

研究ノート

一部請求におけるいわゆる「明示説」の判例理論

勅使川原和彦

1. はじめに
2. 一部請求「明示」の機能
3. 「明示＝評価」論と、明示がある場合でも残部請求を許さないとする判例との関係
4. 結びに代えて

1. はじめに

従前の、いわゆる「一部請求」論（一部請求判決確定後の残部請求の可否についての議論）における判例の理解は、「明示説」と呼ばれる。それは、原告により前訴で一定の明示行為があり、その明示によって訴訟物が分断され、前訴「一部」請求の訴訟物と後訴「残部」請求の訴訟物は別だから、前訴「一部請求」にかかる既判力も、後訴「残部請求」には及ばない、とするのが判例である、⁽¹⁾ というものであった。

そこで、学説上、とりわけ一部請求（残部請求）全面否定説により加えられていた批判が、「なぜ原告が一部請求である旨を明示すると、いわば原告の恣意により分断された訴訟につき、被告は複数応訴を強いられることになるのか、かつ、裁判所に重複して審理させる不経済を生じさせるのか、実体法上原告に認められている権利の分割行使の利益を保障するという根拠に基づく明示説では、充分に正当化できない」、⁽²⁾ というものであった。

しかし、すでに最高裁判例は、一部請求であるとの明示がなされていた事案に

(1) 金銭債権の数量的一部について一部請求した事案で、最判昭和37年8月10日（民集16巻8号1720頁。以下「昭和37年最判」という）は、「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」旨判示した。

(2) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法 上〔第2版〕』（有斐閣、2011）95頁以下に、現在の学界の到達水準が「精確にまとめられている」。

における最判平成10年6月12日⁽³⁾において、金銭債権の数量的一部請求で全部ないし一部の棄却判決が確定した場合は、後訴残部請求に既判力は及ばなくても、信義則により、残部請求の後訴が不適法⁽⁴⁾となる旨を判示している。

そしてまた、最判平成20年7月10日⁽⁴⁾では、いわゆる特定一部請求に関して、原告が直截に一部請求である旨明示していなくても、前訴において、①原告側が費目を特定した主張をしていたこと、②実質的な発生事由を異にする別種の損害費目であること、③これら損害費目を併せて請求することは期待し難かったこと、④被告側も、原告の主張した費目以外の費目の損害が発生し、その損害が拡大する可能性を認識していたこと、を理由として、一部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る」と判示し、解釈によって「明示⁽⁵⁾」を認めている。これを受けて、下級審でも、近年、福岡高判平成21年7月7日およびその第一審たる佐賀地判平成20年8月22日⁽⁶⁾が、直接の明示行為がない場合にも、明示があるのと同じ扱いをする（解釈により明示ありと認める）基準を具体的に定立して判断している。

平成10年最判の評釈には、「明示説といわれてきた判例の立場は、本判決によって修正を受けた」というものもある⁽⁷⁾が、しかし、判例を再度眺めてみると、従前より判例は、後発後遺症や判決確定後の事情変更による拡大損害の賠償請求について、「一部である」との直接の明示行為のない⁽⁸⁾場面で、前訴請求を一部請求であったものとして、残部請求として後訴を許していたが、その根拠には「両当事者の公平」や「原告救済の必要性」の衡量があったと考えられ、それは平成10年判例の信義則の適用背景に共通しているように思われるのである。

これらの判例を正確に分析し直せば、明示説でいう「明示」が事実（直接の明示行為）のみならず評価の問題であるということがわかるように思われる。実は本稿での結論は、これに尽きるし、これまでも自分の授業ではここ十年以上、度々議論していたところでもある。公刊されている文献では、趣旨としては同様

(3) 民集52巻4号1147頁、判時1644号126頁、判タ980号90頁。以下「平成10年最判」という。

(4) 裁判集民事228号463頁、判時2020号71頁、判タ1280号121頁。以下「平成20年最判」という。

(5) 判時2069号59頁、判タ1324号269頁。

(6) 判時2069号632頁。

(7) 伊藤眞ほか編『民事訴訟法判例百選〔第三版〕』（有斐閣、2003）89事件〔本間靖規〕183頁。

(8) 後発後遺症事例として、最判昭和42年7月18日（民集21巻6号1559頁、判時493号22頁、判タ210号148頁。以下「昭和42年最判」という）、拡大損害の事例として、最判昭和61年7月17日（民集40巻5号941頁、金法1157号30頁。以下「昭和61年最判」という）。

のことを述べているものも少なくないが、直接「明示」しているものはわずかで
⁽⁹⁾あるようにも思われるので、判例理論に対する賛否の前提として判例理論じたい
 のトレースを試みるべく、ここで研究ノートとして整理検討しておきたい。

2. 一部請求「明示」の機能

まず「一部請求である」旨の明示の機能を確認しておきたい。従前の学説や判例を通観して一般的理解と思われるところからすると、一部請求における「明示」には、少なくとも二つの機能がある。すなわち、①被告への情報提供機能、および②訴訟物分断（申立て範囲限定＝既判力範囲限定）機能、の二つである。

2-1. まず第一に、①被告への情報提供機能である。原告が一部だと明示すれば、被告は残額請求があることを認識でき、前訴限りで一回的解決を求めるのであれば残債務不存在確認請求の反訴を提起して、複次応訴の煩を避けることができる。⁽¹⁰⁾一部だという直接の明示行為がなければ、債権の全額請求として解決され再訴はないものという期待を生じ、それが合理的期待であるなら、被告のこうした合理的期待は保護されなければならない。⁽¹¹⁾翻っていえば、直接の明示行為はなくても再訴はないものという期待が被告に生じない場合または仮に生じてもそうした期待が合理的といえない（と評価される）場合であれば、情報提供機能は要求されない、という考え方ができるし、（後述するが、訴訟物分断機能も併せ）少なくとも不法行為に基づく損害賠償請求訴訟に関してこれを正面から判示した

(9) 兼子一原著・松浦馨ほか『条解民事訴訟法 第2版』（弘文堂、2011）531頁〔竹下守夫〕は、「判例が、一部請求である旨を明示したか否かを、残額請求を認めるか否かを区別の基準としていることの実質的意味は、被告において、その訴訟により原告の主張する権利の存否にかかる紛争が全面的に解決・決着したと合理的に期待しうるか否かを基準とするにあると解され、したがってまた、明示したとみられるか否かも、このような角度から決定されるべきものと思う。」として、判例理論の「明示」が、「実質的意味」としては事実というより評価であることを（一定の範囲ではあるが）述べているものとみられる。

(10) 高橋・前掲注（2）99頁。

(11) 高橋・前掲注（2）100頁。「黙示」の一部請求について再訴が既判力で遮断されたものの、という評価もされる最判昭和32年6月7日（民集11巻6号948頁、判時120号1頁、判タ76号24頁。以下「昭和32年最判」という）の結論は、このような観点で支持される。この昭和32年最判じたいは、判旨前段で前訴請求と後訴請求が一部請求の関係に立つことを否定しており、後段で仮に一部請求の関係に立つとしても、原告は前訴において全部請求として訴求し全部勝訴の確定判決を得た以上は、後訴で前訴が一部請求に過ぎなかった旨を主張できないとしたものである。この判旨後段について、本最判の調査官解説である、『最高裁判所判例解説民事篇昭和32年度』（法曹会、1969）117頁〔青山義武〕は、禁反言法理の一適用と解することができる、とする。

ものが、平成20年最判であるといえる。

ところで、この①被告への情報提供機能では、原告から一部請求であること、分割請求することを知らされた被告に、被告の負担で消極的確認の反訴をして一回的解決を図る機会を提供するものの、(原告の分割請求の利益につき、権利濫用の場合を除き、常に保護されるべきであるという立場に立たない場合には)なぜ原告だけが分割請求の利益を享受できて、被告がそれを免れたければ自分の負担で複次的な応訴負担の回避(=残債務不存在確認の反訴提起)をするよう強要されなければならないのか、という批判には充分応えられない。すると、あくまで、一部請求をしたい原告としては、被告にその情報提供をしない場合には、被告において再訴はないとの合理的期待を有しえないと評価される場合を除いては、再訴による残部の分割請求は許されない、という消極的機能と理解すべきである。そうだとすると、すでにここで、原告に直接の明示行為がない場合でも「被告において再訴はないとの合理的期待を有しえないと評価される場合」を除く、との「評価」が混入する契機があることに留意したい。

ではいかなる場面で、④直接の明示行為はなくても再訴はないものという期待が被告に生じない場合、ないし、⑤仮に生じたとしてもそうした期待が合理的といえない(と評価される)場合といえるのか。

この点の「評価」基準は、実は次の②訴訟物分断機能にも密接に関わっているとみられるので、先に訴訟物分断機能をみておこう。

2-2. そこで次に、②訴訟物分断(申立て範囲限定=既判力範囲限定)機能をみってみる。実体法上の債権の分割行使の自由を、処分権主義を梃子に訴訟法上でも認めるものである。ここで、処分権主義を「原告の訴訟物設定の自由」としてこれを絶対視し、明示・黙示にかかわらず残部請求を認める見解も有力である。⁽¹²⁾

(12) 評価する側である裁判所からみるとこういう言い方になるが、当事者側からみれば限定された枠内での「責任」という表現もできる。夙に、三木浩一「一部請求論の展開」慶應義塾大学法学部編『慶應の法律学 民事手続法』(慶應義塾大学出版会、2008)203頁以下は、これを「行為責任としての一部明示責任」と呼び、信義則により処分権主義が内在的制約を受ける場合である、と巧みに構成する。

なお、兼子一ほか『条解民事訴訟法』(弘文堂、1986)614頁〔竹下守夫〕は、原告が一部請求である旨を明示していたり、訴訟の経過から残額請求の可能性を留保していることが明らかである場合(例えば、広島高判昭和46年3月23日〔高民集24巻1号55頁、判時639号87頁、判タ265号144頁〕)には、被告に後訴請求がないとの期待(全面的決着への信頼)は認められず、自ら残債務不存在確認の反訴を提起して残額請求を排除しなければ、残額請求を覚悟せよ、と説く(竹下・前掲注(9)533頁も同じ)。

(13) 代表的なものとして、木川統一郎「一部請求後の残額請求」『民事訴訟法重要問題講義

しかし、現在では、「実体法生活では、重複『審理』や『応訴』の煩はない⁽¹⁴⁾」との叙述に代表されるように、審理の重複や相手方の複次応訴の煩に配慮しないまま、実体法上の権利分割行使の自由を訴訟法にそのまま持ち込むことには批判的な見解が通説的地位を占めている。他方で、訴訟物と申立事項の範囲を切り分け、明示によって画されるのは申立事項の範囲（＝請求認容判決の上限）に過ぎず、訴訟物としては請求権全部であり、既判力の範囲も（一部であるとの明示とは無関係に）請求権全部に生じる、とする学説も有力である⁽¹⁵⁾。通説の見解と判例は、訴訟物と申立事項の範囲は一致させているので、一部請求であることの明示は、可分債権を一部と残部に分断し一部を訴求したものと把握し、それを申立事項として判決事項の範囲を枠決めし、訴訟物と一致して、既判力の範囲もその枠内にとどめられる（残部訴求は、前訴一部請求に対する確定判決の既判力によっては拘束を受けない⁽¹⁶⁾）ものと解している。

さらに判例は、「判決主文の判断＝訴訟物についての判断＝既判力の客観的範

（中）』（成文堂、1992）306頁。請求認容・棄却で結論は別れるものの、明示・黙示の別によっては残部訴求を否定することがないのは、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第6版〕』（弘文堂、2010）573頁以下。

(14) 高橋・前掲注（2）98頁。

(15) 兼子一「確定判決後の残額請求」『民事法研究 第1巻』（酒井書店、1950）396頁、三ヶ月章『民事訴訟法〈法律学全集〉』（有斐閣、1959）108頁・『民事訴訟法〈法律学講座双書〉〔第3版〕』（弘文堂、1992）117頁、五十部豊久「一部請求と残額請求」鈴木忠一＝三ヶ月章監『実務民事訴訟講座1』（日本評論社、1969）84頁、新堂幸司『新民事訴訟法〔第五版〕』（弘文堂、2011）329頁、伊藤眞『民事訴訟法〔第4版〕』（有斐閣、2011）213頁等。

これに対して、竹下・前掲注（12）615頁（注（24））、高橋・前掲注（2）111頁、山本和彦『民事訴訟法の基本問題』（判例タイムズ社、2002）118頁は、この考え方では、訴訟物たる全体は判決主文に出てこない（残部について「その余の請求を棄却する」の判示がない）ため、114条との整合性に難がある、と批判し、竹下・前掲注（9）531頁は、一部と明示したのに債権全部が訴訟物になるというのは、原告の意思に反するといわざるをえない、とする。

(16) 現在、一部請求全部否定説のみならず、残部訴求を一定の範囲で否定する見解は、既判力によって残部訴求を許さないとするのではなく、既判力とは別の道具立てで残部訴求排斥を根拠づけようとする。竹下・前掲注（12）611頁以下は「信義則に基礎をおく、失権効」により、中野貞一郎『民事手続の現在問題』（判例タイムズ社、1989）85頁以下は信義則なかんずく禁反言（矛盾挙動禁止）の法理により、小松良正「一部請求理論の再構成」『中村英郎教授古稀祝賀 民事訴訟法学の新たな展開』（成文堂、1996）135頁以下はアメリカ法に示唆を受けた「必要的請求併合のルール」により、山本・前掲注（15）103頁以下は人訴25条などの併合提訴強制規定の類推適用により、高橋・前掲注（2）112頁は直截的に「一部請求論自体の理論構成」として、判例は平成10年最判・前掲注（3）で「信義則」により、各々、訴訟物ないし既判力に依拠せずに残部訴求を否定する根拠としている。

困」という訴訟物=既判力ドグマに準拠しつつ、訴訟物分断による訴訟物の異別性に依拠して、明示によって訴訟物が分断されない場合には訴訟物は請求権全体と考え訴訟物が異別にならないから既判力により遮断されると考えているものといえる。すなわち、最判昭和34年2月20日⁽¹⁷⁾が、明示の一部請求の消滅時効の範囲について、裁判上の請求があったというためには、単にその権利が訴訟において主張されたというだけでは足りず、いわゆる訴訟物となったことを要するとしてうえて、明示の一部請求の訴訟物の範囲につき「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、原告が裁判所に対し主文において判断すべきことを求めているのは債権の一部の存否であつて全部の存否でないことが明らかであるから、訴訟物となるのは右債権の一部であつて全部ではない。」と判示し、さらに前述の通り、昭和37年最判が、金銭債権の数量的一部請求について、請求権の一部のみの訴求である旨を明示した場合は、明示した一部のみが「訴訟物」になり、残部は別の訴訟物を構成し、前訴一部請求の確定判決の既判力が、後訴残部請求には及ばない旨を明確に判例として以降、可分債権全般に同じ趣旨が妥当するものとみられている。

さて、判例と学説が結論的には残部訴求を認めることで一致しつつも、理論構成についてははっきり乖離するのは、後発後遺症や拡大損害の処理の場面である。これらの場面で、学説が「基準時後の新事由」構成や「期待可能性」論などで処理しようとするのに対し、判例は、「明示」ありと評価すべき基礎となる行為すら存在しない場面で、「(明示的)一部請求であった」と回顧的に評価し、一部請求論の枠内⁽¹⁹⁾で処理するからである。これに属する判例が、前述(注(8))した昭和42年最判および昭和61年最判である。後発後遺症事案(前訴確定判決の後に、

(17) 山本(和)・前掲注(15)105頁(注(3))は、「原告の明示がない場合の後訴の遮断を既判力によって説明できるかは、いずれの見解に立っても相当に疑問がある」とする。「既判力の双面性」を残部訴求を否定する論拠とすることへの批判については、中野・前掲注(16)93頁。

(18) 民集13巻2号209頁、判時178号3頁。少数意見が付されているが、少数意見も訴訟物についての判断は多数意見に賛同している。本判決の調査官解説である『最高裁判所判例解説民事篇 昭和34年度』(法曹会、1969)32頁〔川添利起〕は、「たとえ一部の請求につき判断するにあたり債権のあらゆる部分につき審理判断を要することがあっても、それは『理由』として判断されるにすぎず、『主文』における判断の対象として訴訟物となり既判力を生ずるのは原告申立(民訴186条〔現・246条〕参照)の範囲である債権の一部に他ならぬと解するのが至当」とする。

(19) なお、最判昭和43年4月11日(民集22巻4号862頁、判時513号3頁、判タ219号225頁)は、前訴当時予期できなかった死亡につき調停成立後の再請求を許しているが、一部請求論に依るものかどうかは不明な判例である。

受傷当時では医学的に通常予想し得なかった治療が必要となるような症状が後発的に生じた事案)である昭和42年最判は、まず昭和37年最判を引用していわゆる「明示説」の採用を示した後、

「所論の前訴（東京地方裁判所昭和三一年（ワ）第九五〇四号、東京高等裁判所同三三年（ネ）第二五五九号、第二六二三号）における被上告人の請求は、被上告人主張の本件不法行為により惹起された損害のうち、右前訴の最終口頭弁論期日たる同三五年五月二五日までに支出された治療費を損害として主張しその賠償を求めるものであるところ、本件訴訟における被上告人の請求は、前記の口頭弁論期日後にその主張のような経緯で再手術を受けることを余儀なくされるにいたつたと主張し、右治療に要した費用を損害としてその賠償を請求するものであることが明らかである。右の事実によれば、所論の前訴と本件訴訟とはそれぞれ訴訟物を異にするから、前訴の確定判決の既判力は本件訴訟に及ばないというべき」

であると判示している。症状固定以降の後遺症についての損害賠償は、（一括の現在給付にするか定期金賠償にするかはともかく）将来分も含め給付請求できることになるが、後発後遺症の確実な発生が予期できない前訴段階では、当然に、現在給付請求なら口頭弁論終結時までの損害を賠償請求することになるので、なんら「明示」に相当するような行為が付加されていたわけではない。

また、昭和61年最判は、「従前の土地の所有者が仮換地の不法占拠者に対し、将来の給付の訴えにより、仮換地の明渡に至るまでの間、その使用収益を妨げられることによつて生ずべき損害につき毎月一定の割合による損害金の支払を求め、その全部又は一部を認容する判決が確定した場合において、事実審口頭弁論の終結後に公租公課の増大、土地の価格の昂騰により、又は比隣の土地の地代に比較して、右判決の認容額が不相当となつたときは、所有者は不法占拠者に対し、新たに訴えを提起して、前訴認容額と適正賃料額との差額に相当する損害金の支払を求めることができるものと解するのが相当である。」と結論を示した上で、その理由として、

「土地明渡に至るまで継続的に発生すべき一定の割合による将来の賃料相当損害金についての所有者の請求は、当事者間の合理的な意思並びに借地法一二条の趣旨とするところに徴すると、土地明渡が近い将来に履行されるであろうことを予定して、それに至るまでの右の割合による損害金の支払を求めるとともに、将来、不法占拠者の妨害等により明渡が長期にわたつて実現されず、事実審口頭弁論終結後の前記のような諸事情により認容額が適正賃料額に比較して不相当となるに至つた場合に生ずべきその差額に相当する損害金については、主張、立証することが不可能であり、これを請求から除外する趣旨のものであることが明らかであるとみるべきであり、これに対する判決もまたそのような趣旨のもとに右請求について判断をし

たものというべきであつて、その後前記のような事情によりその認容額が不相当となるに至つた場合には、その請求は一部請求であつたことに帰し、右判決の既判力は、右の差額に相当する損害金の請求には及ばず、所有者が不法占拠者に対し新たに訴えを提起してその支払を求めることを妨げるものではないと考えられるからである。」

と判示した。拡大損害について、主張立証することが不可能である場合に拡大分の差額は前訴請求から除外する趣旨のものであることが「明らかであるとみるべきであり」、判決もそのような趣旨で判断をしたものと「いうべきであつて」、前訴請求は「一部請求であつたことに帰する」という言辞からもわかる通り、回顧的評価として前訴請求が（明示的）一部請求にとどまっていたと判断していることが明白である。とりわけ、昭和42年最判のような「後発」型事案と異なり、昭和61年最判の事案では、将来（明渡に至るまで）の賃料相当損害金について、新たな事実が後発したわけではなく、貨幣価値ないし物価（不動産価格）の変動により、損害額が前訴基準時における一応の予見より不相当に乖離して拡大した、というものであつて、いかなる意味でも、行為（事実）としての「明示」に引き寄せて考えることのできる行為は、前訴時点で存在していない。前訴時点で⁽²⁰⁾の損害額算定の予測が外れたにすぎない。

こうした昭和42年最判・昭和61年最判のいずれの「一部請求論」による処理に対しても、学説のほとんどは、批判的である。一部請求前面否定説はもちろんの

(20) 本判決の調査官解説である『最高裁判所判例解説民事篇 昭和61年度』（法曹会、1989）326頁〔平田浩〕は、将来の賃料相当損害金の請求の特殊性（仮に被告が適法な賃貸人であつたとしても借地借家法が賃貸人に賃料増額請求権を認めているうへ、被告は現に不法占有を継続して、明渡を実現していないのに、将来の値上がりという主張立証が不可能なもの具体的な主張立証を原告に要求できない以上適正賃料額と認容額との差額の追加請求を否定するのは衡平に反する）による解決を求めたものと指摘し、原告が差額の追加請求をできないという結果に満足するつもりで将来の請求をしていたものとみるのは相当でなく、通常人として、原告の前訴請求には自ずから一定の留保があつたものとみることができ、この留保によって訴訟物から除外されていた請求が後訴請求となつて、前訴（一部請求）・後訴（残部請求）の関係にある、と説く。

(21) 判例に対する批判は、「明示」＝「事実（明示行為の有無）」という理解に立った上で、後発後遺症や拡大損害の事案で、前訴で予見されなかつた部分は明示的に除外されていたとみるのは擬制的に過ぎるというものである（畑瑞穂「一部請求と残部請求」伊藤＝山本（和）編『民事訴訟法の争点』〔有斐閣、2009〕122頁参照。その他、山本弘「将来の損害の拡大・縮小または損害額の算定基準の変動と損害賠償請求訴訟」民事雑誌42号25頁以下参照）。判例の結論には賛成しつつ、理論構成として判例に反対する学説には、前訴請求と後訴請求がそもそも異なる債権で異なる訴訟物であるとする見解（新堂・前掲注（15）338頁、

こと、平成20年最判によって、判例のいう「明示」が「明示行為の有無」という「事実」の存否の問題ではなく、「評価」の問題であることを認めている見解でさえも、ある一定の明示に評価しうるような基礎となる行為があったことを前提に、前訴時点ではそういうふうにはっきりとはわからなかったが「明示行為があったのだ」というふうに引き寄せることができる場合に限り（いわば、直接的に明示する行為〔直接的明示行為〕はないが、間接的に明示と評価できる行為〔間接的明示行為〕があった場合のみ）、「評価」を認めていて⁽²²⁾、後発後遺症や拡大損害類型を一部請求論の埒外に置くからである。私見が、判例のいう「明示」は「事実（明示行為の有無）」のみならず「評価」の問題であると考えるのは、昭和42年判例・昭和61年判例の事案のように、前訴当時、原告が「残部」のありうることを自覚的に意識していなかったかもしれない場合（間接的に明示と評価できる行為すらなかった場合）にも、一部請求論の枠内で論じるのが判例である、という理解を前提としている。明示行為の有無という「事実」の問題でなく、そもそも残部請求を許すべき場合を指す「評価」の問題であるとすれば、後発後遺症や拡大損害事案での「明示説」による処理が、少なくとも、（明示という「事実」があったと解するのは）フィクションが過ぎるものだ、という批判はあたらぬことになる。

-
- 伊藤・前掲注（15）215頁、松本＝上野・前掲注（13）187頁等）、時的限界の問題として扱う見解（五十部・前掲注（15）83頁、平井宜雄「判批（昭和42年最判）」法協85巻7号136頁等）、将来を予測してなされる判決の特殊性から既判力の緩和を認める見解（山本〔弘〕・前掲）、前訴で主張しなかったことに期待可能性がない場合には既判力により遮断されないとする理論に立ってその一適用場面とみる見解（高橋・前掲注（2）624頁）、民訴117条類推によるべきとする見解（伊藤真ほか編・前掲注（7）90事件〔齋藤哲〕185頁、高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選〔第4版〕』83事件〔三上威彦〕179頁）などがある。
- (22) 例えば、竹下・前掲注（9）531頁は平成20年最判をうけて、「客観的事情からみて、原告が残額請求を留保していることを、被告において知りうる場合には、明示の一部請求に含まれる」とするが、しかし、同533頁以下では、後遺症・後発損害について、もともと訴訟物が前訴・後訴で異なるから、一部請求の明示の有無に拘わらず後訴請求を認めるべきとする。間接的に「明示あり」と評価できる行為がある場合のみ「明示」を認めている、という意味では、あくまで「明示＝事実（行為）」思考に引き寄せられているともいえる。
- (23) 私見と同様、判例の理解として、後発後遺症や拡大損害のケースを「明示説」による解決とみているのは、秋山幹男ほか（菊井維大・村松俊夫原著）『コンメンタール民事訴訟法II〔第2版〕』（日本評論社、2006）466頁、平成20年最判を掲載した判例誌（前掲注（4））の囲み解説。これに対し、例えば、高橋・前掲注（2）113頁は、一部請求論を残部があることを原告が意識している場合に限定し、後発後遺症の問題は一部請求とは別に論じるべきとし、拡大損害についての昭和61年最判は過渡期の理屈付けと理解すべき、とする。判例同様、これらを一部請求論の理論に依るべきとするのは、中野・前掲注（16）94頁、性質としては一部請求の一局面であることを認めるとするのは、井上治典「後遺症と裁判上の救済」ジュリ548号317頁。

2-3. 後発後遺症・拡大損害ケースにおける「明示」評価論

一部請求論において、判例理論としての「明示説」が、後発後遺症や拡大損害の事案をも包含して処理しているとする、その理論立てはいかなるものか、具体的に検討しておく必要がある。

後発後遺症類型や拡大損害類型では、前訴時点で、原告が残部を意識していない場合は行為としての明示ができないことは確かである⁽²⁴⁾。さらに、仮に意識していたとしても、明示をしても、あるいは明示がなくても将来の発生不確実な後発後遺症や拡大損害の訴求については常に留保があるものと解釈したとしても、情報提供機能は働かない。すなわち、将来ひょっとしたら後発後遺症がある、あるいは拡大損害があるかもしれない、という「残部」について、それを想定した被告が、残債務不存在確認の反訴を提起しても、発生不確実な将来の権利関係を確認することになってしまい、確認の利益が認められ難いであろう。したがって被告としては、「明示」されても手の打ちようがないのである。ここでは、情報提供機能を無視せざるを得ないことになるが、しかし、先に述べた通り、明示の情報提供機能には二つの例外があると考えられ、④直接の明示行為はなくても再訴はないものという期待が被告に生じない場合、ないし、⑥仮に生じたとしてもそうした期待が合理的といえない（と評価される）場合、には情報提供機能は要求されない、その限りではクリアできない問題というわけでもない。

④⑥いずれの場面でも、前訴の訴求には常に残部訴求の留保がある、という構成を採り、しかもその場合に常に訴訟物分断機能が働くとすれば、黙示の一部請求の場合に残部訴求を許さなかったものとも評価される昭和32年最判とも抵触するおそれがあるし、一部請求理論じたいが破綻を生じよう⁽²⁵⁾。前訴で申し立てた訴訟物がここまでである、という前訴時点での原告の明示的行為は、情報提供機能としては上述した④⑥の場合には要求されないし、前訴時点では訴状等に示された原告の意思に相当する申立事項に対して判決がなされているが、訴訟物分断機能のレベルでは、回顧的に分断されていたとの評価を加え残部訴求を認める場合⁽²⁶⁾

(24) しかし、このこと自体は、平成20年最判のように、例えば特定の費目だけを訴求していた等の行為や何らかの客観的事情が前訴過程にあって、それを明示行為と解釈できるような場合と、変わることはない。異なるのは、仮に意識していたとしても、明示しても情報提供機能が働かないという点である。

(25) 伊藤・前掲注 (15) 215頁。

(26) 具体的な問題点として例えば、佐瀬裕史「判批（平成20年最判）」平成20年度重判（ジュリ1376号）154頁は、「原告の設定する訴訟物の範囲が一部請求の明示の有無により変わるという判例の理解を前提とすれば、訴状等に示された原告の意思でないものを、何故考慮できるのかが問われる」と指摘する。もともと、一部認容の可否論などで典型的に示されるとおり、申立事項の内容確定において、原告の意思が（直接・間接にでも）明示的に示されて

の、被告の複次応訴の煩や審理重複の非効率の問題が残る。⁽²⁷⁾

この問題に対して、直接の明示行為がなくても留保ありと「評価」できるかどうかは、そのように評価することが残部訴求への応訴を被告に甘受させても不合理ないし不衡平でないか否かという判断にかからしめているのが、判例理論であると思われる。この観点からは、後発後遺症や拡大損害のケースと、平成20年最判のようなケースを分けて考える必要はない。そこで次に、残部訴求への応訴を被告に甘受させても不合理ないし不衡平でないか否かという評価を導き出すファクターを、平成20年最判から、それをうけてなされた下級審裁判例も参照しつつ抽出してみる。

いなくとも、原告の合理的意思の探求が許されているのであれば、もし知っていれば残部訴求をしないなどは主張しなかったはずだ、という「合理的意思」の探求自体は許されようし、合理的意思の探求は常に回顧的になされる。問題はそれが「後訴からみて」回顧的になされることにあると思われるが、それじたいは、残部訴求を許すか否かの問題に解消されるとみてよいのではないか。

(27) その意味で、特定費目の一部請求は、あえてそれが特定の費目「のみ」請求するという意思が明示されていなくても、常に当該特定一部請求のみ判決を求める旨明示されていたものと扱う、という見解には賛成できない。人身損害の訴訟物を一個とみた最判昭和48年4月5日（後掲・注（29））との整合性も問われよう。ただ、もとよりこうした見解（堤龍弥「判批（平成20年最判）」リマ39号121頁と同所引用の諸文献参照）には、被告において紛争はすべて解決済みと信頼しうる特段の事情がない限り、という限定が付されている。

(28) 直接・間接の明示行為がある場合のみを「明示」説と捉える場合には、後遺症損害や拡大損害類型は、「明示」説から外されることになるが、本文に示したような観点からは、直接・間接の明示行為のある場合と後遺症損害・拡大損害類型には連続性があり（後発後遺症類型を費目特定型とみて間接的明示行為のケースにカテゴライズできる場合も考えられる）、要は、「残部訴求への応訴を被告に甘受させても不合理ないし不衡平でない」という評価が、判例の要諦であろうかと思われる。かかる連続性を強調するために、本稿では、「明示＝評価」という表現を用いているが、どうしても「明示」という語感にひきずられるようなら、そろそろ判例理論には別の名称を与えた方が議論に無用な先入観を混入させずに済むかもしれない。昭和42年最判も昭和61年最判も、素直に眺めれば、「明示説」という表現を与える必要はなかったであろう。その時点で、「明示説」という名称を捨てていれば良かったのかもしれないが、依然、判例自身が、平成20年最判で、（本稿でいう間接的明示行為類型で）「明示」と評価される行為があった、という表現を用いるので、これまでの判例の統一的理解として、本稿では「明示」じたいの概念規定の明確化のため「明示＝評価」論を再強調している。

なお、明示の類型論ではなく、一部請求の動機・目的に着目した優れた類型論として、三木浩一「一部請求論について―一手統運営論の視点から―」民訴雑誌47号30頁以下がある。三木教授は、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・一律一部請求型の6種に分類され、後発後遺症・拡大損害の類型は、一部請求論に含めるなら7番目の類型とすべきとするが、教授自身は一部請求論から後発後遺症類型を外している（同・34頁）。

2-4. 平成20年最判における「明示＝評価」論

平成20年最判は、民集登載判例ではないが、「明示」を直接の明示の一部請求の形をとっていない場面で認めたものとして非常に重要な裁判例である。

平成20年最判の、判決要旨(裁判集民事228号463頁)は、以下の通りである。

X が、Y に対し、県が買収を予定していた土地上の樹木について Y がした仮差押命令の申立ての違法を理由として、本案訴訟の応訴等に要した弁護士費用相当額の賠償を求める前訴を提起した後に、同一の不法行為に基づき、県からの買収金の支払が遅れたことによる損害の賠償を求める後訴を提起した場合において、X は、前訴において、上記仮差押命令の申立てが X による上記土地の利用と買収金の受領を妨害する不法行為であるとして、買収金の受領が妨害されることによる損害が発生していることをも主張していたものといえることができるなど判示の事情の下では、X が前訴において請求する損害賠償請求権と後訴において請求する損害賠償請求権とは 1 個の債権の一部を構成するものではあるが、前訴において 1 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ものと解すべきであり、前訴の確定判決の既判力は後訴に及ばない。

さらに判示を詳しくみると、判決理由では次の 2 項目の検討が行われている。

(1) 前訴と後訴の訴訟物の異動

前訴請求(本件では前事件反訴)と本件後訴請求は、共に、同一の不法行為に基づく損害賠償請求⁽²⁹⁾という同一の訴訟物を構成する請求である、としている。前訴では弁護士費用(相当額)という損害費目を訴求し、本件後訴では遅延損害金(相当額)という損害費目を訴求しているが、違法仮処分という加害行為も本件土地の使用収益処分権という被侵害法益も同一であるから、前訴も後訴も同一の損害賠償請求となると考えたものと思われるが、これは相当であろう。

(2) 前訴で、弁護士費用という費目を特定して訴求していたことが、弁護士費用「のみ」訴求する旨の直接的明示行為がなくても、「明示」ありと評価できるか、という点では、費目を特定した一部請求ならずべて「明示」ありと評価できるとしたわけではなく、①原告側が前訴で費目(弁護士費用)を特定した主張をしていたことに加え、②前訴で訴求した損害費目と本件後訴で訴求したそれとは、⁽³⁰⁾実質的な発生事由を異にする別種の損害費目であること、③後訴で訴求した

(29) 判例は、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟の訴訟物について、個々の損害費目ごとに訴訟物の異同を考えずに、原因行為(加害行為)と被侵害法益(侵害された客体)が同一であれば、訴訟物も一個である、と考えているものと解されている。最判昭和48年4月5日(民集27巻3号419頁、判時714号184頁、判タ299号298頁)と最判昭和61年5月30日(民集40巻4号725頁、判時1199号26頁、判タ609号28頁)参照。

(30) この表現は、特定一部請求と残部を以てする相殺の抗弁とが重複起訴の禁止にあたらな

損害費目は前訴時点では金額が未だに確定せず、前訴でこれら損害費目を併せて請求することは期待し難かったこと、㊦被告側も、前訴で原告の主張した費目（弁護士費用）以外の費目（遅延損害金）の損害が発生しその損害が拡大する、という可能性を認識していたこと、の事情を付け加えて、こうした事情下で、前訴において「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」とした。

この平成20年最判の掲載誌⁽³¹⁾の囲み解説によれば、「いわゆる数量的一部請求においては、明示を厳格に要求するのに対して、費目や期間によって範囲が特定される請求（特定一部請求といわれることもある）、特に不法行為に基づく損害賠償請求権のような場合には、一部の費目（又は期間）のみに限定する趣旨が明記されていなくても、請求に係る費目（又は期間）のみを主張することで、明示としては足りる場合があると解しているようにも思われ」る、として2つの最高裁判例⁽³²⁾を引用している。金銭債権の数量的一部請求の場合と、費目を特定した特定一部請求の場合とでは、間接的な明示行為の有無も異なろう（前者では明示評価のハードルが高くなろう）⁽³³⁾し、それは、被告・相手方の（前訴での）紛争決着期待の合理性にも連動しよう。

この平成20年最判に則って、間接的な明示行為を明示と評価する具体的な考慮ファクターを立てて検討したのが、先に（注（5）（6））言及した福岡高判平成21年7月7日およびその第一審たる佐賀地判平成20年8月22日である。佐賀地判が、

「①訴状の記載及びその後の訴訟活動における当事者の明示の意思表示のほか、②当事者が個別の損害項目を特定の上請求しつつも、他の損害の発生について前訴で主張していたか否か、③前訴で特定の上請求された損害と後訴で請求された損害とが実質的な発生事由を異にする別種の損害といえるか否か、④前訴係属中に、後訴で請求された損害の賠償を請求することが期待し難いか否か、⑤相手方において前訴係属中に前訴で特定された損害以外の損害発生可能性につき認識していたか否

い旨判示した、最判平成10年6月30日（民集52巻4号1225頁、判時1644号109頁、判タ979号97頁）にも現れている。

(31) 前掲注（4）参照。

(32) いずれも一部請求と時効中断の関係に関する事案であるが、最判昭和43年6月27日（裁判集民事91号461頁、訟月14巻9号1003頁）、最判昭和45年6月19日（民集24巻6号560頁、判時601号54頁、判タ256号115頁）。

(33) 金銭債権の数量的一部請求（不法行為による損害賠償請求事案ではあるが、損害費目全体での請求であり、特定費目だけを請求したわけではない）で、「前訴における請求が損害の一部を請求する趣旨であることを明示していたと認めるに足りる行動」を要求した裁判例として、東京高判平成12年7月26日（判時1746号90頁、判タ1059号239頁）参照。

か等を総合考慮の上、実質的に判断すべきものである」

旨を判示し、控訴審の佐賀高判もこの基準じたいは支持した。ただ第一審・佐賀地判と控訴審・佐賀高判は、結論的には逆のものとなった。すなわち、人身損害について後遺障害によるものとそれ以外によるものとは、消滅時効の起算点に差があったり、後遺障害診断書をまっとうして症状固定の有無や後遺障害の内容を判断するから、両者の取り扱いに差があり、症状固定をまっとうして（診断書の作成をまっとうして）追加請求をすることは実務上の趨勢であるから、それまで原告が明示をしないことや追加請求（残余損害）についての相手方の認識がある、として、明示ありと評価したのが控訴審であり、そうみななかったのが第一審である。控訴審の判断では、③の基準が、④・⑤を導き出す典型例に過ぎず、必要条件というわけではないことを示しているともいえる（ただ、後述のように、③の基準は、後訴・残部訴求を信義則で斥けるか否かを判断する際には、前訴で決着したとの相手方の信頼の合理性の判断基準としては意味を持っている）。

ここでいう①・②の基準は、間接的明示行為すらない後発後遺症や拡大損害類型では、要求されない。代わりに、基準④と、相手方で残部訴求がないことを期待したことが合理的といえないものと評価される事情（すなわち後訴への応訴を受忍させるべきと考えられる事情。この場合には裁判所も重複審理を要求されてもやむを得ないと考えられる。基準②は基準⑤の前提として要求されている〔平成20年最判の基準③参照〕。基準⑤や平成20年最判での基準③は、間接的明示行為類型で「残部訴求がないことを期待したことが合理的といえない」ものと評価されるための基準として理解できる）が強く要求されることになろう。

改めて私見によれば、「残部訴求がないことを期待したことが合理的といえない」ものと評価される事情基準には、二つの観点が併存している。直接の明示行為はなくてもある客観的行為・事情から間接的に「明示行為ありと認められるから」被告側で残部訴求がないことを期待したことが合理的といえない、と評価される場合（間接的明示行為類型）と、間接にも「明示」行為はないが原告にも前訴で訴求できなかったことに十分な理由があり、その救済の必要から被告に複数応訴の甘受を要請すべきで、結果的に「被告側で残部訴求がないことを期待したことが合理的といえない」ものと評価される場合（後発後遺症・拡大損害類型）である。直接の明示行為がない二つの場面のいずれにも通底するのは、「残部訴求がないことを期待したことが合理的といえない」という評価が、突き詰めれば、

(34) 山本和彦「判批（平成10年最判）」民商120巻6号153頁は、両当事者間の平面という水平レベルと、当事者と裁判所（とその背後にある潜在的制度利用者）との垂直レベルとでは、判例は水平レベルを重視していると指摘する。

「両当事者間の公平」と「原告救済の必要性」に依拠したものとみられること、そしてまたこの評価が、回顧的な訴訟物分断を許すか否かの判断に先立っていることである。

残部請求が許されるとするための、最高裁によるこうした処理を、私見は以前、最高裁による「公平に基づく前訴訟的なルール設定」であると分析したことがある⁽³⁵⁾。その契機となった平成10年最判との関係を最後に検討しておきたい。

3. 「明示＝評価」論と、明示がある場合でも残部請求を許さないとする判例との関係

最後の検討は、事実として、原告が直接、一部請求であることを「明示」した場合、それに対して判決がなされ確定した後、残部請求を許すべきでない、という「評価」が与えられるべき場合に、改めて前訴・明示の一部請求に、「明示なし」という評価を回顧的に与えて、残部請求を排斥できるか、という問題である。

「明示＝評価」論を徹底すれば、原告に直接の明示行為があっても、明示なしという評価が与えられてもよいことになろうが、判例理論は、ここは、処分権主義に拘束されているとみられる。すなわち、直接の明示行為のない場面では、当事者の合理的意思の探求として、「評価」結果として「明示」があったのと同じ法効果を与えることは、処分権主義の枠内とみられるが、これに対し、当事者が直接に「明示」の意思を表示してしまった場合には、処分権主義の適用としてはその申立てに縛られざるを得ない、という判断があるのであろう。しかし、「両当事者間の公平」と「原告救済の必要性」に依拠した評価の契機が、まったく排除されているかと言えば、そうではない。

すなわち、平成10年最判は、直接の明示行為があった金銭債権の数量的一部請求で、訴訟物分断機能は認め既判力による残部請求の排斥を諦めつつ、信義則による後訴遮断を図り、その根拠は、まさに当事者間の公平であったのである。

判示によれば、一個の金銭債権の数量的一部請求では、「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り」、「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」ことを前置きして、以下のように説く。

「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

(35) 勅使川原和彦「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—」早法75巻3号25頁以下。

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。」(下線部筆者)

既判力の及ばない範囲について実質的な蒸し返しを、既判力ではなく信義則で遮断する判例の路線上にもあるこの判例は、既判力の及ばない範囲については被告としては再訴があることを予期すべきともいえるにもかかわらず、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期待⁽³⁶⁾をこそ「合理的」とした。訴訟物を分断しても、債権全体について審理はなされていること、そして、一部請求の中立て範囲の一部でも棄却されれば、それは必ず残部がないことの判断が先行していることから、原告の救済の必要性は実体的にも手続的にも低く、被告の全部の紛争決着の期待を、既判力の及ばない部分についての再訴の覚悟よりも、(残債務不存在確認請求の反訴なしに)優先させたのは、原告救済の必要性が低い以上その方が両当事者間の公平にかなうと考えたからだと思われる⁽³⁷⁾。直接の明示行為があったからといって、既判力が及ばないからといって、「両当事者間の公平」と「原告救済の必要性」に依拠して残部請求を許せるか否かという評価から自由なわけではない、というのが判例の態度であろう。

(36) このような被告の期待は、特定一部請求の事案であった最判平成10年6月30日・前掲注(30)では、ある費目の損害賠償請求が認容されなかったことが必ずしも他の費目の損害賠償請求につながらないために、必ずしも合理的とされない。渡部美由紀「判批(平成10年最判)」判時2048号163頁(判評608号17頁)参照。

(37) 松本博之「一部請求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、2002)236頁(注(77))は、債権全体が必ず審理される、という部分に反対され、当事者間の公平によってこれは根拠づけられないとする。私見は、債権全体が必ず審理される、という部分の根拠は、審理上そうする論理的必然性があることとするので、直接、公平を論拠としたものではない(勅使川原・前掲注(35)40頁)。ただし、松本教授は独自の見解として、そもそも債権全体を審理対象とすることそのものに反対されている(これに対する再反論として、三木・前掲注(12)203頁[注(11)])。

4. 結びに代えて

以上、雑駁ではあるが、一部請求に関する判例理論を、これまでの判例を整合的に捉えるという視点で（ひとまずは賛否を措いて）、まずは分析してみた。判例のいう明示説による処理の精確なトレースとなっているかどうか、諸賢のご批判を待ちたい。

なお、一部請求論は、国際民事訴訟法の領域では議論が著しく低調であるが、被告の複次応訴の煩は国際民事訴訟の領域では顕著であろう。「両当事者間の公平」と「原告救済の必要性」に依拠した「評価」ルールは、そうした場面でも有効に機能しうるものと思われる。ここでの応用可能性も探究する予定であったが、許された時間が尽きた。今後の判例の積み重ねによる判例理論の分析の再検証と共に、他日を期したい。

*本稿のための研究および本稿の執筆にあたり、早稲田大学特定課題研究費（課題番号2011A-009）の助成を受けた。