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

Title	『民事訴訟雑誌』第一號と『民事訴訟法講座』第一巻
Sub Title	Journal of civil procedure, No. 1, and lectures on civil procedure law, Vol. 1
Author	伊東, 乾(Itō, Susumu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1954
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.27, No.7 (1954. 7) ,p.72- 75
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=AN00224504-19540715-0072

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.

紹介と批評

『民事訴訟雜誌』第一號と『民事訴訟法講座』第一卷

戰後相次いで設立せられた諸分野の全國的學會に先驅けて、民事訴訟の畑では、既に戰前から、民事訴訟法學會という全國の研究者を横に糾合した學會組織が、活動していた。その對外的活動としては、『訴訟法學の諸問題』第一輯が、今日でも貴重な論文集として、なお好學の士に利用せられている。戰後いち早く從前の組織を復活したこの學會は、主として報告討論と講演會とに力を注いで今日に至つたが、先頃會員野間繁博士に依囑して作られた『民事訴訟記錄』を學會名義で公刊したあとをうけて、この度、いよいよ『民事訴訟雜誌』を創刊するに至つた(法律文化社)。第一輯のみを世に問うて出版事情に妨げられ第二輯以後を刊行しえずにいた『訴訟法學の諸問題』の、擴充せられた形での繼續事業の開始として、また、同學者間の討論を掣肘のない徹底した形で行える專門の機關誌を特設するものとして、學界のためには最大慶事のひとつでなければならない。

創刊號には五人の專門家の五つの論說が收められている。編集方針が、設定テーマによる執筆と自由論題による執筆との、二本建になつているために、五つの論稿も二つのグループに大別せられる。設定せられたテーマは假處分である。

この編集テーマに基づく論說は、掲載の順序に從えば、兼子一教授の「特殊假處分の手續」と吉川大二郎博士の「占有移轉禁止假處分の効力」の二編。一般に假處分という言葉は、民事訴訟法典中强制執行編の末尾に規定せられた特殊の手續をさすのに用いられるが、字義を廣く解すれば、狹義の假處分以外にも色々な假の處分を含めて考えることができる。兼子教授の論稿は、狹義の假處分以外のこの種「假の處分」を横斷的にとりあげて、それぞれの手續の性格を明かにしようと試みられるもので、家庭裁判所が家事々件に關して行う假處分から、破産法・和議法・會社更生法上の保全處分、不動産登記法上の假登記假處分、行政事件訴訟特例法上の行政處分執行停止命令、商法上の取締役職務執行停止代行者選任假處分、等におよび、殊にこの最後のものについては、これを狹義の假處分とは別個の特殊の手續であつて「本案訴訟の附隨手續としての假處分の一類型に屬するもの」と見るべきだとせられる。これに對して、吉川博士の論稿は、固有の意味での假處分に關し、不動産についてのいわゆる占有移轉禁止の假處分をとりあげ、現狀變更による債權者の救濟を論じられるものである。これは理論と實際との相剋の露呈する困難な問題になつているものであるが、博士によれば「第一に、債務者が假處分に違背して現狀を變更した場合にあつては、執行吏は債務者を强制力をもつて退去せしめることができるが、債務

者の建設した工作物を取毀つ爲には執行裁判所の取毀命令が必要である。いずれの場合でも當該假處分の執行として爲されるもので、別個の債務名義を要しない。第二に、假處分後第三者が執行吏の占有を侵奪した場合にあつては、この第三者が債務者と通謀しているならば、債權者は承繼執行文を得た上で當該假處分命令に基づき第三者に對し債務者に對すると同樣の執行ができるのであるが、これに反し、第三者が債務者の意思とは無關係に執行吏（の）占有を侵奪したような場合には、債權者はこの第三者に對する別個の債務名義……によつて執行するほかない」。これら二つの論稿のほかに、三ヵ月章・中務俊昌兩氏の協同執筆にかかる「戰後の假處分判例の研究」という判例綜合研究がある。詳細で明快、力作と稱すべき資料である。

自由論題による論說は、これも掲載の順序に從えば、岩松三郎最高裁判所判事の「經驗則論」・田中和夫教授の「アメリカにおける司法審査の限界」・中田淳一教授の「形成訴訟の訴訟物」の三編。訴訟は裁判所の判斷の形成過程であり、主觀的判斷を客觀的判斷へ高める努力にほかならないから、判斷の基準として經驗則の、訴訟における役割は、極めて基本的なものがある。岩松最高裁判事の論稿は、かような經驗則を多角的に考察してその綜合的理解に達しようとせられている。自らも斷つておられるように、裁判上の實例があまり引かれていないことは、執筆者が岩松最高裁判事であることから期待する所に反して、些か遺憾なことではあつたが、それでも隨所に裁判官の生きた苦惱を感得しうることは貴重である。田中教授の司法審査に關する論稿は、我國最近の二三の關連事件に筆を起こし、アメリカにおける司法審査の限界として、事件性の問題および政治性の問題を詳論せられる。即ち司法審査は、司法權の本質上、具體的事件に關してのみ行われ、三權分立の構造上、政治問題については自ら抑制すべきものとされているとし、同時に我國についても同樣の取扱が好ましい旨、示唆せられている。殊に、いわゆる政治問題とは「純法律的な判斷をすることができない政治的という意味ではない」ことを强調し、先頃の衆議院議員資格確認並びに歳費請求事件についての東京地裁の判決を「アメリカの裁判所が百數十年の間違憲審査制の健全な發展のために拂つて來た努力に一顧だに與えずに自己のもつている概念法學でおし通した」ものと評していられる點は、重要である。中田教授の訴訟物に關する論稿は、離婚または婚姻の取消の要求という訴の目標こそが婚姻訴訟の訴訟物であつて、その原因が訴訟物なのではないとするベッティヒェアの見解をとりあげ、これを批判しつつ、これを機緣として、形成訴訟一般の訴訟物を闡明しようと試みておられる。ヘルウィヒの系統をひいて、我國訴訟法學界は、實體法規を基準にして訴訟物を決めることに概ね見解が一致しているが、奇妙にこの點ドイツの學界は異なつて、そこでの支配說は今日では寧ろ訴訟物を實體法規から切離すのを當然と考えている。ベッティヒェアの見解も、かような訴訟物觀の一顯現に他ならない。中田教授は先ず彼の見解を紹介し、次いでこれをドイツ訴訟物理論一般のうちに位置づけ、最後にこれを極めて鋭く批判せられている。「形成訴訟の訴訟物も、……單なる形成の要求、たとえば離婚もしくは婚姻取消の要求または婚姻解消の要求でなく、むしろ、かかる要求をなすについての法律的根據と

して主張せられるもの、たとえば離婚原因または婚姻取消原因である」。「訴訟物とは何か……は、原告の訴狀における陳述の客觀的內容についての合理的解釋によつて定まるのであり、しかもその客觀的基準は、やはり實體法規をおいて他には存しない」と、教授はいわれる。往年の名篇「請求の同一性」の姉妹篇である。なお、かかる訴訟物たる形成原因を主體化して形成權とも稱えうるもので、この呼稱によつてこれを普通の形成權と同列に置くことは不當だという非難には、「單なる形式主義的な概念構成以上の價値を認めることができない」との一節にも、併せて注意しておきたい。これら三つの論說のほか、書評二篇と學界消息一篇とがある。

全體を通じて最も興味ふかく眺められるのは、右の中田教授の論說である。訴訟物の決定を實體法規から切離すべきでないことは、別の機會に明かにしたように、まさに中田教授の論證せられるとおりである。加えてドイツの學界が何を目的としてこれらを切離すことになつたか、その根據と志向とを明かにし、遡つて根據の當否を吟味し、下つて志向滿足の代案を提示することができるならば、批判として完璧なものとなることであろう。しかし、それはそれとして、この論說のごときは、國際研究協力のひとつの恰好の素材になるのではあるまいか。制度や涉外問題に限ることなく、かような理論的且つ基本的な問題の討論せられることこそが望ましい。雜誌の創刊によつて、ドイツの傳統ある民事訴訟雜誌に對し、我國もここに民事訴訟雜誌をもつことになつた。それぞれ自國の雜誌に據るのでもよい、相互に原稿を交流させるのもよいが、協力しやすい態勢の作られた今、中田教授の論文を眺めながら國境をこえた討論を夢みるのは、果して幼稚な空想に過ぎないであろうか。

雜誌の創刊と前後して、『民事訴訟法講座』第一卷もまた、ようやく公刊の運びに至つた（有斐閣）。全五卷の豫定で計畫せられ、殆ど學會の全會員が參劃している。雜誌と異なり一般讀者を豫想しているから、事業として雜誌ほどには高く評價できないが、論文と教科書との中間に殘された問題に解明の機會が與えられ、また、同學の研究者の大同的協力がとにかくひとつの成果を殘すという意味で、その意義は決して小さくない。

第一卷に收められた項目は、全五六項目中一一項目である。いずれも有益な且つ便利な解說であるが、全卷を通讀して、ひとつだけ特にとりわけて秀れた論稿が注意をひく。三ヵ月章氏擔當の「權利保護の資格と利益」がこれであつて、周到で調子が高く、講座にとつては過ぎたるものの感さえある。次いでは、ハッタリのない綿密な資料の跡づけを含む小山昇氏擔當の「必要的共同訴訟」に、敬意を表さなければならない。講座でなければ差當り邦語の文獻で見られないものとなると、中務俊昌氏擔當の「當事者の確定」に見られる懇切な舊說の紹介を、擧げることができる。菊井維大教授擔當の「訴の變更」に含まれる詳細な沿革の解說をも或はこれに加えることができようか。他に、兼子・宮崎・中田・山木戸の諸教授（掲載順）並びに齋藤・中村・野間の諸博士（掲載順）の擔當項目がある。

かく、期せずして、雜誌の創刊號と講座の第一卷とを並べて見ることができる仕合わせに會うと、同學の人間は今更ながら責務の重大を思わざるをえない。今は、講座の事故なく完結に至ること、殊に雜誌の永く打絕えることのないことを、何にも況して心から願わ

ないではいられない。（一九五四年七月六日記）

（伊東　乾）

青柳文雄著
『全訂　刑事訴訟法通論上、下』

一　裁判所關係者の間でとりわけ高く評價されていた青柳文雄氏の「刑事訴訟法通論」が、今度「全訂刑事訴訟法通論上、下」として、新たな裝いを以て刊行された。本書は、舊版に、ただ單に量的に追加加筆されたもの、若くはただ單に刑事訴訟法の改正に伴う當然の訂正といつたものと異り、體系づけにおいても理論構成においても、將又學說、判例の引用、批判等々質的に全く面目を一新されたものであるため、ここに敢えて簡單な紹介と批判を試みることとした。

著者青柳文雄氏が最高裁判所調査官であると同時に本塾の講師として刑事法、ことに刑事訴訟法學の領域において數多くの業績を殘されて來た事は周知の通りである。ただ、學生諸兄姉の中には、著者が戰後、大陸法的な刑事訴訟法から英米法的な刑事訴訟法へと大轉換した時の刑訴立法の蔭の功勞者であつた事についてよく知らないむきもあるかも知れない。氏は特に刑事訴訟規則の立案に參畫されたが、その最中（昭和廿三年九月）にまず東洋書館から「新刑事訴訟法要綱」という著書を出版された。私が學生時代に刑訴の教科書として使用したのがそれであり、且今日の「全訂刑事訴訟法通論」の母胎とも云うべきものであるが、それはB6二五二頁の簡單な新法解說書といつたものであつた。その後刑事訴訟規則が制定されるや、刑訴法と規則との統一的な解釋を狙いとして、新しく立花書房から「刑事訴訟法通論」が出版されたのは僅かに一年半後の廿四年十二月であるが、その內容の充實は注目に價するものがあつた。それが廿六年の增訂版を經て今度の全訂版に至り、いよいよ著者の研究の進境めざましく、最高裁判所の調査官として山積する裁判事務の處理と、決して渺なからざる講義の爲の時間の割愛を想う時、その學問に對する極めて旺盛な研究心と、倦まず撓まざる努力の程にただ驚歎と敬服の外はないのである。

二、さて、本書は舊版の四二〇頁に比し本文だけでも二四〇頁餘加えられ、上下二卷に分けられた。そして前述の通り舊版と比べて說を改められた箇處がかなり多く、それだけ興味も深いのであるがその一々について紹介と批評を試みることは紙面が許さないので、ここでは舊版と比較して特に重要と思われる見解の變更を中心として述べようと思う。

編別にしても舊版は緒論、訴訟の組織、訴訟手續總論、第一審の訴訟手續、上訴、非常上告、略式手續、裁判の執行という八編別であつたのに對して本版では緒論、總論（訴訟の組織、訴訟手續、實體形成、裁判。以上上卷）、各論（强制處分總論、搜查、證據保全、公訴、第一審公判、上訴、裁判の執行、特別手續、非常救濟手續。