慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	シェンケ著『權利保護の必要』
Sub Title	A. Schönke : Das Rechtsschutzbedürfnis, Studien zu einem zivilprczessualen Grundbegriff, Prozeßrechtliche Abhandlungen
Author	伊東, 乾(Itō, Susumu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1952
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.25, No.7 (1952. 7) ,p.61- 64
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19520715-0061

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

A. Schönke: Das Rechtsschutzbedürfnis, Studien zu einem zivilprozessualen Grundbegriff. Prozessrechtliche Abhandlungen, Heft 17

1950, Frankfurt. 94 Seiten.

シェンケ著『權利保護の必要』

I

書名から受ける印象では、權利保護請求權を對象とし、これを基礎づけ又は論難する、やかましい理論書であるやうに見える。權利保護の必要といふ標題の術語は、具體的訴權論の成立以來、權利保護請求權と結びつくのが一般であるし、本書のサブタイトルは基礎理論の論議を思はせる厳しい趣をもつからである。

著者は、しかし、權利保護の必要を、權利保護請求權に結びつけてゐない。それは、シュタインの見るやうに、權利保護要件(Rechtsschutzvoraussetzungen)の一項目として、訴訟成立要件(Prozeßvoraussetzungen)から區別せられるべきものではなく、本案判決の要件としての訴訟要件(Prozeßvoraussetzungen)を成すもので、これが缺ける場合には、訴を不適法として却下する訴訟判決がせられるべきものとするのである。

それにも拘らず具體的訴權論者の愛用語を踏襲したことは、歪められる以前の素朴な意味での權利保護(Rechtsschutz)が、民事訴

訟の重要な一半の機能であることを、沒却するべきではないもので、當事者に權利の保護を求める權利がないとしても、與へられるものが權利の保護であることは疑がないとする趣旨であらう。實は、この話のかうした用ひ方は、著者の場合に限られない。權利保護の必要（Rechtsschutzbedürfnis）といふ標題から、いきなり權利保護請求權（Rechtsschutzanspruch）を、聯想しないことが必要である。

この種の、利益ないし必要が、『從來詳論せられたことはない』。本書はこれについて『何ほどかの寄與を供しようとするものである』（序文。フライブルク一九四九年一一月附）。ただし、嘗てブライが企てたやうな、深い理論的檢討はなく、解釋論の確立のために、むしろ實證的に、適用の基準を整理することが意圖されてゐる。訴訟法理論の本であるよりは訴訟法解釋の本である。

著者アドルフ・シェンケ（正しくはアードルフ・シェーンケ）は、フライブルク（ブライスガウ）の正教授。戰前から我國にもその教科書が行はれてゐるが、殊に最近、ガウプ、シュタイン、ヨーナス三代の彫琢を經た著名な標準註釋書を承繼して、その第一七版（一九四九年）を編輯したことによつて、我々には頓に印象の深さを加へた（此のコメンタールは本年一月の追錄によつて五一年一一月の二度目の補訂をも既にをへた）。戰後今日まで、右のほか既に、Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Aufl., 1946, Karlsruhe. と、Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 7. Aufl., 1951, Karlsruhe. とも、我國に傳へられてゐる。

いま取上げてゐる書物は、シェンケ自身とブローマイヤア、パーゲンシュテッヒェル、ローゼンベルク三名との共同編輯にかかる訴訟法叢書の一冊で、本文わづか八四頁のパンフレットである。論文の拔刷り程度と思へば先づ見當は違はない。同じ叢書の他の分册に面白いものがありさうであるが、不幸にして手にはいらない。シェンケのこの論文にしても、Das Rechtsschutzbedürfnis, Arch. Ziv. Prax., 150, 216 ff, 1949. といふその前身がある筈で、彼自身これは首掲の論文に吸收させるつもりらしく（序文）、自分のテキストにもそれだけしか引いてゐないから、今になれば必要もないけれども、雜誌がうまく來ないために、前身の方は見てゐない。

二

著者は民事訴訟の制度目的から說起こす。制度としての民事訴訟の目的は、權利保護の供與による法の確證（Bewährung des Rechts）と、法的平和の保護（Wahrung des Rechtsfriedens）とを、確保することである。いづれか一方にこれを限ることは不當であり、また、ここに法の確證とは、客觀法の實現に關し、私權の行使貫徹への助力を意味するものではない。訴訟法上の問題は、かやうな制度目的を踏んまへて、目的論的にこれを考察しなければならぬ（A編第一節一三頁）。

かくて、民事訴訟を支配するものは、公共の利益であり、私人に權利保護を與へるべき必要の存する場合にのみ、裁判所の時と力とが私人に與へられることになる。從來、權利保護の必要は、とくに訴に關して扱はれてきたけれども、それは訴訟行爲すべての要件で、一般的權利保護供與要件（allgemeine Rechtsschutzgewährungsvoraussetzung）にほかならない。直接間接に訴訟手續の營爲に奉

仕する當事者もしくは裁判所の總ての行爲に權利保護の必要が對應し、ひとり訴のみならず、上訴にも、再審の訴にも、現狀回復の申立・闕席判決に對する異議・執行の方法に關する異議・補助參加・證據の申出等にも、これは必要である。從つてその適用の範圍は訴訟要件より廣いのであるが、欠缺の効果は訴訟要件と同樣に當該訴訟行爲を許されないものにする。權利保護の必要は職權調査事項に屬するもので、これが訴について問題となる場合、獨民訴二七五條による特別の取扱は許されず、調査の標準になる時點は事實審の口頭辯論の終結時である。なほ、その存否は常に理由具備の調査に先立つて行はれなければならない(A編第二節一三—八頁)。

從來、權利保護の必要は、いはゆる權利保護要件に計上せられてきた。しかし、それは、同じ要件に計上せられる他の項目と等質でなく、反對に、權利保護要件を訴訟成立要件から區別するべき理由はない。ことに重要なことは、この考へ方が權利保護請求權の理論とともに生じたことであるが、今日では既に廣く認められてゐるやうに、さやうな請求權は肯定できない。權利保護の必要といふものは、コーラアの言つてゐるやうに、權利保護請求權の承認に依存しない。權利保護請求權から出發して、ゴルトシュミットは、實體的司法法を提唱し、權利保護の利益に關する規定を、私人の權利を規定する要件に關し、しかし國法的性格をもつものとして、その一種に算へたが、權利保護の必要を一般の訴訟要件から區別して別異に扱ふべき理由はなく、權利保護請求權を否定すれば、また、彼が實體法とみる諸規範は、國法上のものとして捉へられ得なくなる筈である(A編第三節一八—二二頁)。

かやうな一般的權利保護供與要件は、それでは一體いつ具はるか。當該訴訟行爲が、客觀的に判斷して、訴訟目的の充足に向けられたものとして現れる場合、と言ふことができる。訴訟關係とこれに影響せられる當事者の私法上公法上の關係とが、直接間接にその行爲によつて有利不利な影響をうけるときは、この場合に當るものである。權利もしくは利益の何らかの侵害もしくは危殆について排除の利益があることを要しない。(イ)權利保護の利益は私法上の請求權その他の利益と同じでない。それは訴訟の對象や當該訴訟行爲の訴訟上の意義効果から生じうる。從つてまた、訴訟物や訴訟行爲の多樣性に應じて、樣々でありうる。特に、權利保護の必要は、行爲の直接の効果についての利益からばかりでなく、その附隨的効果からも生じうるものであることに、注意を拂ふ必要がある。(ロ)權利保護の必要は訴訟上の利益を要求する。求められる結果が訴訟外の手段で達せられるとき、他にもつと簡易な手段があつて同樣の効果がえられるとき、既に訴訟手段によつてゐるときなどは、訴訟上の利益がない。(ハ)當該訴訟行爲の目標は保護に値しなければならぬ。不能な給付を目的とする行爲や、假裝訴訟には、この點から利益がない。(ニ)必要は現存することを要し、また、(ホ)行爲者の個人的利害を伴はなければならぬ。(ヘ)ひとり申立人の利益だけでなく、相手方の利益も顧慮せられることが必要である。(ト)權利保護の必要をそなへる者は爭ある權利の主體には限られない。(チ)當該行爲から損害賠償の問題を生じる可能性は、保護の必要を妨げない(A編第四節二二—四一頁)。

以上が、第一節・民事訴訟の目的、第二節・一般的權利保護供與

要件としての權利保護の必要、第三節・權利保護の必要と權利保護請求權および實體的司法法、第四節・權利保護の必要の諸要素、の四文節の要旨である。最後の文節に最も多くのページが割かれ、議論もここに入つてから丁寧である。これに第五節・外國法と題した佛伊法への簡單な言及（四一―四四頁）を加へ、A編・一般的基礎と名づける總論がをはる。

殘餘の五〇頁が各論に充てられ、B編・判決手續における權利保護の必要の意義（七四―七三頁）、C編・强制執行における權利保護の必要の意義（七四―九三頁）、D編・破產における權利保護の必要の意義（最後の二頁）の、三編に分けられてゐる。

A編第四節の諸項目を具體的に各場合に適用して吟味するのが、B・C・D三編の各論であり、この各論にこそ、A編第四節とともに、本書の主眼があるのである。

しかし、事が適用に關すれば、問題はいきほひ幾らでも細分化して行かざるをえない。B編は、訴一般・給付の訴・確認の訴・形成の訴・不服申立・補助參加・その他の訴訟行爲・仲裁手續の八節、C編は、執行一般・特殊財產における執行・執行文付與の訴・執行における救濟・假差押假處分の五節、D編は破產開始の前後を扱ふ二節にそれぞれ分かたれ、各節が多くは更に數項數號に分說せられる。一項のもとに數箇の問題が含まれることも少くない。その間、裁判所の判決例が、總計約二〇〇、縷められ、引用せられてゐるのである。

コメンタール流のこの部分を、要約することは、意味がない。全譯して示す以外には、內容を擧げる方法があるまい。主眼點に却つて筆を省く理由である。

三

本書の價値は三點にある。第一は、首題に關する諸問題を綜合したこと。全體の鳥瞰展望が多くの便宜を供することは言ふまでもない。第二は、權利保護供與要件なるものを前面に打出して、この種の利益を統一的に把へさせること。新奇な著想ではないとしても、自覺を確證する役に立つ。第三は、實證的な適用場面の吟味と整理。解釋論への大きな貢獻といふべきである。

これらのうち、第一は、總論問題に弱く說得力がない點で、第二は、なほ實益の面が確立されてゐない點で、あまり高くは評價できない。本書の功績は、何よりも各論的な最後の點、第三の點にあると思ふ。人は永くここに解釋の指針を仰ぐことにならう。

本書の內容は、逐次、著者自身のコメンタールやテキストに、時には殆ど同文のまゝ、吸收せられてゆくやうである。論文として、鋭いとか深いとかいふものでもない。それにも拘らず、忍耐づよい地道な解釋論の開拓に、敬意を表したく思つて、本書を取上げた。桁外れでも、優秀でもない書物だが、同じ戰後の我國には、現れにくいのではあるまいか。

（伊東　乾）