HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	近年のわが国の判例に現われた訴訟物観について
Author(s)	小山, 昇
Description	資料
Citation	北大法学論集, 20(1), 72-87
Issue Date	1969-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27875
Type	departmental bulletin paper
File Information	20(1)_P72-87.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資料

近年のわが国の判例に現われた訴訟物観について

小山昇

序
第一章　家屋明渡請求訴訟の判例
第二章　金銭請求訴訟の判例
結

—序—

1　本稿においては、給付訴訟の訴訟物のみを取り扱う。いわゆる旧訴訟物理論においては、訴訟物を一定の私法上の給付請求権の主張であると考える。訴訟物は特定していなければならない。したがって、訴訟物たる私法上の給付請求権の主張は特定していなければならない。ところで、特定するとは、あるものを他のものと誤認混同の虞れがないほどに個別化することである。そこで、特定しているかどうかを判定するには、そのための識別の基準が必要である。すなわち、ある給付請求権を他の給付請求権から区別する基準をどこに求めるかが問題となる。従来の旧訴訟物理論はこの問題に対し明確な回答を与えなかった。今日なお与えていない。筆者の考えによれば、私法上の請求権でもって訴訟物を画しようとする限り、他の私法上の請求権から区別する基準の立て方には種々のものがあって、そのいずれも結局は満足な解答にまで導かない。

2　現に、わが国の判例においては、当初から、私法上の請求権（あるいはその主張）を訴訟物と考えてきたように見え、そしてそれゆえに、いかなる私法上の請求権をもって訴訟物と考えるかという問題については、かならずしも一貫していないように見える。その詳細については、綜合判例研究叢書の「訴訟物」（民事訴訟法4）を参照。それは、旧訴訟物理論が満足な解答を与えなかったからであると同時に、私法上の請求権概念に依存していたのでは、実務上、妥当な処理とはいえない結論に至らざるを得ないからであると思われる。しかし、判例においては、訴訟物を観念するのに、依然として私法上の請求権概念を中心としながらも、実務上も妥当な結論に至るべく努力をしているように見える。筆者は、本稿において、最近十年間のわが国の判例において、いかなる変化があったか、またいかなる点で変化がないかを観察し、できればその理由をも探し出して見たいと思う。

昭和三四年から昭和四三年までの間の判例のなかから、特定物を目的とする給付訴訟と金銭請求訴訟とを拾い出して検討することにする。特定物を目的とする給付訴訟の訴訟物は、筆者の考えによれば、目的物が特定しているがゆえにそれだけで特定することができる。ところが金銭の給付を目的とする訴訟においては、金銭は、金銭以外の他の要素によって特定される必要がある。この点でこの二つの型の訴訟は訴訟物の捉え方において全く異なるものとならざるをえない。幸いにも、特定物を目的とする給付訴訟については、家屋明渡請求訴訟の判例がいくつかあった。そして、そのなかに若干の変化が認められると思うのである。

附記　私法上の請求権概念を中心として訴訟物を観念し、しかも実務上も不都合のない結論を導き出す努力は、理論家の間においても行なわれており、これが、新実体法説という名称のもとで、唱えられはじめている。本稿においてはこの点には触れない。

第一章　家屋明渡請求訴訟の判例

1　甲が乙にある家屋の明渡しを求める訴えを起こした場合に、訴訟物を私法上の請求権の主張であると考えるならば、それはすくなくとも明渡請求権の主張でなければならないであろう。ところで、請求権は、法律が請求することを認める場合に、認められるものである。ところで、家屋の明渡しを請求することを法律が認める場合としては、いろいろな場合がある。いくつか例をあげてみよう。

A　乙が不法に甲が所有する家屋を占拠している場合。
（民法二〇〇条参照）。

B　乙が不法に甲が占有する家屋を侵奪して入居している場合
（民法二〇〇条参照）。

C　甲が乙から乙が入居している乙所有の家屋を購入した場合
（民法五五条参照）。

D　甲が乙の所有し入居している家屋を乙から賃借した場合
（民法六〇一条参照）。

E①賃借人乙の賃料不払を理由として賃貸人甲が賃貸借契約を解除した場合（民法五四一条・五四五条参照）。

E②賃借人乙の無断転貸を理由として賃貸人が賃貸借契約を解除した場合（民法六一二条二項・五四五条参照）。

E③賃貸人甲が正当な事由に基づき賃貸借契約の解約の申し入れをした場合（借家法一条の二・三条参照）。

E④賃貸借の期間が満了した場合

E⑤賃貸人と賃借人との間で賃貸借契約を解除する合意が成立した場合

右にあげたそれぞれの場合に、民法上は、明渡請求権が認められるというのではなかろうか。それは、明渡請求権がそれぞれ異なった法規により認められているからである。しかし、これらの明渡請求権が同一の家屋につき同時に同一人に認められる場合において、その者がそれぞれの請求権を主張して明渡しを求めて訴えを起こしたときには、訴訟物は請求権の数だけ存在すると考えるのは、理論上も実務上も差支えがあると思われるのである。（同時に存在する数個の請求権につき、訴訟は同一家屋の明渡しを廻って繰り返すことができることになる点がいちばん問題である）。

2　昭和三九年一〇月二九日大阪高裁はこの問題に関し興味ある判決をした（高民一七巻六号四七九頁）。

事件はこうである。家屋明渡請求において、賃料不払いを原因とする解除が主張され、この主張が容れられない場合を慮って無断転貸を原因とする解除も主張された。第一審では賃料不払解除は認められず無断転貸解除が認められて請求を認容する判決がなされた。控訴審では逆に賃料不払解除が認められた(控訴棄却か取消請求認容かは判例集に記載されていない)。そこで、上告が提起され、そのなかで、賃料不払解除に基づく明渡請求が認められなかった点については不服が申立てられていないのに、控訴審において、この点について審判をしたのは民訴三八五条に違反すると主張された。

この主張に対し、大阪高裁は次のような判断を下した。「家屋明渡請求訴訟において、賃料不払による契約解除に基づく明渡請求権と、無断転貸による契約解除に基づく明渡請求権とは一個の請求権であって二個の請求権ではないから、第一審で排斥された賃料不払による契約解除の主張については、被上告人の不服申立がなくとも、第二審でこれを審判の対象とすることができることは当然である」る。

そしてその理由として次のように述べている。「何故ならば、右のいずれの場合も、賃貸人は契約解除の効果として、民法第五四五条により賃借人に対し原状回復として家屋を賃貸人に返還することを求めているものであるばかりでなく、賃料不払による履行催告を前提とする契約解除は、民法五四一条によるものであるが、賃借人が契約に定められた義務を履行しないことに基づくものであり、無断転貸による契約解除は、民法第六一二条によるものであるが、賃借人が同条に定められた義務に違背したことに基づくものであって、両者の間に共通の性質を有し、右解除事由の主張は、請求を理由あらしめる攻撃防禦の方法に過ぎないと解するのを相当とするからである。」

この判決は、事案につき、解除の原因が二個存すると主張されているにも拘らず、その効果としての明渡請求権は一個であるとした。それは、訴訟物は一個であるとしたかったからにほかならないと思われる。しかし、解除の効果としての明渡請求権が一個であるとするならば、訴訟物を特定するために民訴二二四条により訴状に記載すべき請求原因事実としては、当該賃貸借を解除する意思表示をなしたことでもって足りるとすべきであろう。ところで、賃料不払いと無断転貸が重なったので、解除の意思表示をなした場合もありうるが、賃料不払いを原因としてある日解除の意思表示をなし、その後無断転貸を原因として別の日に解除の意思表示をなしたという場合もありうる。右の判決の事案は、後の場合に該当する。この後の場合において、解除の意思表示が数個競合しても、その効果が生ずるのは必ずそのうちのただ一つである、という場合は別として、数個の解除の意思表示がそれぞれ効果を生ずる場合にもなお明渡請求権は一個であるというのはどう

いうことを意味するのかという疑問が湧いてくるのである。そこでいう一個の明渡請求権というのは、それぞれの解除の原因（ないしはそれぞれの解除の意思表示）に着目することをやめて、解除の効果たる賃貸借の終了に着目してはじめて観念することができるのではないかと思われる。

それはともかくとして、具体的には二個の明渡請求権と見ることのできる場合について、これを一個の明渡請求権と見たところが注目に値するのである。ただ、右の判決は、契約上の義務違背と法条に定められた義務違背とを、解除により生ずる原状回復義務（民法五四五条）にまとめ、その限りで一個の明渡請求権を観念したに止まっている。そこで、訴訟物は一個であると考えたい場合に、そのために一個の請求権を観念するという方向に向うならば、右の判決よりももっと広いまとめ方をしてもよいのではないかという疑問がなお残るのである。

3　このまとめの問題に関し、以前には、特約による解除を原因とする土地明渡請求と民法五四一条の解除を原因とする土地明渡請求について、次のような対照的な下級裁判所の判例がある。

A　東京地判大正三年一月二八日（新聞九二六号二二頁）「賃ナシタル原告ノ訴ハ本訴土地ヲ原告カ被告ニ賃貸スル際若シ賃料支払ヲ一ケ月怠リタルトキハ直ニ解約シ得ヘキ特約アリタルニヨリ該特約ニ基キ賃貸借ヲ解除シタルコトヲ原因トセシコトハ当事者間ニ争ナキ所ナリ然ルニ本訴ハ斯ル特約ニ因ル解除ヲ原因トスルモノニ非スシテ被告カ賃料ノ支払ヲ怠リタルカタメ之レカ履行ノ催告ヲナシタルモ尚ホ履行セサルニヨリ之レカ解約ヲ為シタルコトヲ原因トスルモノニシテ……其原因ヲ異ニセルモノト謂ハサル可カラス然ラハ之ヲ同一ノ訴ト称シ難キニヨリ…」権利拘束の抗弁却下。

B　東京高判昭和二八年一〇月八日（判決時報四巻五号民一四九頁）

土地明渡請求訴訟において、土地の賃料支払の催告にもかかわらず滞納しているので契約を解除すると主張し、控訴審で予備的に、延滞賃料を一定日までに支払わないときは賃貸借は当然に解除となるとの合意があり、かつ右一定日までに支払われなかったと主張した場合、これらを攻撃方法であると扱った。（予備的主張を民訴一三九条一項により却下した）。

昭和三九年の大阪高判と昭和二八年の東京高判との趣旨を矛盾なく理解するならば、賃貸借契約の解除により生ずる原状回復義務にまとめるということは、特約に基づく解除をもその中に含めてまとめるということになるであろう。

4　次に、昭和四〇年九月二八日大阪高裁は別にまた興味ある判

決をした（高民一八巻六号四四八頁）。

事案において、家屋明渡請求の部分のみを取り上げると、問題は次のようなことであった。約定解除権の行使を主張していたところへ解約の申入れの主張を追加することは訴えの追加的変更であるか、ということが問題とされた。

「本件の如く、賃貸人が、賃借人に対する家屋賃貸借契約の終了を理由に、賃借人に対し、家屋明渡の請求をする場合においては、右の家屋明渡請求権は、他に特段の事由がない限り、家屋賃貸借契約の終了に基づく契約上の請求権、詳言すれば、家屋賃貸借契約において、賃借人が賃貸借終了のときは、賃借家屋を賃貸人に明渡して返還すべきことを約定したことに由来する請求権であるとみるのが相当である。したがって、訴訟物たる請求はただ一つで、契約終了原因の個数に応じて複数となるわけではないのである。即ち、賃貸借契約は無断転貸、無断改造禁止等の特約違背に基づく約定解除権の行使あるいは賃貸人の自己使用の必要その他正当事由に基づく解約の申入れ等によって終了することはいうまでもないが、右約定解除権の行使、解約の申入れが、それぞれ賃貸家屋明渡請求権の直接的な発生原因となるのではなく、これらに基づく契約の終了が発生原因となるのである。したがって賃貸家屋明渡請求訴訟において、右の約定解除権の行使を主張し、あるいは右の解約申入れを主張することは、右明渡請求の同一性に影響を来すものではなく、右各主張はいずれも契約の終了原因である点において、右明渡請求を理由あらしめる攻撃方法であるというべきである。」

この判決も、訴訟物を請求権の主張と観念している。ところで、事案において、訴訟物は「ただ一つ」と考えるべきである。そこで、請求権をただ一つと観念せざるをえない。ところが、解約の申入れは解除ではない。したがって、契約解除の効果としての明渡請求権を観念するかぎり、解約の申入れをこれに含ませてまとめることはできない。そこで、賃貸借「契約の終了」ということでまとめたのであると解される。契約の終了を原因とする一個の明渡請求権は、契約解除の効果としての一個の明渡請求権という観念よりもより包括的である。この点が人の注目を惹くのである。したがって、訴状に、請求原因として、賃貸借（を特定してそ）の終了と記載すれば足りるということになろう。（賃貸借の終了の原因たる事実は、攻撃防禦方法であるから、訴状に記載したときは、民訴二二四条二項により、準備書面への記載の効果が認められることになろう）。

5　もっとも、この考え方は、新しいものではなく、古い昔にもあった（東京地判明四四（レ）一二五号裁判年月日不明、新聞七九二号一九頁）のであり、戦後には次のような

判例があるのである。

A　東京高判昭和二九年七月一二日（判決時報五巻七号民一五四頁）。この判決は、建物明渡請求訴訟において、無断転貸による契約解除（と自己が所有権者であること）を主張し、控訴審で、正当事由に基づく解約申入れの主張を追加した場合についてこれは「攻撃方法の追加であって新訴の追加でなく従ってもとより訴の変更となるものではない。」といっている。そして、これらの二つの主張を「賃貸借終了の事由」であると捉えている。

B　京都地判昭和四〇年七月一〇日（下級民集一六巻七号一二一六頁）。

この判決は次のようにいっている。

「ところで、特定の家屋に対する特定の賃貸借契約に基づく明渡請求権は、実体法上単一の権利である、と解するのが相当であるから、賃貸借契約に基づく家屋明渡請求訴訟において、数個の賃貸借契約終了原因が主張されても、数個の攻撃方法が主張されたにすぎないものと解すべきである。

それゆえ、本件のように、控訴人が第一審において、賃貸借契約終了原因として、正当事由に基づく解約のみを主張し、請求棄却の判決を受け、控訴審において、賃貸借契約終了原因として、賃料不払による解除を追加主張し、右主張がいずれも理由がないとき、単に控訴棄却の判決をすべきである。」

この京都地裁は、甲が乙に対して賃貸人なりと主張して明渡しを求める場合について、明渡請求権を実体法上単一なりと考えたのであるが、賃借人なりと主張して契約に基づき明渡しを求める場合（一にあげた例D）をもこれにまとめることは考えていなかったであろうし、いわんや、使用貸借の貸主なりと主張して明渡しを求める場合をもこれにまとめることまでは考えていなかったであろうと想像される。しかし筆者は、そこまでまとめてもよいのでないかと思うのである。たとえば、すくなくとも、使用貸借契約の終了を原因とする場合も、賃貸借契約の終了を原因とする場合も、使用貸借か賃貸借かが一個の契約の法的性質決定の問題であるに止まる場合には、訴訟物を一個と観念することが適当であり、そうすれば、その一個の契約の終了を原因とする明渡請求権を単一な請求権と観念することができるのである。つまり、特定の家屋に対する特定の契約に基づく明渡請求権は実体法上単一の権利であるということができるのである。換言すれば、訴状に請求原因として貸借（を特定してそ）の終了と記載すれば足りるはずである。（前掲大阪高判昭和四〇年が賃貸借契約の終了を請求原因と捉えたのを貸借の終了を請求原因とするところまで拡げることができるはずであると思うのである。）

6　さて、これまで見て来た判例に現われたところでは、賃貸借

の終了を原因とする限り、終了の原因が解除であっても解約の申入れであっても、賃貸借の目的物たる家屋の明渡請求権は一個であると観念されるに至ったということができる。ところで、解除による終了も解約の申入れによる終了も賃貸人の意思に基づく終了である。そこで賃借人の意思に基づく終了または賃貸人と賃借人の合致した意思に基づく終了も、要するに賃貸借の終了の中にまとめられるのであるかという問題が残る。この点については、最近一〇年間の判例の中には見当らないが、昭和二五年五月一七日に東京高裁の判決がある（下級民集一巻五号七四六頁）。

賃借人甲の賃貸人乙に対する借地権確認建物収去土地明渡請求の訴えにおいて、乙は甲が賃借権を放棄したと主張するが、証拠により認められる事実からは賃貸借の合意解除が認められる場合には、乙の主張は、「本件賃貸借が甲の意思に基づいて終了したことを主張する趣旨であって、賃貸借の終了が賃借権の抛棄によるか、はた合意解除によるかはその意とするところにあらざるものと解するから」合意解除による終了の事実を認めても違法ではない。

（この判決は、弁論としては甲の意思に基づいて終了した旨の主張で足り、合意解除は証拠であって主張を要しないかのごとくにいっている点においても注目に値する）

このような判例の考え方の流れに沿うならば、期間は当事者の合意で定めるものであるから、期間満了という原因も当事者の意思に基づく賃貸借契約の終了の原因のなかにまとめられるべきものと考えられる。期間満了の点についても、最近一〇年間には判例が見当らないが、昭和二八年九月一一日に次のような最高裁の判例がある（民集七巻九号九一八頁）。

「家屋の明渡を請求し、理由として、所有権に基づくことと被告の不法占拠を主張し、予備的に、原被告間の賃貸借契約の期間満了を主張し、控訴審でこれらの主張を全部撤回して被告が右家屋の賃借権を無断でもう一人の被告に譲渡したことを理由とする契約の解除を主張した場合、それは訴の変更であるが請求の基礎に変更はない」。

右の最高裁判決において、所有権に基づく明渡請求の部分を念頭から外ずしてもなお訴えの変更があると観念することは、最近の下級裁判所の考え方の流れとは逆のものであると思われる。

7　次に、賃貸借契約が終了したときは、賃借人が権原なくして家屋を占拠しているという状態になる。そこで、賃貸人が家屋所有者であるときは、所有権に基づく明渡請求権を有することにな

る。この明渡請求権は契約の終了を原因とする明渡請求権とは実体法上は異質のもので、競合して併存し、単一の請求権として観念することはできない。したがって、事案に即して考えれば訴訟物を一個と見ることが適当であると考えられる場合でも、訴訟物を明渡請求権の主張なりと考えるかぎり、訴訟物を一個と観念することはできないのである。従来の判例は一貫してこのような場合について訴訟物を一個であるとは考えていない。さきに挙げた昭和二八年の最高裁判決もそうであるが、昭和三五年五月二四日の最高裁の判決も同じ考え方をしている（民集一四巻七号二八三頁）。

第一審口頭弁論では所有権に基づく明渡請求であると陳述し、第二審口頭弁論では使用貸借の終了を原因とするものであると陳述したことにつき、右は請求原因の変更であるのに書面でなされなかったのは違法であるという上告理由が主張された。この点につき、最高裁は、これが訴えの変更であることを前提として、請求の原因の変更にとどまるから書面によるを要しないと判示した。

さらに、昭和四一年一月二一日の最高裁の判決（民集二〇巻一号九四頁）も同じ考え方をしている。

第一審口頭弁論では債務不履行による賃貸借の解除を理由としたが請求棄却になったので、控訴審でこれを撤回し所有権に基づく明渡請求を主張したところ、これが認容されたことについて、解除を理由とする明渡請求についてはその取下に対する同意がないのに控訴審でこれについて判断をしなかったのは違法であるという上告理由が主張された。最高裁は、これが訴えの交換的変更であることを前提として、事案については、異議なく応訴されているところから旧訴の取下について暗黙の同意をしたものと解して上告を斥けた。

このように、訴訟物を実体法上の請求権なりと観念するかぎり、訴訟物を一個なりと捉える方向に考えて行くことには限度がある。この限度を超えるときは常に訴訟物は複数であることになる。それで差支えがなければよいのであるが、差支えがないとはいえないと思うのである。

なお、所有権に基づく物権的請求権と賃貸借契約の終了に基づく債権的請求権たる明渡請求権の競合の場合のほかに、所有権に基づく請求権と占有権に基づく請求権の競合の場合に訴訟物をどう考えるかの問題があるが、この点についての新らしい判例をまだ知り得ていない。

ただ、建物返還請求訴訟において、占有権の主張を賃借権の主張に変えたことについて次のような判例がある。

「右請求原因の変更は、本件建物の返還を求める点で終始変りなく、しかも本件控訴人が本件建物を占有することを前提として本件訴訟を維持してきたことも本件訴訟の経過に徴し明ら

かである。賃借権は目的物を使用収益する権利として目的物に対する占有を伴うものであるから、その目的物を占有することが、一面賃借権行使の態様となり、他面占有権成立の基礎ともなるもので、賃借権を理由とする本権の訴と右賃借権に基づく占有を根拠とする占有権の訴とは請求の目的について共通するものがあるので、その請求の基礎において同一性を失わないものというべきである。従って占有権に基づく占有回収の訴の理由のない場合に、賃借権に基づく本権の訴に変更することは許される……」（東京高判昭和三六年七月二一日東高判決時報一二巻七号一五四頁）。

第二章　金銭請求訴訟の判例

金銭（たとえば金一〇〇万円也）は観念的な価値であり、それ自体によって他の金銭と区別することができない。それゆえに、金銭の給付を求める訴訟の訴訟物を特定するには、金銭それ自体以外の要素を必要とする。それは現実の社会的な事実以外のものではありえない。ところで、金銭を特定する社会的な事実については、そのいかなる点に着目して識別の基準とするかという問題が存する。この問題については、大別して二つの着目のしかたがありうる。一は、いわゆる生まの事実そのものに着目しその差異によって識別することである。他は成文法規の法律要件事実に着目しこの観念的な事実を媒介とし、この媒介概念たる事実にあてはまるか否かによって識別することである。いわゆる旧訴訟物理論はこの後者によるものである。判例もこの傾向にあったと考えてよい。

法律要件事実を媒介とするときは、つぎのようなことが起こる。いまかりに、二種の異なる法律要件事実AとBが存するとしよう。他方において、Xという現実の出来事が起ったとしよう。そしてこの出来事に基づき金一〇〇万円を訴求するとしよう。これらの条件のもとで、つぎのようなことが起こりうるのである。

第一、Aを請求原因として金一〇〇万円を訴求したが、XはAには該当しないのであってBに該当するのであった。

第二、XがAにも該当しBにも該当したので二重に給付判決を得た。

第三、XはAにのみ該当するのであるが、原告は自信がないので、Aしからずんば Bという形であるいはAかBかいずれかという形で訴求した。

第一の場合には、当該訴訟は実質的に無駄に終わる。原告は敗訴するであろうが、Bを請求原因として別に訴求することができるからである。もっとも、この無駄を防ぐ方法がないわけではない。裁判官が訴えの変更を示唆することである。しか

し、かかる示唆が当事者に対する公平を損いはしないかという疑いが残るし、訴えの変更をしない場合には効果がない。また、Aを請求原因としたことを法律的呼称の誤りないしは法律的見解の誤りと看做し、真意はBを請求原因とすることにあったと解釈するという方法もある。しかし、これはすでにXそのものを請求の特定の基準とすることと紙一重であろう。

第二の場合には、請求権の競合を否定しないかぎり、二重の強制執行が法律上適法に行なわれる。したがって、これを避ける法律的手続きをすること、または、二重の強制執行完了後には、不当利得返還の法律的手続をすることが残り、問題を残すような紛争解決という非難を受けざるをえない。

第三の場合には、一個の一〇〇万円を請求するのに二個の請求の形をとることになる。二個の請求である以上、予備的な関係にあろうと、選択的な関係にあろうと、手続上の思考の錯綜を来たす。

旧訴訟物理論が観念的類型的な法律要件事実を訴訟物識別の基準とすることから生ずる結果のうち、不都合と考えられるものを除去するために、判例がどんな努力をしているか、またその努力にどんな限界があるかを簡単に最近のものについて検討してみよう。

1　一定額の金銭の授受があった事実を主張してその額の金銭の返還を求める場合。

A　東京高判昭和三六年八月一五日（東高判決時報一二巻八号一六八頁）

「本件において立替金の請求を貸金の請求に変更することは、授受した金員を立替金として返還を求めるか貸金として返還を求めるかにあって同一の事実について法律上の主張が異なるだけであるから、請求の基礎に変更がある訴の変更とはいえない。また、右の法律上の主張の変更に伴う事実上の主張の変更によって著しく訴訟の完結を遅滞させるものとも認められない。」

右の判決において、東京高裁は、案件においては訴えの変更はあるが請求の基礎には変更がないから許される変更であるといったのであると理解される。そうすると、訴状に、たとえば某月某日返還を約束して交付した金百万円の返還を求めると記載したのでは十分でなく、貸金とか立替金とかを区別して記載しなければならないことになろう。しかし、「授受した金員」は貸金といおうと立替金といおうと一個の金員であるのに、なぜ右のようにしてまで訴訟物を別にしなければならないかという疑問が残るのである。（また、法律上の主張の変更に伴って事実上の主張が変更されるのであってはならないので、事実上の主張が変更されてはじめてそれについての法的性質決定たる法律上の主張が変更され

るべきであると思われる。）

この疑問は、右の東京高裁の判決を次の大審院の判決と比べるといっそう理由のある疑問になると思われる。

大審院判昭和八年二月七日（民集一二巻一三六頁）。抵当権設定登記請求の訴えにおいて、被担保債権の成立原因につき、従来の貸金債権を更改したとの主張を、準消費貸借を成立させたとの主張に改めた場合、「当該抵当権ノ基本タル一ノ具体的債権ソノモノヲ以テ始メ甲債権ナリトセシヲ後ニ乙債権ト主張スル次第ニ非ス主張セラルル債権ソノモノハ唯一ニシテ無二終始渝ルトコロ無ク従ヒテ抵当権ソノモノ又従ヒテ其ノ登記請求権モ総テ変更アルコト無キカ故ニ之ヲ訴ノ変更ナリ」ということはできない。

右の疑問は、案件においては、当該金銭が立替金でもあり同時に貸金でもあるということがありえないがゆえに、訴訟物は一個と考えるべきであるというところから生まれるのである。

B　最判昭和三八年三月八日（民集一七巻二号三〇四頁）。乙は丙の妻から六八万円（イ）借用していた。金六八万円（ロ）が甲の妻から乙の代理人丙（乙を妾としている）に交付された。丙は預金から六八万円（ハ）を引出した。丙は六八万円（ニ）を乙に交付した。乙は丙の妻に六八万円（ホ）を返済した。甲は乙に六八万円の返還を求めた。はじめ甲は、（ロ）の六八万円を貸金として請求した。控訴審において、甲は、予備的主張として、丙が乙の代理人たる権限を有しなかったとしても、（ニ）の六八万円は（ハ）の六八万円ではなく（ロ）の六八万円であり、これが乙の債務の弁済にあてられたとして不当利得金として請求した。

上告理由で問題とされたのは、控訴審が主たる請求を排斥する裁判をしながら予備的請求について判示しなかった点である。最高裁は、甲の二つの主張を、二個の訴えの予備的併合であると捉えて、上告理由を容れて破棄差戻しの判決をした。

このような考え方は古くから判例がとっていた（たとえば大判昭和一八・三・一九民集二二巻二三〇頁）。右の事件においても、求められているのは一個の（ロ）の六八万円で、しかも、それが貸金でもあり同時に不当利得でもあるということはありえないのである。それにもかかわらず、最高裁は訴訟物を一個と見ないのである。

それは、貸金返還請求権と不当利得返還請求権とは、民法上は異なる請求権であり、請求権を訴訟物と観念するかぎり、請求権が異なるときは訴訟物を異なるものと観念せざるをえないからであろう。

2　義務の履行として交付した一定額の金銭につき、原因を主張してその返還を求める場合。

売買契約を解除して既に交付してあった前渡金または代金の返還を求める場合に、解除の原因が異なるときは訴訟物も異なるであろうかという問題がある。大審院の時代においては、法定解除に属する解除原因の変更は請求原因の変更ではないとする判例（大判大一〇・一一・一〇民録二七輯一九五一頁）があり、他方において、合意解除と法定解除は訴訟物を異にする原因であるとする判例があった（大判大一一・六・五新聞二〇三九号二一頁）。

近年においては、最高裁判決昭和三二年一二月二四日（民集一一巻一二号二三二一頁）が、前渡金の返還について、売買契約につき民法五四一条による解除をしたことを主張しこれに基く民法五四五条の原状回復義務の履行を求める請求と、契約の一部履行があった後に合意解約がなされたことに基く民法七〇三条以下による不当利得返還義務の履行を求める請求とを、異なる訴訟物と考えているかの如くである。）契約が全く履行されていない間に合意解除がなされたならば、民法五四五条の義務の履行を求めることができて、単一の請求権の主張のなかにまとめられる余地があろう）。この考え方によるならば、訴状に、某月某日の某目的物の売買契約に基き交付した前渡金百万円の返還を求めると記載したのでは足りないということになるであろう。筆者はしかし右の記載で足りると思うのである。それは目的物たる前渡金が十分に特定していると考えるからである。したがって、その返還を求める訴訟の訴訟物は一個たるべきものと考えるべきであると思う。しかし、請求権を訴訟物と考えるかぎり、請求権を特定するものはその発生要件事実であるから、これをも訴訟物を特定する要素とせざるをえず、原状回復請求権と不当利得返還請求権とが別々に観念されざるをえないのである。

さらに、昭和三六年八月三〇日には、東京高裁が次のような判決をした（東高判決時報一二巻八号一七〇頁）。

「被控訴人に対する関係で原判決の認容した契約解除に基く原状回復の請求と本件不法行為に基く請求とは競合の関係に在り金額も同一であってその一が満足されるときは他の一は請求できないことになるけれども、右両請求権の間には同一性がないから、控訴人が当審において右不法行為に基く請求につき被控訴人に対する関係でも判決を求めることは妨げられない。」（判決時報のみだしには、「請求権競合の場合に両請求が認容された事例」とある）。

右の事案について、東京高裁は、両請求権の間には同一性がないという。それは、請求権を法の規定という観念的な規範によっ

て観念するからである。現実の争いはしかし、当該金何万円かの金銭を廻っての争いである。したがって、この一個の何万円という金銭に着目すれば、それを請求する現実の請求権は一個しか存在しないはずである。この着眼点が今日の新旧両訴訟物理論の相異点なのである。

「金額も同一であってその一が満足されるときは他の一は請求できない」場合には、一回の訴訟でその金額についての争いが終局的に解決さるべきである。にもかかわらず、右の判決のように考えるならば、二回の訴訟が可能になり、二回の執行も可能になる。かかる結果は避けられるべきである。旧訴訟物理論では、請求権の競合を否定しないかぎり、かかる結果を避けることができない。

3　特定物の使用収益の対価の支払いを求める場合において、その原因事実として異なる法律要件事実が存すると主張される場合

A　二個の法律的観点が、一方が他方の不存在を前提としているために、両立することができない場合。

福岡高判昭和三九年八月六日（下級民集一五巻八号一九四六頁）。建物収去土地明渡請求と地代および損害金請求の事件である。原告は、被告が賃料不払いであると主張した。そして、昭和三二年四月二〇日に解除したと主張した。そして、解除までの賃料と解除後明渡しまでの賃料相当額の損害金の支払いを求めた。そして解除の効力が認められない場合をおもんばかって、予備的に解除後昭和三三年一一月二七日までの賃料の支払いを求めた。裁判所は賃料の弁済期未到来という理由で原告の請求を全部棄却し、その判決が確定した。原告はこんどは昭和三四年一月一日から昭和三七年一二月三一日までの賃料を請求した。この請求につき、福岡高裁は、「本訴は…前訴と訴訟物を異にするもので、本訴の訴訟物に対し前訴の判決はなんらの判断もしていないことが明らかであるから、賃料と損害金の請求とを同一の訴訟物と見る当裁判所の採用しないいわゆる新訴訟物理論的見解をとらないかぎり、前訴判決の既判力が本訴に及ぶいわれはない。」と判示した。

この事案では、前訴で請求しなかった昭和三四年以降の賃料が請求されているのであるから、新訴訟物理論においても、前訴と後訴とでは訴訟物が異なるのである。むしろ注目すべきは、前訴において、損害金請求と賃料請求とを異なる別の請求として捉えている点であり、この点について、この両請求を同一の訴訟物と見る見解を採らないと福岡高裁が明言したことである。解除の意思表示をした後被告が土地を占有使用している間の、被告が原告に支払うべき使用の対価は、解除が無効であれば賃料であり、解

除が有効であれば賃料相当額の損害金であるというときでも、つまりそのいずれか一方でしかありえないというときでも、その対価の支払いを求める訴訟の訴訟物は二個であるというのである。筆者はこれに疑問をもつのである。

B　二個の法律的観点が、競合すべきでないと考えられる場合、

最判昭和三四年九月二二日（民集一三巻一一号一四五一頁）。売買契約の売主が契約を解除して、買主が目的物を使用収益した利益を売主に支払うべきことを請求した。原告は不法占拠とか損害金とかいう語を用いた。原判決は解除までの使用利益を不当利得としてその返還を命ずる判決をした。そこで買主は、不当利得返還の請求がないのにこれを認める判決をしたのは違法であると上告理由で主張した。

「右償還の義務の法律的性質は、いわゆる原状回復義務に基く一種の不当利得返還義務にほかならないのであって、不法占有に基く損害賠償義務と解すべきではない。ところで、被上告人の本訴における事実上及び法律上の陳述中には、不法占拠若しくは損害金というような語が用いられているけれども、その求めるところは前記使用収益による利益の償還にほかならない部分のあることが明らかであるから、その部分の訴旨を一種の不当利得返還請求と解することは何ら違法ではない。けだし、被上告人は、不当利得返還請求権と損害賠償請求権の競合して成立すべき場合に後者を主張したわけではなく、本来不当利得返還請求権のみが成立すべき場合に、該権利を主張しながら、その法律的評価ないし表現を誤ったにすぎないからである。」

訴訟物がなんであるかを判定するのに、原告が用いた用語にとらわれないということを明らかにしたことが注目される。

C　二個の法律的観点が競合すべき場合

前掲昭和三六年東京高裁判決がある。戦前においては判例は一貫していない。このことについては前掲綜合判例研究叢書「訴訟物」を参照。

結

右にあげた諸判例だけからまとまった動向を認識することは困難である。しかし、ごくおおざっぱにいうならば、次のようにいうことができるであろう。特定物の給付を求める訴訟においては、その目的物を中心とする基本的な法律関係、たとえば賃貸借関係、使用貸借関係、寄託関係、所有関係、占有関係、を異にするときは訴訟物も異なるものと捉えるが、それぞれの基本関係においては訴訟物は一個のものと捉える傾向がみられる。しかし、金銭請求については、依然として、観念的な類型的な（ときには

かなり細目的な）法の規定の定める請求権ごとに訴訟物を観念する傾向から脱していない。観念的抽象的思考基準が具体的な現実の把握に先行することの弊の現われともいうべきか（一九六九年四月）。