

Title	裁判の対象と訴訟の対象
Sub Title	Entscheidungsgegenstand und Streitgegenstand
Author	伊東, 乾(Itō, Susumu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1960
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology ). Vol.33, No.2 (1960. 2) ,p.293- 307
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	及川恒忠先生追悼論文集
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19600215-0293">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19600215-0293</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 裁判の對象と訴訟の對象

伊 東 乾

## 一

從來、訴訟物の概念は「これに關連する訴訟上のすべての問題について同一一箇」でなければならぬとせられてきた（A. Blomeyer, *Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozess*, *Festschrift für Lent*, S. 44, 傍點箇所原文隔字體）。訴の併合・訴の變更・二重訴訟というような訴訟中の法律問題（Rechtsfragen während des Prozesses）が、既判力の問題と並んで、訴訟物の等價・等質の試金石と考えられてきたのである（Schwab, *Habscheid* の彼のモノグラフ・フリーエンの緒）。しかし、新説の立場をとり、しかも同時に右の要求を貫くということ（言および構成にこの考え方は最も典型的に現れている）。しかし、新説の立場をとり、しかも同時に右の要求を貫くということ（言および構成にこの考え方は最も典型的に現れている）。しかし、新説の立場をとり、しかも同時に右の要求を貫くということ（言および構成にこの考え方は最も典型的に現れている）。しかし、新説の立場をとり、しかも同時に右の要求を貫くということ（言および構成にこの考え方は最も典型的に現れている）。

は、決して容易なことではない。たとえば、ハーブシャイトは、シュワープを評して次のように言つた。「かくてシュワープにあつては裁判の對象と争訟の對象とが異なることになる。これは、シュワープが訴訟物と裁判對象との間の必然的な同一性に繰返し繰返し人の注意を促しているだけ、それだけ一そう人を怪しませる結果である。……ここにシュワープの理論の決定的な破綻があるということとは、その後すぐにも認められた所であつた」と（W. Habscheid, *Der Streitgegenstand*, im *Zivilprozess*, S. 231. 強調不再現）。

「常に一元的な構成を持つものと訴訟物を考えようと決斷」してこれを「申立てられた裁判へ向けられた原告の要求」と規

定し、「事實關係は訴訟上の請求の要素ではない。請求は寧ろ「要求」のみによつて……構成される」と説いたシュワープが、「その既判力の理論においては原告の要求の基礎に存する事實に立返り」(Habscheid, S. 200. 強調不再現)、判決が既判力を生じるも「第一の訴の手續の訴訟資料と關連性がない新しい事實や主張の提出は排斥されない」と論じるのは(小山教授のシュワープ書評(民訴雜誌三號)一六九頁)、たしかに矛盾というほかない(三ヶ月「最近のドイツにおける訴訟物理論」)。この意味において、ハーブシャイトのシュワープ評は正しいものと認められる(この種のシュワープ評はハーブシャイトの創始にかかるとはならない。伊東「訴訟物管」)。だが、そのハーブシャイトが、自らは類似の矛盾をおかしていないと言ひ切れるかどうか、それは甚しく疑問である。ハーブシャイトにおいて、訴訟物の範圍と、裁判の効力の及ぶ範圍とは、なるほど結果的には一致するように配慮されている。兩者ともに請求原因を構成するいわゆる生活事實關係(Lebenssachverhalt)の範圍に歸一するものとされるわけである(Habscheid, S. 295, bes. die unterste Zeile)。この結果は、しかし、裁判の効力を「既判力プラス一般的失權効」と考えることによつて始めて成就されているのであつて、請求原因たる生活事實關係のうち提出せられたに拘らず提出せられなかつた部分が遮断せられるのは、既判力とは異質の失權効(Präklusion)に基づくものと説かれてゐる(Habscheid)。提出せられないものを判断できる筈がないといふことが、これを特に既判力から峻別せしめる理由であつて(Habscheid, S. 291)。事實面から訴訟對象をみる以上既判力をも事實面からみるのが首尾は一貫するわけで、事實面から既判力をみる以上これを提出されなかつた事實に及ぼすことはできない理窟であるから、新説的感覚の内裡において、既判力と失權効との區別は充分にその理由があるといえるし、また、どうせ事實面から既判力をみる以上は、シュワープのように既判力だけを考へ判決の要素(Elemente)を動かすような事實が排斥せられるのだというやうな法律構成的な説明をするよりは、判然既判力と失權的効果とを切離す方が新説的な説明として卓越したものと考えられるが、提出せられないものを判断できる筈がないといふこと(既判力)、しかも、その判断できない不提出事實も訴訟物たる生活事實に屬するかぎり排除せられる(失權効)といふことは、「判断」たる裁判が「判断」し

なかつたものについてその効力を生じるといふ奇妙な道理を説くものにほかならず、所説は、訴訟物と「裁判の効力」とを一致させる見解ではあつても、訴訟物と「既判力」とを一致させる見解ではないと評するか、あるいは、なるほど表面上訴訟物と「裁判の効力」とを一致させる見解の様相は呈するけれども、實は訴訟物と「裁判」にあらぬ他の或物とを一致させるにとどまる見解と評することができるのである。

ハーシャイトの所説が、みずから一致を誇稱しながら、既判力の対象と訴訟物との間の彼自ら論敵をきめつけた、齟齬(Diskrepanz)、(Habscheid) というものを、なお表見的に露呈する一例であるとすれば、もつと緻密に論理を構成して表見上の破綻を察知せしめぬ周到な見解の一例を、我々は三ヶ月教授において見ることができ、「實體法上の請求権なるものが、そのまま訴訟物ではないとする」と教授は言われる。「既判力で確定されるのも實體法上の個々の請求権ではないとすることに導くといわねばならない」と(三ヶ月章「法條競合論の訴訟法的評價」我妻記念論文集損害賠償責任の研究(中)所収、七二九頁)。これは、「既判力……の理論が訴訟物概念の單一性を保持する」(Habscheid) ことを、明かに必要とする立場といえる。しかも、教授にあつては、「ドイツ民法上の字句を機縁として選ばれた Sachverhalt とか Antrag とか」が「訴訟物概念の本質的要素」のではなく、給付訴訟において「例えば實體法上請求権競合の關係に立つとされる場合(註略)に、訴訟物にかかる一回の給付を求めうる法的地位の存否の主張である」(三ヶ月七二六頁)。既判力が肯定するものは法的性質決定と無關係なかような地位そのものであり、既判力が否定するものも法的觀點の捨象されたかような地位一般である。かかる地位の異同は「實體法秩序においてただ一回の給付が是認される結果一個の紛争と構成すべき場合か、それとも形式的には二個の紛争としても出することが實體法秩序によつてジャスティファイされるか、の法的選擇」によつて決定せられるものであるから(三ヶ月七)、シニワープのように遮斷の例外を認めるため裁判前の訴訟物には無縁とした事實關係を裁判との關係で持出す必要はないわけであり、また、事實關係を訴訟物中にとりこんでいないから、ハーブシャイトのように裁判の効力を事實關係判斷の効果と考え、從

つて既判力をこれとは異質な失権効によつて補充しなければならぬほど狭いものと考える必要もないわけである(三ヶ月七既判力とは區別せられた失権効というような「そうした」)。訴をもつて起こされるものはかような法的地位の主張であり、ちよう著想は批判すべきでこそあれ、取り入れる必要はない」。どかような地位だけが判決をもつても確定せられるのであるから、これは、たしかに、表見上は、破綻なく訴訟物概念を一貫せしめた見解といえる。しかし、そうなると、今度は、その一步先に残された新説にとつてのアポリアが、否應なしに前面に押出されてくるのを認めざるをえない。競合する數箇の法的觀點中、裁判所がその「一つの見地をえらんで裁判し」、原告の主張する法的地位を肯定した場合に、たとえばその後の時効や相殺との關係で、「その裁判においてなされた法律的性質決定が如何なる意味をもつか」というのが、その問題であるが(三〇頁)、教授は、この點について、「競合して可能な幾つかの法的見地(註略)の中からその一を法律適用の専門的職責をもつ裁判官が選擇適用したときは、少くもその請求權(實體法上の)はあるということが確定された、即ち、かかる觀點からは給付請求を是認しようという有權的な評價がなされた」とみてよいのであるが、「逆に……それは他の見地の適用の餘地がない」といふことまで確定してゐるのではないのであるから、改めて「他の見地の適用を吟味し、たとえば「不法行爲としても評價できるかどうかを調べ」る餘地は残されてゐるものとみるべきだ」といふ、注目すべき解決を提案しておられるのである(七三一頁)。だが、「少くもその請求權(實體法上の)はあるということが確定され」るのは何故であろうか。「かかる觀點からは給付請求を是認しよう」といふ有權的な評價がなされた」とみてよい」からに他あるまい(この傍點)。(は筆者)。すなわち、それは、裁判所によつて判斷された所にかかればこそその話であり、「その請求權(實體法上の)」、法的性質決定を経た請求權が、裁判の對象たることを説くに歸する。もと、教授のこの見解は、他のもう一つの見解とともに、「[實體法上の請求權は] Erkenntnisgrund であり、事實面における Klagegrund (請求原因事實)と手をたがさえて、訴訟上の請求を支持するものたるにすぎない」といふ立場を貫いて行けば、かかる性質決定は裁判の前提問題にすぎず後訴を拘束するものではなく、改めて異つた法的觀點を適用する餘地を封ずるものでは

ないということにならう」そういう見解を排斥したうえで樹てられているのであるが(七三〇頁、「」)、ここでは「實體法上の請求権は」*Erkenntnisgrund*であり、事實面における *Klagegrund* (請求原因事實) と手をたざさえて、訴訟上の請求を支持するものたるにすぎないという立場」が貫かれていないことを自認されるのもあるか。それは、いずれにしても、この結果は、「實體法上の請求権なるものが、そのまま訴訟物ではない」とすることは、既判力で確定されるのも實體法上の個々の請求権ではないとすることに導く」という、最初の出発點に矛盾すると言わなければならない。最も洗煉せられた三ヶ月教授の構成によつてさえ、新説に立つて「訴訟上のすべての問題について同一一箇」の訴訟物概念を樹てることは、極めて困難な問題に屬するのである。

## 二

窮通を打開する一つの方策は、訴訟物概念を「これに關連する訴訟上のすべての問題について同一一箇」でなければならぬとすると、この前提を取拂うことであらう。

既に早く、レントのための祝賀論文集の中で、ブローマイヤアは次のように言つた。「訴訟物概念の機能は、訴訟中の法律問題についてとは異なつた限定を既判力について必要とする。固より通常、訴訟物概念は、訴訟上のすべての問題について同一一箇でなければならぬと考へられている。「しかし、人は、かような命題がのつべきならぬものであることに、それがまた訴訟諸法規の合理的な目的とも一致する場合に始めて、満足することができるのである。そうして、これは、まさに、大いに疑わしいところ (*energtisch zu bezweifeln*) である」と (*Blomeyer, a. a. O.*)」(SS. 48-4 傍點原文隔字)。

このブローマイヤアを援用して、先ず裁判の對象を「訴訟物からは獨立に別の研究に従わしめ、然るのち始めて、そこからどんな歸結が訴訟物について生じるかを吟味するのが」「正しい尤もな遣り方」であるとしつつ、裁判に關する諸要求を

包括的に検討し、兼ねて裁判對象と訴訟物との概念のおよび實際的相違を確立した優れた論文が、ローゼンベルクの生誕八〇年に寄せたレントの最近の「裁判對象の理論について」である(R. Lent, Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand, ZRP 7)。  
レントによれば、「確認判決の場合には裁判の對象は明白で」「實體權の存否が既判力をもつて確定せられる」(SS. 69)。  
問題は給付判決であるが、訴による要求(Klagensuchen)が既判力で確定されるというのは無意味で、裁判は法主張(Rechtshauptanspruch)に關して下されなければならない(SS. 73)。  
法主張は「實體法上の概念をもつては表現せられえない一定の法律効果にのみ關する、ということが言われている」けれども(SS. 73)、請求權の競合する場合ですら「原告は實體的請求權を主張するものであり」(SS. 73)、「實體的請求權の存否が給付判決における既判力の對象である」(SS. 78)。「こうして既判力の對象は給付判決と確認判決とについて統一的に規定せられる」(SS. 79)。  
人あるいは給付判決における請求權の確定は單なる裁判理由に過ぎないといふけれども、「かかる請求權の確定は裁判の單なる理由づけではなく、裁判の内容に屬して既判力にあずかる」(SS. 85)。  
請求權の競合する場合、一請求權に基づいて請求認容の判決が下されたときは、「裁判がそれに基づかしめられたこの一つの實體的請求權だけが既判力をもつて確定されたものでありうる」(SS. 80)。  
そして「かような認識は、しかし、裁判對象の訴訟物からの乖離を意味する。原告の法主張は當該事實關係から導き出されうる請求權のすべてを含むものであつた……のだからである」(SS. 91)。  
請求の棄却については、「問題になるのは、棄却が一請求權のみの否定に基づいて行われ、その際、裁判所が、他の請求權を審理することを誤つて怠つた場合だけである。……原則として裁判所が他の請求權の審理を怠つたのは、それが存在しうべきことに裁判所が全く思い到らなかつたことによるものである。そうであるとすると、しかし、裁判所は、この顧慮せられなかつた請求權を、また、全く、裁判する意思はなかつたわけである」。従つて、看過せられた請求權が既判力の對象となることは認められない。「その反對は訴訟の諸原則に對する嘲笑(ein Hohn)といふべきである」

もし裁判対象と訴訟物との齟齬 (Diskrepanz) を厭わぬとするなら、新説の構成は遙かに容易になることであろう。新説が主觀的にまた訴訟手續の起點の方から訴訟物概念を定立しようとする思考様式をとるものである結果(この點について後出五)、その破綻は客觀的なモメント或いは訴訟手續の終點たる裁判内容との關係で生まれざるをえないからである。恐らくは、今後、裁判対象と訴訟物との區別ということが、新説の有力な武器として用いられることになるのではあるまいか。レントは、右にみるように、まさに逆に新説から再び遠ざかつたけれども、切離しが新説の武器となるこの可能性は、前出シュワープ・ハーブシャイト・三ヶ月教授の諸見解に、試みにこの角度を導入してみれば想像がつくように思われる。假に、これらについて、訴訟物と裁判内容との齟齬を責むべからざるものと許容してみよう。いずれも、訴訟物について、また他方、裁判の効力について、傾聴すべき多くのことを教えているのである。殊に、主觀的にまた訴訟手續の起點の方から規定せられた新説的訴訟物概念を、客觀的なモメント或いは訴訟手續の終點たる裁判内容との關係から切離して、まさにただ専ら主觀的にまた訴訟手續の起點の方から批判すべきことになる結果、その「訴訟物」概念の正しさは殆ど抗し難いものとみえよう。三ヶ月教授がローゼンベルクの法的性質決定の取扱に言及するにあつて「ただ誤解してはならないのは、ここで述べられているのは、あくまでも法的評價の拘束力の問題としてであつて、既判力で確定されるのが實體法上の請求權であるという意味ではないことである」といい(三ヶ月前掲七三、七頁、傍點原文)、判断されるものと判断の効力とを區別しておられるのは、裁判対象と訴訟物との切離しを豫示するものと見られないではない。

然らば、假にこの齟齬を許容して、果して前掲諸説(シュワープ・ハーブシャイト・三ヶ月教授)は妥當な所説といえるであらうか。「訴訟物」たる側面は姑く措く。「裁判対象」の理論としてどうであるか。



これら三説に共通する核心は、給付判決（および形成判決）において、實體法上の請求權（および形成權）は單なる裁判の理由たるにすぎず、既判力にはあらずからぬとする認識である。だが、法的觀點を確定せずして、裁判はいかにしてその目的を達しうるであろうか。シュワープが事實關係を出して既判力を制限しようとしたのは、實は法的觀點の奈何によつて既判力を二三にせざるをえなかつたということであるし（三ヶ月前出一斷面）、ハーブシャイトもまた當初から法的觀點を基準にしさえすれば既判力とは異質の失權の效果というような詭辯的論理を弄する必要はないのであつた（中田淳一「確定判決の失權効」頁以下）。そうして、三ヶ月教授の示された法的評價の拘束力の取扱は、かような苦心そのことのうち、裁判における觀點の決定的意味を如實に證示するものと言わなければならない。よく「舊説が請求を例えば所有權に基く引渡請求權の存否の主張というようにあくまで「所有權」によつて個性づけながら、既判力で確定されるものとしては、かような個性づける要素が捨象されてしまうというのは、必ずしもすつきりしない……。この點は、たしかに舊説の一つの盲點であるといわなければならない」（上村後掲論文一八）（七頁、傍點原文）、というようなことが言われており、そうした考え方が法的評價の拘束力を認めつつこれを既判力とは別のもののように説く根據を成しているようであるが、「所有權に基つく」ということと「所有權」そのものとは全く別箇の事柄で、前者の確定は後者の確定を含まず、従つて、引渡請求權につき所有權に基つくという性質決定を確定することは、所有權そのものの確定とは没交渉に可能なことである（私見では所有權に基つく引渡請求權の確定は併せて所有權の實質決定の意味から来るのではない）。所有權に基つくという性質決定が當然に所有權の存在を含意しなければならぬと考えると、所有權の存在を確定したくない立場からは、この性質決定の拘束力を既判力以外の或種の拘束力と考へざるをえないであろうが、性質決定は所有權とは没交渉なのであるから、後者の判決による確定が既判力であるというのと同じ意味で、性質決定の拘束力もまた既判力に他ならぬと言えるのである。元來、法的評價の拘束力も、裁判所が判断したことを根據に認められるのであるし、これを認めなければ制度としての裁判がその目的を達しないのであるから、既判力と考へなければ寧ろ首尾が一貫し

ない（なお且つそう考えられないというのは「訴訟」）。既に既判力と考えるとすれば、給付を求めうる法的地位とその法的性質とが併せて既判力で確定されるということは、すなわち實體法上の請求権が確定されるということに他あるまい。「法的觀點が一つしかない場合」たとえば「不法行為請求権が給付請求を支持する唯一の法的觀點であるとき」（三ヶ月法條號）（合論七三二頁）を考えれば、これは特に明かである。縦んば、法的評價の拘束力は既判力でないものとしても、それが裁判の効力であることは論者みずから論證する所に屬する。とするなら、裁判が給付を求めうる法的地位のほか、何かの形で、その法的評價を明かにしなければならぬということは、法的觀點の確定もまた裁判の目的、従つてその本質的な内容に屬するというべきで、それがただ裁判の理由たるに過ぎないというのは自家撞着である。

その極めて流動的な理論の「構成」についていえば、「請求権競合という二重の武器を興えられている原告は、一つの武器しか興えられていない場合よりも有利であつてよい」という趣旨でその理論が構成されているものなら（三ヶ月七）、同じ理窟で當初から別個の訴として請求する途を拓いてもよい筈で、訴訟物を global な形で考える必要はないであらうし、裁判所が一つの見地から請求を認容した場合に、他の見地からも評價できるかどうかは未定として將來に残されるとした場合、原告の利益はともかく、相手方の利益はどうなるか、というような疑問も生じる。これらは別に論點として重要でないが、重要なのは、かような再評價が、排斥された觀點から許されるか否か、ということである。甲・乙・丙の競合三觀點中、甲・乙は認められざるも、丙が認められるとして請求を認容した場合、それは甲・乙という「他の見地の適用の餘地がない」ということまで確定しているのではないのであらうか。この場合、甲・乙の見地は、勿論論及される必要のない見地ではあらうが、論及してはならぬ拘束は伴わない筈である。そして、もし、甲・乙についても再評價ができるとすれば、裁判のあつた事實が無視されるであらうし（論者にあつては丙もまた單なる）、もし、甲・乙について再評價ができないとすれば、時効や相殺が現實化しない段階での裁判所の選擇が後に威力を發揮するであらう。あるいは、また、原告が丙を成立させる

事實だけしか持出さなかつたために、裁判所が甲・乙を無視して丙のみに基づいて請求を認容した場合、原告が甲・乙の再評價を求めようということは、請求を global なものと考へる態度と調和すまい。要するに、提案せられた解決は、實體請求權の選擇的併合を認めるのと、結果のぎこちなさにおいて同斷であり、理論の一貫において寧ろこれに劣ると言わなければならぬ。

そして、注意すべきは、かような法的觀點の彼此流用が、請求權競合について論證せられつつ、法條競合にそのまま推論せられていることである。すなわち、法的觀點の彼此流用が訴訟法上可能である、然るに責任の額ないしは要件は平準化せられつつあるから、「法條競合・請求權競合論の對立は法的見地適用順序の問題としてなお理論的には問題としては残る餘地がある」と言へるにすぎない、というのが行論の筋であるが、その通りであるとするとするならば、結果の同一なこの場合に、「常に特定の法的觀點をきびしく適用しなければならぬ」とは舊說的訴訟物理論からも言う必要がないことである（引用は三〇頁、七四）。だが、彼此流用は請求權競合についてのみ是認できる取扱で、法條競合論はまさにこの取扱を疑問とするであろう。波及的事後効の全く異らぬとき、そこには法條の競合も存在しない。波及的事後効の異るときに、いずれが作用するも差支なしとするのが請求權の競合、いずれかの取扱に固執する（「契約責任の短期時効、相殺可能の恩典を不法行為者が受けるの一部を類推すべきであるということが非競合説よりも唱えられる」のも（三ヶ月）の法條競合論の立場といえる。實體法の適用を七三八頁）彼此流用を許すのではなくして寧ろ固執の必要を前提とするのである）のが法條競合論の立場といえる。實體法の適用を單なる裁判理由たる法的觀點とする新訴訟物理論に立つても、請求權競合・非競合の問題は、決して解消することがないのである。

話は多少先走りすぎたが、兎もあれ、實體請求權を確定せずして裁判がその目的を達することは極めて難しい。寧ろレントとともに、率直に、實體請求權の確定を「裁判の單なる理由づけではなく、裁判の内容に屬して既判力にあずかる」と認める方が優れている。

それなら、裁判の對象を訴訟物から區別することは正しいか否か。ツォイナアの『法的意味連關の範圍における既判力の客觀的限界』は、この途を行つた場合の一つの歸結を暗示するもののように思われる(A. Zeuner: Die Objektiven Grenzen beider Sinnzusammenhänge, 1959)。

ツォイナアによれば、前訴の確定判決が確定した法律効果が後訴適用法規の構成要件をなす場合に、前訴判決の既判力が後訴にその作用を及ぼすのは、前訴判決の裁判理由が不可觸なものとして尊重せられるべき實質的な關係が前後兩訴で問題とされる兩法律効果の間に存在することによるのである(27. 49)。同じ實質的な關係が存在するかぎり、他の場合にも判決の理由に既判力を認めなければならない筈であろう(28)。固より、既判力は、先決問題に關する判断には及びえないのが實定法上の約束だが、訴訟物に關する判断でなければならぬといふことは、これに關するどのような判断がどこまで既判力を生じるかは、別個の問題である(29)。「前訴で確定せられた法律効果の存否が、その内容上、後訴で争われる法的地位を目標とする(angelegt)であり、これに向けられたもの(ausgerichtet)であるといふ意味連關(Sinnzusammenhänge)」が既判力の客觀的範圍を決定する(31)。そして「裁判理由から確定せられたものの目標が定まり、且つ既判力をもつて確定せられたものに對し上述の目的論的關係に立つ法律効果が審理せらるべき限り、また唯その限りでのみ」裁判理由もまた既判力を生じる(32)。既判力の對象は訴訟上の請求そのものではなくして、請求に關する裁判である(32. 176、なお本書の紹介)。

所論が、問題になる兩法律効果の間の實質的關係を指摘することは、たしかに自ら誇稱する通りに訴訟と實體法との關連を深めることに寄與するであろうし(32. 177)、裁判の範圍がひとりただ訴訟物の範圍のみによつて決定されるものでない點を指摘することもまた全く正當である。問題は、裁判對象の訴訟物からの乖離といふことが、彼にあつては後者に對するブラ

スという方向で考えられている、という點に認められる。裁判の効力が、裁判の行われたことを前提とするかぎり、その範圍が訴訟物によつてのみ決まるものではなく、裁判の範圍によつて決まることは當然である（給付請求を請求権不存在を理由と排斥する場合と既判力の範圍が異なること）。だが、それは、あるべき訴訟物の全部もしくは一部が判断されるといふことで、訴訟物をこえた裁判の對象がありうるというのではない。たとえば、法的性質決定を離れた給付を求める地位そのものを給付訴訟の訴訟物と考えつつ、裁判所の法的性質決定が既判力を生じるとするのは、彼自らが正當にも認めるように、「制限ではなくして、反對に増殖を意味する」(175-6) であり、ツォイナアの意圖するものは、かような増殖の方向に他ならない。そして、増殖を認めるためには、訴訟物から裁判對象を切離さなければならぬ。この意味において、所説は兩者の切離しを、原因として準備され、結果として伴うものとみることができぬ。

ツォイナアが前後兩訴訟における兩法律効果間の實質的關係というものは、かような地盤、かような前提のもとに運用せられるものである。「裁判理由」の拘束力という發想はこの前提を意味するものに他ならず、そうでなければ、すなわち、訴訟物による裁判對象の制約を認めるなら、實質的關係を實定法上の概念構成の趣旨に解するかぎり、とくに裁判理由の拘束力などを云爲する必要はない（たとえば所有權の記入を求める登記請求を棄却する判決が所有權の不存在について既判力を生じるとすは裁判理由の拘束力を證明するものではないし、行政行為を違法として取消す判決が同一行為の反覆を禁じ）。所説は、第一段に、實定の効果をもつとしても(2. 124)これは既判力ではなく官廳の職責の問題として處理するのが本當である。所説は、第一段に、實定法上の概念的構成の範圍内で、性質的決定を伴わない global な訴訟物の裁判から、性質決定の拘束力を汲出し、もつて新訴訟物理論に強力な支持を與えらるとともに、更に進んで第二段に、いわゆる實質的關係を實定法上の實體法的概念構成から解放することによつて、一般的に既判力を廣く解する基礎を與える點に、その面目を有する（たとえば代金支拂請求の前提たる買戻契約の存否(上村後掲一九四頁參照)）。實體法の實定的概念構成の克服というこの著眼は、あまりにも機械的な従来の取扱を反省せしめる功績は認められる反面、前記前提の上に重ねられるもう一つの危険であると思われるが、ツォイナア出版直後、逸早く、しかも正にこの點

において、上村教授はツォイナアの「基本的な……志向」を是認せられたのであつた（上村明廣「既判力の客観的範圍に關する（一問題）」岡山大學創立十周年記念論文集（上）一八一頁以下所收、）。一が他を「目ざし」、一が他に「向けられた」ものと言つたところで、その趣旨、その範圍は極めて曖昧である。明確な一箇もしくは數箇の權利もしくは法律關係を基準としつつ、實定的概念構成を合理的に理解する場合にのみ、明確な限界がえられることであろう（合一確定の必要に關する議論をも想起せよ）。所説は既判力の擴大に與する傾向を内藏するといえる。

だが、これを逆にいえば、どんなに廣くそのいわゆる實質的關係なるものを理解しようと、裁判對象にして訴訟物によつて制約せられるなら（即ちツォイナアのいう裁判理由（の獨自の拘束力を認めないなら））、既判力が無限に擴大せられる危険は豫め抑止せられる（前例實買契約の認（定が拘束を行うこと）と不（可能））。すなわち、既判力の徒な擴大は、裁判對象と訴訟物との分離の、一つの實踐的な結果を示すのである。

## 五

理論的に言つて、裁判對象を訴訟物から切離すということとは不當である。

なるほど、訴訟物のはたつきは、訴の併合・訴の變更・二重訴訟の禁止というような訴訟中の法律問題については、既判力についてと異なるものがあるといえる。適確にもこれを指摘したものととして、ブローマイヤアやレントの功績は没することできない。しかし、これは、訴訟物の概念を、訴訟中の法律問題に適合するように定めれば足りるということではない。訴の併合は裁判の對象が多岐に互るや否やを決するためにのみ單一の訴から區別せられ、訴の變更は裁判對象の變更なるが故にのみ特に取上げられ、二重訴訟もまた既判力の矛盾を根據としてのみ存立の理由をもつ禁止である。訴訟中の法律問題は絶えず既判力の觀點から整序せられていなければならず、訴訟物の概念は訴訟中の法律問題にばかりでなく、あわせて、既判力とも適合していなければならぬ。

かかる二面の要求に迫られて、訴訟物概念を規定する仕方は、訴訟中の法律問題に適合させて既判力に關しこれを潤色する仕方と、反對に先ず既判力に適合させて後にこれを訴訟中の法律問題に關して潤色する仕方とに岐れるが、前者は原告の求める所を基準とする主觀的、なまた訴訟手續の起點から訴訟物を定める仕方(訴訟物を紛争の對象と考える立場)といえるのに對し、後者は裁判所が制度の目的に照らして與える所を基準とする客觀的、な或いは訴訟手續の終點から訴訟物を定める仕方(訴訟物を裁判の對象と考える立場)といふことができる。奇妙に、從來、後の立場を排して前の立場をとる者が多いが、目的にヨリ接著したものは、裁判の對象であつて、紛争の對象ではない。言葉をかえていえば、訴訟中の法律問題と既判力の問題とは、決して、「訴訟物概念決定の等價値の試金石」ではないばかりか、「實は、よく言われるように訴訟物が裁判を決めるのではなくして、逆に裁判が訴訟物を決めるのである」(伊東「訴訟物管見」民事訴訟法研究、所收二〇一頁、二〇三頁、傍點原文)。裁判對象は、決して、訴訟物から切離して考えられてはならない。

既に裁判は實體權を對象としなければならぬことを知つた。ここから出發して、且つ、裁判對象に訴訟物を接合させることになれば、訴訟物は同じく實體權であるとしなければならぬ。固より、これは主觀的には、あるいは訴訟中の法律問題との關係では、時に不能であり、時には過剩であろう。客觀的には常にただ性質決定を経た實體權のみでありうる訴訟物が、裁判前には、訴訟中の法律問題に適合するような賦形をえていなければならぬことになる。この必要に應じるものが動態的把握という方法に他ならない(伊東「訴訟物の動態」前に掲げたレントの裁判論が、請求權の競合する場合ですら「原告は實體的請求權を主張するものである」としつ(前出二)九八頁)。一請求權に基づいて請求認容の判決が下されたときは「裁判がそれに基づかしめられたこの一つの實體的請求權だけが既判力をもつて確定されたものでありうる」とするの(前出同)この二命題を直接に結合すれば、動態的把握を髣髴とさせるものである(恐らくは勿論レントはこれを)、また、既にみた三ヶ月教授の法的觀點彼此融通論も、裁判自體の内容がかく動態的に形成される餘地を残しては不都合であるにしても、

「必要に応じて裁判所による法的評價がくりかえされるたびごとに法的評價の枠が漸次狭まっていき」云云（三ヶ月七）という考え方は、訴訟中の法律問題にこれを移せば、訴訟物の動態的把握に通じるものといえよう。

（昭和三四年一月二四日稿）