

四 民事訴訟における訴訟対象

ユルゲン・コステデ

一

本稿のテーマは、『民事訴訟における訴訟対象』である。学者の間で、今日まで、何が訴訟対象であるかという点について見解が一致していないのは周知の通りである。もっとも、各当事者は相手方と何をめぐって争っているかということを知っていると思われるが、それは、我々学者を満足させるものではない。比喩を用いて説明してみよう。ある天文学者が月を研究したいと思っているとする。彼は、月見の客たちが月について語るようなことでは満足できないのである。つまり、月見の客たちは、月を見て美的現象とか心理的現象とかに注意するが、天文学者たちが研究しているような問題について考え

ることはない。それと同様に、紛争の対象を提示する当事者は、民事訴訟の訴訟対象を特定しようとする訴訟法学者とは異なるものを考えている。

一 しかしながら、どのような理由から、訴訟法学者は、裁判手続の対象が何であるかということを知ろうとするのであろうか。訴訟法学者は、手続がこの対象に関連し、手続法がそれについて行われるがゆえに、それを知らうとするのである。手続法は、手続において何が問題となっているかということに合わせねばならない。つまり、手続法は、それが規律する手続に合うものでなければならぬ。

このことについて、一例を挙げて説明することにしよう。例えば、民事訴訟において訴訟遂行権と呼ばれる訴

訟関与者の権限は、訴訟対象と関連している。つまり、この権限は、訴訟対象を訴訟上処分できる者に帰属するのである。したがって、誰が訴訟遂行権者であるかということを知るためには、訴訟対象を特定しなければならぬ。

裁判所の判決もまた訴訟対象と関連する。裁判所は、判決をもって訴訟の対象について裁判する。したがって、判決の法的意味をよく理解するためには、訴訟の対象が知らなければならない。

二 それでは、訴訟対象とは何であろうか。筆者は、この問題についてよく知られている諸理論を繰り返すつもりはない。むしろ、本稿では筆者が独自に考えてきたことを述べることにしたい。⁽¹⁾

裁判手続は、すでに述べたように、訴訟対象と関連する。それが何を意味するかを明らかにするために、民事訴訟の意義と目的が問われなければならない。これについては様々な答えが存在するが、結局は同じことを言っている。すなわち、原告は権利保護 (Rechtsschutz) を得るために訴訟を起こすということである。つまり、原告は、侵害されたりあるいは危険にさらされている権利領域 (Rechtssphäre) についての保護を得ようとする。

この権利領域が、――筆者の言葉で言えば――この主観的権利 (subjektive Recht) が推測されるにすぎないことを、

すなわち、権利侵害ないし危険が主張されているにすぎないことを詳細に説明する必要はない。原告の主張がそのとおりであるかどうかは、裁判所によって義務的に判決の中で初めて述べられる。この判決によって、請求を認容する場合に望まれた権利保護が提供される。つまり、判決によって、侵害または危険に対して主観的権利が認められ、実現され、貫徹される。⁽³⁾したがって、裁判手続が要求された権利保護に、しかもまた保護されるべき保護益 (Schutzgut)、つまり主観的権利に関連することは疑いのないことである。つまるところ、権利保護とは、権利侵害を取り除き、または危険を回避し、そしてそれによって主観的権利を認めさせるための手段にすぎない。

三 ここで、他の訴訟対象論について一べつし、その主張を筆者の言葉で述べると、次のようになる。訴えの要求 (Klagebegehren) を訴訟対象とみる訴訟的訴訟対象論は、筆者の言葉で言うと、申し立てられた権利保護を手続の基準点 (Bezugspunkt) にしている。⁽⁵⁾それに対して、実体法的訴訟対象論は、筆者の言葉で言うと、保護される権利領域を訴訟の基準点にしている。両学説は、正当

な面を持つているが、しかし、この両学説に対しては、次のような異論を唱えることができる。

(1) この両学説は、真実の半分しか述べていない。つまり、両学説は、権利保護とそれが保護しようとする権利領域との間の相互作用を明らかにしていない。⁶⁾それゆえ、裁判手続は本質的に一個の基準点しかもたないとの仮定も、支持できない。

(2) 正しくは、複数の基準点が存在する。つまり、訴訟は、要求された措置(Sanktion)、及び措置によって保護すべき、推測的に存在した外見上侵害され、あるいは危険にさらされた主観的権利に関連する。しかし、さらになお、裁判所の面前では被告の推定的対抗権(mutmaßliche Gegenechte)及び国家の利益も問題となる。その結果、もともと『これこそが』訴訟対象だというものを論じることではできない。

(3) 主観的権利論は、正しくない。このことは、裁判手続外で明らかとなる。しかし、それはとりわけ訴訟において、すなわち、主観的権利を裁判手続及び裁判所の判決についての基準点として把握することの簡単とできない訴訟対象論においてはつきりと現れる。

二

一 筆者は、主観的権利についての権利保護を得るために、しかも、この権利が、外見上、侵害されまたは危険にさらされているがゆえに、原告が訴訟を起こすのだということを前述した。それによれば、裁判手続は、原告によって追求された権利にも、また判決という形で——必要な場合には——判決の執行という形で、権利保護を提供する、要求された措置にも関連する。そして、権利保護と保護されるべき主観的権利との間を結びつけるもの(Bindglied)が、原告によって主張された、措置によって除去されるべき主観的権利の危険または侵害である。

(1) 訴訟では、主観的権利が問題であるという、すべての素人をも納得させるに足るテーゼは、訴訟法学者の間ではもちろん激しく争われているし、訴訟的訴訟対象論によつては、それは完全に拒絶されている。

(a) 例えば、裁判所の面前では、外見上存在する、すなわち推測的な主観的権利が問題となりうるにすぎないのだという異議が唱えられた。そのことは正しい、しかし、訴訟は主観的権利に関連するという仮定を放棄することを強制するものではない。それはまさに単なる推

定的な権利にすぎないのだということのみが考えられなければならない。しかし、裁判手続の外でもまた、我々が主観的権利を自由に行使しようとする場合には、我々にはそれが存在するか否か、はっきりとはわからない。したがって、基本的には、我々は、その場合にもまた、単に推定的でしかない権利の形象 (*Bild*) を取り扱っているだけである。⁸⁾

(b) しかし、これは周辺の問題にすぎない。すべての実体法的訴訟対象論にとって固有の難点は、請求権競合問題に際して始まっている。例えば、市電事故を例にとってみると、事故の犠牲者は、契約、不法行為そして危険責任から生じる損害賠償請求権を有することになる。しかし、賠償金は一度しか支払われず、三度支払われることはないで、不法行為上の損害賠償請求権も、契約上の損害賠償請求権も、また危険責任による損害賠償請求権も、それ自体で主観的権利となることはできない。

このことが、訴訟的訴訟対象論の形成を様々な形で助長した。例えば、シュワープは、申立てによって輪郭が示される訴えの要求だけを、つまり、要求された措置 (*Sanktion*) を訴訟対象とみている。⁹⁾ このために陳述された生活事実関係は、原告によって申し立てられた主観的

権利及び、原告によって問題とされた権利侵害ないし危険を述べるものであるが、それは、申立てを解釈するために引き合いに出されるにすぎない。¹⁰⁾ つまり、保護されるべき主観的権利及びこの権利に対して保護されるべき権利侵害ないし危険は、概念的に把握されていないし、措置と関連づけられていない。それに対して、ハーブシャイドは、訴訟対象をグローバルな法的効果の主張につながる包括的権利主張 (*umfassende Rechtsbehauptung*) として捉えることによって、請求権競合問題を解決しようとして試みている。¹¹⁾ そこでは、訴訟においては個々の請求権の基礎ではなく、補償 (*Entgelt*) の法的効果がグローバルに主張されているということが言われており、その際、基本的には、訴えの保護益が訴訟の基準点になると説明されている。もともと、この保護益を概念的に把握することは試みられていない。

このことは、ニキツシュに続いて、ヘンケルによって行われた。¹³⁾ ヘンケルにとっては、請求を、個々の請求権の基礎に準拠してではなく、法律行為上の処分の対象として特定し、そしてこの処分対象を訴えの基礎にすることが重要であった。¹⁴⁾ つまり、この方法で、契約、不法行為及び危険責任から生じる三つの請求権が一個の処分

対象と一個の訴訟対象に統合された。⁽¹⁵⁾ 訴訟は、原告が権利保護を要求する主観的権利をめぐって遂行される。実体法と訴訟は、有意義に相互に関連しあっている。

(c) しかし、それと同時に、実体法上の請求権理論は再考されなければならないということが明らかになる。この請求権理論は、ローマ法上のアクチオ、つまり、訴えの権能 (Klagebefugnis) から主観的権利を手に入れようとしたヴァイントシャイドに遡ることができる。⁽¹⁶⁾ ヲイントシャイドは、この理論は、アクチオから裁判所への関係を抹消すれば成功すると考えた。すなわち、裁判所に作為、受忍ないし不作為の被告の敗訴判決を要求する権限から、作為、受忍ないし不作為を請求の相手方に要求する権限となったのである。⁽¹⁷⁾ これが我々すべてに知られている実体法上の請求権である。ヴァイントシャイドの時代の者が本気にしなかったこの理論は、請求権概念をドイツ民法典の時効規定の中に取り入れること (ドイツ民法一九四条) によってドグマとなった。それ以来、我々は実体法上の請求権を、支配権及び形成権と並んで、主観的権利の現象形態として理解している。⁽¹⁸⁾ しかし、このことは重大な誤解である。実体法上の請求権は権利の完全な内容を把握していない。請求権は主観的権利の一側面

しかも従的側面しか示していない。⁽²⁰⁾

このことは、物権的請求権、例えばドイツ民法九八五条による引渡請求権に際して、それ自体すべての者に明らかにならう。所有権者は、当然、不当な占有者に目的物を引き渡すよう要求することができる。しかし、この点に所有権の内容は尽きるのではない。所有権者の法的地位がこれより広範に及ぶことは、周知のことである。

引渡を要求する権限は、ほんの一端にすぎないし、所有権者以外の者が不当に事物を占有しているという状況と関連しているにすぎない。このような引渡請求権は、所有権と同置することはできない。⁽²¹⁾ さらにまた、引渡請求権は所有権と並ぶ独立した権利でもない。引渡請求権は、所有権から引き離すことはできない。引渡請求権には抵当権を設定することもできない。引渡請求権は、所有権が付与している一つの付随的権限でしかない。その他の点では、この権限は取るに足らないものである。占有者に対しての引渡要求は、せいぜい、遅滞を生ぜしめるだけである。所有権にとって特徴的である他の法的効果を、それは有していない。つまり、請求権概念は機能していないのである。請求権概念は、訴えの権能の不完全な部分を述べているにすぎず、このことは、この概念

の成立史によれば不思議なことではない。

こうした批判は、債権的請求権に対しても妥当する。

もちろん、学説は債権的請求権を相対的権利と同じものとみている。²² それによれば、買主の買った物に対する所有権は、実体法上の譲渡請求権として、すなわち売主に譲渡行為を要求する買主の権利として示される。しかし、この請求権は、所有物に対する買主の相対的権利を不完全に述べているにすぎない。例えば、積極的契約侵害という形態がこれを証明している。この形態は、譲渡行為を要求する請求権に関連しなくても、買主の法的地位が侵害されうることを示している。

(d) このことは、何を意味しているのであろうか。それは、主観的権利は、占有者に物の引渡しを、つまり、売主に売買の目的物の引渡しを要求する権限に尽きるのではないということの意味している。一般には、主観的権利は、法律上あるべき状態を要求する権限に限定されるのではないと表現されている。むしろ、主観的権利とは、こうした状態が法律上あるべきという法的規律それ自体である。つまり、主観的権利は、受益者の側からみれば客観的法の規律である。²³ かくしてのみ、主観的権利は、客観的法の有利に働く規律の典型(Inbegriff)として

把握されるのであり、またかくしてのみ、主観的権利は、法的規律を概念上把握するために用いることができる。

正当な権利者が有する個々の権限は、主観的権利の独立した局面にすぎない。主観的権利が個々には何をする権限を与えるのかということは、それぞれの状況に左右される。主観的権利が危険にさらされ、ないしは侵害される場合には、正当な権利者は、通常、裁判による保護を要求することによって、危険を回避し、または侵害を排除する権限をもつ。²⁴ これがいわゆる訴えの権能なのである。我々のいわゆる実体法上の請求権は、裁判所による保護の關係が抹消した訴えの権能の一部にすぎない。裁判所による保護が獲得される訴えの権能と同様に、実体法上の請求権は完全な権利ではない。かくして、実体法上の請求権を権利と同置する場合に生じる問題が解明される。このようにみることは前もって足を切断した馬をレースに送り出すのと同様に失敗するにちがいない。

こうした概念理解は、すべての実体法的訴訟対象論が、異なる訴えの類型について有する難点をも取り除く。つまり、実体法上の請求権は、給付の訴え、受忍の訴え(Duldungsklage)ないしは不作為の訴えの基礎となりつ

るにすぎず、形成の訴えや確認の訴えの基礎にはなりえない。なぜなら、いかなる実体法上の確認請求権も形成請求権 (Umgestaltungsanspruch) も存在しないからである。⁽²⁵⁾ それによれば、訴えの三類型はそれぞれ異なる保護益を有しているといえる。形成の訴えの保護益が何であるかは、まったく明らかでない。さらには、次のことも言うことができる。つまり、給付、受忍、不作為の訴えには、いかなる実体法上の給付、受忍ないし不作為請求権も、その基礎とはならず、給付、受忍ないし不作為の事件において法的かつ事実に存する状況を求める権利がそれらの基礎となっている。と。同様に、確認の訴えの基礎となっているのは、法的に当然の状態を求める権利という意味での、確定されるべき主観的権利である。形成の訴えの場合にも事情は同様である。つまり、形成の訴えの基礎となっているのは、形成 (Umgestaltung) によって引き起こされる法律上当然の法律状態を求める権利である。⁽²⁶⁾ したがって、訴えの三類型は、訴えの保護益に関しては相互に異なっていない。それは、抽象的に述べるならば、同一のことである。

訴訟の保護益ないし民事訴訟法一五三条の意味での『請求の対象』とは、一個の主観的権利である。もちろん、

このことを追証しうるためには、主観的権利概念についての我々の考えを修正しなければならない。

(2) 請求権理論は、要求された権利保護と保護されるべき主観的権利との間を結びつけるもの (Bindeglied) を、見失っていたことについての責任をも負っている。この結びつけるものが、法の命じる状況が存在しない場合に存する権利侵害であり、あるいは侵害が差し迫っている場合に存する危険である。⁽²⁷⁾ これなしには、我々が訴訟を理解するために使用する意味連関 (Sinnzusammenhang) が欠けてしまう。

実体法上の請求権の中には、主観的権利の侵害またはその危険がすでに含まれている。なぜなら、そのような請求権は、主観的権利が侵害されまたは危険にさらされる場合にのみ存在するからである。その理由は、ヴィントシャイドが請求権を訴えの権能から発展させ、そして訴えの権能は、まさに権利侵害または危険を前提としているということにある。それに対して、確認の訴えの場合には、周知のごとく、いかなる実体法上の確認請求権もその基礎とされていないが、そこでは、裁判上確定されるべき主観的権利の危険が、確認の利益において浮かび上がってくる。そのような確認の利益が存在する場合に

のみ、つまり、主観的権利が法的に不確定であることによって危険にさらされると思われる場合に、確認を求めて訴求できる。

請求権理論を放棄するならば、提訴した権利が侵害されまたは危険にさらされるという条件に、すなわち、原告は権利侵害または権利の危険を主張しなければならぬとの条件に立ち帰らなければならぬ。民事訴訟法二五三条の文言によれば、これが『申し立てられた請求の原因』である。

(3) 『請求』それ自体(民事訴訟二五三条ノ二、二五号)、ここではいわゆる訴訟上の請求という意味での請求は、申し立てによって表示されるものであるが、それは原告がねらいとし、そして申し立てられた判決が、場合によっては執行を伴って、実現しうる措置(Sanktion)である。一個の申し立て——場合によっては、生活事実関係と合わせて——もしくは一個の権利主張が裁判手続の対象となるとする訴訟的訴訟対象論は、その限りでは正しい。しかし、訴訟的訴訟対象論は、我々法律家が、従来、法生活及び法秩序の諸現象を説明してきた概念をものはや用いていない。かくして、我々が法秩序を人間に関連させ、そしてそれゆえにその諸規定の調和を主観的権利及び

法的義務の規律として理解すること、また、訴訟では必然的に、法廷の外でも我々が関わり合っていること、すなわち主観的権利、その侵害及びその保護が問題となっていることは、明らかにならない。

二 措置は、原告にとつての権利保護を意味するという一側面を有するだけではない。⁽²⁸⁾被告にとつては、措置は一つの危険を意味する。つまり、措置は、それが命じられる場合には、原告によって追求された権利が存在せず、あるいはさらにその権利が被告によって有責的に侵害されなくても、被告の権利を侵害することになる。そしてさらに、措置は、裁判所にとつて手続を進め、そして判決を言い渡さなければならないということを意味する。それは、また一般の利害(Belange der Allgemeinheit)にも影響する。

訴訟では、誰も、確実に、それがどのような状態にあるのかについては知らないもので、——それが存在するならば——請求認容判決及びその執行によって侵害されるであろう被告の推定的な権利は、原告がこうした判決を申し立てる権利と同様に、裁判所の面前で問題とされている(Befangen)。その上、訴訟では、裁判所による保護を与えるべき、そしてその利益の保護に際してのみなされ

なければならぬ国家の公益 (Allgemeininteressen des States) も問題とされている。

伝統的な訴訟対象論は、被告側での対抗権 (Gegenecht) を考えに入れていない。このことは、原告によって提訴された権利を訴訟対象とみなす実体法的訴訟対象論の場合に明白である。実体法的訴訟対象論は、被告側での対抗権を考慮に入れていない。しかし、このことは原告の追求する措置、つまり、原告の訴えの要求を訴訟対象とみなす訴訟的訴訟対象論についてもあてはまる。もちろん、訴訟要件が一個の手続主張 (Verfahrenshauptung) の枠内で第二の訴訟対象を形成するとの少数説もなお存在する。このようにして、手続において問題とされ、そして訴訟要件によって考慮される公益は、訴訟対象の中へ組み入れられた。しかし、被告の対抗権は、この訴訟対象論によっても考慮されていない。

三 裁判所の側では要求された措置が、原告側では推定的な権利が、被告側では推定的な対抗権が問題であるとするこうした考え方は、裁判手続法の理解にとって基本的な意義を有している。手続法は、どのように手続は行われるべきかということを規定する。それゆえ、手続法は、筆者が初めに強調したように、また手続の対象に

従っても定められる。

(1) かくして、様々な点で、民事訴訟は原告によって要求された措置を目的としているということがわかる。例えば、訴えの併合は、原告が複数の措置を要求していることを意味している。その措置が同一の主観的権利を保護すべきものか、それとも異なる主観的権利を保護すべきものかは、少しも問題ではない。訴えの変更が意味しているのは、原告が当初追求した措置の代わりに、今や別個の措置を申し立てているということである。原告が、このことを初めに係属した主観的権利のために要求するか、または他の権利のために要求するのは、つまり、原告が初めに問題とした権利侵害を理由にまたは他の権利侵害を理由にこれをなすのかは、どちらでもない。

要求された措置を訴訟対象とみなす訴訟的訴訟対象論は、それゆえ、たえず次のことを引き合いに出した。すなわち、その概念構成により、訴えの併合及び訴えの変更の問題を克服できるということである。⁽³⁰⁾ もちろん、一つの措置が問題なのか、異なる措置が問題なのかをどのように確かめるのかという難点は残る。このことを明らかにするためには、とにかく、要求された権利保護は、

どの主観的権利に奉仕するのか、そしてどの権利侵害ないし危険が取り除かれるべきかを確定しなければならぬ。このことは、訴訟的訴訟対象論の場合には、まさしく権利侵害及び侵害された主観的権利を内容とする『生活事実関係』に遡ることによってなされる。³¹⁾

(2) 他の訴訟上の問題の場合には、それと反対に、原告によって要求された措置ではなく、訴訟において問題とされている―推定的な―主観的権利が問題となる。原告が争っている権利がそれである。さらに、被告の主張するないしは主張できる対抗権もまたそれである。以下に、当事者の参加権能 (Beteiligungsbefugnis) とその訴訟上の可能性を指摘しよう。これは、手続においては、原告及び被告の推定的権利が問題であるがゆえにのみ存在する。ここでは、特に民事訴訟における被告の参加権能とよばれる、受動的訴訟遂行権能 (Passive Prozeßführungsbefugnis) を強調したい。この受動的訴訟遂行権能は、被告側で対抗権を訴訟上自由に処分できる権限にはかならない。つまり、この対抗権に関連させることなしには、この受動的訴訟遂行権能を説明しえないのである。³²⁾ さらに、この関係において筆者が思い出すのは、民事訴訟法五九条の規定である。そこでは次のよう

に書かれている。すなわち、複数当事者が訴訟対象に關して法的共通の地位にたつ場合には、共同訴訟人として訴えられることができる。と。ここでは、訴訟対象とともに被告側では防御される対抗権が考慮されている。

両当事者のこうした推定的権利と並んで、裁判所による保護を与えるべき国家の利益もなお訴訟では問題とされているということは、それが公益に奉仕し、それゆえ職権によって審査されなければならない限りで、適法要件 (Zulässigkeitsvoraussetzungen) の中に表出する。

(3) 最後に、我々は、例えば、確定判決の意義をよく理解するために、要求された措置と訴訟において問題とされている主観的権利とを、再び取り上げる必要がある。³³⁾ つまり、裁判所は、要求された措置のみならず、原告側から提訴された推定的権利、その外見上の侵害ないしは危険、被告側の対抗権、並びに訴訟要件のなかに表現されている国家の利益に關して裁判する。判決の基準点としての推定的な対抗権の形態なしでは、以下のことは生じないのである。

請求認容判決は、―場合によっては、強制執行とともに―原告によって要求された措置を命じる。同時にそれにより、基礎とされた主観的権利が原告側に存在するこ

と、そしてそれは、原告によって責問されたように、侵害されないしは危険にさらされていることが確定される。それと結びついて確定されるのが、被告側には対立するいかなる對抗権も存在しないこと、そして国家の利益は適法性の要件として考慮されたということである。裁判所によって命じられた措置とともに、訴えられた権利の存在及び侵害についてのこのような確定、並びに被告の對抗権は存在しないとの確定にもまた、拘束力を生じる。⁽³⁴⁾それで、その否認された對抗権を追求する前訴被告の訴えは、既判力に抵触して不成功におわるということが明らかになる。既判力理論は、このことを、当てはめの結論だけでなく、矛盾する反対のものにも既判力が生じると言っている。⁽³⁵⁾つまり、これは、被告側に對抗権が存在しないことを宣言しているのである。

請求棄却判決は、原告が申し立てた措置を拒絶する。

そしてそれは、要件が欠けているという理由で、すなわち原告側には主張されているような権利は存在せず、または請求の相手方の責任による権利の侵害はなく、また危険にもさらされていないという理由で、あるいはまた国家の利益が対立している、すなわち訴訟要件が公益において存しないことを理由に拒絶する。訴えが提起され

た権利に関してのこうしたすべての確定が拘束力をもつのである。⁽³⁶⁾それらは、既判力理論が述べているように、当てはめの帰結全体に属している。もちろん、当てはめの帰結の範囲と意義は、この意味連関が明らかにされる場合に初めて理解できる。

判決の拘束力ある確定がそのように解き明かされる場合には、裁判所の宣言が有する法的意義を、無理なく確かめることができる。その際、拘束性(Verbindlichkeit)は、私見によれば、裁判所の宣言はそれがなされた時点で、法秩序の宣言とみなされることを意味する。⁽³⁷⁾そのように円は閉じるのである。すなわち、ある秩序は、それを現実化し、それについて權威的に宣言する制度が存在する場合にのみまた実効性をもつ。そうでない場合には、その秩序について様々な主観的見解が主張されるだろう。しかし、それは実際には行われない。我々の法秩序にとって、裁判所がまさにこうした制度なのである。裁判所は、疑いある場合には、つまり主観的権利が侵害されあるいは危険にさらされていると思われ、それゆえ外見的には保護が必要である場合には、權威的に法秩序について語る職責を有する。換言すれば、次のようになる。すなわち、裁判所の判断は拘束力があり、それは法秩序

の宣言としてみなされなければならない、つまり、提訴された権利が存在するか否かそして対立する権利が存在しないかどうか、具体的に言えば、訴えられた権利は帰責できるほど侵害され、ないしは危険にさらされているかどうか、そしていかにそれは保護されなければならないかということについての宣言としてみなされなければならない。

三

訴訟において問題とされている権利及び対抗権、そして原告によって要求された措置はどのように確かめられるのか。それについては、詳細を述べようとするならば、際限なく考えることができる。⁽³⁸⁾しかし、ここではそれをするつもりはない。筆者は、若干の基準線を明らかにすることに限定するつもりである。

(1) 措置とは、権利侵害ないしは危険に対する法秩序の答えである。それゆえ、我々は、望まれた措置を、それが申立てから生じることが疑わしいというような場合には、責問された権利侵害ないしは危険に遡って考えることによって推論することができる。民事訴訟法上、主に措置が問題であるような場合には、例えば、訴えの

併合が存在するかという問題では、措置によって保護されるべき主観的権利、及び取り除かれるべき権利侵害ないし危険を考慮に入れなければならない。これは、すべての訴訟対象論の認めていることである。ただ、別な言葉で書かれているにすぎない。

一例を挙げることにしよう。原告は、消費貸借契約もしくは——これが無効のときは——不当利得に基づき、被告に貸付金の返還を要求したとしよう。ここで問題となるのは、一つの同一の措置であって、訴えの併合のようなものではない。というのは、この訴えは、一つの同一の主観的権利、及び一つの同一の権利侵害の故に係属しているからである。消費貸借契約が有効か無効かということとは関係なく、原告への元金の配分が問題なのである。主観的権利とは、私見によれば、法律の命じる状況であって、こうした状況を引き起こすことを許す権能ではないということに注意したい。この場合、法律が命じているのは、原告が元金を所有すべきだということである。けだし、原告は、元金を被告にその当時永続的にではなく、期限付きで与えたからである。したがって、元金は原告に当然帰せしめられるのであり、それが、契約によるのか、不当利得によるのかはどちらでもよいことであ

る。問題となっているのは、一つの同一の要求である。

この主観的権利は、ここでは、被告が原告に元金を返さないことによつて侵害される。消費貸借契約が有効に成立したかどうかという問題は、時効（民法一九六条）及び利息の額についての関係してくる。利息の請求の場合には、元金の償還のみが訴求されるときには関係のない、他の権利が問題となる。時効の問題の場合には有効な消費貸借契約が存在するか否かにより、異なつて保護される被告の対抗権が問題となる。原告側で一つの同一の主観的権利及び同一の権利侵害が問題となっているかどうかという問題については、それは、いかなる役割も果たしていない。

(2) 例えば、原告によつて追求された措置を、原告によつて責問された権利侵害から推論できるように、この主張された権利侵害は、どのような原告の主観的権利が提訴されたかということについての説明をも与える。

このことを以下の簡単な事例で明らかにしてみよう。散歩をしていた人が、婦人が男に襲われているところを見た。彼は、急いで婦人を助けに行った。彼がその婦人の保護のためにしたことを、我々は、この事例において危険を防御すべき措置としてみなすことができる。婦人

のどのような権利を、一体この散歩をしていた人は保護したのか。これは、婦人を襲つた男が何をもうろんでいたかに左右されるのである。彼が婦人の持ち物を奪おうとした場合には、散歩していた人は、奪われたかもしれない目的物についての彼女の所有権を守つたのであり、さらには、彼女の身体的無傷を求める権利、すなわちその襲撃によつて危険にさらされ、あるいはひよつとしたらそれどころかまさに侵害されていたかもしれないような権利をも守つたのである。それに対して、暴漢が婦人の生命を狙つていたのならば、婦人を助けにいった散歩していた人は、彼がその襲撃を防ぐのに成功した場合には、彼女の生命を保護したことになる。

そのようなわけで、原告によつて主張される権利侵害は、措置によつて保護されるべき主観的権利を特定するために考慮に入れなければならない。

(3) 被告側での対抗権を特定しようとする場合には、原告によつて追求される措置がこの対抗権をおびやかしているがゆえに、それは訴訟において問題とされているということが明らかにされなければならない。このことは、原告がその侵害もしくは危険をただ主張しているにすぎない推定的権利につき訴えを起こしていること

を念頭におく場合、初めて理解される。それに対して、被告が『正当である』場合には、原告の推定的権利は存在せず、あるいは被告の責任においては侵害されていない。したがって、それにもかかわらず請求を認容した判決は、被告側の権利を侵害している。このような可能性を常に心に留めておかねばならないので、すべての訴訟は、被告の推定的対抗権をおびやかしているのである。民事訴訟においては、原告側の単に推定的にすぎない権利が問題であることを認める者は、また被告側の推定的な対抗権が訴訟において問題とされていることも認めなければならない。

これは、被告の危険が由来する、原告によって要求された措置の助けで確かめられる。この点についても、また一例を出すことにしよう。

原告は、所有権者として、被告によって占有されている物の引渡しを求めて訴えを提起した。しかし、被告はそれを約束したという貸借期間の経過後初めて引き渡すつもりである。この事例において、要求される措置、原告によって提訴される権利及び被告の対抗権を示すことができるように、さらに若干詳しく述べなければならぬ。原告が要求する措置は、ここでは、執行によつ

て彼に権利を得させる引渡名義 (Herausgabettel) である。しかし、どのような権利を原告は、それでもって追求しているのだろうか。正しくは、実体法上の引渡請求権は問題ではない。なぜなら、そのような主観的権利は存在しないからである。しかし、また原告の所有権も問題ではない。原告の即時の占有権だけが問題である。なぜなら、被告は、永久にはなく、ただ期限つきで、引渡しに対抗しているからである。この点に、原告が質問する権利侵害がある。要するに、原告は彼の主張する占有権の保護のためにのみ措置を要求しているのである。こうした措置が、また被告を、一時的占有を求める彼の主張するところの権利をおびやかしている。つまり、被告のこうした推定的占有権は、ありうる対抗権として訴訟においては問題とされる。もし裁判所がこの引渡請求を認容するときには、裁判所は引渡しを命じ、かつ同時に原告が現在のところ事物を占有する権利を有し、被告はそれを有しないことを確定する。これでもって、被告の推定的対抗権は否認され、原告の推定的占有権が認められる。両当事者は、その後、後訴において事物の所有権をめぐる争うことを、既判力によつて妨げられることはない。

四

本稿において、訴訟対象論の詳細を論じることではできなかった。筆者にとつては、以下のような基礎を明らかにすることが重要であつたのである。

(1) 訴訟対象とは、それを巡つて訴訟が行われ、それにつき裁判所が裁判し、そして、訴訟法もそれに関連するものである。

(2) 裁判所は権利保護を与えるべきであるから、つまり、ある権利領域の権利保護または——我々が言うように——主観的権利の権利保護は、この権利の侵害または危険に対する権利保護を与えるべきであるがゆえに、訴訟はそれをめぐつて行われる。訴訟は保護されるべき主観的権利、及び権利侵害ないしは危険に対する主観的権利の保護のための措置と関連している。

(3) 訴訟法もまたこれに関連する。なぜなら、訴訟法は、どのように訴訟についての手続が行われるべきかを規定しているからである。

(4) しかし、訴訟法は、原告側の主観的権利の保護だけを目的としているのではない。訴訟法は、この推定的権利がひよつとしたらまったく存在しないこと、あるい

は相手方がその権利を危険にさらしておらず、ないしはその侵害について責任のないことを考慮しなければならない。それゆえ、訴訟法は、それについての要件が欠けているのに要求された措置が下されることから、相手方を、保護しなければならぬ。なぜなら、それによつて、被告側の主観的権利が侵害されるかもしれないからである。訴訟法は、それゆえ、このような對抗権の保護をも規律する。

(5) 對抗権は、推定的権利として、訴訟において問題とされている。なぜなら、原告が要求する措置がそれを脅かしているからである。このことは、被告として訴訟においてこの對抗権を、防御する権能にはつきりと現れる。そもそも被告が存在するということは、手続のなされる推定的對抗権と関連している。

(6) さらに、国家の利益もまた訴訟においては問題とされる。訴訟法は、この利益を考慮していかに手続は行われるべきかということも規律する。例えば、このことは訴訟要件において、それが公益に置かれている限りで、表れている。

(7) それによれば、訴訟や判決が関連し、その手続法上の取扱を訴訟法が規定するような『一個の』訴訟対象

は存在しない。むしろ、多くの基準点が存在する。これが、筆者が伝えたい一つの認識である。

(8) 別の見方は、法廷では、法廷の外と同様に主観的権利とその保護が問題であるということである。

(9) このことを、訴訟対象論へ取り入れるためには、もちろん、請求権と主観的権利を同置する請求権理論から解放されなければならない。

(10) 主観的権利が、我々が法秩序の規律を概念上把握する助けとなる基本概念であるべきならば、客観的法と主観的権利とを二通りのものとして考慮してはならない。つまり、主観的権利を、法秩序に従って存在すべき状態を導く権限として理解してはいけない。

(11) むしろ、主観的権利は、こうした状況が法律上法的かつ事実的に存すべきこの法的規律として理解しなければならない。この状況を要求する権限は、それによれば、主観的権利の従属的側面にすぎない。

- (1) Costede, Studien zum Gerichtsschutz (1977).
- (2) Gaul, AcP 168 (1968), S. 27.
- (3) Costede, (N. 1) S. 1/2, 62/63 f.
- (4) 例へば¹⁾ Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilpro-

zeß (1954), S. 183 ff.

- (5) Hellwig, Anspruch und Klagerecht (1900), S. 153 ff.; Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht, Bd. 2 (1916), S. 21; Henckel, Partielle und Streitgegenstand (1961), S. 277 ff.; Rimmelspacher, Materielrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß (1970). 訴訟対象論をめぐっての議論 (Nikisch (Der Streitgegenstand im Zivilprozeß (1935); AcP 154 (1955), S. 287) 及び Habscheid (Der Streitgegenstand im Zivilprozeß (1956)) の訴訟対象論もまた、こうした部分的には保護された権利領域に関連している)。

- (6) Böhm, Festschrift Krahlk (1986), S. 83, 110 ff.
- (7) Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß (1956), S. 113.
- (8) Henckel, Partielle und Streitgegenstand (1961), S. 253 f.
- (9) Schwab, (N. 4)
- (10) Schwab, JUS 1965, 81, 83 f.
- (11) Habscheid, (N. 7) S. 132 ff, 151 ff.
- (12) Nikisch, AcP 154 (1955), S. 287 ff.
- (13) Henckel, (N. 8)
- (14) Henckel, (N. 8) S. 256 ff, 262 ff.
- (15) Henckel, (N. 8) S. 266.
- (16) Windscheid, Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts (1856)

- (17) 概念及び關連性 Rimmelspacher, Materielrechtlicher Anspruch und Streigegegenstandsprobleme im Zivilprozeß (1970), S. 16 ff.
- (18) Muther, Zur Lehre von der Römischen Actio, dem heutigen Klagerecht (1857), S. 35 ff.
- (19) Ennecerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts¹⁹ Bd. 2 (1960), § 222 II; Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts²⁰ (1983), § 14. I.
- (20) Costede, (N. 1) S. 39 ff.
- (21) Larenz, (N. 19) S. 235.
- (22) Ennecerus/Nipperdey, (N. 19), § 222 II. 2.; Larenz, (N. 19), S. 231.
- (23) Costede, (N. 1) S. 31, 35 ff. 類似の方向を示すものとして Schmidt, Aktionsberechtigung (1969), S. 53 ff.; Rimmelspacher, (N. 17) S. 48 ff, 107 ff. の相違に關連性 Costede, (N. 1) S. 50.
- (24) Costede, (N. 1) S. 62 ff.
- (25) Henckel, (N. 8) S. 255.
- (26) Costede, (N. 1) S. 60 f.
- (27) Costede, (N. 1) S. 60 f.
- (28) Costede, (N. 1) S. 75 ff.
- (29) Habscheid, (N. 7) S. 132 ff, 140, 147 f.
- (30) Schwab, (N. 4) S. 74 ff, 104 ff.
- (31) Schwab, JUS 1965, 81, 83 f.; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts²¹ (1961) § 88 II 2.

- (32) Henckel, (N. 8) S. 52 ff, 90 ff, 102 ff, 106.
- (33) Costede, (N. 1) S. 194 ff.
- (34) Costede, (N. 1) S. 284 ff.
- (35) Jaernig, Zivilprozessrechts²² (1988) § 63 II.
- (36) Costede, (N. 1) S. 260 ff.
- (37) Costede, (N. 1) S. 158 ff.
- (38) Costede, (N. 1) S. 93 ff.

本稿は、一九八九年六月一日、早稲田大学比較法研究所において、ゲッチンゲン大学のユルゲン・コストエ教授(Prof. Dr. Jürgen Costede)が行った講演『民事訴訟における訴訟対象』(原題: Der Streigegegenstand im Zivilprozeß)の翻訳である。コストエ教授の理論は、これまで一般に展開されてきた訴訟対象論と異なり、新たに独自の概念から出発したをわめて独創的なものである。その詳細は、同教授の教授資格取得論文 “Studien zum Gerichtsschutz”, 1977 (Verlag Stämpfli & Cie AG Bern) に於いて展開されている。

翻訳担当 松村和徳
山形大学人文学部法学科講師