

民事訴訟における訴訟対象論の新展開

ヴァルター・J・ハープシャイト

坂本恵三 訳

民事訴訟における理論というものは、この理論そのものために存在するのではない。訴訟法学は、権利の実現に貢献するものであるから、実務に寄与するものである。すなわち訴訟法理論は、法実務にとつての補助手段である。訴訟法理論は、裁判所によって有効な権利保護が市民に与えられることを、配慮すべきものである。しかしまた、訴訟法理論は、訴訟の別の目的すなわち法的平和をできるだけ包括的に回復することに用いられるものでもある。それゆえ、訴訟法理論は、それ自体が目的ではなく、文芸的な「遊戯」でもなく、権利の実現に貢献するものである。

このことは、訴訟対象論についてもあてはまる。訴訟対象

民事訴訟における訴訟対象論の新展開（坂本）

論は、法の適用に携る法律家が、裁判官として裁判し、弁護士として争うべき対象は何かということを明確に定めるための基準を、これら法律家に提供するばかりではなく、訴訟対象論は、判決の効果をも定めている。なぜならば、判決は訴訟対象について下され、判決が訴訟対象の範囲以上に及ぶことはないからである。

ドイツの法の展開は、——訴訟対象に関しては——二つの思考方向によって特徴づけられる。一方は実体法説であり、他方は訴訟法説である。訴訟法的思考方法が判例において普及して以来、確かにその限りでは、「支配的な実務」ということができるが、実体法と関係づける考え方が、再三学説にお

いて現われている。しかしこうした学説を詳細に検討してみると、こうした実体的な考え方は実際にはほとんど新しいことを提起しておらず、どちらかといえばある著名な現象を別の方法で説明するという説明の仕方のひとつであったり、そのような試みであることが明らかとなる。こうした考え方は、大抵、新たなより良い結論をもたらすものではない。

一九八二年、筆者がはじめて日本に滞在した際、^①筆者は自説である訴訟対象論の二肢説を主張することを試みた。カール・ハイッツ・シュワープは、既にそれ以前、その一肢説を紹介する機会に恵まれていた。^②本日、筆者は「新たな展開」について論じる予定であるが、「訴訟対象論争」が続いているということ明らかにすることに、主眼を置くこととする。もつとも、現在のこの論争は、五〇年代、カール・ハイッツ・シュワープと筆者が、訴訟対象についてそれぞれモノグラフィを著わした当時と比べれば、あれ程激しいものではないし、あるいは一層アカデミックなものかもしれない。

一 今日の通説

(1) 判例

確固たる出発点といえ、一定の考え方をめぐる学問上の争いを——全く正当にも——当初期待しながら見守っていた

実務に関しては、以下の点が決定的である。すなわち、ドイツの連邦通常裁判所は、二つの判決において、訴訟法説の二肢説を採ることを表明している。^③連邦通常裁判所にとっては、一定の生活事実関係に基づく原告の権利要求が、訴訟対象なのである。

ここで想起していただきたいのであるが、カール・ハイッツ・シュワープにとつては、訴訟対象とは権利要求だけである。基礎となつている事実群は、必要があると思われる限りで、権利要求の解釈（個別化）に用いられるにすぎない。

つまり、AがBに金一〇万マルクの支払いを求めて訴を提起する場合、この給付判決の要求が訴訟対象となる。訴の基礎となる事実関係、たとえば（事実という意味で）売買などは、この要求を他の同種の要求と区別するのに用いられるにすぎないとされる。

しかし、筆者にとつては、この訴訟の訴訟対象は、BはAに対して一〇万マルクの債務を負つており、それゆえこの支払いを命ずる給付判決がなされなければならないというAのBに対する権利主張であり、しかも債権を導き出す生活事実関係（売買という事実群）に基づくものである。

ドイツの連邦通常裁判所は妥協をした。同裁判所は、シュワープ説から要求という概念を採りあげたが、反面、この要

求を生活事実関係に結びつけたのである。

要求という言葉を用いるのか、それとも権利主張という言葉を用いるのかは、私見によれば、語感の問題である。たとえば、スイスの訴訟法典は、訴訟対象を意味する場合、「要求」または「権利要求」という言葉を用いている。それゆえ筆者は、自分のスイス民事訴訟法の教科書では、この法律上の定義にしたがっている。筆者の見たところ決定的であるのは、以下の二点である。

第一に、ドイツの連邦通常裁判所が訴訟法説にしたがっているということ。そして第二に、同裁判所が、「生活事実関係」を言い換えた事実面の訴の理由は常に訴訟対象に含まれるということを表明している点である。

(2) 訴訟法説

「権利要求」（あるいは権利主張）という文言によって明らかにされているのは、訴訟対象概念は、具体的な請求権と同一ではないということである。あるいは更に言うならば、訴訟においては実体法の意味での請求権が訴求されるだけではなく、権利の確認が要求されたり、形成の訴権が主張されることもあるのであるから、訴訟対象概念は、具体的な権利と同一ではないのである。つまり先にあげた事例でいえば、裁判所が訴を審理する際の一つの観点であるドイツ民法（以下

BGBと略す）四三三条一項に基づく売買代金請求権と訴訟対象とは同一ではないのである——筆者はこの観点から唯一のものではないことを強調し、このことを附言する。

訴訟対象概念をこのように具体的な実体法概念から解放した結果、たとえばアルウェド・プロマイアー⁽⁶⁾は、訴訟法説の立場を採る学者は民事訴訟法と実体法との関係を絶つものであるとして、訴訟法説に立つ学者を批判した。

この批判は正当ではない。なぜならば、訴訟法説は、まさに実体法の効果的な実現をもたらそうとするものだからである。訴訟法説は、権利要求あるいは権利主張を基準とするが、この説は、訴訟の対象が実体法であり、この実体法を貫徹するために判決が必要であるということを否定するものではない。訴訟法説はむしろ、係争中のこの権利をアクチオ法的思考から解放して別の定義づけをすることを探究するものであり、その際我々の例についていえば、契約とか不当利得、不法行為といった実体法のカテゴリーを指向するのではなく、権利保護の目標を指向しているのである。原告が被告に一〇万マルクを要求する場合、この要求が売買、不当利得、不法行為のいずれによるものかということは、原告にはどうでもよいことであるし、訴訟法にとってもどうでもよいはずである。

したがって訴訟法説は、普通法上の原則、すなわち「我に事実を与えよ、されば汝に法を与えん」という原則を実現する。この原則にあつては、「汝に法を与えん」の部分は、「裁判所は法を知る」という原則によって補充されなければならぬ。「裁判所は法を知る」、この意味するところは、裁判所は、その知っている法を適用しなければならぬということである。すなわち、裁判所は、実体法のすべてのカテゴリーのもので、——つまり先の事例では契約、不当利得、不法行為すべてのもので——要求（権利主張）をあてはめてみなければならぬ。そして、この包摂作業は、訴は理由がある、あるいは訴は理由がないという解答がでるまで行なわれなければならない。

それゆえ、以下のように表現することもできる。つまり、特定の性質の実体権の具体的な主張——たとえば売買代金請求権——が訴訟対象なのではなく、一〇万マルクの支払いを求める権利の主張、すなわち特定の内容の権利の主張が訴訟対象である。こう考える場合にだけ、原告は最適な権利保護を受け、また判決が実際に「終局的」であることが保障される。つまり、たとえば売買契約の不存在を理由として支払いを求める訴が請求棄却された場合、引渡した商品は消費されしておりそれゆえ不当利得に基づく請求が認容されなければならぬ。

らないという理由で、この訴が繰り返されないとことが保障されている。

つまるところ訴訟法説は、——少なくともレントの「請求権競合」の著作以来——実体法説の大家も感づいていたことを敷衍したにすぎない。すなわち、複数の理由づけが可能な請求が存在するのである。たとえば、契約侵害は同時に不法行為である可能性がある。それゆえ賢明な実体法説によれば、この場合には二種の請求権が可能であるにもかかわらず、単一の請求が認められるものとされていた。訴訟法説は、単一の請求（訴訟対象の単位）を更に拡張した。その際、訴訟法説のうち二肢説においては、生活事実関係の単一性を指針としている。しかし、これによって訴訟法説が訴訟法と実体法の自然の結びつきを引き裂くということはない。むしろ訴訟法説は、実体法秩序の実現に包括的に貢献するのである。

(3) 独・日の比較法的考察

もとより筆者の弟子である坂本恵三の学位論文⁽⁸⁾を通じて、筆者は、現在ほぼ六年前の最初の日本訪問の時よりも、日本の訴訟対象論争の理解を深めている。筆者の知るところでは、日本の最高裁判所は実体法説に与しており、訴訟法説の支持者の間には、「生活事実関係」という概念についてある種の不信感がある。筆者が読んだところでは、最初の問題について

は、日本において弁護士強制主義が法律により定められていない限り、訴訟法説により定められる広い訴訟対象を採用することはできないのである。

さて、ドイツ連邦共和国において、合議体裁判所の面前では弁護士強制主義がとられているということは、確かにその通りである(ドイツ民事訴訟法以下ZPOと略す—七八条)。

しかし、裁判所が裁判すべき法律問題を裁判所に提起することは、当事者およびその弁護士の任務でも義務でもない。弁護士がなすべき事は、簡単に言えば、当事者が区裁判所の面前における本人訴訟において、弁護士ぬきでしなければならぬ事に他ならない。つまり、当事者が欲する事(権利主張、権利要求)と、いかなる理由(生活事実関係)をもって当事者が自己の権利を導き出すのかを申述し申し立てることなのである。他の事がらはすべて、——これは法適用なのであるが——裁判所のなすべき事からである。

さて、しかしながら、筆者も以下の事を認めざるを得ない。すなわち、「裁判所は法を知る」という原則が実現されるのは、いかなる事実が裁判にとって重要であり、いかなる法律問題を裁判所は裁判の際に扱うのかということが、裁判所によって当事者に提示される場合に限られるということである。

事実に関しては、まず第一にZPO一三九条において規定

されている裁判官の釈明・解明義務が有益である。この規定によれば、裁判長は、当事者が重要な事実の総てについて完全な陳述をなし、証拠方法を示すように努めなければならぬ。事実だけに該当するという裁判官の釈明・解明義務の本来的内容を、売買契約に基づく一〇万マルクの支払いを求めるといふ我々の例にそのままあてはめると次のようになる。つまり、裁判所の審理の結果、契約が無効らしいということが判明すれば、——訴訟対象についてこれを広く捉える訴訟法説の場合に限られるが——BGB八一二条の観点(不当利得)の下で法適用を可能とするために、物の消費について質問をする義務を裁判所は負うことになるが、不当利得が存在するかという法的問題を提起する義務まで裁判所が負うことはない。もつともこの事例においては、弁護士によつて代理されていない原告も、素人なりの同様の判断によつて、何が問題であるかを理解しよう。しかし、事件は通常もつと複雑なものである。

さて、筆者の弁護士時代のある訴訟の記憶によれば、あるドイツの高等裁判所が、争いのある本案の申立について詳細な証拠調べを行ない、その後これについて審理し、以下の理由で、この訴を請求棄却とした。その理由は、この高裁の考慮によれば、証拠調べは重要ではなく、以下の法的考慮——

この法的考慮が続いて述べられている——から、訴の理由がないことは明らかであるというものであった。

原告も被告も、そのような法的考慮を夢にも考えていなかった。つまり裁判は、不意打判決であった。この不意打判決に対し、敗訴した原告は、もはや何もできず、被告はもちろんこの判決に極めて満足した。

さてしかし、ZPO一三九条は、——その新たな形において——更に次のように言っている。すなわち、裁判所は必要限り、法的な面からも事実関係および紛争関係を当事者と討議しなければならぬ。そしてZPO二七八条三項は更に次のように規定している。

「当事者が明らかに看過し、または重要でないと考えた法的観点に基づいて裁判所が裁判できるのは、その点について表明の機会があった場合に限られる。」

法的観点、これは実体的な請求権をも意味するし、とりわけ実体的な請求権がこれにあたる。訴訟法的訴訟対象概念の場合には、実体法的訴訟対象概念と比べて不意打判決の危険性が高いということは、——これは一応認められることだが——以上のようにして排除される。いずれにせよ、裁判所がその義務を果たせば不意打判決は排除される。そして、このことを前提とすべきである。

ところで我々の議論については、現行ZPO一三九条・二七八条から、とりわけ以下のことも明らかとなる。すなわち、民事訴訟における訴訟対象概念が、実体法のカテゴリーにおいて定義された個々の権利以上に達するということである。

法的観点の討議について裁判所の負う前述の義務は、弁護士による代理が行なわれているか否かによつて、制限を受けるものではない。これは、私見によれば、法律から全く明白なことである。それゆえ、依然として若干の裁判所が考えているように、弁護士による代理がなされている場合には、要件を緩和した別の基準を設けるということは、法律違反である。むしろ連邦通常裁判所がZPO一三九条について、NJW一九七八年六九五頁において述べたことが、例外なく妥当する。すなわち、裁判所・当事者間の法律上および事実上の観点についての討議は、すべての点に及ばなければならず、その際裁判所は、弁論主義の適用のある場合には、もちろん弁論主義の枠内に留まらなければならないのである。

さて以下のような結論を導くことができる。このようにして、当事者およびその弁護士とともに法を探す積極的な裁判官を肯定すれば、弁護士強制が存在しないという観点から訴訟法説に対してなされた批判はすべて、無意味なものであることが明らかである。むしろこの場合にも、そしてまさにこ

の場合に、問題を訴訟法的に考察することが、法的紛争をできるだけ包括的に解決することに役立つ。この点で、我々の説は、新堂教授の「紛争解決の一回性理論」¹⁰⁾に接近するが、もちろんこれと同一ではない。我々の説による場合には、原告は自己の権利要求の支配者であるので、原告は権利要求を——一部請求を提起することによって——限定することができる。つまり、原告は権利主張を分割することはできるが、訴の原因を分割することはできないのである。さて続けて訴の原因について触れることにする。

(4) 訴の原因（生活事実関係）

訴訟法説にあって固有の訴訟法的なものが、訴の原因である。具体的な事実をとみなさない実体法上の請求権が訴訟対象なのではなく、訴訟対象は、特定の事実群すなわち生活事実関係に基づき、内容的に具体化された権利である。この内容的な決定によって、権利主張は実体法の個別的性質決定の枠を超え、生活事実関係との関連によって、請求権競合の意味で、もはや純粹に実体法的に一体を形成するのではない実体的な権利も考えられるのである。

すなわち、不法行為と契約違反とに基づく損害賠償の訴の問題を、請求権競合の意味において実体法的に解決することはできるとしても、売買に基づく支払請求権と——契約無効

の場合について予備的に——不当利得に基づく支払請求権を審理すべき場合には、請求権競合の意味で実体法的に問題を解決することはもはやできないのである。アクチオ——すなわち実体法的には——これは二つの請求権であって、この二つの請求権は、その額の点についても異なる可能性がある（通常、不当利得請求権の方が額がわずかである。いずれにせよ不当利得が一部消滅した場合にはそうである）。しかし、原告にその求めていること、つまり一〇万マルクの支払いを与え、かつ紛争を排除するために、訴訟の目的は、一個の訴訟対象を前提とすることを必要とする。この場合に単一性を達成するものが、生活事実関係なのである。

この概念に反対して——ドイツにおいても日本においても——多数の見解が著わされている。生活事実関係という概念については、とりわけ、厳密性が充分でないという批判がなされてきた¹¹⁾。ドイツの実務、つまり冒頭で引用した連邦通常裁判所の判決は、その特色を示すように、同裁判所がこの疑念に与しないことを実証している。この疑念も「机上の空論」¹²⁾である。

結局、批判する者のだれも、どうしたらもつとうまくできるのかを示していないのである。批判者たちは大抵、実体法を指摘しているが、それゆえに、何の役にも立たないことを

述べているのである。なぜならば、訴の基礎となり、判決を下す基礎となる事実を、どのように書き表わすことができるかという問題を、実体法は解決できないからである。

生活上自然なものの見方をする場合、内容的に確定された権利要求に関して一体をなす事実のすべてとしての生活事実関係の概念は、この概念がすべての問題を完全に解決できる程厳密に定義づけられたものではないということは、認めざるを得ない。しかし、これは実体法においても同様である。

損害賠償請求権の因果関係における相当性についても、たとえば、個々の事例において争うことができるのである。生活事実関係によって事実を限定する場合にも、事情は同じである。ともかく筆者は、更に厳密な定義がみつからない限り、この定義を維持するのである。

(5) 訴訟対象概念の単一性について

筆者の見解によれば、訴訟対象概念は民事訴訟全体、したがってまた、すべての訴に妥当するものである。しかし、訴訟対象を訴訟類型によって別個に定義する傾向がある。この傾向には古いものと新しいものがある。

たとえば西ドイツにおいては、ヤウエルニツヒが、職権主義の手續における訴の訴訟対象は弁論主義の手續における訴の訴訟対象と異なるという立場を唱えている。⁽¹³⁾更にバウムゲ

ルテルの見解⁽¹⁴⁾によれば、それぞれの訴の類型が、それぞれ別個の訴訟対象概念をもっている。最後に、筆者の読んだところによれば、損害賠償訴訟においてさえ、たとえば積極的損害が訴求されているのかそれとも消極的損害が訴求されているのかによって別個の訴訟対象が存在するという命題が擁護されている。更にこれは最高裁判所が基本的に出発点としている見解だということである。⁽¹⁵⁾

二 新たな議論

さて、新たな議論について述べてみる。この議論は、先例として挙げた諸命題とともに、——判例もそのように扱っているように——統一的な概念は消滅し、我々が概念の混乱の中で自らを見失なう危険を呼び起こすものである。

(1) 訴訟対象概念は依然として一体的なものである。

このことを確認することにより、筆者は新たな見解に対する反論をし、以下でこの理由づけを試みよう。

まず第一に、弁論主義と職権主義が訴訟対象概念に及ぼす影響というヤウエルニツヒの命題に関していえば、弁論主義職権主義というのは、訴の基礎となる事実⁽¹⁶⁾に該当しうるにすぎない。つまり、二つの訴訟原則は、だれが事実の提出の「支配者」であるか、すなわち当事者（弁論主義の場合）なのか裁

判所（職権主義の場合）なのかという問題に答えるものなのである。生活事実関係を基礎となる事実群であるとすれば、上述の二つの原則はだれがこの事実群を事実の提出によりあるいは事実の探知によって「呈示」しなければならぬのかということを述べているのである。「売買―譲渡―消費」という生活事実関係に基づく一〇万マルクの支払いを求めるといふ我々の例とした訴で考えてみよう。この事実関係を形成する個々の要素を訴訟に持ち込むこと、すなわち訴を完全に具体化することは、弁論主義の場合には当事者の任務であり、職権主義の場合には裁判所の任務である。このことは、訴訟対象自体とは何の関係もないのである。

次に、訴訟対象の定義が訴の類型ごとに異なるといふ見解について触れてみる。確かに、訴訟対象の議論の発火点となつたのは、ヴァントシャイトの定義の意味における請求権――すなわち他の者の作為または不作為を要求する権利――が訴求される給付の訴であった。この実体法上の請求権に範をとって、ZPOは訴訟対象を意味する箇所、しばしば「請求」といふ言葉を用いている。しかし、このよつな「請求権」だけが訴訟の対象でありうるのではないといふことは、争うことができない。確認の訴は（通常）請求権を基礎としないし、形成の訴は形成権の実現に役立つものなのである。それゆゑ、

訴訟対象の定義は、確認の訴と形成の訴も同様に包含する現象を説明するものでなければならない。

この二つの訴の類型――確認の訴と形成の訴――は、その実質的な本質についていえば、給付の訴の「子ども」である。ヴァントシャイトが、今日BGB一九四条に見い出される、古典的な彼の請求権の定義を文章化したとき、彼は確認の訴が独立した訴の類型であることをまだ知らなかつたのである。確認の訴は後に、実体的な確認請求権という訴の類型とみなされた。スイスの連邦裁判所は、確認の訴の適法性をこのように理由づけたし、今日でもこう理由づけている。形成の訴についていえば、この訴によって実体的な形成権が実現されるのである。このような権利の存在を、ヴァントシャイトはまだ知らなかつたのである。形成の訴という特別の権利保護形式は、今世紀に生まれたものである。

それゆゑ、訴訟対象論は、三つの権利保護形式のすべてを包含するように、訴訟対象概念を定めなければならないのである。

所有権確認の訴をとりあげてみよう。この訴では権利主張は、原告はある特定の物の所有権者であるといふ主張である。また、要求といふ言葉を優先させるならば、原告は特定の物についての自己の所有権の確認を要求するといふことにな

る。いずれにせよ、この権利主張あるいは権利要求は、所有権確認の訴の場合には、所有権という特定の法律関係を目的とするものである。したがって特定の性質の権利——所有権——が、裁判官の審判に付されているのである。権利主張——権利要求——は、ここでは、給付の訴の場合のように内容的に表現されたものではなく、特定の実体権に結びついている。

民事訴訟における訴訟対象についての筆者の書物の中で既に指摘したことであるが、この種の訴訟対象の具体化が許されるのは、法律がこれを許す場合と、そうすることについて原告が保護に値する利益を有する場合、この二つの場合の両方がいずれか一方の場合である。この具体化の利益は、給付の訴については原則として否定されなければならない。しかし確認の訴の場合にはまず法律自体が、「権利関係の存否の確認」¹⁸についてこの訴の形式を用いさせることによって（ZPO 二五六条、訴訟対象の具体化を可能にしている。更に法律は、原告がこの具体的な権利の確認につき法的な利益を持たなければならないことを要求している。

まさに、確認の訴についてのこの考慮は、訴訟法説を採る者は訴訟対象と実体法の関係を切断するという、訴訟法説に与する者を名宛人としてなされた実体法説の批判が、的はず

れであることを示している。民事訴訟において問題であるのは、——当然のことながら——実体権の貫徹である。しかしこの実体権は、訴訟の目標にあわせて調整されるものである。それゆえ、訴訟対象の「梓組」は、たとえば一〇万マルクの支払いとある物の引渡しを受けるということだけが原告にとって重要である給付の要求も、特定の権利関係に関する具体的な主張も、その枠内に席を見出しうる程度に広いものでなければならぬのである。

確認の訴の原因すなわち生活事実関係に関しては、この場合にも給付の訴の場合と全く同じことがあてはまる。生活事実関係は常に訴訟物に属する。訴の原因は、絶対的な権利の確認を求める訴の個別化のために何の役にも立たないというニキッシュのテーゼ¹⁹は、誤まりである。正当にも、既にZPOの理由書は、明確な原因のない訴であるとして確認の訴を許そうとしなかったのである。所有権確認の訴が「所有権譲渡」をその理由とした場合、この確認の訴が請求棄却されても、所有権が否定されることはない。それゆえ、たとえば所有権確認の訴を再び提起し、そこで相続を援用することは原告の自由である。それは、別個の生活事実関係なのである。

しかしニキッシュの説に基づけば、所有権は請求棄却判決

によって完全に否定されたことになる。だがこれは、既に結論からして正当ではありえない。もしこの請求棄却判決がニキッシュのいうような判決であるとすれば、更にこれは弁論主義と相容れないのである。当事者は所有権譲渡の事実群について争っただけであり、裁判官は仮りに相続の事実を知っていたとしても、これを援用することはできなかったのである。

確認の訴は、——バウムゲルテルの見解には反するが——我々の定義に適合するものであるということがわかるのである。同様のことは形成の訴にもあてはまる。形成の訴の訴訟対象は、特定の生活事実関係に基づき形成の要求によって構成されるのである。

最後に、給付の訴の裁判に用いられる、損害賠償訴訟の訴訟対象について日本で唱えられている説に関しては、ドイツの文献においてこれに対応するものはない。しかし、損害の種類を基準としたこの説の実体的な根拠づけは、両法秩序に同様に特有の概念の区別を利用したものである。損害の種類は、積極的損害（たとえば身体傷害）と消極的損害（たとえば身体傷害にともなう収入の喪失）である。更に損害は、財産上の損害または非財産的損害とすることができる。

損害賠償の訴の場合、生活事実関係は、侵害するべきこと、

すなわち侵害にいたる経緯と侵害の結果である。したがって訴の原因は、積極的損害も消極的損害もカバーする。権利主張に関しては、たとえば一〇万マルクの支払いを求める要求を考えてみれば、これは原則として、積極的損害および消極的損害という実体法で認められている二つの観点の下で審査されなければならない。しかしこのことは、原告は請求を財産的損害に限定することはできないということを意味するものではない。原告はこれを、申立てをその意思に応じて限定することによってすることができる。しかしこの場合、原告の訴は一部請求であり、これに対する判決は、逸失利益の残余請求に対して通常、先決関係をなすものである。

財産的損害と非財産的損害に関して日本の最高裁判所がとっている立場によれば、結局一個の実体的請求権が存在し、日本の最高裁は実体法説によっているので、一個の訴訟物が存在する。ここで判例は、感謝料請求が財産的損害の賠償請求を補充すると考えている。その結果、原告が財産的損害八〇〇万円、非財産的損害二〇〇万円、総額一〇〇〇万円を請求する場合、裁判官は総額一〇〇〇万円以上の賠償を言渡すことは許されないとすることが前提となるが、財産的損害として七〇〇万円、非財産的損害として三〇〇万円を認容することはできるのである。

筆者の讀んだところによれば、この判例の扱いは、日本的な心情になつたものであつた。²²⁾ 事實、損害賠償の二つの種類は明確に區別されるし、この區別が積極的損害と消極的損害という區別より明瞭であることは、実体法上疑いが無いと思われる。しかし、訴訟法説の立場からは、訴訟対象はこの二つの実体的請求権を包含すると論証することができる。一〇〇〇万円の支払いを求める訴の要求において、訴の原因に關していえば、これは前後の経緯を含めた事故であり、この訴の原因が二つの請求権をカバーするのである。こう考える方が、理由づけは簡潔である。

しかし筆者は、ドイツの判例にしたがつて、ここで一つの例外を設けたいと考える。訴訟対象は、訴訟法説によつても、主張された権利である。ただしこの権利は、内容的、量的に特定した権利であつて、質的に特定した権利ではない。しかし、訴訟対象が権利であることに変わりはないのである。それゆゑ、実体法の明確な基本的決定——ここでは慰謝料の例外的性格——が、訴訟法の上でも影響を及ぼすのである。筆者は、自分が「訴訟対象」の書物の中で書いたことを、三〇年以上たった今日もなお正当であると考へている。

——この点で——訴訟対象を訴訟法的に考察する枠の中で異物が見い出されるかもしれない。

しかし、これ(この例外)を否定するのではなく、肯定すべきである。こうした見解は、非財産的損害賠償請求権の特別な性格によつて正当化される。ドイツ民法が原則として(しかしBGB二五三条を参照のこと)非財産的損害の賠償も認めているならば、あるいは、ここで認められる例外的規制についての契機はないかもしれない……。

(2) 新実体法説

実体法説はその本来の形——すなわち訴訟係属した実体法上の権利が、それぞれ訴訟対象となるという形——では今日主張されていない。あるいは、ほとんど主張されていない。ヤウエルニツヒとバウムゲルテルのテーゼも、民法におけるヴァイントシャイトの請求権概念への回帰ではない。また、一般的にあるいはほとんど一般的に承認されていることであるが、請求権競合説は、法的紛争をできるだけ包括的に裁判するために裁判官が持つ必要のある遊び部分を保障していないし、同様にこの説は、当事者の利益とりわけ、通常自己の請求の法的位置づけを重要としない原告の利益にもかなわないものである。それゆゑ新しい学説は、同一の事実関係から發生する、実体法の意味における複数の請求権を、新種の実体法上の請求権に統合しようとしている。

ここでは、ラーレンツ⁽²⁵⁾とヨゼフ・エッサー⁽²⁶⁾そしてヘンケル⁽²⁷⁾を挙げておく。ヘンケルの考えによれば、問題は複数のアクチオが単一の処分の客体を形成するか否かである。グルンスキ⁽²⁸⁾も、処分の客体を中心に考えている。最後にゲオルギアデス⁽²⁹⁾の考えによれば、請求権の統合は、単一の目標に向けて行なわれなければならないのである。

先に筆者はこれらの新しい説を、「同一の現象を説明する別の方法」とよんだ。⁽³⁰⁾つまりこれらの説を詳細に検討してみると、これらの説は、訴訟法において得られた広い請求権概念を実体法に移植しているのである。先に挙げた学者の何人かは、これを認めている。しかし同時に、中には、訴訟法説の支持者によってもたらされたと思われている、実体法と訴訟法の分離に、反論を唱えているものもある。

つまるところ、我々のこの問題を実体法の中に移しもどすにしても、これに対しては、何ら異論はない。その場合、実体法は伝統的なアクチオ体系を訴訟法から解放するための衝撃、あるいは決定的な衝撃を受けることになろう。

しかし、正当にもカール・ハインツ・シュワープ⁽³¹⁾が気づいていることなのだが、そのためには法律の改正が必要なのである。個々の請求権を、拡張された実体法上の請求権の「法的観点」に格下げするという考えは、大変魅力的であるが、

消滅時効期間が異なるとか、「契約上の責任なのか不法行為上の責任なのか」によって証明責任の分配が異なるとか、ある「観点」は相殺に適するが他の観点は相殺に適さないといった事実は、そのまま残るのである。これらの事実がそのままである限り、実体法の意味における単一の「請求権」ということはできないのである。それゆえ、給付の訴の場合にも訴訟法の意味における訴訟対象は、主張された実体法上の請求権と同一視されえないということが堅持されるのである。

(3) ペーター・ベームの説

「訴訟対象をめぐる争い」はただくすぶり続けるだけでなく、繰り返し燃え上がるものであるということを、一九八六年に出版されたクラークの祝賀論文集に掲載されたペーター・ベームの「権利保護の目標を基準にした訴訟対象の位置づけ」という論文⁽³²⁾は示している。ベームが気にしているのも、「生活事実関係のすわりの悪さ」である。ベームもまた、再びモダンになったようにみえる「実体法への回帰」の傾向を免れることはできなかった。ベームは、訴訟対象概念について三肢説を提言している。確かにベームが考えているように、権利保護の目標（これは要求あるいは裁判所の審理に付された権利主張に他ならない）と基礎となる事実とが、訴訟対象を特定する。しかし、ベームの説によれば、事実関係は、適用さ

れるべき法規範の助けをかりて整序されなければならない。この規範が同一の機能を有する限り、これはその限りでは法効果（権利保護の目標）および事実関係が単一であることを定めるものであるから、訴訟対象に属することになる。以上がベームの説である。³³⁾

「個々の学説の概念の本質的な要素を取り入れ、批判的に自己のものとし、総合的な概念に統合する」というのが、ベームの掲げた目標である。筆者には、ベームは多くのことをしすぎたように思われる。ベームは、互いに相容れないことを一つにまとめることを試みたのである。更に、ベームの定義を実務で用いることはできない。なぜならば、実体法上の異なる権利が同一の機能を有するかという問題については、しばしば、しかも法律家の間において争われることがあるからである。生活事実関係の一体性についての争いの方が、いずれにせよ非法律家には理解しやすいためである。

それゆえ、実体法的でありかつ訴訟法的である解決をめざしたベームの試みは、失敗に終わったといえよう。その結果、この問題についての実体法的な物の見方と訴訟法的な物の見方のうちのいずれかに決断を下すことが残されているのである。

結 論

しかし、たとえ依然として強く主張されていようとも、新実体法説の意味していることは、訴訟法から実体法への回帰ではない。新実体法説は、伝統的な実体法上の範型に思考を回帰させるものではない。むしろこの説が試みているのは、民事訴訟における訴訟対象像を基準として、新たな実体法上の請求権を定義づけることなのである。この目標が実現されるならば、訴訟法説も祝福を受ける立場にある。そうなれば訴訟法説は、自らが望んだ以上のことを達成することとなる。

しかし、民法上の請求権の新しい概念を形成するにしても、これは訴訟上、給付の訴に限られるのである。確認の要求と形成の要求は、これには含まれないままである。しかし訴訟法説は、以下の長所をもっている。すなわち、すべての権利保護形式をカバーする一般的な訴訟対象概念を提供し、実務に困難を克服する手段を提供するという長所である。この長所のおかげで、実務は訴訟の迷路を確実に通過できているのである。

(一) Habscheid, Zur Lehre vom Streitgegenstand im deutschen Zivilprozess, in: Comparative Law,

- Annals of Tōyō University, Institut of Comparative Law 1983, Bd. 21, 87 ff. 風出' Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der Freien Willigen Gerichtspartei, 1956 (民法- Streitgegenstand 参考). Habscheid, Lehrbuch des schweizerischen Zivilprozessrechts, 1986 Nrn. 456 ff (民法- Lehrbuch 参考).
- (2) Karl Heinz Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1954 (民法- Streitgegenstand 参考); Rosenberg/Schwab, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 14. Aufl. § 96 (民法- Lehrbuch 参考).
- (3) BGH LM § 253 ZPO Nr. 56; BGH NJW 1983, 3891. Sp.
- (4) ハルツェンシュタット' Habscheid, Lehrbuch Nrn. 457 ff, 462 ff. 参考.
- (5) Nrn. 462 ff, 478.
- (6) Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozess, Festschrift für Lent, 1957, 43 ff.
- (7) Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess, 2 Bde. 1912 u. 1916.
- (8) Sakamoto, Rechtskräftige Entscheidung und Nachförderung in Unterhalts- und Schadensersatzsachen in Japan, Diss. Würzburg 1989, § 9. 参考. 根本' Grundprobleme des Zivilprozessrechts Bd. 2 参考. Someno, Grundprinzipien der Lehre vom Streitgegenstand, S. 207 ff. 参考. Muneo Nakamura, Der Prozessgegen-

- stand, Sein makroskopisches Studium, S. 107 ff. 参考. 藤本' 参考. 川口.
- (9) ハルツェンシュタット' 参考. 参考. Thomas/Putzo, ZPO 14. Aufl. § 139 Amn. 2 c, 3 a, § 278 Amn. 3, 参考. 参考. 参考.
- (10) ハルツェンシュタット' Sakamoto (参考) § 13 II. 参考.
- (11) A. Blomeyer (参考) 参考.
- (12) 参考. 参考. Habscheid, Streitgegenstand S. 75 m. Nw. 参考.
- (13) Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, 1967. ハルツェンシュタット' Habscheid, Bestimmen Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime den Streitgegenstand? Fam RZ 1971, 297 ff. 参考. 参考.
- (14) Zur Lehre vom Streitgegenstand, Jus 1974, 69 ff.
- (15) ハルツェンシュタット' Sakamoto (参考) §§ 9, 10. 参考.
- (16) ハルツェンシュタット' Habscheid (参考) 参考.
- (17) Habscheid, Lehrbuch, Nrn. 429 ff, 435 参考.
- (18) 参考. 参考. 「法律雑誌」 参考.
- (19) Streitgegenstand S. 151 ff.
- (20) Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1935, S. 14 ff.
- (21) ハルツェンシュタット' Habscheid, Streitgegenstand, S. 191 ff. (194, 195) 参考.

- (21) 民集二七卷三號四一九頁。これに就ては Sakamoto (前掲註∞) § 10 II. を参照。
- (22) それどころには前掲 Sakamoto § 10 II, 2.
- (23) Streitgegenstand の二二八・二一九頁の判例批評を参照(1)。(2)
- (24) Streitgegenstand S. 218 第四段をなす BGH Grosser ZS, JZ 1955, 670 ff = NJW 1955, 1675 ff を参照(1)。(2)
- (25) Schuldrecht Bd. 2, 11. Aufl. § 75 IV.
- (26) Schuldrecht 2. Aufl. § 23: Esser/Schmidt, Schuldrecht Allg. Teil, 5. Aufl. Bd. 1 § 2 I, 2
- (27) Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, 1968
- (28) Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. S. 27 ff insbes. 40.
- (29) Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, 1968.
- (30) Rimmelspacher, Materielrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandslehre im Zivilprozess, 1970, 177-178 の註釋を註 84, 360 を参照せよ。
- (31) Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, § 96 III, 4.
- (32) 八三頁
- (33) 上掲書とりわけ二二二頁以下。
- (34) 上掲書二二二頁。

(訳者あとがき)

本稿は、一九八九年五月一八日、チューリッヒ大学教授ハーブシャイト氏 (Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Walther J. Habscheid) が、比較法研究所におこなった講演の翻訳による (講演原題名: Die neuere Entwicklung der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess)。