

# 訴えの変更と訴訟物<sup>\*</sup>

宇都宮 遼 平<sup>\*\*</sup>

はじめに

第一章 ドイツにおける議論

第一節 現行法の制定過程

第一款 CPO 制定以前

第二款 CPO 制定以後

第二節 現行法における運用と議論

第一款 ZPO263条

第二款 ZPO264条の意義

第三款 ZPO264条 1号

第四款 ZPO264条 2号

第五款 ZPO264条 3号

第二章 日本における議論

第一節 現行法の制定過程

第一款 明治23年民事訴訟法

第二款 大正15年民事訴訟法

第二節 現行法における運用と議論

第一款 「請求の基礎の同一性」要件

第二款 「著しい訴訟手続の遅滞」要件

第三款 方式および態様

第三章 検討

第一節 両国間の相違と問題点

第二節 「請求の基礎」について

第三節 「利益」について

第四節 検 討

おわりに

はじめに

原告が、訴訟係属後に、訴状の記載事項である請求の趣旨またはその原因を変更することによって、その訴えにより審判を申し立てている事項の同一性や範囲を変更することを、訴えの変更（民訴法143条）という<sup>(1)</sup>。すなわち、訴えの変更は当初の訴えによって開始された訴訟手続を維持しながら、その中身である請求をとりかえることを意味し、請求の趣旨もしくは原因またはその双方を変更すること<sup>(2)</sup>でなされる。

従来、訴えの変更は訴訟物の同一性や範囲を変更するものであることから、訴えの変更にあたるかどうか（訴えの変更の「有無」）の問題は、訴訟物の範囲が決まればそれが分かるものとされ、また請求の併合（民訴法136条）、二重起訴の禁止（同142条）、既判力の客観的範囲（同114条）をも併せた訴訟物理論の4つの試金石と呼ばれる場面において、統一的に規律するに適した訴訟物の概念規定の追求に研究が向かってきたことから、訴えの変更は、訴訟物の範囲を画する重要なファクターの一つとされてきた<sup>(3)</sup>。しかし、近時、この試金石の場面でまさに訴訟物を基準としない議論が進行しており、訴えの変更の場面においても、訴訟物の範囲を画する重要なファクターとされてきた訴えの変更の「有無」の問題は後退し、単に訴えの変更が認められるかどうか（訴えの変更の「許否」）の問題が重要視されるようになってきたように思われる。訴えの変更の「有無」の問題は、訴訟物の範囲が狭小であれば訴えの変更が頻繁に「有」ることになり、その点を殆ど問題にすることなくそのような訴えの変更の「許否」の問題に移行するという側面を有する。また他方で、訴えの変更が無ければ同一訴訟物の枠内での単なる攻

撃防禦方法の変更とみなされ、訴えの変更の「許否」の問題にかかることなく認められるという側面を有する。したがって、それが訴訟物理論上単なる攻撃防禦方法の変更となるものであれ、訴えの変更となるものであれ、裁判実務上問題となるのはそのような変更の「有無」の問題ではなく、それが訴訟経過において必要な場合に認められるかどうかという変更の「許否」の問題であるということが、訴えの変更の「許否」の問題が重要視されるようになった要因の一つとして挙げられよう<sup>(4)</sup>。また、訴えの変更の「許否」の問題についても、その基準となる「請求の基礎」の概念により、訴訟物理論から切り離されて議論されてきたように思われる。請求の基礎の概念については種々の説明がなされてきたが、結局のところいずれの説によってもその適用の結果に大差は生じないため、近時は訴えの変更を許容する合理的根拠から、その内容を定めるべきであるとされている<sup>(6)</sup>。

このように、訴えの変更についての問題は、今や訴訟物理論から切り離された一つの独立したテーマとして把握される趨勢にある。しかし、訴訟における訴えの変更の役割は、訴訟物をどのように把握するかによって変容する。すなわち、上記の通り、訴訟物の範囲を狭く解する場合、訴訟経過において頻繁に訴えの変更が問題となると考えられるが、訴訟物の範囲を広く解する場合、単なる攻撃防禦方法の変更として処理されるものが多くなり、そこにおいて訴えの変更の問題は後退する。したがって、訴えの変更と訴訟物理論との関連性を全く否定することは、妥当でない。

ところで、日本における訴えの変更は、追加の変更が原則であり、交換的変更は訴えの取下げまたは請求の放棄として扱われることとなっている<sup>(7)</sup>。したがって、換言すれば、日本における訴えの変更は事後的な請求の客観的併合といえることができる<sup>(8)</sup>。また、裁判実務において旧訴訟物理論を採用しているとされる日本においては、訴訟物の範囲を狭く解するために、先述のように訴訟経過において頻繁に訴えの変更が問題となることになるが、民訴法143条2項が「請求の変更は、書面でしなければならない」と規定するとこ

ろ、判例は、請求原因のみの変更の場合は書面によることを要しないとして<sup>(9)</sup>いる。後述するように、これはかつての裁判実務に合わせて規定された民法143条2項の反対解釈に従う結論であるが、他方で、判例理論は請求原因を攻撃防禦方法とほぼ同一視しているものと評価する見解もある<sup>(10)</sup>。更に、訴えの変更の「有無」の問題よりも「許否」の問題の方が重要視され、またこれを認める必要が出てくるため、先述のようにその基準としての「請求の基礎」の概念の内容については合目的な解釈がなされてしまっているという現状にあり、これにより、請求の基礎の概念は訴えの変更の許否の基準としては極めて緩やかなものとなってしまっている<sup>(11)</sup>。訴訟物が審判対象の基本単位であるということを前提とするならば、その変更を生じる訴えの変更は後述するところの本来の意味からすれば例外的な場合のみ認められるべきものであるところ、以上のことから、日本においては訴えの変更が頻繁に認められるものとなっており、またそれが本来の意味での訴えの変更といえるのかどうか疑わしいものとなっているのである。そしてそれは、日本の裁判実務において固持されてきた旧訴訟物理論そのものの限界に起因しているものではないかと考えられるのである。本稿においては、このような問題意識の下、訴訟物理論との関連の中で訴えの変更の役割を再検討することに取り組みたいと思う。

検討の方法について説明する前にまず述べておかなければならないことは、日本の明治23年民事訴訟法（以下、「旧旧民法」という。）における訴えの変更についての規定は、1877年のドイツ旧旧民事訴訟法典（以下、「CPO」という。）の規定をそのまま承継したものであるということである。したがって、まず日本の訴えの変更についての規定の基礎となったドイツの訴えの変更について、現行法の制定過程から現行法における訴えの変更の運用までを概観していく（第一章）。そしてその後、日本の訴えの変更について、同様に現行法の制定過程から現行法における訴えの変更の運用までを概観していく（第二章）。そして、ドイツおよび日本の両国間の訴えの

変更の概念および運用を比較したうえで、日本の訴えの変更の問題点を指摘した後、その解決方法を検討していくことにする（第三章）。

## 第一章 ドイツにおける議論

### 第一節 現行法の制定過程

#### 第一款 CPO 制定以前<sup>(12)</sup>

CPO 制定以前においては、訴えの変更の禁止は、訴えの取下げの禁止と並んで、原告の訴訟義務、すなわち原告の訴訟を外形上判決に至るまで追行する義務、および被告の判決を求める権利、すなわち第一期日における原告の請求の簡約化した主張と、これに引き続いて直ちに原告の面前において被告が行う、原告の主張の厳格な否定（請求棄却の要求）をその内容とする「争点決定（羅：litis contestatio）」によって被告に帰属する、開始された訴訟について本案判決を受ける権利から導き出されてきた。すなわち、原告の請求についての応訴によって被告は、提起された訴えから終局的に解放されることを求め、訴訟を一方的な意思表示によって消滅させる原告の権利は消失するものとされていた（訴えの取下げの禁止<sup>(14)</sup>）。しかし、この訴えの取下げの禁止は、訴えの変更を認めてしまうと、結局従来<sup>(13)</sup>の訴訟の目的を他のものへと代え、旧訴を一方的な意思表示によって消滅させることと異ならず、その実質を失うこととなってしまう。したがって、訴えの変更の禁止もまた、まさに原告の訴訟義務の実現、すなわち被告の判決を求める権利の保護から導き出されるものであった。訴えの変更は原則として争点決定まで<sup>(15)</sup>にのみこれを行うことができ、争点決定後には、被告が全く新しい防禦を要求されるかどうかという点によって許否が判断された。また、訴えの変更後においても被告には、元々の主張についてこれを棄却する判決を要求する権利は残されたままであるべきであると考えられ、その結果場合によっては二つの判決が下されたものとされている<sup>(16)</sup>。

#### 第二款 CPO 制定以後から ZPO 制定まで<sup>(17)</sup>

1877年のCPOは、被告が提起された請求についてこれを棄却する本案の判決を受け、再度の訴えの提起から解放される利益、または最初の訴えについての防禦、すなわちそれについてした準備を維持する被告の利益の保護という観点から、従来の訴えの変更の禁止を緩和するかたちで、被告の同意なくして訴えの変更をすることができない旨を規定した(CPO235条2項3<sup>(19)</sup>号)。ただし、被告が承諾しないことが著しい訴訟の遅延を惹起し、また変更により被告の被る不利益が僅少であるため、いかにも不合理であることもあるので、同240条はこのうち「請求の基礎の変更なくして」、「事實上又は法律上の申述を補充又は訂正するとき」(1号)、「本案又は附帯請求について訴えの申立てを擴張又は縮減するとき」(2号)、または「後に生じた事情變更を理由として、当初に請求した目的物に代えて、別の目的物又は利益を請求するとき」(3号)を、「訴えの変更とみなさない」と規定していた<sup>(20)</sup>。また、被告が不当に同意を拒むことも多く、その後の1898年の改正において、訴えの変更を、それによって裁判所の判断に従い被告の防禦が本質的に妨げられないとされた場合にも適法とされた<sup>(21)</sup>。そして1924年の改正においては、被告の利益のみではなく、原告の利益をもより強く考慮すべきとされ、裁判所が相当と認める場合(いわゆる相当性——sachdienlichであること——の要件)にも適法となった<sup>(22)</sup>。こうして、被告の同意に加えて、相当性の要件により、訴えの変更は本質的に緩和されたかたちで、現行のドイツ民事訴訟法典(以下、「ZPO」という。)に継受されていった<sup>(23)</sup>。また、CPO240条は内容的に変更されないまま、1898年の改正によりドイツ旧民事訴訟法典(以下、「旧ZPO」という。)268条に、そして1976年の簡素化の改正によりZPO264条に継受されていった<sup>(24)</sup>。

## 第二節 現行法における運用と議論

### 第一款 ZPO263条

ZPO263条は、「訴えの変更は、訴訟係属が生じた後は、被告が同意し又

は裁判所が相当と認める場合に許される」と規定する<sup>(25)</sup>。条文上、訴えの変更の定義は存在しないが、一般的には訴状によって確定された訴訟物の変更と定義されている<sup>(26)</sup>。すなわち、訴訟物は原告から請求された法律効果を具体化する訴えの申立て（Antrag）およびその根拠づけのために主張された、原告が要求する法律効果を導き出す生活事実関係（Lebenssachverhalt）から構成され（二分肢説）、これによれば訴えの申立てまたは生活事実関係の変更は常に訴えの変更が成立する<sup>(27)</sup>。したがって、訴えの変更の「有無」につき、ドイツにおいてはまさに訴訟物理論の問題（それが訴えの申立てまたは生活事実関係の変更にあたるかどうか）として把握されることになる。

訴えの変更は、構造上「旧請求の取下げと新請求の提訴」とされる<sup>(28)</sup>。したがって、交換的変更が訴えの変更の原則となる。冒頭で述べたように、事後的な請求の客観的併合たる追加的変更を訴えの変更の原則とし、交換的変更は訴えの変更の独自の類型ではなく、追加的変更と訴えの取下げ（または請求の放棄）とが組み合わせられたに過ぎないとする日本の判例の立場とは逆の取り扱いということになる。日本の判例においては、交換的変更の場合には訴えの取下げについての民訴法261条2項に基づき、本案応訴後においては被告の同意が要求されるが、ZPO263条が被告の同意を訴えの変更として掲げているため、被告の判決を求める権利は保護されることになるから、この点で問題は生じないように思われる。

他方、ドイツにおいては、追加的変更は上記訴えの申立ておよび生活事実関係という訴訟物のいずれかまたは双方の交換が存在しないため、訴えの変更の規定が適用されるかどうかにつき争いがあるが、判例および通説はこれを認めているものとされている<sup>(29)</sup>。この場合、日本におけるのと同様に事後的な訴えの客観的併合として扱われる<sup>(30)</sup>。

上記の通り、被告の同意の要件は、被告の判決を求める権利の保護の要請から導き出されてきたものであるが、この同意は、黙示のものでよく、「被告が、訴えの変更について異議を述べずに変更された訴えの口頭弁論に

において応訴したときは、訴えの変更について被告の同意があったものとみなされる<sup>(31)</sup> (ZPO267条)。

上記の通り、相当性の要件は、原告の利益保護をもより強く考慮に入れるべきであるという要請から導き出されてきたものであり、それまでの訴訟資料(特に提出された証拠)が利用可能な裁判の法律状況が残されており、終局的な法的紛争の解決を許すことが促され、そのため新たな訴訟を回避すべきであると判断された場合に充足される<sup>(32)</sup>。この場合、訴訟遅延や被告の不利益は、相当性の要件の充足のための障害とはならない<sup>(33)</sup>。ただし、原告が、訴訟の性格を変更しそれまでの訴訟追行の結果を利用できないものへとしてしまうであろう、全く新しい訴訟資料を提出する場合には、相当性の要件は充足されないこととされている<sup>(34)</sup>。

このように、ZPO263条の規定する訴えの変更は、まず被告の利益保護の観点から被告の同意を要件として掲げ、原告・被告間の利益衡量の下で相当な場合には原告の利益保護の観点から訴えの変更を認めるという構造となっている。

## 第二款 ZPO264条の意義

既に述べた通り、ZPO264条はCPO240条をそのまま継受したかたちで規定されたものであり、「請求の基礎の変更なくして」、「事実上又は法律上の申述を補充又は訂正するとき」(1号)、「本案又は附帯請求について訴えの申立てを拡張又は縮減するとき」(2号)、または「後に生じた事情変更を理由として、当初に請求した目的物に代えて、別の目的物又は利益を請求するとき」(3号)を、「訴えの変更とみなさない」と規定する<sup>(35)</sup>。この規定は訴えの変更のいくつかの場合をZPO263条および同267条の意味での裁判所の裁量から切り離すことによって訴訟経済に適った訴訟の処理を促進し、裁判所にとっての訴訟追行を簡素化するための規定であるとされている<sup>(36)</sup>。

「請求の基礎(Klagegrund)」とは原告から訴えの申立てのために主張された生活事実関係または事実複合体(Tatsachenkomplex)のことである<sup>(37)</sup>。



したがって、後述するように、日本における「請求の基礎」概念とはその内容を異にするように思われる。<sup>(38)</sup>

従来、この規定については誤解があったように思われる。それは、「訴えの変更」に当たらない場合（Keine Klageänderung）」という表題に掲げられた文言から、ZPO264条を訴えの変更の有無の問題を規定するものとして把握し、それを日本における議論と直接に比較させていたということである。しかし、既に述べた通り、ドイツにおける訴えの変更は、被告の判決を求める権利の保護の態様として被告の同意の要件と強く結びつけられたものであり、ZPO264条は、被告の同意（および後に要件として加えられた相当性）を要しないという点でまさに、そのような訴えの変更に「当たらない場合」を規定するものなのである。<sup>(39)</sup>「請求の基礎の変更」が無いとはすなわち原告から訴えの申立てのために主張された生活事実関係の変更が無いということであるが、ZPO264条 2号および 3号（後述するように 1号は独立した規定のため除く）はいずれも訴えの申立ての変更が問題となる場面を規定するものであり、二分枝説によれば訴訟物に変更が生じていることになる。したがって、換言すれば、ZPO264条は、あくまで訴えの変更の一類型、すなわち同263条の要求するところの被告の同意または相当性の要件を必要としない訴えの変更を規定するものであるといえるのである。<sup>(40)</sup>日本法との比較において、訴えの変更の有無の問題を規定するものとしてこれを把握することは、妥当でない。

### 第三款 ZPO264条 1号

ZPO264条 1号は、「請求の基礎の変更なくして」「事実上又は法律上の申述を補充又は訂正するとき」を、「訴えの変更とみなさない」と規定する。

ZPO264条 1号につき、二分枝説によれば事実上又は法律上の申述は訴訟物のためには何らの意味をも持たず、その補充または訂正もまた訴訟物の変更、すなわち訴えの変更を生じないものであるから、これはZPO264条の中<sup>(41)</sup>にあって独立した規定であるとの評価がなされている。

#### 第四款 ZPO264条2号

ZPO264条2号は、「本案又は附帯請求について訴えの申立てを拡張又は縮減するとき」(2号)には、被告の同意を不要とする旨規定する。他方で、ZPO269条は、訴えの取下げについての規定であるが、「訴えは、被告が本案について口頭弁論を開始するときまでに限り、被告の同意なくして取り下げることができる」(1項)とし、口頭弁論開始後の訴えの取下げには被告の同意が必要であると規定する。特に訴えの申立ての量的な縮減と訴えの取下げとの両方の要件を満たす場合、両規定の関係が問題となる。

両規定が同時に重疊的に適用されるとする説(Kumulationslehre)(以下、「重疊説」という。)は、ZPO264条2号と同269条1項とが重疊的に適用される結果、口頭弁論開始後の訴えの申立ての縮減については被告の同意が必要であるとする<sup>(42)</sup>。これに対し、両規定のいずれか一方のみ排他的に適用されるとする説(Isolationslehre)(以下、「分離説」という。)は、この場合、ZPO263条および同264条2号が排他的に適用される結果、被告の同意を不要であるとし、ZPO269条はただ訴えの全部取下げについてのみ適用される<sup>(43)</sup>とする。

1876年のCPOの起草委員会においては、訴えの変更を被告の同意なくしてもまた認めるという主張が、被告の判決を求める権利を根拠とする指摘によって退けられたとされているが、そこに訴えの変更の禁止と訴えの取下げの禁止との間の意義および目的の一致をみることには慎重を要し、むしろ準備なくして新訴へ裁判所が従事することの回避という訴訟経済上の事情に、訴えの変更の禁止の根拠は見出されている<sup>(44)</sup>。したがって、訴えの変更の禁止を原告の訴訟義務と結びつけることは、少なくともCPOの起草委員会の記録からはこれを導き出すことはできないとされている<sup>(45)</sup>。ここに、原告の訴訟義務、ひいては被告の利益保護の観点からではなく、訴訟経済や審理の非効率化の防止といった公益保護の観点からの訴えの変更の禁止の根拠づけが見られる。しかし、不意打ちを受けた被告を保護することは、歴史的には、訴

えの変更の禁止の目的とされており、ZPO264条2号および3号もまた、被告にその防禦の置き換えを全くさせないものであり、被告に要求されるところの訴えの変更を適法とするという点で、被告の不意打ちの防止が訴えの変更の規定の観点の一つであるということを証明するものであるとされている<sup>(46)</sup>。このことから、被告の防禦を困難にせしめることのないZPO264条2号および3号の場合にもまた、被告の同意が必要でないとされたのである。

しかし、訴えの申立ての量的な縮減の場合においては、ZPO269条が被告に付与しているところの裁判を求める権利が剥奪されることになってしま<sup>(47)</sup>う。したがって、判例・通説は重畳説に与するものとされている<sup>(48)</sup>。

#### 第五款 ZPO264条3号

ZPO264条3号は、「後に生じた事情変更を理由として、当初に請求した目的物に代えて、別の目的物又は利益を請求するとき」（3号）を、「訴えの変更とみなさない」と規定する。

ZPO264条3号の「別の目的物……を請求するとき」とは代償請求（Surrogat）の場合を、「利益……を請求するとき」とは損害賠償請求（Schadensersatz）の場合をそれぞれ指しており、前者における「目的物（Gegenstand）」とは訴訟上の「訴訟物（Streitgegenstand）」ではなく、原告から請求された「係争物（Objekt）」を意味するものであるとされている<sup>(49)</sup>。また、後者は消極的利益（信頼利益喪失による損害—Vertrauensschaden—）に代えて積極的利益（不履行損害—Nichterfüllungsschaden—）を請求する場合を指す<sup>(50)</sup>。

ところで、近時クリストフ・アルトハンマー（Christph Althammer）教授によって提唱された訴訟物理論に関する新説（以下、便宜上「利益説」という<sup>(51)</sup>）は、CPO240条以来その内容を変更することなく継受されたZPO264条について、CPO当時において既に、請求された目的物の質的同一性および原告の利益に向けられた手続集中の趨勢が存在したということを示すものであると評価する<sup>(52)</sup>。そして、損害賠償はただZPO264条3号の意味での利益給付の形式の一つに過ぎず、新たな請求は従来の請求のために同等のも

のとみなされ得なければならないと主張する<sup>(53)</sup>。したがって、これによればZPO264条3号の場合は、手続対象(Verfahrensgegenstand, Prozessgegenstand)としての訴訟物を変更しないという意味において、まさに訴えの変更にあたらないことになる。

## 第二章 日本における議論

### 第一節 現行法の制定過程

#### 第一款 明治23年民事訴訟法

旧旧民訴法195条第3は、「原告ハ訴ノ原因ヲ變更スル權利ナシ但シ變更シタル訴ニ対シ本案ノ口頭弁論前被告カ異議ヲ述ヘサルトキハ此限ニ在ラス」と規定し、訴えの変更を原則的に禁止していた。そして、同196条は、「原告カ訴ノ原因ヲ變更セス」、「事實上又ハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルコト」(第1)、「訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ減縮スルコト」(第2)、または「最初求メタル物ノ滅盡又ハ變更ニ因リ賠償ヲ求ムルコト」(第3)「ヲ為ストキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ス」と規定し、例外的に訴えの変更が可能となる場合を列挙していた。両規定は、1877年のCPOをそのまま承継したものであり、その結果として、判決が具体的事実<sup>(54)</sup>に則しない場合が著しく増加したものとされている。また、旧旧民訴法196条第1によれば、請求原因の変更を伴わない限り、訴状に記載した事実上または法律上の申述の補充または更正は無条件に許されたため、請求原因とは何か、また請求原因に属すべき事項の限界如何について、激しく議論された<sup>(55)</sup>。

#### 第二款 大正15年民事訴訟法

このような経緯により、大正15年民事訴訟法(以下、「旧民訴法」という。)の起草委員は、その改正案において「原告ハ請求ノ基礎タル事實關係ヲ變更セサル限り請求又ハ請求ノ原因ヲ變更スルコトヲ得但之ニ因リ著シク訴訟手續ヲ遅延セシムヘキ場合ハ此ノ限ニ在ラス」(改正案195条1項)と規定し、基本の事実關係に変更を生じない限り、すなわち請求の同一性を害さ

ない限り、訴えの変更を認めようとした<sup>(56)</sup>。しかし、従前の請求原因を巡る議論の延長において、「請求ノ基礎タル事實關係」と旧旧民訴法における「請求原因」との関係が明らかでないとの批判があり、これを明確化するために「事實關係」を削除し、単に「請求ノ基礎ニ變更ナキ限り」と改められることとなったとされている（旧民訴法232条1項<sup>(57)</sup>）。また、同項但書は、第一審につき被告の同意がある場合のほか、「變更ノタメ弁論ヲ著シク困難ナラシメ若ハ遅延セシムル虞ナキトキニ限り」被告の同意がないときでも訴えの変更を許容するという、1895年のオーストリア民事訴訟法235条の影響を受けているものとされている<sup>(58)</sup>。この規定は、ドイツ民事訴訟法が当事者間の紛争の全体的終局的解決を目指しているのに対し、オーストリア民事訴訟法が、現在の訴訟本来の規模とあまりかけ離れないことを求め、訴えの提起につき原告により慎重な態度を期待していることによるものとされている<sup>(59)</sup>。

また、請求または請求の原因の変更が訴状への請求の趣旨または請求の原因の追加に帰着するため、訴状と同じ取り扱いをする方が相当であるとされたことから、新たに「請求又ハ請求ノ原因ノ變更ハ書面ニ依リテ之ヲ為スコトヲ要ス」（改正案195条2項<sup>(60)</sup>）と規定しようとした。しかし、請求の原因の変更については旧旧民訴法下においても口頭演述によってなされており、必ずしも書面によらなくてもよいとされたことから、「請求ノ原因」の文言を削除し、単に「請求ノ變更ハ書面ニ依リテ之を為スコトヲ要ス」と改められることとなったとされている<sup>(61)</sup>。また、旧旧民訴法196条は、追加訴状としての書面が要求されることとなったことにより、旧民訴法下において当然できるものとされたため、削除された<sup>(62)</sup>。したがって、ZPO264条において「訴えの変更<sup>（1）</sup>に当たらない場合」（既に述べた通り、その実態は被告の同意または相当性の要件を必要としない訴えの変更であるが）とされていた旧旧民訴法196条の各場合は、日本においては当然訴えの変更になるものと解されることとなった。そして旧民訴法232条1項をそのまま継受するかたちで、民訴法143条が規定されるに至った。

このように、日本においては、CPOをそのまま継受し、被告の同意に結びつけられた厳格な訴えの変更の禁止または制限が規定されていた旧旧民法195条第3から、被告の同意を離れ、オーストリア民事訴訟法の影響も受けながら、独自の規定として旧民法232条が制定され、それが民法143条というかたちで今日まで続いているといった状況が存在する。

## 第二節 現行法における運用と議論

### 第一款 「請求の基礎の同一性」要件

民法143条1項は、「著しく訴訟手続を遅滞させることとなる」場合を除き、「原告は、請求の基礎に変更がない限り、口頭弁論の終結に至るまで、請求又は請求の原因を変更することができる」と規定する。また、「請求の変更は、書面で行わなければならない」(2項)、「書面は、相手方に送達しなければならない」(3項)。また、「裁判所は、請求又は請求の原因の変更を不当であると認めるときは、申立てにより又は職権で、その変更を許さない旨の決定をしなければならない」(4項)。

訴えの変更の要件としては、まず(1)請求の基礎に変更のないこと(民法143条1項本文)が要求される(以下、「請求の基礎の同一性要件」という)。この要件は、旧旧民法から旧民法への改正において、被告の同意を訴えの変更の要件とすることによって生じる弊害を除去することを目的として規定されたものであり、「請求の基礎」という概念は、比較法的にも例をみない、日本独自の<sup>(63)</sup>ものである。

既に述べた通り、旧民法の改正案においては、「請求ノ基礎タル事實關係」と規定されていたが、これは請求原因の変更をその度にいわゆる許されざる訴えの変更として扱うと、訴訟は常に訴えの変更という争論のために終局の目的を達することができず、判決が具体的事実<sup>(63)</sup>に則しない場合が増加してしまうために、基礎たる事実関係の変更のない以上は、すなわち請求の同一性が害されない以上は、そのような変更を自由に認めるべきであるとされ

たことによって規定されたものである。<sup>(64)</sup>

請求の基礎たる被告の判決を求める権利の保護（追加的変更を原則とする日本においては被告の防禦権の保護と考える方が妥当であるが）のための要件である被告の同意要件の代用物として把握するのであれば、請求の基礎の同一性要件は、被告の防禦利益を保護するための要件であると考えられる。<sup>(65)</sup> 訴えの変更の範囲を画する要件であるという点から、被告の利益保護という観点から考察する立場を捨て、むしろ原告側から訴訟経済の観点に立って考えているとする見方もありうるが、しかしこれは被告の利益を無視するというのではなく、請求の基礎の同一の範囲内において変更がなされる限り、被告の利益は自動的に保護されることになるとされている。<sup>(66)</sup> 結局、原告側と被告側とのいずれの側からこの要件を見るかによって表現が異なるだけであり、請求の基礎の同一性要件はいずれの趣旨をも包含したものであると考えられる。<sup>(67)</sup> 他方、請求の基礎の同一性要件を、同一請求利益ないしは関連ある請求をできる限り同時に解決するための要件であるとする見解もある。<sup>(68)</sup>

既に述べた通り、民訴法143条1項における「請求の基礎」とは、旧旧民訴法から旧民訴法への改正において、元々「請求ノ基礎タル事實關係」とあったのを「事實關係」の文言を削除し、単に「請求ノ基礎」としたことに由来するものである。しかしこのような沿革によりその内容については見解が分かれており、現行法下においては専らこの点についての議論が盛んであったように思われる。詳しくは後述するが、大別して(1)実体的側面からアプローチを試みる見解、(2)手続的側面からアプローチを試みる見解、(3)両者の折衷的見解に分かれている。<sup>(69)</sup> しかし、いずれの説によっても、その適用の結果に大差は生じないため、現在は(3)両者の折衷的見解の立場から、訴えの変更を許容する合理的根拠からその内容を把握すべきであるとされている。<sup>(70)</sup> すなわち「原告の提起した最初の請求が被告との間の紛争の解決に実質的に役立たずまたは十分でないことが判明した場合にも、訴えの変更を許さないことは、原告に不便であるだけでなく、さらに別訴を提起させ、関連する限度で

は重複する訴訟追行と審理をするようなことは、訴訟制度としても労力や経費の浪費であり、被告としてもあらためて訴えられることが必至であるのに、あくまで最初の請求の維持を要求することが合理的な態度ともいえない」ことから、「当初の請求が被告との間の紛争の実質的解決に不適切になった場合に原告がより適切な請求について従来の訴訟手続と訴訟資料を利用して審理を求める利益と、新請求について続けて応訴しなければならない被告の利益を調整するための要件としてその内容を定めるべきである」とされ<sup>(71)</sup>ている。

また、この要件は被告の防禦権を保護するためのものであるから、被告が積極的に同意するか、または異議なく新請求に応訴する場合には、この要件は排除されるとする見解がある。<sup>(72)</sup>判例は控訴審における訴えの変更に対し被告が同意するかまたは異議なく応訴すれば、請求の基礎に変更がある場合でも訴えの変更が許されるとしている。<sup>(73)</sup>

## 第二款 「著しい訴訟手続の遅滞」要件

次に、(2)著しく訴訟手続を遅滞させないこと(民訴法143条1項但書)が要求される(以下、「遅滞要件」という)。一般的には、この要件は被告の利益保護を図るためのものではなく、訴訟経済や審理の非効率化の防止といった公益保護を図るためのものと把握されており、この要件の判断は具体的状況に応じて裁判所が職権で判定すべきとされ、被告の同意等があってもその判定には無関係とされて<sup>(74)</sup>いる。

既に述べた通り、遅滞要件は1895年のオーストリア民事訴訟法の影響を受け、旧旧民訴法から旧民訴法への改正において規定されたものである。1895年のオーストリア民事訴訟法は、当事者主義的な色彩に批判が投げかけられていた1877年のCPOのアンチテーゼとして、フランツ・クライン(Franz Klein)によって創設されたものであり、そこにはクラインの社会的思考ないしは経済的思考に基づく訴訟観念によって導き出された、訴訟の合目的的(合理的)運営や民事訴訟の経済性重視といった色彩が強く表れているとさ



れている。<sup>(75)</sup> オーストリア民事訴訟法235条における遅滞要件もまた、当事者間の紛争の全体的終局的解決を目指すドイツ民事訴訟法とは異なり、現在の訴訟本来の規模とあまりかけ離れないことを求め、訴えの提起につき原告により慎重な態度を期待するものであるとされており、そこには公益保護の色彩が強く表れているということができよう。

しかし、1895年のオーストリア民事訴訟法235条は、訴えの変更が認められるためにまず被告の同意が必要であるという前提の下、被告の同意がない場合にも訴えの変更を許容するための要件として遅滞要件を掲げており、訴えの変更を制限する要件というよりはむしろ被告の同意要件から離れた場合における訴えの変更の許容範囲を画する要件として機能しているように思われるのである。また、訴えの変更がなされた場合に当該訴訟手続の遅延が発生するというのはむしろ論理必然の帰結であり、その具体的な内容として時間的指標をもって遅滞要件を判断するのは困難である。<sup>(76)</sup> ドイツにおいては、遅滞要件は明文上規定されておらず、既に述べた通り、相当性の判断の際にも終局的な法的紛争の解決を許すことが促され、訴訟手続の遅滞は問題にならないとされており、また被告の同意を要しない訴えの変更がCPOの起草委員会の記録においては公益保護の観点から根拠づけられていた一方で、これを被告の利益保護の観点から根拠づける見解も存在した。この意味で、遅滞要件は、たしかにその立法過程からは被告の利益保護を図るためのものではなく、訴訟経済や審理の非効率化の防止といった公益保護を図るためのものであるといえるが、これも結局裁判所側と当事者（特に被告）側とのいずれの側からこの要件を見るかによって表現が異なるだけであり、被告の利益保護の趣旨をも包含したものと評価しうるのではないかと考えられるのである。したがって、その具体的な内容としては、文字通り当初申し立てられていた請求に関する訴訟の完結に要する見積もり時間と訴え変更を認めた場合の訴訟完結に要する見積もり時間とを比べて判断するというよりも、従前の訴訟手続とりわけ当事者の弁論その他攻撃防禦方法を徒労に帰せしめるか否

かを基準にして判断すべきであると考えられるのである。<sup>(77)</sup>

その他、交換的変更の場合は、旧請求の消滅を目的とする点で、訴えの取下げの場合と同様に被告の利益が関わるため、本案応訴後においては(3)被告の同意(民訴法261条2項)<sup>(78)</sup>が要求される。ただし、被告が異議なく新請求に応訴すれば旧請求の取下げにつき黙示の同意があるものとされる。<sup>(79)</sup>また、(4)「口頭弁論の終結前であること」および(5)「新請求が他の裁判所の専属管轄に属しないこと」も訴えの変更の要件とされる。<sup>(80)</sup>

### 第三款 方式および態様

民訴法143条2項は「請求の変更は、書面で行なければならない」と規定する。既に述べた通り、判例は旧民訴法当時の裁判実務および旧民訴法の起草委員の解釈にそのまま従うかたちで、同項が「請求の変更」としており、これが同条1項の「請求又は請求の原因」にいう「請求」すなわち「請求の趣旨」のみを意味すると解するものとされていることから、請求原因のみの変更は書面によることを要しないとする。<sup>(81)</sup>学説は、この書面が新請求に関する訴状に相当するものであり、請求の原因も、訴状の必要的記載事項であること、<sup>(82)</sup>また被告の防禦に重大な影響があることなどから、<sup>(83)</sup>この場合にも書面によるべきであるとするものが多いように思われる。また、現在の裁判実務においては、請求の趣旨もしくは原因またはその双方の変更のいずれの場合であっても書面でなされることを求めており、これを被告に送達している(民訴法143条3項)<sup>(84)</sup>ものとされている。<sup>(85)</sup>新訴訟物理論によれば請求原因のみの変更はほとんどの場合、単なる攻撃防禦方法の変更に過ぎないので訴えの変更にあたらないとされ、そもそも問題とならないことになるが、このことから判例理論は旧訴訟物理論の前提にあって、請求原因を攻撃防禦方法とほぼ同一視し、請求原因のみの変更としての訴えの変更をあたかも攻撃防禦方法の変更のように扱っているとも解することができよう。<sup>(86)</sup>

既に述べた通り、訴えの変更は事後的な請求の客観的併合(民訴法136条)たる追加的変更が原則である。これは、旧旧民訴法から旧民訴法への改

正に伴い訴えの変更の要件が変わり、被告の同意を要しないことになったことに起因する。すなわち、現行法のように訴えの変更につき請求の基礎の同一性要件が満たされさえすれば被告の同意は不要であるという法制の下では、交換的変更を原則としてしまうと被告の判決を求める権利が安易に害されてしまうことによるものであるとされている<sup>(87)</sup>。判例は、「元来、請求の原因を変更するというのは、旧訴の繫属中原告が新たな権利関係を訴訟物とする新訴を追加的に併合提起することを指称する」とし、「旧訴の維持し難きことを自認し新訴のみの審判を求めんとする……場合においても訴えの変更そのものが許さるべきであるというだけでは、これによつて当然に旧訴の訴訟繫属が消滅するものではなく、「もし原告がその一方的意思に基づいて旧訴の訴訟繫属を消滅せしめんとするならば、法律の定めるところに従いその取下をなすか、或はその請求の抛棄をしなければならない」としている<sup>(88)</sup>。したがって、交換的変更につき本案応訴後においては被告の同意（民訴法261条2項）が要求される。ただし、相手方が異議なく新請求に応訴すれば旧請求の取下げにつき黙示の同意があるものとされる。このような構成は、訴えの変更の際し被告の同意を要しないという状況下において、被告の判決を求める権利を保護するためのものであるといえよう。しかし、このような解釈には、新旧両請求の間に同一性が生じ、訴訟の連続性が保たれる結果、変更前の訴訟行為が変更後の訴訟においてその効力を有するということ、また訴えの提起による時効中断効が変更後にも存続するという判例の立場を説明できないという批判がある<sup>(89)</sup>。既に述べた被告の同意または異議なき応訴があれば請求の基礎に変更がある場合でも訴えの変更を認めるとする判例理論から、被告の同意または異議なき応訴を訴えの変更の要件として掲げることを認めるならば、交換的変更を訴えの変更の独自の類型として認めるべきであろう<sup>(91)</sup>。

### 第三章 検 討

#### 第一節 両国間の相違と問題点

以上概観してきたことから、まずドイツにおける訴えの変更の特徴をまとめると下記の通りである。

まず、ドイツにおける訴えの変更は交換的変更が原則であり、構造上「旧請求の取下げと新請求の提訴」として扱われる。そして、訴えの変更の「有無」の問題についてはまさに訴訟物理論の問題として把握され、訴えの変更は訴訟物の変更、すなわち二分肢説により訴えの申立てもしくは生活事実関係またはその双方の変更と結びつけられ、そのどちらの要素が変更されているかによって、訴えの変更の「許否」の審査においてZPO263条と同264条とのいずれが適用されるかが分かれる。

訴えの変更の「許否」の問題については、(1)訴えの申立てのみの変更の場合は、被告の防禦権を侵害しないから訴訟経済に適うかたちで処理をし(ZPO264条)、(2)生活事実関係のみの変更またはその双方の変更の場合は、被告の防禦権を保障するために被告の同意(同263条。黙示の同意も可。同267条)を要求し、最後に(3)被告の同意がない場合には裁判所の裁量(相当性。同263条)によりこれを認めるといふ、抽出型(いずれかの要件を充足した段階で訴えの変更が認められる)の審査構造となっている。すなわち、具体的には、①同264条(特に2号および3号)の適用の有無、②被告の同意の有無(同263条)、③異議なき口頭弁論における応訴(黙示の同意)の有無(同267条)、④相当性<sup>(92)</sup>の有無(同263条)の順で審査していくことになる。

これに対し、日本における訴えの変更の特徴は下記の通りである。

まず、日本における訴えの変更は追加的変更が原則であり、構造上「事後的な請求の客観的併合」として扱われる。そして、訴えの変更の「有無」の問題については訴訟物理論の問題としては後退し、「請求の基礎」の概念によってまず、次に述べる、そのような変更の「許否」の問題として把握され

ることになる。

訴えの変更の「許否」の問題については、(1)請求の基礎に変更がなく（民訴法143条1項本文）、(2)著しく訴訟手続を遅滞させる可能性がなく（同項但書）、(3)裁判所がこれを不当であると認めない（同条4項）場合に限り、これを認めるという、絞り込み型（全ての要件を充足しないと訴えの変更が認められない）の審査構造となっている。しかし、絞り込み型の審査構造といっても、既に述べた通り、裁判実務において旧訴訟物理論を採用しているとされ、訴訟物の範囲が狭い日本においては、訴えの変更が頻繁に「有」ることになり、その点を殆ど問題にすることなくそのような訴えの変更の「許否」の問題に移行し、またこれを認める必要が出てくるため、実際には間口を広げるために請求の基礎の同一性要件が緩やかに解されなければならない。このように、訴えの変更の「有無」の問題の審査と訴えの変更の「許否」の問題の審査との間の境界が曖昧であり、更にその前提としてある訴訟物理論が狭小であるにもかかわらず絞り込み型の審査構造となっているという、審査構造上の問題が、請求の基礎の同一性要件の解釈を合目的な方向へと向かわせ、訴訟物理論との関連性をより曖昧なものとしてしまっているのではないかと考えられるのである。

また、既に述べた通り、判例理論は、請求原因のみの変更につき書面によることを要しないとすることから、旧訴訟物理論の前提にあって、請求原因を攻撃防禦方法とほぼ同一視し、請求原因のみの変更としての訴えの変更をあたかも攻撃防禦方法の変更のように扱っているとも解することができる。したがって、訴えの変更と（同一訴訟物の枠内での）攻撃防禦方法の変更との境界は、極めて薄いものとなっている。裁判実務においては、請求の趣旨もしくは原因またはその双方の変更のいずれの場合であっても書面でなされることを求めており、これを被告に送達している（民訴法143条3項）ものとされているが、通常、書面を被告に送達することによってなされる訴えの変更を、このような手続を回避するために、それによらない攻撃防禦方法の

変更によって処理しようとするかのような判例理論の方向性は、それがかつての裁判実務に合わせて規定された民訴法143条2項の反対解釈から導き出されるものであるとしても、訴訟物が審判対象の基本単位であるということをも前提とするならば、その前提となる審判対象の基本単位の設定の仕方の問題があるということを示唆するものではないかと考えられるのである。<sup>(93)</sup>したがって、訴訟物理論とそれに関連する請求の基礎の概念について再検討する必要があると考えられるのである。

そこで、まず次節において、請求の基礎の概念について見ていくことにする。

## 第二節 「請求の基礎」について

既に述べた通り、請求の基礎の概念について、学説は微妙に表現をかえたものが多岐にわたり、その分類についても統一をみないが、大別して(1)実体的側面からアプローチを試みる見解、(2)手続的側面からアプローチを試みる見解、(3)両者の折衷の見解に分かれている。具体的には、(1)実体的側面からアプローチを試みる見解に属するものとしては、大別して、①「事実」ないしは「事実関係」という要素から請求の基礎の概念を導き出そうとする見解(以下、便宜上「事実基準説」という)、<sup>(94)</sup>②「利益」ないしは「利益紛争関係」という要素から請求の基礎の概念を導き出そうとする見解(以下、便宜上「利益基準説」という)、<sup>(95)</sup>③両者の折衷の見解(以下、便宜上「二元説」という。)<sup>(96)</sup>がある。(2)手続的側面からアプローチを試みる見解に属するものとしては、請求の基礎に変更のない場合を「被告が舊訴の場合に比し著しく防禦を改める必要なき場合」や、「唯裁判所の審理に根本的な變革を生ぜしめず又訴訟の相手方の攻防に著しい障害を與える結果を惹き起さない範圍の變更」、<sup>(98)</sup>「新訴と旧訴の事実資料の間に審理の継続的施行を正当化する程度の一体性・同一性が肯定できるとき」とするものがある。<sup>(99)</sup>(3)両者の折衷の見解に属するものとしては、「両請求の主要な争点が共通であって、旧請求につ

いての訴訟資料や証拠資料を新請求の審理に利用することができる状態にあり、かつ、各請求の利益主張が社会生活上は同一または一連の紛争に関するものとみられる場合<sup>(100)</sup>とするものがある<sup>(101)</sup>。

旧旧民訴法から旧民訴法への改正における旧民訴法施行のための民事裁判長会同協議において、採決には至らなかったが、請求の基礎の変更の有無は、抽象的に判別し得ないものであるから、実際上の取り扱いにおいては、旧民訴法232条1項但書に重点を置き、変更により著しく訴訟手続を遅滞させる可能性があるかどうかによって判断すべしとする、(2)手続的側面からアプローチを試みる見解に属する見解が有力に主張されていたとされている<sup>(102)</sup>。これは旧旧民訴法から旧民訴法への改正において、訴訟の合目的（合理的）運営や民事訴訟の経済性重視の色彩の強い1895年のオーストリア民事訴訟法の影響を受けたという立法過程から鑑みても、自然な解釈であるとも評価できよう。このように考えると、請求の基礎の同一性要件と遅滞要件とはそれぞれ別個独立した要件ではなく、複合的に判断されるべきものであるとも解しうる。しかし、既に述べた通り、この「請求の基礎」とは、旧旧民訴法から旧民訴法への改正において、元々「請求ノ基礎タル事實關係」とあったのを「事實關係」の文言を削除し、単に「請求ノ基礎」としたことに由来するものである。したがって、その抽象性は立法過程から生じたものであり、上記見解が採決に至らなかったという点も併せて、その沿革上、両者は元来明確に別個の要件として掲げられていたものと考えの方が妥当であろう。したがって、請求の趣旨の同一性要件は、「受動的（防御的）立場にある被告の利害を主として考慮し、“請求”（換言すれば訴訟物たる権利関係）の基礎に変更がないという要件が課せられたものと解すべきであり、その内容については実体的側面からアプローチをとるべきであると考えられるのである<sup>(103)</sup>。そして、既に述べた通り、遅滞要件の具体的な判断基準として上記手続的側面からのアプローチをとるべきであると考えられるのである<sup>(104)</sup>。

では、請求の趣旨の同一性要件の判断に際し実体的側面からのアプローチ

をとるとしても、その具体的な内容として何を基準とすべきか。

①事実基準説によれば、請求の基礎は、各請求原因の因って生じた事実関係ないし法律関係のうち数個の主要な部分や、一の請求原因の因って生じた事実関係ないし法律関係のうち他の請求原因たる事実関係ないし法律関係などとされる。<sup>(105)</sup>この説に対しては、請求の基礎に属すべき事実の限界をどのようにして定めるべきかという点につき確固たる基準を与え得ないといった批判や、いかなる場合にもその変更のないことを要求される基本の事実というものには存在せず、判例の態度としても、請求の基礎の変更の有無は個々の具体的事実<sup>(106)</sup>に則した判断ではなく、概して当該事件の全般的観察によってこれを決定しているという批判がある。

他方、②利益基準説によれば、請求の基礎は、原告の追求する経済的利益<sup>(107)</sup>や、請求を特定の権利主張として構成するために、請求原因を拾い出した地盤となる状態に還元し拡大して眺めた、前法律的な利益紛争関係、訴えをもって主張する利益など<sup>(108)</sup>とされる。すなわち、「総ての法律現象は、純概念的<sup>(109)</sup>にのみ観察したのでは、到底満足なる結果には到達しないのであつて、法律現象の裏面に潜む社会生活関係をも、法律学的方法を以て把握し、研究対象と為すことに依り、初めて社会現象に則した理論が構成せられ得る」という利益法学の前提から、『請求ノ基礎』も、請求原因を構成する事実関係のみを以て其の変更の有無の問題を解決し得ないとするならば、更に一步を進め其の請求の背景を為す経済的利益其他社会生活上の利益に其の基準を求むることは、当然に為さるべき方法であらねばならぬ」とし、『請求ノ基礎』に付き、請求利益の同一性といふ観念を容るることに依<sup>(110)</sup>って、民訴法143条1項の「請求の基礎に変更のない」場合というものを把握することができる。この説に対しては、請求の利益というのみでは、その範囲が広範に過ぎ、また、その観念が曖昧であるのみならず、経済観念と法律観念との混淆<sup>(111)</sup>に陥れるものであるといった批判がある。

このように、従来、事実基準説および利益基準説の対立は、結局のところ



「事実」と「利益」とのいずれもが抽象的な概念であり、その適用の結果に大差は生じないとされてきたことから、総じて実体的側面によるアプローチとされ、そこに手続的側面によるアプローチも加えられ、(3)両者の折衷的見解に譲るかたちとなってしまうていた。そこで、事実基準説にいう「事実」ないしは「事実関係」という概念や、利益基準説にいう「利益」ないしは「利益紛争関係」という概念の再定義づけを行う必要がある。この点、ドイツにおける訴訟物理論に関する議論が参考となる。すなわち、前者については、既に述べた二分肢説における生活事実関係の概念と、ZPO264条の「請求の基礎 (Klagegrund)」との関係が参考になる<sup>(112)</sup>。また、後者についても、既に述べた利益説における「利益 (Interesse)」概念が参考になると思われる。特に「利益」ないしは「利益紛争関係」については、旧訴訟物論者からも、新訴訟物論者からも掲げられている概念であり、同一の法的紛争関係を示す「利益」という概念は、従来その意味を模索し続けられてきたものといえる。そこで、次節においてこの「利益」概念の内容を検討していくことにする。

### 第三款 「利益」について

前節において少し触れた利益法学は、イエーリング (Rudolf von Jhering) の影響のもとに提唱されたものである。イエーリングは、権利を実体面である利益を核にして構成し、訴権の存在によって限定するという権利利益説を提唱し、権利を「法的に保護された利益」であるとした<sup>(113)</sup>。訴訟物に関する利益説は、このイエーリングの権利についての認識を訴訟段階においても置くことに取り組み、「法的に保護された利益」を「訴えによって保護された利益」と読み込む<sup>(114)</sup>。そして、この利益の同一性の指標として、それが原告に法律上ただ一度のみ付与されるという、実体法上の請求権間の「履行の牽連性 (Erfüllungs-konnextität)」を挙げる<sup>(115)</sup>。したがって、ここで述べられる「利益」概念は、実体法上の請求権間の履行の牽連性によって結び付けられた、原告に法律上ただ一度のみ付与されるものと定義づけられる<sup>(116)</sup>。

利益説は上記利益概念を手続対象としての訴訟物特定の指標として用い、手続対象を広く解することにより、訴訟係属の遮断（二重起訴の禁止）の範囲を広くする一方で、訴えの変更の範囲を狭くすることを目指すものである。すなわち、従来の訴訟物概念の枠を超えた、同一の法的紛争関係そのものを手続対象としての訴訟物とするものである。

利益の同一性の指標としての実体法上の請求権間の履行の牽連性は、主として給付の訴えにおいて機能する。

形成の訴えにつき、ドイツにおいては実体法上の形成権に基づくものでありとされているが、形成権の行使による変動の効果は、場合により当事者の形成権行使の意思表示やその要件事実の発生だけでは生じず、形成訴訟を介して判決によって生じるものとされている。これは換言すれば、被告（債務者）が、基礎におかれた原告（債権者）の実体法上の権利を履行によって覆滅し得ないことを意味し、利益説に基づく履行の牽連性のメルクマールに従った形成訴訟の訴訟物の特定に際しては一つの障壁となる。しかし、利益説によれば、形成訴訟においては裁判所が「国家的な履行補助者」の役割を果たし、そこにおいては具体的な形成原因はフェードアウトしており、事実主張が異なっても同一の権利変動の結果が生じるべきである場合には、訴訟物は同一であるとされる<sup>(117)</sup>。そして、上記同一の権利変動の結果が同一の形成の利益であるとされるのである。具体的には、離婚を求める訴えにおいて異なった離婚原因を主張したり、株式法（以下、「AktG」という。）241条以下に規定される株主総会決議取消しの訴えにおいて異なった取消原因を主張したりする場合にも、形成の利益は同一であり、訴訟物も同一であるとされる<sup>(118)</sup>。また、実体法上の権利保護目標が同一であることから、AktG241条以下に規定される株主総会決議取消しの訴えと無効の訴えとの間においても、形成の利益は同一であり、訴訟物も同一であるとされる<sup>(119)</sup>。

確認の訴えにつき、ドイツにおいてはただ権利関係の存在または不存在についてのみ適法となり、具体的な、主張された事実関係によって裏付けら

れ、対象に対する複数の当事者間のまたは単独の当事者の法律関係であることを要求し、また包括的な法律関係の個々の法律問題、例えば、それに由来する個々の要求もしくは請求、または権利関係の独立した量的な部分もしくは損害賠償請求権の認定もまた確認の資格を有するとされている。<sup>(121)</sup>

利益説によっても、確認訴訟において、給付訴訟と同様に一定の実体法上の権利と結び付けて訴訟物を具体化することは適法であり（ZPO256条）、また例えば被告が原告に対し幾らの額の債務を負っているというような包括的な確認もまた適法であるとされる。<sup>(122)</sup> この場合、可能性のある複数の請求の基礎、すなわち生活事実関係の間に利益の相違が存在する場合には、訴訟物が異なるとされ、履行の牽連性の有無の審査に際しては生活事実関係のメルクマールに立ち返ることを要求している。<sup>(123)</sup> また、手続対象および判決対象は、要求された確認を正当化するところの全ての権利取得原因を包括するとされる。<sup>(124)</sup>

#### 第四節 検 討

既に述べた通り、利益説は、実体法上の請求権間の履行の牽連性というメルクマールによって形成される「利益」という概念を訴訟物特定の指標として用い、手続対象としての訴訟物を広く解することにより訴訟係属の遮断（二重起訴の禁止）の範囲を広くすると同時に、訴訟経過における権利主張の変更を想定し、攻撃防禦方法の変更としての処理の範囲を広くすることで、訴えの変更の範囲を狭くしている。

利益説がこのような構成を採る趣旨は、訴訟経過における紛争の展開に動態的に対応していくことにある。すなわち、利益説は ZPO264条 3号にその根拠を置き、「後に生じた事情変更を理由として、当初に請求した目的物に代えて、別の目的物又は利益を請求する」場合を、（既に述べたその実状とは異なり）その文言通り「訴えの変更にあたらない」場合とするが、手続対象としての訴訟物を広く解することにより、訴訟経過における事情変更にも

訴えの変更によらずして同一手続内で対応しようとするのである。このような利益説の態度は、日本においては従来まさに訴えの変更によって対応されてきたところであり、だからこそ、訴えの変更においては手続の展開の中の攻撃防禦方法の連続性、関連性が問題とされてきたのである。<sup>(125)</sup>したがって、利益説における利益概念の、実体法上の請求権間の履行の牽連性によって結び付けられた、原告に法律上ただ一度のみ付与されるものという定義は、日本においてはまさに請求の基礎の概念の定義づけに資するのであり、この点で、利益基準説に優位性があると考えられるのである。<sup>(126)</sup>

請求の基礎の具体的な内容につき利益基準説に従った場合、下記の通りである。

まず、民訴法143条1項の「請求の基礎」とは、原告が訴えをもって主張し、追求する「利益」であり、この利益は、実体法上の請求権間の履行の牽連性によって結び付けられた、原告に法律上ただ一度のみ付与されるものであり、「請求の基礎に変更のない」場合とは、変更前と変更後の請求がこの利益を等しくする、すなわち実体法上の履行の牽連性を有する関係にある場合を意味する。したがって、請求の原因を、実体法上一回の給付しか是認されない関係にある、二つの請求権の一方から他方に改める場合には、いずれも訴えの変更となる。<sup>(127)</sup>また、請求の趣旨（係争物）が異なる場合でも、両者が履行の牽連性を有する関係にあれば、訴えの変更が認められることになる。

また、利益説によれば、それが同一の訴訟の目的に資する限りで、権利保護方式の変更を促すことが、対応する裁判所の実体的訴訟指揮の義務（ZPO139条）の観点から妥当し、訴訟経過において権利保護方式はそれほど重要な意味を持たないから、原告の「利益」は権利保護方式から独立したものとされる。<sup>(128)</sup>したがって、例えば同一の訴訟の目的が追求されている限りにおいて、確認の訴えを給付の訴えに変更するような場合には、訴訟物が異なるが請求の基礎たる利益は同一であるから、訴えの変更が認められることになるろう。

ところで、これまで見てきたように、訴えの変更を巡っては、ドイツにおいても日本においても、その厳格な禁止から緩和の方向へと展開されていった。他方、それと同時に、審判対象の基本単位である訴訟物についても、旧訴訟物理論を固持しているとされる日本の裁判実務はさておき、拡大の方向へと展開されていった。訴えの変更そのものについて、それのみに注目してみれば、それは確かに訴えの変更の範囲を拡大する方向へと展開されていったものとみることができよう。しかし、同じく拡大の方向へと展開されていった訴訟物理論との比較の中でみる場合、果たして訴えの変更の範囲は本当に拡大されているのかという点については疑問が残る。そもそも、訴えの変更がその厳格な禁止から緩和の方向へと展開されていったのは、既に述べた通り、審判対象の基本単位、すなわち訴訟物の極めて狭小な手続において、被告の利益のみではなく、原告の利益をもより強く考慮することにより、具体的事実にもとじた判決を下すことが目指されたからである。訴訟物理論の展開に伴い、その範囲が拡大された今、訴えの変更の役割というのは、そのような広範な訴訟物概念では拾われないが、手続の展開の中での攻撃防禦方法の連続性、関連性が存在し、同一手続での解決が望ましいとされる場合に限定的に機能する、いわばセーフティネットのようなものとなるのではないだろうか。<sup>(129)</sup>したがって、そのような訴訟経過における紛争の展開に毎回訴えの変更によって対応しようとするのは、訴訟の実情にそぐわないものであり、妥当でなく、手続的にも、訴えの変更として毎回追加訴状としての書面を要求されるよりも、同一訴訟物の枠内での単なる攻撃防禦方法の変更として、口頭弁論において変更させる方が、より簡易かつ迅速であるといえよう。

このように考えると、訴訟経過における紛争の展開に動的に対応しようとした利益説というのは、訴訟の実情に即したものであり、評価に値するものとも考えられる。しかし、利益説が訴訟物理論としての正当性を有するものであるかどうかという点については、なお検討を要する。利益説の主張されたドイツにおいては、当初こそ訴訟物理論に関する新説として注目を集めたも

のの、その後の展開がみられていない現状にある。そこで、最後に、ごく簡単にではあるが、試論として、利益説に従った場合における訴えの変更の処理について述べたいと思う。

利益説に従った場合、上記利益基準説の指標が訴訟物の範囲の画定にそのまま転用されることになる。したがって、民訴法143条1項の請求の基礎の概念の定義づけに利益基準説を採用することはできない。そこで、請求の基礎の概念については、実体法上の請求権間の履行の牽連性のメルクマールによって形成された利益概念を包含する、更に広範な概念である、旧旧民事訴訟法から旧民事訴訟法への改正案に規定されていた「請求ノ基礎タル事實關係」をそのままに承継し、その基本の事実関係とする事実基準説に立ち返るべきであると考ええる。

これによれば、利益説の下では、例えば同一不法行為に基づく別個の損害項目についての同一額の賠償請求は、相互に履行の牽連性を有しないから訴訟物は別個であるが、その基礎に置かれた事実関係（不法行為）は同一であるから、訴えの変更が可能である。

権利主張の変更が単なる攻撃防禦方法の変更にとどまるか訴えの変更になるかについては、変更前と変更後の請求が「利益」を等しくする、すなわち実体法上の履行の牽連性を有する関係にあるかどうかによって判断する。したがって、請求の原因を、実体法上一回の給付しか是認されない関係にある、二つの請求権の一方から他方にあらためる場合には、いずれも単なる攻撃防禦方法の変更にとどまることになる。また、請求の趣旨（係争物）が異なる場合でも、両者が履行の牽連性を有する関係にあれば、訴訟物は同一である。

このように、利益説は審判対象の基本単位としての、訴訟経過における紛争の展開に対応しうる訴訟物概念を設定し、それとの関係において、訴えの変更を訴訟物の変更の有無の問題（すなわち、訴えの変更の「有無」の問題）へと関連づけ直すのに資するものである。そしてそこにおいて訴えの変

更は、訴訟物（利益）の変更の場合に同一手続内で新請求につき審理をするためのいわばセーフティネットのような役割を果たすものとなっている。日本においてこの利益説に従った訴えの変更を観念する場合、同一訴訟物（利益）の枠内での攻撃防禦方法の変更と、同一の請求の基礎（事実関係）の枠内での訴えの変更との階層構造ということになる<sup>(130)</sup>。

### おわりに

本稿においては、訴訟物理論との関連の中での訴えの変更の役割の再検討を試みた。そこで得られた知見は、下記の通りである。

まず、ドイツにおける訴えの変更は被告の防禦権の保障と密接に結びつけられ、交換的変更が原則であり、構造上「旧請求の取下げと新請求の提訴」として扱われていた。そして、訴えの変更の「有無」の問題についてはまさに訴訟物理論の問題として把握され、訴えの変更は訴訟物の変更、すなわち二分岐説により訴えの申立てもしくは生活事実関係またはその双方の変更と結びつけられ、そのどちらの要素が変更されているかによって、訴えの変更の「許否」の審査においてZPO263条と同264条とのいずれが適用されるかが分かれた。

訴えの変更の「許否」の問題については、(1)訴えの申立てのみの変更の場合は、被告の防禦権を侵害しないから訴訟経済に適うかたちで処理をし(ZPO264条)、(2)生活事実関係のみの変更またはその双方の変更の場合は、被告の防禦権を保障するために被告の同意（同263条。黙示の同意も可。同267条）を要求し、最後に(3)被告の同意がない場合には裁判所の裁量（相当性。同263条）によりこれを認めるといふ、抽出型の審査構造となっていた。

これに対し、日本における訴えの変更は被告の防禦権の保障よりも公益保護の色彩が強く、追加的変更が原則であり、構造上「事後的な請求の客観的併合」として扱われる。そして、訴えの変更の「有無」の問題については訴訟物理論の問題としては後退し、「請求の基礎」の概念によってまず、次に

述べる、そのような変更の「許否」の問題として把握されることになっていた。

訴えの変更の「許否」の問題については、(1)請求の基礎に変更がなく(民法143条1項本文)、(2)著しく訴訟手続を遅滞させる可能性がなく(同項但書)、(3)裁判所がこれを不当であると認めない(同条4項)場合に限り、これを認めるという、絞り込み型の審査構造となっていた。しかし、絞り込み型の審査構造といっても、実際には間口を広げるために請求の基礎の同一性要件が緩やかに解されなければならないという問題があった。このような審査構造上の問題が、請求の基礎の同一性要件の解釈を合目的な方向へと向かわせ、訴訟物理論との関連性をより曖昧なものとしてしまっている要因として考えられた。

また、通常、書面を被告に送達することによってなされる訴えの変更を、このような手続を回避するために、それによらない攻撃防禦方法の変更によって処理しようとするかのような判例理論の方向性は、それがかつての裁判実務に合わせて規定された民法143条2項の反対解釈から導き出されるものであるとしても、訴訟物が審判対象の基本単位であるということを前提とするならば、その前提となる審判対象の基本単位の設定の仕方に問題があるということを示唆するものではないかと考えられ、したがって、訴訟物理論とそれに関連する請求の基礎の概念について再検討する必要があった。

請求の基礎の概念について検討する前にまず、遅滞要件については、1895年のオーストリア民事訴訟法の影響を受け、旧旧民法から旧民法への改正において規定されたものであり、訴訟の合目的(合理的)運営や民事訴訟の経済性重視といった色彩が強く表れたものであった。しかし、オーストリア民事訴訟法235条は、訴えの変更が認められるためにまず被告の同意が必要であるという前提の下、被告の同意がない場合にも訴えの変更を許容するための要件として遅滞要件を掲げており、訴えの変更を制限する要件というよりはむしろ被告の同意要件から離れた場合における訴えの変更の許容範



困を画する要件として機能しているように思われ、また、訴えの変更がなされた場合に当該訴訟手続の遅延が発生するというのはむしろ論理必然の帰結であり、その具体的な内容として時間的指標をもって遅滞要件を判断するのは困難であるといったことなどから、遅滞要件は結局裁判所側と当事者（特に被告）側とのいずれの側からこの要件を見るかによって表現が異なるだけであり、被告の利益保護の趣旨をも包含したものと評価しうるものであると考えた。したがって、その具体的な内容としては、従前の訴訟手続とりわけ当事者の弁論その他攻撃防禦方法を徒労に帰せしめるか否かを基準にして判断すべきであると考えた。

請求の基礎の概念については、実体的側面からアプローチを試みる見解、手続的側面からアプローチを試みる見解、および両者の折衷的見解に分かれていた。旧民訴法施行のための会同協議において、請求の基礎の変更の有無は、抽象的に判別し得ないものであるから、実際上の取り扱いにおいては、旧民訴法232条1項但書に重点を置き、変更により著しく訴訟手続を遅滞させる可能性があるかどうかによって判断すべしとする、手続的側面からアプローチを試みる見解に属する見解が有力に主張されていたとされており、これは立法過程から鑑みても自然な解釈であるとも評価できるが、この「請求の基礎」とは、旧旧民訴法から旧民訴法への改正において、元々「請求ノ基礎タル事實關係」とあったのを「事實關係」の文言を削除し、単に「請求ノ基礎」としたことに由来するものであるから、その抽象性は立法過程から生じたものであり、両者は元来明確に別個の要件として掲げられていたものと考えの方が妥当であるとした。したがって、請求の趣旨の同一性要件は、「受動的（防衛的）立場にある被告の利害を主として考慮し、“請求”（換言すれば訴訟物たる権利関係）の基礎に変更がないという要件が課せられたものと解すべきであり、その内容については実体的側面からアプローチをとるべきであると考えた。

実体的側面からのアプローチをとる見解については、大別して、事実基準

説、利益基準説、および二元説に分かれていた。訴訟物に関する利益説は、実体法上の請求権間の履行の牽連性というメルクマールによって形成される「利益」という概念を訴訟物特定の指標として用い、手続対象としての訴訟物を広く解することにより訴訟係属の遮断（二重起訴の禁止）の範囲を広くすると同時に、訴訟経過における権利主張の変更を想定し、攻撃防禦方法の変更としての処理の範囲を広くすることで、訴えの変更の範囲を狭くしているが、その趣旨は、訴訟経過における紛争の展開に動的に対応していくことにあった。このような利益説の態度は、日本においては従来まさに訴えの変更によって対応されてきたところであり、だからこそ、訴えの変更においては手続の展開の中での攻撃防禦方法の連続性、関連性が問題とされてきたのであるから、利益説における利益概念の、実体法上の請求権間の履行の牽連性によって結び付けられた、原告に法律上ただ一度のみ付与されるものという定義は、日本においてはまさに請求の基礎の概念の定義づけに資するのであり、この点で、利益基準説に優位性があると考えた。

しかし、訴えの変更を巡っては、ドイツにおいても日本においても、その厳格な禁止から緩和の方向へと展開されていったが、他方で、それと同時に、審判対象の基本単位である訴訟物についても、旧訴訟物理論を固持しているとされる日本の裁判実務はさておき、拡大の方向へと展開されていった。訴えの変更そのものについて、それのみに注目してみれば、それは確かに訴えの変更の範囲を拡大する方向へと展開されていったものとみることができるが、同じく拡大の方向へと展開されていった訴訟物理論との比較の中でみる場合、果たして訴えの変更の範囲は本当に拡大されているのかという点については疑問が残る。そもそも、訴えの変更がその厳格な禁止から緩和の方向へと展開されていったのは、審判対象の基本単位、すなわち訴訟物の極めて狭小な手続において、被告の利益のみではなく、原告の利益をもより強く考慮することにより、具体的事実にもとじた判決を下すことが目指されたからであり、訴訟物理論の展開に伴い、その範囲が拡大された今、訴えの変

更の役割というのは、そのような広範な訴訟物概念では拾われませんが、手続の展開の中での攻撃防禦方法の連続性、関連性が存在し、同一手続での解決が望ましいとされる場合に限定的に機能する、いわばセーフティネットのようなものであると考えた。そしてこのことを前提として、最後に、ごく簡単にはあるが、試論として、利益説に従った場合における訴えの変更の処理につき、請求の基礎をその基本の事実関係とする事実基準説に立ち返って定義づけすべきであるとした。

本稿においては、概念的操作による訴えの変更の許否の問題についての基準の再検討に留まり、個別的な事例におけるその具体的な内容については十分に検討することができなかった。この点については今後の課題とさせていただきたい。

\* 本稿は、平成29年度科学研究費補助金（特別研究員奨励費：課題番号15J06312）による研究成果の一部である。

\*\* 早稲田大学法学学術院（大学院法学研究科）・元日本学術振興会特別研究員 DC（2018年3月31日任期満了）。

- (1) 兼子一ほか編『条解民事訴訟法』（弘文堂、第2版、2011年）830頁〔竹下守夫＝上原敏夫〕。兼子一『新修民事訴訟法体系』（酒井書店、増訂版、1965年）370頁は、審判を申し立てている事項を訴訟物とする。なお、訴えの変更当事者の変更をも含むかどうかについては議論があるが（判例はこれを否定する。東京高判昭和59年8月16日判時1152号140頁）、本稿においてはこれを検討の対象外とする。
- (2) 兼子ほか編・前掲注1・830頁〔竹下＝上原〕。
- (3) 松本博之＝上野泰男『民事訴訟法』（弘文堂、第8版、2015年）195頁以下〔松本博之〕。なお、再訴禁止効（民訴法262条2項）をも合わせて、訴訟物理論の5つの試金石とする場合もある。
- (4) 第157回早稲田大学民事手続判例研究会においては、実務家の視点から、原告側は訴え変更の手続の必要のないよう準備をするものであるから、訴えの変更が当初から問題となる場合というのは稀であり、通常は訴訟経過において訴えの変更が問題となる場合が多い、というご指摘を頂いた。
- (5) 柏木邦良「訴訟物」同『民事訴訟法論纂』（リンパック、1994年）70頁は、「請

求の基礎の概念により、訴の変更についての解釈論は、訴訟物概念のくびきからごく自然に解放されてきた」ものとされる。

- (6) 兼子ほか編・前掲注1・833頁〔竹下=上原〕。
- (7) 最判昭和31年12月20日民集10巻12号1573頁、最判昭和32年2月28日民集11巻2号374頁。
- (8) 新堂幸司=福永有利編『注釈民事訴訟法(5)』(有斐閣、1998年)246頁〔住吉博〕。
- (9) 最判昭和35年5月24日民集14巻7号1183頁。
- (10) 霜島甲一「判批」別冊ジュリスト5号(1965年)65頁は、「訴訟物特定という面では請求の趣旨と請求原因とは同じく書面による明確化の必要が存するはずなのに、これを区別するのは、請求原因=攻撃方法の対応につらなる考え方といえる」と評価される。ただし、本文中でも述べた通り、判例は、民訴法143条2項が「請求の変更」としており、これが同法同条1項の「請求又は請求の原因」にいう「請求」すなわち「請求の趣旨」のみを意味すると解するものとしており、このことからただちに上記のような帰結が導き出されるかどうかについては慎重に検討しなければならない。
- (11) 安西明子「訴えの変更と攻撃防御方法の提出」九大法学67号(1993年)3頁は、「どの説もよほどの場合以外『請求の基礎』が異なるとは判断しないという共通性を示しており、『請求の基礎』はただ広いだけで『訴え変更の許否』を規律していないのではないか」との問題提起をされる。
- (12) 一般的に、ドイツ法史においてゲルマン法は重要な役割を果たしているものとされているが、「古き良き法」としてのゲルマン法はその史料に乏しく、またゲルマン法の二次的史料が、時代に拘束された19世紀の問題提起や指導理念に基づくものと受け取られ、これを再検討する動きが法史学において存在する。詳細は、K・クレッシュェル〔石川武監訳〕『ゲルマン法の虚像と実像』(創文社、1989年)を参照されたい。もっとも、このような指摘は実体法領域におけるものであり、手続法領域においては依然として従来ゲルマン法の像が支持されているように思われる。しかし、本稿においてもこのような法史学上の趨勢に則り、幾つかの文献において言及されている最大公約数的な部分についてのみ論ずるにとどめておきたい。
- (13) *Schlinder*, Das Recht des Beklagten auf ein Sachurteil im Zivilprozess - Zur Problematik der Klageänderung -, JURA 29. Jahrgang, Heft. 1, 2007, S. 7; 菊井維大「訴の変更」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座 第一巻』(有斐閣、1954

- 年) 190頁以下。
- (14) 菊井・前掲注13・190頁以下。
- (15) 菊井・前掲注13・191頁。
- (16) *Schlinker*, a. a. O. (Anm. 13), S. 7; 菊井・前掲注13・191頁。
- (17) *Schlinker*, a. a. O. (Anm. 13), S. 7.
- (18) *Schlinker*, a. a. O. (Anm. 13), S. 7.
- (19) 菊井・前掲注13・194頁。
- (20) 菊井・前掲注13・194頁。なお、本文でも述べているとおり、CPO240条はZPO 264条と文言を等しくするので、訳文は、法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典—2011年12月22日現在—』（法曹会、2012年）91頁に依拠した。
- (21) *Uwe Gottwald*, Die Klageänderung im Zivilprozeß, JA, Heft. 3, 1998, S. 219; 菊井・前掲注13・194頁。
- (22) *Gottwald*, a. a. O. (Anm. 21), S. 219; 菊井・前掲注13・194頁。なお、„sachdienlich“ については定訳をみないが、さしあたり本文中に掲げた「相当性」という訳をあてることにする。
- (23) *Gottwald*, a. a. O. (Anm. 21), S. 220.
- (24) *Althammer*, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 295.
- (25) 訳文は、法務大臣官房司法法制部編・前掲注20・91頁に依拠した。
- (26) Stein/Jonas/*Roth*, Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, 23. Aufl., Bd. 3, 2016, S. 1048.
- (27) Stein/Jonas/*Roth*, a. a. O. (Anm. 26), S. 1049; *Gottwald*, a. a. O. (Anm. 21), S. 220.
- (28) *Schlinker*, a. a. O. (Anm. 13), S. 7.
- (29) *Gottwald*, a. a. O. (Anm. 21), S. 221.
- (30) Stein/Jonas/*Roth*, a. a. O. (Anm. 26), S. 1049.
- (31) 訳文は、法務大臣官房司法法制部編・前掲注20・92頁に依拠した。
- (32) *Gottwald*, a. a. O. (Anm. 21), S. 221.
- (33) *Gottwald*, a. a. O. (Anm. 21), S. 221.
- (34) *Gottwald*, a. a. O. (Anm. 21), S. 221.
- (35) 訳文は、法務大臣官房司法法制部編・前掲注20・91頁に依拠した。
- (36) *Gottwald*, a. a. O. (Anm. 21), S. 222 f.
- (37) Stein/Jonas/*Roth*, a. a. O. (Anm. 26), S. 1092. なお、中村英郎「訴の変更理

論の再検討」同『民事訴訟におけるローマ法理とゲルマン法理』(成文堂、1977年)146頁は„Tatsachenkomplex“を「事実関係」と訳出するが、「事実関係」が定訳となっている„Sachverhalt“との区別のため、さしあたり本文中に掲げた「事実複合体」という訳をあてることにする。

- (38) 中村(英)・前掲注37・125頁は„Klagegrund“を「訴の原因」と訳出する。日本法との対比で考えた場合、„Klagegrund“は「請求の基礎」ではなく「請求の原因」という訳をあてる方が妥当なのではないかと思われる。
- (39) 村松俊夫「訴の変更と旧訴の運命」法学志林42巻6号(1940年)22頁は、1931年のドイツ民事訴訟法改正草案が、旧ZPO268条が同条中に列举する場合を訴えの変更とみなさないとしているのは一つの擬制に過ぎず、実際は訴えの変更の許否の問題に他ならないとしていることを述べる。安西・前掲注11・19頁も脚注においてこの点を指摘しているが、日本法に則して考えるならばまさにこれは訴えの変更の有無が問題となる規定なのではなく、許否が問題となる規定なのである。
- (40) このことは、ドイツの文献が、ZPO264条の場合を「訴えの変更に当たらない場合」ではなく、「ZPO264条の訴えの変更の場合(Die Klageänderungsfälle des § 264 ZPO)」と述べていることから明らかである。Gottwald, a. a. O. (Anm. 21), S. 222.
- (41) Gottwald, a. a. O. (Anm. 21), S. 223.
- (42) Stein/Jonas/Roth, a. a. O. (Anm. 26), S. 1102; Schultzenstein, Ueber den Zeitpunkt, bis zu welchem im Civilprozeß die Zurücknahmen der Klage, der Berufung, der Revision und des Einspruchs zulässig sind, Gruchot 27, 1883, S. 298.
- (43) Stein/Jonas/Roth, a. a. O. (Anm. 26), S. 1102; Walther, NJW 1994, 423 ff.
- (44) Groß, Klageänderung und Klagerücknahme, JR, Heft. 9, 1996, S. 358.
- (45) Groß, a. a. O. (Anm. 44), S. 358.
- (46) Groß, a. a. O. (Anm. 44), S. 358.
- (47) Groß, a. a. O. (Anm. 44), S. 358.
- (48) Groß, a. a. O. (Anm. 44), S. 358.
- (49) Stein/Jonas/Roth, a. a. O. (Anm. 26), S. 1105; Krüger/Rauscher, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (ZPO), 5. Aufl., Bd. 1, 2016, S. 1700.
- (50) Krüger/Rauscher, a. a. O. (Anm. 49), S. 1700. 消極的利益とは、例えば契約上の債権債務関係の場合、契約が締結されなかった状態への回復、すなわち原状回復のことを意味し、積極的利益とは契約がきちんと貫徹された状態に到達すること

- を意味する。Looschelders, Schuldrecht, 14. Aufl., 2016, S. 346. また山田晟『ドイツ法律用語辞典』（大学書林、第4版、2001年）684頁参照。
- (51) *Althammer*, a. a. O. (Anm. 24). その概要については拙稿『利益 (Interesse)』概念による訴訟物の特定 (1)・(2・完)』早論159号 (2016年) 79頁、早論160号 (2016年) 77頁を参照されたい。
- (52) *Althammer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 294.
- (53) *Althammer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 296 f.
- (54) 中村宗雄「訴えの変更と請求の基礎 (一)」民商3巻1号 (1936年) 27頁。
- (55) 中村 (宗)・前掲注54・27頁以下。
- (56) 松本博之ほか編『民事訴訟法〔大正改正編〕(3)』（信山社、1993年）250頁、中村 (宗)・前掲注54・28頁。
- (57) 中村 (宗)・前掲注54・28頁以下を参照。
- (58) 菊井・前掲注13・195頁、新堂＝福永編・前掲注8・250頁〔住吉〕。
- (59) 菊井・前掲注13・195頁。なお、第二審については、被告の同意の有無にかわりなく絶対的に訴えの変更が禁止されており（オーストリア民事訴訟法483条）、これは制限控訴主義を採用しているのに対応するものと考えられるとされている。
- (60) 松本ほか編・前掲注56・251頁。
- (61) 松本博之ほか編『民事訴訟法〔大正改正編〕(4)』（信山社、1993年）73頁。
- (62) 加藤正治『改正民事訴訟法案概説』（有斐閣、1937年）76頁。
- (63) 中村 (英)・前掲注37・138頁以下。
- (64) 松本ほか編・前掲注56・250頁以下。
- (65) 鈴木重勝「判批」別冊ジュリスト5号 (1965年) 68頁。
- (66) 中村英郎「控訴審における訴えの変更」同『民事訴訟理論の法系的考察』（成文堂、1986年）200頁以下。なお、同201頁以下は、「旧法以来、訴の変更を許容するための最も重要な要件と考えられた被告の利益保護は、変更前後の請求の同一性という要件の中に解消したといえることができる」と述べる。
- (67) 畑宏樹「現行民事訴訟法における訴訟促進政策と訴えの変更」法学研究78号 (2005年) 92頁も、「原告の便宜の範囲を画しもって被告の防御の範囲を設定するのが、この『請求の基礎の同一性要件』の有する意味合いといえよう」と述べる。
- (68) 白川和雄「判批」別冊ジュリスト5号 (1965年) 67頁。
- (69) このような分類をするものとして、芳賀雅顯「判批」法学研究67巻1号 (1994年) 130頁、畑・前掲注67・92頁。

- (70) 兼子ほか編・前掲注1・830頁および833頁〔竹下=上原〕。
- (71) 兼子ほか編・前掲注1・830頁および833頁〔竹下=上原〕。
- (72) 兼子・前掲注1・373頁、新堂幸司『新民事訴訟法』(弘文堂、第5版、2011年)758頁以下。
- (73) 最三小判昭和29年6月8日民集8巻6号1037頁。
- (74) 畑・前掲注67・90頁。
- (75) フランツ・クラインの訴訟理念については、松村和徳「裁判官の積極性とフランツ・クラインの訴訟理念」木川統一郎博士古稀賀祝『民事裁判の充実と促進』(判例タイムズ社、1994年)224頁を参照されたい。
- (76) 畑・前掲注67・90頁以下も、訴えの変更は別訴提起に比べれば必ず訴訟経済に合致すると考えられるとしたうえで、むしろ「訴訟遅延の防止」という観点は、「当該訴訟が長期化することによって生じる権利救済の遅れといった当事者(とりわけ被告)の利益も含むもの」であるとする。そしてそのうえで、従前の訴訟手続とりわけ当事者の弁論その他攻撃防御方法を徒労に帰せしめるか否かを、要件充足の判断基準とする見解に与する。
- (77) 安西・前掲注11・36頁、畑・前掲注67・91頁。
- (78) 兼子ほか編・前掲注1・835頁以下〔竹下=上原〕。
- (79) 最二小判昭和41年1月21日民集20巻1号94頁。
- (80) 兼子ほか編・前掲注1・835頁〔竹下=上原〕。しかし、これらの要件については本稿の主題から外れるため、詳述しない。
- (81) 最三小判昭和35年5月24日民集14巻7号1183頁。
- (82) 兼子・前掲注1・374頁。
- (83) 上田徹一郎『民事訴訟法』(法学書院、第7版、2011年)532頁以下、兼子ほか編・前掲注1・836頁〔竹下=上原〕、松本=上野・前掲注3・735頁〔上野〕など。
- (84) 藤田広美『講義 民事訴訟』(東京大学出版会、第3版、2013年)427頁。
- (85) 新堂・前掲注72。
- (86) 前掲注10参照。
- (87) 三ヶ月章「判批」別冊ジュリスト5号(1965年)63頁。
- (88) 最一小判昭和32年2月28日民集11巻2号374頁。三ヶ月・前掲注87・63頁は「この判決がこのような関連を指摘したのは、安易に交換的変更という観念を一訴の変更の要件が旧法下とは変わってきたのに—無反省に維持していた学説に大きな反省を迫るものである」と述べる。



- (89) 最二小判昭和38年1月18日民集17卷1号1頁。
- (90) 中村（英）前掲注37・158頁。
- (91) 控訴審における被告の反訴に原告の同意が要求される（民訴法300条1項）こととの均衡を保つためにも、判例（前掲注73）との関係において被告の同意の要件についてはなお検討を要する。
- (92) *Gottwald*, a. a. O. (Anm. 21), S. 221.
- (93) この点、三ヶ月章『民事訴訟法』（弘文堂、第3版、1994年）164頁は「もし経済的ないし社会生活上の紛争の実態と訴訟物概念のくい違いがあるとするならば、むしろ訴訟物概念のたて方を反省することによってそれを克服すべきものであって、訴えの変更の指標を調節することによって解決しようとする態度自体が反省すべきものであったといわねばならない」と述べる。
- (94) 判例としては、大判昭和18年3月19日民集22卷230頁、学説としては、菊井・前掲注13・204頁（二元説に分類することも考えられる）、山田正三「訴えの変更」法学論叢49卷4号（1943年）419頁（発生事実説。この場合、「新舊両請求間に他のいくつかの請求の介在する場合にも基礎の同一性を認めることになり、極めて関連性の薄いものについても基礎の同一性を認めることにな」とされる。菊井・前掲注13・204頁参照）がある。
- (95) 裁判例としては、東京地判昭和26年9月27日下級民集2卷9号1129頁、学説としては、兼子・前掲注1・372頁（紛争関係説）、中村宗雄「訴の變更と請求の基礎（二）」241頁以下がある。
- (96) 中村（英）・前掲注66・145頁以下は、請求の基礎を具体的訴訟一般において訴訟により追求する生活利益と、そして具体的・個別の訴訟において請求の原因を構成する基礎たる事実とする二元的立場によって考察の対象とし、その階層的組み合わせにより請求の基礎の同一性を判断するとされる。
- (97) 大判昭和8年2月7日民集12卷136頁。
- (98) 東京地判昭和26年3月2日下級民集2卷3号312頁。
- (99) 三ヶ月・前掲注93・164頁。
- (100) 新堂・前掲注72・757頁。
- (101) その他、兼子ほか編・前掲注1・830頁および833頁〔竹下＝上原〕、小林秀之『プロブレム・メソッド民事訴訟法』（判例タイムズ社、補訂版、1999年）402頁以下などもこれに属する。
- (102) 菊井・前掲注13・240頁以下。この点、請求の基礎の概念の学問的把握には資

せず、実務家に対し事件処理の一方針を示すにとどまっているものという批判があるとしてされている(中村(宗)・前掲注95・245頁)が、抽象的な定義づけが困難であるからここのような把握をしたのであるから、循環論法的な批判であるように思われる。

(103) 芳賀・前掲注69・130頁以下。

(104) 芳賀・前掲注69・131頁も、請求の同一性要件を手続的側面からのアプローチである事実資料の一体性の判断材料とする見解には賛成できないとしつつ、「事実資料の一体性がないような場合は、新請求の審判のために従前の資料が利用できないのであるから、請求の基礎に変更があるというよりは、むしろ『著しく訴訟手続を遅滞せしむべき場合』(232条但書)として処理すべき」として処理すべき」とし、「請求の基礎」とは“請求”という文言を用いていることから実体的観点から捉えれば十分であり、手続的考慮は同条但書の守備範囲と解する。私見は同条全体の解釈としては併用説に近いが、本文と但書で機能分担を図るものである。このように解するのが条文の立てかたと適合し、また手続的要請をも参酌しうる点で妥当と考える」と述べる。

(105) 大判昭和18年3月19日民集22巻240頁。

(106) 中村(宗)・前掲注95・247頁および249頁以下。

(107) 東京地判昭和26年9月27日下級民集2巻9号1135頁。

(108) 兼子・前掲注1・372頁。

(109) 中村宗雄「訴えの変更と請求の基礎(三・完)」民商3巻3号(1936年)439頁。

(110) 中村(宗)・前掲注109・440頁。

(111) 中村(宗)・前掲注109・442頁。

(112) この観点から、請求の基礎の同一という概念の実質を事実資料の共通とするものとして、住吉博「重複訴訟禁止原則の再構成」法學新報77巻4・5・6号(1970年)131頁以下。但し、事実資料の共通を手続的アプローチとして評価されている点に、注意を要する。

(113) 牛尾洋也「イエーリングの私法理論の二元性(2・完)」法雑37巻4号(1991年)123頁。

(114) *Althammer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 265.

(115) *Althammer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 267 f.

(116) なお、三ヶ月章「訴訟物をめぐる戦後の判例の動向とその問題点」同『民事訴訟法研究第一巻』(有斐閣、1962年)176頁は、訴訟物の同一性につき、「一つのそ

して最も重要なメルクマールとしては、実体法秩序が窮極的には一回の弁済をジャスティファイするに止まるか二度以上の給付を是認するかが、目的論的判断として右の識別決定に極めて大きく作用する」と述べるが、ここで述べられた「利益」概念は決して目的論的判断の所与などではなく、法史学的分析の所与として、まさにこのようなメルクマールとして機能する概念であるといえよう。

- (117) Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl., 2018, S 547.
- (118) Althammer, a. a. O. (Anm. 24), S. 597 f.
- (119) Althammer, a. a. O. (Anm. 24), S. 598.
- (120) Althammer, a. a. O. (Anm. 24), S. 599. 日本において同様の見解を採るものとして、小山昇「株主総会の決議を争う訴訟の訴訟物」同『訴訟物の研究 小山昇著作集 第一巻』（信山社、1994年）195頁。
- (121) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O. (Anm. 117), S 540.
- (122) Althammer, a. a. O. (Anm. 24), S. 603.
- (123) Althammer, a. a. O. (Anm. 24), S. 603.
- (124) Althammer, a. a. O. (Anm. 24), S. 603.
- (125) 安西・前掲注11・28頁は、「従来学説が把握しようとしてきた紛争とは、もともと当事者間の攻防によって展開されていく性質のものであり、「そしてそのような紛争の展開の手段として訴訟物や請求の基礎が考えられてきた」のであるから、「請求の基礎の機能化のためには、それを枠としてとらえることなく、手続の展開の中での攻防の連続性、関連性を問題とすべきで」と述べ、訴訟状況により請求の基礎の同一性を判断しようとする。
- (126) 利益説に従うのであれば、利益説がその根拠の一つとして二分肢説における生活事実関係のメルクマールの機能不全（本文中でも述べた通り、それに立ち返る場面はあるものの）を挙げていることから、利益基準説の優位性は主張できよう。
- (127) 兼子ほか編・前掲注1・831頁。
- (128) Althammer, a. a. O. (Anm. 24), S. 386.
- (129) 前掲注4参照。
- (130) したがって、中村（英）・前掲注66・145頁以下と本稿における階層構造とは、訴訟物の変更の有無、すなわち訴えの変更の有無を境界として基準が分かれるという点に差異がある。

