

Title	石川明著 『民事法の諸問題』
Sub Title	Akira Ishikawa, "Ausgewählte Probleme des Zivil- und Zivilprozeßrechts"
Author	中山, 幸二(Nakayama, Koji)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1987
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.60, No.11 (1987. 11) ,p.132- 138
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=AN00224504-19871128-0132

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.

監視すべき動きが生じ巡察使が設けられた経緯を明らかにしている。稲葉光彦「明治二十三年・窮民救助法案考」は、窮民救助法の提出をめぐる諸勢力の動きを明らかにして興味深い。いずれも、日本の近代法成立期を知るための重要な研究である。

長谷山彰「現代中国相統制度の変貌」は、現代の中国の相統法のヨーロッパ法的近代性にもとづく面と、中国の伝統的な家族共産制にもとづく面とを明らかにして興味深い。

以上紹介した諸論文をつうじて日本法制史のいくつもの側面が明らかに、さらに日本人と法とのかわりもつかえたことを喜びたい。

（慶應通信、一九八七年、A5、四七〇頁）

武光 誠

石川 明 著

『民事法の諸問題』

一 本書は、著者が昭和四七年から六一年までに折にふれて法律雑誌に書き留めてきた小論をまとめたものである。九五項目の論稿が発表年代順に収録されており、その表題をいくつか示すならば、「権利意識」、「在野法曹の質的向上」、「親企業の倒産と下請企業の下請債権」、「監護権者の決定基準について」、「取立訴訟と執行債権」、「一部請求と残額請求」、「処分権主義と憲法」、「信義則、事情変更の原則と不安の抗弁」、「違憲法令審査権に関する若干の考察」等があり、これらの表題からも明らかかなように、民事手続法、民法、憲法、司法制度論、さらには法学の一般の問題等極めて多岐の分野にわたる問題が論じられている。著者は、周知のように、主として民事訴訟法、民事執行法、破産法の分野で精力的に活躍されている研究者であるが、その学問的関心が幅広いことでも知られ、本書の内容もそれを如実に物語っているといえよう。

本書に収録された論稿は、平均して五―六頁の比較的短いものであるが、いずれも問題の所在を的確に示しており、さらに新たな問題を提起するものや、学説を詳細に分析し新たな解釈

論を提示するものも少なくない。ここでは、そのすべてを紹介することはできないので、特に筆者の注目を惹いたいくつかの論稿を紹介するに留めたい。

二 「in dubio pro libertate」について」では、民事訴訟において当事者の自由意思がどこまで尊重されるかを問う。表題のラテン語は、刑事訴訟法上の基本命題「疑わしきは被告人の利益に」(in dubio pro reo)になぞらえ、「疑わしきは自由のために」という命題をかかげたものであり、西ドイツのシュロッサーはこの命題を基に、民事訴訟において当事者の自由意思を最大限尊重しようとする訴訟契約論を展開している。著者は、右の命題が訴訟契約論以外の民事訴訟法上の基本問題にも適用されうるとし、訴訟物の特定の問題と当事者の確定の問題を検討している。ここでの著者の問題意識は、次のように述べられている。「自由主義的・個人主義的民事訴訟法学にあっては、制度的利益と当事者の意思の自由を何処で調和させるのが本質的なのだろうか。明らかに制度的利益(公的利益)が凌駕しないかぎり、個人の意思の自由を最大限に尊重して、そのかぎりで個人に責任を負担させるのが正しいのではないであろうか」。

訴訟物特定の問題では、右の命題を基に著者は従来の議論には見られない新たな視点を提示する。訴訟物理論については新旧両説の対立があり、さらに新実体法説が提唱されているが、これまでの学説の対立はつまるところ制度的に訴訟物をグロ

バルに捉えるか否かの点をめぐる対立である。この点に関し、著者は、「がんらい訴訟物をどの範囲においてグロバルに捉えて提起するかという問題は、原告が決めるべき問題」ではないかとし、「原告がグロバルに捉えるのであれば訴訟物はグロバルなものになるし、個別化して捉えるなら個別的なものになる。その範囲は制度的に決まるものではなく、当事者の意思にかかる」として、原告の意思により、一個の訴訟物の範囲が広くもなりうることを認めようとしている。したがって、いわゆる請求権競合の場合には、個別の訴訟ごとに訴訟物すなわち審理対象および判決対象が決定されることになる。つまり、「訴訟物理論を新説か旧説かいずれかに決めてしまうのではなく、新説的特定をなすか、旧説的特定をなすかは原告の意思に委ねるべき」であるというのである。著者によれば、新説が訴訟物をグロバルに捉える必要性の根拠として掲げる「紛争解決の一挙本性という要請も、訴訟物の特定に関する原告の自由意思を否定する程にこれを凌駕しているとは考えない」のである。この見解は、紛争の一回的解決という制度的要請よりも、原告の意思を尊重して訴訟物の細分を認め、それゆえ同一の給付を目的とする複数の訴訟を許容する点では新説および新実体法説とは明らかに立場を異にするが、逆にまた原告の意思によるグロバルな訴訟物の特定も認め、実体法上数個の請求権を生ずる場合に訴えの併合でなく一個の訴訟物を指定しうる点で、旧説とも異なる。この見解のメリットとしては、旧説の難点と

される選択的併合の理論を不要とし、他方で、新説による失権の拡大の危険から原告を保護できるといった点が考えられるであろう。おそらく基本的には旧説をベースにした理論構成になると思われるが、実体法上の請求権の個数と訴訟上の請求の個数とが必ずしも一致しない点を原告の意思の自由をテコにどのように説明するのか、また、原告の意思がいずれとも明示されていない場合どう扱うか、特に訴訟指揮はどうあるべきか、さらには、被告の利益はどのように保護されるのか、等々の問題についても今後詳細な検討がなされることが期待される。

当事者の確定の問題についても、著者は当事者の意思を最大限尊重すべきことを説く。この問題については、著者はかねてより併用説を主張しており、まず原告の確定については原告の行動を、被告の確定については第一に原告の意思、第二に適格第三に訴状の表示を基準とすべきだとする。原告の意思を最優先するのである。ここでも、通説とされる表示説の背後にある手続の安定と画一的処理といった手続上の公益としても、原告の意思を排斥するほどに凌駕するものではない、と論じる。

このように民事手続上当事者の意思をできるだけ尊重しようという著者のモチーフは、本書の他の項目でも随所に表現されている。たとえば、「債務者の承諾による動産の差押禁止の解除」では、債務者の意思を尊重する立場から、現行法上明文の根拠がなくなつたにもかかわらず、債務者の承諾による差押禁止の解除を認める、との見解を表明している。民事執行法では、

差押禁止動産でも裁判所の判断により差押えが許されることになつたが（二三条）、この規定によつて債務者の承諾による解除の必要性は排除されないという。その基本的理由は、「個人主義社会においては、裁判所の後見的介入も必要最小限にとどめるのが原則である」からとされ、「差押禁止の解除も、特段の不都合が生じないかぎり、債務者個人の責任においてなすべきものであり、裁判所の後見的介入を仰ぐべきものではない」と述べる。ただし、この見解によつた場合、弱い立場にある債務者が債権者から事実上の圧力を受けて承諾を迫られることはないか、あるとしたら実務上どのようにチェックすべきかが課題となる。

三 「民事執行法一八四条の公信的効果」は、執行手続における債務名義の意義という執行法上の基本問題とも関連する重要な問題を取り上げ、右条文の新たな解釈論の可能性を示唆しており、その理論的展開が期待される論稿である。不動産の強制競売においては、債務名義を前提とするため、売却手続の完了後は買受人の所有権取得を争うことはできないと解されるが、不動産競売は債務名義によらないでなされるため、旧競売法の下では、抵当権または被担保債権の不存在・消滅の場合には、競売手続が完結しても競売は実体上無効で、競売人は所有権を有効に取得できないと解するのが通説・判例であった。これに對して、民事執行法は、債務名義を不要とする立場を踏襲しつ

つも、その一八四条で「代金の納付による買受人の不動産の取得は、担保権の不存在または消滅により妨げられない」と規定し、競売に公信の効果を与えている。問題はその根拠と射程である。右の規定の制定に大きな影響を与えた有力説によれば、強制競売の場合に執行債権が不存在でも競売人の所有権取得が妨げられないのは、債務名義に依存するのではなく、債務者の利益と競売人の利益との比較衡量による、とされる。債務者は債務名義の成立に関与し、執行手続の過程でも執行を阻止する種々の機会を保障されているのに対し、競売人は裁判所の手続を信頼するほかに地位にあるのだから、競売人を保護し、あわせて競売への信頼を確保すべきである、というのである。かかる観点から、債務名義のない不動産競売でも、所有者に相応の手続保障を与えれば、競売人を保護することができる、と説くのである。著者は、右の有力説の「真意は、競売人の利益を尊重するとはいっても、実はそれを通して同時に競売制度の信用を高めるといふ手続的な利益の保持にあるのではないか」とし、「かような手続的利益のために……手続法が実体関係に踏み込んでそれを変更することがあってよいのであろうか」と問題を指摘し、「手続法はできるだけ正確に実体法を実現すべきものであるから、手続法上の必要から実体法に修正を加えることはなるべく避けるべきであり、その必要があるときでも修正は必要最小限にとどめられなければならない」という実体法と手続法の関係についての基本的姿勢を明らかにしている。そし

て、「執行法における形式主義との関係からみて、執行の手続的適法・違法の判断が実質的判断を基準とすべきではない」との見解を強調する。その結果、債務名義を前提としない担保執行にあっては、担保権が不存在のときは所有者は所有権を失わないのが原則であって、例外的に所有者が不服申立ての機会をもちながらそれをしなかったことが手続上著しく信義則に反するような場合に限り、一八四条の公信の効果認めるとどめるべきだとするのである。ここでは一八四条の存在意義が極めて限定されている点が注目される。

著者はさらに、同条が担保権の実行手続の違法性に関する立証責任を所有者に課した、とする解釈の可能性も提示している。すなわち、担保権実行手続が債務名義を必要としない以上、担保権の不存在は当該手続を違法にし、競売による買受人の所有権取得は認められないという建前を崩すことはできない、そこで、一八四条の存在意義が出てくるとし、同条により、買受人が所有権を有効に取得したこと、すなわち、担保権の存在を前提にした手続の適法性が法律上推定され、その結果、担保権不存在は手続の違法性による所有権取得の否定の証明責任が所有者側に課せられる、したがって、買受人は担保権の存在の証明責任を負わない、という構成もとりうるというのである。

いずれにせよ、著者は、民事執行法一八四条による買受人の所有権取得については相当の制限的解釈が必要である、との基

本的態度を表明しているのであるが、その出発点となっている、手続法は実体法をできるだけ忠実に実現しなければならぬという観念に対して、近時、有力な反論が提起されていることを指摘しておこう。すなわち、手続は権利の構成要素そのものであって、実現のためにどのような手続が用意されているかということも含めて、権利者の実体的地位も決まる、とする基本的な問題提起である。この点も再検討した上で、右の新たな解釈論を本格的に展開されることを期待したい。

四 訴訟上の和解は、著者が年来追求している研究テーマの一つである。著者はこれまでに和解に関する多くの論文を発表しており、それらは『訴訟上の和解の研究』（昭和四一年）、『訴訟行為の研究』（昭和四六年）、『民事調停と訴訟上の和解』（昭和四四年）にまとめられている。本書でも、訴訟上の和解に関する論稿が一二項目収録されている。従来の訴訟上の和解をめぐる議論はその法的性質論が中心であったが、本書では多様な角度から訴訟上の和解が論じられている点が注目される。たとえば、紛争解決方式としての訴訟と和解と調停の相互補完的機能を重視した事件処理の方法、和解の権利保護機能の分析、和解裁判官と訴訟裁判官の役割衝突、和解における裁判官の実体法的拘束と訴訟法的拘束、和解の解釈原理、和解調書の執行力の問題等が論じられている。特に本書で著者が強調しているのは、訴訟上の和解をするタイミングとして、双方の主張が出そろう

た段階と証拠調べが一通り終了した段階の二つの時期があり、第一の段階では当事者主導型の和解でなければならず、これに対して第二の段階では裁判所主導型の和解をすすめるべきである、とする点である。従来ほとんど論じられていない問題が多く、今後の訴訟上の和解論の深化に有益な素材を提供するであろう。

五 公害訴訟や製造物責任訴訟等のいわゆる現代型訴訟に関する司法のあり方についても、著者は重大な関心を示しており、本書でも繰り返しこの問題を取り上げている。「集団的損害賠償訴訟における損害の類型化」では類型化の必要性和その基準この点に関する主張・立証責任の所在が示され、「包括一律請求について」では包括一律請求の許容性と限界が検討されている。また、「裁判と法的安定性」では判例法形成の条件と限界を論じ、「裁判所が立法や行政をリードして法の発展についてパイオニア的役割を果たせるのは、あくまでも裁判所が展開する判例理論が行為時においてすでに国民の間に定着した法的確信になっている場合に限るべき」であると強調し、「被害者救済と不法行為責任」では、公害訴訟や薬害訴訟等の一連の裁判において「まず deep pocket を持つ者をその周辺に探して、現行法の理論構成上多少の無理はしても、この者に法的責任を帰せしめることによって被害者救済をはからうとする傾向がなきにしも非ず」と指摘して、被害者救済の理念が先走りして現

行法の解釈論の枠をはずれることを厳に戒める。特にカネミ油症事件についてはいくつもの論稿で取り上げ、一連の判決を詳細に分析して、鐘淵化学工業のPCBの毒性に関する警告義務違反の認定、および警告義務違反と油症の発生との因果関係の認定に対して徹底的な批判を加えている。著者は、一連の論稿において立法論と解釈論の峻別および産業社会における信頼の原則を強調しており、「これらの判決は、被害者救済に急なあまり、分業生産経済社会体制の基本的崩壊をもたらす」と警告する。公害・被害訴訟においては被害の甚大さが目立っただけに、被害者救済の要請が絶対化されがちであるが、時流に流されず頑ななまでに司法本来のあり方を説く著者の主張には、冷静に耳を傾けるべき着実な論理が示されている。

六 このほか、法制度・法理論の背景をなす社会事情や国民性に目を向けた論稿も多い。たとえば、冒頭に収録された「権利意識」では、ドイツ人の権利意識の高さから説き起こし、ドイツ民事訴訟法上の金銭執行における財産開示制度も、そのような国民の権利意識を背景にしている、と指摘する。また、「有体動産執行のこと」では、わが国において主として間接強制的機能しかもたなくなった動産執行が、ドイツにおいて依然としてその本来の機能を果たしているのは何故かを問い、その理由の一つとして、日本人とドイツ人の道具・家具に対する感覚の違い、過去への拘泥期間の違いを指摘する。さらに、「職権

主義の強化とその背景」では、一九七七年のドイツ民事訴訟法の改正が裁判所の解明義務を大幅に強化した点に関し、弁護士の本質の一般的低下現象がその一因をなしている可能性を指摘し、西ドイツの法学教育および司法試験制度との関連を取り上げている。あるいはまた、「個人主義・遵法精神と信頼の原則」の中で、民事訴訟における訴訟物論の対立に触れ、「ドイツのよう」に一般的にいつて裁判所に対する親近感・信頼感があるところを提唱された新訴訟物理論を、多数の信頼すべき裁判官をかかえながら、親近感が必ずしも十分とはいえず且つ裁判権を含む国家権力に対して制度論として絶対的信頼をおかない傾向のある我が国に、そのまま導入できるか否かなり疑問である」と述べる。一国民の国民性あるいは権利意識といったものをどのように規定するか、またそれがどこまで一般化できるか検討の余地もあろうが、右にみたような視点は、一國の法制度のあり方を考える上で不可欠の視点であろう。

七 以上、紹介した論稿は全体のごく一部にすぎないが、これらの例からも明らかにように、本書には著者の実に幅広い関心が示されている。著者は常にバランス感覚に富む法解釈論を展開されるが、本書においてその源泉を窺知することができよう。本書の論述の対象は、前述のように極めて多岐にわたるが、著者が本書において一貫して主張する基本的立場をあえて指摘するならば、個人主義を基調とした、個人の自由意思を最大限尊

重しようとする立場ということができよう。そのような基本的立場に基づき、右にみたような民事実体法および民事手続法上の重要な問題提起や新たな解釈論の試みが、ふんだんに比較的短い文章の中に凝縮されている。著者自身が「はしがき」で述べておられるように、それらが将来本格的論文へと発展させられることを切に期待したい。

（一粒社・B6判・四六四頁・一九八七年）

中山 幸二