HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	西ドイツ民訴３２３条の訴えについて（二・完）
Author(s)	小山, 昇
Citation	北大法学論集, 24(2), 155-191
Issue Date	1973-12-15
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16151
Type	departmental bulletin paper
File Information	24(2)_p155-191.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資料

西ドイツ民訴三二三条の訴えについて（二・完）

小山昇

目次

一 序
二 ライヒ責任法第七条
三 ライヒ責任法第七条制定の意義
四 ライヒ責任法第七条第二項にまつわる訴訟法上の諸問題（以上前号）
五 一九〇〇年以後——序説
1 法典の制定・改正
2 問題の所在の確認
3 問題の解決への努力の追跡
六 一九〇〇年以後——判例
1 調査の範囲
2 損害賠償定期金請求権
3 損害賠償定期金給付請求訴訟

4　損害賠償定期金給付請求についての判決とその効力
5　定期金の額ないし期間の変更請求
6　変更請求訴訟の訴訟物の範囲
7　変更請求訴訟における弁論の限界
8　賠償義務不存在確認判決と変更の訴え
9　その他

五　一九〇〇年以後——序説

1　法典の制定・改正

民法典（一八九六年八月二四日公布）および民事訴訟法改正法律（一八九八年五月一七日公布）は、ともに、一九〇〇年一月一日に発効した（民法施行法一条）。これらは責任法に影響を加えた。すなわち、民法施行法第四二条により責任法第七条が改正された。

A　旧第七条において、裁判所は損害の程度および保証の方法と程度について一切の事情を考慮して自由な裁量により裁断すべき旨が定められていたが（第一項前段）、損害の程度については民訴二八七条に同旨の規定が存し、保証の方法と程度については民法八四三条二項に同旨の規定が設けられたので、新第七条においては、旧第七条のこの点に関する規定は、民法八四三条二項を準用する規定に変った。

B　損害賠償は定期金給付を原則とする点は変らなかった。しかし、一時金給付の例外を許す要件は、旧規定では両当事者の合意が存する場合であったが、この規定は無くなり、重大な事由が存する場合に一時金給付を請求できるとする民法八四三条第三項を準用する規定が設けられた。

C　いわゆる事情の変更による定期金の増減請求については、これを許す規定が第七条第二項であったが、民訴法第二五八条および第三二三条に原則規定が設けられたので、第七条第二項は重

複して無用となるため廃され、新法第七条第一項で、責任法上の損害賠償は将来のために定期金の支払により給付さるべきものとする（これにより民訴第二五八条第三二三条に該当することになる）と定めるにとどまった。

かくして、それまで責任法第七条第二項の解釈として争われてきたことは、民訴法第二五八条第三二三条の解釈としての争いに移されたのである。

D　民訴三二三条の解釈には、この規定の制定の沿革が重要な役割を果たす。この規定は、民法典第一草案七二四条が、旧民訴法典改正案二九三条のaに移され、これが現民訴三二三条になったという変遷の歴史を担っているからである。この制定の沿革を辿って解釈を試みている判例はすくなくない。(1) 民訴三二三条の規定は Rechtskraft を破る例外的な規定であるという解釈の伝統(2)も立法の沿革に根拠をおいているといってよい。

（1）RG 1900.12.13, RGZ 47,405；RG 1902.10.23, RGZ 52,344＝JW 1902,608；RG 1906.3.30, RGZ 63,118＝JW 1906,360；RG 1933.3.23, RG 140,168＝JW 1933, 1772.

（2）RG 1909.10.30, RGZ 72,146；RG 1910.11.24, RGZ 75,24＝JW 1911,103；RG 1911.3.31, JW 1911,548；RG 1915.4.29, RGZ 86,377＝JW 1915,700；BAG 1955. 11.30, NJW 1956,485.

ただし、民訴三二三条の規定は Rechtskraft を破るものであることから、変更の訴えは前訴の判決の Rechtskraft が生じている範囲についてのみ提起さるべきであると考えられてきたのに対して、そうでないことを指摘したBGHの判決（BGH 1960.12.20, BGHZ 34,110. 後掲六6J）はきわめて注目に値する。

2　問題の所在の確認

A　将来に向って定期的に一定額を支払うべき旨を宣言する判決が確定した後に、額の算定の基礎たりし事情に変化が生じて、（当該額を維持することが衡平に反し）額の増または減をすべきものと認められる場合に、額の増または減の請求は前訴確定判決といかなる関係にあるものと考えるべきであろうか。確定判決と後訴請求の関係を問題にするということは、後訴請求が確定判決の既判力に抵触するか否かを問題にすることである。答えを形式的に大別すると、既判力に抵触しないという答えと、既判力に抵触するという答えとがありうる。前者ならば、右の請求を通常の訴えをもって主張することができる。後者ならば、既判力をとくに破ることが許されなければその主張をすることはできない。

B　既判力に牴触しないというためには、訴訟物を異にするといわざるをえないだろう。訴訟物を異にするというためには、請求原因を異にするというかあるいは請求の目的物を異にするといわざるをえないだろう。ところで損害賠償請求原因が不法行為責任あるいは責任法上の責任であるときは、これらは一回性の事故責任であるから、前訴と後訴とがこの意味で請求原因を異にするということはできない。請求の目的物を異にするか否かという点については、たとえば、毎月三万円を毎月四万円に増額するという場合に、請求の目的物を異にするとはいい難い。いわゆる一部請求において、請求の一部と残部とは請求を異にするといわれるとき、全部が明確であることを前提としてその数量的一部を観念しているのであるが、三万円を四万円に増額する場合には、差額の一万円は、前訴判決における三万円をもって一部とするところの残部ではないのである。このちがいは、損害賠償としての定期金は、損害をあらかじめ einheitlich に算定したうえで定めたものであることによる。すなわち、その請求は全額請求であることによる。このような算定をするのは、損害が身体障害による収入能力の減少による収入の喪失であり、障害の程度が可変であり労働収入の算定基礎が可変であるからである。すなわち、損害が可変であるという思想が根底に存する。

C　既判力に牴触するというためには、訴訟物を同じくするといわざるをえないだろう。訴訟物が同じであるためには請求の趣旨が同じでなければならない。毎月三万円支払えという請求と毎月四万円支払えという請求がその趣旨において同じであるとはいい難い。毎月三万円支払えという請求と毎月二万円支払えという請求においても同様である。

しかしながら、毎月四万円支払えという後訴請求は既判力と全くかかわりがないとはいえない。前訴判決の既判力の標準時において存した事由に基づき毎月四万円を支払うべきことを主張することは許されない。このように遮断効はこれを蒙るのである。それは請求の原因を同じくするからである。ではなぜ毎月四万円の支払いを請求することが許されるのか。それは、請求の原因を同じくするにもかかわらず、毎期の賠償額の算定の基礎たる事実が既判力の標準時後に変更した場合には、新な事実にもとづく算定は遮断されないからである。このようなことが認められるのは、損害が可変であるという見方にもとづく。毎月三万円支払えという割賦契約上の弁済を命ずる判決とのちがいもここにある。

D　これを要するに、身体障害による収入能力の減退による利益喪失の定期金による賠償においては、賠償金額の算定の基礎たる事情が可変であることに、その特長があり、問題の発生源が存

するのである。

3　問題の解決への努力の追跡

右に確認した問題について、その解決のために、民訴第三二三条について――これと関連して民訴第二五八条について――いろいろの解釈が試みられている。その経過を、一九〇〇年以降今日までの判例を素材として、追跡してみることにする。学説は都合により別稿に譲る。

六　一九〇〇年以後――判例

1　調査の範囲

一九〇〇年以後の判例として、ライヒ裁判所（RG）およびブント裁判法院（BGH）の裁判で、Entscheidungen des RG,（最終巻一六五巻一九四一年）Entscheidungen des BGH,（第一巻一九五一年より第五七巻一九七二年まで）JW, NJW, JZ, MDR, FamRZ に掲載されたものを素材とし、必要に応じて、下級裁判所の裁判で、前記雑誌に報道されたものを素材とする。

2　損害賠償定期金請求権

A　定期金請求権には種々のものがある。本稿では身体傷害による損害の賠償としての定期金請求権に的を絞りながら問題を検討する。身体傷害による損害は医療費と稼働能力の喪失といってよい。医療費についても定期金請求権が認められないわけではない。(1) 本稿ではこれを除外する。稼働能力の喪失の賠償は原則として定期金による。(2)

（1）　その実例は、RG 1919.2.25, RGZ 95,85. この判決は、病苦の治癒に必要な手当がたんに一時的に過渡的にのみ必要であるのではない場合には、治療費は定期金の形で与えられることができるといっている、と。ちなみに、右判決の事件では被害者は事故のために神経の病に罹った。

（2）　BGB八四三条一項・三項

B　稼働能力の喪失は将来にわたり継続する。期間は短いこともあり長いこともある。程度は可変の場合もあり不変の場合もある。どの程度でどのくらいの期間継続するかは、現在の時点（訴訟の場合は事実審の口頭弁論終結の時）で判断する。現在の時点までの稼働能力喪失の損害は法律的には一体のものとし、その賠償を請求することは一個の請求権として構成される。(1) この一個の請求権の金額的一部を請求することは適法である。(2)

現在の時点以後にも稼働能力の喪失が継続することが明らかに

予想されるときは、将来の損害が明らかに予想される。稼働による利益は稼働によるものであり、稼働は日々のものであるから、物損と異なり、稼働能力の喪失による損害は日々生ずると観念される。そこで、「将来の」損害という観念が働く。将来の損害が現在の損害となった場合にはじめてその賠償につき請求権を取得するとするときは、訴訟の手段により賠償を得るには日々訴えを提起しなければならないであろう。訴訟の反覆を避けることが訴訟経済上必要である。そのためには将来の請求権というものを認め、これに呼応して将来の請求権につき現在債務名義を得る訴訟手段を認めなければならない。将来の請求権の弁済期は当然のことながら将来に到来する。稼働能力の喪失に因る将来現実化する損害の賠償については、将来をいくつかの同じ長さの期に分かち、各期ごとに弁済期が到来することにするのが適当である。これにより、同額の請求権が弁済期の到来ごとに反覆して現実化することになる。すなわち、定期金給付である。将来弁済期の到来すべき反覆的給付である。これは、損害賠償を判決で命ずる場合にも、契約で定めることを認めるのと同じく、認めるべきである。西ドイツ民訴法二五八条がこれを明示的に認める。

将来定期に反覆して弁済期が到来する請求権は、それが稼働能力の喪失に因る将来の損害の賠償を求める請求権であるときは、法律上一個の請求権を弁済期により（単位を設定しこれにより）内部的に分割したものであるが、各期の請求権を主張することは、いわゆる一部請求ではなく、各期についての全部請求である。ある期の請求権の一部分の額を請求するのはいわゆる一部請求に該当する。

右のような損害の賠償においては、稼働能力の喪失は一個の結果で、これに因る損害も一個の損害である。したがって、請求時までの損害の賠償は一時金により請求し、将来の損害の賠償は定期金により請求しても、これらはあわせて法律上一個の損害の賠償請求である。すなわち、判断時における判断資料を全て共通にして判断されるものである。ある期の額の判断資料と他の期の額の判断資料が異なることはない。

(1) RG 1900.12.13, RGZ 47,405 ; RG 1910.6.20, RG 74,131=JW 1910,828.

(2) RG 1900.12.13, RGZ 47,405.

3　損害賠償定期金給付請求訴訟

A　訴訟物は、たとえば、某月某日の（職務中の）事故による（右脚切断による）稼働収入能力（七〇%）喪失による損害の賠償として毎月金一〇〇マルクを満六五才の終了に至るまで支払え

ということになろう。

B　確認請求との関係

(イ)　一般原則として、ある請求につき給付請求の訴えが可能でかつ適法であるときは、通例として、確認の訴えの法律上の利益（二五六条）は否定される。(1) たとえば、不法行為事故による死者の未亡人は民法第八四四条第二項にもとずき損害賠償定期金請求権を有し、この損害はその全範囲を算定することができるから、右未亡人は全範囲につき給付の訴えを適法に提起することができ、確認の訴えはその利益がない。(2)

しかし、右死者の娘については事情が異なる。娘の損害は死者たる父に対する扶養請求権が奪われたことであるが、これを塡補する定期金の期間は父の扶養能力よりもむしろ娘の扶養の必要により多く依存しそれは現在の及び現在予想できる事情を基として判断されるにとどまるから、娘の定期金給付の訴えの給付の申立は娘の損害の全部をカバーするものではなく、したがって、一切の損害の賠償の義務の存在の確認を求める利益がある。(3)

(1)　BGH 1952.4.4 Bcschl., BGHZ 5,314.

(2)　前掲 BGHZ 5,314. ただし、事故死亡官吏の遺族の民法八四四条二項にもとづく請求権はDBG一三九条により雇用主に移付されるが、雇用主のなす遺族扶助の額の法律による引き上げにより雇用主に損害が生ずることになり、かかる損害を加害者が賠償すべきことの確認を求める請求は、法律上の利益がある。(BGH 1956.6.22, NJW 1956, 1479)。なお、変更（増額）の訴えによることができる部分については確認の訴えの利益がないことを認めるものとして、BGH 1960.12.20（後掲 6 J）。

(3)　前掲 BGHZ 5,314. ところで、この一切の損害の賠償をすべき義務を確認した確認判決が、期間の定めのある定期金給付判決によって充塡されたときは（ausfüllen）、確認判決はその限度においてその対象が無くなる（gegenstandlos になる）。(BGH 1968.7.9, NJW 1968,2011)。

(ロ)　将来の給付請求につき、請求額及び支給期間を定める基礎たる事情が不安定で将来を予測することができない場合がある。この場合には、将来のうち予測すべくもない部分については損害賠償義務の確認のみがなされるべきである。(1) 損害賠償義務確認判決は後の給付請求のためにも権利関係の Rechtskraft ある確定をもたらし損害の範囲及び程度においてのみなお空白のものである。(2)

(1)　RG 1934.10.4, RGZ 145,196, JW 1935,200. 将来のうち予測すべくもない部分（期間）については給付請求を

なしえない。給付の訴えを提起した場合、その部分については訴は棄却される。ただし、そもそも賠償義務がないという理由ではなく、その部分については現在のところでは十分に理由づけられてないとして（als zur Zeit nicht ausreichend begründet）棄却されるのである。

（2）RG 1919.11.6, JW 1920,287.

C　一部請求の適否

稼働能力の減少等の損害の賠償を請求するにあたり、全損害を念頭において算出した定期金の全額を請求することができるのはもちろんであるが、訴えの申立をその一部に限定することも許される。(1)

（1）RG 1900.12.13, RGZ 47,405（ただし、この事案では全部が請求されていた）。ところで、金五〇マルク支払えという申立においては、それだけでは、それが全額請求か一部額請求かは明らかでない。そのときには、原告の主張内容を勘案したうえ、明示的に残部の留保がなされていないことも併せ斟酌して、全部請求たりしことが認定される（BGH 1961.2.27, BGHZ 34,337）。一部額請求である場合についてはなお残部につき、それがもはや存しない旨の表示か、その部分を放棄する旨の表示か、それともこの点については全くのブランクであるのかという問題があるが、これについては後に触れる（6）。

D　請求の当否の判断資料

（イ）損害賠償定期金給付請求は、基本たる損害賠償義務が存在し、定期金の各期の額と支給期間が相当であるときに、理由がある。前者については、いわゆる原因判決（三〇四条）をすることができる。原因判決においては、定期金支払義務の期間を定めなくてもよい。(1)

（1）RG 1909.5.18, RGZ 71,243.

（ロ）定期金請求は稼働能力の喪失または減少による損害の賠償請求としては法的には一体的の請求（ein rechtlich einheitliche Ersatzanspruch）である。(1) すなわち、損害の程度については一切の事情を評価して自由な裁量によりこれを判断すべきものである。(2) その結果、定期金と認められる額の根拠は各期について完全に同じ単一の根拠である。すなわち一体的判断により定期金が理由づけられる。したがって、数額の根拠（算定基礎）たる一切の事情なるものが変化するときは、現状（たる一切の事情）を基礎として数額を一体的に算定しなければならない。これの基準時は事実審の口頭弁論終結時である。したがって、たとえば、稼働能

力七〇%減を根拠として定期金の支払いを命ずる第一審判決に対する控訴により事件が控訴審に係属している間に稼働能力が零になった場合には、その損害の賠償請求は別訴によるべきではなく当該訴訟における請求の拡張によるべきである。(3) 一体的な判断を可能ならしめる必要から、新訴（別訴）は不適法とされる。(4) 新訴に対しては訴訟係属の抗弁（二重起訴の抗弁）が抵抗する。損害賠償請求は訴えによりその全範囲において訴訟係属となるのである。(5)

(1) 前出。RG 1900.12.13, RGZ 47,405；RG 1910.6.20, RGZ 74,131＝JW 1910,828.

(2) RG 1900.12.13, RGZ 47,405；RG 1934.10.29, RGZ 145,302＝JW 1934,3271.

(3) RG 1900.12.13, RGZ 47,405；RG 1922.3.27, RGZ 104,228＝JW 1923,990.

(4)(5) RG 1900.12.13, RGZ 47,405.

（ハ） 定期金の額を算定する基礎たる事情は現在（事実審口頭弁論終結時）存する事情であることはいうまでもない。たとえば、現在稼働能力は二〇%減であるとか、現在稼働能力が減少していなかったならば稼働収入は月三〇〇マルクであるとかいう事情である。しかし、将来、定期に、一定額を支払うことを認めるには、定期金の算定の基礎たる事情は、将来も同様の状態で継続することが予測できるものでなければならない。定期金の支給期間についても同様である。

予測できる事情はかならずこれを斟酌しなければならない。将来の反覆的給付の訴を認めたのは、将来訴えが反覆されることを避けるためであるから、(1) 将来の事情は予測できるかぎりこれを斟酌すべきもので、予想された事情が将来において現実に生起したときに変更の訴えにより判決の変更をえさせれば足るとして現在はこれを斟酌しないというのは違法である。(2)

現在まで存在するが将来は存しないことが確実である事情はいうまでもなく将来の定期金の算定の基礎にすることはできない。

現在は存しないが将来存することが確実に予測できる事情は将来の定期金の算定の基礎にしなければならない。（RG 1932.4.4, JW 1932,1967；RG 1933.3.23, RG 140,168, JW 1933,1772.）。これを主張しないで算定の基礎とされなかったときは、この事情を主張して確定の定期金判決と異なる主張をすることはできない。予測できるか否かは、事柄の通常の進行から見て、判断すべきであり、また、そういう予測で足りる。

原告が労働能力を回復する見込みがないことは予測すべき将来の事情である（RG 1935.5.6, JW 1935,2949）。原告の傷害の状態が良くなることが見込まれるときはそれは予測できる将来の事情である（RG 1912.14, JW 1913,272）。

事故により死亡した者に対し子が有した扶養請求権の侵害による損害の賠償たる定期金の支給期間の算定において、子が自から稼働する能力を有するに至るまでの期間は予測しうべきものである（RG 1905.1.19, JW 1905,152. 同旨、RG 1905.3.23, JW 1905,283；RG 1905.6.15, JW 1905,493）。これを予測しないで期間の限定をせずに定期金の支払いを命じた判決は取消されるべきである（RG 1905.11.2, JW 1906,27. 同旨の判例多し）。逆に、ある年齢を越えた後は、年齢を重ねるにつれ、稼働能力が減少することもまた予測しうべきことである（RG 1913.7.7, RGZ 83,65. 同旨、RG 1915.4.29, RGZ 86,377, JW 1915,700）。

子の扶養請求についても考え方は同じである。子らの祖父に対する扶養請求訴訟において、特段の事情がないのに、期間の定めなく扶養定期金の支払いを命ずる判決をするのは違法であり、将来の予測できる事情を基礎として期間を定めるべきである（RG 1916.3.20, JW 1916,836）。

夫有責の離婚において離婚後扶養定期金を妻に与える事件において、夫の将来の俸給が確定していてしかも著しくアップすることが予め分っているときは、そのようなことは、定期金の額を定めるのに考慮すべき事情である（RG 1911.1.12, RGZ 75,127）。なお、RG 1934.10.29, RG 145,302＝JW 1934,3271 は右判決を引用してこれに従っている。

傷害の苦痛が軽減することが予測され、同一額の年金を継続することが適当でないと予測されるときに、満六五歳に至るまで同一額の年金を認めるべきではなく、予測される事情を評価して年金額の基礎とすべきであり、これを変更の訴えの裁判に委ねてはならない（RG 1912.12.14, JW 1913,272）。

(1)(2) RG 1916.3.20, JW 1916,836. 同旨の判例多し。

4　損害賠償定期金給付請求についての判決とその効力（Rechtskraft）

A　(イ)　そもそも損害賠償義務の要件が存しないという理由で請求全面棄却の判決があったときは、これは終局的妥当性を有し、変更の余地がない(1)。

(1) RG 1924.9.29, RGZ 108.413＝JW 1925,55.

(ロ)　基本的損害賠償義務の要件は存するが、損害額が標準時において零であるときは、請求は全面的に棄却されるが、義務の存在を確認する部分については Rechtskraft は終局的妥当性をもって生じ、額の部分については、Rechtskraft は生ずるが終局的

妥当性をもってではなく（nicht endgiltig）、一時の間のものとして（interimistische）である。(1)

（1） RG 1900.12.13, RGZ 47,405；RG 1910.11.24, RGZ 75,24=JW 1911,103.

（ハ） 請求額の一部が認容され残部が棄却されたときは、認容部分および棄却部分のそれぞれにつき Rechtskraft が生ずる。この Rechtskraft も額の部分についての判決のそれであるから一時の間のものである。しかし、変更の訴えの提起に至るまでの間の部分については判決は終結性を有し不動である。(1)

（1） RG 1910.11.24, RGZ 75,24=JW 1911,103.

B 定期金の額・期間につき Rechtskraft により遮断される主張と遮断されない主張（あるていど7と重複）

（イ） 確定判決の標準時において存在した事実であって主張されなかったものは遮断される。右の標準時において予測できた将来の事情も、その時に主張されなかったときは、定期金の程度および期間を争うためにこれを主張することが遮断される。

稼働能力七五%減という事情を基礎として定期金給付の確定判決がなされた場合において、稼働能力七五%減は医師の誤診であり、当初から稼働能力を喪失していなかったという主張は、右判決の変更を求める事由たりえず、右判決後に稼働能力が全面的に回復したという主張は、右判決の変更の事由たりうる。前者においては、事情の変更はなく、事情についての医学的判断の変更があったにすぎない（RG 1929.11.21, RGZ 126,239, JW 1930,1592）。

夫有責の離婚判決確定後の離婚後の扶養請求訴訟において、夫は妻も有責であることの事実が判明したことを主張して離婚判決を争うことはできないから、妻の扶養請求権に右の事実は影響を与えない（RG 1934.10.29, RG 145,302, JW 1934, 3271）（類似の事案につき、同旨の根本思想にもとずくものとして、BGH 1958.3.5, BGHZ 26,392 参照）。

（ロ） 確定判決の標準時において存在しなかった事情および予測できなかった事情は、標準時後にこれが発生したときは、これを定期金の額ないしは期間の変更を求めるために主張することができる。すなわち、定期金の額ないし期間についての Rechtskraft にかかわらずこれを主張することができる。

（ハ） 確定判決の標準時において存在した事実であっても、定期金の額ないし期間の算定の基礎たる適格を有しないものは、Rechtskraft とかかわりなく、これに基づき別訴を提起すること

ができる。

夫婦別居において民法一三六一条にもとづき一方より他方に支払わるべき定期金は、不時の病気や手術の費用を含まないから、かかる予測できない需要に原因する請求権は定期金判決のRechtskraftにかかわりを有せず、したがってこれを主張する訴訟手段は通常の訴えであって民訴三二三条の訴えではない（OLG Hamburg 1939.1.25, JW 1939,634）。同旨（LG Berlin 1960.3.28, NJW 1960.1390）。婚外子の父が民法一七〇八条一項および一七一〇条にもとづき子に支払うべき扶養定期金について同旨（BVerf.G 1969.6.19 Beschl., NJW 1969, 1379）。

5　定期金の額ないし期間の変更請求

A　民訴三二三条の規定の性格　このことについては、判例の間の微妙な理解の相異がある。[1] それは、この規定の制定過程において、BGBの草案に存した規定がZPOにおいて規定されることになったことに原因がある。

（1）RG(WZ)1904.6.27は、民訴三二三条は変更請求権を実現する訴訟形式を建てたものであるといったと RG 1933. 3.23 が報じている。RG（WZ）1906.3.30（RGZ 63,118 = JW 1906,360）は、民訴三二三条はひとつの新たな実体法の規定であり、民訴七六七条とは異なり、訴えの方法で判決の変更を求める権利を衡平の観点から認めたものという。RG（WZ）1915.4.29, RGZ 86,377 = JW 1915,700は、民訴三二三の訴えはその本質はRechtskraftの効力に対する訴訟上の手段として形成されたという。RG（WZ）1933.3.23（RGZ140,168=JW 1933,1772）は、民訴三二三条はRechtskraftのルールの例外を示すという点に手続法的意義を認めるが、民法典草案中の規定が民訴法典に移された立法経緯にかんがみ実体法的な性質を有するとしている。OGH Köln（イギリス地区）1948.10.8（NJW1949, 144）は、民訴三二三条はもっぱら訴訟上の権利形成の訴えの性格を帯有するという。連邦憲法裁判所（BVerf. G）一九六五・七・三決定（NJW 1969,1339）は、婚外子扶養の事案において、民訴三二三条の訴えの裁判は実体法上の扶養の規範の適用を前提する、といっている。

LG Berlin-West 1950.12.6 判決は、民訴三二三条の定めは純粋に訴訟的性格を有することは判例学説において一般的に確定されているところだと理解している（NJW 1951,202）。

B　定期金の額ないし期間の変更請求権にもとずき執行異議の訴えを起こすことができるか。たとえば、金一〇〇マルクの定期金給付義務の執行に対し、三〇マルクの減額請求権を有する者

は、民訴三二三条の訴えによらずに執行異議の訴え（民訴七六七条）を起こして三〇マルクにつき執行不許の宣言をすることを求めることができるか。見解は分かれている。しかし、変更の訴えにのみよるべしとの見解が支配的になりつつあるようである。(1)

(1) RG(WZ) 1902.10.23 (RGZ 52,344 = JW 1902,608) は、前訴判決で給付を命ぜられた者が前訴判決により確定された請求権の除去または減額を原告として要求する場合においては、その訴えは右の請求権そのものに関する異議(Einwendung)と呼ばれ、そこで民訴七六七条の文言からはこれのかかる場合への適用がおそらく許されるであろうという。〔これだけでは、細目がはっきりしない〕

LG Köln 1948.7.8 (NJW 1947/48,557) は右のRGZ五二、三四四の右紹介の文を引用しつつ、なお細目をつぎのように明らかにする。将来の反覆的給付を命ずる確定判決に対しては、民訴三二三条の要件が存するときは、一回的給付を命ずる確定判決に対するのと異なり、権利否認の異議および権利（発生）障害の異議を主張し民訴七六七条の訴えを起こすこともでき、異議事由が生じているにもかかわらずなお給付をしなければならないのは不正であるから、異議事由が生じたときに遡って判決の執行を許さずとすべきであり、これにより民訴三二三条の訴えが減額請求の場合にも訴え提起以後の減額しか許されない（同第三項）という規定が無意味となるがそれはむしろ喜ばしいことであり、変更の訴と執行異議の訴とが管轄裁判所を異にすることにより、同時に双方の訴訟が係属することがあることについては、必要があればいずれか一方を停止すればよい。

LG Düsseldorf 1950.7.1 Beschl., (NJW 1951,202) は、右のLG Köln (NJW 1947/48,557) をいちいち反駁して、民訴三二三条の訴えによるべき場合には執行異議の訴えは許されないとする。すなわち、債権者または債務者の一身における事情の後発的変更は、権利（発生）障害の抗弁事由であり、執行異議の訴えの事由に該当せず、Rechtskraft をもって確定した請求の実現を攻撃することは法的安定からみて望ましいことではないので民訴七六七条は狭く解釈すべきであるから、権利障害の抗弁をも執行異議事由とするような拡張はすべきではなく、また、民訴三二三条の明文（両当事者が出訴できることおよび訴提起後の変更のみ許すこと）を無視することはできず、執行異議の訴えを許すならば、変更の訴えは不要となるという。事案は離婚後の妻および子への扶養定期金給付の訴訟上の和解の執行に対する事情変更を理由とする執行異議の訴えについての訴訟救助の申立であるが、判旨は、一般論も訴訟上の和解の場合も同じであるといっている。

OLG Köln 1951.7.2 (Beschl. (NJW 1951.8.49) は、

離婚後の妻に対する扶養定期金給付の裁判上の和解が債務名義である事案について、債務者は、変更の訴と執行異議の訴のいずれか一方を選択することができるし、変更の訴により裁判上の和解を変更事情発生の時から変更することができ、また裁判上の和解による執行の一時停止もできるから、変更の訴えを選んでこれが訴訟係属になったときは他方については権利保護の必要を欠くという。〔逆もまた同じとはいつていない〕。

LG Dortmund 1951.5.3 Beschl. (MDR 1956,619) はいう。扶養定期金給付判決あるときに扶養能力の減少または消滅もしくは扶養権利者の財産状態の向上があったときは、それらはその時以後に扶養請求権の発生を妨げる事情であるから、かかる請求権の要件の不存在の主張は民訴七六七条にいうところの異議ではなく、同条は Rechtskraft をもって確定した請求権に対する攻撃を許すことから例外的性格を有し、そのゆえに狭く解釈すべきであり、右の事情をも異議に該当するとすることはできず、また、民訴七六七条によっては前訴判決の Rechtskraft はそのままであり、請求権を理由あらしめる要件は前訴で将来のためにも確定されているからこれに反する裁判は Rechtskraft に牴触し、この牴触を衡平の見地からあえてなしうるのは民訴三二三条による場合のみであり、民訴七六七条によるときは、民訴三二三条の実用価値はなくなり、とくに第三項の明文を潜脱することになると。

同旨、LG Köln 1958.2.10 Beschl. MDR 1958,522；LG Darmstadt 1958.5.29, NJW 1958,1540；LG Tübingen 1960.8.29 Beschl. NJW 1961,82. 同旨のケルンLG一九六七・一・九決定（NJW一九六七、一三七七）は、民訴七六七条の訴えにより過去の分について異議を認めないことは、変更の訴えの提起以後の分についてしか増額を認めないことと同様、子の扶養という見地からは、必要に即応しない、という弱点について、それは、Rechtssicherheit の根拠にもとずき Rechtskraft を可能な限り一義的に定まった制限的な要件の下において破ることを実体的な権利状態を間断なく明らかにすること〔間断なく判決の変更をすること――筆者理解〕に優先させた民訴三二三条の規定の結果であると釈明している。

附言　民訴三二三条の訴えを民訴七六七条の訴えの管轄裁判所に提起することはできない（RG（前掲）52.344；RG 1905.1.5, JW 1905,133；RG 1911.3.31, JW 1911,548）。民訴三二三条の訴を提起したとき、変更さるべき判決の執行の一時停止を求めることができる（LG Königsberg 1935.11.22 Beschl., JW 1936,1159；OLG Köln, JW 1951,849；LG Köln 1967.1.9 Beschl., NJW 1967,1377）。

C　定期金の額ないし期間の変更を主張する手段。民訴三二三

条によるときは、訴えの手段による。訴え以外の手段によることは許されない。増額請求は訴えのみにより、減額請求権の行使は民訴三二三条の要件の存在にもとづき訴えの手段のほかに異議ないし抗弁（Einwendung）によることもできる、ということはできない。(1)

（1） RG 1907.6.21, JW 1907,520.

6 変更請求訴訟の訴訟物の範囲

A 序――将来の反覆的給付を求める請求権についての判決に内在する問題と後訴の審理の対象の関係

たとえば、毎四半期に一〇〇マルク支払えという判決があるとしよう。かかる将来の給付を命ずる判決が許されるのは、毎四半期に反覆して訴えを起こすことを避けるためである。ところで、将来の反覆的給付を命ずる判決は予測に基づく判決である。予測ははずれることがある。予測がはずれた場合には判決は修正されるべきであろう。かくて、将来の反覆的給付を命ずる判決は変更される要素をその性質上当初から内在させているのである。しかし、確定判決の内容は Rechtskraft を有する（民訴三二二条）。したがって予測がはずれたという一事をもって判決の変更を許すことは Rechtssicherheit からいってできないことである。そこで、予測がはずれたにもかかわらず確定判決の内容に拘束される状態を続けることが Billigkeit に反するときに判決の変更を許すことになる。ところで、予測は現存の事実を素材として将来の状態を推定することである。すなわち、現存の事実が将来も存続することを前提とする。したがって、予測がはずれるということは予想しえなかった事情が発生したことが原因である。そこで、かかる事情が発生して判決を変更すべき場合にはこれが発生したときから変更さるべきであろう。しかし、ここでもまた、Rechtskraft を無視することはできない。判決の変更は訴えの提起以後の時間のためにのみ許されるとされている（民訴三二三条三項）のは理由のないことではない。ところがこの妥協がまさにさらに問題を生むことになった。すなわち、判決の変更を許すべき事情が発生した時から変更の訴えを提起した時までの間について、判決の Rechtskraft を維持することが適当でないと感じられる場合についていかに処理すべきかという問題である。

これを要するに修正の可能性を内含する判決に一般の判決と同じ Rechtskraft を認めたことから生ずるところの、判決の安定と修正との間の相剋が生まれたのである。この現象が現実の生きた問題として起こったのは、第一次世界大戦後のインフレーション

とマルクの暴落および第二次世界大戦後の物価の暴騰によってである。訴訟事件になりその判決が法律誌に報道されることが多かったのは、前者にさいしては Aufwertungsklage（増額評価の訴え）であり、後者にさいしては Zusatzklage（追加の訴え）であった。すなわち、前者については Aufwertungsklage は民訴三二三条の訴えであるか否かが問題となり、後者については定期金増額請求の訴えが民訴二五八条の訴えかそれとも民訴三二三条の訴えかということが争われた。本稿の目的に照らすと、後者の問題についての判例を検討することは必要であるが、前者については必要に応じて参照すれば足りると思われる。

判決の修正の要請に民訴三二三条が即座には応じられないのは、主として二点である。第一は、その要件（＝事情の本質的な変更の場合にかぎる）。第二はその時期（訴えの提起以後の分の変更にかぎる）。特殊な事情の下においては、事情の変更が本質的であることを容易に認めることによって、救済の要請に応ずることができた（この点に関する判例の発展をフォローすることは本稿では割愛する）。しかし、法律（民訴三二三条三項）が定める時期の制限を潜ることはできなかった。

B　ある増額申立が、民訴二五八条の追加請求か民訴三二三条の変更請求かの問題というのはこうである。たとえば、月一〇〇マルクの賠償定期金を求めたら勝訴したかも知れないところを月七〇マルク請求し全部認容の確定判決を得た原告が、その後月三〇マルクの増額（または月四〇マルクの増額）を求めて訴えを提起した場合、この訴えはいずれに属するか。またたとえば、終身定期金を求めたら敗訴したかも知れないので満七〇歳までの定期金を請求して全部認容の確定判決を得た原告が、満七〇歳が近づいた頃に（または満七〇歳になってから）満七〇歳以後死亡に至るまでの定期金を求めて訴えを提起した場合、この訴えはいずれに属するか。(1) またたとえば、損害の全部を請求し請求額の全部が（＝損害の全部が）認容された原告がその後にそれ以上の額を求めて訴えを提起した場合、この訴えはいずれに属するか（この場合には、さらに Aufwertung の請求とのちがいも問題になる）。

（1）　増額部分ないし期間延長部分は前訴判決の対象でないと考えるならば、その部分については前訴判決の Rechtskraft は生じないから、判決の Rechtskraft を破る必要はなく、民訴三二三条の適用の余地はないことになる。定期金判決は einheitlich になさるべきであるから二個の債務名義が併存することは許さるべきでない、と考えるならば、右の場合にもなお民訴三二三条を適用し前訴判決を変更することによって一体性を保たなければならないであろう。

C　定期金には種々のものがある。本稿が対象とするものは身体傷害による稼働能力の喪失により蒙る損害の賠償としての定期金である。このほかにたとえば扶養定期金がある。ある申立が民訴二五八条の訴えか民訴三二三条の訴えかが争われ法律誌に多く報道されたのは扶養定期金（なかんずく婚外子の）についてである。そこで、扶養定期金に関する判例をまず調査する。しかる後に賠償定期金に関する判例を調査し、この両者の異同を検討し、それを通して賠償定期金の本質に接近したい。

D　扶養定期金に関する右の問題の判例が多く報道されたのは一九五五年前後である。これを分類して列挙するとつぎのとおりである。

民訴二五八条を適用すべしとする判例

① LG Kleve 1955.3.10 Beschl., Fam RZ 1955,331.
② LG Dortmund 1955.5.4 Urt., Fam RZ 1956,115.
③ LG Koblenz(ⅢZK)1955.7.13 Beschl., Fam RZ 1955,328 ＝NJW 1955,1881.
④ LG Aachen 1955.11.22 Beschl., Fam RZ 1956,24.
⑤ LG Koblenz (ⅢZK)1956.12.28 Urt., Fam RZ 1957,141 ＝NJW 1957,679.

民訴三二三条を適用すべしとする判例

(一) LG Trier 1953.10.31 Urt., Fam RZ 1954,55.
(Ⅱ) LG Landshut, 1954.8.18 Beschl., Fam RZ 1954,254.
(Ⅲ) LG Koblenz(Ⅲ ZK)1955.3.8. Urt., Fam RZ 1955, 186.
(Ⅳ) LG München Ⅱ 1955.3.30 Beschl., Fam RZ 1955,184.
(Ⅴ) LG Tübingen 1956.2.15 Beschl., MDR 1956,489.
(Ⅵ) LG Stuttgart 1956.3.9 Urt., Fam RZ 1956,291 ＝MDR 1956.303.
(Ⅶ) OLG Stuttgart 1956.6.13 Urt., NJW 1956,1843.
(Ⅷ) LG Zweibrücken 1958.8.8 Beschl., Fam RZ 1960,74.

E　右(D)に掲げた判例につき、事案の特性を列挙すればつぎのようになる。

(Ⅶ)の事案を除いてすべて婚外子の婚外父に対する扶養定期金請求（民法一七〇八条・一七一〇条）である。(Ⅶ)の事案もおそらく同型のものであろうが明らかには報道されていない。決定で裁判された事案は訴訟救助（Armenrecht）申立の事件で勝訴の見込みが争われたものである。また、すべての事案が、生計費の昂騰を理由とする増額請求である。(②)(Ⅴ)(Ⅶ)については明らかにはその旨が報道されていないが、同じ理由とみることができる)。

F　右の増額請求の申立を民訴二五八条の訴えと解する説を追

加説と仮りに称することとし、民訴三二三条の訴えと解する説を仮りに変更説と称することにする。追加説の判例と変更説の判例を比較対照して、その共通点とその相異点とをできるだけ明らかにしてみたい。まず、共通点を確認する。

（イ）　追加説も変更説も、民訴三二三条の規定の立法趣旨は Rechtskraft の例外的制限を設けることにあると考えている（たとえば、判例③、例外は判例(Ⅷ)）。〔そうすると、前訴判決の Rechtskraft が後訴の訴訟物に及ばないときは、後訴は民訴二五八条の訴えであることになろうか―筆者注〕

（ロ）　問題は、前訴判決の Rechtskraft の範囲であり、前訴の訴訟物の範囲である（判例⑤）。

（ハ）　たとえば毎月四〇マルクの扶養定期金を請求したときは、四〇マルクが訴訟物であり、四〇マルクについて裁判され、四〇マルクについて Rechtskraft が生ずる。四〇マルク全部認容の場合も、四〇マルク全部棄却の場合も、三五マルク認容五マルク棄却の場合も。〔四〇マルクを越える部分についてはどうか。ここで見解が分れる―筆者注〕

（ニ）　四〇マルクを請求した場合に、これを越える部分は放棄したと認められることはありうる（判例③）。

（ホ）　四〇マルクの請求が扶養定期金請求の一部であると明示したときは、四〇マルクを越える部分については Rechtskraft は生じない（判例③）。〔この点については変更説の判例は論じていないが、RGの伝統的考え方なので異論のないところであろう。ただし、一部請求たることを明示して四〇マルクを請求して三五マルクしか認容されなかった場合に、四〇マルクを越える（と称する）部分についてはいかなる考方によって処理するかの問題が残る。この問題については、右に列挙した諸判例は言及していない。おそらく、事件のすべてが全部請求であったのであろう―筆者補注〕

G　つぎに追加説と変更説の相異点を確認することにする。

（イ）　たとえば、毎月四〇マルクの扶養定期金を訴求し、それが一部であるとも全部であるとも明示しない場合において、請求全部認容の判決があったときは、認容額を越える部分の額につき Rechtskraft は生ずるか。追加説はこれを否定し、変更説はこれを肯定する。

否定の根拠はおおむねつぎのとおりである。前訴判決の認容額を超える額部分は前訴の訴訟物ではなくしたがって前訴の裁判の対象ではないからこれにつき Rechtskraft は生じない（判例③④⑤）。前訴の請求はすくなくとも（mindestens）四〇マルクという請求である（判例③）。全部勝訴の原告に不利な

Rechtskraft というものは存しない（判例③）。よって、請求額全部認容の場合には民訴三二三条は意味をもたない（判例③④⑤）。民訴三二三条は請求された額以上の部分についても Rechtskraft が生ずることを定めたものではない（判例⑤）。

肯定説の根拠はおおむねつぎのとおりである。前訴の訴訟物は全額請求である。よって、残額はありえない（判例(Ⅳ)）。反覆的給付請求の典型は全部請求である（判例(Ⅶ)(Ⅷ)）。扶養請求において全額を請求しないのは経験に反する（判例(Ⅵ)(Ⅶ)）。前訴の請求は四〇マルクだけ（nur）が請求権であるという主張である（判例(Ⅶ)(Ⅷ)）。論理的には、それ以上でもなくそれ以下でもないから、それ以上の部分には Rechtskraft は生じないが、それにもかかわらず、民訴三二三条が適用されるのは、それが、四〇マルクを全額として請求した原告の意思に適う（判例(Ⅶ)(Ⅷ)）。

（ロ） Rechtskraft の範囲については、否定説のほうが、判例理論の伝統に従っており、かつ論理的である。これは変更説も承認する（判例(Ⅷ)）。そこで、理論的攻防は他の点に移る。まず、請求額全部認容の場合に、残額請求を遮断することはできないのか。追加説はいう。被告は債務不存在確認の反訴を提起すればよい、と（判例⑤）。これに対し変更説はいう。被告が訴訟費用をかけて消極的確認の反訴を提起することを強いることになるのは、民訴法の基本原則に反するし（判例(Ⅳ)）、理由がない（判例(Ⅶ)(Ⅷ)）。

（ハ） 変更説はいう。追加説によるとするならば、原告は、請求棄却の場合には変更の訴えにより請求認容の場合には追加の訴えによることになるが、「請求認容の場合には被告の減額請求は変更の訴えによるのであるから―筆者補注」これは原告被告武器平等の原則（Waffengleichheit）に反し（判例(Ⅴ)(Ⅷ)）、民訴三二三条の文言《so ist jeder Teil berechtigt》に反する（第二項）と。これに対し、追加説はいう。Waffengleichheit は Rechtskraft を破る場合の訴訟におけるそれであって、これを破る余地のない場合をも含めて論ずべきではなく（判例⑤）、Rechtskraft が、請求が将来の反覆的給付請求の場合には一般の場合と異なり、残額分につき請求することに新たな要件（民訴三二三条）が加えられるという形で残額分に延長し追加が制限されるのは Rechtskraft は勝訴者に不利に働かないという原則に反すると（判例③④）。

（ニ） 変更説はいう。追加説によると、追加の訴えが絶え間なく起こされる虞れがあり、Rechtskraft が斉らす Rechtssicherheit と Rechtskraft による Prozessökonomie（定期金判決の Rechtskraft により毎期ごとに反覆して同額の金銭を訴求しなくてすむ―筆者註解）とを害すると（判例(Ⅳ)(Ⅴ)）。これに対し追加

説は反撃する。前訴判決後生計費が暴騰し婚外子の生活が窮迫しているにもかかわらず、それが事情の本質的変更でなければ増額できず（民訴三二三条一項）、増額が認められる場合でも増額請求の訴えの提起後の分しか認められない（民訴三二三条三項）のは前訴判決の Rechtskraft の不当な拡張・延長であり（判例①③④）、追加の訴えのほうが事態に適応した正当な判断を与えることができ（判例⑤）、またそうせざるをえない状況が存するのである（判例⑤）と。これに対しては、変更説は、個別の事案に即した解決を考えるのは立法者のすることで裁判所の任務ではなく、立法者は《dynamische》[1]扶養定期金制度を創設すればよいのでないかという（判例(V)）。

この婚外子の状況を判例⑤はつぎのように述べている。

第二次世界大戦後まず児童福祉官（Jugendämter）が婚外子のための扶養定期金の増額を大巾に得んと努めた。この正当な要求を容れて、一般的な生計費の上昇が民訴三二三条にいわゆる本質的な事情と看做されたことによって、初期の困難は切りぬけられた。前訴判決の Rechtskraft が後訴要求に立ちはだかるという懸念は全く現われなかった。それから後数年扶養定期金の増額獲得の努力がなされた。こんどは生計費の膨張ということではもはやジャスティファイすべくもないものであった。〔生活水準向上のための膨張だからであろうか―筆者註〕。かくて重大な困難が生じた。これに立ち向うべく、正当と思われる要求をいろいろの手段で実現すべく援助することが試みられた。たとえば、生活状況を安定にすること、基準表が増額に改訂されたこと、生活水準の向上を前にして裁判実務例が変ってきたことなどに民訴三二三条にかかわる重要性が認められた。しかし根本的にはそのいずれも民訴三二三条の従来からの解釈とはひとつになることが困難なものであり、いろいろな反対の声もあったところである。このような状況が Rechtskraft はそもそも後訴の要求（もっと欲しいという要求）に立ちはだかるものなのかという問いを誘発したのである。

(1)　ダイナミックな定期金というアイデアは、フランスにおける変動定期金（rentes flottantes）のアイデアと同じである。これについては、これを認めた判例とこれを否定した判例がある。

KG 1923.6.1. Beschl., JW 1923,940.

婚外子の母が父に対し児童局が定める最低扶養準則（Mindestunterhaltssätze）にスライドする扶養定期金準則による定期金の認容を訴求したところ第一審裁判所はこれを棄却したが、本判決はスライドする定期金給付を判決で命ずることを認めた。

判決理由要旨―第一審判決はマルクの一定額で扶養定期

金を認めたが、この額は判決言渡しの当時すでにオーバーホールされざるをえなかった。したがって、婚外子は生活してゆけない危険にあった。そして義務者は価値低下した貨幣で履行する可能性（これはジャスティファイできないものであるが）をもつことになった。そうなると、民訴三二三条の訴えが短い間隔を置いて頻りに提起されることになろう。よって、スライド制は緊急の実務の上での必要である。額を定額としない訴えの申立は不適法ではない。民訴二五三条二項二号は数字で明示した金額を要求していない（RG 21,387）。請求の特定（Abgrenzung）のためには事実の提示が請求を十分に識別できれば足りる。扶養請求権の要件は父性のみであって、額の基準（Mass）は母の生活状態であり、後者において流動的なファクターはマルクの購買力だけであり、Geldentwertung という事情は、これが認められた額の調整的変更を必要とする限り、額の基準に影響を与える事情である。よって、分りやすい算出しやすい衡平と思われる価値決定の基準のみが妥当する。このスライド制は強制執行についても難点はない。民訴七二六条により erweiterte Vollstreckungsklausel を申立てることができるのである。

OLG Karlsruhe 1969.5.7, NJW 1969,1488

第一審判決が、一九六八年一月一日以降月四〇〇マルクの慰籍料定期金（Schmerzensrente）を認容し、かつ、この額が、稼働収入無能力を原因とする法定の Angestelltenversicherung にもとずく定期金が、賃金および物価の変更に適応するのと同じパーセンテージで上昇することを認容した。原告も被告も控訴したのが本件である。本判決はこのスライド制を否定した。

判決理由要旨―かかる判決主文は実務の上で執行できない。よって不適法である。たしかに、判決主文中の Wertsicherungsklausel は当然に不適法というわけではない。一九二三年一二月二二日の負担軽減令第九条は amtliche Teuerungszahl を使用したこの種の Klausel を予見している。これはいまでもなお部分的に効力を有する。しかし、社会的な定期金（Sozialrente）の変更は amtliche Teuerungszahl に従ってではなく、多数の算定のファクターに従ってなされるのであって、判決主文で示す額を単純に算定するわけにはゆかない。また、右の Verordnung は明らかにインフレーション対策としてつくられたもので、一般の生計費に適合する《dynamische》な定期金の算定に類推適用することはできない。マルクの購買力喪失に対する救済はむしろ民訴三二三条によるべきである。

（ホ） 変更説はいう。追加の訴訟（民訴二五八条）においては被告は一切の抗弁・否認を主張できるわけであるが、扶養の義務自体（たとえば父であること）を争うことができるのは増額請求

訴訟の趣旨に合わないと（判例(Ⅷ)）。

H　追加説は、婚外子の扶養定期金請求訴訟事件を契機として、一九五四年にはじめて唱えられたといわれる（判例(Ⅶ)）。これは、Brox, Abänderungsklage (§ 323 ZPO) oder Klage auf zusätzliche wiederkehrende Leistungen (§ 258 ZPO), Fam RZ 1954, 237 及び Habscheid, Fam RZ 1954, 55（判例(Ⅰ)の評註）を指すのであろう。これらの学説の影響を受けたことは判決理由中の引用から明らかである。それはさておき、一九五三年まではどうであったか、また、この下級裁判所における追加説と変更説の対立はその後どうなったか、婚外子の扶養定期金請求訴訟における右の対立が、離婚後扶養定期金請求訴訟あるいは損害賠償定期金請求訴訟にまで尾を引いているかを調べて見よう。

1　追加説出現以前

（イ）　損害賠償定期金の期間に関し、前訴判決によって認められた期間を越える期間の分の定期金の請求の訴えを変更の訴えとした判例がある。(1) 期間について追加の訴えというアイディアは意識的には出ていないが、終身請求を全部請求としたとすればある年齢までの請求は一部請求となり残部には Rechtskraft は生じないことになるが、これと質を同じくする思想は現われていたということができる。

（期間には額にない特質があるように思える。まず、期間はその範囲を具体的現実的に特定することができる。額におけるように、全体のうちのどの部分か不明であるという問題は存しない。つぎに、ある期間の額と他の期間の額を異ならしめることができる。額の場合には、増額請求は、たとえば月四〇マルクをやめてその代りに月四五マルクとする請求であって、月五マルクの請求をしてその債務名義を月四〇マルクの債務名義に付加するのではない。期間の場合も、期間延長請求は、額が変らない場合には、右と同様の考え方の請求であると見ることもできるが、額が異なる場合には、従前の期間に付加する請求である。―筆者註解）

(1)　RG 1915. 4. 29 (RGZ 86, 377＝JW 1915, 700) ――損害賠償定期金を満七〇歳まで得られることに判決で確定した原告が一九一三年四月二六日に満七〇歳に至り一九一四年三月一〇日に訴えを提起し満七〇歳に至ってから死亡するまでの定期金を請求した。原審はこの訴えを変更の訴えと扱うことなく、これを棄却した。破棄差戻。RGは前訴請求と本訴請求がその範囲において全く別であるとした原審の認識を肯定しつつも、本訴を変更の訴であるとした。その根拠は要約すればつぎのとおりである。

本訴で主張された定期金支給期間は元来前訴の申立に含まるべきものであった。だが、事柄の通常の経過においては人は一般に事故に遭わなくても満七〇歳で稼働収入能力

を失なう〔よって、満七〇歳をこえる期間について請求してもその部分は棄却されたであろう—筆者補註〕。もし、これに反する例外が生じたら、それは民訴三二三条にいうところの事情の本質的変更である。前訴においては通常予想しうべき事情を額と期間の算定の基礎とする。予想しえない事情を基として満七〇歳以後の期間の給付を求めて棄却の判決を得たのでなければ変更できないものではない。〔でも、本件で、満七〇歳以後の期間につき定期金を認めるのは判決の変更といえるのか—筆者〕いうまでもなく、民訴三二三条は Rechtskraft の効力に対する訴訟上の救済で、Rechtskraft は前訴の請求部分についてしか生じない。〔よって、後訴で多くを請求し棄却されれば棄却された部分については Rechtskraft が生じ、増額のためにはこれを変更の訴えにより破らねばならぬ—筆者補註〕しかし、定期金の裁判は後からの修正を留保した一時のものとしてなされる。本件では、前訴判決の期間の算定の基準となった事情の変更がある。前訴判決の宣言は変更すべきである。この変更により、前訴判決がそういうものとして変えられるのではなく、その中に含まれる時間的な制約が変えられるのである。民訴三二三条をかかる場合に適用することはその文言に直接に叶うものではないが、規定の目的と趣旨には叶うのである。〔この時代には、まだ、このていどのふんぎりの悪い考え方であったとみてよいようである。後出 BGH 1967.9.19, NJW 1967, 2403 と対照せよ。—筆者〕

(ロ) 損害賠償定期金の額に関し、変更の訴えにより定期金債務を Aufhebung する判決があった場合について、その後に再び定期金（の復活）を請求した訴えを変更の訴えとした判例がある。(1)

(1) RG 1924.9.29 (RGZ 108, 413=JW 1925, 55)
原告は、鉄道事故による傷害の賠償定期金判決を一九〇二年に得たが、一九一二年の判決で稼働能力の減少が無くなったという理由で被告の賠償義務なしとされた。原告はその後再び健康状態悪化し稼働能力が新たに減少したという理由で定期金再給付を求めて一九一九年一二月六日に訴えを起こした。一審裁判所は本訴を新訴と見た。原審裁判所は本訴を民訴三二三条の訴えと見た。RG は原審の見方を支持した。理由はつぎのとおりである。
義務自体は認められるが主張された損害結果は認められないという理由で賠償定期金の訴えが棄却されたときについては、多数説は新訴を許し、他の者は民訴三二三条の訴えを許す。当初の請求額の僅かの一部が認容され残余たる大部分が棄却されたときには民訴三二三条の訴えが許され、その僅かの一部さえ認容されなかったときはこれが許

されないというのは Billigkeit に反する。よって民訴三二三の訴えが許される。この考方は本件にも拡張適用さるべきである。

（同旨、RG 1939.12.20, RGZ 162, 279）

（八）婚外子の扶養定期金が Geldentwertung（通貨の価値下落）のために不十分となったので増額を請求した訴えを民訴三二三条の訴えに準じて扱った判例が一九二四年から法律誌に出はじめている。(1)

（一）OLG Dresden 1924.4.24 Beschl., JW 1925, 381 ; LG Gotha 1924.5.6 Urt., JW 1925, 396.

OLG Dresden 判決は、子が判決で認められた扶養定期金が Geldentwertung の結果不十分になったときにその増額を得るために変更の訴えが利用されることが慣わしになっているといっている。したがって、法律誌にも、この判決よりも以前に、報道されているのかも知れない。

（二）損害賠償定期金が Geldentwertung のために不十分になったので増額を請求した訴えについては、当初ライヒ裁判所の判例はこれを民訴三二三条の訴えとして処理した。(1) Währungsverfall を本質的な事情変更として扱ったのである。しかし、変更の訴えとして処理するときは、訴提起以前の分については認められないことになる（民訴三二三条三項）。そこで、民法二四二条に根拠を求めて Aufwertung（増額評価）を請求することが認められるかが検討された。

判例は(2)、はじめ、第一次世界大戦前（インフレーション前）の時期に判決で定期金が認められている場合には、請求権の全部につき判決したものであるから、増額評価をすることは Rechtskraft に阻まれて不可能であり、インフレーションの進行中の時期に判決で定期金が認められている場合には、通例として請求権の一部のみについて裁判しているから、残部についてはこれを増額評価した額において新訴により主張されることができる、と考えた。

しかし、判例はこの考えをあらため、インフレーションの前の時期に判決で定期金が認められている場合についても増額評価請求を認めた。(3) それでは、増額評価請求の訴えと並んで変更請求の訴えも起こせるのであろうか。二個の訴えを（別訴でまたは併合して）起こすことが許されるとした判例は見あたらない。一個の増額請求を民法二四二条と民訴三二三条の二つの訴えの原因によって理由ずけることは適法であるとする判例はある。(4) しかし、増額評価請求しかなしえない場合(5)もあろうし、また変更請求しかな

しえない場合も存する。(6) また、原告の増額評価請求に対して被告が民訴三二三条の要件の存在を理由に抗弁を提出することができる場合もある。(7) また、原告の減額請求の訴え（民訴三二三条）において被告が定期金の増額評価を主張することができる場合もあろう。

（1） RG 1924.6.28；RG 1925.6.29, JW 1926, 52, RG 1926.1.25；RG 1926.5.10；RG 1926.3.6, いずれも民事第四部の判決である。（以上は RG 1926.7.1, RGZ 114, 188 からの孫引）。

（2） 注(1)の判例。一部請求理論の苦しい拡張である。

（3） RG（民事第四部）1926.7.1, RGZ 114, 188. 一八七七年七月五日のラント裁判所の判決により、ライヒ責任法にもとづき、被告は原告に月八二マルクの賠償定期金を支払うべきこととなった。原告は、Geldentwertung を理由として、一九二四年九月一日から月八二ライヒマルクの支払いを訴求した〔一九二四年八月に Reichsminzgesetz が制定され、純金二七九〇分の一キログラム＝一ライヒマルクとされた―筆者註〕。一審請求認容。控訴審で原告は請求額を月一二六・五〇ライヒマルクにあげた。控訴裁判所は月一〇〇ライヒマルクを認容した。被告の上告は棄却された。

判決理由―前訴判決の Rechtskraft の範囲は、八二マルクを払うことを毎月について定めたことである。八二マルクは一八七七年当時の安定した通貨水準を前提とし判決はこの価値状態の維持を欲していた。その手段を、判例がマルク＝マルクの原則を廃棄した以上〔RG 1923.11.28, RGZ 107, 78をさすであろう―筆者〕、民法二四二条による増額評価が提供する。増額評価の方法で、訴訟上の請求の範囲が、Rechtskraft の範囲を越えて拡げられるのではなく、正しく認識されて、マルクの以前の価値状態との関係を保って回復されるのである。したがって、定期金判決のケースにおいては、前訴において請求権が全額において裁判されてしまっているという状況は増額評価を阻むものではない。

（4） これを明言するのは RG 1930.7.2, RGZ 129, 316. これの実例は RG(W) 1925.6.29, JW 1926, 52；RG(W) 1933.3.23, RGZ 140, 168=JW 1933, 1772；OLG Karlsruhe 1934.2.14, JW 1934, 1801.

RGZ 129, 316 の判例はいう。民法二四二条にもとづき斟酌すべき事情の変更と民訴三二三条にもとづき斟酌すべき事情の変更との二つの原因にもとづく請求ということもありうるだろう、と（三一八頁）。

RG(W) 1925.6.29, JW 1926, 52. 一九一九年一一月一三日の判決はライヒ責任法にもとづき損害賠償定期金とし

て四半期ごとに七二〇マルクを原告に支払うことを被告に命じた。原告は本件において、定期金の増額評価を一九二三年一〇月一日以降につき請求した。控訴裁判所は増額評価自体はこれを認めたが、原告の稼働収入無能力に反対する抗弁を容れて一審裁判所に差戻した。被告は上告したがこの上告は棄却された。

判決理由―被告は、本訴の提起以後（民訴三二三条三項）、ライヒ責任法第三条にもとずく賠償扶養定期金の目的に沿って、前訴判決により認められた毎四半期七二〇紙幣マルクの額の代わりに、生活維持に必要な程度をカバーするだけのものを、給付しなければならない。被告は、右の七二〇紙幣マルクは判決当時せいぜい一〇〇金マルクにしか相当せず、これをこえて増額評価することは許されない、と主張することはできない。裁判官は、〔民訴三二三条の訴訟においては―筆者補註〕変更した事情にもとずき定期金の額につき、制約を受けることなく、右と別様に判決することを妨げられないからである（RGZ 75, 24）。

しかし、本訴の提起の時に直近する四半期の分については、増額請求は理由がある。前訴判決に従い、被告は右の四半期の分として、一九二三年一〇月一日に七二〇紙幣マルクを支払わなければならなかった。この額は Geldentwertung の結果無価値に帰した。ライヒ裁判所の判例において、前訴において認められた金額が損害を除去するのに十分でないときは Geldentwertung の損害を追加的に主張することができること、および、このことを、前訴の裁判の Rechtskraft は、請求をこえる部分が判決において否定されていないかぎり、阻まないこと、が認められている。（RG. 109, 195 ff, 346, 375 ff; 110, 102, 147 ff）。

RG(W) 1933.3.23, RGZ 140, 168. Eは一九一四年一二月二三日死亡した。Eに第一の婚姻の娘二人があった。Eの第二の婚姻の妻には子がない。娘二人と第二の婚姻の妻との間に公正証書契約が締結され、娘二人は連帯して第二の妻に年三八〇〇マルクを一九一五年一月一日より終身与えることとなった。この扶養年金の増額評価につき争いが生じた。判決により娘二人は第二の妻に一九二四年五月一日から年二七六〇ライヒマルクの定期金を支払うことになった。娘二人は、これを年二一六〇ライヒマルクに減額することを訴求した。第一審は訴を認容した。被告（右の第二の妻）は跳躍上告をした。ところが跳躍上告は手続の瑕疵を理由としてはなしえない（民訴五六六条a第三項）。しかるに、上告理由は民訴三二三条に依拠した。そこで民訴三二三条が実体規定か手続規定かが問題とされた。本判決は、民訴三二三条は実体法的性質をも有するとして跳躍上告を適法であるとした。本案については上告は成功し訴えは棄却された。理由は、本訴（変更の訴え）において原告等が主張した事情は、前訴（増額評価の訴え）の時に存

したものないしは予測しえたものであるからというのである。つまり、増額評価の訴において民訴三二三条の訴えの原因をも主張しえかつ主張しなければ遮断されるということである。

(5) RG 1930.7.2, RGZ 129, 316 が、法的には民法二四二条にのみもとずいて判決すべき請求が問題となっているということはありうるであろうといっている（三一八頁）。

(6) RG 1930.7.2, RGZ 129, 316 のケース。

原告は一九一八年三月六日の確定判決により年平均四八〇〇マルクの賠償定期金を得た。まもなく原告は本件の訴えを提起し増額請求をした。一、二審とも原告の請求を認容したが、上告審で原判決を破棄し差戻した。

判決理由―破棄差戻しの理由は民訴三二三条の要件が存しないことにあったのであるが、その前提として、本件の訴えは増額評価請求ではないとした。すなわち、上告理由が、一九一八年三月六日判決は紙幣マルクの支払いを命ずる判決で、これは請求の一部についての裁判であり、本訴は残部についての請求であるから、民訴三二三条二項および三項の制限には服せず、したがって、被告の抗弁すなわちXの現在の稼働能力の原因は傷害事故の当時すでに進行中の医学的診断の誤りによって見落された病気にあるとの主張を審理すべきである、と主張したのに対し、請求がいかなるものであるかは原告の陳述を基準として判断すべきところ、原告は損害の計算の根拠を一九一四年に任命された執達吏の収入においており、これを基とするかぎりこれを変更するのは法律によるから、民法二四二条の余地はなく、民訴三二三条のみが適用の可能性を有するとして、本件につき増額評価請求の余地なしと判断した。

(7) RG 1928.1.5, JW 1928, 564. この判例は前訴判決が明示的に稼働能力回復に至るまでについてのみ定期金を認めていた事案について、定期金義務者は、増額評価請求訴訟において増額請求の原告は稼働能力を回復したとの主張を抗弁をもってすることを認めたものである。なお、この事件では、抗弁が前訴判決自身が引いた限界の内にあることにかかわるので、もともと評価替えをする必要性が存しないという点で、定期金義務者は増額評価請求の訴えに対して事情変更を理由として抗弁を提出できるかどうか、いかなる限度でできるかの問題に関する RG 1926.6.23 および RG 1926.10.2 とは事案が異なる、と指摘している。

(ホ) 以上の資料からつぎのことがいえるように思われる。追加説は前訴請求を一部請求と観念することおよび Rechtskraft は請求額の範囲にしか生じないという観念と密接に結びつくのであるが、追加説出現の前に、右の二つの観念がすでに存すると見受けられるにもかかわらず、これらが、増額請求は民訴二五八条に

よれば足りるとする結論にまで結晶するに至っていない。してみれば、追加説は、とくに、婚外子扶養という、その支給の一日の遅延も許されないような事項について、物価暴騰の時代に、出現するに至ったのであり、その限りで、政策論的解釈論の色彩を帯び、定期金給付判決全般について通用することを主張しうべきか否かは疑わしいと思われるのである。

J　BGH（MZ）1960.12.20

下級裁判所の判例は、追加説の出現により、追加説と変更説とに分かれた。この対立はいずれは止揚されなければならない。この状況において、BGHが追加説を否定する判決をした。これを紹介しておこう。

BGH 1960.12.20 (BGHZ 34, 110=NJW 1961, 871=JZ 1961, 546)

一九三〇年四月二五日、まもなく二二才になる原告に一台のトラックが衝突し、彼は両睾丸を失い左膝の硬直が残った。一九三一年一月八日、Ravensburg ラント裁判所は、原告に六五才を終るまで四半期ごとに二一マルク二五を支払うことを、PとSに命ずる判決をした。Pはトラックの保有者としての、Sはトラックの運転者としての賠償責任を問われたのであった。金額の根拠は、原告は衝突事故がなければ搾乳人として年収一六九〇マルクを得たはずのところ、事故により収入能力が五〇パーセント減少したというにあった。

一九三八年三月八日Pは死亡しPの妻と五人の子が相続した。子等はその相続分を母に売った。一九四三年一月一九日Sが死亡し、その妻が四分の一、二人の子が八分の三ずつ相続した。一九四八年五月一一日Sの妻は死亡した。そして二人の子が相続した。そのうちの一人が本件被告である。

原告は、一九五三年一〇月に病気になり、一九五四年四月七日をもって労働不能（invalide 廃人）と認定され、以後労働不能者年金を受けることとなった。一九五六年七月一〇日、原告はP未亡人と本件被告を相手方として、変更の訴えを起こした。理由は、かの事故によりいまや完全に稼働収入無能力となった、搾乳人の賃金は騰貴しているというのであった。

一九五八年一〇月八日、Stuttgart 高等ラント裁判所は、原告が満六五才を終えるまで四半期ごとに九三六マルク支払うことを、被告に命ずる判決をした。一九五三年五四年の病気の一部が事故に原因し、予測することができなかったものであることおよび搾乳人の賃金が騰貴したことを認めたのであった。

原告は、一九五八年一二月五日に送達された訴えを起こし、一九三〇年四月二五日の事故にもとずく一切の将来の損害の賠償をなすべき―社会保険機関に移転した請求権およびすでに確定判決をもって命ぜられた額を除き―義務が被告に存することの確認を求めた。

理由は、健康状態は不安定で、よくなるかも知れないが悪くなるかも知れず、座してする軽い仕事すらできなくなるかも知れず、これに加えて、搾乳人夫賃はその後また騰貴した、というのである。また、原告は、その時になってから新たに変更の訴えを起こせばよいのかも知れないが、前訴で被告が消滅時効の抗弁を提出しているので、将来の新たな変更の訴えの手続においてもまたそうすることが考えられ、この危険を避けておくために確認の訴えが必要であり、かつ、将来の変更は現在すでに予測ができるから確認の訴えができる、と主張した。

被告は、消滅時効を主張し、かつ、原告主張の請求権については変更の訴えという手段によることができるのであるから確認の訴えの権利保護の利益はないと主張した。

ラント裁判所は確認の訴えを認容したが控訴裁判所はこれを却下した。原告は上告したが上告棄却。

〔判決理由〕 控訴裁判所が本件確認の訴えを確認の法的利益なしという理由で却下したのは正当である。

1 原告は本訴でもって現在の定期金を変更した事情に適合させる将来の請求権を被告の損害賠償義務を既判力をもって確定する判決によって保全せんと欲する。もし、原告が、定期金の増額を、民訴三二三条の変更の訴えでもってではなく新説が認めるように（Bosch, Fam RZ 1955, 331；1956, 25；Brox, Fam RZ 1954, 237；1955, 66 und 320；Habscheid, Fam RZ 1954, 55 und 255；1957, 60 und 62；Pentz, ZZP 69, 351；NJW 1953, 1460；Fam RZ 1956, 271；Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozessrechts 8 Aufl. S. 764；ZZP 68, 312；OLG Koblenz Fam RZ 1954, 253 sowie die Landgerichte：Aachen Fam RZ 1956, 24；Dortmund Fam RZ 1956, 115；Kassel MDR 1957, 365；Kleve Fam RZ 1955, 331；Koblenz NJW 1955, 1881；Fam RZ 1955, 328；1957, 141；Stuttgart Fam RZ 1956, 291)、たんなる民訴二五八条による追加請求の訴えでもって、獲ちとることができるとするならば、原告の右の要求は認められるであろう。この新説によれば、定期金増額訴訟においては原告にそもそも損害賠償請求権が帰属するか否かが新たに審理されなければならないはずであるから、原告は被告の損害賠償義務がその前にすでに既判力をもって確定されるということにつき法律上の利益を有することになろう。しかし、定期金の増額が、民訴二五八条の給付の訴でもって、民訴三二三条の要件が存在しなければならないのを度外視して、主張されることができるという見解にBGHは同調することはできない。

判例及び学説は、原告が第一の訴訟において彼の定期金要求の全部認容を得た場合については、定期金の増額の請求を、それほど昔でない先頃まで、民訴三二三条の変更の訴として扱っていた。近頃—とくに扶養請求権について—民訴三二三条の限界を克服してこの規定の適用を、既判力の効果が除去されなければならない場合、すなわち、原告の請求の後の訴訟で請求し

た部分が前の訴訟で棄却されているかまたはその他の訴訟手段（たとえば確認の反訴）によって既判力をもって裁判されている場合に、限定することが試みられている。だから、後の訴訟で訴求した額が前の訴訟の対象でなかった場合には民訴三二三条は適用さるべきでないことになる。民訴三二三条は、その法典中の位置が示すごとく、既判力の規制からの例外を創ると主張されている。したがって、これを適用することは、前訴判決の既判力がより多額の定期金の支払いの請求の障害となっていることを要件とする。原告が前訴においてその金額において勝利を収めた場合はこれに該らない。既判力は訴求された額よりも多くを撼えるものではない。ある訴えをその全範囲において認容した判決は原告に不利に既判力を示すことはできないだろう。けだし、かかる判決によって、原告は訴求した額を請求することができるということだけが既判力をもって確定されるのであって、原告にはそれ以上の額は帰属しないということが確定されるものではないからである。

民訴三二三条のかかる解釈は規定の意味及び目的に合わないし規定に相応する意義に合わない。この解釈に従い前訴で勝訴した原告に民訴三二三条の法的手段を拒絶するならば、この規定の適用範囲は、その目的及びその意義と結びつかないしかたで制限されることになろう。まさに、婚外子の扶養法において—このために新説が発展している—児童局が請求する扶養料は圧倒的多数のケースにおいて全額認められている。かかるケースにおいて、及び原告が全部勝訴した他のすべての定期金訴訟において、非常に広い範囲にわたり民訴三二三条を排除することが法規の意思に適合すると認めることはできない。むしろ、法規の文言に従えば、また法規の意味及び目的に従っても、立法者は民訴三二三条を導入することによって、将来弁済期が到来すべき反覆的給付を命ずる判決があった場合に、当該判決の基礎であった事情の本質的な変更が判決の変更を必要とする一切の場合についてひとつの特別規制を創設した、と認められる。かかる将来の給付請求権は、—なかんずく、家族法上の扶養定期金及び民法八四三条、八四四条二項もしくは八四五条の損害賠償定期金—その存立、その額、その存続期間が将来のしばしば変容するところの事実関係の形勢に左右されるという特殊性を有する。かかる事実関係の発展はしばしば予測できないから、裁判官は多くのケースにおいてかかる推測上の将来の事物の形勢に判決を合わせることができない。民訴三二三条は、一定の判決基礎事実に本質的変更があった場合に変更した事実関係に適合させることを許すことによって、将来の展開を評定することにおける不確実性を斟酌しているのである。民訴三二三条は事情変更の原則（clausula rebus sic stantibus）、すなわち、行為基礎の理論のなかにその沈澱物を見出すところのかの基本原則の訴訟への適用ケースであることがはっきりする。

(Habscheid, Fam RZ 1954, 34, 36; Wussow, Informationen zum Haftpflichtrecht 1960, 158)。同時に民訴三二三条は、先

行した裁判所の裁判に対してかかる適合を成就することができるところの手続法上の道を示す。

変更の訴えの規定は既判力の規定たる三二二条の次に位置する。このことからは、将来弁済期が到来する反覆的給付の場合には、判決の既判力も、新事態に適合することに対する障害ではないということのみが結論される。変更の訴えが既判力の効果が除去されなければならない場合に限られるということを、三二三条が三二二条の次に位置することから結論すべきではない〔傍点筆者〕（RGZ 86, 377, 383 は正当である）。右判決によれば、原告の増額請求はすべて、民訴三二三条にもとずく訴えでもって主張することができるために、前以て提出されていなければならないというのは、法規の趣旨とするところではない。変更した事実関係への適合という意味での定期金判決の変更の要望はすべて、個々のケースにおいて形式的既判力効果が存するか否かを顧みることなく、民訴三二三条に従って判断すべきものである。前の訴訟の勝訴の原告が事実関係の変更を理由により多額の定期金を要求するときは、要求された増額分は前訴において係属していなかったという事実は、三二三条の適用を妨げるものではない〔傍点筆者〕。

右の結論は含蓄があり実際上の必要にも適合する。前訴で全部認容された原告の定期金増額請求を一部棄却された原告のそれと別異に扱うことをジャスティファイすることができる根拠は見当らない。本件のごとき収入喪失を例にとるならば、右の双方の場合、前の訴訟で原告の収入喪失の全部の賠償請求が終局的に吟味されそして判断されているのである。右の双方の場合、新たな訴えの意味するところは、原告が現在置かれている事実関係を斟酌して、収入喪失の全部の賠償になるように、より多額の定期金を原告に認めることである。いずれも、民訴三二三条が規制せんと欲する適合のケースである。いずれの場合にも利益状態は相等しいから、定期金の増額を異別の道により異別の要件のもとで許容することは実質的に正当でない。新理論に従うならばかかる異別扱いが生ずることになろう。新理論によれば、一部棄却された原告のみが、棄却された部分について、民訴三二三条の変更の訴えを起こすことができる。彼は定期金の増額を将来に向ってしか請求することができないが、他方、被告の責任の根拠をもういちど証明しなければならないという義務から免かれる。けだし、民訴三二三条が適用される場面では、請求権の基礎自体を新たに審理するのではなく、定期金の量定の基礎だけが審理さるべきであるからである。これに反し、民訴二五八条の追加請求の訴えは増額請求を過去のためにも許容するが、原告はその要求する増額ごとに新たに請求権の基礎を主張しなければならず、必要あるときは立証しなければならないという重大な不利益がこれに結びついている。原告は再び一切の抗弁に、被告が前訴において損害賠償請求に対して提出した抗弁にも、曝されることだろう。被告がこれに固執すると、前訴での証拠調べがすべて繰返されなければならない

ことになろう。同一の当事者間に同一の事実につき数個の訴訟を許容することが訴訟経済の原則に反することを別としても、前の訴訟の勝訴の原告を、一部棄却された原告と比べて、右のようにその権利追求において不利にすることは意味のある結果とはいえない。原告に民訴三二三条の利益を開放するためには一切の増額請求を前以て提出しなければならないとするならば、原告は訴訟費用の一部を負担することになる訴えの一部棄却の危険に曝されることを余儀なくされるであろう。かかることは法規の趣旨とするところではありえない。

たしかに、認容された定期金の増額を民訴三二三条により獲得せんとする原告にとって、法律が、定期金増額の要件として定期金量定の基準たる事実関係の本質的な変更を要求している点に、民訴二五八条の附加の訴えにおいては一般の賃銀や物価の僅少な変化の場合にさえ定期金額の増の主張ができるのに比べて、ある加重が存する。しかし、そのことのゆえに本問題について右に述べたのと異なる結論に至ることはできない。今日では、経済事情の変更が、官吏の給料や経済生活において賃銀や俸給の変化をもたらすときは、それを民訴三二三条の意味で本質的なものとみることができようし、また、そうみなければならないだろう。こう考えることによって、変更の訴えに頼る原告の利益は十分に擁護され、経済的な事由により民訴二五八条による給付の訴えを許容する必要があるとすることはいらない。

Bundesgerichtshof 及び Reichsgericht と同様に、本件のようなケースについて、追加請求の訴えまたは附加の訴を許容することに反対が表明された。例えば、Baumbach-Lauterbach, ZPO 25. Aufl. § 258 Anm. 1 und § 322 Anm, 4 unter "Nachforderung"; Schönke-Schröder-Niese, Lehrbuch des Zivilprozessrechts 8 Aufl. S. 344; Bereiter-Hahn, Fam RZ 1955, 94; Donau, MDR 1956, 655; Franke, DRiZ 1957, 304; Lent, NJW 1955, 1865, OLG Stuttgart NJW 1956, 1843 sowie die Landgerichte München II Fam RZ 1955, 184, Tübingen MDR 1956, 489 und Zweibrücken Fam RZ 1960, 74.

原告が前訴手続において、一部請求の訴えを提起したにすぎないときは、すなわち、たとえば、彼の収入喪失のうち、まず一部だけを請求した場合、または、定期金をまずある短い期間の間についてのみ請求した場合には、いうまでもなく追加請求の訴えは許される。それ以上の部分を請求するときには、前訴判決を変更した事実関係に適合させるという民訴三二三条が規制するケースが問題とされるのではなく、一般に承認されているように、民訴二五八条にもとずく訴えでもって主張すべき真正の追加請求が問題とされるのである。民訴二五八条の訴えの方法は、しかし、前訴において原告に帰属すべき定期金の全額が彼の申立どおりに認容されたときは、彼には閉ざされているのである。

搾乳人夫賃のその後の昂騰に従い定期金の増額を請求するのに、民訴二五八条の単純な給付の訴えは原告には開かれていない。よって、原告の確認の訴えのための理由ずけとしての既判力保全という上述の観点はこれによって離脱する。

2 〔以下略〕

この判決はすべての論点に言及し委曲を尽くしている。それゆえに全文を紹介した。この判決が追加説を否定した理由には、理論構成上の特長と実質的な配慮とがある。それは筆者が傍点をつけた箇所がとくによく示している。これによって、追加説と変更説の対立を止揚して、従来の根拠ずけとニュアンスの異なる根拠ずけによって変更の訴えによるべきことを明らかに宣言したのである。

K BGH 1967.9.19, NJW 1967, 2403

前掲BGH（一九六〇・一二・二〇）は増額請求事件であった。定期金給付期間の延長についても同じような考え方をするのであろうか。この点についてもBGHの判決がある。

定期金給付を満七五才まで請求したところ満六五才まで認められその余の部分を棄却した判決の確定の後に、満六五才以後の期間につき再び定期金を請求した事件である。

判決理由要旨―本件は民訴三二三条の変更の訴ではない。増額請求は民訴三二三条の訴えであるが（BGHZ 34, 110）、本件はこれとは異なる。前訴判決は一部判決（Teilurteil）である。六五才から七五才までの部分は棄却されたからである。〔棄却部分も判決の内容をなすからこの部分をも含めた全部判決ではないのかというとさにあらず―筆者補註〕。棄却の部分の棄却の理由は六五才以降については十分に見透しがきかないというのであった。よって、この部分の棄却は差し当りの（zur Zeit）棄却にすぎない（RGZ 145, 196）。つまり、六五才までについて本案につき裁判し、これをこえる期間については本案の裁判を auskklammern したのである。前訴裁判所は原告の当面の保護としては確認判決でもって足りると宣し、事情が後になって見透しがきくようになったときは新たに給付の訴えを起こす余地を原告に残した。請求権がこのようなやりかたで意識的に本案の裁判の対象からはずされているときは、後に事情が明らかになったときに給付判決を求めるには、新たな独立の訴えを起こすべきもので、民訴三二三条によるものではない。

L BVerf.G 1969.6.9. Beschl., NJW 1969, 1379.

通常でない予見できなかった需要が婚外子につき生じた場合にその費用の請求を父にすることは民訴三二三条の訴えであろうか。これについてつぎのような判例がある。

BVerf.G 1969.6.9. Beschl., NJW 1969, 1379.

基本法第六条第五項にかんがみ、民法典一七〇八条一項および一七一〇条の規定は平常でない予見できなかった特別需要をも婚外父に請求できることと定めたと解されるべきかにつき争いになった事件において、判旨は、これを肯定したうえで、その訴訟上の手段は追加の訴えであるとして、民訴三二三条の訴えでないことを明らかにした。

「変更説によれば、婚外子の扶養定期金の支払いを命ずる判決は全扶養請求権を包含するからその額を増すには民訴三二三条の訴えの手段しか許されないが、一回的な特別需要の訴提起前に生じた費用の請求の場合には、民訴三二三条の要件は存在しない。扶養定期金給付は婚外子の生活全需要を包含するものではあるが、ノーマルな（normal）予見できる（vorhersehbar）通常の（gewöhnlich）生計費を前提としており、前訴判決の Rechtskraft もこの点に限られるから、通常でない需要の費用の請求は、予見できなかったのであり、前訴判決の命ずる定期金と並んで、民訴三二三条の要件に依ることなく、一回的または、一時的のものとして、追加の訴えにより主張できる。こういう趣旨である―筆者補註」。

7　変更請求訴訟における弁論の限界（あるていど4Bと重複）

A　民訴三二三条にもとずく訴えは前訴判決によって終結した訴訟の継続ではない。(1) 基本的な損害賠償責任の義務の存否については前訴判決が存在すると確定したところを基礎として、(2) 額または期間の程度のみについて審理する。額または期間については、前訴判決を解釈することによっていかなる事情がその算定の基礎とされたかを認定しそのうちどれが変ったかを審理する。(3) たとえば、稼働収入能力七五%減という事情は額の算定の基礎になる事情であるが、この事情の判断は裁判の理由にとどまり Rechtskraft を有するものではなく、(4) これが変化したとの主張があればこれを審理する。額または期間の算定の基礎とされた事情のなかにはその後変化したものと変化しないものとがあり、変化しないものはそのまま額または期間の算定の基礎とされるべきものである。(5) たとえば、前訴判決において稼働収入能力七五%減と評定された場合において、この評定は正当であったが現在は二五%減となっているということは稼働収入能力という事情の変化である。しかし、前訴判決の評定が誤りであってもともとから二五%減であったという場合には、そのような判断をすることは妨げられないが、(6) 前訴判決当時二五%減で現在も二五%減ということは稼働収入能力という事情に変化はないということであってただ能力減の程度の評定に変化があったにとどまり、(7) 前訴判決における評定が正当であったかを問うことは Rechtskraft により妨げられる。(8) すなわち、これを問うてその誤りであったことを理由として前訴

判決の変更を求めることはできない(9)。前訴判決の後に発生した事情と前訴判決当時存在したがその後に知るに至った事情とは区別されなければならない(10)。その後に判明するに至った正しい評定も同様である。右のような意味での変化した事情と従前から変化しない事情とを綜合的に斟酌して額または期間を裁判官がなにからも制約されずに新たに前訴判決と異なるように算定するのである(11)。

（1） RG 1902.10.23, RGZ 52, 344=JW 1902, 608.
（2） RG 1924.9.29, RGZ 108, 413=JW 1925, 55.
（3） RG 1909.2.15, JW 1909, 194.
（4） RG 1929.11.21, RGZ 126, 239=JW 1930, 1592.
（5） AG Roda 1922.12.7, JW 1924, 997. ただし、算定の基礎たる事情をどのように評価するかは、前訴判決に拘束されず、全く自由である（BGH 1967.9.19, NJW. 1967, 2403）
（6） 前掲 RG 1929.11.21, RGZ 126, 239.
（7） 前掲 RGZ 126, 239. この判決はこの点について、RG 1928.2.27 W 423/27；RG 1928.6.18 W 525/27 を引用している。なおRG 1930.7.2（K 25/30）, JW 1930, 3315.
（8） 前掲 RG 1909.2.15.
（9） 前掲 RGZ 1929.11.21, RGZ 126, 239. 医学上の因果関係の評定も同様である（後掲 RG 1930.7.2, RG 129, 316）。
（10） OLG Dresden 1924.4.24 Beschl., JW 1925, 381.
（11） 前掲 RG 1909.2.15, JW 1909, 194 および RG 1910. 11.24, RGZ 75, 24=JW 1911, 103 参照。

B 前訴判決後に発生した事情であっても、損害の原因たる従前の事実とは独立別個の事情であって、従前の事実が存在しないとしても従前の損害と同じ損害を惹起したであろうような事情は、従前の損害賠償義務そのものを消滅させる(1)。よって、債務者は変更の訴えによる必要はない(2)。債権者の賠償請求は新たな別訴による(3)。

（1） RG 1908.5.11, RGZ 68, 352；RG 1918.11.21, RGZ 95, 66.

しかし、案件の事故と無関係に存した病的事由（黴毒）が、前訴判決当時に存したけれども認識しうべき徴候がなく前訴判決後に判明するに至り、かつ、それが原因で当該事故がなかったとしても同様の結果を生じたであろうと考えられるときは、現病状が事故の結果としての病状ではなくなってそれ以外の右の事由の結果としての病状であることは民訴三二三条の本質的変更にあたる（RG 1930.7.2, RG 129, 316）。

(2) ただし、前訴の当時において、後の他の出来事が前の事故の結果と同じ程度の損害（労働能力の減少）を惹起することがありうるということが意識されて、前訴判決においてそのような出来事が生ずるに至るまでという限定つきで定期金が認められている場合にかぎり、かかる出来事は民訴三二三条の要件に該当するとする判例がある(RG 1911. 5. 18, JW 1911, 658.)―この事件では、後の他の事故というのは、自分の瓶詰ビールの車の前に繋いだ馬が車道で自動車に驚きおそれてこれをとり押えようとしたがうまくゆかず負傷をしたというものであった)。

(3) 離婚につき有責なりと判断された夫が離婚後扶養定期金を妻に支払うことに判決された。妻の増額請求の訴に対して被告は、前訴判決の時に妻に姦通の事実があったことを前訴判決の後に知ったが、これにより民法八二六条にもとずく損害賠償を求めうるのであるから、前訴判決の廃棄を求めうる、よって前訴判決の執行すべからざる旨の宣言を求める、と主張して反訴を提起した。一審は反訴を棄却したが二審判決は執行の不許の宣言をした。この二審判決は破棄された。民法八二六条の請求は実体法上の請求権で民訴三二三条または民訴七六七条による訴えは訴訟上の形成の訴えであるところ、被告の反訴は前者に関し後者はこれに関係しないという理由である。

8　賠償義務不存在確認判決と変更の訴え

A　基本的賠償義務不存在確認判決があるときは、額についてなにがしかを請求することはもはやできない。ある一定額（たとえば、請求額の全部もしくは一定額たる一部または請求額を越える部分の額）の請求権の不存在を確認する判決が存する場合はどうか。この点に関する判例がある。

RG 1910. 5. 30, RGZ 74, 121＝JW 1910, 710.

市街電車の衝突事故の被害者Xが電車会社Yに損害の賠償の訴えを起こして、三八〇・五〇マルクの出費の賠償請求をしたところ、Yは、既に支払った額以上の請求権がXに存しないことの確認を求める反訴を起した。第一審は、給付請求を全部認容し、反訴請求については、Xの稼働収入能力五〇%減に基づく定期金請求権をこえる請求権がXに存在しないことを確認しその余の反訴請求を棄却した。これが確定した。Xは新たに定期金を訴求した。これが本件である。この確認判決の Rechtskraft の範囲が争点となった。

判決理由―右確認判決は、たんに消極的に確認しただけではなく、Xに稼働能力五〇%減にもとずく定期金請求権が存在することをも確定したものである。ただし、それは Rechtskraft の標準時における存在を確定したものである。よって、Yは、右の判決の時に実は稼働能力の減退がなかったことを主張する

ことは許されない。しかし、右判決後に稼働能力五〇％減ではなくなったことを主張することは許される。これを主張する訴訟上の手段はしかし、民訴三二三条ではない。民訴三二三条は確認の訴えには適用されず、将来の反覆的給付を命ずる判決を求める場合にのみ適用がある。〔そのさいに、稼働能力五〇％ではなくなったことの主張は、現在稼働能力が〇〇％減にとどまるとの主張としてとりあげられるのである—筆者補註〕。

9　その他

以上において紹介した判例のほかに、民訴三二三条に関する判例は数多く存する。これらの判例は、しかし、本稿の目的のために直ちには役立たない。いうまでもなく、間接的に役立つものは存する。たとえば、判決以外の債務名義において将来の反覆的定期金給付義務が定められている場合における、その額または給付期間の変更を求める訴において、民訴三二三条がどの程度に適用されるかについての判例は比較対照法による研究の資料として大いに役立つであろう。これらをも紹介して分析しておくべきであろうが、都合により、本稿においては割愛する。その他の判例も省略する。せめて判例リストだけでも作成して公表することも考えてはみたが本稿では省略し、他日コムピューターに記憶させることとしたい。（一九七三年七月）