

訴 と 請 求 の 意 義
並 に 其 の 相 關 々 係

THE SIGNIFICANCE AND CORRELATION
OF LAW SUITS AND CLAIMS

II.

教 授

中 村 宗 雄

PROF. M. NAKAMURA

1 9 3 9

目次

第一 總 說

I. 問題の概観	頁 1
II. 訴と請求との相關々係に關する考察方法の異同	3
第一 實體法訴訟法の未分化の一元觀	4
第二 實體法訴訟法對立の二元	5
第三 訴訟法中心の一元觀	7
III. 訴と請求との意義に關する學說概觀	8

第二 沿革的考察

I. 總 說	22
II. 私法的訴權學說	23
III. 公法的訴權學說(共の一)	27
IV. 公法的訴權學說(共の二)	34

第三 各學說に對する批判

I. 總 說	38
II. 權利保護請求權說を背景とする學說の批判	40
III. 司法作用請求權說を背景とする學說の批判	55
IV. 中間的立場に在る學說の批判	66
V. 諸學說批判の綜合と我觀	75

第 四	二元論的立場に於ける訴訟現象の認識	
I.	總 説	82
II.	「請求」の訴訟法的意義	84
III.	各種訴の類型の下に於ける「訴訟上の請求」	89
第一	給付の訴に於ける「訴訟上の請求」	89
第二	確認の訴に於ける「訴訟上の請求」	90
	(以上前巻掲載)	
第三	創設の訴に於ける「訴訟上の請求」	105
IV.	訴と請求(訴訟法上の意味に於ける)との相關々係	132
V.	其の他訴訟法上の諸問題	137
第一	當事者の確定	137
第二	裁判上の和解	140
第三	請求の拋棄・認諾	145
第四	訴訟上の請求の個數	150
第五	既判力の對象と其の限界	161
VI.	二元觀の訴訟實踐的意義	175
第 五	結 語	191

訴と請求の意義並に其の相關々係 (續稿)

中村宗雄

第三 創設の訴に於ける「訴訟上の請求」

創設の訴は、確認の訴よりも更に遅れ、民法上の形成権理論の成立に伴ひ認めらるゝに至つた比較的新なる訴の類型である〔一〕。而して此の類型の訴に於ては、他の類型の訴に於けると異なり、判決に依り新なる権利關係が形成せられるのであつて、従て此の訴に依りて爲さるゝ「訴訟上の請求」と云へば、必然的に元來の請求權概念（給付請求）とは全く乖離した特異のものならざるを得ぬ。其の結果として、此の創設の訴に於ける原告の「訴訟上の請求」に關しては、學説が岐れ、今尙、歸一しなればかりでなく、其の所説の多くは曖昧である。併かしながら夫れを大別するならば、裁判上の行使を必要とする「私法上の形成權の主張」なりとする説と、裁判所に依りて代表せらるる國家に對する「形成要求權の主張」と看る説とに分ち得る。

〔一〕 創設の訴に關しては、一八七七年のドイツ舊民事訴訟法には全く其の規定を存しないのであつて、此の訴の類型が問題となつたのは、遂に其の後のことであり、而して夫れが獨立なる訴の類型として認めらるゝに至つたのは、ドイツ民法（一九〇〇年）制定後のことである（Hellwig, Lehrb. III. 1. S. 22. Anm. 25., Kisch, W, Beiträge zur Urteilslehre, S. 10.）。尙、此等經過の概要に就ては、拙著原理第一卷三九八頁以下参照。

先づ前説に據るものとしては、ヘルウィックを擧げることが

出来る。ヘルウィックは、創設の訴を分つて「私法上の権利創設の訴」(Klage auf privatrechtliche Rechtsgestaltung)と「異議の訴」(Widerspruchsklage)と爲し、「私法上の権利創設」の訴に於ては、権利變更權(Recht auf Rechtsänderung)が主張せられると説明して居る〔一〕。而して此の権利變更權は、彼に依れば、私法上の形成權と同一範疇に屬する實體權であるが〔二〕、唯權利者たる原告自ら其の權利を行使することを得ずして、判決に依り権利變更の効果が發生せしめられると云ふ。即ち私法上の所謂「形成權」は、權利者が訴訟外に於て自己の行爲に依り權利内容を實現せしむるのであるが〔三〕、法律は特別の理由に基き形成權者が任意の方法にて其の權利を行使することを許さずして、「訴の方法に依り」(im Wege der Klage)實行すべきことを規定することがあり、而して其の場合の訴が創設の訴であると云ふ。

〔一〕 Hellwig, System, Bd. I. S. 275.

〔二〕 Hellwig, Anspruch u. Klagrecht, S. 460 ff.

〔三〕 尙、彼は、私法上の所謂「形成權」は、其の行使に付き「創設の訴」の提起を必要としなが、時として訴訟に關聯して夫れが行使せらるる場合あることを述べ、その一例として、當事者が訴訟外に於て取消權を行使せずして、攻撃、防禦の方法の基礎たらしむべく、訴狀中若くは口頭辯論に於て初めて夫れを主張して行使するが如き場合を擧げて居る(Hellwig, System, Bd. I. S. 274.)。

此のヘルウィックの見解は、私法上の形成權理論と良き調和を保ち、概して創設の訴に關する實體法學者の見解を代表したものと云ひ得るのであるが〔一〕、偕、併かしながら獨立なる訴の

類型として創設の訴が認められたのは、必ずしも私法上の形成権理論にのみ依據したわけでもないのであつて、この理論は、判決に依り生ぜしめられた「権利變更の効果」に對する判決の機能を殊更に無視した嫌がある。殊に同じく創設の訴たるべき再審の訴、仲裁判斷取消の訴等に就ては、形成権理論を以てしては、其の「訴訟上の請求」を説明し難きが爲め、此等の訴を「異議の訴」(Widerspruchsklage)と稱し、前述せる「私法上の権利創設の訴」に對立せしめて居るのであるが〔二〕、此の訴に於ける「訴訟の目的」を爲すものとして、彼の云ふ「異議權」(Widerspruchsrecht)が、如何なる権利内容と性格とを有つかに就ては、何等の説明を與へて居らぬ〔三〕。尙、ローゼンベルグの所説は、以上述べたヘルウィックの夫れと全く同一であり、従てヘルウィックに對する非難は、其の儘、彼の見解に對しても妥當する〔四〕。

〔一〕 殊にドイツ民法の起草者は、ヘルウィックと同様の考へ方にて條文を作つたものの如く、判決に依り権利關係を變更すべき場合に付き、「訴ヲ提起スルコトヲ得」(kann……klagen)とか(例之、獨民一四二五、一五四七條)、或は「取消ノ訴ノ提起=依リ」(durch Erhebung der Anfechtungsklage)など(例之、同一三四一、二三四二條)と規定し、又、債權者取消權に就ても、「抗辯ノ方法=依リ」(im Wege der Einrede)とか「訴ノ方法=依リ」(im Wege der Klage)とか、規定して居り(Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtsh. § 5. 9.)、裁判上に於ける形成權行使の趣旨を現して居る。此の點に付き我が民法の規定は、後述するが如くドイツ民法と異つた處がある。

〔二〕 此の異議の訴(若くは「上訴の訴」Rechtsmittelklage)に屬するものとして、

再審の訴、仲裁判斷取消の訴の外、尙、除權判決取消の訴、各種執行異議の訴等を擧げて居る (Hellwig, System, Bd. I. S. 277 ff.)。

[三] 此等、異議の訴に於ては、判決の效果としてその異議の申立てられたる原判決若しくは仲裁判斷等が取消されるのであつて、原告が訴を以てそれを取消するとは做し得ない。従て此等の訴に於て原告の主張する「異議權」は、裁判所に對するその取消の要求權であつて、形成權ではあり得ない。さればヘルウィックが創設の訴を分つて、「私法上の權利創設の訴」と「異議の訴」とに分つたことは、創設の訴に於て原告の主張する權利が、實體法上の形成權である場合の外、尙、特殊の訴に就てではあるが、國家に對する形成要求權である場合の存することを暗黙に認めたものと云はなければならぬ。

[四] Rosenberg, Lehrb. § 87. I. 2. (S. 267). に曰く、創設の訴の原告は、條件の具備に依り、實體法上の、特に私法上の權利變更權(形成權)を有つ。而して此の權利は訴訟上の權利狀態變更の場合(ヘルウィックの所謂異議の訴を云ふ)には、ドイツ民法第一四〇七條第四號にあるが如く、異議權(Widerspruchsrecht)と稱せられると。即ち彼は、此の異議權を以て形成權の一種と看するものの如くであるが、夫れ以上の説明を與へて居らぬ。

以上、ヘルウィック並にローゼンベルグの見解に對し對蹠的立場に在るものとして、シュタイン並にエルトマン(Oertmann, P.)の所説を擧げ得る。シュタインは、創設の訴に於て原告の主張する權利を權利形成權(Recht auf Rechtsgestaltung)と名稱し、此の權利は、國家に對し主張せらるるものであると云ふ〔一〕。シュタイン・ヨナスに於ける見解も、亦、同様であつて〔二〕、要するに創設判決に依り權利關係の變更せらるる點に、創設の訴の有つ特異性を認め、其の權利變更の效果をば判決に歸し、此の訴に於て原告の主張する「權利形成權」(シュタイン・ヨナスに於ては、ヘルウィックと同じく權利變更權(Recht auf Rechtsänderung)と云ふ)行使の直接效果と看ないのである〔三〕。然らばその所謂

權利形成權（若くは「權利變更權」）を以て、如何なる性格と内容とを有つ權利と做して居るかと云ふに、夫れに就ては直接の説明が缺けて居るが〔四〕、創設の訴を以て、「直接に權利の形成若くは消滅を齎らす處の判事の行爲を求むる訴」であると云ひ、又、此の訴を確認の訴に比較し、「訴訟に於ける法效果の創設を要求する」(ihre (Wirkung) Schaffung) 點に其の差異を認めて居る處などから看て〔五〕、此の權利を以て、裁判所に依り代表せらるる國家に對し、判決に依る權利關係の變更を要求する權利と做すものと解しなければならぬ。されば用語としては、ヘルウィックと同じく「權利變更權」と稱するも、夫れは實體法上の形成權を意味せずして、國家に對する「形成要求權」に外ならないのである。

〔一〕 Stein-Juncker, Grundriss, S. 23.

〔二〕 Stein-Jonas, Komm. Bd. I. vor § 253. II. 3. (S. 672).

〔三〕 シュタインは、創設の訴に於て原告の主張する「權利形成權」を私法上の形成權と比較し、私法上の形成權に於ては、權利者が自己の行爲に依り形成の效果を生ぜしめ得るも、創設の訴に於て主張せらるる「權利形成權」に於ては、權利の形成に付き當事者は全く無力であり、其の權利は、相手方に對するに非ずして國家に對し主張せられると説明して居る (Stein-Juncker, Grundriss, S. 23.)。

〔四〕 僅にその説明として、「權利形成權」を以て「判事の權利形成に就ての當事者の權利」と做し (Stein-Juncker, aaO.)、又、離婚權 (獨民一五七〇條) を以て「判事の離婚判決に就ての權利」(Stein-Jonas, Komm. Bd. I. vor § 253. II. 3. N. 35. (S. 672).) と做すなど、夫れ自體説明を要する註釋を見出すに過ぎぬ。

〔五〕 Stein-Jonas, Komm. Bd. I. vor § 253. II. 3. (S. 672).

斯くシュタイン並にシュタイン・ヨナスに於ける見解を煎じ詰

めるならば、その所謂「權利變更權」を以て、公權的性格を有つ國家に對する形成要求權と做さなければならぬのであつて、その私法上の權利に非ざることは、彼自らも認めて居る〔一〕。併かしながら他面、此の訴に於て判事の認定すべき構成要件が、私法關係に付き私法規定に依り定められて居ることを述べ〔二〕、此等の點を考慮したものか、遂に夫れが公法上の權利にして、國家に對する形成要求權であるとは明言するに至つて居らぬ。茲に彼の見解の不徹底さがある〔三〕。エルトマンは、創設の訴の原告は、國家に對し「權利變更を爲すべき請求權」(Anspruch auf Vornahme der Rechtsänderung) を有つと率直に述べて居る〔四〕。

〔一〕 Stein-Jonas, Komm. Bd. I. zu § 253. II. 3. N. 36 (S. 672).)

〔二〕 Stein-Jonas, aa O, N. 37.

〔三〕 彼は、ローゼンベルグの如く訴訟法的一元觀に徹底して居らないが爲め、此の「權利變更權」から實體法的構成要件を切離し得ないで、之れを公法上の權利と做すことに躊躇したのであらう。而して彼は、此の權利の本質を究明し得ないが爲め、遂に創設の訴を以て、本來の民事訴訟に非ずして、非訟事件に屬すと稱して居る(Stein-Juncker, Grundriss, S. 23., Stein-Jonas, Komm. Bd.I. vor § 1. III. (S. 13).

〔四〕 Oertmann, P., Grundriss, S. 43.

我が國の訴訟法學者は、大體に於てヘルウィックの所說に従ひ、創設の訴に於ける「訴訟の目的」を以て、實體法上の形成權と做すもゝの如くである。併かしながら我が民法は、フランス民法の系統を牽ける舊民法の影響を受け、共有物分割(民二五條)、詐害行為の取消(民四二條)、婚姻の取消(民七八條)等其の他多くの場合に付

き分割(若くは取消)を「裁判所ニ請求スルコトヲ得」と云ふが如き、ドイツ民法と全く異なつた規定形式を執つて居る。然るに此等條文に明かに「請求」とあるにも拘らず、從來、何故に夫れを形成權と解するかの説明が一向に爲されて居らないのみならず〔一〕、細野博士は、「形成ノ訴トハ形成判決即チ私法上ノ形成權ノ存在ヲ確定シ」云々と説明せられながら、形成の訴を分ちて「實體法上ノ形成ノ訴」と「訴訟法上ノ形成ノ訴」と爲し〔二〕、又、山田博士は、共有物分割並に不動産經界確定の訴に於ては、「形成判決ヲ要求スル訴訟法上ノ判決請求權」を以て訴訟物と解せられ〔三〕、又、前述せるヘルウィックの所謂「異議の訴」に該當する「訴訟法上ノ形成訴訟」に於ては、「訴訟法上の形成權」が訴訟物であり、夫れは形成判決請求權夫れ自體なる旨の説明を加へて居らるる等〔四〕、創設の訴の「訴訟の目的」に關する我が國訴訟法學者の説明は、概して不徹底且つ曖昧である〔五〕。

〔一〕 此の點に就ては、後に詳説する。

〔二〕 細野博士、要義二卷六九頁並に七一頁。博士が形成の訴をば本文に掲ぐるが如く定義せらるゝ限り、その所謂「訴訟法上ノ形成ノ訴」に就ては、ヘルウィックが夫れを「異議の訴」と稱し、私法上の權利創設の訴と區別したことに思ひ及ばなければならぬ。漫然と夫れを「形成ノ訴」の一種と做して居ることは、尠くとも記述不正確の譏りを免れぬ。

〔三〕 山田博士、日本民訴法一卷一〇七頁。此等訴に關する山田博士の見解の不當なることは後に述ぶる(本稿一二八頁註一參照)。

〔四〕 山田博士、前掲書一〇九頁。此等、「形成判決ヲ要求スル權利」を形成權と稱することが既に矛盾であるばかりでなく、此の權利を形成判決請求權(權利保護

請求權)と自同の觀念と做す處に、既に再三述べたが如き同博士の方法論的誤謬がある。

[五] 尙、兼子助教授は、形成の訴を實體上の形成の訴と訴訟上の形成の訴とに分たれ、而して其の「訴訟の目的」をば「形成權」の一種と解せらるるもの如くであるが、夫れが如何なる權利であるかに就ての明確なる説明が缺けて居る(同助教授、概論一六二頁)。

以上述ぶるが如く、創設の訴に於て原告の主張する權利に關しては、夫れを以て裁判上の行使を必要とする實體法上の**形成權**と解する主張と、更に夫れに公法的性格を認めて國家に對する**形成要求權**と解する見解とに岐れるのであるが(一)、その孰れの主張にも一面の眞理を含むことは否み難い。併かしながらその孰れの見解を以てしても、創設の訴の凡ての場合に當嵌め難きことも、亦事實である。此の創設の訴は、私法上の形成權理論の確立に伴ひ、新なる訴の類型として現れたものであることは既に述べたが如くであつて、私法の領域に於て從來の請求權よりも遙に強力なる權利(形成權)を設けしむるに至つた制度的必要が、更に訴訟法の領域に及むで、此の創設の訴なるものを作り上げたのであるが、偕、此の訴が獨立なる訴の類型とせらるるに至つたのには、訴訟法の領域に於ける特殊の事情も存するのであつて、從てその凡ての場合を私法上の形成權理論を以て律し難い關係にある。畢竟するに此の問題は、創設の訴が獨立なる訴の類型として認めらるるに至つたその經過と制度的必要等の事情に鑑み、更に其の國の實定法——殊に實體法——

の規定を考査して後、初めて決せられなければならないのであつて、此等實證的背景を缺く純觀念的なる形式理論を以て解決し得るものではない〔二〕。

〔一〕 その孰れにせよ、創設の訴に於て原告の主張するものと認めらるる権利が、餘りにも元來の「請求權概念」(給付請求)と乖離して居るが爲め、一般に此の類型の訴に關しては、「訴訟上の請求」と云ふ用語を使用して居らぬ。併かしながら訴の内容を爲す原告の實體法的主張をば、「請求」(訴訟法上の意味に於ける)の語を以て表現する用語例を、殊更に此の類型の訴に就てのみ回避する必要はない。

〔二〕 シュタインの所説は、ドイツ民法の規定と調和しない處があり、その所論の各所に此の傾向が認められる。例之、前述せるが如く、ドイツ民法第一五七〇條の離婚權に付き、「判事の離婚判決に就ての權利」と云ふ以上の説明を與へ得ないなども夫れである(本稿一〇九頁註四參照)。此の點ヘルウイツクの所説を優れりとする。併かしながら創設の訴に關聯せる事項に付き、其の規定を全く異にする我が民法の下に、ヘルウイツクの所説をその儘受け入れて居る我が學界の從來の傾向は、非難に値するのであつて、殊に債權者取消權(民四二四條)に關し、我が民法の規定を無視した立論、論争など、その最も甚しきものである。此等の點更に具體的に詳説する。

惟ふに義務者の承認(契約)若くは其の自發的の行爲(履行)を待たずして、既存の權利關係の變更を生ぜしむる必要は、第十九世紀に於ける法律取引の複雑化と簡捷化の要求とに押され、夫れが私法理論の發達に伴ひ、私法の領域に於ては、チーテルマン(Zitelmann, E.)の所謂「可能權」(Kannrecht)の觀念を経て、ゼッケル(Seckel, E.)の提唱した「形成權」(Gestaltungsrecht)の一般的承認にまで發展した。併かしながら此の形成權は、一定條件の下に權利者の一方行爲に依り權利形成の效果を生ぜしむる

ものであり、屢々、夫れが強力に過ぐると、又、條件の具備、不具備（即ち形成權の成立、不成立）に付き爾後の争を貽す機會も尠くないが爲め、かゝる危険性の多分に存する特殊の場合には、此の權利を裁判上に行使せしめんとする考へ方が、夫れに伴ふのは當然であつて、ドイツ民法の起草者が、かかる考へ方を有つたことは、充分に推測せられ得る〔一〕。而してその場合の訴として現れたのが、この創設の訴であるが、偕、訴訟法が新なる訴の類型としてこの創設の訴を認むるに當り、暫に私法上の形成權の訴訟法的行使の手段にのみ夫れを限定することなく、更に別個の立場から設權的判決に依る權利關係の形成を意圖した場合のあることも、亦、明瞭である。その最も顯著なるものとしては、各種異議の訴（Widerspruchsklage）を擧げることが出来る〔二〕。此等異議の訴に於ては、異議を申立てられた各種執行行為若くは仲裁判斷等が判決に依り取消されるのであるが、其の取消の効果は固より判決の有つ設權的效力に因るのであつて、原告の權利行使の直接効果でないことは論を俟たない。但し此の場合であつても、訴の形式に依り、従て其の判決は原告の要求——申立——に因るのであるから、法律に依り異議の訴の許されて居る限り、原告にはかゝる設權的判決に依る權利形成を求むる權利——要求權——ありと做さなければならぬ。而してかかる關係は、實體法に於て規定するならば、尙、實體法律關係に就ても、亦、存し得るわけである〔三〕。

〔一〕 ドイツ民法が「(権利變更)ヲ訴求スルコトヲ得」【kann auf (die Rechtsänderung) klagen】(例之、同一四一八、一四二五、一五六八條等)、或は「取消ノ訴ノ提起ニ依リ」(durch Erhebung der Anfechtungsklage) (例之、同一三四一、二三四二條等)などと規定し、又、債権者取消權の行使を訴又は抗辯の方法に依らしめたが如き (Anf. G. § 5. 9.)、即ちその意圖の現れと看ることが出来る (Vgl. Hellwig, System, Bd. I. S. 274)。

〔二〕 本稿前段一〇七頁註二參照。

〔三〕 ドイツ民法にかかる規定の存すか否かは、問題であるとしても、我が民法には、後述するが如く此の趣旨の規定がある。否、寧ろ此の種の規定の方が多いと云へる (例之、民二五八、四二四、七八〇條等)。

創設の訴が、獨立なる訴の類型として有つ制度的機能は、即ち以上の如くである。従て此の訴に於ては、等しく判決に依り權利形成の効果が生ぜしめられるのであるが、そのうちには、其の權利形成が、原告の有つ實體權(形成權)行使の直接效果に歸せしめらるべく、唯、その正しき行使を擔保するが爲め訴訟的手段に據らしむることに依り、裁判所が夫れに干與するに止まる場合と、判決の設權的效力として權利形成の效果を生じ、當事者は單にかかる判決に依る權利形成を要求する權利を有つに過ぎざる場合とがあり得る。換言すれば原告が裁判上行使すべき實體法上の「形成權」を有つ場合と、國家に對する「形成要求權」を有つ場合とである。而して具體的事案に於て、その孰れであるかは、當該事案が實體法律關係に屬する限り、實體法が如何にそれを規定するかにより決せられなければならぬ。

今、専ら我が實體法の規定に就て看るに、權利者 (爰には専ら形成權者を

指す)の権利行使に裁判所が干與し、又、夫れを裁判上の手續に據らしむるに當り、法律は種々なる方法を以てそれを規定し、其の間に自ら段階のあることを見出し得る。

先づ私法上の形成權の行使に、唯、裁判所が干與するに止まることを最も明瞭に示せるは、借地借家臨時處理法第六條であり、地主は「裁判所ノ許可ヲ得タルトキ」に限り契約の解除を爲し得る旨を規定して居る。反之、權利形成の効果をば裁判の設權的效力に據らしめて居ることの疑なき規定としては、民法第三九五條がある。此の場合、抵當權者は、裁判所に對し、自己に損害を及ぼすべき貸借の解除を請求し得るに止まる。民法第二六八條第二項に依る地上權存續期間確定の請求に就ても亦、同様である。而して此等兩極端にある規定の中間に在るものとして、「離婚(離縁)ノ訴ヲ提起スルコトヲ得」(民八一三、八六六條)と云ふ規定形式と、「取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」(民四二四、七八三條)等、若くは「分割ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」(民二五八條)と云ふ規定形式との二段階がある。

尤も以上掲げた各場合の凡てが創設の訴となるわけではなく〔一〕、尙又、この外に創設の訴に屬すべき場合もある〔二〕。而して夫れが非訟事件であり、或は他の類型の訴に依るべき場合は茲に論及しないこととして〔三〕、創設の訴である各場合に於て、原告の有つ權利が、上述せる二種類(裁判上行使を要する形成權と)の孰れに屬するものと做すべきか、次に検討せらるべき問題であ

る。以下、我が民法、其の他關係實體法の規定趣旨に最も適合するものと自ら考へて居る處を述べて看る。

- [一] 例之、借地借家臨時處理法第六條に依る契約解除の許可請求權は、非訟事件手續法に據らしめられる(同法八條)。
- [二] 相續回復請求訴訟(民九六六條)、遺留分減殺請求訴訟(民一一三四條)等がある。此等に就ては改めて述ぶる。
- [三] 裁判上行使を必要とする請求權であつても、夫れが「訴訟上の請求」に對する法律要件として裁判上に行使せらるることを必要とするに止まり、訴訟上の請求夫れ自體に非ざる場合には、其の訴は創設の訴ではない。而して其の訴は當該訴訟上の請求の如何に依り、或は給付の訴であり、或は確認の訴である。例之破産法上の否認權(破七六條)の如き夫れである。尙、ドイツ法上の債權者取消權も、我が破産法上の否認權と同じく、唯裁判上の行使を必要とするに止まり、其の訴は創設の訴ではない。此の點我が民法の規定(同四二四條)と異なる(後述)。

(一) 裁判上行使を必要とする實體法上の形成權

我が民法は、裁判上の離婚竝に離縁に付き、ドイツ民法の規定形式に倣ひ、「離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得」と規定して居る(日民八一三條、獨民一五)。(六四條乃至一五六九條)。而して我が民法にては、特に離婚權の語を使用して居らないが「一」、沿革上かゝる權利が認められて居たのみならず「二」、相手方の責に歸すべき事由に因り裁判上の離婚を許す所以のものは、財産法上の契約解除(日民五四一條以下、獨民三二五、三二六、三六一條等)と相通ずる法的理由を有つこと明であるが故に、法律は一定要件の下に配偶者の一方に離婚權(形成權)を與へ、其の權利の行使に過誤なからしめんが爲めに、裁判上の手續に據らしめたものと考えらるが相當であらう「三」。

然らば此の訴に於て原告の主張する権利は、裁判上の行使を必要とする形成権であり、其の訴は判決に依る婚姻關係の解消を求むるにあるが故に創設の訴である。此の關係は離縁の訴(民八六條)に就ても同様である。

- [一] ドイツ民法にては離婚權(Das Recht auf Scheidung)の語を使用して居る(獨民一五七〇條)。
- [二] 此の場合として我が國には、古來、「三くだり半」と云ふ制度(一種の要式形成権)のあつたことを想ひ起し得る。
- [三] 尙、此の場合に就ても、當事者自身はその權利變更(離婚)に就ては無力であり、その有つ處の權利は國家に對するものであると云ふシユタインの主張は、訴訟法的立場からは充分に支持せられ得る(本稿一〇九頁参照)。併かしながら當事者にかゝる權利(離婚權)を與ふるか否か、又、如何なる權利内容に於て之れを與ふるかは専ら實體法の決定すべき事項であり、從て此の問題は、主として實體法の立場に於て解釋せられなければならないのである。

以上の外、創設の訴のうち、原告が裁判上行使を必要とする實體法上の形成権を主張するものと看られ得るものは、我が民法の下に於て、僅に「嫡出子身分否認の訴」(民八二條以下、人訴二七條乃至二九條)を擧げ得るに止まる[一]。

- [一] 判例は認知無効の訴(民八三四條、人訴二七條)を以て創設の訴と做して居る(大判、大正一一・三・二七、大民二判、民集一卷一三七頁)。併かしながら其の判決は、認知の無効確定を内容とし、因つて坐ずる子たる身分の喪失は、判決外に生ずる其の事實上の効果(Folgewirkung des Urteils)と看るを妥當とするが故に、確認の訴と解するのが相當であらう(拙著原理一卷三八六頁参照)。又、會社設立無効の訴は、商法九九條ノ六(新商一三八條)の規定あるが故に創設の訴と解せられて居つたが(拙著原理著一卷三八七、四〇四頁参照)、此の訴に於ける判決も、單に其の設立無効の事實を確定するに止まり、解散の場合に準ずる清算は、前記

商法の規定に基き行はれるのであつて、是れは、判決外に生ずる其の「事實上の效果」と看するが正當であらう。然らば此の訴も亦確認の訴である。新商法に於て設立無効の訴の外、設立取消の訴(新商一四〇條以下)なるものを認めて居ることは、此の見解を支持するに足る。

尙、破産法上の否認權(破七二條以下)は、民法四二四條の詐害行為取消請求權と異なる形式にて規定せられ、大體に於てドイツ法の債權者取消權と其の規定構造を同じくし、唯、裁判上の行使を必要とするに止まらしめられてあるが故に(破七六條)、裁判上の行使を必要とする形成權と看られ得る。併かしながら其の場合の訴に於ては、否認權の主張に非ずして、否認權行使の結果たる財産法上の請求が、其の訴訟上の請求となるのであるが故に、其の訴は創設の訴ではなく、多くの場合給付の訴である。

(二) 國家(裁判所に依りて代表せらるる)に對する形成要求權

既に述べたが如く、各種異議の訴〔一〕に於ては、専ら判決の設權的效力に依り、異議を述べられた判決、執行行為若くは仲裁判斷等が取消されるのであつて、此等訴に於ける原告は、判決に依る取消を求むる形成要求權を有つに過ぎぬ。其の他の訴訟法上の創設訴訟〔二〕に於ても亦、同様である。

〔一〕 訴訟法上の異議の訴に屬するものとしては、再審の訴(民訴四二〇條)、強制執行に於ける各種異議の訴(民訴五四五、五四九條)、執行文付與に對する異議の訴(民訴五四六條)、除權判決に對する不服申立の訴(民訴七七四、七七五條)、禁治産宣告に對する不服の訴(人訴五五條)、失踪宣告に對する不服の訴(人訴七〇、七八條)等がある。尙、新商法に規定せられた株式會社の整理に於ける裁判所の爲す發起人、取締役又は監査役の責任に基く損害賠償請求權の査定に對する異議の訴(新商三九四條)も之れに加へられる。

〔二〕 執行判決を求むる訴(民訴五一四、八〇二條)、執行文の付與を求むる訴(民

訴五二一條)等。

斯くの如く權利形成の効果を専ら判決の設權的效力に歸せしめ、當事者に對しては、單に判決に依る權利形成を求むる權利——形成要求權——のみを認むることは、實體法に於ても亦規定し得る。殊に我が國に於ては、舊民法が創設の訴に屬する場合をば、銷除訴權(舊民法財産編三一九條)、廢罷訴權(舊三四條)、無效訴權(舊民人事編六二條)等と「訴權」の形式を以て規定して居り〔一〕、此の規定形式が現行民法に及びて、例之、債權者取消權(詐害行爲取消請求權)に付き、我が民法に於ては、ドイツ法の規定と異なり〔二〕「債權者ハ……法律行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」と規定し、裁判所が其の取消權の主體であつて、債權者は單に取消請求權を有するに過ぎざることを條文の上に明白ならしめて居る。されば我が民法の規定としては、債務者の詐害行爲に對し、債權者に訴に依る其の取消請求權（形成要求權）を與へ、債權者は詐害行爲取消の訴に依り此の權利を主張し、判決に依る其の取消を求むるものと做すのであるが故に、此の訴は創設の訴であり〔三〕、此の訴に於て原告の主張する權利(訴訟上の請求)は、國家に對する形成要求權(詐害行爲の取消請求權)と解しなければならぬ〔四〕。されば現在一般の通稱とせらるる「債權者取消權」と云ふよりも、「詐害行爲取消請求權」と云ふのが、此の權利の本質に適つて居る。

〔一〕 其の他、「離婚ヲ請求スル訴權」(人事編八七條)、否認訴權(同一〇三條)、「直接

履行ノ訴權」(財産編三八二條)、「損害賠償ノ訴權」(同三八三條以下)等。

[二] ドイツ債權者取消權法(Anf. G.)に依れば、債權者は同法第三條以下の規定に該當する債務者の行爲を取消し得るものとし(同一條)、其の取消は、訴又は抗辯の方法に依り(im Wege der Klage od. Einrede)行使すべきことを規定して居る(同五、九條)。即ちドイツ法に於ける此の取消權は、單に訴又は抗辯に依り行使することを要求せらるゝに止まると同時に、それが私法上の取消權たる性質を有たしめられて居ることが明である。従て此の取消權が物權的の效力を有つものであるか、或は單に債權的の請求權に過ぎないかに付はて争を存するも、孰れにせよ、訴に依る此の取消權の行使は、「訴訟上の請求」夫れ自體ではなくして、此の取消權の行使に依る財産回復の請求(時として、夫れに關する權利確認請求)を以て其の「訴訟上の請求」とする。故に其の訴は給付の訴(時としては確認の訴)である(ドイツ法に於ける學說に就ては、加藤博士破産法研究第四卷一八三頁以下参照)。而して加藤博士の我が民法の債權者取消權に關する見解は、民法(四二四條)の規定を無視して、このドイツ法の下に於ける學說(殊に債權的の請求權說)を殆んど其の儘に踏襲せられて居る(前掲書二九一頁以下、殊に二九四頁以下)。

[三] 我が民法の規定に依れば、ドイツ法と異り、詐害行爲の取消請求が、原告の「訴訟上の請求」であり、即ち訴の内容夫れ自體であるが故に、其の訴は創設の訴であらねばならぬ。判例も、亦此の見解に従へるものと云ひ得る(大判、明治四四・三・二四、民聯判、民錄一七輯一一七頁、民抄錄四〇卷九二七八頁)尙、同時に利得の返還を請求する場合には、此の訴に給付の訴を重疊的に併合することとなる(拙者原理第一卷四一六頁註二。同說、勝本博士、債權總論中卷(3)四一七頁以下)。

[四] 勝本博士は、法文に「裁判所ニ請求スルコトヲ得」とあるは單に取消權行使の方法を規定したものに過ぎぬと云はれ、又、右の訴(取消の訴)のうちに、私法上の取消の意思表示を包含すると説明せられる(同博士、前掲書二九〇頁)。博士の見解は、「私法上の取消の意思表示」を以て「訴」とは異別の存在と做し、訴に於てこの「私法上の取消の意思表示」を爲すことは、其の訴をして理由あらしむるの役割を有つに過ぎぬと做すのであつて、此の關係は、ドイツ法の下に於ける債權者取消權と訴との間の夫れに外ならぬ(前註二参照)。然らば其の訴は給付の訴となるのであるが、博士は之れを以て創設の訴と解せられる(前掲書四一七頁)。即ち

夫れは矛盾でなければならぬ。要するに問題は、我が民法の規定をば、條文の示すが如く率直に解釋せずして、何故に曲げてドイツ法の學説の如くに解する必要があるかと云ふことにある。

此の詐害行爲取消の訴と全く其の規定形式を同じくするものに、婚姻取消の訴<sup>(民七八〇
七八六條)</sup>、縁組取消の訴<sup>(民八五三
條以下)</sup>、隱居取消の訴<sup>(民七五
八條)</sup>、遺言取消の訴<sup>(民一一
二九條)</sup>があり、此等の訴に於ける原告の取消請求權も、亦、國家に對する形成要求權と解しなければならぬ。

然るに我が國の從來の通説としては、此等の場合に付きヘルウィックの如く、單なる私法上の形成權<sup>(債權者取消權に就ては、
債權的請求權と做す説も
ある)</sup>と做し、條文に「請求」とあるのを無視して取消權と解して居る〔一〕。併かしながら我が民法が、殊更に「取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」と規定して居るのは、其の取消を判決の設權的效力に依據せしむる趣旨であることは、舊民法の規定に遡つて對比し〔二〕、又、現行民法が「取消」の語に與へた意義に就て攷ふるならば〔三〕、異論の餘地なき程明瞭なのである。唯、問題は、此等取消請求權を國家に對する形成要求權と解する場合、此の權利と訴權との關係如何と云ふ點にある。從來、此の關係が明瞭に把握せられなかつたことが、殊に實體法學者をば此の權利を以て實體法上の形成權と做す説に膠着せしめし重なる理由であつたと考へる〔四〕。

〔一〕 山田博士、特別訴訟手續第二部(新法學全集)七、八六頁等。鳩山博士、増訂

改版日本債權法(總論)、一九八頁以下。勝本博士、前掲書二八五頁以下。沼義雄氏、綜合日本民法論(2)、三〇、三八、四五頁等。穂積博士、親族法、三〇四頁。外岡教授、増訂親族法概論三一九頁。谷口助教授、日本親族法、二五九頁等。

〔二〕 舊民法は、フランス民法を母法とし私法的一元觀の下に其の規定が設けられたのであつて(本稿一〇頁註一參照)、訴權として規定した場合は、權利形成を殊更に判決の設權的效力に依據せしめた場合に外ならぬ。而して現行民法の起草に當り、例之、舊民法に於ては婚姻無効(現行民法の婚姻取消に該る)並に裁判上離婚に付き、共に「訴權」の語を使用して居るのに對し(人事編五九條乃至六四條、八七條)、裁判上離婚に關しては、殊更に私法上の形成權(裁判上行使を必要とする)的色彩濃厚なるドイツ民法の規定形式に倣ひ、「離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得」と規定したにも拘らず(民八一三條、獨民一五六七條等)、婚姻取消の訴に就ては、舊民法の規定趣旨を踏襲して敢へて離婚の訴と其の規定形式を異にし、「其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」(民七八〇條)と規定したことは、此の場合、其の取消を判決の設權的效力に依據せしむるの趣旨が明瞭に現れて居るものと云はなければならぬ。

〔三〕 法律行爲の取消に對し物權的效力の與へられて居ること改めて云ふ迄もない(民一二一條)。而して爰に述ぶる「取消ヲ裁判所ニ請求スル」場合も、其の取消を判決の設權的效力に據らしたのであるが故に、民法の起草者が夫れに物權的(對世的)效力を與へんとしたものであることは明瞭であつて、殊に婚姻取消、並に縁組取消に就ては先づ異論の餘地もない(債權者取消權に付き債權的效力を認めんとする説は、ドイツ法下の學説を其の儘我が民法の規定に當嵌めんとする解釋に過ぎぬ)。而して「取消」には斯く對世的效力を有たしめらるゝが故に、債務者の詐害行爲に對しては國家が其の「取消權」を有ち、當該法律行爲の當事者に非ざる債權者には國家に對する「取消請求權」のみを與へ、又、夫れと同様、婚姻並に養子縁組に就ても、國家が一定要件の下に取消權を有ち、當事者の外、戸主、親族等に「取消請求權」を與へると云ふ解釋が、民法起草者の眞意にも副ひ、又、民法の規定構造にも調和するものと考へる。蓋し第三者が自己の權利を以て他人の爲した法律行爲を對世的に取消し得ると云ふことは、私法的平等の理念に反し、實に民法起草者の意思としてのみならず、私法的理念としても、亦、肯認し難い。され

ば此等の取消は、夫れに對世的效力を有しめらるるが故に、原告の有つ取消權(形成權)行使の結果と看ずして、判決の設權的效力に因るものと做さなければならぬと云ふ結論に到達する。ドイツ民法にても、此の點に考慮が拂はれてあり、婚姻取消の訴を提起し得る者は配偶者に限られ(獨民一三三五、一三三六、一三四〇、一三四一條)、利害關係ある第三者には婚姻無効の訴のみが許されて居る(獨民訴六三二條)。又、債務者の詐害行為に對する債權者取消權に就ては、「債權者ニ對シ無効ナルモノトシテ取消スコトヲ得」【als diesem (Gläubiger) gegenüber unwirksam angefochten werden】と、相對的效力のみが與へられてある。

[四] 例之、鳩山博士は、此の債權者取消權に付き「實體法上ノ權利ナリ。訴ノ方法ニ依リテ行使スルコトヲ要シ且往々訴權ノ名ヲ以テ呼バルムモ、訴訟法上ノ權利ニハアラスシテ、實體法上ノ權利ナルコト民法カ之ヲ認ムルニ依ツテ明ナリ」と云ふ(鳩山博士、前掲書一九八頁)。其の他、勝本博士、前掲書二九〇頁。野村平爾助教授、債權法總論(プリント)二二一頁等。

今日の私法理論は、専ら對等人格者の法律關係を以て其の對象と爲し、國家に對する形成要求權の如きは其の理論體系外にある。其の故に實體權としての國家に對する形成要求權なるものを理解し得ないで、例之、債權者取消權に付き、夫れは訴權に非ず、即ち實體法上の權利であつて訴訟法上の權利ではないが故に、國家に對する請求權ではなくして、債務者又は轉得者に對する取消權なりと云ふのである[一]。併かしながら此の主張には、訴權の意味を誤解せることと、私法則實體法と做す方法論的誤謬とがある。

[一] 前註四參照。

舊民法は、既に再々述べたが如く、私法的一元觀に立ち起草せられた法文であり、當時、未だ「訴」と「請求」との方法論

的分離が充分でなかつたが爲め、請求のうちに訴(裁判上の請求)を包含せる如く、訴權の觀念には自ら實體權の主張が包攝せられて居た〔一〕。然るに現在に於ては實體法と訴訟法とが學問的にも、制度的にも明確に分離せられ、從て訴權〔二〕と云へば、原告の實體法上の請求に就ての判決要求權を意味するのであつて、債權者取消權が、此の判決要求權としての訴權、即ち訴訟法上の形式的權利(實體法的權利内)に非ざることは論を俟たぬ。併かしながら夫れが訴權としての訴訟法上の權利に非ざるが故に、直ちに以て私法上の權利即ち對等人格者間の權利と做すことは出來ぬ。訴訟法に對立するものは實體法であり、實體法には私法實體法の外、公法實體法がある。而してひとり私法上の權利若くは法律關係の外、公法上の權利若くは法律關係も、亦、民事訴訟の客體となるのである〔三〕。そこで私は云ふ、債權者取消權は、公法的實體權であると。

〔一〕 例之、銷除訴權、廢罷訴權と云ふが如く、その内包する實體法上の權利の性格に依り訴權を分つたことから知り得る。唯、私法的一元觀の下に、殊更に「訴權」と名稱したことは、實體法上の權利としてよりも、裁判の設權的效力に其の權利の重點を置けるものなることは既に述べたが如くである(本稿一二〇頁參照)。

〔二〕 訴權の内容如何に就ては、訴權學說として争はれて居るが、要するに訴と請求との方法論的分離の上に立つ公法的訴權學說としては、實體法上の「請求」に對する「訴」に就ての權利を指稱する(詳細は拙著原理第一卷二九三頁以下參照)。

〔三〕 拙著原理第一卷五一頁以下參照。

元來、公法、私法の區別夫れ自體が非論理的のものであり

〔一〕、單なる沿革的所與であり、學問的、制度的便宜の問題に止まる。従て公權より私權が発生し、私法關係より公法的權利の生ずる等のことは、理論的にも是認し得るのみならず實證的にも學說判例上是認せられて居る〔二〕。故に債權者取消權に就ても、民法が、債務者の詐害行爲を法律要件として、國家に對する其の取消要求權(公法的實體權)を債權者に與へたものと解することは、理論として十分に是認せられ得るのであつて、夫れが法文に「其ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」と云ふ意味に外ならぬ。民法なるが故に、公法的實體權を規定し得ないと云ふ理由は到底首肯し得ない。即ち此の債權者取消權を以て、訴權に非ざるが故に私法上の取消權と看なければならぬと云ふ實體法學者の所説は、以上述べたが如く、實體法學者が訴權の觀念を正確に把握せず、且つ實體法と私法とを自同の觀念と倣せる誤謬の上に立つのであつて、畢竟するに實體私法、公法及び手續法たる訴訟法の各領域に跨る此の問題を、私法と云ふ實體法の一場面からのみ眺めた部分的觀察の所産に過ぎない〔三〕。

〔一〕 Kelsen, H., *Reine Rechtslehre* (1934), S. 109 ff. 拙著、原理第一卷六八頁参照。

〔二〕 例之、供託義務は公法上の義務であるが、由つて爲す處の供託行爲は私法上の行爲とせられ、又、違法なる職務執行行爲に因り私法上の不法行爲の成立が認められる(例、大判、昭和一一・六・八、大民一判決、民集一五卷九二八頁)。電話加入權の如き、一面に於て電話官署の一方的處分(例之、通話停止、許可の取消、加

入の除名等、電話規則七九・八〇條)が認められるゝ點に於て公法關係に屬するものと看られるのであるが、夫れが取引上、財産的價值あるが爲め、他面、第三者に對する關係に於ては私權とせられ、之れに對する強制執行が許される(昭和五・二・一四、大民二判決、民集九卷一五九頁)。即ち一の權利が一面にては公權、他面にては私權とせられるのである。是等公法私法の相關關係に關してはしては、美濃部博士、公法と私法一五九頁以下。拙著、原理第一卷六九頁以下等参照。

〔三〕 私法學者は、私法全般に亘る廣大なる研究場面を有つ爲め、夫れ自身の世界に没頭して、他の法領域との關係に就ての方法論的省察を缺く傾向がある。本問題に就ての民法學者の態度も、その現れの一である。

以上之れを要するに、我が民法の債權者取消權に關する條文の成立した背景を檢討し、且つ又其の條文の規定を文理的に解釋するならば、所謂、「債權者取消權」は、詐害行爲取消請求權であり、債權者が債務者の詐害行爲を法律要件として國家に對して有つ其の取消要求權(公法的實體權)と解するのが最も妥當であると同時に、而かも其の解釋は實體法・訴訟法を共に綜合せる高次の觀點から承認せられなければならぬ理論構造を有つ。唯、斯く解する場合、次に來る問題は、公法的實體權としての詐害行爲取消請求權(所謂債權者取消權)と訴權との關聯を如何に看るかと云ふことであるが、此の點に就ては項を改めて詳述するであらう〔一〕。

〔一〕 本稿一三二頁以下。

斯くて創設の訴には、國家に對する形成要求權を以て「訴訟の目的」と爲し、從て其の訴訟上の請求が國家に對する形成要求である場合がある。而して實體法の規定形式からこの

關係の顯著なるものとして、民法が詐害行為取消請求權、婚姻取消請求權等、各種取消請求權を規定せる場合を擧げた。尙、夫れ以外、國家に對する形成要求權を「訴訟の目的」と爲すものと云へば、民法の規定に依るものとしては共有物分割の訴^(民二五條)_(八條)〔一〕、地上權存續期間確定の訴^(民二六八條)_(三項)、親權若くは財産管理權喪失の訴^(民八九六・八九七條)_(人訴三一條)、竝に其の失權取消の訴^(民八九八條)_(人訴三一・三二條)、法定の推定家督相續人廢除の訴^(民九七條)_(五條)、遺留分を有する遺産相續人廢除の訴^(民九九條)_(八條)、竝に此等廢除取消の訴^{(民九七七・九九九條)、親族會決議に對する不服の訴^(民九五條)_(一條)、相續回復の訴^(民九六條)_(六條)〔二〕、遺留分減殺の訴^(民一一條)_(三四條)〔三〕等があり、又新商法には會社關係に付き各種の訴を規定して居るが、其の多くは爰に云ふ國家に對する形成要求權を「訴訟の目的」と爲す創設の訴と看られる〔四〕。尙、衆議院議員選舉法に定むる各種選舉訴訟も、亦、孰れも公法的形成要求權を訴訟の目的とする創設の訴である^(衆選一六條、八)_(一乃至八四條)。〔五〕}

〔一〕 山田博士は、共有物分割の訴を以て、不動産經界確定の訴（私は之れを確認の訴と看る、原理第一卷三八八頁註七）と共に、性質上非訟事件に屬し、此等訴に於ては「形成判決ヲ要求スル訴訟法上ノ判決請求權」が「訴訟の目的」であると解せられる（同博士日本民訴法一卷一〇七頁）。併かしながらシュタインの如く、創設の訴を以て元來非訟事件と解するのは一の根據ある主張であるが、數ある創設の訴のうち特に此の二訴のみを非訟事件とせられるのは何故であるか。又、非訟事件とすれば、何故に訴訟の目的を判決請求權以外に求め得ないのであるか。恐らく博士としては、我が民法に「裁判所ニ請求スルコトヲ得」と規定してあるものうち、婚姻竝に養子縁組取消請求權に就ては形成權として説明せられたが（前掲書一

○六頁)。共有物分割請求權は、遂に之れを形成權と解し得ないで之れを判決請求權と自同の觀念とせられたのであらう。併かしながら博士に依れば判決請求權は、判決に依る自己に有利なる保護行爲を要求する形式的權利（實體的內容を有たざる）であつて（前掲書三二頁）、之れを共有物分割請求權と云ふ實體權とは自同の觀念とは爲し難い筈である。博士としては、更に一步を進めて共有物分割請求權が、訴權（判決請求權）とは異なる公法的實體權なることに留意すべきであつた。

又、加藤博士は、此の共有物分割請求權を以て形成權なりとせられるか、分割請求權とあるに何故に夫れが「形成權」であるかに就ては別段に説明を與へて居らぬ（同博士、民訴法判例批評集二卷四二頁）。

〔二〕 相續回復の訴は、判例並に學說の多數が確認の訴と做して居る（大判、大正一五・一二・二五大民三判決、民集五卷九〇一頁。安田幹太氏「相續回復請求權の本質」、司法協一五卷三、四、五號。吉川圓平氏「相續回復請求の訴と其の裁判」、司法協九卷九號。山田博士、判批民訴法一卷八六頁等）。併かしながら此の場合、正當相續人は、判決に因りて事實上の相續人たる地位を回復し、僭稱相續人が其の地位を失ふのであるが故に、創設の訴と解しなければならぬ（拙著、原理一卷三八七頁。拙著、判例民訴研究一卷一八事件二一三頁以下。同說、近藤教授、相續法論上卷、四三八頁）。而して之れを創設の訴とするならば、此の訴の「訴訟の目的」たる相續回復請求權は、固より國家に對する形成要求權でなければならぬ。

〔三〕 此の遺留分の減殺請求權に就ては、前述相續回復請求權に於けると同様、「裁判所=對シ請求」すべき旨が規定せられて居らぬ。併かしながら民法に於て唯單に「請求」と云ひ、相手方に對する請求と共に「裁判上の請求」——訴の提起——をも意味して居る場合が存するのであつて（例、民一四七・八一八條）、然らば家督相續回復請求並に遺留分減殺請求は、當然裁判上の請求——訴の提起——を包含すると同時に、其の裁判上の請求は、事案の性質上、國家に對する形成要求權と解しなければならぬ（拙著、原理第一卷四〇八頁註四參照）。

〔四〕 新商法が會社關係に付き規定した各種訴のうち、合名會社並に合資會社解散の訴（商一一二、一四七條）、同設立取消の訴（商一四〇條以下、一四七條）、株主總會決議取消若くは變更の訴（商二四七條以下）、會社の詐害的辨濟其の他不公正なる行爲取消の訴（商三四〇條）等は、條文の規定形式並に事案の内容から見て、國

家に對する形成要求權を訴訟の目的とする創設の訴と解せられる。尙、同第三九四條に規定する異議の訴も、一種の訴訟法上の異議權(訴訟法上の形成要求權)を主張する訴である(本稿一九頁註一參照)。又、同八六條に依る社員除名の訴並に其の業務執行權若くは代表權の喪失の訴に就ては、規定の上からは必ずしも明瞭でないが、新商法が、會社に對する裁判所の統制、監督權を強化した建前から云ふと、判決の設權的效力に重點を置いたものと看ることが出来るのであつて、果して然らば此の場合も、亦、國家に對する形成要求權を以て「訴訟の目的」と爲す訴に屬する(是等新商法中會社關係に屬する訴に關しては、大森洪太氏「商法中改正法律案に於ける會社關係の訴」法律時報八卷三號六頁以下。松本博士、「會社法上の訴」法協五十周年記念論文集二部一〇五頁以下參照)。

[五] 同説、加藤博士、民訴法判批集一卷四三頁。

以上述べたが如く、創設の訴には、此の訴が獨立なる訴の類型とせらるるに至つた經緯を釋ぬるに、之れに依り私法上の形成權の裁判上行使の途を設けた場合の外、専ら判決の設權的效力に依り權利形成の効果を發生せしめんとした場合の存することを知り得るのであつて、從て此の訴に於ける原告の訴訟上の請求と云へば、裁判上行使すべく規定せられた私法上の形成權の相手方に對する主張である場合と、國家に對する形成要求權(公法的實體權)の主張である場合とがある。而してその孰れであるかは、事案の内容と、實體法の規定如何に依りて決せられなければならないのであるが、實際問題としては、規定の趣旨が曖昧であつて、判定に苦しむ場合もあり得る。併かしながら夫れは起草者が、其の事案に就ての判決(創設判決)に如何なる法的機能(單なる形成權行使の手段としてか、或は判決の設權的效力に重點を置くか)を有たしむるかに付き充分なる認識なくして條文を起草したが爲めであつて[-]、その故に此の

區別を否認することは出来ぬ。時代の傾向と事案の内容とに依り條文の規定趣旨を闡明ならしむる外はない〔二〕。而してこの問題に關する私の見解は以上述べたが如くである。

〔一〕 起草者に於て、是等の點に不用意であつた顯著な事例として、借地法並に借家法の規定を擧げ得る。同法には契約の更新請求權(借地法四條)、建物若くは造作其の他附屬物の買取請求權(借地法一〇條、借家法五條)並に賃料の増減請求權(借地法一二條、借家法七條)を規定するのであるが、起草者はその場合私法上の意味に於て「請求」と規定したことに疑はないが、相手方が其の請求に應ぜず從て訴訟となつた場合、夫れは如何なる「訴訟上の請求」となるのであるか、規定のみにては判明せしめ難い。通説は、此等請求權を以て一種の形成權と解することに依り此の問題を解決して居るのであるが、餘りにも解釋技術的であるばかりでなく、契約内容之一方行爲に依り變更すると云ふことは私法の理論構造としてふさはしくない。私はそれと同一なる規定形式に依る遺留分減殺請求(民一一三四條)に就ては、事案の性質から見て、裁判上の請求としては、夫れは國家に對する減殺請求權(形成要求權)と解して居るのであるが(本稿一二九頁註三)、借地法、借家法の規定としては餘りにも私法的色彩が濃厚であり、夫れを以て國家に對する形成要求權とは解し難い。即ち法律規定の不完備と云ふより外はないが、併かし孰れにせよ、條文の云ふ「請求」(私法上の)と云ふ意味其の儘に解し得ないとするならば、次註に述ぶる最近に於ける「民法の公法化」の傾向を認識することに依り、之れを從來の通説の如き「私法上の形成權」と解するよりは、更に一步を進めて國家に對する請求權(形成要求權)と解するを優れりとも考へる(拙著、原理第一卷四〇九頁參照)。

〔二〕 一步退いて考ふるならば、創設の訴に於ける「訴訟上の請求」をば、相手方に對する私法上の形成權の主張と做すも、或は國家に對する形成要求權の主張と看るも、孰れにせよ、其の目的とする權利形成の效果は判決に依りて齎されるのであるが故に、訴訟法上の問題としては無益の論争とも看られる。併かしながら上來述ぶるが如く、創設の訴の成立した沿革並に現在の實證的なる法の理論構造上、此の區別は之れを認めなければならぬのみならず、創設の訴の制度的機能

を正しく理解するが爲めには、此の問題を實益なき論争として棄て去ることは出来ぬ關係にある。

即ち此の種の訴は、その始私法上の形成権の裁判上行使の手段たらしむることを以て尠くともその重なる制度目的と做し、獨立なる訴の類型として現れたことは既述の如くであるが（即ちドイツ民法は、専ら此の趣旨にて其の規定を設けて居ることは既に之を述べた）、かゝる制度目的の下に於ける創設判決は、給付判決に對し更に強力なる判決形態と云ふわけではない。然るに我が民法は、舊民法の影響を受け、判決の設権的效力に依據する傾向の強いことは、是れ亦既に述べたが如くであるのみならず、最近、私法生活に對する國家の統制指導の強化は、ジョツスランの指摘するが如く「民法の公法化」の傾向を齎して居るのであつて（Josserand, d., La "Publicisation" du contrat (1938). 福井助教授、同書紹介、法協五六卷八號一二五頁以下）、是等傾向は、創設の訴に關する關係に於ては、權利形成の効果を判決の設権的效力に依存する法的意圖として現れる。近くは我が新商法の會社關係に關する訴に就ての規定のうちにも、果して起草者に是等の點（殊に訴訟理論に付き）に關する深き省察があつたかは別として、かかる法的意圖を充分に見出し得るのである。されば我が國法制の下に於ける創設の訴としては、國家に對する形成要求權を「訴訟の目的」と爲す場合が、ドイツ民法の下に於ける夫れよりも多數であるばかりでなく、今後も夫れが増加するであらうことが考へられる。此の意味に於て創設の訴に於ける「訴訟上の請求」（訴訟の目的）が何であるかは、訴訟法學上論究に値する問題であらねばならぬ。

IV. 訴と請求（訴訟法上の意 昧に於ける）との相關々係

「請求」の訴訟法上の意義としては、從來、種々の立場から色々に解せられて居るが、要するに訴訟法上の意義に於ける「請求」と云へば、訴の内容を爲す原告の權利主張を指稱し、訴の類型を異にするに従ひ、其の權利内容を異にする。而して實體法・訴訟法對立の二元觀（Dualismus）の下に此の「訴訟法上の意義に於ける請求」を觀察するならば、夫れは「給付の訴」に於ては

原告より相手方に對する「給付の請求」であり、「確認の訴」に於ては、同じく相手方に對する實體法上の權利若くは法律關係の「存否の主張」であり(所謂確認請求)、又、「創設の訴」に於ては、相手方に對する「形成權の主張」若くは國家に對する「形成要求權の主張」(又、相手方に對しては、其の者との關係に於て、國家に對し形成要求權を主張する旨の陳述)と解す(所謂、創設請求)べきことは、上に詳細に述べた處である〔一〕。而して此等訴訟法上の意義に於ける請求(即ち訴訟上の「請求」)と訴との關係を如何に理解すべきかが、次に解決すべき問題である。

〔一〕 即ち「訴訟法上の意義に於ける請求」若くは「訴訟上の請求」とは、訴の各類型に應じた容態に於ける實體法上の權利主張を指稱し、夫れ夫れ「給付請求」、「確認請求」並に「創設請求」と稱する。而してそのうち「給付請求」以外は、「請求」と云ふも、「請求」の語に與へられた元來の意味(給付請求)と甚しく權利内容を異にし、單なる「權利主張」と云ふこと以上の意味を有つて居らぬことに注意を要する。

而して一般に「訴」は、國家に對する權利保護の爲めの判決の要求であり、「請求」(訴訟法上の意に於ける)は、其の訴の内容を爲すことに異論はないのであるが、從來、訴訟法上の請求概念の定立せざりし結果として、この關係が、案外、曖昧の裡に放擲せられてあつた〔一〕。私は「訴訟上の請求」を以て、以上述べたるが如く解し、之れを以て純然たる實體法上の權利主張と解すると同時に、「訴」を以て此の權利主張に基き、其の權利主張を實現すべき内容を有つ判決の要求と解する〔二〕。即ち原告は、訴の提起に依り相手方に對し各訴の類型に従へる實體法上の權利主張を爲すと同時に、裁判所に依りて代表せらるる國家に對しては、此の權

利主張を實現すべき内容を有つ判決あらんことの申立を爲すと看るのである。即ち訴の内容を充填する處のものは「訴訟上の請求」なるが故に、この意味に於て「訴訟上の請求」は「訴」の内容を爲すとも云ひ得る。而して原告が斯かる申立を爲し得る所以のものは、「訴權」を有つが故であり、此の「訴權」は、「前訴訟に於ける」(vorprozessuale) 状態に於ては、單なる司法行爲請求權としての抽象的權利内容を有つに過ぎないが、此の權利に基き特定事件に付き訴が提起せられた場合には、夫れは「訴訟上の請求」、即ち其の訴に於ける自己の權利主張を實現すべき内容を有つ判決(換言すれば、その申立通りの判決)を求むる具體的内容を有つ權利へと發展するものと解する〔三〕。而してこの訴權を、屢々、判決請求權と云ひ、權利保護請求權と稱するのであるが〔四〕、此の場合の「請求權」は訴權と同一意味であり、「訴訟上の請求」として現るゝ請求權(實體權)と異なることに注意しなければならぬ〔五〕。

〔一〕 此の間の事情は、ヘルウィツク、シュタイン、ローゼンベルグ等に付き、夫れ夫れ詳細に述べたが如くである。

〔二〕 訴は、具體的事件に付ての裁判の要求であり、私法的一元觀の下にては、裁判所に對する判決請求を以て、訴訟の目的たる私法上の權利の表現形態(Erscheinungsformen)の一と做すのであるから(拙著、原理第一卷二九〇頁)、「訴」と云へば同時に「請求」を意味する。しかし「訴」と「請求」とを觀念的に區別し、「請求」を以て實體的權利主張と做す以上は、「訴」と「請求」とを異別の觀念と做さなければならぬ。しかし一般には、「請求」を内含せしめた意味に於て「訴」と稱することもある。蓋し夫れは、本文にも述ぶるが如く「訴」の内容を充填する處のものが「訴訟上の請求」たるが故であつて、この場合には「訴」の術語を廣義に使用したものと

理解すれば足り、敢へてこの用例に反対する必要もない。

〔三〕 此の原告の有つ「訴權」に對し、私は、被告に「應訴權」なるものを認むることにより、訴訟の新理論構造を提唱した。其の詳細に就ては、拙著原理第一卷の記述に譲つて置く（同三二五頁以下参照）。

〔四〕 拙著、原理第一卷二九八頁以下参照。

〔五〕 屢々、此の兩者が混同せられて居る處に、徒に議論を紛糾せしむる禍根がある。しかしその孰れも一般に使用せられてゐるのであつて、山田博士の如くその一方を以て正當なる意味（從て他を不正當？）と解することには賛成出来ない（同博士、民事訴訟法に所謂請求の意義、法叢四一卷一號一五頁以下）。

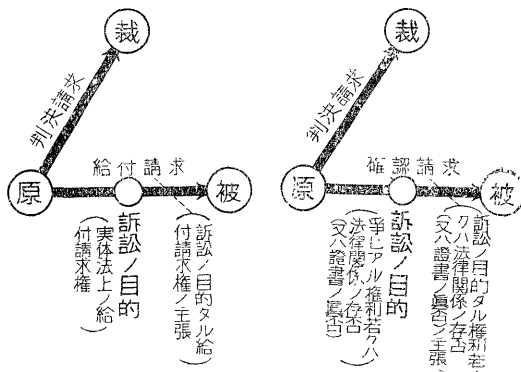
以上の如き理論構造に於て、私は訴提起行為のうちに、相手方に對する「實體法上の權利主張」と夫れに基く國家に對する「判決の要求」とを認むべきことを提唱する。即ち原告の訴の提起は、一面に於て相手方に對する實體法上の權利主張（これは訴狀の被告への送達に依りて爲される）であると同時に、他面に於て國家に對する「判決の要求」

（判決請求權の行使）であることを主張する〔一〕。今、其の關係を圖解するならば、次の如くである。

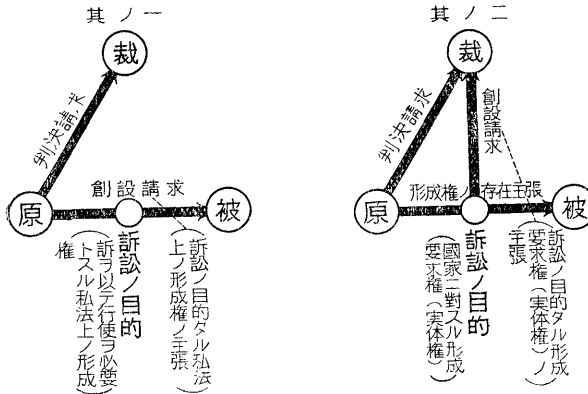
訴の二元觀(Dualismus)に基く分析

給付ノ訴

確認ノ訴



創設ノ訴



〔一〕 されば「訴」

の提起行爲のうち、「判決の要求」(即ち判決請求權の行使)の外、尙、實體法上の權利主張(訴訟上の請求)をも認めんとするのである。併かしながら斯く

云へばとて、原告の訴狀提出に依る訴提起のうち、實體法上の權利主張と判決の要求との二行爲の併存を主張するものではない。實體法・訴訟法對立の二元觀の下に於ては、原告の訴狀提出に依る事件の訴訟繫屬と云ふ法現象のうち、實體法の立場からは原告の實體法上の權利主張(訴訟上の請求)を認め、訴訟法の立場からは同じく原告の國家に對する判決要求權(訴權)の主張を認むると云ふのである。即ち原告の訴提起行爲のうち、「判決請求」と「訴訟上の請求」とを方法論的に分離認識すると云ふにある(本稿八二頁以下参照)。

以上の記述のうち、訴提起行爲に内含せられる「訴訟上の請求」を以て相手方に對する實體法上の權利主張と説明したが、形成要求權を「訴訟の目的」とする創設の訴に於ては、其の主張の相手方は國家であり、被告に對しては單に其の者に對する關係に於て國家に對し形成要求權を主張する旨の陳述に過ぎぬ。即ち此の形成要求權は訴權と同じく國家に對し主張せられるのであるが、訴權は判決要求を内容とする形式的權利に過ぎないの對し、この形成要求權は、公法的實體權として具體的なる權

利主張と解するのであつて、夫れが訴權の求むる處の具體的内容を爲すこと、其の他の「訴訟上の請求」に於けると其の關係を同じふする。私としては、此の兩者を自同の觀念と爲すものでないことを茲に明確ならしめて置く。

V. 其の他訴訟法上の諸問題

以上述ぶる處、之れを要するに具體的なる訴訟事件の處理として現るる訴訟現象は、實體法・訴訟法の接觸面を爲すものなるが故に、訴訟理論の構造は必然的に實體法・訴訟法對立二元觀に立脚する必要ありとの方法論的立場に於て、先づ「訴」と「請求」との各意義並に其の相關々係を研討したのである。しかし訴訟理論は、經驗的なる具體的「訴訟」を對象とするのであるから、單に理論構造の完璧のみを以て足れりとするものでなく、廣く訴訟手續上に現るる各種問題の處理に付き、具體的妥當の結論に到達し得るものでなければならぬ〔一〕。この故に、從來議論のある訴訟法上の諸問題のうち、その若干を採り上げて方法論的反省を試みたいと思ふ。而してこれ等問題の處理に付ても、結局の處、訴訟理論に於ける最も基礎的なる「訴」と「請求」の意義並にその相關々係に迄遡り、若くはそれと關聯を有つことを見出すのである。

〔一〕 本稿前段八三頁參照。

第一 當事者の確定

當事者の氏名は、訴狀に表示せられるのであるが(民訴二二、四條一項)、確

定判決の既判力の及ぶべき人的客體を決定すべき所謂「當事者確定」に付き、必ずしも訴狀の當事者表示のみに依據することを得ない場合がある〔一〕。因つてこの當事者確定の基準に關しては、表示説(Erklärungstheorie)の外、意思説(Willenstheorie)、行動説(Handlungstheorie)、或は又「實體關係説」等が存するのであるが〔二〕、この問題に付き訴訟法的一元觀を執るならば、前掲諸學説のうち表示説に非ずんば行動説か、若くは意思説に従ふも訴訟法的なる判決請求意思に其の確定の基準を求めなければならぬ。併かしながら具體的妥當なる事件の處理は、時として當事者確定の基準を實體法關係に求むる必要を生ずるのであつて、かかる事情の下に、ドイツ大審院の判例に、訴訟の目的たる實體關係の内容に立入り、其の當事者を確定する方法に據れるものがある。例へば、

- 一 判決が手形引受人カー・ヨゼフに對し言渡された。而して其の手形引受は、原告に對し註文せし石炭代金に充當すべく、カー・ヨゼフ(父の事業を引継ぎたる父と同姓の息)に依りて爲されたのであるが、原告は永年の取引より推察して、其の石炭註文並に手形引受がカー・ヨゼフ(父)に依りて爲されたものなりと信じ、父に對し訴を提起した。大審院は被告の確定に付き原告の意思に依ることを以て無意義なりと做し、事件の内容に依り息を以て當事者と確定した(J.W. 1902. S. 164. Vgl. Kisch, a. a. O. S. 18)。
- 二 夫より妻に對する離婚の訴の訴狀が妾に送達せられ、而も其の訴訟の判決(離婚判決)が確定せる事件に付き、訴狀並に判決に其の名を表示せられたる妻を以て當事者なりと做し、從て其の確定判決に對して

は、妻より民訴法第五七九條第四號（日民訴四二〇條第三號）の代理權欠缺を理由として再審の訴を提起すべきものとせられた（Vgl. DJZ.1906. 68, 422.735 und 1907. 294 Rosenberg, Lehrb.S.113）。

又、我が大審院判例にも、

「死者ヲ被告ト表示シテ訴ヲ提起シタル場合ニ於テモ其ノ死者ノ相續人ハ當然其ノ訴ノ被告トナルモノトス」（昭和一一・三・一一・大民四判決、民集一五卷九七七頁）。

といふのがあつて、これ亦、實體關係に依り當事者を確定せしものに外ならない〔三〕。

斯く訴訟の當事者を實體關係に依り確定することは、元來、當事者なるものの意義に背くこと云ふ迄もないのであるが、具體的妥當を追求するが爲めには、當事者確定の基準を實體關係に求めざるを得ない場合の存することは、應てこの問題に付き訴訟法的一元觀を以て徹底し得ざることを示すものに外ならない〔四〕。畢竟するに訴訟は實體法實現のプロセスであり、實體法を離れて訴訟なるものはあり得ないのであるから、具體的訴訟に於て何人が當事者たるかは、訴の内容に依りて定めらるべきものであり、且つその爲めには、特殊の場合に限られるが、尙、原告の實體法的請求意思に則して、當該訴訟の目的たる實體關係に遡らざるを得ない場合があり得る〔五〕。されば當事者確定の問題は、實體法・訴訟法對立二元觀に立脚することに依りてのみ、具體的妥當の結論を見出し得るのである。

- 〔一〕 この當事者確定の問題に付ては、拙稿、訴狀に於ける當事者表示と當事者の確定（拙著、判例民事訴訟研究一卷四〇〇頁以下）参照。尙、文献に付ては同四〇一頁参照。
- 〔二〕 これ等學說の詳細に付ては、拙著前掲四〇六頁以下参照。
- 〔三〕 拙著前掲四一六頁・四三七頁参照。
- 〔四〕 問題は、如何なる基準に依るのが最も妥當なる解決を齎し得るか、又、其の基準を合理的に是認し得るかと云ふにある。例へば前記昭和十一年三月十一日大民四判決に對し、結果的妥當の問題を無視して、訴訟法的一元觀の立場から攻撃するが如きことは、實踐的なる訴訟理論として無意味である。この判例に對する河本氏の批評の如きも、その一例として擧げ得る（日本法學三卷三號一九頁）。
- 〔五〕 拙著前掲四一九頁参照。

第二 裁判上の和解

「裁判上の和解」の性質に關しては、從來異說がある。訴訟法的一元觀に立つ學說としては、當然、之れを訴訟法的に把握し、訴訟行爲と做さなければならぬのであるが、この裁判上の和解は、其の内容に於て訴訟の目的たる實體法關係に付ての互讓契約に外ならないが爲め、實體法關係を離れて單なる訴訟行爲としてのみ看することは出来ぬ。その故に、この立場からは、和解の内容は之れを私法上の和解契約^{（民六九條）}に委ね、「裁判上の和解」を以て、單に訴訟終了の合意^{（細野博士、要義、二卷五三二頁）}、若くは當事者雙方が和解に因りて生じたる法律狀態を裁判所に報告する合同行爲^{（兼子助教授、概論三四五頁）}なりと解する。しかしこれ等の見解は、單に訴訟法の立場から裁判上の和解に付き概念構造を試みたと云ふに過ぎないのであつて、現に多くの場合、裁判上の和解が口頭辯

論期日に於て裁判所の仲介に依りて成立し、夫れが調書に記載せられると云ふ經驗的事實を無視してゐる。具體的事件の處理を對象とする實踐的訴訟理論としては、訴訟手續上に於て實體法上の和解が行はれるといふ經驗的事實を對象とした理論構造でなければならぬ。

加之、判例は實踐的必要に促され、舊民事訴訟法の下に於て、裁判上の和解に付き、實體法上の瑕疵を理由とする其の無効並に取消の主張を許し（大正一一・七・八・大民三判決、民集一卷三七六頁。）、現行民事訴訟法に於ては、裁判上の和解に付き確定判決と同一の效力を與ふる旨の規定あるにも拘らず（民訴二〇三條）、尙、此の見解を支持する（昭和六・四・二二、大民三決）〔一〕。この判例の態度は、相當、訴訟法の規定を歪曲したものであるが、將來の改善は別として、現在の如く和解手續が屢々輕卒の裡に進行、完了せしめらるゝ状態下に於ては、蓋し已むを得ざる處であらう。而して訴訟法的一元觀の學說を以てしては、裁判上の和解に付き實體法上の事由に因る無効・取消の主張を許す結論には到達し得ないのである〔二〕。

〔一〕 ドイツ民訴法の解釋としても、同様の見解が執られてゐる（Rosenberg, Lehrb. § 134. III. 3.）。

〔二〕 尤も細野博士は、訴訟終了の合意たる裁判上の和解が、私法上の合意（民法上の和解）を以て其の有効條件とすることを認められるのであるが（同博士、前掲書五三三頁以下）、畢竟するに裁判上の和解に關する博士の見解が、訴訟法的一元觀に徹底せざることを示すものに外ならない（後段一四二頁註一參照）。

これ等の點を考慮した學說として、裁判上の和解は、訴訟行爲にして同時に私法行爲なりと云ひ(兩性説)、又、訴訟行爲と私法行爲とが併存すと做し(併存説)〔一〕、或は民法の規定する私法上の和解に訴訟の終結並に執行力といふ訴訟法上の効果が附加せられたるものと説明する(Stein-Jonas, Komm. Bd. II. zu § 794 II. (S. 627))〔二〕。要するにこれ等見解は、其の當否を別として、裁判上の和解に實體關係の内含を認むるものであり、畢竟するに實體法・訴訟法對立二元觀に立つ訴訟理論構造に外ならない〔三〕。而してこれ等理論構造に依りてのみ、裁判上の和解に付き實體法上の無効若くは取消の主張を許すことに付き合理的説明が爲され得るのである。

〔一〕 中島氏は、裁判上の和解の性質として兩性説を執られ(同氏、日本民訴法二卷九二四頁以下)、判例も「訴訟法上ノ和解ハ民法上ノ法律行爲タルト同時ニ訴訟行爲ナリ」と云ひ、この見解に従ふものの如くである(大正一一・七・八、大民二判決、民集一卷三七六頁)。又、山田博士の所説は、併存説の夫れである(同博士、改正民訴法四卷八七八頁。同判批民訴法一卷四〇〇頁)。これ等見解に對する方法論的批判は後述する。又、細野博士は、前述の如く訴訟上の和解を訴訟終了の合意と解すると同時に、裁判上の和解に付き與へられたる執行力は、私法行爲たる和解に與へたる訴訟法上の効果に外ならずと説明せられるものの如くである(前掲書五三四頁)。然らばこの私法上の和解も亦、裁判上の和解の一部を構成すると看なければならぬのであつて、畢竟するに博士の所説は、一種の併存説であり、而して博士が以て執行力の根源と做す私法上の和解を裁判上の和解の概念より排除した處に、其の所論の矛盾を見出すのである。

〔二〕 尙、ヘルウィツク、並にローゼンベルグも、裁判上の和解を以て私法上の法律行爲と做すのであるが、之れに因りて生ずる訴訟法上の効果との關聯に付ての説明が曖昧である(Hellwig, System, Bd. I. S. 626ff., Rosenberg, Lehrb. § 1

34. T. 1. 2.)。

【三】 これ等學者は、裁判上の和解に付ては實體法・訴訟法對立二元觀に歸する學說を執りながら、「訴訟上の請求」に付ては訴訟法的一元觀に立ち、之れに訴訟法的性格を付與して、相手方に對するに非ずして裁判所に對するものと做してゐること既に述べたが如くである(本稿四〇頁以下)。爰に方法論的不純正を見出すのみならず、「訴訟上の請求」を以て裁判所に對する權利主張と解しながら其の請求に付き爲さるゝ「裁判上の和解」に付き、同時に私法上の和解の存在を認むるも(兩性説若くは併存説)、實體法關係と訴訟法關係との間の論理的關聯を説明し得ない。シュタイン・ヨナスに於ては、裁判上の和解を以て私法上の性質のものとし、訴訟終結力並に執行力を以て、この私法上の和解に付せられた訴訟法上の效果と解することに依り巧に實體法・訴訟法間の關聯を見出してゐるが(Stein-Jonas, a. a. O.)、しかし私法上の和解が訴訟手續上に於て爲され、且つ夫れに訴訟法上の效果の付與せらるゝことを認むるのは、懸て訴訟の審理客體(訴訟の目的)が私法上の權利若くは法律關係たることを認むるものに外ならない。訴訟の目的に關するシュタイン・ヨナスの見解が曖昧なのは(本稿一六頁並に四四頁以下参照)、この邊にも理由があるのであらう。

惟ふに裁判上の和解は、訴訟手續の一部として當該訴訟の目的たる實體法關係に付き爲されるのであるから、それには實體法・訴訟法の雙方の關係を其の體系内に取入れた二元觀に立つ理論構造が與へられなければならぬ。前述の兩性説並に併存説は裁判上の和解にこの理論構造を與ふるものであるが、これ等の見解が、經驗的事實として一の和解契約に付き、訴訟行爲と私法行爲との兩性の具存若くは兩行爲の併存を認むるものならば(從來、この意味に於て主張せられてゐる)賛成し難い。蓋し訴訟行爲と私法行爲とは其の法律要件を異にするのであるから、一個の行爲に兩性を認む

ることは法論理的矛盾を犯すものであり、又、二行爲の併存を認むることは經驗的事實に反する一。又、私法上の和解契約に訴訟終結力並に執行力を伴ふとの説明は、畢竟するに夫れに訴訟行爲としての性格を認識することに外ならないのであつて、結局に於て前述の兩性説若くは併存説に合流せざるを得ないのである。

〔一〕 細野博士の所説は、結局の處、裁判上の和解を以て私法上の和解契約と私法上の訴訟終了の合意との併存を認むる一種の併存説と看すべきものなることは既に述べたが如くであるが(一四二頁註一)、この説明も亦、經驗的事實としての裁判上の和解に相應せざる理論構造と云はなければならぬ。

然らば如何に解すべきであらうか。以上の諸説は經驗的事實として裁判上の和解行爲に兩性を認め、或は二行爲の併存を主張するのであるが、元來、裁判上の和解を實體法・訴訟法の相關々係に於て認識すると云ふことは、一の方法論的主張に外ならないのであつて、經驗的事實としてその分析研討を要求するものではない。即ち問題は、一聯の裁判上の和解手續を實體法並に訴訟法の兩面から觀察して、夫れ夫れの法律要件を見出すにある〔一〕。而して裁判上の和解は、訴訟手續の一部として當該訴訟の目的たる「訴訟上の請求」を對象として爲されるのであるから、訴訟法の立場から觀察するならば、夫れは訴訟の目的に關する訴訟上の合意(訴訟行爲)であり、訴訟法は夫れに訴訟終結力と執行力とを與ふるのであつて、他面、實體法より觀れば夫れは民法の支配を受くべき私法上の和解(法律行爲)に外なら

ない〔二〕。而して裁判上の和解に付き實體法に依據する無効・取消の主張を許すか否かは、其の理論構造としては懸つてその訴訟行爲としての成立と法律行爲としての成立との間に不可分關係を認むるか否かに存するのである〔三〕。

〔一〕 例へば人の死亡は、實體法上相續開始の原因となり、訴訟法上には訴訟手續中斷の原因となるのであつて、一個の事實は一面に於て訴訟事實であると同時に、他面に於て私法事實であり得る。これと同じく、經驗的事實としての人の行爲が一面に於て實體法上の法律要件たると同時に、他面に於ては訴訟法上の法律要件を構成することは認められなければならない。

〔二〕 爰に實體法と訴訟法とは別個の法律の世界であつて、一聯の裁判上の和解手續に付き、夫れ夫れの世界に於て法律行爲としての成立と訴訟行爲としての成立を認むることは、經驗的事實としてこれ等二行爲の併存を意味するものではない。

〔三〕 この點に付き、判例は、不可分關係を認むること前述の如くである（本稿一四一頁參照）。反之、朝鮮高等法院判例は、この間の關係を以て可分とし、裁判上の和解に對しては、再審の訴に依るの外、其の取消・變更を爲し得ざるものとす（昭和一二・一二・一〇、朝鮮高民判決、司法協會誌一七卷一號六五頁）。

第三 請求の拋棄並に認諾

請求の拋棄並に認諾は、之れに因り訴訟を終結せしむるのであるから、その對象たる「請求」は、固より當該訴訟に於て原告の主張する「訴訟上の請求」でなければならぬ。而してこの「訴訟上の請求」をば訴訟法的一元觀の下に、「裁判所に對する權利主張」と解したのでは、請求の拋棄は、結局に於て訴の取下と自同の觀念に陥り〔一〕、又、請求の認諾に付ては、かかる意味に於ける請求と直接の關聯なき被告が認諾すると云ふ理解し難き矛盾を來さざるを得ない〔二〕。

〔一〕 尤も訴の取下が形式的意味に於ける訴権主張の撤回なるに對し、請求の拋棄を以て訴権の内容を爲す権利主張（訴訟の目的に關する）の撤回と解するならば、訴訟的一元觀を以てしても、訴の取下と請求の拋棄との間に一應、觀念的區別を設け得る。併かし其の間の訴訟手續上の區別と云へば、再訴が許さるるか否かに存するのみであり、而も再訴を許さざる訴の取下も亦存するのであるから（民訴二二七條二項）、經驗的事實として一個の行爲たる起訴行爲を分解して形式的なる訴権主張の撤回と訴訟の内容を爲す権利主張の撤回とを區別すべき學問的並に實踐的必要を見出し得ないのである。

〔二〕 この點に付はて既に述べたことがある（拙著、判例民訴研究一巻二八五頁）。

これ等の點を考慮したのであらう。ヘルウィックは、殊更に條文に存する「請求」の語を避け（獨民訴三〇六・三〇七條）、「訴の拋棄」(Klageverzicht)並に「訴の認諾」(Klageanerkennung)と稱し（System, Bd. I, § 149）、「訴の認諾」とは、其の内容に於て訴の理由あることの承認、換言すれば原告が其の申立通りの判決を受くべく爲した権利主張を正當なりと認むることであり、而して「訴の拋棄」は、原告の爲す反對の意味に於ける承認、即ち訴が理由なしと認むることに外ならないと云ふ（§. a. 0.）。ヘルウィックは公法的訴権學説を執る學者であり、訴と請求とを自同の觀念とは爲して居らないのであるが〔一〕、この場合「請求」と「訴」とを同一視したのは、彼の主張するが如く訴訟法的一元觀に基く請求概念を以てしては説明が附かなかつたからであらう。山田博士並に細野博士は、このヘルウィックの説明を其の儘に踏襲し、請求の拋棄並に認諾を以て、訴訟の目的たる権利若くは法律關係の存否に關する原告の主張を原告自ら理由なしと自認

し、又被告が夫れを理由ありと自認することなりと説明せられる〔二〕。兩博士が、ヘルウィックの如く「請求の拋棄・認諾」を「訴の拋棄・認諾」と稱せらるることなくして、尙、ヘルウィックと同一の説明を與へられて怪まないのは、恐らく既に述べたが如く訴と請求との相關關係に關する兩博士の考へ方に不徹底且つ矛盾があり、一面に於てこの兩者を自同の觀念と爲す理論構造に陥つてゐることに胚胎するのであらう〔三〕。又シュタイン・ヨナスに於ては、拋棄並に認諾の對象を正當に「訴訟上の請求」と解するのであるが〔四〕、夫れは「訴訟上の請求」を以て「權利主張」と看ずして單に「法效果」と做し、斯くして「訴訟上の請求」に付き其の主張方向決定の問題を避けたるが爲めであつて、斯かる「訴訟上の請求」概念が不徹底のものなることは既に述べたが如くである〔五〕。又、ローゼンベルグは、「訴訟上の請求」を以て、裁判所に對する「法效果の確定要求」と看ること既述の如くであるが〔六〕、請求の認諾の對象をば、「訴訟上の請求」即ち「原告の爲す權利主張」であると云ひ、結局に於て「請求の拋棄・認諾」の對象をば權利主張と解し〔七〕、而も其の權利主張の方向は之れを明にして居らない。又、彼は、ヘルウィックと同じく「訴の拋棄」、「訴の認諾」の術語をも使用してゐるのであつて、「訴訟の目的」としての「訴訟上の請求」概念の比較的鮮明なるに反し、拋棄・認諾の客體としての請求概念が曖昧である。この事は、「訴訟上の請求」概念の構成に付き訴訟法的一元觀を徹底し

得ざる明證であらねばならぬ。

- [一] 本稿一一・一四・四二頁以下参照。
- [二] 山田博士、改正民法四卷八一六・八四二頁。細野博士、要義二卷五四三頁。中島氏も亦、同様の説明をせられる(同氏、日本民法二卷九五九頁)。
- [三] 本稿四九・五二頁参照。山田博士はその最近の論文に於て、請求の拋棄をば「原告が訴の原因(訴訟物)として主張したる権利の存否に關する自己の主張の誤まれることを認識し報告(裁判所に對し)する訴訟行爲を云ふ」と説明せられるのであるが(法叢四一巻一號一七頁)、この意味に於ける「請求の拋棄」は、正しく訴の拋棄であらねばならぬ。
- [四] Stein-Jonas, Komm. Bd. I. zu § 306. I. 1. (S. 879), zu § 307. I. 1. (S. 881).
- [五] 本稿三二頁以下参照。
- [六] Rosenberg, Lehrb. § 88 II. (S. 274). 本稿三四頁以下参照。
- [七] Rosenberg, a. a. O. § 137. I. 2. (S. 458). II. 1. (S. 463).

要之、「請求の拋棄・認諾」の對象は「訴訟上の請求」であるが、この「訴訟上の請求」をば、訴訟法的一元觀に依り裁判所に對する權利主張と解するならば、「請求の拋棄・認諾」に關する理論構造が曖昧たらざるを得ないのであつて、結局ヘルウィックの如く、それを「訴の拋棄・認諾」として説明する外なきに至るのである。この場合にも、實體法・訴訟法對立二元觀の下に「訴訟上の請求」概念を把握することに依りてのみ、矛盾なき理論構造が可能ならしめられる。詳言すれば「訴訟上の請求」は、訴の形式を以て爲さるる實體法上の權利主張(相手方に對する)なるが故に[一]、其の拋棄・認諾は、訴訟手續に於て爲さるることを必要とし、且つ訴訟法は、之れに訴訟終結力、執行力等の訴訟法上の効

果を付すると同時に、他面、夫れは「訴訟上の請求」として爲さるる實體法上の権利主張の拋棄若くは認諾なるが故に、又私法理論の支配をも受くる〔二〕。而して我が現行民訴法は、ドイツ民訴法の如く拋棄若くは認諾に基き判決を爲さないのであるが故に（獨民訴三〇（六・三〇七條）、その私法行爲としての成立と訴訟行爲としての成立との間に、裁判上の和解に於けると同様な關係に於て、其の間に不可分關係を認むべきか否かの問題を生ずるのであるが、これは、實體關係の處理に付ての訴訟の機能を、幾許の程度に於て認むべきかと云ふ法律政策的見地に立ちて、解決せられなければならぬ問題である〔三〕。

〔一〕 本稿前段一三二頁參照。

〔二〕 實體法上より「請求の拋棄・認諾」を觀察する場合には、夫れは權利の一方的拋棄並に相手方の一方行爲に依る其の承認に外ならない。ローゼンベルグは、訴訟上の請求の拋棄・認諾を以て、民法上の拋棄・認諾とは異別のものとして其の差異を表解するが、要するに彼は、訴訟法的一元觀に依り、「訴訟上の請求」を實體法上の權利主張と異別のものとして爲すに外ならない。

〔三〕 ドイツ民訴法の解釋としては、拋棄・認諾に基き判決を爲したる後は控訴に依り、又、控訴判決言渡後は再審の訴に依るに非ざれば（又其の制限に従ひてのみ）、實體法上の理由に基き拋棄・認諾の無効又は取消の主張を許さぬといふのが通説である Stein-Jonas, Komm. Bd. I. zu § 306 IV. (S. 881), 711 § 307, V. (S. 886), Rosenberg, Lehrb. § 137. I. 5. a (S. 461).

我が舊民訴法は、ドイツ民訴法と同じく拋棄・認諾に基き判決の言渡を爲すべき規定を存したのであるが（舊民訴二二九條）、この規定の下に於て、判決確定前の事案に付き、請求の認諾に對し實體法上の無効若くは取消原因の主張を認むる趣旨の判例がある（明治三七・七・一、大民二判決、民錄一〇輯九八九頁、民抄錄二二卷四三九頁）。又、現行民訴法の下に、原告の家督相繼回復請求を被告が認諾し

たにも拘らず、原審が其の認諾を容れずして原告に家督相續回復請求權なしとして、其の請求を棄却した事案に付き、大審院は原審判決を是認し、次の如く判示して上告を棄却した。

「按スルニ民事訴訟法第二百三條ノ規定ニ依レハ請求ノ認諾ハ原告ノ請求ヲ正當トスル被告敗訴ノ終局判決ニ代ル效力ヲ有スルモノトス然レトモ原告ノ開示スル事實關係ニシテ其ノ主張ノ如キ法律上ノ效力ヲ生セス其ノ請求ヲ正當ト爲スニ足ラサルモノナランニハ縱令同事實ニ付被告之ヲ争ハス又ハ十分ニ證明セラレタル場合ト雖モ原告ノ請求ハ竟ニ排斥セラルヘキモノナリト同様縱シ被告ニ於テ原告ノ理由ナキ事實ニ基ク請求ヲ認諾シタリトスルモ認諾ノ效果ハ發生セサルモノト解スヘキモノトス今本件ニ付テ之ヲ觀ルニ本件當事者ノ争ナキ事實關係ノ下ニ在リテハ當事者ノ主張スル如キ法律上ノ效果ハ發生スルニ由ナク上告人ハ亡藤田三吉ノ家督相續人タル地位ヲ取得セサルモノナルコト前點ニ對シ説明スル如クナレハ原裁判所カ被上告人ノ認諾アリタルニ拘ラス上告人ノ請求ヲ理由ナキモノトシテ排斥シタルハ毫モ違法ニ非ス本論旨理由ナシ」(昭和九年一月一七日大民四判決民集一三卷二二九九頁)。

而してこの判決理由に云ふ、「當事者ノ主張スルカ如キ法律上ノ效果」とは固より實體法上の效果を指すのであつて、この判例は、裁判上に於ける請求認諾の效力を其の實體法上に於ける效力にかからしめたものに外ならない。

第四 訴訟上の請求の個數

實體法は、請求の個數を其の法律要件に従て決定する。例へば同一配偶者間に於て民法第八一三條所定の數個の離婚原因あるときは、數個の請求權の發生を認むるも(請求權競合^{請求權競合} *Anspruchskonkurrenz*) [一]、之れに反し法條競合(*Gesetzeskonkurrenz*)の場合には、法律要件の單數なるの故を以て、一個の請求權の成立のみを認むる [二]。而して其の請求が訴訟に於て爲さるる場合、私法的訴權說の下に於ける私法的一元觀に依れば、固より「實體法上の請求」個數に依り訴訟上の請求の個數が決定せられる [三]。従て獨立

なる若くは競合せる數個の請求に付き、形式的な一個の訴を提起するも、夫れは内容に於て數個の訴の併合であり〔四〕、反之、法條競合の場合には、それを實質的な一個の訴と做し、競合せる各法條に依る主張を獨立なる攻撃方法の主張と看るのである〔五〕。

〔一〕 請求權競合に關しては、中島博士、請求權の競合（同博士、民法論文集）。川島武宣氏、請求權の競合、法律學辭典Ⅲ、一四九二頁以下（本書に文獻引用あり）等。又、その訴訟法との關係に付ては、Behrends, H., Die Anspruchshäufung im ZP. 1935, Lent, F., Zur Abgrenzung der Anspruchsmehrheit von der Mehrheit der Klagegründe, ZZP. Bd. 57 (1933). 其の他、拙著、民訴法講義案中巻一分冊一四九頁文獻欄参照。

〔二〕 Lent, F., Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht u. Zivilprozess. Bd. I. S. 70. しかし我が民法には、法條競合の概念に最も良く適合するドイツ民法第八二三條一項と同二項並に第八二六條或は又第八一二條と第八一六條の如き規定の併存を見出さないと同時に、異説あるも債務不履行と不法行為、事務管理と不法行為等の間に付き、學說、判例とも法條競合を否認して、請求權競合を認めてゐる（川島氏、前掲法律學辭典Ⅲ、一四九三頁以下参照）。

〔三〕 ドイツ普通法當時に於ては、請求權競合論が訴競合論（Klagenkonkurrenz）として論じられたのは此の故である。

〔四〕 實體法に於ける請求個數の決定は、抽象的概念たる法律要件を基準とする爲め、之れを其の儘「訴訟上の請求」——訴——に移すことは、具體的な事件の處理を内容とする「訴訟」の特性に反する。例へばこの見解に従ふならば、數個の離婚原因を主張することは、數個の訴の併合であり、從て同一夫婦間に於て數個の離婚を求むるといふ理解し難き結論に到達せざるを得ないのも、その故である。

〔五〕 Lent, a. a. O. Bd. II. S. 107.

併しながら訴訟法が、制度的にも學問上にも、實體法に對する獨立の分野を占むるに至つて、實體法に隸屬せざる「訴訟上の請求」概念の構成せらるるに至つたことは既に述べ來つたが如く

である。従てこの「訴訟上の請求」に付ても、亦、實體法上の夫れと異つた、その個數決定の基準が求められなければならない。

而して「訴訟上の請求」概念に付き、訴訟法的一元觀を徹底せしむれば、結局に於て夫れは裁判所に對する「判決の要求」として、所謂「權利保護要求」と自同の觀念と做すか、或は實體的なる權利主張として「權利保護要求」の内容と看るかに歸する〔一〕。従てこの理論構造の下に於ては「請求」に依りて「訴」の個數が決定せられるのでなくして、「訴」——權利保護要求——に依りて「請求」の個數が決定せられるのでなければならない〔二〕。この關係を最も良く表明してゐるのはニキッシュである。曰く

「權利保護要求なき權利主張は、訴訟上の請求ではあり得ない。又、權利主張なき權利保護要求は其の對象を缺く。されば訴訟上の請求と權利保護要求とは相互對應するものであり、従て權利保護要求の個數が請求の個數を決定しなければならない。原告が一個の權利保護要求を爲す場合には單數の請求が存し、權利保護要求が複數なれば請求も複數である」(Nikisch, a. a. O. S. 83)

と。寔に明快である。又、ローゼンベルグは、同一なる事件の内容(Sachverhalt)若くは事件の經過(historische Vorgang)と同一なる申立とに依り一個の訴訟上の請求を生ずると説明してゐるのであるから、大體、ニキッシュと同一見解と看ることが出来る〔三〕。

〔一〕 本稿三四頁以下、同七五頁以下。

〔二〕 公法的訴權學説を執りながら「訴訟上の請求」概念の構成に付き、實體概念を

脱却し得なかつたヘルウィツク並にシュタイン・ヨナスに於ては、「訴訟上の請求」個数の決定に付き、かかる徹底せる態度を執つて居らないのは當然であるが、尙同時に必ずしも實體法上の請求権概念にも依據してゐない。例へば選擇債務を數個の訴の併合とせせるなど、その一例である (Hellwig, System, Bd. I. S. 322)。

我が國では、細野博士並に山田博士は、訴訟上の「請求」を以て、大體裁判所に對する「権利保護要求」と看らるるもの如くであるが(本稿四九・五二頁)、「訴訟上の請求」の個數に付ては、大體に於て實體法上の請求個數を基準とせられてゐる(細野博士要義二卷一頁以下。山田博士、日本民法論二卷一一五頁以下)。而して細野博士の見解に付ては、博士が數個の離婚原因を主張する場合を數個の訴の單純併合とせらるる點を擧げ、既に其の理論構造上の缺陷を指摘した(本稿五四頁)。又、山田博士は、その最近の論文に於て、「訴訟上の請求」を國家司法機關に對する「権利保護の要求」と解するのが、その「正當なる意義」であると云ふ説明に引續き、この判決請求の個數は、實體法上の権利の個數に依り決定せられるものと主張せられ、從來、數個の訴の併合とせられた選擇給付の訴を單一訴訟に擧げられ、全く本文に述ぶるニキツシュと反對の見解を執られてゐる(同博士、前掲、法叢四一卷一號一五頁、二〇頁以下)。しかし判決請求、從て「訴訟上の請求」が實體法上の請求個數に依りて決定せられると云ふならば、「訴訟上の請求」の實體法に依存することを認むるのであつて、然らば山田博士の考へ方としても、寧ろ實體法上の権利主張、即ち博士の所謂「訴訟物たる権利の存否に關する主張」が、「訴訟上の請求」の「正當の」若くは「本來の」意味となさなければならぬであらう。

[三] Rosenberg, Lehrb. § 88. II. 3a (S. 227).

しかしこの様に「訴訟上の請求」の個數決定に付き、原告が訴を以て主張する権利保護要求の個數を基準とすることは、「訴訟上の請求」が實體法に依據する事實を無視するの非難を免れないのみならず、この基準に従ふならば、請求権競合の場合は、凡て實質的一個の訴——一個の「訴訟上の請求」——と云ふこととなり[一]、一個の「訴訟上の請求」の範圍が、一個の訴に於て

爲さるべき訴訟技術的に可能且つ妥當なる審理範圍を超ゆる場合を生ずる。殊に確定判決に對し既判力を付與することは、制度的には、その判決の對象たる「訴訟上の請求」に付ての審理の充足を前提としなければならないのであるが、現在の裁判所の能力、而も當事者辯論主義の下に於ては、斯くも其の單位を擴大せられた「訴訟上の請求」の全般に互り審理することの不可能なる場合を尠しとしない〔二〕。因つてこの見解に従ふ學者は、他面に於て種々なる見地の下に、審理の範圍並に既判力の客觀的限界を縮小せんと試みてゐる。併かしながらその孰れも理論的根據に乏しい。

例へば

- (一) レントは、「訴訟上の請求」を純訴訟的に理解し、之れを「訴の申立」と自同の概念と做すのであるが、現行訴訟制度の下にては、その「訴の申立」に對する裁判所の全面的なる審理の不可能なることを認めて、裁判所は、當事者に依りて主張せられた實體法上の構成要件と其の法效果に付てのみ審理裁判すべき旨を説いてゐる〔三〕。しかし裁判所に依りて審理判決せられざる「訴訟上の請求」なるものは無意味であらう。結局、裁判所に於て審理判決せらるる處のもの（其の範圍に於て）即ち「訴訟上の請求」と云はなければならぬ。
- (二) 次にローゼンベルグは、請求權競合を以て一個の「訴訟上の請求」と看るのであるが、既判力の客觀的限界に付て

は、裁判は、その裁判に於て認められた法律上の性質 (rechtlichen Qualifikation) に於て法効果の存否を確定すると云ひ〔四〕、結局、實體法上の請求権競合の場合、一の請求権のみに付き審理判決を爲せるときは、その請求権に付てのみ既判力を生じ、他の競合せる請求権に既判力を及ぼさないと説明してゐる〔五〕。かかる見解は不徹底であり、且つレントに於けると同一の非難を受けなければならぬ〔六〕。

(三) 又、彼は、同一なる事件の内容と同一なる申立の下には、一個の訴訟上の請求あるのみと云ひながら、所謂、想像的競合 (Idealkonkurrenz) の場合、例へば同一金銭授受に基く貸金請求と手形金請求とは二個の請求として訴の併合なりと説明する〔七〕。しかし想像的競合は、法條競合の一種とも看られるのであるから、レントの如く請求権競合の場合を數個の「訴訟上の請求」と做し、この「想像的競合」の場合を「法條競合」に於けると同じく單數の「訴訟上の請求」と看することは理解することが出来る〔八〕。然るに彼の如く「請求権競合」の場合に一個の訴訟上の「請求」を認めながら、想像的競合の場合を數個の「訴訟上の請求」の併合と看することは全くその理由を缺く。蓋し訴訟上の請求單位の擴大を防止せんとする意圖以外の何ものでもあり得ない。

〔一〕 請求権競合の場合を一個の「訴訟上の請求」、從て實質的一個の訴と看る場合には、競合せる數個の請求権の主張は、獨立なる攻撃方法の主張であり (民訴一八四條)、從て其の一に付き審理を爲し、訴訟が裁判を爲すに熟するときは、他の

請求權に付き判決を爲すことを要しない。

〔二〕 当事者が金錢の支拂を求むる判決の申立てを爲した場合、裁判所が職權を以て事實上並に法律上のあらゆる見地から審理を遂ぐることは、現在の民事裁判所の機能をしては不可能を強ふるものであるばかりでなく、裁判所が当事者の申立てざる事項に付き判決を爲すことは、許されないのである(日民訴一八六條、獨民訴三〇八條)。

〔三〕 レントの所説に付ては、既に之れを述べた(本稿三六・六四・六五頁)。

〔四〕 Rosenberg, Lehrb. § 156. I. 1. (S. 526). 本稿五九頁参照。

〔五〕 Rosenberg, a. a. O. § 88 II. 3c (S. 278/9).

〔六〕 ローゼンベルグは、彼の所謂「訴訟上の請求」に付き、全面的に既判力の生ぜざる理由として、既判力ある確定判決に至る迄は、其の請求の法律上の性質が不確定であり、且つ其の權利(若くは法律關係)が如何なる法條(例へば契約か不法行為か)に依り其の存否を確定せらるるかが不明であることを挙げ、結局、數個の實體法上の請求權が主張せられ、その一に依りて裁判せられたる場合には、他の請求權に付ては既判力ある裁判は存在しないと説明する(a. a. O. S. 278/9)。現在の訴訟制度の下に於て正しく其の通りであり、又、その如くであらねばならないのであるが(既判力の範圍に關し)、裁判所は、原告の申立てた範圍に於てのみ審理判決を爲し得るのであるから、訴訟上の請求も、亦、既判力と同じく、原告が其の請求に付き主張する法律上の性質(實體法上の)に依り限界されなければならぬ。尙、既判力の限界を訴訟上の請求の夫れよりも狭く解することは、訴訟法上の理論として全く其の根據を存しないのであるが、これ等は別の機會に詳述するであらう。

〔七〕 Rosenberg, a. a. O. §§ 88 II 3. a. B (S. 277). 彼は、請求權競合に於けると異なり、この場合には兩請求に付き事件の内容(Sachverhalt)に差異があると説明する。しかし上例の場合にても、金錢を貸付け、消費貸借證書を作成すると共に手形を受取つたと云ふことが「事件の内容」であり、貸金請求の場合には「手形の授受」をその法律要件外に置き、又、手形金請求の場合には、消費貸借證書を其の法律要件のうちに加へないのであるが、かかる關係は請求權競合の場合にも存する。例へば不法行為と債務不履行の場合、債務不履行に付ては「故意」を其の法律要件

外に置くのである。さればこれ等想像的競合の場合、數個の「訴訟上の請求」を認むならば、請求權競合に付ても亦同様でなければ、一貫せる理論構造とは云ひ難い。
 [八] Z. B. Lent, a. a. O. Bd. II. S.110.

要之、「訴訟上の請求」を純訴訟法的に理解する場合、其の個數は、判決要求の單位に其の決定の基準を求めなければならないのであるが、夫れにては、審理判決の對象たるべき請求の範圍が、訴訟實踐的に餘りに擴大するの不都合を有つ。素、「訴訟上の請求」は、實體關係に其の基礎を置くのであるから、一面に夫れが訴訟手續に於て訴の内容として主張せらるることを考慮しなければならないが、其の反面として「訴訟上の請求」の有つ實體要素を全然其の考察の範圍外に棄て去ることは出来ぬ筈である。この故に「訴訟上の請求」の個數決定に付ても、亦、實體法・訴訟法對立二元觀に依りてのみ妥當なる結論に到達し得るのである。

惟ふに「訴訟上の請求」を以て、訴の内容を爲し、訴訟の形式に依る「實體法上の權利主張」と解する場合〔一〕、其の請求は實體法上の法律要件を具備するものとして主張せられるのであるから、其の個數は本則として實體法上の法律要件、即ちその多くの場合は、實體法上の請求個數決定の基準に従ひて決定せられなければならない〔二〕。しかし尙、他面に於て夫れが訴訟手續に於て、訴の内容として主張せられるのであるから、其の範圍に於て訴訟法規と法理とに依り支配せられると云ふことも考慮し

なければならぬと考へる。この立場に於て「訴訟上の請求」——訴——の個數を決定せんとする場合、具體的には種々意見の相違もあり得るのであるが、私は大體に於て次の如く解する（但しこの問題を詳説するには、訴狀に記載せらるる請求の趣旨並に原因論に聯關しなければならぬが故に、爰には單にその梗概を述ぶるに止むる）。

(一) 請求權競合の場合、その競合せる請求權が相互獨立なれば、「訴訟上の請求」は、實體法上の請求權の夫れ夫れの主張として現はれ、従て形式的な一個の訴に於て競合せる數個の實體法上の請求權を主張する場合には、數個の「訴訟上の請求」——訴（實質的意味に於ける）——の併存と見なければならぬ。即ちこの場合、客觀的訴の併合〔三〕を認むるのであつて、其の併存の態様としては、「擇一的併合」(Alternative Klagenhäufung)となり、或は「豫備的併合」(Klagenhäufung mit Eventualanträge)となる〔四〕。之れに該當する場合としては、占有訴權と物上請求權、契約不履行と不法行爲、事務管理と契約若くは不法行爲等に基く各請求である。これ等請求の一に付き爲された確定判決は、他の請求に付き既判力を生ぜざると同時に、これ等請求が形式的な一個の訴を以て爲された場合には、各請求に付き判決を爲すことを要する（即ち其の一の請求理由ありと認むるときは、他の請求に付き棄却の判決を必要とする）。

想像的競合の場合も、亦、實體法上各請求は獨立なのであるから、各請求の主張は、數個の訴訟上の請求の擇一的併合と看なければならぬ〔五〕。又、被告に選擇權ある選擇債權・債務の場合、即ち選擇給付の請求に付ても、各請求に付き「訴

訟上の請求」の成立を認め、従て其の請求訴訟をば、選擇的併合關係にある訴の併合と解する。蓋し訴訟に於ては、選擇的一個の給付を請求するのではなくして、選擇的關係にある數個の請求を爲すものと解しなければならないが故である〔六〕。

- (二) 反之、請求權競合の場合、その競合せる請求權の一方が他の一方に對し補充關係 (Subsidiarität) にあるときは、この競合する數個の請求權(實體法上)の形式的一個の訴に依る主張は、一個の「訴訟上の請求」と看なければならぬ。實體法上相互獨立に非ずして補充關係にある數個の請求をば、前後の順位を附し一訴に於て爲す場合、夫れを一個の「訴訟上の請求」と看るのは蓋し當然であらう。之れに該當する例としては、不法行爲上の請求と不當利得に基く請求、又、不法行爲に基く請求のうち民法第七〇九條に依る請求と第七一四條若くは第七一五條に依る請求、同第七一五條に依る請求と第七一七條に依る請求等々を、夫れ夫れ併合主張する場合である。従てこれ等訴訟に於ける各請求の主張は、實質上一個の訴の内部に於ける獨立なる攻撃方法の主張となるが故に、第一順位の請求を理由ありと認むるときは、補充的地位にある他の請求に付き裁判を爲す必要なく、又、その確定判決は、補充的請求にも其の既判力を及すのである。しかし以上の各請求を別訴に於て主張する場合には、各請求は獨立にて主張せら

れるのであるから、その夫れ夫れに付き別個の「訴訟上の請求」の成立を認めなければならない〔七〕。

法條競合の場合も、以上と同様に解しなければならぬ。但し我が民法の下に、學説・判例が「法條競合」として認めてゐる場合が、殆んど見當らない〔八〕。

- (三) 最後に、訴訟が別訴を禁止し、一訴に依る請求を強制する場合には、假令、實體法上、各請求獨立のものとなせられても、尙訴訟法上には一個の「訴訟上の請求」と做さなければならぬ。蓋し實質的一個の訴に於ては、一個の「訴訟上の請求」を爲し得るに止まるからである。之れに該當する場合としては、婚姻の無效若くは取消又は離婚の訴（人訴九條）並に養子縁組の無效若くは取消又は離縁の訴（人訴二
六・九條）及び判決に因りて確定したる請求に関する異議の訴（民訴五
四五條）等がある。

- 〔一〕 各種、執行異議訴訟の如き、所謂、「訴訟訴訟」(Prozess-Prozess)の場合には、實體法と關聯はない。しかしながらこの場合でも、訴訟法に依據する其の請求(例へば執行不許の請求)は、訴即ち訴權の主張の内容を爲すのであつて、其の間の關係は、實體法上の權利主張に於けると異なる處はない。
- 〔二〕 權利若くは法律關係確認の訴に於ては、訴訟の目的たる實體法上の權利若くは法律關係の個數を基準とする。
- 〔三〕 ニキツシュは、訴の併合(Klagenhäufung)とは、實は請求の併合(Anspruchshäufung)のことであると云ひ、術語の不精確なることを指摘してゐる(Nikisch, a. a. O. S. 83. N. 1)。しかし「訴訟上の請求」が、訴を以て主張せられるのであるから、請求の併合は即ち訴の併合であつて、訴の併合と云ふ術語を排除するわけには行かない。結局、手續上に於ける訴(形式的意義に於ける訴)の個數と、「訴訟

上の請求」の表現としての訴(實質的意義に於ける訴)の個數とを區別して考ふる外はない。

〔四〕 拙著、民訴講義案中卷一分册一五四頁以下参照。

〔五〕 先に想像的競合の例として擧げた同一金錢授受に付き消費貸借に因る請求と手形金請求(本稿一五六頁註七)とを請求權競合の事例として看る見解もあるが(川島氏、前掲法律學辭典Ⅲ、一四九三頁上段)、斯く解するとしても、尙、夫れは數個の訴の併合と看るべきであるが故に、訴訟法上異なる結論には到達しない。

〔六〕 選擇的給付請求に付き、裁判所は單一なる給付請求を認むる場合もあり得るのであつて、若しこの場合の訴訟上の請求を、山田博士の如く飽迄一個の「選擇的給付請求」と看るならば、遂に其の請求は棄却されなければならぬ(山田博士、前掲法叢四一卷一號二二頁)。

〔七〕 従て相互補充關係にある請求權のうち、その一の請求を否定した確定判決は、後訴に於ける他の請求に付き既判力を及すものでない。しかし一の請求が判決に依り肯定せらるるならば、其の旨の確定判決の結果的效力(Folgewirkung des Urteils)として、他の請求は實體法上成立の餘地なきに歸するが故に、訴訟に於けるその請求は、實體法上理由なきものとして棄却せられなければならぬ。而して其の請求棄却は、前訴確定判決の既判力に因るものではない。序ながら訴訟の繫屬中、その訴訟の目的たる請求と補充的競合關係にある請求に付き別訴が提起せられたる場合には、重複訴訟と看るのが相當であらう。蓋し後訴の請求は、前訴に於て獨立なる攻撃方法として主張し得るが故である。

〔八〕 本稿一五一頁註二参照。

第五 既判力の對象と其の限界

既判力(Rechtskraft)の意義並に性質に付ては、別段條文に示されてゐないが、要するに確定判決の内容を爲す具體的なる法的判斷に對し與へられた規範的效力であり、訴訟手續上には、専ら爾後訴訟に於ける法的拘束力、即ちこの判斷に牴觸する主張並に裁判を爲し得ざる效力として現れる。而して裁判は、訴

訟の目的たる原告の「訴訟上の請求」に付き爲されるのであるから、確定判決の既判力は、當然この原告の「訴訟上の請求」を以て其の對象と爲すと共に、又、之れを以て、既判力の有つ法的規範性の限界（實質的若くは物的限界）と爲されなければならない。

されば既判力の本質論を初めとし、殊に其の客觀的限界決定に付ては、先づ「訴訟上の請求」概念を定立する必要がある。即ち「訴訟上の請求」概念が定立せられ、其の個數決定の基準を見出すことに依り、初めてこの「訴訟上の請求」を對象とする既判力の本質の闡明と、其の客觀的限界の決定とが可能なのであつて、從來この點に關する充分なる反省が缺けて居たと云ふことが、今日迄の既判力に關する學說並に判例を紛糾せしめし因となつたのである。しかし基礎理論に互る既判力の本質論に付には、改めて論ずることとし、爰には専ら訴訟に於て實際問題として争はれ、又、判例のうちにも屢々現るゝ處の既判力の客觀的限界に付き、二・三の判例を中心として考察して見る。

(一) 先づ「法律行爲ノ取消ニ因ル不當利得返還請求權ヲ否決スル判決ノ確定力ハ同一法律行爲ヲ無効ナリトシテ爲ス不當利得返還請求ノ訴ニ及フモノトス」（昭和三・八・一、大民四判）（決、民集七卷六八七頁）と云ふ判例を取り上げて見る。その判決理由に曰く、

「取消シタル法律行爲ハ始メヨリ無効ナリシモノト見做サルルカ故ニ已ニ取消權ノ行使セラレクル以上此ノ法律行爲カ當然無効ナリシ場合ト其ノ無効タルニ於テ毫モ擇フトコロナシ夫レ已ニ無効タルニ於テ

ナリ或債權契約ハ當然無効ナルカ故ニ此ノ債權契約ノ履行トシテ給付シタルモノハ不當利得トシテ其ノ返還ヲ請求スト云フモ將タ取消ノ結果無効トナリタルカ故ニ不當利得トシテ云々ノ返還ヲ請求スト云フモ其ノ不當利得返還請求權ソノモノトシテハ一アリテ二無シ蓋當然ノ無効ト取消ニ因ル無効ト兩様ノ無効アルニ非サレハナリ然ラハ則チ當然ノ無効ヲ請求原因トスル不當利得返還請求權ノ訴ト取消ニ因ル無効ヲソレトスル不當利得返還請求權ノ訴ト其ノ請求即訴訟物ハ正シク同一ナルカ故ニ已ニ第一ノ訴ニ於テ當該請求權ヲ否定セラレタル以上此ノ判決ハ當然ニ第二ノ訴ニ其ノ確定カヲ及ホスコトマク多言ヲ俟タス云々」

と、専ら實體法に其の論據を求めて法律行為の取消に因る「不當利得返還請求權」と、同一法律行為の無効を原因とする「不當利得返還請求權」とが同一のものなることを判示してゐる。しかし同じく不當利得返還請求權と云ふも、法律行為の取消を原因とするのと、其の無効を原因とするのとは、實體法上其の法律要件を異にするのであつて、抽象的なる實體法理論としては、この兩者は飽くまで別個の請求權と看なければならぬ。尤も具體的の事件に於て同一法律行為に付き兩請求が爲さる場合には、前掲判決理由に云ふが如く、結果に於て同一請求に歸するのであるが、この場合の請求は、既に抽象的なる實體法概念より離れた具體的なる「訴訟法上の意味に於ける請求」即ち「訴訟上の請求」に外ならない。而もこの場合同一請求と看るのは、ニキッ

シュの主張するが如き、「訴訟上の請求」の個数は、「判決要求」の個数を基準として決定せられると云ふ訴訟法的一元觀に基く見解に外ならないのである〔一〕。さればこの判決は、實體法に論據を置くものの如くにして、其の實、訴訟理論に依據したものであり、且つ既判力の對象を、「判決要求」としての（若くは夫れに依り個数の決定せらるる）「訴訟上の請求」と看るのであつて、従てこの判例に付ての批判の重心は、爰に求めなければならない〔二〕。しかしこの判例の云ふ處は、結局に於て「訴訟上の請求」の個数は、判決要求の個數に依りて決定せられると云ふに歸するのであるが、斯く主張するローゼンベルグ、レント等も、この判例の如く「訴訟上の請求」に對し、全面的に既判力を生ずることを認めては居らぬこと、既に述べたが如くである〔三〕。蓋し審理の充足を缺く處に既判力を認め得ないが故である〔四〕。即ちこの判例は、既判力の客觀的範圍を餘に擴大したるの缺陷を有つ。

〔一〕 本稿一五二頁參照。

〔二〕 この判例に對し、我妻教授は、請求原因論に基き批判せられてゐる（判例民事法昭和三年度六七七事件）。しかし請求原因に關する所謂事實記載說並に特徴表示說（同一認識說）との對立は、訴の變更許否に關する訴訟技術的問題を中心とする論争であり、殊に舊民事訴訟法は、被告の同意なき請求原因の變更を許さなかつた處から（舊民訴一九五條第三）、結果的妥當を追及して歪曲せる議論に陥れるものが尠くないのであつて、この問題を、從來の請求原因論に依據して解決せんとすることは、之れを避けなければならない。若しこの判例が、我妻教授の主張せらるるが如く、贈與契約の當然無效の主張をば、取消に因る無效の主張に改むることが訴の原因變更に非ずと云ふ判例（大正六・五・一一、大民二判決、民錄二三輯

七八九頁)の理論を發展せしめたものであるとするならば、夫れは「訴の變更」問題に局限せられた判例意見を不當に擴大したものでなければならぬ。

〔三〕 本稿一五四頁以下参照。

〔四〕 本稿一五四頁参照。

この判例に對する私の見解としては、既に「訴訟上の請求」の個數に關する研究に際し表明したが如く、「訴訟上の請求」の個數は、「判決要求」の個數を基準として決定すべきものではなく、原則として實體法上の請求個數決定の基準に従ふべきものとする立場に立つ〔一〕。然らば法律行爲の取消に因る不當利得返還請求權と、同一法律行爲を無効なりとする不當利得返還請求權とは、實體法上別個の請求權であり、其の間に競合關係を存すると同時に、尙、同一法律行爲に付き取消と無効とは兩立しないが故に、兩請求權は、各獨立のものではなくして補充關係(Subsidiarität)にある。しかしこの事案に於ては、兩請求が別訴にて爲されたのであるから、各請求に付き別個の「訴訟上の請求」の成立を認むるのである〔二〕。而して前訴判決は、法律行爲の取消に因る不當利得返還請求權を否決したのであるから、其の判決の確定力は、この判例の意見とは反對に、同一法律行爲の無効を理由とする不當利得返還請求の後訴に及ばざるものと私は解する〔三〕。

〔一〕 本稿一五七頁参照

〔二〕 本稿一五九頁参照

〔三〕 昭和一二・七・一〇、大民四判決(本稿一七一頁以下)参照。

要之、上記昭和三年八月一日大民四判決は、訴訟理論の發展と共に、實體法上の請求概念より獨立したる「訴訟上の請求」概念を定立せんとする氣運を認識した判例として、その理論にも、亦、一面的ながら徹底したのものがあつた、相當注目に値する。併かしながら既判力の限界確定に付き、審理の充足と云ふ訴訟實踐的觀點より考察することを忘れ、結局に於て理窟倒れに畢つてゐる。この判例に對し、學説は概して賛意を表してゐるもの如くであるが〔一〕、具體的妥當を追求するに鋭敏なる大審院判例としては、寧ろこれは異例のものに屬し、その前後に於て、反對趣旨の判例を見出すのである。

〔一〕 山口博士、民訴判研一卷八七頁。判例民事法昭和三年度六七事件我妻教授判批。次掲昭和一二・七・一〇、大民四判決（民集一六卷一一七七頁）に付ての薄根氏判批（民商誌七卷二號一六五頁）等。

（二） 即ち先の判例としては、次の如きものがある。

異時ノ豫告退社ニ基ク二箇ノ持分拂戻請求ノ訴ト判決ノ確定力（大正四・五
・二八、大民一判決、民錄二一輯）
八二四頁抄録五六卷一二七九六頁）

「合資會社ノ社員カ前後時ヲ異ニシテ爲シタル豫告ニ基ク退社ヲ原因トシテ二箇ノ持分拂戻請求ノ訴ヲ提起シタルトキハ其兩訴ハ五ニ請求原因ヲ異ニスルモノナレハ被告ハ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スヲ得ヌ又前訴判決カ後訴ノ理由ナキコトヲ證スル場合アリトスルモ其ノ判決ノ確定力カ當然後訴ニ及フノ關係ヲ有スルモノニ非ス」

この判例に對しては、雫本博士が、請求原因論に根據して猛烈なる反駁を加へられたのであつた（同博士、法律要件及び既判力（民訴論文集六六九頁以下）、並に判批録三

卷三四
九頁)。博士は、先づ請求原因に付き事實記載説 (Substanziierungstheorie) を排して博士の所謂「同一認識説」 (Individualisierungstheorie) [一] を執られ、「要之乙ナル社員カ甲ナル合名會社ヨリ退社シタルニ因リテ生スル其持分ノ拂戻請求權ト云ヘハ、其ノ持分拂戻請求權ノ同一ヲ認識シ、之ヲ他ノ權利又ハ法律關係ヨリ區別スルニ充分ニシテ此以外ノ標準ヲ示スコトハ必要ナラス」 (前掲論文集) と云ひ、結局、社員ノ退社ガ、持分拂戻請求權ノ發生要件であり、同一社員ノ退社ハ一ありて二なきが故に、本件兩訴ハ請求原因を同一にし、從て前訴確定判決ノ既判力ハ、當然後訴に及ぶべきものと結論せられたのである。

[一] 請求原因論に於て、Substanziierungstheorie (實質記載説、一般には「事實記載説」と云ふ) に對する Individualisierungstheorie を、雄本博士は「同一認識説」と譯され、之れに依ひ山田博士は、之れを「同一認識標準説」と稱せられる。しかし私は、之れを「特徴表示説」と譯してゐる。蓋し事實記載説に對するこの説の主たる立場は、請求原因としては、他の法律關係と區別し得る程度に於て、當該法律關係の特徴 (Merkmale) を記載すべし (若し特徴を表示し得るならば事實の記載は必しも必要でない) と爲す點にありと見たからである。尤もこの説に付き、當該法律關係を特定し、他と區別し得る程度の記載を必要とすると云ふ點に重點を置き、「同一認識標準説」と稱することは、適譯とは云ひ難いが、既に慣行せられしものであり、殊更に排斥することもない。

即ち博士は、この問題の解決に、請求原因論から出發せられたのであつて、固より請求原因の同一なることは、前後兩訴に於ける「訴訟上の請求」の同一を認定する一の根據となることに争はない。しかし請求原因論に於ける所謂「事實記載説」と「特

徴表示説」(同一認識標準説)との對立は、請求に付ての原告の事實上若くは法律上の陳述の變更が、訴の變更となるか否か(從て被告の同意なくしては爲し得ざるか否か)と云ふ謂はば一個の請求を繞つた訴訟技術的論争であり〔一〕、請求の個數の如きは、所謂、「請求原因論」の關する處ではなかつたのである。而も訴の變更に關する從來の判例には、既に述べたが如く被告の同意なき請求原因の變更を許さざる舊民事訴訟法の規定の下に、結果的妥當の判決を求めて、理論を相當歪曲せるものもあるのであつて〔二〕、畢竟するにかかる内容と目的とを有つ請求原因論が、請求の個數に其の基準を置く既判力の客觀的限界の問題を解決するに適當せざること、夫れ自體明瞭であらねばならぬ。

〔一〕 拙著、民訴法講義案中卷一分冊一二頁以下參照。

〔二〕 本稿一六四頁註二參照。

加之、この請求原因論に於ける事實記載説と特徴表示説との主張の相違は、訴狀に請求原因として記載することを要し、且つ原告の任意なる其の主張の變更を許さざるは、請求原因を構成する法律要件夫れ自體なりや、或は其の法律要件を構成する事實なりやと云ふ點にあつて、其の法律要件を實體法に求むることには、兩説共に滄りはないのである〔一〕。而して實體法に於ては、各法律要件に従ひて請求權の個數を決定すること、既に述べたるが如くであつて、この事案の前後兩訴に於ける持分拂戻請求は、前後時を異にして爲した豫告に基く退社を、夫れ夫れの

原因とするのであるから、各請求は、實體法上、異なる法律要件に基く別個の請求権でなければならぬ。既にこの関係は、同一夫婦間に數個の離婚原因の發生したる場合と異なる處なく、結局に於て「請求権競合」の一場合に外ならない〔二〕。然るに雄本博士は、この事案に於ける原告の持分拂戻請求権の法律要件は、法律上の効果としての「社員の退社」であり、従て前後兩訴に於ける訴訟物は、同一社員の退社を請求原因とする持分拂戻請求権なること（従つて後訴は、當然前訴確定
判決の既判力を受くること）を極力主張せられるのであるが、其の所論は、遺憾ながら實體法理論としては容れ難い〔三〕。

〔一〕 この點、博士自らも認められてゐることは、其の所論の各所から推察し得る（例、判批録三卷三六〇頁）。

〔二〕 各請求の發生要件が同一種類のものであると云ふことは（本件事案に於ては前後時を異にする同一社員の退社豫告）、請求権競合の成立に妨がない。

〔三〕 雄本博士は、商法第七一條（新商八九條）が「社員ノ退社」に因り其の持分拂戻請求権の發生する旨を規定し、退社原因に付ては、同第六八條・六九條（新商八四・八五條）に別に之れを規定するが故に、持分拂戻請求権の發生要件は、法律上の効果としての「社員の退社」夫れ自體にして、豫告、除名等は、退社の事由に過ぎぬ。若し豫告、除名等の退社事由を持分拂戻請求権の發生要件と爲すには、商法の規定を改むる必要ありと云はれる（論文集六八一頁。判批録三卷三六一頁）。しかし退社事由並に其の退社に因る持分拂戻請求権に關する規定を一ケ條に經むるか、數ケ條に分つかは立法技術の問題であつて、條文の體裁に因り請求権の個數が定まるものとは云ひ難い。殊に博士は法律上の効果としての「社員ノ退社」が、持分拂戻請求権の發生要件なりと云はれるのであるが、法律事實に非ずして單なる法律上の効果が、法律要件を構成すと云ふ博士の所論夫れ自體が、既に反駁に値するのみならず、其の點を暫く措くとするも、この事案に付き持分拂戻請求権の發生には、その所謂法律上の効果としての「社員の退社」以外の構成要件を必要とした

いのであるから、「社員の退社」といふ法律上の効果を發生するに付き必要なる法律要件は、同時に持分拂戻請求權發生の爲めの法律要件であらねばならぬ。されば博士が以て退社事由に過ぎずと稱せらるる豫告・除名等は、孰れも「社員ノ退社」並に「持分拂戻請求權」の發生と云ふ法律上の効果發生の爲めの法律要件と看するのが至當であらう。然らば持分拂戻請求權は、豫告・除名等、其の退社事由を異にするに因り、其の法律要件を異にする理である。

惟ふに博士は、其の議論を實體法上の法律要件論に膠着せしめてゐるのであるが、其の實、訴訟理論の領域に入れるものである。即ち退社社員の持分拂戻請求に付き、實體法の規定する個々退社事由を離れて、「社員の退社」夫れ自體を以て其の請求原因と爲し、且つ本件事案に於ける前後兩訴の持分拂戻請求が、前後時を異にする退社豫告に基くにも拘らず、尙、其の請求原因を同一にするものと做したのは、既に抽象的な實體法理論を離れて、「訴訟」の立場から、特定社員の持分拂戻請求を其の考察の對象となせるものに外ならない。されば博士が、實體法上の法律要件論に依據して主張せらるる「持分拂戻請求」は、實は具體的な「訴訟法上の意義に於ける請求」即ち「訴訟上の請求」なのであつて、其の所説は、既判力の對象たる「請求」に付き、訴訟法的概念構造を試みた第一歩のものであり、この意味に於て前掲昭和三年八月一日大民四判決〔一〕の判決理由中に示さるる理論の先驅を爲すと同時に、結論に於て夫れと同一趣旨に歸するものである〔二〕。

〔一〕 本稿一六二頁以下参照。

〔二〕 博士の主張には、以上述ぶるが如く、實體法論としては觀過し難き誤謬を犯してゐるが、そのうちに訴訟理論の萌芽を見出すのであつて、我が國訴訟法學界の黎明期の夫れとして、高く評價せられなければならない。

要之、この判例は、前後時を異にして爲した退社豫告に因り、夫れ夫れ別個の持分拂戻請求權の發生を認め(請求權の競合)、その一に付き爲した確定判決の既判力は、他の請求に及ばずと做すのであつて、正しく前掲昭和三年八月一日大民四判決と反對の見解を表明するものなることは明である。而してこの判例の見解に對しては、その既判力の限界に關する限りに於て、贊成しなければならない〔一〕。

〔一〕 前掲昭和三年の判例に付き、私の述べた見解は、既判力に關する限り、この判例に其の儘妥當する(本稿一六二頁以下參照)。

(三) 又、其の後の判例として、次の如きものがある。

賃貸物返還請求棄却ノ判決ト其ノ既判力 (昭和一二・七・一〇、大民四判決、民集一六卷一一七七頁)

「原告カ前訴ニ於テ其ノ主張ニ係ル賃貸借ノ合意解除ヲ認メラレサルノ理由ヲ以テ賃貸物返還請求棄却ノ判決ヲ受ケ其ノ判決確定スルモ後訴ニ於テ被告ノ不法占有ヲ理由トシ所有權ニ基キテ其ノ返還ヲ請求スルトキハ前訴ノ口頭辯論終結前既ニ賃貸借ノ終了シタル事實ヲ主張スルモ妨ナキモノトス」

この判例も、亦、同一物件に付き、賃貸借の合意解除を理由とする返還請求と不法占有を理由とする返還請求とに付き請求權の競合を認め、其の返還請求を理由なしとする確定判決の既判力は、後訴に及ばずと做す趣旨のものであつて、前掲大正四年

五月二八日大民一判決と、結果に於て其の見解を同じふし、從て昭和三年八月一日大民四判決とは、反對の結論に到達してゐる。然るに其の判決理由は、昭和三年の反對趣旨の判例を默殺して、

「凡ソ判決ノ既判力ハ事實關係其ノモノニ付テ生スルモノニ非サルカ故ニ本件店舗ニ對スル被告ノ占有カ現ニ不法ノ占有ニシテ原告ノ所有權ヲ侵害スルモノナル所以カ前訴ノ口頭辯論終結前既ニ賃貸借ノ終了シタル事實ニ繫ルモノナル以上其ノ終了ノ事由カ前訴ニ於テ主張セザリシモノナルトキハ勿論縱令前訴ニ於テ既ニ之ヲ主張シタルモノナルトキト雖當事者ハ客觀的實在ノ事實トシテ更ニ本訴ニ於テ之ヲ主張シ得ルモノト云ハサルヘカラス然ルニ若シ本訴ニ於テハ之ヲ主張シ得サルモノナリトセンカ例ヘハ家屋ノ所有者タル賃貸人カ賃貸借ハ眞ニ合意上解除セラレタルカ故ニ之ヲ理由トシテ其ノ賃貸家屋明渡ノ訴ヲ提起シタルモ其ノ合意解除ヲ認ムヘキ證據ナキノ故ヲ以テ請求棄却ノ判決ヲ受ケ其ノ判決確定スルトキハ原告ハ該判決ノ基本タル口頭辯論終結後ニ於テ何等カ賃貸借終了ノ事由ヲ生シタリト云フ全ク虚偽ノ事實ヲ主張シ之ヲ眞實ナルカ如ク立證シテ裁判所ヲ欺罔スルニ非サレハ永久ニ明渡ヲ命スル勝訴ノ判決ヲ受クルノ途ナシト云フカ如キ不都合極マル結果ヲ生スヘク斯ル結果ヲ生スヘキ法律解釋ノ誤レルコト多辯ヲ要セスシテ明白ナリ」

と、一種の結果論に終始して、何等首肯するに足る理由を示して居らぬ〔一〕。要するにこの問題は、「訴訟上の請求」の個數論と其の競合理論に依りてのみ正當なる結論に到達し得るのであるが、前掲の如く、判決理由に於ては全くこの點に觸れて居らな

いばかりでなく、その判例批評としても、亦、同様の感なきを得ない〔二〕。私としては、前掲昭和三年の判例に付き述べたる見解の下に、結果に於てこの判例に賛成である。

〔一〕 確定判決の既判力の限界内に於ては、後訴に於て前訴確定判決の認定したる事實に反する主張を爲し得ざることが、既判力の本質である。後訴に於て前訴認定の事實に反する主張を爲し得ると云ふが爲めには、夫れが既判力の限界外にあることを示さなければならぬ。單に客觀的實在の事實なるの故を以て、前訴認定の事實に反する主張を容るとせば、確定判決の既判力なるものは遂に存在することを得ない。

〔二〕 齋藤助教授は、既判力の客觀的限界論を中心として詳細なる研究を試み、この判例に賛成せられてゐるが、同一物件の返還を求むる兩訴請求相互の關係に付ての説明を缺き、其の結果として論旨曖昧に歸したことを遺憾とする（判民昭和十二年度八三事件）。

又、薄根氏は、この判例に反對せられる（民商法誌七卷二號一六〇頁以下）。而して同氏は、契約上の債權と物權的請求權との競合を認むる立場から、「前訴は貸借契約上の明渡債權が訴訟物であり、本訴は物上請求權としての明渡請求權をも訴訟物とするから、兩訴は此の點に於ては訴訟物を異にしてゐる」（同一六六頁）と。然らば兩訴の「訴訟上の請求」は別個なのであるから、固より前訴判決の既判力は後訴に及ばざるものと云はなければならない。何んとなれば既判力は、「訴訟上の請求」を其の對象として、其の請求に關する確定判決に一種の規範的效力を認め、之れを維持するが爲め、後訴に於て前訴判決の爲した判斷に抵觸する主張並に裁判を爲し得ざらしむるにある。後訴の請求が前訴の請求に基礎を置かざる別個のものであるならば、前訴確定判決の既判力を之れに及ぼさしむべきものではない。この場合にこそ、判決理由にある如く「當事者ハ客觀的實在ノ事實トシテ更ニ本訴ニ於テ主張シ得ルモノト」云はなければならない（判例集一一八一頁）。尙、この趣旨を明にした判例として、「抵當權設定行爲ノ要素ニ錯誤アリタリトシテ競賣不許ノ判決ヲ求メ敗訴ノ確定判決アリタルトキト雖更ニ同一理由ノ下ニ競落ニ基ク所有權取得登記ノ抹消ヲ訴求スルヲ妨ケサルモノトス」（昭和七・三・一一、

大民五判決、民集一一卷二二五頁)と云ふのがある。

(四) 更に又、朝鮮高等法院判例に

賣買代金返還請求ノ訴ト既判力(昭和一〇年七月二六日朝高民判決、朝高判決錄二二卷二九五頁)

「賣買契約ノ合意解除ニ基ク代金返還請求ノ訴ト履行不能ヲ原因トスル契約解除ニ基ク代金返還請求ノ訴トハ二者請求ノ原因ヲ異ニシ前者ノ既判力ハ後者ニ及ハス」

と云ふのがある。これは請求權競合の場合であつて、この判例は、各請求に付き訴訟法上別個の請求原因の成立を認むるのであるから、「訴訟上の請求」の個數を實體法上の請求權個數に依り決定せんとするものであり、前掲昭和三年八月一日大民四判決と全く反對の立場にある。而して各請求は競合するも、夫れ夫れ獨立のものであるから、「訴訟上の請求」範圍を斯く解する限り、その一に付て爲された確定判決の既判力が、他に及ばずと做すのは固より當然である〔一〕。而してこの判例を正當と考へる。

〔一〕 本稿一五八頁參照。

以上、若干の判例を通して視ひ知り得るが如く、既判力の客觀的限界に關する從來の判例には、其の相互の間に一致せざるものあるのみならず、其の判決理由も、概して當該事案限りの理論を展開するに止まり、又、之れに對する批評も、夫れと同様の域を脱して居らない。これは畢竟するに既判力の對象を爲す「訴訟上の請求」に付き、確たる概念構造を缺くに原因するのであつて、「訴訟上の請求」概念を正しく把握することに依り、其の個

數決定の基準を明確にするならば、既判力の客觀的限界決定の基準は自ら見出されなければならぬ。而して「訴訟上の請求」概念の把握に付ては固より、殊に其の個數決定の問題に付ては、實體法・訴訟法對立二元觀の下に於てのみ妥當なる結論に到達し得べきことは、既に述べたが如くである〔一〕。

〔一〕 本稿一五七頁參照。

VI. 二元觀の訴訟實踐的意義

尙、各種問題を取上ぐれば際限がない。大體以上述ぶる處に依り、訴と請求^(訴訟上の請求)の各意義並に其の相關々係を初めとし、更に直接・間接之れと關聯する各種訴訟法上の諸問題に付ては、孰れも實體法・訴訟法對立の二元觀の下に於てのみ妥當且つ適切な結論に到達し得ることを示した積である。而して具體的なる「訴訟」は、既に述べたが如く共に抽象的規範たる實體法と訴訟法との接觸面であり、且つ其の具體化・個別化のプロセスに外ならないのであるから、訴訟の基礎構造を爲す「訴」と「請求」との相關々係に於て妥當するこの實體法・訴訟法對立二元觀は、訴訟現象の全般に亘り亦妥當しなければならぬ。而もそれは單なる方法論的主張たるに止まらず、一の訴訟觀であり、具體的事件處理の爲めの指導理念であり、且つ又、現在制度下に於ける立法の指針でなければならぬと考へる。

尤も具體的なる訴訟現象に於ては、或は實體法關係の濃厚なるものあり、又、反對に専ら訴訟法・手續法の問題として處理

せらるべきものも存するのであるから、訴訟實踐的には、必ずしも單なる方法論的主張を以て問題の解決を圖り得るものではない。假令、訴訟觀を同じふするも、尙、異なる結論に到達することは尠しとしないであらう。しかしその故に具體的訴訟に於て繼起する諸問題は、便宜主義の下に夫れ夫れに付き適當に解決すれば足ると云ふわけではないのであつて、其の間を貫く指導理念がなければならぬ。しかし現在果して訴訟實踐的に一定の指導理念が定立せられてゐるであらうか。斯かる基礎的にして、且つ關係場面の廣き問題に付ては、輕々に論斷することを許さないのであるが、今、爰に若干の判例を取上げて看るも、尙其の間に一貫せざるものあることが見出されるのである。

即ち大審院從來の判例を通觀するに、訴訟の本案に關しては、概して實體法理論の優先を認め、實體法規と法理とを支持する爲め、訴訟法理論を後退せしめた場合が尠くない。而して夫れは大體に於て正當なる態度ではあるが〔一〕、屢々不必要と思はるる程度にまで及んでゐることがある。尤もこの傾向は、漸次判例の變更に依り改められつつあるが〔二〕、尙、その悉ではない。

〔一〕 例へば裁判上の和解に付き、民訴法第二〇三條の規定あるにも拘らず、尙、實體法に依據する其の無効若くは取消の主張を認め（昭和六・四・二二、大民三決定、民集一〇卷三八〇頁）、或は判決に因り確定せられた請求の原因たる法律行爲に付き、其の口頭辯論終結後の取消を認めたるが如き（大正一四・三・二〇、大民二判決、民集四卷一四一頁）、その適例であらう。

〔二〕 例へば債權不存在確認の訴に於て、被告が債權の存在を主張するも時效中斷

せずと做した昭和六年一月二十九日、大民三判決(民集一〇卷一二三八頁)が、昭和十四年三月二日、大民聯中間判決(民集一八卷二三八頁)に依り變更せられ、又、判決要旨としては現れてゐなかつたが、前訴に於て時效を援用せずして判決を受けたる債務者は、後訴に於て改めて前訴口頭辯論終結前に完成したる時效の援用を爲し得ると云ふ前記昭和六年一月二十九日、大民三判決の判決理由(同趣旨昭和七・六・四、大民四判決、法學二卷二號二四三頁)が、昭和十四年三月二日、大民三判決(民集一八卷三七〇頁)に依り覆されたが如きを擧げ得る。

例へば

氏名詐稱ト判決ノ效力(昭和二年二月三日大民一
判決、民集六卷一三三頁、)

「他人ノ氏名ヲ詐稱シテ訴訟ヲ提起シタル場合ニ於テハ其ノ判決ノ效力ハ被欺稱者ニ及ハサルモノトス」

この判例は、實體法上の無權代理の法理を容れ、氏名の被詐稱者、即ち訴狀に當事者として表示せられたる者を當事者に非ずと做するのであつて、既にこの點に於て訴訟法理論の後退を示すばかりでなく、被詐稱者は、其の判決に依り強制執行を受くる虞あるも、尙、自ら再審の訴に依り其の判決を攻撃し得ざる手續上の不便をも醸してゐるのである。被詐稱者としては、自ら當事者とせらるるを便宜とすることがあり、學説も亦、被詐稱者が當事者となる場合あることを認むるのであつて、其の趣旨の判例も存する〔一〕。この判例は、餘りにも實體法理論に拘泥したものと云はなければならぬ。

〔一〕 拙著、判例民訴研究一卷四二六頁以下。昭和一〇年一月二十八日大民一判決(民集一四卷一七八五頁)。尙、被告に就てではあるが、一種の無權代理の場合に、本人を當事者と確定せるドイツ大審院の判例がある(拙著、前掲四三六頁参照)。

又、民法法理に依れば、家督相續は、民法第九六四條所定の事由に因り當然開始し、而して何人が家督相續人たるかは同九六八條以下に依りて定まる。故に正當の家督相續人は僭稱相續人に依り其の相續權を侵害せらるるも、尙、家督相續人たることを失はないといふにある。抽象的なる實體法理論としては尤もなる理論構造であり、この考へ方が家督相續回復の訴を確認の訴と爲す學說判例の根據を爲してゐる〔一〕。しかし訴訟は、具體的なる現實の事案を對象とする。僭稱相續人は、實體法上相續人ではないのであるが、現實には相續人の地位にあり、その相續を回復せらるる迄は、社會的にも、又法律上にも相續人としての行動が許され、又其の相續財産を管理・處分するのであつて、夫れは既に一種の「法律上の地位」である。而して相續回復の訴は、僭稱相續人をして、かかる「法律上の地位」より退かしむることを目的とする訴なのであるから、創設の訴と做さなければならぬ〔二〕。然るに判例は相續に關する抽象的なる實體法理論に影響せられて、相續回復の訴を確認の訴と做すが爲め、家督相續無効確認の訴との間に解決し難き訴訟法理上の難問を生ぜしめてゐるのみならず〔三〕、特に不動産に付てではあるが、僭稱相續人の處分に因り、直接又は間接に相續不動産上の權利を取得したる第三者は、假令、其の權利取得が平穩・公然・善意且つ無過失なるも、尙、正當相續人の相續回復に因り其の不動産上の權利を喪失し、纔に十年の長期時効に依り其の權利を保護せらるる

ことあるに止まるの不公平を生ぜしめてゐる〔四〕。これは家督相續に關する抽象的なる實體法理論を、其の儘具體的なる家督相續回復事件に當嵌めた結果として生じた矛盾に外ならない。

〔一〕 拙著、判例民訴研究一卷二一三頁以下参照。尙「相續人ナリト借稱シタレハトテ之ニ依リテ當然相續人タル地位ヲ贏チ得ルモノニ非ス又相續財産ニ屬スル權利ヲ取得スルモノニモ非ス這ハ猶所有權者ナリト主張シタレハトテ之ニ依リテハ當然所有權ヲ取得セザルト何ノ擇フトコロナシ故ニ或者カ相續人ナリヤ否トノコト又從ヒテ此ノモノカ相續財産ニ屬スル權利ノ主體ナリヤ否トノコトハ確認判決ノ對象タリ得ヘク又借稱相續財産ノ全部若ハ一部ヲ占有セルカ如キ場合ニハ其ノ返還請求權ハ給付判決ノ對象タリ得ヘシト雖夫ノ創設判決ノ如キハ前記ノ諸點ニ對シ固ヨリ之ヲ爲シ得ヘキ性質ノモノニ非ス」(大正一五・一一・二五、大民三判決、民集五卷九〇一頁)との判決理由は、最もよくこの關係を表明してゐる。

〔二〕 拙著、判例民訴研究一卷二一四頁以下。本稿一二九頁註二参照。尙、相續回復の訴は確認の訴であつて、相續權の回復は、會社設立無效の訴に於ける清算手續の開始(新商一三八條)の如く、判決の結果的效力(Folgewirkung des Urteils)に過ぎぬと解するのは、民法第九六六條に「相續回復ノ請求權」とあることを無視した見解であらう。

〔三〕 拙著、前掲二〇一頁以下参照

〔四〕 前掲、大正一五年一月二五日大民二判決の事件は、この種のものである。

尙、例を挙げれば數多あるであらう。以上は事案の裁判として、判決要旨又は理由に現れた處のものであるが、更に判決理由の運び方にも、實體法偏寄の傾向がある。例へば前掲、昭和三年八月一日大民四判決は、確定判決の既判力の對象は、實體法上の請求權に非ずして「訴訟上の請求」であり、且つ其の個數は判決要求の個數に依りて決定せらるると云ふ訴訟理論に歸す

るのであるが、尙、其の判決理由は、實體法理論のかたちを執つて現はされてゐる。従て其處に理論の無理がある〔一〕。又昭和一四年三月二九日大民三判決^(民集一八卷三七〇頁)は、前訴に於て消滅時効完成の抗辯を提出しなかつた債務者は、後訴に於て當該時効完成の抗辯を提出し得ないと云ふ、既判力の客觀的限界問題に付き、専ら時効完成の效力と云ふ、實體法理論に其の重點を置き、其の判決理由を展開してゐる。しかし確定判決の既判力は、既に述ぶるが如く、「訴訟上の請求」を其の對象と爲し、従て「訴訟上の請求」の個數、即ち其の單位の決定が、既判力の客觀的限界確定の基礎を爲すものであるのみならず、元來、確定判決に既判力を付する制度的理由が、法的安定(Rechtssicherheit)乃至訴訟經濟(Prozessökonomie)と云ふ訴訟目的に出ずるのであるから〔二〕、この問題解決の重心は、訴訟理論構造にあるのであつて、各個事案に於ける實體法規の解釋の如きは、具體的妥當なる結論に到達すべき技術的手段に過ぎない〔三〕。この判例は、事案の裁判としての當否を別にして、餘りにも實體法理論に依據した嫌がある〔四〕。

〔一〕 本稿一六二頁以下参照。

〔二〕 Vgl. Sauer, W., Die materielle Rechtskraft des Zivil- u. Strafurteils, S. 11.

〔三〕 この判例に對する拙稿判批(民商法誌一〇卷三號)参照。

〔四〕 阿武教授は、實體法學者が判例批評を爲すに當り實體法理論に執著して、實踐的な訴訟理論に眼を開かざることを痛撃せられてゐるが、正しくかゝる傾向

あることは事實であつて同感である（同教授、「民事訴訟法開講のことは」法政研究九卷一號）。

斯くの如く大審院は、訴訟の本案に關しては、屢々、不必要の程度に迄實體法理論を進出せしむるの態度に出でてゐる。然るに夫れが、訴訟手續上の事項に關することになると、その背後に實體法關係の潜めることの明白なる場合にも、尙、訴訟法規と法理とを絶対優先せしめて、實體法理論を無視することが尠くない。而もその多くが、概して裁判所側の便宜に出でてゐることを觀過し得ないのである。以下に若干の例を擧げて見る。

(一) 競落人ノ代金支拂義務（昭和一二年二月九日大民二判決、民集一六卷二三頁）

「代理權限ヲ有セサル者ノ競賣申立ニ因リテモ一旦競落許可決定アリタル以上本人ハ代金支拂ノ義務ヲ負擔スルモノトス」

この判例は、裁判の效力に依據して斯く判斷したのであるが、「裁判所ハ當事者ノ申立テサル事項ニ付判決ヲ爲スコトヲ得ス」（民訴一八六條）との規定は、實體的裁判を内容とする決定に其の準用あるべきことは當然であつて（民訴二〇七條）〔一〕、競賣申立人に非ざる者に競落許可決定の效力の及ぶべき理由はない。而してこの場合、其の者の氏名に依り競賣申立が爲されたる故に、本人が競落人なりと云ふならば、判決の效力は被詐稱者に及ばずと云ふ前掲昭和二年二月三日大民一判決と、全く反對の結論に到達するものでなければならぬ〔二〕。これなどは、過度にして且つ誤れる訴訟法理の進出を認めた適例であらう〔三〕。

[一] Stein-Jonas, Komm. Bd. I. zu § 329. I. 1. (S. 978)

[二] この判決の如くむば、他人に氏名を冒用せられて、「寐耳に水」の競落代金支拂を餘儀なくせらるる場合なきを保し難い。

[三] 尤もこの事案としては、子が父の氏名を冒用して競賣申立を爲したと云ふ事案であるが故に、表見代理に關する實體法理を之れに當嵌むるならば、妥當なる判決理由が構成せられたと考へる(拙著、判例民訴研究一卷四二九頁)。この場合、當該事案の裁判としての當否は別として、かかる判決理由の選び方が非難されなければならぬ。

(二) 代表取締役ノ定メト送達(昭和九年二月二七日大民五決定、民集一三卷二〇二頁)

「株式會社ニ於テ代表取締役ヲ定メタル場合ト雖裁判上ノ送達ハ他ノ取締役ニ對シ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス」

株式會社に於て代表取締役を定めたる場合(商一七〇條、新商二六一條二項)、他の取締役には代表権限がないのであるから [一]、訴訟法上にも會社の法定代理人として送達を受くべき権限なきものと云はなければならぬ(民訴四五・五六條)。この判例は、數人が共同して代理權を行ふ場合には其の一人に送達を爲すを以て足れりとする民訴法第一六六條に依據するのであるが、この規定は、共同代理の場合にも、代理人各自に送達を受くべき受動代理権限ありとする趣旨のものであつて(一般法律行爲に關し商法にもこの趣旨の規定がある。○商三條ノ二第二項・六一ノ二・一七〇條、(新商三九條二項・七七條二項・二六一條三項) 等)、其の者に代理權あることを前提とすることは極めて明白である。かかる理由なき法規の類推は、相手方を誤れる送達を、強ひて是認せんとすること以外の何ものでもない [二]。

[一] 或は送達の受領は、單なる事實行爲に過ぎないが故に、取締役の業務執行の範圍に屬し、代表権限を必要とせぬと云ふならば、其の趣旨を判決理由中にて明に

すべきである。尙、民訴法は第三者を送達の相手方と爲す場合があり（民訴一六七・一六八條）、又、送達に依る書類の交付は、事務員・雇人又は同居者に對しても爲し得るのであるから（一七一條）、代理権限なきも取締役を相手方とする送達を有効として差支がないと云ふならば、餘りにも便宜主義の解釋である。送達は、各種訴訟手續上の効果を伴ひ、之れに因り當事者の訴訟手續上の地位に重大なる利害を齎すことがあるのであるから、裁判所の便宜よりは當事者の利益を慮る必要があり、従て其の規定は嚴格に解釋しなければならないのである。

〔二〕 本間教授は、この判例は、何人が代表社員なるか登記の記載を見落した相手方を餘りに保護し過ぎると云はれる（同氏判批、法志三七卷二號六二頁）。正しく其の通りであるが、寧ろ夫れは従たる結果であつて、實は既に爲された裁判所の行爲を、なんとかして正常化せんとする官僚的意圖に用づる判例と看するのが相當であらう。

（三） 判決は、訴訟資料に基いて爲されるのであるから、訴訟資料の蒐集が充分でない場合には、判決が實體的眞實に遠ざかる虞れがある。されば實體的眞實を發見し、適用すべき實體法規を適用するのが裁判の使命であることを攷ふるならば、訴訟資料の充分なる蒐集を圖ることは、訴訟審理に於ける指導理念でなければならぬ。この故に現行民事訴訟法に於ても、訴訟資料自由提出主義の原則を執るのであるが（民訴一三七條）、尙、他面には訴訟資料の自由提出を阻む規定も尠くない（民訴一三九・二四七・二五五條等）。これ等規定の設けられたに付ては、夫れ夫れ理由があり、その規定趣旨の範圍内に於ては、敢へて反對すべきものを見出さないのであるが、偕、これ等規定運用の實績に徴するならば、その規定趣旨を超越して、無意義に訴訟資料の提出を抑止する結果に立

至つてゐる場合尠しとせぬ。今、其の例を具體的なる個々の事件に執ることを避け、二・三の判例に現れた處に依り考察して見る。先づ民訴第二四七條に付き、

相手方ノ存在セサル場合ニ於ケル證據ノ申出(昭和八年四月一八日大民五)
(判決、民集一二卷七〇三頁)
 「準備書面ニ記載セサル證據ノ申出ハ相手方カ在廷セサル限口頭辯論ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得サルモノトス」

又、判決理由中に述べられた傍論 (Obiter dictum) に過ぎないが、

「相手方ノ主張ヲ自白スルハ自己ノ不利益ヲ敢テスルモノナルカ故ニ之ヲ妨ケサルモノヲ外ニシテ原告主張ノ事實ト相容レサル事實ヲ主張スルコトハ勿論單ニ彼ノ主張ヲ否認スルコトスラ是亦廣ク事實上ノ陳述ニ屬スルモノトシテ前記第二百四十七條ノ許ササルコトコト解スルヲ相當トス」(昭和八年四月二五日大民五)
(判決、民集一二卷八七七頁)

と云ふのがある。民訴二四七條は、元來、不出頭當事者の利益防衛の爲めの規定であつて、相手方不出頭の故を以て積極的に出頭當事者の訴訟資料の提出を抑止する規定ではない。當事者が自己の主張事實を立證すべく證據を提出するは、先の事實主張に伴ふ當然の行爲であり、又、相手方の主張事實を否認するは、單なる防禦行爲に止まるのであるから、相手方に係りなく爲し得なければならぬ。相手方不出頭の場合、豫め提出したる準備書面に其の記載なき故を以て、これ等行爲を許さないのは、單なる缺席當事者の利益防衛の程度を超え、準備書面不提出の制裁を

出頭當事者に科するものに外ならぬ〔一〕。しかし訴訟資料自由提出主義は、現行民訴法も亦採用する處であり（民訴一三七條）、遅延せる攻撃・防禦の方法の提出に付ては、別に制裁規定がある（民訴一三九條）。若し民訴法が、準備書面の提出遅延夫れ自體に制裁を科さむとするならば、この爲めに一般的規定が設けられてあらねばならぬ。然るにこの第二四七條は相手方不出頭の場合にのみ適用があるのであるから、若し之れを制裁規定と解するならば、相手方不出頭の場合にのみ制裁を科すると云ふ奇怪なる結果に立至らざるを得ない。畢竟するにこの判例は、本條の立法趣旨を超え、不必要に當事者の訴訟資料提出を阻むものと云はなければならぬ。

〔一〕 拙著、判例民訴研究一卷一八五頁參照

又、民訴第一三九條の控訴審に於ける適用に關し、

控訴審ニ於ケル時期ニ後レタル攻撃防禦ノ方法（昭和八・二・七、大民一五判決、民集一二卷一五九頁）

「控訴審ニ於テ提出シタル攻撃防禦ノ方法カ時期ニ後レタルヤ否ハ第一審以來ノ訴訟ノ經過ニ基キテ之ヲ判斷スヘキモノトス」

と云ふのがある。この判例の趣旨を徹底せしむるならば、第一審に於て「時機ニ後レ」たるものとして却下せられたる攻撃・防禦の方法は固より、初めて控訴審に於て提出するものも、その多くの場合「時機ニ後レ」たるものと認定せらるゝであらう。現にこの判例も、その判決理由中に於て「當事者カ第一審ノ口頭辯論ニ出頭シ居リテ其ノ辯論終結以前ニ提出シ得ヘカリシ攻撃防

禦ノ方法ヲ控訴審ニ至リ始メテ提出シタルトキハ假令其ノ提出
 カ控訴審ニ於テハ口頭辯論ノ初頭ニ爲サレタリトスルモ尙時機
 ニ後レタルモノタルコトヲ免レサル場合アルモノトス〔前掲判例
 集一六
 七頁〕と云ふてゐる。

現行民訴法が、控訴審に於ける新なる訴訟資料の提出に付き
 制限を加へんとする意圖にあることは、第一審に於ける準備手
 續の效力を控訴審に及ぼさしめ〔民訴三
 八〇條〕、又、舊民訴法第四一五條
〔獨民訴五
 二九條一項〕に該當する其の草案第三五九條「當事者ハ控訴審ニ
 於テ新タニ攻撃防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得」との規定を削
 除した等の點から視ふことが出来るのであつて、從て控訴審に
 於ける新なる攻撃・防禦の方法の提出に付き、第一審の経過を
 斟酌することは、之れを認めなければならぬであらう。しか
 しが我が民訴制度は、三審制の下に第一・二審を事實審と爲し
 てゐると同時に、現行民訴法は、控訴審に於て却下せられたる
 攻撃防禦の方法を主張する權を當事者の爲め留保する舊民訴第
 四二六條〔獨民訴五四〇條(但し一九
 三三年の改正に依り削除)〕を省いたのであるが故に、實體
 的眞實發見の建前から、民訴第一三九條の適用、殊に控訴審に
 於けるその適用に付ては充分に慎重なる態度を必要としなければ
 ならぬ〔一〕。

〔一〕 拙著、判例民訴研究一卷二四六頁以下。

然るに之れを實際事件の處理に付て看るに、その多くは特殊
 の場合ではあらうが、この民訴第一三九條或は又同第二五五條
 の適用が過度に流れ、當事者に酷なる結果に立至れる事例を尠

しとしないのみならず〔一〕、殊に控訴審に於ては、尠くとも判例に現れた處に依れば、第一審に於て提出せざりし新なる攻撃防禦の方法の提出を以て、概して「時機=後レ」たるものと認定するものゝ如くに見受けられる。尤もこれ等判決が、上告審に於て破毀せられし事例も尠くないのであるが、夫れ等は、孰れも「故意又ハ重大ナル過失」の違法認定に其の破毀の理由を見出して居り（例、昭和七・四・九、大民四判決、民集一一卷六〇二頁。昭和八・一一・一八、大民三判決、法學三卷五號五六〇頁。昭和一〇・一一・一四、大民一判決、法學五卷四號六五七頁。昭和一二・六・二、大民四判決、民集一六卷六八七頁等。）、控訴審に於て新たなる攻撃防禦の方法を提出すること自體が既に時機に後れたるものとする見解に付ては、寧ろ之れを肯定するものゝ如くである（昭和六・一一・四、大民四判決、民集一〇卷八六九頁。昭和七・四・九、大民四判決、民集一一卷六〇五頁。昭和九・四・四、大民三判決、民集一三卷五八一頁等）〔二〕〔三〕。

〔一〕 現行民訴法施行當時には、司法省の方針である「訴訟促進」の爲め、下級裁判所が、兎角、これ等規定を適用し勝ちであつたことは事實である。しかし今日にては、かゝる誤れる方針は清算せられたわけであるが、尙、其の跡を斷つに至らぬのは、其の餘弊か、然らざれば訴訟法規は、當事者に對する關係に於ては嚴格に之れを解釋せんとする裁判所の傳統的態度の現れと見る外はない。

〔二〕 尙、大審院は、時機に後れたる攻撃防禦の方法は、夫れに付き相手方に争なきか、尠くとも在廷證人等に依り即時證據調を爲し確定し得るものでなければ、凡て「訴訟ノ完結ヲ遅延セシムヘキモノ」と認むるものゝ如くである（昭和一一・八・四、大民二判決、法學五卷一二號二〇〇〇頁。昭和一二・六・二、大民四判決、民集一六卷六八三頁等）。しかし訴訟の完結を遅延せしむるか否かは、夫れ夫れの場合に於ける訴訟審理の程度に於て決せらるべきものであつて、この判例の見解は、結審の間に於てならば格別、一般的に斯く考ふことは酷に失する。

〔三〕 控訴審に於ける新なる訴訟資料の提出に關するドイツ民訴法第五二九條は、一九二四年並に一九三三年の二回に亘り修正せられ、現行條文の其の第一・二項

は次の如くである。

第五百二十九條 當事者ハ第一審ニ於テ主張セザリシ攻撃防禦ノ方法殊ニ新ナル事實及證據ヲ提出スルコトヲ得

新ナル攻撃防禦ノ方法證據竝證據抗辯ハ第一審ニ於テ主張シ得ヘカリシモノニシテ之ヲ斟酌スルコトニ依リ訴訟ノ完結ヲ遅延セシムヘキ場合ニ於テハ裁判所ノ自由ナル心證ニ依リ當事者カ訴訟ヲ遅延セシムル意圖ヲ以テ若クハ重大ナル過失ニヨリ第一審ニ於テ提出セザリシモノニ非ストノ心證ヲ得タル場合ニ限リ之ヲ許ス此ノ規定ハ第一審ニ於テ第二七九條第二七九條ノ一第二八三條第二項ニ依リ却下セラレタル訴訟資料ノ提出ニ付テモ亦之ヲ適用ス

斯くて現在ドイツ民訴法の下に於ては、控訴審に於ける訴訟資料の提出は、甚しく制限せらるゝ結果に立至つたのであるが、しかしナチス政權下に於ける訴訟制度が、元來健全なる状態下にあるものとは思はれない。我が國として、かゝる弊に倣ふ必要もなく、又、夫れを戒心しなければならぬ。若し夫れかゝる條文もなきにも拘らず、可成夫れに近づくが如く解釋することが、民訴の新傾向などゝ想ふならば夫れは論外である。而も右ドイツ民訴法の規定に於ても、控訴審に於ける新たな訴訟資料の提出が「訴訟ノ完結ヲ遅延セシムヘキ」か否かは、控訴審に付てのみ決すべき事項なることが明にせられてあるのである。

かゝる判例の態度は、明に行き過ぎたものと云はなければならぬ。前記第一三九條竝に第二五五條は、共に訴訟審理の整序と遅延防止との目的の爲めに設けられたのであつて、この規定があるが故に、裁判が實體的眞實發見に遠ざかることあるを直ちに以て是認し得べきものではない。この規定は、單なる手續規定ではなく、この規定を適用することは、臆がて事案に對する正常なる實體法の適用にまで影響するものであるから、謂はゞ傳家の寶刀として、嚴に其の適用に付き戒心しなければならぬ。この規定に該當する限りは、當事者に對する訴訟資料提出の抑

制、従つて裁判の實體的眞實に遠ざかること亦已むなしとの態度は、手續法規に拘泥して、民事訴訟が實體法實現の爲めに存すると云ふ制度目的を忘却するものに外ならぬ。而して大審院が、時機に後れたりとして攻撃防禦の方法を却下した控訴審判決に對し、前述の如く「故意又ハ重大ナル過失」の認定に違法を認めた場合に限り、之れを破毀すると云ふ態度は、これ等規定を以て、單に裁判所の訴訟指揮權を規定した手續規定とのみ理解して、この規定の背後に潜む實體法適用との聯關を觀過するものに非ざるかを疑はしむる。

尙、各方面に互り詮索するならば、數多の事例を索め得るであらう。しかし爰には、單に例證を示さんとするにあるが故に、この程度を以て止める。

以上、乏しき引例に依りても知り得るが如く、裁判所殊に大審院判例の態度は、訴訟の本案に付ては實體法理論の優越を認むる反面、夫れが訴訟手續規定に關する限り、訴訟法規と理論とに依り總べてを解決し去らんとする傾向が顯著である。しかし具體的事件の處理を内容とする「訴訟」は、既に繰返し述べたるが如く、實體法と訴訟法との接觸面であり、その融合點なのであるから、實體法のみの問題、訴訟法規のみの事項と云ふことは、訴訟實踐的立場からは之れを認むることを得ないのである。即ち抽象的實體法理論に屬する問題も、具體的なる「訴訟

事件」としては、訴訟法規の適用を受くべく、又、訴訟手續上の事項も、具體的の「訴訟事件」に於て生じたる限り、其の背後に於て當該事件の内容と關聯を有つ。即ち實體法に屬する問題に付き實體法理の優先を認め、訴訟手續上の事項に付き先づ訴訟法規の適用を考ふることは、實體法と訴訟法との分たれる現在の制度と學問的構造との下に於ては、大體に於て正しき態度なることに疑はないのであるが、尙、其の背後に於ける相互關に留意することが、「訴訟事件」處理に於ける實踐的態度であらねばならぬ。而してこの關に付き反省を缺き、夫れが判決に反映してゐると云ふことは、以上の乏しき引例からも知り得るのである。

爰に私は、訴訟實踐的指導觀念としての實體法・訴訟法對立二元觀を高調しなければならぬ。

第五 結 語

私が本稿に於て意圖した處は、「訴」と「請求」との各意義を闡明ならしめ、併せて從來、兎角、曖昧化せられてゐた此の兩者の相關々係を整序するにあつた。しかし「訴」と「請求」とは、訴訟の構造に於て、最も其の基礎的地位を占むるが爲め、勢ひ「訴訟法上の諸問題」に及び、又、「訴訟」に於ける實踐的指導理念にまで立入つたのであつた。而してその到達した結論は、訴訟法學に於ける方法論としても、又、訴訟實踐的指導理念としても、實體法・訴訟法對立二元觀であらねばならぬと云ふにある〔一〕。

〔一〕 本稿は専ら判決訴訟に付て述べたのであるが、執行訴訟に於ても同様の關係にあるものと考へる。しかしその詳細なる理論の展開は、他の機會に譲るであらう。

本稿の中心課題となつたものは、「訴」よりも、寧ろ「請求」であつた。訴訟法の領域に於ては、「請求」は、私法的訴權學說の下に「訴」と同一意味（裁判上の請求として）を有つと共に、實體法に於けると全く同じき意味（給付請求）をも有たしめられて居た。然るに其の後、公法的訴權學說が擡頭するに及び、**「訴」**の觀念より分離して「請求」は「訴」の内容と看らるゝに到り又確認の訴並に創設の訴が獨立なる訴の類型となれるに伴ひ、必然的に訴の内容たる請求概念の擴大を來し、給付請求の外所謂、確認並に創設請求をも包攝することとなつた。その結果と

して「訴訟法上の意義に於ける請求」は、元來の請求概念より遙に其の外延に於て擴大し、その内包としては、單に「權利主張」と云ふこと以上の意味を有たざるに至つたのであるが、而も他方、此の「確認請求」並に「創設請求」なるものは、訴の類型増加に伴ひ、強ひて訴の内容たる「訴訟上の請求」の概念に包攝せしめられたものであるが爲め、元來の私法的請求概念を以てしては理解し難く、その爲め別に純訴訟法的に使用した判決請求權(若くは權利保護請求權)の觀念とも交錯し、斯くして「請求」の意義は、訴訟法の領域に於て多義に互らしめられたと同時に、其の觀念も、亦甚しく曖昧にせられたのである。

此の間の經緯に就ては、本稿の初めに於て此の問題の基礎をなす訴權學說の系統を辿り系譜的に詳説した處であり、今日に至る迄、多數の訴訟法學者に依り夫れを論理的に整序すべく種種なる主張と理論構造とが試みられたのであるが、何分にも問題が實體法と訴訟法との兩法域に跨り、且つ又、實踐と理論との契合點であり、而も思想的背景も加はつて居ると云ふやうな關係上、未だ以て満足な解決に到達したものと云ひ難い。現在の處、訴訟法に關聯する諸議論が、兎角、立場の相違に依る水掛論に畢つてゐる傾向のあるのは、訴訟理論中の最も基礎理論たる此の問題に付き、充分なる理論的把握に缺けて居るが爲めと考へる。而して我が國の學界に於て、殊に此の傾向が顯著であることを否み能はない。而も此の無反省は、法文にまで

及びで居る。我が民法が専らドイツ民法草案に據り規定を設けながら、フランス民法系の舊民法の規定形式に従ふ規定を之れに混在せしめた結果、訴と請求との關係が曖昧になつて居ることなどは、茲には問題としないで置く。例之、借地法、借家法に於て、契約の更新請求、建物・造作等の買取請求等に付き、専ら私法の方面から規定してあるが爲め、夫れが裁判上の請求としては全く意味の取り難いことは既に述べたが如くであり(一)、又、新商法中の會社關係に關する訴に付き、起草者は「請求」の語を各處に使用して居るが、同じく夫れが裁判上には、如何なる「訴訟上の請求」として現れるか、尠くとも條文の文理解釋のみにては判明しない場合が多いことも、亦、述べた處である〔二〕。實體法は一面に於て裁判規範であるが故に、或る權利を規定するに當つては、裁判上に於ける其の權利容態をも考慮して規定せられなければならない。然るにこの點に關し我が國の立法者は餘りにも無關心なのである。

〔一〕 本稿一三二頁註一參照。序ながら滿洲國新民法は、我が民法第四二四條に詐害行爲取消請求權に付き「裁判所=請求」とあるのを殊更に改め、「裁判所」の文字を除き單に「法律行爲ノ取消及其ノ回復ヲ請求スルコトヲ得」と規定した(同三九三條)。本條に關する専ら私法理論に立脚した從來の學說に従たものに違ないが、元來「請求」の實體法上の概念としては、「取消」又は「回復」の夫れとは兩立しないものであるが故に、ドイツ法に於ける「債權者取消權」の如き權利として規定せんとしたもならば、此の場合「請求」の文字はこれを避けるのが正當であつた。然るに「裁判所」のみを削つて「請求」の文字を残したが爲め、借地借家法の契約更新並に買取請求權に關する規定に於けるが如く、その「裁判上の請求」とし

ての性質が曖昧となつた。不徹底且つ不當の改め方と云はなければならぬ。

〔二〕 本稿一二九頁註四参照。

「請求」とは、云ふ迄もなく實體法と訴訟法とに跨る概念である。この概念の把握に當つては、固より他の法領域に於けるその聯關に關心を有つべきことは當然であつて、此の點に注意が拂はるるならば、今日迄の如き相手方の主張を正解しない無用なる議論の對立が、著しく回避せられ得るであらう。惟ふに此の請求概念に付き實體法と訴訟法との各法體系に於ける理論と學說とを綜合止揚した、更に高次の理論の構造せられることは、訴訟理論の正しき構造の基礎石たるべきと同時に、從來、兎角、分離せられて居た實體法、訴訟法の綜合的理論構造樹立に至る第一歩であらねばならぬ。

本稿は、かゝる段階に至る踏石の一となれば幸である。