

求スルヤニ在リ。——而シテ、如何ナル内容ノ判決ヲ要求スルヤヲ示スニハ、(イ)要求スル判決ノ種類即チ確認判決、給付判決若クハ形成判決ヲ要求スルヤヲ示スノ外、更ニ(ロ)訴訟物タル權利又ハ法律關係ノ全部若クハ一部ニ付キ判決ヲ要求スルモノナルヤノ範圍ヲ示ササルヘカラス。殊ニ金錢債權ヲ訴訟物トシ、金額給付ヲ命スル給付判決ヲ要求スル場合ニハ數字ヲ以テ該金額ヲ示ササルヘカラス。是レ、給付判決ハ、狹義ノ強制執行ノ債務名義トナリ、實質的調査權ヲ有セサル執行機關ニ於テ、執行スヘキモノタルカ故ナリ。

【註三】 訴訟カ我訴訟法ニ於テ有スル意義(本書「訴訟ノ原因ヲ論ス」七〇頁以下)参照。

夫レ然リ、訴訟ノ要素トシテ一定ノ申立ヲ記載スルコトヲ要スト雖モ、之ヲ記載スルノ目的及ヒ其意味ハ前述ニ盡キタリ。即チ、「原告某カ被告某ニ對シ、何レノ法律關係ニ付キ、如何ナル内容ノ判決アランコトヲ要求スルヤ」、殊ニ「如何ナル内容ノ判決アランコトヲ要求スルヤ」ヲ明ニスルニ盡キタリ。於是カ、訴ノ申立ヲ豫備的ニ結合スルハ、此意義ニ於ケル申立ノ一定ヲ缺タモノナルヤヲ檢スヘキナリ。

(一) 然レトモ、二箇以上ノ其自體一定セル申立ハ、假令豫備的ニ結合セラルモ、之カ爲メ一定ヲ缺キ若クハ不明確トナルヘキ理由アルコトナシ。此コトハ同一ナル請求ニ關スル申立ヲ豫備的ニ結合スル場合タルト、別異ノ請求ニ關スル申立ヲ豫備的ニ結合スルトニ因リテ異ナルコトナシ。(イ)

前掲ノ例ニ依ルニ、原告(甲)カ被告(乙)ニ對シテ有スル同一ノ不法行爲ニ基ク損害賠償請求權ト云ヘハ、其賠償請求權カ何レノ請求權タルヤハ固ヨリ明確ナリ、又其賠償請求ニ關シ「被告ハ原告ニ金千圓ノ賠償ヲ爲スヘシトノ判決ヲ要求スル」申立、若クハ「金七百圓ノ賠償ヲ爲スヘシトノ判決ヲ要求スル」申立カ其自體各一定セル申立タルコトハ論ヲ俟タス。更ニ(ロ)前掲後例ニ於テ、「被告(乙)ハ原告(甲)ニ貸金千圓ヲ拂フヘシトノ判決アリタシ」ト云フ申立並ニ「被告(乙)ハ原告(甲)ニ消費貸借カ無効ナルニ因リ不當ニ利得シタル金若干圓(例ハ千圓)ヲ返還スヘシトノ判決アリタシ」ト云フ申立カ、其自體各一定セル申立ナルコトモ亦論ヲ俟タス。

要スルニ、二箇以上ノ其自體一定セル訴ノ申立ハ、假令豫備的(又ハ選擇的)ニ之ヲ結合スルモ、之カ爲メニ不定ノ申立トナルモノニ非ス。故ニ、訴ノ申立ヲ豫備的ニ結合スルハ、決シテ不定ノ申立ヲ爲スモノニハ非ス。

(二) 果シテ然ラハ訴ノ申立ヲ豫備的ニ結合スルハ、訴ノ申立ヲ條件付ニ起スモノトシテ不適法ナルヤノ疑ヲ生シ、此點ヲ解決スルハ、即チ訴ノ申立ノ豫備的結合ノ適否ニ關スル主要ノ論點ヲ決スルモノナリ。

(1) 夫レ訴ノ申立ヲ條件付ニ起スト云フハ、申立ノ爲シ方即起シ方ヲ條件ニ繋ラシムルノ謂ヒニシテ、條件付權利ニ付キ判決アランコトヲ求ムル訴ノ申立ヲ無條件ニ起スコトヲ謂フモノニ非ス。

蓋シ、差出サレタル訴狀カ方式ニ合シ、且法定額ノ印紙カ貼用セラタルコトヲ裁判長ニ於テ認メタル場合、換言セハ方式ニ合シタル訴從テ訴ノ申立カ爲サレタル場合ニハ、コレニ依リテ訴訟ノ權利拘束ヲ生ス。詳言セハ、其訴、從テ訴ノ申立ニ依リテ起サレタル訴訟ハ裁判所ニ繫屬シ、裁判所ハ其訴ニ付キ審理シ且裁判スヘキ義務ヲ負ヒ、又被告ハ應訴シ且防禦ヲ爲スヘキ被強制的地位ニ置カルルモノナリ。故ニ、訴ノ申立ノ爲シ方若クハ起シ方ヲ條件ニ繫ラシムト云フハ、訴提起ノ完了ニ因リテ生スヘキ權利拘束ヲ條件ニ繫ラシムルモノナリ。即チ訴訟カ裁判所ニ繫屬スルヤ否ヤ從テ(a)裁判所カ審理シ且裁判スヘキ義務ヲ負フヤ及ヒ(b)被告カ應訴シ且防禦ヲ爲スヘキ被強制的地位ニ置カルルヤ否ヤヲ條件ニ繫ラシムルモノニ外ナラス。

而シテ、(ロ)權利拘束ノ發生ヲ條件ニ繫ラシムルト云フカ如キハ、私法々規ノ實現私權ノ保護ヲ以テ其任務トスル民事訴訟制度ノ終局ノ目的ト相容レズ。是レ(a)私法上ノ法律關係ノ存否ニ關スル不明確ヲ除去シ、且其内容ヲ實現スルコトヲ得セシムルカ爲ニ、爲サルヘキ訴訟行爲自體ハ其效力ヲ生スルヤ否ヤカ明確ナルニ非サレハ、一私權ニ關スル保護行爲ヲ要求スルカ爲メニ爲サルル訴訟ニ於テ、爲サレタル訴訟行爲カ果タシテ其效力ヲ生シタルヤ否ヤカ不明トナリ、所謂訴訟カ更ニ訴訟ヲ生ミ際限ヲ知ラス、到底迅速ニシラ且適確ナル私權ノ保護ヲ期スル所以ニ非ス。裁判所ニシテ、一々條件ノ成否ヲ審査シタル後ニ、訴ニ付キ審理並ニ裁判ヲ爲スト否トヲ決スヘキモノトスレハ、

到底訴訟事務ノ進行ヲ妨ケサルヲ得ス、又被告ニシテ一々條件ノ成否ヲ明ニシタル後防禦ヲ講スヘキモノトスルトキハ、或ハ無用ノ防禦ヲ爲スカ又ハ或ハ爲スヘキ防禦ヲ爲サスシテ不測ノ不利ヲ受クルコトヲ免レズ。如此キハ訴訟制度カ其使命ヲ充タス所以ニ非ス。故ニ訴ノ起シ方從テ訴ノ申立ノ爲シ方ニハ條件ヲ付スルコトヲ得サルモノト解スヘク、此如キハ又學說ノ一致スル所ナリ (Helmwig, Lehrbuch Bd. III S. 37; Derselbe, System Bd. I S. 312 a. a. O.)。且(9)原告カ訴ノ提起ニ依リ、被告ヲシテ防禦ヲ爲スヘキ被強制的地位ニ置クヲ得ルトハ、私法ニ於テ當事者カ、形成權ノ行使タル一方の意思表示ニ依リテ法律上ノ效果ヲ形成シ、關係人ヲシテ形成セラレタル法律上ノ效果ヲ尊重スルノ外ナキ被強制的地位ニ置クヲ得ルト其趣ヲ同クス(例ハ相殺ノ意思表示ニ依リ對當額ニ付キ受償債權ヲ消滅セシメ、受償債權者ヲシテ其效果ヲ尊重スルノ外ナカラシメ、又ハ法律行爲ノ取消ノ意思表示ニ因リ、該法律行爲ヲ遡及シテ消滅セシメ、相手方ヲシテ其效果ヲ認ムルノ外ナカラシムルカ如シ)。然カルニ、私法ニ於テハ形成權ノ行使タル一方の意思表示ニハ條件ヲ付スルコトヲ得サルモノトナス(例ハ民法五〇六條但書參照)畢竟法律上ノ效果ノ形成、從テ關係人ノ法律上ノ地位ノ不定ヲ避ケントスルカ爲メナリ。此規定ノ精神ハ訴ノ提起從テ訴ノ申立ヲ爲ス場合ニ、推及シ得ルモノト云ハサルヘカラス (vgl. Hellwig, System Bd. I S. 429 Anm. 7)。

要スルニ、訴ノ申立ヲ條件ニ繫ラシムト云フハ、申立ノ爲シ方從テ訴ノ起シ方ヲ條件ニ繫ラシム

ルモノ、換言セハ訴ノ提起ニ依リテ生スヘキ權利拘束ノ發生ヲ條件ニ繋ラシムルモノニシテ、(イ)裁判所ハ訴ニ付キ審理シ且裁判スヘキ義務ヲ負ヒタルヤ否ヤヲ確定ニ知ルコトヲ得ス、(ロ)相手方ハ應訴シ防禦ヲ講スヘキ被強制的地位ニ置カレタルヤ否ヤヲ確定ニ知ルコトヲ得サルモノナリ。從テ、訴ノ申立ヲ條件ニ繋ラシムルハ許スヘカラサルモノニシテ、此意義ニ於ケル條件付申立ハ不適法ナリト云ハサルヘカラス。

(2) 於是カ訴ノ申立ヲ豫備的ニ結合スルハ訴ノ申立ヲ條件付ニ爲スモノニ非ルヤノ問題ヲ生ス。

蓋シ、訴ノ申立ノ豫備的結合ハ、或ハ同一ノ請求ニ關シテ爲サレ、或ハ別異ノ請求ニ關シテ爲サル。何レノ場合ニ於テモ、原告ハ第一位ノ申立カ理由ナシトセラル場合ノ爲メニ第二位ノ申立ヲ爲シ、又第二位ノ申立カ理由ナシトセラル場合ノ爲メニ第三位ノ申立ヲ爲ス等、先位ノ申立カ理由ナシトセラル場合ノ爲メニ遞次、次位ノ申立ヲ爲スモノナリ。故ニ、第二位以下次位ノ申立ハ、何レモ先位ノ申立カ理由ナキ場合ニ限り裁判セラルヘキモノ換言ハセ第二位以下ノ申立ハ條件付ニ起ラレタルモノナルカ如キ外觀ナキニ非ス。然レトモ如此キハ皮想ノ見タリ。

(1) 同一ノ請求ニ關スル訴ノ申立カ豫備的ニ結合セラレタル場合ニハ、其請求ニ依リテ判決ヲランコトヲ要求セラル法律關係(即訴訟物タル法律關係)ノ權利拘束カ第一位ノ訴ノ申立ニ依リ直

チニ且無條件ニ生スルコトハ疑ヲ容レズ。前掲例示ニ於ケルカ如ク、甲者カ乙者ノ同一ノ不法行爲ニ基ク損害ノ賠償ヲ請求セントシテ「乙ハ甲ニ其不法行爲ニ基キ金千圓ノ損害ヲ賠償スヘシ、但裁判所カ之ヲ以テ多キニ失ストナス場合ニハ金七百圓ノ損害ヲ賠償スヘシ」トノ訴ノ申立ヲ爲シタル場合ニハ、「乙ハ甲ニ其不法行爲ニ基キ金千圓ノ損害ヲ賠償ヲ爲スヘシ」ト云フ第一位ノ申立ヲ爲スニ因リ、訴訟物タル損害賠償請求權ニ關スル訴訟ノ權利拘束カ無條件ニ發生スルコトハ論ヲ俟タス。而シテ第二位ノ申立ハ、同一ノ法律關係ニ關シ、單ニ第一位ノ申立ニ於テ要求スルモノヨリ、範圍ニ於テ少キモノヲ要求スルニ止ルカ故ニ、新ニ權利拘束ヲ生スヘキ別異ノ法律關係アルコトナシ。從テ、問題ノ場合ニハ、第二位以下ノ申立ニ依リ、訴訟物タル法律關係ノ權利拘束カ、條件付ニ發生スト云フ疑ヲ狹ムヘキ餘地アルコトナシ。——是レ、別異ノ請求ニ關スル訴ノ申立ノ豫備的結合ヲ認ムルハ、訴ノ申立ヲ條件付ニ爲スコトヲ認ムルモノナリトシテ、之ヲ否認セントスル論者ト雖モ同一ノ請求ニ關スル訴ノ申立ノ豫備的結合ハ、仍ホ其適法ナルコトヲ認ムル所以ナリ(N. B. ECHUS edenda)。

(2) 別異ノ請求ヲ豫備的ニ併合シ、各請求ニ該當スル訴ノ申立ヲ豫備的ニ結合スル場合ニハ、第二位以下ノ請求ニ關スル權利拘束ノ發生ハ、先順位ノ請求ニ關スル審理及ヒ裁判ノ終了ヲ以テ條件トセサルヤハ、一見疑ヲ生スヘキナリ。

然レトモ、吾人ハ請求ノ豫備的併合ハ、法律上論理的ニ先後ノ順位ヲ付スルコトヲ得ル請求ニシテ、且順位ノ請求ノ理由アルコトカ法律上論理的ニ後順位ノ請求ノ消極的要件ヲ爲シ又先順位ノ請求ノ理由ナキコトカ法律上論理的ニ後順位ノ請求ノ積極的要件タル場合ニ限り、爲スコトヲ得ルモノトシタリ(前述第一目第二段以下)。然カルニ、豫備的ニ併合セラレタル請求間ニ、右ニ述フルカ如キ關係アル場合ニハ、先順位ノ請求ニ付キ審理シ若クハ裁判スルハ、又同一瞬時ニ後順位ノ請求權ノ前提要件(先決問題)ニ付キ審理シツツアルモノタリ。例ハ前掲ノ例示ニ於テ、貸金返還請求ノ當否、從テ同額ノ金銭ヲ返還スヘキ旨ノ合意ノ效力ニ付キ審理スルハ、一面ニ於テハ該貸金返還請求權ノ存否ヲ明ニスルカ爲メナリト雖モ、他ノ一面ニ於テハ又同時ニ、其合意ノ無効ニ基ク不當利得返還請求權ノ前提要件ノ存否ニ付キ審理シツツアルモノナルカ如シ。

斯クノ如ク請求ノ豫備的併合ノ場合ニハ、第一位ノ請求其他先順位ノ請求ニ付キ審理シ、且裁判スルハ又同一瞬時ニ、第二位其他後順位ノ請求ノ前提要件ノ存否ヲ審理シツツアルモノナルカ故ニ、請求ヲ豫備的ニ併合シ、各請求ニ該當スル訴ノ申立ヲ豫備的ニ結合シテ訴ヲ提起シタルトキハ、請求併合ノ他ノ體様ニ於ケルト等シク、併合セラレタル總テノ請求ニ付キ直チニ且無條件ニ訴訟ノ權利拘束ヲ生スルモノト解セサルヘカラス。第一位ノ請求ニ關スル審理及ヒ裁判ノ結了ニ因リテ、初タテ第二位ノ請求ニ關シテ審理及ヒ裁判ヲ爲スヘキ、裁判所ノ義務又ハ應訴若クハ防禦ヲ爲スヘキ

相手方ノ責任カ發生スルモノナリト解スルハ誤マレリ。第三位以下ノ請求ニ付キテ論スルモ亦同シ。

要スルニ、別異ノ請求ヲ豫備的ニ併合シ之ニ該當スル訴ノ申立ヲ豫備的ニ結合シテ、訴ヲ提起シタル場合ニ於テモ、其訴ノ提起ニ因リ、直チニ且無條件ニ併合セラレタル總テノ請求ニ付キ權利拘束ヲ生シ、裁判所ハ總テノ請求ニ付キ審理シ且裁判スル義務ヲ負ヒ、又相手方ハ總テノ請求ニ付キ應訴シ且防禦ヲ講スル責任ヲ負擔スルモノタリ。而シテ、右裁判所ノ義務並ニ相手方ノ責任ハ、先順位ノ請求ニ付キ辯論シ裁判スルハ、同一瞬時ニ後順位ノ請求ニ關スル前提要件ニ付キ辯論シ且裁判スルモノナルカ故ニ、理想的ニ完フセラレルコトヲ得。狹義ノ單純併合ノ場合ニ於テハ、併合セラレタル數多ノ請求ニ付キ同時ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲スハ困難ニシテ且訴訟手續ノ錯雜ヲ生スル虞アリト雖モ、豫備的併合ノ場合ニ於テハ斯ル困難並ニ虞アルコトナシ。——故ニ、別異ノ請求ヲ豫備的ニ併合シタル訴ヲ以テ、訴ヲ條件付ニ起スモノナルカ如クニ考フルハ、請求間ニ法律上論理的ニ前掲ノ意義ニ於ケル不兩立の關係ノ存スルコトヲ無視シタル謬論ト云ハサルヘカラス。

第三目 要 約

要之、(一)一個ノ訴ヲ以テ數箇ノ別異請求ヲ豫備的ニ併合スルハ、番ニ請求ノ併合ニ關スル第一九一條ノ規定ニ違背セサルノミナラス、訴訟法ノ專口獎勵スル所ナリ。是レ、第一九一條ノ規定ハ、

十七、請求ノ豫備的併合及ヒ選擇的併合

請求併合ノ態様ヲ制限セザルノミナラス、一定ノ關係アル數個ノ請求ノ併合ハ、現行法ノ獎勵スル所ナルカ故ナリ。

(二) 而シテ、一箇ノ訴ヲ以テ別異ノ請求ヲ豫備的ニ併合スル場合ニハ、各請求ニ該當スル訴ノ申立ノ豫備的結合ヲ伴フモノナリト雖モ、(1)豫備的ニ結合セラレタル訴ノ申立ハ、決シテ不定ノ申立ニ非ラス。其旨趣一定セル申立ハ、結合ニ因リテ不定トナルコト無シ。(2)疑ヲ生スルハ、第二位以下ノ請求、從テ之ニ該當スル訴ノ申立ハ、條件付ニ起シタルモノニ非ルヤノ點ナリト雖モ、吾人ノ主張スルカ如ク、法律上論理的ニ、先順位ノ請求ノ理由アルコトカ後順位ノ請求ノ消極的要件タリ又先順位ノ請求ノ理由ナキコトカ後順位ノ請求ノ積極的要件タル場合ニ限リ、請求ノ豫備的併合ヲ認ムヘキモノトスルトキハ、先順位ノ請求ニ付キ審理シ裁判スルハ又同時ニ後順位ノ請求ノ前提要件ニ付キ審理シ裁判スルモノナルカ故ニ、請求ノ起シ方若クハ訴ノ申立ノ爲シ方ニ條件ヲ付スルモノニ非ス。換言セハ第二位以下ノ請求ニ關スル權利拘束ノ發生ヲ、先順位ノ請求ニ關スル審理ノ結了及ヒ裁判ノ結果ニ懸ラシムルモノニ非ルコトハ、疑ヲ容ルヘキ餘地ナシ。

第二項 請求ノ豫備的併合ノ場合ニ於ケル審理及ヒ裁判

第一目 一般ノ訴訟物ノ價格、審理ノ順序、請求ノ認諾及ヒ判決ノ性質

請求ノ豫備的併合ノ場合ニ於テモ、裁判所ハ(1)先ツ請求併合ニ特別ナル適法要件ヲ調査シ(一九一條)、其要件ノ具備スルコトヲ認ムル場合ニハ、更ニ一般訴訟要件(Processvoraussetzungen)ノ存否ヲ調査セザルヘカラス。而シテ、(2)右適法要件並ニ訴訟要件ノ具備ヲ認ムル場合ニハ、豫備的ニ併合セラレタル本案請求ニ付キ審理シ且裁判スヘキコトハ、請求併合ノ他ノ態様ニ於ケルト異ナルコトナシ。此等ノ點ニ付キ詳論スルハ本篇ノ目的トスル所ニ非ス。茲ニハ、請求ノ豫備的併合ノ場合ニ於ケル審理並ニ裁判ニ關シ、特ニ問題トナルヘキ二三ノ點ヲ論スルニ止ムヘシ。

一 訴訟物ノ價格

一箇ノ訴ヲ以テ數箇ノ請求ヲ爲ストキハ、第三條第二項ニ掲ケタル附隨的請求ノ外其額ヲ合算スヘキモノナルコトハ、第四條ノ定ムル所ナリ。此規定ハ、其文句ノミヲ見ルトキハ、苟クモ數多ノ請求カ併合セラレタル場合ニハ、常ニ其額ヲ合算スヘキモノナルカ如キ觀アリ。然レトモ、訴訟物ノ價格ハ、本來原告カ訴訟物ト爲セル法律關係ニ關シ、勝訴判決ヲ受クルニ付キ直接ニ有スル利益ヲ、客觀的ニ評定シタルモノニ外ナラス。故ニ、原告ノ併合シタル數個ノ請求カ、法律上ニ於テハ獨立且別異ノ請求ナルモ、經濟上ニ於テハ同一ノ請求タルニ過キサル場合ニハ、其數箇ノ請求ヲ認ムル判決ヲ受クルニ付キ原告カ有スル利益ハ、一請求ノミヲ認ムル判決ヲ受ケタル場合ニ於ケルト異ナルコトナキカ故ニ、其額ヲ合算スヘキ理由アルコトナシ。故ニ、法律上ノミナラス、經濟上ニ

於テモ獨立セル數箇ノ請求カ、同等ノ請求トシテ併合セラレタル場合ニ限り、其額ヲ合算スヘキモノト解ササルヘカラス (Helwig, Lehrbuch Bd. II S. 149 f.; Förster-Kann, Nr. 1 zu § 5 C. P. O.)。此原則ハ請求併合ノ態様如何ニ拘ハラズ適用スヘキナリ。而シテ、(イ)狹義ノ單純併合ノ場合ニ於テハ、原告ハ數箇ノ請求ヲ併合シ、該數箇ノ請求ノ總テヲ認ムル判決アランコトヲ要求スルモノナルカ故ニ、苟クモ該數箇ノ請求ニシテ經濟上ニ於テモ各獨立ナル場合ニハ、其額ヲ合算スヘキハ論ヲ俟タス。又(ロ)從屬的併合ノ場合ニ於テモ、(a)先決問題タル法律關係ト結果タル法律關係トカ、經濟上ニ於テモ獨立ナル場合ニハ、其額ヲ合算セサルヘカラス。然レトモ若シ、(b)先決問題タル法律關係ヲ認ムル判決アランコトヲ要求スルハ、専ラ結果タル法律關係ヲ認ムル判決アランコトヲ要求ノ手段タルニ外ナラサル場合ニハ、經濟上ニ於テハ、後ノ判決ノミヲ要求シタル場合ニ於ケルト一般ナルカ故ニ、各請求ノ額ヲ合算スヘキニアラス (Helwig, Lehrb. II S. 196)。結果タル請求ニ依リテ訴訟物ノ價格ヲ定ムヘキナリ。更ニ(ハ)選擇的併合ノ場合ニ於テハ、原告ハ、選擇的ニ併合セラレタル總テノ請求ヲ認ムル判決アランコトヲ要求スルモノナリト雖モ、終局ニ於テハ選擇權ノ行使、其他ノ關係ニ依リテ定マル一請求ノミノ満足ヲ受クルモノナルカ故ニ、各請求ノ額ヲ合算スヘキ理由ナシ。詳細ハ後ニ論スヘシ(次款參照)。

請求ノ豫備的併合ニ在リテハ、原告ハ法律上論理的ニ定マルヘキ順序ニ從ヒ、併合シタル請求ニ

順位ヲ付シ、常ニ先順位ノ請求ヲ認ムル判決アランコトヲ要求シ、先順位ノ請求カ理由ナシトセラレ場合ニ限リ、後順位ノ請求ヲ認ムル判決アランコトヲ要求スルモノニシテ、豫備的ニ併合シタル總テノ請求ヲ認ムル判決アランコトヲ要求スルモノニアラス。故ニ、請求ノ豫備的併合ノ場合ニ於ケル訴訟物ノ價格ハ、(イ)各請求ノ額ヲ合算スヘキモノニ非サルハ勿論、(ロ)原告カ最先順位ヲ付シタル請求即第一位ノ請求ニ依リテ、定ムヘキモノト解セサルヘカラス。學者ハ豫備的ニ併合セラレタル請求中、最高額ノ請求ニ依リテ訴訟物ノ價格ヲ定ムヘシトスルヲ以テ通常トス (Helwig, Lehrbuch III S. 82 u. Anm. 221; Incurius, sedenda S. 222; Förster-Kann, Nr. 1 b, dd zu § 5; Skonje zki-Gelpcke Nr. 2 zu § 5 C. P. O.)。蓋、原告カ第一順位ヲ付シタル請求ハ、原告ニ最モ有利ナル請求タルヲ常トシ、從テ第一位ノ請求ノ價格ハ、後順位ノ各請求ノ價格ヨリモ高キヲ通常トスヘキカ故ニ、此說ハ實際ノ結果ニ於テハ、吾人ノ主張ト異ナルコトナカルヘシ。然レトモ、請求ノ順位如何ニ拘ハラズ、最高額ノ請求ニ依ルヘシトスルハ、其理由ヲ解スルコトヲ得ス。畢竟豫備的併合ト選擇的併合トノ區別ヲ明確ニセサルニ座スルモノト云ハサルヘカラス、註釋。

【註釋】選擇的併合ノ場合ニ於テ、原告カ選擇權ヲ有スルトキハ高額ノ請求ニ依リ又被告カ選擇權ヲ有スルトキハ低額ノ請求ニ依リテ、訴訟物ノ價格ヲ定ムヘシト云フハ通説ノ認ムル處ナリ(尙ホ次款參照)。

二 請求ノ認諾

十七、請求ノ豫備的併合及ヒ選擇的併合

請求カ豫備的ニ併合セラレタル場合ニ於テ、(1)被告カ第一位ノ請求ヲ認諾シタルトキハ、裁判所ハ原告ノ申立ニ因リ、其認諾ニ基キ、原告ノ第一位ノ請求ヲ認ムル判決ヲ爲スコトヲ得ルハ論ヲ俟タス(二二九條)。此判決ハ、第一位ノ請求ヲ認ムルト同時ニ、豫備的ニ併合セラレタル後順位ノ一切ノ請求ヲ棄却スルモノタルカ故ニ、全部ノ終局判決ニシテ(後述參照)、當該審級ニ繫屬スル全部ノ訴訟カ之ニ因リ、該審級ヲ離脱スヘキハ疑ヲ容レズ。

反之(2)被告カ第二位ノ請求ノミヲ認諾シタル場合ニハ、假令原告カ該認諾ニ基キテ判決アランコトノ申立ヲ爲スモ、苟クモ原告カ第一位ノ請求ヲ取下ケ若クハ拋棄スルカ又ハ裁判所カ第一位ノ請求ノ理由ナキコトヲ認メタル後ニ非サレハ、裁判所ハ其認諾ニ基キ第二位ノ請求ヲ認ムル判決ヲ爲スコトヲ得ス(Buccerius, *elenda S. 219 a. a. O.*)。被告カ、第三位以下ノ後順位ノ請求ノミヲ認諾シタル場合ニ於テモ亦同様ナリ。是レ請求ノ豫備的併合ノ場合ニハ、後順位ノ請求ハ、法律上且論理上先順位ノ請求カ理由ナキ場合ニ限り理由アルコトヲ得ヘキモノタルカ故ニ、先順位ノ請求ノ當否ニ付キ先ツ裁判ヲ爲スコトヲ要シ、從テ其當否カ未タ定マラサルニ當リ既ニ後順位ノ請求ヲ理由アリトスルハ、矛盾タルカ故ナリ。

三 判決ノ性質

(一) 第一位ノ請求ヲ理由アリトスル判決ハ、第一位ノ請求ヲ認ムルト同時ニ第二位以下後順位

ノ一切ノ請求ヲ棄却スル判決タリ。是レ豫備的併合ノ特色ハ、恰モ第一位ノ請求カ理由アル場合ニハ、法律上論理的ニ、第二位以下ノ請求ハ理由アルコトヲ得ス、原告モ亦タ第一位ノ請求カ理由ナシトセラル場合ニ限り第二位ノ請求ヲ理由アリトスル判決ヲ要求スルモノタルカ故ナリ。斯クノ如ク、第一位ノ請求ヲ理由アリトスル判決ハ、獨リ第一位ノ請求ノミナラス同時ニ後順位ノ一切ノ請求ヲ棄却シタル裁判、換言セハ一箇ノ訴ヲ以テ豫備的ニ併合セラレタル一切ノ請求ニ付キ爲シタ裁判ナルカ故ニ、此判決カ全部ノ終局判決(二二五條一項)ナルコトハ疑ヲ容レズ (Fürster-Kann, Nr. 2 d β zu § 260 C. P. O. S. 655)。

(二) 反之、第一位ノ請求ヲ理由ナシトスル判決ハ、第一位ノ請求ヲ棄却スルト同時ニ、第二位ノ請求ノ前提要件ニ付キ裁判スルモノタリ。前掲ノ例示ニ依レハ、消費貸借ノ合意ヲ無効ナリトシテ、貸金返還請求ヲ理由ナシトスル判決ハ、第一位ノ請求ヲ棄却スルト同時ニ、第二位ノ請求即チ不當利得返還請求ノ前提要件タル法律上ノ原因カ缺ケタルコト (*causa finita*) ヲ認ムル裁判ナルカ如シ。而シテ、一箇ノ訴ヲ以テ起シタル數箇ノ請求中ノ一箇即第一位ノ請求ヲ棄却スル判決カ、一分ノ終局判決ナルコトハ民事訴訟法第二二六條ノ明文上論ヲ俟タス (Hellwig, *Lehrbuch III S. 81 u. Anm. 29*)。學說ニハ、右判決ヲ以テ、中間判決ナリトスルモノナキニ非ス (Seuffert, Nr. 2 c zu § 260; Buccerius, *edenda S. 216; vgl. Schmidt, Lehrbuch 2 Aufl. S. 835*)。然ラトモ、此說ハ專ラ第一位ノ請

求ヲ棄却スル判決カ、又同時ニ第二位ノ請求ノ前提要件ヲ認ムル裁判タルノ點ノミニ留意シ、却テ該判決カ第一位ノ請求ヲ棄却スル終局判決ナルコトヲ忘レタルモノニシテ、誤マレリト云フヘシ。是レ、中間判決ハ獨立ナル攻撃方法若クハ防禦方法又ハ中間ノ争ヲ裁判シ、依リテ終局判決ヲ準備スルモノタルカ故ニ(二二七條)、第二位ノ請求ニ關シテハ、爲サルヘキ終局判決ヲ準備スルモノナリト雖モ、該判決カ第一位ノ請求ヲ棄却シタル裁判ナルコトハ、之ヲ無視スルコトヲ得サルカ故ナリ。

面シテ、第一位ノ請求ヲ棄却スル判決(一分判決)アリタル後ニ、第二位ノ請求ヲ認メ又ハ之ヲ棄却スル判決カ亦一分判決タルコトハ論ヲ俟タス(二二六條)。——又第三位以下ノ請求カ併合セラレタル場合ニハ、第二位ノ請求ヲ認ムル判決ハ、同時ニ又第三位以下後順位ノ一切ノ請求ヲ棄却スル判決ナリト雖モ、第一位ノ請求ヲ棄却シタル判決ト合シテ全部ノ終局判決ヲ爲スヘキモノニシテ一分判決タルニ止マル。

第二目 請求ノ豫備的併合ト控訴

一 請求ノ豫備的併合ノ場合ニ於テ、

(イ) 第一位ノ請求ヲ理由アリトスル判決ハ、該請求ヲ認ムルト同時ニ、豫備的ニ併合セラレタル後順位ノ一切ノ請求ヲ棄却スル全部ノ終局判決ナリ。

第一位ノ請求ヲ棄却スル判決ハ、一分ノ終局判決ニシテ中間判決ニ非ス。

(ロ) 第二位ノ請求ヲ理由アリトスル判決ハ、該請求ヲ認ムルト同時ニ、第二位以下後順位ノ一切ノ請求ヲ棄却スル一分ノ終局判決ナリ。

第二位ノ請求ヲ棄却スル判決ハ、一分ノ終局判決ナリ。

(ハ) 第三位以下ノ請求ニ對シテ爲サレタル判決ニ付キテハ、第二位ノ請求ニ對スル判決ニ關スル所説ヨリ、類推スルコトヲ得ヘシ。

此如ク、第一位ノ請求並ニ第二位以下ノ請求ニ付キ爲サルル判決ハ、何レモ終局判決タルカ故ニ、獨立シテ控訴ヲ爲スヲ得ルコトハ疑ヲ容レヌ(三九六條)。

二 又前掲列記ノ關係ニ注意スルトモハ、控訴審ニ於ケル辯論及ヒ裁判ニ付キ、解決シ難キ問題ヲ生セサルヘキコトヲ疑ハス。然レトモ、學者ニハ此關係ヲ明ニセサルカ爲メ、控訴審ニ於ケル裁判ニ付キ、惑フモノナキニ非ス。茲ニハ、學者カ問題トシタル一二ノ點ニ付キ論及スルニ止ムヘシ。

(1) *Ecclus* カ一問題トセルハ、

一 審裁判所カ第一位ノ請求ヲ棄却シタル後、第二位ノ請求ヲ認メタル場合ニ於テ、原告カ控訴ヲ提起シタリト假定セヨ。此場合ニ於テ控訴裁判所カ第一位ノ請求ヲ認ムルトキハ、第一位ノ請求ヲ棄却シタル一審判決ハ廢棄セラルト雖モ、第二位ノ請求ヲ認メタル一審判決ハ、右控訴判決ト併存

シ、訴訟上ノ難問ヲ生ス」(Ecclus, edenda S. 114) ト云フニ在リ。

然レトモ、此如キハ決シテ難問ニ非ス。蓋シ Ecclus カ之ヲ以テ難問視シタルハ、第一位ノ請求並ニ第二位ノ請求共ニ、一箇ノ訴ヲ以テ起シタル數箇ノ請求ニシテ、第一位ノ請求ヲ棄却スル裁判ト第二位ノ請求ヲ認ムル裁判トハ、相合シテ一箇ノ全部終局判決ヲ爲スモノナルコト(二二五條一項)、從テ裁判所カ先ツ第一位ノ請求ヲ棄却スル判決ノミヲ爲シタル場合ニハ、其判決カ一分判決ナルコトヲ(二二六條)充分留意セサリシニ因ルモノト云ハサルヘカラス。

先ツ(1)一箇ノ全部終局判決ヲ以テ第一位ノ請求ヲ棄却シ且第二位ノ請求ヲ認ムル判決ヲ爲シタル場合ヲ觀察スヘシ。此場合ニ於ケル控訴カ該判決ノ全部ニ對シテ不服ヲ申立ツルモノナルコトハ固ヨリ論ヲ俟タス(四〇一條)。而シテ、控訴人カ口頭辯論ニ於テ、「第一位ノ請求ヲ棄却シタル裁判ノ廢棄ヲ求ムル」旨ノ控訴申立ヲ爲シタルニ止リ、特ニ「第二位ノ請求ヲ認メタル裁判ノ廢棄ヲ求ムル旨」ノ控訴申立ヲ爲ササリシモノト假定スルモ、請求ノ豫備的併合ノ場合ニ於テ、第一位ノ請求ヲ認ムルハ同時ニ又第二位以下後順位ノ一切ノ請求ヲ棄却スルモノナルコトハ前述ノ如シ(請求ノ認諾ノ部參照)。故ニ、「第一位ノ請求ヲ棄却シタル裁判ヲ廢棄シ、第一位ノ請求ヲ認メンコトヲ求ムル」控訴申立ハ、同時ニ又「第二位ノ請求ヲ認メタル一審ノ裁判ヲ廢棄センコトヲ求ム」ルモノト解セサルヘカラス。若シ、裁判長ニ於テ、控訴ノ申立ヲ不明ナリトセハ、之ヲ釋明スヘキノ

ミ(一一二條)。——故ニ、控訴裁判所カ控訴人(原告)ノ第一位ノ請求ヲ認ムル場合ニハ、一審判決即チ第一位ノ請求ヲ棄却シ且第二位ノ請求ヲ認メタル一審判決ヲ廢棄シ、第一位ノ請求ヲ認ムル判決ヲ爲セハ可ナリ。從テ Ecclus カ問題トセルカ如キ、第一位ノ請求ヲ認ムル控訴判決ト第二位ノ請求ヲ認ムル一審判決トカ併行シテ存在スルカ如キ現象ヲ生スルコトナシ。

更ニ前掲ノ場合ニ於テ(2)一審裁判所カ先ツ第一位ノ請求ヲ棄却スル一分判決ヲ爲シ、原告カ該判決ニ對シテ控訴ヲ爲シタル後、第一審裁判所カ第二位ノ請求ヲ認ムル他ノ一分判決ヲ爲シ、然カモ被告ハ後ノ一分判決ニ對シテ控訴ヲ起ササリシト假定セン。此場合ニ於テ、控訴裁判所カ控訴ヲ理由アリトシ從テ、前ノ一分判決ヲ廢棄シ、控訴人(原告)ノ第一位ノ請求ヲ認メタルトキハ、第一位ノ請求ヲ認ムル控訴判決ト第二位ノ請求ヲ認ムル一審判決トカ併存スルカ如キ外觀ナキニ非ス。然レトモ、請求ノ豫備的併合ノ場合ニハ、第二位ノ請求ハ第一位ノ請求カ理由ナキコトヲ以テ前提要件トスルモノタリ。換言セハ、第一審裁判所ハ、第一位ノ請求ヲ棄却スル一分判決ヲ爲シタル後、其一分判決カ上級審ニ於テモ維持セラルヘキコトヲ前提要件トシテ、第二位ノ請求ヲ認ムル判決ヲ爲シタルモノト解ササルヘカラス。恰カモ、防訴抗辯棄却ノ判決ヲ爲シタル後該判決カ上級審ニ於テモ維持セラルヘキコトヲ前提要件トシテ、本案ニ關スル判決ヲ爲シ(二〇七條二項但書參照)、又ハ請求ノ原因ヲ正當ナリトスル判決ヲ爲シタル後、其判決カ上級審ニ於テモ維持セラルヘキコト

ヲ前提要件トシテ、數額ニ關スル判決ヲ爲シタル場合ト同一ナリ(二二八條二項後段)。而シテ、此等ノ場合ニ於テ、防訴抗辯棄却ノ判決若クハ請求ノ原因ヲ正當ナリトスル判決カ、上級審ニ於テ廢棄又ハ破毀セラレ、該上級審ノ判決ヲ確定シタルトキハ、本案ニ關スル判決又ハ數額ニ關スル判決ハ、前提要件ノ消滅ニ因リ當然消滅スルモノナルコトハ、學者ノ認ムル所ナリ(Hellwig, System Bd. I S. 495 u. Anm. 29, 31; Bülow, Gruchot Jahrg. 24 S. 852; Haas, Gruchot Jahrg. 34 S. 358 f.; Wach, Vorträge S. 130 u. 179; Gaup-Sein, IV 1 zu § 275; Seuffert, Nr. 1 zu § 275; Förster-Kann, Nr. 5b, cc, zu § 275. C. P. O.)。同一ノ法理ニ依リ、問題ノ場合ニ於テモ、控訴裁判所カ第一位ノ請求ヲ棄却セル一審判決ヲ廢棄スル裁判ヲ爲シ、且其控訴判決ヲ確定シタル場合ニハ、第二位ノ請求ヲ認メタル一審判決ハ、假令上訴期間ノ經過ニ因リ確定シタル後ニ於テモ、仍ホ當然消滅スルモノト解セラルヘカラス。是レ第二位ノ請求ヲ認ムル一審判決ハ、第一位ノ請求ヲ棄却シタル一審判決カ上級審ニ於テモ維持セラルヘキコトヲ、前提要件即チ解除條件トシテ爲シタルモノト觀ルヘキカ故ナリ。——從テ、此ノ場合ニ於テモ、第一位ノ請求ヲ認ムル確定判決ト第二位ノ請求ヲ認ムル確定判決トカ併存スルカ如キ結果ヲ生スルコトナシ。故ニ *Ecclus* カ一難問トナセルモノハ、實ハ難問ニハ非スト云フヘシ。

(11) 更ニ *Ecclus* カ問題トナセルハ、

「一審裁判所カ、第一位ノ請求ヲ認ムル判決ヲ爲シ、且其判決ニ於テハ、第二位ノ請求ニ付キ何等論及スル所ナシトセン。今、被告ハ右判決ニ對シテ控訴シ、控訴裁判所カ其控訴ヲ理由アリトシ、從テ被控訴人(原告)ノ第一位ノ請求ヲ理由ナシト認ムル場合ニ於テモ、進ンテ第二位ノ請求ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スコトヲ得ス亦事件ヲ一審裁判所ニ差戻スコトヲ得サル不當ナル結果ヲ生ス」ト云フモノヲ(*Ecclus*, *edenda* S. 142 f.)。——畢竟、第二位ノ請求ヲ以テ、一審裁判所カ「是認又ハ否認シタル請求」ニ非ストスルカ爲メニ(四二一條)此問題ヲ生スルモノナリ。

然レトモ非ナリ。第一位ノ請求ヲ理由アリトスル判決ハ、同時ニ又第二位以下後順位ノ一切ノ請求ヲ棄却スル判決ナルコトハ前述ノ如シ。故ニ、一審判決ニ於テ第一位ノ請求ヲ認メタル場合ニハ、第二位ノ請求ハ「第一審ニ於テ否認シタル請求」ニ外ナラサルカ故ニ、控訴裁判所ハ、申立ニ依リ必要ナルトキハ第二位ノ請求ニ關スル争點ニ付キテモ、亦辯論及ヒ裁判ヲ爲ササルヘカラス(四二一條)。——而シテ、被控訴人(原告)ハ、第一位ノ請求ヲ認メタル一審判決ノ維持セラルヘキコトヲ欲スルヤ論ナキカ故ニ、問題ノ如キ場合ニハ、先ツ第一ニ控訴ノ棄却ヲ求ムル申立ヲ爲シ、裁判所カ控訴ヲ理由アリトスル場合ヲ慮リ、豫備的ニ(eventuelle)附帶控訴ヲ爲シ、控訴裁判所カ第一位ノ請求ヲ是認シタル一審判決ヲ廢棄セントスル場合ニハ、第二位ノ請求ヲ否認シタル一審判決ヲ廢棄セントトヲ求ムル申立ヲ爲スヘキナリ(尙ホ豫備的附帶控訴ノ適法ナルコトニ付キテハ *Skonietzki*—

Gelpcke, Nr. 3 d, zu § 531 C. P. O.)。而シテ被控訴人カ右ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テハ、控訴裁所カ、控訴ヲ理由アリトシ、從テ第一位ノ請求ヲ認メタル一審判決ヲ廢棄セントスルトキハ、更ニ進ンテ第二位ノ請求即一審ニ於テ否認シタル請求ニ付キ、附帶控訴ノ申立ニ從ヒ、必要ナル辯論及ヒ裁判ヲ爲シ(四二二條)、又第二位ノ請求ヲ理由アリトスルトキハ、其趣旨ノ判決ヲ爲スコトヲ得ルハ疑ヲ容レス(四二〇條)。

(11) 要之、Ecciusカ別異ノ請求ノ豫備的併合ヲ認ムル場合ニハ、上訴ニ關シ解決シ難キ困難ヲ生ストシテ、提出シタル前掲ノ諸問題ハ、結局先順位ノ請求ト後順位ノ請求トハ相容レス、且後順位ノ請求ハ法律上論理的ニ先順位ノ請求カ理由ナキコトヲ以テ前提要件トセルコト、從テ、(イ)先順位ノ請求ヲ認ムル判決ハ、同時ニ後順位ノ請求ヲ棄却スル判決タリ、又先順位ノ請求ヲ棄却スル判決ハ後順位ノ請求ノ前提要件ヲ認ムルモノタリ、更ニ(ハ)後順位ノ請求ヲ認ムル判決ハ、先順位ノ請求ノ理由ナキコトヲ以テ前提要件(解除條件)トスルモノナルコトヲ、留意セサルニ座スルモノニシテ、誤レリト云フヘシ。

第二款 請求ノ選擇的併合及ヒ任意的併合

同一ノ債務者ニ對スルニ以上ノ請求權カ別異ノ給付ヲ目的トスルニ拘ハラズ、債權者ノ經濟上同

一ナル利益ヲ満足セシムヘキモノニシテ、一給付又ハ他ノ給付ニ限リ請求スルコトヲ得ル場合ヲ稱シテ、Hellwig ハ請求權ノ選擇的競合(alternative Anspruchskonkurrenz)ト稱シ、斯ル關係ニ在ル請求權ニ關シ、(イ)一給付又ハ他ノ給付ヲ命スル判決ヲ要求スル場合及ヒ(ロ)第一位ノ給付(principal-Leistung)及ヒ補充的給付(Ersatzleistung)ヲ命スル給付判決ヲ要求スル場合ヲ稱シテ、請求ノ選擇的併合(alternative Klagehäufung)ト云フ(HELLWIG, Lehrbuch Bd. I S. 269 u. 271, Bd. III 78; Anspruch u. Klagerecht S. 101 f.)。吾人モ亦右用語例ニ依ルモノナリト雖モ、更ニ之ヲ細別シテ(イ)原告カ二以上ノ請求(訴訟法上ノ請求)ヲ同等ノモノナリトシ、其何レカ一請求ノ満足ヲ得レハ足レリトスル場合ヲ稱シテ、狹義ノ選擇的併合ト云ヒ、(ロ)先ツ第一位ノ給付ヲ求ムル請求ノ満足ヲ要求シ、被告カ該給付ヲ爲サズ又ハ其執行力不能タル場合ニハ、補充的給付ヲ求ムル請求ノ満足ヲ要求スル場合ヲ稱シテ、任意的併合ト云フヲ以テ便宜ニ合ストナス。以下先ツ請求ノ選擇的併合(狹義)ヲ述ヘ、(第一項)進ンテ訴訟ノ實際ニ於テ最モ其必要ヲ視ル請求ノ任意的併合ニ論及スヘシ(第二項)。

第一項 請求ノ選擇的併合(狹義)

第一目 選擇的併合一般

一 原告カ一箇ノ訴ヲ以テ同一ノ被告ニ對シ二箇以上ノ私法上ノ請求權ヲ有スル旨ヲ主張シ(從

テ訴訟上ノ請求モ亦數箇ナリ。原告ノ選擇(若クハ被告ノ選擇)ニ依リ、其ノ一請求權又ハ他ノ何レ
 カ一ヲ充タスヘキ給付ヲ爲スヘキコトヲ、被告ニ命スル判決ヲ要求スル場合ニハ、原告ハ請求ヲ選
 擇的ニ併合スルモノナリ。反之、原告カ訴テ以テ一箇ノ私法上ノ請求權ヲ有スル旨ヲ主張シ(從テ
 訴訟法上ノ請求モ亦一箇ナリ)、單ニ其請求權ノ對象カ、「一給付又ハ他ノ給付」ト云フカ如クニ選擇
 的ニ指示セラレタルニ依リ、被告ノ選擇(又ハ原告ノ選擇)ニ依リ、其ノ一給付又ハ他ノ給付ヲ爲ス
 ヘキコトヲ被告ニ命スル判決アランコトヲ要求シタル場合ニハ、判決ヲ以テ命セラレヘキ給付カ選
 擇的ニ指示セラレンコトヲ要求スル訴ノ申立ヲ爲スモノタルニ止マリ、請求ヲ選擇的ニ併合シタル
 モノニアラス。

而シテ、請求ノ選擇的併合ナルヤ否ヤハ、專テ訴旨ヲ解釋シテ決スヘキモノニシテ、(1)判決ヲ以
 テ命セラレヘキ給付ヲ選擇的ニ指示センコトヲ求メタル訴ノ申立カ適法ナルヤ、請求ノ併合カ適法
 ナルヤニ關係ナク、又(2)選擇的ニ併合セラレタル請求ノ或ルモノ又ハ總テカ理由アルヤ否ヤニ關係
 ナシ。是レ、訴旨ヲ解釋シテ、先ヅ(イ)原告ハ請求ヲ併合スルモノナルヤ否ヤヲ決シタル後、(ロ)請
 求ヲ併合スルモノタル場合ニハ、其併合カ適法ナルヤ否ヤヲ審理シ又(ハ)適法ナル場合ニハ、初メ
 テ合併セラレタル請求カ理由アルヤ否ヤヲ審理スヘキモノタルカ故ナリ。

二 請求ノ選擇的併合ノ適否ニ付キテハ特ニ論スヘキモノナシ。

(一) 訴訟法第一九一條ハ請求併合ノ態様ヲ限定セサルカ故ニ(本書七五五頁參照)、苟クモ同條
 ノ規定セル要件即チ、(イ)同一ノ被告ニ對スル數箇ノ請求ニシテ、(ロ)受訴裁判所カ其各請求ニ付キ
 管轄權ヲ有シ且(ハ)併合ヲ禁止スル明文ナキ場合ニ於テ、(ニ)同一種類ノ訴訟手續ニ依ルヘキモノ
 トシテ、(ホ)一箇ノ訴ヲ以テ起コサレタル場合ニハ、請求併合ノ適法要件ハ具備スルモノナリ。而
 シテ右要件中、受訴裁判所ノ事物ノ管轄權ヲ定ムルニ付キテハ、請求ノ選擇的併合ノ場合ニハ、併
 合セラレタル請求中價格ノ最大ナルモノニ依ラサルヘカラス。是レ、訴訟物ノ價格ヲ算定スルカ爲
 メ、併合セラレタル數箇ノ請求ノ價格ヲ合算スルコトヲ要スルハ(三條二項)、法律上ノミナラス、
 經濟上ニ於テモ亦獨立スル數箇ノ請求ヲ同等ノモノトシテ併合シ、其總テヲ認ムル判決ヲ要求スル
 場合ニ限ルモノナリ。然カルニ原告カ請求ヲ選擇的ニ併合スル場合ニハ、法律上ハ異ナル請求タ
 ルニセヨ、經濟上ハ同一ノ利益ヲ滿タスヘキモノニシテ、且併合セラレタル請求中何レカ一請求ノ
 滿足ヲ受クレハ足レトスルモノナルカ故ニ、原告カ勝訴判決ヲ受クルニ有キ有スル利益ハ、選擇
 カ如何ニ爲サルモ、價格ノ最大ナル一請求ノ價格ヨリモ大ナルコトヲ得サルカ故ナリ。

(二) 更ニ判決ヲ以テ命スヘキ給付ヲ選擇的ニ指示センコトヲ求ムル訴ノ申出ハ不定ニ非ス、且
 申立ノ起シ方ヲ條件ニ繋ラシムルモノニ非ルコトモ亦論ナシ。

夫レ(1) 訴ノ一定ノ申立トシテ、特ニ明確ニスルコトヲ要スルハ、如何ナル内容ノ判決アランコ

トヲ要求スルヤヲ示スニ在リ(本書七六三頁以下)。然カルニ、判決ヲ以テ命スヘキ給付ヲ選擇的ニ指示センコトヲ求ムル訴ノ申立カ(イ)給付判決ヲ要求スルモノタルコトハ明ニシテ、又(ロ)其判決ノ内容カ原告ノ選擇(又ハ被告ノ選擇)ニ依リ、一ノ給付又ハ他ノ給付ヲ爲スニ在ルコトハ明ナルカ故ニ、苟クモ此等ノ給付ニシテ具體的ニ明示セラレタル場合ニハ、要求セラレル判決ノ種類及ヒ内容ニ關シ、何等ノ不明ヲ存スルコトナシ。從テ訴ノ申立カ一定セルコトハ疑ヲ容レズ。而カモ亦

(2) 此ノ場合ニハ、訴ノ申立ノ豫備的結合ノ場合ニ於ケルカ如ク、訴ノ申立ノ起シ方ヲ條件ニ繋ラシムルモノ、即チ訴訟物ノ權利拘束ノ發生ヲ條件ニ繋ラシムルモノタルヤノ疑ヲ生スヘキ餘地タモ存スルコトナシ。

三 選擇的ニ併合セラレタル請求カ理由アリヤ否ヤノ問題ハ、

(一) 第一ニ各請求ヲ以テ存在ヲ主張セラレタル私法上ノ請求權カ果シテ存在スルヤニ依リテ決セラレヘキハ論ヲ俟タス。是レ私法上存在セザル請求權ノ、存在ヲ主張スル訴訟法上ノ請求カ理由ナキコトハ明カナルカ故ナリ。——而シテ、此ノ點ニ關シテ、特ニ研究スルノ要アルハ、選擇債權ノ場合ニハ、二以上ノ私法上ノ請求權存スルヤ又ハ一箇ノ請求權カ存スルヤノ問題ニシテ、此問題ニ付キテハ別ニ研究シタリ(後述第二目)。

(二) 他ハ一債權者ノ同一債務者ニ對スル、二以上ノ私法上ノ請求權カ別異ノ給付ヲ目的トスル

ニ拘ハラズ、經濟上ニ於テハ同一ナル利益ヲ充タスヘキモノニシテ、請求權者(又ハ義務者)ノ選擇ニ依リ、何レカ一ノ請求權カ満足セラレルコトヲ要シ又之ヲ以テ足ルモノナルコトヲ要ス。——而シテ、(1)吾人ノ解スル所ニ依レハ、選擇債權關係ニ於テ、債權者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ、債權者ハ各給付ニ對スル自制請求權 (verhättnis Anspruch) ヲ有シ、債權者カ其一ヲ活動セシムルトキハ、他ノ自制請求權ハ消滅スルモノタリ(後述第二目)。故ニ選擇權ヲ有スル債權者カ選擇權ヲ行使セスシテ、其二以上ノ自制請求權ノ存在ヲ主張シテ(訴訟法上ノ請求)、給付訴訟ヲ起シタル場合ニハ、獨リ請求ノ併合存スルノミナラス、又併合セラレタル各請求ハ、總テ理由アルモノトシテ認メラレルコトヲ得。從テ、「被告ハ原告ノ選擇ニ依リ原告ニ一給付又ハ他ノ給付ヲ爲スヘシ」トノ判決ヲ生スルコトヲ得ヘキナリ。尤モ、(2)選擇的ニ併合セラレタル請求カ理由アルニハ、其等ノ請求カ經濟上同一ナル利益ヲ充スヘキモノニシテ、且何レカ一請求ノミ満足セラレルヘキモノナルコトヲ要シ又之ヲ以テ足ル。必シモ民法上ノ選擇債權タルコトヲ必要トスルニ非ス。故ニ、民法第五六三條ノ規定ニ依リ買主カ代金ノ減額ヲ請求シ又ハ契約ヲ解除シテ原狀回復ヲ請求スルコトヲ得ル場合ニ於テ、其買主カ原告トナリ賣主ヲ被告トナシ、被告ハ原告ノ選擇ニ依リ代金ヲ減額シ又ハ原告ニ於テ契約ヲ解除シタルトキハ原狀ヲ回復スヘシ」トシテ訴訟ヲ起シタルトキハ、代金減額請求權ト契約ヲ解除シタル場合ニ於ケル原狀回復請求權(即自制請求權)トカ、民法上ノ選擇債權タル關係ニ在ルト否トヲ

蘭 (Langheineken, Anspruch u. Kinrede S. 200, 245; Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 129; Litten, Die Wahlschuld in deut. bürgerlichen Recht S. 117 ff. へ選擇債權ナリトシテ) Oelmann, Schuldverhältnis Nr. 2 e vor § 26; B. G. B. Planck, Nr. 1 zu § 475 B. G. B. Staudinger, Nr. 6 vor § 465 B. G. B. へ選擇債權ニ非ナラス) 選擇的ニ併合セラレ右請求ハ何レモ之ヲ認ムル判決ヲ爲スコトヲ得ヘキカ如シ。

第二目 選擇債務關係ト請求ノ選擇的併合

選擇的ニ併合セラレタル請求カ理由アルヤ否ヤハ、必シモ民法上ノ選擇債權ノ存在ヲ主張スル請求カ併合セラレタル場合ニ限キラサルコトハ前述ノ如シ。然レトモ、民法上ノ選擇債權ニ關スル請求カ選擇的ニ併合セラレハ通常ニシテ、且選擇債權ノ性質ニ關スル學說ノ如何ニ依リ、恰モ此場合ニ於ケル請求ノ選擇的併合力理由アルヤ否ヤニ關スルカ故ニ、茲ニハ選擇債務關係ノ性質ニ關スル學說ノ一斑ヲ窺ヒ、其結果ニ依リテ選擇債務關係ニ關スル請求ヲ、選擇的ニ併合シタル場合ニハ併合セラレタル請求ヲ理由アリトスルコトヲ得ルヤ否ヤヲ研究スヘシ。

第一設 選擇債務關係ノ性質

選擇的債務關係ノ性質ニ關シテハ、羅馬法ノ註釋家以來、獨逸普通法時代ノ學說ニ於テモ、亦現代ノ學說ニ於テモ論争ヲ絶タサル所ナリ。

一 獨逸普通法時代 ニ於テハ、

(一) 一派ノ學者ハ註釋家カ L. 25 D. de const. pec. 13, 5 ニ下シタル註釋、 „duae res sunt in obligatione, sed una est in solutione” (二物ハ債務關係ニ在リト雖モ其一物ヲ以テ辨濟メヘシ)ト云フヲ套襲シテ、選擇債務關係ノ性質ヲ示スモノトナシ、以テ債務者カ補充權ヲ有スル任意債務 facultas alternativa des Schuldners (以下債務者ノ任意債務ト略稱ス)ノ特質カ、 „una tantum res in obligatione duae in solutione” (一物カ債務關係ニ在リ然レトモ辨濟ハ二物ヲ以テ爲スコトヲ得)タルニ對立ス (キルヘトシタリ) (Sintenis, Civilrecht II. § 3, Anm. 49; Brinz, Pandekten II. § 242, Anm. 1; Regelsberger, Thering Jahrbuch Bd. 16 S. 166; welt. Lit. vgl. Pescatore, Alternative Obligation S. 8)。

蓋、債務者カ、補充權ヲ有スル任意債務ニ在リテハ、債務者ハ一給付ヲ爲ス債務ヲ負擔スト雖モ (una res in obligatione)、其給付ヲ爲スノ外向ホ債務トシテ負擔セサル他ノ給付ヲ爲スコトニ依リテ、其債務ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモノナルカ故ニ、此ノ意義ニ於テハ「二物ニ依リテ辨濟スルコトヲ得」(duae res in solutione)ト云フハ、不精確タルヲ免レスト雖モ、必シモ不當ナリト云フヲ得ス。然レトモ、任意債務ニ付キ既ニ「二物ニ依リテ辨濟スルコトヲ得」ト云フヲ得ヘクンハ、選擇債務關係ニ付キテモ亦然ラサルヘカラス。是レ、此ノ場合ニ於テハ任意債務ノ場合ニ於ケルヨリハ一層精確ニ一給付又ハ他ノ給付ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得ト稱シ得ルカ故ナリ。従テ、選擇債

務關係ニ付キテハ、寧ロ「二物カ債務關係ニ在リ又二物ニ依リテ辨済スルコトヲ得」(duae res in obligatione, duae in solutione)ト云フヲ以テ妥當ナリトスヘシ。且任意債務ニ在リテハ、眞ニ他ノ給付ニ依リテ辨済ヲ爲スコトヲ得ル權能アルコト(solvi potest)ヲ意味スルニ反シ、選擇債務ニ在リテハ「一給付又ハ他ノ給付ニ依リテ辨済スヘキコト」(solvi debet)ヲ意味スルモノタルカ故ニ、學界ニ於テ慣用セラル前掲ノ文句ハ、到底選擇債務關係ノ性質ヲ示スニ足ラサルモノト云フヘシ(Percatore, edenda S. 14 ff.; Litten, Die Wahlschuld in deut. bürgerlichen Rechte S. 39)。

(1) 更ニ、條件ノ法理ヲ假リテ選擇債務關係ヲ説明セントセル思想ハ既ニ古クヨリ存スル所ニシテ、普通法ノ學說ニ於テモ、所謂停止條件の法理ヲ採ラントスルアリ又解除條件の法理ヲ認メントスルアリ。

(1) 停止條件の未定説(Suspensive Pendenztheorie)ヲ認ムル學者モ亦必スシモ、其所説ヲ同ウセス。或ハ(イ)數多ノ給付中何レカ果シテ本來債務トシテ負擔セラレタルモノナルヤハ、當初ハ未定ニシテ後債務者又ハ債權者ノ選擇ニ依リテ初メテ本來債務トシテ負擔セラレタル給付カ定マリ、之ニ依リテ不定カ除カルモノトナス(Fitting, Die Natur der Correalobligationen S. 136 ff.)。然レトモ、一方ニ於テハ數多ノ給付カ負擔セラレタリトシ、他方ニ於テハ選擇ニ依リ本來負擔セラレタル給付カ定マルニ至ルマテハ未定ナリト云フハ到底自家撞着ナリト云フヘシ。要スルニ、Fittingハ選

擇權ノ行使前ニ於ケル關係ニ付キテハ積極的ノ説明ヲ避ケタルカ故ニ、Windscheidカ之ヲ評シテ「謂フ所ノ不明ハ、主觀的ニ非ス、實ハ客觀的ナリ。從テ、選擇ニ依リ指示サレタルモノカ、初メテ債權者トナリ、債務者トナリ又債務ノ目的物トナルノ奇觀ヲ生ス」トシタルハ當タレリト云ハサルヘカラス(Windscheid, in Kritische Vierteljahrsschrift III S. 167; vgl. Pescatore, edenda S. 41 ff.)。又(Bernstein)「當初ハ一給付並ニ他ノ給付ノ何レモ債務トシテ負擔セララルコトナシ。選擇ニ依リテ、指定セラレタル給付カ、初ヨリ債權債務ノ目的物タリシモノト看做サルニ過キス」トナス(Bernstein, zur Lehren von alternativen Willen und alternativen Rechtsgeschäfte. S. 4 f.)。然レトモ、此ノ說ニ依ルトキハ、選擇權ノ行使アルマテハ、停止條件ノ成否未定ノ間ニ於ケルト一般未定ノ法律關係(Pendenzverhältnis)ヲ生スルモノニシテ債務關係ヲ生スルコトナシ。然カルニ、選擇債務ハ選擇權ノ行使以前ニ於テモ、仍ホ債務關係ヲ生スルモノト解スヘキカ故ニ、不當ナリト云フヘシ(Pescatore, ebenda S. 54)。

(2) 解除條件の未定説(Resolutive Pendenztheorie)ニ依レハ、一給付及ヒ他ノ給付共ニ初メヨリ債權ノ目的タリト雖モ、其中ノ一給付ノミヲ爲スコトヲ要ス、而シテ選擇權ノ行使其他給付ノ特定ヲ來タスヘキ事由ヲ生シタル場合ニハ、他ノ給付ハ初メヨリ債權ノ目的物ニ非サリシカ如クニ債務關係ヨリ離脱ストナスモノタリ。

(イ) Derburg ハ解除條件の法理ヲ假リテ選擇債務ヲ説明セントスルモノニハ非ス。然レトモ、「選擇債務關係ノ債務者ハ既ニ確定ニ債務ヲ負擔ス、然レトモ給付ノ目的物ニ關シテハ、特定ノ餘地アリ。二ノ目的物ハ選擇セラルヘキ状態ニ於テ債務ノ目的物ナリ」トスルカ故ニ(Derburg, Pandekten Bd. II. § 27) 思想ノ系統ヨリ云ヘハ、專口解除條件の未定說ニ近キモノト云フヘシ。又

(ロ) Windscheid ハ、專口選擇權カ債權者ニ屬スルヤ又ハ債務者ニ屬スルヤニ依リテ、選擇債務關係ノ性質ヲ異ニスト爲ス見解ヲ抱クモノト視ルヘキモノナリト雖モ、所說ハ專口解除條件の未定說ノ系統ニ屬スルモノト云ハサルヘカラス。其ノ所說ニ依レハ、

「債務者ハ一給付又ハ他ノ給付ヲ爲ササルヘカラス。給付スルコトヲ要スルヤ否ヤカ未定ナルニ非スシテ、何レノ給付ヲ爲スヘキヤカ未定ナルノミ。而シテ(イ)債權者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ、各給付共ニ直チニ債務關係ニ在リ (in obligatione sei) ト云ハサルヘカラス。是レ債權者ハ何レノ給付カ爲サルヘキヤノ意思ヲ即時ニ表示スルコトヲ妨ケサルカ故ナリ。反之(ロ)債務者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ、何レノ給付モ直チニ之ヲ負擔スルモノト云フコトヲ得ス、是レ現實ニ給付ヲ爲スコトニ依リテ、初メテ負擔セル給付カ明確トナルモノナルカ故ナリ。然レトモ、他ノ一方ヨリ云ヘハ、各給付トモニ現實ニ爲サレ得ヘキコトモ亦異ナリ。其結果トシテ債權者ハ何レノ給付ニ關シテモ「無拘束」(ungebunden) ト云フヲ得ス。從テ債務者カ選擇權ヲ有スル場合ニ於テモ、此ノ意味ニ於

テハ、即時ニ各給付ニ付キ債務關係ニ在リ (in obligatione sei) ト云フヲ妨ケス」ト爲セリ(Windscheid, Pandekten II § 255 Nr. 1; III § 661; Kritische Vierteljahrschrift III S. 166)。——氏ハ此如ク(イ)債權者ハ選擇權ヲ有スル場合ニハ、各給付共ニ直チニ「債務關係ニ在リ」ト雖モ、(ロ)債務者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ單ニ各給付ハ「無拘束ニハ非ス」ト云フ意味ニ於テノミ債務關係ニ在ルニ過キスト爲スノ差アリ。然レトモ、舊ク債務關係ニ在ルコトト無拘束ニハ非サルコトトノ間ニ存スヘキ微妙ナル差異ヲ無視スルトキハ、氏ハ專口解除條件の思想ニ屬スルモノト云ハサルヘカラス。

(二) 選擇權カ債權者ニ屬スルヤ又ハ債務者ニ屬スルヤニ依リテ選擇的債務關係ノ性質ヲ異ニストスル見解ハ、既ニ Windscheid ノ所說ニ於テ、其萌芽ヲ視ルヲ得ルコトハ前述ノ如シト雖モ、此ノ見解ヲ詳述シタルハ Pescatore (Die Sogenaunte alternative Obligation 1880) ナリ。

氏ハ以爲ラク、債權者カ選擇權ヲ有スル場合ニ於テモ、亦債務者カ選擇權ヲ有スル場合ニ於テモ、債務者カ債務ヲ負擔スルコトハ確定セリ。而シテ、(1)債權者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ、實ハ多數ノ債權カ選擇的ニ併存スルモノニシテ(alternatives Nebenanderbestehen mehrerer Forderungsrechte) 單ニ其多數ノ債權中ノ何レカ行使セラルルヤカ未定ナルノミ。而シテ、一債權カ行使セラレタルトキハ、他ノ債權ハ之ヲ行使スルコトヲ得サルニ至ルト雖モ、此コトハ、其債權カ債權トシテ存在スルコトヲ妨クルモノニアラスト爲セリ (Pescatore, ebenda S. 119 f.)。——吾人ハ、債權者カ選擇

權ヲ有スル場合ニハ、「多數ノ債權カ選擇的ニ併存ス」トナス氏ノ所説ヲ以テ、未タ充分證明セラレ
スト爲ス。吾人ハ、此ノ場合ニ於テモ債務關係從テ債權ハ單一箇存スルニ過キス、唯債權者ハ選
擇權ヲ有シ、自己ノ意思ニ依リ、何時ニテモ選擇ノ意思表示ヲナシテ、爲サルヘキ給付ヲ特定シ、
其給付ヲ定ムル請求權ヲ實現スルコトヲ得ルカ故ニ、選擇ノ意思表示ヲ爲ス以前ニ於テモ、選擇的
ニ指定セラレタル各給付ニ對シ、「自己ノ意思ニ依リ、何時ニテモ活動狀態ニ置クコトヲ得ル請求權」
即チ所謂自製請求權 (verhaltnis Anspruch) ヲ有ストスルモノタリ (後述ニ參照)。(2) 氏ハ又、債務者
カ選擇權ヲ有スル場合ニ於テモ、債務ヲ負擔シタルコト及ヒ如何ナル給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔セ
ルコトハ、當初ヨリ確定スルモノタリ。是レ此ノ場合ニ於テモ、債務者ハ初メヨリ給付タル行爲ヲ
爲スヘキ意思ヲ有スルモノニシテ決シテ債務ヲ負フヘキヤ否ヤヲ、後ニ新ニ決意スヘキ意思ヲ以テ
選擇債務關係ニ入ルモノト解スヘカラサルカ故ナリ、換言セハ債務者カ給付タルヘキ行爲ヲ爲スヘ
キ債務ヲ負フコトハ、當初ヨリ既ニ抽象的ニ確定シ、此點ニ關シテハ何等ノ不明又ハ不定アルコト
ナシ。唯具體的ニ如何ナル給付ヲ爲ストキハ、其作爲ノ債務ノ履行トナルヤノ點ノミカ未定タルノ
ミ。而シテ、此如キハ選擇債務ノ場合ニ限り特有ナル現象ニハ非ス。苟クモ作爲ノ給付ヲ爲スヘキ
債務ヲ負擔スル場合ニハ、給付タルヘキ作爲ヲ爲スヘキコトハ抽象的ニ確定セリ、唯債務者カ其範
圍内ニ於テ具體的ニ之ニ適合スル行爲ヲ決スルニ付キテハ、廣狹ノ差異ハ存スト雖モ、行動ノ自由

ヲ有スルモノタリ。種類債權ニ在リテハ行動ノ自由最モ廣ク、制限の種類債權ニ在リテハ行動ノ自
由稍狹ク、選擇債務ニ在リテハ一層狹ク、特定物ヲ給付スヘキ債務ニ在リテハ最モ狹シト云フヘシ
トナセリ (Pescatore, ebenda S. 125 f.)。

二 選擇債務關係ノ性質ニ關スル現代ノ學說モ亦、普通法ニ於ケル學說ヲ反映シ、未タ統一セラ
レタリト云フヲ得スト雖モ (Oertmann, Schuldverhältnis Nr. 1 vor §§ 262/265 B. G. B. 石坂博士
日本民法一五五頁ニ於ケル學說概觀參照)、其思想ノ傾向ヨリ云ヘハ所謂解除條件的思想カ優先スル
ニ至リタリト云ハサルヘカラス。

(一) 蓋、最近ニ至リ、漸次多數ノ學者ノ贊スル所トナリタルハ「選擇權カ債權者ニ屬スルト債
務者ニ屬スルトヲ問ハス、選擇債權ハ選擇的若クハ擇一的ニ定マル内容ヲ有スル債權ナリ」トスル
見解ニシテ、債務者ハ選擇債權ノ成立ニ依リ直チニ確定ニ債務ヲ負擔ス、然レトモ給付ノ目的物ニ
付キテハ、確定セラレタル範圍内ニ於テハ特定ノ餘地アリ。債權ノ物體ヲ定ムヘキ範圍カ限定セラ
ルト云フ意味ニ於テ、總テノ給付カ債權ノ物體ナリ、換言セハ一給付又ハ他ノ給付カ選擇セラルヘ
キ狀態ニ於テ總テ債權ノ物體タリトナスナリ (Dernburg, Pandekten Bd. II § 27; Bürgerliches Recht
Bd. II § 43 Nr. 2; Oertmann, Schuldverhältnis Nr. 2 vor §§ 262/5 B. G. B.; Fanecceru; Lehrbuch § 241
Nr. 2. Anm. 31)。

此見解ハ、我學說ニ於テモ一般ニ認メラルル所ナリ (石坂博士日本民法一六〇頁、

川名博士債權法要論四四頁以下、鳩山教授日本債權法四二頁以下。

(二) 吾人モ亦最後ノ學說ニ賛成セントス。

蓋、選擇權カ債權者ニ屬スルト債務者ニ屬スルトヲ問ハス、選擇債務關係ノ成立ニ因リ、債務者カ債務ヲ負擔セルコト、並ニ其債務カ選擇的若クハ擇一的ニ指示セラレタルニ以上ノ給付中何レカ一ノ給付ヲ爲スヲ以テ内容トスルコトハ、當初ヨリ確定シ、單ニ何レノ給付ヲ爲スヘキヤノ點ノミカ未定タルモノナリ。從テ、選擇債務關係ノ成立ニ因リテ生スル債權及債務カ一箇ナルコトハ疑ヲ容レス。而シテ、

(1) 債務者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ、其債務タルヤ選擇的ニ指示セラレタル數多ノ給付中何レカ一ノ給付ヲ爲スニアルヲ以テ、此範圍内ニ於テハ、行動ノ自由即選擇ノ自由ヲ有ス。故ニ債務者ハ其選擇權ヲ行使シ、且債務ノ本旨ニ適スヘキ具體的ノ給付ヲ爲スヘキナリ。此點ニ付キテハ作爲ノ給付ヲ内容トスル債務ニ關スル *Pescatore* ノ所論ハ正當ナリ、*Derburg* カ「一定ノ餘地ヲ存ス」ト云フモノ亦其意味ヲ同クス。

(2) 唯債權者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ、吾人ハ最後ノ學說ニ對シテ更ニ一步ヲ進メ、選擇債務關係ノ成立ニ依リテ生スル債權ハ此ノ場合ニ於テモ亦一箇ナリト雖モ、債權者ハ自己ノ意思ニ依リ何時ニテモ選擇權ヲ行使シ、爲ナルヘキ給付ヲ特定シテ、其給付ヲ求ムル請求權ヲ實

現スルコトヲ得ルカ故ニ、選擇權ノ行使前ニ於テモ、選擇的ニ指示セラレタル各給付ニ對シ「自己ノ意思ニ依リ、何時ニテモ活動狀態ニ置クコトヲ得ル請求權」即チ所謂自製請求權 (*Verhalter Anspruch*) ヲ有スルモノナリトシ【註1】、從テ債權者カ選擇權ヲ有スル場合又ハ之ヲ移轉シタル場合ニハ、其選擇權ノ行使前ニ於テモ、選擇的ニ指示セラレタル各給付ニ對スル自製請求權カ競合シテ存スルモノニシテ、債權者カ選擇ノ意思表示ヲ爲シ、依リテ一自制的請求權ヲ確定的ニ活動狀態ニ置キタル場合ニハ、他ノ自製請求權ハ之ニ因リテ消滅ストナスモノナリ。

【註1】 自製請求權 (*Verhalter Anspruch*) ハ、*Langheineken* ノ唱導スル所ニシテ、氏ハ「請求權カ既ニ成立セルニ拘ハラス、休止ノ狀態ニ在リト云フヘキ場合ニ於テ、權利者ノ自己ノ意思ニ依リ、何時ニテモ、隨意ニ活動狀態ニ置クコトヲ得ヘキトキハ、自製請求權ト稱スルヲ得」トナセリ (*„Verhaltere Anspruch……der Vorhandene Anspruch gewisse: massen nicht, aufzuhalten ist, jedoch so, dass er durch den eigenen Willen des Berechtigten jederzeit nach dessen Belieben in Bewegung gesetzt werden kann.“* (*Langheineken, Anspruch u. Einrede S. 101 a. a. O.*) 而シテ、氏ハ債權者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ、選擇債權ハ多數ノ自製請求權カ競合スルモノトシタリ (*Ebdem S. 112 u. S. 195*)。

要スルニ、前掲最後ノ學說ト吾人ノ見解トノ差異ハ、單ニ自製請求權ナル觀念ヲ認ムルヤ否ヤニ在リ。苟クモ自製請求權ナル觀念ヲ認ムヘシトスル場合ニハ、選擇權カ債權者ニ屬スルト債務者ニ屬スルトヲ區別シ、(1) 債權者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ債權者ハ、選擇權ノ行使前既ニ選擇的ニ指定セラレタル各給付ニ對シ自製請求權ヲ有シ、從テ自製請求權ノ競合ヲ生スルニ反シ、(2) 債務者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ、債權者カ自製請求權ヲ有スヘキ理由ナシ。單ニ限定セラレタル範圍内ニ

於テ債務者カ行動ノ自由即選擇ノ自由ヲ有スルニ過サルコトヲ認ムヘキハ、論理上必然ノ結果タリ。或ハ「選擇權ヲ有スル者カ異ナリ又ハ選擇權ノ移轉ニ依リ、選擇債務關係カ根柢ヨリ其性質ヲ異ニスヘキ理由ナシ」トスル非難ヲ加ヘントスルモノナキヲ保セス (Oertmann ebenda)。然レトモ、此非難ハ Pescatore ノ如ク、債權者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ多數ノ債權カ存スルニ反シ、債務者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ債權ハ一箇ナリトスル見解ニ對シテハ當レリト云ハサルヘカラス。然レトモ、吾人ノ主張スルカ如ク、「何レノ場合ニ於テモ債權ハ一箇ナリ。唯選擇權カ債權者ニ屬シ又ハ之ニ移轉シタル場合ニハ、債權者ハ選擇的ニ指定セラレタル各給付ニ對シテ自制請求權ヲ有スルモノナリトスル見解」ニ對シテハ非難トナラス。是レ、債權者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ、自己ノ意思ニ依リ、何時ニテモ給付ヲ特定シテ、其請求權ヲ實現シ得ルニ反シ、債務者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ然ルヲ得サルコトハ、否認スルコトヲ得サル事實ナルカ故ナリ。故ニ、論者ニシテ吾人ノ所說ヲ駁セントセハ、必スヤ「自制請求權」ナル觀念ヲ認ムルハ、法學上害アリテ利ナキコトヲ反證スルニ在ラサルヘカラス。然カモ論者ノ非難ハ毫モ之ニ及ハサルカ故ナリ。

(三) 我民法ニ於テモ、

(1) 選擇債務關係ノ成立ニ依リテ、債務者カ、直チニ選擇的ニ指示セラレタル給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負フモノナルコトハ、同法第四〇六條及ヒ第四一〇條ノ規定ニ依リテ明ナリ。蓋(イ)第四

〇六條ニ於テ、「債權ノ目的カ數箇ノ給付中選擇ニ依リテ定マルトキハ」トナセルハ、選擇債務關係ノ成立ニ因リ直チニ債權ヲ生シ、其債權ノ目的カ選擇的ニ指定セラレタル數箇ノ給付ナルコトヲ示スモノト云ハサルヘカラス。假リニ(ロ)此規定ノミニ依リテハ、未タ充分ナラストスルモ、第四一〇條第一項ノ規定ニ於テ、「債權ノ目的タルヘキ給付中始ヨリ不能ナルモノ又ハ後ニ至リテ不能ト爲リタルモノアルトキハ、債權ハ其殘存スルモノニ付キ存在ス」トナシ、選擇權者カ其選擇權ヲ行使スルニ先チテ、一給付カ不能トナリタル場合ニ於テモ債權ハ其殘存スル給付ニ付キ存在ストナスニ徵スルトキハ、選擇債務成立ノ時ヨリ直チニ債權カ存在シ、選擇的ニ指示セラレタル給付カ其債權ノ目的タルロト (in obligatio esse) ヲ知ルニ難カラス。

更ニ(2) 第四一〇條ノ規定ハ、債權者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ、選擇的ニ指示セラレタル各給付ニ對スル自制的請求權カ競合スルニ反シ、債務者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ、單ニ選擇的ニ指示セラレタル給付中何レカ一ヲ選擇スルノ自由ヲ有スルニ過キサルコトヲ示スモノノ如シ、即チ選擇的ニ指示セラレタル二ノ給付中或ルモノカ不能トナリタル場合ヲ觀ルニ、

(イ) 債務者ノ過失ニ依リテ一給付カ不能トナリタル場合ニ於テ、(イ)債權者カ選擇權ヲ有スルトキハ、債權者ハ其選擇ニ依リ或ハ他ノ給付ヲ請求シ或ハ又不能トナリタル給付ノ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得(同條二項)。然カルニ(ロ)債務者カ選擇權ヲ有スルトキハ、債務者ハ不能トナリ

タル給付ヲ選擇スルコトヲ得スシテ、單ニ他ノ給付ヲ爲スコトヲ得ルニ過キス（同條一項）。畢竟、債權者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ、各給付ニ對スル自制請求權ヲ有スルカ故ニ、債權者ハ其選擇ニ依リテ他ノ給付又ハ不能トナリタル給付ノ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得、反之債權者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ初メヨリ一給付又ハ他ノ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負ヒ、其範圍内ニ於テ債務ノ履行トナルヘキ具體的給付ヲ爲スニ付キ行動ノ自由ヲ有スルニ過キサルカ故ニ、一給付カ其過失ニ依リテ不能トナリタルトキハ、其行動ノ自由ハ縮少セラルルニ因ルモノト見ルヘキカ如シ。又

（ろ）債權者ノ過失ニ因リテ一給付カ不能トナリタル場合ニ於テ、（イ）債權者カ選擇權ヲ有スルトキハ、本來債權者ハ其不能トナリタル給付ヲ選擇シ得サルヘカラス。然カルニ、第四一〇條第一項ニ依レハ、債權者ハ殘存スル他ノ給付ヲ請求シ得ルニ過キサルカ故ニ、債權者カ各給付ニ對シテ自制請求權ヲ有スルコトハ多少不明トナル觀ナキニ非ス。此規定ハ既ニ學者ノ非難スル所ニシテ（石阪博士日本民法一九二頁）又其非難ハ當タレリト雖モ、恐ラク不能ノ給付ニ對スル自制請求權ハ消滅ス、然カモ其不能ハ債權者ノ過失ニ因ルカ故ニ、其自制請求權ヲ活動狀態ニ置クコトヲ得ヘカリシ行爲（即選擇）ヲ爲スコトヲ得セシムヘキニ非ス。從テ債權者ハ殘存スル他ノ給付ニ對スル自制請求權ヲ活動セシムルノ外ナシトスルモノノ如シ。又（ロ）債權者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ、不能トナリタル給付ヲ選擇シテ其債務ヲ免レ又ハ他ノ給付ヲ選擇スルコトヲ妨ケス（同條二項）。畢竟、債務

者カ債務ノ履行トナルヘキ具體的ノ給付ヲ爲スニ付キ有スル行動ノ自由ハ、債權者カ過失ニ因リテ一給付カ不能トナリタルカ爲メニ、縮少セラルヘキ理由ナシトスルモノタリ。更ニ

（は）事變ニ因リテ一給付カ不能トナリタル場合ニ於テ、（イ）債權者カ選擇權ヲ有スルトキハ、本來債權者ハ不能トナリタル給付ヲ選擇シテ債務關係ヨリ離脱シ又ハ殘存セル他ノ給付ヲ請求スルヲ得ヘキ理ニシテ、又其カ選擇ノ目的（Wahlzweck）ニ合スルコトハ云フヲ俟タス（例ハ普國一般州法第一章第一一節三五條及ヒ三六條ノ如シ）。然レトモ、我民法ハ、此ノ場合ニハ履行確保ノ目的（Versicherungszweck）ヲ選擇ノ目的ニ優勝セシメ、債權ハ殘存スル他ノ給付ニ付キ存スルモノトシタリ（四一〇條一項）、又（ロ）債權者カ選擇權ヲ有スル場合ニ於テモ、本來債權者ハ不能トナリタル給付ヲ選擇シテ其債務ヲ免レ又ハ殘存セル他ノ給付ヲ選擇シテ、之ヲ爲ス自由ヲ有スヘキ理ナリ。然レトモ此場合ニ於テモ等シク、履行確保ノ目的ヨリシテ殘存スル給付ヲ爲スヘキモノトシタリ（四一〇條一項尙ホ Litten, Die Wahlschuld im deut. bürgerlichen Recht. S. 68 ff.）。

第二段 請求ノ選擇的併合

第一折 債權者カ選擇權ヲ有スル場合

一 選擇債務關係ニ於テ、債權者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ、選擇的ニ指示セラレタル各給付ニ對シテ自制請求權ヲ有スルコトハ前述ノ如シ。故ニ債權者ハ其選擇權ヲ行使セスシテ、自制請求權

ノ各各ニ關スル主張(訴訟法上ノ請求)ヲ選擇的ニ併合シ、債務者ヲ被告トシテ給付訴訟ヲ爲スコトヲ得。例ハ「被告ハ原告ニ原告ノ選擇ニ依リ甲給付又ハ乙給付ヲ爲スヘシトノ判決アリタシ」ト云フカ如シ。此ノ場合ニハ(1)私法上ノ請求權カ存在セサルノ故ヲ以テ、併合シタル請求(訴訟法上ノ請求)ヲ棄却セラルルコトナシ。是レ債權者ハ各給付ニ對スル自制請求權ヲ有スルカ故ナリ。然レトモ(2)自制請求權ヲ有スルニ過キサレカ故ニ現在ノ給付判決ヲ以テ給付ヲ命スルコトヲ得ス、必ス將來ノ給付判決ニ依ラサルヘカラス。是レ債權者カ判決ニ接着スル口題辯論終結ノ時ニ至ルマテニ、未タ其選擇權ヲ行ハサル場合ヲ視ルモノナリト雖モ、然ル場合ニハ爲サルヘキ給付ハ未タ特定(Concentration)セス、從テ債務ノ辨濟期ハ到來セサルカ故ナリ(Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 112; Langheinecken ebenda; Levy, in Gruchot Beitrage Jahrg. 36 S. 43)。故ニ將來ノ給付判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益アルヤ否ヤヲ審査シ、斯ル利益ノ存スルコトヲ認ムル場合ニ限り、將來ノ給付判決ヲ以テ選擇的ニ併合シタル原告ノ請求ヲ認ムル裁判ヲ爲スコトヲ得。——而シテ、問題ノ場合ニ在リテハ原告(債權者)カ將來選擇權ヲ行使シ、依リテ被告(債務者)ノ爲スヘキ給付カ特定シタル時ニ於テ被告カ其給付ヲ爲ササルヘキコトヲ認メシムル理由アル虞アルトキハ、原告ハ將來ノ給付判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ヲ有スルモノト解セサルヘカラス(Hellwig, Lehrbuch Bd. I S. 372 f. 本書一六五頁以下「將來ノ給付ノ訴」)。

二 右將來ノ給付判決ヲ執行セントスル場合ニハ、債權者(原告)ハ先ツ選擇ノ意思表示ヲ爲シテ、債務者ノ爲スヘキ給付ヲ特定シ、次テ其選擇ノ意思表示ヲ爲シタルコトヲ證明書ヲ以テ證明シ、依リテ前示將來ノ給付判決ノ執行力ヲ補充スヘキ執行文ヲ受クヘク(五一八條第二項)、又證明書ヲ以テ選擇ノ意思表示ヲ爲シタルコトヲ證明シ得サル場合ニハ、該將來ノ給付判決ニ基キ執行文ノ付與ヲ求ムル訴ヲ提起シテ、判決ノ執行力ヲ補充スヘキ執行文ヲ受ケ(五二一條)、該執行文ヲ附記シタル判決ノ正本ニ基キテ執行スヘキナリ(五一六條及ヒ五二八條參照)。

第二折 債務者カ選擇權ヲ有スル場合

一 選擇的債務關係ニ於テ債務者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ、私法上、請求權ハ一箇ニシテ、債務者ハ其債務ヲ履行スルカ爲メ爲スヘキ給付ヲ選擇スル自由ヲ有スルニ過キス、從テ債權者ハ選擇的ニ指示シタル各給付ニ對シ自制請求權ヲ有スルコトナシ(前述七九八頁)。

故ニ、若シ債務者カ選擇權ヲ有スル場合ナルニ拘ハラズ、債權者カ原告トナリ、選擇的ニ指示セラレタル各給付ニ對シテ通常ノ請求權若クハ自制請求權ヲ有スルモノナルカ如クニ思惟シ、其存在ヲ主張スル二箇以上ノ請求ヲ選擇的ニ併合シテ、給付訴訟ヲ起シタルトキハ、假令訴訟法第一九一條ノ規定ニ合シ、該併合カ適法ナル場合ニ於テモ、私法上、原告(債權者)ハ被告(債務者)ニ對シ一請求權ヲ有スルノミニシテ、二箇以上ノ請求權又ハ自制請求權ヲ有セサルカ故ニ、選擇的ニ併合セ

ラレタル請求(訴訟法上)中ノ一箇ハ理由アリト雖モ、他ノ請求ハ理由ナシトテ棄却セラレサルヘカラス。

二 前掲ノ訴ニ基キ、裁判所カ「被告(債務者)ノ選擇ニ從ヒ、甲給付又ハ乙給付ヲ爲スヘシ」トノ判決ヲ爲シタル場合ニハ、其判決ノ執行方法如何。此點ニ關シテハ學說區々タリ。

(一) 或ハ(1)「被告ノ選擇ニ從ヒ、甲給付又ハ乙給付ヲ爲スヘシ」ト云フハ、畢竟「被告ハ選擇ノ意思表示ヲ爲シ、且其意思表示ニ依リテ特定スヘキ給付ヲ爲スヘシ」ト云フモノニシテ、意思表示ノ給付ヲ命スル裁判ト、之ニ依リテ特定スヘキ給付ヲ命スル裁判トカ併合セラレタルモノナリ。故ニ右判決ノ執行ハ兩裁判ヲ二重ニ執行シテ爲スヘシトナス。此說ハ獨逸普通法ノ學說トシテハ廣行ハレタル所ナリト雖モ(Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses 3 Au⁹. S. 647, 649; Endemann, Das deutsche Civilprocessrecht S. 999; Renaud, Lehrb. d. gem. deut. Civilprocessrechts S. 403)獨逸民法ニ於テハ特ニ第二六四條第一項ノ規定ヲ設ケタルカ故ニ、今ハ之ヲ主張スルモノナキニ至レリ。

唯(イ)右見解ノ如ク、「債務者ノ選擇ニ依リ一給付又ハ他ノ給付ヲ爲スヘシ」ト云フハ、債務者ニ對シテ選擇ノ意思表示ヲ爲ス給付及ヒ其意思表示ニ依リテ特定スヘキ給付ヲ命スルモノトナサンカ判決手續ニ於テモ亦然カ解セサルヘカラス。而シテ(a)選擇ノ意思表示ヲ命スル裁判ハ、現在ノ給付判決ヲ以テ爲スコトヲ得ルモノト云フヘキカ如シ。——尤モ、此點ニ關シテハ羅馬法ノ淵源ニ基キ、獨逸普通法ニ於テモ意思表示ノ給付ヲ求ムル請求ト共ニ、該意思表示カ判決ノ確定ニ依リテ代ハラレタル(ersetzen)場合ニ於テ、生スヘキ法律上ノ效果タル給付ヲ求ムル請求トヲ併合シテ、給付ノ訴訟ヲ爲シタルトキハ、後ノ請求ハ實ハ將來ノ給付ヲ命スル裁判ヲ要求スルモノニ外ナラスト雖モ、該請求ノ原因ノ原因(即其請求ノ原因タル意思表示ノ給付ヲ求ムル請求ノ原因)ハ存スルカ故ニ、現在ノ給付ヲ求ムルモノト同視シ、現在ノ給付判決ヲ以テ、意思表示カ爲サレタル場合ニ於ケル法律上ノ效果タル給付ヲ命スル裁判ヲ爲スヲ妨ケストナシ、現時ノ學說ニ於テモ之ニ贊スルモノナキニ非ズ(Klapp, Verurtheilung zur Willenserklärung S. 20 f.; Hellwig, Lehrbuch Bd. I S. 375 f.; System Bd. I S. 265)。此見解ニ依ルトキハ、將來ノ給付判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益カ存スルヤ否ヤヲ審査スルコトヲ要セス、現在ノ給付判決ヲ以テ、「被告ハ選擇ノ意思表示ヲ爲シ且其意思表示ニ依リテ特定スヘキ給付ヲ爲スヘシ」トノ判決ヲ爲スコトヲ妨ケス。

暫ク(ロ)右ニ違フルカ如キ判決アリタルモノトシテ、其執行方法ヲ視ルニ(a)被告ニ選擇ノ意思表示ヲ爲スヘキコトヲ命スル裁判ハ、恰モ意思表示ノ給付ヲ命スル裁判ノ執行トシテ、民訴第七三六

條ノ規定（尙ホ民法第四一四條第二項但書參照）ニ依リ、其判決ノ確定ニ依リテ、被告ノ選擇ノ意思表示ヲ省略シ、之レニ代ハリ（setzen）得ヘキカ如キ觀アリ。然レトモ一定ノ内容ヲ有セサル意思表示ヲ命スル裁判ノ執行ハ、民訴第七三六條ノ規定ニ從ヒ、判決ノ確定ニ依リテ之ヲ省略スルコトヲ得ス。是レ、意思表示ノ内容ヲ知ルコトヲ得サル場合ニハ、假令判決ノ確定ニ依リ、被告カ該意思表示ヲ爲シタルモノト看做スモ、到底無意義（sinlos）タラサルヲ得サルカ故ナリ。然カルニ、「被告ノ選擇ニ依リ甲給付又ハ乙給付ヲ爲スヘシ」ト云フ場合ニ在リテハ、被告ノ選擇ノ意思表示ハ、一給付ヲ選ムニ在ルヤ若クハ又、他ノ給付ヲ選ムニ在ルヤヲ知ルコトヲ得サルカ故ニ、判決ノ確定ニ依リテ被告ノ選擇ノ意思表示ニ代ハルト云フハ到底無意義タラサルヲ得ス（Kipp, ebenda S. 81 a. d. O.）。サレバ(b)「被告ハ選擇ノ意思表示ヲ爲スヘシ」ト云フ判決ハ、結局狹義ノ作爲ノ給付ヲ命スル裁判トシテ、民訴第七三四條ノ規定ニ依リテ執行スルノ外ナシ（vgl. Kipp ebenda S. 81）。然レトモ、民訴第七三四條ニ依リ損害賠償ヲ以テ債務者ノ意思ヲ強制シテ、選擇ノ意思表示ヲ爲サシメタル後、更ニ判決ノ執行力保證ヲ立ツルコト以外ノ條件ニ繋ル場合ナリトシテ、證明書ニ依リ債務者カ選擇ノ意思表示ヲ爲シタルコトヲ證明シテ、判決ノ執行力ヲ補充スヘキ執行文ヲ受ケ（五一八條二項）、該執行力アル判決ノ正本ニ基キテ、初メテ債務者ノ選擇シタル甲給付若クハ乙給付ヲ求ムル請求權ヲ執行スルコトヲ得トナスハ、到底迂遠ニシテ實際ノ便宜ニ合セスト云フヘ

也。

加之（c）選擇債務ノ債務者ハ選擇的ニ指示セラレタル一給付又ハ他ノ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ直接ニ負フモノト解スヘク、從テ先ツ選擇ノ意思表示ヲ爲ス債務ヲ負ヒ、更ニ其意思表示ニ依リテ特定スヘキ給付ヲ爲ス債務ヲ負フト云フカ如ク、二重ノ債務ヲ負擔スルモノト解スルハ選擇債務ノ性質ニ適セサルモノト云ハサルヘカラス。從テ先ツ選擇ノ意思表示ヲ命スル裁判ヲ執行シタル後、更ニ其意思表示ニ依リテ特定スヘキ給付ヲ命スル裁判ヲ執行スヘシトスル見解ハ非ナリトイフ（Levy, Vollstreckung des konjunktiven Schuldtitels, in Gruchot Beiträge Jahrg. 36 S. 43 ff.）。

(2) 獨逸普通法ニ於テモ、第二ノ見解トシテ或ハ（イ）裁判所ハ其裁判ニ於テ債務者カ選擇ノ意思表示ヲ爲スヘキ相當ノ期間ヲ指定スヘク、該期間内ニ債務者カ選擇ノ意思表示ヲ爲ササリシ場合ニハ選擇權ハ債權者ニ移轉スルモノトナスヘシトイヒ（Wichter, Erörterungen 1845 Heft 3 S. 118.）或ハ又「強制執行手續ニ入り、債權者ハ初メテ、債務者カ選擇ノ意思表示ヲ爲ササルトキハ、債權者ノ選擇シタル物ヲ、負擔シタルモノト看做スコトヲ得ルニ至ル」トナス見解ヲ生シタル所以ナリ（Dernburg, Preussisches Privatrecht 4 Aufl. Bd. II §29 S. 72）。然レトモ、我民事訴訟法ハ裁判所カ其裁判ニ於テ、右ニ述フルカ如キ選擇權行使ノ期間ヲ指定シ得ルコトヲ認メス又強制執行ノ開始カ債權者ニ前述ノ權利ヲ生スルコトヲ認メサルカ故ニ、何レノ見解ニモ依ルコトヲ得ス。

(3) 更ニ獨逸普通法ノ學說トシテ、一二ノ學者ハ債務者ノ遲滯ニ因リ、其選擇權ハ債權者ニ移轉ストナセルモノアリタリト雖モ、通說ハ之ヲ斥ケタリ (Literatur bei Vangerow III § 569 S. 20; Pescatore ebenda S. 86)。

(11) 我民法ニ於テハ、債權カ辨濟期ニ在ル場合ニ於テ、債權者ハ選擇權ヲ有スル債務者ニ對シ、相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スモ、其期間内ニ債務者カ選擇ヲ爲ササルトキハ、選擇權ハ債權者ニ移轉スルカ故ニ(民法第四〇八條)、實際論トシテハ、債權者ハ此方法ニ依ルヲ常トスヘシ。然レドモ、債權者ハ民法第四〇八條ノ催告ヲ爲スヘキ義務ヲ負フモノニ非サルコトハ固ヨリ論ナキカ故ニ、「債務者ノ選擇ニ依リ一給付又ハ他ノ給付ヲ爲スヘシ」ト云フ判決ノ執行カ要求セラル場合ナシト云フヲ得ス。

而シテ右判決ノ執行ハ、民訴第七三〇條規定ノ精神ニ依リテ爲スヘキモノトスルヲ正當トス。同條後段ノ規定ニ依レハ、債務者カ代替物ノ一定ノ數量ヲ引渡スヘキ場合ニ於テモ、執達吏ハ之ヲ債務者ヨリ取上ケテ債權者ニ引渡スヘキモノトシタリ。夫レ、債務者カ代替物ノ一定ノ數量ヲ給付スヘキ場合ニハ、種類ヲ以テ指定セラレ又ハ制限的ニ種類ヲ以テ指示セラレタル物ノ中ヨリ、一定ノ數量ヲ抽出シテ之ヲ債權者ニ引渡ササルヘカラス。然カルニ、同條ノ規定ニ依レハ、執達吏ハ一定ノ數量ヲ債務者ヨリ取上ケテ債權者ニ引渡スヘシトナセルカ故ニ、執達吏ノ行爲ハ債務者ノ

右抽出行爲ニ代ハル (ersetzen) ト見タルモノト解セサルヘカラス。尤モ此ノ場合ニ於テモ、未タ執行行爲ノ完結セサル間ハ、債務者ハ自ラ代替物ノ一定數量ヲ抽出シ、之ヲ給付シテ強制執行ヲ免ルルコトヲ得サルニハ非ス。是レ執達吏ハ特別ノ委任ヲ受ケサルトキト雖モ、債務者ノ爲サントスル辨濟ヲ受取ル權限ヲ有スルコトハ第五三三條ノ規定スル所ナルカ故ナリ (Levy, in Gruchot Beiträge Jahrgang 36 S. 48 a. a. O.)。此ノ精神ハ、債務者ノ選擇ニ依リテ特定スヘキ給付ヲ命スル判決ノ執行ニ準用スルコトヲ得サルヘカラス。即此ノ場合ニ於テモ執行機關ハ直チニ一給付又ハ他ノ給付ニ對シテ執行々爲ヲ爲シ、之ニ依リテ、債務者ノ選擇ノ意思表示ニ代ハル (ersetzen) ヲ得ルコト、恰モ前掲ノ場合ニ於テ債務者ノ抽出行爲ニ代ハリ得ルト同一ナラサルヘカラス。尤モ此ノ場合ニ於テモ執行行爲カ完結セサル間ハ債務者ハ選擇ノ意思表示ヲ爲シ、爲スヘキ給付ヲ特定シ、之ニ依リテ他ノ給付ニ對スル強制執行ヲ免カルルコトヲ得ルモノト解スヘキナリ。詳言セハ、(a)「債務者ノ選擇ニ依リ甲給付又ハ乙給付ヲ爲スヘシ」ト云フカ如キ判決ヲ執行セントスル場合ニハ、債權者ハ判決ノ執行カ何等ノ條件ニ繋ラサルモノトシテ、第五一六條ノ規定ニ依リテ執行文ノ附與ヲ求ムヘキナリ、其執行カ債務者ノ選擇ノ意思表示ニ繋ルモノトシテ、第五一八條第二項ノ規定ニ依ルヘキモノニ非ス。書記モ亦裁判長ノ命令ヲ受クルコトヲ要セス、直チニ「債務者ノ選擇ニ依リ甲給付又ハ乙給付ヲ爲スヘシ」トスル判決ノ正本ニ執行文ヲ附記スルコトヲ得。而シテ(b)債權者カ右執行力ア

ル正本ヲ受ケタル場合ニハ、執行ヲ求ムル給付ノ順序ヲ示シテ執行機關ニ執行々爲ヲ委任(又ハ申請)スルコトヲ得。但強制執行ノ開始ト共ニ債務者ニ屬スル選擇權カ債權者ニ移轉スルカ故ニ非ス、當事者處分主義ノ結果トシテ執行ノ目的物ヲ指示シ得ルニ依ルモノタリ(五四四條二項二段參照)。又(c)執行機關ハ債權者ノ委任(又ハ申請)ノ趣旨ニ從ヒ一給付ニ對シテ執行シ、又其執行カ不能タリ若クハ之ニ依リテ債權者カ其請求權ノ満足ヲ得ルコトヲ得サル場合ニハ、之ニ對スル執行ヲ廢シテ、他ノ給付ニ對スル執行ヲ爲スコトヲ妨ケス。而シテ、債權者カ之ニ依リテ其請求權ノ満足ヲ得タル場合ニハ、執行機關ノ行爲ハ債務者ノ選擇ノ意思表示ニ代ハリ、且其意思表示ニ依リテ特定スヘカリシ給付ヲ求ムル請求權ヲ執行シタルモノニ外ナラス。尤モ(d)債務者ハ執行ノ開始ニ依リ其選擇權ヲ喪失スルコトナキカ故ニ、執行々爲カ完結セサル間ハ、仍ホ選擇ノ意思表示ヲ爲シテ、爲スヘキ給付ヲ特定シ、他ノ給付ニ對スル執行ヲ免カルルコトヲ得サルニハアラス (Levy edenda S. 48 ff. a. a. O.)。

第二項 請求ノ任意的併合

第一目 任意的併合一般

一 請求ノ任意的併合 (Facultative Verbindung) トハ、原告カ「被告ニ對シ一定ノ給付ヲ爲スヘキコト、又被告カ相當ノ期間内ニ其給付ヲ爲サス若クハ之ヲ爲スコト能ハサル場合ニハ他ノ給付ヲ爲ス

ヘキコト(殊ニ損害賠償ヲ爲スヘキコト)ヲ命スル判決アラシコトヲ要求スル」場合ヲ云フモノナリ。

此場合ニハ、原告ハ先ツ、被告ニ對シ一定ノ給付ヲ求ムル請求權ノ存在ヲ主張シテ(第一請求)其給付ヲ爲スヘキコトヲ命スル判決ヲ要求シ、更ニ被告ニ於テ其給付ヲ爲サス又ハ爲スコト能ハサルトキハ他ノ給付ヲ求ムル請求權ノ存在ヲ主張シテ(補充的請求)其給付ヲ爲スヘキコトヲ命スル判決ヲ要求スルモノナルカ故ニ、請求ノ併合アルコトハ疑ヲ容レズ。且其併合ノ態様ハ、原告ニ於テ第一ノ請求ヲ爲シ、更ニ被告ニ於テ該給付ヲ爲サス又ハ爲スコト能ハサル場合ニハ補充的請求ヲ爲スト云フニ在リテ、債權者カ補充權ヲ有スル場合ニ於ケル任意債權 (facultas alternativa des Gläubigers) ニ類スルカ故ニ、任意的併合ト稱スルヲ以テ妥當トス。

二 任意的併合ノ適否

任意的併合ノ場合ニ於テモ、亦請求ノ併合カ適法ナルヤ否ヤノ問題ト併合セラレタル請求カ理由アリヤ否ヤノ問題トハ明ニ區別セサルヘカラス。

(一) 任意的併合カ適法ナルヤ否ヤハ、専ラ民訴第一九一條ノ規定ニ依リ、併合ノ適法要件カ具備スルヤ否ヤヲ審理シテ決スヘキ問題ナリ。而シテ同條ハ請求併合ノ態様ヲ限定セル規定ニ非サルカ故ニ、苟クモ同一ノ被告ニ對スル數個ノ請求ニシテ受訴裁判所カ其各請求ニ付キ管轄權ヲ有シ、且同一種類ノ訴訟手續ニ依ルヘキモノトシテ一箇ノ訴ヲ以テ起コサレタル場合ニ、併合禁止ノ明文

ナキトキハ、請求ノ任意的併合ハ適法ナリ。——而シテ右要件中裁判所ノ事物管轄カ訴訟物ノ價格ニ依リテ定マル場合ニハ、任意的併合ニ在リテハ、第一給付ヲ求ムル請求ノ價格ニ依リテ決スヘク、補充的給付ヲ求ムル請求ノ價格ヲ斟酌スルノ要ナク又之ヲ合算スルコトヲ得サルモノト解セサルヘカラス。是レ、原告ハ能フヘクハ第一給付ヲ求ムルモノナリト雖モ、第一給付ヲ求ムル請求ト補充的請求トハ經濟上同一ナルカ故ナリ。

(二) 更ニ任意的併合ノ場合ニハ(イ)訴ノ申立カ不定ニ非サルヤ、若クハ又(ロ)請求ノ起シ方ニ條件ヲ付スルモノ換言セハ請求ニ關スル權利拘束ノ發生ヲ條件ニ繋ラシムルモノニ非サルヤノ疑ヲモ生スルコトナシ。——蓋、豫備的併合ニ關シ斯ル疑ヲ生シ易スキ所以ハ、豫備的併合ニ在リテハ「裁判所ニ於テ、第一位ノ請求ヲ理由ナシトセラルル場合ニハ、第二位ノ請求(豫備的請求)ニ付キ裁判セラレタシ」トスルモノニシテ、恰モ第一位ノ請求ヲ審理シ且之ヲ棄却スヘキ裁判ヲ爲スヘキコトカ定マリタル後ニ非サレハ第二位ノ請求ニ付キテハ審理及ヒ裁判ヲ爲スコトヲ要セサルヤノ外觀ヲ有スルカ爲メナリ。尤モ其ノ假想ニ過キササルコトハ前ニ述ヘタリ(本書七六三頁以下)。然カルニ任意的併合ノ場合ニ於テハ、斯ル假想タモ存スルコトナシ。是レ、任意的併合ノ場合ニハ、原告カ第一給付ヲ求ムル請求並ニ補充的給付ヲ求ムル請求ニ關シ、審理及ヒ裁判ヲ爲シ、其ニ之ヲ認メンコトヲ要スルモノナルコトハ、訴ノ申立自體ノ文言ニ於テモ明白ニ示サレ、些ノ疑ヲ容ルル餘地ナキ

カ故ナリ。例ハ「被告ハ米百石ヲ原告ニ引渡スヘシ若シ其給付ヲ爲サス又ハ爲スコト能ハサル場合ニハ貳百圓ノ損害賠償ヲ爲スヘシトノ判決アリタシ」ト云フカ如キ場合ニハ、米百石ノ引渡ヲ求ムル請求並ニ損害賠償請求ニ付キ共ニ審理ヲ爲シ且共ニ判決主文ヲ以テ認メンコトヲ要求スルモノナルコトハ、申立ノ文言ニ於テモ亦明ニ示サレタルカ如シ。

學者ニハ任意的併合ノ場合ニ於テモ第一ノ給付ヲ求ムル請求ト補充的給付ヲ求ムル請求トハ未必的ノ關係(Eventualität)ヲ有ストナスモノナキニ非ス。然レトモ此ノ場合ニ關シテモ亦未必的ト稱シ得ヘシトナスモ、謂フ所ノ未必的關係ハ豫備的併合ノ場合ニ於テ未必的關係若クハ豫備的關係(Eventualität)ト稱スルトハ、全然其意義ヲ異ニセリ。是レ、任意的併合ノ場合ニ於テハ、強制執行手續ニ至リテ、初メテ未必的(Eventualität)ノ關係ヲ生スルモノニシテ、判決手續ニ於テハ未必的ノ關係ヲ有スルコトナシ。詳言セハ第一給付ヲ求ムル請求並ニ補充的給付ヲ求ムル請求共ニ審理セラレ且共ニ判決主文ヲ以テ認メラレンコトヲ要求シ、何等未必的關係アルコトナシ。唯、第一ノ給付ヲ命スル判決アルニ拘ハラス債務者(被告)カ任意ニ其給付ヲ爲サス又ハ債權者(原告)ニ於テ該判決ヲ執行スルコトヲ欲セス若クハ之ヲ執行スルコト能ハサル場合ニハ、補充的給付ヲ命スル判決ヲ執行スルコトヲ得ルノ點ニ於テ、未必的關係在リト云フヲ得ルニ過キササルカ故ナリ【註二】

【註二】 任意的ノ併合ノ場合ニ於テモ Eventualitätノ關係(未必的關係)アリトスルハ、用語トシテハ非難スヘキニアラスト雖モ

其意義ハ準備的併合ノ場合ニ謂フ所ノ Eventualität (準備的又ハ未必的關係)トハ全然異ナル。準備的併合ノ場合ニ於テハ謂フ所ノ Eventualität ハ第一位ノ請求カ理由ナシトセラルル場合ノ爲メ第二位ノ請求ヲ爲スモノニシテ、從テ第一位ノ請求カ認めラレル場合ニハ第二位ノ請求ハ認めルコトヲ得サルコトヲ意味スルモノタルニ反シ、任意的併合ニ在リテハ判決手續ニ於テハ併合セラレタル總テノ請求ヲ認めル判決アラントテ要求スルモノナリ、從テ Eventualität ノ關係アリトセハ單ニ強制執行手續ニ至リテ然カレノミナリ (Helmwig, Anspruch u. Klageort S. 112 Anm. 24 a); Förster-Kann, Nr. 2 d aa zu § 260 C. P. O.)

三 任意的ニ併合セラレタル各請求カ理由アルヤ否ヤノ問題、殊ニ補充的給付ヲ求ムル請求ハ、訴訟法上ノ理由ヨリシテ却下又ハ棄却スルコトヲ要セサルヤノ問題ハ、併合ノ適否ノ問題トハ明ニ區別シテ研究セサルヘカラス。吾人ハ此點ニ關シ、先ツ任意債務關係ト請求ノ任意的併合ヲ研究シタル後、訴訟ノ實際ニ於テ頻繁ニ其實用ヲ見ル原給付ヲ求ムル請求ト賠償請求トノ任意的併合ヲ論スヘシ。

第二目 任意債務關係ト請求ノ任意的併合

第一段 任意債務ト請求ノ任意的併合

一 任意的債務關係ニ於テ債權者カ補充權ヲ有スル場合(任意債權)ニハ、債權者カ債務者ヲ被告トシテ第一給付ヲ求ムル請求ト補充的給付ヲ求ムル請求トヲ任意的ニ併合シテ給付訴訟ヲ起スコトヲ得、又其カ適法ナルコトハ疑ヲ容レズ(第一目參照)。

二 唯、斯ル場合ニハ、併合セラレタル各請求ヲ認ムルコトヲ得ルヤ。

(1) 此場合ニ於テ第一給付ヲ求ムル請求ニ付キテハ、現在ノ給付判決ヲ要求スル權利保護要件カ、容易ニ具備シ得ヘキコトハ多言ノ要ナシ。是レ、第一給付ヲ求ムル請求權カ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ存在シ且履行期ニ在ル場合ニハ現在ノ給付判決ヲ爲スコトヲ得ルカ故ナリ。

(2) 唯、補充的給付ヲ求ムル請求ノ權利保護要件ハ果シテ具備スルコトヲ得ルヤ。

夫レ、此ノ場合ニ於ケル補充的請求ハ、被告カ第一ノ給付ヲ爲サス又ハ爲スコト能ハサル場合ノ爲メニ主張セラルルヲ常トスト雖モ、精確ニ云ヘハ原告(債權者)カ補充權ヲ行使シタル場合ニハ、被告ハ即時ニ補充的給付ヲ爲スヘキコトヲ命スル判決ヲ要求スルモノニシテ、被告カ「第一ノ給付ヲ爲サス又ハ之ヲ爲スコト能ハサルトキ」ト云フハ、斯ル事情アル場合ニハ原告ハ其補充權ヲ行使スヘキコト詳言セハ判決手續カ完結シタル後右事情生シタル場合ニ初メテ其補充權ヲ行使スヘキコトヲ豫告スルモノニ外ナラス。又實際ニ於テモ斯ル場合ニハ判決手續カ完結セサル間ハ、原告ハ其補充權ヲ行ハサルヲ常トスルカ故ニ、補充的給付ヲ求ムル請求權ハ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ、果シテ存スルヤ又履行期ニ在ルヤ否ヤノ問題ヲ生ス。

(イ) 此問題ニ關シ、一派ノ學者ハ、補充的給付ヲ求ムル請求權ハ、停止條件付請求權トシテ存在スルモノナリトナス。以爲ラク、債權者カ補充權ヲ有スル補充的債務關係ニ在リテハ、債務關係カ成立スルトキハ、債務者ハ直チニ第一給付並ニ補充的給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔ス („beide sind in

obligatione)。從テ、第一給付ヲ求ムル請求權及ヒ補充的給付ヲ求ムル請求權共ニ直チニ生スト雖モ、其兩請求權ノ一ノミカ存續スルコトヲ得ルモノナリ。即第一給付ヲ目的トスル請求權ハ解除條件付ニシテ、補充的給付ヲ目的トスル請求權ハ停止條件付ナリ、條件タル事項ハ同一ニシテ、債權者カ補充權ヲ行使スルコトニ在リ。債權者カ補充權ヲ行使シタルトキハ、第一位ノ給付ヲ求ムル請求權ハ消滅シ、補充的給付ヲ求ムル請求權ノ存在ハ確定ストナセリ (Regelsberger, in Thering Jahrbuch Bd. 16 S. 167 ff. u. Anm. 2; Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 102 Anm. 4 u. S. 112; vgl. auch dort Zitierte)。

然リ、債權者カ補充權ヲ有スル任意の債務關係ニ在リテハ、債權者ハ第一給付ヲ求ムル請求權ノ外、之ニ代ヘテ他ノ給付ヲ請求スル權能ヲ有シ、兩給付共ニ債務者カ債務トシテ負擔スル所ナリ。從テ任意債務關係ヨリシテ第一位ノ給付並ニ補充的給付ヲ求ムル請求權ヲ生ストナスハ正當ナリ。然トモ、前者ハ解除條件付ニシテ、後者ハ停止條件付ナリト云フハ妥當ナリヤ。殊ニ、補充的給付ヲ求ムル請求權ハ既ニ發生シタリトナスニ拘ハラズ、債權者カ補充權ヲ行使スルニ至ルマテハ恰カモ其發生ヲ停止セラルルカ如クニ思惟スルハ不當ナリ、補充的給付ヲ求ムル請求權ハ寧ロ「自制的請求權」(Verhaltnis Anspruch)ナリト解セサルヘカラス。是レ、債權者カ補充權ヲ有スル場合ニハ、補充的給付ヲ求ムル請求權ハ任意の債務關係ノ成立ト共ニ直チニ發生シ又存在スト雖モ、債權者カ

補充權ヲ行使スルマテハ其活動ヲ停止セラル、然カモ債權者ハ何時ニテモ任意ニ、補充權ヲ行使シテ之ヲ活動状態ニ置クコトヲ得ルカ故ナリ (Langheineken, Anspruch u. Einrede S. 112)。[○]——而シテ補充的給付ヲ求ムル請求權ヲ以テ自制的請求權ナリトスル場合ニハ第一給付ヲ求ムル請求權並ニ補充的給付ヲ求ムル請求權共ニ解除條件付ナリト解セサルヘカラス。即前者ハ債權者カ留保ナクシテ補充權ヲ行使シ、補充的請求權ヲ行使スルコトヲ以テ解除條件トシ、後者ハ第一給付ヲ求ムル請求權カ實現セラレタルコト(即債權者カ満足ヲ得タルコト)ヲ以テ解除條件トナスモノナリ。

上述ノ如ク補充的給付ヲ求ムル請求權ハ任意の債務關係ノ發生スルト同時ニ直チニ發生シ、自制的請求權トシテ存在スルカ故ニ、苟クモ、給付判決ヲ要求スルコトヲ得ヘキ法律上ノ利益カ存スル場合ニハ、裁判所ハ債權者カ未タ補充權ヲ行使セサルニ當リ、第一給付ヲ求ムル請求ノミナラス補充的給付ヲ求ムル請求ヲモ認ムル給付判決ヲ爲スコトヲ得。

(ロ) 唯、現在ノ給付判決ハ、訴訟物タル請求權カ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ、履行期ニ在ル場合 (Praxis) ニ非サレハ要求スルコトヲ得ス(現在ノ給付判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益)。然カルニ補充的給付ヲ求ムル請求權ハ自制的請求權ニシテ、債權者(原告)カ何時ニテモ其意思ニ依リテ活動セシムルコトヲ得ルモノナリト雖モ、債權者カ、補充權ヲ行ハサル間ハ、其活動ヲ停止セラレツツアルカ故ニ、履行期ニ在ルモノト云フコトヲ得ス。從テ補充的給付ヲ求ムル請求ニ付キ

テハ將來ノ給付判決ヲ以テスルニ非サレハ、其給付ヲ命スルコトヲ得サルモノト解セサルヘカラス (Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 112 u. Anm. 26; Schollmeyer, Anm. 3 zu § 326 B. G. B.)。

然カルニ、我訴訟法ニ於テモ將來ノ給付判決從テ將來ノ給付ノ訴ヲ認ムルコトハ、第五條第四號、第五一八條第二項及ヒ第五二九條第一項等ノ規定ヨリ明ニシテ、又將來ノ給付判決ヲ要求スル法律上ノ利益ハ、將來履行ノ條件カ充タレ又ハ履行期カ到來スルモ債務者カ即時ニ給付ヲ爲ササルコトヲ認ムヘキ理由アル虞アル場合ニハ存スルモノナルコトハ、吾人ノ嘗テ論シタル所ナリ(本書一六五頁以下「將來ノ給付ノ訴」參照)。而シテ債權者ノ請求ニ拘ハラス債務者カ第一ノ給付ヲ爲ササルカ如キ場合ニハ、債權者カ補充權ヲ行使シテ補充的給付ヲ請求スルモ、債務者ハ即時ニ其給付ヲ爲ササルコトヲ認ムヘキ虞アルモノト云ハサルヘカラス。

(3) 要之、債權者カ補充權ヲ有スル任意の債務關係ニ於テ、債權者カ債務者ヲ被告トシテ、第一ノ給付ヲ求ムル請求及ヒ補充的給付ヲ求ムル請求ヲ任意のニ併合シテ給付訴訟ヲ起シタル場合ニ於テ、苟クモ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ノ時ニ於テ、該任意の債務關係カ存在シ且債權者カ未タ補充權ヲ行使セザリシトキハ、原告(債權者)ハ第一ノ給付ヲ求ムル請求ニ付キテハ現在ノ給付判決、補充的給付ヲ求ムル請求ニ付キテハ將來ノ給付判決ヲ受クルコトヲ得(共ニ一分)。而シテ右將來ノ給付判決ハ、原告(債權者)カ其補充權ヲ行使シタルトキハ即時ニ補充的給付ヲ爲スヘキコトヲ被告ニ命

スルヲ以テ其内容ト爲スモノナリ。

第二段 任意債務ト請求ノ任意の併合

一 債務者カ補充權ヲ有スル任意の債務關係(即チ任意債務)トハ、債務者カ債權ノ目的タル給付(第一給付)ニ代ヘテ他ノ給付(補充的給付)ヲ爲スコトニ依リテ其債務ヲ免カルル權利ヲ有スル場合ヲ云フモノニシテ、此場合ニハ債權者ハ第一ノ給付ヲ求ムル請求權ヲ有スルニ過キス、補充的給付ヲ求ムル自制的請求權タモ有スルコトナシ。

二 故ニ、債權者カ給付訴訟ヲ爲サントスル場合ニハ、第一給付ヲ求ムル請求權ヲ訴訟物トスル訴ヲ提起スヘキナリ。反之、債權者カ第一ノ給付ヲ求ムル請求ト補充的給付ヲ求ムル請求トヲ任意のニ併合シテ訴ヲ起シタル場合ニハ、苟クモ訴訟法第一九一條ノ規定ニ適スル限りハ該請求ノ併合ハ適法ナリト雖モ、補充的給付ヲ求ムル請求ハ理由ナシトテ棄却セサルヘカラス。是レ、債權者ハ第一ノ給付ヲ求ムル請求權ヲ有スルノミニシテ、補充的給付ヲ求ムル自制的請求權タモ有セサルカ故ナリ。

或ハ問題ノ場合ニ於テモ、債權者ハ補充的給付ヲ求ムル停止條件付請求權ヲ有ストナス見解ナキヲ得セス。然レトモ、債務者ハ補充的給付ヲ現實ニ爲スコトニ依リテ其債務ヲ免カルルコトヲ得ルニ過キサカ故ニ、謂フ所ノ停止條件ハ必スヤ「債務者カ補充的給付ヲ爲スコト」ナリトナササル

ヘカラス。然レトモ補充的給付ヲ爲スコトニ因リテ、切メテ該補充的給付ヲ求ムル請求權ヲ生スト云フカ無稽ナルコトハ多言ヲ要セス (Langheineken, ebenda S. 203 a. a. O.)。

第三目 本來ノ給付ヲ求ムル請求ト賠償請求トノ任意的併合

債權者カ債務者ヲ被告トシテ、本來ノ給付ヲ求ムル請求ヲ爲シ、且債務者カ其給付ヲ爲サス又ハ之ヲ爲スコト能ハサル場合ニハ、若干ノ損害ヲ賠償スヘキ旨ノ請求ヲ併合シテ訴ヲ提起スルカ便宜ニ合スルコトハ疑ヲ容レス。又我實際ニ於テモ、屢々行ハルル所ナルカ如シト雖モ、其私法上並ニ訴訟法上ノ關係ハ未タ必シモ明確ニセラレタリト云フヲ得ス。吾人ハ之ヲ以テ請求ノ任意的併合ニ屬スルモノトナスト雖モ、「債務者カ相當ノ期間内ニ任意ニ本來ノ給付ヲ爲ササル場合ニハ若干ノ賠償ヲ爲スヘシ」トノ判決ヲ要求スル請求ヲ併合シタル場合ト、債務者カ本來ノ給付ヲ爲スコト能ハサル場合ニハ若干ノ賠償ヲ爲スヘシ」トノ判決ヲ要求スル請求ヲ併合シタル場合トハ、之ヲ區別シテ研究スヘシトナスモノタリ。

第一段 債務者カ本來ノ給付ヲ爲ササル場合ニ於ケル賠償請求ノ任意的併合

一 債權者カ債務者ヲ被告トシ、

「被告ハ原告ニ本來ノ給付ヲ爲スヘシ、若シ被告カ一定ノ期間内ニ右給付ヲ爲ササルトキハ金若干ノ損害ヲ賠償スヘシトノ判決アリタシ」

ト云フカ如キ趣旨ノ訴ヲ起シタル場合ニハ、其適否並ニ請求ノ當否如何。

此種ノ訴ノ趣旨カ、被告(債務者)ニ對シ、(イ)本來ノ給付ヲ命スル判決並ニ(ロ)被告カ一定ノ期間内ニ該給付ヲ爲ササルトキ(即チ爲スコトヲ欲セサルトキ)ハ若干ノ賠償ヲ命スル判決ヲ要求スルコトハ疑ヲ容レサルカ故ニ、此種ノ訴カ請求ヲ併合シタルモノニシテ且任意的ニ併合シタルモノナルコトハ論ヲ俟タス。

而シテ、訴訟法第一九一條ノ規定ニ適スル限リハ、斯ル請求ノ併合カ適法ナルコトハ上述シタルカ如クニシテ、持ニ論スヘキモノナシ。

二 唯、斯ル訴カ起コサレタル場合ニハ、裁判所ハ任意的ニ併合セラレタル各請求ヲ認ムル給付判決ヲ爲スコトヲ得ルヤ。

(一) 此問題ヲ決スルニハ、先ツ本來ノ給付ヲ求ムル請求權ト履行ニ代ハルヘキ損害賠償(填補賠償)トノ民法上ノ關係ヲ視サルヘカラス。

(1) 債務者カ任意ニ其債務ヲ履行セサルトキハ、債權者ハ債務者ヲ被告トシテ本來ノ給付ヲ爲スヘキコトヲ命スル判決アランコトヲ要求スルヲ得ルコトハ、我民法上疑ヲ容レス(民法四一四條一項)。

(2) 唯債務者カ其債務ヲ履行セサル場合即債務者遲滞ノ場合ニハ、債權者ハ直チニ履行ニ代ハ

ルヘキ損害賠償即填補賠償ヲ請求スルコトヲ得ルヤハ、恰モ、議論ノ岐カル所ナリ。或ハ(1)我民法第四一五條前段ニハ、「債務者カ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササル場合ニハ債權者ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得」ト規定シ、廣ク損害賠償ト云フカ故ニ、之ヲ遲延賠償ニ制限スヘキ理由ナシトシ、從テ債權者ハ原則トシテ填補賠償ヲ請求スル權利ヲ有スト雖モ、契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ此權利ナキモノト認ムヘキ場合及ヒ此權利ヲ行使スルコトカ信義ノ原則ニ反スル場合ニ於テノミ例外トシテ此權利ナキモノトナシ(鳩山博士日本債權法一二〇頁)、或ハ(2)履行期カ重要ナラサル場合ニハ、履行期ハ債務者カ必ス其時ニ履行ヲ爲スコトヲ要スルコトヲ意味セス、履行期到來ノ時ヨリ以後履行ヲ爲スコトヲ要シ又之ヲ以テ足ルコトヲ意味ス。從テ履行期到來後ニ債務者カ爲シタル履行ハ猶ホ債務ノ履行タルヲ失ハス。故ニ債務者遲滞ノ場合ニハ債權者ハ履行ニ代ルヘキ全部ノ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス。而シテ我民法ニハ損害賠償ニ關シ同法第五四一條ノ如キ規定ヲ缺クカ故ニ債權者ハ催告ヲ爲シ相當ノ期間内ニ債務者カ履行ヲ爲ササル場合ニ於テモ、履行ニ代ハルヘキ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス。從テ、債權者ハ民法第五四一條ニ依リ契約ヲ解除シ原狀回復ヲ求メ尙ホ損害アル場合ニハ其損害ヲ賠償セシムルノ外ナシトス(石坂博士日本民法債權篇四九九頁以下)。

蓋、(イ)契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ、履行期カ重要ナル場合即一定ノ日時、又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニ非サレハ、契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハス、遅クレテ爲サレタル履行カ履行タル價值ヲ有セサル場合ニハ、債務者遲滞ノ結果トシテ給付不能ヲ生スルカ故ニ(石坂博士日本民法四六三頁以下、二二九九頁及ヒ同處引用ノ學說參照)、債權者ハ給付不能ヲ理由トシテ履行ニ代ハルヘキ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルコトハ多言ヲ俟タス(民法四一五條後段)。從テ斯ル場合ニ關シ、債務者遲滞ノ效果トシテ、直チニ履行ニ代ハルヘキ賠償ヲ請求スルコトヲ得ト云ヒ、若クハ又遲滞ノ結果タル給付不能ヲ理由トシテ履行ニ代ハルヘキ賠償ヲ請求スト云フハ、單ニ法理上ノ問題ニシテ實際ノ結果ニ於テハ差異ナキカ如キ觀アリト雖モ決シテ然ラス。是レ履行遲滞ヲ理由トスル場合ニハ、債權者ハ、單ニ債務者ノ履行遲滞ニ付キ主張責任及ヒ舉證責任ヲ負擔スルニ反シ、給付不能ヲ理由トスル場合ニハ、債權者ハ債務者ノ履行遲滞ノ外尙ホ其遲滞從テ給付不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リタルコトニ付キ主張責任及ヒ舉證責任ヲ負擔シ、其カ訴訟上差異ヲ生スルコトハ疑ヲ容レス。又(ロ)履行期カ重要ナラサル場合ニハ、債務者ハ其時以後ニ履行ヲ爲スコトヲ得又之ヲ以テ足り、遅クレタル履行モ猶ホ履行タルヲ失ハサルカ故ニ、債務者遲滞ノ效果トシテ債權者ハ遲延賠償ハ之ヲ請求スルコトヲ得ト雖モ、直チニ給付ニ代ハルヘキ賠償ハ之ヲ請求スルコトヲ得サルモノト解スルヲ至當トスヘシ。唯、債權者カ相當ノ期間ヲ定メテ債務者ニ履行ヲ催告スル場合ニ於テハ、該期間内ニ履行カ爲サルルニ非サレハ、履行タル價值ヲ有セサル旨ヲ同時ニ

通知シタルモノト認ムヘキ場合尠カラス、斯ル場合ニ於テ債務者カ之ヲ受ケタルニ拘ハラズ、尙期間内ニ履行ヲ爲サザリシトキハ、等シク給付ノ不能ヲ生スルモノト解スヘク、從テ債權者ハ履行ニ代ハルヘキ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得サルヘカラス。若シ夫レ債務者カ契約上ノ債務ヲ遲滯シタル場合ニハ債權者ハ民法第五四一條ノ規定ニ依リ相當ノ期間ヲ定メ履行ヲ催告シ若シ期間内ニ履行ナキトキハ契約ヲ解除シ得ルコトハ固ヨリ論ヲ俟タス。

而シテ、債權者カ相當ノ期間ヲ定メテ履行ヲ催告シ、該期間ノ經過後履行ニ代ハルヘキ損害賠償ヲ請求シ得ル場合ニ在リテハ、其損害賠償請求權ハ、履行ノ催告前ニ於テモ自制的請求權トシテ存在スルモノト解スルコトヲ得ヘシ。是レ、債務者ハ既ニ遲滯ニ在リ、然カモ債權者ハ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スコトニ依リテ、直チニ賠償請求ヲ活動セシムルコトヲ得ルカ故ナリ。又債權者カ契約ノ解除ヲ爲シタル後、原狀回復並ニ損害賠償ヲ請求スヘキ場合ニ於テモ、苟クモ解除ノ原因ニシテ存スル場合ニハ、債權者ハ一方的意思表示ニ依リテ解除權ヲ行ヒ、原狀回復及ヒ損害賠償請求權ヲ活動セシムルコトヲ得ルカ故ニ、原狀回復請求權及ヒ損害賠償請求權ハ自制的請求權トシテ存在スルモノト解スルヲ得ヘク、少クモ停止條件付請求權タルモノト解セサルヘカラス。

(二) 進ンテ、本來ノ給付ヲ求ムル請求ト損害ノ賠償ヲ求ムル請求トヲ任意的ニ併合シタル場合、詳言セハ「被告ハ一定ノ期間内ニ本來ノ給付ヲ爲スヘシ、若シ之ヲ爲サザルトキハ若干ノ損害ヲ賠

償スヘシ」トノ訴ヲ起シタル場合ニ於ケル、請求ノ當否ヲ研究スヘシ。

(1) 債務者ノ履行遲滯ノ效果トシテ直チニ履行ニ代ハルヘキ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得トスル見解ニ依ルトキハ、苟クモ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ、債務者カ履行遲滯ニ在ルトキハ、(イ)本來ノ給付ヲ求ムル請求ニ付キテハ、現在ノ給付ヲ命スル判決ヲ受クルコトヲ得、又(ロ)履行ニ代ハルヘキ賠償ヲ求ムル請求ニ付キテハ將來ノ給付ヲ命スル判決ヲ受クルコトヲ得サルヘカラス。詳言セハ、債務者カ一定ノ期間内ニ任意ニ本來ノ給付ヲ爲ササル場合ニ於テ、債權者カ本來ノ給付ニ代ヘ損害賠償ヲ、請求セントスル意思ヲ表示シタルトキハ、即時ニ給付ニ代ハルヘキ損害ヲ賠償スヘシトノ給付判決ヲ受クルコトヲ得ヘキナリ【註三】。

【註三】 此ノ場合ニ於テモ「債務者カ一定ノ期間内ニ本來ノ給付ヲ爲サザルトキ」ト云フハ、右ノ制限ノ下ニ債權者カ損害賠償ヲ請求スル權能ヲ行フヘキコトヲ豫告スルモノト解スヘキカ如シ。

(2) 又債務者遲滯ノ效果トシテ、債權者ハ直チニ履行ニ代ハルヘキ賠償ヲ請求スルコトヲ得トスル見解ニ依ル場合ニ於テモ、債權者カ相當ノ期間ヲ定メテ履行ヲ催告スルコトニ依リ、同時ニ該期間内ニ爲サレサル履行ハ履行タル價值ヲ有セサル旨ヲ通知シタルモノト認ムヘキトキハ、獨リ本來ノ給付ヲ求ムル請求ヲ認ムルコトヲ得ルノミナラス、債務者カ一定ノ期間内ニ該給付ヲ爲ササル場合ニ於ケル損害ノ賠償(即給付不能ニ基ク損害ノ賠償)ヲ求ムル請求ヲ認ムルコトヲ得【註四】。

【註四】此ノ場合ニ於ケル損害ノ範圍ハ、判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於ケル事情ニ基キ豫定スヘキナリ。若シ判決ニ指シタル一定期間經過後ノ事情ニ依リ其額カ過大ナルニ至ルトキハ、債務者ハ、或ハ(1)新訴ヲ以テ、其差額タケノ賠償請求權不存在確認ノ判決ヲ要求スルコトヲ得、或ハ又請求異議ノ訴ヲ以テ、其差額タケノ賠償請求ニ付キ債務名義タル判決力有スル執行力ヲ排除スルコトヲ得(訴五四五)——尙ホ Helwig ハ此ノ場合ニ付キ、原告ハ補充的ニ請求スル損害賠償ノ額ヲ留保シテ訴ヲ起スコトヲ得ルモノトシタリ。即チ「本來ノ給付ヲ認ムル一分判決カ爲サレ、其一分判決ノ強制執行力試ミラレ又ハ其判決ノ送達後一定ノ期間カ經過シタル後、賠償ヲ請求スル損害ノ額ヲ數字ヲ以テ一定スルチ妨ケサル」モノトシタリ (Helwig, Anspruch u. Klagezeit S. 114)。

又、債權者カ契約上ノ債權ノ目的タル本來ノ給付ヲ求ムル請求ト、該契約ヲ解除シタル場合ニ於ケル原狀回復及ヒ損害賠償ヲ求ムル請求トヲ併合シタル場合ニハ【註五】、右原狀回復請求權及ヒ損害賠償請求權ハ、苟クモ契約解除ノ原因タル事由カ具備シ且損害ノ範圍ヲ豫定シ得ヘキ場合ニハ、自制的請求權トシテ存在スルモノト解スルコトヲ得ヘシ。故ニ苟クモ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ、債務者カ履行遲滞ニ在リ且債權者カ解除權ヲ行使シタル場合ニ於テ受クヘキ損害ヲ豫定スルコトヲ得ルトキハ、裁判所ハ被告ニ對シ契約上ノ債權ノ目的タル本來ノ給付ヲ爲スヘキコトヲ命スル判決(現在ノ給付判決)及ヒ原告カ解除權ヲ行使シタル場合ニハ即時ニ原狀ヲ回復シ且一定ノ損害ヲ賠償スヘキコトヲ命スル判決ヲ爲スコトヲ得ヘシ (vgl. Hoeniger, in Arch. Bürg. R. Bd. 35 S. 270—A. M. Fürstler-Kann, Nr. 2 d aa zu § 260 C. P. O.)【註六】

【註五】此ノ場合ニハ、原告ハ本來ノ給付ヲ求ムル請求ト契約ヲ解除シタル後ニ於ケル原狀回復及ヒ損害賠償ヲ求ムル請求トヲ

任意的ニ併合スルノ趣旨ヲ示スカ如ク訴ノ申立ヲ記載スヘキナリ。例ハ「被告ハ本來ノ給付ヲ爲スヘシ。若シ被告カ一定ノ期間内ニ右給付ヲ爲ササル場合ニ於テ原告カ解除權ヲ行使シタルトキハ、被告ハ原狀ヲ回復シ且若干ノ損害ヲ賠償スヘシトノ判決アリタシ」ト云フカ如シ。

【註六】前述ノ給付判決アリタルニ拘ハラズ、被告(債務者)カ一定ノ期間内ニ本來ノ給付ヲ爲サザリシカ爲メ、原告(債權者)カ契約ノ解除權ヲ行使シタル場合ニ於テ、其者ノ受ケル損害ノ範圍カ、判決ヲ以テ命シタル損害ノ範圍ヨリモ減少レタル時ハ被告(債務者)ハ、其減少シタル範圍ニ於テハ請求異議ノ訴ヲ以テ、右給付判決力有スル執行力ヲ排除スルコトヲ得(五四五條)。

第二段 債務者カ本來ノ給付ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於ケル

賠償請求ノ任意的併合

一 債權者カ債務者ヲ被告トシ、

「被告ハ原告ニ本來ノ給付ヲ爲スヘシ、若シ被告ニ於テ右給付ヲ爲スコト能ハサルトキハ若干ノ損害ヲ原告ニ賠償スヘシ」

ト云フハ、我訴訟ノ實際ニ於テモ頻繁ニ見ル形式ナリ。唯謂フ所ノ「被告ニ於テ本來ノ給付ヲ爲スコト能ハス」トノ意義ハ必スシモ明白ナリト云フヲ得ス。或ハ「被告ニ於テ給付ヲ爲ササルトキ若クハ爲スコトヲ欲セサルトキ」ハノ意味ニ於テ使用シタルモノノ如ク或ハ又「給付不能」ノ意味ニ使用シタルモノノ如シ。——而シテ、此種ノ請求ヲ認ムル判決ニ於テモ、單ニ「被告ニ於テ本來ノ給付ヲ爲スコト能ハサルトキハ、若干ノ損害ヲ賠償スヘシ」ト云フニ止マリ、被告ニ於テ本來ノ給

付ヲ爲ササル場合ヲ意味スルモノナルヤ、若クハ又眞ニ給付不能ヲ意味スルモノナルヤ必シモ明確ナラス。

(一) 然レトモ、「被告カ本來ノ給付ヲ爲スコト能ハサルトキ」ト謂フカ、「被告ニ於テ本來ノ給付ヲ爲ササルコト」ヲ意味スルモノタラハ、結局吾人カ前段ニ論及シタル場合ニ歸シ、畢竟被告カ本來ノ給付ヲ爲ササルトキハ、賠償ヲ請求スル權能ヲ行使スル意思ヲ表示スルモノタリ。唯被告カ本來ノ給付ヲ爲スヘキ相當ノ期間ヲ指定セサルノ點ニ於テ不精確タルヲ免レサルノミ。何トナレハ、(1)原告カ本來ノ給付ヲ求ムル請求ニ付キ要求スル判決ハ、現在ノ給付判決即時ニ本來ノ給付ヲ爲スヘキコトヲ被告ニ命スル判決ナリ。故ニ若シ、「被告ニ於テ本來ノ給付ヲ爲ササル場合」ト云フカ、「即時ニ本來ノ給付ヲ爲ササルトキハ損害ヲ賠償スヘシ」ト云フモノナランカ、本來ノ給付ヲ命スル判決ヲ要求シタルハ、殆ント無用ナル請求ヲ爲シタルモノト云ハサルヘカラス。是レ被告カ本來ノ給付ヲ命スル判決ノ言渡又ハ送達ヲ受ケタル即時ニ、本來ノ給付ヲ爲スコト云フカ如キハ頗ル稀ナル事例タルヘキカ故ナリ。然レトモ、亦(2)被告カ爲スヘキ本來ノ給付ヲ期待スル期限ヲ定メサルカ故ニ、原告(債權者)ハ何レノ時ニ至リテ賠償ヲ請求セントスルモノナルヤ明白ニ知ルコトヲ得ス。蓋相當ノ期間被告ノ本來ノ給付ヲ期待シ、若シ該期間内ニ本來ノ給付ヲ受クルコトヲ得サル場合ニハ、遅クレタル給付ヲ以テ、履行タルノ價值ナシトシテ填補賠償ヲ請求スルノ趣旨ナルヘシト

雖モ、果シテ然カル場合ニハ初メヨリ其期間ヲ指定シテ請求ヲ起シ、判決ニ於テモ一定ノ期間内ニ債務者カ本來ノ給付ヲ爲ササルトキハ賠償ヲ爲スヘキコトヲ命セサルヘカラス。是レ、遅クレテ爲サル給付カ履行タル價值ヲ有セサルコト即給付ノ不能カ確定スルニ非サレハ、履行ニ代ハルヘキ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得サルカ故ナリ。

(二) 若シ又謂フ所ノ「債務者カ本來ノ給付ヲ爲スコト能ハス」ト云フハ眞ニ給付不能(後發不能)ヲ意味スルモノナリトセハ、裁判所カ任意的ニ併合セラレタル兩請求ヲ認ムルコトヲ得ルハ、判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ「本來ノ給付カ可能」ナル場合ナラサルヘカラス。若シ(1)其ノ時ニ於テ、本來ノ給付カ不能タルコトノ確定シタル場合ニハ、裁判所ハ本來ノ給付ヲ求ムル請求ヲ棄却セサルヘカラス。是レ、不能ハ假令判決ヲ以テ之ヲ命スルモ可能トナスコト能ハス、從テ假令確定スルモ其内容ニ適合シタル效力(既判力及ヒ執行力)ヲ生スルコトヲ得ス、此意義ニ於テ無効タルカ故ナリ(本書「裁判ノ無効」五五一頁以下拙著批評録第一卷一七三頁以下參照)。反之(ロ)判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ、本來ノ給付カ可能ナル場合ニハ、裁判所ハ該給付ヲ求ムル請求ヲ認ムル裁判ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス、更ニ其給付カ將來不能トナル場合ニ於ケル損害賠償ヲ認ムル請求ヲモ認ムルコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス。是レ、判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ、債務者カ既ニ遲滯ニ在ル場合ニハ、其後ニ於テハ事變ニ對シテモ其責ニ任スヘキモノタルカ故ニ

(石坂博士日本民法五〇四、鳩山博士日本債權法)、假令事變ニ因リテ本來ノ給付カ不能トナリタル場合ニ於テモ損害賠償ノ責ニ任スヘキモノタルカ故ナリ。唯本來ノ給付カ不能トナル場合ニハ損害ヲ賠償スヘシトスル判決ハ、本來ノ給付ノ不能ナルコトカ確定シタル後ニ非サレハ執行スルコトヲ得ス(五一八條二項、五二一條)、然カモ此如キハ證明スルヲ困難トスヘキカ故ニ、結局債權者ハ更ニ執行文ノ附與ヲ求ムル訴ヲ提起スルコトヲ要スルニ至リ(五二一條)、不便タルヲ免レスト云フヘシ。

(三) 若シ夫レ、「債務者ニ於テ本來ノ給付ヲ爲ス能ハサルトキハ若干ノ損害ヲ賠償スヘシ」ト云フノ趣旨ニシテ、「本來ノ給付ヲ命スル判決ノ執行カ不能ナル場合ニハ若干ノ損害ヲ賠償スシ」トノ判決ヲ要求スルモノタランカ、其趣旨ハ訴ノ申立ニ於テ之ヲ明ニセサルヘカラス。而シテ、右請求ヲ認ムルコトヲ得ルヤ否ヤハ、(イ)右賠償請求權ヲ以テ少クモ停止條件付請求權ト見ルコトヲ得ルヤ、及ヒ(ロ)判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ其損害ノ額ヲ豫定スルコトヲ得ルヤニ繫ルモノト云ハサルヘカラス。是レ、本來ノ給付ニ對スル請求權ノ執行カ不能ナル場合ニハ損害ヲ賠償スヘシト云フハ、將來ノ給付ヲ命スル判決ニ外ナラスト雖モ、將來ノ給付判決ハ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ、請求權カ存在スル場合ニ非サレハ爲スコトヲ得サルモノト解スヘク、從テ自制的請求權トシテ存在スル場合ニハ固ヨリ之ヲ爲スコトヲ得ト雖モ停止條件付債權即期待權カ存スルニ過キサル場合ニ於テハ既ニ疑ヲ容ルヘク、又期待權ヲモ有セサル場合ニハ將來ノ給付判決ヲ爲スコトヲ得サルヤ疑ナキカ故ナリ。

第四目 任意的ニ併合シタル請求ヲ認ムル判決ノ執行

終ニ臨ミ任意的ニ併合シタル二以上ノ請求ヲ併合シタル判決ノ執行ニ付キ一言スヘシ。

一 任意債權ニ關シテ請求ヲ任意的ニ併合シタル場合ニ於ケル第一ノ給付又ハ本來ノ給付ヲ命スル判決ヲ求ムル請求ト補充的給付又ハ損害賠償ヲ求ムル請求トヲ任意的ニ併合シタル場合ニ於テ第一給付又ハ本來ノ給付ヲ命スル判決ノ執行ニ付キテハ特ニ論スヘキモノナシ。

二 任意債權ニ關シ任意的併合ヲ爲シタル場合ニ於ケル補充的給付ヲ命スル判決、又ハ債務者カ本來ノ給付ヲ爲サス若クハ爲ス能ハサル場合ニ於ケル損害賠償ヲ命スル判決、若クハ本來ノ給付ヲ命スル判決ノ執行カ不能ナル場合ニ於ケル損害賠償ヲ命スル判決ノ執行ハ、何レモ民訴第五一八條第二項謂フ所ノ「判決ノ執行カ其旨趣ニ從ヒ保證ヲ立ツルコト以外ノ條件ニ繋ル場合」トシテ爲サルヘキモノタリ(Hellwig, Anspruch u. Klagecht S. 113 a. a. O.)[○]而シテ謂フ所ノ條件ハ、問題ノ場合ニ於テハ、債權者カ其補充權ヲ行使シタルコト(任意債權ノ場合)、又ハ履行ニ代ハルヘキ損害賠償ヲ請求スル權能ヲ行使シタルコト(債務者ノ遲滯ニ因リ直チニ履行ニ代ハルヘキ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノトスル見解ニ依ルトキ)、債權者ノ指定シタル期間内ニ債務者カ本來ノ給付ヲ爲サス若クハ他ノ事由ニ依リテ本來ノ給付カ不能トナリタルコト、債權者カ契約ノ解除權ヲ行使シタルコト、

又ハ本來ノ給付ヲ命スル判決ノ執行カ不能トナリタルコト是レナリ。故ニ債權者ハ證明書ヲ以テ右ノ條件カ充タサレタルコトヲ證明シテ前示判決ノ執行力ヲ補充スル執行文ヲ受クヘク(五一八條二項)、又證明書ヲ以テ證明スル能ハサル場合ニハ、右判決ニ基キ執行文ノ附與ヲ求ムル訴ヲ起コササルヘカラス(五二一條)。右ノ手續ニ依リテ債務名義タル判決ノ執行力カ執行文ニ依リテ補充セラレタル後ニ非サレハ、補充的給付ヲ求ムル請求權又ハ賠償請求權ニ關スル執行行為ヲ爲スコトヲ得ス(五二八條二項)。

三 右ノ場合ニ於テ債務者カ爲シ得ヘキ異議ニ付キ一言スヘシ。

(1) 債權者カ補充權ヲ行使シタルトキ、損害賠償ヲ請求スル權能ヲ行使シタルトキ、若クハ解除權ヲ行使シタルトキ又ハ第一ノ給付若クハ本來ノ給付カ不能トナリタル場合ニハ、債務者ハ第一ノ給付又ハ本來ノ給付ヲ命シタル判決カ、右給付ヲ求ムル請求權ノ消滅ニ拘ハラズ、獨立シテ有スル執行力ヲ排除スルカ爲メ請求異議ノ訴ヲ爲スコトヲ得(五四五條)。

又(2)前掲ノ條件カ證明書ヲ以テ適法ニ證明セラレサリシニ拘ハラズ、執行文カ附與セラレタル場合ニハ債務者ハ執行文附與ニ對スル異議ヲ爲スコトヲ得(五二二條)。更ニ(3)前掲ノ條件カ未タ充タサレサルニ拘ハラズ其充タサレタルコトカ適法ニ證明セラレタリトシテ執行文カ附與セラレタル場合ニハ、該執行文ヲ以テ補充セラレタル執行力ヲ排除スル爲メ執行文附與ニ對スル異議ノ訴ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ(五四六條)。

一八 舉證責任ノ分配

緒言

辯論主義ハ當事者ノ陳述シタル事實ニ非サレハ、裁判所裁判ヲ爲スニ付キ斟酌スルコトヲ得ス、又當事者ノ提出シタル證據方法ニ非サレハ證據調ヲ爲シ、證據原因ヲ獲得スルヲ得サルコトヲ以テ其主タル内容トナス。然レトモ、苟クモ當事者ノ陳述シタル事實タル以上ハ、主張責任 (Behauptungslast)ヲ負フ者カ陳述シタル相手方カ陳述シタルト問ハス裁判ヲ爲スニ付キ斟酌スルコトヲ得、又苟クモ當事者ノ提出シタル證據方法タル以上ハ、舉證責任 (Beweislast)ヲ負擔スル者カ提出シタル證據方法ナルト相手方カ提出シタル證據方法ナルト否ト問ハス證據調ヲ爲シ、其結果ヨリシテ證據原因ヲ採ルコトヲ得ルモノタリ。而シテ又、要證事實ノ眞偽ハ、辯論ノ全旨趣並ニ證據調ヲ爲シタル場合ニハ其證據調ノ結果ノ總テヲ斟酌シ、自由ナル心證ヲ以テ判斷スヘキモノナルカ故ニ(二二七條)、舉證責任ノ分配ノ原則ニ過大ノ效力ヲ認ムヘキニアラス。

然レトモ、裁判所カ當事者辯論ノ全旨趣並ニ原被兩方ノ提出シタル證據方法ニ付キ爲シタル證據調ノ結果ヲ斟酌スルモ、仍ホ裁判ヲ爲スニ付キ重要ナル事實ニ付キ、眞實ナルコトノ心證モ將タ又、

虚偽ナルコトノ心證ヲモ得ル能ハサル場合即眞偽不明 (non liquet) ナル場合ナシトセス、斯ル場合ニハ舉證責任分配ノ法則ニ依リ、當該要證事實ニ關シ、舉證責任ヲ負擔スル當事者ニ、眞偽ノ確定セサルニ因リテ生スヘキ不利益ヲ負ハシムルノ外ナシ。是レ我訴訟法ノ下ニ於テモ、仍ホ舉證責任分配ノ原則ヲ明ニスル要アル所以ナリ。

而シテ舉證責任ノ分配ニ關シテハ、羅馬法ノ註釋家ヲ初メ、獨逸普通法時代ノ學說ニ於テモ、將タ又現代ノ學說ニ於テモ、所說頗ル區々タルニ拘ハラズ、仔細ニ觀察スルトキハ、分配ノ原則其自體ニ付キテハ一般ノ承認アリ、又法制ニ於テモ是認スル所ナルニ拘ハラズ、其原則ヲ認ムル理由ニ至リテハ、所見ヲ異ニスルモノノ如シ。

本篇ニ於テハ、舉證責任ノ分配ニ關スル原則ヲ明ニスルヲ以テ主眼トスト雖モ、之ニ先チ舉證作用ノ對象及ヒ舉證責任ノ觀念ニ付キ一言スヘシ。

第一款 總 說

第一項 舉證作用ノ對象

一 日耳曼古法ニ於ケル神斷若クハ本邦固有法ニ於ケル探湯ニ於ケルカ如ク、所謂形式的證據法ヲ認ムル訴訟法ニ於テハ、當事者ノ主張ノ當否換言セハ權利其他ノ法律上ノ效果ノ存否ニ關スル主

張ヲ以テ直チニ舉證作用ノ對象 (Gegenstand der Beweisführung) トナスモノナリト雖モ、所謂實質的證據法ヲ認ムル現代ノ訴訟法ニ於テハ、舉證作用ノ對象ハ之ヲ事實 (Tatsache) ニ限り、請求從テ法律上ノ效果ノ存否ニ關スル陳述ヲ以テ直チニ舉證作用ノ對象トナスコトナシ。

二 我訴訟法ノ規定ニ依リ、當事者カ舉證作用ヲ必要トスルニ至ル場合、從テ舉證作用ノ對象タル事實ノ何タルヤノ大要ヲ明ニスルハ、舉證責任ノ關係スヘキ範圍ヲ明ニスルカ爲メ必要ナリト云フヘシ。而シテ之カ爲メニハ、訴訟法謂フ所ノ請求、法律上及ヒ事實上ノ演述ノ關係並ニ原告及ヒ被告ノ之ニ對スル訴訟法上ノ關係ヲ明ニセサルヘカラス。

(一) 原告ハ既ニ(1)訴狀ニ於テ一定ノ請求ヲ起シ、又其請求ノ一定ノ目的物及ヒ原因ヲ記載シ、且一定ノ申立ヲ爲スコトヲ要ス(一九〇條二項)。而シテ(イ)右「起シタル請求」ト云フハ、訴訟物タル權利又ハ法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル主張ヲ云ヒ、畢竟、訴ノ申立ニ於テ判決アランコトカ要求セラルル權利又ハ法律關係ノ存在若クハ不存在ニ關スル主張ヲ云フモノナリ。而シテ、(ロ)右請求ノ一定ノ目的物及ヒ原因ト云フハ、給付ノ訴ニ在リテハ訴訟物タル請求權ノ目的タル給付並ニ其請求權ノ發生要件(原因)ヲ稱スルモノナリト雖モ、訴狀ノ要素トシテ之ヲ記載セシムルノ法意ハ、其記載ニ依リテ訴訟物タル請求權ヲ、他ノ權利及ヒ法律關係ヨリ區別シテ、其同一ヲ認識セシムルニ在リ、換言セハ訴訟物タル法律關係ヲ表示スルニ在リ。若シ夫レ起シタル請求ノ理由アル

コトヲ示スヘキ法律上並ニ事實上ノ陳述ニ至リテハ、口頭辯論ニ於テ爲スヘキモノニシテ、口頭演述ニ依リテノミ初メテ判決ノ基本ト爲スコトヲ得ルナリ(一一〇條二項)。從テ訴狀ニ此ノ目的ニ出テタル記載カ爲サルモ、其ハ口頭辯論ニ於テ爲スヘキ陳述ヲ準備スルニ過キス、換言セハ準備書面トシテノ訴狀ニ、準備書面ニ關スル規定(一〇五條三號、一〇六條)ニ依リテ記載セラルルモノニ外ナラス(一九〇條三項)。從テ、物權其他ノ支配權ノ如ク、其同一ヲ認識スルカ爲メニハ、主體、目的物及ヒ權利ノ種類ヲ示スコトヲ要シ又之ヲ以テ足り、其發生要件ヲ示スノ要ナキモノニ在リテハ、主體、目的物及ヒ權利ノ種類ニ依リテ其同一ヲ認識シ得ルカ如クニ、訴訟物タル權利ヲ表示スレハ則チ訴狀ノ要素トシテノ記載ヲ充タスモノタリ。該支配權ノ發生要件ハ、其支配權ノ存在ニ關スル主張即請求ノ理由ヲ示スノ目的ヲ以テ、準備書面トシテノ訴狀ニ記載スヘキモノタリ(一九〇條三項從テ一〇五條三項)。

而シテ、訴ノ申立ニ於テハ訴訟物トセラレタル法律關係ニ付キ一定ノ内容ノ判決アランコトヲ要求スヘキモノニシテ、該判決カ原告ニ有利ナル本案判決即原告ノ主張ニ從ヒ或ハ訴訟物タル權利又ハ法律關係ノ存在又ハ不存在ヲ認ムル判決ナルコトハ多言ヲ要セス。

(2) 口頭辯論期日ニ於テハ(イ)原告ハ第一ニ其申立ヲ爲スヘク(一一〇條二項)、又其申立カ訴狀ニ於ケル訴ノ申立ト一致スルヲ以テ常トスルハ論ヲ俟タス。

次テ、(ロ)原告ハ其申立ノ理由ヲ示スヘキ法律上及ヒ事實上ノ陳述ヲ眞實ニ從ヒ且完全ニ爲ササルヘカラス。訴訟法第一一〇條第二項ニ於テ、「當事者ノ演述ハ事實上及ヒ法律上ノ點ニ於ケル訴訟關係ヲ包括スヘシ」ト云フハ、眞實ニ從ヒ且完全ニ法律上ノ陳述及ヒ事實上ノ陳述ヲ爲スヘキコトヲ要求スルモノニ外ナラス。而シテ

(a) 法律上ノ陳述 トハ、特定ノ權利又ハ法律關係カ、存在シ若ハ存在セストスル陳述即特定ノ法律關係ノ存否ニ關スル具體的ノ陳述(Konkrete Rechtsbehauptungen)ヲ謂フモノニシテ、適用セラルヘキ法文ノ效力、解釋論等訴訟法第一〇六條第二項謂フ所ノ「法律上ノ討論」ヲ謂フモノニ非ス(Hellwig, System. Bd. I, S. 470 a. a. O.)。而シテ法律上ノ陳述ハ、更ニ(一)訴訟物若クハ先決問題タル法律關係ノ存在若クハ不存在ノ陳述ト、(二)本案ニ關スル審理及ヒ裁判ヲ要求スル訴訟法上ノ權利並ニ(三)訴訟物タル法律關係ニ關スル審理及ヒ裁判ヲ要求スル訴訟法上ノ權利ノ存在ノ陳述トニ區別セサルヘカラス。

(b) 事實上ノ陳述 ハ法律上ノ演述トシテ主張セラルル法律上ノ效果ノ發生ニ必要ナル法律要件(Thatbestand)ヲ構成スル元素ノ存スルコトヲ示スヘキ事實ノ陳述ヲ云フモノニ外ナラス。發生要件ヲ構成スル元素中、如何ナル元素ノ存スルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ且之ヲ舉證スルコトヲ要スルヤハ、恰モ舉證責任分配ノ原則ノ定ムル所ナリ。

(二) 進シテ、被告ノ訴訟法上ノ地位ヲ視ルニ
被告カ口頭辯論期日ヲ缺席セル場合ニハ、原告カ其請求ノ理由トシテ陳述スル事實ハ之ヲ明白セ
ルモノト看做スニ拘ハラス、其請求ハ之ヲ争ヒタルモノト看做シタリ(二四八條)。

反之、被告カ口頭辯論期日ニ出席シテ辯論ヲ爲ス場合ニハ、

(1) 法律上ノ演述トシテ被告ハ原告ノ請求ニ對スル陳述ヲ爲ササルヘカラス。而シテ其陳述ハ
或ハ

(イ) 原告ノ請求ヲ認諾スルモノタルヘク、或ハ

(ロ) 原告ノ請求ヲ争フモノタルヘシ。又其争ハ或ハ

(a) 原告カ本案ノ審理及ヒ裁判ヲ受クル訴訟法上ノ權利、若クハ又訴訟物タル法律關係ニ關
スル審理及ヒ裁判ヲ受クル訴訟法上ノ權利ヲ有スルコトヲ争フ場合、即訴訟要件カ具備スルコト又
ハ原告及ヒ被告カ當事者タル適格ヲ具備シ若クハ原告カ當該本案判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ヲ有
スルコトヲ争フモノナリ、或ハ

(b) 訴訟物タル法律關係ノ存否ニ關スル原告ノ主張ヲ争フ場合タリ。

(ハ) 又被告ハ抗辯權ノ存在ヲ主張スル場合アリ。而シテ、該抗辯權存在ノ主張ハ或ハ

(a) 「本案ノ審理及ヒ裁判ヲ受クルコトヲ得トスル權利」ニ對スル反對權ノ存在ヲ主張スル場

合タリ(訴訟法上ノ抗辯權、*Prozessinrede*)、或ハ又

(b) 訴訟物タル請求權ニ對スル抗辯權ノ存在ヲ主張スル場合タリ(私法上ノ抗辯權 *Einrede*
recht)。

而シテ被告カ右ニ述フルカ如ク、原告ノ法律上ノ演述ヲ争ヒ又ハ訴訟法上ノ抗辯權若クハ私法上
ノ抗辯權ノ存在ヲ主張スル場合ニハ、如何ナル事實ヲ陳述シ且之ヲ舉證スルコトヲ要スルヤハ、恰
カモ舉證責任分配ノ原則ノ定ムル所タリ。

第二項 舉證責任ノ觀念

一 訴訟ノ裁判ヲ爲スニ付キ重要ナル事實ノ眞實若クハ虛偽ナルコトニ付キ心證ヲ得ル能ハサル
場合ニハ、其眞偽ノ不明 (*non liquet*) ノ結果ハ當事者ノ何レノ一方ニ於テ之ヲ負擔スヘキヤヲ定ム
ルモノ即舉證責任ナリ。換言セハ、一定ノ事實ノ眞偽カ不明ナル場合ニハ、其事實カ法律要件ヲ成
セル法律上ノ效果ヲ生スルコトヲ得スト雖モ、此ノ不利益ハ當事者何レノ一方ニ負擔セシムルヤヲ
明ニスルモノ即舉證責任ナリ。

(一) 舉證責任ナル觀念ハ、訴訟ノ裁判ヲ爲スニ付キ重要ナル事實ノ眞偽カ不明ナルコトヲ前提
ス。

(1) 訴訟ノ裁判ヲ爲スニ付キ重要ナル事實カ、或ハ本案請求ニ關シ重要タリ、或ハ本案若クハ

訴訟物タル法律關係ニ關スル審理若クハ裁判ヲ受クル權利ノ存在ヲ示スカ爲メ重要ナル事實タルヘキコトハ論ヲ俟タス。

(2) 舉證責任ナル觀念ハ、右事實ノ眞偽カ不明ナルコトヲ前提ス。從テ眞偽カ確定シタル事實ニ付キテハ、舉證責任ノ適用ヲ生スルコトナシ。

民事訴訟ニ於ケル事實ノ眞偽ノ確定ヲ視ルニ、裁判所ニ顯著ナル事實ノ眞偽ハ證據ニ依ラスシテ確定セラル(二一八條) 裁判上自白セラレタル事實及ヒ争ハレサル事實ニ付キテモ亦同一ナリ(一〇條二項)。——然ラサル事實ノ眞偽ハ、辯論ノ全旨趣及ヒ證據調ノ結果ニ基キ、自由ナル心證ヲ以テ確定スヘキコトハ訴訟法第二一七條ノ定ムル所ナリ。而シテ、(イ)辯論ノ全旨趣トハ當事者カ口頭辯論ニ於テ爲シタル陳述並ニ舉動等ヲ概括スルモノニシテ、辯論ノ全旨趣カ事實、眞偽ノ確定ニ付キ重大ナル關係ヲ有スルコトハ、Leonhard カ『反對事實ヲ陳述スヘキ義務』(Widerlegungslast) 及ビ『質問義務』(Anregungslast) トシテ論述スル所ノモノニ依リテ(後述第二欸第二項 Leonhard ノ所説參照)、其概要ヲ明ニスルコトヲ得ヘシ。更ニ(ロ)證據調ノ結果ニ基ク確定ニ付キテモ、裁判所ハ苟クモ當事者カ提出シタル證據方法タル以上ハ、當該要證事實ニ付キ舉證責任ヲ負擔スル當事者カ提出シタル證據方法ナルト又ハ相手方カ提出シタル證據方法ナルトヲ問ハス、該證據方法カ價值アル場合ニハ、其證據調ヲ命シ、證據調ノ結果ヨリシテ證據原因ヲ採ルコトヲ得ルモノ

ナリ。——而シテ、裁判所カ自由ナル心證ヲ以テ(即論理及ヒ經驗律ノ命スル所ニ從ヒテ)、一定ノ事實ノ眞實ナルコト又ハ虛偽ナルコトヲ判断シタル場合ニハ、其事實ニ基キテ法律上ノ效果ヲ案スヘキモノタルカ故ニ、舉證責任ニ關スル原則ノ適用ヲ生スルコトナシ。

(二) 舉證責任ハ、一定ノ事實ノ眞偽カ不明ナル場合ニハ、其不明ノ結果ハ、當事者ノ何レノ一方之ヲ負擔スヘキヤヲ定ムルモノナリ。

夫レ、法文ハ一定ノ法律要件カ存スル場合ニハ一定ノ法律上ノ效果ヲ生スルコトヲ定ムルモノニシテ、又法律要件ヲ構成スル分子ハ、行爲(不作爲)、或ハ事實、或ハ他ノ法律上ノ效果ナリ。而シテ法律要件ノ構成分子カ他ノ法律上ノ效果タル場合ニハ、更ニ其法律上ノ效果ノ構成分子ニ還元シテ、結局行爲若クハ事實タルニ至ラサルヘカラス。是レ現代ノ證據法ニ於ケル舉證作用ノ對象ハ事實(行爲又ハ事實)ニ限ルカ故ナリ。

而シテ、一定ノ法律上ノ效果ノ發生要件ヲ構成スル元素タル一定ノ事實ノ眞偽カ不明ナル場合ニハ、其不明ノ結果ハ、當該ノ法律上ノ效果ノ發生ヲ主張スル當事者ノ不利益ニ歸スヘキヤ又ハ相手方ノ不利益ニ歸スヘキヤヲ定ムルハ舉證責任ヲ定ムル原則ノ決スヘキ問題ナリ。換言セハ、一定ノ法律上ノ效果發生ノ法律要件ヲ構成スル事實カ、其效果ノ發生ヲ主張スル當事者ノ舉證責任ニ屬スル場合ニハ、其效果ハ發生セサルモノトシテ裁判スヘキモノタルニ反シ、其事實ニ反對スル事實カ

相手方ノ舉證責任ニ屬スル場合ニハ、法律上ノ效果ヲ發生ヲ認ムル裁判ヲ爲ササルヘカラス。

二 舉證責任ナル觀念ハ、舉證ノ必要從テ舉證作用ト區別スルコトヲ要ス。

夫レ、辯論主義ハ、當事者ノ陳述シタル事實ニ非サレハ裁判ヲ爲スニ付キ斟酌スルコトヲ得ス、又當事者ノ提出セル證據方法ニ非サレハ證據調ヲ爲シ得サルコトヲ以テ主タル内容トナスト雖モ、苟クモ當事者ノ陳述シタル事實ナル以上ハ、何レノ當事者カ陳述シタル事實タルヲ問ハス、又苟クモ當事者ノ提出シタル證據方法タル以上ハ、何レノ當事者從テ舉證責任ヲ負擔スル當事者カ提出シタル證據方法ナルト相手方カ提出シタル證據方法ナルトヲ問ハス、證據調ヲ爲シ、證據原因ヲ採ルコトヲ得ルモノナルコトハ前述ノ如シ。故ニ各當事者ハ苟クモ自己ニ有利ナル事實ハ之ヲ陳述シ、又苟クモ自己ニ有利ナル證據方法ハ之ヲ提出スルヲ利益トス（舉證ノ必要）。（イ）自己カ舉證責任ヲ負擔スル事實（即チ其眞偽カ不明ナル場合ニハ、其事實カ法律要件ヲ爲セル法律上ノ效果ノ發生ヲ認メラレサルヘキ事實）ニ付テハ勿論、適當ナル證據方法ヲ提出シテ之ヲ證明スル必要アルノミナラス、（ロ）相手方カ舉證責任ヲ負擔スル事實ニ付キテモ亦其ノ虛偽ナルコト若クハ其反對ノ事實カ眞ナルコトヲ證スヘキ證舉方法ヲ提出スルニ付キ利益ヲ有スルモノナリ。——而シテ、裁判所ハ辯論ノ全旨趣及ヒ當事者カ提出シタル證據方法ニ付キ爲シタル證據調ノ結果ニ基キ自由ナル心證ヲ以テ事實ノ眞偽ヲ判斷スルモ、仍ホ事實ノ眞偽カ不明ナル場合ニ限り據證責任ノ原則ニ依ルヘキモノタルカ故ナリ。

第二款 舉證責任分配ノ原則

總言

カ故ニ、舉證作用ト舉證責任トヲ混同スヘカラサルコトハ論ヲ俟タス。舉證作用ハ一定ノ事實ノ眞實若クハ虛偽ナルコトヲ證明スルノ目的ヲ以テ適當ナル證據方法ヲ提出シ、裁判所ヲシテ證據原因ヲ得セシムヘキ當事者ノ行爲ヲ云フモノナルニ反シ、舉證責任ハ事實ノ眞偽カ不明ナル場合ニ、其事實カ一ノ構成元素タル法律要件ニ附セラレタル法律上ノ效果ヲ認ムヘキヤ否ヤヲ定ムルモノタルカ故ナリ。

舉證責任ハ之ヲ原告及ヒ被告ノ双方ニ分擔セシムヘキモノナリトシ、羅馬法源ニ依リテ其原則ヲ證明セントシタルハ、同法ノ註釋家ノ試ミタル所ニシテ、又其原則ハ數世紀間裁判上ノ實際ニ於テモ行ハレタル所ナリ。然レトモ分配ノ原則ノ内容ニ付キ、具體的ノ研究ヲ試ムルニ至リタルハ、普通法時代ノ Weber 殊ニ Behnmann-Hollweg ヲ以テ嚆矢トス。氏以後ノ學說ハ、其趣旨ヲ敷衍シタルモノニ過キス、現代ニ於テ唱導セラルル所モ亦其畛域ヲ脱セス。我民事訴訟ノ間接ニ認メタル原則モ亦、獨逸普通法以來ノ學說ヲ參酌シタルモノノ如シ。然カルニ Leonhard ハ異論ヲ試ミ、此問題ニ新ナル刺激ヲ與ヘタリ。

吾人ハ以下先ツ舉證責任ノ分配ニ關スル學說ノ變遷ノ一斑ヲ察シ、Leonhardノ所說ヲ視、最後ニ私見ヲ述ヘントス。

第一項 舉證責任ノ分配ニ關スル學說ノ變遷

羅馬法源ニ於テ舉證責任ノ分配ヲ定メタルモノト解スヘキ原則ニアリ。一ハ「原告ハ立證スヘシ」トナスモノニシテ、他ハ「肯定スル者ハ立證スヘシ、否定スル者ハ然ラス」トナスモノタリ。而シテ羅馬法ノ註釋家以來、右兩原則ノ何レヲ本則トシ、何レヲ其適用ト解スヘキヤハ爭アル所ニシテ、(1)「原告ハ立證スヘシ」ト云フヲ以テ本則トスヘシトナス者ハ以爲ラク、他ノ原則ニ於テ「肯定スル者」ト云フハ、結局「原告」ト其意義ヲ同クスルモノナリト。而シテ此ノ思想ハWeber, Bethmann-Hollwegニ至リ發達シテ、遂ニ法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ハ、其效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ立證スヘシトナス見解トナレリ。又(2)「肯定スル者ハ立證スヘシ、否定スル者ハ立證スルコトヲ要セス」トスル原則ヲ主タリトスル者ハ、初メハ「原告ハ立證スヘシ」ト云フヲ以テ、「肯定スル者ハ立證スヘシ」ト云フノ一適用タルニ過キストナシ、從テ「原告ハ立證スヘシ」ト爲ス原則ヲ主タルモノトスル前見解トノ間ニ、甚シキ逕庭存セサリシニ拘ハラズ、後「否定スル者ハ立證ノ要ナシ」ト云フヲ解シテ一定ノ事實ヲ否定スルモノ、即チ「消極的事實ヲ主張スル者ハ立證責任ナシ」トスルニ至リ(消極的事實說)、法律要件ヲ立證スヘシトスル見解トノ間ニ大ナル懸隔ヲ生シタリ。

而シテ、現時ノ學說ニ於テハ、(イ)「各當事者ハ其主張スル法律上ノ效果ノ發生要件タル事實ヲ立證スヘシ」ト云フ原則ヲ認ムルノ點ニ於テハ一致シ、單ニ謂フ所ノ發生要件ヲ構成スル事實ニ付キ、其法律上ノ效果ノ發生ノ原因タルモノ、通常ナルモノ若クハ特別ナルモノト、然ラサルモノトヲ區別シテ、後者ノ舉證責任ヲ相手方ニ負擔セシムヘキヤニ付キ一二ノ反對アルニ過キス。然レトモ(ロ)「消極的事實ハ立證スルコトヲ要セス」トスルノ思想モ仍ホ其痕跡ヲ存スト云フヲ妨ケス。

一 羅馬法源

羅馬法源ニハ舉證責任ノ分配ニ關シ、單ニ漠然タル一二ノ原則ヲ示スノ外、少數ノ事件ニ關シ舉證責任ヲ分配シタル判例存スルノミ。

羅馬法源ノ認ムル原則ノ一ハ

(1) 「原告ハ立證スル義務アリ」(Semper necessitatis probandi incumbit illi qui agit; cum peiori probationibus onus incumbat.) トナスモノタリ (l. 21, D. de probat. §4; Inst. de legatis. l. 8; l. 20. C. de prob.; l. un. C. de prohib. seq. pec. 4, 4)。[○]尤モ此原則ハ、被告ハ何等舉證責任ヲ負ハストナスモノニハ非ス。原告ハ其訴(in iudicio)從テ其訴ヲ以テ請求スル權利ヲ立證スヘシ(peitor probet quod intendit; cum intentionem actor probaverit) トナスモノタリ。法源ニ於テモ原告カ右舉證責任ヲ充タササル場合ニハ被告勝訴ノ裁判ヲ爲スヘシ(Actore non probante reus ab olvi. ut) トシ(l. 4 C. de edendi.

1. 2. C. de prob; 1. 28. C. de rei vind. 1. 5. pr. D. si usfr; § 4. Inst. de interdictio). 又原告カ右舉證責任ヲ完フシタル場合ニハ被告ハ反證ヲ以テ原告ノ立證ヲ覆スノ必要ヲ生スルノミナラス、更ニ抗辯ヲ提出シタル場合ニハ、其抗辯ヲ立證スルコトヲ要ストシタリ (qui excipit, probare debet quod excipitur—1. 19 C. de prob; 1. 9. C. de except.). 而シテ謂フ所ノ抗辯 (excipere) ハ Praetor ニ依リテ與ヘラルル真正ノ exceptio ノミナラス、訴ノ原因ニ屬セサル事實ニシテ、當然 (ipso jure) 訴ニ依リテ請求セラルル權利ノ消滅ヲ來タスヘキ事實ノ提出ヲ包含ムモノトナセリ、例ハ辨濟ノ抗辯 (1. 1 C. de probat; 1. 12. D. eod.) ノ如シ (Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses (1877) S. 320 f.; Leonhard, Die Beweislast (1904) S. 11 f. u. 22 f.)。

(2) 第一ノ原則ハ『肯定スル者ハ立證スヘシ、單ニ否定スル者ハ立證スルヲ要セズ』(Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat) トシ、Paulus, 1. 2. D. de probatoribus ノ宣言スル所ナリ (Bethmann-Hollweg ebenda)。

以上ノ外、尙ホ羅馬法ニ於テモ、舉證責任カ相手方ヲ爲メニ存スル推定 (Praesumptio) ニ依リテ定ムル場合ナキニ非ス。例ハ債務證書ヲ抹消シタル場合ニハ債務ハ消滅シタルモノト推定シ (1. 24 D. de probat.) 又ハ非債辨濟トシテ不當利得ノ返還ヲ請求スル場合ニハ、推定ハ金錢ヲ受ケタル者ノ利益ノ爲メニ存スト見タルカ如シ (1. 25 D. de probat.)。

二 羅馬法註釋家

(一) 羅馬法ニ於ケル舉證責任分配ノ原則ヲ示スモノハ前掲ニ止マレルカ故ニ、既ニ羅馬法註釋家ノ間ニ於テモ、或ハ第一ノ原則又ハ第二ノ原則ヲ主ナリトシ、他ノ原則ヲ從タリトスルニ至レリ。即チ (イ) Bulgarus ハ、『各當事者ハ各自ノ申立ノ原因ヲ立證スルコトヲ要ス、原告ハ訴及ヒ再抗辯ノ原因ヲ立證スヘシ、被告ハ其抗辯及ヒ再々抗辯ノ原因ヲ立證スヘシ』トナシ、從テ肯定及ヒ否定ノ區別ヲ從タルモノトナセルニ反シ、(ロ) Irenius ハ affirmati incumbit probatio, non neganti ヲ以テ主要ナル原則(前掲第二原則)トシ、消極ノ立證ハ論理上不能ナルコトヲ以テ其理由トナセリ。(二) 第十二世紀ノ後半ニ至リ、Placentin 及ヒ Johannes ハ寺院法ノ法源ヲモ参照シテ、『原告ハ立證スヘシ、被告ハ立證ノ要ナシ』ト云フヲ以テ舉證責任分配ノ原則トナシタリ。然レトモ其理由トシテ、原告ハ其ノ訴ノ理由ニ於テ通常權利ノ存在ヲ肯定スルモノニシテ、被告ハ之ヲ否定スルモノナルカ故ナリトシ、從テ肯定スルモノハ立證スヘシ、否定スルモノハ然ラス (affirmati, non neganti, incumbit probatio) トスル原則ノ適用ニ外ナラストシタリ。尤モ、法ノ規定並ニ事ノ性質ニ依リテ否定ト雖モ之ヲ立證スルコトヲ要スル場合アルカ故ニ、所謂否定ヲ區別シテ、negativa juris (法律上ノ否定) qualificatis (性質上ノ否定) 及ヒ facti (消極事實) ナリトシ、(イ) 前二種、消極ハ之ヲ主張スル者ニ於テ立證スルコトヲ要ストナシ、又 (ロ) negativa facti ニ付テハ更ニ (a) negativa praegnas

(即積極ヲ隱蔽シタル消極) 又ハ *negativa determinata* (即場所及ヒ時ニ依リテ限定セラレタル消極) ハ、之ヲ立證スルコトヲ要シ、又間接證據法ニ依リテ證明スルコトヲ得。反之、(b) 場所及ヒ時ニ依リテ限定セラレサル消極事實 (*negativa facti indeterminata*) ハ、舉證不能ナルカ故ニ、其立證ヲ要求スヘキモノニ非ストシタリ。

然カルニ、後ニハ所謂消極事實ニシテ、然カモ立證ノ可能ナル場合ヲ見出スコト漸次増加スルニ至リ、終ニ「原告ハ其訴ノ原因ヲ立證シ、被告ハ其抗辯ノ原因ヲ立證スヘシ」トスル原則ヲ主張シ、且「肯定スル者ハ立證スヘク、否定スル者ハ然ラス」トスルノ原則ニハ何等ノ關係ナキモノトスルニ至レリ。

三 獨逸普通法時代ニ於テモ、或ハ前掲羅馬法ノ認ムル第一原則ヲ主トシ、或ハ第二ノ原則ヲ主トシ、兩學說ノ對立ヲ見タリ。殊ニ後ノ見解ヲ採ル者ハ「積極的事實ヲ主張スルモノハ之ヲ立證スルコトヲ要スト雖モ、消極的事實ヲ主張スルモノハ然ラス」トスル見解ニ變シ、又前ノ見解ヲ奉スル學者中、Weber (*über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocess 1805*)、次テ Bethmann-Hollweg (*ecenda*) ノ如キハ漸次如何ナル事實ハ訴ノ原因ニ屬シ又如何ナル事實ハ抗辯ニ屬スルヤノ研究ヲ精シクスルニ至リ、遂ニ現代ノ學說ニ於テ唱導セララルル、特別發生要件說ノ起原ヲ爲スニ至レリ(第二項參照)。

第二項 舉證責任ノ分配ニ關スル現代ノ學說

舉證責任ノ分配ニ關スル現代ノ學說ハ、一定ノ法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ハ、其效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル事實ヲ舉證スヘシト爲スノ點ニ於テハ一致シ、更ニ其發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル事實ヲ細別シテ、該法律上ノ效果ノ發生ノ原因タリ、通常タリ若クハ特別要件タル事實ト然ラサル事實即(權利ノ成立ヲ妨クヘキ事實、異常ノ事實又ハ一般要件ノ缺點)ヲ示スヘキ事實トヲ區別シ、後者ハ相手方ノ舉證責任ニ屬スヘキモノトスル點ニ於テモ、通說ハ一致セルニ反シ、一二ノ學者ハ之ヲ否認セリ。約言セハ、現代ノ學說ハ法律要件分類說ニ一致スト云フヲ妨ケスト雖モ、仍ホ要證事實其自體ノ性質ニ依リテ舉證責任ヲ分配セントスル思想モ亦其痕跡ヲ斷チタリト云フヲ得ス。吾人ハ先ツ後ノ見解ノ當否ヲ察スヘシ。

第一目 要證事實分類說 (Themenertheilungstheorie)

要證事實分類說ハ、當該ノ要證事實カ如何ナル法律上ノ效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル事實ナルヤヲ全然無視シ、專ラ當該要證事實其自體ノ性質若クハ内容ニ依ツテ、舉證責任ヲ分配スヘシトスルモノナリ。一現時ニ於テハ此種ノ見解ノミニ基ク原則ヲ固持スルモノナシト云フヲ妨ケスト雖モ、尙ホ後述法律要件分類說ノ理由トシテ此ノ思想ヲ假用セントスルモノ無キニアラス。

要證事實分類說中最モ有力ナリシハ、消極事實說ニシテ、外界事實說ノ主張モ亦頗ル之ニ近キ

モノト云フヲ妨ケス。

一 消極的事實説 (Negativtheorie)

「積極的事實ヲ陳述スル者ハ之ヲ舉證スルコトヲ要スト雖モ、事實ヲ否定スル者即消極的ナル事實上ノ陳述ヲ爲ス者ハ舉證責任ヲ負ハス」ト爲シ、前示羅馬法源 „*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*” ヲ援用シ、謂フ所ノ *qui dicit* ハ事實ヲ肯定スルノ意 *factum dicit* (affirmati) ニシテ、又 *qui negat* ハ事實ヲ否定スルノ意 *factum negat* ナリトナスナリ (vgl. Kori, in Archiv für civ. Praxis, Bd. 8 S. 94 f.)。

唯、其理由トスル所ハ必シモ同シカラス。或ハ(1)事實ノ生セザリシコトハ立證スルコト能ハサルカ故ニ、舉證責任ヲ負ハストシ (Inertius)。或ハ(2)因果關係ノ法則ニ依リ、積極的事實ハ結果ヲ惹起スルコトヲ得ト雖モ、消極的事實即一定ノ事實ノ生セザリシコトハ、結果ヲ惹起スヘキ原因力ナシ。而シテ一旦發生シタル狀態ハ、新ナル事實生スルニ非サレハ、變更若クハ消滅セス、其狀態ヲ持續スヘキモノト推定スヘキカ故ニ、消極的事實ハ立證スルノ必要ナク又之ヲ主張スル者カ舉證責任ヲ負ハサルハ事理ノ當然ナリトナセリ (Kori, ebenda S. 91 ff.; Fitting, in Busch, Zechr. Bd. 13 S. 17 ff. a. a. O.)。

然レトモ、消極的事實ヲ立證スルコトヲ要セストスル見解ニ對シテハ幾多ノ非難ヲ免レス。即

(1) 所謂積極的事實ト消極的事實トノ限界ハ明白ナラス、殊ニ陳述ノ形式ニ依リテ之ヲ區ス別ルコト能ハス。是レ、(イ)正反對ニ相對立セル二ノ事實ニ關シテ、一ノ事實ヲ否定スルハ同時ニ他ノ事實ヲ肯定スルモノナルカ故ニ、此種ノ事實上ノ陳述ヲ以テ或ハ積極的事實ノ陳述ナリトシ或ハ消極的事實ノ陳述ナリトスルハ、到底恣意ヲ免ルルコト能ハス。例ハ未成年者ニ非スト云フ陳述ハ、未成年者ナルコトヲ否定スル消極的陳述ト見ルヘキヤ若クハ又成年者ナルコトヲ陳述スル積極的陳述ト視ルヘキヤヲ定ムルコトヲ得ス、反對ニ成年者ニ非スト云フモ亦同シ。故ニ羅馬法ノ註釋家以來、積極的事實ヲ隱蔽セル消極的事實ハ立證ヲ要ストナシ、Fitting モ亦表見ニ依ラス、實際肯定スルヤ否定スルヤニ依リテ決セントスト雖モ (ebenda S. 17. ff.)、何レカ表見ナルヤ、何レカ眞實ナルヤヲ決スヘキ標準ハ結局恣意ニ依ルモノト云ハサルヘカラス。反之(ロ)數多ノ事實(又ハ事實トナルヘキ可能)カ併存スル場合ニ於テ、其一ヲ否定スルハ、純然タル否定タルコトヲ比較的容易ニ明ニスルコトヲ得ヘシ。例ハ一定ノ反物カ紅色ヲ有セスト云フ陳述ハ、固ヨリ何等ノ色ヲ有セスト云フモノニハ非スト雖モ、亦同時ニ他ノ特定ノ色ヲ有スト云フモノニモアラサルカ故ニ、純然タル否定ト見ルヲ得ルカ如シ。故ニ消極的事實ナル觀念ハ、少ナクモ正反對ナル二ノ事實カ相對立スルニ非スシテ、數多ノ事實又ハ可能カ併存スル場合ニ於テ其一事實(又ハ可能)ヲ否定スル場合ニ制限セサルヘカラス。

右制限ノ下ニ於テモ、尙ホ一定ノ事實上ノ陳述カ果シテ積極的ナルヤ消極的ナルヤ區別シ難キ場合少カラス。即證明セラルヘキ事項カ、主タル事項ト附隨的事項トヨリ成レル場合ニシテ斯ル場合ニハ、主タル事項若クハ附隨的事項ノ何レニ依リテ、消極的タルト否トヲ決スヘキヤニ付キ一定ノ標準ナシ、例ハ精神障礙アルコトヲ示スカ爲メ「思慮ノ足ラサルコトカ一定ノ行爲ヲ爲スニ當タリテ顯ハレタリ」ト云フ事實ヲ證スヘキモノトセヨ。此場合ニハ、「思慮ノ足ラス」ト云フニ依リテ消極的事實ノ陳述ト爲スヘキヤ、又ハ一定ノ行爲ヲ爲スニ當タリテ顯ハレタリト云フニ依リテ積極的事實ナリトナスヘキヤ、消極的事實說ヲ採ル者ハ此ノ場合ニハ主タル事項タル「思慮ノ不足」ニ重キヲ置キ消極的事實ナリトス。然ルニ、「因果關係ハ中斷セラレタルコトナキコト」ヲ證明スルニ當タリテハ、「因果關係存ス」ト云フ主タル事項ニ依ラスシテ、「中斷ナシ」ト云フ從タル事項ニ依リ、消極的事實ナルコトヲ認メントス。畢竟消極的タルヤ否ヤヲ決スヘキ一定ノ標準ヲ缺クモノト云ハサルヘカラス。更ニ主タル事項中ニ法律上ノ效果カ存スル場合ニハ一層不明ナルヲ免レス。例ハ不作爲債務ノ履行ヲ證スヘキ場合ニ於テハ、履行ヲ積極的ノ觀念ト見テ、債務者之ヲ立證スヘキモノトナスヘキヤ、又ハ給付ノ内容カ不作爲ナルコトヲ見テ消極的事實ナリト爲シ、不作爲ノ債務ニ違反スル作爲ヲ積極的ナリト解シテ、債權者其不履行ヲ證明スヘキヤ、一定ノ標準アルコトナシ。過失ノ證明ニ付キテモ亦同一ナリ。過失ニ依リテ他人ノ權利ヲ侵害シタリト云フ場合ニ於テモ、消極事

實說ヲ採ル者ハ或ハ過失ヲ以テ積極的事實ナリトシ、從テ被害者ニ於テ加害者ノ過失ヲ證明スヘシトナシ、或ハ又過失ハ相當ノ注意ヲ用ヒサルコトナルカ故ニ、消極的事實ナリトシテ、加害者カ相當ノ注意ヲ用ヒタルコト即過失ナキコトヲ立證スヘシトナス。

(2) 上述ノ如ク、所謂、積極的事實ト消極的事實トノ限界ハ頗ル不明ニシテ、依ルヘキ標準ヲ缺キタルノミナラス、此說ヲ採ル者カ其論據トナス所モ亦不當ナリ。即

(イ) 消極的事實ハ證明不能ナルカ故ニ、舉證責任無シトナスハ當タラス。蓋シ消極的事實ハ直接證據法ニ依リテ證明スルハ困難ナルヲ常トスト雖モ、間接證據法 (Künstlicher Beweiss) ニ依リテ證明スルコトハ決シテ不能ニ非ス。殊ニ場所及ヒ時ニ依リテ限定セラレタル消極的事實ノ證明可能ナルコトハ、既ニ羅馬法註釋家ノ認メタル所ナリ。例ハ甲者カ某年某月某日午前十時ニ乙者ト丙處ニ於テ自ラ契約ヲ締結シタルコトナシト云フ消極的事實ヲ立證スル要アル場合ニ於テ、甲者カ恰モ其時刻ニハ他ノ場處ニ在リタルコトヲ立證シ、又ハ前日某時ニハ丁處ニアリタルコトヲ立證シタル後、丁處ト丙處ノ距離ハ若干ニシテ次日午前十時マテニ丙處ニ到リ得サルコトヲ推論スルカ如シ。更ニ直接證據法ニ依リテ消極的事實ヲ證明シ得ヘキ場合モ亦無シトセス、例ハ一定ノ條款ヲ約シタルコト無キコトハ、該契約ヲ締結スルニ際シ立會ヘル證人ニ依リテ證明スルコトヲ得ル場合アルカ如シ。故ニ消極的事實ハ立證不能ナルカ故ニ舉證責任ナシトスルハ非ナリト云フヘシ。

(ロ) 又、消極的事實ハ原因力ヲ有セタルカ故ニ舉證責任無シトナスハ、法律上ノ效果ハ、法文カ法律要件ニ付スル效果ナルコトヲ忘レ、因果關係ニ依リテ生スル結果ナリト誤解セルモノニシテ、其不當ナルコトハ疑ヲ容レズ。論者ニシテ、若シ法律上ノ效果ハ法文カ法律要件ニ付スル所ノモノニシテ、因果關係ニ依ル結果ニ非サルコトヲ明ニセハ、曩ニ因果關係ヨリ立論シテ、原因タル積極的事實ヲ立證スヘシトナセルモノハ、必スヤ變シテ、法文カ一定ノ法律上ノ效果ヲ附セル法律要件ヲ立證スヘシト云フ結論ニ達セサルヘカラス。而シテ、既ニ法律要件ヲ立證スヘキモノタルコトヲ認ムル場合ニハ、苟クモ該法律要件ヲ構成スル元素タル以上ハ、積極的事實タルト消極的事實タルトヲ問ハス、之ヲ立證スヘキ責任ヲ負フモノナルコトヲ明ニスルコトヲ得ヘシ。

更ニ(ハ)消極的事實ヲ探ル者ハ、「從來ノ狀態ノ存續ハ之ヲ推定スルコトヲ得」ルコトヲ以テ、消極的事實ヲ立證スル責任ナキコトヲ示スノ一理由トナス。(Fitting ebenda; Kori ebenda)。然レトモ、等シク法律上ノ效果ト法律要件トノ關係ヲ明ニセサルモノタリ。夫レ、一定ノ法律上ノ效果ハ、其效果ノ變更若クハ消滅ナル效果ヲ生スヘキ法律要件カ存スル場合ニ非サレハ、變更若クハ消滅スルコトナシ。故ニ一定ノ法律上ノ效果カ變更又ハ消滅シタルコトヲ主張スル者ハ、斯ル效果ヲ生スヘキ法律要件ヲ構成スル元素ヲ陳述シ且之ヲ立證スヘキ責任ヲ負フモノニシテ、一旦發生シタル法律上ノ效果ノ存續カ推定セラルルカ故ニハ非ス。

要スルニ、消極的事實説ハ、單ニ積極的事實トノ限界カ不明ニシテ、其適用カ區々タルヘキ弊アルノミナラス、法律上ノ效果ハ法文カ法律要件ニ付スルモノニシテ因果關係ニ依ル結果ニ非ルコトヲ忘レタル見解ニシテ、非ナリト云ハサルヘカラス。

二 外界事實説

一派ノ學者ハ外界ノ事實ハ立證スルコトヲ要スト雖モ内界ノ事實ハ立證スルコトヲ要セストシ、之ニ依リテ舉證責任ヲ定メントス(Helmolt, Beitrag zur Lehre des Unterschieds zwischen Klagebehauptung und Einrede S. 134 ff.; Langenbeck, Die Beweisführung. in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten S. 279 ff.; Bruckhard, Die civilisten Präsuntion S. 151 ff.; Endermann, Lehrbuch Bd. I § 87 S. 406 ff.)。然レトモ謂フ所ノ外界事實ノ意義ハ一定セス、或ハ(1)五官ノ作用ヲ以テ知覺シ得ヘキ事實ナリトシ、從テ法律行為ニ關シテハ、表示アリタルコトハ立證ヲ要スト雖モ、效果意思及ヒ能力ハ外界事實ニ非ルカ故ニ立證ノ要ナシトナス。然レトモ、成年者又ハ未成年者タルヘキコトハ五官ノ作用ヲ以テ知覺シ得ヘキ事實ヨリ推論シ得ヘキ場合少カラサルニ拘ハラズ、能力ハ之ヲ證明スルコトヲ要セスト云フハ、論者ノ立場ヨリスルモ尙ホ矛盾ナリ。故ニ、各場合ノ事情ニ依リ外界ノ狀況ヨリシテ眞ナリト認ム得ヘキモノハ證明ヲ要セストナシ、其說ヲ緩和セントスト雖モ、偶々外界事實ナルモノノ觀念ヲ一層不明ナラシムルモノタルニ過キス。或ハ又(2)判決ヲ爲ス時ニ於テ、外界ニ表顯シタル事實ハ立證

ヲ要セストナス。然レトモ此ノ見解ハ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ眞實ナリト認メラルヘキ事實ハ證明ヲ要セスト云フニ歸シ、結局證明セラレタル事實ハ證明ヲ要セサルカ故ニ、舉證責任ヲ負ハスト云フ論結ニ達シ、舉證作用從テ採證作用ト舉證責任トヲ混同スルモノニシテ採ルニ足ラス (vgl. Leonhard, *edenda* S. 73 f.)。

第二目 法律要件分類説 (Thatbestandstheilungstheorie.)

總言

要證事實其自體ノ性質若クハ内容ニ依ツテ舉證責任ヲ分配セントスル思想ノ一貫シ得ヘカラサルコトハ上來所述ノ如シ。現代ノ學說ハ、要證事實カ如何ナル法律上ノ效果ヲ生スヘキ法律要件ヲ構成スル事實ナルヤニ依リテ舉證責任ヲ分配セントスル思想ニ一致セリト云フヲ妨ケス。而シテ、

「權利其他ノ法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ハ、其效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル元素從テ事實ヲ陳述シ、且之ヲ立證スヘキ責任ヲ負擔ス」

ト云フ原則ニ就キテハ學說ノ一致スル所ナリト雖モ、右原則謂フ所ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル元素ヲ更ニ分類シテ、其一部ヲ相手方ノ舉證責任ニ屬セシムルヲ正當ナリトスルヤ否ヤハ、學說ノ分カルル所ニシテ、恰モ舉證責任分配問題ノ燒點ヲ爲スモノタリ。

通説ハ右法律上ノ效果ノ發生要件ニ屬スル元素ヲ分類シテ、發生ノ原因タル元素、發生ニ通常ナ

ル元素若クハ又其效果ノ發生ニ特別ナル元素ト、然ラサル元素トニ分類シ、前者ハ該法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ノ舉證責任ニ屬スト雖モ後ノ元素ニ付キテハ舉證責任ヲ負擔セス。相手方ニ於テ後ノ元素ノ缺ケタルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ且之ヲ立證スヘキ責任ヲ負擔スルモノナリトナス。反之、Leonhard ハ苟クモ、一定ノ法律上ノ效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル元素タル以上ハ、總テ其效果ノ存在ヲ主張スル當事者ノ舉證責任ニ屬ス。發生要件ヲ構成スル元素ニ付キ、原因タルモノ、通常ナルモノ若クハ特別ナルモノト、然ラサルモノトヲ區別スヘキ何等ノ理由ナシトスルモノタリ。

吾人ハ先ツ左ニ通説ノ要領ヲ窺ヒ、次キテ Leonhard ノ所説ヲ視ルヘシ。

第一段 通説

通説ハ法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル當事者ハ、其效果ノ發生要件ヲ構成スル元素中、原因タルモノ、通常ナルモノ若クハ特別ナルモノニ付キ舉證責任ヲ負擔ス。反之、(イ)發生要件ヲ構成スル元素中原因ニ非ルモノ(即チ條件タルニ過キササルモノ)、異常ナルモノ、若クハ一般要件ノ欠缺、並ニ(ロ)一定ノ法律上ノ效果カ成立シタル後消滅シタルコトヲ示スヘキ法律要件ヲ構成スル元素中、等シク原因タルモノ通常ナルモノ又ハ特別ナルモノハ相手方ノ舉證責任ニ屬ストナスモノタリ。從テ、通説ノ認ムル分配ノ原則ハ、法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スルモノハ其發生要件ヲ立證スヘ

キ責任ヲ有ストナス本則ト、謂フ所ノ發生要件ヲ限定スル細則トニ區別スルコトヲ得。

第一折 舉證責任分配ノ本則及其理由

「法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル當事者ハ、各其效果ノ發生ノ法律要件ヲ構成スル元素(但細則参照)ニ付キ舉證責任ヲ負擔ス」

ト云フハ、最モ抽象的ノ形式ニ於テ通説ノ主張ヲ表ハセルモノナリ。

暫ク、訴訟物タル權利ニ關スル舉證責任ノ分配ニ適用シタル形式ニ於テ、右原則ヲ示ストキハ、

(1) 訴訟物タル權利ノ存在ヲ主張スル當時者(原告又ハ消極確認訴訟ノ被告)ハ、其權利ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル元素(但シ原因タルモノ、通常ナルモノ若クハ特別ナルモノ)ヲ舉證スヘキ責任ヲ負擔ス。反之

(2) 訴訟物タル權利カ發生シタル後、其變更若クハ消滅ナル效果ヲ生スヘキ法律要件ヲ構成スル元素(但原因タルモノ、通常ナルモノ若クハ特別ナルモノ)ハ、相手方ノ舉證責任ニ屬スト云フニ在リ。

右ノ原則ハ羅馬法ノ註釋家及ヒ獨逸普通法時代ニ於テハ「原告ハ訴ノ原因ヲ立證スヘク、被告ハ抗辯ヲ立證スヘシ」トシテ認メタル所ニシテ(前掲)、現代ノ學說ニ於テモ亦一致シテ認ムル所ナリ。

Leonhard ノ如キモ亦此ノ原則ヲ認ムルモノナルコトハ後述ノ如シ。

二 唯右原則ヲ認ムル理由ニ至リテハ所說區々タリ。或ハ論理上當然ナリトシ、或ハ辯論主義ノ結果ナリトシ、或ハ當事者ノ訴訟上ノ地位ヲ可及的同等ナラシメントスル訴訟制度上ノ要求ニ基クモノナリトナス。

(一) 論理上當然ナリトスル見解ヲ抱ク者ノ所述モ、亦必スシモ一様ナラス。

(1) 或ハ消極的事實說ノ主張ヲ假レルモノアリ。以爲ラク、權利ノ存在ハ法律上ノ效果ニシテ事實ニ非ス、法文カ一定ノ事實ニ付シタル效果ナリ。然カルニ、現代ノ訴訟法ノ認ムル實質的證據法ニ於テハ、舉證作用ノ對象ハ事實ニ限キレリ。而カモ事實トハ五官ノ作用ヲ以テ知覺シ得ヘキ積極的ノモノニ限ル。故ニ權利ノ存在ヲ主張スル者ハ、其權利ノ發生要件タル事實ヲ主張シ、之ヲ立證スルコトヲ要シ、又之ヲ以テ足ル。發生シタル權利カ未タ消滅セサルコト、換言セハ消滅ナル效果ヲ生スヘキ事實ノ未タ生セザリシコトハ、之ヲ立證スヘキ必要ナシ。是レ、消滅ナル效果ヲ生スヘキ事實ノ未タ生セザリシコトヲ主張スルハ、事實ヲ陳述スルモノニ非ス。消滅ナル效果ヲ生スヘキ可能(Möglichkeit)ハ存スルモ、其可能カ未タ事實トナラザリシコトヲ主張スルモノナリ。然カモ事實トシテ實現スルコトアルヘキ可能ハ、事實ニ非ルカ故ニ立證ノ要ナク、又舉證スヘキ責任ヲ負ハストナセリ(Beck, Die Beweislast S. 58 u. 66; vgl. Brodmann, zur Lehre von der Beweislast in

Archiv für civ. Praxis Bd. 89 S. 132 ff. a. a. O.)。

右見解ハ、法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ハ、其發生ヲ示スヘキ法律要件ヲ構成スル事實ヲ立證スヘキ責任ヲ有ストスル原則ヲ、消極的事實說ノ思想ニ依リテ説明セントスルモノナリ。然レトモ、(イ)法律上ノ效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル元素ハ必シモ常ニ積極的事實ニ限ラス、然カモ消極的事實カ發生要件ヲ構成スル場合ニハ(例ハ善意、過失カ發生要件ニ屬シ、又非債辨濟ヲ理由トスル不當利得返還請求權ニ在リテハ、債務カ存セサルコトハ發生要件ニ屬スルカ如シ)其效果ノ存在ヲ主張スル者ニ於テ之カ舉證責任ヲ負フ所以ヲ説明スルコトヲ得ス。又若シ(ロ)積極的事實ニ限り舉證責任ヲ負フモノトスル見解ヲ正當ナリトセンカ、消極的事實說ヲ認ムル論者ト等シク、要證事實其自體ノ内容ニ依リテ舉證責任ヲ分配スルニ非サレハ、其趣旨ヲ一貫スルコトヲ得ス。而カモ消極事實說ノ非ナルコトハ前述ノ如シ。

(II) Leonhard ハ法律上ノ效果ハ、法文カ法律要件ニ付スル效果ナルコト、並ニ法律上ノ效果ハ其自體自ラ變更シ若クハ消滅スルモノニ非ス。一旦生シタル法律上ノ效果ヲ變更又ハ消滅セシムルコトモ亦、法律上ノ效果ナルカ故ニ、變更若クハ消滅ヲ主張スル者ハ、其變更若クハ消滅ナル法律上ノ效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ニ付キ舉證責任ヲ負ハサルヘカラス。換言セハ權利ノ成立ヲ主張スル者ハ其權利ノ發生ナル法律上ノ效果ヲ生スヘキ法律要件ヲ立證スヘク、又其成立シ

タル權利カ消滅シタルコトヲ主張スルモノハ消滅ナル法律上ノ效果ノ生シタルコトヲ主張スルモノナルカ故ニ、其效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ立證スヘキナリ。而シテ、原告ハ訴訟物タル權利ノ存在ヲ主張スルモノニハ非スシテ、成立ヲ主張スルモノナルカ故ニ、其權利ノ發生要件ヲ證明スレハ足り、消滅ヲ來タスヘキ法律要件ノ存在セサルコトヲ立證スヘキ責任ヲ負ハス。反之、被告ハ一旦生シタル權利カ、其後消滅シタリト云フ新ナル法律上ノ效果ヲ主張スルモノナルカ故ニ、其效果ノ發生要件ヲ立證スヘキ責任ヲ負フハ論理上當然ナリトシタリ(Leonhard, *edenda* S. 155 f.)。

然レトモ、Leonhardカ原告(消極的確認訴訟ノ被告亦同シ)ハ訴訟物タル權利ノ存在ヲ主張スルモノニ非スシテ、其成立ヲ主張スルモノナリトスルハ、正當ナリト云フヲ得ス(次款參照)。然カモ、原告ニシテ權利ノ存在ヲ主張スルモノナリトスル場合ニハ、論理上ヨリ云ヘハ、單ニ其權利發生ノ法律要件カ具備シタルコトヲ證スヘキノミナラス、更ニ發生後其消滅ヲ來タスヘキ法律要件ノ具備セサルコトヲ立證スヘキ責任ヲ負フノトモ云ハサルヘカラス。

(II) 或ハ又辯論主義ノ結果ナリトス。以爲ラク、辯論主義ニ依レハ、裁判所ハ當事者ノ陳述シタル事實ニ非サレハ裁判ヲ爲スニ付キ斟酌スルコトヲ得ス。從テ當事者ノ陳述セサル事實ハ裁判所ニ向テハ存在セサルト同一ナリ(*quod non acis est, non in mundo.*)。然カルニ、權利ノ存在ヲ主張スル者(原告)ハ、其權利ノ發生シタルコトヲ示スヘキ事實ハ之ヲ陳述スルモ、其カ消滅シタルコト

ヲ示スヘキ事實ハ之ヲ陳述セサルカ故ニ、裁判所ニ向テハ、假令消滅ヲ來スヘキ事實カ實際生シタル場合ニ於テモ仍ホ、存在セサルト同一ナリ。故ニ發生事實カ證明セラレタルトキハ、裁判所ハ其權利ノ存在ヲ認ムヘク、從テ權利ノ存在ヲ主張スル者ハ、其發生ヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ且之ヲ舉證スヘキ責任ヲ有ストナスナリ (Brodmann, ebenda; Mossbacher, Die Beweislastlehre, Beilageheft zur Rheinische Zeitschrift Jahrg. IV. Nr. 2 S. 34)。

然リ、當事者ノ陳述セサル事實ハ裁判所ニ向テハ存在セサルト同一ナルコトハ論者ノ所説ノ如シト雖モ、論者ハ何カ故ニ權利ノ存在ヲ主張スルモノハ、假令其權利カ實際消滅シタリシ場合ニ於テモ、尙ホ其權利ノ發生ヲ示スヘキ事實ヲ陳述スレハ足り、消滅ヲ來タスヘキ事實ノ生シタルコトヲ默認スルコトヲ得ルヤ、換言スレハ事件ニ於ケル事實ノ眞想ヲ眞實ニ從ヒ且完全ニ陳述セスシテ可ナル所以ニ論及セサルカ故ニ、其論旨ハ到底徹底セサルモノト云ハサルヘカラス(後述參照)。

(三) 或ハ又、權利ノ存在ヲ主張スル者ハ其發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル元素(殊ニ其權利ノ發生ニ特別ナル元素)ヲ立證スヘキ責任ヲ負擔スルモノナリトスルハ、原告及ヒ被告ノ訴訟法上ノ地位ヲ可及的ニ同等ナラシメントスル訴訟法上ノ要求、從テ衡平ノ要求ニ基クモノナリトス(Wach, Beweislast S. 39 u. in Z. Z. P. Bd. 29 S. 386)。

吾人モ亦此ノ見解ヲ認ムルモノニシテ、詳細ハ之ヲ後ニ述フヘシ。

第二折 發生要件ノ分配

現代ノ通説ニ於テハ、法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ハ、其效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スヘキ元素ヲ立證スレハ足レリトナセルコトハ前述ノ如シ。唯通説ニ於テハ、右發生要件ヲ構成スル元素ヲ更ニ分類シ、其一部ハ法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ノ舉證責任ニ屬スルニ反シ、他ノ一部ノ元素ノ缺ケタルコトヲ示スヘキ事實ハ相手方ノ舉證責任ニ屬ストナセリ【註】。尤モ發生要件ヲ分類スヘキ標準ニ付キテハ意見ヲ異ニシ、或ハ發生ノ原因タル事實ト權利ノ發生ヲ妨クヘキ事實トニ區別スヘキモノトシ、或ハ通常其效果ヲ發生セシムヘキ事實ト異常ノ事實トニ區別スヘキモノトシ、或ハ當該ノ法律上ノ效果ノ發生ニ特別ナル要件ト一般要件トニ區別スヘキモノトス。

【註】 訴訟物タル權利ノ發生要件ヲ構成スル元素ヲ更ニ分類シテ、其一部ハ原告ノ舉證責任ニ屬セシメ、他ノ一部ノ欠缺ヲ示スヘキ事實ノ舉證責任ハ之ヲ被告ニ負擔セシムヘシトスル思想ハ、Weberニ始ル。

Weber「權利ノ存在ヲ主張スル者ハ、其成立事實中、當該ノ權利ニ關シ重要ナル事實 „Was in Bezug auf dieses Recht wesentlich ist“」ヲ立證スレハ足ル。反之凡テノ權利ニ共通ナレ一般要件(„allgemeine Bedingungen aller Rechte überhaupt“)ハ之ヲ立證スルコトヲ要セス」トナセリ(Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocess, III Aufl. S. 181 ff. u. S. 350 ff.)。

右 Weberノ所説ハ、訴訟物タル權利ノ發生ニ特別ナル要件ト一般要件トヲ區別スルモノト解スヘク、從テ、氏ハ特別要件説ノ始祖ナリト云ハサルヘカラス。然レトモ、所謂因果關係説若クハ通常事實説ノ如キモ亦、其思想ノ淵源ヲ氏ノ所説ニ汲ムモノト云ハサルヘカラス。是レ、氏謂フ所ノ「主張セル權利ノ發生ニ重要ナル事實」中、重要ナル事實ト云フヲ重視シ、更ニ(イ)因果關係上重要ノ意ニ解シ、原因タル事實ト原因ニ非スシテ舉ニ條件タル事實ニ分テヘシトナストキハ因果説ヲ生シ、

又(ロ)人類ノ經驗上通常其權利ヲ發生セシムヘキ事實タルノ意ニ於テ重要ナリトスル場合ニハ、通常事實ヲ生スルカ故ナリ。
一 因果關係說(Kausaltheorie)

權利其他法律上ノ效果ノ成立要件タル元素ヲ區別シテ、其一部ハ存在ヲ主張スル者之ヲ立證シ、然ラサル元素ノ欠缺ヲ示スヘキ事實ハ相手方之ヲ立證スヘシトスル思想カ、其法理的構成ヲ視タルハ、因果關係ノ思想ニ基キ又ハ少クモ之ヲ假リタルモノヲ以テ嚆矢トス。以爲ラク、

(一) 一定ノ結果ヲ惹起スルカ爲メ存スルコトヲ要スル多數ノ要件中、最有力ナル條件若クハ相對的ニ最有力ナル條件ハ原因(Causa efficiens)ニシテ、然ラサルモノハ單ニ條件(conditio sine qua non)タルニ過キス。權利又ハ法律關係ノ發生ナル效果ヲ惹起スヘキ事實中、『發生ノ原因タル事實』(Rechtserzeugende Thatsache)ハ、權利又ハ法律關係ノ存在ヲ主張スル者之ヲ陳述シ且立證スヘキ責任ヲ負擔スルニ反シ、原因ニハ非スシテ單ニ條件タルニ過キサル元素ノ欠缺ヲ示スヘキ事實即チ所謂『權利ノ發生ヲ妨クヘキ事實』(Rechtshindernde Thatsache)ハ相手方之ヲ陳述シ且之ヲ立證スヘキ責任ヲ負擔ストナスモノタリ。此種ノ思想ハ學證責任ノ分配ニ關スル多數ノ學者ノ所說ニ視ル所タリ (Wetzell, Lehrbuch des Civilprocesses §§ 15, 16; Burchard, in Archiv f. civ. Praxis Bd. 18 S. 208 ff.; Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde u. der Beweislast S. 0 ff.; Unger, System des oest. Bürg. Rechts Bd. II S. 405 ff.; Wach, Vorträge S. 157; Handbuch Bd. I. S. 126; Z. Z. P. Bd. 29

S. 388; Hellmann, Lehrbuch S. 491; Rheinhold, Klaggrund S. 30; Windscheid, Pandekten Bd. I § 133)。

(二) 因果關係論ノ研究カ進歩シ、所謂適當條件說(Adäquatenetheorie)カ是認セララルニ至リテハ、因果關係論ヨリ出發シテ、權利又ハ因果關係ノ存在ヲ主張スル當事者ハ、『通常(regelmässig)其權利若クハ法律關係ヲ生スヘキ事實』ヲ立證スヘキ責任ヲ負フモノトスル見解ヲ生スルハ頗ル自然ナリト云ハサルヘカラス(vgl. Betzinger, Annalen der badischen Gerichte Bd. 33 S. 809 f.; Hellwig, System Bd. I. S. 475 f. Fitting, in Z. Z. P. Bd. 13 S. 6)。

二 通常ノ發生事實說

多數ノ學者ハ法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ハ、人類ノ經驗(Lebenserfahrungen)ニ徴シ『通常(regelmässig)其權利若クハ法律關係ヲ生スヘキ事實』ヲ陳述シ、且之ヲ立證スヘキ責任ヲ負フ。反之右事實カ『本來生スヘキ效果ヲ妨クヘキ特別ノ事實若クハ例外ノ事實』ハ相手方ノ立證ニ屬スト爲ス【註】。

【註】 Planck (Lehrbuch Bd. II S. 108 ff.)ハ「通常ノ發生事實(regelmässige Entstehungsthatfachen)」ト云フ又 Wach (Handbuch Bd. I S. 29)ハ「經驗アル人土ノ常識ニ當ミタル自由ナル認定ニ依リ權利ノ存在ヲ認メシムヘキ事實(Thatsachen, welche nach verständige Vermessen eines erfahrenen Mannes zur Annahme des Rechts führen)」ト云フ又 Hellwig (System Bd. I. S. 575)ハ「論ニ從フ事物ノ通常ノ狀況又ハ經過ニ反スル事實」(Thatsachen, die nach der Lebenserfahrung dem gewöhnlichen

Stand und Verlauf der Dinge widersprechen) といふ。

然レトモ、謂フ所ノ通常一定ノ效果ヲ發生セシムヘキ事實ナル意義ハ必シモ明確ナラス。(1)多數若クハ數量ノ意味ニ於テ然カルモノニ非ルコトハ疑ヲ容レズ。是レ若シ數ニ依ルモノトセンカ、例ハ成年者ト未成年者ト何レカ多數ナルヤヲ計算シテ通常ナルト否トヲ決スルノ外ナキカ如キ不結果ヲ生スルカ故ナリ。從テ(2)此種ノ論者ハ、人類ノ經驗ニ依リ一定ノ法律上ノ效果カ通常生スルコトヲ認メシムルニ足ル事實ナリトス。然レトモ、此如キハ、適當條件說ニ依ル因果關係ノ思想ニ依ルノ嫌アリ、然カモ法律上ノ效果ハ法文カ法律要件ニ付スル效果ニシテ、因果關係ノ法則ニ依リテ生スル結果ニ非ルコトハ前述ノ如シ。故ニ(3)法律ノ規定ニ依リ、通常一定ノ法律上ノ效果ヲ生スヘキ事實ト云フノ外ナシト雖モ、斯ル場合ニハ其種類ノ法律上ノ效果ノ發生ニ特別ナル事實ト稱スルノ一層精確ナルニ如カスト云フヘシ。

三 特別要件說 (Specialtheorie)

此ノ說ヲ最早且明ニ主張シタルハ、Behmann-Holweg ナリ。氏ハ一定ノ權利ニ特有ニシテ且直接重要ナル條件 („eigentümliche unmittelbar wesentliche Bedingungen des Rechts“) 又ハ「一定ノ權利又ハ法律關係ノ觀念ヨリシテ演繹シ得ヘキ直接ナル條件 („was unmittelbar aus dem Begriffe eines Rechts oder Rechtsverhältnisses abgeleitet werden kann“) 』ヲ立證スルニ足ル。反之「直接ニ當該ノ

權利ノ觀念ニ屬セサル條件 („Bedingungen, die nicht unmittelbar seinem Begriffe gehören“) 』ハ之ヲ立證スルコトヲ要セサルモノトシタリ (Behmann-Holweg, Versuch S. 335 f.)。同一ノ思想ハ現代ノ學說モ亦認ムル所ニシテ、Unger ハ「主張シタル權利ニ特別ナル成立事實 (die spezifischen Entstehungsgründe) 』ヲ立證スルニ足ルモノトシ (Unger, System des oest. BÜng. Rechts Bd. 1 § 123; 同說 Wach, in Z. Z. P. Bd. 29 S. 388)。此他多數ノ學者ノ贊スル所ナリ (所謂特別要件說 Specialtheorie)。

此ノ見解ハ、權利又ハ法律要件ノ成立要中、當該ノ權利ニ特有ナル要件ト一般要件トヲ區別シ得ルコトヲ以テ前提トスルモノタルハ論ヲ俟タス。詳細ハ後ニ論及スヘシ (第三款參照)。

四 最少限事實說 (Minimaltheorie)

權利又ハ法律關係ノ存在其他法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ハ、其效果ヲ認ムル法文カ要件トセル最少限ノ事實ヲ立證スヘキ責任ヲ負擔スト爲スモノニシテ、近時 Betzinger ノ明白ニ主張セル所ニシテ (Betzinger, in Annalen der badischen Gerichte Bd. 33 S. 235 ff.; Derselbe, Die Beweislast in Civilprocess S. 6 ff.)、之ニ贊スルモノ少カラス。

(一) 其說ニ曰ク、

(1) 「各法文ハ一定ノ法律要件ノ存スル場合ニハ、一定ノ法律上ノ效果ヲ生スルコトヲ定ムルモノナリ。而シテ、舉證責任ノ關係上重要ナル法文相互ノ關係ハ、補充的法文カ主タル法文ニ對スル

關係並ニ反對法文カ原則的法文ニ對スル關係之ナリ。

(イ) 補充的法文(Ergänzungsnorm)ハ、主タル法文ノ法律要件又ハ法律上ノ效果ニ包含セラレタル要素ニ關シ、或ハ細則ヲ定メ或ハ其觀念ヲ發展セシムルモノニシテ、畢竟主タル法文ヲ補充シ、其構成部分タルカ故ニ舉證責任ニ關シテハ、主タル法文ト其運命ヲ同クスルモノナリ。又(ロ) 反對法文(Gegenorm)トハ、其法律要件ニ原則的法文(Regelnorm)ノ法律要件ノ全部又ハ一部ヲ費用スルニ拘ハラズ、原則的法文ノ法律要件ト論理上相兩立シ得ヘキ新ナル元素ヲ附加シ、且其法律上ノ效果ニ於テハ原則的法文ノ法律上ノ效果ニ反對スルモノナリトナセリ(Beweislast S. 5 f.)。而シテ

(2) 主タル法文、補充的法文及ヒ反對法文ヲ判別スル標準ニ付テハ以爲ラク、法ノ適用ヲ確保スル目的ヨリスレハ、補充法文ハ直チニ主タル法文ニ次キ又反對法文ハ直チニ原則的法文ニ次カシムルヲ可トスト雖モ、此如キハ立法技術ノ許ス所ニ在ラス。即チ

(イ) 補充の規定ニ關シテハ、屢々反復セラルヘキ觀念ヲ一々主タル法文ニ次キ規定スルノ煩ヲ避ケ、獨立ノ法文ヲ以テ殊ニ總則篇中ニ規定スルコトアリ。斯クシテ直接補充規定ト間接補充規定トノ別ヲ生ス。前者ハ主タル規定ト同一ノ法條又ハ之ニ次ク法條ニ規定セラレタルモノヲ云フモノナリ(ebenda S. 7 f.)。更ニ(ロ) 反對規定ニ關シテハ、原則規定ヲ種々ノ見地ヨリシテ制限スルノ必要アルカ故ニ、特別ノ法文ヲ以テ規定スルノ必要一層痛切ナリ。斯クシテ等シク直接反對規定ト

間接反對規定トヲ生ス。間接反對規定ノ多クハ民法總則篇カ又ハ各篇ノ總則殊ニ債權總則ニ規定セラレタリ。故ニ間接反對規定ハ又一般の反對規定(allgemeine Gegenorm)ト云フヲ妨ケス。尤モ間接反對規定ニシテ前示總則中ニ規定セラレサルモノ無キニ非ス。更ニ潜在的反對規定(unterschiedliche Gegenorm)ト云フヲ忘ルヘカラス。即チ民法中特ニ規定セラルルコトヲクシテ、而カモ違由セラレヘキコトヲ前提セラレタル規定之ナリ。即チ契約法ニ於テ典型的法律行為ニ關シ法文カ定メタル法律上ノ效果ハ、當事者ノ意思ニ依リテ變更スルコトヲ得ト云フ規定、所謂任意規定ニ對スル反對規定ノ如シ。又獨逸民事訴訟法第二九二條ニ於テ「反對ノ證據ニ依リ法律上ノ效果(即チ推定セラレタル事實ノ效果)ヲ排除スルコトヲ得」ト云ヘルハ、凡テノ法律上ノ推定ニ對スル反對規定ヲ爲スモノナルカ如シ。

(二) 法文ヲ前掲ノ如ク類別シタル後、氏ハ最少限タル事實ヲ明ニセントシ、「特定ノ法文ノ法律要件ニ於テ要求セラレタル要件ヲ充タスヘキ事實」(die im Thatbestande j'ner bestimmten Norm erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen)カ即「最少限的法律要件」(Mind-st-Thatbestand)ナリトナス。而シテ、主タル規定ノ最少限的法律要件ハ直接補充規定ノ最少限的法律要件ニ依リテ補充セラレヘク、又被告ニ於テ争フ場合ニハ、間接的補充規定ノ最少限的法律要件ニ依リテ之ヲ補充スルコトヲ要ス(S. 12 ff., S. 88)° 反對規定ノ否認ハ、決シテ原則規定ノ最少限的法律要件ニ屬スルコ

トナシトナセリ(S. 12)。

尤モ、獨逸民法ノ下ニ於テモ或ル條項ニ於テ定メタル事實カ、果シテ原則規定ノ消極的要件ニ屬スル事實 (negatives Thatbestandsmoment) ナルヤ又ハ反對規定ノ法律要件タルヤヲ判別スルコト困難ナル場合少ナカラス、而シテ、法律要件ニハ元來積極的要件ノミナラス消極的要件モ亦存シ得ヘキモノナリト雖モ、獨逸民法ニ於テハ實際上ノ見地ヨリシテ、消極的要件タルヘキ事實ハ可及的ニ反對規定トシテ立法シ、消極的要件ヲ避ケタルカ故ニ、右ノ區別ハ比較的ニ容易トナレリ。殊ニ、法條ニ於テ、條件タルヘキ句カ wenn, insofern 若クハ insoweit ナル語ヲ以テ初マリ、其次ニ直チニ nicht ナル語カ續キ (即チ wenn nicht....., insofern nicht..... ト云フ如シ)。又ハ一代名詞ノミニ依リテ隔テラレタル場合ニハ (即チ wenn er nicht....., wenn sich nicht..... ノ如シ)、其句ハ反對規定タリト解スヘキナリ。例ハ(a)「別段ノ定メナキトキハ」(„soweit nicht in Anderes vereinbart ist“)トアル場合ニハ其別段ノ定メハ反對規定ニシテ、又(b)「他ノ意思カ顯ハレサルトキハ」(soweit nicht ein anderer Wille anzunehmen ist)トアル場合ニハ、其「他ノ意思」ハ反對規定タリ。而シテ „im Zweifel“ ナル文句ハ、「他ノ意思カ顯ハレサルトキハ」ヲ省略シタルモノニ外ナラス。又(c) „sofern sich nicht“ „wenn er nicht“ ノ語ヲ以テ初マレル反對規定ハ獨逸民法第一六〇條、一七九條一項等ニ觀ル所ナリ。——尤モ(d) wenn, nicht トノ間ニ、名詞又ハ動詞カ介入セルニ拘ハ

ラス、尙ホ反對規定ナルコトヲ認ムヘキ場合ナキニ非ス(例ハ同法第一二一條二段、一七四條一段、五三九條一段、二六〇條)。更ニ前掲 wenn, insofern 等ノ接續詞ヲ以テ初マラサル句ニ在リテハ、前示ニ依リテ反對規定タリヤ否ヤヲ判別スルヲ得サルコトハ論ヲ俟タス(ebenda S. 12 f.)。

又反對規定ナルモノハ決シテ絶對的ニ非ス、反對規定ニ對スル反對規定(Gegen-Gegenorm)カ存スル場合ニハ、前者ハ後者ニ對シテハ原則規定トナルカ故ニ、原則規定ト反對規定トノ關係ハ相對的ナリトセリ(ebenda S. 19)。

(ii) 舉證責任ノ分配

法文ノ分類及ヒ其關係ニ付キ前掲ノ研究ヲ爲セル後、舉證責任ノ分配ノ原則トシテ擧クルモノヲ視ルニ、Beizinger ハ以爲ラク、

「各當事者ハ自己ノ本案ニ關スル申立ノ爲メ、訴訟ノ狀況ニ依リ有利ナル規定ノ最少限的要件ニ屬スル事實ニシテ、眞偽ノ確定セラルヘキコトヲ要スルモノニ付キ舉證責任ヲ負擔ス」

ト云フニ在リ(ebenda S. 48)。而シテ、此ノ原則ノ説明中特ニ注意スヘキモノハ、

(イ) 單ニ主タル規定及ヒ直接補充規定ノ最少限的要件ニ屬スル事實ヲ立證スレハ足ル。反之右主タル規定及ヒ直接補充規定ノ法律要件トセル一切ノ事實ヲ其最終ノ元素並ニ幾多ノ間接的補充規定ノ要件ニ分析スルコトヲ要セス。此等ノ要素並ニ幾多ノ間接補充規定ノ要件ハ、其各箇ノ元素

又ハ要件カ争ハルルニ至ルマテハ、主タル規定並ニ直接補充規定ノ最少限の要件カ確定セララルルニ依リ、共ニ確定セララルモノト見ルコトヲ得。又

(ロ) 各當事者ハ自己ニ有利ナル規定(原則規定タルト反對規定タルトナラハス)ノ法律要件タル事實ヲ立證スル責任ノミヲ負擔ス。反對ノ可能又ハ反對規定ノ存セサルコトヲ立證スルノ要ナシ。且

(ハ) 訴訟ノ狀況ニ依リテ有利ナル規定ノ法律要件タル事實ノミヲ立證スレハ足レリ、自己ノ申立ノ爲メ有利ナルヘキ一切ノ規定ノ要件ヲ立證スルノ要ナシ。例ハ貸金請求ノ原告ハ、被告カ消滅時効完成ノ抗辯ヲ提出シタル場合ニ於テ、其抗辯カ少クモ理由アリト見ラルヘキ場合ニ非サレハ、消滅時効ノ中斷ニ關スル規定(獨民二〇九)ノ法律要件ヲ立證スルノ要ナキカ如シトナセリ (Edwards S. 481)。

(四) 最少限説ノ批評

最少限説ニ依レハ、「各當事者ハ自己ノ本案ニ關スル申立ノ爲メ、訴訟ノ狀況ニ依リ有利ナル規定即チ主タル規定及ヒ直接補充規定ノ最少限の法律要件ニ屬スル事實ヲ立證スヘキ責任ヲ有スルニ止マル。從テ、(イ)反對の規定ノ法律要件タル事實ニツキテハ陳述責任並ニ立證責任ヲ負ハス。又(ロ)間接的補充規定ノ法律要件タル事實ハ、相手方カ其法律要件ノ存在ヲ争フマテハ、之ヲ構成スル元素タル事實ヲ分析シテ陳述スル責任ナシ」トスルモノタリ。然レトモ、

(1) 最少限説ハ、何レノ法文カ所謂主タル規定ニシテ又何レカ補充規定若クハ反對の規定ナルヤヲ判別スル標準ヲ充分明白ニセス。主トシテ獨逸民法ニ於ケル、條項ノ組ミ立若クハ其用語ニ依ラントスルモノノ如シ。蓋シ(イ)獨逸民法ニ於テハ舉證責任ノ分配ヲ定ムル目的ヲ以テ、條項ノ組ミ立、文句並ニ用語例ニ特別ノ注意ヲ加ヘタルコトハ周知ノ事實ナリト雖モ、然カモ條項ノ組立テ、文句、用語等ノミニ依リテ、舉證責任ヲ定ムルカ爲メ、獨逸民法ノ認ムル規定ヲ分類シ得サル幾多ノ場合ヲ生スルコトハ、同國學者ノ既ニ指摘スル所ニシテ、論者ノ亦自ラ認ムル所ナリ。且(ロ)假リニ各項ノ組ミ立、文句、用語等ニ依リテ總テノ規定ヲ分類シ得トスルモ獨逸民法其自體ハ、何等舉證責任ノ分配ニ關スル主義ヲ有セスシテ、漫ニ舉證責任ヲ分配シタルモノニ非ルコトハ論ナキカ故ニ、獨逸民法カ採用シタル舉證責任分配ノ原則ノ明ニスルニ非サレハ、法學上裨益スル所ナシト云フヘシ。(ハ)況ンヤ、舉證責任ヲ定ムルノ目的ヲ以テ、一々條項ノ組立テ、文句、用語例ヲ區別シタル由來ナキ我現行法ノ下ニ於テハ、此ノ種ノ研究方法ニ依ルコトヲ得サルコトハ論ヲ俟タス。

(2) 更ニ、舉證責任ノ分配ニ關スル最少限説ノ主張ヲ視ルニ、專ク Leonhard ノ主張ニ據リ、之ニ特別要件説ノ主張ヲ折衷セントスルノ思想ヲ、別箇ノ形式ニ於テ言ヒ表ハサントスルモノニ過キサルカ如シ。即チ、

(イ) 前示舉證責任ノ分配ニ關スル主張ニ於テ、主タル規定及ヒ其補充規定ト稱スルハ、一定ノ法律上ノ效果ノ發生(例ハ本案權利ノ成立)ヲ認ムル法條ヲ云フモノニ外ナラスシテ、又反對的規定トハ抗辯(訴訟法上ノ抗辯)ヲ認ムル法文ヲ云フモノニ外ナラス。

而シテ『各當事者ハ自己ノ本案ニ關スル申立ノ爲メ有利ナル規定即チ主タル規定及ヒ直接補充規定ノ最少限的法律要件ヲ構成スル事實ヲ立證スヘキ責任ヲ有ス』ト云フハ、畢竟各當事者ハ其主張スル法律上ノ效果ノ發生ニ特別ナル法律要件ヲ構成スル事實ニ付キ舉證責任ヲ負擔スト云フモノニ外ナラス。是レ、最少限的法律要件トハ、『特定ノ法文ノ法律要件ニ於テ要求セラレタル要件ヲ充タスヘキ事實』ヲ謂フモノニ外ナラサルコトハ論者ノ認ムル所ナリト雖モ(前掲)、所謂特定ノ法文ノ法律要件トハ、即チ問題タル法律上ノ效果ノ發生ニ特別ナル法律要件ヲ謂フモノニ外ナラサルカ故ナリ。唯

(ロ) 『間接的補充規定ノ法律要件ニ付キテハ、相手方カ其法律要件ヲ構成スル各箇ノ元素ヲ爭フニ至ルマテハ、其元素ノ存スルコトヲ示スヘキ事實ヲ分析シテ陳述スルノ要ナク、主タル規定及ヒ直接補充規定ノ要件カ確定セラルルニ依リ共ニ確定セラルルモノト見ルコトヲ得』ト云フハ、寧ロ後述Leonhardノ『法律上ノ效果ノ發生ヲ主張スル者ハ、實體法上其效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル一切ノ元素ニ付キ陳述責任及ヒ舉證責任ヲ負擔ス』ト云フ見地ニ立チ、更ニ特別要件說ノ思

想ニ依リテ其主張ヲ緩和セントスルモノニ外ナラス。詳言セハ法律上ノ效果ノ發生ノ法律要件ヲ構成スル一切ノ元素ハ、本來其效果ノ存在ヲ主張スル當事者ノ陳述責任及ヒ舉證責任ニ屬スト雖モ、間接的補充規定ノ定ムル法律要件(例ハ能力、效果意思ノ瑕疵若クハ欠缺ナキコト等)即チ所謂一般要件タル元素ノ存在ハ直チニ之ヲ陳述スルコトヲ要セス、相手方カ其元素ノ存在ヲ爭フニ至リテ、初メテ其元素ノ存在スルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ、又之ヲ證明スレハ足ル。相手方カ爭ハサル限リハ、一般要件タル元素ノ具備スルコトハ、特別要件タル元素ノ確定ニ依リテ、當然共ニ確定セラレタリト見ルヘキモノナルカ故ニ、特ニ其法律要件ノ存スルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ且證明スルノ要ナシトスルモノタリ。約言セハ、Penzingerノ唱導スル最少限說ハ特別要件說ノ主張即チ『法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ハ、其效果ノ發生ニ特別ナル法律要件ニ限り舉證責任ヲ負擔ス、一般要件ノ欠缺ヲ示スヘキ事實ハ相手方ノ舉證責任ニ屬ス』トスル見解ヲ認ムルモノニハ非スシテ、寧ロ『法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ハ、其效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル一切ノ元素ニ付キ舉證責任ヲ負擔ス。而シテ(イ)其效果ニ特別ナル元素ニ付キテハ、直チニ其元素ノ存在ヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ、且之ヲ立證スヘキナリト雖モ、(ロ)所謂一般要件タル元素ニ付テハ、相手方カ爭ヒ、從テ相手方カ Leonhardノ所謂質問責任(Anerkennungslast)ニ依リテ質問シタル後ニ於テ初メテ、其元素ノ具備スルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ且之ヲ證明(Beweisführung)スル要アリ。所謂

一般要件タル元素ハ、法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ノ舉證責任ニハ屬スト雖モ相手方カ争ハサル間ハ、特別要件タル元素ノ立證ニ依リテ、共ニ證明セラレタリト看做スヘキカ故ニ證明ノ要ナシトスルモノト視ルヘキカ如シ。從テ、一見特別要件說ニ屬スルノ觀アルニ拘ハラズ、實際ニ於テハLeonhardノ思想ヲ汲ムモノトスルヲ當タレリトス。

第二段 Leonhardノ所說

上來所述ノ通說ニ對シテ根本的ノ批評ヲ加ヘ、別ニ一家ノ見地ヲ開キタルヲ Leonhard (Die Rechtsverlast 1904.)トナス。氏所說ノ特色ト見ルヘキハ、(1)舉證責任ハ、特定ノ訴訟ノ狀況ニ關係ナク、又當事者ニ關係ナク、専ラ要證事實ニ關シ、抽象的ニ客觀的ニ定ムヘキモノニシテ、實體法規ノ反面タルニ過キナルニ反シ、舉證作用ハ當該訴訟ニ於ケル具體的ノ狀況ニ依リテ定マルモノナリトシ、而シテ(2)舉證責任分配ノ原則トシテハ、

「法律上ノ效果ノ成立ヲ主張スル者ハ、其效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル總テノ事實ニ付キ舉證責任ヲ負擔ス。反之、成立後其效果ノ變更若ハ消滅シタルコトヲ示スヘキ法律要件ヲ構成スル總テノ事實ハ相手方ノ舉證責任ニ屬ス」

ト云フ原則(吾人ノ所謂舉證責任分配ノ本則)ヲ認ムルノミニシテ、右謂フ所ノ發生ニ必要ナル法律要件ニ付キ、更ニ原因タル事實、通常ナル事實若クハ特別要件タル事實ト、然ラサル事實トヲ分

類シ、後者ヲ相手方ノ舉證責任ニ屬セシムヘキ何等ノ理由ナシ。然レトモ、各當事者ハ當該ノ訴訟ノ狀況ニ依リ、舉證責任ヲ負擔スル事項タルニ拘ハラズ證明ヲ必要トセス、又舉證責任ヲ負擔セサル事項タルニ拘ハラズ、「反對セル詳細ナル事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務」(Widerlegungslast)ヲ負フ場合アリ。然レトモ舉證責任ト右反對事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務トハ決シテ混同スヘカラス。是レ舉證責任ハ特定ノ訴訟ノ狀況ニ關係ナク且抽象的、客觀的ニ一定セルモノナルニ反シ、後者ハ當該ノ訴訟事件ニ於ケル特定ノ狀況ニ依リテ變スヘキモノタルカ故ナリ。舉證責任ノ分配ニ關スル從來ノ學說ハ、舉證責任ト舉證作用トヲ適當ニ區別セサルモノニシテ非ナリト云フニ在リ。以下、其梗概ヲ示スヘシ。

一 舉證責任ノ性質

(一) 法律上ノ效果ハ、法律カ法律要件ニ附シタル效果ニシテ、如何ナル法律要件カ存スル場合ニハ、如何ナル法律上ノ效果ヲ生スルヤハ、抽象的ニ又絶對的ニ私法法規ノ定ムル所ニシテ、當該訴訟ノ具體的状況ニ依リテ定マルモノニ非ス。

(二) 舉證責任ナル觀念ハ、一定ノ事實ニ關スル證據ナキ場合、換言セハ其事實ノ眞偽カ不明ナル場合ニハ、一定ノ法律上ノ效果ノ發生ヲ認ムヘキヤ否ヤノ問題ナリ。從テ其事實ヲ證明スル必要アリヤ又其證據ヲ得ヘキ方法如何、換言セハ探證作用 (Beweiswürdigung) 若クハ舉證作用 (Beweis-

(Führung) 如何ノ問題トハ明ニ區別セサルヘカラス。故ニ、舉證責任ハ原告若クハ被告タル地位ニハ關係ナク、専ラ事實ノ何タルヤニ依リ客觀的ニ定ムヘキモノナリ。證據ニ據リテ其事項ノ眞實ナルコトヲ認ムルヲ得サル場合ニハ、裁判所ハ如何ニ裁判スヘキヤヲ示スモノタルニ過キス、苟クモ其事實ノ證據ニシテ得ラルル以上ハ當事者ノ何レヨリ得ラレタルヤハ問フ所ニ非ス。從テ、舉證責任ハ實體法規カ法律要件トシテ積極的ニ規定セルモノヲ他ノ半面ヨリ消極的ニ規定セルモノタルニ過キス („Beweislast... nur das Kernbild der materiellen Rechtsordnung) トシタリ (ebenda S. 152)。

二 舉證責任分配ノ原則

(一) 舉證責任分配ノ原則ハ、「法律上ノ效果ノ成立ヲ主張スル者ハ、其效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル一切ノ事實ニ付キ舉證責任ヲ負擔ス。其效果ノ變更若クハ消滅ヲ來タスヘキ法律要件ヲ構成スル一切ノ事實ハ相手方ノ舉證責任ニ屬ス」ト云フニ盡キタリ。是レ以外他ニ、舉證責任分配ノ細則ヲ認ムルコトヲ得ストナス。而シテ其理由トスル所ヲ視ルニ、

法律上ノ效果ハ凡ヘテ法律ノ命令 (Rechtsbefehl) ニ依リテ生ス、各法律上ノ效果ハ、常ニ新シキ法律ノ命令ニ依リテ生スルモノナリ。權利ノ成立ヲ主張スル者カ、其成立シタルコトヲ示スヘキ法律要件ニ付キテノミ舉證責任ヲ負フ所以ハ、權利ノ成立ヲ認ムル法律ノ命令ハ、恰モ其效果ヲ成立セシムルニ止マリ、更ニ其效果ヲ消滅セシムルモノニ非ス、又既ニ成立シタル效果ヲ消滅セ

シムルニハ、他ノ新ナル法律命令アルコトヲ要スルカ故ナリ。然カルニ給付訴訟ノ原告ハ請求權ノ存在ヲ主張スルモノニハ非スシテ成立ヲ主張スルモノタルカ故ニ、其請求權ノ發生要件ニ付キ舉證責任ヲ負擔スルニ止マル。反之被告ニ於テ、其請求權カ成立シタル後消滅シタリト主張スル場合ニハ、被告ハ該請求權ノ消滅ナル法律上ノ效果ヲ生スヘキ法律要件ニ付キ舉證責任ヲ負擔スルモノト云ハサルヘカラス。畢竟「各當事者ハ其主張スル法律上ノ效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル事實ニ付キ舉證責任ヲ負擔スルモノニ外ナラス」ト云フニ在リ (ebenda. S. 155 (1))。

右ノ説明ハ、畢竟通説謂フ所ノ舉證責任分配ノ本則ニ該當スルモノナリ。而シテ、其理由中、給付訴訟ノ原告ハ(積極的確認訴訟ノ原告、形成訴訟ノ原告、消極的確認ノ被告亦同シ)訴訟物タル權利ノ存在ヲ主張スルモノニハ非スシテ、單ニ其成立ヲ主張スルモノタルニ過キストナシ、且成立ヲ主張スルニ過キサカ故ニ、其權利ノ發生ニ必要ナル法律要件ニ付キ舉證責任ヲ負フニ止マル。其權利ノ消滅ヲ來タスヘキ法律要件ノ存セサルコトニ付キ舉證責任ヲ負ハストセルハ大ニ注目スヘキ點ナリ。然レトモ給付訴訟ノ原告ハ、訴訟物タル權利ノ成立ヲ主張スルモノニシテ、存在ヲ主張スルモノニ非スト云ヘルハ不當ナリト云フヘシ。然カモ、存在ヲ主張スルモノナリトスル場合ニハ、此ノ所説ハ未タ其權利ノ成立ニ必要ナル法律要件ニ付テノミ舉證責任ヲ負フニ止マル所以ヲ説明スルコト能ハスト云フヘシ(次款參照)。

(11) Leonhard 所説ノ特色ハ、前掲ノ原則ノ外、舉證責任ノ分配ニ關シ何等他ノ原則ヲ認メス、從テ通説カ成立要件ヲ構成スル元素ニ付キ更ニ原因タル事實、通常ナル事實若クハ特別要件タル事實ト然ラサル事實(權利ノ發生ヲ妨クヘキ事實、異常ナル事實若クハ一般要件ノ欠缺ヲ示スヘキ事實)トヲ分類シ、法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ハ前ノ事實ニ付キテノ舉證責任ヲ負擔スト雖モ、後ノ事實ノ舉證責任ハ相手方ノ負擔ニ屬スト爲セル細則ヲ否認シ、斯ル細則ヲ認ムヘキ何等ノ理由ナキコトヲ痛論セルノ點ニ在リ。以爲ラク、

一定ノ法律上ノ效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル事實タル以上ハ、何レノ事實モ其效果ヲ生スルカ爲メ等シク重要ニシテ、何レノ事實ヲ缺クモ其效果ヲ生スルモノニ非サルカ故ニ、該法律上ノ效果ノ成立ヲ主張スル者ハ其效果ノ成立要件ヲ構成スル一切ノ事實ニ付キ舉證責任ヲ負擔スルモノト云ハサルヘカラス。通説ヲ認ムル論者モ、一定ノ法律上ノ效果ノ發生要件ヲ構成スル事實カ、何レモ其效果ノ發生ニ重要ナルコトヲ認ムルニ躊躇セス、然カモ尙ホ發生要件ヲ構成スル事實中或ハ原因タルモノ、或ハ通常其效果ヲ生スヘキ事實、或ハ又特別要件タル事實ニ限り、其效果ノ存在ヲ主張スル者ノ舉證責任ニ屬シ、然ラサル事實ハ相手方ノ舉證責任ニ屬スト爲スハ、一ニ實際ノ便宜即チ證明ノ困難ノ爲メ權利ノ救済ヲ不能ナラシムル弊ヲ防カントスル目的ニ出ツルモノニ外ナラス。然レトモ此如キハ、舉證責任(Beweislast)ト舉證作用(Beweisführung)トヲ混同スルモノタ

リ。夫レ舉證責任ノ分配ハ、客觀的、抽象的ニ一定レ、當該ノ訴訟事件ニ於ケル具體的ノ狀況ニ依リテ影響ヲ受クルコトナシ。反之舉證作用從テ自由探證(Beweisaufnahme)ノ見地ヨリ、觀察シタル證明ノ必要(氏ノ所謂證明義務 Beweispflicht)ハ然ラズ、當該訴訟ニ於ケル具體的ノ狀況ニ依リテ影響ヲ受タルモノタリ、兩者ハ之ヲ混同スヘキニ非ス。通説カ此ノ區別ヲ明ニセサルハ、恰モ發生要件ヲ構成スル事實ノ一部ニ關スル舉證責任ハ原告ニ屬シ、他ノ一部ニ關スル舉證責任ハ相手方ニ屬ストナシ、其結果法律要件ヲ構成スル一定ノ事實ノ具備カ不明ナル場合ノ不利益ヲ負擔スル者カ原告タルヤ被告タルヤノ決定カ區々ニ流ルルノ弊ヲ生スル所以ナリ。

然ルニ「法律上ノ效果ノ成立ヲ主張スル者ハ其效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル一切ノ事實ニ付キ舉證責任ヲ負擔ス」ルモノトナスモ、舉證責任ト舉證作用トヲ明確ニ區別スル場合ニハ、當事者ノ舉證作用ハ特ニ困難トナラス。從テ其權利ノ救済ヲ困難ニスルモノニ非サルコトヲ明ニスルコトヲ得ヘシトナシ、其主張ニ係ル舉證責任分配ノ原則カ、論者ノ信スルカ如ク、實際ノ便宜ニ合セサルモノニ非ルコトヲ示サントセリ。以爲ラク、

(1) 幾多ノ場合ニ於テ、法律上ノ效果ノ成立ヲ主張スル當事者(通常原告)ハ、其舉證責任ニ屬スル成立要件ヲ構成スル事實ノ或ルモノヲ證明スル必要(氏ノ所謂 Beweispflicht)ナク、却テ相手方ニ於テ詳細ノ事實ヲ陳述シ、且之ヲ證明スル必要(Widerlegungslast)ヲ有シ、又ハ質問スヘキ責任

(Anregungslast) ヲ有スルコトアリ。即チ信義及ヒ誠實ノ原則ニ從ヘハ、寧ロ相手方ニ於テ詳細ナル事實ヲ陳述シ、若クハ立證スヘキモノト見ルヘキ場合ナリ。其ノ場合ハ左ノ如シ。

(イ) 多クノ場合ニ於テ、當事者ハ自己自身ノ行爲ニ反對シテ證明スル必要アルコトアリ。即チ裁判外ノ自白又ハ認諾カ舉證作用ニ重大ナル影響ヲ及ホスコトハ論ヲ俟タス、殊ニ(a)受取證書ヲ發シタル場合ノ如シ。更ニ(b)市場ニ於テハ、代金ト引替ニ非サレハ商品ヲ引渡ササルヲ常トスルカ故ニ、商品ヲ引渡シタルコトカ一應ハ代金ノ支拂アリタルコトヲ證明スルモノタリ。又買ヒタル商品ヲ何等ノ留保ヲ爲サスシテ受取リタルコトカ一應ハ其商品ニ瑕瑾ナキコトヲ證明スルモノタルコト少カラス。更ニ(c)自ラ法律行爲ヲ締結シタリト云フ事實自體ハ、恰モ當事者カ自己ノ行爲能力ヲ有スルコト並ニ眞ニ該法律行爲ヲ爲ス意思ヲ有スルコト(即チ諧謔ニ非ス又虛偽ニ非サルコト)ヲ主張シ、更ニ相手方カ行爲能力ヲ有シ且眞ニ該法律行爲ヲ爲ス意思ヲ有スルコトヲ認メタルコトノ證明タルコトアリ。此等ノ場合ニ於テハ、當事者ハ裁判外ノ自白又ハ認諾ヲ爲シタルモノナルカ故ニ、自白若クハ認諾セラレタル事實若クハ法律上ノ效果ヲ争ハントセハ、曩ニ爲シタル自己ノ行爲ノ證據力ヲ覆スニ足ルベキ、詳細ノ事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スル義務アリト云ハサルヘカラス。此如キハ恰モ衡平(Billigkeit)ノ要求スル所ナリ。

(ロ) 又、事實ノ陳述ニ關ニスル當事者ノ態度カ、其當事者ニ不利益ナル證據ヲ供スル場合モ

亦鮮カラス。其ノ主要ナルハ、當事者ノ沈黙ナリ。蓋シ舉證責任ヲ負擔スル者カ其責任ニ屬スル事實ヲ證明シタル後ニ非サレハ、相手方ハ反對ノ事實ヲ陳述シ且立證スル必要ナキヲ以テ通常トス。然レトモ、場合ノ事情ニ依リ、相手方カ事情ヲ明ニスヘキ義務(Aufklärungspflicht)ヲ有スト認ムヘキ場合ニハ然ラス。例ハ被告ニ於テ原告ノ主張スル法律行爲ハ、自己カ他人ノ代理人トシテ締結シタルモノナルコト又ハ條件付ナリシコトヲ主張スルカ如キ場合ニハ、信義及ヒ誠實ニ從ヘハ、被告ニ於テ詳細ナル事實ヲ陳述スヘキ義務アリト云ハサルヘカラス。換言セハ原告カ主張スル法律行爲ヲ争ハントスル被告ハ、斯ル事情ノ下ニ於テハ、理由タル詳細ノ事實ヲ示シテ否認(substantiell Leugnen)スルコトヲ要スルモノト云フヘシ、即チ被告カ理由タル事實ヲ示サスシテ、單純ニ否認スルニ過キサル場合ニハ、裁判所カ自由ナル心證ニ依リ、被告ノ主張ヲ眞實ニ反ストシ、若クハ眞面目ニ否認スルモノニ非ストナスニ至ルヘキ不利益ヲ免カルルコト能ハス。換言スレハ、詳細ナル事實ヲ陳述セサルコト即沈黙ナルコトカ、「若シ被告ニシテ陳述スヘキ事實アランカ、其事實ヲ陳述シタルヘシ」トスル推測ヲ許スノ餘地ヲ生ス。即チ所謂沈黙ノ雄辯ニ依リテ、被告ノ争ヒカ眞實ニ合セサルコトヲ證明スルモノタリ。畢竟蓋然性(Wahrscheinlichkeit)ト衡平(Billigkeit)ノ要求トカ結合シテ、被告ニ詳細ナル事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務(氏ノ所謂 Beweispflicht)ヲ負ハシムルモノニ外ナラス(ebenda S. 209 a, a. O.)。更ニ

(ハ) 衡平ノ要求カ、相手方ヲシテ詳細ナル事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スルノ義務ヲ負フニ至ラシムルハ、當事者ノ一方ヨリモ相手方カ一層善ク其事實ヲ知ルヘキ場合ナリ。

(a) 其一ハ所謂消極的事項 (negative Thern) ノ證明ナリ。蓋シ、要證事實カ消極的ナル場合ニ於テモ舉證責任ヲ負擔スル者ハ、單ニ消極的ナリト云フ事由ニ依リテ之ヲ證明スル義務ヲ免カルルモノニ非ス。然レトモ、更ニ他ノ特別ノ事情カ附加スルトキハ、舉證責任ヲ負擔スルニ拘ハラズ、證明義務ヲ有セサルニ至ルコトアリ。即チ

(い) 當該消極的事項カ一般的ニシテ、舉證責任者カ詳細ナル事實ヲ陳述シ得ヘキコトヲ推測シ得サルヘキ場合ハ其一ナリ。例ハ「何人ト雖モ特別ノ事由アルニ非サレハ他人ニ對シテ權利ヲ有スルモノニ非ス」ト云フカ如キ消極的事項ハ、一般的ニシテ、之ヲ主張スル者ニ其コトヲ示スヘキ詳細ナル事實ノ陳述及ヒ證明ヲ要求スルハ當テ得タルモノニ非ス。殊ニ、「特別ノ事由アルニ非サレハ、相手方モ亦權利ヲ有セサルコト」ヲ主張スルカ如キ場合ニハ、寧ロ相手方ニ於テ特別ノ事由アリタルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ、從テ一定ノ權利ヲ有スルコトヲ明ニスヘキモノトナスカ、衡平ノ要求ニ合スルモノト云ハサルヘカラス。例ハ抵當權ノ讓受人ニ於テ讓渡人ニ對シ、擔保債權カ存在セサル爲メ抵當權モ亦存在セス、從テ損害ヲ被リタリトシテ、賠償ヲ請求スル場合ニ於テハ、抵當權ノ讓受人タル原告ハ擔保債權カ存在セサルコト即チ消極事項ニ付キ、舉證責任ヲ負擔

スト雖モ、被告ノ主張スル擔保債權ノ存在ヲ單純ニ否認スレハ足ルニ反シ、被告ハ其擔保債權カ存在スルコトヲ示スヘキ詳細ノ事實ヲ陳述シ、且之ヲ證明スル義務アリト云フヘシ。是レ、被告カ何等ノ陳述ヲ爲ササルニ拘ハラズ、裁判官ハ被告ノ利益ノ爲メニ、擔保セラレタル債權ノ發生事實ヲ推測セントスルカ非理タルコトハ疑ヲ容レサルカ故ナリ。此他善意ノ立證ニ付キテモ亦同様ニ論スルコトヲ得。更ニ原告カ任意の規定ニ異ル別段ノ定メナキコトヲ主張スル場合ニ於テ、被告カ別段ノ定メアリトスルトキ、又原告ハ法律行爲カ條件付ニ非ス若クハ他人ノ爲メニ爲シタルモノニ非ルコトヲ主張スル場合ニ於テ、被告ハ其法律行爲カ條件付ナリト云ヒ若クハ他人ノ名ニ於テ代理人トシテ締結シタルモノナルコトヲ主張スルカ如キ場合ニ於テモ、被告ハ其別段ノ定メアリタルコト、條件付ナルコト、代理タルコトヲ示スヘキ事實ヲ、原告ヨリモ一層善ク熟知スルモノ (rather sieht) ト云フコトヲ得ヘシ。殊ニ、

(ろ) 或ル消極的事項カ證明セラルヘキ場合ニ於テ、之ニ反對スル積極的事實ヲ相手方ニ限リ又ハ少クモ第一ニ相手方カ實驗 (wahrnehmen) シタルヘキ場合ニハ、其相手方ニ於テ積極的事實ヲ證明スル義務ヲ有スルモノト云ハサルヘカラス。相手方ニ於テ責任解除ヲ求ムルコトヲ至當ナリトスル場合ノ如キハ、其著例ナリ。又當事者ノ一方ニ於テ相手方カ何等ノ意思表示ヲ爲スコトナクシテ一定ノ期間ヲ空過セシメタルモノナルコトヲ主張スル場合ニ於テハ、寧ロ相手方ニ於テ反對ノ

詳細ナル事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スル義務アリト云フヘシ。

(b) 又積極的要證事實ト雖モ、相手方カ該事實ヲ一層良ク知ルヘキコトノ著シキ場合ニハ (erheblich näher sehen)、相手方ハ證明義務ヲ負フモノト見サルヘカラス。殊ニ相手方自身ノ資産ノ狀況ニ付キテハ相手方ニ於テ詳細ナル事實ヲ陳述シ、且之ヲ證明スヘキ義務アリ。從テ若シ相手方ニ於テ斯ル事實ヲ陳述セス、沈黙セル場合ニハ其沈黙ハ、相手方ニ不利益ナル證據ヲ爲スモノト見サルヘカラス。

以上所述ノ事情存スル場合ニハ、被告ニ於テ反對セル詳細ノ事實ヲ陳述スヘキ義務アリ、從テ被告カ斯ル陳述ヲ爲ササル場合ニハ、一應被告ノ不利益ニ決セラルヘキ事情アリト云ハサルヘカラス。而シテ、被告カ右詳細ナル陳述ヲ爲スニ當リテハ自己ノ陳述カ一定ノ程度ニ於テ信憑セラルルニ足リ、又他ノ事實ノ陳述ニ依リテ信シラレ得ヘキニ至ルコトヲ務メサルヘカラス。而シテ衡平ノ要求カ原告ニ有利ナル程度ノ大ナルニ從ヒ、被告カ其陳述ヲ信憑セシムヘキ必要モ亦愈々大ナルモノト云ハサルヘカラス。蓋シ、被告ハ一般ニハ反對セル事實ニ付キ證明義務ヲ負ハスト雖モ、單ニ蓋然性 (Wahrscheinlichkeit) ノミナラス、衡平 (Billigkeit) ノ要求カ原告ニ有利ナル場合ニハ、被告ハ證明義務ヲ有スルニ至ルモノト云ハサルヘカラス。

(二) 更ニ、舉證責任者ノ相手方カ惡意 (Arglist) ヲ以テ、舉證責任者ノ舉證作用ヲ困難ナラ

シメタル場合ニハ、相手方ハ裁判所カ該事情ニ基キ、自由ナル心證ヲ以テ舉證責任者ノ陳述スル事實ヲ真ナリト認ムルニ至ルヘキ危險ヲ負フモノト云ハサルヘカラス。

(a) 此如キハ衡平ノ要求スル所ニシテ、民事訴訟法ニ於テモ『相手方カ……舉證者ノ使用ヲ妨クル目的ヲ以テ故意ニ證書ヲ隱匿シ若クハ使用ニ耐ヘサラシメタルコトカ明確ナルトキハ、舉證者ノ差出シタル證書ノ原本ヲ正當ナルモノト看做ス』コトヲ得ルモノトセルハ(獨訴四四四條、我民訴三四一條) 此ノ理由ニ出ツルモノタリ。英法ノ認ムル禁反言 (Estoppel) ニ於テ、『惡意ヲ以テ他ノ一方ニ一定ノ事實ヲ信シ、從テ之ニ依リテ行爲ヲ爲サシメタル者ハ、其者ニ對シテ該事實ノ真ナルコトヲ爭フコトヲ得ス』トナセルハ (Schuster, Die bürgerliche Rechtspflege in England S. 162 ff. Anm. 3) 同一ノ思想ヲ最モ明確ニ表ハシタルモノニ外ナラス。此他當事者ノ一方カ、檢證ノ目的ヲ以テ爲サル土地ノ立入ヲ妨ケ、又ハ買主カ送付セラレタル見本ヲ毀滅シタルカ如キ場合ニ於テモ、亦同様ニ論セサルヘカラス。右何レノ場合ニ於テモ、舉證作用 (Beweisführung) カ轉倒セルニ過キスシテ、一般ニ主張セラルルカ如ク、舉證責任 (Beweislast) カ轉倒セラルルニハ非ス。殊ニ惡意ノ當事者カ其惡意ノ爲メ負擔スルニ至リタル賠償責任ヲ舉證責任ノ轉倒ニ依リテ充タスモノナリトスル如キハ到底理由ナシト云ハサルヘカラス (ebenda S. 213)。更ニ

(b) 特ニ害意ナキ場合ニ於テモ尙ホ同様ノ結果ヲ生スルコトナリ。殊ニ舉證責任者ノ相手方

カ商品ヲ事實上使用シタルカ爲メ、舉證責任者カ該商品ノ狀態ヲ證明スルコトヲ得サルニ至リタル場合ノ如キ之ナリ。又(c)不作爲ト雖モ場合ニ依リテハ同等ノ結果ヲ生スルコトアリ。例ハ日用品ノ供給者カ永キ間計算書ヲ作製セシテ、一時ニ比較的ニ大ナル額ヲ要求シタルカ如キ場合ニ於テ、相手方カ既ニ爲シタル支拂ヲ證スヘキ證據方法ヲ保存セサルカ如キ場合ニハ、久シキ間計算ヲ爲サザリシ原告ニ於テ未タ支拂ナキコトノ證明ヲ爲スヘキ義務ヲ負フモノト解スヘキカ如シ。

(2) 以上ハ當事者ノ舉動ニ因ツテ舉證作用ノ轉倒ヲ來タスヘキ場合ニ付キ述ヘタリト雖モ、當事者ノ舉動ニ關係ナキ特別ノ狀況ニ依リ等シク舉證作用ニ影響ヲ來タス場合アリ。例ハ被告カ偽證ノ刑ニ處セラレタル者ナルカ爲メ、原告カ其者ノ宣誓ニ依リテ證明センコトヲ欲セサルカ如キ場合ニハ、宣誓ニ依ル證據ヲ申出サルモ其原告ノ不利益トハナラスト解スヘク、又獨逸大審院カ危險ヲ伴フ業務ヲ行フモノハ、爆發アリタル場合ニハ、其過失ニ因ラザリシコトヲ證明スルノ責アリトナセルハ必シモ不當ト云フヲ得サルカ如シ(ebenda S. 213ff.)。

三 上來所述ノ如ク、舉證作用(Beweisführung)ヲ適當ニ處置スルトキハ、之ニ依リテ衡平ノ要求ヲ充タスヲ得、又舉證責任ノ分配ノ原則ヨリ生スヘキ結果ノ不當ヲ救済スルコトヲ得。換言セハ舉證作用ハ、舉證責任分配ノ原則ニ對スル安全弁(Sicherheitsventil)ナリト云フヲ妨ケス(ebenda S. 24)。

或ハ云フヘシ、所論ノ舉證作用(Beweisführung)ハ即チ舉證責任(Beweislast)ナリト云フヲ妨ケス、從テ、通説ト其名ヲ異ニシテ實ヲ同フスルモノナリト。然レトモ非ナリ、夫レ謂フ所ノ舉證作用ノ轉倒カ、蓋然性(Wahrscheinlichkeit)ニ顧ミ又衡平ノ要求ヲ斟酌スルモノナルコトハ、舉證責任ノ分配ニ關スル細則ヲ認メントスル論者カ或ハ蓋然性或ハ衡平ノ要求ヲ斟酌スルト異ナルコトナシ。然レトモ舉證責任ト舉證作用トハ之ヲ混同スルヲ許サス、且實際上ノ結果ニ於テモ亦差異ヲ生スルモノタルコトヲ忘ルヘカラス。即チ舉證責任(Beweislast)ト舉證作用ノ關係ヨリシテ生スル『反對事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務』(Widerlegungslast)トハ其要件並ニ效力ニ關シ、左ノ差異ヲ生スルモノナリ。

(一) 要件ニ關スル異同

(1) 舉證責任ノ分配ニ關スル原則カ適用セラルルハ、要證事實ノ眞實若クハ虛偽ナルコトヲ證明スヘキ證據ナク、從テ其眞偽カ不明ナル場合ニ限キレリ。從テ一定ノ事實ニ關スル證據カ供セラレ、之ニ依リテ證明セラレタリト見ルヘキ場合ニハ、舉證責任ニ關スル原則ノ適用ヲ生スヘキ事由ナシ。然カルニ、反對事實ヲ陳述シ且之ヲ立證スヘキ義務(Widerlegungslast)ハ、恰モ要證事實カ一應證明セラレタリト見ラルヘキ場合ニ初メテ生スルモノナリ。又

(2) 舉證責任ナル觀念ハ、重要ナル事實ノ眞偽カ不明ナルコトヲ前提シ、總ヘテノ重要ナル事

實ニ付キ存スルモノナリ。從テ、舉證責任ノ分配ハ各場合ニ於ケル事情若クハ當該ノ訴訟ノ狀況等ニ關係ナク、抽象的且客觀的ニ定マリ、又恒定不動ノモノナラサルヘカラス。反之、反對事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務 (Widerlegungslast) ハ、恰モ當該ノ訴訟ニ於ケル舉證作用ノ關係ヨリ生スルモノナリ。即チ、(イ)當該ノ訴訟ニ於ケル證據調ニ基キ又(ロ)判事カ恰モ當該ノ訴訟狀況ヲ自由ナル心證ヲ以テ判斷シ、且(ハ)蓋然性 (Wahrscheinlichkeit) ニ基キテ、要證事實ノ眞實ナルコトヲ認ムヘキ虞アル場合ニ初メテ、相手方ハ反對セル詳細ノ事實ヲ陳述シ、且之ヲ證明スヘキ義務ヲ生スルモノナリ (S. 216)。

換言セハ舉證責任ハ、各訴訟ニ於ケル具體的ノ狀況ニ關係セス、抽象的ニ將タ客觀的ニ恒定セラシムルモノナルニ反シ、舉證作用ハ各訴訟ニ於ケル具體的ノ狀況ニ依リテ影響セラルルモノナリ。故ニ、蓋然性ノ關係又ハ衡平ノ要求ノ結果トシテ、各場合ノ事情ニ應シテ變更スヘキモノハ、之ヲ舉證責任ヨリハ隔絶シテ、舉證作用ノ範圍ニ移ササルヘカラス。舉證責任ノ分配ハ、恒定不動ニシテ、裁判ニ對スル準則タルヘク、舉證作用ハ各場合ノ事情ニ依リ衡平ノ要求ニ從ヒテ變シ得ヘキモノナラサルヘカラス。

(3) 此關係ハ所謂、推定 (praesumptio hominis) 又ハ經驗律ノ作用ニ付キテモ明ニセラレサルヘカラス。推定ニ依リテ舉證責任ノ轉倒ヲ來スモノニ非ス。單ニ舉證作用ノ轉倒ヲ來タスノミ、經驗

律ニ關シテモ亦同シ。

(イ) 『一定ノ狀態ハ存續スルヲ常トス』ト云フハ、經驗律ノ示ス所ニシテ、其カ舉證作用ニ影響スヘキ事ハ論ヲ俟タス。然カルニ一派ノ學者ハ成立シタル權利ハ存續スルモノト推定スヘシト云フヲ以テ、舉證責任分配ノ理由トナス (Fortdauertheorie)。畢竟經驗律ハ舉證作用從テ判事ノ證據判斷 (Beweiswürdigung) ニ影響スルモノタルコトヲ誤認シテ、舉證責任ノ分配ヲ變スヘキモノトナスモノニシテ、舉證作用ト舉證責任トヲ混同スルモノナリ。又法律行為ノ一部ノ要件ノ存スルコトヨリシテ、他ノ要件ノ存スルコトモ亦之ヲ推知スルヲ得ル場合少カラス。殊ニ外形上何等ノ瑕疵ナキ證言ニ依リテ、他ノ要件ノ存スルコトモ一應ハ推知スルコトヲ得、又契約ニ在リテモ其約款ヲ掲ケタル證書ニ依リ他ノ特別ノ附款カ約セラレサリシコトヲ推定シ得ヘキヲ常トス。此等ノ事情ハ恰モ舉證責任ノ分配ニ關シ、『外界ノ事實ハ之ヲ立證スヘシ』トスル(外界事實說)ヲ生シタル所以ナリト雖モ、等シク舉證責任ト舉證作用トヲ混同スルモノナリ。

(ロ) 更ニ衡平ノ要求ニ基キテ舉證作用カ轉例セラルル場合ニ於テハ、舉證作用ト舉證責任トヲ混同スルノ弊一層甚シキモノアリ。例ハ扶養請求ノ訴訟ニ於テ、信義及ヒ誠實ニ依レハ、被告カ自己ノ資産ノ狀況ヲ陳述スヘキ場合ナルニ拘ハラズ、詳細ナル陳述ヲ爲ササルトキハ、原告カ被告ノ資産トシテ陳述スル所ノモノヲ以テ眞實ナリト認ムヘキカ如シ。此場合ニ於テモ舉證作用ノ轉倒

アルノミニシテ舉證責任ノ轉倒アルコトナシ。更ニ

(ハ) 蓋然性並ニ衡平ノ要求カ結合シテ舉證作用ノ轉倒ヲ來タス場合ニハ、舉證作用ト舉證責任トカ混同セラルル弊害ハ最モ甚シ。茲ニ至リテ舉證責任ノ分配ニ關スル從來ノ學說ハ、何レモ舉證作用ト舉證責任トヲ混同スルニ依リテ生シタルモノナルコトヲ知ルコトヲ得。即チ

(a) 要證事實カ間接證據法ニ依リテ證明スルコトヲ得ヘキモノナル場合ニハ、舉證責任ハ直接ニ證明シ得ヘキ間接事實 (Indiz) 即徵憑ノ立證ニ制限セラルト爲スハ、從來幾多ノ學者ノ唱導スル所ナリ。然レトモ此ノ見解ハ、間接事實ノ眞ナルコトヨリシテ、要證事實ノ眞實ナルコトヲ推論スルハ、恰モ探證作用 (Beweiswürdigung) ニ屬スルコトヲ忘レタルモノ、換言セハ舉證責任者ハ當該要證事實ニ付キ舉證責任ヲ負擔スルニ拘ハラズ、舉證作用ハ間接事實ノ立證ヲ以テ完フセラルルコトヲ誤解セルモノニ外ナラス。斯クシテ、舉證責任ノ分配ニ關スル消極事實說、存續推定說、外界事實說ノ生シタル所以ヲ明ニスルコトヲ得。

(b) 又信義及ヒ誠實ニ從ヒ、相手方カ詳細ナル事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務ヲ負フニ至ルヘキ場合少カラス。而シテ此ノ場合ニ於テモ舉證作用カ轉倒スルモノタルニ過キサレコトハ前述ノ如クナルニ拘ハラズ、舉證責任ノ轉倒ナリト誤認スルカ爲メ、或ハ最少限要件說ヲ生シ、或ハ原因ハ存在ヲ主張スル者ノ舉證責任ニ屬スト雖モ、發生ヲ妨クルニ過キサレ事實ハ相手方ノ舉證責任ニ屬ストナス說ヲ生シタリ。更ニ

(c) 經驗カ舉證作用ニ影響スヘキコトモ亦前述ノ如シ。然ルニ舉證作用ト舉證責任トヲ混同スル者ハ、之ニ依リテ舉證責任ヲ定ムルコトヲ得ルモノトナシ、從テ權利ノ存在ヲ主張スル者ハ經驗ニ依リ通常其權利ヲ生セシムヘキ事實ニ付キ舉證責任ヲ負擔スルニ反シ、異常ノ事實ハ相手方ノ舉證責任ニ屬ストナシ、所謂蓋然說 (Wahrscheinlichkeitstheorie) ヲ認ムルニ至レリ。

斯クノ如ク、舉證責任ノ分配ニ關スル從來ノ學說ハ、舉證作用ニ影響ヲ及ホスヘキ幾多ノ事情中ノ或ルモノヲ主眼トシ、之ニ依リテ舉證責任ノ分配ノ細則ヲ定メントスルモノナルカ故ニ、前示數多ノ事由カ競合シテ存スル場合ニ於ケル舉證責任ノ分配ニ關スル所說カ頗ル區々タルヘキコト之ヲ知ルニ難カラス。現ニ、被告カ假裝ノ法律行為タルコトヲ主張セル場合ノ舉證責任、又ハ任意規定カ特別ノ法律行為ヲ爲スニ當タリテ除外セラレタルヤ否ヤニ關スル舉證責任ニ關スル見解カ區々タルカ如キハ其著例ナリ。

(二) 效果ニ關スル差異

以上ハ舉證責任ト舉證作用トカ適用セラルヘキ要件ヲ異ニセルコトヲ述ヘタルモノナリト雖モ、兩者ハ更ニ其效果ヲ異ニス。

(1) 舉證責任ヲ負擔スル者ハ、其責任ニ屬スル事實ヲ陳述セサルヘカラス。假令ヒ、相手方カ

「反對セル詳細ノ事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務」(Widerlegungslast)ヲ有スル場合ニ於テモ亦同一ナリ。是レ、相手方カ反對事實ヲ陳述シ且證明スヘキ義務ヲ有スル場合ニ於テハ、舉證責任者ハ其舉證責任ニ屬スル事實ヲ證明スル義務ハ之ヲ免カルルニ至ルト雖モ、舉證責任者カ輕減セラルルハ、具體的ニ證明スル作用ニ止マルカ故ナリ。

或ハ云ハン、若シ所説ノ如クンハ、例ハ法律行為ニ基ク效果ヲ主張スル者(通常原告)ハ常ニ行為能力ヲ有シタルコト、意思ト表示トカ一致シタルコト、效果意思ニ特別ノ瑕疵ナキコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述スルコトヲ要セサルヘカラス、然レトモ、此如クンハ未タ實際ノ必要ニ應スルコト能ハス、實際ノ必要ヨリ云ヘハ、獨リ此等ノ事項ニ關スル證明ノ必要カ免除セラルルノミナラス、更ニ斯ル事實ヲ主張スヘキ責任モ亦免除セラレサルヘカラスト。——然レトモ、論者カ設例ニ於ケル原告ニハ行為能力、意思ト表示ノ一致、效果意思カ瑕疵ナクシテ決意セラレタルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述スル責任ヲモ免カレシメサルヘカラストナスハ、畢竟原告ハ請求ヲ起スト同時ニ斯ル事實ヲ暗黙ニ陳述シタルカ故ニ、更ニ之ヲ陳述スルノ要ナキコトヲ視サルモノニシテ誤マレリト云フヘシ。夫レ、裁判外ニ於テ或ル法律行為ヲ爲シタリト主張スル者アラハ、其者ハ同時ニ幾多ノ事項ヲ暗黙ニ主張スルモノ、殊ニ自己並ヒニ相手方カ行為能力ヲ有シタルコトヲ暗黙ニ主張スルモノト見サルヘカラス。如何ナル事項カ同時ニ暗黙ニ主張セラレタリト見ルヘキヤハ、明示ノ主張ノ正當ナル解

釋ニ依リテ決スルヲ得。民事訴訟ヲ以テ請求ヲ起ス場合ニ於テモ亦同一ナリ。苟クモ原告カ法律行為ニ基ク請求權ヲ訴訟物トシテ訴ヲ起シタル場合ニハ、原告ハ其請求ヲ起スト同時ニ、法律行為縮結ノ當時、原告及ヒ被告カ法律行為能力ヲ有シタルコト、又其行為カ假裝ニ非ス、意思ト表示トカ一致セルコト並ニ效果意思ニ瑕疵ナカリシコト等ノ事項ヲ暗黙ニ主張スルモノト解セサルヘカラス。而シテ、斯ル暗黙ノ主張アルトキハ一應ハ此等ノ事項ノ具備セルコトヲ認ムルニ充分ナリト見ルヘク、相手方タル被告ハ其質問ニ依リテ原告ヲシテ前掲ノ事項ニ關スル明示ノ陳述ヲ爲スニ至ラシメサルヘカラス。換言セハ相手方ハ質問ヲ爲スヘキ責任 (Anregungslast) ヲ負擔スルモノタリ。約言セハ、法律行為ニ基キ請求ヲ起ス者ハ、其請求ヲ以テ存在ヲ主張セラルル權利ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル一切ノ事實ノ存スルコトヲ明示少クモ默示ニ陳述スルモノト解セサルヘカラス。從テ其陳述ハ範圍ニ於テハ決シテ不完全ナルコトナシト雖モ、必シモ充分精細ナルニハ非ス。而シテ相手方カ何レカノ事實ニ付キ質問ヲ爲シタル場合ニハ、原告ハ其ノ事實ニ付明示ノ陳述ヲ爲ササルヘカラス。——尤モ、右明示ノ陳述モ蓋然性並ヒニ平衡ノ關係ヨリシテ、被告カ反對セル詳細ノ事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務ヲ負フニ至ルヲ以テ其限度トナスモノタリ (ebenda S. 233f.)。

學說ニ於テハ、或ハ(イ)行為能力、意思ト表示ノ一致及ヒ效果意思ニ瑕疵ナキコト等ノ問題ハ、起

コサレタル請求ヲ以テ存在ヲ主張セラルル權利ノ發生ニ特別ナル法律要件ヲ構成スル事項ニ非ス。故ニ行爲能力ノ缺ケタルコト、意思ト表示ト一致セサルコト若クハ效果意思ニ一定ノ瑕疵アルコトハ、相手方ノ舉證責任ニ屬ストナセリ（特別要件説 Specialtheorie）。——然レトモ、被告カ原告ニ傷害ヲ加ヘタルコトヲ理由トシテ損害賠償ノ請求ヲ起コシタル場合ニハ、其傷害カ被告ノ故意又ハ過失ニ依リテ加ヘラレタルモノナルコトモ亦同時ニ暗黙ニ主張セラレタリト見ルヘク、又消費貸借ニ基キ被告ハ原告ニ貸金若干圓ヲ返還スヘキ旨ノ請求ヲ爲シタル場合ニハ、同時ニ其金銭ニ對スル所有權ヲ移轉シタル旨ヲ暗黙ニ陳述スルモノト見サルヘカラス。約言セハ所謂特別要件タル事項ニ屬スル事實ト雖モ、必シモ明示ノ陳述ヲ必要トスルニ非ス默示ノ陳述ヲ以テ足ルコトアリ、又タ之ニ反シ所謂一般の要件ト雖モ、詳細ノ事實ノ明示ノ陳述ヲ必要トスル場合アリ。例ハ抵當權ヲ訴訟物トスル請求ニ於テハ、其抵當權カ何レノ登記所ニ於テ登記サレタルヤノ詳細ノ事實ヲ陳述シ、且證明スヘキカ如シ。——故ニ、權利ノ存在ヲ主張スル當事者（原告）ニ於テ、其權利ノ成立要件ニ屬スル事實ヲ、詳細ニ陳述シ、且必要ナル場合ニハ之ヲ證明スヘキヤ否ヤハ、決シテ其事實カ重要ナルヤ否ヤ又ハ其事實カ其權利ノ發生ニ特別（charakteristisch）ナルヤ否ヤニ依リテ定マルニハ非ス、原告ノ明示ノ陳述ノ解釋ニ依リテ、同時ニ暗黙ニ陳述セラレタリト見ルヲ得ヘキヤ否ヤニ依ルモノニシテ、結局各場合ノ事情ニ依リテ決セラルヘキモノタリ、故ニ特別要件説ハ正鵠ヲ得タルモノト云フ得ヘシ。

ヲ得ス。或ハ又（ロ）消極的の事項ニ關シテハ原告ハ直チニ陳述ヲ爲スヘキ義務ヲ免ルト云フモノアリ、然レトモ、此見解ハ沈黙ヲ守レル事實ハ直チニ之ヲ否認スルモノナリトスル誤解ニ基クモノニシテ非ナリ。夫レ表見上何等ノ陳述ヲ爲ササルモノト見ラルルニ拘ハラス、明示ノ陳述ト同時ニ幾多ノ事實ヲ暗黙ニ陳述シツ、アルモノナルコトヲ明ニセハ、右見解ノ誤マレルコトヲ知ルコトヲ得ヘシ。

要スルニ、權利成立ナル效果ヲ生スヘキ發生要件ニ屬スル一切ノ事實ハ其權利ノ成立ヲ主張スル者ノ主張責任及ヒ舉證責任ニ屬ス。從テ其者ハ斯ル事實ヲ陳述スヘキ責任ヲ負フト雖モ、幾多ノ事實ハ暗黙ニ陳述セラレ、又之ニ依リテ一應ハ其責任ヲ充タシタルモノト見サルヘカラス。唯相手方カ質問セル場合ニハ、更ニ其點ニ關スル詳細ノ事實ヲ陳述スヘキ要アルノミ。斯クシテ、相手方ハ質問ヲ爲スヘキ責任（Anregungslast）ヲ負擔スルニ至ルト雖モ、此ノ責任ハ之ヲ所謂主張責任（Behauptungslast）若クハ舉證責任（Beweislast）ト混同スヘカラス。是レ、此ノ場合ニハ原告又ハ被告ノ何レノ一方カ前示ノ事實ヲ陳述スヘキヤカ問題タルニハ非ス、原告カ右事實ヲ陳述スヘキ責任ヲ有スルコトハ論ナシト雖モ、單ニ即時ニ明示ノ陳述ヲ爲スコトヲ要スルヤ否ヤカ問題タルノミナルカ故ナリ。從テ又右質問ヲ爲スヘキ責任ヲ被告ニ負ハシムルモ、其カ前示ノ事實ニ關スル主張責任及ヒ舉證責任ヲ被告ニ負ハシムルモノニ非ルコトハ多言ノ要ナシ。最少限要件説ヲ認ムル論者ハ、實ニ此ノ關

係ヲ誤解スルモノタリ。

【註】謂フ所ノ質問ヲ爲スヘキ責任(Arregungslast)ハ、之ヲ反對セル詳細ノ事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務(Widerlegungslast)ト明ニ區別セサルヘカラス。是レ前者ハ暗黙ニ一定ノ事實ヲ陳述シタル當事者ヲシテ、更ニ其事實ヲ明白ニ陳述セシムルカ爲メニ必要ナル相手方ノ責任タルニ反シ、後者ハ相手方カ自ラ詳細ナル事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務タルカ故ナリ。

(2) 而シテ、舉證作用從テ反對セル事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務(Widerlegungslast)ト舉證責任トカ其效力ニ於テ異ナルコトヲ明ニスヘキ要點ハ、苟モ一當事者ノ舉證責任ニ屬スル事實ハ、假令舉證作用ノ轉倒ニ依リテ相手方カ反對ナル事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務ヲ負フニ至リタル場合ニ於テモ、相手方カ其義務ヲ完フスヘキ程度ニ於テ反對ナル事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ證據方法ヲ提出セルニ拘ハラズ、結局當該ノ要證事實ノ眞偽カ不明ナル場合ニハ其不明ノ結果ハ、其事實ニ關スル舉證責任ヲ負擔スル者ノ不利益ニ歸セシムルコトヲ要スルノ點ニ在リ。例ハ法律行爲ニ基ク權利ノ存在ヲ主張シテ訴ヲ起ス者(原告)ハ、其權利ノ成立ナル效果ヲ生スヘキ法律要件ヲ構成スル一切ノ事實ニ付キ舉證責任ヲ負ヒ、從テ該法律行爲締結ノ當時ニ於テ自己並ヒニ相手方カ行爲能力ヲ有シタルコトヲ立證スヘキ舉證責任ヲ負擔スルモノタリ。而シテ、今當該ノ特定訴訟ニ於テ原告ハ先ツ行爲能力ノ存在ヲ暗黙ニ主張シタルモノト解セラレ、從テ被告カ其質問責任ニ依リテ質問シ(Arregungslast)、依リテ原告ハ明白ニ行爲能力ヲ有シタル旨ノ陳述ヲ爲シタリトセン。然カルニ行爲能力ノ存在ト云フカ如キハ一般的ノ事項ニシテ之ニ反對スル一切ノ可能ノ存セサルコトヲ原告ニ於テ主張スヘキモノトスルハ衡平ニ反スルモノト云ハサルヘカラス。從テ被告ニ於テ能力ノ欠缺ヲ示スヘキ詳細ナル事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務(Widerlegungslast)ヲ負フヘキ場合ナリト云ハサルヘカラス。而シテ被告モ亦其義務ヲ完フスルニ足ルヘキ事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ證據方法ヲ提出シタルニ拘ハラズ、仍ホ行爲能力ノ存否カ不明ナルトキ換言シテハ舉證作用ヲ充タセルコトニ於テ、原告及ヒ被告カ同等ナルニ拘ハラズ、仍ホ行爲能力ノ存否カ不明ナル場合ニハ、裁判所ハ行爲能力ヲ有セザリシモノトシテ、舉證責任ヲ負擔セル原告ノ不利益ニ裁判スルコトヲ要スルカ如シ。是レ、被告ハ行爲能力ノ欠缺スルコトヲ示スヘキ詳細ナル事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務(Widerlegungslast)ヲ負フニ至リタリト雖モ、固ト是レ舉證作用從テ裁判所ノ自由探證ニ關スルノミニシテ、能力ノ欠缺ヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ且之ヲ立證スヘキ舉證責任(Beweislast)ヲ負擔スルモノニ非ルカ故ニ、舉證作用並ニ裁判所ノ自由心證ニ基ク探證作用ニ拘ハラズ、結局眞偽カ不明ナル場合ニ於テハ、舉證責任ヲ負擔スル當時者(即チ原告)ノ不利益ニ裁判スルコトヲ要スルカ故ナリ(ebenda S. 226 f. n. S. 206)。

四 以上ハ、Leonhard 舉證責任論ノ大要ナリ。一言以テ之ヲ約スレハ、氏ハ舉證責任ノ分配トシテハ、單ニ

『法律上ノ效果ノ成立ヲ主張スル者(通常原告)ハ、其效果ノ發生ニ必要ナル法律要件(That-

Bestand)ニ屬スル一切ノ事實ニ關シ、陳述責任及ヒ舉證責任ヲ負擔ス。反之該法律上ノ效果ノ變更若クハ消滅ヲ來タスヘキ法律要件ヲ構成スル一切ノ事實ハ相手方(通常被告)ノ陳述責任及ヒ舉證責任ニ屬ス。

ト云フ原則(吾人ノ所謂舉證責任分配ノ本則)ヲ認ムルノミニシテ、他ノ原則ヲ認メス。尤モ或ハ蓋然ノ關係(Wahrscheinlichkeit)或ハ衡平(Biligkeit)ノ要求ニヨリ、或ハ又兩者ノ結合ニ因リ、陳述責任及ヒ舉證責任ヲ負擔スル者ノ相手方ニ於テ、寧ロ反對セル詳細ノ事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務ヲ負ヒ(Widerlegungslast)、相手方カ其義務ヲ完フセサル場合ニハ裁判所ハ相手方ノ其舉動殊ニ沈黙ヲ根據トシテ當該要證事實ノ眞實ナルコトヲ認ムルニ至ルコト鮮カナラス。然レトモ此如キハ自由ナル心證ヲ以テ、辯論ノ全旨趣並ニ證據調ノ結果ニ基キ、事實ノ眞偽ヲ判斷スルモノ即チ舉證作用(Beweisführung)及ヒ自由探證(Beweiswürdigung)ノ問題ニシテ舉證責任(Beweislust)ノ問題ニ非ス。相手方ハ要證事實ニ反對スル事實ヲ詳細ニ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務(Widerlegungslast)ヲ負フコトニ依リテ、決シテ該事實ニ關スル舉證責任(Beweislust)ヲ分擔スルモノニ非ス。故ニ、相手方カ要證事實ニ反對スル事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スル義務ヲ完フセリト見ラルヘキ程度ニ於テ、其義務ヲ履行シタルニ拘ハラズ、結局該反對ノ事實ノ眞偽從テ又要證事實ノ眞偽カ不明ナル場合ニハ、裁判所ハ要證事實ニ付キ舉證責任(Beweislust)ヲ負擔セル者ノ不利益ニ裁判スルコトヲ要ス。

決シテ特定ノ訴訟ノ狀況ニ依リ、反對ノ事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務(Widerlegungslast)ヲ負フニ至リタルニ過キサル相手方ニ不利益ナル裁判ヲ爲スヘカラス。

舉證責任ノ分配ニ關スル從來ノ學說ハ、其主張頗ル區々タルニ拘ハラズ、舉證責任ト舉證作用トヲ混同シ、當該ノ訴訟ニ於ケル狀況ニ依リ、相手方カ負フニ至ルヘキ反對事實ノ陳述義務並ニ之ヲ證明スヘキ義務ヲ解シテ舉證責任ナリトナシ、又蓋然ノ關係若クハ衡平ノ要求ヨリシテ、相手方ニ反對事實ノ證明義務ヲ負ハシムルノ必要アルコトニ着目シテ、其事實ニ關スル舉證責任ヲ相手方ニ負擔セシメ、從テ其事實ノ眞偽カ不明ナル場合ニハ相手方ノ不利益ニ裁判スルコトヲ要ストナスモノナリ。然レトモ、一定ノ法律上ノ效果ノ成立ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル何レカノ事實ノ眞偽カ確定セサル場合ニ於テ、其結果ヲ、該法律上ノ效果ノ成立ヲ主張スル者之ヲ負擔スルコトヲ要セスシテ、其效果ノ成立ヲ否認スル相手方ニ於テ負擔スヘシトスルハ到底其理由ヲ缺クモノト云ハサルヘカラス。故ニ、舉證責任ノ分配ニ關スル從來ノ學說ハ何レモ非ニシテ、又其誤解ノ原因ハ舉證責任ト舉證作用トヲ截然區別セサルノ點ニ在リト云ハサルヘカラスト云フニ在リ。

第三款 私 見

第一項 舉證責任分配ノ原則

舉證責任ノ分配ニ關スル現代ノ學說ヲ觀ルニ、所說頗ル區々タルニ拘ハラズ、分配ノ原則ナリトスルモノハ其歸結ヲ同フシ、單ニ立論ノ理由ヲ異ニスルニ過キス。而シテ、(一)通說ニ於テハ、(1)法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ハ、其效果ノ發生要件ヲ構成スル元素中、原因タル元素、通常ナル元素、若ハ特有ナル元素ニ付キ舉證責任ヲ負フニ反シ、然ラサル元素ノ缺ケタルコトヲ示スヘキ事實ハ相手方ノ舉證責任ニ屬ス。又タ(2)法律上ノ效果カ發生シタル後、變更若クハ消滅シタルコトヲ示スヘキ法律要件ヲ構成スル元素ハ相手方ノ舉證責任ニ屬ストナセリ。然カルニ(1)Leonhardハ「一定ノ法律上ノ效果ノ成立ヲ主張スル者ハ、其效果ノ發生ノ法律要件ヲ構成スル總テノ元素ニ付キ舉證責任ヲ負ヒ、又相手方ハ該法律上ノ效果カ發生後、變更若クハ消滅シタルコトヲ示スヘキ法律要件ヲ構成スル總テノ元素ニ付キ舉證責任ヲ負擔ス」トスル原則ノ外他ニ舉證責任ノ分配ヲ定ムヘキ細則ヲ認ムルコトヲ得ストナス。然レトモ、舉證作用トシテ、舉證責任ヲ負擔セル者ノ相手方ニ「反對ナル事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務」(Widerlegungslast)ヲ認メタルカ故ニ、實際ノ結果ニ於テ通說ノ結果ト大差ナキニ至レリ。

吾人ハ通說ヲ認メ、殊ニ特別要件說 (Specialtheorie) ニ贊セントスルモノナリ。

第一目 舉證責任分配ノ本則及ヒ分配ノ根據

一 舉證責任分配ノ本則トシテ、學說ノ一致スル所ノモノハ、法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル當事者ハ其效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル元素タル事實(但細則ニ依ル制限ニ付キテハ次目參照)ヲ陳述シ且之ヲ舉證スル責任ヲ負擔ス。一定ノ法律上ノ效果カ發生シタル後、其效果ノ變更若クハ消滅ナル效果ヲ生スヘキ法律要件ヲ構成スル事實(但細則ニ依ル制限ニ付キテハ次目參照)ハ相手方ノ陳述責任及ヒ舉證責任ニ屬ス。

ト云フニ在ルコトハ前述ノ如シ。

吾人ハ獨リ右本則ヲ認ムルノミナラス、更ニ本則謂フ所ノ一定ノ法律上ノ效果ノ發生ニ必要ナル法律要件並ニ其變更若クハ消滅ナル法律上ノ效果ヲ生スヘキ法律要件ヲ、共ニ當該ノ效果ノ發生ニ特別ナル法律要件ニ制限セントスルモノナリト雖モ(第二目)、該細則ノ說明ニ入ルニ先チ、本則ヲ認ムル根據ニ對スル私見ヲ述フヘシ。

二 吾人ノ觀ル所ニ依レハ、舉證責任分配ノ根據ハ、原告及ヒ被告ノ訴訟法上ノ地位ヲ可及的ニ同等ナラシメントスル訴訟法上ノ要求ニ基クモノニシテ、結局ニ於テハ正義及ヒ衡平ノ要求ニ從フモノニ外ナラスト信ス。蓋シ

(一) 論理ノ要求ノミニ從ハンカ、權利其他法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ハ、必スヤ其法

律上ノ效果カ發生シタルコト及ヒ其發生後未タ消滅セザリシコトヲ陳述スルコトヲ要スルモノト云ハサルヘカラス。而シテ、法律上ノ效果ハ、法文カ法律要件 (Thatbestand) ニ付スル效果ニシテ、一定ノ法律要件カ具備スル場合ニハ法文ハ一定ノ效果ヲ發生セシム。而カモ法律上ノ效果ハ、自ら變更シ若クハ消滅スルモノニ非ス、其效果ノ變更若クハ消滅ナル效果ヲ生スヘキ法律要件カ具備セラル場合ニ非サレハ、一旦發生シタル法律上ノ效果ハ決シテ變更若クハ消滅スルコトナシ。約言セハ一定ノ法律要件カ具備スル場合ニハ茲ニ法律上ノ效果ヲ生シ、更ニ他ノ一定ノ法律要件カ具備スル場合ニハ、法文ハ之ニ發生シタル法律上ノ效果ヲ變更若クハ消滅セシムル效果ヲ付スルモノナリ。故ニ専ラ論理ノ要求ノミニ從フ場合ニハ、法律上ノ效果ノ存在ヲ主張セントスル當事者ハ、其效果ヲ發生セシムヘキ法律要件ノ具備シタルコト及ヒ發生シタル效果ヲ變更若クハ消滅セシムヘキ法律要件ハ存セサルコトヲ陳述シ、且之ヲ立證スル責任ヲ負フモノト云ハサルヘカラス。勿論、發生シタル法律上ノ效果ノ變更若クハ消滅ヲ來タスヘキ一切ノ法律要件カ存セサルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ、且之ヲ證明スルコトハ、頗ル困難ニシテ、寧ロ不能ナリト云フヲ妨ケサルニ反シ、相手方ニ於テ一旦發生シタル法律上ノ效果ヲ變更若クハ消滅セシムヘキ特定ノ法律要件カ具備シタルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキモノトナストキハ、其カ比較的ニ容易ナルコトハ疑ヲ容レズ。然レトモ、専ラ論理ノ要求ヲ一貫セントスル場合ニハ、事實ノ陳述若クハ其證明ノ難易若ク

ハ能否ノ如キハ固ヨリ之ヲ顧慮スルノ餘地ナシ。或ハ

(1) 一旦發生シタル法律上ノ效果ノ變更若クハ消滅ヲ來タスヘキ何レノ法律要件モ存セサルコトヲ主張スルハ、其法律要件ヲ構成スヘキ事實カ未タ生セサルコト、換言セハ該法律要件ヲ構成スル事實ヲ生スル可能 (Möglichkeit) ハ存シ得ヘシト雖モ、其可能ハ未タ實現セス、從テ未タ事實トナラサリシコトヲ陳述スルモノナルカ故ニ、舉證作用ノ對象ヲ事實ニ限レル現代ノ訴訟法ニ於テハ、一旦發生シタル法律上ノ效果ノ變更若クハ消滅ヲ來タスヘキ法律要件カ存セサルコトハ、之ヲ陳述シ且立證スルコトヲ要セストナシ、依リテ法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル當事者ハ、其效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スヘキ元素タル事實ヲ陳述シ且之ニ付キ舉證責任ヲ負フ所以ヲ、論理上説明スルコトヲ得ルモノトナス (Brodmann, ebenda; Beck, ebenda)。

然レトモ、所論ハ或ハ一定ノ事實ノ否定ト其事實カ未タ生セサルコトヲ混同スルカ、或ハ又積極的事實ニ非サレハ事實ニ非ス、消極的事實ト云フハ觀念ノ矛盾ナリトスルモノニシテ、非ナリト云フヘシ。詳言セハ (イ) Brodmann カ、一旦發生シタル法律上ノ效果ヲ變更若クハ消滅セシムヘキ何レノ法律要件モ存在セス、斯ル法律要件ヲ構成スヘキ事實ハ存セスト云フヲ以テ、斯ル事實ハ未タ生セス、斯ル事實ヲ生スヘキ可能 (Möglichkeit) ハ存シ得ヘキモ、其可能ハ未タ實現セス、未タ事實トナラサル旨ヲ陳述スルモノナリトスルハ、事實ノ否定ト未發生トヲ混同スルモノニシテ誤マレリ

ト云フヘシ。夫レ、一定ノ事實ヲ否定スル陳述ハ、或ハ客觀的眞實ニ合シ、或ハ然ラス。客觀的眞實ニ合スル場合ニハ、否定セラルル事實カ未發生タルコトハ論ナシト雖モ、否定ノ陳述カ客觀的眞實ニ合セサル場合ニハ、既ニ生シタル事實ナルニ拘ハラズ仍ホ否定セラルルモノタリ。此ノ場合ニハ事實ノ否定カ事實ノ未發生、從テ事實ヲ生シ得ヘキ可能カ未タ實現セサリシコトト一致セサルコトハ疑ラ容レズ。故ニ一旦發生シタル法律上ノ效果ヲ變更若クハ消滅セシムヘキ法律要件ノ存在セサルコトヲ主張スルハ、即チ其法律要件ヲ構成スヘキ事實カ未タ發生セサリシコト、未タ事實トナラサリシコトヲ主張スルモノナリトシテ、舉證責任ナシトスルハ、獨リ事實ノ否定ト未發生トヲ混同スルモノタルノミナラス、既ニ其事實カ生シタリシ場合ニハ、虛言ヲ爲ス權利(Lüge-recht)ヲ認メントスルニ歸着シ、誤マレリト云ハサルヘカラス。

又(ロ) *Pro*ノ如キハ、事實ハ知覺シ得ヘキモノ即チ積極的ノモノニ限ル、從テ消極的事實ト云フハ觀念ノ矛盾ナリトスル見地ヨリシテ、法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ハ其發生要件タル事實ニ付キ舉證責任ヲ有スト雖モ、其效果ノ消滅ヲ來タスヘキ事實ノ不存在ヲ立證スル責任ナシトナス。是レ消滅ヲ來タスヘキ事實ノ不存在ヲ主張スルハ、事實ヲ否定スルモノニシテ、所謂消極的事實ニ外ナラス。然モ積極的事實ニ非サレハ事實ニ非ス、消極的事實ハ事實ニ非ルカ故ナリトナス。然レトモ、(a)所謂積極的事實ト消極的事實トノ區別ハ必シモ明白ナラサルノミナラス、積極的事實ニ限

リ證明ヲ要ストスル思想ノ非ナルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ。(b)暫ク一步ヲ譲リ、消極的事實ハ立證スル要ナシト假定スルモ、一定ノ法律上ノ效果ノ發生要件ヲ構成スル元素ハ、積極的事實ノミニ非ス、所謂消極的事實モ亦發生要件ヲ構成スル元素タルコト少カラス(例ハ善意、過失ノ如シ)。從テ發生要件ニ付キ舉證責任ヲ負フトスル思想ト、積極的事實ニ限リ舉證責任ヲ負フトスル思想トハ其範圍ヲ同クセス。從テ、若シ消極的事實ニ付キテハ舉證責任ナシトスル思想ヲ正當ナリトセバ、要證事實カ苟モ消極的事實ナル場合ニハ、其カ當事者ノ主張スル特定ノ法律上ノ效果ノ發生要件ヲ構成スルト否トニ拘ハラズ、舉證責任ナシトスルコトヲ必要トスルニ至リ、結局要證事實其レ自體ノ内容ニ依リテ舉證責任ヲ分配セントスル消極事實說(Negativtheorie)ヲ採ルニ非サレバ、其論旨ヲ一貫スルコト能ハサルニ至ル。然モ消極事實說ノ非ナルハ前ニ述ヘタルカ如シ。

(2) 或ハ又辯論主義當然ノ結果ナリトナス。以爲ラタ、辯論主義ニ在リテハ、裁判所ハ裁判ヲ爲スニ付キ當事者ノ陳述セサル事實ヲ斟酌スルコトヲ得ス、從テ當事者ノ陳述セサル事實ハ裁判所ニ向テハ存セサルト同一ナリ。然カルニ、權利其他法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル當事者ハ、其法律上ノ效果ノ發生要件タル事實ハ之ヲ陳述スルモ、其效果カ消滅シタルコトヲ示スヘキ事實ハ陳述スルコトナシ。故ニ、裁判所ハ當事者ノ陳述シタル發生要件タル事實ニ基キ、該法律上ノ效果カ發生後未タ消滅セス、從テ存在スルコトヲ認ムルコトヲ得ルモノトナセリ。

然レトモ、法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル當事者カ、實際其效果ノ發生要件タル事實ヲ陳述スルニ止マルコトト、其當事者ハ更ニ其效果ノ消滅ヲ來タスヘキ事實ノ存セサルコトヲ陳述スヘキヤノ問題トハ明ニ區別セサルヘカラス。夫レ、辯論主義ハ當事者ノ陳述シタル事實ニ非サレハ、裁判所裁判ヲ爲スニ付キ斟酌スルヲ得サルコトヲ以テ其主タル内容トナズ。然レトモ、辯論主義ハ當事者ニ虚言ヲ爲スノ權利ヲ認ムルモノニ非ラス。民事訴訟法カ辯論主義ニ依リテ達セントスルノ目的ハ、事件ニ於ケル事實ノ真相即チ客觀的眞實ヲ明カニスルニ在ルコトハ前ニ述ヘタルカ如ク、更ニ訴訟法ハ辯論主義ノ目的ヲ完フスルカ爲メ、當事者ニ眞實義務 (Wahrheitspflicht) ヲ負ハシメ、各當事者ハ事件ニ於ケル事實ノ關係ヲ眞實ニ從ヒ且完全ニ陳述スヘキモノトナセルコトハ(一一〇條二項)、前ニ述ヘタルカ如シ。故ニ、一定ノ法律上ノ效果カ發生シタル後、其效果ノ消滅ヲ來タスヘキ事實カ生シタルカ如キ場合ニハ、當事者ハ、其ノ效果ノ發生要件タル事實ヲ陳述スルノミナラス、更ニ其效果ノ消滅ヲ來タスヘキ事實ノ生シタル旨ヲ陳述スルニ非サレハ、其眞實義務ヲ完フシタルモノト云フヲ得ス。然カルニ、法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル當事者ハ斯ル場合ニ於テモ、仍ホ發生要件タル事實ヲ陳述スルニ過キササルカ故ニ、其事實ニ付キテハ舉證責任ヲ負フト雖モ、法律上ノ效果ノ消滅ヲ來タスヘキ事實ノ存セサルコトニ付キテハ陳述責任及ヒ舉證責任ヲ負ハスト云フハ、結局虚言ヲ爲ス權利ヲ認ムルモノニ外ナラス。然カモ、辯論主義カ虚言ヲ爲ス權利ヲ認ムルモノニ

非ルコトハ疑ヲ容レサルカ故ニ、所説ハ非ナリト云フヘシ。

(3) Leonard ハ以爲ラク、給付訴訟ノ原告ニシテ、眞ニ請求權ノ存在ヲ主張スルモノタランカ、原告カ其請求權ノ發生要件タル事實ニ付キテノミ舉證責任ヲ負フ所以ハ論理上之ヲ説明スルコトヲ得ス。然レトモ、給付訴訟ノ原告ハ訴訟物タル請求權ノ存在ヲ主張スルモノニハ非ラス。單ニ其請求權カ成立シタルコトヲ主張スルモノナルカ故ニ、請求權ノ發生要件タル事實ニ付キ舉證責任ヲ負フハ論理ノ當然ナリトシ、訴訟法ノ規定ニ依リテ、給付訴訟ノ原告ハ訴訟物タル請求權ノ成立ヲ主張スルモノニ過キササルコトヲ證セントシタリ。即チ、獨逸訴訟法第一三〇條第三號(我訴訟法一〇五條三號)ニ於テ『申立ノ原因タル事實』(Begründung der Anträge) ト稱スルハ、單ニ訴訟物タル請求權ノ成立ニ必要ナル事實ヲ謂フモノニ外ナラス。故ニ此ノ規定ハ、給付訴訟ノ原告ハ請求權ノ成立ヲ主張スルニ止マリ、存在(現ニ存在スルコト)ヲ主張スルモノニ非サルコトヲ示スモノナリトナセリ (Leonhard, ebenda S. 159 f.)。

然レトモ、給付訴訟ノ原告ハ訴訟物タル請求權ノ成立ヲ主張スルモノニシテ、其存在ヲ主張スルモノニ非ストスルハ誤マレリ。夫レ(イ)給付ノ訴ハ、給付判決ヲ要求スルモノニシテ、又給付判決ハ請求權ノ存在ヲ確定シ、且其請求權ヲ満足スヘキ給付ヲ爲スヘキコトヲ被告ニ命スル判決ナリ。給付ノ訴ノ原告カ、其『訴ノ一定ノ申立』ニ於テ要求スルハ斯ル判決ニ外ナラサルカ故ニ(一九〇條

二項三號)、給付ノ訴ノ原告カ訴訟物タル請求權ノ存在ヲ主張スルモノニシテ、單ニ其成立ヲ主張スルモノニ非ルコトハ疑ヲ容レズ。又(ロ)訴狀ハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ依リテ作成スヘキモノニシテ、從テ準備書面トシテノ訴狀ニハ、「申立ノ原因タル事實」ヲ記載スヘク(一九〇條三項及ヒ一〇五條三號、獨訴二五三條四項及ヒ一三〇條三號)、又其ハ訴訟物タル權利(請求權)ニ付テハ、其權利ノ發生要件ヲ構成スヘキ事實、詳言セハ其權利ノ發生ニ特別ナル事實ヲ記載スヘキモノナリ。然レトモ、此ノ規定ハ恰モ、訴ノ一定ノ申立ニ關スル第一九〇條第二項第三號ノ規定ト綜合シテ、給付訴訟ノ原告(積極的確認訴訟、形成訴訟ノ原告、消極的確認訴訟ノ被告亦同シ)ハ、訴訟物タル權利(請求權)ノ存在ヲ主張スルモノナリト雖モ(訴ノ一定ノ申立ノ內容參照)、其權利ノ發生要件タル事實、精確ニ云ヘハ其權利ノ發生ニ特別ナル事實ヲ陳述スレハ足レルコトヲ示シ、從テ又間接ニ舉證責任ノ分配ヲ示スモノナリ。——故ニ、Leonhardカ、準備書面トシテノ訴狀ニハ「申立ノ原因タル事實」ヲ記載スヘシトスル規定ニ基キ、給付訴訟ノ原告ハ訴訟物タル請求權ノ成立ヲ主張スルモノニシテ、存在ヲ主張スルモノニ非ラストナセルハ、訴狀ニハ訴ノ一定ノ申立ヲ記載スルコトヲ要ストスル法文ヲ無視シ、推理ヲ轉倒セルモノニシテ非ナリト云ハサルヘカラス。

(二) 要之、舉證責任分配ノ本則トシテ、學者カ一致シテ承認セル原則タニ、論理ノ要求若クハ辯論主義ノ效果トシテ說明シ得サルコトハ前述ノ如シ。

故ニ舉證責任分配ノ根據ハ、各當事者ノ訴訟上ノ地位ヲ可及的同等ナラシメントスル訴訟法上ノ要求、從テ結局ニ於テハ正義及ヒ衡平ノ觀念ニ見出ササルヘカラス。

夫レ、給付訴訟、積極的確認訴訟及ヒ形成訴訟ノ原告並ニ消極的確認訴訟ノ被告ハ、何レモ訴訟物タル法律關係ノ存在ヲ主張スルモノニシテ、且原告ハ何レノ訴訟ニ於テモ本案ノ審理殊ニ訴訟物ニ關スル審理及ヒ裁判ヲ爲サンコトヲ要求スル訴訟法上ノ權利ノ存在ヲ主張スルモノナリ。而シテ、論理ノ要求ノミニ從ハンカ、權利其他法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ハ、獨リ其法律上ノ效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル總テノ元素從テ事實ノ存在ヲ陳述スルノミナラス、更ニ其效果ノ變更若クハ消滅ヲ來スヘキ一切ノ法律要件ヲ構成スル事實ノ存在ヲ陳述シ、且此等ノ事實ニ付キ舉證責任ヲ負フヘキモノタルニ反シ相手方ハ、法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者カ右陳述責任並ニ舉證責任ヲ完フスルニ至ルマテハ、何等ノ事實ヲ陳述セス且立證ヲ爲ササルモ、仍ホ勝訴者タルコトヲ得ヘキ理ナリ。然レトモ、此如キハ(イ)法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル當事者ノ責任過重ナルニ反シ、相手方ハ何等責任ヲ負フコトナク、兩者ノ訴訟上ノ地位ハ頗ル不平等ナリト云ハサルヘカラス。且(ロ)法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ニ、其效果ノ發生要件ノミナラス、更ニ其效果ノ消滅若クハ變更ヲ來タスヘキ一切ノ法律要件ノ存在ヲ陳述スルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述スヘシトナスハ、既ニ難ヲ責ムルモノナリ。況ンヤ直接證據法若クハ間接證據法ニ依リテ、其法律要件

ヲ構成スル一切ノ事實ヲ立證スヘシトナスハ、一層難ヲ責ムルモノニシテ、其結果ハ結局權利ノ救済ヲ認メサルト一般ナルニ至ラサルヘカラス、此如キハ恰モ正義及ヒ衡平ノ要求ニ反スル所ナリ。是レ、法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル當事者ハ其效果ノ發生要件(精確ニ云ヘハ、其效果ノ發生ニ特別ナル法律要件)ヲ構成スル事實ヲ陳述シ且之ヲ立證スレハ足ルニ反シ、相手方ハ其效果ノ發生後、變更若クハ消滅シタルコトヲ示スヘキ法律要件ヲ構成スル事實ヲ陳述シ且之カ舉證責任ヲ負フトナス所以ニシテ、一ニ正義及ヒ衡平ノ要求ニ基キ、兩當事者ノ訴訟法上ノ地位ヲシテ可及的ニ同等ナラシメントスルモノニ外ナラス(Vgl. Wach, Beweislast S. 39; in Z. Z. P. Bd. 29 S. 386)。

第二目 舉證責任分配ノ細則(發生要件タル元素ノ分類)

法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル當事者ハ、其效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル元素タル事實ヲ陳述シ且之ヲ立證スレハ足ルコトハ、舉證責任分配ノ本則ノ示ス所ナリト雖モ、謂フ所ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル元素ヲ分類シテ、其一部ヲ相手方ノ舉證責任ニ屬スルモノトスル細則ヲ認ムルコトヲ得サルヤ。

1 Leonh. rd. ハ斯ル細則ヲ否認スルモノニシテ、其要旨ハ法律ノ規定ニ依リ、苟クモ一定ノ法律上ノ效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル元素タル以上ハ、何レノ元素モ其效果ノ發生ニ缺クヘカラス、何レノ元素モ其效果ノ發生ニ等シク重要ナリ。從テ、該法律上ノ效果ノ成立ヲ主張スル當

事者ハ、其發生要件ヲ構成スル總テノ元素ノ存スルコトヲ示スヘキ事實ニ付キ舉證責任(Beweislast)ヲ負擔ス。發生要件ヲ構成スル元素ニ付キ更ニ原因タルモノ、通常ナルモノ若クハ特別ナルモノト、然ラサルモノトヲ區別シ、後者ノ欠缺ヲ示スヘキ事實ノ陳述責任及ヒ舉證責任ヲ相手方ニ負擔セシムヘキ何等ノ理由アルコトナシ。——尤モ裁判所ハ特定ノ訴訟ニ於ケル訴訟ノ狀況殊ニ辯論ノ全趣旨及ヒ證據調ノ結果ニ基キ、自由ナル心證ヲ以テ事實ノ眞偽ヲ判斷スヘキモノナルカ故ニ、舉證責任ヲ負擔スル者カ、其責任ニ屬スル一定ノ事實ヲ陳述シタル場合ニ於テ、或ハ衡平ノ要求若クハ蓋然性或ハ兩者ノ綜合ニ因リ相手方ニ或ハ「質問ヲ爲スヘキ責任」(Anregungsbast)ヲ生シ或ハ「反對セル詳細ノ事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スル義務」(Widerlegungsbast)ヲ生シ、相手方カ其義務ヲ完フスルニ非サレハ、裁判所ハ法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル當事者カ明示又ハ默示ニ陳述シタル事實ノ眞實ナルコトカ證明セラレタルモノト認ムル場合アリ。然レトモ、此如キハ相手方カ反對セル詳細ノ事實ノ陳述責任及ヒ舉證責任ヲ負擔スルカ爲メニハ非スシテ、舉證作用從テ自由探證作用ノ結果ニ外ナラス。舉證責任ハ依然法律上ノ效果ノ成立ヲ主張スル當事者ノ負擔スル所ナルカ故ニ、相手方カ「反對セル詳細ノ事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務」ヲ完全ニ履行シタルニ拘ハラズ、仍ホ反對事實ノ眞偽、從テ要證事實ノ眞偽カ確定セサル場合ニハ、眞偽不明ノ結果ハ、舉證責任ヲ負擔スル當事者、即チ法律上ノ效果ノ成立ヲ主張セル當事者之ヲ負擔スヘキモノニシテ、相手方ノ負擔ス

ヘキモノニ非ス。舉證責任ト舉證作用ノ結果タル「反對事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務」トハ之ヲ混同スヘカラス。前者ハ抽象的、客觀的ニ定マリ恒定不動ノモノニシテ、實體法規ノ反面タルニ過キサレニ反シ、後者ハ特定ノ事件ニ於ケル訴訟ノ狀況殊ニ辯論ノ趣旨如何ニ依リテ影響ヲ與フル可變的ノモノタリ。舉證責任ハ總テノ場合ニ對スル指針ヲ示スヘク、恒定不動ノモノタルコトヲ要スルニ反シ、舉證作用從テ自由探證作用ノ結果タル、「反對事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務」ハ、各場合ノ事情ニ應ジ又便宜ニ適合スルコトヲ得ルカ爲メ可變的ノモノナラサルヘカラスト云フニアルコトハ前述ノ如シ。

吾人モ亦、自由ナル心證ニ依ル事實ノ真偽ノ判斷殊ニ辯論ノ全旨趣カ舉證作用 (Beweisführung) ニ重大ナル影響ヲ及ホスコトヲ認ムルニ躊躇セス。然レトモ、舉證責任ノ分配ト舉證作用トハ明ニ之ヲ區別スヘキ別箇ノ問題ナルカ故ニ、吾人ハ先ツ氏ノ舉證責任ノ分配ニ關スル所説ヲ評シ、次ヲ氏ノ所謂「質問責任」殊ニ「反對事實ヲ陳述シ且之ヲ立證スヘキ義務」(Widerlegungslast) ナル觀念ノ當否ヲ察スヘシ。

(一) 實體法上一定ノ法律上ノ效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル元素タル一切ノ事實ハ總テ其效果ノ存在ヲ主張スル當事者ノ舉證責任ニ屬スルヤ。Leonhard カ之ヲ肯定スル唯一ノ理由ハ、實體法上一定ノ法律上ノ效果ノ發生要件ヲ構成スヘキ元素タル事實ハ、何レモ其法律上ノ效果

ノ發生ニ缺クヘカラサルモノニシテ、等シク重要ナルカ故ニ、斯ル事實ヲ更ニ分類シテ、其一部ノ舉證責任ヲ相手方ニ負擔セシムヘキ何等ノ理由ナシト云フニ在リ。

夫レ、實體法上一定ノ法律上ノ效果ノ發生ニ重要ナリヤ否ヤト云フ見地ヨリシテ觀察スル場合ニハ、發生要件ヲ構成スル元素タル總テノ事實カ、等シク重要ニシテ、其間ニ差別ヲ設クルヲ得サルコトハ多言ノ要ナシ。——且氏ハ舉證責任分配ノ原則ヲ以テ、「一定ノ法律要件存スル場合ニハ一定ノ法律上ノ效果ヲ生ス」トスル實體規定ヲ裏面ヨリ定ムルモノ、即チ「一定ノ法律要件ノ存否カ不明ナルトキハ、其要件カ生スヘカリシ法律上ノ效果ノ發生ヲ認ムルコトヲ得サルコト」ヲ定メタルモノトナスカ故ニ、其立場ヨリスレハ、法律上ノ效果ノ發生ヲ主張スル者ハ實體法上其效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル一切ノ元素ニ付キ舉證責任ヲ負擔ストナスハ、論旨一貫セルモノト云ハサルヘカラス。然レトモ、

(二) 實體法上一定ノ效果ヲ發生スルカ爲メ如何ナル事實カ重要ナルヤ否ヤノ問題ト、訴訟ニ於ケル原告及ヒ被告ノ地位ヲ可及的ニ同等ナラシメ、其私權若クハ私法上ノ地位ノ救済ヲ求ムルノ難易及ヒ其負擔ヲ可及的ニ均等ナラシメ、依リテ正義並ニ衡平ノ要求ヲ充タスヘキモノトスル見地ヨリシテ、實體法上一定ノ法律上ノ效果ノ發生要件ヲ構成スル元素ニ付キ、更ニ他ノ標準ニ依リテ適當ナル分類ヲ爲スコトヲ得サルヤノ問題トハ、特別ニ研究スルコトヲ得ル別箇ノ問題ナリト云

ハサルヘカラス。

Leonhardハ舉證責任分配ノ原則ヲ以テ、實體法ノ規定ヲ消極的ノ形式ニ定メタルモノタルニ過キスト雖モ、羅馬法註釋家、獨逸普通法以來現代ニ至ルマテ舉證責任ヲ分配スルノ目的カ、原告及ヒ被告ノ訴訟法上ノ地位ヲ可及的ニ均等ニシ、依リテ正義及ヒ衡平ノ要求ニ應セントセルニ在ルコトハ疑ヲ容レサルカ故ニ、舉證責任分配ノ原則ヲ以テ實體法規ヲ消極的形式ニ於テ定メタルモノタルニ過キストナスハ、此原則ヲ認ムル根本目的ニ反スルモノト云ハサルヘカラス。

二 進ンテ、當事者ノ訴訟上ノ地位ヲ同等ナラシムルノ目的ヲ以テ、一定ノ標準ニ依リ法律上ノ效果ノ發生要件ヲ構成スル元素ヲ分類スルコトヲ得ルヤ、又其因果シテ正義及ヒ衡平ノ要求ニ合スルヤヲ視ルヘシ。

(一) 羅馬法ノ註釋家以來、原告ハ訴ノ原因タル事實ヲ立證スヘキモノトシ、獨逸普通法時代ニ至リ謂フ所ノ訴ノ原因タル事實ヲ區別スルニ至リ、現時ニ於テハ或ハ請求ノ原因タル事實ト發生ヲ妨クル事實、通常其效果ノ發生ヲ來タスヘキ事實ト異常ノ事實、又ハ其效果ノ發生ニ特別ナル事實ト一般要件タル事實トヲ區別スヘキモノナリトセルコトハ前述ノ如シ。

夫レ謂フ所ノ「請求ノ原因タル事實」トハ因果關係ニ關シ最有力ナル條件ヲ原因トシ、然ラサル條件ハ原因ニ非ストスルノ思想ニ基クモノナリ。然ルニ法文カ一定ノ法律要件ニ、一定ノ法律上

ノ效果ノ發生ヲ認ムルヤ否ヤハ、法ノ意思ヲ闡明シテ決スヘキ問題ニシテ、因果關係ノ問題ニ非ス。從テ因果關係ノ法則ヲ適用シ若クハ假用セントスル思想カ當ヲ得サルコトハ疑ヲ容レス。然レトモ一定ノ法律上ノ效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル元素ニ付キ、同種類ノ法律上ノ效果ノ發生ニ特有ナル元素ト、然ラサル元素トニ區別スルコトハ決シテ不能ニ非ス。例ハ貸金返還債權ノ發生ニ必要ナル法律要件中、發生ニ特有ナル元素ハ、當事者カ同額ノ金錢ヲ返還スル旨ノ合意ヲ爲シタルコト及ヒ其金錢ノ授受アリタルコトナルニ反シ(民法五八七條)、當事者カ權利能力、行爲能力ヲ有スルコト、無能力者タル場合ニハ法定代理人ニ依リテ代表セラレタルコト、任意代理人ニ依リタル場合ニハ其者カ代理權ヲ有シタルコト、更ニ申込並ニ承諾ノ意思表示カ共ニ效果意思ニ適合シ、且虛偽ニ非ス、詐欺若クハ強迫ニ依リテ爲サレタルモノニ非サルコト、及ヒ申込ト承諾ノ意思表示トカ合致シタリト云フカ如キハ、何レモ貸金返還債權ノ發生要件ヲ構成スル元素ナリト雖モ、苟モ法律行爲殊ニ契約カ有效ナルカ爲メニハ存スルコトヲ要スル元素、所謂一般要件ニシテ、貸金返還債權ノ發生ニ特有ナル元素ニハ非サルカ如シ。

約言セハ、一定ノ法律上ノ效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル元素ニ付キ、其種類ノ效果ノ發生ニ特有ナル元素ト然ラサル元素(所謂一般要件)トヲ區別スルコトカ決シテ不能ニ非サルコトハ通説ノ認ムル所ノ如シ。而シテ一派ノ學者カ訴訟物タル權利ノ「發生ノ原因タル事實」ト「發生

ヲ妨クル事實』トテ區別セルハ原因ト條件トヲ區別セル因果關係論ヲ假用シタルモノニシテ非ナリト雖モ、其思想ハ當該ノ權利ノ發生ニ特有ナル條件ヲ以テ最有力ナリトシ從テ所謂發生ノ原因ナリト解シタルモノト見ルコトヲ得ヘシ。若シ夫レ、一定ノ法律上ノ效果ヲ通常發生セシメタル元素ト云ヒ、而カモ謂フ所ノ通常ハ數ノ多少ニ依ラス、觀念ニ依リテ決スヘシトスル思想ニ至リテハ、結局其種類ノ法律上ノ效果ノ發生ニ特有ナル元素ト然ラサル元素トヲ區別スルト同一ナルモノト云フヲ妨ケス。

(二) 夫レ然リ、一定ノ法律上ノ效果ノ發生要件中、其種類ノ效果ノ發生ニ特有ナル元素ト然ラサル元素トヲ區別スルヲ得ルコトハ前述ノ如シ。於是カ、發生要件中特有ナル元素ニ屬セサルモノ、即チ所謂一般要件ノ具備セサルコトヲ示スヘキ事實ニ關スル舉證責任ヲ相手方ニ負擔セシムルハ、果シテ原告及ヒ被告ノ訴訟上ノ地位ヲ可及的ニ同等ナラシメントスル要求、從テ正義及ヒ衡平ノ要求ニ合スルヤノ問題ヲ生ス。

蓋シ、法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル當事者ハ、其效果ノ發生要件ヲ構成スル元素中、其效果ノ發生ニ特有ナルモノ(特別要件)ノミナラス、然ラサル元素(一般要件)ノ存スルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ、且之カ舉證責任ヲ負擔スルモノトナストキハ、其當事者ノ負擔スル責任ハ之ヲ相手方ノ負擔スル責任ニ比シ、仍ホ過重ニ失スルコトヲ免レス。何トナレハ、給付訴訟、積極的確認訴訟並

ニ形成訴訟ノ原告ハ訴訟物タル權利ノ存在ヲ主張シテ訴ヲ提起スルモノナリト雖モ、斯ル原告カ自己ニ有利ナル判決ヲ受ケントセハ、必スヤ(イ)本案ノ審理及ヒ裁判ヲ要求スル訴訟上ノ權利ノ存在ヲ主張スルノ外、(ロ)訴訟物タル權利又ハ法律關係ニ關スル審理及ヒ裁判ヲ要求スル訴訟上ノ權利ノ存在ヲ主張シ、更ニ又(ハ)訴訟物タル權利又ハ法律關係ノ存在ヲ主張セサルヘカラス。然カルニ若シ原告ニシテ、右總テノ權利ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル一切ノ元素ノ存スルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ且舉證責任ヲ負擔スヘキモノトセンカ、其負擔カ過重ナルコトハ疑ヲ容レス。是レ、原告ハ先ツ(イ)本案ニ關スル審理及ヒ裁判ヲ要求スル權利ノ存在ヲ示スカ爲メ、訴訟要件タル各事項(當事者能力、訴訟能力、法定代理、裁判所ノ管轄權、訴訟物カ民事裁判事項ニ屬スルコト)ノ存スルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ、更ニ(ロ)訴訟物タル權利又ハ法律關係ニ關スル審理及ヒ裁判ヲ要求スル權利ヲ有スルコトヲ示スカ爲メ、原告及ヒ被告カ當事者タル適格ヲ有スルコト、原告カ其要求スル本案判決ヲ受クルニ付キ法律上ノ利益ヲ有スルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ、更ニ(ハ)訴訟物タル權利又ハ法律關係ノ發生ニ必要ナル特別要件ノミナラス、一般要件ノ存スルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述セサルヘカラス。然カモ謂フ所ノ一般要件タル元素ヲ示スヘキ事實ハ、之ヲ脱漏スルコトナクシテ列擧スルタニ容易ナラサルコトハ、法律行爲ニ基ク權利ノ存在ヲ主張スル場合ニ付キ前ニ述フル所ニ依リテ知ルコトヲ得ヘシ。然ルニ、原告ハ右(イ)(ロ)(ハ)ニ掲ケタル一切ノ事

實ニ付キ舉證責任ヲ負擔スルニ反シ、相手方タル被告ハ原告カ其舉證責任ニ屬スル一切ノ事實ノ證明ヲ完フスルマテハ、單純ニ原告ノ陳述ヲ争ヘハ足り、何等積極的ノ陳述若クハ舉證作用ヲ爲ササルモ、尙ホ勝訴ノ判決ヲ受クルニ妨ナシ。然レトモ、此如キカ當事者雙方ノ訴訟上ノ地位ヲ可及的ニ同等ナラシメントスル要求ニ合セサルコトハ疑ヲ容レズ。然カモ職權斟酌ニ屬スル訴訟要件タル各事項並ニ當事者タル適格及ヒ法律上ノ利益ニ關シテハ舉證責任ヲ被告ニ分配スルノ餘地ナキカ故ニ訴訟物タル權利又ハ法律關係ノ存在從テ其發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル元素ニ關スル舉證責任カ分配セラルルニ非サレハ、當事者雙方ノ訴訟上ノ地位ヲ可及的ニ同等ナラシメントスル要求ヲ充タスコト能ハス。且法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ハ、其效果ノ發生ニ特有ナル元素(特別要件)ニ付キ舉證責任ヲ負擔シ、相手方ハ一般要件ノ具備セサルコトヲ示スヘキ事實ニ付キ舉證責任ヲ負擔スルモノトナスモ、相手方ハ恰モ一般要件タル何レカ一ノ元素カ具備セサルコトヲ示スヘキ事實ヲ立證スレハ足ルカ故ニ、其負擔ハ輕易ナルノミナラス、法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ニ其效果ノ發生ニ特有ナル要件ノ舉證責任ヲ負擔セシムルト權衡ヲ得ルモノト云ハサルヘカラス。是レ古來或ハ權利ノ發生ヲ妨クル事實若クハ異常ノ事實ナリト云ヒ、或ハ一般要件ノ欠缺ヲ示スヘキ事實ナリト稱シテ、其舉證責任ヲ相手方ニ分擔セシムルカ、正義及ヒ衡平ノ要求ニ合ストナセル所以ナリ。

Leonhard (1) 證明ノ困難若クハ衡平ノ要求ハ、發生要件ヲ構成スヘキ元素ノ舉證責任ヲ相手方ニ負擔セシムル理由トナラストナス。然レトモ一定ノ法律上ノ效果ノ成立後、其ノ消滅ヲ來タスヘキ法律要件ヲ構成スル事實ニ關スル舉證責任カ、相手方ノ負擔ニ屬スルコトハ、Leonhard モ亦認ムル所ニシテ、且該原則自體當事者雙方ノ訴訟法上ノ地位ヲ可及的同等ナラシメントスル訴訟法上ノ要求ニ基クニ非サレハ、説明スルヲ得サルモノナルコトハ前述ノ如シ。同一ノ要求ハ又法律上ノ效果ノ發生要件ヲ構成スル元素ノ舉證責任ニ付キ行ハレサルヘキ理由ナシ。且(2) Leonhard ハ法律上ノ效果ノ發生要件ヲ構成スル元素ニ關スル舉證責任ヲ相手方ニ負擔セシムヘキ理由ナシトスルニ拘ハラズ、仍ホ衡平並ニ蓋然性ノ關係ヨリシテ、相手方ハ「一般要件ノ欠缺ヲ示スヘキ詳細ノ事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スル義務」(Widerlegungslast) ヲ負擔スルモノトナセリ。而シテ、氏ハ後者ヲ以テ、(イ) 特定ノ事件ニ於ケル訴訟ノ狀況殊ニ當事者ノ辯論ノ狀況ヨリ生スルモノニシテ、舉證責任ト發生ノ條件ヲ異ニスト爲ス。然レトモ氏ノ所說ニ依ルモ、所謂「一般要件タル事項ハ、法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者カ、其發生ニ特別ナル要件タル事實ヲ陳述スルト共ニ暗黙ニ陳述スルモノナリトシ、然カモ相手方カ質問セサル場合ニハ、明示ノ陳述ヲ爲スノ要ナクシテ、一般要件タル事項ノ存在ヲ示スヘキ事實ノ真ナルコトハ確定ス」ヘキモノタリ。從テ、相手方ニ於テ所謂「反對セラル詳細ノ事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務」ナルモノハ、觀念ニ於テハ尙ホ質問責任ニ次クモノ

ニシテ、當該訴訟ノ狀況ニ依リテ生スルモノタルヲ失ハスト雖モ、實際ノ結果ニ於テハ、相手方ハ右暗黙ノ陳述ニ係ル事實ノ眞實ナルコトノ確定ヲ妨クルカ爲メ、直チニ『一般要件ノ欠缺ヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務』(Widerlegungslast)ヲ充タスヘキ行爲ヲ爲スコトヲ必要トスルニ至リ、斯ル事實ニ付キ舉證責任ヲ負擔シタルト異ナルコト無シ。加之(ロ) Leonhard ハ相手方カ『反對事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務』ヲ完全ニ履行シタリト認め得ルニ拘ハラズ、仍ホ所謂反對セル事實(從テ一般要件ノ欠缺ヲ示スヘキ事實)ノ眞偽カ不明ニシテ、結局要證事項(一般要件ノ存在)ノ眞偽カ不明ナル場合ニハ、其眞偽不明ノ結果ハ舉證責任ヲ負擔スル者即チ法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ノ不利益ニ歸スヘキモノニシテ、反對事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務ヲ負フ相手方ノ不利益ニ歸スヘキモノニ非ストナシ、此如キハ又相手方カ反對セル事實(從テ一般要件ノ欠缺ヲ示スヘキ事實)ニ付キ舉證責任ヲ負擔セル場合ニ於ケルト實際上ノ結果ニ於テ異ナル所ナリトナセルハ前述ノ如シ。然レトモ、相手方カ『反對セル事實(從テ一般要件ノ欠缺ヲ示スヘキ事實)ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務』ヲ完全ニ履行シタリト認め得ルニ拘ハラズ、仍ホ反對セル事實ノ眞實カ證明セラレス、從テ眞偽不明ナリト云フハ、觀念ノ上ニ於テモ抵觸セルモノト云フヘキカ如シ。是レ、反對セル事實ノ眞實ナルコトカ證明セラレタリト認めヘキ場合ニ於テ、初メテ相手方ハ所謂『反對セル事實ヲ證明スヘキ義務』(Widerlegungslast)ヲ完全ニ履行シタリト認めルヲ得ヘク、

從テ反對セル事實ノ眞實ナルコトカ證明セラレスシテ其眞偽カ不明ナル場合ニハ、『反對セル事實ヲ證明スヘキ義務』ハ未タ完全ニ履行セラレタルモノトハ認めルコトヲ得サルカ故ナリ。暫ク一步ヲ譲リ、裁判所カ相手方ニ於テ反對セル事實ヲ證明スヘキ義務ヲ完全ニ履行シタリト認めルニ拘ハラズ、仍ホ反對セル事實ノ眞實ニ付キ心證ヲ得ルコトヲ得スト云フカ、觀念上矛盾ニ非ストスルモ所謂『反對事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務』ノ履行カ完全ナルト不完全ナルトノ限界ヲ劃スヘキ標準ヲ示スニ非サレハ所説ハ徹底シタリト云フヲ得ス、然カモ氏ハ之ヲ示スコトナシ。——此如ク、相手方カ反對セル事實(從テ一般要件ノ欠缺セルコトヲ示スヘキ事實)ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務ヲ完全ニ履行シタルニ拘ハラズ、反對セル事實ノ眞偽カ不明ナリト云フ場合果シテ存シ得ヘキヤ頗ル疑ハシク、從テ反對セル事實ノ眞偽ノ不明ナル場合ニハ、相手方ハ反對セル事實ヲ證明スヘキ義務ヲ未タ完全ニ履行セサルモノト認めルコトヲ得ル場合ニハ、Leonhard ノ所説ニ依ルモ、要證事項タル一般要件ノ存在ハ法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ノ陳述然カモ詳細ノ事實ヲ示スコトヲ要セサル陳述ノミニ依リテ確定スヘキモノタルカ故ニ、反對セル事實(從テ一般要件ノ欠缺ヲ示スヘキ事實)ニ付キテハ相手方舉證責任ヲ負擔ストナス場合ニ於ケルト實際ノ結果ニ於テハ何等ノ差異ヲ生スルコトナシ。

(三) 要之、實體法ノ規定ニ依リ、一定ノ法律上ノ效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル元

素ニ付キ、其種類ノ效果ノ發生ニ特別ナル元素ト(所謂特別要件)然ラサル元素(所謂一般要件)トヲ區別スルハ決シテ不能ニ非ス。而シテ、右特別要件ノ存スルコトヲ示スヘキ事實ハ、該法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ノ舉證責任ニ屬スルニ反シ、一般要件ノ欠缺ヲ示スヘキ事實ハ相手方ノ舉證責任ニ屬ストナスハ、當事者雙方ノ訴訟法上ノ地位ヲ可及的ニ同等ナラシメントスル要求ニ合シ、從テ又正義及ヒ衡平ノ要求ニ合スルモノタリ。且、此如キハ、少クモ其精神ニ於テハ、羅馬法註釋家以來、獨逸普通法時代及ヒ現代ニ於ケル學說及ヒ實際ノ認ムル所ニシテ、Leonhardノ所論モ結局ニ於テ之ト其結果ヲ同クスルモノト云フヲ妨ケス。

進ンテ、我成法ノ此問題ニ對スル立場ヲ研究スルニ、

(1) 民事訴訟法第一九〇條第三項從テ第一〇五條三號ノ規定ニ於テ、準備書面タル訴狀ニハ、「申立ノ原因タル事實上ノ關係」ヲ記載スヘシトセルハ、畢竟原因ト條件トヲ區別シ、最有力ナル條件ヲ以テ原因ナリトセル因果關係論ノ思想ヲ假リテ立言シタルモノニシテ、用語精確ヲ欠ケルコトハ疑ヲ容レストモ、其思想ニ於テハ、訴ノ申立ヲ以テ存在カ主張セラレタル權利ノ發生ニ必要ナル法律要件中、所謂「原因タル要素」換言セハ其權利ノ發生ニ特有ナル元素(即特別要件)ノ存在ヲ示スヘキ事實ノ記載ヲ要求スルニ反シ、「所謂原因ニハ非スシテ單ニ條件タル元素」換言セハ其權利ノ發生ニ特有ナラサル元素(即チ一般要件)ノ存在ヲ示スヘキ事實ノ記載ハ之ヲ要求セサルモノト解セ

サルヘカラス。從テ訴ノ一定ノ申立ニ關スル訴訟法第一〇九條第二項第三號ノ規定ト右ノ規定トヲ綜合シテ考察スルトキハ、

訴訟物タル權利ノ存在ヲ主張スルモノハ、其權利ノ發生要件中、其權利ノ發生ニ特有ナル元素(特別要件)ノ存スルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述スヘキニ反シ、其權利ノ發生ニ特有ナラサル元素即チ一般要件ノ存スルコトヲ示スヘキ事實ハ之ヲ陳述スルコトヲ要セス。

トナスモノタルコトヲ知ルヲ得ヘシ。而シテ被告カ第一ノ口頭辯論期日ヲ缺席シタル場合ニ於テモ、原告カ準備書面ヲ以テ右ノ事實ヲ被告ニ通知シタル場合ニハ被告其事實ヲ自白シタルモノト看做シ從テ原告ハ被告ニ對スル缺席判決ヲ以テ訴訟物タル權利ノ存在ヲ認メラルルコトヲ得ルカ故ニ(二四八條及ヒ二五二條二號參照)、右ノ規定ハ間接ニ

「訴訟物タル權利ノ存在ヲ主張スル者ハ、其權利ノ發生ニ必要ナル法律要件中、其權利ノ發生ニ特有ナル元素即特別要件ノ存スルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ、且之ニ付キ舉證責任ヲ負擔ス。反之、其權利ノ發生ニ特別ナラサル元素(即一般要件)ノ存スルコトヲ示スヘキ事實ハ之ヲ陳述シ且舉證スル責任ヲ負ハス。——從テ、一般要件ノ欠缺スルコトヲ示スヘキ事實ノ陳述及ヒ其舉證責任ハ相手方ニ屬ス」

ルコトヲ示スモノト云ハサルヘカラス。

(2) 此他、證書訴訟ニ關スル訴訟法第四八四條ニ於テ、「請求ヲ起ス理由タル總テノ必要ナル事實」ト稱スルモノモ亦、證書訴訟ヲ以テ主張セラルル請求權ノ同一認識ノ爲メニ必要ナル標準ノ外、該請求權ノ發生ニ必要ナル法律要件中、其權利ノ發生ニ特有ナル元素(即特別要件)ノ記載ヲ要求シ且其カ證書ニ依リテ證明シ得ヘキコトヲ要求スルモノト解セサルヘカラス。

【註】 我民法ニ於テハ、無能力、詐欺又ハ強迫等ハ法律行為ノ取消事由ニ過キストナスカ故ニ、一定ノ法律行為カ取消シ得ヘキモノナルコト、從テ取消權ノ存立ヲ主張スル者ハ、其取消權ノ發生要件其ノ取消權ノ發生ニ特別ナル元素即チ無能力、詐欺、強迫ヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ且之ヲ舉證スヘキ責任ヲ負フモノト云ハサルヘカラス。故ニ、此規定ニ依ルモ、法律行為ニ基ク權利ノ存立ヲ主張シテ訴テ起スモノハ、無能力ニ非ス、詐欺若クハ強迫ニ依リテ法律行為ヲ爲シタルモノニ非ルコトヲ陳述シ、且之ヲ舉證スヘキ責任ヲ負ハサルコトヲ間接ニ示スモノト云フヘシ。

第三目 要 約

一 上來ノ所述ヲ要約スルニ、現代ノ學說及ヒ我現行法ノ認ムル舉證責任分配ノ法則トシテ、左ノ原則ヲ掲クルコトヲ得。

(一) 法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル當事者ハ、其效果ノ發生ニ必要ナル法律要件(Thatbestand)ヲ構成スル元素中、其效果ノ發生ニ特有ナル元素(特別要件)ノ存スルコトヲ示スヘキ事實 (specifische begründende Thatsache)ヲ陳述シ且之ヲ舉證スヘキ責任ヲ負擔ス。反之、其效果ノ發生ニ特有ナル元素(所謂一般要件)ノ存スルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ且之ヲ舉證スヘキ責任ヲ負ハス。

(二) 相手方ハ、

(1) 當該法律上ノ效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スル元素中、其效果ノ發生ニ特別ナラサル元素(所謂一般要件)ノ欠缺スルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ且之ヲ舉證スヘキ責任ヲ負擔ス。更ニ

(2) 當該ノ法律上ノ效果ノ發生後、其變更若クハ消滅ナル法律上ノ效果ヲ生スヘキ法律要件ヲ構成スル元素中、後ノ效果ノ發生ニ特有ナル元素(特別要件)ノ存スルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ且之ヲ舉證スヘキ責任ヲ負擔ス。反之後ノ效果ノ發生ニ特有ナラサル元素(一般要件)ノ存スルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ且之ヲ舉證スヘキ責任ヲ負ハス。

二 右原則ハ

(一) 訴訟物若ハ先決問題タル權利若クハ法律關係ノ存在カ主張セラルル場合ニ行ハルヘキモノタルノミナラス、訴訟法上ノ效果ノ存在カ主張セラルル場合ニモ行ハルヘキモノナリ。然レトモ、裁判所カ職權ヲ以テ斟酌スヘキ事項ニ付キテハ行ハレサルモノト解セサルヘカラス。是レ、職權斟酌ニ屬スル事項ノ存スルコトヲ示スヘキ法律要件ヲ構成スル元素ノ何レカ一ノ眞偽カ不明ナル場合ニハ、裁判所ハ其事項ノ存スルコトヲ認ムルヲ得サルカ故ニ、不明ノ結果ハ其事項ノ存在ヲ主張スル者ノ不利益ニ歸セサルヘカラサルカ故ナリ。

(11) 又當事者ノ一方(殊ニ被告)カ、或ハ訴訟法上ノ抗辯權 (Eidrederecht) 或ハ私法上ノ抗辯權 (Einrederecht)ノ存在ヲ主張スル場合ニ於テハ、獨立ナル反對權ノ存在ヲ主張スルモノナルカ故ニ、前示一ニ掲ケタル原則カ適用セラルヘキモノナルコトハ論ヲ俟タス。

三 最後ニ注意スヘキハ、舉證責任ノ分配ニ關スル原則ハ、一定ノ事實ノ真偽カ不明ナル場合ニハ、其不明ノ結果ハ當事者ノ何レノ一方ノ不利益ニ歸スヘキヤヲ定ムルモノナルコト、從テ當該ノ事實ノ眞實ナルコト又ハ虛偽ナルコトカ、辯論ノ全旨趣ニ基クテ證據調ノ結果ニ基クテ問ハス、自由ナル心證ヲ以テ既ニ確定セラレタル場合ニハ(二二七條)、舉證責任分配ノ原則ハ之ヲ適用スルヲ得サルコト之レナリ。

而シテ、(1)當事者辯論ノ全旨趣ニ依リテ事實ノ眞偽カ確定セラルル場合ハ少カラサルノミナラヌ(2)證據調ノ結果ニ基ク眞偽ノ確定ニ關シテモ、裁判所ハ一事實ヲ證明スルカ爲メ舉證責任ヲ負擔スル者カ提出シタル證據方法ナルト又ハ其反對ヲ證スルカ爲メ相手方カ提出シタル證據方法ナルトヲ問ハス、苟クモ(イ)其證據方法ノ申出カ適法ニシテ又(ロ)證明セラルヘキ事實カ裁判ヲ爲スニ付キ重要ニシテ且其證據方法カ價值アルトキハ、其證據方法ヲ取調フヘキモノニシテ(二七四條一項、拙著判例批評錄一卷二頁及ヒ四九六頁以下)、又其證據調ノ結果ハ總テ之ヲ斟酌スルコトヲ要スルカ故ニ(二二七條)、舉證責任分配ノ原則カ適用セラルヘキ場合ハ頗ル減少スヘキコトハ疑ヲ容レヌ。

—Leonhardカ自己ノ主張スル舉證責任分配ノ原則ニ依ルモ實際上ノ不便ヲ來タササルコトヲ示スカ爲メ、或ハ眞ナルヘキコト (Wahrscheinlichkeit) 又ハ衡平ノ關係ヨリシテ、「反對セル詳細ノ事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務」 (Widerlegungslast) ヲ生ストシ、若クハ默示ノ陳述ニ對シテ「質問責任」 (Anregungslast) ヲ生ストナシ、此等ノ關係ヨリシテ眞偽ノ確定セラレタル事實ニ付キテハ舉證責任分配ノ原則ノ適用ヲ生セストナセルハ、結局、當事者辯論ノ趣旨ニ依リテ事實ノ眞偽カ確定スル場合ニハ舉證責任分配ノ原則ノ適用ナキコトヲ論スルモノニ外ナラス。吾人ハ所謂「反對事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務」並ヒニ「質問責任」ナル觀念ヲ認ムルニハ躊躇スト雖モ、辯論ノ全趣旨ニ因リテ事實ノ眞偽カ確定スル場合ヲ例示シタルモノトシテ、其研究ヲ認メントスルモノタリ。

第二項 舉證責任分配ノ原則ノ適用

前掲、舉證責任分配ノ原則ノ適用上疑ヲ生スヘキ各種ノ場合ニ付キ論及スヘキ餘白ナキカ故ニ、茲ニハ舉證責任ノ分配上議論ノ岐カルル一二ノ場合ニ付キ一言スルニ止ムヘシ。

一 條件付ナルコト及ヒ條件成就ノ舉證責任

(一) 原告カ法律行為ニ基ク權利ノ存在ヲ主張シテ訴ヲ提起シタル場合ニ於テ、被告カ該法律行為ハ停止條件付ナルコトヲ主張スルトキニハ、原告カ無條件ナルコトノ舉證責任ヲ負擔スルヤ又ハ

被告カ條件付ナルコトノ舉證責任ヲ負擔スルヤ。

法律行為ニ基ク權利ノ存在ヲ主張スル者ハ其權利ノ發生ニ特別ナル要件ヲ陳述シ且之ヲ舉證スヘキ責任ヲ負擔スルモノナリ。故ニ、例ハ原告カ代金請求ノ訴訟ヲ起シタル場合ニ於テ、被告カ其買入ノ停止條件付又ハ解除條件付ナルコトヲ主張シタルモノトセハ、原告ハ代金請求權ノ發生ニ特別ナル要件詳言セハ目的物並ニ代金ニ關スル合意アリタリコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ且之ヲ立證スヘキ責任ヲ負フモノナリ。反之、其買入カ無條件ナルコト即チ停止條件付買入ニ非ルコトハ代金請求權ノ發生ナル效果ヲ生スヘキ法律要件ニ屬スト雖モ、代金請求權ノ發生ニ特有ナル元素ニハ非サルカ故ニ、原告ニ於テ無條件ナルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ、且之ヲ舉證スヘキ責任ヲ負ハス。被告ニ於テ、所謂一般要件ノ欠缺シタルコト、換言セハ無條件ニ非スシテ、停止條件付若クハ解除條件付ナルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ、之ヲ立證スル責任ヲ負フモノト解セサルヘカラス (Rosenberg, in Archiv f. civ. Praxis Bd. 94 S. 36 f. — weif. Lit. dort)。

學說ニハ、(イ)被告カ停止條件付ナルコトヲ陳述スル場合ニハ、原告ノ主張スル法律行為カ、他ノ内容ヲ有スル旨ヲ陳述シ、依リテ原告ノ陳述ヲ争フモノナルカ故ニ、原告ハ無條件ナルコトニ付キ舉證責任ヲ有ストナス(所謂否認說 Leugnungstheorie)ニ拘ハラズ、被告カ(ロ)解除條件付ナルコトヲ陳述スル場合ニハ、被告ハ結局解除條件ノ成就ニ依リテ、原告カ存在ヲ主張スル權利ノ消滅シタ

ルコトヲ示サントスルモノナルカ故ニ、解除條件付ナルコトハ被告ノ舉證責任ニ屬スト爲セリ (Vgl. Rosenberg, ebenda S. 44; Leonhard, S. 316, — Lit. dort)。然レトモ、條件付ナル旨ノ被告ノ陳述ニシテ果シテ他ノ内容ヲ有スル旨ノ陳述タリ、從テ原告ノ陳述ヲ争フモノタラハ、停止條件付ナリトスルト解除條件付ナリトスルトニ依リテ、差異ヲ生スヘキ理由ナキカ故ニ非ナリト云フヘシ。

Leonhardハ、法律上ノ效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スヘキ總テノ元素ハ、其效果ノ存在ヲ主張スル者ノ舉證責任ニ屬ストナス立場ヨリシテ、法律行為ニ基ク權利ノ存在ヲ主張スル者ハ、其法律行為カ無條件ナルコトニ付キ舉證責任ヲ有ストナス。然レトモ、無條件ナルコトハ原告カ暗黙ニ陳述シタルモノト解スヘク、從テ被告カ質問シタル場合ニ初メテ無條件ナルコトノ明示ノ陳述ヲナセハ足レリ。然カモ被告ハ所謂「反對セル詳細ノ事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ義務」ヲ有スルカ故ニ、其義務ノ履行トシテ條件付ナルコトヲ示スヘキ詳細ナル事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スル義務ヲ負フモノナリトナセリ (Leonhard, ebenda S. 281 f.)。

(二) 條件成就ノ舉證責任

(1) 原告ノ陳述セル法律行為カ停止條件付ナルコトノ確定シタル場合ニハ停止條件ノ成就ハ、該停止條件ノ法律上ノ效果、即チ「法律行為ノ效力ノ發生ヲ停止ス」ト云フ法律上ノ效果ヲ消滅セシムルモノナルカ故ニ、停止條件ノ成就シタルコトヲ示スヘキ事實ハ、畢竟再抗辯タル事實トシテ、

原告之ヲ陳述シ且之ニ付キ舉證責任ヲ負フコトハ疑ヲ容レス。又

(2) 原告ノ陳述スル法律行為カ解除條件付ナルコトノ確定シタル場合ニ於テ、解除條件カ成就シタリト云フハ、該法律行為ノ效果カ、其發生後消滅シタルコトヲ陳述スルモノナルカ故ニ、法律上ノ效果ノ存在ヲ主張スル者ノ相手方即チ被告ノ舉證責任ニ屬スルコトハ疑ヲ容レス。

二 法律行為カ他ノ内容ヲ有スル旨ノ陳述アリタル場合ニ於ケル舉證責任

原告カ法律行為ニ基ク權利ノ存在ヲ主張シテ訴ヲ起シタル場合ニ於テ、被告カ該法律行為ハ他ノ内容ヲ有スル旨ヲ陳述シタル場合ニハ、原告ニ於テ締結シタル法律行為カ其主張ノ如キ内容ヲ有スルコトニ付キ舉證責任ヲ負フヤ、又ハ被告ニ於テ「他ノ内容」ヲ有スルコトニ付キ舉證責任ヲ負フヤ。此ノ場合ニハ、被告ノ主張ニ係ル「他ノ内容」カ原告ノ主張スル權利其他ノ法律上ノ效果ノ發生ニ特別ナル要件ノ存在ト抵觸スルヤ否ヤヲ區別セサルヘカラス。即チ(1)原告カ存在ヲ主張スル權利ノ發生ニ特別ナル要件ト、被告ノ主張スル他ノ内容トカ抵觸スル場合ニハ、被告ハ所謂積極的陳述ニ依リテ原告ノ舉證責任ニ屬スル特別要件ヲ否認スルモノニ外ナラサルカ故ニ、原告ハ其主張スル法律上ノ效果ノ發生ニ特別ナル要件ノ存在ヲ示スヘキ事實、從テ法律行為カ自己ノ主張スルカ如キ内容ヲ有スルコトニ付キ舉證責任ヲ負擔ス。反之(2)被告ノ陳述カ、特別要件ノ存スルコトヲ示スヘキ事實ト相抵觸セサル場合ニハ、被告ニ於テ法律行為カ其主張ノ如キ「他ノ内容」ヲ有シタルコト

ヲ舉證スヘキ責任ヲ負ハサルヘカラス(vgl. Rosenberg, in Archiv. für civ. Praxis Bd. 94 S. 78 f. 99 f., —weil. Lit. dort)。

例ハ(1)原告カ貸金返還請求訴訟ヲ起シ、消費貸借トシテ被告ニ金若干圓ヲ貸與シタル旨ノ陳述ヲ爲セルニ當タリ、被告ハ贈與トシテ該金額ヲ受ケタル旨ヲ陳述シタリトセン。此ノ場合ニ於テ、消費貸借ナリト云フ陳述ハ、同額ノ金額ヲ返還スヘキ旨ノ合意ヲ爲シ且該金額ヲ授受シタリトスルモノニシテ、贈與トシテ該金額ヲ受ケタリト云フ陳述ハ之ト相容レズ、畢竟同額ノ金額ヲ返還スヘキ旨ノ合意ヲ爲シタルコトヲ争フモノナリ。然カモ同額ノ金額ヲ返還スル旨ノ合意アリタルコトハ、消費貸借ニ基ク貸金返還債權ノ發生ニ特別ナル要件ナルカ故ニ(民法五八七條)、原告ハ同額ノ金額ヲ返還スヘキ旨ノ合意アリタルコトニ付キ舉證責任ヲ負フモノナリ。被告ハ斯ル合意無キコトニ付キ舉證責任ヲ負フコトナシ。又(2)原告カ、一定ノ物ヲ被告ニ賣リタリト雖モ、代價ニ付キテハ別段ノ合意ヲ爲サズ、從テ時價相當ノ代金トシテ金百圓ヲ請求スル旨ヲ陳述セルニ對シ、被告ハ代金九拾圓ナル旨ノ合意アリタルコトヲ陳述シタリトセン。此場合ニハ、原告ハ代價ニ付キテハ特別ノ合意ヲ爲サスト云ヒ、被告ハ特別ノ合意アリタリト云フモノニシテ、相容レズ。然カモ代金ニ關スル合意アリタルコトハ、代金請求權ノ發生ニ特別ナル要件タルコトハ論ナキカ故ニ(民法第五五條)、原告ハ代金ニ付キ特別ノ合意ナカリシコトヲ立證スヘキ責任ヲ負フモノト云ハサルヘカラス。

若シ夫レ、原告ニ於テ、代價ハ時價ニ依ル旨ノ默示ノ合意アリタルコトヲ陳述スル場合ニハ、固ヨリ其趣旨ノ合意アリタルコトニ付キ舉證責任ヲ負フヘキコトハ論ヲ俟タス。

一九 判決ノ参加的效力

緒言

從參加人ハ、其補助シタル原告若クハ被告トノ關係ニ於テハ、其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス、然レトモ一定ノ範圍内ニ於テハ補助シタル原告若クハ被告カ不充分ニ訴訟ヲ爲シタルコトヲ主張スルコトヲ得ルモノタリ(五五條)。——右本訴訟ニ於ケル確定裁判ノ從參加人ニ對スル效力ハ(一)既判力(Rechtskraftwirkung)ナルヤ若クハ特種ノ效力即参加的效力(Interventionswirkung)ナルヤ、又其客觀的及ヒ主觀的範圍如何。更ニ(二)訴訟告知ノ場合ニ於テハ告知者ト被告知者トノ間、從テ又共同訴訟ノ場合ニ於テハ共同訴訟人間ニ右参加的效力ヲ生セサルヤ。是レ、吾人カ本篇ニ於テ研究セントスル問題ナリ。

第一項 從參加ト参加的效力

第一目 本訴訟ニ於ケル裁判ノ從參加人ニ對スル效力ノ性質

訴訟法第五五條ハ第一項ニ於テ「從參加人ハ、訴訟ヨリ脱退シタルトキト雖モ其補助シタル原告若クハ被告トノ關係ニ於テハ、其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス」と規定シ、更

ニ第二項ニ於テ其定メタル範圍内ニ限り「從參加人ハ……其補助シタル原告若クハ被告カ訴訟ヲ不
充分ニ爲シタリト主張スルコトヲ得」ルモノトシタリ。抑モ、右效力ハ本訴訟ニ對スル確定判決ノ既
判力ノ擴張セラレタルモノナリヤ、若クハ又既判力以外ノ特種ノ效力ナリヤ。吾人ハ多數ノ學者ト
共ニ、之ヲ以テ參加ニ因リテ生スル特種ノ效力即參加的效力ナリトスルモノナリト雖モ、先ツ既判
力説ノ主張ヲ批評スヘシ。

第一段 既判力説ノ批評

訴訟法第五五條ハ、主タル當事者ト其相手方トノ間ニ於ケル訴訟即本訴訟ニ對スル確定判決ノ既
判力カ其訴訟ノ當事者ニ非サル第三者即從參加人ニ及フコトヲ定メタル規定ナリトスル見解アリ。
尤モ其所説ハ必シモ一致セス、或ハ制限セラレタル既判力ノ擴張ナリトシ、或ハ無制限ノ既判力ノ
擴張ナリトス。

一 制限的既判力擴張説

(一) 不充分ニ訴訟ヲ爲シタリトノ抗辯ニ依リテ制限セラレタル既判力ノ擴張ナリトスル見解ハ
Stein, Schmidt, Görres 等ノ認ムル所ナリ。Stein ハ以爲ラク「本訴訟ニ對シテ爲サル判決ハ其訴
訟ノ當事者間(即從參加人ノ補助スル當
事者ト其相手方トノ間)ニ於ケル法律關係ヲ裁判スルモノニシテ、從參加人ト其補助シタ
ル當事者トノ間ニ於ケル法律關係ヲ裁判スルモノニハ非ス。然レトモ、獨逸訴訟法第六八條ノ規定

(我訴訟法五五條ニ同シ)ハ、參加アリタル場合ニハ、本訴訟ニ對シテ爲サレタル判決ノ效力カ、
一定ノ制限ノ下ニ從參加人ト其補助シタル當事者トノ間ニ於ケル法律關係ニモ及フヘキコトヲ定メ
タルモノ、約言セハ參加ナル事實ヲ根據トシテ認メタル制限的既判力(eine beschränkte Rechtskraft)
ノ擴張ニ外ナラス』トシ(Gaup-Stein, I zu § 68 C. P. O.)。R. Schmidt 亦「第三者カ參加シタル
ノ事實ハ、其參加ノ下ニ、主タル當事者ト其相手方トノ間ニ於ケル訴訟ニ對シテ爲サレタル判決ノ
既判力即チ僅カニ制限セラレタル既判力(nur wenig Beschränkte Rechtskraft)カ、其從參加人ニ擴張
セラレルノ效果ヲ生スルモノナリ。參加前ニ於テハ斯ル既判力ノ擴張ヲ認ムヘカラサル場合ニ於テ
モ參加ニ因リテ第三者(從參加人)ニ對スル既判力ノ擴張ヲ生スルモノナリ』トシ(R. Schmidt,
Lehrb. des deut. C. P. R. 2. Aufl. S. 895) Görres 亦「和シタリ(Z. Z. P. Bd. 34, S. 31)。

我國ニ於テモ、仁井田博士ハ「判決ノ既判力ハ從參加人ノ補助セル當事者ノ爲メ其當事者ト從參
加人トノ間ニ於テモ亦存在スルモノト謂フヘシ』トナシ(民事訴訟法要論中卷五版六〇九頁)、既
判力(恐ラクハ制
限的既判力)ノ擴張ヲ認メラル。岩田博士モ亦「元來判決ハ主タル當事者ノミニ對シテ其效力ヲ
及ホスヘキモノナリト雖モ、從參加人カ主タル原告若クハ被告ヲ補助シタル結果或一定ノ範圍内ニ
於テ從參加人ニ對シテモ其效力ヲ及ホスヘキモノトセリ云云、右ノ效力ハ確定判決ニ限ルニ云』トシ
テ、制限的既判力ノ擴張ヲ認メタリ(民事訴訟法原論十二版二一〇頁以下)、更ニ

明治三十九年十二月二十日東京控訴院第一民事部判決(法律新聞第四一〇號六二一頁所載)ハ「凡ソ訴訟事件ニ付キ第三者カ從參加ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テ、裁判所カ該事件ニ付キ判決ヲ與ヘ、而シテ其判決カ確定シタルトキハ、其確定判決ノ效力ハ主タル當事者ヲ羈束スルニ止マルコトハ辯ヲ俟タスト雖モ、後日右事件ト同一ノ事項ヲ目的トスル從參加人ト主タル當事者間ノ訴訟事件ニ於テハ、該確定判決ハ從參加人ニ對シテモ亦制限的確定力ヲ有シ、從參加人ハ該判決ハ不當ニ言渡サレタルモノナリト主張スルコト能ハサル效力ヲ有スヘキモノナリトシ、明ニ制限的既判力ノ擴張ヲ認メタリ。

前掲制限的既判力説ノ論旨ヲ約スルニ、

從參加人ハ其補助スル當事者ト其相手方トノ間ニ於ケル訴訟ノ當事者ニ非ス、第三者タルニ過キス。然レトモ其訴訟ニ對シテ爲サル確定判決ハ從參加人タル第三者ノ參加ノ下ニ爲サレタルモノナルカ故ニ、該判決ノ既判力ハ從參加人タリシ第三者ニ及ハサルヘカラス。唯補助シタル當事者ニ於テ不充分ニ訴訟ヲ爲シタリトノ抗辯ヲ爲シ得ル範圍内ニ於テ制限ヲ受クルモノナルカ故ニ、制限セラレタル既判力ノ擴張ト解スヘシト云フニ在リ。

(二) 制限的既判力説ノ當否ニ付キテハ疑ヲ容ルヘキモノアリ。

夫レ、訴訟法第五條ノ效力ハ、本訴訟ニ對スル確定裁判カ從參加人ノ參加ノ下ニ爲サレタルコトヲ理由トスル效力換言セハ參加ノ效果タル效力ナルコトハ吾人モ亦論者ト共ニ之ヲ認ムルニ躊躇セスト雖モ (吾人ハ恰モ之ヲ根據トシテ同條ノ效力カ既判力ニハ非スシテ特種ノ效力即參加的效力ナルコトヲ認メントスルモノナリ、後述九六〇頁參照)、論者カ之ヲ出發點トセルニ拘ハラヌ、忽然トシテ之ヲ棄テ、同條ノ規定ハ「參加ノ效果トシテ制限的既判力ノ擴張ヲ認メタルモノ」ナリトナセルハ、當ニ推論ニ間隙アルノミナラス、非ナリト云ハサルヘカラス。何トナレハ、

(1) 訴訟法第五條ノ規定ニシテ、果シテ論者ノ認ムルカ如ク、從參加人ノ補助シタル原告若クハ被告ト其相手方トノ間ニ於ケル訴訟ニ對シテ爲サレタル確定判決ノ既判力ノ擴張ヲ認ムルモノタランカ、從參加人タル第三者ハ其補助シタル原告若クハ被告ノ相手方トノ間ニ於テモ亦、否恰モ其相手方ニ對シテハ該確定判決ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルヘキ理ナリ。是レ、確定判決ノ既判力ハ訴訟ノ當事者ニ對シテノミ生スルヲ原則トスト雖モ、例外トシテ既判力カ第三者ニ擴張セラレタル場合ニハ、其第三者ハ訴訟ノ當事者ト等シク、確定判決ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルモノナルカ故ニ、果シテ本訴訟ニ對スル確定判決ノ既判力カ、其訴訟ノ原告又ハ被告ノ一方ヲ補助シタル從參加人ニ及フモノタランカ、從參加人ハ補助ヲ受ケタル原告若クハ被告ト等シク恰モ其相手方トノ關係ニ於テ、該確定判決ヲ以テ裁判セラレタル事項ヲ不當ナリトスルコトヲ得サルヘキ理ナルカ故ナリ。然カルニ、訴訟法第五條第一項ノ規定ハ恰モ之ニ反シ、「從參加人ハ其補助シタル原告若クハ被告トノ關係ニ於テハ、其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス」

トスルニ止マリ、補助シタル原告若クハ被告ノ相手方トノ關係ニ於テモ亦然ルモノト爲サス、否相手方トノ關係ニ於テハ專ロ反對ニ解スルヲ以テ正當トシ論者ノ解スル所モ亦然ルモノノ如シ。(イ)果シテ然カルトキハ論者カ訴訟法第五條ヲ解シテ既判力ノ擴張ナリトスハル自殺的論法ナリト云ハサルヘカラス。是レ論者ハ確定判決ノ既判力カ恰モ其作用ヲ發揮スヘキ從參加人ト其補助シタル原告若クハ被告ノ相手方トノ關係ニ於テモ亦「參加ニ基ク既判力ノ擴張」ヲ認ムルモノタランカ、結局從參加ハ總テ共同訴訟的從參加 (streitgenössische Nebenintervention) ニシテ通常ノ從參加 (gewöhnliche Nebenintervention) ナルモノ無シ、訴訟法第五條第二項本文ノ規定ハ實用ナキ空文ナリト云フ結論ニ達セサルヘカラス (Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft S. 395)。然レトモ斯ル結果ハ論者モ亦認ムルニ躊躇スル所ナルヘシ。——左ニ暫ク論者ノ所說ヨリシテ右ノ結果ニ達スヘキ所以ヲ明ニスヘシ。

夫レ訴訟法第五條第二項但書ニ於テ「但民法ニ於テ此ニ異ナル規定アルトキハ此限ニ非ス」ト爲セルハ、判決ノ既判力即所謂實質的確定力 (Materielle Rechtskraft) ヲ以テ實體私法上ノ問題ナリトシ、從テ既判力ノ客觀的若クハ主觀的ノ範圍ノ如キモ亦民法ニ於テ定ムヘキモノトシタル思想ニ基クモノニシテ、謂フ所ノ「民法ニ於テ此ニ異ナル規定アル場合」ト云フハ、畢竟「民法ノ定ム

ル所ニ依リ、本訴訟ニ對シテ爲サレタル判決ノ既判力カ從參加人ニ及フヘキ場合」ヲ意味スルモノニ外ナラス。然レトモ既判力從テ其範圍ノ如キモ亦訴訟法上ノ問題ニシテ民法上ノ問題ニ非サルコトカ明白トナリタル今日ニ於テハ、第五條第二項但書ノ規定ハ、「訴訟法上ノ一般ノ原則ニ依リ、本訴訟ニ對スル確定判決ノ既判力カ從參加人(第三者)ニ及フヘキ場合ニハ本文ノ規定ヲ適用セス」トアルカ如クニ讀ムヘキナリ。蓋、(a)本訴訟ニ對シテ爲サル確定判決ノ既判力カ、單ニ其訴訟ノ當事者(即主タル當事者及ヒ其相手方)ニ對シテノミ生シ第三者タル從參加人ニ及ハサル場合ニハ「從參加人ノ陳述及ヒ行爲ト主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ト相抵觸スル場合ニ於テハ、主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ヲ以テ標準トナシ」(五四條二項本文)、從參加人ノ陳述又ハ行爲ハ其效力ヲ生セサルモノトスルモ、從參加人ハ其利益ヲ害セラルルコトナシ。是レ此場合ニ於テハ從參加人ハ(a)主タル原告又ハ被告ノ相手方ニ對シテハ、本訴訟ニ對シテ爲サレタル確定判決ハ他人間ノ訴訟ニ對シテ爲サレタル裁判ニシテ、第三者タル自己ニ對シテハ何等ノ利害ヲ及ボササルモノナルコトヲ主張スルコトヲ得、又(b)自己ノ補助シタル當事者ニ對シテハ、既判力ノ及ハサルコトハ勿論、更ニ主タル當事者ノ抵觸シタル陳述若クハ行爲ニ依リテ妨ケラレタル範圍ニ於テハ、主タル當事者カ不充分ニ訴訟ヲ爲シタルコトヲ主張シテ(五五條二項一段)、訴訟法第五條第一項ノ羈束力(吾人ノ謂參加的效力)ヲモ排斥スルコトヲ得ルカ故ナリ。然レトモ(b)本訴訟ニ對シテ

爲ナルル確定判決ノ既判力カ、所謂民法ノ規定從テ、訴訟法一般ノ原則ニ依リ第三者タル從參加人ニ及フヘキ場合ニ於テハ、訴訟法第五四條第二項本文ノ規定ニ依ルコトヲ得ス。是レ、此ノ場合ニ於テモ仍ホ「主タル原告又ハ被告ノ陳述若クハ行爲ヲ以テ標準ト爲シ」從テ、從參加人ノ爲シタル陳述若クハ行爲ハ其效力ヲ生スルコトヲ得サルモノトナストキハ、從參加人ハ本訴訟ニ對シテ爲サルヘキ判決ノ内容ヲ主タル當事者ニ有利ナラシムルカ爲メ、其陳述又ハ行爲ニ依リテ自由ニ（即チ原告又ハ被告ノ既判セル陳述）判決ノ基本ニ影響ヲ及ホスコトヲ得サルニ拘ハラズ、確定判決ノ既判力ニハ羈束セラレ、主タル當事者ノ相手方ニ對シテハ其判決ノ不當ヲ主張スルコトヲ得サルニ至リ（共同の從參加ノ場合ニ於テモ、從參加人ト其補助シタル原告又ハ被告トノ間ニ於テハ參加的效力ニ依ルヘキモノニシテ既判力ニ依ルヘキモノニ非サルコトニ付キテハ從參加的效力ノ主觀的範圍參照）從參加人ノ利益ノ保護ヲ缺クニ至ルカ故ナリ。訴訟法第五四條第二項但書ニ於テ、本訴訟ニ對スル確定判決ノ既判力カ所謂民法ノ規定從テ訴訟法一般ノ原則ニ依リテ從參加人タル第三者ニ及フヘキ場合ニハ、本文ノ規定ヲ適用セストナセルハ右ノ理由ニ基クモノニ外ナラス。此場合ニ於テハ、從參加人ノ陳述及ヒ行爲カ其補助スル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ト抵觸スルモ、直チニ主タル當事者ノ陳述及ヒ行爲ヲ以テ標準ト爲スコトヲ得ス。本訴訟ニ付キテハ主タル當事者ニ對スル唯一ノ裁判アルノミニシテ、主タル當事者ニ對スル裁判及ヒ從參加人ニ對スル裁判ノ内容カ一樣（合一）ナルコトヲ要スルニ止マラサルカ故ニ、類似必要的共同訴訟ニ於テ各共同原告又ハ各共同被告ニ對スル多數ノ裁判ノ

内容カ一樣ナルコトヲ要スルニ止マル場合ニ比シ一層強キ理由アルカ故ニ、訴訟法第五〇條ノ規定ノ準用ニ依リテ主タル當事者ノ陳述及ヒ行爲ト抵觸セル從參加人ノ陳述及ヒ行爲ノ效力ヲ定ムヘシトスルモノニ外ナラス。約言セハ、訴訟法第五四條第二項但書ノ規定ハ、所謂共同訴訟的從參加ニ關スルモノニシテ、獨逸訴訟法第六九條ト其規定ノ目的及ヒ内容ヲ同クスルモノナリ。

夫レ然リ、訴訟法第五四條第二項ノ規定ハ、民法ノ規定從テ訴訟法一般ノ原則ニ依リ(a)本訴訟ニ對スル確定判決ノ既判力カ第三者タル從參加人ニ及ハサル場合（即チ通常ノ從參加）ニ在リテハ、主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ヲ標準トスヘク、又(b)本訴訟ニ對スル確定判決ノ既判力カ第三者タル從參加人ニ及フヘキ場合ニハ、從參加人ハ主タル原告若クハ被告ノ行爲ニ妨ケラレルコトナク、之ト抵觸スル陳述若クハ行爲ヲ爲スコトヲ得、又其效力ハ類似必要的共同訴訟ニ關スル訴訟法第五〇條ノ規定ニ依リテ定ムヘシトナスモノナリ（所謂共同訴訟的從參加）。——然カルニ、論者ノ所說ニ依レハ民法ノ規定從テ訴訟法一般ノ原則ニ依リテ、本訴訟ニ對スル判決ノ既判力カ第三者ニ及ハサル場合（即チ通常ノ從參加タルヘキ場合）ニ於テモ、猶ホ其第三者カ從參加ヲ爲シタルノ事實ニ因リ、本訴訟ノ確定判決ノ既判力ハ其第三者（從參加人）ニ及フトナスモノナルカ故ニ、通常ノ從參加タルヘカリシモノモ亦、今ヤ共同訴訟的從參加トナリ、訴訟法第五四條第二項但書（獨逸六九條）ニ依リテ審理スルコトヲ要スルニ至ラサルヘカラス。換言セハ、從參加ハ常ニ共同訴訟的從參加ニシテ、

通常ノ從參加ナルモノハ存スルコトヲ得ス、訴訟法第五四條第二項本文ノ規定ハ適用ナキ空文ナリト云フ結論ニ到達セサルヘカラス。然レトモ此如キハ偶々以テ、訴訟法第五五條ノ規定カ「參加ヲ理由トスル既判力ノ擴張」ヲ認ムルモノナリトスル見解ノ誤マレルコトヲ明白ニ示スモノト云ハサルヘカラス。

(2) 更ニ「制限セラレタル既判力」ナル觀念ハ其自體矛盾ヲ含ムモノト云ハサルヘカラス。是レ既判力ノ本質ハ恰モ確定判決ヲ以テ裁判セラレタル法律關係カ、他日同一ノ當事者又ハ其既判力ニ服スル第三者トノ間ニ於ケル別箇ノ訴訟ニ於テ、訴訟物又ハ攻撃方法若クハ防禦方法トシテ主張セラレタル場合ニ、(イ)該訴訟ヲ裁判スヘキ裁判所カ該確定判決ノ既判力ニ羈束セラレ其内容ニ矛盾スル裁判ヲ爲スコトヲ得ス、從テ又(ロ)前訴訟ノ當事者タリシ者又ハ既判力ニ服スル第三者ニ於テモ亦法律上有效ニ該確定判決ヲ以テ爲サレタル裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルノ點ニ存スルモノナリ。然カルニ論者ノ所說ニ依レハ、從參加人タリシ第三者ハ本訴訟ニ對シテ爲サレタル確定判決ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス(五五條一項)、從テ既判力カ從參加人ニ擴張セラレルモノナリト爲スニ拘ハラズ、之ト同時ニ從參加人ハ主タル當事者カ不充分ニ訴訟ヲ爲シタルコトヲ主張シテ該判決ノ裁判力不當ナルコトヲ法律上有效ニ主張スルコトヲ得トスルモノナリ。然レトモ確定判決ノ既判力ハ、該判決ノ存立カ再審訴訟(若クハ原狀回復ノ申立ト共ニ追完セララルル上訴)

ニ依リテ廢棄若クハ破毀セララルカ又ハ其判決カ不能ナル事項若クハ公序良俗ニ反スル事項ヲ認ムルモノニシテ、内容ニ適合スル效力ヲ生スルコトヲ得ス、此意味ニ於テ無効ナル場合ニ非サレハ、之ヲ否認スルコトヲ得サルモノニシテ(本書五〇一頁以下「裁判ノ無効」、拙著批評錄一卷一七三頁以下)、此如キハ法律關係ノ安固ヲ期シ、又司法制度カ其使命ヲ完フスルカ爲メニ必要ナル最後ノ保障タリ【註一】。故ニ本訴訟ニ對スル確定判決ノ既判力ニ服スヘキ第三者(從參加人)カ主タル當事者ニ於テ不充分ニ訴訟ヲ爲シタルコトヲ主張シテ該確定判決ノ既判力ヲ否認シ若クハ之ヲ排除スルコトヲ得ルモノトナスカ如キハ既判力其ノモノノ觀念ニ反スルモノト云ハサルヘカラス。論者モ亦此點ニ想倒シタルカ爲メカ、「一種ノ制限セラレタル既判力」若クハ又「唯僅ニ制限セラレタル既判力」ト云フカ如キ必シモ明確ナラサル觀念ヲ認メタリト雖モ (Stein ebenda; Schmidt ebenda)、謂フ所ノ制限ハ論者ノ蓋思惟セルカ如キ適用上ノ範圍ニ關スルモノニハ非スシテ實ニ既判力ノ本質ニ關スルモノナリ。而カモ斯ル「制限」ヲ許ス場合ニハ謂フ所ノ既判力ハ別種ノ效力ニ變セサルヘカラス。— Mendelssohn Bartholdy カ我訴訟法第五五條第一項ニ該當スル獨逸訴訟法第六八條前段ヲ解シテ、既判力ノ擴張即「完全ナル無制限ナル既判力ノ擴張」ヲ認ムルモノナリトシ、從テ不充分ニ訴訟ヲ爲シタリトノ抗辯ハ該既判力ノ制限若クハ例外ヲ爲スモノニ非ス、全然別箇ノ事項ニ關スルモノナリトセルハ(次述參照)、蓋「制限セラレタル既判力」(Beschränkte Rechtskraft)ナルモノハ、實ハ假

裝若クハ虚偽ニ過キサルコトヲ觀破シタルニ因ルモノト云フヘシ。

【註一】確定判決ノ既判力ハ、(イ)確定判決カ實體法上ノ新權限ヲ爲スカ爲メ、若クハ又(ロ)確定判決ノ内容カ眞實ニ合スルカ爲メニ認メラルモノニ非ス。蓋、確定判決ヲ以テ爲サレタル裁判ハ或ハ眞實ニ合セス、即存在セサル權利ヲ存在ストシ、若クハ存在スル權利ヲ存在セスト確定スル場合アルヘシ。然レトモ、若シ當該ノ訴訟ノ當事者又ハ既判力ノ及フヘキ第三者ニ於テ確定判決カ眞實ニ合セス、不當ナルコトヲ主張シテ新訴訟ヲ提起シ、新訴訟ヲ管轄スル裁判所ハ亦同一ノ事項ニ關シ確定判決ノ定ムル所ニ異ナル判決ヲ爲スコトヲ得ルモノトスル場合ニハ、後ノ判決カ確定シタル場合ニ於テモ亦訴訟ノ當事者又ハ既判力ノ及フヘキ第三者ハ、更ニ新訴訟ヲ以テ後ノ確定判決カ眞實ニ合セス、不當ナルコトヲ主張スルコトヲ得ルモノト爲ササルヘカラスシテ、窮極スル所ヲ知ラサルニ至ルヘシ。然レトモ、斯ル場合ニハ、私權ノ存否ハ永遠ニ確定セラルルノ期ナク獨リ(ロ)權利關係ノ原因(Rechtsgrundlage)ヲ期スルコトヲ得サルノミチラス、又(ロ)私權ノ保護ヲ以テ其使命トスル民事司法制度ノ破産ナリ。是レ、訴訟法カ確定判決ノ既判力ヲ認メ、苟クモ其判決カ存立シ且其判決カ不能若クハ公序良俗ニ反スル事項ヲ命スルモノニシテ其内容ニ適合スル效力ヲ生スルコトヲ得サルモノニ非サル限ハ、假令眞實ニ合セサル場合ト雖モ、其判決ヲ受ケタル訴訟ノ當事者重ニ訴訟法一般ノ原則ニ依リテ既判力ノ及フヘキ一定ノ第三者ヲシテ、絕對ニ確定判決ヲ以テ爲サレタル裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サラザル所以ナリ(vgl. Palow, in Archiv für civil. Praxis Bd. 62 S. 85 f.; Hellwig, Rechtskraft S. 14 ff.; Wach, Handbuch Bd. I S. 8 f.)。故ニ、本訴訟ニ對スル確定判決ノ既判力カ果シテ從參加人タル第三者ニ及フモノトスルハ、其從參加人ハ主タル當事者カ「不十分ニ訴訟ヲ爲シタルコト」ヲ主張シテ該確定判決ノ不當ナルコトヲ主張スルコトヲ得サルヘキ事ナリ。

一 無制限ナル既判力ノ擴張 〱 Mendelssohn-Bartholdy ノ認ムル所ナリ。以爲ラク「獨民訴第六八條第一段(我五五條一項)ニ於テ從參加人カ訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ストシ

タルハ第三者ニ對スル既判力ノ擴張ヲ認ムルモノニシテ、畢竟他人間ニ於ケル訴訟ニ付キテ爲サレタル判決ナルカ故ニ何等ノ利害ヲ及ホサス」(rem inter alios iudicatum sibi non nocere)トノ抗辯ヲ爲スヲ得サルコトヲ明ニスルモノニ外ナラス。而シテ其ハ又完全ナル即無制限ナル既判力 (volle, unbeschränkte Rechtskraft) ノ擴張ヲ認ムルモノナリ。蓋同條第二段(我五五條二項)ニ於テハ從參加人タリシ第三者カ一定ノ範圍ニ於テ其補助シタル當事者カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリトノ抗辯ヲ爲スヲ得ルコトヲ認メタリト雖モ、該抗辯ヲ爲シ得ルコトハ同條第一段ニ依リテ擴張セラレタル既判力ノ制限若クハ例外ヲ爲スモノニ非ス、全然別箇ノ事項ニ關スルモノナリ。「主タル當事者カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタリ」トノ抗辯ト「他人間ニ於ケル訴訟ニ付キ爲サレタル判決ナルカ故ニ何等ノ利害ヲ及ホサス」トノ抗辯トハ、全然別種ニシテ其間何等ノ關係ナシ。前ノ抗辯ヲ爲シ得ルコトハ決シテ後ノ抗辯ヲ爲スヲ得サルコト(即既判力ノ擴張)ヲ害スルモノニ非ス。否本訴訟ニ付キテ爲サレタル判決ノ既判力ハ恰モ從參加人タリシ第三者ニ及ビ(何等ノ制限ヲ受ケ)、從テ其者ハ之ニ因リテ損害ヲ受クルコトアルヘキカ故ニ、補助シタル當事者ニ對シ其者カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタルコトニ因リテ受ケタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得セシムルモノニ外ナラス。約言セハ補助シタル當事者カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタリトノ抗辯ハ本訴訟ニ對シテ爲サレタル判決ノ既判力其モノヲ制限シ若クハ排除スルモノニハ非ス。否既判力カ擴張セララルルカ爲メ受クヘキ財産上ノ不利益ナル影響(„Pecuniäre

Einwirkung der Rechtskraftwirkung auf ihn") ヲ免カルルコトヲ得セシムルモノタルニ過キス」トナヤム (Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft S. 30 ff.)。

夫レ(1)「制限セラレタル既判力」ト云フカ、既判力其ノモノノ觀念ニ反スルコトハ前述ノ如シ。故ニ、訴訟法第五條第一項ノ規定ニシテ、果シテ既判力ノ擴張ヲ認ムルモノタラハ、其既判力ハ Mendelssohn-Bartholdy ノ認ムルカ如ク、「完全ナル無制限ノ既判力」即真正ノ既判力タラサルヘカラス、然レトモ此見地ヨリスルトキハ該既判力ノ及フヘキ第三者タル從參加人ニ於テ、主タル當事者カ「其訴訟ヲ不十分ニ爲シタリトノ抗辯」ヲ爲シ得ル所以ヲ適當ニ説明スルコトヲ得ス。是レヲ以テ Mendelssohn-Bartholdy ハ不十分訴訟ノ抗辯ハ「訴訟ノ確定ノ裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サル效力」ヲ制限シ若クハ其例外ヲ爲スモノニ非ス、從參加人ハ恰モ訴訟ノ確定ノ裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルカ爲メ之ニ因リテ受クヘキ損害ノ賠償ヲ主タル當事者ニ對シテ請求スルコトヲ得セシムルモノナリトナセリ。然レトモ(イ)從參加人カ其補助シタル當事者トノ關係ニ於テハ其訴訟ニ對スル確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルコトハ、從參加ノ效果トシテ、其附隨シタル時ニ於ケル訴訟ノ程度ノ許ス限リ又主タル當事者ノ牴觸セル陳述及ヒ行爲ニ依リテ妨ケラレサル限リ、從參加人ハ其ノ如キ裁判カ爲サルコトヲ妨クコトヲ得、小クトモ其確定ヲ妨クルヲ得タルコトヲ理由トスルモノナリ。從テ附隨シタル時ニ於ケル訴訟ノ程度又ハ主タル當事者ノ牴觸セル陳述

及ヒ行爲等ニ依リテ妨ケラレタル範圍内ニ於テ、主タル當事者カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタリトノ抗辯ヲ爲スヲ得ルコトハ恰モ訴訟法第五條第一項ノ認ムル效力(即吾人ノ所謂參加的效力)其モノノ本質ニ屬スルモノト云ハサルヘカラス(次述九六一、九六二頁參照)。故ニ、氏カ不十分訴訟ノ抗辯ヲ以テ訴訟法第五條第一項(獨訴六八條一段)ノ效力ニ關係ナキ事項、即從參加人ノ主タル當事者ニ對スル損害賠償請求ヲ定メタルモノニ過キスト爲セルハ、到底牽強ノ見ナリト云ハサルヘカラス。且(ロ)假ニ、從參加人ト其補助シタル當事者トノ關係ニ於テハ、右賠償請求ヲ認ムルコトニ依リテ既判力ノ擴張ナル見解ヲ串クコトヲ得ヘシトスルモ、相手方タル當事者ニ對シテハ斯ル賠償請求ヲ爲スコトヲ得サルハ論ナキカ故ニ、右既判力ノ擴張ナル見解ヲ串クコトヲ得ス (Heinwig, Lehrbuch Bd. II S. 514 Anm. 100 參照)。然カモ既判力ノ擴張ハ、恰モ相手方タル當事者ト從參加人トノ間ニ於テ、其作用ヲ發揮スヘキモノナルコトハ前ニ述フルカ如シ。

加之、(2)吾人カ制限的既判力擴張說ニ對シテ加ヘタル前掲(1)及ヒ(2)ノ批評ハ、無制限的既判力擴張說ニ對シテモ亦加フルコトヲ得ヘキモノタリ。即(イ)訴訟法第五條第一項ノ效力ニシテ、無制限ナル既判力ノ擴張ヲ認ムルモノタラハ、從參加人ト其補助シタル原告又ハ被告ノ相手方トノ關係ニ於テモ亦、否寧ロ此ノ關係ニ於テハ、必スヤ該既判力ノ作用ヲ發揮セサルヘカラス、然カルニ訴訟法第五條第一項ハ恰モ之ヲ認メサルカ如シ。若シ又(ロ)之ニ反シ、相手方タル當事者ト從參

加入トノ間ニ於テモ、右參加ニ因ル既判力ノ擴張アルモノトセハ、從參加ハ總テ共同訴訟的從參加タルニ至ラサルヘカラス。此如キハ、恰モ彼ノ自ラ指稱スル所ニシテ偶々以テ既判力擴張說ノ非ナルコトヲ示スモノタリ(前述九四七頁以下)。

三 要之。

訴訟法第五條ヲ解シテ、本訴訟ニ對スル確定判決ノ既判力カ第三者タル從參加人ニ及フモノナリトスル見解ハ、第一ニ(1)該確定判決カ(イ)主タル當事者ノ相手方ト從參加人トノ關係ニ於テ既判力ヲ生セサル所以ヲ説明スルコトヲ得ス。然レトモ亦之ニ反シ、(ロ)主タル當事者ノ相手方ト從參加人トノ關係ニ於テモ參加ヲ理由トスル既判力ヲ生スルモノナルトキハ、從參加ハ總テ共同訴訟的從參加 (streitgenössische Intervention) ニシテ通常ノ從參加ナルモノハ存スルコトヲ得ス、訴訟法第五條第二項本文ノ規定ハ實用ナキ空文ナリト云フ結論ニ達セサルヘカラスト雖モ、其非ナルコトハ疑ヲ容レズ。更ニ(2)主タル當事者カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタリトノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ル範圍ニ於テ制限セラレタル既判力ノ擴張ナリトスルハ、恰モ既判力其自體ノ本質ニ反スル觀念ヲ既判力ナリト認メントスルモノニシテ、謂フ所ノ既判力ナルモノハ到底假裝若クハ虛偽ノモノタラサルヘカラス。故ニ(3)既判力ノ擴張アリトスル見解ヲ一申セントセハ、不十分ニ訴訟ヲ爲シタリトノ抗辯ハ本訴訟ニ對スル確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サル效力ニハ關係ナキ別箇ノモノト爲サ

サルヘカラス、此如キハ亦恰モ無制限既判力擴張說ノ主張スル所ナリト雖モ、從參加人カ其補助シタル當事者トノ關係ニ於テ、本訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルハ、恰モ從參加ノ效力トシテ、從參加人ハ其附隨シタル時ニ於ケル訴訟ノ程度ノ許ス限リ又主タル當事者ノ抵觸セル陳述及ヒ行爲ニ依リテ妨ケラレサル限リ、現ニ爲サレタルカ如キ裁判ノ爲サルコト、少クモ其裁判ノ確定ヲ妨クルヲ得タルヘキコトヲ根據トスルモノナルカ故ニ、從參加人カ附隨ノ時ニ於ケル訴訟ノ程度若クハ主タル當事者ノ抵觸セル陳述及ヒ行爲ニ依リテ妨ケラレ、又從參加人ノ知ラザリシ攻撃若クハ防禦ノ方法ヲ主タル當事者カ故意又ハ重大ナル過失ニ依リテ提出セザリシコトニ依リテ過マラレタル場合ニハ、其範圍内ニ於テ主タル當事者カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリト主張シ得サルヘカラス(次述參照)。約言セハ、主タル當事者カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタリトノ主張ハ恰モ從參加人カ本訴訟ニ對スル確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サル效力其自體ノ内容ヲ構成スルモノナルカ故ニ、之ヲ以テ關係ナキ別箇ノ事項ナリトスルハ非ナリト云ハサルヘカラス。

第二段 參加的效力說ノ主張

訴訟法第五條ノ效力ヲ以テ既判力ナリトスル見解ノ非ナルコトハ前段述フル所ノ如シ。吾人ハ多數ノ學者ト共ニ、同條ノ效力ヲ以テ、從參加ノ效果ニ基ク特種ノ效力即參加的效力(Interventionswirkung) ニシテ、既判力(Rechtskraftwirkung od. Materielle Rechtskraft) ニハ非ストスルモノタリ。

一 從參加人ハ、其補助シタル原告若クハ被告トノ關係ニ於テハ、本訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス、而カモ補助シタル原告若クハ被告カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタル範圍内ニ於テハ該裁判ノ不當ヲ主張スルヲ得ルコトハ、一ニ從參加ノ效果、換言セハ從參加人カ參加ニ依リテ負擔セル訴訟行爲ヲ爲スヘキ責任ニ基クモノト云ハサルヘカラス。

夫レ從參加人ハ本訴訟ノ當事者ニハ非スト雖モ、其訴訟ノ當事者ノ一方カ勝訴ノ判決ヲ受クルコトニ付キ法律上ノ利益ヲ有スルカ爲メ、自己ノ名ニ於テ其原告又ハ被告ヲ補助スルカ爲メ、其訴訟ニ參加シタルモノニシテ(五三條)、補助ノ目的ニ反セス又附隨シタル時ニ於ケル訴訟ノ程度ヲ妨ケサル限ハ、主タル原告若クハ被告ノ爲メニ攻撃方法及ヒ防禦方法ヲ提出シ、證據方法ヲ提出シ若クハ提出セラレタル證據方法ヲ援用シ又證據抗辯ヲ爲シ、其他必要ナル總テノ訴訟行爲ヲ爲シ殊ニ主タル原告若クハ被告ノ爲メニ存スル期間内ニ故障ノ申立、上訴其他ノ不服申立ヲ爲スヲ得ルモノタリ(五四條一項)。尤モ通常ノ從參加ニ在リテハ、從參加人ノ陳述及ヒ行爲ト主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲トカ相牴觸スル場合ニハ、主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ニ準據スヘキモノニシテ、從參加人ノ陳述及ヒ行爲ハ其效力ヲ生スルコトヲ得スト雖モ(同條二項本文)、共同訴訟的從參加ノ場合ニ於テハ、從參加人ハ主タル原告若クハ被告ノ牴觸セル陳述又ハ行爲ニ拘ハラズ前掲ノ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得(同條二項但書)、又其效力ハ類似必要的共同訴訟ニ關スル訴訟法

第五〇條ノ規定ヲ準用シテ決スヘキモノタリ(前述九四九頁以下參照)。

サレハ、主タル原告若クハ被告ト其相手方トノ間ニ於ケル訴訟ニ於テ、(イ)判決ノ基本トシテ(a)事實ノ眞偽カ現ニ爲サレタルカ如クニ確定セラレ、又(b)先決問題タル法律關係若クハ私法上ノ抗辯權ノ存否、其他ノ法律上ノ争點カ現ニ爲サレタルカ如クニ判斷セラレ、從テ又(ロ)該訴訟ニ於テ起サレタル請求ニ付キ判決ノ主文ヲ以テ、現ニ爲サレタルカ如キ裁判カ爲サルニ至リ、更ニ又(ハ)判決ノ主文ヲ以テ爲サレタル裁判並ニ其裁判ニ先チテ爲サレタル裁判カ、現ニ然カルカ如ク確定スルニ至リタルコトハ、獨リ補助ヲ受ケタル原告若クハ被告ノ責任ニ屬スルノミナラス又實ニ從參加人ノ責任ニ屬スルモノニシテ、從參加人ハ主タル當事者ト共ニ其責任ヲ頌タサルヘカラス。——精確ニ云ヘハ(a)從參加人カ附隨シタル時ニ於ケル訴訟ノ程度ニ依リテ制限セラレス、(b)主タル當事者ノ牴觸セル陳述又ハ行爲ニ依リテ妨ケラレス(通常ノ從參加ノ場合ノミニ關ス)、更ニ又(c)其當時從參加人ノ知ラサリシ攻撃方法若クハ防禦方法、證據方法若クハ證據抗辯ニシテ前掲ノ裁判ヲ有利ニ變シ得タルヘカリシモノヲ、主タル當事者カ故意又ハ重大ナル過失ニ依リテ提出セサリシコトニ依リテ過マラレサリシ限リハ、從參加人ハ現ニ爲サレタルカ如クニ前掲(イ)(ロ)ノ裁判ヲ爲サレ、又其裁判カ現ニ然カルカ如ク確定スルニ至リタルコトニ付キ其補助シタル原告若クハ被告ト共ニ其責任ヲ頌タサルヘカラス、反之右(a)乃至(c)ニ掲ケタル範圍内ニ於テハ從參加人ハ責任ヲ頌ツコトヲ要セス、

其ノ範圍内ニ於テハ主タル原告若クハ被告ハ單獨ニ其責ニ任セザルヘカラス。

訴訟法第五條ニ於テ、從參加人ハ、其補助シタル原告若クハ被告トノ關係ニ於テハ、其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得スト雖モ、同條第二項ニ掲ケタル範圍内ニ於テハ該確定裁判ノ不當ナルコトヲ主張スルコトヲ得ルモノトナセルハ、一ニ前掲從參加人カ從參加ニ依リテ負擔シタル訴訟行為ヲ爲スヘキ責任ニ基クモノニシテ、(1)從參加人カ其補助シタル原告若クハ被告ト共ニ其ノ責任ヲ願ツヘキ範圍ニ於テハ其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得スト雖モ、(2)從參加人カ其責ヲ願ツコトヲ要セス、從テ主タル原告若クハ被告カ單獨ニ其責ニ任スヘキ範圍内ニ於テハ、其原告若クハ被告カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタルコトヲ主張シテ、該確定裁判ノ不當ナルコトヲ主張スルコトヲ得トスルモノニ外ナラス。畢竟、民事訴訟ハ當事者カ自己ノ責任ニ於テ爲スヘキモノニシテ、從參加人ハ固ヨリ訴訟ノ當事者ニ非スト雖モ、從參加ニ因リ主タル當事者ヲ補助シテ必要ナル訴訟行為ヲ爲スヘキ責任ヲ負擔スルニ至リタル範圍内ニ於テハ、斯ル訴訟行為カ爲サレタル結果又ハ斯ル訴訟行為カ懈怠セラレタル效果ニ基キ、主タル當事者ト其相手方トノ間ニ於ケル訴訟ニ關シ、前掲(イ)(ロ)ノ裁判カ爲サレ若クハ其ノ裁判カ確定スルニ至リタルハ、亦從參加人ノ責任ナルカ故ニ、從參加人ハ其裁判ノ不當ヲ主張スルコトヲ得ストズルモノニ外ナラス。(前掲從參加人カ主方ニ對シテ、本訴訟ニ於ケル確定裁判ノ不當ナルコトヲ得ストズル理由ニ付キテハ、後述第二項參照)〔註二〕

〔註二〕 從參加人カ從參加ヲ爲シタル後、訴訟ヨリ脱退シタルトキト雖モ、尙ホ其補助シタル原告若クハ被告トノ關係ニ於テハ、其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サル所以モ亦(五五條一項)、從參加ニ依リ主タル當事者ヲ補助シテ必要ナル訴訟行為ヲ爲スヘキ責任ヲ負擔スルニ基クモノナリ。即チ、從參加人ハ訴訟ヨリ脱退セテスルニ必要ナル訴訟行為ヲ爲サザリシニ止マル場合ヲ觀ルニ、從參加人カ其補助スル原告若クハ被告トノ關係ニ於テハ、本訴訟ニ於テ爲サレタル確定ノ裁判ヲ不當ナリト主張スルコトハ第五條ノ明文上疑ナク存セス。畢竟、從參加人ハ、從參加ニ因リテ負擔シタル自己ノ責任ヲ完フセザリシモノニシテ、其結果主タル當事者ノミニ強フルコトヲ得サルカ故ナリ。——加之主タル當事者カ其當時重大ナル過失ナクシテ知ラザリシ攻撃方法若クハ防禦方法ヲ從參加人カ惡意又ハ重大ナル過失ニ依リテ提出セザリシ場合ニハ、主タル當事者ハ、從參加人ニ對シ自己ノ受ケタル確定裁判ノ不當ナルコトヲ主張シテ、右ノ結果ヲ從參加人ニ歸セシムルコトヲ得サルヘカラス(後述第二項參照)。

從參加人カ訴訟ヨリ脱退シタル場合ニ於テモ、其者カ從參加ニ因リテ負擔シタル責任、即主タル當事者ヲ補助シテ必要ナル訴訟行為ヲ爲スヘキ責任ヲ完フセザリシコトハ前述ノ場合ニ於ケルト同一ナルカ故ニ、從參加人ハ自己カ脱退シタル後、主タル當事者カ單獨ニテ爲シタル訴訟ニ於テ爲サレタル確定ノ裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルモノト爲ササルヘカラス。第五條第一項ノ規定ハ疑ナク防カカ爲メニ設ケラレタルモノト解スヘキナリ。——加之、從參加人カ訴訟ヨリ脱退シタルノ結果主タル當事者ヲ補助シテ訴訟行為ヲ爲スヲ得サルニ至リタル場合ニ於テモ、脱退セザリシモノトセハ主タル當事者カ重大ナル過失ナクシテ知ラザリシ攻撃方法若クハ防禦方法ヲ提出スルコトヲ得、且其故意又ハ重大ナル過失ニ依リテ之ヲ主タル當事者ニ告ケザリシトキハ、主タル當事者ハ從參加人トノ關係ニ於テハ自己ノ受ケタル確定裁判ノ不當ヲ主張シテ其結果ヲ從參加人ニ歸セシムルコトヲ得サルヘカラス。

二 上述ノ如ク、從參加人カ其補助シタル原告若クハ被告トノ關係ニ於テハ、其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス、唯其者カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリトノ主張ヲナスコトヲ得ル範

圍内ニ於テノミ、該裁判ノ不當ヲ主張スルコトヲ得ルハ(五五條)、一ニ從參加ニ因リ、主タル當事者ヲ補助シテ必要ナル訴訟行爲ヲ爲スヘキ責任ヲ負擔シタルニ基因スルモノニシテ、確定判決ノ既判力カ權利關係ノ安固(Rechtssicherheit)ヲ期シ、私權ノ保護ヲ其使命トスル民事司法制度ヲ可能ナラシムルヲ以テ存在ノ理由トナストハ異ナルカ故ニ、右效力カ既判力以外ノ特種ノ效力ナルコトハ之ヲ認メサルヘカラス。且、此效力ハ從參加ニ因リ、主タル當事者ヲ補助シテ必要ナル訴訟行爲ヲ爲スヘキ責任ヲ負擔セルコトヲ根據トスルモノナルカ故ニ、參加ニ基ク效力即參加的效力(Interventionswirkung)ト稱スルヲ以テ妥當トスヘシ。——多數ノ學者モ亦右從參加人ニ對スル效力ヲ以テ、既判力トハ異ナレル特種ノ效力ナリトシ(Hellwig, Lehrbuch Bd. II S. 512 f.; System Bd. I S. 229.; Rechtskraft S. 32.; Walsmann, Notwendige Streitgenossenschaft S. 124.; Schollmeyer, in Z. Z. P. Bd. 12 S. 196.; Seuffert, Nr. 1. zu § 68 CPO.; Skonieczki-Gelpcke, Nr. 2 zu § 68 CPO.; Struckmann-Koch, Nr. 2 zu § 68 CPO.; Förster-Kann, Nr. 2 zu § 68 CPO.)。殊ニ Hellwig ハ參加的效力(Interventionswirkung)ナル名稱ヲモ創始シ(Hellwig 前掲)。他ノ學者モ亦之ニ和スルニ至レルカ故ニ(例ハ Förster-Kann 前掲)吾人モ亦此名稱ヲ襲用スヘシ。

既判力擴張說ヲ採ル論者モ亦、謂フ所ノ既判力ノ擴張ハ訴訟法第五五條ノ規定カ『從參加ヲ爲シタルノ事實ヲ根據トシテ認ムル效果』ナリトナセリ(Gaup-Stein, I u. II zu § 68 CPO.; Schmidt,

Lehrbuch S. 859 尙ホ前述九四五頁參照)。吾人ハ、恰モ此點ヲ重視シ、訴訟法カ從參加ノ效果トシテ第五五條ノ效力ヲ認メタル所以ヲ極メ、從テ其效力カ參加的效力ニシテ既判力ニ非サルコトヲ認ムルモノタリ。然カルニ論者ハ正當ナル出發點ヨリセルニ拘ハラス、直チニ其出發點ヲ棄テ、或ハ「制限セラレタル既判力」ト云フカ如キ假裝若クハ虛偽ノ觀念ニ甘ンセントシ(制限的既判力擴張說)、或ハ既判力ナル觀念ニ忠實ナラントスルノ結果、不十分ニ訴訟ヲ爲シタリトノ抗辯ハ之ニハ關係ナキ賠償請求ヲ認ムルモノナリトスル結果ニ到達スルニ至レリ(無制限既判力擴張說)。畢竟其出發點ニ忠實ナラサルニ坐スルモノト云ハサルヘカラス。

第二目 參加的效力ノ範圍

從參加人カ其補助シタル原告又ハ被告トノ關係ニ於テハ、訴訟ニ對スル確定裁判ヲ不當ナリト主張スル事ヲ得サルハ(五五條)、(一)確定判決ノ既判力カ制限的若クハ無制限的ニ擴張セラル、カ爲メニハ非スシテ、實ニ(二)參加ニ基ク效力ナルコト、換言セハ(1)從參加人ハ參加ニ因リ主タル原告若クハ被告ヲ補助シ、之ト共ニ適當ナル訴訟行爲ヲ爲スヘキ責任ヲ分ツニ至ルカ爲メニシテ、(2)確定裁判ノ不當ヲ主張シ得サルコトモ亦、主タル原告又ハ被告ト共ニ適當ナル訴訟行爲ヲ爲スヘキ責任ヲ負フ範圍ニ限ルモノニシテ、右ノ責任ヲ分ツコトヲ要セス若クハ分ツコトヲ得サル範圍ニ於テハ「不充分ニ訴訟ヲ爲シタリ」トノ抗辯ヲ提出シテ、裁判ノ不當ヲ主張シ得ルモノナルコト

ハ之ヲ前論ニ盡クセリ。サレハ、吾人ハ違フテ「参加的効力ノ範圍」ヲ研究スヘシ、——而シテ此問題モ亦既判力ノ範圍ニ關スル研究方法ニ倣ヒ、客觀的範圍ト主觀的範圍トヲ區別スルヲ優トス。

第一段 客觀的範圍

一 既判力ノ擴張ナリトスル論者ノ所說

民事訴訟法第五條ノ規定ニ依リ、從參加人カ「其補助シタル原告又ハ被告トノ關係ニ於テハ其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サル」効力ヲ以テ、既判力ノ擴張ナリトスル論者ハ其當然ノ結論トシテ、右効力ノ客觀的範圍ハ既判力ノ客觀的範圍ニ於ケルト等シク、「本訴訟ニ於テ起サレタル請求ニ對シ確定判決ノ主文ヲ以テ爲サレタル裁判ニ限ル、唯主タル原告又ハ被告カ「不充充分ニ訴訟ヲ爲シタリ」トノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ル範圍内ニ於テハ、右裁判ノ不當ヲ主張スルコトヲ得ルモノトナセツ」(Camp-Schin, I u. II zu § 68 C.P.O.)。——曩ニ引用シタル東京控訴院ノ判決ニ於テ「後日右事件ト同一ノ事項ヲ目的トスル從參加人ト主タル當事者間ノ訴訟事件ニ於テハ、該確定判決ハ從參加人ニ對シテモ亦制限的確定力ヲ有ス云云」トナセルモ亦、制限的既判力ノ擴張ナリトスル見地ヨリシテ、從參加人ハ本訴訟ヲ以テ起サレタル請求ニ付キ確定判決ノ主文ヲ以テ爲サレタル裁判ニ限り、不當ナリト主張スルヲ得サルコトヲ判示シタルモノト云ハサルヘカラス。

夫レ、確定判決ノ既判力ハ、訴又ハ反訴ノ申立(之ヲ擴張シ若クハ變更スル申立、中間確認ノ訴

ノ申立亦同シ)ヲ以テ起シタル請求ニ付キ判決主文ヲ以テ爲シタル裁判ニ限り生スルモノナルカ故ニ(二四四條、本書六六九頁以下「法律要件及ヒ既判力」、訴訟法第五五條ノ認ムル効力ヲ以テ既判力ノ擴張ナリトスル論者カ、前掲ノ結論ニ達セルハ當然ナリト云ハサルヘカラス。然レトモ、訴訟法第五五條ハ既判力ノ擴張ヲ認ムルモノニハ非スシテ、參加ヲ理由トスル特種ノ効力即参加的効力ヲ認ムルモノナルコトハ、上述ノ如クナルカ故ニ、其客觀的範圍モ亦既判力ノ客觀的範圍ニ依リテ決スルコトヲ得ス。

二 參加ニ因ル効力ノ客觀的範圍

訴訟法第五五條ノ認ムル効力カ、參加ニ基ク効力ナルコト、詳言セハ從參加人ハ參加ニ因リ主タル原告又ハ被告ヲ補助シテ適當ナル訴訟行爲ヲ爲スヘキ責任ヲ分擔スルニ基クモノナルコトハ上述ノ如シ。サレハ、参加的効力ノ客觀的範圍換言セハ訴訟法第五五條第一項謂フ所ノ「其訴訟ノ確定裁判」ノ範圍モ亦、從參加人カ參加ノ效果トシテ、主タル原告又ハ被告ト共同ノ責任ニ於テ爲シタル訴訟行爲ニ基キ又ハ之ニ對シテ爲サレタル裁判ナルヤ否ヤニ依リテ決スルヲ正當トスヘシ。

然カルニ、(一)從參加人ハ其附隨スル時ニ於ケル訴訟ノ程度ヲ妨ケサル限りハ、其補助スル原告若クハ被告ノ爲メ攻撃方法若クハ防禦方法ヲ提出シ、證據方法ヲ提出シ若クハ提出セラレタル證據方法ヲ援用シ、其他緊屬セル請求ヲ變更セサル限り總テノ訴訟行爲ヲ行ヒ、又其補助スル原告若ク

ハ被告ノ爲メニ存スル期間内ニ故障ノ申立、上訴若クハ支拂命令ニ對スル異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルモノタリ(五四條一項)、唯(1)通常ノ從參加ニ在リテハ、從參加人ノ陳述及ヒ行爲ト主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ト抵觸スル場合ニハ從參加人ノ陳述若クハ行爲ハ其效力ヲ生セスト雖モ、(2)共同訴訟的從參加ニ在リテハ、從參加人ノ陳述若クハ行爲カ原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ト抵觸スル場合ニ於テモ、必要的共同訴訟ニ關スル訴訟法第五〇條ノ規定ニ依リテ、主タル當事者及ヒ從參加人ノ相抵觸セル陳述及ヒ行爲ノ效力ヲ決スヘキノ差アルノミナリ(五四條二項但書前記九四九頁以下、尙ホ Hellwig, Lehrbuch Bd. II. S. 319ff. 參照)。——斯クノ如ク、從參加人ハ主タル原告若クハ被告ノ爲メ攻撃方法及ヒ防禦方法ヲ提出シ從テ先決問題タル法律關係ノ存在若クハ不存在ヲ主張シ又ハ之ヲ争ヒ、私法上ノ抗辯權ヲ主張シ若クハ之ヲ争ヒ、中間ノ争ヲ爲シ、又此等ノ理由タルヘキ事實ヲ陳述シ若クハ之ヲ争ヒ、訴訟法上ノ抗辯ヲ爲シ若クハ之ヲ争ヒ、更ニ必要ナル證據方法ヲ提出シ若クハ之ヲ援用シ又ハ證據抗辯等ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス又之ヲ爲スヘキ責任ヲ負フモノタリ。故ニ、(イ)事實上ノ陳述ノ眞偽若クハ抗辯ノ當否カ辯論ノ全旨趣及ヒ證據調ノ結果ニ基キ如何ニ判斷セラレ、從テ又(ロ)先決問題タル法律關係若クハ私法上ノ抗辯權ノ存否カ如何ニ裁判セラレ、更ニ又(ハ)中間ノ争カ如何ニ決セラルルモ、爾ク(1)事實ノ眞偽カ判斷セラレ、先決問題タル法律關係若クハ抗辯權ノ存否カ裁判セラレ又中間ノ争カ裁判セラレタルコトニ付キテハ、

從參加人ハ主タル當事者ト共ニ其責任ヲ分ツヘキモノタリ、番ニ(2)本訴訟ニ於テ起サレタル請求ニ付キ爲サレタル判決ニ付キ、主タル當事者ト其責任ヲ分ツヲ以テ足レリトスルモノニ非ス。

要スルニ(1)主タル當事者ト其相手方トノ間ニ於ケル訴訟ニ於テ、訴又ハ反訴ノ申立(此等ノ申立ヲ變更シ若クハ擴張スル申立、中間確認ノ訴ノ申立亦同シ)ヲ以テ起サレタル請求ニ對シ判決ノ主文ヲ以テ爲サレタル裁判ハ勿論、(2)其裁判ニ達スルカ爲メ若クハ之ニ先チテ爲サレタル(イ)事實ノ眞偽ノ判斷、(ロ)先決問題タル法律關係若クハ抗辯權ノ存否ノ判斷、(ハ)中間ノ争ニ關スル裁判等、所謂判決ノ元素(Urtheilselemente)ニ關スル裁判ニ付キテモ亦、其如キ裁判アルニ至リタルコトニ付キテハ、從參加人ハ主タル原告又ハ被告ト共同ノ責任ヲ負フモノナルカ故ニ、少クモ主タル原告又ハ被告トノ關係ニ於テハ、從參加人ハ前掲(イ)(ロ)(ハ)ノ裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルモノト解セサルヘカラス。換言セハ訴訟法第五五條第一項謂フ所ノ「其訴訟ニ於ケル確定裁判」トハ、(1)本訴訟ニ於テ起サレタル請求ニ對シ確定判決ノ主文ヲ以テ爲サレタル裁判、並ニ(2)該裁判ニ達スルカ爲メニ爲サレタル裁判即所謂判決ノ元素ニ關スル裁判(中間判決ヲ以テ爲サレタルト、判決ノ理由中ニ於テ爲サレタルトナス)ヲモ包含スルモノト解セサルヘカラス。

前掲ノ結果ハ、我訴訟法第五五條ニ該當スル獨逸民事訴訟法第六八條ノ解釋トシテ、獨逸帝國裁判所カ其判例ヲ以テ確定シタル所ニシテ (Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 45 S. 353, Bd. 55