

論 説

民事訴訟における必要的請求併合のルール (12) — ミシガン裁判所規則における必要的請求併合 のルールを中心として —

小 松 良 正

- 1 序論
- 2 ミシガン裁判所規則における必要的請求併合のルール
 - 1 1963年のミシガン一般裁判所規則 (GCR) 203
 - 2 1985年の改正ミシガン裁判所規則 (MCR) 2.203 (A) 項
 - 3 1999年の改正ミシガン裁判所規則 (MCR) 2.203 (A) 項
- 3 判例の概観
 - 1 1985年の改正ミシガン裁判所規則 2.203 (A) 項 (以上途中まで 11 号)
 - 2 1999年の改正ミシガン裁判所規則 2.203 (A) 項 (12 号から 20 号)
- 4 ミシガン裁判所規則における請求併合のルールと当事者併合のルールとの関係
- 5 必要的請求併合のルールがわが国の民事訴訟理論に与える示唆 (以上まで 21 号)
- 6 最後の一わが国の判例の若干の分析— (途中まで本号)

6 最後の一わが国の判例の若干の分析—

最後に、我が国における若干の判例を、必要的請求併合のルールの観点から分析して、本稿の締めくくりとしたいと考える⁽¹⁾。

1 最判昭和 51 年 9 月 30 日 (民集 30 卷 8 号 799 頁)

(1) 事実関係と判旨

本稿のテーマとの関係で、最判昭和 51 年 9 月 30 日は大変注目される判例であるので、まずこの判例について以下に検討することとしたい。

原審が適法に確定した事実及び本件記録によれば、昭和 23 年 6 月ごろ、X

(1) なお、以下に検討する各判例の事実関係と判旨の部分に付された下線は、すべて筆者が付したものであることを予めお断りしておく。

ら〔X1～X4〕原告、控訴人、上告人)の先代訴外亡Aの所有する本件各土地について自作農創設特別措置法による買取処分がされ、かつ昭和24年7月ごろ、Yらの先代訴外亡Bに対する売渡処分が行われたところ、右Aの死後その相続人の一人であるX1は、右売渡処分後の昭和32年5月に、Bとの間で、X1が本件各土地を買受ける旨の売買契約が成立したとして、右Bの死後、その子であるY1、Y2及び妻である訴外亡Y3に対し、主位的請求として右各土地についてX1のため、農地法所定の許可申請手続及び許可を条件とする所有権移転登記手続請求ならびに予備的請求として売買無効の場合の右代金の不当利得返還請求訴訟を提起し(以下、前訴という。)、主位的請求棄却、予備的請求認容判決が言い渡され、その請求棄却の判決が最高裁判所昭和40年(オ)第791号同41年12月2日第二小法廷の上告棄却の判決の言渡により確定した。

ところが、翌昭和42年4月に右Aの共同相続人であるXら(X1～X4)が本訴を提起し、前記買取処分の無効等を理由として、右B及び右訴訟係属中に死亡した右Y3の相続人であるY1、Y2並びに右訴訟係属中にYらから本件第三土地の売渡をうけたY4のためにされた本件各土地についての各所有権移転登記の抹消登記手続に代る所有権移転登記手続を請求する訴えを提起した。第1審裁判所は、売渡処分を受けた亡Bは、本件土地占有のはじめに善意無過失であったというべきであり、本件土地を時効取得したとして、請求を棄却した。Xらは控訴するとともに、昭和23年6月頃の返還契約を原因として所有権移転登記手続をなし、かつ、右地上耕作物を収去して右各土地の明渡しを求める予備的請求を追加した。控訴審は、相手方に対して二重応訴という不当な迷惑がかからないように配慮することこそ信義則の要請するところであり、右配慮を欠く本訴請求はこの原則に抵触するものとして許すべきでなく、訴権の要件としての正当な利益を欠くとして、控訴人らの請求を棄却した原判決を取り消し、本訴を却下した。Xらが上告。上告審は、以下のように判示して、Xらの上告を棄却した。

「・・・ところで、上告人X1は、前訴においても前記買取処分が無効であることを主張し、買取処分が無効であるため本件各土地は当然その返還を求めうべきものであるが、これを実現する方法として、土地返還約束を内容とする、実質は和解契約の性質をもつ前記売買契約を締結し、これに基づき前訴を提起したものである旨を一貫して陳述していたこと、・・・X1は、本訴における主

張を前訴で請求原因として主張するにつきなんら支障はなかつたことが、明らかである。右事実関係のもとにおいては、前訴と本訴は、訴訟物を異にするとはいえず、ひっきょう、右Aの相続人が、右Bの相続人及び右相続人から譲渡を受けた者に対し、本件各土地の買収処分の無効を前提としてその取戻を目的として提起したものであり、本訴は、実質的には、前訴のむし返しというべきものであり、前訴において本訴の請求をすることに支障もなかつたのにかかわらず、さらに上告人Xらが本訴を提起することは、本訴提起時にすでに右買収処分後約20年も経過しており、右買収処分にに基づき本件各土地の売渡をうけた右B及びその承継人の地位を不当に長く不安定な状態におくことになることを考慮するときは、信義則に照らして許されないものと解するのが相当である。これと結論を同じくする原審の判断は、結局相当として是認することができる。原判決に所論の違法はなく、論旨は、採用することができない⁽²⁾。

(2) 本判決の検討

本件前訴では、Aの所有する本件各土地について国による自作農創設特別措置法に基づく買収処分がされ、Bに対する売渡処分が行われた。Aの相続人であるXは、Bとの本件各土地の買戻契約に基づき、Bの相続人であるYに対して、農地法所定の許可申請手続及び許可を条件とする所有権移転登記を請求する訴えを提起したが、この訴えについては請求棄却判決が確定した。その後、XらはYらに対して、前記農地買収処分の無効等を理由として各所有権移転登記の抹消登記手続に代る所有権移転登記手続を請求する後訴を提起した。控訴審において、Xらは、昭和23年6月頃の返還契約を原因として所有権移転登記手続を求め、かつ、右地上耕作物を取去して右各土地の明渡しを求める予備的請求を追加した。最高裁は、①前訴と本訴とは訴訟物は異なるが、本訴は、

(2) 本判決については、山木戸克己「判批」重判昭和52年度ジュリ臨増642号129頁(1977年)、高橋宏志「判批」法協95巻4号788頁(1978年)、岨野悌介・最高裁判所判例解説民事篇昭和51年度316頁(1979年)、三ヶ月章・別冊ジュリスト『民事訴訟法判例百選(第2版)』76号236頁(1982年)、原強・別冊ジュリスト『民事訴訟法判例百選I(新法対応補正版)』145号32頁(1998年)、高見進・別冊ジュリスト『民事訴訟法判例百選(第3版)』169号180頁(2003年)、高田昌宏・別冊ジュリスト『民事訴訟法判例百選(第5版)』226号168頁(2015年)、名津井吉裕・別冊ジュリスト『民事訴訟法判例百選(第6版)』265号156頁(2023年)を参照。

実質的には、前訴のむし返しというべきであること、②前訴において、本訴の請求をすることに支障がなかったこと、及び③被告の地位を不当に長く不安定な状態におくことを理由として、後訴請求は信義則に基づき許されない、と判示した⁽³⁾。

まず第一に、現在実務で採用されている旧訴訟物理論を前提として⁽⁴⁾、前訴判決の既判力が後訴請求に及ぶかどうかを検討すると、本件前訴請求は、Bとの本件各土地の買戻契約に基づく債権的登記請求権としての所有権移転登記請求権である一方、本件後訴請求は、農地買収処分が無効等に基づく物権的登記請求権としての各所有権移転登記の抹消登記手続に代る所有権移転登記請求権であり、両訴訟物は異なる。したがって、前訴判決の既判力は、後訴請求には及ばないと解される。次に、本件前訴請求であるBとの本件各土地の買戻契約に基づく所有権移転登記請求権は、後訴の工作物取去土地明渡請求権とは明らかに訴訟物が異なるので、この後訴請求にも前訴判決の既判力は及ばないと解される⁽⁵⁾。これに対して、新訴訟物理論によれば⁽⁶⁾、本件前訴請求であるBとの本件各土地の買戻契約に基づく所有権移転登記請求権と、本件後訴請求の農地買収処分の無効等に基づく物権的登記請求権としての各所有権移転登記の抹消登記手続に代る所有権移転登記請求権とは、いずれも所有権移転登記を求める法的地位ないし受給権としては同一であり、したがって訴訟物は同一で

-
- (3) 本件判決に対する詳細な研究として、池田辰夫編著『ケースブック新民事訴訟法Ⅰ』82頁以下、特に97頁以下（法律文化社、1999年）を参照。
 - (4) 旧訴訟物理論については、兼子一『新修民事訴訟法体系』162頁以下（酒井書店、1965年）、中村英郎『新民事訴訟法講義』112頁（成文堂、2000年）、同『民事訴訟法』168頁以下、特に176頁（成文堂、1987年）、伊藤眞『民事訴訟法』〔第8版〕223頁（有斐閣、2023年）を参照。
 - (5) 前訴の買戻契約に基づく所有権移転登記請求権と、後訴の返還約束に基づく所有権移転登記請求権とはともに債権的登記請求権であるが、別個の債権契約に基づく実体法上別個の請求権であるため、現在の実務では別個の訴訟物を構成するものと考えられる。この点について、岨野・「判解」前掲注（2）322頁、及び高橋・「判批」前掲注（2）792頁を参照。
 - (6) 新訴訟物物理論については、三ヶ月章『民事訴訟法』〔法律学全集〕101頁（有斐閣、1959年）、新堂幸司『民事訴訟法』〔第6版〕312頁（弘文堂、2019年）、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）』〔第2版補訂版〕62頁（有斐閣、2013年）を参照。

あるから、前訴判決の既判力を後訴請求に及ぼすことが可能であると解される。しかし、本件前訴請求であるBとの本件各土地の買戻契約に基づく所有権移転登記請求権と、後訴の工作物収去土地明渡請求権とは受給権が異なり、明らかに訴訟物が異なるので、新訴訟物理論を前提としても、この後訴請求に前訴判決の既判力は及ばないと解される⁽⁷⁾。

そこで、第二に、判決理由中の判断に拘束力を肯定する争点効理論を検討する⁽⁸⁾。前訴及び後訴の訴訟物が異なる場合、判決理由中の判断に争点効が認められるためには、①当該争点が、前訴において主要な争点とされたこと、②当該争点について両当事者が主張・立証を尽くしたこと、③当該争点について、裁判所が実質的な判断を行ったこと、④両訴の係争利益がほぼ同一であること、及び⑤当事者が争点効を援用したこと、が必要とされる。このうち、①の当該争点が、前訴において主要な争点とされたこと、という要件について検討すると、前訴において主要な争点とされたものと同一の争点が、後訴において再度争点とされたことを要する。これを本件事例において検討すると、前訴では、Bからの買戻契約が争点とされたところ、後訴では、農地買取処分は無効が争点とされていることから、両訴における争点は同一ではなく、したがって、争点効発生の要件である①の要件を満たさないと解される。この点について、新堂教授は、前訴での主要な争点と、被告が決着したものと期待した争点とを区別し、前訴での主要な争点と、被告が決着したものと期待した争点とが一致する場合は、本来の争点効が発生する事例であるとされた。これに対して、前訴での主要な争点と、被告が決着したものと期待した争点とが一致しない場合、前訴での手続経過等（手続事実群）を考慮し、前訴での主要な争点の範囲を超え、被告が決着したものと期待した争点に争点効を肯定することが正当化される場合があることを指摘された。本件事例では、前訴での主要な争点はBからの買戻契約である一方、前訴での手続経過等（手続事実群）を考慮した場合、被告が決着したと期待した争点は、本件農地の所有権が誰に帰属するかと

(7) 以上の点につき、池田・前掲注(3) 98頁以下、及び高橋・前掲注(2) 796頁を参照。

(8) 判決理由中の判断に拘束力を肯定する争点効理論については、新堂幸司『民事訴訟法』〔第6版〕725頁以下（弘文堂、2019年）、高橋宏志『重点講義民事訴訟法』〔第2版補訂版〕62頁（有斐閣、2013年）を参照。

いう争点であり、被告は、明らかに本件農地の所有権が自己に帰属するとして紛争が解決したものと期待を有するものと考えられる。したがって、この場合、本件農地の所有権は被告に帰属するという点について争点効が生じ、この争点効に反する主張で前訴において主張されていなかった争点は、この争点効により遮断されることになる⁽⁹⁾。

第三に、信義則に基づき判決理由中の判断に拘束力を認める見解は、前訴敗訴当事者に対して生じる訴訟上の権能の失効の原則と、前訴勝訴当事者に対して生じる矛盾挙動禁止の原則の適用を肯定する⁽¹⁰⁾。そして、訴訟上の権能の失効の原則の場合は、前訴で争われ否定された争点と同一の争点を後訴において主張し蒸し返すことが信義則により遮断される。また、矛盾挙動禁止の原則の場合は、前訴で認められた主張（争点）と矛盾する主張を後訴において行い新たな利益を得ようとするのが信義則により遮断されると解される。本件事例は、原告がBからの買戻契約に基づく本件農地の所有権移転登記請求の前訴で敗訴し、その判決の確定後に、本件農地買戻処分は無効に基づく所有権移転登記請求権等に基づく後訴を提起した事例であり、前者の訴訟上の権能の失効の原則が適用されるようにも思われる。しかし、判決理由中の判断に信義則上の拘束力を肯定する見解においても、前訴で争われたのと同一の争点を後訴において再度蒸し返す場合が念頭に置かれており、前訴において争われなかった争点については、信義則上の拘束力は働かないことになる。本件事例においても、前訴で争われた争点はBからの買戻契約であったのに対して、後訴で争われた争点は農地買戻処分の無効であるから、両者の争点は異なり、信義則上の拘束力は働かないように考えられる。しかし、近時の信義則説は、前訴で

(9) 新堂教授は、争点効理論の立場から、「主要な争点」と「決着期待争点」という二つの基準を立て、両者が一致する場合は本来の争点効型の遮断効であり、両者が一致しない場合は、「手続事実群」を考慮した上で遮断される場合があることを肯定し、これを51型遮断効とよぶ。新堂・前掲注(8)734頁以下参照。

(10) 信義則に基づき判決理由中の判断に拘束力を認める見解については、竹下守夫「判決理由中の判断と信義則」(山木戸克己教授還暦記念『実体法と手続法の交錯・下』所収)72頁以下(有斐閣、1978年)、兼子=松浦=新堂=竹下他著『条解民事訴訟法』〔第2版〕538頁以下〔竹下守夫執筆〕(弘文堂、2011年)、及び伊藤真『民事訴訟法』〔第8版〕601頁(有斐閣、2023年)を参照。

争われた事実と争われなかった事実が社会的に密接に関連しており、前訴で争われなかった事実の主張を認めることが、実質的に前訴を蒸し返すものと評価できるときは、主張されなかった事実も、信義則により遮断されるとする見解を採用している⁽¹¹⁾。このような見解によれば、前訴において争われた本件農地の買戻契約の争点と、前訴で争われなかった農地買取処分の無効という争点は、いずれも本件農地の所有権の帰属をめぐる紛争という点において社会的に密接に関連しており、したがって、このような農地買取処分の無効という主張を後訴において認めることは、実質的には前訴での本件農地の所有権の帰属という紛争を再度蒸し返すものと評価でき、したがって、このような主張は信義則により遮断されると解することになる。

第四に、提出責任効論は、後訴の可否を決定するのは訴訟物概念ではなく、前訴の手續過程において原告がどのような攻撃防御方法についての提出責任を負ったかという前訴での原告の提出責任の有無に基づき判断されるべきであるとする⁽¹²⁾。この見解によれば、原告が後訴において主張した攻撃防御方法を、前訴において主張することが可能でありかつ主張すべきであったと評価される場合は、当該攻撃防御方法を後訴において主張することは遮断され、その結果当該攻撃防御方法に基づく後訴は排斥されることになる。本件事例では、原告は前訴において本件農地の所有権が自己に帰属する根拠としてBからの買戻し契約を主張したが、原告は当該前訴において、本件農地の所有権が自己に帰属することを根拠づける他の農地買取処分の無効の主張をもすることが可能であり、かつ前訴の手續経過からすれば当然に主張すべきであった評価されるため、当該主張を後訴で主張することは遮断され、その結果当該主張に基づく後訴請求は排斥されることになると解される。

第五に、私見の必要的請求併合のルールの観点から、本件事例を検討する⁽¹³⁾。

(11) 伊藤・前掲注(4) 601頁を参照。

(12) 提出責任効論については、井上治典「判決効による遮断」井上=伊藤=佐上『これからの民事訴訟法』217頁以下、特に222頁(日本評論社、1984年)、井上正三「既判力の客観的範囲」講座民訴第6巻317頁(弘文堂、1984年)、水谷暢「後訴における審理拒否」民訴雑誌第26号59頁(1980年)を参照。

(13) 私見の必要的請求併合のルールの詳細については、拙稿「民事訴訟における必要的請求併合のルール(11) - ミシガン裁判所規則における必要的請求併合のルールを中心として -」駒澤法曹21号21頁以下(2025年)を参照。

この見解によれば、被告を応訴の煩から保護し、また裁判所の審理の重複を防止するという要請から、原告は、同一の事件から生じた被告に対して有する数個の請求を併合して提起することを要求される。原告が、同一の事件から生じたこれらの請求のうちの一つの請求について訴えを提起し確定判決を得た後、原告が同一の事件から生じた他の請求に基づいて後訴を提起することは、原告の前訴での請求不併合に対する帰責性と被告の要保護性の存在を前提とした信義則上の併合義務違反に基づく失権的作用により遮断されると解する⁽¹⁴⁾。したがって、原告に前訴での請求不併合に対する帰責性が存在しないときは、他の請求に基づく後訴は排斥されないと解する⁽¹⁵⁾。このような考え方により、後訴の可否についてより柔軟な処理を行うことができると解する。また、数個の請求が同一の事件から生じた場合とは、それらの請求を構成する事実が、時間、場所、原因または動機の点において関連しているかどうか、及びそれらが適切な審理の単位を形成しているかどうかを考慮して、実用的に判断される。本件事例では、前訴請求は、Bからの買戻契約に基づく所有権移転登記請求であるのに対して、後訴請求は、本件農地買取処分が無効に基づく所有権移転登記請求であるから、両請求は関連性がないようにも思える。しかし、まず第一に、本件前訴請求は、本件農地の買取処分が行われたことを前提とした上でBからの本件農地の買戻しを根拠とする一方、本件後訴請求は、前訴の前提とされた本件農地買取処分自体の無効を根拠としており、しかも原告は、前訴においても前記買取処分が無効であることを主張し、買取処分が無効であるため本件各土地は当然その返還を求めることができるが、これを実現する方法として、土地返還約束を内容とする実質的に和解契約の性質をもつ前記売買契約を締結し、これに基づき前訴を提起したものである旨を一貫して陳述していたことから、両請求はその原因において極めて密接な関連性を有するものと考えられる。また、第二に、両請求ともいずれも同一農地についての所有権移転登記手

(14) 山木戸・「判批」前掲注(2)130頁は、本件判示は、判決の別訴禁止効の拡大であり、またその裏返しとしての訴えの併合強制であるとみられる、とされる。また、松村和徳『民事訴訟理論再考』18頁(成文堂、2024年)は、本判決は、当事者への請求の併合強制を前提とすることになるが、根拠も不明であり、処分権主義との関係上も、併合強制は肯定しがたいとされる。

(15) *See also* W.BLUME, AMERICAN CIVIL PROCEDURE 354,355 (1955) .

続(後訴ではこれに加え工作物取去土地明渡し)を求めるものである点で、動機(目的)の点についても密接な関連性を有すると考えられる。第三に、応訴の煩からの被告の保護及び審理の重複からの裁判所の保護という点からも、本件農地をめぐるこれらの紛争を単一の事件とみるのが適切な審理の単位の形成という点で妥当であると考えられる。以上のような理由から、原告は、本件農地買収処分をめぐる紛争という同一の事件から生じた、Bからの買戻契約に基づく所有権移転登記請求と、本件農地買収処分の無効に基づく所有権移転登記請求、及び本件農地の返還約定に基づく所有権移転登記請求並びに工作物取去土地明渡請求を前訴において併合して提起することを求められたものと解する。そして、前訴において併合されなかった訴訟物である本件農地買収処分の無効に基づく所有権移転登記請求、及び本件農地の返還約定に基づく所有権移転登記請求並びに工作物取去土地明渡請求は、原告の請求不併合に対する帰責性と被告の要保護性(応訴の煩からの保護の必要性)の存在を前提とした前訴での信義則上の併合義務違反に基づく失権的作用に基づき遮断されることになる、と解する。本件では、原告は、前訴において併合されなかった訴訟物である本件農地買収処分の無効に基づく所有権移転登記請求、及び本件農地の返還約定に基づく所有権移転登記請求並びに工作物取去土地明渡請求を前訴において容易に併合することができかつすべきであったにもかかわらずこれらの請求を併合しなかった点に帰責性を肯定することができ、かつ明らかに被告を応訴の煩から保護する必要性も存在しこれを否定すべき特段の事情も存在しないと考えられる。したがって、原告の本件後訴は前訴での信義則上の併合義務違反に基づく失権的作用に基づき遮断されると解する^{(16) (17) (18)}。

2 最判昭和 59 年月 1 月 19 日(判例時報 1105 号 48 頁,判例タイムズ 519 号 136 頁)

(1) 事実関係と判旨

X(原告、控訴人、上告人)は、本件の主位的請求として(1)本件物件はもと X の所有であったが、Y らに対し昭和 49 年 4 月 17 日付で同月一六日贈

(16) したがって、必要的請求併合のルールによれば、本件は、前訴において、原告が同一の事件から生じた他の請求を併合しなかったことに帰責性があり、かつ被告に要保護性が存在するため、原告の後訴が遮断された事例であるとみることができる。

- (17) これに関連して、小山昇「既判力か争点効か信義則か—判例を素材として—」小山昇著作集第二巻『判決効の研究』（信山社、1990年）171頁、特に133頁以下は、前訴請求と後訴請求が異なる場合で、後訴の提起が前訴判決との関係で許されない場合として、(1) 請求の目的物を異にするが両請求の認容が実体法上認められない場合と、(2) 請求の態様を異にするが、一方の請求が認められて初めて他方の請求が認められる場合があるとされる。そして、(1) については、例えば、売買契約に基づく売買代金請求（A）と売買契約の無効原因事実の存在を理由とする目的物の返還請求（B）の場合、①いずれかを主位請求とし、他方を予備的請求として、併合の訴えを提起すべきである。②遅くとも追加的併合をすべきである。③併合することができたのに併合しなかったときは、併合すべかりし請求につき訴権をうしなう。このような場合は、併合請求をすることが訴訟制度を利用するあり方であるからとされる（訴訟経済に叶い、訴訟一回の理念にもかなうとされる）。(2) の場合、例えば、所有権に基づく返還請求（A）と所有権確認請求（B）では、A請求につき被告が所有権を争う場合、原告は所有権確認請求を併合すべきである。併合しなかったときは、A請求が所有権が認められないという理由で棄却されたときは、基準時における所有権の不存在を争うことはできない。B請求の後訴において、原告が基準時後の所有権取得を主張しないときは、基準時において所有権を有せず、その状態に変化がないとして、請求は棄却されることになるべきであるとされる（その根拠として、訴訟制度を利用するならば必ず根本の問題たる所有権の争いにつきこれを利用すべきであり、これは、訴訟経済に叶い、これをしないのは訴権の消極的濫用であることを指摘される）。
- (18) なお、本件では、前訴で当事者とされていなかった者（X2～X4）が原告として被告に対して提起した訴えについても、本判決は信義則により遮断されるとの結論を導いている。この点については、前訴での原告の被告に対する請求と第三者の被告に対する請求が同一の事件から生じ密接な関連性を有するため、第三者が信義則上前訴に参加する義務を負うにもかかわらず前訴に参加しなかった場合は、当該第三者の被告に対する請求に基づく後訴は、第三者の信義則上の参加義務違反に基づく失権的作用に遮断されると解される（強制参加の理論）。また、前訴で被告とされていなかった者（Y4）に対する請求についても、前訴での原告の被告に対する請求と原告の第三者に対する請求が同一の事件から生じ密接な関連性を有するため、原告が信義則上前訴において第三者に対する請求を定立すべき義務を負うにもかかわらず前訴において当該第三者に対する請求を定立しなかった場合も、同様に、原告の当該第三者に対する請求に基づく後訴は、原告の信義則上の第三者に対する請求定立義務違反に基づく失権的作用により遮断されると解される。この点について、拙稿・前掲注（13）駒澤法曹第21号67頁以下を参照。また、この点に関連して、岨野・「判解」前掲注（2）321頁は、本判決が訴え却下の結論を正当とするために信義則という一般条項を持ち出した理由の一つは、前訴において当事者でない者が本訴で当事者として加わっているという点にあったと思われる、とされる。

与を原因として各持分三分の一の所有権移転登記を経由した、(2) 右登記原因としての贈与契約は負担付ないし条件付贈与であって、右贈与の際 X の子訴外 A は X に対し生活費として毎月 3 万 5000 円宛支払う旨約した、(3) Y らは、A の X に対する右債務につきそれぞれ重疊的債務引受をした、(4) しかし、A 及び Y らが右債務を全く履行しないので、X は、昭和 52 年 10 月以降何回となく右金員の支払を請求したが、依然として支払をしないので、X は、昭和 53 年 7 月 21 日到達の本訴状をもって右贈与契約を債務不履行を理由として解除する旨の意思表示をした、(5) よって、X は、Y らに対し、右解除による原状回復請求権に基づき本件物件の各持分三分の一の所有権移転登記手続を求め、と主張した。

これに対し、原審は、(1) X は、本訴以前に Y らに対し、本件物件は X の所有であって、X はこれを Y らに贈与したことはないと主張して、本件物件について經由された贈与を原因とする Y らのための各持分三分の一の所有権移転登記の抹消登記手続をを求める訴えを提起した、(2) Y らは、昭和 49 年 4 月 16 日に X から本件物件の贈与を受けたものである旨主張して抗争したところ、第一審は、Y らの主張を認めて X の右請求を棄却したので、X は控訴したが、第二審も右贈与の事実を認めて控訴棄却の判決を言い渡し、同判決は昭和 52 年 9 月 17 日確定した、(4) 前訴は、本件物件の所有権に基づく所有権移転登記の抹消登記手続請求であるのに対し、本訴は、本件物件の贈与が有効であることを前提とし、その負担である義務の不履行を理由として昭和 53 年 7 月 21 日にした右契約解除による原状回復請求権を主張して所有権移転登記手続をを求める請求であるから、両者は訴訟物を異にするが、実質的には、いずれも本件物件に対する X の所有権取得登記を回復ないし取り戻すことを目的とするものである、(4) Y1 は X の三男である A の子、Y2 は Y1 の妻、Y3 は Y1 及び Y2 の子であり、X が昭和 49 年 4 月 16 日 Y らに本件物件を贈与したのは、X の子である A に老後の面倒をみてもらうことを期待したためであったところ、A は、右贈与後、X の申出により生活費として毎月 3 万 5000 円を X に贈ることを約束し、X はこれを二、三回受領したが、X が同年 7 月ころから右贈与を否定して右生活費の受領を拒否するに至ったので、A は、X で中央相互銀行に右生活費を毎月預金していたところ、X が前訴を提起したので同年 12 月以降はこれをやめた、(5) 前訴において、Y らは、A が X に対して毎

月3万5000円を贈る約束をしたことを主張し、右のような経緯によってその履行をやめた旨立証したが、Xは、前訴において、予備的に、右不履行を理由とする贈与契約の解除を再抗弁として主張せず、また、訴えの追加的変更により本訴と同一の請求にかかる訴えを前訴に併合提起することもしなかった、(6)前訴と本訴は、訴訟物を異にするので、本来別々にあるいは順々に訴えを提起することを妨げられるわけではないが、Xが前訴において前叙のような再抗弁を主張し、また、訴えの追加的変更を行うことは、極めて容易であり、しかも親族間の紛争の早期解決のためにはむしろそれが期待されていたと考えるべきであるから、Xが前訴において右再抗弁の主張、訴えの追加的変更をしなかったことにより、Yらにおいて、本件物件の所有権の帰属に関する紛争は前訴ですべて着したとしても無理からぬものがあり、そうだとすると、前訴の終了後において、XがAに対し前記毎月3万5000円の生活費の支払を求めるのは格別、その支払義務の不履行を理由として前記贈与契約を解除し、これに基づいて被上告人らに対し所有権移転登記手続を求める訴えを提起することは、信義則に照らし許されない旨判示し、Xの右主位的請求にかかる訴えを不適法として却下した。これに対して、Xが上告。上告審は、原判決を破棄し、第一審判決を取消し、さらに本案について審理させるため、本件を第一審裁判所に差し戻し、以下のように判示した。

「・・・しかしながら、前訴は、本件物件がXの所有に属し、これをYらに贈与したことはないとして、本件物件について経由されたYらのための各持分三分の一の所有権移転登記の抹消登記手続を求めるものであるのに対し、本訴は、本件物件の贈与が有効にされたとする前訴判決の判断を前提としたうえ、右贈与の負担である生活費の支払について前訴判決後に不履行があることを理由として右贈与契約を解除し、その原状回復請求権に基づき右所有権移転登記手続を求めるものであるから、本訴が実質的に前訴のむしろ返しであるとは当然にはいふことができないところ、前記認定の前訴の訴訟経過からは、原審のいうように、Xにおいて、前訴で前記のような内容の贈与契約の成立が認定されることを慮り、あらかじめこれに備えて、右訴訟の継続中に、右認定にかかるAによるXに対する生活費の支給義務の履行停止をとらえ、右贈与契約の負担である義務の懈怠があるとして、その履行を催告したうえ、右契約を解除し、これを仮定的抗弁ないし訴えの追加的変更の形で主張することが容易であった

とか、それが期待されていたとはたやすくいい難く、Xが右の拳に出なかったことによりYらが本件物件の所有権の帰属に関する紛争が右訴訟ですべて落着いたと信頼しても無理からぬものであるということもできないといわなければならない。まして、Yらは、前訴判決確定後も同判決中でその存在を認定された前記Xに対する生活費支給義務を実行せず、Xは改めてこれを右贈与契約に付随する負担にかかる債務の不履行であるとして、その履行を催告したうえ、その不履行を理由として右契約を解除したと主張して、右解除による原状回復義務の履行を求めて本訴請求をしているのであり、しかも、本訴提起までは前記契約成立時から4年余、前訴判決確定時から約10か月の期間が経過しているにすぎず、不当に長期間Yらの法的地位が不安定な状態におかれるという事情も存在しないのである。そうしてみると、Xの本訴提起が著しく信義則に違反するものとはとうていいうことができず、これと異なる判断のもとに本件主位的請求にかかる訴えを不適法として却下した原判決には、訴えの適否に関する民訴法の解釈適用を誤った違法があるものというべく、この違法が判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、この点の論旨は理由があり、原判決中主位的請求に関する部分は破棄を免れず、また、これと同旨の結論を採る第一審判決も取消を免れない。そして、主位的請求にかかる訴えについて原判決及び第一審判決がそれぞれ破棄及び取消を免れない以上、予備的請求についても当然に原判決及び第一審判決はそれぞれ破棄及び取消を免れない。したがって、その他の論旨について判断するまでもなく、原判決を破棄し、第一審判決を取消し、さらに本案について審理させるため、本件を第一審裁判所に差し戻すのが相当である」⁽¹⁹⁾。

(2) 本判決の検討

本件では、Xは、Yらに対し、本件物件はXの所有であって、XはこれをYらに贈与したことはないと主張して、本件物件について経由された贈与を原因とするYらのための各持分三分の一の所有権移転登記の抹消登記手続を求める前訴を提起した。Yらは、昭和49年4月16日にXから本件物件の贈与

(19) 本判決については、新堂幸司「判批」法学教室44号96頁(1984年)、木川統一郎＝中山幸二「判批」判タ535号94頁(1985年)、坂口裕英「判批」重判昭和59年度(ジュリ臨増838号)138頁(1985年)を参照。

を受けたものである旨主張して争ったところ、第一審は、Yらの主張を認めてXの請求を棄却したので、Xは控訴したが、第二審も右贈与の事実を認めて控訴棄却の判決を言い渡し、同判決は昭和52年9月17日確定した。その後、Xは、Yらに対して、本件物件の贈与が有効であることを前提として、その負担である義務の不履行を理由として昭和53年7月21日にした右契約解除による原状回復請求権を主張して所有権移転登記手続を求める請求に基づき本訴（後訴）を提起した。このXによる後訴の提起が、信義則に照らして許されないかどうかの問題となった。

この点について、控訴審は、①前訴は、本件物件の所有権に基づく所有権移転登記の抹消登記手続請求であるのに対し、本訴は、本件物件の贈与が有効であることを前提とし、その負担である義務の不履行を理由として昭和53年7月21日にした右契約解除による原状回復請求権を主張して所有権移転登記手続を求める請求であるから、両者は訴訟物を異にするが⁽²⁰⁾、実質的には、いずれも本件物件に対するX（原告）の所有権取得登記を回復ないし取り戻すことを目的とするものであること、②前訴において、Yらは、AがXに対して毎月3万5000円を贈る約束をしたことを主張し、上述のような経緯によってその履行をやめた旨立証したが、Xは、前訴において、予備的に、右不履行を理由とする贈与契約の解除を再抗弁として主張せず、また、訴えの追加的変更により本訴と同一の請求にかかる訴えを前訴に併合提起しなかったこと、及び③前訴と本訴は、訴訟物を異にするので、本来別々にあるいは順々に訴えを提起することを妨げられるわけではないが、Xが前訴において上記のような再抗弁を主張し、また、訴えの追加的変更を行うことは極めて容易であり、しかも親族間の紛争の早期解決のためにはむしろそれが期待されていたと考えるべきであるから、Xが前訴において右再抗弁の主張、訴えの追加的変更をしなかったことにより、Yらにおいて、本件物件の所有権の帰属に関する紛争は前訴で

(20) 実務が採用する旧訴訟物理論によれば、前訴の訴訟物である本件物件の所有権に基づく所有権移転登記の抹消登記手続請求は物権的請求権であり、後訴の訴訟物である贈与契約の債務不履行による解除に基づく原状回復請求権としての所有権移転登記請求は債権的請求権であり、両者の訴訟物は異なると解される。この点について、木川＝中山・前掲注(19)95頁を参照。

すべて落着いたとしても無理からぬものがあり、そうだとすると、前訴の終了後において、XがAに対し前記毎月3万5000円の生活費の支払を求めるのは格別、その支払義務の不履行を理由として前記贈与契約を解除し、これに基づいて被告らに対し所有権移転登記手続を求める訴えを提起することは、信義則に照らし許されない旨判示し、Xの右主位的請求にかかる訴えを不合法として却下した。

これに対して、上告審は、①前訴は、本件物件がXの所有に属し、これをYらに贈与したことはないとして、本件物件について経由されたYらのための各持分3分の1の所有権移転登記の抹消登記手続を求めるものであるのに対し、本訴は、本件物件の贈与が有効にされたとする前訴判決の判断を前提したうえ、右贈与の負担である生活費の支払について前訴判決後に不履行があることを理由として右贈与契約を解除し、その原状回復請求権に基づき右所有権移転登記手続を求めるものであるから、本訴が実質的に前訴のむし返しであるとは当然にはいうことができないこと、②原審のいうように、Xにおいて、前訴で前記のような内容の贈与契約の成立が認定されることを慮り、あらかじめこれに備えて、右訴訟の継続中に、右認定にかかるAによるXに対する生活費の支給義務の履行停止をとらえ、右贈与契約の負担である義務の懈怠があるとして、その履行を催告したうえ、右契約を解除し、これを仮定的抗弁ないし訴えの追加的変更の形で主張することが容易であったとかそれが期待されていたとはたやすくいい難いこと、③Xが上記の仮定的抗弁ないし訴えの追加的変更を行わなかったことによりYらが本件物件の所有権の帰属に関する紛争が右訴訟ですべて落着いたと信頼しても無理からぬものであるということもできないこと、及び④Yらは、前訴判決確定後も同判決中でその存在を認定された前記Xに対する生活費支給義務を実行せず、Xは改めてこれを右贈与契約に付随する負担にかかる債務の不履行であるとして、その履行を催告したうえ、その不履行を理由として右契約を解除したと主張して、右解除による原状回復義務の履行を求めて本訴請求をしているのであり、しかも、本訴提起までは前記契約成立時から4年余、前訴判決確定時から約10か月の期間が経過しているにすぎず、不当に長期間Yらの法的地位が不安定な状態におかれるという事情も存在しないことを指摘し、Xの本訴提起が著しく信義則に違反するものとは到底いうことができないとして、原判決を破棄し、第一審判決を取り

消して本件を第一審裁判所に差し戻した。

このように、本件では、Xの後訴請求が信義則に反するかどうかについて、控訴審と上告審とで結論が異なっているが、いずれの見解が妥当であろうか。そこで、本件を必要的請求併合のルール観点から検討することとする。必要的請求併合のルールによれば、まず第一に、原告は、被告の応訴の煩からの保護及び裁判所の審理の重複からの保護という観点から、同一の事件から生じた被告に対して有する数個の請求を単一の訴訟に併合することを要求される。第二に、原告が同一の事件から生じた数個の請求のうちの一つの請求に基づいて訴えを提起した場合、必要的請求併合のルールは、原告がそれらの請求を単一の訴訟に併合することを要求するので、原告は、同一の事件から生じたその他の請求に係属中の訴訟に追加的に併合することを要求される（必要的追加的変更）。第三に、原告が同一の事件から生じた数個の請求のうちの一つの請求のみについて訴えを提起し、その先行訴訟の係属中に、同一事件から生じたその他の請求に基づいて後発訴訟の別訴を提起した場合、原告は同一の事件から生じたこれらの請求を単一の訴訟に併合することを要求されるので、同一事件から生じたその他の請求について後発訴訟の別訴提起は、重複訴訟禁止の原則に反し、不適法とされる。第四に、原告が、同一の事件から生じたこれらの請求のうちの一つの請求について訴えを提起し確定判決を得た後、原告が同一の事件から生じた他の請求に基づいて後訴を提起することは、原告の前訴での請求不併合に対する帰責性と被告の要保護性の存在を前提とした信義則上の併合義務違反に基づく失権的作用により遮断されると解する。したがって、原告に前訴での請求不併合に対する帰責性が存在しないときは、同一の事件から生じた他の請求に基づく後訴は排斥されないと解する⁽²¹⁾。また、数個の請求が同一の事件から生じた場合とは、それらの請求を構成する事実が、時間、場所、原因または動機の点において関連しているかどうか、及びそれらが適切な審理の単位を形成しているかどうかを考慮して、実用的に判断される⁽²²⁾。したがって、必要的請求併合のルールが適用されるためには、まず第一に数個の請求が同一

(21) 以上の点の詳細について、拙稿・前掲注(13)駒澤法曹第21号21頁以下、特に23頁以下(2025年)を参照。

(22) この点について、拙稿・前掲注(13)駒澤法曹第21号30頁以下(2025年)を参照。

の事件から生じたこと、及び第二に、それらの請求のうち前訴で併合されなかった請求に基づく後訴が遮断されるためには、原告に前訴での請求不併合に対する帰責性が存在することと、被告の要保護性が存在することが必要である。

そこで、まず第一に、原告の被告に対する両請求が同一の事件から生じたものであるかどうかを検討すると、控訴審が指摘するように、両請求とも、実質的には本件物件に対する X の所有権取得登記を回復ないし取り戻すことを目的とする点で、「動機」の点で密接な関連性を有するものと考えられる。また、前訴は、本件物件について贈与を否定した上で本件物権の所有権に基づく所有権移転登記の抹消登記手続を求める請求であるのに対し、本訴は、本件物件の贈与が有効であることを前提とし、その負担である義務の不履行を理由として昭和 53 年 7 月 21 日にした右契約解除による原状回復請求権を主張して所有権移転登記手続を求める請求であるから、両請求は予備的な関係にあり、したがって、「原因」の点でも密接な関連性を有すると考えられる。これらの点から、原告の被告に対する両請求は、同一の事件から生じたものとみてよいと考えられる⁽²³⁾。

次に、必要的請求併合のルールに基づき、それらの請求のうち前訴で併合されなかった請求に基づく後訴が遮断されるためには、原告に前訴での請求不併合に対する帰責性が存在することと、被告の要保護性が存在することが必要である。そこで、この点について検討すると、X は当初 A から生活費を二、三回受領したが、X が昭和 49 年 7 月ころから右贈与を否定して右生活費の受領を拒否するに至ったので、A は、X 名義で銀行に右生活費を毎月預金していたところ、X が前訴を提起したので同年 12 月以降はこれをやめたという事情がある。これに対して、X が提起した後訴は、本件物件の贈与が有効にされたとする前訴判決の判断を前提としたうえ、右贈与の負担である生活費の支払について前訴判決後に不履行があることを理由として右贈与契約を解除し、その原

(23) ただし、前訴請求は、前訴提起段階での自己の所有権を根拠とするのに対して、後訴請求は、前訴終了後に生じた被告の債務不履行に基づく贈与契約の解除を根拠としており、両請求間における時間的な関連性が希薄であり関連性がないとみることができることから、そもそも両請求は同一の事件から生じたものではなく、したがって、必要的請求併合のルールは適用されず、後訴請求は遮断されないとみられることもできると考えられる。

状回復請求権に基づき右所有権移転登記手続を求めたものである。そうすると、本件とは異なり、もしXが前訴係属中（係属前も含め）に生じたYの債務不履行を原因とする請求に基づく後訴を提起した場合は、Xはこの請求を前訴に追加的に併合することができかつ併合すべきであった（併合を要求された）ので（必要的追加的変更）、Xがこの請求を前訴において追加的に併合しなかった場合は、原告に前訴での請求不併合に対する帰責性が存在し、また被告の要保護性も存在するので、後請求は信義則上の併合義務違反に基づく失権的作用により遮断されることになると考えられる。これに対して、本件のように、Xが贈与の負担である生活費の支払について前訴判決確定後に債務不履行があることを理由として右贈与契約を解除し、その原状回復請求権に基づき右所有権移転登記手続を求めたような場合は、原告は前訴判決確定後に生じた債務不履行に基づく当該請求を前訴において併合することは不可能であったのであり、したがって、この点で原告に前訴での請求不併合に対する帰責性は存在しなかったと考えられるため⁽²⁴⁾、必要的請求併合のルールは適用されず、原告の本件後訴請求は遮断されなかったと解される⁽²⁵⁾。

3 最判昭和61年7月17日（民集40巻5号941頁）

(1) 事実関係と判旨

Yは、昭和45年5月以前から本件土地をその地上に本件建物部分を所有して占有していたところ、同月12日、本件土地を含む仮換地102.47平方メートルをX（原告、控訴人、被告人）所有の本件従前の土地の仮換地とする旨の仮換地変更指定処分があり、その効力発生日を同月16日と定められた。

そこで、Xは、Yに対し前訴を提起して、本件土地の使用収益権に基づき本件建物部分を収去して本件土地を明け渡すことを求めるとともに、本件土地の不法占拠による賃料相当損害金として昭和45年5月16日から右明渡済みまで

(24) この点について、新堂・前掲注(8)97頁を参照。

(25) したがって、本件は、必要的請求併合のルールによれば、原告に前訴での請求不併合について帰責性が存在しなかったため、当該請求に基づく後訴が認められたものと解する。また、本件後訴請求は、前訴判決確定後に生じた債務不履行に基づく請求であったため、応訴の煩からの被告の保護の要請も存在しなかった事例とも考えられる。

月額5万円の割合による金員の支払を求めた。第一審では、建物取去土地明渡の請求のみが認容され、控訴審では、昭和53年4月12日に終結された口頭弁論に基づいて、Yの控訴を棄却するとともに、Xの附帯控訴に基づき、損害金の請求についても、昭和52年1月1日から本件土地の明渡済みまで月額4万7800円の限度で認容する旨の判決が言い渡された。昭和54年1月30日、上告審でYの上告を棄却する旨の判決があり、右控訴審判決が確定した。

しかし、Yは、その後も本件土地の占有を続け、本件建物部分を第三者に賃貸していた。Yは、昭和40年頃から本件土地の西側隣接地で駐車場の経営をしており、本件土地が駐車場として利用されるに至ることは、昭和54年2月1日当時、Yにおいても予想しえた。本件土地には少なくとも軽自動車三台の保管が可能であり、その月ぎめ保管料は月額7万円を下らなかった。

その後、前訴口頭弁論の終結後、消費者物価の上昇、土地価格の著しい昂騰、固定資産税と都市計画税の増大等があった。また、本件土地の近隣地域には難波駅のほか商業施設、娯楽施設が集中しており、昭和54年から同55年にかけて同駅の整備やナンバシテイの全面開業に伴う同駅周辺一帯の整備が完了し、それに伴って本件土地付近における駐車場の利用客が増加している等の特殊な事情も存在した。これらにより、本件土地の昭和55年4月1日当時における相当賃料額は月額13万5042円に達していた。

そのため、Xは、Yに対して本訴を提起し、第一審において、昭和54年2月1日から本件建物部分取去土地明渡済みに至るまで、本件土地を駐車場として使用することによって得べかりし自動車保管料相当の損害金と前訴確定判決により認容された賃料相当損害金との差額を月額7万7200円であると主張して、右差額の支払を求めた。一審はXの請求を棄却したため、Xは控訴するとともに、原審において、昭和55年4月1日以降の分の請求額を月額8万7242円に拡張するとともに、以上と同一の請求金額につき、前訴確定判決後に生じた経済的事情の変更によりその認容額が著しく不相当となり、当事者間の衡平を甚だしく害するような事情があることを理由として、相当賃料額と前訴認容額との差額の支払を求める請求及び前訴確定判決による強制執行を妨害するなどの不法行為による損害賠償を求める請求を選択的に追加した。

原審は、前記事実関係のもとにおいて、(1)昭和54年2月1日から同55年3月31日までの損害については、前訴における賃料相当損害金の請求は通常

生ずべき損害についての請求であり、Xが本訴において請求する駐車場として使用することによって得べかりし損害金の請求は、前訴においては請求されていないかつた特別事情による損害の賠償を求めらるるものであるとして、右請求を原審認定の保管料相当の損害金の額と前訴認容額との差額である月額2万7200円（合計38万800円）の限度で認容してその余の部分を棄却し、(2) Xの昭和55年4月1日から建物収去土地明渡に至るまでの損害については、前訴における賃料相当損害金の請求が一応損害の全額の賠償を請求する趣旨であっても、前訴確定判決後の事情の変更により相当賃料額が昂騰して賃料相当損害金が前訴認容額を上回るときは、その差額を請求することができるとして、前訴認容額が不相当となったことを理由とするXの請求を認容した。Yが上告。上告審は、一部破棄自判、一部棄却の判決を言い渡し、次のように判示した。

「従前の土地の所有者が仮換地の不法占拠者に対し仮換地の使用収益を妨げられていることによって受ける損害の賠償を求めらるる請求権は、通常生ずべき損害及び特別事情によって生ずる損害を通じて一個の請求権であつて、その履行を求めらるる訴えにおいて、通常損害と特別損害のいずれか一方についてのみ判決を求めらるる旨が明示されていない場合には、たとえ請求原因としてはその一方のみを主張しているにとどまるときであっても、一部請求であることが明示されているのと同視しうるような特段の事情の存在しない限り、これに対する判決の既判力は右請求権の全部に及び、新たに訴えを提起して、右請求を一部請求であつたと主張し、他の一方の損害の賠償を求めらるることはできないものと解するのが相当である。そして、この理は、右請求がすでに発生した損害の賠償を求めらるるものであるか、将来継続的に発生すべき損害の賠償を将来給付の訴えにより請求するものであるかによって差異を生ずるものではない。原審がこれと異なる見解に立ち、駐車場として使用することによって得べかりし利益の損害は特別事情による損害であり、前訴で認容された損害は通常損害であるとの理由で、その差額についてのXの請求を一部認容したのは、既判力に関する法令の解釈適用を誤つたものというべきである。そして、前訴において、Xの請求が駐車場として使用することによって得べかりし利益の損害の賠償を除外する趣旨の一部請求であることが明示され、又は明示されているのと同視すべき特段の事情があることを明らかにする資料は記録上なんら存在しないから、この違法が原判決中右認容部分に影響を及ぼすことは明らかであり、右部

分は破棄を免れず、論旨のうち右の違法をいう部分は理由がある。原審の適法に確定した事実関係のもとにおいては、右部分に関する X の請求は失当として棄却すべきものであり、これを棄却した第一審判決は相当であるから、右の部分については X の控訴を棄却すべきである。

そこで、原審で選択的に主張された X の他の請求について判断する。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っ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ったときは、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。ただし、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って実現されず、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っ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って、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った場合には、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。

しかしながら、本件の場合、昭和 54 年 2 月 1 日から同 55 年 3 月 31 日までの間については、原審の適法に確定した前示事実関係のもとにおいては、前訴事実審口頭弁論終結の日である昭和 53 年 4 月 12 日からはもとより、前訴における認容額の始期とされた同 52 年 1 月 1 日からみても、その間の時間的経過

に照らし未だ前訴認容額が不当となったものとすることはできないから、前訴事実審口頭弁論終結後に前訴認容額が不当となったことを理由とする X の請求は失当として棄却すべきものである。・・・次に、昭和 55 年 4 月 1 日以降の損害に関する部分について判断する。原審の適法に確定した事実関係のもとにおいては、昭和 55 年 4 月 1 日から本件建物部分を取去して本件土地を明け渡すに至るまでの間につき、前訴の事実審口頭弁論終結後の前示のような事情により前訴確定判決の認容額が不当となったものとして、右認容額と適正賃料額との差額の支払を求める被上告人の請求を認容した原審の判断は、さきに説示したところに照らし、正当として是認することができ、これに所論の違法はない。右部分に関する論旨は、採用することができない」⁽²⁶⁾。

(2) 本判決の検討

本件事例では、原告は、被告の本件土地の不法占拠を根拠とする建物取去土地明渡し及び昭 45 年 5 月 16 日から明渡済みまで月額 5 万円の支払いを求める前訴を提起し、この前訴では、昭和 53 年 4 月 12 日に口頭弁論が終結された控訴審において、X の建物取去土地明渡請求を認容し、昭和 52 年 1 月 1 日から土地明渡済みまで月額 4 万 7800 円の限度で認容する判決が言い渡され、Y の上告が棄却され確定した。しかし、その後も Y が本件土地を不法占拠していたところ、前訴口頭弁論の終結後、消費者物価の上昇、土地価格の著しい昂騰、固定資産税と都市計画税の増大等があり、これらにより、本件土地の昭和 55 年 4 月 1 日当時における相当賃料額は月額 13 万 5042 円に達していた。そこで、X は、Y に対し、第一審において、昭和 54 年 2 月 1 日から本件建物部分取去土地明渡済みに至るまで、本件土地を駐車場として使用することによって得べかりし自動車保管料相当の損害金と前訴確定判決により認容された賃料相当損害金との差額を月額 7 万 7200 円であると主張して、右差額の支払を求めた。1

(26) 本判決については、河野正憲「判批」ジュリ臨増 877 号昭和 61 年度重判解説 122 頁 (1987 年)、小林秀之「判批」法セ 395 号 106 頁 (1987 年)、塩崎勤「判批」判タ 677 号 278 頁 (1988 年)、平田浩「判批」判解民事篇 320 頁 (1989 年)、池田辰夫「判批」別冊ジュリ 146 号民事訴訟法判例百選Ⅱ〔新法対応補正版〕336 頁 (1998 年)、齋藤哲「判批」民事訴訟法判例百選 (第 3 版) 184 頁 (2003 年)、三上威彦「判批」民事訴訟法判例百選 (第 5 版) 176 頁 (2015 年)、岡田幸宏「判批」民事訴訟法判例百選 (第 6 版) 164 頁 (2023 年) を参照。

審は X の請求を棄却したため、X は控訴するとともに、控訴審において、昭和 55 年 4 月 1 日以降の分の請求額を月額 8 万 7242 円に拡張するとともに、以上と同一の請求金額につき、前訴確定判決後に生じた経済的事情の変更によりその認容額が著しく不相当となり、当事者間の衡平を甚だしく害するような事情があることを理由として、相当賃料額と前訴認容額との差額の支払を求める請求及び前訴確定判決による強制執行を妨害するなどの不法行為による損害賠償を求める請求を選択的に追加した。

控訴審は、(1) 昭和 54 年 2 月 1 日から同 55 年 3 月 31 日までの損害については、前訴における賃料相当損害金の請求は通常生ずべき損害についての請求であり、X が本訴において請求する駐車場として使用することによって得べかりし損害金の請求は、前訴においては請求されていなかった特別事情による損害の賠償を求めるものであるとして⁽²⁷⁾、右請求を原審認定の保管料相当の損害金の額と前訴認容額との差額である月額 2 万 7200 円（合計 38 万 800 円）の限度で認容してその余の部分棄却し、(2) X の昭和 55 年 4 月 1 日から建物取去土地明渡に至るまでの損害については、前訴における賃料相当損害金の請求が一応損害の全額の賠償を請求する趣旨であっても、前訴確定判決後の事情の変更により相当賃料額が昂騰して賃料相当損害金が前訴認容額を上回るときは、その差額を請求することができるとして、前訴認容額が不相当となったことを理由とする X の請求を認容したため、Y が上告した。

上告審は、まず、上記 (1) については、明示一部請求肯定説を前提としたうえで、一部請求後の残部請求が認められるためには、原告が前訴において一部請求であることを明示するか、明示されているのと同視しうるような特段の事情の存在しない限り、これに対する判決の既判力は右請求権の全部に及び、新たに訴えを提起して、右請求を一部請求であったと主張し、他の一方の損害の賠償を求めることはできないものと解するのが相当であると判示した。その上で、従前の土地の所有者が仮換地の不法占拠者に対し仮換地の使用収益を妨げられていることによって受ける損害の賠償を求める請求権は、通常生ずべき

(27) 控訴審は、通常生ずべき損害についての請求と特別事情による損害についての請求は、別個の訴訟物（請求権）であることを前提としていえると考えられる。この点について、平田・前掲注 (26) 328 頁を参照。

損害及び特別事情によって生ずる損害ごとに異なる請求権（訴訟物）となるのではなく、通常生ずべき損害及び特別事情によって生ずる損害を通じて一個の請求権であって、その履行を求める訴えにおいて、通常損害と特別損害のいずれか一方についてのみ判決を求める旨の一部請求であることが明示され、又は明示されているのと同視すべき特段の事情があることを明らかにする資料は記録上なんら存在しないので、黙示一部請求後の残部請求として、残部請求は既判力により遮断されると判示したものと考えられる。

次に、上告審は、上記（2）については、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ったときは、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判示した。その理由として、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、①将来、不法占拠者の妨害等により明渡が長期にわたって実現されず、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っ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、②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、③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ることを指摘し、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った場合には、その請求は一部請求であったことに帰し、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した。この判示も、上記（1）の場合と同様、判例の採る明示一部請求肯定説を前提として、一部との明確な明示があるか一部との明示があると同視しうる事情がある場合にのみ一部請求後の残部請求を肯定するという立場にたつ。その上で、（2）では、一部との明確な明示はないが一部との明示があると同視しうる事情があることを認めて、一部請求後の残部請求を肯定するという結論を採ったものと考えられる。そして、そのような事情として、①前訴において、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っ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、前訴で主張、立証することが不可能であったこと、②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こと、及び③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ることを指摘した。

そこで、この判例理論がとる明示一部請求肯定説の観点から本判決を検討する⁽²⁸⁾。明示一部請求肯定説は⁽²⁹⁾、被告の応訴の煩の防止及び裁判所の審理の重複の防止という観点から、前訴において原告に当該請求が一部であるとの明示義務すなわち一部明示義務を負わせ、原告が前訴において一部との明示をしたとき、すなわち一部明示義務を履行したときは、被告は、前訴において残債務について債務不存在確認の反訴を提起する機会が保障され、応訴の煩からの被告の保護が図られるので、当該一部請求後の残部請求に基づく後訴を認める⁽³⁰⁾。これに対して、原告が前訴において一部であることを明示できたにもかかわらず一部との明示をしなかったとき、すなわち、一部明示義務違反（一部明示義務の不履行）があったときは、被告は前訴において残債務不存在確認の反訴を提起する機会が与えられず、応訴の煩からの被告の保護が図られないため、被告保護の要請から、一部明示義務違反を根拠として、残部請求に基づく後訴を既判力により遮断するという見解をとるものと考えられる（黙示一部請求）⁽³¹⁾。そうすると、本件のように前訴において残部請求の存在を認識することができなかったため一部との明示を行うことができなかったような事情がある場合は、そもそも原告が前訴で一部と明示しなかったことに帰責性がなく、したがって、一部明示義務違反に対する責任を問うことはできないので、残部請求に基づく後訴を既判力で遮断することはできないから、前訴において一部との明示がなかった場合でも、残部請求に基づく後訴を認めることになるものと考え

(28) 一部請求に関する学説の詳細については、拙稿「一部請求理論の再構成—必要的請求併合の理論による解決—」中村英郎教授古希祝賀・上巻『民事訴訟法学の新たな展開』138頁以下（成文堂、1996年）参照。

(29) 菊井＝村松『全訂民事訴訟法第1巻』209-210頁（日本評論社、1984年）、斉藤秀夫『民事訴訟法』〔新版〕378頁（有斐閣、1982年）、林屋礼二『新民事訴訟法概要』〔第2版〕67頁（有斐閣、2004年）。

(30) 最判昭37・8・10民集16巻8号1720頁。

(31) 最判昭32・6・7民集11巻6号948頁。

られる。しかし、このような結論は、前訴で一部との明示がある場合にのみ残部請求を認めるという判例の明示一部請求肯定説と形式的に抵触する可能性があると考えられる。そこで、判例は、一部との明示がない場合でも一部との明示があると同視しうる事情がある場合は、残部請求に基づく後訴を認めるという構成を採ったものと考えられる⁽³²⁾。したがって、本件事例のように、前訴において一部との明示がないにもかかわらず残部に基づく後訴を認める実質的理由は、原告が前訴において残部請求を行うことができなかったということであり（実質的理由付け）、形式的理由は、前訴において一部との明示があったと同視しうる事情があったこと（形式的理由付け）であると考えられる⁽³³⁾。

そこで、次に、本事例を私見の必要的請求併合のルール観点から検討してみることとする⁽³⁴⁾。必要的請求併合のルールは、原告が被告に対して同一の事件から生じた数個の請求を有する場合、応訴の煩からの被告の保護及び審理の重複からの裁判所の保護の要請から、それらの請求を単一の訴訟に併合して訴えなければならないとするルールである。そこで、まず第一に、原告が同一の事件から生じた被告に対して有する単一の実体法上の請求権の一部のみを分割して訴えた場合、当該一部と残部とはそれぞれ異なる訴訟物（請求）を構成し、原告はこれらの請求を単一の訴訟に併合することを求められる。したがって、第二に、原告が単一の実体法上の請求権の一部のみを訴訟物（請求）として分割して訴えを提起した場合、必要的請求併合のルールは、同一の事件から生じたすべての請求を単一の訴訟に併合することを要求するので、原告は、残部に基づく請求を係属中の訴訟に追加的に併合しなければならないと解する（必要の追加的変更）。また、第三に、原告が単一の実体法上の請求権の一部のみを

(32) この点について、塩崎・前掲注(26) 279頁参照。

(33) 本判決の結論を根拠づけるその他の法律構成については、三上・前掲注(26) 177頁を参照（これらの法律構成のうち、民訴法117条の確定判決の変更を求める訴えの規定の類推適用を支持される）。また、これに関連して、伊藤・前掲注(4) 576頁を参照。なお、松村・前掲注(14) 88頁以下は、現在では、平成15年の民事執行法改正により間接強制が拡張されたことでこの判決はほぼその役割を終えたと思われるとされる。

(34) 必要的請求併合のルール観点から、一部請求の問題を論じたものとして、拙稿・前掲注(28) 135頁以下、及び拙稿・前掲注(13) 駒澤法曹第21号 56頁以下を参照。この私見に対する詳細な批判として、松村・前掲注(14) 52頁以下を参照。

訴訟物として分割して訴えを提起した場合、必要的請求併合のルールは、同一の事件から生じたすべての請求を単一の訴訟に併合することを要求するので、原告は当該訴訟の係属中、同一の事件（同一の実体法上の請求権）から生じた残部請求に基づく別訴を提起することは、重複訴訟として不適法とされると解する。そして、第四に、原告が一部請求に基づく前訴について確定判決を受けた後に、残部請求に基づいて後訴を提起することは、前訴での残部請求不併合に対する帰責性の存在と被告の要保護性の存在を前提とした信義則上の併合義務違反に基づく失権的作用により遮断されることになる。

以上のような考え方から本件事例を検討すると、上記（1）の昭和54年2月1日から昭和55年3月31日までの駐車場として使用することによって得られたであろう損害金の請求は、前訴における賃料相当損害金の請求と同一の不法行為事件から生じたものであり、かつ原告は前訴において当該請求についても訴訟追行をすることができたのであるから、必要的請求併合のルールに基づき、原告は、同一の不法行為事件から生じたこれらの請求を前訴において併合して提起しなければならないと考えられる。そして、原告が前訴においてこれらの請求のうち賃料相当損害金の請求のみに基づいて訴えを提起し確定判決を受けた後、他方の駐車場として使用することによって得られたであろう損害金の請求に基づく後訴を提起することは、前訴での原告の請求不併合に対する帰責性の存在と被告の要保護の存在の双方を前提とした前訴での信義則上の併合義務違反に基づく失権的作用により遮断されると解する。本事例では、原告は、前訴において駐車場として使用することによって得られたであろう損害金の請求を併合することができかつ併合提起すべきであったにもかかわらず併合提起しなかった点に帰責性があり、かつ応訴の煩から被告を保護すべき必要性も存在しこれを否定すべき特段の事情も存在しないと考えられるので、当該請求に基づく後訴は遮断されたものと解する。

これに対して、上記（2）の昭和55年4月1日以降の損害については、前訴の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、また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ったときに、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請求は、原告の前訴請求と同一の不法行為事件から生じた請求であると考えられる。しかし、原告は前訴の段階において上記のような事情を予測することは極めて困難であ

り、このような事情に基づく請求を前訴において併合提起することは不可能であったと考えられる。したがって、この点で、原告に前訴での請求不併合に対する帰責性は存在せず、原告に前訴での請求の併合義務違反は存在しなかったため、信義則上の請求併合義務違反に基づく失権的作用を後訴に及ぼして遮断することはできないため、後訴請求が認められたものと解する⁽³⁵⁾。

4 最判平成10年6月12日(民集52巻4号1147頁)

(1) 事実関係と判旨

X(原告、控訴人、被上告人)は、不動産売買等を目的とする会社であり、Yから福岡県宗像市所在の約10万坪の土地(以下「本件土地」という。)を買収すること及び右土地が市街化区域に編入されるよう行政当局に働きかけを行うこと等の業務の委託を受けた。YとXは、昭和57年10月28日、前項の業務委託契約(以下「本件業務委託契約」という。)の報酬の一部として、Yが本件土地を宅地造成して販売するときには造成された宅地の一割をXに販売又は斡旋させる旨合意した(以下「本件合意」という。)。しかし、Yは、本件土地の宅地造成を行わず、平成3年3月5日、宗像市開発公社に本件土地を売却した。また、Yは、平成3年12月5日、Xの債務不履行を理由として本件業務委託契約を解除した。

その後、YがXに対して提起した前訴に対してXがYに対して提起した前件反訴において、Xは、(1)本件業務委託契約に基づいて本件土地の買収等の業務を行い、商法512条により12億円の報酬請求権を取得したと主張して、うち1億円の支払を求め(主位的請求)、(2)Yが本件土地を売却したことにより本件合意の条件の成就を故意に妨害したから、民法130条により、本件合意に基づく12億円の報酬請求権を取得したと主張して、うち1億円の支払を求めた(予備的請求)が、右各請求を棄却する旨の判決が平成7年10月13日に確定した。

Xは、前訴の判決確定後である平成8年1月11日、本訴を提起し、(1)主位的請求として、本件合意に基づく報酬請求権のうち前訴で請求した1億円を

(35) 従って、本件は、必要的請求併合のルールによれば、前訴での将来の事情変更に基づく追加請求の不併合について原告に帰責性が存在しなかったため、残部に基づく後訴が遮断されなかった事例であるとみることができる。

除く残額が2億9830万円であると主張してその支払を求め、(2) 予備的請求の1として、商法512条に基づく報酬請求権のうち前訴で請求した1億円を除く残額が2億9830万円であると主張してその支払を求め、(3) 予備的請求の2として、本件業務委託契約の解除により報酬請求権を失うというXの損失において、Yが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2億6730万円の支払を求めた。

原審は、(1) 本訴の主位的請求及び予備的請求の1は、前訴の各請求とは同一の債権の一部請求・残部請求の関係にあるが、本訴が前訴の蒸し返しであり、Xによる訴えの提起が信義則に反するとの特段の事情を認めるに足りる的確な証拠はない、(2) 予備的請求の2は、前訴とは訴訟物を異にするものであり、前訴の蒸し返しとはいえない、と判断して、Xの本件各訴えを却下した一審判決を取り消し、一審に差し戻す旨の判決をした。Yが上告。上告審は、原判決を破棄し自判して、以下のように判示した。

「しかしながら、原審の右判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。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⁽³⁶⁾、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⁽³⁷⁾。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

(36) 最判平6・11・22民集48巻7号1355頁参照。

(37) 前掲判例参照。

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⁽³⁸⁾、信義則に反して許されないと解するのが相当である⁽³⁹⁾。

これを本件についてみると、Xの主位的請求及び予備的請求の1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。

予備的請求の2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、Yに対して本件業務

(38) 山本克己「明示の一部請求後の残部請求－最二小判平成10年6月12日民集52巻4号1147頁」法学教室294号129頁(2005年)は、本判決によると、「特段の事情」の有無が対象となるのは、原告が一個の金銭債権の数量的一部を明示して請求をした場合に、当該一部請求を全部又は一部棄却する旨の判決がなされた場合であり、原告が債権の特定の一部を請求する場合は、これに含まれないとされる。したがって、前訴が債権の特定一部請求である場合は、前訴判決が全部または一部棄却であっても、残部請求は許されると考えられる。この場合、判例によれば、原告が債権の特定一部請求をすること自体で、一部との明示があったものと解されることになると思われる。

(39) 「特段の事情」がある場合とは、一部請求訴訟における審理の範囲が必ずしも債権全部に及ばなかったような事情のある場合、例えば、損害賠償請求で予想し難い後遺症等による損害が後に生じた場合や、原告が損害の一部のみについて主張立証したため、棄却判決を受けた場合などが問題となると思われる、とされる。そして、いずれにしても、「特段の事情」がある場合として残部請求が許容されるのは、極めて例外的な場合に限定されるのではないかと考えられる、とされる。この点について、山下郁夫「判批」判解民事篇・平成10年度(下)602頁、617頁(2001年)を参照。

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1と同様、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2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・・・」⁽⁴⁰⁾。

(2) 本判決の検討

本件では、Xは、Yとの本件業務委託契約に基づき、報酬請求権総額12億円のうち1億円の支払いを求める明示一部請求の前訴を提起し、原告の請求を全部棄却する判決が確定した。その後、原告は、上記の報酬請求権の残額である2億円の支払いを求める残部請求の後訴を提起したが、この原告の残部請求に基づく後訴が許されるかどうかが問題となった。

そこでこの点について検討すると、判例が前提とする明示一部請求肯定説によれば、原告が前訴で一部との明示を行って一部請求の訴えを提起した場合は、当該一部のみが訴訟物を構成し、残部は異なる訴訟物を構成するとみる。したがって、原告が当該一部請求の前訴で勝訴または敗訴の確定判決を受けた場合でも、既判力は当該一部請求の部分にのみ生じ、残部については既判力が生じないので、原告は、当該残部請求に基づく後訴を既判力に妨げられずに提起することができるとの結論となると考えられる。これに対して、原告が前訴において一部との明示を行わなかったときは、債権の全体が訴訟物となり、したが

(40) 本判決については、佐上善和「判批」法学教室220号132頁(1999年)、上野泰男「判批」ジュリ臨増平成10年度重要判例解説122頁(1999年)、井上治典「判批」私法判例リマークス19号123頁(1999年)、青木哲「判批」法協118巻4号624頁(2001年)、山下郁夫「判批」判解民事篇・平成10年度(下)602頁(2001年)、本間靖則「判批」民事訴訟法判例百選(第3版)182頁(2003年)、山本・前掲注(38)法学教室294号122頁(2005年)、河野正憲「判批」民事訴訟法判例百選(第4版)172頁(2010年)、松下淳一「判批」民訴判例百選(第6版)158頁(2023年)を参照。また、本判決に対する批判的見解として、岡庭幹司「明示の一部請求棄却判決確定後の残部請求—最高裁判所平成10年6月12日判決の批判的検討—」伊藤真先生古稀祝賀論文集『民事手続の現代的使命』97頁(有斐閣、2015年)を参照。

って、一部請求後の残部請求は、既判力により遮断され許されないこととなる。以上のような観点から、本件をみると、原告は前訴の明示一部請求訴訟で全部棄却判決を受けその判決が確定した後、残部を訴訟物とする後訴を提起しており、前訴判決の既判力は前訴の訴訟物である一部請求の部分のみについて生じ、しかも当該確定判決の内容が原告の全部勝訴判決であると全部または一部棄却判決であることを問わないから、残部請求に既判力は及ばず、原告は、残部請求に基づく後訴を提起することができると考えられる⁽⁴¹⁾。

これに対して、本件上告審は、原告が前訴において一個の金銭債権の一部との明示をした上で一部請求訴訟を提起した場合、債権の特定の一部を請求するものではなく、前訴で全部棄却の判決を受けその確定後に、残部請求に基づく後訴を提起することは、特段の事情のない限り、信義則に反して許されない、と判示した。その理由として、上告審は、以下のような点を指摘した。すなわち、原告が債権の一部との明示をした場合でも、その審理のためには常に債権全体の審理を必要とし、その結果債権額が一部請求額を上回れば全部認容判決を言い渡し、下回ればその限度で一部認容判決を言い渡す。そして、審理の結果、債権額が全く存在しないと認定したときは、全部棄却の判決を言い渡すことになる。そうすると、本件のように、原告が前訴で明示一部請求について全部棄却判決を受けた場合に、原告がなお残部に基づく後訴を提起することは、実質的に前訴で債権全体が存在しないとした前訴裁判所の判断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とされた。この上告審の判断は、判決理由中の判断に信義則上の拘束力を肯定

(41) 一部請求に関する詳細な検討を行う論文として、名津井吉裕「一部請求後の残部請求の処理」高橋宏志先生古稀祝賀論文集『民事訴訟法の理論』921頁（有斐閣、2018年）、及び高田裕成「一部請求について」伊藤真先生古稀祝賀論文集『民事手続の現代的使命』363頁（有斐閣、2015年）を参照。また、一部請求に関する学説の詳細については、拙稿・前掲注（28）中村英郎教授古希祝賀・上巻『民事訴訟法学の新たな展開』138頁以下（成文堂、1996年）を参照。

する信義則説を前提としたものと考えられる⁽⁴²⁾。また、同様の結論は、判決理由中の判断に一定の拘束力を肯定する争点効理論によっても導くことができると考えられる⁽⁴³⁾。これらの見解は非常に強い説得力を有すると考えられる一方で、原告が前訴においてどのような行為義務を負担するのかという点が、いまひとつ明確ではないように思われる。

そこで、最後に私見の必要的請求併合のルールの観点から本事例を検討することとする⁽⁴⁴⁾。必要的請求併合のルールは、被告を応訴の煩から保護し、また裁判所を審理の重複から保護するため、原告が同一の事件から生じた被告に対して有する数個の請求を単一の訴訟に併合することを要求する。そこで、まず第一に、原告が一つの債権の一部のみを分割して訴えた場合、当該一部と残部とはそれぞれ異なる請求（訴訟物）を構成し、原告は同一の事件から生じたこれらすべての請求を単一の訴訟に併合することを要求される。第二に、原告が一つの債権の一部のみを分割して訴えた場合、必要的請求併合のルールは、同一の事件から生じたすべての請求を単一の訴訟に併合することを要求するので、原告は、同一債権の残部に基づく請求を係属中の訴訟に追加的に併合することを要求される（必要的追加的変更）。第三に、原告が単一の実体法上の請求権の一部のみを訴訟物として分割して訴えを提起した場合、必要的請求併合のルールは、同一の事件から生じたすべての請求を単一の訴訟に併合することを要求するので、原告は当該訴訟の係属中、同一の事件（同一の実体法上の請求権）から生じた残部請求に基づく別訴を提起することは、重複訴訟として不適法とされると解する。そして、第四に、原告が一つの債権の一部のみを分割して訴え、この訴えについて判決が確定したときは、原告の残部請求に基づく

(42) 信義則に基づき判決理由中の判断に拘束力を認める見解については、竹下守夫「判決理由中の判断と信義則」（山木戸克己教授還暦記念『実体法と手続法の交錯・下』所収）72頁以下（有斐閣、1978年）、兼子＝松浦＝新堂＝竹下他著『条解民事訴訟法』〔第2版〕538頁以下〔竹下守夫執筆〕（弘文堂、2011年）、伊藤眞『民事訴訟法』〔第8版〕601頁（有斐閣、2023年）を参照。

(43) 判決理由中の判断に拘束力を肯定する争点効理論については、新堂幸司『民事訴訟法』〔第6版〕725頁以下（弘文堂、2019年）、高橋宏志『重点講義民事訴訟法』〔第2版補訂版〕62頁（有斐閣、2013年）を参照。

(44) 必要的請求併合のルールの観点から、一部請求の問題を論じたものとして、拙稿・前掲注(28)135頁以下、及び拙稿・前掲注(13)駒澤法曹第21号56頁以下を参照。

後訴は、原告の請求不併合に対する帰責性の存在と応訴の煩からの被告の保護の必要性（要保護性）の存在を前提とした、信義則上の併合義務違反に基づく失権的作用により遮断されると解する。本事例では、原告は、被告との業務委託契約に基づく報酬のうち、その一部の1億円に基づく請求について前訴を提起し、その判決確定後に残部の2億円に基づく請求について後訴を提起したが、両請求はいずれも原告と被告との間の業務委託契約という同一の契約事件から生じたものであるから、原告は、同一の契約事件から生じたこれらすべての請求を前訴において併合することを要求される。したがって、第二に、原告は、それらの請求のうち一部の1億円の支払いを求める訴えを提起したときは、残部の2億円の支払いを求める請求を係属中の訴訟に追加的に併合することを要求される（必要的追加的変更）。第三に、原告が単一の実体法上の請求権の一部である1億円のみを訴訟物として分割して訴えを提起した場合、原告は当該訴訟の係属中、同一の契約事件から生じた2億円の残部請求に基づく別訴を提起することは、重複訴訟として不適法とされると解する。そして、第四に、原告がそれらの請求のうち1億円の支払いを求める請求についてのみ訴えを提起し確定判決を受けたときは、原告の2億円の残部請求に基づく後訴は、前訴での原告の請求不併合に対する帰責性と被告の要保護性の双方の存在を前提とした信義則上の併合義務違反に基づく失権的作用により遮断されると解する。本件では、原告は、前訴において同一の契約事件から生じたこれらの請求を併合することができかつすべきであったにも拘わらず併合しなかったのであり、この点について請求不併合に対する帰責性を肯定することができ、また応訴の煩からの被告の保護の要請の存在も肯定することができこれを否定すべき特段の事情も存在しないと考えられるので、原告の残部請求に基づく後訴は、前訴での請求併合義務違反に基づく失権的作用により遮断されたものと解する⁽⁴⁵⁾。これに対して、前訴において、残部請求の不併合について原告に帰責性が存在しないときは、残部請求に基づく後訴は遮断されないと解する。例えば、原告

(45) なお、以上の分析は、予備的請求の2の不当利得返還請求についても、同様に考えることができる。必要的請求併合のルールによれば、本件は、原告側において前訴の段階で残部請求を併合（追加）しなかった点に帰責性があり、かつ被告側に要保護性が存在したため、残部に基づく後訴が遮断された事例とみることができる。

が被告の不法行為を理由として損害賠償を求める訴えを提起し、確定判決を得た後、同一の不法行為により発生した後遺症を理由とする後訴を提起するような場合や、損害賠償請求訴訟における請求金額が極めて多額なため、手数料（印紙代）を節約するために一部請求をなさざるを得ない場合、あるいは、最近の公害訴訟や薬害訴訟などのように、その訴訟の結果について予測が立たないため、あらかじめ非常に少額の請求について試験的に訴訟を行う必要があるような場合である。このように解することで、原告の残部請求に基づく後訴の可否の決定について、より柔軟な判断を行うことができると解する⁽⁴⁶⁾。

5 最判平成10年6月30日（民集52巻4号1225頁）

(1) 事実関係と判旨

Y（被告、被控訴人、上告人）は、平成2年6月5日、X（原告、控訴人、被上告人）の申請した違法な仮処分により本件土地及び建物の持分各二分の一を通常の取引価格より低い価格で売却することを余儀なくされ、その差額2億5260万円相当の損害を被ったと主張して、Xに対し、不法行為を理由として、内金4000万円の支払を求める別件訴訟（最高裁平成6年（オ）第697号損害賠償請求事件）を提起した。一方、Xは、同年8月27日、Yが支払うべき相続税、固定資産税、水道料金等を立て替えて支払ったとして、Yに対し、1296万円余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、Yは、相続税立替分についての不当利得返還義務の存在を争うとともに（上告理由第1点）、予備的に、前記違法仮処分による損害賠償請求権のうち4000万円を超える部分を自働債権とする相殺を主張した。また、Yは、本件訴訟の第二審において、上記の相殺の主張に加えて、預金及び現金の支払請求権を自働債権とする相殺を主張し（上告理由第2点の1）、また、前記違法仮処分に対する異議申立手続の弁護士報酬として支払った2000万円及びこれに対する遅延損害金の合計2478万円余の損害賠償請求権を自働債権とする相殺を主張した。

原審は、右事実経過の下において、係属中の別訴において訴訟物となっている債権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許され

(46) この点について、拙稿・前掲注(13)駒澤法曹第21号58頁参照。

ないとした最高裁平成3年12月17日判決⁽⁴⁷⁾の趣旨に照らし、(1)前記違法仮処分により売買代金が低落したことによる損害賠償請求権のうち4000万円を超える部分を自働債権とする相殺の主張、及び、(2)弁護士報酬相当額の損害賠償請求権を自働債権とする相殺の主張は、いずれも許されないものと判断した。Yが上告したところ、上告審は、原判決を破棄差戻して、次のように判示した。

「…しかしながら、原審の右判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。民訴法142条(旧民訴法231条)が係属中の事件について重複して訴えを提起することを禁じているのは、審理の重複による無駄を避けるとともに、同一の請求について異なる判決がされ、既判力の矛盾抵触が生ずることを防止する点にある。そうすると、自働債権の成立又は不成立の判断が相殺をもって対抗した額について既判力を有する相殺の抗弁についても、その趣旨を及ぼすべきことは当然であって、既に係属中の別訴において訴訟物となっている債権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が許されないことは、原審の判示するとおりである(前記平成3年12月17日第三小法廷判決参照)。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ところである・・・⁽⁴⁸⁾。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

(47) 最判平3・12・17民集45巻9号1435頁。この判例は、別訴先行型で、先行訴訟が全部請求であり、後発訴訟において同一債権に基づく相殺の抗弁が提出された事例で、既判力の矛盾抵触の防止等の観点から、後発訴訟における相殺の抗弁は許されない、と判示した。この点について、河邊義典「判批」判解民事篇・平成10年度(下)659頁(2001年)を参照。この判決は、既判力の矛盾抵触の防止の要請を、相殺の担保的機能に優先させたものとされる。これに対して、本判決(最判平成10・6・30民集52巻4号1225頁)は、明示一部請求肯定説を前提として、先行訴訟での明示一部請求と後発訴訟の相殺の抗弁とは既判力の矛盾抵触の恐れがないので、相殺の担保的機能を既判力の矛盾抵触の防止の要請に優先させたものとされる。すなわち、最判平成10・6・30は、最判平3・12・17の趣旨は、既判力の矛盾・抵触が生ずる場合に限定して適用されるべきことを明らかにしたものとされる。

(48) 最判昭37・8・10民集16巻8号1720頁。

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場所である。

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、
[上述]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かについては、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⁽⁴⁹⁾。し
かし、こと相殺の抗弁に関しては、訴えの提起と異なり、相手方の提訴を契機
として防御の手段として提出されるものであり、相手方の訴求する債権と簡易
迅速かつ確実な決済を図るという機能を有するものであるから、一個の債権の
残部をもって他の債権との相殺を主張することは、債権の発生事由、一部請求
がされるに至った経緯、その後の審理経過等にかんがみ、債権の分割行使によ
る相殺の主張が訴訟上の権利の濫用に当たるなど特段の事情の存する場合を除
いて、正当な防御権の行使として許容されるものと解すべきである。したがっ
て、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
るなど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。

そこで、本件について右特段の事情が存するか否かを見ると、前記のとおり、
Yは、係属中の別件訴訟において一部請求をしている債権の残部を自働債権と
して、本件訴訟において相殺の抗弁を主張するものである。しかるところ、論
旨の指摘する・・・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とはいずれも違法仮処分に基づ

(49) この点について、園部逸夫裁判官は、本件判決の補足意見の中で、民事訴訟の理想
からすれば、裁判所としては、可及的に両事件を併合審理するか、少なくとも同一
の裁判体で並行審理することが強く望まれる、とされる。そして、これにより、審
理の重複と事実上の判断の抵触を避けることができることともに、当事者、裁判所の
負担の軽減にもつながることになることを指摘される。

く損害賠償請求権という一つ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、実質的な発生事由を異にする別種の損害というべきものである。そして、他に、本件において、右弁護士報酬相当額の損害賠償請求権を自働債権とする相殺の主張が訴訟上の権利の濫用に当たるなど特段の事情も存しないから、右相殺の抗弁を主張することは許されるものと解するのが相当である」⁽⁵⁰⁾。

(2) 本判決の検討

本件では、Yは、Xの申請した違法な仮処分により本件土地及び建物の持分各二分の一を通常取引価格より低い価格で売却することを余儀なくされ、その差額2億5236万円相当の損害を被ったと主張して、Xに対し、不法行為を理由として、内金4000万円の支払を求める別件訴訟を提起した。一方、Xは、同年8月27日、Yが支払うべき相続税、固定資産税、水道料金等を立て替えて支払ったとして、Yに対し、1296万円余の不当利得返還を求める本件訴訟を提起した。そこで、本件訴訟の第一審において、Yは、相続税立替分についての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4000万円を超える部分を自働債権とする相殺を主張した。また、Yは、本件訴訟の第二審において、上記の相殺の主張に加えて、預金及び現金の支払請求権を自働債権とする相殺を主張し、また、前記違法仮処分に対する異議申立手続の弁護士報酬として支払った2000万円及びこれに対する遅延損害金の合計2478万円余の損害賠償請求権を自働債権とする相殺を主張した。本件では、Yが2億5236万円相当の損害のうちの4000万円の支払いを求める一部請求訴訟を提起した後、その先行訴訟の係属中に、Xから提起された不当利得返還請求の後発訴訟において、上記違法仮処分による損害賠償請求権のうち4000万円を超える残額を自働債権とする相殺を主張すること

(50) 本判決については、越山和広「判批」法学教室219号128頁(1998年)、上野泰男「判批」ジュリ臨増平成10年度重要判例解説122頁(1999)、高橋宏志「判批」私法判例リマックス19号127頁(1999年)、八田卓也「判批」法学セミナー549号109頁(2000年)、河邊義典「判批」判解民事篇・平成10年度(下)642頁(2001年)、三木浩一「判批」民事訴訟法判例百選(第3版)96頁(2003年)、本間靖則「判批」民事訴訟法判例百選(第4版)82頁(2010年)、内海博俊「判批」民事訴訟法判例百選(第5版)82頁(2015年)、内山衛次「判批」民訴判例百選(第6版)78頁(2023年)を参照。

が許されるかどうか問題となった。

そこで、この点について検討すると、判例の採用する明示一部請求肯定説によれば、原告が一個の債権の一部であることを明示して当該一部請求について訴えを提起し、その先行訴訟の係属中に、当該債権の残部について後発訴訟を提起したとする。この場合、先行訴訟の一部請求と後発訴訟の残部請求とは異なる訴訟物を構成するとみるので、先行訴訟の訴訟物について生じる既判力は後発訴訟の訴訟物について生じる既判力とは矛盾抵触することがなく、後発訴訟の提起は、原則として重複訴訟禁止の原則に触れず適法と解される。これに対して、原告が一個の債権の一部であることを明示しないで当該一部請求について訴えを提起し、その先行訴訟の係属中に、当該債権の残部について後発訴訟を提起したとする。この場合、判例によれば、先行訴訟の訴訟物は債権の全体であるとみるため、この先行訴訟の訴訟物について生じる既判力と、当該債権の残部に基づく後発訴訟の訴訟物について生じる既判力が矛盾抵触する可能性があるため、当該残部請求に基づく後発訴訟は、重複訴訟禁止の原則に抵触し、不適法として却下されることになると考えられる⁽⁵¹⁾。

そこで、本件事例において、原告が2億5236万円相当の損害のうちの4000万円の支払いを求めることを明示した一部請求訴訟を提起した後、その先行訴訟の係属中に、当該債権の残部を訴訟物とする後発訴訟を提起した場合には、両訴訟の訴訟物は異なっているので、当該後発訴訟は、原則として重複訴訟禁止の原則に触れず適法であると考えられる⁽⁵²⁾。そして、本件事例のように、原告が当該債権の残部について後発訴訟の別訴を提起したのではなく、相手方から提起された後発訴訟において相殺の抗弁を提出した場合も、先行訴訟の明示された一部請求についてのみ既判力が生じ、残部の相殺の抗弁について生じる既判力（民訴114条2項）とは矛盾抵触する恐れはないから、同様に原

(51) この点について、拙稿・前掲注(13)駒澤法曹第21号55頁以下を参照。

(52) 河邊「判批」前掲注(50)655頁は、一部請求に関する判例理論によれば、先に明示一部請求の訴えを提起した原告が、後に残部の支払いを求めて再度裁判所に訴えを提起した場合には、前訴と後訴とは訴訟物を異にすることになる。そうすると、従来の一部請求に関する判例理論の枠組みの中で後訴を制限するとしたら、本来、二重起訴の法理ではなく、権利濫用ないし信義則違反の法理によるべきではないかと思われる、とされる。

則として重複訴訟禁止の原則に触れず適法であると考えられることになる⁽⁵³⁾。また、判例が指摘するように、前記違法仮処分に対する異議申立手続の弁護士報酬として支払った2000万円及びこれに対する遅延損害金の合計2478万円余の損害賠償請求権を自働債権とする相殺についても、別件訴訟において訴求している債権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つ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、実質的な発生事由を異にする別種の損害に基づく損害賠償請求権を自働債権とする相殺であり、重複訴訟禁止の原則には反しないと考えることになる⁽⁵⁴⁾⁽⁵⁵⁾。

次に、本件事例を、私見の必要的請求併合のルールの観点から検討することとする。すでに上述したように、必要的請求併合のルールは、応訴の煩からの被告の保護及び審理の重複からの裁判所の保護の必要から、原告が同一の事件から生じた被告に対して有する数個の請求を単一の訴訟に併合することを要求する。そこで、まず第一に、原告が一つの債権の一部のみを分割して訴えた場合、当該一部と残部とはそれぞれ異なる請求（訴訟物）を構成し、原告はこれらすべての請求を単一の訴訟に併合することを要求される。そこで、第二に、原告が一つの債権を分割してその一部のみに基づく請求について訴えを提起した場合、必要的併合のルールは、原告が同一の事件から生じたすべての請求を単一の訴訟に併合することを要求するので、原告は、同一債権の残部に基づく請求

(53) 河邊「判批」前掲注(50)655頁を参照。

(54) 判例の前提とする明示一部請求肯定説によれば、まず第一に、原告が先行訴訟で売買代金低落に基づく請求をしたこと自体で一部との明示があり、残部である弁護士報酬相当額の請求には既判力が及ばず、第二に、先行訴訟で売買代金低落のうち4000万円の支払いを求めると明示したことで、残部請求には既判力が及ばないと解することになると考えられる。

(55) なお、判例は、売買代金低落分と弁護士報酬に基づく請求権は、いずれも違法仮処分に基づく損害賠償請求権という一つの債権の一部を構成するものではあるが、弁護士報酬に基づく請求権は、単に数量的な一部ではなく、実質的な発生事由を異にする別種の損害に基づく損害賠償請求権を自働債権とする相殺であり、訴訟上の権利の濫用に当たるなど特段の事情も存しないから許される、とする。しかし、高橋「判批」前掲注(50)130頁は、弁護士報酬に基づく請求が別種の損害であることと、特段の事情とは適切に対応しておらず、判旨としては、債権の発生事由からして、それを実質的に異にする弁護士相当損害額は、一般的に許されると論じた方が、論理的には明快だったと思われる、とされる。

を係属中の訴訟に追加的に併合することを要求される（必要的追加的変更）。第三に、原告が一つの債権を分割してその一部のみに基づく請求について訴えを提起し、その先行訴訟の係属中に、同一債権の残部に基づく請求について後発訴訟の別訴を提起した場合、必要的併合のルールは、原告が同一の事件から生じたすべての請求を単一の訴訟に併合することを要求するので、原告が同一債権の残部に基づく請求について後発訴訟の別訴を提起することは、重複訴訟禁止の原則に反し、不適法として許されない。そして、第四に、原告が一つの債権を分割してその一部のみに基づく請求について訴えを提起し、この訴えについて判決が確定したときは、原告の残部請求に基づく後訴は、原告の請求不併合に対する帰責性の存在と、応訴の煩からの被告の要保護性の存在を前提とした、信義則上の併合義務違反に基づく失権的作用により遮断されると解する⁽⁵⁶⁾。

以上の観点から本件事例を検討すると、原告が被告の違法仮処分により売買代金が低落したことによる2億5236万円相当の損害賠償請求権のうちの4000万円の支払いを求める一部請求訴訟を提起した後、仮に原告が当該一部請求係属中に、残部請求について後発訴訟の別訴を提起したとすれば、必要的請求併合のルールは、同一の被告の違法仮処分という不法行為事件から生じた数個の請求を単一の訴訟に併合することを要求するので、原告の提起した後発訴訟は、重複訴訟禁止の原則に触れ不適法となり許されないと解される。また、同様に、原告は、被告の違法仮処分という同一の不法行為事件から生じた弁護士報酬相当額の損害賠償請求権に基づく請求についても、売買代金が低落したことによる先行訴訟の請求と併合することを要求されるので、後発訴訟の別訴を提起することは、重複訴訟禁止の原則に触れ不適法となり許されないと解される⁽⁵⁷⁾。すなわち、原告は、被告の違法仮処分という同一の不法行為事件から生じた売買代金低落に基づく請求と弁護士報酬相当額の損害賠償請求権に基づく請求を単一の訴訟に併合することを要求されるのである。これに対して、本件事例では、原告は、売買代金低落に基づく残部請求と弁護士報酬相当額の損害賠償請求権に基づく請求を別訴として提起したのではなく、被告から後発訴訟を提起されたため、やむを得ずこれに対する防御方法として上記の各請求権を自働債

(56) 以上の点について、拙稿・前掲注(13) 駒澤法曹第21号56頁以下を参照。

(57) この点について、拙稿・前掲注(13) 駒澤法曹第21号57頁を参照。

権とする相殺の抗弁の提出を余儀なくされたという関係にある⁽⁵⁸⁾。そうすると、この場合、原告は、売買代金低落に基づく残部請求と弁護士報酬相当額の損害賠償請求権に基づく請求を先行訴訟において追加的に併合すること（必要の追加の変更）は極めて困難であり、原告に請求不併合に対する帰責性は存在しないと考えられる。また、本件事例の場合、先行訴訟では被告とされた者が、後発訴訟では自ら原告として訴えを提起しており、応訴の煩からの被告の保護の要請も存在しないと解される。したがって、必要的請求併合のルールによっても、原告が先行訴訟においてではなく後発訴訟において上記各債権に基づく相殺の抗弁を提出することは、重複訴訟禁止の原則に反せず適法であると解する^{(59) (60) (61)}。

6 最判平成20年7月10日（判時2020号71頁）

(1) 事実関係と判旨

本件では、X（原告、被控訴人、上告人）・Y（被告、控訴人、被上告人）間の本件の賃貸借契約に基づく本件土地上の植栽樹木をめぐり、Xは、本件賃貸

(58) 本件判例は、相手方の訴求する債権と簡易迅速かつ確実な決済を図るという相殺の担保的機能を重視していると考えらえる。この点について、河邊「判批」前掲注(50) 658-659頁を参照。

(59) したがって、本件は、必要的請求併合のルールによれば、原告は被告の後発訴訟に対して残部に基づく相殺の抗弁を提出する必要がある、したがって、先行訴訟での残部請求の不併合について帰責性がなく、かつ被告の要保護性も存在しないため、原告の提出した相殺の抗弁は重複訴訟禁止の原則には反せず、適法と解されたものとみることができる。

(60) なお、本件において、先行訴訟の明示一部請求訴訟が全部または一部棄却されその判決が確定したときは、後発訴訟における残部に基づく相殺の抗弁は、実質的に前訴の蒸返しとなるため、判決理由中の判断に生じる信義則上の拘束力または争点効により、不適法として却下されると解する。この点について、前掲最判平成10・6・12を参照。また、本件最高裁判決における園部逸夫裁判官の補足意見を参照。さらに、拙稿・前掲注(13) 駒澤法曹第21号68頁以下を参照。

(61) ただし、前掲注(49)において指摘したように、園田裁判官は、補足意見の中で、裁判所としては、可及的に両事件を併合審理するか、少なくとも同一の裁判体で並行審理することが強く望まれる、とされる。そして、これにより、審理の重複と事実上の判断の抵触を避けることができるとともに、当事者、裁判所の負担の軽減にもつながることになることを指摘される。

借契約は無効であるなどと主張して、Y に対し、本件土地の所有権に基づき、本件土地上に植栽された本件樹木の撤去及び本件土地の明渡しを求める訴訟を提起した。この訴訟については、平成 16 年 10 月 6 日、本件賃貸借契約は、農地法所定の許可を受けていないから無効であるが、本件樹木は、民法 242 条本文の規定により本件土地に付合し、本件土地の所有者である X に帰属したとして、X らの請求のうち本件土地の明渡し請求を認容し、本件樹木の撤去請求を棄却する旨の第 1 審判決が言い渡され、この判決は確定した。そこで、Y は、平成 16 年 12 月 8 日、上記付合によって損失を受けたとして、民法 248 条による償金請求権を被保全権利として、本件樹木について X らをそれぞれ債務者とする仮差押命令の申立てをし、同月 10 日、各仮差押命令を得て、その執行をした。これに対して、X らは本案の起訴命令を申し立て、同日、Y に対し、本案の起訴命令が発せられた。そのため、Y は、平成 17 年 1 月 21 日、本件償金請求権に基づき、X らに対して、合計約 4 万本の本件樹木に係る各償金の支払を求める訴訟（以下「前事件本訴」という。）を提起した。これに対し、X らは、同年 5 月 19 日、本件償金請求権は存在せず、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、Y に対し、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 250 万円及びこれに対する遅延損害金の支払を求める反訴（以下「前事件反訴」という。）を提起した。平成 18 年 5 月 31 日に言い渡された前事件の控訴審判決は、Y の本訴請求については、1 審と同様、請求を棄却し、X らの反訴請求については、本件償金請求権の行使は権利の濫用に当たり許されないものであるから、被保全権利を欠く本件仮差押命令の申立ては違法であり、Y に過失が認められるとして、弁護士費用相当額の損害各 50 万円及びこれに対する遅延損害金の支払を求める限度で認容した。Y は、この控訴審判決に対して上告した。X らは、平成 18 年 6 月 29 日、本件仮差押執行のために本件買取金の支払が遅れたことによる遅延損害金相当の損害賠償を求める本件訴訟を提起した（前事件については、平成 18 年 10 月 5 日、Y の上告を棄却する旨の決定がされ、上記控訴審判決が確定した）。

この本件訴訟について、控訴審は次のように判示した。

「・・・1 争点 (1) について、前記争いのない事実等のとおり、X1 らは、前事件反訴において、本件仮差押申立てが違法であり、X1 らに対する不法行

為となる旨主張して、Y に対し、弁護士費用として各自 250 万円及びこれに対する平成 17 年 5 月 27 日から支払済みまで民法所定年 5 分の割合による遅延損害金の支払を請求したところ、1 審は X1 らの反訴請求を棄却したものの、控訴審は本件仮差押申立てが違法であるとして X1 ら各自に対し弁護士費用 50 万円及びこれに対する平成 17 年 5 月 27 日から支払済みまで年 5 分の割合による金員の支払を命じる旨原判決を変更し、これに対して Y1 が上告したものの、平成 18 年 10 月 5 日、上告棄却決定がされ、確定したものである。

[3 (1)] ところで、本件訴え及び本件附帯控訴は、前事件反訴と同じく、X1 らが Y1 に対し、本件仮差押申立てが違法であり X1 らに対する不法行為となる旨主張して、鹿児島県から得べかりし買取金に対する平成 16 年 12 月 15 日から平成 19 年 6 月 30 日までの民法所定年 5 分の割合による遅延損害金を損害として請求するものであるが、本件の損害賠償請求と前事件反訴の損害賠償請求は、いずれも違法保全処分に基づく損害賠償請求権という 1 個の債権の一部を構成するものであり、訴訟物としては同一であると認められる・・・⁽⁶²⁾。そして、同一の訴訟物であっても、金銭債権については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訴訟物が当該一部に限定され、後訴において同一の訴訟物の残部について請求することが可能であるが、前訴において一部請求であることを明示しなかった場合には、1 個の債権全体が訴訟物となり、同一の訴訟物について別訴を提起した場合、前訴が係属中であれば二重起訴に該当し、前訴判決の確定後は前訴判決の既判力に拘束されるものというべきである・・・⁽⁶³⁾。[3 (2)] この点、X1 らは、前事件反訴において Y1 に対し本件仮差押申立てによる損害として弁護士費用等を請求するにあたり、これが不法行為による損害の一部であることを明示していたとは認め難いから、これをもって一部請求をしたものとみることはできず、本件における損害と前事件反訴の損害が実質的な発生事由を異にする別種の損害であり、そのため、前事件反訴において、本件における損害の有無が実質的に審理されていなかったという点を考慮しても、前事件反訴において、本件仮差押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の全部が訴訟物になっていたと

(62) 最判昭 48・4・5 日民集 27 卷 3 号 419 頁、最判平 10・6・30 日民集 52 卷 4 号 1225 頁。

(63) 最判昭 32・6・7 日民集 11 卷 6 号 948 頁、最判昭 37・8・10 日民集 16 卷 8 号 1720 頁。

いうほかない。そうすると、本件訴えは、前事件反訴が控訴審に係属していた平成18年6月29日に鹿児島地方裁判所鹿屋支部に提起されたから、訴え提起時点において二重起訴に該当するものであったが、同年10月5日、前事件反訴の前記控訴審判決が上告棄却決定をもって確定したことにより、当該二重起訴の状態は解消したものであり、その後においては、本件訴え及び本件附帯控訴は、前事件反訴の確定判決の既判力に拘束されるというべきである。

この点、X1らは、前事件反訴と本件訴え及び本件附帯控訴とは訴訟物を異にする旨主張するが、上記説示に照らして採用できない。また、X1らの主張によれば、本件訴えにおける損害の一部は、前事件反訴に係る控訴審の口頭弁論終結日である平成18年4月26日までに発生しているものであるから(同日以降に発生する損害についても、X1らの主張に従えば、その発生が同日以前において予測できるものである。)、前事件反訴の事実審の審理において、訴え変更の手続を経てこれを追加請求することはX1らにとって十分に可能であったというべきであるし、紛争の一回的解決の観点からも、本件訴え及び本件附帯控訴は、前事件反訴の確定判決の既判力に拘束されると解することが相当である。

2 以上のとおり、本件訴え及び本件附帯控訴は、当事者及び訴訟物を同一とする前事件反訴の確定判決による既判力の拘束を受けるものであり、その結果、前事件反訴の確定判決において1審原告らが本件仮差押申立てに基づく損害として認容された分を超えて、本件仮差押申立てにより損害を受けたと認めることはできない。したがって、その余について判断するまでもなく、X1らの請求は理由がない。・・・よって、上記判断と異なる原判決は相当ではないからこれを取り消し、本件訴え及び本件附帯控訴によるX1らの請求は理由がないから棄却することとし、主文のとおり判決する」。この判決に対してX1らが上告。

上告審は、原判決を破棄差戻して、次のように判示した。

「・・・4 しかしながら、原審の上記判断のうち、3(1)は是認することができるが、3(2)は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1) 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取金の支払が遅れたことによる遅延損害金相当の損害(以下「本件遅延金損害」という。)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本訴の応訴に要した弁護士費用相当額の損害（以下「本件弁護士費用損害」という。）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1個の債権の一部を構成するものというべきであることは、原審の判示するとおりである。

(2) しかしながら、Xらは、前事件反訴において、上記不法行為に基づく損害賠償として本件弁護士費用損害という費目を特定の上請求していたものであるところ、記録（前事件の第1審判決）によれば、Xらは、このほかに、Yが、本件仮差押執行をすれば、Xらにおいて長期間にわたって本件樹木を処分することができず、その間本件買収金を受け取れなくなるし、場合によっては本件土地が買収予定地から外される可能性もあることを認識しながら、本件仮差押命令の申立てをしたもので、本件仮差押命令の申立ては、Xらによる本件土地の利用と本件買収金の受領を妨害する不法行為であると主張していたことが明らかである。すなわち、Xらは、既に前事件反訴において、違法な本件仮差押命令の申立てによって本件弁護士費用損害のほかに本件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うことができる。そして、本件弁護士費用損害と本件遅延金損害とは、実質的な発生事由を異にする別種の損害というべきものである上、前記事実関係によれば、前事件の係属中は本件仮差押命令及びこれに基づく本件仮差押執行が維持されていて、本件仮差押命令の申立ての違法性の有無が争われていた前事件それ自体の帰すうのみならず、本件遅延金損害の額もいまだ確定していなかったことが明らかであるから、Xらが、前事件反訴において、本件遅延金損害の賠償を併せて請求することは期待し難いものであったというべきである。さらに、前事件反訴が提起された時点において、Yが、Xらには本件弁護士費用損害以外に本件遅延金損害が発生していること、その損害は本件仮差押執行が継続することによって拡大する可能性があることを認識していたことも、前記事実関係に照らして明らかである。

(3) 以上によれば、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いうべきである・・・⁽⁶⁴⁾。以上と異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨はこの趣旨をいうものとして理由があり、原判決は破棄を免れない。そこで、更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする」⁽⁶⁵⁾。

(2) 本判決の検討

本件訴訟では、Xが前事件反訴において、Yの違法な仮差押命令の申立てを理由とする弁護士費用相当額 250 万円及びこれに対する遅延損害金の支払を求めこれについて確定判決を得た後、Xが、同一のYの違法な仮差押命令の申立てを理由とする本件買収金の支払の遅延による遅延損害金相当の損害賠償を求める本件訴訟を提起したが、両請求はいずれも違法保全処分に基づく損害賠償請求権という1個の債権の一部を構成するものであり、したがって、本件訴訟における請求が、前事件反訴において提起された一部請求後の残部請求に該当するため許されないのではないかどうかという点が問題となった。

判例が前提とする明示一部請求肯定説は、前訴において原告に一部明示義務を負わせ、原告がこの義務を履行したときは、被告に残債務不存在確認の反訴を提起する機会が保障され、応訴の煩からの被告の保護を図ることができるので、当該一部請求後の残部請求の後訴を肯定する。これに対して、原告が前訴において一部明示義務を履行しなかったときは、被告に残債務不存在確認の反訴を提起する機会が保障されないため、応訴の煩からの被告保護の要請から、当該不履行（義務違反）に対する帰責性を前提としたペナルティとして、残部請求に基づく後訴を既判力により遮断するものと考えられる⁽⁶⁶⁾。この判例理論を前提とすると、後者の場合、前訴において原告は一部との明示をしなかったが、原告が一部との明示を行うことが期待できなかったため、原告に一部明示義務を負わせることができない場合は、その明示義務違反に基づく責任を問

(64) 最判昭和 37・8・10 民集 16 卷 8 号 1720 頁参照。

(65) 本判決については、佐瀬裕史「判批」ジュリ臨増平成 20 年度重要判例解説 153 頁（2009 年）、堀野出「判批」法学セミナー増刊（速報判例解説 Vol.4）123 頁（2009 年）、川嶋四郎「判批」法学セミナー 654 号 130 頁（2009 年）、堤龍弥「判批」私法判例リマークス 39 号 118 頁（2009 年）を参照。

(66) 明示一部請求肯定説については、拙稿・前掲注（28）141 頁以下、及び拙稿・前掲注（13）駒澤法曹第 21 号 52 頁以下を参照。

うことはできないから、残部請求に基づく後訴は遮断できないはずである（実質的理由付け）。しかし、そうすると、原告が前訴で一部との明示をしていないのに残部請求に基づく後訴を認めることになり、判例が前提とする明示一部請求肯定説と抵触することになってしまうので、原告が前訴において当該請求について訴えを提起することにより、一部請求であるとの明示があったものとして扱うものと考えられる（形式的理由付け）。したがって、判例理論は、実質的には、原告が前訴で一部との明示をしなかった場合でも、原告が前訴において残部請求を行うことができなかつた場合は、当該残部に基づく後訴を認める見解であると考えられる⁽⁶⁷⁾。

そこで、以上の判例理論を前提として、最初に、本件控訴審の判決について検討すると、控訴審は、本件の損害賠償請求と前事件反訴の損害賠償請求は、いずれも違法保全処分に基づく損害賠償請求権という1個の債権の一部を構成することを前提とする。その上で、原告(X)が前訴において一部との明示をしたときはその部分のみが訴訟物となるが、原告(X)が前訴において一部との明示を行わなかつたときは、債権の全体が訴訟物を構成するとする。本件では原告(X)は前訴で一部との明示を行わなかつたので債権の全体が訴訟物となり、したがって、当該一部請求の先行訴訟が係属中に、残部請求に基づく後発訴訟の別訴を提起することは重複訴訟となり不適法となる⁽⁶⁸⁾。また、当該一部請求訴訟の前訴について判決が確定したときは、残部請求に基づく後訴は、既判力により遮断されるとした。また、1審原告(X)らの主張によれば、本件訴えにおける損害の一部は、前事件反訴に係る控訴審の口頭弁論終結日である平成18年4月26日までに発生しているから（同日以降に発生する損害についても、1

(67) この点について、本稿・上述3最判昭和61年7月17日(民集40巻5号941頁)の(2)本判決の検討の記述をも参照。

(68) この場合、残部請求に基づく後発訴訟の別訴を提起することが重複訴訟となるとの論理構成としては、二つの考え方が可能である。まず第一に、先行訴訟は債権の全体が訴訟物であり、残部請求に基づく後発訴訟の別訴の訴訟物は、先行訴訟の訴訟物を構成する全体の債権のうち残部請求と重なる部分が重複するので、後発訴訟は重複訴訟となるとみる考え方である。第二に、先行訴訟は債権の全体が訴訟物であり、残部請求に基づく後発訴訟の別訴の訴訟物もやはり債権の全体が訴訟物であるため、両訴訟の訴訟物が重複するので、後発訴訟は重複訴訟となるとみる考え方である。

審原告〔X〕らの主張に従えば、その発生が同日以前において予測できる）、前事件反訴の事実審の審理において、原告（X）らは、訴えの追加的変更により当該請求を追加することは十分に可能であった点を指摘した。このように、控訴審は、前訴での原告（X）の一部明示義務違反に基づき、残部請求に基づく後訴を既判力により遮断するという法律構成を採ったものと考えられる。

これに対して、次に、上告審判決について検討すると、上告審もまた、本件の損害賠償請求と前事件反訴の損害賠償請求は、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1個の債権の一部を構成するものであることを前提とする。その上で、①上告人（X）らは、既に前事件反訴において、違法な本件仮差押命令の申立てによって本件弁護士費用損害のほかにも本件買取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とみられること、②本件弁護士費用損害と本件遅延金損害とは、実質的な発生事由を異にする別種の損害というべきものであること、③本件仮差押命令の申立ての違法性の有無が争われていた前事件それ自体の帰すのみならず、本件遅延金損害の額もまだ確定していなかったことが明らかであるから、上告人（X）らが、前事件反訴において、本件遅延金損害の賠償を併せて請求することは期待し難いものであったこと、また、④前事件反訴が提起された時点において、被上告人（Y）が、上告人（X）らには本件弁護士費用損害以外に本件遅延金損害が発生していること、その損害は本件仮差押執行が継続することによって拡大する可能性があることを認識していたこと、を指摘した。そして、このような事情から、前事件反訴では、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と結論付けた。この考え方は、実質的にみると、前述したように、明示一部請求肯定説を前提とした上で、原告は前訴において一部との明示をしなかったが、前訴において残部請求について訴訟追行を行うことができなかつたため、残部請求に関する後訴を遮断するのは妥当でないこと（上記③）、またこのような場合は原告に前訴で一部との明示を行うことが期待できないため原告に一部明示義務違反に対する責任を負わせることは妥当でないことから、残部請求に基づく後訴を認めなければならない場合であるが、明示一部請求肯定説との平仄を合わせるため、一部

との明示があるとする形式的理由付け（上記①、②、④）を行ったものと考えられる⁽⁶⁹⁾ ⁽⁷⁰⁾ ⁽⁷¹⁾。したがって、控訴審と上告審との判断の実質的な違いは、控訴審は、前事件反訴において、原告は、同一の事件から生じた弁護士費用損害に基づく請求を併合することができかつ併合すべきであったと考えたのに対して、上告審は、

-
- (69) 上告審は、上記①と②の理由により、前事件反訴原告は前事件被告に対して一応一部との明示をしたものと解し、したがって、④に述べるように、前事件反訴被告は前事件反訴原告に対して、残債務不存在確認の再反訴提起の機会が与えられたにも拘わらず、それを行わなかったため、それについての自己責任の観点から、本件残部請求に基づく後訴に応じなければならないと解しているように思われる。しかし、上記①と②のような事情だけで、前事件反訴被告が当該反訴請求が一部請求であると認識して残債務不存在確認の再反訴を提起することを期待するのはかなり難しいように思われ、応訴の煩からの被告保護の要請は、なお存在するものと考えられる。この点について、高橋宏志「一部請求判例の分析」松本博之先生古稀祝賀論文集『民事手続法制の展開と手続原則』226頁以下（弘文堂、2016年）を参照。
- (70) 松村・前掲注（14）93頁は、本判決の理論構成は、まず追加（残部）請求の可否が相反する訴訟主体の利害の調整により判断され、次に訴訟物の枠が決定されるという構成になっていることを指摘される。そして、それは、実質的な理由から追加請求を認め、その理論構成のために一部請求論を援用した（訴訟物の枠を決めた）昭和42年判決（最判昭42・7・18民集21巻6号1559頁）及び昭和61年判決と思考方法として同一性を有しているとの評価が可能であろうとされる。
- (71) なお、本判決によれば、前件反訴請求は明示のある一部請求とされ、その一部請求について一部認容判決が言い渡され確定した後、残部請求が認められていることから、最判平10・6・12との整合性が問題となるものと思われる。この点については、まず第一に前件反訴における明示一部請求は、最判平成10年判決が指摘する「債権の特定一部請求」に当たるため、残部請求が認められたとする見解がある（佐瀬「判批」前掲注（65）154頁）。また、第二に、前件反訴における明示一部請求の一部認容後に残部請求が認められたのは、最判平成10年判決が指摘する「特段の事情」に該当するとする見解がある（堀野「判批」前掲注（65）125頁）。しかし、最判平成10年判決の指摘する「特段の事情」は、金銭債権等の不特定一部について明示がなされた場合に対するものであるように思われる。この点について、山本・前掲注（38）129頁、及び高橋・前掲注（69）226頁以下を参照。したがって、判例によれば、一部請求後の残部請求が認められるのは、①前訴において債権の特定一部請求がなされた場合（その請求自体で一部との明示があったものとされる。残部については審理済みとは言えないため。）と、②前訴において金銭債権等の不特定一部について明示がなされた場合（ただし、特段の事情がある場合を除いて、当該明示一部請求が全部または一部棄却された場合を除く）、があると考えられる。

原告が同一の事件から生じた弁護士費用損害に基づく請求を前事件反訴において併合することができなかったと求めた点に求めることができると考えられる⁽⁷²⁾。

そこで、次に、いずれの立場が妥当であるかについて検討する。この点、上告審は、本件仮差押命令の申立ての違法性の有無が争われていた前事件それ自体の帰すのみならず、本件遅延金損害の額もいまだ確定していなかったことが明らかであるから、上告人らが、前事件反訴において、本件遅延金損害の賠償を併せて請求することは期待し難いとするが疑問である。なぜなら、控訴審が指摘するように、前事件反訴請求が係属中であっても、本件訴えにおける損害の一部は、前事件反訴に係る控訴審の口頭弁論終結日である平成18年4月26日までに発生しており、また同日以降に発生する損害についても、その発生が同日以前において予測することができるから、前事件反訴の事実審の審理において、訴えの追加的変更の手續に基づき追加請求を行うことは1審原告らにとって十分に可能でありかつ期待することができたと考えられるからである。したがって、本件遅延金損害に基づく賠償を求め本件後訴請求は遮断されるとする控訴審判決の結論が妥当であると解する⁽⁷³⁾。

最後に、本件を必要的請求併合のルールの観点から考察する⁽⁷⁴⁾。必要的請求併合のルールは、応訴の煩からの被告の保護及び審理の重複からの裁判所の保護

(72) 本判決について、高田裕成＝三木浩一＝山本克己＝山本和彦『注釈民事訴訟法』第2巻〔総則(2)〕564頁〔坂田宏執筆〕(有斐閣、2023)は、昭和37年判決の「明示」について、諸般の事実関係から、原告の明示すべき期待可能性と後訴請求についての被告の認識等を総合して勘案するとした点で注目すべきであるとされる。また、堀野出「判批」前掲注(65)125頁は、明示を求めることの意義が、相手方の防御権の保障(残債務不存在確認請求の反訴提起の機会の保障)にあるとすれば、相手方の予測可能性を明示の判断要素とし、原告の期待可能性を明示の緩和を許す要素と扱うことは、相応に合理性があるとされる。

(73) 堤龍弥「判批」前掲注(65)121頁は、遅延損害金相当額の損害については、損害額未確定のため、前事件反訴での拡張的請求は期待できないとの主張については、予定されている更地での買収金が判明しているのであれば、(やはり後遺症損害とは異なり)反訴請求を拡張する時点までに生じている遅延損害金相当額の損害にプラスして本件買収金が支払われる見込みが生じるまでの損害を民法所定の年五分の割合で(口頭弁論終結後の部分は将来の給付として)請求することは可能である、とされる。

(74) 一部請求の問題を必要的請求併合のルールの観点から考察したものとして、拙稿・前掲注(28)135頁以下、及び拙稿・前掲注(13)駒澤法曹第21号51頁以下、特に56頁以下(2025年)を参照。

の必要から、原告が同一の事件から生じた被告に対して有する数個の請求を単一の訴訟に併合することを要求する。そこで、まず第一に、原告が一つの債権の一部のみを分割して訴えた場合、当該一部と残部とは異なる請求（訴訟物）を構成し、原告はこれらすべての請求を単一の訴訟に併合することを要求される。本件では、原告は、違法な仮差押命令の申立てという同一の不法行為事件から生じた弁護士費用相当額の損害に基づく請求と遅延損害金相当の損害に基づく請求を単一の訴訟に併合することを要求される。第二に、必要的請求併合のルールは、原告が同一の事件から生じたすべての請求を単一の訴訟に併合することを要求するので、原告が一つの債権の一部のみを分割して訴えた場合、原告は、同一債権の残部に基づく請求を係属中の訴訟に追加的に併合することを要求される（必要的追加的変更）。本件では、原告は前件反訴において、同一の不法行為事件から生じた弁護士費用相当額の損害に基づく請求のみを提起したので、原告は、同一の不法行為事件から生じた他の遅延損害金相当の損害に基づく請求を、前件反訴訴訟手続に追加的に併合することを要求される⁽⁷⁵⁾。第三に、原告が一つの債権の一部のみを分割して訴えた場合、その先行訴訟の係属中に、同一債権の残部に基づく請求について後発訴訟の別訴を提起した場合、必要的請求併合のルールによれば、原告は同一の事件から生じたこれらの請求を単一の訴訟に併合することを要求されるので、同一債権の残部に基づく請求について後発訴訟の別訴を提起することは、重複訴訟禁止の原則に反し、不適法とされ許されない⁽⁷⁶⁾。本件では、原告が前件反訴において、同一の不法行為事件から生じた弁護士費用相当額の

(75) 本件控訴審判決は、私見と異なり、明示一部請求肯定説を前提とした上で、本件は一部との明示がない黙示一部請求であるため債権の全体が訴訟物となっているので、原告は残部請求に基づく別訴を提起することは許されず、原告は残部請求を最初の訴訟に追加的に併合しなければならない（必要的追加的変更。後述のように、先行訴訟の係属中に残部請求に基づく後発訴訟の別訴を提起することは、重複訴訟として不適法とされ、また前訴の確定判決後に残部請求に基づく別訴を提起することは、前訴判決の既判力に触れ遮断されるため）として、私見と同一の結論をとる。

(76) この点についても、本件控訴審判決は、私見と異なり、明示一部請求肯定説を前提とした上で、本件先行訴訟は一部との明示がない黙示一部請求であるため債権の全体が訴訟物となるので、原告が残部請求に基づく後発訴訟の別訴を提起することは重複訴訟として許されないと、私見と同一の結論をとる。その論理構成については、前掲注(68)を参照。

損害に基づく請求のみを提起し、その訴訟の係属中に、原告が、同一の不法行為事件から生じた他の遅延損害金相当の損害に基づく請求に基づく後発訴訟の別訴を提起することは重複訴訟となるので、当該後発訴訟は不適法として却下される⁽⁷⁷⁾。そして、第四に、原告が一つの債権の一部のみを分割して訴え、この訴えについて判決が確定したときは、原告の残部請求に基づく後訴は、原告の請求不併合に対する帰責性の存在と、応訴の煩からの被告の要保護性の存在を前提とした、信義則上の併合義務違反に基づく失権的作用により遮断されると解する。本件では、原告が前件反訴において、同一の不法行為事件から生じた弁護士費用相当額の損害に基づく請求のみを提起し、その判決が確定した後、原告が、同一の不法行為事件から生じた他の遅延損害金相当の損害に基づく請求に基づく後訴を提起した。この場合、上述のように、原告は前訴において同一の事件から生じた弁護士費用相当額の損害に基づく請求と遅延損害金相当の損害に基づく請求を併合することができかつ併合すべきであったにもかかわらず併合しなかった点に請求不併合に対する帰責性が存在し、かつ応訴の煩から被告を保護する必要性が存在しこれを否定すべき特段の事情も存在しないと考えられる。したがって、原告の遅延損害金相当の損害に基づく請求に基づく後訴は、信義則上の併合義務違反に基づく失権の効果により遮断されるものと解する⁽⁷⁸⁾⁽⁷⁹⁾。

7 東京地裁平成 26 年 11 月 18 日判決

(1) 事実関係と判旨

X は、D と C の長女である E（平成 3 年 2 月 16 日死亡。以下「亡 E」とい

(77) または、可能な限り裁判所の裁量による弁論の併合等の処理（民訴 152 条）を行うことが妥当であると解する。

(78) 以上の検討から、本件は、必要的請求併合のルールによれば、原告に前訴での請求不併合に対する帰責性が存在し、かつ被告に要保護性が存在したため、判例の結論とは異なり、残部請求に基づく後訴は遮断されるべきであったと解する。

(79) この点についても、本件控訴審判決は、私見と異なり、明示一部請求肯定説を前提とした上で、本件先行訴訟は一部との明示がない黙示一部請求であるため債権の全体が訴訟物となるので、この前訴について判決が確定したときは、残部請求に基づく後訴は前訴判決の訴訟物について生じた既判力により遮断され許されないとし、私見と同一の結論をとる。

う。)の長男である(Cの孫)。Yは、DとCの長男であり、Eの弟である。Dは平成14年2月21日死亡した。その後、YとCを当事者とする、亡Dの遺産についての遺留分減殺調停手続(以下「本件調停手続」という。)が行われ、その際、C名義の、Yの妻であるF(以下「F」という。)を特別代理人とする旨の代理人許可申請書(以下「本件書面1」という。)が作成された。Cは、平成18年2月21日当時、本件土地の持分4分の1を有していたが、これについては、CとYが作成名義人として記載されている、CがYに対し、C持分を代金523万290円で売却する旨の同年2月21日付け「土地売買契約書」が存在する(以下当該書面を「本件書面2」といい、本件書面1と併せて「本件各書面」といい、本件書面2に係る土地売買契約を「本件土地売買契約」という。)。そして、同月22日、本件土地売買契約を原因として、本件土地のC持分をCからYに移転する内容の持分全部移転登記手続がなされた(弁論の全趣旨。以下、当該登記を「本件登記」という。)。その後、Cは平成18年11月19日死亡した。

以上のような事実関係の下で、Xは、平成19年9月10日、Yに対し、本件土地売買契約が無効であることの確認を求める訴訟を提起した(東京地方裁判所平成19年(ワ)第23579号。以下「先行訴訟」という。)。Xは、平成20年1月25日付け「請求の趣旨変更等申立書」を提出し、先行訴訟の訴訟物を、本件契約の無効確認請求から、主的に本件土地の8分の1の持分(以下「原告持分」という。)に基づく妨害排除請求としての本件登記抹消登記手続請求、予備的に原告持分に基づく妨害排除請求としての本件土地の亡C持分の2分の1(8分の1)について真正な登記名義の回復を原因とする抹消に代わる持分移転登記手続請求に変更し、Yが本件調停手続においてFと共謀して不当にYを利する調停を成立させ亡Cに損害を与え、Xは亡Cの損害賠償請求権を相続したとして、不法行為に基づく損害1277万円の賠償請求及び同損害金に対する遅延損害金の支払請求を訴訟物として追加した。

この先行訴訟においては、本件各書面作成当時の亡Cの自筆能力及び意思能力の有無が争点となった。Xは、平成21年1月29日、先行訴訟第9回弁論準備手続において、Yに対し、本件土地売買契約が無効であること、YとFの共同不法行為が認められること、XとYが亡Cの遺産をそれぞれ2分の1ずつ相続していることを確認する内容の和解案を提案した。これに対しYは、上

記のような和解には応じられないとしつつ、紛争解決のため70万円を支払うと提案した。XとYは、同年3月16日の先行訴訟第11回弁論準備手続において、次の内容を含む裁判上の和解をした(以下「本件和解」という。)。すなわち、(ア) Yは、Xに対し、本件解決金として200万円の支払義務があることを認め、これを平成21年3月31日限りX訴訟代理人名義の銀行口座に振り込んで支払う。(イ) Xは、その余の請求を放棄する。(ウ) X及びYは、XとYとの間には、本和解条項に定めるほか何らの債権債務のないことを相互に確認する。

その後、Xは、平成22年8月25日付けで、東京地方裁判所に対し、本件和解は無効であるとして、先行訴訟の口頭弁論期日の指定を申し立てる書面を提出した。東京地方裁判所は、平成23年5月13日、先行訴訟について、本件和解成立により終了したことを宣言する判決を言い渡した。

この先行訴訟の終了後、Xは、Yに対し、亡Cが同年2月21日当時所有していたことに争いのない本件土地の持分4分の1(以下「亡C持分」という。)について、亡Cの遺産であることの確認を求め(訴訟物1)、亡C持分について同日売買を原因として持分全部移転登記手続を受けたYに対し、本件土地の亡Cの同年11月19日死亡当時の亡C持分に基づく妨害排除請求として、真正な登記名義の回復を原因とする上記移転登記の抹消に代わる亡Cへの持分移転登記手続(訴訟物2)を求めた。裁判所は、本件で問題となった訴訟物1に係るXの請求を棄却し、次のように判示した⁽⁸⁰⁾。

「1 争点1(本件訴えの適法性) (1) 本件訴訟の訴訟物は、[1] 本件土地の持分4分の1についてのXとYの現在における遺産分割前の共有関係(以下「本件訴訟物1」という。)、[2] 平成18年11月19日当時の亡C持分に基づく妨害排除請求権としての真正な登記名義の回復を原因とする本件登記の対象となる持分の2分の1の抹消に代わる共有持分移転登記手続請求権(以下「本

(80) 本件訴訟物2にかかる訴えは登記手続請求訴訟であり、登記手続請求訴訟は給付訴訟であるところ、給付訴訟における原告適格は訴訟物たる権利の主体に認められる。本件訴訟物2の権利の主体は亡Cであり、原告ではないから、原告には、本件訴訟物2にかかる給付請求訴訟について原告適格がない。したがって、本件訴訟物2にかかる訴えは不適法である、と判示した。

件訴訟物2」という。)であると解される⁽⁸¹⁾。

(2) 省略

(3) 本件訴訟物1にかかる訴えの適法性について ア 裁判上の和解は確定判決と同一の効力を有し(民事訴訟法267条)、既判力を有するものと解すべきである⁽⁸²⁾。民事訴訟法は、確定判決については、主文に包含するものに限る、既判力を有する旨規定するが(同法114条1項)、裁判上の和解についての既判力の範囲については明文の規定がない。既判力の及ぶ範囲を明確に定める趣旨から、裁判上の和解においては、訴訟物又は和解条項のうち訴訟物以外の権利関係についての権利の確認、発生、変更、消滅など実体法上の効力を有する効力条項に限って既判力を有するものと解するのが相当である⁽⁸³⁾。

イ そこで、先行訴訟の訴訟物及び本件和解の効力条項をみると、先行訴訟の訴訟物は、[1] X持分に基づく妨害排除請求権としての本件登記抹消登記手続請求、[2] 上記[1]の予備的請求の訴訟物として、X持分に基づく妨害排除請求権としての真正な登記名義の回復を原因とする本件登記の対象となる持分の2分の1の抹消に代わる共有持分移転登記請求手続、[3] XのYに対する不法行為に基づく損害賠償請求権、[4] 上記[3]の附帯請求としての遅延損害金請求権であると解される。また、本件和解条項の効力条項として、Xの

(81) 本件訴訟物1について最判昭61・3・13民集147号223頁参照。

(82) 最大判昭和33・3・5民集12巻3号381頁参照。訴訟上の和解の効力としては、①訴訟終了効、②執行力、及び③既判力を指摘することができる。このうち、③の既判力については見解が分かれ、和解は判決の代用物であること、及び民訴267条の規定の文言を根拠とする既判力肯定説、和解は自主的紛争解決であること、及び和解の成立過程には実体法上の瑕疵が生じる可能性があることを根拠とする既判力否定説、及び和解の成立過程に実体法上の瑕疵がない限り既判力を肯定する制限的既判力説等が主張されている。この点について、高田裕成＝三木浩一＝山本克己＝山本和彦『注釈民事訴訟法』第4巻〔第1審の訴訟手続(2)〕1297頁以下〔中西正執筆〕(有斐閣、2017年)、及び兼子＝松浦＝新堂＝竹下他著・前掲注(10)1479頁〔竹下守夫＝上原敏夫執筆〕を参照。

(83) 訴訟上の和解の効力条項(実体法上の効力を有する部分)には、確認条項、給付条項、形成条項、及び清算条項(性質上は、権利または法律関係についての確認条項)等がある。この点について、裁判所職員総合研究所監修『民事実務講義案I』(4訂補訂版)314頁及び342頁(司法協会、2013年)、司法研究所民事弁護教室『民事弁護実務の基礎～はじめての和解条項～』2頁以下(2025年)を参照。

Yに対する解決金200万円の支払請求権が規定されている。

ウ これに対し、本件訴訟物1は、本件土地の持分4分の1についてのXとYの現在における遺産分割前の共有関係であると解される。本件訴訟物1は、先行訴訟の各訴訟物とは異なるし、本件和解の和解条項中の効力条項としても規定されているものではないから、本件訴訟物1に係る訴えが本件和解の既判力に抵触するものということとはできない。

エ なお、本件和解の和解条項には、清算条項としてXとYとの債権債務がないことの確認が記載されている。かかる清算条項は効力条項ではなく確認条項として規定される場合もあり得ると解されるが、本件訴訟においては、先行訴訟の訴訟物について他に記載がないことに鑑みると、権利の確認に関する効力条項であると解釈する余地があるので、念のため検討するに、本件訴訟物1に係る共有関係は、本件和解における清算条項の文言に用いられている「債権債務」に当たらず、かつ、先行訴訟の訴訟物とも異なるから、本件和解の清算条項が、本件訴訟物1に係る共有関係がないことの確認まで含むものと解釈することはできない。

2 争点2(本訴請求が信義則に反するもので許されないと定めるか) (1) 争点1において判断したように、本件訴訟物1に係る訴えは、先行訴訟における本件和解の既判力に抵触するものではない⁽⁸⁴⁾。が、前訴の既判力に抵触しない後訴の提起が信義則上許されない場合もあり得る

(2) 本件においては、前記前提事実によれば、Xは、平成19年9月10日に、本件土地売買契約が無効であるとして本件土地売買契約が無効であることの確認を求める先行訴訟を提起し、先行訴訟係属中に、本件土地売買契約の不存在又は無効を主張してこれを前提とすればXは相続により原告持分を有するとして、先行訴訟の訴えを、主的にX持分に基づく妨害排除請求としての本件登記抹消登記請求、予備的にX持分に基づく本件登記の目的である本件土地の持分4分の1の2分の1についての真正な登記名義の回復を原因とする抹消に代わる移転登記請求に変更し、本件土地売買契約締結の有無及びその効力が争われていたところ、平成21年3月16日に、先行訴訟において本件和解を

(84) 最判昭51・9・30日民集30巻8号799頁(本稿・上述1)を参照。

したが、平成26年6月18日に、Yに対して、本件土地売買契約の不存在又は無効を主張してこれを前提とすれば原告は相続により原告持分を有するとして、XとYが本件土地の持分4分の1について共有関係にあることの確認を求め、XとYが本件土地の持分4分の1が亡Cの遺産であることの確認を求めて本件訴えを提起した。上記事実関係のもとにおいては、先行訴訟と本件訴訟物1に係る訴えは、訴訟物を異にするとはいえ、いずれも本件土地売買契約の不存在又は無効を前提として本件土地の持分4分の1についてのXの法定相続分を取り戻す目的で提起したものであり、本件訴訟物1に係る訴えは実質的には先行訴訟の蒸し返しというべきものであり、先行訴訟において本件訴訟物1を選択することに別段支障がなかったにもかかわらず、本件和解をして先行訴訟を終了させた上で、Xが本件訴訟物1に係る本件訴えを提起することは、先行訴訟においてYがXに対して解決金200万円を支払って本件和解をしていることをも考慮すると、信義則に照らして許されないものと解するのが相当である。この結論は、先行訴訟において、本件書面1が偽造されたことを前提とする不法行為に基づく損害賠償請求の訴えが追加されており、その上で本件和解がなされたことを考慮しても変わるものではない。よって、本件訴訟物2に係る訴えは不適法であるからこれを却下し、本件訴訟物1に係るXの請求についてはその余の点について判断するまでもなく理由がないからこれを棄却することとし、主文のとおり判決する」。

(2) 本判決の検討

本件では、Xは、亡Cが有する本件土地の持分4分の1のうち8分の1を相続したことを理由として、Yに対して、主的に本件土地の8分の1の持分（以下「X持分」という。）に基づく妨害排除請求としての本件登記抹消登記手続請求、予備的にX持分に基づく妨害排除請求としての本件土地の亡C持分の2分の1（8分の1）について真正な登記名義の回復を原因とする抹消に代わる持分移転登記手続請求、及びYが本件調停手続においてFと共謀して不当にYを利する調停を成立させ亡Cに損害を与え、Xは亡Cの損害賠償請求権を相続したとして、不法行為に基づく損害1277万円の賠償請求及び同損害金に対する遅延損害金の支払請求に基づく前訴を提起した。この訴訟についてはX・Y間に訴訟上の和解が成立して、訴訟が終了した。その後、Xは、Yに対して、亡Cが同年2月21日当時所有していたことに争いのない本件土地の持分4分

の1(以下「亡C持分」という。)について、亡Cの遺産であることの確認を求める後訴を提起したが、この後訴が訴訟上の和解の既判力に抵触し許されないか、または既判力に抵触しないとしても本件後訴請求が信義則に反するもので許されないかが問題となった。

この点について、裁判所は、Xが提起した前訴の訴訟物と本件後訴の訴訟物とは異なっており、また、前訴においてなされた訴訟上の和解の既判力は後訴の訴訟物には及ばないことから、後訴の訴訟物には既判力は及ばないとした。その上で、両訴の訴訟物はいずれも本件土地売買契約の不存在又は無効を前提として本件土地の持分4分の1についてのXの法定相続分を取り戻す目的で提起したものであり、本件訴訟物に係る訴えは実質的には前訴の蒸し返しであり、前訴において本件訴訟物を選択することに別段支障がなかったにもかかわらず、本件和解をして前訴を終了させた上で、原告が本件訴訟物に係る訴えを提起することは、前訴においてYがXに対して解決金200万円を支払って本件和解をしていることをも考慮すると、信義則に照らして許されないとした。

そこで、次に、本件事例を必要的請求併合のルールの観点から検討する。まず第一に、必要的請求併合のルールによれば、被告を応訴の煩から保護し、また裁判所を審理の重複から保護するため、原告は、同一の事件から生じた被告に対して有する数個の請求を単一の訴訟に併合することを要求される。そして、数個の請求が同一の事件から生じたかどうかを判断する基準として、両請求の事実関係または証拠が同一である場合とする同一証拠の基準と、より広くそれらの請求を構成する事実が、時間、場所、原因または動機の点において関連しているかどうか、及びそれらが適切な審理の単位を形成しているかどうかを考慮して実用的に判断する同一事件の基準があり、関連した紛争の一体的な解決という観点から、後者の見解が妥当であると解する。ただし、前者の同一証拠の基準は後者の同一事件の基準に包摂される関係にあるので、前者の基準が満たされれば、同一事件の基準も満たされる関係にあると解する⁽⁸⁵⁾。そこで、本件事例において、前訴請求と本件後訴請求が同一の事件から生じたかどうか

(85) 拙稿「民事訴訟における必要的請求併合のルール(11)－ミシガン裁判所規則における必要的請求併合のルールを中心として－」駒澤法曹21号30頁以下、特に32頁(2025年)を参照。

について検討すると、裁判所が指摘した通り、両訴の訴訟物はいずれも本件土地売買契約の不存在又は無効を前提として本件土地の持分4分の1について原告が法定相続分を有するという同一の事実関係または同一の証拠を前提としており、したがって、両請求は、いずれも同一の事件から生じたものと解することができる。

次に、必要的請求併合のルールは、応訴の煩からの被告の保護及び審理の重複からの裁判所の保護の観点から、原告が同一の事件から生じた被告に対して有する数個の請求を単一の訴訟に併合することを要求する。したがって、原告が、それらの請求のうちの一つの請求についてのみ訴えを提起し確定判決を受けたときは、同一の事件から生じた他の請求に基づく原告の後訴は、前訴での原告の請求不併合に対する帰責性の存在と被告の要保護性の存在を前提とした信義則上の併合義務違反に基づく失権的作用により遮断されると解する⁽⁸⁶⁾。そこで、本件についてこの点を検討すると、原告は、同一の事件から生じた前訴請求と本件後訴請求である本件土地の持分4分の1（亡C持分）について亡Cの遺産であることの確認を求める後訴請求を前訴において容易に併合して提起することができかつすべきであったと考えられるにもかかわらず併合しなかった点に帰責性を肯定することができ、かつ応訴の煩から被告を保護する必要性も存在しこれを否定すべき特段の事情も存在しないと考えられる。したがって、原告が、前訴請求と同一の事件から生じた本件土地の持分4分の1（亡C持分）について亡Cの遺産であることの確認を求める後訴請求は、必要的請求併合のルールに基づき遮断されると解される⁽⁸⁷⁾。

[次号に続く]

(86) この点について、拙稿・前掲注(13)駒澤法曹第21号28頁(2025年)以下を参照。

(87) 以上の検討から、本件は、必要的請求併合のルールによれば、原告に前訴での請求不併合に対する帰責性が存在し、かつ被告の要保護性が存在したため、当該請求に基づく後訴は遮断されたものと解する。

*〔お詫びと追加訂正について〕

本紀要前号(21号)41頁1行目最後に、注番号(61-2)及び脚注の記載漏れがありましたため、当該箇所注番号(61-2)を付しますとともに、以下の脚注を追加訂正致しますことをご了解頂ければ幸いです。「脚注(61-2)以下の記述については、次の文献および本稿6頁以下の記述を参照した。See 2 J. MARTIN, R. DEAN, & R. WEBSTER, MICHIGAN COURT RULES PRACTICE 39 (3d ed. 1985) . See also 2 R. LONGHOFER, E. MCKENNA, A SALTZMAN, & R. DEMING, MICHIGAN COURT RULES PRACTICE, § 2203.14 (6th ed. 2016) .」。本稿の紙面を借りて、お詫び申し上げます。