

法学部教授であられた中村宗雄先生は、昭和四〇年三月三十一日をもつて、定年により、早稲田大学を退職された。それに先立ち、昭和四〇年一月二二日、二二号館三〇一教室において、法学部の先生方および大勢の学生諸君に対し、中村先生の「私の裁判理論」と題する最終講義が行なわれた。そこで本誌に、その最終講義の内容を収録し、長く記念として、とどめるものである。

昭和四〇年一月二二日

最終講義

私の裁判理論

中村宗雄

四 裁判の論理

一 考察方法 二 裁判過程の分析 三 訴訟観

階層の論理

五 むすび

一 私と民事訴訟法学 二 民事訴訟法学の今昔 三

私学と法学 四 法意識の二分 五 今後の私

一 ぶれあんべる

二 訴訟法学における裁判理論の地位

一 民事訴訟学の学問的対象 二 訴訟の構造型式 三

実体法と裁判 四 アクチオ制の分解 五 訴訟と裁

判

三 裁判の本質

一 裁判理論の限界 二 裁判の構造分析 三 法と裁

判 四 人による裁判 五 裁判と官僚制

私の裁判理論

一 ぶれあんべる

ただ今、第一法学部長大野先生、第二法学部長有倉先生の御丁重な御挨拶を承りまして、衷心より感銘いたしておる次第であります。

私が早稲田大学に入学いたしましたのは、大正二年（一九一二年）、ただ今より凡そ五十二年前であります。それから海外留学三年を終えまして早稲田大学にもどり、民事訴訟法の講義をもち始めましたのが大正十二年、今より四十二年前でありま

す。爾来今日まで、民事訴訟法の他、ただ今、有倉第二法学部長がおおせられましたように、永い間、ドイツ法を講義し、また法学通論、破産法、民法（財産編、総則、物権）など、なお一時、法制史も担任いたしました。しかし終始一貫して担任したのが民事訴訟法でありまして、約四十二年にわたります。

この間における民事訴訟法学の発達には、まことにめざましいものがございませぬ。これは何も民事訴訟法学ばかりではございませぬ。日本の法学、否、世界の法学の発達の一局面に外ならないのでありますが、それはそれとして、私が初めて早稲田大学において民事訴訟法の講義を担当した当時と現在とを比べてみますと、その間に著しい開き、その学問的な進歩がございませぬ。この進歩には、多くの学者の研究と努力とがひそんでおるのでありますが、私自身も、進展する齒車の一つとして、今日まで、一意、民事訴訟法学の研究に精進してきたわけでありませぬ。

本日の題目として掲げました「裁判論」は、訴訟法理の収斂 *konvergieren* される焦点にあたる地位にあります。私の民事訴訟要論（初版昭和二八年）の序文に、『訴訟法体系の独立した現代法制のもとにおいては、「訴訟」は実体法と訴訟法との総合の「場」であり、その総合は「裁判」において完結する。』という書き出しで、私の学問的立場を簡明に述べてあります。が、まことに裁判論は、訴訟法学の終着点、その理論の結集点

をなすのでありまして、その故に、本日の最終講義の題目として選んだ次第であります。幸いにして、本年度の講義も、大体においてこの裁判論につながるころまで進めておりますから、本日の講演は、本年度における最終の講義ともなるのであります。

まず「裁判論」が、訴訟法学において、一体、どういう地位を占めるかということから、説き起したいと思います。

二 訴訟法学における裁判理論の地位

一 民事訴訟法学の学問的对象

民事訴訟法学の学問的对象は、民事訴訟法それ自体ではございませぬ。民事訴訟法によつて營為されるところの民事訴訟の学問であります。すなわち民事訴訟法学の学問的对象は、「民事訴訟」であつて、「民事訴訟法」それ自体ではないというのが、中村訴訟理論の出発点をなします。このことは、従来の訴訟法学において案外看過されていたのでありまして、現実に民事訴訟法学で扱うところのものは、単なる民事訴訟法の法理のみに止まりませぬ。その訴訟法によつて營為されるところの「訴訟」において継起する一切の法規範的な事態であります。訴訟法学の学問的对象は「訴訟」であつて「訴訟法」ではありません。

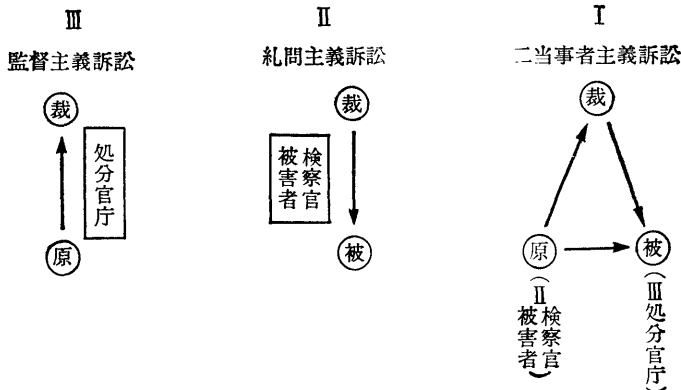
しからは、民事訴訟法学の学問的对象となるところの「民事

訴訟とはどのようなものであるかを一瞥する必要がある。御案内のように、訴訟には民事訴訟以外に刑事訴訟、行政訴訟があります。また特別訴訟手続として、人事訴訟、家事審判その他の外、各種の行政委員会、例えば公正取引委員会における審判手続、或いは海難審判手続など、いろいろの審判手続がございます。しかしこの審判の手続には、それぞれ若干の差異がありますが、ここでは問題外と致します。

二 訴訟の構造型式

ここで取り上げたいのは、民事訴訟を始めとして、刑事訴訟、行政訴訟、すなわち現代訴訟のこととくが、いわゆる二当事者主義訴訟構造をとつておるといふこととあります。原告と被告とが対立して事件を争う。これが余りにも当然なこととして、学者の関心を購わなかつたのでありますが、現代の訴訟制度を解明する鍵が、ここにひそむている。殊に民事訴訟においては、この二当事者主義訴訟構造をとつていることが本質的であり、民法学における殆んどすべての問題が、これにつながる。否、これ等の問題解決のための出発点となるのであります。しかるは二当事者主義訴訟というものは、どういふところに特徴があるのか。図式で示している如く、凡そ訴訟の構造形式としては、二当事者主義訴訟、札問主義訴訟、並びに監督主義訴訟の三種に分つことができます。

訴訟の構造型式



参照 系譜的にみた「訴訟」の構造分析(昭和三十一年)、民事訴訟法学の基礎理論に収載(九九頁以下)。

この訴訟の構造形式は、本日の主題となっておりませんが、詳しい説明を省きまして、簡単に述べますと、当事者主義訴訟では、原告と被告とが対立し、裁判所は原告の訴につき審理して、その主張が容れられるか否かを判断(裁判)する。原告の主張(請求)を正当とする認識がえられなければ、それを排斥(棄却)するのであります。裁判所は、いわば角力の行司の如き役目を演ずるのであります。この当事者主義訴訟構造は、民事訴訟にとつては本質的なものであります。ローマ法以来、また、ゲルマン法においても、この当事者主義訴訟構造が採られております。

これに対する糺問主義訴訟は、被告があつて、原告なき訴訟であります。裁判所が全責任をもつて事件を審理し、裁判する。一五三二年のカロリナ刑法典(Constitutio Criminalis Carolina)がこの糺問主義訴訟を採用したことは、有名であります。この糺問主義訴訟においては、当事者主義訴訟における原告にあたるものがなく(前出)、また被告があつてもそれは取調べの客体であります。その故にコーラーは、糺問主義訴訟構造を指して主体なき訴訟であるとしております。当事者主義訴訟ならば、裁判所は、原告の主張の当否を判断する受動的立場に在るのであるが、糺問主義においては、裁判所は、係属

した事件をその全責任においてこれを審理し判決する。例えば窃盗罪をもつて起訴せられた事件であつても、審理の結果によつては強盗罪に問擬することを一向に妨げない。また、裁判所が訴訟において全責任を負うということは、被告人の訴訟における主体性を否定して、取調べの客体であるから、実体的真実発見のために必要とあれば、これに拷問を加えることも許されるというがごとき考え方がこれに伴うのであります。しかしこれでは被告人の人権があまりにも無視せられる。そこで裁判所のオール・マイティーに対する一種のブレーキとして、まず罪刑法定主義(nullem crimen sine lege)がとられた。これによつて、いかに裁判官といえども、法律の規定なくして刑罰を科することができないとする。つぎに法定証拠主義であります。一定の証拠が揃わなければ、有罪の判決をなしえない。例えば、日本の封建裁判制度ですが、いわゆる「吟味筋」、現代における刑事訴訟は、糺問主義訴訟に属するものであります。奉行の取調べにより、いかに断罪の資料が揃つても、本人が自白しなければ、生命刑の言渡しができなかつた。「口供完結」といつてその罪状につき、本人の口頭による供述があつて、初めて審理を完結したのであります。これなども、一種の法定証拠主義とみるべきものであります。

次に「疑わしきは、罰せず(被告の利益に従う)」(in dubio

pro reo) という原則がとられました。更にまた第十七世紀から第十八世紀にかけて、審級制度が一般化してまいりますと、上級審において原審より不利益な裁判ができない。「不利益変更の禁止」(Verbot der reformatio in peius) という制度が設けられました。

これ等の諸主義は、糺問主義訴訟制度の下における被告人の人権を保護するために創始されたのであります。しかし糺問主義では、被告人の人権は保障されぬ。ついに一八〇八年のフランス治罪法(刑事訴訟法)はこの糺問主義を排除して二当事者主義訴訟に移つたのであります。しかし英法の弾劾主義と異なつて、これは国家訴追主義を採つたのであります。国家訴追主義による二当事者主義訴訟。この刑事訴訟制度が、フランスに始つてドイツに入り、さらに日本に入つてきた。国家訴追主義と申せば、原告に当るものは、国家機関である検察官であります。裁判所は、もとより国家機関でありますから、被告人からみますと、国家機関に対立することになる。例えば、わが旧刑事訴訟法時代には、事実上、警察、検事局、予審判事、裁判所が一本の線をなしていた。それに被告人が直面する。これでは、形は二当事者主義訴訟ではあるが、実は糺問主義以外の何ものでもない。結局、国家訴追主義を採る限り、刑事訴訟の二当事者主義訴訟構造は、借りものに過ぎないということになります。そこで、なお残存する糺問主義的色彩をば排除するた

め、わが現行刑事訴訟法は、いわゆる起訴状一本主義をとつております。しかし同じく二当事者主義訴訟構造であつても、血筋は争えないのでありまして、刑事訴訟と民事訴訟との間には、甚だ異なるものがあります。

また行政訴訟は、采譜的にいうと、上級の行政官庁が、下級官庁の処分に対する異議を裁決する制度に遡るのであります。これは被告を欠き、原告のみ存する訴訟制度ということになります。この行政訴訟も、現在では二当事者主義訴訟構造を採つておりますが、裁判所が被告官庁の利益を代弁する面をもちます。これは、「法による行政」が、「法による裁判」に結び付くことによるものといえましょう。結局、刑事訴訟とは、別な意味において、行政訴訟においても、二当事者主義になじまないものを見出すのであります。

民事訴訟が、この二当事者主義をとつてゐることは、その本質につながります。しかし、これについても第十八世紀の終り、プロイセンでは、フリードリッヒ大王の下において、民事訴訟にもこの糺問主義を採用しようとして一部それを実現したことがあります。遂に、これは成功しないで終りました。

このように訴訟の構造型式には、いろいろありますが、これすべて裁判の構造、裁判の在り方に関係するのであります。何が故に、このように差異のある訴訟構造が存するのか。また、訴訟構造と裁判との間にどのような関係が存するかという問題

を分析しますと、それが、実体法に関連することを見出すのであります。実体法がどのような構造をもつか。さらに実体法の性格またその在り方が異なることによつて、それに対応する訴訟の構造型式が要請され、牽いて裁判の内容構造にも異なるものを生ずるのであります。すなわち、そこに一つの函数關係を見出すのであります。

三 実体法と裁判

現在、実体法は、一つの国家制度として歴大な体系をもちます。しかしそれは、近代法治国家のもとに観念的に出来上つたものではありません。歴史の所産であつて、その國、その時代の民度にしがたつて、ちくじ發達して現段階に到達したものであります。例えば項羽の法三章の如き、わずか三ヶ条をもつて国内の平和を保とうとしたのでありましょう。上古、戦国時代とすればこの程度で事足りたのかもしれない。その当時の民度は詳細な法規範を受け入れるだけの基盤をもたなかつたということが考えられます。また有名なローマの十二銅表。これは、わずか十二表のもので、尤も一表が十数条からなつておりますが、とにかく、そのわずかの条文によつて、当時の社会を強権的に規律した。これまた、その時代の民度の反映とみることができます。

それはそれとして、この十二銅表には現代的意味における実

体法と訴訟法が未分化の状態において内存しております。これを講学上、アクチオ制 (Aktionen-System) といいますが、この制度を現代法学の立場から分析しますと、実体法の在り方、さらにそれと訴訟法との關係、その他の面において現代法制と異なることが見出されます。何故に、このような差異が存するのか。これは、もつぱら民事訴訟についていうのであります。現代の社会科学的表现をもつてするならば、國家權力が市民社会にどの程度侵透しているか。その侵透度によつて差異が生ずるといふ公式を組み立てることが出来ます。これが、比較法制に関する中村理論の出発点をなします。

ローマ法と現代法制とを比較しますと、実体法の在り方が違つております。それは、ローマ法發展の歴史でもあり、歴史の流れに従つて現在にまで、法制度が推移してきたのであります。しかしして現代の法制と致しましても、國によつて異なります。凡そ大別しますと、大陸法系と英米法系となり、大陸法系は、さらにドイツ法系、フランス法系にわけられます。これ等の諸法系が、どのような経路で分岐し、それぞれの方向に發達したかは、法制史の問題であります。法制史においては、もつぱら徹視的考察に終始するものでありまして、比較法学の立場からは、さらに巨視的に考察する必要があります。例をドイツ法にとつていうならば、現在のパンデクテン・システムの民法

体系は、第十八・九世紀の交におけるドイツ普通法と著しく異なり。その差異をいかなる視野から捉えるか、その推移の要因をさぐることは、比較法学、殊に、私のいう縦の比較法学における重要なテーマなのであります。

数年前、私がスカンジナビアに参りました時に、その法律制度を調べたのでありますが、簡明な表現をもつてすれば、スカンジナビアの法律制度は、今なおドイツ普通法後期の構造をもつていていると云うことであります。一般に伝えられるように、現在の英法のごとくして英法に非ず。またドイツ法のごとくしてドイツ法とも異なる。歴史の齒車を約一世紀半逆転して、第十八・九世紀の交におけるドイツ普通法の法的構造が、その儘に温存されているのであります。要するに、スカンジナビア法制は、現在の英法とも、また、独法とも異なる体系をもつのでありますが、これ等の法制を比較研究するに当つて、何か一つの基準をもたなければ、単にその間の差異を記述するに止まることにもなりません。私は、この基準をアクチオの分解過程のうち求めたのであります。

四 アクチオ制の分解

現在の世界の法制は多かれ少なかれローマ法の影響をうけております。或いはローマ法が主流となり、或いは傍系として移入されたというような違いがありまして、各法系が、それぞれ

独自の発達を遂げてきました。私は、もつぱら西欧法系を研究の対象としたものでありますが、法制の推移・発展を、アクチオ制の分解過程として捉え、その分解における段階の差異が、それぞれの法制を特徴づけるという構想を打ち立てたのであります。

参照 裁判過程に関する比較法学的研究（昭和三三年）二頁以下。法の体系と民事訴訟制度——アクチオ制崩壊の過程からみたその推移と現段階（昭和三九年）、日本学士院紀要第二二卷二号に収載（一二九頁以下）。

それは、どういふことか。ローマ法においては、アクチオ（actio）が法律制度とその法理の核心をなしていました。アクチオとは、現代的意味における権利であります。それは「請求権」であり、「訴権」であり、さらに「訴」をも意味します。また、アクチオは、「権利」であると同時に、その反面に「義務」をも含めております。法学提要 Institutiones 第四卷第六節に、「アクチオとは、吾人が正に享くべきところのものを法廷において請求する権利をいう」という一節がございます。吾人が正に享くべきところのものを請求する。これは現代的意味における「請求権」であります。またこれを法廷において請求する。これは訴権にあたります。つまり、実体法と訴訟法とが分れた制度の下においては、アクチオは請求権にして、かつ訴権なのであります。このことは、今より約八・九十年前、ウイ

ンドシャイドとムーテルとの論争により明らかにされたのであります。

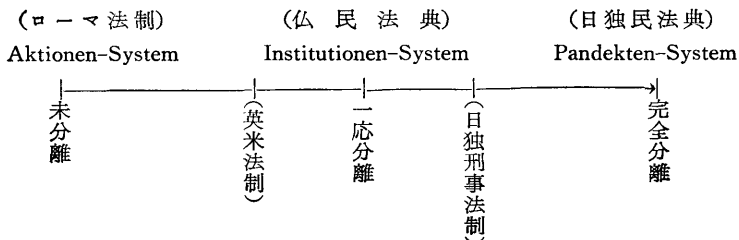
参照 民事訴訟理論の再構成（昭和三〇年）一七九頁以下。
 アクチオが権利の面において請求権と訴権とに分解したといふことは、法体系において、実体法と訴訟法とが分岐したことに対応します。しかしアクチオの分解は、それだけに止まりません。さらに「事実」と「法規範」との分離現象が生じております。ローマ法時代においては、規範そのものが事実と相即不離の関係においてアクチオの内容を形成しておりました。私はこれを事実と規範の未分離と称しておりますが、この事実と規範が逐次的に分離したのでありまして、それ等の分離の極限となるのが、現在のパンデクテン・システムの民法典であります。

日独の民法典の条文は、法規範的な法律要件とその充足によつて生ずる法効果とを規定して、事実のモメントはすべて捨象されております。例えば、民法第五五五条の売買、また民法七〇九条の不法行為の条文には、それぞれ売買並びに不法行為の法律要件と法効果とが規定されております。いかにして売買が行なわれるか、いかなる場合が不法行為となるかということ、は、条文のうちには現れておりません。すなわち事実の面が全面的に捨象されておる。アクチオの分解は、事実と法規範との分離を伴うたのであります。

(図表一) 法体系の分岐 (系譜的並びに比較法学的分析)

- | | | | | |
|-------------|------|------|------|-----------|
| 1. Glied | (分枝) | 実体法 | 訴訟法 | (訴訟法典の制定) |
| 2. Stoff | (素材) | 事実 | 法規範 | (実体法の抽象化) |
| 3. Funktion | (機能) | 社会規範 | 裁判規範 | (民法典の制定) |

actio の 分解 過程



さらにまた、アクチオは裁判規範でありますが、同時にそれは社会規範でもありました。これが国家の手による成文法主義の法制度の発達とともにちくじに分離して、国家の制定する成文法は、裁判規範の形式をとるようになりました。その完成したものが、パンデクテン・システムの民法典ということになります。

そこで、まず実体法と訴訟法が、いつ、どうして岐れたのかということがあります。ローマ法では、訴訟法は実体法に従属いたしておりました。ガイウスのローマ法範によれば、人の法、物の法、さらに訴訟の法というふうには、編別されていて、訴訟法は、現代的な意味における実体法のうちの一分肢とされていたのであります。それが、実体法から分離して独立なる法典として制定されたのは、実は近世紀に至つてからのことでもあります。第十七世紀において、ドイツ並びにフランスにおいて、ちくじ独立した訴訟法典が制定されました。有名なものとして、例えば一七九三年のプロイセンの普通裁判所法とか、或いはさらに十数年遡つた一七八一年のオーストリーの普通裁判所法などがあります。これがさらに実体法と体系的に分離して、独立の訴訟法典として制定されたのが、一八〇六年のフランス民事訴訟法であります。

このように、法制史的には実体法と訴訟法との分離は、訴訟法典の独立というかたちにおいてなされたのであります。何ゆ

えにこのように分離したか。その背景をなすところのものは、一国の司法権の拡大強化であります。しかしまた他面において、実体法それ自身が抽象化したということが、その背景になつております。かくして実体法と訴訟法とが分離した。

次は、実体法から事実のモメントがちくじ捨象せられて、実体法は抽象的な法規範の体系となつてきた。その完成したのが先程申しましたパンデクテン・システムの民法典であります。ドイツ民法、日本民法が、それでございます。この法規範の抽象化が法体系の上で、一応完成したのは、私にいわしむれば、一八〇三・四年のフランス民法典であります。フランス民法典の第四条に有名な「裁判拒絶の禁止」の規定があります。すなわち「法律ノ沈黙不明マタハ不十分ヲ口実トシテ裁判を拒絶スル判事ハ裁判拒絶ノ罪アルモノトシ、コレヲ訴追スルコトヲ得」という規定であります。しかして訴追されるならば、刑法第一八五条によつて罰金と公職停止の処罰があり、また民事訴訟法の規定に従つて、裁判官には損害賠償の義務があるとせられる。

何ゆえにこういう規定をおいたか。ローマ法時代においては、「アクチオあるところ救済あり」、その反面においてアクチオなきところ救済なしというのがローマ法の原則であつた。ガイウス逸名書（ローマ法範）に面白い例があります。これは、講義に際しよく学生諸君にもお話するのであります。最近

あちこちで紹介されているようで、或る人がぶどうの樹を切られたということで訴(アクチオ)を起した。ところが大法官はそのアクチオを却下した。現代的意味において訴却下の判決を下したのであります。その理由は、十二銅表には樹を切られた場合には一本二十五アースの償金を払えという規定がある。これは第八表第十一條であります。しかしぶどうの樹を切られた場合のアクチオは存しないから、裁判できないというのであります。現代からみれば、まことに非常識のようであります。当時の法律制度の下では、これは当然なことになります。

アクチオ法制では、事実と規範が不可分の関係にある。樹を切られた場合における償金の規定はあるが、ぶどうの樹を切られた場合の規定がない。だから訴(アクチオ)を却下する。これは当時の法制の下、当前のこととしても、他面、このように救済の範囲を狭げめることは、あまり妥当でないとの考えもあつたことでありましょう。爾来ローマ法の発達千年の歴史の間に、アクチオの数がちくじ増大して参りました。

また解釈学が発達した。解釈によつて、アクチオ適用の範囲を拡大する。法解釈学は、大体において中世期における後期註釈法学派 *Post-Glossatoren* の時代に始まるといわれておりますが、元来、これには、神学が背景となつております。神の意思を解釈する解釈理論(*Hermeneutik*)を範とするものであります。

この法解釈学は、いくつかのアクチオの共通する原理原則を求める方向に赴きました。こうゆうやり方が起つたのは、ウィーアッケルの「近世私法史」によりますと、その当時、何か難しい法律問題がでると、それを具体的事実から切り離して抽象的な事実として、その当時の大学に法律鑑定を求めた。そこからして、事実から切り離された抽象的な法規範の樹立という考え方が生れたのだという趣旨のことが述べられております。

Wiacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1952, S. 98.

とにかく、そういう解釈学が発達してきた。そうすると、多数あるところのアクチオに共通する原理原則を求める。その極がいわゆる一般法の理論となつたのであります。すなわち、法典をもつて抽象規範の体系だとして、すべての法規範がこの法典のうちに含まれておるとする。かくして現代的意味における「法典」*code* が出現するに至つたのであります。

フランス民法は、「裁判官は必ず裁判せよ。」「裁判の拒絶を許さない。裁判しなければ刑事罰を課する(前出)。このような規定が設けられたのは、民法典が一般法として成立した。すなわちアクチオが解体して、民法典がこれに代わり、しかもこれが一般法として成立したからであります。一般法として最初のものが、一八〇三・四年のフランス民法典ということができません。それ以前にもいくつかの法典がございますが、それらの法

典は、未だ一般法の性格をもつていない。裁判拒絶の禁止の規定も存しません。その意味において、フランス民法典をもつて近代法典の嚆矢とするゆえんであります。

このフランス民法典において事実と法規範との一応の分離が完成した。しかし完全には分離しておらない。さらにそれがパンデクテン・システムまでつながるのであります。

このように実体法規範が抽象化したことは、単に *Post-Glossen* に始まる解釈学に触発されたということばかりではありません。国家権力の伸長、殊に司法権の拡大・強化が、その背景をなしている。抽象的法規によつて国民を支配する、国内を規律するという考え方、これが法典の成立をうながし、法律が抽象化する原動力になつたと、私は考えるのであります。

次に、裁判規範と社会規範との分離であります。近代的民法典の最初のもものは、ただ今申しした通り、一八〇三・四年のフランス民法典であります。それ以前にもいくつかの民法典がございます。古いものとしてはフランスの土族法典、スエーデンのアルスラグ（一七三四年）など、また比較的新しいものとして、オーストリー、ヨゼフ法典（一七八六年）、プロシア普通州法（一七九四年）などその他沢山ありますが、それ等はいずれもラントレヒト *Landrecht*（州法）となつております。州法というても、現在の意味における国家法であります。

裁判所は訴訟があれば、その法典に従つて裁判する。法典は

裁判規範の体系なのであります。民法は国家法であり、裁判規範の体系なのであります。しかしその裁判規範のうちに社会規範が内含されておるが故に、民法は国家法でありながら「私法」といわれるのであります。

民法五五五条は売買契約の規定でありまして、売買が成立したか、しないかは、裁判所が本条に従つて判断する。不法行為となるか否かは民法七〇九条によつて裁判所が判断する。民法五五五条も七〇九条も、いずれも裁判規範であり、国家法なのであります。

しかし、それは内容において社会規範を含んでおる。われわれは日常売買をする。買えばこちらのものになるが、代金を払わなければならぬ。これは当然のことであります。このあたり前なことが民法五五五条に国家法として規定されておる。人の頭をなぐつて怪我をさせれば、賠償するのはあたり前な話であります。そのあたり前な事柄が民法第七〇九条に裁判規範として規定されている。すなわち、私法は国家法であり、裁判規範であるが、その内容として社会規範をもつものであるが故に私法なのであります。

刑事法は同じく国家法でありまして、刑事法を私法という者はありません。刑事法は刑罰を課する純然たる国家法であります。そこでペンディングは、刑罰法規の背後に、例えば殺人罪というならば、「人を殺すべからず」という文化規範があると

するのであります。文化規範に裏づけられたる刑罰法規というのがペンディングのノルメンテオリ―Normen-Theorieであります。

Binding, Die Normen und Ihre Ubertretung, Bd. I. 1. Aufl. 1890.

民法法においては、すでに条文それ自身が社会規範を内含しておる。そこに私法の特徴があるわけであります。私法の分野においては、社会規範即裁判規範であることを理念と致しますが、国家法である民法典が制定されたことにより、裁判規範と社会規範とが分離し、しかもその間にギャップを生じている。ここに問題がある。

われわれ日常の取引をする。そして紛争が起る。あいつが俺の物を返ささない。俺は取るべきものを取れなかつた。それを取り返さそう。取り立てよう。これは社会規範上の権利意識である。しかし当事者で話し合いがつかないで国家の裁判所に訴を提起した場合には、裁判所は、これに民法を裁判規範として適用して裁判する。この場合、社会規範と裁判規範とが分離し、またその間にギャップも存する。これをどのように理論づけ、また、具体的に妥当な裁判が導き出せるか。これが民事訴訟における裁判理論の中心課題となりますのであります。この点の分折が今後必要なわけであります。

私はこれ等の問題を解決するための糸口、その理論的出発

点をアクチオの解体に求めたのであります。そして、アクチオは単に實體法と訴訟法が未分離の状態にあつたばかりでなく、事実と法規範、また、社会規範と裁判規範とが未分離の状態であつた。これがちくじ分離して現代のパンデクテン・システムにまで発展したとする公式（仮説）を樹立したのであります。

そこで、これ等が一応分離の段階に到達したものをフランス民法典と致します。フランス民法典においては、その分離が充分でありませんから、例えば訴訟法典のうちに実体規定があり、民法典のうちに訴訟法の規定がある。例えばわが民法四一四条、あれはフランス民法典からきておりまして、元来訴訟法規であります。またフランス民法典はパンデクテン・システムの日独民法典よりはるかに規定が細かいのであります。というのには、事実と規範が完全に分離しておりませんから、規定が具体的内容を持ち、細かくならざるをえない関係にあるからであります。

これが英米法になりますと、その分離が、さらに前段階に属することになります。メイトランドは、その名著エクイティで「我々はアクチオの型式 forms of action をば葬り去つた。しかし彼等は墓場より from graves 我々を支配している。」と述べております。すなわち英米法においては、一八七五年の司法条令 Judicature Acts の施行により、アクチオ制（型式）を崩壊せしめたといわれていますが、それは訴訟手続の面に止

まるのであります。実体法の体系は、なおアクチオの支配を脱していない。そのことは、私にいわせると、前述したアクチオの諸モメントが、末だ十分に分離していないことを意味するのであります。このようにアクチオの諸モメントが十分に分離していないということは、判例が主要な法源となつてゐることと相関的であります。ベンタムが法典編纂論を唱えて、一般の共鳴をかちえながら、遂に成功しなかつた理由も、この辺に見出せるのであります。

Maitland, F. W., *Equity, also the forms of action*, 1920, p. 296; Bentham, J., *Theory of Legislation*, 1887.

英米法と西歐大陸法、または大陸法のうちでもドイツ法とフランス法との根本的な差異は、各法体系のうちにおいて、前述したアクチオの三つのモメントが分解している程度、その段階の差異とみることが出来る。しかして一般的巨視的というならば、その国の法制の占めるこの段階が、その法体系の在り方、その構造を規定し、また、その法律理論を特徴づける。段階の異なつた法体系の理論を、その儘、他の段階の法体系の下に横流しはできないのであります。英米法の理論をただちに日本法にもつて参るわけにはいけません。例えば請求権競合、法条競合であります。パンデクテン・システムのもとにおいては請求権競合が原則となり、英米法のもとにおいてはもつぱら法条競合となる。フランス法の段階は両法体系の中間にあつて、請求

権競合も法条競合も、ともに内存しうるのであります。フランスの私法理論としては、法条競合論に傾斜してゐるといえます。ところが日本の一部の学者は、フランス法に示唆をえたのか、日本法の体系の下に、請求権競合を排除してすべて法条競合理論で説明しようとしていますが、それには、致命的な理論上の欠陥を内蔵します。このような問題につき比較法学的な考察の基準を与えようとするのが、私のアクチオ分解の段階理論であります。

序でに刑事法について申しますと、刑事法は、アクチオの分解過程の上からみて、別表は、これをフランス法とドイツ法との中間においておりますが、日独刑法典自体の構造からいふならば、英米法に近いものであります。殺人罪、殺人未遂、傷害罪、傷害致死、その未遂、器物毀棄、その未遂といくつにも分れてゐます。これが民法でいえば第七〇九条の不法行為一ケ条で片がつくわけであります。刑法はそれだけ規定が細かく分れてゐる。これは事実と法規範とが民事法におけるほどに分離してゐないことを意味するのであります。

また、刑事法学においては、刑事訴訟法学が刑法学から完全に独立しておりません。これなども、アクチオ分解過程における段階の差異ということから説明がつくのであります。

刑法学においては、構成要件該当性といふことが、構成要件に事実が該当する。事実のモメントが、その理論に内在する。リ

ストの刑法あたりをみますと、Tatbestand の Tat を行為としております。事実から出発した刑法理論であります。その事実が構成要件に該当する (Tatbestandserfüllung)。

ところがリスト以後において、逆に構成要件に事実を当てはめる。私の言葉でいいますと、充足であります。構成要件の方に事実を当てはめるといふ考え方ができきました。例えば小野博士は、些か意味を異にしますが、構成要件の充足 (Erfüllung) という言葉を使っておられます。構成要件該当とは、元來、事実が構成要件に該当することを指すのでありますが、充足理論では、構成要件に事実を当てはめる (subsumieren) ことになる。その思考のヴェクトル (方向)、すなわち考え方の出発点とその方向とが、一八〇度反対なのであります。このよきな差異につき、今まで分析が不足しています。

日独の刑法理論は、抽象的な理論の体系を構成しておる。これは、パンデクテン・システムの下における私法の法律要件理論に近いものであります。その故に、別表は日独の刑事法制をドイツ民法とフランス民法との中間においたのであります。しかし刑法典自身はフランス民法典以前の段階にあります。こういう理論と法典と、その占むるところの段階の差異が、刑法理論のあいまいさ、その学説の分岐として現われてくると私は考えておるのであります。

私のアクチオ分解理論につき、ある学会の席上、次の如き反

問を受けたことがあります。アクチオがちくじ分解して、英米法、フランス民法、日独民法と岐れたというならば、その分解の終点にあたる日独法制が最も優秀なる法体系ということになるが、それでよいかという質問であります。私はそうとは考えない。何ゆえにアクチオが、歴史の歩みのうちに分解したか。これは国家学の問題であり、また法社会学、あるいは法哲学の問題ともなりますが、訴訟法学の学問領域には属しません。しかしこの点につき私は私なりに考え、論文にも発表しております。

要約するならば、アクチオの分解は、国家権力、殊に司法権と社会力 social force との相剋の間、バランスのとれたところにその段階が定まる。国家権力の強い国家においては、パンデクテン・システムにまで発展するが、社会力の強い国柄ではそれ以前の段階でくいとめられる。フランス民法典然り、英米法の民度に応じて、法制度が発達する。決してパンデクテン・システムに到達したものが最優秀なる法体系であるというわけではありません。これは本日の講義の範囲外に属しますのでこの位に止めます。要するに、アクチオ分解の過程のうち、私は比較法学的、また法制史的な分析の基準を見出し、さらにそれを法律理論の構築に役立てたいというのであります。

五 訴訟と裁判

次に民事訴訟制度の問題に移ります。御案内のように日独の民事訴訟制度は、パンデクテン・システムの民法典を背景としています。民法典がパンデクテン・システムであるか、或いはフランス民法典の如きインスティトゥチオネン・システムであるか。これは根本的には民法学の構造を規定することになるが、単に民法学だけの問題でない。一國の法体系、訴訟制度、さらにまた裁判制度の構造理論にも関連する問題なのであります。

日独の法制においては、実体法である民法典がパンデクテン・システムにより編纂されている。その民法典を訴訟において適用するのが裁判であります。現在の日独民事訴訟は、パンデクテン・システムの実体法体系の上に築き上げられている。これが日独の民事訴訟制度の基盤となつております。

さらに現代の訴訟制度には、ひとり民事訴訟に限らず、原理的に二当事者主義訴訟構造がとられています。これは、訴訟の主体性が、当事者ことに原告に存し、裁判所に存しないということである。不干涉主義が、多かれ少なかれ、この二当事者主義訴訟についてまわるのであります。

民事訴訟においては、当事者の申立てざる事項につき、裁判所が裁判をなさないという不告不理の原則がとられております。刑事訴訟も、形において二当事者主義訴訟構造となつてい

るから、起訴状に訴因罰条を明示し、その訴因罰条にしたがつて裁判所が審理裁判することになります。これが紕問主義訴訟と異なる点であります。

さらに、もう一つ。日独の法制は成文法主義、法典國であります。条文を適用して裁判する。これに対し英米法は判例拘束主義をとっています。このような実体法の構造の差異が、裁判に至る裁判官の思考過程、さらに裁判の構造をも異ならしめております。このことは、かつて当大学比較法研究所の開設記念講演にて述べましたから、ここでは省略致します。

現代の日独民事訴訟はパンデクテン・システムの実体法を背景として二当事者主義訴訟構造となつています。しかししてその実体法には成文法主義がとられている。そうゆう訴訟構造の下における裁判とはいかなるものであるか。これが、われわれの裁判論の中心課題でありますと同時に、私の大学における民事訴訟法学の講義の末尾をなすのであります。この裁判論には、訴訟資料論、事実と証拠がなければ裁判できません。また法律の適用論、裁判の効力論等が包括されるのであります。

三 裁判の本質

本日は、裁判理論と題を設けておりますが、もとより、これらの全部にふれうるものではございません。そこで私は裁判の本質論、その構造の論理など基本的な若干の問題を申し述べ

て、本日の講義を結びたいと思つてあります。

参照 裁判の理論構造(昭和三四年)、日本法哲学会編、法と裁判に収載(一頁以下)。裁判の本質、民事訴訟要論三一頁以下。

一 裁判理論の限界

まず裁判の本質論、これは一般に民事訴訟法学のテーマとなつておりますが、民事訴訟法学は「事実の学問」[Tatsachenwissenschaft]であります。民法学その他いわゆる解釈法学は、「事実の学問」に属しますと同時に、それは現行の法律制度の学問、すなわち制度法学としての特質をもちます。

制度法学とは、比較的新しい用語でありまして、概念法学はなやかりし項、そのアンチ・テーゼとして制度法学 Institutions-Jurisprudence という術語ができたのであります。法学のうち訴訟法学は訴訟制度の学問として、制度法学の特質を濃厚に備えていると同時に、もとよりこれは「事実の学問」[Tatsachenwissenschaft]に属します。従つて民事訴訟法学において、「本質」といふても、それは本質学(Wesenswissenschaft)におけるそれではありません。しばしば裁判の本質、既判力の本質といいますが、形而上学におけるが如く事物の存在根拠を追求するものではありません、その対象となるころのものは、法規範の現象形態でありまして、その現象形態の成立根拠を

ば、事実学として追究しうる限りにおいて追究する。それが事実学における本質論であつて、その先は一般法学を通して、法哲学さらに形而上学の問題に移るのであります。

民事訴訟法学において既判力の本質というても、それは、裁判の既判力がどこから発生するかという問題に、おのずから限定される。なかにはこの裁判の既判力をば、フッセルの存在論をもつてきて説明しようとする。これは一足とびであります。

形而上学と「事実の学問」に属する法律学とを結ぶ役割を演ずるものが一般法学でありまして、民事訴訟法学は、形而上学とは直接結び付くものではありません。われわれ訴訟法学の立場において、裁判の本質、既判力の本質とは、その発生ないし成立根拠を指すことに他ならないのであります。法律学は、法の現象形態を対象とする「事実の学問」であります。

二 裁判の構造分析

そこでまず裁判 Entscheidung とは何か、ということであります。これには形式的意義と実質的意義と二つあります。これは訴訟法の講義のテーマでありまして、形式的意義において、裁判は判決、決定、命令の三つに分れる。この形式的意義における裁判をば、ここで吟味しようとするのではございません。

実質的意義における裁判とは、どのようなものであるか。こ

れに對して二つの見方がある。一つは形式論理、知性の論理によつて裁判の本質を捉えようとする。すなわち法規範を大前提、事実を小前提におき、三段論法の論理操作によつて得たところの帰結命題が裁判であるという考え方であります。

参照 裁判の論理構造、民事訴訟要論三二四頁以下。

「すべて人を殺したる者は殺さるべし」との法規範を大前提とし、「彼は人を殺した」という事実を小前提におけば、「彼は殺さるべし」との帰結命題に到達する。これが裁判だとする。大前提に法規範をおくことにより、法による裁判は、まさしくこのような三段論法の論理操作に堪えうるだけの構造をもつことを要請される。これは知性の論理によつて裁判の構造を解明したものであります。

しかし先程申しましたように、現在のパンデクテン・システムにおいては、事実と法規範とが完全に分離しております。従つて法の適用が裁判の全部ではありません。二当事者主義訴訟においては、当事者により、裁判の資料として具体的事実が主張されねばなりません。しかしその原告および被告の主張する事実が真実なりや否やということの判断が、裁判のうち一枚加わつてくるわけでありませぬ。

そこで裁判の過程が、「事実の認定」と「法律の適用」の二段階に、截然と分れるのが、パンデクテン・システムにおける裁判の構造であります。ところがアクチオ制のもとにおいて

は、事実の認定即裁判であります。木を一本切つたなら二十五アースの償金（前出）。それを何本切られたか。それが五本だと認定すれば、百二十五アースの償金という裁判ができてしまふ。アクチオ制の下では、裁判の過程が、事実の認定、法律の適用という二つの段階に分れておりませぬ。そこには、三段論法の論理操作を加える余地がないのであります。

しかしパンデクテン・システムの如き事実と法規範との分離した法体系の下では、裁判の過程において事実の認定と法律の適用とが論理的に別な段階に属することになります。ところが三段論法の形式論理をこれに当はめる場合、認定せられた事実が第二前提となる。いかにして事実を認定したかということがその論理からはみだしてあるのであります。すなわち知性の論理によつては、出来上つた裁判が、法による裁判としていかなる構造をもつか、またはもつべきかということを解明しますが、いかなる過程を経て、いかにして裁判が出来上つたか、また、裁判のモメント、その要素が何であるかが解明されないののであります。

そこで、裁判は紛争解決のための国家意思の宣言である。といい、意思の論理をそこにもち込む考え方が有る。これはまさしく知性の論理が捉えていない意思を裁判のモメントとしてもち込むでありますが、さらにその意思がどのようなものであるかの吟味を必要とします。裁判が国家意思の宣言であるというならば、行政処分もやはり国家機関による国家意思の宣言とい

わざるをえませぬ。裁判と行政処分とどこが違うか。単に裁判をもつて国家意思の宣言というただけでは、この問題は解決されないであります。

私は、裁判における国家意思は、二段に発現されると考えております。その第一段が立法意思であつて、国家が民法典を初めとするもろもろの実体法を制定する場合、すべての民事紛争を、その規範体系に従つて解決しようとする国家の一般意思が存するものといえましよう。しかし裁判所が、これ等の実体法によつて、訴えられた事件を裁判することは、実体法に内含する国家の立法意思を、個別の事件について、具体化・個別化するものであつて、そこに裁判所の個別的な裁判意思が働くのであります。すなわち裁判における国家意思は、一般的な立法意思と、個別的な裁判意思が階層的に連関して働くというのが、私の裁判論理であります。この点、既に論文にて発表してありますから、この程度に止めますが、さらに裁判所の裁判意思が、どのようなものであるかについての分析が必要なのであります。

参照 「裁判意思」と「立法意思」との機能的相互連関、マルクス主義理論と訴訟法学、訴訟法学の革新(昭和二五年) 一六頁以下。

私はヴェントの心理学にヒントを得たのでありますが、ヴェントの心理学に「決断」Entscheidung というのがあります。決断

とは、選択行為についての決心 *Entschluss* を指すのでありまして、いくつかの行為のうちその一つをば選択して実行に移す意思活動をいうのでありますが、裁判とはまさしくこの「決断」に外ならないのであります。

Wundt, W., Grundriss der Psychologie, 5. Aufl. 1902, S. 225.

パンデクテン・システムの民法典の下においては、事実と法規範とが完全に分離しているので、一つの事件について法律の適用の仕方によつて異なる判断が成り立ちうるのであります。たとえば、運送品を紛失したことによる損害賠償の請求事件には、民法の規定する不法行為の法律要件にも、また、債務不履行の法律要件にも該当し、さらに商法の規定にも該当すると判断される場合もあります。しかしてそのどれも三段論法の論理的正確さをもつとみられる場合、そのうちのどの判断を取り上げて裁判することが最もこの事件の紛争解決に適當するかということについて裁判所の選択が行われる。

この選択の仕方がどのようなものであるか。これは次の「裁判過程論」において、詳しく分析いたしますが、結論的にいえば、いくつかつ判断が成り立つ場合、裁判所はその一つをとりあげて裁判する。しかして裁判は、当事者に対し、その判断に従うべきことを命令し、またその判断に反する行動を禁ずる(禁令)。すなわち裁判は命令・禁令を含むものであります。要

するに、論理的正確さをもつて成立しうるいくつかの判断が見出された場合、裁判所は、その最も適当と考える、そのうちの一つをもつて紛争解決の手段とし、それに命令、禁令を付する。これが裁判であり、そこに裁判意思が働くのであります。

大体、以上述べたところが、「事実の学問」としての民事訴訟法学の領域内における裁判理論であります。それ以上は、一般法学、さらに法哲学、形而上学の分野に立ち入る問題となります。また、隣接領域にある、例えば、国家学、政治学、社会学等の問題にもなります。いずれにせよ、裁判理論に、一つの独立した学問体系を与えるためには、「訴訟」をもつばらの学問対象とする民事訴訟法学の学問領域から、さらに踏み出した研究分析を必要とするのであります。

三 法と裁判

まず法と裁判との関係であります。裁判所は、法に従つて裁判する。「法による裁判」ということが現代の法治国家の理念となつております。法による裁判、法による行政、これは近代法治国家の理念でありまして、訴訟について、憲法が、裁判官は、憲法及び法律にのみ拘束される旨を規定しております（憲七六条三項）。

この場合、「法による裁判」とは、どのようなものであるか。民事訴訟においては、わが国の如く成文法主義が採られて

おれば、国家法である民法典その他の法律に従つて裁判することになる。国家法すなわち裁判の基準ということになります。が、裁判は、法に従うことにより権威をもつてあります。すべて裁判は、権威を背景とする。権威なくしては裁判は、その実効性をもちえない。何らかの意味において、権威が背景となることにより、その権威の妥当する限りにおいて、裁判は拘束力をもつのである。その権威の及ばないところに裁判が拘束力をもつということはありえないのであります。

現代法治国家では、その権威が「法」によつて代表される。「法による裁判」の制度の下、法すなわち権威であります。しからは「法」とはいかなるものであるか。これまた法の本質論として法哲学の領域に属する問題でありましょうが、とに角、民主主義的な理念からいえば、われわれ自らの法でなくてはならない。法を守ることは、自らの法に遵うことである。自律的な性格をもつことが法の本質として要請される。そういう法をば裁判において宣言する。

モンテスキューの「法の精神論」に、「裁判官は、法を述べらる口、その力をば強めも弱めもできない無生物だ」との一節があります。これは民主主義の法理念、その理想を指したものと私は考えます。法は国民の法である。自らの法であるから、その法によつて裁判され、法によつて拘束されるが、それ以外の何ものにも拘束されないというのが民主主義制度の理想でな

くてはならない。それ以外に雑音が入つたのでは、正しい民主主義裁判とは言い難いわけであります。しかしこれは理想であります。

現実には、法は必ずしも、モンテスキューの理想とするが如きものではありません。また裁判官が、単なる法を適用する機械に過ぎない「無生物」ではありえないのであります。それには、いろいろな理由があります。その一つは、裁判は国家制度であり、国家権威を背景としている。いかに民主主義的な法であつても、個と全とが帰一しない限り、それには、国家的立場が何らかのかたちで出てくる。国家的立場による裁判ということとは、国家制度であることにより免れることができない宿命なのであります。しかし国家の裁判制度であるが、時の政治によつて左右されない。また、行政によつて影響されないことを保障するため、近代法治国家では三権分立の制度が執られている。しかしてこの制度の下、司法権の独立が叫ばれ、それを實現する多くの手段が制度化しております。それにも拘らず、裁判には、国家自身の性格がにじみでてくる。これは如何ともなしがたいところであります。資本主義国家でなされるところの裁判が資本主義的な色彩をもち、共産主義国家でなされる裁判が共産主義的な色彩をもつことはあたり前な話であります。この点は、本質的に如何ともなしがたい。純正無色の裁判などというものとは存在しえない。つまり、その背後にひそむ権威が、個別

の裁判、否、裁判制度それ自体を性格づけるということ、われわれは学問の上においても、これを認識し、これを承認しなければならぬのであります。

四 人による裁判

もう一つは法による裁判というても、法それ自身が、われわれを裁判するのではない。人によるのである。人による裁判、人が法によつて裁判する。だから「法による規制」Rule by lawであつて、「法の規制」(Rule of law)ではなく。Rule by law か Rule of law か、これが問題であります。しかしモンテスキューの如き Rule of law は現実において行われえない。結局、人によつて裁判する、Rule by law ということとなります。要するに人の裁判なのでありますから、現実には裁判の性格・内容が、著しく「その人」によつて左右される。「制度は畢竟するに人にあり」といわれるゆえんであります。個別の事件において、裁判には、担当の裁判官のもつ法意識が大きな口をきく。裁判官がどのような法意識をもつか。民事法でいいますと、私法は社会規範にして、かつ裁判規範である。社会規範と裁判規範にギャップがあつた場合において、余りに国家法に忠実であるならば社会規範を無視してしまう。他方、余りに社会規範に重点を置くならば、国家の裁判として、批難に値するものが現われてくる。ここに問題がひそむので

あります。

結局において、裁判は人による裁判であります。法による裁判ではあるが、実は人による裁判である。人（裁判官）が法に違つて裁判する。憲法並びに法律に拘束される。誰が拘束されるか。それは裁判官である（憲七六条三項）。裁判官が法によつて裁判する。その意味において、裁判というものは、法による裁判ではあるが、実は人による裁判であるということになるのであります。

そこで、「人による裁判」といいますが、人には千差万別があり、いろいろに差異がある。そこで人による差異を裁判から排除することが必要となる。人によつて裁判が異つては困る。大岡裁判の如きは、現代法治国家の下における裁判の理想とすることはできません。甲が裁判官であつたなら勝つが、乙であつたから負けるということは、制度の上においてこれを否定しなければならぬ。人による差異を消去することが、現代の裁判制度における一つの目標となるのであります。

さらにまた、裁判が、時の政府の政策などに左右されるべきものではないことは申すまでもありません。しかし国家の裁判制度として、時の政府を超越した国家的立場における政策、いわば国家の理想とするところに反した裁判がなされたのでは、国家の裁判制度の枠からはみ出すことになる。司法権の独立には、国家的立場という、おのずからの限界が存する。その限界

線をどこに引くかは、結局において、裁判官の良識に期待する外はないのであります。

このような、いろいろの面からして、裁判所の構成には細心の配慮が加えられている。例えば合議制であります。裁判官は優秀な人々であるから、一人でも裁判できる。よく「有能な裁判官であれば三人の合議はいらぬ。一人で沢山だ」といわれる。一人の場合には、必ず裁判にその人の性格が現れてくる。中村民事訴訟法学には、中村の性格が現れている。だが裁判には、裁判官個人の性格が排他的に現れてはならない。そこで合議制により平均した判断を裁判に打ち出させる。さらにまた、審級制度をとる。審級を重ねた裁判制度により、合議制の網から漏れた突然変異の裁判を押えて、裁判の平均化を図る。また人的構成としては、裁判官の試験制度をやましくする。それで裁判官を均質化して、余りとつびようしもない裁判がされないうにする。

このように、国家的裁判の実を挙げるため、いろいろの方策が講ぜられている。しかし、それでも国家の立場からみれば、感心できない裁判もでてきますが、多くは、一審、二審、三審と経ている間に何とかそれがみつぶされることになる。現実の問題として、それが良いか悪いかを、私ここで述べているのではない。こよう制度の存在理由を示したに止まります。

五 裁判と官僚制

結局、裁判は人によるものであります。ことに人については、制度の上において、以上述べたようないろいろの配慮がなされ、また、これに対しその利害得失についての論議がなされています。しかしこの司法制度、裁判制度には、その国の官僚制の在り方が著しい影響をもつてありますが、従来、あまりこの点が、論議の対象となつていないようであります。

官僚制 (Bureaucracy) とは、国家官吏の機能的な体系を指すのであります。この官僚制というものは、近代民主主義国家にとつて不可缺のものであります。多数党政治だと、例えばかつてのフランスにおけるが如く、政変によつて内閣が猫の目玉の如く変ることがある。しかしいかに頻繁に政変があつても、国の行政、司法の作用は、それにかかわりなく、一貫して遂行されなければならぬ。すなわち国会の解散とか、内閣の更迭などにより、立往生することなく、常に一貫して国家事務を遂行しうる体制を必要とする。しかしその体制を担うものが、官僚制なのであります。この官僚制があればこそ、国会が重ねて解散され、また、内閣が猫の目玉の如く交つても、とにかく国政に停滞をきたさない。だから近代官僚制というものは、近代民主主義国家において不可缺のものであります。

しかしこの官僚制は、これを構成する官吏の間に共通の意識

が生れることにより、一つの社会的勢力となると同時に、意識的・無意識的に一種の団結的現象がもたらされるのであります。そこにいろいろな弊害が生じてくる。だが官僚制を否定し、これを廃絶せしめることはできない。だから、その弊害をいかにして克服するか。いかにして抑制するかというところに問題が集中される。現実にも、そういう方策が樹てられております。

私は、フランスの官僚制が最も組織的・合理的に組みあげられていているということを聞いておりますが、十分の知識をもつておりません。わが国の自衛隊組織には文民優先の原則が堅持され、自衛隊は戦闘部隊、作業部隊以上の何ものでもありませんが、フランスの官僚制も、それと相似て、一つの事務的機構としての存在であり、その面に機能を發揮して、国家政策にまで介入する勢力ではないという風に、私は理解しています。イギリスの官僚制についても同様のことがいえると思ひます。

これを司法制度、裁判制度についていうならば、これ等は、国の制度でありますから、もとよりここにも官僚制が行われております。フランスについては、私はまだ発表するまでに分析・研究を致しておりませんが、例を西ドイツに挙げるならば、各ラントが主権をもつ連邦国家組織となつている関係上、裁判権が各州 (ラント) と連邦 (ライヒ) とに分属している。その結果、司法官僚の勢力がいくつかに分散して、顕著な社会力をも

つに至つていない。また英国法制についていえば、司法部内において法曹一元をとつているが、この法曹一元は、私の分析をもつてすれば民間法曹一元ともいふべきものであります。インス・オブ・コートは民間の施設であつて、そこを出た者が、バリスターの資格をもち、その資格によつて、裁判官となり、また弁護士となる。法曹一元というが、それは民間法曹一元であつて、司法の領域において官僚制の弊害を免かれ、またはそれを薄めているのであります。

ところが、日本においてはこの官僚制というものが、司法の分野においても前面に押し出してきています。わが国で官僚制を担う者、かつては天皇の官吏であり、それがエリート意識をもつ一國の社会的勢力として結集していた。これ等の者にとつては、法は支配の道具であり、法学は、「法による規制」(rule by law)の学問に外ならないのであります。これ等のことは、程度の差あれ、天皇の名において裁判(明治憲法五七条一項)する司法官僚にもあてはまります。

終戦後、これ等の事情が一変したことは申すまでもない。しかしなお、その傾向が、あとを牽いている。殊に現在でも、これ等の官僚群のもつ伝統的な法意識には、自由民権の思想を受け継ぐわれわれ民間人の法意識との間に、微妙なへだたりが存することを、身をもつて感得するものであります。これ等のことは、既に他の機会に述べましたから、ここでは、この程度に

止めますが、わが国の裁判制度には、前述した諸外国とは異なつたかたちで、案外に官僚制の影響がこれに及んでいるということをお付け加えておきます。

参照 弁護士制度の検討、綜合法学六卷五号(昭和三八年五月)八頁以下。

四 裁判の論理

一 考察方法

次に裁判の論理について述べたいと思います。論理といえ、まず思考の形式を扱う形式論理を想い浮べるのであります。が、何もそればかりだけではない。一定の思考の仕方によつて対象を合理的に把握する。この把握の仕方を論理ともいいますが、この論理を駆使するについては、考察の態度ないし方法というものが問題となつてくる。俗に「物は面からみなければならぬ」といふ。これは事物の考察方法(Betrachtungsweise)が、その学問的立場を対立せしめて、その間に対偶関係(Gegensatzpaar)を生ぜしめておくことを意味します。抽象的考察に具体的考察、理念的考察に現実的考察、一般的考察に個別的考察、巨視的考察に微視的考察等々、いくらでもあります。これらを一々申し上げますには時間の関係で余裕ありませんので、本日の裁判論に差当り必要なものとして、微視的考察と巨

視的考察を挙げることにします。

参照 考察方法の種類とその対偶関係については、訴訟法学の体系と訴訟改革理論（昭和一七年）一八頁以下。

先程言いましたように、裁判をば三段論法の論理的操作の過程として把える。その結論として把える。これは裁判というものの内容を分析した一つの徹視的考察であります。これに対して、裁判は紛争解決のための国家意思の宣言なりという命題を打ち出している。これは一つの巨視的考察の結果であります。

すべて対象を学問的に正しく把握するには、対偶関係にある考察方法による結果をつき合せて、それを綜合したところに結論を見出す必要があります。その一方にのみたよつたのでは、対象の全面的把握はできません。現に知性の論理による徹視的考察では裁判のモメントを捉えていない。また意思の論理による巨視的考察では、裁判の構造原理を捉え難い。結局、対偶関係にある各種の考察方法を駆使し、それを綜合して、初めて充実した裁判の理論が組み立てられるのであります。序ながら、対偶関係を異にする考察方法の結果をつき合せても、学問的な結論を導き出せません。例えば、理念的考察による「人の性は善なり」との命題に対し、実態調査による実証的考察の結果として、「某々地区には、善人が少ない」と主張しても、それ丈では、何等の学問的結論は、でて来ないのであります。

さて本論に戻つて、裁判の論理構造を解明するには、いろいろ

ろの角度、いろいろの考察方法によるその分析を必要とする。こ
とは申すまでもありません。ここでは、問題を限定して徹視的
考察と巨視的考察とによる裁判過程の分析を述べ、ことに致し
ます。

二 裁判過程の分析

参照 「裁判過程」(Judicial Process)に関する比較法学的
研究(昭和三三年)、早稲田大学比較法研究所紀要第二号、
この英訳本あり。

英米法における判例拘束主義 *stare decisis* の下における「裁
判の過程」*Judicial process* は、法律要件に事実をあてはめる
パンデクテン・システムの下における裁判過程と、その構造が
違うのであります。それ等の構造の差異を、今ここで詳しく述
べる時間もございませんが、まずパンデクテン・システムの下
における裁判成立の論理について考察することに致します。

これは裁判が成立するに至るまでの裁判官の思考過程の分析
であります。ザウエルは、裁判の実体的形成 (*Sachgestalt-*
ergis) といひ、事件の審理に伴い、ちくじ事件の構造が明かとな
り、事件像が形成され、それが完成することにより裁判の段階
に到達するとの趣旨のことを述べております。ザウエルは、「訴訟」
の立場から、客観的にその理論を組み立てていますが、結
局において、それは裁判官が、事件の内容を了解し、これに判

断(法による裁判)を加える段階に到達するまでの思考過程の分析・描写に外ならないのであります。

Sauer, W., Grundlagen des Prozessrechts, 1919. S. 58 ff.

u. a.

話しは違いますが、写真を現象すると、光線の強く射したところから、ぼつぼつと被写体が陰面に現われ、全体が現われたところで定着液で定着させる。私はザウエルの著書によつてその理論を知つたとき、写真の現象にひき比べて微笑を禁じえなかつたのであります。ちくじに事件像が浮び上つて、最後に全体ができあがる、これは、刑事法の分野における裁判過程論としては一応首肯することができます。ザウエルは、元来、刑事法学者なのであります。

アクチオの分解過程から考察して、刑事法の構造は、大体において英米法のそれに近接した段階を占める。それは、パンデクテン・システムの民法典におけるが如く、事実と法規範とが完全に分離していない。或る程度それが密着しているということであつて、刑事事件においては、裁判官の事実調べにより、ちくじに事件の内容がかたまり、最後に判決の段階に到達する。それは、事件の事実関係が固まれば、その適用法規が、おのずから定まるということでもあります。多くの刑事事件は、このようなものでありましよう。刑事裁判における裁判官の思考過程、その思考のヴェクトル(方向)には、英米法の下におけ

る裁判の過程と相似たものを見出しうるのであります。しかしパンデクテン・システムの下の民事裁判には、それ等と全く異なるものがあります。

では、民事事件における裁判の過程はどうかというと、よく老練な裁判官は事件の筋をみると言います。それは、事件を前にして、いずれの当事者の主張が正しいかを調査することでありまして、学問的にいえば、事件の全体を捉える巨視的考察に属します。しかしただどちらが正しいと結論を出しただけでは裁判になりません。裁判官は法律家でありますから、その巨視的考察にも自ら法律的な根拠があります。その法律的な根拠を明確にして初めて裁判となるのであります。パンデクテン・システムの下の裁判の過程においては、事実の認定と法律の適用とが論理的に完全に分離しています。従つて事実認定の判断作用とは別個に、法律適用についての思考作用が行われます。この事件は売買契約の法律要件を具備している。或いは不法行為の要件を具備している。まず法律要件を選択して、それに対応する法効果を見出す。これは微視的考察に属します。

巨視的考察により、事件の筋をみる。これは事件の全貌を捉えて判断することでありまして、その思考の過程は、事実から法規範に向つたヴェクトル(方向)をもちます。これに対し、法律要件に認定された具体的事実を当嵌め、よつて生ずる法効果を吟味する。これは微視的考察であり、その思考過程は、法

規範から事実に向うヴェクトル（方向）をもつ。巨視的考察と思考のヴェクトルにおいて一八〇度（正反対）の差がある。しかしこの正反対のヴェクトルをもつ二つの思考判断の結果が一致すれば問題がない。直ちに裁判ができる。簡単な貸金返還請求訴訟などはそんなものでしょう。この事件は、貸した金を返さない。原告はそれを請求する。被告には、これという抗弁事由も存しない。原告を勝たせるのが筋である（巨視的考察）。

調べてみると原告には借用証その他の証拠も揃い、消費貸借の法律要件が充足されていて、被告の抗弁は成り立たない（巨視的考察）。そこで原告の請求する判決となる。このような簡単な事件ならば、その裁判過程には、ザウエルの実体的形成の理論が、大体において妥当する。

しかし多くの民事事件、殊に難件といわれるものになると、なかなかそうはいかない。巨視的考察と微視的考察との間にギャップが生じてくる。そこで微視的考察にもとづいて巨視的考察の結果を考えて直してみる。また、反対に巨視的考察の結果を勘案して、微視的考察の過程に反省を加える。事実の認定が妥当であつたか否か、法律の適用に論理的欠陥が存しないかどうか。これ等を反省し、修正することによつて、巨視的考察による結果との間に一致を図かる。その修正のための手続的技術的手段には、決して事欠きません。例えば、立証責任の転換がある。立証責任を反対側に転換するならば、多くの場合、事

実認定がひつくりかえてくる。また、証拠の取捨・判断にも、裁判所の裁量により、異なる結果が導き出される。法律の適用についても、法律の解釈が、大きくものをいう。その選択する法律要件が異なつてくれば、それを充足する法律事実も異なつてくる。従つて別個の角度から訴訟資料（事実及び証拠）を蒐集し、判断する必要も生ずるのであります。

民事裁判の過程は、刑事裁判のそれに比し遙かに複雑であります。しかし裁判官は、そういう複雑な裁判過程を処理するに於いての法律技術には事欠きません。もとより技術は必要のものであります。しかしさらに重要なことは、その技術を駆使するところの人の心構えでありまして、裁判においても、もとよりそのことがいえるのであります。老練なる裁判官は事件の筋をみて、事実の認定について、また、法律の解釈、適用について、そのもつところの法律技術を縦横に駆使する。そこで二つの思考過程の結果が一致し、みずからも納得するところに裁判を成立せしめるのであります。

民事訴訟においては、口頭弁論終結時を基準として、それまでに蒐集された一切の訴訟資料を整理し、裁判すべきものとし、当事者も、この時点までは自由に攻撃防禦の方法を提出しうることを原則とします（民訴一三七条）。このことは、民事訴訟の実体過程が一本に取り纏まつているのではなく、複雑な過程をとるが故に、すべて口頭弁論の終結を待ち、その時を基

準として裁判を組み立てるといふ趣旨のものと解せられるのであります。

このような民事裁判の過程にはザウエルという実体的形成の理論は、当て嵌りません。それが当て嵌るのは、前にも申したように、簡単な事件に限られるのであります。

要するに、民事訴訟においては、口頭弁論の終結時において、それまでに蒐集された訴訟資料にもとづき、その事件に対して法律による論理的欠陥なき、いくつかの判断が成立しうる可能性をもつ。しかして裁判とは、そのうちの一つを取り上げて、これに紛争解決のためにする命令・禁令を附する「決断」*Entscheidung* であるというのが、私の裁判理論であります（前出）。細かく述べれば際限ないので、この程度に止めます。

以上述べた私の裁判理論の背景をなすところのものは、実体法・訴訟法綜合の二元観であり、しかしてその体系を構築するところのものが「階層の論理」であります。

三 訴訟観

参照 民事訴訟原理第一冊（昭和三六年）一六〇頁以下。

まず訴訟観 *Prozessanschauung* でありませんが、訴訟は実体法・訴訟法の綜合の「場」であります（民事訴訟要論序文の一節（前出））。

従つて訴訟理論には、実体法・訴訟法の双方のモメントを取り入れなければならないことは改めて申すまでもないのである

が、しかし一つの学問体系の下に、異質の二つのモメントをどう結びつけるか、学問方法論として、極めて難かしい問題であります。哲学の分野においても、二元観と一元観との対立があります。二つのもの、物質と精神、これをどう組み合せるか。一元論ならば理論は案外すつきりする。しかし他のモメントを捨象してしまふか、或いは附従的に扱ふ外はないこととなる。古代ギリシヤに哲学が発祥して以来、絶えず哲学者を苦しめた哲学の根本問題であります。私は哲学者ではありません。だが民事訴訟は、訴訟法によつて營為されるが、その帰結となる裁判は、実体法に依拠する。訴訟理論の体系において、この実体法と訴訟法とを、どのような関係に措定するか。民事訴訟法学者として、深い関心をもたざるをえないのであります。これは、実体法と訴訟法とが体系的に分離したとことと相関的に発生した問題でありまして、これまで、心ある訴訟法学者を絶えず悩ましたところのものであります。

一つの体系内における二つのモメントの組み合せ方には、凡そ三つの型がある。訴訟理論の体系内における実体法と訴訟法との関係についていうならば、その第一の型はその間に主従の関係を措定することでありまして、実体法に訴訟法が従属するとみる私法的訴権学説の理論がこれにあたります。訴訟は、実体法上の権利を行使する手続であつて、訴訟において私法上の「請求権」を行使するのが「訴」であるから、訴とは裁判上の

請求に外ならないとする(民一四九条)。これは、一八〇三・四年のフランス民法典にはじまり、ザヴィニーからウインドシャイドに至るまでの訴訟理論であります。

このように、訴訟法が実体法に従属するという考え方は、ドイツ普通法の理論であります。それは、訴訟法によつて營繕される「訴訟」が、なお実体法並びに実体法理の傘下におかれた当時の理論であります。というのは、当時においては、「訴訟」が、未だ実体法から離れた独自の機能をもつていなかったことを意味します。しかし第十九世紀の中葉から後半期にかけて、西欧諸国の法治国家機構が充実し、司法権が拡大・強化されるとともに、「訴訟」が、実体法理のみにて賄い切れない機能をもつに至り、しかもその傾向が、ちくじに昂まつて参りました。これは、裁判が、実体法から離れた独自の力をもつに至つたことを意味します。

このような訴訟制度に変わつてくると、訴訟理論としても、訴訟法を実体法に従属する地位にとどめておくことはできない。そこで訴権の成立根拠を私法に求めないで公法の領域に求める公法的訴権学説が現われ、また、訴訟理論の体系内において、実体法と訴訟法とを対立併存の關係に措定する学説が現われました。それは、訴訟法学がドイツ民法の施行(一九〇〇年)に触発され、飛躍的に発達したヘルウィック、シュタイン時代の学説でありまして、私が実体法・訴訟法対立の前期二元観と称

するところのものであります。これは、実体法と訴訟法とを併存の關係におく第二の型であります。

訴訟法理の体系内において、実体法のモメントと訴訟法のモメントの併存を認める。これは、哲学でいえば二元論にあたりますが、二つのモメントが一つの理論体系の下に対立・併存するとした場合、その間の關係をどのようにして論理的に整序するか。学問方法論上、極めて困難な問題でありまして、ヘルウィック、シュタインの訴訟理論は、その後の学者の研究によりこの問題をめぐつて、各所にその論理的欠陥を露呈することになりました。

そこでドイツ民事訴訟法学は、訴訟理論の体系から実体法のモメントを放逐して、訴訟法的モメントのみを捉える方向に赴きました。私のいう訴訟法的一元観の学説であります。この二元観から一元観への推移のあとは、第一次世界大戦後にはじまるドイツ民事訴訟法学界における「訴訟の目的」(審理・判決の対象)論争を通して、あざやかに迎えることができます。私は、この問題を主要テーマとして、法規範的「訴訟の目的」とそれをめぐる諸問題と題し、早稻田法学に連載しておりますから、それを御覧願いたい。

参照 法規範的「訴訟の目的」とそれをめぐる諸問題、一・

二・三、早稻田法学三七卷(昭和三十六年)、同四〇卷(昭和四〇年)一冊。なお、法規範的「訴訟の目的」概念の成立

前史、早稲田法学三五卷（昭和三四年）三・四冊。

訴訟法的一元観は、訴訟理論から、実体法理を全面的に捨象する。これは、実体法と訴訟法との関係を論理的に整序できないから、実体法理を捨象するのであつて、一種の問題回避に外ならない。

日本の訴訟法学界は、このことに気付かないで、無反省にドイツの学説に追隨しているというのが、その大勢であります。訴訟は、実体法と訴訟法との綜合の「場」であつて、所詮、訴訟理論は実体法理と無縁の関係におけない。私は、実体法と訴訟法とを「対立」ではなく、その「綜合」によつて訴訟理論を組み立てる構想に到達した。私の裁判理論も、もとよりこの立場のものであります。これは実体法・訴訟法綜合の二元観であつて、「対立」ではなく「綜合」とする点において、ヘルウィック、シュタイン時代の前期二元観（前出）と異なるものであります。しかしてこの理論を構築するために、私は「階層の論理」(Schichten-Logik) というものを編み出したのであります。

四 階層の論理

参照 民事訴訟原理第一冊（昭和三六年）一六四頁以下。

これまでの法学は、もつぱらカント哲学の傘下にある。法学の理論が、すべて形式論理に従つて構築されているのも、その一つの現われであつて、殊に「Aは非Aにあらず」とする峻別

の論理が、法学者の頭脳を支配している。訴訟法学についていうならば、民事訴訟の制度目的は、権利保護か法秩序の維持か。また「訴訟の目的」たる「訴訟上の請求」は、実体法的性格のものか、或いは訴訟法的性格なのか。すべてこれ等の問題を、一方が真なれば、他は偽なりとする二者択一の関係におき、両者をともに真なりとはしない。「Aは非Aにあらず」とする矛盾律に支配された考え方であつて、私が単一の「場」(次元)の理論と称するところのものであります。

われわれの生活する三次元の自然空間において、同一物が同時同所に存在し、かつ存在しないとすることは背理であります。ここでは「Aは非Aにあらず」とする矛盾律が支配します。カント哲学はニュートン物理学がその背景となつていてのでありまして、このニュートン物理学は三次元の自然空間をもつて唯一の理論空間とするものであります。しかして形式論理は、この三次元の理論空間において妥当する論理であります。三次元の自然空間内においては、同時同所に或る物が存在し、かつ存在しないということはありません。存在するか、存在しないのかのいずれかである。形式論理は、これを「Aは非Aにあらず」とする矛盾律、二者択一の原理に作り上げているのであります。

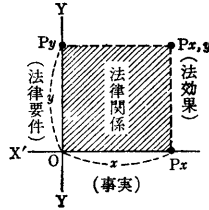
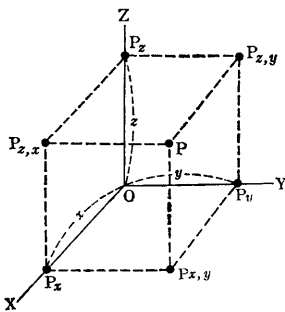
参照 自然科学に範型を求めた民事訴訟理論の再構成（昭和三〇年）第一部自然科学に範型を求めた法学体系の再構想。

しかし数学の発達は、カント哲学の夢想もしなかつた抽象空間という理論分野を開拓しました。学士院の例会において、毎回、数学の報告があり、その殆んどが抽象空間論であります。私には、よく判りませんが、自然空間と異なり、理論の立て方により、いくつかの、否、無数の抽象空間を成立せしめうる。しかしして異別の抽象空間相互の間には、もとより矛盾律、二者択一の論理などは妥当しない。

また、私は次元論 Dimension に示唆を受けたのであります。ここに球体 globe の図を掲げておきましたが、球体（立体）は三次元の存在であり、その切断面（面）は二次元、さらにそれを切断する直線（線）は一次元の存在であります。しかしてこの球体の例によつて知りうるが如く、一次元、二次元、三次元の各世界の間には、階層的な序列が存し、かつ三次元は二次元を包摂し、二次元は一次元を包摂する関係におかれていることを見出すのであります。

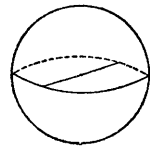
これ等の示唆のもとに、私は、実体法と訴訟法並びにその総合の帰結たる裁判の三者を階層的に組み立てる構想に到達したのであります。それは、レジュメに図示した如く、権利・義務対立の実体法を二次元（座標軸XY）の世界に措定し、訴訟法により営為される「訴訟」は、その上位次元の存在であることにより、実体法をそれ自体に包摂する。しかして「訴訟」においては、実体法上の権利・義務の外、司法権の行使が加わる

法律要件、法効果並びに裁判の効力



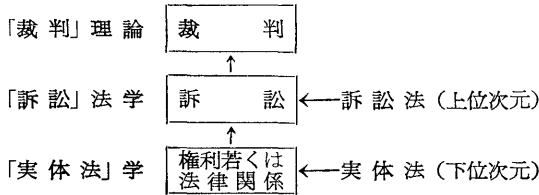
具体的事件
 法律要件
 法裁判効
 裁判の効力

次元の層位関係



線面 一次元
 二次元
 立体 三次元

法並びに法学の階層構造



備考

1. 具体的法規範の生成過程における階層関係
2. 上位次元は、下位次元を包摂する
3. 学問は、その対象の占める次元から出発して理論を構築する（理論的
出発点）

ことにより三次元（座標軸XYZ）の存在となる。裁判は、さらに上位にあつて、実体法と訴訟法とを綜合する四次元の世界（ミンコフスキーの双曲線）に属するという発展的な階層関係を構想するものであります。しかしして各階層の間に理論的連関を見出すのが、階層の論理であります。

この階層の論理は、それが肯定の論理であることにより弁証法と区別されます。私は、最近において、ハルトマンに範疇法則論 (Kategoriale Gesetze) という論文があることを知りました。それを讀みますと、「存在の層位構造」 (Schichtung des Seins) ということを述べたものであつて、哲学の専門家の存在を知らば、私の思索をさらに豊富となしえたのではないかと考えております。なお、これより以前に西村朝日太郎教授の著書、文化人類学論攷 (三五頁) で、ハイデルベルグ大学のカイテル教授が、世界実在の層位的構造ということ述べていることを知りました。原著は、文化人類学の著書であり、かつその発刊がハルトマンの論文より後のものでありますから、これなども、今考えればハルトマンの論文に影響されたものではないかと想像されうるのであります。

Hartmann, N., Kategoriale Gesetze, Philosophischer Anzeiger, I. 2. 1927.; Keiter, F., Rasse und Kultur, Bd. I. 1938. S. 25.

私の訴訟理論は、すべてこの階層の論理によつて貫かれております。裁判理論を初めとし、民事訴訟の制度目的、訴権学説、裁判上の和解（訴訟における私法行為と訴訟行為の理論的連関）など、すべてがそうであります。これが同じく二元観であるが、ヘルウィック時代の前期二元観と異なるところなのであります。序ながら階層の論理は、ひとり訴訟法学ばかりでなく、法学の他の分野、例えば民法学においても、それが適用されるべき多くの場面があります。物権と債権との関係、物権二重譲渡の問題など、この階層の論理によつて、明快、妥当な解釈理論が編み出されるのであります。

裁判理論としては、なお効力論特に既判力理論、また裁判制度論などありますが、本日は、この程度で本論を終り、二、三のことを附け加えたいと思ひます。

五　むすび

一　私と民事訴訟法学

まず、私がどうして民事訴訟法学に結び付いたかをお話しいたします。私が、民事訴訟法学と専門に取り組むだのは、大正十二年の夏、関東大震災（九月一日）の直前に三年の留学から帰朝してから以後のこととなります。私が訴訟法学を専攻科目に選むだのは、何にも生来の志望としたからではありません。

大正六年に早稲田大学法学科を卒業し、大正七年に司法試験を通過しました。その当時は法学科に三ヶ年在学することが、判検事試験を受ける資格となつていまして、私は大正四年に専門部政治経済科を出て、大学部法学科独法の二年に試験を受けて編入されたので、法学科には二年にしか在学しなかつたこととなる。そこでさらに一ヶ年大学院法学科に在籍して三年在学の条件を満たし、漸く大正七年に受験した次第なのです。丁度その当時、早稲田大学には、有名な騒動がありまして、結局、二、三の教授とともに私が私淑していた井上欣治先生が誠になつた。こんな大学におられないというわけで、弁護士になつて岸清一先生の法律事務所に入りました。そこで岸先生の御指導を受け、大きな事件の下調べに専念したことが、私には寔に幸福であり、私の法律学徒としての素地がここで築かれたといえます。

その後約二年を経て、早稲田大学の秩序も回復し、大学に戻つて留学するようにとの話しが出た。岸先生とも御相談の上、これを受諾して大正九年に留学しました。その際、何を専攻するかということになりました。在学当時には井上先生の影響で刑法に興味をもつていたが、岸先生の事務所でも民事事件を扱つている間にその興味を失つた。そこで民事法ということになるが、民法学には遊佐慶夫、中村萬吉の両先生、また、商法学には寺尾先生がおられるので、頭がつかえている。岸事務所であ

強する間に、私は法律生活における訴訟の重要性を知ると同時に、当時の訴訟法学が民法学・商法学などに比し立遅れていて、何かしら学問としての将来性があるように感じたのであります。そこで民事訴訟法学に致しますといつた。もつて生れて、民事訴訟法学を研究するが如き口吻で、実はこの時に訴訟法学を専攻することにしたわけであります。当時の大学の法律科目のうち民事訴訟法は、つまらないというのが学生間の定評でありました。それも無理がないことで、講義が手続法に終始して、訴の変更とか、既判力とか、断片的に訴訟理論らしいものがはさまれている。これでは、学生の興味の牽きようもない。何とか打開しなければならぬ。

私は、民事訴訟法学の研究に、大きな抱負をもつて留学したのであります。今にしていうならば、新しい学問の体系を創る夢を抱いて、それには、まず研究の幅を広げるといふわけで、いろいろの方面に頭を突き込みました。一時、法制史にも興味をもち、書籍を買い漁つたので、留学生の間から、中村は法制史を研究しているなどと言われたこともあります。またケルゼン教授の研究室に出入して、教授の法段階説、またその初期の純粹法学理論を知つたのであります。こうして、肝心の民事訴訟法学の研究は、どうやら二の次のようなかたちで、三年間の留学を終え、大正十二年に帰朝しました。爾來、民事訴訟法学を中心として、研究の日を送り、今日に至つたわけであり

ます。

二 民事訴訟法学の今昔

日本の民事訴訟法学は、民法学、刑法学などに比し、そのスタートが遅く、歴史が浅いのであります。初めて西歐的な条文ができましたのは、明治六年の訴答文例でありまして、これに続いて、出訴期限規則（同年）、裁判事務心得（明治八年）、控訴上告規則（明治一〇年）など、多くの民事訴訟手続に関する法令が出されていますが、それ等を解説した著作は、いずれも代言人手引という程度のものです。学術書といえるものは、元老院蔵版で市販された仏英独の民事訴訟法教科書の翻訳書ぐらいのものであります。

明治二十三年に民事訴訟法が制定されました。これが契機となつて、民事訴訟法に関しても、乏しいながら、わが国の学者の手になる学術的な著作が現われ始めたのであります。江木衷、高木豊三、今村信行先生などの著書がその代表的なものであります。明治末期となつて、私の学びました岩田一郎先生、東大の仁井田益太郎先生の著作がこれ等に代わり、大正期になつて、京大の榎本朗造先生、また私が留学中の大正中期には、裁判所方面では、松岡義正、早稻田大学で岩田先生の後を引受けられた神谷健夫、明治大学その他に出講されていた前田直之助の諸先生、学界の中堅どころとしては、山田正三、細野

長良などの諸先生がおられたのであります。私たちは、それに続く時代に属します。

わが国の民事訴訟法学は、その出足が遅かつたのであります。とに角、わが国の法学の歩みに追従し、かつその発展に寄与して参つたのであります。明治維新に至るまでは、蘭学全盛の時代でありました。法学の分野では、津田真道が、オランダのライデン大学に学ばれたとのことです。維新後、フランス法とイギリス法とが、これに代わり、遅れてドイツ法が這入つてきました。

プロシアは、普仏戦争でフランスを敗り、一八七〇年（明治三年）に、その中核となつてドイツ帝国を建設致しました。明治政府は、新興ドイツ帝国に憧がれ、その法治国家機構、その法律諸制度を、わが国に移植しようとした。また、これに伴うてドイツ法学が盛んに流入したのであります。破産法、民事訴訟法、刑事訴訟法など、いずれもドイツ法系に属する立法であります。また、有名な法典論争の結果、フランス法系のインスチテューション・システムによる旧民法が遂に施行されず、ドイツ法系のパンデクテン・システムによる現行民法が制定されました。

このようにドイツの法制度が、わが国に流入したことには、明治政府の政策が大きな原因となつていますが、しかしドイツ法学の学風が、案外にわが国の学者によつて受け入れられたと

いう事実を見遁がすことはできません。

例えば、現在の民法典、その総則並びに財産編であります。これには、大体、ドイツ民法第一草案が母法となつてゐる。母法とまでなつていないとしても、ドイツ民法を御手本とすることが、明治政府の方針であつたことは、否むことができせん。しかし法案作成の任に當つた梅謙次郎、富井政章の両先生は、ともにフランス法学者であり、また穂積陳重先生はイギリス法学者でありました。現在の民法典のうちに、ドイツ法と異なつた立場の規定、フランス法を導入して、木に竹を継いだような規定が各所に散在するのは、このような事情によるものといえましょう。また、民法施行の当時（明治三一年）はもとより、明治末期に至るまでは、フランス法の流れに副う解釈理論が優勢であり、これに追従した判例も尠くありません。しかし大正期に入つてからは、ドイツ法学が、ひとり民法学だけでなく、すべての法学の分野において支配的地位を占めるに至つたのであります。

このようにして、一時、わが国の法学界は、ドイツ法の一色に塗り潰された感を呈したことがあります。その後現在に至つて、日本法学独自の方向を切り拓いてるのであります。明治期が輸入時代ならば、大正期から昭和初頭にかけてそれを消化する時代となり、昭和中期以後、新しい日本法の理論を組み立てる努力が芽生えてきたといえます。

民事訴訟法学は、民商法学に比し、その出発に立ち遅れがあらつたとはいへ、われわれの先輩、また同輩の手により取り戻し、他の法学の分野と歩調を揃えて日本法学の発展に寄与しているというて、決して自画自賛ではありません。ただ民法学と異なるところは、これまでフランス法の影響を受けていないということでありませう。初めからドイツ法系の理論として出発したのでありまして、終戦後、大分、英米法の理論が紹介されていますが、あまり理論上の影響はありません。

三 私学と法学

さてこのようなわが国の法学の発達の道程において、早稲田大学はどうゆう地位を占めていたか。また、現に占めているか。御案内のように早稲田大学の前身、東京専門学校が明治十五年に開学した。この時代、明治十年代から二十年代にかけて、私立法律学校の勃興期でありました。早稲田大学の創立は明治十五年であります。その前年、明治十四年に、明治大学の前身、明治法律学校ができた。明治十八年には、英吉利法律学校。この学校の創立には、早稲田大学と因縁がある。時の政府当路者は、陰に陽に東京専門学校を圧迫し、とどのつまり謀叛人らの学校だとレッテルを貼つて、法律科の教鞭をとる政府系の先生方をみんな引きあげたことがある。それ等の先生方の一部がまともまつて、今の中央大学の前身となる英吉利法律学校

を創立したのであります。それから明治二十二年に、政法大学の前身、和仏法律学校、翌二十三年には、日本大学の前身日本法律学校が創立された。いずれも法律科中心の学校であります。東京専門学校には、法律科、政治科並びに理科とあつて、そのうち理科は開校後間もなくつぶれたが、明治四十一年に理工科が再建され、いずれも現在にまで継がっています。慶応大学は、慶応年間に創立されていますが、法律科ができたのは、明治二十一年であります。同志社大学も古い大学であります。附属の政法学校が創立されたのは、明治二十五年なのであります。

このように明治十年代から二十年代にかけて、多くの私立法律学校が設立されたのは、その時代の要求が、そうさせたのであります。当時の官立法科大学といへば、現在の東京大学の前身である帝国大学一つだけで、その卒業生には、いずれも将来ある官途が約束されていて、唯一の官僚養成所であつたのであります。他方、明治九年の代言人規則は、検査によつて代言人の免許状を与えることとしたが、その検査がちくじ厳重となつて筆答試験となり、近代的な法律学を学むた者でなければ、代言人、すなわちその当時の弁護士にはなれなかつた。旧幕時代から横行した公事師、三百の締め出しであります。このようなことから、当時いうところの「庶民」階級の間にも、法律を学ぶ志望の者が増加してきて、これらの需要に応ずるがために、

各所に私立法律学校ができたのであります。これ等の私立学校では、学校差はあつたが、当時はやりの自由民権の思想が、学生の中に植え附けられた。東京専門学校創立並びに経営に苦心された小野梓先生の「民法之骨」、或いは「国権汎論」の如き、いずれも自由民権の思想が漲ぎつています。

現在、古き歴史をもつ私立大学は、いずれもこれ等の私立法律学校にはじまるのであつて、いずれにも官学の学风に飽き足らず、これに拮抗する精神が養われてきた。私学精神といわれるものであります。しかし故大隈老侯の傘下に、早稲田大学教旨にも謳う「学問の独立」と「研究の自由」（自由討究）を叫び続けた早稲田精神をもつて、この私学精神の代表的なものと、私は考えるのであります。

参照 早稲田精神即私学精神、新鐘第三号（昭和三九年）。

四 法意識の二分

参照 弁護士制度の検討、綜合法学六卷（昭和三八年）五号
八頁以下。

それはそれとして、この自由民権の思想が、当時の開眼せる「庶民」の法意識を築いたのであります。この庶民的な法思想、法意識を養われた「庶民」階級の私学出身者が代言人となる。また、自由民権の闘士がこの代言人になつた。しかしてこの代言人が明治二十六年の法律改正で弁護士に改まつたのであ

ります。弁護士には、このような経路によつて、自由民権の思想に遡るレジスタンスの精神、市民社会的な法思想、法意識が伝わつていたのであります。これは、弁護士が、一般民衆のための法の擁護者であるという立場からも当然のことでありまして、「法」をもつて、われわれの「法」とし、支配されるための「法」でないとする意識ないし情操であります。

これに対し、明治初年以來、官僚養成所である帝国大学で教えていた「法」は、何であるか。それは支配の「法」、牧民の「法」であり、一言にしていえば、ドイツ法学にさらに輪をかけた官僚法学なのであります。この官僚法学が、明治政府の官僚組織を構築し、それを強化せしめる道具の役割を演じたのである。凡そ、われわれの抱く法意識とは対蹠的なものでありまして、ここに、わが国特有の法意識の二分のという現象がみられるのであります。

この二分した法意識の一方が、現に私学によつて伝えられております。弁護士職にも、或る程度、伝わっていると私は考えます。現在、法曹一元が、司法制度刷新の唯一の極め手の如く唱えられています。法曹一元ということは、反対の力が強いようであります。法曹一元ということは、それ自体、好ましい。しかし現在、伝えられている案は、私をもつていわしめるならば官曹一元ともいふべきもので、われわれとしては、到底、納得し兼ねる。法曹一元を実現するならば、弁護士職を中

心とした民間法曹二元でなければならぬ。その範は、イギリスにある(前出)。しかしそれを実行するには、制度の上に著しい困難を伴う。いずれにせよ、法意識の二分した状態の下、双方の曲がりなりにも満足せしめる案は到底でき上らない。末梢的な議論を闘わずばかりである。また弁護士界側で、現在の法曹二元案に反対しているのは、意識的にせよ、無意識的にせよ、官僚的法思想、法意識に反撥を感じているからだといえよう。

現在においては、明治初期の自由民権思想に発する法意識の二分が、薄らいでおります。それよりは、人民民主主義戦線のは、法思想、法意識が、大きくクローズアップされてきて、思想的には、むしろこの方との対決に重点が移つたといえます。しかし「事実の学問」、現行の法律制度の学問としての法律学においては、以上述べた法意識の二分ということを意識し、それを織り込むだ理論が必要なのであります。

それは別として、やはり系統というものは争えないもの。いわゆる官僚法学の法意識と、われわれ私学の者の抱く法意識との間には、いろいろのかたちで、なお、越えることのできない一線が画されているように想われます。私は、このことを意識し、早稲田法学の一環としての訴訟法学の体系を作り上げることに努力して参りました。端的に表現するならば、裁判所側から眺める「裁判所訴訟法学」を排して、当事者の主体性に立脚

する「当事者訴訟法学」を目指しているということであります。

五 今後の私

最後に、私は本年三月をもつて定年により当早稲田大学の教壇より退きます。しかし先程、第一学部長大野先生の御挨拶のうちで、おふれ下さいましたが、私の旧居、早稲田南町に、比較民事法研究所の建物を、ささやかなのですが新築いたしておりますので、そこに私の蔵書を収め、これまでの研究を継続する心組みでおります。そこで、私の多年にわたる研究の成果をできるだけ取り纏めたい。また及ばずながら、その研究施設を利用して、後進の諸君を指導いたしたいと思うのであります。決して退職したからとて、悠々自適の境涯に入るのはありません。ロケット砲弾の如く、ここで新たな人生の飛躍を考えております。

私事を申しては甚だ相済まないのですが、昨年、私の亡き父親の生誕百年に当りますので、百年祭をいたしました。席上、亡き父の旧知の方々に御挨拶を申し上げたのでありますが、その際、「人生百年となると、知己友人の殆んどを失うが、まだ若干はおられる。百年を超えると恐らくゼロとなりましょう。そこで今夕は、皆さんと亡き父の浮世における最後の御附合ということになります。」と述べ、続いて、「私の百年祭

は、自分の手で行いたい。生きているのだから、九十九才白寿の祝いとなるでしょうが、その節には、皆さんも是非御出席をお願いします。」と結びでおきました。百才となると、あと三十年でございます。大隈侯爵は百二十五年といわれましたが、そうはいきません。理想と現実はずしも一致いたしません。私としては百年祭ではない、白寿の祝いをいたし度い。しかし、ただ生きているだけでは、意味がありません。ラードブルとは、「In den Stien sterben」(首革をかけて生を終る)といわれたそうであります。馬に譬えて、働いている間にこの世を去りたいとの念願を表現したものと想います。私自身も、百歳に至るまで、私の研究所で研究活動を続け、そして諸君と別れたい。それまでの三十年の間、殊に列席の学生諸君には、この三十年が諸君の一生を決定する一番に大切な時期であります。心から皆さんの今後における十分な人間としての御努力、御奮闘を祈りまして、講演を終ることにいたします。有り難うございました。(拍手)