

時 論

民事訴訟法の過去及び現在

——その文獻と業績調査——

中 村 宗 雄

目 次

- 一 概 観
- 二 民事訴訟法の過去及び現在
- 三 大正中期以後の民事訴訟法學界の展望
- 四 大正中期以後の主要文獻
 - (一) 體系的著書
 - (二) 論文及び論文集
 - (三) 判例研究
 - (四) 破産法・和議法
 - (五) 文獻の總評
- 五 む す び

一 概 観

民事訴訟法學は、解釋法學としては、一般に民事訴訟法、人事訴訟手續法、破産法等の私法手續法を學問對象とする法律學の一分科である。かつては、民法學、商法學等の實體私法學に對し、

民事訴訟法學は、専らそれ等實體法の定める私權實現の手續を考究する手續法學として、實體私法學に從屬するものと考えられていた。しかし訴訟法學の發達により（それは近世における司法制度、すなわち司法權の擴大・強化を背景とする）、獨自の學問領域を發見し、民事訴訟法學が實體私法學に對し獨立の學問體系を構成することが、一般に承認せられるに至つた。⁽¹⁾

(一) ドイツ普通法末期に至るまで、ローマ法の傳統に従い、手續法は實體法に吸收せられ、實體私法學の外に、民事訴訟法學なるものは存しなかつた。わが國には、その後における實體法學から獨立した學問體系として民事訴訟法學が輸入せられた。しかしその當初においては、實體私法學に對し從屬的地位にあるものとして民事訴訟法學の理論が構造せられていた。筆者は、この立場を「私法的一元觀」と稱する。その後、訴訟法學の發達に伴い、漸次、訴訟法學の獨自性が主張

せられ、實體私法學のアウトルキーに對する訴訟法學のアウトルキーを意圖する訴訟法學の理論に赴いた。これを「訴訟法的一元觀」という。この學說によつては、訴訟法學は實體法學と何等の學問的連關をもたない。民事訴訟法學は、實體法學と無縁な純然たる民事訴訟法の學問である。

以上と異なり、訴訟法により營爲せられ、従つて訴訟法學の學問的對象たるべき「訴訟」に實體法理の滲透を認める學說を、筆者は「實體法・訴訟法對立二元觀」と稱する。この學說の下においては、實體法學と訴訟法學との關係が問題となる。しかし私法的一元觀から訴訟法的一元觀に赴く過渡期學說においては、この問題について反省が足らず、訴訟法學の獨自性を主張しながら、なお、暗黙には、私法學に對する從屬を認めていたようである。例えば加藤(正治)博士は、大體において訴訟法的一元觀に屬する學說をとられているが、「訴訟法學の諸問題」第一輯の序文において「鬼に金棒」の俚諺をひき、實體法を「鬼」、訴訟法を「金棒」に擬している。

筆者は、法學の體系が實體法學・訴訟法學・裁判論の三段階の階層構造をもつものと構想する。この構想の下、訴訟法學の段階は、實體法に對し高次の段階に措定せられるが故に(この點、加藤博士その他、從來の實體法學中心の考え方と倒逆している)、實體法理が、當然訴訟法學の段階に滲透する

(實體法・訴訟法對立二元觀)。この立場における民事訴訟法學は、民事訴訟法の學問ではなくして、「實體法」と「訴訟法」との綜合の「場」である「民事訴訟」の學問となる。

民事訴訟法學においても、解釋法學が主要の部分占める。従つて法典によつて、一應、その體系がたてられている。民事訴訟法典としては、民事訴訟法(明治三三年法律二九號)の外に、破産法(大正一一年法律七一號)がある。しかし破産法は、その第一編が實體規定となつていて、實體法との關連が破産法學の主要の部分占め、破産法學としての獨自の體系を組み立てている。よつて破産法學を除いた民事訴訟法學を、假りにここでは本來の民事訴訟法學と稱する。

本來の民事訴訟法學は、判決手續と執行手續のそれに岐れ、前者は判決手續に關する制度理論(判例を通した實際的研究が、その主要の地位を占める)の外、法哲學並に公法學と學問的連繫を保つことにより、「訴訟」の基礎理論並に「裁判」の法理的研究に及び、民事訴訟法學の中樞をなしている。後者においては、執行手續の制度理論がその主要の部分占め、執行力を廻る法理的研究は、前者に比して著しく見劣りのする状態にある。

その他、人事訴訟手續法、調停法等の單行法律については、實務家を満足せしむる程度の研究しか行われていない。

次に破産法は、前述の如く獨立の法典に編纂せられ、それには多數の實體規定を含み、且つその手續が他の訴訟手續から獨立し

ている。その故に破産法學は、實體私法學（殊に民法學）と密接なる連關において、本來の民事訴訟法學から離れた體系を組み立てている。和議法は、破産法に附隨するものとして研究せられてゐるが、あまり學者の關心を購つていない。

最後に行政訴訟は、從來、行政法學の分野に屬し、民事訴訟法學においては、民事訴訟と行政訴訟との管轄限界の問題を取扱うに過ぎなかつた。しかし、新憲法の下に、行政事件も司法裁判所の管轄に屬し、民事訴訟法の原則的適用を受けることとなつたから、今後民事訴訟法學者も、勢いこの方面の研究に關心をもたざるをえなくなつた。また勞働法關係についても同様である。^(一)

(一) これに關する民事訴訟法學者の著書・論文も、既に若干見出される。兼子一氏・行政處分の取消判決の効力（法曹時報三卷九號）、齊藤秀夫氏・稅務訴訟における立證責任（稅法學八號以下未完）等。

(二) 吉川大二郎他數氏・勞働爭議と假處分、中村武氏・勞働法上における立證責任の分配（法學新報五八卷一號）等。

民事訴訟法に關する著書・論文は、大正期においては、その數が比較的乏しかつた。しかし昭和期（一九二八年以後）に至り頗みに増加し、權威ある著書・論文の多數が上梓されている。

民事訴訟法學は、種々なる理由の下に實體私法學（殊に民法學）に比し、その發達が遅れている。斯學は、全體として實定法を中心とする解釋法學の域を脱せず、その學問的方法においても、私

法學の影響の下に、概してその反省が不充分であつた。また、わが國の民事訴訟法學は、ドイツ法學に深き影響を受けていた。それは民事訴訟法・破産法その他の關係實定法が、ドイツ法の系統をひいてゐる當然の歸結であつて、フランス法並に英米法の理論は、單に紹介せられ、若しくはドイツ法理論の修正に參照せられ、斟酌せられるという程度に止まつた。大正期の著書・論文において殊に然り。

しかし昭和期に至り、漸くドイツ法學の支配を脱する氣運を生じ、ちくじ、諸法系の學理を綜合した獨自の訴訟法學の理論體系樹立の方向に赴いてきた。殊に終戰後、英米訴訟手續（殊に證據法）の研究及びこの法理を導入する氣運が昂まつた。また、私法學に對する關係においても、その學問的連關について、一般民事訴訟法學者の注意を呼び起しているようである。

二 民事訴訟法學の過去及び現在

民事訴訟法に關し、やや學問的體系を整えた著書の現われたのは、一八九〇年（明治二三年）民事訴訟法典の制定以來のことに屬する。それ以前、民事訴訟手續に關する若干の著書も現われているが、いずれも手續の實際を記述した實務家用のものに過ぎなかつた。尤もその當時、司法省が、イギリス、ドイツ、フランス等の著名にして手頃な著書を翻譯し、民間書店をして發行せしめていたが、そのうちには、テーラー英國證據法（Taylor, The

Law of Evidence)、『ポニエー佛國訴訟法原論(Ponier, *Éléments de Procédure Civile*)、プッフエルト獨逸民事訴訟法釋義(Puffert, *Der Reichs-Civilprozess*)等があり、その他民間にて發行したもの、またわが國の學者の手になれる英・佛・獨逸訟法講義もあつた。

明治二十三年(一八九〇年)、ドイツ法を母法とし、フランス法を加味した民事訴訟法典が制定・公布せられてから、同法の註釋書が多數に發行せられた。そのうちには、當時の著名の學者、江木衷、今村信行、高木豐三氏等の著書がある。これ等並びにそれに續いた明治年間の著書は、いずれもやや組織的な註釋書という程度のものであつたが、明治末期から大正中期にかけ、専らドイツ法學の影響を受け、學問的體系を整えた著作が上梓せられた。仁井田益太郎博士・民事訴訟法要論全三冊(一九〇七—一九一三)、岩田一郎判事・民事訴訟法原論(初版一九〇七年、その後、數回に亘り増補修正せらる)、板倉松太郎判事・強制執行法義海(一九一五年)等が、その代表的のものである。舊破産法(一八九三年に施行せられ、一九二二年、現行破産法の制定と共に廢止せらる)については、松岡義正、山内雄三郎、加藤正治氏等の著書を代表的のものとする。なお、現行破産法に關しては、その主要のものとして、前記加藤博士並に齋藤常三郎博士の著書を擧げることができる。

民事訴訟法學が劃期的發達を遂げたのは、大正中期(一九二〇

年頃)以後のことである。前掲、加藤博士(東京大學)、松岡博士(判事)並に雉本朗造博士(京都大學)を初めとし、續いて山田正三博士(同上)、細野長良博士(判事)、齋藤常三郎博士(神戸商業大學)等がその先驅者であつた。引續き昭和期に及んでは、多數の訴訟法學研究者を輩出した。民事訴訟法專攻の大學教授としては、菊井維大、兼子一(以上東京大學)、中村宗雄(早稻田大學)宮崎澄夫(慶應大學)、野間繁(明治大學)、田中和夫(東京商科大學)、齋藤秀夫(東北大學)、小野木常(大阪大學)、中田淳一(京都大學)、吉川大二郎(立命館大學)、金子文六(中央大學)、山本戸克己(神戸大學)の諸氏があり、これ等の教授は、現在、各々、所屬大學において民事訴訟法の講義を擔當している。また、裁判所・辯護士等の實務法曹の方面には、村松俊夫(司法研修所教官)、高根義三郎(判事)、中島弘道(辯護士)、河本喜與之(辯護士)、長尾章(辯護士)等の諸氏が、民事訴訟法學界に著名である。なお、伊東乾(慶應大學)及び三ヶ月章(東京大學)の兩氏は、終戦後、助教授となられた民事訴訟法學專攻の新進學徒であり、更にそれに踵いで中務俊昌(京都大學)、小室直人大阪大學)、中村英郎(早稻田大學)、木川統一郎(中央大學)、宮崎俊行(慶應大學)等の諸君が民事訴訟法學に志している。

三 大正中期以後の民事訴訟學界の展望

わが國の民事訴訟法學界は、前述の如く大正期の中期から飛躍

的發展を遂げてきた。大體において、わが民事訴訟法學は、ドイツ法學の系統をひくのであつて、明治末期から大正初期にかけては、ワイズマン、フィツティング、ゾイフェルト等の比較的簡易なドイツ民法教科書が、その範とせられていたようであつた。しかし大正中期の頃から、ヘルウィツクの著書が研究せられ、また、老大なシュタイン民事訴訟法註釋書を参照する氣運が昂まつたようである。この兩者、殊にヘルウィツクの *System des deutschen PR.* の影響を多分に受けた最初の民事訴訟法教科書は、大正九年に出版せられた細野長良判事の民事訴訟法要義第二卷（第二卷が一番先に上梓された）であらう。

當時、東大においては加藤博士、京大においては雫本博士が民事訴訟法講座を擔當し、新味ある講義をなされていたが、遺憾ながら共に著書がなく、僅かに講義プリントが發行されているに止まつた（加藤博士の著書は、その後の出版である）。雫本博士の大正九年度講義プリントは、全三冊にわたり、著書ともなし得る相當に老大なものであり、ドイツ法學說による訴訟理論が各所に展開せられ、當時としては清新の氣みなぎるものであつた。その外、雫本博士は、數多の論文を京都法學會雜誌その他に發表せられた。これ等によつて、ドイツ民事訴訟法學の學說が引用せられ、また紹介せられた。わが國の理論民事訴訟法學の分野は、まず雫本博士によつて開拓せられたといふことができる。これ等の論文は、同博士の逝去後に出版せられた同博士「民事訴訟法論文集」に取

り纏められてある。

加藤博士は、その頃、破産法に研究の重點を置かれたものらしく、當時、破産法學における唯一の文獻ともいふべき「破産法講義」の外、破産法に關する論文が數多あり、それ等はすべて同博士「破産法研究」第一卷（大正六年發行）乃至第五卷（大正十二年發行）に收められてある。そのうちには、強制履行論、自力救濟論、破産宣告ニ因り中斷セル訴訟ノ受繼、廢罷訴權論等、民事訴訟法學プロパーの問題に關し、詳細に検討せられた貴重な論文もある（なお、引續き第六卷以下が發行せられて、現在に及んでいる）。

大正中期に至るまでは、民事訴訟法學者といへば、雫本博士及び加藤博士を除いては、岩田博士、山之内博士、松岡博士などいづれも裁判所の判事であつた。仁井田博士は、大正中期の頃には、東大の講義を擔當せられていたが、既に民事訴訟法學の研究から離れていたようである。山田博士（京大）、齋藤博士（神戸商大）などが第一線に現われたのは、その後である。

民事訴訟法學界が、頓みに盛況を呈し始めたのは、大正末期から昭和期に入つてのことである。この頃から、民事訴訟法學界の主流が岐かれ、それがある程度、學風を示していたようである。東大學派としては、加藤博士が、大正・昭和を通じ、最近に至るまで學界の第一線に活躍し、破産法の改正（大正十一年）及び民事訴訟法の改正（大正一五年）に際し、主腦部の役割を演じられ

た。その後繼者として、菊井教授及び兼子教授の活躍がこれに伴い、大正から昭和を通じ東大學派ともいへべきものが大なる勢力をもつていた。九州大學から、最近東京商科大學に轉任せられた田中和夫博士も、東大出身である。

東大學派に對抗する京大學派は、その總帥雄本博士が、不慮の災厄で早くも世を去られたので、山田博士、齊藤博士がその學風をつがれた。しかし齊藤博士は、専ら破産法及び和議法の面にその主力を傾倒せられ、従つて京大學派としては、久しい間、山田博士のみがその陣營を守られていた。小野木博士及び中田博士がその後繼者であり、小野木博士は、最近大阪大學に轉任せられた。また、吉川博士(立命館大學)及び山木戸教授は共に京大出身である。

次に裁判所側としては、松岡博士、板倉博士、及び前田(直之助)判事が昭和期初頭に至るまで學界の一角を占められていた。これに踵ぐ者が神谷(健夫)判事及び細野博士であつて、更に中島弘道、河本喜與之、前野順一、松村俊夫氏などがある。これ等の諸氏の間には、これと學風の一致を見出せないが、裁判所中心、訴訟手續中心ともいへべき何か共通したものが感じられるのであつて、大學派に對する裁判所派ということができよう。板倉博士は早く學問の第一線から退き、民事訴訟法學における裁判所派の主流は、松岡博士、前田判事から細野博士に傳わるものとみるべきであろう。細野博士に續いて、中島博士には、異色ある注目

すべき論文がある。

以上、官學派並に裁判所派に對し、私學には共通した學派というものが存しない。慶應大學の宮崎教授は大體において細野博士の學風を受けたものといふことができよう。明治大學の野間博士は、裁判所出身である。また、京都の立命館大學には、保全訴訟の研究において第一人者である吉川(大二郎)博士がおられる。筆者は、官學にも裁判所にも全く關係のない、いわば早稻田はえぬきである。

わが國の民事訴訟法學界の系統は、大體以上の如くである。民事訴訟法學を専攻する者には、他の法學の部門に比し、裁判所側若しくはその出身の者が多數である。また、學問の性質上、現職の判事のうちに、民事訴訟法學上の諸問題に興味をもつ者が尠くなく、多くの論文が出されている。しかし民間辯護士の方面には、これに對抗する丈の研究が行われ、また論文がものせられていない。純然たる私學出身の教授は、最近まで、極めて稀であつた。かかる事情の下、民事訴訟法學が、勢い裁判所中心の理論に赴くのは當然の趨勢であろう。わが國の官僚主義の温床たる役目を果たしていた官學が、この傾向に好意をもち、否、それに對し、主導的役割を演じたことは、これまた當然の成り行きである。わが國には、明治及び大正初期において、民事訴訟を私權保護の制度とするドイツ民事訴訟法學が輸入せられたのであるが、裁判所中心の理論は、裁判所の職權擴大を是認し、民事訴訟の機能を裁判所側

からみた法秩序維持の面において高く評價する結果、私權保護の面は、漸次捨象せられざるを得なかつた。大正十五年の民事訴訟法の改正は、訴訟の促進、裁判所の職權擴大を意圖したものである。これは、その當時の學界の傾向を代表するものであり、且つその後におけるこの傾向の發展を助長した。

この趨勢には、更にドイツ民事訴訟法學のナチス化が著しく影響した。その手はじめとして、筆者がナチス訴訟理論の先驅といひ、また、その性格をいわゆる「訴訟法的一元觀」と規定するローゼンベルグの民事訴訟法教科書 (Lehrbuch des deut. ZPR. I Auf. 1927) がヘルウィックに代りわが學界の珍重するところとなつた。爾來、ドイツのナチス化の進行に伴い、その法理が無批判的、否、禮贊的にわが學界に紹介せられ、裁判所の職權擴大による裁判所中心の制度に、法理的根據をつちかつたのである。すなわち民事訴訟法學界は、筆者のいわゆる訴訟法的一元觀の訴訟理論の徹底化に方向づけられていた。かくして終戰を迎えたのである。

(一) 當時、ナチス訴訟理論に對し、否定的批判を加えた者は、恐らく筆者のみであろう (拙著、訴訟法學の體系と訴訟改革理論 [昭和一七年] 第二部一九八頁以下)。

終戰後、國情は一變した。年來、筆者の懷抱する市民社會的民事訴訟原理が行われなければならない。それには過去の裁判所中心主義の理論、訴訟法的一元觀の法理の修正を要する。わが民事

訴訟法學界は、ちくじ、この點に反省を加えつつあるようである。

四 大正中期以後の主要文獻

(一) 體系的著書

民事訴訟法理を體系的に序述した講義書は、いずれも判決手續を中心とし、多くは執行手續に及んでいない。こゝでは、大正十五年の民事訴訟法改正以降のもので主要なものを、大體、發行の年代を逐うて拾い舉げてみる。

山田正三氏、改正民事訴訟法第一卷乃至第四卷 (昭和三
一六年)

未完結である。博士は、舊民訴時代に第一・二卷を著わされ、民訴の改正に伴い、それを修正、加筆し、第四卷にまで及んだが、遂に完結しなかつた。その後、稿を改め、日本民事訴訟法論第一・二卷 (昭和八・九年) を執筆せられたが、これまた完結していない。本書によつて、博士は新たな學風の樹立につとめられているようであるが、全編を通じて餘りにも概念法學的であり、不徹底な訴訟法的一元觀による形式理論が展開せられている。その當時の代表的著作であるが、現在ではあまり高く價值評價できない。

細野長良氏、民事訴訟法要義第一卷乃至第五卷(昭和五

—二年)

判決手續全部を取り纏め、當時における代表的著作である。全巻に亘り、ドイツ民事訴訟法學(主として、ヘルウィック)の理論を導入し、且つ博士の該博な處論が展開せられている。今なお、學問的價值を認めるに充分である。博士は、大正九年に本書の前身、民事訴訟法要義第二巻を著わしたが、その當時における劃期的著作とみるべきものであつた。

松岡義正氏、新民事訴訟法註釋第一卷乃至第六卷

(昭和四—一四年)

逐條の註釋書である。ドイツ法學說を詳細に引用し、異色あるも、第二三〇條までで、遺憾ながら完結していない。

中島弘道氏、日本民事訴訟法上下巻(昭和九年)

再版に際し四巻に改む。

判決手續全部に亘り、一八〇〇頁に及ぶ大冊である。その當時の標準的學說を盛り、全巻よく取り纏められている。しかしわれわれとしては、本書によつて別段教えられるところもなかつた著書である。

中村宗雄、民事訴訟法原理第一卷(昭和一二年)

民事訴訟制度を廣きベールの上から検討すべく企てた著作である。その續卷は、未定稿として題名を改めて刊行したが(民事訴訟法講義)、その最終卷は、組版が終り、印刷に附せんとして戦災により烏有に歸した。

兼子一氏、民事訴訟法概論(昭和一三年)

判決手續の全部に亘り、大學における講義用に作られたものである。全編よく取り纏められ、民事訴訟法學の諸問題が殆んど洩れなく論及せられている。教科書用として、また司法實務用として手頃であり、かつ、教授が加藤博士に踵ぐ東大學派の中樞であることと相俟ち、民事訴訟法教科書の標準的のものとして、廣く讀まれ、從つてその影響力が強かつた。

兼子教授は、加藤博士の學風を踵ぐものであり、本書においては、筆者のいわゆる訴訟法的一元觀の理論が展開せられている(徹底していないところもある)。この立場の下、民事訴訟の制度目的は、法秩序の維持にありということになり(同書四頁)、また、すべての「訴訟」に現われる事項を訴訟法の面からのみ考察し、實體法の面を捨象することとなる。その故に、例えば裁判上の和解は、單に裁判所に對する和解成立の「報告行爲」としてのみ把握せられるというが如き部分觀に陥る(同書三四五頁)。

訴訟法的一元觀は、ナチス訴訟理論のところであり、裁判所の職權擴大に好意をもつ立場である。筆者は年來、市民社會的民事訴訟法原理に立つて、この訴訟觀並びにその學說に反對してきた。兼子教授は、終戦後、「民事訴訟の出發點に立返つて」（法協六五卷二號）と題する論文で、その立場の轉換を宣言せられた。その故に終戦後、新たに執筆せられた「民事訴訟法」（二）（昭和二十四年）においては、諸處に本書に述べてあるところとは、その學說を改められている。例えば、筆者と同じく「訴」と「請求」とを概念的にこれを分離したが如し。しかし筆者に言わしめれば、なお、その改説が不徹底である。

本書は、現在、絶版となつている。忌憚なくいわしめれば、本書は十數年前の作であり、現在の學問的レベルからみれば、教授の著作として思索の不充分の點、整わない點が各所にあるようである。教授の新たな立場から思索を重ね、版を新たにして讀書子の待望に答える日の早からんことを期待する。現在、同教授の執筆・刊行しつづある「條解民事訴訟法」が、ある程度この待望を満たすものであらう。同書は、第一、二卷（第二四一條まで）が著わされている。

加藤正治氏、民事訴訟法概論（昭和二十一年）

本書は、新法學全集に掲載したものに加筆増補したものであり、判決手續全般に亘つてゐる。民事訴訟法學界の長老の作として、

寔に行届いた著書であり、代表的著作といふことができる。しかし、忌憚なくいわしめれば、その學風のしからしめるところか、内容・序述ともに新らしみが見出されない。最近、一部加筆の新訂版が發行された。

野間繁氏、民事訴訟法概説（昭和二十五年）

舊著民事訴訟法概論を全面的に加筆・修正した新著である。裁判實務に従事せられた著者の勞作として、異色が見出される。

中村宗雄、民事訴訟法上下卷（昭和二十二年）

教科書用として終戦後に執筆したものであり、判決手續の外、強制執行、仲裁手續に及んでいる。本書は民事訴訟が、實體法と訴訟法との綜合の「場」である（序文）との立場から、筆者のいわれる、實體法・訴訟法對立二元觀を徹底せしめた訴訟理論が展開せられている。民事訴訟法の一部改正に伴ひ、本書を更に要約した「改正民事訴訟法」（昭和二十四年）が著わされた。

以上は、大正十五年の民事訴訟法改正後において、判決手續を體系的に講述した著書のうち、代表的な、比較的影響力の大であったものを掲げた。以上の外に、岩本・三ヶ尻兩氏共著・新民事訴訟法要論上下卷（昭和三年）、竹野竹三郎氏著・新民事訴訟法釋義上中卷（昭和五・六年）、前野順一氏・民事訴訟法論全二冊（昭

和一三年)、河本喜與之氏・民事訴訟法提要(終戦後改版)等があり、終戦後のものに、前述した外、長尾判事(現在辯護士)、小野木教授、吉川教授、野間教授、山本戸教授、及び筆者などの著書がある。

次に強制執行法に關する體系的講述書の主要のものを掲げる(大正中期に至るまでのものは、既に掲げたから省略する)。

松岡義正氏、強制執行法要論上、中、下卷(大正

一三—一四年)

一七四〇頁に及ぶ努力の大冊であつて、ドイツ法の學說を細大となく引照してある。本書の原稿が關東の大震災により烏有に歸し、再び稿を新にせられたという。博士の努力と精力とは敬服せざるを得ない。この外、松岡博士には保全訴訟(假差押、假處分)要論(大正一五年)がある。

加藤正治氏、強制執行法要論(昭和一〇年)

現代法學全集に執筆し、それを修正・加筆せられたものである。強制執行法全般に亘り、簡明に且つ洩れなくその理論を講述してあり、判例の引用も豊富であつて、同博士の破産法要論とともに、標準的な教科書ということが出来る。最近、一部加筆・修正の改訂版が著わされている。

山田正三氏、強制執行法(昭和一一年)

簡單な概論である。司法受驗用に執筆せられたものであろう。

小野木常氏、強制執行法概論(昭和一三年)

教科書用として執筆せられたのであろうが、前記、山田博士の著書よりも大冊であり、整つてゐる。

兼子一氏、強制執行法(昭和二四年)

新法學全集に掲載したものを臺本としてある。假差押、假處分が缺けている。教授獨特の理論が各所に展開せられ、好著であるが、學習用としてやや難解である。

菊井維大氏、民事訴訟法(昭和二五年)

強制執行法全般に亘り、仲裁手續にまで及んでいる。極めて理解し易く書かれた教科書である。

以上の外、終戦後に發行せられたものに、小野木常氏・強制執行法及破産法講義、吉川大二郎氏・強制執行法、山本戸克巳氏・強制執行法講義、柳川眞佐夫氏・保全訴訟(假差押・假處分)(實務家向き)等がある。終戦前のものは省略する。

なお、強制執行に關しては、實務家の立場から執筆せられた價

値ある著書が尠くない。

(二) 論文及び論文集

民事訴訟法学に關する論文及び論文集は、數多く上梓せられてゐる。それ等のうち、主なものを取り上げるだけでも大仕事であるから、ここには筆者別によつて、極めて限られたものについて述べるであらう。

雄本朗造氏 博士の逝去後出版せられた同博士・民事訴訟法論文集（昭和三年）がある。それには、「正當ナル當事者」（明治四二年）、「訴の原因」（明治四二年）等を最も古いものとして、訴權論（大正一〇年）に至るまで、博士の代表的論文二一編を收めてある。いずれも、當時の學界の最高峰に位するものであつて、現在なお、引用するに足る歴史的論文である。

加藤正治氏 博士の論文は、同博士・破産法研究第一卷乃至第一〇卷に收められてある。破産法に關する論文が大部分を占めてゐるが、民事訴訟法に關する貴重な論文の存することは前述した如くである。

齋藤常三郎氏 破産法及和議法研究第一卷乃至第一一巻がある。多くは短編であつて、大部の論文は尠ない。

山田正三氏 博士は、屢々法學論叢に論文を發表せられたが、遺憾ながら、その論文集が發行せられていない。しかし、博士の論文には、現在において引用に値する、いわゆる歴史的文献

があまりないようである。

兼子一氏 教授の論文集に、民事法研究第一卷（昭和十五年）がある。訴訟承繼論以下九編が收めてある。いずれも、それぞれの問題につき詳細な議論が展開されてゐる。それ等の問題を論ずるには参照を必要とする部分が尠くない。但し「訴訟承繼論」は比較的大部のものであるが、論述が廣範圍に亘り、まとまらない感じがする。

中島弘道氏 その著、裁判の創造性原理（昭和一六年）は、「裁判の本質的作用は權利創造である」（序文）という主張且つ結論をひつぎた大部の勞作である。裁判の創造的契機を認識せられたことは、當時の學界の水準から一步を踏み出たものであり、その着眼は正しい。しかしその出發點を、ドイツ西南學派（ナトルプ）の認識論、すなわち「認識は對象を生産する」という生産學說におき、裁判が國家意志の宣言なることにまで遡つていないところに見當違ひがある。それが、この論文の致命的缺陷となつて、各所に首肯し難い所論が展開されてゐる。努力の作であるが、全編を通じて方法論的統一がなく、ザウエル、ビンダー、ケルゼン等の學說を羅列し、それに認識論及び心理學の諸學說を器用に取り入れたという感じの論文である。

この論文については、當時、吉川教授並に中田教授、小野木、齋藤諸教授の手痛き批判があり（法志四四卷三・四號、法叢四五卷二・三・五號、法律時報二三卷九號）、筆者もその當時、筆者の體

系論を述べるに際し、前述の要旨を中心とする批評を述べたことがある(拙著、訴訟法學の體系三三・七一頁等)。しかして中島氏は吉川並に中田教授の批評に對しては「質疑に答」えられ、やや水かけ論に畢つたが、筆者の方法論的批判には、遂に何等の回答がなかつた。

中島氏は、終戦後、「舉證責任の研究」(昭和二十四年)を執筆せられた。學位論文との由である。わが學界には、古くは雫本博士の論文「舉證責任の分配」(大正六年)があり、それ以後、二、三の論文あるも、雫本博士のそれを除けば、立證責任の全貌を把握していない。本書は、立證責任につき、當事者の側面からばかりでなく、裁判所の自由心證との關係をも論述してある「裁判の創造性原理」に比し、問題は小さいが、よく要點を竭くし、取り纏まつている。

吉川大二郎氏 博士は、保全訴訟に關する權威者である。その著、「保全訴訟の基本問題」(昭和十七年)を最たるものとし、「保全處分の研究」(昭和十二年)、「保全處分判例研究」(昭和十五年)は、いずれも他人の企及し得ない内容をもつ。

田中和夫氏 英米法の權威者であつて、英米民事訴訟法に關しても數多の論文がある。しかし、英米民事訴訟を中心とした著書、若くは論文集の著わされていないことは、遺憾である。別に博士には「立證責任の判例研究」(昭和十三年)がある。

齋藤秀夫氏 教授は、「法學」その他に、屢々論文を執筆せ

られているが、まだ論文集が發行せられていない。海外の學說並に資料の紹介は教授の獨壇場であり、實務並に學界に及ぼした貢獻は高く評價されなければならない。最近のものに「訴訟法上の概念の比較法的研究」(法學新報五七卷九號)、民事訴訟法における大陸法と英米法(法曹時報二卷一二號)等があり、また著書として、「司法に關する國政調査權」(昭和二十五年一月、一般裁判資料三號)「國會と司法權の獨立」(昭和二十六年)がある。

村松俊夫氏 その論文集に「民事裁判の研究」(昭和十五年)がある。釋明義務、即決和解、準備手續等々、實務家の立場から必要にして且つ興味ある問題につき、裁判官の立場から論述したとみるべき論文六編が收められてある。學問的には餘り深く掘り下げてないが、いずれも好論文であり、實務に關係なき學者の論文とは異つた特色をもつ。

岩松三郎氏 氏は最高裁判所判事であつて、民事訴訟法に關する最近の論文に「民事裁判における判斷の限界」(法曹時報二卷二號、三卷一號)がある。多年、裁判實務に従事せられた經驗を織り込んだ異色ある論文である。但し「民事裁判を三段論法として考察」する立場にあつて、裁判における非合理的契機の把握について方法論的に充分でない。

筆者 「訴訟法學の體系と訴訟改革理論」(昭和十七年)は二部からなる。第一部民事訴訟法學の體系は、筆者が訴訟理論の段階構造を意圖して執筆したものである。ザウエルの訴訟法基礎

論は、訴訟の發展過程を捉えんとしているが、カント哲學の影響の下に「客觀法」と「訴訟」の對立を同一次元内部の問題としてゐるようである。これに對し、筆者は、ゴットルの經濟學に示唆を得て、訴訟基礎理論、形式理論、構成理論と順次階層的に積み上げる體系構造によつて訴訟理論を叙述し、展開したのが本書第一部である。爾來、筆者は、この體系の發展を意圖して思索を重ね、現在、法學の全體系を、私法關係、訴訟關係、裁判の三段階に構造する構想に到達している。本書は、その方法的出發點をなした著作である。第二部においては、當時、わが學界を魅了したナチス訴訟理論とその改革案を批判し、筆者の立場における訴訟制度改革の理論とその具體案を呈示したものである。

「訴と請求並に既判力」(昭和二十四年)は、「訴訟」の理論構造に實體法理の導入を提唱し、筆者の名稱した「實體法・訴訟法對立二元觀」の立場において、まず「訴訟」における最も基本的な概念としての「訴」と「請求」との相關々係につき、從來の諸學說を批判し、この立場による「訴訟」の理論構造を展開して、最後に判決の既判力にまで及べるものである。筆者は、この構想を臆げに抱きながら、昭和七年、「民事訴訟開始の私法上の効果」(早稲田法學第二三卷)を執筆し、爾來、思索を重ねつつ順次論文を發表し、昭和二十三年「裁判の効力」(早法二三卷)に及んだ。而してこれ等の論文を整序し、全段にわたり加筆・修正したものが本書である。

右の外、比較的短編の論文を收載した論文集に「實體法學と訴訟法學」(昭和二十三年)、「マルクス主義理論と訴訟法學」(昭和二十五年)がある。

民事訴訟法論文集 訴訟法學會編纂・訴訟法學の諸問題第一輯(昭和十三年)、及び齋藤博士還曆記念「法と裁判」(昭和十七年)がある。前者は、訴訟法學會例會における、會員の講演を基礎とした論文六編を收載してある。いずれも好論文である。後者は、齋藤常三郎博士の還曆記念に出版されたものであり、山田博士を初めとし、民事訴訟法學專攻の諸氏が論文を執筆し、贈呈している。

(三) 判例研究

民事訴訟法に關しては、古くは雉本博士・判例批評民事訴訟法二卷、加藤博士・民事訴訟法判例批評二卷、山田博士・判例批評民事訴訟法二卷がある。これ等は、いずれもその當時における代表的判例批評であるから、過去の學界の趨勢を知るには、好適の資料である。

東大民事判例研究會編纂の「判例民事法」が、大正一〇年以來、終戦直前に至るまで、引續き發行せられ、終戦後は、同じく東大判例研究會によつて「判例研究」が三卷まで發行されている。そのうちには、民事訴訟法に關する多數の判例批評がある。初期の頃には、末弘博士、我妻教授などの顔ぶれも見えたが、その後は、

専ら菊井教授と兼子教授が擔當せられた。この判例批評は、頁數を制限されている關係上、あまり深い研究に及んでいない。しかし、いずれもよくまとまつてゐる。

右に對し、昭和一〇年以來、民商法雜誌が發行せられ、各方面に執筆者を求めて判例批評を掲載してゐる。もとより民事訴訟法に關する判例批評が數多ある。筆者が限定せられていないことと、比較的多くの頁數が割當てられてゐることにより、精彩に富むでゐる。終戦後、發行の滯滞してゐることは遺憾である。

單行本としては、筆者に判例民事訴訟研究第一卷（昭和一四年）、及び終戦後にとりまとめたものに、兼子教授・判例民事訴訟法（昭和二五年）、菊井教授・判例民事手續法（昭和二六年）がある。なお吉川教授は、保全處分判例研究Ⅰ（昭和一五年）を著わしてゐる。いずれも法律誌に發表したものの收載である。

(四) 破産法・和議法

大正一一年現行破産法が制定せられて以來、相當數の講述書が著わされてゐるが、その代表的なものは、加藤正治氏・破産法要論（昭和九年）、齋藤常三郎氏・日本破産法（昭和八年）であろう。井上直三郎氏・破産法綱要第一卷（大正一四年）、松岡義正氏・破産法論上卷（昭和四年）は、それぞれ特色あるも、遺憾ながら完結していない。竹野竹三郎氏・破産法原論上下卷（大正一二—一三年）、小野木常氏・破産法概論（昭和一五年）は好著である。

齋藤博士・比較破産法論（昭和一五年）は、各國の法制を比較検討した博士の獨壇場の著書であり、その價值を高く評價しなければならぬ。小野木常氏・破産理論の研究（昭和一三年）、板木郁郎氏・否認權に關する實證的研究（昭和一八年）も、破産法學界を飾る著書といふべきである。

和議法に關しては、極めて著書が尠ない。しかし、齋藤常三郎氏・日本和議法論上下卷（大正一五—昭和九年）は、内容の充實した、この方面の最高權威の著書といふべきであろう。なお、小野木常氏・和議制度の研究（昭和一六年）を挙げなければならぬ。

前述した加藤博士・破産法研究（全一〇卷）及び齋藤博士・破産法及和議法研究（全一一卷）には、破産法に關する論文が多數掲載されてゐる。

(五) 文獻の總評

民事訴訟法に關する文獻は、昭和期に入つてから急テンポに増加した。大正後期をも含めて、以上にその主なもの掲げてみた。或いは主要の文獻で脱漏したものもあるかも知れないが、その責任は筆者にある。一重に寛恕を乞わなければならない。

以上の諸文獻はいずれも、學問的價值高き著作である。しかしそのうちにも特に筆者は、次の數著を、その時代、その分野における代表的文獻として高く評價する。

まず、體系的講述書としては、判決訴訟については、細野博士・民事訴訟法要義全五卷、執行訴訟については、松岡博士・強制執行法要論全三卷を擧げる。また破産法の分野においては、齋藤博士・比較破産法を推したいと思う。なお、その量において、前數著に及ばないが、兎に角、立場を一貫して内容が整序せられ、且つ影響力の強かつた（それには客觀的事情が加わっている）著書として、兼子教授・民事訴訟法概論がある。

次に論文集としては、雫本博士・民事訴訟法論文集、及び加藤博士・破産法研究第一卷乃至第五卷が、明治、大正を通じてその時代の最高峯に位する論文を收載してある歴史的文献である。

最後に單行論文としては、筆者の「訴と請求並に既判力」を敢えて自薦する。

五　むすび

わが國の民事訴訟法學の發達は、大體において明治・大正期（第一期）、昭和期終戦直前まで（第二期）、終戦後（第三期）に分つことができよう。

明治・大正期は民事訴訟法の條文を中心とした記述民事訴訟法學とでもいへば解釋法學の時代であつた。尤もこの時代の末期には、雫本博士を先驅者として、私法學に對する訴訟法學獨自の分野を見出さんとする努力が爲されたのであるが、その大成は、次の時代を待たなければならなかつたのである。

昭和期に入つてから、民事訴訟法學は解釋法學的段階を止揚し、飛躍的發展を遂げ、理論民事訴訟法學の體系が、漸次、樹立せられるに至つた。しかしそれには、種々な事情も加わり、訴訟法學者は、訴訟法獨自の體系を構造するに急であつて、訴訟法學と實體法學との連關について殆んど無關心なのが、この時代の民事訴訟法學界の大勢であつた。細野博士・民事訴訟法要義及び兼子教授・民事訴訟法概論は、この學風の代表的著作であり、指導的役割を演じたとみることが出来る。

筆者は、これに對し「訴訟」が實體法と訴訟法との綜合の「場」であるとの見地から、訴訟法理に實體法理の導入を提唱した。しかして、筆者の學問的態度を自ら「實體法・訴訟法對立二元觀」と名稱すると共に、當時の訴訟法學界の大勢（わが國のみならずドイツにおいても然り、すなわち、訴訟における實體面を捨象する學問的態度を「訴訟法的一元觀」の學說として規定し、その理論的矛盾と實踐的不當を指摘した。筆者の論稿は、當時、訴訟法學者によつて注目せられたが、通説に反するものとして大なる反響がなかつたようである。

實體法學と訴訟法學とが學問的無縁であることは、訴訟法學が實體法學からの獨立により到達した學問的段階であるが、しかし學問は、常に同じ段階には停滯しない。終戦後におけるわが學界の發達と環境の變化は、漸く筆者の主張に反響をみるに至つたようである。いずれにせよ、實體法學と訴訟法學との間の學問的・

方法論的連關を圖ることが、今後の學界の問題でなければならぬ。それには、訴訟法學者及び實體法學者が、それぞれの分野において研究を進めると同時に、兩者の共同研究をも期待せられる。しかし實體法學と訴訟法學との綜合は、より高次の段階にある裁判論において完成せられるというのが筆者の構想である。

(一) この點に關する筆者の構想は、本誌に掲載の拙稿、「自然科學による法學の學問體系への示唆」においてとりまゝである。

以上の基礎的研究に對し、學問上のみならず、直接、實踐的重要性をもつものとして、英米訴訟法理、殊にその證據法の研究と更に英米の訴訟制度並に法理が、如何なる程度においてわが國に導入せられうるかの研究とにつき、わが國の訴訟法學者の今後の業績を期待しなければならない。^(二) それには、刑事訴訟法學者、殊に英米法學者の協力を缺いては、充分の成果を擧げ得ないであらう。ここにも共同研究の必要が認められる。^(三)

(一) これに關しては、峯岸治三氏・イギリス證據法研究(昭和十三年)、なお、逆つては、梅原錦三郎氏・訟廷立證の原理(大正一〇年)、岡村輝彦氏・英國證據法(明治二十二年初版、大正五年再版)等がある。

(二) 現在のところ、この研究は、多く刑事法分野において行われている。江家義男氏・刑事證據法の基礎理論(昭和二十六年)、鈴木勇氏・民刑新證據論(昭和二十五年)、中村武氏・

比較註釋米英刑事訴訟手續の實際(昭和二十四年)等があり、また、判例タイムズその他の法律誌に諸論文が散見される。

(三) わが國では、社會科學の方面においては、自然科學者の間におけるように、活潑に共同研究が行われていない。しかし綜合的成果を擧げるためには、共同研究の必要性を何人も疑わないであらう。筆者は、日本學術會議の委員會において、文部省科學研究費等分科審議會が、綜合研究助長の態度を執られんことを要請し、出席委員は、いずれもこの意見に賛成した。しかし法學部門に關していえば、必ずしも筆者の要望が容れられたといひ得ない状態にある。

附記 本稿は、文部省業績調査委員會の委嘱により、昭和二十五年夏に執筆し、それに、若干加筆したものである(昭和二十六年一月二七日、早稻田大學法學部研究室にて記す)。