

Title	伊東乾著 『民事訴訟法』
Sub Title	Susumu Ito : The Japanese law of civil procedure
Author	石川, 明 (Ishikawa, Akira)
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.94- 100
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=AN00224504-19590815-0094

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

伊東 乾 著

『民事訴訟法』

すでに民事訴訟法學の基本的諸問題につき多くの論文を發表せられた伊東教授の最初の教科書兼體系書としての本書は、次の特色を有する。

一 本書は目次を一覽して分るるように、一般の教科書とは説明の序が全く異つてゐる。すなわち、第一章において、訴訟の起點（訴の成立）と終點（既判力ある法判斷）およびその間の發展の中心としての訴訟物なる概念を解説し、次に第二章以下で手續の發展過程を説明し、訴訟の骨格を次第に肉づけていく形式をとつてゐる（第二章手續の組立て―裁判所、當事者、手續の法定、訴訟の形態―第三章事實の顯出―口頭辯論とその準備、審理の諸原則―第四章法の確定―法確定の權限、法律による裁判と證據による裁判、證據とその評價、立證責任と證據契約、法の判斷―第五章訴訟行爲―訴訟行爲の意義と種類、時、能力、補助、―第六章判決の要件―訴訟

要件概説、一般の要件、併合訴訟の要件、訴訟中の訴の判斷―第七章手續の運び―諸原則、中間の裁判、移送、停止、訴訟手續の開始、進行、終了、終局判決に附隨する裁判、簡裁の手續の特則、―第八章上訴―第九章特別上告と再審―第十章督促手續）。そして最後に第十一章において民事訴訟の概念規定をし（類縁手續、民事訴訟の概念、その緩和、民事訴訟の種類、民事裁判權）、第十二章において民事訴訟法とは何かを説明している。このように、民事訴訟という一つの手續を理解させるために先ずその目標・起點と終點をしつかりと理解させ、次にその過程を解説し民事訴訟法そのものの内容を教え、最後のしめくりとしてその概念規定をすることによつて、難解であるといわれた民事訴訟を讀者に容易に理解させようといふのが著者の配慮であると思われる。この態度は個々の問題の解説においても覗うことができる。一つの試みとして注目に値する。

二 本書において著者の既發表・未發表の見解が各所に非常に強く打出され、體系化されていることを我々は本書の最も重要な特色として指摘することができる（勿論教科書としての制約はあるが）。これは、本書を教科書として特色あるものとするのみならず（説明にあたり全篇一つの立場で貫いてゐるのは、學説の争點を紹介し結論を與えないやり方が、讀者にとつて好ましくないと立場に立つ著者の配慮の現れである）、體系書たらしめてゐる（巻末におい

て著者は、本書が單なる教科書であつて體系書ではないと述べられているが、體系書たる一面を含むことは確かである。著者は本書の背景に構想されている體系の輪廓として、一般訴訟法理論、訴訟原理論、動態構造論、靜態構造論、法形成論、事實確定論、訴訟行為論、訴訟要件論、手續形成論、及び訴訟周縁論を指摘されている（勿論教科書としての制約——参照——から敘述はこの順序に従つてはいない）。

以下私は本書にあらわれた重要な問題點を指摘してみよう。

第一章における問題點は、次の諸點であると思われる。イ、具體法の判斷であるが、ここに法とは、いわゆる既定立の實定法ではなく、論理的に訴訟前に存し、當該紛争に即し且つ裁判手續中で新に定立されるものである。これがいわゆる抽象法（法令）に對する意味で具體法と呼ばれている。具體法も法であるから普遍性をもつが、裁判では抽象法を指針とし各事件の個性に即した原理の發見確定がなされるのである。一方裁判は法令の有無いかんとは別に行われうるものであるから、理念的には、裁判は法令の適用乃至具體化ではなく具體法の確定である。既定立法は論理的に訴訟に先立つのではなく、裁判のブレイキとして、裁判官に與えられるものである。現實的に法律による裁判が行われるところから、裁判の本質を

法令の適用であるとはしばしば誤解されると主張される（この誤解は、裁判を三段論法の結論と考えたり、訴訟の動態的性格に氣つき「法の形成」を説きながら「法令の具體化」と言換えたり、太政官布告一〇三號から條理一般を法源としたり、調停を訴訟と全く異質的なものとみたりする考え方に現われていると主張されている）。すなわち、三者の論理的關係は、既定立抽象法は訴訟におくれ（訴訟はこの意味で前法的存在）、具體法は訴訟に先立つ（訴訟はこの意味で後法的存在）ということである。ロ、訴訟自體紛争の存續發展であるとする考え方（四頁、第四章七七頁）。紛争とその解決とを分離し、解決前に紛争があり、これを固定的に對象として解決の努力が展開されるとする一般の見方に反對され、紛争は熟させて始めて解決するものであつて、解決に到る迄紛争が存續發展する、裁判手續は事件處理の手續であると同時に事件の發展そのものでもある、とされる。ハ、訴の成立要件について（五頁）。一般に形式的・固定的なくつかの要件を訴の成立要件とするに反し、社會通念上行爲の全體としての價值が紛争解決のため國家の裁判所を求めめる行爲であり、訴について現行法の要求する諸要件のうち少なくとも大まかな外面的要件を具えている場合に訴は成立すると説かれている。ニ、訴訟物について（一五〜六頁）。まず舊説の正當性について審判の對象と實體權との關係を正しく理解し、訴と請求との混同を免

「れしめ、審判の範圍を明確に劃定しうる點」にあるとされ、新説について「理論的には實體法と訴訟法との關係を誤り、實際的にはしばしば審判の對象を不明確にする」點で不當であるとされる。更に舊説も亦「請求の趣旨を、請求を起す趣旨、すなわち訴の意味と解し、請求につき如何なる判決を求めんかの表示をいうと説いたり、請求の原因を、これなくして既に請求の特定されている場合は不要と論じて、請求のそとに出してしまつたりしているのは、辭句と沿革に忠實のあまり、法と事實との綜合體たる請求の本質を見誤つたものであり、また舊説が實體法による請求の内容規定を説く場合、既定立の實定法のみを考へて未定立法を忘れ、杓子定規な靜態的な取扱に終始しているのは、訴訟の前法的性格を忘れたものであるから、これらの點で舊説もまた大きく修正されなければならない」と批判されている點注目に値する。

これら諸點の他第一章では訴訟繫屬の時期は訴狀送達の時であるとする點（七頁）、訴訟法律關係二面説をとる點（八頁）、請求と訟物との理論上の區別の必要性の指摘（二五頁）等が注目せられてよい。

第二章においては訴訟の形態を當事者のあり方（積極的消極的地位と單複）と請求のあり方（單複と同方向異方向という方向）とから組合せて十種に分類し、これらが圖解されているので理解するに

便利である。

第三章において注目すべき點は、イ、事實の顯出に關する當事者主義採用の理由の解説である（四七―八頁）。すなわち著者は、「職權主義は、手間と費用とのかかる割合には實効があがらず、すべての事件についてこれを實行することは到底不可能である。のみならず、當事者は訴訟に關心を失い、判決の結果をもやむをえない害悪としてしか受取らぬことにならうから、訴訟の効用も期待できぬに至る。これに反して、資料の顯出を當事者の責任とすれば、各當事者の責任とすれば、各當事者は自己の辯論に勝敗の運をかけなければならぬ結果、資料の顯出はおのずからにして活潑、迅速に行われ、利害の對立する兩人の間では一おう網羅的に公平に資料の出揃うことが期待できる。勿論、個々についてみれば、通謀や駭引により、あるいは不注意のために、真相に合致しない裁判のなされることも出てくるであらう。しかし、個々の事件の解決については國家は直接には利害を感じないから、それが例外的なものにとどまる以上、制度としては咎めだてせずに無視することができ」とする從來の説明に對し、「他にも職權探知主義を採用している訴訟が實際にある理由や、國家が自己の職責を果すために『訴訟主體』たる當事者を利用して睡らせうる理由や、例外的にもせよ初めから真相に合致しない危険を知つてなお且つこの制度を採用する理由は納得で

きない」と批判され、「これらは通常の民事訴訟が私的自治の許される私人間の財産關係を對象とする特質とこそ連なる問題なのであつて、かかるものを對象とする民事訴訟は、それ自體、實體關係に對應する私的自治の原則をもつべきである。そうして始めて、訴訟が對象たる實體關係に適切に對應することになるのであり、當事者を利用し踊らせるのでなしに當事者自身の活動が當然基本になるのであり、真相との合致でなしに當事者自身の形成が目標になるのである。辯論主義は、まさに、かような訴訟上の私的自治原則にはかならぬもので、かく解してこそ、一般の説明も理解できらばかりでなく、進んで積極的なこの制度の合理性を會得することができるのである。すなわち、辯論主義は、真相究明のための手段たるにとどまるものではなく、況して最善の方策がないため己むことをえずして認められる次善の方策などではなく、民事訴訟に本質的な奪うべからざる意義をもつ固有な制度である」と主張されている。ロ、次に辯論主義と眞實義務との關係について「辯論主義を置相究明の方策と理解する一般の考え方は、當事者に訴訟上知りながら事實に違つた陳述を行うべからざる義務ありと説き、これによつて彼等の弊害と考へるものは幾らかでも減殺しようと努めることが多い(眞實義務)。これを法的な義務とは稱えない學者も道德的には『嘘をつかぬ』義務があるとみることほぼ確定の態度である」に反し、著者

はかかる一般的考え方が、第一に、「訴訟もまた紛争場面と連なる同じ生活場面である道理を忘れ」、第二に、「辯論主義が訴訟上私的自治の原則たる獨自固有の積極的な意義をもつ制度である消息を見落している」と批判されている。

第四章で問題となるのは、イ、第一に證據能力と證明力に關する主義の問題である(六三頁以下)。從來學者が證據能力の問題と證明力の問題とを混同していた點に注目し、兩者を分離し、法的規整を加えるか否かにより前者につき規制證據主義と放任證據主義とを區別し、後者について法定證據主義と自由心證主義とを區別される(英米法では證據能力の點で規制證據主義をとり證明力の點で自由心證主義をとるに反し、大陸法とは前者につき放任證據主義をとり、後者につき自由心證主義をとる。學者は自由心證主義が當然に放任證據主義を含むかのように説いていることを指摘されている)。ロ、この他本章では「五 法の判斷」(七六頁以下)における裁判所は事實の確定後始めて法判斷をなすのではなく、事實の確定を通して法判斷を形成しているのであり、必要な事實の確定は直ちに法判斷の形成を意味するという指摘、訴訟が客觀的過去の事實の再現を志すものではなく、「現在の紛争を超克したより良い状態獲得のために、裁判所と原告と被告とが、新しい條件のもとに行動し生き

る場合である」という見方は著者の強調される注目すべき見方である

る。

第五章では、訴訟法上の形成権の行使の性質につき「裁判上にせられる行爲がみな訴訟行爲でなければならぬ理由はないし、事が二面をもつということもそれだけでは結合説を基礎づけるものではないから」、私法行爲説が正當であるとされ、訴訟行爲説、結合説を排斥されている(八七、八頁)。

第七章について。イ、二重訴訟の禁止される場合に關し(一四五頁以下)、「辯論が併合せられる以上、同一人間もしくは既判力をうける者が共同訴訟人として同一人に對する訴訟では訴訟資料は必然的に共通になるもので、審理の重複と判決の矛盾とを生じない」とことを理由に、従來の學說の曖昧さを排除し、「後訴は前訴とは獨立して訴訟繫屬を生ぜしめる性質のもでなければならぬ」という要件を加えている。更に請求の趣旨迄同一である必要があるか否かについても、従來通説がこれを必要としているのに反し、「請求の原因が同一であるとなとえ趣旨は異つても、審理の重複と判決矛盾の危険とは存在し、もし趣旨の別個な請求について判断をうける實際上の必要があるならば、原告は訴の變更により、被告は反訴によつて、その目的を達することができるのであるから、請求の趣旨の異なることは同一事件たることを妨げるものではない」とされてい

る。ロ、また起訴の時に時効中斷効を認めるにつき、その理由を「權利の存在が既判力をもつて確定せられる豫想のもとに、手續の偶然的な長短が時點を左右することを避けようとして、劃一的に起訴の時に遅らせたものと主張し、従つて直接に訴訟物とならなかつた權利について時効の中斷を認めるようなことはできない」とする學說に對し、「實體法の問題は實體法上の價值によつて決められるべきもので、既判力をこの場合にもち出すことは餘計なことである」と批判され、起訴の時に「既に權利の上に眠る事實を破る態度を認めうるためとされている(一四七頁以下)。ハ、請求の拋棄・認諾の性質については、「訴訟上の陳述であるとする訴訟行爲説(「原告が自己の請求を否定しその主張が理由のないことを無條件に自認する訴訟上の陳述」、「被告が原告の請求を肯定しその主張が理由のあることを無條件に承認する訴訟上の陳述」)を主張される(一五六頁)。ニ、これに反し訴訟上の和解については「訴訟の繫屬中に裁判機關の面前でその指揮監督のもとに訴訟終了の合意と併合してせられる私法上の和解契約」であるとされ兩性説をとられてい(一五七頁以下)。即ち私法行爲説では訴訟終了の結果は法の擬制にすぎず、裁判所の指揮監督によるという特質が捨棄される。訴訟終了の合意であるとする訴訟行爲説では既判力を與える理由がない。私法上の和解の結果を一致して陳述する合同行爲であるとする訴訟行爲説は、私法行爲説の裏返しに過ぎない。私法上の和解と

訴訟終了の合意との結合であるとする説も、兩行爲の單なる併存（併存説）とみるなら無意味、第三の行爲への融合（融合説）とみるなら規律する法規がない。そこで「それぞれ一つの私法行爲・訴訟行爲でありながら相互に制約しつつ既判力の形成に協同する不可分の現象、即ち、私法的觀察と訴訟法的觀察とを重ね合わせて初めて把えることのできる一箇の現象」であり、「訴訟上の和解こそは嚴密な意味での『兩性行爲』の殆んど唯一の例である」とされる。ホ、給付形成判決の既判力につき、「既判力を否定する説があるが、これらの判決も確認判決と本質は異ならず、給付義務や形成要件について既判力を認める餘地も必要もある」とされている（二六二頁）。

第十一章について。イ、先ず民事訴訟と非訟事件との區別を前者は司法手續後者は行政手續であるという點に求め（二〇五頁）られ、これを各種手續に適用せられている。ロ、問題となる點を若干取上げてみれば、破産手續については（二一五頁）、破産手續の内容である特殊の假差押手續、特殊の判決手續、特殊の執行手續は、「破産手續において不可分に結合し、前者と中者とはただ後者に向つてのみ存在するものであるから、むしろ全體としての破産手續を一種の非訟事件手續と見るのが妥當である」とされている。更に保全執行手續についても、「保全手續はこれを認定の段階と執行の段階とに分かちうる。前者は特殊の判決手續、後者は特殊の執行手續に

なるわけであるが、ここでも前者は後者に不可分に結合してこれに奉仕するから、やはり、終始一聯の手續を一種の非訟事件手續と見るのが妥當である」（二一五頁以下）とされる。

第十二章について。イ、訴權理論に關し（二三八頁以下）、伊東教授は「訴權の概念を訴訟の一定段階に固定せしめることは不當である。他の段階に認めうる諸種の權利（たとえば訴の成立により原告の取得する判決をうける權利）」とこれを區別する實益なく（本案判決請求權説によつても訴權がなければ本案判決を受けぬのみであり、また訴權があるとき形成判決を受ければ本案判決の内容に不服ある場合と同じく上訴によつて争いうるに過ぎぬ）、さりとして、そのすべてにつき權利性を否定するのも當らない」とされ、従来の訴權學説、訴權否認説を批判され、御自身の立場を「訴訟制度との關聯において各段階の訴訟狀態に應じた權利の態容を考えるのが優れている（訴の成立により抽象的訴權・訴訟要件の充足により本案判決請求權・請求理由あるとき具體的訴權）。そうして各段階に具體化せられるさような權利は起訴の自由の諸態容にはかならず（起訴の自由は具體事件について訴の提起あるまでは抽象的な地位にすぎぬ）、かかる地位とこれから派生する各態容の權利は、法的に保障せられ、且つこれを考へてのみ手續の全體を法理論的統一的に把えうるものとして、法的地位であり嚴格な權利、従つて『訴權』で

あり、これを訴権と考ふる實益もあるといえる」とされる。口、最後に既判力の本質について、訴訟法説、實體法説及び具體的法規説の何れについても疑問を提出され、御自身の立場を次のように主張されている(二四〇頁以下)。即ち、既判力は「(1)實體法と訴訟法との對立を超えている。訴訟を離れた實體法上の權利もしくは法律關係は、紛争の生起によつて實在性を失う。實在性を回復させ、これを擔保するものは訴訟である。實體法と訴訟法との訴訟における相互作用によつて、兩者の分離の存しない法一全の世界における規範が確定せられる。訴訟法説と實體法説は既判力の棲息世界を誤るものである。(2)法と法に對する判断とが、また、區別せらるべきである。判決は直ちに法ではなく、法に對する判断であるにはかならずぬ。判断形式の過程に誤りがあるうとも、一たん判決が確定すれば問議の許されないのはそのためである。具體的法規説はこの點において誤を犯す。(3)判断は直接具體法に對決し、抽象法規の具體化ではない。具體的法規説はこの點でも正しくない。(4)判断はただ訴訟外の一定状態の模寫ではない。訴訟における變貌を通し最後まで形成せられ來たつたものの認識宣明である。——中略——訴訟外の紛争結果を訴訟は認識しようとするものでなく、——中略——紛争そのものを、從つて判断せらるべき法そのものを、變化し成長させるのである。右に形成とはまた認識の形成とも同一でない。認識せられる法

そのものの形成、文字通りの法形成をいうのである。——既判力は法一全の世界において具體法の國家的判断に與えられた妥當性である」と。

三 私は、以上において、本書の性格、内容、問題點を一應紹介させて戴いた。本書は教科書として書かれ、教科書としての制約があること既述の如くであるが、それについて教授御自身によつて發展せしめられ且つ學問的價値の高い理論が各所の解説にとり入れられている結果、聊も高い學問的水準を落すことなく、訴訟法學者並びに實務家に多くの理論的裏付けを提供していると共に、反省の資料をも供給しているといつても過言ではなからう。著者の民事訴訟法學に關する論文集が出版されるのも間近いと聞く。兩著作を併せ讀めることは、同學の者として非常な喜びであり且つ、必要なことであると思う。

最後にこの紹介が極めて雑駁なものになつてしまつたことを残念に思うとともに、著者の御宥恕を請いたいと思う。(慶應通信刊 四〇〇圓) (石川 明)