

【論説】

控訴審における請求の縮減への対応について

清水 宏 著

1. はじめに

たとえば、原告Xが、不法行為に基づく損害賠償請求として、被告Yに対して金1000万円の支払いを求める訴えを提起したところ、第一審では、審理の結果、Yには不法行為責任はないものとして、Xの請求をすべて棄却する判決が下されたとする。この判決に対して、Xが控訴を提起するという場合、その内容としては、原判決の取消し、および、一審において全く認められなかった金1000万円の支払いを命じる判決を再び求めることを予想することができる。もっとも、ときとして、控訴の申立てにおいて、原判決の取消し、および、金500万円の支払いを求めるなどと、第一審において認められなかった金額のすべてではなく、一部分のみの支払いを命じる判決を求めることがある。このように、原判決に対する不服の範囲と比べて数量的に少ない判決を求める理由としては、控訴手数料を節約することなどが指摘されている¹。

こうした場合、単純に考えれば、被告としては、原告が請求に理由の乏しいことを自覚し、また、仮に控訴審で逆転敗訴したとしても、賠償額が少なくなるであろうことを喜ぶべきかもしれない。しかしながら、控訴審における審理の展開次第では、原告が、再び、不服申立て可能な範囲いっぱい申立てを拡張して争うことも十分に予想されるところで

あり、相手方がどう出てくるか、不安に思うこともあるであろう。

筆者がこの問題を検討しようと思いついたのは、ある事件の訴訟代理人を務めた知人が、まさにこうした状況に立ち会って、相手方の意図を量りかねて相談してきたことが発端であった。その際、私見として一般理論からの推論を説明はしたものの、筆者の乏しい能力では、一般論としての請求の縮減の法的性質や、請求の縮減がなされた場合の控訴審判決のあり方に焦点を当てたものを除いて、この問題を中心テーマとして詳細に論じた文献をほとんど探し当てることはできなかった。そこで、以下では、こうした不服申立ての可能な範囲よりも請求に係る数量を減少させた控訴の申し立てについて理論的に分析を行い、併せてその対応策等を検討するものである。

その手順として、まず、控訴審係属中に請求を自在に拡張縮小することができるかを検討する前提として、控訴審における審判の規律について明らかにする。つぎに、本稿の問題とする請求の縮減の法的性質について、その法的効果との関係で検討する。ところで、この「請求の縮減」という用語について、厳密には、(i) 複数請求訴訟の係属後に、訴訟物である権利関係の個数を減じる場合（最広義）、(ii) たとえば、同一債権についての給付請求を確認請求に変更する場合のように、請求の趣旨を様態において弱く変更する場合（広義）、および (iii) 金銭債券などの請求において、請求の趣旨を数量的に縮減する場合のように、1つの訴訟物の一部を縮減する場合（狭義）の3つがあるとされる²。そして、本稿では (iii) のいわゆる狭義の請求の縮減の場合について検討するものである。その上で、請求の縮減がなされた場合の相手方および裁判所の対応策について検討を加えるものとする。

2. 控訴審の審判

（1）上訴不可分の原則

第一審の訴訟物に関して、控訴人によって控訴の対象とされなかった部分の取扱いについては、上訴不可分の原則が妥当する³。すなわち、判決に対して、適法に上訴が提起されると、当該判決の確定が遮断される。（民訴 116 条 2 項参照）とともに、原判決の対象とされた事件のすべてが、上訴人の不服申立ての範囲にとどまらず、不可分的に上訴審に移審することになる。

上訴不可分の原則の根拠としては、概ね、①上訴人が上訴を提起するに際して、原判決に対する不服申立ての範囲を控訴状に記載する必要のないこと（民訴 286 条 2 項など参照）、⁴②上訴審においては、上訴人の不服の申立てのある部分のみが弁論の対象とされ（民訴 296 条 1 項）、不服申立ての範囲は口頭弁論終結時まで拡張でき⁵、また、被控訴人も附帯控訴（民訴 293 条）によって不服の申し立てられていない部分を審判の対象とできること、そして、③控訴裁判所が、第一審判決の不服申立てのない部分に限って仮執行宣言を付することができること、の3つが挙げられている⁶。

この原則は控訴審との関係では、控訴不可分の原則とも呼ばれ、控訴提起による確定遮断効および移審効は、控訴人が不服を申し立てた範囲に限らず、控訴の対象となった判決全部について生じることとなるものの⁷、現実の控訴審の審判対象にはならないという状態におかれることになる（民訴 296 条 1 項）。そこで、冒頭で述べた例で言えば、1000 万円の金銭支払い請求を全部棄却する判決に対して、その一部である 500 万円についてのみ取消し、認容を求める旨の控訴が提起された場合であっても、1000 万円の請求全体について、確定遮断効および移審効が生じることとなる⁸。

（2）控訴審における審判の範囲

ところで、請求の縮減がなされたというためには、当然のことながら、

結果として審判対象が減少することが必要である。もっとも、控訴に関しては、前述のように事件が全体として控訴審に移審するものの、現実の審判対象は不服の範囲に限定されることから、第一審における当事者の請求（訴訟物）との関係も含めて、控訴審の審判対象をどうとらえるかということが問題となる。

この点について、控訴審における審判対象を、一審判決に対する不服の当否とするのが通説（不服申立説）であるとされる。¹⁰ すなわち、控訴審においては、第一審のように訴えに対する審判を直接の目的とするのではなく、原判決に対する不服を基礎とした原判決の取消し・変更の申立ての当否が審判対象となり、かつ、審理もその限度で行われるとするものである。そして、第一審における訴訟上の請求である訴訟物に関する当否の判断は、控訴人の不服申立ての枠を通して、その限度で間接的に審判の対象となるに過ぎないとされる。¹¹ このように考える根拠としては、民事訴訟法 296 条 1 項が控訴審の口頭弁論を不服申立ての範囲に限定すること、および、民事訴訟規則 182 条が控訴理由書の提出を強制するかたちになっていることから、審理が控訴理由を中心に限定されたものと解することができることなどが挙げられる。また、理論的には、申立てに対して裁判を行うという図式を前提として、第一審の本案判決が、訴えという申立てにおいて示される訴訟物に関してなされることとの対比において、控訴審判決の対象は、控訴という申立てにおいて示される不服、すなわち、第一審判決の当否であるとするものである。¹³

もっとも、この見解に対しては、控訴審においても、訴訟上の請求である訴訟物が、なお審判対象であるとする見解（訴訟物説）も有力に主張されている。¹⁴ この見解によれば、控訴人の不服や、取消し・変更の事由の主張は、控訴審の裁判の対象である第一審での訴訟上の請求の判断をする上で、原判決の不当さに控訴裁判所の注意を向ける手段に過ぎないものとされる。¹⁵ そして、不服は上訴要件であること、不服申立てを控訴審における審判対象とすることは原判決の取消し申立てにウェイト

がかかり過ぎており妥当ではないことなどを理由に通説を批判し、¹⁶また、民事訴訟法 296 条 1 項は、単に、控訴審における処分権主義を宣言したものに過ぎず、民事訴訟規則 182 条も審判対象を不服とする直接の根拠となりえないとする。¹⁷

たしかに、続審制という審判方式が事後審制と覆審制の折衷的なものであるとすると、そこに覆審的要素が含まれていることから、控訴審においても訴訟上の請求である訴訟物について審判するものであるとの指摘には首肯しうるものがないではない。実際、審判対象を第一審判決の主張の当否としても、原判決の当否を審査するためには、控訴審の口頭弁論終結時を基準時として第一審で主張された訴訟上の請求についてその適否および理由の有無を判断し、その判断と第一審の結論とを対比する操作が必要とされ、請求の適否および理由の有無の判断をとばして原判決の当否を論じることができないものとされることからも、¹⁸そのように解することもできよう。

しかしながら、こうした現状から直ちに訴訟上の請求が審判対象であるとするならば、控訴審の判決事項である第一審判決の取消し・変更との関係では、前者が広くなり、申立事項と判決事項の一致を求める民事訴訟法 246 条の趣旨に照らして、まったく問題なしとまでは言いがたいと思われる。むしろ、法律的な枠組みとしては、申立事項と判決事項を可能な限り一致させるべく審判対象を設定すべきであり、¹⁹控訴審の審判が第一審に対する当事者の不服申立てに立脚することから、審理の直接の対象は不服主張の当否であると解すべきであって、訴訟上の請求は間接的な審判対象となるに過ぎないものと解すべきである。²⁰

なお、不服申立説は控訴審判決による応答の対象を審判対象ととらえるのに対して、訴訟物説は控訴が違法であった場合に裁判所が審理判断すべき対象を審判対象ととらえるという、いわば観点の違いでしかなく、²¹両者には実質的な差異はないとの指摘もある。たしかに、ここでの見解の相違は、審理対象を一次的・二次的と細かく分類してとらえるの

か、それとも、審理対象となりうるものと緩やかにとらえるのかという点でしかなく、民事訴訟法 304 条に定める不利益変更禁止の原則により、最終的に違いはないと評価できることから、このような指摘には実務的観点からの一応の合理性があると評価できよう。²²しかし、本稿では、審判対象の変更を検討する理論的前提を明らかにするため、不服申立説に立つものとする。

(3) 控訴審における審判対象の変更に関する基本的考え方

前述した控訴審の審判対象を、控訴審係属中に当事者が変更することについては、比較的緩やかに認められている。すなわち、請求レベルの領域の問題については処分権主義（民訴 246 条）が規律するのが原則であるところ、控訴審の段階においても、前述のように、口頭弁論の範囲は当事者が第一審判決の変更を求める限度においてのみなしうるものとされ（民訴 296 条）、また、第一審判決の取消しおよび変更は不服申立ての限度においてのみなしうるものとされること（民訴 304 条：不利益変更禁止の原則）から、処分権主義が貫徹されている。そこで、控訴審においても、審判対象の設定に際しては当事者の意思を尊重することが原則である。また、控訴審における訴えの変更（民訴 297 条・143 条）、²³反訴の提起（民訴 300 条）、控訴の取下げ（民訴 292 条）などの審判対象の変更は、比較的緩やかに認められており、²⁴日本法の解釈論としては、審判対象の変更を厳しく制限するものではないことが前提となるといえる。さらには、附帯控訴に関して、その申立てをいったん取り下げても、控訴審の口頭弁論終結までは再度申し立てることができることとされること²⁵からも、同様のことがいえる。したがって、控訴審における請求の縮減についても、これを制限的にとらえるのではなく、原則としては、緩やかに認められることになる。

3. 請求の縮減の法的性質

(1) 一部請求論との関係からの検討

つぎに、狭義の請求の縮減、すなわち、金銭債権などの請求においてこれを数量的に縮減する場合の法的効果を考察するに際して、その法的性質をどのようにとらえるべきかという点についても検討しておこう。

ところで、この問題については、その法的性質を訴えの一部取下げと解する場合、訴訟物の量的減少がなければ一部取下げとは言えないことから、前提として、いわゆる一部請求に対する判決確定後の残額請求を認めるか否か²⁶（以下、一部請求論とする。）で見解が分かれることとなる。²⁷

一部請求論において肯定説を採用することを前提とする考え方には、訴訟物の範囲を変更するものであることから訴え変更とする見解²⁸（一部請求肯定・訴え変更説）そして、とりわけ、これを請求の趣旨にのみ関する訴えの変更であるとする見解²⁹がある。

また、同じく一部請求論において肯定説を採用することを前提としつつ、請求の縮減を訴えの一部取下げ（一部請求肯定・訴え取下げ説）または請求の一部放棄（一部請求肯定・請求放棄説）と解し、いずれに該当するかについては、原告の合理的意思解釈によるべきであり、原告の意思が明らかでない場合は³⁰、請求の放棄との比較において原告に有利な一部取下げと解すべきであるとの見解もある。³¹判例にも、昭和20年12月より家屋明渡済みに至るまでの損害金から100円の敷金を控除した金額を請求した賃料相当額の損害賠償等を請求する訴訟において、昭和21年3月2日以降明渡済みに至るまでの月額30円の支払いを命じた第一審判決を受けて、控訴審において、昭和21年3月2日以降明渡済みに至るまでの賃料相当額損害金に請求を縮減した事案で、「原告が訴を提起した請求の一部につき控訴審において請求の縮減をしたときは、そ

れが訴の一部取下であるにしても或はまた請求の一部抛棄であるにしてもいずれの場合であっても」と述べて、請求の縮減が、訴えの一部取下げまたは請求の一部放棄のいずれかであるものと解したものがある。³²

これらに対して、権利自体に区分できる客観的標識（発生時期、原因、履行期など）のある場合に、当該標識に従って請求の一部を審判の対象から排除して請求の趣旨を数量的に変更できるときにのみ一部請求論を肯定し、³³ その場合には、請求の縮減が可能であることから、訴えの一部取下げを肯定するものの、こうした標識がありながらこれには従わず、または、このような標識が存在しない場合には、一部取下げが認められないこと、および、紛争決着に対する当事者の合理的意思解釈によれば、反対の事情のない限り、請求の一部放棄とする見解（一部請求制限・請求放棄説）もある。³⁴

また、権利自体に区分できる客観的標識のある場合であっても、当該標識に従って請求の一部を審判の対象から排除して請求の趣旨を数量的に変更することができないときは一部請求に対する判決確定後の残額請求を否定することから、訴えの一部取下げという構成は認められないことを理由として、訴えの変更と構成するもの（一部請求制限・訴え変更説）がある。³⁵

さらに、一部請求論について否定説を前提とし、訴えの取下げをなしうるのは、その部分が一部判決の対象たりうる程度の特定性を有する場合、すなわち複数請求のうちの一つを取下げのような場合に限られるため、請求の縮減が訴えの取下げとなることはありえないとして、請求の一部放棄とする見解³⁶（一部請求否定・請求放棄説）がある。

そのほか、一部請求について否定説に立つことを前提としながら、請求の縮減は給付判決を求める上限を変更するに止まり、訴えの変更や訴えの取下げにはあたらないとする見解³⁷（一部請求否定・給付上限変更説）もある。

それでは、どのように考えるべきかであるが、前提問題としてのいわ

ゆる一部請求論についての肯否を考えることで、ある程度の絞りをかけることができよう。すなわち、処分権主義に基づいて原告には訴訟物の範囲の設定をする権能が認められていることを主たる根拠としつつ、一部であることの明示を求めることで、相手方に対する不意打防止にも配慮することが可能であるとして、実務において採用されているいわゆる明示の一部請求肯定説³⁸にしたがうものとするれば、前提として一部請求論に対して制限的、または、否定的な立場を前提とすることはできないこととなる。したがって、一部請求論について肯定説を採用することを前提として、さらに、その構成を訴え変更、請求の放棄、または、訴え取下げのいずれと構成するべきか検討することとなる。

(2) 当事者の合理的意解釈からの検討

この第一次的な検討結果の当否については、前提となる一部請求論の当否からの形式的なアプローチに加えて、当事者の合理的な意解釈としての一部取下げという構成を採用するべきかという実質的なアプローチからも検討を加えてみる。

すなわち、民事訴訟において請求レベルを規律する処分権主義の根底にある当事者の意思の尊重、ここでは特に原告の意思の尊重という趣旨に照らせば、この問題を検討するにあたり、原告の意思を探求することが重要である。そして、たとえば最広義の請求の縮減、すなわち、複数請求のうち一つを縮減するような場合については、当該請求について理由のないことが明らかになったとして請求を放棄したと構成することが原告の合理的意解釈に合致するときもあるものと思われる。

しかし、本稿で問題としている数量的に可分な債権の縮減という場合を考えるときには、同一請求権の残部についてなお権利行使をしていることとの関係から、縮減の対象となった一部についてのみ理由がないと考えるよりも、その部分については審判要求を撤回した、すなわち、取り下げたとみる方が素直であろう。特に請求の縮減の意思表示をする者

としては、その法的効果をふまえてこのようなことを行うはずであろうから、より制約の少ない方を選択したとみるのが合理的である。³⁹したがってこうした原告の合理的意思表示からも、訴えの取下げという構成を認めることを前提に、他の構成も認めるべきか、あるいは、何らかの理由で他の構成の優先を認めるべきかを検討すべきである。

なお、このように一部取下げという法的構成を採用場合に懸念されることとしては、訴えの取下げがなされたとき、その効果として訴訟係属の遡及的消滅（民訴 262 条 1 項）が生じるため、請求の取り下げられた部分について、再度の拡張ないしは別訴としての再請求がなされるのではないかと、あるいは、取下げと拡張が繰り返される可能性があるのではないかとということではないかと思われる。すなわち、一部請求論に対して消極的な見解の根拠とされる紛争の一回的解釈や不意打防止の理念に照らして、訴えの一部取下げという構成は許されるべきではないとの批判がありえよう。

もっとも、その懸念はそれほど問題にはならないのではないかと解される。たしかに、たとえば判決前に取下げがなされた場合には、再訴禁止効（民訴 262 条 2 項）が生じないため、請求の再拡張がなされる可能性があるが、それは、紛争の集約的な解決という観点からはむしろ望ましいことであるともいえる。また、別訴というかたちで再請求がなされる可能性についても、訴えを取り下げるからにはそれなりの理由があるわけであって、実際に、判決確定を待って再訴を提起するに至ることはそれほど多くないものと思われる。⁴⁰

こうしたことから、請求の縮減の法的性質につき訴えの一部取下げとする場合のあることを認めるのが妥当であると解するものであり、その関係上、いわゆる一部請求否定説⁴¹を前提とする見解に従うことはできないものと解すべきである。また、本稿で問題としている請求額を減少させるようなとき、権利区分となる客観的標識とは無関係にそれがなされるのがむしろ多いものと考えられ、その場合に訴えの一部取下げと

構成することが困難であることからすると、権利区分の客観的標識の有無を基準に取り込む見解を採用するべき必要性は少ないであろう。

（3）検討

かくして、一部請求肯定説を前提として請求の縮減を訴えの変更と構成するか、または、訴えの取下げもしくは請求の放棄と構成するべきかという問題について検討する。

この点について、訴訟物である権利関係に数量的な増減があるという観点からは請求の拡張と請求の縮減との両者を同質的にとらえることもできないわけではないが、訴えの変更は、新たに審判を求める対象を主張するものであって、当該部分についての相手方の手続保障が大きな問題となるものであるのに対して、請求の縮減は、既に審判の対象とされていたものから部分的な排除を行うものであり、その点に関する相手方の手続保障はさほど問題とならないという基本的な違いがある。⁴²したがって、請求の縮減を訴えの変更と同様に取り扱うべきではなく、訴えの取下げまたは請求の放棄の問題として扱うべきであると解する。⁴³

なお、訴えの一部取下げとされる場合には、当然のことながら、訴えの取下げに関する規律に従い、相手方が口頭弁論期日または弁論準備期日において、本案に関する弁論を行った場合には、相手方の同意なくして効果は生じないこととなる（民訴 261 条 2 項）。もっとも、被告があえて異議を申し立てない場合には、請求の縮減に同意したものと解すべきである。⁴⁴

以上により、請求の縮減の法的性質としては、原告の合理的意思解釈に従い、訴えの一部取下げ、または、請求の一部放棄と解すべきである。そして、いずれか明らかでない場合には、当該意思表示を行う原告にとって、訴えの取下げの方がその効果の点で有利であるとみることができることから、請求の一部放棄と解すべき事情がない限り、訴えの一部取下げであると解するのが、その合理的意思解釈として妥当である。つまり、

原則としては、一部請求肯定・訴えの一部取下説に従い、当事者の意思により、例外的に請求の一部放棄と解するべきである。

4. 控訴審における不服の限定および請求の縮減への対応

(1) 不服の限定

これまで述べてきたことを前提に、以下では、控訴人が第一審の訴訟物と比較して、不服の範囲を数量的に減少させた控訴を申し立てた場合への対応について検討を行うことにする。なお、以下に述べる場合では、原告が第一審で敗訴して、控訴を行っている場合を対象として検討するものとする。

ところで、控訴審においては、数量的に可分な債権を減少させる場合、必ずしも請求の縮減であるとはいえない場合がある。すなわち、控訴を提起するに際して、敗訴部分の全部を不服とするのではなく、敗訴部分の一部に限定することを明示して不服を申し立てる場合がある。これは不服の限定などと呼ばれ、⁴⁵一審と比較して請求額の減少を伴う点では請求の縮減と同様の存在ではあるが、厳密な意味においては、これまで検討してきた請求の縮減とは異なるものである。すなわち、この場合は、審級別の観点から、控訴審の当初から、審判対象となりうる不服の一部のみを控訴審の対象とする⁴⁶、あるいは、控訴権の一部不行使をするものであり、一部請求として訴えを提起する場合に比すことができる。⁴⁸この不服の限定を行うことの当否については、処分権主義から根拠付けることができ、これを認めたとしても、被控訴人の地位を不安定にするというほどのものではなく、また、当事者の公平の観点からも格別の問題がないとされる。⁴⁹もっとも、狭義の請求の縮減の場合とその効果が異なることから、⁵⁰裁判所としては、当事者としてはいずれを行ったものか確認するべきであり、⁵¹特段の事情のない限りは、より制約の少ない不服の申

し立てであると解するべきである。

不服の限定がなされた場合は、控訴審においても訴えの変更（民訴143条）が許容されていることから、控訴審の終結までに審理の状況を見て、控訴人が当初の不服申立てよりも多くの不服が認められるものと考えた場合には、不服の範囲を拡張することができる⁵²とされる。訴えの変更の要件との関係では、当初の不服も、拡張される部分についても、いずれも同一当事者間における同一請求の一部分であることから、請求の基礎の同一性は、ほぼ問題なく認められることになるものと思われる。

もっとも、被控訴人としては、仮に控訴審で敗訴した場合のダメージの上限が低くされたという有利な地位を取得した⁵³と思っていたところ、訴えの変更によって、その地位が不当に一方的に奪われたと感じることもあるであろう。そこで、不服の限定がなされた場合に、その後の審判対象の拡張を制限するよう求めることが考えられる。もちろん、前述のように日本法が控訴審における審判対象の変更について緩やかに許容していることは当然の前提であるが、それでもあえて例外的に制限される可能性があるか否かについて検討する⁵⁴。

まず、相手方は、著しく訴訟手続を遅滞させるもの（民訴143条1項ただし書き）として、訴えの変更申立てを却下するよう求めることが考えられる。もっとも、控訴審の構造が続審であること、および、請求の基礎の同一性があることから、基本的に数量の増加を認めることの可否が審理の対象となることから、「著しく」訴訟手続を遅滞させるものと認められることは少ないものと思われる。また、裁判長が訴えの変更をすべき期間を定めた場合（民訴301条1項）で、当該期間を徒過してそれがなされたようなときであれば、その理由を説明できなかったことに基づいて、当該訴え変更申立てを時機に遅れた攻撃防御方法（民訴175条1項類推適用）として却下することも可能であろう。

さらに、前述のように被控訴人が不当性を感じる、すなわち、不服とされなかった部分についてはもはや争われまいであろうという被控訴人

の期待を裏切ったということに鑑みれば、訴えの変更申立てを信義則に反するものとして却下するよう裁判所に求めることも考えられないわけではない。しかしながら、信義則違反の形態のうち、権利失効の原則が適用されることは控訴審における審理の傾向からして事実上考えられない。また、不服の限定の場合には、審判対象とされていない部分について、既判力等の効果が生じているわけでもないため、紛争の蒸し返しであると評価することも困難である。さらに、訴訟上の禁反言については、控訴人側が、今後は訴えの変更を決して行わない旨を明らかにしているような場合⁵⁵でもなければ、そう解することもできない。そして、訴権の濫用についても、ごく少数の範囲で訴えの変更を行うことを何度も繰り返す場合でもなければ、該当するものと判断するのは難しいであろう。

こうしたことから、被控訴人が感じる不当性については、控訴審における訴えの変更を許さないとしてまで保護する必要性のあるものとまではいえず、1 回程度の訴えの変更であれば、当然に許容されるものと解する。

(2) 請求の縮減である場合

つぎに、第一審と控訴審との連続性を前提に、控訴人による明示⁵⁶、または、その意思解釈により、控訴審における請求の縮減であるとされる場合には、前述したことにしたが、さらに、それが訴えの一部取下げであるのか、または、請求の一部放棄であるのかを明確にすることが必要である。もちろん、この場合においても、審判対象の変更は緩やかに許容すべきことが前提である。

① 請求の一部放棄であるとされる場合

この場合には、審判対象とされなかった部分については、訴訟終了効が生じ、裁判所書記官が調書に記載することで、確定判決と同一の効力が生じることになる(民訴 267 条)。そして、この確定判決と同一の効力には、いわゆる制限的既判力が認められると解されることから、放棄

にかかる権利関係の不存在が確定されることとなり、その後、当該部分については、訴え変更を申し立てて拡張することはできなくなる⁵⁸。したがって、この場合は、基本的に問題はない。

② 訴えの一部取下げであるとされる場合

これに対して、訴えの一部取下げであるとされる場合、既に相手方が本案について第一審の口頭弁論を経ていることから、被告の同意（民訴261条参照）が必要である。そこで、裁判所としては、相手方に対して同意するか否かを釈明することになる。もっとも、相手方が不同意である旨の意思を明確にした場合は、⁵⁹ 訴えの一部取下げは効力を生じないこととなる。その場合の審判対象であるが、請求の縮減が認められないことから、反対解釈的に敗訴部分全部をもって審判対象とすることも考えられなくはない。しかしながら、請求の縮減を行った当事者の意思に鑑みれば、不服の限定を行ったものとして、明示された範囲のみが審判対象となるものと解すべきである。⁶⁰

また、請求の縮減としての訴えの一部取下げが行われ、相手方の同意も得られた場合、その効果として、訴訟係属の遡及的消滅が生じることになる（民訴262条1項）。すなわち、請求の放棄の場合と異なり、訴訟終了効や確定判決と同一の効力（民訴267条参照）は生じないため、不服申立てに係る部分を除いた敗訴部分について、訴えの変更により、再度これを控訴審の審判対象とすることも考えられる。

もっとも、控訴審において訴えの取下げをした場合は、第一審における終局判決がなされた後に訴えを取り下げることになるため、再訴禁止効（民訴262条2項）が生じることとなる。そこで、この再訴禁止効によって、訴えの一部取下げとしての請求の縮減を行った後の訴え変更による再拡張を制約できるかについて検討する。

まず、再訴禁止効は、形式的には再訴、すなわち、同一の訴えを再度提起することを禁じるものであり、訴えの変更が係属中の訴訟の対象を拡張するものであることに照らせば、訴え変更を対象としないものと解

することができないわけではない。しかしながら、実質的にみれば、訴えの変更は新たな請求を審判対象としてその審理・判断を求める行為であることから、新たに訴えを提起する場合としての性質を有するものと解することができる⁶¹、したがって、再訴禁止効の対象となるものと解する⁶²。

そして、「同一の訴え」であると判断する基準としては、その制度趣旨が判決に至る裁判所及び相手方の活動を徒労に帰せしめたことに対する制裁および訴え取下げ制度の濫用防止にあると解されていることから、取り下げられた部分と訴えの変更による拡張の対象となった部分とで、当事者および訴訟物が同一であることに加えて、当該訴えの変更を必要とさせる合理的な事情が存在しないことが挙げられる⁶³。

そこで、取り下げた部分を再度拡張する場合は、当事者および訴訟物の同一性は問題とならず、当該訴えの変更を必要とさせる合理的な事情の有無が問題となろう。この点について、たとえば、一部請求論を肯定する見解を前提として、請求の縮減として訴えの取下げが、全部請求を一部請求とする趣旨であった場合であれば、その後の残額請求の可能性が留保されているものとみることができ、訴訟物たる権利関係について判決による紛争解決の機会を原告が放棄したものとまでは評価することは困難である。したがって、一部請求とする趣旨で訴えの取下げによる請求の縮減が行われた場合は、再訴禁止効は働かないものと解される。

では、特に取下げの趣旨を明らかにすることなく請求の縮減を行い、その後の訴訟の展開により訴えの変更によって拡張するという場合については、どうであろうか。控訴審における審判対象の変更が緩やかに許容されることから、こうした様子見的行为を制限するだけの合理的根拠を見出すことは難しいであろう。ただし、ことさらに不利な判決を潜脱する目的で、訴えの取下げと訴えの変更とを濫用しているものとして評価できるような場合⁶⁵には、当該合理的な事情の存在を否定することも可能であろう。

なお、信義則による制約の可能性も考えられないわけではないが、前述のように、制度の濫用防止が再訴禁止効の趣旨に含まれることから、そうした処理を検討する必要はほとんどないであろう。

(3) 請求の縮減がなされた場合の判決

請求の縮減がなされた場合、その効果のいかにかわらず、対象部分が審判対象から外れることになるため、控訴審は残部についてのみ、控訴に理由があるかを判断することになる。そして、残部についての第一審判決を相当とするときは控訴棄却の判決をすることになる。⁶⁶この場合、債務名義となるのは第一審判決であるため、第一審判決の主文に変動があった旨を明示し、判決効等の範囲を明確化するため、第一審判決主文に表示された給付認容額に変動があったことを控訴審判決で明確にする必要があり、⁶⁷実務ではそうした取り扱いがなされている。⁶⁸その方式としては、実務上さまざまものが行われているが、訴えの一部取下げの場合は、その部分につき訴訟係属が遡及的に消滅するため、第一審判決の当該部分も失効することになる。そこで、失効したものを取り消すのは理論的に妥当といえるかという疑問もあり、その場合には、強制執行の関係も考慮して原判決が変更された旨を主文において注意的に明示するの⁷⁰が妥当である。

これに対して、請求の放棄の場合は、調書への記載によって敗訴の確定判決と同一の効力（民訴 267 条参照）が生じるため、第一審判決の存在をどうみるか問題が生じる。この点につき、請求の放棄を敗訴の本案判決と同様に取り扱うならば、その前提として第一審判決を取り消した上で、第一審で請求の全部または一部認容がなされている時は、縮減の⁷¹なかった限度で請求を認容する旨の原判決の変更をすることになる。もっとも、処分権主義に基づいて認められる訴訟終了方法である請求の放棄に生じる確定判決と同一の効力は、⁷²厳密には、当事者の意思の尊重に基づいて認められる効力であると解され、控訴審における請求の放棄

によって、特段の事情がない限り、当然に原判決を取消す、または、失効させる旨の意思が表明されているものと解されるから、この場合も、請求の縮減がなされたことを判決主文において注意的に明示することで足りるものと解する。⁷³

5. むすびにかえて

以上により、第一審で敗訴した原告が控訴を行った場合で、控訴人が第一審の訴訟物よりも数量的に減少させた不服申立てを行う場合、控訴人の意思に従い、不服の限定または、訴えの一部取下げもしくは請求の一部放棄として処理するべきである。また、当事者の意思が明らかでない場合、裁判所は釈明権を行使した上で、それが不服の限定、訴えの取下げ、または請求の放棄のいずれかであるかを明らかにすべきであるが、控訴人が釈明に応じないようなときは、原則として不服の限定がなされたものとして取り扱うべきである。また請求の縮減であるとみられる場合には、原則として訴えの一部取下げがなされたものとして取り扱うべきである。

したがって、被控訴人側の対応として、まず、不服の限定であるとされた場合には、再度の不服の拡張がありうることを念頭に置きながら、控訴審を争うことになろう。また、訴えの一部取下げであるとされた場合には、今後の訴訟活動に対する影響を考慮しつつ取下げに対する同意をするべきか否かを判断し、同意をした上で、再度の不服の拡張がなされた場合には、再訴禁止効が働くか否かを検討することになろう。なお、請求の一部放棄であるとされた場合には、縮減された部分が問題となることはないであろう。

【註】

- 1 たとえば、河野信夫「控訴の方式と控訴審における審理」伊藤眞＝徳田和幸編『講座新民事訴訟法Ⅲ』（弘文堂1998年）43頁注（18）、兼子一原著・松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫＝高橋宏志＝加藤新太郎＝上原敏夫＝高田裕成『条解民事訴訟法第二版』（弘文堂、2011年）1586頁〔松浦馨＝加藤新太郎〕。
なお、控訴提起の手数料は、第一審裁判所に訴えを提起する場合の1.5倍となる（民訴費用別表1の二）ため、再度敗訴するという最悪の事態を予想して、負担すべき費用を低く抑えたいという考慮が働くのも無理からぬところがあるろう。
- 2 中田淳一「請求の趣旨の減額、主債務者と連帯保証人とを共同被告とする訴訟の性質」法学論叢59巻6号113頁以下、岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座民事訴訟法編第二巻』（有斐閣、1958年）234頁以下、石川良雄「請求の縮減の性質」兼子一編『実例法学全集民事訴訟法（上）』（青林書院新社、1963年）252頁、兼子一＝松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』（弘文堂、1986年）870頁注（1）、新堂幸司＝福永有利『注釈民事訴訟法（5）』（有斐閣、1998年）328頁〔梅本吉彦〕、鈴木正裕＝鈴木重勝『注釈民事訴訟法（8）』（有斐閣、1998年）155頁〔右田堯雄〕、飯塚重雄「訴えの取下げと請求の放棄・認諾」青山善充＝伊藤眞編『民事訴訟法の争点〔第三版〕』（有斐閣、1998年）258頁など。本稿では、これらのうち、(iii)の狭義の請求の縮減の場合を論じるものである。
なお、請求原因に照らして誤算の明らかな請求の趣旨の表示を低く訂正するような場合は、請求の趣旨の更正として処理することとなる。岩松＝兼子前掲・235頁。
- 3 上訴不可分の原則については、徳田和幸「1 総論—上訴（控訴）不可分の原則の根拠・妥当範囲—」ミニシンポジウム（司会河野正憲）『上訴の理論的再検討』民訴雑誌53号（2007年）113頁以下、同「上訴（控訴）不可分の原則の根拠と妥当範囲」民事手続法研究第2号（信山社、2006年）1頁以下、新堂幸司『新民事訴訟法第五版』（弘文堂、2011年）889頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法下〔補訂第二版〕』（有斐閣、2010年）489頁、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第6版〕』（弘文堂、2010年）753頁、笠井正俊＝越山和広編『新コンメンタール民事訴訟法』（日本評論社、2010年）957頁以下〔笠井正俊〕など。
- 4 同条によれば、当事者の表示、原判決およびこれに対する控訴であることが控訴状の必要的記載事項であることから、不服申立ての理由やその範囲

- は任意的記載事項ということになる。そこで、不服の範囲は、口頭弁論において述べれば足りることになる。高橋前掲注 3・487 頁。もっとも、控訴状に印紙を貼付しなければならないため、金銭支払い請求の場合は、印紙額から、不服の範囲を推定することができよう。
- 5 高橋・同上。この点、訴訟事件は集約的解決を図ることが最も望ましいことであり、その訴訟が完結するまでは当事者が集約的解決を望むならば、それが可能である余地を残しておくべきであり、それによっていずれの当事者にも特に不利益を与えるおそれも見当たらないとの指摘が、梅本吉彦『民事訴訟法第四版補正』（信山社、2010 年）1046 頁注（1）においてなされている。なお、徳田前掲注 3 民事手続法研究・29 頁。
 - 6 徳田前掲注 3 民事手続法研究・28 頁以下。もっとも、上訴不可分の原則の直接的な根拠は上訴の必要性ないしは制度目的に求められるべきであり、その意味では、不服申立ての範囲の拡張や相手方の附带上訴の可能性に配慮する②の根拠が重視されるべきであるとされる。
 - 7 兼子一『新修民事訴訟法体系増訂版』（酒井書店、1965 年）445 頁、賀集唱＝松本博之＝加藤新太郎『基本法コンメンタール民事訴訟法 3〔第 4 版〕』（日本評論社、2012 年）13 頁〔松本博之〕、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法講義「第二版補訂二版」』（有斐閣、2008 年）603 頁〔上野泰男〕、梅本前掲注 5・1046 頁など。
 - 8 控訴不可分の原則は、このように、第一審判決が 1 個の請求についてなされた 1 個の判決である場合に、その一部についてのみ不服が申し立てられるときのほか、第一審判決が数個の請求についてなされた 1 個の判決である場合に、その中の 1 個の請求についてのみ不服が申し立てられたときにも妥当する。後者の例としては、原告が建物取去土地明渡請求と賃料相当損害金支払請求を行い、一個の全部認容判決がなされたのに対して、一審では全面的に争っていた被告が家屋取去土地明渡請求を認容する部分についてのみ取消しを求める場合がある。松本＝上野前掲注 3・753 頁参照。もっとも、本稿では、前者の場合を前提として諸問題について検討するものである。
 - 9 主観的にも客観的にもこの範囲に限定されることになる。河野前掲注 1・30 頁。
 - 10 兼子一『民事法研究 2 巻』（酒井書店、1954 年）81 頁、小室直人『上訴制度の研究』（有斐閣、1961 年）57 頁、鈴木＝鈴木前掲注 2・121 頁〔右田〕、河野前掲注 1・30 頁、高橋前掲注 3・503 頁、516 頁、伊藤眞『民事訴訟法第 4 版』（有斐閣、2011 年）686 頁、兼子ほか前掲注 1・1563 頁〔松浦＝加藤〕、笠井＝越山前掲注 3・984 頁〔笠井正俊〕など。
 - 11 小室前掲注 10・57 頁。そのため、控訴審判決の理由においては、請求の

控訴審における請求の縮減への対応について（清水宏）

当否についての判断を示すほか、控訴に理由があるか否かを必ず説示しているとされる。河野前掲注1・30頁。

- 12 司法研修所編『民事控訴審における審理の充実に関する研究』（法曹会、2004年）70頁。
- 13 兼子ほか前掲注1・1563頁〔松浦＝加藤〕。なお、高橋前掲注3・506頁。
- 14 上村明弘「再審訴訟の訴訟物に関する一問題」神戸法学雑誌19巻1・2号87頁、奈良次郎「控訴審における審理の実際と問題点」小室直人『小山昇先生還暦記念裁判と上訴（中）』（有斐閣、1980年）106頁、鈴木正裕＝鈴木重勝編『注釈民事訴訟法（8）』（有斐閣、1998年）17頁以下〔鈴木重勝〕、賀集ほか前掲注7・18頁〔松本〕、上野泰男「統審制と控訴審における裁判資料の収集」民事手続法研究第2号（信山社、2006年）59頁以下、松本博之「控訴審における「事後審的審理」の問題性」青山善充先生古稀記念『民事手続法学の新たな地平』（有斐閣、2009年）473頁以下など。
- 15 松本前掲注14・474頁。
- 16 賀集ほか前掲注7・18頁〔松本〕、松本前掲注14・474頁以下。
- 17 上野前掲注14・80頁以下。
- 18 右田堯雄「民事控訴審実務の諸問題（五）」判タ289号2頁参照。たとえば、数量的に可分な請求について一部認容・一部棄却判決がなされた場合において、当事者のいずれか一方のみが控訴したときには、事実上、請求の全部が審理の対象となりうる。笠井＝越山前掲注3・984頁〔笠井〕。
また、実際に、控訴審を担当されている裁判官は、新民訴訟施行の前後を問わず、事件そのもの（請求の当否）について自ら心証を形成し、事件そのものを直接審査・判断するという審理方法を採用しており、事件の配点に際しては、「一審判決に誤りがあるか」、あるいは、「控訴理由書に記載されている控訴理由書に理由があるか」ではなく、あくまでも「請求の当否」を検討するのであり、したがって、控訴理由の範囲でしか審理を行わず、控訴理由として指摘されていない一審判決の誤りは是正しないというような訴訟運営を行っていない、との指摘〔ミニシンポジウム前掲注3・111頁以下に対する福井章代裁判官（大阪高裁）のコメント〕もある。
- 19 笠井＝越山前掲注3・984頁〔笠井〕参照。
- 20 日本現行法は、母法たるドイツ法と異なり、訴えの変更に対して寛大であることから、控訴審の審判対象を控訴等であるとする建前を維持しにくい構造になっており、解釈論としては、控訴審の審判対象の建前にそれほどこだわらなくてもよいと考える方が生産的であるとする指摘があり、そう考えるのが正鵠を射ていよう。高橋前掲注3・506頁、546頁。
- 21 佐瀬裕史「民事控訴審の措置に関する一考察（一）」法協125巻9号1930頁注32。

- 22 兼子ほか前掲注 1・1563 頁 (松浦=加藤)。
- 23 最判昭和 28 年 9 月 11 日民集 7 卷 9 号 918 頁、新堂前掲注 3・720 頁、梅本前掲注 5・735 頁など。請求の基礎が同一である場合、実質的には第一審の審理を経たものとみることができ、審級の利益は問題とならないものと解される。
- 24 たとえば、母国であるドイツは、伝統的に控訴審における訴えの変更を制限する建前を採っていたとされる。高橋前掲注 3・506 頁。
- 25 最判昭和 38 年 12 月 27 日民集 17 卷 12 号 1838 頁。
- 26 この問題を検討する前提として、いわゆる一部請求後の残額請求論との関係をどのようにみるか議論がある。この点、請求の縮減は、一旦原告が審判の対象として設定し、被告もこの限度で紛争の決着を望み、応訴してきた請求について、その一部を原告が審判対象から排除することを、被告の紛争決着への利益との兼ね合いでどこまで保障するかという問題であり、一部請求の可否をめぐる一般的な議論とは異なった視点から検討するべきであるとの見解もある。兼子ほか前掲注 1・1440 頁 [竹下守夫=上原敏夫] など。たしかに、そうした観点からの検討を行うことも重要ではあるが、請求の縮減は、そもそも実体法的には金銭債権の可分性を前提として、審判対象の設定を当事者の権限とする処分権主義に由来するものであり、いわゆる一部請求論と関連させるのはむしろ自然な考え方といえよう。梅本前掲注 5・983 頁。したがって、本稿においても、この問題を、いわゆる一部請求論との関係においてもとらえることとする。染野義信「請求の縮減」我妻栄編集代表『民事訴訟法判例百選』(有斐閣、1965 年) 70 頁以下、賀集唱=松本博之=加藤新太郎『基本法コンメンタール民事訴訟法 2 [第 4 版]』(日本評論社、2012 年) 43 頁以下 [谷口安平] など。
- 27 染野前掲注 26・71 頁。
- 28 大正改正前のいわゆる旧々民事訴訟法 196 条 2 号においては、訴え変更の典型例として「申立ノ減縮」が規定されていた。こうした沿革を考慮する見解である。なお、岩松=兼子前掲注 2・237 頁注 (9)、賀集ほか前掲注 26・43 頁 [谷口安平] 参照。
- 29 民事訴訟法学会『民事訴訟法講座第 1 巻』(有斐閣、1954 年) 196 頁以下 [菊井維大]。特に一部請求論との関係については述べられていないものの、肯定説を前提とするものと解される。また、中村英郎「控訴審における訴えの変更と反訴」小室直人・小山昇先生還暦記念『裁判と上訴 (中)』(有斐閣、1980 年) 79 頁。
- 30 その場合には、原告の意思を明らかにするため、釈明権の行使が必要とされる。岩松=兼子前掲注 2・236 頁、石川前掲注 2・257 頁以下、賀集ほか前掲注 26・305 頁 [松本博之]、飯塚前掲注 2・259 頁、梅本前掲注 5・9823 頁。

控訴審における請求の縮減への対応について（清水宏）

- 31 菊井維大＝村松敏夫『民事訴訟法Ⅱ（全訂版）』（日本評論社、1989年）162頁、岩松＝兼子前掲注2・235頁、石川前掲注2・256頁以下、新堂＝福永前掲注2・331頁〔梅本〕、松本＝上野前掲注3・634頁、賀集ほか前掲注26・305頁〔松本博之〕、梅本前掲注5・982頁など。
- 32 最判昭和24年11月8日民集3巻11号495頁。また、その後、最判昭和27年12月25日民集6巻12号1255頁においては、「請求の趣旨を減縮したものであり、…訴えの一部の取下げに過ぎない」と述べられていることから、判例は、請求の縮減の法的性質を訴えの取下げであるとしたものと評価する見方もある。染野前掲注26・70頁以下、新堂＝福永前掲注2・332頁〔梅本〕、梅本前掲注5・984頁など。もっとも、この事案では、主たる債務者および連帯保証人2名に対して、金13万円を連帯して支払うよう求める訴えを提起したところ、第一回口頭弁論期日において、連帯保証人のうち1名に対しては、金6万5000円の請求に縮減したものであり、連帯保証人が2名存在する場合に、主たる債務の2分の1の金額の請求とした点に鑑みれば、請求に理由がないためにこうしたことをしたものと解するのではなく、負担割合に対応して請求額を減少させたものとみるのが妥当であり、その意味で、原告の意思解釈によって、訴えの一部取下げと判断したものと解すべきであろう。
- 33 こうした見解として、兼子前掲注4・342頁。
- 34 兼子前掲注4・295頁、兼子ほか前掲注1・1439頁以下、飯塚前掲注2・259頁。なお、松本＝上野前掲注3・651頁。この場合には、放棄調書を作成して、請求の一部放棄であることを明白しておくことが望ましいとされる。
- 35 民事訴訟法学会『民事訴訟法講座第3巻』（有斐閣、1955年）196頁以下〔宮崎澄夫〕。
- 36 新堂前掲注3・358頁。この見解によれば、手続的には、請求の趣旨の変更として、書面による申立てを行うことになり、かつ、相手方にそれを送達するべきこととなる。なお、斎藤秀夫「請求の趣旨の縮減の性質」民商法雑誌36巻4号121頁以下。
- 37 三ヶ月章『民事訴訟法』（有斐閣、1959年）108頁。この見解においても、手続的には、請求の趣旨の変更として、書面による申立てを行うことになる。
- 38 この見解に立つものとされる判決として、最判昭和34年2月20日民集13巻2号209頁などがある。
- 39 請求の放棄の場合は、確定した請求棄却判決、すなわち敗訴判決と同一の効力が生じる（民訴267条）のに対して、訴えの取下げの場合は、訴訟係属が遡及的に消滅する（民訴262条1項）のであって、勝訴・敗訴のいずれでもないことになる。

- 40 一部請求に勝訴した上でさらになされる残部請求の事案に現実にお目にかかる裁判官や弁護士はまれであるとの実務からの指摘がある。瀬本比呂志『民事訴訟実務入門』(判例タイムズ社、2010年)1頁。
- 41 この見解に立つものとして、新堂前掲注3・337頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法上』(有斐閣、2005年)98頁、伊藤前掲注10・212頁以下などがある。
- 42 斎藤前掲注33・126頁以下、松本=上野前掲注3・634頁、梅本前掲注5・983頁。
- 43 なお、実務上、請求の縮減は、最終口頭弁論期日に主張の整理として口頭でなされることが多いことから、常に訴えの変更の手続をとらなければならないとすると、手続的にやや重すぎる感があるとの指摘もある。松本=上野前掲注3・634頁。
- 44 菊井=村松前掲注31・167頁。実際には、被告が取下げを暗黙に同意しているとみるべき場合が多いとされる。同162頁。
- 45 兼子ほか前掲注1・1586頁〔松浦=加藤〕。
- 46 高橋前掲注3・503頁。
- 47 河野前掲注1・43頁注(18)。
- 48 控訴審の審判対象をどう理解するかについて、第一審判決に対する不服であるとする見解を前提とすると、まさに一部請求論に比することができるが、訴訟上の請求であるとする見解を前提とすると、審理の範囲の上限の設定を小さくしたに過ぎないということになることから、一部請求否定説的な理解をすることになる。
- 49 そうしたことから、創設的手続裁量ないし実務上の智慧として正当化できるとされる。兼子ほか前掲注1・1586頁〔松浦=加藤〕。
- 50 不服の限定の場合、第一審の訴訟物よりも縮減された部分については、訴えの取下げ、または、請求の放棄に類する法的効果が生じないことになる。
- 51 河野前掲注1・43頁注(18)、小池一利「民事控訴事件の実務上の留意点」判タ1270号23頁参照。
- 52 河野前掲注1・43頁注(18)。なお、その場合には、手数料の追加納付が必要となる。兼子ほか前掲注1・1586頁〔松浦=加藤〕。
- 53 不服の限定を行う趣旨にもよろうが、それがなされたことをもって、請求の根拠が薄弱であることの現われとみることができるのであれば、それを弁論の全趣旨として控訴人に不利に斟酌する可能性はあろう。
- 54 いわゆる一回結審がなされることの多い現状では、不服の限定を行った上で、審理の展開を見ながら訴えの変更を行う時間的余裕がほとんどない場合が多いことが予想される。
なお、第一審では請求棄却判決がなされている場合で、不服の限定をした

控訴審における請求の縮減への対応について（清水宏）

当事者が控訴審第一回口頭弁論において、直ちに訴え変更の申立てをしたとしても、一回結審がなされるときは、控訴審判決の理由中で訴え変更申立てを却下する判断が下されることになろう。

- 55 その場合には、むしろ、請求の一部放棄の意思と解釈した方が適切であろう。
- 56 実務上、単に、「請求を縮減する」という方式で行われているとされる。井上繁規『民事控訴審の判決と審理』（第一法規出版、2009年）99頁。
- 57 大判大正4年12月28日民録21輯2312号参照。学説としては、松本博之「請求の放棄・認諾と意思の瑕疵」大阪市大法学雑誌31巻1号173頁、中野貞一郎「請求認諾と訴訟要件・既判力」同『民事訴訟法の論点Ⅰ』（判例タイムズ社、1994年）189頁など。反対の学説として、新堂前掲注3・364頁以下など。
- 58 最判昭和24年11月8日民集3巻11号495頁では、「いずれの場合であっても、その部分については初より係属しなかったものとみなされ、この部分に対する第一審判決は当然にその効力を失う」としているが、訴えの取下げの効果（民訴261条1項）と請求の放棄の効果（民訴267条）の区別がついていないのではないかの疑問がある。新堂＝福永前掲注2・329頁〔梅本〕。
- 59 相手方としては、取下げにより、審判対象が減少することに加え、取下げという行為自体が、控訴人の請求の根拠が薄弱であることを示すものとみることができることから、同意する場合がほとんどであろう。
- 60 したがって敗訴部分のうち不服の対象とならない部分については、不利益変更禁止の原則（民訴304条）の対象となる。
- 61 笠井＝越山前掲注3・624頁〔林昭一〕、伊藤前掲注10・569頁など。
- 62 河野前掲注1・43頁注（18）。
- 63 最判昭和52年7月19日民集31巻4号693頁。伊藤前掲注10・445頁は、制裁が制度趣旨であり、濫用防止として機能するものと説明される。
- 64 最判昭和52年7月19日民集31巻4号693頁。伊藤前掲注10・445頁以下など。
- 65 実際にはないであろうが、訴えの取下げと追加的変更を繰り返すような場合が考えられよう。
- 66 最判昭和24年11月8日民集3巻11号495頁、最判昭和31年12月28日民集10巻12号1639頁。
- 67 仮に、第一審で請求の全部または一部を認容する判決が下されていた場合、判決主文を漫然と眺め、第一審判決が控訴審でも維持されたと考え、あるいは、そうした外観を奇貨として、強制執行を全体として申し立てる可能性があるし、また、被告がそうした不安を持つ可能性がある。高橋前掲注

- 3・540 頁以下。
- 68 鈴木＝鈴木前掲注 2・156 頁〔右田〕。
- 69 たとえば、①「控訴棄却」と併せて「原判決を左のとおり変更する」と掲げて変更の内容を記載するもの（大判昭和 14 年 12 月 4 日民集 18 卷 1407 号）、②控訴の一部が理由ある場合と同様に「原判決を左のように変更する」として残余部分の給付義務を掲げるもの〔東京高判昭和 42 年 5 月 31 日（民集 22 卷 4 号 902 頁に搭載された第二審判決）〕、③「控訴棄却」の次に「原判決は請求の縮減により左のように変更されている」と注意書きするもの（大阪高判昭和 39 年 3 月 30 日高民 17 卷 2 号 97 頁）、④控訴棄却と併せて、「原判決主文第○項は、当審における請求の縮減により次のように変更された」として、減額後の給付義務の範囲を明示するもの、などがある。鈴木＝鈴木前掲注 2・156 頁〔右田〕。
- 70 高橋前掲注 3・540 頁以下、鈴木＝鈴木前掲注 2・156 頁以下〔右田〕。そのような例として、最判昭和 45 年 12 月 4 日判時 618 号 35 頁では、「一、本件控訴を棄却する。二、現判決を左のとおり訂正する。三、控訴人は被控訴人に対し金七〇万円を支払え」との判決主文を正当とした。
- 71 新堂前掲注 3・764 頁参照。
- 72 新堂前掲注 3・365 頁。
- 73 高橋前掲注 3・541 頁注（68）。

（しみず・ひろし 桐蔭横浜大学大学院法務研究科教授）