

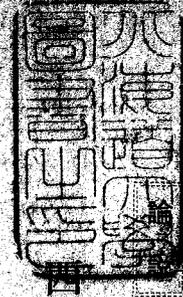


Title	西ドイツにおける近年の訴訟物理論の分析
Author(s)	小山, 昇
Description	論説
Citation	北海道大学 法學會論集, 11(1), 1-35
Issue Date	1960-11
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/27790">https://hdl.handle.net/2115/27790</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	11(1)_P1-35.pdf





近年の訴訟物理論の分析



ドイツにおける近年の訴訟物理論の分析

小山昇

- はじめに
- 第一章 訴訟物の概念
- 第二章 訴訟物の特定
- おわりに

はじめに

ドイツ（以下単にドイツという）における訴訟物理論はわが国のそれに影響を与えている。理論は、実定法の解釈論としては、一面においては体系的（論理の整合性）であればあるほど、他面においてはよく機能すればするほど、理論が現実の問題をより合理的に処理しうるとき、それはよりよく機能するといわれうる。したがある国のある理論は、その国の現実との相関関係において理解され批判されなければならない。ドイツにおいて訴訟物理論が、曲折ある変遷をし多様性を示していることは衆知である。理論の機能に重点がお

## 説

## 論

かれるならば、何が右の変遷や多様性を要請したかの探究が重要である。ドイツにおける訴訟物理論の歴史の変遷やその多様性をその原因との関係において調査し把握することによつて、はじめて、ドイツ訴訟物理論の変遷や多様性の意味が理解され、それがいかなる意味でわが国の訴訟物理論の確立に役立つかが明らかになるであろう。

三 それにしても、理論の構造がまず明らかにされなければならない。本稿では、とりあえず、ドイツにおける最近の訴訟物理論が、分析の対象にされる。とりあげられる学者は、Schwab 及び Habscheid、並びに、彼等の著書において共通にとりあげられている学者たち、すなわち、Lent, Stein-Jonas-Schönke, Schönke, Rosenberg, Nikisch, Böticher, Baumbach-Lauterbach である。これらの学者の学説を素材とすることは、近代ドイツ訴訟物理論の構造を知るのに必要である。しかし、同時に十分であるように思える。重要なニュアンスの差がすべて現われているからである。

四 したがつて、訴訟物を権利保護請求権そのもの、又は実体法上の権利又は請求権そのものと把握したところの、いわゆる古典的訴訟物理論の分析は本稿の仕事ではない。

五 右に列挙された諸学者の学説を分析するにあつては、一人一人の学者についてその理論の構造を分析する方法と、全員の学説を総合的に分析する方法とがある。筆者は本稿において、後者の方法を探る。前者については、すでになされているからである(例えば Schwab, SG, Habscheid, SG)。後者の方法による場合には、問題点を設定し、それを座標として分析することが、有用であろう。設定さるべき問題点としては、次のものが挙げられるに値すると思われる。

(1) 「訴訟物」概念は立法者に対して予め与えられているものなのか、それとも立法者が制定して与えたものなの

か。

(2) 「訴訟物」概念は、すべての種類の訴に一義的に通用する概念なのか、それともそうでないのか。<sup>(2)</sup>

(3) 「訴訟物」概念は訴の併合、訴の変更、訴訟係属、既判力等々の訴訟現象に対し、決定的な意味において、それを規定する概念なのか、それとも中心的な意味をもつに止まる概念なのか。<sup>(3)</sup>

(4) 「訴訟物」は、裁判所に対する裁判「要求」そのものか、裁判要求の「内容」なのか。

(5) 訴訟における争の対象と裁判の対象と既判力の対象とは一致するの一致しないのか。

(6) 「訴訟物」の概念の要素と実体法上の権利概念とは無関係なのか関係があるのか。

(7) 実体法上の権利概念が「訴訟物概念」の要素であるとした場合に、その実体法上の権利は存在する権利か主張された権利か。

(8) 右の場合において、その実体法上の権利は具体的な事実関係を捨象した抽象的な権利かそれとも具体的事実関係と結びついた具体的な権利か。<sup>(4)</sup>

(9) 具体的事実関係と結びついた具体的な権利が訴訟物の要素である場合に、「事実関係」もまた「訴訟物」概念の要素なのか、そうでないのか。

(10) およそ「事実関係」とは何を意味するか。又それは訴訟物の要素なのか。

(11) 訴訟要件に（給付、確認の形式を含めて）関する主張は訴訟物概念の要素なのか、そうでないのか。

(12) 「訴訟物」概念と、ドイツ民訴二五三条にいわゆる一定の「申立」(Antrag) 起された「請求の対象及び原因」との関係はどうなるのか。

(1) 通常の民事訴訟の訴に通用するのみならず、執行関係訴訟、行政訴訟等にも一義的に通用するものなのか。

(2) 例えば、通常の民事訴訟にだけ通用するのか。又例えば、給付訴訟にはそれ固有の訴訟物概念があつてよいのか。又、例えば確認訴訟においてすら、絶対権ないしは法律関係の存否の確認訴訟の爲には別異の例外的な訴訟物概念を認めるのか。

(3) 例えば、「訴訟物」が同一であることだけが、二重起訴の要素である「事件」の同一性を決定するのか、それとも、「訴訟物」が同一でなくても、「事件」が同一であることがありうるのか。

(4) 例えば、所有権確認請求認容の判決は一定の所有権取得原因事実に基づき所有権の存在を確定するのであるが、所有権が訴訟物であるという場合には、訴訟物は一定の取得原因を前提とする(従つてそれによつて特定される)所有権なのか、それとも、その物の所有権それ自体なのか。又例えば、所有権に基づく物の引渡請求認容の判決は原告が所有権者であるという事実に基づき引渡請求権の存在を確定するのであるが、物の引渡請求権が訴訟物であるという場合には、訴訟物は所有権を前提とする(従つてそれによつて特定される)引渡請求権なのか、それとも、その物の引渡請求権それ自体なのか。

六 これらの問題点のすべてが本稿において直接に採り上げられるとは限らない。本稿の狙いは、訴訟物の概念構成とその特定とにあるからである。その他の諸問題は別稿で次第に取りあげられるであらう。

七 本稿はドイツの学説の分析である。そこでドイツ語と日本語との関係について、一応の約束がされなければならぬ。本稿で用いられる語がドイツ語の何を示すつもりであるかを示す表を作成すれば次のようになる。<sup>(1)</sup>

要求 = Begehren。申立 = Antrag。権利 = Recht。法律関係 = Rechtsverhältnis。請求権 = Anspruch im Sinne des BGB。請求 = prozessuale Anspruch。権利主張 = Rechtsbehauptung。法的効果 = Rechtsfolge。訴訟物 = Streitgegenstand。生活上の事件 = Lebensvorgang。事実関係 = Sachverhalt。要件事実 = Tatbestand。事実 = Tatsache, einzelne Tatsache。

(1) これらの語を、ドイツの学者がその意味内容において、ニュアンスを附して用いていることは衆知のことである。その場合には

形容詞を附して、そのニュアンスをできる限り正確に写し出したいと思う。

八 本稿で引用される主な文献の略語表は次の通りである。

Baumbach-Lauterbach=Kommentar, 22 Aufl.

Bötticher=Eduard Bötticher, zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozess, Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg. 1949.

Habscheid SG=Walther J. Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess. 1956.

Lent ZPR,=Friedrich Lent, Zivilprozessrecht, 1952.

Nikisch ZPR,=Arthur Nikisch, Zivilprozessrecht, 1952, 2 Aufl.

Nikisch SG=Nikisch, Der Streitgegenstand im Zivilprozessrecht, 1935.

Rosenberg 5 Aufl.=Leo Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts. 5 Aufl. 1951.

Schönke ZPR,=Adolf Schönke, Zivilprozessrecht, 7 Aufl.

Schwab SG=Karl Heinz Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1954.

Stein-Jonas-Schönke=Kommentar, 17 Aufl.

ACP 152,=Archiv für Civilistische Praxis, Bd. 152.

MDR 1954=Monatschrift für Deutschen Recht, 1954.

NJW 1953=Neue Juristischen Wochenschrift, 1953.

ZZP 65,=Zeitschrift für Zivilprozess, Bd. 65.

## 第一章 訴訟物の概念

一 序 その概念規定がいろいろと試みられているところの訴訟物は、訴訟の対象、訴訟における争の対象であり、従つて裁判の対象であると考えられており(例えば Schwab SG 76)、その同一性が、訴の併合、訴の変更の有無の基準となり、訴訟係属の抗弁が立つか否かの基準であり、既判力の及ぶ範囲を画する基準であるところの中心概念であつてほしいと考えられている。それは又、確認、給付、形成の三種に共通して通用するものであつてほしいと考えられている。この希望を満たす訴訟物概念が確定され、その内包が明らかにされたならば、法典の用語、例えば、*Gegenstand des Prozess, Streitgegenstand, Anspruch* の意味内容やこれと関連する用語、例えば、*Antrag, Gegenstand des Anspruchs, Grund des Anspruchs* などの意味内容が明らかにされるであらう。そしてこのことは民事訴訟法の体系の明確化に役立つ。

二 ところで訴訟の対象は原告によつて特定して示されなければならない。それは訴による。訴はひとつの行為である。訴は要求という行為である。要求は何かの要求である。それは要するに、裁判の要求である。この要求は申立において表現される。裁判は争についてなされる。裁判はひとつの判断である。それは、要求が認められるか認められないかについての判断である。しかし、それは、主張された法的効果(広義)が、訴訟において確定された事実<sup>(1)</sup>に法を適用した結果認定されるかどうかの判断によつてなされる。そこで、訴訟の対象は、要求か、申立か、法的効果の主張か、が論争されるに至る。

(1) 例えば、Rosenberg 5 Aufl. 361 は、「訴は判決による権利保護供与の申請である」といつている。しかし、要するに、判決の要

求である。この点は、Nikisch ACP 154, 273 においても指摘されている。

- (2) 但し主張されない法的効果を認定することは許されない。(主要) 事実を認定することも許されない。
- (3) ここで、訴訟物を訴権概念と関連させて概念規定をすることが考えられる。例えば、権利保護の要求がそれ自体訴訟物であるとか、権利保護請求権(の存否)が訴訟物であるとかいうのがそれである。又、訴訟物は存在する私法上の権利であるとする考え方もある。これらは、いずれも、本稿における分析の対象からは除かれる。これらの考え方はすでに克服されたとして差支えないからである。

### 三 要求説

まず、訴訟物は裁判所に向けられた原告の要求であるとする説がある。例えば、Stein-Jonas-Schönke は

訴訟物は「実体法上の要件事実の法的効果を判決によって宣言することの原告の要求」であるとする (§ 253 III 2)<sup>(1)</sup> Rosenbergs は訴訟物は「ある法的効果の既判力ある確定を求める要求」と定義する (Lehrb. 5 Aufl. S. 384)<sup>(2)</sup> Schwab は訴訟物を「訴の申立において指示された裁判の要求」と定義する (SG. S. 191, S. 199)<sup>(3)</sup>

(1) Stein-Jonas-Schönke は、すべての場合に、訴訟物は主張された法的効果とこれをひき出す要件事実とによって特定するところ (§ 253 III 2)。

(2) Rosenberg 5 Aufl. は、訴訟物は申立によって特定し、必要があるときは、申立と事実関係とによって特定するところ、Rosenberg 6 Aufl. は訴訟物は申立によって特定するところ。

(3) Schwab は、すべての場合に、訴訟物は申立によって特定するところ (SG. 133 f.)。事実関係は、訴訟物の要素ではなところ。

### 四 法的効果主張説

次に、訴訟物はある法的効果(広義)の主張であるとする説がある。例えば、Lent は、訴訟物

はつねに「権利又は法律関係」であるところ (Lehrb. S. 85)<sup>(2)</sup> Schönke は、訴訟物は「原告により提出された権利主張」であるところ (ZPR 7 Aufl. § 47 II)<sup>(3)</sup> Nikisch は、訴訟物は「原告がそれについて既判力ある裁判を要求するところの権利主張」であるところ (SG. S. 2, S. 14, ZPR 143)<sup>(4)</sup> Habscheid は訴訟物は「当該手続において要求された法的効果が」

定の生活事実関係に基づき、原告のために肯定されるべきであるとの原告の権利主張」であるという (SG, S. 221-222)<sup>(9)</sup>。  
なお、Baumbach-Lauterbach は、「訴訟物は「一定の事実関係に基づく既判力ある裁判所の権利宣言である」とい  
う (Kommentar 22 Auf.)」<sup>(9)</sup>。

(1) ここで法的効果の語は、広義において使用される。例えば、物権、債権、請求権、形成権、法律関係などのほかに、例えば、一定額の金銭を支払うべきこと、離婚そのもの、などを意味する。したがって、一般には権利主張といわれるが、前者に考えているか (例えば Nitsch) 後者に考えているか (例えば Böhmer) は人により異なる。

(2) Lent は、「訴訟物はすべての訴訟において、実体法上の権利によつて特定されるといふ。そこで実体法上の権利とは、一定の要件事実に基づけられた権利である。請求権競合の場合における例外については後述 (二〇頁以下)。

(3) Schönke は、「訴訟物は消極的確認の訴の場合を除き、他のすべての場合において、申立と事実関係によつて特定されるといふ (Lehrb, § 47 III 4a, Schwab SG 59)。

(4) Nitsch においては、「訴訟物は確認の訴においては申立により、給付の訴及びある種の形成の訴においては、申立と事実関係とにより、特定される (ZPR 163-164)。

(5) Habscheid においては、「訴訟物は、法的主張と生活事実関係とから成り、法的主張は手続主張と法的効果主張とから成り、そのすべてによつて特定される (SG 22)」。ここでは法的効果主張は、特定の実体法上の権利によつて細目化されたものであることが例外的にありうる (同上)。

(6) 訴訟物は裁判所の権利宣言である、ということとは、訴訟物は裁判である、というのに等しい。ところで訴訟物は裁判の対象である。そうすると要求された裁判が認容されたり棄却されたりすることになる。これは無意味である。むしろ、認容されたり棄却されたりするのは、裁判をすることの要求でなければならない (vgl. Schwab. SG, S. 64)。

**五** 要求説は法的効果主張を無視していないし又無視することはできない。要求の対象は裁判であり、裁判のために主張された法的効果が認められるか否かの判断が必要であるからである。<sup>(1)</sup> 又、法的効果主張説が、法的効果主張に

ついでに裁判の要求を無視しないのは当然である。<sup>(2)</sup>つまり、いずれの説においても、訴訟物の実体としては、同じものが把握されているといつてよい。この実体に与える概念が異なるのである。とすると、いずれの概念がより適当かは、そのように構成された概念が、実定法上訴訟物に対して加えられている規整や訴訟法学の論理体系と、いずれがよりよく調和するかにかかっているといふことができる。

- (1) 例え、Rosenberg 5 Aufl. 384 は「訴訟物は事実ではなく、それから引き出される権利主張である」といつている。
- (2) 例え、Nikisch ZPR 162 は「それについて原告が既判力ある裁判を要求するところの、原告によつて訴において呈示された権利主張……」といつている。

#### 六 Rosenberg の要求説に対する Nikisch の批判はおおよそ次のとおりである。

訴訟物が要求ならば、訴訟物は行為としての訴と同一のものとなる。このような同一性は ZPO の用語に合わない。ZPO の多くの規定は訴でもつて請求を起すとか主張するとかいつている。だから訴と請求とは同一義ではありえない。又法規は、請求の承認とか否認とか確定とかいつている。請求を要求だと考えると、法規が不可解のものになる。又、要求の認諾とか放棄とかはおかしい (Nikisch SG 46 ff. Schwab SG 43)。

Rosenberg はその教科書第四版で、権利主張説に改めた。

その後 Böttcher が一九四九年に Nikisch の Rosenberg 批判を批判した (Böttcher SG, Festgabe für Rosenberg, S. 86 ff.) 次のとおり。

権利主張説は形成の訴の場合には買取れない。形成の訴における訴訟物は形成権が過去に発生して存在するとの主張ではなく、形成が将来に向つてなされるべしとの主張であるから。又、訴訟物は権利主張であるならば、同一権利の承認の訴と給付の訴においては訴訟物は同一といふことになる。Nikisch はこの場合に ZPO 二六三條の "Streitsache" という言葉をつかまえて、その同一性を否



定することによつて、訴訟係屬を否定した<sup>(1)</sup>。又、認諾とは原告の要求した判決に服することである。給付判決の場合は認諾判決は給付判決となされ、原告の権利主張が確定されるに止まるのではない。Rosenberg が、訴訟物を原告の権利主張を基にしないでなく、原告の要求の内容を基にして構成したのは正しい。

(c) Nilsch のこの考え方は、Nilsch, ACP 154, 276 においてもなお維持されている。すなわち、事件の同一性のためには、申立てられた権利保護の形式の同一性も必要であるとして、確認の訴と給付の訴とは求められた権利保護形式が異なるから同一事件でないとした。

Rosenberg はその教科書第五版(一九五一年)では、再び、要求説に戻つた。

七五において述べられたように、概念の問題はいわば用語としての適不適の問題である。要求説においても、法的効果主張説においても、訴訟物とよばれるものの実体としては、ほぼ同じものが把握されている。それが何であるかが、重要な問題である。訴訟物が何であるかは訴訟物をいかに区別するかを通して明らかになる。何であるか分からないものはこれを区別できないからである。そこで、訴訟物の特定の問題が争われたのであつた。われわれも、この問題に移ろう。

## 第二章 訴訟物の特定

一 序 1 訴訟物を特定するのに必要なことと訴状に記載すべき事項とは、概念的に、区別される。これは注意されるに値する。事実記載説と識別説の争の契機は後者であるからである。本稿では前者のみを取扱う。

2 当事者は訴訟物の特定に必要な要素であるといわれている。例えば、同一物の所有権確認の訴において、甲を被告とする場合と乙を被告とする場合とは、訴訟物が異なるといわれている。本稿においては、しかし、訴訟物の特

定の、いわば主体的要素については、これを採りあげないことにする。<sup>(1)</sup>

(3) 訴訟物の特定の主体的要素は、訴訟物の概念の要素でもある。このことは暗黙の前提となつていようである。

3 訴の種類、すなわち、確認の訴、給付の訴、形成の訴の三種類も、訴訟物の特定に必要な要素であるとされている。いわば手続的要素である。例えば同一請求権に関する訴において、その存在の確認の訴とそれに基づく給付の訴とでは、訴訟物は異なるとされている。<sup>(2)</sup>しかし、同一請求権に関する確認の訴と給付の訴とは、二重の訴になるかについては問題がある。この問題もまた本稿では取り扱わない。

(4) 訴訟物の特定の手続的要素を意識的に訴訟物概念の要素にしたのは *Habscheid* である。

4 そうすると、それが特定しなければ訴訟物が特定しないところのものは、法的効果ということになる。法的効果が特定すれば、その主張が特定する。法的効果主張が特定すれば、それについての裁判要求が特定する。ところが法的効果の特定は、法的効果として何を考えるかによつて異なる。逆に、法的効果が何によつて特定されると考えられているかによつて、法的効果として何が考えられているかが分る。又、給付の訴、確認の訴、形成の訴を通じて、同じ考え方で法的効果が考えられているとはかならずしもいえない。そこで、この三つの訴を区別して取り扱うことが適当である。

二 給付の訴 1 序 給付の訴の訴訟物は、法的効果として、何が考えられているかにかかわらず、給付の目的物が特定物である場合には、その特定物は、その種類によつて、<sup>(3)</sup>又、その占める空間によつて、<sup>(4)</sup>すなわちそれ自体で、特定しているから、その特定物によつて特定されるということができよう。給付の目的物の種類が異なる場合に

は、訴訟物も又異なる、ということには異論はない。

(1) 例えば、ピアノの給付の訴と馬の給付の訴とは訴訟物が異なることについては異論がない。  
 (2) 同じ規格のピアノでも、代替物としてでなく、特定物として、給付の訴の目的物とされている場合には、その訴訟物と、他の同規格のピアノの給付の訴の訴訟物とは異なることについても、異論はなからうと思われる。しかしこのことはつきりいつている学者は多くない。

2 法的効果(従つて訴訟物)は実体法上の権利によつて特定されるという考え方が(これをA説とよぼう<sup>(1)</sup>)。給付の訴においては、実体法上の請求権によつて特定される。実体法上の請求権はその要件事実によつて特定される。その要件事実は具体的にはそれに該当する事実(現実の事実)によつて特定される。この考え方のよつてくる所以を採求することは本稿の目的ではない。この考え方が人に満足を与えるかを検討するのが本稿の目的である。

(1) 訴訟物が実体法上の権利によつて特定されるという考え方の意味がこどもう少し明らかにされる必要がある。主張された権利は、ある具体的な事実にある特定の法規を適用してその結果引出されるものとして確定される。権利(『申立に包含される』)は、ある程度それ自身において自らを特定する。例えば前述(序)のように、金銭の支払請求権と物の引渡請求権とはそれだけで相互に区別できる。ところで権利は適用された法規によつて、さらに細かく特定される。例えば金十萬円の支払請求権において、損害賠償金(独民八二三条一項)十萬円の請求権と貸金(独民六〇七条)十萬円の請求権とは区別される。法規によつて特定された権利は、さらに、要件事実の具体性によつて特定される。例えば貸金十萬円の支払請求権において、一九五〇年の貸金十萬円と一九六〇年の貸金十萬円とは区別される(抽象的要件事実としては同一であるが、具体的要件事実としては異別である)という注意を必要とする)。又損害賠償金十萬円の支払請求において、不法行為に基づくものと債務不履行に基づくものととは区別される。具体的要件事実(及び法規)によつて特定された権利はさらに、細目的事実によつて特定される。例えば、不当利得金十萬円の支払請求権において、同一契約の当然無効を原因とする不当利得金十萬円と取消を原因とする不当利得金十萬円とは区別される(この場合、無効原因事実や取消原因事実は、法律上の原因がないという要件事実(独民八一二条)に包括総括されていることは注意を

必要とする)。又例えば、売買を取得原因とする所有権に基づく物の返還請求権と相続を取得原因とする同一物の所有権に基づく返還請求権とは区別される。

しかしここで、訴訟物が、実体法上の権利によつて特定されるという考え方の意味は、訴訟物が、具体的要件事実（及び法規）によつて特定された権利によつて特定されるということである。具体的要件事実（及び法規）に吸収される細目的事実は、権利の認定のためには、その存在が訴訟において、認定される必要がある。すなわち、請求を理由あらしめるのに必要な事実である。しかし、それは訴訟物を特定するためには必要ではない。（この区別は注意に値する）。実体法上の権利は実体法規の適用により引出されるから、適用されるべき法規が特定しかつ、その法規が適用される場合（それはただ一回である）が特定されれば足りるのであり、そのただ一回の場合は要件事実の特定によつて特定されるからである。

### 3 法的効果（従つて訴訟物）は一定の事実関係によつて特定されるという考え方がある（これをB説とよぼう）。

(1) 法的効果は事実関係によつて特定されるという場合、法的効果はそれ自体においてある程度特定し、さらに事実関係によつて十分に特定するということを意味する。

(2) 法的効果は、訴における申立（ZPO二五三条）において表示される。従つて右の考え方は、しばしば訴訟物は申立と事実関係とによつて特定されると表現される（例えば、Rosenberg 5 Auf. § 88 II 3）。もちろん、申立の内容は法的効果だけではない。

(3) 事実関係は、個々の事実とは異なる。例えば、損害賠償請求権を特定するものは、「故意」の事実、「過失」の事実ではなく、一定の加害行為があつたという事実関係である。

(4) 事実関係は、要件事実とはかならずしも一致しない。

例えば、ある損害賠償請求権は、ある債務不履行を一定の事実関係としそこから引出される法的効果である（独民二八〇条）。又、他の損害賠償請求権は、右の債務不履行と競合しないある不法行為を一定の事実関係としそこから引き出される法的効果である（独民八二三条）。これらの場合には、「一定の事実関係」は一個の要件事実（に該当する）。

ところが、請求権の競合の場合には、例えば、鉄道事故を原因として、債務不履行と不法行為とを理由として損害賠償を請求する場合には、民法上は二個の請求権がひき出されるのであるが、訴訟上は、法的効果を特定するのは、要件事実（債務不履行とか不法行為とか）ではなくて、一定の事実関係であり、右の例では一定の鉄道事故がこれにあつる。<sup>(1)</sup>

又、貸金請求と消費貸借契約の無効を仮定した不当利得返還請求とにおいて、訴訟上、法的効果を特定するのは、消費貸借契約とか不当利得とかいう要件事実ではなくて、その契約関係（その有効無効が争われているところの）という一定の事実関係である。

(1) 例えば、Nikisch ZPR 179°。この場合を、Lent は一個の多義的な事実関係と名づけて、Rosenberg は、これを数個の事実関係から区別した。

(5) ここでいう事実関係は、法的効果がそこから引出されるところのものである。だから、法規の適用を受けうるものでなければならぬ。ここでいう事実関係は、法的効果の特定に役立つものでなければならぬ。事実関係を必要とせずに法的効果が特定される場合には、法的効果の判定に必要な事実でも法的効果の特定には必要ではない。事実関係が法的効果の特定に役立つためには、いかなる法規の適用を受けてもその事実関係からその法的効果しか引出されえないという関係がなければならない。しかし、それは、事実関係は単個の法的効果しかそこから引出されえないようなものでなければならぬことをいみしない。単個の事実関係から数個の法的効果が引出されえても、それらの法的効果がそれ自身において相互を区別するほどに独立のものである場合（例えば加害の事実から引出される、損害賠償金の給付と、不加害という不作為請求との法的効果）があるからである。その事実関係はそれぞれの法的効果の特定（他の損害賠償金請求から区別する）に役立つことが必要なのである。前述のように、事実関係による法的効果の特定が必要なのは、金銭請求においてである。この場合には、まさに事実関係が法的効果の特定に役立つためには、その事実関係からそ

の法的効果しか引出されえないという関係がなければならない。

例えば、一万円の給付請求については、同一人が同一人に対して同時に数個の一万円を求めうることがありうる。そこでそのうちのどれかが特定される必要がある。ところがここでは、一万円の給付請求の特定は、請求権の特定によらない。そうすると、それは要件事実とは概念的に異なるところの事実関係の特定によるよりほかはない。しかもその事実関係は、それに法規が適用されたならばその結果一個の一万円のみを給付すべき結果が引出されるであろうところのものでなければならない。

4 法的効果（従つて訴訟物）はそれ自体において特定するという考え方がある（これをC説とよぼう）。

(1) 法的効果、は前述(3)(2)のように、申立において表示される。そこでこの考え方は、訴訟物は申立によつて特定される、と表現される。

(2) この考え方においては、給付の訴においては、法的効果は、請求権というよりは、何らかの請求権によつて認められるところの給付すべきこと、として把握される。形成の訴においても同じ発想である。確認の訴においては、権利又は法律関係が考えられている。

(3) この考え方においては、法的効果は、概念的に事実から切りはなされて、観念されている。従つて、実体法上の権利とも切りはなされている。なるほど、金銭（又は代替物の一定の数量、以下単に金銭という）の給付を求める訴以外の給付の訴においては、給付の目的物の特定により、訴訟物が特定されうる。そして給付の目的物は前述のようにそれ自体において特定する。だが金銭が給付の目的物の場合には、金銭は、個性がなく、価値は空間を占めないから、金銭はそれ自体において特定するとはいえない。

そこでこの考え方においては、金銭の給付の訴の場合には、申立の識別のために、申立は解釈される必要がある、その素材は申立の理由づけである（Schwab SG 91, 109, 114, 116, 125, 126）。申立を理由づけるものは、事実である。しか

説 し、事実関係は訴訟物の要素ではない (Schwab SG 190)。

論

5 (1) 例えば十万円請求の訴において、委任事務の報酬と請負代金とが主張される場合がある。この場合は、次の三つのいずれかである。一、委任の報酬五万円、請負代金五万円計十万円の請求である場合。二、委任の報酬十万円、請負代金十万円のうちのいずれかの請求である場合。三、一個の契約に基づく十万円の請求で、その契約の性質が委任か請負かのいずれかである場合。

(2) 第一の場合について。A説によれば、訴訟物は二個あることになる。実体法上の請求権が二個あるからである。B説によつても、訴訟物は二個あることになる。申立が二個あり事実関係が二個あるからである。C説によつても、訴訟物は二個あることになる。申立は、外観上は一個でも、実は二個であるからである (実は二個であることは、申立の解釈により判明する<sup>(1)</sup>)。要するに、この場合においては、どの説によつても、結論は異ならない。

(1) この場合は申立は外観上一個であるが、法的効果が二個であるから、申立も実は二個であるという考え方であろう。

(3) 第二の場合について。A説B説C説ともに第一の場合と同じように考える。この場合に併合が許されるか否かは別の問題である。

(4) 第三の場合について。A説によれば訴訟物は一個である (例えば *Leit ZRP* 65, 322)。訴訟物を特定する実体法上の給付請求権とは、一定の要件事実<sup>(1)</sup>に結びつけられた請求権であるが、ここで一定の要件事実は契約であつて、それが委任であるか請負であるかは、契約の法的性質の問題であり、契約の単複の問題ではないからである。契約の法的性質を複数主張することは仮定的主張でしかない。又、それは裁判所を拘束しない。それは法規の適用上の問題であ

るからである。B説によつても、訴訟物は一個である。申立は一個で事実関係も一個であるからである。C説によつても、訴訟物は一個である。申立が一個であるからである。要するに、この場合においても、どの説によつても、結論は異ならない。

(5) 第三の場合に関する以上の結論は、その限りで、理由がある。法的性質決定の問題は、ある要件事実が該当するある特定の事実が、これを法的に評価するならば、ただ一つの評価しかなしえない場合に、すなわちただ一つの法規しかこれに適用されえない場合に、その法規がどれかという問題である。ところで、法規の適用は裁判所の専権に属する。当事者の法規の適用に裁判所は拘束されない。従つて当事者は法規の適用による訴訟物の特定をする必要はないし、又しても裁判所はこれに拘束されない。

6 (1) 例えば、十萬円の請求の訴において、違法な権利侵害たる不法行為(BGB八二三条)と良俗に反するしかたでの不法行為(BGB八二六条)とが主張される場合がある。この場合は、次の三つの場合のいずれかである。一、ある違法な権利侵害たる不法行為に基づく損害五萬円と、これと時を異にする別の不法行為に基づく損害五萬円との合計の請求である場合。二、ある違法な権利侵害たる不法行為に基づく損害十萬円と、これと時を異にする別の不法行為に基づく損害十萬円との、いずれかを請求する場合。三、ある一つの、同時に違法なかつ良俗に反するしかたでなされた不法行為に基づく損害十萬円を請求する場合。

(2) 第一の場合と第二の場合については、5において、その第一の場合と第二の場合について述べられたことと同じである。

(8) 第三の場合は、いわゆる法条競合の場合である。A説によれば、訴訟物は一個である(例えばLent ZfP 66, 381)。数個の法条が適用される、すなわち、数個の要件事実が考えられる場合ではあるが、民法上一個の請求権しか生じな

説論

いことになつてゐるからである。この場合は、違法とか、良俗に反するしかたとかは、訴訟上は請求を理由あらしめる事実で訴訟物を別にするものではない。B説によつても訴訟物は一個である。申立は一個で事実関係も一個であるからである。この場合、事実関係とはその(不法)行為を指すからである。C説によつても、訴訟物は一個である。申立が一個であるからである。

(4) 法条競合とは、単個の事実<sup>(1)</sup>に數個の法条が適用されるにもかかわらず、引出される請求権は単個である場合である。(例えば、B G B 八二三条一項、二項及び八二六条、又はB G B 四五九条一項及び二項)。それは、法規が數個存在するが、それらの法規の要件事実の構造が、基本的な共通の事実とこれを修飾する事実とから成り、後者が、前者と請求権の發生とを結びつける条件をなしているにすぎないがゆゑに、請求権は基本的には前者に結びつけられているからであるともいえようか。

7 (1) 例えば十萬元請求の訴において、債務不履行と不法行為とが主張される場合がある。この場合は次の三つの場合のいずれかである。一、債務不履行にあたるある事実に基づく損害五萬元と不法行為にあたる別の事実に基づく損害五萬元との合計を請求する場合。二、債務不履行にあたるある事実に基づく損害十萬元と不法行為にあたる別の事実に基づく損害十萬元とのいずれかを請求する場合。三、ある一個の事実が同時に債務不履行にもあたり、不法行為にもあたる場合に、その事実に基づく損害十萬元を請求する場合。

(2) 第一の場合と第二の場合については、前述5及び6において、その第一及び第二の場合について述べられたところと同じ。

(3) 第三の場合は、いわゆる請求権の競合の場合である。<sup>(1)</sup>A説によれば、訴訟物は二個あることになる(Leh旧説ZJP 57, 1ff)。実体法上の請求権が二個ある場合であるからである。B説によれば、訴訟物は一個である。申立は一個

であり、請求権がひき出される事実関係が一個だからである。この場合、事実関係は、同時に債務不履行にもあたり不法行為にもあたる一個の事実であるからである。C説によつても、訴訟物は一個である。申立が一個であるからである。ここでA説とBC説とが異なつた結果をもつ。BC説においては、実体法上の請求権は、請求を理由あらしめる法的観点の機能を、訴訟上有し、訴訟物を特定する機能を有しない。

(1) いわゆる請求権の競合なる現象を、およそ認めるか認めないかという問題がある。又、ある場合が、請求権の競合にあたるか否かという問題がある。これらの二つの問題は、請求権の競合の場合に訴訟上訴訟物はどうかという問題とは別である。

(4) A説の欠点は次のように指摘された。Schwabの批判を借りよう。

「裁判所が原告の被告に対するBGB八六一条に基づく占有回収請求権を肯定し、BGB九八五条に基づく請求権を否定するとき、訴を一部認容し一部棄却しなければならぬであらう。原告が、被告が馬の引渡をするように判決されることにのみ利益を有しかなる理由に基づくかを問わない場合には、右の判決は原告にとつて全く理解できないものであらう。」(Schwab S. 17)。「裁判所が、この双方の実体法上の請求権を理由ありとするときは、被告は同一の馬の引渡をすべく二回にわたり判決されることにならなければならない」(同上)。特定物の場合には二重に引渡判決を受けても実害はないかも知れない。二重には執行されえないからである。しかし、金銭の支払の場合には問題である。一千マルクを支払うべく二回判決された場合、「被告は二千マルクを支払わなければならないことになるのか?でなければ、二重の判決にもかかわらず一千マルクだけ支払うべきであるということにどうしてなるか?」(同上)。レント旧説におけるこの点に対する、これ以上の批判の紹介はこれを省略する。

(5) こういつた難点が生ずる根拠は、請求権競合の場合には請求権は数個存在するにもかかわらず、それらの請求権が承認する利益、それらの請求権によつて追求される利益が単一(前例では、損害賠償)であることにある。さきに二重の判決、抵触する判決の危険が指摘されたが、狙われた単一の利益の観点から観て二重であり又は抵触するので、請求権という観点からみれば二重でありえず、又抵触することもありえない。従つて、この難点は請求権によつて訴訟物を特定するという考え方の難点となるのである。

(6) 二重の判決を避けるための理論構成として、訴訟物の選択的併合を、Lent自身はとらなかつた。余談であるが、わが国の従来  
の学説は、A説であるといつてもよいほどであるのに、この場合については選択的併合を認めている。しかし選択的併合の構成は、  
ついに、破綻を来している。詳細は三カ月章、民事訴訟法九二一九三頁をみよ。

なお、選択的併合の場合として検討の対象として考えられるものに、三種があるように思える。一は、当事者又は裁判所に選択権  
ある場合に、選択しうる両方を選択的に求める場合である。法律上いずれか一方しか権利として認められない場合である。これは給  
付の目的物がいずれかでありえない場合である。二は、請求権が競合（広義）し、そのいずれか一に基づく給付を求める場合。  
法律上はいずれの権利をも主張しうるが、給付は一回しか求めえない場合である。三は、全く独立別個の権利を選択的に主張し、独  
立別個の給付を選択的に求める場合である。法律上いずれの権利をも主張しうるし、給付もそれぞれを求めうる場合である。ただ原  
告がその訴訟ではいずれか一方しか求めないという意思を有する場合である。選択的併合は第一の場合にしか認められないとするの  
が、Rosenberg § 93 III 2 a, Schönke § 502 c, Stein-Jonas-Schönke, Anm. II zu § 206, Schwab SG 84 であり、第二の場合のみ  
であるとするのが、Nikisch ACP 154, 287 である。

(7) 二重の判決を避けるための理論構成として、Lentのそれが注目値する。

すなわち、請求権競合の場合の給付訴訟は、単個の給付を求める訴訟であると扱えられる。この訴訟において、競  
合する数個の請求権のいずれを主張するかは原告の自由である。数個の請求権を主張する場合には、二つの可能性が  
ある。一は、数個の請求権のいずれに基づいて給付が認められてもよいとする場合である。他は、数個の請求権の一  
を特定してそれに基づく給付が認められることを求める場合である。いずれの場合かは原告の意思が決定する。Lent  
ZfP 65 335, 甲。前者の場合には主張されたすべての請求権が訴訟物であるが Lent ZfP 65, 335 乙。申立は結局一個で従  
つて訴訟物も一個である。Lent ZfP 65, 336。後者の場合は給付の申立は一個である。しかしこの場合に他の請求権の

主張ができないわけではない。しかし、それに基づく給付の申立を許すと、申立が二個になる。そうすると二重の判決の虞れがある。そこで他の請求権の主張に基づく申立は確認の申立に切りかえられる。この確認の申立は利益があればこれにつき判決がなされる (Leut ZJP 65, 347)。

(8) この説はしかし難点を多くもっている。Schwab の指摘を借りよう。

右にあげた二つの可能性のいずれによるかは原告の意思によるならば、「裁判官は、給付の訴においてつねに、一個又は数個の特定の法的観点に基づく被告の義務づけを欲するか、それともいかなる法的観点に基づいて被告が義務づけられるかを問わないかを、原告に質問することを強いられることになる。この種の質問はなされたことはなく、又なされることは決してないであろう」とは、全く疑いのないところである。又一定の法的観点に基づく義務づけを要求することは原告の任務ではない (Schwab SG 18)。

又、請求権競合の場合に申立が一個の場合には、請求権の主張が数個でも、訴訟物は一個であるとすれば、訴訟物特定の基準が二種類あることになり、ひいては訴訟物概念をあらゆる訴に共通な統一的概念とすることができなくなる (Schwab SG 12-13)。

又、訴訟物が一個か数個かが原告の意思できまるとするならば、一個の場合には訴訟物は訴訟法的観点から特定され、数個の場合には訴訟物は実体法の観点から特定されることになり、このようなことは、原告には委ねられてはおらず、弁論主義又は処分権主義もそこまでは作用しない (同上)。

(9) しかし、B 説に対しても批判がないわけではない。つまり、実定法は実体法上の請求権の既判力ある確定を前提とし、既判力は訴訟物について生ずるから、実体法上の請求権が訴訟物たらざるを得ないというのである。例えば BGB 二一八条によれば、既判力をもって確定された請求権は三〇年ではじめて消滅時効にかかる。ここで請求権とは疑もなく実体法上の請求権である。又、BGB 三九三条によれば相殺は不法行為に基づく債権に対しては行使できない。そうすると原告は損害賠償が不法行為に基づいて認容されることについて利益を有することがありうるわけ

説  
ある。したがって、不法行為に基づく請求権について既判力ある裁判がなされることが必要である。又、強制執行において、執行吏が売得金を受領したことは、債務者による支払たる効力を有する（ZPO 八一九条が、支払とは一定の実体法上の請求権に依りてなされるものである（以上 *Lent ZJP* 65, 343）。

この批判に対しては、弁明がなされている。BGB 二一八条の規定は、裁判が実体法上の請求権についてではなく訴訟上の請求についてなされることを妨げない。BGB 二一八条にいわゆる請求権とは、裁判所により実体法上の観点としてその価値が認められたところの実体法上の請求権を指すのである。それはしかし裁判の対象ではない（*Schwab SG 141-142*）。又、BGB 三九三条に関しては、とくに不法行為の法的観点に基づく認容判決を求めようとする原告は不法行為の要件事実のみを主張し、他の請求権の要件事実の主張をしなければよいわけである（*Schwab SG 142*）。ZPO 八一九条の規定も裁判の対象が実体法上の権利であることを結果しない。強制執行における債務者の支払によつて既判力ある裁判をうけた訴訟上の請求も消滅するのである。訴訟上の請求は実体法上の権利の実現の補助手段にすぎないから、後者の消滅と同時に前者も消滅する（*Schwab SG 143*）。

他方において、右の批判に答えようとする折衷説がある。例えば、特に特定の請求権に基づく給付判決を求める必要がある場合には、当事者がその意思を有することは許され、裁判所はこれに拘束されるというのである（例えば、*Habscheid, SG, 154-165*）。

(10) 法的効果は一定の法条の要件事実に基づきつけられた実体法上の権利でありその特定がすなわち訴訟物の特定にならぬという考え方は、請求権競合の場合において破綻を示した。しかし、この破綻は、請求権が数個存するにもかかわらず、訴訟上は一個の訴訟物のみが存するとする構成の必要を自覚させ、そのためには、いわゆる実体法上の請求

権概念からの解放と給付が一回しか認められないことの根拠の探求とが必要であることを自覚させた。

8 (1) 例えば、十万円請求の訴において、貸金と不当利得とが主張される場合がある。この場合は、次の三つの場合のいずれかである。一、貸金五万円とこれと関係のない不当利得五万円との合計を請求する場合。二、貸金十万円とこれと関係のない不当利得十万円のうちいずれかを請求する場合。三、十万円の金銭の授受が貸金でなければ法律上の原因がないことになる場合。

(2) 第一と第二の場合については、前述5、6、7において、それぞれの第一と第二の場合について、述べられたことと同様である。

(3) 第三の場合について。A説によれば、訴訟物は二個あることになる。実体法上の請求権が二個あるからである。但し、予備的併合である。B説によれば、訴訟物は一個である。申立は一個であり、十万円の請求権がひき出される事実関係が一個であるからである。この場合、事実関係は十万円の金銭の授受であるからである。B説においては貸金と不当利得とは、請求を理由あらしめる法的観点の仮定的な主張の機能をいとなむ。C説によつても、訴訟物は一個である。申立は一個であるからである。ここでも、A説とB説が対立する。

(4) A説については、その欠点が指摘されている。右の例において、二個の実体法上の請求権が一の訴で主張される場合については、予備的併合の理論で二重の判決、抵触する判決を防止することができるが、別訴で主張される場合にはそれができないということである。これは、「法的平和、法的安定を追求する民事訴訟の基本的な努力にかなうものではない」(例えば Habscheid, Sg, 114)。

9 (1) 例えば、十万円の請求の訴において、売買代金と手形金とが主張される場合がある。この場合は、次の三

説  
つの場合のいずれかである。一、売買代金五万円とこれと関係のない手形金五万円との合計を請求する場合。二、売買代金十万円とこれと関係のない手形金十万円のうちのいずれかを請求する場合。三、手形がその売買代金十万円の支払のために振出された場合に十万円を請求する場合。

(1) 十万円請求の訴において、一九四二年の保証債務と一九四三年の保証債務とが主張されている場合も同様である。(手形の場合には、特別の手形訴訟があるという点が、異なるだけである。ここでは手形訴訟によらない場合が取扱われる。)又、十万円請求の訴において、売買代金(BGB四三三条二項)とそれについてなされた債務の承認(BGB七八一条)とが主張されている場合も同様である。

(2) 第一と第二の場合については、前述5、6、7、8において、それぞれの第一と第二の場合について述べられたことと同じことがここでも述べられる。

(3) 第三の場合について。A説によれば、訴訟物は二個あることになる。実体法上の請求権が二個あるからである。B説によつても、訴訟物は二個あることになる。事実関係が二個あるからである(例えば Habscheid, SG, 215)。売買契約と手形行為とは、それぞれから別個の請求権がひき出される別個の事実関係であり(例えば Rosenbergl、一個の事実関係でこの両つに同時に該当するものはないからである。C説によれば、訴訟物は一個である。申立が一個であるからである(Schwab SG, 173)。事実関係が別個であることは認めてゐる)。

(4) この問題に至り、B説もまた難点を含むことが暴露される。二重の判決、抵触する判決を論理上防ぎえないからである。

そこで、この場合に、とくに訴訟物の選択的併合(例えば Nikisch, ACP 154, 287 Habscheid, SG, 255) (1)を Nikisch が、この

場合を真正の請求権競合であるとしうる。ACP 154, 284) 又は予備的併合若しくは重疊的併合(例えば Stein-Jonas-Schönke)を認める考え方があつた。しかし、これらの場合に選択的併合を認める考え方は、請求権競合の場合に選択的併合を認める考え方と同じく、批判に堪えることができない(この場合に、重疊的併合も、予備的併合も、選択的併合も理論的満足を与える構成ではないことについては Schwab SG 76-87<sup>7)</sup> これに対する Nikisch の弁明は ACP 154, 288<sup>8)</sup> それらの詳細は別稿で譲る)。

(4) 但し、Nikisch SG 91 f. は、権利保護要求の単一性を理由として、訴訟物は一個であるとしていた。又、Nikisch は古くは Rosenberg, 3. Aufl. の選択的併合説を否定していた。

(5) C 説 (Schwab) に対しては、Nikisch の批判がある (ACP 154, 278)。次のとおり。

申立のみが訴訟物を成すことを真くならば、事実関係が異別でも申立が同一 (gleich) ならば、訴の変更は否定されるべきで、同一の (denselben) 申立が訴訟係属中に別訴で提起されたならば、訴訟係属の抗弁が許されるべきである。そうすると、千マルク支払請求を、まず貸金でついで売買契約で理由つけた場合に、訴の変更はないことになる。そうすると、千マルク支払請求が妨げられるであろう。しかし、Schwab がそうは考えないことは明らかである。とすると彼は矛盾する。

(6) この Nikisch の批判は、的がずれている。千マルクの支払を求め、貸金と売買代金とが主張された場合は、次の三つのうちのいずれかである。一、五百マルクの貸金と五百マルクの売買代金との合計を請求する場合。二、千マルクの貸金と千マルクの売買代金のいずれかを請求する場合。三、千マルクを単個の契約に基づき請求している場合。第二の場合においては、訴の変更があり、訴訟係属の抗弁は立たない。第三の場合においては、貸金を売買代金に変えることは法的性質に関する主張の変更で、訴の変更ではない。又、訴訟係属の抗弁は立つ。

(7) C 説 (Schwab) に対しては、やはり Nikisch (ACP 154, 285) の批判がある。次のとおり。

手形金請求訴訟の係属中の原因関係上の請求訴訟は訴訟係属の抗弁で妨げられることになる。手形金が手形訴訟で請求されている

場合は例外である。この例外を認めざるをえないところにすでに矛盾がある。

10 (1) B説においては、事実関係が一個か数個かが、訴訟物の単複の基準である<sup>(1)</sup>。事実関係は他の事実関係と区別できるていどに individualisieren されれば足りる(例えば、Nikisch ZPR 160)。ところが、これにつき、明確な基準は立てられていない。馬の引渡請求においては、所有者が馬を奪われたという要件事実や、占有者が馬の占有を奪われたという要件事実ではなく、馬の奪取が一個の特定の実事関係であるといわれている(例えば、Rosenberg)。前述7の例においては、例えば、特定の鉄道事故が特定の実事関係である。それらは、生活上の事件である。前述9の例においては、売買契約と手形の振出は別個の生活上の事件である(例えば、Rosenberg, Habscheid SG 184-221)。貸金と債務の承認も別個の生活事実関係である(Habscheid SG 184-221)。

継続的関係の場合には、その関係が特定の実事関係である。例えば、契約の場合、予約の準備、注文、引渡、使用、その後の展開は、単一の生活事実関係にぞくする。履行請求から損害賠償への移行は、請求の変更ではない。単一の生活事実関係にぞくする(Habscheid, SG 215)。

(1) 一個の実事関係から数個の異種の法的効果がひき出されることはありうる。例えば、特定物の盗人に対し物の返還と損害賠償とを請求する場合がそうである。このような場合には物の返還と損害賠償とは給付の目的物の種類のちがひによつて区別されるから問題はない。問題は金銭請求である。

(2) B説において、事実関係の単複の基準が明確でないというのが、B説の欠点として攻撃された。この攻撃の詳細を紹介し、それが理由のある攻撃であるか否かの吟味をすることは、別稿に譲ることとしたい。本稿においては、攻撃さるべきは、事実関係の単複の基準が明確でないという点ではなく、B説における、事実関係の把握のしかたが適切でないという点であることを指摘するに止める。

(3) 事実関係を権利の発生原因たる要件事実<sup>(1)</sup>に該当する事実と把握してよい場合といけない場合とがある。所有権確認の訴の場合に

は、所有権の取得原因たる事實は、訴訟物を特定する事實関係ではない。訴訟物を特定することは、確認の訴の場合には、確認の対象を特定することで、確認の対象たる所有権はそれ自体で特定しうるものである。給付の訴においても、訴訟物を特定することは給付の目的物を特定することである。給付の目的物を特定するには、金銭が給付の目的物である場合には、何らかの事実関係が必要である。請求権発生の要件事實に該当する事実関係をもつて、訴訟物を特定する事実関係としてよい場合が少なくない。しかし、それは実体法規の要件に該当するからではない。その事実関係がそのまま他の事実関係と区別されるからである。その区別される条件はこうである。

それは、その事実関係から例えば一個の十万円がひき出されるのであり、かつ、金銭としてはその十万円のみが引き出される場合であることである。ある事実関係から数個の十万円の給付がひき出されるならば、そのうちのどれか一つの十万円を特定するのに、その事実関係は十分ではない。ある一個の十万円がひき出されることは、適用法規の数とは必然の関係はない。その十万円をひき出すために適用されるべき法規が数個あつてもその十万円しかひき出されない場合がある。このような場合に、その事実関係はその十万円を特定するという。

従つて前述7、8、9の例の場合に、事実関係として把握されるべきものは、給付の目的物たる金銭の特定に必要なものである。

それは、実体法秩序が実は一回の弁済しか認めない場合を一個の事実関係という語で表現したと理解されてはならない。実体法秩序が一回の弁済しか認めない場合はいかなる場合かと問われた場合に、タウトロギイにおちいるからである。又、一回か二回以上かという発想の論理的前提として、単一物が必要であり、その単一物の特定が必要であるからである。異別のものなら二回ではなく一回ずつであり、単一物であつてはじめて二回といえるからである。こういうふうには吟味すると、その単一物、すなわち金銭はそれ自身において特定されることが要請される。そして、その場合には、事実関係はいわば「ある一定額の金銭を給付すべきこと」の属性であり、これが「他の同額の金銭を給付すべきこと」から自らを区別する徴表となるのである。ちようど、特定物の場合には、それが占める「空間」が他の同種のものから自らを区別する徴表であるように。あるいはまた、その形状や性質が、他のものから自ら

を区別する徴表であるように。こうして、右の発想の吟味は、訴訟物は金銭請求の場合にも、法的効果（↓申立）それ自体により特定されるという発想に導くようにみえる。

さて、給付の目的物の特定のために必要な事実関係は何か。場合により異なる。原告は原告の主観において、必要だと考えるすべての事実を提示すればよい。原告の主張した事実から、申立てられた金銭が特定しない場合は、不特定の訴として却下されるであろう。申立てられた金銭が主張された事実から特定するかしないかは、事実相互の関係でさまる。請求権競合の場合に申立てられた給付が一個か数個かが、主張された請求権相互の関係でさまり、法条競合の場合に申立てられた請求権が一個か数個かが、主張された法条相互の関係でさまつたように。ところが、法条競合の場合も請求権競合の場合も、実は法条の要件事実相互の関係、従つて、それに該当する事実相互の関係で、請求権が一個か否かが、給付が一個か否かがさまつていたのである。

給付の目的物の単一性を指導標とするところの事実の相互関係の探求が、訴訟物の特定に必要である。一定額の金銭、例えばある十万円は、観念的には原告の申立において明らかにされうるし、又されなければならない。問題は、申立において示されたその十万円は、いかなる十万円かである。いかなる十万円かを確定することは不可能ではない。日常的にもなされており、なされうることである。

11 さらに、事実関係によつて法的効果（↓訴訟物）が特定するという考え方は、給付請求のうち金銭（又は代替物の一定の数量）請求にのみ通用するのではないか、ということが指摘された(Schwab)。すなわち、特定物の給付請求においては、訴訟物は給付の目的物によつて十分に特定されるのである。<sup>(1)</sup>

(1) 特定物の給付請求についても、一定額の金銭請求の場合と同じであるとする考え方があつた。たしかに、特定の同一物についても同一人が同一人に対して数回求めうることがありうる。しかし、同一人が同一人に対し数個一万円を求めるときは、数回同一物を求める場合とは異なる。前者においては同時に数回一万円を求めるときは、それは同時に数個の一万円を求めるときであり、これは数万円求める場合である。この場合一万円の特定は、数個のうちのどれであるかの特定である。これと異なり、後者において

は、数回時を異にして同一物を求めることはありえても、同時に、数回求めることはありえない。給付の訴は、現在の給付の訴である。(将来の給付の訴はここでは除かれる)。現在の給付の訴においては、一回の給付で足りかつそれ以上ではありえない。従つて数回求めることはありえず、かつ数回のうち、どれかを特定する必要はない。従つて特定物の給付の場合には、給付の目的物の特定により訴訟物が特定することが出来る。給付の目的物は申立において特定する。こうしてこの場合については、事実関係を必要とせず、申立だけで訴訟物が特定するという考え方が生まれるはずである。

三 確認の訴 1 序 給付の訴について、ABC三説が分れたように、確認の訴についても、右の三説が、形式的に、分かれうる。しかし、実際はそうではない。

2 例えば、特定物の所有権確認の訴において、売買と取得時効の取得原因が主張される場合がある。A説によれば、訴訟物是一个である。実体法上の権利が一個だからである。実体法上の権利は、物権の場合には、物権の(主體はもちろん)種類(例えば所有権)とその目的物(例えば馬)とによつて十分に特定されるからである。この場合には、しかし、物権の特定は申立においてなされるから、形式的にはC説と同じになる。B説によれば、説が分れる。一は、訴訟物は二個あるという説である。事実が二個あるからである。二は、訴訟物是一个であるという説である。確認の対象は所有権で、同一人の同一物についての所有権は同時には一個しか存在しえないからである。B説の第二説も、形式的には、C説と同じになる。C説によれば、訴訟物是一个である。申立が一個であるからである。申立が一個なのは確認の対象が一個だからである。この場合、C説の実質はA説と同じである。このように、ABC三説とも、結果において同じであるのは、確認の対象たる法的効果を、物権、と考えるからである。

3 身分関係確認の訴については、2、に同じ。

(1) Stein-Jonas-Schönke, Habscheid, この考え方を貫くと、売買を取得原因とする所有権の確認の訴の訴訟物と、取得時効を取

得原因とする同一物の所有権の確認の訴の訴訟物とは同一ではないことになるので、同一当事者間に同一物の所有権について相反する判決がなされることが論理上ありうることになる。このような結果は肯定されえない。これは少数説である。

(2) 物権は、同一人が同一物につき同種の物権を数回取得することはありうる。したがってそのいみでは、物権の特定にも取得原因事実（物権発生の要件事実）の特定が必要である。しかし、訴訟においては、ある一時点における物権の存否が判断される。そして同一人が同一物について同時に、は数個の同種の物権を取得していることはありえない（例外、担保物権）。ゆえに物権によつて訴訟物が特定する場合には、物権の特定はその主体、客体、種類内容の特定によつてなされる。

ここで物権について述べられたことは、同一人間に同時には一個しか存在しえない法律関係（例えば、親子関係）についてもあてはまる。

4 金銭債権関係や金銭請求権の確認の訴については、給付の訴において述べられたことと同じであるといつてよい。しかし、厳密に同じかどうかは、これを明らかにしえない。例えば、給付の訴について、C説は、法的効果を、目的物を給付すべきこと、として把握し、それはそれ自体として特定すると考えた。そうすると、確認の対象は金銭請求権であることと比べると、給付の対象の概念的把握と確認の対象のそれとの間に若干のずれがあることを感ずるからである。しかし、このことは、訴訟物の特定の論の差をもたらしてはいない。

5 特定物を中核とする債権関係や給付請求権の確認の訴については、物権の確認の訴について述べられたことと同じといえようである。しかし、この点を指摘した学説はまだ見当たらない。筆者が見落しているのかも知れない。

6 これを要するに、確認の訴については、訴訟物の特定について、異論がないといつて、ほぼ差支えがない。それは確認の目的物を権利と把握するからである。この把握には疑問がないわけではない。給付せらるべきもの、形成せらるべきものは、いずれも権利ではないのに、なぜ確認せらるべきものは権利なのであるか。ここでまず体系的統一性が破れる。給付せらるべきものや、形成せらるべきものは、権利ではないから、原告は、法律を知らなくてもこれを特定しうるが、確認せらるべきものが権利であるならば

法律を知らない原告は、いかにしてこれを特定しうるであろうか。ここで次に民事訴訟の建前と抵触する。

四 形成の訴 1 序 形成の訴についても、A説B説C説が、形式的に考えられるが、実際の姿は、いくらかの陰影を伴なっている。

2 (1) 例えば、離婚の訴において、姦通 (EheG<sup>2</sup>) と重症の伝染病 (EheG<sup>6</sup>) とが主張される場合がある。A説によれば、訴訟物は二個あることになる。実体法上の離婚請求権乃至離婚権が二個あるからである。実体法上は形成原因あるごとに形成権があると考えられるからである。B説によれば、説は分れうる。一、訴訟物は二個あるとする説。

事実関係が二個あるからである。姦通と重症の伝染病は、売買と手形振出のように、別異の事実であるからである(例えば、Nikisch ZPR 175)。二、訴訟物は一個であるとする説。事実関係は一個であるからである。この場合、事実関係は(解消さるべき)婚姻関係を考えるべきであろうからである(例えば、Rosenberg, Schönke, Habscheid)。C説によれば、訴訟物は一個である。申立が一個であるからである。その離婚は一つしかありえない。

(1) Nikisch SG では、訴訟物は一個であるとされていた。権利保護要求が一個だからである。

(2) A説によれば、右の場合、姦通と重症の伝染病が一の訴で主張される場合には、訴の併合である。それは、予備的又は重疊的併合である(例えば、Stein-Jonas-Schönke)。一の訴で主張されることが法律上要求されているから(ZPO<sup>616</sup>)、別訴で離婚が求められることなく、従つて抵触する判決のおそれはない。二重の判決のおそれは、理論上は存在する。しかし、第二の二重の判決は無意味であろう。

B説の第一によれば、訴訟物は二個あるが、一の訴の場合には、訴の併合となり、この併合は選択的併合である

説

(例えば、Nikisch ZPR 175)。この場合に選択的併合を認めることについては前述二、七、九の場合に選択的併合を認める場合の難点と同じ理論上の難点がある。

論

B説の第二は、事実関係が一個というよりも、形成の対象が一個というのに近い。この二つは相表裏している。つまり、夫婦関係(事実関係)の消滅(形成さるべき状態)が形成のいわば目的物である。これは申立の中において十分にそれ自体で特定する。従つて、B説の第二は、形式上は、C説と同じになる。逆に、C説の実質はB説の第二と、ちがわない。

(3) A説からB説の第二及びC説に対して、次のような批判がなされる。

姦通を理由とすることが、法律上固有の独自の効果を有する場合には、姦通を理由とする離婚判決を求める利益があるから、他の事由を理由とする場合と、訴訟上も区別をすべきであると。

この批判を、B説のあるものは受けいれる。すなわち、右のような利益がある場合には、原告に、理由を特定すること(そして、ひいてその理由により訴訟物を特定すること)が、許されると(例えば、Halscheid SG)。又は、その理由を第一位にするところの予備的な攻撃方法の併合を認めること(Nikisch, 旧説)。

この批判に対し、C説のあるものは、次のように弁明する。

離婚原因に該当する事実を提出するのは、原告の権能である。姦通を理由とする離婚を欲する原告は、姦通に該当する事実のみを提出すればよい(Schwab SG 98-99)。

(4) このように、B説とC説が接近し、A説によつても、B C説によつても、実際の結果にさほど不都合を生じないのは、ひとつには、訴訟一回主義があるからであり(ZPO 616 参照)、もうひとつには、形成判決の形成の効果は二重ということが意味をもたないから

であろう。

3 しかし、訴訟一回主義の適用のない形成の訴の場合には、問題があろう。例えば、合名会社の社員除名の訴において異なる除名理由が主張される場合がそうである。A説及びB説の第一によれば、一理由で敗訴した原告は他の理由を別訴で主張することが許される。

B説の第二及びC説によれば、その反対である。

4 (1) 離婚の訴と婚姻取消の訴とは、その併合が要求されている (ZPO 616 参照)。A説によれば、まさに訴の併合にあたる。離婚の訴と婚姻取消の訴とは訴訟物を異にするからである。それは離婚権と婚姻取消権とは実体法上異なる権利であるからである。B説によつても、訴の併合であろう。訴訟物は二個あることにならうからである。離婚を必要とする事実関係と婚姻の取消を必要とする事実関係とは異なるからである。C説によつても、訴の併合であろう (例えば、Schwedt SG は訴の予備的併合とする)。離婚の申立と婚姻の取消の申立とは、その内容において、異別であるからである。

(2) ところが、この場合に、訴訟物は単個であり、従つて訴の併合はないという考え方があつた (Böcherer)。この考え方は、訴訟物は、婚姻が解消されるべきことであるとする。すなわち、形成の効果、いわば、形成の目的物の性質に着目したわけである。

### おわりに

1 本稿は、とりあげられた諸学説の、いわば小山理解を前提とする。この前提に誤りがありはしないかとおそれ

説論

ている。本稿は、とりあげられた諸学説の、筆者による意味づけや位置づけを前提とする。この点についても、不適切さがありはしないかとおそれる。

2 (1) 右の理解と意味づけとを前提として、とりあげられた諸学説を通観すると、そこにひとつの方向への流れがあるように思える。ひとつひとつの学説は、少なくとも矛盾を内包している。又、難点を内包している。それゆえにまた改説が行われている。しかし、改説の方向は、共通であるように思える。すべての問題の場において、同じような歩調で、ひとつの方向に流れているとはいえないにしても、とにかく、方向がひとつであるようにみえる。それは、訴訟物の特定のために、いわゆる具体的な実体法上の権利による区別をすることをやめて、給付の目的物、確定の目的物、形成の目的物をそれぞれ自体において特定するという方向である。この方向において、はじめて、訴訟物の特定の理論の原理的な統一がはかれうる。<sup>(1)</sup> 給付せらるべきもの、確認せらるべきもの、形成せらるべきもの、の特定によるということ、訴訟物の特定の方法は統一的になる。ひいては、訴訟物概念の統一的な構成が可能になる。

(1) この方向は、又訴訟制度の目的は、紛争の解決であるとする考え方、実体法規は裁判規範であるという考え方、の方向と併行し関連をもつていると思われる。

(2) 残る問題は、給付の目的物、確認の目的物、形成の目的物の実質を、同じ視点でとらえることができるかであり、<sup>(2)</sup>それが、それ自体で特定する条件を発見することである。それは、いわば目的物の識別法であり、別な言葉では利益の識別法であり、利益と事実との対応関係を発見する方法である。これがこれからの課題となろう。

(1) 例えば給付の訴において、「原告は権利主張を特定の実体法上の権利で特定する必要はない」(Nikisch ZPR 165)といわれている。では確認の訴において、例えば所有権の存否の主張は、特定の実体法上の権利で特定された主張であるが、なぜ確認の訴では

その必要があるのか。これを考えるためには給付の訴では何故特定の実体法上の権利で特定する必要がないのかの根拠をさぐる必要がある。

(3) 本稿でなされた分析は、特に新しいものではない。すでに数人のわが国の学者によつてなされている。筆者がこれを繰返すのは、筆者自身で分析の過程を体験しなかったからである。自分で分析することは、他人の分析を読むことから得られるもの以外のものを、しばしば与えるからである。分析の結果を発表するのは、読者のなかに、筆者の分析から何らかの示唆を受ける人がいたら幸せだと思うからである。

(一九六〇年八月十八日)