

Title	訴訟に先立つ法
Sub Title	The Law prior civil action
Author	伊東, 乾(Ito, Susumu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1967
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.40, No.3 (1967. 3) ,p.1- 16
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19670315-0001

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.

訴訟に先立つ法

伊 東 乾

- 一 訴訟の前||後法的性格
- 二 訴訟に先立つ法
- 三 法理念と法規範
- 四 既判力の基礎
- 五 訴訟物の識別

一

訴訟は、前法的なものか、後法的なものか。論理的にまず法とその維持の要求とが存在しなければ訴訟というものを考えることができないか（訴訟の後法性）、それとも、端的・前法的な何らかの実践的必要だけで既に訴訟は存立しうるものであるか（訴訟の前法性）。

終戦直後、兼子一博士が、「従来の私見では、民事訴訟の目的を、私権の保護に求める権利保護説を排して、私法秩序の

実効性の保障に求めたのであるが、それはなお、私法法規並びに司法作用と云う、法体系の論理的構造にこだわり過ぎて、民事訴訟の目的を後法律的に考えていた。これに対し、今度は前法律的な、個人並びに社会にとつての端的な必要と云うことに重点をおいて、訴訟及び民事裁判の目的を見て、私法の維持や司法作用もむしろその手段を成すものに外ならないと考えた。即ち国家権力による私人間の紛争乃至は利害の衝突の、解決調整にあるものと見るのである。……民事訴訟の目的を、私法法規の実効性の保障にあるとした、私の従来の見解は、私法を訴訟制度の論理的前提とし、裁判が司法作用であることを絶対視したために、目的と手段とを取違えていたものであつた」といつて、いわゆる紛争解決説を提唱せられたことは、(兼子「民事訴訟の出発点に立返つて」民、専法研究一巻所収四七頁、四八一頁)、戦後の学界を基底において支配することになつた。やがて通説は訴訟制度の目的をこの提唱に則つて説くようになつたし、小山教授がこうした訴訟観にその「根拠」を求めつついわゆる新訴訟物理論を導入せられて以来(小山「請求について」訴訟、と裁判所取一七八頁以下)、昨今小室教授が「一般的訴訟目的と訴訟物概念との連関の必然性に異議をさしはさ」まれるまで(小室「訴訟対象と既判力対象」法、学雑誌九卷三・四合併号三四八頁)、訴訟物新説は機会あるごとに紛争解決説を援用してきたし(そして訴訟物概念が訴訟目的から演繹せらるべきとの連関の必然性)を認むべきであることは後述のとおり、問題はむしろ小室教授自身も試みておられるように訴訟目的論としての紛争解決説そのものの当否の検討にあるのである)、転じて、三ヶ月教授のいわゆる新既判力説も訴訟目的論としての紛争解決説に依拠されるものであつた(三ヶ月「民事訴訟の機能的考察と現象的」考察、民事訴訟法研究一巻所収二六八頁)。まことに、既定の法規範(或文法に限らず不文法をも含む)との関係で訴訟が「前法的」なものだということは、戦後の我国の学界が確立した貴重な認識だといわなければならない。だが、訴訟は、既定の法規範に対し先行的なものであることによつて、全くいかなる意味でも本来論理的に法から自由なものといえるであらうか。

兼子論文登場の当時、直ちに、私は、半ばの賛成と半ばの疑問とを表明した(伊東「民法の一書三稿」法学研究二二巻八号四九頁)。賛成は既定の法規範との関係での訴訟の前法的性格に関するが、疑問は、そのようなものとしての訴訟が、なお何らかの意味で被制約の存在なのではないか、という点に向けられていた。やがて、続けて、私は、「紛争の解決と具体法」という一文を書いて、私の見る

ところを明かにした(法学研究二五卷九号、民事訴訟法研究所取三七頁以下)。既定の法規範との関係では前法的な訴訟は、そのようなものでありつつ、同時に、他方では、別の意味での制約者を予定し、その論理的な先行なくしては考えることのできない「被制約者」たるものである、というのがその趣旨であつて、訴訟に先行する制約者が、そこでは、「具体法」と名づけられている(五九)。それは、

しかし、「目的論議に持込まれやすい混乱」を避けるため、「名称の便宜と約束した」うえで、「実体論」抜きに行われている命
名で(六二)、実体論としては、その後、「一定の・時間的場所的に一回かぎりの・事実関係にのみみかかわり、抽象性・原則性をもたないものは法ではない。『具体』というのは、ただ、具体的事件に即して発見せられる関係を指すにとどめるべく、具体法もまた抽象的なを認めるべきであらう」という敷衍を附加しておいたことであつた(伊東「訴訟物の動態の把握」民事訴訟法研究所取二二〇頁)。

いま、この制約者を、具体法なる称呼を捨て、法理念(または法価値もしくは法原則)と呼ぶことにしよう(この機会に改訂版講義案名旧稿中「具体法」という。単に端的な紛争解決の必要ということでは、訴訟を他の紛争解決手段、とくに紛争の行政的ないしは合目的解決機構から区別することができず、はじめに法理念への志向が確立し、これに則りこれを適用した紛争の解決が図られるときに、遅れてはじめて訴訟というものは成立する(勿論、時間的な話ではな。論理的な先後である)。法規範との関係ではこれに先行する訴訟も、法理念の胎動をまち、これに遅れ、これに拘束されて始めて存在する「被制約者」たるに他ならない。名称の変更や実体の明確化にも拘らず、これが「紛争の解決と具体法」以来私が一貫して主張し来たつた訴訟目的論のスジであつて、言つてみれば、それは、紛争解決説に対する紛争の法的解決説(法的紛争解決説)ということにならう。

法的紛争解決説は、既定の法規範に対する訴訟の前法的性格を承認する点で、紛争解決説と同じである(同じ点で紛争解決説と同一視する。ただし法秩序維持説がすでに既定の法規範の。そのため、私は、諸家の議論を批判するに際して、しばしば、「紛争の解決」といふことを訴訟の制度目的にすえることは全く正しい。しかし……)」というような言い方をし(伊東「訴訟物論争の新展開」(二)法学研究三卷八号六四九頁・伊東「既判力について」民事訴訟雑誌八、それが、私もまた「紛争解決目的に同調し、その正当性を極論」する者の一人であるという誤解を生むことにな

つた(引用は前掲の小屋教授の論稿中の言葉(三四八頁))。

しかし、同時に、法的紛争解決説は、法理念による訴訟の絶対的な拘束、法理念との関係での訴訟の後法的性格を強調する点で、紛争解決説とは全く異なる(前々註所掲の箇所も単なる紛争解決説を支持するものでなく、それぞれ同所の後続の文章で直ちに明かにさせている。なお伊東「民事裁判の對象」法学研究三四卷一、二号、二九三頁、等參)。訴訟は、紛争の解決をその目標としつつ、法判断の形成をその内容とするもので、あわせて、「紛争の法的解決」を目的とし本質とする機構とみなければならない(前掲「講義案」三頁、四頁)。

すなわち、訴訟は、法規範との関係で前法的、同時に、法理念との関係では後法的な、前法且つ後法的存在者に他ならぬ。

二

法的紛争解決説は、ほんらい、発想の淵源において、私の恩師・宮崎澄夫先生の、いわゆる具体法理論を、祖述したものであった。訴訟に先立つ法がそのはじめ具体法と名づけられたのは、この淵源に由来するのである。宮崎澄夫教授は、戦前すでに、前掲兼子論文に先立つ、とうの以前から、既定の法規範との関係では訴訟が前法的なものであることを、主張し強調されていたのであるし、しかも、同時に、法規範との関係では前法的なこの訴訟が、なお法的な被拘束体で、法が訴訟に先立つことをも、あわせて正しく指摘されていたのであった(前掲伊東「紛争の解決」と具体法、研究五六頁)。これは、まことに、学界が尊重すべき重要な寄与であつたと、言わなければならない。

しかし、教授は、第一に、既定の法規範が訴訟に先行しえない理由を、それが抽象的な存在である点に求められ、第二には、これから区別せらるべき「訴訟に先立つ法」を単独に且つきなり訴訟制度の目的に据えられるとともに、第三には、この「訴訟に先立つ法」を「具体法」と規定せられた。第二の点が、方法的誤謬に座することは、嘗て論じたことがある(前掲「紛争の解決」と具体法、五七頁)。第一の点は、結局、第三の問題に帰着しよう(同じく法規範に対する訴訟の先行性を説きながらその理由を法規範が抽象的なものであることと求められる点で目的規定が形式的論理的構造から割出されるのは方法的誤謬だという点)

に論議をおかれる兼子博士の理論とは異質なことになるのであつて私は抽象的なものがその故に訴訟。（に先行しえないという道理は成立たないと考へるのでこの点では兼子理論を正しいとせざるをえない）。ここでは、第三の点をとりあげて考えてみなければならぬ。

尤も、教授にあつて、「具体法」概念の提唱は、どちらかといえば、確定裁判の行ふ内容的拘束力が社会的に独自重要な機能を営むことを、特に強調しようとする所に、主たるネライがあるようにみえる。だが、確定の裁判はそうした独自の効力を行うということは、ひとえに、ただ、確定裁判には既判力が生じるといふことの、単なる言換えにすぎないし、その拘束は絶対・強力なるが故に、既判力の本質は法なり、という意味であるとすれば、それは、嘗て評したとおり、因と果とを倒錯する、方法の誤をおかすことになる（前掲伊東「既判力」について「二三頁」）。汲取つて発展せしむべき所説の正しい意味は、既判力が言われるとおり、「独自」且つ「重要」なもので、これを単なる訴訟制度上の方便的^{||}手段的な一小事態とみることは、一般の法意識が承知できないところだといふ認識、および、従つて、既判力に何らか制度論的な説明をこえた一般法学的な基礎を用意しなければならぬといふ意図であつて、そのためには、所論「具体法」の訴訟先在を説かなければなるまい。裁判は具体法の「創造的認識」であるといふ説明（前掲伊東「紛争の解決と具体法」五七頁）を通して、教授が同時に附随的に考へておられると察しられる「訴訟に先行・自存するものとしての「具体法」」にこそ、所説の重点を移して考へなければならぬ（旧稿「紛争の解決と具体法」で「仮にさや」としての固有の性格を、私は認めるべきものと考へる（六一頁）といつたときにも行論自体から明かなように既に私は訴訟に先行する法としての具体法のみを考へていたのであつて既判力の内容としての具体法を考へていたのである（前掲伊東「既判力について」二四頁註六二参照）。

訴訟が不法的な被制約者である、というテーゼは正しい。訴訟に先行する法は「具体法」であろうか。

具体法とは、当該事件のあらゆる特殊性に恰当し、まさにその具体的事件に妥当する、現実・終極の法であるとされる。「抽象的仮定的法規範（制定法、慣習法等）は如何なる場合に於ても我々の行動の規準たり得るものではなく、我々の行動の規準たり得るものは、具体的現実的事実に即した規範である。……唯抽象的仮定的法規範は、具体的現実的規範の認識に

當つて其認識の規準たり得るに過ぎない。……この具体的現実的法規範が即ち具体法である」と(宮崎澄夫教授の「既判力の主観的範圍」号二八頁(訴訟法学会編・訴訟法)。だが、抽象規範を「認識の規準」として「認識」せられる「具体的現実的規範」とは、すなわち、抽象規範の適用せられた形態、抽象規範の具体化に他ならず、具体法独自の存在を意味しない。抽象法令不備の事案についてさえ、何らかの抽象原理が具体化されるのであつて、具体法が抽象原理を離れて独自に存在するのではない。問題は、裁判が指向し、訴訟で具体化される抽象原理は何か、ということ、抽象の具体化か、具体への直接志向か、ということではない。一回的な事実^(一)に一回的な意味で妥当する法^(二)というものは、名辞矛盾であるか、そうでなければ、法(あるいは価値一般)と事実との所与の關係を無視し、個別科学の出発点を紊るであらう。一回的な事実をこえ、抽象性を持つばこそ、法は行動の「準則」という意味を持つことができるのであつて、「具体的現実的事実に即した規範」が「抽象的仮定的」原理と絶縁される^(三)とき、それは、「規範」たることをえず、「我々の行動の規準」たることはできない。固より、事件の具体的妥当な解決を庶幾することは貴重な努力であるし、抽象の原理が經驗上具体の処理を通じて獲得確立されるものであることも事實である。しかし、制定法・慣習法・等以外には、これと独立な具体法のみを予定し、しかも具体法が抽象原理の具体化ではなくして、これを控制する何者も存在しない、ということになると、具体的妥当は転じて恣意あるいは合目的な解決に墮するであらうし(法的紛争解決説でなしに戦後の通説たる紛争解決説も同じ点で弱点をもつ)、抽象の原理が經驗上具体の処理を通じて獲得確立されるということは、まさに歴史的「經驗」の問題で、「理論」はこれを当り前の體驗として前提しつつ、その論理的な關係を整理するのである。むしろ、法意識も国家の承認もないところに「法」の存立を認め、国民の法意識にあつてなお未熟で充分細目が明かならず従つて適用も区々となるべき原理・原則の「一」適用が「具体」法として現に行われていると考えることこそ、「經驗」に反しよう。訴訟の前には、具体法でなく、既に確立せられ、あるいは未だ確立せられない、法理念が存在するのである。

訴訟に先立つ法、それは、当該歴史的段階、当該社会的条件のもとで、人が、現実に指標としていのかぎりでの、法理念

(または法価値もしくは法原則)である。

三

訴訟が端的な紛争解決の必要へ通説的に方向づけられることによつて、既定の法規範との関係において訴訟が論理的に前法的な性格をもつという認識は、今日では、もはや、学界にほぼ共通の智慧であるといつてよい。だが、それだけでは、理論上、訴訟を他の紛争解決機構から區別することができず、訴訟が何か特別なものと感ぜられてゐる国民の法意識上の事実も、裁判権が国家作用中独自のものとして分化した過程も説明することができないばかりでなく、現に裁判官が事件の解決を正しからしめんとして努力している所以をも理解することができないのであつて、また、実践上には、訴訟による紛争の解決が恣意もしくは合目的なそれに墮すともこれを容認せざるをえない大きな弊を生じる。法規範との関係で前法的な訴訟も、同時に、法理念との関係では後法的たり、被制約者たることを、私が説いているのは、そのためであつて、昨今、小室教授が紛争解決説を「あまりにも無内容」な議論と断じられ、かかる「無内容な目的を掲げて、国家制度たることを強調しつつ職権主義の強化を叫ぶ」危険を指摘しておられるのは、正当な批判と言わなければならぬ(前掲小室「訴訟対象と裁判力対象」法学雑誌九卷三四九頁)。訴訟は、法理念を俟つてはじめて、訴訟であることができる。法理念は価値一般ではなく(従つて道徳や合目的性と異なり)、訴訟は専らこれにのみ方向づけられることによつて、訴訟が他の紛争解決機構から區別される。法理念への専向が可能となつてはじめて裁判権は一般国家作用から分化するのであり、これに伴つて国民意識における訴訟というものの特殊な位置も形成される。法理念が訴訟を拘束すればこそ、裁判官は預託せられた紛争の解決を法理念に従つて果さなければならぬのであり、恣意もしくは単に合目的な裁判は当然裁判の本質に矛盾するのである。

法理念は、しかし、法規範ではない。一義的に作為・不作為を命じる行動準則が、国民の法意識のうちには、または国家の

定立権をもつて、實在せしめられて、はじめて、法規範は存立しうるのだからである(そうでなければ人は何が。法規範か適從に迷おう)。固より、法規範は法理念に基づき、これから生まれ得るものではあるけれども、必要な法規範が悉く法理念から取出され尽くした状態は現実にはありえない。法理念は完全に常に総ての事象を蔽いつくしているけれども、法規範は常時不完全な欠缺のある存在である。訴訟は、法理念を前提とし、これに制約されつつも、法規範の有無に拘らず行われることができる。それは、法理念を適用し、裁判所の法規範と信じるものを出して宣言すべきものであり、その意味で、裁判は、どこまでも「法の判断」である(ひとりただ「法的判断」たるに止まるのではない)。裁判権は立法権とは異なるから(近代国家では機関、目的にも区別される)、裁判所が法規範と信じて作出するものは、それ自体なお法規範ではなくして、法規範の試案たるにすぎず、判決の既判力もそれ自体「具体法」たるものではない(同旨の判決の反覆成立の余地があるのみ)。

立法も裁判も、法理念確立・深化のための人間の歴史的文化的作業に他ならず、法理念を或内容に固定し、あるいは、具体法の形で常に当然すべての事件について法規範が成立していることを予定するがごときは、人が無時間の世界に住むと空想することである。法理念分化の度合も、その内容も、法規範成立の程度・態様も、すべて、時代により、社会によつて異なるとともに、立法や裁判というものはかかる法の進化過程への関与を意味することを忘れてはならぬ。

法理念が法規範とは異なるとしても、法規範が法理念から生まれるものである以上、その一をたずねるのにその他を顧みないことは当然に不可能である。法規範の理解が法理念への顧慮を要することはよく理解されているところであるが、法理念を直接に志向すべき訴訟も、それが或時代・或社会の訴訟である以上は、其時代・其社会の既定の法規範を顧慮し、そこに現存している法理念を適用すべきである。これが、訴訟における法規範の適用、ないし訴訟に対する法規範の拘束といふことの意味であつて、近代国家における法律裁判主義というのは、裁判所が国会の定立した法規範草案を既定の法規範として扱うべきこと(国会が立法権をもつという約束を)を意味する。かくて、法理念の適用と法規範の適用とは、法規範完備の状況下では

甚だ近似するに至り(これが違ふようでは困ることになる)、そのため、訴訟の法規範先在を説く必要はないように誤解されるが、訴訟が前法的なものでなければ、法規範欠缺のケースや法規範不備の時代をも含めた一貫した理解ができないことになろう。のみならず、法理念に直接すべき訴訟が法規範を顧みるべきは、そうでなければ其時代・其社会に形成された内容・態容・程度における法理念を正しく捉えることができないためであつて、具体法理論の説く所とはやや異なり、法は国民の法意識にあつて法理念の部分から動きはじめられるもので法規範の部分から動くものではないのが経験上の事実であるから、法理念に明白に反する確定判決には既判力を否定すべきことや、法理念に明白に反する国会の立法には法律としての効力を否定すべきことと共に、たとえ近代国家の法律裁判主義のもとにおいても、一たん法律として有効に成立したと認められる法規範が、新たに確立した法理念に明白に反すると裁判所が認める場合には、裁判所は立法上の措置を俟たずに当然当該法規範の適用を拒否することができる、と考へなければならぬ。

哲学ないし法哲学が、右の消息をどう評価し、どう構成するかは、ここでの問題ではない。民事訴訟法の理解に必要な限度、必要な内容において、法理念と法規範との関係は、大要、以上のように考へられなければならない。

四

訴訟法上、「既判力」の本質が、訴訟目的から演繹されるべきことは、嘗て述べた(前掲伊東「既判力について」(民事訴訟雑誌八号一四頁))。最近の我國の既判力理論で、正しく既判力の本質を訴訟目的から演繹しようとしているものは、三ヶ月教授の所説である(三ヶ月前掲「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」(法務七五巻二号)民事訴訟法研究、所収、二六八頁、同、民事訴訟法、二六頁)。だが、教授にあつて、演繹の淵源とせられる訴訟目的は、単なる紛争の解決ということであつた。単なる紛争の解決を訴訟の目的と考へたところで、この目的に由来する既判力は、既に単なる「反覆の禁止」、すなわち端的な一事不再理ではありえまい(現に教授の所説も本質的には一事不再理説とは言えないものになつて)。そして、実は、訴訟の制度目的その

ものが、単なる紛争の解決ではなくして、紛争の法的解決にあると、考えられなければならない。確定裁判によつて与えられた解決が法的な解決であるからこそ、既判力が蒸返し禁止の法制的拘束力でありうるのであつて、既判力は、決して、何よりも先ず蒸返しを禁ずべしとの要請として成立つものでないことは勿論、ただ解決されたのだから蒸返しを禁ずべしとの要請にとどまるものでもない。それは、よろしく、確定判決の裁判内容に与えられた「正しさの担保」と理解せられるべきであつて、後訴の裁判官に対する拘束および矛盾裁判の排斥というその訴訟上の積極および消極の効果は、かかる実体的な淵源から結果として生じるものと認むべきである（前註同所一八一九頁、一五頁、二三頁）。

およそ、確定の裁判が、蒸返し禁止の効力を伴うべきことは、何人も認めざるをえない実践的な必要である。この実践的な必要を単純もしくは性急に既判力本質論に投影すると、いわゆる一事不再理説を生じ、同じく実践的な必要のみを顧慮した紛争解決説が、一事不再理説を基礎づけるかのように誤解される。だが、忘れてはならないことは、ひとり実践的な必要ということからだけでは、制度が生まれてくる由はないという道理である（既判力の理論ではこの道理の見失は、「われることが多いのではないか」）。ひとり「必要」ということからだけでは、制度というものはなお生まれることができない。必要には「可能」が対応し、素地が熟して漸く制度は成立に達する。これは日常卑近の消息であつて、裁判の場合にも、それは、既に、既判力を抜きにしても、尊重し従うべき或種の拘束意識を伴う事実を見落してはならない。既に事実上一定の拘束意識が存すればこそ、必要を感じる国家がこれを捉えて法的効力にまで高めることができるのであつて、かくて制度的に造形せられたものが確定判決の既判力に他ならない（伊東「民事訴訟」既判力の本質を紛争蒸返ししの「必要」のみから考えていくのは、「可能」の由来を忘れた片手落の議論であつて、その本質論は、むしろ、実践の必要を制度的な効力へ媒介し転化しうる素地の探究へ向かうべきものである。裁判は正しい、というのが、素地をなす既判力以前の事実上の拘束意識の核心であろう。既判力は、これに対し、裁判を正しいものと扱えという、法制度上の強制であつて、右の意識あるが故にこそかかる強制は可能なのであり、従つて、逆に、強制が制

度的に行われる限度で右の意識は現行法上妥当なものと認められていることになる。確定裁判の内容の正しさの、こうした意味での「法的担保」の制度ないし効力、それこそが既判力の本質であつて、実体権へ裁判が及ぼす更改的作用や後訴裁判官の拘束および矛盾裁判の排斥のごときは、法（と制度上扱わざるをえないもの）には従うべきものとの一般原則を媒介として、正しさの担保という本質から流出する既判力の作用の諸相であるにすぎない（既判力について二三頁）。

然らば、何故、既判力は「正しさの担保」でありうるか。それは、訴訟ないし裁判が、法理念の適用を使命として存在するものだからである。ここでも、国家権力を挙げるだけでは、既判力が正しさの「担保」たる所以を説明するに足りない。なるほど、権力は、一時その必要を強行することはできるであろう。だが、制度としての永続的な強行は、強行されるもの内容に応じた（影響の小さな強行ならそれなりに弱く、）妥当根拠を具えていなければならぬからである。

訴訟が法理念を志向するものであればこそ、一方において、事実、裁判は、正しいものとする意識によつて迎えられる。原被告両造対立の構造（片言に裁判しない用意・上訴・再審・厳格な諸方式・等、手続が一定の慎重な構造を具えるのは、訴訟が法理念に奉仕すべきものだからであり、手続が慎重に準備されたものであれば、当事者は、通常裁判を不当と難じる決め手を持ちえないのみならず、互に法理念論争を続けるよりは裁判に従う方が紛争の解決のためには早道だからである（前掲『民法』一三頁参照）。そして、他方において、訴訟が法理念を志向するものであればこそ、事実上の被拘束意識を、国家はその権力をもつて法制度的な効力にまで、高めることができる。裁判は法規範ではなくして単なる裁判官の法規範試案にすぎないこと前に見たとおりであるし、個々的には裁判官の法理念適用の随分不正確な場合もあるわけであるけれども、既判力は、通常現実にも存在する裁判官の法理念への志向に依拠して、その法規範試案に、当該事件かぎり法規範と同一の効力を強行させるのである（当該事件に限られるから同一の効力が与えられ、）（それでもそれだけで当然に法規範にはならない）。

従つて、たとえば、確定裁判の内容が、国民意識のうちに確立された法理念に（なお確立されたといえない段階にある法理念では足りない）明白に反する（反するとも

の明白でないも) 場合のごときは(これに該当するのは、確定裁判といえども既判力を生じないことを認むべきであろう。また、たとえでは足りない) 場合のごときは(殆ど稀有であろうが)、**「確定裁判といえども既判力を生じないことを認むべきであろう。」** また、たとえは、**「裁判を目して、法の適用を手段とする「法律効果の宣言」と考へるがごときは(訴訟物についての新説論者たる旧説論者たるを問わず、なお裁判の本質を十全に理解しないものと言わなければならない(既判力の強行するのは「正しさ」で。裁判は、法理念の適用による「法規範試案の宣言」(その意味で「法の適用」や「法律効果の宣言」)を本質とするもので、法律効果(訴訟物たる権利も)の確定は法確定の主観的側面にすぎない(権利や法律関係は元来、法の主観的側面である。))**

かくて、法理念の訴訟に対する支配、従つて、法規範に対しては先行的な訴訟の、法理念に対する後行性は、確定裁判の既判力の、本質を支える基礎を、説明することができると、私は考へる。

五

同様にして、「訴訟物」の概念もまた、訴訟目的から演繹せらるべきものである(伊東「民事裁判の対象」法学。研究三四卷一—二号一九一頁)。小室教授の前掲の論文は、諸説の現実を証拠として、この関連に疑をさしはさまれるものであるが(前掲小室「訴訟対象と既判力対象」法学。諸説の現実(ツクノ下イ)が適確な関連を示していないのは、むしろ目的規定の方が曖昧なためで、訴訟目的と訴訟物概念との間に関連がないからではない。

既定の法規範を訴訟の前提とする訴訟観が、いわゆる旧説的な訴訟物理論に赴かざるをえないことは、論理的必然といわなければならない(現実とそうでない学説があるのは法規範に対する)。法規範に奉仕する裁判は、これによつてその内容を規定されるほかになく、裁判の対象以外に訴訟の対象はありえないからである(裁判の対象と訴訟の対象とを切離して別異に考へることはできないことを論じた)。他方、法規範を訴訟の前提から取り去り、端的な紛争の解決を訴訟の目的と考へる場合には、いわゆる新理論をもつて訴訟物を考へざるをえない(前掲伊東「訴訟物の動態的把握」はこの認識を報告しつつその二九頁)。法規範への依存を捨てた以上は、訴訟に固有な何ら

かの因子のみをもつて、裁判したがつて訴訟の対象を考えるほかないからである（確認訴訟の訴訟物について新説中の有力説がそうであるようにし理論構成が旧説と異なることについては伊東一民訴訟における新旧理論—確認訴訟—法学セミナー昭和三十七年一月号）。これらに対して、私のいわゆる動態的訴訟物理論は、その孰れとも異なる前提を有する。

尤も、動態的訴訟物理論に対しては、あるいは、旧説・新説の対立とは関わりを持たないとか（山木戸訴訟上の請求について民事訴訟論の基礎的研究所限二〇七一—八頁）、旧説の帰結をただ説明し直したに止まるとかの批評が行われ（説法八五頁）、一般にそれが新旧両説と実際面でどう異なつてくるものか、なおよく理解されていないのではなにかの疑念が存する。だが、いま、同一一箇の社会事実に基づき、目的物の引渡を、所有権に基づいても、占有権に基づいても、賃貸借契約上の債権に基づいても、ひとしく訴求しうる原告があるとしよう（この場合にのみ且つ次のような結果においてのみ所論は独自の結果を示すというのではなく、新旧両説との対比を機能的に示すための一例にすぎない。また、理論構成についてはすべて旧稿を援用する）。この原告が、全くその法律的構成を示すことなく、目的物を特定し、社会的事実を示して、端的に、目的物引渡請求の訴をおこしたとすると、訴訟上の取扱はどうなるか。旧説に従えば、かような訴は請求の一定を欠く不適法な訴であるから、本来は訴が不適法として却下せられなければならない。この結果を救うものは、申立の解釈か、訴状の補正命令か、釈明権の行使であろうが、救済せられてA・B二箇の権利が主張せられたものと扱われることになる。Aのみを審理して原告の請求を棄却した判決は、確定してもCにはその既判力を及ぼさないとともに、B権利はいつまでも訴訟に係属していることになる。他方、新説に従えば、かような訴はそのまま適法で且つ唯一箇の請求を包含することになるが、訴訟資料の関係からにもせよ、裁判所の過失もしくは故意に基づくにもせよ、この一箇一全の請求がA権利の側面からのみ審理せられて請求棄却の判決が確定することもありうる。そうした場合にも原告はB・Cの側面からの審理を求めて問題を蒸返すことは許されず、且つ既判力は所有物引渡請求権をでなしに端的無色な引渡請求権そのものの不存在を確定する。これらに対して、もし動態的訴訟物理論に従うなら、この種の訴はそのまま全く適法で排斥もできなければ救済の必要もない。しかし、何らかの理由から、請求がA権利の観点からのみ

審理せられて請求棄却の裁判が確定したとする、今や請求は当初からA権利のみの主張であつたことに意味的に確定し(請求の在り方が變つてきたことに)、従つて、既判力はB・Cの権利に及ばず、B・Cの訴訟係属も通常全く残存しない。逆に、A権利の観点からのみ審理せられて請求が認容された場合も、当然にB・Cの権利が係属を失うのではなく、選択的併合として扱ふべきや否は原告の意思にかかる。請求権競合の場合でも単純併合は可能であつて、単純併合ならそれぞれの権利がそれぞれに裁判され、それぞれに確定する。決して、動態的訴訟物理論は、旧新兩説の対立と関わりを持たないわけではなく

(新旧兩説の対立を訴訟物の「特定し方」のみの争で概念の問題でないとするのは却つて誤で(伊東「権利保護の形式-綜合法学昭和三七年一月号-八頁参照-請求のグローバルな形の審理裁判を必要に応じて可能としながら審判充足の要求にはどう応えていいたらよいか、即ち訴と既判力との関係をどう捉えたらよいかこそが兩説対立の真の意味である(そうであらなければ特定の仕方さえ問題とする余地はない。そしてこの意味で動態)、また、旧説の帰結をただ説明し直したに止まるのでもない(然し訴訟が適法(當説は兩説の対立を拂却してゐるのであり、特定し方は次の問題である)、ではどうして)。えない筈である)。

或時代・或社会の法理念は、当該社会既定の法規範から認識せられる以外、これを認識すべき手段をもたぬ(前述、法規範はあらゆる完全に存立するわけではないから、正確には法理念認識の手段は直接認識で現在でもこの基本事態は同一だし参考に)。そうでなければ、いわゆる法理念は、なる法規範の全くない例外の場合には直接認識が唯一の手段にもなるが近代社会では通常の場合関連法規は多数既存する)。そこでなければ、いわゆる法理念は、自然法に墮する(少くとも法理念把握の方法は社会学的もの)。且つ、裁判は、法規範の妥当する社会へ係争事件を還流させなければ意味がない(その後の時効、相殺)。だから、裁判の内容は、法規範と同じ性質をもつてこれと調和しなければならない。この意味で、新説のように、裁判対象しがつて訴訟対象を、全く法規範から切離すことはできない。しかし、同時に、裁判が社会に還流すべきは、その最終の結果においてであり、訴の当初から法規範の個別化を図ることは無用でもあり又しばしば不可能なことである。従つて、旧説のように訴訟対象を訴の当初から法規範で識別することもできず、この点では寧ろ新説の対処方には従うべきであるが、然るときは、法規範以外の識別基準を要することになる。その基準こそは法理念であつて、法規範には先行するも、法理念によつては拘束されているという訴訟観が、動態的訴訟物理論の前提に他ならない。

即ち、訴の当初においては、原告の申立がそのものとして、一箇の法理念に依拠するかぎり、同一事実に基づく同一内容

の救済の要求は、一箇の請求を包含する。法理念は抽象から具体へ段階を成して統制せられたものであるから、原告はその孰れの段階において法理念を援用することも可能な筈で、理念の重複異同は、すべて、且つ、常に、原告の申立の内容自体が現に援用しうる段階・種類・内容の理念について考えられなければならない。たとえば、前例・引渡の訴は、所有物引渡の訴として起こされることもあれば、権利を細別しない端的な引渡の訴としても起こされることがある。前の場合には同一物の契約上の債権に基づく引渡請求は別箇の請求だが、後の場合には原告は（法理念の段階構造を遡上して諸種の請求権を一括しうる高みにおいて）唯一つの法理念に依拠するのであり、従つて当初において請求は唯一箇である。請求の動態的把握を要するのは、請求がかく最初にはグローバルな場合にも、裁判はこれを法規範試案宣言の形で処理し、且つ事件を社会に還流させなければならぬからである。法理念上同一であれば、給付判決と確認判決との同時不定要求も、適法且つ当初一箇の請求と考へべく、申立自体に二箇の理念が含まれるなら、たとえば同一物を明確自覚的に所有権と契約上の債権に基づいて引渡請求する場合には、別異の二箇の請求が併合せられた訴と認むべきである。

法理念には、他方、法規範の同質性を決定するために援用される役割もある（（い）わゆる請求権競合か法条競合かという問題も本来は法価値の異能性とかの制度的な結果の異同を比較すべきものではない）。旧説は実際には実体権の異同をたずねて屢々法理念に遡っているし（（貸借契約の期間満了による明渡請求と契約解除による同旨の請求の異同に関する議論の如きをみよ））、新説も実際には訴訟上の固有の契機と称しながら法理念に導かれて当該契機の取捨を行つている（（手形と原因関係債権との関係にを考へよ））。これらは、法理念が訴訟物の特定基準として相当であることを立証するものである。それが基準として余りにも明確にすぎるといふ点は、基準となしえない口実にはならない。歴史的实践を通して堆積せらるべき智慧は、すべて、現在、この時点においては不明確なものだからであつて、寧ろ、他に基準ありと誤信することによつて正しい方向への開拓が遅らされ若しくは惑わされることこそ、懼れなければならない。

かくて、法理念の訴訟に対する支配は、訴訟物特定の基準をも、終局的に説明するものである、と私は考へる。

×

×

×

〔お断り〕 本稿は昭和三八年八月に執筆して『論集・法と裁判』に寄稿した旧稿である。論集の発刊を予定してその一部を他の論稿で援用してしまつたので、是非とも原態のまま発表する義務があるところ、右論集は刊行の見込みが立たなくなつたようなので、遅ればせながら本誌を借りてこれを公表する（吉川博士選歴論文集上巻の拙稿で引用した別稿とはこの論稿である）。今の時を択んだのは、近く訴訟物についての新稿が印刷になるところ（民商法雑誌昭和四二年三月号掲載予定）、新稿は本稿を前提としており、且つ本稿の一部を修正するものを含んでいるため、これ以上、右論集の刊行を待つことができなくなつたためである。