

# 琉球大学学術リポジトリ

## 金銭債務不存在確認訴訟と一部認容（四）

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-09-14 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 玉城, 勲, Tamaki, Isao メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12000/1816">http://hdl.handle.net/20.500.12000/1816</a>

## 金銭債務不存在確認訴訟と一部認容（四）

玉城 勲

はじめに

第一節 全面的請求と一点の請求

第一款 井上教授の判例評釈とそれに対する疑問（以上五二号）

第二款 その他の学説（以上五三号）

第三款 ドイツにおける議論とそのわが国の議論に及ぼした影響

一 バルツァーによる学説・判例の整理

二 第一の立場の判例

三 第二の立場の判例

四 第三の立場の判例

五 判例のまとめ

六 学説

七 井上教授の議論に及ぼした影響（その一）（以上五六号）

八 請求棄却判決の既判力に関する学説・判例

九 井上教授の議論に及ぼした影響（その二）（以上、本号）

一〇 わが国のその他の学説に及ぼした影響

一一 バルツァー説

一二 まとめ

第二節 一点の請求の許容性

第三節 最高裁昭和四〇年九月一七日判決の検討

第四節 境界確定訴訟と一点の請求

まとめ

## 八 請求棄却判決の既判力に関する学説・判例

一 被告の請求権が額で示されている場合の請求棄却判決は常に被告の請求権はその額で存在することについて既判力を生じるであろうか、換言すればその場合の請求棄却は当然に全面的請求棄却なのであるか。次にこの問題についてのドイツの学説・判例を見て、検討を加えることにしよう。

二 すでに見たように、フェルスター<sup>1)</sup>のコンメンタール(第三版、一九一三年)とシュタイン<sup>2)</sup>のコンメンタール(第一四版、一九二八年)はこれを肯定するが、近時のコンメンタールや教科書の中にも、これを肯定しているものがある。すなわち、ヴークツォレク<sup>3)</sup>のコンメンタール(第二版、一九七六年)は、「額の示された消極的確認の訴えにおいては棄却により同時に権利が示された額において存在することが承認されている。」とし、ブローマイヤー<sup>4)</sup>の教科書(第二版、一九八五年)は「原告はある金額についての債務を負っていないという確認の訴えの棄却によりその額での原告の債務が確定される。」<sup>3)</sup>としている。

これに対し、これを明確に肯定しているわけではないが、肯定するものと推測されるものがある。ツェラーのコメントール（第一八版、一九九三年）が「額の示されていない請求権に対する消極的確認の訴えは可能であり、——そのような棄却は確定するが、肯定されたが額の示されていない請求権の額については何も言っておらず、それゆえ原因判決に類する。」とするのは、その反対解釈として被告の請求権が額で示されている場合の請求棄却判決は被告の請求権はその額で存在することについて既判力を生じるとするものと思われる。ミュンヘン・コメントール（一九九二年）が「訴えでもって具体的な請求権の否定が求められた場合は、棄却の場合、請求権の存在が確定される。——しかし、しばしば、まだ詳しくは額の示されていない請求権の消極的確認が求められる。この訴えが棄却されれば（原因判決と同様）請求権が原因において存在することが積極的に確定されるにすぎない。」とするのも、被告の請求権が額で示されている場合の請求棄却判決は被告の請求権は単に原因においてではなくその額で存在することについて既判力を生じるとするものであろう。

同じことは、シュタイン・ヨナスのコメントール（第二〇版、一九八九年）が「請求権の不存在に向けられた消極的確認の訴えが棄却された場合、被告の請求権がまだ終局的には額が示されていないのであれば既判力は額には生じない。その場合は判決は（原因判決のように）請求権の存在を原因において確定するのみである。」とし、またローゼンベルク・シュワープの教科書（第一五版、一九九三年）が「一般にはこの棄却は積極的確認の訴えの認容と同じ既判力を生じる。しかも、請求権の不存在の確認が求められている場合のうち、訴えが量的に特定された請求権に対抗していた場合は常にそうである。——しかし、額において不特定の請求権の不存在が訴えられていた場合には、——請求権は原因において存在することを積極的に確定するにすぎない。」としていることにも言えるかのようにである。しかしながら、すでに見たように、一部認容判決をすることができ

るかという問題、換言すれば原告の請求は全面的請求か一点の請求かという問題において、これらは被告の請求権が額で示されていれば常に全面的請求とはせず、「申し立ての意味により判断される。」とか「基準となるのは訴えの意味と目的である。」<sup>10)</sup> というのであるから、そのように解するわけにはいかない。なぜなら、被告の請求権が額で示されていても原告の請求は一点の請求であるということもありうるのであり、その場合の請求棄却は一点の請求棄却であるからである。被告の請求権が額で示されている場合の請求棄却判決は常に被告の請求権はその額で存在することについて既判力を生じる、換言すればその場合の請求棄却は当然に全面的請求棄却であるとするためには、同時に被告の請求権が額で示されていれば原告の請求は常に全面的請求であるとしなければならぬ。現に右に挙げた文献のうちシュタイン<sup>11)</sup> ヨナスとローゼンベルク<sup>12)</sup> シュワープ<sup>13)</sup> 以外は被告の請求権が額で示されていれば原告の請求は常に全面的請求であるとしている。<sup>14)</sup>

三 このようにシュタイン<sup>11)</sup> ヨナスとローゼンベルク<sup>12)</sup> シュワープ<sup>13)</sup> についてはそのように解することはできないが、近時のコンメンタールや教科書は被告の請求権が額で示されている場合の請求棄却判決は常に被告の請求権はその額で存在することについて既判力を生じることを肯定する、あるいは肯定すると思われる。判例においてもこれを肯定するかのような判示がしばしば見られる。<sup>15)</sup> というよりも、そのような判例を受けて右のコンメンタールや教科書もそのように論じているのである。<sup>16)</sup> しかしながら、被告の請求権が額で示されている場合の請求棄却判決は常に被告の請求権はその額で存在することについて既判力を生じるというのは、たとえ被告の請求権が額で示されていれば原告の請求は常に全面的請求であると仮定したとしても疑問である。そこで個々の判例を見て検討を加えつつ、これについての私見をのべることにする。

四 被告の請求権が額で示されている場合の請求棄却判決は被告の請求権はその額で存在することについて既判

力を生じるとした最初の判決はRGZ 90, 290（一九一七年）である。事件はXがYを相手取って残額の損害賠償請求の訴えを起こしたのに対し、YはXの残額請求権は時効により消滅したと抗弁し、原審はこの抗弁を認めてXの請求を棄却したので、Xは時効は完成していないとして上告したが、ライヒスゲリヒトも原審を支持し上告を棄却したというものであるが、そこにおいて前訴における反訴たる消極的確認の訴えを棄却する判決の既判力が問題となった。すなわち、前訴においてXは損害の一部につき賠償請求の訴えを起こしたのに対し、YはXのYに対する損害賠償請求権は存在しないことを確認せよという消極的確認の反訴を起し、本訴一部認容（おそらく過失相殺によるのであろう）、反訴棄却となったので、Xはこの反訴の棄却により残額の損害賠償請求権が存在するという事について既判力が生じ、それゆえBGB二一八条一項（「確定的に確認された請求権は、たとえ本来は短期時効に服するものであっても三〇年の時効に服する。」）により時効は完成していないとして争ったが、ライヒスゲリヒトは本件では前訴における反訴の棄却により残額の損害賠償請求権が存在するという事について既判力は生じておらず、それゆえ時効は完成してしたのであるが、残額の損害賠償請求権が存在するということについて既判力は生じていないことについて次のように判示している（以下の訳では読者が読みやすいように判決文中の本件原告をX、本件被告をYと置き換える。以下の判例についても同じ）。

「前訴における消極的確認の反訴の確定した棄却は現在請求されている残額の損害賠償請求権についてXのために既判力を生じない。そのような判決の既判力の範囲は、個々の場合においてさまざまでありうるところの棄却判決自体の意義と射程範囲から初めて明らかになる。この射程範囲を確定するためには棄却判決の本文との関連において理由が基準になる。例えば売買代金のような契約によって定められた請求権のように、額において終局的に特定された請求権のうちの一部の額が請求され、これに対し、原告はその請求権をまったく有しないとい

う確認の反訴が起こされた場合は、反訴の確定的な棄却は、いまや原告の債権全部が確認されているということの意味する。しかし、このことは原告が将来提起しようとするの、額においてまだ特定されていない残額請求権に関してはや当しない。――この場合は、消極的確認の反訴の棄却は原告に最も有利な場合、原告にはなんらかの額の残額請求権が存しようということの意味する。しかし、反訴は原告にはまさに本訴で訴求している一部の請求権が存し、それゆえ原告は請求権をまったく有しないという反訴は理由がないから、というだけの理由で棄却されることもありうる。前訴の控訴審判決が明らかにしているように、本件はそういう場合である。反訴はXはYに對しいかなる賠償請求権も有しないことを確認せよというものであった。同じ判決における裁判所の裁判によれば本訴で行使されている損害賠償請求権はなんらかの額において存在するし、また確認の反訴はただ行使されていない損害賠償請求権の不存在に限定されていないから、という理由で反訴は理由がないと見られ、棄却された。そのような場合は消極的確認の反訴の棄却は決して本訴の判決の既判力を越えた積極的な既判力を有しない。二つの判決は内容的に重なり合っている。」

これはやや込み入っているが、次のようなことを言っている。例えば、XがYに對し、請求権の一部として一万マルクを訴求したのに対し、YがXは請求権をまったく有しないことを確認せよという消極的確認の反訴を起こし、本訴は(一部)認容され反訴は棄却されたという場合、反訴の棄却によりいかなることに於いて既判力が生じるかという点、これはその棄却判決の意義と射程範囲から初めて明らかになる。この射程範囲を確定するためには棄却判決の本文との関連において理由が基準になる。①Xの主張する請求権が例えば一〇万マルクというように額で示されていたのであれば、棄却判決によりXは一〇万マルクの請求権を有するという点について既判力が生じる。②Xの主張する請求権が額で示されてなかった場合はどうか。③aその場合、Yの反訴がXは訴

求している一万マルクを越える残額請求権を有しないことを確認せよというものであったのであれば、「この場合は、消極的確認の反訴の棄却は原告に最も有利な場合、原告にはなんらかの額の残額請求権が存しうるということを意味する。」②bこれに対し、Yの反訴がこのように残額請求権に限定されずただXはYに對しいかなる賠償請求権も有しないことを確認せよというものであったのであれば、本訴で行使されている損害賠償請求権が全部または一部認められるのであれば、それだけで、XはYに對しいかなる賠償請求権も有しないという反訴は理由がないことになり棄却されるが、その場合の棄却は一万マルクを越える残額請求権の存在についてはなにも言っていないので既判力は生じない。一万マルクの部分についてはむろん請求権はなんらかの額において存在するということについて既判力が生じるが、これは実は本訴の判決の既判力により完全にカバーされているのであって、それを越えた意味はない。本件の前訴における反訴の棄却はまさにそのようなものであったのであり、それゆえ本件訴訟で訴求されている残額請求権の存在について既判力を生じない、と。

このうち、①については、判決文では「債権全部が確認されている」となっているが、それはこのように額についても既判力が生じるという意味であると解されている。<sup>16)</sup>

さて、そうすると、①は全面的請求棄却、②は一点の請求棄却ということになる。

五 とところで、②aは「原告にはなんらかの額の残額請求権が存しうるということを意味する。」とある。原告にはなんらかの額の残額請求権が「存する」ではなく「存しうる」ことを意味するというのである。すなわち、②aにおいては残額請求権の存在についても既判力は生じないというのである。本稿で私は一点の請求とは債務は存在するか否か、あるいは下限を越えて債務は存在するか否かの一点勝負の場合であると、また一点の請求棄却とはその一点の請求の棄却であり、それにより、債務は存在すること、あるいは下限を越えて債務は存在す



ることが既判力で確定される(にすぎない)とのべてきたが、本判決は②aは下限を越えて債務は存在することについて既判力は生じないというのである。そして、その後の判例は本判決を引用して、消極的確認の訴えが反訴として提起された場合に限らず、一般的に、額の示されていない請求権に対する消極的確認の訴えの棄却判決は請求権の存在についても既判力を生じないと解してきたのである。<sup>19)</sup>

しかし、これは疑問である。YがXは訴求している一万マルクを越える残額請求権を有しないことを確認せよという反訴を起こしたが、その反訴が棄却されたということは裁判所はXは訴求している一万マルクを越えるならんらかの額の残額請求権を有すると判断したからであるはずである。そうであるとすればその棄却判決はXは訴求している一万マルクを越えるならんらかの額の残額請求権を有することについて既判力を生じるとしななければならないはずである。ところが、本判決は残額請求権の存在についても既判力は生じないという。本判決は①は請求権の額について(それゆえ当然存在についても)既判力が生じるとし、②bは請求権は(本訴で行使されている請求権に関してであるが)ならんらかの額の請求権が存在することについて既判力が生じるとしながら、②aは「ならんらかの額の残額請求権が存しようということを意味する」にすぎないと言っているのである。これは思考の一貫性を欠いている。(本件は②bだと言っているので本件では問題にならないが)もしかすると額を確定していない判決にBGB二二八条一項(「確定的に確認された請求権は、たとえ本来は短期時効に服するものであっても三〇年の時効に服する。」)を適用することの問題性がこのような帰結を導かせたのかも知れないが、BGB二二八条一項の適用の可否は別にして、既判力としては請求権の存在については既判力が生じるとすべきであった。それゆえ、NJW 1975,1320でフンデスゲリヒトホーフが本判決を批判し、この場合、残額請求権の存在については既判力が生じるとしたのは正当である。<sup>20)</sup>

なお、②bはそもそも確認の利益があるのかという問題がある。確認の利益は否定されるべきである。<sup>31)</sup>

六 さて、右の①であるが、①については、しかし、その理由がまったく示されていない。このことはすでに見たコメントールや教科書も同様である。はたして被告の請求権が額で示されている場合の請求棄却判決は被告の請求権はその額で存在することについて既判力を生じるとする理由は何であろうか。

七 本判決と対比すべきなのは本判決よりも前の JW 1911, 329 である。これはまさに消極的確認の訴えの請求棄却判決は被告の請求権はその額で存在することについて既判力を生じることが争点となったものである。以下でその全文を訳することにするが、読者の便宜のためあらかじめ事案と判決の概要を示せば、次のとおりである。前訴でXはYに対し訴えを起こし（その訴えの内容も帰趨も不明）、被告Yは原告Xに対し消極的確認の反訴を提起した。それは、YはXがGとFに支払った報酬に関し分担金としてXに償還する義務は存しないということの確認の訴えであった。この反訴は棄却された。本件訴訟においてXはYに対し、Fに支払った報酬に関する分担金として二万マルクの半分、すなわち一万マルクの償還を求めたようである。そこで前訴判決の既判力は償還請求権の存在だけではなく額についても及ぶかが争われた。原審判決は額については及ばないとしたのに対し、ライヒスゲリヒトは額にも及ぶとした。まさに前訴の消極的確認の訴えの棄却は全面的請求棄却だったのか一点の請求棄却だったのが問題になったのである。

「消極的確認の訴えの棄却は、訴えは実体的に理由がないからという理由による場合には、棄却の本質からして、係争の法律関係の存在の確認を含んでいるということは、学説で承認され、ライヒスゲリヒトによって常に支持されている原則である。その際、判決理由からの判決主文の解釈が問題となるので、消極的確認の訴えの棄却により被告の主張している積極的な請求権がどの程度、存在するものと認められたことになるのかが判決理由

から探究されねばならない。そこで控訴審は一九〇三年七月四日のライヒスゲリヒトの民事第七部のその点では確定した判決の中から、この点について決定的であった理由を文字通りに転載引用した。この裁判理由から、控訴審は、YはXが共同の業務のために行った支出、ないしはこの目的のために負った義務の履行について分担せよという、Yに対する請求権がまだXに存するという前述の表明は決定的なものであると考えた。しかし、控訴審はさらに次のように続けた。仲介人を雇い入れたことにより生じた業務上の支出の償還・清算をいかなる額においてXはYに対し請求できるかについては、前訴判決にははっきりした表明は何も含まれていなかったし、また、このような表明をする必然的なきっかけも存しなかった。なぜなら、ライヒスゲリヒトの民事第七部は察するに、仲介人の適当な報酬ということが備わっていないとしても、Xのいかなる請求権も存しないということを確認せよというYの申し立ては理由がなく、棄却されるべきであるという考慮に導かれていたからである。このことは、RG 14, 104で認められた原則、すなわち、消極的確認の訴えにおいて、理由のない全体の表明に代えて理由はあるが求められてはいない、より狭い表明をすることは許されないという原則に相応する、と。しかし、次のことに注意しなければならない。控訴審が引用するライヒスゲリヒトの判決が扱った場合はここではまったく存しない。なぜなら、控訴審が転載引用している前訴の控訴審判決の内容によれば、Xは当時、完全に特定した請求、すなわち、Yも仲介人GとFの契約により決まった三万マルクと二万マルクという額の報酬について分担せよという請求を立てていたのだし、また、二人の仲介人の労務に対する単なる適当な支払いについての分担給付の請求が問題となっているのではないということは前訴の控訴審自体が言っていることだからである。すなわち、本件の控訴審判決における転載引用によれば、前訴の控訴審は次のようにのべている。Xは業務の遂行のためにふたりの仲介人GとFを雇い入れなければならなかったか否か、また彼らに三万マルクと二万マルクの報酬を約

束しなければならなかったか否かは、性質上、まったく証明できない事実である。しかし、それは問題にならない。Yがその業務を共同の業務として主張し、そしてそこから生じる利益を（現に彼がしたように）要求したいのであれば、それに基づき現に行われた支出についても承認しなければならぬ。彼はXはその業務をより少ない支出で行うことができたし、行わなければならないとは言えない。なぜなら、より少ない報酬の約束でもその業務がなされたであろうということは決して証明できないからである、と。ここにYの消極的確認の訴えの棄却の本当の判決理由が存する。もっとも、その判決は次のように続けた。『たとえGとFに約束した報酬の適切性の審査に入ったとしても、Yの反訴は理由がないことになる。』これについて次に詳しく説明しよう。この表現からして、この議論は二次的な判決理由をなすだけであり、一次的な判決理由に異議が唱えられた場合のために働くものにはすぎない。しかし、前訴判決はXの消極的確認の訴えを棄却した限りにおいては確定したのであるから、前訴判決の解釈に関しては一次的な判決理由のみが考慮されるのであり、それによればGとFに約束した報酬の適切性のことはまったく問題にならず、むしろXの主張する請求権は主張するとおりに、すなわち額の点でもG、Fと締結した契約を基準にして決定されるべき請求権として正当に存在するものと認められている。それゆえ控訴審は、Yは契約により額が二万マルクと定められた仲介人Fの報酬の半分を負担する義務があるか否かは今なお当事者間で争うことができるとしたことによって、消極的確認の訴えを棄却する判決の既判力についての原則に違反している。むしろYのそのような義務はすでに一九〇三年七月四日の確定判決によりYとXとの関係において確定されている。』

このように、「判決理由からの判決主文の解釈が問題となるので、消極的確認の訴えの棄却により被告の主張している積極的な請求権がどの程度、存在するものと認められたことになるのかが判決理由から探究されねばな

らない。」ということから出発しながらも、原審判決は前訴判決はXの償還請求権の存在は認められどもXの主張する額についてははっきりと認めたわけではないので額については既判力は及ばず、当事者はまだ争うことができるとしたのに対し、ライヒスゲリヒトは前訴判決はXの主張する額についてもはっきりと認めたので額についても既判力が及び、当事者はもはや争うことができないとしたのである。このように前訴判決は額についてはっきり認めたのか否かが問題とされていることに注意しなければならない。

八 もっとも、ライヒスゲリヒトはXの請求権が額で示されていたことも理由にしている。そこで、次にこれについて検討しよう。原審は、「このことは、RG14,104で認められた原則、すなわち、消極的確認の訴えにおいて、理由のない全体の表明に代えて理由はあるが求められてはいない、より狭い表明をすることは許されないと原則に相応する。」とのべている。この判例はすでに見た一部認容判決をすることができるかに関する第一の立場に属する判例であり、明示的に「より狭い表明」が求められていなければ「より狭い表明」をすることはできないとするものであり、要するに消極的確認の訴えは明示的に「より狭い表明」が求められていなければ一点の請求であるとしたものである。原審がこの判例を援用した論理は次のように解される。すなわち、前訴判決はXの主張する額についてははっきりと認めたわけではないが、それにもかかわらずYの消極的確認の訴えを棄却している。それはRG14,104の言うように消極的確認の訴えにおいてはともかくなんらかの額が認められるのであれば請求を棄却しなければならないからである。したがって前訴判決が請求を棄却したからそれはXの主張する額についてもはっきりと認めたということにはならない、と。

これに対し、ライヒスゲリヒトは、RG14,104では被告の請求権は額が示されていないが、本件の前訴ではXの償還請求権は額が示されて完全に特定されていたのだから異なると反論している。ライヒスゲリヒトの論

理は次のように解される。本件の前訴ではXの償還請求権は額が示されていたので前訴の消極的確認の訴えは全面的請求であった。それゆえ前訴判決が一部認容とかではなく請求を棄却したということはXの主張する額について認めたということである、と。

私見によれば、ここでライヒスゲリヒトは、RG14:104（一八八四年）を誤解している。RG14:104でも判決文によると被告の請求権は額が示されていた。しかし、判決はそれには着目せず、明示的に「より狭い表明」が求められていないことを理由に一点の請求棄却をしたのである。すなわち、第一の立場を採ったというより、この判決により第一の立場が始まったのである。それに対し、本件のライヒスゲリヒトは第二の立場を採り、Xの償還請求権は額が示されていたので前訴の消極的確認の訴えは全面的請求であったと論じているのである。それゆえ、本来ならライヒスゲリヒトはRG14:104と本件の前訴とは事案が異なるというのではなした、RG14:104は第一の立場だが第二の立場を採るべきであるとして第二の立場に属する判例を引用すべきだった。

しかし、それはさておき、原審は前訴の消極的確認の訴えを一点の請求と解し、ライヒスゲリヒトはそれを全面的請求と解している。ところで、このこと、すなわち前訴の消極的確認の訴えは一点の請求だったのか、それとも全面的請求だったのかということは、前訴判決の既判力は償還請求権の存在だけではなく額についても及ぶか否かというまさに本件訴訟で争われている問題においてどのような意義を有するものとされているのであろうか。前訴判決は額についてはっきり認めたのか否かということとはどのように関係するのであろうか。

これについては、すでに原審の論理とライヒスゲリヒトの論理を分析したように、前訴判決の既判力は額についても及ぶか否かは前訴判決は額についてはっきり認めたのか否かにかかっており、ただ後者の解釈のひとつの資料として前訴の消極的確認の訴えは一点の請求だったのか、それとも全面的請求だったのか問題にされてい

る、と考えるべきであろう。そうだとすれば、ライヒスゲリヒトは前訴の消極的確認の訴えは全面的請求であった、それゆえ前訴判決が一部認容とかではなく請求を棄却したということはXの主張する額について認めたということである、というのであるが、たとえ前訴の消極的確認の訴えが全面的請求であったとしても裁判所がそれを一点の請求であると誤解した等により前訴判決は額についてはっきり認めたとはいえないのであれば額については既判力は生じないことになる。ライヒスゲリヒトが前訴判決は額についてはっきり認めたのか否かについては詳細に論じていることから、そのように解される。少なくともライヒスゲリヒトが前訴でXの償還請求権は額が示されていたという一事で前訴判決の既判力は額についても及ぶとしたのではないことは明らかである。

九 なお、前訴判決は額についてはっきり認めたのか否かという場合の「はっきり」という副詞、判決文でいえば「はっきり」した表明という形容詞についてのべるべきことがある。このような修飾語は一般には特に必要ではないのであるが、本件についてはそれが必要であった。というのは、前訴判決は額について審理しXの主張額を認めているのであるが、それが「はっきり」認めたのか否かが問題になっているからである。それは前訴判決はXの主張額を認めた後、「たとえGとFに約束した報酬の適切性の審査に入ったとしても、Yの反訴は理由がないことになる。」と判示したためである。この文章からすれば前訴判決はまだ報酬の適切性の審査に入っていない、すなわちXの主張額を認めただけでも、これは一応のもので「はっきり」認めたわけではない、ということになる。これが原審の解釈である。これに対し、ライヒスゲリヒトはこの文章は「二次的な判決理由をなすだけであり、一次的な判決理由に異議が唱えられた場合のために働くものにすぎない。」のであり、前訴判決はXの主張額を「はっきり」認めたのである、という。そういうことで、本件では「はっきり」か否かが問題になったのである。

この争点についてついでにコメントしておこう。前訴判決は一方ではXの主張額が認められるとしながら、他方ではXの主張額が認められるか否かはともかくとしてなんらかの額が認められるとしている。これにつき、原審は、前訴判決は結局はXの主張額をはっきり認めただけではないと解釈している。これに対し、ライヒスゲリヒトは「たとえGとFに約束した報酬の適切性の審査に入ったとしても、Yの反訴は理由がないことになる。」というのには「二次的な判決理由をなすだけであり、一次的な判決理由に異議が唱えられた場合のために働くものにすぎない。」と言う。これは、一次的理由には問題がないが仮に一次的理由に問題があっても二次的理由により請求棄却ということは動かないという趣旨であったという解釈のようである。しかし、Xの主張額がまるまる認められるからYの消極的確認の訴えは請求棄却するというのと、Xの主張額がまるまる認められるか否かはともかくとしてなんらかの額が認められるからYの消極的確認の訴えは請求棄却するというのでは、単に判決理由が異なるだけではなく、請求棄却の意味自体が異なる。前者は全面的請求棄却であるのに対し、後者は一点の請求棄却である。それゆえこれは仮に全面的請求棄却に問題があっても一点の請求棄却は免れないので請求棄却ということとは動かないと言っていることになる。しかし、請求棄却の意味が異なる以上、そのように言うことはできないはずである。ただし、本来ならそのように言うことはできないはずであるということから、それゆえ前訴判決はそのように言ったのではないと結論づけることはできない。全面的請求と一点の請求、また全面的請求棄却と一点の請求棄却の区別を明確に認識していなければ、このようなおかしなことを言うことも十分考えられる。結局、原審の解釈もライヒスゲリヒトの解釈もいずれも成り立つと思う。私はどちらかというところライヒスゲリヒトの解釈の方に賛成である。

一〇 おび、この JW 1911.329 と前述の RGZ 90.290（一九一七年）とを比較してみよう。消極的確認の訴えの



棄却により被告の主張する請求権についてどのような既判力が生じるかについて、JW 1911.329 は「消極的確認の訴えの棄却は、訴えは実体的に理由がないからという理由による場合には、棄却の本質からして、係争の法律関係の存在の確認を含んでいるということは、学説で承認され、ライヒスゲリヒトによって常に支持されている原則である。その際、判決理由からの判決主文の解釈が問題となるので、消極的確認の訴えの棄却により被告の主張している積極的な請求権がどの程度、存在するものと認められたことになるのかが判決理由から探究されねばならない。」と判示している。これに対し、RGZ 90.290 は「そのような判決の既判力の範囲は、個々の場合においてさまざまでありうるところの棄却判決自体の意義と射程範囲から初めて明らかにする。この射程範囲を確定するためには棄却判決の主文との関連において理由が基準になる。」というところまでは同じであるが、額について既判力が生じるかについてはその判決理由のうちの何が基準になるかという点、JW 1911.329 のように「被告の主張している積極的な請求権がどの程度、存在するものと認められたことになるのか」ではなく、被告の請求権は額で示されていたか否かとする。JW 1911.329 では「被告の主張している積極的な請求権がどの程度、存在するものと認められたことになるのか」の解釈のひとつの資料にすぎなかった被告の請求権は額で示されていたか否かという事情が、RGZ 90.290 ではまさに額について既判力が生じるか否かの基準になっている。

一一 JW 1911.329 の基準と RGZ 90.290 の基準のいずれが妥当であろうか。前者であることは明らかであると思ふ。なぜなら既判力は裁判の効力であるから、現に裁判されたことについて生じるのは当然のことだからである。JW 1911.329 は消極的確認訴訟において一部認容判決をすることができるかということに関する第二の立場の判例、すなわち被告の請求権が額で示されているか否かに着目する立場に立ち、前訴の消極的確認の訴えは全面的請求であったとしながらも、それだけで前訴の棄却判決は被告の主張する額についても既判力を生じ

るとすることなく、さらに前訴判決は被告の主張する額についても認めたのか、換言すれば前訴判決は全面的請求棄却だったのかを問題にしている。すなわち、裁判所はいかなる判決をすべきだったのかという問題と裁判所はいかなる判決をしたのかという問題とを区別し、前訴の棄却判決は被告の主張する額についても既判力を生じるか否かは後者の問題であることを認識している。これに対し、RGZ 96/98は明言はしていないがおそらく同じく消極的確認訴訟において一部認容判決をすることができるといふことに関して被告の請求権が額で示されているか否かに着目する立場に立ち、しかし、裁判所はいかなる判決をすべきだったのかという問題と裁判所はいかなる判決をしたのかという問題とを混同して被告の請求権が額で示されていれば請求棄却は全面的請求棄却であるとしてしまったものと思われる。

一二 裁判所はいかなる判決をすべきだったのかという問題と裁判所はいかなる判決をしたのかという問題とは区別しなければならぬことは、一般論としては広く承認されていることである。例えば、シュタイン<sup>11</sup>ヨナスのコンメンタール（第二〇版、一九八九年）は「既判力のある判断は常に判決において認識できるように表現されたことからのみ引き出され得る。基準となるのは裁判所は何を言ったかであって、正しくは何を言うべきだったかではない。」<sup>12</sup>とし、いわゆる裁判の脱漏においては既判力のある裁判は存しないとのべているし、ミュンヘン<sup>13</sup>・コンメンタール（一九九二年）も「既判力は裁判所が実際に行った裁判について生じる。」<sup>14</sup>とし、裁判の脱漏においては脱漏の部分については裁判は存しないとのべている。<sup>15</sup>これを今の場合に適用すれば、原告の請求が全面的請求であっても裁判所がそれを一点の請求であると誤解して一点の請求棄却をした場合、これは被告の主張する額について裁判をしていないという点で裁判の脱漏ということになるが、しかし、なされた判決の既判力としては被告の主張する額が認められるという裁判はしていないのだから被告の主張する

額については既判力は生じないのである。<sup>②</sup>

一三 なお、裁判所はいかなる判決をすべきだったのかという問題と裁判所はいかなる判決をしたのかという問題との区別に関して付言すれば、逆に原告の請求は一点の請求であるのに裁判所がそれを全面的請求であると誤解して一部認容判決をしたり全面的請求棄却をした場合も問題になる。シュタイン・ヨナスのコメントルは一般論として、次のように論じている。「判決主文において、その係属した訴訟では訴えも反訴も二五六条二項の中間確認の訴えもなされていない請求や請求の部分 (Anspruchsteil) について裁判された場合は、その限りにおいては提起された請求について裁判されたのではないからとして既判力を否定することができるかのようなものである。しかし、この見解においては、いかなる請求が提起されたのかという問題はそれ自体、裁判所の裁判の内容に属することであり、それゆえ当事者の一方が裁判された請求は実際には提起されなかったとか、その範囲では提起されなかったという見解を表明した場合はそれだけで既判力の否定をもたらしうるわけではない、ということが看過されている。むしろそのような裁判の過誤も通常の上訴によってのみ主張されるのであり、判決が確定すればもはや主張できないのである。――ただ、裁判所が(例えば、当事者の意思に反して、請求をそのように包括的にするのがよいという理由で)意識的に、提起されていない請求について裁判した場合は、その限りでは既判力のある裁判は存せず、無効の判決が存する。」<sup>③</sup>と、ミュンヘナー・コンメンタールも同趣旨をのべている。<sup>④</sup>これを適用すれば、原告の請求が一点の請求であっても裁判所がそれを全面的請求であると誤解して全面的請求棄却をした場合、これは当事者処分権主義違反ということになるが、しかし、判決が上訴により取り消されることなく確定すれば判決は額について裁判したのだから額についても既判力が生じるのである。

一四 そうすると被告の請求権が額で示されていなくても請求棄却が全面的請求棄却であるということもありう

るのか。被告の請求権が額で示されていないということは被告は訴訟の最後まで額を示さない、額について主張、立証をしないということであるから、それなのに裁判所が被告の請求権はその主張する額で存在するという全面的請求棄却をすることはありえない。それゆえ全面的請求棄却というためには被告の請求権が額で示されていることが必要である。それゆえ、JW 1911.329では被告の請求権は額で示されていたか否かは前訴判決は額について認めた否かの解釈のひとつの資料にすぎなかったというのは、その意味では正確でなく、むしろ被告の請求権が額で示されていたことは前訴判決は額について認めたと解釈するためにまず必要なことであつたというべきである。しかし、被告の請求権が額で示されていたとして、原告の請求は全面的請求であるのに裁判所は一点の請求棄却をしたのなら額については既判力は生じないし、逆に原告の請求は一点の請求であるのに裁判所は全面的請求棄却をしたのなら額についても既判力が生じるのである。

一五 裁判所が原告の請求の内容を誤解するということは通常は考えられない。しかし、消極的確認の訴えにおいては全面的請求と一点の請求、また全面的請求棄却と一点の請求棄却の区別が裁判所によっても明確に認識されず、そのために結果として裁判所が原告の請求の内容を誤解したと評価される場合も生じうるのであり、それゆえこのことを意識して請求棄却判決の既判力について論じる必要がある。

ちなみに、JW 1911.329とRGZ 90.290の違いといふことでは、一点の請求棄却判決の既判力についても違いが存する。後者ではすでに見たように請求権の存在についても既判力は生じないとしたが、前者では請求権の存在については既判力が生じることが肯定されている。

一六 RGZ 90.290は消極的確認の訴えの請求棄却判決は被告の主張する請求権についてのどのような既判力を生じるかについて被告の請求権が額で示されていたか否かを基準にした。その後の判例もこの基準に従っているか

のようである。ところで、このように RGZ 90, 290 は被告の請求権が額で示されていた場合の請求棄却判決は被告の請求権はその額で存在することについて既判力を生じるとしたのであるが、しかし、事案は前訴で被告の請求権は額で示されていなかったというものであり、実際に被告の請求権が額で示されていたという一事で額についても既判力を認めたというわけではなかった。それでは、その後の判例において前訴で被告の請求権が額で示されていたという事案において、被告の請求権が額で示されていたという一事で額についても既判力を認めたケースがあるであろうか。

一七 JW 1937, 158 は、事案は、家屋の賃貸人 X と賃借人 Y との間でかつて行った賃料減額の合意がどの期間についてのものだったのかについての見解の相違から争いが生じ、前訴において X は Y の一九三四年における延滞賃料の支払いを求めて訴えを起こしたところ、Y は一九三五年四月、五月、六月に関して Y は月二千マルクのみ賃料を支払う義務があるにすぎないことの確認を求めて反訴を起こし、本訴訟答、反訴棄却となった。ところが Y は一九三五年四月、五月、六月の賃料につき X の主張する月三千マルクではなく月二千マルクのみを支払ったにすぎなかった。そこで X は不足分の延滞を理由に賃貸借契約を解除したとして賃貸家屋の明渡を求めて訴えを起こした、というものである。ここでは他の論点とともに、前訴における消極的確認の反訴の棄却により、Y は X に対し一九三五年四月、五月、六月の賃料につき月三千マルクを支払う義務があることに既判力が生じているか否かが問題となった。原審もライヒスゲリヒトもこれを肯定した。次のように判示している。

「消極的確認の訴えが実体的に理由がないとして棄却された場合、それはライヒスゲリヒトの判例によれば、原則として、同時に、消極的確認の訴えによって争われたところの相手方の権利の積極的な確認を意味する。この原則は相手方が主張している特定された請求権に対抗することが消極的確認の訴えの目的と内容であった場合

は常に妥当する（RGZ 90, 290 — 1—）。本件はまさにそういう場合に関する。Xは問題となっている期間につき特定の賃料債権、すなわち月三千マルクの賃料債権を主張していた。Yの提起した確認の反訴において、Yにとって、Yの賃料支払い義務はXの主張する額ではなくもっと低い額であるということが問題であった。これがYの提起した確認の反訴の意味であったことはYが当時の口頭弁論で行った陳述から明らかになる。すなわちYは自分の反訴は事実上の理由や法律上の理由により三千マルクより低い額が支払われるべきである場合のみにおいては額の確認を目的としていると陳述した。それゆえ、Yがその裁判を確認の反訴でもたらせたかった問題は、実際には、一九三二年九月二五日の最初の賃貸借契約で定められた月三千マルクの賃料は一九三五年四月、五月、六月にもなお支払われなければならないかである。カマーゲリヒトはこの問題につき前訴の被告の確認の反訴を棄却した判決によりはっきりと肯定した。それゆえ本件訴訟において控訴審が一九三五年四月、五月、六月につき月三千マルクの賃料債務の存在が前訴の判決により確定されていることを前提にしたのは正しい。」

このように、本判決はRGZ 90, 290を引用しながらも、被告の請求権が額で示されていたという一事で額についても既判力を認めることなく、前訴判決は額についてもはっきりと認めたことを理由に額についても既判力を認めている。なお、Yの消極的確認の訴えは全面的請求であったということもYの具体的な意思により認定しており、Xの請求権が額で示されていたという一事でYの請求は全面的請求であったとはしていない。

一八 SA 93Nr. III S. 293（一九三九年）は、事案は、二元学校経営者Xが一九三三年七月一日から一九三四年二月二八日までの給料の保証債務合計四千マルクと遅延利息の支払いを求めて学校の給料支払債務の保証人Y（その学校が属する協会）を相手取って訴えを起こしたというものであるが、そこで他の論点とともに前訴（XがYと学校を相手取って起こしたがその内容と帰趨は不明）におけるYのXに対する消極的確認の反訴の棄却判決の

既判力が問題となった。なお、同じ期間のXの主たる債務者である学校に対する給料債権の存在は前訴よりも前のXと学校の間の訴訟により確定している。原審もライヒ労働裁判所も消極的確認の反訴の棄却によりXはYに対し一九三三年七月一日から一九三四年二月二八日までの給料の合計四千マルクと遅延利息の支払いを求める権利を有することが確定しているとした。次のように判示している。

「控訴審は量的に特定した請求権に対抗する消極的確認の訴えを実体的に理由がないとして棄却した判決は、確定すれば、同時に確認の訴えの対象であった請求権が相手方に帰属することの既判力による確定を含んでいるということから出発している。この解釈はライヒスゲリヒトの確定した判例と一致する(——RGZ 80 380——)」。その際、判決の射程範囲にとつては、消極的確認の訴えの棄却の理由が決定的である。現在の訴訟で争われているところの、一九三三年七月一日から一九三四年二月二八日までの給料と遅延利息の支払いを求めるXの請求権はまったく同じ範囲においてYがベルリンの労働裁判所に提起した反訴の対象であった。この反訴によって、一九三四年二月一五日のグライヴッツ州労働裁判所の判決の認めたXの請求権はYに対しては存しないことの確認が求められた。この確認請求は、Xの給料債権、それは右のグライヴッツ州労働裁判所の判決において学校に対しては確定したが、今度はYに対して主張されているのであるが、その給料債権はYに対しては理由がないことを確認せよというものであったとしか解されないし、また当事者によってもそのように解されていた。この確認の反訴をYは一九三六年四月三〇日のベルリンの労働裁判所のその点では完全に確定した判決により、しかも判決理由によると、YはXの給料請求に関し共同被告たる学校と同じ範囲で責任があるからという理由で棄却された。それゆえYに対する当該の請求権は実体的に理由があると認められた。したがって控訴審が反訴を棄却した判決によって同時に当時すでに特定していた四千マルクという額と遅延利息においてXはYに対して請求権を

有することが確定していると考えたのは正当である。」

本判决もRGZ 86, 288を引用しながらも、被告の請求権が額で示されていたという一事で額についても既判力を認めることなく、前訴判決は額についても認めたことを理由に額についても既判力を認めている。

一九 そのほか、SA 96 Nr. 20 S. 45（一九四一年）においてもライヒスゲリヒトは、被告の請求権は額で示されていた、あるいは少なくとも最低限の額が示されていたということに加え、「判決で正確に額が示された」とが必要であるとし、本件の前訴においてXの損害賠償請求権は最低限二万マルクというように最低限の額が示されており、棄却判決はまさにXはYに対し最低限二万マルクの損害賠償請求権を有するという理由でなされたのでそのような既判力が生じている、と判断している。なお、被告の請求権の額は最低限の額でもよいとしている点<sup>(註)</sup>が注目される。

二〇 このように、判例において被告の請求権が額で示されていたという一事で額についても既判力を認めたものは存しないようである。<sup>(註)</sup>

注

- (1) 琉大法学五六号三七頁、三八頁。
- (2) Wiczorek, Zivilprozessordnung 2. Aufl. (1976) Anm. Fla. 1 zu § 332
- (3) Arwed Blomeyer, Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren 2. Aufl. (1985) S. 480
- (4) Zöller-Vollkommer. Zivilprozessordnung 18. Aufl (1993) Rdnr. 11 zu § 322
- (5) Münchener. Zivilprozessordnung (1992) Rdnr. 169 zu § 322 (Gottwald)



- (6) Stein-Jonas-Leipold, Kommentar zur Zivilprozessordnung 20. Aufl. (1989) Rdnr. 119 zu § 322
- (7) Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht 15. Aufl. (1993) s. 926
- (8) 琉大法学五六号三五頁、四四五頁。
- (9) Stein-Jonas-Schumann, Kommentar zur Zivilprozessordnung 20. Aufl. (1987) Rdnr. 168 zu § 256
- (10) Rosenberg-Schwab, a. a. O. s. 518
- (11) 琉大法学五六号三三頁、三三三頁、三三七頁、三八頁。Münchener, a. a. O. Rdnr. 64 zu § 256 (Lüke) ノロープ  
イヤーはこれにはふれていないが同様であろう。琉大法学五六号四四頁参照。
- (12) シュタインヨナスのコンメンタールについては、それどころか逆に被告の請求権が額で示されていた場合の請求棄  
却判決も常に額について既判力を生じないとするのではないかと思わせるような文章が存する。この文献はわが国の  
研究者等によって広く読まれていることから、これについてこのでコメントしておく。Stein-Jonas-Schumann,  
a. a. O. は、「(請求権の不存在に向けられた)消極的確認の訴えを棄却する判決は裁判所が肯定した請求権の額  
については既判力を生じない。支払いに向けられた、あるいは積極的確認に向けられた被告の反訴のみがこのよう  
な既判力をもたすことができる。」(Rdnr. 170)とのべており、ここにはこの議論が被告の請求権が額で示されて  
いなかった場合に限る文言は存しないし、この文章のシチュエーションからしてもその場合に限るとは読みにくい  
らである。しかも、その前の版(第一九版、一九七五年)では、「請求権の額の特定のない消極的確認の訴  
えを棄却する判決は請求権の額については既判力を生じない。」となっていたのに、このように改めたことか  
ら、そのような場合に限定しない趣旨であるようにも思われる。しかし、もしそうだとすると一部認容判決をする  
ことができるかという問題、換言すれば原告の請求は全面的請求か一点の請求かという問題において、「申し立ての

の意味により判断される。」(Rdnr. 168)とし、そして全面的請求において一部認容判決をすれば「一部のみ存在する請求権の額についての二番目の訴訟が避けられる。」(Rdnr. 168)としていることと矛盾する。なぜなら被告の主張する額の一部が認められる場合は額について既判力が生じるのに被告の主張する額の全部が認められる場合は額について既判力が生じないということになるからである。また、当該の文章が注で引用している判例・学説(RGZ 90, 290 RGZ126, 18 BGHZ. 72, 23 Jonas JW1930, 142)も前の版がそうしたように被告の請求権が額で示されていない場合の請求棄却判決は額について既判力を生じないということのためには引用できても、被告の請求権が額で示されていた場合も常に額について既判力を生じないということのためには引用できない。それゆえ、当該の文章は内容からして被告の請求権が額で示されていなかった場合に限っての議論であると理解すべきなのであろう。ところが、Stein-Jonas-Leipold, a. a. O. は前述の本文で引用した文章(注(6)に対応する文章)に引き続き「次に進んで(請求権の額の確定に対し)一般的に反対であることについては) §256 Rdnr. 170を見よ。」としてゐる。そうすると、これは被告の請求権が額で示されていない場合の請求棄却判決は額について既判力を生じないとして一般に解されているが、被告の請求権が額で示されている場合でも請求棄却判決は額について既判力を生じないとすべきである、と言っていることになる。しかし、これについては「§256 Rdnr. 170を見よ。」と言っただけであり、理由はまったく不明である。これはシューマンが表現を過つたのをライポルトがよく考えないままにそれにひきつられてしまったとも言つほかなさそうである。それゆえ、この文章は度外視して本文でのべたように理解するのが穏当であろう。

- (21) RGZ 90, 290 RGZ 126, 18 JW 1937, 158 SA 93, Nr. 111 SA 96, Nr. 20 HR 1936, Nr. 1209 Der Betrieb 1958, 19 NJW 1972, 1043 NJW 1975, 1320 NJW 1986, 2508 以下。

(14)

このようにドイツの学説・判例は消極的確認の訴えの請求棄却判決の既判力の違いについて被告の請求権が額で示されていたか否かということを基準にして論じている。しかし、坂田宏「金銭債務不存在確認訴訟に関する一考察(一)(二・完)」「民商法雑誌九五巻六号八—八頁以下、九六巻一号六六頁以下はドイツの学説・判例の状況をこのようには理解しない。これについては後述注(34)を見よ。なお、ドイツの学説・判例についての坂田助教授の理解に関しては、本稿のテーマである一部認容の許否に関するものについては第一〇項で扱うが、請求棄却判決の既判力に関するものについては本項の注でふれることにする。

(15)

判決文にはBGB二一八条一項ということは言われていないが、この条文の適用の可否が問題となっていることは明らかであるので、本文のように表現した。この条文はわが国の民法一七四条ノ二に相当するものであり、本来、裁判上の請求により中断した時効が裁判の確定によりあらたに進行を始める際に適用されるものであり、それゆえこれ自体は時効中断についての規定ではない。ところが、ドイツの学説・判例ではわが国の学説・判例(その状況については、例えば、兼子||松浦||新堂||竹下・条解民事訴訟法八六六頁参照)とは異なり、消極的確認の訴えの提起やそれに対する被告の権利主張によっては被告の請求権につき時効は中断されないと解されているにもかかわらず(学説・判例の状況については、Johannes Baltzer, *Die negative Feststellungsklage aus § 256 I ZPO (1980)* s. 50ff. に詳しい。バルツァーは時効中断を肯定すべきだとする。s. 161ff.)、消極的確認の訴えの請求棄却判決にはこの条文の適用がありうるとされている。そうなると、消極的確認の訴えの請求棄却判決にこの条文が適用される場合は裁判の確定により時効が中断されるかのようになる。否、まさに裁判の確定により時効が中断されるのである。しかし、この条文の一般的な意義からしてそのように言うことははばかられる。そこで、一般には「例えば、「BGB二一八条の消滅時効法上の効果」(Münchener, a. a. O. Rdmr. 169 zu § 322; NJW 1972, 1043) などで表現され

ている。本判決はXのYに対する残額の損害賠償請求権は、前訴におけるXの一部請求たる本訴によっても、Yの消極的確認の反訴の提起によっても、その反訴に対するXの請求棄却の申し立てによっても時効は中断されないとし、また消極的確認の反訴の請求棄却判決は残額の損害賠償請求権について既判力を生じないとして、時効の完成を認めている。

(16) 被告の請求権が額で示されている場合の請求棄却判決は常に被告の請求権はその額で存在することについて既判力を生じるということを肯定する、あるいは肯定すると思われる前述のコメントールや教科書はこの判決を引用しているものと引用していないものがあるが、後者において引用されている別の判決は判決文においてこの判決を引用している。

(17) 坂田・前掲九五巻六号八三七頁は、RGN 90, 285は②aの場合はなんらかの額の残額請求権が「存しうる」ことを意味するとしたとのべているが、九六巻一号七一頁以下ではそれが「存在する」となり、RGZ 90, 285は②aの場合に残額請求権の存在は確定されるとしたものと理解している。しかし、これはおそらく後述の注(19)で紹介するシュエルトにひきつられたもので誤解である。

(18) 実際に被告の請求権が額で示されていないケースにおいて、RGZ 126, 18は不特定の損害賠償請求権に対する消極的確認の訴えの請求棄却は請求権について何も積極的には確認していないとし、またNJW 1972, 1043も同趣旨をのべている。また実際には被告の請求権が額で示されていたケースにおいて、SA 96, Nr. 2は被告の請求権が額で示されていないければ棄却判決により何も積極的には確定されないことを前提にして、JW 1937, 158やSA 93, Nr. 111もそのようなニュアンスがある。なお、Deutsches Recht 1941, 393は実際に被告の請求権が額で示されていないケースにおいて請求棄却判決は請求権の存在を積極的に確定しているとしたものであり、本文で次に

紹介する NJW 1975, 1320 と同じ結論を採ったものであるが、RGZ 90, 290 の② a は請求権の存在についても既判力を生じないことを前提に、本件は額は示されていないが特定していたので RGZ 90, 290 の①に当たるといふことを理由にしている。シェンケはその判例評釈 (Deutsches Recht の同所) において前訴の消極的確認の訴えの反訴の棄却は RGZ 90, 290 の② a に当たり、それゆえ請求権の存在につき既判力は生じていないはずであると批判している。なお、これらの判例のうち SA 93, Nr. 111 Deutsches Recht 1941, 393 NJW 1972, 4043 は B G B 二二八条一項の適用が問題となったケースである。

(19)

事案は前訴において X は損害の一部五万マルクにつき賠償請求の訴えを起こしたのに対し、Y はそれを争うとともに、X は Y に対し五万マルクを越える損害賠償請求権を有しないことを確認せよという消極的確認の反訴を起こし、裁判所は請求権の額は五万マルクをかなり越えるかと判断して本訴認容、反訴棄却となった。本件訴訟において X はさらに損害の一部として二三万マルク余りの賠償請求の訴えを起こしたところ、Y は消滅時効の抗弁を提出。第一審も原審もその抗弁を認めて X の請求を棄却したので、X は前訴における消極的確認の反訴の棄却により B G B 二二八条一項が適用されるため時効は完成していないとして上告した、というものである。前訴で X の損害賠償請求権の総額は示されていないかったので、RGZ 90, 290 の② a に当たり、そのため第一審も原審も X の請求権の存在についても既判力を否定し、そして B G B 二二八条の適用を否定したのであるが、ブンデスゲリヒトホーフは既判力も B G B 二二八条の適用も肯定して原審判決を破棄し差戻した。次のように判示している。

「このような場合、消極的確認の (反) 訴の棄却は、対象としてはすでに具体的に輪郭づけられているところの反訴被告の損害賠償請求権、それはまだ終局的には額が示されていないのでむろん額についてはなお審理を必要とするけれども、そのような反訴被告の損害賠償請求権の積極的確認をまさに意味する。額についてはなお審理を必要とする。」

とするという点では、当部は前述のライヒスゲリヒトの判決が類似の場合の評価において消極的確認の訴えの棄却は今や相手方の債権全部が確認されているというようには既判力を生じないとしたことと同意する。しかし、そのライヒスゲリヒトの判決がそのうえ消極的確認の訴えがすでに額の示されている請求権に対抗していたのではなかった場合は積極的な既判力はまったく生じないと考えた限りにおいては従うことはできない。そのような見解は額の示されていない積極的確認の訴えと額の示されていない消極的確認の訴えの既判力を異なつて決定することになるが、それは正当化できない。」と。

シュールベルトは判例評釈においてこの判決が BGB 二二八条の適用を認めたことに賛成しているが、RGZ 90, 290 とその後の判例も被告の主張する請求権が額で示されていなかった場合でも請求権の存在については既判力を認めていたが、BGB 二二八条の適用については消極的確認の訴えの場合は額についての既判力も要求してきたのであるというように論じている。JR 1976, 18。しかし、RGZ 90, 290 の動機はともかく理屈としては請求権の存在についても既判力を否定したのであり、この判決もこの点を非難している。

バルツァーは請求権の存在については既判力が生じるとすべきであると論じている (Balzer, a. a. O. s. 21ff.; 82:113 f.; 192) しかし、どういふわけか、この問題に関してはこの判決を引用していない。

- (20) NJW 1986, 2508 は給付訴訟において前訴たる消極的確認の訴えの請求棄却判決の既判力が問題となった事件において、右の NJW 1975, 1320 を引用して、正確に額が示されていない請求権に対する消極的確認の訴えの請求棄却は請求権は原因におつて (dem Grunde nach) 存在するといふ積極的確認を意味するのであつて、額につづてはさらに審理を必要とする。そのような確認の意味は後の額の手続 (Betragverfahren) によつての原因判決 (Grundurteil) の意味と同じである、と判示した。そして、それゆえ本件訴訟において原審が X に請求権はまったく帰属しないと判

断したのは違法ではないとした。確かに、原因判決後の額の手続きにおいては額がゼロであるとして請求が棄却されることはありうる。Stein-Jonas-Leipold, a. a. O. Rdnr. 47 zu § 304, 兼子＝松浦＝新堂＝竹下・前掲五〇三頁。(それゆえ、もしこの判決のいうように額が示されていない請求権に対する消極的確認の訴えの請求棄却判決は原因判決のようなものだとすれば、後の給付訴訟は請求棄却になることもありうることになる。そうすると、私が本文でのべたこと、すなわち、本稿で私は一点的請求とは債務は存在するか否か、あるいは下限を越えて債務は存在するか否かの一点勝負の場合であるとし、また一点的請求棄却とはその一点的請求の棄却であり、それにより、債務は存在すること、あるいは下限を越えて債務は存在することが既判力で確定される(にすぎない)とのべてきたが、そうはいえないことになる。なぜなら、私は額がゼロの債務は考えていないからである。これは井上教授が「上限額が示されていない場合の棄却判決はそれぞれ *Mehrbetrag* の存在あるいは何らかの債務の存在を確定するに止まり、その数額いかんについては何らの確定力を持ち得ないものである。」(井上正三・判批・民商法雑誌五四卷四号五三三頁)とした場合もおそらく同様であろう。井上教授が引用したドイツの学説も、この判決の出現前のものであり、「原因において」ということは言っていないし、額がゼロの債務は考えていないことからそのように解される。そうするとこの判決はどのように考えればよいのであろうか。この判決は NJW 1975, 1390 を引用しているが、しかし、後者の判決理由には原因において (*dem Grunde nach*) という表現は見られないし、前述のように、「額についてはなお審理を必要とするけれども、そのような反訴被告の損害賠償請求権の積極的確認をまさに意味する。」とのべているのであって、額がゼロであることもありうることは読めない。それに、事案は前訴において X は損害の一部五万マルクにつき賠償請求の訴えを起こしたのに対し、Y はそれを争うとともに、X は Y に対し五万マルクを越える損害賠償請求権を有しないことを確認せよという消極的確認の反訴を起こし、裁判所は請求権の額は五万

マルクをかなり越える」と判断して本訴認容、反訴棄却となったというものであり、それを後の給付訴訟では五万マルクを越える額はゼロであるとして、すなわち五万マルクを越えないとして請求を棄却することも許されると解しているとはどう思い思えない。はたして、JW 1986, 2508 は正しいのであろうか。また JW 1986, 2508 と NJW 1975, 1320 の関係をどのように考えればよいのであろうか。

近時のコメントールや教科書は被告の請求権が額で示されていない場合の消極的確認の訴えの請求棄却判決について、「請求権の存在を原因において確定するのみである。」とか、「原因判決に類する。」と入っていることは本項のはじめで見たとおりであり、これはこの JW 1986, 2508 の表現に従ったものである。それではこれらのコメントールや教科書は JW 1986, 2508 と NJW 1975, 1320 と同じくどのように評価しているのであろうか。後の給付訴訟は棄却されることもありうるとしているのであろうか。

シュタイン＝ヨナスのコメントールは「その場合は判決は（原因判決のようだ）請求権の存在を原因において確定するのみである。」（Stein-Jonas-Leipold, a. a. O. Rdnr. 119 zu § 322）と述べ、JW 1986, 2508 と NJW 1975, 1320 を引用している。これはおそらく後の給付訴訟は棄却されることもありうることを示しているであろう。シュラーのコメントールは「原因判決に類する。」（Zeller-Vollkommer, a. a. O. Rdnr. 11 zu § 322）と述べ、JW 1986, 2508 のみを引用している。これは後の給付訴訟は棄却されることもありうることを示すことかほは明らかである。シムンナー・コメントールはさらに明確に、「原因におつてのみの請求権の存在の積極的確定を意味する。後の給付の訴えは依然として請求棄却せられよう。」（Münchener, a. a. O. Rdnr. 71 zu § 256 (Lüke)）と述べ、JW 1986, 2508 と NJW 1975, 1320 を引用している。そうすると、これらのコメントールは一点の請求棄却は債務は存在すること、あるいは下限を越えて債務は存在することが既判力で確定されるとは考えていないことになる。



RGZ 90, 290 がこの場合の請求棄却判決は請求権の存在にいつても既判力は生じないとしたこと（NJW 1975, 1320）によって克服されたかに思われたのに、原因においては存在することが確定されるというのが RGZ 90, 290 とはかなり異なるが、この JW 1986, 2508 によって NJW 1975, 1320 の考えは後退せられるのであろうか。また BGB 二二八条一項の適用はどうなるのであろうか。

BGB 二二八条一項の適用についてはミュンヘナー・コンメンタールが論じている。「そのような判決は BGB 二二八条の訴訟法上の効果を生じない。」（MünchKommB, a. a. O. Rdnr. 169 zu § 322 (Gottwald)）と。そして、被告の請求権が額で示されていなかった場合の請求棄却判決は請求権の存在につき既判力を生じないとして BGB 二二八条の適用を否定した NJW 1972, 1043 を引用している。シュタイン・ヨナスのコンメンタールとツェラーのコンメンタールは BGB 二二八条の適用についてはふれていないが、今後、ミュンヘナー・コンメンタールと同じ方向に行くことは十分考えられる。

これらのコンメンタールに対し、ローゼンベルクの教科書は異なった議論をしている。「額において不特定の請求権の不存在が訴えられた場合は、次のように区別する必要がある。原告が何も義務を負っていないと申し立て、裁判所が請求権は発生しているとしてその訴えを棄却した場合は、請求権は原因において存在することが積極的に確定されるにすぎない（BGH NJW 1986, 2508）。これに対し、原告が特定の額を越えては損害賠償の義務を負わないことを申し立てた場合は、この訴えの棄却は、被告は特定の額を越えても請求権を有する」と言っているのである。この場合、被告、すなわち後の原告の損害賠償請求権の消滅時効は中断される（BGH NJW 1975, 1320；反対 BGH NJW 1972, 1043）。」（Rosenberg-Schwab, a. a. O. s. 926）と。しかし NJW 1975, 1320 と NJW 1986, 2508 とは原告が下限を提示したか否かの違いであるとして、いずれの判決も肯定的に評価して両立せよとしてい

る。これは右に見たコメントールと比べれば、私の一点の請求棄却の定義とぶつからないが、なお下限の提示のない場合については私の定義が当てはまらないことになる。はたして、下限の提示のない場合は請求棄却により請求権の存在につき既判力が生じるとすることはできないのであろうか。

NJW 1986, 2508 は次のような事案であった。離婚訴訟に併合して Y（妻）は X（夫）を相手取って、X は Y に対し剰余償還請求権、すなわちドイツの夫婦の法定財産制である剰余共同制による離婚の際の償還請求権を有しないこととの確認の訴えを起したが、請求棄却になった。本件訴訟において X は Y に対し剰余償還請求として一四万マルクの支払いを求めた。原審は前訴判決の既判力によって X の請求を全部棄却することを禁じられていないと考えた（おそらく、この理由により全部棄却したのであろう）。X 上告。ライヒスゲリヒトは事実審理がなお必要であるとして原審判決を破棄し、差戻したが、前訴判決の既判力については原審の考えを支持して、本注のはじめに紹介したように判示した。もっとも、本判決の判決理由は、「消極的確認の訴えが特定の、正確に額の示された請求権に対抗していない場合は、その棄却は、「——」と一般的にのべられているが、判決文によると前訴判決が消極的確認の訴えを棄却した理由は、Y の剰余から X の剰余を差し引くと二万マルク残ることになるが、まだ十分に Y の財産について調査していないのもっと少ない額になるかも知れない。今のところ、X の請求権は排除はされえず、それゆえ消極的確認の訴えは認容されないとということから出発しなければならぬ、というものであった。なお、前訴で X は終局的な額は示していなかったが、Y が一度五万マルクという額を示したことがあって、X は少なくとも五万マルクというように最低限の額は示していたという。

この判決について、シューベルトが判例評釈 (JR 1986, 414) を、ティーツケが判例評釈を兼ねた論文 (DB 1987, 1823) を書いている。いずれも、証明責任を過って消極的確認の訴えの請求を棄却した判決の既判力が問題となった

NJW 1983, 2032 や NJW 1986, 2508 (本判決と同じ頁に掲載されているが、別の事件である。) についてもふれているが、これらの判例は特殊であるので、以下ではそれは度外視してこれらの文献を見ることにする。

シュューベルトは判旨に全面的に賛成する。そうすると NJW 1975, 1320 における判例評釈においてこれまでの判例も請求権の存在について既判力を認めていたとまで言ったこととの関係が問題になるはずだが、本判決の意義は NJW 1975, 1320 によりもたらされた法的不安定性を除去したことにある、と言う。しかし、他方では理由は不明だが BGB 二一八条一項の適用は依然として肯定する。おそらく引込みがつかなくなってしまったのであろう。本判決はシュューベルトを当惑させたようである。

ティーツケは次のように論じている。本判決は前訴は額の示されていない請求権に対抗するものであったとするが誤りである。前訴で X は最低限の額として五万マルクという額を示していたので、五万マルクの請求権は額の示された請求権、五万マルクの請求権を越える請求権は額の示されていない請求権ということになる。Y の消極的確認の訴えはこの両方に対抗していたものと解される。そこで、請求棄却判決の既判力も両方で区別して考える必要がある。額の示されていない請求権に対する部分においては原因判決のようなもので本件のように原因、すなわち Y の剰余が X の剰余より多ければ X は Y に対し償還請求権を有するということは X Y 間で争われてもいないので、請求棄却判決はまったく無意味である。五万マルクという額の示された請求権に対する部分は本来なら請求棄却判決により X は Y に対し五万マルクの請求権を有するということについて既判力が生じるはずである。しかし、それは X は Y に対し請求権を有するという理由で棄却された場合の話である。ところが、前訴判決は X の Y に対する剰余償還請求権は今のところ排除はされないという理由で請求を棄却した。裁判所は X の Y に対する剰余償還請求権は存在するか否か、存在するとすればその額はいくらかということを審理し判断しなければならなかったのにそれを怠った。しかし、それ

を怠ってはならなかったということとそれを現に怠ったということは別問題である。請求権が存在するという理由で請求を棄却したのではない以上、請求権が存在するという既判力は生じない。本判決には結果的にのみ賛成である、と。このようにティーツケは鋭い分析を加えている。とりわけ、額の示された請求権に対する部分について、いかなる裁判をすべきかといかなる裁判がなされたかが区別して論じられていることが注目される。すなわち、本来なら請求権の存在と額について裁判すべきであったのに裁判していないので前訴判決は請求権の存在について既判力を生じない、というのである。これは本文でこれから私が論じようとしていること、すなわち、たとえ額についても裁判すべきであったとしても額については裁判せずに請求権が存在するという裁判しかしていない場合は請求権が存在するということについてしか既判力を生じない、というのとまったく同じ視点に立つものである。しかしながら、今ここで問題になっているところの、額の示されていない請求権に対する消極的確認の訴えの請求棄却判決により請求権の存在につき既判力が生じるかということについては、ティーツケは本件の前訴はまったく無意味だったとするもの、一般的には原因において存在することについて既判力が生じるとするもののようにあり、しかも下限の提示の有無で区別しないので、近時のコンメンタールと同じであると言ってよい。

さて、やはり、一点の請求棄却により請求権の存在につき既判力が生じるとすることはできないのであろうか。ところで、本判決は被告の請求権が額で示されていない場合は請求棄却判決により被告の請求権は原因において存在するということが確定されるにすぎないとしたが、その際、ヴィークツォレクのコンメンタールを引用している。確かに該箇所には、「額が示されていないかつ限り、消極的確認の訴えが請求棄却された場合は、後の給付の訴えは原因判決後の額の手続以上のものでも以下のものでもない。」(Wiczorek, a. a. O. Ann. Flial zu § 322) という文章は存する。しかし、その二〇行ほど前には次のように書かれている。「消極的確認の訴えが棄却された場合は

積極的な請求権が確定される。なぜなら、実体的な棄却は被告の主張する権利の積極的確認をもたらすからである。額の示された確認の訴えや特定の請求権に対する確認の訴えにおいてだけではない。額の示されていない請求権においても積極的確認の訴えの棄却は被告によって提起される積極的確認の訴えの認容のように作用する。それゆえ棄却により相手方にはなんらかの請求権が帰属することだけは確定されるが、いかなる請求権かは確定されない。」(Anm. Pal zu § 322) その「」については他の判例とも NJW 1975, 1320 が引用されている。ここでは請求権の存在につき既判力が生じるとしていることは明らかである。そうすると、「原因判決後の額の手続以上のものでも以下のものでもない。」ということは額面通り受け止めてはならないことになる。つまり、請求棄却判決により「なんらかの請求権が帰属することだけは確定される」、すなわちなんらかの額の請求権の存在につき既判力が生じるが、それは「いかなる請求権かは確定されない。」すなわち額については既判力は生じないので、後の給付訴訟で額について審理判断することになり、その意味では、後の給付訴訟は「原因判決後の額の手続」のようなものであるという趣旨に解すべきである。

ちなみに、本判決よりも前に、バルツァーも一点の請求棄却判決を原因判決になぞらえたが、一点の請求棄却は額は特定できないが「実際の権利関係として断じて (durchaus) 存在する」と考えた場合になされ、それにより原告によって訴訟に持ち込まれた範囲(債権の存在自体の否定)と同じ範囲において解決がもたらされる、とのべている (Balzer, a. a. O. s. 113f.)。

それゆえ、本判決はヴィークツォレクのコメントールを誤解して請求棄却判決は原因判決とまったく同じようなものだとしてしまったのである。むしろ、ヴィークツォレクのコメントールが「原因判決後の額の手続以上のものでも以下のものでもない。」とのべたことがこのような誤解を生んでしまったのであるが——。しかし、同時に

本判決が請求棄却判決は原因判決とまったく同じようなものと解釈してしまったのは前訴判決の特殊性にも原因があったことは疑いない。すなわち、前訴でYはXはYに対し剰余償還請求権を有しないことの確認の訴えを起こしたのであり、前訴の裁判所がそのように扱ったようにYの請求が一点の請求だとしても、XはYに対しなんらかの額の剰余償還請求権を有するか否かを審理し判断しなければならなかった。つまり、Yの剰余がXの剰余より多いか否かを審理し判断しなければならなかった。そして、実際にYの剰余がXの剰余より多いのでXはYに対しなんらかの額の剰余償還請求権を有するという理由で請求を棄却したのであれば、下限の提示の有無という違いはあれNJW 1975, 1188と同じ状況であるので、本判決も請求権の存在については既判力が生じるとしたと思われる。ところが前訴はXはYに対しなんらかの額の剰余償還請求権を有するか否かを審理し判断することなく、今のところ、Xの請求権は排除はされえない、すなわち、（ちゃんと審理していないのだから当然だが）今のところXの請求権が存在しないといえないという理由で、Xの請求権が存在しないことを確認せよというYの消極的確認の訴えを棄却してしまった。そこで、ライヒスゲリヒトはそれ、すなわち前訴判決はXはYに対しなんらかの額の剰余償還請求権を有するか否かについて裁判していないことを理由に、前訴判決により請求権の存在について既判力は生じていないとすればよかったのであるが、これに思い至らずに、額の示されていない場合の請求棄却判決の既判力一般の問題として考えてしまったために、額の示されていない場合の請求棄却判決は原因判決とまったく同じという判旨になってしまったものと思われる。

以上により、一点の請求棄却により請求権の存在につき既判力が生じるとすることに問題はないことが明らかになった、と私は思う。

ところで、一点の請求棄却判決は原因判決とまったく同じではないということ自体は実際上は重要ではない。なぜ

なら後の給付訴訟では額はゼロだとして請求を棄却することは既判力に反し許されないが、ゼロでなければよいので一マルクとか一円と認定することは妨げられないからである。それゆえ、以上の議論はあくまで理論的なものであり、概念の整理にすぎないと言ってもよいくらいのものである。

ただ、原因判決とまったく同じか否かにより、他の問題、例えばBGB二一八条一項の適用の有無が論じられるということになると思われる。ミュンヘナー・コメンタールが、請求権が原因において存在することが確定されるとし、ひきつづき、「そのような判決はBGB二一八条の訴訟法上の効果を生じない。」と論じたことは、そのような疑念を生じさせる。さらに、ローゼンベルクが、「原告が何も義務を負っていないと申し立て、裁判所が請求権は発生しているとしてその訴えを棄却した場合は、請求権は原因において存在することが積極的に確定されるにすぎない(BGH NJW 1986, 2508)」。これに対し、原告が特定の額を越えては損害賠償の義務を負わないことを申し立てた場合は、この訴えの棄却は、被告は特定の額を越えても請求権を有する、と言っているのである。この場合、被告、すなわち後の原告の損害賠償請求権の消滅時効は中断される(BGH NJW 1975, 1320)。「」とのべて下限の有無で区別したのは、結局、下限の提示の有無でBGB二一八条一項の適用が決まるといふ不合理な帰結を認めてしまったことになるが、これも原因判決とまったく同じか否かということが作用しているのである。概念の整理はやはり必要である。

(21)

本判決の評釈において、ハインスハイマーは、②bは確認の利益を欠き許されない、それゆえ反訴の対象が残額請求権にはっきりと限定されていなくても残額請求権に対するものであると解釈すべきであるとのべている。ただし、前訴判決は②bとなされ、残額請求権については審理していないので、本判決が前訴判決に残額請求権についての既判力を否定したのは正しくなく(JW 1917, 853)。Wieszorek, a. a. O. Anm. Fla 1 zu § 322 の同趣旨を

- のべている。これらにおいては、いかなる裁判をすべきかといかなる裁判がなされたかが区別して論じられていることに注意すべきである。SA 74, Nr. 8 S. 14（一九一八年）でライヒスゲリヒトも、RGZ 90, 290 と類似の事案において、前訴がⒶとして請求を棄却したのはあるいは正しくなかったかも知れないが、前訴判決の理由によれば裁判することをはっきりと拒否しているところの残額請求権がXに認められたということは生じない、<sup>1)</sup>している。
- (22) 琉大法字五六号七頁。
- (23) Stein-Jonas-Leipold, a. a. O. Rdnr. 182 zu § 322
- (24) Stein-Jonas-Leipold, a. a. O. Rdnr. 189 zu § 322
- (25) Münchener. a. a. O. Rdnr. 78 zu § 322 (Gottwald)
- (26) Münchener. a. a. O. Rdnr. 81 zu § 322 (Gottwald) なお、菊井∥村松・民事訴訟法Ⅰ一〇七頁も、「当事者が請求として裁判所に判断を求めているも、裁判所が本文での判断を落した場合には、その部分は、脱漏判決（一九五条一項）の目的にはなるが、既判力を生じない。」とする。
- (27) ここでの問題は請求権の存在については裁判されたが請求権の額について裁判されていない場合の既判力いかんであるが、請求権の存在についてさえ裁判されていない場合の既判力いかんについてのティーツケやハインスハイマーなどの議論も参照されるべきである。これについては前述の注(20)、注(21)を見よ。
- (28) Stein-Jonas-Leipold, a. a. O. Rdnr. 190, 191 zu § 322
- (29) Münchener, a. a. O. Rdnr. 82 zu § 322 (Gottwald) これらに対し、菊井∥村松・前掲Ⅰ一〇七頁は、「単に、一八六条に違反した判決も、確定すれば既判力を生ずる。」とのべている。
- (30) RGZ 126, 18 49; RGZ 90, 290 のⒶ 49 「確認の時」また特定されていない場合であるとする。SA 96, Nr. 20



s. 45と同様である。

(31) なお、Gruchot 40 Nr. 26 s. 417 (一八八四年)は、本判決の原審と同様、実際に一点の請求棄却棄却判決に請求権の存在についての既判力を肯定している。

(32) Rosenberg-Schwab, a. a. O. s. 926は、引用はしていないがおそらくこの判例の影響で、最低限の額において特定しているということでもよいことを認めている。なお、その場合の消極的確認の訴えの構造につき、前述の注(20)で紹介したティーツケの分析参照。

(33) 額についても既判力を認めた判例として、ほかにNJW 1983, 2032とNJW 1986, 2508(前述注(20))で紹介した判例と同じ頁に掲載されているが、別の事件である。)があるが、これらは証明責任を過って消極的確認の訴えの請求を棄却した判決の既判力が問題となったもので特殊であるので、本稿では採りあげない。

(34) 以上、消極的確認の訴えの請求棄却判決の既判力についてのドイツの学説・判例を、ドイツの学説・判例は消極的確認の訴えの請求棄却判決の既判力の違いについて被告の請求権が額で示されたか否かということを基準にして論じているが、本当に被告の請求権が額で示されていた場合は常に被告の請求権はその額で存在することについて既判力を生じるとするのを中心に見てきた。

しかし、ドイツの学説・判例は消極的確認の訴えの請求棄却判決の既判力の違いについて被告の請求権が額で示されていたか否かということを基準にして論じているという点について、坂田宏「金銭債務不存在確認訴訟に関する一考察(一)」民商法雑誌九五巻六号八一八頁以下は必ずしもそのようには理解していない。次のように論じている。「ドイツ判例・学説が消極的確認訴訟の棄却判決の効力を区別する基準として用いている『特定性(Bestimmtheit)』の内容を検討する必要がある。判例で問題となった事例は、主として、不法行為に基づく損害賠償請求権に対する

消極的確認訴訟 (RGZ 90, 290 ; BGH NJW 1972, 1043 ; BGH NJW 1975, 1320) と一定額を超える貨料債務の  
 不存在確認訴訟 (RGZ 126, 18 ; RG JW 1937, 158) と関連するものである。不法行為に基づく損害賠償請求訴訟の  
 場合、債権者（被害者）は、しばしば一部請求訴訟を提起する。このとき、請求権の額（債権の額）はいまだ特定し  
 ていないとされることが多いものと思われる。この点で「特定性」とは、請求権がその性質上、額において変動しう  
 るものであるかどうか、ということの内容として有しているものとも考えられる。これは、一定額を超える貨料債務  
 の不存在確認訴訟を「不特定な請求権」に対するものとしたRGZ 126, 18判決が、インフレーションによる貨幣価値  
 の下落に伴い貨料額の再評価が必要になった事件を扱っていることから裏づけられよう。しかし、「特定性」の内  
 容を以上のように請求権の性質と結びつけて理解することには若干の問題がある。一つは、被告（債権者）の請求権  
 が一定額を超えて存在しないことの確認を求める訴訟が、「特定性」のない事例として挙げられていることであり、  
 もう一つは、近時の判例・学説で「特定している (bestimmt)」という基準を「数額を示している (Bestimmert)」  
 という基準に置き換えているものがあることである。いずれも「特定性」の内容が原告（債務者）の申立ての態様に  
 結びついて理解されているのではないかとの疑念を生ぜしめるものである。これをどのように理解すべきか、非常に  
 困難な問題であるが、いずれにせよ、「特定性」の内容が損害賠償請求権と密接に関連することは否定しえないと思  
 われる。」（八四三頁）、と。このように、助教教授は「特定性」の有無は、「請求権がその性質上、額において変動  
 するものであるかどうか」と思われるが、「請求権が一定額を超えて存在しないことの確認を求める訴訟が、  
 「特定性」のない事例として挙げられてい」たり、債権者が「数額を示している」か否かであると言われることもあ  
 り、はっきりしないと行う。しかし、はたしてそうであらうか。

まず、助教教授の言う、「請求権がその性質上、額において変動しうるものであるかどうか」ということが何を意味

するの明らかでないが、不法行為に基づく損害賠償請求権とインフレーションによる貨幣価値の下落に伴う質料額の再評価が挙げられていることからすると、単に債権者が「数額を示している」か否かを問題とするのではなく、債権者が数額を示していない場合でも数額を示すことを債権者に期待できるか否かで区別し、期待できる場合は特定性ありとし、期待できない場合は特定性なしとするもののように思われる。しかし、助教授の挙げる判例はすべて単に債権者が「数額を示している」か否かを問題としている。近時のCOMMENTARYや教科書もすで見たとように単に債権者が「数額を示している」か否かを問題としている。また、助教授は、「請求権が一定額を超えて存在しないことの確認を求める訴訟が、『特定性』のない事例として挙げられてい」というが、これはどういう場合を意味しているのであろうか。これらに関して、助教授は注で次のようにのべている。「Rosenberg, a. a. O. §150 13 (c)は、棄却判決の積極的確認の効力が制限される場合(すなわち、金額に及ばない場合)として、『展開中の損害賠償請求権(im Entwicklung befindlicher Schadensanspruch)』に対する消極的確認訴訟と、被告の請求権が一定額を超えて存在しないことの確認訴訟とを挙げている(ただし、事例としては、RGZ126, 18判決が念頭に置かれているようである)。また、JW 1930, 142のヨナスの注釈は、一定額を超える質料債務の不存在確認訴訟においては裁判官にとって請求認容か請求棄却かの二者択一(auf-*an*)が存在するだけであるとしている。」(八四七頁注(27))と。しかし、この引用の仕方には問題がある。まず、ローゼンベルクの該当箇所は正確には、「その額において特定の請求権、例えばまだ展開中の損害賠償請求権の不存在の確認が求められていたり、被告の請求権が一定額を超えないことの確認が求められている場合には、この消極的確認の訴えの棄却はせいせい、相手方はなんらかの請求権を有することを意味するにすぎず、相手方がすでにその訴訟で(原告または反訴原告として)そのような請求権を主張し勝訴した場合は事情によってはこの(同時に認められた)請求権が存在するということのみを意味する(RG 90,

290, 126, 19 f. —)。(Rosenberg, Zivilprozessrecht, 9 Aufl. (1961) § 150 I 3 (c) ) 之類にすぎず。それゆえ、「展開中の損害賠償請求権」は「その額において不特定の請求権」のひとつの例として挙げられているにすぎないし、また、「被告の請求権が一定額を超えないことの確認が求められている場合には」というのは、次にRGZ 90, 290の②aと②bを引き出すために、そのようになってしまったものと思われる。また、RGZ 126, 19も、その判決では確かに被告の請求権が一定額を超えないことの確認が求められたのであるが、判決はこれを理由に額については確認してはいないとしたのではなく、RGZ 90, 290を引用して、やはり被告の請求権が額で示されていないことを理由に額については確認してはいないとしたのである。また、ヨナスの該当箇所も被告の請求権が額で示されていないことを理由としている。

また、助教教授は別の注で、「ちなみに、Rosenbergの説はSchwabによつて改訂され、Rosenberg-Schwab, a. a. O. § 154 IV 2 (c) で「展開中の損害賠償請求権 (im Entwicklung befindlicher Schadensanspruch)」が挙げられるのみで、賃料債務に関する叙述が削られている。」(八四八頁注(30))と述べている。なるほどそこでは「額において不特定の損害の不存在が訴えられた場合」の請求棄却判決は額については既判力が生じないとしているが(Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 13 Aufl. (1981) § 154 IV 2 (c))、それにより損害賠償請求権以外の請求権についてはこのことは妥当しないと考えるものとは思われぬし、また、ここでは、かえって、「展開中の損害賠償請求権」という文言が削除されている。

このように、助教教授の引用するローゼンベルクやヨナスにおいても被告の請求権が額で示されていたか否かということを基準にして論じているのであり、それゆえ助教教授が個々の判例について、「特定性」というメルクマールの意味は明らかでないと指摘している(八三九頁、八四〇頁、八四一頁)のには賛成できない。

助教授の主張の中心は、ドイツの判例・学説は被告の請求権が額で示されていないというだけで請求棄却判決は額については既判力を生じないとはしていないのではないかと、ということであろうが、このようにドイツの判例・学説は被告の請求権が額で示されていないというだけで請求棄却判決は額については既判力を生じないとしていることは明らかである。また、このことは被告の請求権は額で示されていないのに、裁判所が被告の主張する額を認めて全面的請求棄却をするということとはありえないという事理からも明らかであろう。「請求権がその性質上、額において変動しうるものであるかどうか」は、一点の請求は許されるかという問題においては意味があるが、請求棄却判決の既判力の違いという局面では、せいぜい「請求権がその性質上、額において変動しうるもの」であれば被告は額を示さないことが多く、そのため被告の請求権が額で示されていないということで請求棄却判決は額については既判力を生じないということになる場合が多い、という意味をもちうるにすぎない。このようにドイツの判例・学説は被告の請求権が額で示されていないというだけで請求棄却判決は額については既判力を生じないとしていることは明らかであるが、問題はドイツの判例・学説は被告の請求権が額で示されているということだけで請求棄却判決は額についても生じるとしているのかであり、これについては本文で論じたとおりである。

以上の議論とは関係ないが、ここでついでに次のことについてもふれておこう。助教授は被告の請求権が額で示されていないならば請求棄却判決は額について既判力が生じないとする学説について、「これらの学説の中には、反訴の場合や残額請求権 (Mehranspruch) の場合といった判例で問題となった諸事例に比べて、より一般化した形でこの原則を定式化する傾向がある。その点で、学説の射程距離自体、明らかでない。」(八四二頁)、とのべている。しかし、反訴か否か、あるいは残額請求権か否かで区別する合理的な理由がなければ学説としてはむしろ一般化すべきである。したがって、助教授は一般化自体をではなく、一般化が不当であることを理由を示して批判すべきである。

私見によればRGN 30, 290の②bは反訴の場合しか問題にならないが、それを除けば反訴か否かで区別する理由はない。また、残額請求権か否かというのは、結局、原告が下限を提示したか否かということであろうが、その場合の請求棄却判決は被告の請求権の額は下限を越えているという限りでは額について既判力を生じるのは別として、被告の請求権の全体の額について既判力を生じるか否かについては下限の提示のない場合と区別する理由はないと考える。むろん、これはあくまで請求棄却判決の既判力は額について及ぶかという局面においては、である。

## 九 井上教授の議論に及ぼした影響（その二）

一 すでに見たように、井上教授はドイツの学説を引用して、「申立中で上限が示されていた場合の棄却判決は係争債務全部の存在を確定するものであって、それだけに原告の通常の意味としては、たとえ債務が主張通りに不存在でなくても、単なる棄却でなく一部認容を欲している」と見られる（Stein-Jonas-Schönke, a. a. O. §256 IV; Rosenberg, Lb. 8. Aufl. §150 I 3c; Blomeyer, ZPR. §89 II 3b）。<sup>3)</sup>と論じた。教授はドイツの学説を原告が上限を示したかを基準にしているものと受け止めているが、このことについては後述するとして、教授はこれらの学説を被告の請求権が額で示されていた場合の請求棄却判決は常に被告の請求権はその額で存在することに既判力を生じると解していると受け止めたものと仮定して、検討してみよう。

二 なるほど、教授の引用する文献の当該箇所はシュタイン・ヨナスのコメントール（第一八版、一九五六年）は「請求権の量的特定のない消極的確認の訴えを棄却する判決は請求権の額について既判力を生じない。」<sup>3)</sup>とし、ローゼンベルクの教科書（第八版、一九六〇年）は「一般にはこの棄却は積極的確認の訴えの認容と同じ既判力を生じる。しかも、請求権の不存在の確認が求められている場合のうち、訴えが量的に特定された請求権に対抗

していた場合は常にそうである。……しかし、額において不特定の請求権の不存在が訴えられていた場合には、……せいで被告にはなんらかの請求権が帰属することを意味するにすぎない。」とし、さらにプローマイヤーの教科書(初版、一九六三年)ははっきりと「原告は額の示された金銭について債務を負っていないという確認の訴えの棄却によりその額での原告の債務が確定される。」<sup>①</sup>としているので、教授がドイツの学説は被告の請求権が額で示されていた場合の請求棄却判決は常に被告の請求権はその額で存在することに既判力を生じると解していると受け止めたのも無理もない。しかし、前述のようにシュタイン・ヨナスとローゼンベルクについては、一部認容判決をすることができるかという問題、換言すれば原告の請求は全面的請求か一点の請求かという問題において、被告の請求権が額で示されていれば常に全面的請求とはせずに、「申し立ての意味により判断される。」<sup>②</sup>とか「基準となるのは訴えの意味と目的である。」<sup>③</sup>としていることから、そもそもそのような解することはできない。プローマイヤーについては教授の受け止め方はむしろ正しいが、前項で詳論したようにこの見解は維持できないし、判例においても実質的には採られていない。そもそも、プローマイヤーと同様、教授も被告の請求権が額で示されていた場合の請求棄却判決は常に被告の請求権はその額で存在することに既判力を生じるということの理由をなんら示していないのであり、教授は理由も示さずにただドイツの文献を引用しただけにすぎない。

三 被告の請求権が額で示されていた場合の請求棄却判決は常に被告の請求権はその額で存在することに既判力を生じるのであれば、被告の請求権が額で示されていた場合は被告の請求権の一部は存在するという時は請求棄却判決ではなく一部認容判決をすべきことは当然のことである。そして、古い学説の中では、フェルスター・カンのコンメンタール(第三版、一九一三年)とシュタイン・ヨナスのコンメンタール(第一四版、一九二八年)

がこのように論じたが、近時の学説の中でもヴィークツォレク(Vierck)のコンメンタール（第二版、一九七六年）はつきりはしないが同様の議論をしているように思われる。しかし、被告の請求権が額で示されていた場合の請求棄却判決は常に被告の請求権はその額で存在することに既判力を生じるとはいえないのであり、それゆえこの議論は成り立たない。そもそも、原告の請求は何かという問題に対して判決は何について既判力を生じるかという問題から迫ろうとすることに無理がある。反対に、原告の請求は何かにより裁判所はいかなる裁判をすべきかが決まるのであるし、またいかなる裁判をすべきかということといかなる裁判をしたかということとは区別しなければならぬからである。

四 さて、教授はドイツの学説、判例とは異なり、被告が請求権を額で示していたかではなく原告が上限を示したかを基準にし、ただ被告が請求権を額で示していた場合は原告が上限を示していなくても常に上限を示したものと解すべきであるとする。なるほど、教授の引用するドイツの学説のうちシュタイン(Stein)とブローマイヤー(Brommeyer)については、その文言だけからすれば原告が額を示したか否かを基準にしているように読めなくもない。これに対し、ローゼンベルクは被告が請求権を額で示したか否かを基準にしていることが明らかである。そこでこれらを組み合わせて教授の説が形成されたようにも推測される。しかし、ブローマイヤーは注でローゼンベルクを引用しているし、シュタイン(Stein)もその前後の文章からして被告が請求権を額で示していたか否かを基準にしていることが明らかである。このように教授とドイツの学説、判例とはこの点では一致していない。しかし、請求棄却判決の既判力についての問題点は共通している。被告が請求権を額で示していた場合の請求棄却判決は常に被告の請求権はその額で存在することに既判力を生じるとはいえないのと同様、原告が上限を示した場合の請求棄却判決は常に被告の請求権はその額で存在することに既判力を生じるとはいえない。それゆえ、原告が上



限を示した場合の請求棄却判決は常に被告の請求権はその額で存在することに既判力を生じるから被告の請求権の一部は存在するという時は請求棄却判決ではなく一部認容判決をすべきであるという教授の議論も同様に成り立たない。

五 本項のテーマである「井上教授の議論に及ぼした影響」ということではないが、前項と本項における消極的確認の訴えの棄却判決の既判力についての論述を終えるに当たって、のべたいことがある。それは消極的確認の訴えを棄却する判決の本文は単に「原告の請求を棄却する。」とするのではなく、その判決により何について既判力が生じるのかを明らかにすべきであるということである。例えば、全面的請求棄却であれば、「原告の請求を棄却する。被告は原告に対し一〇〇万円の債権を有することを確認する。」、一点的請求棄却であれば、「原告の請求を棄却する。被告は原告に対しなにかの額の債権を有することを確認する。」とか、「原告の請求を棄却する。被告は原告に対し三〇万円を越えるなにかの額の債権を有することを確認する。」という具合にある。<sup>(9)</sup> そうすれば後に何について既判力が生じているのかという争いが生じるのを防止することができるし、また判決確定前であれば上訴をすべきか否かの判断を誤るのを防止することができる。<sup>(10)</sup>

注

- (1) 井上正三・判批・民商法雑誌五四巻四号(一九六六年)五二八頁以下(五三二頁)。
- (2) Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung 18. Aufl. (1956) Anm. V 1 zu § 256
- (3) Leo Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht 8. Aufl. (1960) § 150 I 3 c
- (4) Arwed Blomeyer, Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren (1963) s. 451

- (5) Stein-Jonas, a. a. O. Anm. VI zu §256
- (6) Leo Rosenberg, a. a. O. §86 I  
 琉大法學五六号三七頁、三八頁。
- (7) 「額の示された消極的確認の訴えにおいては、棄却により同時に権利が示された額において存在することが承認されている。このような場合は、争われている債権の一部のみが確認される時は消極的確認の訴えも完全に認容されたり完全に棄却されるべきではない。」と云う。Wieczorek, a. a. O. Anm. F I a I zu §322
- (8) シューベルトは前項の注(20)で紹介した判例評釈において次のようにのべている。「BGHは正當にも原因判決と消極的確認の訴えの棄却判決の類似性に言及している。そのような棄却判決は請求権の實際の額についてはまだ何も言っていないのであるから、額の不特定な消極的確認の訴えの棄却に結びつけられた制限された既判力を、例えば、『原因における』(dem Grunde nach) 棄却というように、判決主文においてはっきりと表明すべきではないのか問われなければならない。それにより、請求棄却によりあなたも請求権の範囲についてすでに何かが確定されたかのような誤解を防止することができよう。」(JR 11986, 416) と。これは一点の請求棄却の場合はそのことを主文に表現すべきであるとするものである。本文の私見はこれに負っている。しかし、一点の請求棄却と原因判決とを完全に等置すべきではないことはおいても、「原因における」棄却という表現では意味がはっきりしない。むしろ確認される被告の請求権について表現するのが簡明である。また、全面的請求棄却の場合もその旨を主文で示すべきであり、その場合も被告の請求権について表現するのが簡明である。
- なお、古い文献であるが、Lothar Seuffert, Civilprozessordnung für das Deutsche Reich 4. Aufl. (1988) Anm. 10 e zu §231 s. 291 は、消極的確認の訴えを棄却する場合は判決主文に請求棄却とともに積極的確認を表

明すべきである、としている。しかし、その理由についてはふれていない。なお、積極的確認の訴えを棄却する場合は判決本文に請求棄却とともに否定を表明してもよいが必要ではないという (Anm. 10c)。

ちなみに、棄却判決一般について、柏木邦良「棄却判決の既判力―その客観的範囲」判例タイムズ八八一号（一九九五年）三二頁以下（三三五頁）は、「原告の請求を棄却する。」という「現在の判決本文の書式は、それだけが唯一可能な方法ではなく」、「既判力向けの書式をもって構成してもよかつたと思われる。」とする。もっとも、それは、私見のように何について既判力が生じるのかを明らかにするという実益のためではなく、理論的な理由による。教授は「原告の請求を棄却する。」という書式と既判力向けの書式を二者択一で考えているが、「原告の請求を棄却する。」という書式にはそれにより原告の敗訴が一目でわかるといふ長所があるので、併用するのがよいと思う。なお、私の提案は今のところ、特に問題のある消極的確認の訴えの請求棄却判決に限ってのものである。

(10)  
このことは額について既判力が生じるかという問題に限らず、前項の注(20)、注(21)で論じた問題についてもいえる。