



Title	請求について
Author(s)	小山, 昇; KOYAMA, N
Citation	北海道大學 法學會論集, 1, 104-140
Issue Date	1951-09-01
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/17035
Type	departmental bulletin paper
File Information	1_p104-140.pdf



請 求 に つ い て

小 山 昇

序 問 題

一 法 典

二 立 法 沿 草

三 學 說

四 判 例

五 總 括

文獻略語表 (直接参照したものを掲げる)

Endemann, II, §230 = W. Endemann : Der Deutsche Civilprozess, II Band, 1879, §230.

Hellwig, System, I, s. 310. = K. Hellwig : System des Deutschen Zivilprozessrechts, I Teil, 1912, s. 310.

Hellwig, Lehrb., I, §37. = K. Hellwig : Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, I Band, 1903, §37.

Hellwig, Ans. u. Klagr. = K. Hellwig : Anspruch und Klagrecht, 1910.

Langheineken, Urteilsanspruch. = P. Langheineken : Der Urteilsanspruch, 1899.

- Mayer, Ansp. u. Rechtskraft.=K. Mayer : Anspruch und Rechtskraft nach Deutschem Civilprozessrecht, 1896.
- Oetker, Konkursr. Grundb.=F. Oetker : Konkursrechtliche Grundbegriffe, I Band, 1891.
- Petersen, ZPO.=J. Petersen : Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich, 4Aufl., I Band, 1899.
- Planck, Lehrb.=J. W. Planck : Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, I Band, 1887.
- Puchelt, ZPO.=E. S. Puchelt : Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich, I. Band, 1877.
- Reincke, ZPO.=O. Reincke : Die Deutsche Zivilprozessordnung, 5 Aufl., 1904.
- Schmidt, Lehrb.=R. Schmidt : Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 2 Aufl., 1910.
- Schollmeyer, Compensationseinrede=F. Schollmeyer : Die Compensationseinrede im Deutschen Reichs=Civilprozess, 1884.
- Seuffert, ZPO.=L. Seuffert : Kommentar zur Civilprozessordnung, 9 Aufl., I Band, 1904.
- Stein, ZPO.=F. Stein : Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich, 13 Aufl., I Band, 1926.
- Struckmann=Koch, ZPO.=J. Struckmann & R. Koch : Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich, 8 Aufl. I Band, 1901.
- Wach, Handbuch.=A. Wach : Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, I Band, 1885.
- Weismann, Lehrb.=J. Weismann : Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, I Band, 1903.
- Wilmowski-Levy, ZPO.=G. v. Wilmowski & M. Levy : Civilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich, 7 Aufl., I Band, 1895.
- Gruchot 31=Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts begründet von Dr. J. A. Gruchot. Band XXXI.
- SA41=J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. 41Band.

Siehe. A³. = Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozess. 3 Band.
 Rk10₁₂ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, 10 Band, Nr. 142.
 JW1900 = Juristische Wochenschrift im Jahre 1900.

序——問題

訴訟上の請求、訴訟物、審判の對象、などが同義であることには異論がない。
 ところが、請求は、特定されていなければならぬ。なぜならば、裁判所は、請求を超えて、又は、請求と別個の事項について、裁判することはできない（民訴一八六參照）し、二重訴訟（三三二）、請求の併合（三二七）、訴の變更（二三二）、確定判決の既判力の物的範圍（一九九）の問題の前提として、特定された請求が必要であるからである。そこで、次のような問題が生ずる。第一は、請求とは何か、であり、第二は、請求を特定するに必要な本質的要素は何かである。

（一）兼子一・民訴法八四頁、中田淳一・請求の同一性・三五論叢三。

この問題は、ドイツにおいて、極めて熱心に研究された。そこで、私は、まず、ドイツ法について、この問題を考へて見ることにする。

一 法 典

1 解釋の第一次の手掛りが、法典であることは、いうまでもない。しかし、法典の各條は、抽象的であらざ

を得ない。したがつて、法條の文理からは、解釋の可能な範圍の外枠しか掴みえない。しかし、次第に可能な範圍を縮めてゆく第一歩としては、法條の意味を、文理において確定することは、一つの方法であろう。

2 獨民訴二五三條二項二號により、起された請求の目的及び原因の一定の表示 (die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs) が、訴狀の必要的 (……muss enthalten:) 記載事項とされている。この記載によつて、請求が、物的に特定される。しかし、請求の原因とは何か、請求の原因として、どんなことが記載されなければならぬか、が解釋による解決を要求する。ところで、請求の原因の概念は、請求の概念を必然的に前提する。しかるに、訴訟法は、この請求の概念を定義するような直接の規定を置いていない。そこで、請求の概念を廻つて、多くの學説が對立し、それらの學説は、それぞれの訴訟觀を前提としているために、いつそう複雑化した。が、それは、ともかくとして、ここでは、他の法條の文理との關聯から、請求と請求原因の概念が、どの程度まで規定されるかを見ることにする。

3 訴狀は、準備書面を兼ねうる (二五三條四項参照)。そこで、一三〇條と比較して見よう。一三〇條は、申立の理由すけに役立つ、事實關係の表示 (die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden tatsächlichen Verhältnisse) を準備書面に記載すべき (sollen enthalten) ことを要求している (三號)。

(一) この點についての、ヘエテルゼンの見解を紹介すると、次のとおりである。

一三〇條三號が要求する、申立の理由すけに役立つところの事實關係の表示は、訴の、事實的な、あるいは、歴史的な基礎の表示、又は、沿革の説明以外の何ものでもない。普通訴訟法によれば、訴の理由すけに必要な事實は、すでに、訴狀の中に表示されるべきであつたが、この普通訴訟法の原則に、一三〇條三號の規定は、一致する。ただ、普通法訴訟にお

いては、請求を理由づける事實の表示による、訴の *Substanziierung* は、無條件に、命ぜられていたが、これに對し、一三〇條の規定は、たんに、訓示的な性質を有し、したがつて、この規定に違反しても、訴が却下されることはない。一三〇條三號の規定の意味が、以上のようであるときは、二五三條二項二號は、一三〇條二號の規定を、單純に、しかし、別の表現を使用して、訴狀のために繰返したものである。したがつて、訴狀にとつても、請求の *Substanziierung* が、無條件に、命ぜられる、と考えることは、はじめから、困難である。むしろ、訴狀中に爲さねばならない (*muss*) ところの、起されたる請求の原因の表示は、たんに爲されるべき (*soll*) であるにすぎず、そして、爲さなかつた場合にも、事件自體について、法的不利益を受けることがない (一二九條一項後段) ところの、請求を理由づける事實關係の表示よりも制限された内容を持つ、と考えられる。二五三條の規定の用語からも、ここで問題なのは、訴を理由づけるところの事實の提示ではなくて、目的物と原因とによつて正確に示されるべきところの、主張された請求の正確な表示だけである、ということが暗示される。訴訟は、特定の基礎を有し、どんな請求について裁判されるべきかが、確實固定していなければならないから、この場合には、請求の *Individualisierung* か、*Spezialisierung* が、無條件的に、必要なのであるが、二五三條は、この *Individualisierung* へのみ關するものである、ということが、この二つの規定を比べると判明する。このことは、訴の原因と、訴の事實による理由づけとに關する、民事訴訟法の他の規定を見ても判明するし、民事訴訟法が口頭主義の原則を嚴格に貫いており、その結果、口頭辯論の結果だけが、裁判の基礎資料をなすということからも、明らかになる。(以上 *Peterson : Klagegrund. 22 Gruchot. 666-667*)

さて、かりに、一三〇條三號が、二五三條二項二號より狭いとするならば、準備書面は、無用の重複物となる。かりに、一三〇條三號と、二五三條二項二號とは、同一物の異表現とするならば、それは、訴狀においては必要的記載事項であるから、その記載が、訓示的にのみ、要求されているに過ぎない準備書面は、やはり、無用

の重複物となる。したがつて、二五三條二項二號は、一三〇條三號と、全く別個であるか、それより狭いと考へられなければならぬ。

(20) Souffert, ZPO, s. 348.

4 二六八條一號との關係を見よう。

二六八條一號によれば、訴の原因の變更なしに、事實の、あるいは、法律的の陳述(die tatsächlichen oder rechtlichen Anführungen)を、補充したり、更正したりすることは、訴の變更とはみなされない。したがつて、ここでは、訴の原因は、訴の變更の原因、つまり、訴の同一性の原因である。又、事實の陳述は、訴の原因の變更の原因となることもあり、ならぬこともありうる。ここで、認められるものが、後者であることは、いふまでもない。

さて、二五三條二項三號の、請求の原因が、請求を特定するのに必要なものであるならば、それは、とりもなおさず、請求の同一性の原因であり、二六八條一號の訴の原因とは、同一物の異表現という關係にあるということができる。又、他方、かりに、二六八條一號の訴の原因が、一三〇條三號の事實關係と、同一物の異表現という關係にあるとするならば、二六八條一號の、事實の陳述は、訴を理由づけることに役立つ事實關係以外の事實の陳述ということになる。しかし、それでは、訴變更禁止の原則を緩和しようとする、二六八條の趣旨に沿わない。したがつて、二六八條の訴の原因は、一三〇條三號の事實關係より狭い。

(1) Petersen, Gruchot 28 s. 637 は、この點は異論のないところであるという。しかし全くないというわけではない。

Petersen, ZPO. 44nfl. I. s. 499 Anm.3) にて、Flechtheim : Busch Z. 25, s. 415, 416, 439 が異論がある。

(2) 少くとも、異なる「とくう」とか「あやぶ」。Sautfert, ZPO. S. 348.

5 五二七條、五二九條との關係を見よう。

五二七條によれば、控訴審においても、訴の變更は、原則として、許されない。しかし、五二九條によれば、當事者は、第一審において主張されない攻撃防禦の方法、ことに、新しい事實(neue Tatsachen)及び證據方法を提出することができる。したがつて、控訴審において提出されうる新しい事實は、訴の變更の原因ではない。つまり、訴の原因の變更を齎らさない。したがつて、請求の原因の中に含まれない。

6 一四六條との關係を見よう。

一四六條によれば、同一の請求に關する獨立の攻撃防禦方法(訴の原因、抗辯、再抗辯等)が數個ある場合において、裁判所は、辯論を、そのうちの二つ、又は三に、まず、制限することを命ずることができる。この一四六條の規定は、訴の原因の概念を規定するのに、どのくらい役立つであろうか。ここでは、訴の原因が、攻撃防禦の方法の一例として挙げられている。そこで、訴の原因は、事實を指すのか、法律關係を指すのか、という問題が、SubstanzierungstheorieとIndividualisierungstheorieの論争點として提出される。しかし、そういう問題の提出以前に、訴の原因は、訴||請求を、特定するのに必要なものであるが、それが、攻撃防禦の方法とされるのは、どういふことなのか。という問題が提出されるべきであろう。この場合、訴の原因は、訴の特定に、不可欠な要素それ自體であるというよりも、訴の特定に不可欠の要素を含んでいる材料である、という推測が下される。一四六條によれば、訴の原因は、同一の請求に關係して、數個ありうる。ただ一つとは限らない。しかも、獨立の攻撃防禦方法の一種である。したがつて、ここでの訴の原因は、權利を發生させる個々の事

實ではない。又、事實の總體でもない。かりに、事實の總體であるとするならば、それが、一つの請求に關することは、一つの請求が、一つの訴の原因じかもたないことになり、一四六條の文言に反する結果になる。

7 三三一條との關係を見よう。

三三一條によれば、原告が、口頭辯論期日に出頭しない被告に對して、缺席判決を申立てた場合には、原告の口頭による事實に關する陳述は、自白されたものとみなされる。但し、三三五條一項三號によれば、不出頭當事者が、口頭による事實に關する陳述又は申立を、適法に、書面によつて、告知されていない場合には、缺席判決を求める申立は、却下されるべきである。この書面が訴狀り又は準備書面でなければならぬとは規定されていない。したがつて、この書面によつて、告知されるころの、事實に關する陳述は、請求を理由あらしめるのに必要な事項を、判決をなすに熟する程度に含んでゐるものである。かりに、請求の原因と、三三一條の、事實に關する陳述とが、同一物の異表現であるとすれば、缺席判決を求めるのに、三三五條一項三號の條件を満たす必要はあるまい。訴狀は送達されてゐるはずであるから。したがつて、請求の原因は、三三一條の、事實に關する陳述ではない。

(一) Staub, Grunhot 32, s. 565 Anm. 6)

8 以上によつて、知りえたところは、それほど多くない。二五三條二項二號の、いわゆる請求の原因は、二六八條の、訴の原因と同一物である。しかし、これらと、一四六條の訴の原因が、同一物であるかには、疑問がある。同一物だとするならば、一四六條は、請求原因に關する二つの相反する學説の、いずれとも調和する。請求を特定するのに必要な要素、請求の同一性を構成するのに必要な要素が、請求の原因であるとされるが、そ

ういものが、同一の請求について、數個ありうるという點に、問題が潜んでいる。それから、請求の原因は、一三〇條三號の事實關係でもなく、二六八條一號の、事實の陳述でもなく、三三一條一項の、事實に關する陳述でもない。これらのものは、請求の原因をなすものを含んでいることもあるし、含んでいないこともありうる。しかし、要するに、請求の原因そのものではない。

(一) 同前 *Seuffert, s. 349. Petersen, ZPO, s. 500* も、このことは一應みとめる。

9 法條の文理からは、以上のことしか知りえない。しかし、これは、この後の探究の外枠をなす、いわば土俵である。この土俵内において、いろいろの解釋が可能であろう。しかしこの土俵をはみ出る解釋は、適當な解釋ではない。そういう味において、ここでの試みは、役に立たないこともなからうと思う。

二 立法沿革

1 一においては、法條の表現のみに着目した。ここでは、法條の表現の持つ意味内容を、現實的立法者が盛りこませたところに従つて、探つて見ることにする。

2 二五三條は、舊法二三〇條を、無變更で繼承している。舊法二三〇條第二項の、起された請求の目的及び原因の一定の表示 (*die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs*) は、北ドイツ草案一九七條三號が、そのまま採用された結果である。そこで、北ドイツ草案一九七條三號において、起された請求の目的及原因の一定の表示という表現が用いられた経緯を調べよう。

3 まず、ハノオヴァ草案四六五條二號の、*“kürzere Fassung”* すなわち、*“einer bestimmten Angabe*

des Gegenstandes und Grundes des erhobenen Anspruchs が、十分な表現であると指示された。が、
 後に、プロイセン草案二九六條三號 Die Darstellung der Tatsachen, aus welchen der Anspruch des
 Klägers hergeleitet wird, um den Klagegrund vollständig erkennbar zu machen. が採用された。
 (表現の修正があることと保留しつ)。やがて、それより後に、die Angabe der Tatsachen, aus welchen
 der Anspruch des Klägers hergeleitet wird, insoweit sie erforderlich sind, um den Klagegrund
 erkennbar zu machen. という表現が提案された。これは、一見して明らかであるように、プロイセン草案二
 九六條三號と、ほとんど變らなす。この提案は、しかし、冗長に過ぎて(zu weitläufig)、しかも、完全に正確
 とはしなす(nicht völlig korrekt)と批評された。そして、 bestimmte Angabe des G-
 egenstandes und Grundes des erhobenen Anspruchs とすの表現に落着いた。この表現は、そのまじも
 なく、ハノオヴァ草案四六五條二號の後段と一致する。
 以上のように見ると、次のような推定ができよう。

北ドイツ草案の作成者は、ハノオヴァ草案四六五條二號と、プロイセン草案二九六條三號の兩者を、同一内容
 の異表現と考えた。したがって、ハノオヴァ草案四六五條二號の Grund は、プロイセン草案二九六條三號の
 Klagegrund と同義であり、これらは Tatsachen によつて erkennbar なものとなるが、Tatsachen を
 れ自身ではなす。また、Klagegrund を erkennbar にしなす Tatsachen は、そのその Tatsachen を
 はなす。

4. ところで、このハノオヴァ草案四六五條二號の表現は、どんな経過を経たか。ハノオヴァ草案四六五條二

號のために、いろいろの案が提案された。そのうち、*das Sachverhältnis, auf welchem der Anspruch beruht, angegeben werden sollte.* という提案は否決された。der Entstehungsgrund des erhobenen Anspruchs という提案も否決された。そして、des Grundes des erhobenen Anspruchs soweit es zur bestimmten Bezeichnung und Erkennung der Identität der Forderung erforderlich ist. 以下の提案が採用されたが、後に、soweit 以下が削除されて、ハノオヴァ草案四六五條二號となつた。

以上の事實と、その後、商事裁判所の手続における *Vorladungsurkunde* には、*tatsächlichen Begründung der Klage* は記載すべきでないとし、しばしば説明された事實とを考えあわせると、ハノオヴァ草案四六五條二號の *Grund des erhobenen Anspruchs* は、事實でもなく、事實關係でもなく、發生原因でもなく、請求の同一性に必要な事項というのであつて、北下イツ草案一九七條三號の表現も、同趣旨を繼承していると考へられる。

5 ところが、ハノオヴァ草案四六五條二號は、訴狀に關する規定ではなく、商事裁判所における呼出狀に關する規定である。したがつて、ハノオヴァ草案における、訴狀に關する規定も検討されなければならない。ハノオヴァ草案は、ハノオヴァ訴訟法を基礎として作製されたといわれるので、ハノオヴァ訴訟法の訴狀に關する規定から見よう。

(1) 商事裁判所においては、訴狀提出のほか、呼出狀の送達によつても、訴は開始された。

ハノオヴァ訴訟法の訴狀に關する規定は、その第一八四條である。その第一號は、訴狀の記載事項として、*eine Gedrängte, deutliche und zusammenhängende Darstellung der Tatsachen, worauf der*

geltend gemachte Anspruch rechtlich beruht. を必要 (müssen) とした。これは、普通法訴訟の立場に立つたものといわれている。書面審理の原則を受けて、廣く範圍に亘つて、事實を記載することが要求されたのであろう。しかし、ハンノウア訴訟法は、普通法訴訟の原則のすべてを承継したのではなし。手續における直接主義の原則を一貫させようとしている。このことは、一八四條一號を緩和した一八五條に、あらわれている。一八五條は曰く、es bei dinglichen Klagen, mit Ausnahme derjenigen aus dem Pfandrecht, einer Angabe des Erwerbsgrundes des dinglichen Rechts nicht bedürfe, vorbehaltlich der Befugnis des Beklagten, diese Angabe im Wege der verzögerlichen Einrede zu begehren。すなわち、この點に關する限り、物權の取得原因は、訴狀の必要的記載事項ではなし。つまり、いわゆる、rechtsbegründenden Tatsachen のみならず、訴狀に記載する必要のないものもあるわけである。

(c) ハノウア訴訟法は、普通法訴訟の基礎の上に、手續の直接主義を貫こうとした。

この點は、ハンノウア草案の訴狀の記載事項に關する規定を作製するに際して、長し間討論された。そして、訴狀の必要的記載事項として、1. Diejenigen Tatsachen, auf welche der Kläger seinen Anspruch stützt, die besonderen Tatsachen, aus welchen der Anspruch gerade dem auftretenden Kläger gegen den belangten Beklagten zusteht; bei dinglichen Klagen der Erwerbsgrund des geltend gemachten Rechts. が提案された。これは、一見して明かであるように、ハンノウア訴訟法一八四條と同趣旨である。この提案は、しかし、激しく反對された。とくに、物權的訴訟において、物權の取得原因の記載を義務づけることは、手續の自由な進行を阻害するものであると主張された。例えば、賣買、交換など

の取得原因は、口頭辯論であつて主張されるものであつて、訴狀に記載されねばならぬものではないと考へられた。こうして、この提案は、大多數を以て、否決された。そして、訴狀の記載は、準備書面の記載と同様に取扱われることになつた。すなわち、訴狀については、ハンノウ草案二二〇條(第二讀會案 Reinckeによる)に曰く、die Klage wird durch Behandlung eines dieselbe enthaltenden Schriftsatzes erhoben, für welche die allgemeinen Bestimmungen über vorbereitende Schriftsätze massgebend sind. 之が準備書面であつては、ハンノウ草案二二〇條二號により、die Gesuche, welche die Parteien in der Tagfahrt zu stellen beabsichtigen mit einer kurzgefassten aber vollständigen Angabe des dieselben begründenden tatsächlichen Verhältnisse, nöthigenfalls mit Andeutung der massgebenden Gesichtspunkte, zu記載すべき(sollen)であるので、訴狀にも、この程度の内容が、記載されるべきである(sollen)とされた。

6 このためとして、北ドイツ草案一九七條三號が、ハンノウ草案二二二條および二二〇條二號を採用しないので、ハンノウ草案四六五條二號の、いわゆる“kürzere Fassung”を採用したと云ふ事實から、次のような推定が、なされ得よう。北ドイツ草案一九七條三號、したがつて、舊法二二〇條二號、現行法二五三條二號における Grund des erhobenen Anspruchs は、廣く意味での rechtsbegründenden Tatsachen ではなく、Tatsachen である。しかし、物權の取得原因はこの Tatsachen には含まれなかつたから、Klagegrund を erkennenbar となす、その趣旨に解釋されることを必要である。

三 學 說

1 二においては、現實的立法者が盛りこませた意味が、探究された。つぎに、理念的立法者の意思が探られる。ここでは、理念的立法者の意思を探りえていと競いあう、諸々の學說のほかに、第三章案の理由書も、資料とされる。理由書というものは、通常は、現實的立法者の意思を探るのに役立つものである。しかし、それは理由書の作成者が、同時に草案の作成者であるからである。したがつて、この條件の充足に難點がある場合には、理由書は、むしろ、ひとつの解釋學說と見るほうが、適當な取扱い方であろう²⁾。ここで問題になつてゐる、二五三條二號の表現は、第三章案ではじめて見られるに至つたものではない。二において見られたような曲折を経ている。しかし、理由書の作成者は、このような曲折を辿つた上で、理由書を作成したようには考えられない³⁾。したがつて、理由書の説明は、さういふ、ひとつの解釋として取扱われるべきものと考えられるのである。

(1) Souffert, ZPO, s. 348.

(a) Petersen, Gruchot 28, s. 682-683 參照

(c) Petersen, Gruchot 28, s. 683.

2 二五三條の、Grund des erhobenen Anspruche の意味については、舊法(二三〇條)時代から、解釋が岐れていた。二六八條の、Klagegrund の意味についても、舊法(二四〇條)時代から、解釋が岐れていた。しかし、前者と後者とは、同一物の異表現であるという點では、解釋は岐れていなかつた⁴⁾。したがつて、

解釋の岐れ方は、前者と後者と同様であるといふことが出来る。その點を、これから、検討しよう。

Grund des erhobenen Anspruchs の解釋は、このことは、理由記載説 (Substranzierungstheorie) の各のものと纏められる學説といふ、識別説 (Individualisierungstheorie) の各のものと纏められる學説といふが對立した。しかるに、現在においては、この對立は、實際の上においては、重要性を、以前ほど有しなす。そこで、この對立の原因と、この對立が、その後、理論の上ではともかく、實際の上で、その重要性を失つていつた過程とその意味とが、追究されるべきであらう。

(一) Petersen, Gruehot 28, s. 657. Seuffert, ZPO, s. 347. Struockmann = Koeh, ZPO, s. 299.

(二) Endemann, Puchelt Planck, Struockmann = Koeh, Weismann, Wilnowski = Levy.

(三) Hellwig, Langhaineken, Nessel, Oetker, Petersen, Reincke, Schmidt(B), Seuffert, Waeh.

3 理由記載説は、Grund des erhobenen Anspruchs は、rechtsbegründenden Thatsachen 又は Klagehatsachen である。したがつて、この變更は、訴の變更である。と。識別説は、Grund des erhobenen Anspruchs は、それから、原告が、Anspruch を導き出たこと、Rechtsverhältnis である。これが變更されない限り、事實による理由づけの變更は、訴の變更ではなす。と。

理由記載説と、識別説とが、その適用において、明確な對照を示すのは、dingliche Klage になすのである。すなわち、理由記載説によれば、係争権利の發生原因は、請求原因の一つであり、したがつて、ただ、物權を記載しただけでは、訴狀の記載として十分でない。これに反し、識別説によれば、それから請求が導き出されるところの、物權の記載だけで、請求の原因として、十分である。

(1) 理由記載説の足場となつた、第三章案理由書にける、請求原因の定義はつちのことおりである。

diejenigen Thatsachen, welche nach Massgabe des bürgerlichen Rechts an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt, erscheinen zu lassen... die rechtsbegründenden Thatsachen,

4 理由記載説を、少し、詳しく見よう。

Grund des erhobenen Anpruchs といつて、die Gesamtheit der rechtsbegründenden Tatsachen が記載されることが必要である。すべての rechtserzeugenden Thatsachen が、訴狀に完全に記載されなうときは、訴狀は、瑕疵ある訴狀である。訴狀に記載された tatsächlichen Begründung が變更されるときは、Klagegrund の變更である。

請求が、明確に、individualisieren されるだけでは十分ではない。訴狀中において、すでに完全に substatanzieren されていなければならぬ。原告は、豫備的に主張すべきことを、すべて、豫め訴狀中において主張しなければならぬ。なかでも、争に係る権利の發生に關する事由は、すべて、これを豫め訴狀中において主張しなければならぬ。別な言葉でいえば、立證を必要とする事實は、すべて、豫め訴狀中に、記載されなければならぬ。したがつて、請求が、他の請求と取りかえられた場合、すなわち、請求の Identität が失われた場合に、請求原因の變更があるばかりでなく、請求が、他の理由で、理由づけられた場合にも、請求原因の變更がある。訴の變更や既判力においては、請求の Identität が問題であるとするならば、理由記載説によれば、別異に substatanzieren された請求は、もはや、同一請求ではなうことになる。請求の Gegenstand や、請

求が導出された Rechtsverhältniss が變らなくても、請求の tatsächliche Begründung が變れば、請求は、その性質において變る。なかでも、別異の Entstehungsgrund が提出されたときは、請求は、その性質において變る。

5 つぎに、識別説を、詳しく見よう。

Grund des erhobenen Anspruchs とは、das Rechtsverhältniss, aus welchen der Klägerische Anspruch abgeleitet wird である。こうした權利ないし法律關係の存在が、認められるか認められないかによつて、訴が理由あるかないかが定められる。それから、こうした權利ないし法律關係が、訴による請求の性質を決定する要因である。すなわち、これによつて、訴訟の對象が決まり、裁判の對象が定まる。これによつて、いくつかの訴が、同一であるかないかが定まり、この同一性が基準となつて、後訴に對しては訴訟繫屬の抗辯が對抗し、あるいは、既判力の抗辯が對抗する。こうした權利ないしは法律關係、または、こうした權利ないし法律關係から請求が導き出されて提出されているのだということを示す事實、が訴狀に記載されれば、訴狀の記載事項として十分である。こうした權利ないし法律關係の同一性は、訴の變更があるかないかが問題である場合の基準である。

6 折衷説りのひとつを見よう。

物權的訴において、訴狀に、單に、物的權利のみを記載し、その物的權利の存在を理由ずける事實を記載しないことは、事情によつては許される。例えば、所有權に基く、妨害排除請求の訴において、所有權の存在が、はじめから、別に争われていなく、訴訟の途中においても争われることがないという見込がある場合が、その一例

である。

この折衷説が、一歩進むと、次のようになる。事實の中でも、直接に請求の基礎を成すのではなくて、請求の前提要件を成す他の権利を理由づけるところの事實は、訴狀に記載されなければならないことはない。例えば、役權に關する訴において、要役地の所有權は記載されるに及ばない。

(一) Stamb, Fuchs, Schmidt (R)

7 マイヤアリの學説を見よう。

民訴二三〇條の意味における請求は、*das im Rechtsstreit dem Gegner gegenüber erhobene Verlangen eines bestimmten Verhaltens* である。この訴訟上の請求は、私(實體)法とは、概念的に、何の關係もない。原告は、請求を理由づけるために、彼の欲するところを主張する。その主張事實が、特定權利侵害を示すのに適したものであるかどうかは、訴提起の際には問題でなく、それはその後の裁判における問題で、裁判官の仕事である。したがつて、訴狀に記載されることを必要とするところの、請求の原因とは、(實體的)法律關係それ自身ではなく、ひとつの、事件關係、具體的な經過ないし状態であり、この事件關係が、訴狀の中に、特定されて他と區別されうる程度に記載されることが必要なのである。請求を法律上理由あるものとして見えさせるような事實を陳述することは法律の知識のない當事者には不可能なことである。しかし、一方、事件關係に屬する事實のすべてを、あますところなく陳述することもまた必要でない。といつて、請求の原因を特定するために、どんな要素を記述すればよいかは、一概には言うことができない。個々の事件によつて、いろいろと異りうる。ともかく、要するに、訴狀においては、原告は、何を欲するかを言い、そして、原告がその請求を導き出す

ところの事實を陳述するならば十分である。請求が理由ない場合、しかも主張された實體権が存在しないことが、後に至つて明らかとなつた場合のみならず、起された請求がはじめから不當であり、實體権の主張を含まない場合でも、訴訟と請求は、存在する。このような場合でも、訴は提起されているのであり、訴は不適法として却下されるべきでなく、他に本案判決要件が備わつてゐるならば、請求を否定する本案判決を爲すべきである。

(一) マイヤーの學說については、Mayer (K), Anspruch und Rechtskraft. 中田淳一・請求の同一性・三五論叢三が参照された。

8 ロオゼンヘルクトの見解を見よう。

請求とは、*das auf rechtskräftige Feststellung einer Rechtsfolge gerichtete Begehren, das durch den gestellten Antrag und den zu einer Begründung vorgetragenen Sachverhalt gekennzeichnet wird.* である。民事訴訟においては、原告が事實を陳述して、あとは然るべく解決して貰いたいというのでは裁判所はそれに對應しえないのであつて、原告は、一定の法律効果の主張、すなわち権利主張をしなければならぬ。しかし、そのためには、原告は、事實を法律にあてはめることをする必要はない。da mihi factum, dabo tibi jus. であるから、それは裁判官の仕事である。原告としてなすべきことは、訴訟において一定の申立をなし、もつて、訴によつて何を欲しているかを明らかにし、そして、この申立を理由とする事實關係を陳述することにつぎる。この事實關係の陳述は、事實、いわゆる具體的法律事實又は歴史の記述、すなわち歴史の経過の記述であつて、決して、法的見地の陳述ではない。又、あつてはならない。訴訟の對象は、事實ではなく、法律効果であるけれども、この法律効果は民法の概念で表現されることはできない。民法の概念で經

過の一部が表現されても、法律効果とは直接の關係はない。例えば、一定の事實關係を基として、占有の訴として提起された物の返還請求の訴が、所有權に基き認容されることは可能であり、その場合、當事者の申立てない事項について裁判したことにならず、訴訟上の請求の變更でもない。であるから、訴訟上の請求は、原告の一定の申立とそれを理由する事實關係との二つの要素によつて決定される。したがつて、請求原因とは、Sachverhaltである。法律効果の必要要件であるところの事實複合體である。法律効果自身ではない。事實から導出される實體的法律關係でもない。いわゆる基礎關係ないし基礎となつている權利でもない。

(1) ロオゼンベルクの學說については、Rosenberg, Lehrbuch, I, Aufz. 中田淳一・請求の同一性・三五論叢三、同・訴訟物概念に關するローゼンベルヒの見解・二九論叢三、が参照された。

9 ニキシュのの見解を見よう。

原告は、國家の權利保護を得るために、裁判所に對して權利主張をなす。この權利主張について、既判力ある裁判がなされる。訴訟上の請求とは、このような權利主張をいう。權利主張は、權利保護の必要のいかに從つて、二種がある。その一は、一定の法律上の性質又は Qualifikation を持つた具體的權利の主張であつて、身分法、親族法、物權法上の支配權や繼續的債權關係の實體法上の性質の確定が求められる場合には、この種の權利主張を包む申立が爲されるのが普通である。その二は、法的性質決定を經ないところの權利主張であり、これは、單なる法律効果の主張(die bloße Rechtsfolgebehauptung)である。例えば、原告が被告に對し一定金額の支拂や一定物の返還等の給付判決を求め、又は婚姻の無効、離婚を求めるように、種々の法律(要件)事實から同一内容の種々の實體權が生じうる場合には、原告は、給付判決又は權利變更が、まさに特定の法的見地か

ら爲されることを申立て、そして原告の權利主張を、これに従つて特殊化する利益は何ら有しない。原告の權利保護の必要という點については、このような法的性質決定とは無關係の給付判決又は形成判決だけで十分である。したがつて、請求原因とは、この法律効果主張を識別するに足る事實である。この事實は、實體法が特定の權利の發生原因として定める事實に該當する必要はない。このような實體權の存在條件とは無關係に、原告が、その法律効果の主張（申立）を理由づけようと考へて陳述するところの、一定の生活上の經歷又は歴史的出來事——しかも、請求の原因をなす個々の事實を法律的評價を以て整理しないままの、自然的觀察において結合したものである。したがつて、この場合に、原告の提出する事實關係 (Sachverhalt) から法適用の結果生ずべき實體權は、原告の權利主張の當否を判断すべき法的見地であつて、訴訟物たる請求とは無關係である。又、確定された事實關係から原告の主張する法律効果と同一の内容を有する實體權が生ずる場合でも、裁判所は原告にこの特定の實體權を認容すべきではない。何となれば、原告は、そのようなことは申立てていないからである。裁判所はただ原告の法律効果の主張のみを認容すべきである。すなわち、實體權は、どこまでも、裁判所が原告の權利主張の當否を判断すべき裁判理由 (Erkenntnisgrund) であつて、決して裁判の對象ではない。

(1) ニキシユの學説については、中田淳一・請求の同一性・三五論叢三が参照された。

10 以上で、學説が、ごくひととおり、概観された。これから、これらの學説が如上に置かれて、検討される。

検討にあつて、まず氣付かされるのは、マイヤア、ロオゼンベルグ、ニキシユの學説が、理由記載説・識別説と、その基底を異にしているように見えることである。よつて、前者群をかりに新學説とよび、後者を舊學説

とよぶことにする。

11 極端な理由記載説の發生は、普通法から近代民事訴訟法への變移が行われたばかりの時期においてであつたことを考えるとき、その理由が判明する。第三章案作成者と同一の人でない理由書作成者が、普通法の解説書であるところの *Wetzell* の著書における、*Wetzell* の定義を模寫して²⁾理由書に採り入れたために、理由記載説に足場が與えられたのであつた。しかし、この理由書の定義は、書面主義と同時提出主義とが、嚴格に貫かれた普通法又はプロイセン法を前提としている。したがつて、口頭主義を採用し、同時提出主義を採用しない近代訴訟法上の概念の説明として、合格することはできない³⁾。したがつて、極端な理由記載説は、近代訴訟法に對しては、その存在理由を失ひ、理由書の定義を出發點としつつも、それが近代訴訟法と矛盾しないような理論へと、修正されていつた。

(1) *Peterson, Gruchot 28, s. 653.* もし、第三章案作成者が理由書の作成に當つたならば、二一において敘述されたような立法沿革を無視することはできなかつたであらう。

(2) *Hellwig, System, I, s. 309 Anm. 4), Peterson, ZPO, I, s. 501.*

(3) *Hellwig, System, I, s. 312. Peterson, ZPO, I, s. 500. Souffert, ZPO, I, s. 349. Reincke, s. 229.*

(4) *Endemann, II, §230. Scholmejer, s. 126.*

12 したがつて、その後の理由記載説は、決して、*allereinzeln Thatsachen* を要求しない⁴⁾。他方、識別説についても、極端な識別説は、否定されている⁵⁾。極端な理由記載説と、極端な識別説との對立は、事實か法律關係かという形に翻譯されるが、請求原因として記載されるべきものは何かという問題に對して、簡單に事

實と答えるものを理由記載説とし、法律關係と答えるものを識別説とすることは、相對立する兩學説の双方から、正しくないと言われている。これは、當然であろう。理由記載説も、請求を、他の請求から識別するに必要なものを探究しているのであるから³⁾。(又事實と法律關係を對立させることは、異つたダイメンションに在る二つのものを、同じダイメンションで考えようとする無理を犯しているであろう。)

しかも、口頭辯論主義の採用によつて、請求原因を訴狀に記載することが、請求の同一性を得ることを目的としていたことが、いよいよ明かにされるに至ると、請求を理由あらしめるに必要なものと、請求を個別化するに必要なものが、區別されて考えられ、問題の焦點は後者にあると意識されるに至り⁴⁾、理由記載説と識別説の對立も、そこを場とするに至る。

(1) 請求を直接に正當化する事實 (Thatfachen) (Wilmowski = Levy)

詳細な歴史的説明でなく、訴權の發生に、直接に重要な事實 (Planck)

具體的な發生 (原因) 事實の、十分に識別可能な表示 (Planck)

個々の事實の詳密な表示ではなくて、法的に本質的なメルクマールの表示 (Weismann)

(2) 例えば、「1000マルクの賣買代金」と記載したのでは十分でなく、これだけで十分だと考えるのが識別説であると

いふのは誤りである」と識別説者の側からいわれつゝ (Hellwig, System, I, s. 310, Anm. 10)

(3) Wilmowski = Levy, §230. Planck, II, §87.

(4) Planck, II, §87. Reineke, §253.

13 請求の同一性を識別するに必要な要素ということが焦點となると、理由記載説と識別説とは、接近する。理由記載説者も、賣買代金支拂請求の請求原因としては、一定の物の賣買契約の存在を表示することで十分であ

るとしている。そして、識別説の中にも、物権訴訟(dingliche Klage)においては、種々異なる取得原因がありうる法律関係の表示、例えば所有権の表示だけでは不十分であつて、取得原因(come expressa causa des Erwerbs)が表示されるべきである、という人がいる。しかし、これは、やはり例外的で、このいわゆる物権の訴を廻つて、理由記載説と、識別説は、最も明らかに對立する。例えば、所有権訴訟においては、請求原因として、所有権の取得原因を記載するべきか否かで對立する。

理由記載説によれば、所有権訴訟(Eigentumsklage)において、その原因を、時効取得から賣買による取得に變えたときは、訴の變更である。つまり、時効によつて取得された所有権に基く請求と、賣買によつて取得された所有権に基く請求とは、別異である。その物の所有権の前権利者が、法定相續によつて所有権を取得したという主張を、遺言相續によつて所有権を取得したという主張に變更することは、しかし、二六八條にいわゆる、訴の原因の變更なしになされる事實陳述の修正(Derichten)である。

これに對して、識別説によれば、所有権に基いて給付を請求する訴訟においては、原告は、訴狀に、自分は所有者である、と記載すればよい。所有権の取得原因は、口頭辯論において、必要なときに陳述することができ。つまり、所有権は、それだけで同一性を示している。したがつて、第二の訴訟において、第一の訴訟における所有権が、別の取得原因を根據として主張される場合には、訴訟繫屬の抗辯をもつて對抗される。(したがつて、取得原因を變更しても訴の變更にならない)。

(1) Planck, II, §87.

(2) Reineke, §253, s. 230.

(3) Struckmann = Koeh, s. 300-301.

(4) Hellwig, System, I, s. 311 und s. 361.

14 所有權に基く請求の同一性を示すためには、その取得原因は、不可欠の要素であるか。この問題に答えるのに、理由記載説も、識別説も、ひとしく、民法(ないし實體法)に、そのよりどころを求めている。(理由記載説は、全面的に民法に依存し、識別説は、請求の内容について、民法と交渉している點に相異のニュアンスがあるが)。その點を以ては一致していながら、結論が何故に異つたのであろうか。

民法を據りどころとするとき、具體的な社會的事實關係の同一性と、それに法規をあてはめようとする(それを法の眼で眺めた)場合の、抽象的な法的な關係の同一性との間に、ダイメンションのずれがあつて、それが、請求の同一性を識別する規程を發見しにくくしてゐるのではなからうか。

そこで、請求を、訴訟法上の存在物として把握しようという試みが起る。そして、それがさらに進むと、純訴訟法上の存在物として把握しようというところまで至る。新學説と名づけられるものは、この點において共通してゐる。

(1) Wilimowski = Levy, §230. Motive. Struckmann = Koeh, s. 300. Seuffert, s. 347. Hellwig, Lehrb. I, §37. 參照。識別説者の Petersen は、請求原因は、民法にもとずいてではなく、民事訴訟法にもとずいて考えられるべきであるといつてゐるが、Struckmann = Koeh に指摘されているように、訴訟法上の請求、したがつて、その原因、つまり、内實は、實體法との關係なしに、いわゆる純訴訟法的に考えられるか、は問題である。しかも、Petersen 自身、請求原因は法律關係であるといつてゐるとき、その法律關係という概念は、明らかに、實體法律關係である。したがつて、Petersen が、法律關係といつて、他方訴訟法的に考えるべし、といつてゐるのは、訴訟法上の請求は、請求としては訴訟

法上の存在物であるが、その内容は實體法的な性質を帯びている、という訴訟上の請求の複雑な構造を、(意識してか、無意識的にかは分らないが)指摘しているものと考えられる。

(2) Fuels や Staub の折衷説が、成功していないといわれる原因も、ここにあるようである。

(3) 請求の同一性、したがって請求が、どんな概念であるかについては、いろいろと争われているが、民法上の請求概念を以てしては、説明しえないことが、明らかにされたのは、歴史的には、給付の訴の外に、確認の訴が、そして、ひきつづいて、形成の訴が認められるに至つたときであるとされている。

15 請求を、訴訟法上の存在物として把握しようとする試みは、いろいろの方向においてなされる。この事實は、請求の複雑な構造を暗示しているようである。

請求の向けられる方向を問題にするならば、請求は、裁判所に向けられているとも考えられる。この點にのみ着眼するならば、請求は裁判所に向けられた判決の要求であるといわなければならぬ¹⁾。しかし、何について判決を求めるのかということを考えるとき、それは實體法上の法律効果といわなければならぬ²⁾。

訴訟法上の請求は、實體法上の請求権そのものではないとして、請求の内容に着眼するならば、それは、概念的に訴訟に先行する實體法上の権利ではなく、その存在が主張されるところの権利、ないしはその存在が否定される³⁾ところの権利であると考えられる⁴⁾。主張された権利は、實體法上の存在物ではない。しかし、その権利の構造・性質を規定する素材は實體法上の概念に求めざるをえない。

(1) Senffert.

(2) Senffert.

(3) Hellwig.

16 したがつて、いずれにせよ、實體法上の存在物が、依然として概念の中に少くとも論理的には、潜んでいる。そして、そうである限り、請求の同一性に關する限り、問題の解決を與えたことにならない。

そこで、實體法との絶縁が試みられる。新學說と名づけられたものが、それである。それは、訴訟における、裁判所と當事者の分業という點に着眼されて行われる。訴訟上の請求の請求者は原告である。原告は法律の智識を要求されない。したがつて、原告は、何を欲するかを、原告の言葉でいい、かつ、その請求が導き出されると原告が考へるところの事實を陳述すれば、それで原告の請求として十分であると考へられる。そこにおいては、何ら、實體法とは關連がない。原告の欲するところと、それを理由づける事實關係との二つから、請求は、具體的に識別されうる。しかも、裁判所は、この原告の申立と陳述とに對して、法律のあてはめということはするが、それは、原告の申立を認めるか否かの理由の存否を發見するために行われるのであつて、原告に對して與える終局的判斷とは直接の關係はない。したがつて、終局的判斷のテーマたる請求それ自身とも關係はない。

(1) K.Mayer.

(2) Rosenberg.

(3) Nikisch.

17 新學說は、實體法上の概念を借りないで、請求の同一性を確定しようとする。なるほど、原告は、法的技術的名稱を用いる必要はない。これは、舊學說もそういつている。しかし、それは、法的技術的名稱がそもそも不必要であるということにはならない。なるほど、原告が、原告の考へで、法的性質決定をしても、裁判所はそれに拘束されない。これも、舊學說でも認めている。しかし、それは、そもそも法的性質決定は不必要だとい

ことにはならない。なるほど、法的性質決定は法適用の問題であり、それは裁判理由 (Erkenntnisgrund) の問題である。しかし、法的性質決定が行われるのは、論理的には、請求が、請求原因たる事實によつて識別された後の問題である。したがつて、法適用が、事實關係の確定前に行われてはならないという理由にはならない。したがつて、請求の同一性の問題は、事實關係のみで解決されて、實體法は關與しないということにならない。

要するに、新學説は、請求の同一性を識別する要素は何かという問題に對しては、問題を以て問題に答えたにすぎない。實體法のあてはめによらないで、實體法と關係なく、歴史的出來事としての社會的事實を、その同一性において把握しようとしたことは、困難を増加するのみに終つたように感じられる。いいかえれば、具體的な社會的事實關係の同一性と、法的な關係の同一性との間に、ダイメンションのずれがあるという現象を、いつそう明瞭にしたと思われる。すなわち、現象を明瞭にしたにすぎず、その現象を統一的に説明する理論は生産されていない。

- (1) 兼子一・「訴訟法上の請求」岩波法律學辭典第三卷一四八六頁以下
- (2) 中田淳一・請求の同一性三五論叢三昭一一

四 判 例

1 ここで検討された判例は、一八八四年から、一九一七年までの、ライヒ裁判所の判決で、ドイツの文献において引用されたものうち、直接に参照され得たものばかりである。その數は、二三である。

2 ライヒ裁判所の一八八四年一月四日第三民事部判決^リが、理由書の定義を、そのまま引用して、理論的に理由記載説に與してからは、ライヒ裁判所は、理由記載説にすつかり傾むいているといふことができる。

多くの判例は、あるいは、みずから、請求の原因について、理由書の定義に類似した定義を下し^リ、あるいは、理由書の定義をそのまま引用し^リ、あるいは、理由書や一八八四年一月四日の判決の名を擧げて^リ、これを根據とすることを示すことによつて、理論的には理由記載説であることを明らかにしている。

他の判決の多くは、請求の原因について、その概念を論ずることによつて、理由記載説を採ることを示すことをせず、具體的事件に即して、理由記載説を前提とする判断をなすことによつて、理由記載説を採つてゐることを示している。しかし、判例を見て氣がつくのは、それらが、註釋書、教科書、論文などにおいて、請求の原因の項が論ぜられる際に、理由記載説に屬するものとして引用されているにも拘らず、訴狀に請求原因の記載が欠けているかという點が、事件の中心問題であつたという例がひとつもないことである。判例の大部分^リにおける問題は、訴の變更があるかないかであり、他には、既判力の抗辯が對抗しうるかの問題^リと、事實の法的性質決定か、申立てない事項に對する判断かの問題^リが取扱われた判例が、ごくわずか存するにすぎない。

この現象から、次のように判断されよう。請求の原因については、訴狀の必要的記載事項としては、實際の上においては、問題は起らない。(口頭辯論主義の採用の結果、理由記載説と識別説の對立の意味が實際の上においては失われたといわれていることが思い出される)實際の上においても、問題とされるのは、訴の變更との關連においである。

(α) 27 II 1890 (Gruchot. 34 s. 720-725)

18V1898 (Gruchot 42 s. 1181)

16 I 1899 (JW 1899 s. 161) 4 XI 1901 (JW 1901 s. 838)

(α) 24 III 1887 (Gruchot 31 s. 718)

(4) 24 III 1887 (Gruchot 31 s. 718) 17 VI 1889 (RG 23₁₀₂)

28 I 1890 (JW 1890 s. 79) 16 I 1899 (JW 1899 s. 161)

26 K 1900 (JW 1900 s. 749) 21 V 1901 (JW 1901 s. 483)

(5) RG 10₁₃₂; RG 10₁₄₂; RG 11₅₀; RG 22₇₇; RG 23₁₀₂; JW 1890 s. 79; Gruchot 34 s. 720; Sächs. A., III, s. 709.

Gruchot 42 s. 1181; JW 1899 s. 161; JW 1900 s. 749; JW 1901 s. 483; JW 1902 s. 165; SA 59₆₀; RG 72₃₁.

(6) SA 41₃₀₆; RG 29₉₀; RG 45₃₁; RG 50₉₃; RG 78₈₉; RG 90₇₀.

(7) Gruchot 31 s. 718, JW 1901 s. 833.

3. 物權的訴訟において、訴の變更が問題となつてゐることは、債權的訴訟においてと比較すると、少い。この現象は、物權的訴訟においては、物權の取得原因が、請求の同一性の本質的要素であることを疑ふものが少いことを示すであらうか。

一八八四年一月四日第三民事部判決を受けた事件はどんな事件かは、RG 10₁₃₂ も JW 1887 s. 86 も、事實を記載していないので、不明である。しかし、Gruchot 32 s. 572 の Staub の批判から察すると、所有權の侵害を原因とする事件のようである。所有權に基く訴において、原告が、第二審において、所有權の取得原因を變更したことが、許されない訴の變更であると判決されたようである。そうすると、判旨は、例えば、買買によつ

て取得した所有權に基く妨害排除請求と、相續によつて取得した所有權に基く妨害排除請求とは、異なる請求と考へるのであろうか。この判決は、Gruchot 32 s. 572 に於て、Staubによつて、反對されている。

一九〇〇年九月二十六日第五民事部判決は、理論としては、後れて他の取得原因を提出することは訴の變更であるとしている。そして具體的事件に對しては、自然に、水が土をよせて、その結果土地を取得した場合と、河の流れを調整する工事の結果取得した場合とは、取得原因を異にし、第一審において、前者の場合の取得による所有權を主張したのに、第二審において、後者の場合の取得による所有權の主張をするときは、訴の變更であるとしている。その根據として、判旨は、前者の場合の取得と、後者の場合の取得とは、その内容 (Art) は同一 (identisch) かも知れぬが、その原因 (Grund) は別異である、なぜなら、取得を惹起する事實が別異であるから、と述べている。この事實が別異であるという意味は、社會的に、事實が別異であるということのほかに、法律要件事實として、前者は、ALR 第一篇第九章二二五條—二四一條にあてはめられ、後者は、同章二六三條及び一八八三年八月二〇日の Strombaugesetz にあてはめられるといういみにおいて別異であるということが加わつてゐるようである。

つぎに、一八八四年二月二日第三民事部の判決を紹介しよう。養父である原告が、養女である被告に對して、被告が無斷で持出した、被告名儀の貯金通帳の返還を請求した事件である。原告は、第一審で、原告が自身で自分の金を被告名儀で貯金し、貯金通帳の引渡を受けてその所有權者となつたのだから、所有權に基いて返還を請求すると主張した。しかし、第二審では、つけ加えて、被告は、無斷で、合鍵で、錢箱を開けて貯金通帳を持ち出したから、それは、許されない自救行爲である、したがつて、貯金通帳は返還さるべきであると主張し

た。この第二審での主張が、訴の變更であると抗辯された。判旨は、理論としては、物權訴訟においては、權利の取得原因の提示が必要であるとしている。しかし、さらに、所有權訴訟においては、所有物返還請求の根據である所有權の、多様の性質の取得 (Erwerbsarten) が、事實の陳述から明らかであればよいのであつて、それらの事實への法規のあてはめは裁判所のなすべきことであるといつてゐる。そして、この事件については、第二審における原告の主張は、事實の陳述の補充 (Ergänzung) であつて、訴の變更ではない、原告は、訴において、二つの異つた Erwerbsarten、すなはち、Tradition による所有權取得と、法の直接規定に基く取得とを重ねて提出したのであると判断した。これはこの事件においては、事實は、社會的事實として一つで、ただそれを法的に眺めた場合に、いくつかの眺め方がある。そして、眺め方、いいかえれば、法的性質決定は、訴の變更と別の問題であり、請求の同一性ともかかわりはない、ということを示すものであるといふことができる。

五 總 括

1 例へば馬の返還請求の同一性、したがつて、その請求の原因について、理由記載説者は、賣買によつて取得した馬の返還請求と、時効によつて取得した馬の返還請求とは別異である。したがつて、賣買とか時効とかは請求の原因であるといふのであろう。識別説者は、所有權に基く馬の返還請求としては、前二者は同一である。したがつて、賣買とか時効とかは、請求の原因ではないが、これと、占有權に基く馬の返還請求とは別異である。したがつて、所有權とか占有權とかは、請求の原因であるといふのであろう。新學説者は、所有權に基く占有權に基くが、馬の返還請求は、それとして、同一である、したがつて、所有權とか、占有權とかは、必ず

しも請求の原因ではなく、被告が原告の厩から馬を持ち去つたという事實が請求の原因であるというであろう。

この相異は、どこから生ずるか。事實は、被告が、原告の厩から、馬を持ち去つた、ということであるのに。

2 賣買によつて取得した馬の返還請求と、時効によつて取得した馬の返還請求とは、別異の請求であるという主張は、請求を實體法上の請求と考えていることを示している。しかも、訴訟の目的は、そういう實體法上の請求権を保護することであるという思想を示している。

所有権に基く馬の返還請求と、占有権に基く馬の返還請求とは、別異の請求であるという主張は、請求は訴訟法上の存在物で、請求の内容は實體法上の概念で構成されると考えていることを示している。そして、訴訟の目的は、私法の適用（ないし維持）であるという思想を示している。

馬の返還請求は、その發生權原がなんであろうと、同一であるという主張は、請求は純訴訟法上の存在物で、實體法とは關連が無いと考えていることを示している。そして、訴訟の目的は、原告の申立に對する判斷であるという思想を示している。

このように見てくると、請求の同一性、請求の原因の問題は、訴訟制度の目的、訴權の本質にまで遡らなければならぬことが明らかになる。しかし、ここでは、そこまで遡つて探る余裕がない。したがつて、各種の訴訟觀、各種の訴權論の、論理的歸結が具體化する場の最も重要なものであるところの、請求の概念についてのみ、總括を試みる。

3 理由記載説は、實體法上の權利を請求と考へた。したがつて、請求の原因は、この權利を理由づける事實であつた。識別説は、權利の主張を請求と考へた。したがつて、請求の原因は、權利主張の發生地盤である法律

關係であつた。新學説は、法律効果の主張を請求と考へた。したがつて、請求の原因は、その法律効果を發生させる事實關係であつた。(もちろん、理由記載説にいわゆる事實と、新學説における事實關係とは異なる。しかし、それは、前者が、すでに、法規の當はめを經ている(要件事實)のに對して、後者は、法規の當はめを經ていないという意味において異なる。したがつて、具體的現實においては、同一物であることが多いであろう)この現象は、請求の同一性に關する論争が、請求の概念についての考方の相異から起つてゐることを示してゐる。

4 請求の概念は何かといふことになる、しかし、いろいろの學説は、どれもが、誤りとはいひきれないやうに見える。いずれも、一面的には、正しいと考へられる。しかし、それですべてを統一的に把握しようとする、と誤る危険がある。あたかも、象の足にふれた盲目者が、象を電信柱のようなものだと定義したやうに。したがつて、請求の概念は、いろいろの定義が、すべて必ずしも誤りではないといふことを許すものでなければならぬであらう。すなわち、請求は、訴訟法上の存在物である¹⁾といふことは正しい。それは、裁判所に向けられたものである²⁾といふことも正しい。しかし、その内容は、相手方に向けられたものである³⁾ことも正しい。その相手方に向けられたものが法律効果の主張である⁴⁾。といふことも正しい。しかし、その法律効果は、實體法的な概念によつて媒介されたものである。つまり、ある一定の法律要件に對應したものであることはいふまでもない。もちろん、原告の主張する法律効果が生じているかどうか、及び、その法律効果を生んでゐるものとはどんな法律要件か(法的性質決定)といふことは、すべて、當事者にとつて、の問題ではなくて、裁判官にとつての問題、つまり、當事者の主観においてどうか、の問題ではなくて、客觀的にどうか、の問題である、といふことも正しい。したがつて、當事者にとつては、請求の原因として、事實を記載すればよいといふことも正しい。

以上の、一面的な正しさをすべて総合して、請求の概念についての、定義が定められるべきであろう。そして、請求の概念が確定された後も、訴状の記載事項としての請求の原因という場合、訴の變更の原因としての訴（請求）の原因の變更という場合、既判力の物的範圍としての請求という場合、訴訟繫屬の抗辯が對抗する範圍としての請求という場合には、それぞれ、複雑な請求の概念のどの面が捉えらるべきかが注意されるべきであろう。請求の拋棄、認諾の場合の請求についても同様である。

- (1) Mayer, Rosenberg.
- (2) Seuffert.
- (3) Hellwig
- (4) Rosenberg, Nikisch.
- (5) Mayer, Rosenberg, Nikisch.
- (6) Nikisch, Rosenberg.

5 さて、請求の原因は、請求の同一性を識別する要素である。ではその請求の同一性を識別する要素は何か。新學説によれば、法律効果主張を識別するに足る事實である。では、いかにして、事實から、法律の効果が識別されるであろうか。なるほど、事實は、法律を知らないものにとつては、それから請求が発生するところの原因である。したがつて、ともかく、事實が、できる限り、詳細に記載されれば、訴状の必要的記載事項としては、それで十分でありうるであろう。しかし、その場合、客觀的には、その事實から、他と識別される法律効果が認識される程度には、その事實は記載されていなければならぬ。もちろん、その事實から、請求を識

別するのは裁判所である。さて、裁判所は、事實から、法律効果を識別する。法律効果は通常實體法上の法律効果である。實體法上の法律効果は、法律要件に對應する。そこで、あるひとつの事實が、いくつかの法律要件（例えば、所有權の侵害と占有權の侵害）と觀念的に該當し、それぞれの要件に對應した法律効果がそれぞれ存在し得る場合には、事實から識別された法律効果とは、いずれの法律効果を指すのであろうか。新學說の下においても、請求の内容が法律効果であるかぎり、實體法との交渉は免れえないのであつて、その限りに於いて、所有權に基く場合と、占有權に基く場合とは、裁判所にとつて、區別して考えるべきか、區別されないで考えるべきかは、解決されてはいないと見なければならぬ。

およそ、生まの事實が生起したとき、觀念的抽象的には、それは、直ちに實體法によつて、何らかの權利義務關係として構成されているはずである。しかし、それは、はずであるに止まつている。それが、われわれにとつて明瞭になるためには、人間の認識をとおして、客觀化されることが必要である。個人の認識の間に對立が生ずるときには、裁判所の認識を俟たなければならない。しかし、裁判所の認識は、訴訟法の基本構造の結果、具體的であるだけに、相對的とならざるを得ない。この、實體法的權利義務關係の抽象性、絶對性と、判決の内容たる權利義務關係の具體性、相對性との間にはさまつて請求の同一性の、識別の基準が搖れているのではなからうか。

結の前に、日本民事訴訟法の解釋を試みるはずであつた。しかし、原稿締切日が切迫したために、それはできなかつた。のみならず、一から五までの敘述にも、不十分なところが多い。學說の分析が細密でない。判例の分析が粗末である。とりあげた請求の種類が少なすぎる。一から四までの試みの結果が、論理的に統括されて

いない。わずかに、問題の焦點が合わされかけたにすぎない。本来ならば、発表するには、あまりに未完成であり、未熟である。しかし、特別の事情のために、不本意ながら発表されないわけにはゆかなかつた。あえて恥をしのんで発表する次第である。

(本研究は、昭和二十四年度文部省科學研究費の交付を受けている)