HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	訴訟物論
Author(s)	小山, 昇
Citation	法學會論集, 11(3), 1-90
Issue Date	1961-03-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/17068
Type	departmental bulletin paper
File Information	11(3)_p1-90.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

訴訟物論

小山昇

本稿は、民事訴訟法の研究第一巻、訴訟物論の第一部にあたる部分である。第二部は、わが国の判例の分析に、第三部は、ドイツ法の分析に、それぞれあてられる予定である。本稿においては、紙数の関係と、時間の関係とによつて、わが国における訴訟物に関する諸学説の検討は、別稿に譲り、本稿の表面には出さないことにした。本稿が、これらの諸学説に負うところが多いことはいうまでもないことである。本稿を公表するのは、未熟な点を補う材料を本稿に対する批判から得るためであり、かつ、本テーマから一応自らを解放するためである。

第一編　総論——請求の概念と特定
　第一章　請求の概念
　　第一節　請求概念の必要性——概念構成をされるものとしての請求——
　　第二節　請求概念を構成する方法
　　第三節　請求の概念
　第二章　請求の特定
　　第一節　請求の特定の意義

第二節　請求の特定の方法
第三節　請求の単一性
第二編　各論――請求概念と実定法
第一章　序　論
第二章　「請　求」
第一節　「請　求」
第二節　「請求ノ趣旨」及び「請求ノ原因」
第三節　「請求ノ拡張」、「請求ノ変更」及び「請求ノ基礎」
第四節　「請求ノ拋棄」及び「請求ノ認諾」
第三章　「訴訟ノ目的」
第四章　請求概念の検証
第一節　裁判籍
第二節　二重起訴
第三節　時効、相殺
第四節　訴訟承継
第五節　既判力

第一編　総　論

——請求の概念と特定——

第一章　請求の概念

第一節　請求概念の必要性

——概念構成をされるものとしての請求——

1　人は、訴訟に依つて、裁判を求める。裁判はある（特定の）主題についてなされる。ゆえに、主題は、民事訴訟の構造における要素である。これは、物的要素といわれてよい。訴訟における主題は、裁判所が定めるのではなく裁判を求めるものが定める（一八六条参照）。裁判の申立は訴とよばれる。訴の提起は訴状の提出によつてなされる（二三三条）。そこで、訴状において訴訟の主題が指定されなければならない。ところで、訴状には、「請求ノ趣旨及ヒ原因」が記載されなければならないことになつている（二二四条一項）。ゆえに、それは訴訟の主題を指定するためであると解釈せざるをえない。従つて、二二四条の「請求」は、訴訟の主題を指す。この訴訟の主題＝請求とはなにか。これを明らかにすることが、民事訴訟法の体系的理解にとつて、必要であることはいうまでもない。

2　民事訴訟法典の条文のなかに、「請求」の用語は少くない（例えば、二一条、二三条、五〇条、八一条、一〇七条、一四四条、一八四条、一九五条、一九六条、一九九条二項、二〇一条、二〇三条、二二四条、二二七条、二三二条、二三三条、二三四条、二三五条、二三九条、二五六条、二五八ノ二条、三五九条、三九五条、四三〇条、四三五条、五四五条、五四七条、五四八条、五五九条、五六〇条、五六一条、五六二条、六九八条、七三七条）。これらの用語の意味内容は必ずしも同一ではなく、そのそれぞれがどんな意味内容であるかを明らかにするのに、右の二二四条の「請求」の概念内容を明らかにすることが役に立つ。

3　民事訴訟法典の条文のなかに、「訴訟ノ目的」という用語が少くない（例えば、二二条、五九条、六〇条、六二条、七一条、七三条、七五条、二三九条）。これらの用語の意味内容と「請求」のそれとの異同を明らかにすることにも、「請求」概念の確定が役に立つ。

4　その他、事件の同一性（二三条）や既判力の生じる事項（一九九条一項）の同一性の認定のためにも、「請求」概念が役に立つようである。

5　以上で、「請求」の概念規定が必要であることが、明らかにされたと思う。

第二節　請求概念を構成する方法

一、民事訴訟制度観

1　請求がなんであるかは、民事訴訟制度をなんと把握するかと、密接な関係を有する。このことは、論が進められるにつれて明らかになるであろう。民事訴訟は私的紛争を解決する制度である。時代の新旧を問わず、洋の東西を問わず、社会において生起する紛争が解決されなければならないということには変りはなかつた。それは、社会の統治のための必須の条件でもあつた。従つて、いついかなる社会においても、裁判制度は常に存在した。しかし、いかなる場合に裁判制度を利用することが許されるか。なにを基準にして裁判がなされるか、なにものがいかなる手続で裁判を行なうかは、それぞれの社会において、実定的に定められた。近代においては、国家が裁判制度を設置かつ運営し、その機関を通して裁判実務が行なわれることになつている。

2　社会における私的紛争の解決を目的とするものが民事の裁判制度＝民事訴訟制度である。この制度の社会目的は、この制度が法的制度にまで至つた場合にも、法制度としての民事訴訟制度の存在に基礎を与えるものとして認められるものである。民事訴訟制度の目的を私権の保護とする理解にも、私法の維持とする理解にも、賛成するわけに

はゆかない。(1)

(1) この点の詳細は省略する。その理由は、訴訟制度の目的観については、筆者は、兼子一「実体法と訴訟法」におけるそれで十分であると思うからである。筆者は、訴訟制度は私法法規に、論理的に、先行する点に、注目する。訴訟制度は、法的制度として、法上の存在として先ず在り、私法法規は、それが成文のものであれ、不文のものであれ、訴訟制度との関係においては、訴訟制度のためにある。訴訟制度を通じて確立した私法法規も少くない。このことは、私法法規の行為規範としての性格を否定するものではない。訴訟制度との関係でみれば、私法法規は、ことに制定法主義の下では、裁判規範である。

3 さて、民事訴訟が、私的紛争の解決を目的とするとしても、ありとあらゆる私的紛争を、いかなる場合においても解決するというのではない。民事訴訟制度を経営する国家は、解決の条件を設ける。解決に親しむ紛争はどんな紛争か、解決を必要とする場合はどんな場合か、どんな基準で解決するか、どんな手続で解決するかについて、条件を設ける。これらの条件は、訴訟制度を利用する国民から見れば、利用の条件である。訴訟制度を経営する国家から見れば、運営上の制約である。これらの条件は、これを綜合すれば、要するに訴訟制度を利用するために存在することが要求される利益(=制度利用の利益)である。この利益は、しかし、細目的に分析されなければならない(後述)。

4 ある紛争の解決が、民事訴訟によつてなされるためには、その紛争が、民事訴訟による解決に親しむものでなければならない。国家が、その紛争を民事訴訟による解決に値すると判断した場合でなければならない。民事訴訟による解決に値するとされた紛争については、民事訴訟による解決の利益がある。これは、いわば、紛争の民事訴訟による解決の適格性の問題である。いかなる紛争が、紛争適格を有すると、法(国家の判断)は定めているか。

5 紛争はすぐれて、利益紛争である。つまり、生活上の利益をめぐる紛争である。しかも、その多くは、経済的利益をめぐる紛争である。紛争は主張の衝突である。ゆえに、生活利益紛争は生活利益主張の衝突である。裁判制度

は、統治のために不可欠で、統治は被治者の生活利益に直接する事項についてまず行なわれる。ゆえに、民事訴訟制度により解決されるべき紛争は、なによりもまず、私的利益の紛争であらざるをえない。ただし、このことは、他の種の紛争の紛争適格を、絶対的な意味において、否定するものではない。

6　しかし、どんな利益紛争でも、紛争適格があるというわけではない。そこには、法律上の一定の制限がある。それは、実体法規が法的効果の内容としている一定の型の利益についての紛争であることが必要である。(1)例えば、夫婦の別居の争や土地の表面だけの全面的支配の争は、現行法上は、紛争適格はない。例えば、別居は法的効果の内容として、今日の実定法においては認められていないからである。

(1)　実体法規は、権利・請求権等の名で法的効果を認め、その内容は、一定の利益享受の許容である。裁判官は、紛争を、法規を適用して解決しなければならない。ゆえに、法規を適用してもその結果認めることのできないであろうところの利益については、裁判することができない。この意味で、実体法規は、紛争適格を規定するという働きをもしているのである。「法律上の争訟」(裁三条)とは、適格ある紛争をいうのである。

7　紛争は、主張の衝突である。事実の存否に関する主張が衝突することは少くない。しかし、事実紛争は、原則として、紛争適格が認められていない。裁判所は、法律上の争訟を裁判するものとされている(裁三条)。訴訟において、事実の存否に関する争が提出され、それについて裁判所が判断を下すことは少くない。むしろ、これが通常である。しかし、それは利益紛争の解決の前提として必要であるからである。つまり、事実紛争の解決は、利益紛争解決の手段である。それは、民事訴訟制度の運営のために必要なことではあるが、訴訟制度の目的がそこにあるわけではない。もつとも、事実紛争は絶対的に紛争適格を有しない、というわけではない。現在の又は将来の利益紛争の解決に役立つ限り、また役立つことが訴訟制度を利用させるに値する限り、事実紛争にも、紛争適格が認められる(例えば、(1)二二五条)。

(1) 「法律関係ヲ証スル書面ノ真否」の争は、右の根拠に基づき、一般的に（事実の存否の争が一般的にというのではない。法律関係を証する書面の真否の争が一般的にというのである。）それを解決するために訴訟制度を利用する資格あり、とされたわけで、逆にいえば、訴訟制度がそのために利用される利益が明文で承認されたのである。この利益と個別的の場合における訴訟制度利用の利益であるところの、いわゆる（狭義の）訴の利益とは、区別されなければならない。

8 適格ある利益紛争が民事訴訟によつて解決されるとはどういうことか。民事訴訟において、裁判所は法を適用して争を解決する（憲七六条三項参照）。法を適用するとは、法的効果の帰属の有無を確定することである。(1) 法的効果の内容は利益である。こうして、法の適用により利益の帰属の有無が判断され、それによつて利益の争が解決されるのである。

(1) 法規は、一定の要件に一定の法律効果を結びつけるという構造をもつている。要件は事実から成り立つている。法律効果は、あるいは権利、あるいは請求権、あるいは法律関係であり、これらはいずれも、ある利益をその内容とする。権利は利益を享受する力だといわれる所以である。

従つて、法規を基準として紛争を解決するという場合、それは、法規を大前提とし、具体的事実を小前提として、三段論法により結論として、具体的権利を判断することによつてなされる。権利は利益を内容とする。従つて、権利の帰属を判断することになる。利益紛争は利益の帰属の争であるから、利益の帰属の判断により、利益紛争は解決される。

しかし、利益の帰属の判断だけでは紛争の解決として、必ずしも十分ではない。判断が服従されてはじめて解決の実効があがるからである。判断が服従されない場合、すなわち、判断の内容が事実において実現されない場合には、事実において実現することが強制力を以つて保障される必要がある。この必要を満たす制度が強制執行制度である。

9 利益紛争の解決は、法的効果の存否の判断によつてなされるから、それは、法的効果の存否の争の解決を通してなされるということができる。また、法的効果の争という形で、利益紛争が、当初から争われている場合も少くな

い。そこで、訴訟制度は法的効果の争の解決を目的とするかに見える。法的効果のうち主なものは権利である。そこで、権利紛争の解決が訴訟制度の目的であるかに見える。

しかし権利紛争の解決は、訴訟制度の目的ではない。訴訟における利益紛争が、権利紛争の形で提出されることはありうる。訴訟における利益紛争は、権利の争にまで構成される必要はある。訴に対する判断は、権利の争に対する判断によつてなされるからである。しかし、それでも訴訟制度の目的は、権利紛争の解決ではない。権利紛争の解決は、訴訟における利益紛争の解決のための手段である。この訴訟における利益紛争の解決こそ、訴訟の制度目的である。

附言しよう。権利紛争は権利の存否の紛争である。存否の紛争は存在の主張とこれを矛盾する主張との衝突である。権利の存在の主張は、主張者の法適用の結果の主張である。権利の存在は、法条の適用なしには考えられないからである。それでは民事訴訟において、原告の権利主張が当つていない場合には、原告が彼の主観において、権利主張という形で主張した利益主張は、これを認定すべき場合であつても、原告は敗訴を余儀なくさせられるべきであろうか。そう考えることは、訴訟制度利用者の真意ではなかろうし訴訟制度運営者の真意でもあるまい。

10　権利紛争の解決が民事訴訟制度の目的であるのではない。しかし、権利紛争の解決を目的として民事訴訟を利用することが全く許されないわけではない。そのために、民事訴訟が利用されるだけの利益が一般的にある場合には、その紛争には、一般的、抽象的に訴訟により解決される資格＝紛争適格があるわけである。現行法上は、後に再び触れられるように、権利紛争にも紛争適格が認められはじめている。(1)

(1)　いうまでもなく、紛争適格が認められるために存在することが必要な利益と、いわゆる(狭義の)訴の利益とは区別されなければならない。

11　結論として次のようにまとめられよう。民事訴訟制度の目的は、原理的には私的利益紛争の解決にある。事実

紛争や、権利紛争は、民事訴訟による利益紛争の解決のために、その手段として解決される。しかし、それらの解決を目的として、民事訴訟を利用することが、実定法上全く排除されているわけではない。

二、民事訴訟の類型

1　請求概念を構成するためには、民事訴訟の諸類型がなにを意味するか、また、訴訟制度の目的とどんな関連にあるかを、予め確定しておく必要があるように思われる。

民事訴訟は、給付訴訟、確認訴訟、形成訴訟の三種に分類されている。この分類は、一面において、紛争の類型に対応し、他面において判決における判断の形式に対応する。

2　あるものを廻って、その給付の主張とこれと反対の主張が衝突するとき、給付の争がそこにある。給付の争は(一般的に、原則的に)紛争適格を有する。その根拠は次のとおりである。

生きることは、要するに消費することである。ゆえに、生きるためには消費財を入手しなければならない。人の生活活動はつまるところ消費財の入手に向けられる。そこで、財貨(労務も同じ)の給付は、人にとって(ことに、商品交換経済社会においては)、根源的な必要である。そこで、給付の争は、いわば根源的な争である。ゆえに、給付の争は解決を絶対的に必要とする。しかも、国家はその解決に重大な関心を有する。そこでその解決は、国家制度による解決であることができる用意が要請される。この要請を満足する国家制度が、給付訴訟制度である。

従つて、給付の争は、訴訟による解決が許される。むしろ給付の争の解決のために、民事訴訟制度があるとさえ(少なくとも歴史的には)いえる。

3　給付の争は、給付の目的物につき、給付すべきか否かが判断[1]されることによつて解決される。従つて、給付訴

訟はなにかを給付すべきか否かの判断によつて、紛争を解決する訴訟であるということができる。そこでは判断の内容は、当為(Sollen)である。

(1) この判断は、給付請求権の存否の判断をつうじてなされる。

4　なにかの存在の主張と不存在の主張とが衝突するとき、そこに争がある。なにかの存否の争は、存在又は不存在の判断によつて解決される。存否の判断は既存のものを存在すると認識するという思考様式による。この思考様式は確認と名づけられる。そこで、なにかの存否の争は確認の争とよばれる。この解決を目的とする訴訟が、確認訴訟である。(1)

(1) これを要するに、確認訴訟とは、有を有とし無を無とすることによつて有無の争を解決するという思考様式により、争を解決する訴訟である。

5　なにかの存否の争は、紛争適格(＝その解決のために民事訴訟を利用する一般的な利益)を有するか。存否の問題は、給付の問題の前提をなす。(1)従つて、存否の問題は、給付の争の解決の手段としての問題である。前提的な争、手段的な争は、それだけが独立して紛争適格を有することは一般的に原則的にはない。

しかし、一般という見地からは紛争適格がなくても、個別という見地から、ある種のものの存否の争の解決に、民事訴訟の利用の利益を認める余地はある。むしろ、逆にいかなるものの存否の争でも、もしその解決のために民事訴訟を利用する利益が認められるならば、その存否の争につき、確認訴訟が許される。すなわち、そのものは確認の対象たることが許されるのである。そして、利益が認められる場合にのみ許されるのである。(2)

(1) 例えば、貸金の事実の存否、貸金請求権の存否、は、貸金返還の前提をなす。このような、存否の問題が給付の前提をなすのは、いずれも社会生活のうち、その紛争を民事訴訟で解決することが必要であると考えられる面についてである。例えば、いうまでもなく、神の存否の問題は、給付の問題の前提とならず、したがつて、そもそも紛争適格がない。

(2) 給付の争の場合には、給付の争であるということだけで、すでに、原則的にその解決のために訴訟制度を利用する利益がある。ただ、給付の目的物につき、制限があるだけである。確認の争の場合には、原則的、一般的には利益がなく、すなわち確認は特別的な利益ある場合にのみ許され、しかし、逆に許される場合には、確認の対象については制限がない。

6 現行法上は、裁判所は「法律上の争訟」(裁三)を裁判することになつており、「書面ノ真否ヲ確定スル為ニモ」(二二五条、傍点筆者)確認訴訟が許されている。このことは、権利又は法律関係の確認訴訟は一般的に許され、事実の確認訴訟は例外的にのみ明文の規定によつてのみ許されると理解されている。

事実又は事実関係の争が、一般的に、紛争適格を有しないのは当然であろう。生活利益そのものについての争ではないからである。

7 権利又は法律関係についても、右と同じように、形式論理的にいえなくもない。しかし、それにもかかわらず権利の存否の争について訴訟が許されると一般に考えられているのは、権利が利益を表現する法的形式であるから、権利の存否は利益の存否を意味するからである。

利益の存否の争は利益の帰属の争である。それは、いわば観念的な争である。利益の帰属と現実とが一致しない場合には、給付の争が惹起する余地が残つている。しかし、たとい観念的な争であつても、その解決のために民事訴訟を利用する利益がある場合には、確認訴訟は許されるべきである。従つて、この場合にも、確認訴訟が一般的に許されるのではなく、利益がある場合にのみ許されるのである。

8　利益の帰属の争は、権利の存否の判断によつて解決される。給付の争が、権利の存否の判断によつて解決されるのと同じである。しかし、利益の帰属の争と権利の存否の争とは同一ではない。利益の帰属の争が法の適用により解決される関係上、それは権利の争と構成されるのであつて、権利の存否は利益の存否の認定の手段に止まる。(1)

(1)　民事訴訟の制度目的は、紛争の解決にある。私法法規は解決基準として裁判規範である。この考え方を前提とするかぎり、権利とか法律関係とかは、紛争を（法律を基準として）解決するための手段的概念である。従つて、権利や法律関係の存否の争は、手段についての争であり、技術的な争である。

9　権利の存否は利益の存否の認定の手段にすぎない。しかし、この手段的な権利の存否の争も、その解決のために民事訴訟を利用する利益が認められる場合には、確認訴訟が許されるべきである。中間確認の訴（二三四条）や異議ある債権の確定の訴（破二四四条・二四六条）は、その利益が明文で認められた場合である。しかしこのような利益が一般的に認められているわけではない。明文のない場合には、具体的な事件ごとに、右の存否が判断されるべきものである。(1)

(1)　たとい、ドイツ法のように、権利又は法律関係につき、確認の訴を認める明文が存するとしても、おなじく、ドイツ法のようにかならず確認の利益が存する限り、という限定がなされるべきである。
確認訴訟が許されるべき場合の定めかたはいろいろありうる。その場合を明文で規定するしかた、確認の対象を明文で個別的に定めるしかたなどがありうる。しかし要するに、それは、確認訴訟を利用するに値する場合を限定的に定めたものにほかならない。予め法規で定めるか、事件ごとに裁判所が判定するかの相異があるに止まる。

10　権利以外の法的効果、例えば、無効についての争についても、同じ考え方が妥当する。無効は、それ自身は、生活利益ではない。(1)従つて無効であるかないかの争は、一般には、紛争適格はなく、その解決のために民事訴訟を利用する（制度的）利益が認められる場合(2)にのみ、訴訟による解決が許される。

このようにして認められる無効の訴は確認の訴である。無効であるか否かの争を無効である又は無効でないという判断によつて解決する訴訟であるからである。(3)

(1) 小山昇・無効の訴について・民事訴訟法雑誌第七号参照。無効とは、法律行為が存在するにもかかわらず、その効力を生じない状態をいう。それは、実体法上、一定の要件事実に結びつけられたいわば、ひとつの法的効果である。この法的効果によつて、効力が生じないという法的状態が存在するに至る。無効とは、それゆえ法的規整における現象である。

(2) この利益は、明文で認められている。例えば、会社設立無効の訴(商一三六条)、会社の合併無効の訴(商一〇四条)、会社解散無効の訴(商四一六条)、婚姻無効の訴(人訴一条)等。その根拠は何か。裁判所の無効の判断に、既判力と対世的効力とを与える必要がこの場合にはあるからである(商一〇九条、一三六条三項、四一六条、人訴一八条等)。それは、裁判所の無効の判断がまちまちであつてはならない場合であるからである。

(3) 無効の訴は、従つて特別の訴である。しかし、それは確認訴訟である。無効の確定判決があつてはじめて無効が主張されることができるという点では、形成の確定判決があつてはじめて形成の結果が主張されることができるのに似ている。しかし、無効の訴は形成訴訟ではない。無効の確定判決があつてはじめて無効になるというのではない。無効は、実体法上の無効原因が存在することによつて当然に無効であるのである。したがつて、無効の判定は、存在するものを存在すると認識する思考形式に従つて行なわれる。すなわち、それは確認である。

従つて、無効はそれ自身は、ここでいわれている生活利益ではない。ここでいわれている生活利益は、いわば物質的利益であり、無効は、物質的ではないからである。従つて、無効の争は利益紛争ではなく、無効の主張は利益主張ではない。もちろん、無効か否かは、利益と無関係ではなく、きわめて密接な関係がある。無効は、利益の認否の法的判断に必要な法的評価であり、事実に対して下されるひとつの法的評価である。従つて、無効の主張は利益主張を理由あらしめるのに役立つ主張である。しかし、それ自身は、利益主張ではない。

利益紛争の解決を目的とする訴訟において、無効は、無効原因事実の主張という実質でもつて、利益主張の理由づけとして、主張

される。したがつて、そこでの裁判所の無効の判断は、判決の理由中の判断でしかありえない。従つてそれについては、既判力が生じない（一九九条）。そうすると、同一当事者間の、又は異なる当事者間の他の利益紛争の解決を目的とする訴訟において、無効が否定されて、有効を前提とした判決がなされる可能性を生ずる。この可能性が容認できない結果を齎すような場合が右の場合である。従つてこの可能性を妨げなければならない。

この可能性を妨げるためには、裁判所の無効の判断に既判力及び対世的効力を与える必要がある。そのためには、無効の判断が判決の主文の内容となる訴訟を許す必要がある。そのためには、無効の争を独立に解決することを目的とする訴を許す必要がある。同時に、他方において無効の争は、この場合には訴訟によつて解決することしか許されないという規整が必要である（例えば商一三六条）。抗弁として主張できるとするならば、前述の可能性を封ずることはできないであろう。詳細は、小山昇・無効の訴について・民事訴訟雑誌第七号。

確認判決の既判力の標準時は、事実審の口頭弁論終結の時である。その時現在で無効であることが確定される。無効は無効原因発生の時から、治癒されないかぎり、ひきつづき無効である。従つて、現在無効であることの確定は、無効原因発生の時から無効であることの確定を意味する。従つて、無効原因発生の時は何時であつたかの主張及び立証を伴う無効の主張が、訴訟における理由づけとしての可能になる。この可能性を断ち切つておくことが必要な場合が少ない。これらの場合には、いわゆる無効（の主張）を、無効原因発生の時でなく、判決の既判力の標準時から認めるという特別措置が必要である。判決の効力から見れば、判決の効力が無効原因発生のときに遡及するのが、無効の論理の要請であるが、特に遡及させない特別措置が必要であるということになる。商法一一〇条はそのための規定である（婚姻無効については、商一一〇条のような規定がない。婚姻無効判決の効果は、遡及する。）。

11　存在（有）を不存在（無）に変更すべき主張とこれに反対の主張が衝突するとき、また、不存在（無）の状態に存在（有）を創設すべき主張とこれに反対の主張が衝突するとき、そこに争がある。この争を、その思考様式に相

応じて、無への変更又は有の創設を判断することによつて、解決する訴訟が形成訴訟である。右の判断は法の適用によりなされる。すなわち、実定法が、右の変更又は創設の要件を規定しており、この要件に該当する事実が存すると認められるとき（このとき、人は、形成権が認められる、という）に、右の判断がなされる。

12 形成の争の解決のために、形成訴訟を利用することは、一般的には許されていない。[1] しかし、全く許されないのではない。形成訴訟を利用する利益が存する場合には、許される。現行法は明文で許している。[2] そして、明文で許す場合にのみ許している。

(1) 詐欺を理由として意思表示の取消を主張する場合、形成訴訟を利用することは、許されていない。取消を理由として、物の返還とか、代金の返還とかを求める給付訴訟が利用されるべきである。

(2) 離婚の訴、短期賃貸借解除の訴、各種の取消の訴等。いうまでもないことであるが、形成の訴はどんな訴かと、ある訴訟が形成の訴であるかとは、区別されるべき問題である。

13 形成の争における主張は、生活利益の主張である。例えば、離婚の主張は、婚姻を無（無婚）に変更することの主張であるが、それは生活利益の主張である。ところが、取消の主張は、それ自体は生活利益の主張ではない。しかし各種の取消の訴が（婚姻取消、離婚取消、会社設立取消、総会決議取消、認知取消等）形成訴訟であることには疑いがない。

取消はある行為の取消である。取消によりその行為の効力は消滅する。従つて、取消の訴は、行為の効力の有を無に変更することの主張とこれと反対の主張との衝突たる争を、有を無に変更すべきか否かの判断によつて解決することを目的とする。[1] だから、形成訴訟の範疇に属する。ある行為の法的消滅は、それ自体生活利益ではない。ある生活利益の帰属に影響を及ぼす事由ではあるけれども、しかし、形成訴訟を利用する利益がある場合には、取消の争につ

いて訴訟をすることは許される。

それは、取消の主張に対する判断が、裁判所によつてなされる場合に、それがまちまちであつてはならない場合である。それがまちまちにならないためには、その判断が判決の主文においてなされ、かつ、主文で判断される以外の方法では判断できないとされ、かつ、主文での判断の効力が第三者に及ぶことが必要である。

(1)　取消の訴は、取消権の確認を目的としない。裁判所の取消行為を目的とするものでもない。それは、私人の取消の意思表示の効果の確認を目的とするものでもない。

14　これを要するに、訴訟の類型は、争の解決のための裁判所の判断における思考様式の類型であるということができる。私生活関係上の争は、その解決のために民事訴訟を利用するだけの利益があるかないかによつて(それが、一般的にであれ)まずふるいにかけられる。ふるいにかけられて合格した争は、その解決にもつとも直接的に適する判断によつて解決されることになる。給付の争は給付すべきか否かの判断により、存否の争は存否の判断により、形成の争は形成(すべきか否か)の判断により解決される。

以上によつて、訴訟制度の目的が確定され、各種の訴訟の類型のもつ意味が確定された。訴訟の主題の概念構成は以上のことを前提とし、これに制約されつつなされなければならない。

三、請求概念を構成する方法

1　本稿における請求は、民事訴訟における請求である。行政訴訟における請求ではない。行政訴訟における請求と、民事訴訟における請求とを、統一的に概念構成することはその必要がないからである。本稿における請求は、いわゆる訴訟上の訴訟における請求ではない。訴訟上の訴訟とは、訴訟上の利益をめぐる事を解決する訴訟である。例えば、控訴訴訟、上告訴訟、再審訴訟、執行関

係訴訟がそれに該当する。

2　本稿における請求としては、給付訴訟、確認訴訟、形成訴訟のそれぞれに共通な請求概念を構成しようとする。統一的な請求概念は必要であるからである。統一的な請求概念の構成は、各種の訴訟の型を前提とし、それから、帰納的になされる。三種の訴訟は、まず型として把握される。従つて、例えば形成訴訟はいかなる型の訴訟かという問題と、個別的な訴訟（例えば、境界確定訴訟）が形成訴訟に属するか否かという問題とは区別される。

3　請求の概念は、訴訟の機能目的と、実定法の手続構造的制約の下に構成されなければならないはずである。次節において、それが試みられるであろう。

第三節　請求の概念

1　これからその概念が構成されるところの請求は訴訟の主題である（第一節一）。訴訟制度の目的は、原理的に紛争の解決である（第二節一）。従つて請求概念は利益紛争を直接に反映するように構成されることがのぞましい。

紛争は主張と主張の衝突である。紛争を解決するのが民事訴訟である。民事訴訟においては、実定法上、裁判所が訴（の申立）について本案判決をすることによつて争を実体的に解決する。ところで訴は裁判を求める申立である。従つて訴の内容、すなわち、裁判の対象は、主張と主張の衝突であると構成するのがもつとも直接的である。民事訴訟は実定法上対立二当事者の構造を有する。従つて、裁判の対象＝訴訟の主題は、原告の主張と被告の主張との衝突と構成すべきである。すなわち、請求は原告の被告に対する関係での主張と構成すべきである。(1)それでは、主張の内容は何であろうか。

(1)　本案判決は、請求としての主張につき、理由の有無を判断することをその内容とする。命令を内容とするものではない。権利の存否を直接の内容とするものではない。権利が存在する場合に請求理由ありとする場合もあり、権利が存在しない場合に請求理由ありとする場合もある。

2　給付訴訟における請求は、給付（すべき旨）の主張である。すなわち、原告の被告に対する関係でのある目的物についての給付の主張である。確認訴訟における請求は、なにかの存否の主張である。すなわち、原告の被告に対する関係でのなにか（確認の対象）の存在又は不存在の主張である。形成訴訟における請求は、有を無に又は無を有にすべき旨の主張である。すなわち、原告の被告に対する関係での、なにか（形成さるべき法的状態）の形成の主張である。

3　ところで目的物の給付を受けることは、人の生活におけるもつとも根源的な生活利益である。又、確認訴訟でその存在が主張されるところのものは前述のように、原理的に、右の生活利益の帰属である。そうでない場合でも、生活利益の帰属の前提となるものである。又、形成訴訟でその創設が主張されるところの状態は、それが生活利益であるからこそ主張され、又、その主張についての争を訴訟により解決することが許され、かつ要求されているのである。

4　かくして、「請求」には次のような統一的な概念規定を与えることができる。すなわち、「請求」とは、原理的には原告の被告に対する利益主張である、と。この概念規定が可能である所以は、すでに述べられた。この概念規定の過程からは、しかし、他のしかたの概念規定はありえないという結論はでてこない。むしろ、他のしかたの概念規定も可能であるようにみえるし、事実今日までなされてきた。問題はここでの概念規定が他のどれよりも適当であるか否かである。

それはこの概念が他のどのような概念よりも、有用であるかどうかで定まる。その点は、第二編で様々の試金石によつて吟味されるはずである。

5　利益主張は一方の当事者から他方の当事者に対して向けられるものである。裁判所に向けられるものではない。原告は裁判所に対し、争の解決の要求をする。これが「訴」である。争の解決は、利益主張の認否の判断によつてなされるから、争の解決の要求

は利益主張の認否の判断の要求を包含する。この判断は判決において示されるから、右の要求は、判決の要求でもある。利益主張の認否の判断は、法的効果の存否の認定によってなされるから、利益主張は、法的効果の主張によって理由づけられることが必要である。法的効果は、一定の要件事実の存在を前提とするから、法的効果の主張は、結局、一定の主観的権利の主張となるべきものである。しかしながら、争の対象は、利益主張である。要求(その形式としての申立)でもなく、権利主張でもなく、法的効果の主張でもない。ここでの要求は、権利保護の要求ではなく、争の解決の要求である。だからこの要求が許されるべきか否か(訴訟要件)について争がありえても、この要求の内容(=争を解決すること)が承認されるべきか否かについては、争のありようがない。権利主張は、利益主張の手段である。それ自身争の対象ではありうるが、訴訟における第一次的直接の争の対象ではない。法的効果の主張についても、同じことがいえる。

6　利益は実体法規によってとりこまれたものと、そうでないものとに分けられる。実体法規によってとりこまれない利益は、「請求」たる利益主張の対象たりえない。(1) 実体法規の適用によってその認否の判断をすることができないからである。いかなる法的効果としても規定されていないような利益の主張が「請求」とされても、「請求」たりえないものを「請求」としているわけであるから、そのような「請求」について裁判を求める訴は、そもそも許されないということになるわけである。このように、「請求」たる利益主張の対象たる利益は、なんらかの法的効果の内容として、規定されているものであることが必要である。この意味においては、利益主張を法的効果の主張に置きかえても実質に差異はない。但し、誤解を生むおそれがある。法的効果の主張といえば、特定の請求権や権利の主張と理解されやすいからである。ここで、法的効果とは、その内容(例えば、馬の引渡請求権ではなく、そういう請求権の内容をなす馬を引渡すべきことそれ自体)を指しているのである。

利益はなんらかの法的効果の内容として実体法によって規定されているものである。しかし、一定の権利の内容として規定されているものである必要はない。利益が一定の権利の内容に該るかどうかはすでに、利益の特定の問題である。ところで、利益の特定と権利の特定とは、別個の問題であり、かつ、右の両者の間には論理必然的の因果関係があるわけではない。

(1)　第二節一6参照。

7　以上のべたことから明らかになるように、利益と権利とは無関係ではないが、一対一の対応関係にあるものでもない。必要なのは利益と権利の関係の限界を明らかに画しておくことである。それは前にのべたように、いかなる権利としても承認されることができない利益は、それについての争を国家によって解決してもらうことのできない利益であるという意味で、権利がその争の国家による解決を求めうる利益とそうでない利益とを区別する役割を果すことにおいて、そしてそのことにおいてのみ、利益（概念）と関係するということである。

もつとも、利益は、利益主張が認容される場合には、特定の事実関係を前提とし、その事実関係が、特定の法条の要件事実に該当することを前提とし、その要件事実に結びつけられた特定の法的効果の内容として、その利益の帰属が認定されるのである。しかしこれらの事情は、訴訟物たる利益主張の概念規定に際し、権利や事実や法規を、概念の要素に織りこむべきである、という要請を支持するものではない。これらの事情は利益主張の認容されるのに必要な条件であつて、利益主張の概念内容を規定する条件ではない。(1)

(1)　以上のことは、給付請求について妥当することはいうまでもないが、利益の帰属の主張たる確認請求についても妥当し、形成請求についても妥当する。形成の要件事実も、実体法上の形成権も、形成請求を理由あらしめるために必要なことではあるが、事実の主張もいわゆる形成権の主張も、それが「請求」であるのではない。

8　以上、原理的に「請求」は利益主張であるということの所以がのべられた。これは広義の、かつ、抽象的な意味の法的効果の主張であるといつてもよい。確認の対象が、「権利」である場合や、「無効」である場合には、また形成の対象が法的効力の消滅（取消）である場合には、利益主張の前提問題の主張であるが、広義にはこれもまた、法的効果の主張であるといえるから、統一概念としては、法的効果の主張といつたほうがよいかも知れない（但し、6参照）。

第二章　請求の特定

第一節　請求の特定の意義

1　請求の特定の必要　請求は特定していなければならない。[1] すなわち、ある請求は、他の請求との区別が明らかであるほどに特定されなければならない。民事訴訟の主題は、その内容において、その範囲において、一定のものでなければならず、ある主題は重複して裁判されてはならないからである。

(1)　特定していなければならないということと、誰が特定しなければならないかとは区別されなければならない。現行法上ではいうまでもなく、原告が請求を特定しなければならない。しかしいまここで問題にされるのは、特定していなければならないということだけであり、それを念頭においていかように特定されれば足りるかを考えるものである。

また一般に、請求とは何であるかということと、請求はなににによつて特定されるかとは密接な関係を有するが、しかし、区別されなければならない。かりに請求は権利（主張）によつて特定されるとしても、だからといつて請求が一般に権利主張であるということにはならない。

また、請求が特定されているかということと、どんな特定の法的呼称が予め下されているか、とは区別されなければならない。例えば、原告が婚姻無効確認請求とよぶものは、主張された理由が取消事由であるならば、確認請求ではない。原告が決議取消請求と銘うつても、主張された理由が無効理由ならば、それは決議無効請求である。原告が売買代金請求とよぶものが、売買代金の請求であるとはかぎらない。

2　請求の特定の意義　請求は他の請求と誤認混同をされなければ足りる。従つて、請求の特定と請求の理由づけ

とは異る。請求の特定によつて審判の対象が与えられる。請求の理由づけによつて本案の判決の資料が与えられる。請求の理由づけに必要な事項が、請求の特定のためにも必要な事項である、ということはありうる。しかし、前者のすべてが同時に後者であるとは限らない。(1)

(1)　なお請求の特定と請求の確定とは同じではない。請求の確定は当事者が何を請求としているかを確定することである。請求の特定の方法は、請求の確定を可能ならしめる。請求は後述の方法によつて特定される。裁判所は、特定のために必要な事項としての資料（「請求ノ趣旨及ビ原因」）から請求がどのように特定されているかを判断する。これは、請求の確定である。請求が（釈明権を行使しても）確定されえない場合には、請求は不明ということになる。請求が不明の場合は、訴訟の対象が無いにひとしい。よつて、訴は却下される。しかし、請求の確定にあたり、裁判所は、原告の表示のしかたに拘束される必要はない。例えば、売買代金請求と表示されていても、一定金額の給付の主張と確定しうべきで、それが請負代金として認容されることは妨げられない。又地上権確認請求と表示されていても、一定の土地の利用の利益の主張と確定しうべきで、賃借権を認めることによつてこの利益を認めることは妨げられない。

第二節　請求の特定の方法

一、総　説

1　なにが特定すれば請求は特定するか。それを特定するにはどうすればよいか。これが本節の主題である。請求を特定するのは、原告の負担である。請求につき裁判を求めるのが原告であるからである。

2　請求はまず人により特定される。訴訟は、現行法上は、対人訴訟であるからである。例えば、同一物の所有権確認請求でも、AのBに対するそれとAのCに対するそれとは相異なり、AのBに対するそれとCのDに対するそれとは相異なる。

3　請求は、主張のしかたによつて相異なる。すなわち、主張のしかたによつて特定する。従つて、給付の主張たる請求と、存否（有を無とし、無を無とする）の主張たる請求と、形成（有を無とし、無を有とする）の主張たる請求とは、主張のいわば型によつて、それだけで区別される。

そこで、本節において問題にされるところの請求の特定の方法とは、給付請求相互間、確認請求相互間、形成請求相互間において、互に他と区別しあうのに必要な要素を発見することである。それの特定により、請求が特定するわけである。請求の特定の方法は、請求の概念規定の方法によつて規定される。

4　一般論としては、給付請求は給付の目的物の特定により特定され、確認請求は確認の対象の特定により特定され、形成請求は形成の結果消滅又は創設されるべき法的状態の特定により特定される、ということができる。以下において順次細説されるであろう。

二、給付請求の特定

1　給付請求は、給付の目的物を特定することによつて、特定される。給付の目的物は物と労務とに分けられることができる。物は特定物と金銭又は代替物の一定の数量とに分けられることができる。

2　給付の目的物が特定物である場合には、特定物はそれ自身において特定しているから、ある特定物の給付ということで、ある給付は特定し、従つてその給付請求も特定する。[1]例示は、次節においてなされるであろう。

(1)　ある有体物が占める空間は、他の有体物がこれを占めることはできない。そこで、物と空間とはあいまつて、双方の特定づけに役立つている。そこで通常、物は、その形、性質等々によつて自らによつて自らを特定している。

特定物の給付請求は、民法上の給付請求権の特定によつて、又は給付請求権の発生原因事実の特定によつて、特定されるという考

え方も不可能ではない。しかしそういう考え方は、どこまでも自らを貫いてゆくことができない。このことはすでに多くの人により指摘されたところである。例えば、三ヵ月章・民事訴訟法・八六頁以下。民法上の給付請求権やその発生原因事実は、特定物の給付請求を理由づけるためには必要である。しかし、それを特定するものとしては必要ではない。

3　給付の目的が金銭である場合には、問題なのは物としての金銭ではなく、価値そのものであるから（貨幣はこの場合価値の証の表示手段にすぎない）有体物のように、空間や物としての属性による特定は不可能であり、それゆえにその特定のために、なにか別のものが必要である。すなわちその一定額(1)を他の（数量という点で等しい）金銭から区別するために、その金銭の歴史的属性をその沿革によつて明らかに特定する必要がある。それは、しかし具体的な給付請求権ではない。それは請求権発生の要件事実でなければならないものでもない。それは個々の事実でもない。それは、広い意味では、事故、出来事、あるいは事実関係であるけれども、それが、その金銭を他の金銭から区別するのに十分なほどに、特長づけた場合にその限度において、特定のための要素となるのである。金銭は給付の目的物としては、社会的のものであるから、その社会的性格により、特定されるのである。例示は、次節においてなされるであろう。

(1)　金銭請求においては、請求の特定と金額の一定とは混同されてはならない。金額の一定は、申立の範囲の一定が要求されている（一八六条）ことに基づく。第三節二12参照。

4　給付の目的物が代替物の一定の数量である場合には、目的物が金銭である場合とほとんど同じ考え方で足りるであろう。

5　給付の目的が労務である場合。いわゆる作為又は不作為を目的とする請求の場合。この場合には、ある作為を他の作為から区別する徴表により特定することが必要であり、それは、多くの場合、作為そのものの態様その他によ

つて、自らによつて、自らを特定することができ、同型の作為、同種の作為の場合には、その作為を求めるに至つた事情がその作為を現実的な社会的な歴史的なものにして、それが、それを他の同型のものから区別させる徴表となる。

6　以上において、給付請求の特定の方法が明らかにされたことと思う。それは、給付請求権による特定ではない。給付請求権によつて特定しうるように見えることがあるが、その場合でも、それは実は給付請求権の発生原因たる事実（＝要件事実）による特定なので、そして、それは、実は要件事実に該当する生まの事実による特定で、なぜ生まの事実によつて特定されるかといえば、その一回的性質が、給付の目的物に歴史的属性を与えるからである。

三、確認請求の特定

1　確認請求は確認の対象を特定することによつて特定される。確認の対象は種々ありうる。形式論的には、確認訴訟により解決する利益のある確認請求であれば、確認の対象を問わないということができるからである（第一〇第二節二5参照）。現行法上、考えられる確認の対象は、例えば、「法律関係ヲ証スル書面ノ真否」、利益の帰属の有無、権利又は請求権又は法律関係の存否、無効であるか否かである。

右のうち、利益の帰属の有無の問題は、他の問題に比し、生活利益により直接している。（もつとも、それよりも、給付の問題のほうが生活利益に、より直接しているけれども）。

2　確認の対象が、利益の帰属である場合には、利益が特定される必要がある。

利益は権利の形式で、法による裁可を受けている。（だから、権利の形式をとりえない利益は、訴訟において主張されても承認されることがありえない）。しかし、裁可された利益は、権利と一対一の対応のしかたしかしていないわけではない。（すなわち、ある特定の利益は、ある一個の固有の型の権利によつてしか表現されないというものではない）。例えば、土地の利用の利益は、地上権、

賃借権の形式で裁可されている。ところが、従つて、権利の別は、すなわち、利益の別であるというわけには一概にはいえない。なるほど、所有権と抵当権の別は、利益の別であるといえよう。馬の所有権と馬の引渡請求権の別は利益の別であるといえよう。しかし、地上権と土地の賃借権の別は民法上細分することは可能であるけれども、訴訟によつてその争を解決してもらうために、そこまで細分する必要があるような生活上の利益の別とはいえまい。売買代金十万円の請求権と貸金十万円の請求権の別も同じ意味で生活上の利益の別とはいえまい。生活上の利益は即物的である。従つて、利益の種類は、権利の種類を基準として定められるべきではない。しかし、前述のように権利により裁可されない利益は、分類の対象たりえない。そこで、利益の種類は、諸々の権利の形式で裁可されている利益を綜合し、それらを生活に役立つしかたを基準として分類して定められなければならない。

その存否の確認の対象となる利益は、ひとつの状態である。それには次の四つが考えられる。所持、利用、支配、地位。

3　まず、所持の利益について。

所持は、使用消費に必要な前提である。これが生活利益であることはいうまでもない。所持の利益は、所持の目的物を特定することによつて特定される。所持の利益の享受は、占有権という実体法の権利の形式で、法律上認められている。

しかし、所持の利益の争の解決のために、訴訟制度を利用することが許されるかについては疑がある。

例えば、馬を自ら所持すべきことを甲が主張するとしよう。つまり、甲は馬の所持の利益が甲に帰属していると主張するわけである。この場合、甲が自ら馬を現に所持しているか又はいないかのいずれかしかない。甲が自ら馬を所持している場合には、甲が自ら馬を所持すべきことの主張は、これを争うものがあつても、訴訟による解決を、甲が求める利益はない（占有権の確認の争は別の争である）。又、甲が自ら馬を所持していない場合にも、甲が自ら馬を所持すべきことの主張は、これについて訴訟による解決を求める利益はない。甲が自ら馬を所持すべきことを主張し、かつ、甲が自ら馬を所持していない状態を認容することは矛盾であるから、この場合には、甲は自ら馬を所持する状態を実現すべきで、そのためには、甲は馬の給付を主張すべきであるからである。

4　利用の利益について。

利用の利益の争の解決のために訴訟制度を利用することができるならば、利用の利益主張の特定のために、利用の利益が特定され

えなければならない。利用の利益は何によつて特定されるであろうか。

利用は、利用される物によつて特定される。例えば、馬の利用と牛の利用とは区別される。利用が利用の目的や利用の態様によつて特定されることは、請求の特定のために、必要であるか。

物の利用は、使用価値の利用か交換価値の利用である。その存否の確認が問題となる利用の利益における利用とは、使用価値の利用である。すなわち、物の（直接の）使用消費である。従つて、それは排他的である。（利用を裁可する形式たる権利が排他的でない場合でも、利用は排他的である）。従つて、同一物については、一人しか利用できず、その一人はその物について利用が認められるか否かである（共同利用は別の問題である）。従つて、物の利用の紛争は要するに物の利用が認められるか否かの争である。物の利用の目的や態様は物の利用が認められる場合に、物の利用が認められることを前提として、問題となりうるにすぎない。そしてこの問題の争は、つまるところ、物の利用が認められるか否かの争に吸収される。又、他の態様での物の利用の争を保留して、特定の態様での物の利用の争のみについてその解決を目的として訴訟制度を利用することは、制度の利用のしかたとして許されるものではない。態様についての争の解決を目的とする独立の訴訟を認める利益はないからである。（故意の不法行為に基づく損害賠償請求と過失の不法行為に基づく損害賠償請求とを区別する利益がないと似ている）。もちろん、物の利用の利益主張を理由あらしめるために、その根拠たる事情の内容として、又、物の利用の利益が法により裁可された利益であることのために、利用の態様を主張する必要はありえよう。しかし、利用の特定のためには必要ではない。

たとえば、地上権確認請求においても、請求を特定するためには、財貨の特定（例えば特定の土地）とその財貨についての利益は利用する利益であると示すことが必要であり、かつ十分である。この利用する利益は、法律上は、地上権という権利によつてのみ承認されるものではない。賃借権、永小作権、地役権等いろいろの権利がある。ある特定の具体的な事実関係における利用の利益は、それが承認されるべきときは、いずれかひとつだけの権利によつて承認される。しかし、だからといつて、請求がそのひとつの権利の主張でなければならないわけではない。ある利用の利益が、どんな権利によつて承認されうるかは、利益の法的構成の問題である。地上権という名称は、請求の特定のためには、利用の利益を表現する手段に止まる。それは、当事者によつて主張された場合には、

当事者が与えた名称にすぎない。主張された利用の利益が、地上権によつて承認される利益か別の権利によつて承認される利益かは裁判所が判断すべきことである。ことに、建物所有を目的として土地を利用する利益は、ある場合には地上権として承認されることができ、他の場合には賃借権として承認されることができ、そのどの場合に該当するかは法的判断の問題である。

なるほど、利用する利益といつても、例えば地上権によつて承認される利益は工作物又は竹木を所有することを目的として土地を利用する利益であり、永小作権によつて承認される利益は、耕作又は牧畜をすることを目的として土地を利用する利益である。利用の目的において利用の態様において異なる。そこで、逆に利用の利益は、たとえばその目的を標準として細分して特定すべきではないかという疑問がおこる。

しかし、争が存するのは利用できるかどうかにある。利用の目的や利用の態様は、利益主張たりうるか否かを法規を適用して判断する場合の法規に定められている基準である。すなわち、法規が認める利用の目的や態様以外の目的や態様での利用の利益の主張は理由ある請求となりえない。すなわち、法規が認める利用の目的や態様は、ある利用の利益の主張が理由ある請求たりうるか否かの基準であつて、請求の特定に必要な要素ではない。ある請求において主張された利益の目的や態様が、法規の定めるいくつかの目的や態様のどれかに該当するときは、請求は請求としての資格があり、そのどれかであることが理由づけられるときは、請求が認容されるのである。

そうすると、地上権として認容されても、工作物又は竹木を所有するためという限定なしに、単に利用の利益が承認されたわけであるから、耕作又は牧畜をした場合におこる事に対し、地上権として利用の利益を認めたことが役に立たないのではないかという疑問が起るであろう。しかし、同じ困難は、限定された内容の利益が承認された場合にもおこる。すなわち、永小作権の存否についての争その他（耕作より生じた損害の賠償の争など）がおこる。

これを要するに、例えばある土地について、利用の利益が主張されているとした場合にも、権利の性質や種類の主張は訴訟物としては必要でない。例えば、地上権とか永小作権とか賃借権とかの主張は、訴訟物たる主張ではない。それらは利用の利益が認容されるために必要な主張ではある。つまり、訴訟物を理由あらしめるための主張である。原告は、訴訟物を理由あらしめるのに必要な事

実上の主張をすれば足りる。（ある事実上の主張が訴訟物を理由あらしめるのに役立つかどうかは、原告がこれを識別できる場合と識別できない場合とあろう。前者の場合とは、訴訟物を理由あらしめる権利の要件事実を原告が知つている場合である。しかし、これを知つていることは、訴訟を能率よくさせることにはなるが、原告の当然にあるべき義務ではない）。裁判所は、原告の主張した事実から、いかなる権利がひき出されるかを判定し（法規の適用）、その権利が、原告の利用の利益を認めるものに足る場合には、その利益主張を認容すればよいし、又そうしなければならない。その権利が地上権である場合には、原告が永小作権と称していることに拘束されず、利用の利益を容認することができ、又しなければならない。なるほど、地上権と永小作権とは、民法上その内容を異にする。しかし、そのことは、訴訟上は訴訟物を理由あらしめる事実の相異として現われる。なるほど、地上権と賃借権とは、権利の性質が異なる。しかし、そのことも訴訟上は結局訴訟物を理由あらしめる事実の相異となつて現われる。民法上、異なつた性質の権利は、その発生、変更、消滅の要件の法的規整においても異なつた法的規整がなされているからである。

だが、しかし、物の利用の利益の争の解決のために、訴訟制度を利用することは、一般的に原理的に許されるのであろうか。

利用は使用消費の排他的な事実状態である。排他的利用が妨げられないかぎり、争はない。観念的な否定だけでは訴訟制度を利用するに値する争とは直ちにはいえない。（利用権の確認の争は別の争である）。排他的利用が妨げられる場合には、妨害は行為によつてなされるから、その行為をせざること、その行為の結果を除去する行為をすることを求める訴を起せば足りる。そしてそれは給付の訴である。利用が許されない態様でなされている場合も、給付の争が生ずるだけである。

このように考えると、利用の利益の争について、一般的に確認訴訟を認めることも疑わしくなる。とくに訴訟制度利用の利益がある場合に限られる理由はここにある。

5　支配について。

a　物の支配とは、物についてその価値を支配することをいう。物の価値のすべてを支配することを物を所有するという。物の交換価値（＝担保価値でもある）のみを支配することもある。物の所有は、所有権によつて法により裁可されている。物の担保価値のみの支配は、担保物権という名の下で総括される諸々の権利の形で裁可されている。

b　物の所有は、いうまでもなく生活上の利益である。この利益を特定するには、所有物を特定すれば足りる。所有は排他的支配であり、同一物は一人によつてしか所有されない（共同所有は別の問題である）。つまり物については、一人の所有しか成立しないから、物を特定すれば、所有が特定する。物は有体物の場合には容易に特定されうる。無体財産の場合でも、物自体において特定されうる。

ところで、所有の利益の争を解決するために、民事訴訟を利用することは、許されるだろうか。

所有は支配であるが、観念的な支配である。現実の所持なしに物の所有＝支配が可能であると認められる、と現代の社会では、一般的に信ぜられているからである。従つて、所有は観念的な利益である。所有は所持や利用を可能ならしめ、それを正当ならしめる根拠である。その意味で所有の利益は相対的にみて、消費生活に直接する利益ではない。

その解決のために、民事訴訟制度の利用が許されるような紛争は、第一次には、消費生活に直接する利益の争である。だから、法規の解釈上の争や事実の存否の争などを独立して解決するために、訴訟を利用することは許されないのである。

してみると、所有の利益のような、観念的な、消費生活に直接しない利益の争を独立して（他の争の解決の前提問題としてならともかく）解決するために、訴訟を利用することは許されないのではないかという疑問が生ずる。

他方、所有の否定は観念的な否定にすぎない。だから、所有が否定されるだけでは訴訟制度を利用して解決することを必要する争があつたとはいいがたい。所有の侵害があつた場合には、侵害は現実の行為によつてひきおこされるから、その行為を予防すること、その行為をさせないこと、その行為の結果を除去すること、その行為によつて生じた損害を賠償させること等によつて、侵害により生じた争は解決されうるし、又、そういう解決こそ消費生活に直接した解決のしかたであり、そういう解決が必要であり、かつ一般的には十分である。しかし、その解決のための訴訟は給付訴訟である。

このような観点からみても、所有の争の解決のために、訴訟制度を利用する余地はなさそうにみえる。

それでは今日、所有権確認訴訟の形で所有の争の解決のために訴訟制度が利用され、又裁判所が現にその利用を許しているのは、なぜか。所有の争の解決が、紛争予防の機能を果すことが多いからである。所有は、所持や利用の正当根拠であるから、所持や利用の争は所有の争の解決により予防されうるからである。所持の争の解決は、論理的には、所持や利用の争を必ず予防するとはかぎら

ない。(所有権確認訴訟の勝訴の原告に、自動的に目的物の引渡がなされるわけではない)。にもかかわらず、右の予防の機能が果されていることが多いのはなぜか。所有の争が、生活に直接せず、観念的であるにもかかわらず、現実のものとして、直接するものとして、人によつて意識されているからではなかろうか。これは、文化の進展のある段階に至つていることを示す。

この意味で、所有の争を解決するために、独立して訴訟制度が利用されることが、その利益があるかぎり、すなわち、右の予防の機能を果す場合にかぎり、許されるのである。

6　地位について。

ところで、人が人とある関係にあること、人が団体内部である地位にあることが生活利益であることがある。これらの利益のうち法秩序の中にとりこまれ、法的規整を受けているものは少くない。例えば、親子関係、婚姻関係、雇傭関係、賃貸借関係、株主たる地位、社員たる地位等々々。そこでの利益の内容は、そういう関係にあること自体、そういう地位にあること自体である。こういうものが利益であるのは、それが受給の利益や所持、利用、支配の利益の基盤(原因となるもの、条件となるもの、根拠となるものの意)をなすからである。

これらの地位に在ること(又はないこと)の利益は、これらの地位を特定することによつて特定される。これらの地位の特定は、包括的な特定で足りる。細目において特定する必要はない。例えば、雇用の条件を特定することは、請求の特定としての雇傭関係の特定のためには必要ではない。

こういう利益の争については、その解決のために訴訟制度を利用することが許されるか、それは継続する関係、地位であるから、又、それは将来生じうべき受給の利益や所持、利用、支配の利益を予想する関係、地位であるから、基本的な地位関係の存否をとくに確定する利益がある限りにおいてのみ、訴訟が許される。

7　権利又は法律関係について。

権利又は法律関係の存否が確認の対象であることが特に許される場合には、権利又は法律関係を特定することによつて請求が特定する。物権は、その目的物、その種類、その内容の特定によつて特定される。物権の特定のためには、その発生原因は必要ではない。一個の目的物につき特定種類の物権は一個しか成立しないから(例外、担保物権)である。債権(や請求権)は、その主体、その目的

物、その種類、その発生原因によつて特定される。確認さるべき債権は、具体的でなければ確認の意味がない。従つて、債権を特定するのに必要な発生原因事実は、その債権の法的性質を決定するのに足るほどに、具体的であることが必要である。

法律関係はその主体、その種類、その内容によつて特定される。債権的な関係の場合でも、特定物を中心とする場合には、物の特定によつて特定される。そうでない場合には、発生原因事実の特定によつて特定される。

こういつた権利又は法律関係の存否の争の解決のために、独立に、訴訟制度を利用することが許されるか。権利や法律関係は手段的概念である。手段についての争は、生活利益に直接する争でない。又、権利や法律関係の存否の争は、裏をかえせば要件事実の存否の争である。事実についての争は、生活利益に直接する争でない。したがつて、権利又は法律関係の存否の争は、それだけ独立して訴訟により解決することは一般的には許されない。特に、訴訟制度を利用するに足る利益がある場合にのみ許される。例えば生活に直接する争の訴訟による解決の過程において、先決問題として解決する必要がある場合に、それをきっかけとして確定的に解決するために訴訟を利用することが許される（中間確認の訴）。又は、特にその先決問題が第三者との関係で一律に確定する必要がある場合にとくに許される。

四、形成請求の特定

1　形成請求は、有を無とする請求と（例えば、離婚請求）、無を有とする請求（例えば、認知請求）とに分けられる。前者においては、無とされる有（例えば、婚姻）を特定することによつて、請求が特定される。後者においては有とされるもの（例えば、親子関係）を特定することによつて、請求が特定される。右の特定について、困難な問題はない。

2　従つて、形成請求は、形成権によつて特定されるのではない。形成要件たる事実によつて特定されるのでもない。例示が、次節においてなされるであろう。

第三節　請求の単一性

一、序

1　請求の特定の方法は前述のとおりである。特定の請求は単一の請求である。だから、特定の方法は請求の単複の基準となる。同一の請求が複数あるか否かの判別の基準にもなるし、異別の請求が数個あるか否かの判別の基準にもなる。

2　以下において、問題があると考えられる例をあげて、請求の単複を決定してみよう。前節において述べられた請求の特定の方法の適用である。

二、給付請求

1　特定物の返還が訴求され、所有権に基づくことと、占有権に基づくこととが主張される場合。(1)

a　特定物は、それ自身において特定する。(2)従つて、その物の給付を求めるということで、給付請求は特定する。所有権に基づく返還請求権や占有権に基づく返還請求権は、右の単一の請求の認容をもたらすべき法的理由であり、請求を二個たらしめる原因ではない。右の権利が認められる場合に、請求は理由ありとされる。右の二権利の一方のみが認められる場合もあり、双方が認められる場合もある。訴訟において、所有権又は占有権の存否や、占有の喪失又は侵害の有無が判断される。しかし、それは請求の理由の有無の判断に必要なのであつて、それ自体が、この訴の目的ではない。

(1)　小山昇・所有物返還請求と占有回収請求について・北大十周年記念論文集参照。

(2)　第二節二2参照。

b　民法二〇二条について。民法二〇二条一項は、占有の訴と本権の訴を併合して提起することができることを、ことさらに規定したものではない。この規定がなくても、権利主張説では同一物の返還を占有権及び所有権に基づき訴求することができる（請求権の競合の場合）と解するであろう。民法二〇二条一項は、例えば、XのYに対する占有の訴に対しYがXに対し本権の訴を提起することが妨げられないことを規定したものである。(1)

(1)　本権の訴が反訴として提起されることが許されるかについては、争がある。高松高等二六・三・二四判決は消極説、大阪高等二九・三・四判決は積極説である。たとい、反訴が許されるとしても、本権の訴における本権に関する理由は、占有の訴の審理の資料とはなりえない（民二〇二条二項）。

c　XがYに対し物の返還請求の訴を提起した場合、Yが被告適格を有することは、Yがその物を所持していることを意味する。したがって、YはXに対し、所有権等に基づく引渡請求の利益を有しない。したがって、YがXに対し起しうるのは、いわゆる所有権等の確認の訴である。この場合に、XのYに対する訴の理由が、占有権のみである場合には、Yに所有権があることを理由にして（あるいはXに所有権がないことを理由にして）Xの請求を理由なしとすることはできず、右の訴の理由が、占有権及び所有権である場合も同様である。民法二〇二条二項は、右のことを規定したものである。いうまでもなく、右の場合において、Xの請求（物の返還請求）が認容され、かつ、Yの請求（所有権確認請求）も認容されることは、十分にありうることで、このことは妨げられない。民法二〇二条一項は、このことを規定したものである。したがって、民法二〇二条の規定が、占有権に基づく請求と所有権に基づく請求とを異別の請求と考えることの根拠になるものではなく、異別の請求でないと考えることを妨げるものでもない。

d　所有権に基づく返還請求訴訟において敗訴の確定判決を受けた被告から、右訴訟の事実審の口頭弁論終結後に返還の目的物を譲り受け占有を承継したものは、右請求に対する義務の承継人（二〇一条一項）といえるが、占有権に基づく回収請求については、被告から目的物の占有を取得したものは、訴訟係属について悪意でないかぎり、これに対して既判力を及ぼすことができない（民法二〇〇条二項）から、これを被告の承継人（二〇一条一項）と取り扱うことはできないから、所有権に基づく物の返還請求と占有権に基づく物の返還請求とは別異で

あるとの理論構成が必要であるといわれる。

しかし、民法二〇〇条二項の規定は、物の返還請求の訴において、その理由として、占有権及び占有の侵奪が主張されたならば適用さるべき裁判規範であり、それは、被告が占有侵奪者であるならば請求理由ありとの裁判を、被告が占有侵奪者の占有の善意の特定承継人であるならば請求理由なしとの裁判をなすべきことを命じているものにほかならない。なお、詳細は第二編第四章第五節11参照。

e　民法二〇一条三項も同様に裁判規範である。それは、物の返還請求の訴において、その理由として、占有権と占有の侵奪とのみが主張されており、訴の提起が侵奪の時から一年を経過した後である場合には、請求理由なしとの裁判をなすべきことを命じているのである。いうまでもなく、所有権もまた主張されている場合には、その点で請求理由ありとの裁判をすることは妨げられず、所有権を主張しなかつたことから生ずる不利益(後述)は、原告が負担しなければならない。

2　ある特定物の給付(返還)が訴求され、所有権と賃貸借の消滅とが主張される場合。

考え方は前述(1)と全く同じである。理由づけのための請求権が物権的請求権であるか債権的請求であるかは、請求の特定のためにはかかわりはない。したがつて、ここでも請求は単一である。所有権に基づく引渡請求権の主張たる請求と賃貸借消滅に基づく目的物返還の(債権的)請求権の主張たる請求との二個があるわけではない。

3　ある特定物の給付が訴求され、寄託物返還と賃貸物返還とが主張される場合。

考え方は、前述(1、2)と同じである。異なるのは次の点だけである。寄託物返還請求権と賃貸借の目的物返還請求権とは、いずれか一方だけが認められうるに止まり、双方とも認められることはありえない、という点である。従つて、この場合には、理由が、仮定的に、あるいは選択的に主張されているわけである。請求が仮定的あるいは選択的に主張されているわけではない。

ある特定の家屋の明渡が訴求され、一九五九年の解約申入と一九六〇年の解約申入とが主張されている場合も、考え方は同じである。

4　金六万円が訴求され、貸金と寄託金とが主張される場合。

a　金六万円はそれ自身によっては特定しない。それは、そのもつ歴史的属性によつて特定する。例えば、某月某日某処で原告が被告に返還を約して交付したあの六万円というふうに。請負代金と売買代金とが主張される場合も同様である。その六万円は、例えば某月某日某処で原告が被告に有償で物を製作して交付することを約したあの金銭ということで特定する。貸金とか寄託とか又は請負とか売買とかは、単一の歴史的沿革についての法的性質決定についての原告の私見にすぎない。したがつて、ここでも請求は単一である。

b　消費貸借契約に基づく返還請求権とか、寄託契約に基づく返還請求権とかは、単一の六万円の給付請求を理由あらしめる攻撃方法である。しかも、それらは、選択的にしか主張されえず、双方がともに認められることはありえない。

c　金六万円が訴求され、贈与と売買代金と債務の承認とが主張された場合も右と同様である。権利主張説のうちの一部のものによれば、前述（a）の場合には、消費貸借とか消費寄託とかは、単個の契約についての、法的性質決定の問題であり、請求を二個たらしめるものではないとして、右（c）の場合と区別するのであるが、そのような区別は、請求の特定のためには必要ではない。請求を理由あらしめるのに必要な事実が、aの場合には、単個であり、cの場合には、三個であり、それらが選択的に主張されているだけのことである。

実体法上の請求権の主張は、請求の特定のためには意義を有せず、請求の当否の判断において裁判所を拘束するものではない。主張された事実関係が認容されたとき、その事実関係がいかなる法律要件事実に該当するか、従つていかなる法律効果としての権利等が認められるか、を判断することは法規の適用の作用であり、これは裁判所の職責に

ぞくする。従つて、請求が認容されないという判断は、可能なすべての法的観点からみて理由がない場合にはじめてなされるべきである。このことは、裁判官に法適用の広い裁量を与えるかのように見えるが、実はそうではない。裁判官は、可能なすべての法的観点を考えなければならないが、それは主張された事実との関係でのみ、実際には問題となるのである。従来権利の併合的主張が請求の併合を齎すと考えられたが、権利の併合的主張は、事実の併合的主張でもあるのであるから、そこでも主張された事実との関係でのみ、権利の存否を問題にするに止つているのであつて、本書の説が、とくに裁判官に多くの負担を課し、大きな裁量を認めることにはならない。

5　某時に某所において手渡された金一〇万円の返還を求める訴において、その理由として「貸金、もし消費貸借契約が無効ならば不当利得」と主張される場合がある。この場合、返還を求められている金一〇万円――これが請求の目的物であるが――は特定単一の一〇万円である。「某時に某所で原告が被告に手渡したという歴史的事実が、その一〇万円を個性づけ、つまりそのような歴史的属性によつて、他の一〇万円から区別されうるに至るのである。だから、貸金請求権に基づいてその給付が求められ、併せて、不当利得返還請求権に基づいてその給付が求められても、それにより請求が二個になるわけではない。この場合も請求は単一で、貸金、不当利得は、請求の当否の判断に必要な法的観点であり、請求の特定に影響を与える要素ではない。またこの場合も、請求が認容されないという判断は可能なすべての法的観点からみて理由がない場合にはじめてなされるべきである。

6　例えば、一の訴で、馬の代金一〇万円を支払え、売買が無効ならば渡した馬を返せと請求する場合がある。この場合は、求められている目的物が二個の別異のものである。一は金銭であり、他は馬である。もつとも両方共求めているわけではない。いずれか一方が求められているのである。それでも、目的物が異るから、その給付を求める請

求も異る。したがつてこの場合は二個の請求が併合されて存在する。もちろん併合された二個の請求が共に認容されることはない。それはその理由において、一〇万円が、売買が無効ならば返還されるべき馬の代金として理由づけられているからである。この場合は請求の予備的併合に該当する。

7　例えば一万円の支払を求め、被告所有の馬が原告所有の牧草を喰つてしまつたことを理由とする場合、右の一万円は右の特定の牧草についての一万円ということで特定する。一万円は通常牧草を金銭に評価した額であるからである。この場合、馬が牧草を喰つたことにより原告が損害（利益喪失）を受けたとみることができる。この観点に立つときは、右の一万円は不法行為を原因とする損害賠償請求権によつて理由づけられることができる。しかし他方において、馬が牧草を喰つたことにより被告が利得をしたとみることもできる。この観点に立つときは、右の一万円は不当利得を原因とする利得返還請求権として理由づけられることができる。けれども、原告は二万円を求めているのではなく、また求めることができるものではない。原告の求める利益は一万円（＝牧草の価値）であることに変りはない。したがつて二個の請求権によつて理由づけられても、この場合には、牧草は単一であるから、一万円の請求は単一である。請求権の複数は法的観点の複数だけを意味し、請求の単複に影響を与える要素ではない。単一の利益である金一万円が、同時に二個の請求権によつて理由づけられるとしても、それは、法規の制定技術上二重に評価できることになつているだけのことであつて、それだからといつて利益が二重に認められるわけではなく、二回の給付が認められているわけではない。

8　例えば一〇〇万円の支払を求め、賃借人が賃借家屋を滅失させたことを理由とする場合、その一〇〇万円はその家屋の滅失（あるいは家屋を滅失させた被告の行為）により喪失した利益を金銭に評価した額であるから、家屋の特定な

いしは被告の右行為の特定によつて右一〇〇万円は十分に特定できる。この一〇〇万円の請求を理由づけるものとしては、不法行為とか債務不履行とかが考えられうる。事実はいずれかであろう。請求権の競合を認める立場に立つときは、不法行為も債務不履行もともに認められることがありえよう。しかしそれだからといつて訴訟上の請求としての一〇〇万円の請求が二になるわけではない。右のように特定された一〇〇万円の請求は単一でしかありえない。ここでもまた不法行為を原因とする損害賠償請求権と債務不履行を原因とする損害賠償請求権とは請求を理由づける法的観点であり、請求を複数にする要素ではない。

9　例えば一〇万円の支払を求め、馬の売買代金を理由とし、かつ売買契約が無効ならば馬を返すべきだが、馬は被告の過失で死亡したからその損害の賠償をせよと主張している場合に請求はなににによつて特定し、いくつあるのだろか。

右の場合、右の一〇万円は、馬の交換価値という意味で馬の売買という事実関係を特定することによつて特定することができる。より正確には某時に被告が原告に支払うことを約した――この約束が馬の売買契約の一内容をなすことはいうまでもない――一〇万円ということで十分に特定するというべきであろう。

ところが、損害賠償金は、損害が特定されてはじめて特定し、損害は被告の過失による馬の死亡という事実関係が特定されてはじめて特定する。

ところで、某時に支払を約した一〇万円と、これと異る時点の被告の別の行為により生じた損害(喪失した利益)とは同一の利益というわけにはゆかない。馬が同一だからといつて、これを媒介として利益まで同一だというわけにはゆかない。某時に支払を約した一〇万円の請求は金銭そのものの支払請求であり、損害賠償請求は喪失した利益の回復

請求であり、その目的物は正確にいえば金銭ではなく喪失した利益である。この利益はそのものとしては給付しえないために金銭に評価するのである。したがつてこの評価額はつねに損害の評価額で、この額はつねに右の一〇万円に等しいとはかぎらない。この額は損害算定基準時における損害の評価額であり、これは一〇万円をこえる場合もあろうし、一〇万円に満たない場合もあろう。したがつて、設例の場合には、売買代金請求と損害賠償金請求とが併合されているのである。たまたま両請求の金額が等しかつたにすぎない。それだからといつて請求が単一になるものではない。いうまでもなく、設例の場合には、同一の馬に関して、売買代金請求権と損害賠償請求権とがともに成立することはない。したがつて右の二請求が併合されて審理されるかぎり、両請求がともに認容されることはないであろう。

同一の馬に関する事件であつても、金銭を給付の目的物とする場合と、喪失した利益（＝損害）を給付の目的物とする場合とでは、請求を異にするという考え方は注意すべきであろうと思われる。

10　例えば、金一〇万円の支払が訴求され、売買代金が理由とされ、かつ、右代金が代物弁済されたことを前提としてその目的物に被告が加えた損害の賠償金が理由とされる場合も、右（9）と同様である。

11　例えば一〇万円の支払を求め、売買代金という理由とその支払のために振出された手形の金という理由とが併せて主張されている場合、その一〇万円は某時において買主が売主に支払うことを約した一〇万円ということで十分に特定する。その支払のために手形が振出されても、手形金の支払により右一〇万円が支払われたことになるのであるから、手形金は求められた一〇万円と別ものではない。したがつて右の場合求められている一〇万円は単一の金銭そのものである。したがつて請求も単一である。この場合、売買代金請求権と手形にもとずく請求権とは、右一〇万円を理由づける法的観点であり、請求の単複に影響を与える要素ではない。手形がその代金の支払のために振出され

ているという事実が、右の二つの請求権の相関関係を規制するから、どちらか一つの請求権が認められることによつて、右請求が認容されるときは他の請求権にもとずく審判の必要がなくなる。

詳細は新堂幸司「訴訟物の再構成（三・完）」法協七五巻五号をみよ。例えば、金一〇万円の支払が求められ、同一債務の一九六〇年の保証と一九五五年の保証とが併せて主張されている場合、又は、一〇万円の支払が求められ、売買代金という理由とそれにつきなされた債務の承認という理由とが主張されている場合も右と同様である。

12　いわゆる一部請求について。

a　例えば一〇万円の支払を求める場合、この請求が特定の請求であるためには、給付の目的物たる一〇万円を特定しなければならない。金銭は個性を有しない。だから一〇万円はそれ自身の属性によつて自らを特定することはできない。したがつて右一〇万円を求める原因たる事実関係を特定することが必要である。が、それで足りる。このことは前述したところである。

右の場合、貸金一〇〇万円のうちの一〇万円という主張があつた場合には、これをどう理解すべきであろうか。まず、右の一〇万円を他の九〇万円と区別することが、あたかもある有体物を他の有体物と区別することができると同じように、できる場合を考えよう。右の場合には、「貸金一〇〇万円のうち」ということは、右の一〇万円の請求を特定するためには意味をもたない。そのためには右の一〇万円を他のすべての考えられうる金額請求から区別する徴表を特定しさえすればよい。しかし、「貸金一〇〇万円のうち」のということは全く無意味であるのではない。右の一〇万円を含む貸金一〇〇万円が、単個の事実関係を原因として求められる場合には、一〇〇万円ということは、その事実関係を特定する一要素として、その事実関係の一内容としての意味をもつ。したがつて「貸金一〇〇万円のう

ちの」という主張は原因たる事実に関する主張の一部を成す。

しかし右の一〇万円を他の九〇万円と区別することが、右に述べたような意味では、できない場合はどうか。

まず、「一〇〇万円のうち一〇万円」ということによって請求の範囲が一定しないとはいえない。請求の範囲とは、金額請求の場合には、数額を意味する。そして右の場合、数額すなわち金銭の分量は一〇万円ということによつて一定している。

次に、「一〇〇万円のうち一〇万円」ということで請求が特定しないともいえない。もちろん、この場合、ある有体物が他の有体物から、その個性によつて、区別されるのと同じようには、右の一〇万円は他の部分から区別されることはできない。ところで、給付請求を特定するのは、給付の目的を特定することによつてである。給付の目的物が金銭である場合には、金銭には個性がないから、個性がある有体物を特定すると同じしかたでは、給付の目的物を特定することはできない。そこで右一〇万円の請求を特定するためには、右一〇万円を求める原因たる事実関係（これがその一〇万円に歴史的属性を付与する）を特定することが必要である。しかし、そのさい、その原因関係からは一〇万円しか求めえないならばともかく、一〇〇万円を求めうるという場合には、その一〇〇万円のうちの一〇万円ということではその一〇万円が特定しないのではないかという疑がおこる

しかし請求の特定が問題であるかぎり、原因関係の特定により請求は特定する。すなわち、一〇〇万円のうちの一〇万円であろうと、一〇万円のうちの一〇万円であろうと、請求としては特定の事実関係を原因とする一〇万円ということで十分に特定する。すなわち、この場合も、「一〇〇万円のうちの」ということは、請求の特定のためには直接には意味をもたない。また「一〇〇万円のうちの」といつたところで、一〇〇万円が請求の目的物となるわけではない。

また、一〇〇万円のうち一〇万円を他の九〇万円から区別することができない場合に、一〇〇万円を全額請求することを強いるわけにはゆかない。

b　そうすると、原告勝訴又は敗訴の場合に、既判力はどの範囲について生ずるかが問題となる。既判力はその原因事実を原因とする一〇万円の給付の認否について生ずる。では、いわゆる残額についてはどうか。

まず、敗訴の原告は同一事実を原因としてさらに金額請求ができるか。この場合被告は既判力の抗弁を提出するであろう。そのとき、既判事項たる一〇万円と請求された金額とが同一であるか否かが問題となる。つまり請求金額が既判の一〇万円と重複するものであるか否かが問題となる。

金銭は物として個性がない。ゆえに、金銭の物という面に着目するかぎり、同一事実を原因とする二個の金額請求が重複するものであるかどうかを判別することはできない。しかし、個性のないものの一定数量は分けることができないわけではない。このようなものについては抽象的な数量に着目すればよい。すなわち、同一事実を原因として一定数量の金額が請求されている場合において、それが、その事実を原因として請求しうべき総額と既判の額との差額にあたるないしはこれに含まれるものとして主張されている場合には、この金額は既判の金額と重複しないものとして主張されていると認めることができる。このように、数量に着目して、抽象的な計算方法を用いて、前記の二個の請求が重複するかどうかを判定することができると思われる。

したがつて、いわゆる残額請求といわれる場合、「残」ということは、請求を特定するためには意味をもたない。請求を既判の請求と重複しないものとして示すために意味をもつ。これは、金額請求の場合においては、請求を理由あらしめるための主張である。

つぎに、勝訴の原告は同一事実を原因としてさらに金額請求ができるか。この問題に対しても、前述の考え方と同じ考え方で答えることができる。

ここでしかし、いわゆる一部請求の場合においては裁判所は原告の債権のあらゆる一部も存在しないことを審理しないとその請求を棄却することができないから、原告の請求棄却の判決は、債権の一部さえ存在しないとの趣旨の判決であり、この判決は論理上必然的に残部を否定したものと認めるべきである、という考え方に対して、反論をしなければならないであろう。

まず、判決における判断において既判力があるのは主文に包含するものにかぎられる。したがつて、理由中の判断と主文における判断との間に、論理必然的に後者から前者が推論されるという関係があつても、既判力は主文に包含するものについてしか生じないということをくつがえすわけにはゆかない。したがつて、一部が存在しないことの理由が全部が存在しないことであつても、主文に包含する判断は一部が存在しないとの判断でしかない。これは論理を超えた制度的要請ではあるまいか。例えば、所有権の存在を認めないで所有権に基づく物の返還請求を認容することはできないから、原告の請求認容の判決は、原告の所有権を論理必然的に認めた判決であるが、さればといつて、この判決の既判力は所有権の存否については生じない。

つぎに、相殺の抗弁に関する民事訴訟法の規定に反論のよりどころを発見することができる。

例えば、一〇万円の請求に対し一五万円の反対債権が相殺のため主張された場合において、この反対債権の存在が認められず、この一点で相殺の抗弁が理由がないとして排斥され、原告の請求が認容されたならば、相殺をもつて対抗した額である一〇万円の範囲で、反対債権の不存在が確定され、一五万円全部について確定されるわけではない。

このことは、なお五万円については請求できることを意味する。すなわち、一五万円のどの一部も存在しないということでなければ一〇万円を認めないとはいえないから、一〇万円を認めないことは論理必然的に残りの五万円をも認めないことになるのにもかかわらず、既判力は一〇万円についてしか生じない。とするならば、それは、一五万円のうち一〇万円を訴求してその不存在を理由として請求棄却の判決を受けたものが残額五万円を請求する場合と変りはない。

この論に対しては、そもそも相殺の抗弁について既判力が生ずるのが例外的で、例外的な制度のための例外的な規定の趣旨を一般の金額請求に及ぼすことはできないという再反論が予想される。しかし相殺の抗弁に既判力を認めるのは例外的だという場合、それは一般に対し特殊であるという関係を示すに止まる。相殺の抗弁が民事訴訟において果す機能を評価するという視点に立つときは、判決は主文に包含するものにかぎり既判力を有するという制度と相殺の抗弁については既判力を生じるという制度とは相等しい重要性をもつて民事訴訟制度のなかに位置づけられているのであり、相殺の抗弁について生ずる既判力の物的範囲を限定するしかたは、一般のそれと異るものではない（村松俊夫・法律時報二九巻四七〇頁）。

13　一〇〇万円の支払を二人に求めた場合、二人とも一〇〇万円を払うべきことの主張の場合と、一人五〇万円づつ払うべきことの主張の場合とがある。このいずれであるかが不明の場合は、請求の範囲の不明の場合に該当する。

（右の二人のうち）一人だけに対して五〇万円が請求された場合、一〇〇万円の分割債務のうち彼の部分について請求された場合と、一〇〇万円の連帯債務のうち、その半分について請求された場合とがありうる。前者ならば全部請求であり、後者ならば一部請求である。

ところで金銭請求において、それが一部か全部かは訴訟物の特定とは関係がない。例えば売却を依託した留保の代金又は評価額ということでその金額請求は特定する。それが分割債務であるか連帯債務であるかは、法の適用の問題である。従つて、又、要件事実の問題である。そして、それらは判決理由の問題である。従つて、その点についての裁判所の判断には、既判力はない。従つて、五〇万円の請求を認容された原告は、さらに五〇万円の請求をすることを既判力によつては妨げられない。右の留保の評価額として、一〇〇万円を請求する理由があつたか否かによつて、判断が下される。五〇万円しか認められない場合であつたならば、すでに五〇万円については既判力ある確定を経ているので却下となろうし、一〇〇万円認められる場合であつたら、残額として、五〇万円の認容がありうる。(1)

(1)　この点で、最高三二・六・七判決(民集九四九)は、再考される必要のあるものを含んでいる。

三、確認請求

1　例えば、ある特定の土地の利用の利益の帰属の確認が訴求され、地上権と賃借権とが主張された場合。

a　この場合、請求は単一であり、二個の請求の併合ではない。同型の利益が同一物につき同時に同一当事者間において数個存することはありえないから、利用される土地の特定により利益が特定され、請求が特定される。そして土地はそれ自身によつて特定する。

ここで、地上権とか賃借権とかは、請求を理由あらしめるのに必要である。しかし、請求を特定するのに必要であるわけではない。詳細は第二節三4。

b　地上権確認請求と賃借権確認請求との併合提起という形式を有している場合でも、裁判官は、いかなる事実関

係に基づき、いかなる利益の帰属の確認が求められているかを確定すべきであり、しかる後に、それが実体法上いかなる権利として法的存在たることを認められているかを確定すべきであり、しかる後に、主張された利益にみあう権利の存在を認める理由(事実)があるかないかを審理すべきである。権利の名称に拘束されることなく、可能な法律観点のすべてが、ここでも、顧慮されなければならない。

2　ある関係又は地位の確認が訴求される場合も同様である。まず、その関係の内容が、その関係を特定する。例えば、原告と被告との関係が、親と子であることと、家主と借家人であることとは関係の内容によって区別される場合に該当する。被告が原告との関係において一定の仕事をなすべき関係にあることの確認が訴求された場合には、その関係はなすべき仕事の特定によって特定する。それが、請負であるか、委任であるか、雇傭であるか、あるいは混合であるかは、法的性質決定の問題であり、この点に関する原告の私見に、裁判所は拘束されない。

仕事が類型的であり、同一当事者間に同型の仕事をなすべき関係が数個成立しうべき場合には、その関係を成立させた事情が、その仕事に個性(歴史的属性)を付与する。そして、それによって請求の単複が定められる。

3　しかし、例えば(売買代金債権でなく)貸金債権、(賃借権でなく)地上権、(委任ではなく)請負契約関係、(債務不履行ではなく)不法行為に基づく損害賠償請求権、というようにきわめて、法技術的な権利又は法律関係の確認が訴求される場合については、(確認の利益があるとして)第二節三7を見よ。

4　無効確認請求の場合には、その無効が主張されるところの法律行為や法的手続(法律行為の集合体)例えば、婚姻、株主総会決議、認知、離婚、合併、解散、増資等が特定されることによって、その無効請求も特定される。婚姻や離婚や認知は、当事者、時期により特定される。総会決議は、決議主体、決議事項、決議時期により特定される。例えば、合

併は、合併の主体と時期により特定される。

四、形成請求

1　形成請求については、ある請求が形成請求であるかどうかの先決問題が、とくに重要である。そして、それはそのような争を解決するのに民事訴訟のどの範疇がもつとも適するかという、争の実体と訴訟の機能との関連によつて、決定される。この問題に立ち入ることは、しかし本稿の目的ではない。

2　離婚請求、離縁請求は、有を無にすることの請求といえる。認知請求は無を有にするという考方で、子の否認請求は有を無にするという考方で争を判断することと法律上されている場合であるといえる。取消請求、解除請求は、有を無にする請求である。

婚姻の特定により離婚が特定し、それにより離婚請求が特定する。離婚原因たる事実は、離婚を理由あらしめるのには役立つであろう。しかしそれらは、離婚請求の特定には必要ではない。従つて、甲離婚原因と乙離婚原因が主張されても、請求は単個で、二個あるわけではない。離縁原因が数個存する場合も、解散原因が数個存する場合も同様である。

認知請求や子の否認請求の特定については問題はないであろう。

婚姻取消請求においては、取消されるべき法律行為（＝婚姻）の特定により取消が特定し、それによつて取消請求が特定する。短期賃貸借解除の請求（民三九五条）においても同じ考方が許される。数個の取消原因が主張されても、請求は単一の取消請求である。数個の取消原因が存在すると認定される場合には、実体法上の取消権が数個存在することが認定されるといえようが、それでもそれによつて理由ありとされる請求は単一の請求である。

3　例えば、ある特定の婚姻の解消が訴求され、離婚原因と取消原因とが主張される場合が、問題とされる。この場合、原告の目的とするところは現在の婚姻状態（有）を解消する（無とする）ことである。従つて、請求は単一である。現在の婚姻状態は単一であるから。従つて、この場合は、離婚請求と取消請求との併合ではない。離婚原因が

存在するときは離婚請求権が実体法上存在するといえよう。取消原因が存在するときは取消権が実体法上存在するといえよう。しかし、そのいずれもが存在するときでも、それによつて理由ありとされるのは、単一の請求である。(1)

(1) 小山昇「請求について」(岩松記念論文集一七七頁)においては、婚姻取消と離婚とは別請求であることを前提としていたが、これを改める。人訴法九条との関連は後述第二編第四章第五節9参照。

4 離婚に関し、慰藉料が訴求されることがある。慰藉料請求が理由があるためには、離婚原因が不貞の行為、悪意の遺棄などであることが必要であることがあろう。しかし、このことからは、各離婚原因ごとに離婚(請求)権が発生し、離婚権ごとに離婚請求があるという結論はでてこない。離婚の訴は、離婚原因たる事実の確定ないしは、個別的な事実ごとの離婚権の確定を目的とするものではない。このような事実や権利の確定は、離婚請求の理由の有無の判断に必要ではある。しかし、このような事実や権利の確定については、既判力は生じない。(1) したがつて、例えば不貞の行為を理由として離婚判決がなされても、慰藉料請求訴訟において、裁判官は、不貞の行為の事実の審理を、右離婚判決があることを理由にして、省略することは許されないであろう。従つて、ここでも、右に述べられたことは、離婚請求を本稿のように構成することを妨げるものではない。

(1) なお、第二編第四章第五節参照。

第二編　各　論

第一章　序　論

1　本篇においては、前篇における理論的帰結としての請求の概念が、民事訴訟法規の意味の体系化にどのくらい役立つか、又は妨げになるかが吟味される。すなわち、法典の用語たる「請求」や「訴訟ノ目的」に、及び、民法や訴訟法のその他の法規に、体系的矛盾を犯さずに必要なかつ十分な意味を与えうるかが吟味される。

2　右の吟味は、筆者の請求の概念が、現行法の解釈として成りたつばかりでなく、それこそよりよく通用するものであることを、従来の説と対照しながら明らかにすることを目的とする。

第二章　「請　求」

第一節　「請　求」

一、訴「ノ目的タル請求」(二三九条)

1　訴は、請求についての審判の申立である(前編第一章第三節三)。だから、ここでの訴「ノ目的」は、審判の対象を意味し、「訴ノ目的タル請求」は訴訟上の請求である。反訴請求と本訴請求とが牽連するとは、主張された利益が牽連するこ

とである。利益が牽連するとは、利益を特定する要素が共通であることである。例えば、通説は、土地所有権の確認の本訴請求と同一土地に対する賃借権の確認の反訴請求とは牽連する、という。しかし、それが特定土地についての支配の利益の帰属の主張に対する利用の利益の帰属の主張である場合には、牽連するのは、利益主張の特定の要素たる土地が共通であるからである。また例えば、ある事故に基く損害賠償の本訴請求と、逆にその事故に基づく損害賠償の反訴請求とは牽連するといわれる。しかし、これも利益主張の特定の要素たる事故が共通であるからである。また例えば、抵当権の確認の本訴請求と被担保債権の不存在確認の反訴請求とは牽連するといわれる。この場合には、(権利の確認がとくに許されることを前提として)抵当権確認請求の特定の要素たる被担保債権が共通であるからである。

2　反訴請求が本訴の防禦方法と牽連するとは、本訴を理由なからしめる事実が反訴を理由あらしめる事実である場合をいう。例えば、相殺の抗弁を提出し、その残額の給付を請求することは金銭請求の本訴の防禦方法と牽連するといわれる。しかし、その意味は反訴請求を理由あらしめる反対債権の存在が本訴を理由なからしめる事実(契約→反対債権→相殺権という歴史)に含まれることをいう。また例えば、所有権に基づく物の引渡請求の本訴の防禦方法と、留置権の抗弁をしその被担保債権に基づき給付を請求する反訴とは牽連するといわれる。しかし、これも反訴請求(金銭の給付請求)を理由あらしめる事実(被担保債権の存在)が、本訴請求(物の給付請求)を理由なからしめる事実(契約→被担保債権→留置権という歴史)に含まれているからである。

3　このような目的物(例えば土地)の共通、主な攻撃防禦方法の共通が、反訴を本訴と併合して審理することを許させるのである。

二、「数個ノ請求」(二一条、二三条、二二七条)

1　「数個ノ請求」とは、数個の訴訟上の請求をいい、それは、数個の利益主張である。利益主張が一個か数個か

の区別は、利益主張の特定（第一編第二章）により可能となる。

（個別的な、具体的な権利又は法律関係の存否の確認を訴求することが、とくに許される場合は、除いてよいであろう。以下同様である）。

2　請求が数個の場合には訴額は合算される。例えば、単一物の引渡が訴求され、所有権に基づく返還請求権と占有権に基づく返還請求権とが理由とされる場合、権利主張説においては、一の訴を以て二個の請求をなす場合であるが、利益主張説では、一個の請求をなす場合である。しかし、権利主張説においても、右の場合には、すなわち、とくに法律上は別個の権利主張であつても、経済的利益の追求としては重複する場合には、その重複部分は合算すべきではなく、その最多額のものによるのである。しかし、経済的利益の追求として、一回の追求しか法が許さない場合には、重複して追求することを許すべきではないであろうから、請求は単一と概念すべきであろう。

3　当事者の多数を原因とする請求の多数の場合は右と異なる。民事訴訟は、相対的解決を原則とする。ゆえに、当事者ごとに請求は別個であると構成せざるをえない。そこで、数人との関係において、単一の経済的利益が追求されている場合でも、請求は数個であるとせざるをえない。しかし、訴額は、この場合、合算されるべきではない。単一の請求としての訴額が算出されるべきである。(1)

(1)　例えば、Xが$Y_1$$Y_2$を被告として一〇万円を訴求し、$Y_1$$Y_2$それぞれ一〇万円を支払うべきだが、その一〇万円は単個であり、二〇万円を支払うべきであるとはいわないと主張された場合である。

4　一の訴を以て数個の請求をなす場合は、訴の客観的併合といわれる。従つて、訴の客観的併合があるかないかは、請求が数個か一個かによつてきまる。いかなる場合に請求が単一であるかはすでに述べられた（第一編第三章第三節）。ここで

は、通説を検討しよう。

5　権利主張説のもとでも、例えば一定額の金銭の支払が請求され、貸金返還請求権と寄託金返還請求権とが主張されている場合や、委任の報酬請求権と請負代金請求権とが主張されている場合には、請求の併合はなく、請求は単一である。すなわち、特定の権利主張と特定の権利の特定の法的性質の主張とが区別され、右のそれぞれの場合には二種の法的性質の主張があるのみで、権利主張としては、単一であるというのである。

しかし、法的性質がなんであるかにかかわりなく、右の場合には権利主張は単個であるとするならば、その権利主張を単個ならしめるものは、ある単個の契約であるといわざるをえないであろう。ところが、契約であるとすることは、もしそれが法的な意味でいわれるならば、すでに、法的性質づけであり、もしそれがそうでないならば、それは契約の要件に該当する事実関係を意味することになる。従つて、権利主張を単個ならしめるものは、つまるところ、ある単個の事実ということになる。しかも、委任とか請負とかの法的主張にも、契約という法的主張にも、裁判所は拘束されない。とするならば、請求として、当事者が特定し、裁判所がこの特定に拘束されるものは、一定額の金銭請求とそれを特定する事実である。そしてこの事実たるや、もし仮りに、委任契約の要件事実に該当するならば、その金銭請求が報酬金請求権の認定によつて理由ありとされることになるのであるが、その金銭請求の特定のために、委任契約の要件事実に該当するすべての事実が必要であるわけではない。一定額の金銭の支払の約束が、当事者や日時や場所や原因などの、いわばその金銭に歴史的な属性を付与するものによつて特定されれば、特定としては足りるからである。このように考えてくると、この点に関する限りでは、権利主張説の実質は利益主張説であるということができ、結果も同じことになるのである。

6　権利主張説のもとでも、いわゆる、法条競合の場合には、請求権は単個であるから権利主張も単個である。従つて、請求の併合は存しない。この点で、本稿の説と結論において一致する。法条競合の場合とは、一個の事実関係に数個の法条が適用されるが、請求権は一個しか発生しない、という場合である。しかし、適用される法条が数個存在しながら、請求権は一個しか生じないというのは、適用される数個の法条の要件事実のうち、共通の部分たる事実が、実は請求権を特定する要素をなしていることを意味する、というべきであろう。そうすると、ここでも、また、実は事実関係が請求権を特定しているということになる。そして、事実関係が請求権を特定するのは、その事実関係が、請求権の目的物に、歴史的性格を付与し、もつて他の請求権と区別させるからである。

7　いわゆる請求権競合の場合には、数個の請求権は存在するが、事実関係が数個存するわけではない。一個の事実関係を法的に評価する角度が数個存する場合である。但し、給付は一回しか認められない場合である。この場合の給付訴訟は、その一回の給付を求める訴訟である。法的評価の角度を特定してその角度に基づく給付を求めるために訴訟制度を利用する利益は、認められるとはいえない。したがつて、この場合、数個の法的評価の角度の主張が、数個の請求権の主張という形式でなされても、請求は単個である。ゆえに請求の併合は存しない。

権利主張説によれば、請求権が、従つてその主張が、数個存するから、請求の併合があるということになる。しかし、この考え方は是認しえない結果を齎す。

仮りに、請求の併合があるとしよう。それは単純併合ではないであろう。一回の給付しか許されない場合であるから。それは予備的併合ではないであろう。それら数個の請求は両立しうるからである。そうすると、この場合の併合は、選択的併合ということになる。しかし、一請求認容他請求棄却の場合、求められた一回の給付を裁判所は命ずる

のか命じないのか。別訴で請求された場合、二重の給付判決とその執行を避けることができないのではないか。(1)

(1) 三ヵ月章「民事訴訟法」八六頁以下、三ヵ月章「法条競合論の訴訟法的評価」(我妻論文集中)に、この点に関する権利主張説に対する正しい批判が詳しく述べられている。なお、第三部・西ドイツにおける近年の訴訟物理論の分析、参照。

8 例えば、金六万円の支払が請求され、売買代金と、かつ仮定的に売買契約の無効又は不成立を仮定して、不当利得が主張されたとしよう。権利主張説によれば、請求の予備的併合があることになる。本稿の立場からは、攻撃方法の予備的主張があるに止まる。かかる場合には、かならず請求を併合すべしということであれば、実質的な差異は生じないであろう。しかし、権利主張説のもとでは、(併合したならば)予備的請求(となるような請求)は別訴でもなしうるから、売買代金のみ訴求され、棄却の判決が確定しても、争が実質的に解決されたわけではなく、実質的に同じ争が不当利得の訴という形で蒸しかえされる余地が残ることになる。紛争の解決を制度目的とする民事訴訟の構造を、右のように構成することは適切ではない。両立しない主張を、ともに請求として訴訟制度の構造上の中核に据えるのは正しいとは思われない。また、二重の給付の結果が生ずることを避けることができない(事後的に、不当利得による返還が必要であろう)。

権利主張説も、六万円の支払が二重になされることを認めているわけではない。それならば、六万円の支払が二重になされることが論理上ありえないような理論構造を考えるべきである。それは、「その六万円」を、特定することであつて、それは、六万円の社会的歴史的な性格の特定よりほかはない。

例えば、金六万円が連帯債務又は分割債務として訴求された場合も、連帯債務又は保証債務として訴求された場合も、同様である。

9 例えば、金六万円が訴求され、原因関係債権と手形債権とが主張される場合、又は同一債務の一九五九年の保

証契約と一九六一年の保証契約とが主張される場合、権利主張説に立てば、請求の併合あり、ということになろう。しかし、この場合も、権利主張説によっても、六万円が二回支払われることは認められない。しかし、この説では、二回支払われることが法的に適式にありうることを論理上否定することができない。

10　離婚訴訟において、離婚原因が数個主張されている場合には、権利主張説によれば、数個の離婚請求の併合があることになる。離婚事件では、別訴が禁止されている（人訴九条）。だから、二重の判決、抵触する判決のおそれはない。したがつて、結果において、本稿の立場に立つ場合と大差はない。

11　人訴八条九条にいわゆる訴の「事由」とは、訴を理由あらしめる事由であるように思われる。例えば、離婚原因（民法七七〇条に列挙されるところの事実がこれに該当し、その変更、併合は、訴の変更併合とはならないと解することができる。そこで、訴の変更、併合というのは、例えば、婚姻無効の訴と婚姻取消の訴において、又は、婚姻無効の訴と離婚の訴において、一を他に変更し又は一と他とを併合することをいうと思われる。(1)(2)

(1)　婚姻取消請求と離婚請求とは、前述（第二章第三節四3）のように、請求の併合ではない。反訴の例を挙げるならば、例えば、離婚の訴に対し、婚姻無効の訴は反訴である。

(2)　なお人訴九条の解釈については後述（第四章第五節）。

三、その他

1　「請求ノ一部」（一〇七条、一九五条）及び「訴訟ノ一部」（一八三条）　「請求ノ一部」とは、一個の請求の一部か、併合された数個の請求のうちの一である。「訴訟ノ一部」も、「請求ノ一部」と同義である。裁判所が意識的に、一部について判決をし、他の部分については結末判決に譲る態度を示す場合が、一部判決であり、無意識的に、実は一部についてし

か裁判しなかつた場合が、判決の脱漏である。ここでも、数個の請求の一部が問題とされる前提として、請求が一個あるか数個あるかが問題となる。

2　本稿の説においては、予備的併合でもなく選択的併合でもないが、権利主張説によれば、予備的又は選択的併合である場合については、権利主張説によれば、まず一の請求が認容されたときは、他の請求については裁判の必要がなくなるから、判決の脱漏にはならないが、その一を棄却する判決が一部判決によらないでなされれば、脱漏があつたことになる。従つて、その一部を棄却する判決が一部判決としてなされれば、判決の脱漏はないけれども、残部判決が認容判決の場合には、選択的併合を前提とするとき、一回の給付につき、棄却判決と認容判決とがあることになり、この現象は、いかように理解されることができようか。さらに、このような場合に、選択的併合を認める考え方自体が、すでに否定的に批判されたことは、前述のとおりである。(1)

(1)　第二章第一節二7註(1)参照。

本稿の説のもとでは、右のような難点はない。例えば、金六万円の支払が訴求され、債務不履行と不法行為とが主張された場合において、裁判所が、債務不履行のみについて判断を下して、請求棄却の判決をした場合には、本稿の説の下では、それが意識的にされたのであれ、無意識的にされたのであれ、審理不尽又は理由不備の違法がある場合に該当し、いわゆる一部判決でもなく、いわゆる判決の脱漏でもない。

3　「財産権上ノ請求」(一九六条、七五六条ノ二、民訴二条、三条)　「財産権上ノ請求」とは、その当否が、財産権の存否によつて判断されるところの、給付の主張(利益主張)であると理解されることができる。請求は財産権の主張、すなわち、権利主張であるとする理解も、この規定の文言と抵触しない。しかし、本稿の理解も排斥されるものではない。

4　「請求ノ価額」(民印一〇条、一六条)と「訴訟物ノ価額」(民印二条、三条、六条ノ二、六条ノ三、一〇条、なお、四条参照)。

ここでの「請求」は、訴訟上の請求ではないところの、訴訟事件でない事件における請求であり、ここでの「訴訟物」は、訴訟事件における訴訟上の請求である。なお、二二条の「訴訟ノ目的」との関係は後述。

5　「請求ノ目的物」(二〇条)。

二〇一条二項にいわゆる「請求ノ目的物」とは、特定物の引渡請求を前提とし、その給付の目的物、すなわち、その給付が求められているところの特定物をいう。そこでの請求は、いうまでもなく、訴訟上の請求であり、利益主張である。権利主張説においても、「請求ノ目的物」とは、訴訟物が特定物を給付目的とする請求権である場合のその物をいい、請求が、物権的請求権であると、債権的請求権であるとを問わない。ところで、「目的物」の所持人に対し、判決の効力を及ぼすのは、訴訟の当事者に対する判決によつて、直接所持人に対する執行文の付与を受けて(四九七条ノ三、二項)これを執行債務者として執行できるようにするためである。しかし、例えば、賃貸人でありかつ所有者であると主張するものが、賃借人に対し、賃貸借の目的物の返還を求め、所有権に基づく返還請求の訴で勝訴し、賃貸借終了を理由とする債権的返還請求の訴で敗訴した場合(逆の場合も同じである)、目的物の所持人は、執行文付与異議の訴において、右敗訴判決を援用することはできないのであろうか。できないとすれば、右敗訴判決は無意味となり、できるとすれば、右勝訴判決は無意味となるであろう。

6　支払命令の申立は、「金銭其ノ他ノ代替物又ハ有価証券ノ一定ノ数量ノ給付ヲ目的トスル請求」についてなされうる(四三〇条)。ここでの「請求」は、いうまでもなく、もし、訴の申立であるならば、訴訟上の請求であるところのものである。それは、まさに、金銭等の一定の数量の給付の(受給の利益の)主張である。四三三条、四四二条の「請求」も同義で

ある。

第二節　「請求ノ趣旨」(二二四条、三五六条、三五九条、四三五条)及び「請求ノ原因」(同上及び二三二条、二三三条)。

1　法規が、「請求ノ趣旨及原因」を訴状に記載すること、又は起訴前の和解の申立において表示することを要求しているのは、請求を特定させるためである。訴は特定の請求についての審判の申立であり、申立がなければ審判なしであるから、申立者は、請求を特定する負担を負うのである。したがつて、「請求ノ趣旨及原因」は、請求の特定に必要な事項であり、かつ、これで足りる。これを超えた事実や権利の記載は、準備書面における記載の機能をはたす。

2　請求の特定に必要な事項はなにか、についてはすでに述べられたところである(第一編第二章)。そのうち、金銭の給付請求における金銭のいわば歴史的な属性が、「請求ノ原因」にあたり、それ以外の特定の要素は、「請求ノ趣旨」に属する。

3　権利主張説によれば、「請求ノ原因」とは、訴訟上の請求として原告が主張する権利又は法律関係の成立原因を成す事実をいう。したがつて、ある物の引渡請求において、所有権に基づく返還請求権の発生原因、占有権に基づく返還請求の発生原因、契約に基づく引渡請求権の発生原因たる契約等は、請求を異ならしめるところの請求の原因である。また一定額の金銭請求において、売買代金請求権の発生原因たる売買契約、貸金請求権の発生原因たる消費貸借契約、損害賠償請求権の発生原因たる不法行為又は債務不履行等は、請求を異ならしめるところの請求の原因である。

しかし、本稿の説によれば、前者の場合には、引渡さるべき物が特定物である場合には、それ自体において、すでに十分に特定しているので(第二編第二章)、「請求ノ原因」による特定を必要としない。後者の金銭請求の場合には、「請求ノ原因」による特定が必要である。しかし、この場合「請求ノ原因」とは、給付請求権の成立原因から成るのではなく、どのような過程を経て、その一定金

額が問題となるに至つたかの、歴史から成るのである。

4　権利主張説によれば、例えば、離婚の訴においては各個の離婚原因が、「請求ノ原因」である。したがつて、二種の離婚原因（例えば、不貞の行為と悪意の遺棄）が記載された場合には、請求の併合があるという。しかし、筆者の説によれば、この場合は、形成により消滅すべき状態（すなわち、X女とY男との婚姻関係）が、それ自体において、すでに十分に特定しているので「請求ノ原因」による特定を必要としない。取消の訴においても同様である。

5　「請求ノ原因」は、請求を理由あらしめる事実から区別されなければならない。「請求ノ原因」が、請求を理由あらしめる事実の一部をなすことはありうる。しかし「請求ノ原因」は、その場合には請求の特定と請求の理由づけの双方に役立つているのである。したがつて、請求を理由づける事実は「請求ノ原因」と、概念的には区別されなければならない。(1)

(1)　例えば、賃貸借の目的物を賃借人がその過失で滅失させたとしよう。賃貸人がその損害賠償を訴求した場合、賃借人が過失ある彼の行為によつて賃貸人の所有権を侵害し、かつ、目的物を賃貸人に返還すべき債務を履行することができず、それを原因として賃貸人に損害を惹起させたという事実は、請求を理由あらしめる事実であるが、このうち、請求を特定する事実、すなわち、その請求を他の金銭請求から区別するに足るほどに個性づける事実は、賃借人の目的物に加えた特定の行為であり、これだけが「請求ノ原因」である。

6　一八四条の「請求ノ原因」

ここでいう「請求ノ原因」とは、請求を特定するのに必要な事項をいうのではなく、請求を理由あらしめるのに必要な事項の総称である。

第三節　「請求ノ拡張」(二三四条)、「請求ノ変更」(二三三条)及び「請求ノ基礎」(二三条)。

1　「請求ノ拡張」においても、「請求ノ変更」においても、「請求ノ基礎」においても、そこでの「請求」は、訴訟上の請求である。そして、それは原則的に利益主張である。

2　「請求ノ拡張」は、別異の請求の追加である。請求の追加的変更の範疇に属する。

3　「請求ノ変更」は、旧請求に新請求を追加することか、旧請求を新請求と交換することである。いずれの場合でも、旧請求と新請求とは別異である。請求の異同は、請求の特定の要素たる「請求ノ趣旨及原因」(二三四条)によって定まる。したがって、「請求ノ趣旨」又は(もしくは、及び)「請求ノ原因」の変更の場合に「請求ノ変更」がある。したがって「請求又ハ請求ノ原因」(二三三条)の変更は、請求の趣旨又は請求の原因の変更という意味である。

4　但し、金額請求においては、請求金額の増減は請求の変更と目されるべきではないであろう。金銭は、給付の目的物で、その歴史的属性は、給付請求の特定の要素であるが、その数額は前述のように請求特定のための独立の要素ではないからである。つまり、歴史的属性が同一であるかぎり、数額の変更を訴訟の構造の上において、請求の変更として評価する必要はなんらないからである。

5　権利主張説によれば、請求の変更となるが、本稿の立場では請求の変更にならない場合の例をいくつか挙げよう。特定物の引渡請求において所有権が占有権又は契約に変更された場合。特定の授受された金銭請求において貸金が不当利得に変更された場合。一定かつ特定の金額の支払請求において、手形債権が原因関係債権に、旧債権がその更改による債権に、変更された場合。特定の土地の利用の利益の帰属の確認の請求において、地上権が賃借権に変更

された場合。離婚請求において、不貞の行為の理由が悪意の遺棄に変更された場合。総会決議取消請求において、決議方法の法令違背が定款違反に変更された場合。このように、非常に多くの場合が請求の変更ではないことになる。そこで「請求ノ基礎」の変更との関係が問題となる。

6　請求の変更は、「請求ノ基礎ニ変更ナキ限リ」、許される。請求の基礎は、請求を理由あらしめるのに必要だと考えられる主要事実である。甲請求についての右事実と乙請求についての右事実とが、共通部分を有する場合に、基礎に変更がないといわれる。こういう場合であつてこそ、すでに係属する訴訟手続を新訴のために利用させてやるだけの利益があるからである。請求を特定するのに必要な事実は、他面において、請求を理由あらしめる事実でもある（もちろん、かならずしもそのすべてではない）。したがつて、「請求ノ原因」は、「請求ノ基礎」の一部をなす。したがつて、「請求ノ原因」の変更がないことは、すなわち、「請求ノ基礎」の変更がないことをいみする。しかし、「請求ノ原因」の変更があり、しかし「請求ノ基礎」に変更がない場合がないわけではない。例えば、五万円の請求において、元本一〇〇万円の利息であるという理由が主張されたが、一九五九年度分の利息の主張が一九六〇年度分の利息に変更された場合を例にとろう。その五万円を特定するのに、元本一〇〇万円を特定することが必要である。しかし、それだけでは足りない。年度を特定する必要がある。そこで、この場合には、その五万円の請求においては、元本の成立とある年度の経過とが、ともに「請求ノ原因」である。このうち、その特定の元本から生ずる同種のいくつかの五万円を区別するのに必要な属性は、年度である。したがつて、年度の変更は、右の五万円については「請求ノ原因」の変更であり、これによつて右五万円の「請求」が変更される。しかし、右のような（ある特定の元本から生ずるという限定された）五万円にとつては、元本は「請求ノ基礎」であり、これには変更がない

例えば、馬の代金一〇〇万円を請求し、これが売買契約の無効を前提とする馬の返還債務の債務者の責に帰すべき履行不能を理由とする一〇〇万円の請求に変更された場合には、前の一〇〇万円と後の一〇〇万円とは、一個の事実関係から発生したものと観念されるけれども、しかし、別個独立の価値を表示する（一は、馬の価値を金銭に評価したもの、他は損害を金銭に評価したもの）から、「請求」を異にするものであるが、旧請求を理由あらしめる主要事実のうち、売買契約を締結した事実が、新請求を理由あらしめる主要事実の一部でもあるから、「請求ノ基礎」は変更されたとはいえないわけである。馬の代金一〇〇万円が訴求され、これが右一〇〇万円の代物弁済としての自動車の引渡し請求に変更され、さらに、右自動車の債務者の責に帰すべき事由による滅失を原因とする損害賠償九五万円の請求に変更された場合も同様である。(1)

(1) 以上の問題に関し、小山昇「請求について」（岩松記念論文集）のなかの叙述は十分ではなかった。

第四節　「請求ノ抛棄」及び「請求ノ認諾」

1　「請求ノ抛棄」（二〇〇条）「請求ノ認諾」（二〇三条、人訴一〇条）における「請求」とは、訴訟上の請求をいう。したがつて、それは特定の権利の放棄や認諾でないことはいうまでもなく、特定の権利の主張の放棄や認諾でもない。それは利益主張の放棄、認諾である。

2　利益の放棄が、利益主張の放棄の動機であることはありうるし、その事実上の結果としてあることもありうる。しかし、それは利益主張の放棄と同じものではない。利益主張の放棄は、利益主張が理由がないことの自認である。自認の対象は「理由なし」という訴訟法上のものである。利益主張の認諾の場合も、考え方は同様で、それは利益主張が理由があることの承認である。承認の対象は、「理由あり」という訴訟法上のものである。

3　例えば、売買契約を原因とする代金請求訴訟において、権利主張としての請求が放棄されたとしよう。同一金銭を不当利得を理由として訴求することや、債務の承認を理由として訴求することや、贈与を理由として訴求することが、理論上可能であるというのでは、さきの請求の放棄は、右の金銭についての争を解決したことにはならないであろう。

第三章　「訴訟ノ目的」

一、「訴訟ノ目的ノ価額」(二二条、二三条二項、裁法三三条一項)

1　「訴訟ノ目的ノ価額」における「訴訟ノ目的」は、訴訟上の請求をいう。それは、「請求ノ目的物」(二〇条)ではない。それは利益主張である。だからこそ、その価額は「訴ヲ以テ主張スル利益ニ依リテ之ヲ算定ス」(二二条一項)べきものである。すなわち、主張された利益を金銭に算定することによって、利益主張そのものの価額が算定されるのである。

2　民事訴訟用印紙法においては、民事訴訟における請求の価額は、「訴訟物ノ価額」という用語で表現され、その他の手続における請求については、「請求ノ価額」(民印六条ノ二、六条ノ三、一〇条、一六条)という用語で表現されている。

3　四四二条の請求「ノ目的ノ価額」は、訴の目的の価額、請求の価額と同義である。金銭等の給付を目的とする請求(四三〇条)においては、請求の価額の算定の基礎たる訴により主張される利益は、請求の目的物の価額によって算定され、それと数量的に一致するからである。

二、「訴訟ノ目的」(六〇条、六二条、七一条、七五条)

1　六二条、七五条にいわゆる「訴訟ノ目的」は、訴訟上の請求をいう。「訴訟ノ目的ガ共同訴訟人ノ全員ニ付合一ニノミ確定スベキ場合」とは、全員の又は全員に対する請求について、その理由の有無が一様に判断されることを必

要とする場合である。

2　七一条にいわゆる「訴訟ノ目的」は、右とは異なる意味を有している。七一条は、他人間の訴訟に独立の当事者として介入することを第三者に認めたものである。いうまでもなく、それが許されるためには、参加の必要がなければならない。七一条はそれを規定している。

3　本訴の原告の請求には彼が原告であるがゆえに理由がなく、その請求につき自己が当事者として訴求してはじめて理由があるという（主張がなされる）場合には、その第三者は、参加の利益を有する。しかし、そのことを主張するためには、請求理由あるがために必要な当事者は何ものかについて、それとの間に争があるところの原告を相手方とせねばならず[1]、本訴の被告が、参加人が当事者である場合には参加人の請求が理由が有ることを争う、というのであれば、被告をも相手にせねばならない[2]。しかも、本訴の原告が、依然として彼が原告であるときに理由があると主張するかぎり、本訴もまた審理されざるをえない。したがつて、また、参加の利益があるというのは、参加人の請求が理由があれば、かならず、本訴の原告の請求は理由がなく、逆もまたそうである[3]（と主張される）場合でなければならない。

(1)　参加人と本訴の原告は、相手方たる関係に立つ（大判昭七・六・一八録一一・一一八一）。

(2)　争わない本訴の被告を相手方とする必要はない（最高昭二七・三・四集六・三・二八九）。

(3)　ゆえに、判決は本訴の原告、被告、参加人の相互の訴訟を矛盾なく解決すべきものである（大阪控判昭一六・六・一七、新聞四七二三・二九）。したがつて、そのために、六二条の規定が準用されるのである。

4　したがつて、「訴訟ノ目的……カ自己ノ権利ナルコトヲ主張スル」（七一条）とは、本訴の請求につき、これを理由あらしめるのに必要な権利は自己の権利であることを主張し、したがつて、該請求は自己を当事者としてはじめて理由

あるものとされること、つまり、請求(＝利益主張)において主張された利益は、自己に帰属することを主張することである(なお、次の三をみよ)。以上の敍述は、請求とはすべて利益主張であると解して、十分に成り立つ。

5　六〇条にいわゆる「訴訟ノ目的」は、さらに異なり、請求(＝利益主張)における利益がそれについて問題となるところの対象物をさす。

他人間に訴訟が係属している場合に、その原告被告を共同被告として訴を提起することは、彼等の間に訴訟が係属していない場合にそうするのとどうちがうか。それは、主参加原告の共同被告のそれぞれに対する請求についての訴の利益[1]が、共同被告間に訴訟が係属したことによつて生じていることであり、主参加原告の請求が、共同被告間の訴訟の請求の目的物に関するものであることである。[2]そして、ここでも請求を利益主張と構成することは妨げられない。

(1)　共同被告の一方との関係においてのみ訴の利益がある場合には、被告等を共同にする利益はない。

(2)　関係のしかたにはいろいろある。共同被告間の訴訟の請求を自己の請求とする場合がある。例えば、XのYに対する物の引渡請求に対し、Zが、Xに対しては、その物はYがZに引渡すべきであることの確認を求め、Yに対しては、その物の引渡を求める場合。また、共同被告間の給付訴訟の目的物に関する場合がある。例えば、X（所有者）のY（賃借人）に対する物の引渡請求に対し、ZがXおよびYに対してその物についての利用の利益（転借権）の確認を求める場合。また、共同被告間の給付訴訟を理由あらしめる権利に関する場合がある。（この場合には利益の対象物は権利そのものである。）例えば、XのYに対する貸金請求に対し、ZがXおよびYに対して、右の貸金債権につき存する質権の確認を求める場合。また共同被告間の確認訴訟の確認の対象が利益ないし権利である場合にその利益又は権利の目的物に関する場合がある。例えば、XのYに対するある物について利用の利益ないし賃借権の確認請求に対し、ZがXに対してはYに対する利用の利益ないし賃借権の不存在確認を求め、Yに対しては利用の利益ないし賃借権の確認を求める場合。例えば、XのYに対する利用の利益ないし賃借権確認請求に対し、Zが、に対しては利用の利益ないし賃借権の不存在確認を求め、Yに対しては支配の利益ないし所有権確認を求める場合。

6 「自己ノ為ニ請求スル」(六〇条)と「自己ノ権利ナルコトヲ主張スル」(七二条)とどうちがうか。前述したところから、おのずから明らかであろう。(1)

(1) 例えば、XのYに対するある物についての(用益的)利用の利益ないし転借権確認請求に対し、ZがXに対してはX使用中のその物の返還を求め、Yに対して(資本的)利用の利益ないし賃借権不存在確認を求める場合は、Zは、「訴訟ノ目的」(その物)を「自己ノ為ニ請求しているが、「訴訟ノ目的」(用益的利用の利益)……「カ自己ノ権利ナルコトヲ主張」しているとはいえない。

7 したがって、「訴訟ノ目的」を「自己ノ為ニ請求スル」とは、他人間の訴訟の請求の目的物について、その他人等を(各個にではなく)共同被告としてなす利益をもって、ある自分の利益を主張することである。

三、「訴訟ノ目的タル権利」(五九条、七二条、七三条)又は「義務」(五九条、七四条)

1 ここでの「訴訟ノ目的」は、七一条におけるそれと同じである。それは、訴訟上の請求そのものではない。請求の対象たる利益である。だから、請求の目的というべきかもしれない。この利益は、何らかの権利によって表示される。何らかの権利が認められるときに、この利益が認められる。だから「訴訟ノ目的タル権利」とよばれるのである。

2 「訴訟ノ目的タル権利又ハ義務カ数人ニ付共通ナルトキ」(五九条)とは、右にいう利益が数人につき共通である場合をいう。利益が共通であるとは、利益が単一であるという発想と、数人がこれに等しく関係しているという発想を前提とする。例えば、共有者は(民二四九条)、右の場合に該当するといわれている。それは、共有者各人が単一の利益(この場合、利益の単一性は、物の単一性を基礎とする。)にかかわり、この利益が単一な共有権によって認められているからである。また例えば、不可分債権(民四二八条)や不可分債務(民四三〇条)の場合が、右に該当するといわれている。それは、目的物の単一性によって利益が単一と考えられ、これに数人がひとしく関係していること(各人が目的物の全部につき利益を有すること)がそのまま、不可分の債権ないし債務として認められていることを示している。合有関係も同様である。連帯関係も変りはない。権利関係としての差異は、利益の共通であることの法的規整の差異である。

例えば、数人に対する所有権の確認もこの場合に該当するといわれている。この場合は、目的物は単一で、したがつて主張された所有権は単一である。それが数人について共通であるといえるのは、目的物が単一であるがゆえに、その目的物について原告の（支配の）利益が被告たる数人にとつて共通であるといえるからである。

3「訴訟ノ目的タル権利又ハ義務カ」「同一ノ事実上及法律上ノ原因ニ基クトキ」とは、右にいう利益の発生原因が同一の場合をいう。例えば、共同不法行為の場合がこれにあたるといわれている。それは、事故が単一であるがゆえに、共同者がそれによつて生じた損害の全部につき、いわばマイナスの利益を有するからである。この利益の共通性は、法的には、連帯債務的に（民七一九条）、規整されているのである。ある物について生じた単一の事故により、例えば、その物の所有者とその賃借人が損害を受けたとしよう。この場合、利益は共通ではない。しかし、この二人は共同訴訟人として、損害賠償を訴求することができるであろう。それは、発生原因が単一であるからである。

4「訴訟ノ目的タル権利又ハ義務カ同種ニシテ事実上及法律上同種ノ原因ニ基クトキ」における「訴訟ノ目的タル権利又ハ義務」についても、考方は同じである。

5「訴訟ノ繫属中其ノ訴訟ノ目的タル権利ヲ……譲受ケタルコトヲ主張」する（七三条）とは、請求を理由あらしめるのに必要な権利の実体法上の自己への帰属を主張することである。七一条と異る点は、帰属の原因が、本訴の当事者からの承継による点である。この主張は、本訴で主張された利益が自己に帰属することの理由づけとして役立つ。だから、主張者の参加の場合、参加における請求は利益主張である。そして、それと本訴における請求との間に連続がある。利益主張を理由づける権利を媒介とした利益主張の連続である。ゆえに、本訴の当事者適格と参加人の訴訟の当事者適格との間を、適格の移転として把握することが許される(1)。当事者適格の移転として把握されるがゆえに、参加人の訴訟は本訴の訴訟の訴訟状態の継続となるのである(2)。

(1) いうまでもなく、主張された承継を前提として、当事者適格の移転が考えられる。承継がなければ、参加人は当事者適格がないというわけではないが、その移転はない。だから七一条の場合となる。承継に関し争があり、その審理の結果、承継なしということになつた場合、七三条の参加は不適法とされ、七一条の参加に転換するかどうかの問題となろう。

(2) 参加人の訴訟が本訴の継続であるためには、前者の訴訟係属の効果を本訴の訴訟係属まで遡らせる必要がある。それゆえ、七三条の規定があるのである。継続であるといつても、しかし本訴の当事者の時機におくれた攻撃防禦方法は、参加人がこれを提出することが許される場合はあるであろう。

6 「債務」の承継(七四条)の場合も、考え方は同じである。(1) 本訴における債務者は、多くの場合、被告であろう。そこで、いわゆる「債務」の承継の場合とは、本訴の原告の利益主張が、被告を相手方としては、利益がない場合である。それは、被告を相手方として訴の利益があるためには、原告の利益主張を理由あらしめる権利に対応する債務の主体が被告であること(少なくともその主張)が必要であるのに、それが被告でないと主張される場合であるからである。そして、それは、「第三者」であると主張されているわけである。つまり、被告適格が第三者にあると主張されるのである。ところで、この場合にも、被告適格は被告から、第三者に移転した、と把握されうる。それは、被告適格の根拠は、ひいては債務者が被告であるとの主張にあるから、債務の承継を前提とするかぎり、債務者が被告であるとの主張が、債務者は第三者であるとの主張に、債務の承継を原因として変化するので、このいみで債務の承継を媒介として、被告適格が第三者に移転したといえるのである。そして、それゆえに、引受人の訴訟と引受前の訴訟との間に、訴訟状態の継続があるのである。

(1) すなわち、「訴訟ノ繫属中第三者カ其ノ訴訟ノ目的タル債務ヲ承断シタルトキ」とは、請求を理由あらしめるのに必要な債務の実体法上の帰属が第三者にあると主張される場合をいい、帰属の原因が、本訴の当事者からの承継による場合である。第三者が訴訟を引受けた場合、引受前の請求と引受後の請求との間に、債務の承継(理由づけ)を媒介とした利益主張の連続がある。

7　債務の承継がある（と主張される）場合には、被告適格の移転がある。しかし、債務の承継がない場合にも、当事者適格の移転があることがある（8次の）。そして、当事者適格の移転が訴訟係属中にある場合には、いわゆる訴訟の承継が認められるべきである。したがつて、七四条の要件は、当事者適格の移転があつた場合、と理解すべきである。

8　このことは、建物収去土地明渡請求訴訟を例にとれば明らかになる。この訴訟の係属中に、被告がその所有建物を第三者に譲渡して引渡したときは、第三者が、建物収去土地明渡義務を承継したとはいえない。むしろ、承継したのは、建物所有権と（建物の占有を通じてなすところの）土地の占有である。そして、土地の占有を承継したことによつて、被告適格が第三者に移転したのである。土地明渡請求訴訟は土地の占有者を被告とすべきであるから、第三者が土地を占有するに至つたときは、そのものが被告適格を有するので、土地の占有が承継的であるとき、被告適格の承継的移転があるわけである。

第四章　請求概念の検証

第一節　裁判籍

1　訴訟法の特別裁判籍の定めは、請求概念を権利主張と構成することを余儀なくさせるものではない。請求概念を利益主張と構成することを許容するものである。

2　そのために特別裁判籍が認められているところの訴（五条一、二〇条）における請求は、これを利益主張と構成することを許すものである。利益主張についての審判の申立において、なんらかの財産上の請求権でもつて理由づけられるもの、すなわち、経済的利益の主張についての訴が、「財産権上ノ訴」（五条、七条、八条）である。それが、ある業務に関するものに限られ、さらに、ある事務所又は営業所でのそれに

限られた場合が、「事務所又ハ営業所ニ於ケル業務ニ関スル訴」(九条)である。訴において主張された利益が、船舶をその目的物として又はその船を航海に供したことに原因して発生したものである場合が、「船舶又ハ航海ニ関スル」訴(一〇条)である。

船舶を責任財産とするような利益の主張の訴が「船舶債権其ノ他……ニ基ク訴」(一一条)である。「社団ヨリ社員ニ対スル訴」等(一二条、一三条)は、利益主張の主張者と相手方とを限定したもので、しかも、その限定の意味は、主張された利益が、社員という資格に基づく場合に限定したことにある。「不法行為ニ関スル訴」「船舶ノ衝突其ノ他海上ノ事故ニ基ク損害賠償ノ訴」(一五条)は、要するに人の行為によつてひきおこされた損害又は損失の賠償又は分担を求める訴である。原状回復を求めることもありうる。これらの利益主張がいかなる請求権によつて認められるかは問わない。「海難救助ニ関スル訴」(一六条)は、海難救助という行為を原因として生じた利益の主張について審判を求める申立である。「不動産ニ関スル訴」(一七条)とは、不動産を目的物とする利益の主張について審判を求める申立である。(この場合、不動産は給付、支配、利用等の利益の目的物である)。「登記又ハ登録ニ関スル訴」(一八条)とは、主張された利益が、登記又は登録を目的物とする場合をいう。「相続権ニ関スル訴」等(一九条)は、訴において主張された利益が相続、遺留分に関係する場合、又は、遺贈など死亡によりて効力を生ずる行為を原因とする利益である場合をいう。(1)

(1) とくに、権利の確認の訴が許される場合には、以上の叙述において、利益を権利とおきかえれば足りるであろう。

3 ところが、不法行為に基づく損害賠償請求の訴の特別裁判籍は行為地(一五条)にあり、債務不履行に基づくそれの特別裁判籍は義務履行地(五条)にあるから、この両請求は同一事故を原因としても、異別の請求でなければならぬ、とする考え方がある。

4 民事事件の要素は、「人」(又は団体)と「対象」と(人が対象について有する)「利益」であると思われる。特別裁判籍の定めは、右の三要素のうちの、どれかひとつと土地との関係を手掛りとして定められている。事務所・営業所所在地の裁判籍(九条)、社員・役員に対する裁判籍(一二条)は、人と土地との連結を、人の住所・居所以外の土地との連結にしたものである。船舶所在地の裁判籍(一一条)、不動産

所在地の裁判籍（一七条）、登記登録地の裁判籍（一八条）は、事件の対象と土地との関係を手掛としている。財産所在地の裁判籍（八条）は、人と土地との連結に代えるに人の財産と土地との連結をもつてしたものである。(1) 船籍所在地の裁判籍（一〇条、一五条二項、一六条）は、人と土地との連結に代えるに、人と船舶との関連を媒介として、船舶と土地との連結（船籍の制度を媒介とする）をもつてしたものである。相続の裁判籍（一九条）は、相続という対象と土地との連結に代えるに、被相続人を媒介として、被相続人と土地との連結をもつてしたものである。船舶到達地の裁判籍（一五条二項、一六条）は、対象と土地との連結に代えるに、対象と船舶との関連を媒介として、船舶と土地との連結をもつてしたものである。

(1)　このことが許されるのは、財産が「対象」であるからであり、又は財産が「利益」に関係するからである。

5　さて、義務履行地の裁判籍と不法行為地の裁判籍はどうか。対象（＝請求において主張された利益がそれについての利益であるところのそれ）が、前者においては、土地と結びつきえないものを含み、後者においては土地と結びつきえない。そこで事件と土地と結びつけるためには、訴訟の請求における利益と結びつけるほかはなく、そのためには、請求を理由あらしめる事実と結びつけるほかはない。それは前者においては、契約と名づけられる事実であり、後者においては不法行為と名づけられる事実である。そこで契約と土地との連結点が義務履行地とされ、不法行為と土地との連結点が行為地とされたのである。

6　ところで、これらの事実と土地との連結は、人と土地との連結や有体物と土地との連結と異なる。後者は、本案の審理と関係なく確定されうるものである。ところが、前者はその確定が同時に本案の審理である。ある行為があつた地が主張された地であるか否かは、本案の審理とは関係がない。しかし、その行為があつたか否か、被告の行為であるか否か、不法行為であるか否か、その行為は（例えば）損害賠償請求を理由あらしめるか否かは、本案の問題である。したがつて、いわゆる不法行為地の裁判籍があるかないかについては、主張された行為があつたとすれば、その地はどこであるかを確定し、その地が受訴裁判所の管轄区域内にあれば、管轄ちがいではない。したがつて、この意味で管轄違いでなければ、その行為を理由づけとする請求について本案の審理をすることは妨げられない。例えば、その行為が債務不履行を理由づける事実であるならば、このような法的観点からする裁判は妨げられない。(1) したがつて、いわゆる不法行為地の裁判籍の規定は、訴訟上の請求を特定の権利の主張と構成することを、必要ならしめるものではない。

ない。

(1) 権利主張説のもとでも「債務不履行もまた広義の違法侵害であることと、証拠調の便宜を考慮した本条の趣旨から見て、ここにいう不法行為に属すると解する」説がある（兼子一・条解民事訴訟法・五条の註解）。この説と比べるならば、本書の説とは、結果においては、差異がない。

7 これに対し、いわゆる義務履行地の裁判籍の場合には、ある合意がなされたという事実と土地とは直ちに結びつけられていない。この点、いわゆる不法行為の裁判籍の場合と異なる。右の合意を法的観点から観れば、それは契約であり、そのような契約の場合は義務の履行は、例えば、債権者の現時の住所地でなさるべきであるということによつて、合意と土地とが連結するのである。したがつて、義務履行地の裁判籍があるかないかは、請求の理由づけのために主張された義務が存するとしたら、その義務履行地がどこであるかによつてきまる。ところで、義務は事実でなくて法的効果である。そこで、その履行地がどこである義務であるかは、要件事実すなわち、給付請求を理由づける事実のいかんによる。甲事実を前提とすれば、義務履行地は甲地であり、乙事実を理由とすれば、義務履行地は乙地であることがありうる（甲地と乙地とは別の裁判所の管轄区域に属するとしよう）。甲地を管轄する裁判所に訴が提起され、乙事実が理由とされた場合には、管轄違いである。しかし、右の裁判所において、甲事実も理由とされた場合には管轄違ではなく、この裁判所は乙事実をも審理することが許されるであろう。請求が異なる場合でさえ、併合管轄が認められているからである（一三条）。したがつて、いわゆる義務履行地の裁判籍の規定は、訴訟上の請求を特定の権利又は義務の主張と構成することを必要ならしめるものではない。

第二節 二重起訴

1

二重起訴になるか否かの基準は、裁判所に係属する「事件」（一三条）の同一性にある。「事件」は、「当事者」及び「請求」が同一である場合には、同一である。したがつて、「請求」をいかに概念構成するかによつて、二重起訴にな

る場合ならぬ場合がちがつてくる。

2　「請求」を、権利主張と考えるならば、権利が異なる場合には、「請求」は異なるから「事件」は同一でないことになろう。そうすると、いわゆる請求権競合の場合や、手形債権と原因関係債権の場合などにおいては、その一方の権利につき訴訟が係属していても、その他方の権利について訴が提起されることは妨げられないことになる。しかし、右の場合においては、一の訴で数個の権利につき請求をなす場合には、訴価は合算されないが、別々の訴で請求される場合には、そのそれぞれについて訴価が算出されることになる。これは合理的であるとはいえない。ことに敗訴の被告の立場を考えると、いつそうその感が強い。(1)「請求」を利益主張と構成するならば右の不合理は避けられる。(2)

(1)　権利主張説によれば、XがYに対し同一事故を原因として一〇万円を請求し、不法行為に基づく損害賠償と、債務不履行に基づく損害賠償とを理由とする場合には、それは二個の請求の併合であり、しかし、訴価は合算せず、一〇万円である。しかし、もしこれらを別訴で請求すれば、訴価はそれぞれ一〇万円である。XがY₁・Y₂に対し、一〇万円を請求し、連帯債務を理由とする場合にも、権利主張説によれば、それは二個の請求の併合であり、しかし、訴価は合算せず一〇万円である。しかし、もしこれらの請求が別訴で主張されれば、訴価はそれぞれ一〇万円である。この二つの場合を比較すると、別訴の場合に同一被告が同一の経済的利益について二重に訴求され、しかも訴価が別々に計算され、貼用印紙の費用を含めて、敗訴の場合に訴訟費用を負担させられうるのはどういうものであろうか（実際にはないことであろうけれども）。

(2)　例えば、同一目的物に関する給付の訴と確認の訴とは、「事件」としては、同一であるのではないかという問題がある。しかし、この場合においては、請求としてはいかなる説においても異別のものである。したがつて、右の問題は請求の概念構成と直接にはかかわりはない。

第三節　時効、相殺

1　例えば、裁判上の請求には、時効中断の効果が結びつけられている（民一四七条、一四九条）。時効は権利に関するものである。だから、裁判上の請求とは、権利を裁判上行使すること、又は義務の履行を裁判上求めることである。だから請求は権利の主張であるとせざるをえないといわれる。

「裁判上ノ請求」は、権利を裁判上行使することではあろうが、しかし、訴訟上の請求という形式で、行使することが必要なのであろうか。時効中断の効力が生ずるためには、請求権（又は権利）が、判決の主文において確定されることまでの必要はないように思われる。(1) 時効中断の効力が生ずるためには、請求権（や権利）の存在が、判決の理由のなかで確定されることで足りるのではあるまいか。(2)(3)(4)

(1)　いくぶん形式論的であるが、本案判決において確定されるのは、請求の理由の有無であって、請求権（や権利）の存否ではない。請求権（や権利）の存否の判断をとおして、それによって請求の理由の有無が判断されるのではあるけれども、給付判決によって、給付請求権の消滅時効が中断されるのは、給付請求理由ありとの判断の手段として、給付請求権が認定されるからである。積極的確認判決によつて時効が中断されるのも同様の根拠に基づく。消極的確認訴訟における原告敗訴の本案判決によつて時効が中断されるのはまさに権利が請求の形式で主張されたからではなく、請求理由なしの判断の手段として、権利の存在が認定されたからであるのではあるまいか。

(2)　判決理由のなかで、認定されるためには、請求権が、訴訟において主張される必要がある。しかし、主張されただけでは足りない。認定されることが必要である。

(3)　債務者の承認（民一四七条3）は時効中断の効果をもたらす。それが裁判外でなされてもである。ところが、権利者の請求は、裁判上なされることが結局は（民一五三条）必要である。承認が裁判外でなされても、時効中断の効力が生ずることは消滅時効の完成は債務者におけ

る状態が主な原因であることを示しているように思われる。債務者が自ら、自己において存する債務を負わないかのような事実状態を否定することは、決定的なものとみられているのであろう。債権者の請求はこれと異なる。しかし、裁判所において、請求権の存在を、債務者との間において認められた場合には、債務者が債務を負わないかのような事実状態はなくなつたとみるべきである。このような事実状態がなくなるためには、請求権の既判力ある確定までは、しかし、必要でない。請求の認諾と異なる債務の承認で足りることとの均衡からいつてもそうである。

潜在的訴訟係属の概念（最高三四・二・二〇判決、民集二〇九頁の藤田少数意見）は人を迷わすものである。一〇〇万円の損害額のうち、一〇万円を請求した場合、損害額は九〇万円と認定され、そのうち一〇万につき請求認容の判決があつた場合、潜在的に訴訟係属があつた金額は何程であろうか。又、損害額は少なくとも一〇万円以上ということで請求認容の判決があつた場合、潜在的に訴訟係属があつた金額は何程か。

(4)　以上のことを前提とするとき、一部請求を理由あらしめるために主張された金額のうち、判決の理由中で確定された額について時効中断の効力が生じ、そのうち、判決の主文中で確定された部分については、既判力が生ずるのである。従つて、主張されない金額については、中断の効力は生じない。又、主張されても判断を受けなかつた金額についても中断の効力は生じない。訴の取下、訴の却下の場合がこれにあたる（民一四九条）。

2　例えば、「確定判決ニ依リテ確定シタル権利ハ十年ヨリ短キ時効期間ノ定マルモノト雖モ其時効期間ハ之ヲ十年トス」（民一七四条ノ二）。ここで「確定判決ニ依リテ確定シタル」とは、前述のように、確定判決の理由のなかで、請求理由ありとの判断の理由として確定されたことをいうのである。したがつて、右の規定は、請求は、権利の主張である、という考え方のみが許容されるということの根拠にはならない。

3　そして、「中断シタル時効ハ裁判ノ確定シタル時ヨリ更ニ其進行ヲ始ム」（民一五七条二項）るのは、裁判上の請求による時効の中断が（請求権の存在をその理由において確定した）、裁判の確定の時まで続くことを意味するのである。

4　「不法行為ニ因ル損害賠償ノ請求権ハ……三年間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス」（民七二四条）。そこで、ある損害賠償請求権が不法行為によるかどうかが区別されることが必要である。このことから、損害賠償請求の訴にお

いて、請求として不法行為によるか、それ以外のものによるかが特定される必要があり、従つて、請求は具体的な権利主張でなければならないと結論するものがありうる。

しかし、民法七二四条は訴訟においては裁判規範として機能する。それは、訴訟において、主張されたある請求権が、もし損害賠償請求権であり、かつ、不法行為を原因とするならば、三年の時効にかかるものとして、裁判のさいに考慮すべきことを裁判官に指示したものである。従つて、この規定は当事者が訴訟において時効の抗弁を提出したときに適用されれば足る。従つて、請求を特定する要素として不法行為をとくにとりあげる必要はない。

5　例えば、「債務ガ不法行為ニ因リテ生シタルトキハ其債務者ハ相殺ヲ以テ債権者ニ対抗スルコトヲ得ス」(民五〇九条)そこで、ある債務が不法行為に因るかどうかが区別される必要がある。そこで、前述(4)と同型の議論がなされることがありうる。しかしこれに対しては、前述(4)と同じ解答がなされうる。

第四節　訴訟承継

1　いわゆる訴訟物の譲渡の場合、すなわち訴訟の係属中に、「訴訟ノ目的」たる権利(一七三条)又は債務(一七四条)が承継された場合については、すでに述べられた(第三章三5・6・7・8)。本節では、訴訟係属中に死亡、合併等を原因として生ずるところの、いわゆる包括承継について述べられる。いわゆる口頭弁論終結後の承継については、次節において述べられる。

2　例えば、原告X_1が、訴訟係属中に死亡したとしよう。訴訟手続は、訴訟代理人がない場合には中断する(一二三条、一二〇八条)例えば、X_2が受継の申立をしたとしよう。裁判所はX_2が例えば相続人(一二〇八条)であるかどうかを、職権で調査する。そしてそうでないと認めた場合にはX_2の受継申立を却下する(一二一八条一項)。相続人であると認めた場合には、受継申立が認容さ

れ、期日が指定されて手続の進行が計られる。[1] ところで、X_2がX_1の訴訟を受継するとは、X_2が、X_1の訴訟における請求を自己の請求として、訴訟を追行することである。従つて、X_2は、右の請求について原告たる適格を有する必要があるのである。X_2が右の適格を有するか否かは、次のようにして定められる。

(1) いつたん手続を続行した後に、X_2の資格がなかつたことが判明した場合には、あらためて判決で、X_2の受継申立を却下することができよう。

3　給付請求の場合には、X_2がX_1の請求の目的物を自己に給付すべしと主張することによつて、X_2は、適格があることになる。もし給付請求を理由づける権利が、X_1の一身に専属し、相続に親しまないものである場合には、X_1の請求ならば認容されたかも知れないところを、X_2の請求であるがゆえに、請求理由なしとされるであろう。それが相続に親しむものである場合には、右の権利が認められれば、X_2の請求としても認容されることになる。[1] 要するに、相続によつてX_2がX_1から承継した実体法上の権利は、その存在がX_2の請求を理由あらしめるのに役立つものであり、X_2はX_1の請求そのものを相続により承継するわけではない。[2]

(1) X_1の請求の目的物を目的物とするX_2の請求が、X_2がX_1から相続により承継した権利ではない別の権利によつて理由づけられることがありうる。このような場合は、X_1が生きていたならば、X_2が七一条の参加をなしえたであろう場合である。従つて、X_2は、相続を原因として受継した訴訟手続を利用して、七一条の参加の実質の訴訟を追行することが許されるであろう。

(2) X_2の当事者適格と、X_1の当事者適格との間には、X_1の給付の主張の目的物をX_2が給付の主張の目的物とし、かつX_2の請求を理由あらしめる権利をX_2がX_1から承継したことを媒介として、移転という関係がある。したがつて、X_2の訴訟状態とX_1の訴訟状態との間には連続の関係が認められる。

4　確認請求の場合には、X_2に確認の利益がある場合に、X_2に原告適格がある。X_1には確認の利益があつたが、X_2

にはそれがないという場合には、X_2の訴訟の受継は適法だが、X_2の訴は却下されるということになろう。確認の対象が権利である場合には、権利が相続に親しむものであり、かつ、権利が存在するときに、X_2はその権利を相続により承継したがゆえに、X_2の請求は理由がある、ということになる。確認の対象がいわゆる利益である場合においても、考え方は同様である。要するに、ここでもX_2は、X_1の訴訟上の請求を承継するわけではない。(1)

(1) X_1の訴訟状態とX_2の訴訟状態との間に連続の関係があることに関しては、前述3の註2参照。

5 形成請求の場合には、X_2が形成の利益を有する場合に、原告適格がある。短期賃貸借解除訴訟(民三九五条)や共有物分割訴訟(民二五八条)の原告X_1の相続人X_2は、X_1の従前の請求を、自己の請求として訴訟を追行する適格を有するであろう。しかし、婚姻取消訴訟の原告X_1の相続人X_2は、右の意味の適格を有しないであろう。総会決議取消訴訟の原告が取締役の場合に、その相続人はやはり右の意味の適格を有しないであろう。(1)

相続人が、適格を有する場合には、自己の訴訟を追行するわけで、被相続人の請求を承継するわけではない。(2)

(1) 訴訟における請求と当事者との関係からみて、相続人が原告適格を有しないことが明らかである場合には、もし、受継申立があれば、その段階で受継の資格なしとして申立を却下することができるのではあるまいか。

適出否認の訴の原告たる夫が、訴訟係属中に死亡した場合については、「其ノ子ノ為ニ相続権ヲ害セラルヘキ者其他夫ノ三親等内ノ血族」が「訴訟手続ヲ受継クコト」ができることになっている(人訴二九条三項)(二〇八条は「受継クコトヲ要ス」)のは、相続人が当然に受継するわけではないことを示しているように思われる。

(2) その他の点については前述3及び4参照。

6 被告Y_1が、訴訟係属中に死亡した場合も考え方は同様である。給付訴訟においては、相続人Y_2に対して給付を求める利益がある場合に、Y_2は被告適格を有し、確認訴訟においては、Y_2との関係においてまた確認の利益がある場

合に、Y_2は被告適格を有し、形成訴訟においてはY_2に対する関係で、形成の利益がある場合に、Y_2は被告適格を有する。

給付訴訟が、特定物の引渡請求である場合には、引渡請求の被告適格は目的物の占有により生ずるから、その物につきY_2が相続により占有を承継したと主張される限りにおいて、Y_2に被告適格があるのである。そして、Y_2に引渡義務がある場合に、Y_2に対する請求は理由ありとされるのである。しかし、Y_2の引渡義務がY_1から承継されたのではない場合もありうる。それでも、Y_2は相続人という一般的な資格で、Y_1の訴訟を受継する。そして、相続されないY_2に固有の義務が認定されて敗訴することがありうるのである。従つて、ここでも訴訟の受継は、実体法の義務の承継を根拠とする訴訟上の請求の承継と構成されるべきではなく、実体法上の義務は、その存在がY_2に対する請求を理由あらしめるのに役立つのであるに止まる。

また、第三者が原告たる婚姻の無効又は取消の訴において、訴訟係属中に、被告たる夫婦が死亡した場合には、その相続人は、被告適格を有せず、検察官が被告適格を有する（人訴二条三項）。

7　これを要するに相続人が被相続人の訴訟を受継するという現象は、権利又は義務を相続したがゆえに権利主張又は義務主張としての訴訟上の請求を承継するという現象ではない。それは、請求についての適格者の交替という現象である。相続人の訴訟受継は、相続人が新適格者である場合を、予想したものである。旧適格者の訴訟と新適格者の訴訟とが受継ということによつて、連続の関係におかれるのは、その理由づけにおける権利又は義務が相続による承継であるということが媒介されているからである。

このことは、相続以外の包括承継の場合にも、基本的には妥当することである。

第五節　既判力

一、序

1　請求と既判力とは、既判力の物的範囲及び既判力の作用の意味と請求の概念とが、相関関係にある、という意味において関連する。従つて、ここで既判力観が必要な限度で述べられなければならない。

2　既判力概念も、請求概念と同様に、民事訴訟制度の目的観と民事訴訟の実定法上の構造とに制約される。民事訴訟は、私的紛争の解決をその制度目的とする。それは裁判所が訴訟上の請求の理由の有無を本案判決によつて判断することによつてなされる。本案判決が、解決になるためには、本案判決における判断に不可争性が付与されることが必要である。本案判決に不可争性が付与されておれば、同一紛争が蒸しかえされても、同じ結果しか得られず、そのことが同一紛争の蒸しかえしを終熄させるからである。次に、本案判決が紛争の解決になるためには、訴訟上の請求が紛争を反映していることが必要である。そこで、紛争は利益主張の衝突であるから、請求を利益主張と構成することは、右の必要を満足させる構成であるということになる。

3　従つて、判決が紛争を解決する機能を既判力の働きとよぶならば、既判力とは、判決の判断に付与された不可争性を指すものにほかならない。(1)ところで、判決は請求の理由の有無を判断するものである。従つて、既判力は、請求の理由の有無について、つまり、請求に関して存するものである。ひとくちにいえば、訴訟の対象（＝請求）と既判力の対象とは一致する。

(1)　既判力は、実体法上の権利を形成する力ではない。

4　既判力は判決の不可争性である。従つて、既判力は次のように作用する。請求の理由の有無について、判決の判断と異なる判断を裁判所がすることを許さない。

そこで、給付訴訟においては、原告勝訴の場合には請求理由ありということ、すなわち、被告が原告に目的物を給付すべきことについて既判力があり、原告敗訴の場合には、請求理由なしということ、すなわち、被告が目的物を原告に給付すべきであるとはいえないことについて既判力がある。いずれの場合にも、請求の理由の有無の判断の前提に、特定の給付請求権の存否の判断があり、その前提に一定の事実の存否の判断がある。しかし、これらの権利又は事実の存否の判断に既判力があるわけではない。

積極的確認訴訟においては、原告勝訴の場合には、請求理由ありということ、すなわち、利益が原告に帰属すること、又は権利が原告にあること、又は、原告がある法的地位にあること、又は、ある法律行為が無効であることについて既判力がある。原告敗訴の場合についても、(1)消極的確認訴訟においても、(2)考え方は同様である。従つて、権利の存否の判断について既判力があるのは、権利が確認の対象である場合に限られる。

形成訴訟においては、原告勝訴の場合には、請求理由ありということ、すなわち、有とすべきこと、又は、無とすべきことについて既判力がある。(3)原告敗訴の場合には、請求理由なしということ、すなわち、有とすべしとはいえないこと、又は無とすべしとはいえないこと、について既判力がある。請求の理由の有無の判断のためには、実体法上の形成権の存否の判断が前提であるかも知れないし、その発生の要件事実（形成のための要件事実といつてもよい）の存否の判断が前提にある。しかし、形成権の存否や事実の存否の判断に既判力があるわけではない。

(1)　例えば、所有権確認の訴において、原告敗訴の場合には、原告に所有権があるとはいえない、ということに既判力がある。

(2) 例えば、債務不存在確認の訴において、原告勝訴の場合には、原告に債務がないということに既判力がある。

(3) 形成請求認容の判決、すなわち、形成判決にも既判力があるように思われる。確定の離婚判決を被告が争いえないのは、離婚を理由あらしめないことに役立つ一切の主張をすることが許されないことなのであるから、それは形成力の作用ではなく、既判力の作用というべきであろう。形成力をどう把握するかについては、これを別稿に譲りたい。

5 既判力は、前述のように請求の理由の有無について判決の判断と異なる判断を裁判所がすることを許さないという点に、その作用をする。この作用が行なわれるのは、訴訟においてであり、既判力を受ける者が既判力のある判断と矛盾する判断を裁判所がすることを目的として、権利や事実を主張する場合においてである。この場合に、裁判所が、既判力ある判断と矛盾する判断をしないためには、主張された権利や事実の認定を、既判力ある判断を受けた事項(前訴における請求)の理由の有無の判断の前提にはしない、ということが必要である。従って、ひとくちにいえば、既判力の作用は、既判事項を理由なし(又は理由あり)とするのに役立つような権利や事実の主張を排斥することにある。(1)

(1) 事実審の口頭弁論終結時を基準として、その時までに存在した権利又は事実の主張が一切排斥されるのか、主張しうべくして主張しなかったもののみが排斥されるのか、の問題がある。しかし、これは既判力の生ずる事項の問題ではなく、既判力の作用が、どこまで及ぶかの問題である。従つて、請求概念をどのように構成しようと残る問題である。これは、別稿に譲られるであろう。なお、既判力がなんであるかということと、既判力が原因となつてどんな結果がひきおこされるかということとは、区別されなければならない。

6 権利主張説と本稿の説との相異は、既判力の作用により排斥される事項について現われる。ある特定物の給付請求訴訟において主張された請求権が認められず、請求棄却の判決が確定した場合には、敗訴の原告が、右訴訟の事実審の口頭弁論終結時前に存在した事実に基づく他の請求権を理由として、同一物の給付を訴求することは、それら

の他の請求権が、前訴で主張されない場合でも、既判力により妨げられる。例えば、前訴において占有権に基づく返還請求権が主張され、かつ、認められなかつたとしよう。同一物の給付を訴求することは、所有権に基づく返還請求権に基づいても、売買契約に基づく引渡の請求権に基づいても、その他どんな給付請求権に基づいても妨げられる。標準時において、被告が原告にその物を給付すべしとはおよそいえないことが不可争的であるからである。またそうあつてはじめて、その特定物の給付の争が原告と被告との間で解決したといえるからである。

7　ある特定の金額（金額の特定については前述）の給付請求訴訟において、主張された請求権が認められず、請求棄却の判決が確定した場合には、敗訴の原告が同一金銭（単に額が同じというのではない）の給付を訴求することは、右訴訟の事実審の口頭弁論終結時前に存在した事実に基づくどんな他の請求権を理由としても、既判力により妨げられる。例えば、前訴で、貸金返還請求権が主張され、かつ認められなかつたとしよう。同一金銭の給付を訴求することは、寄託金請求権、売買代金請求権、消費貸借契約無効を前提とする不当利得金請求権、貸金支払のため振出されたことを前提とする手形金請求権など、どれに基づいても妨げられる。標準時において、被告が原告にその特定の金銭を支払うべきだとはおよそいえないことが、不可争的であるからである。また、そうであつてはじめて、右特定の金銭の給付の争が原告と被告との間で解決されたといえるからである。

8　利益の帰属の争たる確認訴訟の場合についても、考え方は同様である。例えば、地上権を主張し、かつ認められず、請求棄却の判定が確定した場合には、敗訴の原告が賃借権を主張して同一物についての利用の利益の帰属の確認を求めることは、既判力により妨げられる。

権利の存在の確認訴訟においては、別の権利の存在の確認を訴求することは妨げられない。いうまでもなく、敗訴

の原告が同一の権利の存在を理由づける他の事実を主張して、同一の権利の確認を求めることは妨げられる。権利の不存在の確認の訴訟の場合についても考え方は同様である。また、無効が確認の対象である訴訟についても同様である。

9　形成訴訟の場合においても、考え方は同様である。ある形成権又は形成原因事実が主張され、かつ、それが認められず、請求棄却の確定判定があつた場合には、敗訴の原告が前訴と同一の形成を目的として、前訴の事実審の口頭弁論終結の時前に存在した他の形成権又は他の形成原因事実を主張することは、既判力により妨げられる。標準時において求められた形成はなさるべしとはいえないということが、不可争的であるからである。(1)

(1)　ただし、総会決議取消訴訟においては、右のことは既判力の作用をまつ必要がなく、立法措置によつて起りえないようにされている。商法二四八条二項(商二五三条二項)、及び商法一〇五条三項(商二四七条二項)がそれである。

10　ところで、「婚姻ノ無効若クハ取消、離婚又ハ其取消ノ訴ニ付キ棄却ノ言渡ヲ受ケタル原告ハ訴若クハ其事由ノ変更又ハ併合ニ依リ主張スルコトヲ得ヘカリシ事実ニ基キ独立ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス」(人訴九条一項)。例えば、婚姻取消の訴において、ある取消原因が主張され、かつ、それが認められず、請求棄却の判決が確定した場合には、敗訴の原告が他の取消原因を主張して右婚姻の取消を訴求することは妨げられる。これは、前述のように、既判力の作用である。従つて、その限りでは人訴九条は、右の結果を確認的に規定したものであると理解される。しかし、例えば、婚姻無効の訴において敗訴の確定判決を受けた原告は、右婚姻について取消を訴求することを妨げられる。これは、明らかに既判力の作用ではない。従つて、この効果は人訴九条が、創設的に規定したものである。

11 「確定判決ハ……口頭弁論終結後ノ承継人……ニ対シテ其ノ効力ヲ有ス」(二〇一条一項)。ここで、承継人とは、確定判決がなされた訴訟の当事者の当事者適格がその訴訟追行の結果とともに移転したと認められる関係にあるものをいう。いいかえれば、右訴訟の請求(利益主張)について、右訴訟において、当事者が当事者適格を有したが、現在ならば、彼が当事者適格を有し、しかも前当事者の当事者適格と彼の当事者適格との間に、適格の移転が認められる場合をいう。適格の移転がいかなる場合に認められるかは、前述した(8、第二編第三章三5・6・7・第四章第四節参照)。

その根拠は、次のとおりである。確定判決が承継人に対して効力を有するということは、当事者の(これを承継人との関係において、かりに、前主とよぼう)請求に関し、前主が確定判決と矛盾する主張をなしえないと同じく、承継人もまた確定判決と矛盾する主張をなしえないことを意味する。このことは、前主が右請求に関し、確定判決における判断と矛盾する判断をさせることに役立つ攻撃防禦方法を主張しえないと同じく、承継人もまたそれをなしえないことを意味する。承継人もまたそれをなしえないということは、前主の、あるいは前主に帰属する攻撃防禦方法を主張しえないことを意味する。このことは、承継人に帰属する彼に固有の攻撃防禦方法はこれを主張しうることを意味する。このことは、前主の請求が、物権的請求であれ、債権的請求であれ、どんな物権的請求であれ変りはない。

ところで、前主の攻撃防禦方法を、前主の訴訟の請求に関し、承継人が主張しえないということは、承継人が右請求に関し、当事者となつた場合のことである。これは、承継人に当事者適格があることを前提としている。以上は、確定判決が承継人に対し効力を有するということの意味内容である。

さて、確定判決が承継人に対して効力を有するのは、そうしないと既判力を無意味にすることができることになるからである。他面において、確定判決の効力は原則として当事者に限られる。そこで、承継人とは確定判決の効力を

受けるという観点において、当事者と同一視されうるものでなければならない。

以上は、確定判決が承継人に対して効力を有することを必要ならしめる根拠とその必然的結果である。そこで、前主と承継人とを、確定判決の効力に拘束されるという観点で、同一視するということは、承継人が前主の訴訟の請求について当事者適格を有し、かつ、それにもかかわらず、前主の攻撃防禦方法を主張しえないことをいうことにほかならない。このことは、前主の当事者適格としての地位（これは訴訟上の地位である）と承継人のそれとが同一であると観念されることを意味する。このことは、承継人が前主の攻撃防禦方法以上のものを有しない場合にはじめて可能である。また、前主の攻撃防禦方法を主張しえないことは、前主の訴訟追行の結果を甘受すべきであると評価される地位に承継人があることを意味する。以上のことは、前主の当事者としての地位が、その訴訟追行の結果とともに、承継人に移転したと把握することを許すものである。(1)(2)(3)

(1) ここで、当事者適格の移転といって、実体法上の権利義務の移転といわない理由は次のとおりである。

まず、実体法上の権利や義務の承継人ではないが、しかし、二〇一条の承継人ではあるという場合がありうるからである。例えば、建物収去土地明渡請求訴訟の敗訴の被告が、口頭弁論終結後に建物を第三者に売却し引渡した場合には、第三者が被告から承継したものは、土地の占有（建物の占有をとおして）であつて、土地明渡義務ではないであろう。土地の占有の移転が、すなわち土地明渡義務の移転であると認められる場合には、土地明渡義務が承継されたということができる。しかし、土地の占有の移転がつねに土地明渡義務の移転を伴うとはかぎらない。したがつて、土地明渡義務の移転を伴う場合には、義務の承継人であるという考え方は、結果で以て原因を説明しようとする論理である。むしろ、土地の占有の移転によつて、第三者に前主の当事者適格が前主の訴訟追行の結果とともに、移転する場合に、その場合の法律状態を土地明渡義務を第三者が承継したと表現することができるというべきであろう。しかもこのように表現することが許されるのは、既判力が第三者に対しても効力を有することの結果である。義務の承継が既判力が第三者に対しても効力を有することの根拠なのではない。

つぎに、例えば、民法上の義務者の地位という観点で、前主の地位と引受人の地位を同一視することは、前主に対する判決が引受人に対しその効力を有することの説明にならない。もし前主の地位と引受人の地位を同一視することを、引受人が判決で確定された民法上の債務の債務者の地位につくと理解するならば、民法上は、債務引受人は、債務引受前に債務が時効により消滅したことを主張することができるはずであるから、引受人は右の主張ができないという説明ができなくなり、従つて、前主に対する判決は引受人に対してその効力を有するとはいえなくなるからである。債権譲渡の場合に関しては判例がある。すなわち、債務者は債権の口頭弁論終結後の譲受人に対しその債権が前訴の口頭弁論終結前に時効により消滅したことを主張できない。（大判昭和一四年三月二九日民集三七〇頁）。

(2)　当事者適格の移転があつても、承継人が彼に固有の攻撃防禦方法を有する場合があるが、この場合でも、前主の攻撃防禦方法を主張しえないという意味において、その限りにおいて判決は彼に対し効力を有するのである。

(3)　なお、小山昇・口頭弁論終結後の承継人について・北大法学会論集第一〇巻参照。

12　包括承継の場合も、特定承継の場合も考え方は同様である。

a　例えば、X_1のYに対する貸金請求訴訟で、X_1の勝訴の判決が確定したとしよう。X_1が右貸金債権（右訴訟においてX_1の攻撃方法であつたが）をX_2に譲渡したとしよう。X_2は、譲受を原因として、右債権（が表示する金銭受給の利益）の債権者（帰属者）と主張するであろう。従つて、X_2はYに対する関係で右債権につきもし訴訟を起すならば、原告適格を有するであろう。そして、X_2の原告適格と、X_1の原告適格との間には、右債権の譲渡を媒介として、適格の承継と考えることのできる、連続がある。ところでX_2が執行のために承継執行文を求めて付与されたとしよう。そしてYが執行文付与異議の訴を提起したとしよう。X_2は、X_1の確定債権の譲受人たることを証明すれば足りる。YはX_1に対し主張することを既判力により排斥される事項（例えば、譲渡された債権の不存在や消滅）を、X_2に対し、主張することも排斥される。これが、X_2についても既判力があることの意味である。そして、YがX_2にのみ対する関係での防禦方法を有しないかぎり、Yは敗訴する。つまり、X_2は承継人なのである。

b　例えば、XのY_1に対する貸金請求訴訟で、Xの勝訴の判決が確定し、Y_2が右貸金債務をY_1から引受けたと仮定した場合も、全

く考方は同様である。

c　特定物の引渡請求訴訟についても考方は同様である。XのY₁に対する家屋収去土地明渡の訴において、X勝訴の判決が確定しY₁がY₂に右家屋の所有権を譲渡し占有を移転した場合には、Y₂は、Y₁の物権的請求権に対応する義務の承継人だから、いわゆる承継人であり、XのY₁に対する売買契約に基づく物の引渡請求の訴において、X勝訴の判決が確定し、Y₁がY₂にその物を譲渡し、占有を移転した場合には、XのY₁に対する請求権は債権的に止まるから、Y₂はいわゆる承継人ではないといわれる。しかし、物権的請求権であるか債権的請求権であるかによつて、承継人であるかどうかが定まるというのは正確ではない。

第一の場合において、Y₂は家屋の占有により土地を占有している。それゆえ、Y₂は、家屋収去土地明渡請求の被告適格を有する。このY₂の被告適格とY₁の被告適格との間に連続がある。それは、土地の占有がY₁からY₂に移転されたからである。この占有移転を媒介として、Y₂とY₁の間に、被告適格の承継があつたと観念されうるのである。XがY₂に対する関係で、承継執行文を求めたとしよう。そして、Y₂が執行文付与異議の訴を起したとしよう。Y₂は、Y₁がXに対する関係で主張することを既判力により排斥される事項は、Y₂もまたこれを主張することが排斥される。これが、Y₂にも既判力があることの意味である。しかし、Y₂が、いわば自己に固有の防禦方法を有する場合には、例えばY₂がXに対し、右土地の賃借権を主張する場合には、Y₂に対する関係では承継執行文の付与は許されないであろう。

賃借人Xの転借人Y₁に対する目的物の返還請求の訴において、X勝訴の判決が確定し、Y₁が目的物をY₂に転転貸した場合においては、XのY₁に対する請求は、債権的請求権であるけれども、Y₂はXに対する関係で、これに対抗しうる固有の権利を有しないから、Y₂に対して承継執行文の付与は許されるであろう。

d　XのY₁に対する所有権に基づく物の返還請求の訴において、X勝訴の判決が確定し、Y₁がY₂に目的物の占有を移転した場合には、Y₂は、いわゆる承継人であるが、XのY₁に対する占有権に基づく物の返還請求の訴において、X勝訴の判決が確定し、Y₁がY₂に目的物の占有を移転した場合には、Y₂がY₁の訴訟について善意のときには（民二〇〇条三項但書）、Y₂は、いわゆる承継人ではなく、悪意のときに、承継人であるといわれている。これも、Y₂がY₁の目的物引渡義務を承継したという意味において、承継人であるというのではない。

Y_1の被告適格を承継したという意味において承継人なのである。しかし、Y_2が右の善意の場合には、Y_2に対し、承継執行文は付与されるべきでないということになるのである。それは、Y_2が善意の占有により、Y_2にのみ固有の、Xに対抗しうる占有権を有するからである。