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

Title	行為効の理論 : 民事訴訟法学の礎石として
Sub Title	Handlungskraftstheorie : as a most fundamental principle for the system of Civilprocedure Law
Author	伊東, 乾(Ito, Susumu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1977
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.50, No.1 (1977. 1) ,p.11- 23
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	手塚豊教授退職記念論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19770115-0011

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.

行為効の理論

——民事訴訟法学の礎石として——

伊東乾

一　行為効と制度効
二　訴訟上の当事者の行為
三　裁判所側の行為
四　類説との異同
五　弁論主義と行為責任

一　行為効と制度効

人は、姿勢を変えることができるし、過ちを更めることもできるが、矛盾した行為に出ることはできない。行為は人格の表現であるところ、分裂した人格は一つの人格ではないからであつて、両立しない矛盾行為が同時に行われるときは行為を成さないものと考えられなければならず、異時の行為が矛盾する場合にもまた、これを許す事情がとくに認められないかぎり、後行の行為は行為としての意味をもたないものと、理解せられなければならない。異時の矛盾行為が〝自由な姿勢の変

換〃として広く許されるのは、その人の先行行為が他者にとつてはなお単に所与の一事実にすぎないという状況、すなわち、彼と他人との間になお人格的な接衝が成立していない状況が、現実に相当広範である結果に他ならず、甲者の先行行為が乙者にとつても行為としての意味をもつた場合にさえ甲が〃過ちの是正〃として矛盾した後行行為をなしうるのは、これを禁じる更に特段の要求のないかぎり、理由のある矛盾、すなわち、一つの人格のうちに包摂しうる矛盾と認められるためであつて、いずれの場合にも矛盾を許す特別の事情が存するのである。また、異時の矛盾行為の場合、先行行為が活きて後行行為が活きないのは、常に既に先行行為が他人にとつて行為として機能したとき、すなわち、先行行為がすぐに他人の人格の一部を構成してしまつたときのみが問題であるところ、行為者にはその他人の人格を消去する資格はないからである。かく、人格は、それ自体の属性として、一行為と矛盾する同時および後行の行為を許さないことを原則とする。これを人の行為に帰属する効力とみて「行為効」と呼ぶことにしたい。

ところで、行為効は、制度のなかに組込まれるとき、必然、なにがしかの変容をうける。たとえば、確定判決の内容は、たとえ理由のある矛盾だからといつても、後行の判決によつて空洞化されては、制度が成立たない。故にこそ既判力は理由の有無を問わず矛盾判断を禁じるのであつて、これは行為効を一歩進めて作られた「制度効」の一種である。だが、行為をもつて組成される制度が、そのあらゆる行為について行為効を修正し、これとは異なる制度効を用意しているとは、とうてい考ええない事理であろう。変容を要しない行為効はそのままこれを採用していると想定する他なく、制度を法案が規律する場合には、変容せられない行為効について法文は寧ろ缺けることになろうと推測せられる。

そうした推測が誤りでない実証は、確立した解釈の一例からでも、援引することができる。たとえば、一般の解説が、訴訟当事者の事実上の陳述は、原則として自由に撤回できるとともに、たとえ撤回はされても弁論の全趣旨を構成することを、説いているであろう。この解説は正しいが、撤回の自由は、当事者の孰れにとつても弁論が一体であるべきことに基づ

く行為効の制度的修正に他ならない。なお且つ、撤回のそのあとに、一たんは陳述せられた事実とその内容とが弁論の全趣旨を構成して言わば余後効を残すというのは、行為効を予定せずには理解することの困難な解釈で、しかもこの点について明文の規定があるわけではない。

だから、行為効は、法文が制度効として明記すると否とを問わず、また解釈学が制度効に造形していると否とを問わず、法規もしくは解釈がとくに変容を加えていないかぎり、制度中に取込まれた行為についても認められる、と言わなければならない。手続は行為の連鎖であるから、行為効は、手続制度としての民事訴訟の当然の前提でなければならず、これを肯定するのに特別な制度的措置は不要であるとともに、これを否定するためには、却つて、特別な制度的要請の指摘を要するのである。

それ故に、また、行為効は、実定＝法＝手続外の、単なる道徳や、理想・理念ないし自然法やであるのではない。なるほど、制度効として変容せられ、従つてそのものとしては排斥せられた場面における行為効は、実定法上に妥当しないであろう。だが、制度的要請がとくに排斥する必要を認めない行為効は、実定効として行われているのであつて、そうでなければ、行為が行為ではなくなるのみならず、何よりも、制度が穴だらけで有機的一体をなさず、そのものとして成立しない。この穴を埋めるために、他所には妥当するが其所には妥当しない制度的要請を無理に拡大して其所を蔽うことは、無益有害で、ギクシャクした結果を産むだけのことにすぎない。つまり、制度的要請に矛盾しない行為効は、実定法の効果としては制度効と異ならず、それ自体も一種の制度効と言えるのである。それにも拘らずこれを行為効と呼んで制度効に対置するのは、制度効へのことさらな造形が、弾力性の喪失を伴い、従つて具体個別の結果において却つて不当を招来することがある、との認識を、把持して見失わない用意である。

二　訴訟上の当事者の行為

行為効が何よりも訴訟上の当事者の行為について妥当すべきは当然であろう。当事者は多くの場合に事実自然人であり、自然人でない場合にもそれは自然人に模擬せられたものであるところ、人格はもともと自然人について考えられるのだからである。それ故に、たとえば、矛盾して両立しない事実上の陳述が同一当事者から単純並列的に同時になされる場合には、そのいずれもが無効になる。にも拘らず、既に他人（裁判所および相手方当事者）との接衝には置かれたのであるから、陳述がなされた事実とその内容とは弁論の全趣旨を構成し、完全な空無に戻すことはできない。同一の単一訴訟手続のなかで先行行為と矛盾する事実上の陳述が異時後行の行為としてなされる場合に、弁論の一体性を保持するため、撤回・差換えの趣旨でならばこれが許されるが、しかも余後効を消すことはできないことは、既に述べたとおりである。逆に、行為効は、人格不可分の原理としての一人格一行為の原則なのであるから、同時もしくは異時の〃同一内容〃の行為は一つに「融合」して複数の行為にはならない。弁済の事実主張は何回くり返されても〃一つの〃事実主張であり、貸金返還請求は同じ場面では何回おこされても〃一つの〃貸金返還請求である。ここに、原告甲被告乙間の貸金返還請求訴訟の係属中、甲が乙を相手に同じ貸金の返還を追加訴求して併合を求めても、請求は複数にならない理由がある。

同じことは、併合訴訟手続の場合にも言えなければならない。そこに、複数の請求、複数の訴訟があるとしても、そのために行為が行為でなくなる道理はないのみならず、手続は併合せられていて、行為の〃場面〃は一つなのだからである。それ故に、甲乙間にａｂ二請求が係属しているとき、たとえ一つはａ請求のために、他はｂ請求のためにせられるとしても、二つの矛盾した事実上の陳述をすることは許されない。同一事実の異なる評価に基づく別異の法的主張は差支えないが、それらは矛盾しないもの（両立する法的主張）でなければならない。ａ請求のための陳述は当然にｂ請求のためにもせられたこ

とになる筈で、およそ孰れの請求のための陳述かを区別する必要が実はないのであり、ａｂが法律上もしくは事実上異なる側面についてでなければ、異なる陳述は樹たないことになる。そうでなければ甲もしくは乙が人格として分裂せざるをえないからであつて、たとえば反訴によれば、別訴によるのと異なつて、判断の牴触を避けることのできる理由も、結局はここにある。併合訴訟において、相手方の一つの事実主張を、ａ請求の関係で自白し、ｂ請求の関係では争う、というようなことは、制度以前の約束として、はじめから許されないのである。併合訴訟が主観的な意味での併合である場合も、かような道理に変わりはない。なるほど、通常の共同訴訟で、原告甲の事実主張を、被告乙は自白し、共同被告丙は争うということが、可能になろう。これは、しかし、乙丙が別人格なればこそのことであるから、甲が同じ事実を、乙に対しては存在と主張し、丙に対しては不存在と主張するようなことは、許されない。つまり、共同訴訟でも、通常の共同訴訟であれば甲乙間・甲丙間に訴訟資料の不斉一を生じるが、この場合をも含めてすべての場合に、甲自身の行為の矛盾・乙自身の行為の矛盾・丙自身の行為の矛盾は許されないのであつて、さればこそ、通常共同訴訟の場合でさえ、共同訴訟を認めることに、意味が生じるのである。

だが、しかし、完結した先行手続と後行の独立手続との間でも、行為効が失わるべき理由はない。この場合、留意せられるべきは、場面としての手続が異なれば他の場面で行われたことを顧慮する必要はない、という約束であろう。これがなければ手続の迅速適確な遂行は不可能であるから、〃別手続は別手続〃というこの約束は、必要であつて缺くことを得ない。けれども、〃別手続は別手続〃とは、〃顧慮しなくてもよい〃との許容であつて、〃顧慮してはならない〃との禁止ではない。固より、乙手続内に顕出されない資料を甲手続から採つて斟酌することは禁じられるであろうが、乙手続内に甲手続の内容と結果とが顕出された場合にもなお且つその顧慮を禁ずべき理由はない。手続の迅速適確な遂行がこの場合は顧慮によつて妨げられるわけではなく、顧慮を禁じれば却つて人格の不可分が毀損されるのである。すなわち、別の場面で行われた

行為まで一々顧慮しなければならないとすれば、どこに矛盾行為が在るかは見当もつかないのだから、その調査は不能もしくは極めて困難で、手続の遂行は事実上無理になる。そのため行為効を無視しても制度を可能にしようとして、別手続の〝顧慮はしなくてよい〟とされるのであるが、特定具体の行為場面が顕出されれば、右の困難は除去されるのみならず、旧場面は新場面と接続して一つの場面となるのであるから、行為効は復活して、旧手続が〝顧慮してはならない〟ものどころか、〝顧慮しなければならない〟ものになるに他ならない。こうして、たとえば、甲訴訟で賃貸借契約を主張したYは、乙訴訟で同じ賃貸借契約の不存在を主張するを許されない。たとえ甲訴訟の相手方当事者はXであり、乙訴訟の相手方当事者はZである場合でも、同一の賃貸借契約に関するかぎり、そうである。そうして、これを認めることによつて、前後両訴訟の判決内容が不調和におわる例は、極めて減少することになる。

尤も、独立した前後の両訴訟間で矛盾行為の禁止を考えるについては、次の諸点が留意せられなければならない。すなわち、第一に、矛盾行為の禁止が作用するのは、いずれかの当事者によつて前訴訟の全部もしくは一部が援用された場合にかぎり、且つ援用の限度においてである。そうでないかぎり〝他の手続を顧慮する要なし〟との制度的要請が優先し、行為場面の一体化が生じないからである。当事者の双方が土俵を新たにして対決しようとする場合には、ことさら古い土俵を持出す必要がないのだ、とも説明できよう。また、第二に、前訴訟が援用せられた場合にも、前訴訟のそれと矛盾する行為が禁じられるだけで、同じ主張の固執が禁じられることはない。たとえ、弁済を主張して争われ、証拠調の結果これが否定せられた場合でも、同じ当事者が再び弁済を主張するのは、決して矛盾行為ではない。これから生じる矛盾判断の避止は、後出の裁判所側の行為効の問題で、当事者側の行為効の問題ではない。そうして、第三に、前訴訟が援用せられた以上は、矛盾行為は原則として当然に無効となる。だが、これは、常にそうだというのではなく、理由のある態度変更は許されなければならず、行為効は制度効のような画一的なものではない。理由は疎明せられなければならず、その意味で後訴当事者はなお拘

束されているものだが、過ちを更めるなど、人格的一貫を害しないとの理由を疎明しさえすれば、矛盾した行為といえども許されるのであつて、拘束は決して絶対的なものではない。勿論、すでに他人との接衝におかれた行為を更めるのであるから、自由な姿勢変換は理由にならない。

三　裁判所側の行為

他方、行為効は、当事者の訴訟上の行為について妥当するのみでなく、裁判所側の行為についてもまた妥当する。一箇の訴訟手続において判決裁判所が一つの人格と考えられうることは疑がない。裁判官の更迭があつても従前の弁論の結果が陳述せられれば足り、新規まきなおしにはならない点にも、人格的不可分は現れているといえる。だが、実は、日本中の過去および現在のすべての裁判所が、合して一つの人格をなすと考えられなければならない。国家は一つで、断絶しえず、分裂しえないものであるところ、裁判所は国家の名で裁判権を行使するものだからであつて、そうでなければ、人が、前後両訴訟の判決の不調和を可笑しいと感じることも、ありえない筈なのである。一人格の同一事項に関する判断は、同時には一つでなければならず、異時には理由のないかぎり前後矛盾してはならない。それ故、前訴訟の判決が、いつ、どの裁判所で、何人を当事者とし、いかなる訴訟物について下されたものであろうと、後訴訟における裁判所の判断は、理由のないかぎり、同一事項については同一でなければならない。

この理を最も適切に示しているのが、二重訴訟禁止の制度である。同一事項について同時に二つの判断はありえず、従つてテーマの同一な二つの判断形成は実は一つに融合した不可分的一体の仮象的分裂にすぎないが故に、既に係属する訴訟物と全部的もしくは部分的に同一の訴訟物について、二重の起訴が禁止せられるのである。普通には、既判力の矛盾衝突の回避がその立法理由であると説かれるが、さきに確定する判決の既判力がなお係属する訴訟をチェックするから、矛盾衝突が生

じるはずはなく、また、この説明では、相殺の抗弁と自働債権の別訴求との関係で、苦しい弁解が必要になる。既判力は、むしろ、この場合、前後両訴訟のテーマ自体が重複部分をもつか否かの、判断の資料になるにすぎない。既存手続のなかで反訴その他の手段により判断をうける可能性ある請求はすべて二重訴訟の禁止にふれると説く昨今の有力説のごときは、そもそも何故、完全に内容の同一な訴が禁止せられるのか、その根拠を却つて曖昧にするものでしかない。

同一事項の判断は一箇でなければならないとの約束は、とくに判決主文の判断について貫かれなければならないであろう。そのため、ここでは、行為効が制度化されて、既判力が認められる。既判力は、理由のある矛盾をも許さぬという風に強力化されている点で、行為効が変容をうけているのである。だが、既判力の生じない判決理由中の判断についても、行為効は妥当する。既判力は理由のある矛盾をも許さない判決効であるから、理由のない矛盾を許さない行為効を判決理由中の判断について認めることは、決して判決理由中の判断に既判力がないというテーゼと矛盾するものではなく、却つて、既判力がないということから、いかなる拘束力もないとの推論を敢てするのは、根拠のない飛躍になる。また、二重訴訟禁止の制度は、審判のテーマに関する制度であるから、判決理由中の判断や、それが行う行為効は、二重訴訟の禁止を招くことはない。それにも拘らず、判決理由中の判断について正直に行為効を承認することによつて、既判力を生じる主文の判断が不調和におわる例も減少し、およそ、判決相互の違和を著しく抑止することができるのである。

但し、前訴訟における裁判所の判断が後訴に対し矛盾禁止の行為効を及ぼすことを認めるについても、次の諸点が留意せられなければならない。すなわち、第一に、行為効によつて矛盾判断が禁止せられるのは、いずれかの当事者によつて前訴訟の全部もしくは一部が援用された場合にかぎり、且つ援用の限度においてである。そうでなければ既判力の範囲を限定した趣旨は失われるのであつて、この点で行為効は既判力と異なる。援用のないかぎり、別手続は顧慮する要なしとの制度的要請が優先し、行為効は後退せざるをえないのである。これに反し、既判力は、後退が禁じられる特別の効力であるに他な

らない。また、第二に、前訴訟が援用せられた以上は、原則として、同一事項に関しては同一の判断が示されなければならない。弁済を抗弁して争われ、証拠調の結果これを否定せられた当事者が、後訴訟で再び弁済を主張しても、裁判所は、原則として、審理を須いず、同じく弁済を否定しなければならないのである。だが、第三に、禁止はただ原則であるにとどまり、既判力のように理由ある矛盾をも禁じるのではない。当事者が理由を疎明して矛盾陳述をした場合は、裁判所としても新たな判断を形成する必要があろう。前訴訟で提出しなかつた証拠を当事者が理由を疎明して提出した場合にも同様である。新訴訟の他の訴訟資料が既存の判断と調和しないときや、前訴訟の事実認定が記録上納得しえないものであるときも、判断を更める理由があるといえる。いわんや、既存の法的評価に誤があることに気づいた場合においておや。すべて、前訴訟中の判断は、援用せられた以上、無理由にこれを排斥することはできないが、同一人格者の判断として調和する理由が附せられるならば、いくらでもこれに矛盾することが許されるのであつて、行為効は、既判力その他の制度効とは異なり、むしろ、機会を追うごとに過ちの匡されることを、期待するものである。勿論、いうまでもなく、審理し直してみさえすれば別の判断に達するかも知れないとの可能性だけでは、既存の判断を無視してよい理由にならない。

四　類説との異同

判決理由中の判断の行為効を認めたとしても、規範効の理論が無用に帰することはない。規範効の理論というのは、既判力の確定するものが実体法規範の妥当であつて、たとえば所有物返還請求訴訟における請求認容の確定判決は返還請求権のみならず所有権の存在をも確定する旨を説く、筆者自身の嘗ての提唱であるが、そこでは理由のある矛盾をも許さない制度効としての既判力が考えられているのであつて、行為効とは別の問題である。勿論、規範効としての既判力が行われる範囲では、行為効の登場する余地がないが、判決理由中の判断のすべてが規範効によつて蔽われるわけではなく、逆に、規範効

の範囲では、既判力制度の存立基礎に鑑み、単なる行為効の確認では足りないのである。

規範効以上に行為効に類似するのは、いわゆる争点効であろう。これは、筆者が反対を表明してきた他の論者の所説であるが、その要件が明確でないとのこれに対する普通の批判にも組しえない。発想にして正当ならば要件のごときは互の検証によつて確立せられうるし、もともと要件を一義的に固定はできない性質の効力というものもありえないわけではないからであつて、所説の不当は寧ろ発想そのものに存する。一たん審理が尽くされた事項について再度の審理は不要であるというのが、その所論の核心だが、これでは、過ちの是正を始とする〝理由ある矛盾〟が剝落する。だから、その効力は、既判力とは異なるとせられ、当事者の援用をまつて始めて斟酌されるとせられながら、矛盾の禁止でなく、審理の禁止として構成されるのであつて、実正は、呼び名の異なる既判力そのものに他ならない。理由ある矛盾をも禁止する既判力は、制度的要請としてやむをえないものながら、人性の自然に反するのだから、その範囲はできるかぎり局限せられるべきであり、呼び名を変えても、これを判決理由中の判断一般に拡大することは不当である。行為効の理論は、理由のない矛盾に関するかぎり争点効の理論とほぼ同一の結果に人を導くが、第一には、たとえば前訴で自白した事実を後訴で争うことをも原則として許さぬというように、ここでも結果の相違が生じることがある点で、第二には、理由のある矛盾に関するかぎり所説とは結果が全く異なる点で、そして第三には、制度効に造形せられた威圧的な効力を嫌い、人格の属性に発して、制度的公的需要から出立してはいない点で、これとは、むしろ、対極に立つものである。

五　弁論主義と行為責任

落とされた場面を補充しながら帰結の素描を試みるならば、当事者の行為についても裁判所側の行為についても矛盾の禁止がおのずからにして作用していることを素直に肯定することによつて、不自然な判断の不調和はすべて払拭せられる。許

すべき矛盾と許すべからざる矛盾との判別も、決してややこしい作業であつてはならず、同一人格が保持できるかどうかで決められれば足りるのである。その際、既に他人との接衝におかれた行為の問題なのであるから、無理由の自由な撤回矛盾が許すべからざる撤回矛盾であることは言うまでもなく、また、制度から行為効が生じるのではなく、行為効の受容変容によつて制度が成立しているのであるから、勝訴のための訴訟技術としての撤回矛盾や、遣り直してみれば弁論主義との関係から違つた結果が生じるであろうとの制度的可能性を期待する撤回矛盾もまた、許される撤回矛盾にはならないこと、すなわち、許されるか否かは専ら行為者自身の人格的要請によつてのみ決せられることが、留意せられなければならない。

補充の必要な一つの場面は、共同訴訟における証拠の取扱であろう。原告甲被告乙丙間の通常の共同訴訟において、甲の一つの事実上の主張を乙は争い丙が自白するという可能性は否定することができないが、乙丙が同一の事実を主張する場合、甲が乙との関係ではこれを争い丙との関係ではこれを自白するということは許されない。甲乙間でも甲丙間でも同一の事実の存否が争われる場合に証拠が共通になるのも同理であつて、心証の形成は裁判所の一つの行為であるから、一つの手続の中で同一の事実につき異なつた心証は成立しえないのである。これは、裁判所側の行為について妥当する行為効の作用であつて、当事者側の行為の効果ではなく、また、単なる自由心証主義の結果にすぎないのでもない。そうでなければ、対立当事者間の証拠共通と共同訴訟人間の証拠共通とを同一には論じえない筈であつて、証拠共通の原則の窮極の根拠も行為効に認められる。

二重訴訟として排斥されないため併存はするが、関連を有して同一の事実が登場する各別係属の複数訴訟間はどうなるか。手続が別個であるから、当事者がこれを援用しないかぎり、各訴訟は互に他の訴訟を顧慮する必要がない。だが、A訴訟中で既になされた甲の行為をB訴訟で相手方乙が援用した場合は、矛盾の合理的理由を疎明しないかぎり、甲はB訴訟でこれと矛盾した行為をなしえなくなる。それ故に、ここでも、判断の不自然な不調和は避けられるのである。

勿論、通常の共同訴訟で甲の事実主張を乙が争い丙が自白する場合や、関連併存訴訟で互に全く援用が行われない場合には、不調和な認定や判断が成立するであろう。これらは、しかし、理由ありとして矛盾行為を許す場合ともども、自然な不調和にすぎずして、不自然な不調和ではない。自然な不調和は、成長を意味するに非ざれば、ヨリ大きな調和へ向かつての暫定過程を意味するものであるから、徒らに禁圧せられるべきでなく、既判力の衝突を来たさないかぎり許容せられてよいのである。

こうして、たとえば、所有物返還請求が賃借権の抗弁に遇つて挫折したあと、それなら賃料を支払えとして出直したところ、後訴では賃貸借契約が否定されるというような例は、たとえ判決理由中の判断に既判力がなくても、実際には既に余り生じないところであるのみならず、素直に行為効を肯定することによつて理論上も殆ど生じない。この場合に不調和な結果が生じるのが理論上むしろ典型であるかのように言い、それでいいのだと決めつける在来の説明は、人性を無視した強弁であるとともに、逆に、判決理由中の判断の拘束力を制度効として造形し、不調和のすべてを杜絶しようとするのも、却つて不自然な暴挙である。人性の自然に即すれば、不調和はもともと例外的にしか生じないのであつて、稀に生じる例外には、また、それなりの理由が認められる。行為効の指摘は、その辺の機微を明かにしようとするものに他ならない。

世上、弁論主義に関し、それは釈明権と真実義務とによつて補強されなければ独立して立つことのできない〝ひよわな〟建前であるとの認識が、昨今、普通に行われている。釈明権が当事者の弁論を補完しうることは慥かであるが、釈明権自体は弁論主義と関わりをもつまい。このことは、職権探知の訴訟や双方に練達な弁護士がついた弁論主義訴訟でも、訴訟関係を明瞭ならしめるための裁判所側の発問・誘導は必要である事実をみれば、理解することができる。釈明権自体は、判断者が判断資料についてみずから納得に達するための手段であつて、当事者の能力が不充分もしくは不均等な弁論主義訴訟ではその不充分もしくは不均等を是正しなければ裁判所自身が訴訟資料についてみずから納得しえないのにすぎない。他方、真

実義務に至つては、単なる道徳律を説くのなら兎も角、それが法義務だと言おうとするものなら、訴訟当事者の主体性によつて立つ弁論主義のなかにその手段視という異質の原理を持込む教説であつて、政策的だが、合理的ではない。仮に当事者は嘘言を弄してみるがよい。忽ちにして相手方当事者からの攻撃に曝されることであろう。そうでないとしても、彼は、以後、原則として異なる主張ができないのである。どこで、いつ、どんな形で、同じ事実が問題になるかは予測できないが、彼は、果して、そのすべての場面で、自己の嘘言を維持し通すことができるであろうか。だから、おのずからにして、嘘言は避止されるのであつて、避止のために特に真実義務などを考える必要もない。必要なことは、責任を明かにするという一事、それも、一定の行為に出る責任を外から賦課するのではなく、どのような行為であれ、一たん為された行為（作為・不作為）については、行為自体に内在する責任を貫かしめるという一事である。この考え方がないために弁論主義は層一層と〝ひよわさ〟を増大するのであつて、〝ひよわさ〟が克服されたとき、釈明権の本来的無縁と真実義務の全面的無用も明かになることであろう。

人は、よろしく、「行為」に着目し、その「責任」を看るべきである、と私は考える。

（昭和五一年一一月稿）

〔附記〕 手塚豊先生の法律学概論の聴講から法学の学習を始めた私が先生の御退職に当つて捧げることの最も相応しい一文は自己の体系中現在みずから最も重要と考える基本原理の解明であろうと考え本稿を草した。予めお断りしておいて完全無註方式によつたが本誌四九巻一号の小稿で同じ方式を試みたのは本稿のための予行であつた。方式採用の理由は既稿の折に附記したとおりであるが、今後は無註方式を必要としないであろう。編集委員会の識見と寛容に更めて敬意と感謝とを捧げる（筆者）。