

* 0017292000 *

0017292-000

327. 2-K i 353m- (3)

民事訴訟法論文集

雉本朗造・著

内外出版印刷

3版

1932

ACH

法律資料

法學博士 雉本朗造著

民事訴訟法論文集

内外出版印刷株式會社發兌

故法學博士 雉本朗造先生小照



266808



序

友人法學博士雉本朗造君逝キテ既ニ七年、匆忙トシテ歲月ノ
移リ易キニ驚キ、黯然トシテ淚痕ノ猶ホ新ナルヲ覺ユ。君才力
秀拔、學殖富贍、其專攻スル所ノ學問ニ於テ容易ニ他ノ追隨ヲ許
サズ、加フルニ銳意研鑽、日夜倦ムコトナク、思想自ラ圓熟シ、格度
將サニ老成セムトセシニ、不幸ニシテ天年壽ヲ假サス、空シク志
業ヲ九泉ニ齋ラセリ、痛恨罔ク、哀惜何ゾ堪ヘム。君力隨時京都
法學會雜誌、法學論叢等ニ公表セル論文ハ固ヨリ片鱗隻甲ニ過
ギズト雖モ、其識見ノ卓越ナル、條理ノ透徹セル、望ミテ全龍タル
コトヲ想見スベキナリ。今茲七周忌ニ際シ、齋藤、山田、井上三教
授、君力遺績ノ年ト共ニ散逸セムコトヲ憂ヒ、相謀リテ此等諸雜
誌所載ノ緒餘ヲ輯録シテ一冊トシ、一ハ以テ同好ノ士ニ頒チ、一
ハ以テ汎ク世上ニ刊行シテ、訴訟法學ノ研究ニ資セムトス。三

二
教授皆親シク教ヲ君ノ門ニ乞ヒ、又善ク君ノ遺業ヲ繼ギテ名聲
夙ニ馳ス、知ルベシ其ノ先師ヲ懷フノ念ニ於テ殊ニ厚キモノア
ルヲ。余乏ヲ常設國際司法裁判所裁判官ノ職ニ承ケ、海外ニ淹
留スルノ日多ク、獨リ羈窓ニ坐シテ往事ヲ追想シ、萬感交モ至リ、
中夜寐ザルコトアリ。頃口假ヲ告ゲテ歸朝シ、偶々三教授ノ企
畫成レルコトヲ聞キ、大ニ吾意ヲ得タルヲ喜ベリ。故ニ其ノ序
ヲ徵セラル、ヤ、敢テ不文ヲ以テ辭セズ、聊カ其ノ由來ヲ記シテ
以テ世ニ告グ。若シ夫レ緒餘ノ輯録ガ果シテ雉本君ノ意ニ適
ヘ、リヤ否ヤハ、固ヨリ知ルコト能ハズ、然レドモ其ノ及門弟子景
慕ノ餘ニ出ヅルコトヲ思ハ、君亦笑ヲ地下ニ含マンカ。

昭和三年孟夏、將サニ再ビ任ニ海牙ニ趣カムトスルノ前數日、洛北ノ鶴陰書
屋ニ於テ識ス。

織田萬

例言

一、京都帝國大學教授法學博士雉本朗造先生逝ケルノ後、議先生ノ知友門
弟ノ間ニ成リ、先生ノ論文集ヲ刊行シテ、我ガ國民事訴訟法學ノ先覺者、
ル先生ヲ永ク後世ニ傳ヘントシ、我等多ク先生ノ教ヲ受ケタルノ故ヲ以
テ自ラ拙ラズ編纂ノ囑ヲ受ケタリ。爾來今日ニ至ツテ歲ヲ閱スルコト
既ニ七回、其ノ編纂ノ遲々トシテ進マザルモノ、或ハ我等ノ間ニ劇務ノ職
ニ任ゼラレテ餘暇ナキ者アリ、或ハ海外遊學ヲ命ゼラレテコノ地ニ居ラ
ザリシ者アリ、會合熟議ノ機ヲ妨グラル、コト久シカリシガ爲メニシテ、
必シモ我等ノ懶惰ノミニ因レルニ非ズ。先生在天ノ靈希クハ公刊ノ遲
延ヲ恕セラレンコトヲ、又先生ノ知友並ニ門弟ノ諸君子、多ク我等ヲ咎メ
ザランコトヲ。

一、本書收ムル所ノモノ、其ノ數二十二篇ニシテ、先生ノ發表セラレタル論文總數ノ半ニ充タズ。先生ノ論述一トシテ珠玉ナラザルハナク、固ヨリ取捨ノ選ヲ加フベキニ非ザルモ、中絶シテ未結完ニ置カレタルモノハ、或ハ先生ノ以テ意ニ充タズトセラレタルモノナルベキヲ思ヒ、總テ之ヲ收録ヨリ除クコト、シタリ。唯其ノ續稿半ニシテ先生ノ訃ニ會シタル「訴權論」ノミハ、未完結ニ終レルモ尙ホ之ヲ收録シタリ。

一、本書ニ附録トシテ加ヘタル「訴訟行爲論」及ビ「判決手續」ハ共ニ著書トシテノ起稿ニ係リ、當時稿成ルニ從ツテ順次印刷ニ附シ、先生ノ學生ニ配與セラレタルモノニシテ、先生ノ訴訟法學之ニ由リテ其體系ヲ世ニ示スベク、我が訴訟法學界之ニ由リテ不滅ノ燈火ヲ得ベカリシモノタリ。之ヲ本書ニ加ヘタルハ、先生ノ抱負ノ實現ニ至ラザリシヲ悲ムト、コノ名著ノ途ニ湮滅ニ歸スベキヲ憂フルガ爲メナリ。而シテコノ二者ノ印刷

體裁ヲ特ニ他ト異ニセルハ、曩ニ先生ノ指命ニ依リテ印刷セラレタルモノニ從ヒ、以テ其ノ形態ヲ髣髴タラシメントノ微意ニ出ヅルニ外ナラズ。一、本書收ムル所ノ論文ニ付テハ、先生ノ手稿今存セザルガ故ニ、悉ク其ノ登載雜誌ヲ底本トシタリ。其等雜誌ノ印刷ハ魯魚ノ誤ニ類スルモノ少カラズ、其ノ明カナルモノハ之ヲ更メタルモ、尙ホ遺漏ナキヲ保セザルト共ニ、我等ノ淺學ナル、却ツテ正シキヲ誤リタルモノアルベキヲ虞ル。「訴ノ原因ヲ論ズ」ト題スル一篇ハ、モト「訴ノ原因及ビ訴ノ變更ヲ論ズ」ト題シ、其ノ前半ノミ發表セラレタルモノニシテ、本書ニ論題ヲ革メテ完結ノモノトシタルハ、先生藏庫ノ遺片ニ先生ノ筆ヲ以テ、「訴ノ原因ヲ論ズ」ト改題セラレタルヲ發見シタルニ由ル。

一、本書ノ校正ハ一ニ京都區裁判所判事法學士山口友吉氏ノ勞ニ負フ所ナリ。同氏ノ獻身の精勵ヲ致サレタル引用ノ外國書又ハ外國論文ニシ

テ、底本ノ誤謬想像ダニモ容サザルモノニ會シタルトキノ如キ、其ノ究追ニ夜ヲ徹スルコト一再ニ止マラザリシモノアリ。若シ同氏ノ熱情的努力微リセハ本書ノ公刊更ニ一層ノ晩キヲ加ヘタルヤ必セリ。爰ニ深ク同氏ノ勞ヲ謝ス。

昭和三年晚秋

山田 正三

齋藤 常三郎

井上 直三郎

目次

一 民事訴訟法ニ於ケル「正當ナル當事者」ナル觀念及其訴訟法上ノ地位ヲ論ス (Die richtige Partei-Sachlegitimation u. Processfähigkeit)

緒言 1

第一節 民事訴訟ニ於ケル「正當ナル當事者」ナル觀念 二

第一款 總言 二

第二款 正當ナル當事者即訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スル者 五

第一項 總說 五

第二項 正當ナル原告即原告トシテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スル者 七

第三項 正當ナル被告即被告トシテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スル者 一五

第二節 「正當ナル當事者」ナル觀念ノ訴訟法上ノ地位 三三

第一款 訴訟當事者、當事者能力及訴訟能力トノ別 三三

第二款 判決請求權及其權利保護ノ要件トノ關係 附 起訴行爲ニ於ケル地位 三三

第一項 判決請求權及其權利保護要件トノ關係 三六

第二項 訴訟ヲ爲ス權能力起訴行爲ニ於ケル地位 三六

第三款 「正當ナル當事者ニアラサル者」ノ爲シタル訴訟ニ對スル判決……………四八

第四款 結論……………五四

二 訴ノ原因ヲ論ス……………五七

總言……………五七

第一款 訴狀ノ要素一斑……………五七

第二款 起シタル請求ノ目的物及其原因(訴ノ原因)……………六二

第一項 起シタル請求ノ意義……………六三

第二項 訴訟法カ請求ノ目的物及原因ヲ以テ訴狀ノ要素ト爲シタル法意……………六九

第一 總說……………六九

第二 訴狀カ我訴訟法ニ於テ有スル意義……………七〇

第三項 法律關係ノ同一ヲ認識スヘキ標準……………七八

第四項 本款所述ノ要旨……………八九

第二款 訴ノ原因ニ關スル異論……………九一

三 反訴論……………一三三

緒言……………一三三

第一節 反訴ノ沿革……………一二四

第一 羅馬法ニ於ケル反訴……………一二五

第二 寺院法及ヒ以太利學派ノ認メタル反訴(羅馬法ニ加ヘタル變更)……………一二九

第三 獨逸固有法ニ於ケル反訴……………一二三

第四 獨逸固有法上ノ反訴ノ變遷及ヒ普通法ニ於ケル反訴……………一二六

第五 獨逸訴訟法制定當時ノ各州法及ヒ同法草案ニ於ケル反訴……………一二八

第六 獨逸訴訟法ニ於ケル反訴……………一三二

第二節 現行訴訟法ニ於ケル反訴……………一三七

第一 沿革上ノ地位……………一三七

第二 反訴ノ意義……………一三九

第三 反訴ノ適法要件……………一四一

第四 反訴ノ提起方式及ヒ裁判(梗概)……………一六一

四 將來ノ給付ノ訴……………一六五

一 緒言……………一六五

二 我訴訟法ニ於ケル將來ノ給付ノ訴ノ可能……………一六六

三 將來ノ給付ノ訴ノ權利保護要件……………一六九

四 要約……………一七七

五 經界ノ訴ヲ論ス……………一七九

一 緒言……………一七九

二 經界訴訟ノ沿革	一八一
三 界標ノ設置ト經界訴訟	一八七
四 經界訴訟ノ性質ニ關スル學說及ヒ其論評	一八九
五 經界訴訟ノ性質ニ關スル吾人ノ主張	一九四
六 要約	二〇五
六 強制履行及ヒ強制執行	二〇九
第一款 強制履行及ヒ其制限	二〇九
第一項 學說及ヒ判例批評	二一〇
第一 學說批評	二一〇
第二 判例批評	二一一
第二項 私見	二一一
第一 強制履行ノ意義	二一二
第二 「債務ノ性質カ強制履行ヲ許サス」ト云フ制限	二一五
第二款 作爲又ハ不作爲債務ノ強制履行及ヒ代替履行	二三四
第一 強制履行	二三四
第二 代替履行	二三九
第三款 結論及ヒ餘論	二五六

七 請求ニ對スル異議ノ訴

總說	二六一
第一項 請求異議ノ訴ノ性質	二六二
第二項 權利保護要件	二七六
第一目 判決カ債務名稱タル場合	二七六
第二目 債務名稱カ判決ニアラサル場合	二八九
第三項 請求異議ノ訴ノ原因、其變更及ヒ同時提出	二九三
第四項 請求異議ノ訴ヲ理由アリトスル判決ノ確定及ヒ強制執行ニ關シ テ爲ス假ノ處分	三〇三

八 中間確認ノ訴

總說	三〇七
第一項 中間確認ノ訴ノ意義及ヒ性質	三〇八
一 意義	三〇八
二 性質	三〇九
第二項 中間確認ノ訴ノ適法要件及ヒ權利保護要件	三一三
第一目 適法要件	三一三

- 一 中間確認ノ訴自體ニ關スル要件……………三二一
- 二 併合ニ關スル要件……………三二二
- 三 一般訴訟成立要件及ヒ訴訟上ノ障礙……………三二五
- 四 適法要件ノ存スヘキ時期及ヒ其調査……………三二九
- 第二目 權利保護要件……………三三五
- 第三項 中間確認ノ訴ノ提起其效力及ヒ裁判……………三三七
 - 一 中間確認ノ訴ノ提起……………三三七
 - 二 提起ノ効力……………三三六
 - 三 裁判……………三三九
- 九 有價證券ニ對スル金錢債權ノ執行……………三四一
 - 第一項 有價證券ノ意義……………三四一
 - 第二項 金錢債權執行ノ目的物トシテノ有價證券……………三四七
- 一〇 競賣法ニ依ル競賣ノ性質及ヒ競賣開始ノ效力……………三五五
 - 第一項 競賣法ニ依ル競賣ノ性質……………三五五
 - 一 擔保物ノ換價ニ關スル法制沿革一般……………三五六
 - 二 我競賣法及ヒ競賣ノ性質……………三六一
 - 第二項 競賣開始ノ效力……………三六八

- 一一 訴訟當事者ノ隱居又ハ入夫婚姻……………三七三
 - 緒言……………三七三
 - 第一款 隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シタル當事者ノ訴訟上ノ地位……………三七四
 - 第二款 當事者ノ隱居又ハ入夫婚姻ト訴訟ノ中斷……………三六六
 - 第三款 當事者ノ隱居又ハ入夫婚姻ト強制執行……………三九三
- 一二 供託ノ性質及ヒ其法律關係……………三九九
 - 緒言……………三九九
 - 第一項 供託ノ性質……………四〇二
 - 第二項 供託ノ法律關係……………四一八
 - 第一目 供託自由及ヒ供託權……………四一九
 - 第二目 供託上ノ法律關係ノ開始内容及ヒ終了……………四一九
 - 第一段 供託物受領前ノ法律關係……………四三〇
 - 第二段 供託物受領後ノ法律關係……………四三四
- 一三 債權者取消ノ訴ノ性質(廢罷訴權)……………四四七
 - 一 緒言……………四四七
 - 二 物權説ト其根據……………四四九

三	物權説ニ對スル論評	四六一
四	判例ト之ニ對スル論評	四七二
五	結論	四八七
一四	裁判ノ無効	五〇一
	序論	五〇二
	第一項 裁判及ヒ其性質	五〇二
	第二項 無効ノ意義——不成立ト無効 (Nonexistenz u. Nichtigkeit)	五〇六
	第一款 沿革一斑	五〇八
	第一項 羅馬法ニ於ケル判決ノ無効	五〇九
	第二項 ゲルマン古法ニ於ケル判決ノ形式的效力及ヒ判決案ニ對スル異議 (Urtheilsscheit)	五一二
	第三項 中世以太利ノ法制及ヒ學說ニ於ケル判決ノ無効	五一四
	第一目 中世以太利ノ法制ニ於ケル判決ノ無効	五一五
	一 Longobardi 法ノ上訴及ヒ判決ノ無効	五一五
	二 諸市法ニ於ケル判決ノ無効	五一六
	(一) 第十二世紀	五一六
	(二) 第十三世紀	五一六
	(三) 第十四世紀乃至第十六世紀ニ於ケル判決ノ無効	五一七

(甲)	判決無効ノ中立 (Nichtigkeitsbeschwerde)	五一七
(乙)	判決無効ノ抗辯 (Exceptio nullitatis)	五一九
(四)	要約	五二一
第二目	中世以太利ノ學說ニ於ケル判決ノ無効	五二三
一	Glossatoren	五二三
二	第十三世紀ノ中葉ニ至ルマテノ寺院法學者 (Kanonisten)ノ所説—Tancrediノ所説	五二四
三	當時ノ學者ノ Nichtigkeitsbeschwerdeニ對スル解釋論—Durantis	五二五
四	第十四世紀ヨリ第十七世紀ノ中葉ニ至ル學說ニ於ケル判決ノ無効	五二七
五	要約	五三〇
第四項	獨逸普通法及ヒ各州法ニ於ケル判決ノ無効	五三一
第五項	結論(沿革大觀)	五三五
第二款	現行法ノ解釋論	五三六
	總説	五三六
第一項	非裁判 (Nicht-Entscheidungen)	五三九
一	裁判タル法律要件 (Tatbestand)	五三九
二	非裁判ノ無効	五四四
第二項	裁判ノ無効 (Nichtigkeit der Entscheidungen)	五四五
	總言——裁判無効ノ意義	五四五
第一目	判決ノ無効	五四六

- 一 判決ノ形式的存在ト判決無効ノ主張..... 五四六
- 二 判決無効ノ事由——(1)内容ノ不定、不明又ハ矛盾ノ判決、(2)不能ノ事項ヲ認ムル判決、(3)法律上許サ、ル事項ヲ命スル判決..... 五四九
- 三 判決無効ノ主張方法..... 五六二
- 第二目 判決以外ノ裁判ノ無効..... 五六四

一五 強制執行ノ優先主義及ヒ平等主義(對人信用制度ノ消長)..... 五六七

緒言..... 五六七

第一節 沿革..... 五六八

- 第一款 羅馬法ニ於ケル金錢債權ノ執行..... 五六九
- 第一項 執行方法一斑..... 五六九
- 第二款 羅馬法ノ平等主義..... 五六九
- 第二款 日耳曼法ニ於ケル金錢債權ノ執行..... 五七二
- 第一項 日耳曼古法ノ Acht 及 a Pfandnahme..... 五七七
- 第二項 中世日耳曼法..... 五七七
- 第一目 執行方法一斑..... 五八〇
- 第二目 差押ヘタル財産ニ對スル債權者ノ權利..... 五八八
- 第三項 日耳曼法ノ優先主義及ヒ折衷主義..... 五九〇
- 第四項 獨逸普通法及ヒ各州法ニ於ケル差押債權..... 五九二

第二節 現行法制ノ比較..... 五九五

- 第一款 優先主義..... 五九六
- 第一項 英法ノ優先主義..... 五九六
- 第二項 獨逸法ノ優先主義..... 五九八
- 第三項 奧太利法ノ優先主義..... 六〇五
- 第二款 平等主義..... 六〇九
- 第一項 佛法ノ平等主義及ヒ裁判上ノ抵當權..... 六〇九
- 第二項 裁判上ノ抵當權ヲ認メサル佛法系ノ諸法..... 六一五
- 第三款 瑞西法ノ集團執行主義(折衷主義)..... 六一六
- 第三節 我現行法ノ平等主義..... 六二二
- 第一款 差押ノ效力並ニ差押債權者及ヒ差押債務者ノ地位..... 六三三
- 第一項 差押ノ效力..... 六三三
- 第二項 差押債權者及ヒ差押債務者ノ法律上ノ地位..... 六三八
- 第二款 配當要求..... 六四四
- 第一項 配當要求ノ性質..... 六四四
- 第二項 配當要求權者..... 六四〇
- 第三項 配當要求ノ制限及ヒ之ヲ爲シ得ル時期..... 六四二
- 第三款 要約..... 六四五

第四節 兩主義ノ得失及ビ立法政策（信用制度ノ消長）……………六四七

第一款 兩主義ノ得失……………六四七

第二款 立法政策、信用制度ノ消長……………六六二

一六 法律要件及ヒ既判力（最近大審院判決參照）……………六六九

緒言 判決事實、上告論旨及ヒ判決要旨……………六六九

第一款 法律要件及ヒ持分拂戻請求權……………六七七

第一項 法律要件一斑……………六七七

第二項 持分拂戻請求權……………六八〇

第一目 持分拂戻請求權ノ發生要件……………六八〇

第二目 持分拂戻請求權ノ目的……………六八五

第三目 持分拂戻請求權ノ同一認識……………六八八

第二款 既判力……………六九〇

第一項 既判力ノ客觀的範圍一斑……………六九〇

第一目 正文ニ包含シタル裁判……………六九一

第二目 判決ニ接續スル口頭辯論終結ノ時マテニ提出セラレ又ハ提出セラルヘカリシ事實……………六九九

第三目 前訴訟ニ於ケル確定判決ノ既判力ノ客觀的範圍……………七〇四

第二項 既判力ノ抗辯……………七〇三

第一目 既判力ノ抗辯一斑……………七二四

第二目 保爭事件ニ於ケル既判力ノ抗辯ノ當否……………七二七

第三款 餘論—社員ノ退社ニ因リ會社ノ解散ヲ來タス場合ニ於ケル持

分拂戻請求……………七三〇

一七 請求ノ豫備的併合及ヒ選擇的併合……………七三九

緒言 (一)豫備的併合ノ實用、(附主張責任及ヒ舉證責任ノ分配)(二)實際ノ認ムル選擇的併合

トノ別……………七三九

第一款 請求ノ豫備的併合……………七四五

第一項 請求ノ豫備的併合並ニ訴ノ申立ノ豫備的結合ノ適否……………七四六

第一目 請求ノ豫備的併合 (Eventualklageaufung) 及ヒ其適否……………七四六

第一段 總 說……………七四六

第二段 請求ノ豫備的併合ノ觀念……………七四八

第三段 請求ノ豫備的併合ノ適否……………七五四

第二目 訴ノ申立ノ豫備的結合 (Eventualantrage) 及ヒ其適否……………七五六

第一段 訴ノ申立ノ豫備的結合……………七五六

第二段 訴ノ申立ノ豫備的結合ノ適否……………七六二

第三目 要 約……………七七二

第二項 請求ノ豫備的併合ノ場合ニ於ケル審理及ヒ裁判……………七七三

第一目 一般—訴訟物ノ價格、審理ノ順序、請求ノ認諾及ヒ判決ノ性質……………七七三

第二目 請求ノ準備的併合ト控訴……………七七八

第二款 請求ノ選擇的併合及ヒ任意的併合……………七七八

第一項 請求ノ選擇的併合(狹義)……………七八四

第一目 請求ノ選擇的併合一般……………七八五

第二目 選擇債務關係ト請求ノ選擇的併合……………七九〇

第一段 選擇債務關係ノ性質……………七九〇

第二段 請求ノ選擇的併合……………八〇三

第一折 債權者カ選擇權ヲ有スル場合……………八〇三

第二折 債務者カ選擇權ヲ有スル場合—債務者ノ選擇ニ依リ一給付又ハ他ノ給付ヲ爲スヘシトスル判決ノ執行……………八〇五

第二項 請求ノ任意的併合……………八一二

第一目 任意的併合一般……………八一二

第二目 任意債務關係ト請求ノ任意的併合……………八一六

第一段 任意債權ト請求ノ任意的併合……………八一六

第二段 任意債務ト請求ノ任意的併合……………八二二

第三目 大來ノ給付ヲ求ムル請求ト賠償請求トノ任意的併合……………八二三

第一段 債務者カ本來ノ給付ヲ爲サ、ル場合ニ於ケル賠償請求ノ任意的併合……………八二三

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……………八二九

第四目 任意的ニ併合シタル請求ヲ認ムル判決ノ執行……………八三三

一八 舉證責任ノ分配

緒言……………八三五

第一款 總說……………八三六

第一項 舉證作用ノ對象……………八三六

第二項 舉證責任ノ觀念……………八四一

第二款 舉證責任分配ノ原則……………八四五

第一項 舉證責任ノ分配ニ關スル學說ノ變遷……………八四六

第二項 舉證責任ノ分配ニ關スル現代ノ學說……………八五一

第一目 要證事實分類說 (Themenverteilungstheorie)……………八五一

第二目 法律要件分類說 (Tatbestandsverteilungstheorie)……………八五八

第一段 通說……………八五九

第一折 舉證責任分配ノ本則及ヒ其理由……………八六〇

第二折 發生要件ノ分類……………八六五

第二段 Leonhardノ所說……………八七六

第三款 私見……………九〇三

第一項 舉證責任分配ノ原則……………九〇三

第一目 舉證責任分配ノ本則及ヒ分配ノ根據……………九〇四

第二目 舉證責任分配ノ細則(發生要件タル元素ノ分類)……………九一四

第三目 要約……………九八八
 第二項 舉證責任分配ノ原則ノ適用……………九二二

一九 判決ノ參加の效力……………九二七

緒言……………九二七

第一項 從參加ト參加の效力……………九二七

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……………九二七
 第一段 既判力說ノ批評……………九二六
 第二段 參加の效力說ノ主張……………九五三
 第二目 參加の效力ノ範圍……………九五九
 第一段 客觀的範圍……………九六〇
 第二段 主觀的範圍……………九六八
 第三目 要約……………九七二

第二項 訴訟告知及ヒ共同訴訟ト參加の效力……………九七六

第一目 告知者及ヒ被告告知者間ノ參加の效力……………九七六
 第二目 共同訴訟人間ノ參加の效力……………九八一
 第三目 附隨ノ訴訟告知ト從參加ノ聯合……………九八二

二〇 株主總會ノ決議無効ノ訴……………九八九

緒言……………九八九

第一項 一般……………九八九

第一目 總會ノ決議ノ性質、決議ト法律關係及ヒ確認ノ訴トノ關係……………九八九
 第二目 株主總會ノ決議タル法律要件、非總會ノ非決議並ニ存立ト其效力……………一〇〇二

第二項 株主總會ノ決議無効ノ訴ノ性質及ヒ權利保護要件一斑……………一〇〇八

第一目 決議無効ノ訴ノ性質……………一〇〇八
 第二目 權利保護要件及ヒ訴訟要件一斑……………一〇一一

第三項 決議無効ノ訴ノ提出、出訴期間、反訴及ヒ擔保請求……………一〇一八

第一目 決議無効ノ訴ノ提起及ヒ出訴期間……………一〇一八
 第二目 反訴……………一〇二〇
 第三目 擔保ノ請求……………一〇二二

第四項 株主總會ノ決議無効ノ訴ト共同訴訟……………一〇二九

第一目 決議無効ノ訴ノ提起ニヨリテ生スル共同訴訟……………一〇二九
 第一段 株主力提起スル決議無効ノ共同訴訟……………一〇二九
 第二段 取締役又ハ監査役力提起スル決議無効ノ共同訴訟……………一〇三六
 第二目 數多ノ決議無効ノ訴ノ併合ニ因リテ生スル共同訴訟……………一〇三九
 第一段 義務的併合ノ意義及ヒ範圍……………一〇四〇
 第二段 併合ニ因リテ生スル共同訴訟ノ性質及ヒ共同訴訟人ノ地位……………一〇四四
 第三目 決議無効ノ共同訴訟ト上訴……………一〇五九

第五項 決議無効ノ訴ニ對スル判決、決議無効宣告判決ノ效力……………一〇六二

第一目 一般……………一〇六一

第二目 決議無効宣告判決ノ效力……………一〇六四

第三目 趣及効ノ制限……………一〇六七

第六項 原告敗訴ノ場合ニ於ケル賠償責任（訴訟的違法行為ニ對スル訴訟法上ノ制裁トシテノ損害賠償）……………一〇七一

第七項 株主總會ノ決議殊ニ合併ノ決議ノ執行ト無効ノ訴……………一〇七六

第一目 總會ノ決議ノ執行ト決議無効ノ訴……………一〇七六

第二目 合併決議ノ執行ト決議無効ノ訴……………一〇七九

一一二 間接訴權ノ研究（間接訴權ノ行使ト債務者ニ對スル破産宣告）……………一〇八九

一 緒言—本論ノ問題タル事件……………一〇八九

二 本件訴訟ト訴訟手續ノ中断……………一〇九四

三 債權者カ間接訴權ニ基キテ債務者ニ屬スル權利ノ行使ヲ開始シタル後ニ於テモ債務者、又債權者破産ノ場合ニハ管財人ハ仍ホ自ラ其權利ヲ行使スルコトヲ得ルヤ……………一〇九七

四 債務者又ハ破産管財人カ本件ノ訴訟物タル所有物返還請求權ヲ訴訟物トシテ新訴ヲ提起シタル場合ニ於ケル權利拘束 抗辯及ヒ原告タル遺格欠缺ノ抗辯……………一一〇

五 破産管財人ニ依ル本件「訴訟ノ引受」……………一一三

一一一 訴權論……………一二七

第一節 一般……………一二九

第二節 判決請求權及ヒ權利保護要件……………一二九

第一款 判決請求權……………一二九

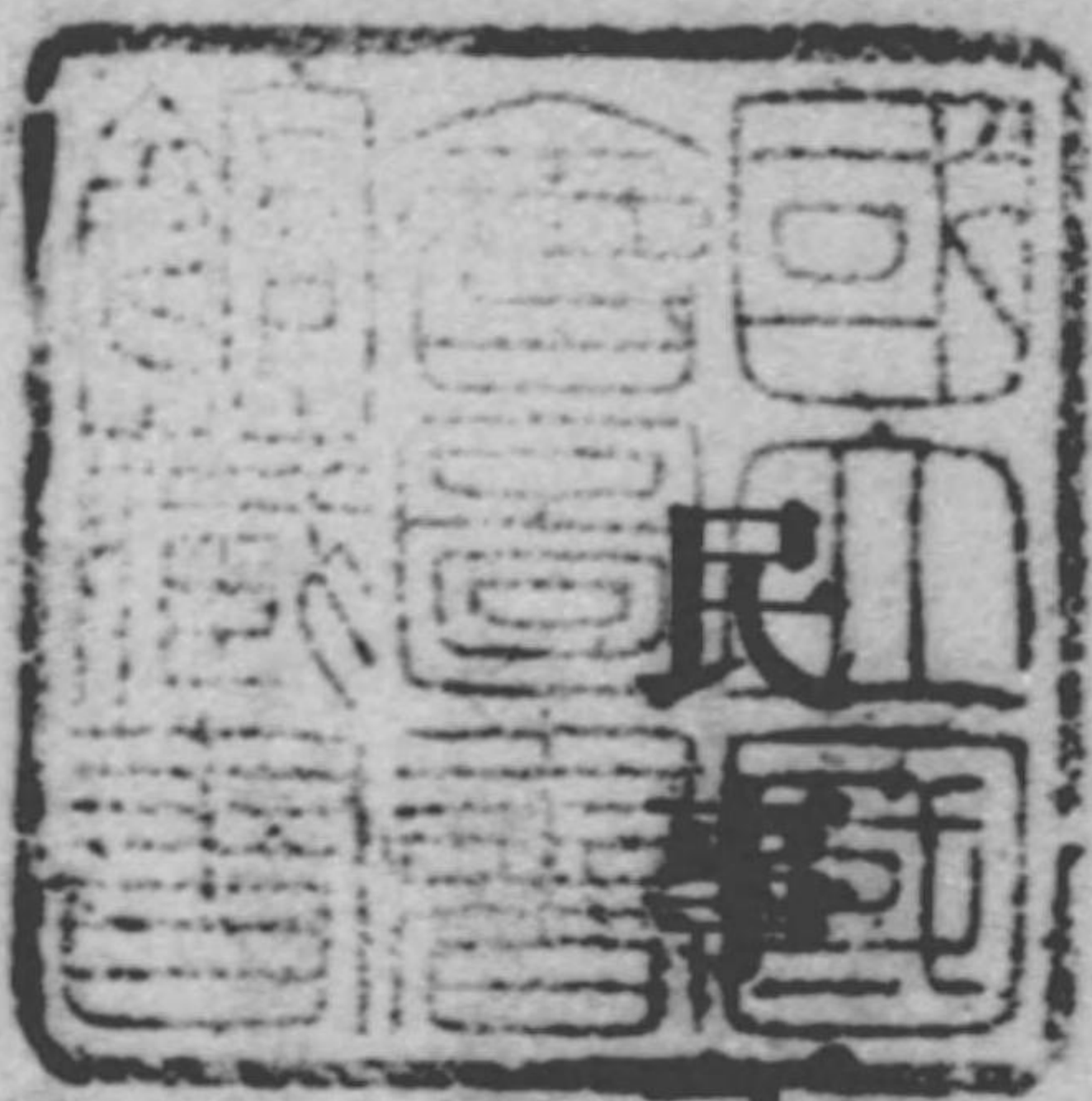
第二款 判決請求權ノ權利保護要件……………一三四

【附 錄】

訴訟行為論……………一一九六

判決手續……………一一〇〇

論文年代一覽……………一一五



訴訟法論文集

京都帝國大學 教授法學博士 故 雉 本 朗 造

一 民事訴訟ニ於ケル「正當ナル當事者」ナル觀念及其訴訟法上ノ地位ヲ論ス (Die richtige Partei— Sachlegitimation u. Processführungsrecht)

緒 言

茲ニ題シテ民事訴訟ニ於ケル「正當ナル當事者」(Die richtige Partei)ト稱スルハ、獨逸ノ新學界ニ於テ Sachlegitimation 從テ Processführungsrecht(又ハ Processlegitimation)ノ問題トシテ研究セラルル所ノモノナリ。蓋我邦ノ新學界ニ於テ、此ノ問題カ業ニ既ニ研究セラレタルコトハ、余ノ疑ヲ存レザル所ナリト雖モ、未タ一定ノ術語無キモノノ如シ。故ニ余ハ「正當ナル當事者」若クハ「訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スル當事者」ト稱シテ、此ノ問題ヲ研究セントス。而シテ余ハ本篇ニ於テ左ノ諸點ヲ研究ス可キ。

- 一 民事訴訟ニ於テ正當ナル當事者ト稱スルモノノ觀念——正當ナル原告及ヒ正當ナル被告。
 - 二 正當ナル當事者ナル觀念ノ訴訟法上ノ地位。
- 民事訴訟ニ於ケル「正當ナル當事者」ナル觀念及其訴訟法上ノ地位ヲ論ス

- I 類似セル觀念トノ區別及ヒ關係——民事訴訟ノ當事者、當事者能力、訴訟能力。
- II 判決請求權及ヒ其權利保護要件トノ關係及ヒ起訴行為トノ關係。
- III 正當ナル當事者ニ非ラザル者ノ爲シタル訴訟ニ對スル判決。
- 三 此觀念ノ適用セラル可キ主要ナル一場合トシテノ必要的共同訴訟。

第一節 民事訴訟ニ於ケル「正當ナル當事者」ナル觀念

第一款總 言

一 民事訴訟ニ於テ正當ナル當事者 (Die richtige Partei) ト云フハ〔註一〕訴訟物ヲ成ス私法上ノ請求權又ハ私法上ノ法律關係ニツキテ、訴訟ヲ爲ス權能 (Processführungsrecht) ヲ有スル者ヲ云フ。

1 一定ノ私法上ノ請求權又ハ法律關係ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ト云フハ、原告タル可キ者ヨリ見レハ、起訴行為ニ依リテ之ヲ訴訟物ト成シ、更ニ之ニツキテ他ノ訴訟行為ヲ爲ス權能ヲ云ヒ、被告タル可キ者ヨリ觀察スルトキハ、訴ニ依リテ訴訟物トセラレタル私法上ノ請求權又ハ法律關係ニツキテ訴訟行為ヲ爲ス權能(及義務)ヲ云フモノナリ。而シテ特ニ訴訟ヲ爲ス權能ト云フハ、之ニ依リテ訴訟カ其目的ヲ達シ得可キコトヲ云フモノナリ(後述參照)。

【註一】茲ニ訴訟物ト成ス可キ從テ訴訟物ヲ成ス私法上ノ請求權又ハ法律關係ト云フハ、私法上ノ請求權又ハ法律關係カ直チニ訴訟物ナリト云ハント欲スルモノニアラス。是レ私法上ノ請求權又ハ法律關係ハ權利保護請求權(Rechtsverzanspruch)從テ訴訟

ノ申立ノ對象トシテ民事訴訟ノ對象即チ訴訟物トナルカ故ナリ。余カ訴訟物ト成シ若クハ之ヲ成スト云フハ、此ノ意義ニ於テ然ルナリ。

II 民事訴訟ノ當事者カ、訴訟物ト成ス可キ從テ訴訟物ヲ成ス私法上ノ請求權又ハ法律關係ニツキテ、訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルハ、或ハ(イ)當事者カ該私法上ノ請求權又ハ法律關係ノ主體タルニ因ルコトアリ(而シテ之ハ又通常ナリ)或ハ又(ロ)之ニ反シテ、該私法上ノ請求權又ハ法律關係ノ主體タルニハアラスシテ猶且ツ、之ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコトアルナリ。而シテ余ハ兩者何レノ場合タルヲ問ハス、當事者カ苟クモ訴訟物ヲ成ス私法上ノ請求權又ハ法律關係ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルトキハ、之ヲ正當ナル當事者ト云ハントスルナリ。

獨逸ノ學界ニ於テハ、通常、訴訟物ヲ成ス私法上ノ請求權又ハ法律關係カ、當事者ニ屬スルコト („die subjektive Zuständigkeit des Rechts“) ヲ稱シテ Sachlegitimation ト云ヒ、從テ(ロ)ノ場合ヲ稱シテ Processlegitimation ト云ヘリ。サレト、當事者カ訴訟物ヲ成ス私法上ノ請求權又ハ法律關係ノ主體タル場合ニ於テモ單ニ主體タリト云フコトカ要點タルニハアラスシテ、主體タルカ爲ニ之ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スト云フコトカ要點ナルハ(ロ)ノ場合ニ於ケルト異ナルコト無シ。故ニ余ハ此ノ兩場合ヲ總括シテ、正當ナル當事者ト云フナリ。

而シテ余ハ、原告トシテ訴訟ヲ爲ス權能 (Aktivlegitimation) ヲ有スル當事者ハ、之ヲ「正當ナル原

告」ト云ヒ、被告トシテ訴訟ヲ爲ス權能(Passivlegitimation)ヲ有スル當事者ハ、之ヲ「正當ナル被告」ト云フ。

二 何人カ、訴訟物ヲ成ス私法上ノ請求權又ハ法律關係ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルカノ問題ハ、余ノ觀ル所ニ依レバ、後ニ述フルカ如ク權利保護ノ要件(又私權保護ノ要件ト云フ—Rechtsschutzvorsetzungen)ニ屬スルカ故ニ、訴訟法上ノ問題ニシテ又本來民事訴訟法ニ於テ定ム可キ事項ナリ。勿論民事訴訟法ハ、他ノ權利保護ノ要件(即チ民事訴訟法ニ依リテ保護セラル可キ私法上ノ利益ハ何タルカ、又如何ナル場合ニ保護ノ必要アルカノ問題)ニ關スル規定ヲ實質私法ニ委任シタルカ如クニ、此ノ問題ノ規定ヲモ亦タ之ヲ實質私法ニ委任スルコトヲ得ヘシ。唯、重要ナルハ斯ル委任カ有リタレハトテ、此ノ問題ハ訴訟法上ノ問題タルコトナリ。此ノコトハ、訴訟法自ら、何人カ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルカノ問題ヲ決シタル場合ノ存スルコトニ徴スルモ亦明ナリ(後述參照)。

獨逸民事訴訟法從テ我民事訴訟法ノ制定セラレタル當時ニ於テハ、民事訴訟ハ私權ノ裁判上ノ行使ニ外ナラスト解セラレ、此ノ解釋ハ又法文ニ其痕跡ヲ殘シタリ(例ハ、確定ノ訴ハ、私法上ノ請求權又ハ私法上ノ法律關係ノ存在又ハ不存在ヲ確定スル判決ヲ要求スルモノタルニ係ハラズ、訴ノ提起ニ關スル法文ニハ、單ニ「請求」ト規定シタリ)獨逸民事訴訟法二五三、我民事訴訟法一九〇參

照)而シテ、此ノ解釋ヨリスレバ、訴訟物ヲ成ス私法上ノ請求權又ハ法律關係ニツキテ何人カ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルカノ問題ハ、何人カ、私權ヲ裁判上行使スルヲ得ルカノ問題トナリ極メテ單純ナリ。少クモ之カ私法上ノ問題ニシテ、又私法法規ニ於テ定メラル可キ問題タルコトハ疑ヲ容レスト雖モ、斯ル解釋カ誤マレルコトハ又多言ヲ要セサルナリ。但、斯ル見解ノ下ニ立法セラレタル訴訟法ノ下ニ於テ、何人カ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルカノ問題ヲ解決セントセバ、溯リテ私法ノ規定ヲ參照スルノ必要極メテ多キコトハ自ラ明ナリ。

第二款 正當ナル當事者即訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スル者

第一項 總 說

一 訴訟物ヲ成ス私法上ノ請求權又ハ法律關係ニツキテ、訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルハ、通常該請求權又ハ法律關係ノ主體ナリ。是レ(イ)斯ル請求權又ハ法律關係ニシテ、苟クモ財産法上ノモノナルトキハ、主體カ之ニツキテ管理權ヲ有スルハ疑フ可カラサル所ニシテ、又斯ル關係ニツキテ訴訟ヲ爲スハ、畢竟之ヲ管理スルモノタルニ外ナラサレハナリ(註一)(ロ)反之、訴訟物ヲ成ス、私法上ノ法律關係カ財産法上ノモノニアラサルトキハ、主體カ之ニツキテ管理權ヲ有スト云フハ固ヨリ不當ナルヲ免レスト雖モ、斯ル關係ニツキテ保護ヲ求メ得ルコト即チ斯ル關係ニツキテ、或ハ之カ存在又ハ不存在ノ確定ヲ求メ、或ハ之カ形成(Gestaltung)ヲ求メ得ルコトハ、固ヨリ論ヲ俟タサル所

民事訴訟ニ於ケル「正當ナル當事者」ナル觀念及其訴訟法上ノ地位ヲ論ス

ナリ。而シテ、斯ル關係ニツキテ訴訟ヲ爲スハ、畢竟保護ヲ求ムルモノタルニ外ナラサルナリ。

【註一】管理權(Verwaltungsrecht)ハ、一方ニ於テハ(1)事實上ノ行爲例ハ管理セラレタル物ヲ使用、收益スト云フカ如キ行爲ヲ爲ス權能ヲ包含スルト同時ニ、他方ニ於テハ(2)法律上重要ナル遺法行爲(Rechtshandlungen)ヲ爲ス權能ヲ包含ス。故ニ(イ)獨リ私法上ノ法律行爲(例ハ處分行爲)ヲ爲シ得ルノミナラス又(ロ)訴訟行爲ヲ爲スチ得ルナリ。蓋訴訟カ細劣ニ爲サルルトキハ當事者處分主權ノ結果トシテ、私法上ノ權利ヲ有スル者モ猶ホ敗訴スルコトアリ、不當認定判決(即チ客觀的ノ眞實ニ合セサル判決 Unrichtiges Urteil)ニ依リテモ亦々同一ノ結果ニ達スルコトアリ。從テ、民事訴訟ハ往往ニシテ存在スル私法上ノ權利若クハ利益ヲ保護スルニアラスシテ、却テ之ヲ創設若クハ消滅セシムルモノナルカ如キ外觀チ有スルコトアリト雖モ、此ノ如キハ、蓋偶然ノ現象ト云フ可キニシテ、民事訴訟本來ノ目的ナリト云フチ得ス。故ニ訴訟物ヲ成ス私法上ノ請求權又ハ法律關係ニツキテ訴訟ヲ爲スハ、決シテ之ニツキテ處分ヲ爲スモノニハアラスシテ、管理ヲ爲スモノナリ。從テ、私法上、訴訟物ヲ成セル私法上ノ請求權又ハ法律關係ニツキテ、管理權ヲ有スル者ハ、又之ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スル者タルナリ(vgl. Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts Bd. I. S. 216 fg. Weismann, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, Bd. S. 241)

二 斯ク訴訟物ヲ成ス私法上ノ請求權又ハ法律關係カ財產法上ノモノナルトキハ、主體力之ニツキテ管理權從テ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルハ通常ナリト雖モ、之ハ單ニ通常ナリト云フニ過キス。故ニ、

I 少數ノ場合ニ於テハ、主體カ斯ル請求權又ハ法律關係ニツキテ、管理權ト共ニ訴訟ヲ爲ス權能ヲ失ヒ、第三者力之ニツキテノ管理權ヲ取得スルト同時ニ、之ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ取得スルコトアリ。此ノ場合ニ於テハ管理權ト訴訟ヲ爲ス權能トハ相伴ヒテ得喪セラレルナリ。

II 更ニ少數ノ場合ニ於テハ、訴訟法ハ訴訟物ヲ爲ス財產法上ノ請求權又ハ法律關係ニツキテ、實質法上管理權ヲ有セサル者ニ、斯ル請求權又ハ法律關係ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ認ムルコトアリ。此場合ニ於テハ、管理權ト訴訟ヲ爲ス權能トハ相伴ハサルナリ。

三 又訴訟物ヲ爲ス私法上ノ法律關係カ、財產法上ノモノニ非ラサル場合ニ於テモ、其主體力之ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルハ通常ナリト雖モ(一ノロ)、例外トシテ法文ハ斯ル法律關係ノ主體ニアラサル者ニ、之ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ認ムル場合アリ。

四 以上ハ、訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スル者、即「正當ナル當事者」ハ、何人タルカニ關スル要領ナリ。左ニ之ヲ原告トシテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スル者即チ正當ナル原告及ヒ被告トシテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スル者ノ二項ニ分チテ研究セン。

第二項 正當ナル原告即原告トシテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スル者

一 財產法上ノ請求權又ハ法律關係ノ主體ハ、之ニツキテ管理權ヲ有スルト同時ニ、訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコトハ前述ノ如シ。

而シテ(イ)主體カ一人ナルカ若クハ二人以上ナルモ管理權ハ一主體又ハ各主體力之ヲ行使シ得ル場合ニ於テハ、訴訟ヲ爲ス權能モ亦一主體又ハ各主體ニ屬スルコトハ疑ヲ容ル可キナシ。(ロ)反之、主體カ二人以上ニシテ、且共同ニ於テノ管理權ヲ行フヲ得ル場合ニ於テハ、又共同ニ於テノ

民事訴訟ニ於ケル「正當ナル當事者」ナル觀念及其訴訟法上ノ地位ヲ論ス

ミ訴訟ヲ爲スノ權能ヲ有スルナリ。而シテ管理權カー主體又ハ各主體ニ屬スルカ、若クハ數人ノ主體ニ共同ニノミ屬スルカハ、私法ノ規定ニ依リテ判定ス可キナリ。例ハ、共有關係ヲ訴訟物ト成シ從テ共有物カ訴訟物ヲ成ス訴訟ニ於テ、訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルハ、何人ナルカハ民法二五二條ノ答フル所ナリ。又訴訟物ヲ成ス不可分債權ノ債權者カ數人アル場合ニ於テ、各債權者カ之ニツキ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコトハ、民法四二八條ノ規定スル所ナルカ如シ。

反之、私法上ノ形成權(Gestaltungsrecht)例ハ取消權、解除權、解約告知權等)カ數人ノ主體ニ屬スル場合ニ於テハ、之カ行使ハ私法上共同ニ於テノミ、有效ニ爲サルモノナルカ故ニ【註一】此ノ考ハ、私法上ノ形成權カ、裁判外ニ於テ達スルト同様ナル目的ヲ達スルカ爲メニ、存スル法律關係變更ノ訴【註二】(又權利變更ノ訴 Konstitutives=Gestaltungs=od. Bewirkungsklage)ニモ亦適用セラル可キモノナリ【註三】。

【註一】私法上ノ形成權カ數人ノ主體ニ屬スル場合ニ於テハ、之ハ共同ニ於テノミ行使セラルコトヲ示シタル一適例ハ、契約ノ解除權ニ關スル民法五四四條ノ規定ナリ。曰ク、當事者ノ一方カ數人アル場合ニ於テハ契約ノ解除ハ其全員ヨリ又ハ其全員ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得ト。

【註二】法律關係變更ノ訴ヲ以テ、給付ノ訴及ヒ確定ノ訴ト併存スル第三種ノ訴トシテ認ム可キカハ學界ニ於テ、議論ノ分ルル所ナリ(即二分説及三分説)。サレト、訴ノ第三種ニ屬スルモノトシテ、法律關係變更ノ訴ナルモノヲ認ムルヲ以テ至當トスト云フハ、近時ノ通説ナリ。

而シテ、法律關係變更ノ訴ヲ認ムル學說ニ於テモ、(イ)或ハ此ノ訴ハ、私法上ノ形成權ノ存在ヲ以テ前提要件ト爲ストシ、(ロ)或ハ然ラストナス。前者ハ主トシテ Hellwigノ主張スル所ナリト雖モ(Hellwig, Lehrbuch I S. 398 fg. a. O.)通説ハ之ニ反ス(vgl. Kisch, Beiträge zur Urtheilslehre 1908 S. 71 f. u. A.)何ニシテモ、私法上ノ法律關係ノ形成、即創設、變更若ハ消滅カ、私法上ノ形成權ノ主體ノ、相手方ニ對スル一方ノ意思表示ニ依リ、裁判外ニ於テ行ハルコトヲ得ル場合ニ於テハ法律關係變更ノ訴ナルモノヲ認ムル必要ナシ。之アルハ法律ノ規定(或ハ私法上ノ規定タリ或ハ訴訟法上ノ規定タリ)ニ於テ、法律關係(或ハ私法上ノ或ハ訴訟法上ノ)ノ形成ハ、斯ル形成ヲ以テ直接ノ目的トスル判決ニ依リテノミ行ハルトスル場合ナリ而シテ、法律關係創設ノ訴ハ、斯ル判決ヲ要求スルヲ以テ其ノ目的ト爲スカ故ニ、本文ノ如ク、私法上ノ形成權カ達スルト同様ナル目的ヲ達スルカ爲メニ存スル訴ナリト云フヲ得ルナリ。

【註三】私法上ノ形成權ニツキテハ Seckel(Gestaltungsrecht des Bürgerlichen Rechts (in Festgabe für Koch) 石坂博士形成權(京都法學會雜誌第二卷第十號八八頁以下)及ヒ同博士法律行為ノ原因ト不當利得ニ於ケル法律上ノ原因(京都法學會雜誌第四卷一號五七頁註一)參照。

二 I 反之、財産法上ノ請求權又ハ法律關係ノ主體カ管理權ヲ喪失スルト同時ニ、之ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ喪失スル場合アリ。而シテ、斯ク、主體ニ依リテ喪失セラレタル管理權從テ訴訟ヲ爲ス權能ハ、或ハ第三者ニ歸シ或ハ獨立セル特別財産ニ歸ス(?)。

II (1)此場合ノ最モ著名ナル例ハ破産開始ノ場合ナリ。

破産宣告ニ依リ、破産者ハ、破産手續ノ繼續中、自己ノ財産ヲ管理シ及ヒ處分スル權利ヲ失フ。

破産者ノ不動産(破産財團ヲ意義ス)ニ關スル訴及ヒ執行ハ、獨リ管財人ヨリ又ハ管財人ニ對シテ、之ヲ起シ又ハ繼續スルコトヲ得(舊商法九八五條第一項及第三項)。(註二)

【註一】獨逸破産法第六條ニハ、破産宣告ニ依リ、破産者ハ破産財團ニ屬スル財産ヲ管理シ及之ヲ處分スル權能(Befugnis zu verwalten, zu verfügen)ヲ失フ(第一項)管理權及處分權ハ破産管財人之ヲ行使ス(第二項)トアリ。而シテ、同法第十條及第十一條ニハ、破産開始ノ當時繼續セル訴訟ニシテ、破産者カ原告タルモノ及ヒ被告タルモノノ、破産管財人ニ依ル受継ニツキテ規定シタリ。

我破産法草案ニ於テハ第五四條ニ於テ「破産者カ破産宣告ノ後破産財團ニ關シテ爲シタル法律行爲ハ之ヲ以テ破産債權者ニ對抗スルヲ得ス」ト規定シ、第五五條ニ於テ「前條ノ規定ハ破産宣告ノ後第三者カ破産財團ニ關シ破産者ノ法律行爲ニ因ラズシテ取得シタル權利ニ之ヲ準用ス」ト規定シテ、法律行爲ニ非ラサル法律上重要ナル違法行爲(R. chshundlungen)ニ及ボシタルノミ。而シテ起草者ノ意ハ恐クハ、破産宣告ニ依テ、破産者カ破産財團ニ屬スル財産ヲ管理シ及處分スル權能ヲ喪失スルコトハ、特別ノ規定ヲ待タズシテ明ナル所、又此等ノ規定及破産財團ノ管理ニ關スル規定(草案一七八以下)ヨリシテ、類推スルヲ得可シト云フニアラント雖モ、舊商法九八五條第一項及第三項ハ極メテ重要ナル規定ナルカ故ニ草案ニモ斯ル規定ヲ設ケラレンコトヲ希望セサルヲ得ス。草案五四及五五條ノ規定ハ、畢竟獨逸破産法第七條ヲ母法トシタルモノニシテ、又舊商法九八五條第二項ト同一趣旨ナリト雖モ、此規定等ヨリスル類推ニ放任スルノ危險ナルハ、獨逸及舊商法カ、草案五四及五五條ニ相當スル規定ノ外ニ特別ノ規定ヲ設ケタルコトヨリ觀ルモ、猶察スルヲ得可キナリ。

サレハ舊商法九八五ノ規定ハ、一方ニ於テハ破産宣告ニ依リテ、破産者カ破産財團ニ屬スル財産ヲ管理スル權能ト共ニ、斯ル財産ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ喪失スルコトヲ定メタルト同時ニ、他方ニ於テハ、破産管財人カ破産財團ヲ管理スル權能ト共ニ訴訟ヲ爲ス權能ヲ得タルコトヲ定メタル

モノト云フ可シ。

茲ニ問題タルハ、破産管財人ノ資格ナリ。換言スレハ(1)破産管財人ハ、自己ノ名ニ於テ、自己ノ權利トシテ、管理權及處分ヲ爲ス權能ヲ行使スルカ、若ハ他人ノ名ニ於テ然ルカノ問題、及(2)若シ破産管財人ハ他人ノ名ニ於テ、管理權及訴訟ヲ爲ス權能ヲ行使スルモノナリトセハ、該他人トハ誰ナルカノ點ナリ。而シテ、最後ノ點ニ關シテ、學界ニ於テハ(イ)或ハ破産管財人ハ破産者ヲ代表ストシ、或ハ(ロ)破産債權者又ハ破産債權者團體ヲ代表ストシ、或ハ(ハ)破産者及ヒ破産債權者團體ヲ代表ストシ、或ハ(ニ)破産管財人ハ破産開始ニ依リテ、法人トナレル破産財團ヲ代表ストシ、或ハ(ホ)破産開始ニ依リテ、獨立セル特別財産ト成レル破産財團ヲ代表ストスルナリ。

此點ヲ決スルハ、之ヲ他日ニ讓ラントスト雖モ、余ハ(2)(ハ)ノ說ヲ以テ正當ナルモノト信セントス。何レニシテモ、破産者ハ、破産開始後ニ於テモ、猶破産財團ヲ構成スル財産ノ主體タルニ係ハラス、此ノ財産ニ對スル管理權ヲ喪失スルト共ニ、訴訟ヲ爲ス權能ヲ失ヒ、第三者ハ破産財團ヲ構成スル財産ニツキテハ管理權ト共ニ訴訟ヲ爲ス權能ヲ取得スルナリ。

(2) 遺言相續ノ場合ニ於テ、遺言執行者ノ存スルトキモ、亦上述ノ一例ト爲スヲ得可シ。即チ此ノ場合ニ於テモ相續人ハ、相續財産ヲ管理シ且ツ之ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有セサルコトハ、民法一一五條ノ規定スル所ナリ、同條ニハ相續人ハ相續財産ヲ處分シ其他遺言ノ執行ヲ妨クヘキ行

爲ラ爲スコトヲ得ハト規定スト雖モ、處分ハ畢竟例示タルニ過キサレナリ。而シテ斯ル權能力、遺言執行者ニ歸スルコトハ、民法第一一四條ニ「遺言執行者ハ相續財産ノ管理其他遺言ノ執行ニ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲ス權利義務ヲ有ス」ト云フニ依リテ明カナリ。即チ此ノ場合ニ於テモ、本來第三者タル遺言執行者カ自己ノ名ニ於テ管理權從テ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有シ、正當ナル當事者タル可キ場合ナリ。尤モ民法第一一七條ハ、遺言執行者ハ之ヲ相續人ノ代理人ト看做スナル擬制ヲ設ケタルカ故ニ、此ノ規定ノ結果遺言執行者ハ代理人トシテ訴訟ヲ爲スモノト看ルノ外ナカラント雖モ、本人カ有セサル權能ヲ代理人カ有スト云フハ、法定代理人ナリトシテ猶且ツ一奇觀タルヲ免レサル可シ。何レニシテモ、民法一一七條ノ欲スル所ハ、遺言執行者ノ爲ス管理若ハ訴訟カ、相續人ニ其效果ヲ及ホスコトタルニ外ナラス。而シテ、此ノコトハ民事訴訟ノ範圍ニ於テハ判決ノ既判力ノ主觀的範圍ノ擴張ニ依リテ其目的ヲ達スルヲ得^{註一}而シテ之カ爲メニハ他ノ場合ニ於ケルト等シク特別ノ明文ヲ要セサルナリ。

「註一」判決ノ既判力ハ、當事者間ニ止マルヲ以テ原則トスト雖モ、第三者カ訴訟物ヲ爲ス私法上ノ法律關係ニツキテ管理權ヲ有シ、從テ其ノ訴訟ヲ爲ス權能ニ基キ當事者トシテ爲シタル訴訟ニ於ケル判決カ、訴訟物ヲ成ス私法上ノ法律關係ノ主體ニ既判力ヲ及ホスハ通説ノ認ムル所ナリ(例、Wesman n. Lohb. I S. 241 f; Helwig, Lehtb. S. 328. n. A.)

又相續人贖欠ノ場合ニ於テモ、諸國ノ法制ニ於ケルカ如ク、相續財産ハ不明ナル相續人ニ屬ス。

但主體ノ存否不明ナルカ故ニ、之ハ獨立ナル特別財産ヲ爲スモノトシ、之ニ對スル管理權及之ニツキテノ訴訟ヲ爲ス權能ハ主體タル相續人ノ喪ヒ或ハ獨立ナル特別財産ニ歸シ^{註二}或ハ相續財産ノ管理人ニ歸スルモノト爲スヲ得サルニアラス。勿論我民法ハ、相續人アルコト分明ナラザルトキハ相續財産ハ之ヲ法人ナリトスルカ故ニ(一〇五一條)、我民法ノ下ニ於テハ、斯ル解釋ヲ取ルヲ得スト雖モ、此法人カ確的ニ相續財産ノ主體トナルモノニアラサルハ、相續人アルコト分明ナルニ至リタルトキハ、法人ハ(初メヨリ)存立セザリシモノト看做ス(一〇五五)ト規定スルヨリシテ察スルヲ得可シ。畢竟斯ル擬制ハ有效ニ相續財産ヲ管理シ且ツ之ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ第三者ニ與フル必要上設ケラレタル便宜的ノモノタルニ過キス。此ノコトハ同條但書ニ「管理人カ其權限内ニ於テ爲シタル行爲ノ效力ヲ妨ケス」トアルヨリシテモ察スルヲ得ルナリ。

(3) 此他、民事訴訟法ニ於テ、主體ニ管理權從テ訴訟ヲ爲ス權能ヲ喪失セシメ第三者ニ之ヲ認メタル例ハ、不動産ノ強制管理ニ關スル場合ナリ。即チ、民事訴訟法七〇七條ハ、不動産ノ強制管理ノ場合ニ於テ、裁判所ハ債務者ニ管理人ノ事務ニ干涉スルコトヲ禁ス可キモノトシ、同法第七一條第二項ハ、明ニ「管理人ハ管理ノ爲メ自ラ不動産ヲ占有スル權ヲ有ス」ト規定シテ、間接ニ管理人カ自己ノ名ニ於テ管理權ヲ有スルコトヲ示シタリ。從テ、斯ル不動産ノ管理上、管理人カ爲ス訴訟ノ正當ナル當事者ハ管理人タルナリ。

民事訴訟法第六一六條ニ規定スル不動産ノ保管者ニツキテモ亦同様ニ論スルヲ得。

三 以上ハ、訴訟物ヲ成ス財産法上ノ請求權又ハ法律關係ニツキテノ管理權ノ得喪カ、又訴訟ヲ爲ス權能ノ得喪ヲ來タス場合ニツキテ論シタリト雖モ、訴訟法ニハ、管理權ヲ有セサルニ係ハラヌ猶訴訟ヲ爲ス權能ヲ認ムル場合アリ。

而シテ、訴訟物ヲ成ス財産法上ノ請求權ニツキテ管理權ヲ有セサルニ係ハラヌ猶原告トシテ、訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スル場合ノ好適例ハ、我民事訴訟法草案第二三三條ノ規定スル所ナリ。曰ク「權利拘束カ生シタル後權利又ハ其ノ目的ノ移轉アルモ訴訟ニ影響ヲ及ホスコトナシ」ト。此ノ規定ノ結果、原告ハ權利拘束ノ發生後ニ於ケル訴訟物ヲ成ス權利ノ讓渡ニ依リテ、獨リ之カ主體タラサルニ至リタルノミナラス、又斯ル權利ニツキテ管理權ヲ有スルコトナシト雖モ、猶訴訟物ヲ成ス財産法上ノ權利ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有シ、從テ讓渡者タル原告ニ對シテ下サレタル判決ハ其ノ既判力ヲ承繼人ニ及ホスナリ(草案二八五—猶獨逸民事訴訟法二六五及三二五條參照)。

【註一】獨逸民事訴訟法第二六五條ニハ、草案第二三三條ト等シク、讓渡ハ訴訟ニ影響ヲ及ホサスト規定シタリ。而シテ、讓渡カ如何ナル範圍ニ於テ、訴訟ニ影響ヲ及ホササルカニ關シテ、學說ニハ(イ)全然影響ヲ及ホサストスル説 (Urteilstheorie) (ロ)或レ範圍ニ於テハ影響ヲ及ホストスル説 (Relevanztheorie) 及(ハ)折衷説ノ三學說アリト雖モ、讓渡カ從來ノ當事者ノ訴訟ヲ爲ス權能 (Sachlegitimation, Prozesslegitimation) ニ影響ヲ及ホスコト無キハ、(ロ)説モ亦認ムル所、從テ相一致スル所ナリトテノを得ルナリ (vgl. Wehmann Lehrb. I S. 282 a. a. C.)

サレト、之ハ我現行民事訴訟法ノ認ムル所ニアラス。故ニ、我現行訴訟法上ノ例證トシテハ、次項被告トシテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ述フルニ際シ、指名參加ニツキテ述フル所ヲ參照セラレタシ(民事訴訟法六二)。

四 身分法上ノ法律關係ノ主體ニ非ル者ニ、此ノ法律關係ヲ訴訟物ト爲シ又之ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ認メタルハ、例ハ民法七七九乃至七八六條、八五二乃至八五八條八六七條及人事訴訟法二條一九及二六條等ノ規定ニシテ、即チ第三者又ハ檢事カ一定ノ夫婦間又ハ養親子間ノ、婚姻關係又ハ縁組關係ノ無効ヲ確定シ、又ハ之カ取消ヲ要求スル訴ヲ提起シ、從テ原告トシテ訴訟ヲ爲ス場合ナリ。

第三項 正當ナル被告即被告トシテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スル者

一 正當ナル被告ノ何人タルカハ、原告カ要求セント欲スル判決ノ種類如何ニ依リテ定マル。茲ニ判決ノ種類ト稱スルハ、給付判決、確認判決及ヒ法律關係變更ノ判決 (Verurteilungs-, Feststellungs- und Rechtsänderungsurteil)ノ區別ヲ云フモノナリ。
二 I 給付ノ訴ハ給付判決ヲ要求ス、而シテ、給付判決ハ、訴訟物ヲ成セル私法上ノ請求權ノ存在ヲ確定シ且ツ被告ニ給付ヲ命スルモノナリ。被告カ給付判決ニ含マレタル給付ノ命令ニ服シ任意ニ給付ヲ爲ササル場合ニ於テハ、給付判決ハ執行セラルルヲ要ス、換言スレバ給付判決ハ強制執行

ノ債務名義ヲ爲ス(民訴四九七)。

而シテ(1)強制執行ハ債務者(即チ強制執行ノ消極的主體)ノ財産ニ對シテ爲サルヲ通常トス。換言スレバ、給付判決ニ含まレタル給付ノ命令ノ満足ハ、強制執行ノ消極的主體ノ財産ヨリ求めラルルヲ常トス。故ニ強制執行ハ強制執行力爲サル可キ財産ニツキテ管理權ヲ有スル者ニ對シテ、爲サルヲ以テ正當ナリトス。

斯ク、給付ノ訴ハ給付判決ヲ得ルヲ以テ目的トナシ、給付判決ハ執行セラルルヲ要シ、強制執行ハ執行セラルル可キ財産ニツキテ管理權ヲ有スル者ニ對シテ爲サル可キモノナルカ故ニ、給付ノ訴ハ初メヨリ給付ヲ満足ス可キ財産ニツキテ【註一】管理權ヲ有スル者ヲ以テ被告ト爲スヲ正當ナリトス。換言スレバ、給付ヲ満足ス可キ財産ニツキテ管理權ヲ有スル者ハ、給付ノ訴ニ關スル訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルナリ。

【註一】 給付ヲ満足ス可キ財産ノ何タルカハ、實質私法上ノ問題ナリ。今一例チ、財産上ノ給付ヲ目的トスル無擔保債權ニ採ラニ、斯ル債權ハ債務者ノ總財産ニ基キテ履行セラル可キナリ。故ニ債務者ノ總財産ハ即チ茲ニ謂フ所ノ給付ヲ満足ス可キ財産タルナリ。而シテ斯ル財産ニツキテ管理權ヲ有スル者ハ、給付ノ訴訟ニ於ケル正當ナル被告ナルカ故ニ、設例ノ場合ニ於テハ、債務者カ、其ノ總財産ニツキテ管理權ヲ有シ從テ正當ナル被告ナルヲ常トス。但債務者カ其ノ總財産ニツキテ管理權ヲ有セサルトキ、例ハ債務者カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ、彼ハ正當ナル被告ニハアラス。此ノ場合ニ於ケル正當ナル被告ハ破産管財人ナリ(舊商法九八五第一項及第三項)。

給付ヲ満足ス可キ財産ニツキテ管理權ヲ有スルハ、通常其財産ノ私法上ノ主體ナリト雖モ、私法上ノ主體カ、自己ニ屬スル財産ノ管理權ヲ喪失シ、之カ第三者(若クハ獨立ナル特別財産)ニ歸スルコトアルハ、正當ナル原告ニツキテ述ヘタル所ヨリ察スルヲ得可シ。此場合ニ於テハ給付訴訟ノ正當ナル被告ハ、給付ヲ満足ス可キ財産ニツキテ管理權ヲ有スル第三者(若クハ獨立ナル特別財産)ニシテ、其財産ノ主體ニハアラサルナリ。

(2) 私法上ノ給付カ、屬人的ナル場合ニ於テハ、屬人的給付ノ私法上ノ義務者カ斯ル給付ヲ訴訟物ト成ス訴訟ノ正當ナル被告タルハ論ヲ俟タス。

此ノコトハ、屬人的給付タル債務ノ性質カ強制履行ヲ許ス場合タルト否トヲ問ハス。故ニ例ハ屬人的給付カ單ニ義務者ヲシテ意思表示ヲ爲サシムルヲ以テ内容トスル場合ニ於テハ、斯ル給付ハ強制履行ヲ許サスト雖モ(民法四一四條第二項但書參照)、之ヲ以テ訴訟物ト成ス給付ノ訴ノ正當ナル被告ハ此ノ給付ノ義務者タルナリ。而シテ、此ノ訴訟ニ於テ原告ニ勝訴ヲ認ムル給付判決ハ義務者ニ意思表示ヲ爲スコトヲ命スルモノナリ。【註二】 此ノ給付命令ハ義務者カ任意ニ満足セサルトキハ他ノ内容ヲ有スル給付命令ト等シク、強制執行セラルルヲ要ス、故ニ我訴訟法ニ於テモ斯ル給付判決ノ強制執行ハ之ヲ認メタリ、但債務者ノ人身ニ對シテ、威力ヲ用ヒ、意思表示ヲ爲サシメントスルハ不能又ハ不當ナルヲ以テ、法ハ強制執行ノ手段ヲ異ニシタリ、即チ義務者ニ意思表示ヲ爲ス

可キコトヲ命スル給付判決カ確定シタルトキハ義務者カ意思表示ヲ爲シタルモノト看做スナリ。(民
訴七三六)。

【註一】 民訴七三六條ニ規定スル判決ヲ以テ法律關係變更ノ判決ナリトスル學說ナキニアラスト雖モ、此判決ノ直接ノ目的トス
ル所ハ、法律關係ノ形成ニハアラスシテ、被告ニ單ニ意思表示ヲ爲スヲ以テ内容トスル給付ヲ命スルニアリ、故ニ此ノ判決ハ
給付判決ナリ (vgl. Kisch, Beiträge zur Urh. i. s. 971. u. 95 ff. a. a. O.)

II 物權關係ニ基ク請求權ヲ以テ訴訟物ト爲ス給付ノ訴ノ正當ナル被告ノ何人ナルカハ、斯ル請
求權ヲ發生セシムル事實カ何人ニ存スルカニ依リテ定マル。故ニ例ハ所有權ニ基キテ物ノ交付ヲ請
求スルヲ以テ訴訟物ト成ス給付ノ訴ノ正當ナル被告ハ、其物ノ占有者ナリ【註二】、又物權ニ對スル侵
害ノ排除ノ請求ヲ以テ訴訟物ト成ス給付ノ訴ノ正當ナル被告カ、該侵害者ナルハ固ヨリ云フヲ俟タ
ス。要スルニ絶對權タル物權ハ侵害セラレテ相對權タル請求權ヲ生ス。故ニ斯ル請求權ヲ以テ訴訟
物ト成ス給付ノ訴ノ正當ナル被告ハ即チ該侵害者タルナリ。

【註二】 反之、所有權ノ存在又ハ不存在ヲ確定スル訴 (Feststellungsklage) ノ正當ナル被告ハ、原告チシテ恰モ所有權ノ存在又ハ
不存在ヲ確定スルニツキテ法律上ノ利益ヲ有セシメタル者ナリ。故ニ被告カ該所有權ノ目的物ヲ占有スルカ否カハ、斯ル確定
ノ訴ノ正當ナル被告ヲ定ム可キ標準トラス。

III 以上ハ給付ノ訴ニ於ケル正當ナル被告ノ何人タルカカ、主トシテ實質法ノ規定ニ依リテ定マ
ル場合ヲ述ヘ、殊ニIニ述ヘタル所ハ、被告トシテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルカ否カハ、實質法上ノ

管理權ヲ有スルカ否カニ伴フ場合ニツキ述ヘタリ。終ニ實質法上ノ管理權ヲ有セサルニ係ハラヌ、
被告トシテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スル場合ニツキテ一言セシ。

此ノ場合ノ著名ナル例ハ、我民事訴訟法草案ニ於テハ權利拘束ノ發生後訴訟ノ繼續中ニ被告カ、
給付ノ訴ノ訴訟物ヲ爲ス私法上ノ請求權ノ目的物ヲ讓渡シタル場合ナリ (草案二三三條、二八五條、
本節第二款第二項三參照)。指名參加ノ場合モ亦此ノ一例タリ。即第三者ノ名ヲ以テ物ヲ占有スル者
カ占有者トシテ被告ト爲リタル場合ニ於テ、第三者ヲ指名シ、第三者カ訴訟ヲ引受ケタルトキハ、
被告ハ訴訟ヨリ脱退スルヲ得 (民訴六二條殊ニ第四項)。此ノ場合ニ於テ訴訟ヲ引受ケタル第三者ハ
爾後被告トシテ獨リ自己ノ占有(間接占有)ニツキテ訴訟ヲ爲スノミナラス、又當初被告タリシ者ノ
占有(直接占有)ニツキテ訴訟ヲ爲ス。換言スレハ訴訟ヲ引受ケタル第三者ハ、當初被告タリシ者ノ
直接占有ニツキテ管理權ヲ有セサルニ係ハラヌ、之ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルナリ。故ニ此
訴訟ニ於テ生シタル判決ハ、獨リ訴訟ヲ引受ケタル第三者ニ對シテ既判力及執行力ヲ生スルノミナ
ラス、當初被告タリシ者ニ對シテモ亦斯ノ效力ヲ生スルナリ (六十二條第四項第二段)。

III I 確定ノ訴 (Feststellungsklage) トハ私法上ノ請求權又ハ法律關係ノ存在又ハ不存在ヲ確定ス
ル判決即確認ノ判決ヲ要求スル訴ヲ云フ【註一】。而シテ確認判決ノ保護作用ハ、私法上ノ請求權又
ハ法律關係ノ存在ヲ確定スト云フニ盡ク。故ニ確認判決ヲ要求スルヲ得ルハ、原告カ恰カモ確認判

民事訴訟ニ於ケル正當ナル當事者ナル觀念及其訴訟法上ノ地位ヲ論ス

決ニ依リテ私法上ノ請求權又ハ法律關係ノ存在又ハ不存在ヲ確定セラルルコトニツキテ利益ヲ有スル場合ナリ。換言スレハ、被告タル可キ者ノ所爲ニ依リテ、原告ノ私法上ノ地位ニ不安ヲ來タシ、且ツ其不安ハ社會觀念ニ依レハ即時ニ判決ニ依リテ除却セラルルコトヲ要シ、又其ハ確認判決ニ依リテ恰モ除却サレ得ル場合ニ於テ、原告ハ初メテ確認判決ヲ要求スルニツキテ利益ヲ有ス (Hellwig, Lehrbuch I S. 384 f. u. A.)。斯ル利益ハ學者カ確認判決ヲ受クルニツキ必要ナル法律上ノ利益ト稱スル所ノモノナリ。

【註一】 現行民事訴訟法ハ、確定ノ訴ニ關シテ詳細ナル規定ヲ設ケスト雖モ、確定ノ訴ヲ認ムルモノナルコトハ疑ヲ容レス。是レ(イ)第十八條ニ「契約ノ成立若クハ不成立ノ確定ノ訴」ト規定シ(ロ)又二百一十一條ハ、所謂中間確定ノ訴 (Incidenzfeste Klage-Mlage) ナ規定シテ「權利關係ノ成立又ハ不成立ヲ……判決ヲ以テ確定センコトヲ申立ツルヲ得」トスルニ依リテ明ナリ。反之七百三十六條ニ規定スル「債務者カ權利關係ノ成立ヲ認諾スル意思ノ陳述ヲ爲ス可キ判決」ハ、所謂確認判決 (Beistellungs-urtheil) ニハアラスシテ、給付判決ナルコトハ前述シタルカ如シ。從テ斯ル判決ヲ要求スル訴ハ又給付ノ訴ニシテ、確定ノ訴ニハアラス故ニ、訴訟法第七三六條ノ規定ハ、現行法カ確定ノ訴ヲ認メタル證據トナスヲ得ス。

斯ノ如ク、現行訴訟法ノ確定ノ訴ニ關スル規定ハ、極メテ不完全ニシテ、僅ニ斯ル訴ヲ認メタルコトヲ知ルヲ得ルニ過キス從テ確定ノ訴ニ依リテ確認判決ヲ要求シ得ル要件(即權利保護ノ要件)ニ關シテハ頗ル明瞭ナク。但(イ)訴訟法第十八條ニハ、契約關係ノ成立又ハ不成立ノ確定ハ確認判決ノ對象タルコトヲ認メ、二百十二條ハ權利關係ノ成立又ハ不成立ヲ以テ然リトスルカ故ニ、確認判決ノ對象(Gegenstand)ハ法律關係ノ成立又ハ不成立ニ限ルモノト解スルヲ得。(ロ)又確認判決ヲ受クルニツキテ法律上ノ利益ノ存在ヲ必要トスル明文ナシト雖モ、此ノ要件ハ國家機關ハ保護ノ必要ナクシテ、空シク保護ヲ爲ス可キモノニアラスト云フ一般ノ理論ヨリシテ、當然結果ス。故ニ我判例ニ於テモ法律上ノ利益ノ存在ヲ要スルコトヲ認メタリ。

(例ハ、大審院判決四一、二〇、二一判決錄一四輯九四四頁以下。四一、二二、一八一—四輯一三〇五頁以下、四二、二、二二—一五輯一三四頁以下等)。我草案二二一條ハ、獨逸民事訴訟法二五六條ト等シク、確定ノ訴ノ權利保護ノ要件ニ關スル規定ヲ設ケタリ。

確定ノ訴ハ、斯クノ如ク判決ニ依リテ私法上ノ請求權又ハ法律關係ノ存在又ハ不存在ヲ即時ニ確定セラルルコトニツキテ、原告カ法律上ノ利益ヲ有スル場合ニ限リテ、初メテ理由ケルモノナルカ故ニ、確定ノ訴ニ於ケル正當ナル被告ハ、原告ハ果タシテ何人ニ對シテ法律關係ノ存在又ハ不存在ヲ確定スルニツキテ法律上ノ利益ヲ有スルカニ依リテ定マル。換言スレハ、其所爲ニ依リテ原告ノ私法上ノ地位ニ不安ヲ來タシタル者ハ確定ノ訴ノ正當ナル被告ナリ。

II (1) 而シテ其所爲ニ依リテ原告タル可キ者ノ私法上ノ地位ニ不安ヲ來タス者ハ、獨リ確認判決ニ依リテ存在又ハ不存在カ確定セラル可キ私法上ノ請求權又ハ法律關係ノ私法上ノ主體ニ限ラサルハ固ヨリ論ヲ俟タス。今一例ヲ示シテ之ヲ明ニセンニ、甲乙間ニ一定ノ法律關係例ハ債務關係ノ存在スル場合ニ於テ、丙ナル第三者カ之ヲ争フトキハ、甲カ該債務關係ノ存在ヲ確定スルニツキテ法律上ノ利益ヲ有スルハ、丙ニ對シテ然ルカ如シ。

(2) 其所爲ニ依リテ原告ノ私法上ノ地位ニ不安ヲ來タシタル者カ、其財産ノ管理權ヲ喪失シ、第三者カ管理權ヲ取得シタル場合ニ於ケル正當ナル被告ハ其第三者ナリ。例ハ甲ナル者カ乙女ノ有ス

ル不動産ニツキテ抵當權ヲ有スト稱シ、乙女カ之ヲ争フ場合ニ於テ、乙女カ妻タル身分ヲ取得シ且ツ法定財産制ニ立ツニ至リタルトキハ、乙女ハ其財産ノ管理權ヲ失ヒ、夫ハ之ヲ取得シタルヲ以テ(民法第八〇一條第一項)甲ハ今ヤ、夫ヲ以テ被告ト爲ス可キカ如シ。但夫カ妻ノ財産ヲ以テ擔保ニ供スルニハ妻ノ承諾ヲ必要トスルカ故ニ(民法八〇二條)、甲ハ乙女ヲ共同被告トスルヲ以テ利益トナス。

(3) 確定ノ訴ニ於テモ、被告カ係争中ニ其訴訟物ヲ讓渡スルトキハ、我草案ノ下ニ於テハ、被告ハ管理權ヲ有セサルニ係ハラヌ猶訴訟ヲ爲ス權能ヲ有ス(草案二二三條)、例ハ消極的確定ノ訴ノ被告カ訴訟物ヲ爲ス債權ヲ讓渡シタル場合ノ如シ。

四 I 法律關係變更ノ訴ノ正當ナル被告ハ、法律關係變更ノ判決ニ依リテ創設變更若クハ消滅セラル可キ法律關係ノ主體タルヲ常トス。例ハ夫婦ノ一方カ提起スル婚姻ノ無效又ハ取消ノ訴ニ於テハ其配偶者ヲ以テ相手方トシ(人事訴訟手續法二條一項)、第三者若クハ檢事カ婚姻ノ無效又ハ取消ノ訴ニ於テハ夫婦ヲ以テ相手方トスルカ如シ(人事訴訟手續法二條二項及二十條)。

II (1) 法律關係變更ノ訴ニ於テモ、變更セラル可キ法律關係ノ主體カ管理權ヲ喪失シタルカ爲メニ之ヲ取得シタル第三者カ正當ナル被告トシテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコトアリ。(2) 又我草案ノ下ニ於テハ變更セラル可キ法律關係ニツキテ管理權ヲ有セサル者カ、猶被告トシテ訴訟ヲ爲ス權能

ヲ有スル場合即係争中ニ變更サル可キ法律關係ノ被告タル主體カ特定承繼ニ依リテ變更シタル場合ノ如シ。(民事草案二二三條)。

第二節 「正當ナル當事者」ナル觀念ノ訴訟法上ノ地位

第一款 訴訟當事者、當事者能力及訴訟能力トノ區別

一 正當ナル當事者トハ訴訟物ヲ成ス私法上ノ請求權又ハ法律關係ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スル者ヲ云フモノナルコトハ、前節ニ述ヘタル所ノ如シ、此ノ觀念ハ、一方ニ於テハ、明ニ民事訴訟ノ當事者ナル觀念ト區別シ、他方ニ於テハ、當事者能力及訴訟能力ナル觀念ト區別スルヲ要ス。

二 I 民事訴訟ノ當事者ナル觀念モ亦、學說ノ分カルル所ナリ。舊說ニ依ルトキハ、民事訴訟法ノ當事者ハ訴訟物ヲ成ス私法上ノ法律關係ノ主體(Subject der res in iudicium deducta)ナリト爲ス。此ノ說ハ獨逸普通訴訟法以來廣ク行ハレタル所ナリト雖モ、狹キニ失ス。是レ私法上ノ法律關係ノ主體ニ非ラサル者(即チ第三者)カ此法律關係ヲ訴訟物ト爲シテ民事訴訟ヲ爲ス場合ニ於テモ、其訴訟ハ決シテ當事者ヲ缺クモノニアラサルヲ以テナリ。蓋第三者カ何等ノ權能ニ基カスシテ訴訟ヲ爲ス場合、例ハ甲ナル第三者カ何等ノ權能ニ基カスシテ債權者乙ノ債權ヲ訴訟物ト爲シ、債務者丙ヲ被告トシテ給付ノ訴ヲ提起スル場合ニ於テハ、請求棄却ノ判決ヲ受クルヲ免レスト雖モ、甲ハ此ノ訴訟ノ當事

者ニ非スト云フヲ得サルナリ。加之、第三者カ訴訟物ヲ成ス私法上ノ法律關係ニツキテ、(或ハ管理權ヲ有スルカ爲メニ或ハ管理權ヲ有セサルモ猶)訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スル場合ニ於テハ、獨リ其訴訟ハ訴訟當事者ヲ缺クモノニアラサルノミナラス、第三者ハ又勝訴ノ判決ヲ受クルヲ得ルナリ。例ハ、第三者カ婚姻又ハ縁組ノ無効ヲ確定スル訴ヲ提起スル場合ノ如シ(人事訴訟手續法第二條及二六條)。故ニ近時ノ通説ハ民事訴訟ノ當事者ヲ以テ自己ノ名ニ於テ權利保護(例ハ判決)ヲ要求スル者及自己ニ對シテ、權利保護カ要求セラルル者(rem in iudicium deducens und is contra quem res in iudicium deducitur)ナリト爲ス(Siegemann in Z. Z. P. Bd. 17. S. 857 f. a. a. O.; Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 131; Lehrbuch I S. 155; II S. 295 u. Anm 2; Gump-Stein, Kommentar⁽⁹⁾ I a vor § 50 C. P. O. weit. Lit. Dort)

從テ、苟クモ自己ノ名ニ於テ權利保護ヲ要求スル者及要求セラルル者カ存スルトキハ此者ハ該民事訴訟ノ當事者ニシテ、又民事訴訟ノ當事者タルニハ之ニテ足レリ。此ノ者カ、訴訟物ヲ成ス私法上ノ法律關係主體ナルカ若クハ此ノ法律關係ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルカノ問題ハ、別個ノ問題タルナリ。換言スレバ、民事訴訟ノ當事者ナル觀念ト正當ナル當事者ナル觀念トハ區別ス可キ別個ノ觀念タルナリ。

【註】將ニ訴ヲ提起セントスルニ際シテハ、原告ヲラント欲スル者カ、果シテ自己ハ訴訟物ト爲サントスル私法上ノ法律關係ノ

主體タルカ、之ニツキテ管理權ヲ有スルカ、或ハ然ラストモ猶訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルカ、約言スレハ正當ナル原告ナルカ、又自己カ被告ト爲サント欲スル者モ亦正當ナル被告ナルカヲ研究スルヲ要ス。是レ、正當ナル原告カ正當ナル被告ヲ以テ相手方トシテ訴ヲ提起スルニアラサレハ、到底勝訴ノ判決ヲ得ル能ハサルヲ以テナリ。然レトモ、一旦訴カ提起セラレタルトキハ、假令正當ナラサル原告カ正當ナラサル被告トシ、或ハ正當ナル原告カ正當ナラサル被告、若クハ正當ナラサル原告カ正當ナル被告トナシタル場合ニ於テモ、訴訟當事者ハ存シ、又訴訟法律關係モ亦有效ニ成立ス。但當事者ノ雙方又ハ一方カ訴訟物ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ缺クヲ以テ、到底原告ノ請求カ理由アリトスル判決ヲ得ル能ハサルノミ。

II 現ニ一定ノ裁判所ニ繫屬スル一定ノ訴訟ノ當事者ハ何人ナルカヲ判定スルニツキテモ、亦前掲ノ標準ニ依ル可キナリ。詳言スレハ、何人カ自己ノ名ニ於テ權利保護ヲ要求シツ、アルカ、又何人カ要求サレツツアルカニ依ルナリ。而シテ、之ヲ判定ス可キ有力ナル資料ハ、起訴行爲殊ニ訴狀ニ於ケル當事者ノ表示(民訴一九〇條第二項第一號參照)ナリ【註一】但訴訟ノ進行中ニ當事者カ或ハ法律ノ規定(例ハ當事者ノ死亡又ハ當事者ニ對スル破産開始、民訴一七八條、一七九條參照)ニ依リ、或ハ當事者ノ訴訟行爲(例ハ民訴六二條ノ場合ニ於ケル第三者ノ訴訟ノ引受)ニ依リテ、變更シ得ルコトハ忘ル可カラサルナリ。

【註一】訴訟開始ノ際ニ於ケル訴訟當事者ノ何人ナルカハ、起訴行爲ニ依リテ定マル。起訴ノ通常ノ方式ニ於テハ訴狀ニ於テ當

事者トシテ記載セラレタル者ヲ以テ當事者ト爲ス可キモノナルコト疑ナク容ル可カラサルカ如シト雖モ(Vgl. Hellwig, Lehrbuch

II S. 298 f.) Stein, 之ニ反シ「訴訟ニ於テ占ムル地位」ニ依リテ判定ス可キナリトシテ曰ク、訴狀ニ於テ當事者ナリトスル

表示ノ如何ニ係ハラズ法律上當事者タル可キ者ヲ當事者ナリトスルニアラサレハ、當事者ノ法律解釋ニ關スル錯誤ニ依リ、同

民事訴訟ニ於ケル正當ナル當事者」ナル觀念及其訴訟法上ノ地位ヲ論ス

據ノ場合ニ於テモ或ハ甲(例ハ破産管財人)或ハ乙(例ハ破産者)カ當事者トナリ不便ヲ生スルカ故ナリト爲ス(Camp-Stein I vor § 60 u. Anm. 1.)。蓋當事者カ法律解釋ニツキ錯誤ヲ有シ、從テ當事者カ訴狀ニ於テ當事者トシテ記載スル者カ、其眞意ニ合セサル場合アルハ疑フ可カラス、故ニ斯ル疑アル場合ニ於テハ裁判長ハ當事者ノ眞意ヲ質シ、訴狀ノ記載ヲ修正セシムルヲ可トスト雖モ(民訴一九二條類推解釋)、斯ル修正ナキ場合ニ於テハ訴狀ノ記載ニ依ルノ外ナシ。然ラサレハ權利拘束ノ存否、當事者ノ缺席ノ有無、既判力ノ主觀的範圍等ヲ認定スルニツキ一層大ナル不便ヲ生スルヲ以テナリ。

而シテ、當事者能力、訴訟能力及訴認ヲ爲ス權能ノ有無ナル問題ハ、現ニ繼續スル訴訟ノ當事者ハ何人ナルカカ、判定セラレタル後ニ於テ、初メテ研究セラル可キモノナルコトハ論理上疑ナキナリ何人カ訴訟當事者タルカヲ明ニセスシテ、漫ニ當事者能力、訴訟能力、訴訟ヲ爲ス權能ノ有無ヲ問ハントスルハ無意義ナルヲ以テナリ。

三 I 當事者能力トハ凡ソ自己ノ名ニ於テ權利保護ヲ要求シ又ハ要求セララル得ル能力ヲ云フ而シテ私法上ノ權利、利益ヲ享有シ得ル者ニシテ、初メテ之カ保護ヲ要求シ得可キカ故ニ、民事訴訟ノ當事者タル能力ハ原則トシテ私法上ノ權利能力ニ從ツテ定マル。我改正草案第四七條ハ獨逸民事訴訟法第五十條一項ニ倣ヒ私權ヲ享有スルコトヲ得ル者ハ當事者能力ヲ有スト規定セリ。我現行民事訴訟法ニハ當事者能力ニ關スル直接ノ規定ヲ缺クト雖モ、裁判籍ニ關スル第十條及第十四條ノ規定ハ、自然人、公私ノ法人及其資格ニ於テ訴ヘラルルコトヲ得ル社團又ハ財團カ當事者能力ヲ有スルコトヲ示シタリ。

斯ク、當事者能力ナル問題ハ凡ソ自己ノ名ニ於テ權利保護ヲ要求シ又ハ要求セララル得ルカ否カ、例ハ訴ヘ又ハ訴ヘラルル得ルカ否カニ關スルカ故ニ、特定ノ私法上ノ法律關係ヲ訴訟物ト爲シ之ニツキテ訴訟ヲ爲ス得ルカノ問題トハ明ニ區別セサル可カラス。恰カモ、私法上ニ於テ權利能力ト處分ヲ爲ス權能若クハ管理ヲ爲ス權能トハ明ニ區別セサル可カラサルカ如シ。當事者能力ナケレハ固ヨリ訴訟ヲ爲ス權能ノ有無ナル問題ヲ生セス、例ハ死人カ原告トナリ又ハ死人ヲ被告トスル場合ニ於テハ、該訴訟ノ當事者ハ當事者能力ヲ缺ク、故ニ其ノ死人カ果タシテ訴訟物ヲ爲ス特定ノ私法上ノ法律關係ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルカ否カラ問フノ必要ナキカ如シ。反之當事者能力ノ肯定ハ未タ訴訟ヲ爲ス權能ノ有無ヲ決定スルコト無シ。當事者能力ノ肯定ハ廣ク一般ニ訴ヘ又ハ訴ヘラルル得ルコトヲ肯定スルノミニシテ、未タ特定ノ私法上ノ法律關係ヲ訴訟物ト爲シテ訴フルヲ得ルカ、若クハ斯ル訴訟物ヲ對象トスル訴訟ノ原告又ハ被告タルヲ得ルカニ答フルモノニ非サルヲ以テナリ。例ハ當事者能力ハ、權利能力カ私權例ハ債權ヲ享有シ得ルコトヲ肯定スルカ如ク、自己ノ名ニ於テ訴ヲ提起シ得ルコトヲ肯定ス、然レトモ權利能力ノ肯定ハ直チニ他人ノ債權ヲ處分又ハ管理シ得ルコトヲ結果セサルト等シク、當事者能力ノ肯定ハ、第三者カ他人ノ債權ヲ訴訟物ト爲シ、其債務者ヲ被告トシテ給付ノ訴ヲ提起シ而カモ勝訴ヲ得ルコトヲ結果セサルナリ。

II 訴訟能力トハ自ら有效ニ訴訟行爲ヲ爲シ又ハ訴訟行爲ノ相手方タル能力ヲ云フモノニシテ、

訴訟能力ノ有無ハ私法上ノ行為能力ノ有無ニ從ヒテ定マル(民訴四三)。訴訟無能力者ノ爲シタル訴訟行為ハ無効ナリ、故ニ訴訟無能力者ハ法定代理人ニ依リテ代表セラルルコトヲ要ス。

而シテ訴訟能力ナル觀念ハ訴訟ヲ爲ス權能ナル觀念ト區別セラルルヲ要ス。訴訟能力ハ私法上ノ行為能力ト等シク屬人的ノモノナリ、當事者タル可キ者ニ屬スル事情(例ハ成年又ハ未成年)ニ著眼シテ認メラルル觀念ナリ。反之、訴訟ヲ爲ス權能トハ當事者タル者カ訴訟物ヲ成ス特定ノ私法上ノ法律關係ニ對シテ有スル關係ニ著眼シテ認メラルル觀念ナリ。約言セハ、訴訟ヲ爲ス權能ノ有無ハ當事者カ訴訟物ニ對シテ有スル關係ニ依リテ定マル、決シテ當事者ニ屬スル事情ニ依リテ定マルコトナシ(vgl. Helwig, Lehrbuch II S. 318 f.; Seuffert, Kommentar (10) 7 zu §§ 51, 52 C. P. O.)。從テ、訴訟能力ノ肯定ハ直チニ訴訟ヲ爲ス權能ノ存在ヲ肯定セス、例ハ第三者ハ訴訟能力ヲ有スルモ他人ノ債權ヲ管理處分シ、從テ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有セサルカ如シ。反之訴訟能力ノ否定ハ直チニ訴訟ヲ爲ス權能ノ不存在ヲ結果セス、例ハ未成年者タル債權者ハ訴訟無能力者ナリト雖モ自己ノ債權ヲ管理、處分スル權能ヲ有ス、從テ自ラ當事者トナリ自己ノ債權ヲ訴訟物ト成シテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルカ如シ、但起訴行為其他ノ訴訟行為ハ法定代理人ニ依リテ、代理セラルルヲ要スルノミ。要之、訴訟無能力者ノ爲シタル若ハ訴訟無能力者ニ對シテ爲サレタル訴訟行為ハ無効ナリ。反之、訴訟ヲ爲ス權能ヲ有セサル者カ爲シタル若ハ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有セサル者ニ對シテ爲サレタル訴訟行

爲自身ハ有效ナリト雖モ、斯ル訴訟行為ニ依リテハ到底原告ノ請求ヲ理由アリトスル判決ヲ受クルヲ得サルノミナリ(Seuffert ebenda, Planck I S. 219)。

又單ニ財産法上ノ法律關係カ訴訟物タル可キ場合ニツキテ觀察スルトキハ、訴訟能力ト訴訟ヲ爲ス權能トノ區別ハ殊ニ明瞭ナリ。此ノ場合ニ於テハ、兩者ノ關係ハ、恰カモ私法上ニ於ケル行為能力ト管理若ハ處分ヲ爲ス權能トノ關係ニ似タリ。夫レ管理若ハ處分ヲ爲ス權能ハ本權ノ内容ニ屬ス例ハ所有者、債權者ハ其ノ所有權、債權ヲ管理若ハ處分スル權能ヲ有シ、而シテ斯ル權能ハ所有權債權自體ノ内容ナルカ如シ。今、所有者、債權者ヨリ斯ル管理若ハ處分ヲ爲ス權能カ奪ハレタルトキハ其ノ所有權及債權ノ内容ハ之カ爲メニ制限セラルト雖モ、其ノ所有者、債權者ハ之カ爲メニ行為無能力者トナルコトナシ、此ノコトハ、訴訟能力ト訴訟ヲ爲ス權能トノ關係ニ於テモ亦同一ナリ從テ破産債務者ノ如キハ、破産開始ニ依リ破産財團ニ屬スル財産ヲ管理シ處分スル權能ヲ失フト共ニ、斯ル財産ヲ訴訟物ト爲シ若ハ斯ル財産カ訴訟物タル訴訟ニ關シテハ訴訟ヲ爲ス權能ヲ失フト雖モ決シテ行為無能力者若ハ訴訟無能力者トナルコト無キナリ。學說ニハ、破産債務者ハ、破産開始後ニ於テモ猶ホ一般ノ行為能力及訴訟能力ヲ有スト雖モ、破産財團ニ屬スル財産ニツキテハ管理及處分權ヲ失フカ故ニ、其ノ範圍ニ於テハ相對的ニ或ハ行為能力及訴訟能力ヲ失フトシ、或ハ行為能力ハ失ハスト雖モ訴訟能力ハ之ヲ失フモノト爲ス説アリト雖モ(Wach, Handb. I S. 542 ff.; Schulze,

Deutsches Konkursrecht S. 85 ff; Wilimowski-Kurlbaum, Kom. S. 28, 30; Petersen-Kleinfeller §§ 10 ff. Anm. 1; Oetker, Konk. Grundbegriffe I S. 319; Jäger, Kommentar (2) Anm. 18 u. 23 zu § K.O.)。是レ、行為能力ト處分權能、訴訟能力ト訴訟ヲ爲ス權能トヲ混同スルニ歸因スルモノニシテ、誤マレリ。故ニ、近時ノ通説ハ、破産債務者ハ、單ニ管理處分ヲ爲ス權能及ヒ訴訟ヲ爲ス權能(學者ニ依リ或ハ Sachlegitimation ヲ失フトシ或ハ Processlegitimation ヲ失フトスト雖モ、共ニ余ノ所謂訴訟ヲ爲ス權能ヲ意味スルモノナリ)ヲ失フニ過キス、相對的ニモ行為能力若ハ訴訟能力ヲ失フコトナシトスルニ足ラ(schon Segemann in Z. Z. P. Bd. 17 S. 333 f; Seuffert, Kommentar (10) II zu §§ 51, 52 C. P. O.; Gaup-Stein (9) III c zu § 51 C. P. O.; Kohler, Lehrbuch des Konkursrecht S. 300 u. Leitfaden (2) S. 177; Eccius in Gruchot Bd. 33 S. 731 u. Bd. 34 S. 17; Hellwig, Anspruch u. Klagrecht § 31; Sarvey-Bassert Anm. S. zu § 6 K. O.; Jäger モ亦新版ニハ説ヲ改メタリ (Jäger-Kommentar 34 Aufl. Anm. 30 zu § 6 K. O.)。

四 要之、正當ナル原告カ正當ナラサル被告ヲ相手方トシ、若ハ正當ナラサル原告カ、正當ナル被告若クハ正當ナラサル被告ヲ相手方トシテ訴訟ヲ開始スルモ、該訴訟ハ當事者無キモノニアラス。又該當事者ハ、當事者能力若ハ訴訟能力ヲ缺クコト無シ、單ニ當事者ノ雙方又ハ一方カ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有セサルノミ。而シテ當事者能力及訴訟能力ハ、後ニ述フルカ如ク、訴訟成立要件ニ屬シ從

テ其欠缺ハ不適法トシテ訴ヲ却下ス可キ本案前ノ判決ヲ生スト雖モ、訴訟ヲ爲ス權能ハ反之、次ニ述フルカ如ク、權利保護要件ニ屬シ、從テ其ノ欠缺ハ請求ヲ理由ナシテ棄却ス可キ本案判決ヲ生ス。而シテ、本案ノ終局判決ハ確定スルトキハ既判力ヲ生スト雖モ本案前ノ判決ハ既判力ヲ生スルコト無シ。斯ル重大ナル差異ヲ生ス可キモノナルカ故ニ、訴訟ヲ爲ス權能ナル觀念ハ、明ニ之ヲ當事者能力、訴訟能力ナル觀念ト區別スルコトヲ要スルナリ。

第二款 判決請求權及其權利保護ノ要件トノ關係附起訴行為ニ於ケル地位

第一項 判決請求權及其權利保護要件トノ關係

一 判決請求權 (Urtheilsanspruch) 又訴權 (Klagrecht) ト云フニ關スル詳論ハ、之ヲ他ノ機會ニ讓ルノ外ナシト雖モ、近來盛ニ唱道セラルル Wach 一派ノ訴訟法理ニ依ルトキハ、判決請求權ハ權利保護請求權 (Rechtsschutzanspruch) ノ一種ニ屬シ、私人カ國家ニ對シテ自己ニ有利ナル判決ヲ爲サンコトヲ要求スル公權ナリ。而シテ國家詳言スレハ國家機關タル裁判所カ、判決請求權ノ存在ヲ認メテ原告又ハ被告ニ有利ナル判決ヲ爲スハ、訴訟法カ判決請求權ノ存在ヲ繋ラシメタル要件ノ存在ヲ認ムル場合ニ限ル。斯ル要件ハ之ヲ權利保護ノ要件 (Rechtsschutzvoraussetzungen od. Rechtsschutzbedingungen) ト云ヒ、其存在ハ口頭辯論ニ於テ明ニセラルルコトヲ要ス。

而シテ、原告ノ判決請求權カ存在セサル場合ニ於テハ、被告ノ判決請求權存在スト見ル可ク、從

テ原告ノ判決請求權ノ權利保護ノ要件カ存在セザル場合ニ於テハ、被告ノソレハ存在スト見ル可キナリ。換言スレハ被告ノ判決請求權ノ權利保護要件ハ、原告ノソレノ正反對ヲ爲スモノト云フヲ得故ニ權利保護ノ要件ノ研究ニハ原告ノ判決請求權ノ權利保護要件ヲ明ニスレハ足ルカ如シ。此コトハ、獨逸ノ訴訟法學界ニ於テモ亦一般ニ認メラルル所ナリ (So, Stein, Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insb. bei der Verurteilungsklage (1903) S. 19 f; Hellwig, Lehrb. I S. 145 fg; Lehrb. II S. 11 fg; Grosse in Z. Z. P. Bd 36 S. 113 ff a. a. O. 但反對說アリ vgl. Pagenstecher in Archiv für civilistischen Praxis Bd. 97 S. 20 f.)。

二 I 而シテ判決請求權ノ權利保護ノ要件ハ、通説ニ依ルトキハ權利保護ノ對象 (Gegenstand) ニ關スル要件及權利保護ノ必要 (Rechtsschutzinteresse od. Rechtsschutzbedürfniss) ニ關スル要件ノ二種ニ區別セラレ、保護ノ對象ニ關スル要件トシテハ (イ) 保護ノ對象存シ且ツ (ロ) 其カ保護ヲ受ク可キ資格ヲ有スルコト (保護ノ適格 rechtschutzfähig) ヲ要スト爲ス。即、給付判決ノ請求權ノ權利保護ノ要件ハ、(1) 私法上ノ請求權存在シ且ツ其カ保護ノ適格ヲ有スルコト即チ自然債務ニ對スルモノニアラサルコト (保護ノ對象ニ關ス)、及 (2) 私法上ノ請求權カ履行期ニアルコト (保護ノ必要ニ關ス) 之ナリ。確認判決ノ請求權ノ權利保護ノ要件ハ (1) 存在又ハ不存在カ確定セラル可キ法律關係アリ且ツ其カ保護ノ適格ヲ有スルコト (保護ノ對象ニ關ス) 及ヒ (2) 其ノ法律關係ノ存在又ハ不存在ヲ確認判決ニ

依リテ確定セラルルニツキテ法律上ノ利益ヲ有スルコト (保護ノ必要ニ關ス) ナリトス。法律關係變更ノ判決請求權ノ權利保護ノ要件ハ (1) 形成權ノ存在及ビ (2) 法律關係變更判決ニ依リテ形成セラルルコトニツキテ有スル法律上ノ利益ナリト雖モ、本來法律關係變更ノ判決ナルモノハ例外的現象ニ屬シ、法文ニ於テ明白ニ認メラレタル場合ニアラサレハ、斯ル判決ヲ爲シ得ルコトヲ認ム可キモノニアラス。而シテ法律關係變更ノ判決ヲ爲シ得ルコトヲ認ムル法文ニ於テハ、又一々斯ル判決請求權ノ權利保護ノ要件ヲ規定シ又規定ス可キモノナルカ故ニ、通則ヲ擧クルハ難シトナス。

II 各種ノ判決請求權ノ權利保護要件ニ關シテ詳論ヲ爲スハ、本篇ノ目的トスル所ニアラサルカ故ニ、他ノ機會ニ讓ル、茲ニ研究ヲ要スルハ、當事者トナル可キ者カ權利保護ノ對象ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコトハ、判決請求權ノ權利保護ノ要件ニハアラサルカノ問題ナリ。

訴訟ヲ爲ス權能カ、訴訟成立要件 (Prozessoraussetzungen) ニ屬セサルコトハ學說ノ一致スル所ナリ (例ハ、Gaup-Stein II vor § 50; Seuffert 7 zu §§ 51, 52)。從テ、學說ハ訴訟ヲ爲ス權能カ權利保護ノ要件ニ屬スルコトヲ認ムルモノナリト云フヲ妨ケスト雖モ、直接ニ此ノコトヲ明言スルモノハ甚タ少シ。訴ノ原因ニ關シテ事實記載說 (Substanzierungstheorie) ヲ採ル論者ハ、訴訟ヲ爲ス權能ヲ訴ノ原因ニ屬スルモノトシ (Wetzell, System § 16; Weissmann, Lehrbuch I S. 65) 殊ニSteinノ如キハ訴ノ原因ノ一部ニシテ權利保護ノ要件ニ屬スト爲ス (Die Legitimation zur Sache oder zum Prozesse

ist Theil des Klagegrundes (Rechtsschutzvoraussetzung; Gaupp-Stein II vor § 50)° 又 Seuffert ノ如キハ訴ノ原因ニ關シテハ事實記載説ヲ採ラスシテ同一認識説ヲ採リ法律關係ヲ記載ス可キモノト爲スト雖モ、猶訴訟ヲ爲ス權能ヲ以テ訴ノ原因ニ屬スルモノトスルモノノ如シ (。 Die Sachlegitimation gehört zur Begründung der Klage“ Seuffert 7 vor § 51, 52)° 蓋訴訟ヲ爲ス權能ヲ以テ訴ノ原因ニ屬ストスルハ、次項ニ述フルカ如ク同一認識説ヨリ論スルトキハ誤マレリト雖モ、學者カ訴訟ヲ爲ス權能ヲ以テ訴ノ原因ニ屬ストスルハ畢竟權利保護ノ要件ニ屬スルコトヲ言ヒ表ハサント欲スルモノナルカ故ニ、其精神ニハ賛同セサルヲ得ス。

訴訟ヲ爲ス權能カ權利保護要件ニ屬スルコトヲ明ニ説明シタルハ Helligwig ナリ。彼ハ權利保護要件 (Rechtsschutzbedingung) カ判決請求權 (訴權) ニ關スルトキハ訴權要件 (Klagvoraussetzungen) ト名ツク可ク之ハ訴訟成立要件トハ全ク異ナルモノトス (Helligwig, Lehrb. I S. 143 f.)° 而シテ彼ハ判決請求權ノ權利保護ノ要件ヲ區別シテ、實質的ノモノ及訴訟的ノモノ (materielle und processuale Klagvoraussetzungen) トシ (Lehrb. I S. 150f.)° 訴訟ヲ爲ス權能ハ、判決請求權ノ權利保護ノ要件中訴訟的ノモノニ屬スト爲ス (Lehrb. I S. 155)° 從テ、給付判決請求權ニツキテハ、當事者カ保護ノ對象タル私法上ノ請求權ノ權利者及ヒ義務者ナルカ、或ハ然ラストスルモ之ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコトハ權利保護ノ要件ナリ (Lehrb. I S. 369)° 確認判決請求權ニツキテハ (イ) 積極的確定ノ訴

ニ於テハ、原告カ確定セラレ可キ法律關係ノ主體ナルカ、若ハ然ラストスルモ之ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコト、(ロ) 消極的確定ノ訴ニ於テハ、被告カ、不存在ヲ確定セラレ可キ法律關係ノ主體ナルコト、若ハ然ラストスルモ之ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコトハ權利保護ノ要件ナリ、(Lehrb. I S. 382)° 又法律關係變更判決請求權ニ於テハ、當事者カ形成權ノ主體ナルカ、若ハ然ラストスルモ形成權ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコトハ權利保護ノ要件ナリトス (Lehrb. I S. 396)°

III 上述ノ引用ニ依リテモ明ナルカ如ク、訴訟ヲ爲ス權能カ權利保護ノ要件ニ屬スルコトヲ斷言スル學說ノ少キハ、訴訟ヲ爲ス權能ナル觀念ヲ明ニセサルニ基クモノト云フ可シ。蓋シ (イ) 訴訟ヲ爲ス權能ヲ以テ訴訟能力ト混交スルカ如キハ、固ヨリ評論ニ値セス。(ロ) 又然ラサル者モ、猶訴訟ヲ爲ス權能ヲ以テ、權利保護ノ對象タル私法上ノ請求權、法律關係若ハ形成權ノ主體タルコトト混同セントス。現ニ Planck ノ如キハ、訴訟ヲ爲ス權能ヲ以テ訴訟能力ノ問題ニアラストスルニ係ハラス、猶訴訟ニ於テ裁判セラレ可キ法律關係ノ主體タルヤ否ヤノ問題トスルカ如シ (Planck, Lehrbuch I S. 215 weit. Lit. dort)° 此ノ見解ヨリセハ、原告ノ判決請求權ノ權利保護ノ要件トシテ、權利保護ノ對象ニ關スル要件例ハ私法上ノ請求權ノ存在ヲ掲クレハ、原告カ此ノ請求權ノ主體タルコトハ當然包含セラレト見ルヲ得可ク、從テ特ニ訴訟ヲ爲ス權能カ權利保護要件ニ屬スルコトヲ明言

スルノ要ナキナリ。然レトモ(1)訴訟ヲ爲ス權能ハ、權利保護ノ對象タル可キ法律關係ノ主體タルコトト同一ニハアラサルカ故ニ、單ニ保護ノ對象タル可キ法律關係ノ存在ヲ以テ權利保護ノ要件ナリトスルノミニテハ足ラス、(2)又假令原告ハ保護ノ對象タル法律關係ノ主體タリ若ハ主體タラサルモ猶、訴訟ヲ爲ス權能ヲ有ストスルモ、被告モ亦訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルニ非サレハ、原告ハ自己ニ有利ナル判決ヲ要求スルヲ得サルカ故ニ、當事者カ保護ノ對象タル法律關係ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコトハ、原告ノ判決請求權ノ權利保護ノ要件ナリ。

故ニ、余ハ前掲判決請求權ノ權利保護ノ要件ニ關スル通説(二一)ヲ變シテ、三種ニ區別ス可キモノトセントス。即チ、(イ)保護ノ對象(即私法上ノ請求權、法律關係及形成權)ノ存スルコト及其カ保護ノ適格ヲ有スルコト、(ロ)原告及被告(若ハ原告又ハ被告ト成ラントスル者)カ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコト、及ヒ(ハ)保護ノ必要ノ存スルコト之ナリ。要スルニ、此ノ三要件ハ原告カ自己ニ有利ナル判決ヲ要求スルカ爲メニ存スルコトヲ要スル權利保護要件ニシテ、此ノ三要件カ具備セサル場合ニ於テハ被告ノ判決請求權ノ權利保護要件ハ具備スト云フ可キナリ。

第二項 訴訟ヲ爲ス權能カ起訴行爲ニ於ケル地位

一 起訴行爲ノ通常ノ方式ハ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ爲スニアリ(民事訴訟法一九〇條)。區裁判所ニ於ケル手續ニ於テハ、起訴ハ又口頭ヲ以テ爲スコトヲ得、裁判所書記ハ口頭陳述ヲ調査ニ記載

ス可キモノナリト雖モ、口頭陳述ノ内容ハ訴狀ノ要素ト同一ナリ(民事訴訟法三七四及一三五條)。起訴ノ變體ト云フ可キハ、口頭辯論ニ於ケル訴ノ提起ナリ。此ノ場合ニ於テハ、訴ノ提起ハ口頭辯論期日ニ於ケル口頭ノ申立ニ依リテ爲サル(一一二)、此申立モ亦訴狀ノ要素ヲ包含セサル可カラス。故ニ訴訟ヲ爲ス權能カ訴狀ニ於ケル地位ヲ明ニスルトキハ、起訴行爲ニ於ケル地位ヲ明ニシタルモノト云フ可シ。

我訴訟法ハ、訴狀ノ要素トシテ之ニ記載セラル可キ事項ト、準備書面トシテノ訴狀ニ記載セラル可キ事項トヲ區別ス(一九〇條第一項及第二項)。訴訟ヲ爲ス權能ハ果シテ何レノ事項ニ屬スルカ而シテ、訴訟ヲ爲ス權能ヲ以テ訴ノ原因ニ屬ストスル説ハ、之カ訴狀ノ要素タルコトヲ認ムルモノナリ(Gaupp-Stein III 3 zu § 253; Weismann I S. 65)ト雖モ、之ハ果シテ正當ナルカ。是、本項ニ於テ研究セント欲スル所ニシテ、之カ爲メニハ訴ノ原因トハ何ソト云フ問題ヲ決セサル可カラス。但、訴ノ原因ノ何タルカハ、學說頗ル區區タルカ故ニ、詳論ハ他ノ機會ニ譲リ茲ニハ略説ニ止ム可シ。

二 民事訴訟法第一九〇條第一項第二號ニ規定セル「起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因」トハ何ヲ云フモノナルカハ、學說頗ル分ルル所ニシテ論點モ亦單一ナラス。即チ、第一ニ問題タルハ「請求」トハ何ヲ云フカニシテ、第二ニ問題タルハ「請求ノ目的物及ヒ原因」ト云

フハ更ニ之ヲ二要素ニ細別スルヲ得從テ如何ナル場合ニ於テモ此兩者ハ別別ニ記載セララルコトヲ要スルカ、或ハ又之ニ反シ、請求ノ目的物及原因ハ、二要素ニ細別スルヲ得ス、一要素ニシテ、單ニ請求ノ同一ヲ認識セシムル標準ヲ掲ケシムル注意ナリト解ス可キカノ點ナリ。而シテ最後ニ問題タルハ、訴ノ原因トハ何タルカナリ。

I 請求トハ何ソ。(1)或ハ茲ニ謂フ所ノ「請求」ヲ以テ直チニ私法上ノ給付ヲ目的トスル請求權ナリトス (Planck Lehrb. I S. 412 f.)。夫レ我訴訟法ノ母法タル獨逸民事訴訟法カ、本號ノ規定ニ該當スル第二五三條(舊法二三〇)第二項第二號ノ規定ヲ設ケタル當時ニ於テハ、權利變更ノ訴ナルモノハ未タ認めラレス、又確定ノ訴ナル觀念モ未タ充分明ナラス、從テ訴ト云ヘハ直チニ給付ノ訴ナリト見タルカ故ニ、請求トハ私法上ノ給付ニ對スル請求權ヲ指シタルモノナルコトハ疑ナシ。獨逸訴訟法ヲ母法トシタル我訴訟ニ於テモ、立法ノ當時ニ於テハ、請求トハ私法上ノ請求權ヲ指シタルモノナルヤ疑ヲ容レス。然レトモ、確定ノ訴及ヒ權利變更ノ訴カ認めラレサル可ラサルニ至リテハ請求トハ私法上ノ給付ヲ目的トスル請求權ナリト解スルハ到底不能ナリ。故ニ、(2)或ハ解シテ、直チニ權利保護ノ要求、即チ自己ニ有利ナル判決ノ要求ヲ云フモノナリトス (vgl. Wach Handb. I S. 297, a. a. O.; Stein III 2 zu § 253)。此ノ說ニ依ルトキハ、請求ノ目的物トハ自己ニ有利ナル判決(詳言スレハ新ニ判決ヲ爲ス裁判所ノ行爲)ヲ云ヒ、請求ノ原因トハ權利保護要求ノ原因ニシテ權利

保護ノ要件ヲ指スモノト解セサル可カラサルカ如シ。但此ノ論旨ニ依レハ、請求ノ目的物ノ表示ナルモノハ、結局一定ノ申立ノ記載ト重複スルニ至ル、現ニ Steinノ如キハ此ノ結果ヲ認めタリ (Gupp-Stein ebenda) ト雖モ、如此ハ偶其ノ見解ノ誤ルコトヲ示スモノナリ。故ニ、(3) Weismannノ如キハ、請求トハ「漠然タル訴ノ實質的内容若クハ漠然原告カ要求スル所ノモノ」ナリ („ganz im allgemeinen den materiellen Klageinhalt; das, was in einem allerdings vagen Sinne—der Kläger begehrt“ vgl. Lehrb. I S. 62)ト云フト雖モ、漠然原告ノ要求スル所ト云ヒ若クハ漠然タル訴ノ實質的内容ト云フカ如キハ明確ナル觀念ヲ與フルモノニアラス。

故ニ、(4)餘ス所ハ、單ニ立法當時ノ考ヲ同一ノ方向ニ擴張シテ解釋スル外ナキナリ。換言スレハ立法當時ノ考ニ於テハ、請求トハ私法上ノ請求權ヲ稱シタルカ故ニ確定ノ訴及ヒ法律關係變更ノ訴ヲ認めサル可カラサル今日ニ於テハ、請求トハ確定ノ訴ニツキテハ法律關係、法律關係變更ノ訴ニツキテハ形成權ナリト解セサル可カラス (vgl. Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 156 ff.; Lehrb. III S. 18 f.; Hegler, Beiträge zur Lehre von prozessualen Anerkennnissen u. Verzicht S. 18 a. a. O.)。要之、訴訟法第一九〇條第一項第二號ニ「請求」ト稱スルハ、私法上ノ請求權、法律關係及形成權ヲ指スモノナリ。

II 請求ノ目的物及原因ト云フハ、從テ、私法上ノ請求權、法律關係及形成權ノ目的物及ヒ原因

ヲ云フモノナリト雖モ、此ノ兩者ハ果シテ二要素ニ細別スルヲ得ルカ。

通説ハ二要素ニ細別スルヲ得ルノミナラス又細別ス可キモノトシ、且ツ如何ナル場合ニ於テモ常ニ二者ヲ記載スルコトヲ以テ訴狀ノ要素ト爲ス。故ニ(1)例ハ物ノ給付ヲ目的トスル私法上ノ請求權ノ目的物ハ其物ナリトスルニ於テ何等ノ困難ヲ感スルコトナシト雖モ、婚姻關係ノ存在又ハ不存在ノ確定ヲ要求スル場合ノ如キニ於テハ、法律關係ノ目的物ヲ記載スルハ已ニ困難ナリ。此ノコトハ恰カモ立法者ハ請求ノ目的物及原因ヲ以テ二要素ト爲シ、如何ナル場合ニ於テモ記載セラルルコトヲ必要トスルモノニアラサルコトヲ示ス。要スルニ、立法者カ請求ノ目的物及原因ヲ記載スルコトヲ要ストシタルハ、目的物及原因ノ記載ニ依リテ、請求ノ同一 (Identität; Identity)ヲ認識セシメントスルニ外ナラス。故ニ斯ル記載ハ、請求ノ同一ヲ認識セシムルニ必要ナル場合及範圍ニ限リテ爲サルルコトヲ要スルモノナリ。從テ、同一認識ニ必要ナラサル場合若ハ範圍ニ於テハ固ヨリ記載ノ要ナク、又何レカカ全然存在セサル場合(例ハ婚姻關係ノ存在又ハ不存在確定ノ場合ノ目的物)ニ於テハ、之カ記載ヲ要セサルハ固ヨリ論ナキナリ (vgl. Hellwig, Lehrbuch III S. 20 fg. a. a. O.)。

【註】 請求ヲ解シテ權利保護ノ要求ナリトスル説ニハ、又請求ノ目的物トハ、私法上ノ請求權、法律關係及ヒ形成權ヲ云ヒ、而シテ原因トハ新ル請求ノ目的ノ發生事實ナリトスルモノアリ。然レトモ、已ニ請求ヲ解シテ權利保護ノ要求ナリトスルトキハ之カ目的物ハ、裁判所カ自己ニ有利ナル判決ヲ爲ス行爲ナラサル可カラサルハ、前述ノ如シ。又之ニ反シテ、請求ヲ解シテ已ニ私法上ノ請求權、法律關係、形成權ナリトスルトキハ、請求ノ目的物カ私法上ノ請求權、法律關係、形成權ナルヲ得サルハ

固ヨリ論ナシ。

III 訴ノ原因トハ何ソ。(1)請求ノ目的及原因ハ細別ス可キモノナリトスル説ハ又通常、訴ノ原因トハ請求ヲ發生セシムル事實ナリトシ、訴狀ニハ斯ル事實ヲ記載ス可キモノナリトス。故ニ、此ノ説ハ稱シテ事實記載説 (Substanziierungstheorie) ト云フ【註1】

而シテ、事實記載説ニハ又無制限ナルモノト然ラサルモノトアリ。(イ)無制限ナル事實記載説ハ大體ニ於テ Jungster Reichrabschied (舊獨逸帝國裁判所法) 以來ノ獨逸普通訴訟法ニ認メタル事實記載ニ則ル可シトスルモノニシテ、實體法ノ規定ニ從ヒ、原告カ存在ヲ主張スル請求ノ成立シタルコトヲ示ス可キ總テノ事實、又ハ原告カ存在ヲ否認スル請求ノ不成立ヲ示ス可キ事實、權利保護ノ要件殊ニ保護ノ必要ヲ示ス可キ事實、及ヒ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコトヲ示ス可キ總テノ事實ヲ記載スルコトヲ要ストスルモノニシテ Stein ノ如キハ此説ヲ認ムルモノナリ (Gaupp-Stein III 3 zu § 253, % Auflage Bd. I S. 552—556)。(ロ)制限的事實記載説ニ依ルトキハ訴ノ原因トハ原告ノ請求ヲ發生セシメタル事實ヲ云フモノナリト雖モ、之カ記載ハ如何ナル發生事實カ意義セラルルモノナルカニツキテ不明ヲ生スルコトナキ程度、換言スレハ發生事實ノ同一ヲ認識スルニ必要ナル程度ニ於テ記載セラルレハ足ル、發生事實ヲ構成スル總テノ事實ヲ記載スルヲ要セストナス (vgl. Weismann, Lehrb. I S. 63)。

(2) 事實記載説ニ反對スル説ヲ同一認識説(Individualisierungstheorie)ト云フ。此ノ説ハ碩學 Wach
ノ首唱ニ係リ(Wach, Vorträge 2 Aufl. S. 19—33; in Grochots Beiträgen Bd. 31 S. 1 f.) 幾多ノ學
者ノ賛同スル所ナリト雖モ【註一】最近ニ至リテ殊ニ Hellwig ノ詳論シタル所ナリ(Hellwig, Lehrbuch
Bd. III (1908) S. 15 ff; Anspruch u. Klagrecht S. 58 ff.)

【註一】此等同一認識説ヲ認ムル者ニ Ploss, Theorie des Klagrechts S. 26 ff; Eccius, Preussische Privatrecht I § 50 f, § 55;
Fitting, Lehrbuch Processrechts § 47; Schmidt, Lehrb. h (1. Aufl.) S. 377 ff; Klageränderung S. 177 ff; Fuchs in Gruchot Bd. 29 S.
635 ff; O. Fischer, Identität S. 39 ff; Langh ineken, Urtheilsanspruch S. 51 ff; Bakmeyer in Archiv für civil. Praxis Bd. 66 S.
38; Schallmeyer, Compensations Einrede S. 126; Degenkoll, Beiträge zum Civilprocess (1905) S. 129; Seuffert Kommentar (19)
Nr. 3 zu § 253; Fünster-Engelmann zu § 253; Reineke, Pat. rsen; Kipp bei Windscheid I § 128 Acn 6; Cosack, Aufhebungs-
recht S. 233.

事實記載説ヲ認ムル學者ニハ、前掲ノ外、Ploss, Lehrbuch II S. 36 ff; Schmidt Lehrb. (2. Aufl.) S. 392; Struckmann-Koch
zu § 252; Petersen (seit 5 Aufl.); Willmowski-Levy (7); Staub in Gruchot Bd. 32 S. 544 ff; Dernburg, Pandek. I § 152;
Crome, Bürger. Recht I § 125⁴ (anders III S. 210) End. mann, Bürg. R. I 469 (anders III S. 383 f.)

同一認識説ハ請求ノ目的物及原因ヲ解シテ請求即チ私法上ノ請求權、法律關係及形成權ノ同一ヲ
認識セラル可キ標準ヲ掲ケシムルモノ、他言ヲ以テ云ヘハ、同一ヲ認識セシムルニ必要ナル程度ニ
於テ説明セラレタル私法上ノ請求權、法律關係及形成權(即 individualisierter Rechtsverhältniss)ヲ記載
スルモノナリトス、而シテ之ハ所謂訴ノ原因ナリトスルナリ。サレハ此ノ説ニ依ルトキハ、請求ノ

目的及原因ト云フカ如キハ、單ニ同一ヲ認識セシムル標準ナリト云フニ過キス。從テ、目的物及原
因ニ依リテ同一ヲ認識セラルモノニハ、之ヲ記載スルヲ要スト雖モ、他ノ標準ニ依リテ同一ヲ認
識セラル可キモノニハ、其他ノモノヲモ記載セサル可ラサルナリ(Hellwig, Lehrbuch III S. 20 fg. a.
a. O.)。

從テ、同一認識説ハ請求ノ目的トハ何ヲ云ヒ、原因トハ何ヲ云フカト設問セスシテ、私法上ノ請
求權法律關係及形成權ハ何ニ依リテ同一ヲ認識セラルルカ、例ハ何ニ依リテ甲ナル私法上ノ請求權
ニシテ乙ニハアラサルカ、何ニ依テ甲ナルコトヲ認メテ、他ノモノト區別スルカト設問スルナリ
故ニ、同一認識説ニ於テハ、私法上ノ請求權、法律關係及形成權カ同一ヲ認識セラルル標準ヲ研究
スルハ極メテ重要ナル問題ニ屬ス。茲ニ詳論ノ餘地ナシト雖モ【註二】(イ)私法上ノ請求權ハ債權タ
ルト物權カ侵害セラレテ生シタルモノタルトヲ問ハス、主體(債權者及債務者若ハ權利者及義務者)
、内容及ヒ發生事實ニ依リテ同一ヲ認識セラル、(ロ)形成權ハ主體、形成セラル可キ法律上ノ效果
(例ハ取消)及ヒ發生事實ニ依リ、(ハ)相續權ハ相續人、相續財產及ヒ相續權ノ發生事由(即法定相
續若ハ遺言相續)ニ依リテ同一ヲ認識セラル。(ニ)之ト異リ、物權ハ、主體、權利ノ種類及ヒ目的
物ニ依リテ同一ヲ認識セラル、是レ一定ノ動產又ハ不動產ニ對スル所有權ハ、其取得事由カ異ナル
ニ從ヒテ異ナルコトナキヲ以テナリ。但擔保權ニツキテハ以上ノ標準ノ外、猶擔保セラレタル債權

ヲ以テ同一認識ノ標準ニ加フ可キナリ。又著作權ノ如キ絶対權ニツキテモ擔保權以外ノ物權ト同一ニ論スルヲ得。身分權ニツキテハ主體及權利ノ種類ノ外、目的物ニ依リテ同一ヲ認識セラルト雖モ、目的物ナル意義ハ寬ニ解ス可キナリ、例ハ夫權ハ夫カ妻ニ對シテ有スト見ル可キモ、妻カ目的物ナリト云フハ嚴格ナル意義ニ於テ然ルモノニアラス。

【註一】同一ヲ認識ス可キ標準ニ關シテハ Heilwig, Lehrbuch I S. 258 ff. Anspruch u. Klagrecht S. 77 f. 參照。

(3) 事實記載說ト同一認識說トノ異同ハ上述ニ依リテ推スルヲ得ルカ如ク、事實記載說ニ依ルトキハ、如何ナル場合ニ於テモ訴ノ原因トシテ權利若ハ法律關係ノ發生事實ヲ記載ス可シト云フニアリ(記載ノ程度ニツキテハ說分ルレトモ)、同一認識說ニ依ルモ、私法上ノ請求權及ヒ形成權ニツキテハ發生事實ヲ記載セサル可カラサルカ故ニ、此ノ點ニ於テハ實際上ノ差異著カラス。反之、絶対權特ニ物權ニツキテハ同一認識說ハ取得事實ヲ記載スル必要ナシトスルニ反シ、事實記載說ハ之カ記載ヲ必要トナスノ差異アリ。

(4) 我訴訟法カ果タシテ何レノ說ヲ認メタルカハ、容易ニ決ス可カラスト雖モ、同一認識說ヲ認メタルモノト解ス可キナリ。其理由ハ、(一)沿革上ヨリ論スルトキハ事實記載說ハ、書面主義及同時提出主義ト密接ノ關係ヲ有スルハ論ヲ俟タス。普通訴訟法ハ明ニ之ヲ例證シタリ。我訴訟法ハ反之口頭主義及自由叙列主義ヲ認メタルカ故ニ、事實記載說トハ相容ル可カラサルナリ(詳論ハ他日

ニ讓ル)。(ニ)文理上ヨリ論スレバ(イ)訴訟法一九六條ニハ原告ハ訴ノ原因ヲ變更セスシテ事實上ノ申述ヲ補充又ハ更正シ得ルコトヲ認メタリ(第一號)。此ノ規定ハ無制限ナル事實記載說トハ相容レス。(ロ)又第一〇五條第三號ト第一九〇條第二號トノ對照、(ハ)第二五二條第二號等モ事實記載說ヲ認メサル證據トナスヲ得可キナリ。(ホ)或ハ人事訴訟法第七條第二項ニハ「訴ノ原因タル事實」ナル字句アルヨリ論及シテ(獨民訴六一四條及六一六條參照)、訴ノ原因ハ事實ナルコトヲ示スモノトスル說アレトモ (Gaupp-Stein 3 zu § 253, 8/9 Au¹. Bd. I S. 553 仁井田博士要論中卷六二四頁) 婚姻ノ取消若ハ離婚ノ訴ト云フカ如キハ、何レモ形成權ヲ以テ訴訟物トナスモノニシテ形成權ノ同一認識ニハ發生事實ヲ記載スルコトヲ要スルカ故ニ、此規定ヨリシテ訴ノ原因トハ發生事實ヲ云フモノナルコトヲ推及スルヲ得サル可シ、又婚姻事件ニ於テハ一ノ事實ヨリ他ノ事實ニ移ルコトヲ認ムルカ故ニ(人事訴訟法八條及九條)、假ニ人事訴訟法第七條第二項ノ規定ヨリシテ訴ノ原因ハ事實ナリト論及スルヲ得トスルモ、總テノ場合ニ擴張解釋ヲ許スカ疑アリ (vgl. Seuffert 10 Aufl. IV zu § 253, Bd. I S. 369)。又(11)論理解釋ヨリ論スルトキハ、(イ)我訴訟法カ訴狀ニツキテ要永スル所ハ、普通法ニ於ケルカ如キ書面主義及同時提出主義ヲ排斥シタル結果、訴訟物トセラレタル私法上ノ請求權、法律關係若ハ形成權ハ何タルカヲ明ニスト云フニ止マリ、之ヨリ多クノモノニモ亦少キモノニモアラス。而シテ訴訟法カ要求ヲ爲ス理由ハ權利拘束ノ範圍及ヒ既判力ノ範圍ハ訴訟

物ニ依リテ定リ、又原告缺席ノ場合ニ於テ爲ス可キ缺席判決ハ如何ナル訴ヲ却下スルモノナルカモ亦訴訟物ニ依リテ定マルヲ以テナリ。斯ル必要アルカ爲メニ、訴訟法ハ已ニ訴狀ニ於テ訴訟物ヲ爲ス請求ノ同一カ認識セラル可キ標準カ記載セラルコトヲ要ストスルナリ。(ロ)若シ夫レ無制限的の事實記載説カ要求スルカ如キ事實、例ハ原告ノ請求ノ理由アルコトヲ示ス可キ事實ノ如キハ判決ニ接著スル口頭辯論期日ニ至ル迄ニ於テ陳述セラルレハ可ナリ、是レ口頭主義ヲ採リ又同時提出主義ヲ斥ケタル當然ノ結果ナリ。然ルニ事實記載説ハ已ニ起訴ノ當時ニ於テ、請求ノ理由アルコトヲ示ス可キ事實ヲ記載セシメントシ、之カ變更ハ訴ノ原因ノ變更トスルカ故ニ、間接ニ同時提出ヲ強制スルモノト云フ可シ。(ハ)又原告ノ請求カ理由アルコトヲ示ス可キ事實トハ事實記載説ニ依ルトキハ權利保護要件ノ存スルコトヲ示ス可キ事實トナルト雖モ、權利保護要件ハ判決ヲ爲ス時詳言スレハ判決ニ接著スル口頭辯論終了ノ時ニ於テ存在スレハ可ナルコトハ、訴訟法第五四五條第二項ノ規定ヨリシテモ類推スルヲ得、又學說ノ一般ニ認ムル所ナリ。然ルニ事實記載説ハ已ニ訴狀ニ於テ權利保護要件ノ存在ヲ示ス可キ事實記載ス可キモノトシ、之カ變更ハ訴ノ原因ノ變更トナリ原則トシテ許サレサル所ナルヲ以テ、自家撞著タルヲ免レス。要スルニ此等ノ理由ハ、我訴訟法モ亦、同一認識説ヲ認メタルモノナルコトヲ推論セシムルモノナリ、詳細ハ他ノ機會ニ譲ラン。

三 上述ノ如ク、訴ノ原因ノ何タルカハ同一認識説ニ依リテ解ス可キモノナリトセハ、訴訟ヲ爲ス權能ハ果シテ訴ノ原因ニ屬スルカ。

同一認識説ニ依ルトキハ、訴ノ原因ニハ訴訟物ヲ爲ス私法上ノ請求權、法律關係及ヒ形成權ノ主體ヲ掲ク可キコトヲ述ヘタリ而シテ訴訟當事者ハ、又當事者トシテ訴狀ニ表示セラル可キナリ(一九〇條第二項第一號)。從テ、(イ)訴訟當事者ト訴ノ原因トシテ記載セラルル法律關係ノ主體ト相一致スル場合ニ於テハ、訴訟當事者カ訴訟物ヲ爲ス私法上ノ請求權、法律關係、形成權ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコトハ自ラ明ナリ。然レトモ(ロ)訴訟ノ當事者ト訴ノ原因トシテ記載セラルル私法上ノ請求權、法律關係又ハ形成權ノ主體トカ相一致セサル場合モ亦決シテ少ラス、例ハ甲ナル第三者カ檢事ヲ被告トシテ既ニ死亡シタル乙及丙ノ間ニ存シタル婚姻關係ノ無効ヲ確定シ、若ハ取消ノ判決ヲ求ムル訴ヲ提起スル場合ノ如シ(人事訴訟手續法第二條第三項)。此ノ場合ニ於テハ訴訟ノ當事者ハ明ニ甲及檢事ナルニ訴訟物タル婚姻關係ノ主體ハ既ニ死亡シタル乙及丙ナリ。故ニ甲及ヒ檢事カ乙、丙間ノ婚姻關係ヲ訴訟物ト爲シ之ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコトハ示サレサル可カラスト雖モ、之ハ訴ノ原因トシテ訴狀ニ記載セラル可キカノ問題ヲ生スルナリ。而シテ、事實記載説ニ依ルトキハ、訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコトヲ示ス可キ事實(例示ノ場合ニ於テハ、乙丙ハ死亡シタリト云フ事實)ハ訴ノ原因ニ屬スト論ス可キモノナル可シ(少クモ無制限的の事實記載説ニ依ルトキハ——vgl. Gaup-Skein III 3 zu § 253)ト雖モ、同一認識説ニ依ルトキハ、訴訟ヲ爲ス權

能ノ有無ハ、訴訟物タル婚姻關係ノ内容ニ屬セス、之カ同一ヲ認識セシムル標準ニ屬セサルカ故ニ
訴ノ原因ニ屬セス。從テ、訴訟ヲ爲ス權能ノ有無及ヒ之ヲ有スルコトヲ示ス可キ事實等ハ準備書面
トシテノ訴狀ニ記載セラルルヲ可トスルモ、決シテ訴狀ノ要素ニハ屬セサルナリ (vgl. Hellwig, Lehr-
b. III S. 12 a. a. O.)。從テ、係争中ニ當事者ノ訴訟ヲ爲ス權能ニ變更ヲ生スルモ、他ニ何等ノ變更
ナキ限ハ、訴ノ原因ニハ變更ヲ生セサルナリ。

四 要之、訴訟ヲ爲ス權能ハ判決請求權ノ權利保護ノ要件ニ屬スト雖モ、訴狀ノ要素殊ニ訴ノ原
因ニハ屬セス、單ニ準備書面トシテノ訴狀ニ記載セラル可キ事項タルナリ。此ノコトハ、恰カモ保
護ノ必要ニ關スル要件カ、權利保護要件ニ屬スルニ係ハラス、猶訴狀ノ要素殊ニ訴ノ原因ニハ屬セ
スシテ、準備書面トシテノ訴狀ニ記載セラル可キモノタルニ似タリ。

第三款 「正當ナル當事者ニアラサル者」ノ爲シタル訴訟ニ對スル判決

一 正當ナル當事者ニアラサル者カ訴訟ヲ爲シタル場合ニ於テモ其訴訟ハ當事者ヲ缺クモノニア
ラス。又該當事者ハ當事者能力若クハ訴訟能力ヲ缺クニアラスシテ、單ニ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有セザ
ルニ止マルコト、及訴訟ヲ爲ス權能ハ訴訟成立要件ニハ屬セスシテ、權利保護ノ要件ニ屬スモノナル
コトハ前述シタリ (第二節第一款三及同節第二款第一項 II)。從テ、一訴訟ノ原告又ハ被告若クハ
双方カ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有セサル場合ニ於テ、裁判所カ此點ニ基キテ判決ヲ爲ス可キトキハ其判決

ハ不法トシテ訴ヲ却下スル本案前ノ判決 (Abweisung als unzulässig; absolutio ab instanzia) ニハ
ラスシテ、請求ヲ理由無シトシテ棄却スルモ本案判決 (Abweisung als unbegründet; absolutio ab
actiones) ナル可キコトハ、固ヨリ疑ヲ容ル可キニアラスト雖モ、此ノ點ニ關シテ少シク特別ノ研究
ヲ爲サン。

二 沿革ニ徴スルニ正當ナル當事者 (Sachlegitimation) ナル觀念ハ、其淵源ヲ獨逸古法ノ共同 (即
チ共手 *Gesamthand*) ニ發シタルモノナリ。獨逸古法ニ於テハ、手ノ形ヲ畫キテ權者利タルコトヲ
示シタルカ故ニ、數本ノ手カ結束セラレタルノ狀ヲ畫キテ共手ノ記號ト爲シ、以テ數人カ合シテノ
ミ或ハ權利者タリ或ハ義務者タルコトヲ示セリ。從テ當時ノ觀念ニ於テハ數人カ合シテノミ又原告
若クハ被告トシテ訴訟ヲ爲スヲ得タリ (當時ノ語ニ於テハ之ヲ稱シテ „*Samenklage*“ ト云フ、此
ノ語ハ Goslar Statuten に見ル所ナリ、 vgl. *Waller Lux, Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft*
S. 9 a. a. O.)。換言スレハ共手ノ關係ヲ有スル者ノ總テカ原告タリ又ハ被告タル場合ニ於テノミ
其ノ原告又ハ被告ハ正當ナルモノナリ。故ニ、若シ、共手ノ關係ヲ有スル者ノ或ル者ノミカ訴ヘ若
ハ或者ノミカ訴ヘラレタル場合ニ於テハ被告ハ原告ノ申立 (*ansprache*) ニ對シテ「汝ハ正當ナル原告
ニアラサルカ故ニ、余ハ答辯セス」若ハ「余ハ正當ナル被告ニアラサルカ故ニ答辯セス」 (*non tibi res-
pondeo, non debes mecum agere*) ト答フルヲ得タリ。斯ル答辯拒絕ハロングバルド法ニモ亦ザクセ

ン法ニモ見ル所ニシテ (vgl. Planck, Gerichtsverfassung I S. 391—401)。後世ノ訴訟法ニ認メタル妨
訴抗辯ニ該當スルモノナリ。

故ニ獨逸普通訴訟法ニ於テモ、初メハ正當ナル當事者ニアラサルコトノ抗辯 (exceptio deficientis
eigimentionis ad causam) ヲ以テ、妨訴抗辯ナリトシ、此ノ點ニ關スル爭點ハ被告カ應訴義務ヲ有ス
ルヤ否ヤニ關スル問題ナリトシタリ。然ルニ、Bethmann Hollweg 及 Planck カ其書ニ於テ、斯ル妨訴
抗辯ハ「ローマ」法ニ於テハ認メラレサル所ニシテ、正當ナル當事者ナルカノ問題ハ「ローマ」法ニ於
テハ原告ノ請求カ理由アルコトヲ示ス可キ事實ノ一部ナリト論シタル以來 (Bethmann-Hollweg, Ver-
suche (1827) Nr. II; Planck, De legitimatione ad causam (1837))。學說ニ於テハ妨訴抗辯說ヲ捨テ
訴ノ理由アルコトヲ示ス可キ事實ナリトシ、今日ニ於テモ亦通說ノ認ムル所トナレリ。(Wetzell,
System § 16; Planck, Lehrb. I § 44; Weismann, Lehrb. I S. 65; Engelmann, Zivilprozess § 61;
Friting, Zivilprozess § 61; Gaup-Stein Kommentar II vor § 50 C. P. O.; in Birkmeyer Encyclopädie
S. 968; Seuffert 7 zu §§ 51, 52 C. P. O.; Struckmann-Koch 2 zu § 52 C. P. O.; 猶第二節第二款第
一項ニ參照)

我訴訟法カ訴訟ヲ爲ス權能 (Sachlegitimation) ノ欠缺ヲ以テ妨訴抗辯ト爲ササルコトハ第二〇六條
ノ規定ニ依リテ明ナリ。同條第二項ハ左ニ掲グルモノヲ以テ妨訴抗辯トストシテ、制限的ナルコト
ヲ示シ、而カモ其列記ニハ訴訟ヲ爲ス權能ノ欠缺ヲ擧ケサルカ故ナリ。勿論、訴訟成立要件タルニ
係ハラス其ノ欠缺ハ妨訴抗辯タルヲ得サルモノモ無キニハアラサルカ故ニ (例ハ起訴カ方式ニ合ス
ルコト、當事者能力、訴訟代理權) 訴訟ヲ爲ス權能カ妨訴抗辯ニ屬セサルコトヨリシテ直チニ訴訟
成立要件ニ屬セサルコトヲ推論スルヲ得ス。サレト訴訟ヲ爲ス權能ハ、嘗テ述ヘタルカ如ク、訴訟
物ヲ爲ス私法上ノ法律關係ニツキテ管理權ヲ有スルカ否カニ該當スルモノニシテ所有權及債權等ノ
財產權ニツキテハ、又其本權ノ内容ニ屬スルモノト云フヲ妨ケサルカ故ニ 第一節第二款第一項
及ヒ第二節第一款三三) 之カ本案ニ關スルモノタルハ疑ヲ容レズ。學者カ之ヲ以テ訴ニ依ル請求ノ
理由アルコトヲ示ス可キ事實換言スレハ權利保護ノ要件ノ存在ヲ示ス可キ事實ノ一部ナリトシタル
ハ理由ナキニアラサルナリ。

三 斯ク、訴訟ヲ爲ス權能ハ、訴訟成立要件ニハ屬セス。而シテ不適法トシテ訴ヲ却下スル判決
ハ又訴訟成立要件欠缺ノ場合ニ限リテ爲サル可キモノナルコトハ學說ノ一致スル所ナルカ故ニ、當
事者カ訴訟物ヲ爲ス私法上ノ請求權又ハ法律關係等ニツキテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有セサル場合ニ於テ
ハ原告ノ請求ヲ理由ナシトテ、棄却スル本案判決ヲ爲スノ外ナク、學說モ亦之ヲ認メタリ (z. B.
Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 138 f.; Lehrb. I S. 144 f. u. S. 155; Lehrb. III. S. 99; Weismann,
Lehrb. I S. 475, Gaup-Stein III zu § 62 C. P. O)

但 Lux ハ、請求理由ナシトスル判決ハ訴訟物タル私法上ノ請求權又法律關係自體ノ存在セザルコトヲ確定スル判決ニシテ、單ニ原告ノ判決要求ヲ理由ナシトスル判決ニハアラス。而カモ、當事者カ訴訟ヲ爲ス權能(彼ノ所謂 Sachlegitimation)ヲ有セザルコトヲ宣言スルニ止ル判決ハ、訴訟物タル私法上ノ請求權又ハ法律關係ノ存否ニツキテ裁判ヲ爲スモノニアラサルカ故ニ、請求ヲ理由ナシトスル判決ヲ爲ス可キモノニアラス、又請求ヲ棄却スル本案判決ハ既判力ヲ生スト雖モ、訴訟ヲ爲ス權能ヲ有セザルコトヲ宣言スル判決ハ既判力ヲ有セシム可キニアラサルカ故ニ、本案判決ヲ爲ス可キニアラス、故ニ、訴訟ヲ爲ス權能欠缺ノ場合ニ於テハ不合法トシテ訴ヲ却下スル本案前ノ判決 (absolutio ab instantia) ヲ爲ス可キモノナリトス (Lux, die Notwendigkeit der Streigenensschaft S. 101 a. a. O.)。然レトモ此ノ說ノ誤マレルコトハ固ヨリ云フヲ俟タス、(1)(イ)請求ヲ理由ナシトスル判決ハ、訴ノ申立ニ於テ表彰セラルル原告ノ權利保護ノ要求 (詳言スレハ自己ニ有利ナル判決ノ要求) カ理由ナキコトヲ宣言スル判決ニシテ、必シモ訴訟物タル私法上ノ請求權、法律關係若クハ形成權カ存在セザルコトヲ宣言スル判決ニハアラス。此ノコトハ、債務カ履行期ニアラサルカ爲ニ給付ノ訴ヲ理由ナシトテ棄却スル本案判決ハ、債權ノ不存在ヲ宣言スルモノニハアラスシテ、單ニ其カ履行期ニアラサルコトヲ宣言スルニ過キサルニ徴スルモ明ナリ。

(ロ)勿論請求棄却ノ判決ヲ區別シテ、訴訟物タル私法上ノ請求權又ハ法律關係ノ不存在ヲ宣言スル判決ト、他ノ權利保護ノ要件即チ保護ノ必要若ハ訴訟ヲ爲ス權能ノ不存在ヲ宣言スル判決トニ區別シ、之ヲ言ヒ表ハス可キ判決ノ形式ヲ定メントスルモ亦一說タルヲ失ハス、現ニ Hellwig ノ主張スル所タリト雖モ「註一」其實益ニツキテハ疑ナキ能ハサルノミナラス、我訴訟法ハ斯ル區別ヲ認ムルコトナシ。要スルニ、訴訟ヲ爲ス權能ノ存在セザルコトヲ宣言スル判決ハ、「註」ノ論スルカ如ク、訴訟物タル私法上ノ請求權又ハ法律關係ノ不存在ヲ宣言スル判決ニハアラサルカ故ニ、特種ノ形式ニ依ラシムル必要アリト假定スルモ、其ハ原告ノ權利保護ノ要求ヲ理由ナシトスル本案判決ノ一種タルコトヲ示ス可キ形式ニ依ル可クシテ、決シテ訴ヲ不合法トシテ却下スル本案前ノ判決タル形式ニ依ル可キニアラサルナリ。

(2) 「註」ハ又、訴訟ヲ爲ス權能ノ欠缺ヲ宣言スル判決カ本案判決タルトキハ、既判力ヲ生ス可キコトヲ虞ルト雖モ、既判力ヲ生スルコトハ弊害ナキノミナラス、之ヲ生セスンハ其不便云フ可カラサルナリ。彼ノ虞ルル所ハ、蓋シ正當ナラサル原告例ハ甲カ不當ナル被告乙ヲ相手方トシテ、訴訟ヲ爲シタル場合ニ於テ、請求棄却ノ本案判決ヲ爲シ、其カ既判力ヲ生スルトキハ、後ニ正當ナル原告例ハ丙カ乙ヲ被告トシテ、同一ノ私法上ノ請求權又ハ法律關係ヲ訴訟物トシテ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テ、乙カ既判力ヲ援用スルヲ虞ルルニアルカ如シト雖モ、判決ノ既判力ハ當事者ニ關連シテ生スルモノタリ。故ニ問題ノ場合ニ於ケル判決ハ甲乙間ニハ既判力ヲ生スルモ、丙ト乙トノ訴訟ニツキ

テハ既判力ヲ生スルコト無シ。故ニ、丙カ乙ヲ被告トシテ訴訟ヲ爲スニツキ何等ノ不便ヲ生セサル
ノミナラス、若シ既判力ヲ生セザランカ、甲ハ復タ乙ヲ被告トシテ同一ノ訴訟物ニ關シテ訴訟ヲ開
始シ、而カモ被告ハ既判力ヲ援用スルヲ得スシテ、一々防禦ヲ爲ササル可カラサル不便ヲ生ス。

要之、當事者カ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有セサル場合ニ求テ、之ニ基キ判決ヲ爲ス可キトキハ、他ノ權
利保護ノ要件ノ存在セサル場合ト等シク、原告ノ請求ヲ理由ナシトスル本案判決ヲ爲ス可キモノニ
シテ、訴ヲ不合法トシテ却下スル本案前ノ判決ヲ爲ス可キニアラサルナリ。

【註1】 Hellwig カ訴訟成立要件ト對立シテ權利保護ノ要件ヲ認メ且ツ後者ヲ細別シテ實質的ノモノト、訴訟的ノモノトナスコ
トハ、嘗テ述ヘタル所ナリ(第二節第一款第一項II)。從テ、彼ハ(イ)訴訟成立要件ノ欠缺ノ場合ニ於テハ「訴訟却下ノ判決」
(Prozessabweisung)ヲ爲シ、(ロ)權利保護要件中訴訟的ノモノ即彼ノ所謂 *Prozessuale Klagevoraussetzungen* ノ欠缺ノ場合ニ於テ
ハ、「請求ノ一時の棄却ノ判決」(Klagabweisung zur Zeit)ヲ認メ、(ハ)權利保護要件ノ實質的ノモノ、即彼ノ所謂 *materielle
Klagevoraussetzungen* ノ欠缺ノ場合ニ於テ、初メテ請求ヲ理由ナシトシテ棄却スル判決」(Klagabweisung ganz undgründlich)
ト稱スト雖P(Hellwig Lehrb. I, S.103 a.a.O.)、未ダ學者ノ贊セサル所ナリ。

第四款 結 論

上來、論述セル所ヲ約言スレハ、

民事訴訟ニ於テ正當ナル當事者ト稱スルハ、特定ノ私法上ノ請求權、法律關係又ハ形成權ヲ訴訟
物ト爲シ、又之カ訴訟物タル訴訟ニ於テ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スル當事者ヲ云フモノニシテ、斯ル權

能ヲ有スルハ、訴訟物ヲ爲セル私法上ノ請求權又ハ法律關係ノ主體タルニ因リ或ハ然ラサルコトア
リト雖モ、斯ル權能ノ有無ハ當事者タルモノト、訴訟物ヲ爲ス特定ノ請求權、法律關係等トノ關係
ニ依リテ定マルモノナリ。

故ニ正當ナラサル當事者カ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テモ、其ノ訴訟ハ當事者ヲ缺クモノニアラス、又
其當事者能力若クハ訴訟能力ヲ有セサルモノニアラス、且ツ訴訟ヲ爲ス權能ハ訴訟成立要件ニ屬セ
スシテ、權利保護ノ要件ニ屬スルカ故ニ、正當ナラサル當事者カ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テ、此點ニ基
キ判決ヲ爲ス可キトキハ、請求ヲ理由ナシトスル本案判決ヲ爲ス可キモノニシテ、訴ヲ不合法トシ
テ却下スル判決ヲ爲ス可キモノニアラス、又正當ナル當事者ナルコトヲ示ス可キ事實ハ、訴狀ノ要
素殊ニ訴ノ原因ニ屬セスト云フニアリ。

(附言) 訴訟ヲ爲ス權能ヲ有セサル當事者カ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テハ、訴訟成立要件及他ノ權利
保護ノ要件ハ存在スルモ、猶原告ノ請求ヲ理由アリトスル本案判決ヲ受クルヲ得サルコトハ前述
ノ如シ。故ニ數人カ共同ニ於テノミ、或ハ原告トシテ或ハ被告トシテ、訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スル
場合ニ於テ、若シ或ル者ノミカ原告若クハ被告トシテ、訴訟ヲ爲ストキハ到底原告ノ請求ヲ理由
アリトスル判決ヲ受クル能ハス。訴訟ハ終局ノ效果ヲ收ムル能ハサルナリ。故ニ學者ハ、或ル者
ノミカ、原告トナリ若ハ或ル者ノミヲ被告トシテ訴訟ヲ爲スモ、其訴訟カ終局ノ效果ヲ收ムル能

ハナル場合ヲ以テ必要的共同訴訟ノ一場合ナリト爲ス (Stein III zu § 62 C. P. O.; Seuffert Nr. Ad b zu § 62 C. P. O.; Hellwig, Lehrb. III S. 97 f.)。余ハ本篇ニ於テ、此ノ場合ヲモ研究スル豫定ナラシト雖モ、所述既ニ冗長ニ失シタルヲ以テ、此點ノ研究ハ之ヲ他日ニ譲ラントス。

二 訴ノ原因ヲ論ス

總 言

訴ノ變更トハ提起セラレタル訴カ變更セラル、コトヲ云フモノナルカ故ニ、訴ノ變更ノ有無ヲ判スルニハ、先ツ如何ナル訴カ提起セラレタルカヲ明ニスルコトヲ要ス。而シテ訴ノ提起ハ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ爲スヲ以テ通常ノ方式トナスカ故ニ(民訴一九〇條一項、三七四及三七三條)、如何ナル訴カ提起セラレタルヤノ問題ハ、訴狀ノ記載詳言スレハ訴狀ノ要素トシテ記載セラレタル事項ニ依リテ知ルコトヲ得ルナリ。故ニ余ハ本篇ニ於テハ、訴狀ノ要素殊ニ訴ノ原因ニツキテ研究スル所アラントス。

第一款 訴狀ノ要素一斑

一 訴狀ノ要素ハ民事訴訟法第一九〇條第二項ノ規定スル所ナリ、同項ニハ「訴狀ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス」ト規定シテ其要素タルコトヲ示シタリ。即チ(1)當事者及ヒ裁判所ノ表示(2)起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因、(3)一定ノ申立ノ三件ハ訴狀ノ要素タルナリ。

而シテ、我民事訴訟法カ以上ノ三件ヲ以テ訴狀ノ要素ト爲シタル立法上ノ目的ハ單ニ如何ナル原

告知如何ナル被告ヲ相手方トシ如何ナル裁判所ニ如何ナル訴訟物ニ關シ如何ナル判決ヲ要求スルカノ點カ既ニ訴狀ノ記載ニ於テ判然タルコトヲ欲スルニ止マル、換言スレハ當事者及訴訟物ノ同一カ認識セラレ且要求セラルル判決ノ種類及内容カ判然明瞭ニシテ、些ノ不明無シト云フニ盡ク。

訴訟法ハ之以上ニ訴狀ノ要素タル記載ニツキテ期待スルモノニアラス、故ニ原告ノ要求カ理由アルコトヲ示ス事實ノ如キハ訴狀ノ要素トシテ記載セラル可キ事項ニ屬セス。換言スレハ訴訟法ハ準備書面若クハ準備書面トシテノ訴狀ニ於テハ斯ル事實カ記載セラル、コトヲ期待スト雖モ、訴狀ノ要素トシテハ之カ記載ヲ期待スルコト無キナリ。此點ハ固ヨリ學者ノ解釋ヲ異ニスル所ナリト雖モ、同時提出主義ヲ斥ケタル訴訟法ニ於テハ認めサル可カラスト信ス。詳細ハ第二款ニ於テ研究ス可シ。

二 (1)當事者ノ表示ハ(イ)當事者ノ同一ヲ認識シ得ル程度、換言スレハ甲者ヲ他ノ者ヨリ區別シ得ル程度ニ於テ記載シ (Identität, Individualität, Unterscheidungsmerkmal) (ロ)且原告ナルカ被告ナルカノ訴訟法上ノ地位ヲ明白ニ記載スレハ足ル【註二】故ニ正當ナル當事者ナルコトヲ示ス可キ記載カ當事者ノ表示ニ屬セサルコトハ固ヨリ論ヲ俟タス【註三】

當事者ノ同一ヲ認識シ得ルカ爲メニハ如何ナル記載ヲ爲スコトヲ要スルカハ場合ノ事情ニ依リテ異なる、例ハ、自然人ニツキテハ姓名並ニ住所、身分及職業ヲ記載スルトキハ、通常同一ヲ認識ス

ルニ充分ナリト雖モ、場合ニ依リテハ此等ノ總テヲ必要トセス(例ハ同一住所ニ同一姓名ノ者ハ一人以上存在セサル場合ノ如シ)、又場合ニ依リテハ之ヲ以テ足ラス(例ハ同一住所ニ、同一身分同一職業ニシテ同一身分ナル者二人以上存スル場合ノ如シ)。後ノ場合ニ於テハ、從テ更ニ同一ヲ認識シ得可キ標準ヲ掲クルコトヲ要ス(例ハ生年月日)。

【註一】 當事者ノ表示ハ同一ヲ認識シ得且訴訟上ノ地位ヲ明ニスレハ足ルコトハ、學說ノ一致スル所ナリ (V. B. Hallwig Lehnh. III S. 13; Gaupp-Stein Kom III I zu § 253 C. P. O.; Seuffert Kom. Nr. 4 zu § 253)

【註二】 並ニ正當ナル當事者ト云フハ Processlegitimation ヲ有スル當事者ヲ指ス、其ノ何タルカハ、本書一頁以下「民事訴訟ニ於ケル正當ナル當事者ナル觀念及其訴訟法上ノ地位ヲ論ス」參照。從來學者ハ、 Sachlegitimation, Processlegitimation ハ訴ノ原因ニ屬スルカ、否カチ問ヒ、當事者ノ表示ニ屬スルカ否カチ問題トシタルモノ無シ。然レトモ、訴訟物ニ關スル訴狀ノ要素ニツキテ、單ニ同一認識ニ甘セスシテ、原告ノ要求ノ理由アルコトヲ示ス可キ記載ヲ要求スルナラハ、當事者ノ表示ニツキテモ亦其レカ正當ナル當事者ナルコトヲ示ス可キ記載ヲ要求ス可キナリ。(猶正當ナル當事者ナル觀念カ訴ノ原因ニ屬スルカノ問題ニ關シテハ後述及本書四六頁以下參照)

(2)裁判所ノ表示モ亦同一ヲ認識シ得ル程度ニ於テ記載セラル、コトヲ要スルヤ論ナシ、而シテ裁判所ノ同一ヲ認識スルニハ例ハ京都地方裁判所トアレハ足り、部ヲ示スノ必要ナキコトハ學說ノ一致スル所ナリ。又裁判所カ管轄權ヲ有スルコトヲ示ス可キ記載カ裁判所ノ表示ニ屬セサルハ論ナキナリ【註四】。

【註三】 裁判所カ管轄權ヲ有スルコトヲ示スヘキ事實モ、當事者ノ訴訟ヲ爲ス權能ト等シク、普通法時代ニ於テハ訴ノ原因ニ屬

ストシタリ。今日ニ於テハ、當事者ノ訴訟ヲ爲ス權能ヲ以テ訴ノ原因ニ屬スト爲ス學者モ特權ヲ示ス事實ヲ以テ訴ノ原因ニ屬ストスルモノ無シ(例ハ Camp-Stein zu § 253)。

要之、當事者及裁判所ノ表示ハ同一ヲ認識シ得ル程度ニ於テ記載セラレハ、法カ之ヲ以テ訴狀ノ要素ト爲シタル法意ヲ充タスモノナルコトハ、學者間異論ナキ所ナリ。此ノ考ハ、訴訟物ニ關スル要素、即訴ノ原因ニ關スル要素ニモ推及スルヲ以テ當然トスルニ係ハラス、學者間ニハ異論アリ。此點ハ第二款ニ於テ研究スヘシ。

三 訴ノ申立ハ原告カ國家機關タル裁判所ニ對シテ爲ス權利保護要求ノ表示セラレタルモノナリ換言スレハ原告ハ訴ノ申立ニ於テ、自己ニ有利ナル判決ノ要求權即權利保護請求權ノ存在スルコトヲ主張スルモノタリ【註四】而シテ、裁判所ハ申立テサル事物ヲ原告若クハ被告ニ歸セシムルヲ得サルカ故ニ(二三二)、訴ノ申立ハ已ニ訴狀ニ於テ一定セラル、コトヲ要スルナリ。

申立ノ一定ト云フハ何ヲ意義スルカハ訴ノ申立ノ性質ニ依リテ自明ナリ。訴ノ申立ハ原告カ自己ニ有利ナル判決ヲ要求スルモノカ故ニ、一定スルカ爲メニハ(イ)判決ノ種類(即給付判決、所謂確認判決若クハ權利變更ノ判決ヲ要求スルモノナルカ)及(ロ)判決ヲ受ク可キ事項殊ニ其範圍ヲ明示スコトヲ要ス。

茲ニ判決ヲ受ク可キ事項ト云フハ即チ訴訟物ヲ云フモノニシテ、給付判決ヲ要求スル場合ニ於テ

ハ、私法上ノ請求權ヲ指ス、換言スレハ原告ハ如何ナル給付請求權(私法上)ノ如何ナル範圍ノ存在カ判決ニ於テ認メラレ從テ被告ニ給付ヲ命セラル、コトヲ要求スルモノナルカヲ示スヲ要ス、例ハ賣買代金五百圓(若クハ五百圓中ノ二百圓)ノ支拂請求權ノ存在カ認メラレ從テ其ノ支拂カ被告ニ命セラル、コトヲ要求スルカ如シ。確認判決ヲ要求スル場合ニ於テハ存在又ハ不存在カ判決ニ依リテ確定セラレンコトヲ要求スル法律關係(又ハ請求權)ヲ云ヒ、權利變更ノ判決ヲ要求スル場合ニ於テハ形成權ヲ指ス【註五】。

斯クノ如ク、訴ノ申立カ一定スルカ爲メニハ、判決ヲ受ケントスルハ、何レノ私法上ノ請求權、法律關係又ハ形成權ナルカ又其範圍ハ如何ヲ示スコトヲ要スト雖モ、何レノ私法上ノ請求權、法律關係又ハ形成權ナルコト、換言スレハ私法上ノ請求權等ノ同一ヲ認識スルカ爲メニ必要ナル事項ハ余ハ訴ノ原因即百九十條第二項第二號規定ノ要素トシテ記載セラル、モノナルコトヲ認メントスルカ故ニ(後述參照)判決ヲ受ク可キ事項ニ關スル記載ハ、此點ニ於テハ訴ノ原因ニ關スル記載ニ依リテ補充セラル、コトヲ必要トス。此ノコトハ、恰モ給付判決ノ申立ハ被告カ原告ニ給付ヲ爲スコトヲ命スル判決ヲ求ムルモノナルニ(例ハ被告ハ原告ニ代金若干ヲ支拂フ可シト云フカ如シ)、其被告及原告ノ同一ヲ認識スルニハ、當事者ノ表示(一九〇條第二項第一號)ニ依リテ補充スルヲ要スルカ如シ【註六】故ニ、訴ノ申立ニ於テハ、判決ヲ受ク可キ事項ニツキテハ殊ニ其範圍ヲ示スコトヲ要ス

ルナリ。

【註四】余ハ、訴ノ申立ヲ以テ原告カ權利保護請求權ヲ有スルコトヲ主張スルモノタルニ過キス、即チ單純ナル主張 (Behauptung) アルノミニシテ、決シテ行使 (Ausübung od. Geltendmachung) アルニアラスト爲ス。學者ニハ起訴行爲ヲ以テ訴訟外ニ於テ存在スル權利保護請求權ノ行使ナリト爲スモノアリト雖モ、原告カ果シテ權利保護請求權ヲ有スルカ、否カハ、訴訟ニ於テ初メテ裁判セラレテ訴ノ結果ニ依リテ初メテ明白トナルモノナリ、故ニ、若シ起訴行爲ノ當時ニ於テ已ニ、權利保護請求權ヲ行使スト云フヲ得ルカ如ク、原告カ權利保護請求權ヲ有スルコトカ明白ナルナラハ、訴訟審理ナルモノヲ必要トセスシテ直ニ判決ヲ爲スヲ得可キナリ。之ハ、明ニ訴ヲ以テ原告カ權利保護請求權ヲ行使スル行爲ナリトスル (Rechtskonstruktion) ノ誤リレレコトヲ示スモノナリ。此點ハ權利保護請求權殊ニ判決請求權ト訴訟法律關係トノ關係ヲ説明スルニツキ重大ナル點ナリト雖モ、余ノ信スル所ニ依レハ、Wach 一派ノ學者モ未ダ説明ヲ試ミサルカ如シ。詳細ナル研究ハ之ヲ他日ニ期セントス。

【註五】權利變更判決ノ對象 (Gegenstand) ハ、創設、變更若クハ消滅セラル可キ法律關係 (若クハ法律上ノ效果) ナルカ或ハ法律關係ヲ創設、變更若クハ消滅スルヲ得ル形成權ナルカニツキテハ議論分ル。詳細ハ第二項ノ説明ニ應ラン。

【註六】斯クノ如ク。訴ノ申立ノ内容ハ、當事者ノ表示及訴ノ原因ニ關スル記載ヨリシテ、補充セラル可キモノナルカ故ニ Hellwig, 訴ノ申立カ他ノ要素ニ於ケル關係ハ、恰モ判決ノ主文カ判決事實及理由ニ對スル關係ニ似タリトセリ (Hellwig, Lehrb. III S. 86)。

此他訴ノ申立カ一定ナルカ爲メニハ、條件付 (Bedingte) ナルヲ得サルモ、豫備的 (eventuell) タルヲ妨ケストスルハ、學說ノ一致スル所ナリ (z. B. Gaup-Stein Kom. III 4 zu § 253; Seuffert zu § 263 II. Nr. 2c zu § 260; Hellwig, Lehrb. III S. 37f.) ト雖モ此ノ點ノ研究ハ暫ク他ノ機會ニ譲ラン。

第二款 起シタル請求ノ目的物及其原因 (訴ノ原因)

民事訴訟法第一九〇條第二項第二號ニ規定セル「起シタル請求ノ一定ノ目的物及其請求ノ一定ノ原因」ナル要素ノ何タルカハ、學說ノ最モ分カル、所ニシテ、問題タル點モ亦決シテ單一ニハアラス。從テ、設問自體已ニ論難ヲ免ル、能ハサル可シト雖モ、余ハ本款ニ於テハ先ツ(一)起シタル請求ノ意義、(二)民事訴訟法カ請求ノ目的物及原因ヲ以テ訴狀ノ要素ト爲シタル法意、(三)法律關係ノ同一ヲ認識ス可キ標準ヲ論シ、次キニ(四)請求ノ目的物及原因ノ何タルカヲ、訴ノ原因トノ關係上ヨリ觀察セントス。

第一項 起シタル請求ノ意義

一 我訴訟法一九〇條ノ母法トナリタル獨逸訴訟法第二五三條(舊二三〇條)第二項第二號ニ「起シタル請求ノ目的物及原因ノ一定ノ表示」ト規定ス。而シテ起シタル請求 (Der erhobene Anspruch) ト云フカ同法ノ立法當時ニ於テハ實體私法上ノ請求權ヲ意義シタルモノナルコトハ理由書ノ説明ニ徴スルモ明ナリ (Motive zu Entw. III. S. 182)° 蓋舊法ノ立法者ハ單ニ給付ノ訴ノミヲ視テ本號ノ規定ヲ設ケタルモノナルカ故ニ (vgl. Gaup-Stein II. vor § 253 C. P. O.; Hellwig, Lehrb. III. S. 170.) 原告カ被告ニ對シテ有スル私法上ノ請求權即給付ヲ目的トスル請求權ヲ示スカ爲メニ「起シタル請求」ト云ヒタルハ、其立場ヨリ論スルトキハ極メテ正當ナリ。サレト、訴ニハ給付ノ訴ノミナラス猶確認ノ訴アリ、權利變更ノ訴アリ、而シテ、確認ノ訴ハ法律關係(又ハ私法上ノ請求權)ニ關シ、

權利變更ノ訴ハ形成權ニ關シ、共ニ給付ヲ目的トスル私法上ノ請求權ニ關スルコトナシ。而モ、起訴ノ通常ノ方式ニ關スル本條ノ規定タル、唯一ナルカ故ニ、此等各種ノ訴ニ適用セラレサル可カラス。從テ「起シタル請求」ト云フハ、給付ヲ目的トスル私法上ノ請求權ヲ意義スルモノトナストキハ、狭ニ失スルヤ疑ヲ容レズ (Gaug-Stein 8/9 Auf. I. S. 546; Helwig, Lehrb. III S. 17; Wach in Gruchots Beiträgen Bd. 33 S. 3 a. a. O.)。此ノ點トハ、獨逸訴訟法ヲ母法トシ同様ノ規定ヲ設ケタル我訴訟法ニツキテモ亦同様ニ論スルヲ得ルナリ (仁井田博士要論中卷六二五頁參照)。是レ、學者カ「起シタル請求」ノ新ナル意義ヲ見出サントシ、而カモ、所説ノ區々タル所以ナリ。

二 或ハ「起シタル請求」ヲ解シテ、原告ノ權利保護ノ要求 (Rechtschutzanspruch) ヲ云フモノナリトス。即原告カ國家機關ニ對シテ有スル要求ニシテ自己ニ有利ナル判決アランコトヲ求ムルモノナリトスルナリ。此ノ説ハ Wach ノ主張スル所ニシテ (Wach, Handb. I. S. 297) 又仁井田博士ノ採ル所ナルカ如シ (要論中卷六二三頁) [註一]。

[註一] 仁井田博士ハ一九〇〇條第二項第三號ヲ解シテ訴訟ノ目的物タル請求又ハ法律關係及訴ノ原因トセラルルカ故ニ「起シタル請求」ト云フカ權利保護ノ要求ナル事ハ、直接ニハ明言セラレサル所ナリ。但「訴ノ原因トハ、原告カ訴ヲ以テ自己ニ利益ナル判決ヲ求ムルノ理由タル事實ヲ謂フ」ト説明セラルルニ徴スルトキハ、請求即訴トセラルルモノカ權利保護ノ要求ナルコトヲ知ルヲ得可シ。

唯茲ニ謂フ所ノ「請求」ヲ解シテ、權利保護ノ要求即チ自己ニ有利ナル判決ノ要求ナリト解スルト

キハ、請求ノ目的物ト云フハ自己ニ有利ナル判決自體ナリト解スルカ (Gaug-Stein, III. 2 zu § 253 C. P. O.)、若ハ訴訟物タル私法上ノ請求權又ハ法律關係ナリト解スルノ外ナシ (Wach, in Gruchot Bd. 33 S. 2 fg. u. Grundriss S. 95; 仁井田博士要論中卷六二二頁)、サレト(1)請求ノ目的物ヲ解シテ自己ニ有利ナル判決ナリトスルトキハ、此ノ要素ハ全ク不要ニ歸ス。何トナレハ、自己ニ有利ナル判決ノ種類及内容ハ「一定ノ申立」ナル要素ニ於テ精確ニ記載セラル、カ故ナリ (Gaug-Stein, ebenda 及第一款三參照)、反之(2)後説ヲ採リ、請求ノ目的物トハ訴訟物タル私法上ノ請求權又ハ法律關係ナリトスルトキハ、請求ノ原因ヲ説明スルニ困難ヲ感ス可シ。何トナレハ此ノ説ノ立場ヨリ論スレハ請求ノ原因トハ權利保護要求ノ原因ヲ云フモノナリト解セサル可カラス。而シテ(イ)若權利保護要求ノ原因トハ、權利保護請求權ノ成立要件(即チ權利保護要件)自體ヲ云フモノナリトスレハ、論者カ「請求ノ目的物」ナリトスル私法上ノ請求權又ハ法律關係ハ、權利保護要件ノ一(即對象ニ關スル要件)トシテ記載セラル、コトナリ、不要ニ歸ス [註三、四] (ロ)若シ又、反之權利保護要求ノ原因トハ權利保護ノ要件自體ヲ云フモノニハアラスシテ、權利保護要件ノ存在スルコトヲ示ス可キ事實ヲ云モノナリトスレハ (仁井田博士要論中卷六二三—六二八頁ハ此ノ説ヲ採ル) 我訴訟法ハ同時提出主義ヲ認メタルモノナルコトヲ結論セサル可カラスト雖トモ、其ノ不當ナルハ疑ヲ容レズ (後述參照) [註五、六]。

【註二】 Sein は請求ヲ解シテ權利保護ノ要求トナストキハ、請求ノ目的物ハ自己ニ有利ナル判決身體ナリト云ハサル可カラストシテ曰ク、斯ル判決ハ一定ノ申立ニ於テ記載スルコトヲ要スルカ故ニ一般ニ不要ニ歸ス、但一定ノ申立ニ於テ、私法上ノ請求權又ハ法律關係ノ一部ノミニツキテ有利ナル判決ヲ求ムルトキハ然ラスト。然レトモ一定ノ申立ニ於テ請求權又ハ法律關係ノ一部ノミニツキ判決アランコトヲ要求スル場合ニ於テハ、其ノ要求ノ目的物ハ、彼ノ立場ヨリ論スレハ、恰カモ該一部ノミニ關スル判決ナリト云ハサル可カラス。故ニ此ノ場合ニ於テモ、請求ノ目的物ナル要素カ不要ニ歸スルハ、私法上ノ請求權又ハ法律關係ノ全部ニツキテ判決力要求セラルル場合ト異ナルコトナシ。

【註三】 判決請求權、即訴權ノ權利保護ノ要件ハ通説ニ依ルトキハ、權利保護ノ對象ニ關スル要件及權利保護ノ必要ニ關スル要件ナリトス。而シテ保護ノ對象ニ關スル要件ハ更ニ保護ノ對象存スルコト及其カ保護ヲ受ク可キ資格ヲ有スルコトヲ要スト爲ス。例ハ給付判決請求權ノ保護要件ハ(イ)私法上ノ請求存在シ且其カ所謂自然債權ニアラサルコト、及(ロ)其カ履行期ニアルコトナリトス。又確認判決請求權ノ保護要件ハ(イ)存在又ハ不存在カ確認セラル可キ私法上ノ法律關係(又ハ請求權)アリ、且(ロ)確認セラルルニツキ法律上ノ利益ヲ有スルコトナリトス。要スルニ、論者カ「請求ノ目的物」ナリトスル、私法上ノ請求權又ハ法律關係ハ保護ノ對象ニ關スル要件トシテ記載セラルルナリ。

【註四】 Wach は、請求ヲ以テ權利保護ノ要求トナスカ故ニ、請求ノ目的物トハ權利保護ノ對象タル法律關係ナリトス。從テ請求ノ原因(彼ノ所謂訴ノ原因)トハ、廣義ニ於テハ、權利保護ノ要件身體ナリト雖モ、狹義ニ於テハ保護ノ對象タル法律關係ノ原因(Begründung)ナリトシ、訴ノ變更ニ關シテ原因ト云フハ、狹義ノ訴ノ原因ヲ云フモノナリトス(Ueberall also kann man von einer Klage nur dann reden, wenn ein Rechtsschutzanspruch nach Gegenstand und Schutzgrund geltend gemacht wird. In diesen Stücken; in dem anzufilehenden Recht, auf welches sich der Rechtsschutzfähigkeit beziehen soll, und in dem Schutzgrunde hat jede Klage ihren Klaggrund.— Von diesem Klaggrund aber ist ein anderer und engerer Begriff des Klaggrunds zu unterscheiden. Gegensatz des Klaggrunds im Sinne der Begründung des Rechtsschutzanspruchs und des Klaggrund im Sinne der Begründung des Schutzgegenstandes, des Rechts, auf welches der Schutzakt bezieht.— Wach. in Gruchot Bl. 93 S. 2. fg.) 然レトモ、訴ノ原因ニ

廣義ニ義ヲ認メントスルハ、悉クハ失當ナラン。

【註五】 仁井田博士ハ「請求」ヲ以テ權利保護ノ要求ナリトセラル論理チ一申シ請求ノ原因トハ「訴權(即判決請求權)ノ存在ヲ明ニス可キ事實」ナリトシ(六二二頁)給付ノ訴ニツキテハ私法上ノ請求權ノ存在ヲ認メシム可キ事實就中發生事實ヲ示シ且請求カ履行期ニアル事ヲ示ス可ク(六二四頁)積極的確認ノ訴ニ在リテハ訴訟物タル私法上ノ請求權又ハ法律關係ノ存在ヲ認メシム可キ事實就中發生事實及確認判決ヲ得ルニ付キ法律上ノ利益ヲ有スルコトヲ示ス可キ事實ヲ示ス可シ(六二七頁)ト爲ス。略言スレハ、權利保護ノ要件ノ存在スルコトヲ示ス可キ事實ヲ記載ス可シト爲スナリ。此ノ説ニ依ルトキハ、「請求ノ目的物」ニ於テハ、訴訟物タル私法上ノ請求權又ハ法律關係ヲ記載シ、「請求ノ原因」ニ於テハ(權利保護ノ對象ニ關スル要件即(私法上ノ請求權又ハ法律關係)ヲ更ニ復ヒ記載スルコトナクシテ)、保護ノ對象タル私法上ノ請求權若クハ法律關係ノ存在スルコト就中發生シタルコトヲ示ス可キ事實(Wachノ所謂狹義ノ訴ノ原因ニ該當ス可シ)ヲ記載ス可シトナスカ故ニ前説ニ對スル非難ヲ免ル唯、此ノ説ハ自己ニ有利ナル判決ヲ受クルカ爲メニ必要ナル總テノ事實ハ原告カ訴狀ニ於テ已ニ記載ス可キコトヲ強制シ、口頭辯論ニ於テ之ト異ナル事實ヲ演述スルトキハ訴ノ變更トナリ、訴ノ變更ハ原則トシテ禁止セララル所ナルカ故ニ、訴狀ハ同時提出主義ヲ認メタルモノナルコトヲ論結セサル可カラサルニ至ル。

【註六】 茲ニ注意ヲ要スルハ、仁井田博士ノ「請求ノ目的物及原因」ニ關スル説ハ、訴ノ原因ニ關シテ分カレタル學說ヲ兼併セラルル點ナリ。即チ、博士ノ請求ノ原因ニ關スル説明ハ、訴ノ原因ニ關シテ事實分析記載説(Substanziierungstheorie)ト稱セラルルモノ中、殊ニ廣汎ナル説ヲ採ラレタルモノナルコトハ、前述【註五】ニ依リテ明ナルニ、博士ハ更ニ請求ノ目的物ニ關スル説明ニ於テ、訴ノ原因ニ關シテ同一認識説(Individualisierungstheorie)ト稱セラルルモノノ所説ヲ認メラレタルカ如シ。博士ノ著書ニ依ルニ請求ノ目的物トハ訴訟物タル請求又ハ法律關係ヲ云フ者ナリ。而シテ(イ)請求ヲ表示スルニハ、毎ニ其當事者及目的物並ニ發生事實ヲ示ス可ク、(ロ)法律關係ヲ表示スルニハ、其種類及當事者ヲ示スノ外所有權ニアリテハ目的物、債權ニアリテハ目的物及發生事實ノ記載ヲ要ス(要論中卷六二二頁)トセラル。之ハ、恰モ同一認識説ノ説カントスル所ノモノナルコトハ後述ニ依リテ明ナル可シ。要スルニ、博士ハ極メテ巧ミニ、訴ノ原因ニ關スル兩派ノ學說ヲ兼併セラレタリト云フ可シ

但不幸ニモ、此案件ノ結果、私法上ノ請求權カ訴訟物タル場合ニ於テハ、請求權ノ發生事實ハ、起シタル請求ノ目的物トシテモ記載セラルルコトヲ要シ、又請求ノ原因トシテモ記載セラルルコトヲ要スト云フ結果ヲ來タスカ如シ。

三 故ニ、他ノ學說ハ立法當時ノ考ヲ同一ノ方向ニ擴張シテ解釋ス可シト爲ス。詳言スレハ、立法當時ニ於テハ、單ニ給付ノ訴ヲ看、而シテ「請求」トハ實體私法上ノ請求權ヲ意義シタルカ故ニ、確認ノ訴及權利變更ノ訴ニ擴張スル場合ニ於テハ、私法上ノ請求權カ給付ノ訴ニ對シタル關係ニ該當スルモノ、即チ確認ノ訴ニツキテハ存在又ハ不存在カ確認セラル可キ法律關係、權利變更ノ訴ニツキテハ形成權ナリト爲シ、余モ亦之ニ賛ス。(vgl. Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 156 f.; Lehrbuch III. S. 18 f.; Hegler, Beiträge zur Lehre vom Anerkenntnis u. Verzicht S. 18 a. a. O.; Gaupp-Stein Bd I. S. 546)。

要之、我訴訟法第一九〇條第二項第二號ニ「起シタル請求」ト云フハ訴訟物タル私法上ノ請求權法律關係若クハ形成權ヲ云フモノナリ【註七】。

【註七】學者ニハ實質私法上ノ觀念ニシテ、且此三者ヲ統一スル觀念ヲ見出サントシ Weismann ノ如キハ請求トハ、「訴ノ漠然タル實質的內容若クハ漠然原告カ要求スル所ノモノ」(「ganz im allg. gemeinen den materiellen Klagenhalt; das was—in einem allerdings vagen Sinne—der Kläger begehrt.» Weismann, Lehrbuch I. S. 63)トモトシ Hellwig ノ如キハ「申立ノ理由ヲ以テテハメニ爲サレド權利ノ主張」(「jede zum Zweck der Rechtsverfolgung gund zwar zur Begründung des Klagenantrags aufgestellte Rechtsbehauptung」—Lehrb. d. III. S. 17 a. a. O.)トモトシ「斯レ觀念ヲ容ルルハ問題ヲシテ一層錯雜セシムルニ止レム」。

第二項 訴訟法カ請求ノ目的物及原因ヲ以テ訴狀ノ要素ト爲シタル法意

第一總 說

一 請求ノ目的物及原因トハ前述スル所ニ依リ、私法上ノ請求權、法律關係若クハ形成權ノ目的物及原因ヲ云フモノナリ。從テ、研究ノ順序トシテハ、次キテ私法上ノ請求權、法律關係若クハ形成權ノ各ニツキ、何カ目的物ニシテ、何カ原因ナルカラ探究ス可キモノナルカ如キ觀アリ。通說ニ於テモ「請求ノ目的物及其原因」ナル要素ハ更ニ相對立スルニ要素ニ細別スルコトヲ要シ、且此ニ要素ハ如何ナル場合ニ於テモ訴狀ニ記載セラル、コトヲ要スト爲ス。而シテ、通說ハ又請求ノ原因ト訴ノ原因(訴訟法一九五條一九六條人事訴訟法七條二項等)トハ同一ナルモノトシ、而シテ後初メテ訴ノ原因トハ何タルカラ論セントス。從テ、此研究方法ニ依ルトキハ、訴ノ原因ニ關スル論争ハ請求ノ目的物トハ沒交渉ノモノナリ。

二 サレト通說ハ果シテ其研究方法ヲ誤マルコト無キカ、疑アリ。蓋通說ハ「請求ノ目的物及其原因」ノ二要素ナルコトハ、何等ノ研究ヲ爲スニモ非スシテ、直チニ之ヲ認メ、而シテ後各要素ノ研究ヲ爲サントスルモノナリト雖モ、恐クハ之ニ先チテ、立法者ハ何カ故ニ給付ノ訴ニツキテハ(立法者カ單ニ給付ノ訴ノミヲ看テ、第一九〇條第二項第二號ヲ規定シタルモノナルコトハ前述セリ)、起シタル請求ノ目的物及其ノ原因ノ記載ヲ以テ訴狀ノ要素ト爲シタルカノ法意ヲ探究スルヲ必要ト

ス可シ。何トナレハ、立法者カ給付ノ訴ニツキテ其目的物ト原因トヲ記載セシムル法意ニシテ、若シ訴訟物タル私法上ノ請求權ハ恰モ目的物ト原因トニ依リテ同一ヲ認識セラルルカ故ナリト云フニアラシカ、確認ノ訴及權利變更ノ訴ニ於テモ、訴訟物タル法律關係若ハ形成權カ同一ヲ認識セラル可キ標準カ記載セラルルコトハ必要ニシテ、又斯ル標準ノ記載ノミカ本號ヲ以テ訴狀ノ要素ト爲シタル法意ヲ充タス可キナリ。從テ、問題トス可キハ、訴訟物タル法律關係又ハ形成權ハ何ニ依リテ同一ヲ認識セラルルカト云フニアリテ、法律關係若クハ形成權カ訴訟物タル場合ニハ、請求ノ目的物トハ何ヲ云ヒ、請求ノ原因トハ何ヲ云フカニハアラサルヲ以テナリ。

要之、訴訟法カ「起シタル請求ノ目的物及其原因」ヲ以テ訴狀ノ要素ト爲シタル法意ヲ探求スルコトナクシテ、請求ノ目的物及原因ノ何タルカヲ論セントスルハ、研究方法ヲ誤リタルモノナリ。而シテ、又訴訟法カ之ヲ以テ訴狀ノ要素トシタル法意ハ、訴狀カ我訴訟法ニ於テ有スル意義ヲ明ニスルコトニ依リテノミ知ルヲ得ルカ故ニ、先ツ此ノ問題ヲ研究スルヲ要ス。

第二 訴狀カ我訴訟法ニ於テ有スル意義

一 訴狀カ訴訟法ニ於テ有スル意義 (Bedeutung) ハ、固ヨリ特定ノ訴訟法ニツキテノミ論スルヲ得ル問題ナリ。從テ訴狀カ、我訴訟法(及獨逸訴訟法)ニ於テ有スル意義ハ獨逸普通訴訟法ニ於テ有シタル意義トハ異ナレリ。

二 獨逸普通訴訟法ニ於ケル訴狀ノ意義。獨逸普通訴訟法ハ一方ニ於テハ所謂法定叙列主義ヲ認メ、通常手續ヲ分チテ四段階ト爲シ、書面交換、證據調、判決及上訴、及強制執行ナル段階ヲ認メ他方ニ於テハ極端ナル書面主義及同時提出主義ヲ認メタリ。

而シテ、書面主義ハ訴訟書類ニ於テ記述セラレタル事實ニアラサレハ、判事判決ヲ爲スニツキ斟酌スルヲ得サルコトヲ結果シ (Quod non est in actis, non est in mundo)。同時提出主義 (Eventualmaxim) ハ、一ノ段階ニ於テ爲サル可キ同種ノ行爲(例ヘハ請求ノ理由ヲ示ス可キ事實、抗辯タル事實、再抗辯タル事實若クハ再々抗辯タル事實、陳述)ハ、總テ同時ニ爲サレ且完了セララルコトヲ要シ、訴訟カ次ノ段階ニ進ミ若クハ他種ノ行爲ニ移リタルトキハ、最早之ヲ追究スルヲ得サルコト (Præklusion)ヲ以テ其制裁トナシタリ (vgl. Gang-Stein, I zu § 278 C. P. O. a. a. O.)。而シテ、書面交換ナル段階ハ主トシテ訴狀ト答辯書トノ交換、場合ニ依リテハ再抗辯書ト再々抗辯書トノ交換ノ爲メニ存シタリ。而シテ斯ル書面ノ交換ハ、書面主義ノ訴訟ニ於テハ、實ニ原被兩者カ攻撃又ハ防禦ニ供スル事實ヲ陳述スルモノナルヲ以テ(我訴訟法ニ於ケル當事者ノ口頭辯論ニ該當ス)、書面交換ナル段階カ或ハ認諾ニ依リ或ハ證據判決ニ依リテ終了セラルト同時ニ、當事者ハ又攻撃若クハ防禦手段タル事實ヲ陳述スルヲ得サルナリ (猶普通訴訟法ニ於ケル訴訟手續ノ一斑ニツキテハ、京法第四卷第二號一五五—一六〇頁參照)。

サレハ、普通訴訟法ノ下ニ於テハ、訴狀ハ(イ)一方ニ於テハ原告カ自己ニ有利ナル判決ヲ要求スルト同時ニ、(ロ)他方ニ於テハ、原告カ自己ノ要求ノ理由アルコトヲ示ス可キ總テノ事實ヲ記載スヘキ書面タリ。何トナレハ原告ノ請求ノ理由アルコトヲ示ス可キ事實(所謂 *Erzählung*)ハ、苟モ原告ニ於テ、之ヲ陳述シ判決ノ基本タル材料ト爲スコトヲ欲センカ、其性質上、必スヤ訴狀ニ於テ記載セラル可キモノニシテ、再抗辯書等ニ於テ記載セラル可キモノニアラス。故ニ原告カ訴狀ヲ調成スル時期ハ、恰カモ彼カ自己ノ判決要求ノ理由アルコトヲ示ス可キ事實ヲ陳述ス可キ機會ニシテ此ノ機會タルヤ又同時提出主義ノ結果トシテ、原告カ斯ル事實ヲ陳述スルヲ得ル唯一ノ機會タリ。原告ニシテ若シ此ノ機會ヲ逸センカ(例ハ自己ノ要求ノ理由アルコトヲ示ス可キ事實ノ或ルモノノ陳述ヲ脱センカ)彼ハ後ニ至リテ又斯ル事實ヲ陳述シ、訴訟ノ材料ト爲スヲ得サルナリ。故ニ普通訴訟ノ下ニ於テハ、原告ハ自己ノ判決要求ノ理由アルコトヲ示スニ直接必要ナル事實ハ勿論、假令直チニ必要ナラストスルモ豫備的、假定的ニ(*in eventum*)必要ナル事實ハ總テ、之ヲ訴狀ニ記載スルコトヲ必要トシタリ。(ハ)加之、原告ハ訴狀ニ於テ更ニ裁判所カ本案ノ判決ヲ爲シ得ルコトヲ示ス可キ事實(即訴訟成立要件ノ存在スルコトヲ示ス可キ事實)ヲモ記載スルコトヲ要シタリ (*Hellw. & Lehnbuch III S. 9 a. a. O.*)。而シテ斯ル事實ノ記載ニ關シテモ、亦同時提出主義カ適用セラルルコトハ固ヨリ論ヲ俟タス。

要之訴狀ハ、普通訴訟法ノ下ニ於テハ原告カ自己ニ有利ナル判決アランコトヲ要求スルト同時ニ他方ニ於テハ(イ)裁判所カ本案判決ヲ爲シ得ルコト、及(ロ)自己ノ要求ヲ理由アリトスル本案判決ヲ爲シ得ルコトヲ示スニ必要ナル(直接又ハ豫備的ニ)總テノ事實ヲ記載ス可キ書面タリ。而シテ、訴狀カ裁判所ニ差出サレタルトキハ、裁判所ハ訴狀ニ記載セラレタル事實ニ法規ヲ適用スルトキハ果タシテ、本案判決ヲ爲スヲ得ルカ及原告ノ請求スルカ如キ趣旨ノ本案判決ヲ爲スヲ得ルカヲ調査シ、肯定ノ場合ニ於テハ、被告ニ訴ノ提起アリタルコトヲ通知スト雖トモ、否定ノ場合ニ於テハ直チニ訴ヲ却下シタリ (*a limine iudicij*)。

サレハ、普通訴訟法カ、訴狀ニ對シテ要求スル所ハ、獨リ原告カ如何ナル訴訟物ニ關シテ如何ナル判決ヲ要求スルカヲ明ニスト云フニハ止マラス。否之ニハ有ラスシテ、寧ろ訴狀ニ依リテ直チニ判決ノ基本タル材料ヲ得ルニアリ、加之其材料モ亦、之ニ依リテ直チニ請求ノ理由アルカ否カノ本案判決ヲ爲シ得ルカ如ク總テノモノタルコトヲ必要トスルナリ。(而シテ、普通法カ訴狀ニ對シスル要求ヲ爲セル目的ハ被告カ原告ノ請求ヲ争ヒ答辯書ヲ差出シタル場合ニ於テモ、答辯書モ亦同時提出主義ニヨリテ作成セラルルカ故ニ、直チニ證據判決ニヨリ、證據調ノ結果ヲ留保シテ、訴訟ヲ終了スルヲ得ルニアリ、又被告カ答辯書ヲ差出サス、即缺席シタル場合ニ於テモ、原告ノ請求ヲ争ヒタルモノト看做サルルカ故ニ、證據判決ヲ爲ス可ク、又之ヲ爲シ得ルハ云フヲ俟タス、約言スレハ訴

訴手續ニ依ル救済カ迅速ナランコトヲ欲スルニアリタリ。

三 我訴訟法ニ於ケル訴狀ノ意義ハ普通訴訟法ニ於ケルト異ル（獨逸訴訟法ニ於ケル訴狀ノ意義モ亦然リ）。

I (1) 我訴訟法ハ普通訴訟法カ認メタル書面主義ニ對シテ、口頭主義ヲ認メタリ（我民訴一〇三條獨民訴一二八條）普通訴訟法ニ於テハ、當事者カ自己ニ有利ナル事實ヲ陳述シ、之ヲ以テ判決ノ基礎トナスハ書面ニ依ルコトヲ要シ、訴狀モ亦判決ノ基礎タル可キ材料ヲ裁判所ニ供スル書面タルニ反シ、我訴訟法ニ於テハ當事者カ自己ニ有利ナル事實ヲ陳述シテ之ヲ判決ノ基本ト爲スハ、口頭ニ依ルコトヲ要シ（我民訴、一一〇條第二項及三項獨民訴一三七條二項三項）裁判所モ亦當事者カ口頭ニ依リテ演述シタル事實ニ限り、判決事實ト爲スヲ得（我民訴二三六條第二號、獨民訴三一三條第三號）換言スレハ、當事者カ口頭ニテ演述シタル事實ニ基キテノミ判決ヲ爲スヲ得ルナリ。

勿論、口頭辯論ハ書面ニ依リテ準備セラルト雖トモ（我民訴一〇四條獨民訴一二九條）書面ノ口頭辯論ニ對スル關係タルヤ、法文ニ明示スルカ如ク、單ニ之ヲ準備スルニ止マル書面ハ決シテ、判決ノ基礎タル可キ材料ヲ裁判所ニ供スルモノニアラサルナリ。

(2) 我訴訟法ハ、又普通訴訟法ニ認メタルカ如キ同時提出主義及段階主義ヲ認ムルコト無シ。普通訴訟法ニ於テハ、前述セルカ如ク、一定ノ段階ニ於テ爲サル可キ同種ノ行爲ハ總テ同時ニ爲ササル

コトヲ要シ、一度此ノ機會カ逸セラルルトキハ、後ニ至リテハ又爲サルヲ得ス。又原告カ自己ノ要求ノ理由アルコトヲ示スキ事實ハ、訴狀ニ於テ陳述スルニアラサレハ、後ニ至リテ遺完セラルルヲ得サリシト雖トモ、我訴訟法第二百九條ハ、明ニ攻撃及防禦ノ方法ハ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ提出スルコトヲ得ト規定シ（獨民訴二七八條一項參照）又二百十四條ハ證據方法及證據抗辯ハ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ主張スルコトヲ得ト規定シ（獨逸民法二八三條參照）（イ）一方ニ於テハ普通法ニ於ケルカ如ク、攻撃又ハ防禦手段タル事實ノ陳述ハ證據判決ニ依リテ分離セラルルコトナキヲ明ニシ、（ロ）他方ニ於テハ、普通法ニ認メタルカ如キ同時提出主義ヲ認メサルコトヲ明ニセリ（仁井田博士要論上卷二〇〇頁以下殊ニ二〇五頁）。又獨逸訴訟法カ普通法ニ認メタルカ如キ、同時提出主義ヲ認メサルコトハ同國學者ノ一致スル所ナリ（Z. B. Gaup-tein, I zu § 278; Seuffert, Nr. 1 zu § 278）。

要之、我訴訟法ニ於テハ、攻撃方法ハ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテニ之ヲ提出スルヲ得ト爲ス。而シテ（イ）原告カ、自己ノ判決要求ノ理由アルコトヲ示ス事實（即チ權利保護要件ノ存在スルコトヲ示ス事實）若クハ訴訟物タル私法上ノ請求權ノ存在又ハ發生シタルコトヲ示ス事實ヲ主張スルカ如キハ、攻撃方法ノ主タルモノナルカ故ニ、判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテニ主張セラルレハ足り、訴狀差出ノ時ニ於テ（同時ニ）主張セラルルヲ要セサルコトハ明ナリ。

(ロ)加之、斯ル事實ハ口頭辯論期日ニ於テ、口頭ニ依リテ演述セラルルコトヲ要シ又口頭演述ノミカスル事實ヲ以テ判決ノ基本タル材料ト爲スヲ得ルナリ。サレハ、假令斯ル事實カ訴狀ニ記載セララルコトアルモ訴狀ノ記載ハ之ヲ判決ノ基本ト爲スコトヲ得サルナリ。

從テ、我訴訟法カ訴狀ニ對シテ要求スル所ハ、普通法ニ於ケルカ如ク、原告ノ判決要求(若クハ訴訟物タル請求)カ理由アルコトヲ示ス可キ總テノ事實ヲ記載セシメ、且ツ之ヲ以テ判決ノ基本ト爲スト云フニハアラスシテ、他ニ存スルコトハ極メテ明白ナリ。

II故ニ、余ハ我訴訟法ニ於ケル訴狀ノ意義ハ、如何ナル當事者カ(詳言スレハ如何ナル原告カ如何ナル被告ヲ相手方トシテ)、如何ナル請求權、法律關係若クハ形成權ヲ訴訟物ト爲シ、如何ナル判決アランコトヲ裁判所ニ要求スルモノナルカガ明確ニセラルルコト、換言スレハ、訴訟主體及訴訟物ノ同一カ認識セラレ、且要求セラルル判決ノ種類及内容カ一定セラレ、毫末ノ不明ナシト云フニ盡クモノナリト信ス(vgl. Hellwig, Lehrb. III S. 11; Fischer, Identität u. Neuheit, S. 39)。而シテ、此ノコトタル、又決シテ理由ナキニアラス。

(1)夫レ、訴狀ハ其送達ニ依リテ訴訟物ノ權利拘束ヲ生ス、即訴訟物タル私法上ノ請求權、法律關係若クハ形成權ニ關スル訴訟法律關係ヲシテ裁判所ニ繼續セシムルニ至ル(一九五條一項)。從テ、訴訟法律關係カ如何ナル主體ノ間ニ、如何ナル訴訟物ニ關シテ生シタルカヲ明確ニスルハ極メ

テ重要ナリ。何トナレハ、主體殊ニ當事者及訴訟物ノ何タルカガ明確ナルニ非サレハ、權利拘束ノ效力ヲ生ス可キ範圍ハ明確ナルヲ得ス。例ハ權利拘束ノ抗辯ノ如キモ亦、當事者及訴訟物ノ何タルカガ明確ナルコトヲ以テ前提トスルハ、法文ニ「權利拘束ノ繼續中原告若ハ被告ヨリ、同一ノ訴訟物ニツキテ」トスルニ依リテ明ナリ(一九五條二項一號)。

(2)又判決ハ主文ニ包含スルモノニ限り既判力ヲ有スト雖モ(二四四條)所謂主文ニ包含スルモノノ範圍ハ、訴カ何等ノ變更ヲ受クルコト無クシテ、判決セラレタル限ハ、訴狀ノ記載ニ依リテ定マラサル可カラス。是レ、判決ハ訴ニツキテ裁判シタルモノナルカ故ナリ。從テ訴狀ニ於テ、何レノ原告カ、何レノ被告ヲ相手方トシ、何レノ訴訟物ニツキ、如何ナル範圍ニ於テ判決アランコトヲ要求シタルカニツキ毫末ノ疑ナキコトハ、既判力ノ主觀的及客觀的範圍ヲ定ムルニツキ極メテ重要ナルコトナリ。獨逸訴訟法ハ「判決ハ、訴又ハ反訴ニ依リテ起コサレタル請求ニツキ、判決セラレタル範圍ニ於テノミ既判力ヲ生ス」ト規定シテ(獨逸三二二條第一項)此ノコトヲ明言セリ。

四 我訴訟法カ訴狀ニ對シテ要求スル所ハ、上述ノ如ク、訴訟ノ主體(當事者及裁判所)及訴訟物ノ同一カ認識セラレ且ツ要求セラルル判決ノ種類及内容カ一定セララルコトニアリテ、又之ニ盡キタリ。而シテ、訴訟主體ノ同一認識ハ、百九十條第一號ノ規定ノ目的トスル所ニシテ(第一款二參照)判決ノ種類及内容ノ一定ハ、一定ノ申立ナル要素ノ目的トスル所ナリ(第一款三)故ニ、餘ス所

ハ單ニ訴訟物ノ同一認識ニアリテ、之ハ第一九〇條第二項第二號ノ目的トスル所ナラサル可カラス。從テ立法者カ請求ノ目的物及其原因ヲ以テ訴狀ノ要素ト爲シタル法意ハ（假令目的物トシテハ給付若ハ給付ノ目的物、又原因トシテハ請求權ノ發生事實ヲ記載セシムルノ意ヲ有シタリトスルモ）、給付ヲ目的トスル請求權ハ、恰カモ此等ノ標準ニ依リテ其同一ヲ認識セラルル爲メナリト解セサル可カラス。

要之、訴訟法カ第一九〇條第二項第二號ヲ以テ、訴狀ノ要素ト爲シタル法意ハ訴訟物ノ同一ヲ認識スルニアルカ故ニ、各種ノ訴ノ訴訟物タル可キ私法上ノ請求權、法律關係及形成權ニツキテ、同一カ認識セラルル標準ヲ研究シ、其標準カ記載セラルルトキハ所謂請求ノ目的物及原因ナル要素ヲ充タシタルモノト云ハサル可カラス。

第三項 法律關係ノ同一ヲ認識ス可キ標準

Literatur. Hellwig, Anspruch und Klagerecht §§ 10-15; Lehnh I S. 238 f; III S. 22 f; Langheisen, Anspruch und Einrede S. 135 f; Otto Fischer, Das Problem Identität und der Neuheit mit besondere Berücksichtigung der Specification 1898 S. 36 f; R. Schmidt, Klageänderung S. 164 ff; Rühlein, in Archiv für die civilistischen Praxis Bd. 88 S. 107 f; Windscheid-Kipp, Pandekten I § 126; 仁井博士訴訟ノ目的物ノ表示ニ付キテ（京法第一卷第七號所載）。

一 法律關係ノ同一ヲ認識ス可キ標準トハ、一ノ場合ニ於テ問題タル法律關係ハ他ノ場合ニ於テ問題タル法律關係トハ同一ナルカ否カラ識別スルニ必要ナル標準ヲ云フモノナリ。而シテ斯ル標準

ハ、法律關係カ其種類ヲ異ニスルニ從ヒ又自ラ異ナル。

二 物權ハ權利ノ主體、權利ノ種類及内容、並ニ目的物ナル三標準ニ依リテ其同一ヲ認識セラル是レ、同一主體カ同一ノ目的物ニツキ、更ニ種類及内容ヲ同クスル物權ヲ取得スト云フハ不能ニシテ、畢竟此ノ三標準ヲ同クスル物權ナルモノハ唯一ニシテニアラサルヲ以テナリ。例ハ甲ナル者カ乙ナル不動産ニツキテ有スル所有權ハ唯一ニシテニアルコト無シ、故ニ該所有權ノ同一ヲ認識スルニハ、主體カ甲者ニシテ、目的物カ乙ナル不動産ナルコトヲ示セハ足ルカ如シ。此以外ニ、何等ノ標準殊ニ取得事實ヲ示スコトハ物權ノ同一ヲ認識スルカ爲メニハ必要ナラス。是レ、甲者カ乙ナル目的物ニツキテ有スル物權例ハ所有權ハ、甲者カ之ヲ讓渡ニ依リテ取得シタルト、若クハ取得時効又ハ所謂即時時効等ニ依リテ取得シタルトニ依リテニアルニアラス、畢竟取得事實ノ異ナルニ從ヒ幾多ノ物權カ存スルニアラサルヲ以テナリ（vgl. Hellwig, Anspruch u. Klagerecht, S. 78; Lehrb. I S. 238 f; Schmidt, Klageänderung S. 215 f; 仁井博士京法第一卷七號二五頁）。

但擔保權ハ多少越テ異ニス。擔保權ハ債權ニ從タルモノナルカ故ニ、擔保權ノ同一ヲ認識スルカ爲メニハ、主體、目的物及權利ノ種類並ニ内容ノ外、猶擔保セラレタル債權ヲ示スコトヲ要ス。是レ、同一ノ主體カ同一ノ目的物ニツキ、苟クモ擔保セラルル債權カ異ナル以上ハ、二以上ノ質權又ハ抵當權ヲ有スルコトヲ得ルヲ以テナリ（vgl. Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 78; Lehrb. I S.

259 a. a. O.)。

身分權、人格權及著作權等ノ如キモ、主體、客體若クハ目的物、權利又ハ法律關係ノ種類並ニ内容ニ依リテ其ノ同一ヲ認識セラル、例ハ親權ハ權利者カ甲ニシテ、客體カ乙ナル子ナルコトヲ示セハ同一ヲ認識セラレ、夫權ハ權利者カ甲ナル夫ニシテ客體ハ乙ナル妻ナルコトヲ示セハ同一ヲ認識セラルルカ如シ(Hellwig, ebenda; Schmidt, ebenda)。

親族法上ノ法律關係ハ、兩主體及法律關係ノ種類並ニ内容ニ依リテ其同一ヲ認識セラル。例ハ婚姻關係ハ、甲乙ナル夫婦間ニ存スルソレナルコトヲ示シ、親子關係ハ甲乙ナル親子間ニ存スルソレナルコトヲ示セハ、同一ヲ認識スルニツキ充分ナルカ如シ。

III 相續權ニツキテモ亦同様ニ論スルヲ得可シ。即相續權ハ權利者(相續人)、權利ノ種類並ニ内容(家督相續權又ハ遺産相續權)、及相續ノ目的物(家督又ハ相續財產)ヲ表示スレハ、之ニ依リテ同一ヲ認識セラル可シ。而シテ相續ノ目的物ヲ示スカ爲メニハ被相續人ヲ示スコトヲ必要トスルハ、民法第九八六條第一〇〇一條ノ規定ニ依リテモ明ナリ(Vgl. Schmidt, Klügenderung S. 216 a. a. O.)。疑ヲ容ル可キハ、相續權發生ノ事由(Berufungsgrund)ハ、同一認識ノ標準ニ屬スルカ否ヤノ問題ナリ。而シテ、此ノ問題ハ、家督相續ニツキテ云ヘハ、一家督相續人ノ相續權ハ、法定ノ推定家督相續人タリ、若クハ指定又ハ選定ノ家督相續人タルカ爲メニ二以上存スルコトアルヤ否ヤニ依リテ

決セラルト雖トモ、我民法ノ規定ニ依ルトキハ、一相續人カ、法定ノ推定家督相續權、指定家督相續權若クハ選定家督相續權ヲ併セ有スルコトナキヲ以テ(民法九七九條九八二條參照)消極ニ解ス可ク、遺産相續ニツキテハ、我民法ハ推定遺産相續人ヲ認ムルモ遺言ニ依ル遺産相續人ヲ認ムルコト無シ。故ニ、一遺産相續人ノ相續權カ法定タルト遺言ニ依ルトニ依リテ、二以上存スルコトアルヲ認ムルヲ得ス。要スルニ、相續權ノ同一ヲ認識スルニツキテハ、相續權發生ノ事由ヲ示スコトハ必要ナラサルモノト解ス可キナリ(Vgl. Schmidt, ebenda)。

【註】 Hellwig ハ獨民法(一九四八)カ、相續人ニ一發生事由ニ基ク相續權ハ之ヲ拋棄スルモ、他ノ發生事由ニ基ク相續權ハ之ヲ承認スルヲ得ルコトヲ認メタルヨリ立論シテ、成法ノ解釋論トシテハ相續權ノ同一認識ニハ發生事由ヲ示スコトヲ要スト雖トモ、理論上ハ之ヲ示スノ必要ナキハ所有權ニ於ケルカ如クナリト爲セリ(Anspruch u. Klagrecht S. 73)。

三 私法上ノ請求權ハ主體(權利者及義務者)、給付ノ内容及請求權ノ發生事實ナル三標準ニ依リテ其同一ヲ認識セラレ(Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 868; Lehrb. I S. 261 f.; Langheineken, Anspruch u. Einrede S. 135 f. a. a. O. 仁井田博士前掲一八頁)。故ニ此ノ三標準ノ何レカノ一カ變更スルトキハ、私法上ノ請求權ハ、他ノ請求權トナル。左ニ各標準ニツキテ研究セン。

I 私法上ノ請求權即チ給付ヲ求ムル請求權ハ、權利者若ハ義務者ノ異ナルニ從ヒテ、又他ノ請求權トナル。是レ、請求權ノ目的タル給付ハ主體ヲ離レテ存スルコト無シ、常ニ何人カニ依リテ何人

カニ爲ササルモノナリ、而カモ甲ニ爲ス給付ト乙ニ爲ス給付ト同一ニアラス、又甲ニ依リテ爲サル給付ト乙ニ依リテ爲サル給付ト同一ニアラスカ故ナリ (vgl. Windscheid-Kipp, Pandekt. II § 329 Anm 2; Hellwig, Anspruch u. Klager. S. 87 a. a. O.)。故ニ一請求権ノ權利者若クハ義務者カ變更スルトキハ、該請求権ハ他ノ請求権トナルモノト解セサル可カラス。此ノコトハ、債權讓渡ノ場合ニツキテハ議論ノ最モ分ルル所ナリト雖トモ (vgl. Windscheid-Kipp, ebenda Anm. 10; Otto Fischer, Das Problem der Identität u. der Neuheit S. 21 f. a. a. O.)、理論上ハ新債權者ノ債權ハ舊債權者ノ債權ト同一ニアラスト解セサル可カラス (Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 89; Langheinecken, ebenda S. 136)。[○]勿論此ノコトハ、成法カ便宜上一定ノ範圍ニ於テ、讓受人ノ債權ヲ以テ讓渡人ノ債權ト同一ナルモノト看做ス趣旨ノ規定ヲ設クルコトヲ妨クルモノニアラスト雖モ (例ハ獨民法四〇一條、我民法四六八條第二項)、成法ニ斯ル擬制アルコトヲ證據トシテ、主體ノ變更アルニ係ハラス、請求権同一ナルコトヲ論斷スルヲ得ス、(Hellwig, ebenda S. 89 Anm. 10; Langheinecken, ebenda S. 136 Anm. 1) 又、主體ノ變更ニ依リテ債權カ其同一ヲ失フコトハ債權者若クハ債務者ノ交替ニ依ル更改ノ場合ニ於テ最モ明ナリトス。連帶債務ノ場合ニ於テハ、債權ノ發生事實及給付ノ内容自體同一ナルノミナラス、一度辨濟セラルトキハ、債權ハ總債務者ノ爲メニ消滅スルモノタルニ係ハラス、猶連帶債務者ノ頭數ニ等シキ數多ノ債務關係アルコトハ學說ノ一般ニ認メ

ル所ニシテ (vgl. Oertmann, das Recht der Schuldverhältnisse S. 300 f. u. 303) 又、我民法四四〇條ノ認ムル所ナリ、是レ畢竟債務者ノ異ナルニ從ヒテ、債權ハ異ナルモノト視ルニ依ルモノタリ (vgl. Hellwig, ebenda; Langheinecken ebenda)。

II 請求権ハ又給付ノ内容ノ變更ニ依リテ其同一ヲ失フ。換言スレハ、内容ノ相異ナル給付ヲ目的トスル請求権ハ又相異ナル、例ハ一定ノ金額ノ支拂ヲ求ムル請求権ハ、一頭ノ馬ノ引渡ヲ求ムル請求権トハ相異ナルカ如シ。

此ノコトハ、(イ) 内容ノ相異ナル二個ノ給付カ、經濟上ニ於テハ同一ノ目的ヲ達ス可キ場合ニ於テモ、亦認メラレサル可カラス。例ハ、所有者ハ窃盜ニ對シ所有權ニ基キテ、所有物ノ返還ヲ求ムル請求権ト不法行爲ニ基ク損害賠償ノ請求権トヲ有シ、此ノ兩者經濟上ニ於テハ共ニ被害者ノ損失ヲ補填スルヲ以テ目的トスルモノナリト雖トモ、給付ノ内容異ナルカ故ニ、同一ノ請求権ニハアラルカ如シ (中島博士請求権ノ競合、京法四卷第三號三四頁參照)。又獨逸民法四六二條ハ賣買ノ目的物ニ瑕疵アル場合ニ於テ、賣主カ責ニ任ス可キトキハ、買主ハ賣買契約ノ解消 (Wandelun) ヲ請求シ、又ハ代金ノ減額ヲ請求スルヲ得ト爲ス。此ノ兩請求権カ經濟上ノ目的ヲ同一ニスルコトハ法文自體ノ示ス所ナリト雖トモ、給付ノ内容ハ、一ハ契約ヲ解消スルニアリ (Rückgängigmachung)、他ハ減價ニアリテ相異ナルカ故ニ、斯カル給付ヲ目的トスル請求ハ又相異ナルモノト云ハサル可カ

ラス (vgl. Hellwig, Lehrb. I S. 262)。

(ロ)加之、一ノ請求權ハ他ノ請求權ニ因リテ生シタルモノナル場合即兩請求權ノ間ニ牽連關係ノ存スル場合ニ於テモ、給付ノ内容カ相異ナルトキハ請求權ハ又相異ナルモノナリ。例ハ物ノ引渡ヲ求ムル請求權ハ債務者ノ責ニ歸ス可キ事由ニ依リテ物ノ引渡カ不能ニ歸シタルカ爲メニ請求セラルル損害賠償ノ請求權トハ同一ニアラサルカ如シ。但斯ル請求權ハ其間ニ牽連關係ノ存スルカ爲メニ成法上恰カモ同一請求權ナルカ如クニ取扱ハルル場合ナキニアラス (例ハ民事訴訟法一九六條第三號)ト雖トモ、其ノ然ルハ便宜ニ基クモノニシテ、兩請求權ヲ同一ナリト視ルカ故ニハアラサルナリ。

III 請求權カ同一ヲ認識セラルルカ爲メニハ、更ニ請求權ノ發生事實カ同一ナルコトヲ要ス、何トナレハ、請求權ハ權利者カ、義務者ニ對シテ、一定ノ作爲又ハ不作爲ヲ要求スルモノナリ。而カモ義務者ハ同一ノ權利者ニ對シテ、同一ノ内容ヲ有スル作爲又ハ不作爲ヲ、二以上爲シ得ルカ故ナリ此點ハ、請求權カ同一ヲ認識セラルルニツキ物權等ノ絶對權ト其趣ヲ異ニスル所ナリ。

請求權ノ發生事實トハ私法ノ規定ニ依リテ請求權ヲ成立セシムルニ必要ナル事實ノ全體ヲ云フモノナリ。而カモ請求權ハ或ハ他ノ權利ノ侵犯無クシテ生シ或ハ他ノ權利ノ侵犯ニ依リテ生ス。後ノ場合ニ於テハ、侵犯行爲カ發生事實ニ屬スルノミナラス、侵犯セラルル權利自體モ亦タ請求權ノ發生

事實ニ屬スルモノナリ。從テ、請求權ノ發生事實カ同一ナルニハ請求權ヲ生スルニ必要ナル外界ノ事實ノ同一ナルコトヲ要スルノミナラス、又權利侵犯ニ依リテ請求權カ生スル場合ニ於テハ更ニ侵犯セラルル權利ノ同一ナルコトヲ要ス (中島博士前掲三六頁以下參照)。

(イ) 請求權ヲ生スルニ必要ナル外界ノ事實ノ同一

請求權ヲ生スルニ必要ナル外界ノ事實ハ、或ハ法律行爲タル事實タリ、或ハ不法行爲タル事實タリ、或ハ契約上ノ過失ヲ認メシムル事實タリ、或ハ他ノ事實タリ。何レニセヨ、斯ル外界ノ事實カ同一ナル間ハ、之ニ基ク請求權モ亦同一ヲ失フコトナシト雖トモ、斯ル事實カ變シテ他ノ事實トナリ若クハ初メヨリ相異ナルトキハ、之ニ基ク請求權モ亦他ノモノトナリ若クハ相異ナルモノナリ。換言スレハ甲ナル外界ノ事實ニ基ク請求權ハ、該事實カ甲タル間ハ其同一ヲ失フコトナシト雖トモ、其事實カ變シテ乙タル事實トナリ、若クハ初メヨリ乙タル事實ナルトキハ、之ニ基ク請求權ハ、甲タル事實ニ基ク請求權ト同一ニアラサルカ如シ。

故ニ請求權ノ發生ニ必要ナル外界ノ事實ヲ表示スルニツキテハ、他ノ發生事實ト區別シ得ルカ如ク記述セラルルコトヲ要ス。即チ甲ナル事實ニシテ、乙ナル事實ニアラサルコトニツキ不明ヲ存セサル程度ニ於テ記述セラルルコトヲ必要トスルナリ。如何ナル記述カ、果ダシテ此ノ要件ヲ充タスヲ得ルカハ、各場合ノ事情ニ依リテ異ナル。例ハ、甲カ乙ニ對シテ有スル代金請求權ノ發生ノ事實ヲ

表示スルカ爲メニハ、單ニ甲乙間ニ存スル買賣契約ト云フノミニテハ足ラス、少クモ如何ナル目的物ニツキ買賣契約ヲ爲シ且ツ其代價ノ若干ナルコトヲ示スヲ要スト雖モ、場合ノ事情ニ依リテハ斯カル記述ノミニテハ未タ充分ナラス、即チ買賣ノ目的物カ代替物ニシテ且ツ甲乙間ニハ同種ノ目的物ニツキ、度々買賣取引ヲ爲シタルカ如キ場合(例ハ日用品ノ供給者)ニ於テハ、更ニ買賣契約締結ノ年月日ヲ示スニアルサレハ、何レノ買賣ヲ指スモノタルカ明ナラサルカ如シ。從テ、斯ル場合ニ於テハ、買賣契約締結ノ年月日ハ實ニ發生事實ノ同一ヲ認識スルニ必要ナル記述ニシテ之ヲ改ムルトキハ他ノ發生事實即チ買賣取引ヲ意義シ、從テ他ノ請求權ヲ示スコトトナル。又甲カ乙ニ對シテ有スル賃貸家屋ノ明渡請求權ノ發生事實ヲ表示スルニハ、甲ハ乙ニ該家屋ヲ賃貸シ、賃貸期間ハ何年何月何日ヲ以テ經過シタルニ係ハラス乙猶之ニ住居スルコトヲ記述スレハ足レリ。賃貸期間カ何年何月ヨリ何年何月迄ナルカヲ示スハ必要ナラス、是レ同一ノ當事者間ニハ同一ノ家屋ニ關シ時ヲ同クシテ二以上ノ賃貸借關係ノ存シ得ルコト無ク、從テ、何年何月何日ニ期間ノ經過ス可キ賃貸借ハ唯一タルヲ以テナリ。反之、甲カ乙ニ對シテ有スル賃料請求權ノ發生事實ヲ示スニハ、之カ何年何月何日ヨリ何年何月何日ニ至ル賃貸期間ニ該當スルモノナルコトヲ示スヲ必要トスルカ如シ。約言スレハ、賃貸期間ノ表示ハ前ノ場合ニ於テハ發生事實ノ同一認識ニハ屬セサルニ反シ、後ノ場合ニ於テハ之ニ屬スルナリ。從テ後ノ場合ニ於テ、賃貸期間ニ關スル記述ノ變更アルトキハ、又他ノ

發生事實ヲ意義シ從テ他ノ請求權ヲ意義スルコトトナル。要スルニ、請求權ヲ訴訟物トスル訴ノ提起アリタル後ニ於テ、請求權ノ發生事實中、同一認識ニ必要ナル事實ノ變更アルトキハ他ノ發生事實從テ他ノ請求權ヲ意義シ、其ハ訴ノ變更トナル。此點ハ後ニ研究ス可シ。

(三) 侵犯セラルル權利ノ同一

權利ノ侵犯ニ依リテ請求權カ生スル場合ニ於テハ、請求權ノ發生事實カ同一ナルカ爲メニハ、獨リ侵犯行爲(外界ノ事實)カ同一ナルコトヲ要スルノミナラス、更ニ侵犯セラルル權利ノ同一ナルコトヲ要ス。故ニ、侵犯行爲カ同一ナルモ、侵犯セラルル權利カ異ナルトキハ、請求權ノ發生事實ハ異ナリ、從テ請求權モ亦異ナシ。(vgl. Hellwig, Anspruch S. 92 f; Lehnb. I S, 263 f; Langheirnecken, Anspruch u. Einrede S. 137)。例ハ物ノ占有ヲ奪フナル行爲ハ、此ノ行爲ニ依リテ侵犯セラルル權利カ所有權タリ或ハ占有權タルニ依リテ、所有者ニ rei vindicatio ノ請求權ヲ生シ(民法二〇二條)、占有者ニハ占有回收ノ請求權ヲ生シ(民法二〇〇條)、而カモ此兩請求權ハ相異ナルカ如シ(民法二〇一條三項、二〇二條等參照)。又賃借人カ賃借物ヲ故意又ハ過失ニ依リテ破壊又ハ毀損シタル場合ニ於テモ、此ノ行爲ニ依リテ侵犯セラルル權利カ、所有權タルト、賃貸人ノ債權ナルトニ依リテ、所有者ニハ不法行爲ニ基ク損害賠償ノ請求權ヲ生シ、賃貸人ニハ契約上ノ債務不履行ニ基ク請求權ヲ生スルカ如シ(中島博士前掲四〇頁以下參照)。

而シテ、侵犯セラルル權利ヲ表示スルカ爲メニハ、之カ同一ヲ認識セラル可キ標準ヲ示スヲ必要トス。此標準ハ又權利ノ種類ノ異ナルニ從ヒテ異ナルト雖トモ、畢竟各種ノ權利ノ同一認識ニツキテ述フル所ノモノヲ適用スルニ過キサレナリ。例ハ、所有權ノ侵害ニ依リテ生スル請求權ノ同一認識ニハ、發生事實トシテ、侵害行爲並ヒニ侵害セラレタル所有權ヲ示スコトヲ要スト雖モ、此ノ所有權ヲ表示スルニハ前述スル所ニ依リ(本項二)、主體及目的物ヲ擧ク可キカ如シ。

四 形成權(例ハ、取消權、解除權、離婚請求權等)ハ、主體(權利者)形成セラル可キ法律上ノ效果及發生事實ナル三標準ニ依リテ同一認識セラル。

(1) 權利者ノ異ナルニ從ヒテ、形成權モ亦他ノモノトナルハ論ヲ俟タス、例ハ婚姻ノ取消請求權ハ、各當事者、其戸主、親族、又ハ檢事ニ屬スト雖トモ(民法七八〇條)之ハ同一ノ取消請求權ニアラスシテ、別異ノモノナルカ如シ。

(2) 形成セラル可キ法律上ノ效果ノ異ナルニ從ヒテ、形成權ハ又他ノモノトナル。換言スレハ如何ナル法律關係カ、如何ニ形成セラル可キカニ依リテ異ナル、而シテ法律關係ヲ示スニハ其種類ノ如何ニ從ヒ、同一ヲ認識セラル可キ標準ヲ示スヲ必要トスルヤ論ヲ俟タス。例ハ(イ)婚姻關係ノ取消ヲ求ムルハ縁組關係ノ取消ヲ求ムルトハ相異ナリ、甲乙間ノ婚姻關係ノ取消ヲ求ムルハ、丙丁間ノ婚姻關係ノ取消ヲ求ムルトハ相異リ(ロ)又婚姻關係ノ取消ヲ求ムルハ、離婚ヲ請求スルト相異ナルカ如シ。

(3) 形成權ハ又發生事實ノ異ナルニ從ヒテ、他ノモノトナル。例ハ、民法第八一三條各號ノ規定スル事實ニ依リテ生スル離婚請求權ハ互ニ相異ナルカ如シ(中島博士前掲三〇頁 Hellwig, Lehrb. I S. 259 f.; Lehrb. III S. 27 f.)。

五 要之、請求權及形成權ハ、主體、權利ノ種類及内容、及發生事實ニ依リテ同一ヲ認識セラルルニ反シ、他ノ權利若ハ法律關係ニアリテハ、同一認識ノ爲メニハ、發生事實ヲ示スヲ必要トセス單ニ主體、權利又ハ法律關係ノ内容、場合ニ依リテ目的物ヲ示スコトヲ必要トスルノミナリ。

第四項 本款所述ノ要旨

本款所述ノ要旨ハ左ノ二點ニアリ。

一 訴訟法カ「起シタル請求ノ目的物及其原因」ヲ以テ、訴狀ノ要素ト爲シタルハ、之ニ依リテ訴訟物ノ同一ヲ認識セントシタルモノナリ。此ノコトハ(イ)訴狀カ我訴訟法ニ於テ有スル意義ヨリシテ明ナルノミナラス(本款第二項殊ニ第二ノ四)(ロ)一九〇條ハ給付ノ訴ノミヲ見テ規定シタルモノナリト雖モ、(本款第一項一)給付ノ訴ハ、請求權ヲ以テ訴訟物ト爲シ、而モ請求權ハ、主體、給付ノ内容及其發生事實ニ依リテ同一ヲ認識セラルルニ徴スルモ明ナリ(本款第三項三)。立法者ハ畢竟請求權ノ主體ハ訴訟ノ當事者ト一致ス可キカ故ニ、已ニ當事者ノ表示アル以上ハ(一九〇條第二項

第一號)、更ニ主體ヲ掲ケシムル必要無シ、單ニ請求ノ目的物(即給付ノ内容)及其原因(即發生事實)ヲ掲ケシムレハ、請求權ノ同一認識ニハ充分ナリトシタルニ過キサルナリ。

但訴狀ノ要素ニ關スル一九〇條ノ規定ハ、獨リ給付ノ訴ニ適用セラル可キモノタルノミナラス、確定ノ訴及權利變更ノ訴ニモ適用セラル可キモノナルカ故ニ、第一九〇條第二項第二號ノ規定ハ、擴張シテ解釋セラレサル可カラス(本款第一項一及三)而カモ、確定ノ訴ハ、或ハ請求權或ハ法律關係ヲ以テ訴訟物ト爲シ、權利變更ノ訴ハ形成權ヲ以テ訴訟物ト爲ス。請求權ノ同一認識ノ標準ハ一九〇條第二項第二號ノ示ス所ナリト雖モ、形成權若ハ他ノ法律關係ノ同一認識ノ標準ハ訴訟法ノ示ササル所ナルカ故ニ學說ニ依リテ決スルノ外ナシ。而カモ物權等ノ絕對權及親族法上ノ法律關係等カ同一ヲ認識セラルルノ標準ハ、請求權カ同一ヲ認識セラルルノ標準トハ必シモ等シカラス。殊ニ顯著ナルハ、請求權及形成權ニアリテハ、發生事實ヲ以テ同一認識ノ標準ト爲スニ反シ、物權等ノ絕對權及親族法上ノ法律關係等ニアリテハ、發生事實ヲ以テ同一認識ノ標準ト爲サルコトナリ。何レニセヨ、訴訟物タル請求權、法律關係若クハ形成權カ同一ヲ認識セラル標準ヲ掲クルトキハ、訴訟法カ一九〇條第二項、第二號ノ規定ヲ設ケタル法意ヲ充タモスノナリ。換言スレハ、同一ヲ認識ス可キ標準ニ依リテ明確ニセラレタル、訴訟物ヲ爲ス請求權、法律關係若クハ形成權、即 Individu- alisiertes Rechtsverhältnis ヲ記載スルトキハ、同號ノ法意ヲ充タスモノナリ。

二 又多數ノ學者ハ訴ノ原因ヲ以テ、請求ノ原因ト同一意義ナリトシ(本款第二項第一)、從テ訴ノ原因トハ、訴訟物タル請求權又ハ法律關係ノ發生事實ヲ云フモノナリト爲スト雖モ(事實記載說)發生事實ナルモノハ、必シモ常ニ訴訟物同一認識ノ標準ニ屬セス、從テ訴狀ノ要素ニ屬スルコト無シ。故ニ、訴ノ原因ヲ以テ、發生事實ナリトスル時ハ、必シモ總テノ訴ノ要素ニ屬セサルモノノ變更アル場合ニ於テモ猶原因ノ變更從テ訴ノ變更アリト爲ササル可カラスト雖モ、其不條理ナルハ云フヲ俟タス。如此キハ、畢竟何等ノ研究ヲモ爲スコトナク、訴ノ原因ヲ以テ直チニ請求ノ原因ナリト斷定シタルニ座スルモノナリ。

要之、訴ノ原因トハ、同一ヲ認識セラル可キ標準ノ表示ニ依リテ明確ニセラレタル、訴訟物ヲ爲ス請求權、法律關係若クハ形成權」ヲ云フモノナリ。此ノ說ニ對スル異見ハ次款ニ於テ略評スヘシ。

第三款 訴ノ原因ニ關スル異論

一、前款ニ於テ、余ハ訴訟法カ「起シタル請求ノ一定ノ目的物及其請求ノ一定ノ原因」ヲ以テ訴狀ノ要素ト爲シタル法意ハ、訴訟物ヲ爲ス請求權、法律關係若クハ形成權ノ同一ヲ認識セシムルヲ得ルニ在ルコトヲ述ヘ、從テ訴ノ原因トハ、訴訟物ヲ爲ス請求權、法律關係又ハ形成權ニシテ、同一認識ノ標準ニ依リテ明確ニセラレタルモノ、即 Individualisiertes Rechtsverhältnis ナルコトヲ説キタリ之ハ、訴ノ原因ニ關スル同一認識說(Individualisierungstheorie)ト稱セラルル所ノモノニシテ【註一、三】

以下)。或ハ又(2)請求ヲ解シテ、訴訟物タル請求權、法律關係等ヲ云フモノナリトシ、從テ請求權ノ目的物トハ、請求權ニツキテ云ヘハ給付自體從テ給付ノ目的物ナリトシ、法律關係ニツキテ云ヘハ、其目的物ナリトスト雖モ、形成權ノ目的物ニツキテハ區別セルカ如シ (vgl. Planck, II S. 85 f; Weismann, Lehrb. I S. 68 f; Seuffert, Nr. 4 III A an § 253)。

I 最廣汎ナル範圍ニ於テ事實記載說ヲ認ムルハ、Steinナリ。彼ハ一方ニ於テ、獨逸訴訟法理由書ノ說明ヲ證據トシテ (Motive z. E. III S. 182)、現行訴訟法モ亦大體ニ於テハ Jungster Reichsabschied 以來、獨逸普通訴訟法ニ認メタル事實ノ分析的記載說ヲ認メタルモノナリトシ、(III) 他方ニ於テハ請求ヲ解シテ權利保護要求ナリトスルカ故ニ、記載セラル可キ事實ハ、權利保護要件ノ存在スルコトヲ示ス可キ事實ナリト解ス。詳言スレバ、(イ)實體法ノ規定ニ從ヒ訴訟物ヲ爲ス請求權、法律關係等カ成立シタルコト(消極的確定訴ノ場合ニ於テハ法律關係カ存在セサルコト)ヲ示ス可キ總テノ事實ヲ分析的ニ記載スルコトヲ要スルノミナラス(註四)猶、(ロ)保護ノ必要ノ存スルコトヲ示ス可キ事實(例ハ即時ニ確認判決ヲ受クルニツキ法律上ノ利益ヲ有スルコトヲ示ス可キ事實)及(ハ)正當ナル當事者ナルコトヲ示ス可キ事實ノ記載ヲ要スト爲ス (Gaupp-Stein, III 3 u. III 3 d. zu § 253 a. a. O.)。仁井田博士モ亦々、大體ニ於テ此ノ說ヲ採ラルルモノナルコトハ嘗テ述ヘタリ(第二款第一項ニ註五參照)。此ノ說ハ、假ニ事實記載ノ第一說ト稱セン。

【註三】、獨逸訴訟法理由書ニハ、訴ノ原因ヲ解シテ「民法ノ規定ニ從ヒ、起シタル請求ヲ原告カ取得シタリト認ムルヲ得、又被告ニ依リテ被告セラレタリト認ムルヲ得ル事實、即發生事實(vie rechtlich erscheidende Tatsachen)ナリト云フ。

【註四】、分析的記載ノ何タルハ夫、所述(註五)ヲ參照セヨ。

II サレト、事實記載說ヲ採ル一般ノ學者ハ、斯ル廣汎ナル事實ノ記載ヲ必要トスルコト無シ。此等ノ學者ハ、「請求」ヲ解シテ、權利保護ノ要求ナリトハセスシテ、訴訟物タル請求權、形成權又ハ法律關係ヲ云フモノト解スルカ故ニ、從テ記載セラル可キ事實モ亦、訴訟物タル權利又ハ法律關係ノ發生事實又ハ取得事實ニ限ルト爲ス。(換言スレバ、保護ノ必要及正當ナル當事者ナルコトヲ示ス可キ事實ノ記載ハ訴ノ原因ニ屬セスト爲スナリ)。

唯斯ル發生事實ハ、如何ナル程度ニ於テ記載サルルトキハ、訴狀ノ要素ヲ充タスカ、換言スレバ如何ナル程度ニ於ケル發生事實ノ記載カ訴ノ原因タルカニ關スル見解ヲ異ニスルニ從ヒテ、此ノ派ニ屬スル事實記載說モ亦二分派ニ細別ス可キナリ。即チ、(1)一派ノモノハ發生事實ノ來歴(殊ニ重要ナル事實ノ來歴)ヲ分析的ニ記載スルコト、換言スレバ固有ノ意義ニ於ケル Substanziierung ヲ必要ト爲ス(事實記載ノ第二說)。(2)他派ノモノハ、發生事實ノ分析的記載ハ必要ニアラス、單ニ一ノ發生事實ヲ他ノ發生事實ヨリ區別シ得ル程度ニ於テ記載スルコト換言スレバ同一ヲ認識シ得ル程度ニ於テ、發生事實ヲ記載スルコトヲ以テ必要ト爲ス(事實記載ノ第三說—Planck, Lehrb. II S. 36 f; Weismann L. h. b. I S. 63)【註五】

【註五】、固有ノ意義ニ於ケル分析的記載トハ、一定ノ權利又ハ法律關係ノ成立又ハ取得アルコトヲ認メシムルニ、實體法上必

要ナル總テノ事實ヲ、各事實上ノ要素ニ分解シテ記載スルコトヲ云フモノナリ。換言スレハ、記載セラレタル事實上ノ要素ニ關スル陳述ヲ眞實ナリト假定スルトキハ、直チニ一定ノ權利又ハ法律關係ノ發生若ハ取得アリタルコトヲ結論セシムルヲ得キ總テノ事實ノ記載ヲ云フモノナリ。而シテ之ハ同一認識ノ程度ニ於ケル發生事實ノ記載トハ等シカラス。

一例チ Stözel 二假ランニ、甲ナル者某年某月某日乙ナル者ノ商店ニ至リ、一個ノ中折帽子ヲ選擇シ、恰カモ財囊ヲ携帶セザリシカ故ニ、他日支拂フ可キコトヲ約シテ其帽子ヲ取り去レリ。而シテ其帽子ト同種同質ノモノハ七圓ヲ價スト假定セヨ、他日乙、甲ニ對シテ代金七圓ノ支拂アラジコトヲ要求シタルニ、甲ハ之ニ答ヘテ曰ク、汝ハ曩ニ代金五圓ナリト云ヒタルカ故ニ、五圓ハ支拂フ可キモ七圓ハ支拂ハスト。乙者、代金ニ關シテハ、何等ノ話無カリシコトヲ述ヘタルモ、甲ハ頑トシテ聞カス。

——今ヤ、乙ハ甲ヲ被告トシテ、實買代金七圓ノ支拂ヲ命スル給付判決ヲ要求スル訴ヲ提起セントス。此場合ニ於テ、(1)發生事實ノ來歴ヲ分析的ニ記載スルコトカ訴狀ノ要素從テ訴ノ原因ニ屬ストスル說ニ從ヘハ、如上ノ來歴ヲ記載スルコトヲ要ス。即チ、「被告乙ハ某年某月某日原告甲ノ店舗ニ來リ、一定ノ中折帽子(帽子ノ同一認識ノ標準ヲ示ス可シ)ヲ、幾多ノ帽子中ヨリ選擇シテ、之ヲ取り去レルニ際シ、被告ハ恰モ財囊ヲ携帶セザリシカ故ニ、他日支拂フ可シト云ヒタルノミニシテ、代金額ニツキテハ、甲乙同ニ何等ノ話無シ。然カレニ、新ル帽子ノ相當ノ代價ハ七圓ナルカ故ニ、代金七圓ノ支拂ヲ要求スル次第ナリ」ト記ス可キナリ (vgl. Stözel, Schulung, 7 Anlage I, S. 64 a. a. O.)。反之(2)同一ノ認識ノ程度ニ於テ發生事實ヲ記スル必要ストセハ、「甲カ某年某月某日、乙トノ同ニ、一定ノ中折帽子ニツキテ爲シタル實買ノ代金ナリ」ト記スレハ足ルカ如シ。此記述ノミニ依ルトキハ、(新ル實買アリタルコトハ眞ナリトスルモ)、甲カ乙ニ對シテ、代金トシテ恰モ七圓ヲ請求スル債權ヲ取得シタルコトハ直チニ認ムルヲ得ス(即チ分析的記載ニアラス)。然レトモ、甲ノ主張スル債權ノ發生事實ハ、某年某月某日、一定ノ中折帽子ニツキテ爲シタル實買ニシテ他ノ時他物ニ關シテ爲シタル實買、若クハ貸金ノ返還ヲ請求スルモノニアラサルコトハ明ニ認ムルヲ得、即チ發生事實ノ同一ハ認識スルヲ得ルナリ。

要之、事實記載說ニモ、少クモ三種ノ異說ノ存スルコトハ之ヲ認ムルヲ得ルナリ、【註六】而シテ此等ノ說ハ、同一認識說ト相對立ス。我現行訴訟法ハ果シテ、何レノ說ニ依リテ解ス可キカ。此點

ニツキテ研究スルニ先チテ、同一認識說ヲ認ムルト事實記載說ヲ認ムルトニ依リテ、實際ノ結果ニ如何ナル差異ヲ生スルカヲ瞥見セン。

【註七】 Rümelin ハ、事實記載說ヲ採リ、訴ノ原因ニ屬スル事實ヲ以テ、「被告カ原告ノ請求ヲ争フ可キカ、若ハ争ハサル可キカヲ決スルニ必要ナル事實ナリ」ト爲ス、(Archiv für Civ. Praxis Bd. 88 S. 120 f. 147 a. a. O.)。然レトモ、此ノ說ハ發生事實ノ分析的記載ヲ、被告ノ方面ヨリ觀察セントシタルモノタルニ過キス。然カモ、被告カ果タシテ、勝訴ヲ得可キカ否カハ、原告ノ陳述シタル發生事實ノミニ依リテハ明確ナラス。故ニ、被告ハ、之ニ依リテ、争フト否トヲ決スル能ハス (vgl. Hellwig, Lehb. III S. 331)。從テ、此ノ說明ハ不成功ニ終ハレルモノト云フ可シ。

三I 同一認識說ニ依ルトキハ、訴ノ原因トハ、同一認識ノ標準ニ依リテ明確ニセラレタル、訴訟物ヲ爲ス權利又ハ法律關係ヲ云フモノニシテ、事實記載說ニ依ルトキハ、訴ノ原因トハ事實ヲ云フモノナリ。故ニ前說ニ依ルトキハ、訴狀ノ要素トシテ、訴訟物タル權利又ハ法律關係ヲ記載ス可キモノタルニ、後說ニ依ルトキハ、事實ヲ記載ス可キモノナリ。

II 勿論、同一認識說モ、單ニ訴訟物タル權利又ハ法律關係ヲ記載ス可シトハ云ハス。同一認識ノ標準ニ依リテ明確ニセラレタル權利又ハ法律關係ト云フ。故ニ事實記載說トノ實際ノ結果ノ差異ハ權利又ハ法律關係カ同一ヲ認識セラルル標準ヲ參照シテ論ス可キナリ(第二款第三項參照)。

(1) 事實記載論者ノ多數カ認ムル所ニシテ、且實際ノ結果ニ於テ同一認識說ニ最モ近キハ、第三說即訴訟物タル權利又ハ法律關係ノ發生事實ノ同一ヲ認識シ得ル程度ニ於テ記載ス可シト爲ス說ナリ。

(イ)此說ニ依ルトキハ、請求權又ハ形成權カ訴訟物タル場合ニハ、其結果ハ、同一認識說ノ認ムル所ニ最モ近シ。是レ、請求權及形成權ノ同一認識ニハ、同一認識說ニ依ルモ、主體、權利ノ種類又ハ内容、並ニ發生事實ヲ示スヲ要ス(第二款第三項三)、而カモ發生事實モ亦同一ノ認識セラレル程度ニ於テ記載セラレルコトヲ要スルカ故ナリ(第二款第三項三イ)。故ニ、此ノ場合ニ於テハ兩說ノ差異ハ、同一認識說カ、訴ノ原因トシテ主體及請求權ノ内容ニ關スル記載ヲ必要トスルニ反シ、事實記載ノ第三說ハ之ヲ必要トセザルノ差アルノミニシテ、發生事實ノ記載ヲ必要トシ、然カモ其ハ事實ノ同一ヲ認識シ得ル程度ニ於テ爲セハ可ナルノ點ニツキテハ、全ク相等シ。

(ロ)反之、物權、身分權、相續權、著作權、人格權等カ訴訟物タル場合ニ於テハ、同一認識說ニ依ルトキハ、訴ノ原因トシテ、主體、權利ノ種類又ハ内容、目的物又ハ客體ヲ記載スルヲ要スルノミニシテ、發生事實又ハ取得事實ヲ記載スルヲ要セスト雖モ、(第二款第三項二參照)事實記載說ノ第三說ニ依ルモ、猶取得事實ノ記載ヲ要スルノ差アリ。兩說ノ差異ハ、大體ニツキテ云ヘハ、取得事實ノ記載ヲ要スルト否トニ依リテ、最モ明白ニ表彰セラル。學者カ所有權ヲ訴訟物トスルノ訴ハ取得事實ヲ示サスシテ提起シ得ルカ(Causa non expressa)若ハ取得事實ヲ示シテ爲スコト(Causa expressa)ヲ要スルカト云フハ、最著シキ場合ヲ以テ問題トシタルモノナリ。

(2)事實記載說ノ第二說ヲ採ルモノハ、同一認識說ニ違カルコト、第三說ヲ採ルモノヨリモ甚シ。

是レ、第二說ハ發生事實ノ記載ヲ要スト云フ點ニ於テハ第三說ニ等シキモ、分析的記載(Substantive) i. e. S.)ヲ要求スルカ故ナリ。

(3)事實記載說ノ第一說カ、同一認識說ニ違カルコト最モ甚シキモノタルハ固ヨリ論ナシ、是レ第一說ハ獨リ訴訟物タル權利又ハ法律關係ノ發生事實ノミナラス、猶保護ノ必要カ存在シ且ツ原被告兩者カ正當ナル當事者ナルコトヲ示ス可キ事實ノ分析的記載ヲ要求スルカ故ナリ。

III、要之、訴ノ原因ノ記載ハ、訴狀ノ要素ニ屬ス。然カモ、如何ナル記載カ、此ノ要素ヲ充タスカニツキテハ、同一認識說ヲ採ルト事實記載說ノ何レカヲ採ルトニ依リテ、上述ノ如キ異同ヲ生ス而カモ、此ノ要素ヲ充タス可キ記載ナキトキハ、訴狀ハ其要素ヲ欠キ、方式ニ合セザルモノトナリ從テ、或ハ裁判長ニ依リテ差戻サレ(一九二條)或ハ訴訟成立要件ヲ缺クカ爲メニ訴ハ不適法トシテ却下セラル可キナリ。從テ、請求ノ認諾又ハ拋棄アル場合ニ於テモ、認諾判決又ハ拋棄判決ヲ受クルヲ得ス、當事者ノ闕席アルモ闕席判決ヲ受クルヲ得ス、約言スレハ既判力ヲ生ス可キ本案判決ハ受クルヲ得サルノ結果ヲ生ス。

此ノ如キ、重大ナル結果ノ異同ヲ生ス可キ要件ニ對スル解釋カ、此ノ如ク相異ナルコトハ、第一九〇條ノ規定カ不明ナルニ座スルトハ云ヘ、實際上ノ不便ハ云フ可カラス。勿論訴狀ハ他ノ一面ニ於テハ準備書面トシテ、口頭辯論ヲ準備スルモノナルカ故ニ、原告ハ請求ノ原因トシテ、獨リ訴訟

物タル權利又ハ法律關係ヲ記載スルノミナラス、之カ發生事實ヲ分析的ニ記載シ、加之保護ノ必要ノ存在竝ニ原被兩造カ正當ナル當事者ナルコトヲ示ス可キ事實ヲ分析的ニ記載スルヲ以テ得策ト爲ス。斯ルトキハ、何レノ說ニ依ルモ、一方ニ於テハ第一九〇條第二項第二號ノ要素ヲ充スヲ得ルト同時ニ、他方ニ於テハ此要素ヲ充スカ爲メニ必要ナラサル記載ハ、準備書面トシテノ記載ト見ラレルヲ得、從テ訴狀カ起訴ノ方式ニ合セサルカ爲メニ、不適法トシテ訴ノ却下セラルルカ如キ不利ナル結果ハ、之ヲ免ルルヲ得ルカ故ナリ。而シテ斯ルコトハ、實際ニ於テモ、用心深キ原告又ハ訴訟代理人ノ現ニ爲シツツアル所ナリ。

唯斯ル便法アルカ爲メニ、訴ノ原因ニ關スル異論ハ、實際上ノ價值無キモノト誤認ス可カラス。何トナレハ、訴ノ原因ニ關シテ、何レノ說ヲ採ルカニ依リテ、訴訟物ノ何タルカカ定マリ、從テ訴訟物ノ同一ナルカ否カラ以テ條件ト爲ス問題例ハ權利拘束ノ抗辯若ハ既判力ノ抗辯カ理由アルカ否カ、訴ノ變更アルカ否カノ問題ニ關スル解決ハ相異ナラサルヲ得サルカ故ナリ。

四、我現行訴訟法ハ、訴ノ原因ニ關シ、果シテ何レノ說ヲ認メタルモノナルカ。余ハ、現行訴訟法ニ於ケル訴訟ノ法意ヨリシテ、現行法ハ同一認識說ヲ認メタルモノト爲シタリト雖モ（第二款第二項第二ノ三）、事實記載說論者カ其論據トスル所ニ比照シテ、一層明確ニ論據ヲ示スノ必要アルヲ感ス。

266808

事實記載論者カ其論據トスル所ハ理由書ノ說明ヲ以テ經トシ、訴訟法ノ文理若ハ論理解釋ヲ以テ緯トスルモノナリ。先ツ訴訟法ノ文理若ハ論理解釋上ノ根據ヲ察シ、終ニ理由書ノ說ヲ察ス可シ。

I (1) 事實記載論者カ訴訟法ノ文理解釋上ノ根據トシテ主張スル所ハ、(イ) 第一ニ人事訴訟法第八條(獨訴六一四條)ノ規定ナリ。同條ニハ、婚姻事件ニ付テハ第一審又ハ控訴審ノ終ニ至ルマテ訴若ハ其事由ヲ變更スルヲ得トアリ。又同法第七條第二項ニハ、婚姻無効ノ訴、取消ノ訴、離婚ノ訴等ニ併合シテ、訴ノ原因タル事實ニ因リテ生シタル損害賠償ノ請求ヲ爲スヲ得ルヲ規定スルカ故ニ(我人訴第七條ニ該當ス可キ獨民訴六一五條第二項ニハ斯ル規定ナシ)、之ヨリシテ訴ノ原因トハ事實ナルコトヲ論斷セントスルナリ (Camp-Stein, III 3 zu § 253 仁井田博士要論中卷六一四頁)。然レトモ婚姻ノ取消ノ訴若ハ離婚ノ訴ハ、權利變更ノ訴ニシテ(婚姻ノ無効ヲ言渡ス訴モ亦然リ Vgl. Camp-Stein II 35, Rz. § 253)、取消權又ハ離婚要求權等ノ形成權ヲ以テ訴訟物トナス。而シテ形成權ノ同一認識ニハ、發生事實ノ記載ヲ必要トスルカ故ニ(第二款第三項四)、此等ノ訴ノ原因ニハ、同一認識ニ依ルモ、猶發生事實ノ記載ヲ必要トス。サレハ、人事訴訟法七條乃至九條ノ規定ヨリ類推シテ、訴ノ原因トハ常ニ事實ヲ云フモノナリト論スルヲ得ス (Vgl. Seuffert, Nr. 4 A IV d. zu § 253)。(ロ) 事實記載論者カ第二ノ根據トスルハ、第二四八條(獨訴三三二條)ノ規定ナリ。即チ被告缺席ノ場合ニ於テハ、原告ノ事實上ノ口頭供述ノミカ自白セラレタルモノト看做サレ、原告ノ主張スル權

利又ハ法律關係カ認諾セラレタルモノトハ看做サレス。故ニ訴狀ニ於テハ訴ノ原因トシテ事實ヲ分析的ニ記載ス可キナリト云フナリ (Gauß-Stein, III 3 zu § 253)。然レトモ、同條ニハ明ニ事實上ノ口頭供述トアリテ、訴狀ニ記載シタル事實トハ云ハス。又原告カ口頭ニテ供述シタル事實カ、被告ニ適當ナル時期ニ書面ヲ以テ通知サレサリシトキハ、缺席判決ヲ爲スヲ得スト雖モ (二五二條第二號)、單ニ書面トアリテ訴狀トハセス。準備書面ニテ通知セラレハ可ナリ。故ニ此ノ規定モ亦、訴ノ原因カ事實ナルコトヲ示スモノニアラス (vgl. Hellwig, Lehrb. III S. 31)。

(2) 事實記載說ニ對シテ、同一認識論者カ文理解釋上ノ根據トシテ主張スル所ハ左ノ諸點ニアリ。
(イ) 訴狀ノ要素トシテ、第一九〇條第二項第二號ニハ單ニ「起シタル請求ノ一定ノ原因」ト規定セルニ反シ、準備書面ニ關スル第一〇五條ニハ、申立ノ原因タル事實上ノ關係トアリ (同條第三號)、而シテ之ハ申立ノ理由アルコトヲ示ス可キ事實上ノ關係ヲ云フモノナリ。此兩規定ヲ比較スルモ、訴狀ニハ訴狀物タル權利又ハ法律關係 (同一認識ノ標準ニ依リテ明確ニセラレタル) ヲ記スルヲ要シ權利保護要求ノ理由アルコトヲ示ス可キ事實ハ準備書面ニ於テ記ス可キカ如シ (vgl. Seuffert, ebenda)。

(ロ) 又第一九六條第一號ハ、訴ノ原因ヲ變更セスシテ、事實上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルコトヲ認ム。故ニ若シ、權利保護要求ノ理由アルコトヲ示ス可キ事實又ハ訴訟物タル權利又ハ法律關係ノ發生事實ノ、分析的記載カ、訴ノ原因ナルトキハ (事實記載說ノ第一及第二說)、事實上ノ申述ヲ補充又ハ更正スルハ、訴ノ原因ヲ變更スルモノニシテ、本號ノ規定トハ相容レス。サレハ、事實記載論者ハ通常重要ナル事實ノ分析的記載ノミカ訴ノ原因ニ屬スト爲シテ、此ノ矛盾ヲ免カレントス然レトモ重要ナルト否トヲ區別ス可キ標準ハ、此ノ論者ノ示ササル所ナリ。或ハ云フ可シ、訴訟物ヲ爲ス權利又ハ法律關係ノ發生ヲ認メシムルニツキ重要ナルト否トニ依リテ區別スルモノナリ。サレト、論者ノ所說ニ從ヘハ、訴ノ原因トシテハ、實體私法ノ規定ニ依リテ訴訟物ヲ爲ス權利又ハ法律關係ノ發生ヲ認メシムルニ必要ナル總テノ事實ヲ分析的ニ記載スルモノタリ。故ニ、斯ル事實ハ律關係ノ發生ヲ認メシムルニ必要ナル總テノ事實ヲ分析的ニ記載スルモノタリ。故ニ、同號ノ規定ハ發生總テ重要ニシテ、之ニツキテハ、更ニ重要ナルト否トヲ區別スル能ハス。從テ、同號ノ規定ハ發生事實ノ分析的記載ニ屬セサル事實上ノ補充又ハ更正ノミヲ云フモノト解スルノ外ナシト雖モ、斯ノ如キハ自明ノコトナリ、從テ本號ノ規定ハ殆ト無用ノ規定タルニ至ル。

同一カ認識セラレル程度ニ於テ發生事實ヲ記載ス可シト爲ス事實記載說 (即第三說) ニ依ルトキハ本號ノ規定カ無用ノ規定タルノ弊ヲ免ル。此ノ說ニ依ルトキハ、實體私法ノ規定ニ依リテ、訴訟物タル權利又ハ法律關係ノ發生ヲ認メシムルニ必要ナル事實ノ總テカ必シモ同一ノ認識ニ必要ナルモノニハアラサルカ故ニ、本號ハ斯ル事實ニ關スル申述ノ補充又ハ更正ヲ云フモノト解スルヲ得ルカ故ナリ。然レトモ、此ノ說ニ對シテハ、後ニ述フルカ如キ非難アリ (後述(4) 參照)。

訴ノ原因ニ關スル同一認識説ニ依ルトキハ、本號ノ規定ハ二様ノ意義ヲ有ス。(イ)發生事實カ訴訟物ヲ爲ス權利ノ同一認識ノ標準ニ屬セザル場合(例ハ物權、身分權等カ訴訟物タル場合)ニ於テハ發生事實ニ關スル申述ハ如何ニ補充、更正セラルルモ、訴ノ原因ノ變更トハナラス。例ハ一定ノ不動産ニ對シテ甲カ有スル所有權ハ、取得時効ニ依リテ取得シタルモノトシタル後、之ヲ更正シテ讓渡又ハ相續等ニ依リテ取得シタルモノト爲スモ、訴ノ原因ノ變更トハナラス。(ロ)反之、發生事實カ、訴訟物タル權利又ハ法律關係ノ同一認識ノ標準ニ屬スル場合(即請求權又ハ形成權カ訴訟物タル場合)ニ於テハ、本號ノ規定ハ、該發生事實自體カ同一ヲ認識セラルルカ爲メニ必要ナル以外ノ申述ノ更正又ハ補充ヲ云フモノトナル。此點ニ關シテハ、事實記載説ノ第三説ト同シ。

(3)第一九六條第一號ハ、又訴ノ原因ヲ變更セスシテ、法律上ノ申述ノ補充又ハ更正ヲ爲シ得ルコトヲ認ム。

事實記載説論者ハ之ヲ根據トシテ論シテ曰ク、同一認識説ニ依ルトキハ、訴ノ原因トシテ、訴訟物タル權利又ハ法律關係ヲ記載シ、之カ種類ヲ示スコトヲ要ス(例ハ訴訟物ハ、所有權、地上權、代金請求權、又ハ賃借料請求權ナリ等ト云フカ如シ)。換言スレバ、訴訟物ヲ爲ス權利又ハ法律關係ノ種類ニ關スル原告ノ解釋(Rchtsaufassung)ハ、訴訟ノ全體ニ對シテ準繩トナリ、判事ハ此ノ解釋ノ下ニ於テ、原告ノ權利保護ノ要求カ、理由アルカ否カラ裁判ス可キコトトナル。然レトモ、近世

訴訟法ニ於テハ、裁判官カ當事者ヨリ受クル所ノモノハ、單ニ事實ノミナリ、當事者カ陳述シタル事實ニツキテ法律上ノ判断ヲ爲シ、之ニ法規ヲ適用スルハ裁判官ノ專權ニ屬ス。裁判官ハ當事者ノ法律上ノ解釋又ハ意見ニ拘束セラルルコト無シ。故ニ訴訟物タル權利又ハ法律關係ノ種類ニ關スル原告ノ法律上ノ判断ノ如キハ、之ヲ示サルモ、訴狀タルニ妨ケナク、之ヲ示シタル場合ニ於テモ、任意ニ之ヲ變更シ得ルコトハ第一九六條第一號ノ規定スル所ナリ。要之、訴訟物タル權利又ハ法律關係ノ種類ニ關スル原告ノ解釋ヲ示スカ如キハ、訴狀ノ要素、從テ訴ノ原因ニ屬セス。故ニ同一認識説ハ誤トナリト(Vgl. Gaup-Stein, III zu § 253; 8/9. Aufl. Bd. I S. 554 仁井田博士京法第一卷七號二四頁參照)。

然レトモ、如上ノ所説ニ對シテ疑ヲ容ル可キハ次ノ二點ニアリ。(イ)此ノ説ニ依ルトキハ、全然抽象的ナル要求ヲ以テ、適法ナル訴ノ提起ト爲ササル可カラズ、給付ノ訴ニツキテ云ヘハ、被告ハ原告ニ、何等カノ債務ニ依リテ、一定ノ給付ヲ爲ス可シトノ訴ハ適法ノ訴ニシテ、斯ル訴アルトキハ、裁判官ハ、賣買、雇傭、請負、賃貸借、不當利得、損害賠償其他想像シ得可キ一切ノ法律上ノ見地ヨリシテ、被告ハ原告ニ一定ノ給付ヲ爲ス可キ義務ヲ有セザルカ否カラ裁判ス可キナリ。而シテ、原告ノ請求ヲ棄却スル本案判決ハ、想像シ得可キ一切ノ法律上ノ見地ヨリシテ、被告ハ原告ニ一定ノ給付ヲ爲ス可キ義務ナキコト確定シ、既判力ヲ生スルコトトナル。確定ノ訴ニ付テ云ヘハ、

原告ハ一定ノ目的物(又ハ被告)ニ對シテ何等カノ權利又ハ法律關係ヲ有スルコト、若ハ被告ハ一定ノ目的物(又ハ原告ニ)對シテ何等ノ權利又ハ法律關係ヲ有セサルコトノ確定ヲ求ムルコトナリ、此ノ如キハ、訴訟物トシテ漠然タルニ失スルヤ云フヲ俟タス。Degenkolb カ、Ganz abstrakte, bloss den Inhalt eines Begehrens ausdrückende Ansprüche sind nicht rechtswirkame erhobene Klage ト稱スルハ當ヲ得タリ (Beiträge zum Zivilprocess S. 128 f.)。 (ア)論者或ハ云フ可シ、原告ハ、自己ト被告トノ間ニ存スル事實關係ヲ請求ノ原因トシテ分析的ニ記載スルヲ要ス。故ニ何等カノ權利又ハ法律關係ノ存在又ハ不存在ノ確定ヲ求メ、若ハ何等カノ見地ヨリシテ被告ニ給付ヲ命センコトヲ求ムルモ、爾ク抽象ニ失シ、爾ク漠然タルコト無シト。然レトモ、事實ノ分析的記載ハ、私法ノ規定ニ依リテ權利又ハ法律關係ノ發生(又ハ消滅)ヲ認メシムルニ、必要ナル總テノ事實ヲ分析シテ記載スルヲ云フモノナリ。故ニ、如何ナル種類ノ法律關係又ハ權利ノ存在又ハ不存在ノ確定カ要求セラシルモノナルカ若ハ如何ナル種類ノ請求權ニ基キテ給付ヲ要求スルモノナルカニ關スル法律上ノ見解カ定マラサル以上ハ、論者ノ認ムルカ如キ發生事實ノ分析的記載ハ之ヲ爲スヲ得ス。想像シ得可キ一切ノ權利又ハ法律關係ノ發生ヲ認ムルニ私法上必要ナル總テノ事實ノ分析的記載ヲ要求スト云フカ無意義タルハ論無キ故ナリ (Kleinschrod, Klagänderung S. 44 f. a. a. O.)。

要之、訴訟物ヲ爲ス權利又ハ法律關係ノ種類ニ關スル法律上ノ判斷ハ、原告カ訴ヲ提起スルニ際

シテ爲スヲ要スル所ナルノミナラス。訴狀ノ要素、從テ訴ノ原因トシテ示サルルコトヲ必要トスシテ爲スヲ要スル所ナルノミナラス。訴狀ノ要素、從テ訴ノ原因トシテ示サルルコトヲ必要トス (vgl. Hellwig, Lehrb. III S. 237)。

從テ第一九六條第一號カ、訴ノ原因ヲ變更セスシテ、法律上ノ申述ヲ補充又ハ更正スト云フハ、訴訟物タル權利又ハ法律關係ノ種類ニ關スル法律上ノ判斷以外ノ法律上ノ意見ノ補充又ハ更正ヲ云フモノナリ。

(4)事實記載論者ハ又論シテ曰ク、同一認識ニ依ルトキハ、訴訟物ヲ爲ス權利カ物權又ハ其他ノ絶對權タルト、請求權又ハ形成權タルトニ依リテ、權利拘束及既判力ノ範圍ニ廣狹ヲ生ス。詳言スレハ、物權等ノ同一認識ニハ取得事實ノ記載ヲ必要トセサルカ故ニ、物權カ訴訟物タル訴訟ニ於テハ、總テノ取得事實(例ハ取得時効、讓渡、相續、先占等)カ主張セラルルヲ得、又主張セラル可キモノナリ。權利拘束ハ特定ノ取得事實ニ基キテ、物權カ取得セラレタルカ否カニ限ラレサルカ故ニ、其ノ範圍ハ廣ク、總テノ取得事實ニ及フモノナリ。從テ、此ノ訴訟ニ於テ爲サレタル判決ノ既判力ノ客觀的範圍モ亦廣シ。物權ノ不成立ヲ認ムル判決ハ、主張セラルルヲ得可キ總テノ取得事實ニ依リ、該物權ノ成立セザリシコトヲ認ムルモノナリ。故ニ原告ハ取得時効ニ依リテ、所有權ヲ得タルコトノミヲ主張シ敗訴シタル後ニ於テ、讓渡又ハ相續等ニ依リテ、該所有權ヲ得タルコトヲ主張シテ訴ヲ提起スルモ既判力ヲ援用セラル可キナリ。反之、請求權(又ハ形成權)ノ同一認識ニハ發生事

實ヲ示スコトヲ要スルカ故ニ、請求權カ訴訟物タル場合ニ於テハ、特定ノ發生事實ニ基ク請求權カ存スルカ否カノミカ問題トナル。換言スレハ、權利拘束及既判力ノ範圍ハ、特定ノ發生事實ニ基ク請求權ト云フニ制限セラル。故ニ、請求權ハ存在セストスル判決カ確定スルモ、他ノ發生事實ニ基キテ該請求權カ成立シタルコトヲ主張シテ訴ヲ提起スルトキハ、既判力ノ援用ヲ受ケサルコトナル。一約言スレハ、同一認識說ニ依ルトキハ、物權其他ノ絕對權カ訴訟物タル場合ニハ、權利拘束及既判力ノ範圍ハ、取得事實ノ如何ニ關連セスシテ生シ、請求權又ハ形成權カ訴訟物タル場合ニハ主張セラレタル特定ノ發生事實ニ關連シテ生スト爲ササルヲ得ス。然レトモ、斯ク、訴訟法上ノ取扱ヲ異ニス可キ理由ナキカ故ニ、同一認識說ハ不當ナリ。物權其他ノ絕對權カ訴訟物タル場合ニ於テモ、常ニ特定ノ取得事實ヲ記載セシメ、權利拘束及ヒ既判力ノ範圍ハ、此ノ事實ニ關連シテ定マルモノト爲ササル可カラスト云フニアリ。此ノ說ハ第三ノ事實記載說ヲ採ル論者ノ特ニ主張スル所タリ (Weismann, Lehrb. I S. 63 a. v. O.)。

サレト、此ノ說ハ物權其他ノ絕對權ノ同一認識ニモ、亦取得事實ヲ示スヲ要スルコトカ證明セラレタル場合ニ於テ、初メテ主張シ得ル所タリ。苟クモ、然ラスシテ、物權等ノ同一認識ニハ取得事實ヲ示スノ要無ク、請求權、形成權ニツキテハ、斯ル事實ヲ示スヲ必要トスルコトヲ認ムル以上ハ、理由ナキ說タリ。何トナレバ、請求權(又ハ形成權)カ訴訟物タル場合ニ於テ、權利拘束及既判

力カ、特定ノ發生事實ニ關連シテ生シ、他ノ發生事實ニ關連シテ生セサルハ、恰カモ他ノ請求權ニシテ、同一ノ請求權ニアラサルカ爲メナリ。物權カ訴訟物タル場合ニ於テモ、權利拘束又ハ既判力カ、他ノ物權ニツキテ生セサルハ論ナシ。サレバ、訴訟上ノ取扱ハ一樣ニシテ、決シテ異なるニハアラス。但物權其他ノ絕對權カ、其性質上取得事實ノ異なるニ依リテ、他ノモノトナラサルノ差アルノミ。反之、若シ論者ノ如ク、物權等カ訴訟物タル場合ニ於テモ取得事實ヲ示シ、權利拘束及既判力ハ之ニ關連シテ生スルモノトセンカ、物權等ノ一方面ノミカ、訴訟物トセラルルコトナリ却テ請求權又ハ形成權カ訴訟物タル場合ト、其取扱ヲ一樣ニセサルモノナリ。

II 以上ハ、訴訟法ノ文理若クハ論理解釋上、事實記載說カ誤マレルコト、少クモ同一認識說カ事實記載說ヨリモ、一層善ク現行法ヲ説明シ得ルコトヲ示シタリ、サレト、最後ノ鐵案タルハ、現行法カ書面主義及同時提出主義ヲ斥ケタルコト、從テ事實記載ト相容レサルコト之ナリ。

事實分析記載說論者ハ、獨逸訴訟法草案理由書ノ説明ヲ以テ根據ト爲シ、而シテ理由書ニハ、訴ノ原因ヲ以テ「民法ノ規定ニ從ヒ、起シタル請求ヲ原告カ取得シ、且被告カ侵害シタリト認ムルヲ得ル事實即發生事實ナリ」トセルコトハ前ニ述ヘタリ。

理由書カ斯ル説明ヲ爲シタルハ書面主義及同時提出主義ヲ認メタル普通訴訟法ノ影響ヲ、充分ニ脱化スル能ハサリシ時代ニ爲サレタルモノトシテ恕ス可キナリト雖モ、理由書ハ成法ニアラサルノ

ミナラス。又我訴訟法ニ對スル理由書ニモアラス。サレハ、成法ノ規定ニ依リ、口頭主義及自由叙列主義ノ認めラレタルコトカ、明白ナル場合ニ於テハ、理由書ノ説明ヲ根據トスル事實分析記載說カ理由無キモノタルハ云フヲ俟タス。然カルニ我訴訟法ハ、一方ニ於テハ、判決裁判所ニ於ケル當事者ノ辯論ハ口頭ナリトシ(一〇三條)、又當事者カ口頭ニテ演述シタル事實ニ限リテ判決ノ基本ト爲スヲ得トシ(一一〇條及二三六條第二號)他方ニ於テハ、攻撃及防禦ノ方法ハ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ提出スルヲ得ルノミナラス(二〇九條)、控訴審ニ於テモ、猶新事實ヲ提出シ得ルモノトシ(四一五條四〇一條三項 四〇四條)、自由叙列主義ヲ認メタルカ故ニ、事實分析記載說ハ到底理由ナキモノタリ(第二款第二項第二參照)。

事實記載說論者或ハ曰ク、攻撃及防禦ノ手段タルヘキ事實カ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ提出セラレ得ルコトハ、事實分析記載說ト相容レサルモノニアラス。是レ、訴狀ニ於テ主張セラレサル事實ハ、訴ノ變更ニ關スル規定ニ從フトキハ、判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ、主張スルヲ得ルカ故ナリト (Gaupp-Stein, III 3 zu § 253)。サレト、訴ノ原因ノ變更ハ、原則トシテ禁止セラレルカ故ニ(一九五條二項三號)、此ノ說ニ依ルトキハ、原告カ攻撃方法トシテ、提出スルヲ得ル事實ハ、原則トシテハ、訴ノ原因トシテ記載セラレタル事實ニ制限サルルコトナリ、從テ、原告ハ苟クモ自己カ攻撃方法トシテ提出シ得キ事實ハ、萬一ヲ慮リテ同時ニ (in eventum)

提出スルヲ必要トスルニ至ル。換言スレハ、現行法ハ訴ニ依ル要求ノ理由アルコトヲ示ス可キ事實 (Klagatsache) ニツキテハ、同時提出主義ヲ認メタルモノト解セサル可カラスト雖モ、如此キハ訴訟法ノ主義ニ反ス【註一】。且ツ、被告ノ答辯ニ關シテハ、訴ノ變更ニ關スル法文ノ適用ナキカ故ニ、被告カ防禦方法トシテ提出スル事實ニツキテハ、同時提出ノ必要ナク、當事者同等主義ニ反スル結果ヲ生ス。

加之、控訴審ニ於テハ、訴ノ變更ハ絶対ニ禁止セラレルカ故ニ、論者ノ說ニ依ルトキハ、原告タル當事者ハ、攻撃方法トシテ新ナル事實ヲ提出スルヲ得スト解セサル可カラスト雖モ、如此ハ法文ノ明ニ認メタル所ニ反ス(四一五條四〇一條三項四〇四條)。

【註一】、口頭主義及自由叙列主義カ、書面主義及同時提出主義ト相容レサルハ、論無シト雖モ、訴ニ依ル請求カ理由アルコトヲ示ス可キ事實 (Klagatsache) ニ限キリテ、同時提出主義ヲ認メ、從テ其範圍ニ於テ自由叙列主義ヲ制限セントスル法意ノ存セサルカ否カハ、特ニ研究ス可キ問題ナリ。(Gaupp-Stein) ハ權利保護要件ノ存スルコトヲ示ス可キ總テノ事實ニツキテ、自由叙列主義ノ制限ヲ認メントスルモノニシテ、其ノ誤マレルハ論ヲ俟タスト雖モ、現行法ハ果ダシテ訴訟物ヲ爲ス權利ノ發生事實ニ限リ、同時提出主義ヲ認メ、自由叙列主義ヲ制限セント爲サザリシカ、否カハ問題トスルノ價值アリ。是レ、獨逸訴訟法ノ前身タルハンノーバー草案及普國草案ニモ、訴ニ依ル 求ノ理由アルコトヲ示ス可キ事實ニツキテハ、同時提出主義ヲ認メントスル形跡アリ (vgl. Schmidt, Klageführung S. 154 f. a. a. O.)。又我現行訴訟法ノ草案 (即テツヒヨウ案) 二〇九條ニ於テモ亦、新ル形跡ヲ認ムルヲ得ルカ故ナリ。

唯、此等ノ草案ニ於テハ、訴狀ト準備書面トノ間ニ存スル區別未ダ判然タラス。ハンノーバー草案二三一條ノ如キハ、準備書

圖ト同一ノ内容ヲ有スル書面ノ交付ニ依リテ訴ハ提起セラルルモノト規定シ、我々ヲヒヨト案モ亦「訴狀ハ準備書面ノ規則ニ
 従ヒ之ヲ作リ且左ノ諸件ヲ記載ス可シ」トシテ、訴訟物件ノ價格、請求ノ原因タル事實、立證方法、一定ノ申立ヲ掲ケタリ
 (二〇九條)。然ルニ、獨逸訴訟法ニ於テハ、明ニ訴狀ノ要素ト準備書面トノ間ニ存スル區別ヲ認め、一方ニ於テハ訴狀ノ要素
 ヲ記載セザル訴ハ方式ニ合セス、從テ不遵法トシテ却下セラル可キモノトセルニ反シ、準備書面ニ關スル規定ニ從ハサルモ、
 事件ニハ何等ノ不利ヲ及ホスモノニアラス、單ニ之カ爲メニ生シタル訴訟費用ヲ負擔ス可キモノトシ(獨逸訴訟法二二九條)、
 他方ニ於テハ、訴狀ノ要素トシテハ「起シタル請求ノ原因」ノ記載ヲ要求シ、準備書面ニハ「申立ノ理由アルコトヲ示ス可キ
 事實上ノ關係ヲ記載ス可キモノトナセリ(獨逸二五三、及二〇三〇)。從テ、立法者ハ、訴ニ依ル申立ノ理由アルコトヲ示ス可
 キ事實ハ、準備書面ニ於テ記載セラル可シト爲スト雖モ、之ニ反スルモ事件ニハ何等ノ不利ヲ及ホササルモノナルカ故ニ、
 準備書面ヲ併テ同時提出主義ヲ認メサルコトヲ示シ、又訴狀ニハ、新ル事實ノ記載ヲ必要トセスシテ、同時提出主義ヲ否認
 シタル(Vgl. Schmidt, ebenda S. 161 f.)。我現行訴訟法ニ於テモ、此點ニ關スル解釋ヲ異ニス可キ理由ナシ。故ニ、Klagensache
 ニ限リ、同時提出主義ヲ認メタルモノト解スルヲ得ス(我改正草案二二〇條ハ、訴狀ノ要素トシテ請求ノ原因タル一定ノ事實
 ヲ掲ケ可シトスルカ故ニ、新ル事實ニ關シテ、同時提出主義ヲ認メントスルモノナリト雖モ、他方ニ於テハ二三〇條ノ規定ニ
 依リ、被告ノ同意ナキモ新訴ノ變更ヲ爲スヲ得ルコトヲ認め、違反ノ場合ノ制裁ヲ緩メタリ)。

III 要之、我現行訴訟法ハ法文ノ文理若ハ論理解釋ニ依ルモ、亦訴訟法ノ認メタル主義ニ徴スルモ
 訴ノ原因ニツキテハ、同一認識說ヲ認メタルモノニシテ、事實分析記載說ヲ認メタルモノニアラス
 從テ、訴ノ原因トハ、同一認識ノ標準ニ依リテ明確ニセラレタル、訴訟物ヲ爲ス請求權、法律關係
 又ハ形成權ヲ云フモノナリ。

三 反 訴 論

緒 言

我訴訟法ハ第二百條以下ニ於テ普通ノ反訴ヲ規定シ、第二百十一條ニ於テ中間確定ノ反訴ヲ規定
 ス。人事訴訟手續法ハ婚姻事件、養子縁組事件等ニ於ケル反訴ニ關スル規定ヲ設ケタリ(人事訴訟手
 續七條八條二一條二六條)。中間確定ノ反訴ハ、寧中間確定ノ訴ノ一形式トシテ論スヘキモノニシテ
 本篇ノ範圍外ニアリ。又人事訴訟手續法ノ認メタル反訴ハ、範ヲ獨逸現行訴訟法(六一四條乃至六
 一六條六三三條六三八條六四〇條)ニ採リタルモノニシテ、此ノ點ニ關スル彼我ノ法制ハ大ナル差
 異ヲ示サス。唯普通ノ反訴ニ關スル我訴訟法ノ規定(二〇〇條以下及二〇九條)ハ、儒帝ノ新法ニ其
 源ヲ發シ、伊太利學派及獨逸普通法ニ於テ發達シタル反訴制ヲ奪襲シタルモノニシテ、獨逸現行訴
 訟法(三三條及二七八條)ノ認ムル反訴トハ其來歴ヲ異ニシ又要件ヲ異ニス。埃太利法(管轄法九六
 條一項、訴訟法二二三條二項)ノ認ムル反訴ハ、我訴訟法及ヒ獨逸訴訟法ノ認ムル反訴制トノ中間
 ニ位スルモノト云フコトヲ得。

以上左ノ順序ニ從ヒ、反訴制ノ沿革ヲ探ネ、獨逸ノ法制ノ一端ヲ窺ヒ、次キテ我訴訟法ノ反訴殊
 ニ其要件ヲ研究セントス。若夫レ婚姻事件ニ於ケル反訴ニ至リテハ、暫ク之ヲ他ノ機會ニ讓ラント

ス。

第一節 反訴ノ沿革

- 第一 羅馬法ニ於ケル反訴
- 第二 寺院法及伊太利學派ノ認メタル反訴
- 第三 獨逸固有法ニ於ケル反訴
- 第四 獨逸固有法上ノ反訴ノ變遷及普通法ニ於ケル反訴
- 第五 獨逸訴訟法制定當時ノ各州法及同法草案ニ於ケル反訴
- 第六 獨逸訴訟法ニ於ケル反訴
- 第二節 我現行訴訟法ニ於ケル反訴
 - 第一 沿革上ノ地位
 - 第二 現行法上ノ反訴ノ意義
 - 第三 反訴ノ適法要件
 - 第四 反訴提起ノ方式及其裁判(梗概)

第二節 反訴ノ沿革

Lit. Planck, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Processrecht § 9—11; Fuchs, Das Recht der Widerklage (bei Archiv für civ. Praxis Bd. 53 S. 150 f.); Lauk, Beiträge zur Lehre von Widerklage (bei Archiv civ. Praxis Bd. 12 S. 65 f.); Pollak, Die Widerklage (1889); Kleinfeller, Der Gerichtsstand der Widerklage (1882)—Sartorius, Die Lehre von Widerklage nach gemeinem deutscher

Civilproccesse (1838) 日吉學士反訴ノ裁判籍(法政大學創立三十週年記念論文集一四一頁以下)。

第一 羅馬法ニ於ケル反訴

一 *Legis actiones* 時代ノ羅馬訴訟法ニ於テハ、被告ハ原告ノ請求ニ對シテ抗辯タモ提出スルコトヲ得サリシカ故ニ、反訴ヲ提起スルコトヲ得サリシハ固ヨリナリ。被告カ原告ニ對シテ反對請求ヲ有スルコトアルハ云フヲ俟タスト雖モ、被告カ之ヲ主張スルニハ、別個ノ訴ヲ提起スルコトヲ要シタリ是レ、此ノ時代ノ訴訟ハ形式ニ拘束セラルルコト餘リニ大ニシテ、一個ノ訴訟手續ニ於テ、請求ト反對請求トヲ同時ニ裁判スルカ如キ餘裕存セサリシニ因ルモノタリ (Sartorius, S. 12 f. Pollack ebenda S. 9 a. a. O.—Klenfelle, S. 9)。

二 *Formula* 時代ノ初期ニ於テモ、亦同シ。然カルニ、第七世紀ニ至リテ、初メテ抗辯並ニ再抗辯ノ提出ヲ認ム。唯、抗辯若クハ再抗辯等ハ何レモ *Practor* (市民官)ノ面前ニ於ケル *in iure*ノ手續ニ於テノミ提出スルコトヲ得タリ。是レ、市民官カ *Formula*ヲ作成スルニ當リテハ、抗辯若クハ再抗辯等カ、理由アル場合ニ於ケル判決並ニ理由ナキ場合ニ於ケル判決ノ内容ヲ定ムルコトヲ要シ、市民官ニ依リテ選任セラレタル判官 (*Judex*)ハ *Formula*ニ掲ケラレタル請求、抗辯又ハ再抗辯等カ理由アルカ否カラ見テ、市民官カ假設的ニ定メタル判決ノ内容ヲ確定スルニ過キサリシカ故ナリ。

反訴ノ起源ヲ爲セル相殺ノ抗辯ハ、既ニ此時代ニ認めラレタリト雖モ、反訴ナル制度ハ未タ認めラレサリシモノト解スルヲ妥當トスルカ如シ。詳言スレハ、被告ノ反訴請求カ原告ノ請求ヨリ大ナル場合ニ於テモ、相殺ノ結果トシテ、原告ノ請求カ棄却セラルルニ止マリ、被告ハ原告ニ殘額ノ給付ヲ命スル判決ヲ求ムルコトヲ得サリシナリ (vgl. Pollack ebenda S. 14 a. a. O.) 且相殺ノ抗辯自體モ、初メハ嚴格ナル要件ノ存スル場合ニ限リテ提出スルコトヲ得タリ。即チ、(イ)兩請求カ何レモ bona fides ノモノニシテ、且(ロ)同一ノ事實ヨリ發生シタルコト(牽連關係)ヲ要シタリ。然カルニ Marc Aurel 以後ハ、此ノ要件ハ輕減セラレ、(イ) stricti juris ノ請求タルヲ妨ケサルノミナラス(ロ)兩請求間ニ牽連關係カ存在セサル場合ニ於テモ相殺シ得ルモノトシタリ (§ 30. 1. de act. 4. 6. vgl. and Pollack S. 13 f.; Lauk ebenda S. 67)。

其後 Formula 訴訟ノ變遷ニ伴ヒ、請求ノ併合 (mutuae petitiones) ヲ認め又反訴 (reconventio) ヲ認ムルニ至レリ。即チ、in iure ノ手續ニ於テ、被告カ反對請求ヲ主張スルトキハ、市民官ハ Formula ニ於テ、原告ノ請求。並ニ被告ノ請求ニツキテ裁判スヘキ一人ノ判官ヲ選任シ、此ノ判官ヲシテ兩請求ニツキテ同時ニ裁判セシメ、從テ反對請求カ原告ノ請求ヨリモ大ナル場合ニハ、原告ニ對シテモ給付ヲ命スルコトヲ得ルモノトシタリ。

此時代ニ於ケル反訴ノ適法要件ハ、(イ)市民官カ請求及ヒ反對請求ノ何レニツキテモ本來土地及 2233)。

三 儒帝ノ新法 (Nov. 96 cap. 2) ニ於ケル反訴 Formula 訴訟ノ類廢ニ伴ヒ、反訴ナル制度モ亦多少ノ變更ヲ受ケタリ。今、儒帝新法ノ認ムル所ニ從ヒ、反訴ノ要件及反訴ニ關スル裁判ノ一斑ヲ窺フ (Pollack S. 38 f. a. a. O.; Lauk S. 68; Fuchs S. 153 f.)。

(1) 反訴ノ要件

- (イ) 當事者 反訴ノ當事者ハ本訴ノ當事者ト同一ナルコトヲ要シ、且反訴原告ハ本訴ノ被告ニシテ、反诉被告ハ本訴ノ原告ナルコトヲ要ス。
- (ロ) 反訴提起ノ時期 反訴ハ本訴ノ提起セラルルヤ否ヤ直チニ提起セラルルコトヲ要ス。詳言スレハ、被告ハ本訴ニ對スル應訴ト同時ニ若クハ應訴期間内(本訴ノ送達後二十日間)ニ於テノミ反訴ヲ提起スルコトヲ得タリ。加之儒帝ノ新法ニ於テハ、本訴ノ繫屬スル間ハ、被告ハ反訴トシテノミ反訴請求ヲ主張スルコトヲ得、通常ノ訴トシテハ之ヲ主張スルコトヲ得ストシ、依リテ間接ニ反訴ノ提起ヲ強制シタリ。

(ハ) 本訴請求ト反對請求トノ間ノ關係

兩請求カ同一ノ事實ヨリ發生シタルコト、即兩請求ニ牽連關係ノ存スルコトハ必要ニアラス (Quintilian inst. or. 111, § 1. 4. vgl. Pollack, S. 44; Fuchs S. 153)。[○] 反之、兩請求カ相殺シ得ヘキコト、換言スレハ兩請求カ同種類ノ給付ヲ目的トスルコトヲ要スルカ否カニツキテハ、解釋ハ分カレタリ (積極說 Fuchs S. 153 a. a. O. 消極說 Pollack S. 44 f.)。[○]

(ニ) 管轄 Formula 時代ニ於テ、市民官カ本訴及反訴ニツキテ本來管轄權ヲ有スルニアラサレハ反訴ハ提起スルコトヲ得ストシタリ。

然カルニ儒帝ハ反訴ノ提起ヲ便ナラシメントシ、初メハ、先ツ反訴ノ特別裁判籍ヲ認ムルニ止メタリト雖モ (1. 14 c. de contentiis et interloctionibus 32) 後 Nov. 96 c. 2ヲ以テ、反訴ノ提起ヲ強制スルニ及ヒテ、訴ノ繫屬スル裁判所ハ、反訴ニ關シ土地並ニ事物ノ管轄權ヲ有スルモノトシタリ (vgl. Kleinfeller, S. 19 a. a. O.)。[○]

(2) 反訴ニ關スル裁判

儒帝ノ新法ニ於テハ、反訴カ適法ニ提起セラレタルトキ (從テ遅クモ本訴ニ對スル答辯ハ同時ニ提起セラレタルトキ) ハ、本訴並ニ反訴ニ關スル審理ハ、同一ノ判事カ一個ノ訴訟手續ニ於テ爲シ且一個ノ判決ヲ以テ裁判スヘキモノトシタリ (1. 1. § 10. quae sent. sine appell. 49. 8.)。[○] 但判事ハ本訴

及反訴ニ關スル辯論ヲ分離スルヲ得サリシニハアラス (Nov. 123, c. p. 25.) 又當時ニ於テモ、一旦反訴カ提起セラレタル後ニ於テ、本訴カ取下ケラルルモ、反訴ニハ何等ノ影響ヲ及ホササリシモノトシタリ (Pollack S. 46 f.)。[○]

第二 寺院法及ヒ以太利學派ノ認メタル反訴(羅馬法ニ加ヘタル變更)

一 寺院法ノ認メタル反訴 寺院法ハ儒帝法典ヲ採リテ、自己ノ法典ト爲シタルカ故ニ、寺院法ニ於ケル反訴制モ亦儒帝新法ノ認メタル所ト大體ニ於テ異ナルコト無シ。唯、寺院法ハ寺院ノ利益ヲ保持スルノ必要上、反訴ノ提起ヲ制限シタリト雖モ【註一】反訴制ノ其後ノ變遷ニハ何等ノ影響ヲ及ホシタルコト無シ。

【註一】 寺院法カ反訴ノ提起ニ關シテ設ケタル制限ハ、一ハ當事者ニ關シ、他ハ請求ノ種類ニ關ス。即(イ)法王「インノーセンツ」三世ハ、破門ヲ受ケタル者ハ反訴ヲ提起スルコトヲ得ストシ。(ロ)又盜物返還請求ノ訴(actio spolii)ニ對シテハ、反訴ヲ提起スルコトヲ得ストシタリ (cap. 5 x de except. 2. 35) 盜物返還ノ訴ニ對シテハ反訴ヲ提起スルヲ得ストシタルハ畢竟、actio depositiニ對シテハ相殺ノ抗辯ヲ爲スヲ得ス、從テ反訴ヲ提起スルヲ得ストノ思想 (Paulus, sent. sec. lib II tit. II § 12.) ヲ繼承シタルモノナリ (vgl. Pollack, S. 54)。[○]

二 以太利學派ノ認メタル反訴 以太利學派殊ニ後註釋家ハ、羅馬法並ニ寺院法等ノ規定ヲ根據トシテ、反訴ニ關スル理論ヲ明ニシ、以テ後ノ反訴制ニ大ナル影響ヲ與ヘタリ。殊ニ Tancred Durantis 及ヒ Maranta ノ反訴論ヲ以テ然リトス。

(1) Tancred、其著書 *ordo iudicarius* に於テ、反訴ナル一章ヲ設ケテ新制ヲ論シタリ (P. 2 ff. 19 de reconventionibus et mutuis petitionibus p. 187—189) 以太利學派ニシテ反訴ヲ論スルカ爲メニ、別章ヲ設ケタルハ、氏ヲ以テ嚆矢トス。其ノ所説ノ要旨ハ左ノ如シ。

反訴ノ適法要件 (イ) 反訴ハ如何ナル判官ノ面前ニ於テモ之ヲ提起スルコトヲ得通常判官タルト受命判官タルヲ問フニト無シ、但仲裁人ノ面前ニ於テハ反訴ヲ提起スルコトヲ得ス。(ロ) 如何ナル請求ト雖モ反訴ニ依リテ主張スルコトヲ得、犯罪ニ基ク請求權タルト否、身分關係ニ基クモノタルト否トヲ問フコト無シ、但世俗ノ裁判所ニ於テハ、寺院ノ裁判權ニ服スル事項ハ反訴ニ依リテ主張スルヲ得ス。(ハ) 反訴ハ本訴ニ對スル應訴前ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス。少クモ本訴ニ對スル應訴前反訴ヲ提起スヘキ旨ヲ豫告スルニアラサレハ、反訴ハ不適法ナリトセリ。

又反訴ニ關スル裁判ニツキテハ、反訴請求ニ關スル辯論ハ本訴ニ關スル辯論ト併合シテ爲スヘク且一個ノ判決ヲ以テ兩請求ニ關スル裁判ヲ爲スヘシトナス。而シテ、本訴原告カ、反訴ニ關シ辯論ヲ拒ミタルトキハ、本訴被告ハ本訴ニ關スル辯論ヲ拒ムコトヲ得トナセリ。

(2) *Durantis* ノ反訴論ハ、Tancred ノ所説ヲ祖述シタルニ止マルト雖モ、反訴提起ノ時期ニ關シテハ其ノ所説ヲ異ニセリ。此點ハ後ノ反訴制、殊ニ獨逸普通法時代ノ反訴制ニハ大ナル影響ヲ及ホシタリ (*Durantis, spec-jud. II, 1. tit. de reconventionibus*)。

Tancred ノ所説ニ依ルトキハ、反訴ハ被告カ本訴ニ對スル應訴前ニ提起スルコトヲ要シ、又反訴ノ特別裁判籍ナルモノハ、本訴及反訴ニ關スル辯論ヲ同時ニ爲スヲ得セシムル便宜上認めラレタルモノタルニ過キス。然カルニ、*Durantis* ハ、幾多ノ寺院法學者ト共ニ、反訴ノ提起ハ必シモ本訴ニ對スル應訴前ニアルコトヲ要セス、本訴ニ關スル辯論ノ終結ニ至ルマテハ反訴ヲ提起スルコトヲ得トシタリ【註11】、從テ彼ハ固有ノ反訴ト類似ノ反訴トヲ區別ス。固有ノ反訴トハ、本訴ニ對スル應訴前ニ被告カ提起シタル反訴ニシテ、本訴ト同時ニ辯論及裁判ヲ爲サルヘキモノヲ云フ。類似反訴トハ、本訴ニ對スル應訴後ニ提起セラレタル反訴ヲ云ヒ、本訴ト同時ニ辯論及裁判ヲ爲サルコト無キモノトナス。而シテ彼ハ、類似反訴カ、通常ノ訴ト異ナル點ハ、反訴ノ特別裁判籍ヲ利用シ得ルノ一點ニアリトナセリ。至是カ、反訴ノ特別裁判籍ナルモノハ大ニ其意義ヲ異ニスルニ至タレリ。何トナレハ、儒帝カ此ノ裁判籍ヲ認メタル以來反訴ノ特別裁判籍ナルモノハ、畢竟本訴及反訴ニ關スル辯論ヲ併合スルヲ得ルカ爲メノ便宜上認めラレタルモノタルニ過キス。然カルニ今ヤ、此ノ裁判籍ハ辯論ヲ併合スル爲メノ手段ニハアラスシテ、其自體獨立意義ヲ有スルモノトナリタルカ故ナシ (vgl. Fuchs, ebenda S. 162; Pollack S. 63 f. a. a. O.)。

【註11】 *Durantis* カ應訴後ト雖モ、猶反訴ヲ提起シ得ルコトヲ認メタル根據ハ *Innocenz IV* ノ *cap 3 in VI to de rescr.* (118) [*durante iudicio*] トアルニ基クモノナリ。

反訴提起ノ時期ニ關スル Durantis ノ所説ニ對シテハ、其時代(第十四世紀)ノ學者ニシテ異説ヲ試ミタルモノ無キニアラスト雖モ、多數ノ著名ナル學者ハ之ニ贊成シタリ、例ハ Cinus (rubr. ad auth. n. 8) Bartolus (ad Nov. 96 c. 2 n. 8) 及 Baldus (Add. ad Dur § 5) ノ如シ。

(3) 以太利學派ノ末葉ニ於ケル Maranta (spec. aur. P. 4 dist. 6.) ノ反訴論ハ、畢竟從來諸家ノ所説ヲ集成シタルモノニ過キス。然レトモ、以太利學説カ獨逸ニ繼受セララルルニ及ヒテ、最大ナル影響ヲ及ホシタルハ彼ノ所説ナリ。左ニ其ノ梗概ヲ窺ハントス。

(イ) 反訴トハ本訴ノ被告カ本訴ノ原告ヲ相手方トシテ、本訴ノ繫屬スル裁判所ニ提起スル訴ヲ云フ。反訴ハ本訴カ裁判所ニ繫屬スルニ至リタルトキヨリ以後本訴ニ關スル判決アルニ至ル迄之ヲ提起スルコトヲ得、但本訴ニ對スル應訴以前ニ提起シタル反訴ハ、固有ノ反訴(reconventio propria)ニシテ、本訴ト同時ニ辯論セラレ又一個ノ判決ヲ以テ裁判セラル。反之、本訴ニ對スル應訴後ニ提起セラレタル反訴ハ類似反訴(reconventio impropria)ニシテ、本訴ト同時ニ辯論及裁判ヲ爲サルコト無シ、單ニ本訴ノ繫屬スル裁判籍ヲ利用スルモノタルニ過キス(反訴ノ特別裁判籍)反訴ノ特別裁判籍ハ、合意管轄ノ一種ニシテ、強制的合意管轄(Prorogatio necessaria)ト稱スヘシ。故ニ反訴ノ特別裁判籍ハ合意管轄ヲ生シ得ル場合ニ限リテ認ムルコトヲ得。又本訴被告ハ其反訴請求ヲ常ニ本訴ノ繫屬スル裁判所ニ提起スルコトヲ要スルニハアラス、普通ノ訴トシテ、管轄裁判所ニ訴フルコトヲ妨ケス、儒帝新法ノ認ムル反訴提起ノ強制ハ、之ヲ認ムルコトヲ得ス。

(ロ) 反訴ハ原則トシテハ、如何ナル判事ノ面前ニ於テモ之ヲ提起スルコトヲ得。但仲裁人、上訴裁判所、並ニ非常上訴裁判所ニ於テハ提起スルコトヲ得ス。又一定ノ種類ノ事件ノミヲ管轄スル裁判所ニ於テハ、其種類ニ屬セサル事件ニ關スル反訴ハ之ヲ提起スルコトヲ得ス。

(ハ) 反訴ハ如何ナル種類ノ請求タルヲ問ハス、其訴訟物ト爲スコトヲ得。但本訴カ簡易訴訟事件、執行事件又ハ占有訴訟ナルトキハ、反訴ハ之ヲ提起スルコトヲ得ストナセリ。

要之、以太利學派ニ於テハ、儒帝新法ノ認メタル反訴ヲ根據トシ、之ヲ敷衍シ終ニ固有ノ反訴ト類似反訴トノ別ヲ認ムルニ至リ、此ノ思想ハ又獨逸ニ繼受セラレタリ。

第三 獨逸固有法ニ於ケル反訴

一 獨逸古代ノ固有法ニ於テモ、既ニ反訴並ニ反訴ノ特別裁判籍ヲ認メタリ。然レトモ、其目的及成立由來ニ至リテハ、羅馬法ニ於ケルト全然異ナレリ。

(イ) 反訴ノ目的 羅馬法ニ於ケル反訴ハ原告ノ請求及被告ノ反對請求ニツキ同時ニ辯論ヲ爲シ平衡ニ合スル裁判ヲ爲スヲ得ルコトヲ以テ目的トスト雖モ、獨逸固有法ニ於ケル反訴ハ、專ラ特別裁判籍ニ訴フルヲ得セシムルカ爲メニ認メラレタル制度ナリ。

少シク、其所以ヲ察センニ、獨逸固有法ニ於テハ、裁判所ハ時ヲ同クシテハ一個ノ請求ニ限り裁

判ヲ爲スコトヲ得、且其請求ニツキ判決カ爲サレ又其請求カ執行ニ依リテ満足ヲ得タル後ニ於テノミ、初メテ他ノ請求ニツキテ裁判ヲナスヲ得タリ。故ニ苟クモ甲ナル者カ先ツ裁判所ニ訴ヘ原告ナル地位ヲ贏チ得タルトキハ、乙ナル被告ハ、假令甲ニ對シテ反對請求ヲ有スルモ、甲カ其請求ニ關スル判決ヲ受ケ且全部ノ満足ヲ得タル後ニ非サレハ、反對請求ニ關スル訴ヲ提起スルコトヲ得サルナリ。【註三】サレハ請求及反對請求ニ關スル辯論ヲ同時ニ爲スト云フカ如キハ獨逸固有法上ノ反訴ノ目的トスル所ニアラス。

【註三】獨逸固有法ニ於テハ、苟クモ原告タル地位ヲ勝テ得タル者ハ、前述ノ如キ利益ヲ受ケルカ故ニ、訴訟ヲ爲サントスル者ハ、互ニ率先シテ訴ヲ提起シ、原告タルコトヲ競争シタリ。違方ヨリ訴ヲ提起セントスル旨ヲ叫ビテ、走セ來タリタルノミナラス、判事ノ留守宅等ヲモ圍繞シテ個々訴ノ受理ヲ要請シタリト云フ。而シテ裁判所ハ、競争シテ提起セラレタル訴ニツキ、何レカ最先ニ起コサレタルカヲ裁判シ、最先ノ訴ニツキテ先ツ裁判シ、原告カ満足ヲ得タル後、初メテ他ノ訴ニツキテ裁判シタリ。故ニ最先ノ訴ノ原告カ全部ノ満足ヲ得サル間ハ、彼ハ相手方ヲ提起スル訴ニ對シテハ應訴ヲ拒ムヲ得タリ（Vgl. Pollack S. 70 f. a. a. O.）。

(2) 反訴ノ裁判籍 固有法上ノ反訴ハ、専ラ特別ノ裁判籍ニ訴ヘ得ルコトヲ以テ目的トスルモノナルコトハ前述ノ如シ。然カモ其ノ特別裁判籍ハ、固ト民族ヲ異ニスル者（外國人ニ相當ス）ニ對スル訴ノ裁判籍ニ其源ヲ發シ、「何人ト雖モ、自己カ權利ノ保護ヲ要求スル裁判所ニ於テハ、又他人カ自己ニ對シ、其權利ノ保護ヲ求ムルコトヲ認容セザルヘカラス」ト云フ思想ニ基クモノタリ（Sachsen-

spiegel I, 60 § 3; Schwabenspiegel Art. 89, sächsisches Weichbild Art. 28) 儒帝カ、本訴及反訴ニ關シ、同時ニ辯論ヲ爲スヲ得セシムルノ便宜上、特別裁判籍ヲ認メタルト其精神ヲ異ニス（Vgl. Fuchs, S. 166 a. a. O.）。

少シク、此ノ裁判籍ノ由來ヲ察センニ、獨逸固有法ニ於テハ、一民族ノ裁判所ハ被告カ其民族ニ屬スル場合ニ限リテ、管轄權ヲ有シタリ。故ニ甲ナル民族ノ裁判所ニハ乙民族ノ者カ、甲民族ノ者ヲ被告トシテ訴フルコトヲ得ト雖モ、甲民族ノ者カ、乙民族ノ者ヲ被告トシテ訴フル場合ニハ、乙民族ノ裁判所ニ訴ヘサルヘカラス。然レトモ、如此キハ不便ナルカ故ニ、苟クモ乙民族ノ者（外國人ニ相當ス）カ甲民族ノ者（內國人ニ相當ス）ヲ、甲民族裁判所（內國裁判所ニ相當ス）ニ訴ヘタルトキハ、甲民族ノ者ハ、乙民族ノ者ヲ被告トスル訴ヲ、自己ノ民族裁判所ニ訴フルコトヲ得トスルニ至リ依リテ反訴ノ特別裁判籍ナルモノヲ生シタリ。

二 獨逸固有法ニ於ケル反訴ノ要件及其裁判

反訴ノ要件ニ關シテハ、(イ)當事者カ本訴ノ當事者ニシテ其訴訟法上ノ地位カ相轉倒スルコト、(ロ)本訴裁判所ニ提起スヘキコトニ至リテハ異ナルコトナシ。反之(ハ)反訴ハ、本訴ニ關スル辯論ノ終結ニ至ルマテニ提起スレハ足り、又本訴請求ト反訴請求トノ間ニ何等ノ關係ノ存スルヲ要セザルコト、殊ニ相殺シ得ヘキコトモ必要ナラストスルノ點ニ至リテハ異ナレリ。

反訴ノ裁判ニ關シテハ、羅馬法ニ於ケルト大ニ異ナル。獨逸固有法ニ於テハ、本訴カ先ツ裁判セラレ、本訴原告カ満足ヲ得タルニ非ラサレハ、反訴ニツキテ裁判スルコトヲ得ス。故ニ本訴原告(即ち他民族ノ者)ヲシテ、本訴訟ノ終了シタル後、反訴ニツキ應訴セシムルカ爲メニ保證ヲ立テシメタリ。

第四 獨逸固有法上ノ反訴ノ變遷及ヒ普通法ニ於ケル反訴

一 獨逸固有法上ノ反訴ノ變遷 第十六世紀ニ於ケル *Sachs en* 訴訟法ハ、猶獨逸固有法上ノ反訴制ヲ固守シ、本訴請求カ満足セラレタル後ニアラサレハ、反訴ニツキテハ、裁判ヲ爲スヲ得サルモノトシタリ。唯、同法ハ原告ノ請求ト被告ノ請求トノ間ニ牽連關係カ存在スルニアラサレハ、被告ノ請求ヲ以テ反訴ト視サル旨ヲ規定シ、從來ノ固有法上ノ反訴制ニ、一變更ヲ加ヘタリ(*Const. Augusti von 1572 I c. 7; vgl. Tuchs ebenda S. 167*)。

第十八世紀ノ *Sachsen* 訴訟法ハ、漸ク固有法上ノ原則ヲ捨テ、本訴請求ト牽連關係ヲ有スル反訴ニ限キリ、本訴ニ關スル書面審理ト同時ニ審理スヘキモノトシタリ (*Proccsordnung von 1724 ad Tit. VI § 1*)。 *Sachsenspiegel* ノ系統ニ屬スル「*ハンブルヒ*」「*リュューベック*」及ヒ「*ブレーメン*」等ノ諸市法ニ於テモ、亦本訴ニ關スル書面審理ト同時ニ、反訴ニツキテ書面審理ヲ爲スヘキモノトスニ至ラントシ (*vgl. Fuchs, S. 168 a. a. O.*)。

二 普通法ニ於ケル反訴 「*ザクセン*」以外ノ諸洲ニ於テハ、羅馬法ノ繼受ト共ニ以太利學派ニ依リテ主張セラレタル反訴論ノ繼承シ、又第十五六世紀ニ至リテハ從來「*ザクセン*」法ノ行ハレタル地方ニ於テモ、猶羅馬法系ノ反訴制ヲ採用シ、以テ普通法ヲ爲スニ至タレリ。左ニ普通法時代ノ學說及裁判所ノ實際ニ於ケル反訴ヲ視ン。

(1) 普通法時代ノ帝國裁判所ニ於テモ、羅馬法系ノ反訴制ヲ認メタリ。現ニ、帝國裁判所條例 (*Kammergerichtsordnung von 1507 I §. 18 u. von 1555 III, 30*) ニハ被告カ反訴ヲ起コサントスルトキハ、本訴ニ對スル應訴前又ハ應訴後最近ノ期日ニ於テ提起スルコトヲ要ス。此場合ニ於テハ、本訴ト反訴トハ同時ニ辯論及裁判ヲ爲ス。若シ反之、反訴カ此ノ期日後、本訴ニ關スル辯論ノ終結ニ至ルマテニ提起セラレタルトキハ、本訴ト反訴トハ、別々ニ辯論及裁判ヲ爲スヘキモノトナセリ (*vgl. Fuchs, S. 70 f. Pollak S. 93 f. a. a. O.*)。各州ノ裁判所ニ於テモ、帝國裁判所ノ例ニ倣ヒ、中ニハ又 *Duranis, Bartolus* 等ノ著書ヲ以テ、法規ナリト看做シ、之ニ適用シタルモノモアリ。

(2) 普通法時代ノ學說ニ於テハ、儒帝ノ法典ヲ歴史のニ研究シ、依リテ以太利學派ノ唱ヘタル反訴論ヲ訂正セントセリ。而シテ其結果、反訴ト相殺ノ抗辯トノ間ニハ沿革上密接ナル關係アルコトヲ認メ、反訴ハ畢竟相殺抗辯ヲ補足スルカ爲メニ認メラレタルモノナルニ過キストスルニ至レリ (*Savigny, S. 93 VI S. 330; Satorius §§ 37—40; Laük S. 71 f.*)。

從テ普通法學者ハ、(イ)反訴請求ト本訴請求トカ同一ノ事實ヨリ生シタルコト、即兩請求間ニ牽連關係ヲ有スルコトヲ以テ反訴ノ要件ト爲ナス。兩請求ノ目的カ其種類ヲ同クシ、從テ相殺シ得ヘキモノナルトキハ足ルトナス、(ロ)又反訴提起ノ時期ニ關シ、固有ノ反訴ト類似ノ反訴トヲ區別シ前者ハ遅クモ被告カ答辯ト同時ニ提起スルコトヲ要シ、後者ハ本訴ニ關スル第一審ノ終結ノ時ニ至ルマテハ提起スルコトヲ得トナス。而シテ固有ノ反訴ニ限り、本訴ト同時ニ審理及裁判ヲ爲サルヘキモノトシタリ。

(ハ) 反訴ノ特別裁判籍ハ、普通法時代ノ學說ニ於テモ、合意上ノ管轄ノ一種ナリトシ、且反訴提起ノ強制ハ之ヲ認ムルコト無シ。

又此ノ時代ニ於テモ、本訴ノ權利拘束ハ、反訴提起ノ際ニ存スレハ足ルトナス。從テ、反訴カ提起セラレタル後ニ於テ、本訴ノ却下又ハ取下等ニ依リテ權利拘束カ消滅スルモ、反訴ノ存續ニハ何等ノ影響ヲ及ホスコトナキモノト解シタリ(Pufendorf, observ. IV S. 200; Goldschmidt Abhandlung. III S. 29; Spangenberg. bei Zeit fur Civilrecht u. Processr. Bd VI S. 249 f.)。

第五 獨逸訴訟法制定當時ノ各州法及ヒ同法草案ニ於ケル反訴

一 獨逸訴訟法制定當時ニ於テ反訴ニ關スル立法指針トシテ參照スルコトヲ得タルモノハ、從來ノ沿革ノ示ス所ニ依リ、凡ソ三者アリ。即チ、羅馬法ノ反訴、獨逸固有法系ノ反訴、及普通法ノ反訴

之レナリ。

(イ) 羅馬法系ノ反訴殊ニ儒帝新法ノ認メタル反訴ハ、上述ノ如ク、本訴請求及反訴請求ニツキテ同時ニ辯論及裁判ヲ爲スコトヲ以テ目的トス。兩請求間ニハ牽連關係アルコトヲ要セスト雖モ、反訴ハ遅クモ本訴ニ對スル應訴ト同時ニ提起セラル、コトヲ要ス(時期上ノ制限)而シテ、反訴ノ特別管轄ナルモノハ同時ノ辯論及裁判ヲ容易ナラシムルカ爲メニ認メラレタル便宜上ノ手段タルニ過キス。

(ロ) 獨逸固有法上ノ反訴ハ、反之特別裁判籍ニ訴ヘ得ルコト自體ヲ以テ目的トシ、本訴ト同時ニ辯論及裁判セラル、コト無シ。從テ反訴ハ本訴ニ關スル辯論カ終結スルニ至ルマテニ提起セラレハ足ル。又初メハ、本訴請求ト反訴請求トノ間ニハ何等關係ノ存スルコトヲ必要トセザリシト雖モ「ザクセン」法ハ被告ノ請求ト原告ノ請求トノ間ニ牽連關係ノアルコトヲ以テ反訴ノ要件トナシタリ(事項上ノ制限ハ存スルモ時期上ノ制限ハ存セス)。

(ハ) 普通法ノ認メタル固有ノ反訴ハ羅馬法ノ反訴ヲ套襲シタルモノナリ。然レトモ類似ノ反訴ニ至リテハ、寧ロ獨逸固有法上ノ反訴ニ近ク、但本訴請求トノ間ニ牽連關係ノ存スルコトヲ必要トセザリシ點カ、「ザクセン」法ノ認ムル反訴ト異ナルノミナリ。

二 獨逸訴訟法制定當時(十九世紀ノ後半)ニ於ケル諸州法及其草案ニ於ケル反訴制ハ、前掲何レ

カノ制度ヲ套襲ス。而シテ、一八六四年普國訴訟法草案ハ當時ノ立法變遷上一時期ヲ劃シタリ。此時以前ニ於ケル立法ハ僞帝ノ新法ヲ繼承シタルモノナルニ反シ、此時以後ニ於ケル州法及草案等ハ何レモ「ザクセン」法ノ反訴制ヲ折衷シ、牽連關係ノ存スルコトヲ以テ要件トナセリ (vgl. Fuchs, S. 173; Kleinfeiler S. 32 f. a. a. O.)。

(1) 羅馬法ヲ套襲シタルモノニハ、「ブランシュワイヒ」訴訟法(一八五〇)、「ハンノーバー」訴訟法(一八五〇)、「ヘッセン」訴訟法草案(一八五六)、「オルデンブルク」訴訟法(一八五七)、「コープルヒ」民事訴訟修正法(一八五八)「リューベク」訴訟法(一八六二)、「ザクセンハマインゲン」訴訟法(一八六二)、「バーデン」訴訟法(一八六四)等アリ。多ク左ノ如キ規定ヲ設ク。

「訴ニツキ管轄權ヲ有スル裁判所ハ、反訴カ本訴ト何等ノ關係ヲ有セサル場合ニ於テモ、答辯ト同時ニ提起セラレタルトキハ、其反訴ヲ管轄ス云云」

(2) (イ) 反之、一八六四年普國訴訟法草案ハ、「ザクセン」ノ反訴制ヲ折衷シテ、

「訴ノ繫屬スル裁判所ハ、反訴カ第一審ノ進行中ニ提起セラレ且其訴訟物カ本訴ノ訴訟物ト法律上牽連スルトキハ、其反訴ヲ管轄ス」

ト規定セリ(同草案三〇條)。

(ロ) 一八六四年乃至一八六六年ニ互タリ、「ハンノーバー」ニ於テ議セラレタル獨逸民事訴訟法

草案モ、亦之ニ倣フ。即チ第一草案ニハ

「反訴ハ、反訴請求カ訴ノ請求ト法律上相牽連シ、且答辯ト同時ニ主張セラレタルトキハ、訴ノ繫屬スル裁判所ニ提起スルコトヲ得」

ト規定ス、第二草案ハ之ヲ擴張シテ

「反訴ハ、反訴請求カ訴ノ請求ニ對スル抗辯タルニ適スルトキ若クハ訴ノ請求ト法律上牽連關係ヲ有スル場合ニ於テ、口頭辯論ニ於テ答辯ト同時ニ提起セララルトキハ……本訴ノ繫屬スル裁判所ニ提起スルコトヲ得

トナセリ。

一八七一年普國政府カ起草シタル獨逸民事訴訟法草案(三二條)ニハ、「反訴ハ其請求カ訴ノ請求又ハ之ニ對スル抗辯ト法律上牽連關係ヲ有スルトキハ、本訴ノ繫屬スル裁判所ニ提起スルコトヲ得」トシタリト雖モ(獨逸現行訴訟法亦タ之ニ似タリ)、一八七二年ノ獨逸民事訴訟法草案ハ又以前ノ如ク、「反訴ハ、反對請求カ抗辯トシテモ主張スルコトヲ得ルトキ、又ハ本訴ノ請求ト法律上牽連關係ヲ有スルトキハ、本訴ノ繫屬スル裁判所ニ提起スルコトヲ得」ト規定スルニ至タレリ(同案三三條)。

(ハ) 此他、一八六八年「ヴュルランベルヒ」訴訟法、一八六九年ノ「バイエルン」訴訟法等モ亦反

訴請求カ訴ノ請求ニ對スル抗辯タルニ適スルトキ又ハ之ト法律上牽連關係アルトキニ限キリ、反訴ヲ適法ナリトセリ。

要之、一八六三年普國訴訟法草案以前ノ各州法ニ於テハ、法律上ノ牽連關係ヲ以テ反訴ノ要件トシタルモノ無キニ反シ、同草案以後ノ州法又ハ獨逸訴訟法草案ニ於テハ常ニ反訴請求ト本訴請求トノ間ニ法律上ノ牽連關係アルコトヲ必要トシタリ。

第六 獨逸訴訟法ニ於ケル反訴

一 獨逸現行訴訟法ハ裁判籍ニ關スル規定トシテ、第三三條ニ於テ「反訴ハ、反對請求カ本訴請求又ハ之ニ對シテ提出セラレタル防禦法ト牽連スルトキハ、本訴ノ繫屬スル裁判所ニ提起スルコトヲ得」ト規定シ、且反訴ハ「判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ提起スルコトヲ得」トナセリ（同法二七八）同法草案ニハ「反對請求カ本訴請求ニ對シ抗辯トシテ主張シ得ルトキ又ハ本訴請求ト牽連スルトキハ」トアリタリト雖モ、Bahrノ提案ニ基キ、同國議會ニ於テ「反對請求カ本訴請求ニ對シテ提出セラレタル防禦方法ト相牽連スルトキ」ト修正セラレタルナリ（Losing, bei Z. N. P. Bd. IV S. 94 f.; Kleinfehr, S. 50 f.）。

二 左ニ獨逸現行訴訟法ニ於ケル反訴ニツキ一ノ問題ヲ研究スヘシ

(1) 同法第三三條ハ反訴ノ特別裁判籍ヲ規定シタルモノナルカ、若クハ又反訴ノ適法要件ヲ定

メタルモノナルカ。

或ハ、本條ヲ以テ反訴ノ特別裁判籍ヲ定メタルモノナリトナス。其理由トスル所（イ）條ハ裁判籍ナル章下ニ規定セラレルノミナラス、（ロ）同條ニハ「反訴ハ反對請求カ……牽連スルトキハ本訴ノ繫屬スル裁判所ニ提起スルコトヲ得」トアリ此規定タルヤ、本訴裁判所カ本來ハ反訴ニツキ管轄權ヲ有セサル場合ニ於テ、管轄權ヲ有スルニ至ルコト（即特別裁判籍）ヲ規定スルモノト解スヘキナリ。

換言スレハ（イ）本訴裁判所カ本來反訴ニツキ管轄權ヲ有セス、單ニ特別裁判籍トシテ反訴ヲ管轄スヘキ場合ニ於テハ、反訴ハ、反對請求カ本訴ノ請求又ハ之ニ對シテ提出セラレタル防禦方法ト相牽連スル場合ニ限キリ適法ナリ。反之（ロ）本訴裁判所カ、本來反訴ニツキモ亦管轄權ヲ有スル場合ニ於テハ、反訴請求カ本訴請求又ハ之ニ對スル防禦方法ト相牽連スルコトハ必要ナラス。要之、牽連關係ノ有スルコトハ一般ノ反訴ノ適法要件トシテハ必要ナラス、單ニ反訴ノ特別裁判籍ニ訴ヘ得ルカ爲メニ必要ナリトスルナツ（Losing, bei Z. N. P. Bd IV. S. 57 f. a. a. O.; Gaup-Stein, 8 n. 9. Auf. I zu § 33 C. P. O. weit. Lit. dort zitierte）。

或ハ又本條ヲ以テ、反訴ノ適法要件ヲ定メタルモノトナス。何トナレハ、（イ）本訴ノ繫屬スル裁判所ニ提起シ得ルコトハ、反訴自體ノ觀念ニ屬ス。故ニ法カ、本訴ノ繫屬スル裁判所ニ提起シ得ル

カ爲メニ定メタル要件ハ、總テノ反訴ニ適用セラレサルヘカラス、即チ、反對請求カ本訴ノ請求又ハ之ニ對シテ提出セラレタル防禦方法ト牽連スルコトハ反訴ノ適法要件ナリ。(ロ)加之、當事者同等主義ヨリ考フルモ、此ノ結論ニ達セサルヲ得ス原告カ請求ノ併合ヲ爲ス場合ニハ、併合セラルヘキ請求ノ間ニハ牽連關係等ノ存スルコトヲ要セスト雖モ、併合ヲ爲スヲ得ルハ訴提起ノ時ニ限キル(獨訴二六〇條、我一九一條參照)即チ、事項上ノ制限無シト雖モ、時期上ノ制限アリ。反訴ハ、被告ノ側ニ於ケル請求ノ併合ト視ルヘキモノナリ、然カルニ獨逸訴訟法ニ依ルトキハ、反訴ハ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ提起スルコトヲ得(同法二七八條、我二〇九條參照)即時期上ノ制限ハ極メテ寬ナリ。然カルニ若シ、本訴裁判所カ本來反訴ニツキ管轄ヲ有スルトキハ、反訴請求ト本訴請求トノ間ニ牽連關係ノ存セサル場合ニ於テモ、反訴ハ猶適法ナリトスルトキハ事項上ノ制限ヲモ撤回スルモノタリシ、此如キハ當事者ノ同等ニ反ス。立法者ハ請求併合ノ場合ニ於テハ事項上ノ制限ヲ認メスト雖モ時期上ノ制限ヲ設ケ、反訴ニ關シテハ時期上ノ制限ハ之ヲ除キタリト雖モ事項上ノ制限ヲ認メ、以テ原告及被告ノ同等ヲ圖リタルモノト解セサル可カラサレハナリト(Klein-feller, S. 43 f. a. a. O.; Wach, Band I S. 281; Weismann, Lehrb. I S. 477; Hellwig, Lehrb. Bd. III § 156 S. 56; Seuffert, Nr. 2 e, zu § 33 C. P. O. weit Lit. dort cit.)。

獨逸訴訟法制定ノ當時ノ法制沿革及同法理由書等ニ徴スルトキハ、同法ノ解釋トシテハ後説ヲ採

ルヘキモノノ如シ。我訴訟法改正草案(三十六年)第二三五條ハ「反訴ハ其目的カ本訴ノ目的又ハ防禦ノ方法ト法律上牽連スルニ非サレハ之ヲ提起スルコトヲ得ス」ト規定シ、此點ニ關スル疑ヲ防カントセリ。

(2) 牽連關係ノ意義 獨訴三三條ニハ、單ニ牽連關係ト規定スルカ故ニ、法律上並ニ事實上ノ牽連ヲ云フモノナルヤノ疑アリト雖モ、多數ノ學者ハ法律上ノ牽連關係ヲ云フモノニ外ナラスト解ス而シテ法律上ノ牽連關係トハ同一ノ事實又ハ法律行爲ヨリ發生シタルコト(ex eadem causa; ex eadem negoti)ヲ云フモノナリトス(Wach, Handb. I S. 482; Hellwig, Lehrb. II S. 264; Seuffert, Nr. 2 e zu § 33 a. a. O.)。從テ、(イ)反訴請求ト本訴請求トノ間ニ牽連關係存スト云フハ、兩請求カ同一ノ事實又ハ同一ノ法律行爲ヨリ生シタルコトヲ云フモノニシテ、疑ヲ容ルル餘地少シ。反之、(ロ)反訴請求ト、本訴請求ニ對シテ提出セラレタル防禦方法トノ間ニ於ケル牽連關係ナルモノニ至リテハ、疑ヲ容ルヘキ餘地アリ、若シ此文句ヲ文字通リニ解釋シ、苟クモ本訴請求ニ對シテ任意ノ防禦方法カ提出セラレ、反訴請求カ之ト相牽連スル場合ニハ、其防禦方法カ提出シ得ヘキモノタルト否、正當ナルト否トヲ問ハスシテ、反訴ハ適法ナリトスルトキハ、立法者ハ一方ニ於テハ本訴請求及反訴請求間ノ牽連關係ヲ要求シ(前段)他方ニ於テハ直チニ自ラ之ヲ破壞スルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ、被告ハ本訴請求ニ對シ何等關係ナキ又理由ナキ防禦方法ヲ提出シ、之ト牽連スル反訴

ヲ提起スルコトヲ得ルカ故ナリ。故ニ獨逸多數ノ學者ハ、實體法並ニ訴訟法ノ規定ニ從ヒ、本訴請求ニ對シテ提出スルヲ得ヘキ防禦方法カ提出セラレ、反訴請求カ之ト牽連スルニアラサレハ、反訴ハ不法ナリト解ス(Kleinfeller, S. 50 f; Seuffert, Nr. 2 e zu § 33 n. dort citierte)。獨逸訴訟法三三三條ノ規定ヲシテ、無意義ニ歸セザラシメントセハ、斯ク解スルノ外ナシト雖モ、寧ロ同法草案ノ如ク「反訴請求カ、本訴請求ニ對シテ抗辯トシテモ主張スルヲ得ヘキトキ」トセルヲ以テ、當ヲ得タルモノト云ハサルヘカラス。改正草案カ、如此キ規定ヲ以テ母法トセントシタル理由ニ至リテハ解スヘカラス。

二 埃太利訴訟法ハ「權利拘束ノ發生シタル後ハ、反訴裁判籍ヲ認ムヘキ要件ノ存スル場合ニ限キリ、被告ハ反訴ヲ本訴ノ裁判所ニ提起スルコトヲ得云々」ト規定シ(同法二三三條二項)、同國管轄法ハ「反訴ハ、反訴請求カ本訴請求ト牽連シ又ハ之ト相殺シ得ヘキトキニ限キリ、本訴裁判所ニ提起スルコトヲ得」ト規定ス。

故ニ埃太利法ニ於テハ、(イ)反訴請求カ本訴請求ト牽連スルコト若クハ之ト相殺シ得ヘキコトハ反訴自體ノ適法要件ニシテ、獨リ反訴ノ特別裁判籍ヲ生スルカ爲メニ必要ナル要件ニアラサルコトハ明白ナリ。(ロ)又反訴ノ要件ニツキテハ、同法ハ沿革上、一方ニハ儒帝新法殊ニ獨逸普通法時代ニ於ケル學說ヲ參照シ(即相殺シ得ヘキコトヲ條件トス)、他方ニハ「ザクセン」訴訟法ノ觀念ヲ容レ

タルモノナルコトヲ推知スルニ難カラス(即牽連關係ヲ條件トス)。而シテ、同訴訟法ニ依レハ、反訴ハ本訴ニ關スル第一審ノ口頭辯論カ終結スルニ至ル迄ニ、提起スヘキモノナルカ故ニ(同法二三三條前段)、時期上ノ制限ハ、獨逸訴訟法等シク撤回セラレタルモノト云フヘシ。

第二節 現行訴訟法ニ於ケル反訴

第一 沿革上ノ地位

吾人ハ第一節ニ於テ、羅馬以來獨逸訴訟法制定當時ニ至ルマテノ反訴制ノ沿革ヲ尋ネ變遷ノ跡ヲ探究シ、又獨、埃ノ現行訴訟法ニ於ケル反訴制ノ一斑ヲ窺ヒタリ。以下、我現行訴訟法ニ於ケル反訴殊ニ其要件ニツキテ研究スルニ先タチ、沿革上ノ地位ヲ明ニスル要アリト信ス。

一 我訴訟法ニ於ケル反訴ハ羅馬法系ニ屬ス。

(1)我訴訟法第二〇〇條以下ノ認メタル反訴ハ、獨逸固有法上ノ反訴ノ如ク特別ノ裁判籍ヲ利用スルコトヲ以テ唯一ノ目的トナスモノニアラス(第一節第三參照)本訴ト同時ニ辯論及裁判セララルコトヲ以テ目的トスルモノナリ。此ノコトハ、第二二六條ニ「……反訴ヲ起シタル場合ニ於テ、本訴若クハ反訴ノミ裁判ヲ爲スニ熟スルトキハ、裁判所ハ終局判決(一分判決)ヲ以テ裁判ヲ爲ス」ト規定セルニ依リテ明カナリ。本條ノ趣旨タルヤ、反訴カ提起セラレタル場合ニハ、本訴及反訴ニ關スル辯論ハ同時ニ之ヲ爲スヘク(第一一八條ノ反對解釋ニ依ルモ亦此ノ結果ニ達ス)又同時ニ裁判

ヲ爲スニ熟シタルトキハ、一個ノ終局判決ヲ以テ之ヲ裁判スヘシ、然ラサル場合ニ於テモ、一分判決ヲ以テ裁判ヲ爲スコトヲ得トスルニ過キス。之ニ依リテ、本訴並ニ反訴ニ關スル裁判ハ一個ノ訴訟手續ニ併合セラル、コトハ極メテ明ナリ。畢竟原告ノ請求ト被告ノ請求トニツキ、同時ニ裁判ヲ爲シ原被ノ法律上ノ地位ヲシテ權衡ヲ得セシメントスルモノニ外ナラス。此如キハ、羅馬法ニ於ケル反訴制ノ目的ニシテ、又以太利學派若クハ普通法時代ニ於ケル固有ノ反訴ノ目的トナス所タリ(第一節第一、第二及第四參照)。

二 加之、我訴訟法ハ、儒帝新法ノ認メタル反訴制ヲ、直系的ニ傳ヘタルモノニシテ、「ザクセン」法系ノ反訴制ヲ折衷スルコト無シ。

(イ) 我訴訟法ハ、反訴ハ答辯書ニ依ルト若クハ特別ノ書面ニ依ルトヲ問ハス、答辯書差出ノ期間内(一九九條二〇三條等參照)ニ、差出シタル書面ヲ以テ提起スルヲ以テ原則トス(二〇一條)此ノ如キハ、儒帝新法カ反訴ハ被告カ本訴ニ對シテ應訴スルト同時ニ若クハ應訴期間内ニ於テノミ提起スルコトヲ得トシタルト同一ニシテ、又以太利學派及普通法時代ノ學說カ固有ノ反訴ニツキテ認メタルト同一ナリ(獨逸訴訟法又ハ埃太利訴訟法ト異ナル)。

勿論、我訴訟法ハ、本訴請求ト反訴請求ノ全部又ハ一分トカ相殺シ得ヘキ場合ニ於テハ、被告カ自己ノ過失ニ因ラスシテ其以前反訴ヲ起スヲ得サリシコトヲ疏明スルコトヲ以テ條件トシ、第一審

ノ終結ニ至ル迄ノミナラス、控訴審ニ於テモ猶反訴ヲ提起シ得ルコトヲ認ム(二〇一條二項、二〇九條及四一六條)。此點ハ我立法者獨創ノ見解ニ基クト視ルヘキモノナリト雖モ、其系統ハ寧ろ羅馬法系ニ屬スト云フヘシ。何トナレハ(イ)被告ノ應訴後口頭辯論ニ於テ猶反訴ヲ提起シ得ルコトヲ認メタルノ點ハ、儒帝ノ新法ト異ナル所ナリト雖モ、我訴訟法ハ斯ル反訴ヲ以テ、以太利學派若クハ普通法時代ノ學說ニ唱ヘタルカ如キ類似反訴トハ視ス、斯ル反訴モ亦固有ノ反訴ニシテ、本訴ト同時ニ辯論及裁判セラルヘキモノトナス(第二二六條參照)、且(ロ)其條件トスル所ハ、「相殺シ得ヘキコト」ト云フニアリテ、羅馬法ニ於ケル反訴制成立ノ精神ヲ酌ミタル形跡アルカ故ナリ(第一節第一ノ二及三參照)。

(ロ) 而シテ我訴訟法カ答辯書差出期間内ニ反訴ヲ提起スル場合ニハ勿論、口頭辯論ニ於テ反訴ヲ提起スル場合ニ於テモ、本訴請求ト反訴請求トノ間ニ法律上ノ牽連關係ノ存スルコトヲ以テ要件トセサリシ點ハ明ニ「ザクセン」法系ノ反訴制ヲ折衷セサリシコトヲ示スモノナリ。此點ハ一八六四年普國訴訟法草案以來ノ立法例並ニ獨逸ノ現行訴訟法等ト異ナル所ナリ(第一節第五及第六參照)。

第二 反訴ノ意義

一 我現行訴訟法ニ於テハ、反訴トハ、訴(本訴)ノ被告カ原告ヲ相手方トシ、本訴ニ併合スルカ爲メ、本訴ノ訴訟手續ニ屬スル行爲トシテ、本訴ノ繫屬スル裁判所ニ提起スル訴ヲ云フ、故ニ、反

訴タルカ爲メニハ、左ノ二要素ヲ具フルコトヲ要ス。

(1) 訴ノ被告カ原告ヲ相手方トシテ、本訴ノ繫屬スル裁判所ニ提起スル訴ナリ。
訴ノ被告カ原告ヲ相手方トシテ、訴ノ繫屬スル裁判所ニ提起シタル訴ナルコトカ、反訴ナル觀念ノ一要素タルコトハ疑ヲ容レズ。又以太利學派、若クハ獨逸普通法ノ如ク、固有ノ反訴及類似ノ反訴ヲ認メ、兩者ニ共通ナル定義ヲ下サントセハ、之ヲ以テ直チニ反訴ノ定義ナリトスルノ外無シ。然レトモ、此要素ハ本訴並ニ反訴ニ關スル辯論及裁判カ一個ノ訴訟手續ニ併合セラル、コトヲ示スコト無シ。而カモ、羅馬法系ノ反訴又所謂固有ノ反訴ナルモノハ恰カモ此ノコトヲ以テ其精神ト爲ス。故ニ、更ニ、次ノ要素ヲ必要トナス。

(2) 反訴ハ、本訴ニ併合スルカ爲メ、本訴ノ訴訟手續ニ屬スル行爲トシテ、被告カ提起スル訴ナリ。

(イ) 反訴ハ被告カ本訴ニ併合スル訴ナリ。反訴ハ本訴ニ併合セラルト云フハ、本訴請求及反訴請求ニ關スル辯論及裁判カ、一個ノ訴訟手續ニ於テ爲サルコトヲ云フモノナリ(一一八條、二二六等參照)而シテ、反訴ニ關スル辯論及裁判カ本訴ニ關スルソレニ併合セラル、ハ裁判所カ爲ス所ニアラスシテ被告カ爲ス所ナリ。

是レ、裁判所カ、別異ノ人ノ間ニ存スル數箇ノ訴訟ニシテ、其裁判所ニ繫屬スルモノ、辯論及裁判ヲ命スル場合ト異ナル所ナリ(一一〇條參照)。

(ロ) 反訴提起ノ行爲ハ、既ニ訴(本訴)ニ關スル訴訟手續ヲ構成スル行爲ナリ。反訴ハ被告カ本訴ニ併合スル訴ナルコトハ前述ノ如シ。而シテ被告カ併合スル手段ハ、反訴ノ提起行爲自體カ、本訴ニ關スル訴訟手續ヲ構成スル行爲トシテ爲サル、コトニアリ。答辯書差出期間内ニ、反訴ヲ提起スル場合ニハ、提起行爲ハ一面ニ於テハ訴ニ對スル答辯ナリ。

口頭辯論ニ於テ反訴ヲ提起スル場合ニハ、反訴提起行爲自體ハ、一面ニ於テハ本訴ニ關スル口頭辯論ノ内容ヲ爲スモノナリ。少クモ、訴訟法ノ豫期スル所ハ茲ニアリ。反訴カ被告ノ行爲ニ因リテ本訴ニ併合セラル、所以ハ實ニ此ノ點ニ存ス決シテ訴カ裁判所ニ繫屬スル間ニ(單ニ時ヨリ云フ)、被告カ其裁判所ニ提起シタル訴ナルカ爲メニハアラス(Vgl. Loening, S. 2 a. a. O.)。例證センニ、原告ノ提起シタル訴カ裁判所ニ繫屬スル間ニ被告カ原告ヲ相手方トシテ其裁判所ニ訴ヲ提起シ、裁判所カ之ニ關スル辯論及裁判ヲ併合スルモ(一一〇條)被告ノ訴ハ反訴トハナラス。實際ノ結果ノ異ナルハ後ノ場合ニ於テハ裁判所ハ二個ノ全部判決ヲ爲スモノタルニ反シ(二二五條)、反訴ノ場合ニ於テハ、裁判所ハ本訴請求及反訴請求ニ關シ、單ニ一個ノ全部判決ヲ爲スノ點ニアリ(二二六條參照)

第三 反訴ノ適法要件

反訴ハ、上述ノ如ク、本訴ノ被告カ原告ヲ相手方トシテ、本訴ニ併合スルカ爲メ本訴ノ繫屬スル裁判所ニ提起スル訴ナルカ故ニ、反訴ノ適法要件ハ、自ラ本訴ニ關スルモノト、反訴ニ關スルモノ並ニ併合ニ關スルモノトニ區別スルコトヲ得。

一 本訴ニ關スル要件 反訴提起ノ際、本訴カ管轄裁判所ニ於テ權利拘束トナリタルコトヲ要ス(二〇〇條一項)。此ノ要件ハ左ノ三要件ニ細別スヘシ。

(1) 本訴ノ權利拘束ノ發生 權利拘束 (Rechtshängigkeit, Gerichtshängigkeit) トハ、訴訟カ裁判所ニ繫屬スルコトヲ云フ。元來、一定ノ訴訟物ニ關セサル訴訟ナルモノハ存在セサルカ故ニ、訴訟ノ權利拘束ト訴訟物ノ權利拘束トハ之ヲ區別スルヲ得ス (Helwig, Lehrb. III S. 222 f. a. a. O.) 然レトモ、現行訴訟法ノ解釋トシテハ、之ヲ區別スルヲ以テ便利トス。訴訟ノ權利拘束ハ、裁判長カ訴狀ヲ適法ナリトシテ第一ノ口頭辯論期日ヲ指定シタル時ニ於テ發生スルモノト解スヘク (一九二條及一九三條參照) 訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ依リテ生ス (一九五條) 反訴ノ適法要件トシテハ本訴ニ關シ訴訟ノ權利拘束カ存スレハ足ルモノト解スヘキカ如シト雖モ (是レ第二百條ニハ訴カ……權利拘束トナリタルトキトアルカ故ナリ) 誤レリ。何トナレハ、答辯書差出期間ハ、訴狀ノ送達ヲ以テ其進行ヲ開始シ (一九九條) 反訴ハ答辯書差出期間内ニ提起スルヲ以テ本則トナスノ法意ヨリ推及スルトキハ (二〇一條參照) 本訴カ訴狀ノ送達ニ因リ訴訟物ノ權利拘束ヲ生シタルコトヲ要スルモノト

解スヘキカ故ナリ。

本訴ニ關スル訴訟物ノ權利拘束ハ適法ナル訴狀ノ送達ノミニ依リテ生スルカ故ニ本訴カ訴訟成立要件 (當事者能力、訴訟能力又ハ法定代理權ノ存在、訴訟代理權ノ存在、裁判所ノ管轄權ノ存在、訴訟物カ民事裁判事項タルコト) ヲ具備スルコトハ、反訴ノ適法要件ニハ屬セス【註一】但裁判所ノ管轄權ノミハ例外ナリ (次ノ説明參照)。

【註一】 學者ニハ、本訴カ訴訟成立要件ヲ具備スルコトヲ以テ、反訴ノ適法要件トナスモノアリ (Loening, ebenda § 13 S. 86 f. a. a. O.) 然レトモ多數ノ學者ハ之ニ反對ス (Wach, Handb. I S. 476; Planck, I S. 71 N. 10; Gaup-Sein, III; Seuffert Nr. 8, zu § 88 C.P.O.) 又我明文上疑ナシ第二〇〇條一項ニハ「權利拘束トナリタルトキ」トアリテハ之以上ヲ要求スルコトナシ。

(2) 本訴カ管轄裁判所ニ繫屬スルコトヲ要ス。

反訴ノ要件トシテ、本訴カ單ニ裁判所 (管轄權ヲ有スルト否トヲ問ハス) ニ繫屬スレハ可ナルカ、若クハ又之ニ反シ、本訴カ管轄權ヲ有スル裁判所ニ繫屬スルコトヲ要スルカ。此ノ點ハ我訴訟法ノ立法者カ參酌シタリト解スヘキ、獨逸各州法ニ於テモ、法制ノ分カレタル所ナリ。前掲「ブラウンシユワイヒ」訴訟法 (一八五〇)、「オルデンブルヒ」訴訟法 (一八五七) 等ハ、明ニ「本訴ニツキ法律上又ハ合意上ノ管轄權ヲ有スル裁判所ハ云云」反訴ヲ管轄スルト規定ス反之「一八六四年普國訴訟法草案並ニ其後ニ成レルモノハ、單ニ「訴ノ繫屬スル裁判所ハ云云」反訴ヲ管轄ス」ト規定シ、獨、埃訴訟法亦然リ (獨三三條、埃二二三條二項參照) 我訴訟法ハ、前者ヲ套襲ス。

本訴ニ對スル裁判所ノ管轄ハ法定管轄タルト合意上ノ管轄タルト同ハサルカ故ニ、兩法制何レヲ採ルカ、實際ノ結果ニ於テ最異ナルハ、被告カ管轄違ノ抗辯ヲ爲シツツ猶有效ニ反訴ヲ爲スコトヲ得ルカナリ。本訴カ單ニ裁判所ニ繫屬スレハ足レトスルトキハ、被告ハ管轄違ノ抗辯ヲ爲スモ、反訴ノ提起又ハ提起シタル反訴ノ效力ニハ何等ノ影響ヲ生スルコト無シ。反之、本訴カ管轄權アル裁判所ニ繫屬スルコトヲ要ストナストキハ、被告ハ(イ)管轄違ノ抗辯ヲ爲サシテ合意上ノ管轄ヲ生セシメ(第三〇條參照)、依リテ既ニ提起シタル反訴ノ却下ヲ防クカ、若クハ又初メヨリ管轄違ノ抗辯ヲ爲シテ本訴ノ却下ヲ求メ、反訴ハ之ヲ提起セサルカヲ選擇スル必要ヲ生ス。立法論トシテ、何レヲ採ルヘキカハ問題ナリト雖モ、羅馬法系ノ反訴ハ、本訴ト反訴トカ同時ニ裁判セラルルコトヲ以テ目的トスルモノナルカ故ニ寧ろ、本訴カ管轄權アル裁判所ニ繫屬スルコトヲ以テ要件トスルヲ可トスヘシ。

我現行法ノ解釋トシテハ、本訴カ管轄權アル、裁判所ニ繫屬スルコトヲ要スルカ故ニ、苟クモ、裁判所カ本訴ニツキ管轄權ヲ有セサルトキハ(但一九五條第二號參照)其裁判所ニ提起セラレタル反訴ハ適法要件ヲ缺クカ故ニ、不適法トシテ却下スヘキナリ(仁井田博士要論中卷六六一頁參照)。

(3) 反訴提起ノ際本訴カ管轄裁判所ニ繫屬スルコトヲ要シ、又之ヲ以テ足ル。

(イ) 反訴提起ノ際、本訴カ既ニ管轄裁判所ニ於テ權利拘束ヲ生シ又其權利拘束カ未タ終ハラサ

ルコトヲ要ス是レ反訴提起ノ行爲ハ、本訴ニ關スル訴訟手續ヲ構成スル行爲ナルカ故ナリ(第二節第二參照)第二〇〇條ニ「訴カ……權利拘束ト爲リタルトキハ其裁判所ニ反訴ヲ起スコトヲ得」ト云フモ亦、反訴提起ノ際本訴ノ權利拘束カ存續スルコトヲ要求スルモノト解セサルヘカラス。

(ロ) 他ノ一方ニ於テハ、本訴ノ權利拘束ハ、反訴提起ノ際存在スレハ足リ反訴ノ繫屬中本訴ノ權利拘束カ存續スルコトハ必要ナラスト解セサルヘカラス。何トナレハ本訴ノ權利拘束ヲ利用シテ反訴カ適法ニ提起セラレタルトキハ、反訴自體カ權利拘束ヲ生ス。從テ反訴ノ當事者ト裁判所トノ間ニ訴訟上ノ法律關係ヲ生シ、裁判所ハ此關係ヲ内容トシテ、反訴ニツキ判決ヲ爲スヘキ義務ヲ取得スルカ故ナリ(註二)。勿論本訴並ニ反訴ニ關スル辯論及裁判カ一個ノ訴訟手續ニ併合セララルコトハ、羅馬法上ノ反訴ノ精神ナリト雖モ訴訟關係モ亦一個トナルニアラス、本訴ニ關スル訴訟關係ト反訴ニ關スル訴訟關係トハ、兩兩相對立ス、從テ裁判所ハ本訴ニ關スル訴訟關係ノ内容トシテ本訴ニツキ判決ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔スル外又反訴ニ關スル訴訟關係ノ内容トシテ反訴ニツキ判決ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔スルナリ。

【註二】 反訴カ適法ニ提起セラレタルトキハ、反訴自體カ權利拘束ヲ生ス。從テ反訴ノ適法ナル提起後ニ、本訴ノ權利拘束カ消滅スルモ、反訴ハ自存ノ力ヲ有スルコトハ適法ノ認ムル所ナリ(L. vening, ed. ada S. 40 f; Gaup-Stein, II; Sautfert, Nr. 3 a zu § 88 C.P.O. u. dort G. i. e. r. e. t. e.)。唯 Lippmann 氏、反訴カ適法ニ提起セラレルモ、反訴自體ハ權利拘束ヲ生セス從テ又權利拘束ノ効力ヲ生スルコト無シ。此ノ點ニ於テハ我邦ノ民法ニ於テハ(「Lippmann, bei Archiv f. Civ. Praxis Bd. 65 S. 361 f.

P. P. O. 夫レ、抗辯カ權利拘束ヲ生セサルコトハ疑ナ容レズ然レトモ反訴ハ抗辯ニハアラス。又反訴カ權利拘束ヲ生スルコトハ、第二〇二條ニ依ルモ明ニシテ、若シ反訴ハ權利拘束ヲ生セサルモノトセンカ、裁判所ハ之ニツキテ判決主文ヲ以テ裁判スヘキ義務ヲ負フコト無シ、然レトモ、此ノ如キカ無意識タルハ論ヲ俟タス。

上述ノ如ク、反訴ノ繫屬中、本訴ノ權利拘束カ存続スルコトハ必要ナラスト解スヘキカ故ニ(a)反訴カ、適法ニ提起セラレタル後、本訴カ訴訟成立要件ヲ缺クノ故ヲ以テ、不適法トシテ却下セラレタル場合ニ於テモ、反訴ノ存続ニハ影響ナシト云ハサルヘカラス【註三】但本訴カ管轄違ニ基キテ却下セラレタル場合ハ此限ニ在ラス(前述參照)。

【註二】多數ノ學者ハ反對説ヲ採ル。其理由トスル所ハ、本訴カ不適法トシテ却下セラレタル場合ニ於テハ、本訴ノ權利拘束ハ適法トシテ消滅ス。從テ初メヨリ反訴ノ適法要件ヲ缺クルニ至ルト云フニアルモノノ如シ Loening S. 38 f; Wach. I S. 478 f; Planck, I S. 71; Weis mann, Lehrh. I S. 47 g; Skonietzki-Golpe, Nr. 176, zu § 38 a. a. O. 然レトモ(イ)訴ヲ不適法トシテ却下スル判決ハ、權利拘束ヲ適法トシテ消滅セシムルモノニアラス。單ニ將來ニ向テノ權利拘束ヲ失ハシムルモノナリ。(ロ)加之第二二六條ハ、本訴ニツキ爲サルヘキ判決カ本案判決タルト、訴ヲ不適法トシテ却下スル判決タルトテ區別スルコト爲シ。從テ本訴ヲ不適法トシテ却下スル判決アリタル後ニ於テモ、猶反訴ニツキ判決カ爲サルヘキコトヲ間接ニ示スモノナリ。故ニ本訴ノ却下ニ依リテ反訴カ當然消滅スト云フハ誤ラン(vgl. Gaupp-Stein, (8/9) II; Seuffert, (10) Nr. 3 a zu § 38 C.P.O.; Kohler, Process als Rechtsverhältnis S. 109 f.)

(b) 本訴ノ權利拘束カ本訴ノ取下ニ因リテ消滅シタル場合ニ於テモ、亦反訴ノ存続ニハ影響ヲ及ボササルモノト解スヘシ。何トナレハ、訴ノ取下ハ、權利拘束ノ總テノ效力ヲ消滅セシムル效果ヲ生ス(一九八條四項)一而シテ總ノ效力ヲ消滅セシムル效果ト云フハ、語備ハララスト雖モ、何等ノ

效力ヲ生セサリシモノ即チ適法トシテ消滅セシムルノ意ト解セサルヘカラス(仁井田博士要論中卷六六二頁ハ、將來ニ向テ消滅セシムルモノトナセリ)——然レトモ反訴ハ、本訴ノ權利拘束ノ効力トシテ存在スルモノニアラス、一旦本訴ノ權利拘束カ利用セラレ、反訴カ提起セラレタル後ニ於テハ反訴自體權利拘束ヲ生シ、之ニ依リテ自存ノ力ヲ生ス。從テ其後本訴ノ取下ニ依リテ本訴ノ權利拘束ノ効力ハ消滅スルモ、反訴ノ存続ハ之カ爲メニ何等ノ影響ヲ受クルコトナキナリ【註四】。

【註四】羅馬法以來、本訴ノ取下ニ依リ、反訴ハ消滅セストセルハ第一節ニ於テ述フルカ如シ。現代ノ學說ニ於テモ、通説ハ之ヲ認ム(Loening, S. 41; Weismann, I S. 47g; Planck, I S. 311 Seuffert, zu § 38 C. P. O.; Gaupp-Stein, V zu § 271) 唯 Lippmann, civ. Praxis Bd. 65 S. 363) 又 Gaupp-Stein, 〆、反訴カ本來本訴ノ繫屬スル裁判所ノ管轄ニ屬セサリシ場合(即チ反訴ノ特別裁判所ニ訴ハラレタル場合)ニハ、本訴ノ取下ニ依リテ反訴ハ消滅ストシテ、制限ヲ附セントセリ(Ceang) 勿論反訴ノ特別裁判所ハ本訴カ繫屬スルカ爲メニ生スルモノナリト雖モ、一旦反訴カ此ノ裁判所ニ提起セラレ權利拘束ヲ生シタル後ニ於テハ、一九五條第二項第二號ノ適用ヲ受クルハ云フテ俟タス。本訴ノ取下ハ此ノ場合ニ於テハ、其權利拘束後ニ生シタル、管轄ヲ定ムヘキ事情ノ變換タルニ過キス。故ニ此如キ制限ヲ認ムル必要ナキナリ。

二 反訴自體ニ關スル要件ハ左ノ如シ。

(1) 反訴ノ當事者 反訴ノ當事者ハ本訴ノ當事者ト同一ニシテ、且ツ其訴訟上ノ地位カ、相轉倒スルコトヲ要ス。即チ本訴ノ被告カ反訴原告ニシテ、本訴原告カ反诉被告タルコトヲ要ス(二〇〇條第一項「被告ハ原告ニ對シ」參照)。

本訴カ、共同原告又ハ共同被告ニ依リテ爲サルル場合ニ於テハ、共同訴訟人ノ頭數(精確ニ云ヘハ、共同原告ノ頭數ニ共同被告ノ頭數ヲ乘シタル數)ニ等シキ、多數ノ訴訟關係存スルモノナルカ故ニ、共同被告ノ各員ハ共同原告ノ各員ニ對シテ反訴ヲ提起スルコトヲ得(Loening, S. 74 a. a. O)。

本訴カ必要的共同訴訟ナル場合ニ於テモ、共同被告ノ或ル者カ共同原告ノ或ル者ヲ相手方トシテ、提起シタル反訴ハ適法ナリ。是レ此ノ場合ニ於テハ、本訴ハ必要的共同訴訟ナリト雖モ、反訴自體ハ之カ爲メニ直チニ必要的共同訴訟ノ場合トナルコトナキカ故ナリ。——又反訴ノ訴訟物タルヘキ權利カ、實體法又ハ訴訟法ノ規定ニ依リ、數人カ共同ニ於テノミ行使スルヲ得、若クハ數人共同ニ對シテノミ行使スルヲ得ル場合(即固有の必要的共同訴訟ノ場合)ニ於テハ原告タルヘキ者ノ全員カ被告タルヘキ者ノ全員ヲ相手方トスルニアラサレハ、請求ノ棄却ヲ免カルルコト能ハス(不適法却下ニハアラス)〔註〕故ニ此ノ場合ニ於テハ、反訴原告トナルヘキ者ノ全員カ恰カモ本訴ノ被告タリ、又反訴被告トナルヘキ者ノ全員カ恰カモ本訴ノ原告タル場合ニアラサレハ、反訴ヲ提起スルモ其反訴ハ不適法ニハアラスト云フニ止マリ。反訴請求ヲ理由アリトスル本案判決ハ之ヲ受クルコトヲ得サルナリ。

主參加訴訟ハ、本訴訟ノ原告及被告ヲ被告トスルモノナルカ故ニ(五一條)、本訴訟ノ原告又ハ被告カ反訴原告トナリ、主參加人ヲ相手方トシテ、反訴ヲ提起シ得ルヤ云フヲ俟タス(Loening ebenda)

從參加人ハ、本訴訟ノ原告又ハ被告ニハアラスルカ故ニ、從參加人ハ反訴ヲ提起スルヲ得ス、又從參加人ニ對シテハ反訴ヲ提起スルコトヲ得ス。

〔註〕余ハ共同訴訟ヲ區別シテ通常ノ共同訴訟(四九條ノ場合ナリ)ト必要的共同訴訟トニ區別シ、更ニ必要的共同訴訟ヲ細別シテ、固有の必要的共同訴訟ト、類似の必要的共同訴訟トニ區別ス。固有の必要的共同訴訟トハ、實體法上又ハ訴訟法ノ規定ニ依リ、原告トナルヘキ者ノ全員カ被告トナルヘキ者ノ全員ヲ相手方トシテ訴フルニアラサレハ、此ノ一事ニ因リテ請求棄却ノ本案判決ヲ爲スヘキ場合ヲ云フ。即チ、或ル者ノミカ、或ル者ノミカ被告トシテ訴ヘタルトキハ(單獨訴訟)到底既訴ノ本案判決ヲ得ル能ハサル場合ナリ。反之、類似の必要的共同訴訟トハ、單獨訴訟ニ依ルモ勝訴判決ヲ受クルコトヲ得サルニハアラス。但共同シテ訴ヘ又ハ訴ヘラレタルトキハ、法律關係カ共同訴訟人ニ對シ合一ニノミ確定スヘキモノトシテ、訴訟法第五十條ノ規定ニ依リテ裁判セラルヘキ場合ヲ云フ。而シテ共同訴訟カ、類似の必要のナルカ若クハ普通ノ共同訴訟ナルカヲ區別スルニハ假ニ共同原告又ハ被告中ノ一人ノミカ訴ヘ又ハ訴ヘラレタルモノト假定シ、此ノ訴訟ニ於テ下サレタル判決ノ既判力カ、現ニ共同原告又ハ共同被告トナル者ノ總テニ及フカ否カニ依リテ決セントス。即既判力カ及フヘキ場合ニ於テハ類似の必要的共同訴訟ニシテ、然ラサル場合ニハ普通ノ共同訴訟ナリト解ス。此ノ點ニ關スル詳細ハ他ニ譲ラントス。

(2) 反訴提起ノ時期及訴訟物

(イ) 反訴ハ答辯書差出期間内(十四日以内ナリ一九九條及二〇三條)ニ提起スルヲ以テ本則トス此ノ場合ニ於テハ、反訴ノ訴訟物ヲ爲ス權利又ハ法律關係ト本訴ノ訴訟物ヲ爲ス權利又ハ法律關係トノ間ニハ、何等關係ノ存スルコトヲ要セス。獨リ牽連ノ關係ノ存スルコトヲ要セサルノミナラス、又相殺シ得ヘキコトモ必要ナラス(第二〇一條第二項反對解釋)。時期上ノ制限ハ存スルモ、事項上ノ制限ハ存スルコト無シ。舊帝新法ノ反訴ニ倣ヒタルモノナリ。

反訴請求ト本訴請求トノ間ニ、何等關係ノ存スルコトヲ要セサレハ、辯論及裁判ヲ併合セシムルノ目的ニ合セス、一見立法ノ當否ヲ疑ハサルヲ得サルカ如シ。然レトモ、仔細ニ觀察スルトキハ、其誤マレルコトヲ見ル。何トナレハ(イ)原告カ、請求ヲ併合スル場合ニ於テハ、時期上ノ制限ハ之ヲ受クルモ(請求ノ併合ハ一個ノ訴ヲ以テ爲スモノタルカ故ナリ)、併合セラルヘキ請求間ニハ何等關係ノ存スルコトヲ必要トセス(一九一條)。故ニ當事者同等主義ヨリ論スルトキハ、被告カ原告ノ訴ニ併合スヘキ訴即反訴モ亦(苟クモ提起ノ時期ヲ制限スルトキハ)、其請求ト本訴請求トノ間ニ何等ノ關係アルコトヲ要セサルモノト爲ササルヘカラス。(ロ)又何等關係ノ存スルコトヲ要セスト云フハ、何等カノ關係(例ハ牽連關係、相殺シ得ヘキコト)アルトキハ、反訴トシテ提起スルヲ得スト云フニハアラス。何等ノ關係ナキ場合ニ於テモ猶反訴トシテ提起スルコトヲ得ト云フニ過キス。勿論、本訴請求ト反訴請求トノ間ニ何等ノ關係ナキ場合ニ於テハ、其辯論及裁判ヲ併合スル利益ハ少キヲ通常トスヘシ然レトモ、法律ノ規定ヲ以テ、常ニ辯論及裁判ヲ併合スル利益ナキモノト断定シ何等ノ關係ナキ場合ニ於テハ、反訴トシテ提起スルヲ得ストスル必要ナシ、況ンヤ兩請求間ニ牽連關係ナキ場合ニ於テハ、反訴ハ不法ナリトスルカ如キ必要ハ、毫モ存スルコト無シ。我現行法ハ、兩請求間ニ何等ノ關係ナキカ爲メニ、辯論及裁判ヲ併合スル利益無キカ否カハ、裁判所カ自由裁量ニ依リ、各場合ニツキテ決スヘク、若シ裁判所ニ於テ併合スル利益無シトスル場合ニハ辯論ノ

分離ヲ命スヘク(一一八條)、又本訴ニ關スル裁判カ、斯ル反訴ニ關スル辯論ノ爲メ遅延スルカ如キコト無キカ爲メニ、一分判決ヲ爲シ得ルモノトセリ(二二六條)。而シテ一分判決ハ、終局判決タルカ故ニ、之ニ對シテ獨立ノ上訴ヲ爲スヲ得、從テ此ノ判決カ確定ヲ妨ケラルルコト無ク、又強制執行ノ債務名義タルヲ得ルコトハ云フヲ俟タス。約言スレハ、本訴原告カ受クヘキ保護ハ、請求間ニ何等關係ナキ反訴ヲ許スモ、少シモ遅延スルカ如キコト無シ。是レ現行法カ請求間ニ何等ノ關係ナキ反訴ヲモ適法ナリトシタル所以ナリ。

區裁判所ノ訴訟手續ニ於テハ、準備書面ノ交換ハ之ヲ爲スコトヲ要セス、從テ答辯書ヲ差出スノ要ナシ(三七五條二項)。故ニ答辯書差出期間内ニ反訴ヲ提起スヘキ旨ノ規定ハ、區裁判所ノ訴訟手續ニハ、適用無キカ如シ(仁井田博士前掲六六七頁)。然レトモ、反訴ニ關スル沿革ニ徴スルトキハ被告カ遅クモ應訴ト同時ニ反訴ヲ提起シタルトキハ、固有ノ反訴ト視タルコトハ、第一節ニ述フル所ノ如シ。我訴訟法ハ地方裁判所ニ於ケル訴訟手續ニ關シ、應訴期間内(此ノ期間ハ二十日以上タリ、一九四條)トハセスシテ、答辯書差出期間内(即十四日ヲ通常トス、一九九條)トシタリト雖モ(二〇一條)、其法意ハ、沿革上ノ精神ヲ襲キ單ニ比較的ニ短キ答辯期間ニ依リタルモノト解スヘキカ如シ。果シテ然ルトキハ、區裁判所ニ於ケル訴訟手續ニ於テハ、其自體既ニ短キ應訴期間内ニ(三日以下ナリ、三七七條)、反訴カ書面又ハ口頭ヲ以テ提起セラレタルトキハ(三七四條)反訴請求ト本

訴請求トノ間ニ何等ノ關係アルト否トヲ問ハス、反訴ハ適法ナルモノト解スヘシ(三七三條、從テ二〇一條準用)。

(ロ) 反訴ハ例外トシテ、口頭辯論ニ於テモ提起スルコトヲ得、獨リ第一審ノ終局判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテニ提起スルコトヲ得ルノミナラス(二〇一條及二〇九條)、控訴審ニ於テモ亦提起スルコトヲ得(四一六條)。唯、此ノ場合ニ於テハ、本訴請求ト反訴請求ノ全部又ハ一分トハ相殺シ得ヘキコトヲ要シ且ツ被告カ自己ノ過失ニ因ラスシテ其以前(即チ、口頭辯論前又ハ第一審ニ於テ)、反訴ヲ起スヲ得サリシコトヲ疏明スルコトヲ要ス(二〇一條二項四一六條第二段)此ノ場合ニ於テハ時期上ノ制限カ寛大トナリタルカ故ニ、反訴ノ請求ニ關シテ相殺シ得ヘキコトナル制限ヲ設ケ、依リテ請求ノ併合ノ場合トノ權衡ヲ圖リタリ。

第二〇一條ニハ「相殺ヲ爲ス可キ場合」ニシテト規定シ、第四一六條ニハ「相殺スルコトヲ得ヘキモノ」ト規定ス。單ニ用語ノミニ依リテ解スルトキハ、其ノ間ニ差異ノ存スルコトヲ認メサルヘカラスト雖モ、沿革ニ徴シ、後者ヲ以テ精確ナルモノト解セントス。如何ナル場合ニ相殺ヲ爲シ得ルカハ、民法ノ定ムル所ナリ(民法五〇五條及五〇七條乃至五一一條參照)。民法ノ規定ニ依ルニ、同種ノ目的ヲ有スル債權カ相對立シ且履行期ニアルトキハ、通常相殺ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ、本訴並ニ反訴ノ訴訟物カ債權ニシテ其目的物カ種類ヲ同クシ、且履行期ニアルトキハ、反訴ハ通常適法

ナリト云ハサルヘカラス(從テ、本訴並ニ反訴カ現在ノ給付訴訟ナルコトヲ要スルニ至ル)。

茲ニ注意スヘキハ、訴訟法カ反訴ノ要件トシテ要求スル所ハ、「相殺ヲ爲シ得ヘキコト」ニシテ、「相殺ヲ爲シタルコト」ニハアラサルノ點ナリ。我民法ニ於テハ、相殺ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス(民法五〇六條)、法律上當然(Pao jure compensare)行ハルルニハアラス。故ニ相殺シ得ヘキカ爲メニ、反訴カ適法ナル場合ニ於テモ、相殺ノ意思表示アリタルニアラサレハ、相殺アリタリト云フヲ得ス。且反訴ノ提起行爲ハ當然相殺ノ意思表示ヲ包含スルコトナキカ故ニ、裁判所ハ、反訴提起前タルト其後タルトヲ問ハス、又裁判上ニ於ケルト裁判外ニ於ケルトヲ問ハス、相殺ノ意思表示カ存シタルカ否カヲ斟酌シ(勿論、職權ニ依リテニハアラス)、斯ル意思表示ノ認ムヘカラサル場合ニ於テハ、本訴請求及反訴請求ニ關シテ別々ニ裁判ヲ爲スヘク(一個ノ判決ニ於テ)決シテ相殺ニ基キテ判決ヲ爲スコトヲ得サルナリ。

註 相殺ノ意思表示ハ裁判上ニ於テ爲サルト、裁判外ニ於テ爲サルトヲ問ハス民法上ノ法律行爲タリ訴訟行爲ニハアラス反之、相殺ノ意思表示カ爲サレタルコト、即チ相殺カ行ハレタルコトヲ以テ、防禦方法ト爲スハ、訴訟行爲タリ。訴訟委任ノ法律上ノ範圍ハ、六十五條第一項ノ規定スル所ニ從ヒ、「總テノ訴訟行爲」ヲ爲スニアリ。相殺ノ意思表示ヲ爲シ若クハ之ヲ受ケルコトハ、其訴訟委任ノ範圍ニ屬セス。此點ニ關スル詳細ハ他ノ機會ニ讓ラントス。

三 併合ニ關スル要件

反訴ハ本訴ニ併合セラルヘキ訴ナルカ故ニ、併合ニ關スル要件ヲ具備スルコトヲ要ス。如何ナル

モノカ、此ノ種ノ要件タルカハ、一九一條ノ準用ニ依リテ、之ヲ定ムヘキナリ。

從テ左ノ要件ヲ必要トス。

(1) 本訴ノ管轄裁判所カ、反訴ニツキ事物並ニ土地ノ管轄ヲ有スルコトヲ要ス(一九一條參照)。
故ニ(イ) 管轄ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒテ、本訴ノ繫屬スル裁判所カ、反訴ニツキ事物及土地ノ管轄權ヲ有スルトキハ、反訴カ適法ナルハ多言ヲ俟タス。換言スレハ本訴ノ繫屬スル某裁判所ニ反訴カ通常ノ訴トシテ提起セラレタル場合ニ於テモ其裁判所カ之ニツキ事物及土地ノ管轄權ヲ有スルトキハ、反訴ハ適法ナルハ論ヲ俟タサルナリ。

(ロ) 唯訴訟法ハ、可及的ニ反訴ノ提起ヲ容易ニシ、以テ本訴請求及反訴請求ニ關スル辯論及裁判カ同時ニ爲サルルコトヲ得セシムルカ爲メニ、古來ノ法制ニ於ケルト等シク、反訴ニ關スル特別管轄ヲ認メタリ。

第二百條第一項ハ「訴カ管轄裁判所ニ於テ權利拘束ト爲リタルトキハ、被告ハ原告ニ對シ、其裁判所ニ反訴ヲ起スコトヲ得」ト規定ス。此規定ハ單ニ反訴ナルモノヲ認メタルノミノ規定ニハアラズ。更ニ、反訴カ本訴ノ管轄裁判所ニ提起セラレタルトキハ、其裁判所ハ反訴ニツキ管轄權ヲ有スルコトヲ定メタル規定ナリト解セサルヘカラス何トナレハ、同條第二項ハ第一項ニ對スル制限的規定ナルコト疑ナキニ拘ハラズ(第二項ノ冒頭ニハ「然レトモ」トアリ)、合意上ノ管轄ヲ生シ得ヘキ

場合ニアラサルトキハ、反訴カ本訴タルトキ其裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ限キリ起スコトヲ得トシ、管轄ニ關スルモノタルカ故ナリ。若シ第一項ヲ解シテ、管轄ヲ定メタル規定ニアラストセンカ、第二項カ制限的規定トシテ、而カモ管轄ノ點ヲ云爲シタルハ全ク無意義ニ歸スルニ至ル。

上述ノ如ク、第二百條第一項ヲ以テ、本訴裁判所ノ反訴ニ關スル管轄ヲモ定メタルモノト解スルノ點ニツキテハ、異論ナキカ如シ(仁井田博士前掲六六四頁、日吉學士前掲第二ノ(一)、七頁)。唯本項ハ、本訴裁判所カ反訴ニツキ(イ)土地ノ管轄權ノミヲ有ストスルモノナルカ(反訴ノ特別裁判籍)若クハ又(ロ)土地並ニ事物ノ管轄權ヲ有スルコトヲ定メタルモノナルカニツキテハ、疑ナキ能ハス。法制沿革ニ於テハ、儒帝ノ新法ヲ除ク外本訴裁判所ハ反訴ニツキ土地並ニ事物ノ管轄權ヲ有シタルモノト解スヘキカ如シ(Vgl. Kleineller, Gerichtsstand der Widerklage S. 19 a. a. O.)。何ノ法制ニ於テモ、單ニ反訴ノ特別裁判籍ノミヲ認メタリ。現ニ獨逸訴訟法ハ、「裁判籍」(Gerichtsstand)ナル章下ニ反訴ヲ規定シ(同法第一篇第二章第三三條)埃太利管轄法ハ「土地ノ管轄」ナル節ノ下ニ反訴ノ管轄ヲ規定ス(Zuricidictionsnorm 第二部第二節第九六條)。唯(イ)我訴訟法ハ、「判決前ノ訴訟手續」ナル節ノ下ニ、第二百條ノ規定ヲ設クルカ故ニ、同條第一項ヲ以テ、直チニ土地ノ管轄ノミニ關スルモノトナスハ、其理由ヲ缺クモノノ如シ。(ロ)隣リテ、Maranta 以來、普通法時代ヲ通シテ、反訴ノ特別管轄ニ關スル説明ヲ視ルニ、之ヲ以テ強制的合意管轄 (prorogatio necessitaria) ナリトセリ。

(第一節第二ノ二及第四ノ二参照)。夫レ強制的合意ト云フハ、其自體矛盾ヲ包藏スル觀念ナリト雖モ古來反訴ノ特別管轄ヲ以テ合意上ノ管轄ニ屬スルモノト見タルコトハ明ザリ。而カルニ我訴訟法モ亦此ノ觀念ヲ襲キタルモノナルコトハ、第二百條第二項カ恰カモ合意上ノ管轄ヲ生スルヲ得サル場合ニ限キリ(第三一條参照)本訴裁判所カ本來管轄權ヲ有スルコトヲ必要トセルニ由リテ知ルヲ得可シ。此ノ推論ニシテ誤ナシトセハ、合意上ノ管轄ハ、事物並ニ土地ノ管轄ニ關スルモノナルカ故ニ、強制的合意管轄ヲ以テ目スヘキ反訴ノ特別管轄モ亦事物並ニ土地ノ管轄ニ關スルモノト云ハサルヘカラス。

要之、第二百條第一項ハ訴ノ管轄裁判所ハ反訴ニツキ事物並ニ土地ノ管轄權ヲ有スルコトヲモ定メタル規定ト解スヘク、此ノ點ニ於テモ我訴訟法ハ、儒帝ノ新法ヲ承繼シタルモノト視ルヘキカ如シ。

注 仁井田博士ハ、反訴ノ特別籍ノミヲ認メラル。但事物ノ管轄ニツキテハ、地方裁判所ハ區裁判所ニ勝レルコトヲ根據トシテ(第七條 反訴カ普通ノ訴トシテハ區裁判所ノ事物管轄ニ屬スヘキ場合ニ於テモ、本訴ノ繫屬スル地方裁判所ニ提起セラレタルトキハ、其裁判所ハ事物管轄權ヲ有ス。反之、反訴カ普通ノ訴トシテハ、地方裁判所ノ事物管轄ニ屬スヘキ場合ニ於テハ、反訴カ本訴ノ繫屬スル區裁判所ニ提起セラレタルトキハ、其裁判所ハ、事物ノ管轄權ヲ有セストセラル(要論中卷六六四頁以下)此ノ說ニ從ヒ、區裁判所カ其事物管轄ニ屬セサル反訴ヲ地方裁判所ニ移送スル場合ニ於テハ、其事物管轄ニ屬スル本訴ヲモ猶地方裁判所ニ移送シ、依リテ本訴及反訴ニ關スル辯論及裁判ヲ同時ニ爲サシムヘキモノト解セラレタルヲ百廿ニツキテハ不明ナリ。獨逸ノ學者ハ、我第九條第一項ニ該當スル舊法第五〇六條ヲ根據トシテ(獨逸訴訟法ニハ我第九條第一項ニ該當スヘ

キ規定ナシ)、事物管轄ニ關シテハ、博士ト同一ノ見解ヲ採ル(J. B. Loening, S. 104 f. u. 113 f. a. a. O., Guppstein, III, S. 211 & 233) 猶、反訴ヲ移送スヘキ場合ニ於テハ、同時ニ其裁判所ノ事物管轄ニ屬スル本訴ヲモ移送スヘキコトヲ論スルモノ(Loening, S. 107)。

上述ノ如ク、本訴ノ管轄裁判所ハ反訴ニ關シ事物並ニ土地ノ特別管轄權ヲ有スルモノト解スヘキナリト雖モ、此管轄權タルヤ合意上ノ管轄ノ一種ト解セラレタルカ故ニ、苟クモ合意上ノ管轄ヲ生シ得サル場合三二一條及二〇〇條二項参照)ニ於テハ、反訴ノ特別管轄ヲ生セサルモノトナササルヘカラス。從テ、本訴裁判所カ管轄ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒ、反訴カ普通ノ訴タル場合ニ於テモ、之ニツキ管轄權ヲ有スルトキニ限キリテ、反訴ハ適法ナリトス(第二〇〇條第二項)。

(2) 訴訟手續ノ種類ノ同一ナルコトヲ要ス。

訴訟手續ノ種類ノ同一ナルコトハ、請求ノ併合ニ關シ。訴訟法ノ要求スル所ナリ(一九一條)。從テ、此ノ規定ハ反訴ニモ準用スヘク、反訴ハ本訴ト其ノ訴訟手續ノ種類ヲ同クスル場合ニ限キリテ適法ナリ。唯、本訴カ證書訴訟手續トシテ繫屬スルトキハ、反訴ハ之ヲ提起スルコトヲ得ス(四八七條第一項)、督促手續ニ於テハ、支拂命令ニ對スル異議ノ申立ニ依リテ、通常訴訟手續ニ移リタル後ニ於テノミ反訴ハ之ヲ提起スルヲ得ルモノト解スヘク(三九〇條、三九一條)、婚姻事件等ニ於テハ、反訴ハ人事訴訟手續法第七條ノ定ムル所ニ從ヒテノミ提起スルコトヲ得、又假差押及假處分手續ニ於テハ本訴請求カ管轄裁判所ニ繫屬スト見ルコトヲ得サルカ故ニ、反訴ハ之ヲ提起スルヲ得サ

ルモノト解スヘシ (vgl. Wach, I 484 Nr. 35; Gaup-Stein, II Nr. 4 u. dort citierte)。

從テ此ノ要件カ實際上必要トナルハ本訴カ通常訴訟手續ニ於テ繫屬スル場合ナリ。而シテ(イ)通常訴訟手續ニ於ケル本訴ニ對シ、通常訴訟手續ニ依ルヘキモノトシテ提起セラレタル反訴カ適法ナルコトハ論ヲ俟タス。故ニ、殘存スルハ(ロ)通常手續ニ於ケル本訴ニ對シテ、證書訴訟又ハ爲替訴訟手續ニ依ルヘキモノトシテ提起セラレタル反訴カ適法ナルカ否ノ問題ナリ。Kleinfeller ハ、反訴カ通常訴訟手續ニ依ルカ否カハ、結局提出シ得ル證據方法ノ範圍ニ關スル問題タルニ過キストシテ積極ニ解ス(Kleinfeller ebenda S. 80)。然レトモ、同様ノ論法ヲ以テセハ、本訴カ證書訴訟トシテ繫屬スル場合ニ於テモ、通常訴訟ニ依ルヘキ反訴少クモ證書訴訟手續ニ依ルヘキ反訴ノ提起ハ適法ナルモノト云ハサルヘカラス。然カモ、訴訟法ハ證書訴訟手續ニ於テハ、絶對ニ反訴ノ提起ヲ禁止シタリ(四八七條一項)。故ニ此ノ法意ヲ推及スルトキハ、通常訴訟手續ニ於ケル本訴ニ對シテモ證書訴訟又ハ爲替訴訟手續ニ依ルヘキ反訴ハ之ヲ提起スルコトヲ得サルモノト解スヘシ(學者ハ一般ニ消極說ヲ採ル例々 Wach, Handb. I S. 484 Anm. 34; Loening, S. 122; Stein, Urkunden- und Wechsel-Process S. 154; Gaup-Stein, II 4 zd § 33)ノ如シ。

(3) 法ノ禁止的規定ニ違反セサルコトヲ要ス。

禁止的規定ニ違反スル反訴カ不適法ナルハ云フヲ俟タス(猶一九一條但書ハ此ノコトヲ明言ス)。

禁止的規定ノ主タルハ左ノ如シ。

(イ) 反訴ニ對シテハ、更ニ反訴ヲ爲スコトヲ得ス(二〇〇條第三項)。

此規定ハ普通法以來認めラレタル reconvent'n reconventionis non datur ノ原則ヲ明言シタルモノナリ。是レ反對ニ對スル反訴(再反訴)ヲ許スモノトスルトキハ、訴訟手續ノ複雑ヲ來タスノミナラス、請求ノ漸次併合 (Successiverbi dung) ヲ認ムルノ結果ヲ生ス。然レトモ此如キハ一九一條規定ノ精神ト容レサルカ故ナリ。立法論トシテハ(イ)我訴訟法モ亦申立ノ擴張(一九六條二號)及ヒ中間確定ノ訴トシテ申立ノ擴張ヲ認メ(二一一條)、後者ノ性質ハ請求ノ漸次併合ナルカ故ニ、反訴ニ對スル反訴モ亦之ヲ禁スル必要ナシトノ說ナキヲ保セス (vgl. Wach, Handb, I S. 486; Loening, S. 79. d. a. O.)。然レトモ、申立ノ擴張ハ原因ヲ變更セサル場合ニ限キリ爲スヲ得ル所ニシテ、他ノ請求ヲ併合スルモノト解スルヲ得ス。中間確定ノ訴ハ、其性質請求ノ漸次併合タルヤ疑ヲ容レスト雖モ、判決ノ元素ハ既判力ヲ生セサルモノトシタル結果、特ニ先決問題タル法律關係ニ關スル裁判ヲシテ既判力ヲ生セシムル必要上認めラレタル制度ナリ。從テ再反訴請求カ本訴請求ニ對シテ先決問題タルニハ中間確定ノ訴ニ依ラシムレハ足り、然ラサル場合ニハ中間確定ノ訴ニ關スル規定ヲ根據トシテハ再反訴ニ類推スルハ當ヲ得ス。(ロ)或ハ、又當事者同等主義ヨリ論シテ反訴モ亦例外トシテ口頭ニ於テ提出シ得ルコトヲ認ムルトキハ、再反訴ヲ許スニアラサレハ原告ノ地位ハ不利ナ

リトスル論ナキニアラサルヘシ。然レトモ、口頭辯論ニ於テ反訴ヲ提起シ得ルハ、相殺シ得ヘキ場
 合ニ限キル、然カモ、相殺ハ原、被雙方ノ利益ニアルモノト解スヘキカ故ニ、被告ハ特ニ之カ爲メ
 ニ原告ヨリ優越スル保護ヲ得タルモノト解スヘカラス。故ニ余ハ立法論トシテモ、此點ニ關シテハ
 寧ロ現行法ノ規定ニ賛成セントス。獨逸訴訟法ニハ何等ノ規定ヲ設ケサルカ故ニ、解釋論ハ分カレタ
 リ(再反訴ヲ有效ナリトスルモノニハ Wach, Loening, ebenda; Weismann, I. S. 480; Seuffert, Nr. 3 等
 アリ Kleinfeller, S. 82; Gaup-Stein, II 5 等々之ニ反ス)。

註 本訴カ取下ケラレタル後ニ於テモ、反訴ハ消滅スルコトナキハ前ニ述ヘタルカ如シ、故ニ本訴カ取下ケラレタル後ニ於テ本
 訴原告タリシ者カ存続スル反訴ニ對シテ、反訴ヲ提起スルトキハ、違法ナルヤ否ヤノ問題ヲ生ス、Span, enberg (bei Zeit für
 Civilr. u. Processr. Bd. VI S. 240 ff.)ハ、本訴取下後ニ存続スル反訴ハ普通ノ訴ナリト解シテ、積極ニ解セントス、然レトモ、
 反訴ハ本訴取下後ニ於テモ、依然反訴トシテ存続スルモノト解スヘキカ如シ。

(ロ) 此他、證書訴訟手續ニ於テハ反訴ノ提起ヲ禁シ(四八七條)、禁治産手續ニ於テモ亦然リ(人
 訴五八條、六六條、六七條)。

占有ノ訴ハ本權ノ訴ト互ニ相妨クルコトナキカ故ニ(民二〇二條)、二ノ訴ハ之ヲ併合スルコトヲ
 得、又、答辯書差出期間内ニ提起スル限ハ、占有ノ訴ニ對シ本權ノ訴ヲ反訴トシ若クハ又本權ノ訴
 ニ對シ占有ノ訴ヲ反訴トシテ提起スルコトヲ得ルハ論ヲ俟タス、唯、占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由
 ニ基キテ裁判スルコトヲ得サルカ故ニ、本訴ト反訴トヲ同時ニ辯論及裁判スルノ利益ハ少カルヘ

シ。

四 以上ハ、反訴ニ特別ナル適法要件ニツキテ論シタリト雖モ、此他反訴カ適法ナルカ爲メニハ

一般ノ訴訟成立要件 (Processvoraussetzungen) ヲ具備シ、且訴訟上ノ障礙 (Processhinderniss 110六條
 三號五號及參照) ノ存セサルコトヲ要ス。

一般訴訟成立要件ノ何タルカハ茲ニ詳論ノ餘地ナシト雖モ(イ)訴ノ提起カ規定ノ方式ニ合シ、法
 定額ノ印紙カ貼用セラレタルコト、(ロ)當事者能力及訴訟能力ヲ有スルコト、訴訟能力ヲ有セサル
 場合ニハ法律上代理權(特別授權ノ要アル場合ニハ特別授權ヲモ)ヲ有スル法定代理人ニ依リテ代表
 セラレタルコト、(ハ)訴訟代理人ニ依リテ訴訟ヲ爲ス場合ニハ其代理人カ訴訟代理權ヲ有スルコト
 (ニ)訴訟物タル權利又ハ法律關係カ民事裁判事項ニ屬スルコト及(ホ)裁判所カ管轄權ヲ有スルコト
 之レナリ註反訴ノ場合ニ於テハ本訴裁判所カ反訴ニツキ管轄權ヲ有スルコトハ、已ニ反訴ニ特別ナ
 ル要件トシテ必要ナル故ニ、一般訴訟成立要件トシテ更ニ具備セラルヘキハ(イ)乃至(ニ)ニ述フル
 モノタリ。

註 日吉學士「訴訟成立要件ニ就キテ」(法學志林第十三卷第三號乃至第五號所載)參照。

第四 反訴ノ提起ノ方式及ヒ裁判(梗概)

茲ニハ概要ヲ一言スルニ止メントス。

一 反訴提起ノ方式

(1) 答辯書差出期間内ニ提起スル場合、地方裁判所ニ於ケル訴訟手續ニ於テハ、特別ノ反訴狀ヲ差出シテ爲シ若クハ答辯書ヲシテ同時ニ反訴狀ヲ兼ネシムルコトヲ得(二〇一條)反訴狀ニ記載スヘキ事項ハ、訴狀ノ要素タル記載事項ナリ(二〇二條、從テ一九〇條第二項)。區裁判所ニ於テハ反訴ノ提起ハ、反訴狀ヲ差出シテ爲シ若クハ口頭ヲ以テ陳述シ調査ニ書取ラシメテ爲スコトヲ得(三七四條二項參照)。

(2) 口頭辯論ニ於テ提起セラルル場合 此ノ場合ニ於テハ口頭ヲ以テ提起ス(二〇一條)、但地方裁判所ニ於テハ、書面ヲ讀ミ上ケテ爲スコトヲ要ス(二二二條)、區裁判所ニ於テハ然ラス(二八〇條)。讀上ケ又ハ口頭ニテ陳述スヘキ事項カ訴狀ノ要素タル記載事項タルハ論ヲ俟タス。

原告カ缺席シタル口頭辯論期日ニ於テ反訴ヲ提起スルコトヲ得ルカ。獨逸訴訟法ニ於テハ反訴ハ口頭辯論ニ於テ提起スヘキモノトナス(同法二七八條)而シテ、同國學說及實際ニ於テハ、原告カ口頭辯論期日ノ爲メニ適法ニ呼出サレタルトキハ、假令其期日ヲ缺席セル場合ニ於テモ、反訴ハ適法ニ提起スルコトヲ得トナス(So Hellwig, Lehrb, III S. 52; Weismann, Lehrb, I S. 481 fg; Gaup-Stein, II zu § 281 u. Ann. 7 u. d. rdt. Zitierte-A. M. Wach, Vorträge S. 54 f; Loening, S. 132; Seuffert, Nr. 4 zu § 33)。我訴訟法ニハ特ニ口頭辯論中「相手方ノ面前ニ於テ」ト規定スルカ故ニ解釋論トシテハ原告

ノ缺席セル期日ニ於テハ、反訴ハ適法ニ提起スルコトヲ得サルモノトスヘシ。

二 反訴ニ關スル辯論及裁判

本訴及反訴ニ關スル辯論及裁判ハ、同時ニ併合シテ爲スヘシ。辯論ノ順序ハ論理上自ラ定マル。

(1) 第一ニ調査セラルヘキハ、本訴カ一般訴訟成立要件ヲ具備スルカ、並ニ反訴カ、反訴ニ特別ナル適法要件及一般訴訟成立要件ヲ具備スルカ否カノ點ナリ、調査ノ結果本訴又ハ反訴、若クハ雙方此要件ヲ具備セスト認ムヘキトキハ、其本訴又ハ反訴、若クハ雙方ヲ不適法トシテ却下セサルヘカラス。

(2) 本訴及反訴カ共ニ適法ナルトキハ、本訴請求及反訴請求ニ關スル辯論ハ之ヲ併合スヘシ。尤モ、裁判所ハ、兩請求間ニ何等カノ關係アルト否トヲ問ハス、辯論ノ分離ヲ命スルコトヲ得(一一八條)。然レトモ、兩請求間ニ牽連關係、先決的關係等ノ存スル場合ニハ分離セサルヲ以テ可トス。辯論ノ分離ヲ命シタル場合ニ於テハ本訴請求ニ關スル辯論ト反訴請求ニ關スル辯論トハ相並行シテ爲サルヲ常トスト雖モ、先決的關係ノ存スルカ如キ場合ニ於テハ、本訴請求タルト反訴請求タルトヲ問ハス、先ツ先決問題タルモノニツキテ辯論ヲ爲シタル後ニ於テ、他ノ請求ニツキテ辯論ヲ爲スヲ以テ便トス此ノ場合ニ於テハ第一二一條ノ規定ニ從ヒ、後者ニ關スル辯論ヲ中止スルヲ得スト雖モ(同條ニハ他ノ繫屬スル訴訟ト云フ、然レトモ反訴ハ本訴ニ併合セラルヘキ訴ニシテ他ノ訴