



Title	事実関係について ー訴訟物理論の一断面ー
Author(s)	小山, 昇; KOYAMA, N
Citation	法學會論集, 11(2), 1-27
Issue Date	1961-03-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/17063
Type	departmental bulletin paper
File Information	11(2)_p1-27.pdf



事実関係について

——訴訟物理論の一断面——

小山 昇

はじめに

1 新訴訟物理論に対し、旧訴訟物理論の側から、多くの攻撃が投げられている。そのなかで、新訴訟物理論が、訴訟物の同一性の要因として事実関係を考えることに對する批判は、重要である。この批判を、もつとも詳細に展開したのは、Lentであるところ（ZfP 65, 315-360, 316）。

2 新訴訟物理論の側からは、このLentの批判に対し、答えなければならぬであろう。本稿では、まず、Lentの批判を紹介し、これに對するドイツの新訴訟物論者の一人たる Habscheid の弁明を紹介し、さいごに、筆者のLentに對する答を述べることにしたい。

3 本稿は、「西ドイツにおける近年の訴訟物理論の分析」(北法一)において、保留された部分(第二章10(2)(三六頁をみよ))を補うものである。

第一章 新説に対する Lent の批判

1 通常の意味における生活上の事件は、これに区切りをつけることができるか。事実関係とか生活上の事件とは、いつ同一であり、いつ異別であるのか。事実関係が、訴訟物を特定し既判力の範囲を限定するとするならば、事実関係の限界づけは、一義的であり、一貫しうるものでなければならぬ。

2 生活上の事件の特定ないし限界づけは、一見、日常的な把握によつて、容易にこれをなしうるかに見える。しかし細かく吟味すると、日常的な把握は、全く、不確定なものである。法的な把握との間に、一致は、ほとんど存在しない。鉄道事故を例にとろう。鉄道事故という表現の中にすでに、この場合には、一個の生活上の事件が問題なのだという考えが横たわつてゐる。しかし、民事訴訟にとつても、そうであろうか。決して、そうでない。この事故で、一二名の人が傷害を受け、一五の物的損害があつたとしよう。そうすると、二七の異別の事実関係があり、従つて二七の異別の訴訟物があることになる。けだし、被害のそれぞれについて、各別に、訴の可能性が存し、従つて各別の訴訟物が存し、一方は他方についての判決の既判力によつて妨げられないから、もつと單純な例をとろう。ある発射は、確かに一個の生活上の事件に見える。しかし、それによつて、Aが傷つき、Bの窓ガラスが破損し、Cの家具が毀損したとしよう。この場合、三個の各別の訴訟物があるわけである。(ここですでに、次のことが明白である。外的な出来事の単一性が問題なのではなく、侵害された法的財貨が問題なのであることが(以上三)(五一頁)。

3 もし、発生した損害が異別であるから、生活上の事件も異別である、とするならば、Aの占有にあり、かつBの所有に属する単一の物が被害を受けた場合を例にとろう。この場合、外的な出来事は、嚴密な意味で、疑もなく、

単一である。しかし、二人の異別の権利者が、それぞれの請求権を訴える場合には、二個の異別の訴訟物が存する。

4 契約上の請求権と不当利得請求権とがそこから生ずるところの事實關係を観察しよう。一方において、商品が注文されて、交付され、他方において、商品が注文なしに交付され、使用された場合に、同一の生活上の事件であるかどうか問題となる。同一の生活上の事件だとするのが、生活の把握と一致するだろうか。使用が交付の後直ちになされた場合には、そうだといえるであろう。しかし、使用が、長い期間の後にはじめて、新たな決定に基づいて、なされた場合は、どうであろうか。喫煙しない人が、注文しないのに一箱の葉巻を送られて、それを使用しようとは考えなかつたので、金を払うことを考えないで、數週間放置しておいたとしよう。ある祭の日に、喫煙者も招待されて、そこで、彼は、はじめて、その葉巻を提供しようと考え、こうして葉巻が使用された。とらわれない素人は、「買われた」葉巻の代金の支払と葉巻の使用という新たな観点とに基づく訴を聞いたとき、「注文か使用か、それは別のことだ」といわないだろうか。人は、たいてい、誕生日の祝のような催しを、個々の飲食物の区別をしないで、単一体として、すなわち、個々の商品の注文と無關係な一個の生活上の事件として、見ないであろうか。前述の鉄道事故も、一個の交通事故として表示され統計上そういうものとして扱えられていないだろうか。

5 數個の事實を一個の生活上の事件として總括することは、出来事を觀察する観点のいかんによつて強く變化する。その原因はどこにあるか。諸々の出来事は一個の切り離せない鎖をなし、絶えない流れのなかにあり、それぞれを、一個の事實關係又は生活上の事件として總括することは常に一定の法的観点の下でなされるのであり、そうしないかぎり、總括は不可能である。人はそれぞれ、念頭に置く特別の目的にてらして、事實の集合体から、一定の部分を選びとる。經濟的観点、道德的観点、心理學的観点によつて、それぞれ、異なつた選択が、異なつた總括がなされ

る。一個の常に通用する總括を發見しようとの試み、一個の生活上の事件を限界づける試みは、すべて失敗する。

事實から法的な結果を導き出すためには、法的觀點が基準である。法的な觀點は必ずしも一樣でなく、刑法にとつては、民法や經濟法にとつてとは、異なるものである（以上三頁）。従つて、刑法の連続的行為が、民法にとつては數個の行為、數個の出来事であることがありうるのである。

6 さて、民事訴訟においては、いかなる觀點の下で、諸々の出来事を一個の事件に總括することがなされるか。人は、原告の法的主張から出發し、原告が提出する事實關係から、法律要件事實に該当し、主張された法的効果を提出された事實關係からひき出すことを許す具體的要件事實が見つけ出されるかどうかを探る。かかる該當事實は、訴訟にとつて、有意義な部分なのである。かくして、われわれは、限界づけのための確かな範圍をもつに至る。ただし法律要件事實は、法規において明確にその範圍が画されており、われわれは、一個の要件事實が存するか數個の要件事實が存するかを、つねに、確実に、知りうるからである。われわれは、後から提出された事實について、それが、すでに提出された事實關係に属するか、新しい要件事實に属するかを、確定することもできるのである。このことは、訴訟物や既判力にとつて重要であり、その明確な限界づけを可能にする。われわれは、原告が提出した事實關係が一個の要件事實を充足するか數個の要件事實を充足するかを確定する。

7 新理論は、外的な出来事にあまりにも強い比重を置く。訴訟物の単一性と既判力の範圍は、ただもう、一個の外的な事件の有無によつて、計られる。例えば、その事件から、數個の實體法上の請求權が発生するかどうかを顧慮しないで、一個の事故、一個の物的損害、一個のある奪取、によつて計られる。訴訟物の數にとつて、基準であるのは、出来事の単一性ではなく、侵害された權利の複數性であることは、すでに指摘された。馬の奪取、家具の毀損の

ように、外的な出来事が完全に単一である場合でも、馬の占有者と所有者とが別人であり、被害物件の賃貸人と所有者とが別人である場合には、訴訟物は単一ではない。なぜか。異別の権利に関するからである。しかし、偶々、占有者と所有者、賃貸人と所有者が同一人であると、この人的結合が、突然、訴訟物と既判力の単一性をひきおこすことになるのである。これに反し、実体法は、人的結合にかかわらず、請求権の複数性を固守し、ただ、請求権の競合と把握しており、人の単一性は、いずれかの請求権の満足によつて、はじめて、すべての請求権が消滅することをもたらす(以上三頁)。法律要件事実及び具体的要件事実の数は、外的な事件によつてのみ数えられるのではない。外的な事件は、ひとつの識別要素である。しかし、いくつかの識別要素のうちのひとつにすぎない。事実関係と外的な事件とは同じものではない。前者はつねに後者よりもより多くの要件事実の要素を包含する。外的事件の単一性は、事実関係の単一性又は要件事実の単一性をひきおこさない。訴訟物は事件の単一によつてのみ単一であるという考方をとるならば、訴訟法は、民法とは完全に異なつた道をとることにならう。

8 外的な出来事の過大評価は、要件事実が満たされる場合にはつねに法的な要素がその出来事に介入する、ということをみのがしている。奪取に、占有又は所有を附加してはじめて、加害に、賃貸又は所有を附加してはじめて、出来事は、法的効果を伴う要件事実として完成する。外的な出来事、「生活上の事件」が、要件事実を構成し法的効果をはき出すには十分でないかぎり、訴訟物の単複及び既判力の範囲を専ら外的な事件の単複を基準として規定することはうまくゆかないように思われる。素人にとつてさえも、ある物件の被害は、つねに法的に意味ある生活上の事件ではなく、他人の物件の被害が、そこに存在する権利侵害が、彼にとつて法的に重要な事件として写るのである。外的事件の単一性を、訴訟物の単一性の基準として採用すべきである、というのではなく、侵害された権利又は請

求（＝訴の要求）を理由づける権利を、右の基準として使用すべきである、すなわち、権利侵害が要件事実を意味し従つてそれ自身訴訟物をなすといふべきである。外的出来事、「歴史的事件」(Zitisch 四一五頁)の単一性はそれだけではまだ訴訟物の単一性を意味しない。

9 外的な事件のみを訴訟物の基準と見るところの、一側面のみを見る見方は、「確定された事実関係」をどう理解するかという点で、不明瞭な結果にも至る。「確定された事実関係」として、ある外的な歴史的事件が、例えば、馬の奪取、物件の被害、商品の交付、が確定された、ということが考えられる。しかし、それだけでは、まだ、給付の判決に十分な一個の要件事実はまだ確定されていない。けだし、原告が、占有者又は(もしくはは及び)所有者であるかどうか、賃貸人又は(もしくはは及び)所有者であるかどうか、交付が注文に応じてされたのか注文を受けなかったのか、がなお確定されなければならないからである。「事実関係」は、外的な事件だけではない。外的事件は、理由づけのために十分ではなく(以上三、五四頁)、識別のためにのみ十分であるのでもない。事件の単なる確定では、判決のために十分な事実関係は未だ確定されない。この場合、二つの可能性が存する。すなわち、裁判所が、外的事件のほかに、実体法上の請求権を発生させる法的要因、例えば、占有権及び所有権、賃貸借契約及び所有権、をも確定し、その上で判決が、すべてのこれらの請求権を確定しないしは否定した場合がその一つである。もうひとつは、裁判所が、これらの請求権のうちの一つだけについて審理し、占有権だけを確定しないし否定し、賃貸借に基づく請求権のみ又は不法行為上の請求権のみについて裁判し、契約上の請求権を裁判して不当利得を裁判せず、従つて既判力ある裁判は一個の請求権についてのみなされたという場合である。ほかの実体法上の請求権に関する「確定された」事実関係は、問題外である。外的事件が発生した又はしなかつたことの単なる確定は、決して、給付の判決に十分な要件事実の確定を意味しない。

既判力は、その上、決して、事件の確定に関するものではなく、つねに、実体法上の権利の確定にのみ関するものである。

だから、事実関係の確定を云々し、そこから既判力の範囲について結論をひき出すことは、事実関係の確定を外的歴史的事件の確定とのみ理解するときは、人を誤らせるものである。外的歴史的事件は主張された法的効果の識別のために十分ではない。

10 事実関係、生活上の事件が、そこからひき出される法的効果のすべてが判決で解決されることができるとするために、裁判所に、裁判されるべく、提出されるのではなく、事実関係によつて識別されるにすぎず、しかも事実関係によつただけでは識別されないところの権利主張が、裁判所に、裁判されるべく、提出されるのだということを人は忘れてゐる。

従つて、同一の権利主張は、同一の外的事件が、権利主張の理由づけのために、提出されたときに、すでに存するのではなく、その他の識別の要因もまた同一である場合に、存するのである。馬の奪取が提出されても、所有権について何も主張されないならば、占有権に基づく権利主張だけが存在するわけである。後に同一の奪取が主張されてもそのとき馬についての所有権が主張されるならば、歴史的事件の同一性にもかかわらず、異別の権利主張が存在するのである。

外的事件が、それ自身だけで、権利主張の同一性をもたらすならば、逆に、外的事件の異別性も、権利主張の異別性を結果することになる。この命題があたらないことを、絶対権の主張が証明する。絶対権の主張の場合には、理由づけが変更されうる。すなわち、異なつた事件が提出されうることは、疑がない(以上三頁五五頁)。例えば、讓受、時

効取得、加工。しかもこの場合には権利主張は依然として同一である。問題なのは、主張された権利が同一であるか否かであり、理由づけのために提出された歴史的事件が依然として同一であるか否かではない。請求権の場合のようにそれが識別のために必要であつても、権利主張の同一性が専ら歴史的事件の同一性に依存するのではない。識別のために必要な要件事実の全体が同一である場合にはじめて、同一性が存する。部分的同一性、すなわち事件の同一性だけでは十分でない。

11 なかでも、次のことが考慮されるべきである。確定判決がなされ、新訴が提起された場合に、既判力の抗弁を立て新訴を防禦する可能性は、第一の訴におけると同一の権利主張が再び提出されたか否かにかかるとはなく——それはしかし訴訟係属の抗弁について決定的である——新訴で提出された権利主張が判決の既判力ある確定と、対象において同一であるか否かのみにかかるのである。けだし、既判力に訴えることができるのは、新訴の原告の権利主張を訴の内容から判定される実体法上の請求権について審査したときに、確定判決によつて確定又は否定されたのと同じ権利、同じ実体法上の請求権である場合だけであるからである。

判決は諸請求権のうちの一つの肯定又は否定に限定されるにもかかわらず、同一事件から発出する他の請求権もはや主張されず既判力への訴えによつて防禦されるという考え方は、事実及び請求権の消耗 (Consumption) と既判力ある確定との必要な関連を断ち切るものである。右の消耗は、既判力が一定の実体法上の請求権を肯定又は否定する場合にのみ意味を有する。その場合に、同一請求権を確定されたと又は否定されたとみようとすべての新たな提出は、既判力ある攻撃できない確定を覆えすことになるから、排斥されるのである。

例えば、占有権に基づく馬の引渡請求権が、判決によつて、直接占有者に対する禁じられた自力行為が証明されな

いという理由で、否定された場合、判決がそのことについては何もいわず、従つてそのことについてはおよそ既判力ある確定ということはないところの所有権に基づく引渡請求権を妨げるために、その既判力をもちこむことはとうていできないであろう。同様に、賃貸借契約に基づく損害賠償請求権が(以上三、五六頁)、契約が有効でないという理由で否定された場合、それによつて、八二三条に基づく所有権に基づく請求権も否定されるだろうか?。それが判決によつて否定されていない場合には、既判力ある否定も存在しえず、従つて既判力に訴えることはこれを貫くことができるのである。

われわれは、ある一個の請求権のみに関する判決は、訴訟物を完全には解決しないということを想起する。すべての請求権について裁判されることなくして、訴訟が終ることができ、当事者の利益において、許すべきものとするときは、勝訴の当事者は、訴訟物の一部が解決されな残りで、その部分については、第二の訴訟において討論することは、既判力に訴えることによつて、妨げられることはできないという危険を自ら冒さねばならないのである。

このような状態は、予備的申立の場合にも現出する。予備的申立について、裁判されねばならなかつたのに裁判されなかつた場合には、予備的請求権の後日の主張に対し、主位の請求権についてなされた判決の既判力は、対抗するものたりえない。

12 さいごに、原告が、包括的な、すべての実体法上の請求権を理由づける事実関係、すなわち、生活上の事件全体、を提出しないで、単に競合するいくつかの請求権の一つをひき出させるところの、一断片のみを提出する場合、を考えなければならない。例えば、原告が、家具の被害を原因とする損害賠償の訴において、賃貸借契約だけについ

て言及し、被害物件が彼の所有に属することを述べない場合、又はその逆の場合である。又、例えば、馬の引渡の訴において、原告が単に、彼が占有者であつたと主張し、所有者であるとは述べない場合である。

弁論主義によれば、裁判官は、当事者が提出したところの要件事実のみを考慮することができる。すなわち、上記の例では、賃貸借契約のみを又は逆の場合には所有権のみを、後の例では、占有のみを、考慮することができる。

しかし、*Rosenberg* (三八) は考える。占有が主張された場合には、裁判官は、職権で適用すべき *B.G.B.* 一〇〇六条の推定によつて、所有権ありと判定することができよう、と。私の考えでは、しかし、このことは、許されない。推定は証明に代わるので、主張に代わるのではない。所有権が争われる場合には、所有権を主張するものは、推定が彼に有利に作用するかぎり、所有権を証明するには及ばない。しかし、所有権の主張は、推定の適用によつて、代わられることはできない。推定の意味が証明手続に限られることは、*Z.P.O.* が推定を証明手続の枠内でとりあつかつていふことすなわち、証明が問題となつた場合にのみ、推定に意味を認めていること、からうかがうことができる (以上三、五七頁)。

事実の主張を顧慮せずに、推定を適用することは、弁論主義の破壊を意味するであろう。それは、推定の本義ではありえない。又、原告に、彼が呈示しようと思わない権利主張を、したとしてしまうことにならう。原告は、自分が所有者でないことを知るがゆえに、所有者であると主張しようとは全く思わない。そしてそれゆえに、占有のみ主張して、所有については何もいわない、ということとは十分にありうる。訴訟を、所有権に基づく請求権の軌道におしやつて、訴訟の遅延の危険を、いや、訴訟における敗北の危険をひきおこす権限は裁判官にありうるだらうか？。原告が提出しようとする権利主張を押しつけることは、原告の知つたことではない。原告が裁判してもらいたいとするものを超えた訴訟物の拡張は、裁判所ではなく原告が訴訟物を特定するという原則に、違反する。所有権を顧慮

することなく、禁止された自力を理由とする引渡請求権についてのみ裁判されることを原告が欲している場合には、裁判所にとつては、そのことが、基準でなければならぬ。原告が主張をせず、それについて裁判を欲していない請求権を問題にすることは許されない。裁判官は、推定を、主張された事実を証明なしに確定するためにのみ適用することができるので、主張されない事実を、顧慮するために適用することはできない。

13 原告が提出する事実関係は限定されたものであるから、それに従つてある一個の請求権についてのみなされた判決は、この請求権についてのみ、既判力を以て確定しているもので、これとともに実体法上競合する他の請求権については確定していないのである。生活上の事件からひき出されるすべての請求権について裁判されたのであるという見解は、右の場合にも支持されないし^(五九頁)提出された事実関係からはすべての請求権がひき出されるけれども、一個の請求権についてのみ裁判されたという場合にも支持されない。提出された事実関係を顧慮せずに、生活上の事件からひき出されるすべての請求権にまで拡げることは、弁論されないのみならず、原告の権利主張のなかに含まれたことのない実体法上の請求権についても既判力を以て裁判したことになるであろう。このことは、訴訟物を超えて裁判したことになる。

そうなると、人は、提出された事実関係を顧慮せずに、生活上の事件が、その全体において、本来の訴訟物であるのだ、といわざるをえないであろう。しかし、それならば、原告の権利主張が訴訟物をなす、という原則及び出発点は廃棄されるであろう。

人は、生活上の事件を訴訟の対象とみることに、実体法上の権利を単なる理由づけとみることに、という誤つた軌道を行くべきではない。反対に、主張された権利こそ訴訟物であり、事実関係は、その一部が識別のために必要であるの

第二章 Lent 批判に答える Habscheid 弁明

Habscheid は Lent 批判に答える必要を認め、彼の著書の中で、それを試みている (Habscheid, Der Streitgegenstand^o im Zivilprozess, 1955, S. 206—221)。
その大要は次のとおりである。

1 Lent は、原告が履行の訴から不当利得の訴に変えた場合を指摘して、酒を飲んだ楽しい祝日とその一年前になされたその酒の注文又は交付とを、一体の生活上の事件と見ることが、誰がいつたい真面目に考えるだろうか、と問う。そこには、実際の生活の中に根拠を有しないところの法律構成だけがあるにすぎはしないか、と問う。

Lent によつて取上げられた右の例は、限界的な場合で、従つて、原則論的な対決のためにはあまり適当でない。しかし、それはやはり、はつきりさせねばならない。人は、生活事実関係は歴史的出来事よりもより包括的であることに、注目しなければならぬ。酒の消費は歴史的出来事である。生活事実関係は、しかし、この出来事を超えた拡がりをもつものであり、この出来事はその中に埋もれているのである。いかにして酒が消費されるに至つたかも入るのであり、従つてその商品の注文と交付も入るのである。

この考え方に対し、それは「法律構成」だというべきではない。けだし、この考え方は強いられたものではないし、生活に即している。又、この考え方は、明確な限界づけをもたないと批判することもできない。

で、訴訟物を事実的なもので限界づけるのに、二つの可能な方法がある。歴史的出来事か生活事実関係かである。

2 Lent が提出した他の例は、鉄道事故である。Lent は、鉄道事故で二七人の人が損害を蒙つた場合には、二七

個の異別の事実関係がある、と考える。そういうこともあろう。しかし、民事訴訟は、二当事者間の法律上の争訟である。事故において損害を蒙つた原告が、責任ある鉄道企業体に対して訴えるのである。原告に関係のある事実関係だけが、従つて、訴訟物の要素である。だから、事柄は、Lent が示すよりははるかに単純なのである。

しかし、この場合においても、事故という歴史の出来事と、事故に至つたあらゆる事実を包括するところの広い訴の原因との区別は注意されるべきである(以上三頁)。例えば原告が運送契約に基づいて鉄道を利用したとか、原告に運送上損害が発生したとかも考慮されるべきである。

3 要するに、訴の原因を成すところの事実上の出来事を十分に限界づけることは、全く、可能である。この限界づけは、一個の孤立した歴史の出来事から出発するか、生活に即して関連ある事実の複合体から出発するかによつてより狭く又はより広く、なされるのである。

だから、問題は、訴の提起の究極の原因たる歴史的な出来事が訴の原因たるべきか、原告の権利主張の根拠である生活事実関係が訴の原因たるべきか、である。

4 契約上の訴から不当利得の訴に移行した場合、又は、責任を理由とする訴から契約上の訴に移行した場合、一個又は數個の歴史的出来事の変更があつたと認めざるをえないが、訴がそこからひき出されるところの生活事実関係は依然として同一である。所有権の妨害排除の訴(BOGB一)が、同種の新たな所有権侵害事由で以て理由づけられる場合も同様である。Rosenberg は、これらの場合には、訴の基礎たる歴史的な事件は同一で、法的観点だけが変更されたのだというけれども、包括的な生活事実関係が同一で、個々の歴史的出来事とともに法的観点も別になつていくべきである。

生活事実関係を土台とする訴訟物理論は、人が長い間、実体法の桎梏に訴訟法学を縛りつけて来たところのその桎梏を断ち切るものである（以上三〇八頁）。

実体法的にみれば、個々の所有権侵害事由はすべてBGB一〇〇四条の権利を生む。同様に、明らかに、契約の締結は履行請求権を、商品の消費はBGB八一二、八一八条の請求権を理由づける。賃借人がひきおこす賃借人に対する重大な紛糾の一つ一つが、使用賃借人保護法^(三)の形成権を発生させ、配偶者の一方が犯した姦通の一つ一つが、他方に離婚の申立権を与える^(Bürg.)。この意味において、実体法は、歴史的出来事に眼をつける。

しかしながら、訴の原因を、歴史的な個々の出来事によつて、構成することはできない。けだし、もしそうすれば実体法の基本構造に直面して、人は、事実的なものからはなれ、必然的に、アクチオ法的に区別づけられた訴訟物にまで行きつくであろう。なるほど、この場合でも、法的効果主張は、無色である。しかし、その一般性は、多くの場合において、仮象にすぎないだろう。その一般性は実体法を指向する訴の原因によつて揚棄されるであろう。

従つて、Stein-Jonass-Schönkeが、訴訟物を、実体法上の要件事実の法的効果を判決によつて宣言することの原告の要求と定義した場合、それは人を迷わすものである。けだし、要件事実が「実体法上の」であるべきことの強調は物権についてなされねばならないという意味にのみ理解されるべきである。

5 訴訟物を全くアクチオ法的シエマから解放したいならば、逆説とは異つた路を歩かなければならない（以上三〇九頁）。問題解決の方向をライヒ裁判所の判例が示している。それは、法律的には、包括的に、請求の対象の中に包含される一般的な法的効果主張によつて、事実的には、包括的に、広く伸ばされた訴の原因によつて、訴の原因にできる限り広い限界を画しようと、基本的には、努力している。請求原因のこの限界は、訴の基礎をなす生活事実関係によつての

み画されることができる。こういう考え方は、生活上の事件を訴訟物とするものではない。(だから 'Lent 6ZZP, 65, 339 の警告はこの考え方には当たらない)(註一〇頁)。生活上の事件は、訴の原因に属し、訴訟物は、請求の、対象及び原因から成る、すなわち、権利主張と生活事実関係とから成るのである。

6 訴の原因を、相互に関係のない個々の事件ではなく、生活事実関係に関係させることが必要であることは、とくに、婚姻解消手続において、生ずる。たしかに、基本的には、それぞれの姦通から、各一個の離婚の形成権が発生する (§22)。同じように、たしかに、原告は、重大な婚姻違反 (§23) を主張するときは、婚姻の解消の結果を期待して訴えることができる。しかし、裁判官が裁判しなければならないのは、個々の歴史的な出来事ではなくて (以上三) 裁判に出された「Ehemarium」すなわち困難に陥った婚姻である。裁判官は、正しい判決をしようと欲するならば、個別的な姦通や個々の婚姻違反を審理することにのみ事を限つてはならない。これらの個々の出来事は、婚姻それ自体と不可分に結合しているからである。婚姻が治癒しがたいほどに崩壊している場合にのみそれは離されるべきである (以上三)。

7 婚姻解消手続に妥当することは、その他の民事訴訟にも妥当する。

a 原告がある使用賃貸借関係の解除を訴求した場合、裁判官は、正しい結果に到達するためには、当事者間の関係の全体を吟味しなければならない。このことは、「単的に」解除 (Aufhebung (と訳すべきか 筆者)) が訴求された場合にも、特定の解除権 (Aufhebungsrecht) に基づき訴求された場合にも、ひとしくあてはまる (以上二)。(一三頁) 裁判官は賃貸借関係を全体として観察しなければならぬ。従つて、困難の状態における賃貸借関係が訴の原因である。ここで賃貸借関係とは、法的意味における賃貸借契約ではなく、生活事実関係 (使用させること) が考えられている。

b 二人合名会社の社員が HGB §142 に基づき営業の引受を訴求し、被告に不信行為があつた旨主張したとしよう。この訴を評価する基盤たる生活事実関係は当事者の社員関係である。この社員関係がもはやそれ以上維持されない場合にのみ訴は認容されるべきである。このように区割された訴の原因の範囲内で原告は彼の実事関係を補充することができる。だから、長期にわたる病気の事実を補充しても、訴の変更ではない（以上二）。

c 右のことは、形成訴訟のみならず、確認訴訟にもあてはまる。例えば、解雇からの保護を求める訴 (KSchG §3) においては、原告は、これによつて、労働関係は解消されていないことの確認をえようとするのであるが、事実あるがままの困難な労働関係が請求の原因をなすのである。

d 以上の諸場合 (a b c) は、いずれも継続的な生活事実関係の場合である。日々の生活の法律行為の場合には、訴の原因は、いうまでもなく、より狭く劃されるべきである。ここではしかし、生活関係が単個あるか数個あるかの生活交渉観が現われる。商品の注文・引渡・使用は包括されることはすでに強調した。契約の予備行為も同じように契約という訴の原因のなかに含まれる。行為の完了後のある出来事も契約という生活事実関係に属する。だから、履行請求の訴から損害賠償請求の訴への移行においては、訴の原因は同一である。

しかし、手形に基づく訴と原因行為に基づく訴とにおいては、事柄は異なる。ここでは、二個の生活事実関係があるとされる。けだし、日々の生活交渉において、(抽象的な) 手形振出は、ある独立のもの、として、観られているからである。たとえ、原因行為と経済的には一体をなしていても。契約の訴と不当利得の訴、履行の訴と損害賠償の訴の基礎にある要件事実は互にかみあつているが、右の二つの事件は、これと同じようには互に噛みあつていないのである。手形と原因行為についていわれることは、貸金と、それについてなされた抽象的な債務の承認についてもあ

てはまる(以上二一五頁)。

原告が売買代金請求権を訴えたとしよう。実体法的観方からみれば、売買契約の成立が請求の原因であろう。それについてののみ弁論をし裁判をすべきであろう。しかし、被告が、猶予があつた、又は免除があつた、又は弁済をしたと主張したらどうであろうか。厳格に考えると、これらの抗弁は、顧慮せられることは許されないことになる。なぜなら、これらは、請求原因に属せず、従つて、訴訟の事実面における対象に属しないから。このような結果は、いうまでもなく、不可能事であろう。従つて、実体法的観方は正しくないのである。

問題は、生活事実関係を訴の原因と考えるとき、容易に解かれる。

e 法律行為が問題とされない場合には、明瞭な解決が期待される。原告が失つた物の引渡を訴求する場合、この生活事実関係——すなわち、原告はその物を占有していた、彼の意思によらずに占有を失つた、いまそのものは被告の手のうちにある——が訴の原因である。この訴の原因を、裁判官は、引渡の要求をひき出すあらゆる法的観点(BGB, §§891, 1007, 985, 923)から、吟味しなければならない。譲受及び相続を理由とする所有権確認の訴においては、二個の生活事実関係がある。だから、この場合には、請求の併合がある。

8 上述の諸例は、生活事実関係なるものは、Lentの危懼に対して、完全に自らを守つてゐることを示している。かくして、事実の面においても包括的な訴訟物への道が開かれるのである。

第三章 両説の批判的検討

1 方法 まず、Lentの批判に対し、筆者の立場から弁明を試みよう。次に、筆者の弁明とHabscheid

の弁明を比べることをとおして、Habscheid の弁明を批判することにしよう。

2 第一章2の所説について　そこで述べられている内容の限りにおいては、新説側からの異論はないであらう。ということしかし、Leit の攻撃が成功したことを意味はしない。むしろ、それは的外れであつたのである。

なぜならば、新説は、次のことを主張するのであるから。被害者たるある原告と責任ある鉄道企業体との間に於いて、単一の被害について、賠償すべきや否やが争になつた場合に、法的観点として、不法行為と債務不履行とが考えられる場合に、その損害賠償請求訴訟の訴訟物の単複を決定するのは、実体法上の法的観点ではなく、被害を惹起した事故そのものであることを。

3 第一章3の所説について　そこで述べられている内容については、新説側からの異論はないであろう。新説が問題とするのは、一人の権利者が、数個の請求権に基づいて訴える場合において、訴訟物は、しかし、単個である場合があることを肯定し、その場合の徴表として、生活上の事件の単一性を考えることなのである。新説は、単一の生活上の事件が、二人の権利者を発生させることがある場合を、問題としているのではないし、この場合に、二個の異別の訴訟物が存することを否定しているのではない。

4 第一章4の所説について　筆者の考では、ここで、訴訟物は何かという問題にとつて、もつとも重要なのは、一箱の葉巻それ自体である。原告は、その葉巻を金銭に見積つた額の引渡を求めるところで、その葉巻は、それ自体において、すなわち、それが背負つている歴史的屬性によつて、特定している。従つて、それを金銭に見積つた額も、葉巻の特定によつて、特定する。そうすると、その額の給付を求める訴訟の訴訟物は、給付の目的物の特定によつて、特定しているということが出来る。いうまでもなくこの場合、訴訟物を特定するのに必要なことからは、

請求を理由あらしめるのに必要なことがらとは異なる。請求が理由があるためには、右の金額の給付を求めることが、権利として認められる場合でなければならぬ。そのためには、権利の要件事実¹⁾に該当する事実が存在しなければならぬ。そのためには、右の葉巻が背負う歴史的事実が要件事実²⁾に該当する事実として存在することが必要である。物は、社会的には、かならず、歴史を背負っている。その意味はこうである。例えば、問題の葉巻はXがYに送ったものである。そして、Yが消費したものである。これらの歴史は、過去における出来事である。しかし、他方、その葉巻のいわば（歴史的）現在の属性である。これだけの属性が、葉巻の特定にとつて必要であり、かつ十分である。ところで、Xに、売買代金請求権が認められるためには、もうひとつ、歴史的事実が必要である。それはその葉巻がYによつて注文されたという事実である。ところが、Xに、不当利得請求権が認められるためには、これと両立しない（消極的）事実が必要である。それは、その葉巻がYによつて注文されないのに送られたという事実である。これらの歴史は、請求を理由あらしめるのに必要である。しかし、請求を特定するには必要でない。

さて、なるほど、Lentが指摘するように、「注文か使用か、それは別のことである」。しかし、ここでは、注文と使用とを区別するかしないかは訴訟物の構成にとつて重要ではない。注文された葉巻と、使用された葉巻が、別の葉巻ならば、あるいは、右の区別は重要であろう。ここでは、葉巻は、単一のものである。ここでは、訴訟物の構成にとつて、重要なものは、その葉巻をいかにして特定するかである。この点は、しかし、すでに前述したとおりである。

注文（された葉巻の使用）と（注文されない葉巻の）使用とを別のことだとすることは、かならずしも誤りではない。しかし、別のこととみることが、ある目的に役立つのでなければならぬ。なるほど、それは、代金請求権と不当利得請求権とは別であるということと対応する。しかし、このことから訴訟物は二個である、という結論は、当然には、ひき

出されえない。訴訟物は権利主張であるということをも前提してはじめてひき出されうる。したがつて、右の分別は旧訴訟物論を前提とした分別であつて、旧訴訟物論を根拠つける分別ではない（Lentの議論が、訴訟物は権利主張であることを出）。（発点としてのことについては、第一章13をみよ）。

5 第一章5の所説について 一般論としては、正しい所説であると思われる。

6 第一章6の所説について 法律要件事実は、連鎖的な事実関係を区切る場合に、明確な基準であることは否定されえない。Lentは、それは訴訟にとつて、有意義な部分である、という。請求を理由あらしめるのに必要な事項を示すという意味で、有意義である。Lentは、さらに、それは、訴訟にとつて重要である、という。しかし、訴訟物の特定にとつては、かならずしも、つねに重要であるというわけではない。

7 第一章7の所説について 新理論は、訴訟物の単一性を、一個の事故、一個のある奪取によつて、計るにあつて、その事件から、数個の実体法上の請求権が発生するかどうかを顧慮しないわけではない。これら数個の請求権を、請求権の競合等の場合には、請求の理由の有無の判断に必要な法的観点として把え、請求権ごとに訴訟物ありとは把えないだけのことである。Lentは、訴訟物の数にとつて、基準であるのは、出来事の単一性ではなくて、侵害された権利の複数性である、というが、これは、権利主張説を前提としての帰結で、権利主張説を正当ならしめる根拠ではない。馬の奪取という単一事件において、偶々占有者と所有者が同一人であれば、この人的結合が突然訴訟物の単一性をひきおこすことをLentは指摘して、これはおかしいと言外にほめかしている。しかし、権利（例へば、所有権に基づく返還請求権）を核とする発想からはおかしくみえようが、法的効果（馬を引渡すべきこと）を核とする発想からは、すこしもおかしいことはない。批判は、発想そのものに向けられるべきであつたのである。法律要件事実の数が、外的な事件によつてのみ数えられるべきものでないというLentの指摘は正しい。しかし、問題は、法

律要件事実の数が、訴訟物の単複を決定するものとはかぎらないという新理論である。権利の識別要素と、訴訟物の識別要素とを混同することは許されない。新理論者の訴訟法は民法とは完全に異なつた道をとることになるとLentはいうが、訴訟は私権保護の制度であるという前提をとれば、あるいはそういうことになる。しかし、この前提が疑わしい。

8 第一章8の所説について Lentは、例えば、奪取に、占有又は所有を附加してはじめて、出来事は、法的効果を伴う要件事実として完成する、という。その通りであろう。しかし、出来事が要件事実として完成しないかぎり、訴訟物の単複の基準としては十分でないとLentがいつているのには賛成しかねる。これは、権利主張説を前提とする議論であるからである。

9 第一章9の所説について ここでは、もういちど、訴訟物を特定するのに必要な事項と、訴訟上の請求を理由あらしめるのに必要な事項とは、概念的に区別されるべきであり、かつ、それらはかならずしも重複するものではないことが指摘されるべきであろう。外的事件（例えば、馬の奪取）は、理由づけのために十分でない、というLentの指摘は正しい。しかし、識別のためにのみ十分であるのでもないとする点は、Lentは「正しいとはいえない。なるほど、権利の識別のためには、十分でないであろう。しかし、訴訟物を、（新説の理解するような）法的効果の主張とする立場に立てば、請求権競合の場合等の訴訟物の識別のためには、十分である。したがつて、「確定された事実関係」を、請求の理由の有無の判断に必要な事項の諸関係と理解するかぎり、Lentの指摘するとおり、外的出来事は右の「事実関係」の一部にすぎない。しかし、このことは、訴訟物の単複が外的出来事の単複で定まることがありうることを否定することには、当然にはならない。

10 第一章10の所説について 中でも、Lentの所説は、権利主張説を前提とする展開論で、それを正当化する根拠論ではない。新説は、外的事件がそれ自身だけで権利主張の同一性をもたらすとはいっていない。法的効果の単一性をもたらすというのである。新説のいう法的効果とは、旧説のいう権利とは異なる。例えば、旧説においては、所有権に基づく馬の返還請求権と占有権に基づく同一の馬の（同一事故を原因とする）返還請求権とは異なる権利であるとする。これに対し、新説においては、右の場合は、単一の返還請求権ないしは馬を返還すべきこと、が法的効果として認められるのであるとする。

Lentは、外的事件が複数でも権利主張は同一である場合があることを指摘し、外的事件の単複は訴訟物の単複の基準にならないことを指摘しようとする。しかし、それは、確認訴訟の問題である。確認訴訟・給付訴訟を通じて、一貫した論理があるべきだとの意図があるとするならば、それは望ましい意図であろう。しかし、それについては、訴訟物は権利主張であるという説の一貫であることが望ましいかは疑問である。一貫させるならば、確認の対象の特定と給付の目的物の特定の基準を一貫させるべきであろう。ところで、確認の対象は、新説旧説を通じて、一致して（原則として）権利（又は法律関係）である。しかし、給付の目的物は権利ではない。（給付訴訟も、実は、確認訴訟とは、ドイツでは、まだ有力に主張されてはいない）。したがって、確認訴訟における訴訟物が、絶対権の場合には、権利の識別の要素だけによつて識別され、外的事件によらないことと、給付訴訟の訴訟物が、請求権の競合等の場合には、外的事件によつて識別されることとの間には、十分一貫した基準があるわけである。

11 第一章11の所説について ここでは、既判力の対象に関するLentの所説が前提とされている。すなわち、既判力は、訴において主張され判断された権利のすべてについてではなく、判決の主文において確定された権利（主

張) についてののみ、生ずるといふ所説である。この説は、明らかに、権利主張説と結びついている。したがつて、ここの所論は、いずれも、権利主張説を前提とするその展開論であつて、その正当なることを証明する根拠論ではない。

一個の請求権のみに基づく判決が、訴訟物を完全には解決しないという *Lent* の指摘は正しい。しかし、この指摘については、次のことが注目されなければならない。それはこうである。権利主張が訴訟物であるならば、一個の請求権のみに関する判決によつて、そのみが訴訟物である場合はもちろんのこと、それ以外の競合する請求権も併合されて訴訟物とされた場合も、それなりに、勝訴の場合には、訴訟物は完全に解決されたといえるのにもかかわらず、なお、完全に解決されないものを意識していることである。それは、すなわち、一個の外的出来事がひきおこした当事者間の事件が完全には解決されていないことにほかならない。事件の核心は、例えば、特定の馬を引渡すべきか否かである。訴訟物の構成としては、この事件を、その核心において、一挙に解決しうる構成が望ましいことはいうまでもない。

新説(少くとも筆者)は、占有権に基づく引渡請求権が否定された場合に、所有権に基づく引渡請求権まで否定されうる、といつてゐるのではない。占有権のみが主張され、所有権が主張されなかつた場合には、所有権の主張は、確定判決の基準時前に主張しうべかりし攻撃方法として、爾後その馬の引渡の理由として主張することが許されない、というのである。

12 第一章12の所説について　ここでも権利主張説を前提とするかぎり、*Lent* の所説は一貫している。しかし、この前提が、そもそも、疑問の対象なのである。訴訟物は原告が特定する、という *Lent* の指摘は正しい。しかし、

原告は、訴訟物として、給付訴訟の場合に、請求権を（その要件とともに）特定するであろうか。かりに、特定するものがあるとしても、そのような、請求権を特定した訴は、訴訟制度の利用のしかたとして、一般的原則的に、許されるものであろうか。給付訴訟は、請求権の確認訴訟とは異なるのである。

13 第一章13の所説について 新説は、生活上の事件が、とりもなおさず、訴訟の対象である、といっているの

ではない（第二章5参照）。新説は、提出された事実関係を顧慮しないで、生活上の事件からひき出されるすべての請求権に

ついて、裁判することを認めているわけではない。例えば、馬が奪取されたという主張しかない場合に、裁判所は、占有権に基づく引渡請求権と所有権に基づく引渡請求権の存否の裁判をなしうる、と新説はいわない。占有や所有の事実、別な言葉でいえば、その馬の歴史、すなわち、占有されていた馬か、所有されていた馬かの主張が必要である。占有されていた馬という主張のみがある場合にも、所有権の判断が許されると、新説は、かならずしも、いわない。この場合には、所有されていたという事実の主張がないので、所有権の存否の判断、従つて、所有権に基づく引渡請求権の存否の判断をすることは許されず、その反面、原告は、判決確定後は、その馬の引渡請求の理由として、所有されていたという事実を主張することは、許されなくなる、というわけである。訴訟物は、この場合は、その特定の馬の引渡ということで、既判力も、その馬を被告が原告に引渡すべきか否かについて生ずる、という前提のもとでは、以上の新説側の所論は正當に展開されたものとして評価されるのである。

14 第二章1・2・3の所説について 一般論として、正しい弁明である。第二章2・4と読み比べてもらいたい。第二章3の最後の、問題提起は鋭い。

15 第二章4の所説について 本章4と読み比べてもらいたい。ここでの Habscheid の所説は、正しいものを

含んでいる。注文から無注文への変更にもかかわらず、訴がそこからひき出されるところの生活事実関係が依然として同一であるのは、消費された酒又は葉巻が、同一であるからである。注文とか無注文とかは、事実のちがいであり、同時に法的観点のちがいであり、これは請求を理由あらしめるのに必要な事項であるが、訴訟物の特定には必要ではない。

ここでは、法的効果は、実体法上の要件事実との結びつきから解放されていることは、注目せらるべきことである。この点については、本章10を参照。

16 第二章5の所説について 生活事実関係を訴訟物の要素とすることは、正確でない、という疑がある。訴訟物の(概念)要素と、訴訟物を特定するのに必要な事項とは、互に区別される必要がある。生活事実関係は、訴訟物を特定するのに必要な事項である。それは、しばしば、前述(本章)のように、訴訟物の要素のいわば歴史的属性をなすがゆえに、訴訟物の要素として把握されがちなのである。請求原因を請求の要素として把握するならば、請求の原因は要件事実か生活事実関係かという形で問題とされざるをえず、このような形で問題とされるから、事実の鎖をどこで区切るかという、水掛論的論争(第一章2・4・5と第二章1とを讀み比べてみよ)が混入してくるのである。請求の原因の問題は、事実の鎖をどこで区切るか、という問題ではない。請求は、どんな事項によつて特定されるかという問題である。(それは、請求はどんな事項によつて理由づけられるかという問題と、その解答において、重複することもあり、重複しないこともある)(前述本章6・17)。

17 第二章6・7の所説について これは新説を正当ならしめる根拠論である。正しいものを含んでいると思われる。継続的な生活関係の場合には、その生活関係の単一性が訴訟物を特定する契機となることは疑がない。しかし日々の生活の法律行為の場合には、例えば、商品の注文・引渡・使用は一個の生活関係に包括されるというような、

生活関係の側から想を發するしかたは適切でないように思われる。このような發想をするならば、人の生活交渉觀によつて左右され、Habscheid が自ら認めるように、原因行為と手形の振出行為とが一個の生活關係に屬するか、二個の異別の生活關係であるかを区別する決定的契機が得られない。これは、Habscheid 流の發想法の欠点である。結果に欠点(それはすでに指)が(適されている)あるからである。この欠点は、想を、給付の目的物から發することによつて矯正されること
ができる。すなわち、給付の目的物たる金〇〇万円を特定するのに必要な事項は何かを考えればよいのである。原因行為が売買契約である場合には、売買の目的物が特定しているから、その代金はその目的物の代金という歴史的屬性によつて特定し、手形金は、右代金という特定のものの支払のためということによつて右の代金と同じものであることが明らかであるから、問題の金は単一であり、この単一の金の特定のために必要な歴史的屬性としては、右目的物
あらしめる事実であるが、それを特定するには、この場合には、必要ではない。

生活關係の側から想を發するしかたの欠点は、Habscheid が、讓受及び相続を理由とする所有權確認の訴において、二個の生活事實關係があるから、請求の併合があると結論するところに現われる。この欠点も、確認の対象から發想すれば、除かれるのである。確認の対象は所有權である。所有權のような絶対權は、同一人間に同一物について同時に、數個存することはありえないから、所有權の目的物の特定でもつて、所有權が特定し、所有權の特定によつて、所有權確認訴訟の訴訟物も特定するのである。

1 新説に対する Lent 批判は、結局、新説の立場を批判したのではなく、新説の結果が、Lent の立場からの帰結と相容れないことを指摘し、したがって、Lent の立場からは、これに賛成できないと主張したに止まつた。これに対する Habscheid の弁明は、新説の立場自体を根拠づけ、その展開として、Lent が取上げた問題点について、彼の展開を示したのであつたが、生活事実関係と訴訟物との関連の把握において適切でない点があつたために、基本的方向においては、正しいものを含みながら、個々の問題点については、十分な弁明たりえないものもあつた。

2 しかし、この両説の比較は、われわれに、次のことを教えるように思う。一、立場の批判と、ある立場の展開の優劣の比較とが厳密に区別されないと、論争が非生産的になること。要するに、Lent の批判は、自分の説と他の説との相異を明らかにしたに止まり、反対説と競争するのみで、反対説に致命的な打撃をすこしも与えていない。二、旧説から新説への移行——Habscheid の言を借りれば、アクチオ法的シエマからの解放——は、実体法と、訴訟法、ないしは、実体法と訴訟の関係を、新しく把握しなおそうとする動きであること。

(一九六〇年二月六日)