〇分の一の引渡を求めて訴を提起した。地方裁判所は、後訴請求については既に前訴において既判力ある裁判がなされていることを理由として、訴を却下した。原告控訴の結果、上級地方裁判所は原判決を被棄し、訴訟を地方裁判所に差戻した。被告から上告。連邦通常裁判所は以下の理由をもって第一審判決を支持した。

すなわち「前訴判決の既判力が今回の訴を遮断する。確かに原告は前訴において、二分の一の引渡だけを要求し、後訴ではその余の一〇分の一の引渡を要求しているが、前訴判決は、共有持分の引渡を求める原告に帰属する請求権の全部について裁判したものである。したがって Z P O 三二二条一項により、後訴は不適法である(三七〇頁)。」

以上二つの判決で問題となったのは、前訴(ともに黙示的一部請求)の確定判決の既判力が同一請求権の残部請求を遮断するか否かである。

B G H Z 三四卷三三七頁以下の判例(前述(1))で連邦通常裁判所は次のように述べている。すなわち、量的に特定された訴訟上の請求の認容判決は、Z P O 三二二条一項により訴求額の範囲内に限って既判力を生じ、したがって前訴判決の既判力が残部請求を遮断することはない。これは原則として、原告が前訴において残部請求を明示的に留保

したか否かとは無関係である（三四〇頁以下）。しかし、連邦通常裁判所はライヒ裁判所の判例に従って、量的に特定され、数額的に限定された訴の申立の場合にも、実際には一部請求ではなく、一定の事実関係から生じ、原告に帰属する請求権の全部が主張されたと解釈しうるとし、本件の原告は前訴において、請求権の全部を主張する意思であったと解釈した（三四一頁）。この解釈の理由は、公用徴収補償請求権が統一的（*einheitlich*）な権利であるという点に求められている（三四二頁）。そして裁判所は請求権がこのように統一的な権利である場合、原告が一部請求であることを明示しなければ、原告は自己に帰属する請求権の全部を訴求したことになると考えたのである。最後に連邦通常裁判所は、本件の原告は前訴において、請求額の判断を裁判所の裁量に委ねる意思であり、原告の申立てた額は請求を特定するものではなく、裁判所に対する提案にすぎなかったとしている（三四二頁）。

BGHZ 三六卷三六五頁以下の判決（前述②）も同様の見解をとっている。この判決の中で連邦通常裁判所は、原告が一定の事実関係に基づいて量的に特定した訴を提起した場合、その訴が一部請求と明示されなかったり、残部請求が留保されていないければ、事実関係から明らかとなった請求権の全部に既判力が及ぶのかという問題については態度を保留している（三六七頁、三六八頁）。しかし連邦通常裁判所は以下のように述べている。

共有物の分割を求める訴は統一的（*einheitlich*）な権利の取得を目的とするものであり、この請求権の性質上、原則として一部請求にはなじまないものである（三六八頁）。それゆえ、引渡を求める訴により、請求権の全部が訴訟係属する。例外的に原告が自己に帰属する共有権の一部のみを訴求する意思である場合には、その旨を訴訟において明確に陳述しなければならない（三六九頁）。訴の申立に記載された「少なくとも二分の一」という量は、単に共有

持分の妥当な割合についての原告の観念を表わしているにすぎない(三六九頁)。それゆえ、訴の申立は数額により一定しているが、前訴判決は提出された事実関係に基づき原告に帰属する共有権に関する請求の全部について裁判したものである。したがって残部請求はZPO三二二条一項により、既判力に抵触し不適法である(三七〇頁)。

この二つの判決で注目すべき点は、連邦通常裁判所が、一部請求との明示のなかった前訴について、前訴裁判所が訴の申立の解釈の結果、給付額の判断は裁判所の裁量に委ねられていたと解釈し、前訴裁判所は原告の申立てた額に拘束されることなく請求権の全体について裁判したと判断している点である。

ドイツの学説・判例においては、請求額を明示しない訴も適法であるとされている。この点については我国でも以前から紹介され、またこの導入も提案されてきている。⁽⁵⁾ 請求額を明示しない訴の適法性は本稿の主たる目的ではないのでここに詳述することは避けるが、この訴を認めた場合、本稿で扱かう一部請求に関しては次の点の問題となる。

請求額を明示しない訴が提起された場合、訴訟物は請求原因だけで特定する。請求額の判断を裁判所の裁量に委ねる場合にも同様である。後者の場合、原告が訴の申立の中で一定額を明示していても、裁判所はその額に拘束されることなく裁判することができる。したがって裁判所は、原告の申立てた以上の額を認容すべしとの心証を得た場合には、ZPO三〇八条に違反することなく、その額を原告に認容することができる。この場合にはまさに請求権が全体として訴訟物になったといえる。これについてドイツの学説・判例は一致している。しかも原告が請求額の判断を裁判所の裁量に委ねる旨明示しなくとも、訴の申立の解釈の結果、請求額の判断が裁判所の裁量に委ねられていると解された場合、裁判所はこの訴をそのようなものとして裁判できる。⁽⁶⁾ したがって請求額の判断を裁判所の裁量に委ねる

訴には、原告がこれを明示する場合と、裁判所が訴の申立の解釈の結果これと認める場合とがある。いずれにせよ、請求額の判断が裁判所の裁量に委ねられていると解される訴にあっては、訴の申立に一定額が記載されていても、これは訴訟物特定のための要素ではなく、裁判所に対する提案にすぎないのである。^⑦この場合の訴訟物は量の観点を捨象して請求原因だけで特定され、常に請求権の全体として訴訟係属し、裁判所の裁判は請求権全体についての裁判であり、ZPO三〇八条一項の制限を受けることもないが、その判決の既判力は常に残部請求を遮断する（前訴と後訴とは訴訟物が同一）。

本稿で扱った二つの判決でも、連邦通常裁判所はこの立場をとっている。(1)の判決（公用徴収補償）においては公用徴収補償請求権が実体法上統一的（*einheitlich*）な権利であることを理由として、前訴での訴の申立の解釈の結果、請求額の判断が（前訴）裁判所に委ねられ、前訴裁判所も訴をこのような訴として裁判したと考えたのである。また(2)の判決（共有持分）では、共有持分引渡請求権が公用徴収補償請求権と同様に実体法上統一的な権利であることを理由として、そもそもこの種の請求が分割請求になじまないと考えた。それゆえ、前訴裁判所は訴の申立の解釈の結果、訴の申立には一定の請求額の記載はあるが、原告は請求額の判断を裁判所の裁量に委ねていると考え、そのように裁判したものと連邦通常裁判所は考えたのである。連邦通常裁判所の考えによれば、(1)(2)いずれの事件においても、前訴で原告の申立てた請求額は訴訟物特定の要素ではなく、したがって訴訟物は請求原因だけで特定し、前訴裁判所は原告の申立てた請求額に拘束されていなかったのである。つまり(1)(2)の判決では、前訴の訴訟物が請求原因だけで特定し、請求権が全体として訴訟物となり、訴訟係属し、前訴裁判所が既に請求権全体につき裁判していたと

連邦通常裁判所は考えたのである。

結局、連邦通常裁判所の上記二判例を考察する限り、「訴訟物＝既判力の客観的範囲」という原則は何ら変化していない。なるほど、原告が一定数额を明示している訴の申立てにおいて、請求額の判断が裁判所の裁量に委ねられていと解されるか否かにつき連邦通常裁判所が実体法上統一的 (einheitlich) な権利である点だけを基準としたことは問題であろう。⁽⁸⁾ しかし本稿との関係で問題である前訴判決の既判力と残部請求との関係については、前訴請求が請求額の判断については裁判所の裁量に委ねるものと解釈され (その理由づけには問題あり)、請求権が全体として訴訟係属し裁判されたと考えた結果、後訴の訴訟物と前訴の訴訟物は同一だから、前訴判決の既判力が残部請求を遮断するという整然とした論理の筋道をたどることができるのである。

以上のように、金銭等数量的に可分なもの的一定数量の給付を求めた前訴における判決の既判力と残部請求について、ドイツの判例からは以下の原則が確認される。

- (1) 一部請求は適法である。
- (2) 一部請求の場合には、請求権のうち主張された部分についてだけ既判力が生ずる。
- (3) これは原則として、原告が前訴において訴求債権のその余の部分の主張を留保しなかった (一部請求と明示しなかった) 場合にもあてはまる。

(4) しかし訴の申立の解釈により、原告が訴の申立を量的に特定しているにもかかわらず、自己に帰属する請求権の全体を主張したとの解釈が行なわれる可能性がある。これはとりわけ、統一的な請求権もしくは統一的な権利の引

渡を求める場合、ならびに請求の額についての判断が裁判所の裁量に委ねられている場合である。

このように、ドイツの判例においては、債権の一部についての確定判決の既判力が同一債権の残部請求を妨げるか否かという問題は「既判力の拡張の問題」ではなく、黙示的一部請求の場合に債権の全体が訴訟物となったとの解釈が許されるか否か、またこれはいかなる要件の下においてかという問題としてとらえられているように思われる。⁽⁹⁾ パッチュはこの問題を「訴の申立の代表効」(Repräsentationswirkung des Klageantags)として論じている。⁽¹⁰⁾

請求権の全体が裁判の対象となったとの解釈は、同一債権の残部請求を明示的に留保しなかったというだけで許されるものではない。⁽¹¹⁾ 当該訴求部分が請求権の全体にあたるとの主張さえも、残部請求について既判力の抗弁の原因となるものではなく、単に実体法上の効果を生ぜしめ、あるいは訴訟上の悪意の抗弁となるにすぎない。例外が認められるのは原告が自己の請求の額の判断を裁判所の裁量に委ねた場合(額の明示なき訴)に限られる。しかし訴の基礎となる実体法上の請求権が統一的な権利であるという事実により、訴の申立が量的に特定されているにもかかわらず、必然的に請求権が訴訟上も全体として主張されたとの結論を導くことはできない。⁽¹²⁾

それゆえ、連邦通常裁判所民事判例集に表われた黙示的一部請求に対する連邦通常裁判所の立場には次のような評価が下されている。⁽¹³⁾

(1) 黙示的一部請求の既判力は同一債権の訴求されていない部分への既判力拡張の問題ではなく、むしろ逆に、債権の量的に特定された部分の主張に残部請求の留保がないことによって、解釈上債権の全体について裁判されたとすることが許されるか否かを問題としている点は正当である。

(2) 黙示の一部請求の場合、原告が前訴において残部請求を留保しなかったというだけで債権全体についての裁判が行なわれたと解釈することはできないという点も正当である（BGHZ三四卷三三七・三四〇頁）。

(3) 原告が自己の請求額の判断を裁判所の裁量に委ねた場合には、原則として判決は債権全体についての裁判となるという点も正当である（BGHZ三四卷三三七頁・三四二頁⁽¹⁶⁾）。

(4) しかし連邦通常裁判所が具体的に裁判した事件（BGHZ三四卷三三七頁以下）において、請求額の判断が裁判所の裁量に委ねられたとの要件が充足されたと解釈した点は正当でない。この事件で原告は厳密に数額化した補償請求を主張したのである。判例によれば、原告は公用徴収補償額の判断を裁判所の裁量に委ねることができるが、このことは、原告が常にこの処置をとらなければならないことを意味するものではない。

(5) さらに、公用徴収補償請求権（BGHZ三四卷三三七頁以下）とか共有持分引渡請求権（BGHZ三六卷三六五頁以下）といった実体法上統一的な権利の場合には訴の申立の解釈を進めるにあたり、請求権の全体が主張されているということを前提としなければならないという点も不当である。実体法上の請求権の統一性は、この請求権を訴訟上分割訴求することを妨げるものではなく、それゆえ黙示の一部請求の主張を妨げるものでもない。

以上のように連邦通常裁判所の黙示の一部請求の場合の既判力の客観的範囲に対する理論的出発点には、おおむね賛成すべきであり、ただ連邦通常裁判所の具体的に行了った訴の申立と判決内容についての特定の解釈に疑問が残るだけであるとされている⁽¹⁶⁾。

ドイツの判例においては結局、黙示の一部請求の問題を、債権のうち前訴で主張されなかった部分への既判力の拡

張の問題と考えるのではなく、前訴請求が債権の一部であるとの明示がないため、債権が全体として訴訟物となったと考えられるか否かの問題と考えられている。ここにいう債権が全体として訴訟物となったということは、原告に帰属する債権は全体でいくらかという権利主張としての訴訟物を考えているのではなく、原告の請求が量の観点を捨象してもっぱら請求原因だけで特定したということと考えられている。したがってこの場合には、たとえ原告が一定の請求額を申立てても裁判所はその額に拘束されることなく、それ以上の額を原告に認容する可能性があることになり、原告の獲得の機会と喪失の危険とのバランスは保たれている。連邦通常裁判所が黙示的一部請求の場合に、前訴判決の既判力が残部請求を遮断するとした判決は、実はこのように既に前訴において訴訟物が請求原因だけで特定し、請求権が全体として訴訟係属し、裁判された事件を扱ったものであり、前訴と後訴の訴訟物が同一といえる場合である。しかも厳密に言えばこの場合には、請求権は常に全体として訴訟物をなすのであって、一部請求とはいえない事例である。

(1) Vgl. Batsch, a. a. O. in ZfP Bd. 86, S. 265, Fuß. 34 mit weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung.

(2) Kuschmann, Die materielle Rechtskraft bei verdeckten Teilklagen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Festschrift für Gerhard Schiedermaier, 1976, S. 359 ff.

(3) この二つの判決のほかドイツではBGHZ三四卷一一〇頁以下（補償増額）の判決も黙示的一部請求の場合の既判力の客観的範囲についてのリーディング・ケースとされている。この裁判で問題となったのは、確定判決によって生計能力の低下を理由として月ぎめの補償金を認容された事故被害者が一般的な給与の上昇を理由とする補償金の増額を主張しうるのにはZPO三三三条の変更の訴の要件、すなわち事情の本質的変更（ZPO三三三条一項）が存在し、かつ、口頭弁論終結後にはじめて生じた事実に基づき（同条二項）、かつ、将来に向かっての変更のみを目

的とする(同条三項)場合という要件を充足した場合に限られるのか、それとも、こうした要件に制限されることなくZPO二五八条により、単なる残部請求の方法をもってこれを訴求しうるかという問題であった。連邦通常裁判所は反復的給付を命ずる判決の変更を求める訴は常にZPO三三三条の要件を充足した場合に可能なだけであり、(例外的に)これを残部請求を用いて訴求するには、前訴において一部請求であることを明示しなければならぬとしたのである。この判決は、我國に同様の規定の存在しないZPO三三三条の変更の訴と一部請求との関係を扱ったものであるので、本文での紹介は割愛した。Vgl. Kuschmann, a. a. O. S. 352 ff.

(4) 本判決は木川統一郎博士により、ドイツ法判例百選「一部請求」でも紹介されている。なお本文中 einheitlich という語については同文献中「統一」とされているので本稿もこれに従った。

(5) 小山昇「金額請求について」民事訴訟法雑誌三卷一六五頁・五十部豊久「一部請求と残額請求」実務民事訴訟講座一七五頁・同「損害賠償額算定における訴訟上の特殊性」法協七九卷七二〇頁・小室直人「一部請求の訴訟上の取扱」法学教室一期一六二頁・同「一部請求と上訴」山木戸遷磨・実体法と手続法の交錯(下)二六九頁。なお最近ドイツでこの問題を扱ったものとしては、Rühl, Der unbestimmte Klagenanspruch, ZRP 85, Bd. H. 1, S. 52, 469e。

(6) Kuschmann, a. a. O. S. 370.

(7) Kuschmann, a. a. O. S. 370.

(8) Kuschmann, a. a. O. S. 371. その他ツツシユマンによれば、裁判所が訴の申立の解釈の結果、請求額の判断が裁判所に委ねられているものとして裁判した場合に、裁判所が訴の申立の中で示された額に拘束されず、これ以上の額を原告に認容することを妨げられていなかったことが、判決本文の解釈から明らかになるようにしなければならないとする。

(9) Kuschmann, a. a. O. S. 367.

(10) Batsch, a. a. O. in ZRP 86, Bd. H. 3, S. 271. ハツチユは、内容の特定した訴の申立自体が解釈によって、基礎となる請求権全体を代表すると解される場合、代表効 Repräsentationswirkung が認められるとする。これはいわば請求原因だけで訴訟物が特定している場合であるといえよう。ハツチユによれば、この代表効が認められるのは、(1)請求額の判断を裁判所の裁量に委ねる場合(2)訴の申立の解釈の結果、一定の請求額の申立はあるが、請求額の判断は裁判所に委ねられているときされる場合(3)訴の申立が質的に特定している場合である。そして代表効が認められるこれら三つの場合には(1)裁判所は訴の申立の文言通りの表示に拘束されない(2)判決確定後には請求原因を同じくする同類型の訴はすべてZPO三三三条一項の既判力により不適法却下される(前訴と後訴で訴訟物が同一)ことになる。代表効の認められる(3)の場合の例と

してパッチュは次のような例を挙げている。原告（買主）は、特定の売買契約に基づき当該売買契約の目的物Aの引渡を求めて、被告（売主）に対し訴を提起した。パッチュによればこの場合、原告の訴の申立は当該売買契約の目的物の引渡を求めていると解釈しうる。したがって裁判所がその後の証拠調べの結果、売買の目的物は実際にはAでなくBであるとの心証を得た場合、訴の申立の表示変更をしないでも適法にBを原告に認容しうる。逆に原告の申立てAにつき請求認容あるいは請求棄却の判決確定後には、原告が同一の売買契約に基づき、実際に購買したのはBであったとしてBの引渡を求めて訴を提起しても、ZPO三二三条一項により訴は却下される。以上がパッチュのいう代表効であるが、パッチュによれば、ZPO二五三条二項二号に規定された「特定」の要件を請求が充足している限り、こう解しても問題はないという。特定物の給付請求につき我国の新説が請求の趣旨だけで訴訟物が特定するとしているのと丁度逆の立場であり、アメリカの連邦民訴規則五四条C項（後述）と類似した考え方をよむに思われる。

(11) 残部請求の留保がない場合に請求権の全体が裁判の対象となったとするものとして、Pagenstecher, a. a. O. in JW 1925, S. 712 ff. 「一〇〇〇ドイツマルクの貸金請求を留保なく主張する場合、申立と請求認容判決とによって基礎となる消費貸借契約から生ずる可能性のある請求権の全体が個別化され、訴訟係属し、裁判され、その結果同一の消費貸借関係から生じた残部の二〇〇〇ドイツマルクを求める訴は「既判力の抗弁」により妨げられる。」同旨 Lent, a. a. O. in NJW 1955, S. 1865 (1866) 「訴訟・判決・既判力の対象は確かに原告の申立によって個別化されるが、この個別化は単に額を確定するだけでなく、この額が基礎となる請求権の全体にあたるもの権利主張を含む。したがってこの請求認容確定後には、この個別化のため残部請求はZPO三二三条一項によって排斥される。」この両者に反対の立場をとるものとして Pohle, a. a. O. in ZFP Bd. 77, H. 1/2, S. 102 ff. 「ZPO三〇八条一項とZPO三二三条一項の関係とを言えば「個別化の結果（すなわち請求額）だけが既判力の確定事項に含まれるのであり「個別化のメルクマル（すなわちこの額限りであつてこの額以上ではないという）」」として既判力は生じない。」

(12) Kuschmann, a. a. O. S. 369, 374.; Pohle, a. a. O. in ZFP Bd. 77, H. 1/2, S. 109 ff. 「ZPO三二三条一項の表示により(1)債務免除(2)権利失効(3)残部請求(4)つづきの訴権 (Klagparkei) の放棄等が考られるが実際にこれらが完成するかについては「ボレーは懐疑的である。しかしボレーは、留保されなかった残部請求訴訟において、原告の主張が前訴での主張と矛盾し著しい証明困難が生ずる可能性のあることを認めよう。」

(13) Kuschmann, a. a. O. S. 375.

(14) Kuschmann, a. a. O. S. 375, 376.; Batsch, a. a. O. in ZFP Bd. 86, H. 3, S. 277.

(51) Batsch, a. a. o. in ZZP Bd. 86. H. 3. S. 277. とは、わけなき共同共有物の統一性 (Einheitlichkeit) と可分性 (Teilbarkeit) の混同たるを理由として連邦通常裁判所を批判して Brox, NJW 1962. S. 1203 (1203, 1204); Habscheid, FamRZ 1962. S. 355; A. Blomeyer, JZ 1963. S. 177 (178); Pohle, ZZP Bd. 77. H. 1/2. S. 106, 107. を批判して連邦通常裁判所を支持する。

(9) Kuschmann, a. a. O. S. 376.

二 アメリカ連邦民訴規則五四条C項と分割訴求禁止の原則

アメリカ合衆国において分割訴求禁止の原則 (Rule against splitting a cause of action) が妥当な⁽¹⁾一部請求は原則として禁止されている点については我国でも既に多数の紹介がある。⁽²⁾この原則の下では、「同一の「訴訟原因」については、一挙に紛争を解決することによって、訴訟の重複を避け、裁判所および当事者(殊に被告)の無用の費用と時間の浪費を防ぐ」⁽³⁾ことができる。ではなぜアメリカ合衆国においてこの原則が妥当するのであろうか。この理由として訴訟費用制度に着目し、アメリカ合衆国では訴訟費用の定額制がとられているため、原告が一度に債権の全体を訴求するのに障害のないことを挙げるものもある。⁽⁴⁾確かに訴訟費用制度は重要なひとつの理由であると考えられるが果たしてそれだけが理由なのだろうか。

既に考察してきたように、ドイツで黙示的一部請求の場合の前訴判決の既判力が残部請求を遮断するとした判例⁽⁵⁾には、前訴裁判所が原告の申立てた額に拘束されず、請求額を自己の裁量で判断できたという特殊性が存在した。このことを考えるとき、アメリカ合衆国において分割訴求禁止の原則が妥当する重要な根拠として、連邦民事訴訟規則五

四条C項の存在が忘れられてはならない。

連邦民事訴訟規則五四条C項は次のように規定する。「欠席判決は請求の趣旨において原告が求めたと異なる種類のものであってはならず、また、金額において原告の申立を超えてはならない。欠席当事者に対して欠席判決がなされる場合を除き、すべて終局判決は勝訴者がそのような救済をプリーディングにおいて求めていない場合においても勝訴者が得ることができる救済を与えなければならない」⁽⁶⁾。

すなわちアメリカ合衆国では被告出席の場合、訴状 (pleading) で申立てられた請求額は裁判所を拘束しないのである。この点、ドイツにおける請求額の判断を裁判所の裁量に委ねる訴においては、たとえ原告が訴の申立で一定の請求額を申立てていても、この額が裁判所を拘束しないこととの共通点が存在する。すなわち両者においては、原告の申立てた請求額は裁判所を拘束せず、請求額は裁判所の裁量により判断されうるにすぎないのである。換言すれば、これら両者において原告は「訴訟原因」(cause of action) あるいは「請求原因」を特定できるだけである。こうした状況の下、ドイツでは前訴判決の既判力が残部請求を遮断し、アメリカ合衆国で分割訴求禁止の原則が妥当するのは決して偶然の一致ではない。なぜならば、原告の申立てた一定の請求額は裁判所に対する拘束力をもたないため、この両者においては具体的な数値で限定された請求権ではなく、常に「全体」という割合により一定した請求権が訴訟物となり、訴訟係属し、裁判されるので、そもそも請求の分割訴求ということは考えられないからである。⁽⁷⁾

(1) 例外として金銭債権の分割訴求が許されるのは「[全額を一挙に請求することが却って困難であり、分割訴求を認めても、訴訟の無駄な繰返しとはいえないような具体的事情の存する場合]」である。吉村徳重「Res Judicata」英米法判例百選二六四頁（二六五頁）参照。

- (2) 吉村「前掲一・同」アメリカにおける既判力の客観的範圍」法政研究三三卷二一六号七四六頁・三ヶ月章・民事訴訟法(弘文堂) 一二三頁・新堂幸司「既判力と訴訟物」法協八〇卷三三二頁・五十部豊久「一部請求と殘額請求」実務民事訴訟講座一八六頁。
- (3) 吉村「Res Judicata」二六四頁。
- (4) 三ヶ月「前掲」一二三頁。
- (5) 本稿一の三參照。
- (6) 谷口安平「アメリカ民事における判決の申立と裁判」法学論叢八八卷一・二・三号一〇六頁。
- (7) 誤解を避けるために附言するが、ドイツでこの状態が考えられるのは、あくまでも請求額の判断が裁判所の裁量に委ねられた、いわば例外的な場合だけであり、額の判断を裁判所に委ねない自由は当然原告に認められる。

三 我国の学説の検討

一定数量の金銭もしくは代替物の給付を求める前訴判決の既判力が同一債権の殘部請求を遮断するか否か、すなわち殘部請求は適法かという問題につき、我国では大別して四つの見解がある。

(1) 肯定説⁽¹⁾ 債権の一部を訴求する場合、その債権の一部が訴訟物となり、その一部にだけ既判力が生ずる。したがって殘部請求が前訴判決の既判力により遮断されることはない。

(2) 明示説⁽²⁾ 前訴において一部請求であることを明示した場合には、債権はその一部だけが訴訟物となり、既判力はその一部についてだけ生ずるので、殘部請求が前訴判決の既判力によって遮断されることもない。しかし前訴において一部請求であることの明示のない場合には、債権の全部が訴訟物となり、既判力も債権の全部に及ぶ。したがって殘部請求は前訴判決の既判力によって遮断される。默示的一部請求の場合、原告の申立てた額は給付を求める最上

限を画する。

(3) 識別説⁽³⁾ 法的にその一部が残部から識別可能な場合には、訴訟物をその一部に限定することができ、既判力もその一部についてだけ生じ、残部請求が前訴判決の既判力によって遮断されることはない。しかし、法的にその一部が残部から識別できない場合には、債権の全部が訴訟物となり、既判力も債権の全部に及ぶ。したがって残部請求は、前訴判決の既判力によって遮断される。この場合原告の申立てた額は給付を求める最上限を画する。

(4) 否定説⁽⁴⁾ 一部請求であることの明示の有無・法的な識別可能性の有無にかかわらず一個の債権をめぐる紛争については、その債権を全体として主張することに法的な障害がない限り、あくまで当該債権が全体として訴訟物を構成し、債権全部に既判力が及ぶ。したがって残部請求は原則として前訴判決の既判力によって遮断される。この場合、原告の申立てた額は給付を求める最上限を画する。

肯定説以外の各説(2)・(3)・(4)説)は残部請求許否の判断基準を異にするものの、残部請求否定の根拠としては、「前訴で債権の全部(全体)が訴訟物となった」という点では一致している。またこの点こそが肯定説以外の各説が前訴判決の既判力による残部請求遮断の根拠ともいえる。肯定説以外の各説にはもう一つ共通点がある。肯定説以外の各説は、前訴で原告の申立てた額に裁判所に対する拘束力を認めている点でも一致している。したがって肯定説以外の各説によれば、それぞれの主張する基準がない場合、「前訴で債権の全部が訴訟物となった」とことと「原告の申立てた額は裁判所を拘束する」とことの二点が共通点としてでてくる。

さて、原告の申立てた額が裁判所を拘束するのまま債権の全部が訴訟物となるということがはたして妥当であ

らうか。つまり、肯定説以外の諸説においては、各説の基準で判断して一部請求が認められない場合、訴訟物と判決対象（原告の申立てた事項）とは範囲を異にすることになる。しかも肯定説以外の各説によっても訴訟物と既判力の客観的範囲との関係は従来通り「訴訟物 \parallel 既判力の客観的範囲」の図式が考えられているようである。したがって、判決対象・訴訟物・既判力の客観的範囲については原則として「 $\text{被告の利益} \parallel \text{原告の利益}$ 」という図式が成立する。この数式において、判決対象は原告が給付を受ける最上限にあたるから原告の獲得の機会としよう。またこの数式での既判力は遮断効を伴うものだから原告の喪失の危険としよう。そうするとこの数式の意味するところは、原告の喪失の危険はもとも原告の獲得の機会を上まわっているということである。肯定説以外の各説の論者は、この原告の獲得の機会と喪失の危険のアンバランスをどう説明するのであろうか。また肯定説以外の諸説によれば、各説の主張する基準で判断して一部請求が認められる場合、先の数式は「 $\text{被告の利益} \parallel \text{原告の利益}$ 」の図式となるところと思われるが、なぜ明示の有無とか、法的識別基準の有無によって、このようなアンバランスが生ずるのであろうか。肯定説以外の各説の論者はこの点についても何も答えてはいない。

原告の獲得の機会と喪失の危険のアンバランスについては、水かけ論的に、「だから全部請求をするべきだ」といった答えも返ってきそうである。しかし、貸金債権とか売買代金債権などのように「金銭そのものの価値を求める場合」のように債権の総額が明らかである場合はともかく、一部請求が頻発する損害賠償請求のように「侵害された利益の回復や損失した利益の返還を目的とし、それらの利益に代わるものとしてそれらを金銭で評価し、その評価額を求める場合」のように債権の総額が明らかでない場合はどうするのか。

原告の獲得の機会と喪失の危険とのアンバランスが生ずるのは、原告の申立てた額に拘束力を認めたまま、債権の全体が訴訟物となつたからに他ならない。

本稿一・二で考察したように、黙示的一部請求の場合、前訴判決の既判力が残部請求を遮断するとしたドイツの判例において、前訴が実際には請求額の判断を裁判所の裁量に委ねる訴であったこと、アメリカ合衆国において分割請求禁止の原則が妥当する背景に、原告の申立てた請求額が裁判所に対する拘束力をもたないことを明定する連邦民訴規則五四条C項が存在することは偶然の一致ではない。これら両者の場合には債権は常に全体として訴訟物となつてされるが、この場合同時に原告の申立てた額の裁判所に対する拘束力を排除して、原告の獲得の機会と喪失の危険とのバランスは保たれているのである。

しかし原告の獲得の機会と喪失の危険とのアンバランスを是正するために、我民事訴訟法一八六条の下で、原告の申立てた額の拘束力を排斥することはできない。なぜならば民事訴訟法一八六条は原告に対して訴訟物定立の権限を付与すると同時に、被告に対しては、防禦の目標を明示する役割を果たしているからである。⁽⁸⁾ アメリカ合衆国の連邦民訴規則五四条C項は、本稿二で考察したように、被告欠席の場合には、原告の申立てた請求額を認め被告の防禦権を保障していることから、これは明らかである。

したがって、我民事訴訟法一八六条のように、原告の申立てた額が裁判所に対する拘束力をもつ制度の下では、一定額の金銭もしくは代替物を訴求する場合、この訴に一部請求との明示がないとか、残部と法的に識別できないといった理由で、債権の全部が訴訟物であると考えすることはできないのである。債権の全部が訴訟物であると考える場合

には原告の獲得の機会と喪失の危険とのアンバランスが生じ、これを是正しようとして原告の申立てた額の拘束力を排斥しようとするれば、被告の防禦権の保障が害されるのである。これは原告の申立てた額に拘束力を認める制度の下では、一部請求は肯定されざるを得ないことを示しているともいえよう。

(1) 村松俊夫「金銭債権の一部請求」法律時報二九卷四七〇頁・伊藤乾「一個の債権の數量的な一部請求についての判決の既判力」民商法雜誌四八卷五号一〇頁・木川統一郎「一部請求メモ」判例タイムズ二〇九号八頁・石川明「請求異議の訴と個別的執行の排除」法学研究・江藤价泰「一部請求」演習民事訴訟法(上)青林書院新社五二九頁。

(2) 小山昇・民事訴訟法(三訂版)一五三頁・斉藤秀夫・民事訴訟法概論三九三頁。

(3) 兼子一「確定判決後の殘額請求」民事法研究一三九一頁・三ヶ月章「一部請求判決の既判力論争の背景」民事訴訟法研究三卷一六五頁・同民事訴訟法(法律學全集)一〇七頁。

(4) 上村明広「明示した一部請求」続民事訴訟法判例百選一八二頁・新堂幸司「既判力と訴訟物」法協八〇卷三号一頁・同民事訴訟法二二七頁・五十部豊久「一部請求と殘額請求」実務民事訴訟法講座一七五頁・小室直人「一部請求の訴訟上の取扱」法学教室一期一号六二頁・同「一部請求と上訴」実体法と手続法の交錯(下)二六九頁。

(5) 例外として原告が債権の總額以上を訴求した場合、可能性の問題としては、不等号の向きが変わることも考えられる。

(6) 小山昇「金額請求について」民事訴訟法雜誌六号一一五頁(一一九頁)。

(7) 小山昇「前掲」一一九頁。

(8) 三ヶ月教授の見解にはこの点も含めて疑問がある。教授は從來、一部が他から識別しうる場合だけが一部請求であるとし、単なる分割訴求を否定しておられた(民事訴訟法(法律學全集)一〇七頁)。しかし最近、教授は、単なる量的な分割訴求の場合の見解を変えておられる(民事訴訟法(弘文堂)一二二頁以下)。教授によれば、単なる量的な分割訴求の場合は「厳密な意味では一部請求とはいえず、むしろ全部の請求を潜在的な訴訟物として提示しつつ、たまたま訴訟費用の考慮等から給付判決を求める最上限を原告がより低く画することも制度的に是認され、(中略)」この場合、「請求の趣旨で示される數額は、原告の求める給付判決の一応の上限を画するに止まって、厳密にいえば真のその訴訟物

は背後に隠れているとみるべきことになる。」疑問のまず第一点、いずれを訴訟物とお考えなのか。さらに既判力については「勝訴・敗訴の場合を通じて常にその全額に及び、原告側としては勝訴すれば前訴判決の既判力を利用しつつ、残額を請求しうるが原告敗訴の場合には、その判決により残部請求は却下されることになる。」疑問点第二・なるほど教授のこの見解によれば、原告の獲得の機会と喪失の危険のアンバランスは前訴で原告が勝訴した場合には勝訴判決の既判力を利用して残部を請求しうることによって回避される。しかしそれでは民事訴訟法一八六条が被告に防禦の最終目標を明示した意味がなくなってしまう。被告は原告の申立てた額を目安として防禦の態度を決め、それに相応の緊張度で訴訟に関与すればよいからである。三ヶ月教授の説では敗訴被告の不利益が顧慮されないので、これを支持するわけにはいかない。

おわりに

訴訟制度が原告の申立てた請求額に裁判所に対する拘束力をもたせるかもたせないかは、その訴訟制度において分割請求が認められるか認められないかを論ずる際の一つの重要なキーポイントであると思われる。

拘束力を認めない制度の下で分割請求可否の問題がそもそも生ずる余他のないことは、本稿二で既に明らかにしてきた。この場合にもこの制度の下では原告の獲得の機会と喪失の危険とのバランスも保たれて⁽¹⁾いる。分割請求可否の問題が生ずるのは、結局、原告の申立てた請求額が裁判所に対する拘束力をもつ制度の下に限るのである。その場合、前訴での原告の申立てた額が裁判所に対する拘束力をもつとしたまま債権の全部が訴訟物となると考える場合には、前述のように原告の獲得の機会と喪失の危険とのアンバランスを生み出すか、これを避けようとして被告の防禦権の保障を害するかのいずれかである。しかも前者の場合には、訴訟物となり、訴訟係属したにもかかわらず裁判されずに、しかも同判決の既判力で遮断される債権の一部の存在まで生まれる。本稿一・二の考察で明らかとなったように、分割請求が否定される背景に、原告の申立てた額が裁判所に対する拘束力をもたない訴が例外的であれ（ドイ

ツ)、原則として(アメリカ合衆国)であれ存在したということは、決して偶然の一致ではない。逆説的に言えば、分割訴求は、原告の申立てた額が裁判所に対する拘束力をもつ訴訟制度の下でのみ、また必然的にこうした制度の下では存在する訴訟技術であるように思われる。

(1) この観点は、最近盛んな、既判力を自己責任と手続権保障で根拠づける立場に立っても忘れてならない点であると思う。