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

Title	行為効講義控
Sub Title	Eine Skizzierung der Theorie von der "Handlungskraft" angefertigt in der die jährigen Vorlesung über das Zivilprozeßrecht
Author	伊東, 乾(Ito, Susumu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1980
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.53, No.12 (1980. 12) ,p.7- 21
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	法学部法律学科開設九十周年記念論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19801215-0007

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.

行為効講義控

伊東　乾

年祭の記念に最もふさわしいのは、その年の講義内容を記録しておくことであろうから、ここには、本学年の講義のうち、その特質の一つを示す行為効解明の部分を、想起して誌すことを試みたい。民事訴訟判決手続法の講義は、本年、訴訟の目的・訴訟の前提・訴訟の要素・訴訟の内容・訴訟の効果という五章構成を意図して進められている。判決・訴および審理についてそれぞれに必要な予備知識を序説にまとめておいたうえで、先ず第一章が「訴訟の目的」と題せられて民事訴訟の制度目的・訴権および訴の利益を論じたあと、これに続けて、訴訟であれ訴訟以外の手続であれ、およそ手続が手続として服せざるをえない制約を考えようとしたのが第二章「訴訟の前提」であり、以下、第三章で、手続中、訴訟が訴訟であるための要件を、第四章で訴訟の手続内容を、そして、第五章で、そのようなものとしての訴訟の効果、とりわけ既判力と、これとの関係での訴訟物を、順次に採りあげようという趣旨であつて、その第二章「訴訟の前提」中に、「手続独立の原則」と「行為効の原理」とを挙示したのであつた。幸い、聴かれた方々の話では、従前の論文・講義・講演等よりも分かり易かつたということであるから（既存の論稿は、伊東「行為効の理論」法学研究五〇巻一号一一頁以下、同「信義則に代わるもの」民商七

八巻臨時増刊(3)三六頁以下、同「訴訟における法と行為」吉川追悼論集（印刷中）、かたがた、既存の論稿の補充としても役立つであろう（何分にも想起であるから一字一句おなじにはできない。また、割註内の事項は講義では言及もしくは指示していない）。

一

手続は人の行為の連鎖であるから、行為が行為としてもつ制約を、当然にそのうちに包含する。

人は誤まりもし迷いもする存在であるから、人が同時に矛盾した行為に出たり、既にした行為とは矛盾する行為に出て前の行為を改めようとすることがあつても、これを直ちに不当として責めるわけにはいかない。だが、もし、是正の必要も迷いもないのに矛盾した行為が並存するとすれば、そこに一人の人の行為を認めることはできないであろう。認められるものはただ人格の分裂ばかりである。人格の分裂を肯定して矛盾行為を認めるのは、行為者自身を冒瀆し、人間を冒瀆することであるから、同一人の矛盾行為があるときは、人は、先ず、個人成長として意味のある矛盾なのかどうかを吟味し、そのようなものと認められないかぎり、同時矛盾の両行為は双方とも無効、前後矛盾の両行為は後行行為が無効と考えなければならない。且つ、法学上の行為の処理としては、個人成長として意味のある矛盾なのかどうか明かでない場合は、意味のない、従つて無効な行為と推定すべきである。何故なら、法は、個人の社会における在り方を問題とするものであつて、孤立的な個人の在り方を問題とするものではないからである。そうだとすれば、人が、他人を害し、自利を奪取するために、事実上、人格を分裂させることもなく矛盾行為をなしうる、という現象の取扱いも、これに基づいて考えることができよう。これは、実は、意図的に人格の分裂を演出しているものに他ならず、行為者みずから自己を冒瀆しているのである。人間が人間の冒瀆に手をかすことは許されない。だから、この場合にも、矛盾行為は無効として扱われなければならない。かくて、法律世界における同一人の矛盾行為は、それが個人成長上理由のある矛盾であることの主張立証せられないかぎり、無

効を来すものと見るべきである。

同じ行為の繰返しも同断であつて、同じ行為が幾つも存在しなければならないのは、行為主体が幾つも存在する場合の話である。同一人が同じ行為を反覆するのは、前の行為が所期の人に届かなかつたか、別の人を相手方にするか、反覆を強いる新しい場面が設定せられたかの場合にのみ必要なことで、そうでないかぎり、強調以外の意味をもつことはない。だから、ここでも、合理的な理由のないかぎり、同一人の同じ行為は、事実上は何回なされても、法律世界ではこれを一つの行為と扱うべく、別箇複数の行為として扱われることを求めて同一行為が反覆せられるときは、反覆後行行為を無効と扱うべきである。同じ行為が一つの行為でありえないような行為主体は、同じく、人格として分裂しているものに他ならない。ここでも、人が他人を害し自利を奪取するため事実上人格を分裂させることなしに二個の行為としての同一内容行為をなしうるという経験的現象があるが、これも実は人格分裂の作出なのであるから、反覆後行行為を無効と認める妨げにならない。かくて、法律世界における同一人の反覆行為は、それが自己表現上理由のある反覆であることの主張立証せられないかぎり、後行行為の無効を来すものと見なければならない。

人の行為にはすべてかような理由のない矛盾および反覆を許さない効力があり、手続、従つて訴訟を構成するすべての行為もまた、この効力によつて伴われていると見なければならない、というのが、行為効の原理である。

そこに「人格」という言葉が登場するからといつて、行為効の原理を倫理的な教説であるかのように誤解してはならない。ここで人格というのは、一般講学上も例えば法人格の語がそうであるのと同じように、効果の帰属点を指しているにすぎないのである。(a)社会は人の行為から成るであろう。(b)行為にはその帰属点がなければならない。(c)帰属点は分裂しない一箇のものでしかありえない。aという事実関係に、bという論理関係、cという論理関係を、それこそ論理的に相関渉せしめれば、そこから、おのずからにして行為効の原理は産まれるのであるから、決してそれは倫理的な要求ではない。

勿論、「論理」の原則が、自分自身以外には何物をも生産することのない「形式論理」におわることなく、内容を具えた法律問題の解決にも耐える「法論理」の原則であるためには、右（a）の事実が一定の立場から評価せられなければならない。そのどのような評価とも行為効は結合しうるけれども、（a）における人、すなわち、行為の帰属点たる人を、〃存在すること自体に不可侵の栄誉をもつものとしての個人〃として評価するとき、行為効は最もよくその作用を完うしうるのであつて、行為効の理論の提唱者自身は、そうした認識を前提としている。この点をとらえてなおその倫理的色彩を難じるのは、もはや単なる名称の問題にすぎない。たとえこれを倫理的価値と呼ぼうとも、個人の栄誉は、常に、そうして現在とりわけて法がその全強制機構を結集して守り抜かなければならない重要な価値であることが、肯定せられれば足りるのである。ついでに言えば、右の前提的認識を、法学には無縁な形而上学的観念論とする批評も、当今の学説上はありうるであろうと察せられる。だが、その言わゆる形而上学的な視座から、現実にすぐにも整序し直されなければならない具体的な問題が、山積し、逼迫して、人の身辺を囲繞する現時点で、これを無縁とし観念論とする批評こそ、無縁でなければならない観念論であろう。

二

行為効の原理は、決して新奇・突飛な法則ではない。現行の立法および解釈のうちにも、無意識にはそれが肯定せられ、行為効がその作用を行つているのを、認めることができる。言つてみれば事物の本性にも属すべき原則であるから、これは寧ろ当然のことと目すべきであろう。

一例としていわゆる**二重訴訟の禁止**（民訴二三一）を挙げる。たとえば、XY間に土地所有権確認請求訴訟が係属中には、別の事件としてYがXに対しその土地の所有権がXに属しないことの確認の訴をおこすことは許されない、というわけであ

る。勿論、こんな分かり切つた形で二重の訴がおこされることは稀で、上の場合にYから自己の所有権を主張して逆に目的物の引渡を求める訴はどうかとか、AB間の訴訟で貸金返還請求権の存否が争われBから代金債権をもつてする相殺の抗弁が出ているときにBがこの相殺の自働債権を訴求する別訴をおこすのはどうかというような、多少とも複雑な事例について本条の適用の有無が論じられるのが通常なのであるが、本条の適用の有無は本条の立法理由に依存する問題であろう。そして、立法の理由は、分かり切つた単純な事例に即して考えなければ明かにならないものであるから、敢て上記のような例をあげたのである。立法の理由としては、訴訟経済・既判力の牴触の危険・相手方の迷惑などが挙げられている（諸説については、伊東「二重起訴の禁止」青林演習民事訴訟法(上)三〇三頁以下参照）。だが、人は勝訴のためにはそのチャンスを殖やしたいのが自然だから、訴訟経済は理由にならず、前に確定した判決の既判力が他を拘束するから既判力の牴触は生ぜず、一つの手続でやつても二つの手続でやつても後訴原告の得失は同じだということの言えないかぎり、被告の迷惑だけで後訴の提起を妨げるわけにはいかない。それでも、人は、上記のような二重の訴が許されるとしたら、それは可笑しいと感じるに違いない。民訴二三一条には慥かに合理性があるのである。それは何故かと考えるとき、一つの同じ事項について裁判所の判断は一つしかありえない筈だ、ということに想到することができるであろう。これは、裁判所という行為主体の、判決という行為の、行為効に他ならない。審理は判決のために行われるのであるから、判決が一つでなければならないとき、審理の手続もまた一つでなければならないのであつて、その分裂を避け一つの判決のための審理手続を一つに保とうとするのが、二重訴訟禁止の制度であるに他ならない。そこで、この禁止は、前後両訴訟の判決主文が全部もしくは一部重なり合う場合に限つて作用し、且つそうしたすべての場合に適用があると解せられる。前例で、Yの目的物引渡請求はこの禁止にふれるが、Bの相殺の自働債権の別途請求はこの禁止にふれないのである。

他の一例を**反訴**（民訴二三九）に採ろう。問題は併合請求間の訴訟資料の共通であるが、XからYに対する所有権の確認

と、YからXに対する同一物の所有権の確認とを、別の手続でやれば判決の矛盾する場合を生じるが、両者が本訴と反訴との関係であれば矛盾は生じないということが、すべての学説によつて当然のこととして説かれている（菊井『民事訴訟法講義二三一頁が「裁判所が同一の訴訟において同様の法律上事実上の状態に対し異る結論に到達することは考えられない」（傍点筆者）と言つておられるのはその代表と言える）。当然のことと見ているために、何故そうなるのかの説明は嘗て行われたタメシがないが、実は請求ごとに別箇の手続単位が成立している。別箇の手続単位は相互に独立であるから、たとえそれが併合されても、必ずしも当然には判決の合一は保障されない筈なのである。だが、反訴で判決の合一が保障されないとすれば、それは却つて奇矯であろう。どうしてそれが奇矯なのか。同一行為主体に矛盾した行為を許すわけには行かないからであろう。これは行為効に他ならない。もともとはXも、Yも、裁判所も、請求ごとに異なる行為に出るということを許されていない。手続が切離されている間は手続独立の原則がこれを蔽つてその道理が隠れるだけであるから、たとえ手続単位は別箇でも、現実の手続は一つにされて、行為主体の単一性・同一性が露呈すれば、再び本来の道理が顕現して、X・Y・裁判所は矛盾行為を許されず、従つて、判決の合一が招来されることになるのである。

更に一例をあげれば、いわゆる**証明効**に言及することもできよう。債権者債務者間に尸行を求める訴が係属中、債務者の保証人がこの訴訟に補助参加をなしうることは、学説上争がない（有斐閣大学双書民事訴訟法講義五三七頁はこれを「従来から好んで引用される」「典型例」とする）。たしかに債務者が負ければ保証人は債権者から訴えられる可能性はあるが、債権者保証人間の後の訴訟で保証人はひとりただ保証契約のみを争いうるだけではなく、主債務の存在をも争いうるのであるから、これだけでは、まだ、保証人が訴訟の結果について利害関係をもつ（民訴六四）とは言えない。にも拘らず学説が一致してこの場合の保証人を訴訟の結果について利害関係を有する者と認めて補助参加を許すのは、前の訴訟の判決が後の訴訟で証拠として持出されると、これは極めて有力に作用し、保証人が後の訴訟で主債務の不存在を証明することが著しく困難になるためであ

る、とされている（兼子『体系』四四五項2ロBの「判決がその地位の決定に参考となるおそれがあれば」第三者は補助参加しうる（傍点筆者）という記述が既にこの意味でしかありえないものであつたばかりでなく、これを起点として昨今とみに分立して紛糾を極める補助参加利益に関する諸学説も、こと挙例に関するかぎり、異なるのは説明の仕方だけで、指摘の対象は一致している）。これがいわゆる証明効で、判決には一般にこうした証明効があることは慥かである。だが、前後両訴訟の間には、手続独立の原則が作用しはしないか。その結果、後の訴訟では、少くとも前の訴訟の結果や資料、とりわけ既に訴訟があり判決があつたという事実は、援用や主張があつても、ことさらにこれを排除し、独自の資料と独自の心証に基づいてのみ判決を形成すべきだ、ということに、どうしてならないのであろうか。そうはならないで証明効が作用するのは、同じく裁判所の判断である以上、既存の判断が知られているところで、異なつた判断を構成することが、許されないからに他あるまい。これは、すなわち行為効であるから、いわゆる証明効もまた行為効に基礎づけられてのみ存在するのである。然るに、昨今そのいわゆる証明効の議論を纏められた論者（山木戸「判決の証明効」民商七八巻臨時増刊(3)二一七頁以下）が、却つて行為効の理論を否定し、行為効を認めることは裁判官独立の原則に反するとこれを攻撃しておられる（同二二九頁註(3)）のは、筋の通らないことだと言わなければならない。もし行為効が裁判官独立の原則に反するなら、証明効は一そう強くこれに反することになろう。行為効を否定したうえでの証明効は前後両訴訟の裁判官が〝別人〟であることを前提としなければならないが、裁判官独立の原則は、後の訴訟の裁判官に対し、同じ仕事に携つた〝別人〟の行動軌跡だけは、意識的に排除することを、要求するからである。かくて、証明効は逆にむしろ行為効によつて基礎づけられるのであり、裁判官独立の原則は、裁判官が〝別人〟の行為によつて拘束されることを禁じこそはすれ、裁判官が〝自己〟の行為によつて拘束されることとは関係を持たないから、行為効が裁判官独立の原則に反することもないのである。

以上は、勿論、前後両訴訟の裁判官を、〝別人〟ではなしに、同一・一箇の行為主体と認めうることを、前提とする。た

しかに、事実上は、前後両訴訟の裁判官は、通常、別人であろう。そこで、法律上も、既判力のような特別の拘束を除いては、援用のないかぎり、後の裁判官が前の裁判官に拘束されるということはない。だが、前後両訴訟の裁判官が〝別人〟であるのは、裁判官相互の関係においての話で、事実上は別人の裁判官、事実上は別箇の裁判所も、訴訟当事者に対し、国民に対する関係では、法律上、同一・一箇である。この道理は、合議体裁判所が、構成裁判官相互の関係では慥かに独立でありながら、合議体としては不可分の一体をなすという関係にはじまり、人が、同一法律問題に関する五〇の裁判所の五〇の異なつた所見を、独立が保たれていて洵に結構とは言わず、却つて必ず判例の統一を求めるという関係に至るまで、随所に顕現しているのを認めることができる。そこで、前の訴訟・結果もしくは資料の全部もしくは一部が後の訴訟で援用せられ、その限度で手続独立の原則が解除せられると、解除せられた限りで裁判官の同一行為主体性が回復せられ、後訴裁判官は理由のない矛盾反覆を許されないようになるのである。もともと、私人の側からみれば、裁判官が誰であり、どこの裁判所が裁判に当るかは、どうでもよいことで、いずれの裁判官も、どこの裁判所も、過去・現在・未来のすべての裁判所・裁判官が、ただ裁判所すなわち国家という一つの主体として行為するものであることが、忘れられてはならない。

三

無意識には行われている行為効を、素直に肯定して、自覚的に運用することは、さまざまな問題の理解を助け、多くの問題の解決に資するであろう。

例えば、それは、**既判力制度**の問題の所在を教える。既判力とは確定判決の行う不可争不可反の絶対的な強制であつたろう（序説）。実は、理由のないかぎり、後の裁判所が前の裁判所のそれと矛盾した判決を下すことは、既判力をまつまでもなく、行為効によつて、当然に許されないことなのである。後の訴訟では同じ当事者が前とは異なつた主張立証をしたという

場合は、裁判所は異なつた判断を下す理由をもつことになるが、当事者の方も理由のないかぎり前と異なつた主張立証はできないのであるから、裁判所が異なつた判断をしてもよいという場合は、行為効上、そんなに多いものではない。その少数の場合にでも異なつた判断をなしうるという可能性が紛争を終熄させないことになつて困るのだというのが既判力制度の必要な所以であるから、そうした必要に応じて既判力という制度を作つてよい根拠は、理由のある反覆・矛盾を裁判所にも当事者にも禁じうる要請は一たい何か、という問題として考えられなければならない。法的安定の必要ということだけでは何事も説明したことにはならないのである（これが第五章の課題）。

ということは、また、**判決理由中の判断の拘束力**の問題もまた、既判力の問題との連続性を保ちながら、これを考えることができるということである。既判力の既判力たる特質は、前段にみたように不可争不可反の効力たる点にあるのではなくして、理由のある反覆・矛盾をも許さぬ絶対的な強制たる点にあるのであるから、判決理由中の判断に理由のない反覆・矛盾はこれを許さないという効力を認めることは、少しも既判力を主文の判断に限定する建前と矛盾しない。むしろ、行為効が主文判断という行為に限定される理由はないから、これによつて、判決理由中の判断もまた、理由のない反覆・矛盾はこれを禁止する効力によつて伴われていると見なければならない。それは、理由があれば解除される禁止である点で、既判力とは全く異なり、既判力が職権調査事項であるに対し、これは、後の訴訟の当事者によつて前の判決が援用されなければ、作用することもないのである。相似た趣旨は、周知のように、いわゆる争点効の論者によつて説かれており（新堂『民事訴訟法』四二五頁以下）、これは、一方において、広く共感を喚んでいるとともに、他方、適用要件の不明確を難じる批判も跡を絶たない。思うに、しかし、一つの理論に対して、その適用要件の不明確を衝くことは、批判として成立つことではあるまい。問題は、常に、ただ、その理論が、何を採り何を捨てようとする理論なのかという、理論が向けている顔の方向にあるもので、そうした方向を好ましいと見る者には要件の明確化に努める共同の義務があり、そうした方向を好ましくないと

する者にとつては何が要件かは無関係なことだからである（伊東「判決の争点効」実務民事訴訟講座二巻九三頁以下は要件の不明確に主力をおいた争点効批判ではないが、要件の不明確をも批判点の一つに挙げている点、改められるべきである）。いわゆる争点効理論の不当は、まさに、それが採ろうとし捨てようとする目標価値の設定にあるのであつて、言われるように、そこが天王山として当事者によつて真剣に争われ、裁判所もまた周到・慎重に審理を遂げた争点に関する判断であれば、拘束力を生じるのが至当だ、とする考え方では、どのように要件を設定しようと、一方では理由のある矛盾反覆が禁じられることを生じ、他方では理由のない矛盾反覆が温存されて残るのである。これでは、一面、個人の成長と表現とが害せられるとともに、他面、個人の責任は韜晦せしめられてしまう。併せて言えば、いわゆる争点効では、それが認められなければならない根拠が明かでなく、既判力制度との連続および相違も曖昧であろう。判決理由中の判断は、行為効としてのみ、これを肯定しうる限度で、拘束力を行うものと考えるべきである。

かく、既判力の問題、判決理由中の判断の問題と並べてくると、あたかも行為効が判決の効力としてのみ作用するかのように、誤解せられるかも知れない。そこで、もう一つ、判決の効力以外の場面から、行為効の効用を明かにする問題例を掲げよう。掲げることのできる問題は数多くあるが、ここでは、そのホンの一例として、**共同訴訟人間における証拠共通**の問題を採りあげて置きたい。

通常の共同訴訟では、主張は共通にならないが、証拠は共通に作用するというのが、判例・通説である（小山『民事訴訟法』三訂版四八八頁参照）。たとえば、XとY_1・Y_2との間の所有権確認請求訴訟で、Y_1 Y_2いずれもXの所有権取得原因を認めたうえ、Y_1が自己の再取得を主張し、Y_2はこれを主張しなかつた場合は、Y_1との関係でのみこの事実が斟酌せられ、Y_2との関係ではこの事実は斟酌せられない。それが共同訴訟人独立の原則（民訴六一）の趣旨であるが、偶々Y_1もY_2もともにY_1の再取得を主張してXが争い証拠調が行われる場合は、Y_2だけが証拠の方法を出してY_1が証拠方法を出さなくても、Y_2提出の証拠方

法の取調に基づいてY_1のためにもその再取得を認定してよいのであつて、そうでなければ共同訴訟というものを認める実益はないことになろうというわけである。

もともと、証拠共通の原則は、対立当事者間に妥当する法理として確立されたものであり（三ケ月『民事訴訟法』全集三九八頁も、証拠共通の原則は「相対立する当事者間」の問題で、共同訴訟における証拠のおのずからにして生じる共通を「証拠共通の原則と呼ぶのはこの言葉の本来の意味ではない」と言つておられる）、たとえば甲乙間の所有権確認請求訴訟で甲の買得の主張が争われた場合に、甲は全く証拠の方法を提出せず、却つて乙が買得事実の不存在を証明するために証拠の方法を提出したものであつたとしても、この証拠方法を取調べて心証をえたときは、これに基づいて買得を認定してよく、また認定しなければならないということは、今日、全く争なく認められている（斎藤『概論』二八八頁参照）。だが、これは、甲乙間の手続が不可分の一つの手続たる場合であつて、通常の共同訴訟の場合は、XY_1間の手続とXY_2間の手続とはその間に手続独立の原則が作用しうる別箇の手続単位を構成しているのであるから、必ずしもこれを対立当事者間の場合と同一には論じえないのではないかとの疑問を生じる。そのため、通常の共同訴訟の場合は、証拠の共通を認める判例・通説に対して、疑問もおこされており、少くとも、ここでは、証拠の共通が証拠を提出しない共同訴訟人の不利益には働かないという歯止めをかけたうえでのみこれを認めるべきだ、というのが一部の有力な主張になつており（井上（治）前掲大学双書五二四頁）、有利不利を問わず証拠の共通を総じて否定する見解もある（三ケ月『民事訴訟法』弘文堂版二六三頁が「証拠調べは共通に行なわれ」る「その限りでは心証の形成が実際問題として共通になされることがある」と言つておられるのは、共同訴訟人の一人が証拠の方法を提出せず証拠調が共通には行われえない場合、少くとも相手方もまた証拠方法を出さない場合は、証拠の共通はありえない意になろう）。ほかに、逆に、通常の共同訴訟についてさえ、一定の限度では主張の共通を認め、そこから反転して証拠の共通を基礎づけようとする見解もあるが（新堂前掲四八〇頁）、混乱を避けるために、いま、この最後の点には立入らないことにする。いずれの立場を採ろうと

も、共同訴訟人の一人のために行われた証拠調の結果が他の共同訴訟人によつて援用せられれば、その共同訴訟人のためにも当該証拠調に基づいて事実の認定ができること当然で、これは証拠共通の問題ではない。

ところで、何故、通常の共同訴訟の場合に、証拠の共通が疑問とされるかといえば、Y_2はそれぞれに、証拠の方法を提出するかしないかの自由を有する筈で、その自由が侵害されると考えられるために他あるまい。だが、それなら、対立当事者間における証拠の共通が既に疑問とされなければ筋が通らない。甲にも乙にもそれぞれに証拠方法を出すか出さないかの自由があり、それがそれぞれに尊重せられるべきものなら、甲の運命は甲の出した証拠だけで決まり、乙の運命は乙の出した証拠だけで決まらなければならないからである。

そもそも、対立当事者間で、定説も承認するように、証拠の共通が認められなければならないのは、一たい何に基づくか。それは、第一に、証拠の独立が不可能だからではない。不存在を証明するための証拠からは却つて存在の心証が形成され、存在の挙証責任を負う当事者は何も証拠を出していない場合は、挙証責任に従つて事実を認定すればよく、練達の裁判官にとつては事実上に形成せられた心証を棚上げにすることも可能な操作だからである。また、第二に、証拠を独立として扱うことが、必ずしも不合理と決まつているわけのものでもない。それは弁論主義というものをどう理解するかに係ることで、もしこれを人が自分の褌で相撲をとることを要求する建前とみるなら、証拠は独立の方が却つて合理的である。そうではなしに、証拠の共通が合理的でありうるのは、弁論主義が説得の原理であることに基づく。説得とは、自分の褌で相撲をとるということではなく、裁判所および相手方当事者の行為をも含め、その場に顕れている一切の資料を前提として、自分がこれを超える、ということであり、主張の共通も既にこれに基づくのである。主張だけでは相手方を説得することができず証拠調を余儀なくせられた当事者は、自分の持出す証拠方法が産み出す自分に不利益な資料をも超えなければならず、相手方の持出す証拠方法から自己に利益な資料が産み出されることによつてその説得を進めることもできるのであるから、

弁論主義が証拠の共通を妨げることはなく、そのため、ここに自由心証主義が作用することが、合理的でありうる、に他ならない（伊東『弁論主義』一七二頁以下）。進んで、何故、ここで自由心証主義が作用し、証拠が共通にならなければ不合理なのか、と問えば、裁判所が一つであり、両当事者に共通して要証事実が一つだという事実が、浮かび上がつてくるであろう。要証事実が両当事者に共通しており、従つてそのそれぞれについて当該事実の認定を二、三にすべき理由をもたないとき、一つの裁判所が一つの要証事実の認定を二、三にすることは許されない。それが証拠共通の根拠であり、一つの行為主体としての裁判所が理由なしに同一事実の認定を区々にするという矛盾行為に出ることは許されない、というのは、行為効であるから、対立当事者間の証拠共通も窮極には行為効に基づくのである。

そうであるとすれば、通常の共同訴訟における共同訴訟人間にも、証拠は共通にならなければなるまい。認定主体としての裁判所の同一性と、認定対象としての要証事実の共通・同一は、この場合にも、全く同様に、存在するのだからである。勿論、X Y_1間の訴訟と、X Y_2間の訴訟とは、別箇の手続単位を構成し、その間には手続独立の原則が作用する。Y_1はXを説得すべきものでY_2を説得する必要はなく、Y_2もまたXを説得すべきものでY_1を説得する必要はないのであるから、Y_1 Y_2間に主張の共通は行われない。もし二つの手続単位が現実にも切離された別箇の手続であるときは、証拠の共通も行われないが、主張の共通と証拠の共通との間には、両手続単位が併合されてもY_1とY_2とが別の人格であるという事実は動かないに反して、両手続単位が併合されると事実認定の主体と対象とは共通・同一になる、という相違がある。別箇の手続で同じ事実が認定の対象とされている場合は、実は行為主体と行為内容が同じで行為効の作用すべき場面が、手続独立の原則のゆえに、一おう退いているのに過ぎない。さればこそ、手続が切離されたままでも、一方における認定が他方に援用せられれば、他方の裁判所は理由なしには異なる認定ができなくなるのであつて、況や、手続が併合されて、現実に認定主体も認定対象も一つになつた場合に、そこに手続独立の原則が作用すべき根拠はない。たしかに、Y_2提出の証拠方法は、Y_1にとつて、自分

が提出した証拠の方法でも、相手方が提出した証拠の方法でもないが、要証事実を要証事実たらしめたのは自分であるから、説得の成否を客観に委ねたY1は、顕れた一切の資料を超ええなければならない者として、その結果の有利たると不利たるとを問わず、Y2提出の証拠方法に基づく証拠調の結果を、弁論の全趣旨同様、要証事実認定の資料とされても、少しも可笑しくはないのである。残るところは、Y2提出の証拠からY1が不利益を蒙るおそれがあるときに、Y1としてこれを防衛する手段があるか、という点だが、Y2提出の証拠方法のみを取調べる場合でも、要証事実がY1についても共通なかぎり、証拠調の期日および場所をY1に告知して、これを適式に呼出し、弁論は勿論、共通の期日における証拠調という審理方式が厳格に遵守されるかぎり、格別の保障の必要な理由はない。こうして、通常の共同訴訟の共同訴訟人間においても、単なる〃おのずからの結果〃としての認定の合一ではなく、対立当事者におけると同様、法則としての証拠共通が行われる、と解することができるのであつて、その根拠も、従つてその性質もまた、対立当事者間における証拠共通の原則と全く同一である。

四

このようなものとしての行為効が、手続である以上、どのような手続にも、不可避的に随伴すると、考えられなければならない。訴訟もまた手続であるから、行為効を避けられえない前提的制約として持つのである。

勿論、行為効の〃理論〃が、なお解明すべきものを多く抱えこんだ未完成の理論であることは、率直に認めなければならない。取りわけ、その適用の要件が明確でなく、行為効が反覆・矛盾を禁止する場合と、理由のある反覆・矛盾であるとして禁止が解除せられる場合との、識別が困難に見える点で、人の不満を喚ぶであろう。だが、適用要件の不明確は〃理論〃を非難する決め手にはなりえないこと、既述のとおりであるのみならず、本講では、従来とは異なり、矛盾については〃個人成長上の必要〃を、反覆については〃自己表現上の不可避〃を、それぞれ基準として明示したのであるから、一歩だけの

前進は果たされているのである。行為主体の不可分裂ということを窮極の指標としながら、右の基準を次第に具体化していくことが、今後の課題として努められるべきことになろう。

因みに、反覆と矛盾とは、決して、二つの、別の事柄であるのではない。「同」を「異」とみる同じことが、内容を同じうすれば反覆と呼ばれ内容を同じうしなければ矛盾と呼ばれるにすぎない。合して、行為効とは、結局、人の営みのうえで同じ一つの事象が、異なる別の事象であるかのように扱われなければならないことは、慥かにある、それでも、「同じ一つの事象」はどこまでも「同じ一つの事象」に他ならない、ということを、言おうとするものに他ならないのである

（昭和五五年九月　稿）