Title	請求補説：訴訟行為効力理論の適用例に及ぶ
Sub Title	On the cause of action
Author	伊東, 乾(Itō, Susumu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1958
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.31, No.11 (1958. 11) ,p.1- 14
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19581115-0001

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.

請求補説

訴訟行爲効力理論の適用例に及ぶ

伊 東 乾

「訴訟物管見」で摸索し、「訴訟物の動態的把握」で提唱し、「離婚訴訟の訴訟物」で檢證した新しい訴訟物理論は、適用の細目において、恐らくは、なお多々の難問に逢著することを覺悟しなければなるまい(三稿は掲記の順に、民訴雜誌三號、慶應義塾創立百年記念論文集法學部法律學科篇、小池記念論文集、各所載)。それは、訴訟物舊説が舊説自體のなかに、また、訴訟物新説が新説自體のなかに、適用の細目においても、なお多くの問題を包藏するのと、一般である。動態理論は、新舊兩説のうち基本的な意味をもつ致命的缺陷のあることを認識し、その基本的なラインで、これらの瑕疵を匡救するとともに、またこれらの綜合が理論的に可能なるべきを誇稱するものにすぎない。しかし、既述の大綱においても、所説は、なお補足し補完すべきものの若干を残している。理論的に、不明瞭な筋を明確にし、同じく理論的に、稀薄な部分を充實し、および、説明として、不足な敘述を補充する必要があるもの、各二三點がこれであつて、最後の點は、また、訴訟行爲の効力理論と關連をもつ。本稿は、理論の確認・理論の充實・説明の補充、という右に掲げた順序で、これらの諸點をとりあげ、訴訟物ないし訴訟上の請求に關する舊諸稿の所論を補説するとともに、これに關連して、全く別箇の問題に走ることになるわけではあるが、併せて、訴訟行爲効力理論の適用例數箇を指摘

することを試みるものである。

一

先ず、理論の確認は、所説に對する批判を假設し、假定批判に對する反論の形で、これを企てるのが便宜に適する。

想像せられる批判の一つは、動態理論をもつてして、果して充分に、訴訟物は必要な「特定」をみることができるか、と詰問するものであろう。動態説によれば、例えば百萬圓支拂請求訴訟の訴訟物は、貸金返還請求權でも、不當利得返還請求權でも、損害賠償請求權でも、賣掛代金請求權でもありうるとともに、またそれ以外の未知の某請求權・某々請求權でもありうるとされている。これでは、そもそも起訴の當時、何が訴えられ、何が申立てられたか分からぬではないか。それが分からないようでは、その後の進展はともかくとしても、訴狀に幾許の印紙を貼用すべきか、受訴裁判所に管轄權ありや、訴は客觀的併合の訴になるか否か、かかるものとしてこれを許すべきか否か等が、差詰め判定できないではないか、というのがこの種の批判の要旨である。そして、靜態的な新説の見解に對してさえ舊説の立場から類似の批判が行われているのを見れば、新説とほぼ同一の結果を收めることをねらいながら而も動態理論によつて一見ヨリ不明確にしたように見える動態説に對して、かような批判が生まれるであろうことは、簡単に豫測せられる所である。

しかし、必要な特定というのは、あくまでも「必要な」特定であつて、必要を超えた特定ではない。動態的に發展する訴訟のプロセスにおいて、その「必要」は各段階ごとに異なるのであるから、特定は、これに應じて、各段階の必要に即して考えられるのが當然である。他方、また、訴訟物は原告が指定の權限をもつもので、新説論者の説くように或は法定(特別に)より又は實體法が單に評價の觀點にすぎないことを説く理論の歸結として、せられ或は制限に特別の利益あるを要するものではない。特定は、だから、純然たる意思の解釋の問題で、ただその意思が、これも意思解釋の原則上當然であるように、必ずしも現實の意思ではなく、客觀的に

あるべき意思として受取られなければならないだけである。

知識あり能力ある原告は、例えば貸金債権と指定するであろう。何時の、どの、消費貸借かは、主張せられる事實からおのずから明かである(舊稿でいつたように請求は法と事實との綜合で、事實面の)。指定せられる實體権が複數なら、客觀的併合の訴を生じる。だが、知識あり能力ある原告が、排除すべき實體権を指定するにとどまることもあるであろう。知識なき原告の訴でも、百萬圓拂えという訴が、家屋明渡の請求權を含むわけではないから、請求の消極的限界だけは明かである。それだけでなく、法制度の反射効は數多くの消極的限界を請求に劃するであろう。例えば、不法行為地に訴えられた請求は、反對の意思の現れぬかぎり、貸金・不當利得・賣買代金等の請求權を排除しているとみられ、一つの訴でおこされた請求は、反對の意思の現れぬかぎり、異なる訴訟手續で審理せらるべき請求權を含まぬとみられなければならない。訴提起の當初において、請求は、右のような制限の範圍内で、原告の訴提起の實質的目的に奉仕する、既知・未知の一切の實體権の主張を包含すると解すれば足りる。固より、これは、完成した解釋ではない。その後の攻防が、漸く原告の當初の眞意を明かにすることもあろうし、裁判所が結局取上げたところが逆に請求を規定する結果を認めなければならぬ關係もある。しかし、これは、訴提起當初の「必要」に應じた解釋である。訴狀に貼用すべき印紙の額は、訴の實質的利益で算定すべく、また算定しうるから、右を超えた特定はここで必要がなく、管轄の有無は同じく判明の限度で判定すれば足りる。請求の併合ありや否やも、當初はただ訴訟手續の同種が問題になるだけであるから、寧ろ通常は併合あり且つ許される併合と覺悟していけば済むのである。およそ、問題は請求の「異同」だけで、「單複」のごときは一々明かである必要を見ない。判明の限度で・異同にのみ關心を絞りつつ・各段階の必要に應じて決定するという方針で考えれば、訴提起の當初を離れ、訴訟のその後の進展に問題を移し、例えば訴の變更・二重訴訟・既判力等を考えるとしても、以上の取扱を類推できると知ることができよう。

なお、動態的な訴訟物の把握というのは、認識の形成であつて、訴訟物自體の形成ではない。別の機會に明かにしたように、訴訟物自體も訴訟を通じて形成せられるのであるが（實體形成・法形成は通常判斷形成の意味でいわれるが訴訟には判斷の對象眞實義務—法學研究、二五卷六號所載参照）、これとこれとは別問題であつて、訴訟物に關する新舊兩說との關係では訴訟物自體の形成を説いても問題は喰違うばかりである。すなわち、たとえ訴訟物自體の形成を説く場合にも、その認識は別に取上げなければならぬのであるから（これは形成せられる訴訟物の内容）、訴訟物論争との關係では、訴訟物自體の確定不動を前提にしてよい。

想像せられる他の批判は、動態説をとると、結局には、裁判所が訴訟物を決めることになる、という非難で、この點では、ニキッシュの舊説批判を取出すことができる。舊説に對して、彼は、「裁判所が、裁判を行うに先立つて、先ずともかく、いかなる法主張を『實は』原告が定立したものであるか、確定しなければならぬ結果になる。裁判所が……主張せられる權利の法學上の性質に關する原告の法の見解に拘束されないということは、一般に認められてゐる所だからである」。しかし、「裁判所は、いかなる『請求』を原告が起したものであるか、所有權の主張か占有權の主張かそれともその兩方か、賣買契約に基づく請求權か請負契約に基づく請求權か、貸金請求權か不當利得請求權か、ということ、原告に教える義務はない。然らずして、裁判所は、法主張が當つてゐるかないか、裁判しなければならぬものである」と論難してゐる（Nikish, Streit-gegenstand, SS. 34/5）。『實は』原告が何を主張したことになるか、と『實は』(in Wahrheit)の語を強調したり、いかなる請求を原告が起したことになるか裁判所が教える、と「教える」(belehren)の語を用いたりしてゐる點、とくに注意して讀まなければならない。これは、元來、舊説に向けられた批判であるが、請求の解釋が裁判所の職責であることを特に強調する動態説に對しては、一そう強い非難を意味することになるであらう。

しかし、第一に、動態説は、懸念せられるがごとくに裁判所の職分と當事者の職分とを混同させるものではない。何故なら、先ず、動態説が裁判所の職分とするものは、請求の認識であり、解釋であり、その意味での「確定」であつて、請求自

體の確定（選擇・指定）ではない。請求自體は、どこまでも原告の指定するところで、裁判所の認識作業はこれを前提とし、法の選擇は原告側で行うところで、裁判所はただ選擇せられたものが何かの發見に努める。認識や解釋が裁判所の職責に歸すべきは、訴訟物に關する法判斷形成に必然隨伴する豫備作業として當然で、これを認めることから原告の法判斷と訴訟物とを切離す新説への方向は生まれてこない。むしろ、却つて、新説によれば、解釋の餘地なく明瞭な原告の特定實體權の主張ある場合は、原告が裁判所の職分をおかすものと認めるべきで、すべての種類の訴を通じ、且つ制限する利益の有無を問わず、評價の法的觀點を制限する原告の態度は、一切排除しなければ首尾が一貫しない。次に、もし、解釋は、みづから明確には限界を劃定しえない者の提出する對象について行われる場合、實はこれに代つて對象自體を規定する作用を行う、というならば、それは解釋一般の通有性で、同じく解釋と對象との區別を抹殺する論據にはならない。訴訟上しばしば實は裁判所が對象自體を規定するような結果を生じうるのは、裁判官が専門家であるに對し、通常當事者は素人にすぎないという現實の條件の上に、右の解釋一般の通有性が具現し顯現しているだけのこと、反對に、原告もまた充分な知識と能力とを具えている場合には、解釋の方がその餘地を失うことになるのである。更に、加えて、「具體法」の發見・確定は、これは裁判所の排他的權限に屬する。知識あり能力のある原告でも、まだ定立せられていない法を、しかく明確不動に指示しうるものではない（明確には指示しえないだけで指示は存在しうるからこの點から）。ここから、別にまた一つ、解釋の餘地が生まれるわけであるが、これもまた解釋の問題に過ぎないばかりでなく、當事者に法の「定立權」なしということは、法判斷の權義、すなわち、自己の主張を法的に構成する權限や責任とは、かかわりが無いから、この解釋もまた當事者の職分をおかすものといえない。第二に、假に、如上解釋による請求の確定が、眞實、裁判所がその職分をこえて請求自體を決めることになるものとしよう。その場合でも、一方において、請求が「常に」そのようにしてのみ決まるといふのは、事實の歪曲である。實際には、解釋の餘地なく、原告の意思と力だけで、一義的に請求の定まる場合、および定まりうる場合も、決し

て少くない。且つ、他方において、多かれ少かれ請求がそのようにしてのみ決まることもある事實から、直ちに請求概念の非法化を圖るのは、事實と當爲との混同である。「かくあり」という事實は、そのまま「かくあるべし」を意味するのではない。原告の意思と力だけで一義的に請求を定めえない場合があるという事實が、それだけで合理化せられなければならない理由はない。第三に、動態説に關しては、特に、裁判所が結局取上げたところが逆に請求を規定することを説くような點で、裁判所が請求を規定する結果になるという疑が、格別濃厚になることと想像される。例えば、裁判所がA・B二権利の存否だけを判断した場合、原告からC権利の判断遺脱を主張しても、請求なしとして應じて貰えなければ、結局、請求はA・B二権利だけに關したものと解せられるから、いかにも裁判所が請求を決める絶対権をもつかのように見えるであろう。だが、かような場合に、C権利の永久繫屬を認めるなら、別訴が妨げられて不都合であろうし、原告が起こさぬ請求を繫屬していると主張したのか、眞實繫屬しているものについて繫屬を主張したのかも、實際上は判別できないところであるから、裁判所の判断を基準にするほかない。

二

理論の充實としては、次の二點を論じておきたい。

その第一點は、訴訟上の請求が、原告の法主張・法判断たるべき根據に關する。一たい請求が法主張であるべきは、訴訟が紛争の「法的」解決機構たるによるのであろうか。それとも、これに加えて當事者の申立が裁判所を拘束する制度があるによるのであろうか。嘗ては故らに後説に抗しようとして試みたことがあるが、今は、むしろ、前説を排し、後説に従うべきものと解する。元來、裁判の作用は、紛争の解決を目標とし、法の判断を内容とする。この意味において、裁判の手續たる訴訟は、紛争の法的解決を、目的とし、本質とする手續にほかならない。紛争の解決を目標とする點では、それは、他の一切

の、殊に行政的紛争解決機構と異なる所がない。しかし、訴訟では、單なる紛争の解決、端的な紛争の解決が目的とされるのではなく、その法的な解決こそが目的とされる。この點で、訴訟と行政的紛争解決機構とは區別せられ、裁判所の法判斷（その既判力）が到達點となつているところに、訴訟の一つの特質があるわけである。訴訟の出發點は訴（の成立）であるが、起點と終點とは相關的な存在であるから、起點たる訴は、終點たる法判斷（判決）との關係で、これに相應しい素質と内容とを具えなければならぬ。訴がそのうちに解決せられるべき紛争を指示し、且つこれを裁判所が法的に判斷できる形で提示していなければならぬのは、このためであるが、裁判所が法的に判斷できる形というのは、それ自體、法判斷の形式であることを必ずしも意味しない。焦點の明かな秩序立つた事實關係が與えられれば、それだけで既に裁判所は法判斷を形成することができるところから、これだけでは未だ訴訟上の請求は生まれない。審判の對象は「法」なのであるが、行政的紛争解決機構から區別せられる・「法」を對象とする手續は、なお、ひとり、訴訟のみとは限られないのであつて、訴訟の他の一つの特質は、加えて當事者の申立が裁判所を拘束する制度の行われる點にある。この點で、同じく「法」を對象とする類似的紛争解決機構から、訴訟が更に區別せられるものとみるべきで、「請求」の必要はここから生まれる。法を對象として、申立が裁判所を拘束するとするためには、申立は法を選択・指定し、裁判は指定せられた法の肯定否定二者擇一たるものと解しなければならぬ。事實關係のみを申立が劃定し、劃定せられた事實ならどんな觀點からでも法的評價を加えうるといふのは、申立（實事）にないもの（法）を當事者に歸せしめるのであるから、實は申立が裁判所を拘束しているのではなく、そこでの申立は手續の開始にきつかけを與えるという（内容面を離れた）形式的な機能を營んでいるに過ぎない。かかる形式的な申立から訴訟上の請求は生まれることがなく、また、かかる形式的な申立を即ち以て請求であるとすることは、申立拘束の原理を無視し、訴訟と、「法」を對象とする類似の手續との、差異を抹消するものである。たとえ、裁判所は主張せられる權利の法學上の性質に關する原告の法的見解に拘束されないとこの道理が、一般に認められている所であるにしても

(前段一) (参照) それは當事者の選擇(意思)を前提とし、眞實選擇したもの(眞に意思した筈のもの)をこれに歸せしむべきを命じるもので、逆に當事者の法の見解が正しくその法選擇(意思)の表現でありえている場合には、むしろこれへの拘束を要求する原理と解しなければならぬ。冒記および其他の舊諸稿中、以上に反する部分は、これを改める。

再考すべき第二點は、請求の主觀的要件に關する。一たい、訴訟上の請求は、原告のどの程度の意識に支えられていることを必要とするであろうか。既にして、請求の必要が、申立拘束の原理に發するとするなら、全くいかなる原告の意思をも必要としないと考えることは、一種の悖理を犯すことにならざるをえない。もし、請求の基礎に原告の意思が存在しないとするなら、たとえ當事者の態度が裁判所を拘束するとしても、それは申立の拘束力によるものではないことになるからである。従前の諸稿にはこの點でも修正せられるべきものがあるとしなければならぬ。しかし、原告の意思は、その現實の、自覺せられた意識であることを必要としない。現實の自覺的な、知識と能力とに基づく、明確な法選擇は、勿論、請求を基礎づけるし、また最も望ましい所であるわけであるが、反對に、充分な知識や能力を缺く場合でも、更には、現實の自覺的意識を缺く場合でさえ、當然請求の意思なしとすることはできない。行爲の外形にあらわれた客觀化せられた意思もまた意思たるに足りるばかりでなく、およそ概念は客觀的に定められなければならないから、概念徴表たる意思もまた請求自體に化體された客觀的な意思で足りる。現實の意識が必要ではないから、原告は、みずから選擇しつづあることを知る必要がない。それが、意思の完全な無用論と實際にも異なる所以は、それでいて少くとも主張が法的意味をもたなければならぬ(意思の完全な無用論なら客觀的にも法的に評價できるもの主張であればよいこと)なり、これだけなら法を對象とするかぎり申立拘束の行われぬ手續でも同様である) 單に焦點の明かな秩序立つた事實の開示では足りないこと(我々はお伽話でも法律) および、一たび現實の意識が客觀的意識の内容を充たすにおいては(現實意識も客觀者間噴違ひあらば客觀意思が優先) (眞實A權利のみを原告が指定しその意思が裁判断する) (客觀的に認められるときはこれは無條件に拘束する) これが訴訟を支配することを認めうることにある

説明の補充としては、新説論據の客觀的契機に對する反論の趣旨を敷衍しておきたい。

訴訟物に關する新説が舊説を不當として別箇の請求概念を定立すべきものとする場合、その理由として擧げられるものは、多岐多様である。方法的な論據として訴訟法的考察方法が擧げられるのを始として、或は構造的論據、或は政策的論據などを指摘することができるが、請求素材の面からその論據を探ねるときには、新説の論據が殆ど専ら主權的契機のみを有することに氣がつくであらう。制度はおよそ請求素材として何を期待すべき所か、ということではなしに、原告は彼の主觀の實際において何を求め何を期待しているか、という問題が、新説における請求素材決定の殆ど問題のすべてを成しているのである。外觀上、時には、客觀的契機に觸れるかに見えるものが、見受けられないではないけれども、それさえ多く眞實には特に客觀的契機に留意したものとは認められないばかりでなく、所論も大體藪にらみに近い。

その一例をニキッシュから擧げる。曰く、「しかし、原告が、法律上は主張される内容の權利を生ぜしめるに適しないような根據を、自己の法主張のために提示することは、極めて充分にありうる所である」(Streitgegen=)。「理由づけが推論に適しない訴(unschlüssig begründete Klagen)の存在すること、および、これに對してもまた本案の裁判が與えられなければならないという事實」は、「法典がひとりた請求原因 (Anspruchs- oder Klagegrund)の主觀的な概念のみを眼中においていることを證明するものである」(S. 61, 後段; S. 63)と。いわゆる實體法では表現できぬ訴があるという點、客觀的契機を指摘するに似ている。

しかし、第一に、これは、實は、客觀的契機を指摘するものと言えない。いわゆる實體法で表現できぬ訴があるといつても、その言うところは事實上に存在するというだけのことで、制度上あるべきことを説いていのではない。「これに對し

てもまた本案の裁判が與えられなければならない」という指摘も、「せざるをえない (missen)」という語で表現されているのであつて、「興うべき」と (sollen) を説くのと異なる。もし、客觀的契機を考慮しようとするのならば、この事實と、實體法で表現せらるべきの要求との間の喰違いを、更に當否奈何と考へ進めるべきであるに拘らず、いきなり、これをせずして、請求原因の主觀的概念という主張に飛躍するのは、始から、論者においては、原告が事實その主觀において何を求め何を期待しているかだけが、問題として意識されていることを證明する。

そして、第二に、舊説に對する論難としても、所論は些かの外れている。何故なら、先ず、一方に實體法で表現すべしという要求を立てる場合、他方に事實としては實體法で表現されていない訴が存在するということは、當然に期待される結果で、要求の不當を意味しない。把え方に誤つた把え方というものはつきもので、正しい把え方のみが事實にも把え方として存在するにとどまるのではない。實體法による表現が要求されるとすれば、かかるものたるべきを志向する主張は、みな均しく請求として「成立」するのであつて、實際には所定の要件を具えぬ場合、それは、たかだか、「不適法」な請求となるに過ぎない。不適法な請求と雖も、請求として「存在する」のであるから、「理由づけが推論に適しない訴の存在する事實」を擧げて、これは舊説に對する論難にならない。それならば、次に、人はどうして不適法な請求を却下しないか。不適法かならずしも「無効」ではなく、無効な主張だけが不適法として却下せられればよいのであるから、却下しないというだけのことは必ずしも不都合ではない(無効なものを不適法として却下するの)。實際上も、また、全く客觀的に法主張として解釋しおおせない主張は、成立あるも、不適法な主張として、これを却下すべきものと解すべきであらう(社會通念上法主張らしいものでありさえすれば)。「成立」はする)。請求の多くが、かかるものとして却下せられず、却下が例外的な措置であるのは、實體法による表現という要求が、客觀的意図の要求で、現實主觀的な自覺的意圖の要求ではなく、ために、客觀的に法主張として解釋できるものであれば、それで請求は適法(従つて有効)だからにほかならない(論者のいうように不適法・無効なのではない)。舊説の論

難を志すなら、ここでは、成立の要件を吟味し、舊説のように既定立の實體法を基準とするかぎり、社會通念上法主張らしいものがあるだけではまだ請求があるとはいえず、請求が成立するために社會通念上既定立實體法の主張らしいもの（既定立實體法の主張で眞實「ある」といふことには必要でない。前出）があることを必要とする筈で、客觀的に法主張として解釋しおおせるものでも、客觀的に既定立實體法の主張と解釋しおおせないものは、廣く、不成立（故に不適法や無効）と認めらるべく、この場合には訴を不適法として却下（請求不成立（不存）しなければならぬ理窟であることを、指摘しなければならぬのである。かかる結果は、訴訟の前法的性格上、制度として然るべからざるところで、請求を規定する實體法は、未定立の法を含む實體法でなければならぬまい。これを説くものが動態説の要旨たるにほかならない。いづれにもせよ、これら最後の諸點（本段第二に爲の効力に關する理論が、なおよく訴訟の各部に滲透すべきを、示すものといえよう。）は、訴訟行

四

訴訟行爲効力理論がなおよく訴訟の各部に滲透すべきことを示すために、他の一、二の適用例を附加しておきたい。訴に關するものとして、ベッティヒェアの、離婚請求權と確認訴訟との關係についての、ひとつの議論を掲げる。「婚姻訴訟に關する民事訴訟法典の規定は」と、彼は某所で問題を提起しているのである。「この分野でおよそ可能な訴訟物の、限定列擧の趣旨を含むのではないか」と。そして、第一には、婚姻訴訟の特殊な構造とそこに支配する公の利益、第二には、婚姻形成訴訟の認められる以上、他に離婚請求權確認の訴を許すべき權利保護の利益はないこと、第三には、離婚關係は、婚姻形成訴訟の繰返されることは好ましくないこと、の三つの論據をあげ、第一の論據を重要なものとしつつ、問題は訴訟が色々な形で繰返されることは好ましくないこと、の三つの論據を重要なものとしつつ、問題は「肯定せられべきもの」として（Böttcher, Zur Lehre vom Streitgegenstand. 行論晦澁で、趣旨は必ずしも明瞭でないが、すぐに續けて「形成の訴としての離婚の訴の對象は、かくて (also) 離婚請求權の單なる確定ではありえず、判決

によるその實現、すなわち、離婚請求權の行使によるその實現でのみありうる。訴訟物は、だから (damit) 云云」といつている點を考慮しつつ、彼のこの部分の議論を無意味なもの・餘分なものとしないうに趣意を汲むとすれば、これは、他の根據とともに、離婚形成訴訟の訴訟物が離婚請求權ではないことの一つの論證根據たる議論と解すべきものであらう。しかし、もしそうであるとすると、論證は當らぬと批判しなければならぬ。擧げられた三つの論據が、いずれも、ただ、確認の訴の適法性のみ關するにすぎないことをみても分かるように、右の部分で、ベッティヒェアは、僅かに、確認の訴が、すべて起訴の利益を缺き、不適法として許されないことを、論じているに過ぎない。「とくに離婚請求權を獨立の訴訟對象にまで高めること」が、一つの條件のもと（確認訴訟）では、利益のなかるべきを説いただけのことで、およそ然ることが存在不可能な事態であることを説いたわけではない。存在可能な事態は、他の條件のもと（形成訴訟）では、利益もまた充分に認められることが可能である。離婚請求權が離婚形成訴訟の訴訟物でないことを論證するためには、この筆法でいこうとするなら、およそ離婚請求權が訴訟物となる事態が存在不可能であることを論證しなければならぬ。「この分野でおよそ可能な (möglich) 訴訟物」という言葉遣いが懸念させる通りに、所論は、不成立と不適法との無差別同視の誤を犯すものと認められる。

裁判に關するものとして、伊東石川兩名の判例評釋に對する吉川大二郎博士の批評を掲げる。事案は、Bの申請に基づきF會社に對し一般的に名義書換を禁止した假處分決定があるにかかわらず、NからF會社に對し株式の名義書換を訴求した場合に、當該假處分を無意義・無効としてNの請求を認容すべきものとした、東京地方裁判所の控訴審判決に關する（東京地裁昭三一年八月二四日判）（決下級民集七卷八號二二八一頁）。この控訴審判決の歸結はこれを正當としつつ、假處分決定は違法なるも有効、Nの訴は起訴の利益なきも本件具體的事案では訴の却下ができないとした伊東石川判批（財政經濟弘報昭三二年三月四日號）に對し、吉川博士が、他の諸氏の評釋と併せて、批評を試みられた論稿がある。（「株式名義書換禁止の假處分」はじめ大阪株式事務懇談會「株式會社の法理論」と實際」に發表せられ、のちに博士の論集「假處分の諸問題」に収録せられた）

名をあげて論難せられた箇所は四點であるが、ここで特に取上げるべきものは、裁判の反射効に關連する論點である。餘の三點のうち、論難の表現が特に強いのは、事情變更による取消に關するもので、Nにとつてこれが一つの救済手段となるという説明に對し、取消の申立は假處分債務者だけになしうるのであるから、これは「何かの間違ひであらう」と言われている（一二二頁）。だが、第三者は申立のできないこと、斷るまでもない當然の事理で、強いて言えば文章の舌足らずであるが、本件判批の基礎となつた半公開の口頭報告の速記のうちには、Nは「Fに代位して」と明記せられたものが残つている。他の二點は、假處分の被申請人適格と、假處分中の株主權存在確認の訴とに關するもので、判批が、それぞれ、F會社に被申請人適格あり、假處分中にもNは確認の訴をおこし勝訴できると論じるのに對して、博士は、假處分の本案訴訟への附隨性を理由とし（尤も後の點について理由の明示はないが全文の趣旨に徴すると同じ理由に歸着するように思われる）、前者を否定、後者を疑問とされている（一二〇頁）。だが、保全手續は、元來、非訟的なもので（と言うのが言過ぎならば）、訴訟との關係を單純に一平面上に並ぶものとみることではできないばかりでなく、保全訴訟上の問題は（おおよそ或一制度にかかわる問題は）第一次には保全訴訟自體（まさに當該制度自體）の必要・構造および機能から判斷せられなければならない。

ここで特に取上げるべき論點は、裁判の反射効に關するものであるが、判批が、Bの申請に基づきF會社（被申請人）に對して命じられた一般的な名義書換禁止の假處分は、違法なるも有効、有効なるが故に第三者Nを拘束する、と論じるのに對して、博士は、第三者NがB・F間の假處分に拘束される謂われはないと論じておられる（一二八頁、參照一二七頁）。問題が、もし、裁判の本來の効力にのみ關するとすれば、民訴二〇一條の大原則上、所論はまさにその通りで、むしろ訴訟理論の常識的な出發點を出ない。判批は、Nへの効力を、本來の効力と扱つていないこと明文によつて瞭かである（判批一、Fのみの受ける決定の効力が、内容の一般的禁止であるところから、反射的にNをも拘束することを説いている。故ら決定の無効ならざる理由を詳説するのは、B・F間これが無効であつては、Nに對する反射効も、また當然に生じないことになるからである。博

士も、なるほど、反射効と考える場合いかん、と検討を進めてはおられるけれども(吉川一、二七頁)、それならば、反射効を生ずべき・當事者間に「有効」な裁判は、この場合、名義書換の一般的禁止(有効と前提とした以上「一般的」を内容として「存在」するに氣づかれなければならぬであろう。裁判がNをも含めて一般的に作用する場合、はじめて、反射効は、かく存在する裁判の反射効といえる。反射効あつての公示手段(商二七〇條)であるから、公示手段に關する規定はむしろ逆に反射効の理論的構造を示すもので、公示手段がないことを理由に反射効を否定するのは、論理を倒錯した話である(ここでは許すべからざる(違法な)従つて法典が公示方法を規定する筈のない)。單純に處分禁止假處分命令を債務者に送達した場合、第三者の善意取得を遮斷する裁判が問題になつてゐることに注意せよ)。單純に處分禁止假處分命令を債務者に送達した場合、第三者の善意取得を遮斷することができないというのは、名義書換禁止命令に違反した書換の効力の問題に相當し(書換は有効とすべきでこの點では、伊東個人は伊東石川判批に反對)、要件欠缺の轉付命令が債權轉付の効力を生じないというのは(吉川一、三〇頁)、裁判の條件にかかわるものであつて(判批一〇頁、最上段參照)、いづれも反射効の有無とは別問題であるから、これらもNへの反射効を否定する根據にならない。強いてNを拘束から免れさせようと試みるなら、B・F間の裁判の本來の効力の内容を、おのずから制限的禁止と解釋されるものと説くほかはない。要するに、重要なことは、いかなる「内容」の裁判が、いかなる「資格」でその効力を行う場合かを、常に嚴密に意識し峻別する、ということである。