

訴 と 請 求 の 意 義
並 に 其 の 相 關 々 係

THE SIGNIFICANCE AND CORRELATION
OF LAW SUITS AND CLAIMS

I.

教 授

中 村 宗 雄

PROF. M. NAKAMURA

1 9 3 8

目 次

第 一 總 說

	頁
I. 問 題 の 概 観	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觀	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(其の一)	27
IV. 公法的訴權學說(其の二)	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「訴訟の請求」……………89

第二 確認の訴に於ける「訴訟上の請求」……………90

(以下次巻掲載)

第三 創設の訴に於ける「訴訟上の請求」

IV. 訴と請求との相關々係

V. 其の他訴訟法上の諸問題

第一 當事者の確定

第二 訴訟上の和解

第三 請求の拋棄、認諾

第四 時機に後れたる攻撃、防禦の方法の却下

第五 既判力の對象と其の限界

VI. 訴訟關係

第 五 結 語

訴と請求の意義並に其の相關々係

中 村 宗 雄

第 一 總 說

I. 問題の概観

「訴」(Klage)と「請求」(Anspruch)——「訴訟上の請求」(Prozessualer Anspruch)——とは訴訟に於ける最も基本的なる觀念である。然かるにこの基本的なる觀念を現はすべき此の兩術語が、現在に於て必ずしも確定の意義に於て使用せられないで、講學上にも法典の用語としても、その間に著しい混亂が來たされて居る。即ち此の兩者を如何なる意義に於て理解し、又、方法論的に其の相互關係を如何に見るかと云ふことが本稿の主題なのである〔一〕。

〔一〕 本稿は昨昭和十二年十月法曹會館に開催せられた訴訟法學會々合の席上に於ける講演を取纏め、夫れを基礎として執筆したものである。

最も素朴的な意味に於て解するに、「請求」〔一〕とは權利者より義務者に對する權利行使の容態を謂ひ、訴は國家施設たる訴訟に依る權利實行の容態に外ならない。然るに此の「訴」と云ふ觀念には、裁判所に對する當該事案に就ての判決の要求と云ふ元來の意味のうちに、自ら原告の有つ私法上の權利實現の意が

含ましめられて居るのみならず、他方、「請求」(Anspruch) と云ふ術語にウインドシャイド(Bernhard Windscheid)が、後述するが如く純私法的意味を附し、夫れ以來一般に「請求」と云へば給付の請求の意に用ゐられて居るのに對し、訴訟法學者が判決請求權(Urteilsanspruch)と云ひ、又、「訴訟上の請求」(Prozessualer Anspruch)〔二〕と云ひ、訴訟法的意義にもそれを使用するが爲め、請求概念の混雜を來たし、更に「訴」との間の關係も、觀念的に明瞭を缺くに至つたのである。

〔一〕 Anspruch(請求)の語は比較的新しく、法律上の術語としても、其の用例必ずしも一定せられて居らぬ(Mayer, K., Anspruch u. Rechtskraft im deut. Zivilprozessrecht, 1930, s. 1 ff.。實體法學者は、専らウインドシャイドが此の術語に與へた意味——給付の請求 Leistungsanspruch——に於て使用し、ドイツ民法第一九四條には、請求權を以て、「他人ニ對シ作爲又ハ不作爲ヲ要求スル權利」(Das Recht, von einem Anderen ein Thun oder ein Unterlassen zu verlangen)なる旨を明かにして居る。併かしながら實體法上の用例は、必ずしもこの意味にのみ限定せられて居らない。例之、確認並に創設の訴をも含めて、訴を「裁判上ノ請求」と稱し(民149條)、或は、民法第四二四條、七八〇條等には「取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」と、又、民一一三四條には「贈與ノ滅殺ヲ請求スルコトヲ得」などと規定せられてある。

〔二〕 訴訟法上の意義に於ける請求としては、實に給付請求にのみ止まらず、確認並に創設請求なるものが認められる。即ち請求概念が訴訟法の分野に於て實體法上の夫れに於けるよりも著しく擴大せられてある。此の訴訟法上の請求概念は、訴訟物(訴訟の目的)概念と表裏を爲し、その研究に共通する處あることに注意を要する。

去れば是等の關係を明かにし、「訴」と「請求」と正しき意義

を把握し、その相關々係を整序することは、訴訟法學に於ける最も基礎的の問題であると同時に、實體法學者が、ウィンドシャイド以來の傳統を逐ひ、請求概念に何等の反省を加へざる獨善的態度に對し反省を促がす所以に外ならぬ。而して此の問題を解決するが爲めには、「訴」と「請求」との各概念の分析に終始することなく、更に高次の觀點に立ち、實體法と訴訟法との相關々係に關する沿革的、方法論的考察を必要とするのであるが、畢竟するに此の問題は實體法と訴訟法とその孰れを主と做すかと云ふ其の人の法律觀乃至訴訟觀にまで遡らざるを得ないのである。

以下説明の便宜上、先づ方法論的に見て此の問題に付き如何なる考察方法 (Betrachtungsweise) が可能であるかを検討し、次に現在の訴訟法學者が夫れ夫れ如何に此の問題を考へて居るか、「訴」と「請求」とに如何なる意味を附して居るか、而して其の理論が果して孰れの考察方法に屬するか等の點を概観する。而して次に沿革的考察に依り此等の點に關する現在の學說の見解が、如何にして分岐したかの根源を究め、各學說批判の後、最後に現在の訴訟制度に最も適合したる考察方法を挙げ、夫れに基き問題の各場合に付き、一應の理論を展開して見る。

II. 訴と請求との相關々係に關する考察方法の異同

訴と請求とを夫れ夫れ如何なる意味に於て理解し、且つ其の相關々係を如何に見るやに就ては、方法論的に凡そ次の如き三

つの場合に分ち得る。

第一 實體法訴訟法未分化の一元觀

法律體系に於て、實體法と訴訟法との對立を認識することなく、融合せる一體と見る立場に於て此の問題を觀察するならば、訴と請求とは結局に於て同一意味に解せられる。此の思考方法は、ローマ法のアクチオ (actio) 概念に於て認められるのであるが、此の點後に詳述するであらう。畢竟するに實體法、訴訟法未分の境地に於ける考へ方（一元觀）に外ならないのであつて〔一〕、ローマ法學の性格的特徴たる靜態學的觀察方法の一つの現はれである。然るに近世期に至り科學に於ける動態理論の勃興は、法律の世界にも影響を及ぼし、靜態規範たる實體法と、動態規範たる訴訟法との間に徐ろに分化を生ずるに及んで、かゝる學問體系は之れを支持し得なくなつた。即ち此の新たなる學問的雰圍氣に相應すべく、訴と請求とを觀念的に分離する新たなる考察方法が踵いで現はれたのであるが、その初期のものとしては、單に實體法と訴訟法との自同の觀念に非ざることを意識するに止まり、學問的體系としては私法を中心と爲し、訴を以て請求權行使の特殊の容態と看、從つて請求權概念の中に吸収せらるべきものと做した。訴權學說の發端を爲せる所謂「私法的訴權學說」(Zivilistische Klage-rechtstheorie)と稱せらるゝものが即ち夫れである。此の考察方法を強ひてローマ法のアクチオ概念と區別して考ふるな

らば、私法中心の一元觀と云ひ得るであらう〔二〕。

〔一〕 Windscheid, B., Die Actio des röm. Civilrechts (1859). S. 3., Binder, J., Prozess u. Recht (1927), S. 13. 14. ff. 船田享二氏、近代訴權理論形成の史的研究四頁以下参照。併かしながらローマ法の理論としても、アクチオと債務とを觀念的に區別する二元觀の存せしことを法源に基き主張する學者もある。Sohm, R., Institutionen (1924), S. 685. Vgl. Binder, aaO. S. 47. ff. (本稿九頁註一参照)

〔二〕 私法的訴權説は、實體法と訴訟法との差別を意識せる點に於て既に二元觀に入れるものであるが、未だ此の兩者を對立せしむることなく、私法を中心として考察する點を取り上げ、爰には一元主義の思考方法のうちに加へて置く。

第二 實體法訴訟法對立の二元觀

以上述ぶる實體法訴訟法差別觀は、近世法治國家の成立に伴ふ公法理論の擡頭を主要の契機となし、併せて近世社會學の特徴たる多元的社會觀の影響の下に、靜態規範にして本質的に社會倫理規範であると同時に裁判規範たるの性質をも有つ實體法と、動態規範にして裁判技術規範たる訴訟法との對立を明白に意識することに因りその傾向を展開せしめ、遂に二元觀の學問的體系にまで到達した。即ち「訴」を以て國家に對する判決要求と做し、從つて訴權なるものを訴訟法上の權利として請求權とは異別に認識すると共に、請求權を以て訴訟に關係なき實體法上の權利と解する見解が夫れであつて、要するに、此の考察方法の下に於ては、「訴」と「請求」とが對立せしめられ、訴は訴訟と云ふ手段に依る請求權實現の方式に外ならないのである。此の見地に立ち訴權理論とし

ては、私法的訴權學說に踵て學界を風靡した公法的訴權學說であり、此の學說がワッハ(Wach, A.)、ヘルウィック(Hellwig, K.) に依る權利保護請求權說 (Theorie vom Rechtsschutzanspruch) に迄發展せしめられたことは、人の知る處である〔一〕。

斯くして此の考察方法の下に於ては、訴と請求とは異別の觀念とせられるのであるが、偕、「訴」に依り主張せらるゝ「請求」には、給付請求の外、確認竝に創設請求があり、必ずしもその内容が私法上の請求概念たる「給付請求」のみに局限せられないが爲め、私法上の請求概念と之れを區別して、「訴訟上の請求」(Prozessualer Anspruch od. Prozessanspruch) と云ふ〔二〕。即ち訴訟法の領域に於て、請求權概念がその内容を擴大したのであるが、更に前述の權利保護請求權說に於ては、訴權を以て「判決請求權」(Urteilsanspruch) と稱し、「請求權」の語を純然たる訴訟法的意味に於て使用して居り、是等事情の下に請求權概念が、訴訟法の領域に於て甚しく混亂せしめらるゝに至つた。その經緯に就ては後に詳述するであらうが、概説するに一面に於ては、依然として私法的要素をそのうちに認めながら、尙他面に於て訴の内容を爲す純然たる訴訟法的概念として之れを把握せんとする傾向を生じたのである。而して此の矛盾を止揚すべく、裁判權中心の官權的思想と、殊に最近の全體主義的國家理念の決定的影響を享け、訴訟に於ける請求概念を全く訴訟法的意味に於てのみ把握せんとする訴訟法中心の

一元觀が擡頭した。

〔一〕 拙著、民事訴訟法原理第一卷二九三頁以下參照。

〔二〕 正確に云へば、「訴訟法上の意味に於ける請求」(Anspruch im Sinne der ZPO) のことである。

第三 訴訟法中心の一元觀

國家を全體社會(Totalgruppe)と看、實體法を以て裁判規範としてのみ理解する立場からは、所謂「訴訟上の請求」は、其の表現形式を訴訟に於てのみ見出す純然たる訴訟法上の權利主張として訴の内容を爲すものとせられ、私法上の請求權は訴訟法的考察の範圍外に之れを置く。此の考察方法は、前述の私法中心の一元觀と對蹠的關係にあつて、訴訟法中心の一元觀と云ふことが出来る〔一〕。かゝる考察傾向は、後述するが如く既に權利保護請求權説の下に於ても認められ得るのであるが、ザウエル(Sauer, W.)、グロー(Groh, W.)等の主唱する司法作用請求權説(Anspruch auf Rechtspflege)〔二〕は、此の體系を徹底せしめた訴權學説に外ならぬ。

〔一〕 拙著前掲原理第一卷三一四頁以下參照。

訴と請求との相關々係に關しては、今日迄の考察方法乃至學説は、畢竟するに以上述ぶる處以外には出でて居らぬ〔一〕。約言すれば、未だ實體法と訴訟法と未分の域にある制度竝に學問體系の下に於ては、訴と請求とは自同の觀念として、例之、ローマ法に於けるアクチオの如く、一概念のうちに包攝せられたの

であるが、其の後、法律の世界を實體法と訴訟法とに分つ法律制度と學問體系とが成立するに及び、此の兩者が實證的にも、方法論的にも異なれるものとして概念せられた。而して此の兩者即ち訴と請求とを異なれる概念として取り上げた場合、其の意義並に相關々係に付き、今日迄如何なる學說が如何なる考察方法の下に展開せられたか。續いて之れ等の點に付き考察せられなければならぬ。

- 〔一〕 尙、學問的には實體法、訴訟法綜合の一元觀なるものが考へられるのであるが、訴訟理論は、Ideologie の問題ではなく、制度に則する方法論に立脚しなければならないが故に、制度的並に實定法上、實體法と訴訟法との對立下にある現在の訴訟機構に關する限り、かゝる考察方法は無意味である。

III. 訴と請求との意義に關する學說概觀

訴と請求との相關々係に入るに先立ち、先づ順序として從來の學說が、「訴」と「請求」とに夫れ夫れ如何なる意義を附したかを概觀しなければならぬ。殊に各學說の内容に立入つての批判の爲めには、その準備として現在に於ける諸學者の所說を一通り検討して看る必要がある。

先づ訴と請求とを觀念的に分離し、其の間の區別を認識したのは、第十九世紀の中葉に至る迄、パンデクテン法學者に依りて主唱せられた私法的訴權學說を以て、その嚆矢とする〔一〕。此の學說下に於ては、ウインドシャイドの云ふが如く、「權利は第一次的であつて、訴は之れに踵ぐものであり、又、權利は作つた

ものであり訴は作られたものである」〔二〕と解する。而して其の権利（私法上）の主張をば「請求」(Anspruch)と云ひ、訴を通じて爲す請求(裁判上の請求)が訴である。従つて訴権は私法上の権利に附隨するもの、若くはその變形（Zubehör od. Metamorphose）に外ならぬものとせられる〔三〕。即ち此の學說に於ては、未だ訴と請求とが方法論的に充分に分離せられないで、私法を中心とし、訴の概念が私法上の請求概念に吸収せられて居ることを觀取し得る。

〔一〕 尙、ローマ法の下に、アクチオ(actio)に對しオブリガチオ (obligatio) を對立せしめ、而して構成要件の充足に依りアクチオが先づ發生し、このアクチオからオブリガチオが生ずると做す二元觀が存したとの説も存するのであるが (Binder, aaO. S. 63. 本稿五頁註一參照)、夫れはローマ法の體系を二元主義の理論構造としても理解し得ると云ふ程度の主張であり、大體に於てビンダーの主張するが如き一元主義の理論構造が、ローマ法の基礎理論を爲せるものと看るのが相當であらう。

〔二〕 Windscheid, aaO. S. 3.

〔三〕 Savigny, F. C., System des heut. röm. Rechts, Bd. II. S. 3., Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I. S. 326.

我が民法は、此の私法的訴權說當時の規定形式を其の儘に踏襲し、時效中斷原因として「請求」を掲げ（^{民一四九}條^{二號}）、此の請求のうちに「裁判上の請求」として訴の提起をも含ましむる態度を執つて居るが爲め〔一〕、訴と請求との相關々係に關する我が民法學者の所説は、多くは如上の見解に従ひ、判例も、亦、之れを是認して居る〔二〕。即ち時效中斷原因としての裁判上の請

求に付き、例之、

鳩山博士 裁判上ノ請求トハ訴ノ提起ヲ謂フ。民事ノ訴ハ給付ノ訴タルト確認ノ訴タルト形成ノ訴タルトヲ問ハス、又、本訴タルト反訴タルトヲ問ハス皆之ヲ包含スルコト疑ナシ（増訂改版日本民法總論六〇二頁）。

遊佐博士 訴ノ提起ハ裁判上ノ請求ニシテ時效中斷ノ效力ヲ生スルモノトス。給付ノ訴タルト確認ノ訴タルト若クハ創設ノ訴タルトヲ問ハス、又タ本訴ナルト反訴ナルト附帶私訴ナルトヲ問ハス（新訂民法概論總則篇四七六頁）。

我妻教授 裁判上ノ請求とは訴を提起することである（民法總則四四七頁）。
 などと説明を加へ居り、其の他の民法學者に於ても同様である。
 想ふに我が民法の解釋としては、斯く云ふの外ないのであらう
 〔三〕。

〔一〕 民法第一四九條にある「裁判上ノ請求」と云ふ術語は、舊民法證據篇第一〇九條に遡り得るのであつて、ボアソナード草案には、une demande en justice とある (Boissonade, projet de code civil, 5. §1446.)。我が民法起草者が、時效中斷原因として掲げた民法第一四七條第一號の「請求」に、當然、裁判上の請求を含ましめ、而してその裁判上の請求を以て、フランス民法第二二四四條にある「裁判所へノ呼出」(une citation en justice) と同様、訴の提起を意味せしめたのであらうことは、爰に云ふ迄もない (民法修正案理由書一四七條下の説明參照)。序ながらドイツ民法は、訴と請求とを嚴に區別、對立せしむる立場に於て、裁判上の請求と云ふが如き術語を使用せず、時效中斷原因として、私法上の請求の外訴の提起を擧げて居る (ドイツ民法第二〇九條)。尙、此等の點に關しては、拙稿、民事訴訟開始の私法上の效果に就て (早稲田法學第一三卷所載) 四三頁以下參照。

〔二〕「民法第四百十九條ニ所謂裁判上ノ請求ハ訴ノ提起ヲ謂フモノニシテ原告ノ主張ニ對スル單純ノ抗告ノ如キハ之ヲ包含セサルモノトス」大判、大正九・九・二九民錄二六輯一四三一頁（抄錄八九卷）。

〔三〕前掲拙稿三九頁以下參照。

次に「訴」と「請求」とを全く異なる觀念として之れを對立せしめたのは、公法的訴權學說の下に於てである。此の學說は、訴權をば訴訟法的、形式的權利として、實體權たる私法上の權利とは異別に成立する國家に對する公權と做し、從つて此の訴權の表現形式たる「訴」を以て、私法的訴權說の如く實體法上の權利主張と看ずして、國家に對する「判決の要求」と理解する。此の點に就ては、此の系列に屬する孰れの學者の所説も、皆其の揆を一にして居るが、以下その代表的のもの二三を擧げて看る。

プランク——訴とは不正に對する裁判上の救済の要求を意味する（Planck, J. W., Lehrb. d. deut. CPR. Bd. II. S. 2.）。

ワイズマン——訴とは、原告が私法上の利益保護を求むる爲め裁判所の裁判を求むる行爲を云ふ（Weismann, J., Lehrb. d. deut. ZPR. Bd. I. S. 5.）。

ヘルウィック——訴ふる(klagen)とは、訴の方法に依り、即ち此の種申立に付き定められたる形式に従ひ、當該申立を爲したる裁判所に對し一定の判決を要求することを云ふ（Hellwig, K., System, Bd. I. S. 243.）。

ローゼンベルグ——訴とは判決に依る權利保護の許與を求むる要求である（Rosenberg, L., Lehrb. d. deut. ZPR. 3. Aufl. S. 258.）。

シュタイン・ヨナス——訴とは攻撃側の当事者が裁判所に對し
審理竝に裁判の要求を爲すと同時に、相手方に對し、其の旨
を告知する訴訟上の意思表示である（Stein-Jonas, Komm. 14.
Aufl. zu § 253. I. (S. 682.)）。

ドイツの民事訴訟法著書に掲げらるゝ訴の定義は大體以上の
如く、獨りシュタイン・ヨナス註釋書に於て、相手方（被告）に
對する告知が訴の概念中に包含せらるゝに止まり、其の他の定
義では、専ら裁判所に對する裁判の要求を以て訴の概念たらし
めて居る。尙、Stein, F., Grundriss d. ZPR u. d. KR. には、
訴の意義をば自明のものと做したのか、定義らしいものを見出
し得ぬ。強ひて求むるならば、「訴訟は權利保護を要求する當事
者の行爲、即ち各種訴訟形態に於ける訴の提起に依り開始せら
る」とあり（S. 129）、大體に於て以上と同様なる見解を示して
居る。

次に我が國の學者の舉ぐる「訴」の定義は如何かと云ふと、
雄本博士 訴は私人が原告となり國家に向ひて自己に有利なる
判決あらんことを求むる行爲なり（同博士、民事訴
訟法プリント）。

山田博士 訴とは原告が被告を相手方として、民事司法裁判所
に對し私法上の權利又は法律關係の存否を主張し、其の存否
に付き自己に有利なる判決あらんことを求むる——原告の裁
判所に對する——要求である（法律學辭典、
I. 七八頁）。

尙、同博士、日本民事訴訟法論第二卷一頁にも、大體に於て同様なる定義が
掲げられてある。

兼子助教授 訴は私人（原告）が他の私人（被告）に對する關係で、特定の法律的主張（請求）の當否に付て、特定の裁判所に審理及び判決を要求する申立であり、之に因り第一審判決手續の開始される訴訟行爲である（同氏、民事訴訟法（概論中卷一五八頁））。

中島弘道氏 訴トハ原告カ裁判所ニ對シ一定ノ私法上ノ法律關係ニ付自己ニ有利ナル判決ヲ要求スル訴訟行爲ニシテ判決手續開始ノ原因タルモノナリ（同氏、日本民事訴訟（法第三卷一〇五五頁））。

前野順一氏 訴とは原告が一定の私法上の法律關係に付裁判所に對し自己に有利なる判決を爲さんことを要求する行爲にして意思表示たる訴訟行爲である（同氏、民事訴訟法論、第二編（乃至第五編、七九二頁））。

筆者 訴とは判決に依る權利保護を要求する原告の申立であり、手續としては訴狀を裁判所に提出することに依り提起せられる（拙著、民事訴訟法原理（第一卷三三五頁））。

尙、細野博士（民事訴訟法要義）、岩田一郎博士（民事訴訟法原論）、河本喜與之氏（民事訴訟法提要）等には、特に訴の定義として掲げられてあるのを見出さなかつた。蓋し自明の觀念とせられたのであらう。

以上、訴に就ての各定義は、孰れも公法的訴權學說の體系に屬する理論構造に基くものであつて、訴を以て國家を代表する裁判所に對する裁判の要求と看る點に於て一致する。

然るに此の訴に對する「請求」の意義に關しては、學者間に著しき立場の相違、見解の交錯あるを見出すのである。

即ち私法の領域に於て請求 (Anspruch) と云へば、一般に「給

付の請求」を意味して居り、私法的訴權學說の下に於ては此の觀念を其の儘訴訟法の領域に移入し、訴を以て裁判上の請求と稱したと既に述ぶるが如くであるが、其の後、訴の類型として給付の訴の外、確認並に創設の訴が認めらるるに及んで、訴訟法の領域に於て請求概念の擴大が必要となり、私法上の請求概念を其の儘支持し難きに至つた。ヘルウィックは此の點に着眼し、曰く

爰に「請求」(Anspruch)とは、求められたるもの、判事が原告の爲め判決すべき處のものと云ふ意味に於ける判決の要求である(Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 156)。

と。即ちヘルウィックは、訴訟手續に於て爲さるゝ請求を以て裁判所に對する權利主張(判決の要求)と解することに依り、「私法上の請求」概念と異なる「訴訟法上の請求」概念を提唱したのであるが、其の主張する「訴訟法上の請求」概念のうちから未だ全く私法的要素が除却せられて居らぬことは、この定義にある「求められたるもの」(was begehrt wird)に付き、即ち「夫れは訴の申立(Klagantrag)ではなくして、訴の申立が爲され、且つ其の訴の申立に依り種々なる方法(確認、給付、形成)と、異なる範圍(一部債權)とに於て主張せらるる法律關係である」と云ふが如き説明を加へて居るに徴し明白である(aaO. S. 156. N. 6.)。尙、彼は、其の著、民訴法綱要に於て、「訴訟事件(Rechtsstreitigkeiten)とは……即ち簡明にして且つ法律(裁判所構成法)の用

語を以てするならば、權利追及の爲めにする請求の提起と云ふことに外ならぬ。争訟(Rechtsstreitigkeiten)、權利の主張 (Rechtsbehauptung) 竝に訴訟法上の意義に於ける請求(Anspruch im prozessualen Sinne)(獨民法一九四條に對し)とは、孰れも同一概念である」と云ふが如き、眞意を捕捉し難き曖昧なる説明を加へて居るのであつて(System, Bd. I. S. 37/8.)、畢竟するに彼の懷抱する「請求」概念は、私法的請求概念より一步踏み出したと云ふに止まり、未だ自身も認むるが如く「漠然たる概念」(vagen Begriffs) [一]の域を脱せざるものと云はなければならぬ[二]。

[一] Hellwig, Anspruch u. Klagrecht, S. 156. N. 7.

[二] 彼は、權利保護請求權説を執るのであつて、此の學説の核心を爲す權利保護請求權とは、國家に對する純然たる公法上の權利を指稱し、訴訟の目的を爲す「請求權」とは全く異なる觀念である。尤も彼は、斯くして「請求權」(Anspruch)の語を異なる意味に於て使用することに因り其の概念の錯雜を來たす虞れありとして、原告に關する限り、判決請求權 (Urteilsanspruch)の語を避け、「訴權」Klagrecht と稱して居る(Derselbe, Klagrecht u. Klagmöglichkeit, S. 36.)。併かしながら「權利保護請求權」(Rechtsschutzanspruch)の語は、彼も、亦、隨所に使用して居るのであつて、必ずしも「請求權」(Anspruch)の語に、單一の意味のみを與へて居るわけではない。

次に「シュタイン・ヨナス」の註釋書を見るに、曰く、

民訴法の意義に於ける請求とは、ドイツ民法第一九四條の意味に於ける請求のみに止まらずして (nicht bloss)、訴の申立に従ひ判決に依る權利保護(給付の命、確認竝に權利形成)の與へらるべき實體法上の構成要件に基く法效果 (Rechtsfolge)

である(Stein-Jonas, Komm. Bd.)
(I. § 145. III. (S. 478))。

又、曰く、

凡べての訴は實體法上の請求權の主張竝に實行をなすものではなく、從つて法律を適當に是正すべく解釋する必要がある。即ち民訴法に依り許されたる凡ての訴に共通せる對象として、訴訟物として、若くは又、**民訴法上の意義に於ける請求** (Anspruch im Sinne der ZPO) としては、寧ろ原告に依り判決の對象たらしめられたる實體法上の構成要件に基く**法效果**が指示せられべきである。而して其の**法效果**は、權利殊に**請求權**のうちに、若くは法律關係のうちに、或は又判事の行爲を要求する權能のうちに存し得る(Stein-Jonas, Komm. Bd.)
(I. vor § 253 II 5. (S. 673))。と云ひ、訴訟法上の請求權概念を私法上の請求權概念より區別すると同時に、私法上の請求權をそれ自身に包攝する關係を明かにし、此の點に於てヘルウィックの所説よりも明確なる概念を示して居る。併かしながら、その訴訟法上の請求が實體法上の意味に於ける請求であつた場合、果して其の請求は相手方たる被告に對して爲されるものとするのか、或は又、裁判所に對して爲さるゝものと看るのが、一向に明かにして居らないばかりでなく、他面、凡べての訴に於て必ずしも實體法上の請求のみが爲されるものでないと云ひ、ワッハに従ひ權利保護請求權 (Rechtsschutzanspruch)、即ち國家に對する公法上の權利にして、實體法上の請求權とは異別のものを認むる。斯くて「訴訟

上の請求」と「権利保護請求權」との關聯が明確ならしめて居らない點は、ヘルウィックと同様である。

然るに此の點に付き一貫せる理論體系の下に、明確なる觀念を把握せるものは、ローゼンベルグである。曰く、

訴訟法上の請求とは、法效果の既判力ある確定を求むる要求であり、此の要求は、既に爲された處の申立竝に此の申立の理由として陳述せられたる事實關係に依り標識せらると定義し得る (Rosenberg, Lehrb. S. 274)。

と。即ち彼に依れば、訴訟法上の請求は、「既判力ある法效果の確定を求むる要求」(das auf rechtskraftfähige Feststellung einer Rechtsfolge gerichtete Begehren)であり、其の既判效を及ぼすべき實體法關係は、その構成概念外に置かれてある。斯くして彼は「訴訟法上の請求」を以て、純然たる訴訟法概念たらしめたと同時に、他方権利保護請求權説を排し、所謂司法作用請求權 (Anspruch auf Rechtspflege) なるものを提唱して居る。

此の學説は、訴權を以て國家を代表する裁判所に對し、實體法規に適合したる司法行爲を要求する權利と做すのであつて、畢竟するに訴權をば訴訟法上の請求の實現を擔保する純訴訟法的權利と看、從つて訴訟物たる實體法關係をば全くその學問的體系外に放逐して居る。即ち此の學説は殊更にその學的權利範圍を縮小したと云ふ重大なる方法論的缺陷を有つのであるが、夫れ自體の理論構造としては、其の間に良く論理的調和が保たれて居る。ニキッシュ (Nikisch, A.) マイヤー (Mayer, K.)等の

所説も、大體に於て之れに似た體系の下にある〔一〕。

〔一〕 Nikisch, A., Der Streitgegenstand im ZP. (1935), S. 40. ff., Mayer, K., Anspruch u. Rechtskraft im deut. ZPR. (1930), S. 14. 尙、是等學說に關しては、後に詳述する。

以上、ドイツに於ける諸學説は、殆んどその悉くが我が國の民訴法學者に依りて繼承せられて居る。

山田博士に就て見るに、博士は、前述の如く「訴」をば、「私法上の權利又は法律關係の存否を主張し、其の存否に付き自己に有利なる判決あらんことを求むる——原告の裁判所に對する——要求である」と定義したのに引續き、此の要求を「其の内容より見て請求——裁判所に對する請求——と云ふ」^(法律學辭典 1、七六頁)と説明せられる。即ち博士に依れば、訴訟上の請求は凡べて裁判所に對して爲されるのであるが、其の内容に於て私法的要素が脱却せられて居らない點に於てヘルウィックの所説に邇かい。而して博士は權利保護請求權說に従はれ、權利保護請求權を以て「私人カ國家司法機關ニ對シ自己ニ有利ナル保護行爲ヲ要求スルノ公權ヲ謂フ」と定義し^(同博士、日本民訴、法論一卷三二頁)、實體的内容を伴はざる訴訟法上の權利と解せられるのであるが、これと私法的要素を脱却せざる前述の訴訟法上の請求との間の關係を明白にせられない點も、亦、ヘルウィックと其の揆を一にして居る。

次に細野博士は、其の著「民事訴訟法要義」に於て、訴の意義に於けると同様、「訴訟法上の請求」の意義に就ても何等定

義的の説明を加へて居らない。併かしながら訴狀の記載事項として民訴法第二二四條に規定せらるゝ「請求の原因」の説明に關聯し、

同條に所謂請求は私法上の請求にあらずして訴訟上の請求即ち權利保護の請求たること疑ひなし……第二二四條に請求の趣旨と規定し權利保護を求むる趣旨たること明かなれば此請求は訴訟上の請求に外ならざるが故に、請求の原因の請求も亦同一意義を有するものと解せざるべからず云々（同博士、要義三卷九二頁）。

と云はるゝが故に、博士は「訴訟上の請求」を以て所謂權利保護請求權の表現形態とせらるゝものゝ如くである。恐らく此の見解はヘルウィック、シュタイン等の權利保護請求權に關する説明を其の儘「訴訟上の請求」に當嵌められたのであらう。

この細野博士の見解は、河本喜與之氏著「民事訴訟法概要」に殆んどその儘に踏襲せられ、請求原因に付き「請求とは私法上の請求ではなく權利保護の請求即ち訴訟上の請求を意味するものである」（同書三、四二頁）との説明が加へられてある。又、中島弘道氏は、其の著「日本民事訴訟法」第三卷に於て「訴は原告が裁判所に對し判決を要求する行爲なり」と云ひ（同書一〇、五五頁）、請求の原因に付き「所謂請求とは訴を以てする判決の請求（訴訟上の請求）、を意味し」云々と説明せられ（同書一一、〇八頁）、結局、訴と請求（訴訟上の請求）とを同一意義に解せられて居る。

而して此の訴訟法上の請求概念に付き、最も複雑なる意見を表明せられて居るのは兼子助教授である。曰く

訴訟法上の用語としての請求とは、訴訟に於て審判の對象たる原告の法律的主張、換言すれば原告が訴を以て裁判所に對し被告に對する關係に於て其の當否に付き審判を要求する原則として特定の私法上の法律效果即ち權利又は法律關係の存否に關する主張を謂ふのである（法律學辭典、Ⅲ．一四八五頁）。

と。即ち同助教授は、訴訟上の請求を以て私法上の請求權の主張のみに限らず、「原則として特定の私法上の法律效果、即ち權利又は法律關係の存否に關する主張」と解せられるのであるが、其の主張が裁判所に對して爲さるゝの外、尙、相手方たる被告に對しても爲さるゝものなるか否かに就ては何等確言せられて居らない。併かしながら同助教授は、請求の具體的内容として、確認、給付、創設の訴に分ち、夫れ夫れ私法上の諸要件を擧げられて居る處を見るならば〔一〕、訴訟法上の請求概念より必ずしも私法的要素を除外したものでないことは明かであり、果して然らば其の所説は、大體に於て前述せるシュタインの夫れに邇いものと云ふことが出来る〔一〕。但し同助教授は、他方、「原告の勝敗に拘らず本案判決を要求する權利」を以て訴權と做し（抽象的訴權）、此の訴權を本案判決請求權と稱するが故に〔二〕、此の點に於て具體的訴權を主張するシュタインと異なつ

て居るが、尙、此の場合の請求權^(本審判決請求權)と訴訟法上の請求との相關々係の明確ならざる點に於ては彼と同様である〔三〕。

〔一〕 兼子助教授、民事訴訟法概論中卷一六〇頁以下。尙、同助教授が民事訴訟に於ける請求乃至訴訟物が裁判所に對する法律的要求 (Rechtsbegehren) 又は法律的主張 (Rechtsbehauptung) であると云ふローゼンベルク、マイヤー、ニキツシュ等の主張に反對せらるゝ點も (前掲概論中卷一八八頁以下)、亦、本文の認定を支持するものとして考慮せらるべきであらう。

〔二〕 法律學辭典 III. 一六九一頁上段。

〔三〕 この點更に詳述するであらう。

以上述ぶるが如く、所謂「訴訟法上の請求」の意義に付き各學者の見解に相當の間隔があり、其の請求の相手方が明確ならざると同時に、所謂、權利保護請求權若くは判決請求權との關係が曖昧ならしめられて居る。私は、「訴」を以て國家を代表する裁判所に對する「判決の要求」と解するに對し、「訴訟法上の請求」を以て、訴訟に於て實現せらるべき「實體法上の權利〔一〕の主張」にして、特殊の場合を除くの外〔二〕、被告を其の權利主張の相手方と爲すものと解する。従つて純然たる訴訟法上の公權たる權利保護請求權とは、同じく請求 (Anspruch) と云ふも異別の觀念と做すのである〔三〕。

即ち訴と請求との相關々係をば斯く解することが、最も良く現在の訴訟制度と訴訟理論とに妥當することを論證せんとするのが、本稿の主眼である。

〔一〕 爰に實體法とは、私法のみならず、訴訟物 (materia litis) を支配する夫

れを云ふ。故に公法上の權利、又、訴訟上の訴訟 (Prozess-Prozess) に於ける場合の如く、訴訟法上の權利なることもあり得る。

〔二〕 婚姻取消請求權、詐害行爲取消請求權等を以て、國家に對する形成要求權と解する (拙著、原理第一卷四〇二頁參照)。因つて此の權利を訴訟の目的となす創設の訴に於ける訴訟法上の請求は、特異の例として國家を代表する裁判所を其の主張の相手方と爲すものと解する。(拙著原理一卷四〇〇頁參照) 尙、此の點改めて詳述する。

〔三〕 私も、亦、嘗ては此等の觀念を混同して居つたことを認めなければならぬ。

第 二 沿 革 的 考 察

I. 總 說

現在、訴訟法上の意義に於ける請求權の概念が明確を缺き、牽いて訴と訴權との相關々係を曖昧ならしめて居ることは、以上述べたるが如くである。而して何故に訴と請求と云ふが如き訴訟に於ける最も基本的なる觀念に付き、今日迄定説が缺けて居るかと云ふに、夫れは畢竟するに此の問題の基礎を爲す訴訟理論の對立に歸せられると同時に、尙、解釋技術的には、請求と云ふ術語が訴訟法の領域に於て必ずしも實體法の夫れに於けると同一意味に解し得ない點にも存する。此の間の事情は、訴訟

理論變遷の跡を逐ひ、沿革的に觀察することに依りてのみ判明ならしめ得る。

而して此の沿革的考察は、訴と請求との分化を認識した最初の訴訟法理論たるパンデクテン法學の下に於ける私法的訴權說に初まる。尤もローマ法のアクチオに關しては、既述の如くオブリガチオをばこのアクチオに對立せしめんとする二元主義の古典學說も存するのであるが、夫れはパンデクテン法學に於ける私法的訴權說の基礎となつたとしても、現在の訴訟制度の基調たる訴と請求との對立關係には何等直接の關係を有たないが故に、爰には觸れないで置く。

II. 私法的訴權學說 *Zivilistische Klagrechtstheorie*

ドイツ普通法學者は、「實體法上の權利」と「訴」との間に觀念上竝に解釋上の區別を認識し、實體法上の權利を以て訴の基礎と爲した〔一〕。即ち此の見解の下に、訴を以て、或は權利の發展經過 (Entwicklungsprozess) 若くはその變形 (Metamorphose) と爲し〔二〕、或はその内容にして且つ要素 (Inhalt u. wesentlicher Bestandteil) と做すのであつて〔三〕、訴訟理論に於て私法的訴權說と稱せらるゝものは是れである〔四〕、此の私法的訴權學說は、系譜的にはローマ法に於てアクチオをオブリガチオに先行する觀念として認めんとする二元主義の所謂古典派學說に遡り得るのであるが、近くはウィンドシャイドが、其の著「アクチオ論」(一八五三年)に於て、アクチオに付き私法的一元觀を提唱し、アクチオの觀

念のうちに私法的性格のみを認め、之れに請求權 (Anspruch) の術語を當嵌め、アクチオ即ち請求權と稱し、私法の立場から此の説を主張したことは一般に知る處である。

〔一〕 此の關係をウィンドシャイドは説明して曰く、「現代の法律意識としては、權利が第一位で訴は之れに踵ぎ、權利は作つたものであり、訴は作られたものである。法は各個人の爲め、彼の意思が他の個人に對し法則となる支配領域を指示し、各個人は此の支配領域に於て承認せられざる時は權利の擁護者たる國家に對し抗議し、又、提訴し得べく、而して國家は彼のものに對し救済を與ふる。法律秩序は權利の秩序である」と (Windscheid, B., aaO. S. 3)。

〔二〕 Savigny, System, Bd. V. S. 3/4.

〔三〕 Kroll, W., Klage und Einrede (1884), S. 25.

〔四〕 此の名稱は、其の後に提唱せられし公法的訴權學說に對立せしむべく、後に至りて附せられたものである。

此の Anspruch (請求又は請求權) の語は、元來、法律上の術語としては「要求」(verlangt od. beansprucht) と云ふが如き權利行使の状態を示すべく使用せられたのであるが〔一〕、ウィンドシャイドが之れに私法的色彩を帶ばしむるに及むで、漸次にその用例が一般化した。殊に一八七七年の民事訴訟法は、この「請求」の語を全く私法的意味に於て使用し〔二〕、殊に一九〇〇年のドイツ民法は、「請求權」(Anspruch) を以て「他人ニ對シ作爲又ハ不作爲ヲ要求スル權利」なる旨の純私法的定義を與ふるに至つたのである(ドイツ民法^(一九四條))。ウィンドシャイド以後、私法訴權學說を提唱する學者は、概して此の傾向に押され、訴の基礎たる實體法上の權利をば「請求權」(Anspruch) の術語を以て

現はし、訴權 (Klagrecht) を以て「訴へ得べき請求權」(^{klagbaren}_{od. gericht-}
^{liche verfolg-}_{baren Anspruch}) などと稱した。我が民法が「請求」の語を私法的意味に使用し、裁判上の請求(^{民一四}_{九條})を以て訴を指示すること既に述べたるが如くである〔三〕。

〔一〕 Anspruch (請求) と云ふ語が、法律上の用語として使用せらるゝに至つたのは比較的新らしく、第十九世紀に入りてのことであり、その初めには、法律上の争ひに於て何物をか自己の爲めに求める (etwas an sich sprechen) と云ふの意味にて、動詞に使用せられたとのことである (Mayer, aaO. S. 1 ff.)。

〔二〕 一八七七年のドイツ民事訴訟法第二三〇條 (現行法二五三條) に訴狀の記載事項として掲げらるゝ「起シタル請求ノ目的並ニ原因ノ一定ノ開示」(Die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs) は、元來起草者としては私法上の請求權を意味したことに殆んど疑ひはない (Vgl. Materialien unter § 222.)。唯、斯く解したのでは、給付の訴以外の訴に付き、此の語の意味を解釋するに窮するのみならず、其の後に至り通説となつた公法的訴權學說の見解とも相容れないが爲め、問題とせられたものに外ならぬ。尙、此の法典の他の場所に於ても、「請求」(Anspruch) の語が私法的意味に使用せられてある。前述ドイツ民訴法の規定は、我が舊民事訴訟法第一九〇條に踏襲せられた。

〔三〕 我が民法に於ける「裁判上ノ請求」と云ふ語が、直接には舊民法證據篇第一〇九條を通じ、ボアソナード草案にある *demande en justice* に廻り得ること既に述ぶるが如くである。(本稿一〇頁註一參照)。

以上ドイツ普通法學者の見解竝に「裁判上の請求」を以て「訴」を意味せしむる法典の態度は、訴を以て實體權の主張又は行使の一場合と做す一元觀ではあるが、尙、裁判制度の特殊性に着目し、「訴」或は「訴權」と云ふが如き特殊概念を認めて居る點に於て、既に二元觀の萌芽を見出し得る。併かしながら未だ其

の訴又は訴權に對し、單なる裁判上の請求と云ふこと以上の意味を附することなく、訴を圍繞して繼起する訴訟手續上の法現象をば全く其の學問的體系外に置いて居る。

即ち此の學說の缺陷は、専ら私法を中心として組立てられて居る學問體系夫れ自身に内在する。詳言すれば、訴訟と云ふ國家權力に依據する裁判上の請求に對し、此の學說は、其の他、一般の場合に於ける請求（所謂、裁判外の請求）と何等異なれる理論構造を試むることなく、等しく一個の請求概念を以てこの兩者を總括した結果、裁判上の請求に付き當事者と裁判所との間の關係が全くその理論的考察の埒外に放置せられた。のみならず訴訟の實踐論としても、その爲め、訴の類型として給付の訴の外、確認竝に創設の訴が認めらるゝに及んで、是れ等新らたなる訴の類型に付き満足なる説明を與へ得なかつたのである〔一〕。

〔一〕 此の故に第十九世紀のバンデクテン法學者は、訴としては給付の訴のみを取上げ、ローマ法に於ても既に豫備訴權 (actiones praeiudicialis) として認められた確認の訴をば殊更に默殺するの態度を執つて居た (Vgl. Stein, Grundriss, S. 19.)。尙、創設の訴は、私法上形成權概念の確立と共に獨立なる訴の類型とせらるゝに至つた新たなる訴の類型であり、此の學說の知らざりし處である (拙著原理第一卷三九八頁參照)。

斯くて第十九世紀の後半期の法律學が、一般科學の動向に支配せられて動態的法現象の把握に向へると同時に、殊に法治國家の確立に呼應せる公法學、公法理論の勃興に伴ひ、實體法關係に對する訴訟法關係に特有の分野が認められ、「訴」を中心

とした裁判所・當事者間の立體關係が法律學的研究對象とせらるゝに及むで、此の私法的訴權學説は、次に述ぶる公的訴權學説に依りて代らるゝに至つた。而して此の公法的訴權學説の下に、訴と請求との相關々係は、全く別個の觀點より眺めらるることゝなつた。其の觀察は、専ら先づ權利保護請求權説に初まる。

III. 公法的訴權學説(其の一) Publistische Klagrechtstheorie

——I.

公法的訴權學説が如何にして擡頭し、如何にして私法的訴權學説を驅逐したかに就ては、爰に詳説を省く〔一〕。私法的訴權學説より公法的訴權學説への過渡期の學説として、プレスツ(Plósz, A.)、ヘルマン(Hellmann, F.)等は、一個の訴權の觀念のうちに國家に對する公權(裁判請求權)と被告に對する私權(請求權)との併存を認め〔二〕、又、ワッハは、請求權概念を訴訟法化して、權利保護請求權と云ふ觀念を案出し、此の權利保護請求權を以て單一の公權にして、而かも保護を與ふる國家に向けらるゝと同時に、其の者に關する關係に於て保護行為の爲さるゝ相手方に向けられると做した〔三〕。又、ワイズマン(Weismann, J.)は「訴權」に代ふるに「實體的訴訟權能」(Materielle Justizbefugnis)と云ふ術語を以てし、此の權能は原告より被告に對するも、純粹なる私法的のものでなく、又、純粹なる公法的のものもないと稱した〔四〕。

〔一〕 拙著、原理第一卷二九三頁以下。中田淳一助教授「請求の同一性」（法叢三五卷三號四一頁乃至四七頁。「訴訟法學の諸問題」第一輯五一頁乃至五七頁）等参照。

〔二〕 Plósz, A., Beiträge zur Theorie des Klagrechts, (1880), S. 76ff.,
Hellmann, F., Lehrb. d. dent. CPR. S. 372ff.

〔三〕 Wach, A., Feststellungsanspruch (1889), S. 15.

〔四〕 Weismann, J., Lehrb. Bd. I. S. 67, 69.

即ち此等學説は、孰れも過渡期の學説として、夫れ自體公權であると做す訴權（ワイズマンに就て云へば「實體的訴訟權能」）のうちに、私法上の請求權たる實質と性格とを残存せしめんとするのであつて、其の故にワッハは、訴訟上の請求——訴訟物——と權利保護請求權とが自同の觀念に歸する場合あることを認めて居る〔一〕。即ちこの學説は、一面に於て訴權の公法的性格を認めながら、尙他面に於て私法上の請求概念の發展たる訴訟法上の請求と自同の觀念と做す點に法理論的缺陷ありと云はなければならぬ〔二〕。

〔一〕 Wach, Handbuch, I. S. 296, 373.

〔二〕 ワッハに依れば、「權利保護請求權は、法律に依り訴訟外の構成要件に連繫せられし國家に對する請求であり、訴訟法規に適合せる權利保護の利益を被告に對する關係に於て満足せしむべきことを内容とすると同時に、其の權利保護行爲を耐忍すべきことの相手方に對する請求權である」。即ち相手方に對する請求の内容は、「其の權利保護行爲を耐忍すべし」と云ふにあるのであつて、寧ろ訴訟法的内容と看すべきであり、従つてワイズマンの云ふ、「實體的訴訟權能」とは、單に名稱の差異に止まる。斯くてワッハは、此の權利保護請求權に對し、その相手方に對する關係に於ても、尙かゝる訴訟法的内容を與へながら、而かも之れを「訴訟上の請求」と自同の觀念と做し、又、此の「訴訟上の請求」に對しては實體的概念を有たしめ (Handbuch, I. S. 296). 裁判の對象

とせらるゝ實體法律關係とそれを同一視して、訴訟物と見て居る (Handbuch. I. S. 373.)。即ち彼の學説は、公法私法を分離しながら、尙、其の間に混同を敢へてして居る點に論理的缺陷が見出される。Vgl. Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 147ff.

ヘルウイツクは、ワッハの權利保護請求權説を承繼しながら、尙、その説に内存する論理的缺陷を認め、權利保護請求權を以て、國家を代表する裁判所に對する裁判要求權として純然たる公法上の權利と做し、實體法上の請求概念の發展たる「訴訟法上の請求」と全く之れを切り離したのである〔一〕。此の考へ方は、同じく權利保護請求説に依るシュタイン・ヨナスに於ても〔二〕、又、其の後の公法的訴權論者、殊に權利保護請求權説に反對の立場にある者に依りても支持せられて居る。

〔一〕 Hellwig, Anspruch u. Klagrecht, S. 157., Derselbe, Lehrb. Bd. I. S. 150. Anm. 1.;

〔二〕 Stein-Jonas, Komm. Bd. I. vor § 253. III. N. 63 (S. 676).

然るに問題は、「訴訟上の請求」である。一八七七年のドイツ民事訴訟法には、各所に「請求」の語が使用せられて居るが、訴訟法としては別段に此の術語の意義を明かにして居らぬ。而して訴の類型として給付の訴のみを認むる訴訟理論構造の下に於ては、訴に依る請求をばウィンドシヤドの與へたが如き私法的意義（給付請求）に解して不都合もないのであるが、確認、創設の訴が獨立なる訴の類型として認めらるゝに及むで、この訴に依る請求をば私法的意義にのみ限局し得なくなつた。

蓋し「請求」を以て訴訟法上にも尙「給付請求」のみを意味するものとせば、確認の訴竝に創設の訴に於ける請求は、此の請求概念に包攝せられないばかりでなく、消極の確認の訴に於ては、かゝる意味に於ける何等の請求も存し得ないからである。斯くて訴訟理論として、訴訟法の領域に於ける従來の請求權概念（私法的意義に於ける）の修正、擴大が必要とせられたのであるが、尙、解釋技術的にも、ドイツ民事訴訟法中に存する「請求」の語のうち、到底、私法的意義に於て理解し難いものがある。殊に訴狀の必要的記載事項として同第二三〇條（現ドイツ民訴法二五三條）に掲げらるゝ「起シタル請求ノ目的竝ニ其ノ原因」（Gegegenstand u. Grund des erhobenen Anspruchs）は、起草者の意思如何に拘らず、若し之れを私法的意義に於て給付請求とのみ解するならば、給付の訴以外、確認竝に創設の訴には、遂に此の規定は適用せられ難いこととなるのである〔一〕。

〔一〕 此の一八七七年のドイツ民事訴訟法の規定は、殆んど其の儘、我が舊民事訴訟法に及び、従つてかゝる解釋技術上の困難は、我が舊民事訴訟法の下に於ても經驗せられし處であり、此の困難は現行民事訴訟法の下にまで及んで居る。

斯くて權利保護請求權説は、權利保護請求權より觀念的に分離せしめし此の「訴訟上の請求」に付き、私法上の意義とは異なつた訴訟的意義を定立すべき立場に置かれたのである。而してヘルウィックは、「訴訟上の請求」を以て「權利主張」（Rechtsbehauptung）と同一義に解し〔一〕、又、訴訟物たる「權利關

係」(Rechtsverhältnis)と自同の觀念と做したのであるが〔二〕、更に此の請求に付き、「要求せられたるもの、判事が原告の爲め判決すべきものと云ふ意味に於ける**判決の要求**である」と云ふが如き説明を加へて居る〔三〕。洵に曖昧なる説明であるが〔四〕、畢竟するに、「判決を受くる目的を以て申立てられ、因つて訴訟物とせられたる權利主張」が、即ち訴訟法上の定義に於ける請求であると云ふにあらう〔五〕。併かしながら彼の訴訟法上の請求に關する定義並に諸般の説明を綜合するも、遂に其の權利主張が、裁判所に對してのみ爲さるゝものか、或は相手方に對しても爲さるゝものなるか、一向明白にせられて居らぬ〔六〕。

〔一〕 Hellwig, System, Bd. I. S. 38.,

〔二〕 Hellwig, Anspruch u. Klagrecht, S. 156. Anm. 6.; auch derselbe, System, Bd. I. S. 5, Anm. 4.

〔三〕 Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 156.

〔四〕 ヘルウィツク自身も、其の表現の曖昧なることを認めて居る (Anspr. u. Klagr. S. 156, Anm. 7). 彼の有つ訴訟上の請求概念の曖昧なる所以のものは、之れを訴訟法的に把握するに當り、同じく訴訟法上の觀念たる權利保護請求權との間に差別を設くべき決定的の基準を發見し得なかつたことにある。その故に彼は、折角、訴訟法上の請求をば、裁判所に對する判決の要求を内容とする權利保護請求權と區別しながら、尙、再び彼自身も亦認むるが如き曖昧なる態度にて、「判決の要求」と云ふ用語を以て「訴訟法上の請求」を説明しなければならぬ羽目に陥つたのであらう。

〔五〕 Hellwig, Lehrb. Bd. I. S. 150. Anm. 2.

〔六〕 本文に述ぶるが如く、ヘルウィツクは、訴訟上の請求の説明に「判決の要求」と云ふが如き字句を使用し、裁判所に對する請求なるかを想はしむるので

あるが、尙、他方権利保護請求權の説明に當り、相手方に裁判所の判決を耐忍する義務あることを根據として、「訴の権利者は、権利保護請求權に依據することにより、相手方に對し國家的権利保護行為の耐忍を要求し得」と云ひ (System, Bd. I. S. 296)、訴訟法上の請求が、尙相手方に對する權利主張でもあることを認むるのであつて、結局に於て、彼の排斥するワツハの見解と同一に歸着して居る。

要之、訴訟法上の請求をば、同じく訴訟法上の觀念たる「権利保護請求權」と方法論的に嚴別し能はなかつたと云ふ點と、更に確認の訴並に創設の訴に於ける訴訟法上の請求が、果して裁判所に對してのみ爲さるるか、或は相手方に對しても爲さるるものなるかに就て、確たる定説を有し得なかつたと云ふことが、彼の有つ訴訟法上の請求概念をして曖昧ならしめしものに外ならぬ。

次にシュタイン・ヨナスに於ては、訴訟上の請求を以て、前述の如く「原告に依り判決の對象たらしめられたる實體法上の構成要件に基く法效果」なりとし、而して「此の法效果は、權利殊に請求權のうちに、若くは法律關係のうちに、或は又、判事の行為を要求する權能のうちに存し得る」と云ふ〔一〕。即ちシュタイン・ヨナスに於ては、訴訟法上の意義に於ける請求をヘルウィックの如く權利主張と看ずして、私法上の意義に於ける請求（給付請求）を含めて、廣く實體法上の構成要件に基く法效果と做したのである。併かしながら「請求」(Anspruch)と云へば、範圍に於て廣狹の差はあれ、又、實體法上なると訴訟法上なるとを問はず、夫れ自體何等かの權利の主張を意味すべきことは、此の語の用例、竝に其の語源より見て當然のことであり、單に「法效果」(Rechtsfolge)と云ふのみにては、「請

求」に依りて言ひ現はさるべき意を悉し得ない場合ありとしなければならぬ。此の故にシュタイン・ヨナスに於ても、訴訟法上の意義に於ける請求をば、「権利保護の要求」(Rechtsschutzbegehren) と同一意義に解して居る場合が見出されるのであつて〔二〕、而して権利保護の要求と云へば、素より権利保護請求權の行使を指すに外ならないが故に、爰にも、亦、ヘルウィックと同じく、折角、區別したる訴訟法上の意義に於ける請求權と権利保護請求權との混同を來して居ることを認めなければならぬ。加之、権利保護の要求と云へば、特に説明なき限り國家に對して爲さるゝものと解せらるゝが故に、訴訟法上の請求の内容たる實體法上の法效果は、國家を代表する裁判所に對すものと一應は看なければならぬのであつて、畢に此の書に於ても、亦、「訴訟法上の請求」の方向が曖昧にされて居るのである〔三〕。

〔一〕 Stein-Jonas, Komm. Bd I. vor § 253. II. 5 (S. 675).

〔二〕 Stein-Jonas, Komm. Bd. I. zu § 260, I. abs. 2 (S. 719). “Wie in allen sonstigen Fällen einer „Verbindung mehrerer Ansprüche d. h. *Rechtsschutzbegehren* in einem Verfahren...”. これは客觀的訴の併合に對する條文(ドイツ民訴二六〇條)の説明であるが、本條にある「請求」の語をその定義するが如く單に「法效果」と解したのでは同條文の説明とならないのであつて、已むなく、「請求」の語を「権利保護要求」Rechtsschutzbegehren と同義異語に使用したのであらう。是れなどは、「請求」の語を單に「法效果」と解したのでは、此の語の有つ意味の悉くを表現し得ないことを示す好適例である。是れと同様なる矛盾は、同じく「請求」を以て法效果と解するゾイフェルト・

ワルスマン註釋書中 (Seuffert-Walsmann, Komm. Bd. I. § 385, 387) にも
發見せられる。Vgl. Nikisch, Der Streitgegenstand im ZP. (1935) S. 53.

〔三〕 或は此の點を殊更に曖昧ならしむべく、ヘルウィツクの如く「權利主張」
と云はずして、殊に「請求」の字義に反してまで、「法效果」と云ふが如き曖昧
の語を以て、之れに代へたのではあるまいか。

我が國學者の所説は、先づその孰れもが以上述べたヘルウィツク若くはシュタイン・ヨナスの見解に従つて居ると云ふことが出来る。詳細は、後に述ぶる。

以上、權利保護請求權説を中心とする諸見解は、孰れも「訴訟上の請求」をば訴訟法的に把握せんとするものであるが、上來述ぶるが如く一方にはその訴訟法上の請求概念のうちに、尙、私法要素を残存せしめた結果として觀念の曖昧を來たし、又他方には同じく訴訟法上の觀念たる權利保護請求權との間に充分なる方法論的限界を立て得ないで、其の間に觀念の混雜を來たして居る。因つて此の訴訟法上の請求をば、更に純粹に訴訟法的に把握し、此等の觀念の曖昧と混雜とを除去せんと試みたのが、所謂、「司法作用請求權説」(Anspruch auf Rechtspflege)の下に於ける諸見解である。

IV. 公法的訴權學説(其の二) Publistische Klagrechtstheorie

——II.

ローゼンベルグ (Rosenberg, L.) は、訴訟法上の請求概念より更に私法的要素を排除し、純訴訟法的に之れを把握せんとし、民訴法上の請求 ($\text{Anspruch}_{\text{der ZPO}}$) とは、「法效果の既判力ある確

定を求むる要求であり、此の要求は、申立並に其の理由として陳述せられし事實關係 (Sachverhalt) に依り標識せられる」と定義する〔一〕。而して此の要求が裁判所に對する判決の要求を意味して居ることは、他の場所の説明からも明白なのであるが故に〔二〕、訴訟法上の請求とは、彼に依れば國家を代表する裁判所に對する具體的内容を擧げての裁判の要求に外ならないのである。而して彼は訴權を以て、單に裁判所の審理判決を求むる抽象的公權（司法作用請求權）〔三〕と做すのであるが故に、此の訴訟法上の請求は、同じく國家を代表する裁判所に對する權利として、司法作用請求權の内容を爲すものと看られる。

〔一〕 Rosenberg, Lehrb. § 88 II. 2 (S. 274).

〔二〕 Rosenberg, Lehrb. § 88. I. 1. b (S. 270).

〔三〕 ローゼンベグは、司法作用請求權 (Anspruch auf Rechtspflege) を説明して曰く「裁判所は、司法作用 (Rechtspflege) を營む義務があり、當事者は夫れに付き權利を有する。此權利を司法作用請求權 (Anspruch auf Rechtspflege) 若くは司法許與請求權 (Anspruch auf Justizgewährung) 或は略稱して司法請求權 (Justizanspruch) と云ふ。此の請求權は、司法高權の擔荷者としての國家に向けらるゝものであり、國家は司法機關、殊に裁判所を通じて此の請求を満足せしめ、且つ此の機關をして當事者に對し其の履行を義務付ける。此の請求權の内容は、司法機關が法律に従ひ當該事案に則する司法作用を營み、殊に裁判所が其の受理したる事件に付き實體法並に訴訟法を適用し、裁判を爲すに熟する場合に判決を爲すと云ふことにある」と (Rosenberg, Lehrb. S. 7)。

ローゼンベグは、上述の如く訴訟法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のであるが、同時に之れを訴訟物 (Streitgegenstand) と同一意義に解して居る〔一〕。即ち彼は

訴訟法上の請求を純訴訟法的に把握せんと試みたのであるが、尙、其の所説は、實體法に依據する法効果を以て、「訴訟法上の請求」並に「訴訟物」の内容と爲す點に於て、未だ實體法的色彩を脱却したものとは云ひ難い。後述するが如き彼の所説の論理的缺陷は、端を爰に發して居る。

〔一〕 Rosenberg, Lehrb. § 88. I. 1. b. (S. 270).

このローゼンベルグの所説を更に徹底せしめ、訴訟法上の請求を純訴訟法的に把握したのはレント (Lent) である。彼は、法効果の確定——法律の適用——が裁判所の専權に屬することを理由として、この法効果の基礎たる事實關係 (Sachverhalt) を以て訴訟物と做した〔一〕。即ちレントに依れば、此の訴訟物たる事實關係に則し、其の主張せられたる構成要件と法的效果との範圍に於て、何等當事者の法律上の主張に拘束せらるゝことなく法律を適用し判決を爲すのが裁判所の任務であり〔二〕、従つて原告の爲す訴の要求と云へば、單なる裁判の要求以外の何ものでもない。而して彼は、かゝる内容の空虚なる單なる裁判の要求に過ぎざる訴の要求を以て、「訴訟法上の請求」と稱するのであつて〔三〕、斯くして訴訟法上の請求は、レントに依り全く實體法との關係が斷たれたのである〔四〕。

〔一〕 レントに依れば、「訴訟物」(Streitgegenstand) は、最早や原告に依りて爲さるゝ「權利主張」ではなくして、彼に依り提出せられし事實關係 (Sachverhalt) であるとして、極端なる事實記載説を執つて居る。Lent, Der Gegenstand der Entscheidung im Zivilprozessverfahren, Juristische Wochenschrift

64 Jahrg. (1935) Heft, 49, S. 3441.

〔二〕 Lent, Zur Abgrenzung der Anspruchsmehrheit von der Mehrheit der Klagegründe, ZZP. Bd. 57, S. 29.

〔三〕 Lent, aaO. S. 4.

〔四〕 マイヤーも、亦、レントとその理論構造を異にするも、訴訟上の請求を以て純然たる訴訟法上の概念として把握せんと試みて居る。而して彼の提唱する訴訟上の請求概念は、後に詳述するであらうが如く特異のものである。

次にローゼンベルグより一步後退し、訴訟法上の請求概念に實體的觀念を容れた者としてニキッシュ (Nikisch, A.) がある。ニキッシュは、訴訟法上の請求を以て、ヘルウィックと同じく、原告に依りて爲されたる權利主張 (Rechtsbehauptung) なりとし〔一〕、但し此の權利主張は、裁判所に對して爲さるゝものなることを明言して居る〔二〕。即ちニキッシュの所説は、年代的には、前述せるレントの夫れよりも遅れて居るが、内容的には反つてローゼンベルグとヘルウィックとの中間に位し、共にローゼンベルグの所説の修正として、夫れ夫れ其の兩側面に立つて居る。

〔一〕 Nikisch, A., Der Streitgegenstand im ZP (1935). S. 45.

〔二〕 Nikisch, aaO. S. 46.

第 三 各學說に對する批判

I. 總 說

前段に述べた現在までの「訴」と「請求」(訴訟法上の意に於ける)とに關する諸學說は、之れを方法論的に見るならば、私法的一元觀、訴訟法的一元觀並に實體法訴訟法對立の二元觀に大別し得るのであつて、又、其の所說發展過程を訴訟理論に即して觀察するならば、私法的訴權說より公法的訴權說へ、而して公法的訴權學說の時代に於て、更に抽象的公權說より權利保護請求權說を経て司法作用請求權說へと、訴權學說の發展に連れ變遷を重ね來つたことを知るのである。

然るに現在にあつては、私法中心の一元觀、即ち訴權學說としての私法的訴權學說は、既に學問界の水準から其の影を沒して居る〔一〕。併かしながら此の學說、此の觀察方法が支配的であつた當時の規定形式が、今尙、民法、民訴法等の條文中の各所に殘存し〔二〕、夫れが學說の發展を阻害し、觀念の錯雜を來たす因となつたことは、正にヘルウィックの指摘せしが如くであり〔三〕、我が國に於ても亦同様の感がある。但し夫れは單なる解釋技術的の障礙たるに止まり、決定的のものと云ふわけではない〔四〕。

〔一〕 現在のドイツ文獻中には、私法的訴權學說に従へるものを見出さぬ。我が國の文獻としては、獨り安田幹太教授の論文「裁判と其の救済」(法律學研究第

二四卷五號乃至十二號)に其の趣旨の議論を見出すのであるが、夫れは一種の齟齬論文であり、ザヴィーニ等の主張した専ら私法方面より立てられた體系の紹介に止まり、現在の訴訟理論と全く没交渉なのであつて、特に批評する筈もない。

〔二〕 例之、我が民法第一四七條は時效中斷原因として「請求」のみを挙げ、裁判上の請求として訴の提起をも之れに含ましめたが如きその適例であり、又、訴狀の必要的記載事項を規定した舊民事訴訟法第一九〇條は、系譜的には一八七七年のドイツ舊民事訴訟法第二三〇條(現二五三條)に遡り得るのであるが、其の第二に「起シタル請求ノ一定ノ目的物及其請求ノ一定ノ原因」とある「請求」は、其の規定の形式から云ふも、給付の訴に於ける「請求」(給付請求)を意味するものと解せられるのみならず、沿革的にも此の語は、素、ドイツ舊民事訴訟法起草者に依り給付請求の意に用ゐられしものであつた(Vgl. Hellwig, Anspr. u. Klager, S. 155, Anm. 4.)。併しながら給付の訴の外、確認並に創設の訴の認めらるゝ今日の訴訟制度の下に於ては、訴狀の記載事項としての「請求」には、「訴訟法上の請求」として、單なる給付の請求より廣き意味を與ふる必要がある。尤も此の「請求」の語をドイツ民事訴訟法中、尙、私法上の給付請求の意に用ゐて居る場合もある(例之、ドイツ民法八五四、八二八、九一六、六八八、五九二條、ドイツ破産法三條等)。又、我が現行民事訴訟法第二二三條にある訴狀の必要的記載事項としての「請求」は、素より「訴訟法上の請求」を意味するものと解せられるのであるが、其の他の場所にては、尙私法上の意味に於ける「給付請求」の意に使用して居る場合もある(例之、民訴八、二三、三八二、四三〇、四八五、六一四、七三七條等)。

〔三〕 Hellwig, aaO. S. 154.

〔四〕 例之、民法學者は民法の條文に牽かれ、裁判上の請求を訴の提起と解しながら、他方、請求を給付の意のみに解するが爲め、我が民法の下に確認の訴の提起に依り時效中斷效を生ずるか、否かが争ひとなり、判例がそれを肯定した(大判、昭和五・六・二七、大民二判決、民集九卷六一九頁)如き、其の一例である(拙稿、前掲論文、早法十三卷四四頁以下參照)。

去れば現在に於ける學問的態度としては、實體法と訴訟法と

を對立せしむるか、尠くとも實體法的要素をも考慮に容るゝ二元主義の觀察方法に従ふか、或は訴訟法中心の一元觀を執るか、之れを訴權學說として云ふならば、權利保護請求權說か、然らずんば抽象的訴權說の範疇に屬する司法作用請求權說か、その孰れに據るかと云ふ相違に止まる。以下、前陳の諸學說が、如何なる立場にあつて、如何なる理論構造上の缺陷を有つかの點に付き批判を試みる。

II. 權利保護請求權說を背景とする學說の批判

權利保護請求權說の下の諸學說は、「訴訟法上の請求」をば私法上の請求と同一意義に解し能はざることを明證し、且つ之れを訴訟法的に把握せんとする。而してワッハは、既に述ぶるが如く此の訴訟法上の請求を以て彼の創始したる權利保護請求權と同一視したのである〔一〕。此の見解には、公法上の權利主張と私法上の夫れとを方法論的に交錯せしめた論理的缺陷あるのみならず〔二〕、其の結果、彼の見解は、ヘルウィックの正當に指摘するが如く、民事訴訟法が折角區別し規定した「訴」と「請求」とを自同の概念と做す結果に立至り、解釋技術的にも容認し難いのである〔三〕。

〔一〕 Wach, Handbuch, Bd. I. S. 19.

〔二〕 ワッハの見解を論理的に整序するならば、彼自身が意識したか否かは別として、「權利保護請求權」をば單一の公權にして國家に對すると同時に相手方に對するものと做し（本稿二七頁參照）、又、「請求」をば實體法上の意義を有つと同時に訴訟法上の意義を有つものと做し（Handbuch, Bd. I. S. 296.）更に

此の「權利保護請求權」を以て「訴訟法上の意義に於ける請求」と同一視するのであつて、斯くして此の「訴訟法上の請求」概念を媒體として、純訴訟法的なる國家に對する「權利保護請求權」と「請求」に依り表現せらるゝ訴訟物たる「實體法關係」(Handbuch, Bd. I. S. 373.)との間に論理的聯關を有たしめたものに外ならぬ。彼の學說をかゝる論理體系として理解する場合、ヘルマン、プレスツ等の訴權の概念中に國家に對する公權と、被告に對する私權との併存を認めんとした過渡期的學說を止揚し、訴權(權利保護請求權)概念を純訴訟法的に把握せんと試むると同時に、他方、請求概念を多義的に理解することに依り、訴訟法關係と實體法關係との關聯を認めんとした彼の苦心を想ふのであるが、其の結果として彼の懷抱する請求權概念が甚しく曖昧に陥つたことを指摘しなければならぬ。

〔三〕 Hellwig, Auspr. u. Klager., S. 157 ff.

去ればヘルウィックは、ワッハより權利保護請求權說を受繼ぎながら、權利保護請求權と訴訟法上の請求との相關々係に就てはワッハの見解を離れて、此の兩者を峻別するの態度を執つた。此の點、シュタイン・ヨナスに於ても、亦、同様であること既に述べしが如くである〔一〕。

〔一〕 本稿前段二九頁參照。

即ちヘルウィック並にシュタイン・ヨナスに於て問題となるのは、斯くして權利保護請求權より區別せられし「訴訟上の請求」をば、如何なるものとして把握したかと云ふ點にある。ヘルウィックは、確認並に創設の訴の認めらるゝ以上、訴訟上の請求が單なる給付請求に限定せらるべきものではないとして、宏く之れを申立てられたる實體法上の權利主張と解し、「訴の申立に依り定められたる範圍に於て訴訟物とせられ、又、既判力

ある判決の對象とせらるゝ原告申立の權利主張」が「訴訟法上の請求」であると説明して居る〔一〕。而して彼は前記の引用の文中に在るが如く「原告申立の權利主張」(die aufgestellte Rechtsbehauptung)などと云ひ、尙、之れに引續き、曖昧なる態度ではあるが、「判決の要求」(Urteilsbegehren)〔二〕と云ふが如き語を以て説明して居る處から攷ふるならば、恐らく此の「權利主張」を以て裁判所に對して爲すものと解したのであらうことを推測し得るが、更に當事者に對する關係に於て、此の權利主張が爲さるゝものと見るか否かに就ては、明白なる説明を加へて居らない。

〔一〕 Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 156.

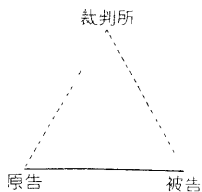
〔二〕 本稿前段三一頁參照。

併かしながらヘルウィックは、他方に於てこの「訴訟法上の請求」を以て「訴訟物」(Prozessgegenstand)と同一意義に解し、而して訴訟物を以て「判決の對象とせられ(主張若くは否認せられし)法律關係にして、原則として私法上のものである」と説明して居る〔一〕。故に彼に依り「訴訟物」と自同の觀念とせらるゝ「訴訟法上の請求」は、原則として私法的内容を有つものと做さなければならぬのであつて、果して然らばかゝる原則として私法的内容を有つ訴訟法上の請求が、原告被告の對立する訴訟手續に於て主張せられながら、尙、相手方たる被告に對して主張せられないと云ふことは、訴訟に於ける經驗的事實に反するのみならず、彼としてもかゝる主張が、原告、被告間

に爲さるゝことを暗黙に認めて居る證左がある〔一〕。想ふに彼は、フッハと異なり、權利保護請求權を以て、専ら國家を代表する裁判所に對して爲さるる公法的權利であり、相手方に對するものに非らずと做したが爲め、この理論構造に相應すべく、訴訟關係に於ては所謂「二面關係說」に従ひ〔二〕、當事者間に訴訟法上の法律關係の存在を否定することとなり、其の結果、訴訟に於て原告より被告に對して爲さるゝ實體的權利主張（訴訟物たる實體法律關係に關する）をば訴訟理論構造外に置き、之れを「訴訟法上の請求」概念より除外する外なきに至つたのであらう。要するに彼の所説は、一方に於ては訴訟物概念を通じ實體的法律關係を「訴訟法上の請求」概念に内含せしめながら、他方に於て此の實體法律關係を爲す、權利者（原告）より義務者（被告）に對する權利主張をば、其の請求（訴訟法上の）概念より除外するの矛盾を犯して居る〔三〕。是等方法論的缺陷の因は、畢竟するに訴訟法上の請求に私法的要素を内含せしめながら、尙、訴訟法的にのみ把握せんとせし點にある〔四〕。

〔一〕 Hellwig, System, 2^{te} Bd. I. S. 5.

〔二〕 ヘルウィックは、訴訟關係を掲記の如き圖に依り説明して曰く、原告、被告間の直線は、「存在し又は存在するものとして主張せらるる私法法律關係」を示し、裁判所、兩當事者間の點線は「純粹なる訴訟關係」を示すと。即ち此の説明は訴訟に於て原告より被告に對し實體的權利主張の爲さるゝことを認めたものに外ならぬ。(Vol. Hellwig, System, Bd. I. S. 397)



〔三〕 此の矛盾は、彼に依り更に展開せしめられて居る。即ち斯くして一度訴訟

法的考察の範圍外に置かれた實體法關係が、「實體的訴の要件」(Materiellen Klagvoraussetzungen) の名の下に再び訴訟法的考察の對象とせられ、彼は之れを以て原告勝訴の要件即ち訴訟法上の權利保護請求權の成立要件たらしめて居るのが夫れである (Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit (1905), S. 73. 中野、江口兩氏共譯、「訴權と起訴自由」一五一頁參照)。

〔四〕 權利保護請求權說の下に、「訴訟法上の請求」を以て裁判所に對する權利主張と解するならば、その權利主張は、權利保護請求權の内容を爲すのであつて、ヘルウィックにしてこの關係を十分に意識したならば、訴權 (權利保護請求權) に對し、「一定の内容を有する判決 (單なる確認、給付命令、權利變更) を要求する權利」(Klgr. u. Klagm. S. 37.) などとの抽象的定義を附する必要はないのであつて、これ等も、彼がその所謂「權利主張」に付き確たる考へを有つて居らなかつた例證となし得る。

加之、訴訟上の請求を權利主張と解するとして、かゝる實體法に依存する權利主張をば裁判所に對して爲すと云ふことは、夫れ自體無意味と云はなければならぬ。裁判所に對する權利主張と做すならば、寧ろシュタイン・ヨナスに於けるが如く「法效果に基く權利保護要求」、若くはローゼンベルグの如く「法效果の既判力ある確定要求」と解するのが遙かに論理的である。

以上、ヘルウィックの如く、「訴訟法上の請求」をば實體法に依據する權利主張と解する場合、其の請求の方向を明確ならしむることに依り、權利保護請求權說夫れ自體の理論構造に破綻を生ずることを看取したのであらうか、シュタイン・ヨナスに於ては、訴訟上の請求を以て、既述の如く要するに、「原告に依り判決の對象たらしめられたる實體法上の構成要件に基く法效果」なりと云ひ〔一〕、即ち「訴訟法上の請求」を以て「法效果」の主張と看ずして「法效果」夫れ自體と做し、ヘルウィックに對するが如き主張方向不明の批難を巧みに免れて居る。併かしな

から「請求」(Anspruch) と云へば、此の語自體の意義としても、又、此の語がドイツ法に於て今日迄法律語として使用せられ來つた沿革に徴するも、權利行使の狀態（動態的容態）を意味する語と解するを相當とし、單に「法效果」と云ふが如き權利の表現形態（靜態的容態）を現はす語と解する事の不當なることは既に述べた處である〔二〕。而して訴訟法上に於ける請求の意義も、以上と異なつて解するの理由は全く存しないのであつて、請求を以て「法效果」と解するが如きは、結局に於て權利保護請求權説の理論構造に適應せしむべく附せられた意義に外ならないと考へられる。現にシュタイン・ヨナスに於ても、他の場所にては「訴訟法上の請求」を「權利保護の要求」と同一義に解して居ること既述の如く〔三〕、要之、シュタイン・ヨナスに於ても、亦、ヘルウィックに於けると同様、「訴訟法上の請求」の意義が曖昧の裡に彷徨せしめられて居る。

〔一〕 本稿前段一六頁参照。

〔二〕 本稿前段三二頁参照。

〔三〕 本稿前段三三頁参照。

我が國の訴訟法學者の有つ訴訟法上の請求概念竝に其の訴との關係理念は、大體に於てヘルウィック若くはシュタイン・ヨナスの夫れを出でゝ居らぬことは既に述べた處である。而して其の所説を悉細に研討するならば、基礎理論に對する充分なる反省を缺く結果として、矛盾せる主張が爲されて居ることを隨

所に見出される。

兼子助教授は、訴と訴訟法上の請求との關係に付き比較的良く整序せられたる體系を立てられて居るのであるが、其の所説は、大體に於てヘルウィックの夫れであることは既に述べた。同助教授は、訴訟法上の請求を以て「訴訟に於て審判の對象たる原告の法律的主張」を云ふものと定義し〔一〕、而して此の訴訟法上の請求の内容に就ては、訴の種類の説明に當り、確認、給付竝に創設の訴に分ち、訴訟の目的を爲す實體法律關係に基づく權利主張を擧げられて居る〔二〕。併かしながら此の權利主張の相手方に就ては、全然、其の説明を缺くのであつて〔三〕、夫れ等の點、ヘルウィックに於けると全く符節を合するが如くである。従つて前述せるヘルウィックに對する批難は、同助教授も、亦、之れを甘受しなければならぬ〔四〕。

〔一〕 法律學辭典第三卷一四八五頁。其の定義の全文に就ては本稿前段二〇頁の引用參照。尙、序ながら此の定義の末段に於て「特定の私法上の法律效果即ち權利又は法律關係の存否に關する主張を謂ふ」とあり、此の場所に「法律效果」の語を使用せられたのは、既に論評したシュタイン・ヨナスの定義を取入れられたのであらうが、「法律效果」を主張することは、單なる法律上の陳述に止まり、「請求」の語に依つて表現せらるゝ、即ち此の定義の前段に掲げらるゝ處の「原告の法律的主張」と同一視することは出来ぬ。此の點に關する同助教授の考へ方には、上掲、シュタイン・ヨナスの學說に就て論評したが如く、論理的間隙なしと云ひ難い。

〔二〕 例之、給付の訴に於ける請求を以て「私法上の請求權の存在並に之に基づく被告の現在又は將來に於ける給付義務の存在の主張」であると云ふ（兼子助教授、民事訴訟法概論中卷一六一頁）。

〔三〕 兼子助教授の所説として、「訴訟法上の請求」が裁判所に對して爲さるゝものと看るのであらうことは、其の理論構造上、當然と考へられる。尙、このことは、請求の趣旨を説明して、「請求としての法律的主張を概約し、且之に付て**審判を求める旨の申立**を表示する部分で、**訴の結論**に該る」と云はれ（前掲概論中卷一八七頁）、又、請求の趣旨の記載形式として『「……判決を求む」といふが如き表示を用ふるのが通常である』（同頁）と説明せられ居る點からも推測し得る。但し其の請求が更に相手方に對しても亦爲さるゝものと看るのであるか否かの點に就ては、同助教授の著書中の説明に依つては不明と云ふより外はない。

〔四〕 兼子助教授は訴權學說に就ては抽象的訴權說を執られ、既述の如く訴權を以て「原告の勝敗に拘らず本案判決を要求する權利」と做されるのであるが（法律學辭典、Ⅲ、一六九一頁上段）、訴訟法上の請求を以て、裁判所に對する法律的主張（其の事案に就ての）と解せらるゝ限り、此の法律的主張の容認を求むる訴訟法的權利が即ち訴權なのであるが故に、訴權の内容はそれを具體的に把握し得る（具體的訴權說）。然るに訴權を以て單に「本案判決を要求する權利」と解せらるゝならば、裁判所に對する法律的主張は如何なる意味に於て爲されるのであるか。單に判決の資料としての法律上の陳述に止まると云ふならば、夫れは「請求」ではない。要するに同助教授にして、權利保護請求權說に依るヘルウィツクの主張に合流せられ、「訴訟法上の請求」を以て、裁判所に對する法律的主張（權利主張）とせらるゝならば、訴權學說に就ては抽象的訴權說を執り得ざりしものと云はなければならぬ。又、同助教授が、「訴訟法上の請求」を以て、相手方（被告）に對する法律的主張と解せらるゝならば、相手方に對しては權利主張（請求）を爲すべきである。義務者たる相手方に對し、單に「法律效果即ち權利又は法律關係の存否に關する主張」（陳述）を爲すのみにては、「請求」とは云ひ難い。要するに同助教授の懷抱せらるゝ「訴訟法上の請求」概念は、方法論的整序が缺けて居ると云はなければならぬ。

次に山田博士に就て看るに、博士は、訴を以て「私法上の權利又は法律關係の存否を主張し、其の存否につき自己に有利な

る判決あらんことを求むる——原告の裁判所に對する——要求である」と定義し、更に引續き「法典は原告の此の要求（「訴」を指す。筆者附言）を或は客觀的に見て訴訟と云ひ、或は其の内容より見て請求〔一〕——裁判所に對する請求——と云ふ」と説明せられる（法律學辭典第一卷七八頁）。即ち此の定義に依れば、博士は、訴を以て形式と爲し、請求を以て其の内容と爲す意圖の如くに一應は解せられるのであつて、尙、「日本民訴法論」第二卷に請求の原因の説明として、「爰ニ請求ト云フハ原告ノ訴ニ於ケル要求ヲ指シ」云々（同三頁）と、訴に於ける要求即ち請求と云ふ意味の説明を與へられて居る點なども、亦、此の推測を裏書するに足りる。

〔一〕 博士は、訴訟法上の意義に於て「請求」の語を使用せらるゝに當つても、單に「請求」と云ひ、特に「訴訟法上の請求」といふが如き用語例に従つて居られない。而して本稿に於て取上げ研討を加ふる處のものは、素より博士が訴訟法上の意義に於て使用せらるゝ「請求」に外ならぬ（日本民訴法論第二卷三四頁以下參照）。

斯く前記定義を通じて攷ふる場合、博士は訴と請求とを形式と内容との關係に於て理解せらるゝものゝ如くであるが、偕、他の場所、殊に訴狀に記載すべき「請求ノ趣旨及原因」に關する説明を通觀するならば、反つて訴と請求とを以て自同の觀念とせられて居ることが明瞭に觀取せられる。即ち曰く、「民事訴訟法第二二四條第一項に請求と云ふは訴と同意義であり、其の原因（請求の原因）（筆者附言）と云ふは訴の直接の原因即ち訴訟物と同意義である」（法律學辭典前掲項目八一頁）とて、「請求の原因」と「訴の原因」とを同

一意義に解せられ、又、「請求の趣旨」に付き「訴狀ニハ原告カ訴ヲ以テ要求スル判決ノ種類竝ニ内容ヲ明確ニセサルヘカラス、法律カ請求ノ趣旨ヲ記載スヘキヲ命スルハ即チ之カ爲メニシテ、舊民事訴訟法ニ一定ノ申立ト云フニ相當ス」(日本民訴法論第二卷四七頁)と述べられて居り、此等を綜合するならば、前記、定義の字句如何に拘らず、又、博士の意圖する處如何に拘らず、訴と請求とを以て同一意義と做す理論構造が執られて居るものと看做さなければならぬ。

要之、山田博士の所説は、訴と請求とをば形式と内容との關係に於て把握せらるゝものとも、或は此の兩者を自同の觀念とせらるゝものとも解し得るのであつて、既に此の點に於て博士の所説は、其の理論構造中に矛盾を包藏するか、然らずんば尠くとも其の記述が曖昧なるの批難を免れ能はぬ。若し假りに博士の懷抱せらるゝ意見が前者であるとするならば、「訴の内容」と云ふこと夫れ自體、既に説明を要する觀念であるが、兎に角「請求」を以て「訴」とは別個の概念と做すのであるが故に、其の意義竝に其の具體的内容に就ての説明を必要とする。然るに博士の著書には、「訴」と離れては全く「請求」に就ての記述を缺いて居り〔一〕、我々としては、博士の著書をば、「訴」と「請求」とを自同の觀念とする理論構造に於て理解する外ない。

〔一〕 博士は、訴訟法上の意義に於ける「請求」が私法上の夫れと異なることを高調せらるゝのであるが(日本民訴法論第二卷三五頁)、偕、其の「請求」の意

義に就ては、唯、僅かに前記訴の定義に引續き「訴の内容」が「請求」である旨の説明ある外、請求原因の説明に當り「爰ニ請求ト云フハ原告ノ訴ニ於ケル要求ヲ指シ」（前掲三四頁）云々とあるに止まり、遂に「訴」を離れた「請求」の意義に就ての説明は之れを見出し得ない。又、訴の各種類を説明するに就ても、例之、「給付ノ訴トハ被告ニ一定ノ行爲又ハ不行爲ヲ命スル判決ヲ要求スル訴ヲ謂フ」（前掲六頁）との説明があるも、其の訴の内容たるべき「訴訟法上の請求」に就ては一言も觸れられて居らぬ（確認並に創設の訴に於ても同様である）。

而して博士の所説が訴と請求とを自同の觀念と做すにありとせば、前記訴の定義にある「私法上の權利又は法律關係の存否」を主張することは、請求の内容であると同時に、訴の内容となるものと解しなければならないのであるが、國家を代表する裁判所に對し、元來、相手方たる當事者に對して爲すべき實體法上の權利又は法律關係を主張すると云ふことは理論的に首肯し難いのみならず〔一〕、博士が權利保護請求權を以て「私人カ國家司法機關ニ對シ自己ニ有利ナル保護行爲ヲ要求スルノ公權ヲ謂フ」（日本民訴法論 第一卷三二頁）とて實體的内容を包含せざる訴訟法上の權利と做す見解とも背反する。要するに博士の所説を斯く解して謬りなしとせば、博士は、權利保護請求權と訴訟法上の請求とを同一意義に理解せるワッハと同一の誤謬に陥れるものと云はなければならぬ〔二〕。

〔一〕 實體法上の權利又は法律關係の主張の相手方は、素より實體法上の人格者であらねばならぬ。訴訟に於て裁判所に對し夫れを陳述するのは、訴訟資料として提出することに外ならないのであつて、從つて其の陳述が訴の内容に屬し

ないことは論を俟たぬ。

〔二〕 訴と請求とを自同の觀念と做すことは、「訴却下」の訴訟判決と「請求棄却」の本案判決との區別の基準を失ひ、又、「請求の拋棄、認諾」（訴二〇三條）に於ける請求の意義が理解し得ざるに至る等、折角、訴と請求とを區別して規定せる現行民事訴訟法の下に於ける解釋技術の問題としても、種々の困難を伴ふ。此等の點は、ワツハの所說に對するヘルウィツク其の他の駁論に依り既に論じ竭されて居るが故に爰に再說せぬ（本稿前段四〇頁參照）。

惟ふに山田博士は、訴訟法上の請求が私法上の請求と同一にあり得ざることを高調し、之れを純訴訟法的に把握せんとするの餘り、二重の誤謬を犯した。即ち一方に於て「訴訟法上の請求」と云ふも、請求夫れ自體實體的内容を有つことを考察外に置き、元來、「訴」に對する「請求」と云ふ概念に包攝せらるべき實體法關係を不用意にも其の理論構造外に捨て去つた方法論的缺陷に陥れることであり〔一〕、又、他方、之れを訴訟法的に把握せんとして、權利保護請求權との混同を來たし、從つて訴と請求との相關々係が曖昧とならざるを得なくなつた點である。而して此等の誤謬は、細野博士、中島氏、其の他の著書中に於ても、亦、見出される〔二〕。

〔一〕 その結果として、博士の所說が、一方に於てはワツハと同様、訴と請求とを自同の觀念と做すものの如く理解せらるゝと同時に、博士の眞意が、訴と請求（訴訟法上の）とを異別の觀念とせらるゝものとせば、純訴訟法的に把握せらるゝべき「請求」（訴訟法上の）の意義、並にこの訴訟法上の請求と訴との間の論理的關聯が不明である點に於て、ヘルウィツクと同じき方法論的缺陷に陥れるものと云はなければならぬ（この點に就ては、ヘルウィツクの所說に對する批評、本稿前段四二頁以下參照）。尙、具體的に山田博士の所說に就て、

その方法論的缺陷を指摘するならば、博士は「請求の原因」を以て「訴の直接の原因即ち訴訟物と同意義である」と説明せらるゝものであるが（法律學辭典第一卷八一頁上段）、訴訟物たる「實體法上の權利又は法律關係」が、何故に「訴の直接の原因」となるのであるか。又、博士は權利保護の要件として、訴訟物たる實體法上の權利又は法律關係を擧げられるのであるが（日本民訴訟論第二卷八頁以下）、何故に是等が、訴訟法上の觀念たる國家に對する權利保護請求權の成立要件となるのであるか。「訴」に對する「請求」の概念をば純訴訟法的に理解する方法論を以てしては、「訴」又は「請求」と、此等實體概念との間の論理的關聯は遂に之れを求め得ないのである。

〔二〕 而してそのあるものに就ては、其の誤謬が極めて素朴的の態度にて爲されて居る。

以上、山田博士の所說に比し、細野博士は、「訴訟法上の請求」の意義を簡単に解せらるるものの如くである。博士の著書「民事訴訟法要義」には、既述の如く訴訟法上の請求の意義に付き、特に定義的の説明を加へて居られないのであるが、嚮に引用した請求の原因の説明〔一〕を悉細に研討するならば、訴訟上の請求、即ち權利保護請求の意に解せらるるのみならず、訴の變更に關聯して、「所謂請求ノ基礎ハ即チ權利保護請求ノ基礎ニ外ナラザルベシ」と説明せられて居り、博士は、訴訟法上の請求を以て、國家を代表する裁判所に對する權利保護請求、即ち訴權としての權利保護請求權の表現形態と解せらるることに疑ひがない。併しながら博士の如く權利保護請求を以て訴訟上の請求と同一意義に解せらることは、即ち「訴」と「請求」と自同の觀念とせらるることに外ならないのであつて、かかる見

解が、理論上にも解釋技術上にも不都合の結果に立至ることは、既にヘルウィックがワッハの所説に對し批評した處であり、本稿に於てもワッハ竝に山田博士の所説に關聯して既に評論したので、茲には再説しない。唯、博士が、「訴訟法上の請求」を「訴」と同一意義に解せらるが爲め、次に、その二、三を掲ぐるが如く、博士の著書中の各所に所論の破綻を見出されることを指摘するに止むる。

〔一〕 本稿前段一九頁参照。

(一) 博士は、訴と請求とを同一意義に解せらるる結果、「請求の原因」を「訴の原因」と解し、「訴ノ原因ハ訴ヲ理由アラシムル爲メニ主張シ又ハ否認セラルル具體的法律關係ナリ」と説明せられる(要義第二卷_{二二六頁})。併しながら如何なる關係に於て實體法上の具體的法律關係が、裁判所に對する判決の要求を内容とする「訴の原因」となるのであるか。即ち夫れは原告より被告に對する實體法上の「請求の原因」ではあるが、「訴の原因」ではない。否、夫れは訴に對しては、其の客體であり、訴訟物、即ち「訴訟の目的」(民訴_{三三條})に外ならないのである。

(二) 博士は、請求の拋棄を以て「原告カ訴訟物タル權利又ハ法律關係ニ關スル自己ノ主張ノ理由ナキコトノ自認」であると定義せられるのであるが(要義第二卷_{五四三頁})、「訴訟物タル權利又ハ法律關係ニ關スル原告ノ主張」を請求と做すのでなければ、

遂に此の定義は理解し難いのであつて、博士が訴訟上の請求を此の意味にも解せられるならば、其の旨の説明があつて然るべきであらう。又、請求を以て國家に對する權利保護請求とのみ解するならば、被告が自己に對するに非ざる請求を認諾する（又博士の云ふが如く自認する）と云ふことは意味を爲さぬ。

（三）博士は、離婚の訴に於て數個の離婚原因を主張する場合をば、數個の訴の單純併合とせられる（要義第二卷一—三頁）。併しながら此の場合、假令、數個の離婚原因を主張し、實體法上所謂「請求權の競合」(Anspruchskonkurrenz)を存するとしても、裁判所に對しては當事者間の離婚判決を求むるにあるが故に、夫れは一個の權利保護請求であり、從つて博士の如く訴訟法上の請求、即ち權利保護請求と解せらるる限り、其の訴訟法上の請求も、亦、素より一個でなければならぬ。然るに此の場合を以て、數個の訴の併合と做すことは、臆がて同一當事者間の一個の婚姻關係に對し數個の離婚を求むると云ふ非論理の主張を敢へてせらるるものに外ならぬ。

是等、細野博士の著書中に見出さるる所論の缺陷は、孰れも、「訴訟上の請求」概念の不明確なるに歸せしめられる。若し夫れローゼンベルグの如く、訴訟上の請求を以て「判決の要求」(Begehren der Verurteilung)と解するが爲めには、夫れに相應する訴訟理論(訴權論)に依る基礎づけが必要なのである〔一〕。博士の如く權利保護請求權説を執りながら、尙、訴訟上の請求を以て權利

保護請求と做すことは、訴訟上の請求と權利保護請求權とを自同の觀念と做したツッハの誤謬を其の儘に承繼せられたこととなる。博士にして敢へて此の說に據られんとするならば、訴權理論に就ての反省が必要であつたことを爰に附言しなければならぬ。

〔一〕 此の點に就ては、次のローゼンベルグの學說批評に關聯して更に詳述するであらう。

尙、中島弘道氏は、訴訟法上の請求を以て判決の請求と解せられ〔一〕、又、河本喜與之氏は、細野博士の例に倣ひ、權利保護の請求と解せらるること〔二〕既に述べたるが如くである。此等所説は、訴訟法上の請求をば細野博士と同じき態度にて理解せられるのであつて、之れに對しては、以上、細野博士の所説に就ての批評の外、特に附加する點もない。

〔一〕 中島弘道氏、日本民事訴訟法論第三卷一一〇八頁。

〔二〕 河本喜與之氏、民事訴訟法提要二四二頁。

III. 司法作用請求權說を背景とする學說の批判

ローゼンベルグは、所謂「司法作用請求權說」に従ひ、訴權を以て「單に裁判所に對し審理判決を求むる抽象的公權」と做し〔一〕、而して「訴訟法上の請求」を以て、裁判所に向けて爲す申立、竝に其の理由として陳述せられし事實關係に依り標識せらるる處の「法效果の既判力ある確定を求むる要求」と解すること、既に述べたるが如くである〔二〕。而して彼は、「訴」を以

てその所謂「司法作用請求權」の表現形態として、「判決に依る權利保護の許與を求むる要求」と解するが故に〔三〕、「訴」と「訴訟法上の請求」とは、共に裁判所に對して爲さるる關係に於て形式と内容との關係に立ち、此の兩者が合して訴訟に依り原告が裁判所に對し其の申立通りの判決を要求するの關係を現はすものと做して居る〔四〕。此の點、彼の所説は、權利保護請求權說に比し、整序せられたる理論體系を有つ〔五〕。

- 〔一〕 Rosenberg, Lehrb. § 2 II. 1. (S. 7). 拙著原理第一卷三一四頁以下參照。
- 〔二〕 Rosenberg, Lehrb. § 88 II. 2. (S. 274). 本稿前段一七頁及び三五頁參照。
- 〔三〕 Rosenberg. § 83. II. 1. (S. 258). ローゼンベルグは、所謂司法作用請求權說に依り、訴權の内容を以て單なる司法作用の請求と做すが故に、訴權の表現形態たる訴は、具體的内容を有たざる單なる「判決の要求」と解せられる。然るに本文に掲ぐるが如く、訴の定義に於て「權利保護の許與を求むる」(un Gewährung von Rechtsschutz) 要求と殊更に附言したのは、彼が訴訟法上の請求の純訴訟法化を圖りながら、尙、觀念的に實體法關係より充分に脱却し得なかつた一つの徴表(Symptome)と看られるのであるが(此の點更に後述する)、寧ろ問題は、之れを以て訴夫れ自體の内容と做すのであるか否かと云ふ點にある。若し然りとせば、かかる内容を有つ訴の理論構造としては、具體的訴權學說の範疇に屬する夫れであることを必要とし、彼の主張する「司法作用請求權說」を以てしては、其の間に論理的調和を缺かざるを得ない。彼にしてかかる非論理を犯すものとは考へられないのであつて、恐らく彼としては、斯く附言することに依り、「訴」と其の内容を爲す「訴訟法上の請求」との間の關聯を示したもののか、然らずんば裁判所の爲す司法作用は權利保護の目的を以て爲されると云ふ思想的前提から、「司法作用の許與を求むる」(auf Justizgewährung... Lehrb. S. 7.)と同じき意義に於て使用したのであらう。

- 〔四〕 ローゼンベルグは、此の司法作用請求權を以て、訴訟法上の權利にして、訴の提起に依り發生するものと解し、從つて原告の訴提起の基礎は、之れを訴

の可能 (Klagmöglichkeit) の觀念を以て説明して居る。Vgl. Lehrb. § 83.

III. 2. (S. 259.)

〔五〕 具體的訴權說、就中、權利保護請求權說に依れば、訴權を以て「自己に有利なる判決を要求する權利」と解し（拙著原理第一卷三〇四頁參照）、而して「此の有利なる判決」要求の具體的内容をば「訴訟法上の請求」を以て現はす理論構造を立てて居る。その爲めの必要に迫られ、この「訴訟法上の請求」をば、ワツハは、「權利保護請求」と同一視するの非論理を敢て爲し、又、ヘルウィツクは、之れを「實體法上の權利主張」と解し、シュタイン・ヨナスに於ては、之れを「實體法上の法效果」と做しながら、尙、他面に於て、兩者とも屢々、此の訴訟法上の請求をば、かかる實體的内容を有つ「判決の要求」の意味に使用したのであつて、是等理論構造が、孰れも看過し難き論理的缺陷を包藏すること、既に述べたが如くである（本稿二七頁竝に四〇頁以下參照）。

要之、ローゼンベルグは、「訴訟法上の請求」概念より、實體法關係を排除し、之れを純訴訟法概念化することに依り、裁判所と當事者との間の法論理體系を整序したのであるが、其の結果、訴訟法關係と實體法關係とが別個の體系として、其の間に論理的關聯が失はれたのである。即ちローゼンベルグに依れば、訴訟審理の客體たる「訴訟物」は、實體法上の權利又は法律關係ではなく、彼の云ふ「訴訟法上の請求」、即ち給付、確認又は創設判決の要求であり〔一〕、而して當事者が争ふ處の實體法上の權利關係は、判決の申立と相待ち、此の判決の要求の對象を爲す「法效果」を標識づけると云ふ間接の役割を有たしめられるに過ぎぬ〔二〕。

〔一〕 Rosenberg, Lehrb. § 88 I. 1. b (S. 270).

〔二〕 Rosenberg Lehrb. § 88. II. 2. (S. 274).

斯くして元來、「訴」に對して實體法上の權利關係を表示する處の「請求」概念より實體概念を切離し、純訴訟法化したる請求概念を立つことは、畢竟するに夫れ自らを専ら訴訟法關係に就ての理論構造として、實體法關係との關聯を其の構造外に置くものであり、結局に於て其の體系の貧弱を示すものに外ならぬ。かかる實體法との關聯を無視した理論構造は、訴訟が、素、實體法實現のプロセスたる制度的性格を忘れたものであり、その爲め彼の著書には、現實の手續に於ける實踐的要請を容るる必要上、隨所に其の所論の論理的矛盾と缺陷とを示して居る。今、その重なるもの若干を掲ぐる。

- (一) ローゼンベルグは、其の抱懷する理論構造が、専ら訴訟法關係に局限せらるるの結果、訴訟に於て審理、判決せらるべき訴訟物の概念に就ても、訴訟法的意味を附するのみにて満足し、上述の如く之れを以て裁判所に對する給付、確認又は創設判決の要求(訴訟法上の請求)と做するのであるが〔一〕、扱、此の判決要求と現に當事者間に争はれつつある實體法上の權利關係との間の關聯に就ては、全く其の説明を缺いて居る〔二〕。蓋し専ら訴訟法關係のみを其の理論構造の對象と爲す彼の學說を以てしては、此の關聯は其の理論構造の外に存するのであつて、單に事實關係と看るの外、夫れ以上の説明を與へ得ないのは、當然の歸結であらう。而して夫れは訴訟理論としての體系的缺陷乃至貧弱さを示すものに外ならぬ。

〔一〕 本稿前段三五頁參照。

〔二〕 尙、彼は、時として判決せらるべき權利又は法律關係を以て訴訟物と解する場合ありと云ひ、「訴訟物」(Streitgegenstand)を此の意味に使用し、又は理解する處の條文を擧げて居る(例之、ドイツ民訴六〇、六二、一四八、二六六、四七二、六〇二、六四〇條等)。Lehrb. § 88. I. 1a (S. 270) 併しながら斯くして「訴訟物」と解せらるる實體法上の權利關係と、彼に依れば判決要求を内容と爲す處の「訴訟法上の請求」との間の關聯に關しては、全く沈黙して居る。

(二) ローゼンベルグは、「訴訟法上の請求」を以て「法效果の既判力ある確定の要求」とであると云ひ、又、之れを以て「訴訟物」と做すのであるが故に、其の理論構造として、判決の既判力は、當然、判決の求められた法效果(例之、物の引渡)夫れ自體に就て生ずるものと做さなければならぬ〔一〕。又、裁判所としては、判決を以てその申立てられたる法效果を言渡すに當り、如何なる法條に依るべきかに付き、當事者の主張に拘束せられざる理である。

然るに曰く、判決に於ては、其の裁判に於て認められた法律上の性質(rechtlichen Qualifizierung)に於て、其の主張せられたる法效果の存否が確定せられ、且つ其の範圍に於て既判力を生ずると云ふ(一)。要するに彼の所説は、同一事實關係より數個の實體法上の請求權の發生する場合(例之、所持を奪はれた物に對する占有權に基く返還請求權と、所有權に基く返還請求權)には、判決は一の法的見地(rechtlichen Gesichtspunkt)に依り、即ち其の一方の請求權(例之、占有權に基く返還請求權)に就て爲さるべく、從つて既判力は其の請求權に就てのみ生じ、他の請求權(例之、所有權に基く返還請求權)

には及ばぬと云ふのである〔二〕。去れば原告としても、訴に付き單に事實關係 (Sachverhalt) を陳述するのみにては足らないのであつて、更に一定の權利若しくは法律關係の存否を主張すること (權利主張) を必要とし、裁判所は原告の主張する處の法效果 (前例に就て云へば、占) に付き判決することを要する (獨民訴三〇八條) (日民訴一八六條)〔三〕と、更に又、彼は云ふ。

斯くして彼は、「訴訟法上の請求」の意義に付き、實體法關係より遊離し、純訴訟法的に之れを定めながら、裁判所の審理範圍竝に既判力の限界に就ては、再び實體法關係に立返へり、其の決定の基礎を實體法上の請求權に求むるの不徹底さを敢へて爲して居る〔四〕。

〔一〕 Rosenberg, Lehrb. § 156. I. 1. (S. 526.)

〔二〕 Rosenberg, Lehrb. § 88. II. 3. c. (S. 278/9)

〔三〕 Rosenberg, Lehrb. § 88. II. 1. a (S. 272.)

〔四〕 此の不徹底は、既にニキツシュが指摘して居る (Nikisch, aaO. S. 149.)

(三) ローゼンベルグは、「訴訟法上の請求」に對し純訴訟法的意味を附し、之れを實體法上の權利主張とは看ないのであるが、尙他方、民事訴訟法典中の用例として、此の「請求」を實體法上の權利主張と解する外なき場合あることを認めて居る (例之、ドイツ) (民訴九四條)〔一〕。加之、「請求の認諾」に於ける「請求」をば彼自ら「權利主張」と同一意義に解して居る〔二〕。蓋し被告の爲す「請求の認諾」に付き、其の「請求」をば彼の如く裁

判所に對する「法效果の既判力ある確定の要求」と解したのでは、其の意味が取れないからである〔三〕。

〔一〕 Rosenberg, Lehrb. § 79. III. 3a (S. 240.).

〔二〕 Rosenberg, Lehrb. § 137. I. 1. (S. 458.).

〔三〕 ヘルウィツクが、之れと同一の非難をワツハの所說に對して爲して居る (Hellwig, Ansp. u. Klagr. S.157.)。

(四) ローゼンベルグの理論的立場からは、通說竝に判例が訴訟實踐的必要に迫られ認めて居る處の結果 (訴訟手續上の所置竝に見解)に對し反對せざるを得ないか、然らずとしても何等首肯するに足る理論構造を供給し得ない場合が尠くない。

例之、訴訟法上の請求に實體法的權利主張の内含を認めない結果として、訴取下の場合には、訴の提起に依りて發生せる私法上の諸效果は消滅すと説明しながら^(Lehrb. S. 445.)、訴の提起に依りて生ぜし取消、相殺、瑕疵通知、契約の申込承諾等の效果は、夫れが訴に内含せられたる私法上の表示^(privatrechtliche Erklärung)たるの故を以て、訴の取下に依りて消滅せずと云ふ^(Lehrb. S. 325.)。かかる私法上の表示が訴に包含せらるるならば、給付の訴に於て給付の請求が包含せらるるのは當然でなければならぬ。然るに彼は、訴の内容たる「訴訟法上の請求」が、實體法上の權利主張たることを極力否認して居るのは既述の如くである。

又、彼は、訴訟上の和解 (Prozessvergleich) を以て私法上の和解なりと做し、唯、「繫屬せる訴訟手續に於て、當該手續

を除却する爲め、且つ訴訟的形式に於て<sup>(in prozessual-
en Formen)</sup>締結せらるる」點に於て、私法上の和解と異ると云ふ<sup>(Lehrb.
S. 446)</sup>〔一〕。併かしながら訴訟法上の請求を純訴訟法的に理解し、訴訟現象より實體法關係を排除しながら、私法上の和解契約が「訴訟的形式に於て」締結せられるとは、夫れ自體矛盾した主張でなければならぬ。斯く解するが爲めには、先づ實體法關係をも包攝した訴訟理論構造を築いてからでなければならぬ。

〔一〕 彼が、かかる窮した理論を立てゝ居る所以のものは、訴訟實踐的必要に驅られ、訴訟上の和解に民法法律行爲の無効、取消に關する規定の適用を是認せんとする判例に追隨せんとしたが爲めに外ならぬ (Lehrb. S. 451)。

更に又ローゼンベルグは、當事者の確定に付き、訴狀に於ける當事者表示を基準と爲すべきことを主張する所謂「表示説」に従ふ<sup>(Lehrb.
S. 112)</sup>。即ち彼の懷抱する理論構造としては、實體法關係の内容に立入り當事者を確定せんとする、所謂「實體關係説」〔一〕の如きは、之を排撃しなければならぬ立場にあるのであるが、彼は、當事者の何人なるかは、訴狀に於ける當事者記載を解釋することに依り確定すべく、而して其の解釋に就ては、「相手方竝に裁判所の知り、又は知ることを得べかりし事情」が標準となると云ふ<sup>(Lehrb.
S. 112)</sup>。併かしながらかかる事情とは、即ち事案の實體關係に外ならないのであつて、此の點に於て彼の所説は既に不徹底であるのみならず、更にそれに續き、彼はドイツ大審院が事件の實體關係に立入り、

當事者（被告）を確定した判例を挙げ〔二〕、それを是認するかの如き態度を示して居る。

〔一〕 此等、當事者確定に關する問題に就ては、拙稿、訴狀に於ける當事者表示と當事者の確定（民商法誌七卷二、三號）參照。殊に實體關係說に就ては同二號一四頁以下參照。

〔二〕 其の事案は、父子の氏名表示が同一であり（兩人共カー・ヨゼフ）、父に對し訴を提起せんとして訴狀が子に送達せられ、而かも事件となつた取引の主體は、原告の考へたが如く父ではなく、父の事業を引受けた子であつたと云ふ事件である。ドイツ大審院は、被告の確定に付き原告の意思に依らずして、當該事件の内容（實體關係）に立入り、子を以て當事者と確定した（JW. 1902, S. 164）。此の判例に就ては、前掲拙稿（民商法誌七卷三號五六頁）參照。

以上述ぶるローゼンベルグの所説の不徹底は、訴訟法現象を實體法關係より遊離せしめ純訴訟法的にのみ把握する理論構造を築かんと試みながら（訴訟法上の請求を以て實體法上の權利主張ではなくして、裁判所に對する法效果の確定要求と看るのも、その理論の）、尙、他面、訴訟が實體法實現のプロセスたる本來の制度的性格を凝視することに依り、訴訟實踐的に實體法關係の訴訟手續上の過程に及ぼす諸影響〔一〕を無視することを得なかつたその學問的態度に歸せしめなければならぬ。彼の有つ理論的立場の不徹底さは、訴訟法上の請求を以て、相手方たる當事者に對するに非ずして裁判所に對する要求と解しながら、尙、其の要求の内容をば、素、當事者間に存すべき實體法上の「法效果」の確定を求むるにありと做したが如き點、更に又、訴の定義に當り、「判決に依る權利保護の許與の要求」〔二〕と云ひ、

社會現象としての實體法關係を離れては考慮し得ないであろう處の「權利保護の許與」と云ふが如き、或る意味に於ける蛇足を加へた點などからも、充分に視ふことが出来る〔三〕。

〔一〕 訴訟上の和解に對し、實體法上の瑕疵に因る無效取消の主張を許す必要があり、判例も、之れを認めて居ることなど、その好適例であらう。

〔二〕 Rosenberg, Lehrb. § 83. II. 1. (S.258)

〔三〕 「權利保護の許與」と云ふ觀念は、實體法をば、社會規範として、又、同時に裁判規範として意識することに因りてのみ生じ得る。然るに彼の所説を徹底せしむるならば、實體法に對し、尠くとも夫れが訴訟法現象に於ける思考對象とせらるる限りに於ては、單に裁判規範としての機能を認むるに過ぎないこととなるのである。

レントは、ローゼンベルグが實體法上の法效果の確定要求を以て、「訴訟法上の請求」の中心概念と做し、又、かかる内容を有つ「訴訟法上の請求」をば訴訟物と做せることの不徹底を指摘し、更にその訴訟法化に徹底せる「訴訟法上の請求」並に「訴訟物」の概念を示した。即ち彼は、ローゼンベルグが「訴訟法上の請求」の中心概念と做せし處の實體法上の法效果を確定——實體法の適用——することが、裁判所の専權に屬し、當事者としては之れに干與するの權限も、又責任をも有たぬとの理由の下に、一方に於ては、之れを訴訟法上の請求概念より除却し、「訴訟法上の意味に於ける請求」とは、單に「訴の申立」(Klagbegehren) と同一意義を有つに過ぎないと云ひ (ZZP. Bd. 57, S. 4.)、又他方、かるが故に實體法上の權利主張が訴訟物となるのではなく、その基礎たる事實關係 (Sachverhalt) が、即ち訴訟物に外なら

ぬと云ふ〔一〕。

〔一〕 本稿三六頁註一參照。

レントの此の主張は、以上述ぶる限りに於ては徹底せるものであり、裁判所の法律適用權を絶對化するに於てナチス・イデオロギーの主張に副ひ得るのである。併しながら其の主張をば訴訟理論として訴訟制度の全般に擴充することは、重要な個所に付き現行訴訟手續の大改造を必要とし、從つて直ちに其の主張を徹底し難きことは、彼自らが認むる處であり〔一〕、結局、法律の適用が裁判所の專權なりと云ひながら、解釋論としては裁判所が判決を爲すに當り、法律の適用に付き當事者の申立に拘束せらるることを是認して居る。曰く、「裁判所に對し、權利の承認、詳言すれば權利に關し裁判を爲す可能に付き、二重の限界が存する。即ち裁判所は、當事者に依り提出せられたる**構成要件**(Tatbestandsstücke)を基礎と爲し、且つ之れを評價すべく、又、原告の申立に依り標識せられたものと、其の内容及び對象に於て一致する**法效果**に就てのみ裁判しなければならぬ」と(*ZZP. Bd. 57. S. 29*)。斯くして彼の主張は、判決の對象並に既判力の限界に就ては、前述せるローゼンベルグの見解と大同小異に歸着して居るのであつて、其處に現實の訴訟制度に則して彼の理論を徹底し得ざる矛盾がある。竟畢するにナチス・イデオロギーに則した訴訟制度改造案たるに止まる〔二〕〔三〕。

〔一〕 Lent, Der Gegenstand der Entscheidung im ZPV, JW. 64. Jahrg.

Heft. 49. S. 3441.

〔二〕 倅、併かしながら彼は、此の主張を振り翳して現行制度改正を促がして居るでもないやうである。彼は現行訴訟制度の下に於て、彼の主張を容ることに依り、當事者をして其の申立が如何なる法規に基くかを主張するの責任を免れしめ、又、訴の變更が廣範圍に認められ得るなどと云つて居るが (JW.aaO.)、彼の主張する程度の手続上の處置を執ることは、現行法の下に於て、彼の所説に依らないでも不可能ではない。

〔三〕 レントの所説は、稍、精確を缺く點もあるが、その訴訟物概念を中心として齋藤秀夫助教に依りて紹介せられてある (法學五卷十二號)。又、大體、レントの説に従つたと看られる論文に、高根義三郎氏「訴訟上の請求權」(法曹一三卷三號) がある。

IV. 中間的立場に在る學説の批判

次にローゼンベルグの主張とヘルウィックの所説との中間にあるものとして、ニキッシュの「訴訟上の請求」概念がある。ニキッシュは、訴訟上の請求をば裁判所に對する判決の要求と做すローゼンベルグ、レント、マイヤー等の所説を批評した後、訴訟上の請求を以て、ヘルウィックと同じく、原告に依りて爲さるる權利主張 (Rechtsbeauptung) なりと解し〔一〕、而して此の權利主張は裁判所に對して爲されるものであると云ふ〔二〕。彼が、訴訟上の請求をば同じく裁判所に對する關係に於て認めながら、ローゼンベルグの如く敢へて「法效果の半遙半馳」とか、或は更に單的にレントの如く「裁判の要求」と云はないで、單に「權利主張」と稱するに止めたのは、恐らく「訴訟上の請求」に、尙、其の一面に於て實體的内容を有たしめんとせしこと

と、更に又、實體的權利が相手方に對する關係に於て存するの事實に基き、一轉して國家との間の公法關係のうちに國家に對する裁判要求權を認むる合理的根據を見出し得なかつたことゝに依るのであらう。而して彼は、「訴の申立」のうちに、此の「權利主張」と共に「權利保護要求」(Rechtsschutzgesuch) が一體として内含せらるるものと做し〔三〕、此の權利保護要求に基き、裁判所は當該訴訟上の請求に付き裁判を爲すべきものと説明する〔四〕。

〔一〕 Nikisch, A., Der Streitgegenstand im ZP (1935) S. 45.

〔二〕 Nikisch, aaO. S. 46.

〔三〕 ニキツシュは、此の點に付き説明して曰く、「かかる權利保護要求を伴はざる權利主張は、訴訟上の請求ではない」と (aaO. S. 33)。

〔四〕 即ちニキツシュの學説は、ヘルウィックが訴訟上の請求と權利保護請求權とを區別すべくして屢々混同したる缺陷を是正し、且つヘルウィックに於ては、其の主張の方向必らずしも明白でなかつた訴訟上の請求をば、裁判所に對する權利主張と看做した點に其の特徴を有つ。

要之、ニキツシュの所説は、ヘルウィックに出發し、ローゼンベルグ、レント並に次に述ぶるマイヤー等を批判することに依りて到達したヘルウィック學説の修正發展に外ならぬ。

即ち從來の權利保護請求權説は、自らを抽象的公權説より區別しながら、尙其の權利の内容としては、或は「一定内容の判決に依る權利保護を求む」るにありと云ひ〔一〕、或は又、裁判所に依り代表せらるゝ國家には、「求められたる行爲、即ち、具體的申立に相應する裁判を言渡すべき義務あり」とて、此の義務

の反面を以て権利保護請求權と做す〔二〕と云ふが如く、その具體的内容に就ては全く觸れないで、之れを「訴訟上の請求」に譲つて居る。然るに此の「訴訟上の請求」は、既に述べたるが如くヘルウィックに依れば一の「權利主張」であるが、其の主張の方向が必ずしも確定して居らず〔三〕、又、シュタイン・ヨナスに依れば單なる「法效果」に止まるが爲め、之れを以て裁判所に對して主張せらるる権利保護請求權の内容と爲すべく、其の間に理論構造上の間隙が存する。

〔一〕 Hellwig, Klagr. u. Klagm. S. 36, Auch vgl. Anspruch u. Klagrecht S. 145.

〔二〕 Stein-Jonas, Komm. Bd. I. vor § 253. III. 59 (S. 675).

〔三〕 此の故にシュタイン・ヨナスに於ては、「訴訟上の請求」の本質を以て「法效果」と做しながら、尙、之れを以て裁判所に對する「權利保護の要求」と解して居る場合のあることは既に述べたが如くである。又、ヘルウィックが、「訴訟上の請求」を以て、明白に**裁判所に對する**權利主張と做すならば、「請求の如き判決」と云へば足り、殊更に「一定内容の判決」と云ふがが如き曖昧なる説明を爲す必要はないのである。

ニキッシュは、以上述ぶるが如き從來の権利保護請求權説に内在する理論構造上の缺陷を認識し、「一定内容を伴はざる權利保護要求は思考し得ない」と云ひ^(Nikisch, aaO. S. 7.)、此の缺陷を是正すべく、ヘルウィック並にシュタイン・ヨナスに於て未だ全く實體法體系より遊離し得なかつた「訴訟上の請求」を更に訴訟法化し、之れを以て専ら裁判所に對する權利主張と解したのである。即ち彼に依れば、「訴訟上の請求」は、裁判所に對する

權利主張として、同ぐく裁判所に對して爲さるる處の權利保護要求の内容を爲し、訴の申立のうちに權利保護要求と權利主張とが一體として結合すると云ふのである(S. 83)。

彼の所説は、從來の權利保護請求權説の缺陷を指摘し、裁判所に對する權利保護要求の内容を明確ならしめた點に特異性を見出すのであるが、倂、その爲め元來、實體法體系に屬すべき「訴訟上の請求」を、斯くして訴訟法化した結果として、その方面に理論的破綻を來たしたのである。即ち

- (一) 彼に依れば「訴訟上の請求」は、一の「權利若くは法律上の主張」として裁判所に對して爲されると云ふのであるが、その「權利若くは法律上の主張」は、實體法上の夫れであり、元來、當事者間に於て爲さるべきものであつて、裁判機關に對し、かゝる主張を爲すと云ふこと自體が矛盾であらねばならぬ。即ち裁判所は、實體法律關係の主體ではないが故に〔一〕、之れに對し實體法律關係に基く「權利若くは法律上の主張」を爲すと云ふことは無意味であり、畢竟するに裁判所に對しては、裁判の爲めの資料として訴訟の目的たる實體法律關係に就ての陳述を爲し得るに止まる。而してニッキシュの所謂「權利主張」が、かゝる意味に於て裁判所に對し爲されると云ふならば、夫れは「訴訟上の請求」の語に依りて表現せらるる觀念に妥當しないと云はなければならぬ〔二〕。

〔一〕 創設の訴には、國家に對する形成要求權を訴訟の目的と爲す場合があ

る。例之、婚姻取消の訴(民法七八〇條)、共有物分割の訴(民二五八條)等が夫れである(拙著、原理第一卷四〇四頁以下参照)。此等の場合には、國家を代表する裁判所が、實體權にして公權である形成要求權の相手方たる地位に立つのであるが、これは特殊の訴訟形態であり、之れを以て一般の訴訟を推すことは出来ぬ。此の訴訟形態に就ては後に詳述する(本稿一〇五頁以下参照)

〔二〕 此の點は、兼子助教授の所説に關聯して詳述した(本稿四六頁以下参照)。

(二) ニキッシュは、「訴訟上の請求」を以て裁判所に對する權利主張と做しながら、此の請求即ち其の權利主張をば理由あらしむる處のものは、實體法が、以て、その主張せられたる權利の、若くは主張せられたる内容を有つ法效果の、發生原因となせる處の事實關係である旨を述べて居る(s. 60)。併しながら此等事實關係は、訴訟の目的たる實體法律關係に就ての夫れであり、かゝる事實關係は、當該法律關係の主體間に於て其の權利義務の發生原因となり得るが、何故に當該法律關係に干與せざる裁判所に對する權利主張を理由あらしむるの原因となるのであるか。此の點の説明が全く缺けて居る。

即ち、ニキッシュは、「訴訟上の請求」を以て裁判所に對する權利主張なりと云ひ、之れを純訴訟法化しながら、他方、此の請求の元來の發生原因たる實體法上の事實關係をば依然として實體法上の構成要件として理解して居るが爲め、其の間に理論的關聯が失はれたものに外ならぬ。

要之、ニキッシュは、訴權學説に於て所謂「司法作用請求權

説」に従ふローゼンベルグ等と同じく、實體法の裁判規範としての側面のみを取り上げ（夫れが意識的であるか否かは問題であるが）、「訴訟上の請求」を以て裁判所に對する「權利主張」と解したのであらうが、訴訟は、既に述ぶるが如く、元來、社會規範たる實體法實現のプロセスであり、その訴訟法現象のうちにも、尙、實體法が社會規範たる機能をも有つことは之れを認めなければならぬ〔一〕。然るに其の理論構造上の便宜の爲め、此の側面を全く捨象して單に實體法を裁判規範としてのみ理解することが、既に方法論的に重大なる缺陷を示して居るばかりでなく、更に之れを裁判規範としてのみ見る場合、ニキッシュの如く、「訴訟法上の請求」を以て裁判所に對する「權利主張」を解することは、實體法を以て裁判所と當事者との間の規範的法規（*règles de droit* *normatives*）と做すことに外ならないのであつて〔二〕、夫れは實體法規範の本質に反する。若し實體法を以て單に「裁判規範」としてのみ理解せんとするならば、ローゼンベルグ（（稍曖昧ではあるが））若くはレントの如く、「訴訟上の請求」を以て「裁判の要求」と解しなければならぬ。畢竟するに、彼の所説は、ヘルウィックに出發して、尙、ローゼンベルグ、レントにまで至らざる中間的、折衷的學說であり、其處に彼の學說の缺陷が存する。

- 〔一〕 國家と社會との關係を如何に看るかに依り、規範の構造も種々に解し得るのであるが、訴訟法に對する實體法に就て云ふ場合、私は、實體法をば尾高博士と共に、一面に於て規社會範であると同時に、他面に於て裁判規範としての機能を有つ複合態（所謂二重構造）に於て理解せんとする（尾高博士、權利本

質論への一序説、法律時報九卷十號一五頁。同博士、改訂法哲學二三九頁以下）。

- 〔二〕 規範的法規 (règles du droit normatives) とは、デュギエの用ゐた語であるが(廣濱教授、法理學、現代法學全集所載一五頁。拙著、原理一卷二九頁)、夫れは實體法に就て云ふならば、社會規範としての個人相互の規律を意味するのであつて、裁判權の主體として國家對個人の關係としては、夫れに基く強制規範として現はれる。

以上述ぶるニキツシュの所説は、訴訟物 (Streitgegenstand) 概念を中心として専らヘルウィック學説の弱點たる權利保護要求の空虚なる内容(前述の如く、「一定内容の判決を求む」と云ふが如き)の充填に努めた處に其の理論構造上の特異性が認められるのであつて、この必要の爲め、純訴訟法化せし訴訟物たる訴訟上の請求(即ち裁判所に對する權利主張)と其の請求の理由たるべき實體關係との間の關係の如きは、彼の理論構造に於ては、寧ろ中心外に置かれてある〔一〕。而して此の點に付き、技巧的ではあるが巧妙な説明を試みて居るものに、マイヤー (mayer, K.) の「訴訟請求」(Prozessanspruch) 學説がある〔二〕。

- 〔一〕 此の點の理論構造に關しては次に述ぶるマイヤーの所説の外、既にワイズマンの實體的訴訟權能 (Materielles Justizbefugnis) 若くはゴールドシュミットの實體的司法法 (Materielles Justizrecht) の主張等がある (Weismann, Lehrb. Bd. I. S. 67. 69., Goldschmidt, J., Ueber Begriff u. Bedeutung des materiellen Ziviljustizrechts, 1914.) 是等の簡單なる紹介として、拙著、原理第一卷二九三、三一三頁參照。然るに之れに關するニキツシュの所説を視ふべき其の著前掲「民事訴訟に於ける訴訟物」(Der Streitgegenstand im ZP.) の第四章「請求の理由付け」(Die Begründung des Anspruchs) に於ては、概して訴狀の必要的記載事項たる「起シタル請求ノ目的及ヒ其原因」(Gegen-

stand und Grund des erhobenen Anspruchs) (獨民訴二五三條) を中心として解釋技術的説明を爲して居るに止まる。

〔二〕 Mayer, K., Anspruch und Rechtskraft im deut. ZPR. 1930. 此のマイヤーの所説に就ては、齋藤學士の簡明なる紹介がある (法學五卷十二號——三頁以下)。

マイヤーは、「實體法上の請求」とは概念的に全く無關係且つ獨立なる、訴訟法的概念としての「訴訟請求」(Prozessanspruch)なるものを認むる^(Meyer, aaO. S. 4.)。彼に依れば、此の「訴訟請求」は、原告が請求原因として陳述する事實關係に則して成立する純訴訟法上の權利であつて(S. 78)、民事訴訟手續に於ける審理並に判決の對象を爲し、判決の言渡に依りて消滅する(S. 13)。即ち彼は、原告が訴の原因として主張する事實關係の上に「訴訟請求」の成立を認め、此の「訴訟請求」の當否に付き審理、判決するのが民事訴訟手續であると云ふ。斯くて彼の云ふ「訴訟請求」は、原告の主張事實に基き訴訟法上に於て認めらるゝ權利たるに止まり、訴が實體法上全く理由なき請求に就て提起せらるゝも、尙、この「訴訟請求」は存すると看る^(ZZP. Bd. 53 S. 217.)。即ち、これが存すればこそ、かゝる訴に就ても、亦、審理、判決せられると云ふのである。

要之、マイヤーは、原告の主張事實に則し、純訴訟法概念として「訴訟請求」〔一〕なるものを認むるのであつて、「訴訟請求」が果して眞實に合するか否かは、訴の提起に際しては何等問ふ處ではなく、夫れは訴訟の經過に依りて決せらるべき問題であ

ると云ふ(S. 8.)。即ち原告の主張が眞實に適ひ、且つ實體法上理由あるならば、其の「訴訟請求」を以て理由ありとして原告を勝訴せしむべく、然らずんば之れを棄却する(S. 12)。而して判決の既判力も、亦、此の「訴訟請求」に就て生ずると説明して居る(S. 105.)。

〔一〕 マイヤーも、亦、「訴訟上の請求」を以て、必然的ではないが「権利主張」を含むものと做して居る(ZZP. Bd. 53. S. 213.)。但しその権利主張が果して相手方たる當事者に對するものか、或は裁判所に對して爲すと看るのか、特に説明を加へて居らぬ。併かしながら請求の目的に關聯し、「何を要求するかは、**相手方**並に裁判所は知らなければならぬ」と述べて居る處を看るならば(Anspruch, S. 9)、相手方たる當事者に對しても主張すべきものと做して居るのであらう。

以上述ぶるが如くマイヤーの「訴訟請求」概念は、特殊のものである。恐らく彼は法律實務家として、訴訟に於て眞實に合せざる主張が當事者に依りて爲され、又、眞實に合せざる判決に既判力の生ずる事實に着目し、彼独自の「訴訟請求」概念を構成し、之れに依り實體的眞實と訴訟に現はれたる事件關係との間に生じ得る處の不一致を理論的に克服せんとしたのであらう。

併しながら惟ふに、訴訟審理の目的は、當事者の主張が實體的眞實に合致し、其の請求が實體法上理由ありと爲し得るか否かの究明に在るのであつて、當事者の眞實に反する主張竝に請求は理念として之れを否定しなければならぬ(訴訟信義の原則は茲に存する)。然らばマイヤーの如く實體的眞實に則せざる権利主張をも、尙、「訴

訟請求」として規範化することは、訴訟の基礎觀念に背反する理論構造であり、畢竟するに彼の所説は、訴訟の實際に眩惑し引摺られた、餘りにも技巧的の夫れである。加之、彼の所説は、其の所謂「訴訟請求」を理由あらしむる實體關係との關聯に就ては、別段の理論構造を試みて居らないのであつて、此の點ニキッシュと同じき理論的間隙を存して居る。

V. 諸學說批判の綜合と我觀

以上述ぶる諸學說の批判を通じて、我々の輒く觀取し得る處のものは、訴訟法上の意義に於ける「請求」概念に付き、見解が紛淆して、今、尙、定説を缺くと云ふことである。

惟ふに斯くも「請求」概念が、訴訟法學上に於て混亂せしめらるるに至つた所以のものは、要するに私法の領域に於ては、専らウィンドシャイドの用例に遵ひ、「給付請求」の意に限定せしめられて居るのに對し〔一〕、訴訟法が其の独自の立場から、之れに別個の意味を有たしめたことにある。詳言すれば、訴訟法の領域に於ては、給付の訴の外、尙、確認並に創設の訴と云ふ獨立なる訴の類型の認められたのに伴ひ〔二〕、「請求」概念を擴大して實體法上の意味に於ける請求、即ち「給付請求」の外、更に確認並に創設請求をも其の概念に包攝せしめ、その爲め實體法學との間に請求概念を廻り認識の相違を生じたことと、又、他方、訴訟法學に於ては、此の「請求」の語を更に公法的意義に於て使用し、「權利保護請求權」(Rechtsschutzansp-

rch)若くは「判決請求權」(Urteilsanspruch)と云ひ、裁判所に對する權利保護(若くは判決)の要求の意味を有たしめたが爲め、訴訟法の領域に於ては「請求」の語に實體的意義(即ち給付確認並に創設請求)と形式的意義(權利保護若くは判決の要求)との二様の意義が與へられ、而かも此の兩者が兎角混同せられたことなどに原因する。

〔一〕 ドイツ民法第一九四條は、「請求權」を以て、「他人ニ對シ作爲又ハ不作爲ヲ要求スル權利」と定義して居る。

〔二〕 確認並に創設の訴が、獨立なる訴の類型として認めらるゝに至つた經過に關しては、拙著、原理第一卷三七一頁以下並に三九八頁以下參照。

而して此の「請求」概念の混同は、權利保護請求權説の傘下にある諸學説に於て殊に甚だしい。ワッハ、ヘルウィック其の他權利保護請求權論者の云ふ「訴訟上の請求」は、孰れも實體法上の意義に於ける請求權概念に出發し、其の内容を擴大せしめたものであつて、夫れ自體未だ實體法的モメントより脱却して居らぬこと既に述べた如くである。然るに之れを「訴訟上の請求」と云ひ、純訴訟法的に把握せんとして、ワッハは之れを訴訟手續法上の公權たる「權利保護請求權」と混同し、ヘルウィックに依り其の誤謬を指摘せられたのであるが〔一〕、其のヘルウィック自身も、「訴訟上の請求」に付き確たる概念を定立し得なかつた。即ち彼は「訴訟上の請求」を以て實體法上の權利主張と解して居り、而して其の「權利主張」は、彼の樹立する權利保護請求權説の理論構造としては、判決請求權の内容として裁判所に對し爲さるゝものと理解する外ないのであるが、尙、他

方、夫れが相手方たる當事者に對して爲されるものなることを暗黙に承認しなければならぬ立場に立ち、結局、「權利主張」の方向を曖昧に畢らしめて居る〔二〕。而してシュタイン・ヨナスに於ては、此の點の非難を避くるが爲め、「訴訟上の請求」を以て、單に「法效果」と稱したのであるが、元來、權利の動的狀態を示す「請求」に、「法效果」と云ふが如き、靜態的意味を附することの不當なることは既に述べた處である〔三〕。而してニキッシュは、ヘルウィックの見解に更に一步を進め、「訴訟上の請求」を以て裁判所に對する權利主張と解するのであるが、素々、當事者間の實體法關係に依據する權利主張をば、如何なる理論構造の下に、夫れに干與せざる裁判所に對して爲すものと理解するのであるか。此の點の説明の缺けて居ること、是れ亦、既に述べた如くである〔四〕。

〔一〕 Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 147 ff.

〔二〕 本稿四一頁以下參照。

〔三〕 本稿四五頁參照。

〔四〕 本稿七〇頁參照。

要之、「權利保護請求權說」を背景とする諸學說は、孰れも、「訴訟上の請求」に付き、一面に於て權利保護要件等の名の下に實體法的モメントを保持しながら、尙、他面、權利保護請求權の具體的内容たらしむべく、之れを訴訟法的に理解せんとする點に理論構造上の矛盾と破綻とを藏して居る。結局、此等誤謬は、權利保護請求權說が、私法的訴權學說(私法的
一元觀)に對する修正

として、實體法體系より訴訟法體系を獨立せしめんと試み、尙、充分に其の分離を遂げ得なかつたことと、更に加ふるに「訴訟上の請求」と云ふ其の「訴訟」の名に眩惑せられ、之れを純訴訟法的に把握せんとして、ワッハの如く「權利保護請求權」と之れを混同し、或はヘルウィックの如く之れを「裁判所に對する權利主張」と做す外なき理論構造に到達し、結局、部分的には其の所論が、訴訟法的一元觀、即ち前記私法的訴權學說の基礎と爲す實體法的一元觀に對しアンチ・テーゼの關係に立つ訴訟觀の色彩をも帶びるに至つたことなど、方法論的反省を缺き整序せられざる狀態に在るに基く〔一〕。

〔一〕 我國訴訟法學者の「訴」と「請求」との相關々係に就ての見解に對しても、亦、同様に論斷し得る。

而して訴訟法的一元觀に立つ訴權學說と云へば、かのグロー (Groh, W.) に依りて提唱せられ、ザウエル (Sauer, W.)、ローゼンベルグ等の之れに追隨する所謂「司法作用請求權說」であつて〔一〕、之れに依據する見解としては「訴訟上の請求」を以て、裁判所に對する「判決の要求」と做して居ること既に述ぶるが如くである〔二〕。此の訴訟法的一元觀は、訴訟理念的には法律適用に於ける當事者處分權主義の揚棄、訴訟實踐的には裁判所の職權擴大に因る裁判權の強化に結果するのであつて、ナチス・イデオロギーの潮流に乗ずべく、多數ドイツ學者に依り、此の訴訟觀に立つ訴訟理論の支持せられて居ることは、敢へて

怪しむに足らぬ〔三〕。

〔一〕「司法作用請求權說」の詳細に就ては、本稿前段五五頁以下。並に拙著原理第一卷三一四頁以下參照。

〔二〕ローゼンベルグ、レント等の主張は、即ち是れである（本稿前段三四頁以下參照）。

〔三〕屢々、我が國の訴訟法學者に依り、かゝるイデオロギー的背景とは無關係に、唯、裁判權強化、裁判所職權の擴大の傾向のみに着眼して、此等ドイツ學者（例之、ローゼンベルグ、レント等）の所說が其の儘に受け容れられて居る。

併しながら民事訴訟は、夫れ自體一の社會規範であり且つ私的自治の原則に依りて支配せらるる私法實體法をば實現具體化するプロセスなのであつて、之れを理論的に把握するに就ても、必然的に實體法體系との聯關を缺くことが出來ぬ。國家裁判權を専らの中心と爲し、實體法體系との理論的聯關を無視するが如き學問的態度を以てしては、正しき訴訟現象の認識、從つて訴訟實踐に妥當する理論構造の建設は、到底不可能なりと云はざるを得ない。畢竟するに訴訟法的一元觀に立脚する訴訟理論は、其の學問的權利範圍を過大視した訴訟法學者の自己陶醉か、然らずんば現在のナチス・ドイツの訴訟理論に於て最も良く看取し得るイデオロギー的所産に外ならないのであつて、實踐的訴訟理論としては、兎角、現實の訴訟制度に妥當しないが爲めに、其の理論を以て一貫し得ない場合が多く〔一〕、而かも強ひてそれを支持貫徹せせんとするならば、訴訟の現實に遠ざかる結論に到達せざるを得ないこととなるのである。ローゼンベルグ、レント等の所說が、「訴訟上の請求」を繞り各所に

矛盾、撞著を示して居るのは此の理由に基く〔二〕、

〔一〕 ローゼンベルグが、訴訟法上の請求を以て「法效果の既判力ある確定の要求」と云ひながら、「請求の認諾」の説明に際しては、之れを當事者の權利主張の意に解して居るなど其の好適例である（本稿前段六〇頁参照）。尙、ドイツ民訴法第三〇八條（日民訴一八六條に該る）の規定に阻まれ、既判力の限界に關し、ローゼンベルグ、レント等、共に其の所説を一貫し得ないで居ることなども、既に之れを述べた（本稿前段五九頁並に六五頁参照）。

〔二〕 此等具體的の實例に就ては、本稿第三各學説の批評に際し既に觸れた處であり、尙、次に二元的訴訟觀を述ぶるに當り、必要に應じ更に取上げ指摘するであらう。

要之、「訴訟上の請求」に關する從來の諸學説は、或は其の理論構造に於て矛盾があり、或は實踐的訴訟理論として缺陷を示し、その孰れにも賛成し難い。

惟ふに「請求」の意義と云ひ、或はその「訴」との相關々係と云ひ、共に訴訟に於ける最も基本的の觀念であつて、之れを如何なる學問體系（訴訟理論）に於て理解するかは、畢竟するに其の人の訴訟觀に歸着せざるを得ない。併しながら訴訟觀にせよ、訴訟理論にせよ、現實の訴訟制度を對象と爲す訴訟法學の立場に於ては、訴訟形而上學として單なる觀念論に終始し得るものではなく、時代の思潮を背景と爲し、又、其の國、其の時の司法制度に適應すべく立論する必要あることを俟たぬ。即ち我々としては、現實の訴訟制度に則し、先づ一定の訴訟觀を定立して、其の上に訴訟の全領域に亘る理論構造を樹て、その理論體系に則して此の問題を處理しなければならぬ〔一〕。

〔一〕 立場を異にする諸學說を無反省且つ斷片的に取り入れ、個々の問題を論ずるが如きことは、學問的の價値に乏しいことを想はなければならぬ。

斯く攷める場合、現在の民事訴訟が、實體法實現のプロセスとして之れと密接なる關聯を有ち、夫れ自體獨立なる制度ではあるが、内容に於て實體法より獨立し、若くは絶縁して居るのでないことに想到するならば、訴訟法、實體法對立の關係に於て訴訟現象を把握することが、最も正しき認識方法であると云はなければならぬ（訴訟法、實體法對立の二元觀）〔一〕。然らば此の訴訟觀の下に於て、訴訟法上の意義に於ける「請求」をば如何に概念すべきかが、次に來る問題であるが、これと共に、尙、かゝる訴訟觀の下に、果して訴訟の全領域に亘り一貫せる理論構造が可能であるか、訴訟法上の主要問題に付き併せて検討を試みるであらう。

〔一〕 ワツハ、ヘルウィツク、其の他、權利保護請求説下の諸學說は、孰れも部分的にはこの實體法、訴訟法對立の二元觀に立つて居るのであつて、問題は、この訴訟觀の徹底、即ちこの方法論の上に整序せられた理論體系の建設にある。

第 四 二元論的立場に於ける訴訟 現象の認識

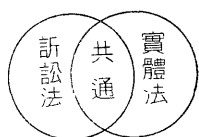
I. 總 說

訴訟法、實體法對立の關係に於て訴訟現象を把握せんとする二元的訴訟觀の下に於ては、國家に對する判決の要求たる「訴」と、訴訟手續に依る實體權の主張たる「請求」(裁判上の請求)とを方法論的に區別する。此處に「方法論的に區別する」とは、訴訟現象の實證的觀察に於て、「訴」に該當するものと「訴訟上の請求」と見るべき部分とを區別して認識すると云ふ意味ではなく〔一〕、此の二元論的立場に於ては、一聯の訴訟現象のうちに、夫れ夫れ訴訟法の定むる「訴」の構成要件の充足と、實體法の定むる「請求」の構成要件の充足とに依り、「訴」と「請求」との成立併存を認むると云ふことに外ならぬ。即ち夫れは訴と請求との實證的區別に非ずして、理論的分離の認識である。

〔一〕 例之、金千圓の支拂を請求すべく訴狀を裁判所に提出して訴を提起した場合、訴狀記載の孰れの部分が「訴」であり、孰れの部分が實體法上の「請求」に該當するかは、素より區別し得るものではない。

此の訴訟觀は、上述の如く、訴訟現象に於ける訴訟法、實體法の對立關係に其の認識の基礎を置くのであるが、尙、他面に於ては、素より訴訟法關係と實體法關係との夫れ夫れ特有の分野を認むるのであつて、結局、現代の法律制度並に理論の上に、

法律の世界を二分する處の訴訟法と實體法との其の結合、聯繫をば、訴訟現象のうちに眺めんとするのである。併しながら實體法と訴訟法との區別は、元來、制度的、沿革的所與であり、



夫れ自體論理概念でなく、従つて兩者の對立も、論理的區別に基くものではないが故に、其の間の關係に付き論理的明透を缺く場合なしとせぬ。尙、そのみならず、事件の妥當

なる解決を索むる具體的な法的正義の要求に驅られ、或は又、法律政策的 (rechtspolitisch)、其の他超法律的 (vorrechtliche) 目的に引摺られ、理論を超えた訴訟實踐的態度に訴訟理論が追隨せざるを得ないで、その爲め訴訟法と實體法との間に複雑、多岐の關係を生じて居る場合も、亦、存する。去れば此の訴訟觀を以て、必ずしも訴訟現象の全般に亘り一貫して矛盾なき理解が可能であると云ふわけではなく、畢竟するに現在の訴訟制度を對象とする訴訟理論を構成すべき指導理念を示すに止まる。

以下に於て此の訴訟法、實體法對立の二元觀に基く「訴訟法上の請求」概念を究明し、引續き訴訟の各場面に於ける主要問題に付き、此の訴訟觀に基く理論構造を述べて看たいと思ふ。而して此の訴訟觀に依る理論構造が、他の訴訟觀に依る夫れに比較し、その多くの場合に於て訴訟實踐的に妥當なる結論に到達し得るものとせば、逆說的に、此の訴訟觀が、現在の訴訟制度に最も良く適應することの明證たり得るであらう〔一〕。

〔一〕 所謂「司法作用請求權説」に依りて表示せらるる訴訟法的一元觀を以て、「私法的訴權説」の基礎を爲す私法的一元觀に對するアンチ・テーゼと看するならば、此の訴訟法、實體法對立の二元觀は、夫れに對するジン・テーゼの關係に立つ。尤も此の訴訟觀が訴訟法、實體法對立の二元觀であると云ふ點を取上ぐるならば、私法的並に訴訟法的一元觀に對するアンチ・テーゼの關係に立ち、從つてそのジン・テーゼとして訴訟法、實體法綜合の一元觀なるものを考へ得る。併かしながら訴訟觀なるものは、現實の訴訟制度に則すべく、單なる觀念論（訴訟形而上學的）に終始し得ざること本文に述ぶるが如くであつて、從つて實體法と訴訟法とを別個の規範として認識する現代法律制度の下に於ては、其の綜合の一元觀は、實踐的訴訟理論の基礎たり難いと看なければならぬ。要するに新たな法律制度の誕生を待つ明日の訴訟觀である。

II. 「請求」の訴訟法的意義

訴訟法學に於ては、「請求」の語に二様の意味を有たしめて居る。その一は、實體法上の「請求」概念を展開せしめた所謂訴訟法上の意義に於ける「請求」（若くは訴訟上の請求）であり、他は、公法的、手續法的意義に使用して「權利保護請求權」若くは「判決請求權」などと云ふ場合の夫れである。斯く「請求」の語に二様の意義の與へらるゝ所以のものは、現代の訴訟法學が實體法體系に對する訴訟法體系の獨立を基礎とする訴訟理論の上に立てるが故であつて、私法的訴權學説の下には、未だかゝる概念的區別が存しなかつた〔一〕。又、ワッハは、公法的訴權學説を提唱して、折角此の兩者を概念的に區別したのであるが、初期の學説の常として、其の方法論に徹底し能はないで、此の兩者を再び自同の概念と做す誤謬に陥つたことは、既に述べたが如く

である〔二〕。

〔一〕 本稿前段四頁並に二三頁以下参照。

〔二〕 本稿前段二八頁並に四〇頁参照。

斯く訴訟法の領域に於て「請求」の語に二様の意味を有たしむることが、用語として妥當なりや否やは別とし、兎に角、現在に於て二つの異なる意味に之れを使用して居ることは、既定の事實として認めなければならぬ。問題は、夫れ夫れに如何なる概念を附するかと云ふ點に在る。

「權利保護請求權」と云ひ、「判決請求權」と云ひ、共に夫れが判決訴訟に於ける原告に關する限り、「訴權」と同義異語である。而して此の場合の「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居らぬことに注意を要する。

「請求」の元來の意義は、訴訟法の領域に於ても、尙、實體法上の夫れにある。但し茲に實體法とは、技術規範としての手続法に對する、主として組織若くは行爲規範としての性質を持つ凡ての強制的裁判規範を指稱し、従つてそのうちには公法規範も存し得るのであつて〔一〕、必ずしも私法とのみ限定しない。而して私法的意義に於ける「請求」は、素、ウィンドシャイドがローマ法のアクチオの觀念より導き出した「他人に對し作爲、不作爲を要求する權利」即ち「給付請求」の意味に於て使用せられ、今日も、尙、私法學者は、専ら此の意味に於てのみ理解

して居ること既に述ぶるが如くである〔二〕。

〔一〕 此の點創設の訴の訴訟の目的に關聯して述ぶる(本稿一〇五頁以下)。

〔二〕 本稿前段二三頁以下参照。

而して訴訟法の領域に於ては、給付の訴に於ける請求が、即ち此の私法の用例に於ける請求に外ならないのであつて、確認並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於ては、訴訟法上の意義に於ける「請求」も、亦、單に「給付の請求」と理解して妨げなかつた。然るに其の後、確認並に創設の訴が獨立なる訴の類型として認めらるるに及んで、それに伴ひ「請求」概念に就ても、亦、訴訟法上の領域に於て其の内容を擴大せしめざるを得なくなつた。即ち訴訟上の請求とは「訴」の内容であり、訴に依る「請求」に外ならないのであるが故に、「訴」に付き給付、確認並に創設の訴の三類型の認めらるる以上、訴訟上の請求としても、給付の請求の外に、確認並に創設の請求なるものが存しなければならぬ。

然るに「訴」と云へば、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、此の「訴」に依り、「判決要求」の形式を以て爲されるのであつて、唯、手續法上の技術的要請に基き、現代の訴訟制度並に理論は、之れを給付確認並に創設の訴の三類型に分つに止まる〔一〕。従つて此の「訴」の内容を爲す「訴訟上の請求」は、訴の類型に遵ひ給付、確認並に創設請求に分れるが、要するに實體法上の權利主

張のあらゆる場合を包括するものに外ならぬ。此の意味に於て、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。併かしながら問題は、其の權利主張の方向、即ち「訴訟上の請求」として爲さるる權利主張の當の相手方である。

〔一〕 拙著原理第一卷三四三頁以下參照。

而して私は「訴訟上の請求」を以て、ヘルウィックと同じく實體法上の權利主張と解すると同時に、其の主張の相手方は、特殊の場合を除くの外〔一〕、實體法上の權利、義務の主體たる被告なることを主張する。此の點既に述べたが如くである。

〔一〕 茲に特殊の場合とは、創設の訴に於ける訴訟の目的を爲す詐欺行爲取消請求權（民四二四條）、婚姻取消請求權（民七八〇條）等を云ふ。此等請求權は、實體法學者の通説とするが如く、形成權に非ず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（拙著原理第一卷四〇〇頁以下參照）。尙、此の點に關しては後に詳述する（本稿一〇五頁以下參照）。

併しながら訴訟上の請求を以て、實體法上の權利主張と做す場合、其の主張の相手方を以て、原則として當事者たる被告と解することに依り、種々の難問に逢着する。即ち現在の訴訟理論の下に於ては、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就ての被告の確認を要求するのではなくして、その求むる處は、夫れに關する判決に依る國家の有權的確定であるとせられ〔一〕、又、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す場合ありとせらるゝのであつて、此等

の場合、其の訴訟上の請求（権利主張）の相手方が、問題ならざるを得ぬ。而して此の點に付き、ヘルウィックは、「訴訟上の請求」たる権利主張が、裁判所に對して爲さるべきものなることを理論的に承認しながらも、尙、實體法的關聯を脱却し得ざるが爲め、其の主張の方向に付き明言を避け、結局に於て問題を曖昧の裡に放擲し、又、シュタイン・ヨナスに於ては、「訴訟上の請求」を以て單に「法效果」と解し、巧みに主張方向の問題より自らを回避した。而して是等が孰れも學問的に非難に價することは既に述ぶるが如くである〔二〕。

〔一〕 拙著、原理第一卷三七一頁以下參照。

〔二〕 本稿四〇頁以下參照。

斯くて「訴訟上の請求」は、遂にローゼンベルグ、レント等に依り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られたのであつて、「訴訟上の請求」を以て斯く解するならば、「請求」概念夫れ自體としては訴訟法的に整序せられ、上記の如き確認並に創設の訴に就ての難問は解消せられる。併しながら此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居ると云ふ點に於て、既に方法論的缺陷を示して居るばかりでなく、實踐的訴訟理論としても、此の方法論に禍ひせられ、既判力其の他重要の諸問題に付き、所論の矛盾に陷つて居ることも、亦、既に述べたが如くである。

要之、「訴訟上の請求」は、「訴」の内容を爲すものなるが故に、訴訟法上の夫れではなくして、實體法上の「請求」であらねばならぬ。斯く解することが、此の「請求」の語の元來の意味であるが、斯くて「訴訟上の請求」を以て、實體法に依據する權利主張と解する場合、その凡べてが當該實體法律關係に干與せざる裁判所に對し爲さるべきものと解することの不當なるは云ふを待たない。併しながら夫れが當事者に對し主張せらるるものとせば、確認の訴並に創設の訴に於ける訴訟上の請求（權利主張）をば如何に看るべきであらうか。又、斯く訴訟上の請求を實體法體系に於てのみ理解する場合、夫れと「訴」との間に如何なる論理的關聯を有たしめ得るか。

此等に關しては、項を改め、逐次、卑見を述ぶるであらう。

III. 各種訴の類型の下に於ける訴訟上の請求

實體法訴訟法對立の二元觀に基く訴訟理論として、「訴訟上の請求」は、「實體法上の權利主張」であり、原則として相手方たる被告に對して爲さるるものと看るべきことは、以上の説明に依りて明瞭にせられた。次にその權利主張が、如何なる内容に於て主張せらるゝかを究明しなければならないのであるが、夫れは、各種訴の類型に依り相異がある。因つて以下、訴の各類型に則して分説する。

第一 給付の訴に於ける「訴訟上の請求」

給付の訴は、沿革上、訴の類型として基本的のものであつ

て、その内容を爲す「訴訟上の請求」と云へば、「給付請求」(Leistungsanspruch) である。給付の請求は、法律的術語として「請求」(Anspruch) の語に與へられた基本的にして且つ普遍的の意味であり、私法の領域に於ては、ウィンドシャイド以來、専らこの意味に於て使用して居ることは、既に再三述べた處であつて、爰に改めて云ふ迄もない。

而して給付の訴は、この給付請求權を訴訟の目的となす訴であるが故に〔一〕、此の訴に於ける「訴訟上の請求」——給付請求——が、被告たる其の相手方に對して爲されるものなることに疑ひはないのであつて、如何なる理論的立場を執るも、かゝる給付請求が、司法權行使の機關たる裁判所に對して爲さるゝものと解し得ないことは明かである〔二〕。

〔一〕 拙著、原理第一卷三五〇頁以下。

〔二〕 但し斯く解する場合、訴との理論的聯關に關しては、後に「訴と請求との相關々係」と題して述ぶる。

第二 確認の訴に於ける「訴訟上の請求」

確認の訴は、現在の訴訟法制度下に於ては、訴訟の目的たる權利若くは法律關係の存在若くは不存在^(特殊の場合とし)_(て證書の眞否)に關する判決に依る確定を求むる訴であり、被告に對し其の存否^(若くは)_(眞否)の承認を求むるのではない。此の確認の訴が、現在の如く既存の法律狀態の判決に依る有權的確定^(Autoritativen)_(Feststellung)を目的とする獨立なる訴の類型として認めらるゝに至つたのは、第十九世紀

後半期以後のことである。その如何に發達し來つたかの沿革的論述は之れを省略するとして〔一〕、兎に角、ドイツ普通法末期に至り權利關係（殊に債務關係）の確認訴訟が獨立の訴として認めらるるに至つたのであるが、尙、ローマ法の豫備訴權（*actiones praeiudiciales*）の觀念に影響せられ、一般に夫れを以て被告の承認を求むる給付の訴の一種と做したのであつた。然るに一八七七年のドイツ舊民事訴訟法第二三一條（^{現二五}_{六條}）に於て、特に確認の訴に關する規定が設けられたが爲め、遂に夫れが給付の訴に對する獨立なる訴の類型として認められるに至つたのであるが〔二〕、偕、夫れが獨立なる訴の類型であるとして、其の訴に於て主張せらるる「請求」は何かと云ふことが、更に問題となつたのである。

〔一〕 その概略の沿革に就ては、拙著、原理第一卷三七三頁以下參照。

〔二〕 而かも尙、バンデクテン法學者は、一九〇〇年のドイツ現行民法施行に至る迄、獨立なる訴の類型として確認の訴を殊更に默殺するの態度に出で、従つてバンデクテン教科書の多くは、此の訴に付き論じて居らぬ（Vgl. Stein-Junker, Grundriss, S 19.）。

前記、一八七七年のドイツ舊民事訴訟法の草案理由書に曰く「法律が、法律關係に則する給付を求むる訴の外、其の確定を求むる訴を容認する以上、一定の法律關係より給付を求むる請求權（*Leistungsanspruch*）の外、更に確定を求むる獨立なる訴へ得る請求權（*ein weiterer selbständig verfolgbarer Anspruch auf Feststellung*）が発生するものと認められる」と（^{motive}_{S. 185.}）。

即ち此の理由書の見解は、實體法上、給付請求權の外に確認

請求權なるものを認め、之れを確認の訴の訴訟物と做するのであつて、畢竟するにパンデクテン法學者が、承認の訴 (Anerkennungsklage) を以て給付の訴の一種と做すべく、「承認の義務」 (Pflicht zur Anerkennung) なるものを認めた考へ方をば更に發展せしめたものに外ならぬ。唯、理由書にては、確認の訴が、判決に依る争ある權利關係に就ての有權的確定を求むる訴なることを考慮したのか、此の確認請求權を以て實體法上の權利と做したが、「此の確定の請求權 (Anspruch auf Feststellung) は、當該法律關係自體より發する請求權と解せらる」など、云ひ (motive, S. 185.)、言を曖昧にして、相手方に「承認の義務」 (obligatio ad agnoscendum) なき請求權なるかの如き口吻を洩して居る。

即ち確認の訴を以て給付の訴とは異別の訴の類型と爲し、此の訴に於ては、給付の訴に於けるが如く相手方に給付を命ずる判決を求むるのではないとするならば、草案理由書の如く、確認の訴の訴訟物たる確定請求權に相手方の「承認義務」を認むることは出来ない理であるが〔一〕、併かしその故に相手方に承認義務なき請求權概念を樹つることは法論理的矛盾である。殊に消極的確認の訴に於ては、原告は、訴訟物たる權利若くは法律關係の不存在の主張を爲すのであるが故に、存在せざる權利若くは法律關係より確定請求權なるものゝ發生することはあり得ないと云はなければならぬ〔二〕。要之、此の草案理由書の見解は、一方に於て新たなる狀勢に押され、確認の訴を以て獨立

なる訴の類型と做し、給付の訴に對する特異性を認識しながら、尙、其の訴訟物概念に付き、「承認の訴」に關するバンデクテン法學者の考へ方から脱却し得なかつた點に、基礎的缺陷を有つ。各方面より批難を蒙つたのは、素より當然である。

〔一〕 確定請求權に付き、相手方に承認の義務を認むるならば、確認の訴は給付の訴の一種となる。

〔二〕 Degenkolb, H., Einlassungszwang u. Urteilsnorm (1877), S. 174.

夫れ等反對説のうち、デーゲンコルプ(Degenkolb, H.)は、その修正的意見として、確認の訴の訴訟物たる確定請求權は、私法上の權利たるの性質を有つが、然し夫れはバンデクテン法學者の云ふが如く相手方に對する承認請求權 (Anerkennungsanspruch) でなく、又、理由書にあるが如き相手方に對する確定請求權 (Anspruch auf Feststellung) でもなく、保全請求權 (Sicherungsanspruch) であるとの説を立てた〔一〕。即ち確認の訴の訴訟物たる「確定請求權」は、當該權利若くは法律關係に付き、當事者間に於ける爾後の争ひを斷つ爲め、被告の保全行爲を求むる請求權であり、而して其の保全の方法は、之れを判決に表示すべく、例之、相手方に於て承認の宣言を爲すこと (Auferlegung einer Rekognitivverklärung)、或は又、給付を爲すべき旨の約束を爲すこと (Auferlegung einer auf Leistung gerichteten Versprechens) などに依ると云ふのである〔二〕。此のデーゲンコルプの所説には、プレスツ(Plósz, A.)が賛成し、更に其の論旨を徹底せしめた〔三〕。

- [一] Degenkolb, H., Einlassungszwang u. Urteilsnorm (1877), S. 133. ff. 165. 170. 尙、このデーゲンコルプの所説に就ては、小野木助教授の紹介論文がある（確認の訴と訴権、法叢三二卷四號五二頁以下）。
- [二] Degenkolb, aaO. S. 170.
- [三] Plósz, A., Beiträge zur Theorie des Klagrechts. (1880), S. 150 ff. このプレスツの所説に就ても、小野木助教授の紹介がある（前掲六一頁以下）。

此のデーゲンコルプ並にプレスツの所説は、實體法上の権利として、保全請求權 (Sicherungsanspruch) と云ふ新なる請求權を認めた處に、特異の主張を見出すのであるが、その所謂、「保全請求權」なるものの本質が曖昧である。即ち保全の方法に就ては判決に依り定めらるゝと云ふ點に於て、公法的色彩を有たしめて居るが、尙、夫れは私權であり、當事者間に存する請求權と做すのであるが故に、當然、それに対する相手方の義務を認めなければならぬ[一]。而かも尙それを認めずとするのは、自らも亦、確定請求權に付き相手方の承認義務を認めない草案理由書の所説と同一なる非論理を犯して居るものと云はなければならぬ[二]。畢竟するに次に述べるワツハの主張、即ち確定請求權を以て純然たる公法上の權利と做す（尠くとも一面に於て）見解に到達するまでの中間學說に外ならない。

- [一] 保全請求權に付き相手方の承認義務を認めない根據としては、保全の方法は判決に依り定められ、相手方の其の不履行は強制執行に依り擔保せらるゝが故に、相手方にかゝる義務を認むる必要なしと云ふにある (Plósz, aaO. S. 170)。茲に私法理論と公法理論との交錯が認められ、本文に云ふ中間學說たるの全貌を示して居る。

〔二〕 デーゲンコルフは、草案理由書の見解を以てしては、消極的確認の訴に於ける確定請求權を説明し得ないと云ふのであるが（前掲九三頁註二）、デーゲンコルフは、その所謂保全請求權を以て當事者間の請求權として私權たるの性質を有つと做すのであるが故に、同じくかかる請求權は消極的確認の訴に於ては認め得られない理である。

以上の外、確認の訴の訴訟物たる確定請求權（若くは確認請求權）を以て、私法的性質を有つ當事者間の請求權と看る説に、ワイズマン (Weismann, J.)〔一〕、ヘルマン (Hellmann, F.)〔二〕、ウィルモウスキー・レヴィー (Wilnowski-Levy)〔三〕、コーラー (Kohler, J.)〔四〕、等々があつた。此等に對しワツハは、確認の訴の訴訟物たる確定請求權を以て、彼の創成せし「權利保護請求權」の一表現形態なりと做し、それに公權的性質を認めた〔五〕。併しながら彼の有つ「權利保護請求權」概念は、既に指摘したが如く、尙、充分に私法的要素を脱却して居らないのであつて、この「確定請求權」も、亦、一面に於て國家に對する權利保護の要求であると同時に、他面に於て相手方に對する其の耐忍の要求であると説明する〔六〕。このワツハの所説が、究極に於て公法的性格を有つ訴權（權利保護請求權）と實體法的性格を有つ「訴訟上の請求」とを自同の觀念と做す方法論的誤謬の上に立つものなること、是れ亦、既に述べた處である〔七〕。

〔一〕 Weismann, J., Die Feststellungsklage (1879). S. 113ff., Derselbe, Hauptintervention u. Streitgenossenschaft (1884). S. 78. N. 10.

〔二〕 Hellmann, F., Lehrb. (1886), S. 374ff.

〔三〕 Wilnowski-Levy, CPO (1880), S. 341.

- [四] In Grünhuts Zeitschr. Bd. 19. S. 36 ff., Kohler, Prozessrechtliche Forschungen (1883), S. 63 ff.
- [五] Wach, A, Feststellungsanspruch (1889), S. 15.
- [六] Wach, aaO. S. 15, 27.
- [七] 本稿前段四〇頁参照。

シュタイン・ヨナスに於ては、訴權の行使たる「判決の要求」と「訴訟上の請求」とを方法論的に嚴別して居ることは既に述べたが如くであつて[一]、この確認の訴に就ては、ワッハの所説を公法の側面に於て徹底せしめた。即ち曰く、「確認の訴の目的とする處は、法律狀態の有權的確定 (Autoritativen Feststellung des bestehenden Rechtszustandes) であり、而して既判力に依り夫れを擔保することが確認判決の全部である」と云ひ[二]、相手方に對する確定を求むる實體權の成立を否定した上[三]、更に語を續けて、「確認の訴は、訴訟法的保護の擴張である。而して夫れは原告に對し此の訴に於て單なる權利、即ち將來の給付訴訟に於ける個々の問題に付き豫め判決を受けしむる權利が與へられると云ふ丈の意味に於てではない。蓋し現在に於ては、何人も隨意の訴を提起して判決を受け得るのであるが故に (抽象的訴權)、かゝる權利は茲に初めて與へらるる必要もないのであつて、將來の給付の訴との牽連は、ローマの豫備訴權 (praeiudicium) に特有のものであり、現在の確認の訴に於ては、全く隨意に此の權利が行使せられ得る」と[四]。その説明には、稍、曖昧の感なき能はないのであるが、要するに確認の訴に於て、原告は爭ある權利若くは法律關

係に付き、判決に依るその有權的確定を求むる訴訟法上の權利ありと云ふのであつて〔五〕、かゝる意味の確定請求權と云へば、確認の訴に於ける權利保護請求權（訴權）の具體的内容を爲し、其の關係は、ローゼンベルグに於ける司法作用請求權と訴訟法上の請求（確認の訴に對しては確認判決の要求）との關係に同じく〔六〕、シュタイン・ヨナスの所説は、確認の訴に關する限り、訴訟法的一元觀を主張するものに外ならぬ。去ればシュタイン・ヨナスに於ては、この確定請求權を以て、單に訴訟法上の權利と做すに止まり、具體的事案に於て原告が此の確定請求權を有つ法的根據、即ち夫れと實體關係との間の法的關聯に關しては、全く其の説明を缺いて居る。蓋し夫れは訴訟法的一元觀の理論構造外に存する實體法、訴訟法の聯關問題に外ならないが故である。

〔一〕 本稿前段二九頁以下參照。

〔二〕 Stein-Jonas, Komm. Bd. I. zu § 256. I. (S. 698).

〔三〕 若し相手方に私法上の「承認義務」obligatio ad agnoscendum が認めらるゝならば、夫れに對しては、民訴法第八九四條（我民訴法七三六條）に規定せらるゝが如き給付の訴が可能であり、從つて確認の訴に關する民訴法第二五六條の規定が不必要であると云ふことを、實體權としての確定請求權を否認する論據と爲して居る（Stein-Jonas, Komm. Bd. I. zu § 256, I. N. 7.）。

〔四〕 Stein-Jonas, aaO.

〔五〕 Stein-Jonas, Komm. Bd. I. zu § 256. I. N. 10 (S. 699)

〔六〕 本稿前段五六頁以下參照。

次にヘルウィックは、訴訟上の請求を以て實體法上の權利主張と做して居ること既述の如くであるが〔一〕、確認の訴に於け

る權利主張が如何なるものなるかに就ては、其の記述を見出し得ない。又、ローゼンベルグは、大體に於て訴訟法的一元觀に立つ訴訟法學者であるが故に、素より實體權としての確定請求權を否認し〔二〕、夫れに關しては、判決に依る法律關係の存否の確定要求〔三〕と云ふこと以上の説明を與へて居らぬ。

〔一〕 本稿前段四一頁參照。

〔二〕 Rosenberg, Lehrb. § 86. I. (S. 264.)

〔三〕 Rosenberg, Lehrb. § 88. I. 1.b. (S. 270)

要之、確認の訴を以て給付の訴に對する獨立なる訴の類型と認めた初期の頃の學説は、孰れもパンデクテン法學者が、「承認の訴」(Anerkennungsklage)をば給付の訴の一種と做すべく、「承認の義務」(^{Pflicht zu}_{anerkennung})なるものを認めた考へ方を脱却し得ないで、或は確定請求權(^{Anspruch auf}_{Feststellung})と云ひ、或は保全請求權(Sicherungsanspruch)と言ひ、當事者間に實體權としての請求權の存在を認めたのであるが、ワッハを経てシュタイン・ヨナス並にローゼンベルグに於ては、全く夫れが公法的性格を有つ國家に對する要求權とせらるゝに至つたのである。

惟ふに確認の訴に於て原告の主張する權利を以て、實體法的性格を有つ當事者間の請求權と做すならば、此の請求權に對し何等かの形態に於て相手方の義務の存すべきことは當然なる法論理的構造であらねばならぬ。併しながら確認の訴の被告にかかる義務ありとするならば、確認の訴は、その義務の履行を求

むる給付の訴の一種とならざるを得ないのでつて、夫れは、權利關係の判決に依る有權的確定に重點を置き、確認の訴を獨立なる訴の類型として認むるに至つた制度的趣旨と一致しない。併しながら他面に於て確認の訴の原告が、訴訟物たる權利若くは法律關係の存否に付き、確定を求むる法律的利益を有つ所以のものは、當事者間に何等かの實體法的利害關係あるが爲めに外ならぬことを想ふならば、此の關係を無視して、確認の訴に於て單なる公法的確定要求權のみを認むる考へ方は、此の訴に於ける當事者間の權利關係を充分に悉した理論構造を有つものとは云ひ兼ねる。

然らば此の問題は如何に解決すべきであるか。私は、確認の訴の制度目的に攷へ、この訴の類型に於ける原告の爲す訴訟上の請求とは、訴訟の目的たる權利若くは法律關係に則する「法的主張」であり、その法的主張は、實體法的性格を有するものとして、素より裁判所に非ずして被告を相手方と爲すものと解する〔一〕。

〔一〕 裁判所に對しては、この相手方に對する法的主張に基き其の主張を實現すべき判決を要求する（訴權）。この判決の要求を内容とする訴と、茲に云ふ「法的主張」としての「訴訟上の請求」との相關々係に就ては、「訴と請求との相關々係」と題して後述する。

現在の訴訟制度下に於ける確認の訴は、既に述べた如く訴訟物たる權利若くは法律關係の存否に付き、判決に依る有權的確定を求むることを目的とする訴の類型であり、従つて此の類型

の訴に於ては、原告の「訴訟上の請求」を容るゝに付き（原告勝訴の判決を爲すに付き）、之れに應ずべき被告側に義務あることを要件と爲さぬ。去れば確認の訴に於ける「訴訟上の請求」は、用語としては「請求」と云ふも、私法的意味に於ける「請求」であり得ないことは明瞭なのであるが、然らば夫れは何んであるか。私は稽へる。實體法上の權利主體は、何人かに依りその權利が侵害せられ、若くは侵害せられんとする場合には、其の者に對し危害排除を求むるが爲めの請求權（私法上の意味に於ける）を有することは、實體法並に實體法學の明かに認むる處であるが〔一〕、かゝる侵害なしとするも、尙、隨意に何人に對しても其の權利の自己に屬することを主張することを、實體法として拒否するものではないと考へる〔二〕。而してかゝる主張——法的主張——を爲す訴の類型として設けられたものが確認の訴であり、確認の訴に於ける原告の「訴訟上の請求」と云へば、この種の法的主張に外ならぬ。此の關係は、確認の訴を提起した原告が權利主體に非ずして訴訟遂行權ある第三者である場合、或は單に爭ある法律關係に關與したと云ふに止まる場合にも、亦、同様であらねばならぬ。蓋し訴訟遂行權ある者は、當然、本人に代り原告若くは被告として「訴訟上の請求」を爲し得る者であり、又、單に爭ある法律關係に關與するに止まる者も、その關與して居る立場から爲す主張は、夫れに法的根據乃至利害關係の存する限り、素より訴訟的保護に値すべきものなるが故である〔三〕。尙、消極的確

認の訴に於ける原告の権利若くは法律關係不存在の主張も、亦、實體法的性格を有する法的主張たるを失はぬ。蓋し我々は、日常、積極的、消極的の立場に於て法律生活を営み、必要あれば自己の権利を主張し、又、他人の主張する権利を否認するのであつて、夫れ等は孰れも實體法體系下にある法的主張である。而して特定の権利若くは法律關係の不存在を主張することは、法律取引全般の上から見て、この不存在を主張せられた権利若くは法律關係に就ての法的主張と看することを相當とするが故である。又、證書の眞否の確認の訴に就ては、證書の眞否に關する主張が其の訴に於ける「訴訟上の請求」である〔四〕。

〔一〕 例之、物權侵害に依り物權的追及權を生じ、又、第三者の債權侵害に對し債權者よりその侵害排除を請求するが如き即ち夫れであり、この場合の訴としては、各種占有訴權（民一九九、二〇〇、二〇一條）に於けるが如く、給付の訴である。

〔二〕 尤も夫れが不必要の程度に於て主張せらるゝことに依り、權利濫用となり、又、他人の權利侵害となるのであらうことは別問題である。

〔三〕 例之、法律上の利害關係ある者の提起する身分關係の存否確認の訴、或は親族會員の提起する親族會決議無效確認の訴等々を擧げ得る。

〔四〕 證書の眞否に關する主張夫れ自體としては、單なる事實の主張に過ぎないのであるが、訴の方法を以てかゝる主張が爲され得る證書は、法律關係を證する書面であると云ふこと（民訴二二五條）を通じて、其の證書の眞否の主張を以て、法的主張を内含するものと看することが出来る。但しかゝる訴を認むる必要ありや否やと云ふことは、別に反省せらるべき問題である（拙著原理第一卷三八一頁參照）。

要之、確認の訴に於ける「訴訟上の請求」は、實體法に依據

する原告の「權利主張」若くは嚴格なる意味に於ける權利主張の程度に至らざる「法的主張」である〔一〕。而して是等主張は、實體法的性格を有するものとして、素より被告を以て其の相手方と爲すのである。是等、確認の訴に於て爲さるゝ權利主張若くは法的主張は、孰れも實體法に根據するものであるが、尙、實體法が「請求權」とか、「形成權」とか特定の名稱を附し、特に夫れに關する規定を設けざる程度のものである。即ち現在の實體法學に於て特に研究對象とせられて居らない容態に於ける「權利主張」若くは「法的主張」であるが、併かしその故に法的に無視若くは否認し得ないことは勿論であり〔二〕、従つてそれを訴に於て主張することは許されなければならぬ。即ちその場合に應ずる訴の類型が確認の訴なのである。尤もかゝる主張の爲め獨立なる訴の類型を設けたとしても、その凡ての場合、此の類型に屬す訴を通じて訴訟法的權利保護を與ふべきか否かは、自ら別問題たらざるを得ない。

〔一〕 この意味に於ける「權利主張」若くは「法的主張」が、實體法上の請求概念に包攝せられないことは云ふ迄もない。即ち訴訟法の領域に於ては、確認の訴を以て獨立なる訴の類型として認むることに依り、其の「請求概念」を擴大して、單なる權利主張若くは嚴格なる意味に於ては權利主張と云ひ難き法的主張をも、其の概念に内含せしめたのである。

換言すれば實體法上の請求概念を離れた別個の立場から訴訟法的權利保護を許與すべく、確認の訴を以て獨立なる訴の類型と爲したのであるが故に、訴訟法の領域に於て訴の内容をば依然として「請求」と稱する限り、其の請求概念の修正擴大が必要であつた。然るに前述せるドイツ舊民訴法草案理由書の起草

者並にデーゲンコルプ、プレスツ等は、パンデクテン法學者の有つた請求權概念の理論構造から離れ得ないで、相手方に承認義務なき確定請求權、或は保全請求權と云ふが如き同巧異曲の修正意見を出したに過ぎず、又、ワツハを経て、シュタイン・ヨナス、ローゼンベルグ等に於ては、夫れを以て公法的確定請求權なりと云ひ、實體法上の請求權概念を其の儘公法的理論構造に移したに止る。即ち是等所説は、孰れも論理操作に依る理論構造に没頭して、確認の訴を獨立なる訴の類型と爲した趣旨を直視して居らない點に、致命的缺陷がある。

- 〔二〕 尤も夫れが不必要の主張であり權利濫用の程度に至るならば、既に法的主張の性質を失へるものと云ふことが出来る。又、夫れに依り他人の權利を不法に侵害する結果に立至るならば、別に相手方にその救済の爲めの訴權が発生するであらう。

詳言すれば、確認の訴に於ける「訴訟上の請求」が、實體法上には一の法的主張たる要件を具備するも、具體的な權利保護を許與する訴訟制度として、その主張に付き、不必要なる保護を與ふべき筋合のものではない。現在の訴訟理論は、かゝる實踐的立場に於て、争ひある權利若くは法律關係に付き、主觀的には當事者雙方に夫れを確定するに就ての利益の存すること、客觀的には、其の争ひを現在に於て解決する法律上の利益、所謂、「即時確定の利益」の存することを必要と做し、是等利益を缺く場合には、實體法上原告の主張の認め得らるゝ場合にも、尙、原告敗訴の判決を爲すものとする〔一〕。而して如何なる場合に當事者雙方が、當該權利若くは法律關係を確定するに付き法律上の利益を有するかは問題であるが、要するに原告としても被告としても、當該權利若くは法律關係の確定に付き苟くも法

律上認め得らるゝが如き利害關係を有つ場合には、凡べて此の利益が存するものと看られる。又、次に如何なる場合に於て、當該權利若くは法律關係に付き客觀的な即時確定の利益が存するかに関しては、訴訟法に何等解釋上の根據と爲すべき規定を存しないが、要之、争ひある權利若くは法律關係の存否が確認判決を以て明確ならしめ得る性質のものであり、且つ夫れを明確ならしむることに因り、當事者間の争ひを解決するに付き法律上の利益の認めらるゝ場合に外ならぬ。

〔一〕 拙著原理第一卷三八二頁以下參照。

以上述ぶるが如く確認の訴に於ける「訴訟上の請求」は、實體法に依據する「權利主張」若くは「法的主張」である。然らば此の「權利若くは法的主張」を以て確認の訴の「訴訟の目的」と做さなければならぬのであるが、是等確認の訴に於て爲さるゝ處の原告の主張は、未だ實體法理論が、夫れを以て基本的權利若くは法律關係と離れた獨立の權利容態として認めざる處のものなることは既に述べたが如くである〔一〕。既ち夫れは、當事者間に争ひがあり訴を提起するに至つた當該權利若くは法律關係より離れた別個の存在ではなくして、この權利若くは法律關係の外部的發現若くはその動的容態に過ぎない。従つて此の確認の訴に於ける訴訟の目的は、通説の如く争ある權利若くは法律關係夫れ自體と做して誤りなきのみならず、反つて

實體法との關聯に於て便宜と云ふべきであらう。此の故に私は、
 確認の訴の訴訟の目的に關しては通説に従ふ〔二〕。

〔一〕 本稿一〇二頁參照。

〔二〕 證書の眞否確認の訴に就ても、同様の理由に依り證書の眞否と云ふ事實關係を以て當該訴訟の目的と看る（拙著 原理一卷三八〇頁）。