

Title	民事裁判の対象
Sub Title	Zur Lehre von Entscheidungsgegenstand
Author	伊東, 乾(Itō, Susumu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1961
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.34, No.12 (1961. 12) ,p.1- 15
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19611215-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19611215-0001</a>

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.

# 民事裁判の對象

伊 東 乾

民事裁判の對象は何か。訴訟物は何かというのではなく、また、既判力の對象は何かというでもない。裁判の對象は何であるか。

先ず、それは、どのような角度から捉えられるべきであろう。

(一) 既判力の本質の問題が、普通、裁判の對象の問題と、彼此混同して論じられているように見受けられる。たとえば、レントが、既判力の實體法説に對して疑問を提出し、もし訴訟の對象が、實體權にあらず、その法律要件事實であつたとしたら、實體法説は既判力をどう説明するつもりかと指摘しているのは、<sup>(一)</sup>かかる混同の憑徴といえよう。これは、從來の實體法説が、裁判對象たる實體權を確定する判決の作用面を力説してきたことを表現するとともに、これに對する反對陣營もまた此處を捉えて然らざる所以を説くことが問題の焦點に屬すると意識してきたことを物語るものであるからである。實は、しかし、たとえ裁判の對象が實體權であつたところで、これを確定する既判力の作用は、その現象態であつて、本質で

はない。拘束の淵源を問うべき既判力の本質論は、裁判對象の問題を経由することなく、従つてこれとは一おう自己を切離して、直接、訴訟制度の目的を尋ねるべきものであり、<sup>(三)</sup>逆に、裁判對象の問題も、既判力の本質とは一おう交渉に解決せられべきものである。

(二) それにしても、固より、裁判の對象こそが既判力の對象になるであらう。この意味で、たしかに、既判力の對象は裁判の對象だが、このことは、また、裁判の對象が既判力の對象として先ず決まるといふことを意味するのではない。たとえば、新堂教授が、「そこで、一體どのような主張や判断が排除されるとしておくのが合理的か、社會に發生する無数の紛争の解決を目的とする民事訴訟制度として、その排除作用の限界をどう決めておくのが當をえているか……つまり、既判力の客觀的範圍の問題となる。そしてその客觀的範圍……を問うことは、別ないい方をすれば、一個の訴訟によつて解決決着をつけるべきだ……とされる「紛争」とは、何か、それはどのような擴がり、枠をもつべきものか、を問うことであり、そしてそれはとりもなおさず訴訟制度上の「紛争」の單位、つまり訴訟の枠を問うことなのである」と言われるとき、<sup>(三)</sup>それは、一方に、既判力の問題こそが訴訟物概念を検證すべき最も重要な觀點であるという正しい認識を示すものであるとともに、他方には、併せて、既判力の對象を先ず定めたいえ、これを引繰返して裁判對象とみようとすると、上に指摘した論法を證示するものであるといえる。實は、しかし、既判力は、裁判あつての既判力であつて、既判力が裁判に先行する謂われはない。既判力の對象は裁判の對象に相違ないのではあるけれども、それは、既判力とは別に、その内容に論理上先行して、裁判の對象が先ず決まつて、これが、おのずから、また既判力の對象ともなるといふ關係であり、裁判對象を尋ねるのに既判力の對象から考え進むのは逆である。

(三) 訴訟物の問題から裁判對象の問題を區別して考察することは、昨今、既にブローマイヤアやレントが實踐したこと<sup>(五)</sup>である。結局において、裁判對象をそのまま訴訟物とみるか、それとも裁判對象がそのまま訴訟物たりえないとみるか、<sup>(五)</sup>

その孰れに赴くにしても、前者が後者から問題として區別して考察せられうることは疑がない。

(四) 裁判對象をそれ自體として捉えようとすると、人は、しばしば、判決書を分析して、その結果から裁判對象を歸納しようと試みる。これは、言わゆる新訴訟物理論の一つの支柱的方法といえるが、たとえば、三ヶ月教授が、その訴訟物に關する判例綜合研究を判決本文の問題から始め、且つ「……それなくしては確認訴訟にあつては、請求の趣旨〓判決本文で權利の性質決定を特定掲記するのに、給付・形成訴訟では請求の趣旨〓判決本文において單に給付命令の内容、形成の効果の宣言のみを記載するという怪しむことなく行われ來つた慣行……を納得の行くように説明することは、難しいのではあるまいか。もし、請求の趣旨〓判決本文の、訴の類型に應じた右の如き書き分けに理由ありとすれば……云々」と言われる<sup>(七)</sup>のは、その表顯的な一例といえる。實は、しかし、個別的な判決はどこまでも個別的な現象にとどまり、判決書はどこまでも判決の現象する形式であるに過ぎない。個別現象の分析は竟に一般的本質からの乖離を看過し了るであらうし、形式はそれ自體としては最後まで決定的な意味をもつものではない。判決書には判決が先行して、體裁の差異に意義があるか否かもまた、判決の實質的本質から決まるのである。

(五) かくて、裁判の對象は、直接訴訟制度の目的から演繹されなければならない。裁判もまた一つの目的的<sup>(八)</sup>文化的な作業であり、そのようなものとしての裁判の對象は、志向の目的からのみ完全な意味で規定される筈だからである。固より、目的の、素材による逆規定は、これを認めなければならない。しかし、逆規定は言わば歴史の過程であり、力の關係であつて、理論の關係ではない。論理的には、常に、先ず目的が與えられ、これに密着するものとして、これから、即ち、演繹的に、裁判のあり方が導出せられなければならない。

(一) F. Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess, Bd. II, S. 296.

(二) 既判力の本質が裁判の對象従つて既判力の内容とは區別して考えらるべきことについて、伊東・既判力について・民訴雜誌八號掲載

豫定、参照。

- (三) 新堂・訴訟物の再構成・三・法協七五卷五號五九六頁。
- (四) 伊東・裁判の對象と訴訟の對象・本誌三三卷二號三〇六頁、同・訴訟物管見・民事訴訟法研究所收・二〇一頁・二〇三頁。
- (五) A. Blomeyer: Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozess, Festschrift für Lent. 64 ff. F. Lent: Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand, ZZP., Bd. 72, Heft 1/2. 伊東・裁判の對象と訴訟の對象・前掲二九七頁に紹介。
- (六) プローマイヤフヤレントは裁判對象がそのままは訴訟物たりえないとしたが、伊東前註掲記は兩者の乖離を許さぬことを論じた(特三〇五、六頁)。
- (七) 三ヶ月・訴訟物をめぐる戦後の判例の動向とその問題點・民訴雜誌五號・一六九頁。
- (八) レントも裁判對象の考察は訴訟の目的から出發すべきものとする(Lent: Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand, a. a. O., S. 63.)。尤も彼が訴訟制度の目的とするものは養成できなざし、Ziel und Zweck des Prozesses として原告の主觀的意圖を制度目的に混入してゐる形跡がある(Wenn die Parteien, in erster Linie der Kläger, mit dem Prozeß ein bestimmtes Ziel im Auge haben……)のも不正確な態度である。

## 二

訴訟制度の目的から演繹すれば、民事裁判の對象は、原則として(證書眞否確認の判決のような場合を除けば)、**實體私權**でなければならぬ。

(一) 私權の保護や私法秩序の維持が訴訟制度の目的ではなく、民事訴訟は寧ろ端的な紛争解決の必要に基礎づけられるべきであるということは、戦後わが國の學界の支配的な見解と言つてよい。解決という以上、それは、固より、最終的な解決を目指すなければならないであろう。しかし、最終的な解決ということは、必ずしも一舉に解決するということと同じではない。最終的な解決は、なるほど、與えられた單位の紛争を一舉に解決しなければならないけれども、それは所與の單位を前提とし、その範圍においてであつて、これを超えた抜本の解決におよぶ必要はない。もしこの單位を當事者が指定すべ

きものであるなら、指定單位を超えた紛争の解決は、現行法の認めないところであるから、當事者は關連單位を一括してしか指定しえないと扱ふほかないであろうが、それは法文上根據のないことであるとともに、この風土この段階での政策論として主張することも危険が多い。理論上は、申立を考えなくても裁判は考えられるのであるから、當事者の指定する範圍こそが紛争の「一」單位なのだ考えることも不當で、紛争の單位は、當事者の指定以前に既に別の見地から決まり、むしろ當事者はかかる單位紛争の一もしくは數箇のみを指定することができるにすぎない。人、あるいは、民事訴訟の目的を紛争の一舉かつ最終的な解決というが、これは決して訴訟制度の目的ではなく、また、訴訟目的から當然に由來する訴訟に必然な要請でもない。<sup>(九)</sup>一舉にはあらず、單位紛争の最終的解決のみを訴訟は目的とするとみななければならぬけれども、これは、他方には、實は、單なる「紛争の解決」でよいのではない。訴訟は、なるほど、端的に紛争を解決することを目的とし、その意味で前法令的な性格を有するではあるが、それだけでは、なお、訴訟を訴訟以外の紛争解決機構から區別するに足りない。訴訟が訴訟たるの面目は、法の判断による紛争の解決、すなわち紛争の法的解決を目的とする點にあるもので、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、別の意味での「法」には後行し、常にただその被制約者としてのみ存在する。<sup>(一〇)</sup>さればこそ訴訟に親しむ紛争が類型的に定まるのであるし、この點からこそ紛争の「單位」もまた定まることになるのである。<sup>(一一)</sup>かく、法の判断を訴訟の目的とみるならば、裁判の對象は「法」でなければならぬ。主觀的にはこれは權利ということになる。尤も、ここに言わゆる「法」は法令と異なり、未定立の價値を含みつつ、寧ろ裁判がこれを定立するのである。が、しかし、人は、定立せられるべき法そのものを争い、自分等の行動の準則を確證しようとするのであつて、争われるものが實體私權であることは動かさず、<sup>(一二)</sup>既定立法（法令）が適用せられる今日通常の場合には、普通に實體私權と呼ばれるものと同一にも歸する。

(一) すぐれて解釋論的な角度から特に最近實體私權が裁判對象たるべきことを説いたのは、前に掲げたレントであつ

(一三) したがし、姑く性格決定の點を措くとすれば、それ以前に既にブローマイヤアが指摘したように、<sup>(一四)</sup> 表見的には見解の對立するとみえる給付判決の對象についても、實は、それが實體私權(給付請求權)であることには、争がないと言つてよい。原告の權利主張が既判力の對象であるとするニキッシュ流の見解は明かに裁判をして實體權の存否を確定せしめようとするものであり、訴による申立を裁判の對象とするシュワープ流の見解も、後訴における先決問題について前判決の既判力を認める以上、裁判は實體權を確定したに歸し、事實主張を伴う原告の法主張を裁判の對象と説くハープシャイトに至つては、みずから認容判決が「實體法上の意味における請求權の原告に歸することをば確定する」と言つていたのであつて、結局、いずれも、裁判が、申立に基づき<sup>(一五)</sup> (auf den Klageantrag) 法律効果についで<sup>(一六)</sup> (über die Rechtsfolge) 下される關係を、表現を異にして説いているにすぎないからである。實體法からの乖離を警めるわが國の訴訟物新説論者が概ね裁判による實體權の確定を當然豫定するのは、むしろドイツの場合以上に自然であろう。問題は、擧げて、實體權の性格決定に存するのである。

(九) 訴訟物新説は競合請求權についてのその處理方法をかかる訴訟目的を掲げたうえその面からも正當化しようと努めるが論者の豫定するよるな訴訟目的は成立たない。この點について、伊東・訴訟物論争の新展開・二・本誌三二卷八號五・六頁。

(一〇) 伊東・紛争の解決と具體法・民事訴訟法研究所收三七頁以下はこれを明かにしたものである。ただし、同・訴訟物の動態的把握・同上所收二二〇頁が一部説明を補充している。

(一一) 訴訟物新説が強調力説する給付訴訟の特殊機能もその説くが如くではなくただかかる單位紛争解決の被制約的機構という枠のうちでのみ認められるべきものにすぎない。この點について、伊東・訴訟物論争の新展開・一・本誌三二卷七號一三頁。

(一二) 實體法は裁斷規範ではあるが裁判規範でなく、むしろ行爲規範であること、およびその訴訟における意味について、前註論文九頁、参照。

(一三)(一四) 註五掲記のそれぞれ論稿。

(一五) Blomeyer, a. a. O., S. 52. ただし論調をそのまま寫さず受取らるべしと信じる形に變容して再現した。なお、ニキッシュ、シ

ユワープ、ハーブシャイトの所説を額面どおり受取るとすれば、前者については權利主張は權利を裁判の對象とするための提示形式で主張がそのまま對象になる道理はなく、中者については申立なしに裁判を考へうる論理の先後を顛倒し、後者については裁判の對象と資料を混同するものと、それぞれ評しなければならぬのであつて、いずれも賛成することのできない見解である。

(一六) 概ねというのは、小山教授の言われる「生活利益」は權利でないことが力説されているし、新堂教授の言われる「受給權」は専ら訴訟上の形象とされているからであるが、これらもその實質は性格決定を経ない法律効果というのと恐らくは餘り變らないであろうと思われる。

### 三

裁判對象たる實體私權は、性格づけられた實體私權であり、かかるものとして識別せられ、かかるものとして附隨効を行わなければならない。たとえば、所有權に基づく返還請求權と占有權に基づく返還請求權とは裁判の對象として別箇であり、前者を確定する判決は、所有權に基づくという・性格づけられた・返還請求權を確定するのである。そして、所有權に基づくという・性格づけられた・返還請求權の確定は、所有權自體の存在の確定とは<sup>(二七)</sup>沒交渉な別箇の問題であり、性格決定に既判力を認めることは裁判の理由に既判力を認めることにはならない。

(一) 性格づけの確定と基底たる權利の確定とが、昨今、却つて混同され始めている。たとえば、三ヶ月教授が、「舊訴訟物理論はその出發點と歸結との間に一貫しないものがある。この立場は請求權毎に別個な權利……であると前提して出發している……。とすればその出發點を首尾一貫しようとすれば既判力で確定されるものも亦個性をもつた權利でなければならぬ。そして所有權に基づく引渡請求權と占有權に基づく引渡請求權の間に個性の差をつけるには、所有權・占有權ということによつて個性づける以外にはない。こうした個性の源をなす要素があわせて確定されるとみることによつてのみ、兩請求權は別々の個性をもつた權利として出發したことが一貫するのである……。然るに舊理論は、既判力で確定されるのは

給付請求權の有無のみであつて、その基底となる所有權・占有權等は確定されないと説くことでは一致している……。既判力で確定されるのが個性のない給付請求權一般であるというならば、出發點においても「所有權に基づく」とか「占有權に基づく」とかいう修飾を訴訟物の次元からふるい落とし、所有權とか占有權とかはそれを基礎づけるものにすぎぬとみるのであれば「一貫しない」と言われ、<sup>(一〇)</sup>上村教授が、これを受けて、「この點は、たしかに舊說の一つの盲點であるといわなければならぬ」と祖述しておられるのは、<sup>(一〇)</sup>かかる誤解を示す典型例といえる。小山教授の諸勞作のうちにも、同じ考え方を基礎とする推論が散見する。<sup>(二〇)</sup>が、しかし、所有權を確定するということと、所有權に基づく引渡請求權を確定するということとは別の問題であつて、前の確定なしにも後の確定は可能である。舊理論は、決して、個性のない給付請求權が確定されると説くものではなくして、所有權に基づくという・性格づけられた・引渡請求權の確定を説くのである。所有權と個性のない給付請求權との間には、所有權に基づくという形で性格づけられた引渡請求權があつて、前者の確定を否定することは直ちに後者の確定に導くのではない。基礎づけと性格づけは同一でなく、裁判の對象に關與するのは後者だけである。<sup>(二二)</sup>被告が原告の所有權者ではないことを主張できるにもかかわらず、原告の所有權を前提とする物の返還請求權を争うことができないう結果も、他の角度からの評價なら格別、ここでの問題に關するかぎり、他にも幾らも既判力の範圍として類例のあることであつて、とくに不都合というのは當らない。性格づけられた權利の措定から、何も首尾の不一貫や盲點が生じることは認められないのであつて、かかるものとして舊說を攻撃する新說には、訴訟物を無色の請求權と決めてかかる自己の側の先入觀があるのである。<sup>(二三)</sup>基礎づけの權利を確定するとは違つて、性格づけが既判力に與ることを認めるのは、裁判の理由に既判力を認めることになるのではない。<sup>(二四)</sup>

(二) そうして、訴訟制度の目的は、裁判が性格づけられた形において實體私權を確定することを要求する。訴訟にあつて、人は、法を争い、行動の準則を確證しようとするもので、是非を問わない財貨の結果的整序のみ企てるのではないか

らである。少くとも「あるべき姿においては、原告は、「金が貸してあるから」返して貰えたと自ら判断して訴をおこすことになるもので……、本來は、何故か分からないが「返して貰う権利はある筈」と主張することを期待せられているのではな<sup>(二四)</sup>い。「それでは國民は「どう行動すべきか」を考へる必要はないことにならう」。未定立法といえども性格をもつ。既定立法(法令)が適用せられる通常の場合には、裁判前からも権利の性格は明確である。人は法律効果を争うことによつて、性格を争い、行動の準則を匡すのである。性格はルールの凝集點であり、法律要件の沈澱であつて、法律効果當體に法的な意味はない。訴訟は性格づけられた實體私権を確定することによつて、始めて法判断の本來の目的を達しうるのである。論争は、とくに、給付判決について展開されているが、性格づけを捨象した端的な法律効果としての無色な請求権とか、財貨の移轉を求めうる地位そのものとか、訴訟上の形象としての受給権とかいふものは、すべて *sollen* から遮断せられ、法的な意味をもつことがない。<sup>(二五)</sup> 訴訟がこれらを確定するに止まるなら、訴訟は實體法との即應を失い、その目的を達しえないことにならう。人、あるいは、無色な請求権概念を措定することこそが却つて請求権の機能的特質を生かし訴訟を實體法に即應させる所以と説くが、「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。……即應は、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」。<sup>(二六)</sup> 早い話が、もし性格づけが捨象されているのならば、債務者が給付を履行したところで、いずれの債務が履行せられたものか評價しえないことになる<sup>(二七)</sup>であらう。これは、ひとり、識別ができないというだけのことではない。不法行爲なら不法行爲の損害賠償を果たしたという意味をもちえないということである。<sup>(二八)</sup> というと、再び、恐らくは、それなら不法行爲の成立も確定させなければ首尾が一貫しないと反論して来るであらう。しかし、不法行爲が確定せず、従つて後日認定が覆されることがあつても、不法行爲に基づく損害賠償債務という・性格づけられた債務が確定されていれば、それだけで法的意味の展開は可能である。許されれば充分の限度まで一貫した取扱をすべきであらうが、既判力の客觀的限界は手段面の理由から既判力を訴訟目的上必要な限

度にとどめた（訴訟目的とは異なり本質的なものにはあらぬところの）現象的制約である。性格づけを捨象した端的な請求權そのものを裁判の對象と説く見解は、實は、競合請求權の取扱に、殆ど専らその意義を認めるものであろう。しかし、法的意味、法的評價の如上の意義を認めざるをえないかぎり、結局ただ一回の給付のみが是認されるという關係のみを捉えて、法的意味の異なるものを一つに融合させることはできない。<sup>(二九)</sup>もし法的意味にして全く同一ならば請求權の競合も存在しないであろう。法的な意味が異なるところにおいては、行爲主體が法價値に關與しえんがために、競合請求權の特定の一つを指示し固執する可能性を私人に残しておくことが必要である。かくて、裁判の對象は、性格づけられた實體權でなければならず、そのようなものとして識別せられ、これが紛争の單位をなすと考へなければならぬ。

(三) 裁判の附隨効との關係でも、裁判は、性格づけられた實體權を對象とし、確定することが必要である。三ヶ月教授は、「給付訴訟の理論の構成に當つて最も必要なことは、そのノーマルな姿乃至機能に著眼して、それに最もスムーズに適合する理論を求めるといふことであり、アブノーマルな姿（たとえば金錢債權の法的性質決定が争われるとか、特定物引渡訴訟において承繼の問題が生ずるとかはどちらかといえば給付訴訟としては例外的な姿である）に目を奪われて、ノーマルな場合の規制に無理な枷を加えたり、例外的現象を一般理論の中にとりこんだりすることは本末轉倒」である、と言われる<sup>(三〇)</sup>が、附隨効の問題が訴訟目的から直接演繹せられる訴訟對象の本質の問題に對しては寧ろ附隨的な問題で、論理上これに遅れ、従つて、性格づけられた實體私權を始から裁判對象とみる訴訟物舊説さえ、場合によつては附隨効を圓滑には説明しえないでよいといふことを指摘する意味では、洵に正當だが、果して附隨効の問題が（右の限度をこえて）アブノーマルなものかどうかは、些か疑問である。その言わゆるアブノーマルな問題から前掲二つの問題、すなわち、金錢債權の法的性質決定が争われる場合の措置の問題と、特定物引渡訴訟において承繼の問題が生じる場合の措置の問題とを採上げて教授が提唱せられる解決は、實に同じ問題に關する諸論中最も周到且つ妥當な所論と認められる。すなわち、前者については、曰く、競

合する數箇の法的觀點中、裁判所がその「一つの見地をえらんで裁判し」、原告の主張する法的地位を肯定した場合に、たとえばその後の時効や相殺との關係で、「その裁判においてなされた法律的性質決定が如何なる意味をもつか」を問うなら、「競合して可能な幾つかの法的見地……の中からその一を法律適用の専門的職責をもつ裁判官が選擇適用したときは、少くもその請求權（實體法上の）はあるということが確定された、即ち、かかる觀點からは給付請求を是認しうるという有權的な評價がなされたとみてよいのである」が、「逆に……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「他の見地の適用を吟味し、たとえば「不法行爲として、評價できるかどうかを調べ」る餘地は残されているものとみるべきだ」と<sup>(三)</sup>。また、後者については、曰く、「借主が貸してくれという場合には、引渡すべきものはあくまでも被告（債務者）の財産圏内に屬するのであり、それを自己に使用せしめよという意味で交付を求めているのである。ここでは、引渡といい、明渡といつても、權利者はその背後には何等物權的な力をもたず、單なる *Leistensollen* の實現を求めているに止まる。これに對して……貸主が借主に返せという場合には、元來は借主の財産圏外にある物を使用せしめていた状態を、元來あるべきその支配圏内に引き戻そうとするものであり、單なる *Leistensollen* に盡きるものではなく、背後に物權的な力を控えているのである」。後者は「たとえ債權に基づくものであつても *Herausgabe* の典型であり、物權的請求權と競合しうる可能性を常にもつ。蓋し物權的請求權は必ずや *Herausgabeanspruch* の形で現われるものであるからである。これに對して「前者は「同じく家屋の明渡・引渡を求めるものであつても、これは單なる *Verschaffungsanspruch* に止まる。そして *Verschaffungsanspruch* は必ずや債權的請求權であり、*Herausgabeanspruch* と競合することはない。そして「*Herausgabe* が求められている場合には、「執行力の擴張については *Herausgabeanspruch* であるから債權に基いてこれを容認しても、物權的請求權を認めた場合と同列に扱つてよい反面、單なる *Verschaffungsanspruch* に基いて物の引渡を命じたにすぎぬ場合には、これと異りもはや占有の承繼人に執行力を及ぼすべきではない」

と「なる」<sup>(三二)</sup>と。

**a** ところで、これらの提唱は、性格づけられた實體私権を裁判の對象と考ふる訴訟物舊説では達しえない結果の妥當を論證する意味で行われた<sup>(三三)</sup>。みづからアブノーマルな現象と規定し、これを説明しうることは判決對象を論證するに足りないと思われること前にみた通りであるから、舊説はこれに答える必要がないわけであるが、舊説によるも、附隨効に關心ある原告は觀點の特定ができ、判決も判断しない權利については既判力を行わないから、裁判官による法的觀點選擇の偶然はチェックできるのであるし、試みにいえば、B債權に對する相殺で相殺の禁じられたA債權をも處分することは許されないと解すれば<sup>(三四)</sup>、性格の確定について論者の危険とするものも減縮せられることになるであろう<sup>(三五)</sup>。占有承繼の説明に至つては、賃借權という權利の特異性、占有權という權利の特異性から説明できることであつて、とくに訴訟物新説を俟つまでもない。

**b** 逆に、むしろ、訴訟物の新説に立つて、「少くもその請求權（實體法上の）はあるということが確定された」とか、これは單なる *Verschaffungsanspruch* にすぎないとか、考えようとするのは矛盾といわなければならぬ。無色の請求權のみが裁判の對象であるなら、かく性格決定について裁判の効力を認めるのは裁判理由に既判力を認めることになるうし、裁判理由に既判力を否定するなら、性格決定もまた裁判の對象とみるほかはない筈である<sup>(三七)</sup>。「ただ誤解してはならないのは、ここで述べられているのは、あくまでも法的評價の拘束力の問題としてであつて、既判力で確定されるのが實體法上の請求權であるという意味ではないことである<sup>(三八)</sup>」というのが、恐らくは、この疑問に對する解答なのである。だが、執行力とも事實的効力とも見ることができないこの場合に、それが既判力でもないということになると、「法はこれらの制度的効果以外には判決の恣意的な効果を認めないであろう」と、吉村教授とともに首をかしげざるをえない<sup>(三九)</sup>。臆測すれば、これは、「存否」の判断から區別せられた「評價」の仕方なのである。既判力は存否判断の効力であるから、これから評價の仕方

が區別されるのであろう。なるほど評價の仕方は存否の判断とは異なる。しかし、どうして既判力は対象存否の判断でなければならぬのであろうか。確認判決における権利の性格決定も、同じく既判力に與らぬであらうか。否、存否だ、評價の仕方だと、そんな物的・對象的な存在者として請求権はあるのであらうか。権利は、請求権もまた従つて、「評價」としてのみ存在しうるのである。既判力にあらぬ法的評價の拘束力というものは理解に苦しむ。

c 舊説が説明しえないでもよいのと同様に、アブノーマルな事態は新説もまたこれを説明するには及ばない。従つて、bにみた新説的取扱の破綻もまた、それがただ充分でないというだけのことならば、遡つて新説の裁判對象論そのものを論難する資料とならない。然るに、bにみた取扱の破綻は、ひとりただ不十分というにはとどまらず、まさに新説の裁判對象論そのものに正面から矛盾する。ということは、即ち、判決の附隨効の問題が、決してアブノーマルな事態ではないということである。それは、二次的な問題にはすぎず、その運命が裁判對象論を左右することは成程ありえないことであるけれども、他方、それは、裁判對象論の例外ではなくして、派生した同一核心の問題でなければならぬ。

d 新説の苦慮のうちにも、判決の附隨効との關係では、私権の性格決定が必要且つ重要な消息は、充分に伺い知られるということが出来る。實は、村松判事が指摘せられるように、判決の附隨効の諸問題は「これは本來民法上の問題」<sup>(四〇)</sup>なのである。かかる派生問題には舊理論の基本的發想の方が接合しやすいであらう。實に、裁判の對象は、性格づけられた實體私權たることを必要とする。

(二七) 筆者自身は所有權も併せて確定されると考へるが、それは所有物引渡請求權が所有權そのものだからであつて、所有權に「基づく」からではない。不法行爲に基づく損害賠償請求權の確定において、確定されるものは、かく性格づけられた請求權であるが、不法行爲の成立が併せて確定されるわけではない。

(二八) 三ヶ月・民事訴訟法・八八頁。

(二九) 上村・既判力の客觀的範圍に關する一問題・岡山大學創立十周年記念論文集・上・一八七頁註三。

- (110) 小山・所有物返還請求と占有回収請求について・法學政治學論集・三八頁。同・口頭辯論終結後の承繼人について・法學會論集第一〇卷合併號三三頁。
- (111) 出發點においても「所有權に基づく」とか、「占有權に基づく」とかいう修飾を訴訟物の次元からふるい落し……云云、と、訴訟物の方を出發點としている批判の仕方にも注意すべきである。これは固より半ば修辭的なものであろうが、嚴密に言えば、論理的には裁判對象の方が出發點なのである。
- (112) これらの點について既に、伊東・裁判の對象と訴訟の對象・前掲・三〇〇頁。
- (113) *Lent: Entscheldungsgegenstand, a. a. O., S. 80 ff.*
- (114) 伊東・訴訟物論争の新展開・一・前掲九頁。
- (115) 伊東・訴訟物管見・民事訴訟法研究所收二〇三頁、同・訴訟物の動態的把握・同上所收二一九頁、参照。
- (116) 註二四所掲論文八頁。
- (117) *Lent: Entscheldungsgegenstand, a. a. O., S. 79.*
- (118) 識別も意味の確定も可能だと訴訟物新説の論者はいうであろう。しかし、そこでは、それは行爲主體の關與しない専門法律適用職域において識別され意味をもつというにすぎなくなっていることに注意しなければならない。
- (119) 伊東・離婚訴訟の訴訟物・民事訴訟法研究所收二三八頁、参照。
- (120) 三ヶ月・特定物引渡訴訟における占有承繼人の地位・法曹時報一三卷六號二九頁註八第三。
- (121) 嘗て伊東・裁判の對象と訴訟の對象・前掲二九六頁に引用した。
- (122) 註三〇掲記論文一一—三頁。所論の前半の紹介にすぎないが、ここではこの問題自體を論じるのが目的ではないから、後半は割愛する。
- (123) 三ヶ月・法條競合論の訴訟法的評價・損害賠償責任の研究・中・七三七頁註一四。同・註三掲記論文九頁。
- (124) 註三〇の本文を参照。
- (125) 連帶債務の成立にあたって當事者間において相殺の絶對的効力を排除する特約をすれば相殺は相對的な効果しか生じないことが想起される。
- (126) この問題自體が今の問題ではないから確定且つ周到な解釋として提唱吟味してゐるのではない。
- (127) これらの點、伊東・裁判の對象と訴訟の對象・前掲二九六頁、二九七頁、三〇〇頁、三〇一頁。

(三八) 三ヶ月・法條競合論の訴訟法的評價・前掲七七頁註一三。

(三九) 吉村・既判力擴張と執行力擴張・法政研究二七卷二・三・四號合冊二三五頁。

(四〇) 村松・訴訟と執行からみた占有の承繼・法學新報六八卷七號二五頁。判事のこの論稿は訴訟物舊説に立つたものである。

#### 四

ひとたび裁判の對象が決まれば、これはそのまま既判力の内容を決定する。既判力が裁判の對象を決めるのではなくして、裁判の對象が既判力の内容を決めるのである。訴訟物もまた裁判の對象によつて規定される。裁判對象と訴訟物との乖離は許されず、且つ、後者が前者をではなく、裁判の對象が訴訟物を規定する。

ここには、それらの淵源をなす民事裁判の對象を考えた。附隨・各箇の問題に深入りしないのは、事象間の論理的先後を特に明かにすることを目的としたからである。

(昭和三六年一月一〇日稿)