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 (二･完)
Sub Title	A new development of the controversies on the theory of the streitgegenstand (2)
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.8 (1959. 8) ,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=AN00224504-19590815-0001

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（二・完）

伊東乾

一　訴訟物と實體法
二　訴訟類型と機能差〔以上前號〕
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〔以上本號〕

三

第三の點、つまり、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は、例えば、次のように論じられている。

同じ時期に簇出した新しい訴訟理論をとりこみ、それを自らの形成の養分としながらも、兼子教授の歩まれた道と、ドイツのその後の學說の主流の歩んだ途とは興味ある對立を示していることは既に見た如くである。〔中略〕この興味あるコントラストを如何に評價し、如何に理解するかによつて、これからのわが國の訴訟法理論のあり方が大きく規定されてくると思われるのであり、この理論的對立の謎を

如何に解くかが日本の若い訴訟法學者すべての前に置かれている共通の課題のように思われる。そして私にはそれを解く一つの鍵は、既にみたように兼子教授の理論の中に獨自の形で融合せしめられている二つの――何れもそれ自體としては可能なる――考察方法の問題にひそむように思われるのである。兼子教授の理論においては、一面においてドイツの學説においては殆ど自覺にまで高められていない訴訟の機能的考察のモメントを前面に押し出している點で卓越しているのであるが、逆にもう一つの異質の觀察方法のモメントがむしろこれをこえるウェイトをもつて同時に包攝されているところにその特色と問題がひそむのである。これに對し、現在のドイツの通説の辿つた道は、民事訴訟の紛爭解決機能の自覺的な認識と、その理論化の徹底という點では一歩兼子理論に讓りつつも、しかしその背後には、すぐれて機能的・實際的・制度的な認識が一貫してひそんでおり、その理論化に努力が注がれてきたといつてよいであろう。新訴訟物理論も、既判力に關する新訴訟法説の登場も、こうした機能的考察の態度の現れであり開花であるとみるべき面がある。これらの學説が通説としての地位を築き上げるに至つた戰の跡は、形而上的乃至觀照的な、見方をかえていえば個別訴訟の流れのみを眼中におく現象的な考察に立脚して理論をたてようとする立場に對する激しい戰の跡であつたのである。〔中略〕兼子教授の確立された民事訴訟制度の紛爭解決機能の重視という方法論的自覺は、ドイツの學界の一つの大きな成果ともみうる新訴訟物理論をわが國の學説に媒介して行く上にきわめて重要な武器であり、彼等の議論の眞の意義を汲みとるのに缺くべからざる手段である。（考察三〇―三二頁）

訴の併合のアポリヤを避けるべくシュウァーブが緻密に組立てた理論が、既判力との關連の所で腰くだけに終つたのが事實であるとすれば、それを補おうとしてハープシャイドが再び訴の併合で破綻を露呈したのも事實である。兩者正反對の立場に立ちつゝも、双方の弱點を生み出したものに何か共通のものがあると感じられるのは何故であろうか。それは右に述べたように兩者に共通な、過剰な論理主義、形式主義ではなかつたろうか。〔中略〕こうした、一面において正しい方向を指向する「訴訟的理論」の枠内で、本來の正しい機能的考察の態度が若い學者の論理主義の幕に蔽れてしまつたのが、シュウァーブ、パープシャイドという二人の Streitgegenstand の選手による今回の理論的對立の姿であり、又その評價の限界もそこにあるのではあるまいか。（斷面八四―五頁）

新説の淵源の、このような指示・剔抉は、明快な透徹した學説史的分析として、まことに非凡な優れた洞察と言わなければならない。第一に、これによつて、反對陣營の學者達にも、新説の眞義を納得せしめることができるであろう。新説こそ

が却つて訴訟を實體法に卽應させるものだという前出第一の論點や、給付訴訟の訴訟物は確認訴訟の訴訟物と全く別異の顧慮のもとに規定されるのが正しいという前出第二の論點もまた、遡ればかような方法論的淵源に發する議論たるに他ならないのであり、それらの說得力は實はこの淵源のもつ說得力に負うものといえる。と同時に、第二に、かかる淵源の自覺的反省によつて、新說自體も顯著・急速に自己を純化することができるであろう。三ヶ月教授が、シュワープやハープシャィトをその息吹きとともに生々と紹介することができたというのも、彼等の躓きを適切且つ說得的に指摘しつつ、思い切つて新說從來の據り所を成す申立とか事實關係とかの偶發的・附隨的・技術的モメントを一擧に捨棄することができたというのも、一にかかつて右のような方法論的自覺の賜物である。そして、偶發的・附隨的・技術的な申立とか事實關係とかのモメントを棄て、實體法的評價に基づく紛爭の一回性という本質的實質的メルクマールの上に新說を再構成された教授自身の理論は、實に、ドイツをも含めての新說陣營の劃期的な飛躍であり、恐らくは寧ろ、新說的訴訟物理論の（國境をこえて評價せらるべき）一つの模範的な完成態とみるべきものである。

しかし、學說史的分析の適確と、模範的な方法的一貫とは、いまだ以て、所說の正しさを擔保するには足りない。なるほど、訴訟物新說の擡頭と發展とは、機能的考察の自己主張であり表現であることに間違いはない。そして、三ヶ月教授の新說再構成が從前のどの新說論者よりも簡明にして矛盾の少い議論を提示するものであることも、また疑がない所である。だが、學說史の分析原理はそのまま理論構成の基礎たるべき原理といえるわけではなく、まさに然るべき原理だけが方法的に一貫せられるに値するのである。果して、いわゆる機能的方法というものは、それだけで、或は說かれるような內容のものとして、理論構成の基礎たりうるものであろうか。

教授は、その言わゆる機能的考察と、これに對立する現象的考察とが、初に援いた引用の文章に明かなように、「何れもそれ自體としては可能なる——考察方法」であることを認められつつ、その前者だけを「訴訟的理論」の包含する「正しい

方向」とせられ、「本來の正しい機能的考察の態度が云云」と言われるのであるが、機能的考察が何故に「正しい」のかについては學說の史的展開の跡づけのみが與えられているに過ぎない。あるいは、通說の基調は合理的と推定すべしとの趣旨なのであろうか。あるいは、また、歷史の現段階において多數者の求める所は當然に求めるに値するものだとの趣旨でもあろうか。そのいずれも、理論構成の基礎たるに足りないことであるが、根據はどこにあるにもせよ、三ヶ月教授の訴訟物理論は自ら言われる機能的考察の結晶なのであり、更に訴訟物理論の限度をこえて、その言わゆる機能的方法は、教授における訴訟法體系全體の構成原理をも成しているのである。

一般論としていえば、制度の理論的考察の諸方法の一つとして、機能的考察というものの成立つことも、これが文化現象考察の方法として遺却すべからざる重要性をもつことも、いずれも慥かに間違いのない道理である。だが、一つの目標の下に、一定の機能を期待して、一つの制度が作られるとき、所與としての制度には固よりそれ自體の論理的構造が支配する。賢明に作られた制度はよく目標に適合した構造をもつであろうが、目標をこえ、または目標に足りない構造が作り出されるということも少くない。政策的動機をなした目標が制度の「目的」となるのではなくして、生みだされたものとしての論理構造の客觀的な意味が制度の「目的」となるのであり、期待される機能が制度の「機能」になるのではなくして、作り出された論理構造が現實に果しうる作用にして且つ右の意味での目的に適合するものだけが法的な意味での制度の「機能」といえるのである。そうでなければ、個人の主觀をこえた法制度を設けるということの意味はない。從つて、法制度の理論は、機能的である以上に、同時に、あるいは以前に、すぐれて論理的であることを必要とする。嘗てザウアの訴訟目的の規定を批評して「社會倫理的考察を强調してこれに溺れ、論理構造を沒却した」ものと斷じ、あるいは、「表面的な政策目的の隆替および序列のかげには、立法者によつて主觀的に意圖せられていると否とにかかわらず、客觀的、基礎的には、論理構造自體の舊態依然たる存續または漸進的もしくは飛躍的な變貌が存在する。その意味で、一般に、訴訟制度上の諸問題が、政

策の隆替のみによつて説明せられることが多いのは、餘りに單純、餘りに皮相な傾向と、歎じないわけにいかない」と說いた者があるのは、この間の消息を指摘したものに他ならない（伊東「紛爭の解決と具體法」法學研究二五卷九號一八頁、伊東「訴訟物管見」民訴雜誌三號五二頁）。これは Sein を考察するにはとどまらず、Sollen を問題にするものである點で、教授が機能的考察に對置される現象的考察とは一致しないであろうが、「過剩な論理主義、形式主義」を排することが、そのまま機能的考察による體系の構築を是認することにはならないのである。

個別的な問題に下つていえば、上述のような客觀的な制度目的から出發して、推論を正しく用いたか否か、上述のような用語の本來の意味における「機能」が正しく表現されているか否かが、理論の正否を判別する鍵である。教授の訴訟目的の規定が、この角度からもう一度とり上げられなければならない。

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。ところが、この規定は、請求權の競合に立向う場合、いつか「紛爭を一擧かつ最終的に解決するという訴訟制度の目的」という風に、言いかえられてしまうのである（競合四四頁）。訴訟が後法令的なものか、それとも端的な紛爭解決機構かということと、訴訟がおよそ何らかの規模での端的な紛爭解決機構か、それとも紛爭の一擧もしくは拔本的解決の機構かは、勿論、全く別個の問題である。訴訟の制度目的としては、前の問題だけが論じられているのであるから、給付訴訟の訴訟物に關して一擧・拔本の解決を持出すということは、推論を歪めたものと言わなければならない。言うまでもなく、教授はこれを紛爭解決機能の分化に基づく給付訴訟の特殊目的、特殊機能とされるわけであつて（民訴三九頁）、訴訟制度一般の目的とは段階の異なるものとされるわけであるが、請求權というものが給付訴訟との關連を絕ちきれない無色の機能的概念とされていることからも分かるように、實は分化は、制度一般のうちに內包せられるが故にこそ可能となつているのである。つまり、教授の論法は、正しくは、推論過程での歪曲でもなければ、給付訴訟かぎりの分化機能でもなく、制度一般の目的として一擧・拔本の解決を肯定する一種の立場を前提するものと言わな

ければならない。職權主義はこの前提的立場を肯定するであろう。職權主義に與しえない我々は、この前提的立場にも同調することができない。問題は、第一次には解釋論として、第二次にはこの風土この段階における政策論として、職權主義を是とするか否かに歸するのである。

四

第四の點、つまり、請求の「選擇的」併合の問題は、教授が最も强調・力說せられる論點である。

ドイツでは惡名高き選擇的併合――この點が日本とドイツの訴訟物論の一つの大きなちがいのように私には思われる。わが國では訴の（攻擊方法のではなく）選擇的併合という觀念が何等あやしまれることなく取り入れられているがドイツでは元來この說は少い上に嘗ってのレント、ローゼンベルグの論爭以來その不合理性はますます固く信じられている。（斷面八一―二頁、傍點原文にあり）

かくみてくれば訴訟物の選擇的併合という觀念に對する批判が、訴訟物論爭における本質的な一つの要素であったとみなければならない。シュワーブ以後の見解は時期的にいってわが國に新訴訟物理論が紹介された當時において參酌しえなかったのは當然であるが、少くもレント、ニキッシュのこの點の鋭い批判は當然にあわせて紹介されねばならなかった筈である。しかるに――全く奇妙なことに――日本では遂にこの點は一顧も與えられないで終ってしまった。〔中略〕ドイツの學說の動きにきわめて敏感なわが國の學說が、この點に關してのみ超然としていた理由は私には不可解である。もしこの論爭のこの一面が正しく紹介されていたと假定すれば、わが國の訴訟物理論の大勢は或いは變っていたのではないかと臆測する。〔中略〕訴訟物の選擇的併合という觀念を維持しうるかしえないかが、日本の學說の現況に鑑みるときは、より決定的な問題として取り上げられねばならぬように私には思われる。（考察二八頁、傍點原文にあり）

まさに、これは、わが國の學界の虛をついた天啓的な指摘であった。舊說陣營にとっては、恐らくは、最もショッキングな反擊と受取られたことであろう。

はじめに注意しなければならぬことは、請求の選擇的併合というテクニックが、教授にとっても別に、實際上不當な結果

を生じるとは感じられていないということである。あるいは「請求權競合の場合の實際的な取扱としてはこの結論は極めて妥當でありまして、だからこそこの考方がわが國で通說的な地位を占めているのではないかと思われるのであります。このように結果の妥當は何人も爭わないのでありますが」といい、あるいはまた「わが國の通說〔註略〕のように選擇的併合という觀念を容れれば實際的には最も妥當な結果に到達しうるが」ということが言われているのは、これを證示するものであるし（競合四一―二頁、民訴九一頁）、何よりも、教授自身、手形債權と原因關係債權との關係について「兩者を選擇的競合の關係で把握する場合と同じ」取扱を提唱され、これを自ら「實際的にも妥當である」と斷じておられる點に、この認識は最もよく現れている（民訴一一〇頁）。「問題は實體法上の請求權を訴訟物の次元で問題としながら、しかもその訴訟物相互間の選擇的關係を認めるということが理論的に見てどうであろうか」、「選擇的併合という觀念を容れること自身が既に舊訴訟物理論の出發點を否定していることになる」のではないかという、理論的なテクニックの構造の問題にほかならない（競合四二頁、民訴九一頁）。

新說路線に訴訟物理論を切換えるならば、たしかに、訴訟物の選擇的併合という技術は要らないことになるであろう。しかし、この途を歩んで、あるいは法規の適用順序に固執すべきではないことを說き（評價七四五頁）、あるいは判決における性質決定の融通性に富んだ彈力的な妥當樣式を說く態度（評價七三〇―三・七三七頁）には、實に、象徵的に、新說を特色づける一つの考え方が躍動しているのを認めることができる。判決における法律的性質決定の意味の問題を直接に取上げる機會は別にある豫定なので、ここでは、右の、基本的な問題だけを指摘するにとどめておきたい。

その基本的な問題というのは、事實を離れて法的觀點がひとり歩きできるようにみる考え方を指すのであるが、「訴訟物理論の次元における新な立場の採用が、從來の競合・非競合の對立的立場を全く止揚し去つたと揚言することは愼ま」なければならないであろうけれども「しかしやはり、訴訟物は一箇か二箇かという大きな對立から、一箇の訴訟物ということでは歸一しつつ、ただ法的觀點適用の順序という問題に移行したことは、當初の深刻な對立を幾分か弱め云云」（評價七二八―九頁）と

いう風に言われたり、「成程不當利得の觀點から是認されるということは確定的であるにしても、それは他の見地の適用の餘地がないということまで確定しているのではないのであるから、改めて相殺の可否の前提として、不法行爲としても評價できるかどうかを調べ、そうであるときは相殺を拒むことができるといわねば云云」（評價七三一頁、傍點原文にあり）という風に論じられたりする所によく顯現しているように、判決における法律的性質決定の意味の問題において、評價の〃尺度〃と〃對象〃との切離しは、他の何處におけるよりも鮮かに主張し適用されるのをみることができる。選擇的併合を新說に移して解消するということは、尺度を對象の平面から純粹尺度の平面に移そうとすることに他ならないからであるが、新說が舊說を攻擊する要點もまた、舊說が、尺度を對象の平面で論じること、すなわち尺度と對象との區別を貫かないということにあるといえる。なるほど、尺度と對象とは區別できよう。だが、區別は觀念的に成立し、考えられたものとしての法と、想定されたものとしての事實との間に、つまり、抽象と抽象との間に必要・可能な範疇的識別である。現實の權利や訴訟上の法主張は、これに反して、具體的なもの、尺度たる法と對象たる事實との綜合體である。原告の選擇指定する尺度が裁判所を拘束するなら、尺度も「當事者ノ申立テ」る「事項」の屬性でなければならないし、原告の選擇指定する尺度が裁判所を拘束しないなら、裁判所は「當事者ノ申立テサル事項」をこれに歸せしめうることになる（伊東「請求補說」法學研究三一卷一一號七頁）。抽象的な「事實」は勿論、たとえ具體的な「事實」であつても、抽象的な「法」とのみ關連づけられ、從つてそれ自體の屬性としては法をもたない「事實」は、なお權利や「法主張」を構成しない。尺度がいかに對象から觀念的に區別されなければならないとはしても、訴訟上の請求が「法」主張でなくてもよいとするなら別論だが、そうでないかぎり、訴訟物から〃尺度〃を驅逐する必要と可能は此處から出てくる由がない。從つて、たとえ、訴訟物の選擇的併合という觀念がその他で不都合なものであるとしても、新說路線に訴訟物理論を切換えることは、問題の解決にならず、況や新說路線を根據づけることにならない。

そして、選擇的併合の觀念自體にも、別段理論上の不都合はない。教授の指摘されるところによつてこれを觀れば、第一點

は「既にこうして相互に條件づけ合つている二つの訴訟物という構成が技巧的にすぎる」ということであるが（民訴九三頁、競合四二頁）、〝尺度〟を法主張のモメントとみる立場からは却つて實體權の絡み合いの自然な反映とみられるし、新說では逆に（新說論者は不要とするであろうが我々の立場から望ましいところの）一觀點への請求の限定が頗る困難になると思われる。第二點は「双方認めるといわれたら一體どうなるのか」ということであるが（同前）、原告の請求は調書への記載をまつて始めて目的を達するのであるから、裁判所はいずれかの陳述のみを有効と認めて調書に記載せしめればよく、それ以前に双方の解除條件がともに成就するということはない。第三點は一部判決の取扱ということであるが（同前）、別個にも提起できる請求を故ら併合している點には訴訟的な特殊な條件を認めることができるのであつて（單純併合とは異なるに至るのも訴訟上の利益がこの場合は同一であることに基づく）、これを理由に一部判決を禁じても、別段訴訟物を別個と說く理論に矛盾するわけではなく、逆に原告が併合に固執しないか分離を望む意思が明かである場合は、一部判決をも辯論の分離をも許すものとしなければならない。後の場合に「上訴の關係では區々になる」ことがあつても、それは「選擇的併合という特別の訴の併合の方式」の「要請」が「强制」ではなくて原告の自由であることの當然の歸結で趣旨が「その限度では崩壞する」と評するには當らない（主文の書き方は本質的な問題ではない）。第四點は「既にこうした構成をとること自體の中に權利の性質決定はこの場合大した問題ではない〔中略〕という舊訴訟物理論の出發點を否定する認識が入りこんでいる」ということであるが（同前）、舊說の認識するものは事實の狀態であつて、當爲の判斷とは直接に關係しない。あわせてこの事實の認識もまた、とくに併合が選ばれた場合の限られた狀況に關することを、注意しておくことが必要であろう。第五點は「審判の對象が不安定になる」ということであるが（競合四二頁）、これは從來舊說がみずから反論し克服してきた論點であるから特に論じるまでのことはない。第六の、最後の、重要な指摘は、「この選擇的併合を認める說は、出發點としては競合する請求權が複數の訴訟物をなすといいながらも、その訴訟物の取り扱い方は、訴訟物ではないところの、請求を基礎付ける事實としての請求原因事實の取扱と全く同じ

であることであります。〔中略〕訴訟物すなわち Streitgegenstand より一段下の次元にあるとされるところの請求原因事實 Klagegrund の論理とその取扱を、そつくりそのまま訴訟物の次元において取り込んだのがこの考え方である」という指摘である（競合四二一三頁）。これとても、しかし、請求原因の次元で妥當する理窟であればこそ、また移して訴訟物の次元でも行わしめることができるのであるから、重要ではあるが、決定的な論點ではない。要件と効果にせよ、請求と攻擊方法にせよ、連鎖する生活事實の何處でこれを切斷して一と他とを分かつべきかは、およそ實體法的評價の問題であるし、本來連鎖する彼岸と此岸とが平行的構造をもつことも當然といえる。かくて、訴訟物の選擇的併合の論理自體にも、特別の不都合は認められない。

三ヶ月教授自身、手形債權と原因關係債權との關係について特殊な取扱を提唱しておられることは、訴訟物選擇併合の觀念の實際的妥當の承認と相俟つて、實は自らの攻擊を放棄する結果になるものではあるまいか。固より、特殊な取扱というのは、「經濟的同一性に着眼して一個の訴訟物として扱いうる餘地〔註略〕と、法律的異別性の面を利して別個の紛爭＝訴訟物として構成しうる餘地〔註略〕の二つの可能性を法律が認めているのであつて、その何れを選ぶかは原告の選擇にまかせられているというふうに考」うべしとするものであつて、兩者あわせて主張される場合を、一箇の訴訟物とし、訴訟物の選擇的併合を認められるものではないようだが（民訴一一〇頁）、それでも、これは、「經濟的同一性」をもつ二箇の請求權が、その經濟的同一性にも拘らず、且つまた、「請求權」といえば「無色の機能概念」でなければならないに拘らず、まさに給付訴訟との關係で、異別に評價・構成できる理論上の餘地を、肯定したものに相違はあるまい。ニキッシュが昨今、これは進んで同樣の場合に選擇的併合そのものを認め、嘗ての所說を著しく修正しているのは（Nikisch, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, AcP., Bd. 154, H. 4, S. 287）、この關係において留意に値するものと考えられる。

五

最後にこの機會に、教授が動態說に寄せられた批判の諸點を考えておきたい。

動態說は、と教授は言われる。「新舊兩理論の止揚を意圖する」としながら「その止揚は殆どなされていない」。ことに「新理論の抱懷する正しい問題意識と要請は殆ど滿足せしめられていないように思われる」。「たとえば紛爭解決機能との密着性、訴訟物の範圍の明確化（請求原因という要素の入りこむ餘地の縮少）、實體法上の權利（とくに請求權・形成權）の機能の反省とそれに應じた位置づけの試みというふうな新訴訟物理論の要請は全く無視されているし法條競合・請求權競合の場合の取扱も素朴であ」る、と（民訴八五頁）。

しかし、動態說によれば、「原告は任意に紛爭を提示する。これは客觀的には實體法上の權利もしくは法律關係の主張である」。「何が主張せられた權利もしくは法律關係かは、純粹に『解釋』の問題である。物の引渡の請求は、通常、所有權の主張でも、占有權の主張でも、契約上の權利の主張でもありうる〔註略〕。これを一箇という必要もなければ、數箇という必要もない」（伊東「訴訟物の動態的把握」塾百年記念論集〔法（法）〕一四五頁）。從つて、特定物引渡請求の原告は、實際には、目的物さえ指示すれば事足りるのであり、形成請求の原告もまた、實際には、形成効果さえ指示すれば事足りるのである。これらの場合、請求の原因は、客觀的な資格にすぎないものとなつて、原告に對する負擔としては作用しない。これに反し、確認の訴の原告は、自己の主觀的目標上、實際にも、性質決定を經た權利關係を主張するのが通例となる。以上は、結果的に、新說の取扱と同一であろう。紛爭解決機能との密着性とか、請求原因という要素の入りこむ餘地の縮少とか、實體法上の請求權・形成權の機能との對應とかいう要求は、以上の限度をこえて滿足せしめられる必要をもたない。新說と異なるところは、上記のような取扱が、實際には行われるというにとどまり、理論上は常に實體法的性質決定が客觀的な訴訟物の資格として隨伴するとみる

點、したがつて、明確・自覺的な原告による法的觀點の選擇が當然に裁判所を拘束するとみる點にある。かかる舊說的な地盤と相俟つて、選擇的併合理論の實際的妥當は、とくに訴訟物の選擇的併合の觀念を排斥すべき必要を感じさせない。請求權の競合と法條競合との限界の不明は、新說のように問題を適用法規の順位に移しても殘るところで、明かな法條競合を除いてはすべてを請求權の競合と覺悟すべきこと、新說が摸索している方向と同斷である。動態說が舊說とも異なるところは（解釋の幅を擴げさえすれば舊說的立場だけでも理論上は認めうる筈の特定物給付や形成の訴の取扱を別にすれば）、いわゆる實體法のうちに、未知・未定立の價値をも導入しうる點で、そうして始めて訴訟の前法令性を滿足させることができる。確認請求さえ既定の實體法からは性質決定のできない場合がある筈であるし（既定の實體法との關係では前記のように性質決定を經るのが通例といえるにすぎない）、一般に訴訟物は判斷の社會的完結まで何であつたかは確定しない筈である。そのために工夫せられた動態說の構造は、未定立法を姑く措くも、競合的な法觀點の彼此流用を說明しうるであろうし、實踐的には、また、例えば、金錢給付請求についてさえ必ずしも起訴時に既に請求原因の明かにされることを要求しないことができるであろう。訴訟類型によつて訴訟物の在り方を區別した新說は、逆に訴訟類型ごとに訴訟物の在り方を固定させてしまう形式主義をもつように思われる（全訴訟を通じて共通の在り方をもつ訴訟物が個別的な場合の實踐に卽して樣々な現れ方をするもので保護形式の差は最大のしかし一つの規定要素であるにすぎない）。

教授は、動態說が訴訟物の存在とその認識（確定）とを區別し、後者が訴訟において訴訟を通じて形成されることを說くについて、「たとえば所有權確認訴訟では紛爭の對象である『所有權である』ということは一體訴訟物の存在の問題なのか認識の問題なのか」と疑問を提出しておられるが、それは固より認識の問題である。これと區別して存在を豫定し、認識の「形成なるものが考えられる」のは、訴提起のときをもつて一律に何が訴訟物たるかを確定しうるものとすることをえず、且つその必要がないに基づく。確認訴訟との關係でも、その「制度目的に照して正しい」請求が、當初からは實體法で飜譯できない場合があることを、承認すべきであろうと考える（この文段の引用句は、三ヶ月・民訴八五頁、傍點原文にあり）。

畢竟、動態理論は、全體の統制を保ちつつ、有らゆる機能的諸相をそのうちに開花させようと僭圖する。實益を離れた說明のための說明でないことは右にみた通りである。教授は、これを、「訴訟『現象』の末梢的な究明に眼を奪われて『制度』の理論としての訴訟理論の本質を見失うに至る危險」な行き方と評せられ、また「一種の法形而上學的認識方法」と認めて、かかる「法形而上學的思考を可能な限り括り出して望むべくんば訴訟理論の骨格をできるだけ單純化することこそ將來の訴訟理論を構想する者の努むべきことのように考える」と言つておられるのであるが、その分析の鋭さと、その構想力の慥かさとには、洵に畏敬やみがたいものがある（引用句同上）。私の念願とする所は、當爲と存在との對偶に照らして論理的に精査の上、制度論中に現象論を活かし、あわせて、他方、法學を形而上學と、緊密に連接せしめようというに存する。いずれが方法として窮極的に正しいかは、遽かに斷じえないことであろう。

三ヶ月章教授昨今の輝かしい業績に感動して、逆說的な形においてではあるが、本稿は、その一種の頌讃賦を綴つたものである。

（昭和三四年初夏　稿）