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

Title	『フリートリッヒ・レント七十五歳記念□賀論文集』
Sub Title	Festschrift für Friedrich Lent, zum 75. Geburtstag, 6. 1. 1957
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1957
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.30, No.6 (1957. 6) ,p.70- 76
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=AN00224504-19570615-0070

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

Festschrift für Friedrich Lent, zum 75. Geburtstag, 6. 1. 1957,

Herausgegeben von Leo Rosenberg und Karl Heinz Schwab, 1957, Beck.

『フリートリッヒ・レント七十五歳記念祝賀論文集』

今回レントが七十五回目の誕生日を迎えるにあたり、祝賀論文集が發刊された。三二八頁からなる本書は、彼の寫眞・編者の執筆する彼の簡單な經歷と本書の目的・一二の論文及び彼の業績の記載を含む。以下本書に收錄された論文を紹介する。

1. 民事訴訟の上訴手續における「不服の利益」について

Fritz Baur

ライヒ裁判所（R. G.）及び連邦最高裁判所（B. G. H.）の二つの判決に對する Lent の評釋をめぐり、不服の利益は、取消さるべき判決が上訴人の法的地位に不利益に影響すること（實質的）をその內容とするか、又は原審の申立の範圍と判決の範圍との間に差異がなければならないか（形式的）、の問題を提起する。これに答える前に、不服の利益が適法な上訴の要件であること及びその理由を確定する。

先ず上訴權者と不服の利益との關係を論じる。民事訴訟は對立二當事者主義をとるから問題はないが、從參加人及び非訟事件・行政事件につき特に論じる。前者につき從參加人のなす上訴も主たる當事者のための上訴であるから、從參加人自身についての不服の利益は上訴の理由とはならないとし、原・被告につき不服の利益を檢討すれば足りるとしている。後者（これは本論文の目的ではないから以下省略される）については所謂實質的關係人にこれを認めている。

次に不服の利益の內容を論じる。先ず原告の不服の利益を論じる。不服の利益は一般的利益と個別的利益の調和點としての控訴の制限の要件であるから、當事者の原審における權利主張が裁判せられている限り、上訴審で判決の異つた理由づけや請求の擴大をしようとする個の利益に對し一般的利益が優先する。從つて上訴は判決が上訴人の原審における權利主張につきなされなかつた場合に限り認められ、不服の利益は常に形式的である。被告のそれについても、被告の申立は本案の申立ではないから不服の利益は形式的に定められず全く實質的に定めるべきであるとする見解に反對して、形式的に定めるべきであるとする。最後に不服の利益を實質的に捉えるべき少數の場合を例外として指摘する。

2. 行政と裁判との中間領域における非訟事件

Karl

August Bettermann

先ず非訟事件を形式的に把え（この點では Baur の所謂法規說）、その一部は行政、他は司法に屬することを明らかにし、實質的な把え方をしている。

次に非訟事件に屬する一連の事件を上述せる二つのカテゴリーに分類するが、その前提として司法と行政の別を論じる。區別については Walter Jellinek の記念論文集中「行政と司法」においてとつた立場を踏襲しているが、特に異色の見解を示しているわけではない。

最後に非訟事件を司法事件と行政事件に分けることは、單に認識論上必要であるばかりでなく實際上も意味があるとして、次の八つの利益を列擧する。(1)基本法第九二條に所謂「裁判官の獨占」の問題、(2)裁判官の獨立性の問題、(3)基本法第一九條の問題、(4)既判力の問題、(5)非變更性（Unabänderlichkeit）、非撤回性（Unwiderrufichkeit）の問題（既判力の問題とは別）、(6)成規の審訊を要求しうる權利の問題、(7)基本法第一〇〇條の憲法裁判所へ上訴の問題、(8)民法第八三九條Ⅱ項の損害賠償における裁判官の免責特權の問題。

3. 給付訴訟における判決對象（Urteilsgegenstand）について

Arwed Blomeyer

給付訴訟の既判力に關し、實體權と判決對象（特に判決對象に限つたのは、訴訟物概念の機能が、既判力に關する場合と訴訟手續中のその他の問題に關するとでは異つた劃定を必要とするからである、とする）との關係の研究が行われる。次の七節からなる。

(Ⅰ)判決と「請求」。民訴法第三二二條Ⅰ項より、既判力の範圍を(1)提起せられた請求（裁判所が提起せられたものとみなした請求）の(2)判決せられた部分に限定する。從つて判決の對象は訴訟物より大きいか小さい場合があることを明らかにする。(Ⅱ)「請求」としての具體的法效果。前節に所謂「請求」とは何かという面から更に問題を追求し、申立說・事實說をしりぞけて權利主張說に同調する立場から、給付訴訟の判決對象をもつて、原告の主張する具體的法效果としての給付請求權であるとする。次に、申立の認容された場合と棄却された場合とを分け、(Ⅲ)認容の場合には特に請求の同一性の問題を生じないとして、(Ⅳ)棄却の場合につき請求の同一性を詳論する。競合する實體法上の請求權が看過され、そのため判決されなかつた場合が問題であるが、この問題について、看過された請求權が「訴訟上」の觀點から判決されたものと同一であるか否かを問うべしとするのが、論者の趣旨である。以下(Ⅴ)特に生活關係と請求・(Ⅵ)特に棄却について・(Ⅶ)依存する他の請求に及ぼす效果、の三節において、請求の同一性の問題は、生活關係の單一性によつて決まるのではなく、當事者・請求の內容・擧證責任等、訴訟上の觀點から決まるのだということ、及び、請求の棄却は請求權不存在の時點をも確定することを說いている。

4. 規整事件（Regelungsstreitigkeiten）

Eduard Bötticher

本論文は、昨今とくに勞働法の領域にみられる調整と訴訟の二元

主義から出發し、訴訟事件と調整事件との差異一般を考察しようとするものである。

5. 民事及び行政裁判所の宣言的判決の既判力は刑事裁判官を拘束するか　Hans-Jürgen Bruns

民事・行政兩裁判所の裁判の間に拘束力を認めるがこれ等兩裁判所と刑事裁判所の裁判の間にはこれを否定する B.G.H. の判決と、この判決を評釋し總ての他の裁判所を拘束すると說く Bettermann の說を對置し、形成效をもつ裁判についてではなく、宣言的判決に限定して論を進める。その際拘束力が單に既判力以外の原因から生じることがあることを明らかにすると共に、Laband, Wach の「國家法上の拘束力」理論をも排斥する。

先ず民事乃至行政訴訟における確定の效力(Feststellungswirkung) が、刑事事件における拘束力の基礎となる關係を、既判力學說との關係で論じる。即ち拘束力ある確定效は民事訴訟のみに限定されることになる通說たる既判力に關する訴訟法說、既判力ある判決の效力を裁判權の他の分野へ及ぼすに都合がよいが、既に過去の學說となつた實體法說を對立せしめ、Pohle により發展せしめられた實體法說の興味深い變容即ち既判力ある判決はその內に宣言された法律效果の存在に對する覆えしえない推定を含む（所謂相對的實體效 relative materielle Wirkng des Urteils）とする點に拘束力の基礎を求める學說をこれに加える。そして訴訟法說によつても、從來の訴訟法學のこの點に關する誤解を認識するなら、二種の訴訟が司法の二つの同位的分野に存し、類似目的をもち手續が本質的に類似する場合、擴張せられた既判力效は當該訴訟內の既判力と同樣、法的安定性乃至平和なる絕對的要請に合致する、との命題が定立されうる。この命題は行政訴訟と民事訴訟の間に適用されるが、これ等二者と刑事訴訟との間には如何、の問題は更に研究の餘地ありとしている。その一環として民事乃至行政裁判所の判決の既判力の主觀的範圍の問題を指摘し、既判力による刑事裁判官の拘束は、既判力の主觀的範圍との關係で難點があるという。更に對世的效果をもつ判決について別項を設け考察し、inter omnes の Omnes に刑事裁判官を含める Goldschmidt 等の見解と、これを除外する Hellwig, Sauer の見解を對立せしめ、前說を否定する。次に拘束力を否定する新な二つの說につき例をあげて檢討し、何れも根據が弱いことを指摘する。刑事裁判官に對する拘束力否定の重要な根據として、既判力の主觀的範圍の問題に加えて、刑訴法第二六二條の規定を援用し刑事裁判官に民事乃至行政裁判の判決の拘束力が及ばず、しかもそれは同條の示す刑事手續の特質によるものであるとしている（ここで民・刑兩訴訟における「實體的眞實」の意義並びに手續原則の問題を扱う）。更に B.G.H. の判例並びに通說に反對し、既判力に關する訴訟法說から拘束力を肯定する Kugler の見解を批判する。最後に宣言的判決ではない場合にも刑事裁判官に對する拘束力を否定する B.G.H. の見解と、これに反對する Schwarz, Blomeyer 等の說を對置し檢討した後、前說に贊成する。

6　本案終結 (die Erledigung der Hauptsache) の法的性質

先ずこの問題につき訴訟法學上一致した見解のないことを指摘し、問題を(1)兩當事者が一致して終結の表示をなし、裁判所に訴訟費用を決定で定める使命のみ殘す場合と、(2)當事者の一方のみが終結の表示をなし、他方が從來の申立を維持するため、事件が判決により終結せしめらるべき場合に分け、本案終結の理論を常に訴訟物理論の一斷面として考察を進める。

(1)について　(a)その法的性質について、訴訟法上の契約でしかもこの契約による處分は、裁判所の裁判權を否認し且つ訴訟物に關するとしている。(b)次にかかる概念規定から生じる歸結を論じる。イ、形式的事後審査は許されるが、實體面の審査は費用確定に必要な範圍で許される(後者も否認する Köln 高裁の判例を批判)。ロ、訴訟物につき裁判所の裁判を拒絶するものなるが故に、既判力ある手續の終結に到る迄許される。ハ、訴訟係屬の終了。ニ、既判力の有無を論じこれを否定するが、合意乃至契約の本質上當事者に對し拘束力が生じ、妨訴抗辯となる。ホ、新な事情が生じれば再訴は可能。

(2)について　(a)その法的性質につき、通說は極めて不充分であるとし、當初は適法且つ理由ありとされた請求が、不適法且つ理由なしということになつたとする法律效果の主張に加え、この確認申立が適法であるとする手續上の主張であるとする。この點に關し Rosenberg, Göppinger の見解を檢討する。(b)かかる概念規定の歸結として以下の事項を擧げる。イ、その他の訴の申立と同樣に扱うこと。ロ、訴訟係屬の問題(特に新に訴を提起した場合を論じる)。ハ、既判力の問題。

7. 費用請求權と危險負擔　Horst Müller

この論文は、權限なき占有者と所有權者との間における利益調整、即ち所有權者の收益賠償乃至損害賠償請求權及び無權限占有者の費用賠償請求權の關係を論じるもので、訴訟法學に特に關係はない。

8. 權利保護の必要に關する理論　Rudolf Pohle

この問題を始めて詳細に研究した Schönke の理論が、一部の反對說(例えば Alloris の說)の出現により、再檢討を要するに到つた、という序言(第一節)に始まるこの論文の本論は、以下の六節よりなる。

第二節は權利保護の必要を正當化するといわれる目的論的考察の檢討から始め、Schönke と同樣實體權の確證と法的平和の維持回復に民事訴訟の目的を求めるが、それのみからは、權利保護の必要性は導出されないという。理由として(1)權利保護の必要は訴訟における個別利益と一般利益の調整點であること、(2)權利保護の必要がないとする場合でも判決により實體權を確證しその意味で民事訴訟の目的を達成出來ること、(3)權利保護の面からのみ考えると、それ以外の目的をもつ場合を說明し得ないこと、等々を論じ、目的は手續の目標を示すのみで、具體的に如何なる手段をとるべきかを定めるものではないとしている點は興味深い。第三節は現行法における本案判決要件としての權利保護の必要性の使命並びに實際的意義を

論じる。その使命として權利保護の制限を擧げ、その基準として司法の利益のみならず相手方の利益をも考慮すべきことを指摘する。更に權利保護の必要を特殊な本案判決要件とすることにより裁判所又は相手方の不必要な負擔を避けうるとする評價から種々の歸結が生じ、更にこれ等を考察すると、場合によつては權利保護の必要がその目的とは反對の作用をすることが明らかになるとして次の事項を論じている。訴の理由の審理前における權利保護の必要の審理は、權利保護の必要が實體的無理由からのみ否認される場合、又は實體的無理由が確定し、且つその他の本案判決要件が缺けていない場合、その目的にそわないこと。更に諸種の訴訟要件の調査の順序を考察すると、權利保護の必要なる訴訟要件が缺けているのではなく、權利保護の必要がないためその他の一般又は特別訴訟要件が存在しないことが明らかになること。つまり、權利保護の必要の理論は法の基本的考え方を再現しているだけのことで、類推は本當の類似の場合だけしか不可能であるとしている。第四節は權利保護の一般的拒否の場合を論じる。先ず權利保護の必要の訴訟にとつての第二次的性格から、如何なる場合權利保護の必要性の欠缺により、權利保護が拒絶されるかを考察するのが妥當であるとして次の事項を論じる。(1)實體的に理由がないからといつて、訴は本案判決の要件を缺くことにはならない。(2)權利保護の資格を權利保護の必要と混同すべきではない。(3)既判力を以て確定した訴を繰返す場合、特別な訴訟法上の瑕疵が存在する。(4)假裝訴訟を一方的な場合と合意による場合を分け、いずれにしても權利保護の必要で賄いえないことを論じる。(5)原告が裁判外で權利を實現しうる場合。(6)訴訟進行が冗談半分である場合。(7)爭いある權利が僅少の場合。(8)訴訟の目的を逸脱する訴。(9)訴訟上の信義則違反。第五節は特定の權利保護の拒絶。「特定」の基準として手續の種類（民事・刑事・行政・非訟等）、管轄、訴の種類、訴訟の種類、等を擧げる。(1)複數の救濟につき選擇が問題なる場合特別本案判決要件としての權利保護の必要は問題とならない。即ち法文上規定された複數の救濟についての順序は權利保護の必要とは違つた意味をもつことを、專屬管轄、原告に選擇の自由がある場合、一定種類の權利保護が補充的に認められる場合、自由な選擇が認められるが選擇權行使の結果特定した場合等につき論じる。次に原因を中心に自由な選擇の制限を論じ、最後にこれ等の場合における權利保護の拒絶が訴訟判決によりなされるのであるが、それは權利保護の必要を缺くからではなく、それ以外の訴訟要件の欠缺に基づく、としている。(2)その他の權利保護要求に關する抗辯特に部分額請求の訴及び時期に適せざる訴の場合は、相手方又は裁判所を欺く場合、良俗違反の場合、又は信義則に反する場合等において、權利保護の必要とは別にこれ等の理由に基づき異議が申立てられうる。(3)更に法律の潜脱の場合を論じる。第六節はその他の訴訟行爲の不適法性。ここでは權利保護の必要性に關する理論と(1)裁判所の訴訟行爲との關係、(2)當事者の訴訟行爲との關係（權利保護の必要性の理論の適用されるものとされないものに分けて論じる）を問題とする。その他前節(2)の事項並びに潜脱につき論じる。第七節は、權利保護の必要を判決の要件と認めうる場合のこの要件の取扱い方について、簡單に問題點を擧げる。

9. 訴訟事項に關する裁判　Leo Rosenberg

普通裁判所と行政廳乃至行政裁判所及びその他の裁判所との間における管轄事項に關する裁判所法第一三條の適用に關し、權限訴訟(Kompetenz-Kompetenz)の職分管轄の原則的場合(普通裁判所・同法第一七條)及び例外的場合を解說する。教科書的解說に止り、僅かに、英地域とその他の地域の裁判所の間に消極的競合があつた場合の權限訴訟の管轄につき通說に反對しているのが目立つ程度である。

10. 國際法からみたドイツ民事訴訟法理論　Ludwig Schnorr von Carolsfeld

國際法の立場から民事訴訟法學に關し問題を提起したもので、(A)確認判決、(Ⅰ)通常裁判所の管轄、(Ⅱ)給付・形成の訴における起訴の權利、(Ⅲ)確認判決の法律的基礎、(B)訴訟物及び既判力、等を論じる。

11. 必要的共同訴訟の要件　Karl Heinz Schwab

(Ⅰ)問題の提起。學說判例上必要的共同訴訟の要件・效果につき定說がないのは、民訴法第六二條の不完全性に基づくという(特に第二グループ「その他の理由から共同訴訟が必要的である場合」)。更に從來必要的共同訴訟の二種及びこれ等を統合する概念につき統一的名稱がなかつたことにもよるとする。何がこれ等二種のいずれに屬するかにつき見解が一致しているのは、共有物に關する訴訟及びその他實體法上共同訴訟の命ぜられている場合に固有の必要的共同訴訟、共同訴訟人間に既判力の及ぶ場合は類似必要的共同訴訟とする點のみで、訴訟物の同一性のために必要的共同訴訟になるかについて見解が分れている。本論文はこの點を中心に議論を展開する。

(Ⅱ)必要的共同訴訟の基礎。必要的共同訴訟の總てに共通なものは合一確定の必要であり、如何なる場合その必要ありやが、その要件を確定することになることを指摘する。この要求が論理上のものか法律上のものかを問い、兩者に分けることに疑問を提出しつつ(實定法の命題は論理と原則として一致するとの立場)法律上のものであるとする。法が共同の訴を强制することにより合一確定の必要を示す場合があり、この場合重要なことは總ての原告又は被告に共通にのみ歸屬する權利が主張されていることである。しかし、法律の規定なき場合、(1)如何なる場合に合一確定の必要があるか、(2)又必要的共同訴訟の何れに屬するか、を問題にする。(1)について。前訴の判決の既判力が後訴に及ぶ場合を、原告の勝敗を問わない場合と、原告の勝敗に係る場合とに分け、前者につき合一確定の必要を認め(全面的既判力の延長の場合 der Fall allseitiger Rechtskraftserstreckung)、後者については、必要的共同訴訟法を認める通說、反對說(Hellwig)、共同訴訟人の請求が同一の理由に基づくや否やにより區別せんとする說等を檢討し、問題解決の基準として別訴の可能性と別訴における異つた判決の付與可能性を設定し、この場合は異つた判決が可能ではあるが、所謂片面的な既判力の延長の場合(der Fall einseitiger Rechtskraftserstreckung)であるから必要的共同訴訟であるべきであるとしている。そして結局合一確定の必要は、共同當事者に對し既判力が及ぶ點に求められると結論する。訴訟物が同一でも別個の訴訟及び異つた判決が可能

であるから、それのみから必要的共同訴訟にはならないとする。（Ⅲ）從つて次に從來學說判例が訴訟物の同一性を以て必要的共同訴訟であるとした各場合を再檢討している。例えば破產債權者の債權を爭う複數の者に對する確認訴訟は、從來訴訟物の同一なるが故に必要的共同訴訟であるとされたが、そうではなく、その理由は破產法第一四七條の場合は片面的既判力の延長の場合であるという點に求めらるべきであるとしている。（Ⅳ）最後に必要的共同訴訟の各場合につき、(1)既判力の及ぶ場合、(2)總有の訴及び複數の者が共同して訴え又は訴えらるべきその他の場合に分けて說明する。

最後に以上論じた處を必要的共同訴訟の要件を定める規定に構成し、「複數の共同訴訟人が共同してのみ訴を提起し又は訴えられる場合、又は他の訴訟に對し既判力の延長がありうる場合、共同訴訟は必要的である」と結んでいる。

12. 破產管財人の人的責任　Friedrich Weber

破產管財人は敗訴の場合、相手方が破產財團から滿足を受けられない訴訟追行費用につき、人的責任を負うか否かが、本論文のテーマである。敗訴の場合相手方に支拂うべき費用を擔保することなく訴訟を追行する管財人は人的責任を負うとする Frankfurt a. M. 高裁並びに Jaffa の見解に對し、破產財團が訴訟費用を塡補するに充分ではなくても訴訟を中止する義務はないとする多くの高裁の見解、破產財團が不充分であつても管財人が訴訟の見透しにつき充分の注意をしたか否かに係るとする Köln 高裁の見解、更に人的責任を否認する傾向、更に以上の諸見解を調整する契機としての Berlin 高裁の人的責任否定の見解、更に訴訟の相手方及び破產債權者に對する責任の矛盾を重大な過失という點に客觀的責任（Haftung）を制限することにより解決しようとする Rieger の說、更に新しい Jäger の說等をめぐつて議論を展開する。論者自身の結論は、管財人には訴訟の見透しを調査する義務があり、この點につき必要な注意を拂わないその義務違反は人的責任を生じる、ということである。

（石川　明）

安食正夫著『產業社會學』

I

今日、理論社會學の中心課題は、「社會體系」或いは「社會體制」の理論に集中されているといつて過言ではない。しかもなお、この問題をめぐる諸學者の見解には、激しい幾多の論爭點がみいだされる。そのことの論議は別として、本書も、著者の立場からする一つの「社會體制の理論」を展開しようとしたものであり、その研究對象には、主としてサラリーマンとかホワイトカラーと呼ばれる「中間層」を取上げている。從つて、本書の副題に「社會體制の理論と實證」と附記される理由もここにあり、これ迄のいわゆる「產業社