

日本民事訴訟法學の體系理論

THE THEORETICAL STRUCTURE OF THE
JAPANESE LAW OF CIVIL PROCEDURE

教 授

中 村 宗 雄

PROF.M.NAKAMURA

1941

目 次

起稿に蒞みて	1
序 説	2
第 一 民事訴訟法學に於ける體系の樹立 竝に考察方法 の吟味と其の整序の必要	2
第 二 私觀訴訟理論體系に於ける基礎的方法	13
I 實體法・訴訟法對立二元觀の定立	14
II 靜態理論と動態理論との結合	18
III 制度論と技術論との方法論的分離	20
第 三 民事訴訟法學の體系	21
I 訴訟構造論(抽象的靜態理論)	21
II 訴訟展開論(具象的動態理論)	21
III 訴訟技術論(訴訟營爲の實踐理論)	22
各 論	24
第 一 訴訟構造論(抽象的・靜態理論)	24
I 訴訟の段階	24
II 訴訟の形態	30
(一) 當事者の複數 (二) 訴訟の目的の複數	
III 訴訟の素材	34
(一) 訴訟行爲 (1) 訴訟行爲に於ける效果意思の問題 (2) 訴	

	訟行爲の相手方の問題 (3) 訴訟行爲の條件 (二) 訴訟資料	
第 二	訴訟展開論(具象的・動態理論)	49
I	訴 権 學 說	50
II	訴 と 請 求	56
	(一) 訴の類型 (二) 訴の個數 (三) 重複訴訟 (四) 訴訟遂行 權	
III	訴 訟 の 成 立	59
	(一) 請求の趣旨並に原因 (二) 訴提起の時點 (三) 訴の提起に 因りて生ずる諸效力	
IV	訴 訟 の 過 程	64
	(一) 訴の變更 (二) 審級 (三) 訴訟繫屬の終了	
V	裁 判	69
	(一) 訴訟資料 (二) 事實の認定 (三) 法律の解釋 (四) 判決 の效力	
第 三	訴訟技術論(訴訟實踐理論)	72
I	手續技術理論	73
II	裁判技術理論	74
III	訴訟技術と實踐	76
結 語		79

日本民事訴訟法學の體系理論

中 村 宗 雄

起稿に莅みて 日本民事訴訟法學なるものの樹立は、果して可能であるか？ 訴訟法學は、現實の訴訟制度を其の學問的對象と爲すのであるから、日本の民事訴訟制度に日本的なものがあるならば、訴訟法學にも、亦、自ら日本の性格を帯ぶるものがなければならない。しかし我が國現在の民事訴訟制度を剖展することに因り、其の日本的性格を吟味し、或は又、如何なる訴訟主義が日本の性格に則應すべきかを検討するが如きは、他の機會に譲る。拙稿、「民事訴訟法改正の理論と其の方法」(民商法雜誌第一三卷一號以下)は、一部この目的を以て執筆したものと心得得るであらう。茲には、日本民事訴訟法學として、如何なる體系を樹つることが、體系夫れ自體として整序せられたものであり、又、民事訴訟制度の日本的性格に則應し得るかに付ての私論を展開し、批判を乞ふ。

云ふ迄もなく日本民事訴訟法學の基礎理論、其の全領域を蔽ふべき體系論の樹立は、我々民事訴訟法學者に課せられた至難の任務であり、本稿は、この方向に向ひて踏み出した第一歩に過ぎない。加之、紙數の關係上、その説く所、極めて簡單にして素描に過ぎざる場所も尠なしとせぬ。それ等の充實は、所論に見出されるであらう處の矛盾竝に缺陷の是正と共に、將來に残された仕事である。

序でながら私は、上に日本民事訴訟法學の樹立と云ひ、又、其の日本的性格の發見と云ふた。以下に述ぶる所、本文にある所謂「微視的考察」(mikroskopische Betrachtung) (今日の訴訟法學的考察の全部ともいふべき)の下に於ては、從來の學問的收穫の羅列以上の何もものでもなく、又別段に「日本的」なるものを見出し得ないかも知れぬ。しかし問題は、全體として、その體系の整序とその性格にある。所謂「巨視的」考察(makroskopische Betrachtung)の下に、以下に述ぶる訴訟法理論の夫れ夫れが、全體に對する部分原理として、其の間に統整があり、且つ夫れが日本的性格の制度を容受し得るものならば、それで充分であらう。

本稿は、本年（昭和十五年）五月、訴訟法學會に於ける講演を基礎として執筆したものである。

序 説

第一 民事訴訟法學に於ける體系の樹立、竝に考察方法の吟味と其の整序の必要

現在、學問的にも、將た又、制度的にも、法の世界が「實體法」(materielles Recht; substantive law)と「訴訟法」(Prozessrecht; law of procedure)とに二分せられ、夫れ夫れ独自の支配領域を有つのであるから、夫れに對應して實體法學と訴訟法學とは別個の體系を爲し、學問的に獨立することは當然でなければならない〔一〕。然るに現在の訴訟法學は、未だ實體法學から獨立して間もない關係にあるが爲め、その體系に於て充分に實體法學から抜け切らず、又、考察方法に付ても、民法學の夫れを其の儘に借りてゐることが尠くない〔二〕。兎に角、民事訴訟法學の分野に於ては、視野を特定問題にのみ限定し、部分的なる理論構造に没頭して、全體との關係を失へる議論の尠くないのは、民事訴訟法學夫れ自體の體系が成り立つてゐないが爲めに外ならぬ〔三〕。尤も從來とても、訴權論の名の下に、多數の訴訟法學者に依り、民事訴訟法學の體系樹立の爲めに努力が拂はれたのであるが〔四〕、今日迄の訴權學説は、訴訟形而上學ともいふべき觀念論の域を彷徨し、經驗的事實としての「訴訟」には全く觸れて居らないが爲め、訴權

學説は、實踐理論たる訴訟法學上の諸學説に對し、充分なる理論的基礎を與へ得ないである。即ち訴訟法學をして學問的に實體法學への隸屬状態を脱せしむると同時に、民事訴訟法學の全領域に互り、矛盾なく整序せられし理論體系を樹立することが必要なのである。而かも其の理論體系をして、我が民事訴訟制度に於ける日本的性格を具現し得るものならしむることが、我々日本の民事訴訟法學者に課せられた任務でなければならない。

[一] 法律學は、法律制度を對象とする學問として、制度に依りて體系づけられる。従て實體法と訴訟法とを分離・對立せしむる現在の法律制度下に於ては、訴訟法學は、實體法學に依存せざる独自の理論と體系とを有つことを以て、その學問的理想と爲さなければならぬ。尤も將來に於て、例へば金銭債務臨時調停法第七條、若くは又、農地調整法第十二條の如き實體法・訴訟法融合の法規が一般化するならば、法律學も、亦、實體法・訴訟法綜合の一元的理論體系にまで止揚せられ得るであらう。しかしそれは將來の問題である。

[二] 所謂「私法的訴權學説 (Zivilistische Klagrechtstheorie) は、私法理論を以て訴訟法體系を貫かんとする學説の代表的のものであり (拙著、民事訴訟法原理第一卷二九〇頁以下參照)、現在に於ては既に過去の學説となつてゐるが、部分的には、今尙、其の影響を貽し、この學説の傘下に屬すべき理論が跡を斷たない。例へば裁判上の和解を以て、本質的には民法上の和解と同一視する學説 (Z.B. Rosenberg, Lehrb. 8. Aufl. S. 446.) の如し。又、從來の訴訟行爲論は、民法學に於ける法律行爲論の移植若くは其の燒直しといふ程度以上には出でてゐない。

[三] 民事訴訟法學の體系整序といふことは、ドイツ民事訴訟法學者の努力し來つた處であるが、所謂「權利保護請求權説」の上に立つ訴訟學説は素より、其の後の「司法行爲請求權説」に依りて代表せられる訴訟法的一元觀の學説も、亦、未だに其の訴訟觀に依る體系的矛盾を克服し得ないであることは、訴と請求の概念を中心として、既に私の指摘したるが如くである (拙稿、訴と請求の意義並に其

の相關々係Ⅰ。早法一七卷三八頁以下參照)。殊に我が國の訴訟學説は、其の基本たるべき訴權學説との聯關に付ての反省を缺く(若くは不足なる)が爲め、兎角、議論が當面の問題の解決にのみ没頭して、全體的考察を缺きたる部分觀に畢つてゐる。この事は、例へば裁判上の和解、請求の拋棄、認諾等に付き、交錯せる議論のうちにも見出される(拙稿前掲Ⅱ。早法一八卷一四〇頁以下參照)。

〔四〕 拙著、前掲原理一卷二八三頁以下參照。

斯く民事訴訟法學に於て、未だ其の體系の整序が充分でないといふことは、更に體系の構造に至るべき考察方法 (Betrachtungsweise) の不整序にまで遡り得る。即ち現在の實體法學は、所謂「概念法學」(Begriffsjurisprudenz)として、自足的に抽象的なる其の體系理論を構造し、社會的地盤(Social Ground)との直接聯關を失つてゐるのであるが、反之、訴訟法學は、それが手續法學である處から、尠くとも其の一面に於て經驗的事實としての「訴訟」(Prozess)をば直接に其の研究對象と爲すことを要請せられ、その爲め訴訟法學に於ては、實體法學に比し複雑なる考察態度、換言すれば當面の問題の解決に適當する考察方法の選擇と其の組合せといふことが、訴訟法の理論體系の構造に不可缺ならしめられてゐる。然るに從來の訴訟法學は、兎角、實體法學の考察方法に依存し、無批判的に之れを受け入るゝ傾向があり、且つ又、考察方法の性能(若くは其の權利範圍)に付ての吟味を缺く爲め、その執れる處の考察方法が、當面の問題の處理に妥當を缺ける場合が尠くないなど、これ等學問上の方法的缺陷が、今日迄、其の研究對象たる「訴訟」の全面的把握と客觀的妥當

なる理論構造への到達を、不可能若くは困難ならしむる因となつてゐる〔一〕。訴訟法學に於ける充足せる理論體系の構造の爲めには、先づ訴訟法學に於て使用せらるべき考察方法の吟味と、更に如何なる對象には、如何なる考察方法を必要とし、且つ適當とするか、即ち考察方法の整序・選擇が必要である。

〔一〕 この事は、以下に於ても、夫れ夫れの場合に付きそれを指摘するであらう。

ザウエル (Sauer, W.) は、訴訟法學に於て使用せらるべき考察方法として、次の如き三組の其の對偶的組合せ (Gegensatzpaare) を挙げ、夫れ等の結合が、「訴訟」の理念の定立を可能ならしめ、又訴訟法學をば、獨自なる學問として構造せしむると述べてゐる〔一〕。

- 一 現實的考察と理念的考察 (Wirklichkeits- u. ideale Betrachtung.)
- 二 具體的(訴訟的)考察と抽象的考察 (Konkret-prozessuale u. abstrakte Betrachtung)
- 三 個別的考察と一般的考察 (individuelle u. generelle Betrachtung)

〔一〕 Sauer, W., Grundlagen des Prozessrechts, 1929. S. 13. ff. この著書のうち、「考察方法」に於ての記述を含む訴訟法構成論 (Das System des Prozessrechts) の部分は、高島文雄氏に依り其の概略が紹介せられてゐる (正義、第四卷四・五・六號)。

尙、私としては、以上に加へ、訴訟法學に於ける可能にして、且つ必要なる考察方法として、次の對偶を挙げなければならぬ。

- 四 微視的考察と巨視的考察 (mikroskopische u. makkroskopische Betrachtung)

これ等對偶關係にある考察方法は、孰れも凡べての學問に通ずる考察方法であつて、民事訴訟法學に於ける問題としては、訴訟現象に對する其の具體的適用に存し、これ等考察方法夫れ自體の研究は、民事訴訟法學の對象領域に存しない。因て本稿にては、これ等考察方法夫れ自體の分析・吟味に深く立入ることを省き、唯、その訴訟法學に於ける適用を理解するに必要な程度に於て簡単に述ぶるであらう。

第一 現實的考察と理念的考察 (Wirklichkeits- u. ideale Betrachtung)

この對立は、現實と要請 (Wirklichkeit u. Forderung)、人生と理想 (Leben u. Ideal)、存在と當爲 (Sein u. Sollen)等の對立と同一範疇に屬し、法律學の認識に於ては、一般的法秩序 (Rechtsordnung im ganzen) と個別的なる法の適用 (Rechtsanwendung im einzelnen) とが、この對立關係に置かれる。

この考察方法の對立は、客體の相異に基くものではなく、方法論的差異に過ぎない。されば同一現象に對し、現實的考察と理想的考察とが共に可能であると同時に、其の結果として、一定現象に付き、理念 (Ideal) と實概念 (real Begriff) とが併存し、又、區別せられなければならぬ。之れを訴訟法學に付て云ふならば、「訴訟」なり、或は、「既判力ある本案判決」なりの在るべき本來の形態(理念)と、其の具體的なる存在(實概念)とは、屢々、一致せざることがあり得る。而してこの場合、問題とな

るのは、理念と實概念との矛盾が、如何なる程度に迄許さるべきか、前例に付て云へば、如何なる程度迄の矛盾は、依然として夫れが「訴訟」であり、「既判力ある本案判決」であり得るかといふことである。

この問題の解決は、理念的考察と現實的考察との協同作業に依りてのみ達せられる。即ち現象の本質は、理念に依りてのみ把握せらるべく、對象に依りて之れを認識することを得ない。純經驗的なる操作に依り、例へば具體的なる個々の事件より歸納することに依り、「訴訟」なり「既判力」の徴表 (Merkmale) なりを求めんとしても、夫れが、確固たる「理念」に基かぬ限りは、其の結果は個別の蒐積に止まり、より高次の統一を求めて調和的なる全組織(訴訟體系)に到達することは不可能である。しかし反對に、高次の段階から出發して、演繹的に個別概念(例、訴訟、既判力等)を構成するも、夫れは餘りにも觀念的であり、「現實」と解決し難き矛盾に陥らざるを得ない。要するに理念的考察と現實的考察との協同操作に依り、理念と實概念との接近を圖らなければならぬのであつて、例へば「訴訟」と「非訴訟」の區別の如き、斯くして措定せられし訴訟の實概念を基準としてのみ、合理的なる限界を劃することが可能なのである。

第二 具體的(訴訟的)考察と抽象的考察 (konkret-prozessuale u. abstrakte Betrachtung)

この對立は、法學的には、「法」(法秩序)と「法の具體化」と

の對立を以て現はすことが出来る。訴訟法學の體系に於て、最も重要な地位を占むる。

法規範を考察する場合、法規範夫れ自體として考察すること（抽象的考察）と、其の具體的なる適用に付き考察すること（具體的考察）とは、之れを區別しなければならぬ。前者は、法規範の絶對的妥當 (absolute Geltung) の問題であり、後者は、法規範の個別的なる（従て相對的なる）其の適用の問題である（其の適用は、現實の事件に付ての場合も、或は講學上の必要等に基く假設の場合もあり得る）。而して抽象的考察に當りても、個々の場合を考へ、夫れに對する法規範の適用を明かにすることも爲されるが、しかし其の考察は、先づ法規範夫れ自體に向けられるのであつて、其の適用ではない。然るに具體的考察は、専ら特定事件を考察對象と爲し、従て抽象的考察が、實在事件の多様性 (Manigfaltigkeit) を豫定するに對し、具體的考察は、其の考察對象の單起性 (Einmaligkeit) を以て特徴づけられる。

法律學は、法規範の體系構造を目的とするものであるから、實體法學のみならず、訴訟法學に於ても、法規範の抽象的考察が其の基礎的方法となつてゐる。しかし訴訟法學は、具體的事件の處理形式たる「訴訟」を以て其の考察對象と爲すが故に、更に具體的考察をも缺くことを得ない。従て抽象的考察と並んで具體的考察方法が、訴訟法學に於ける基礎的方法たるの地位を占めなければならないのであつて〔一〕、この點、實體法學に於けると著しき相異を示すのである〔二〕。然るに從來の訴訟法學

に於ては、實體法學の抽象的考察方法を其の儘無反省に取入れ、具體的考察を觀過した處に、根本的缺陷を存したのである〔三〕。

〔一〕 この故に、私は、民事訴訟法學の體系として、訴訟構造論(抽象的靜態理論)と訴訟展開論(具象的動態理論)とを併列せしむること、後に述ぶるが如くである。

〔二〕 實體法學に於ても、具體的事件を豫想して、夫れに對する法規範の適用が考へられ、又、訴訟と關係なく、日常、各種の取引が法律的に處理せられるのであつて(例、賣買に依る所有權移轉)、これ等の場合には、孰れも法規範の具體的考察が爲されてゐる。従て具體的考察は、訴訟法學にのみ特有の考察方法ではないのであるが、しかし實體法學は、法規範の抽象的考察に依る法概念の構造に、其の體系の中心を置くのであるから、この具體的考察は、訴訟法學の實體法學に對し特異性を主張する考察方法であると云ひ得る。

〔三〕 この點、後述する「靜態理論と動態理論との結合」の説明(一八頁以下)参照。

第三 個別的考察と一般的考察 (individuelle u. generelle Betrachtung)

凡べての事象を考察するに當り、其の事象の個別に立入らないで、之れに特定の抽象的基準を適用して考ふる場合(一般的考察)と、其の事象の個別に立入り、凡べての基準を之れに當嵌めて考ふる場合(個別的考察)とがある。而して前者(一般的考察)は、後者(個別的考察)に先行すべき考察方法である。

之れを訴訟法學に付て云ふならば、凡べて法規範は、一般的性格を有ち、訴訟法も、亦、定型的なる訴訟現象を對象として之れを規律するに過ぎないのであるから、訴訟法學としては、先づ一般的考察に依り「訴訟」の定型を構造しなければならぬ。

しかし經驗的事實としての具體的「訴訟」は、必ずしもこの定型に當嵌らないが故に、更に個別的考察に依り、法規範適用の妥當を圖らなければならない。之れを具體的事件に付て云ふならば、訴訟要件に付ては一般的考察が、又、本案に關しては個別的考察が爲される。即ち先づ一般的考察に依り、訴が適法にして許すべきや否やを決定し、更に進んで個別的考察に依り、其の請求の理由ありや否やを判斷するのである。

斯くて訴訟法學に於ける個別的考察は、「訴訟」をして單なる法規範の實現に止まらず、具體的妥當追及の制度的目的を達成するに役立つしむる考察方法なのである。しかし事件の完全なる個別的考察は、到底實現し得ぬ理想に過ぎないが故に、事件の或る程度に於ける定型的處理は、之れを認めなければならない。否、現在の訴訟制度の下に於ては、事件の定型的處理に依る結果的不妥當を防止すべく、或る程度、それに個別的考察を加味するといふこと以上を、裁判所に對し要求することは、實踐的に不可能である。而して其の個別的考察が、如何なる程度に迄可能であるかは、法規の許す範圍内に於て、裁判所の努むべき訴訟技術の問題に屬する〔一〕。

〔一〕 訴訟技術論に付ては、後に詳述する（七二頁以下）。

第四 微視的考察と巨視的考察 (mikroskopische u. makroskopische Betrachtung)

多少異なる意味に解せられる處れもあるが、或は「部分的

考察」と「全體的考察」とも云ひ得るであらう〔一〕。この對偶は、初め自然科学に於ける觀察方法上の對偶として唱へられたのであるが、最近に於ては文化科學に於ける考察方法上の對偶としても、亦、考へらるゝに至つたのである〔二〕。以上、ザウエルの擧げた三組の考察方法の對偶は、孰れも考察態度の差異を示すに止まり、對象の差異は含まれてゐない〔三〕。されば對偶關係にある二つの考察方法を、同一事象に付き適用することも可能なのであるが、この微視的考察と巨視的考察との間には、考察方法の差異のみに止まらず、對象の差異が存する。之れを自然科学に付て云ふならば、一般に科學的研究の對象は、巨視的特性と微視的特性との二つの側面を有ち、巨視的狀態は、微視的事象の單なる集積以上のものとして、微視的狀態より高きレベルの體制を示し、從て微視的觀察の對象とはならない。例へば末端で數本に分枝した一本の水管に水を通した場合、その分枝の一本の水流を閉止することに因り、當然、他の分枝の水流にも影響を及ぼすであらうが、其の觀察に當り、水管の或る一つの分枝みを看て、夫れを微視的觀察法といひ、反之、先づ全體制の特性に着目し、然る後に其の特性に支配せられ、規定せられたものとして、各分枝の特性を考ふる場合、これを巨視的觀察法といふ〔四〕。この二つの觀察方法を併用することに因りてのみ、研究對象の全面的把握が可能ならしめられる〔五〕。

- [一] 全體主義としては、その所謂、「全體者的考察方法」(Ganzheitsbetrachtungsweise)を以て、直觀(Schauen, intuition)に依る事柄の本質把握を意味するのであつて、必ずしも、爰に述べんとする互視的考察方法と同じき考察態度を指稱するものでない。
- [二] Köhler, W., *The Place of Value in a World of Facts*, 1938 p. 197—206. 後藤岩男氏、心理學に於ける微視的考へ方から互視的考へ方へ、「理想」第一一〇號九八頁以下。石原純氏、科學と社會文化、九六頁以下等。
- [三] 個別的考察方法と一般的考察との對偶は、この考察方法の對偶に邁いが、區別せられなければならない。即ち一般的考察と個別的考察とは、其の對象を同一にし得るのであつて、前者は對象の一定性質にのみ着目するに對し、後者は、對象の有つあらゆる性質に其の考察を及ぼすと云ふ、單に考察態度の差異に外ならない(Vgl. Sauer, aaO, S, 27)。然るに互視的考察と微視的考察とは、單に考察態度のみならず、其の對象を異にすること本文に述ぶるが如くである。
- [四] この自然科學に關する例證は、ケーラーの前記著書竝に後藤岩男氏、前掲に據る。
- [五] 互視的觀察方法は、最近に於て物理學の研究に於て提唱せられ、新たなる研究の分野を開拓したのであるが、從來の物理學は、概して微視的物理學の範疇に屬し、未だ互視的物理學は、微視的物理學ほどに一般に知られてゐない現状にある。

想ふにかゝる考察方法の對偶は、文化科學に於ても考へられ得るのであつて、殊に全體觀の著しく昂揚せられた社會科學の部門に於ては、之れを以て部分的考察に對する全體的考察と看することも出来るであらう [一]。現在迄の訴訟法學は、爰に云ふ微視的考察の集積であり、互視的考察の缺けてゐたことを痛感しなければならない [二] [三]。訴訟法學に於ける互視的考察の導入、即ち訴訟法學上の如何なる學説も、「訴訟」といふ全體に關聯する部分原理の解明にあることの認識は、マンネリズムに陥

れる訴訟法學界に清新の理論を展開せしむるであらう。

- [一] 「巨視的」並に「微視的」の意義も、又、其の名稱も、自然科学から受け継いだものであり、社會科學に於ける「全體」「部分」の觀念には、些か之れと異なる意味も含まれてゐるが故に、全體的並に部分的考察といふ術語を以て之れに代ふることを避ける（本稿一二頁註一参照）。
- [二] この事は、法律學全般に亙る、即ち概念法學、解釋技術論の通弊とも云ふべきであらうが、我國の訴訟法學界に於て、殊に顯著なるもの如くである。
- [三] 拙稿、前掲「訴と請求」I・II（早法一七・一八卷所載）は、先づ「訴訟」の基本觀念たる「訴」と「請求」の意義を定立し、其の相關々係を規定したる後、其の規定せられし訴訟理論體系の下に、訴の各類型を初めとし、當事者の確定、訴訟上の和解、其の他訴訟法上の各種問題に論及したのであつて、爰にいふ巨視的考察方法を以て一貫し、之れに配するに部分問題の處理の爲め微視的考察を加へたものといひ得るであらう。

以上掲ぐる第一より第四に至る夫れ夫れ對偶關係にある考察方法をば、訴訟法學として如何に整序し、且つそれを使用するかは、其の體系構成の問題である。各論に於て、夫れに關する私論を述ぶるであらう。

第二 私觀訴訟理論體系に於ける基礎的方法

學問に於ける「方法」(Methode) は、之れを特定科學に付て云ふならば、其の科學の分野に於て使用せらるべき單なる考察方法に止まれるものと、更に其の科學の分野に於ける學問の體系構造にまで止揚せられしものとに分ち得る。爰に「基礎的方法」とは、かゝる意味に於て云ふのであつて、以下に展開せらるべき、私觀訴訟理論の體系そのものと看られ得る方法を指稱する。

即ち夫れは、(一)實體法・訴訟法對立二元觀の定立 (二)靜態的並に動態的考察方法の併用 (三)制度理論に對する技術理論の方法論的分離、等であるが、これ等は、孰れも現在迄の訴訟理論に對し、私の提唱する訴訟理論の特異性を示すものといひ得るであらう。以下に分説する。

I 實體法・訴訟法對立二元觀の定立

實體法は、抽象規範として、それ自體内容實現の力なく、其の内容實現の強制力は、外部より之れを與へなければならぬのであつて、其の強制實現を規定する法規範が、即ち訴訟法であり、又、其の強制實現の過程が、民事訴訟なのである〔一〕。即ち具體的なる「訴訟」(Prozess)は、其の構造と進行の手續とを訴訟法に依り規律されるのであるが、しかしその内容は、抽象的・一般的なる實體法規範を、當該事件に則して具體化・個別化する過程に外ならないのであつて、經驗的事實としての「訴訟」が、實體法と訴訟法との接觸面であり、且つ又、その融合點を爲してゐることは、既に他の機會に於ても述べたるが如くである〔二〕。さればこの訴訟を學問的對象とする訴訟法學としては、實體法並に訴訟法の兩側面よりの考察を必要とすることが明かであり、その一方を缺く考察を以てしては、「訴訟」の全面的にして、且つ正しき把握が不可能でなければならない。實體法・訴訟法對立二元觀を以て一貫したる訴訟理論體系を構造することが、私の主張であり、又、夫れが、私の訴訟理論體系に於ける

基礎的方法なのである。

[一] この関係をザウエルは説明して、實體法が「構成せらるゝ法」(das zu gestaltende Recht)なるに對し、訴訟法は「構成する法」(das gestaltende Recht)であり、而して訴訟法に依る實體法の「構成夫れ自體」(die Gestaltung selbst)が「訴訟」(Prozess)であると述べてある (aaO. S. 649)。斯く解するのの一つの看方である。

[二] 例へば拙稿前掲「訴と請求」I. 早法一七卷八三頁、同一八卷一七五頁等。

この點に付き、從來の訴訟法學者には其の反省が足らなかつた。初期の私法的訴權學説は、私法理論を以て訴訟法學の體系を構造せんとするものであつて[一]、この學説の支配下にある訴訟法學説は、孰れも意識的・無意識的に私法理論に膠著して、夫れより脱却し得なかつた[二]。これ等は、所謂「私法的一元觀」に屬する學説であるが、其の後、ビューローの學説を契機として公法的訴權學説が擡頭し、私法理論より解放せられたる訴訟法中心の理論が、漸次、體系化せられ、最近に於ては、訴訟法的一元觀の範疇に屬すべき訴訟法學説も、亦、現はるゝに至つたのである[三]。併しながらこれ等私法的一元觀並に訴訟法的一元觀は、共に「訴訟」に於ける一側面を把握し得るに過ぎないので、方法論的に支持し難き缺陷を有つことは、既に「訴」と「請求」との兩概念を中心として詳細に論評した處である[四]。殊に訴訟法的一元觀は、ドイツ訴訟法學界を風靡せんとしつゝあるも、夫れはナチス・イデオロギーに支配せられた政治的要請に應ぜんとするものであつて、訴訟實踐理論としては、この訴訟法的一元觀を以て貫き得ないことも、亦、既に指摘した如くで

ある〔五〕。現在、我が國も、亦、漸次、その方向に轉移しつつある、自由主義を脱却したる新國家體制の下に於ては、訴訟制度の國家目的に依る統制、換言すれば訴訟に對する政治の組織的並に非組織的影響〔六〕と云ふことが考へられ、又、認められなければならないが、統制の極めて高度に達したるナチス・ドイツに於ても、訴訟、殊に民事訴訟に對する政治の支配力は、全面的のものではなくして、未だ指導の域を脱しないものと見ることが出来る。訴訟に於ける實踐理論として、訴訟法的一元觀を支持し難いのは、寔にこの理由に據るのであつて、現在、我が國に於て、訴訟理論體系として、この訴訟法的一元觀を主張する者は見當らない。しかし個別的の問題處理に付き、ドイツの學說に追隨したる訴訟法的一元觀に屬すべき主張が、屢々、學說・判例のうちに見出されるのであるが、概して夫れは、實體法規範に對する訴訟法規範の優越性乃至裁判所の職權擴大の意圖の下に爲された、其の問題限りの議論に止まり、訴訟全般に互る體系的考察が缺けてゐる〔七〕。

〔一〕 私法的訴權學說に付ては、拙著、原理一卷二九〇頁以下參照。

〔二〕 例へばバンデクテン法學に於ける判決の既判力に關する學說（實體的效力說）の如き、その代表的なものといひ得るであらう（拙稿、確定判決の既判力、早法一九卷一四頁以下參照）。

〔三〕 樞に既判力の本質論を中心として、ビューローの學說を轉回軸として、私法理論より脱却して訴訟法中心の理論が、漸次、擴大せられ、體系化せらるゝに至つた過程を述べたことがある（拙稿、前掲「既判力」早法一九卷一八頁以下）。

〔四〕 比較的、訴訟法的一元觀に徹底せし訴訟法學說としては、ローゼンベルグ

(Rosenberg, L.)、ニキッシユ (Nikisch, A.)、レント (Lent, L.) 等の夫れであるが、これ等學説の體系的缺陷に付ては、拙稿、前掲「訴と請求」I・早法一七卷五五頁以下参照。

〔五〕 拙稿、前掲「訴と請求」I・早法一七卷七九頁参照。

〔六〕 この事は、自由主義的國家機構の下に於ても存し得るのであるが、全體主義的國家體制の下に於ては、夫れが、例外に非ざる制度的現象として、更に高度に行はれる。

〔七〕 これ等所論の體系的矛盾を指摘することが、拙稿、前掲「訴と請求」(早法一八・一九卷)の内容の半ばを爲してゐる。

嚮に私は、訴訟に於ける最も基本的なる觀念である「訴」と「請求」の兩概念を検討し、實體法・訴訟法對立二元觀に依りてのみ、現在の訴訟制度に即應したる訴訟理論構造に到達し得ることを論證したる後〔一〕、更にこの考察方法が、訴訟實踐的指導理念たるべきことをも明にしたのであつた〔二〕。而して私は、既に右の論稿中に於ても示唆したるが如く、更に進むでこの實體法・訴訟法對立二元觀が、曾に個別的なる各種訴訟法上の諸問題の解決に付ての正しき考察方法たるに止まらず、この考察方法の下に訴訟理論體系の構造せらるべきこと、即ちその基礎的方法たらしむべきことを主張するのである〔三〕。

〔一〕 拙稿、前掲「訴と請求」早法一七卷七五頁以下殊に八一頁、一八卷一三七頁以下。

〔二〕 拙稿、前掲早法一八卷一七五頁以下。

〔三〕 従來の訴訟法學説も、個別的なる問題の處理に付ては、この實體法・訴訟法對立二元觀に屬すべき見解を表明してゐるものもあるが、この考察方法を以て、凡べての訴訟法上の問題の處理に付き一貫したものは見當らない。

II 靜態理論と動態理論との結合

從來の訴訟法學は、體系的には實體法學より獨立したが、其の方法論に付ては、未だ實體法學の羈絆より脱してゐないと云ふことが出来る。

現在の實體法學は、實體法に依りて規律せらるゝ具體的なる法律取引を以て、直接に學問的對象とは爲さないのであつて、其の概念構造論に終始してゐる。従て其の考察理論は、抽象的 (abstrakt) にして、且つ靜態的 (statische) である。斯くして實體法學は、所謂、概念法學としての其の學問的構造が、社會的地盤から遊離してゐるが、其の間に訴訟制度が介在する爲め、學問として社會地盤との直接の聯繫を缺きながら、尙、學問としての成立が可能ならしめられてゐるのである〔一〕。而して「訴訟」は、法律制度として特定の機構を有つが故に、其の機構を學問的に分析・解明するが爲めには、實體法學に於けると同じく、抽象的考察方法に依る靜態理論の構造が可能であり、又、必要でもある。しかし「訴訟」は、前述の如く實體法と社會的地盤との聯繫を任務と爲し、實踐と不離の關係に立つのであるから、法律制度としての「訴訟」を對象とする學問、即ち訴訟法學は、單に「訴訟」を廻る概念構造論のみに止まらず、訴訟實踐をも其の學問的體系のうちに取り入れなければならない。而してその爲めには、訴訟法學は、具體的事件(訴訟)を、直接にその對象とする具象的 (konkrete) 考察方法を必要とするのであるが、

この考察対象たる具體的事件は、其の實體關係に於ても、又、訴訟手續上にも、時間の経過と共に其の形式・内容に於て展開を遂ぐるものであるから、動態的 (dynamische) 理論でなければ、その正しき把握は不可能である。従來の訴訟法學は、實體法學の方法論を其の儘に移植して、抽象的・靜態的考察方法を専らにせるが爲め、その論ずる處、訴訟の概念構造論に終始して、現實なる訴訟手續の展開に於ては、單なる手續論以上に出で能はなかつたのである。私は、訴訟法學に於ても、「訴訟」の概念構造を形成するが爲めには、實體法學に於けると同じく、抽象的・靜態的考察を必要とするも、更に「訴訟」そのものを、その展開する過程に於て、其の儘之れを學問的に把握するが爲めには、具象的・動態的考察方法の缺く可からざることを主張する〔二〕。斯くして、抽象的・靜態理論に配するに、具象的・動態理論を以てすることに因り、訴訟現象の全面的把握が可能なりと考へる。

〔一〕 學問は、嚴密なる意味に於ては、約束の體系に過ぎないのであるが、夫れが例へば文化科學に於て云ふならば、社會的地盤と聯繫を有ち、それ相當に妥當する領域があればこそ、學問としての成立が可能ならしめられる。社會的地盤と聯繫がなく、又、其の妥當領域を有たないならば、例へば將棋の如くに、それが同じく約束の體系と看らるゝものであつても、學問にならない (大關將一氏、本質學について、哲學雜誌五三五號七七〇頁參照)。果して然らば實體法學は、訴訟法の介在がなければ、現在の如き抽象的、概念的體系では、學問として成立し得ないといふ得るであらう。

〔二〕 靜態論と動態論とを對立せしむる體系は、社會學の構造として、コムトに依り創められた方法である。コムトのこの方法、即ち社會靜態學 (statique sociale)

と社會動態學 (dynamique sociale) とを對立せしむる考察方法に對しては、社會學の方面に於ては非難も存するのであるが、法律規範は、多分に定型規範たる性質を有ち、この法律定型を廻る概念構造論が、法律學の主要部分を占むるのであるから、法律學としては、動態理論の外に靜態理論を別の體系に存續せしむるのが、理論構造の上にも、又、叙説の爲めにも便宜である。

III 制度論と技術論との方法論的分離

民事訴訟は、一の法律制度として、そのうちに制度理論が内在する。而してその理論は、上に述べた基礎的方法に従へば、靜態理論と動態理論(訴訟構造論と訴訟展開論)とに分たれるのであるが、これ等は、飽くまで制度そのものの理論であり、制度の運用理論ではない。凡べての制度は、その運用の爲めの技術を伴ふ。而してこの技術理論は、方法論的に制度理論と嚴密に區別せられなければならぬ。然るに今日迄の訴訟法學は、既に再三述ぶるが如く、訴訟構造論に終始して、訴訟の運用は、之れを實踐に委するのであるが、尙、手續論として其の叙述説明を試みてゐるが爲め、訴訟夫れ自體の理論と其の運用の技術若くは技術理論との分析に付き反省が缺けてゐたのである。これが今日迄の訴訟法學の内容が、實體法學の夫れに比し著しく非學問的であり、又、論理的透徹を缺いた所以でもある。この間の異別を認識して、制度運用の技術理論を分離・一括することに因り、訴訟法學の理論體系が、著しく整序せられ、且つ後に述ぶるが如く、この技術論を通じて、訴訟法學と實體法學との學問的聯繫が見出されると考へるのである。

第三 民事訴訟法學の體系

以上述べたるが如き基礎的方法の下に、私は、民事訴訟法學の體系を、次の如く三部に之れを分つ。

I 訴訟構造論（抽象的靜態理論）

民事訴訟法學が、其の主要なる内容として、訴訟の構造を鮮明ならしむる必要を有つことに論はない。この意味に於て訴訟構造論は、民事訴訟法學に於ける主要なる地位と範圍とを占むる。この範圍に於ては、専ら抽象理論、靜態理論を以て、訴訟の構造を把握せんとするものであつて、この理論の下に整序せらるべき事項は、(一) 訴訟の段階、(二) 訴訟の形態、(三) 訴訟の構造素材、等である。

II 訴訟展開論（具象的動態理論）

「訴訟」は、訴の提起より判決の確定に至る迄の發展的内容を有つ過程なるが故に、抽象的・靜態理論を以てしては、訴訟展開の理論を明かにし得ざるべきことは、既に述べたるが如くである。「訴訟の展開」は、云ふ迄もなく個々の具體的事件に存するのであるから、其の理論は、經驗的訴訟概念を通じてのみ把握せられ得る。而してこの經驗的訴訟概念を廻る理論は、具體的なる「訴訟」を對象とする具象論であると同時に、「訴訟」の過程は、無秩序の推移に非ずして、判決の既判力を目指して一定の發展過程を逐ふ「進展」(Entwicklung) なのであるから、その理

論は、同時に、「進展の思想」(Entwicklungsgedanke) に支配せらるる動態理論である處に、其の學問的特徴を有つ。

この考察の下に、其の理論構造の整序せらるべき問題は、(一) 訴權論、(二)「訴」と「請求」との相關々係論、(三)訴訟の成立論、(四)訴訟過程論、(五)裁判論(實體法適用論)等である。

III 訴訟技術論(訴訟營爲の實踐理論)

實體法學は、法律取引の定型理論であつて、具體的なる個々の取引は、直接其の學問的對象とはならないで、其の理論の構造に付ての素材たるに過ぎない。しかし「訴訟」に於ては、具體的事件、具體的の取引が、其の對象を爲し、民事訴訟の客體となるのであつて、其の審理・裁判に付ては、多分の技術に屬する領域がある。即ち具體的事件の内容を捨象・整序することにより、實體法の定むる法律要件に該當すべき事實の存否を確定し、更に抽象的なる實體法規範を當該事件の爲め具體化・個別化するに付ては、實體法並に訴訟法理論を超えた實踐技術を必要とする。訴訟手續の進行に付ても、同様に云ふことが出来る。従來、この技術の分野に屬する理論が、訴訟の制度理論と混在せしめられしことは、既に述べたが如くであるが、尙又、これ等技術理論の一部は、不當に實體法の理論分野にも屬せしめられたのである〔一〕。これ等技術理論を一括し、制度理論と分離すると共に、手續進行の指導理念を確立することが、訴訟理論の體系整序の爲め、特に必要でなければならない〔二〕。之

れに屬する事項としては、立證責任、事實認定等の如き、技術理論の問題も存するが、その多くは、現在の處、事件處理の實踐技術に屬する問題である。

〔一〕 例へば判例研究が、判例法の名の下に、實體法學の一部の如く考へられてゐる。素より判例研究の結果として、解釋法學——實體法學——の内容が充實せられることに争ひはないが、具體的事件の判決批評乃至研究は、既存の實體法理論若くは新たなる實體法理論の當該事件への當嵌めを目的とする技術論を多分に含むことを看過してはならない。

〔二〕 ザウエルの訴訟基礎論には、技術論が缺けてゐる。カント學派に屬する彼として當然のことであらうが、その故に彼の訴訟理論は、訴訟實踐と、從て實體法とも何等の關聯なき形式論に終つてゐる。

私は、民事訴訟法學の體系を、以上述ぶるが如く三部に之れを分ちて構造し、夫れ夫れの範圍と角度とより、「民事訴訟」を考察せんとするものであつて、かゝる複合せる方法の下に、初めて「民事訴訟」の全面的把握が可能なりと考へる〔一〕。而してその各場合に於て、如何なる考察方法に依るべきか、即ち各事項に付ての妥當なる考察方法の決定は、問題の性質に因る個別的の吟味を必要とし、一般的に論斷し難い。以下に體系の構造を述ぶるに際し、其の考察方法にも觸れるであらう。

〔一〕 爰に述ぶるは、民事訴訟法學の體系の構造に付てであつて、民事訴訟法學の記述をも、この構造に従はしむべきことを主張するものではない。夫れは、特殊なる立場から、種々に決定せられ得る。民事訴訟法學の講義書が、殆んど其の著者毎に内容の構造を異にするのも、一面にはこの理由に基く。

各 論

第一 訴訟構造論 (抽象的・靜態理論)

「訴訟構造論」(Die Konstruktion des Prozesses) に於ては、次に述ぶる「訴訟展開論」の如く、具體的なる「訴訟」を對象とせずして、抽象的なる「訴訟」の概念構造と其の構造内部に於ける法論理の究明を目的とし、論理的には具體的「訴訟」に先行する、「前訴訟的」(Vorprozessuale) なる定型的概念の構造を以て、其の内容とする。即ちこの部門に於ては、方法的には、實體法論と其の考察方法を同じうし、抽象的・靜態的理論が展開せられる。この考察方法に依り解明せらるべき訴訟法上の問題の主なるものは、次の如きものである。

I 訴訟の段階

「訴訟」は、經驗的事實たる訴訟行爲の系統的連續として現はれ、夫れ自體一の過程 (Prozess) を爲してゐる。而して其の過程を段階に分ち、各段階に夫れ夫れ要件を設け其の要件を充足することを以て、訴訟が次の段階に展開するに付ての制度的先行要件と做す理論が、今日迄訴訟法學者に依り試みられてゐる。

この點に付き、初め訴訟法學は、其の理論を私法學の構成要件論に借用した〔一〕。即ち民法學に於ては、要件を分ちて「成立要件」と「有效要件」とに分つのであつて、ビューローの提唱せ

る「訴訟要件」(Prozessvoraussetzungen)の理論は、ローマ法のアクチオ論から展開せられてゐるが〔二〕、「全訴訟關係成立の先行要件」(Die Vorbedingungen für das Zustandekommen des ganzen Prozessverhältnisses)〔三〕、或は「訴訟關係の存続要件」(Die Existenzbedingungen für das Prozessverhältnis)若くは「訴訟關係の有効成立要件」(Die Erfordernisse rechtsgültigen Zustandekommens des Prozessverhältnisses)〔四〕などといひ、これを成立要件と做せる點は、實體法學の法律要件論に追隨せるものに違ひない。しかし上述「有効成立要件」の語に示さるゝが如く、彼の見解に従へば、「訴訟要件」は、訴訟の成立要件なるも、同時に其の存続の爲めの有効要件ともなり、この點、成立要件と有効要件とを方法論的に嚴別する民法の法律要件論と乖離するのであつて、彼の所論は、論理的に透徹せざるものとヘルウィックに依り非難せられた〔五〕。而してヘルウィックは、訴訟要件を以て本案裁判の形式的(手續的)要件と解し〔六〕、別に原告勝訴の要件を「訴の要件」(Klagvoraussetzungen)と稱した〔七〕。

〔一〕 實體法學は、更にその理論を刑法學の構成要件論、殊に犯罪構成要件と處罰條件との區分に索めたとのことである(於保氏、有効要件に就ての一考察、法叢四二卷三號三七九頁參照)。

〔二〕 Bülow, O., Die Lehre von den Prozesseinreden u. die Prozessvoraussetzungen, 1858.

〔三〕 Bülow, aaO. S. 6.

〔四〕 Bülow, O., Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprocessrechts, ZZP. Bd. 27. S. 236.

〔五〕 Hellwig, K., Klagrecht u. Klagmöglichkeit, 1905. S. 53 ff. 同上譯書、中野・江口兩氏共譯、訴權と起訴自由、一〇九頁以下。但し本書にては、Prozess-

voraussetzungen を「訴訟成立要件」Klagvoraussetzungen を「訴訟要件」と譯してゐる。

〔六〕 Hellwig, aaO. S. 55.

〔七〕 Hellwig aaO. S. 59 ff. Derselbe, System, Bd. 1. S. 249.

ヘルウィックに依れば、「訴の要件」とは、原告が本案に付き勝訴の判決を受くるが爲めに必要なる實體法上並に訴訟法上の要件を指稱するのであるが〔一〕、「訴訟要件」は、彼に依れば、「裁判所が本案に付ての裁判を爲し得る要件」なのであるから〔二〕、是れ亦「訴の要件」に外ならない〔三〕。斯くてヘルウィックは、「訴訟要件」と「訴の要件」とを以て、共に「訴」の效力に關する要件と解し、「訴」に依る「訴訟」の成立に付ては、單に「訴の提起が正規の手續に依れること」(Ordnungsmässigkeit der Klageerhebung) といふに止まり〔四〕、之れを訴訟手續上に於ける經驗的事實の問題と做すのであつて、その法學的考察が缺けてゐる。この爲め、彼が以て訴訟の成立要件に非ずと做せる「訴訟要件」のうち、訴訟の成立に關する要件が混在してゐるのである〔五〕。

〔一〕 Hellwig, Klagrecht, S. 59 ff.

〔二〕 Hellwig, aaO. S. 55.

〔三〕 ヘルウィックは、「效果ある訴 (erfolgreichen Klage) の要件」、即ち本案に付き原告勝訴の判決を受くるに必要なる要件を「訴の要件」(Klagvoraussetzungen) と解し、又、斯く名稱するのであるが、「訴」がなければ、裁判所は判決を爲し得ないのであるから (日民訴一八六條、獨民訴三〇八條)、「訴訟要件」を以て本案判決の要件と看るならば、名稱の如何に拘らず、同じく夫れは「訴の要件」でなければならぬ。

〔四〕 Hellwig, System, Bd. I. S. 249.

[五] 例へば、ヘルウィツクの訴訟要件として擧ぐる「訴状が必要的記載事項を具備すること」、「訴状の送達が適法なること」等は (aaO. S. 57)、本案判決の要件として見る前に、訴訟成立の要件として考察せらるゝことが必要であり、又、適當である。

ヘルウィツクの所説に對しては、更に種々なる角度から非難し得るも、要するに彼に於ては、「訴」の觀念、殊に其の「請求」との相關々係に付ての理論的把握が充分でないが爲め〔一〕、折角訴訟の段階構造を意識し、「訴訟要件」と「訴の要件」とを分ちながら〔二〕、其の分類が不徹底にして且つ矛盾を内含するに至つたのである〔三〕。更に又、一方に於て訴訟の過程に於ける構造的段階を意識しながら、法律要件を成立要件と有效要件とに二分する實體法學の考方を其の儘に受け入れたが爲め、「訴訟要件」と「訴の要件」とを孰れも訴訟の段階に於ける要件と做し、最も基本的なる訴訟の成立に關する要件に付ては、法學的考察を缺くに至つたことも、亦、其の理論を不徹底ならしめてゐる。

〔一〕 拙稿、前掲「訴と請求」I・早法一七卷一四・四〇頁以下参照。

〔二〕 「訴訟要件」を以て本案判決の要件、又、「訴の要件」を以て原告の本案勝訴の判決の要件と做せることは、訴訟の構造的段階を不徹底ながら認識せるものと云ひ得る。

〔三〕 彼が「訴訟要件」と稱するものは、彼の理論に従へば、其の實、訴の要件であり、又、そのうちには、寧ろ訴訟成立の要件と看るを適當とするものあることは既に述べたるが如くである。又、彼は「訴の要件」を「訴訟的訴の要件」(die prozessualen Klagvoraussetzungen) と「實體的訴の要件」(die materiellen Klagvoraussetzungen) とに分つのであるが(Klagrecht, S. 63 ff.)、この「實體的訴の要件」とは、訴訟の目的、若くは「請求」と同義異語であり (aaO. S. 61.)、

實體法に依り定められる(aaO. S. 73.)、といふのであるから、訴と請求とを自同の觀念と爲さぬ限り、之れは「訴の要件」ではなくして「請求の要件」でなければならぬ。

以上述ぶる處に因りても明かなるが如く、「訴訟」の構造理論に實體法の法律要件論を其の儘に移植するも、理論の徹底を期し難いのであつて、全く別個の構想が必要なのである〔一〕。惟ふに「訴訟」は、訴の提起に因りて裁判所に繫屬するのであるから、訴の成立は、同時に「訴訟」の成立であり、訴訟の構造理論としては、先づ「訴訟」の成立要件論から始めなければならぬ。而して訴の提起は、訴狀を裁判所に提出して之れを爲すものなるが故に(民訴二條)、訴の提起に因る「訴訟成立の要件」とは、即ち提出せられたる訴狀に具備すべき要件に外ならない。之れを「起訴要件」といふ〔二〕。次に斯くして「訴」の提起に因り裁判所に繫屬するに至りたる「訴訟」は、其の内容に於て「訴」と「請求」とを内含するものなるが故に〔三〕、從て「訴訟」の審理も、訴に関する審理と、請求に関する審理とに分たれる。而してそのうち「請求」即ち「本案」に関する審理・判決は、「訴訟」の適法繫屬を制度的先行要件と爲すのであるが、「訴訟」は、その提起せられたる「訴」の適法なることに因り適法に裁判所に繫屬するのであるから〔四〕、結局に於て訴訟の過程は、其の構造上、「訴」に関する審理と「請求」に関する審理との二段階に分たれるのである。而して私は、起訴要件の具備に因り提起せられた

る訴の適法なること、即ち「訴訟」の適法繫屬の要件を以て「訴訟要件」なりと解し〔五〕、又、請求の理由あるが爲めの要件とは、即ち原告勝訴の爲めの要件なるが故に、権利保護請求權説の用語例に従ひて、私は之れを「権利保護の要件」と云ふ〔六〕。即ち訴訟の過程は、「起訴要件」、「訴訟要件」並に「権利保護要件」に因り區分せられたる段階構造を有し、前段階の要件充足が、「訴訟」を次の段階へと展開せしむる制度的先行要件となると理解するのである〔七〕。

〔一〕 實體法學の法律要件論を、其の儘に訴訟法學に取り入れ難いのは、實體關係と訴訟關係との構造上の相違に基く。即ち實體法は、個々の法律取引を一個の法律行爲として觀察するが故に、法律行爲に付き成立要件と有效要件とを分つも、夫れは方法論的區別に止まり、經驗的事實としては、成立要件も有效要件も同時に具存（即ち有効に成立）するのが通常である。然るに「訴訟」は、之れと異なり、本文に述ぶるが如く時間的長さを有つ「過程」として現はれ、其の過程の各段階に付き要件の充足を必要とするのであるから、實體法に於けると異なる、時間的前後の關係をも其の構造のうちに取り入れた理論でなければならぬ。

〔二〕 訴の提起は、訴狀を裁判所に提出して之れを爲すのであるから、訴狀の提出は、訴提起の方法であつて其の要件ではない。起訴要件は、訴狀の提出に因り訴提起の效力を生ずるが爲め、訴狀に具備を要する要件であつて、（一）必要的記載事項の具備、（二）所定印紙の貼用、（三）訴狀の被告への送達、である（拙著、民事訴訟法講義案中卷一分冊八二頁以下参照）。尙、これ等要件の具備と訴提起の時點との關係に就ては、訴訟展開論に於て述ぶる。

〔三〕 「訴」を以て實體法上の「請求」を爲すのが、即ち「訴訟」であるから、素朴的な意味に於て、「訴」と「請求」とを「訴訟」の内容と看ることが出来るばかりでなく、實體法・訴訟法對立二元觀の下に於ては、「訴訟」のうちに、この兩者が理論的に分離・認識せられる（拙稿「訴と請求」早法一七卷八二頁、同一八卷一三六頁）。

拙著、前掲講義案中卷一分冊七七頁以下参照)。

〔四〕「訴訟」の適法繫屬の爲めには、その提起せられたる訴の各要素(裁判所・當事者・訴訟の目的)につき、訴訟法の定むる要件を具備しなければならない。例へば受訴裁判所に管轄権があり、當事者が能力を具備するが如し(拙著、前掲講義案中卷一分冊八九頁以下参照)。尙、或る種の訴訟につき、其の適法繫屬の爲めに特定要件の具備を必要とする場合あるも(例、反訴に於ける牽連關係)、夫れ等も、亦、畢竟するに當該「訴」の適法なるが爲めの要件に外ならない。

〔五〕拙著、前掲講義案中卷一分冊八六頁以下参照。

〔六〕拙著、前掲講義案中卷一分冊一〇〇頁以下参照。

〔七〕爰に云ふ訴訟の段階とは、具體的訴訟に付てではなく、抽象的考察に依る訴訟の理論構造を意味するに止まる。従て具體的の訴訟事件としては、前段階の要件を充足せずして次の段階に入り、審理裁判せらるゝこともあり得るが、夫れは訴訟的評價に於て否認せられる。例へば訴訟要件欠缺の事實が明となれば、既に本案の審理が完了するも、尙、本案判決を爲すことを得ざるが如し。しかしこの訴訟評價を爲し得る審理の段階を經過すれば、訴訟手續上、一應、其の欠缺は治癒せられしこととなる。例へば裁判長が、訴狀に付き起訴要件の欠缺を觀過し、口頭辯論が開始せられたるときは、起訴要件を具備せざるも、尙、一應、訴訟繫屬の效力を生じたるものと做し、其の後、補正せられざるときは、訴訟要件の欠缺に準じて訴を却下する外はない。又、訴訟要件の欠缺を觀過して本案判決の爲されたる場合には、上訴に依るの外、其の欠缺を主張することは出来ぬ。

II 訴訟の形態

訴訟の基本形態は、云ふまでもなく、「請求」が一個にして、原告・被告が各一人の場合であるが、訴訟法は、當事者複數の場合を認め、之れを「共同訴訟」(Streitgenossensschaft)若くは「訴の主觀的併合」(subjektive Klag-enhäufung)といひ、亦、「訴訟の目的」の複數なるを稱して「訴の客觀的併合」(objektive Klag-enhäufung)といふ。

(一) 當事者の複數

原告又は被告若くは其の両者が複數なる場合を「共同訴訟」と云ふが、現在の訴訟理論は、この「共同訴訟」を「主觀的訴の併合」と同一意義に解し〔一〕、形式的一個の訴に於ける實質的數個の訴の併合と看するものゝ如くである。しかし「訴」(實質的意義に於ける)の個數は、その訴に依り主張せらるゝ「訴訟上の請求」の個數に依り決定せられるのであるから〔二〕、原告若くは被告の複數なる場合、夫れを複數訴訟關係と做すに付ては、一應の考究が必要である。

〔一〕 元來、この兩者は異別の觀念であつた。即ち早期のドイツ普通法に依れば、數名の者が一團となり、一單位の原告若くは被告となる場合(一個の訴訟)を共同訴訟と云ひ、これに對し、當事者を異にする數個の訴の併合を「主觀的訴の併合」と稱し、之れを許さなかつたのであるが、其の後漸次、共同訴訟の許容範圍が擴大せられ、訴の併合の場合をも含むこととなり、共同訴訟と主觀的訴の併合とは、遂に同一意義に用ゐらるゝに至つたのである(Wachendorf, Die notwendige Streitgenossenschaft, S. 1. ff. 拙著、前掲講義案中卷一分冊一一〇頁)。

〔二〕 拙稿前掲「訴と請求」II. 早法一八卷一五〇頁以下參照。

「訴訟上の請求」の個數を決定する基準に付ては、異説がある。實體法上の請求個數に依り「訴訟上の請求」の個數、從て「訴」の個數が決定せられると云ふ私法的一元觀に屬する見解、並に之れと反對に訴訟法的一元觀の立場から、原告の權利保護要求の個數が、訴訟上の請求の個數決定の基準となるといふ主張(例へばニキッシュ)が、共に非難に値することは既に述べたが如くであつて〔一〕、結局に於て、この場合にも實體法・訴訟法對立二

元觀を執り、訴訟上の請求の個數は、原則として實體法上の法律要件、即ち實體上の請求個數決定の基準に従ひて決定せられるが、例外的に權利保護要求の個數に従ふ場合もあると解するを妥當とすること、是れ亦、既に述べたが如くである〔二〕。果して然らば實體法學は、請求の個數を其の法律要件の個數に依り決定すると同時に、權利者・義務者の複數なる場合には、其の各主體に付き各別に法律要件を措定するを通常とするが故に〔三〕、共同訴訟の場合は、一應、孰れも複數の訴訟關係と看られ得る。しかし現在にては未だ例外の部類に屬するが、實體法上、數人の權利者又は義務者に付き一個の權利關係を認むる場合も存するのであつて(例、合有)〔四〕、その訴訟には、數人の權利者又は義務者が、ゲルマン法上の「訴訟團體」(Streitgenossenschaft)の如く、一團として訴訟當事者となるものと看るを相當とするが、然らばこの場合には、當事者の複數にも拘らず、尙、單一の訴訟關係を認めなければならないのであつて、當事者が複數なるの故を以て、複數訴訟關係と做すことは理由に乏しい〔五〕。尤も現在の訴訟法は、單一訴訟關係の共同訴訟なるものを豫想して居らないのであるから、この理論を承認するときは、解釋上、種々の難問に逢着するであらうことは、豫期しなければならぬ〔六〕。しかし同一の權利關係なるにも拘らず、複數の權利者若くは義務者の夫れ夫れに、別個の權利・義務の成立を認むることは、現在の私法理論の基調を爲す個人主義的

立法態度に由るものであつて、團體主義的私法理論の進出と共に、成法上或は解釋上、數人に一個の權利・義務を認むる場合が、今後に於て増加するものと考へられる。かゝる實體法理の推移に對處するが爲めには、共同訴訟の内部關係に付き、改めて検討を加ふる必要を感ずる。

〔一〕 拙稿、前掲「訴と請求」Ⅱ。早法一八卷一五〇頁以下。

〔二〕 同上一五七頁以下。

〔三〕 斯くして實體法學は、債權者又は債務者の數人なる不可分債權・債務並に連帶債權・債務を複數の債權・債務關係と做してゐる（鳩山博士、増訂改版日本債權法（總論）二二七頁以下。我妻教授、債權總論二六一頁以下等）。

〔四〕 信託法第二四條は、信託財産に付き數人の受託者間の「合有」を認むる。即ち共有と異なり、數人の受託者に對する一個の所有權の存在を認むるのである。尙、斯かる明文は存しないでも、多數人が同一物を所有する法律關係には、民法に規定する共有に屬せざる「總有」(Gemeinschaft) 若しくは「合有」(Gemeinschaft zur gesamten Hand) と看るべきものがあり、又、債權・債務に付ても不可分債權・債務若くは連帶債權・債務の如き、複數債權關係に非ざる債權・債務の總有的若くは合有的歸屬の關係が認められるといふ（我妻教授、前掲二六六頁以下參照）。更に又、身分法に付て之れを看るならば、第三者の有する婚姻取消請求權（民七八〇條）は、夫婦の双方に對し同時に之れを行使すべく、その一方に對してのみの行使は、考へられ得ないのであるから（人訴二條二項參照）、實體法の理論の如何に拘らず、一個の取消權と看るのが相當であらう。

〔五〕 訴訟法學に於て、共同訴訟を複數訴訟關係と看るのは、現在迄の實體法學が多數當事者の權利關係を複數關係と做した個人主義的立法態度に則したものであつて、實體法學が數人の當事者間に一個の權利關係を認むる場合、獨り訴訟法學のみが、其の數人を當事者とする共同訴訟を以て複數訴訟關係と看るべき理由もなく、又、其の必要も存しない。

〔六〕 必要的共同訴訟も、現在の訴訟理論は之れを複數訴訟關係と看るが故に、從

て其の内部關係を規定したる第六二條は、單一訴訟關係の共同訴訟の規定ではない。しかし單一訴訟關係の共同訴訟を認むるとせば、其の内部關係はこの規定に従ふ外はないであらう。又數名の被告に對し一個の請求の爲さるゝ共同訴訟には民法第二一條の適用なきものと、條文の上からは一應解釋しなければならない。

(二) 訴訟の目的の複數

訴訟の目的の複數なる場合には、常に「客觀的訴の併合」を生ずる。訴訟の目的の個數も、亦、必ずしも實體法理論にのみ依據して決定せらるべきものではないが、訴訟の目的の個數と「訴訟上の請求」の個數とは一致するのであるから、數個の「訴訟の目的」が、實質的一個の訴に依り主張せられるといふことは理論的にあり得ない。訴訟上の請求の個數に付ては、訴訟展開論に於て述べる。

III 訴訟の素材

「訴訟」の素材は、之れを形式素材と實質素材に分ち得る。形式素材とは、「訴訟」の構造素材であつて、夫れは訴訟主體（裁判所並に當事者）の訴訟行爲 (Prozesshandlung) であり、實質素材とは、訴の提起より判決の確定に至る迄の「訴訟」の過程を充填し、且つ裁判の材料となるものを指稱し、之れを「訴訟資料」 (Prozesstoff) と云ふ。「事實」 (Tatsachen) と「證據」 (Beweis) とに分たれる。法規 (Rechtsnorm) を、廣義の訴訟資料として實質素材に加ふべきかに付ては考究を要する。

(一) 訴訟行爲 (Prozesshandlung)

「訴訟行爲」の意義に付ては、種々異説が樹てられてゐるが、要するに訴訟主體即ち裁判機關並に當事者が、訴訟手續に於て爲す行爲を云ひ、「訴訟」は、具體的にはこの訴訟行爲の系統的連續（訴訟手續）として現はれる。訴訟行爲を以て、「訴訟」の形式素材若くは構造素材と云ふのは、この故である。

「訴訟行爲」は、それを裁判機關即ち裁判所並に其の内部若くは附屬の諸機關の訴訟行爲と、訴訟當事者の訴訟行爲とに分たれる。而して裁判機關の訴訟行爲は、裁判、訴訟指揮、公證並に訴訟手續上の處置（例、證據の取調）、其の他各種の事實行爲（例、送達）に分たれるのであるが、其の間に行爲としての性質に餘りに隔たりあるが爲め、専ら個別的なる研究（例、判決の既判力）か、然らずんば手續論に止まり、統一した立場からの其の本質的研究は未だ遂げられてゐない。將來の開拓を待つ處女地である。

次に當事者の訴訟行爲に付ては、概して民法の法律行爲論に追隨した考察態度にて、其の理論の組立てが試みられたのであつたが、訴訟行爲は、系統的に連續せる訴訟手續中の一環を爲し、個別的なる實體法上の法律行爲とは、自ら異なれる状態にあるのであるから、實體法上の法律行爲論を無反省に訴訟行爲論に持ち込むことは、方法論的に見て妥當と云ひ得ない。今日迄の訴訟行爲論が、體系的にも、論理的にも徹底を缺けるのはこの故であつて、現在では訴訟行爲論としての特有の理論構造

が試みられてゐるが、方法論的に見て、尙、未だ民法の法律行為論から完全に脱却し得ない状態に在る。この訴訟行為に關する組織的研究は他の機會に譲り、爰には民法の法律行為論と密接なる關係を有ち、且つ訴訟體系上の問題と看らるゝものに付き私見を述ぶる。

(1) 訴訟行為に於ける效果意思 (Erfolgswille) の問題

民法の法律行為論に於ては、法律行為の意思的要素を「表示意思」(Erklärungswille) と「效果意思」(Erfolgswille) とに分つのであるが〔一〕、當事者の訴訟行為も、事實上若くは法律上の陳述並に證據の申出等、訴訟資料の提出に關する行為を除けば、孰れも廣義の「意思行為」(Willensakt) に屬するが故に、同じく其の意思的要素を「表示意思」と「效果意思」とに分ち得る。而して表示意思を缺く意思行為の成立といふことは考へられないが故に、訴訟行為に付ても、亦、凡べて表示意思の存在が其の成立要件に屬せしめられる。この點、法律行為に於けると同じい。しかし效果意思に付ては事情が稍々之れと異なり、訴訟手續の安定要求を満足せしむる爲め、訴訟理論は、内心的效果意思の不存在を以て、一般に訴訟行為の效力に影響なしと云ふ。即ち效果意思の存在をば、訴訟行為の成立若くは有效要件と做さないのである〔二〕。しかし或る種の訴訟行為に付ては、この理論を以て一貫し難い關係の存するが爲め、效果意思の問題が取上げられてゐる。一般に訴訟法律

行爲 (Prozessuale Rechtsgeschäft) (od. Prozessrechtsgeschäft) と稱せらるゝ行爲が夫れである。

〔一〕 岡松博士、法律行爲論二一頁参照。

〔二〕 例へば、訴を以て請求する意思 (效果意思) なきも、訴狀の提出に依る適式の起訴行爲が存するならば、之れに因り訴提起の效力を生ずるに妨げない。又、訴訟行爲には、一種の意欲表現 (Wollensäußerung) として、之れに因りて生ずる効果が、必ずしも行爲者の有つ效果意思の内容と一致しない場合が尠くない。例へば各種の申立の如し。

ヘルウィックは、意思表示を内容とする訴訟行爲を取纏め、之れを「訴訟上の法律行爲」 (Prozessuales Rechtsgeschäft) と名稱し〔一〕、更にそれを當事者間の合意 (Vereinbarung) と當事者の一方行爲 (einseitige Par-teihandlung) とに分つた〔二〕。而して彼は、この「訴訟上の法律行爲」に付き、民法の法律行爲理論を當嵌め、之れと同一構造に理解したのであるが、他面、訴訟法的一元觀に基き、この「訴訟上の法律行爲」には、訴訟法が適用せらるゝものと做し、民法の法律行爲に関する規定の直接適用を否認したのである〔三〕。しかしこれ等意思表示を内容とする訴訟行爲を一括し、民法の法律行爲理論に倣ひ、「訴訟上の法律行爲」と稱して他の訴訟行爲と區別する所以のものは、其の内容に於て民法上の法律行爲に關聯すると云ふことよりは、寧ろこの種訴訟行爲に於ける效果意思の重要性を認め、民法の法律行爲に於けるが如く、これ等訴訟行爲の效力を其の効果意思の存在に懸らしめ得る理論の構造を意圖したものであらう。然

るに彼の如く「訴訟上の法律行為」に民法の規定の直接適用を否認し、單に民法上の法律行為と其の構造を同じくするといふのみにては、效果意思の點に付き、其の他の訴訟行為と異別の理論を立て難い。結局、訴訟法學の立場からは、民法の法律行為理論を導入して、かゝる特殊の訴訟行為の類型を設けたことが、無意味ではないとしても、別段の實益もなかつたと云はなければならない〔四〕。

〔一〕 Hellwig, Prozesshandlung u. Rechtsgeschäft, 1910. S. 33 ff. 同上譯書江口新氏、ヘルウィヒ訴訟行為論六五頁以下。Derselbe, System, Bd. I. S. 448 ff. この訴訟法律行為の觀念は、これより先、ブンゼンが主張した處である (Bun- sen, F., Lehrb. 1900, S. 8., Derselbe, Prozessrechtsgeschäft, ZZP. Bd. 35, 1905.)。しかし我が國には、ヘルウィツクの學説が殆んど其の儘受け入れられてゐる (例、江口新氏、訴訟法律行為、法曹七卷七八號。松岡博士、新民訴訟法註釋三卷六七九頁以下等)。

〔二〕 訴訟法律行為たる當事者間の合意としては、管轄に関する合意、仲裁契約、訴訟終了の合意 (裁判上の和解) 等、又、一方的行為としては、各種申立の取下、訴若くは上訴の取下、上訴並に故障の拋棄等が擧げられてゐる。

〔三〕 Hellwig, Prozessh. u. Rechtsg. S. 33. 62 ff.

〔四〕 Vgl. Rosenberg. Lehrb. S 187.

ローゼンベルグは、ヘルウィックとは異なつた考察方法の下に、「訴訟法上の効果を有つ(私法的)契約」(Vertrag mit prozess-
rechtlichen Wirkung)なるものを認め、ヘルウィックの所謂「訴訟上の法律行為」に屬する契約並に單獨行為は、當該訴訟の目的と同一なる法領域に屬し、從て通常は民法に依り (若し訴訟の目的が公法關係のものなれば公法に依り)、其の成立 (Zustandekommen) 並に

能力、代理等の事項が支配せられ、唯、其の行爲を許容すべきか否か (Zulässigkeit) のみが、訴訟法に依り決定せられるといふ〔一〕。斯く解するならば、民法の理論に依り、當該行爲の效力を其の効果意思の存否に懸らしめ得るのであるが、「訴訟法上の効果を有つ私法上の行爲」と云ふ觀念は、方法論的に容れ難き矛盾である〔二〕。エルトマンの見解、即ち訴訟法上の効果を生ずる合意を以て、私法・訴訟法の兩法域に跨る中間的存在であり、私法に依り其の構成要件を規律せらるゝも、其の効果は訴訟法に依りて定められると云ふ見方にも、亦、同様の矛盾がある〔三〕。

〔一〕 Rosenberg, Lehrb. S. 182.

〔二〕 拙稿「訴と請求」I。早法一七卷六二頁参照。尙、以下に述ぶる處参照。

〔三〕 Oertmann, P., Die vorgängige Rechtsmittelverzicht. ZJP. Bd. 45. (I 915). S. 102 ff.

惟ふに現在の法律制度と學問とは、法の世界を二分し、實體法と訴訟法とを對立せしむるのであるから、この問題に付ても、飽く迄この分離を認識し、法律行爲は實體法に依り、又、訴訟行爲は訴訟法に依り全面的に支配・規律せられると解するのが、方法論的に徹底した看方でなければならない。然らば訴訟行爲は、假令、夫れが民法の法律行爲の如く意思表示を内容としても、尙、訴訟法の支配を受くるのであつて、如何なる範圍に於て、この種の訴訟行爲を認むべきか〔一〕、又、具體的行爲に於ける効果意思の欠缺をして、當該行爲の效力に

影響あらしむるか〔二〕、等の點は、孰れも訴訟法に依り、又、訴訟法の立場から決定せられなければならない。尤も民法は、契約自由の原則に従ひ、法律行爲としての成立の爲め、意思表示の内容に積極的の限定を加へてゐないが故に、意思表示を内容とする訴訟行爲が、具體的なる經驗的事實として、他面に於て法律行爲としての要件を充足することもあり得るであらう。この場合に於ける法律行爲としての成立並に其の效力等は、孰れも實體法に依り規律せられる〔三〕。併しながら實體法上有効に成立するも、他方に夫れが訴訟行爲として如何なる效力を有つかは、異別の問題であり、其の間に聯關を認むべきか否かは、訴訟法の立場から訴訟政策的に (prozesspolitisch) に決定せられなければならない事項である〔四〕。しかし實體法と訴訟法とは異別の法體系に屬するが故に、原則的には其の間の聯關は之れを否定しなければならぬ。反對に訴訟行爲としての成立・不成立も、亦、同じく原則的には法律行爲としての效力に直接關聯なきものと解すべきである。

〔一〕 訴訟手續は、定型的なる過程に従ふものであるから、訴訟法の規定せざるが如き合意、若くは一方的意思表示の如きには、特別の必要を認めざる限り、原則的に其の訴訟行爲としての效力を否定して妨げないと考へる。この意味に於て、訴訟法に規定なき故を以て、上訴取下の契約を無効とせる大正十二年三月十日大民三判決 (民集二卷九一頁) には一應賛成し得る。しかしヘルウィックの如く (a. a. O. S. 46)、嚴格に、訴訟法に規定せられざる合意の效力を否定する態度は、行き過ぎであらう (兼子助教授、訴訟に関する合意、法協五三卷一二號六頁以下參照)。

- [二] 意思表示は、其の效果意思の内容實現を目的として爲されるのであるから、意思表示を内容とする訴訟行爲に付ては、其の行爲の效力を效果意思の存在に懸らしむることは理論的に可能である。但しその爲め訴訟手續の安定を害し、若くは其の系統的連續を破るが如きことがあつてはならないのであつて、結局、特定訴訟行爲に付き、かゝる解釋を執ることを妥當とするか否かは、訴訟政策 (Prozesspolitisch) の問題に歸する。
- [三] この場合、法律行爲と訴訟行爲の二個の行爲が併存せるものと見るべきでないことは、嘗て裁判上の和解に付き述べたことがある (拙稿、「訴と請求」Ⅱ、早法一八卷一四四頁)。
- [四] 例へば裁判上の和解の如き、合意の内容が實體關係に存する場合には、その訴訟行爲としての成立を其の法律行爲としての成立に懸らしむること (即ち其の間に不可分の關係を認むること) には充分に理由がある。而してこの聯關を認むるならば、效果意思の欠缺は、法律行爲の無効若くは其の取消を通じて、訴訟行爲としての效力に影響を及ぼし得ることになる (拙稿、前掲早法一八卷一四五頁参照)。

(2) 訴訟行爲の相手方 (Adressat) の問題

訴訟行爲の相手方に付ても考究を要する。民法上の法律行爲は、特定人に對して爲されるのを原則とするが故に、特に其の相手方の確定と云ふことは問題になつてゐないので、この法律行爲論を移植した訴訟行爲論に於ても、其の相手方に付き案外に無關心であつた。その顯著な例として、「訴訟上の請求」の相手方が、ヘルウィック並にシュタイン・ヨナス等の學說に於て曖昧に附せられてゐることは、既に指摘したが如くである〔一〕。ローゼンベルグは、當事者の訴訟行爲を申立、主張等の所謂「效力を索むる行爲」(Erwirkungshandlung) と、辯論行爲、訴若くは上訴の取下、告知等の所謂「效力を生ぜしむる

行爲」(Bewirkungshandlung) とに分ち〔二〕、前者は専ら裁判所若くは其の他の裁判機關に對して爲さるゝも、後者は、裁判機關の外、當事者、其の代理人、時として第三者なることがあると説明する〔三〕。しかし何等の理論的考察は加へられてゐない。

〔一〕 拙稿、前掲「訴と請求」I。早法一七卷四〇頁以下參照。

〔二〕 訴訟行爲のこの分類は、ゴールドシュミットの創始したものである。Goldschmidt, J., Prozess als Rechtslage, S. 364 ff.

〔三〕 Rosenberg, Lehrb. S. 189 ff.

惟ふに「訴訟」は、訴訟行爲の系統的連續に因りて組成せられるのであるから、當事者の「訴訟行爲」の相手方の問題も、「訴訟」の體系的分析に出發しなければならない。既に再三述ぶるが如く、「訴訟」の内容は、「訴」と「請求」とに方法論的分析を爲し得るのであるが、偕、この「訴」は、「訴訟の目的」たる請求に付ての判決の申立として、裁判所に對して爲されるものなることに異論がないと同時に、「請求」——「訴訟上の請求」——は、實體法上の權利主張として相手方に對して爲さるゝものと解せられる〔一〕。而して當事者の訴訟行爲のうち、行爲自體が既に其の相手方を特定せるものに付ては、素より其の相手方の確定といふ問題は存しないのであるが〔二〕、其の他の訴訟行爲に付ては、夫れが訴に附隨する行爲なりや、或は請求に附隨する行爲なりやに依りて其の相手方が

決定せられると考へる。

- 〔一〕 拙稿、前掲「訴と請求」Ⅱ、早法一八卷一三二頁以下参照。
- 〔二〕 行爲自體に因り其の相手方の確定せらるゝものとしては、各種の訴訟上の合意（例、民訴二五、三六〇條二項但書等）、告知（民訴七六條）或は通知（民訴三五七條二項）等を擧げ得る。

即ち訴訟行爲にして「訴」に附隨するもの、換言すれば純然たる訴訟手續上の行爲は、前述の如く當該行爲自體に依り其の相手方の特定せらるゝものを除き、孰れも裁判所若くは其の諸機關を以て相手方とする。例へば各種の申立を初めとし、事實上並に法律上の陳述、證據の申出等の如し。反之、「請求」に關聯する訴訟行爲は、原則として相手方たる當事者を以て其の相手方とする。例へば請求に對する抗辯、抗辯に對する再抗辯、並に其の請求若くは抗辯に關する當事者間の事實上並に法律上の陳述の如し。而して問題は「辯論」であつて、辯論は、之れにより原告の訴（其の他當事者の爲す裁判の申立）に對する裁判の資料を提供するのであるから、一面に於て辯論を組成する行爲は、訴訟資料提出行爲として裁判所に對して爲されると解しなければならぬが、又、この辯論を通じて、原告は、被告に對し訴訟の目的たる請求に關する主張を爲し、又、被告は、同じくこの辯論に於て原告の請求を排斥せんとするものであるから、この辯論を組成する行爲は、他面に於ては相手方たる當事者をも其の相手方と爲すものと解する必要がある。即ち辯論に於て爲さるゝ當事者の訴訟行爲は、裁判所に

對すると同時に、又、相手方たる當事者に對して爲される〔一〕。

〔一〕 しかしこの場合、辯論を組成する當事者の行爲に付き、裁判所に對する行爲と相手方に對する行爲との二行爲の併存を認むるといふのではない。當事者が辯論に於て爲す訴訟行爲のうち、訴訟法の立場からは「訴」に附隨する訴訟資料提出行爲の成立を認め、又、實體法の立場からは、「請求」に關聯する當事者間の事實上並に法律上の陳述交換が認められるといふのである。この見方は、裁判上の和解に付き述べたことがある（拙稿、前掲「訴と請求」Ⅱ。早法一八卷一四四頁参照）。

（3） 訴訟行爲の條件

訴訟行爲は、其の系統的蒐積に依り訴訟手續を構成するのであるから、性格的には條件に親まざるものと云はなければならない。蓋し條件の成就・不成就に依り爾後に訴訟行爲の有効・無効が決するものとすれば、訴訟手續の系統的連續を害するであらうが故である。しかし訴訟の審理は、屢々、複合せる過程を執りて進行し、一方の過程の結果が、他方の過程に對し條件を爲すが如き場合も存するが故に、訴訟行爲に付き、條件の附加を全面的に否定することは出来ない。訴訟法も、假執行宣言の申立（民訴一九
六條一項）若しくは假執行免脱宣言の申立（同條
二項）等の條件附申立を規定して居り、又、一の請求の理由なきことを條件として、他の請求を之れに附加する所謂「豫備的申立」(Eventualanträge) の適法なることは、學說・判例の認むる處である。

然らば如何なる訴訟行爲に付き、如何なる條件を附し得る

か。惟ふに訴訟行為に条件の附加を認むるは、前述の如く訴訟が單一なる審理過程を執らず、屢々、其の内容に於て複合し、其の間に相互依存の關係を存するが爲めに外ならないが故に、訴訟行為に条件を附加し得るは、複合せる訴訟過程の逐次的展開に必要な場合に限られなければならぬ。即ち前述せる豫備的申立、若くは本訴請求の理由あることを条件とする反訴の提起(条件附反訴)等は、孰れもこの理由に依り適法である。しかし、素、訴訟行為に条件を附することは、訴訟行為の性質より見て例外の事例と爲すべきが故に、夫れ以外、當事者の便宜等の爲め、条件を附するが如きことは是認し得ない。例へば被告の不出頭を条件として、一定事實を主張すると云ふが如し。

次に訴訟行為に附加せられ得る条件の種類であるが、訴訟手續は、自足的に進行せられるのであるから、訴訟手續外の事項を条件と爲すことは認められない。孰れも、當該訴訟手續に内在する事項であるか、若くは當該訴訟の審理に現はるゝ事實でなければならぬ。例へば一の防禦方法(例、消滅時_{效の主張})の排斥せられたることを条件として、豫備的に其他の防禦方法(例、辨済_{の主張})を主張することは許されるが、別訴に於ける勝訴を条件として請求を認諾すると云ふが如きことは認められないであらう。尙又、条件の附加夫れ自體が、矛盾せる觀念を包含する場合にも、夫れを許容し難いことは言を俟たぬ[-]。

〔一〕 例へば、一定の條件が成就するときは、一定の事項が眞實なりと云ふ陳述の如し (Vgl. Hellwig, Prozesshandlung und Rechtsgeschäft, S. 56)。しかし條件を爲す事實と訴訟行爲の内容との間の矛盾は、この場合に該當しない。例へば本文に述ぶるが如き、消滅時效の抗辯と共に、豫備的に辨濟の抗辯を提出するが如し。

以上述ぶるが如く、訴訟行爲には、訴訟審理の逐次的展開の爲め必要なる場合に限り、當該訴訟に内在する事項若くは當該訴訟の審理に現はるゝ事實を之れに條件として附加し得る。しかし具體的に如何なる訴訟行爲に付き、如何なる場合、如何なる條件を附し得るかは、個別決定的 (kasuistisch) に解決せられなければならぬ問題である〔一〕。

〔一〕 ヘルウィックも、亦、訴訟行爲に條件を附し得るや否やの問題は、法律に何等の規定なきが故に、個々の訴訟行爲の性質と訴訟の本質に照し、解決する外なしといふてゐる (Hellwig, a.a.O. S. 54)。

(二) 訴訟資料 (Prozessmaterial)

判決の資料として口頭辯論に於て蒐集せらるゝものを、訴訟資料といふ。「事實」と「證據」とに分たれ、證據裁判の制度の下に、裁判所は、證據に依り判決の基本と爲すべき事實を認定するのであつて、この両者は訴訟資料として全く其の機能を異にする〔一〕。即ち現在の訴訟制度の下に於ては、其の機能の上から見て、「事實」は第一次的資料であり、「證據」は第二次的資料としての意義を有つに過ぎない。しかし事實と證據とが、現在の如く全く異別の機能を有つ訴訟資料とせらるゝに至つたの

は、實體法學に於て構成要件學説が其の體系を整へ、又、訴訟法上には證據裁判の理論が一般に認識せられてから後のことであつて、夫れ以前には訴訟資料としての「事實」と「證據」との限界が不明瞭であり、裁判所に依りて蒐集せられしこの兩者が一體として原告の請求の理由ありや否やに付き其の判斷の資料となつたのである。しかし現在でも、當事者訊問（民訴三三六條以下）に於て、唯一の例外として、「事實」と「證據」との兩機能の併存を見出し得る〔二〕。

〔一〕 證據裁判主義の確立に至る迄は、「事實」と「證據」とは、現在の如く、其の訴訟資料としての價値に差異がなかつたと云ひ得る。尙、現在でも、「證據」に依り「事實」を認定するといふことは、裁判の論理構造であり、又、夫れを判決の「事實及争點」並に「理由」のうちに表示することは、一の裁判手續上の技術に外ならない。裁判官が、判決の基本たる事實を認定する心理過程に於ては、當事者の主張事實に依りて證據の價値を判斷し、又、證據に依りて事實を認定するといふこの兩者間の心理的交流が存する。訴訟法が事實認定の基礎に「口頭辯論ノ全趣旨」を擧げてゐるのは（民訴一八五條）、この心理的交流を肯認せるものと云ひ得るであらう。

〔二〕 當事者の主張事實に付き、裁判所が他の證據調に依り心證を得ること能はざる場合に、初めて當事者訊問に依り心證を得るといふのが一般の順序であり、又、「事實」と「證據」とを分離した現行訴訟制度の趣旨にも合致するのであるが、しかし當事者訊問に依り、裁判所が初めて事實の真相を知りたる場合、その事實を以て直ちに判決の基本と爲し得ないといふことは、この當事者訊問の趣旨から見て無意味であらう。

次に「法規」は、之れなければ裁判を爲し得ないが故に、一種の訴訟資料と看ることが出来る。この事は、夫れが成文法なると慣習法なると、又、國內法なると外國法なるとに因り渝り

なき理であり、又、法規範に非ざる各種の「經驗法則」(Erfahrungsgesetze) に付ても、同様でなければならない。しかし訴訟法學は、判決の基本として裁判所が當事者の提出を待つ處のものを「訴訟資料」と云ひ、法規並に經驗法則等は、當事者の主張なくとも、裁判の爲め必要あるならば、假令辯論主義の下でも、裁判所が積極的に其の調査を爲すを至當とするものであるから、一般にこれ等を訴訟資料とは云はない〔一〕。殊に「法律」(Gesetze) —— 國內成文法 —— は、其の調査と適用とを裁判所の專權、且つ其の全責任に歸せしめ、口頭辯論の事項と爲さないが故に、如何なる意味に於ても、現在の訴訟理論は、之れを訴訟資料の觀念から取除いてゐる。

〔一〕 このやうに、法規範並に經驗法則を、訴訟資料としての事實並に證據から之れを分離してゐることは、裁判技術上の要請と看すべきであり、制度的には、現在の如き實質的證據主義が行はるゝに至りし後のことである。夫れ以前には、判決の基本を斯く分析することなく、原告の請求を理由あらしむる「違法なる社會的事實」若くは「違法」そのものの存否が、訴訟審理の内容を爲したのである。この事は、古代に行はれた「盟神探湯」(くがだち) 等の形式的證據主義の訴訟制度に於て見ることが出来る。

しかしこの「法律」(國內成文法) を除いた法規範、即ち慣習法、慣習、自治法規若くは外國法に付ては、裁判所は職權に依る調査の權限を有ち、又、必要に因りこれ等を調査すべき職務上の義務を負ふも、國內成文法に於けるが如き其の絶對責任を負担しない。従て當事者としては裁判所の氣付かざる慣習法等

の存在を主張し、立證する必要を有つのであるが、其の主張並に立證は口頭辯論に於て爲される。經驗法則に付ても同様である。即ち慣習法、慣習、自治法規、外國の現行法並に各種の經驗法則は、當事者の主張・立證を待つ要證事項として、口頭辯論に現はるゝことあるが故に、現在の訴訟制度下に於ては、これ等を準訴訟資料と看るを相當とする。

第二 訴訟展開論（具象的・動態理論）

「訴訟展開論」(Die Entfaltung des Prozesses) に於ては、以上述べた「訴訟構造論」の如く、「訴訟」の抽象的構造理論を取扱ふのではなく、具體的なる「訴訟」の展開過程に付ての整序せられし記述〔一〕と、更に其の學問的分析・把握とを、其の内容とする。即ちこの部門に於ては、具體的「訴訟」に付ての經驗的概念の構成と、其の展開理論の究明とが、其の學問的目的であり、其の考察方法に付て云ふならば、夫れは具體的「訴訟」を對象とする具象論であると同時に、具體的訴訟の展開過程の把握を目的とするが故に、必然的に夫れは、「進展の思想」(Entwicklungsgedanke) に立脚する動態理論でなければならぬこと既に述べた如くである〔二〕。

〔一〕 この故に單なる手續論も、亦、訴訟展開論の一部とせられる。

〔二〕 本稿二一頁参照。

この考察方法の下に、訴訟展開理論の一部として次の如き事項が考察せられる。

I 訴 權 學 說

訴の提起に因り、裁判所は必ず當該事件の審理・判決を爲すべく、行政法上の「恩惠事項」(Gnadensache) と異り、制度上、裁判所が其の裁判を爲し、又は爲さざるの自由を有たざるの關係に合理的説明を與ふるのが、訴權學說の主なる目的であるから〔一〕、訴權學說は、當然、具體的「訴訟」を對象とした具象論でなければならぬ。抽象的訴權學說の如き抽象論は、訴權學說として半ば意味を爲さない〔二〕。これと同時に、訴權學說の學問的對象を爲す「訴訟」は、夫れ自體、既に述ぶるが如く、發展的内容を有つのであるから、訴權論それ自身にも、「進展の思想」(Entwicklungsgedanke) が盛られなければならない〔三〕。この意味に於て、ザウエル、グロー等の進展的訴權概念には賛成しなければならぬ〔四〕。

〔一〕 訴權論を中心として、實體法・訴訟法間の體系整序といふことが、併せて企圖せられるが、しかし夫れは、訴權學說の當面の問題ではない。この方に學說の中心を置いたものとしては、ゴールドシュミットの實體的司法法說 (Theorie des materiellen Justizrechts) 或は又、エールリヒのアクチオ法說 (Aktionenrechttheorie) 等がある。

〔二〕 抽象的訴權學說に依る「眞實なる審理、從て正當なる判決」(Degenkolb)、或は勝敗に拘らず單に「本案判決を要求する權利」といふが如き訴權學說では、原告に對し訴に依り自己の權利を飽くまで主張することを許す機構を説明し竭してゐない。後にも述ぶるが如く、從來の公權學說は、其の構造理論を私法的權利學說に借りたものであつた。然るに從來の私法的權利學說を看るに、權利の本質に付ては、意思說(ザウヰニエー)、利益說(イエーリング)、法力說(メルケル)等を其の主なるものとして、殆ど無數の學說が存するのであるが、畢竟するに夫れ等

は、私法全體の中心概念として、又、諸般の法律生活を抽象化したる究極概念として、權利の本質を論ずる點に於ては一であり、かかる方法に依り把握せられたる權利概念は、孰れも抽象概念に外ならない。従てこの方法論を其の儘に踏襲せる現在迄の公權論が、公權の抽象的概念を繞ぐる論究であつたことは當然であり、又、其の方法論に従へる訴權學說としては、當然、抽象的訴權論たらざるを得ない。しかし訴權學說は、本文に述ぶるが如く、具體的なる「訴訟」を對象とした具象論でなければならぬが爲め、訴權の抽象概念を以て満足することが出來ないで、其の結果、一般公權論と分岐して具體的訴權學說へと發展したのである（拙著、原理一卷二九七頁以下参照）。即ち抽象的訴權學說は、當然、具象論でなければならぬ訴權學說として、其の方法の妥當を缺くことに留意しなければならぬ。

〔三〕 進展の思想を盛らない訴權學說では、其の訴權概念は「訴訟」の或る段階にのみ妥當し得るに過ぎない。權利保護請求權説が、權利保護請求權の前段階として「訴の可能」（Klagmöglichkeit）の觀念を認めたのも、暗黙に「訴訟」の進展性に氣附いたものに外ならないが、しかし訴權夫れ自體に進展性を認めないが爲め、具體的「訴訟」と離れた概念論の域を脱し得なかつたのである。

〔四〕 拙著、原理第一卷三一四頁以下参照。

更に又、訴權學說の對象とする訴權の概念は、私法上の權利概念と異れることに留意しなければならない。即ち訴訟は一の制度であり、國家は、この民事訴訟制度を一般に公開し〔一〕、訴へられたる事件に付き、審理・判決を爲す機構を整備するのであつて（憲五七條）、國家としては制度營爲の責任の外、更に當事者に對しても、法律に依り審理・裁判を爲すべき責任を負ひ、之れに對する當事者の制度的地位は、其の他の行政施設に於けるが如く、所謂「反射權」（Reflexrecht）の概念を以てしては説明し難き更に強力なるものと看られる。而してこの關係を適切に説明すべく、

國家は、訴へられたる事件に付き審理・判決を爲すべき「制度的義務」を負擔し、當事者は、當該事件の審理判決を求むる「制度的權利」ありとして、夫れを「訴權」と稱するのである。即ち權利・義務の觀念を以て、裁判所に依りて代表せらるゝ國家と當事者とを對立せしめし點に於て、私法上の權利論と其の構造理論を同じくするも、しかし其の對立は、民事訴訟制度、更に具體的に云へば、裁判所・原告・被告に依り構造せらるゝ訴訟協同體 (Prozessgemeinschaft) [二] の内部に於ける夫れ夫れの法的地位 [三] を示すのであつて、個人主義的なる私法上の權利概念の如く、絶對獨立の二人格者間の對立關係を意味するものでない。即ち制度に基く、又、その内部に包括せらるゝ具體的なる「制度上の權利・義務」に外ならないのである [四]。

[一] 拙著、原理第一卷四二〇頁以下參照。

[二] 「訴訟協同體」に關しては、拙稿、民事訴訟改革の理論と其の方法 (民商誌一三卷一號三一頁以下) 參照。

[三] 後述するが如く、訴權否認の立場から、「法的地位」若くは「法律上の地位」(Rechtslage) の觀念を以て、訴權の觀念に代へんとする者がある (Lenz, G., Die Erneuerung unseres Verfahrensrechts aus dem germanischen Rechtsdenken, Deutsche Rechtswissenschaft, Bd. I. 1936. S. 352ff.)。しかし法的地位とは、單なる抽象概念であつて、本質論を定立し得ざる場合、斯く説明することは便宜であり、他にも其の例を見出し得るが (例、權利能力を以て「法律上の地位」と做すが如し)、しかしこの法的地位の内容を示さざる限り、竭さざる表現である。

[四] 最近には、私法的權利概念に付ても、從來の個人主義的抽象概念より之れを止揚して、具體的秩序思想に基く協同體内部に於ける具體的なる分肢權 (Gliederung)

schaftrecht) として理解せんとする主張もある (Z. B. Larenz, K., Rechtsperson und subjektives Recht. 1935.)。

以上述ぶるが如く、訴権學說に於ける權利概念は、具體的な制度概念であつて、從來の私法的權利論の展開せるが如き個人主義的・自由主義的な抽象概念と全く異なるものである。尤も過去の公權論は、私法的權利論の踏襲に外ならないで、抽象的公權概念を追求したのであるが、夫れは自由主義的國家理論の後退と共に、その轉回を餘儀なくせられたことは當然の成行であつた。而かもナチス國家理論の下には、從來の公權理論の修正に止まらないで、遂に公權否認論にまで到達し〔一〕、尙、夫れに倣ひて、訴訟法學の分野に於ても、レンツの「訴権否認論」が現はれた〔二〕。

〔一〕 Z. B. Maunz, Th., Das Ende des subjektiven öffentlichen Rechts, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 96 (1936). S. 71 ff. 尙、これ等公權否認學說に付ては、齋藤助教授が、文獻を博搜して詳細に紹介せられてゐる (同助教授、公法理論の訴権理論に及ぼせる影響、民商誌一二卷五號四七頁以下)。

〔二〕 Lenz, G., aaO. この論文の大要も、同じく齋藤助教授に依り紹介せられてゐる (民商誌一二卷六號三五頁以下)。

素より國家は、ルソーの民約說に依りて表現せらるゝが如き其の本質を個人の集積に求むべきものではなく、従て過去の公權理論が、個人主義的・自由主義的基調に立つ權利概念を以て、國家對個人間の關係を規律せんとしたる處に、方法論的誤謬の存することは明かである。しかし夫れなるが故に、公權概念を全

面的に否定するならば、新たに之れに代る構造理論を見出さなければならぬのであつて、訴權論の如き具象論に於ては、講學上、特にその必要を感ずる。この點に付き公權概念を否定するナチス公法學者のうちに、「法的地位」(Rechtsstellung) の概念を以て、公權概念に置換せんと試むる者があり〔一〕、訴訟法學の分野に於ては、レンツが、訴權の觀念を排斥して「法的地位」の觀念を導入し、之れを訴訟理論の出發點と爲したのである。しかし「法的地位」とは、前述の如く單なる抽象概念に過ぎないのであつて、訴權論の對象たる具象的構造理論を示すに妥當しない。唯、單に當事者の「法的地位」といふも、當事者が裁判所に依りて代表せられる國家に對し、當該事件に付き審理・判決を求め得る制度的可能の法律關係を十分に表現し得ないのであつて、若しこの術語に依り、從來、「訴權」の概念に盛られたと同じき意味を有たしむるものとすれば、畢竟するに夫れは用語の差異に過ぎざることゝなるであらう。從來の個人主義的なる私法上の權利論は別として、上述せる制度的權利・義務の觀念は、全體主義に立脚する國家理論、或は又、協同體の理論とも、十分に融合し得るものであり、具象的なる訴訟理論としては、一般の抽象的公權概念に對する批判に拘ることなく、「訴權」の概念乃至術語を棄つべき理由と必要とを見出し得ない〕二〕。

〔一〕 Z. B. Scheuner, U., Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in der Gemeinschaft, im "Frank's Deutsches Verwaltungsrecht," (1937) S. 82. bez.

89 ff. この論文に付ても、齋藤助教授の紹介がある（民商誌一二卷五號五九頁以下）。

〔二〕 この點、私の考ふる處は、齋藤助教授の夫れと反對である（同助教授、前掲民商誌一二卷六號四五頁參照）。

斯くして私は、訴訟理論の核心として訴權概念を支持する。而して爰には、個々の訴權學說に對する批判は、之れを省略し〔一〕、最後に結論として簡単に私の訴權理論を述ぶるならば、私も、亦、一個の訴權概念の發展的考察に依り、全訴訟體系に互る理論構造を試むる點に於て、ザウエル・グロー等の方法論に従ふのであるが、尙、訴訟理論の基礎構造として、原告に對し「訴權」を認むると同時に、被告に付き「應訴權」なるものを認むる點に新たなる提案を含む〔二〕。即ち訴權は、原告が國家に對して有つ法律に依る裁判請求權であつて、この請求權は、「前訴訟に於ける」(Vorprozessuale) 段階に於ては、抽象的内容を有つ單なる司法行爲請求權たるに止まるも、この權利に基き特定事件に付き訴の提起せられたる場合には、自己の請求を支持するに足る訴訟資料の蒐積に因り、當該訴訟の目的に付き自己の申立通りの判決を求むる具體的内容を有つ權利へと進展する。而して訴訟に於ける原告の行動は、自己の請求を支持すべく訴訟資料を提出し、裁判所に其の審理を求むるにあるが故に、原告の訴權は、裁判所に對し、審理其の他、夫れ夫れの段階に於て必要なるべき職權行爲の請求權（司法行爲請求權）として、又、自己に不

利益なる判決を受けたる場合には、上訴權として等々、夫れ夫れ訴訟の各段階に依り、異なる形相(Phase)に於て現はれる。

又、被告としては、法治國家の下、法律に依らずして自己に不利益なる裁判を受けざることの保障を與へられるのであるから、民事裁判に於けるこの保障要求が、被告の「應訴權」として現はれる。即ち被告は、自己に對し提起せられし訴訟に於て、自己の主張を支持し、原告の請求を排斥すべく、裁判所に對し必要なるべき審理其他の職權行爲を爲すべきことの要求權を有つ。之れを私は「應訴權」と名稱するのであつて、この應訴權は、訴權と異り本質的には消極的形式的權利であるが、訴訟手續上には、附隨的ながら裁判所に對する審理其他の司法行爲請求權の形相をも執り、尙、自己に不利益なる判決を受けたる場合には、上級裁判所に對し、其の不利益なる判決の取消若くは破毀を求むる積極的なる上訴權として現はれる。

斯くして私は、原告の有する「訴權」と、被告の有する「應訴權」とに依り、全訴訟體系の理論構造を把握せんとするのである。

〔一〕 詳細は、拙著、原理一卷二八四頁以下参照。

〔二〕 同じく前掲三二五頁以下参照。

II 訴 と 請 求

「訴訟」とは、「訴」に依り原告が被告に對し「訴訟上の請求」を爲す過程に外ならないが故に、訴の類型、個數、範圍並に特

定の訴に於ける「正當なる當事者」(訴訟遂行權)等の問題は、孰れも當該訴訟の目的たる「訴訟上の請求」との聯關に於て決定せられる。

(一) 訴 の 類 型

給付、確認並に創設の訴の三類型は、一般に判決の種類に依る區別とせられてゐるが、夫れは正確なる表現ではなくして、訴の内容を爲し本案判決の對象である「請求」の態様に依る區別である〔一〕。即ち「訴訟上の請求」の態様として、給付請求の外、確認並に創設請求なるものが認めらるゝが故に〔二〕、訴も亦、この三類型に分たれるのである。

〔一〕 判決は其の特性としては、凡べて法創定力と法確定力とを有ち、夫れ自體に付ては、給付、確認、創設判決の如き區別はない(拙稿、前掲「既判力」早法一九卷五八頁註三參照)。

〔二〕 これ等請求の各類型の成立過程並に其の内容に付ては、拙稿、前掲「訴と請求」早法一七・一八卷參照。

(二) 訴 の 個 數

形式的意義に於ける訴の個數は、訴に依り現に裁判所に繫屬する訴訟手續の數に依り決定せられるが、實質的には、當該「訴」に依り主張せられる「訴訟上の請求」、即ち「訴訟の目的」の個數に依り、訴の個數が決定せられる〔一〕。而してこの「訴訟上の請求」の個數を決定すべき基準に付ては、種々、異説を存するも、畢竟するに其の請求は、實體法上の法律要件を具備するものとして主張せられるのであるから、原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を決定する基準に従ひて、決定せられべきものであるが、しかし其の請求は、訴の内容として主張せられるのであるから、其の範圍に於て、訴訟法規と其の法理とに因り支配せられなければならない。これ等の關係並に各場合に於ける「訴訟上の請求」の個數決定に付ては、他の機會に既に私見を述べたことあるが故に、爰には省略する〔二〕。

〔一〕 從來、當事者が複數なれば、常に「訴訟の目的」は複數なりとの建前で、共同訴訟を以て複數訴訟關係と見た。しかし共同訴訟に於て「訴訟上の請求」の單數なる場合も存し得ることは、訴訟構造論に於て述べたが如くである（本稿、前段三二頁參照）。

〔二〕 拙稿前掲、「訴と請求」Ⅱ、早法一八卷一五〇頁以下參照。

（三）重 複 訴 訟

現行民事訴訟法は、重複せる再度の訴を不適法と做してゐる（民訴二
三一條）。而してこの場合、後訴が前訴と重複するか否かは、兩訴當事者の同一なることは當然の條件として、専ら各訴に内含せらるゝ「訴訟上の請求」が、重複するか否かに因りて決定せられる〔一〕。

〔一〕 拙著、講義案中卷一分冊五一頁參照。

（四）訴 訟 遂 行 權

特定訴訟の原告又は被告が、訴訟遂行權を有つか否か、即ち其の正當なる當事者であるか否かは、其の當事者（原告又は被告）と當該「訴訟の目的」（訴訟上の請求）との關聯に於て決定

せられる〔一〕。而してこの關聯は、主として實體法の規律する處であるが、時として訴訟法に依り、其の當事者に付き訴訟遂行權の有無が判斷せられる場合もある〔二〕。

〔一〕 拙著、講義案中卷一分册六二頁以下。

〔二〕 例へば選定當事者は、民訴第四七條の規定に依り訴訟遂行權を有つ。

Ⅲ 訴訟の成立

（一）請求の趣旨並に原因

訴狀に記載すべき「請求ノ趣旨及原因」の「請求」の意義が、從來、學者に依りて曖昧の裡に置かれてあつたことは、既に之れを指摘した〔一〕。即ち其の「請求」が、公法的性格なりや或は私法的性格のものなりや、從て其の「請求」の相手方は、裁判所に依り代表せらるゝ國家なりや或は被告なりやに付き、方法論的に整序せられし所論を見出し得なかつた。是れが、訴訟の成立に關する諸問題に付き、屢々無用なる意見の交錯を生ぜしめし因となつてゐる。私としては、實體法・訴訟法對立二元觀に基き、「訴訟上の請求」を實體法的性格のものと解し、訴狀に記載すべき「請求ノ趣旨及原因」は、素よりこの實體法的性格の請求であり、この「請求」に付き訴狀の提出に依り訴を提起するものと看るのである〔二〕。

〔一〕 拙稿、前掲「訴と請求」Ⅰ。早法一七卷三八頁以下參照。

〔二〕 即ち訴狀の提出、其の被告への送達は、實體法上には、之れに因り原告が被告に對し、訴狀に記載せられし請求を爲すことを意味すると同時に、訴訟法上には、其の請求に付て訴提起の效力を生ぜしむると解するのである（拙稿「訴と請求」

II. 早法一八卷一三二頁以下参照)。

(二) 訴提起の時點

「訴の提起」とは、訴狀の裁判所への提出といふ事實行爲を指稱することもあり得るが、法律的には、訴訟法が、かゝる事實行爲(訴狀の提出)に附せし法效果、即ち當該訴訟の成立を意味する〔一〕。されば爰に述べんとする訴提起の時點も、素よりそれは事實行爲の時點ではなくして、當該訴訟成立の時期のことでなければならぬ。而してかゝる意味に於ける訴提起の時點を何時に定むべきかは、成法の決する問題であるが、この點に付き、我が民事訴訟法第二二三條に「訴ノ提起ハ訴狀ヲ裁判所ニ提出シテ之ヲ爲ス」とあるが故に、訴狀提出の時を以て、訴提起の時點と爲す法意であることが明かであると同時に〔二〕、斯く解することが、實體法並に訴訟法の他の規定と最もよく調和を執り得る所以なのである〔三〕。

〔一〕 訴狀の提出に依り訴が提起せられるのであるから、素朴的觀察の下には、「訴狀の提出」と「訴の提起」と自同の觀念とせられ得る。しかし事實と法效果とを分つ構成要件論としては、「訴狀の提出」を以て事實行爲と做すに對し、それに因り「訴の提起せられしこと」は、「訴訟の成立」若くは「訴訟繫屬の開始」と云ふ法效果を意味するものと解しなければならぬ。訴提起の時點を、事實行爲たる訴狀提出の時點と解したのでは、法律論としては無意味である。

〔二〕 尙、第二三五條が、「訴ヲ提起シタル時」を以て、請求の擴張又は變更の「書面ヲ裁判所ニ提出シタル時」と同列に置き、この時點を以て、時效の中断其他裁判上の請求の效力發生時期と爲したことも、亦、この見解を支持する根據となる(拙著、講義案中卷一分冊三〇頁参照)。

〔三〕 訴提起の時点を、訴狀が被告に送達せられた時と爲したのでは、前掲民事訴訟法第二三五條の規定は無意味となるばかりでなく、訴狀が被告に送達せられて初めて時效中斷を生じたのでは、實踐的に不都合がある。

しかし従來、これに關しては異説がある。例へば訴狀が裁判所に依り受理せられたる時（具體的には、裁判長が辯論期日を指定して、訴狀に記入した時）に訴の提起が完了したりと做し〔一〕、或は訴狀が被告に送達せられたる時を以て、訴の提起、訴訟繫屬の時點とする見解〔二〕等の如し。前述の如く、訴訟法は、訴狀提出の時を以て訴提起の時點と爲せることは明かであるが、訴提起の要件、即ち起訴要件〔三〕のうちには、被告に對する訴狀の送達の如く、訴狀提出の時には、未だ充足せられ得ざる事項も存するのであるから、民法の構成要件論と同じき抽象的靜態理論を以てしては、未だ要件の具備せざる訴狀提出の時に、訴提起の效力を認むるが如き理論に到達することは、方法論的に不可能なのである。尙又、これ等の所説は、訴は、其の提起行爲の完了した時に成立すると云ふに歸するのであつて、方法論的には訴の提起を、専ら行爲としての側面から實證的觀察を爲せるものと云ひ得るであらう。しかし爰に「訴の提起」とは、「訴狀の提出」の事實行爲に附せらるゝ法効果を意味すべきこと、前述の如くである。

〔一〕 山田博士、日本民事訴訟法二卷二八頁。

〔二〕 故井上直三郎教授、訴訟繫屬時點、法叢二三卷一號、再び訴訟繫屬時點に付て、法叢二三卷六號。

〔三〕 起訴要件に付ては、拙著、講義案中卷一分冊八二頁以下參照。

既に繰返し述ぶるが如く、訴訟は、訴狀の提出より判決の確定に至る迄の間を連繋する發展的過程なのであるが、偕、其の過程の孰れの處を訴提起の時點と做すべきかは、訴訟手續の進行中、訴提起の時點を廻り争ひを生じ、其の點に付き裁判を爲す必要を生じたる場合に、初めて問題となるのであつて〔一〕、訴狀提出の時に、何時が訴提起の時點なりやに付き争を生ずるが如きことは、訴訟實踐論（具象論）として、考ふる餘地がないのである。されば特定訴訟に於て、原告の訴狀提出に因り訴提起の効果が發生するには、特に規定なき限り裁判の時に其の要件（起訴要件）の具備が認定せらるれば足り、訴訟法の規定したる訴提起の時點に於て、既に夫れ等要件の具備せることを必要としないのである。要之、「訴訟」の如き、要件の順次的充足の行はるゝ發展的過程に付ては、要件具備の時と、これ等要件の具備に因る法効果發生の時とが異別なることは、理論的にも、又、實踐的にも可能なのである。訴訟法の規定と訴訟實踐的要請とに従ひ、訴狀提出の時を以て、訴提起の時點と做すことに理論的根據を見出し得ないと云ふことは、畢竟するに「訴訟」と云ふ具體的な動態現象に對し、實體法論の如き抽象的靜態理論を以てせる方法論的誤謬に基くものでなければならぬ。

〔一〕 例へば裁判に當り、時效中斷の時期に付き争を生じたる場合に、其の時效を中斷せる訴提起の時期が問題となるが如し。

(三) 訴の提起に因りて生ずる諸效力

訴の提起に因り、當該事件が裁判所に繫屬するが(訴訟繫屬)、その外、尙、管轄の確定(民訴二_{九條})、重複訴訟の禁止(民訴二_{三一條})等の訴訟手續上の諸效力と、時效の中斷、債務者附遲滯等の實體法上の諸效力とが生ずる〔一〕。而してこれ等訴の提起に因りて生ずる諸效力は、概して訴訟の終了に至る迄存續するが爲め、一般に、凡べてこれ等を訴の提起に因りて生ずる「訴訟繫屬」の効果と做してゐる〔二〕。そのうち實體法上の效力を以て、訴に内含せらるゝ實體法上の權利主張の效力と做す見解は、未だ我が國の學者に依り充分に理解せられてゐない〔三〕。

〔一〕 これ等の諸效力の詳細に付ては、拙著、講義案中卷一分册三四頁以下参照。

〔二〕 ドイツ舊民事訴訟法草案理由書中、第二二七條(獨舊二三五條、現二六三條日舊一九五條に該る)「訴ノ提起ニ因リ訴訟ノ權利拘束(訴訟繫屬と同意義)ヲ生ス」の説明の冒頭に、「權利拘束は、一面に於て訴訟上、他面に於て實體法上の效力を有す」と説明してゐる(Hahn, Die gesammten Materialien zur Zivilprozessordnung, 1880. Abt. I. S. 259.)。

〔三〕 この主張の根據と其の詳細に付ては、拙稿、「民事訴訟開始の私法上の效果に就て」、早法一三卷所載参照。

惟ふに訴の提起に因り「訴訟繫屬」(Prozesshängigkeit)の效力を生じ、訴訟手續が進行せられるのであるが、訴の提起に因りて生ずる訴訟法上の效力とは、この訴訟手續上に生ずる效力に外ならないのであるから〔一〕、夫れを「訴」提起の效力と看るも、或は「訴訟繫屬」の效力と看るも、結局に於て同じである。しかし訴の提起に因りて生ずる實體法上の諸效力は、訴訟の目的

の實體關係に付き生ずるのであつて、訴訟手續とは何等直接の
聯關を有たない〔二〕。さればこれ等實體法上の諸效力の發生は、
素より訴訟繫屬の效力でもなく〔三〕、又、國家に對する判決の申
立たる「訴」の效力でもなく、夫れは「訴」に依りて主張せ
られる「訴訟上の請求」の效力に基く。換言すれば、訴の提起
に内含せらるゝ「訴訟上の請求」の主張、即ちその實體法上の
權利主張の效力でなければならぬ。斯く解することに因り、
訴の提起を廻る實體法上の諸問題が矛盾なく合理的に解釋され
得るのである〔四〕。從來の學說には、訴の提起に因る訴訟上、
訴訟外の諸效力發生の關係が、明確にせられてゐない憾があ
る。

〔一〕 拙著、講義案中卷一分冊三五頁參照。

〔二〕 時效の中断が、當該訴訟手續の終了に至る迄繼續するのは、民法第一五七條
に基くのであつて、訴訟繫屬の效力と看るべきものではない。

〔三〕 訴の提起に因る實體法上の效力を訴訟繫屬の效力と做すことは、私法的訴權
學說の如き、「訴」と「請求」とを自同の觀念と做す體系の下にのみ妥當する理論
であつて、訴訟法と實體法、從て「訴」と「請求」とを嚴別する理論（公法的訴
權學說）の下にては不可能である。

〔四〕 この詳細に付ては、前掲拙稿、早法一三卷三六頁以下參照。

IV 訴 訟 の 過 程

「訴訟」は、訴の提起より判決の確定に至る迄、訴訟行爲の系
統的連續として、手續過程を爲してゐる〔一〕。而してこの過程は、
經驗的訴訟概念としての把握が可能であり、其の把握の記述が、
嘗て民事訴訟法の大部分を占めた訴訟手續論なのである。從て

夫れ等は、所謂、記述民事訴訟法學の範圍に屬するが故に、この訴訟の過程に於ては、民事訴訟の理論として述ぶべき問題に乏しい。

[一] 尙又、この「訴訟」に於て、訴訟資料が蒐集せられるのであるから、「訴訟」は、之れを訴訟資料の蒐集過程と看することも出来るが、その蒐集は、口頭辯論に於て爲されるのであるから、結局に於て夫れは手續過程に外ならない。しかし實質的に「訴訟」を訴訟資料の蒐集過程と看するならば、手續過程と異なる動的概念を構成し得るが、現在の訴訟制度では、訴訟資料は、口頭辯論終結の時の状態に於て裁判の資料となるのであるから、「訴訟」を訴訟資料の蒐集過程と看ても、別段夫れに因り訴訟資料に關する理論が構造せられるものでもなく、無意味である。凡べての考察方法は、夫れ自體に意味があるか、或は他の考察方法の基礎となり、若くは其の前段階 (Vorstufe) に位置するのでなければ、學問的に無用の努力でなければならぬ。小野清一郎教授は、刑事訴訟の發展過程をば、事件の實體的内容を形成し行く實體的形成過程と手續形成過程とに分たれるのであるが (構成要件概念の訴訟法的意義、牧野教授還曆祝賀刑事論集四五九頁以下)、民事訴訟に於ては、小野教授の所謂「實體的形成過程」は、裁判官の心理活動の裡に存して、「訴訟」夫れ自體の過程ではない (この點刑事訴訟に於ても同様であらう)。訟訴手續には、其の實體的形成過程の一斷面が、偶々中間判決の内容として具現せらるゝことあるに過ぎない。夫れのみにて、訴訟手續を「實體的形成過程」と看することは、徒らに論理を繁雜ならしむるに止まる。小野教授が示唆を受けられたと云ふザウエルの考へ方は、彼の學問的態度である、寧ろ度を過ぎたと思はれる分析的方法論に従ひて、訴訟展開論 (Die Entfaltung des Prozesses) を (一) 實體形成論 (Sachgestaltung) (二) 遂行論 (Verfolgung) (三) 手續論 (Verfahren) の三部に分つたに止まり、夫れなるが故に、特に「訴訟」を「實體的形成過程」として取扱ひ、理論を構造してはならないのである (Sauer, Grundlage, S. 187 ff.)。

(一) 訴 の 變 更

訴は、一定の「訴訟上の請求」(訴訟の目的) に付き、之れを

提起し、其の審理・判決を爲す過程が「訴訟」なのであるが、訴訟法は、一定要件の下に「訴訟の目的」の變更を許し、之れを「訴の變更」(Klageänderung)と云ふ〔一〕。しかし「訴の變更」と云ふも、その内容を爲す「訴訟の目的」が實質的同一性(Identität)を保つ限度に於ての變更に限られるのであるから〔二〕、其の變更前並に後の兩訴も、亦、同じく同一性を保つものと看なければならぬ〔三〕。この點に於て、訴の變更は、舊訴の取下、新訴の提起と異なり、訴訟手續も、其の變更前の手續が、其の儘、繼續進行せられるのである。

〔一〕 實體法・訴訟法の分離・對立する公法的訴權理論の下に於ては、「訴」の變更といふも、夫れは「訴訟の目的」(請求)の變更のことである (Rosenberg, Lehrb. S. 327. 拙著、改正民事訴訟法評釋、一五七頁参照)。尤も訴の變更を以て、「訴の要素」の變更なりといひ、或は具體的に、訴狀の必要的記載事項の變更なりと説明する者もある。當事者並に裁判所の變更を「訴の變更」の概念に包攝すべきものであるか考究を要するが (拙著前掲評釋一五七頁註一参照)、夫れが訴訟の目的 (訴狀の記載事項としては「請求ノ趣旨及原因」) に關する限り、訴の變更を以て「訴の要素の變更」と看することも、又、「訴狀の必要的記載事項の變更」と看することも誤謬ではない。しかし訴の變更の制度目的に照し、原告が其の請求 (訴訟の目的) を變更したるが故に、これ等の變更を生ずるものと看るが相當であらう。「訴訟の目的」の變更を「訴の變更」と稱するのは、「訴」と「請求」とを自同の觀念と做せる、私法的訴權學說當時の考へ方に依れるものなることに注意を要する。

〔二〕 この故に我が民訴法は、訴の變更に付き「請求ノ基礎」に變更なきことを要求する (民訴二三二條)。尙、以前には、訴の變更に付き嚴重なる制限を設け、從て訴の變更に依り全く別個の請求を爲すが如きことは、素より許されてゐなかつた (拙稿、前掲評釋一五九頁以下参照)。

〔三〕 斯くして訴訟の目的の變更前の訴が、其の變更せられたる訴訟の目的に付き存続するのであるから、裁判所は、變更せられたる訴に付き審理判決を爲せば足る。従て舊請求の撤回、新請求の主張を爲す所謂、「交替的訴の變更」の場合にも、舊訴の取下若くは舊請求抛棄の手續は不必要である。蓋し舊請求が新請求に轉移し、又、舊訴は新訴として存続するのであから、抛棄すべき請求、取下ぐべき訴なるものは存し得ないのである。(拙稿、判例批評民商法誌一一卷六號一一頁参照)。

(二) 審 級

現在の訴訟制度は、「訴訟」の手續過程を三審級に分つ。この審級 (Instanzengüge) は、訴訟手續上に於ける段階を爲すことの外、尙又、訴訟資料の蒐集に付ての段階ともなつてゐる。而して訴訟資料の蒐集に付き、審級を如何なる段階と爲すべきかに付ては、所謂、覆審主義並に續審主義の區別が存するのであるが、尙、續審主義のうちにも、上級審に於ける當事者の訴訟資料の更新權 (Novenrecht) を如何なる程度に於て認むべきかに因り、制度的の差異を生ずる。

尙、この審級の訴訟手續上の段階は、訴訟資料蒐集に付ての段階と、理論的に之れを區別しなければならぬ〔一〕。

〔一〕 控訴審は第一審の續審なるが故に、控訴審に於ては準備手續を開く餘地なしといふが如き議論は、この兩者を混同せるものに外ならない。

(三) 訴訟繫屬の終了

訴訟繫屬は、終局判決の確定に因り終了するのを常態とするが、尙、訴の取下に因りても終了し、又、請求の抛棄、認諾若

くは裁判上の和解等に依り、審理・判決の對象を喪失したる場合にも終了せざるを得ない〔一〕。以上は、訴訟繫屬の終了原因が、訴訟手續上に表現せらるゝ場合であるが、相續若くは會社合併の如き、訴訟外部の法律事實に基き、原告・被告の當事者人格が同一主體に歸したる場合の如きにも、尙、訴訟手續は、之れに因り終了する。

〔一〕 この場合、民訴法第二〇三條に依る調書を作成せざるも、尙、訴訟手續は終了するものと解しなければならぬ。

この訴訟繫屬の終了は、終局判決の確定若くは訴の取下といふが如き、訴訟手續上の法律事實若くは訴訟行爲に伴はるゝ一の「法效果」なのであるが、又、之れに因り、經驗的事實として訴訟手續が終了せしめられるのであるから、夫れは一の「法律事實」でなければならぬ。斯くて「訴訟繫屬の終了」は、一面に「法效果」として、又他面には「法律事實」として、二つの異なる價値の側面を有するが故に、訴訟實踐的には、同一訴訟手續内に於て、尙、この兩側面に於ける價値判斷の齟齬といふことが考へられる〔一〕。而してこの齟齬に對し、其の是正手段の必然的存在は、訴訟制度の構造の上から見て當然の要請でなければならぬ〔二〕。

〔一〕 例へば終局判決が確定したるものとして、手續上には「既濟事件」として處理せられたるも、其の實、訴訟手續の中断等に因り、未だ判決が確定せず、從て訴訟繫屬の終了といふ法效果の生じてゐない場合の如し。

〔二〕 例へば裁判上の和解若くは訴の取下に付き、「新期日指定申立の方法に依り其

の無救主張を許すことは、訴訟法に其の規定なきも、判例に依り、本文に述ぶる齟齬是正の途を設けた好適例である（昭和六・四・二二、大民三決定、民集一〇卷三八〇頁。昭和八・七・一一、大民五決定、民集一二卷二〇四〇頁）。序でながら、同一事象に對する、同一訴訟手續上の異なる側面に於ける價值判斷の齟齬といふことは、訴訟手續の各所に於て看られる處であるが、判例は、その齟齬に對し、殊更に眼を蔽ふの態度を執る場合が多いのではあるまいか。

V 裁 判

裁判(Entscheidungen)は、判決(Urteil)、決定(Beschluss)並に命令(Befehl)とに分たれ、「訴訟」即ち「訴」と「請求」に對する裁判は、右のうち「判決」の形式を以て爲される(民訴一_{八二條})。判決理論は、次の如き項目に之れを分ち得る。

(一) 訴 訟 資 料

訴訟資料は、口頭辯論終結の時の状態に於て判決の基本とせられるのであつて、現代の訴訟制度は、其の提出責任(主張並に立證責任)を當事者に負擔せしむる。而してこの責任を原告・被告の孰れに負擔せしむるかは、主張並に立證責任分配の問題であるが、この分配は、訴訟の目的の構成要件を基準として定めらるべきものなるが故に〔一〕、この責任を定むる規範は、訴訟の目的の夫れと同じく、實體法的性質のものであつて、訴訟法ではない〔二〕。

〔一〕 請求原因に付ては原告に、又、抗辯に付ては被告に、其の主張並に立證責任の存することに争ひはないが、問題は、請求原因の構成事實と抗辯事實との限界なのである。

〔二〕 Rosenberg, Lehrb. §. 116 III 2a (S. 391); Derselbe, Beweislast S. 101 ff

(二) 事實の認定

事實の認定は、證據に基く自由なる心證に依るを原則とするが(民訴一八五條)、擬制若くは推定の規定の存する場合には、自由なる心證に依る事實の認定が、確定的に、若くは假定的に、拒否せられる。この事實の認定は、次に述ぶる法律の適用と本質的に異別のものとなせらるゝが、其の限界に曖昧なるものがある〔一〕。

〔一〕 事實と法規との間に、經驗法則と云ふ中間的介在が存するが故である(本稿四八頁参照)。實踐的には、上告に關聯して、事實問題か法律問題かと云ふかたちで争はれてゐる。

(三) 法律の解釋

實體法學は、所謂、解釋法學として、實體法の解釋理論を以て、其の學問的體系を構造してゐる。而して裁判に當つては、この解釋法學の理論體系に遵ひて、裁判所は、その認定したる事實に適用せらるべき法規範を發見しなければならない。即ち裁判は、法律に依據した判斷であるといふ合理的性格を有つのであるが、尙、他面には、當該事案に對する具體的妥當を追及しなければならぬといふ非合理的性格をも含む〔二〕。然るに實體法の論理は、抽象的であり、具體的事件に對する妥當なる判斷を夫れ自體に包含してゐないが故に〔二〕、裁判所は、具體的妥當を追及して、實體法の解釋理論を驅使しなければならない。其處に技術の場面がある。この裁判の技術に關しては。後に述ぶるであらう。

〔一〕 從來、裁判に付ては、夫れが法律に依據することを要請せらるゝ合理的側面のみが取上げられ、法規を大前提とし、確定せられし事實を小前提とし、推理に依りて得たる結論が裁判であるといふ論理構造に於て、それを理解した。而して裁判が、實踐的に具體的妥當を追及しなければならぬ非合理的性格に付ては、法律の目的解釋などゝいひ、解釋理論の背後に潜ましめ、裁判夫れ自體の性格とは之れを看てゐない。かゝる學問的態度が、裁判理論として塌さざるものであることは言を俟たないのであるが、しかしイザイの如く、裁判の實踐的側面のみを看て、裁判を以て本質的に非合理的性格のもつと理解することも、亦、正しくない (Isay, H., Rechtsnorm und Entscheidung, 1929.)。國家は意思主體であり、裁判は國家の意思表現なるが故に、裁判は、其の實踐過程の如何に拘らず、本質的に合理的性格を有たなければならぬ。即ち裁判は、其の本質に於て法律に依據する合理的性格を有つと同時に、實踐的には、具體的妥當の追及といふ非合理的性格をも兼有するのであつて、而かもこの矛盾せる裁判の有つ二性格を、具體的事件に於て融合せしむることが、解釋技術であり、裁判技術なのである。尙、この關係に付ては、裁判に於ける理由具備の原則の緩和として、別稿に於て卑見を開陳してある (拙稿、民事訴訟改革の理論と其の方法、民商誌一三卷二號參照)。

〔二〕 正にイザイの喝破せるが如く、「論理は正義價値に對しては盲目であり、正義に適合せる裁判も、又、不正義の裁判も、同一の規範から、同じく論理的矛盾なく導き出される」。

(四) 判決の效力

判決の過程は三段階に分たれ、夫れ夫れの段階に於て異なる效力を生ずる。即ち判決の言渡に因り生ずる羈束力 (*bindende Kraft des Urteils*)、上訴に依る不服申立の途の失へることに因り生ずる形式的確定力 (*Formelle Rechtskraft*)、並にこの形式的確定力の發生に因り「訴訟の目的」に付て生ずる「實體的確定力」 (*materielle Rechtskraft*) 若くは「既判力」が夫れである〔一〕。羈束力並に形式的確定力が、訴訟

法上の效力なることに争ひはない。しかし既判力の性質に付ては、訴訟法説並に實體法説が對立し、尙、外に中間學説並に公法的並に一般法學上の既判力學説も存する〔二〕。私は、既判力を以て、その拘束力が訴訟法に依り規律せられ、且つ訴訟手續上に限定せられた實體法に依據せる效力と解する〔三〕。

〔一〕 拙稿、前掲、「既判力」早法一九卷四頁参照。

〔二〕 拙稿、前掲二五頁以下参照。

〔三〕 拙稿、前掲五七頁殊に六二頁参照。

第三 訴訟技術論(訴訟實踐理論)

民事訴訟は、既に述ぶるが如く一の制度である。而して制度は、常に其の營爲の爲めに技術を必要とするのであるが〔一〕、制度といふ一の組織下に、各個技術の綜合せらるゝ場合には、其處に必然的に、自然科學に於ける作業方法 (Arbeitmethode) に比すべき技術理論が生み出される。爰に訴訟技術理論とは、「訴訟」の營爲の爲めの技術理論であり、又、夫れは、權利保護制度としての民事訴訟に於ける事件處理の實踐理論に外ならないのである。

〔一〕 技術理論は、自然科學の分野に於て其の研究が始められたのであるが、夫れが社會科學の部門に於て關心を有たるゝに至つた。民事訴訟法學に於ても、技術理論を其の學問的體系のうちに取り入るべき必要に直面しつゝありと考へる。本稿にては、頁數の關係もあり單に其の示唆を與ふる程度に止まる。

訴訟技術理論は、それを手續技術理論と裁判技術理論とに分ち得る〔一〕。

〔一〕 この區別は、學問的方法に過ぎないのであつて、訴訟實踐的には、この兩者は不可分の關係に立つ（拙稿「訴と請求」Ⅱ、早法一九卷一七五頁以下參照）。

I 手續技術理論

爰に手續技術理論とは、手續そのものを對象とする技術理論のことであつて、手續に關聯する事務の取扱ひ方（例、訴訟書類の作成處理の方法の如し）若くは又、審理の方法（例、證人訊問方法、書類の鑑定方法等の如し）に付ての技術を對象とするものではない。從來、訴訟法學に於て、「訴訟主義」（Prozessprinzipien）と稱せらるゝ處のものは〔一〕、概して「訴訟」の構造理論を示すものであるが、そのうちには、その一側面に於て、爰に謂ふ「手續技術理論」の骨組を爲すものもある。當事者辯論主義、口頭主義、書面主義等、訴訟審理に關する主義が夫れである。

〔一〕 各種訴訟主義の詳細に付ては、拙著原理一卷四一七頁以下參照。

訴訟手續技術は、専ら訴訟の營爲、換言すれば訴訟手續の進行に付て存する。然るに從來の民事訴訟法學は、單に手續論として手續進行の過程を記述するに止まり、訴訟營爲の技術には全く觸れなかつた。蓋し夫れに學問的考察を加ふる方法を有たなかつたのである。されば手續技術理論なるものは、從來の訴訟法學の知らざりし處であるが、訴訟實務家の執筆せられし論稿のうちに、手續技術理論の展開せられてゐるものがある〔一〕。

今後、これ等の論稿を契機として、訴訟實務家の研鑽に因り、手續技術論が、次に述ぶる裁判技術理論と共に、其の理論の體系化せらるゝと同時に、豊富・精密なる具體的内容を有つに至るべきことを期待する。

[一] かゝる新たな方向を見出した論稿として、村松俊夫氏、「辯論主義に就ての一考察」(民商一〇卷三、四、五、六號)を挙げ得るであらう。この論文は、單なる判例の綜合研究といふに止まらず、判例の綜合を通じて訴訟營爲の理論を見出さんとする努力が論文の全體からにじみ出てゐる。尙、同氏、口頭審理主義と書面審理主義(法及政治の諸問題所載)、河本喜與之氏、民事訴訟法の理想(日本法學六卷二號)等も、亦、この意味の文獻としての價値を有つ。

II 裁判技術理論

裁判は、訴訟資料の蒐集、其の價値判斷に依る事實の認定、法律の解釋適用等の段階に分たれる。而して訴訟資料の蒐集は、訴訟手續上の事項であるが、主張並に立證責任は、訴訟の目的と同一なる法規範(通常は實體法規範)の支配を受くべきものとせられ[一]、又訴訟の目的に付ての法律の解釋・適用は、素より實體法の領域に屬する。斯くて裁判の過程は、訴訟法の領域と實體法の夫れとに二分せられ、訴訟法學と實體法學とは、その夫れ夫れの領域内に理論體系を構造するのであるが、偕、具體的事件に於て、これ等訴訟法並に實體法の理論を綜合して、具體的に妥當なる裁判を爲すに當りては、實踐に則した裁判技術ともいふべきものが必要とせられる。この點、既に述べたるが如くである[二]。即ち裁判の本質は、法律に依據した判斷であるべき合理的性格

を有つが、しかし實踐に於ける裁判、即ち具體的なる裁判は、夫れが當該事件に付き、具體的妥當の判斷でなければならぬといふ非合理的性格をも帶ぶる。而してこの矛盾せる二つの性格を、具體的事件の裁判に於て融合せしむることが、裁判技術の本領なのである〔三〕。殊に最近の如く社會狀勢の著しき變化に因り、自由主義を基調とする民法體系が、其の適用せらるべき社會地盤 (social ground) と著しく乖離するに至つた事情の下に於ては、其の間の調和を圖る爲め、益々、裁判技術の重要性が増大してゐると云はなければならぬ〔四〕。

〔一〕 本稿六九頁以下参照。

〔二〕 本稿二二頁並に七〇頁参照。

〔三〕 本稿七一頁〔註一〕参照。

〔四〕 民事裁判に於ける國家的意圖の反映、若くは國家目的の達成 (法と政治との關係) といふことは、裁判に於て適用せらるべき實體法を通じて爲されるのであるが (拙著、原理一卷二二頁)、その場合に、裁判技術は、重要な役割を演ずる。

然るに從來の裁判理論は、既に述べたるが如く、裁判を以て、徹頭徹尾、法律に依據する合理的性格のものと做したのであつて、かゝる裁判の理論構造の下に於ては、裁判技術なるものゝ介在する理論的餘地を存しない。その爲め、實踐に於ける具體的妥當の追求は、個別決定的 (kasuistisch) に、或は實體法並に訴訟法の解釋問題として取扱はれ〔一〕、或は純然たる手續上の問題として裁判所の裁量的處置に委せられたのであつて〔二〕、これ等に對し、統一ある裁判の過程に則した組織的考察が全く缺けてゐ

た〔三〕。斯くして裁判技術に對する組織的考察の欠缺は、必然的に裁判の過程を便宜主義に墮せしめ、屢々、夫れは、裁判に於ける裁判機關の擅斷を齎らしてゐる〔四〕。惟ふに裁判の適正は、裁判過程の適正を其の先行要件と爲すのであつて、而かも裁判過程の適正化は、前述の如く裁判技術理論の領域に屬する。手續技術理論と共に、今後に於ける其の研究が待たれるのである。

〔一〕 例へば法規を其の儘適用することにより、不當の結果を招來するを避けんが爲め、事實の認定に付き事實上の推定を設けて、立證責任の所在を一般原則より轉倒せしむるが如し。例へば不當なる假差押、假處分に付ては、不當判決の執行に對する無過失損害賠償の規定たる民訴一九八條の如き規定を存せざるが爲め、一應、債權者に過失の存在を推定して、特別なる事情なき限り、債權者は尠くとも過失の責に任ずべきものとせる判例など其の適例である（明治四一、七、八、大民二判決民錄一四輯八四七頁、民抄錄三五卷。昭和一三・五・七、大民四判決、民集一七卷八六七頁）。

〔三〕 例へば結果の妥當の裁判に到達すべく、自由心證主義を利用して事實認定に加減をすといふことは、考へられ得る處である。

〔三〕 イザイが、簡單ながら、裁判技術（Die Technik der Rechtsprechung）と題して述べてゐるのが、この問題を統一的に取扱つた唯一の文獻といふべきであらう（Isay, H., Rechtsnorm und Entscheidung, S. 334 ff.）。

〔四〕 これは、屢々、或は裁判所の職權と謂ひ、或は證據の取捨判斷、事實の認定は、原審裁判所の專權とすといふが如き、形式的理由に因る上告理由排斥の態度となつて現はれてゐる。

III 訴訟技術と實踐

以上述ぶるが如く、民事訴訟は、一つの制度として、その運用に技術を必要とする。司法權は、天皇の御名に於て裁判所之れを行ふのであつて、訴訟營爲も、亦、素より法律の規定に依據

しなければならぬが、しかしそれなるが故に、技術の重要性を無視することは出来ない。否、制度は死物であるから、其の活用は技術に待たなければならぬ〔一〕。即ち具體的妥當の裁判は、單なる實體法並に訴訟法の理論の羅列からは生じないのであつて、更にこれ等理論を具體的妥當追及の爲めに操作する裁判技術が必要なのである。しかし技術は手段であり、或る目的達成の方法に過ぎないのであるから、技術の正しき運用の爲めには、其の指導理念の措定が先決問題である。近來、民事訴訟が、権利保護の制度的機能を殆んど喪失し〔二〕、民事訴訟の危機を叫ばれるのは〔三〕、現代に則應した民事訴訟の指導理念が樹立せざること、大なる原因がなければならぬ。即ち民事訴訟の技術理論は、民事訴訟の制度目的を顯現するに充分なる其の指導理念の上に立つことが要請せられる〔四〕。

〔一〕「よい判事は、如何なる法律からでも、よきもの、妙なくとも我慢し得る程度のもを作る。しかし下手の判事は、世界の最も良き法律をも墮落せしむる」とのバウムバッハの言は、ナチス・イデオロギーに依る民事訴訟の改革に於て、其の指導精神と人的要因の重要性を高調したものであるが、同時に訴訟技術の決定的なる重要性を物語るものに外ならない (Baumbach, Die Zivilprozessnovelle, 1933. D. J. Z. 1933. S. 1460.)。この句は、既に齋藤助教教授並に村松判事に依り引用せられてゐる (法學四卷四號九三頁。民商法誌一〇卷三號四一九頁)。

〔二〕 事件終結統計に依る齟齬は聞く必要はない。稍々、大なる事件、困難なる事件、相手方の悪辣なる事件、如何に其の終結が長引かされるかは、實務者に問へば判かることである。

〔三〕 Z. B. De Boor. Die Auflockerung des Zivilprozesses, 1939.

〔四〕 現代の民事訴訟制度、殊に新秩序、新體制への轉換期にある我が國に於て、

民事訴訟の指導理念を如何に指定すべきは、諸般の社會環境を考察して後、初めて決せらるべき問題である。法律家、殊に裁判の衝に當る者の獨善の見解を容れ得べくもない。

訴訟の實踐に於ける、技術と其の指導理念との重要性に付ては、以上述ぶるが如くであるが、訴訟の營爲は人に存するが故に、更に人的要因の重要性に思ひ及ばなければならぬ〔一〕。殊に當事者辯論主義の揚棄に因り、訴訟の中心は、漸次當事者より裁判所に移行しつつあるのであるから、裁判機關を構成する人的要因の如何は、訴訟營爲の成績に重大なる影響を及ぼすことを知らなければならぬ〔二〕。今日まで、訴訟に於ける人的要因の重要性が、兎角、觀過せられ勝ちであつたことは、法律解釋萬能の思想に因れるか、或は裁判所の職權行爲を批判の外に措かんとする官僚主義の現はれか、その孰れかであらう。人的要因に關する改善といふことは、其の指導精神の確立と相待ち〔三〕、今後に於ける民訴制度改革の基礎を爲さなければならぬ〔四〕。

〔一〕 拙著、原理（改訂版）五〇頁ノニ參照。

〔二〕 爰に嚮に掲げたバウムバッハの言を想起する（本稿七七頁註一）。

〔三〕 指導精神の徹底が、人的要因の素質に因り左右せらるゝことは爰に述ぶる迄もないが、人は環境に支配せらるゝが故に、人的要因のみ改善せらるゝも、民事訴訟の如き集團現象に於ては、指導理念の改革と其の確立とが之れに伴はなければ、制度的改善は期し難い。即ちこの兩者相待つことを知らなければならぬ。

〔四〕 現行民事訴訟法の施行に際し、司法省の期圖した民事訴訟制度の改善は、先づ失敗に歸したと云ふべきであらう。夫れには種々の原因もあらうが、この改革のスローガンとして、僅かに「訴訟の促進」と云ふが如き、寧ろこの場合には、

當事者の爲めよりも、裁判所の能率増進といふ官僚的便宜主義に出發したと思はるる形式的の指導理念を掲ぐるに止まり、而かも人的要因の改善といふことに、全然注意を拂はなかつたことに、大なる計劃上の誤謬が存した。

結 語

現在、法の世界が實體法と訴訟法とに分たれてゐることは、爰に改めていふ迄もないが、倅、實體法と訴訟法とを含めた法律學に於ける方法論としては、實體法中心の理論が絶對的優位を占め、法典並に學說ともに、意識的・無意識的にこの立場に立ち、更にこの傾向は、訴訟法を中心とする學問體系の中にも入り込んでゐる〔一〕。しかし他面に於て、第十九世紀に於ける公法學の飛躍的發達に伴ひ、訴訟法中心の理論が、部分的理論より體系的學說にまで進展し〔二〕、夫れが實體法中心の理論と方法論的交叉を爲すと同時に、訴訟實踐理論としては、職權主義の擴大、裁判官立法の是認等の形態に於て現はれ、現在の民事訴訟法學は、方法論的にも、又、制度理論としても、寔に矛盾、混沌の状態にある。されば現在、民事訴訟法學に於ける根本問題は、先づ訴訟法と實體法との關係を整序する理論體系の構造にあること明かである。

〔一〕 この考察態度を私法的一元觀といふ。私法的訴權學説は、この考察方法を以て訴權理論を體系づけたものである。

〔二〕 ビューローに始まり、ワッハ、ヘルウィックを経て、ローゼンベルグ、レント等に至る公法的訴權學説下の訴訟理論の發展が是れである。

この點に付き、パンデクテン法學以來、法學界を風靡した私法中心の一元觀は、既に訴訟法が、制度的にも學問的にも、實體法に對する獨立の分野を有つに至つた現在に於て、今更、支持し難きことは改めて云ふ迄もない。しかし民事訴訟は、實體法實現の過程なることを想ふならば、訴訟法中心の一元觀に徹底することは、方法論的に不可能である。現在のドイツ法學は、ナチス・イデオロギーに奉仕すべく、飛躍的なる公法理論の展開に因り公法の優越性を主張するのであつて、この思想の下に、訴訟法學の分野に於ても、訴訟法中心の一元觀に基く訴訟理論を樹立すべく、諸學者に依り努められつゝある。しかしその理論が、現實の訴訟制度に即應し能はないで、各所に私法理論に依る修正を已むなくせられてゐることは、他の機會に於て述べたことがある〔一〕。現在、我が國の訴訟法學界は、著しく此のナチス訴訟法學に影響せられつゝあるが、夫れはイデオロギーを離れた學說の輸入であり、概して公法の優越性、訴訟法の分野に付て云ふならば、裁判所の職權の擴大を支持する理論的根據を索めてゐるに過ぎない。尙、實體法・訴訟法の綜合的一元觀は、現在の如く實體法と訴訟法とが、學問的にも制度的にも分離對立してゐる法の世界では、對象を失へる觀念論を展開するに止まり〔二〕、現實の法現象を對象とせる理論としては成立し難い〔三〕。

〔一〕 例へばレントが、「訴訟上の請求」を以て「訴の申立」と自同の觀念と解し、

極めて擴大したる請求範圍を認むるのであるが、しかし實踐的に裁判所が、その全

面的審査を爲すことが不可能なる處から、裁判所の審理竝に既判力の限界を「當事者に依りて主張せられたる實體法上の構成要件と其の法效果」とに局限してゐるなどその一例である（拙稿、「訴と請求」I、早法一七卷六五頁、同一八卷一五四頁）。

〔二〕 拙稿、「訴と請求」I、早法一七卷八四頁註一。「既判力」、同一九卷四七頁註四参照。

〔三〕 されば實體法・訴訟法綜合一元觀として主張せらるゝゴールドシュミットの實體的司法法 (materielles Justizrecht) の觀念は、之れを悉細に分析するなれば、實體法に社會規範と裁判規範との二重構造を認むる實體法中心理論であり、訴權學說としては、權利保護請求權說と同一に歸する（高根義三郎氏、Aktionenrecht に就て、法志四二卷八號二六頁、拙著原理一卷三一三頁。Rosenberg, Lehrb. S. 294）。又、ピンダーの既判力學說は、自ら綜合一元觀と稱するも、其の實、私法的一元觀の主張と看るべきものである（拙稿、「既判力」、早法一九卷四七頁）。尙、高根判事に依れば、シュテルンベルグ教授は、彼の舊著 *Aktionenwissenschaft u. Prozesswissenschaft* に示さるゝ理論を更に展開し、私法と訴訟法との中間に、その孰れにも屬せざる獨立の法體系を認めて、之れを *Aktionenrecht* と名稱せられてゐるとのことである（同氏、前掲論文）。しかし實體法と訴訟法とに二分せられた法律制度と理論の下に、その孰れにも屬せざる第三體系を認むることは、方法的に不可能である。高根判事が、シュテルンベルグの學說に於て、第三法體系たる *Aktionenrecht* に屬すべきものとして擧げらるゝ實體的訴權、訴訟繫屬の實體上の效力、舉證責任竝に既判力（前掲三四頁）等は、現在の靜態的・抽象理論を體系とする實體法學的方法論的領域外に在るとしても、しかし、夫れは實體法と訴訟法との接觸面に於ける實體法の側面に存する實體法的性格のものに外ならない。

私は嚮に、現在の法體系の下に於ては、實體法・訴訟法對立二元觀が民事訴訟法學に於ける基礎的考察方法でなければならぬとの見解を立て、「訴訟」に於ける最も基礎的觀念たる「訴」と「請求」の概念を取上げて、この立場に於ける考察態度の正

當性を論證し、更に訴訟法學上の主要なる問題に付き解明を試みたのであつた〔一〕。私は更に進むでこの考察方法（實體法・訴訟法對立二元觀）〔二〕に、若干の基礎的考察方法を加へ、民事訴訟法學の全般的なる體系の樹立を試みたのが本稿である。極めて簡單なる論稿ではあるが、之れに依り民事訴訟の全般に亘る整序せられたる體系の樹立へ一步を印してゐることは、主張し得るであらう。之れに依り、現在の亂麻にも比すべき我が國の民事訴訟法學に、假令若干なりとも、其の體系整序の爲めの反省資料たり得るならば幸ひである。

〔一〕 拙稿、前掲「訴と請求」I・II。早法、一七、一八卷所載、尙、拙稿、確定判決の既判力（其の意義竝に本質）早法一九卷所載も、亦、實體法・訴訟法對立二元觀に基き、既判力の意義と本質とを解明したものである。

〔二〕 爰に實體法・訴訟法對立二元觀といふも、訴訟法學に於ける考察態度のことであつて、それに依り實體法學を訴訟法學に包攝せんとするものではない。即ち「訴訟」は、訴訟法と實體法との接觸面であるから、「訴訟」の理論構造に、實體法と實體法學とを其の考察對象に加ふる必要ありと云ふに止まる。唯、屢々、他の機會にも述べたるが如く、實體法學は、抽象的・靜態的考察方法に終始するが爲め、訴訟に於て展開せらるゝ實體法の適用過程が、實體法學の研究對象たり得ない關係上、その或ものは訴訟法學の考察對象とせられてゐる（立證責任、訴提起の實體法上の效果等）。惟ふに實體法學の抽象的靜態的理論に對し、具象的動態理論を以て訴訟法學の内容と做すならば、これ等を訴訟法學の領域に取入れて妨げなき理である。しかし實體法と訴訟法の區別は、既に述べたる如く學問的方法の問題に過ぎないのであつて、具體的事件に於て、實體法の問題、訴訟法の問題等の區別乃至對立は存しない。將來、實體法が、その靜態的・抽象理論の桎梏を脱し、具象的動態的理論を以て「訴訟」に於ける實體法の適用過程を考察するならば、この部門に於ける理論は愈々充實せられ、所謂、訴訟技術の範圍に屬する領域が狹めら

れることであらう。尙又、之れに因り實體法學と訴訟法學との學問的聯關が深められ、實體法・訴訟法の融合制度の一般化と共に、實體法・訴訟法の綜合理論を生ぜしむる契機ともなるであらうことが考へられる。

昭和一五年九月一日脱稿、於恩賜館三階研究室