

Title	紛争の解決と具體法
Sub Title	Remedy and lex specialis
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.9 (1952. 9) ,p.1- 24
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19520915-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19520915-0001</a>

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.

# 紛争の解決と具體法

伊 東 乾

- 一 民事訴訟の制度目的
- 二 権利の保護と法秩序の維持
- 三 訴訟の前法性<sup>(一)</sup>と紛争の解決
- 四 訴訟の後法的性格と具體法
- 五 問題の反省と展望

## 一

民事訴訟の制度目的 (der Zweck des Zivilprozesses als Institution) を問ふことは、民事訴訟法の統一的理解、したがつて斯學の體系的建設の、礎石を探ねることである。勿論、これだけが、萬能の妙藥であるのではなく、目的が明かにせられた所から、體系の建設はやうやくにして始まる。誤つた建築の方法は、正しい臺石の上にも、傾いたオベリスクを立てるであらう。<sup>(一)</sup>しかし、反對に、目的の正しい理解を缺き、あるひは、目的への方向づけを缺く所には、體系はおよそ成立たない。法も制度も、文化的・實踐的存在である以上、目的のみが民事訴訟制度の法學的理解の綜合點でありうることは當然である。<sup>(二)</sup>ここに迂遠な目的論議を試みるのも、斯學體系化の理論的欲求に基づいてゐる。

古典的な見解は、民事訴訟の制度目的を、権利の保護に求めてきた。これに代はつて昨今の犬勢を支配するものが、法秩序維持を強調する傾向である。しかし、近時一部に現れた學説とともに、端的に紛争の解決そのものを、民事訴訟の制度目的と見ることが、一そう優れてゐるのではあるまいか。さうして、この最後の見解にも、更に疑問の容れられるべきものを認めざるを得ない。紛争解決説は再轉して、具體法判斷説に進むべきではなからうか。本稿の目的は、これらの問題を提起しようとするにある。

- (一) 例へば、*ニルンヘルツ*が、訴訟目的を社會的關心から決定するべきことを説き、そこから、訴訟外の法状態を志向するものとしての所謂眞實義務を演繹するときには (W. Bernhardt, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 2. Aufl., Tübingen, 1951, S. 3) 論者は一般の慣例に倣つてゐるものに過ぎなりとしても、明かに一つの飛躍を敢てしてゐる。假に論者の目的規定が正しいことを認めるにせよ、それが當然に眞實義務への途を拓くものではなり (伊東・民事訴訟における眞實義務・法學研究二五卷・昭二七・六號一三頁)。
- (二) W. Sauer, *Grundlagen des Prozessrechts*, 2. Aufl., Stuttgart, 1929, S. 645; A. Schönke, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 7. Aufl., Karlsruhe, 1951, S. 5; 中村宗雄・訴訟法學の體系と訴訟改革理論・昭一七・五五頁、山木戸克己(吉川大二郎) *民事訴訟法・法律學全書二三卷・昭二六・二六頁*。

## 二

レヒトの保護(法的保護 *Rechtsschutz*) といふことは、ワッハが闡明・確立した考へ方である。(三) その以前には、いはば前學史的なローマ法の影響下に立つ私法的な訴訟觀が支配的であつた。(四) 『我々は訴訟制度の目標と目的を、まさに、私權の行使貫徹のために個人に助力することに認める』と論じたガイブは、この種の見解がワッハ以後にも尾を曳いたものの一例である。(五)

ワッハはこの種の見解を、主觀的な目的規定として斥ける。主觀的に見るかぎり、訴訟には、原告の目的と被告の目的と

が、競合し對立して見出されるもので、兩造いづれの主張を理由ありと認めるかこそが、訴訟の問題に他ならない。矛盾する兩者が並んで立つことは出来ないことで、『一當事者の目的だけが、眞實、レヒトに適合し、レヒトの保護を受ける資格をもつ……。……だから、當事者の目的は、この客觀的な訴訟の目的と一致するかぎりに於いてのみ、訴訟の目的となるのである』。訴訟制度の目的を主觀的に規定することは正しくな<sup>(六)</sup>ら。『私法の領域での原則的な自力救済の排斥は、國家救済の保障、すなはち、危殆に陥つた私法的利益のための・訴訟による・レヒトの保護の保障と、手に手をとつて行はれる』。法は存在するばかりでなく、行はれようとする限り、どうしても訴訟を必要とする<sup>(七)</sup>。かやうに言つて、民事訴訟とは、『私法上の利益を保護するため、規律せられる生活關係との關係で、客觀的私法を裁判上に實現する形式である』<sup>(八)</sup>とワッハは規定する。

その謂ふところの「レヒトの保護」は、二重の性格をもつ、と私は考へる。訴訟の目的は『レヒト(主觀的レヒト)を作る<sup>(九)</sup>ことではなくして、レヒトを保護することである』と註して、訴訟の法律行爲的性質を極力排斥するところでは、主として權利が考へられてゐる。所説の主觀的側面と言へるであらう。さうして、これに對し、訴訟が『客觀的レヒトを作るべきものではなくして、レヒトを確證するべきものである』ことを説き、判決が立法ではなく法の適用にすぎないことを力説する<sup>(一〇)</sup>ところでは、主として法が考へられてゐる。所説の客觀的側面と言へるであらう。

法と權利は畢竟ひとつ。主觀客觀の右の兩面の、いづれをワッハが訴訟目的と結合しようとしたのかは、その力點の置き方から讀取るほかはないと思ふ。ここに解釋の分歧が生じる。同じくワッハを援きながら、或者はこれを主觀論の大宗とし<sup>(一一)</sup>、或者はこれを客觀論の源頭とする<sup>(一二)</sup>。しかし、事の實際を検すれば、制度目的を論議する範圍について見るかぎり、ワッハがどちらの側面に力點を置いたかは遽かに斷定できない所である。この兩面を訴訟の相並ぶ兩個の目的とみたのだと解する者もあるけれども、むしろワッハにおいては、この兩面は、分離してゐなかつたと見るべきであらう<sup>(一三)</sup>。私權の行使・貫徹<sup>(一四)</sup>

といふ前學史的な見解を、「レヒトの保護」へと轉回させた點で、主觀的把握を客觀的理解に鑄直した彼自身が、「レヒトの保護」の兩面的性格は、これを取捨しないので了つてゐる。法的保護はここでは、私權の保護であると同時に、私法の維持の反射でもある。主觀的・客觀的、二重の性格を、ワッハの *Rechtsschutz* は持つてゐる。

ワッハを繼承した學界は、レヒツ・シュッツの主觀的な側面を、ことに強調する方向をとつた。ヘルウィヒがこの方向を代表する。私法は對等な個人間の財産關係・身分關係を規律する。『それは權利を與へ義務を規定する』。しかし、私人に自力救済の許されてゐる限度は、極めてせまく限られてゐる。『その代はりに國家が、私人に對して一定の條件のもとに私法上の地位の危殆もしくは侵害に對するレヒトの保護を與へる義務を引受ける』。『民事訴訟は、一定の法律關係に關し、かやうな國家的レヒトの保護が要求せられ、法定の要件が具はる場合には、それが與へられるための、裁判所の面前で行はれる手續である』に他ならない。<sup>(一五)</sup> 民事訴訟法は民事訴訟を規律する法規の總體であるから、私法に對して單に第二次的な存在である。斯法の使命はただ『私法秩序から生じる具體的な法的地位を最高の國家權力の完全な權威をもつて拘束的に(既判力をもつて)確定し、満足せられるべき權利 (*das befriedigungsbefähigte Recht*) を實現する (*realisieren*) とする目的に對し、手段を供することに盡きてゐる。裁判は『決して、客觀法の存在・内容に關するものでなく、客觀法に基づいて生じる具體的主觀的な權利に關する』。客觀法の保護といふことは、民事訴訟の目的でない。<sup>(一六)</sup> ヘルウィヒはかやうに説明する。

レヒトの保護の客觀的側面が、客觀法の保護になる、と考へてゐることは正しくない。それは、法による保護、法秩序維持の反對としての私益保護を意味するものに他ならない。この點で説くところが必ずしも正しいと言へないとしても、彼自身の力點はすこぶる明確である。私益・權利・私權が、明かに前面に押出されてゐる。「レヒトの保護」が、こゝで、「權利の保護」に成形する。

さうして、かやうな權利保護説こそ、一代を風靡した古典的な教義にほかならぬ<sup>(一七)</sup>。最近まで、わが國の學界も、主としてヘルウィヒの影響のもとに、古典派の壓倒的な支配下に立つてきた<sup>(一八)</sup>。

しかし、古典派がワッハの主觀的側面を承繼したものであるとすれば、當然これに對して、客觀的側面の繼承も豫期せられてよい筈であつた。シュミットが、レヒトの保護に二義を認め、ワッハを援きながら、侵害せられた個人の個別的法地位の回復のほかに、社會の客觀的な正しい法状態の實現を、この語を通して訴訟目的に導入したのを始とし、古典派との折衷の形で、法秩序の維持が一方では絶えず注意せられてゐた<sup>(一九)</sup>。

法秩序の維持は、法秩序の確證 (Bewährung der Rechtsordnung)・法的平和 (Rechtsfrieden)・法の確保 (Rechtsvergewisserung)・法秩序の實効性の保障・等々、いろいろな表現をもつてゐる。詰まるるところ、抽象的客觀法秩序の現行保障に他ならぬ。用語のニュアンスは二様に法秩序の維持 (Aufrechterhaltung der Rechtsordnung) とパラフラジール<sup>(二〇)</sup>レンせられてよす。問題はとくに法的平和といふ表現にある。法的平和は二義的である。一義においては、それは、紛争解決説に近接する。多くは、しかし、法秩序維持説と異ならぬ<sup>(二一)</sup>。従つて、法的平和を掲げる者をも、概して法秩序維持説のグループに加へう<sup>(二二)</sup>。

個人に對する社會の價値の再發見にともなつて、訴訟制度の客觀的側面が次第に強調せられることになつたのは自然である。ひところ、この側面の強調は全體主義高揚の政策に奉仕した<sup>(二三)</sup>。アギタチオンは僅かの顧慮にも値しない。しかし、イデオロギーの隆替の跡に、社會的考察の視點が、確立せられて残つたことは、顯著且つ重要なことである。

法秩序維持説によれば、私人にとつて前面に立つ個別的利益の保護は、客觀法確證の手段であり効果であるに他ならない。個人的な權利保護の必要からでなくして、國家的な法令現行の必要から、制度としての訴訟は生まれるとみる所に、この見解の核心がある。さうして、かやうな見解こそ、最近では古典派に代はる支配説を成してゐる<sup>(二四)</sup>。

尤も、通説は、折衷・妥協の途をえらび、私権の保護と法秩序の維持とを、同位的に相並ぶふたつの目的と規定する。相互に矛盾する價值であれば、一制度の相並ぶ目的とはなりえない。それにも拘らず兩者間に少しの段階的な優劣をも認めまいとするのは、實は兩者を矛盾しなうとみること、私権の保護を既に社會的秩序の面から考へてゐることの告白である。通説は、法秩序維持説の排斥でなく、その支配に服するものに他ならぬ。敢て最近の大勢は法秩序維持説の支配下にあると認めらる。

通説が二足の草鞋を履かうとするのは、態度自體の當否は別として、よく問題の所在を示してゐる。そこに見られる去就の苦惱が語るやうに、選擇は、從來、二極の間で考へられてきた。權利の保護か、法秩序の維持か、といふことが、制度的問題として立てられる慣例であつたのである。<sup>(二七)</sup>

- (三) W. Sauer, *Allgemeine Prozeßrechtslehre*, Berlin, 1951, S. 7; A. Schönke, *Das Rechtsschutzbedürfnis*, Berlin, 1950, S. 11, Text u. Anm. 1.
- (四) A. Wach, *Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts*, Bd. 1, Leipzig, 1885, S. 4, II, Text u. Anm. 4.
- (五) O. Geib, *Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung*, München, 1909, SS 7 u. 8.
- (六) Wach, a. a. O., SS. 4 u. 5, II.
- (七) Wach, a. a. O., S. 4, I.
- (八) Wach, a. a. O., S. 3.
- (九) Wach, a. a. O., SS. 8 u. 9, § 1 III 2. 引用句中の傍點は原文の強調箇所、以下も同じ。
- (一〇) Wach, a. a. O., SS. 6 u. 7, § 1 III 1.
- (一一) K. Hellwig, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts*, Bd. 1, Leipzig, 1908, S. 2, Anm. 7. (龍谷田亞を著、櫻井英の保護を認めようとするのはマントを脱却するの如く云々); Sauer, *Allg.*, S. 7.
- (一二) 小野木謙・ブライ・訴權と法的利益(原著一九二三年)・二一頁一四頁。
- (一三) R. Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts*, 2. Aufl., Leipzig, 1906, S. 2, Anm. 1; Schönke, *Bedürf.*,

- (一四) 前出註九本文と註一〇本文との對比からその間の消息が窺へるであらう。兩句は對照させて用ひられてゐるが、その各後段はとゞかち、單數・無冠詞・無修飾の Recht の語を用ふる。
- (一五) K. Hellwig, System des Deutschen Zivilprozessrechts, Teil 1, Leipzig, 1912, SS. 1 u. 2.
- (一六) Hellwig, Lehrb., S. 2, Text u. Anm. 7.
- (一七) 權利保護說(獨) F. Stein, Das Zivilprozessrecht, in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1900, S. 1171; J. Goldschmidt, Zivilprozessrecht, Berlin, 1929, S. 1 ff; u. a. m.
- (一八) 權利保護說(日) 雄本朗造・民事訴訟法(講義筆記)・六一〇・上一頁二頁、細野長良・民事訴訟法要義第一卷・一〇版・昭一〇・二頁、山田正三・日本民事訴訟法論第一卷・一〇版・昭一三・一頁四頁一三頁、神谷健夫・民事訴訟法原論第一編・昭一一・六頁七頁等。最も態度の明確なのは中村宗雄博士である。民事訴訟法原理第一卷・三版・昭一四・四三頁、體系六二頁一八七頁、訴訟法學・法律學全書一〇卷・昭二五・七四頁、民事訴訟法要論第一分冊・昭二七・一八頁。
- (一九) 客觀的側面の強調 Schmidt, a. a. O., ナイト小野木前掲; W. Kisch, Deutsches Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Bd. 1, Berlin, 1929, S. 8.
- (二〇) L. Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 4. Aufl., München, 1949, S. 2. 參照。
- (二一) 二義の區別と態様は後出第三節。
- (二二) G. Kleinfeller, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Berlin, 1925, SS. 1 u. 2. の通り。
- (二三) この間の消息は、中村前掲體系五七頁以下、齋藤常三郎・現代訴訟法の基礎理論・日本國家科學大系六卷所收・昭二六・四四頁以下、宮崎澄夫・全體主義訴訟法理論・同上所收・一九頁以下。
- (二四) 法秩序維持說 Rosenberg, a. a. O., S. 3; A. Nikisch, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Tübingen, 1952, SS. 2 u. 3; 兼下・民事訴訟法概論・八版・昭一八・五頁、山木戸前掲二六頁。
- (二五) 權利保護兼法秩序維持說 F. Lent, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Berlin, 1949, S. 2; 齋藤常三郎前掲二九頁六〇頁、加藤正治民事訴訟法要論・昭二一・六頁註一、野間繁・民事訴訟法學概説・昭二五・九頁一〇頁等。
- (二六) 典型的な問題の立て方、中村體系五六頁。

## 三

兩説は、しかし、いづれも支持できない、と考へる。権利の保護も、法秩序の維持も、抽象的法令の存在を前提とすることに變はりはない。法秩序が豫め存立して、後にはじめてその維持といふことが語られる。権利があつてはじめて、その保護といふことが可能である。権利の發生・變更・消滅も、法令適用の結果であらう。法令のないところに、訴訟はありえないことになる筈である。

此のことは、しかし、第一に、歴史上の事實に反しないか。法令の整備が近代の現象で、古くから今日のごとくでなかつたことは疑がない。その所謂法令を成文法に限る必要は勿論ない。不文の慣習法を加へても、過去が現在より法の秩序においてヨリ不完全であつたことは、争の餘地がないであらう。さうして、その過去において、訴訟は明かに存在した。原始的種族的集團の内部にすら、酋長の手によつて『當事者間の理非直曲を明らかにして紛争を處理すること』が行はれた。(二七) コモン・ロウの許さぬ裁判がエクサティとして英米判例法の一半を形成しえたことも、歴史の示す事實である。(二八) 法秩序を訴訟に先行せしめる兩説は、事實に沿はない論である。

司法手續成形以前の裁判手續は訴訟ではないのだといふことは、用語の問題としては正しいが、右の難點を避ける答辯にはなりえない。裁判手續の司法手續化は、その改編が裁判手續の目的に適合する故に行はれたに相違ない。形式的目的よりは實質的目的が、個別的孤立的な不統一な理解よりは統一的な理解が、それぞれ好ましいといふ道理を否定しない者は、司法といふ政策的な形式を離れ・前後を通じて共通な・制度の目的を追求せざるをえぬのである。法令整備以前の裁判もまた、常に法の適用であつた、と説くことも、難點回避の効はない。後にいはれる法の概念が、前にいはれた法の概念と、喰違ふことになるに過ぎぬ。論者の立場からの釋明は恐らく成立つ餘地がなす。

事實を離れて、他面、兩説は、理論的に成立つか。疑問の點は二つである。曰はく、もし法令が訴訟に先立つべきものとするならば、法令は完全たりえなければならぬが、果してこれは可能であるか。また曰はく、法令から切離されては裁判は全く不能なものであるか。このいづれもが肯定せられるとき、はじめて兩説の根據は立つ。いかなる場合にも拒否できない裁判は、法令が完全であつて漸く後法的存在でありうるし、無訴訟にまさる法外訴訟は、可能であるかぎりは望まれてよい筈だからである。さうして、社會が不斷に進展するからには、成文法は當然ちきに社會から遊離する。立法者の不手際を別論にしても、限界をもつ成文法の成長が、限界をもたぬ社會の發展と、一致しようとは豫期しえない。慣習法でさへも、社會的新事實の發生とともに發生はできぬ。法令には寧ろ顯在・潜在の多くの欠缺の存することが常態で、法令の完全はたうてい豫定できぬ所である。法令から切離されることにより、裁判が不能になるといふことも、考へえないと言はねばならぬ。法令の適用が行はれないことは勿論であるが、社會にとつても關係私人にとつても有益な・第三者的自己目的判斷といふ構造での・申立——審理——結審の手續・は存在しうる。後法説には必要な理論的前提が缺けてゐる。

元來、司法といふ構造は、裁判官判斷の準則を、できるかぎり受規者一般に周知・承認せしめ、その監視のもとに、判斷者の恣意を抑制しようとの意圖に出でる。準則が豫定せられて、のちに法令が登場する。裁判が問題自體の條件である。だから、司法が訴訟を前提とこそはすれ、決して後者が前者を前提としてはゐない。恰も、法治主義の以前から政治はあり、鐵筋築法の以前から建物はあると同一である。民事訴訟の制度目的は、法令との結合以前において、これを求めるべきものである。

目的論争の共通の基盤は、民事訴訟の紛争解決機能に他ならぬ。訴訟がこの機能をもてばこそ、権利の保護も、法秩序の維持も期待せられる効果になる。裁判とか *Entscheidung* とか *いふ言葉* のものが、紛議の存在を豫定するもので、常識が殆ど不可分に紛争を訴訟に結合してゐることも、極めて顯著な事實である。このことは、法典の用語や、學者の表現に

も、隨所にその證據を示してゐる。紛議の解決(民訴三五二條)・民事上の争(三五六條)・争點(一九一條)・攻撃防禦方法(二三九條・二四四條・四二〇條・等)・中間の争(二三四條・一八四條)・法律上の争訟(裁三條)・Rechtsstreit(獨民訴八八條・九一條)・Streitsache(二六三條)・Rechtstreitigkeit(獨裁構一三條)等々は、法典用語の實例である。『不安定や紛争を終局させる手段』が訴訟であるとし、<sup>(二九)</sup>『その理念に従へば裁判所の判決による紛争裁決(Streitentscheidung)に訴訟は奉仕するものである』と説き、<sup>(三〇)</sup>民事訴訟は裁判所が『私法上の紛争を法規に遵ひ解決する處の國家的制度であ』ると言ふがときは、教科書の表現の實例である。權利保護説にせよ法秩序維持説にせよ、紛争解決の事實から出發して、その上に理論的規定を構成してゐるものに他ならぬ。

兩説はその理論的構成を、法令の面から企てた。紛争解決と言ふ事實を、法現象として理解する途は、法令との結合に求めるほかないと考へられた爲であらう。いま我々は法令を排除せねばならぬと知つた。さうして、法令を排除すれば、紛争解決そのものが、訴訟目的と見られるほかはないことになる。

同じやうな企ては、既に、法的平和説の一部に認めえた。シェンケによつてこれを觀よう。曰はく、『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と、法的平和の保護とを、確保することである。古典的民事訴訟法學によつて、力を籠め、法の確證といふことが、訴訟制度の唯一の目的と見られてゐる(註略)。これは狭きにすぎると思はれる。權利の保護と相並んで同じ資格で、法的平和の保護が訴訟目的として立つのである。法の確證は誤られることもあるのだが、にも拘らず、實質的に不當な判決も、既判力によつて認可せられる。實質的に不當な判決も既判力をもつことがあるといふ可能性は、訴訟が、法の確證のほかに、別の獨自の目的として、法的平和の保護(die Wahrung des Rechtsfriedens)を追求することを示してゐる(註略)』と。<sup>(三二)</sup>

法的平和がただ單に法秩序維持の言換へにすぎない限りでは、法的平和説も法秩序維持説の一形態を出るものでない。後

者から前者が區別せられるのは、法に依存しない判決に第一次的な意義を承認する所においてである。法的平和を法秩序の破綻なき現行の意味で口にするものは、何も特殊な意義をもたぬ。

法秩序維持説から區別せられた法的平和説も、それ自體の論理には誤謬がある。それは、論理の大前提として、訴訟が法令現行の保障機構であることを豫定する。事實はさうでない場合がある。判決は「誤られる」ことがある。それ故に、法的平和もまた訴訟の獨立の目的でなければならぬ、と説くのである。法令の現行保障を訴訟の理念とみる立場からは、法令の適用でない判決は現實の病理現象でしかありえない。「誤られる」といふ表現はよくこのことを示してゐる。理念的考察と現實的考察とを混用することは正しくない。誤つた判決が既判力をもつ事實が法的平和なのだといふ矛盾は、この方法的誤謬から生まれてくる。法的平和説はそのものとしては奈何にしても支持できない。

それにも拘らず、この説が、法令によらぬ判決の目的適合性を正面から取上げようとしたことは、示唆に富むものと言はねばならぬ。法令現行の保障をもつて、論理の大前提に立てた所に誤謬が胚胎する。法令をまたずして訴訟が可能且つ有益であることを率直に承認し、法令を捨棄することが必要である。

(三四)

民事訴訟の目的を、端的に紛争の解決と規定する試みは、最近兼子教授によつて提唱された。紛争が『個人にとつても社會にとつても克服されなければならぬ害悪であること』は言ふまでもない。『國家としてもこれに無關心ではいられないから』國家權力による強制的解決の手段を具へることになる。『所が國家が裁判所によつて私人間の紛争の強制的解決を計るには、單に權力を振りまわすだけでなく、その公正である點で、當事者を納得させて又一般人を信頼させなければ目的を達しえない。一般人としては自分の紛争を裁判所へ持出せば、如何に取扱われ又如何な規準で裁判されるかが豫想できなければ安心できない。そこで一方では、解決するに於いて如何な内容の裁判をすべきかの規準を法律として定め、裁判はこれが適用によることとし、又他面事件を如何に處理するか即ち裁判の形式方法も法律で一定して、これを遵守して處理させるこ

ととする。『民事訴訟の必要は、理論上法律以前にあるもので、法に依る裁判又は裁判の司法作用はその手段を成すものである……』。『法體系の論理的構造にこだわり過ぎて、民事訴訟の目的を後法律的に考え』ることなく、『國家權力による私人間の紛争乃至は利害の衝突の、解決調整』を端的に訴訟目的として承認するべきである。(三六)

從來、紛争の解決といふことは、必ずしも訴訟が争を前提としてゐないといふ現實を楯にとつて、否定せられる風が強かつた。(三七) 現實的には、しかし、紛争を廣義に解すること、および形式的民事訴訟を混入しないことによつて、この種の非難は避けえられる。と同時に、理念的に、もし紛争が全くなかつた場合を假定して、それでも訴訟が、殊に論難者のいはゆる無紛争事件の訴訟形式による處理が、行はれうるであらうかを考へることによつて、右の非難が目的論議に無用であることを知りえよう。

これと共に、訴訟を關係者の協力作業とみる平和的訴訟觀、或は當事者が訴訟においても國家目的に奉仕するべきことを説く國家主義的訴訟觀を誇稱して、訴訟は紛争でも鬭争でもないと断じ、この立場から紛争解決説に反情を示す傾向もある。(三八) 協力が望ましいことは慥かである。だが、望ましいといふことから、直ちに事の本質を推しうるか。規律してゐてほしい當爲が、常に現にそこで規律してゐるとは限らない。假にまた、協力を命じる當爲が訴訟を現に導いてゐることを認めるとしても、當爲がすぐに法の理念でありうるか。高遠な宗教的道德的な導標は、法の理念として過剰である。縦んば、更に協力を訴訟の制度理念として捉へうると假定しても、關係主體は一たい、何によつてその仕事を動機づけられ、何にむかつてその力を注ぎ、何をもつてその仕事の終了とするか。主體面を對象面に無反省に擴大することは許されない。いはんや、訴訟によつて當事者が相容れぬ兩極において自己の死活を形成しつつある事實は蔽ひえない。平和的訴訟觀や國家主義的訴訟紛争解決説の功績は、かうして、訴訟の前法的な性格を、洗出して人に示した所にある。その際に豫想せられる二三の反

觀には、言葉の「あや」を除いてみると、紛争解決説を斥けうる何物をも認めえない。

撥も、右に見るやうに、單なる語感の問題が主で、理論的には謂はれがなからず。權利保護説や法秩序維持説を斥けて、我々は  
この説をヨリ優れたものと認めなければならぬ。<sup>(三九九)</sup>

(二七) 船田享二・法律思想史・昭二二・二〇頁。

(二八) 伊東・エクキチの四段階・法學研究二二卷・昭二三・八號三一頁以下(正誤表同一〇號六一頁)、エクキチを繞る問題・私法  
一卷・昭二四・六九頁以下。

(二九) Lent, a. a. O., S. 1.

(三〇) Nikisch, a. a. O., S. 4.

(三一) 中村原理七頁。

(三二) A. Schönke (Stein-Jonas), Kommentar, 17. Aufl., Bd. 1, Tübingen, 1949, Einl., SS. 14a u. 15; Lehrb., S. 5;  
Bedürf., S. 11.

(三三) Sauer, Allg., S. 4, Anm. 2. の前半は、シメンケのコンメンタルを擧げ、同旨の批判を加へてゐる。Sauer, Grundl., S. 17.  
參照。

(三四) 紛争解決説、兼子一・民事訴訟の出発點に立返つて・法學協會雜誌六五卷・昭二二・二號二〇頁以下(民事法研究第一卷再版昭二  
五所收)。前出註二四兼子に對する改説。中村學七五頁がこれを權利保護説として紹介せられるのは誤解であらう。

(三五) 兼子出發二二頁二三頁(研究四七九頁四八〇頁)。

(三六) 兼子出發二〇頁二二頁(研究四七七頁)。

(三七) Rosenberg, a. a. O., SS. 1 u. 2; Hellwig, Sys., S. 2; Kleinfeiler, a. a. O., S. 2; 中島弘道・民事訴訟は果して争か  
(二)・法律新報四五二號・昭一一・四頁、等。

(三八) イェーリングの『戦におつて汝の權利を見出すべし』に對立させたダイムホルトの公式『能ふかぎり和において汝の權利を行使す  
べし』(Sauer, Grundl., S. 646, Anm. 4)。中島弘道・裁判の創造性原理・昭一六・二三五頁三四〇頁五二八頁、民事訴訟は果して  
争か(一)・法律新報四五二號・昭一一・二頁三頁、(二)五頁、其他。

(三九) 紛争解決説支持、山木戸克己・民事訴訟法・昭二五・三三頁(前出註二四山木戸はこれに對する改説か、本書所説も既に非常に法  
秩序維持説に近い)。なほ、兼子・條解民事訴訟法 I・昭二六・三〇九頁三一〇頁、民事訴訟法(一)・有斐閣全書・昭二四・五頁。

## 四

しかし、更に一步を進めよう。民事訴訟の目的が紛争の解決にあるのは慥かであるとしても、志向せられるものは果して紛争の單なる解決に止まるか。さうではあるまい、と私は疑つてゐる。單なる解決ではなくして、正しい解決、解決の矩にかなつた解決といふことが、民事訴訟の目的であらう。(四〇)

紛争を社會にとつての害惡とし、これを排除することを解決とみて、この種の解決こそが訴訟の目的であると説くかぎり、訴訟の特質が没却せられて明かでない。紛争じたいは元來、決して害惡であるとは言はれない。無紛争は社會の死で、望むべきことでも、有りうることでもない。問題は紛争じたいでなく、それが圓滿妥當に解決せられず、生活の障害に轉化しやすい點にある。もしも、紛争が常に圓滿・妥當に解決せられうる性質のものであるならば、紛争の解決が問題として登場してくる餘地はない。しかも圓滿妥當に解決せられる利害の衝突でも、紛争であるには相違ない。さうなれば衝突はもはや紛争でないのだといふ反論は、名稱の問題に歸著する。紛争解決の必要といふことは、かくて實は始から、單なる解決を意味しては居らず、うまく解決するの必要を指してゐる。紛争自體やその單なる解決ではなくして、解決の方法・在り方こそ、紛争解決の必要が語られる場合の、問題の核心であるのである。他方、解決の方法には、様々なものを考へうる。論者は國家關與の方式にこれを限定した。しかし、國家關與の方式にも、なほ各様の方式が含まれうる。その悉くが訴訟であるか。村の駐在の口きき・仲裁は奈何。競合する企業の優先認可は奈何。會社業務の不正執行をめぐつて緊張・もめ事のあるに際し、裁判所が株主の請求に基づき検査役を選任する方法は奈何。等々。訴訟の目的をただ紛争の解決と規定するのみでは、訴訟の特質はなほ明かにせられない。

訴訟は直接紛争じたいに手を下さぬ。そこで採られる解決の方法は、歩むべき道の指示・宣言といふことである。これが

諸他の國家的解決方式から訴訟を區別する。解決自體によりは、むしろ、正しさの發見に、活動の目標が据ゑられる。だからこそ、後くされの少い解決ができ、だからこそ、これを支へる強制權力が受容れられ持續しえて行くのである。訴訟から正しさへの志向を除去すれば、そこにその特質は何物も残らない。

このことは、古來、幾多の史實が、雄辯に證明してきた所である。死の骰子は何を語るか。障子を隔てて訟を聴く心くばりが、どうして名判官の資格を語るのか。訴訟が單なる紛争の解決でよいとすれば、これらの逸話も茶番劇にすぎない。司法權の獨立をはかり、嚴格精細な手續を法定し、上訴や再審を認め、紛争兩當事者を對立的に關與せしめる等の制度上の諸考慮が、單なる解決の必要から生まれないことは勿論、近代における法律裁判主義ですら、紛争の正しい解決の必要を前提として、はじめて生まれるものである。

權利保護説や法秩序維持説が、法から出發してその適用を訴訟として説いたことも、解決を單なる解決として片づけえなかつた所に根本の動機があらう。『訴訟の目的は、しかし、常に一箇同一、すなはち裁判權の行使による正義の保護といふことである』とのワッハの言葉は、<sup>(四三)</sup>この間の消息を語つてゐる。さうして、法的平和説をとく者が、不正判決の既判力を行ふ場合あるをみてその論を立てながら、なほ且つ法的平和の語を用いたことは、一層よく右の消息を告げるものである。訴訟を單なる解決と規定する態度は、舊説の短所を棄てるに急なる餘り、その長所を併せて殺すことになるとも言はなければならぬ。民事訴訟の目的は、決してただ紛争の解決といふのみでは足りない。紛争の正しい解決こそ、訴訟の追求する目的である。

當然すぎるかやうな事理を、紛争解決論者が否定する意圖をもつと想像はしてゐない。恐らくは論者は言外には正しい解決たるべきことを豫定して居られるであらう。訴訟において裁判所は『當事者の主張の是非曲直を判定』すると言はれた<sup>(四四)</sup>り、訴訟は『單に權力を振りまわすだけでなく、……公正で……なければ目的を達し得ない』と言はれてゐる所などを見る

ならば、その主觀的意圖は明瞭とも言へる。しかし、主觀的意圖は學說の内容とは見られない。右引用句の第一は、訴訟の單なる技術的構造のごとくに軽く言及せられた一節にすぎないし、後の引用句は、だから法令が作られることになるといふ説明の言葉にすぎないので、正しくない解決は始から理念的に訴訟でないといふ論理は、説明中のどこにも含まれてゐない(四五)。客觀的には、紛争解決説は、紛争の單なる解決以上の何物をも訴訟目的として掲げるものではないと見るほかない。修正の要は回避しえぬと思はれる。

紛争解決説の克服に、示唆を與へるものは、ザウアである。舊作ではザウアは、『個々の場合における法の確證そのことが訴訟の目的である』(四六)、『客觀法の訴訟的形成』がその謂はゆる法の確證であり、客觀法から『具體的法規の發見』

を行つた結果が確定せられた事實と交渉せしめられてその謂はゆる法の訴訟的形成が行はれるのであつた。これが法秩序維持説に他ならぬことは、シェンケの評價する通りである(四八)。近著においてザウアは、みづから舊説を法秩序維持説に列し、

『もとより既に共同體思想が鋭く強調せられてゐるのではあるが』と辯明した上で、『規範はしかしそれ自身のために貫徹せられ確證せられるべきものではなく、共同體の目標にのみ奉仕するべきものである。法秩序のうちに見れた共同體の意思が貫徹せられるべきである。……だから』法秩序維持説は『形式の過大評價に傾くが故にばかりでなく、既に在るものに、即ちただその適用が行はればよいといふ法規に、満足してしまつてゐる故にも、排斥せられなければならない』とした(四九)。

『訴訟は決して單なる形式』法學的事象でなく、社會現象としてそれは社會倫理的使命を果さなければならぬ』と前置して、舊説から一步進めた立場から、ザウアが説く所は次の如くである。曰はく、『すべて訴訟は、裁判官による・法生活の個別の場合(民刑事件)の・共同體價值への・正義に従つた・形成である。裁判官は一つの生活斷片を、國家的法共同體にできるだけ調和して嵌まるやうに、しかも常に以前よりヨリ良くあるやうに、「正す」のである』。それは、正義への接近であり、高いものへ向かつての前進である。『反共同體的な・少くとも不明かつ混亂の状態から、「法 Recht」への上昇』

がそこでは行はれる。『裁判官は、事件を雛型たる法令 (Gesetz) で測つて、在るものとしての、たかだか隠されたものとしての法 (Recht) を「發見する」べきものではなく、寧ろ、法を、形成し・創造し・創出する」べきものである……』提起せられた申立のどちらがヨリ多く法令に適合するかを裁決するが如きは、裁判官の眞實の仕事ではなく、『從來存しなかつた新しい價値が創造せられなければならない』のである。『裁判官は、個別的事件について、國家的、具體的規定 (staatliche konkrete Satzungen) に鑄出することによつて、社會生活中に憩うてゐる諸價値を起すのである。……法令は、その發布の際、法理念の一般的沈澱であつた。裁判は、法令に肖せて作られた具體的な沈澱である』。訴訟は、法の宣言にとどまらず法の形成 (Rechtsgestaltung) であり、法の適用にとどまらず法の定立 (Rechtssetzung) であり、法の發見にとどまらず法の創造 (Rechtsschöpfung) であると言はなければならぬ。(五〇)

『訴訟は裁判官の創造的な活動によつて具體法 (konkretes Recht) を形成するべきものである』。(五一)

舊作から近業への展開は、社會倫理的立場の擴充であり、徹底である。制度の目的は、勿論、形式法學的課題でなく、社會倫理の問題である。目的規定に關しては、ここに企てられた展開は、まさに正しい方向と言へる。正しい方向をとつた結果が、訴訟を法令から分離し、直接に裁判官を共同體意思そのものに對決させることになつたのは、自然の數と稱しえよう。ここで裁判官に對置せられた共同體意思が、法の理念と呼ばれ、正義といはれ、具體法と名づけられてゐることが、重要である。正しいもの、當爲への志向といふことを、訴訟の目的規定の中心に置いた點で、これは紛争解決論に優るものである。

しかし、社會倫理的考察は、それ自體に限界を持たぬ。一つの制度の社會的使命は、どのやうな高次の段階からも意義づけうる。翰林院から煙草屋まで、何もみな共同體價値の推進を目的とすると、言つて言はれぬものはない。際限なく上昇する社會倫理的考察を、適度において繋ぎとめるものは、所與の現象の論理構造である。

ザウアは社會倫理的考察を強調してこれに溺れ、論理構造を没却した、と私は観る。其處にいはれてゐる具體法は、裁判官が創造的に形成する『新しい價值』である。法が裁判官を拘束するには非ずして、裁判官が法を決定する。さやうなもので法があるとき、『訴訟では法形成、行政では文化推進』がそれぞれ主目的であると説くこと、内容の與へ方奈何によつては正しいこの公式に、此處でどれだけの意味が認められるか。もとより、裁判と行政とは『重點の轉位によつて違つてくるに過ぎぬ』といふのが彼の力説したがる要點なのであるけれども、それは分かりきつた話であつて、問題は法形成と文化推進との差異にある。論者の説明を極點まで還元すれば、行政がたまたま判決の形式を流れると、それが訴訟になる、といふに歸著する。訴訟を決定するものは偶然的な形式で、これに固有の目的はないと説くに、ほほ等しい。『さて訴訟が從來の状態を共同體の目的に従つて改善することであるならば、訴訟に特殊な目的を定めるために、この目的が更に詳しく限界づけられなければならぬ。共同體利益の促進はさまざまな行爲の目標であるのだから』と嘗てわれみづから言つた所に、論者が忠實であるか否か疑はしい。

離れてはならぬ論理構造とは、訴訟における裁判官の全面的な被拘束性である。裁判官の裁判は、どこまでも消極的・受動的なものである。訴訟の紛争形成面には積極能動の要素が作用しうるが、解決形成面はこれと異なる。さうして、訴訟の制度的特質は、後者によつて規定せられる。どうしてや、らうかとは裁判官は考へぬ。どうするべきかと彼は考へる。當爲は當初に豫定せられて既に在る。國家機關が裁判と行政とを分掌はしなかつた嘗てから、當爲に聽くといふことが、裁判を特異な作用としてゐた。拘束の後退に比例して、裁判は他種の作用中に解消してゆく。全面的な被拘束性にこそ裁判をその他の作用から特質づける構造がある。上昇して何處かで他のものと合流するにせよ、現實がともすれば異なつた様相を示すにせよ、訴訟の特殊な訴訟的存在をとらへるためには、社會倫理的考察はかやうな論理構造によつて繋ぎとめられなければならない。

訴訟の前法令的な性格と、裁判の被拘束的あり方、即ち、上叙の論理構造を意識して、早くから其處に目的規定を据ゑるべきことを説いて來られたのは、宮崎教授である。曰はく、『抽象的假定的法規範（制定法、慣習法等）は如何なる場合に於ても我々の行動の規準たり得るものではなく、我々の行動の規準たり得るものは、具體的現實的事實に即した規範である。これは、決して抽象的假定的法規範の定立せられて居らぬ場合にのみ限らるるものではなく、抽象的假定的法規の明定せられてゐる場合に於ても同様である。唯抽象的假定的法規範は、具體的現實的規範の認識に當つて其認識の規準たり得るに過ぎない。……この具體的現實的法規範が即ち具體法である』<sup>(五四)</sup>。裁判は具體法の定立に他ならず、具體法の定立は、權限ある機關の・一定の形式をもつてする・具體法の創造的認識の・確定形態、を意味してゐる。<sup>(五五)</sup>『この具體法が法律學の對象たり得るや否やは別として、……訴訟の研究に當り抽象的法規のみを重要視し、裁判を以て單なる抽象的法規範の適用作用なりと見るが如きは誤であらうと考へる。寧ろ訴訟は、……具體法の定立を目的とする制度として理解せらるべきである』<sup>(五六)</sup>と。惟ふに、最も正鵠を射たに近いものである。<sup>(五七)</sup>

なほ且つ止めることのできぬ疑問は、かうであらう。具體法の認識を創造的なりとすることが、認識一般に對する特異性を意味しうるか。認識一般に通じること、特に擧げる價值がなく、それ以上の創造性を意味させようとするならば、訴訟の基本的要請を没却する。<sup>(五八)</sup>この點と、後に別に説く一點とを姑く措き、ヨリ基本的な問題は、論者の採用せられる方法に在る。具體法の定立は事の構造ではありうるとしても、まだ事の目的たるには不足する。具體法定立のために訴訟制度があるといふことは、意味を成さないことである。ザウアが社會倫理的考察の雲に乗つて、徒に高くあがつてしまつたのと丁度反對に、ここでは形式 $\parallel$ 法學的考察が目的の規定者たるを僭稱しようとして企ててゐる。我々はこの最後の説をもう一度、實踐價值——紛争の解決——と結合するべきものである。

民事訴訟の制度目的は、かうして、紛争の正しい解決であり、一そう正確にいふならば、正しいものの認識による紛争の

解決にある、と言はなければならぬ。いま、認識せられるべき正しいものを、先學の用語例に従つて、具體法と名づけよう。然るときは、民事訴訟の目的は、具體法の判断による紛争の解決にほかならず、訴訟は法令との關係で前法的存在でありつつも、なほ具體法との關係では飽くまで後法的存在でなければならぬものである。(五九)

- (四〇) 伊東・民訴法の一書三稿・法學研究二二卷・昭二三・八號四八頁四九頁(二二卷五號六二頁下欄二)。
- (四一) 穂積陳重・法窓夜話・市民文庫版五一頁。
- (四二) 三宅正太郎・裁判の書・創元文庫版三三頁。
- (四三) Wach, a. a. O., S. 6.
- (四四)(四五) 第三節所引を看よ、前出註三五・三六。
- (四六) Sauer, Grundl., S. 42.
- (四七) Sauer, a. a. O., S. 58.
- (四八) Schönke, Komm., Ertl., S. 15, Anm. 4. 此は Sauer, a. a. O., SS. 44 u. 45, a. を見れば一そう明かである。
- (四九) Sauer, Allg., S. 8, Text u. Anm. 8
- (五〇) Sauer, a. a. O., SS. 1~3.
- (五一) Sauer, a. a. O., S. 4, Anm. 2.
- (五二) Sauer, a. a. O., 40.
- (五三) Sauer, Grundl., S. 41.
- (五四) 宮崎澄夫・既判力の主觀的範圍に就て・法學研究一六卷・昭一二・一號二八頁(訴訟法學會・訴訟法學の諸問題・宮崎七頁八頁)。
- (五五) 宮崎既判力二六頁二九一三二頁(諸問題五頁八一〇頁)。
- (五六) 宮崎既判力二八頁二九頁(諸問題八頁)。なほ、宮崎澄夫・訴訟法・新法學講話六卷・改訂二版・昭一八・二七頁、刑事訴訟法・法律學全書二四卷・昭二五・二四頁。

(五七) 具體法論議は廣く且つ古い。宮崎教授の功績は具體法を自覺的に訴訟目的に持つてきて訴訟の後法令性を否定したことにある。もので具體法論議としては諸説の一環に位するにすぎぬ。さうして、訴訟目的を具體法への志向に據ゑたことは没却するべからざる洞察である。

(五八) ザウアについて言つたと同じ。なほ、「裁判官が新しい法を創造するか否かが争はれてゐる。これを肯定することも否定することも正しい。肯定するのは事實の問題として正しいのであり、否定するのは在るべき問題として正しいのだ」といふ趣旨のブルクハルトの議論を援用して置く(W. Burckhardt, Methode und System des Rechts, Zürich, 1936, SS. 100 u. 101)。こゝではマンが問題なのである。因みに具體法の他義用法の例' Burckhardt, S. 26. 104, u. a.

(五九) 伊東・民事訴訟法第一部・通信教育教材・一四頁・二三八―九頁。

## 五

認識せられるべき正しいものを、具體法と名づけると、私は言つた。それは、目的論議に持込まれやすい混亂を、反省して置きたいといふ意圖に出でる。

訴訟の前法令的性格を説く者が、『判決自體は法ではないと爲すことは、一般に考へられてゐる所であるが、この考へに對して、判決自體が法であることも亦古くから説〔六〇〕へられて居る所である』。『私は……定立せられた……法……と考へたい』。『抽象的假定的法規範は單に間接にのみ我々の行動の規準となり得るものと云ふべく、之に對して、具體的現實的法規範こそ直接我々の行動の規準たり得るものと云はねばならぬ』。『それ故、……裁判を以て單なる抽象的法規の適用作用なりと見るが如きは誤であらうと考へる』といふ場合〔六〇〕には、判決によつて示されるものがそれ自體具體法なるが故に、訴訟は必ずしも法令に繫縛せられた存在でない、といふ論理の筋が臆測される。反對に訴訟を後法令的にみる者が、『同じ効果を同じ原因に歸せしめうるとは限らない。拘束力のある點は慥かに判決は法律に似てゐるが、拘束力のあるところ常に法律があるのではない。もしもさうでなかつたら、法律行爲も仲裁判斷も法律で、上司の拘束的命令もみな法律になるであらう。のみならず、判決の効力は、法律に似てゐるだけで、法律と同じではない。もし同じものであるならば、判決はその特殊の規律を何人との關係でも認められるべき筈である』。『具體的法制状態のために新たな客觀法が與へられるものではない』。『判決は法

律でなく、法の適用にほかならぬ』と説く場合にも、判決によつて示されるものが、具體法でないが故に、訴訟は法令の適用以外のものではありえぬとの、論理の筋が見出される。ここで問はれるべきであつたことは、右懸案の「正しいもの」が、法令に對して論理上、後か先かといふことで、決してそれがそれ自體として、具體・法・であるか否かといふことではない。それが法令に後れるなら、法であらうとなからうと、具體法たるとなほ抽象法たるを問ふことなく、又その法令との關聯のあり方奈何にも拘はりなく、訴訟は當然法令に依存する。それが法令に先立つなら、同様にして具體法のあり方には關係なく、訴訟は法令に依存しない。具體法の實體奈何を問ふことは、そのものとして重要な問題に相違ないし、訴訟の法令に對する前後を尋ねる場合には、從來とも學者はただしく右或物の法令との先後を中心に問うてきた。しかも、この二つの問題が、併せて扱はれてきた結果、無用の混亂が生まれてゐる。中心の議論にしばしば附帶する右例のやうな論理の混亂——混亂の外観——がこれである。この外観が、訴訟の前法令的性格を承認することに、人を躊躇せしめる原因の一つになつてゐる。訴訟の前法令の承認に、右「正しいもの」を具體・法・と規定するの要は必ずしもない。

同じ論理の筋違ひが、訴訟の後法令に關しては、一そう不幸な結果を齎す。ここで問題になる限りのことは、法令から解放せられた訴訟が、訴訟として、無制約でありうるか、それだけのことに他ならない。具體・法・だからといつて肯定に出ることも、具體・法・と言へないからといつて否定に出ることも、ともに正しい態度でない。前法令的な存在たる訴訟がなほ理念的に、被制約者でなければならぬといふ關係の承認にも、具體法の實體論は必要でない。

假にさやうな實體について言へば、その、具體・法・としての固有の性格を、私は認めるべきものと考へる。正しい或物に訴訟が拘束せられる關係を、具體法による訴訟の拘束、具體法に對する訴訟の後法令性と名づけることの、實質的に適當なるべきを主張したく思ふ者である。しかし、従前の混亂に鑑みて、實體論に及ばない。具體法といふ言葉を、名稱の便宜と約束した所以である。

さうして、まさに、訴訟の目的は、かやうな訴訟の前<sub>II</sub>後法的構造と、當該「正しいもの」に對する訴訟の關聯が、創造でなくして「認識」であるべきこと、および、訴訟が社會使命として紛争の解決に奉仕することの、三點が決まれば、規定するに熟する。後の二點も當該「正しいもの」が具體・法・であるか否かに依存しない。理論的欲求は當然、具體法の實體論に進むのであるけれども、それは既判力理論・一般法學・法哲學の問題で、特殊<sub>II</sub>民事訴訟制度の目的の問題を超えてをり、前者のいかなる理論構成も、後者についての上級の道理を破る權利をもつてゐない。

民事訴訟は、法令との關係では、前法的な存在である。裁判や訴訟の必要から法令の完全を強辯し、これに安心することは當らない。法令の機械的な適用を目的に適ふ裁判とみることも許されぬ。さうして、また、仲裁や調停からの形式的な隔離をやめ、立法政策は、正しく常に、前法的訴訟の基點に還つて検討せられなければならない。

同じ訴訟が、しかし、具體法と名づけられる「正しいもの」、その意味での具體法、との關係では、飽くまで、後法的な存在である。裁判は法令の機械的な適用ではないとしても、自由な裁量であるのでもない。併せて言へば、具體法のそれは認識にとどまり、政治・道德の問題を裁判所が取上げぬことは、訴訟の本質的要請で、偶然の技術的制約ではないのであるし、また、國家の親心、指導、改善、教育、干渉、等々に訴訟の中心の座を興へようとする企ては、右からのものにせよ左からのものにせよ、訴訟改善の問題としてではなく、訴訟廢棄の當否の問題として、考へられるべきものである。

訴訟目的の問題が、具體法の實體論を通し、上昇して、一般法學から法哲學の課題に連なることは、前に言つた。それが下降しては、理論上、訴訟法學上のすべての問題に出發點を供することは疑がない。<sup>(六二)</sup>とくに所謂客觀法の具體化が、法令の具體「化」と見られえないことが重要であらう。さうして、それに止まらず、右に覗つた一斑の豫示するやうに、具體法判斷説からの展望には、實踐上にも、豊饒なものがあると、私は考へる。

(六〇) 宮崎既判力二四頁二六頁二八頁(諸問題四頁五頁八頁)。「」傍註は筆者。ママは原文のまま。

紛争の解決と具體法

(六1) Wach, a. a. O., S. 6.

(六11) Sauer, Grundl., S. 45 ff., besonders S. 48 ; v. a.

二四 (五八四)

(昭二七・八・一八、稿)

紛争の解決と具體法 (本誌二十五卷、九號)

頁	行	誤	正
四	一六	法秩序維持の反對としての	法秩序維持の反射としての
一二	一八	訟・紛争解決説の	(訟は前行第一字に在るべきもの)