

# 民事訴訟における一元觀と二元觀

教授 中 村 宗 雄

## 第一 訴權學說の變遷と訴訟理論の發達

- 一 學說の回顧（その一）
- 二 學說の回顧（その二）
- 三 實體法・訴訟法對立二元觀の根據
- 四 私法的・訴訟法的並に綜合的一元觀の批判
- 五 むすび

## 第二 訴訟上の「請求」概念に付ての一元觀と二元觀

- 一 「請求」の訴訟法的意義
- 二 「訴」と「訴訟上の請求」との相關々係
- 三 訴訟上の請求の個數
- 第三 「訴訟」における私法行爲に付ての一元觀と二元觀
- 一 「訴訟」における私法行爲に付ての學說
- （一）訴訟行爲說（二）併存說（三）折衷說
- 二 諸學說の總評と自說
- 三 「訴訟」における私法行爲と訴訟行爲との相關々係

## 第四

- （一）訴訟行爲として爲される場合（二）私法行爲として「訴訟」において爲される場合（三）「訴訟」を終結せしめる意圖の下に私法行爲の爲される場合

## 一 從來の既判力學說

## 二 二元觀に立脚する綜合的既判力學說

- （一）判決の形式による實體的具體法の創定（二）判決の形式的並に實體的確定力（三）判決の拘束力（法的妥當力）とその限界（四）「既判力」の意義並にその効力限界（五）訴訟判決の既判力（六）實體的確定力の限界

## 三 「實體的確定力」と「既判力」

## 四 むすび

あとがき

## 第一 訴權學說の變遷と訴訟理論の發達

### 一 學說の回顧(その一)

「民事訴訟」の理論構造に付ては、從來、色々な立場若くは角度からその把握が試みられた。それ等學問的態度は、これを大別して、(一)私法的一元觀、(二)訴訟法的二元觀、(三)實體法・訴訟法對立二元觀と爲し得る。而して、この學問的態度の相異は、まず「訴權」(Klagrecht)を廻る論争として現われている。即ち私法的訴權學說(Zivilistische Klagrechtstheorie)から出發して公法的訴權學說(publizistische Klagrechtstheorie)、殊に權利保護請求權學說(Theorie vom Rechtsschutzanspruch)を経て司法行爲請求權(Anspruch auf Rechtspflege)學說に至る迄の論争過程は、既に我が國訴訟法學界においても法學者の關心を購ひ、私もこの問題を取上げ、學說發展過程の序述と共にその分析・批判を試み、結論として新たな訴權論を提唱した。<sup>(1)</sup> 訴權理論に現われる考察方法は、單に訴權に付てのみでなく、「訴訟」の理論構造上、すべての訴訟現象の處理に通ずる一般的態度をも決定すべきものであり、この意味において、訴權論は、訴訟現象の理論的把握、その理論構造認識の爲めの基礎たる役割を有つ。

(一) 拙著、民事訴訟法原理一卷二八三頁以下。

(二) 拙著、前掲原理一卷三二五頁以下。

ローマ法においては、訴訟理論、否、一切の法律理論は、「アクチオ」(actio)を中心としてその體系を構造し、未だ現在という所の實體法・訴訟法の對立は存しなかつた。尤もこの「アクチオ」に對し「オブリガチオ」(obligatio)を對立せしめる二元觀の學說が一部に提唱せられているが、それはローマ法の體系を近代的二元主義の理論構造を以て説明せんとするものであり、性格的には近代法理論に影響せられたローマ法論と看るべきものと考えらる。訴訟理論の實體理

論からの分歧は、訴訟法の實體法に對する獨立が制度的に強化せられ、且つそれを學問上において認識したドイツ普通法末期に始まる。

即ち一七八一年にはオーストリア一般裁判所法(*österreichische allgemeine Gerichtsordnung vom 1781*)が施行せられたのを初めとし、一七九三年には、プロシヤ一般裁判所法(*Preussische allgemeine Gerichtsordnung vom 1793*)が現われ、その後、ドイツ各州に訴訟法典が編纂せられた當時の法律學は、この新たな訴訟法典を廻り、實體法に對する訴訟法の存在を認識するに至つたが、訴訟法獨自の分野に屬するものとしては、「裁判管轄」(*Gerichtsbareit*)に關する事項にのみ限られ、その他はすべて實體法理論により解明せんとした。パンデクテン法學の學問的態度が即ちそれであつて、例えばザヴィニー(*Savigny, F. K.*)は、訴權を以て「私法上の權利に附隨するもの若くはその變體」(*Zubehör od. Metamorphose*)と做し、所謂、私法的訴權學說(*Zivilistische klag-rechtstheorie*)を主張した。<sup>(1)</sup> 訴權を廻るパンデクテン法學者の考察方法は、總がて實體法と訴訟法との聯關現象に付き、實體法中心の理論構造を以てその一切を貫かんとする學問的態度を表明するものであり、訴訟理論の立場からいうならば、「私法的一元觀」のそれに屬する。

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. V. S. 3. ff. 拙著「前掲原理一卷二九〇頁以下參照。

この學問的態度は「給付の訴」のみが制度上、唯一獨立なる訴の類型として認められた當時においては、大なる破綻なくして妥當し得た。しかし確認の訴が制度的にも、また學問的にも獨立なる訴の類型として認められるに及んで、殊に消極的確認の訴並に證書の眞否確認の訴等に付ては、判決が單なる實體法上の權利の確認作用を有つのみに止まらず、その紛争の解決が判決の有つ設權的効力に依據することを承認しなければならなくなつたので、從來の如き實體法理論にのみ終始する私法的一元觀の訴訟理論構造が、その致命的缺陷を露呈した。

かかる狀態の下に、公法的訴訟關係論を提唱したビュロー(*Billow, O.*)をその先驅者として、訴訟理論の實體法

理論に對する獨立とその學問的支配分野の獲得とが企てられ、また實現せられた。この考察方法は、訴權を以て、私法上の權利とは異別な、公法的性格のもとと理解する所謂「公法的訴權學說」(publizistische Klagerechtslehre)の下に展開せられたのである。まず確認の訴、殊に消極的確認の訴、證書の眞否確認の訴を中心として、これ等の訴における訴權並に請求權の内容並にその性格に付て論争せられ、それが訴訟理論擡頭の黎明期を劃した。それに引續き、ドイツ民法施行の前後における實體法上の形成權(Gestaltungsrecht)法理の確立に呼應して、訴訟法上、創設の訴が新たな訴の類型として承認せられるに及んで、この類型の訴においては他の類型の訴におけるに比し、その紛争の解決が一層高度に判決の設備的効力に依據せしめられるが爲め、判決の内容、その既判力の本質等に付ても、また、訴訟法の立場から反省を試みるに至つた。

なおまた、初期の公法的訴權學說の下においては、訴權を以て公法的性格のもとと做したにも拘らず、その内容たる「請求」は、依然として私法的性格のもとと理解していた。しかし創設の訴が獨立なる訴の類型として承認せられたことを契機として、「訴」の内容たる「請求」に付て訴訟的考察が加えられ、「民事訴訟法上の意義における請求」(Anspruch im Sinne der ZPO)若くは「訴訟上の請求」(Prozessualer Anspruch)なるものの内容と性格とが、訴訟法學的検討の對象となつた。<sup>(1)</sup>

(一) 拙稿、訴と請求の意義並に其の相關々係Ⅰ、Ⅱ(早稻田法學第一七・一八卷所載)に詳細に述べてある。

以上の如き經過を以て、私法的一元觀に對する訴訟法的一元觀若くは實體法・訴訟法對立二元觀の學說が現われ、漸次、その理論的内容を充實した。いねゆる訴訟理論は、パンデクテン法學の學問的態度たる私法的一元觀に對立する學說の發生と共に擡頭し、その發展と共に發達した。蓋し對立がなければ學說は發展しない。パンデクテン法學を以て私法的二元觀といい、その學說を私法的訴權說と稱するもの、それに對立する訴訟觀並に訴權學說が發生した後世において附した名稱に外ならない。

(一) 私法的並に訴訟法的二元觀、實體法・訴訟法對立二元觀の名稱は、筆者の創始にかゝる。

## 一 學說の回顧 (その1)

かくて「訴訟關係論」、「訴權論」に始まつた訴訟理論は、訴の内容たる「請求」並に確定判決の「既判力」をもその理論分野に收め、また裁判上の和解、請求の拋棄・認諾等、訴訟手續上の各個の問題にまで進出した。この學問的態度はシュタイン・ヘルウィックの學說において最も明瞭に窺い知り得るのであつて、その立論は、概して訴訟法中心の理論構造を試みるが如くであるが、なお、從來の實體法理論から十分に脱却していない。結局、訴訟法的二元觀を目指しながら、不徹底なる實體法・訴訟法對立二元觀に畢つてゐる。

(二) その詳細の批判に付ては、拙稿、前掲訴と請求Ⅰ（早稻田法學一七卷所載）四〇頁以下参照。

元來、訴訟法中心の理論、即ち「訴訟」を訴訟法規範の體系として理解する訴訟法的二元觀の理論は、「民事訴訟」を以て裁判所の支配下における紛争解決の制度と做し、訴訟法をばかかる目的を有つ訴訟制度を營爲する實踐的技術規範と看るのであつて、それは遡れば、ドイツ公法學を支配するビュロクラティ（Burekratie）の思想に胚胎すると考えられる。この訴訟法の實體法に對する優位を是認し、且つ主張する思想傾向は、ナチスの指導者原理によりて更に徹底・強化せしめられ、「訴訟」に關しては、實體法を排除して、専ら訴訟法中心の訴訟理論により解決せんとする學問的態度が、ドイツ訴訟法學者の大多數を支配するに至つた。この學問的態度は、訴權學說としては、グロー（Gron）の提唱した訴權を以て單に裁判所に對する司法行爲（Rechtsplage）の請求權とのみ看る所謂「司法行爲請求權說」によりて代表せしめることができる。この訴權學說の下に、徹底しない處はあるが、兎に角、訴訟過程の全般に亘り、「訴訟法的二元觀」に基づく理論構造が試みられている。例えばローゼンベルグの如き、その代表的のものであらう。

我が國における訴訟法學が訴訟手續論の域を脱し、訴訟理論に關心を有つに至つたのは、かのシュタイン・ヘルウィ

ックの學說の移植に始まる。而してその後ドイツ民事訴訟法學界の傾向に追隨して、訴訟法的一元觀に屬する諸學說が無秩序に受け入れられ、その間、方法論的整序が缺けているので、學說の援用・支持が概して無反省に行われている。

### 三 實體法・訴訟法對立二元觀の根據

前述の如く訴訟の理論構造に付ては、今日迄、その基礎たる訴訟觀の推移によりその變遷を重ねてきた。およそ訴訟理論は、その國、その時代の法律制度の下における具體的な「訴訟」を對象とする實踐理論であつて、形而上學的なる觀念構造論ではない。また政治的要請を容れて構成せられるべき筋合のものでもない。飽く迄、現實の訴訟に則した理論でなければならぬ。

而して現在の法律制度下では、法（民事法）の世界が「實體法」と「訴訟法」とに二分せられ、實體法は、一面には「社會的規範」として、何等、訴訟法と關聯なく社會人の自發的遵守が要求せられ、また現に大多數の場合、それが自發的に遵守せられると同時に、他面には「裁判規範」たることにより、強制規範としての性格を有ち、訴訟法と連繫することにより、具體的な事件に則し規範内容の強制實現が圖られつゝある（法の二重構造）。即ち實體法と訴訟法とが二つの異なつた法體系を構成することは、制度的事實としてこれを認識しなければならない。而して、この對立せる實體法體系と訴訟法體系との接觸點・融合點を爲す處のものが「訴訟」であつて、個々の具體的な「訴訟」は、實體法規範と訴訟法規範との綜合の「場」なのである。されば訴訟現象を全面的に把握し、理解する爲めには、實體法並に訴訟法の兩面から考察することが必要であることは多言を要しない。かゝる考察態度を、私は稱して實體法・訴訟法對立二元觀という。

前述の如く、實體法は、社會規範たると同時に裁判規範たるの重層構造を有つ。而してその社會規範としての機能は、ここに問題としないで置く。その裁判規範としての機能が、社會規範たる機能に對し、如何なる程度と内容とにお

いて働くかは、各時代の裁判制度（司法制度）の如何により異なり、固定した關係のものでない。従つて思辯的な觀念論では解決せられ得ないことを知らなければならぬ。それは現實なる制度の問題である。

結局において、それは裁判權の主體（國家）が、裁判（司法制度）に付き如何なる立場（積極的若くは消極的）に在るかということに歸する。即ち裁判權の主體が、裁判制度において消極的立場にある限り、裁判は、社會規範たる實體法を、その事件に適用することが全部でなければならぬ。この場合、實體法の裁判規範としての機能は、専ら社會規範の具體化・個別化に局限せられ、従つて實體法は、社會規範としての機能に重點が存し、裁判規範としては、社會規範に對し從屬的機能を有つに止まる。また「裁判」に付ていえば、裁判は、當該事件に適用せられる具體的社會規範の確認的裁判として、専ら「法確定力」にその機能が集中せられ、新たな規範を創設する「法創定力」は存しないか、また存しても「法確定力」の背後に内存するに止まる<sup>(1)</sup>。

(一) 裁判に内存する法創定力と法確定力との關係に付ては、拙稿、裁判の効力（早稻田法學第二三卷所載）参照。

ローマ私法並に裁判制度は、前述の如き性格のものであつたと考えられている。ユードックス（Jodits）による裁判（民事）は、仲裁判斷の性格を有つといわれる。裁判が仲裁判斷に過ぎないとすれば、それは當該事件に適用せらるべき具體的社會規範（實體法）を有權的に確定し、宣言するに止まり、内容において「法確定力」に基く確認裁判である。而してその裁判に基く強制執行は、その裁判において確定せられた實體法上の權利（債權）の實行に外ならない。換言すればそれは國家權力（執行權）に基くものでなくして、債權の効力に歸せられべきものとする<sup>(2)</sup>。

(二) ローマ法においては、裁判の執行は、國家の監督の下に、債權者の自力救済（eine statische überwachte Glaubigerselbsthilfe）によつて行われた。Vgl. Stein, F., Grundriss des ZPR., S. 247.

パンデクテン法學は、ローマ私法並にユードックスによる裁判制度を以上の如くに理解すると共に、その考察態度を

以て近代私法學の理論を構造し、更にそれを訴訟法學の分野にまで及ぼした。即ちローマ法のアクチオ (actio) の法理を發展せしめた私法的訴權學說がそれである。この學說の下においては、當然、訴訟理論が、専ら實體法理を以て訴訟現象を把握せんとする私法的一元觀に歸せざるを得ない。しかし現代國家の司法制度は、かゝるローマ法的なるパンデクテン法學の學問的方法を以てしては、その全貌を把握し得ないまでに發達している。

近代國家は、正しくゾンバルトの指摘した如く、國內の市民生活に對し不干渉を標榜して成立した。しかしその後における國內・國外の客觀的狀態に推され、中央集權の確立と函數關係において、漸次、國家權力を市民生活の裡に滲透せしめる過程を執つた。市民の法律生活、更に民事の裁判制度も、また素よりこの趨勢から免れていない。近代國家における相踵ぐ法典編纂は、既存の社會規範を有權的に宣言することの外、國家意思に基く新たな規範を創定し、それを社會規範の體系内に織り込む役目を演じた。その故に實體法は、その裁判規範としての機能において、直接、國家意思に淵源し、社會規範としての機能に從屬しない面をも有つこととなつた。而してそれは、他面においては司法權の確立に伴う民事裁判權の擴大・強化を意味するのであつて、現代の民事訴訟制度の下における裁判(判決)には、事件の紛争解決を意圖する國家意思が加わる。而して國家意思の宣言としての裁判は、當然、確認的効力のみでなく創設的効力(設權的効力)をも有つ。給付判決が、命令裁判として執行力を有ち、また確認の訴竝に創設の訴が新たな訴の類型として登場したのも、かゝる背景あることによる。

(一) 例えは法律行爲の効力に付ても、行爲者の効果意思に基かない所謂、法規效果の範圍が擴大する傾向にあるのも、その一例である。

(二) 我々の私法生活は、立法の面においては抽象的な國家意思により、また裁判の面においては紛争解決の具體的國家意思により、結局、二段の規整を受ける。



(三) 確認の訴竝に創設の訴が、新たな訴の類型として現われた過程に付ては、拙稿、前掲訴と請求（早稻田法學第一七・一八卷所載）九〇頁以下參照。確認の訴は、爭ある權利若くは法律關係に付き、その紛争の解決を判決による有據的確定に求める。また創設の訴は、判決による新たな權利關係の形成を求めるのであつて、共に事件の紛争解決を裁判それ自體の効力に依存している。なお給付の訴においても、現代法制は、債權それ自體に強制力を有たしめないものであるから、その執行力は給付判決の効力として生ずる。

現代の司法制度においては、民事訴訟に、事件の紛争解決を意圖する國家意思が加わる。その故に民事裁判（判決）は、單なる確認裁判として「法確定力」を有つに止まらず、國家意思の宣言としての法創定力をも有つのであつて、その全貌を正しく把握するには、實體法の面からのみの考察では不充分であり、訴訟法の面からも考察することが必要である。要之、實體法・訴訟法對立二元觀が、民事訴訟法學を一貫する學問的態度でなければならない。この考察態度によつてのみ、訴訟現象の全面的なる法的把握が可能である。

#### 四 私法的・訴訟法的並に綜合的一元觀の批判

私法的一元觀は、前述の如く實體法理に依據して訴訟理論を構造せんとするのであるが、この考察態度は、實體法に付き、その社會規範としての機能に重點を置いて、裁判規範の面をその視野の外に置いている。かゝる實體法中心の訴訟理論が、現代の訴訟制度における「訴訟」の全貌を把握し得ないことは、前述した如くであつて、現在、訴訟法學者にしてこの考察態度を執る者は存しない。<sup>(一)</sup>しかし私法學者は、今なおこの考察態度に膠著し、實體法の裁判規範としての面を閑却している。<sup>(二)</sup>その爲め訴訟法理との連繫を缺き、孤獨なる私法法理の自足的體系を構造している。殊に實體法學者は、かゝる學問的態度の故に、裁判の「法創定力」を理解し得ないで、裁判の法創定力に歸すべき事項を強いて私法法理にて解決せんとし、實情に副わぬ無理な議論に陥いつている場合が尠くない。<sup>(三)</sup>我々は、パンデクテン法學の方法を漫然と踏襲する現代私法學の考察態度に、著しき時代錯誤の存することを指摘しなければならぬ。

(一) 訴訟法學における方法論の不整序の爲め、部分的には、意識的・無意識的に私法的一元觀に屬する考察態度を執る者も存する。例えば後述するビンダーの所説の如し。

(二) 私法學者の努力は、専ら實體法の社會規範としての面に向けられている。社會法學、經濟法學の發達は、その傾向を如實に示すものに外ならない。

(三) 例えば民法四二四條に規定する債權者の詐害行爲取消請求權を一種の形成權と解するが如し(拙著、實體法學と訴訟法學三七頁以下參照)。その他、請求權競合(例、民九五條と九六條)、訴權なき請求權(例、民七〇五條以下)等に付ても、私法學者の所論に無理がある。近き將來においてこれ等の問題に付て論じて見たいと思う。

實體法理と訴訟法理との分離は、獨り實體法學の責に屬すべきものでない。訴訟法學者は、訴訟法理を高揚する餘り、その多數が意識的・無意識的に訴訟現象の把握に實體法理を除外する訴訟法的一元觀に赴いている。この考察態度は、實體法を單なる裁判規範としてのみ看ることに歸する。しかし「訴訟」においては、社會規範たる實體法が具體的事件に適用せられるのであるから、實體法理を無視して訴訟現象の正しき全面的把握は不可能である<sup>(二)</sup>。

(一) 訴訟法的一元觀の訴訟理論に付ては、拙稿、前掲「訴と請求」I、II、において詳細なる批判を加えてある。

なお、以上と異なり實體法・訴訟法綜合一元觀を説く者がある。即ちワイズマン(Weismann, J.)は實體的訴訟權能(materielle Justizbefugnis)の觀念により、またゴールドシュミット(Goldschmidt, J.)は「實體的司法法(materielle Justizrecht)の理論を創案することにより、その綜合一元觀の樹立を企てた。しかし前者は、その主張が極めて素朴であつて綜合の段階に至らず、後者の主張は、かの權利保護請求權説と同巧異曲の結論に到達し、本質において二元觀と看做されべきものである。またビンダー(Binder, J.)は、ローマ法の「アクチオ」の觀念に出發し、實體法・訴訟法綜合一元觀を主張するが、その所論の骨子は、權利(實體法上の)を中心とする私法的一元觀であつて、部分的に、例えば判決の既判力に付き二元觀の訴訟理論を添加したものに外ならない<sup>(三)</sup>。これ等綜合一元觀のいずれもが失敗しているのは、それ等が、

いずれも訴訟制度の現實を無視した觀念論に過ぎないからである。なおザウエル (Zauner, E.) は、法規範を靜態規範と動態規範とに分ち、靜態的且つ抽象的な實體法並に訴訟法規範と動態的なその具體化の過程としての「訴訟」との間の理論構造を試みてゐる。<sup>(註)</sup>しかしその研究が「訴訟」の基礎理論に集中せられ、訴訟の全般に亘る個々の問題に付き、彼の方法論による見解は、十分に表明せられてゐない。

(一) Weismann, Lehrbuch, Bd. I. S. 67-69. 拙著「民事訴訟法原理」一卷二九三頁參照。

(11) Goldschmidt, J., Über Begriff und Bedeutung des materiellen Ziviljustizrecht, 1914. 拙著「前掲原理」一卷三一三頁參照。

(三) Binder, Prozess und Recht, 1927. 拙稿「確定判決の既判力」(早稻田法學一九卷所載) 四五頁以下參照。

(四) Sauer, W., Grundlagen des Prozessrechts, 1919.

## 五 むすび

要之、以上述べる一元觀の諸學説は、いずれも實體法と訴訟法との相關々係を正しく理解していない。その結果、訴訟現象の把握に付て、或は私法法理にのみ膠著するか(私法的一元觀)、然らずんば訴訟法理を偏重するに至り(訴訟法的二元觀)、また或はこの兩者の不徹底なる綜合に畢つてゐる。

現代の民事訴訟制度における訴訟現象の把握は、「訴訟」が實體法・訴訟法の綜合の「場」なることの認識の下に、兩者の理論的綜合を意圖する二元觀によらなければならない。過去において、部分的には二元觀の學説も存したが、いずれも不徹底のものであつた。「訴訟」の全般に亘り、この二元觀の上に理論を構造することが、訴訟法學における筆者の立場である。<sup>(註)</sup>

(一) この立場において「訴訟」の全般に亘り從來の諸學説を批判し、筆者の見解を表明した論文に次の如きものがある。訴と請求の意義並に其の相關々係(早稻田法學第一七・一八卷)。民事訴訟開始の私法上の效果(同上第一三卷)。確定判決の既判力(同上第一九卷)。

## 第二 訴訟上の「請求」概念に付ての「一元觀と二元觀

### 一「請求」の訴訟法的意義

訴訟法學においては、「請求」の語に二様の意味を有たしめている。その一は、實體法上の「請求」概念を展開せしめたいいわゆる「訴訟法上の意義における請求」<sup>(一)</sup>であり、他は、公法的・手続法的意義に使用して「權利保護請求權」(Rechtsschutzanspruch)<sup>(二)</sup>若くは「判決請求權」(Urteilsanspruch)などという場合のそれである。かく「請求」の語に二様の意義が與えられているのは、公法的訴權學說の下に實體法の體系から分離して別個の獨立なる訴訟法の體系が構造せられたことによる。私法的訴權學說の下には、未だかゝる概念的區別が存しなかつた。<sup>(三)</sup>ワッハは、公法的訴權學說を提唱して、折角、請求の私法的意義と訴訟法的意義とを概念的に區別したのであるが、初期の學說の常として、その方法論に徹底し能わないで、この兩者を再び自同の概念と做す誤謬に陥つたのであつた。<sup>(三)</sup>

(一) 拙著、前掲原理、卷二九八頁參照。

(二) 拙稿、前掲訴と請求(早稻田法學一七卷)四頁並に二三頁以下參照。

(三) 拙稿、前掲二八頁並に四〇頁參照。

かく訴訟法の領域において「請求」の語に二様の意味を有たしめることが、用語として妥當であるか否かは別とし、兎に角、現在において二つの異なる意味にこれを使用していることは、既定の事實として認めなければならない。問題は、それぞれに如何なる意義を有たしめるかという點にある。

「權利保護請求權」といふ、「判決請求權」といい、共にそれが判決訴訟における原告に關する限り、「訴權」と同義異語である。而してこの場合の「請求」の語には、公法的訴權學說の立場から公法的意義が附せられ、實體法的意味を有

つていないことに注意を要する。

「請求」の元來の意義は、訴訟法の領域においても、なお實體法たる私法上のそれにある。而して私法的意義における「請求」は、素、ウィンドシャイドがローマ法の「アクチオ」(actio)の觀念から導き出した「他人に對し作爲・不作爲を要求する權利」即ち「給付請求」の意味において使用せられ、今なお私法學者は、専らこの意味においてのみ理解している。而して訴訟法の領域においては、給付の訴における請求が、即ちこの私法の用例における請求に外ならないのであつて、確認竝に創設の訴が未だ獨立なる訴の類型として認められなかつたドイツ普通法當時においては、訴訟法上の意義における「請求」も、また單に「給付の請求」と理解して妨げなかつた。然るにその後、確認竝に創設の訴が獨立なる訴の類型として認められるに及んで、それに伴い「請求」概念に付ても、また訴訟法上の領域においてその内容を擴大するに至つたのである。蓋し訴訟法上の意義における「請求」は「訴」の内容に外ならないからである。

「訴」とは、實體法上の權利實現の法律的手段であり、實體法に依據するあらゆる法律上の要求が、この「訴」により、「判決要求」の形式を以て爲される。而して現代の訴訟制度竝に理論は、訴を給付、確認竝に創設の三類型に分つのであるから、この「訴」の内容を爲す「訴訟上の請求」も、給付、確認竝に創設請求に分たれるが、要するにそれは實體法上の權利主張のあらゆる場合を包括するものに外ならない。この意味において、ヘルウィックが、「訴訟上の請求」を以て「實體法上の權利主張」と解したのは正しい。但しこの場合、その權利主張の方向、即ち「訴訟上の請求」として爲される權利主張の當の相手方が問題となる。

(一) 訴の類型と訴訟上の請求との關係に付ては、拙著、實體法學と訴訟法學三一頁以下參照。

「訴訟上の請求」を以て、實體法上の權利主張と做す場合、その主張の相手方 (Adversary) を以て、當事者たる被告と解することにより、種々の難問に逢着する。即ち現在の訴訟理論の下においては確認の訴は、訴訟の目的たる權利若

くは法律關係の存否に付ての被告の確認を要求するのではなくして、その求める處は、それに關する判決による國家の有權の確定であるとせられ、また、創設の訴に付ては、國家に對する形成要求權を以て訴訟の目的と爲す場合があるとせられるのであつて、これ等の場合、その「訴訟上の請求」(權利主張)の相手方が問題たらざるを得ない。ヘルウィツクは、この點に付き明言を避け、結局において問題を曖昧の裡に放擲し、また、シュタイン・ヨナスにおいては「訴訟上の請求」を以て單に「法効果」(Rechtsfolge)と解し、巧みに權利主張の相手方の問題から自らを回避した。いずれも不徹底なる二元觀に禍いせられたものであつて、學問的に非難に値する。

(一) これ等の所説の詳細なる紹介並に批判に付ては、拙稿、前掲訴と請求(早稻田法學一七卷所載)參照。我が國の訴訟法學者の所説は、大體においてヘルウィツク若くはシュタイン・ヨナスのそれから一步も出でていない。

以上述べる處の批難を避ける爲め、ローゼンベルグ竝にレント等は、「訴訟上の請求」概念から實體概念を取除き、純訴訟法的に、裁判所に對する「判決の要求」の意味に轉化せしめた。「訴訟上の請求」をかくる意味に理解すれば、訴訟法學の自足的體系において理論上整序せられ、上記の如き確認竝に創設の訴に付ての難問は解消せられる。しかしこの見解の基礎を爲す處のものは、畢竟するに訴訟法的一元觀であり、訴訟法と實體法との關聯を無視しているという點において、既に方法論的缺陷を示しているばかりでなく、實踐的訴訟理論としても、この方法論に禍いせられ、既判力その他重要な諸問題に付き、所論の矛盾に陥らざるを得ない。

(二) これ等の所説の詳細なる紹介並に批判に付ては、拙稿、前掲、訴と請求I參照。

從來、訴訟上の請求の主張の方向、即ちその相手方に付き異論を存したのは、次に述べる「訴」と「請求」との相關關係が理論的に整序せられないで、曖昧にせられていたことによる。實體法・訴訟法對立二元觀の立場を徹底せしめて、この問題を取扱わなければならない。「訴訟上の請求」は、「訴」の内容を爲す實體法上の權利主張である。而して確認

の訴と創設の訴とは、紛争の解決を判決の効力に待つ訴の類型である爲め、その權利主張の相手方に付き疑義を生じたのであるが、實體法上の權利主張なのであるから、その主張の相手方は、當然、實體法上の權利・義務の主體たる被告でなければならぬ。唯、創設の訴のうち判決の設權の効力（法創定力）に依存する程度の高い特殊の場合に限り、その主張の相手方が裁判所により代表せられる國家なる場合がある。<sup>(1)</sup>この問題に付ては、既に詳細に述べたことあるが故に、ここに再説しない。

- (一) ここに特殊の場合とは、創設の訴における訴訟の目的を爲す詐害行爲取消請求權（民四二四條）、婚姻取消請求權（民七四四條）等をいう。これ等請求權は、實體法學者の通説とするが如く、形成權ではなくして國家に對する形成要求權（公法的實體權であつて訴權ではない）と解する。拙著、原理一卷四〇頁以下、拙稿、前掲訴と請求（早稻田法學一八卷所載）一〇五頁以下參照。
- (二) 拙稿、前掲訴と請求（早稻田法學一七・一八卷所載）九〇頁以下參照。

## 二「訴」と「訴訟上の請求」との相關々係

「請求」の訴訟法的意義に付ては、從來種々の立場から色々に解せられているが、以上述べたが如く、訴の内容を爲す原告の權利主張を指示するものと解するならば、この意味における請求は、「訴」と區別せられると同時に、訴がその類型を異にするに従い、その權利内容を異にしなければならない。<sup>(2)</sup>詳言すればそれは「給付の訴」においては、原告より相手方に對する「給付の請求」であり、「確認の訴」においては、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）、また、「創設の訴」においては、(1) 國家に對する「形成要求權の主張」<sup>(3)</sup>（また相手方に對しては、その者との關係におい）なるか、(2) 相手方に對する「形成權の主張」若くは(3) 權利關係變更の請求のいずれかである（所謂、創設請求）。然らば次に來る問題は、これ等の訴訟法上の意義における「請求」<sup>(4)</sup>（即ち訴訟上）と「訴」との關係を如何に理解すべきかということである。

(一) 即ち「訴訟法上の意義における請求」若くは「訴訟上の請求」とは、訴の各類型に應じた容態における實體法上の權利主張を指稱し、それぞれ「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」というも、「請求」の語に與えられた元來の意味(給付請求)と甚しくその内容を異にし、從つてそれ等のすべてを包攝する「訴訟上の請求」といえば、單なる「權利主張」ということ以上の意味を有つていないことに注意を要する。

(二) 創設請求の内容に付ては、拙著、民事訴訟法上卷一二頁以下。

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」(訴訟法上の義における)は、その訴の内容を爲すことに異論はない筈であるが、從來、訴訟上の請求概念の定立しなかつた結果として、この關係が、案外曖昧の裡に放擲せられてあつた。<sup>(1)</sup>私は「訴訟上の請求」を以て以上述べたが如くに解し、こ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」を以てこの權利主張に基き、そ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。<sup>(2)</sup>即ち原告は、訴の提起により相手方に對し、各訴の類型に従える實體法上の權利主張を爲すと同時に、裁判所によりて代表せられる國家に對しては、こ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するのである。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、この意味において「訴訟上の請求」は「訴」の内容を爲している。而して原告がか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、この「訴權」は「前訴訟における」(vorprozessuale)状態においては、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、こ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、それは「訴訟上の請求」即ちその訴にお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)を求める具體的内容を有つ權利へと發展するものと解する。<sup>(3)</sup>而してこの訴權を屢々「判決請求權」といい「權利保護請求權」と稱するのであるが、この場合の「請求權」は「訴權」と同一意味であり、「訴訟上の請求」として現われる請求權(實體權)と異なることは前述した如くである。

(一) この間の事情は、ヘルウィツク、シュタイン、ローゼンベルグ等に付き、それぞれ詳細に述べたことがある(拙稿、前掲三八



頁以下参照)。

(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 (原理第一卷二九〇頁)、「訴」といえば同時に「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おいて「訴」と稱することもある。蓋しそれは、本文にも述べたが如く、「訴」の内容を充填する處のものが「訴訟上の請求」なるが故であつて、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、敢えてこの用例に反對する必要もない。

(三) この原告の有つ「訴權」に對し、私は、被告に「應訴權」なるものを認めることにより、新たな訴訟の構造理論を提唱した。その詳細に付ては、原理第一卷の記述に譲つて置く (同三二五頁以下参照)。

以上の如き理論構造において、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、それに基く國家に對する「判決の要求」とが認められる。即ち原告の訴の提起は、實體法上には、相手方に對する實體法上の權利主張 (これに於ては被告への送達) であり、同時に訴訟法上には、國家に對する「判決の要求」(判決請求權の行使) なのである。而してその「訴」の内容を規定する處のものが「請求」である。<sup>(二)</sup>

(一) かくいえとて、原告の訴狀提出による訴提起のうちに、實體法上の權利主張と判決の要求との二行為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おいては、原告の訴狀提出による事件の訴訟繫屬という法現象のうちに、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) の主張を認めるというのである。即ち原告の訴提起行為のうちに「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ころにある (拙稿前掲八二頁以下参照)。

(二) 「訴」と「請求」との相關々係は、結局において實體法と訴訟法との相關々係に歸するのであつて、この兩者を綜合する考察態度 (その學問的方法) に付ては、本稿第三の二、諸學說の總評と自説において、詳細に論じてある。

### 三 訴訟上の請求の個數

民事訴訟における一元觀と二元觀

實體法は、請求の個數をその法律要件に従つて決定する。例えば同一配偶者間において民法第七七〇條所定の離婚原因あるときは、數個の請求權の發生を認めるも（請求權競合（*Anspruchskonkurrenz*））これに反し法條競合（*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める。而してその請求が訴訟において爲される場合、私法的訴權説の下における私法的一元觀によれば、素より「實體法上の請求」個數により「訴訟上の請求」の個數が決定せられ、従つて獨立なる若くは競合せる數個の請求に付き、形式的一个の訴を提起するも、それは内容において數個の訴の併合であり、反之、法條競合の場合には、それを實質的一个の訴と做し、競合せる各法條による主張を獨立なる攻撃方法の主張と看するのである。<sup>(1)</sup>

(一) 實體法にお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、これをその儘「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。例えばこの見解に従うならば、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、従つて同一夫婦間において數個の離婚を求めるといふ理解し難い結論に到達せざるを得ないので、その故である。

(二) *Leuf, 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、或はまた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、學説、判例とも法條競合を否認して、請求權競合を認めている（川島氏、法律學辭典、Ⅲ一四九三頁以下参照）。

しかし現在においては、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め、實體法に隸屬しない「訴訟上の請求」概念が構成せられているのであるから、「訴訟上の請求」に付ても、また、實體法上のそれと異つた、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、結局においてそ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

實體的な權利主張として「權利保護要求」の内容と看るかに歸する。従つてこの理論構造の下においては、「請求」によりて「訴」の個數が決定せられるのでなくして、「訴」——權利保護要求——によりて「請求」の個數が決定せられる。

しかしこのように、「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權利保護要求の個數を基準とするとは、「訴訟上の請求」が實體法に依據する關係を無視するの非難を免れないのみならず、この基準に従うならば、請求權競合の場合は、すべて實質的一個の訴——一個の「訴訟上の請求」——ということとなり、一個の「訴訟上の請求」の範圍が、一個の訴において爲され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ぬのであるが、現在の裁判所の能力、而も當事者辯論主義の下においては、かくもその單位を擴大せられた「訴訟上の請求」の全般に亘り審理することの不可能なる場合を尠しとしない。因つてこの見解に従う學者は、他面において種々なる見地の下に、審理の範圍竝に既判力の客觀的限界を縮小せんと試みている。しかしそのいずれも理論的根據に乏しい。

- (一) 請求權競合の場合を一個の「訴訟上の請求」従つて實質的一個の訴と看る場合には、競合せる數個の請求權の主張は、獨立なる攻撃方法の主張であり(民訴一八四條)、従つてそ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) 當事者が金錢の支拂を求める判決の申立を爲した場合、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げることは、現在の民事裁判所の機能を以てしては不可能を強ゆるものであるばかりでなく、裁判所が當事者の申立てざる事項に付き判決を爲すことは、許されないものである(日民訴一八六條、獨民訴三〇八條)。
- (三) その詳細に付ては、拙稿前掲一五四頁以下参照。

この問題も、また實體法・訴訟法對立二元觀によりてのみ理論上竝に實踐上の妥當なる結論に到達し得る。

惟うに「訴訟上の請求」を以て、訴の内容を爲し、訴訟の形式による「實體法上の權利主張」と解する場合<sup>(二)</sup>、そ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、そ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つて決定せられなければならない<sup>(三)</sup>。しかしなお、他面においてそれが訴訟手續において、訴の内容として主張せられるのであるから、その範圍において訴訟法規と法理とにより支配せられるということも考慮しなければならないと考える。この立場において「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、私は大體において次の如く解する。

(一) 各種、執行異議訴訟の如き、いわゆる「訴訟訴訟」(Prozess-Prozess)の場合には、實體法と關聯しない。しかしこの場合でも、訴訟法に依據するその請求(例えば執行不許の請求)は、訴、即ち訴權の主張の内容を爲すのであつて、その間の關係は、實體法上の權利主張におけると異ならない。

(二) 權利若くは法律關係確認の訴においては、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。

(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それぞれの主張として現われ、従つて形式的的一個の訴において、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<sup>(實質的意味)</sup>における——の併存と看なければならぬ。即ちこの場合、客觀的訴の併合を認めるのであつて、その併存の態様としては「擇一的併合」(Alternative Klagenhäufung)<sup>(1)</sup>となり、或は「豫備的併合」(Klagenhäufung mit Eventualanträge)となる。こ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為、事務管理と契約若くは不法行為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じない。

(一) 請求の「擇一的併合」は、實體法上認められ得るも、訴訟實踐的にはそれは原告の請求を不確定ならしめることにより訴を不適法ならしめる。

(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) の形式的な一個の訴による主張は、一個の「訴訟上の請求」と看なければならぬ。實體法上相互が獨立しないで補充關係にある數個の請求に前後の順位を附し一訴において爲す場合、それを一個の「訴訟上の請求」と看るのは蓋し當然であらう。これに該當する例としては、不法行為上の請求と不當利得に基づく請求、また、不法行為に基づく請求のうち、民法第七〇九條による請求と同第七一四條若しくは第七一五條による請求、同第七一五條による請求と第七一七條による請求等々を、それぞれ併合主張する場合である。

これ等訴訟における各請求の主張は、實質上一個の訴の内部にお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めるときは、補充的地位にある他の請求に付き裁判を爲す必要なく、また、その確定判決は、補充的請求にもその既判力を及ぼすのである。しかし以上の各請求を別訴におい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、それぞれに付き別個の「訴訟上の請求」の成立を認めなければならない。

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

(一) 従つ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、後訴における他の請求に付き既判力を及ぼすものでない。しかし一の請求が判決により肯定せられるならば、その旨の確定判決の結果的効力 (Folgerwirkung 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、訴訟におけるその請求は、實體法上理由なきものとして棄却せられなければならない。

(三) 最後に、訴訟法が別訴を禁止し、一訴による請求を強制する場合には、假令、實體法上、各請求が獨立のものと

せられても、なお、訴訟法上には一個の「訴訟上の請求」と做さなければならない。蓋し實質的一個の訴においては、一個の「訴訟上の請求」を爲し得るに止まるからである。これに該當する場合としては、婚姻の無効若くは取消または離婚の訴(人訴九條)、並びに養子縁組の無効若くは取消または離縁の訴(人訴二、六、九條)、及び判決によりて確定した請求に關する異議の訴(民訴五、四、五條)等がある。

### 第三 「訴訟」における私法行爲に付ての一元觀と二元觀

訴の提起は、當事者の爲す訴訟行爲であるが、他面、それは裁判上の權利主張の一として、私法上の効果を發生せしめる。なお訴の提起以外にも、訴訟の過程において、私法上の効果を發生せしめる法律事實を見出すことができる。それらの法律事實のうち、口頭辯論期日における手形呈示等の事實行爲に付ては、訴訟法學の立場から特に問題とする點を見出さない。取消、解除、追認、相殺等の形成權が訴訟外において實行せられ、訴訟においてその結果が攻撃・防禦の方法として主張せられる場合に付ても同様である。しかし當事者が、これ等の形成權を訴訟外において實行しないで、訴の提起と共に、若くは訴訟の進行中、訴訟においてこれを實行し、それを以て攻撃・防禦の方法と爲す場合、その行爲の効力、殊に訴訟行爲との關係如何に付ては研究を要する問題がある。

この問題の解決も、同じく、その者の訴訟觀にまで遡る。しかし「訴訟」における實體法上の權利主張は、訴の提起による外、口頭辯論における攻撃・防禦の方法の提出によりても行われ、その主張の容態が一定していない爲め、訴訟觀を定立して、それ等の各場合に付き一貫した統一ある理論を構成することが頗る困難である。從來の學說の多くが、その立脚する訴訟觀において曖昧であり、各個の問題に付き個別決定的の理論に畢つてゐるものもかゝる理由に基く。

#### 一 「訴訟」における私法行爲に付ての學說

「訴訟」において、攻撃・防禦の方法として、私法上の權利を實行することは、「ローマ法」のアクチオ竝にドイツ普通法における私法的訴權説の下においては、訴の提起による私法上の効力と同じく、何等説明の要なき自明の事柄であつた。蓋し「訴訟」を以て、私法上の權利實行の一態様と見たからである。これが問題となつたのは、訴訟關係と私法關係とを區別し、對立せしめる公法的訴權學説の下においてである。

公法的訴權説の下においても、訴訟における私法上の權利（主として形成權）實行を、訴訟行爲との關聯において如何に考察し、理解するかに付ては、學説に數多の相異點を發見し得る。而してそれは、この問題を訴訟法理によりてのみ解決せんとするものと、それに實體法理の適用を認めんとするものとに岐たれる。前者を「訴訟行爲説」、後者を「併存説」とする。而して兩者の折衷説として、「兩性説」竝に「吸收説」（私法行爲が訴訟行爲に吸收せられるとする説）とを挙げ得る。

（一）我が國の民事訴訟法の著書においては、「訴訟」において爲される私法行爲とそれを「訴訟」において具現すべき訴訟行爲との理論的關聯に關し、基本的研究を缺く。而して問題のある裁判上の和解並に請求の拋棄・認諾に付き個別的なる理論を展開してゐる。

加藤博士並に中島判事は、裁判上の和解に付ては「兩性説」（加藤博士は行爲競合説といわれる）を、また請求の拋棄・認諾に付ては訴訟行爲説を執られる。加藤博士、民事訴訟法要論二九九頁以下・三〇八頁。中島判事、日本民事訴訟法第二卷九二四・九五九頁。反之、細野博士並に兼子教授は、すべてを訴訟行爲として理解せられ、これ等行爲の私法との理論的關聯を否定せられる（但し細野博士の所説は稍々曖昧である）。細野博士、民事訴訟法要義二卷五三二頁以下、五四三頁以下。兼子教授、民事訴訟法概論三三五頁以下、三四四頁。

## （一）訴訟行爲説

この説は、私法行爲と雖も、訴訟において實施せられるときは訴訟的性質を帶有し、訴訟法規により規律せられなければならないという訴訟法的一元觀に立脚し、主としてコーラーの提唱にかゝる。即ち法律行爲の取消、解除、追認等

の私法行爲も、訴訟において實行せられるときは、訴訟行爲として訴訟手續の一部を構成するから、それに對しては、實體法の適用が排除せられ、訴訟法の支配を受けるといふのである。

(1) Vgl. Kohler, ZRP. Bd. 29, S. 1. Derselbe, Kompensation u. Prozess, ZRP. Bd. 20, S. 15ff.

この學説は、訴訟繫屬の効力を過大視し、事件の訴訟繫屬の開始は、以て當該事件の私法關係の内容に<sup>(1)</sup>で影響を及ぼすとの見解の上に立つ、而してその成法上の根據として、訴訟において爲される私法行爲の解除・取消等は、これを訴訟行爲と做さなければ、訴訟代理權の範圍外にあることとなり、從つて訴訟代理人は、特別の委任ある場合の外、これ等の行爲を爲し<sup>(2)</sup>ないこととなり、不都合であるといふ。

(一) 訴訟提起の私法上の効力を以て、訴訟繫屬それ自體の効力と看做すのと同じの系列に屬する見解であり、例えば、コーラー、ビュロー等の學者によりて共に主張せられる。恐らく、ローマ法の訴權消耗 (Klagekonsumption) の思想に影響せられた學説と考える。

(二) 訴訟行爲説を採るコーラーは勿論、舊學説を採るワイズマン、ワッハ等も、これを訴訟行爲と看することにより、訴訟代理權限に屬することを主張する。(Kohler, ZRP. Bd. 29, S. 1ff.; Wach, ZRP. Bd. 23, S. 1ff.; Weismann, Lehrb. S. 289.; Rosenberg, Stellvertretung im Prozess, S. 66, N. 1. dort zitat.)

しかしこの學説のいう如く、「訴訟」における私法的意思表示(例えば、契約の解除、取消等)を以て訴訟行爲と做すことに付ては、成法的根據に乏しく、かえつて反對の論據たり得る二、三の條文を發見し得る<sup>(1)</sup>。加之、これ等の行爲を訴訟行爲として規律するとしても、訴訟法には、殆んどそれに關する規定を存しない。更にまた、この説の有力なる論據とする、これ等の行爲を訴訟行爲と做すのでなければ、訴訟代理權の範圍外に置かれるという主張は、それ自體再吟味を必要とし、寧ろ訴訟代理人は、當該事件の訴訟遂行に必要な範圍ならば、訴訟において<sup>(2)</sup>(訴訟外は自ら)獨り訴訟行爲のみに止まらず、私法行爲に付ても、また、代理權を有するものと看るのが妥當と考えられる。しからば、この學説



は、之れを支持する論據を失ひ、唯、訴訟法理を不當に實體法關係に及ぼす批難のみが賄ふることとなる。

(一) 例えは民法一四九條、民訴法二三五條に「裁判上の請求」とあるのは、訴訟における私法上の權利（請求權）主張を認めたものと解せられる。

(二) 民訴八一條一項は、所謂、通常委任の規定であるが、同項は、通常委任の範圍を示すものにして、その範圍に屬するか否か疑問の餘地ある事項を列舉した例示の規定であり、訴の提起、攻撃防禦の方法の提出等は、同項に規定がなくても訴訟代理人が當然爲し得る處とする。即ち訴訟代理人は、事件の受任により、同條第二項に列舉したものを除き（特別委任事項）、當該訴訟の遂行に必要な一切の處置を訴訟において執り得るものであり、この範圍に屬する限り、私法行爲に付ても「訴訟」において爲されるならば、その代理權限に屬すると解するのが妥當である。（Vgl. Rosenberg, Lehrb. S. 153.; Derselbe, Stellvertretung, S. 793ff.）

我が大審院もまた以上と同一なる見解を支持する。曰く「相殺ノ意思表示ニ付テハ法律上何等形式ノ定ナキヲ以テ訴訟上ノ防禦方法トシテ之ヲ爲スモ妨ケナク從ツテ訴訟代理人ハ相手方ニ對シ相殺ノ抗辯ヲ提出スルノ權限ヲ有シ敢テ特別ノ委任ヲ要スルモノニ非ス」昭和七・五・六、大民二判決、民集一卷八九〇頁。また曰く「法律行爲取消ノ意思表示ハ攻撃、防禦ノ方法トシテ訴訟代理人ニ於テ當然之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス」大正六・三・二九、大民二判決、民錄二三輯五七一頁、民抄錄七一卷。但しその根據は、「訴訟行爲タルト同時ニ法律行爲タル性質ヲ有スル」と做す兩性說による（大正八・一一・二四、大民二判決、民錄二五輯二〇九七頁、民抄錄八六卷）。

## (二) 併存說

次に「訴訟繫屬」を以て、單に事件が裁判所に繫屬する狀態であり、「訴訟關係」とは、裁判所と當事者との間における「訴訟繫屬」の狀態の展開であるとの見解に立つときは、法律行爲の取消、解除等の私法行爲を「訴訟」において實行する場合、それを私法上の「法律行爲」の實施と、これを訴訟資料として主張する「訴訟行爲」とに分解する考察方法が可能となる（實體法・訴訟法對立二元觀）。而して前者には實體法を、後者には訴訟法規を適用すべきであると主張する。この見解には、ローゼンベルグ、ゴールドシュミット、ガイブ等、數多の支持者がある。<sup>(1)</sup>

(1) Rosenberg, Lehrb. 183.; Derselbe, Stellvertretung, S. 75ff.; Nussbaum, Prozesshandlung, S. 73. ff.; Geib, a. a. O. S. 185. ff.; Goldschmidt, Prozess als Rechtslage, S. 469. 江口氏「訴訟行為における意思の問題」(法學新報四〇卷六號六八頁)。

この説は、訴訟の過程に實體法上の權利主張を認識した點を特徵とするも、「私法行為」とこれを訴訟資料として主張する「法律行為」とに分解することは、方法的便宜の事柄に屬するとはいいながら、經驗的事實に合致しない。即ち「訴訟」において攻撃・防禦の方法として、當事者が、契約の解除、若くはまた法律行為の取消等を主張する場合、當事者に「法律行為」と「訴訟行為」との二行為を爲す意思ありと做すが如きは事實に則しない考察である。加之、「法律行為」と「訴訟行為」との併存を認めるとしても、元來一行爲なのであるから、その間に、或る程度の相關々係を認めざるを得ないのであつて、ローゼンベルグは、この關係を考慮して、私法行為としての構成要件とその効力とは實體法により定められるが、その表示、即ち「訴訟」におけるその權利(形成權)行使の結果の主張は、訴訟資料の提出行為(訴訟行為)として訴訟法の適用を受けると述べている。<sup>(二)</sup> かくいうならば、二行為の併存を認めるのか否か曖昧となり、次に述べる「折衷説」殊に「吸收説」と相隔つること僅か一步に過ぎない。従つてそれに關する批難(後述)を當然に受けなければならぬ。

(1) Rosenberg, Lehrb. S. 183.

### (三) 折衷説(兩性説並に吸收説)

この折衷説は、その初め訴訟行為説が訴訟法理を不當に擴大適用せむとするを矯める爲め、まず兩性説として現われた。即ちワイヅマン、ワツハ等は、一つの行為が同時に「法律行為」並に「訴訟行為」として成立することを認め、この問題に關する實體法と訴訟法との適用の調和を圖つたのがそれである。<sup>(三)</sup> その後、今日に至るまでこの學説を採る學者が尠くないのであつて我が大審院は年來この見解による。<sup>(三)</sup> この説は、訴訟の過程に實體法上の權利主張を認めることに

より訴訟行爲説の缺陷を免れたが、一の行爲に同時に法律行爲並に訴訟行爲としての成立を認めることは、理論的に不可能のことに屬する。蓋し當事者が一個の行爲において、實體法上並に訴訟法上の効果を意欲すると看することは經驗的事實に反する考察であると同時に、訴訟行爲なると法律行爲なるとにより、その充足すべき法律要件（成立要件並に有効要件）を異にするからである。

(11) Weismann, Lehrb. Bd. I. S. 104.; Wach, Handbuch, Bd. I. S. 577.; Weismann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 102. S. 122ff.; Seuffert, Komm. Bd. I. zu §. 145. 4a.; Kleinfeller, Lehrb. S. 201.; Stein-Jones, Komm. Bd. I. vor §123. VI. 2.

(三) 大判、大正八・一一・二四、大民二判決、民錄二五輯二〇九七頁、民抄錄八六卷。大正一一・七・八、大民三判決、民集一卷三七六頁等。

この「兩性説」に對する批難を免れむとして、私法行爲が訴訟行爲中に吸收せられると做す「吸收説」が生じた。詳言すれば、「私法行爲」を「訴訟」において實施する場合には、「訴訟行爲」に吸收せられ、「訴訟行爲」として外部に對し表示し主張せられると看る。<sup>(1)</sup> ヘルウィックの説明を借りるならば、その行爲によりて生ずる法効果の内容は、實體法によりて決定せられ、從つてその法効果は、訴訟行爲としての効果ではなくして、そのうちに内存する私法行爲（形成權）のそれであるが、しかし、その行爲の表示の形式、條件、當事者に付ては、訴訟法によりて決定せられるという。かく解するならば、ヘルウィックもまた自認する如く、「兩性説」と殆んど相隔てなきと同時に、<sup>(2)</sup>「併存説」とも單に觀察の立場を異にするの程度の差あるに過ぎない。<sup>(四)</sup>

(一) この説を採る著書、次の如し。Hellwig, System, Bd. I. S. 432.; Derselbe, Prozesshandlung u. Rechtsgeschäft. S. 30.; Oertmann, Grundriss d. dtsch. ZPR. § 69. 2.

(二) Hellwig, a. a. O.

(三) Hellwig, System, Bd. I. S. 432. Note 21.

(四) 上記、ヘルウィックとローゼンベルグの説明を對比するならば、結局、同一に歸することが見出される。

前述したヘルウィックの所説は、一行爲に實體法と訴訟法とが事項を分ちて適用せられるというに歸する。しかし異別の法體系を構成する實體法と訴訟法とが、それぞれ一行爲の部分に適用せられて、全體が一個の行爲として成立するとは理論的に承認し難い處論である。實體法と訴訟法とが、何を基準としてその適用の分野を決定するかが問題であるばかりでなく、ある行爲が法律上の成立を認められるか否か(私法上の法律行爲として、若くは訴訟行爲として)は、各法領域における法的價值判斷の問題であつて、實體法と訴訟法とが各部分に付てのみ適用せられる場合、その行爲の一個の行爲としての法律上の成立は、いずれの法領域に屬する法的價值判斷によるものであるか。またその行爲は「法律行爲」(私法上の)なのであるか。この點に關する回答は、與えられていない。ヘルウィックは、その訴訟理論の根柢において、實體法と訴訟法との對立を認める二元觀の上に立つ。しかしその二元觀に徹底しない處に彼の所説の曖昧があり、この問題に付ても、彼の學說の基礎たる二元觀を離れて一元觀にて處理せんとした處に、致命的なる方法論上の缺陷が存する<sup>(一)</sup>。

(一) 彼の「訴訟上の請求」に關する所説の如し。拙稿、訴と請求Ⅰ(早法一七卷二九頁以下並に四一頁以下)參照。

(二) この缺陷は、すべての折衷說(並に折衷說に近きローゼンベルグの説)に共通する方法論的缺陷である。

## 二 諸學說の總評と自說

この問題は、實體法と訴訟法との兩體系に跨る。しかして前述の諸說には、いずれも從來の法律學の宿命たる方法論の狹隘と素朴とが附き纏つてゐる。即ち「訴訟行爲說」は、訴訟法の體系から考察し、解決せんとする部分觀(訴訟法的一元觀)に止まる。また「併存說」は、實體法と訴訟法との對立を素朴に承認することにより、二個の行爲の併存という經驗的事實に反する理論に到達し、「折衷說」は、一元觀によつてこの對立を結果において無視してゐる(ローゼンベルグの所説も結果において)。

以上の如き理論的缺陷は、その根本に遡れば、從來の法律學の方法（學問的態度）が、實體法體系と訴訟法體系との對立を理論的に克服し得ない處にある。詳言すれば、法の世界においては、現在、理論的にも制度的にも實體法と訴訟法とが別異の體系（數學的表現を以てす）を構成しているにも拘らず、法律學は、この兩體系に跨る問題を同一體系（同一次元）の問題として解決せんとする處に、理論的破綻の原因が潜んでいる。例えば前述の「併存説」が、「訴訟行爲」と「法律行爲」との二個の行爲の併存という經驗的事實に反する結論に到達したのは、訴訟法と實體法との對立が「體系」の對立なることを充分に意識しないで、結局「法」の世界という一體系内部の問題と誤認したからであり、また「折衷説」は、この對立を無視したが故に、その理論的破綻を來したのである。現在、法の世界は、實體法と訴訟法という異質の二體系（二個の次元）に分解してゐるのであるから、この兩體系に跨る問題を解決するには、兩體系の對立を認め、兩體系よりも高次の段階において、その綜合を意圖する理論でなければならぬ。然るに從來の法律學は、すべての問題を一個の「場」において捉えんとする。數學的表現を以てすれば、他の次元の跨る問題をその次元の問題として解決せんとするところに理論の無理がある。多次元の問題には、多次元の理論を必要とする。

（一）從來の法律學の學問的構造は、三次元の自然的空間を以て、理論的空間とする古典物理學に共通する處がある。自然的空間においては、Aの在る「場所」を、その瞬間において非Aが占め得ない。而して自然的空間を以て理論的空間とする古典物理學の立場からは、それを認めることは背理である。從來の法律學は、これと同様なる考察態度を以て、民法第九十五條（錯誤）により無効なる行爲に付ては、同第九十六條（詐欺）による取消の問題は生じないといひ、また一個の現實買賣行爲のうちに債權契約と物權契約の成立を認めることは經驗的事實に反するという。しかしそれを反駁する實體法學者の主張は、この問題を合理的に解決するに付ての充分なる理論的根據を示していない。その他債權若くは不動産の二重讓渡の問題、錯誤（民九五條）と賣主の擔保責任（民五六三條二項）の限界の問題等々、從來、實體法學者が満足する理論を示し得ない問題が數多ある（拙著、實體法學と訴訟法學一四頁參照）。

本文に述べている實體法と訴訟法とに跨る問題に付き、從來の諸學說が満足な解答を與えていないのは、古典物理學的性格を有つ從來の法律學の基礎的方法の缺陷に基く。しかして、その缺陷は、實體法學の全般に亘り潜んでいることは前述の如くである。

(二) 自然的空間を以て理論的空間とする古典物理學は、光・原子並に電子の發見により、その理論的限界を見出し、その限界を超える理論の解明には、多次元の理論的空間を認識する相對性理論の發見並にその後の新物理學を必要とした。法學においても、訴訟理論の發達と共に、從來の實體法學の理論を以て解明し難い理論の分野が見出された。從來の法律學（實體法學）の理論的限界を超えて、新たな理論の體系を構造することに、訴訟法學の將來性がある（拙著前掲一七頁）。

法の世界において、實體法と訴訟法とは「訴訟」の制度と理論との發達により、現在、異別の體系（「世界」若し）として對立し、一個の法律事實に對して、それぞれの領域から別個に法的價值判斷を與える。例えば人の死亡は、私法上には相續の原因たる私法上の「法律事實」として現われ、訴訟法には、訴訟手續の中断を生ずべき「訴訟事實」として現われる。この場合、人の死亡という一個の客觀的事實が、實體法と訴訟法との兩體系（<sup>異別の</sup>「次元」）において、異別の「法律事實」として現象するのであつて、同一體系（同一次元）において二個の法律事實が併存するのではない。この關係は、人の行爲に付ても同様である。例えば訴訟において當事者が相手方に契約解除の意思表示を爲したとする。この行爲が、私法上、契約の解除に必要とする法律要件を具備すると認められるならば、實體法の體系においては、その法律行爲としての効力（契約解除の効力）が與えられ、それと同時にそれが訴訟法上において、訴訟行爲としての要件を具備することにより、訴訟法の體系においては、攻撃・防禦の方法の提出行爲として認められることとなる。<sup>(一)</sup>しかして、實體法の世界に屬する契約解除の効力と、訴訟法の世界に屬するその効果の「訴訟」における主張との間の關係を如何に定むべきかは、兩者の世界（次元）に上位するより高次の段階において決せられるべき事項であり、それは法律の規定と學理とにより判斷すべき裁判の内容に屬する。<sup>(二)</sup>

(一) 實體法の領域における「法律行爲」としての成立と、訴訟法の領域における「訴訟行爲」としての成立は、それぞれその次元

を異にするが故に、「併存」するのではない。「併存」とは同一次元における問題である。

(二)「訴訟」は、實體法と訴訟法との綜合の「場」であり、「裁判」は「實體法」と「訴訟法」の兩次元を綜合する更に高次の段階(次元)において、兩次元を綜合する立場において、事實の認定と法律の解釋・適用(事實に對する法的價值判斷)を與える。從來の學説は、これら多次元に跨る問題を、同一次元の問題として解決せんとする處に方法論的缺陷がある。

以上述べた多次元的考察態度は、將來の訴訟理論の基本的構造を規定すべきものであり、實體法と訴訟法との相關問題は、すべてこのような多次元的考察態度によらなければ、合理的なる理論の構造は不可能である。而してそれは、民事訴訟法學の全體を通ずる考察態度に外ならない。

(一) 我が民法典は、所謂、バンデクテン式編纂法により、その規定する「權利の内容とその性格」に従い、論理的區分の下に條文を設け、その體系を整えている(拙著、民法總則上卷一二頁)。即ち規定すべき事項を基準として組立てられてゐるローマ法式編纂法と異り(例、フランス民法、日舊民法)、全編が論理的・概念的體系に區分せられてゐるのであるから、從來の實體法學におけるが如きローマ法的なる單次元の考察態度では、理論的解明の不可能の問題の生ずるのは當然である(本稿前段二九頁註一參照)。それ等の問題は、本文に述べるが如き多次元的考察方法により、正しき理論的解明が可能となる。その一例を債權の二重譲渡の問題に付示したことがある(拙著、判例民事訴訟研究第一卷第一三事件)。

### 三「訴訟」における私法行爲と訴訟行爲との相關々係

「訴訟」において、當事者により私法上の効果を發生すべき行爲がなされた場合、訴訟法の領域においては「訴訟行爲」の成立が、また實體法の領域においては「私法行爲」(法律行爲)の成立が認めらるべきこと、並にそれ等が當該「訴訟」において如何なる効果を發生すべきかは、より高次の段階にある「裁判」において判斷せらるべき事項であることは、前段において述べた。しかしそれ等は、具體的行爲に對する法的價值判斷の問題であつて、經驗的事實としての行爲が、當事者により、「訴訟行爲」として爲され、或は、「私法行爲」の形式を以て「訴訟」においてなされるという

こととは無關係であり、直接問題としていない。しかし行爲の形式は、その行爲の重點が「訴訟行爲」の面にあるか、或は「私法行爲」の面に存するかを定めるものであり、やがてそれは裁判の段階におけるその行爲の効力の決定に付てのファクターとなる。

「訴訟」において私法上の効果を生ずべき行爲の形式には、凡そ次の如きものがある。而してそれは、その行爲のうちに認定せられるべき「訴訟行爲」と「私法行爲」との相關關係の内容を決定する。

(一) 訴訟行爲として爲される場合

「訴」は「判決の申立」であり、「訴訟上の請求」は「訴」の提起行爲に内存して「訴」の内容を規定する關係にある。従つて訴の提起行爲は、訴訟行爲としての面に重點があり、「訴訟上の請求」は第一次的に訴提起行爲の訴訟行爲としての成立並にその効力發生に條件付けられ、訴提起行爲が訴訟行爲として無効であり、訴提起の効力を生じなければ、「訴訟上の請求」として私法上の効果を發生し得ない。例えば、起訴要件の欠缺により、訴狀が却下せられた場合の如し。なお「訴訟上の請求」の効力が、「訴」による申立の範圍により限定せられ(例えば一部請求の場合には「訴訟の目的」とせられる部分に限り時効中斷の効力を生ずる)また「訴訟上の請求」に付き條件を附し得ないのも、同様の理由による。

(一)「訴訟上の請求」に附し得ない「條件」とは、「訴訟上の請求」の効力の發生または消滅を「訴訟」の外部に發生することあるべき將來の事實にかからしめる附款をいい、「訴訟」の内部に發生することあるべき將來の事實にかからしめる附款を含まない。蓋しそれは、「訴」の限界内の事項なるが故である。例えば訴の併合における重疊的若くは豫備的請求、或は條件附反訴の如し。なお「訴訟上の請求」に始期を附することは、訴訟法に將來の給付の訴に關する規定を存するが故に(民訴二二六條)、その範圍において認められる。

訴の提起行爲に内存する「訴訟上の請求」が、「裁判上の權利主張」として私法上の効果を發生するには、それぞれ



私法上の要件を具備しなければならぬ。<sup>(一)</sup> また特に規定の存しない限り<sup>(例、民訴二三五條)</sup>、その効果の發生は、訴狀が被告に送達せられた時とする<sup>(民九七條)</sup>。

(一) この故に、昭和八年五月二六日、大民二判決(民集一二卷一三四三頁)に曰く、「白地手形ノ所持人カ其ノ欠缺セル記載事項ヲ補充シテ之ニ基ク請求ノ訴ヲ提起スルモ該手形債權ニ對スル時効中斷ノ効力ヲ生セサルモノトス」と。これは訴訟の進行中に必要の記載事項が補充せられたが、その時は既に手形時効期間が経過していたという事件であつて、判例は「訴訟」における追完の法理を無視して手形理論に膠着した理屈倒れの觀がある。「裁判上の主張」は「訴訟」において爲されるのであるから、私法上の要件の具備不具備の認定には、「訴訟」の特殊性の認識が必要である。理由が示されていないが、明治四四年二月二日、大民二判決(民錄一七輯七一頁、民抄錄四〇卷)「手形所持人カ裁判上ノ請求ヲ爲シタルトキハ縱令手形ヲ呈示セサルモ時効中斷ノ効力ヲ生スルモノトス」との判例は、結果においては認められ得る。

(二) 訴の提起による債務者附遲滞の効力は、訴狀送達の時を生ずる(大正二・六・一九、大民一判決、民錄一九輯四六三頁、民抄錄四七卷)。

訴の提起行為に内存する「訴訟上の請求」の効力が、「訴訟」の成立後、更にその訴訟の運命<sup>(訴の却下、取下若しくは、訴の變更等に)</sup>により左右せられるか否かに付ては異説あるも、影響あるものと看るが妥當であらう。<sup>(二)</sup> なお「訴訟」の成立後は、訴提起行為に内存する「訴訟上の請求」も、次に述べる訴訟の進行中において爲される私法行為と同一に看るとの考え方も存する。<sup>(三)</sup>

(一) この立場からいえば、「裁判上ノ請求ハ訴ノ却下又ハ取下ノ場合ニ於テハ時効中斷ノ効力ヲ生セス」(民一四九條)の條文は、確認的規定の性格を有つ。

(二) この立場において、判例は、債務者附遲滞の効力に付ては、時効の中斷効に關する民法第一四九條の如き規定を存しないから(この規定を例外的規定と看て)、訴の却下または取下の場合にも、なお殘存するとしている(大正二・六・一九、大民一判決、民錄一九輯四六三頁、民抄錄四七卷)。

## (II) 私法行爲として「訴訟」において爲される場合

當事者が攻撃・防禦の方法として、履行の請求を爲し、若くは解除、取消、追認、相殺等の形成權を行使する場合は、私法行爲の面に重點があるものとして「訴訟」において爲された私法行爲と看するのが妥當である<sup>(三)</sup>。従つてこれ等の行爲は、まず私法上の要件を具備しなければならない<sup>(三)</sup>。またこの効力は相手方に意思表示の到達した時に發生する<sup>(四)</sup>。而してそれが「訴訟」において攻撃・防禦の方法となるには、更に訴訟行爲としての要件を具備しなければならない。しかし訴訟行爲としての不成立若くは無効は、その行爲の私法行爲として「訴訟」外における私法上の効果の發生に影響しない<sup>五</sup>。

(一) これ等私法上の意思表示が、訴狀の送達によりて爲される場合もある。例えば訴狀に契約解除の旨を記載し、その解除に基く損害賠償を請求する場合の如し。なお判例は、契約解除の意思表示に付き、それが訴狀に明示せられなくても「契約ノ解除權ヲ有スル者力契約ノ存續ト相容レサル請求ノ訴狀ヲ相手方ニ送達シタルトキハ」默示の方法により解除の効力を生ずるとしている<sup>(明治三四・六・八、大民一判決、民錄七輯六ノ一三頁、民抄錄九卷)</sup>。同趣旨<sup>(明治三八・二・一五、大民二判決、民錄一一輯一二四頁、民抄錄二四卷)</sup>。

(二) 判例は「兩性説」の立場において、「裁判上ノ相殺ハ裁判所ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノトス」といい、裁判上の相殺には民法第五〇六條一項本文の適用がないと述べている<sup>(昭和九・五・二二、大民五判決、民集一三卷八〇六頁)</sup>。裁判上の相殺が、一面、攻撃防禦の方法の提出(訴訟行爲)として、裁判所に對して爲される必要があることに異存はない。しかしこの判例の如く民法五〇六條の適用を排除し、相手方に對し主張せられないでも私法上の効果を發生するとする理論は成り立たない。

(三) 例えば契約の解除には、それが定期行爲でなければ、相當の期間を定めた履行の催告が先行することを必要とし<sup>(民五三四條)</sup>、また不法行爲による債務に付ては、相殺を爲し得ない<sup>(民五〇八條)</sup>が如し。

(四) この故に、明治三八年六月九日、大民二判決<sup>(民錄一一輯九一三頁、民抄錄二六卷)</sup>に曰く、「期間ヲ定メテ賣渡ノ豫約ヲ爲シタル場合ニ於テ相手方カ訴ニヨリ賣買完結ノ意思ヲ表示スルニハ期間内ニ訴狀ノ送達アリシコトヲ必要トス」と。同趣旨、明治三

六・五・六、大民一判決（民錄九輯五九一頁、民抄錄一七卷）。

### (三) 「訴訟」を終結せしめる意圖の下に私法行爲の爲される場合

訴訟を終結せしめる當事者の訴訟行爲のうち、裁判上の和解、請求の拋棄並に認諾には、理論上いずれも實體法上の權利處分が包含せられ、寧ろこれ等實體法上の權利處分行爲が、訴訟において行われたものと看るが妥當と考えられる。従つてこれ等の場合には、私法行爲と訴訟行爲との双方に重點が置かれているのであるから、この兩者は相互牽連して不可分の關係に立ち、その有効に成立するが爲めには、訴訟法並に實體法に従つて、共に瑕疵なきことを要すると解しなければならぬ<sup>(一)</sup>。即ち訴訟行爲として不成立若くは無効なときは、もとより訴訟上の効力を發生し得ないと同時に、訴訟行爲として有効に成立するも、實體法上の瑕疵に基き法律行爲として無効なるか、若くは取消されるときにも、訴訟上においてその効力を發生しないこととなる。判例は、兩性説の立場から、同様な結論に到達している<sup>(二)</sup>。

(一) 要之、理論としては「訴訟行爲」としての成立と私法行爲としての成立の間を可分關係と認めるか、不可分關係と認めるかという問題に歸する。しかしてそれは、實體關係の處理には、「訴訟」の機能を、制度の上に幾許の程度において認めるかという法律政策的考慮が加えられて決定せらるべき問題である。詳細は、拙稿「訴と請求」IIのうち、裁判上の和解並に請求の拋棄認諾に關する説明參照（早法一八卷一四〇頁以下、並に一四五頁以下）。

(二) 大正一一年七月八日、大民三判決「訴訟上ノ和解ガ法律行爲トシテ民法ノ規定ニ依リ取消サレタルトキハ訴訟行爲トシテモ亦其ノ効力ヲ失フモノトス」(大民集一卷三七六頁)。大正四年一月二日八日、大民二判決「當事者ハ適法ナル控訴ノ提起ニ因リ控訴審ニ於テモ認諾ノ錯誤ニ出タルコトヲ主張シテ其効力ヲ爭フコトヲ得ルモノトス」(大民錄二一輯二三一三頁)。同趣旨明治三七・七一、大民二判決（民錄一〇輯九八九頁、民抄錄二一巻）。

なお請求の認諾並に拋棄に付て、單に訴訟行爲の性質のみを認めむとする者あるも、訴訟行爲説の採用し得ない理由は既に述べたが如くである。結局、これ等の學説は、請求の拋棄並に認諾をば、私法的缺陷に基く取消、無効の問題か<sup>(三)</sup>

ら切離し、その影響を否定せんとするものであつて、その理論ばかりでなく、結果から看ても賛成し難い。

(1) Rosenberg, Lehrb. S. 462. 3. 雄本博士、訴訟行爲論、九八、一四四頁。なお山田博士もまた認諾並に拋棄に付き訴訟行爲の要素のみを認めるものの如くであるが、その點必ずしも明白でない(改正民訴法四卷八一四頁以下參照)。

## 第四 既判力の本質に關する一元觀と二元觀

### 一 從來の既判力學說

確定判決の既判力とは、前訴と「訴訟の目的」を同一にするか若くは、それに基礎を置く後訴に對し、前訴確定判決が訴訟手續上において及ぼす拘束力である。既判力の本質に關しては、從來、實體法的既判力說と訴訟的既判力說とが對立した。

實體法的既判力說は、判決の既判力を以て實體法上の効力となすのであつて、私法的訴權說の下に提唱せられた實體法的一元觀の既判力學說である。この學說によれば、既判力とは、確定判決の當該「訴訟の目的」に對する實體的確定力に基き、訴訟手續上において生ずる効力(即ち部分効力)に外ならない。これに對し訴訟的既判力說は、既判力を以て純然たる訴訟法上の効力と看る。この學說は、公法的訴權說の考察方法に従う訴訟法的一元觀の既判力學說であつて、實體法的既判力論者の如く、確定判決に對し、當該「訴訟の目的」に付ての「實體的確定力」なるものを認めない。従つてこの術語を使用する場合には、純然たる訴訟法上の効力として、「既判力」と同義異語に理解してゐる。

私法的一元觀も、訴訟法的一元觀も、共に部分觀に止まり、實體法と訴訟法との綜合の「場」である「訴訟」の全貌を把握し得ないことは、既に述べたが如くである。<sup>(1)</sup>従つてこれ等一元觀に立脚する既判力學說が、既判力を廻る充分なる理論を構造し得ないことは、方法論的に見て自明の事柄に屬する。これ等學說に對する詳細の批判は、既に他の機會

において述べたことあるが故に、ここには省略する<sup>(三)</sup>。

(一) 本稿前段五頁以下。なお詳細は、拙稿、訴と請求Ⅰ、Ⅱ（早法一七・一八卷）参照。

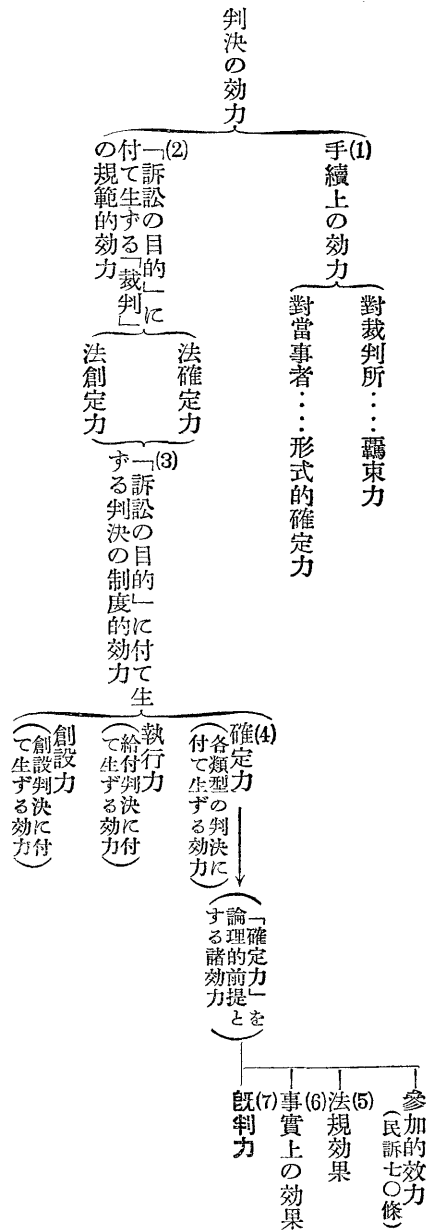
(二) 拙稿、確定判決の既判力（早法一九卷）。なお簡単な序述としては、拙著、民事訴訟法下卷三四四頁以下。

なお確定判決の既判力に、實體法上の効力と訴訟法上の効力の併存を認める若干の中間學說がある。その論據は、學者によりて異なる。これ等學說は、實體法・訴訟法對立二元觀の立場に屬するも、實體法と訴訟法との相關關係に關し充分な検討を加えていない<sup>(二)</sup>。また一般法學の立場による既判力說は、判決に内在する法規範の構造に關する形式論理的説明に止まり、判決の既判力に關する訴訟法學說としての内容を有たない<sup>(三)</sup>。

(一)、(二) これ等學說に付ても、前註(二)に掲げる拙稿に詳細に述べてある。

## 二 二元觀に立脚する綜合的既判力學說

以上の諸說は、畢竟するに判決の既判力を廻る部分觀に過ぎない。實體法と訴訟法とは、「訴訟」において綜合・止揚せられるのであるから、「訴訟」の歸結たる「判決」の効力に付ても、實體法・訴訟法の兩側面から考察しなければならぬことは自明である（實體法・訴訟法對立二元觀）。而して中間諸學說の如く、單に實體法理と訴訟法理とを不消化に包攝することなく、兩者を綜合した既判力理論を構成する爲めには、既判力の根源を判決の法規範的効力にまで遡る必要があるのであつて、その爲めには一般法學の理論を導入しなければならない。



- (1) 訴訟法が「判決」という訴訟行為に付した訴訟手續上の効力。
- (2) 「判決」は、「訴訟の目的」(原告の請求)に付て爲される「裁判」の形式であり、法確定力と法創定力とは、裁判の有つ本質的効力として判決に内在し、「訴訟」において當該「訴訟の目的」に付て生ずる判決の制度的効力に對し「原力」となる。
- (3) 判決により、當該「訴訟の目的」に付て生ずる訴訟制度上の具體的効力。
- (4) すべての類型の判決に付て生ずるも、確認判決は専らこの効力に重點を置く。既判力論においては、これを「實體的確定力」という。
- (5) 例えば民一七四條ノ二、一八九條二項、商法一〇九條二項等。
- (6) 例えば土地境界確定の判決は、結果として土地所有權の範圍を確定する。
- (7) 後訴判決に對する訴訟手續上の拘束力。

私見によれば、判決の既判力とは、判決の形式を以て具體化・個別化せられた實體法規範の訴訟上における、後訴に

對する拘束力（規範的効力）である。その理論の詳細を、次に分説する。

（一）判決の形式による實體的具體法の創定

私は、判決において、事件の紛争解決を意圖する國家意思が發現せられるものとし、この判決において、當該事件に關する實體的具體法が創定せられると看る。「民事訴訟」が、實體法に依據する權利保護の制度であることは、ここにいう迄もない。而して判決により實體法が當該事件に「適用」せられると一般に説明せられる法現象を以て、私は、一般法學の考察方法に従い、そのうちに法段階秩序（Rechstufen-ordnung）を認め、「訴訟」を以て抽象的・一般的なる實體法規範（Abstrakte-Generelle-Materielles-Rechtsnorm）を具體化・個別化する（konkrealisieren u. individualisieren）過程と理解する<sup>(1)</sup>。この過程において、當該事件に關する具體的・實體法規範が、判決（本案判決）の形式において創定せられるというのである。

（一）この點いう迄もなく、前述せるメクルの方法論に従えるものである。

（二）判決の「既判力」として現われる法規範を實體法的性格のものとする點において、ビンダーと一致する（Prozess und Recht, 1927, s. 103 ff.）。喜頭氏も、また同様に解せられる（同氏、既判力の本質、司法協一一卷二・三・四・五號）。

この點に付きザウエルの考え方は稍と異なる。彼も、また判決により個々の場合に付ての具體法（Konkretes Recht）の創定せられることを認めるのであるが、その新たな「法」は、實體法秩序とは別個の平面（Ebene）に存する「訴訟法」である<sup>(2)</sup>。その理由とする處は、判決によりて創定せられる具體法は、主文（Urteilsformel）に付てのみ、また當事者間に限り（inter partes）その「既判力」を生ずるのであるから、その効力は「訴訟上の妥當」（Prozessuale Geltung）であり、「訴訟上の力」（Prozessuale Macht）に外ならないというに在る。惟うに彼は、法秩序の二元性（訴訟法と實體法と）を否認し、對立するところのものは、「實體法」と「訴訟法」ではなくして、「客觀法」（Objectives Recht）と「訴訟」（Prozess）であり、「訴訟法」は客觀法に屬する<sup>(3)</sup>という立場を採るから、具體的の「訴訟」において實在化せられた「法」は、彼の理論に従えば「訴訟上の妥當」（Prozessuale Macht）<sup>(4)</sup>

uale Geltung)——具體的訴訟法——というに歸する。しかしその「訴訟上の妥當」(具體的訴訟法)が、客觀法たる實體法依據することは、彼の學說の理論構造の上からしても認められなければならないのであるから、ザウエル（註）の如くそれ體的「訴訟法」といふ、また私の如く「實體法」的性格を有つ具體的・個別的法規範というも、學說の理論構造上の相異に基く用語の差に過ぎない。しかしザウエル（註）の考察方法を以てしては、判決が訴訟外において拘束力を有つことを説明し得ないのである。

(1) Sauer, Rechtskraft, S. 18.

(11) aa O. S. 20.

(111) aa O. S. 22.

(1111) aa O. S. 19. Grundlage, S. 649

## (II) 判決の形式的竝に實體的確定力

前述の如く判決は、當該事件に關する具體法を創定する。而してそれが本案判決である限り、その判決により表現せられる具體法は實體法的性格のものであり、且つそれ自體が法的妥當力を有つ。しかしその爲めには、まずその判決が確定しなければならぬのであつて(形式的確定力)<sup>(1)</sup>、本案判決が確定するときは、その法的妥當力(規範的効力)により「訴訟の目的」たる實體的法律關係の存否とその内容とが確定せられる(實體的確定力)<sup>(2)</sup>。詳言すれば確定の本案判決により創定せられた實體的具體法は、當該事件に妥當することにより、原告が當該「訴訟の目的」として主張した「權利若くは法律關係」の存否とその内容とを確定する。

(一) 形式的確定力は、實體的確定力と異り、判決の効力(規範的効力)でないことに注意を要する。

(二) 判決により創定せられた實體的具體法は、外部に向つて妥當する(規範的効力を有つ)外、内面的には、當該事件に妥當す



すべて判決は、裁判に内在する効力として、「法創定力」(rechtssetzende Kraft)と「法確定力」(rechtsfeststellende Kraft)とを有<sup>(1)</sup>。而して前述の「實體的確定力」は、その法確定力に基く一種の確認的 (deklaratorisch) の効力と看すべきものであるから、判決は、この實體的確定力により「訴訟の目的」たる實體法律關係の存否とその内容とを有權的に確定する。これにより新たな權利關係を創設<sup>(2)</sup>しない。確定判決の「既判力」は、當該「訴訟の目的」に關するこの有權的確定にその根據を有<sup>(3)</sup>。

(1) この効力に付ては、拙稿、裁判の効力 (早法二三卷) におうに詳説した。

(11) Vgl. Sauer, Rechtskraft, S. 21; Merkel, Rechtskraft, S. 222.

(3) 創設判決は、その確定した法律關係に基いて、新たな權利關係を形成する (拙著原理第一卷四一頁以下參照)。創設判決におけるこの權利形成の效果 (例、離婚判決による婚姻關係の消滅) は、裁判に内在する「法創定力」に基くものであつて、「法確定力」による實體的確定力の外にある。

確定判決の有つ實體的確定力 (従つて既判力) は、前述の如く判決の形式を以て創定せられた實體的具體法に内在する規範的効力に基く。従つてその効力範圍は、判決の効力限界に一致する。次にこの點を述べるであらう。

### (三) 判決の拘束力 (法的妥當力) とその限界

判決は、當該事件、當該當事者間に妥當する具體的法規範を創定する。而して本案判決により創定せられる具體法は、實體法規範であるから、實體法に依據して裁判すべき義務ある裁判所も、またその規範の妥當せしめられる當事者も、共にそれによりて拘束 (gebunden) せられる。従つて前述した判決の實體的確定力も、その本質において判決に内在する具體法の規範的効力なのであるから、判決の効力の及ぶ限りにおいて、裁判所並に當事者を拘束する。

問題はその拘束力の限界 (妥當範圍) であるが、それは訴訟法によりて規律せらるべきものと考へる。即ち判決に内在する具體法は、實體法的性格のものであるが、訴訟法の支配する「訴訟」において具體化・個別化せられたのである

から、その妥當範圍は、當然「訴訟法」の決定に待たなければならない。而してそれを如何に限界づけるかは成法上の問題であるが、斯くして判決の形式において創定せられる法規範は、内容において具體的であると同時に、その効力に於いて相對的 (relative) である。<sup>(11)</sup>

(一) ザウエルは、この關係を示すべく、實體法を「構成せられる法」(das zu gestaltende Recht)、また訴訟法を「構成する法」(das gestaltende Recht) と稱する。

(二) ザウエル並にバンクマン、同様の見解である (Sauer, aaO. S. 20. ff.; Bachmann, Das rechtskräftige Zivilurteil als konkrete Rechtsnorm mit beschränkter Rechtsgeltung, 1931, S. 40.)。しかし私は、判決の拘束力は、相對的なものであるが、後述するが如く訴訟外においても存すると做す點において、ザウエルと異なる (バンクマンの主張は、この點において必ずしも明快でない)。

#### (四) 「既判力」の意義並にその効力限界

前述の如く判決の「實體的確定力」は、判決に内在する實體的具體法の有つ規範的効力 (法的妥當力) による。而してその實體的確定力が後訴に及ぼす訴訟手續上の拘束力を「既判力」(Rechtskraft) という。詳言すれば「既判力」とは、前訴判決の當該「訴訟の目的」に付て生じた實體的確定力が、「訴訟の目的」が同一であるか、若くは牽連する後訴 (従つてその裁判所並に當事者) を拘束する訴訟手續上の効力である。訴訟手續上、前訴・後訴の間に、かかる拘束關係を認めるのは、同一「訴訟の目的」に付ては、審理を反覆しないという「訴訟經濟」の原則と、再度の審理により同一事件に付き前訴判決と矛盾せる判決の爲されることを防止する「法的安定若くは平和」の要請に基く。<sup>(12)</sup>

(一) これ等は、既判力制度の存在理由を示している。訴訟的規範力論者のうちには、これ等を以て、既判力のもつ拘束力の根據と云ふるが、正當でなく。

かくて「既判力」の本質は、實體的法規範としての拘束 (Bindung) であるが、訴訟手續上の拘束力として、その程

度、形式、内容等が後述の如く、訴訟法によりて規律せられるのであるから、その點において訴訟法上の効力ということができる。<sup>(一)</sup>

(一) この意味において、既判力を以て訴訟法上の効力と爲す「訴訟法説」は正しい。しかし既判力は、當事者に對し直接の拘束力を有ち、この説の如く、間接的拘束のものでないことは、本文に述べる處によりて明かであるう。

次に「既判力」の効力限界であるが、「既判力」としての拘束力は、訴訟技術的内容の効力であるから、それを訴訟手續上、如何なる程度、如何なる形式と内容とにおいて認めるかは、すべて訴訟法の決定すべき事項に屬する。而して現在の訴訟法は、原則として、それを主文に包含せられるものに限り<sup>(民訴一九九條、獨民訴三二二條)</sup>、また當事者並にその承繼人間にのみ「既判力」を認める。従つてこの主觀的並に客觀的限界内において、訴訟手續上、前訴判決の既判力は後訴に及ぶものとする。<sup>(二)</sup>

(二) 既判力の制度論において述べらるべき問題である。

#### (五) 訴訟判決の「既判力」

訴却下の訴訟判決は、實體的内容を有たないから、前述した實體的確定力を有たない。この故に訴訟判決に既判力があるか否か争われている。しかし訴訟判決は、争いある訴訟上の事項、例えば當事者の訴訟能力、仲裁判斷契約の存否等<sup>(訴訟要件若しくは訴訟上)</sup>に付て判斷を爲すのであつて、その判斷には確定力がある。従つて、それ等訴訟上の事項に關する確定が、本案判決の實體的確定力と同様なる關係において、後訴に對し拘束力を有つべきは當然であり、訴訟判決にもまた「既判力」がある。

#### (六) 實體的確定力の限界

前述の如く訴訟法は、既判力の主觀的並に客觀的範圍を限定している。この限定は、判決の有つ規範的効力の限界を

定めるものであるから、同時に「既判力」の本體たる「實體的確定力」の限界となる。

判決の實體的確定力は、訴訟手續上「既判力」として後訴を拘束する。しかしそれは判決に内在する實體的具體法の有つ規範的効力なのであるから、單に「既判力」として訴訟手續上のみならず、更に前述したその効力限界内においては、裁判外においても、當事者に對し拘束力を有たなければならぬ。當事者は判決の實體的確定力により、裁判外においてもその拘束を受け、判決の内容を實現すべき規範的責任を負う。尤も拘束すべき實體法關係が存在しなければ問題とならぬ。<sup>(二)</sup>

(一) 判決の「既判力」が裁判外に生じないという訴訟法説の主張が正しいとしても、判決の有つ法規範として拘束力が裁判外に及ばないとするのは、判決の對社會的機能を無視したものである。

問題は「誤判」の場合であるが、判決により誤りて權利關係が確定せられた場合でも、眞實の權利關係は存在する<sup>(一)</sup>。即ち判決内容と、その事件に付き當事者の意識する處<sup>(二)</sup>（當該事件に則し實體法を具體化個別化せし結果）と齟齬のあることは、規範抵觸(Normenkonflikt)の場合であると私は解する。而して實體法規範は裁判規範としての外、他面において社會規範として、社會人の自發的遵守を要求するものであるから、當事者において任意にその内容を實現せしめ得べく、またそれが法の理想なのである。されば當事者が、判決により否認せられた義務を自發的に履行し、或は、判決により是認せられた自らの存在を肯定しない權利の實行を避けることは、規範内容の實現以外の何ものでもない。唯、當事者間に意見の一致しない限り、判決の形式にて實在化せしめられた規範が、訴訟手續上において「既判力」を有ち、當事者の意思に反しても強制せられるように止まる。

(一) 同説, Sauer, aaO. S. 17.

(二) ザウエルは誤判により規範の衝突を生じないとする。蓋し抽象的規範と具體的規範との抵觸は、外見に止まる(scheinbarer)

ところのどあつて (Grundlage, S. 281)。<sup>ハントマン</sup>の說に従う (Bachman, aaO, S. 24)。<sup>しかし</sup>私は、裁判の場合、抽象的規範と具體的規範とが牴觸するのではなくして、當事者が意識する具體的規範と、判決の形式を以て實在化せられた具體的規範とが牴觸すると見る。而してメルクルは、同一規範體系において、二個の矛盾せる規範の同時存在は論理的不可能というのであるが (a. a. O. S. 238)、抽象的・一般的規範の具體化・個別化に付ては、擔當機關の裁量の餘地あることは規範段階説を主張する者もまた認める處あり (Vgl. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 243)。<sup>然らば</sup>具體的事實としては、勿論、論理的にも、二個の矛盾せる規範の同時存在が可能と、私は考える。メルクルが、その主張の根據として擧げる“Lex poster derogat priori”は、論理的要請ではなくして、政治的要請に基く所與の制度に過ぎないと解する。

(三) 法の重層構造説に付ては Hubenagel, System der Doppelwirkungen im Zivilrecht, 1935. 尾高博士、改訂法哲學二二九頁以下參照。

### 三「實體的確定力」と「既判力」

一般にこの兩者を同視する。しかしこの兩術語に與えられた意義を分析するならば、必ずしも同義異語と看することができない。元來判決の「實體的確定力」(materielle)とは、<sup>パンデクテン</sup>法學の用例によれば、形式的確定力に對立する効力であり、判決が「訴訟の目的」たる實體法律關係を有權的に確定する効力を意味した。<sup>而して</sup>實體法的既判力學説は、この用例に従つたが、訴訟的既判力説を執るヘルウィックは、判決に上述せる意味における實體的確定力を否定し「既判力」(Rechtskraft)という術語を創始して、確定判決の後訴に對する訴訟手續上の拘束力を意味せしめた。<sup>現</sup>在「既判力」といえば、この用例に従う。

(一) 拙稿、前掲「既判力」(早法一九卷五頁註三)參照。

(二) 前掲一五頁參照。

(三) 前掲三五頁參照。

實體法的既判力論者によれば、判決の「實體的確定力」は、訴訟手續上、當然、後訴に對する拘束力を有つのであつ

て、それを「既判力」として獨立の効力とは認めていない。従つて實體法的既判力説の立場において「既判力」の術語を使用する場合、それは實體的確定力の部分的効力（訴訟手續上の効力）を示すこととなる。反之、訴訟的既判力説の立場においては、判決にパンデクテン法學並に實體法的既判力説の意味する「實體的確定力」を認めないから、シュタイン・ヨナスにおけるが如く、この術語を使用するとしても、「既判力」と同義異語に解し、單なる訴訟法上の形式的効力を意味するものと看る。

私は、判決の「實體的確定力」と「既判力」とを以て異別概念とする。判決は、當該「訴訟の目的」たる實體的法律關係を有權的に確定する「實體的確定力」を有つことは前述した如くである。而してこの實體的確定力ある判決が後訴に對して有する訴訟手續上の拘束力が「既判力」なのであつて、「既判力」は、「實體的確定力」の部分的効力に外ならない。しかしここに判決の「實體的確定力」とは、判決の屬性的効力を指すのであるが、「既判力」とは、この判決の屬性的効力（實體的確定力）に與えられた訴訟手續上の制度技術的拘束力のことである。従つてこの兩者は、訴訟法學上、異別概念としてそれぞれ研究の對象となるに價する。

(一) 既判力論においていう判決の「實體的確定力」とは、判決の制度的効力として「形成力」並に「執行力」と相並んで舉げられる「確定力」のことである。これ等、判決の諸効力に付ては、三八頁表參照。

#### 四　むすび

以上、私の述べた所を要約するならば、確定判決の「既判力」は、裁判所並に當事者を訴訟手續上において拘束する。而してこの拘束力は、訴訟的既判力説の理解するが如く、訴訟法により確定判決に付與せられた單なる訴訟手續上の効力と看るべきものでなく、それは更に遡つて、判決の形式において創定せられた實體的具體法の有つ規範的効力（實體的確定力）に淵源する。

(一) 私の既判力論においては、既判力の本質を以て實體法的性格のものと理解し、この點において實體法的既判力學説を採用した。しかし他面、「既判力」の内容、その効力限界等、訴訟手續上の現象形態に付ては、それを訴訟法の規定すべき事項とすることにより訴訟的既判力學説をも取入れた。

而して私の既判力論をば、對立する前記二學説の併立に畢らしめない爲め、更に一般法學の立場から既判力の本質を、判決の形式において創定せられた實體的具體法の有つ規範的効力に索めた。斯くして實體法・訴訟法を綜合する更に高次の觀點から、既判力論の體系を構成したのである。

「既判力」とは、判決の「實體的確定力」に基き、前訴判決が後訴に及ぼす訴訟手續上の拘束力に外ならない。而してこの拘束力は、訴訟手續上における制度・技術的性格のものであるから、如何なる程度、如何なる形式においてそれを認めるかは、成法（訴訟法）により決定せらるべき制度の問題である。

なお訴訟法は「既判力」に付て、その主觀的並に客觀的効力範圍を規定しているが、その限定は、同時に「既判力」の根據たる判決の實體的確定力の妥當範圍に付ての限界となる。

(二) かくて確定判決の實體的確定力は、訴訟手續上には、「既判力」として後訴の裁判所並に當事者を拘束し、なお裁判外にても、その効力限界内においては當事者を拘束する。

あとがき

本稿は、訴訟觀を取扱つたものである。訴訟觀は、訴訟形而上學的觀念論ではなく、それは具體的な「訴訟」を對象とする制度論における立場の問題である。従つてその時代の所與の訴訟制度に則したものでなければならぬ。

それは方法論である。しかし自己の執るところの方法を決定するものは、その人の世界觀であり、また學問的立場である。従つて方法論に對する批判は、やがてその人の世界觀乃至その學問的立場に對する批判であり、單なる方法論だ

けの問題でない。

また訴訟觀というも、訴訟法學に限定せられない問題にまで遡る。法の世界は、實體法と訴訟法の二體系に岐れているが、具體的事件に、實體法だけの問題、訴訟法だけの問題というものは存しない。法律學は、法規範の學問である。而して具體的事件に連結しない、それと無縁の法規範なるものは存しないのであるから、實體法學も、訴訟法學も、相互に學問的連繫をもたなければ、具體的事件を正しく把握し得る理論の構造は不可能でなければならぬ。

ところが、從來の法律學は、この點において無反省であり、實體法學も、訴訟法學も、相互の學問的連關を無視して、それぞれ自足的なる體系を構造していた。かゝる學問的態度も、嘗ては理由を存した。しかし法律の制度も學問も、既にこの點に反省を加うべき段階に到達している。

本稿は、訴訟法學の立場から、この問題を「訴訟觀」として取扱ひ、若干の問題を捉えて、筆者のいわゆる「實體法・訴訟法對立二元觀」によつてのみ、訴訟法學が實體法學と學問的連繫を有し得ることを論證した。この考え方は、筆者の年來の持論であり、學問的立場であつて、本稿はその要約に止まる。

この學問的態度は、實體法學の分野においても必要である。實體法學が、その自足的體系を破つて、訴訟法理との連繫をもつならば、その前途に新たな理論の分野を見出し得るであらう。實體法學と訴訟法學における理論的相互連關の努力は、この兩體系を綜合した、より高次の理論體系に到達する端緒でなければならぬ。