

Title	訴権について
Sub Title	Über das Klagerecht
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2004
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.77, No.12 (2004. 12) ,p.347- 396
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	根岸毅教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20041228-0347">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20041228-0347</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.

# 訴権について

坂 原 正 夫

訴権について

- 一 はじめに
  - 1 根岸毅教授からの示唆
  - 2 問題の限定と本稿の構成
- 二 問題の提起
  - 1 訴権論の現状
    - ① 本裁判決請求権説の君臨
    - ② 訴権論の空洞化現象
    - ③ 訴権否定説の勝利の行進
  - 2 本裁判決請求権説の問題点
  - 3 訴権の空洞化現象と訴権否定説の問題点
  - 4 まとめ——新しい訴権論の模索
- 三 新たな訴権論の構築
  - 1 新たな訴権論に求められること
  - 2 訴権論構築の方法
- 四 従来の訴権論の問題点
  - ① 訴訟原則と訴権論との結合
  - ② 訴権論と結合させる訴訟原則
  - ③ 訴訟物に関する処分権主義の問題点
  - 4 判決内容形成関与権説の提唱
- 五 判決内容形成関与権説の検証
  - 1 司法行為請求権説との異同
  - 2 司法行為請求権説の問題点
  - 3 憲法三二条と民事訴訟制度の目的論
- 六 おわりに
  - 1 本稿の主張の要約
  - 2 残された問題

一 はじめに

1 根岸毅教授からの示唆

根岸毅教授は、本書に掲載された「民主主義の論理と価値」という論文において民主主義の定義について論じているが、教授の分析手法は、私にとって非常に興味あるものである。教授は、民主主義の定義について次のように述べている。

「そもそも、『民主主義』の定義は、定義者が『民主主義』というコトバでイメージする状態を記述したものである。この状態は、定義者が価値ありとしてその実現を求めるといふ性質をもっている。したがって、研究者が『理論的』と称して、社会通念を無視したり、それからかけ離れた形で行なったりする定義は、一般の人びとが『民主主義』の名の下にその実現を望む状態を否定して、その研究者が実現を望む状態を一般の人びとに押しつけることになる。

私はこれは理不尽な主張だと考える。なぜならば、私は、政治学が、『一般の人びとが望むものをいかにしてうまく実現するかを研究する』ことを任務とする型の学問の一つだと考えるからである。

この立場に立てば、一般の人びとが『民主主義』というコトバでイメージし、その実現を求めるといふ状態が『民主主義』の定義だということになる。しかし、この状態は複雑で多面的であり、一般の人びとはその一面のみに目を奪われることが多い。したがって、この状態について一般の人びともイメージは、その全体を正確に反映しているというよりは、自分が目を奪われた一面のみをイメージしている場合がふつうであり、それを直接記述することによって『民主主義』が一義的に特定できるとは考えにくい。したがって、その状態の全体像を明確に特定するためには、回りとどのようなが、【作業1】一般の人びとが『民主主義の実現に役立つ』と考える制度、仕組みを列挙し、【作業2】それらがその実現に共通して役立つ状態を特定し、その記述をもって『民主主義』の定義とするのが適当である。

この特定の作業は研究者が行なう。したがって、その過程で研究者の思考が重要な働きをする。しかし、政治学の任

務を上のように捉えれば、それは、社会通念を無視するのではなく、『社会通念に合わせる、それを精緻なものとするように』働く必要がある。研究者による『民主主義』の定義の作業は、この仕方での特定に役立つ限りで意義があると見える。」

根岸教授の見解に注目したのは、右の文章は民主主義の定義の仕方論じたものではあるが、平易な主張の中に学問や理論の在り方、研究者の役割等が説かれており、それが従前の私自身の学問に対する姿勢に反省を迫るものであるからである。すなわち、教授の主張は研究者の心構えとして一般の人びとの目線に立つことが重要であると一般化することができると思うが、それは当然なことであるにもかかわらず、ともすれば忘れがちな視点である。「木を見て森を見ず」という言葉があるが、日頃、細かい議論に目を奪われている者にとっては教授の主張には新鮮な息吹が感じられ、教授の学問に対する姿勢は民事訴訟法学においても活かすべきであろうと思った。要するに、教授のここでの主張は一般の人びとの目線に立つことの重要性を指摘し、そのための方法論とその理論的な正当性を提示しているものと理解することができる。

根岸教授の主張をこのように理解するならば、民事訴訟法研究者としての私にとっては民主主義と民事訴訟法を論じることはなくて、一般の人びとの目線に立った民事訴訟法理論の構築が求められることになる。<sup>(1)</sup>それは民事訴訟制度の在り方について、利用者である国民の目線で見直すことであり、民事訴訟法学はそのような立場で構成されなければならないということである。

民事裁判制度において国民（原告）は国家（裁判所）に対していかなる権利を有するかという議論を担ってきた訴権論は、戦後は衰退し、今日ではほとんど議論されていない。しかも訴権論の代わりに訴権論の役割を担った制度目的論は、現在は紛争解決説が通説であり、この説によれば紛争の解決が重視されて個人の権利は必ずしも重視されていないのである。<sup>(2)</sup>したがって現時点においては、民事訴訟制度の利用者の立場で民事訴訟法理論を

構築しようとすることは、このような現状を批判的に分析することであり、それは研究者に求められている課題と言っても過言ではない。

このようなことから、本稿は訴権について考察して、前記の根岸教授の論文の一節を参考に新たな訴権論の構築を試みようとするものである。ところで根岸教授の前記文章に示唆を受けて、訴権論を考察しようとしたとき、通説に果敢に挑戦し、新たな訴権論として訴訟外動態訴権説を構築された伊東乾博士の次のような言葉が思い出される。<sup>(3)</sup>「国民、みんな、の中に、正義の意識が、生きて、躍動している事実を、忘れてはならない。それが法律の生命であり、それ以外に法律の効力の淵源のありえない道理を、銘肝して、忘却しないようにしなければならぬ」。このような認識が伊東博士の新たな訴権論構築の原動力になったのであろうが、根岸教授の主張を訴権論に移入するならば、このようなものになるのではないかと思う。<sup>(4)</sup>

## 2 問題の限定と本稿の構成

本稿は新たな訴権論の可能性を追求するものであり、訴権論を学説史的に考察するものでもなければ、既存の訴権論を網羅的に考察するものでもない。現時点で通説や多数説といわれる訴権論学説を取り上げ、その問題点を指摘してそれらの説に賛成できない理由を明らかにしたうえで、問題点を解消するための対案を提示するものである。具体的に言うならば、検討する主な学説は本案判決請求権説と訴権否定説である。主に参考とした文献は、日本の最近の体系書と注釈書である。日本に限定したのは、従来のドイツの議論は既に十分に紹介されており、<sup>(5)</sup>本稿でドイツの状況について言及することも、また原典に当たることと必要がないと思うからである。そもそもドイツでも最近ではほとんど訴権論は議論されておらず、本稿で新たに取り上げるべき文献を見ることができなかつたからでもある。<sup>(6)</sup>日本の最近の体系書や注釈書に限定したのは、現在の日本の民事訴訟法学の現状を

認識するためではあるが、現在では体系書や注釈書以外に訴権について記述している文献がないという事情もある。換言すれば、伊東博士は一九六九年に訴権論として訴訟外動態訴権説を説き、一九七一年に中田真之助<sup>(7)</sup>弁護士も新たな訴権説を示唆されたが、それ以降は新たな訴権学説を見ることができなかつたことである。

このような方法で訴権について考察するが、順序としては先ず訴権論の現状の分析が必要である(二)。ここでは訴権論が空洞化し衰退した原因が探求されなければならぬ。原因が突き止められたならば、訴権論を活性化するための方策を考え、新たな訴権論を構築する場合に求められるものは何かを考える。そして新たな訴権論において求められるものが抽出されたならば、次の段階としてはそれを基礎において、新たな訴権論の構築を目指す(三)。最後は、そのようにして得られた訴権論を検証してみる(四)。

(一) 日本の民事訴訟法学界においては、「民主主義と民事訴訟法」というテーマについて従来論じられたことはなかつたように思う。もともと新堂幸司博士は、民主主義国家における民事訴訟法理論について次のように述べている。「戦後、民事訴訟法理論における利用者の地位はすっかり変わったといわなければなりません。それは、たんなる恩恵の名宛人にすぎなかつた地位から、合理的なサービスを権利として要求する地位を獲得したといつてよいでしょう。このような民事訴訟法の背景を頭において考えますと、もろもろの社会制度や法律制度の変革とともに、民事訴訟法理論もまた、民主主義社会における民事裁判の権威の確立という新しい、しかも、難しい課題を背負わされることになつた、といわざるをえません」と述べている(「民事訴訟法理論はだれのためにあるか」新堂幸司『民事訴訟制度の役割』四二頁以下、有斐閣、一九九三年。初出は判例タイムズ二二二号で一九六八年)。そして注目すべきことは、次のように訴権論の復権を説いていることである。「利用者の立場をつねに思い起こさせるために、訴訟制度とそれの利用者の関係を利用者の権利と構成する訴権学説——訴訟要件論に解消されようとしている訴権観念——をあらたに民事訴訟法理論の基礎に据えることが、あながち無意味ではないように思われます」(四一頁)。

ところでドイツでは民主主義と民事訴訟法というテーマで論争がなされたようである。山本弘教授はドイツでの

パブロスキーとヘンケルの論争を詳しく紹介している(「権利保護の利益概念の研究(二)」法学協会雑誌一〇六卷三号四一〇頁以下、一九八九年)。それによれば、パブロスキーは裁判において法が当事者によって自主的に形成されるのは民主主義であるといえると主張したのに対して、ヘンケルはそれは民主主義とは関係ないことであり、民主主義によって正統化できるものではないと反論している。その理由として、ヘンケルは民主主義とは裁判官の権威は国民に由来し、裁判官は国民に責任を有するということであると述べている。さらにヘンケルは裁判において重要なことは法の自主的な形成ではなく、裁判官が法に拘束されるということであると述べている。

なお根岸教授はかつて民主主義と法の解釈について、次のように述べている(「法解釈と政治」法学研究五九卷八号二八頁、一九八六年)。「民主主義の立場からいえば、公正の意味がなんであれ、法の意味内容の確定——裁判所の判断は法の解釈を通じてこれを行なっているのだが——は、一般国民の意向に沿うものでなければならぬ。すでに明らかにしたように、これは、民主主義が憲法の基本原理であり、かつ、法解釈が立法者の意図という歴史的事実を説明する形で行なわれる場合にのみ実現される。ところで、法解釈が裁判官の手によってそのような形で行なわれるか否かは、裁判官の地位が独立であるか否かと論理的には一義的な関係にない。また、法解釈がこのような形で行なわれる限り、その活動に携わる人の数が少ないことは決して不都合ではない。これに対し、民主主義の憲法の下であっても、現代法学(自由法論)の方法によって法解釈が行なわれるならば、その活動に携わる者の数がいかに多くとも、裁判所の判断に国民が従わなければならない謂れはないことになる。」

(2) 民事訴訟制度の目的論の現状については、私は「民事訴訟制度の目的について」伊東乾教授喜寿記念『現時法学の理論と実践』一〇一頁以下(慶應義塾大学出版会、二〇〇〇年)で論じたことがある。その内容は現在でも通用すると思っている。

(3) 伊東乾「法律のふるさと」同『あれやこれや』一一六頁(伊東乾先生の選歴を祝う会刊行、一九八二年。初出は『三色旗』二八八号、一九七二年三月号)。

(4) 根岸教授の前掲注(1)の「法解釈と政治」という論文は、根岸教授が伊東乾博士の退職記念のために執筆されたものである。

(5) 例えば、山本弘「権利保護の利益概念の研究(一)(二)(三・完)」法学協会雑誌一〇六卷二号一五七頁以下、

三号三九六頁以下、九号一五四九頁以下（二九八九年）、海老原明夫「紛争解決と訴権論：その一・その二・その三」ジュリスト九五八号一〇頁以下、九六〇号一二頁以下、九六一号一四頁以下（二九〇年）、海老原明夫「公権としての権利保護請求権」法学協会雑誌一〇八巻一號一頁以下（二九九年）。

(6) ドイツにおいて訴権論が今日議論されていないことは、最新の大部な民事訴訟法の体系書である Rosenbergl/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Auflage, (2004), S. 16 における、関係する項目の参考文献欄を見れば明らかである。すなわち一九六〇年代に権利保護請求権説の復活を唱えた論稿が相次いで発表されたが、それ以降においては訴権論に関する論文は皆無ではないが、内容的にはほとんど注目されることのない数点を数えるだけである。このような状況からこの本の訴権関係の記述はほんのわずかであり、しかも従来訴権論を否定して憲法上の視点で考察がなされるべきであるとの主張である。斎藤秀夫博士は右の本の五版（一九六〇年）を引用して、ドイツの訴権論について司法行為請求権説が通説であると報じたが（後掲注35）七六頁、二〇〇四年に刊行されたこの最新の二六版においても、その状況に変化がないということの意味する。

なお右の本の著者でもあったシュヴァープは、権利保護請求権説の復活を唱えたポレやプロマイヤー等の論稿を取り上げ、右のような立場から厳しく批判している（カール・ハインツ・シュヴァープ（中務俊昌訳）「現代ドイツ民事訴訟法における権利保護請求権の再生」中田先生還暦記念『民事訴訟の理論（上）』三二一頁以下、有斐閣、一九六九年）。すなわち、彼は復活論に対して、権利保護請求権は貫徹できる権利なのか、権利保護請求権と訴訟物との関係はどうか、起訴可能や権利保護の必要は権利保護請求権の要件なのか等の疑問を投げ掛けている。この論文は年代的にみると古いが、右の体系書において見られるように、今日でも訴権論批判の論拠として引用されている。

(7) 本文で述べた伊東博士の訴訟外動態訴権説は、「本案判決請求権説批判」兼子一博士還暦記念「裁判法の諸問題上巻」二九五頁以下（有斐閣、一九六九年）において発表された訴権論である。ところでこの論稿に先立って伊東博士が自らの訴権学説を素描したものととして、「ひとつの履歴書」前掲注(3)『あれや これや』八一頁以下がある（初出は「三色旗」二二三号一―一九六六年三月号。なお初出には「訴権論おぼえ書き」という副題が付されている）。

なお中田真之助弁護士の見解は二の4で紹介するが、訴権とは権利保護請求権（勝訴判決請求権）と紛争解決請求権（本案判決請求権）の両側面を有する権利と解するものである（中田・後掲注(24)一一頁以下）。

## 二 問題の提起

新たな視点で訴権論を構築するということは、現状の訴権論に対する批判でもある。したがって先ず訴権をめぐる諸学説の状況を正確に認識し、そのうえでそれぞれの学説の有する問題点を指摘して批判する必要がある。なぜならば諸説の問題点を指摘することができなければ、それは結果的に現状の訴権学説を肯定することであり、それではわざわざ新たな視点で訴権を考える必要は感じられないからである。さらに現状を適確に批判することが重要なのは、それによって克服すべき問題点が浮彫りになって、現状を打破するための対案において強調すべき点が明確になるからである。

### 1 訴権論の現状

現在の訴権論が置かれている問題状況を知るために、過去に訴権論の現状について論じた代表的な論稿を参考にして、現時点での訴権論の特色を調べてみると、次のような項目にまとめることができる。すなわち、①本家判決請求権説の君臨、②訴権論の空洞化現象、③訴権否定説の勝利の行進、である。以下ではこれらの内容について説明し、現時点での訴権論の有する問題点を明らかにしたい。

#### ① 本家判決請求権説の君臨

訴権論の現状を知るためには、先ずいかなる訴権論を取り上げねばならないかということが問題になる。当然なことであるが、それは現時点での通説ないし最有力説の本家判決請求権説である。その理由は、梅善夫教授と梅本吉彦教授のそれぞれの学説展望に基づく。梅教授は訴権論の現状について、「学界の主流は、民事訴訟制度

を利用する権利としての訴権を否定はしない。訴権論そのものとしては、権利保護請求権説を批判し登場した、本案判決請求権説が支配的見解となり、その後、司法行為請求権説など種々の見解が主張されてきたが、なお、本案判決請求権説が、現在も有力な見解となっている」と述べている。<sup>(8)</sup> 梅本教授は訴権論の紛争解決請求権説について、「…訴権は、実質的にいえば国家に対する紛争解決請求権とする説である…。永く支配的な学説の地位を占めていて、現在でも通説といえる」と述べている。<sup>(9)</sup> なお梅教授は有力説は本案判決請求権説であると述べ、梅本教授は通説は紛争解決請求権説であると述べているが、本案判決請求権説と紛争解決請求権説とは同一の学説である。すなわち、単に学説の名称が異なるにすぎないが、かような違いが生じた原因はこの学説を提唱した兼子一博士の訴権学説の展開に起因する。すなわち博士は、「紛争解決請求権としての訴権は、訴訟法上の術語を用いれば、プライのいわゆる本案判決請求権に帰着する」と述べている。<sup>(10)</sup>

ところで伊東乾博士は訴権論の現状について、一九六四年の論稿の中で次のように述べている。<sup>(11)</sup>「戦前の学界では権利保護請求権説が君臨していた」。そして「本案判決請求権説はこれに挑戦して登場した当時の少数説であつたが、戦後は権利保護請求権説の凋落めざましく」、「訴権論の現状を一言にして尽くせば『いわゆる本案判決請求権説の定着』とこれを表現することができよう」。このことと、冒頭で紹介した現時点での通説が本案判決請求権説であるということとを結び付けて考えるならば、約四〇年間、訴権論においては本案判決請求権説が学界に君臨し、通説の変動がなかったということが出来る。しかし、それは本案判決請求権説が完成された学説であり、もはや異論を挟む余地は全くないというような完璧な学説であるということではない。本案判決請求権説が通説として長期にわたって君臨したという事実が存在する一方で、それとは裏腹に、他方では訴権論の空洞化が大きく進んだという事実と、訴権否定説が勝利の行進を行っているという事実もまた正しいのである。このことに注目しなければならない。

## ② 訴権論の空洞化現象

鈴木正裕博士は一九七三年の論稿において、「なぜか最近では訴権論においてもこの私権と訴訟、実体法と訴訟法の関係が論じられることがすくなく、いわば『斜陽に立つ』との感を深くしているのである」と述べられて、次のような二つの理由を挙げている。一つは、訴権を論じるとは兼子博士の圧倒的な業績（本案判決請求権説）への挑戦になるからである。もう一つは、訴権論は自然科学のように検証・実験が不可能な形而上的な問題であり、各自の民事訴訟法観を表明する場合に、訴権を経由しないで直接的に表明した方がより建設的な議論ができるといふ評価が学界に浸透しているためである。そして博士は現状のような訴権論のままでは、学界の精力はそれほど訴権論に注ぐべきではなく、むしろより具体的な訴訟構造・理論の構築に立ち向うべきであると説いている。

竹下守夫博士は一九八六年の注釈書において、「現在においては、訴権とは何か、それはいかなる内容の権利であり、いかなる要件の下に成立するか、を論ずることには、余り大きな関心が払われていないようにみえる」と述べられている<sup>(13)</sup>。そしてその原因の一つとして、「過去の訴権論の解釈論上の成果が、特定の訴権学説から切り離されて、とりわけ訴訟要件論の中に入られ、民法学の共有財産となってしまうこと」を挙げる。さらにより根本的な原因として、「訴権なる概念を論ずることが、立法論的ないし解釈論的にいかなる意味をもつか、別言すれば、現時における訴権論の課題は何か明らかでないためである」ことを挙げる。

このような訴権論の現状分析から見えてくるものは、訴権論の空洞化という現象である。訴権論の中核を占めていた訴権の要件論が訴訟要件論に取り込まれれば、訴権論を論じる実益が大幅に減少するから、訴権論が空洞化することはある意味では当然なことである。その意味で正に訴権論の空洞化ということは、不可避な現象といふべきかもしれない。そしてその原因として挙げられているものを詳細に見てみると、現時点でもその状況はほとんど変わっていない。換言すれば、現在も訴権論の空洞化現象は全く解消されていないということである。

③ 訴権否定説の勝利の行進

伊東博士は一九七九年の『民事訴訟法の争点〔初版〕』において、訴権論の現状について、「実質的には訴権否定説の全面勝利に似ているといえる」と分析され、本案判決請求権説が通説であるというこの意味について、次のように述べている。<sup>(14)</sup>「現在のわが国の訴権論としては、本案判決請求権説が支配説、訴権否定説がこれにっぐ有力説である。留意すべきはそれが訴権論に対する一般的な無関心のムードのなかで辛うじてそうだという点で、戦後の訴権論はおおむね華やかな制度目的論争の背後に押しやられてきたし、教科書・解説書のなかには訴権に触れないものさえも登場している」。伊東博士は先の論稿から一〇年後の一九八八年の『民事訴訟法の争点〔新版Ⅱ第二版〕』においては、「訴権論そのものを学界の論点から除こうとする大勢に変わりが無い」とされ、初版の内容を原則として維持された。<sup>(15)</sup>そして一〇年後の一九九八年の『民事訴訟法の争点〔第三版〕』においては、訴権論はテーマから外された。このことは、最近ではほとんど訴権論は議論されていまいことであるから、当然な措置である。すなわち、訴権について学界では新たな争点が形成されていまいことであり、その内実は伊東博士が言われるように、訴権に対する学界の無関心ということである。換言すれば訴権否定説の大勝利ということであろう。

2 本案判決請求権説の問題点

通説の本案判決請求権説はどこに問題があるのか。<sup>(16)</sup>第一に、訴権の権利としての内容が希薄であるという点である。すなわち、訴権論の空洞化現象と訴権否定説の勝利の行進が示しているように、訴権の内容が空虚な点が問題である。このことはある意味ではいたしかたのないことで、本案判決請求権説の宿命ともいえるものである。本案判決請求権説は権利保護請求権説に対して、権利の内容が過剰であるし、請求棄却判決でも訴権が満足させ

られる事実を説明できないと批判し、訴権の内容から実体的な色彩を払拭して、実体法と完全に決別した。このことは確かに説得力があり多くの支持者を得たが、結果的に訴権の内容が希薄になった。したがって実体法からの決別や権利の内容が希薄であるとの批判は、本案判決請求権説にとつてみれば心外であろう。

しかしながら、請求棄却判決でも本案判決であるから、原告の訴権は完全に履行されたのだという本案判決請求権説の説明には、一般国民の目からすると違和感が残るように思う。なぜならば、裁判を受ける権利が保障されていない時代ならともかく、裁判制度が整備され通常の事件で一般に裁判そのものが拒否されるということがない時代において、本案の裁判を受ける権利を有すると説かれても、一般人は権利者であるとの意識を有することはないと思うからである。そうであるならば、裁判を受けることができる権利を訴権としてわざわざ構成することはない。そもそも人は多くの場合、自己の権利の正当性を主張して訴えを提起するのであって、単に紛争の解決のためだけに訴えを提起するものではない。紛争の解決ということを強調するのであれば、何も訴訟である必要はない。裁判外紛争処理制度（ADR）があるからである。したがって訴権が単に紛争の解決を求める権利というものであれば、訴訟制度の有する法の判断という独自の機能を見失うことになるし、裁判外紛争処理制度（ADR）と訴訟との違いは説明できなくなる。このような考えに対しては反論があると思うが、訴権内容の希薄性が訴権否定説を誘発し、その勢力を増大させた原因になったということについては異論はないように思う。この認識は重要であると思う。

第二に、訴権構成の非効率性という点である。訴権が権利として内容が希薄であるにしても、それが民事訴訟制度の根幹をなすものであれば、それを訴権の内容として堅持することは十分に意味のあることである。すなわち、裁判所による恣意的な裁判の拒否を防止するために訴権は必要であり、本案判決を請求する権利は意味があるとする見解である。あるいは本案判決請求権説は抽象的訴権説を克服した権利保護請求権説を批判した学説で

あるから、権利性が濃厚である権利保護請求権説からみれば訴権内容は希薄であるが、抽象的訴権説から見れば十分であるということもいえる。正に権利の内容の希薄性に対する反論である。

しかし、それは本案判決を求める当事者の権利を訴権的に構成しなければ得られないのかというと、そうではない。<sup>(17)</sup> 制度目的論と訴えの利益論によって達成できるのであり、その方が簡単で分かりやすい。例えば、民事訴訟の制度目的論の中に当事者の主体性の尊重を組み込み、当事者の主体性の尊重は訴えの利益の有無の判断において重要な役割を演じると構成することである。あるいは制度目的論に組み込まなくても、訴えの利益の有無の判断基準として当事者の裁判を受ける権利の尊重を挙げて、訴えの利益を広く認めるという方法もある。つまり裁判所の裁判拒否を事後的に訴権の侵害と考えたり、あるいは訴権があるから裁判の拒否はできないと考えるのではなく、訴えについての審査の段階で、訴権概念を介在することなく当事者の主体性の尊重を理由に訴えの利益ありとして構成した方が、分かりやすいし効率的である。したがって、このことが訴権論の空洞化現象の増大に拍車を掛けたということもいえるであろう。

このように本案判決請求権説を見るならば、訴権の権利性を肯定した点は評価すべきであるが、権利としての内容の希薄性と構成の非効率性に問題があるということになる。したがって新たな訴権論に求められることは、権利としての内容を具体的に充実させることである。そして権利侵害に対しては、適切に迅速に対応できるものでなければならぬ。これこそが現在の訴権学説の最重要課題である。なお本案判決請求権説が通説として長期にわたって君臨した原因は、第一に、学界で訴権論を議論することがなくなったために、結果的に通説の地位を脅かされることがなくなつたからではないかと思う。第二には、本案判決請求権説による訴権の内容は十分ではないけれども、それは訴権否定説にとつても他の訴権肯定説にとつても、自説を脅かすものではなく、それほど問題視することもないとして、より厳しく批判することなく放置してしまつたからではないかと思う。

### 3 訴権の空洞化現象と訴権否定説の問題点

本案判決請求権説に問題があるにしても、訴権の空洞化現象や訴権否定説が肯定されることにはならない。学界も訴権論に対して無関心で冷淡ではあるが、訴権否定説を正面から主張している学者は多くない。本案判決請求権説が権利として内容がないと批判されつつも通説の地位にあるのは、訴権の権利性を多少とも肯定して、否定説に与するいわば一步手前で踏み止まっているからである。多くの学者が危惧するのは、訴権を否定した場合に、制度設営者の立場が強調されて利用者の立場が無視されることや、当事者側から裁判所を制御する方策がなくなることである。例えば、新堂幸司博士は、「利用者<sup>(17)</sup>を無視する解釈論なり立法論を克服するために、今後も、利用者の立場を第一義とした解釈・立法への指導標として訴権なる観念を用いる実益が残されているのではなからうか」と述べている(前掲注(17)二二五頁)。上田徹一郎教授は、「国民の受益権としての訴権の認められる要件としての訴権的利益の存在理由が認められよう」と説く<sup>(18)</sup>。梅本教授は、「当事者主義を基本原則とする構造にまったく反する理解であるのみならず、こうした発想を生み出す淵源に疑問を感じる」と批判する(前掲注(9)二九四頁)。このような制度利用者側からの疑念に対しては、訴権否定説は十分に答えていないように思う。

ところで三ヶ月章博士は訴権否定説を展開され、訴権肯定説の問題点として次のような方法的な誤りを指摘する<sup>(19)</sup>。「本案判決により紛争が実質的に解決されるという認識はあくまで正しいにしても、そうした客観的な制度目的を直ちに主観的利益の要素を本来帶有すべき私人の訴権の内容としてもちこむことには、抽象的訴権説の場合と同じ無理がひそむといわねばならない」。そしてそのうえで、本案判決請求権説を次のように批判する。「本案判決請求権説は敗訴してもお前の権利は守られたのだ、ということの意味する。これは私人の立場——訴権論は正にかかる地盤に立脚する——に立つときは甚だ不自然にひびくことは免れない。たとえ紛争解決請求権

と言いつ直しても同じである」。これは民事訴訟制度の目的を紛争解決に求めることと訴権論とが結合しないことを指摘したものであり、正に卓見である。しかしこの批判は、制度目的を紛争の解決に求めた場合には通用するが、民事訴訟制度の目的は単に紛争の解決ではないと考えるならば、妥当しない。すなわち、訴権肯定説の方法論的な問題は本案判決請求権説に対するものであつて、すべての訴権肯定説に妥当するものではない。<sup>(20)</sup>

要するに訴権否定説は、訴権の内容の空虚さと制度目的論との整合性の問題を指摘した点で評価すべきであるが、訴権論が有する機能、すなわち訴訟制度の利用者である私人が制度利用に当たつて、制度運営者たる裁判所に対して有する権利主張の可能性を否定した点が問題である。換言すれば、制度の利用者側からの制度運営者たる裁判所に対する規制原理や規制機能は、訴権の内容として訴権論に取り込まなければならぬのである。また三ヶ月博士は本案判決請求権説に対して、私人の立場から見ると不自然な面があると指摘したが、それ自体は正当な指摘であるにしても、それでもつて訴権肯定説を全面的に否定した点が問題である。<sup>(21)</sup>新しい訴権論はこの批判を克服するために、訴権の内容を常識に合わせる必要<sup>(22)</sup>がある。正に根岸教授が言われるように、訴権の内容は一般国民の目から見て納得のいくものでなければならぬということであるが、それは訴権の内容を充実させることに尽きると思う。

#### 4 まとめ——新しい訴権論の模索

現在の代表的な訴権に関する学説を概観したが、それによつて分かつたことは次のようなことである。第一に代表的な学説は、本案判決請求権説と訴権否定説であること(1)、第二に本案判決請求権説の問題点は、権利性が希薄であること(2)、第三に訴権否定説の問題点は、当事者が裁判所の判決について規制するという訴権の機能を無視したこと(3)、である。したがつて新しい訴権論に求められることを簡潔にまとめると、訴権の

内容の充実と裁判所に対する当事者の規制機能の強化ということになる。前者によって後者は達成できるところから、訴権の内容の充実こそが最重要課題である。しかし、これは簡単なことではない。なぜならば訴権の内容の充実とは、訴権の内容として本案判決請求権説よりも実体法的観点を加味したものと考えるところになるからである。しかし、実体法的な観点を加味するといっても、それは時計の針を元に戻すように単に権利保護請求権説への回帰であってはならない。比喩的にいえば、本案判決請求権説と権利保護請求権説の間に着陸地点を探索さねばならないことである。

ところで学界は訴権論の現状に対して、すなわち内容のない本案判決請求権説の君臨(1の①)、2、訴権論の空洞化現象(1の②)、訴権否定説の勝利の行進(1の③)に対して、ただ傍観していたわけではない。新しい訴権論が模索され、新学説が構築されたり訴権論の新たな役割が強調されたりした。これらは新たに訴権論を始動させたという点で大いに評価すべきではあるが、これらの試みが成功したかという点、必ずしもそうではなさそうである。なぜならば、既述のように現在の通説が本案判決請求権説であるということは(1の①)、新しい学説がこの説を打破するに至っていないということに他ならないからである。

例えば、伊東博士は既に一で紹介したように、本案判決請求権説を批判して訴訟外動態訴権説を提唱された<sup>(23)</sup>。しかしながら、この説に対しては、次のような批判がなされている。訴権の権利性に関しては、「訴権を、実定憲法上に明規のある裁判を受ける権利を飛び越えて、教授の所謂『実定法理念』に持ち込んでしまうことは、その実定法理念なるものが教授の独自の見解である反面、訴権の概念内容が諸説紛々たる学界の現状からも、論争を徒らに煩瑣にするに過ぎないように思われる。」<sup>(24)</sup> 訴権の概念内容については、「結局は訴訟現象の段階的説明に止まる感を否定し得ないのである」(中田・前掲注(24)一三頁)。これは付言すれば、伊東博士は訴権は訴訟現象を記述するものではなく規制原理であることを強調されるが、訴訟外動態訴権説は規制原理の内容が具体性

に乏しいから、結局は訴訟経過の説明にすぎないという批判であろう。

また鈴木博士は新しい訴権論について、「安直に訴権を否認することは正しくないと思う。∴民事裁判所を市民のサーヴィス機関としての側からとらえなおすときに、訴権がそのための有効な武器、道具になることは否定できないのである」と述べたうえで、「重要なことは、訴権論という抽象的な――下手をすると免罪符的な役割を演ずる――領域に安住、惰眠することではなく、その論者の示す具体的な民事訴訟法理論、その民事訴訟法理論が市民のサーヴィス機関としての民事裁判所の確立にどれほど役立つか、ということ」であると指摘された<sup>25</sup>。

これに対して高橋宏志教授は、「確かに、そういう面はあるであろう。しかし、そこでの訴権は、法技術的な精密な内容を持つ権利ではなく、スローガン風の言葉となっていることに注意すべきである」と述べている<sup>26</sup>。これは、鈴木博士のような訴権では、訴権の内容とはなりえないのではないかということを示唆しているように思う。

あるいは中田真之助弁護士は、次のような見解を発表された。「訴権の権利性を強調する以上、権利保護請求権説それ自体ではないにせよ、権利保護請求権説的要素を訴権論に持ち込まざるを得ないであろう。私としては、甚だ未熟ながら、訴権とは、権利保護請求権（勝訴判決請求権）と、紛争解決請求権（本案判決請求権）との両側面を有する権利であり、前者は憲法上の裁判を受ける権利の受益権の側面の発現であり、後者は自由権的側面に対応するものと考え、更に、一般私人の有する実体法上の権利又は法律関係が、裁判により、既判力、執行力等が付与されるのは、右受益権の側面の顕現なのではあるまいか、と考えている」（中田・前掲注(24)一三三頁）。「全くの仮説の域を出ず」とか、「厳密な理論構成は、大方の批判を仰いだうえ将来に譲らざるを得ず」とか述べられているとおり、先の引用文が氏の訴権論のすべてである。このようなデッサンの訴権論では論評することは困難であるが、権利保護請求権説と紛争解決請求権説についてそれぞれ厳しい議論があることを考えると、この説に対する素朴な疑問は、両者を結合させればそれぞれが持っている問題点は自然と解消されるのであろうか

ということである。権利保護請求権説を再評価すべきであるとの主張は理解できるにしても、何らの手当てなしに権利保護請求権説の復活が可能なかも疑問である。時計の針を元に戻すことはできないからである。

なお竹下博士は、訴権論の最大の問題は憲法三二条の裁判を受ける権利との関係であるとし、憲法上の権利とは別に訴権論を論じる意味があるし、制度目的論と関連つけて訴権を論じる意味は否定できないとされる。そして「このような観点から訴権を捉えれば、…本案判決請求権説を支持すべきものと思う」と結論づけた(前掲注(13)七六三頁)。竹下博士の見解は新たな視点で考察して本案判決請求権説に辿り着いたとはいえず、本案判決請求権説の問題点、すなわち訴権内容の空虚さを克服していないように思う。

従前の訴権論の動きを概観したが、それぞれには問題があり、新しい訴権論の必要性は解消されていない。すなわち、依然として訴権の権利としての内容の充実は求められているのであり、このような観点から新し訴権論が模索され、構築されなければならない。

- (8) 母善夫「訴権の濫用―東京地裁平成一二年五月三〇日判決を中心として―」石川明先生古稀記念『現代社会における民事手続法の展開 上巻』五〇五頁(商事法務、二〇〇二年)。
- (9) 梅本古彦『民事訴訟法』二九三頁(信山社、二〇〇二年)。
- (10) 兼子一『実体法と訴訟法―民事訴訟の基礎理論―』一一四頁(有斐閣、一九五七年)。ブライと兼子説の違いについては、海老原・前掲注(5)「その二」ジュリスト九六〇号・三頁。ドイツではブライの本案判決請求権説は少数説であるにもかかわらず、日本の本案判決請求権説が通説になった原因については、伊東・後掲注(14)九頁、同(15)二二頁。
- (11) 伊東乾「訴権論の現状」我妻栄編集代表『学説展望』(ジュリスト三〇〇号)二三八頁(一九六四年)。
- (12) 鈴木正裕「訴権論の現況とその現代的意義」法学教室第二期一六六七頁(一九七三年)。なおその六年後の論稿であるが、鈴木博士は既判力本質論に対して、「いわば斜陽にのぞみ、『没落貴族』の悲哀をかみしめつつある」と

述べている（『既判力本質論の実益』『民事訴訟法の争点（初版）』二六〇頁、ジュリスト増刊、一九七九年）。「斜陽」にしても「没落貴族」にしても、訴権論や既判力本質論の学界における理論としての地位を端的な言葉で見事に表現している。このような評価は現在でも少しも変わっていないから、定説といってもよいのかもしれない。例えば川嶋四郎教授は最近の論文において、次のように述べている。「民事訴訟法学の領域では、純理論的研究や歴史研究が中心であったが、しかし、近時、現実の民事裁判実務をも視野に入れた研究が盛んになってきた。それに伴って、かつての研究者の間で挙って論じられた訴権論やいわゆる本質論等は、影を潜め『没落貴族の悲哀』さえ、味わっているようである」（『民事訴訟の展望と指針』民事訴訟雑誌五〇号四頁、二〇〇四年）。

(13) 兼子一〓松浦馨〓新堂幸司〓竹下守夫『条解民事訴訟法』七六二頁（竹下）（弘文堂、一九八六年）。

(14) 伊東乾「訴権」三ヶ月章ほか編『民事訴訟法の争点（初版）』一〇頁（ジュリスト増刊、一九七九年）。

(15) 伊東乾「訴権論の現状とその意義」三ヶ月章ほか編『民事訴訟法の争点（新版Ⅱ第二版）』一三三頁（ジュリスト増刊、一九八八年）。

(16) 本判決請求権説の問題点については、伊東・前掲注(7)兼子還暦二九五頁以下に詳しい。問題点を要約したものとしては、伊東乾『民事訴訟法の基礎理論』二二頁以下（日本評論社、一九七二年）、伊東・前掲注(14)九頁以下、同(15)二二頁等がある。

(17) 新堂幸司博士は、訴権と訴えの利益や当事者適格との関係について次のように述べている（『新民事訴訟法（第三版）』二二五頁、弘文堂、二〇〇四年）。「訴権を判決を求める権利として構成し、裁判を受ける権利の中核として訴権を考えるのが適切であろう。しかも、訴えの利益や当事者適格の判断において制度の利用者の利益や便宜を代弁せしめる点に訴権の実用的意義があるとすれば、訴えの利益や当事者適格を要件として成立する本案判決を求める権利としてこれを構成しておくのが、現在も適当と思われる。しかし、訴えの利益や当事者適格の有無を判断する際に、制度利用者の利益や便宜を考慮するために、訴権を介在させる必要があるかは疑問である。もっとも、右の見解は訴権が個々の具体的な場面に直接権利として作用するのではなく、訴権思想が価値基準を提供するという形で作用するということを示すものである。訴権にこのような機能を持たせるということは、今後の訴権論を考えるうえで、示唆的であり重要である。

- (18) 上田徹一郎『民事訴訟法(第四版)』二〇七頁(法学書院、二〇〇四年)。
- (19) 三ヶ月章『民事訴訟法(法律学全集)』一一頁(有斐閣、一九五九年)。
- (20) 民事訴訟制度の目的論の現状と私見については、前掲注(2)一〇一頁以下。
- (21) 本稿とは直接関係がないが、三ヶ月博士は証明責任論において主観的挙証責任概念の復活を主張され、ローゼンベルクの次の言葉を引用された(前掲注(19)四〇八頁)。「客観的挙証責任を強調するあまり主観的挙証責任なるものを全く否定し去る態度は、「湯水とともに赤子をも流す」ことに他ならない。この言葉は三ヶ月博士の訴権否定説にもそのまま通用するよう思う。訴権否定説は訴権の否定を強調するあまり、訴権が持つ裁判所に対する当事者の規制機能までも消去してしまつたからである。
- (22) 三ヶ月章『民事訴訟法(第三版)(法律学講座双書)』一三頁(弘文堂、一九九二年)は、訴権と常識との関係について次のように述べている。「在来的な訴権論のどの立場をとつても、どこかで常識との衝突を惹き起さざるをえないことを考えれば、；訴権という観念でとらえるその思考の枠組自体にそもそも無理があつたのではなかつたか…」。これは、訴権学説は常識に合致するようなものでなければならぬということを示唆するものである。
- (23) 訴訟外動態訴権説は、伊東博士が伊東・前掲注(7)兼子還暦二九五頁以下において主張された学説である。この学説を要約したものとしては、伊東・前掲注(14)一〇頁、同(15)二二頁、同(16)二四頁以下等がある。またこの学説の先駆的なものとして位置付けられるものは伊東・前掲注(11)二三九頁、同(7)『あれや これや』八一頁以下がある。
- なお鈴木重勝「当事者救済としての上訴制度」鈴木正裕ほか編『講座民事訴訟7 上訴・再審』五頁(弘文堂、一九八五年)は伊東説を動態的訴訟外訴権説と表示し、伊東説を支持している。
- (24) 中田貞之助「訴権の権利性——訴の利益等の欠缺を看過した本案判決に対する上告審の取扱(2・完)」判例時報六四四号一二頁以下(一九七二年)。
- (25) 鈴木・前掲注(12)七一頁。なお井上治典教授は、鈴木博士は訴権についてその理論状況の空虚さを憂慮し警告を発したとして、本文で紹介した鈴木博士の言葉を引用して、「いまや手続保障も同様な状況を迎えつつあると言えらるるのではなからうか」と述べられた(「手続保障の第三の波」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』七八頁以下、有斐閣、一

九八八年)。学説の展開は、どの分野においても同じような経緯が見られるということであろう。  
(26) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法 下』二四頁注31(有斐閣、二〇〇四年)。なお高橋教授は、「結論として、私は、訴権否定説でよいように思う」と述べ(二二頁)、訴権否定説の立場を鮮明に表明している。

### 三 新たな訴権論の構築

#### 1 新たな訴権論に求められること

現在の訴権学説の状況の分析の作業を通して、何が新しい訴権論に求められているかが明らかになった。それを具体化して箇条書きにまとめると、次のようになる。これらを考慮して、新しい訴権論は構築されなければならない。

第一に、訴権内容の充実ということである。単に抽象的な当事者権ではなく、また訴訟制度との関係での一般国民の権利としてではなく、個々の訴訟において当事者が有する具体的な権利として訴権を考えると、訴権の内容として、すなわち、訴権は民事訴訟制度を利用する当事者が個別具体的な訴訟において、判決に関して一定の行為を裁判所に対して要求する権利ということである。<sup>27)</sup>そこで裁判所に対して要求する行為の内容が問題になるが、訴権学説の展開が示唆するものは実体私法との関係の修復である。訴権学説は権利保護請求権説から本案判決請求権説へと大きく転換したが、それは訴権内容から実体私法を追放するというところでもあった。ところが現在、本案判決請求権説による訴権内容の希薄性が問われているのである。ということは、訴権内容の希薄の原因は、本案判決請求権説が実体法との関係を全く切断したことであつたということではないだろうか。そうであるならば、訴権内容を充実させるためには、一度決別し切断した実体私法との関係に注目し、その修復を考える必要が

ある。訴権は実体私法と何らかの関連を持たなければならないということが求められる。

第二に、訴権内容は時代の要請にマッチするものでなければならぬことである。<sup>(28)</sup>例えば、裁判の公開の原則というものがある。憲法八二条一項はこのことを高らかに宣言している。確かにこの原則は近代市民革命によって獲得された輝かしい原則であり、権力者による恣意的な裁判を廃するのに大いに貢献したことは否定できない。しかし今日では、公開することが民事裁判制度の利用者にとってよいとは限らないのである。プライバシーや個人情報保護あるいは企業の正当な秘密情報の管理という観点からすると、裁判でこれらが公になるとは問題である。つまり、現在では公開による裁判の正当性の担保よりも、公開による個人や企業の権利の侵害の方が問題である。憲法に規定されている以上、この原則の適用を安易に制限することはできないが、しかし、公開による裁判の原則の意味が時代により変化していることと、この原則の限界を常に認識することが必要だということである。このようなことは決して珍しいことではないだけに、訴権の問題を考える場合に他山の石にしなければならぬ。具体的にいうならば、かつては事件について裁判所が判決をするか否かが重要であったが、今日では判決をするのは当然なことと理解されているように思う。ここに時代の要請の変化を感じざるをえない。単に判決を請求するだけの訴権論は、時代の要請にマッチしないように思う。

第三に、個別訴訟で訴権を考えるにしても、通常の訴訟で一般に訴権が問題にならないように考えることである。これは、第一で述べた訴権内容の充実の要請や個別訴訟での訴権を考えることと、一見矛盾しているように見えるかもしれない。しかし、そうではない。訴権を重視したとしても、訴権を訴訟の開始要件とか、訴権が審判の対象になるように理論構成してはならないということである。その理由は、そのような訴権を考えると、訴訟が複雑になるからであり、また現在の訴訟理論や実際の訴訟に適合しないからである。訴権を肯定し重視するにせよ、現実の訴訟とかけ離れるような訴権学説であってはならないということである。そうであるならば、現

実を肯定し、現在の訴権学説と変わりが無いではないかという非難があるかもしれない。しかし、訴権は問題が発生した時にうまく作動しなければならないが、存在することそれ自体にも意味がある。問題がないときは待機している形になるが、それでも訴訟における重要原則を発信しているという意味がある。正に伝家の宝刀のようなものである。そもそも常に訴訟で訴権が問題になるというのであれば、それこそ異常事態である。今日、訴権があまり問題にならないが、それは訴権肯定説に立ったにしても訴権侵害と思われるような事態の発生がないということであろう。しかし、そうであっても、伝家の宝刀を鎮座させるように、訴権を民事訴訟理論の基礎に置く必要があるということである。

第四に、訴権は規制原理として考えるべきであるが、説明原理でもあつた点に注目すべきである。権利保護請求権説は訴権学説であると同時に、壮大な民法体系を提示した。訴権学説は権利保護請求権説から本案判決請求権説へと大きく転換したことに伴い、訴権による民法体系化の道は断たれたといえる。すなわち今日の民法理論の体系は訴権との関係を切断了。このことは当然の流れでもあるし、問題にすることではない。したがって、今日、訴権学説に求められていることは、訴権を民法理論を説明するための原理ではなく、国家（裁判所）を規制する当事者主導の原理の基軸にすることである。しかし、説明原理として訴権が考えられたということとは、他の民法理論と接合する可能性があるということと、他の民法理論と調和するということである。規制原理としての道を歩むにしても、既存の訴訟理論や実際の訴訟と接合しないようであつてはならない。

## 2 訴権論構築の方法

新しい訴権論に求められている内容が明らかになつたからといって、それらを全部満足させることは簡単なことではない。訴権論の現在の閉塞状況を打開するために様々な訴権論が提案されたが、既に見たようにそれらが

必ずしも十分に成功しているとは言い難いからである(二の4)。そこで新たな訴権論の構築のためには、従前の学説とは異なった試みがなされなければならない。それは既存の学説の方法とは異なった手法によって、新たな訴権論の可能性を探ることである。具体的には訴権そのものを新たに構成するという方法ではなく、当事者が裁判所に対して判決に関して一定の行為を要求できるという訴権学説の核心を、既存の訴訟原則、すなわち当事者と裁判所の職務分担に関する原則に反映させ、それを訴権的に構成するという方法である。

従来の訴訟原則を訴権的に再構成させるということであるから、訴権を規制原理として働かせるとともに、時代の要請にマッチさせることにもなる。また従来の訴訟原則を基盤にしている訴権論であるから、現実の訴訟とかけ離れることにはならないし、訴権を新たな訴訟要件なり訴訟の対象にするものでもない。要するに、具体的な訴訟原則に訴権論を関係させ、そのようなことで訴権論を活性化させようというものである。

もちろん、この方法が直ちに認められるとは思わないし、この方法に全く問題がないということではない。この方法によって訴権論を構築するためには、この方法の当否がより詳しく検証されなければならない。具体的に、このような手法に対して当然予想される質問や批判に答えなければならぬ。予想される批判の第一は、既存の学説ではなぜいけないのか。第二は、既存の訴訟原則と訴権論との結合というような手法がそもそも認められるのか。仮に認められたとしても、従来の訴訟原則の内容を単に表現を変えただけに過ぎないのではないか。第三は、訴権と結合して新たな訴権論として構成できるような訴訟原則があるのか。以下では順次、このような批判に対して答えることにする。

### ① 従来の訴権論の問題点

第一の批判は、既存の学説ではなぜいけないのかというものである。通説である本案判決請求権説を支持しないのであれば、既存の学説の中から現時点において本案判決請求権説に代わる学説を選択し、それを適当に修正

すればよいのではないかという意見である。しかし、従来の既存の訴権学説は支持できない。その理由を簡単に述べると、本案判決請求権説に対しては、訴権の内容が空虚ということが問題である（二の2）。訴権否定説に対しては、制度設営者の利益だけが強調されて、制度利用者の立場が訴訟理論上全く考慮されていないことが問題である（二の3）。

これら以外の訴権学説で代表的なものといえば、訴え却下判決でも原告の訴権は満足したと説く抽象的訴権説と、判決に限定することなく広く裁判所に対して当事者の権利を主張する司法行為請求権説である。抽象的訴権説は本案判決請求権説よりも訴権の内容が一層空虚であるから、本案判決請求権説が支持できない以上、この説が支持できないのは当然である。司法行為請求権説については、訴権論は憲法上の権利（憲法三二条）の問題ではないから、憲法上の権利を根拠にすることが問題である。さらに、訴権の対象を判決でなく司法行為一般に拡張することは、訴権の内容を充実させるというよりは拡散させることになる。なおこれについては四の2で論じる。

さらに訴訟外動態訴権説についても言及する必要がある。この説は多くの支持は得ていないが、訴権が肯定されなければならないとの立論には力強い説得力がある。その基本的な主張には賛成であり、非常に魅力を感じるが、個別訴訟において規制原理としての訴権が具体的にどのように作用するのかという点に関しては、具体的な事例が提示されていないこともあって、必ずしも明確ではないように思う。また動態的考察方法は訴権論の現状を打破するという点で画期的な方法ではあるが、従来の訴訟理論や訴権論との接点がないだけに、理解しづらい。またこの説の基底にある訴権と実定法理念との関係についての理解も、同様な主張が学界で従来なされていないために、論者の法そのものについての見解を理解することが前提になるから、分かりづらいように思う。

このように従来の諸説に問題があるのであれば、ドイツの権利保護請求権説の再生説はどうであろうか。従前

の諸学説に満足しないからといって、昔の権利保護請求権説に復帰することはできないのであるから、その再生説はどうかということである。再生説は当事者の権利として訴権を見直した点は高く評価できるが、訴権を権利として構成する点において成功していない。この説の訴権構成は理論的にも実際のにも問題があることは、シュヴァープが詳論するところであり（前掲注〔6〕参照）、その批判は説得力がある。ドイツではこの再生説は過去の学説として現在評価されていないのも当然のように思う。結局のところ従来の訴権論とは別に、新たな訴権論を考えるしか現状は改革できないと思う。

## ② 訴訟原則と訴権論との結合

第二の批判は、既存の訴訟原則と訴権論との結合というような手法がそもそも認められるのか。仮に認められたとしても、従来の訴訟原則の内容を単に表現を変えただけに過ぎないのではないかというものである。従来の代表的な訴権学説は、一定の判決を得ることのできる権利というものであった。例えば、その内容は学説によって勝訴判決（権利保護請求権説）であったり、本案判決（本案判決請求権説）であったり、あるいは訴訟判決（抽象的訴権説）であった。このことから明らかなことは、裁判所に求める訴権の内容は時代により変わることである。つまり訴権の内容は論理必然的に決まるものではない。そこで新しい訴権論の構築に求められることは、時代の要請を敏感に感じ取って、それを訴権の内容に取り込むことであり、既存の訴権論の内容に縛られるはならない。したがって、判決に関する訴訟原則を訴権論的に再構成するという方法は、このような要請に基づくものであって要請に基づくものであって、決して奇異なものではない。

さらに通説の本案判決請求権説を分析してみると、この説もまた訴訟原則と結合した理論ということができ、周知のごとく権利保護請求権説を駆逐した学界は、権利保護請求権説の権利保護要件としての権利保護資格、権利保護の必要、権利保護の主観的要件等を訴えの利益論や当事者適格論として独立させ、訴権論から切り離した。

しかし、本案判決請求権説は訴権を本案判決を請求する権利であると考えるのであるから、訴権が満足させられ  
たか、あるいは訴権が侵害されたか否かの判断において、本案判決をするかしないかを決めるところの訴えの利  
益論や当事者適格論を無視して論じることができないはずである。むしろ、訴えの利益論や当事者適格論におい  
て、訴権を意識した基準が設定されることが必要であるということになる。このように考えることによって、通  
常、訴権が問題にならないことも説明がつく。すなわち、訴権は訴えの利益論や当事者適格論において埋没して  
いるのである。

以上のように考えると、訴権論以外で訴権のように判決に関して裁判所を拘束する訴訟原則に注目して、それ  
に訴権論を結合させる方法は従来の訴権論と全く断絶しているものではなく、反対にその延長線上に位置付けら  
れるものである。そして従来の訴訟原則に基づいて訴権の内容を説くのであるから、その内容は無理がないし自  
然なものになるはずである。さらに既存の訴訟原則に立脚するから、その原則に関する従前の判例や学説の学問  
的な蓄積が利用できるし効率的である。しかも、従前の訴訟原則に関しては訴権否定説においてもそれを否定す  
るものではないから、結合という方法による訴権論は訴権否定説からも、賛成は無理にしても反対は少ないこと  
が予想される。

もつとも既存の制度を訴権論的に再構成するという方法に対しては、単に表現を変えただけで、内容的には従  
前のものと同じであり、新しい訴権論でもなければ従前の訴訟原則の修正でもないという批判がある。しかし、  
ある命題を権利的に構成するということは、単に表現の問題ではないことは、主張・立証責任の分配に関する法  
律要件分類説による事例を見れば明らかである。すなわち、何が重要であるかが明確になり、制度運営の指針も  
明らかになる。あるいは既存の制度を訴権的に再構成するということは、訴権概念を権利としてではなく、理念  
としてあるいはモットーとして利用するものであるから、これこそ訴権否定説ではないかとの批判が考えられる。

しかし、訴権論とは訴訟当事者、特に原告が裁判所に対していかなる権利を有するかという問題であるから、当事者が裁判所に一定の行為を要求することができるという構成である以上、そのように構成されるものは、訴権論の発展的なものと考えることが許されるであろう。それは決して単に制度の反射的な利用権に止まらないと考える。

### ③ 訴権論と結合させる訴訟原則

第三の批判は、訴権と結合して新たな訴権論として構成できるような訴訟原則があるのかというものである。そこで問題はいかなる既存の制度を選ぶかということになるが、処分権主義に注目すべきである。<sup>(29)</sup> 処分権主義は訴訟当事者が裁判所に対して、一定の事項に関して訴訟において主導的な地位にあることを定めた原則であるから、訴権論的な構成に最も馴染むからである。しかし、処分権主義の全部に注目する必要はない。判決に関するものだけである。なぜならば二で見たように、我が国では訴権論の主流は裁判所の判決に関して展開してきたから、判決に関する処分権主義の内容が訴権論と結び付きやすいからである。判決に関する処分権主義とは、民訴法二四六条の「裁判所は、当事者が申し立てていない事項について、判決をすることができない」ということである。これについて坂田宏教授は「訴訟物に関する処分権主義」と命名されたが、<sup>(30)</sup> 本稿もそれに従い、以下ではこの表記を使用する。

さてこのようなことから訴権論学説の成果を参考に、訴訟物に関する処分権主義を訴権論的に再構成してみようと思うが、しかしその前に訴訟物に関する処分権主義を訴権論的に再構成することの当否が問題になるであろう。なぜならば、訴訟物に関する処分権主義という原則は、従来は訴権論的に考えることなくその原則の内容が説明されてきたが、その説明が十分なものであれば、あえて訴権論的に構成する必要がないとのかかなり説得力のある批判が十分に予想されるからである。

### 3 訴訟物に関する処分権主義の問題点

民訴法二四六条は一般に処分権主義に基づく説明されている。そしてさらに処分権主義は、私的自治の原則に根拠があると説かれている。しかし、この説明は十分ではない。例えば、単純な教壇例であるが、原告が百万円を訴求したのに対して、裁判所が二百万円を認容判決をした場合を考えてみる。この場合は民訴法二四六条違反であることは確かである。問題は、果たしてこれが原告の意思に反することなのだろうかということである。

そもそも原告の意思は百万円の認容判決でなければならぬということではない。五〇万円の認容判決が許されるのは、原告の意思は少なくとも百万円を求めると考えられるからである。そうであるならば、二百万円の認容判決はどうして許されないのだろうかという疑問が生じる。通常の人であれば、百万円を訴求したのに対して裁判所が二百万円の認容判決を下した場合に文句をいうことはないであろう。裁判所が認めてくれるならば、金額が多ければ多いほどよいと考えるのが一般的ではないかと思うからである。要するにこのような事例を考えると、民訴法二四六条は私的自治の原則とか原告の意思に基づくとは思えない。

さらに裁判所が二百万円の認容判決をした場合に、百万円を訴求した原告にとって不都合な点はあるのだろうかという疑問もある。もちろん、原告が訴訟物を百万円にしたのには訴訟費用の問題等の様々な事情があると思うが、最大の理由は百万円以上は裁判所が認めてくれないとの判断ではないかと思う。そのように考えるならば、原告が二百万円の認容判決を違法な判決として弾劾するとは到底思えない。むしろ原告は二百万円の認容判決を積極的に受容すると思われる。あるいは裁判所が二百万円の認容判決をする前に、釈明権を行使して原告に対して二百万円への訴えの変更を勧めれば、おそらく原告は訴えを二百万円に変更するであろう。裁判所が釈明権を行使すれば問題が発生しなかったと考えるならば、二百万円の認容判決は原告の意思に反したというよりは釈明

義務違反ということになるかもしれない。しかし、それよりもっと深刻な問題は、二百万円の認容判決は被告にとつて不意打ちであり、超過した分について反論する手続が保障されなかったということである。そうであるならば、原告の意思に反するから違法であるということよりも、相手方に対する不意打ちであることが違法の原因ということになる。すなわち、被告に対する裁判所の義務違反ということになる。確かに原告の意思によつて裁判対象が設定されたが、それに反することで不利益を受けるのは被告である。とすれば、このような現象を原告の私的自治に基づくとか、原告の意思に反するとは言い難いように思う。

問題は裁判所が被告に約束した判決の内容、すなわち百万円以上の支払いを認めることではないということに反したことであり、法的に保護されるべき被告の期待権を侵害したことである。<sup>(3)</sup>したがって、そのことに基づいた法的構成が考えられるべきである。具体的にいうならば、例えば民法二四六条の違反は、単に原告の意思に反したか否かでなく、被告を含めて当事者の判決内容の形成に関与する権利が裁判所によつて侵害されたか否かというように、抽象的な運用指針を設定して考えるべきではないかと思う。訴訟物に関する処分権主義は単に私的自治の原則や原告の意思だけでなく、それらを含めた様々な要素を考慮して運用されているのが実態であると思うが、そのこの意味が十分に分析されていないこともあって、運用の基準や指針は必ずしも明確ではない。したがって、裁判所と当事者の仕事の分担を明らかにするためにも、当事者の権利を明確にする意味でも、この原則を訴訟論的に再構成することは問題解決に際して考慮すべき価値の序列を明らかにし、この原則の運営基準を明らかにすることになるであろう。

#### 4 判決内容形成関与権説の提唱

訴訟物については処分権主義が働き、判決の内容を決める訴訟の対象の設定については当事者が主導するとい

うことになっている。この判決内容を決める当事者の権限を訴権的に再構成すると、判決形成に当事者が関与できる権利、すなわち判決内容の大枠を決める権利である判決内容形成関与権が当事者に認められるということになる。このような当事者の権利を考えることによって、訴権論の新たな展開の可能性が見えてくる。同時に当事者が訴訟の対象設定に対して有する主導権の根拠と内容が、処分権主義よりは一層明確になり、裁判所と当事者の権限の分配が明快になる。これに対して、単に表現を処分権主義から当事者の権利に変えただけであるとの批判があるかもしれない。しかし既に述べたことであるが、それは当たらない。権利構成が重要なのは、具体的事例において価値を判断する基準が明確になるからである。誰が誰に対してどのような行為を要求できるのか、また誰の権利がどのような場合に侵害されたのかが分かりやすくなるからである。単なる処分権主義の内容だけを述べるのであれば、この原則の目的は分からないし、運用の基準も分からないのである。

訴権論的にいえば、訴訟物に関する処分権主義という民法の基本原則に基づいた裁判を求める権利が訴権であり、それが判決内容形成関与権ということになる。それは判決内容に係るものである。単に本案判決を求める権利よりは、実質的な内容を有している。しかし、勝訴判決を求める権利よりは、権利の内容は薄い。すなわち、判決内容形成関与権説は、訴権論の本案判決請求権説でもないし権利保護請求権説でもなく、本案判決請求権説と権利保護請求権説の中間に位置付けることが可能である。その意味で第三の学説ということになる。もっともこのように考えると、被告の訴権ということを想定することが必要になる。これについては、次のように考える。訴権はあくまでも原告の権利であるが、当事者を対等に扱うべしとの当事者対等原則が働くことによつて、被告にもかような判決内容形成関与権が認められる。例えば、審理が開始された後では、訴えの取下げには被告の同意が必要とされるが、これは被告にも本案判決を求める権利が生じるからである。それと同じように、被告の判決内容形成関与権は考えるべきである。要するに、訴訟物に関する処分権主義は当事者の意思に力点が

おかれているのではなく、弁論主義における主張責任と全く同様に、当事者と裁判所との権限の問題として考えることになる。なお弁論主義について判決理由関与権という構成を主張したことがあるが<sup>(32)</sup>、当事者主義が訴訟のそれぞれの場面で発現したものが処分権主義や弁論主義であるから、両者が類似するのは当然である。つまり、当事者は判決の内容と判決の理由のそれぞれに一定の枠を定めることができ、それが関与権ということになる。

このようなことから、民訴法二四六条は単に訴訟物に関する処分権主義に基づくというよりは、当事者の判決内容形成関与権を認めたものと解することになる。これが民訴法二四六条を訴権的に再構成した結論であり、訴権が訴訟物設定の場面に発現したということもできる。このように考えることによって、次のようなメリットが生じる。

第一に、判決内容形成関与権は当事者に対して裁判所が判決をする義務があることを前提にしているから、裁判をしない場合は合理的な納得のいく理由が必要になる。つまり恣意的な裁判拒否は許されない。例えば最近の宗教団体の内部紛争等に関して、訴権は無力であるといわれる。確かに単に本案判決か訴訟判決（却下判決）ではなく、様々な権利を総合的に考えることが必要であるが、訴権的な構成によつて考えるならば、少なくとも原則が明確であるから、問題解決のために考える方法は明らかになる。すなわち、訴権を否定して裁判を拒否するのであれば、判決内容形成関与権を否定するだけの合理的な理由を論証することが求められることになる。

第二に、判決内容形成関与権は発展的な可能性を有している理論である。この権利が実質的に侵害されたか否かで、訴権の侵害もまた処分権主義違反の問題も考えることになるから、内容を持った訴権ということができるし、具体的な場面で実践的な権利ということもできる。この権利は判決内容の形成に関与することであるから、実体法と訴訟法の両面に影響を与えることになる。実体法的な面を強調すると、訴訟における当事者の法主張の尊重という命題を基礎付けることができる。訴訟法的な面を強調すれば、手続保障と結び付き、その根拠

を示すことになる。このようにこの権利を分析しその内容を考察して整理すれば、民訴訟の理論をより体系化することができるように思う。

第三に、訴権が論じられていない国においては、訴権論は処分権主義の中に埋没しているとされる。訴権否定説は訴権論がドイツや日本だけしか議論されていない特別な問題、すなわち普遍性のない問題と批判するが、そのような国においては処分権主義の議論で代替されるように思う。またそのような国々においても処分権主義を当事者の視点で見直してみるならば、判決内容形成関与権のような訴権論的な構成が生じるように思う。つまり処分権主義が代替しているから、その背後にある訴権的なものが見えないのではないかと推測することができる。

(27) 伊東博士は一九六四年であるが、「訴権は訴訟制度にはかりではなく必然にまた個別手続にも連ならなければならぬのである」と述べられている(前掲注(11)二三九頁)。そして博士は一九六九年に発表された自らの訴権論である「訴訟外動態訴権説について、一九七九年の論稿において次のように述べている。「従来は訴権が訴訟上の現象を説明する原理として樹てられているのか、それともこれに関する法令および法解釈を規制する原理として考えられているのか必ずしも明らかではなく、むしろ概して説明原理として純化されて来たのに対し、ここでは、逆に、且つ意識的に、訴権が規制原理に転化されているのを見ることができよう」(前掲注(11)一〇頁。なおこの論文は、一九八八年の版では前掲注(15)二二三頁)。なお右の文中の「ここでは」とは、訴訟外動態訴権説のことである。

ところで右に伊東博士の論稿を引用したが、それは新しい訴権論を構築する場合には、伊東博士の論稿が参照されなければならないと考えるからである。これは私個人の思い込みでないことは、明らかである。鈴木正裕博士が伊東博士について、「近時もっとも真剣に訴権を考究している論者である」(前掲注(12)七一頁の参考文献献欄④)と評された。そしてこの評価は、学界において一般的であったと思う。なぜならば、民事訴訟法学界の争点を論じる『民事訴訟法の争点』の初版(前掲注(14))と新版Ⅱ第二版(前掲注(15))において、編者(いずれも三ヶ月章博士と青山善

充教授)は伊東博士に訴権論の執筆を依頼したからである。なお最近において訴権否定説を主張されるのは高橋教授である(前掲注(26)(二二頁)。高橋教授はその理由の根拠の一つとして三ヶ月博士の文献を挙げているが、そこにおいて「他方、訴権論が復活すべきだと論じるもの」として伊東博士の論稿(前掲注(11))を挙げている(前掲注(26)(二三頁注30))。

(28) 訴権について、学者は昔からそれぞれ独自の学説を主張してきた。その結果、学説は多様に展開したが、しかし、そのために常に訴権論が混沌とし、学界が混乱していたということではなかった。いつの時代にも通説や多数説が存在し、それらがその時代の訴権論を代表してきたからである。しかし、法律学において永遠不滅の学説は存在しない。多くの学者に支持された学説が急速に支持を失い、少数説に転落したことは決して珍しいことではない。訴権学説も全く同様で、通説や多数説の変遷を見ることは容易である。学説の変遷の原因は様々なものが複雑に絡み合っていると思うが、一言でいえば、時代の要請に適合しなくなったからであろう。したがって新たな訴権論を構築しようとする場合に重要なことは、学説を動かす時代の要請を的確に把握することである。さらに必要なことは過去の学説との対話である。法律学は積み重ねの学問といわれる由縁であるが、時代に適応できず取り残された過去の学説であっても正当に評価する必要がある。それぞれの学説が有する功績は引き継ぎ、問題は解消させようとして新理論を構築するという姿勢が求められるように思う。

(29) 当事者の主体性・主導性は、処分権主義と弁論主義によって民事訴訟に反映されている。すなわち、処分権主義は訴訟の開始、訴訟の対象の設定、訴訟の終了において、当事者、特に原告に主導権を認めている。弁論主義は裁判資料の収集に関して、当事者に主導権を認めている。事実は当事者の主張した事実に限られ、当事者が争わない事実はそのまま判決の基礎にしなければならず、証拠資料は当事者が提出したものに限られる。このようなルールによって民事訴訟は運営されているが、この点が民事訴訟の特色ということになる。他の訴訟法や手続法では、これらの原則は全く通用しないか一部しか通用しないからである。したがって弁論主義、処分権主義が民法の基本原理であるということもできる。そうであるならば、訴権論をこれらの原則と関係させることによって、民事訴訟法において訴権の内容を充実させることができる。

(30) 坂田宏・後掲書(四の1)四頁。坂田教授は裁判によらないで訴訟が終了する場面で働く処分権主義を「二当事

者の合意に基礎を置く私的自治概念」によって正当化されるとして、「二当事者の合意に基づく処分権主義」と命名する。そして提訴段階において訴訟物の決定をめぐって現れる処分権主義は、「一当事者の意思に基礎を置く私的自治概念」によって正当化されるとして、「二当事者の合意に基づく処分権主義」あるいは「訴訟物に関する処分権主義」と呼ぶことができる。なお坂田教授は提訴段階における処分権主義について、このように二つの表記を明らかにしたが、教授は後者の表記を使用している。

(31) 民訴法二四六条の前身は旧民訴法(大正一五年の民訴法)一八六条である。旧民訴法一八六条についての注釈であるが、鈴木正裕ほか編『注釈民事訴訟法 第四卷』九五頁(青山善充・長谷部由起子)(有斐閣、一九九七年)は、「本条は、当事者が裁判所の紛争解決権能を限定することを認めることによって、裁判所の判決について、当事者に一定の幅での予測可能性を与えているのである」と述べている。なお本条をめぐる判例を分析したものとしては、坂田宏「申立事項と判決事項」中野先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論(上)』三九五頁以下(有斐閣、一九九五年)がある。

(32) 拙稿「弁論主義・試論」白川先生古稀記念『民事紛争をめぐる法的諸問題』一四八頁以下(信山社、一九九九年)。特に一六一頁以下に詳しい。

#### 四 判決内容形成関与権説の検証

このような素描に等しい私見は、その内容を充実させるために一層の論証や検証が必要である。例えば、私見と類似した説を見付けて、それを自説の論拠にする一方で、他方その説との違いやその説の問題点を指摘して、自説の独自性を明らかにする必要がある。あるいは具体的な事例において私見が十分に機能することや、問題解決に有用であることを明らかにすることも求められるであろう。そこで以下では、とりあえず私見に類似する説として司法行為請求権説を取り上げて、その検討を通して私見の独自性と、私見が決して独断的な見解ではない

ことを明らかにしようと思う。

### 1 司法行為請求権説との異同

私見は訴訟物に関する処分権主義を訴権的に権利構成し、当事者は訴権として判決内容形成関与権を有するというものである(三)。これに対して、訴訟物に関する処分権主義と訴権とを結び付けること、それ自体が批判されるかもしれない。なぜならば処分権主義の根拠を憲法二九条と憲法上の自由権規定全体の背景にある人格の自由の思想に求める見解が有力であり、訴訟物に関する処分権主義とはいえ、処分権主義と訴権論を結び付けるということは、従来ほとんど述べられたことはなかったからである。しかし、最近、坂田宏教授はその著『民事訴訟における処分権主義』(有斐閣、二〇〇一年)において、訴訟物に関する処分権主義の根拠は憲法に基づくと論じ、訴訟物に関する処分権主義は訴権とも関係するとして、次のような注目すべき見解を発表された。

「…処分権主義、とりわけ『当事者の意思に基づく処分権主義』あるいは『訴訟物に関する処分権主義』を検討することは、弁論主義にも関連することになる。そして、国家裁判所が一方当事者の意思にイニシアティブ、あるいは自己決定により拘束されるということは、単なる国家の恩恵によるものではなく、より基礎的な権利、すなわち憲法上の自己決定権や司法付与請求権に基礎づけられなければならないものと考えられる」(前掲書七頁)。

「…訴訟物に関する処分権主義(「当事者の意思に基礎を置く処分権主義」)は、一当事者(原告)が自らの民事紛争を私的領域から公的領域(「民事訴訟」)に移す際に救済の種類・範囲等を決定することにより、裁判所及び被告に対して審理・判決の目標を認識させ、かつ、裁判所という公権力が不当に当事者の私的領域に介入しないようにする機能を有するといえよう。このとき、一当事者のイニシアティブは、単なる個人の自己決定として捉えられるのみでなく、その根拠が憲法上の自己決定権に支えられているものとして把握することができるものと考えられる」(前掲書二〇頁)。

「このような考え方は、訴権論より生じたところの、ドイツにおける司法付与請求権…の議論と近似する。そもそも、

国家が独占的に司法権を行使することは、すでに述べたところであるが、この国家による司法の独占は、私人(個人)の自力救済を原則として禁止することと表裏一体である。換言すれば、私人は、国家の司法権に服さなければならぬ。その反面として、国家(司法府)は『裁判の拒否』をしてはならない。このような『裁判所へのアクセス』を個人に保障すべきであるという考え方は、より一般的に、個人が国家に対して『司法を求める権利』、つまり、司法が司法として機能することを求める包括的な権利を有しているとの認識に至る。(前掲書・三頁)。

「日本においても、ドイツと同様に、個人(私人・市民・国民)が国家に対して司法権の発動を求める権利、いうなれば『司法を求める権利』を有しているという認識が定着しつつある。これはまさに公法としての民事訴訟を真正面から見据えた議論であり、憲法論との相互乗入れも可能となろう。憲法上の自己決定権の議論は、まさに、こうした議論の構図に親しむものである。また、民事訴訟の目的論における新権利保護説の登場にみられる権利保護説の復権は、こうした議論の構図の中に『実体法と手続法』という視点が加えられてゆくことを示唆する。これらの背景が存在するところに、民事訴訟の処分権主義は位置すると考える」(前掲書二三頁以下)。

この一連の坂田教授の文章から明らかなのは、私見は決して特別なことを主張しているのではないということである。私見は訴訟物に関する処分権主義について、訴権的に再構成した判決内容形成関与権という当事者の権利を主張するものである。これに対して坂田教授は訴訟物に関する処分権主義を憲法、特に三二条と結び付けているが、当事者の権利として処分権主義を考えるという点では、私見と坂田教授とは同じである。すなわち、当事者は訴訟物の設定に関しては、裁判所に対して一定の行為を要求する権利を有していると考えられる点では、私見と坂田教授とは認識を共通にしている。さらに坂田教授の右の文章において注目すべきことは、処分権主義と訴権が無関係でないことも明らかにし、ドイツの司法行為請求権説に言及している点である。このことは、訴権論と処分権主義とは密接な関係があり、両者の結合は決して特別なことではないことを意味する。つまり、私見はそのような流れの中に位置付けることが可能であり、独自の見解ではあるが、決して独断的なものではない。

問題は坂田教授が示唆された司法行為請求権説である。訴訟物に関する処分権主義とこの司法行為請求権説が結び付くと、私見のように展開する可能性が生じ、私見との異同が問題になると予想されるからである。すなわち、私見と同様に具体的な事件において、裁判所が下した判決を訴権の侵害として非難し主張することが可能になると思ふからである。例えば、林屋礼二博士は現在の訴権論について、「訴権は、基本的には憲法上の『裁判を受ける権利』の導入部に位置するとともに、さらに、このような民事訴訟における当事者権と結びついていくものとして、理論的に構成されるのが適当と思われる」と述べている。<sup>(34)</sup>これは博士が訴権論の司法行為請求権説に立脚して、訴権と当事者権を結合させることよつて訴権論を再生させようと考えているように思ふ。このような見解は大枠において私見と同じであり、私見と司法行為請求権説との類似性を示唆するものである。しかし、訴権論における司法行為請求権説には賛成することはできない。また訴権を司法行為請求権説が重視する憲法上の権利と代替させることもできない。なぜ司法行為請求権説ではないのか、なぜ私見は憲法上の権利と結び付かせないのかについては、次に述べる。

## 2 司法行為請求権説の問題点

司法行為請求権説は坂田教授が右に述べているように、近時日本において有力になつていく訴権論であり、憲法と訴権論を結び付けるものである。<sup>(35)</sup>すなわち訴権の根拠を憲法に求めるとともに、裁判を受ける権利と訴権法を結ぶ架橋として訴権を位置付ける。具体的には、訴権の公法的な側面に注目し、訴権に訴訟制度の設置目的と利用目的とを円滑に接続する機能を持たせ、裁判を受ける権利と訴えの提起の機能を接続させ、「訴えなければ裁判なし」と「訴えに対する裁判拒否の禁止」の原則が定立されると説いている。

しかし、次のような理由からこの説には賛成できない。第一に、訴権を憲法と訴訟法を結び付けるものと考え

るのであれば、憲法上の権利として議論すればよく、あえて訴権を考える必要はない。すなわち、司法行為を要求できる当事者の地位を端的に裁判を受ける権利として観念し、それについて訴訟法学の立場からも議論すれば済むからである（新堂・前掲注(17)二二五頁）。そもそも訴権の内容として、国家が憲法によって裁判所に義務付けている行為を単に要求しようということだけでは、訴権を考える必要はない（伊東・前掲注(14)一〇頁、同(15)二二頁）。

第二に、ドイツのような憲法裁判所を有しないため、日本では権利侵害に対して監視体制が十分ではない。すなわち、憲法の裁判を受ける権利に対応する義務について、その遵守を監視できる制度が日本では十分ではない。司法行為請求権説は現時点ではドイツにおいて通説であるが、それはドイツではそのような権利侵害を救済するために、憲法裁判所が用意されていることに注目すべきである。だからこそ、再生された権利保護請求権説を厳しく批判したシュヴァープは論文の最後に高らかに、「司法請求権は、すでにみたように憲法裁判所の面前において貫徹せられうる」（前掲注(6)三四〇頁）と述べているのである。

第三に、司法行為として、判決だけでなく広く裁判所の行為全般を考えることは、問題を拡散させてしまう。すなわち、従来の訴権論は主に裁判所の判決に焦点を当てて議論してきた。判決こそが裁判所の最終的な結論を示す行為であるから、それに対する当事者の権利を考えることが重要であり、権利の内容としては明快である。しかし広く司法行為に注目すると、それは訴権の内容を希薄にすると同時に、問題を拡散させてしまう。訴権はあくまでも判決に焦点を当てべきである（新堂・前掲注(17)二二五頁）。

### 3 憲法三二条と民事訴訟制度の目的論

憲法三二条は「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない」と規定し、国民に裁判を受ける権利

を約束している。そこでこの権利と訴権との関係が問題になる。同一説は憲法三二条は訴権を保障したもので、訴権と同じことであるとする<sup>(36)</sup>。峻別説は、両者は発想の基盤を異にする別個の権利であると説く<sup>(37)</sup>。そこでいずれを支持すべきかということになるが、次のようなことを考えるならば、両者は区別して考えるべきであろう(中野・前掲注(33)六頁以下)。裁判を受ける権利が侵害された場合は特別上告・特別抗告等の理由になるが、訴権の場合はそうではない。講学上は訴権だけでなく民事執行等の手続まで包摂する司法行為請求権の観念を必要とするのに、憲法三二条はそのような裁判でないものまでは及ばない。憲法三二条の立法に際して訴権論は無縁であったし、裁判を受ける権利の内容が訴権論とは関係なく、最高裁の判例によって具体的に構成されている。

訴権と憲法三二条の裁判を受ける権利とは、それぞれ系譜が異なり別個のものであるとすると、両者の関係が問題になるが、「両者は内容的に重なりをもち、その限りで憲法と民法とを結びつけながら併存する」が、「憲法三二条がある以上は訴権の内容につき司法請求権説をとる必要がある、という論理は成り立たないし、少なくとも具体的訴権説との併存は可能である」(中野・前掲注(33)六頁)。すなわち、両者は互いに影響しあうと考えるのが素直な見方である<sup>(38)</sup>。もっとも、訴権論の抽象的訴権説の場合は、訴権は裁判を受ける権利に吸収されるかもしれないが、訴権について充実した内容を考える以上、抽象的訴権説は支持できないから、訴権が裁判を受ける権利に吸収されるということを認めることはできない。また具体的な訴権説に立脚して訴権論を考えるならば、訴権は裁判を受ける権利では代替できない。もし裁判を受ける権利の内実を充実させるために、権利の内容として個別具体的な訴訟を規制するものとして考えるならば、そのようなことを従来論議してきたのは訴権論であるから、憲法上の権利といえども訴権論を参考にせざるをえないであろう。つまり憲法は裁判制度の充実を第一に考えているので、個々の訴訟における当事者の権利については訴権論に依存せざるをえないからである。したがって訴権論の再構築を憲法に求めても、内容は充実したものにはならない。結局、訴権と裁判を受ける権利とは、

それぞれの存在理由に基づき役割分担をして、いわゆる住み分けを考えるべきである。

それでは訴権の基礎を憲法に求めることはどうであろうか。憲法が国の根本規範である以上、民事訴訟法の基礎となる権利が憲法に根拠を有すべきことは必要であり、憲法学の成果を基にした立論は説得力がある<sup>39)</sup>。しかし、憲法を根拠にすれば、それ以上、制度の正当性を論証する必要はなくなるが、訴権の基礎は憲法で尽きるということではない。既述のように、訴権学説は司法行為請求権説を除いて、憲法とは関係なく議論してきた。また民事訴訟上の高次の手続価値を憲法を媒介して説いた方がより説得力があるにしても、憲法を持ち出さなくても探求することは可能である。むしろ、日本では訴権論は民事訴訟制度の目的論に変容したことを考えると、<sup>40)</sup>憲法よりも民事訴訟制度の目的論に訴権の基礎を求めるべきではないかと思う。<sup>41)</sup>例えば、伊藤真教授は「民事訴訟の目的を訴権の内容として構成しようとするのであれば、紛争解決説が優れている」と説かれているが、方法論としては訴権論はこのように目的論と結合させるべきである。<sup>42)</sup>そのうえでさらに私見のように、訴権の内容を具体的に充実させるべきである。

このような見解に対して梅本教授は、次のように述べて反対する。「これまでの訴権論の中には、訴訟制度の目的と訴権論とを直接に結びつけ、それを当然のこととする傾向がみられる。しかし、訴訟制度の目的を一義的に考えることは妥当でないのみならず、たとえ特定された目的を設定したとしても、目的論が訴権論に論理必然的に直結するものではなく、視点を異にすべき問題である」(前掲注(9)二九五頁)。確かに梅本教授が主張されるように、目的論は訴権論に論理必然的に直結するものではないかもしれない。しかしながら、そのことから訴権論が目的論と無関係でよいということにはならない。<sup>43)</sup>訴訟制度の目的を達成するために訴権は考えられるべきであるし、訴訟制度利用権としての訴権は訴訟制度の目的に応じて内容が考えられるべきである。また訴訟目的論は進化しているが、それに対応して訴権論は内容を充実させなければならぬ。<sup>44)</sup>このようなことよって、

高次の手続価値は探求され実現されなければならない。

もつとも訴権を考える場合、考慮するのは憲法や民事訴訟の目的だけではなく、より根源的な価値を問題にしなければならぬであろう。その意味で、「憲法も、法律も、訴権を前提として立法し解釈せられなければならない」(伊東・前掲注(7)兼子選暦三二二頁)ということになる。そのような価値とは何かというと、それは個人の尊厳である。伊東博士は規制原理としての訴権論について次のように述べている。<sup>(45)</sup>「訴訟による法の確証そのことが(私人の利益にはあらぬ)個人の尊厳の属性であることから総てが出発しなければならぬことを要求する。訴訟理論の大前提として個人の価値の拠点を確保すること、そこに訴権概念の最奥の実益が存在する」(前掲注(14)一一頁、同(15)二三頁)。

(33) 石川明「処分権主義と憲法」『民事法の諸問題』一八九頁以下(一粒社、一九八七年。初出は判例タイムズ四九八号で一九八三年)。この見解に対して批判的なのは、中野貞一郎「民事裁判と憲法」『民事手続の現在問題』一三頁(判例タイムズ社、一九八九年。初出は『講座民訴① 民事紛争と訴訟』で一九八四年)である。法律による規制や制約がなされることを理由にする。

(34) 林屋礼二『新民事訴訟法概要(第二版)』九頁(有斐閣、二〇〇四年)。

(35) 斎藤秀夫「訴権と憲法との架橋」『民事訴訟法理論の生成と展開』六七頁以下(有斐閣、一九八五年。初出は石田先生古稀記念論文集で一九六二年。最近では梅本・前掲注(9)二九六頁が支持する)。

(36) 中野・前掲注(33)六頁は、同一説として斎藤・前掲注(35)を挙げる。なお梅本教授は斎藤説について、「裁判を受ける権利と訴権を峻別しつつ、裁判を受ける権利と国民が裁判所に訴訟を提起し審判を受けることができる権利を架橋するものとして訴権を位置付け」と表現している(前掲注(9)二九四頁以下)。

(37) 三ヶ月章「裁判を受ける権利」『民事訴訟法研究第七卷』一頁以下(有斐閣、一九七八年。初出は小山昇ほか編『演習民事訴訟法(上)』で一九七三年)。訴権と裁判を受ける権利との関係について、訴権は体系化のための訴訟内在的な

ものであり、裁判を受ける権利は裁判手続の態様を外から規制する外在的な指標であり、制度的・歴史的な実践概念であると説く（一七頁）。

(38) 伊東博士は訴権と憲法との関係について、「徒に二つのものを異別として袂のふれあうのを禁じては、統合しうるものもできなくなるのであって、訴権理論とは無関係に進行した裁判をうける権利の憲法上の展開も、異なる場面でもたまたま別個に作用した訴権論にほかならないのであるから、峻別論は頑なである」と述べている（前掲注(14)一一頁、同(15)二三頁）。

(39) 和田吉弘「民事訴訟目的論無用論の試み——憲法上の理念と執行手続による事実形成を念頭に置いて——」法学研究六九号（明治学院論叢六四六号）六五頁以下（二〇〇〇年）。和田吉弘教授は、訴権よりも憲法規範を根拠に議論すべきだと主張する。例えば、次のように説いている。「訴権論については、三ヶ月教授が設営者重視の立場から訴権否定論を主張したこともあったため、新堂教授がこれに対するアンチテーゼの意味で利用者重視の拠り所として持ち出すことになったと思われるが、新堂教授の示唆する訴権論再認識の必要も…、むしろ…憲法規範をあげるべきであるように思われる。なお、憲法規範を重視すれば、利用者を重視することと訴権を否定することは、矛盾しないと考える」（一〇五頁注83）。

(40) 戦後の民事訴訟法学において、特質すべきことは「民事訴訟の制度の目的」についての論争である。伊東博士は「これは戦前になくかつドイツでも徹底されていない誇るべきアプローチである」が、民事訴訟制度の目的を問うことは、「訴権論の前提および実質的内容をたずねることに他あるまい」とされ、目的論争の結果は訴権論における戦前の通説である権利保護請求権説の凋落と、本案判決請求説の定着をもたらしたと分析される（前掲注(11)二三八頁以下）。

(41) 伊東博士は次のように述べている。「なるほど、訴権は、すなわち訴訟要件の問題であるには違いない。だが、それは、何を、何故、訴訟要件として設定することが許されるかの問題で、現に何が実定法上訴訟要件であるかの問題ではない。こう解してのみ、制度目的↓既判力↓訴権→訴訟要件という連関で、はじめて訴訟の統一的な理解が可能になるのみならず、権利保護請求権説の作業を更めて検討しなおしてみれば、ここでは実は訴訟要件が終始何故設定を許されるか、しかも、実体権との関連で何故設定を許されるか」という問題意識で取扱われているこ

とに気づく。権利保護請求権説の退潮とともに、訴権論は、その本来の問題を見失ってしまったのであった。むしろ、それは、公先私後の価値観を貫徹するための、半ば故らな問題のスリカエであったと言つてよい。訴権論は訴要件論のうちに解消せしめらるべきものではない」(前掲注(7)『あれやこれや』八八頁以下)。

なお和田教授は、訴権論や目的論ではなく憲法規範で議論すべきであると説くが、戦前の兼子説に次のように「素朴な驚き」の感想を述べている(前掲注(39)一〇三頁注62)。しかし、これは手続法の高次の手続価値は憲法とは関係なく議論できるといふことの例証になるのではないかと思う。

「適正・公平・迅速・訴訟経済という観点は、兼子教授の戦前の教科書でもあげられていたのであり(同・民事訴訟法概論(一九三八年)一四頁以下)、その意味では、日本国憲法自体の価値を指摘していたわけではなく、現憲法の見地から捉え直す余地を十分に残しているといふべきである。ただ、逆に、明治憲法の下でもこれらの価値が訴訟手続上の重要な価値とされていたことに素朴に驚きを感じる。」

(42) 伊藤眞『民事訴訟法(第三版)』一六頁(有斐閣、二〇〇四年)。なおこの体系書において訴権を論じている箇所の表題は、「第四節 民事訴訟の目的と理念——訴権論」である。そして第四節は第一項の「訴権論」と、第二項の「民事訴訟の理念」で構成されていて、制度目的論は第一項の中で論じられている。これは、訴権論は民事訴訟の目的と理念を内在することかもしれない。

ところで伊藤教授は紛争解決説以外の説についてどのように考えているかという点、私法秩序維持説に対しては、次のように批判する。「私人の訴権について秩序維持自体を目的とすることは、憲法の基本的人権の考え方に照らしても是認できない」(二五頁)。手続保障説に対しては、「裁判所の判断が紛争解決にもつ意味が失われるし、また、解決基準としての実体法もその意味を失うことになる。さらに、真実発見や迅速な審理という民事訴訟の理念も否定されることにならざるをえない」(二八頁)。そして自説を次のように述べている。「目的論を原告の訴権の内容に反映させ、それに対応する裁判所の公法上の義務を考えるのであれば、後述の紛争解決説によらざるをえないと思われる。∴原告の主観的要求ではなく、民事訴訟の目的を訴権の内容に反映させようとするのであれば、紛争解決説を採らざるをえない」(二五頁注24)。

(43) 私見は制度目的論として権利希求者支援説を説くが(前掲注(2)一〇一頁以下参照)、訴権論を考慮していなかつ

たとはいえ、矛盾なく結合する。

(44) 救済保障説の立場から手続保障を配慮した新たな目的論の構築を旨指しているものとしては、川嶋・前掲注(12)一五頁以下がある。また手続保障と目的論との関係について詳論するのは、遠藤賢治『民事訴訟にみる手続保障』一三頁以下(成文堂、二〇〇四年)である。

もっとも制度目的論はさらに進化するのであろう。したがって訴権論も同様に進化しなければならない。上田竹志氏の次の言葉は民事訴訟制度の目的論について述べられたものであるが、制度目的論と関係を有する訴権論にも通じるように思う。「結局のところ、目的論は民事訴訟制度にとつての究極の価値を探究する議論ではない。そうではなく、本稿の考えでは、目的論とは民事訴訟制度にとつての究極の問いを探究する議論である。民事訴訟法学(あるいは法学一般)の規範性の根源にあるものは、究極の概念ではなく、究極の問いである。それは原理的に解き得ない問いなのであり、それゆえその探究に終わりはなく、その最終的解決は無限に先送りされる。それにも関わらず、我々がそれを問いかけずにいられないのは、やはりそこに法学にとつての、『正義』という真価が賭かっているからであろう」(『民事訴訟の目的論に対する現代思想的考察』法政研究六八巻三号七六八頁、二〇〇一年)。

(45) 伊東博士は個人と国家の関係について、次のように考えている。「人間個人は實在だが、国家や社会は単なる概念であつて實在ではないのだから、国家生活・社会生活において最高の価値を与えられなければならないのは、甲野太郎・乙野花子という現身の個人の存在である。ここで個人は實在だが社会は實在ではないというのは、個人のない社会は考えられないが、社会のない個人は考えられるという意味で、どちらが本質的かを見ているのであるから、事実の価値的評価であつて、決して事実と価値とを混同しているのではない。：個人なくして国家はなく、国家がなくとも個人はあること、自明なのだから、国家の利益よりも個人の存在が高く価値づけられるべきは、当然であろう」(『法学の礎石としての個人尊厳論』VI。未公刊であるが、二〇〇二年に執筆)。したがって、訴権は「全個人の権利である」ということになる(法学初程「裁判論第一章 テッサン」第七項目「実定法」。未公刊であるが、二〇〇四年に執筆)。

## 五 おわりに

## 1 本稿の主張の要約

根岸教授の論稿の一節から示唆を受けて、国民が民事事件について裁判所に対して訴えを提起することのできる権利、すなわち、民事訴訟法学では一般に訴権といわれているものについて、民主主義国家の一般人の目線で考えてみた(一)。というのは訴権論は現時点では議論が停滞し、閉塞状況の打破が求められているからである(二の1)。具体的にいうならば、民事訴訟法学では訴権は単に(本案)判決を求めることができる権利と一般に考えられているが、それでは十分ではないという認識の基に、それに代わる訴権を考えてみた。今日では大抵の場合、裁判所は訴えが提起されると判決で応えているから、一般の人は裁判所が判決をするのは当然なことと思いい、それを自らの権利と考えることはないと思うからである。民事訴訟法学の訴権論の通説は、訴権を単に本案判決を請求する国民の権利と考えるが(本案判決請求権説)、このような理由から賛成できない(二の2)。しかし、訴権の内容が空虚ということだけで、訴権を否定することには賛成できない。訴権を否定して国民は裁判所に対しては何らの権利も持たないとなると、国民は裁判所の判断に黙って従えということになりかねないからである。このような事態は民主主義国家における裁判所と国民との関係を考えるならば、決して好ましいことではない。これが、現時点で通説に次ぐ有力説である訴権否定説を支持しない理由である(二の3)。

現在の訴権論の最大の問題点は、訴権の内容が希薄な点にある。したがって新しい訴権論はより内容のある権利を提示しなければならない(二の4)。そこで本稿は、裁判所の判断である判決内容の形成に対して当事者は関与できるとする訴訟物に関する処分権主義に注目して、その命題を訴権学説の成果を考慮しながら訴権論的に構成するという方法で、新たな訴権論の構築の可能性を考えてみた。すなわち、判決内容形成関与権という権利

構成の提唱である(三)。かつて弁論主義について、判決理由形成関与権という権利構成で考えることを提唱したことがあるが、このことと併せて考えるならば、民事裁判においては、当事者は裁判所が形成する判決の内容と判決の理由のそれぞれについて関与していく権利があり、具体的な事件においては、そのような権利構成によって訴訟物に関する処分権主義や弁論主義は運用されるべきであるということになる。したがって、具体的な事例ではそのような権利が侵害されたか否かを考え、侵害された場合は判決を違法とするということである。このような方法によって、当事者の訴訟上の地位はより充実することになる。要するに、私見は訴訟物に関する処分権主義を訴権論的に権利構成することによって、訴訟物に関する処分権主義の運用について当事者重視の指針を提示したということである。訴訟物に関する処分権主義は、単に原理・原則を述べただけで運用の基準は提示していないから、私見はこの原則を単に別の表現で表したに過ぎないと批判は妥当しない。

このように判決内容形成関与権という権利を考え、裁判所に一定の行為を要求することができると説くと、この主張と司法行為請求権説や憲法三二条との関係が問題になる。それぞれによっても同様な帰結を得ることが可能であるかもしれないが、司法行為請求権説が訴権の根拠を憲法に求めることには賛成できない。訴権は憲法ではなく、訴訟理論自体の中にその根拠を求めべきであると考えからである(四)。もちろん憲法三二条の裁判を受ける権利と訴権を結び付け、そのうえで裁判所に対して一定の行為を義務づけていくという方法を完全に否定するものではない。しかし対象を判決に限定し、訴権を個別具体的な訴訟に関係させていくとなると、憲法三二条とは切り離れた訴権論の方が、権利としてはより実質的な内容を有した訴権を導き出すことができる。しかも訴権の侵害に対しても機動的に対応できる。そのような理由から、憲法を根拠に訴権を考えることは十分ではない。そもそも訴権の根拠は憲法よりもさらに根源的なところにあり、私的自治の原則や民事訴訟制度の目的論を突き詰めて、それらの究極にあるものを把握することが訴権論の構築にとって重要なことである。

## 2 残された問題

ところで根岸教授は規範的な学問の方法論として、次のように説いたことがあった（「規範的な議論の構成と必要性」法学研究七〇巻二号二六頁、一九九七年）。

「規範的な議論がそれ自体では完結したのではなく、問題解決のための学問の一構成要素でしかないとすれば、『規範的』の形容詞とそれが指し示す研究の実態に固執することは、研究者に課せられている社会的責任が理解できない者の自己満足に過ぎなくなる。私たちは、これまで『規範的な議論』を展開してきた場面で、全面的に『問題解決のための議論』を行なう必要がある。」

正にその通りである。単なる訴訟物に関する処分権主義を訴権論的に構成するだけでは、自己満足に終わってしまう。判決内容形成関与権が具体的な問題に対して、どのように働くのかを明らかにしなければならぬ。しかしながら、現代の訴権論の分析に多くの時間を費やしたために、現時点ではそのような作業は時間的には無理であり、本稿は単に訴権についてだけの素描で終わってしまった。当初は、私見と他説との違い、私見の具体的な適用状況について論じるつもりであったが、残念ながら断念せざるをえない。それ以外にも残された問題は多い。そもそも訴訟物に関する処分権主義を訴権論的に構成しただけで訴権論になるのかという問題は、依然として残っている。さらには既判力本質論との関係を考えることも必要であろう。今日学界は壮大な権利保護請求権<sup>(46)</sup>に対して、「実り多き誤りであった」と評価しているが、そのことを改めて検証する必要があるようにも思う。<sup>(47)</sup>これらは今後の宿題である。

(46) 三ヶ月博士はローゼンベルクの民事訴訟法の体系書からこの言葉を引用して（一九五六年の七版の四二二頁）、こ

れは単に権利保護請求権説についてのみいいうるのではなく、広く訴権論一般についていえることであると述べている（前掲注（19）一三頁）。

なおローゼンベルクの体系書の最新版は一六版（二〇〇四年）であるが（前掲注（6））、そこにはこのような記述は見られない。実は「実り多き誤りであった」と書かれていたのは、「訴えの適法性と理由具体性、いわゆる権利保護請求権」という項目においてであったが、一六版ではこの項目は存在しない。この項目がどの版からなくなったのかは調べていないが、この項目がないということは、権利保護請求権説を取り上げることが、もはや必要がないということであろう。当時と現在の時代背景の違いが浮び上がってくる。

（47） 権利保護請求権説は現在でははらばらに解体され、解体されたものは新たな名称を付されて訴権論の外に移されてしまった。すなわち、権利保護要件論は訴えの利益・当事者適格論に、実体法と訴訟法との関係や訴訟の目的に関する議論は、民事訴訟制度の目的論に変容した。さらに訴権による壮大な体系的構築は民事訴訟の体系化に大いに貢献したが、それは訴権を必要としない民事訴訟法体系となつて結実した。そこで問題はもはや何も残っていないのかということである。残っているものは、当事者の国家の裁判に対する具体的な権利主張ということではないかと思う。なお伊東博士は前注（41）で引用した文章の中で、「権利保護請求権説の退潮とともに、訴権論は、その本来の問題を見失ってしまったのである」と述べて、権利保護請求権説の問題意識が忘れ去られたことを指摘している（右の文中の「本来の問題」については、前注（41）で引用した文章の中に書かれている）。

〔付記〕 根岸毅教授とは専攻が異なるために、直接指導を受けることもまた研究会で議論することもなかった。しかし、私が法学部に助手として就職した時に、年齢的に一番近かったこともあり、いろいろと親しくして頂いた。穏やかな口調と、決して威張らない、権威ぶらない姿勢に引かれて、いろいろな話を伺ったが、そのような姿勢は当時も今も少しも変わることがない。そのような人柄から、「根岸さん」という表現がびったりである。いつも私は気軽に気楽に、「根岸さん」といって話かけていた。学部行政の問題で困ったことが生じて根岸さんに相談すると、誠実に応接して下さったことも忘れることはできない。私には根岸教授とか根岸先生という表現はどちらも合わないが、この度根岸さんが退職されると聞いて、改めて根岸さんとは年齢差があることを認識した。少しなれなれしす

ぎて失礼ではなかったかと反省している。

根岸さんの話は、入ゼミのための宿題の出し方、ノートの取らせ方、ゼミでの授業の方法、講義の内容、政治学の方法論等、正にいろいろであった。政治学の方法論については私には十分に理解できなかったが、清新さと学問の新しい息吹を感じた。何よりも常に学問を正面から論じている姿には感銘を受けた。また私の助手時代は学生運動が激しく研究室が活動家の学生によって占拠されることもあり、研究活動が非常に困難になり戸惑うことが少なかつた。そのような場合でも、いささかも動じることのない根岸さんの話は頼もしく感じられた。今思うと根岸さんの話から、私は研究者としての在り方や進むべき道、授業の方法等を自然と学んだように思う。このような根岸さんの多年にわたるご厚情に対して、ささやかな感謝と惜別のしるしになればと思い、本稿を執筆した。