

裁判の效力

教授 中村 宗雄

一

裁判は、法律に依拠して爲されべきものとする。その故に判決に付ては、所謂、「理由具備の原則」(Postulat der (一) Motiviertheit)が行はれ、判決は、総べて法律上の理由を具備すべきことを要請せられる。民事訴訟法が、判決の記載事項として「事実及争点」に続き、判決に記載を要求する「理由」とは、「法律上の理由」に外ならない(民訴一九(三))。尙、刑事訴訟法には、判決に「法令ノ適用」を示すべき旨が明示せられ(刑訴三六(一)條一項)、従て刑事裁判も、その法律との關係に付ては、総べて民事裁判に於けると同一であるわけであるが、爰には、専ら民事裁判を中心として議論を進めることとする。又、この場合、「法律」とは、その実質的意義に於て一切の「法令」を意味すると共に、専ら問題となる処のものは、「実体法」である(三)。蓋し裁判が、手続法(訴訟法)の規定に従ひて爲されべきことは当然であり、問題は、裁判の内容と実体法との關係に存するが故である。

(一) 拙著、民事訴訟法原理第一卷四六一頁以下参照。

(二) Jonas-Pöhl, ZPO, Bd. I, zu § 313, II.

(三) 裁判と法律との關係は、従來、憲法論に於て明治憲法第五十七條に謂ふ「法律」の意味を繞りて論じられた。刑法論の分野に限
定せられてゐるが、「罪刑法定主義」に関する議論も、亦、之れに關聯する。

斯くて裁判が、法律に依拠すべきものとせられる限り、裁判の有つ効力は、その発源を法律（実体法）にまで遡つて之れを求めなければならない。パンデクテン法学は、正に斯かる見解の下に、法規範体系の完結性（Geschlossenheit）を想定し、「実体法の適用」、即ち「裁判」と做した。即ち実体法を大前提（Vorausatz）とし、判決せらるべき事案の構成要件を小前提（Untersatz）と爲す結論が、裁判の正文に外ならない、と謂ふ概念法学的裁判理論がそれである。^{〔一〕}この考察態度は、法の解釈・適用の論理として、実体法学者に依り引継がれたのであるが、その後に至り、法の自由探究を提唱する自由法学の影響に因り、著しくその修正を余儀なくせられ、又、訴訟法学、一般法学の立場からも深刻なる批判を蒙つたのである（これ等の点後述）。しかしそれにも拘らず、現在にても、この問題に関する実体法学者の考へ方は、その根本に於て、法律の解釈・適用を以て裁判の全貌と做すパンデクテン法学者の概念法学的裁判理論から蟬脱してゐない。

〔一〕 裁判の論理構造に関しては、拙著、「民事訴訟法」下巻二〇三頁以下参照。

素より裁判は、法律に依拠する。又、依拠しなければならない。それは憲法の保障する処である。しかしそれなるが故に、法律の解釈・適用、即ち裁判といふ結論には到達し得ない。この点に関する、パンデクテン法学者の見解に対する根本的批判が、訴訟法学の一角より挙げられた。それは近世訴訟法学の鼻祖と称せられるオスカー・フォン・ビューロー（Oskar von Bülow）に依つてである。

彼ビューローの思想は、時代を経て発展し來つたが爲め、眞意の捕捉に苦しむ処があり、殊に初期の著書に依りては、彼の見解は必ずしも明快でない。彼はパンデクテン法学末期の頃の法学者として、従來、パンデクテン法学者が判決を以て、唯單に実体法の有権的宣言と看る立場に於て、「実体法の適用」といひ、実体法が直ちに具体的事件を規律するかの如くに考へてゐたことに對し、徹底的批判を加へ、その結論として、或は実体法は、「將來に於て希望せらるゝ法秩序の計画若くは單なる草案に止まる」といひ、又、「法律は、法秩序を実現すべき準備、若くはその試みに過ぎない」と

(11) 称する。斯くて彼は、抽象的規範たる実体法は、その儘、直ちに具体的事件を規律し得るものでなく、具体的事件は、判決が之れを規律するとの見解の下に、判決に法創定力 (Rechtszeugende Kraft) を認め、パンデクテン法学者の主張するが如く、判決が、單に実体法の解釈・適用に止まるものでないことを明かにした。(11)

(1) Bilow, O., Gesetz und Richteramt, 1873, S. 3,

(11) aa. O. R. 41.

(三) 拙稿、「確定判決の既判力」(早稻田法学第一九卷所載) 二二頁以下参照。

彼の学説は、後年に於けるメルクル (Alof Merkl) の法段階説 (Rechtsstufentheorie) の萌芽を爲すものであり、ケルゼン (Hans Kelsen) は、この法段階説を取入れて純粹法学の体系を構成した。(11) 即ちケルゼンは、判決を以て当事者間に妥当する具体的法規範なりとし、それは抽象的規範たる実体法に依拠するも、抽象的規範たる実体法が、判決の内容たる具体的法規範に個別化せられる過程に於て、裁判官の裁量の余地の存することを認むる。(12) 斯くて純粹法学は、パンデクテン法学の系統を牽ける私法実体法学者のいふが如く、裁判が單なる「法律の解釈・適用」によつて成立するものでないことを明かにした。

(一) 拙稿、前掲「確定判決の既判力」二二頁。

(11) Kelsen, H., Reine Rechtslehre, 1934, S. 79 ff. 80 ff. 横田喜三郎氏訳、ケルゼン純粹法学、一二五頁以下、一四二頁以下、尙、純粹法学の立場に於て、裁判が必ずしも法律に依拠するものでないことを明かにしたものと、横田喜三郎氏、「裁判と法律」(法学協会五十周年記念論文集第一部所載)。

尙又、自由法学派も、パンデクテン法学の裁判理論を粉砕した。この学派は、法の欠陥 (Lücken im Recht) を肯認し、解釈に依るその補填を主張するのであつて、或はそれを称して「裁判官立法」(richterliche Gesetzgebung) とも云ふ。この学派の主張は、法規範の論理的完結性 (logische Geschlossenheit des Rechts) をその体系構造に於ける前提と

爲す概念法学と、方法論的に著しく乖離し、或る意味に於ては対蹠的地位に在る。しかし結局、それは方法論的に概念法学と妥協し、その傘下に於て解釈理論として発展したのであるが、この学派も、亦、裁判が單なる法律の解釈・適用に止まるものでないことを明かにしたのである。

斯くして、裁判を「実体法の解釈・適用」として理解する概念法学的裁判理論は、今日迄、種々なる立場と角度とから批判し、攻撃せられた。しかしその批判に対する反省は、実体法学の理論にも、又、訴訟法学の理論にも充分反映してゐない。否、部分的には、全く無反省に実体法の解釈・適用、即ち裁判と做す裁判理論の上に立ち、その故に実体法学も、訴訟法学も、裁判に關聯して理論的矛盾と曖昧とを招來してゐる。

惟ふにこの問題の關聯する處は極めて廣汎であり、その全般に亘る検討は、小稿の克く爲し得る處ではない。爰には、裁判の效力を中心課題と爲し、以下に卑見を開陳するであらう。

二

裁判は、法律（実体法）に依拠して爲されるのであるから、その効力は、実体法に淵源する。しかし実体法が、裁判の有つ効力の唯一の淵源ではない。規範は、自然界の因果律（Kausalgesetz）と異なり、それ自身に規範内容の充足性を有たないのであつて、それは「當爲の法則」（Sollgesetz）として、受規範者の自発的なる遵守を要請する。しかし法規範（Rechtsnorm）は、その不遵守に対し外部的・実力的強制の可能なる處に他の社会規範と本質的相違を有つ。而してこの法規範の外部的・実力的強制は、現代の法治國家機構に於ては、司法権の名の下に國家の手に收められ、この司法権は、「裁判」並に「執行」の形式を以て、國家が之れを當爲する。されば裁判の有つ効力は、國家司法権にも淵源することは明かである。而してこの司法権は、訴訟法規に従ひて行使せられるのであるから、結局に於て裁判の効力は、

実体法と訴訟法との両者に淵源するものといはなければならぬ。従て裁判の効力は、実体法並に訴訟法の両側面から之れを考察しなければ、その正しき理論的把握は不可能である。然るに従來の理論と學説とは、或は実体法に偏し、或は訴訟法にのみ傾く。其処に方法論的欠陥が在る。^(一)

(一) このことは、独り「裁判」のみに限らない。經驗的事実としての「訴訟」そのものが、既に他の機會に再三述べたが如く、實体法と訴訟法との接觸面であり、且つ又、その融合点を爲してゐる（拙著、訴訟法学の体系と訴訟改革理論、三頁。拙稿、訴と請求の意義並にその相関々係 I 早稻田法学第一七卷八三頁。同上 II、同第一八卷一七五頁等）。されば總べて訴訟現象の全き把握の爲めには、実体法並に訴訟法の兩側面よりの考察を必要とするのであるが（実体法・訴訟法対立二元觀、從來の學説は、その理論的構造に付き、兎角、実体法の側面のみを上げ（私法的二元觀、若くは訴訟法の側面にのみ偏する（訴訟法的二元觀）。其処に方法論的欠陥があり、従てその學説に矛盾・撞著を生じてゐる。私は、訴訟に於ける最も基本的觀念たる「訴」と「請求」とを中心課題として、私法的並に訴訟的一元觀の方法論的欠陥を指摘し、訴訟現象の正しき把握の爲めには、実体法・訴訟法対立二元觀でなければならぬことを論証した。それが拙稿、「訴と請求の意義並にその相関々係」I、II、（早稻田法学第一七・一八卷所載）である。又、同じき立場に於て判決の既判力を取扱へるものに、拙稿、「確定判決の既判力——その意義並に本質」（早稻田法学第一九卷所載）がある。

裁判は、訴訟手續の内外に亘り、又、実体法並に訴訟法の兩面に及んで、種々なる効力を有つのであるが、爰には、専ら確定判決が「訴訟の目的」たる実体法上の權利若くは法律關係に付き生ずる効力に關していふ。總べて判決は「訴訟の目的」たる実体法上の權利若くは法律關係に付き「法創定力」(Rechtserzeugende Kraft)と「法確定力」(Rechtfeststellende Kraft)とを有⁽¹⁾。それは判決の依拠する実体法が、一面に於て「社会規範」たると同時に、他面に於て「裁判規範」たる二重の性格と構造とを有⁽²⁾つことに基⁽³⁾く。

(一) 拙稿前掲、「確定判決の既判力」(早稻田法学第一九卷)五八頁註三參照。

(二) 実体法規範が、社会規範たると同時に裁判規範たる二重の性格と構造とを有つことは、制度的・沿革的所與である。國家が私生活不干渉の立場を執れる第十九世紀の自由主義國家機構の下に於ては、実体法規範は、概して社会規範としての機能を以てその中心

と爲した。従て従来の自由主義的私法学も、亦、実体法を社会規範として理解し、その理論を構造したのである。しかし資本主義經濟機構の高度化に伴ふ國家權力の國民私生活への介入が、その程度を昂めるに従ひ、実体法は、その裁判規範としての機能を逐次高揚するに至つた。裁判の效力に関する理論も、斯かる時代の變遷を考慮に置かなければならない。法の重層構造に関する法理的説明に付ては、尾高朝雄氏、「実定法秩序論」六二頁以下。岡氏、「改訂法哲学」三三九頁以下参照。

先づ判決の有つ「法創定力」に付て述ぶる。判決は実体法に依拠するのであるから、その成立過程に於て、実体法の解釈・適用が行はれるのであるが、抽象的・一般的規範たる実体法が、具体的事件にその儘適用せられるものではない。実体法の内容を爲す抽象的・一般的規範の個別化に依り、具体的・個別的法規範が、判決の形式に於て創定せられるのである。(一) 詳言すれば、実体法規範は、裁判規範としての機能を有つが故に、裁判所は、この裁判規範たる実体法に依拠して、当該事件を規律すべき具体的・個別的法規範を判決の形式を以て創定する。(二) 即ち判決の有つ「法創定力」は、その判決による権利關係の形成に於て示されるのであつて、之れに因り新たに權利を發生せしむることもある。この場合には、「設権的效力」ともいふ。

(一) 拙稿前掲、「確定判決の既判力」(早稻田法学第十九卷) 五七頁参照。

(二) 中島判事が、その著「裁判の創造性原理」に於て主張せられる裁判の創造性は、爰に謂ふ裁判の法創定力のことではない。氏は、裁判官の事実認定は、多くの場合、明証感なくして行はるゝ判断なるが故に、それは「眞実の発見」ではなくして「事實の創造」であり(同書三六四頁以下殊に三八一頁)、又、法規の適用は、実は裁判官の爲す具体法の原始的創造に外ならない(同二一五頁)といふ意味に於て裁判の創造性原理なるものを提唱せられた。氏の主張に對する卑見に付ては、拙著、前掲、「訴訟法学の体系」三頁以下、拙稿、「裁判の合理性と非合理性」(齋藤博士還曆祝賀記念論文集所載)のうち、氏の学説紹介並に批判の項参照。

更に又、判決の依拠する実体法は、他面に於て社会規範たる性格を有つ。然るに社会規範は、それに対する社会人の自律的遵守の意識を背景として成立するものであるから、社会規範は單なる抽象的一般的規範としてのみならず、具体的事案に付きその事案を規律すべき具体的・個別的規範として關係者に意識せられるものといはなければならぬ。従て

社会規範としての具体的・個別的なる実体法規範は、判決前に、既に関係者の意識裡に存在し、判決は、理念としてそれを有権的に宣言するものと看られる。即ち判決は、この面に於て法確認的乃至は法宣言的 (Deklaratorische) 效力を有ち、其処に「法確定力」がある。

斯くて実体法が、社会規範たると同時に裁判規範たる二重の性格と構造とを有つ限り、総べて判決は、当該訴訟の目的たる権利若くは法律關係に付き、以上述べた「法創定力」と「法確定力」とを有つ。而かもこの両者は、判決の有つ異別の效力ではなくして、判決が訴訟の目的たる権利若くは法律關係に付き生ずる一つの效力の両側面に外ならないのである。従つてこの両者は相關的關係に在ると共に、それは一種の段階的區別であつて、その間に本質的區別を認むることを得ない。又、この「法創定力」と「法確定力」とは、総べての判決の有つ処の效力である。即ち判決には、給付、確認並に創設判決の三類型を存するのであるが、その孰れの類型に属する判決も、総べてこの両效力を伴ひ、唯、その間、これ等效力の具体的顯現の形態とその程度を異にするに過ぎない。

以上、「法創定力」と「法確定力」との区分は、裁判の效力の本質的考察に基くのであるが、現在の訴訟制度と理論とは、具体的なる訴訟營爲に於ける判決の效力を、実体法の面に於けるその作用上の差異に基いて、「执行力」、「確定力」並に「創設力」に分つ(尚、後訴に対する關係に於て「既判力」を認める)。(一)この区分は、訴並に判決の三類型(給付、確認並に創設)に照應し、給付判決は执行力に、確認判決は確定力に、又、創設判決は創設力に、それぞれ裁判の效力の重点を置くものとせられてゐる。

(二) これ等、判決の效力に関する基本的研究に関しては、拙著、「民事訴訟法」下卷三三六頁以下。

斯くて現在の裁判效力論は、専らこの区分に基きその理論を展開してゐる。しかしこの区分は、前述の如く実体法の側面より爲されたものであるから、かかる区分に則れる裁判效力論が、実体法と訴訟法との融合に於て成立する裁判の

效力を充分に把握し得ないのは素より当然である。又、その故に従來の裁判效力論には、理論に盡さないものがある。以下に逐次述ぶるであらう。

三

先づ、「執行力」であるが、執行力は、給付判決のみ之れを有つ。蓋し確認並に創設判決は、判決の有つ確定力又は創設力に依り権利保護の目的を達成するのであるが、給付判決は、命令判決であつて、被告が自発的にその命令の趣旨に従ひ履行しなければ、判決内容は実現せられないが故に、給付判決には、その自発的履行なき場合の爲め強制力を必要とするのである。この故に給付判決に限り、「執行力」が付與せられる。

給付判決の有つこの「執行力」は、國家司法權に淵源する。即ち國家司法權は、給付判決の内容たる命令裁判に対し強制力を與へ、その故に給付判決は執行力を有つのである。尤もこの執行力は、結局に於て、訴訟の目的たる請求權（債權）に付與せられることとなるのであるが、しかしそれは債權自体の效力に依るのではなく、判決（給付判決）に依りて付與せられるのであるから、それは判決の設權的效力によるものと看なければならぬ。要するに前述せる判決の有つ法創定力に基くのである。

然るに実体法学者は、この執行力を債權の效力に遡らしむる。即ち債權（Obligation）は原則的に責任（Haftung）を伴ふとの構想の下に、^(一)債權自体に強制力の内在を認め、この強制力を以て執行力の淵源と看る。民法が、債權の效力として裁判所に対する強制履行請求權を規定するもの^(民四一四、條一項)、かかる考へ方に基く。惟ふに債權の自力執行を認むる法制の下に於ては、執行力は債權の有つ屬性でなければならぬ。ローマ法に於て「債務」と「責任」との區別のなかつたのもその故である。^(二)

(一) 石田文次郎氏、「財産法に於ける動的理論」三一四頁以下参照。

(二) 早期ローマ法の時代に於ては、ユードックスの爲す判決は仲裁判断の性質を有ち、その判決内容の実現は、債権者の自力執行に委せられたのである。かかる法制の下に於ては、実体法は社会規範たる機能がその全部であり、判決に依る強制執行は、即ち債権の有つ強制力の実行に外ならない。

しかし現代法治國家機構の下、債権者の自力執行は、総べて禁止せられ、強制執行権は、司法権行使の場合として國家の手に收められてゐる。従て現在にては、債権は畢竟するに相手方の行爲・不行爲を要求する請求権たるに止まり、それ自体強制力を有たないと見るべきである。然らば給付判決の有つ執行力は、実体法学者の考ふるが如く債権に内在する強制力に淵源するものではなく、國家司法権に依り付與せられるものと謂はなければならぬ。之れを訴訟に付ていふなれば、國家は給付判決に依り、被告たる債務者に債務の履行を命じ(命令判決)、更にその命に従はない場合、債権者の申立に因り強制執行を爲すのである。而してこの強制執行を爲すには、債権者の申立を待ち、且つ又、執行すべき債権の実存を以てその不可欠の要件と爲すのであるが、しかし如何なる場合、如何なる要件と形式の下に強制執行を実施すべきかは、國家が之れを決定し、債権あれば、必ず債権者に於てその執行が可能なものではない。されば現代法制の下に於ては、給付判決の有つ執行力は、債権の效力ではなくして、前述の如く國家司法権が給付判決中の命令裁判に対し付與した效力、即ち判決に依りて生ずる效力(所謂判決の設権的效力)と看なければならぬ。

四

次に創設判決(形成判決)には、権利関係を形成する「創設力」(権利形成力)ありと謂はれる。即ち判決に依り新たな権利関係を発生せしめ、若くは既存の権利関係を変更・消滅せしむる。然るに他の給付並に確認判決には、かかる效力を伴はないが故に、この権利関係の形成といふ点に、創設判決を他の類型の判決より區別すべき特異性があることせ

られてゐる。

しかし前述の如く、総べて判決には法創定力が存するのであつて、爰に謂ふ創設判決の権利形成力も、法創定力の一種に外ならない。而して給付判決の有つ「執行力」は、同じく法創定力の一種であるが、創設判決の有つ権利形成力とは、その間に區別を設け得る程度に性質上の差異が存する。然るに確認判決は、或る程度、創設判決と同じき権利形成力を有ち、その爲め創設判決と確認判決との限界が曖昧ならしめられてゐる。この点、後述するであらう。要するに創設判決は、判決の内容として権利關係を形成せしむる処に、他の類型の判決と制度的に區別せられるのである。問題は、創設判決の有つ権利形成力の淵源である。即ち具体的にいへば、創設の訴の「訴訟の目的」が如何なる権利であるかとの問題であるが、この点に付き、從來の學説はその省察が充分でなかつた。

創設の訴に於ける「訴訟の目的」に付ては、過去に於て二學説が対立した。即ちそれを以て「裁判上行使を必要とする形成権」なりとする説（ヘルウィック）と、國家に対する形成要求権なりとする説（シュタイン）とである。^(一)之れに關し、私は拙著、民事訴訟法原理第一卷に於て、大要、次の如くに述べた。^(二)

惟ふに創設の訴に於ては、判決に依り、直接、新たな権利關係が形成せられるのであつて、本質的に多分の公法的色彩を帯びることは事實であるが、その私法的色彩あることも無視することは出来ぬ。即ちこの訴の類型には、他の類型の訴に於けるよりも、高度に判決の設権的效力に依拠しなければならぬ事件が属せしめられるのであつて、而かもその判決の設権的效力を必要とする程度が、事件の種類、關係法規の構成上、必ずしも同一でなく、高下がある。従てこの訴の「訴訟の目的」たる権利には、私権の性格を帯ぶるものと、公権たるの性格を有つものと存するところが考へられる。

詳言すれば私法上の形成権は、権利者がその権利を行ふに付き必要な條件の具備したりと認むるとき、権利者の

單獨行爲にて適當の方法に依りそれを行使し、國家は、直接これに關與しないのであるが、法律は、特殊の場合、或種の形成権の行使に國家機關、殊に裁判所が關與すべきことを規定する。例之、借地借家臨時處理法第六條が、地主の解除権の行使に付き裁判所の許可を必要とする旨を規定したるが如きその適例であるが、更に一步を進め、形成権の行使をば訴訟の方法に依らしむることも制度的に可能である。この場合、裁判所が原告の主張する形成権の存在竝にその行使條件の具備を認定するならば、判決を以て当該形成権行使の效果を得せしむるものとし、以て不当に形成権の行使せらるゝことを防止する。この場合の訴が創設の訴の類型に屬することはいふ迄もなく、而してその訴訟の目的は、判決の形式を以てその行使に國家の關與を必要とする「私法上の形成権」に外ならぬ。

しかし國家は、更に進むでその意思に基き、その主權下にある既存の權利關係を変更し得る。而してその変更は、立法、司法、行政の各國家行爲に依り得るも、茲に問題となるのは、司法行爲中、特に裁判行爲であつて、裁判行爲に依り、國家が既存の權利關係を変更する場合、それが民事訴訟とせらるゝ限り、その訴は創設の訴であらねばならぬ。而してその場合の權利変更は、國家の意思に基くのであるが故に、原告の有する私法上の權利を行使した結果に非ざること明瞭である。併しながらその法律上の效果の形成が、不告不理の原則に立つ裁判の形式に拠らしめらるゝ限り、國家は、当事者に対し、訴に依り所定法律上の效果の形成を求むるの權利を與へしものと看ることが出来る（公法上の形成要求権）。然らばこの場合に於ける訴訟の目的は、原告の有するこの「公法上の形成要求権」に外ならぬのである。

(一) その詳細に付ては、拙稿前掲「訴と請求」Ⅱ（早稻田法学第一八卷）一〇五頁以下参照。

(二) 拙著前掲原理一卷四〇一頁以下。

然るに我が國の民事訴訟法学者は、概して創設の訴の「訴訟の目的」を以て、「裁判上行使を必要とする形成権」と

做すものゝ如くである。(一)この見解に従ふならば、創設判決の有つ権利形成力は、専ら之れを「訴訟の目的」たる私法上の形成権の效力に帰せしめなければならぬ。素より創設の訴に属せしめらるゝ事件には、かく解して然るべきものが尠くない。例へば離婚の訴の如き即ちそれであつて、現行法制上、当事者はその一方行爲に因り婚姻関係を解消せしめ得ないが、しかし離婚判決に依る婚姻関係の解消は、國家が離婚せしむるのではなくして、訴訟手段により当事者が相手方を離婚すると看するのが、事の真相に適せる考察態度であらう。

(二) 例、加藤博士、「民事訴訟法要論」三三九頁。細野博士、「民事訴訟法要義」三卷六九頁以下。山田博士、「日本民事訴訟法」一卷一〇六頁以下等。

しかし創設の訴に属する総べての事件を、このやうに解することはできない。前述せし如く創設の訴は、國家の立法若くは行政権力の行使に依る既存の権利関係の変更と、私法上の形成権の行使に因り、私人たる権利者がその一方的行爲を以て既存の権利関係を変更せしめ得る場合との中間を満たし、「裁判」に因り既存の権利関係を変更せしむるのであつて、この訴の利用せらるべき範囲は、公法・私法の両方面に跨り相当に廣汎である。然るに専ら私法理論の立場からこの訴を考察し、その訴訟の目的を、凡べて「裁判上行使を必要とする形成権」と解したのでは、勢ひ條文の規定を曲解したり、又、無理な解釈、歪められた理論に陥らざるを得ない。

例へば婚姻の取消に付て看る。民法学者は、民法の規定する権利の相手方は、常に私法的人格者であるとの建前の下に、條文に、「各当事者、其戸主、親族又ハ檢事ヨリ其(婚姻ノ)取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」(旧民七八〇條)とあつて、明かに裁判所、即ち國家に対する取消要求権として規定してゐるにも拘らず、之れを婚姻取消権と稱し、婚姻当事者を相手方とする権利と做してゐる。(二)それは條文の解釈として妥当を欠くのみならず、或る者の戸主又は親族(場合に依りては音信不通)の親族であるかも知れぬ)なるが故に、その者の爲した婚姻の取消権ありとすることは、対等人格者間の法律關係として

到底承認し難い処である。戸主であり、親族なるが故に、裁判所にその取消を請求する権利を有し、その取消は、専ら國家司法権の発動たる判決の設権的效力に依りて生ずると解するのが、事の真相に適ふものと考へる。(二) 民法学者の見解は、條文を無視し、強ひてそれを私法的人格者相互間の法律關係として理解せんとする処に根本的誤謬を有つ。

(一) 外岡教授、「増訂親族法」三一九頁。穂積博士、「親族法」三〇四頁。谷口助教授、「日本親族法」二五九頁等。

(二) 債務者の爲した詐害行爲の取消關係も同様に解すべきであらう。民法は、この場合にも、詐害行爲の「取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」と規定してゐる(民四二四條)。

以上の如き、判決の設権的效力を無視し、凡べて当事者間の權利義務關係としてのみ理解せんとする態度は、更に遺留分減殺請求權(民一三)、借地法、借家法の規定する建物造作等の買取請求權(借地四條、借家五條)、賃料の増減請求權(借地一七)を以て形成權と爲す見解となつて現はれてゐる。(一) この解釈は、條文に明かに「減殺(買取、増減)ヲ請求スルコトヲ得」とあることを無視し、解釈論として妥當を欠くばかりでなく、之れを一方的意思表示に依りて權利變動を生ずべき形成權と解し、その訴を以て確認の訴と做したのでは、裁判所が、当事者の申立に拘束せられずに、その金額を裁定し得る關係に合理的説明を與へ得ない。

(一) 遺留分減殺請求權は、一般に之れを減殺權と云ひ、形成權と解する(近藤英吉氏、「相統法論下卷」一一五五頁、山田博士、批判、法叢二卷六號一三九頁)。又借地法、借家法の規定する買取請求權並に賃料の増減請求權を形成權なりとする点に付ては、藥師寺博士、「増訂借地法借家法論」二三一頁、一八〇頁参照。

これ等條文の規定する權利は、相手方に対し減殺(買取・増減)を請求する「既存の權利關係の変更請求權」である。即ち請求權であつて、形成權ではないが故に、裁判外に行使するも、形成權の如く既存の權利關係を変更し得ない。結局、相手方が應諾しなければ、訴訟に依りその權利を實行する外はないのであつて、これ等請求の訴に於て、裁判所は判決に依り、既存の權利關係を変更する。しかしそれは、國家權力に依りて変更し、若くは原告が変更權(形成權)を

有つのではなく、原告から被告に対し変更請求権を有つに止まる。さればこの種の訴訟に於ては、原告は被告に対し既存の権利関係の変更を請求し、裁判所が判決を以て既存の権利関係を変更し、被告の承諾に代へると看するのが、最も妥当の見方であらう。この場合の判決は、被告の承諾に代はる点に於て給付判決に共通する点あるも、被告に承諾を命ずるのではなく、判決の設権的效力に依り、既存の権利関係を変更せしむるのであるから、これは創設判決である。而してこの場合の訴に於ける「訴訟の目的」は、前述の如く「既存の権利関係の変更請求権」である。請求権ではあるが、従来、私法上認めらるゝ「給付請求権」ではなく、訴訟法との関係に於て成立する別個の「変更請求権」である。^(一)

(一) 筆者は、嘗てはこの場合の権利を以て、裁判外には権利変更請求権であり、裁判上に於ては國家に對する形成要求権であると理解した。しかし裁判上、裁判外に於て権利の性格(並にその相手方)を異にすると看るのは、この権利の実体から離れた所論の如く考へられたので、改めて本文の如き性格のものと解することにした。

尙、この種の事例を索むれば、数多く見出し得る。しかしそれ等は、他の機会に於て、稍、詳細に論じたが故に、爰には省略に従ふ。^(二) 要するに創設の訴の「訴訟の目的」には、(一)裁判上行使を要する「形成権」(それは相手方^(三)に對して行使せられる)である場合、(二)國家に對する形成要求権である場合、並に(三)被告に對する既存の権利関係の「変更請求権」である場合がある。而してその判決により齎される権利形成効は、(一)の場合には、専ら訴訟の目的たる「形成権」の效力に帰するが、(二)、(三)の場合には、それは判決の設権的效力に基くものと看なければならぬ。

(一) 拙稿、実体法学と訴訟法学——その綜合的研究の必要——法律時報、昭和十七年九月號(第一四卷九號)。

(二) 前述(前段註一)の理由により、拙著、民事訴訟法、上卷(昭和二十一年版)一一三頁以下に於て、新たに之れを加えた。

以上、創設の訴の「訴訟の目的」が何であるかは、実体法と訴訟法との相關々係に於て論証せらるべき純理の問題であつて、その孰れの見解を執るとしても、具体的事件に於て創設判決の有つ権利形成力に滲りはない。この意味に於て創設判決の有つ権利形成力の淵源を搜ぐるが如きことは、無用の詮鑿であるといはれるかも知れない。しかしこの問題

の解決の裡に、実体法と訴訟法との相関々係の整序といふ、法学の根本問題が横はることを認識しなければならぬ。

五

最後に「確定力」であるが、これは前述の如く「法創定力」と共に、「法確定力」として、総べての判決の有つ処の效力である。確認判決は、専らこの確定力に依り判決の目的(権利保護の目的)を達成し、之れに判決の效力の重点を置ける処に、他の類型の判決と區別せらるゝ特異性がある。

確認判決を求むる訴は、確認の訴である。^(一)この確認の訴は、素、「承認の訴」(Anerkennungsklage)といひ、被告の承認を求むる給付の訴の一種とせられた。^(二)しかしこの訴は、主として判決の既判力に依り、將來に於ける紛争を未然に防止する予防司法を目的とするのであるから、争ひある権利若くは法律關係の存否が、判決に因り有權的に宣言せられ、確定せられるならば、充分その目的が達成せられる。^(三)その故に確認の訴は、給付の訴より岐れて、「法確定力」に重点を置く判決(確認判決)を求むる独立なる訴の類型となつたのである。^{(三)(四)}

(一) 拙著原理一卷三七四頁。拙稿前掲、「訴と請求」I(早法一七卷)九一頁。

(二) 拙著原理一卷三七六頁参照。

(三) かくて現在に於ては、「確認の訴」、「確認判決」の名称は当らない。寧ろ「確定の訴」、「確定判決」といふを適切とする。しかし「確定」の字句は、既に判決に対し不服を申立て得ない状態を指稱する術語として使用せられてゐるので(例、民訴四二〇條一項)、それと混同を避くる爲め、一般に「確認の訴」、「確認判決」と稱する。

(四) この経過の詳細に付ては、拙稿前掲、「訴と請求」I(早法一七卷)九〇頁以下参照。

しかし判決は、総べて「法確定力」の外、「法創定力」を有つことは前述せし処であり、確認判決も、亦、「法創定力」を有つ。即ち確認判決は、争ひある権利若くは法律關係に付き「即時確定の利益」の存することを必要と爲し、事件が^(一)

判決に依る有権的確定を必要としない限り、原告の請求を棄却して、原告勝訴の確認判決を爲さない。従て確認判決の爲される場合は、判決に因る有権的確定を必要とし、その必要が確認判決に因りて満されるのであるから、其処に確認判決の「法創定力」が存するものといはなければならない。殊に確認判決が、法律制度上、新たな権利関係の形成を伴ふ場合には、その確認判決の有つ法創定力は、創設判決のそれと同じき権利形成力に外ならない。その故に創設判決と確認判決、従て創設の訴と確認の訴との區別が明確を欠き、学説・判例に一致せざるものを生じてゐる。^(三)

(一) 拙著前掲原理一卷三八二頁以下。

(二) 例へば相続回復の訴は、学説判例共に確認の訴と爲すのであるが(大正一五・一二・二五、大民三判決民集五卷九〇二頁。吉川圓平氏、「相続回復請求の訴とその裁判」、司法協会雜誌九卷九號。安田聿太氏、「相続回復請求権の本質」同上二卷三、四、五號等)、私は之れを以て創設の訴と解する(原理一卷三八七頁)。又、土地境界確定の訴に付ては、之れを創設の訴と爲すものゝ如き判例もある(大正一一・六・二、大民聯判、民集二卷三四五頁)、確認の訴と解するのが相當であらう(原理一卷三八八頁註七)。その理由は後述する。

惟ふに創設の訴は、専ら判決に依る権利形成を目的とする訴なのであるから、その判決が権利形成を有つ処の確認の訴との間の區別は、判決に依る権利形成効果が、原告の請求の範圍に属し、従てそれが判決の内容を爲すか否かにその基準を設くるのが至当である。然らば或る権利形成に付き、判決に依る特定の権利若くは法律関係の有権的確定が、法律上、不可欠の先行要件を爲す場合には、その権利若くは法律関係確定の訴は、当然、その確定に伴ふ権利形成をも併せ求むるものと看すべきであるから、訴名の如何に拘らず、それは創設の訴であり、従てその求むる処の判決は創設判決でなければならぬ。^(二)斯く解するならば、前述の相続無効判決は、正当相続人の相続回復の爲め不可欠の先行要件を爲すのであるから、この判決を求むる相続回復の訴は、判例並に通説に反し創設の訴といふことになる。株主總會決議無効の訴並に判決も、亦、同様と考へる。^(三)反之、判決に依る特定権利若くは法律関係の有権的確定が、或る権利形成を伴ふも、

それに対し不可欠の先行要件を爲さない場合には、その権利若くは法律関係確定の訴は、その確定に伴ふ権利形成を併せ求むるものとは做し得ないから、それは確認の訴と看るべきであり、従てその求むる処の判決も確認判決である。而してこの判決の確定に因りて生ずる権利形成は、判決の内容とはならないのであつて、結局、それは判決の「事実上の効果」(Folgewirkung des Urteils)と看るべきものとす。^(三)之れに該当する場合としては、例へば土地境界確定の訴を挙げ得るであらう。^(四)

(一) 確認判決の形式にて権利形成効果を必然的に伴ふことを、條文の上にて明かにせる場合もある(例、商一三八條)。その場合の判決は、素より創設判決でなければならぬ。

(二) 拙著原理一卷三八七頁参照。尙、私生子認知無効の訴が、創設の訴なる旨の判例がある(大正一一・三・二七、大民二判決、民集一卷一三七頁)。同様なる理由の下に正当と考へる。

(三) 拙著原理一卷三八六頁参照。

(四) 拙著原理一卷三八八頁註七参照。

次に確認判決は、その確定力に因り、同一事件に付ての將來の紛争を防止する機能を有つことは前述せし如くであるが、この確定力を後訴に及ぼす関係を既判力(Rechtskraft)といふ。既判力の本質に付ては、既に他の機会に於て述べたが故に、爰には省略する。^(一)従來、この既判力を以て、実体法的性格のもの^(二)と做す実体法的既判力学説(materialrechtliche Rechtskrafttheorie)と、それを訴訟的性格のもの^(三)と看る訴訟的既判力学説(prozessuale Rechtskrafttheorie)と対立したが、既判力は、改めて述ぶる迄もなく、^(三)実体法・訴訟法の綜合契機たる判決の效力なるが故に、^(三)実体的並に訴訟的性格を兼有するものと做さなければならぬ。

(一) 拙稿、確定判決の既判力——その意義並に本質(早稻田法学第一九卷所載)。

(二) 拙稿前掲、二五頁以下、並に三三頁以下。

(三) 拙稿前掲、五四頁以下。

確認判決は、その主目的を予防司法に置き、専らこの既判力に依りてその目的を達成するのであるが、既判力の仍て基く法確定力は、総べての判決の有つ特性なのであるから、既判力も、亦、独り確認判決のみに限らるゝものではない。即ち給付判決は、主として命令裁判に基く執行力に依り、其の権利保護の目的を達成するも、尙、その命令裁判の論理的な前提として、訴訟の目的たる権利（給付請求権）の存在を確定し、その確定は、同一事件に付ての後訴に対し既判力を生ずる。この点に異論はない。

(一) 拙著原理一卷三五三頁参照。

しかし創設判決に付ては、事情稍異なる。創設判決は、その判決の内容として権利形成の効果を有つのであるが、かかる効果を有つ論理的な前提として、訴訟の目的たる形成権若くは形成要求権の存在が確定せられる。しかし創設の訴の意図する権利形成は、創設判決の確定に依り直ちに実現せられるのであるから、他の類型の訴に於けるが如く、同一事件を再訴に依り争ふの余地を存しない。従て創設判決は、訴訟の目的たる形成権若くは形成要求権の存在を確定したとしても、その確定に伴ふ既判力を及ぼすべき対象を欠く。^(二)しかしそれなるが故に、創設判決には確定力並に既判力なしとはいひ難いであらう。結局、創設判決に既判力を認めるか否かは、言葉の上の争ひに止まる。

(一) 拙著原理一卷四一二頁。Rosenberg, I., Lehrbuch des deut. ZPR. 1931. S. 268.; Böttcher, E., Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, in Ziv. Pr. 1930. S. 24 ff.

六

判決の效力は、一般に「執行力」、「確定力」並に「創設力」に分ちて論じてゐる。しかしこの区分は、専ら実体法の

側面から、裁判の效力を看た制度技術的のものであり、本質的には、「法創定力」と「法確定力」とに分つべきことは本稿の冒頭に於て述べた処である。判決がこの二效力を有つ所以のものは、判決の依拠する法規範が、社会法規範たると同時に裁判規範たる二重構造を有つことに由る。

(一)
過去、國家が國內の秩序維持の必要を超えて國民の私生活に介入しなかつた當時に於ては、私法規範は、専ら社会規範としての機能を有つに止まつた。この点、既に述べた処である。而して社会規範たる法規範に依拠する裁判は、必然的に法宣言的效力、即ち「法確定力」にその效力を集中する。(二) 詳言すれば当該事件を規律する具体的社会規範を發見し、それを有權的に宣言するのが判決の使命なのであつた。しかしその後、殊に最近の國際狀勢の示すが如く、國家がその存立を全うするが爲めには、國民生活を統制し、把握するの必要を生じ、その爲め國家權力が、逐次、國民の私生活に侵透するに及び、(三) その結果として私法規範は、著しく裁判規範たる性格を昂め、從て判決は、その效力に於て「法創定力」を増加することとなつた。換言すれば、事件の訴訟的解決が、判決の設權的效力に依拠する程度を昂めたのである。(四) この間の事情は、確認の訴、創設の訴が新たな類型として成立するに至つた経過が、之れを明瞭に示してゐる。

(一) 近世期に至る迄、國家はその存立の基礎を固むるに忙しく、國民生活に介入し、之れを指導統制する余裕を有たなかつた。第十
九世紀の西歐國家は、國外に於て帝國主義、國內に於て自由放任主義を執る處にその特異性を有つた。

(二) ローマの市民法は、主として社会規範たる性格を有つ。その故に、この市民法により事件に対して爲す處のユーデックスの裁判は、「仲裁判斷」の性格を帯ぶると同時に、それは、被告に「これこれの債務」がある旨の「確認裁判」であつた。而して強制執行は判決により確定せられた債權の效力に外ならなかつた。

(三) 國家が、激烈な國際競争場裡に生きんが爲め國民生活に介入する現象は、第一次世界大戰を契機とする國際關係不安定の増大に依り、愈々拍車を掛けられたのである。

(四) 確認の訴、創設の訴は、共に判決の設権的效力に依る当事者の権利保護を目的として、独立なる訴の種類となれるものである(拙著原理一卷三七〇頁以下参照)。

従來の裁判效力論は、以上述ぶるが如き裁判機能の發展過程には全く無關心にて、純概念的に、制度技術的区分たる執行力、確定力(既判力)並に創設力のそれぞれにつき、個別にその理論を築き上げた。その爲め個別決定的の理論に畢り、多くは本質論に及むでゐない。訴訟は、裁判を目的とし、裁判の爲めに展開せられるのであるから、裁判の效力論は、訴訟法学に於て重要な地位を占むると同時に、その關聯する處が廣汎である。須らく今後の裁判效力論は、更に裁判の本質的究明に遡り、且つあらゆる角度からその研究の歩を進めなければならぬのであつて、^(一)従來の裁判效力論は、方法論的に余りに素朴である。本稿は、新たな立場に於ける裁判本質論の序説として、従來の裁判效力論を批判すると共に、私の懷抱する理論の素描を示したものである。

(一) 従來、既判力論に付ては、相當、深みある研究が行はれてゐた。しかし裁判の效力一般論(本質論)に付ては未開拓と謂ふも過言でない。我が國にては、前大審院判事中山弘道氏が、その著「裁判の創造性原理」(昭和十六年)に於て、新たな立場に於て裁判の效力論を展開せしめてゐる。その處論には、方法論に缺陷があり、從てその考察の結果に付き妥當を欠くものもあるも、良きテーマを捉へたる努力の著作と謂ひ得る。氏の處論に対する卑見に付ては、拙著及び拙稿(前掲)参照。