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

Title	訴訟物論爭の新展開 (一)
Sub Title	A new development of the controversies on the theory of the streitgegenstand (1)
Author	伊東, 乾(Itō, Susumu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1959
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.32, No.7 (1959. 7) ,p.1- 13
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19590715-0001

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.

訴訟物論爭の新展開（一）

伊東　乾

一　訴訟物と實體法
二　訴訟類型と機能差〔以上本號〕
三　新說の淵源
四　請求の選擇的併合
五　動態說批判への反論

この一年の間に、訴訟物論爭は、新しい四つの視點を指摘されて、新たな展開を見せることになつた。四つの視點というのは、第一に、訴訟物に關するいわゆる新說は決してその實は訴訟物を實體法から切離すものではないということ、第二に、給付（および形成）訴訟の訴訟物は確認訴訟の訴訟物とは全く異なつた別箇の顧慮のもとに規定されるのが當然であるということ、第三に、新說の方向はこれこそ訴訟に對する機能的考察の成果であるということ、そして、第四に、請求の「選擇的」併合という觀念が不當に舊說の不備をカバーしているということである（かような動向については、伊東「學界回顧・民事訴訟法」法律時報三〇卷一二號六四頁以下參照）。

これらの指摘は學界が三ヶ月章教授に負うものであるから、同教授が矢繼早に放たれた夫々に力作と稱すべき五つの論稿（「請求權の競合」私法一九號・「最近のドイツにおける訴訟物理論の一斷面」法協七四卷五六合併號・「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」法協七五卷二號・「訴訟物をめぐる戰後の判例の動向とその問題點」民訴雜誌五號・「法條競合論の訴訟法的評價」我妻記念論集損害賠償責任の研究中卷）と、最後に登場したその記念碑的＝劃期的名著『民事訴訟法』（有斐閣法律學全集第三五卷）とに即して、右の四視點を考えてみたい（前掲諸稿は掲記の順に競合何頁・斷面何頁・考察何頁・動向何頁・評價何頁・民訴何頁として以下それぞれ引用する）。

一

第一の點、つまり、訴訟物に關するいわゆる新說は、決してその實は、よく言われるように、訴訟物を實體法から切離すものではないということは、教授によつて、例えば、次のように指摘されている。

たしかにこの立場に立ちますと、實體法上の請求權はもはや訴訟物ではないことになります。さりとて給付訴訟の訴訟物であるところのさきほど來述べてまいりました Rechtsbehauptung なるものは決して實體法上の請求權と無緣なものではないのであります。こういう理論構成がことさらに實體法と切り離した訴訟法獨自の理論構成といわれて來たのは、むしろ事の本質を見ていないという點があるのではなかろうかと私は考えるのであります。なぜかと申しますと、實體法上の請求權が一つもなければひと周りゆるやかな Rechtsbehauptung なるものも到底認められるわけはないのであります。逆に原告の Rechtsbehauptung を理由ありとして、給付判決を發するためには、實體法上のなんらかの法律制度に照してそれが肯認できるという關係に立つていなければならないのであります。すなわち、實體法上の請求權の少くも一つは認められるというふうな關係になければならないのであります。（競合四八―九頁）

新訴訟物理論の登場の眞意を探るならば、右にみたように〔註略〕、實體法秩序が一回の給付を是認するのか二回以上の給付を正當化するのかの法的價値判斷がむしろ先行し、實體法秩序が――法典の形式的構成の上からは二つの請求權があるようにみえる場合であつても――實は一回の辨濟しか正當化しない場合には、これを一個の紛爭とみ、それを一個の事實關係という語で表現しようとしたに止まるというのが、その隱された眞意であつたとみるべきである。その意味では一見法的價値評價と截然きりはなされている如くみえる事實關係

なる概念の中に、既に法的な選擇、一つの價値判斷がもちこまれているのである。（民訴九五頁）

從來、舊說の陣營から新說をみる場合、新說がみずから言葉の上ではしきりに訴訟法の獨自性ということを主張し、あるいはまた、みずから屢々訴訟物を實體權から切離すという言い方をするために、舊說論者はそこに何か始から抵抗を覺え、旁々、一たい何のためにそんなことをするのかといつた調子の怪訝の念に捉えられるのが一般であつたのであるから、新說が決してその實は訴訟物を實體法から切離すことを意圖するものではないということが理解せられるとすれば、恐らくは、舊說論者も容易に進んで、新說の目ざすもの當體を、相共に吟味する立場に踏入ることができるであろう。これが、この認識を、訴訟物論爭新展開の一つのポイントと稱する所以であるが、嘗て「兩說の對立は、しかし、お互の意圖・主觀をこえて眞實には、果して何を啓示するものであるか」を問い、「訴訟物に關する新說と舊說とは、表面に唱えられるがままに、訴訟物を實體法から切離すか否かの點で對立するものではなく、言いかえれば、實體法による內容規定そのこと・實體法との關連の有無そのものを、否定するか肯定するかの對立ではなく、實はただ、規定の仕方・關連の仕方、實體法取扱の「構造」の對立に過ぎないのではあるまいか」と書いたことのある者にとつて（伊東「訴訟物の動態的把握」慶應義塾創立百年記念論文集法學部法律學科篇一三六―八頁）、教授の洞察は完全に共鳴される。新說の意圖は、訴訟物を實體法から切離そうとするものではないと、理解し・解釋することができるものであるとともに、そう理解し解釋する限りにおいてのみ、合理的な意圖であることができるのである。

しかし、かく理解し解釋される正しい意圖が、果して、新說の構造と舊說の構造との、いずれによつてヨリよく達せられるかは、おのずから別箇の問題である。この別箇の問題に移つて、三ヶ月教授は、先ず、一方には、消極的に、舊說を支持しえない所以を說いておられる。既に學界に登場した論點、および後に別に取上げる論點を除くと、次の指摘のごときが、この側面で考えるべき論點を成すもののように考えられる。

個々の實體法上の請求權ごとに訴訟物は異なるのだという立場をとるものにあつても、その法律的呼稱については裁判官は當事者の付し

たものに拘束されず自由に――法律專門家としての立場において――判斷してよいのだ、とする考え方は、かかる訴訟物理論の當初から主張されていたところであり〔註略〕、ひいて亦わが國の通說も、同じ立場に立つているのである〔註略〕。〔中略〕まずかかる立場とても、（イ）訴訟物は訴提起に當つて原告が特定すべきものという〔中略〕立場には理念的に贊成するものと思われる。そして又かかる立場は、いうまでもなく、他方で（ロ）實體法上の請求權（實體法上の、賣買とか、消費貸借とかいう性質決定を伴つた請求權）が訴訟物であるとみるのである。この（イ）（ロ）二つの命題を綜合すれば、原告は、性質決定を伴つた法律主張を訴訟物として特定すべきことに〔中略〕なろう。然るに當事者の選んだ法律的呼稱は裁判所を拘束するものではなく、賣買と主張しているのを請負と認め〔註略〕、消費貸借の主張を準消費貸借と認めるということは、實は、法律的側面に關する限り裁判所の選んだ訴訟物が決定的となるということを意味するのであつて、訴訟物が具體的性質決定を伴つた請求權〔註略〕であると前提する限り（即ち（ロ）の命題をとる限り）、訴訟物は原告が提示すべきものという命題（即ち（イ）の命題）と矛盾するのである。（動向一七八―九頁）

だが、事態は二つの場合をわけて考えられなければならない。實體と呼稱との相違および法主張というものの具體的性格を考慮に入れて、やや仔細に檢討するときには、必ずしも論旨のように論斷することはできないのである。いま假にA・B・Cの事實がそれぞれ法的にはa・b・cと評價されるものとしよう。場合によつては、社會學的には同一一箇のDという事實が、法的にはdともeとも評價できることもある。abcdeはABCD評價の結果であつて、評價する法の眼から見ればABCDが客體である。しかし、abcdeを更に評價しあるいは把握しようとする立場からは、今度はabcdeが客體であつて、ABCDではない。法の世界ではabcdeが存在者であつて、ABCDという事實關係が事實關係のまま法の世界の住人と認められるわけではない。ABCを基礎とするabcも、Dのみを基礎とするdeも、法の世界の市民權は平等各一箇である。逆にまた、abcdeはABCDを法が評價したものであるから、抽象的な法自體とは異なり、常にABCDと結合した具體的存在である。ところで、訴訟上はabcdeを捉えて對象に据えなければならないけれども、實體と呼稱とは決して同じものではない。d（Dに非ず！）を捉えてdと稱することもあれば、eの呼稱でdを捉えることもあ

るということは、實際上充分ありうることを認めなければならない。それがありえないように考えるのは、法主張を「主張」という名稱に災されて「ａｂｃｄｅの實體を指定すること」ではなしに「ａｂｃｄｅの呼稱を口に出すこと」と誤り理解するのでないとすれば、法主張の具體性を忘れてこれを抽象的な法と同視する誤に坐するのである。ｅの呼稱が實體ｅのみを指して實體ｄを指すことがないのは、抽象的な法の次元でのことで、具體的な法主張にあつては、呼稱は實體指定の手段たる性格を露わにして、事實、實體からは分離することができるのであり、ｅの呼稱を掲げる法主張がｄを指定する法主張にほかならぬ可能性が認められる。そこで、事態は二つの場合をわけて考えられなければならないのであつて、（甲）原告がｅを指定するのに裁判所がこれにｄを歸せしめる場合と、（乙）原告がｅの呼稱でｄを指定するため裁判所がこれにｄを歸せしめる場合とは、これを區別して理解することが必要である。そのいずれの場合にも、指定せられるものは「性質決定を經た權利」であつて、呼稱は性質決定を經たりや否やの決定に無關係である。

通說がもし甲の取扱を肯定するなら、それは所論のとおり舊說の構造とは矛盾することで、實はその限度で通說自身新說の理論を採用していることになる。舊說の立場を貫こうとするなら、明確・自覺的なｅの指定は裁判所が原告にｄを歸せしめることを禁じると解しなければならない（伊東『民事訴訟法』五一頁）。これを肯定するのと否定するのとそのいずれが正しいかは、實體法がどう訴訟物を規定すべきかという次の問題にかかることで、所論の限度で決まることではない。

また、もし通說が乙の取扱のみを論じる趣旨であるなら、それは些かも舊說の構造と矛盾するところはなく、所論の非難は當らないと言わなければならない。新說の達しうるところは、この限度では、舊說もまた達しうるところで、同じ事態は兩說によつて同じように處理せられうるのである。結果は相似るといいながら、そのいずれの處理の仕方が王道かは、これも、實體法がどう訴訟物を規定すべきかという次の問題にかかることで、所論の限度で決まることではない。

注意すべきは、原告がその法主張に用いる呼稱は、絶對的なものでないことが實踐上は通常の狀態で、明確・自覺的、從

つて絶對的とみるべきは事實上は例外に屬するということである。これは新說論者が從來口を酸くして力說してきたところであるが、そうであるとすれば、所論は、いよいよ非難としては當る範圍を狹めざるをえないことになろう。他方、舊說は、呼稱の絶對を理論上の原則としたことは差支ない態度であるとしても、實踐上またこれが原則であると考えてか、呼稱が絶對的でない場合を充分に檢討することを怠つて來たのではないかと考えられる。これを充分に檢討したとすれば、呼稱を離れた實體の把捉が頗る困難であることに氣づいた筈であろう。舊說的前提に立つてこの困難に對處するには一たいどうしたらよいか。舊說にはなおこういう問題が殘らざるをえないのである（對處は不可能ではないから舊說的前提を捨てる必要はない。つまりこの困難も新說を直ちに迎えるものではない。但し舊說的前提が他の角度から修正される必要があることは姑く措く）。

かく、教授が、舊說を支持しえない所以を說かれるということは、すなわち新說の構造の方をヨリ優れたものとされる趣旨にほかならないけれども、他方に、併せて、三ヶ月教授は、積極的に、新說によつてこそ始めて實體法の如實の樣相が正しく訴訟物に投影されるものである旨、力說せられる。力說の主軸をなすところの請求權と給付訴訟との關係に焦點を絞つて、所說を檢討してみることにしよう。

すでに出發點からこの請求權なるものは給付訴訟となんらかの結び付きを免がれえない星の下に生まれた概念であることに注意すべきであろうと思うのであります。しかもこうして實體權化された Anspruch 概念すらその機能的な本體は、實體法がいかなる法律制度の効果としてこれを認めるにいたしましても、要するに相手方から一定の作爲不作爲、給付明渡を求め得るということに盡きるのでありまして、不法行爲に基くもの、債務不履行に基くものということによつて性質的に違うものではあり得ぬように思うのであります。〔中略〕そして正にこうした無色な機能的な本體が Anspruch という實體法上の概念と給付訴訟というその母體たる制度を結び付ける紐帶であるのであります。（競合五二―三頁）

實體法上の技術的な請求權概念を訴訟物という訴訟法上の中核的概念にすえることによる實體法と訴訟法の結びつきは新請求理論によつてきりはなされ、訴訟法の獨走が始まつた如く非難されるけれども、この理論には請求權なる特殊な權利を新な姿で訴訟物にすえること

により實體法と訴訟法を機能的に、より無理のない次元において再び結びつけるという積極面のあることがもつと注目されてよいと思われる。（評價七四一頁）

このような實體法・訴訟法にまたがるドグマティクによる請求權・形成權なるものの――支配權と全く平等な資格での――實體權としての定着化は、やがて實體法學内部での反省を促して、その機能的な本質が再び探求されるようになるのであるが〔註略〕、こうした修正の動きは、訴訟法學内部においても免れぬところであつて、事實、訴訟物理論のその後の展開〔註略〕の過程において、一度びは過當に實體權化されてしまつた請求權・形成權なるものが、「訴訟物たる權利主張を基礎づける法的觀點」として捉えられるに至ることを通じて、その本質に合致した取扱が再び回復されて行くことになるのである〔註略〕。（民訴三九頁）

舊訴訟物理論は、請求權という權利が他の支配權〔註略〕と全く同格な權利として實體法體系中に市民權をもつという前提から出發しているのであるが、請求權なる概念は多くの特異性をもつものであることが反省されねばならない。たとえば基礎的な權利乃至法律關係から派生する二次的な結果現象にすぎぬこと〔註略〕、給付の受領によつて消滅する手段的な權利であること、その機能は同一であつて相手方から給付を求めうる地位であることにつきるもので、この本體的な機能に關する限り如何なる法律制度の効果として認められるかということにより差異のあるものではないこと〔註略〕、請求權の性質が異なることがたとえあるとしてもそれは權利の本體的な差異を生ぜしめるものではないこと〔註略〕、などのその特異性は、如何に請求權の權利性を强調するとしても抹殺しきれないものであり、原告の給付訴訟を基礎づけることを主眼とし、給付訴訟との機能的な關連を遮斷しきれない特殊な法的概念であるということはどこまでも殘るのである〔註略〕。かくて實體法上の請求權がそのまま給付訴訟の訴訟物をなすという一見當然のことのようにみえる命題も、實體法理論における請求權の本質の反省に伴つて當然再檢討されてよいのであつて、逆にかかる請求權なるものの系譜及び特質を考慮すれば、一見きわめてドラスティクに實體法理論との關連を切斷しているかの如くにみえる新訴訟物理論の把握の中に〔註略〕、却つて請求權なる特殊の法的地位の素直な訴訟法上の位置づけがみられるといつてよいのである〔註略〕。（民訴八八頁）

始に確定しておかなければならないことは、教授にとつても亦、訴訟物理論が實體法理論に正しく卽應することが、訴訟物理論の重要な眼目と考えられているということである。奇妙なことにこの認識はニキッシュ以外ドイツの學者の所論には

餘り顯著には認められないところであるが、わが國では正當にも早くから最も決定的な論點と考えられて來ている。新說について實體法との卽應が論證できれば、それだけで最早、枝葉を論じる必要はないに至るのであるから、恐らくは、教授にとつてもこれが最も主張されたい論點であろう。そして、その所說の特色は、從來の新說の代表者小山昇教授の所說がいわば實體法的＝社會學的であるのに對して、訴訟法的＝法技術的な角度をもつとすべきであろうか。

それは兎も角、右にみられるような三ヶ月教授の論證は、論理の筋そのものとしては疑う餘地もないほど正確である。實體法上の請求というものが、無色な手段的權能に過ぎないということも、從つて給付訴訟の訴訟物を新說流に規定することがかかる意味での請求權の特性を如實に投影することになるということも、正に教授の指摘される通りである。權利の機能を捉えるかぎり、請求權が無色な手段的權能として理解されるのは當然のことであるし、かかる請求權を訴訟物にすえるときに給付訴訟が請求權の特性に卽應するのも形式論理上當然の歸結であろう。

しかし、正確な論理の筋は、問題をずらし、本來の問題とは別の問題を立てたうえで、これに對して解答する結果になつているのではあるまいか。實體法の理論は、狀況を評價し、歸すべきところに機能を歸せしめることを以て、その使命とする。さればこそ、新說も給付訴訟の訴訟物を「相手方から一定の給付を求めうる法律上の地位」と規定するのであるし、「實體法上の請求權が一つもなければひと周りゆるやかな Rechtsbehauptung なるものも到底認められるわけはない」のである。實體法の重點は法律効果によりは法律要件にあり、要件によつて個性を賦與された効果のみが法の世界の住民でありうる。そこで、訴訟物の理論は實體法の理論に卽應しなければならないということをいう場合、卽應は、個性を賦與された法律効果・法世界の存在者・法における存在體との關係で考えられなければならない。なるほど、請求權は無色な手段的權能に相違はない。だが、それは、權利の機能を捉えるかぎりそうであるというだけで、權利を機能面において捉えればこその話である。實をいえば、請求權とは權利の機能をさす用語で、債權・物權・等の用語とは平面を異にするであろう。訴

訟物を請求權という語で表現するのは實體の方の名稱に機能用語を轉用しているに過ぎない。機能は當然無色たり手段的であるが、訴訟物は、實體法との卽應を志すかぎり、實體を捉えて定立しなければならない。機能概念としての請求權に着目して、これに訴訟理論を照應させても、本來の問題に對する解答の意味は持ちえないのではあるまいか。

これを解答たりうるとする考え方の底には、實體法を裁判規範とみる特殊な見方（考察六頁）が作用しているように察せられる。實體法が紛爭を前提とし、その解決の準則として登場し、且つそのようなものとして現に作用していることは事實であろう。その意味でそれは言わば裁斷規範とか、紛爭解決規範とか本質づけることができるであろう。裁斷規範ということは、しかし、直ちに裁判規範と同一ではない。自主的な紛爭の解決も、或は進んで紛爭の豫防でさえも、裁斷規範に則つて行われるのであり、社會的生活では人は裁斷規範をこそ生活行動の準則とするほかないのである。すなわち、裁斷規範たる實體法は裁判規範たる側面とともに併せて行爲規範たるの側面をも持つのであり、そうでなければ、一般國民の法律意識に反するばかりでなく、何よりも裁判所が事件を實體法によつて裁判すること自體が無意味に歸する。そして、かく、實體法を行爲規範とみるなら、それが一切裁判理由として裁判所の手中にのみ收められるのは、實體法の目的に反すると言わなければならない。あるべき姿においては、原告は、「金が貸してあるから」返して貰えると自ら判斷して訴をおこすことになるもので、それでこそ彼の主張は法主張と言え、訴訟が國民の法律意識を維持・助長しうるのである。原告は、本來は、何故か分からないが「返して貰う權利はある筈」と主張することを期待せられているのではなく、それでは國民は「どう行動すべきか」を考える必要はないことになろう。從つて、明確・自覺的な原告の法選擇は、裁判所を拘束しないとするより、拘束するとみる方が合理的であり、通常も私人の Sollen を基準として性質決定を經た權利の幾つかを訴訟物とみるべきである。基準は私人の Sollen であるから、請求權のような手段的權利は基本關係によつて個別化される必要があるが（基本關係につき既判力が生じるか否かはこの問題と無關係で首尾の一貫も不一貫もない）、絕對權のような自立的權利は發生原因によつて細別されるわけにいかない（實體法は要件に寧ろ重點が

あると言つても所有權確認訴訟が取得要件ごとに細分されるわけではない）。訴訟物理論が實體法理論に卽應するためには、私人の行爲準則が訴訟物自體に投影されることが必要で、無色の手段的權能を訴訟物とするだけでは、訴訟物に實體法的要求は生かされることがない。

二

第二の點、つまり、給付（および形成）訴訟の訴訟物は、確認訴訟の訴訟物とは、全く異なつた別箇の顧慮のもとに規定されるのが當然であるということについては、教授は、例えば、次のように言つておられる。

もし、訴訟の現實の紛爭解決の機能というものを直視するならば、確認訴訟の紛爭解決機能と給付訴訟乃至形成訴訟のそれとは、はつきり異なるものとして捉えられる筈であるし、その觀點を推し進めて行けば、給付訴訟の本質としてはむしろ給付命令の發布（Verurteilung）が第一次的な重要性をもつて浮び上り、形成訴訟にあつては形成（Gestaltung）の効果がむしろ表面に躍り出て既判力なるものは逆に背景に退いてしまうことになるであろう。〔中略〕個別的訴訟の發展狀態に焦點を置いて訴訟理論を構築して行くという態度を正面に出してくる限り、こうした機能的差異は何時か疎外され、既判力ある裁判の取得にすべての類型の訴訟の共通の目的を認識するに至るということは、ゴルトシュミットの理論において、まざまざとこれをみることができるのである。（考察一四頁）

給付訴訟は右にみたように沿革的にも民事訴訟の代表的な形であるし、現在においても最も利用頻度の多い訴訟類型である。本來給付訴訟にのみ妥當する用語例が訴訟一般に不用意に擴張されて語義の混亂を惹起するに至る〔註略〕原因も、このような歷史的沿革に徵してはじめて理解されるのであるが〔註略〕、逆に、他の訴訟形態をも眼中におく訴訟理論の構成が、給付訴訟にもはね返つてきて、却つて給付訴訟の特質の把握を曇らせるという面もないではなかつたといえる〔註略〕。（民訴四〇頁）

最後に新訴訟物理論は確認訴訟の部面に關しては貫くことが難しく、そこに一貫性を缺くものがあると批判されている〔註略〕。蓋し、確認訴訟にあつては原告の定立する訴訟物たる權利の性質決定が拘束的であることを新理論の立場とても認めているからである（卽ち給付訴訟（及び形成訴訟）では裁判所の法的評價の自由を强調する反面、確認訴訟ではそれを否定するに歸する）。しかし訴訟物理論を樹

てるに當つては、すべての類型の訴訟を通じて形式的に方法的な一貫性を貫くということに重點を置くべきものではなく、最も重要なことは、個々の類型の訴訟の本來的な機能に即應した理論をたてることにあるというべきであり、訴の類型がそれぞれ異る紛爭解決方式を表現し、その紛爭解決機能も異るとみるのが正しい認識である以上〔註略〕、それぞれの類型に應じて訴訟物の構成が異るのは、むしろ當然といつてもよい。その意味では、反對說から批判される新訴訟物理論の不徹底性乃至不一貫性ということは、それぞれの異つた機能に即應して理論をたてようとする正しい態度が、無意識のうちに現われているものとして、むしろ積極的に評價すべき點でさえある〔註略〕。〔中略〕訴訟物理論の本來の任務は、民事訴訟の紛爭解決機能の具體的な認識に立脚しつつその本來の制度目的に即應した理論を構想する點にあるのであつて、決して一つの圖式を貫徹する點にあるのではないことを改めて反省すべきであると考える。（民訴一〇〇頁）

確認訴訟を原型と觀じ、訴訟の三類型の間に本質的な相違を認めない有力說が支配するわが國にあつて、三ヶ月教授は、從來とも、類型間の機能的差別を强調してきて居られたのであるし、ドイツでは、訴訟物に關する新說の背後に、常にこの類型差の認識が隱顯・出沒しつつ支柱として作用してきた。この度はこれを自ら自覺的に訴訟物論の基礎にすえつつ、ドイツでの議論の實質的意圖の一つを明確に取出してみせようとされるわけである。恐らくは、これによつて、新說自體も時に徒に彷徨することあるをやめることができるであろうし、舊說また相手方を正しく凝視することができて、論爭は建設的な方向を辿ることになろうが、更にこれを超えて、教授の所論には、特に注意すべき重要な貢獻が含まれている。訴訟物の主觀的規定から客觀的＝制度的規定への脫皮・轉回ということがそれであつて、從來は、類型間の機能的差異が指摘はされても、ドイツの學者によつては、それは、原告の主觀に依據して說かれたものに過ぎない。どんなに大多數の場合、原告の主觀が事實どうであるにしても、それが理念からの乖離にほかならぬかぎりは、訴訟物の規定について意味は持たない。訴訟物が何であるかは、客觀的＝制度的に決まることで、主觀的＝個別的に考えるのは方法的な誤謬である。これに對して、教授は、同じく類型間の機能的差異を指摘しつつも、これを訴訟の制度目的から演繹された。自らなお可成り原告の主觀に拘

泥しては居られるけれども（例えば民訴八九頁(3)）、訴訟目的から機能を演繹される以上、學說の理論的意味においては、もはや原告の事實上の主觀はどうでもよいことにならなければならない。かくて、訴訟物の新說的規定は、主觀的＝個別的方法という誤つた態度を捨てて、客觀的＝制度的方法という正しい平面へ移り變わることができたといえ、これは理論の極めて大きな前進である。教授における訴訟類型の機能的分化の高唱を、訴訟物論爭新展開の一觀點とみる所以のうちには、かかる新說の脫皮・前進をも、含めてこれを考えているのである。

それにも拘らず、教授の所說に贊同することはできない。なるほど、訴訟の三類型の間には、指摘されるような機能の相違を認めなければならない。舊說と雖も、機能の上からは、これら三類型の氷炭相容れないものがあることを承認するのである。問題は、かかる「機能」が訴訟物の決定契機たりうるかという點にある。もし、機能によつて訴訟物が決まるということであれば、他面において別異の三機能を一つの訴訟に統合するものは一たい何であろうか。實踐上も例えば第一審で家屋の引渡請求を棄却された原告が第二審に至つて建物所有權の確認請求に改めることが頗る自然に感じられる我々の法律感情は何に基づくのであろうか（動向一六五頁〔三〕參照）。また、行政的紛爭解決あるいは强制執行そのものとは給付訴訟は何によつて區別せられるであろうか。もし假に給付訴訟が行政に接近する場合、最古且つ最多の類型がそうである以上、訴訟は全體として行政に接近することになるであろうか。更に、確認訴訟登場後も給付訴訟は、歷史的＝政策的意義において、確認訴訟登場前の給付訴訟と同一でなければならぬであろうか。あるいは、また、給付請求棄却の判決は何故に確認判決でありうるのであろうか。

教授は三類型の機能的分化を訴訟目的から演繹された。これは、前にも言つたように、訴訟物に關する新說の、主觀的＝個別的規定を、客觀的＝制度的規定に轉換させた正しさをもつ。しかし、客觀的＝制度的な規定の仕方そのもののうちにおいて、なお、いかなる基準に立つてこれを行おうとするかは、別箇の問題として殘らざるをえない。問題は三類型の機能的

差異が果して訴訟物の決定契機たりうるか否かにあると上に言つたのはこれで、この點から、教授の訴訟目的の規定に疑問の一つがさしはさまれるのである（他の疑問後出）。教授は訴訟の制度目的を正しくも紛爭の解決にあるとされる。だが、それは、單なる解決でよいものではない。法令には論理的に先行し・法令に繫縛される必要のない訴訟も、常に「法的」解決制度として被制約者たり、三類型に分現する各種異別の機能は、上位機能たる認識・判定の機能により統合・制約される部分機能たるものである。訴訟物はかかる訴訟の中樞にあるものとして、かかる訴訟の性格を體現していなければならない（訴訟の制度目的については伊東「紛爭の解決と具體法」法學研究二五卷九號參照）。正しく客觀的制度的規定の態度を持し、訴訟目的を正しく紛爭の解決と考え、且つ訴訟三類型の機能の差異を完全な意味で承認しても、かく必ずしも教授と同じ訴訟物觀には到達しえない。對立は紛爭解決の目的の理解仕方に歸着するが、いずれの理解仕方が正しいかは、次節に別に說く訴訟目的に關するもう一つの問題に依存することになるのである。

〔未　完〕