

請求の客観的予備的併合の適法要件

大久保 邦彦

目次									
I	序説								
II	初期の学説								
一	ドイッ								
二	日本								
三	小括								
III	通説								
一	ドイッ								
二	日本								
三	小括								
IV	無制限説								
V	検討								
VI	結語								

I 序 説

訴訟物論に関し実体法説に立つ筆者は、⁽¹⁾かつて、請求権競合が認められる場合（以下、「請求権競合の事例」という）において、競合する請求権が同一手続で主張されたときには、原則として原告に順位を付けさせ、請求の予備的併合を認めるべきことを主張した。⁽²⁾例えば、不法行為であれば認容額は一〇〇万円、不当利得であれば認容額は九〇万円といった事例では、原告は、主たる請求として不法行為に基づく一〇〇万円の損害賠償請求権を、予備的請求として九〇万円の不当利得返還請求権を主張すべきだ、と解するわけである。しかし、「請求権競合の事例」において請求の予備的併合が適法だとは、実は簡単にはいえない。というのは、ほとんどすべての教科書・体系書・注釈書において、請求の予備的併合は、数個の請求が互いに両立しない——その存在において排斥関係にある——場合（以下、「排斥関係の事例」という）に限って許される、とされているからである。⁽³⁾その理由として、現在では我が国においても新訴訟物理論が通説化していることが、直ちに想起されうる。つまり、新訴訟物理論によれば、「請求権競合の事例」ではそもそも請求は一個しか存在せず、請求の（予備的）併合を認める前提に欠けるからである。しかし、旧訴訟物理論の論者も、以前から同様の見解を唱えているのである。以上のような学説状況は、旧訴訟物理論に立っているとされる実務が「請求権競合の事例」において請求の予備的併合を広く認めていることに思いを馳せれば、意外な感じを受ける。他方、ドイツに目を転じてみても、予備的請求が主たる請求と法（律）的又は経済的に同一（又は同種）の目的に向けられていることを予備的併合の適法要件とするのが通説的立場であり、「排斥関係の事例」だけでなく「請求権競合の事例」においても予備的併合は適法とされている。⁽⁴⁾また、少数説ながら、請求の予備的併合を無制限に認める見解（ブロックス・メルレ・

キオン)も唱えられている⁽⁵⁾。

そこで、本稿では、請求の予備的併合はそもそも適法か、適法だとして如何なる場合に適法か、という問題を取り扱うことにしたい。初期の学説(Ⅱ)、通説(Ⅲ)、無制限説(Ⅳ)の順にドイツ及び日本の学説を紹介した後、Ⅴで若干の検討を加えることにする。従来の多くの学説と同様、主に給付訴訟を念頭におき、形成訴訟・確認訴訟については最後に触れることにする(Ⅴ9)。

なお、請求の(予備的)併合が認められる前提として、複数の請求の存在が必要だが、何時複数の請求が存在するかという問題(訴訟物論)には——学説紹介の際に付随的に言及することはあるが——正面からは立ち入らない。また、主たる請求の認容を予備的請求に関する判決の条件とするいわゆる「不真正予備的併合」⁽⁶⁾についても、検討対象からはずすことにする。

- (1) 拙稿「請求権競合問題について」神戸学院法学二四卷三〇四号五九三頁以下(一九九四年)。
- (2) 拙稿「新実体法説に関する一考察」神戸学院法学二四卷一号五三頁(一九九四年)。
- (3) もっとも、論文レベルではかなり様相は異なる。学説・判例については後述する。
- (4) ドイツでも新訴訟物理論が判例・通説化しているが、ドイツの学説の主流は二分肢説であるため、一分肢説が主流の我が国とは異なり、「請求権競合の事例」においても——例えば、手形債権と原因債権が競合する場合には——二個の訴訟物が存在しうる(拙稿「請求権競合問題について」神戸学院法学二四卷三〇四号五九七頁)。
- (5) 請求の予備的併合に関する取扱が、ドイツと日本で全く異なっていることは、既に、荒木隆男「訴の客観的予備的併合——西ドイツにおける学説の現状——」青山社会科学紀要八卷二号五五頁(一九八〇年)が指摘している。
- (6) 中村英郎『民事訴訟法』(成文堂・一九八七年)一八九頁は、このような併合態様を「重疊的併合(Sukzessive Klagenhäufung)」と呼ぶ。なお、我が国では、互いに両立しうる数個の請求を予備的に併合した場合に、「不真正

予備的併合」というのが普通の用法である（上野泰男「請求の予備的併合と上訴」名城法学三三巻四号四頁注（1）（一九八四年）。

II 初期の学説

一 ドイツ

1 ドイツ民事訴訟法（一八七七年）は、請求の予備的併合が適法か否か、適法だとして如何なる範囲において適法か（予備的併合の適法要件）につき、何も述べていない⁽¹⁾。しかし、一九〇八年のブツェリウス（Bucerius）の論文（7）には、「実務にとつて、予備的申立（Eventualanträge）の適法性は、当時既にとうの昔に確立していた」という記述があり、学説上も、一八八九年のエツイウス（Eccius）の書評（2）が登場する前は、請求の予備的併合の適法性を疑う見解は存在しなかつたようである⁽³⁾。そこで、本稿では、請求の予備的併合に対して初めて疑問を呈したエツイウスの見解を、検討の出発点とすることにす。

(1) Hans-Jürgen Kion, *Eventualverhältnisse im Zivilprozess*, 1971, S. 47.

(2) Bucerius, *Eventuell verbundene Anträge*, ZJP 37, 1908, S. 193. S. 211, Anm. 20には帝国裁判所の諸判決が引用されている。

(3) Eccius, *Besprechung der 5. Aufl. des Kommentars der Zivilprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen von v. Wilnowski-Levy*, Gruchots Beitr. 33, 1889, S. 139.

2 エツイウス（Eccius）⁽⁴⁾ エツイウスは、請求の予備的併合を一般的に否定する（S. 144～145）。彼は、

予備的申立は、主たる申立の棄却判決の既判力発生を条件として訴訟係属し、第一審により裁判される」と解する (S.143～144)。しかるに、条件付訴えの提起は論理的・法的に不可能で不適法なので (S.139～140)、条件付訴えの提起たる予備的申立は不適法となる。更に、「排斥関係の事例」については、原告は同時に二個の矛盾する事実主張をしてはならない、という命題が論拠として付け加わる。例えば、主たる申立として売買代金の請求をし、予備的申立として売買が証明されない場合のために目的物の返還請求をしたとすると、予備的申立は不適法だとして却下される (S.142～143)。

(4) Eccius, Besprechung der 5. Aufl. des Kommentars der Zivilprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes für das Deutsche Reich nebst den Einföhrungsgesetzen von v. Wilmowski-Levy, Gruchots Beitr. 33, 1889, S.137ff. 以下、頁数のみで引用する。

3 レムメルト (Lämmerl)⁽⁵⁾ レムメルトも、条件付訴えの提起は訴訟上不可能だとするが (S.431～432, S.442)、予備的請求に付された条件を無視することによって (S.431～432)、いわゆる予備的併合を単純併合同様に取扱い扱おうとする (S.443)。したがって、「排斥関係の事例」においても二個の請求は同時に訴訟係属するが (S.433～434, S.442～443)、主たる請求の認容後も予備的請求はなお訴訟係属しているため、その特別の訴訟上の処理 (訴えの取下・棄却判決) が必要となる (S.434～435)。もっとも、両請求の内容が同一のときは、「請求権競合の事例」におけると同じように、一個の申立が二重の基礎づけをもちその申立が処理の対象だから、主たる請求の認容により予備的請求も処理されるとする (S.435～436)。なお、相互に無関係の請求の予備的結合も不適法ではないが、原告の付した順位は無視されるので、原告の追求する目的の達成は保障されないという

(S.437)。

(5) Lämmert, Ueber Begriff und Zulässigkeit der eventuellen Klageverbindung, ZZP 16, 1891, S.428ff.
以下、頁数のみで引用する。

4 ペーターゼン (Peterson)⁽⁹⁾ ペーターゼンも、条件付訴えの提起・条件付訴訟係属を、停止条件付・解除条件付とも不適法とする (S.504, S.511~512)。更に、訴えの併合時には、両訴えを相矛盾する請求原因の主張で基礎づけることは許されないとする (S.515~517)。

したがって、いわゆる予備的請求は条件付訴えゆえ不適法であるが、原告は、主たる申立認容時に予備的申立の取下を予告する限りにおいて、当該申立を「予備的」と称することができる。つまり、原告の「予備的申立をする」という表示は、条件付訴えの提起を意味するとは限らないのである (S.512~513)。この場合、「予備的併合」は、レムメルトにおけると同様、単純併合として取り扱われることになり (S.514~515)、「予備的申立」についても、常に処理が必要となる。このとき、被告が原告の訴えの取下を拒否できるかが問題となる (S.513)。「排斥関係の事例」において訴えの併合を認めると、両訴えを相矛盾する請求原因の主張で基礎づけることが必要になるが、それはペーターゼンにおいては認められない。そこで、彼は、争訟事件 (Streitsache) という概念を立て、争訟事件が一個の場合と数個の場合とで区別をする。争訟事件が一個の場合は、§5 ZPO(請求併合の場合の訴額)の意味における請求の併合を語ることはできない。そして、「排斥関係の事例」においては、§232 ZPO(現行 §260(請求の併合))の意味における訴えの併合を認めつつも、原告は、一個の給付・一個の裁判のみを要求しており、——明示的には述べられていないもの——争訟事件は一個しか存在しないと、

訴えの併合を否定するようである (S. 508-511)。つまり、ペーターゼンは、請求概念を相対的に捉えるのである。

(6) Petersen, Ueber eventuelle Klagebegehren und Rechtsmittel, sowie die eventuelle Verbindung von mehreren Klagegründen, ZJP 16, 1891, S. 493ff. 以下、頁数のみで引用する。

(7) 具体例として挙げられているのは、主たる申立が売買契約に基づく目的物の引渡、予備的申立が売買無効による代金の返還請求といった、請求の趣旨が相異なる事例である (S. 510)。

5 プファイザー⁽⁸⁾ (Pfizer) プファイザーも、予備的訴えは条件付訴えの提起なので不適法・不可能であり、無条件に却下されるべきだとする (S. 382-384)。しかし、他方で、一個の訴えにおける予備的申立は適法だとし、原告が被告に対し、主たる申立として、消費貸借に基づく元本一〇〇〇マルク及び利息の支払を請求し、予備的申立として、被告の行為無能力を理由とする消費貸借の取消に基づく現存利益八〇〇マルクの不当利得返還請求をした事例を、具体例として挙げている (S. 380-382)。

(8) G. Pfizer, Eventuelles Vorbringen, ZJP 21, 1895, S. 367ff. 以下、頁数のみで引用する。

6 ヴァイスマン⁽⁹⁾ (Weismann) 当時の代表的な教科書の中から、ヴァイスマンのものをみておくことにしよう。

ヴァイスマンは、訴えの予備的併合の適法要件として、主たる請求認容時に予備的請求がおのずと (von selbst) 処理されることを要求する。但し、予備的請求は条件付で提起されているので、主たる請求認容時に予

備的請求につき明示的に裁判される必要はないとする。訴訟係属の効果は、予備的請求についても、訴えの提起によって発生する。

なお、彼は、予備的併合の場合には、一個の請求（権）の存在のみが主張されており、原告は異なる基礎づけにより到達される一個の目的を有しているにすぎないので、この場合に訴えの併合を語るの疑わしく、制定法も（実体法的観点からは勿論不正確であるが）数個の訴えの原因を有する一個の請求を語っている、という。

(6) Jakob Weismann, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes*, Bd. 1, 1903, S. 465-467.

7 ツェリウス (Bucerius)⁽¹⁰⁾ ツェリウスも、条件付訴えの提起を不適法とする。したがって、予備的申立が条件付訴えの提起であれば、それは不適法となる (S. 194)。そこで、彼は、予備的併合の適法要件として、両申立が既判力で処理されることを要求する。主たる申立の認容時にも、予備的申立が常に既判力によって処理されなければならないのである。原告が予備的申立の処理を意図しないときは、予備的申立は条件付で訴訟係属するため不適法となる (S. 198-199)。

「排斥関係の事例」においては、主たる申立を認容した裁判官は、黙示的に予備的申立に理由のないことを確定していることになるので、この場合には、予備的併合は適法となる (S. 199-200, S. 205-206)。予備的申立の主文による棄却は望ましいが不要とする (S. 228)。このように、ツェリウスにおいては、予備的併合が適法とされる事例が「排斥関係の事例」に限定されるのには、論理的な理由が存在する。

なお、ツェリウスは、実際に予備的申立が問題となっている場合に数個の請求・数個の訴えを語るののは、予備的申立がなされた訴えは異なった評価を受けうる一個の事象を基礎にしているので誤解を招く、としており、

申立は数個だが、請求・訴えは一個という考えを採っている (S.195-196, S.213)。

(10) Bucerius, Eventuell verbundene Anträge, ZfP 37, 1908, S.193ff. 以下、頁数のみで引用する。

8 ルヴィヒ (Hellwig)⁽¹¹⁾ ルヴィヒも条件付訴えを不適法とする (Lehrbuch, S.35, S.37-38; System, S.312, S.327)。しかし、彼は、「排斥関係の事例」及び「請求権競合の事例」においては、予備的申立は条件付訴えの提起ではなるとして、予備的併合を適法とする (Lehrbuch, S.39-40, S.78-82, S.86; System, S.326-327)。

予備的併合の場合、両請求とも訴訟係属するが、申立は裁判所を拘束するので、主たる請求からまず吟味すべきである。裁判は原則として全請求についてなされるべきだが、一般原則により、原告が訴えを取り下げたとき又は、原告が請求を放棄し且つ被告が請求棄却の特別の申立 (§306 ZPO (請求の放棄)) をしないときは、その請求に関する裁判はなされない。こう述べた上で、ヘルヴィヒは、「先行的訴えの取下」、「先行的請求の放棄」の可能性を認め、主たる請求が貫徹しなかった場合に予備的請求を立てるといふ原告の表示の中に、「先行的訴えの取下」又は「先行的請求の放棄」が見て取れるという。そして、彼によると、「排斥関係の事例」においては、一方の請求の認容に他方の棄却が十分に表現されているが、そうでなくとも「先行的請求の放棄」の可能性がある。また、「請求権競合の事例」において、一方の請求に理由があり、他方に理由がないことが判明したときは、前者を認容し、後者を棄却すべきである。両請求に理由があるときは、二重執行の危険を避けるため、両請求 (権) を確定する一個の給付判決のみが下される。一方の請求に理由があることがまず判明した場合において、他方につき (先行的) 訴えの取下がなされたときは、それに関する裁判はなされないが、訴えの取下がなさ

れないときも、他方については確認判決を請求できるととまる。原告が他方につき請求を放棄し且つ被告が請求棄却の特別の申立をしないときも、それに関する裁判はなされなく (Lehrbuch, S. 82~84; System, S. 326~328)。

(11) Konrad Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 3, 1909 (以下「Lehrbuch」略称); ders., System des Deutschen Zivilprozessrechts, 1. Teil, 1912 (以下「System」略称)。

6. フィッシャー (Fischer)⁽²¹⁾ フィッシャーも、条件付訴えを、停止条件付・解除条件付とも不適法とする (S. 34)。しかし、彼は、「請求権競合の事例」及び「排斥関係の事例」については、両請求の予備的結合を適法とする。まず、「請求権競合の事例」については、一方の請求を認容する判決は、黙示的に他方の請求を権利保護の利益を欠くという理由で不適法却下していると解することによって、条件付訴えであることを否定する (S. 40~41, S. 71, S. 79~80)。他方、「排斥関係の事例」については、一方の請求を認容する判決は、黙示的に他方の請求を実体的に棄却していると解することによって、条件付訴えであることを否定している (S. 61, S. 82~83)。もっとも、彼は、今日の訴訟物に相当するものとして争訟事件 (Streitsache) という概念を立て (S. 36~38, S. 58)、「請求権競合の事例」においては争訟事件は二個であるが、「排斥関係の事例」においては両申立が異なる場合を含め——争訟事件は一個しか存在しないと——そもそも訴えの併合を否定している (S. 55~72)。

(21) Walther Fischer, Eventualhäufungen in Klage, Widerklage und Rechtsmitteln, 1912. 以下、頁数のみで引用する。

二 日 本

ここで、我が国の当時の学説を一瞥しておくことにしよう。

1 田中耕太郎⁽¹³⁾ 田中説も条件付訴えを不適法とするが、主たる請求が売買代金請求、予備的請求が売買無効時の目的物返還請求といった「排斥関係の事例」については、予備的併合を適法とする。原告は判決を請求する申立を条件にからせるのではなく、常に「仮定的ノ判決 (Eventualverurteilung)」を求めているのだから、「仮定的申立 (Eventualanträge)」は訴えの条件付提起ではないことをその理由とする。前述の例では、売買無効の場合の目的物返還の訴えが条件にかかるのではなく、原告は売買代金の支払又は売買の目的物の返還のいずれか一つを命ずる判決を無条件に裁判所に求めているとする。

(13) 田中耕太郎「條件附訴訟行為論」法協三三卷一〇号一七七七―一七七八頁(一九一五年)。

2 雉本朗造 雉本旧説⁽¹⁴⁾は、訴訟係属(権利拘束)の発生を条件にからせるのは現行法の許さないところである、としていた(七五三頁、七六五―七六八頁)。しかし、「排斥関係の事例」においては、主たる請求の審理は予備的請求の審理であり、主たる請求の裁判(認容判決)は予備的請求の裁判(棄却判決)である(七五二頁、七七〇―七七二頁、七七六―七七八頁)、したがって、予備的請求は条件付訴えではない(七六九―七七二頁)という論理により、請求の予備的併合を適法としていた(七四一頁、七四八―七四九頁、七五一―七五二頁)。しかし、すぐに雉本博士は説を改めている。雉本新説⁽¹⁵⁾も、条件付申立は裁判事務の進捗を妨げ相手方の地位を不安にするため原則として違法だとするが、申立が予備的に連結された場合には、第二位の申立は条件付申立で

あるが、条件の成否は第一位の申立に対する審理の結果おのずから明確となるから条件付申立を非とする理由はこの場合には当たらないので、例外的に条件付申立を適法とする。そして、結論的には「排斥関係の事例」でないときにも申立の予備的結合を適法とする。もっとも、ヘルヴィヒを引用しつつ、第一位の申立が理由なしとされる場合のために第二位の申立をなすというのは、第一位の申立が理由ありとされた場合には第二位の申立は取り下げるといふ意思を予告的に表示していると解すべきだともいうが、一⁸で述べたように、ヘルヴィヒはあくまでも予備的申立は条件付訴えではないという立場なので、ヘルヴィヒと雫本新説とは理由づけが異なる。

(14) 雫本朗造「請求ノ予備的併合及ヒ選択的併合」〔初出—一九一六—一九一八年〕『民事訴訟法論文集』〔内外出版印刷・一九二八年〕。以下、頁数のみで引用する。

(15) 雫本朗造「訴訟行為論」『民事訴訟法論文集』〔附録〕六〇—六六頁。同論文は本書において初めて公表されたようである。なお、雫本博士は一九二二年の没である。

三 小 括

初期の学説に対する検討から、まず、予備的併合は実務の必要から生じた請求の併合態様であり、学説は——エツイウスを除き——実務の要請に応えるために、予備的併合を適法とするための理論的基礎づけの努力をしてきたということが指摘できる。また、「排斥関係の事例」だけでなく「請求権競争の事例」においても予備的併合に対する実務の必要が存在することも、以上の検討から十分に窺い知ることができる。我が国では、予備的併合は「排斥関係の事例」を眼中において発展してきたとの認識が示されることがあるが、この沿革認識が正しいかはかなり疑わしい。⁽¹⁶⁾

初期の学説は、請求の予備的併合の適法性の吟味に際して、条件付訴えは不適法であるという命題を前提にしており、更に、一部の学説（エツイウス・ペーターゼン）は、相互に矛盾する事実主張は許されないという命題を前提にしていた。

しかし、まず、後者の命題の正当性は疑わしく、むしろこのような事実主張を許す点に予備的併合の実益をみるべきであろう⁽¹⁷⁾。また、この命題は訴えの適法性ではなく本案（理由具備性（Schlüssigkeit））に関わるものだから、仮にこの命題の正当性を認めるとしても、予備的請求は不適法として却下するのではなく実体的に棄却すべきである⁽¹⁸⁾。

それに対して、条件付訴えは不適法であるという命題が一般論として正当であることに疑問の余地はなからう。初期の学説の特徴は、この命題を例外を許さない絶対的なものとみる点にある。したがって、予備的請求が条件付訴えであれば、請求の予備的併合は不適法とされることになる。

そして、この命題との関連で、初期の学説が請求の予備的併合に対してとった態度は、おおよそ次のように分類することができる。

1 予備的請求Ⅱ停止条件付訴えⅡ不適法説（エツイウス）　まず、請求の予備的併合を一般的に否定する説である。エツイウスによると、予備的請求は主たる請求の棄却判決の既判力発生を停止条件として訴訟係属するが、条件付訴えの提起は不適法なので、予備的請求は不適法となる。

2 予備的請求Ⅱ無条件の訴えⅡ適法説（単純併合切り替え説）⁽¹⁹⁾　第二に、予備的併合を単純併合同様に取り扱おうとする説である。この説によると、予備的請求も直ちに訴訟係属することになり、その処理が問題となる。そして、この説は、予備的請求に關し明示的処理を必要とするか默示的処理で足りるとするかにより、更

に次の二説に分けることができる。

① 予備的請求＝明示的処理必要説（レムメルト・ペーターゼン） この説は、主たる請求の認容時にも予備的請求の明示的処理（訴えの取下・棄却判決）を必要とする。しかし、それに対しては、実務ではそのようなことはなされていない、との批判が加えられている。²⁰⁾

② 予備的請求＝明示的処理不要説（ヴァイスマン・ブツェリウス・ヘルヴィヒ・フィッシャー・雉本旧説）
 そこで登場したのが、主たる請求の認容判決により、予備的請求が黙示的に処理されることを認める説である。例えば、ブツェリウス・ヘルヴィヒ・フィッシャー・雉本旧説は、「排斥関係の事例」においては、主たる請求の認容判決により予備的請求は黙示的に棄却されているとみる（ヘルヴィヒは「先行的請求の放棄」の可能性も認める）。また、フィッシャーは、「請求権競合の事例」においては、主たる請求の認容判決により予備的請求は黙示的に不適法却下されているとみる（ヘルヴィヒは「先行的請求の取下」、「先行的請求の放棄」の可能性を認める）。したがって、予備的請求の黙示的棄却又は却下を認めるためには、予備的併合の適法要件として、両請求間に一定の関係が存在することが要求されることになる（「先行的訴えの取下」、「先行的請求の放棄」という構成であれば、必ずしもその必要はない）。それに対して、①説では、主たる請求と予備的請求との間に一定の関係が存在することは必要でない（例えば、レムメルトは相互に無関係の請求の予備的併合も適法としていた）。

3 予備的請求＝解除条件付訴え＝適法説（雉本新説） 予備的請求は解除条件付訴えだが、この場合には条件付訴えを不適法とする理由が例外的に妥当しないととして、予備的併合を適法と解する説である。今日の学説と同一の基盤に立つ——というよりもむしろ初期の学説に分類すべきでない——。2説が、主たる請求の認容時に予備的請求の訴訟係属を如何にして消滅させるかということでは頭を悩ませていたのとは対照的に、3説は、簡

単に、解除条件の成就による予備的請求の訴訟係属の消滅を認めるのである。

このうち、1説は実務の必要に応えるつもりが全くないので無視し、3説は今日の学説と同一の基盤に立つた
め後の検討に委ねることにし、ここでは、2説のみを検討する。

結論的には、2説がその基礎づけに成功しているかは疑わしい。特に、2説は、主たる請求の棄却時のみ予
備的請求に関する判決を求めるといふ原告の意思を正当に評価していない点で問題があり、今日いうところの
「予備的併合」を全面的に不適法とするに帰着している。まず、①説は、予備的請求の明示的処理を必要とする
が、これは原告の意思に沿わないだけでなく、実務での取扱とも異なり、実務の必要に応えていたとはいえない。
②説にも問題がある。まず、予備的請求の黙示的棄却という構成であるが、これは原告の意思に反しており、し

かも「排斥関係の事例」でしか成り立たない構成である。次に、予備的請求の黙示的却下という構成であるが、
これも原告の意思に沿わない面があり、更に「請求権競合の事例」においても、フィッシャーのように、主たる
請求の認容時に常に予備的請求につき権利保護の利益が欠けるといえるかも疑問である。また、——請求の放棄
を先行的に行えるかという問題を措くとしても——「先行的請求の放棄⁽²²⁾」という構成は原告の意思に反しており、
「請求権競合の事例」でこれを認めるのは結論的にも不当であろう。ドイツでは、「先行的請求の放棄」がなさ
れても判決がなければ予備的請求は処理されないという問題もある。最後に、——訴えの取下が先行的に行える
のであれば——「先行的訴えの取下」という構成は、最も原告の意思に近いといえるが、訴えの取下には被告の
同意が必要な点で問題が残る。⁽²⁵⁾

(16) 三ヶ月章「請求権の競合」(初出——一九五八年)『民事訴訟法研究第一巻』(有斐閣・一九六二年)八二頁は、「本
来排斥の関係にある訴訟物を眼中において発展して来た訴の予備的併合という観念を、本来一つの弁済という目的に

向って協同的な関係に立つ請求権競合の場合に転用することの可否ということも大いに問題であろう」という(同「法条競合論の訴訟法的評価——新訴訟物理論の立場よりの一考察——」〔初出——一九五八年〕『同書』一六〇—一六一頁注(一)も同旨)。また、岩松三郎兼子一編「訴の客観的併合」『法律実務講座民事訴訟編第二巻』〔有斐閣・一九五八年〕一五五—一五六頁も同様の認識を示す。

(17) Fischer, a.a.O., S.6, S.76; Lüke, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd.1, 1992, §260 Rn.19; 岩松三郎兼子一編「訴の客観的併合」『法律実務講座民事訴訟編第二巻』一五五—一五六頁。

(18) Lämmert, a.a.O., S.433—434; Hellwig, Lehrbuch, S.39—40, S.82—83; ders, System, S.328; 伊東乾「訴の併合態様・試論」〔初出——一九六五年〕『民事訴訟法研究』〔酒井書店・一九六八年〕六七頁。なお、レムメルトも、矛盾する事実主張は顧慮されないとするが、証明されない場合を慮った主張は矛盾とはみずに許容する(Lämmert, a.a.O., S.438—440, S.443)。

(19) 但し、ヴァイスマンだけは条件付としている。

(20) Bucerius, a.a.O., S.205.

(21) 浅生重機「請求の選択的又は予備的併合と上訴」民訴雑誌二八号一六頁(一九八二年)は、「予備的併合の場合には、主位的請求が認容されるときには予備的請求についての判断は示されない。しかし、両立しない請求が併合されている場合には、判決主文では判示されていなくても、予備的請求は実質的には棄却されているのである」という。

(22) 「排斥関係の事例」においてのみ予備的併合を適法とする小野木常兼中野貞一郎『民事訴訟法講義』〔有斐閣・増補版・一九五六年〕一九〇頁は、「裁判所は、第一位の請求を認容する場合には、原告において、当然、第二位以下の請求が理由ないことを自認するから、第二位以下の請求については、審理判決をなすことを要しない」という。

(23) フィッシャーは、「先行的訴えの取下」を不適法とする(Fischer, a.a.O., S.41, S.71)。

(24) 三ヶ月章『民事訴訟法』〔有斐閣・一九五九年〕一三一頁は、「主位請求が認容されれば副位請求については訴の

取下がなされたことになってこれを裁判する必要がなくなる」という。更に、メルレも、予備的併合は一種の「先行的訴えの取下」だとする(IV 2)。

(25) 初期の学説の評価については、James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, S. 481, Anm. 2543; Kion, a. a. O., S. 54-55 を参考にした。

III 通 説

IIで述べたように、初期の学説は、条件付訴えは不適法であるという命題を例外のない絶対的なものと捉えた上で、予備的併合を適法とするために、予備的請求が条件付訴えであることを否定しようとした。それに対し、今日の学説は原則として条件付訴えを不適法としつつも、予備的併合の場合には条件付訴えを不適法とする理由が妥当しないとして、予備的請求は条件付訴えであることを認めながら予備的併合を適法とする⁽¹⁾。この学説の變化の原因を探るのは興味深い問題であるが、ドイツでは初期の学説との立ち入った対決はなされていないようであるし、⁽²⁾我が国でも前述の雉本説(II 2)は何の説明もなく改説しているため、本稿ではこの問題に立ち入ることを断念し、今日主張されている通説(III)及び無制限説(IV)の紹介のみで甘んじることにした。

(1) 我が国では前述の雉本説(II 2)がそのはしりである。ドイツの学説・判例については、Kion, a. a. O., S. 57, Anm. 58.

(2) Kion, a. a. O., S. 57.

一 ドイツ

まず、ドイツの通説をみることにしよう。

1 適法要件 ドイツの通説は、予備的併合の適法要件として、予備的請求が主たる請求と法（律）的又は経済的に同一（又は同種）の目的（Ziel）に向けられていることを要求している。予備的併合が適法な具体例としては、①「排斥関係の事例」のほか、②損害賠償に関し主たる請求が原状回復、予備的請求が金銭賠償という事例、③主たる請求がFから譲渡された債権に基づく七〇〇〇マルクの支払、予備的請求がSから譲渡された別個の債権に基づく七〇〇〇マルクの支払という帝国裁判所の事件（RGZ 144, 71）等が挙げられており、逆に不適法の具体例としては、④主たる請求が売買代金の支払請求、予備的請求が賃貸物の返還請求といった事例が挙げられている。⁽³⁾「請求権競合の事例」についても——両請求権で訴訟物が異なるという前提に立つ限り——当然予備的併合が許されるだろう。⁽⁴⁾

2 予備的請求に関する判決 予備的請求に関する判決は、主たる請求が棄却されたときに下される。主たる請求が、却下されたとき、さしあたり理由なしとされたとき、又は、一部認容されたときに、予備的請求に関する判決が必要か否かは、訴えの解釈によって決まる。⁽⁵⁾

3 弁論の分離の可否 裁判所は両請求の弁論を分離（§145 ZPO）できやう。⁽⁶⁾

4 主たる請求棄却の一部判決の可否 裁判所は主たる請求棄却の一部判決（§301 ZPO）を下すことができる（BGHZ 56, 79）。

5 訴額 事物管轄を定めるための訴額（以下、「管轄訴額」という）については、§5 ZPOの規定に拘わらず合算せず、多額の請求が基準となる。⁽⁹⁾手数料算定のための訴額（以下、「手数料訴額」という）については、

予備的請求につき裁判がなされ、且つ、その価額が主たる請求の価額よりも高いときは予備的請求が基準となるが、それ以外の場合は予備的請求は顧慮されなく (§19 GKG)。

6 上訴審での審判の範囲 最初に指摘されるべきことは、我が国では、上訴不可分の原則に基づき当事者の一方の上訴により全請求が上訴審に移審することを認めた上で、上訴審での審判の範囲は不服申立の範囲によって画される、という判断構造が採られているの⁽¹⁰⁾に対して、ドイツでは、上訴不可分の原則は貫徹されておらず、移審すれば直ちに上訴審での審判対象となるという考えが、少なくともかなり有力である点である⁽¹¹⁾。

まず、①主たる請求棄却・予備的請求認容判決がなされ、(i) それに対し被告のみが上訴したときは、——原告の附带上訴がなければ——主たる請求は上訴審に移審しない(定説、BGHZ 41, 38)。(ii) 原告のみが上訴したときも、——被告の附带上訴がなければ——予備的請求は移審しない。しかし、上訴を認容して主たる請求の認容を自判する場合については、条件成就により予備的請求の訴訟係属は遡及的に消滅する——したがって予備的請求認容判決は失効する——とする説のほか、予備的請求認容判決を取消(破棄)すべきだ——その限りにおいてのみ予備的請求は上訴審に移審する——とする説がある。②主たる請求認容判決に対し被告が上訴した場合については、見解が分かれている。予備的請求の移審を認めるのが従来の通説だが、——後述(IV)の無制限説の影響を受け——今日ではむしろ移審を認めない説のほうが有力かも知れない。後者の説においては、更に原告の附带上訴による予備的請求の移審を認めるか否かにつき対立がある⁽¹³⁾。

(10) Stein-Jonas/Schumann, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20. Aufl., 1987, §260 Rn. 20; Lütke, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 1992, §260 Rn. 12; Rosenberg-Schwab-Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., 1993, S. 560, S. 563; Hans-Joachim Musielak, Grundkurs ZPO, 2. Aufl., 1993,

- Rn. 142; Othmar Jauernig, *Zivilprozessrecht*, 24. Aufl., 1993, S. 312; Baur-Grunsky, *Zivilprozessrecht*, 8. Aufl., 1994, Rn. 121.
- (4) Schellhammer, *Zivilprozess*, 6. Aufl., 1994, Rn. 1563 は「予備的併合の具体例として、手形債権と原因債権の競合の事例を挙げているし、ヘンケルやゲオルギアデスも、手形債権と原因債権の競合に關し予備的併合を認めることについては、別の機会に触れた(拙稿「新実体法説に關する一考察」神戸学院法学二四巻一号一五頁、二〇頁)。
- (5) Stein-Jonas/Schumann, a. a. O., § 260 Rn. 22; Lüke, a. a. O., § 260 Rn. 36, Rn. 48, Rn. 50.
- (6) Lüke, a. a. O., § 260 Rn. 29, Rn. 41; Rosenberg-Schwab-Gottwald, a. a. O., S. 563.
- (7) Stein-Jonas/Schumann, a. a. O., § 260 Rn. 22, Rn. 45; Lüke, a. a. O., § 260 Rn. 42, Rn. 49; Rosenberg-Schwab-Gottwald, a. a. O., S. 564; Jauernig, a. a. O.
- (8) この問題に關しては、ドイツ民事訴訟法 (§§ 280 II, 302 III, 304 II, 599 III) が「一定の中間判決(例、原因判決)に対して独立の上訴を認める立場に立っていることの影響が窺われる(我が国でも旧法には同様の規定が存在していた(二〇七条二項、二二八条二項、四二六条三項、四九一条三項))。つまり、ドイツでは、中間判決により事件が二つの部分に分割されること、そして、終局判決は中間判決の取消を解除条件とし、その既判力発生は中間判決の維持・確定を停止条件とすることを、実定法自身が認めているのである。「中間判決」を「主たる請求棄却の一部判決」「終局判決」を「予備的請求に關する判決」と置き換えれば、まさにドイツにおける予備的併合の訴訟上の取扱にはかならなくなる。逆に、このような規定をもたない我が国においては、ドイツと異なり、主たる請求棄却の一部判決は許されないといい解釈に針が傾くことになる。
- (9) Lappe, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 1, 1992, § 5 Rn. 16; Stein-Jonas/Roth, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21. Aufl., 1992, § 5 Rn. 24; Rosenberg-Schwab-Gottwald, a. a. O., S. 163.

(10) 右田堯雄「上訴提起の効果」『講座民事訴訟⑦上訴・再審』(弘文堂・一九八五年)一二四～一二五頁、一二七～一二八頁。

(11) 「移審する」を意味するドイツ語と「つは」“devolvieren”のほか“anfallen”がある(vgl. Nikolaos Klamaris, Das Rechtsmittel der Anschlussberufung, 1975, S. 79, Anm. 5)。

(12) 後述の無制限説(VI)のほか、Klamaris, a. a. O., S. 83～98が明確にこの立場を採る。そのほか、Arwed Blomeyer, Zivilprozessrecht, 1963, S. 527; Stein-Jonas/Grunsky, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Aufl., 1993, Einleitung I vor § 511 Rn. 3および5によつてある。更に「第一審の判決は、変更が申し立てられた範囲に限り、これを変更することができる」という現行§ 536 ZPOに相当する草案の理由書では、同条は上訴不可分の原則に対する例外として移審効の制限を定めた規定であると説明されている(宇野聡「不利益変更禁止原則の機能と限界」民商一〇三卷三号四〇七頁〔一九九〇年〕による)。

(13) Lüke, a. a. O., § 260 Rn. 51～52; Rimmelspacher, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 1992, § 536 Rn. 26, Rn. 28; Stein-Jonas/Grunsky, a. a. O., § 537 Rn. 8～10; Rosenbergr-Schwab-Gottwald, a. a. O., S. 564～565, S. 838。

二 日 本

次に、我が国の通説・判例をみることにしよう。

1 適法要件 我が国の通説は、予備的併合の適法要件として、両請求が排斥関係に立つことを要求する⁽¹⁴⁾。しかし、判例では、「請求権競合の事例」にも予備的併合が広く認められている⁽¹⁵⁾。このことは、「請求権競合の事例」においても、予備的併合を認める実際上の必要性が存在することを示している点で重要である。この点では、

通説と判例とが対立しているが、これ以外の問題（2、6）では、両者はほぼ一致している。

2 予備的請求に関する判決 予備的請求に関する判決は、主たる請求の認容時には許されず、主たる請求の棄却・却下時に必要となる。⁽¹⁷⁾

3 弁論の分離の可否 裁判所は両請求の弁論を分離（民訴一三二）できない。⁽¹⁸⁾

4 主たる請求棄却の一部判決の可否 裁判所は主たる請求棄却の一部判決（民訴一八三一）を下すことはできない。⁽¹⁹⁾

5 訴額 数個の請求の経済的利益が共通しているときは、民事訴訟法二三条一項の規定に拘わらず合算せず、最も多額の請求による。⁽²⁰⁾ 管轄訴額と手数料訴額とで区別はなされていない（民訴費四）⁽²¹⁾。

6 上訴審での審判の範囲 ①主たる請求認容判決に対し被告が上訴し、上訴審が主たる請求棄却の結論に達したときは、原告（被上訴人）の附带上訴がなくても、上訴審は予備的請求につき審判しなければならない。⁽²²⁾

必要があれば、民事訴訟法三八九条一項により、事件を第一審に差し戻すこともできる。⁽²³⁾

②主たる請求棄却・予備的請求認容判決がなされ、（i）それに対して原告のみが上訴し、上訴審が主たる請求認容の結論に達したとき、判例は、上訴審が主たる請求認容判決をすると、原審の予備的請求認容判決は当然失効するとするが、学説の中には、原判決を全部取り消し、主たる請求認容判決をすべきだとする説もある。⁽²⁵⁾

（ii）被告のみが上訴し、上訴審が予備的請求棄却の結論に達したときには、判例は、予備的請求認容判決の取消（破棄）しかできないとするが、学説上は、判例に賛成する多数説のほか、原告（被上訴人）の（附帯）上訴がなくても、主たる請求につき審判すべきだとする有力な反対説が存在する。⁽²⁷⁾

(14) 兼子一『民事訴訟法概論』（岩波書店・一九三八年）四〇六、四〇七頁、同『民事訴訟法体系』（酒井書店・初版

—一九五四年、新修増訂版—一九六五年）三六八頁、山木戸克己『民事訴訟法講義』（三和書房・一九五四年）二一六頁、菊井維大『民事訴訟法下』（弘文堂・一九五八年）二三五頁、三ヶ月章『民事訴訟法』（有斐閣・一九五九年）一三一頁、小山昇『民事訴訟法』（青林書院・初版—一九六八年、五訂版—一九八九年）五一九～五二〇頁、齋藤秀夫『民事訴訟法概論』（有斐閣・一九六九年）四四二頁、石川明『請求の予備的併合』『法学演習講座⑩民事訴訟法』（法学書院・一九七一年）二四二～二四三頁、新堂幸司『民事訴訟法』（弘文堂・初版—一九七四年、第二版補正版—一九九〇年）四五二頁、兼子一ほか著『条解民事訴訟法』（弘文堂・一九八六年）八二八頁（竹下守夫執筆）、菊井維大『村松俊夫』『全訂民事訴訟法Ⅱ』（日本評論社・一九八九年）一一七頁、伊藤眞『民事訴訟法Ⅰ』（有斐閣・一九九五年）二六八～二六九頁など。

もつとも、特に論文レベルでは、「排斥関係の事例」以外にも——とりわけ「請求権競合の事例」につき——予備的併合を認める見解が多くみられる（例えば、岩松三郎『兼子一編「訴の客観的併合」』『法律実務講座民事訴訟編第二巻』（有斐閣・一九五八年）一五八～一五九頁、村松俊夫「判批」判評七三号四七頁（一九六四年）、鈴木重信「控訴審の審判の範囲」『新・実務民事訴訟講座3』（日本評論社・一九八二年）二〇一～二〇二頁、上北武男「訴えの併合」『新版・民事訴訟法演習Ⅰ』（有斐閣・一九八三年）二九八～三〇〇頁、荒木隆男「請求の予備的併合と上訴」『亜細亜法学』二〇巻一—二二五頁注（17）（一九八六年）、中村英郎『民事訴訟法』（成文堂・一九八七年）一八八～一八九頁、谷口安平『口述民事訴訟法』（成文堂・一九八七年）一七八～一七九頁、吉野正三郎『集中講義民事訴訟法』（成文堂・一九九〇年）一三三～一三四頁、木川統一郎『民事訴訟法重要問題講義中』（成文堂・一九九二年）九九頁、上野泰男『基本法コンメンタール民事訴訟法2』（日本評論社・第四版・一九九二年）一三三頁）。

更に、少数だが無制限説を採るものもある（伊東乾「訴の併合態様・試論」『民事訴訟法研究』七四頁、七九頁、榊原豊「複数請求の定立と規制」『講座民事訴訟②訴訟の提起』（弘文堂・一九八四年）三二二～三二三頁）。

(15) 井上正三「判批」民商五二巻一号七四～七五頁（一九六五年）、吉井直昭「控訴審の実務処理上の諸問題」『実務

民事訴訟講座2」(日本評論社・一九六九年)二九七頁、上野泰男「請求の予備的併合と上訴」名城法学三三巻四号四頁注(1)、高橋宏志「控訴について」法教二六一号一〇三―一〇四頁注(17)(一九九四年)。この場合を「不真正予備的併合」と呼ぶことがあるが(1注(6))、この表現からも、予備的併合は本来「排斥関係の事例」においてのみ適法とされるという考えが窺われる。

裁判例は枚挙に暇がないため、ここでは若干の目についた最高裁の判決を挙げるにとどめる。「千石峡」自然破壊損害賠償・損失補償請求事件に関する最判平五・七・二〇民集四七巻七号四六二七頁(主たる請求が国賠一I等に基づく損害賠償請求、予備的請求が憲二九IIIに基づく損失補償請求という事案)、最判昭三九・四・七民集一八巻四号五二〇頁(主たる請求が手形債権、予備的請求が原因債権に基づく請求という事案)。

もっとも、下級審裁判例には、予備的併合は「排斥関係の事例」においてのみ適法だとして予備的請求を却下するものも散見される(大阪地判昭三三・五・二七下民九巻五号九〇二頁(主たる請求が占有回収の訴え、予備的請求が所有権に基づく明渡請求という「請求権競合の事例」、熊本地八代支判昭三六・五・二六判時二七〇号三〇頁(主たる請求がZのX(原告)に対する債務をY(被告)が重畳的引受したことに基づく債務の履行請求、予備的請求がZのYに対する不動産譲渡行為——これは債務引受の代償である——の詐害行為取消という事案)。なお、横浜地判平四・三・五判時一四五一号一四七頁は、「原告らは、被告県の責任原因として、主的に安全配慮義務違反を、予備的に国家賠償法一条を主張しているが、右両責任は両立する関係にあるから、法律上は単なる選択的併合の主張にすぎない」という(傍点―大久保)。

他方で、無制限説を否定する趣旨の下級審裁判例もある(大阪高判昭四九・七・二二判時七五七号七六頁)。前述のドイツのRGZ 144,71の事件(一③)との対比で興味深い判決である(傍点―大久保)。

「被控訴人(原告)の主位的請求は、警察官友田が被控訴人の弁護士としての接見交通権を侵害したことによる金二〇万円の慰籍料請求であり、被控訴人の予備的請求は、警察官友田が被控訴人を侮辱して被控訴人の名誉を毀損し、

被控訴人に対し暴行を加えて負傷させたことによる金二〇万円の慰籍料請求である。右両請求は、論理的に両立しうる請求であり、かつ、別個の目的を有する請求である（被控訴人は論理的に両請求合計金四〇万円の給付を受けうる）。甲請求と乙請求とが、両立しうる請求であり、かつ、別個の目的を有する請求である場合、一個の訴で、甲請求を主位的請求とし、乙請求を予備的請求（甲請求の認容を解除条件とする請求）とする請求の予備的併合をすることは許されないと解すべきである。ただし、右の場合、条件付訴である請求の予備的併合を許す合理的理由がなく、請求の単純併合のみが許されると解するのが相当であるからである。」

なお、最判昭三〇・一・二一民集九卷一号二二頁は、本来の給付（物の給付）が執行不能のときの履行に代わる損害賠償請求（代償請求）を「予備的請求」と呼んでいる。

(16) 大判昭一六・五・二三民集二〇卷六六八頁（もつとも、同一不動産に関し、主たる請求が代物弁済に基づく移転登記請求、予備的請求が時効取得に基づく移転登記請求という事件であり、訴訟物の異なる事案である（兼子一『判例民事訴訟法』（弘文堂・一九五〇年）三四〇頁））。なお、一部認容の場合に、予備的請求に関する判決が必要か否かの問題がある（菊井維大『村松俊夫『全訂民事訴訟法II』一一八頁）。

(17) 棄却時につき大判昭一一・一二・一八民集一五卷二二六六頁（もつとも、主たる請求が売買契約の不履行に基づく損害賠償請求、予備的請求が買付委託の不履行に基づく損害賠償請求という同一契約の性質決定が問題となった事件であり、訴訟物の異なる事案である（兼子一『判例民事訴訟法』三三七頁））、却下時につき大判昭一一・七・二〇民集一五卷一四九一頁（主たる請求が恩給権に基づく恩給金の支払請求——これは司法裁判所の管轄に属さないとして不適法却下された——、予備的請求が被告の被用者の過失により恩給金の請求ができなくなったことを理由とする恩給金に相当する損害賠償請求という事案である）。

(18) 最判昭四一・四・一四訟月一二卷一〇号一四〇〇頁（もつとも、結論的には、弁論を分離した上で両請求を不適法却下した原判決を維持した）。

- (19) 最判昭三八・三・八民集一七巻二号三〇四頁(主たる請求が有権代理を前提とする貸金返還請求、予備的請求が無権代理を前提とする不当利得返還請求という事案である)。
- (20) 最判昭四九・二・五民集二八巻一号二七頁(もつとも、単純併合の事案である)。
- (21) 兼子一「畔上英治」古関敏正編『判例実務叢書 判例民事訴訟法中巻』(酒井書店・一九七六年)七七頁は、管轄訴額と手数料訴額とが分裂することはない、という。
- (22) 大判昭一一・一二・一八民集一五巻二二六六頁、最判昭三三・一〇・一四民集一二巻一四号三〇九一頁(いわゆる請求の予備的併合の場合、第一審裁判所が主たる請求を認容したるのみにて、予備的請求に対する判断をしなかつたときといえども、第二審裁判所において、主たる請求を排斥した上予備的請求につき判断をなし得る)として、前掲の大判を引用する)。反対説として、上野泰男「請求の予備的併合と上訴」名城法学三三巻四号二八〇二九頁がある。
- (23) 菊井維大「村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅱ』一二四頁(控訴に関する)。
- (24) 最判昭三九・四・七民集一八巻四号五二〇頁(一般論)。
- (25) 兼子一ほか著『条解民事訴訟法』八三二〜八三三頁(竹下守夫執筆)、一一七七頁(松浦馨執筆)、高橋宏志「控訴について」法教一六一号一〇一頁、一六二号八二〜八三頁(一九九四年)。これらは、予備的請求認容判決の失効を明確にするため原判決を全部取り消すべきだとする。しかし、予備的請求の訴訟係属は、主たる請求の認容判決を解除条件とするのではなく、その確定を解除条件とするのだから——つまり、主たる請求認容判決が確定しなければ予備的請求認容判決は失効しないから——、原判決の全部取消は不可欠であろう(井上正三「判批」民商五二巻一号六九頁、上北武男「訴えの併合」『新版・民事訴訟法演習1』三〇三頁、右田堯雄「判批」私法判例リマックス一号二二六頁(一九九〇年))。主たる請求棄却・予備的請求認容判決に対する被告の控訴に対し原告が附帯控訴をした事件において、福岡地判昭四五・二・二六判タ二五三号二九五頁は、原判決を取り消した上で主たる請求認容判決を下

している（主たる請求は時効取得を原因とする移転登記請求、予備的請求は知事の許可申請手続及び右許可を条件とする売買を原因とする移転登記請求という事案である）。なお、鈴木正裕「判批」判評二五八号一七〇～一七一頁（一九八〇年）、榎原豊「複数請求の定立と規制」『講座民事訴訟②訴訟の提起』三三三頁は、予備的請求を棄却すべきだとするが、原告は主たる請求認容時には予備的請求についての判決を要求していないのだから、この説には賛成できない（兼子一ほか著『条解民事訴訟法』八三三頁（竹下守夫執筆））。

(26) 最判昭五四・三・一六民集三三卷二七〇頁、最判昭五八・三・二二判時一〇七四号五五頁。

(27) この問題の詳細については、上野泰男「請求の予備的併合と上訴」名城法学三三卷四号一頁以下、荒木隆男「請求の予備的併合と上訴」亜細亞法学二〇卷一―二号二三三頁以下、高橋宏志「控訴について」法教一六一号一〇〇―一〇四頁等を参照されたい。

三 小 括

IIIの冒頭で述べたように、ドイツの通説も我が国の通説も、予備的請求は条件付訴えだが条件の成否が審理の結果判明する——条件が訴訟内の事象を対象とする——ため訴訟手続の不安定を来さないという理由で、予備的併合を適法と解している。このことから、まず、弁論の分離（3）が許されることが導かれる。弁論を分離すると、予備的請求に関する審判が訴訟手続外の事象——主たる請求に関する審理の結果——にかかることになるからである。同じ理由から、主たる請求棄却の一部判決（4）も許されないということになりそうである。果たして、我が国ではそのような結論が採られているが、ドイツではそうではない。この違いは、移審（6）についての考え方の相違に由来する。すなわち、我が国では、上訴不可分の原則により主たる請求と予備的請求の双方の移審を認めた上で、上訴審の審判の範囲は不服申立の範囲によって画される、と解されているのに対して、ド

イツでは、一6で述べたとおり上訴不可分の原則が貫徹されておらず移審の範囲は上訴人の申立によって決まる結果、両請求の統一的処理はそもそも第一審においてのみ保障されれば足りる、と考えられているからである。したがって、主たる請求棄却の一部判決も問題視されないことになる。

これ以外に、ドイツの通説と我が国の通説を比較したときに目を引くのは、本稿のテーマである予備的併合の適法要件(1)に違いがある点である。この違いは何に由来するのだろうか。

まず指摘できるのは、我が国でも新訴訟物理論が通説化しているが、ドイツとは異なり、我が国の学説の主流が一分肢説である点である。つまり、一分肢説によると、「請求権競合の事例」においてはそもそも請求は一個しか存在せず、請求の(予備的)併合を認める前提に欠けるからである。他方、旧訴訟物理論によった場合には「請求権競合の事例」につき請求の選択的併合が認められるため、請求の予備的併合の必要性に欠けることが指摘できる⁽²⁸⁾。

また、ドイツの学説には——初期の学説の努力をみても明らかのように——実務の必要に応えようとする態度が顕著であるのに対して、我が国の学説にはそのような態度が希薄である点も指摘できよう。ドイツや我が国の実務では「排斥関係の事例」のみならず「請求権競合の事例」においても予備的併合が必要とされてきたのにも拘わらず、予備的併合は「排斥関係の事例」を眼中において発展してきた併合形態だからそれを「請求権競合の事例」に転用するのは問題だとするような態度に⁽²⁹⁾、その典型が見い出される。実務に盲従することは避けるべきだが、何ら基礎づけのない——おそらくは誤った(II三)——沿革認識に基づく妙なドグマを持ち出し、大上段に実務を非難するようなことは厳に慎むべきであろう。

更に、請求内容の相互関係を基準として併合態様が決まるという発想の影響もあろう⁽³⁰⁾。つまり、両請求(権)

が請求権競合の関係にあるときは、原告の意思とは無関係に当然選択的併合になる（旧訴訟物理論が前提）、と
いうような発想が、我が国ではままみられるのである。このような発想に捕らわれている限り、「請求権競合の
事例」につき予備的併合を認めるのは難しいだろう。しかし、——V2でも述べるように——併合態様を決定す
るのは、請求内容の相互関係ではなく、原告の意思である。

(28) しかし、選択的併合が一般論として認められるかは措くとしても、両請求で既判力が異なる場合——本稿の冒頭
で述べた、不法行為に基づく損害賠償請求権と不当利得返還請求権の競合の事例を想起されたい——に選択的併合を
認めることには問題があろう。

(29) 三ヶ月章「請求権の競合」『民事訴訟法研究第一巻』八二頁、同「法条競合論の訴訟法的評価」『同書』一六〇頁
一六一頁注(一)。

(30) 伊東乾「訴の併合態様・試論」『民事訴訟法研究』六五～六六頁は、「訴の併合の態様が当事者の意思によって定
まるということは、まず通説の承認しないところと見ることができよう」とまでいう。

IV 無制限説

IVでは、ドイツの無制限説を検討することによろう。⁽¹⁾

(I) 我が国で無制限説を採るものとして、前述(III注(14))のように、伊東乾「訴の併合態様・試論」『民事訴訟法
研究』七四頁、七九頁、榊原豊「複数請求の定立と規制」『講座民事訴訟②訴訟の提起』三二二～三二三頁があるが、
いずれも簡単なもので、ドイツのものだけを検討対象にする。

1 ブロックス (Brox)⁽²⁾ ブロックスは、請求の予備的併合を無制限に容認する (S.126, S.140)。彼は、

予備的併合には矛盾判断の防止といった重要な実際上の必要があり (S. 121)、また、予備的併合を認めると予備的請求に関する新たな法的紛争が避けられるため訴訟経済にも適し (S. 122)、更に、主たる請求認容時には予備的請求の審理が不要となるため、単純併合よりも予備的併合のほうが裁判所の負担は減るといふ (S. 126)。そして、学説は、主たる請求と予備的請求とが法的もしくは経済的に同一もしくは同種の目的に向けられているとき、又は、両請求が一個の本質的に同じ事実関係から導かれ且つ本質的に同一の目的を追及するときのみ予備的併合を適法とするが、これに対しては、個々の事例においては明確な限界づけを見い出すことはできず、寛大に予備的請求を認める判例に従うべきだといふ (S. 124)。訴訟行為は条件に親しまないという命題に対しては、予備的請求は真正の条件付であり、条件付訴えは手続・裁判が浮動状態なのに裁判所を煩わせるから不適法だとしつつも、予備的併合の場合は、無条件に訴訟法律関係が設定され、主たる請求の裁判は無条件であり、裁判所が予備的請求に取り組むのは、訴訟内的な出来事 (innerprozessuales Ereignis)⁽⁴⁾ たる条件が成就した時、すなわち、主たる請求棄却の裁判がなされた時からなので、この理由は予備的請求には当たらないとする (S. 121-122)。

さて、ブロックスは、予備的請求の実際上の必要がある例として、次のような例を挙げている。貸主Vが借主Mに賃料月一〇〇〇マルクで家屋を貸した。しかし、家屋に瑕疵があったため、Mは賃料の減額又は損害賠償を主張し、もう何箇月も賃料を支払っていない。瑕疵の程度については当事者間で争いがある。以上の事実関係の下で、VはMに一〇〇〇マルクの支払を訴求し、主位的に請求を一九六四年一月の賃料債権で基礎づけた。そして、予備的に二月の賃料債権、更に、予備的に三月の賃料債権……という形で主張した。膨大な証拠調べの後、裁判所は、Mは三〇〇〇マルクの損害賠償請求権を有するとの結論に達し、理由中でVは一―三月の賃料債権を

有せず判決主文は四月の賃料に関するものであると述べた上で、Mに一〇〇〇マルクの支払を命じた。そして、この場合、手数料訴訟額は、通説——もっとも、併合を不適法とする——によると一〇〇〇マルクとなるが、ブロックスは四〇〇〇マルクとする。また、訴訟費用の分担についても、通説は被告負担とするが、ブロックスは原告が四分の三、被告が四分の一負担すべきだとする(S.124~126)。⁽⁵⁷⁾

ブロックスによると、主たる請求認容時は予備的請求につき裁判をしてはならないが、このことを、彼は、処分権主義——原告は、主たる請求の認容時、予備的請求の裁判を意図していない——によって基礎づけ、予備的請求の訴訟係属は、主たる請求認容判決の既判力発生により遡及的に消滅するとする(S.126~128)。予備的請求に関する判決がなされるべき場合は、原告の意図(表示された意思)が基準となつて決定され、その際に、原告の表示の解釈、裁判官による釈明権の行使が必要となることがある(S.126~127)。主たる請求の棄却時にのみ予備的請求の判決を求め、却下時には求めない可能性もあるし(S.127)。⁽⁵⁸⁾主たる請求棄却判決の既判力発生を予備的請求に関する判決の条件とすることもできる(S.129)。主たる請求棄却の一部判決について、ブロックスは肯定説に立つ(S.128~129, S.140)。その論拠として、主たる請求棄却判決の既判力発生まで予備的請求の審判を待てば不要な労力を省けるといふ実際上の長所を挙げ(S.128)、理論的には、第一審が予備的請求を、第二審が主たる請求を審判する可能性が存在するが、実際には、書類が第二審にあるので、このようなことは起こらないし、第一審は予備的請求の審理を主たる請求に関する上告審の裁判まで停止できる、というように予想される批判に答えている(S.128)。また、主たる請求棄却判決の既判力発生を予備的請求に関する判決の条件とすると、一部判決が必要となることも論拠として挙げられている(S.129)。

なお、ブロックスによると、手数料訴訟額は、両請求が審理され、且つ、それらが互いに排斥関係に立たない限

り、合算される (S.140)。

上訴審での審判の範囲については、結論的には、移審の有無・範囲は当事者の申立によるとする (S.140)。まず、①主たる請求棄却・予備的請求認容判決に対し、被告のみが上訴したときは、判例と同様、主たる請求は移審しないとす。〔当時の〕多数説たる移審説により、主たる請求の認容判決がなされると、被告（上訴人）に不利益を与えるし、⁽⁸⁾上訴審の負担が増し訴訟経済に反するからである。他方、被告の上訴による確定遮断効は主たる請求にも及んでいるため、原告には（予備的）附帯）控訴の可能性があるとす (S.129～133)。②主たる請求認容判決に対し被告が上訴したときは予備的請求は移審しないため、上訴審は、主たる請求棄却という結論に達しても、〔当時の〕学説・判例とは異なり、予備的請求の審判はできない。但し、原告には予備的附帯控訴——不服は不要、黙示でも可——の可能性があり、その際、予備的請求に関する審級の利益は顧慮に値しないという (S.133～136)。③控訴審の主たる請求棄却・予備的請求認容判決に対し原告が上訴したところ、上告審が、主たる請求に理由があると考えそれにつき更なる事実の確定が不要の場合には、原判決を変更し主たる請求認容判決をするが、同時に、明確化のため、予備的請求に関する控訴審の判決も破棄すべきだとす。しかし、更なる事実の確定が必要な場合には、主たる請求棄却判決を破棄し控訴審に差し戻すにとどめ、予備的請求認容判決は破棄すべきでないとする。破棄すべきでないとの考えによると、§318 ZPO〔自縛性〕により、差戻審における被告の予備的請求棄却の申立は不可能となるが、そのほうが原告の利益には適合的であるとす、破棄できるとした場合に生じる不都合を述べる (S.136～140)。

(2) Hans Brox, Zur Problematik von Haupt- und Hilfsanspruch, Recht im Wandel, Beiträge zu Strömungen und Fragen im heutigen Recht, Festschrift hundertfünftzig Jahre Carl Heymanns Verlag KG, 1965, S.121ff.

以下、頁数のみで引用する。荒木隆男「訴の客観的予備的併合」青山社会科学紀要八巻二号五六―六四頁に、ブロックスの紹介がある。

(3) ブロックスは原告と裁判所の利益にのみ着目し、被告の不利益を全く顧みない。
 (4) ブロックスは、当該審級における出来事のみならず、既判力発生までの出来事を、「訴訟内的な出来事」として
 いる。主たる請求の既判力発生を予備的請求に関する裁判の条件となしうること (S. 129) § 565 II ZPO (裁四に相
 当) の効力を「訴訟内的な拘束効」と呼ぶこと (S. 129) からも、このことは窺える。

(5) しかし、原告が一―三月の賃料債権を有しないことは主文で判断すべきことなので、裁判所は主文で第一―第
 三次請求を棄却し第四次請求を認容しなければならぬ。また、通説とブロックスとは前提が異なるのだから、通
 説によると、手数料訴訟額が一〇〇〇マルクで、訴訟費用は被告負担となるといような批判は無意味である。

(6) この後者については、キオンの批判がある。後述 (3)。

(7) しかし、このことは、予備的請求が第二審に移審していかないことと、矛盾するのではなからうか。

(8) 既述 (III 16) のとおり、ブロックスは、請求は移審すれば直ちに審判の対象になると考えている。

2 メルレ (Merle)⁽⁹⁾ メルレも無制限説に立 (S. 441)。彼も無制限説を実際上の必要によって基礎づけ

る。但し、ブロックスの主張する矛盾判断の防止は中間確認の訴えにより達成できるし、この理由は予備的請求
 の成否が実体法上主たる請求の成否にかかる事例群にしか妥当しないとす。しかし、矛盾判断が防止できるほ
 か別訴によるよりも裁判所は時間・労力を節約でき訴訟費用も安くつくので、予備的併合は訴訟経済に仕えらる
 いう。また、「排斥関係の事例」においては、原告は単純併合では一方で必ず敗訴し訴訟費用を負担しなければ
 ならないため、予備的併合のほうが有利だし、更に、単純併合と比べても、予備的請求の裁判が不要となりうる

ので、裁判所にとつても有利だとする (S. 438-439, S. 441)。訴訟行為は条件に親しまないという命題に対しては、そのような命題にも拘わらず予備的訴えは慣習法上既に適法と看做すことができ、少なくとも一九世紀末以来判例は予備的訴えの併合を許しているし、学説でもその適法性は長い間争われておらず、予備的請求を訴訟内の (innerprozessual) 将来の不確実な出来事＝真正の条件＝主たる請求に関する訴訟の結果にかからせることには、主たる請求に関する裁判が無条件であり、当事者間に常に無条件の訴訟法律関係が存在するので問題はな、とする (S. 437-438)。

他方、通説は、①両請求間に実質的な連関が存在するとき、②両請求が法的もしくは経済的に同一もしくは同種の目的に向けられているとき、又は、③両請求が一個の本質的に同じ事実関係から導かれ且つ本質的に同一の目的を追求するときのみ、予備的併合を適法とし、この要件は、遡及的に脱落する虞れがあり、それゆえ、被告の意思に反して直ちに繰り返される法的紛争に、被告が無制限に巻き込まれることを防ぐことになるとし、また、訴えの取下に関する制定法上の規律によって保護される被告の利益を論拠として持ち出す、それに対しては、メルレは、原告に予備的請求に関する費用を負担させ、また、被告が予備的反訴の形式で「予備的請求(権)は存在しない」旨の消極的確認の訴えを提起すればよいと云う (S. 439-440)。

予備的請求に関する判決は、主たる請求が棄却されたときに下される (S. 436)。主たる請求が一部認容されたとき、却下されたとき、さしあたり理由なしとされたときに、予備的請求に関する判決が必要か否かは、原告の意思による。また、主たる請求棄却判決の既判力発生を予備的請求に関する判決の条件としてもよい (S. 447)。予備的請求は訴えの提起により直ちに訴訟係属する。条件によって訴訟係属を先延しにすることはできない。

予備的請求の訴訟係属は、主たる請求の認容判決の既判力発生を解除条件とする。予備的併合は一種の「先行的

訴えの取下」である (S. 442, S. 446~447)。

主たる請求棄却の一部判決については、メルレも通説と共に肯定説に立ち、その論拠についてはブロックスを援用している (S. 447)。

管轄訴額に「*by*」通説 (S. 457) は多額説を採るが (S. 460~462)、メルレは原則として合算説に立ち、例外的に真正の択一的請求に関する場合〔排斥関係の事例〕及び代償請求が問題となる場合) には、①予備的請求が経済的に主たる請求と同一の対象を有するときは主たる請求の価額により、②予備的請求が経済的に主たる請求を超える対象を有するときはその部分の価額を主たる請求の価額に合算する——結論的には多額説と同じ—— (S. 463~464)。⁽¹⁷⁾

上訴審での審判の範囲については、次のようにいう。まず、①両請求棄却判決に対し原告が上訴したときは、両請求とも移審する (S. 447~448)。②主たる請求棄却・予備的請求認容判決が下された場合は、移審効の範囲は当事者の申立によって決まる (S. 448)。(i) 被告のみが控訴したときは、予備的請求のみが移審する。しかし、原告が(附帯)上訴をすれば、主たる請求も上訴手続の対象となり、判例及び近時の学説によると、この場合にのみ上訴審は主たる請求の裁判ができる (S. 448)。(ii) 原告が上訴し上訴審が主たる請求認容という結論に達したときは、——ブロックスとは異なり——メルレは予備的請求認容判決の明示の取消は不要とする (S. 456)。(iii) 原告の上告が認容されたが上告審が自判できないときは、主たる請求棄却判決を破棄し控訴審に差し戻さなければならない。予備的請求認容判決は破棄してはならない。この場合、予備的請求認容判決の効力は、控訴審による主たる請求の認容を解除条件とする (S. 456)。(iii) 主たる請求認容判決に対し被告が控訴した場合、主たる請求のみが移審し、予備的請求は第一審に係属したままである。この場合、原告の附帯控訴は不服を欠く

ため不適法であり、また、原告は訴えの拡張によっても、両当事者の同意をもってしても、予備的請求を控訴審に移審させることはできない。控訴審が主たる請求を棄却しようとするときは一部判決を下さなければならず、この場合、第一審は直ちに予備的請求に関する審判を開始しなければならない。(S. 448-454)。(11)

(6) Werner Merle, Zur eventuellen Klagenhäufung, ZZP 83, 1970, S. 436ff. 以下、頁数のみで引用する。荒木隆男「訴の客観的予備的併合」青山社会科学紀要八巻二号六四〜六七頁に、メルレの紹介がある。

(10) 通説との対立は、メルレが無制限説に立つことに起因する。

(11) メルレは、ブロックスと異なり、審級の利益に配慮している(S. 451-453)。後述(V5)のように、無制限説を採る以上メルレのほうが妥当だが、上訴審では手続が必然的に分割されることになるため、両請求間に関連のある場合——特に「排斥関係の事例」——には不当な結果をもたらす。メルレは、両請求間に関連がない場合に照準を合わせた筋の通った理論を両請求間に関連がある場合にも一貫させたために、予備的併合の長所を無に帰せしめた、と評価できる。

3 キオン (Kion) (12) キオンも無制限説に立つ(S. 69)。

まず、キオンは、条件付訴訟行為一般の適法性に関し、動的な構造をもつ民事訴訟がその目的を達し当事者及び公共の利益に仕えるためには、手続の合目的且つ迅速な進行の確保が必要なので、手続に不確実を持ち込んではならないから、訴訟行為の条件たりうるのは、裁判所がその成否をすぐに認識できる訴訟内の出来事(Innerprozessuales Ereignis) (13)のみだとする(S. 43-45)。そして、予備的本案申立は、「排斥関係の事例」において原告敗訴の危険を減少させる。被告に対する法的紛争全体が一個の手続で処理される。別訴なら生じうる矛盾判決が回避される。申立が多いほど原告勝訴の可能性が高まる。費用の面で原告にとって有利である。といった

利点をもつことを確認した上で (S.46~47)、学説・判例を検討する (S.47~55)。その際、通説が無制限説を採らない理由としては、実際上の必要が欠けている・恣意的な予備的申立にとつて「唯一考えられる動機」としての費用の利点の詐取 (Erschleichen) は実定法の規律と矛盾する・被告の本案判決に対する権利を顧慮すべきだ・といった程度のことしか挙げられていないという (S.53)。

しかる後、予備的併合が適法とされる範囲の画定に取り組む (S.54ff.)。

まず、キオンは、予備的申立を処分権主義によって正当化し、訴えの客観的併合に関する制定法上の規律 (§260 ZPO) からは、訴えの予備的客観的併合の適法性に関する疑念も、訴えの予備的客観的併合が適法な場合を制限する理由も導けないとする (S.55~56)。次に、予備的本案申立により条件が付せられるのはその法的効果⁽¹⁴⁾——訴訟係属——の発生又は存続であることを指摘して、まず、条件付訴訟係属が現行訴訟法と調和する否かを検討する。そして、訴訟係属の発生を (停止) 条件にかからせるのは、訴訟経済的理由——予備的請求に関する審理は条件成就後に初めて可能になるため、両請求は常に別個に審理されることになる——から望ましくないとして、その可能性を排除するが (S.56~59)、訴訟係属の存続を (解除) 条件にかからせるのは、現行訴訟法と調和するという。その際、判決によらずに訴訟係属を消滅させるには、法律上——例、訴えの取下に関する §271III S.1 ZPO [現行 §269II] ——被告の同意が必要とされているが、それらの規定は原告が事後的に訴訟物を一方的に処分することを妨げるにすぎないので、解除条件付訴訟係属には反しないとし、⁽¹⁵⁾ 逆に、「排斥関係の事例」につき、訴えの併合——これは必然的に予備的併合となる——を認める明文の規定 (§615 I ZPO [現行 §610 I]) が存在することを指摘する (S.59~61)。

次いで、訴えの予備的客観的併合が適法な場合を制限する理由の検討に移る。まず、予備的本案申立を無制限

に許すと、訴えの変更を制限する規律が回避されることになるというドゥンツ (Dunz)⁽¹⁶⁾ を批判する (S. 61~63)。次に、予備的併合を無制限に許すと、被告の本案判決に対する権利を侵害するというシューマン||ライポルト (Schumann/Leipold) に対しては、そもそも本案判決請求権の存在自体に疑問があるし、仮にその存在を認めたとしても、被告の本案判決に対する権利は原告によって特定された訴訟物の範囲においてのみ存在するから、原告が訴訟上の請求に条件を付した場合には、被告の本案判決に対する権利は条件が成就したときのみ存在することになると批判する (S. 63~65)⁽¹⁷⁾。また、費用に関する規律からも予備的申立を制限する根拠は導けないとした上で (S. 65~68)、今度は、通説が予備的併合を制限する基準が不明確であると批判し (S. 68~69)⁽¹⁸⁾、結論として、無制限説を採るのである (S. 69)。

予備的併合の場合の訴訟上の取扱につき、キオンは以下のよう述べる (S. 157ff.)。

まず、予備的請求の訴訟係属は、訴えの提起によって直ちに発生し、主たる請求認容判決の形式的既判力の発生を解除条件として遡及的に消滅する (S. 157~160)。このように、予備的請求は直ちに訴訟係属するため、最初からその弁論及び証拠調べを行うことができるし、主たる請求と予備的請求との間に緊密な法的又は事実的な関連が存在するときはそれは不可避でさえある。それに対して、両請求間に何らの直接的な法的又は事実的な関連が存在しないときは、時間と労力の浪費を避けるため、§146 ZPOを類推し、主たる請求に弁論を制限するのが合目的である⁽¹⁹⁾。なお、予備的併合の場合には、§145 I ZPOによる弁論の分離は、予備的関係を当事者の意思に反して解消することになるか、予備的関係を維持しつつ予備的請求を他の手続の結果にかからせる不適法な条件付訴えにするかのいずれかに帰着するため、許されなく (S. 160~161)。

予備的請求に関する裁判は、主たる請求に関する裁判が先にあるいは少なくとも同時になされることを要件と

する。主たる請求に関して如何なる裁判がなされたときに予備的請求に関する裁判がなされるべきかは、原告の意思によって決まる。特に問題となるのは、主たる請求が不適法として却下されたとき、一部棄却されたとき、及び、さしあたり理由なしとして棄却されたときである。原告の意思は、個別の場合における原告の申立の解釈によって、必要があれば裁判官の釈明権の行使によって、探究されるべきである。それでも不明確なときは、原告に有利な条件を原則とすべきである。しかし、予備的請求に関する裁判を、主たる請求に関する裁判の既判力発生にかからせることはできない⁽²⁰⁾。これを認めると、手続が必然的に分割され、予備的請求につき裁判できるか否か、何時できるかという問いに対する答えが、他の手続の結果にかかることになるからである(S.163~164)。他方、主たる請求棄却の一部判決は許される。これに対しては、まず、一部判決により、——§145 I ZPOにより弁論を分離した場合と同じく——手続が二個の部分に分割されるという異議が出されうる。しかし、一部判決の時点でその裁判所が予備的請求に関する裁判の権限を有することは確定しているため予備的申立は無意義にならないし、予備的請求に関する裁判ができるか否かの問いが他の手続の結果にかかることもないので、この異議には理由がない。また、一部判決が上訴審で取り消される可能性があるため、別々の審級において両請求につき矛盾した判決がなされうるといふ異議も出されている。これに対する通説による対策である予備的請求に関する弁論の停止 (§148 ZPO) は、停止が義務的でないため異議を論破するには不適当だが、矛盾判決の危険は、一部判決を下した場合だけでなく、全部判決を下した場合にも排除されないから、この理由により一部判決を不適法とはなしえない。結局、予備的申立の結果、予備的請求に関する裁判は、主たる請求に関する裁判の取消を黙示の解除条件とすることになる。もっとも、条件成就の場合も予備的請求に関する裁判の明示的な取消は不要だし、そもそも予備的請求が係属していない上訴審にその権限はない。なお、ドイツ民事訴訟法自体も、明文の規

定 (§275〔現行 §280〕, §304 ZPO) で解除条件付判決を認めてくる⁽²²⁾ (S.164-169)。

訴額に関しては、管轄訴額と手数料訴額とを別個に取り扱う。まず、管轄訴額に関しては、原則的に、主たる請求と予備的請求の価額を合算すべきだが (§5 ZPO)、例外的に、実体法上の理由から原告には最終的に給付が一度しか帰属しえないとき、又は、数個の申立のうち一個の申立が他の申立に少なくとも質的に含まれているときには、単純併合の場合も含めて、多額の請求の価額が基準となる⁽²³⁾。他方、手数料訴額に関しては、どの請求につき裁判がなされたかということに照準を合わせるべきである (S.169-178)。

上訴審における移審効の範囲は、当事者の上訴の申立によって決まる。すなわち、①主たる請求棄却・予備的請求認容判決に対し、(i) 被告のみが上訴した場合には、主たる請求は移審しない。(ii) 原告のみが上訴した場合にも、予備的請求は移審しない。この場合、上訴審で主たる請求が認容されそれに既判力が発生すると、解除条件が成就し、予備的請求認容判決は失効する。②主たる請求認容判決に対し被告が上訴した場合には、主たる請求のみが移審する。予備的請求が移審するためには、原告による附帯上訴——不服は不要(通説)——が必要である。仮に不服のない附帯上訴は不適法という前提に立つのであれば、被告の上訴に理由のある場合には、§321 ZPO を類推して、原審は予備的請求を追加判決によって処理すべきである (S.185-187)。

(21) Hans-Jürgen Kion, *Eventualverhältnisse im Zivilprozess*, 1971. 以下、頁数のみで引用する。榊原豊・中山法学八巻一—二号四七頁以下 (一九七三年)、荒木隆男「訴の客観的予備的併合」青山社会科学紀要八巻二号六七—七二頁に、キオンの紹介がある。なお、キオンはメルレを参照していな^く (Vorwort)。

(13) キオンは——ブロックスマメルレと異なり——、主たる請求に関する既判力ある裁判は、もはや訴訟内的な出来事ではならぬ (S.164)。

- (14) 訴えの提起の効果として、訴訟係属の発生のほか、訴訟法律関係の設定が挙げられる。そして、キオンによると、条件付訴えを不適法とする唯一の理由は訴訟法律関係の設定が条件に親しまない点にある。しかるに、予備的併合の場合には、主たる請求が無条件ゆえ訴訟法律関係が無条件で設定されることになるから、問題はないとする (S. 69 ~ 74)。ちなみに、キオンによると、主観的予備的併合が不適法なのは、原告⇨予備的被告間の訴訟法律関係の設定が条件付となるからである (S. 82ff.)。
- (15) ここには被告軽視の態度が窺われる。後述する (V 7)。
- (16) Walter Duns, Streitgegenstand auf Umtausch, NJW 1962, S. 1225ff.
- (17) ここにも被告軽視の態度が窺われる。私にはこの批判が成功しているとは思えない。後述する (V 7)。
- (18) しかし、キオンも訴額については区別をしている。
- (19) 弁論及び証拠調べに関しては、まず、両請求間に直接的な法的又は事実的な関連が存在するか否かで区別がなされている点が注目される。このことは、無制限説に立ったとしても、区別が必要なことを示している。また、両請求間に関連が存在しない場合には、形式的には予備的請求は直ちに訴訟係属するとしても、実質的にはそうとはいえない点に問題がある。後述する (V 6)。
- (20) 既述のように、ブロックス・メルレはこれを認める。
- (21) すぐ後で述べるように、主たる請求に関する判決に対する上訴により予備的請求は移審しないという理解が、その前提にある。
- (22) これらの規定については既に説明した (III注(8))。
- (23) ここでも区別がなされている。

V 検 討

1 IIIでは予備的併合の適法要件に関する通説(制限説)、IVでは無制限説をみた。Vでは、両説の優劣を論じることにするが、結論的に本稿は制限説に立つため、予備的併合の適法・不適法を分かち基準についても併せ論じることにする。

2 処分権主義による予備的併合の正当化 一般に、ある請求について審判を求めるか否か、また、判決によらずに訴訟を終了させるか否かは、処分権主義により当事者が決定できる。そして、予備的併合という併合態様が現出するのは、原告が予備的請求につき条件付で審判を求めることによるのだから、予備的併合は処分権主義によって正当化できる⁽¹⁾。したがって、我が国においてまみられる請求内容の相互関係を基準として併合態様が決まるといふ発想には、問題がある⁽²⁾。

3 処分権主義と職権進行主義との相克 そうすると、まず、処分権主義と職権進行主義との間の調整が必要となる。予備的併合の場合には、裁判所は弁論を分離できず、また、我が国の通説によれば、主たる請求棄却の一部判決もできないが、このことは、原告の処分権による裁判所の訴訟指揮権の制限と捉えることができるか⁽⁴⁾⁽⁵⁾らである。職権進行主義の無限定の制限に至る無制限説には、まずこの点で問題がある。

4 全審級を通じての両請求の統一的処理の必要性 原告は予備的併合という併合態様を採用することにより、両請求の統一的処理を意図しているのだが、この原告の意思は、第一審においてのみ保障されればよいのか(下イツの立場)、そうではなく、全審級を通じて保障されなければならないのか(我が国の立場)、という問題がある。しかし、予備的併合を処分権主義によって基礎づける以上、原告が全審級を通じての両請求の統一的処理を

意図する場合——それが通常であろう——には、その意思を尊重して全審級を通じての統一的処理が保障されなければならぬ。⁽⁶⁾ この場合には、裁判所は弁論の分離や主たる請求棄却の一部判決ができないだけでなく、——仮に、上訴不可分の原則を否定するとしても——少なくとも主たる請求に関する判決に対して上訴が提起された場合には、予備的請求も移審することを認める必要がある。⁽⁷⁾ 他方、原告が両請求の統一的処理を第一審においてのみ意図した場合の取扱は問題である。しかし、今日の学説は、原則として条件付訴えを不適法としつつも、予備的併合の場合には条件の成否が審理の結果おのずから判明するため手続の進行が不安定にならないとして例外的に予備的併合を適法としているのだから、上訴審で両請求が別々の裁判所に係属することは認めるべきでない。したがって、このような原告の意思を尊重する必要はない。

5 予備的請求に関する被告の審級の利益 次に、やや視点を変えて、上訴審での審判の範囲に着目したい。⁽⁸⁾ 主たる請求認容判決に対し被告が上訴した場合について、今日のドイツでは予備的請求の移審を認めない説が有力だが、この説は、更に、原告の附帯上訴による予備的請求の移審を認めるか否かにつき対立していた。しかし、無制限説に立つという前提の下、両請求間に全く関連がない場合に予備的請求に関する被告の審級の利益を保障するためには、⁽⁹⁾ 原告の附帯上訴による予備的請求の移審は否定せざるをえないように思われる。したがって、予備的請求は相変わらず原審に係属したままということになる。そうすると、予備的請求の審判は、当該審級外の出来事——上訴審での主たる請求の棄却——を停止条件とすることになり、不適法の条件付訴えが生ずることになりそうである。したがって、この点でも無制限説には問題がある。

ところで、この無制限説の考え方は、ドイツでは通説にもかなり影響を与えたようである。しかし、通説に立つ場合には、予備的請求に関する被告の審級の利益はおそらく侵害されない。何故なら、控訴審においても裁判

所が訴えの変更を適当 (sachdienlich) と認めるときには訴えの変更が許されるが (§§ 263, 523 ZPO)、両請求間に通説の認める関連が存在する場合にはおそらくこの要件が充足されるからである。つまり、実定法自身が、請求の同一性が各審級を通じて維持されいなくても請求間に一定の関連が存在する場合には、一方の請求に関する審理により他方の請求に関する審級の利益は保障される、との立場に立っているのである。したがって、通説に立った場合には、原告の附帯上訴による予備的請求の移審はもちろんのこと、被告の上訴によるそれを認めたととしても、審級の利益の点で問題は生じない。我が国においても、「請求ノ基礎ニ変更ナキ限り」控訴審でも訴えの変更が認められるから (民訴二三三)、その限りで審級の利益の問題は生ぜず、予備的併合の適法要件につき通説に立つ限り、予備的請求の移審を認めても差し支えない¹⁰⁾。そして、全審級を通じて両請求の統一的処理を求める原告の意思を尊重するために、——仮に、上訴不可分の原則を否定するとしても——主たる請求認容判決に対する被告の上訴により予備的請求も移審する、と解すべきである。結局、予備的請求に関する被告の審級の利益に着目した検討からは、両請求の基礎が同一であることが予備的併合の適法要件となる。

6 予備的請求に関する審理の実質化 予備的請求も訴えの提起によって直ちに訴訟係属する。しかし、無制限説に立った場合において、両請求間に全く関連がないときは、主たる請求から審理を行うのが合目的だが、そうであれば、予備的請求は形式的には直ちに訴訟係属するとしても、実質的にはそうとはいえない点で問題を孕む。キオン (IV 3) は、訴訟係属の発生を停止条件にかからせるのは訴訟経済的理由から望ましくないというが、この批判は自らの立場 (無制限説) にも向けられることにならないか。予備的請求の即時の訴訟係属を実質化するためには、主たる請求に関する審理が予備的請求に関する審理ともなるような関係に両請求が立つことが必要とならう。

7 予備的請求につき被告が本案判決を得る利益 次に、予備的請求につき被告が本案判決を得る利益に着

目することによろう。無制限説に共通する点として、予備的併合に対する原告や裁判所の利益にばかり目を向け、被告の不利益に目を閉ざす傾向が指摘できる。例えば、訴えの取下を被告の同意にかからせる制定法（269 ZPO, 民訴二三六）の基礎には、被告が審理に関与した以上、被告には本案判決を得る利益が生ずるとい

う価値判断があるが、前述のキオンの考え方（IV 3）は、この価値判断と評価矛盾を来すのではなからうか。⁽¹¹⁾しかし、逆に、予備的請求に関する判決を常に必要とすると、例えば、原告や裁判所の紛争の迅速な処理に対する利益と対立することになる。「請求権競合の事例」において、常に両請求につき判決が必要という場合を思い浮かべられたい。したがって、被告の利益と原告や裁判所の利益との間の調整が必要となる。

被告が予備的請求につき本案判決を得る必要があるのは、結局のところ、予備的請求に関する再訴を妨げるためである。したがって、予備的請求に関する再訴の可能性が低い場合には、被告の本案判決を得る利益を後退させても構わないだろう。⁽¹²⁾そのような場合として、まず、「排斥関係の事例」が挙げられる。この事例においては、主たる請求（権）が成立すれば予備的請求（権）は実体法上成立しえないため、予備的請求に関する再訴の可能性は低いといえる。また、「請求権競合の事例」においても、主たる請求（権）が実現されれば予備的請求（権）も実体法上消滅するため、同じく予備的請求に関する再訴の可能性は低い。更に、経済的的目的は同じだが同じ給付に向けられたのではない複数の請求権につき権利者の選択的行使が認められる場合⁽¹³⁾についても、「請求権競合の事例」と同様に考えることができる。逆に、前述の RGZ 144, 71（III 1 ③）や大阪高判昭四九・七・二二判時七五七号七六頁（III 注（15））の事例のように、主たる請求（権）が実現されても予備的請求（権）が実体法上消滅しない事例については、再訴の可能性が高いため、予備的併合を不適法とすべきである。

8 結 論

以上の検討から、予備的併合の適法要件として、①両請求の基礎が同一であること(5)、②両請求の審理対象に共通性があること(6)、③再訴の可能性が低いこと(7)という三要件が得られた。このうち、①と②は同一要件といつてよく、①②の要件が充足される場合には、職権進行主義の制限も正当化されるだろう(3)。また、①②と③とでは、③の要件のほうが厳しいといつてよい。やや問題なのは、③の要件を充足する「請求権競合の事例」のうち、両請求権が別個の事実関係に基づいて発生する場合——二分肢説によると別個の訴訟物が認められる場合——に、①②の要件が充足されるかである。しかし、訴訟物論に関し一分肢説を主流とする我が国の通説の価値判断に従う限り、問題はなからう。結局、③再訴の可能性の低いことが予備的併合の適法要件となる⁽¹⁴⁾。予備的請求が主たる請求と法的又は経済的に同一の目的に向けられているときに予備的併合を適法とするドイツの通説は、再訴の可能性が低いことを両請求の関連性に着目して定式化したものと理解できる。したがって、予備的併合の適法要件に関しては、ドイツの通説の立場で基本的にはよい⁽¹⁵⁾。しかし、ドイツの通説によって「目的」の同一性が肯定されてるRGZ 144, 71 (III-1)③⁽¹⁶⁾と判決自身によって「目的」の同一性が否定された大阪高判昭四九・七・二二判時七五七号七六頁(III注(15))とを対比してみても解るように、「目的(Ziel)」という概念はやや厳密さに欠ける。したがって、「目的」の同一性につき疑問が生じたときは、上述の①②③の視点に照らして、予備的併合の適法・不適法を判断すべきである。例えば、今述べた二つの事案では、両請求権間に一方の満足により他方が消滅するという関係がないため再訴の可能性が高いから、予備的併合を不適法とすべきである。他方、主たる請求がZのX(原告)に対する債務をY(被告)が重畳的引受したことに基づく債務の履行請求、予備的請求がZのYに対する不動産譲渡行為——これは債務引受の代償である——の詐害行為取消という熊本地八代支判昭三六・五・二六判時二七〇号三〇頁の事案(III注(15))については、予

備的併合を適法としてもよいだろう。主たる請求（権）が認容され満足されると予備的請求（権）たる詐害行為取消権が実体法上成立しえないため再訴の可能性が低いし③、債務引受に至ったY-Z間の事情が両請求に共通する主たる審理対象だからである①②。

9 形成訴訟・確認訴訟への応用 ところで、これまでは主として給付訴訟を念頭においてきたが、形成訴訟や確認訴訟についても、給付訴訟に準じて考えることができる。

まず、そもそも「排斥関係の事例」は、給付訴訟のみを念頭においたものではない¹⁷⁾。したがって、確認訴訟でも、例えば、同一の土地についての、主たる請求が地上権の存在確認、予備的請求が賃借権の存在確認といった実体法上両請求が両立しない事例については、予備的併合を適法として差し支えない。形成訴訟でも同様に、両請求が両立しない場合には予備的併合を適法としてよい。例えば、同一の債務名義に関し同一の事由を原因として請求異議の訴え（民執三五）と執行文付与に対する異議の訴え（民執三四）とを併合提起する場合が挙げられる¹⁸⁾。更に、形成訴訟と確認訴訟との間の予備的併合も考えられる。例えば、同一の株主総会決議に関し同一の瑕疵に基づき決議取消（形成訴訟―商二四七）と決議無効ないし不存在確認（確認訴訟―商二五二）とを併合することが考えられる¹⁹⁾。

それに対して、「請求権競合の事例」と「択一的競合の事例」は給付訴訟を念頭においたものである。しかし、これらを形成訴訟同士の併合や形成訴訟と確認訴訟との併合に応用することは可能である。すなわち、両請求の形成効果・確認対象が全く同一であるときは「請求権競合の事例」に準じ、両請求の形成効果・確認対象が重なり合うときは「択一的競合の事例」に準じて考えればよい。例えば、婚姻無効（確認訴訟²⁰⁾）と婚姻取消（形成訴訟―民七四四、七四七）との併合、婚姻取消（形成訴訟）と離婚請求（形成訴訟―民七七〇）との併合、婚姻無

効（確認訴訟）と離婚請求（形成訴訟）との併合等が考えられる。⁽²¹⁾

10 訴訟上の取扱 最後に、予備的併合の訴訟上の取扱についてまとめておこう。

予備的請求に関する判決は、原告の意思に基づき、主たる請求の認容時には許されず、主たる請求の棄却時に必要となる。つまり、予備的請求に関する判決は、主たる請求の棄却を停止条件とする。予備的請求につき判決をなすに熟しても、主たる請求が棄却されない限り、予備的請求につき判決を下すことはできない。主たる請求が却下されたとき、又は、一部認容されたときに、予備的請求に関する判決が必要か否かは、原告の意思によって決まる。

予備的請求は訴えの提起によって直ちに訴訟係属する。つまり、予備的請求の訴訟係属は、主たる請求の棄却を停止条件とするのではなく、主たる請求認容判決の確定を解除条件とする。したがって、裁判所は、直ちに予備的請求につき審理することができるし、両請求に共通する点については、実際にも審理を行っている。しかし、予備的請求のみに関わる審理は、裁判所が主たる請求棄却という結論に至るまでは差し控えるのが合目的である。

ところで、我が国ではよく、予備的請求に関する審判は主たる請求の認容を解除条件とするといわれるが、これは、以上に述べたことから、次の二点において不正確である。まず、予備的請求に関する審理（訴訟係属）は、主たる請求の認容を解除条件とするのではなく、主たる請求認容判決の確定を解除条件とする。次に、予備的請求に関する判決は、主たる請求の認容を解除条件とするのではなく、主たる請求の棄却を停止条件とする。⁽²²⁾予備的請求が条件付訴えとされるのは、その訴訟係属が主たる請求認容判決の確定を解除条件とし、且つ、その判決が主たる請求の棄却を停止条件とするという二つの点に基づくのである。

裁判所は両請求の弁論を分離することができない。弁論の分離の禁止は、両請求間の密接な関連——これは予備的併合の適法要件として要求される——に基づくと思われることがあるが、究極的には原告の意思にその根拠を求めるべきだろう（3・4）。

裁判所は主たる請求棄却の一部判決を下すことはできない。これも、弁論の分離の禁止と同様に、両請求間の密接な関連ではなく、原告の意思にその根拠を求めるべきだろう（3・4）。

訴額の合算は必要ない。本稿の要件の下でのみ予備的併合を適法とするのであれば、訴額は多額の請求によるという結論でよい。

上訴については、——仮に、上訴不可分の原則を否定するとしても——全審級を通じて両請求の統一的処理を求める原告の意思に基づき、少なくとも主たる請求に関する判決に対して上訴されたときは予備的請求も移審する、と解すべきである。そして、上訴審での審判の範囲は原則として不服申立の範囲によって画されるが（民訴三七七I、四〇二）、主たる請求に関する判決が変更されたときは、予備的請求に関する判決の停止条件——主たる請求の棄却——の成否に影響するから、例外的に不服申立がなくても予備的請求も審判対象となる、と解すべきである。それに対して、予備的請求に関する判決は主たる請求に関する審判の条件ではないので、予備的請求に関する判決が変更されても、不服申立がない限り、主たる請求が審判対象となることはない。すなわち、まず、①主たる請求認容判決に対し被告が上訴し、上訴審が主たる請求棄却の結論に達したときは、予備的請求に関する判決の停止条件が成就するから——つまり、主たる請求の棄却時に予備的請求につき判決を求めるというのが原告の全審級を通じての意思だから——、原告の不服申立⁽²³⁾がなくても、上訴審は予備的請求につき審判しなければならぬ。②主たる請求棄却・予備的請求認容判決がなされ、（i）それに対して原告のみが上訴し、上

訴審が主たる請求認容の結論に達したときは、原審では成就していた予備的請求に関する判決の停止条件が不成就に変わるから——つまり、主たる請求の認容時には予備的請求につき判決を求めないというのが原告の全審級を通じての意思だから——、被告の不服申立がなくても、上訴審は原判決を——予備的請求認容判決も含めて——全部取消（破棄）した上で、主たる請求の認容判決をすべきである（Ⅲ注（25））。（ii）被告のみが上訴し原告が（附帯）上訴しないときは、原則どおり予備的請求のみが審判対象となるから、上訴審が主たる請求を認容できざる理由に基づき予備的請求棄却の結論に達したときにも、予備的請求認容判決の取消（破棄）しかできない。

(1) 本稿で紹介した学説の中では、ブロックス（IV 1）とキオン（IV 3）が予備的併合を処分権主義によって正当化していた。我が国で当事者の意思が請求の併合態様を決定することを強調するものとして、伊東乾「訴の併合態様・試論」『民事訴訟法研究』一六五頁以下がある。

(2) 伊東乾「訴の併合態様・試論」『民事訴訟法研究』六五頁以下のほか、岩松三郎「兼子一編」『訴の客観的併合』『法律実務講座民事訴訟編第二巻』一四四～一四五頁を参照。

(3) 正確には、「手続進行に関する当事者主義と職権主義との間の調整」というべきかも知れないが、当事者が予備的併合という併合態様で（予備的）請求を処分することにより、本文ですぐ述べるように、裁判所の訴訟指揮権が制限されることになるのだから、あながちこのような表現も誤りとはいえないだろう。

(4) 伊東乾「訴の併合態様・試論」『民事訴訟法研究』七一頁。

(5) なお、このように解するのであれば、単純併合の場合にも弁論の分離・一部判決の許されない類型が認められてよい。小室直人「訴えの客観的併合の一態様」中田淳一先生還暦記念『民事訴訟の理論（上）』（有斐閣・一九六九年）二二六～二二八頁は、一方の請求が他方に対し先決関係にある場合、及び、両請求が基本たる法律関係を共通にする場合には、弁論の分離・一部判決を許すべきでないとして、この単純併合の態様を「関連的併合」と呼んでいる。し

かし、小室教授はこれを原告の処分権によって基礎づけてはいない。そのためもあり、このような請求が別訴で提起されれば、弁論の併合が命ぜられるべきだとする。

(6) 被告の主たる請求認容判決に対する上訴により、上訴審が主たる請求棄却の結論に達したときには、原告(被上诉人)の附带上訴がなくても、上訴審は予備的請求につき審判しなければならぬとする我が国の判例(III 26 ①)は、この立場に立つものと解される。

(7) 逆に、予備的請求に関する判決に対して上訴が提起された場合には、主たる請求の移審を認める必要は必ずしも存在しない。したがって、上訴不可分の原則を堅持する必要はない。

(8) 5の叙述については、上田徹一郎「審級の利益の法構造」小室直人・小山昇先生還暦記念『裁判と上訴中』(有斐閣・一九八〇年)一頁以下に負うところが大きい。

(9) それに対し原告の審級の利益の保障は問題にならない。原告は附带上訴により審級の利益を処分していることになるから。

(10) 兼子一ほか著『条解民事訴訟法』八三一頁(竹下守夫執筆)。大判昭一一・一二・一八民集一五卷二二六頁も、「現民事訴訟法ニ於テハ請求ノ基礎同一ナラバ控訴審ニ於ケル訴ノ変更スラ許サルルコト明ニシテ、審級ノ利益ナルモノハ絶対的意義ヲ有スルモノニ非ズ。而シテ予備的併合ノ訴ニ於テハ、主タル請求ノ棄却ナル条件ガ第一番ニ生ズルモ將又控訴審ニ於テ生ズルモ、之ト同時ニ予備的請求ニ付テノ裁判アルベキコトハ原告ノ欲求スルトコロナルノミナラズ、元来予備的請求ハ新ニ訴ノ変更トシテ控訴審ニ於テモ適法ニ之ヲ提起シ得ベキモノナル……」という。

(11) もっとも、この考えは、初期の学説と同様、予備的併合は全面的に不適法ということに帰着する。

(12) 再訴の可能性という視点については、主観的予備的併合・主観的選択的併合に関するものだが、井上治典「訴えの主観的選択的併合の適否」『多数当事者訴訟の法理』(弘文堂・一九八一年)一八九頁に示唆を受けた。

(13) 四宮和夫『請求権競合論』(一粒社・一九七八年)三頁注(2)(b)の「択一的競合」の場合(以下、「択一的競合

の事例」という)。この場合に両請求（権）が存在において排斥的でない——つまり「排斥関係の事例」と区別される——ことについては、さしあたり、北川善太郎『債権総論（民法講要Ⅲ）』（有斐閣・一九九三年）一四五頁。

(14) したがって、「択一的競合の事例」においても予備的併合は適法である。我が国の通説は本来的履行請求と代償請求の併合を単純併合と解するが、原告が求めるのなら予備的併合を認めても差し支えない（上北武男「訴えの併合」『新版・民事訴訟法演習1』二九九頁）。

(15) もっとも、すぐ述べるように、その RGZ 144, 71 (III 1 ③) への適用は不当である。

(16) この事件では実体法上二度の給付が是認されるが、原告はさしあたり一方の給付だけで満足するという「目的」を有していた。ドイツの通説は、このような原告の主観的な「目的」のみで予備的併合を適法と解するのである。

(17) 野間繁「請求の併合」『民事訴訟法講座第一巻』（有斐閣・一九五四年）二三六―二三九頁。

(18) 最判昭四一・一二・一五民集二〇巻一〇号二〇八九頁は、請求異議の訴えを主たる請求、執行文付与に対する異議の訴えを予備的請求とし、最判昭四三・二・二〇民集二三巻二号二三六頁は、逆に、執行文付与に対する異議の訴えを主たる請求、請求異議の訴えを予備的請求としている。請求異議の訴えと執行文付与に対する異議の訴えの法的性質については学説の対立が著しいが、伝統的見解及び判例は形成訴訟説を採っている（中野貞一郎『民事執行法』（青林書院新社・第二版・一九九三年）二〇二―二〇八頁、二五一頁）。

(19) 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法(5)』（有斐閣・一九八六年）三五二―三五三頁（岩原紳作執筆）。最判昭五四・一一・一六民集三三巻七号七〇九頁は、主たる請求が決議無効確認、予備的請求が決議取消という事件である。

(20) もっとも、婚姻無効を形成訴訟と解する説が訴訟法学者には多い（青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(2)』（有斐閣・一九八九年）三〇七―三〇八頁（沼正也執筆））。

(21) 岡垣学『特別法コンメンタール』人事訴訟手続法（第一法規・一九八一年）一五五頁、吉村徳重・牧山市治編

『注解人事訴訟手続法【改訂】』（青林書院・一九九三年）一一六頁（小島武司―山城崇夫執筆）が、この三つを予備的併合の例として挙げている。なお、これらの訴えに関しては、人訴七〇九条の規定があることに注意。

(22) 鈴木正裕―鈴木重勝―福永有利―井上治典『注釈民事訴訟法』（有斐閣新書・一九八五年）三四七頁（井上治典執筆）。

(23) 附帯上訴は不服を要件としないと解さない限り、原告はそもそも不服申立ができない点にも注意を要する。

VI 結 語

訴訟物論に関し実体法説に立ったときには、競合する請求権が同一手続で主張された場合の取扱が問題となる。本稿では、このような場合に予備的併合が適法であることを示した。また、請求内容の相互関係から併合態様が決まるという発想を克服すれば、単純併合の適法性に問題はないが、⁽¹⁾フィッシャーの見解（II-9）からも窺われるように、一方の請求が認容されるときに他方につき本案判決を得られるかに関しては、権利保護の利益の点で問題が生じる。もう一つ選択的併合の可能性が存在する。その詳細な検討は将来に委ねることにするが、予備的併合と選択的併合の違いはただ一点にしか存在しないようである。すなわち、予備的併合の場合にはまず主たる請求につき判決を下さなければならないのに対して、選択的併合の場合にはどちらの請求から判決を下しても構わないという点においてのみ、両者は異なる。そして、選択的併合が判決の順序を裁判所に委ねる点に対し、申立が特定していないとの批判が加えられているのである。そのほかの選択的併合に対する批判は、予備的併合を認める以上問題にならないように思われる。これらの点につき検討を加えることを約束して、稿を閉じることにした。

(1) 岩松三郎||兼子一編「訴の客観的併合」『法律実務講座民事訴訟編第二巻』一四六頁。