

ヴォルフラム・ヘンケル『訴訟法と実体法』（六）

河野正憲 Ⅱ 河野憲一郎 共訳

12 不作為訴訟と損害賠償請求

ネガトリア的または準ネガトリア的不作為^(被告)を命じる判決またはこれに対応する不作為の訴えの棄却が、不作為を命じる訴えによって保護されるとされた権利または法益の侵害に起因する損害賠償請求をめぐる訴訟において、いかなる範囲で当事者を拘束するのかわという問題は、争われている。

a) 不作為の認容

不作為請求権がそれから引き出されると主張されていた権利または法益が、不作為訴訟における最終事実審弁論の終結時に原告には帰属していなかったという主張は、不作為の認容とは相容れない。したがって、損害賠償訴訟の当事者は、違反行為

が最終事実審弁論の終結後に行われ、その結果、重要な新事実が何も陳述されえない限りでは、この権利または法益の確認に拘束される⁽²⁾。ただし、経済的価値は、両方の訴訟で同一だからである。たとえ不作為訴訟において、違反行為により原告に発生しうる損害額は必ずしも常に被告には詳細に予見されうるものではないとしても、被告は、やはり保護された権利または法益が経済的価値を有しうることを、それゆえ不作為請求権は、少なくとも違反行為によって原告から失われうる経済的価値を原告が持つことを、はっきり知っていなければならぬ。しかし、被告は、さらに彼が主張している独自の行為の自由が、彼にとつてはすでにいま勝敗をかけて争っている一定の経済的価値を持つているのだということに顧慮しなくてはならない。そ

192

の際に、もし後に被告から権利侵害行為から生じた利益が代償として回収できるのであるならば、現在要求されている価値は、不作為の争いで争われた価値ほどには高くはない。

これに対して、不作為訴訟の最終弁論よりも前に存在する違反行為については、拘束力は発生しない。このことは、上で、契約による不作為の訴えの場合の対応する状況について説明されたのと同様の理由から生じる。²⁷⁾

b) 不作為の訴えの棄却

不作為の訴えが棄却された場合、いかなる事情があろうと、後続の損害賠償訴訟について、被告が適法に行動していたということは確定されない。既判力ある判決で反復継続のおそれ (Wiederholungsgefahr) が否定された場合には、問題の行為をしないという被告の義務に関しては何も述べられなかった。もつとも、そのような棄却は、訴訟判決によって行われ、そして、その拘束は、通説によれば、具体的な棄却理由をカヴァーするにすぎない。²⁸⁾ しかし、仮に裁判所が反復継続のおそれがないとの理由で本案判決によって訴えを棄却したとしても、したがって、反復継続のおそれを実体的な請求権の要件とみなさうと思つたにしても、何も異なることが妥当するわけではない。けだし、その場合には反復継続のおそれがないことから、不作為請求権が存在しなかったということを確認しにすぎないからである。このことによつて、被告の行態の違法性については

何も述べられてはいない。

しかし、仮に訴えが、被告の行為が主張されている原告の権利を侵害しておらず、または同意によつて正当化されることから理由具備性がない (unbegündet) として棄却されたとしても、原告が第二の訴訟で損害賠償を求める場合には、当事者は常にこの理由付けに拘束されるわけではない。むしろそのような拘束は、前訴の状況によれば、この棄却理由のみが顧慮される場合にはじめて生じるにすぎない。それゆえ前訴において反復継続のおそれも争われているが、裁判所は、有力な見解とともに、反復継続のおそれを全く審査せず、訴えが本案につきその限りで裁判に熟していたことから理由具備性がないものとして棄却した場合には、拘束は排除される。けだし、原告が、自己の権利を基礎づける諸事情につき反復継続のおそれをめぐる争いを見込みのないものとみなしたというだけの理由で証拠の申出をしなかったということが、可能性があるものとして考えられなくてはならないからである。しかし、前訴で、権利侵害のおそれが、まさに被告によつて切迫したものになつていたかどうか争われていた場合にも、同様のことが妥当する。もし原告が訴訟を、それに限つては見込みがないとみなし、それゆえ彼の権利を理由付ける事情につき証拠を申し出なかったとすれば、人は、彼の権利が存在しないという確認に彼を拘束することはできない。

異なる請求内容を伴う同一の権利に基づく不作為訴訟

ある前訴において、被告に対して、原告の不動産に「立入り、通行しまたは何らかの方法で通路を利用する」ことを禁ずることを命ずる申立てが、既判力をもって棄却された。判決理由において、被告は、第三者のための契約に基づいて、私道を、彼自身が居住している妻の家への通路として利用する権利を有していると述べられていた。今度は、原告が、被告には私道を設けることを障害し、または制限する権利がないことの確認を求めて訴え、さらに被告に私道を設けることを受忍を命ずるよう要求した。

連邦通常裁判所^⑤は、両申立ては、第一の不作為判決がそれに矛盾するで理由具備性がないと考えた。結論においてはこれに賛成すべきである。たしかに、——BGHが認めたように——後訴において第一の訴訟の既判力ある確認とは矛盾する反対の事項が主張されているというのは、正しくない。既判力ある確認と矛盾する事項は、被告が不動産に立入り、通行しまたはそのほかの方法で道を利用してはならないということであろう。当事者は後訴でこの申立てを争ってはいない。むしろ連邦通常裁判所は、被告が私道を利用する権利を有するということを既判力をもって確定しており、したがって、原告は一個の先決問題についての裁判に拘束されている。この拘束は、前訴の状況によれば被告の利用権のみが請求棄却理由として顧慮されたということによって正当化される。もしこの権利が（前訴）当時

否定されたのであれば、訴えは認容されなくてはならなかったはずである。両方の訴訟において同一の経済的価値が問題となってもいい。第一の判決による原告の経済的負担は、原告が被告による私道の利用を受忍し、したがって、原告による利用を妨げる可能性のある対象物のいかなる利用をも中止しなければならぬという点にある。まさに後訴でもそれが問題になっている。したがって、既判力ある裁判は、被告に私道を設けることを受忍し、またはそれを設けることを妨害しないように被告に強制することができ被告への給付判決の妨げになっている。

14 予備的請求と主請求

所有者の引渡請求と損害賠償請求、あるいは不作為請求とその違反行為を理由とする損害賠償請求と同様に、主請求と予備的請求もまた、同一の実体的原因に依拠することができ、その結果、ここでも判決理由の既判力の問題が生じる。

設例としてツォイナー^⑥は、損害賠償請求または事務処理によって取得した物の引渡しを求める請求に対する関係での計算書の提示または情報の提供を求める請求を挙げている。

被告は計算書を提示しなければならず、あるいは情報を提供しなければならぬということが既判力をもって確定されると、法律関係——この請求の基礎となった——が存在しないという主張は、この既判力ある判決とは相容れない。もし、基礎にある法律関係が存在しないと理由で、計算書の提示または

情報提供を求める訴えが棄却されたのであれば、それにもかかわらずこの法律関係が存在していたという主張は、前訴の状況によればそれ以外の請求棄却理由が顧慮されなければ、この既判力ある裁判とは相容れない。

しかし、この拘束は、他の訴訟物をめぐる後訴の場合には、両方の訴訟における経済的価値が同一である場合にはじめて働くにすぎない。しかし、これはここでは否定されなくてはならない。ただし、計算書の提示請求が棄却されることによって、原告にとつては主債権 (Hauptforderung) がいまだ失われているわけではなく、その額の証明を単純なやり方で行う可能性が失われたにすぎないからである。それゆえ計算書提出の訴えによつて主債権の価値の全てが賭されているわけではない。むしろ原告はその主債権を、彼がその金額を計算書の提示なしに証明することができないという限りで喪失しうるにすぎない。しかし、彼が主債権の額を他の手段で証明するならば、計算書の提示をめぐる争いにおいて、なお全てを失つたわけではないということとは明らかである。その結果、原告はその限りにおいて棄却には拘束されない。もし人が既判力の限界を正しく決定しようとするのであれば、原告が、主請求の額を他のやり方でも証明する自信があることから、計算書請求をめぐる広範囲な争いに対する利益を喪失するケースが存在しうることを顧慮しなければならぬ。²⁰ しかし、既判力の範囲は、原告の動機によつて左右されえないので、既にこの可能性を理由にした計算書請

195

求の棄却に対する拘束は、主請求をめぐる争いについては否定されなくてはならない。²¹

被告が計算書を提示するように命じられた場合には、そのことによつて彼にとつて主請求をめぐる争いは依然として敗訴するわけではない。被告が計算書提出を命じられることによつてさらされる経済的負担は、主たる給付を命じられることによつて生じる負担とは一致しない。それゆえ、多くの被告は、計算書の提示を長く争いたくないというかもしれない。原告は、計算書を手するかもしれないが、彼にとつて重要なのは、彼が支払わなければならないのかという点だけである。しかし、その場合に被告を基礎たる法律関係に拘束するのは適切ではない。²²

通常、もちろん予備的請求と主請求は、ZPO二五四条の段階訴訟 (Stufenklage)^(訴訟) というやり方で同一訴訟の中で主張される。しかし、この手続においては、はじめから主請求は、いずれにせよそこから計算書請求が引き出される法律関係が否認される場合には主請求も棄却されうる限度において、ともに争われているのである。²³ そこから、原告は予備的請求の請求原因をめぐる争いを、はじめから、彼が主請求を争うことを意図するのと同じ緊張度で追行しなければならないということが引き出される。原告がそのつもりがないのであれば、彼は予備的請求または主請求を取り下げるか、被告が取下げに同意しない場合には、単に予備的請求のみを取り下げ、主請求はなお争われているという結果になるようにしなければならない。

しかしまた、当事者の平等取扱いのためには、予備的請求を肯定するに際して、主請求を原因に基づいて確認しうる限りであつても、争われないのが検討されるであらう。⁽⁸⁾ けだし、もし原告が予備的請求の原因を何等かの主請求の喪失を顧慮して争わなければならないのであれば、人は、被告にも、主請求の原因について、彼が主請求に対して防衛しようとする緊張度をもって争うということ并要求することにならう。それゆえ、段階訴訟の場合に、請求の原因をはじめから完全に係争状態にあるとみなすことが適切である。その帰結は、被告に計算書の提示が命じられるのとあわせて、主請求についての原因判決が言い渡されうることである。⁽⁹⁾ これに対して、計算書提示に対する命令をただ原因判決と解釈することは、プロマイヤー⁽¹⁰⁾ が考慮しているように推奨されるべきではないが、その理由は、主請求の原因を先取りする計算書判決の効力は、被告にとつて十分明確には生じていないからである。おそらく被告は計算書の提示を命じられることによつて、主請求の原因をいせん争いうると信じて満足し、それゆえ上訴をしないのである。その場合、被告は、主請求の明示的な棄却によつて自分がどういう状態なのかを明示的に認識している原告よりもさらに悪い状態にあるであらう。被告もまた、主請求についてあわせて裁判されるかどうかが判決で言い渡されることを期待する権利を有している。したがつて、人は、裁判所が当事者の平等取扱いのために、計算書の提示が被告に命じられる場合に、主請求について

の原因判決を言い渡すことを義務付けられているということしか言えないであらう。しかし、裁判所がこの義務に違背する場合には、主請求の原因について裁判されてはいない。

計算書提出請求が、主請求が原因について確定されることにしに認容され、そして被告が控訴を提起した場合には、法的争訟は、いずれにせよそれについて第一審で弁論がされた限りにおいて、控訴審に移る。すなわち、主請求は、いずれにせよ予備的請求が否定された際にあるいは主請求もあわせて棄却されるとすれば、その限りで控訴審の手続においてもあわせて争われている。しかし、さらに人は、控訴審においても計算書提出請求が認められる場合、同時に主請求についての原因判決が言い渡されるべきだといふことができる。

したがつて、段階訴訟の場合に主請求が棄却されることなしに予備的請求が既判力をもつて棄却されることが、両方の請求の棄却理由が同様のやり方で関わる場合には回避されるべきであるといふことは、既判力の効果にはなく、段階訴訟の場合にはもともと主請求も共に争われているということに基づいているのである。

しかし、予備的請求が独立して訴求されている場合は別である。その場合、主請求はそもそも一緒に争われてはおらず、したがつて、原告は、予備的請求を主請求で勝訴を得るために意図する緊張度 (Intensität) をもつて争うことは、経済的価値が同一ではないので、必要とされていない。そこから予備的請求

についての判決の既判力と段階訴訟の場合の控訴審での対象の既判力の限界づけが異なることが明らかになる。⁸⁵⁾

15 アウフラッシング^(訳注7)に基づく請求と所有権引渡請求

新たな訴えで係属するのと同じ法的原因に基づく請求についての既判力ある裁判に対する拘束の問題について、連邦通常裁判所も一九六二年一〇月二五日の判決の中で態度決定をしている。前訴において被告は、三七五平方メートルの大きさの不動産の一部分につきアウフラッシングを命じられた。しかし、住宅団地法 (Wohnsiedlungsgesetz) による許可は、これに対応する不動産の分割に対しては与えられなかった。新たな訴えにおいて、原告は、異なって測定された、第一の判決において特定されたものとは単に一部が同一であるにすぎない不動産の引渡しを訴求した。連邦通常裁判所は、被告が第一の判決の既判力の結果、「三七五平方メートルになる不動産の引渡しに対する義務付けをもちや否認することができないということ」を認めている。

両方の訴訟の訴訟物は同一ではない。⁸⁶⁾すでに第二の訴えで主張されている引渡請求の対象からして、第一の訴訟で確定されたアウフラッシング請求の対象とは一致しない。さらにまた、所有権引渡請求は、アウフラッシングの請求とは別のものである。それは一面で、引渡請求権の履行のために所有権移転のアウフラッシングをなすという義務のほかに、さらなる義務、例

えば負担を除去しかつ情報を開示する義務を含みうる。⁸⁷⁾他面では、それは、なおアウフラッシングの意思表示を代替しないから (ZPO 八九四条) 狭いものであり、後者につき、被告は、第二訴訟で示された不動産部分に関しては、なお命令がなされてはいない。

前訴において確定されたアウフラッシングの義務は、第二の訴訟において係属している所有権引渡請求にとって先決関係にはない。⁸⁸⁾ただ逆の事例においてのみ、すなわち、所有権引渡を命ずる判決の後に同一不動産のアウフラッシングをなす旨が訴求される場合のみ、先決関係が認められようといえようか。それにもかかわらず、連邦通常裁判所の結論は正当である。ただし、第一の訴訟におけるアウフラッシングをなす義務の確定と、被告が第一の訴訟で認められた大きさの不動産の何らか一部の所有権を引渡す義務を負わないということは、全く両立しないからである。それゆえ、アウフラッシングを求める請求権の既判力ある確定に対する拘束から、この先決問題の判断に対する拘束が生じる。この拘束はこの決定された事例において、被告に大きな経済的負担を課すという結果にもならない。⁸⁹⁾ただし、付随義務は、この引渡請求権がアウフラッシングの請求よりも広いものではあるが、アウフラッシング請求の準備とそれを補助するために奉仕するにすぎないから、したがって被告にとってアウフラッシング請求自体よりも強い負担とはならないからである。しかし、いま要求されている不動産の一部の引渡

しが、被告にとって第一の判決で示されている部分の引渡しよりも経済的に不利であるかどうかは、後訴においてなお審査された。この問題が否定されたので、連邦通常裁判所は、正当にも第一の裁判に対する拘束を肯定した。しかし、原告はそもそも新たな訴えを提起することが妨げられなかったのだということは、既に両方の訴訟の訴訟物が同一ではないということから引き出される。

この事例の解決が有する基本的考えをさらに進めるならば、ある給付を命ずる判決は、被告に対して、義務を負った給付を準備し、確保する付随義務をめぐる後訴において、新たな重要事実が現れるか、あるいは付随義務が例外的に独自の経済的価値を持つのでない限り、付随義務の基礎をめぐる争いをいまい一度取り上げることを妨げるのだということが出来る。

16 本来的原状回復請求と金銭賠償・変更、減少と損害賠償

a) 本来的原状回復と金銭賠償

本来的原状回復を求める損害賠償と金銭賠償を求める損害賠償もまた異なる内容をもつが、しかし同一の請求原因をもってゐる。もし、本来的原状回復を求める訴えが、そもそも損害賠償請求権が存在しないので棄却され、また、前訴の状況によれば他の棄却理由は顧慮されなかったのであれば、両当事者は、金銭賠償請求をめぐる争いについてもこの損害賠償義務の否定

に拘束される。⁸⁰⁾ けだし、両方の訴訟では同一の経済的価値が問題となつてゐるからである。このことは、BGB二四九条二文による損害賠償についてののみならず、BGB二五一条一項による損害賠償についても当てはまる。⁸¹⁾

b) 損害賠償、解除、変更、減少

BGB三二五条、同三二六条による損害賠償請求および解除請求も同一の請求原因に依拠しているが、しかし、異なつた内容を有している。しかし、ここでは異なつた経済的価値を理由とする既判力の効果に対する疑念が存在する。事例の形態に応じて、解除が有利か、または損害賠償請求が経済的により有利でありうる。同様のことが、売買契約および請負契約の場合の変更、減少および損害賠償の場合に妥当する。⁸²⁾

【付記】 本稿は、令和三―六年度科学研究費補助金基盤研究(C)〔研究代表者・河野憲一郎〕「信用供与と責任財産をめぐる基礎的考察」(課題番号・21K01253) による研究成果の一部である。

【註】

(訳注71) BGB一〇〇四条は、所有権に基づく妨害の排除及び不作為(「妨害予防」)請求権を定める(訳注(64)。これは、一般にアクチオ・ネガトリアといわれる。また、占有や名称の侵害の場合にも同様の妨害排除や不作為が認めら

れる。これらは quasi negatoriaといわれる。判例は、不法行為で保護された権利や法益にもこの保護を拡大している。

- (71) 同旨 Zeuner, a.a.O., S. 21 ff., 58 f. [松本訳・前掲書原注 (c) 二六頁以下、六九頁以下。] ; Reiner, PatGes, § 47 Anm. 125; A. Blomeyer, Zivilprozessrecht, § 89 V 2 S. 459; 異なるのは Baumbach-Heyemehr, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht⁸, Einl. z. UWG Randnote 276, 280; Benkart-Löschner, PatGes⁴, § 47 Randnote 28, 92; Bruns, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 251, Kisch, Handbuch des deutschen Patentrechts, § 100 C III S. 438; Klauer-Möhring, PatGes, § 47 Anm. 5; Krauß-Katuhn-Lindemaier, PatGes⁴, § 47 Anm. 51; Martens ZZP 79, 442; Schwab JZ 1959, 787; Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁸ § 322 Anm. V 2 a; Tezner, PatGes², § 47 Anm. 47; Wiczorek § 322 Anm. F II a; RGZ 49, 33 (35 f.); 121, 287 (290); 160, 163 ff.; RG JW 1937, 1895 (1897); MuW XXVI 390; MuW 1932, 20 (21); MuW 1935, 24 (25); Wam. Rspr. 5, Nr. 461; MuW 1940, 135.
- (72) 注 (32) - (34) の場合もある。
- (73) 過去にも関する拘束は Zeuner, a. a. O., S. 61 f. [松本訳・前掲書原注 (c) 二二頁以下。] 49; RGZ 130, 119 中に依拠している。この裁判は、ドイツ大審院が前訴において争われた交付請求権がもはや存在しない時点を、既判力によって確定されたとみなすかもしれないことを排除す

- る命題を、もちろん含んでいる。しかし、このことは、ドイツ大審院が、陳述された告知 (Reuekritik) に遡及効を与えているということに関連している。当事者が、告知は有効であるという確定に拘束されていたので、交付請求権はかつて存在していたこの主張が排斥された。ただし、告知は当事者からは初めから取り除かれていたからである (この点についてはまた A. Blomeyer, Festschrift für Lent, S. 81 f.)。
- (74) Zeuner Jus 1966, 150⁷ 後記221頁以下を参照。
- (75) NJW 1965, 42 = LM Nr. 48 zu § 322 ZPO.

(76) Die objektiven Grenzen der Rechtskraft, S. 157 ff. [松本訳・前掲書原注 (c) 一八〇頁以下。]

(77) 実務における訴額算定のために対応している BGH NJW 1964, 2061 Nr. 6 (その点に関する註文を) 参照。

- (78) 同旨 Benkart-Löschner, PatGes⁴, § 47 Randnote 92; Bruse, PatGes², § 47 Anm. 7, 3; Kisch, Handbuch des deutschen Patentrechts, § 105 V 4, VI S. 468; Klauer-Möhring, PatGes, § 47 Anm. 20 b; Peters ZZP 76, 231; Schwab JZ 1959, 787; Stein-Jonas-Schumann/Leipold¹⁹ § 254 Anm. III 4; Wiczorek § 254 Anm. A II b 3; RG MuW 1931, 38; JW 1936, 2137; GRUR 1939, 966 (967); LAG Hamm AP Nr. 1 zu § 254 (ホーノの判例賛成の評釈付文); 異なるのは Alexander-Katz MuW XXIII, 73; Isay, PatGes, § 35 Anm. 12; Krauß-Katuhn-Lindemaier, PatGes⁴, § 47 Anm. 51; Zeuner, a. a. O., S. 157 ff. [松本訳・

前掲書原注(3)一八〇頁以下。]

- (79) BGH NJW 1964, 2061 ff.; その限りで異なるのもまた、
Zeuner, a. a. O., S. 157 ff. [松本訳・前掲書原注(3)一八〇
頁以下。]

(訳注72) ZPO二五四条(段階訴訟)「被告がその基礎たる
法律関係に基づいて債務を負っているものの返還を求める訴
えが、計算書の提示若しくは財産目録の提出又は宣誓に代
わる保証の提供を求める訴えとともに併合されているとき
は、原告が請求する給付の特定の記載は、計算書が提示さ
れ、財産目録が提出され又は宣誓に代わる保証が提供され
るまで留保することがある。」

- (80) BGH LM Nr. 3 zu § 254 ZPO; Stein-Jonas-Schumann/Leipold¹⁸
§ 254 Anm. III 2.

(81) 上記述べたのと、Helwig, Lehrbuch III, § 144 V 2 b S. 43.

- (82) A. Blomeyer, Zivilprozessrecht, § 89 V 4 c S. 463; Helwig, Lehrbuch
III, § 144 V 2 b S. 43; Wicczorek § 254 Anm. A I c, II b.

(83) Zivilprozessrecht, § 89 V 4 c S. 463.

(84) 同前。A. Blomeyer, Zivilprozessrecht, § 89 V 4 c S. 463; 特
に同書のnote 5に於ける。これに対し、Zeuner, a. a. O., S.
157 ff. [松本訳・前掲書原注(3)一八〇頁以下。]は、控
訴の対象の識別から、計算書請求についてのみ決定的であ
る判決の既判力の範囲について論拠を引き出そうとする。

(訳注73) アウフラッシング (Auflassung)。ドイツ民法は、物

権変動のための特別の法律行為(物権行為)を要求しており、しかも、これは一定の要式をもった行為とされている。不動産物権変動にかかるものを、特にアウフラッシングと呼び、BGB九二五条が規定している(訳注67)にて、九二三条一項としていたのは誤記であり、訂正する。)。
なお、この点に関する条文を訳出しておく。

BGB八七三条(合意と登記による取得)「(1) 土地の所有権の移転……には、法律が別段の定めをした場合を除き、権利変動の発生についての権利者と相手方との合意(Eingang)及びその権利変動のための土地登記簿への登記(Eintragung)を要する。(以下略)」

同九二五条(アウフラッシング)「土地所有権の移転の要件として第八七三条により必要とされる譲渡人と譲受人の合意(アウフラッシング [Auflassung])は、両当事者が同時に出現して管轄役場において表示されなければならない。……」

同九二五 a 条(原因行為に関する証書)「アウフラッシングの表示は、第三一 b 条第一項第一文により必要とされる契約についての証書が提出され又はその時点で作成された場合のみ、受理することができる。」

同三一 b 条(土地、財産および相続財産に関する契約)
「(1) 土地所有権の移転または取得の義務を一方当事者が負う契約は、公正証書によらなければならない。この形式

を踏まずに締結された契約はアウフラッシングと土地登記簿への登記がなされた後には、その内容の全てが有効となる。〔以下略。〕

(85) BGHZ 38, 146 = JZ 1963, 321 (ホーノの詳釈付号) = NJW 1963, 49, 111, 112, 110⁷ Brox NJW 1963, 689.

(86) Pohle JZ 1963, 322; Brox NJW 1963, 689 (690).

(87) Pohle JZ 1963, 322.

(88) Pohle JZ 1963, 323; Brox NJW 1963, 689 (693).

(88) 既判力の区別に於ける経済的負担の意義を同じく指摘するのには、Pohle JZ 1963, 323にあり、これに対して、Brox NJW 1963, 689 (693) は、ZPO 311 一条一項の成立史が示しているように、やはり立法者はその際に様々な経済的負担のケースを考へていたにも関わらず、両方の請求には経済的等価性があるのに、先決的な点は既判力が生じないという見かけ上の立法者の意思に固執する。

(90) RGZ 126, 401; Baumbach-Lauterbach²⁹ § 322 Anm. 4, Stichwort Schadensersatz; A. Blomeyer, Festschrift für Lent, S. 82 ff., Lehrbuch, § 89 V 4 b S. 461; Emmeccenus-Lehmann¹⁵ § 10 II S. 44; Schönke-Schroder-Niese⁸ § 73 IV 1 S. 338; Zeuner, a. a. O., S. 164 ff. [松本訳・前掲書原注 (3) 一八九頁以下。]; 異なるものには、Goldschmidt, Zivilprozessrecht², § 63, 3 Anm. 21 S. 207; Habscheid, Streitgegenstand, S. 43 Anm. 85; Nikisch, Streitgegenstand, S. 120, Rosenberg, Festgabe für R. Schmidt, S.

256 ff.; Lehrbuch, § 150 I 2 a S. 749; Stein-Jonas-Schönke-Pohle¹⁸ § 322 Anm. V 2 a; 一九六一年七月一四日の BAG の判決において問題が明らかとなつた AP Nr. 6 zu § 322 ZPO (ホーノの詳釈付号) = JZ 1962, 357 (なかの「」はその限りで印刷されたもの)。

(61) Zeuner, a. a. O., S. 168 ff. [松本訳・前掲書原注 (3) 一九三頁以下。]

(62) 同前 RG JW 1926, 791 (損害賠償の解除); RGZ 66, 322 (335); RG JW 1911, 592; RG Warn. Rspr. 1920 Nr. 155 (変更と減少); A. Blomeyer, Zivilprozessrecht, § 89 V 4 b S. 462; 異なるのは Zeuner, a. a. O., S. 170 ff. [松本訳・前掲書原注 (3) 一九五頁以下。]