

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（三）

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	http://hdl.handle.net/20.500.12000/1821

金銭債務不存在確認訴訟と一部認容（三）

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）（以上本号）

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）

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

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

本款では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を見ることにする。金銭債務不存確認訴訟と一部認容についてはドイツでは多数の判例が存するが、学説は教科書や注釈書などが簡単にふれて¹⁾いるにすぎず、詳細に論じたものは皆無であったが、一九八〇年に発表されたヨハネス・バルツァーの論文が初めてこれについて詳細に論じた。「民事訴訟法二五六条一項による消極的確認の訴え」と題するこの大学教授資格取得のための論文(Habilitationsschrift)は消極的確認訴訟全般について論じた初めての本格的な研究論文であるが、その中でこの問題についても従来の学説・判例を整理するとともに詳細に自説を展開しているのである。そこで以下ではこのバルツァーによる学説・判例の整理を見ることから出発することにする。なお、バルツァー自身の説は独特であり、これは本款の最後に取り上げることにする。

注

(1) Johannes Balzer, Die negative Festsstellungsklage aus § 256 I ZPO (1980) なお、この論文については、すでにわが国でも坂田宏助教授がその論文において随所で引用し、今の金銭債務不存在確認訴訟と一部容認に関しても助教授はバルツァーによる学説・判例の整理を簡潔に紹介している。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八一八頁以下、九六巻一号六六頁以下（一九八七年）。

一 バルツァーによる学説・判例の整理

一 バルツァーは消極的確認訴訟において一部容認判決をすることができるかという問題に関する学説・判例を次のように整理している。その消極的確認訴訟とは金銭債務不存在確認訴訟に限らないが、判例のほとんどは金銭債務不存在確認訴訟であり、^{〔1〕}学説も金銭債務不存在確認訴訟を主として念頭においていることは明らかである。以下、そのまま訳する。

1. 被告には特定の事実関係から債権は帰属していないという消極的確認の訴えは、その事実関係からなんらかの金額の債権を被告が有する場合は完全に棄却されるべきであるという判例が広く行われている。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当該の請求権の否定に向けられた原告の申し立てがそのように縮減されていない限り、訴訟的に許されない。もし原告が被告にはどれだけの額の請求権が帰属し

ているのかについても

裁判をもたらしたのであれば、そのような予備的な申し立てを表明しなければならぬ、という。

II. 被告によって主張されている権利の種類に着目する発言は異なった判断に到達する。求められている否定を一部に制限することは、それらの発言によれば、被告の請求権が額で示されている (De-ziffert) か、さもなければ分割可能 (Teilbar) であり、かつ、そのような部分的な確認でも原告の利益になる場合には可能である。しかしながら、決めてになるのは原告はその申し立てによって何を求めているかである。請求の趣旨自体からでなくとも、少なくとも請求の原因から、場合によっては部分的な確認で満足するという原告の意思が認識できるのでなければならぬ、という。その際、注目されるのは、被告の (一部は認められた) 権利の積極的な確定も裁判官によってなされるべき裁判として共に指示されるのがまればないということである。

例えば額で示されていることといった前述の要件のひとつが欠けていれば、原告が額についての裁判を放棄したのか、それとも被告が請求権をまだ額において特定していないために原告が額について正確な提示ができなかったのかにかかわらず、完全な棄却がなされる。特に被告は主張している請求権を額を示してより正確に特定することを強いられない、という。

III. 三番目の立場も同様に一部棄却は可能だとするが、そのための要件をこれよりも緩やかにする。

この立場も原告の申し立ての目的に着目する。しかしながら、前の立場とは異なり、もはや請求の趣旨や少なくとも請求の原因から認識できる、それゆえ実際に存在する原告の意思を基準にはしない。つづられている文章はむしろそのような意思の (多かれ少なかれ括弧つきの) 単なる推測を表

現している。すなわちその内容からすれば意思の推測であり、また訴えの目的として積極的確認をさらに前面に出している。

原告がすでにその訴えにおいて当該の請求権の一部は存在することを認めている場合は、「請求権は争いのない額を越えては被告に帰属していない」という確認の申し立ては、請求権が一部は認められるべきならば、被告が主張している額以内でいかなる額において存在し、また存在しないかというこの確認の申し立てを含んでいると解さなければならない。」これは間もなく同じ判決機関によって次のようにびしゃっと表現された。「(右に引用した判決において) 当部が認めたように、消極的確認の訴えは、特別の事情がなければ、反訴原告が全面的に否定している請求権がもしかすると存在する額の確認の申し立てを含んでいる。」別の判決は、内容は同じだが、そのように解釈することの理由づけを補って、次のようにのべた。本件において、原告はなるほど被告に対してもはや何も義務を負っていないということから出発した。「しかし、(自分の見方に反して) 何か義務を負っているのであればそれはどれだけかを知ることが必要なはずである。被告にとっては自分の債権の額の確定をできるだけ早く得ることが完全に望ましいということとは自明のことである。そのような双方から生じる要求は一緒になって、互いの法律関係の即時の解明が原告にとっても被告にとっても受け入れられることの根拠を認識させる。」それは要するに次のようなことになる。「被告には原告に対する契約上の損害賠償請求権は生じていないことの確認を求める訴えは原告の一部の責任が認められる場合でも完全に棄却されなければならないという第一審の裁判官の見解には賛成できない。「なぜなら、消極的確認の申し立ては場合によっては制限された意味でも考えられて

いると見るべきだからである。」。

すべての引用文において、訴えのこのような理解によって当事者間のさらなる訴訟が避けられるということが言われている。それにより事実上(一部はさらに明示的に)原告の訴訟目的は何かを決定することについて訴訟経済の考えが援用されている。しかし、これは訴えの解釈とは決して異なる行為である。

バルツァー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問題に関する学説・判例をこのように整理している。これを要約すれば、第一の立場は、消極的確認の訴えは被告のなんらかの額の債権が存在することが判明すれば棄却されるべきであり、もし原告が債務の額についても裁判してほしいのであればその旨の申し立てを予備的に併合しなければならない、というものであり、第二の立場は、請求棄却判決をすべきか一部認容判決をすべきかは被告の主張している債権がどういうものかによる、というものであり、第三の立場は、訴訟経済を考慮して、原告の申し立ては原則として一部の確認の要求を含んでいると解すべきであるので、原則として一部認容判決をすべきである、ということができる。そして、バルツァーの注を見ると、判例はこれらの三つの立場に分かれているが、学説はゾイフェルト・ヴァルスマンのコメントールは結論としては第一の立場で、それ以外はすべて第二の立場に属するということのようである。

二 さて、このバルツァーによる学説・判例の整理は、しかし、それぞれの立場が一部認容の可否について原告の具体的な意思を基準にしているか否かを十分に明確にしているとはいえないし、特に第二の立場は一方では被告によって主張されている権利の種類に着目しているとしつつ、他方では決めてになるのは原告の意思であるとし

ており、この両者の関係が明確にされていないので、私の立場からは大いに不満を感じる。そこで、バルツァーが注で引用している学説・判例に当たり、これらの点を明確にしようと考えた。学説は版は引用されているものと異なるものもあるがすべて入手できたが、判例は残念ながら入手できなかったものもある。以下では、判例、学説の順にこれらの点を明確にすることにしているが、同時に必要に応じて私見の立場からコメントを加えることにする。これまでと同様、以下でも私の創造による全面的請求、一点の請求、全面的請求棄却、一点の請求棄却という用語を用いる。なお、消極的確認の訴えの判例の中には消極的確認の訴えが反訴として提起されたケースもあるが、今の問題については本訴か反訴かにより差異が生じるとは思われないので、原則として本訴か反訴かを区別せず、また反訴原告であっても単に原告と呼ぶことにする。ちなみに、以下に紹介する判例はすべてがライヒスゲリヒトまたはブンデスゲリヒトホーフのいわゆる最上級裁判所の判例である。個々の判例は掲載誌の巻号と頁で表すが、巻号からは判決年がわからないものは判決年も示すことにする。

注

(1) Baltzer, a.a.O. s.57-60

二 第一の立場の判例

一 第一の立場に属するとして引用されている判例⁽¹⁾で最初のもものはRGZ14, 94 (一八八四年)であり、バルツァーが本文中で述べているように、「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

ではない、より狭い表明をすることは許されない」として一点の請求棄却をした。すなわち、本件では「より狭い表明」は求められていないから許されないとしたのであり、これは原告の意思を基準にするものと一応見ることが出来る。しかし、この判決は原告は「より狭い表明」を求めていないと簡単に言い切っており、原告の意思の解釈にはまったくふれていない。これは「より狭い表明」は明示的に求めなければならぬとするものとしてよい。すなわち消極的確認の訴えはそのままでは一点の請求であり、全面的請求にするためには「より狭い表明」が明示的に求められなければならないということである。そして、その明示的に求める求め方について *Recht1910,Nr3789* は「原告が被告にはいかなる額において債権がまだ帰属しているのかについての裁判もたらしたのであれば、このことを適切な予備的申し立てにより表明することは原告のすべきことである。」とのべた。原告の請求が棄却（一点の請求棄却）された場合のみ額の裁判が問題になるのであるから、予備的申し立てというのであろう。 *Recht1829,Nr1312* は原告がそのような予備的併合を行った事例である。この判例では予備的請求は、*Recht1910,Nr3789* の言うような債務の額を確認せよというのではなく、被告には裁判所が確定する額を越えては請求権は帰属しないことを確認せよというものであり、予備的請求の方も一種の消極的確認の訴えの形式を採っている。一定額の債務の存在が確認されても、それ以上は債務は存しないということまで確定するわけではないので、このように予備的請求も一種の消極的確認の訴えの形式を採るべきなのは当然であらう。

このような予備的申し立てをしていない限り、被告のなんらかの額の債権が存することが判明すれば棄却される。予備的申し立てをすれば額についての裁判も得られるとはいえず、予備的申し立てがなければ、たとえ原告が全面的請求の意思を有していても一点の請求として扱われるのである。この立場は原告の具体的な意思を基準にしない。この立場に属する判例において原審判決あるいは第一審判決は全面的請求として扱っていたという事例

はないように思われる。当事者が全面的請求として扱うべきだと主張した事例としては JW1902.127²⁶があり、原審判決が請求を棄却（一点の請求棄却）したのに対し、原告が一部認容判決をすべきであるとして上告したのを退けている。一部認容を求める原告の意思の存在時期との関連はあるが、この判例は第一の立場は原告の具体的な意思を考慮しないことを示している。その他の判例は当事者のこの問題に対する態度はどうだったのかは不明である。

二 この立場は原告の具体的な意思を基準にしないことは明らかであるが、しかし、「より狭い表明」は求められないから許されないというように、考え方としては原告の意思を基準にしていることには注意する必要がある。問題は、「より狭い表明」は一定の形式、すなわち予備的併合という形式によって求められなければならないとしたことよって原告の具体的な意思を無視することになった点にあるのである。バルツァーはこの第一の立場の判例が広く行われていると現在形でのべているが、最も新しいものでも1929年であり、すでに過去のものであるといつてよい。

注

(1) 第一の立場に属するとして引用されている判例の中にはむしろ第二の立場に属すると思われるものや (RGZ 90, 290; JW1931, 1556)²⁷ 今の問題とあまり関係のないものもある (JW1901, 839)。特に JW1931, 1556については後述する²⁸。

(2) 坂田助教は der unbegründete allgemeine Anspruch を「全部棄却判決」と訳しているが（民商法雑誌九六一号六六頁）、本文のように文字通り「理由のない全体の表明」と訳すべきである。これは理由のない全部認容判決と

いう意味である。

三 第二の立場の判例

一次に第二の立場であるが、この立場が一部認容の可否について原告の具体的な意思を基準にしているか否かを見る前に次の二点にふれておきたい。

第一点は分割可能 (teilbar) ということについてである。バルツァーは第二の立場は被告によって主張されている権利の種類に着目するとし、その権利の種類とは額で示されているか、さもなければ分割可能であることであると述べている。この「額で示されているか、さもなければ分割可能」(Beziffert oder sonst teilbar) という表現は後述の JW 1331, 1556 が初めて用いたものであり、学説でもこの表現が使われることがあるが、その意味は必ずしも明らかではない。すなわち、第二の立場は被告によって主張されている権利が額で示されているか、それとも分割可能であってもよい、いずれであっても全面的請求とされる、としているということなのか、それとも額で示されているか否かを問題とするものと分割可能か否かを問題とするものがあるということなのか明らかでない。文字通り解すれば前者ということになるが、しかし、個々の判例を見ると後者であり、それゆえバルツァーの整理も後者でなければならない。ところで分割可能とは一体いかなる意味であろうか。これを通常の意味で理解すればこれはなんら被告によって主張されている権利の種類に着目したことになる。なぜならそもそも分割可能であってはじめて一部認容判決が許されるか否かが問題となるのであり、それゆえ一部認容判決が許されるか否かが問題となる場合は常に一部認容判決が許されるということになるからである。そこでここでいう分割

可能は特別の意味を有すると解さねばならないが、それはいかなる内容であろうか。実はこの分割可能という概念は第一の立場に属する判例との関係を意識し自らと第一の立場に属する判例との間に矛盾はないとするために用いられている。すなわち、RGZ 77, 132（一九一一年）は第一の立場に属する判例との関係について、それらの判例の事実では被告の請求権は量的に分割不可能であり、しかも一部認容にも向けられた原告の意思は確認できないが、本件では被告の請求権は分割可能であり、また一部認容にも向けられた原告の意思が認められるので判例変更にならず連合部判決による必要はないとしたものである。しかし、なぜ第一の立場に属する判例の事実では被告の請求権は量的に分割不可能で、この事件では分割可能なのかは明らかにされていない。この事件では被告の請求権は金銭債権であるが、第一の立場に属する判例の多くも金銭債権に関するもので、事実による違いというものがあるとは思われない。それゆえ分割可能ということの意味はまったく不明である。また、分割可能か否かを問題としたのは私の入手した資料の中ではこの一件だけであり、多くは額で示されているか否かを問題としている。そういうことであるから、本稿では分割可能ということについては度外視し、第二の立場は被告によって主張されている権利が額で示されているか否かに着目する立場であるとして論じること^{（一）}にしよう。

二 第二点は額が示されているということについてである。バルツァーは「例えば額で示されていることといった前述の要件のひとつが欠けていれば、原告が額についての裁判を放棄したのか、それとも被告が請求権をまだ額において特定していないために原告が額について正確な提示ができなかったのかにかかわらず、完全な棄却がなされる。」とのべている。これは原告が額を示さなければ一点の請求として扱われるという意味である。このようにバルツァーは第二の立場は原告が額を示すか否かを基準しているかのように論じている。しかし、これから見るように、第二の立場に属する判例は被告が額を示したか否かを基準にしているのである。このことに注意

しなければならない。

三 さて、第二の立場に属するとされている判例が一部認容の可否について原告の具体的な意思を基準にしているか否かである。第二の立場に属するとして引用されている判例で最初のものはJW187, 529であり、一点の請求棄却をした原審判決を破棄し差し戻したが、その理由は被告の請求権は額で示されているからというだけであり、原告の意思について何もふれていないが、その次のJW1902, 360は、同様に一点の請求棄却をした原審判決を破棄し差し戻したというものであるが、「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」とした第一の立場に属する最初の判例であるRGZ14, 94(一八八四年)を引用し、しかし一定額の金銭債務の不存在の確認を求める訴えは必然的により狭い表明をすることの申し立てを含んでいる、これは金銭を支払えという給付の訴えにおけるとまったく同じである、と判示した。このように訴えはより狭い表明をすることの申し立てを含んでいるから全面的請求として扱うべきだということであり、これは一応原告の意思を基準にしているが、しかし一定額の金銭債務の不存在の確認を求める訴えは必然的により狭い表明をすることの申し立てを含んでいると決めつけており、それゆえ原告の具体的な意思を基準していない。第一の立場が「より狭い表明」は一定の形式によって求められなければならないのに対して、この判例がそのようには考えなかったのはよいが、このように原告の具体的な意思を基準にしなかったという点では第一の立場と同じ問題点を有する。結局、この判例の見解はちょうど第一の立場を裏返したようなものであるといえよう。

四 *Krahn*, JW1938, 3255は一応原告の意思を基準にするという形式もとらず、完全に原告の意思から乖離しているといっている。これは原審裁判所が一点の請求棄却判決をしたのに対し、原告は全面的請求として扱うべき

であるとして上告したが、ライヒスゲリヒトは全面的請求か一点の請求か被告の請求権が額で示されているか否かによって決まるのであり、本件では被告の請求権は額で示されていないから一点の請求であるとして上告を棄却している。

五 これらに対し、原告の具体的な意思を基準にするものも存する。分割可能ということに関して前述したRGZ77,132（一九一一年）はすでに見たように第一の立場に属する判例との関係について、それらの判例の事案では被告の請求権は量的に分割不可能であり、しかも一部認容にも向けられた原告の意思は確認できないが、本件では被告の請求権は分割可能であり、また一部認容にも向けられた原告の意思が認められるので判例変更にならず連合部判決による必要はないとしたものである。ここでは分割可能か否かと一部認容にも向けられた原告の意思が認められるか否かというふたつの基準が相互にどのように関係するか明らかでないが、ともかく分割可能というだけでは一部認容判決は許されず、そのためにはさらに一部認容にも向けられた原告の意思が認められることが必要であるとするのであろうから、原告の具体的な意思を基準にしているということができる。

六 さらに明確に原告の具体的な意思を基準にしたのがJW1931,1556である。バルツァーは注において一方ではこの判例は第二の立場への傾向もあるがまた基本的には第一の立場であるとしつつ、他方では判決文の最初は第一の立場であるかのようにあるが、それに続く文章からして第二の立場であるとしており矛盾している。バルツァーがこの判例をまだ基本的には第一の立場であるとしたのはおそらくこの判例は被告の請求権が額で示されているにもかかわらず一点の請求と解したからであろう。しかし、バルツァーは本文で第二の立場について、内容からして明らかにこの判決を引用して、「しかしながら、決めてになるのは原告はその申し立てによって何を求めているかである。請求の趣旨自体からでなくとも、少なくとも請求の原因から、場合によっては部分的な確認で

満足するという原告の意思が認識できるのでなければならぬ、という。」とのべており、バルツァー自身が第二の立場は被告の請求権がどういふものかには着目するが、それだけで全面的請求か一点の請求かが決まるとするものでは必ずしもないとしているのであるから、これは明らかにおかしい。それに第一の立場はかの予備的併合がなされているか否かのみで全面的請求か一点の請求であるかが決まるといふのであるから、この判決を第一の立場に属すると見るのはとうてい無理である。この判決は明らかにバルツァーのいう第一の立場に属する。

次のように判示している。求められている否定を一部に制限することは、被告の請求権が額で示されているか、さもなければ分割可能であり、かつ、そのような部分的な確認でも原告の利益になる場合には許されるとする一連の判例は「訴えは原告の意思からしていかなる意味を有するかに決定的な重みを置いている。請求の趣旨自体からでなくても、少なくとも請求の原因から、場合によっては部分的な確認で満足するという原告の意思が認識できるのでなければならぬ。しかし、本件においてはそのような意思は確認できない。反対に訴えて求めている原告の利益は争われている期間の原告の賃料債務の完全な否定によってのみ満たされる。請求原因はそのことをはっきりと示している。訴えの意味はともかくはっきりしている。原告は被告が疑っている賃貸借契約の存続がそれから導かれるからこそ、求めている確認に利益を有するのである。原告が賃料支払いを完全に行っていた場合のみ、原告は被告の解除権にさらされない。原告は賃料支払いを一部したというこの確認では原告が訴えて追求している目的を達せられない。賃貸借契約の存続は被告の債権が完全に否定されなければならない場合にのみ保証される。それゆえ二次的には部分的な確認も求められているというように申し立てを解釈することは排除される。原告に重荷を負わずような法解釈の誤りが明らかになることなしに、控訴審裁判所は被告に二六六、四〇マルクを認め、それを越える額のみ請求権の存在を否定した。しかし、このような事実関係と法状態において

は訴えは完全に棄却されなければならない。」と。

ここで第二の立場は「訴えは原告の意思からしていかなる意味を有するかに決定的な重みを置いている。」ということができるが、被告の請求権が額で示されているか否かと原告の意思いかんとの関係は必ずしも明らかではないが、おそらく被告の請求権が額で示されていれば一応、全面的請求と推定されるが、原告の具体的な意思により一点の請求と見るべき場合もあるということであろう。この事案では被告の請求権は額で示されていたと思われるが、このように原告の具体的な意思の解釈によって原审判決とは反対に一点の請求であるとしたのである。原告の具体的な意思を一点の請求と解したのは、原告は被告の解除権行使が無効で貸借借契約は存続していると言いたいだけのために訴えを起こしたと解されるからである。そして、判決文によれば本件で被告はすでに原审において債務の一部でも認められるなら訴えは完全に棄却（一点の請求棄却）されなければならないと主張していたということである。これは被告も原告の請求を一点の請求と受け止めていたということであろう。このこともライヒスゲリヒトが原告の具体的な意思を一点の請求と解した要素になったものと思われる。本件で一点の請求と解したことの当否はともかくとして、このようにこの判決は明確に原告の具体的な意思を基準にしており、この点では高く評価されるべきである。もっとも貸借借契約は存続していると言いたいだけのために訴えを起こすのであれば、貸借借関係存在確認の訴えを起こすのが適当で、本件のように債務不存在確認の訴えでは現在債務が存在するかということを確認するだけで、解除権行使前に債務が存在していたかということを確認するわけではないので適当ではないが、この点はおく。

七 このようにこの判決は明確に原告の具体的な意思を基準にしているという点では高く評価されるべきであるが、それだけにこの判決については私見の立場からのコメントを加えておきたい。⁽²⁾ 私見の立場からはこの判決は

次の二点において問題がある。

第一点は、その原告の具体的な意思を解釈するについての判断資料に関わる。本判決は、「請求の趣旨自体からでなくても、少なくとも請求の原因から、場合によっては部分的な確認で満足するという原告の意思が認識できるのでなければならぬ。」とのべている。これは部分的な確認で満足するという原告の意思は訴え提起時になければならず、しかも訴状の記載からそのような意思が認識できなければならないとしているわけである。しかし、本稿の第一款でのべたように、債務不存在確認訴訟では原告自身、訴え提起の時点では勝訴することだけを考えていて敗訴すれどということになるかを意識していない、すなわち自分は全面的請求をするつもりか、一点の請求をするつもりなのかを意識していないことも少なくないはずであり、それゆえ原告は全面的請求と一点の請求のいずれを訴訟物とすることを被告に表示したものと解されるかを、訴え提起前の事情、訴状の記載、訴え提起後の当事者双方の訴訟進行の有様を総合して判断しなければならぬと私は考えるのであって、この判決のように訴状の記載だけから判断するというのでは狭過ぎる。被告はすでに原審において債務の一部でも認められるなら訴えは完全に棄却（一点の請求棄却）されなければならないと主張していたということであるが、原告はどのように主張していたのかは判決文からは明らかでない。しかし、原審裁判所が一部認容判決をしたということはあるいは原告は全面的請求として扱うべきことを主張していたのかも知れない。そして、だからこそ本判決はそのような訴え提起後の原告の主張は考慮すべきでないという意味で、「請求の趣旨自体からでなくても、少なくとも請求の原因から、場合によっては部分的な確認で満足するという原告の意思が認識できるのでなければならぬ。」と判断したのかも知れない。しかし、それでは狭過ぎる。

第二点は裁判所はどのように原告の具体的な意思を解釈する前に原告の現在の意思を聞くべきであるということ

とである。本稿の第一款でのべたように事故処理の仕方としてはいきなり原告の具体的な意図を解釈するよりも、まずは原告の現在の意思を聞くべきである。そして原告が全面的請求を選択した場合は以後は全面的請求を訴訟物として審理を行う旨の中間判決をし、原告が一点の請求を選択し被告もそれに同意した場合は以後は一点の請求を訴訟物として審理を行う旨の中間判決をし、原告が一点の請求を選択し被告がそれに同意しない場合のみ原告は全面的請求と一点の請求のいずれを訴訟物とすることを被告に表示したものと解されるかを、訴え提起前の事情、訴状の記載、訴え提起後の当事者双方の訴訟進行の有様を総合して判断すべきで、またその判断の結果を中間判決で示すべきである。本件では原告の現在の意思は全面的請求にあると推測される。判決文によれば本件で被告はすでに原審において債務の一部でも認められるなら訴えは完全に棄却（一点の請求棄却）されなければならないと主張していたということであるので、おそらく被告がこの理由により上告したのであろう。原告はならんら原審判決に不服を申し立てていないものと思われる。ということは原告は全面的請求として扱われたことに異議を申し立てていないということであり、原告の現在の意思は全面的請求にあると推測される。しかし、原告の現在の意思は全面的請求にあると断定することはできないし、断定する必要もない。原告に聞けばよいのである。その結果、原告が一点の請求を選択した場合は話は簡単である。被告もそれに同意することは明らかであるのでそのまま一点の請求として扱えばよい。そうすると被告の債務の一部は存在することが原審で認定されているので、原審の一部認容判決を破棄して一点の請求棄却判決をすればよい。中間判決も必要ない。これに対し、原告が全面的請求を選択した場合は、原審で被告は一点の請求であると解したため全面的請求に対するものとしての十分な防御はなされなかったことを考慮して、額について再審理させるために審理不尽を理由に原審判決を破棄し差し戻すべきである。この場合も中間判決は必要でない。このように上告審においては中間判決にはならな

い。なお、以上のような意思確認などの処置は原審にさせるべきで上告審はこのような処置をとることを指示して単に原審判決を破棄し差し戻すべきであるとも考えられるが、当事者の意思を聞くぐらいは法律審が行ってもよく、それによって右にのべたように原告が一点の請求を選択した場合に直ちに自判し速やかに訴訟を終了させることができる。このように私見の立場では本判決は明確に原告の具体的な意思を基準にしているという点では高く評価されるべきであるが、しかし、私見の立場からはこのような問題点がある。

八 以上、第二の立場は被告の請求権が額で示されているか否かに着目するが、この立場に属する判例の中には全面的請求か一点の請求かは原告の意思とはいかなる意味でも無関係に被告の請求権が額で示されているか否かによって決まるとするものもあれば、被告の請求権が額で示されていれば原告は全面的請求の意思があると決めつけているものもあれば、原告の具体的な意思を基準とするものもある、ということである。

九 しかし、そのうち全面的請求か一点の請求かが原告の意思とはいかなる意味でも無関係に被告の請求権が額で示されているか否かによって決まるとする判例はなんとしても不可解である。そこでその判例、すなわち JW1938, 3255を詳しく見てみることにしよう。これは前述したように原審裁判所が一点の請求棄却判決をしたのに対し、原告は全面的請求として扱うべきであるとして上告したが、ライヒスゲリヒトは全面的請求か一点の請求かは被告の請求権が額で示されているか否かによって決まるのであり、本件では被告の請求権は額で示されていないから一点の請求であるとして上告を棄却したものである。原告の上告理由は一点の請求棄却判決ではなく全面的請求として扱うべきであるというのであるが、その際、原告は被告は自分が主張する損害賠償請求権を額で示す義務があるという主張も行っている。本件は第一審でも原審でも一点の請求棄却判決がなされているが、それはおそらく被告の請求権は額で示されていないからという理由だったのであろう。それで原告はこのよう

主張したものと思われる。ライヒスゲリヒトは次のように判示した。上告は額についての裁判をすべきであるとするある判例を引用しているが、「しかし、それは被告がすでに自分の請求権を一定の額で示していたことを前提とする異なる場合である。そのような場合であれば裁判所が、請求権の額の探究によって争いを完全に解決する可能性があるのに、債務者とされている者の確認の訴えを、原告は債権全体を否定しているが債権の一部は理由があるからとして棄却することによって、訴訟から当事者にとっての意味を本質的に奪うことには賛成できない。しかし、本件では事情が異なる。被告はこれまで原告に請求するいかなる額も示していない。被告が額を示す前は、当事者の争いをこの点について訴訟で完全に解決する可能性はまったく存しない。それゆえ上述の判例の理由はここでは成り立たない。また、原告は被告を消極的確認の訴えで攻撃しているのだからといって、被告は額で示すことを、それゆえ被告がまだ全然行つつもりのないことを行うことを強いられるというのは正しくない。この種の確認の訴えは、自称債権者が請求権を主張していることに存する侵害に対し債務者を保護するためのものである。その保護は侵害を越えることはできない。その保護が、被告が、額で示すことによって自分の請求権を発達させ、それによって債務者の侵害をかえって強めることを強られるということを導くということはない。付加するに、本件では控訴審の認定によれば被告は額で示すことがまだまったくできない。なぜなら控訴審判決の判決理由からすれば損害の範囲はまだ見渡せないからである。」

本判決は原告の少なくとも現在の具体的な意思は全面的請求にあるにもかかわらず、原審の一点の請求棄却を支持したのであるが、その理由はこのように被告の請求権が額が示されていない場合の全面的請求の訴えの利益の問題として考えるのが適当と思われるものである。現にMDR1969, 749の原審判決は訴訟物を全面的請求と解し、しかし訴えは許されないと却下したが、その理由は被告が額を示していないことにあるようである（も

っともブンデスゲルヒトホーフはその事件の訴訟物は一点の請求であるとし、しかし一点の請求棄却をしてい(る)。また、一点の請求であっても原告が下限を提示している場合はそれを越えるか否かという限りではやはり額の確定を求めていることになるが、事故の後遺症が生じるおそれもある場合のそのような訴えにつき被告の請求権が額で示されていないことなどを理由に訴えの利益を否定した判例がある。NJW1969, 238がそれであり、奈良教授のいう「先制攻撃的性質を有する消極的確認訴訟」³⁾の事例として興味深い。

このように本判決は訴えの利益の問題として考えるのが適当と思われる理由により原告の具体的な意思は全面的請求にあるにもかかわらず一点の請求としたものである。これは訴訟物は何かの問題と訴えの利益の問題を混同するものであるということが出来る。このふたつの問題を区別するならば、訴訟物は全面的請求であるが訴えの利益なしとして却下すべきであった。ただ、全面的請求と一点の請求は広義の全部請求と一部請求の関係にあるので一点の請求の限度では本案判決、すなわち一点の請求棄却をし、額に関する部分についてのみ訴えの利益なしとして却下することは考えられる。そのように考えれば一点の請求棄却をした本判決の結論とその限りでは同じ結論に達することができる。しかし、本判決がこのような理由ではなく、全面的請求か一点の請求かが原告の意思とはいかなる意味でも無関係に被告の請求権が額で示されているか否かによって決まるとしたのは、逆に被告の請求権が額で示されている場合は、原告の具体的な意思が一点の請求にあることがどんなに明らかであっても常に全面的請求となることになり、問題である。ただ、本判決は被告の請求権が額で示されている場合に原告の具体的な意思は一点の請求にあるにもかかわらず全面的請求としたものではなく、被告の請求権が額で示されていない場合に原告の具体的な意思は全面的請求にあるにもかかわらず一点の請求としたものであり、その結論はあるいは妥当であったということには注意すべきである。

一〇 第二の立場は被告の請求権が額で示されているか否かに着目するが、これは単に被告の請求権が額で示されていれば原告も額を問題にする意思を有するであろう、また被告の請求権が額で示されていなければ原告も額を問題にする意思は有しないであろう、というだけでなく、被告の請求権が額で示されていなければ原告も額を問題にすることはできないからという意味もあるであろう。これに対し、被告の請求権が額で示されている場合に一点の請求の訴えの利益が問題になった判例は見当たらず、それゆえ被告の請求権が額で示されていれば原告も額を問題にしななければならないという意味はないようである。

一一 なお、第一の立場に属する判例の中で原告が被告には裁判所が確定する額を越えては請求権は帰属しないことを確認せよという予備的請求を併合した事例である *Recht 1929, Nr. 1312* は実はその予備的請求の訴えの利益が問題となったもので、この事件では被告の請求権は額で示されていなかったと思われるが、ライヒスゲリヒトは訴えの利益を肯定している。これはこの立場が被告の請求権が額で示されているか否かに着目しないためである。

注

(1) 坂田助教授は「分割可能 (teilbar) の要件はもっぱら複数請求、あるいは性質の異なる部分からなる請求権に関する事例のみで用いられている」と述べている (民商法雑誌九六巻一号七五頁注(48))。しかし、分割可能か否かに重要な意味を付与したのは本文中で引用した *RGZM 138* であり、そこでは金銭債権が対象になっているのである。

(2) 私見については疏大法学五二号一九九頁以下を見よ。

(3) 奈良次郎「消極的確認の訴について」民事訴訟法雑誌二二号(一九七五年)一一一頁。

四 第三の立場の判例

一 最後に第三の立場であるが、その最初の判例であるSA86 Nr.171 S.315(一九三三年)は、被告は原告に
 対し二、九〇マルクを越えては債権を有しないという下限を提示した債務不存在確認の訴えにおいて、原審判
 決は被告の債権は少なくとも五、〇二三マルクであるとして訴えを棄却(一点の請求棄却)したのに対し、ライ
 ヒスゲリヒトは本件では当事者は額について争っているのを額を確定せよとして原審判決を破棄し差し戻したと
 いうものである。そして次のように判示した。「原審の裁判官は申し立てになるほど形式的には可能だが、申し立
 ての本当の意味に合わず、合理的な訴訟経済の原則にも反する解釈を与えた。なぜなら、この基礎の上で表明さ
 れる請求棄却は、形式的な裁判によって、理由なく、当事者の争いの解決を将来の新たな手続に押しやるからで
 ある。請求権の不存在の確認を求める訴えはその請求権が存在することは判明したが被告の主張する額に達する
 か否かは疑わしいという場合にその範囲についての裁判を必要とするか否かという問題は、訴えの意味と目的か
 らそのつど答えられなければならない(JW1931,1556)。すでに訴えにおいて請求権のうち一部分の存在は自認
 されている場合、被告にはその争いのない額を越えては請求権は帰属しないことの確認の申し立ては、原則とし
 て、争いのある部分のうち一部は存在が認められるならば、被告の主張する額以下のいかなる額において存在し
 存在しないかの確認の要求を含んでいると解さねばならない。それはちょうど、支払いを求める申し立ては、原
 則として、より少ない額のみが理由があることが判明した場合にはそのより少ない額の支払いを求める申し立て
 を含んでいるのと同じである。消極的確認の訴えに基づいて出される判決は、そのような場合、争われている請

求権に関して当事者間に存する法律状態につき、額に関して最終的な解決をもたらさねばならない。」

本判決は第二の立場に属する判例のうち原告の具体的な意思を基準にしていることが最も明確な JW1931, 1556 を引用して、「範囲についての裁判を必要とするか否かという問題は、訴えの意味と目的からそのつど答えられなければならない。」と判示しており、原告の具体的な意思を基準にしているが、JW1931, 1556とは反対に原告の具体的な意思は全面的請求であると解している。そのように解した理由は本件では当事者は額について争っているからというにあるが、それに加えて、「すでに訴えにおいて請求権のうち一部分の存在は自認されている場合、被告にはその争いのない額を越えては請求権は帰属しないことの確認の申し立ては、原則として、争いのある部分のうち一部は存在が認められるならば、被告の主張する額以下のいかなる額において存在し存在しないかの確認の要求を含んでいると解さねばならない。」からであり、また「合理的な訴訟経済の原則」も理由とされている。そのうち前者はおそらく原告は債務の存在は認めていてその額を問題にしているので原則としてそれは額についての終局的な解決を求めていると解されるということであろう。後者はむしろ一点の請求棄却では額について新たに訴訟が起こされることになって訴訟経済に反するということである。なお、一点の請求棄却をした原審判決に対し、原告が上告しているが、もしそれが全面的請求として扱うことを求めての上告であれば原告の現在の意思は全面的請求にあるので、そのことも本判決は考慮したのかも知れない。JW1931, 1556のように「請求の趣旨自体からでなくとも、少なくとも請求の原因から、場合によっては部分的な確認で満足するという原告の意思が認識できるのでなければならぬ。」とは言っていないのでその可能性はある。しかし、原告は原審が一点の請求として扱ったこと自体については異議はなく単に請求認容を求めて上告したということもありえないわけではない。私見によればやはり現在の意思の確認が必要である。

二 HRR1933 Nr.340は「一九三三年五月四日に当部が認めたように、消極的確認の訴えは、特別の事情がなければ、反訴原告が全面的に否定している請求権がもしかすると存在する額の確認の申し立てを含んでいる。」と判示して、一点の請求棄却をした原審判決を破棄し差し戻している。一九三三年五月四日の判決とは右の SA86 Nr.171 S.315である。それゆえ本判決は SA86 Nr.171 S.315と同じ理由で原告の具体的な意思は全面的請求にあると解したものと想われるが、SA86 Nr.171 S.315では「すでに訴えにおいて請求権のうち一定部分の存在は自認されている場合」に原則として原告の具体的な意思は全面的請求にあると解していたのに対し、ここではそのような限定なしに消極的確認の訴えの原告の具体的な意思は原則として全面的請求にあると解している。そして実際にも本件では原告は請求権の一部の存在を自認していない。もっとも原告は下限は提示している。すなわち本件では消極的確認の訴えは一部請求の給付の訴えに対し、それを争うとともにその額を越える債務の不存在を主張して反訴として提起されたものであり、それゆえ下限の提示はあるが債務の存在は認めているということではない。このように下限の提示はあるが債務の存在は認めているということではない場合、原告の具体的な意思は下限の提示がない場合よりはより全面的請求にあると推定されるかはひとつの問題であるが、本判決はこれにはふれず一般的に消極的確認の訴えの原告の具体的な意思は原則として全面的請求にあると解している。本判決はこのような原則論だけで本件を全面的請求と解したようにも読める。もしそうであれば不当であるが、本判決は、SA86 Nr.171 S.315を引用しており、特別な事情はないと判断してのことであろう。なお、本件でも一点の請求棄却をした原審判決に対し、原告が上告しているが、それが全面的請求として扱うことを求めている上告で、そのことも本判決は考慮したということも考えられる。なお、本判決では「反訴原告が」とあるが、引用している JW1931.1556は反訴の事案ではないので、これは本件の消極的確認の訴えがたまた

たまた反訴であったのでそのような表現になっただけのことだと思われる。

三 右の判決と同じような事案でやはり一点の請求棄却をした原審判決を破棄し差し戻したJW1936, 511は、「原告がここで（反訴として）提起しているような消極的確認の訴えの取扱についての原則論は本件では必要でない。」とのべている。これは右の判決のように一般的に消極的確認の訴えの原告の具体的な意思は原則として全面的請求にあるというようなことを言う必要はないとするものであろう。そして、本判決は第二の立場に属する判例のうち原告の具体的な意思を基準にしていることが最も明確なJW1931, 1556を引用して、「当事者はその消極的確認の訴えによっていかなる目的を追求しているのかがそのつど審査されなければならないという見解に賛成すべきである。」とする。しかし、ひきつづき次のようにのべている。「原告はなるほど自分は被告に対しもはや何も義務を負っていないということから出発した。しかし、彼の見方に反して何か義務を負っている場合はそれはどれだけかを知ることが彼にとって必要なはずである。被告にとっては、自分の債権の額の確定をなるべく早く得ることが完全に必要であるということは自明のことである。これらの双方から生じる要求は一緒になって、原告にとっても被告にとっても彼らの間の法律関係の即時の解明が重要であるということの理由を認識させる。必要な確認が現在の訴訟でなされるのに新たな訴訟を起こせというのは不経済であり、当事者双方が追求している目的とも一致しない。」これは、その前の「当事者はその消極的確認の訴えによっていかなる目的を追求しているのかがそのつど審査されなければならないという見解に賛成すべきである。」という文章をうけてのものであり、本件における当事者の意思を問題にしているかのようであるが、その内容は消極的確認の訴え一般についていえることである。そして、このように言うならば消極的確認の訴えはすべて全面的請求として扱うべきであるということになる。しかし、原告も被告も常に全面的請求として取り扱われることに利益を感じると決めつけるのは正しくな

い。現に、本判決が引用する *DW 1331, 1556* では被告は債務の一部でも認められるなら訴えは完全に棄却（一点の請求棄却）されなければならないと主張している。肝心の原告の意思としても、原告は債務者であり、債務を負っているか否か、あるいは一定の額を越えて債務を負っているかの確定は求めるが、債務を負っているとされる場合に、あるいは一定の額を越えて債務を負っているとされる場合に、その債務の額の確定までは自分としては求めないということは十分ありうることであり、だからこそ訴訟物は全面的請求か一点の請求かが問題となるのである。訴訟経済を言うのはよいがそれはあくまで原告の具体的な意思の解釈のひとつの基準である条理に当たるものにすぎないのであり、本判決は明らかに行き過ぎである。もっとも判決文からすれば本件では原告はまさに全面的請求として扱うべきであるとして上告しており、このことを本判決が考慮したことはまず疑いがないが、判決理由とされていることの内容はこのように不当である。

四 *SAG7 Nr.16 S.45*（一九四一年）は下限の提示のない債務不存在確認の訴えについて、訴訟経済の考えも援用して申し立てを全面的請求と解した。すなわち、第一審判決は一点の請求棄却をし、原審判決は請求認容判決をし、ライヒスゲリヒトは原審判決を破棄し差し戻したが、その際、もし債務の一部でも存在するならば第一審判決のように一点の請求棄却をするのではなく一部認容判決をせよと説示した。その理由は、「なぜなら本件では消極的確認の申し立ては制限された意味においても意図されていたと見るべきだからである。そのような確認によって当事者間の別の訴訟が避けられもする。」というにある。「本件では」とあるが、これはおそらく第一審で原告は仮に損害賠償義務が存在するとしても被告にも過失があったと主張していることを指しているのであろう。そしてこれは債務の額も問題にする趣旨であると思われるからであろう。本判決では原告の具体的な意思の解釈において何が原則かについてはふれていない。なお、本件では原審の請求認容判決に対し被告が上告してお

り、原告の現在の意思はまったく推測もできない。やはり原告の現在の意思の確認が必要であったと思われる。

五 BGHZ31, 358（一九五九年）は第一審の一点の請求棄却判決を破棄し差し戻した原審判決に対し、差し戻すこととなく額について自判すべきであったとして原告が上告したのに対し、ブンデスゲリヒトホーフは自判せずに差し戻したのは違法ではないとして上告を棄却したというものであるが、その際に本件は全面的請求と見るべきことについても論じている。それは本件では債務の存在は自認されているので原則として原告の意思は全面的請求にあると見るべきこと、一点の請求棄却は訴訟経済に反することであるが、そのほか、「正当にも学説は、そのような確認の訴えは解釈に疑問がある場合は、積明権も行使せずに、請求権はたとえわずかな額であれならかの額において存在するからとして棄却されてはならないとのべている。」としてシュタイン・ヨナスのコメントールが引用されていることが注目される。このように裁判所の積明権に言及していることは原告の具体的な意思を基準にすることをこれまでの判例よりもさらに明確に表現しているということができよう。なお、本件は原告の現在の意思が全面的請求にあることは明らかなる事案である。

六 以上、第三の立場は原告の具体的な意思を基準にするが、訴訟経済も考慮する、ということである。そして原告が債務の存在は自認している場合には原則として全面的請求の意思ありと解すべきであるとするものや、そのような限定なしに原則として全面的請求の意思ありと解すべきであるとするものもある。しかし中には、原告も被告も常に全面的請求として取り扱われることに利益を感じると決めつけるものもある、ということである。なお、第三の立場に属する判例の事案はすべて被告の請求権は額で示されていることが明らかか、そうでなくても額で示されていると思われるが、被告の請求権が額で示されていることも原告の具体的な意思は全面的請求にあるとする。この理由として挙げているのはBGHZ31, 358（一九五九年）のみである。

七 バルツァーは「この立場も原告の申し立ての目的に着目する。しかしながら、前の立場とは異なり、もはや請求の趣旨や少なくとも請求の原因から認識できる、それゆえ実際に存在する原告の意思を基準にはしない。つづられている文章はむしろそのような意思の（多かれ少なかれ括弧つきの）単なる推測を表現している。すなわちその内容からすれば意思の推測であり」、「訴訟経済の考えが援用されている。しかしながら、これは申し立ての解釈とは決していえない行為である。」と評している。しかし、すでに見たように第二の立場に属する判例の中には原告の具体的な意思を基準にしているか否か明らかでないものや、原告の具体的な意思を基準にしないことが明らかなものも存するが、第三の立場は第二の立場に属する判例のうち原告の具体的な意思を基準にしていることが最も明確な JW 1981, 1556 を引用し、原告の具体的な意思を基準にしているのである。なるほど JW 1981, 1556 のように「請求の趣旨自体からでなくても、少なくとも請求の原因から、場合によっては部分的な確認で満足するという原告の意思が認識できるのでなければならない。」とは言っていないが、私見によれば原告の具体的な意思の解釈における判断資料をそのように限定することこそ問題である。また、意思表示の解釈のひとつの基準とされている条理に当たるものとして訴訟経済を考慮することもむしろ適当である。もっとも、原告も被告も常に全面的請求として取り扱われることに利益を感じると決めつけいるものもあり、これは不当であるが、この判決は第三の立場に属する判例の中では例外である。

五 判例のまとめ

以上、バルツァーによる判例の整理に沿って、しかし、それぞれの立場が一部認容の可否について原告の具体的

な意思を基準にしているか否かを見てきたが、ここで全体を見渡せるようにまとめておこう。判例をすべて網羅したわけではないし、外国人である私のすることであるので思わぬ問題点もあるかも知れないが、ドイツの判例は以下のように整理することができるのではないかと思う。

第一の立場は、消極的確認の訴えは被告のなんらかの額の債権が存在することが判明すれば棄却されるべきであり、もし原告が「より狭い表明」についても裁判してほしいのであればその旨の申し立てを予備的に併合しなければならぬ、というものであり、これは消極的確認の訴えは一点の請求であり、ただそのような併合がなされた場合のみ全面的請求となる、とするものである。これは「より狭い表明」は求められていけば許され求められていなければ許されないというように、考え方としては原告の意思を基準にしているが、「より狭い表明」は一定の形式、すなわち予備的併合という形式によって求められなければならないとするので、原告の具体的な意思を基準にしない。この第一の立場はすでに過去のものである。

第二の立場は、被告の請求権がどういふものであるかに着目するが、そのうち被告の請求権が分割可能か否かに着目する判例は一件のみであり、しかも分割可能ということの意味はまったく不明である。それゆえ第二の立場は被告の請求権が額で示されているか否かに着目するものと考えてよい。そして被告の請求権が額で示されているというのは、債権者たる被告が自分の請求権の額を示したということである。この立場に属する判例の中には、被告の請求権が額で示されていれば全面的請求であり額で示されていないければ一点の請求であるというのは一応のもので決めてとなるのは原告の具体的な意思であるとするものもあれば、一応原告の意思を基準にしているが被告の請求権が額で示されていれば原告には全面的請求の意思があると決めつけているものもあれば、原告の意思とのかかわりが不明なものもある。また、原告の意思にかかわらず被告の請求権が額で示されていれば全面的

請求であり額で示されなければ、一点の請求であるとするものもあるが、これは訴訟物は何かの問題と訴えの利益の問題とを混同するものである。ただ、この判例は被告の請求権が額で示されている場合に原告の具体的な意思は一点の請求にあるにもかかわらず全面的請求としたものではなく、被告の請求権が額で示されていない場合に原告の具体的な意思は全面的請求にあるにもかかわらず一点の請求としたものであり、これは原告の具体的な意思を基準に全面的請求としつつも額の確定については訴えの利益を否定し、一点の請求の限度で本案判決をするということによってもほぼ同じ結論に達することができたのであり、それゆえ結論については妥当であったとも評価できるものである。また、原告の意思とのかかわりが不明なものもある。なお、第二の立場が被告の請求権が額で示されているか否かに着目するのは、被告の請求権が額で示されなければ原告も額を問題にすることはできないからという意味もあるようである。

第三の立場は訴訟経済を考慮する。バルツァーは第三の立場は原告の具体的な意思を基準にしないというが、むしろ原告の具体的な意思を基準にし、ただその具体的な意思の解釈において訴訟経済も考慮するにすぎない。それと、原告の具体的な意思の解釈における判断資料を訴状に限定していないようにも思われる。そして原告が債務の存在は自認している場合には原則として全面的請求の意思ありと解すべきであるとするものや、そのような限定なしに原則として全面的請求の意思ありと解すべきであるとするものもある。しかし中には、原告も被告も常に全面的請求として取り扱われることに利益を感じると決めつけているものもあるが、これは第三の立場に属する判例の中では例外である。なお、判例の中には裁判所の釈明権に言及するものもある。

このように見てみると、判例の大部分は少なくとも一応は原告の意思を基準にしており、また第一の立場はすでに過去のものであるので、それを除いて第二の立場と第三の立場についていえば、原告の具体的な意思を基準に

するものが多いし、また原告の具体的な意思に反する取扱をしたことが明らかなのは原告の具体的な意思は全面的請求にあるにもかかわらず一点の請求とした一件のみであり、それは結論においては妥当であったとも評価できるものである、ということができるよう思われる。

六 学説

一 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問題について、これまで見てきたように多数の判例が存するが、学説はバルツァーの説を除けば教科書や注釈書などが簡単にふれているにすぎない。バルツァーの説は独特であり、本款の最後に取り上げることにして、ここではバルツァーが引用している学説について見てみることにしよう。バルツァーの注での引用からして、バルツァーは学説はゾイフェルト・ヴァルスマンのコメントールは結論としては第一の立場で、それ以外はすべて第二の立場に属するもののようにである。ゾイフェルト・ヴァルスマンのコメントールについては後に見ることにして、以下ではそれ以外の、バルツァーが第二の立場に属するとしている学説について見てみよう。それらの学説は、しかし、私見によれば原告の意思との関わりは論者によって異なる。以下では原告の意思との関わりがまったく不明なもの、原告の意思を基準としないと思われるもの、一応原告の意思を基準にするが原告の具体的な意思を基準にするとはいえないもの、原告の具体的な意思を基準にするものの順に見ていこう。

二 ゴルトシュミッツの教科書(第二版、一九三三年)は、「消極的確認の訴えは、その不存在を訴えは主張しているところの請求権が一部は存在する場合は一部のみ棄却されるべきである。」「とのべている。」「一部は存在す

る」という表現からして被告の請求権が額で示されている場合について論じているのであろうが、被告の請求権が額で示されているからとは言っていないので、被告の請求権が額で示されているか否かに着目するものか否かは明らかでなく、それゆえ厳密に言えば第二の立場といえるかは疑問であるが、これから見てゆく学説の中にもこの種のものがあり、ともかく第一の立場ではないということと第二の立場に属するものとしておこう。シェンケ^② シュレーダー^③ ニーゼの教科書(第八版、一九五六年)は、「消極的確認の訴えは一部判決により裁判されうる。」とのべている。ゴルトシュミッツの教科書と同趣旨であろう。これらは原告の意思との関わりはまったく不明である。

三 ツェラーのコンメンタール(第一六版、一九九〇年)は次のように述べている。「消極的確認の訴えは相手方がいかなる形式で主張していたかにかかっているので、申し立てにおいて額を示すことは主張も額で示してなされていた場合のみ要求される。額が示されていない消極的申し立てにおいて主張額が請求原因から明らかになつた場合は、判決における確認は最もよい額に制限され、残りは請求は棄却されなければならない。これに対し、被告の主張が額を示さずになされていた場合には、被告になんらかの債権が帰属するのであれば、請求は全体として理由がないことになる。^③」ここでは原告が申し立てにおいて額を示さなければならぬかという問題とともに論じられているが、全面的請求か一点の請求かは被告の請求権が額で示されていたか否かによる、ということが言われている。しかし、原告の意思との関わりはまったく不明である。

四 ヴィークツォレク^④のコンメンタール(第三版、一九七六年)は次のようにのべている。「被告が特定の請求権を主張している場合は、消極的確認の訴えはその主張が全体として正しい場合、換言すれば被告の請求権が全面的に理由がある場合のみ、(完全に)棄却されうる。それゆえ、原告が過大な要求をしたが、一部は理由がある場

合はこれが認容されるべきである。」「消極的な請求は、展開中であり、かつ相手方はまだ額を示すことができない（このような場合は相手方は額を示すことを強いられることもない）。請求権に対する場合のみ分割不能である。」¹⁾これは被告の請求権が額で示されていた場合は全面的請求であるとすることは明らかであるが、額で示されていない場合は必ずしも明らかではない。おそらくさらに被告が額を示すことができるか否かにより区別し、額を示すことができるのであれば被告に額を示させて全面的請求とし、額で示すことができないのであれば一点の請求とするのであろう。訴えの利益という観点からは興味のある考えであるが、原告の意思との関わりについては原告の意思を基準としないと思われる。

五 エルンスト・コーンは比較的詳細に次のようにのべている。これは第二の立場に属する判例のうち最も明確に原告の具体的な意思を基準にした「W 1381/1556の注釈として書かれたものである。「請求権の不存在の確認の訴えは、係争の請求権は存在はするが、被告が主張する額には達しないことが判明した場合、完全に棄却されるべきか、それとも一部のみ棄却されるべきかという問題についての判例の立場は長い間揺れてきた。本判決が提示した分かれた判例のリストは簡単にさらに長くできる。この問題にふれる文献は一致して一部棄却の可能性を肯定しているが、最近でもまだ厳格な見解に（むろん詳細な理由づけなしに）与するライヒスゲリヒトの判例が出ている。本判決は本件では緩やかな見解によっても請求棄却にならなければならないと説明することに努めることによってこの矛盾を除くことを回避している。確認の訴えの経済的な目的に立ち入る議論は一部棄却の可能性を肯定する見解を是認することにかかっているという見方は誤りではない。この一部棄却の可能性は実際に選択されるべきである。むろんこの確認の訴えを棄却する判決は請求権の全部の存在を確認するという既判力を生じるといふシユタイン・ヨナスにおいて示唆されている考慮が一部棄却の可能性を正当化するのではない。なぜな

ら判決を解釈すれば、そのような確認は意図されていなかったということが明らかになることがありうる（また関係する場合は常にこのことが明らかになるであろう。）からである。緩やかな見解の考慮はむしろ、緩やかな見解だけが、訴訟物の範囲は解釈によって探究されるべき申し立ての意味によって決まるといふ基本的な理解に相応していること、また特に、緩やかな見解だけが、紛争を実質的に解決するのであって、形式的な判決によって当事者を追い払い、原告に彼がすでに最初の訴訟において期待していたところの法律関係の解明を新たな訴えにより請い求めることを強いることを避けているということに依拠している。³⁾」

請求棄却判決の既判力に関する議論については後に取り上げる。「被告が主張する額には達しないことが判明した場合」という表現からして被告の請求権が額で示されている場合について論じていることは明らかであるが、被告の請求権が額で示されているからとは言っていない。全面的請求であるとするこの根拠は明らかに原告の意思に求められている。訴訟経済の考えも見られるが、それも原告の意思に還元されている。ただ、JW1931.1556を批判していることから明らかであるように、原告の意思は全面的請求であると決めつけており、それゆえ一応原告の意思を基準にするが原告の具体的な意思を基準にするとはいえないものというべきである。

六 シドウ＝ブッシュ＝クラントのコメントール（一五版、一九一九年）は次のようにのべている。「消極的確認の訴えが一定の法律関係から相手方にはいかなる権利も帰属していないということに向けられている場合、その訴えはその法律関係から相手方はなんらかの権利を、あるいはなんらかの範囲の権利を有することが判明しただけで棄却される。しかし、そのような全面的に否定する消極的確認の訴えにおいて、このことは常にそうではないというわけではない、あるいは原則としてそうであるにすぎない。むしろ当該の確認の申し立てはいかなる意味でなされ、それにより何が求められているのが問題であり、その際は請求の趣旨だけでなく請求原因も基準に

なる。それにより、相手方の権利はいかなる範囲で、またどういふものとして理由があるのかを確定する裁判所の義務が生じることがありうる。⁽⁶⁾ここでは明らかに原告の具体的な意思が基準になっている。なお、被告の請求権が額で示されている場合に限っての議論ではないし、原則としては一点の請求であるとも言っているので、広い意味でもバルツァーのいう第二の立場に属するとはいえないが、原告の具体的な意思が基準になっているという点で第一の立場よりは第二の立場に近いとはいえよう。

七 シュタイン^{II}ヨナスのコメントール(第二〇版、一九八七年)は次のようにのべている。「消極的確認の訴えにおいて、量的に分割可能な請求権に関して求められている消極的確認が全範囲においては表明されえない場合、訴えはそのまま棄却されるべきか、それとも一部は認容されるべきかという問題は、解釈により、また場合によっては一三九条により探究されるべき申し立ての意味により判断される。なぜなら、被告は一定の額の請求権を(そのままには)有しないということの確認の申し立ては、どの程度少ない範囲でその請求権は被告に帰属しているかということの確認の申し立てを含んでいることがありうるからである。申し立てのそのような意義深い解釈においてのみ、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。原告が、(例えば、被告にはその主張する一万マルクの請求権は帰属しないとか、被告には一万マルクを越えてはいかなる請求権も帰属しないというように)その全体の否定を求めるところの請求権を量的に表示している場合は、疑わしければ、原告は全体的な不存在確認が行えない時はより少ない確認を求めると解すべきである。⁽⁷⁾」ここでも明らかに原告の具体的な意思が基準になっている。被告の請求権が額で示されている場合について論じており、その場合、原告の方でも上限の額を示した場合や原告が下限の額を示した場合のように原告が額を示した場合は具体的な意思が明らかでなければ全面的請求の意思を有するものと解すべきであるという。その理由は明らかでないが、

おそらく原告がこのように額を示しているということは額についての終局的な解決を求めていると推測されるからということであろう。訴訟経済の考えも見られるが、裁判所の釈明権にもふれているようにあくまで原告の具体的な意思が基準になっている。

八 ここでバルツァーが結論としては第一の立場であるとしているゾイフェルト・ヴァルスマンのコメントアルについて見てみよう。ゾイフェルト・ヴァルスマンのコメントアル(第一二版、一九三二年)は次のように述べている。「消極的確認の訴えにより債権、例えば損害賠償請求権の不存在の確認が求められた場合、被告の損害賠償請求権が何らかの額において存在する場合に請求は棄却されなければならないか、それとも求められている否定を係争の義務の一部に制限することが許されるか、について争いがある。二、三の判例は請求の対象が額で示されているか、さもなければ分割可能であり、部分的な確認が原告の利益にかなう限り、後者を肯定している。この問題の解決は、訴えはいかなる内容を有するかという事実問題に帰する。原告が自分はそもそもいかなる請求権ともかわからないことの確認のみに関心がある場合は不存在か訴えの棄却かしかない。しかし、訴えが一〇〇という額の請求権、あるいはそれよりも少ない額の請求権の不存在に向けられている場合は、一部認容一部棄却の判決をすることもできる。」⁽³⁾被告の請求権が額で示されている場合について論じているが、明らかに原告の具体的な意思が基準になっている。これにつきバルツァーは第二の立場としても引用しながら、結論としては第一の立場であるとしている。これはおそらくこの文献がバルツァーが一方では基本的にはまだ第一の立場であると言っているJW1931.1556を引用しているからであろう。しかし、前述したようにJW1931.1556は明らかに第一の立場ではなく、またこの文献も明らかに第一の立場ではない。ともかく明らかに原告の具体的な意思が基準になっている。

九 以上、バルツァーが注で引用している学説について見てきたが、このように原告の意思との関わりは論者によって異なり、原告の意思との関わりがまったく不明なもの、原告の意思を基準としないと思われるもの、一応原告の意思を基準にするが原告の具体的な意思を基準にするとはいえないもの、原告の具体的な意思を基準にするものが存する。

一〇 ところで、バルツァーが注で引用している学説でまだ見ていないものがある。フェルスター¹¹カンのコメントールがそれであり、これは原告の意思を基準としないものであるが、その理由が特殊であるため、後回しにしたのであるが、ここで取り上げることにする。フェルスター¹¹カンのコメントール(第三版、一九二三年)は次のようにのべている。すなわち、消極的確認の訴えが実体的理由で棄却された場合はそれにより法律関係の存在が確定される。「この原則に相応して、その不存在を原告は確認してほしいところの請求権が一部は存在することが判明した場合、裁判所は消極的確認の訴えを全額で棄却してはならない。そのように棄却すると請求権の全体の存在が確定してしまうことになる。むしろここでは一部の不存在を確定すべきである。」¹²ここで「請求権が一部は存在する」という表現から被告の請求権が額で示されている場合についての議論であることは明らかであるが、このような場合、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が生じることになるので、むしろ一部認容判決をすべきであるというのである。このようにここでは請求棄却は当然に全面的請求棄却であるということが前提になって、そこから一部認容判決をすべきことが導かれている。

実はシュタイン¹³ヨナスのコメントールもかつてはこのような議論をしていたのであり、フェルスター¹¹カンのコメントールもこれを引用している。私が入手することのできたのはシュタイン¹³ヨナスのコメントールの第一四版(一九二八年)であるが、次のように論じている。すなわち、消極的確認の訴えが実体的理由で棄

却された場合はそれにより法律関係の存在が確定される。「そこから、申し立てられた消極的確認が全範囲においては表明されえないというだけで消極的確認の訴えの棄却がなされてはならないということが明らかになる。被告は額が示された請求権をまったく有しないということの確認の申し立てはいかなるより少ない範囲で被告はその請求権を有するのかということの確認の申し立てを含んでいる。これは給付の訴えにおけると同様である。」¹⁰⁾ここでは原告の申し立てがそのような一部認容の申し立てを含んでいるとして原告の意思に依拠しているかのようであるが、被告の請求権が額で示されていれば請求棄却は当然に全面的請求棄却であるということであれば、原告がそれよりは一部認容を欲するのはいうまでもないことである。

そこで問題は被告の請求権が額で示されていれば請求棄却は当然に全面的請求棄却であるのか否かということであり、これについては後に考察するが、ここでは前述のエルンスト・コーンが、「むしろこの確認の訴えを棄却する判決は請求権の全部の存在を確認するという既判力を生じるというシュタイン¹¹⁾ヨナスにおいて示唆されている考慮が一部棄却の可能性を正当化するのではない。なぜなら判決を解釈すれば、そのような確認は意図されていなかったということが明らかにすることがありうる(また関係する場合は常にこのことが明らかになるであろう。)からである。」とのべていたことだけは思い起こしておこう。ただ、私には「(また関係する場合は常にこのことが明らかになるであろう。)」という箇所はなぜそうなのか理解できないが。

一一 以上でバルツァーが注で引用した学説はすべて見たことになる。わが国の学説が引用しているドイツの学説はこれらに限られないが、それについては後に必要に応じて見ることにする。

注

- (1) James Goldschmidt, Zivilprozessrecht 2. Aufl.(1932) s.57
- (2) Schönke – Schröder – Niese, Lehrbuch des Zivilprozessrecht 8. Aufl.(1956) s.201
- (3) Zöllner – Stephan, Zivilprozessordnung 16. Aufl.(1990) Anm.IV 1zu § 256
- (4) Wiczorek, Zivilprozessordnung 2. Aufl.(1976) Anm.B 1 c2 zu § 256
- (5) Ernst Cohn in Anm. zu JW1931, 1556
- (6) Sydow – Busch – Krantz, Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz 15. Aufl.(1919) Anm. 1 zu § 256
- (7) Stein – Jonas – Schumann, Kommentar zur Zivilprozessordnung 20.Aufl.(1987) Anm.VIII 1 zu § 256
- (8) Seuffert – Walsmann, Kommentar zur Zivilprozessordnung 12. Aufl.(1932) Anm.3 d zu § 256
- (9) Förster – Kann, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich 3. Aufl.(1913) Anm.6 b zu § 256
- (10) Stein – Jonas, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich 14. Aufl.(1928) Anm. V zu § 256

七 井上教授の議論に及ぼした影響（その一）

一 金銭債務不存在確認訴訟において一部容認判決をすることができるかについてのわが国の議論の出発点になった井上教授の説^①については、第一款で詳細に分析し検討を加えたのであるが、ここでは教授がドイツの学説・判

例をどのように引用しているかについてはふれなかった。今、ここでこのことを見つめることにしよう。井上教授はドイツの判例については引用していないが、学説は引用しており、それらのドイツの学説との関わりにおいて自説を展開しているのです、このことは重要である。

二 第一款でのべたように井上教授の議論は次のように整理される。(ア) 金銭債務不存在確認訴訟において係争債務の額(上限)を原告が提示した場合と提示していない場合とでは請求棄却判決の既判力が何について生じるのかが異なる。上限を提示した場合は係争債務の全部の存在が既判力で確定されるが、上限を提示していない場合はなんらかの債務を負っていること、あるいは原告が下限を提示している場合はその一定額を越えてなんらかの債務を負っていることが既判力で確定されるにすぎない。(イ) それゆえ上限を提示した場合は原告は請求棄却よりは一部認容を欲することが見られるので一部認容判決が許されるが、上限を提示していない場合においては請求棄却を受けても数額をめぐる後訴で更に一戦交えることが可能なので一部認容よりも請求棄却を欲するのが通常であると見るべきである。第一審および原審裁判所の処置はこの原告の意図に忠実であり、その点では評価できる。(ウ)「だが、かかる処置はやはり妥当性を欠く。係争債務の現存額につきなんら確定力をもたない棄却判決をしていても当事者間の紛争の根本的解決は得られぬし、却って数額をめぐる新たな紛争を誘発する。」(エ)「さらに、現存の債務額が審理の結果すでに明らかになった場合は勿論のこと、そうでない場合でも多くは債務額に関する審理が相当程度進められているのであって、その関係人の努力を活かしうる判決こそ訴訟経済の要請に合致するもの、と言わねばならない。」(オ)そこで原告が上限を明示的に提示していない場合でも、「一定の場合、請求の趣旨・原因その他弁論の全趣旨を参看して上限が示された訴えだと『解釈』すべきである。」(カ)しかし、それにとどまらず、「債権者(被告)が金額を示さずに漠然と何らかの債権ありと主張しているのではなく、一定

額の債権を誇称しており、債務者（原告）がこれに対抗して消極的確認の訴を起した場合には、たとえ右一定額が申立中に表示されていなくても、常にそれが示された場合たと「解釈」すべきである。（キ）このような考えに對しては「当事者処分主義・申立主義に對する實質的違背に他ならぬ、という批判」が出るかも知れないが、「訴訟上の申立の解釈につき、相手方の利益・訴訟制度の合理的運営という要請」により「原告の利己的真意を制約することは当然許されてよい、と考へる。」

この井上教授の説に對し、私見の立場から、①上限の提示の有無と請求棄却判決が何を確定するかという問題とをストレートに結びつけていること、②一点の請求における一部認容を觀念していること、③事故処理としてではない「申立の解釈」を行っていること、④事故処理としても「申立の解釈」以外の処置が考えられてよいこと、⑤「申立の解釈」において「相手方の利益・訴訟制度の合理的運営という要請」により「原告の利己的真意を制約することは当然許されてよい」というのは、訴訟物は何かという問題と訴えの利益の問題とを混同するものであり、当事者処分主義に反すること、等の疑問を提示したのであるが、ここでは、さらにドイツの学説との関わりにおける教授の議論について検討してみよう。なお、井上教授の判例評釈が発表されたのは一九六六年で、バルツァーの論文（一九八〇年）よりも前である。

三 井上教授がドイツの学説を引用している箇所のうち今の問題にとって重要なのは次の二箇所である。ひとつは、右の（ア）（イ）に当たる議論においてであり、次のように論じている。「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、と見られるのに對し、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

数額いかにについては何らの確定力を持ち得ないものである (Stein - Jonas - Schönke.a.o. § 256 VI ; Rosenberg.Lb.8.Aufl. § 150 I 3c. Blomeyer.ZPR. § 89 II 3b)。*unter* にかかる場合の原告の意思は、「自己」の主張が全面的に容れられぬ限り単なる棄却を望むのが通常で、一部認容判決はむしろ欲していない、と見るべきであるまいか。⁽²⁾これを以下では便宜上、前段と呼ぶことにする。

そして、もうひとつは、右の(ウ)(エ)に当たる議論の後、(オ)に当たる議論の前においてであり、次のように論じている。「そのための方策として、――――(2)そこで、一般的には、釈明権の行使によって一部認容(現存債務額の確定)への道を開くことが期待され (Stein - Jonas - Schonke.a.o. § 256 VI, Blomeyer, aa.O.s.451, Anm.7) また一歩を進めれば、係争債務が可分な場合には一部認容をなすべきで、それが訴の意図と目的に適合し説く者も存する (Rosenberg.a.o. § 86 I)」。たしかに、一部認容よりは棄却をというのがここでの原告の通常の意図とはいえず、裁判所による現存債務額の認定が自己の主張する線と近いところに落ち着く見込みのある場合など、棄却ではなく一部認容を、という意思を示すこともある。しかし、逆に債権者(被告)の主張額に近づくと見込まれる場合容易に一部認容を求めるとは思えぬし、可分債務につき当然に一部認容を許す見解も、係争債務の上限の示された訴でならともかく、ここでは、上述してきた原告の通常の意図に矛盾してなお説得力に欠ける(現に、ローゼンベルクの前掲掲題は、債務の上限が申立中に示された場合と示されなかった場合との区別を全く意識しないまま一般的に述べられたものであり、後者にもその命題を適用するつもりなのかは疑問である)。要するに単純な棄却判決によって具体的債務額が確定されるものでない以上、この種の見解は前記の目的到達にとって中途半端な、ないしは片手落ちな議論に終らざるを得ない。⁽⁴⁾「このようにすべて、教授は(オ)、さらに(カ)の議論に進んでいる。これを以下では便宜上、後段と呼ぶことにする。

四 さて、後段における議論から明らかのように、井上教授は引用するドイツの学説にそのまま従うのではなく、独自の説を展開している。ここでの教授の議論は要するに、できるだけ当事者間の紛争を根本的に解決することが必要であるという立場から、原告が上限を提示している場合の請求棄却は全面的請求棄却なので原告は一部認容を欲するはずであり問題ないが、原告が上限を提示していない場合の請求棄却は一点の請求棄却であるので、シュタイン¹¹ヨナスやブローマイヤーのように一部認容を欲するか否かについて裁判所が釈明権を行使しても一部認容を欲さないという意思を示すことは当然あるし、またローゼンベルクのように原告は一部認容を欲しているはずであるというのもおかしい、というのである。

五 まずは後段から検討してみよう。後段で教授は「そのための方策として」とのべて、引用するドイツの学説もできるだけ当事者間の紛争を根本的に解決することが必要であるという立場に立っているかのよう論じている。そして、そうであるのにシュタイン¹²ヨナスやブローマイヤーのように釈明権を行使せよというのでは中途半端であるし、そうかといってローゼンベルクのように原告は一部認容を欲しているはずであるというのもおかしくて片手落ちであるというのである。しかし、はたしてこれらの学説は教授と同様、できるだけ当事者間の紛争を根本的に解決することが必要であるという立場に立っているであろうか。またはたしてローゼンベルクは原告は一部認容を欲しているはずであると言っているであろうか。

六 すでに見たようにシュタイン¹³ヨナスは被告の請求権が額で示されている場合について、訴訟経済についてもふれているがあくまで原告の具体的な意思を基準にしており、教授のようにできるだけ当事者間の紛争を根本的に解決することが必要であるという立場には立っていない。これは教授が引用する第一八版(一九五六年)でも同じであり、かえってそこでは訴訟経済についてはふれることなく原告の具体的な意思を基準にしている。⁽³⁾それ

ゆえシユタイン＝ヨナスをこのようなかたちで引用したのは適切ではない。

七 教授が引用するブローマイヤーの教科書の初版は次のようにのべている。「原告はある金額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。原告は一定額を越えては債務を負っていないという確認の訴えの棄却により、原告はその一定額を越えて債務を負っていることが確定されるが、どのくらい債務を負っているかは確定されない。」そして、そのうちの後半についての注において次のようにのべている。「しかし、裁判所は釈明権(一二九条)を行使して債務を負っている額を確定するべきである。」⁽⁶⁾教授はこの注を引用しているのであるが、この注はいかなる意味なのかは明らかでない。なぜなら、本文の後半部分は被告の請求権が額で示されていない場合で、かつ原告が下限を提示した場合のほうであるが、そのように被告の請求権が額で示されていなくても原告の意思が全面的請求であれば全面的請求として扱うべきであるという前提で裁判所は原告の意思を確認するた

めに釈明権を行使すべきであるという趣旨であると理解するのは、被告の請求権が額で示されていない場合は常に一点の請求であるとした前述のJWI 1938, 3255を考えれば躊躇されるからである。ブローマイヤーがこの注で挙げている判例のうち釈明権についてふれているのはBGHZ 31, 358(一九五九年)のみであるが、しかし、これは被告の請求権が額で示されている場合に関するものである。このようにこの注がいかなる意味を有するかは明らかでないが、ともかくこのままでは一点の請求として扱わざるをえない場合に、なるべく全面的請求として扱うために釈明権を行使せよと言っているのであるから、教授と同様、なるべく当事者間の紛争を根本的に解決することが必要であるという立場であると見ることができないわけではない。しかしながら、釈明権の行使にとどめたということは、そもそも教授ほど紛争の根本的解決の必要性を感じていないからであると見ることが出来る。

むしろ後者の見方が自然ではなからうか。

八 教授が引用するローゼンベルクの教科書の第八版(一九六〇年)は次のようにのべている。「注意すべきことは、消極的確認の訴えは、たとえ被害の請求権が一部のみ理由があるということであって、場合によっては完全に棄却されなければならないということである。もっとも確認の申し立てがそのような制限された意味においても考えられている場合や、消極的確認の訴えが否定したい義務が分割可能である場合はその限りではない。そのような場合は訴えは係争の義務が存在しない限りにおいては認容されるべきであり、それ以外は棄却されるべきである。基準となるのは訴えの意味と目的である。」この文章の読み方もむずかしい。教授は係争債務が可分な場合には一部認容判決をなすべきで、それが訴の意図と目的に適うと読んだ。しかし、「基準となるのは訴えの意味と目的である。」というくだりを重視すれば、係争債務が可分な場合には原則として一部認容判決をなすべきであるが、例外としてそうでないこともある、基準となるのは訴えの意味と目的である、というようにも読める。すてに見たようにバルツァーによる学説・判例の整理では、「しかしながら、決めてになるのは原告はその申し立てによって何を求めているかである。」となっており、「しかしながら」とあるので後者の意味で整理されていることが明らかである。また、前者だとすると分割可能か否かに着目したRGZ 71, 132 (一九一一年)は、しかし分割可能か否かだけでなく一部認容にも向けられた原告の意思が認められるか否かも問題にしていることと合わない。ローゼンベルクも後者の趣旨であると思われる。そうだとするとローゼンベルクは原告は一部認容を欲しているはずであると言っているのではなく、原則的には一部認容を欲していると解すべきであると言っているにすぎないことになる。

それに、分割可能ということの意味も実ははっきりしない。分割可能ということが通常の意味でのそれだとす

れば金銭債務は常にこれに当たることになるが、分割可能か否かに着目したRGZ 77/132はそのような意味ではこの言葉を使っていないようであることはすでに見たとおりである。ローゼンベルクがこの言葉を用いたのは判例で使われているのでよくわからないままにそれを引用しただけのことであって、ローゼンベルク自身も金銭債務はすべてこれに当たるといふような意味でこの言葉を使っているのではないと思われる。そうだとするとローゼンベルクは金銭債務不存在確認の訴えの原告は原則的には一部認容を欲していると解すべきであるとも言っていないことになる。

このように、私はローゼンベルクは原告は一部認容を欲しているはずであるとは言っていないと解するのであり、また、そこからローゼンベルクは教授のようにできるだけ当事者間の紛争を根本的に解決することが必要であるという立場には立っていないと解する。

九 以上により、私は教授が「そのための方策として」とのべて、引用するドイツの学説もできるだけ当事者間の紛争を根本的に解決することが必要であるという立場に立っているかのように論じたのは、ブローマイヤーとローゼンベルクについてはそのように受け止めたのも無理もない面もあるが、適当ではなかったと考える。教授のこの引用の仕方がその後の学説に大きな影響を与えたであろうと思われるのでこの点をあえて指摘した。

一〇 それでは前段に移ろう。前段で教授は引用するドイツの学説は原告が上限を提示している場合の請求棄却は全面的請求棄却で原告が上限を提示していない場合の請求棄却は一点の請求棄却であるとしていると言う。しかし、ドイツの学説・判例では、そのように原告が上限を提示しているか否かではなく、被告の請求権が額で示されているか否か、すなわち被告が額を示しているか否かにより区別し、被告の請求権が額で示されている場合の請求棄却は全面的請求棄却であり、被告の請求権が額で示されていない場合の請求棄却は一点の請求棄却であ

るとする議論が広く見られる。教授の引用する学説のうちブローマイヤーとローゼンベルクもそうである。教授はこれらの学説を誤解しているのである。金銭債務不存在確認訴訟において一部容認判決は許されるかについての教授の議論は、請求棄却判決は何について既判力を生じるかということ、すなわち請求棄却は全面的請求棄却か一点の請求棄却かということを非常に重視し、ここから出発しているのであるが、このようにこの点でドイツの学説の誤解があったのである。

一一 しかしながら、一部容認判決は許されるかという問題について請求棄却判決は何について既判力を生じるかということ重視し、それから出発したということは、あるいは正しい論じ方なのかも知れない。すでに見たようにシュタイン・ヨナスの古い版やフェルスター・カンは被告の請求権が額で示されている場合は請求棄却は当然に全面的請求であるとし、そこから一部容認判決は許されるということを導いている。しかし、そこでのべたように、問題は被告の請求権が額で示されている場合は請求棄却は当然に全面的請求であるのか否かということである。

一二 そこで次にこの問題についてのドイツの学説・判例を見て、この問題について検討することにしよう。そして、それは原告が上限を提示している場合の請求棄却は全面的請求棄却で原告が上限を提示していない場合の請求棄却は一点の請求棄却であるという井上教授の議論が正しいかということについても解答を与えるはずである。

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。

(2) 以下については、疏大法学五二号一七七頁以下を見よ。

- (3) 井上・前掲五三三頁。
- (4) 井上・前掲五三三頁。
- (5) Stein - Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung 18.Aufl.(1956) Anm. V1 zu § 256
- (6) Arwed Blomeyer, ZivilprozessrechI.Erkennntisverfahren (1963) s.451 454ff 2.Aufl.(1985) s.480-481ff。
- (7) Leo Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht 8.Aufl.(1960) s. 404 454ff Rosenberg
- Schwab,Zivilprozessrecht 14.Aufl.(1960) s.551-552ff。
- (8) Stein - Jonas - Schumann, a.a.O.は必ずしも見なまらぬ「量的に分割可能な請求権」の消極的確認として「一部認容判決の可否を論じており、分割可能とらうことは一部認容判決の可否を論じる当然の前提とされている。ローゼンブルクのいう「分割可能」がこれと同じ意味だとは思われない。