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

Title	中村宗雄著『民事訴訟原理第一册』
Sub Title	M. Nakamura : Principles of the law of civil procedure
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1961
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.34, No.12 (1961. 12) ,p.106- 113
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=AN00224504-19611215-0106

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.

的」木下尚江の印象をあたえている。宗教家木下を論ずるなら神の王國建設もよいだろう。しかし内容は宗教家としての木下を論じているわけではなく社會運動の先驅者としての木下を論じているのである。さすれば、やはり木下の空想性を批判すべきであった。

本書により、いくたの木下のかくれたる面をしることができる。木下という人間の骨組だけを知っていたわれわれにとって、本書をよむことにより、肉をそえ、血を通わせることができる。しかし反面、木下をかばうのあまり無理な解釋が目だつように思われる。さらにわれわれが本當に知りたい木下の後半生については本書でも知ることができなかった。運動からの轉向とその後の生活はいぜんとして謎につつまれているといってよい。（春秋社　二八〇圓）

（中村勝範）

中村宗雄著
『民事訴訟原理第一册』

一　本書の書かれた動機を著者は次の如く述べている。「パンデクテン・システムの民法構造に相應する民事訴訟法學の理論體系は、一應、ヘルウィック・シュタインの時代において完成したといえよう。いうまでもなく、それは二元論の訴訟理論である。二元觀理論は、カント哲學の學問的方法をもってしては、容易に克服し難き、いわば宿命ともみられる體系的缺陷を內在せしめる。それ以後の訴訟法學者の多くは、この宿命的な難關の突破を回避して、實體法のモメントを捨象することにより訴訟法理を組み立てる訴訟法的一元觀の方向に赴いた。しかし民事訴訟は、私法上の權利實現の『場』であり、實體法理が、これに働く。しよせん訴訟法學は、實體法理と無緣ではありえない。著者は一貫して二元論の立場にある。訴訟法學が、實體法理を導入した訴訟法理を打ち樹てるには、ヘルウィック・シュタインのそれを止揚した新たな學問的方法を必要とする。——中略——著者の學問的主力はこの新たな學問的方法の發見とその整序とに費された。しかしてその成果が、數多くの論文となっている。近年、漸くその構想がとりまとまり、ここに改めて『原理』と題して執筆する次第である。」と。そして更に本書が舊著、「民事訴訟法原理」に對し「民事訴訟原理」と題された理由について「民事訴訟は、國家法たる民事訴訟法により營爲されるが、それは、私人の權利を實現せしめるための制度である。法規範的な表現を以てすれば、訴訟は實體法・訴訟法の綜合の『場』であり、それが國家意思の宣言たる裁判において完結する。このようなものと

して『訴訟』を學問的對象とするのが、著者の終始渝らざる學問的立場とする。從つて民事訴訟法學は、『訴訟法』の學問ではなくして訴訟法により營爲せられる『民事訴訟』の學問ということになる。本書を題して、『民事訴訟原理』という」（序一～二頁）とされる。本書の理論體系の基礎は著者によれば「㈠二當事者主義訴訟構造㈡連續體の理論　㈢階層の論理の三者である。著者の訴訟理論は、これ等を基礎とし、その綜合の上に成り立つ。これによつて、新たな段階に二元觀理論を止揚し、發展せしめた」（序二頁）のである。本書すなわち民事訴訟原理第一册は第一編序論に續き第二編訴訟主體論、第三編訴訟構造論（前半）を以て終つている。

二

こまかい問題點は別として、先ず本書の基本的な問題點をひろつてみたい。それは第三編訴訟構造論に含まれる。

第一に著者の所謂訴訟觀の問題である。著者は訴訟觀を四つにわける。すなわち、①私法的一元觀、②訴訟法的一元觀、③實體法・訴訟法對立二元觀、④實體法・訴訟法綜合二元觀である。③と④はどこが違うか。著者によれば、③は、「實體法と訴訟法とが、別異の法體系をなしているとの承認の上に立つが、さて「訴訟の段階において、これを合理的に組合わせる方法を缺き、結局、訴訟法學の立場からする個別決定的理論に終始せざるをえない」が、このように、實體法・訴訟法を「併列の關係におき、必要に應じ個別決定的に、實體法理を『訴訟』の理論構造に導入したのでは、統一ある訴訟理論體系の構成は不可能であり、論理的缺陷を免かれることができない」（一六二頁）とする。しかし「二元觀は、民事訴訟が國家制度であると同時に、當事者の權利保護をその制度目的とすることに對應する學問的方法を基礎づける唯一のものである」から、「この訴訟觀の下に、實體法理と訴訟法理とを綜合するには、それを可能ならしめる新たな學問的方法が見出されなければならない」（一六四頁）のであり、それが④なのである。それは「著者の構想する『階層の論理』にもとづき、實體法・訴訟法、裁判の序列をもつてする階層構造理論である」。それではその階層の論理とはなんであろうか。著者によれば、「訴訟における權利主張の實體面は實體法により、また、それを審理する形式面は訴訟法により、それぞれ規律され、ともに裁判において完結する。『實體法』は、抽象的法規範の體系として前訴訟の段階において存在し、『訴訟法』により規律される『訴訟』の段階において、當事者がそれを具體的事實と連結し、裁判の段階において、その當否が有權的に判斷される。――中略――實體法と訴訟法との兩體系が、單に併列無緣の關係ではなくして、『訴訟』を媒體として、階層的な關係におかれていることである。しかしてこの階層を成立せしめるものが、『階層の論理』である。――中略――『訴訟』における實體法理と訴訟法理との體系

的綜合は、この『階層の論理』によって初めて可能となる。けだし『訴訟』は、實體法の上に築かれるその上部構造だからである。さらにそれは、法學の全體系を實體法學・訴訟法學・裁判理論の三階層構造に組み立てる構造にまで、それ自體を發展せしめる」（一六四～六頁）と。

元來訴訟法は實體法とはその規律の對象も亦規律の原理をも異にする法體系であるから、いかなる範圍で實體法をその理論構成にとりいれるかは訴訟法獨自の立場から決定せらるべきことである。訴訟法學が實體法理を全く捨象して自らの構成が可能であり且つそれが正當であれば、實體法理を取入れる必要はない（訴訟法一元論の立場）。必要があればその範圍内で實體法理を取入れなければならない（實體法・訴訟法對立二元觀）。その場合必要性の判斷は各事項につき各別になさなければならない。勿論各事項における必要性の判斷が相互に矛盾してはならないこと當然である。對立二元觀もこれを否定するものではないであろう。むしろ問題は訴訟法一元觀や對立二元觀を否定して、著者のいわゆる階層の論理により裏づけられた綜合二元觀を導入する點にある。第一に階層の論理そのものの意義が、私にとってはそもそも問題があると思われるので、此の點について教授の御教示を乞わねばならない。訴訟が實體法・訴訟法綜合の場であることは認められるにしても、實體法が下位次元にあり、訴訟法が實體法に對し上位段階にあるというのは何故なのであろうか。裁判が實體法訴訟法の兩領域に（既判力につき實體法説をとるとして）またがるものであることは認めるにしても、それが實體法の上位にある訴訟法の更に上位に位しなければならないのであろうか。これらの疑問がとけるとしても何故階層の論理が、實體法・訴訟法綜合の新しい方法論たりうるのであろうか。いずれにしても教授の訴訟觀に關するこれらの問題點について御教示を願わねばならないと考える。

第二は、訴權論である。先ず訴權論の整理の問題として著者は訴權學説を論述するに際し、㈠私法的訴權説　㈡公法的訴權説――その㈠抽象的公權説その㈡具體的公權説――　㈢權利保護請求權説　㈣司法行爲請求權説　㈤訴權否認論を擧げられる。具體的公訴權説と權利保護請求權説とは、前者が被告の應訴權を認めないに反し、後者がそれを認める點で區別さるべきであるとされるが（一八一頁）、兩者をむしろ一つの範疇に含めて抽象的公訴權説と對象せしめることが適切ではなかろうか。また㈣司法行爲請求權説中でザウワーの主張するが如き發展的訴權論を説かれるわけであるけれども、ローゼンベルクの主張する所謂司法行爲請求權もこの範疇に含めしめなければならないであろう。更に本案判決請求權説を看過なされた點問題があるように思われる。

次に著者の訴權論如何。著者にとつては訴權論は實體法・訴訟法綜合二元觀の一試金石なのである。著者の訴權論は次の四點に要約しうるように思う。㈠訴權は權利であつて法的地位ではない。㈡訴權は私法學における權利概念をもつて律せらるべきものではなく、制度的具體的概念である。㈢訴權は抽象的訴權論乃至司法行爲請求權論の說くが如き形式的概念ではなく、實體的概念であり、且つ發展的な概念である。㈣被告の應訴權が認められる。㈠について著者は公權否定論との關係における訴權否定論を引合いにして、それが「法的地位」の概念を訴權に代えようとするが、「法的地位を以てしては當事者の地位は充分示されない」「訴あれば必ず法律により判決をなすのであつて、かかる制度の下における當事者の法的地位は、例えば行政法の分野において、單に適切な行政處置を期待しうる法的地位よりは、遙かに强力かつ積極的内容をもつ。從つて行政施設の利用に關する反射權の如き消極的概念をもつてしては、把握しえない」とされる(一八六頁)。結論的には贊成であろうが、現在でも公權否認論との關係における訴權否定論はあるが(例えばヘーブシャイト)、極めて公益的要素の强い訴訟要件のうちに訴權概念を解消させてしまうという訴權否定論が、刑事訴訟の分野においてのみならず民事訴訟法の分野においても存する以上(三ヶ月、民事訴訟法、八頁以下)、訴權の權利性を肯定する以前にこの見解と充分對決する必要があるように思われる。著者は勿論この點で訴權は訴訟制度の反射權ではない。これは「民事訴訟では二當事者主義訴訟構造によつて當事者の權利保護をその制度目的とすること」によつて裏附けられる。「民事訴訟がもつぱら法秩序維持の制度であつて、當事者の權利保護が、その反射効だとするならば、訴權の概念は成立し難い」(一八八頁)とされる。しかし訴訟の目的が當事者の權利保護であるという點から當然に訴權肯定論はでてこないのではないだろうか。いかなる範圍で當事者に權利保護を與えるかは國家即ち公益の立場から判斷されねばならないから訴訟要件は依然として公益的色彩が强く、これを當事者の訴權要件として把えることに對しては疑問があるからである。むしろ訴權の權利性は、訴訟制度の利用權としての訴權が自然權的自力救濟權の代償として與えられていること、法規上は憲法三二條に由來すると考えるべきではないであろうか。猶この點は筆者が近い將來論じるつもりでいる。第二點について、著者は次の如く主張される。「イエリネックをその代表とする公權理論は、權利・義務の對立を基底とする私法學の權利理論をその儘に導入したものであつたといえる。しかして權利保護請求權說、司法行爲請求權說など、いずれもそれに追隨して權利概念に關する反省に缺けていた。しかし私法上の權利は、對等な個人間における各人の生活利益充足のために與えられる法的手段であつて、か

かる性格の私權を對象とする權利概念をもつて、全體と部分の關係にある國家對個人間の法律關係を理解することには、方法論的にみて根本的な誤謬がある。訴權を私法上の權利と同じ性格の國家に對する權利とみることは、私法理論の不當擴大以外の何ものでもない。」（一八五頁）とされる。しかしながら此の見方は公權否定論の立場からする訴權否定論の論據としてしばしば採用されたものであることを私は指摘しておかねばならない。著者の意圖は勿論この理論を採用することにより訴權を否定する處にあるのではなく、むしろ、訴訟上の權利と私法上の權利が異質的なものであることを示す點にあると思う。そこで著者は更に、當事者の訴える權利、裁判所の審理裁判をなす義務は、「制度機構の上に認められるものであるから、私法上の權利・義務の如く、要件の具備によつてのみ成立するとする理論構造をその儘に當てはめることはできない。また、訴權をかかる制度的權利の意味において理解する場合、その權利概念は、具體的な制度概念であつて、從來私法學において展開せられた權利論の如き抽象概念でないことに留意すべきである。」（一八六～七頁）とされている。訴訟上の權利が何故要件の具備によつてのみ成立するとする理論構造をとりえないのか、訴訟上の權利が具體的權利であり、實體法上の權利が抽象的權利であるのは何故であろうか。亦著者は訴權が制度的權利であるということは、それが「私法學上にいう權利の如く、直接義務に對立しない。制度を介して制度的義務に對應する。公法上の選擧權、私法上の代理權など、この種のものである」ことを意味するとされる。訴權をこのような意味で制度的權利であると考えることは訴權論においてどういう意味をもつものであろうか。第三に訴權が實體的發展的概念であるという點について著者は次の如く主張される。「訴訟は、實體法・訴訟法綜合の場なのであるから、訴訟構造理論としての一面をもつ訴權學說は、當然、訴權に實體的內容をもたしめなければならない。」「訴訟は、それ自身發展するところの連續體であるから、訴權理論も、また、その發展過程に卽應する發展的內容をもつものでなければならない。抽象的訴權を出發點として、形式的訴權、實體的訴權の序列をもつて發展するとする階層的訴權學說がそれである。ここにも、階層の論理が働く」（一八九頁）。著者によれば、所謂形式的訴權は抽象的訴權（訴の可能性起訴の自由）とは異る。後者が抽象的・一般的概念であるに反し前者は、「二當事者訴訟構造の下、原告は、その主觀的判斷による一定の權利根據（請求の原因）にもとづいて訴訟上の請求をなしうる」という點で具體的概念なのである。著者は訴の「可能は、あくまでも可能であり、それ丈では、具體的な訴を提起しうる根據とならない。」（以上一九〇～一九一頁）と主張される。ここで著者のいわゆる形式的訴權とは抽象的訴權と同一のも

のではないであろうか。訴は元來具體的なものであつて、抽象的訴權說もそれを否定するものではないからである。そうであるとすれば形式的訴權は權利というには値しないものであること既に論じつくされている處ではなかろうか。元來訴權概念のうちに時間的モメント乃至發展的要求を導入すること自體訴權理論のそもそもの出發點と矛盾すると考えるべきではなかろうか。

第三に取上げたいのは第三編第二章訴訟類型論である。確認・給付訴訟については細かな點は別にすれば問題がないように思われる。問題は形式訴訟につき存する。著者は第一に著者のいわゆる權利變更權を實體權とみる見解と訴訟法上の訴權とみる見解との對立は、從來の論爭が、それを、「實體權か、訴權かという二者擇一の平面論理から脫却しえないでいることによる。それを解決するのが、階層の論理である」とされている（二三二頁）。著者はいう。「すなわち創設請求は、實體法・訴訟法との双方の領域に跨つてそれ自身を具體化せしめる、いわば中間的存在なのであるから、訴訟法上の權利とも、また、實體法上の權利とも、その性格を一義的に規定し難い。しかして、この二つの性格の內存を肯定するのが、階層の論理である」（二三二頁）。「實體法の段階にては、裁判所は、未だその請求の名宛人としては現われない。事件は、訴訟となつた場合に、原告となるべきものから、同じく被告となるべきものに對する權利主張のかたちをとる。この段階における權利主張が、實體法的性格のものであることには、爭う餘地がない。事件が訴訟として裁判所に係屬して、初めて裁判所が創設請求の名宛人として現われる。——中略——しかし創設の訴は裁判所に對し、權利關係の形成を求めるのであつて、裁判所は、訴の名宛人であるばかりでなく、その訴の內容をなす創設請求の名宛人ともなる。これは實體法の豫定するところである。しかして裁判所がその名宛人となることにより、創設請求に訴訟的性格が加わる。」創設請求は、その系譜において實體法的性格のものであるが、訴訟の段階において訴訟的性格を加えて、裁判所がその名宛人として現われる。階層の論理に從い、創設請求をもつて、このような發展的內容をもつものと理解することにより、それに實體權的性格と訴權的性格との內在することが正しく把握される。」（二三三～四頁）と。結論そのものは議論のあるところであるが、著者のいわゆる階層の論理を使わねばかかる結論が導き出しえないものか否かという點でも問點があるように思う。次に、著者は創設請求を、(1)形成要求權（訴權的性格）、(2)權利關係變更請求權（請求權的性格）、(3)裁判上行使を要する形成權（形成權的性格）の三類型に分類している。(1)は、「法律の規定形式から、また、事件の內容からみて、原告には實體法上、當事者間における既存の權利關係を變更する權利なく、實體法の定める一定の要件を

備えて、判決による權利關係の形成を求める外なき場合である。從つてそれは訴訟の段階においては、訴權として形相し、裁判所に對する形成要求を以て、その内容とする」に反し、(3)は「原告が一定要件の具備により、既存の權利關係の變更權（形成權）をもち、訴訟はその濫用を防止するため、國家がその行使に關與する方法に止まるとみるべき」場合である。(2)は、「既存の權利關係の變更を請求するものであり、それは、私人の自由な處分を許す權利關係につき、」「相手方との合意により、その求める權利關係變更の内容が特定されるのであつて、訴訟となつた場合、判決がその合意に代わるものとして權利關係を變更する。しかして判決により既存の權利關係が變更されるのであるから、それは創設訴訟であると同時に、この判決は、單に權利變更請求權が原告に存することの裁可に止らず、その請求の具體的内容を決定する」ものである（二三七頁）。著者は(1)の例としては婚姻取消の訴、養子緣組取消の訴、詐害行爲取消の訴等。(2)の例としては、相續人の遺留分減殺請求、借地借家の賃料の增減請求、建物造作の買取請求等、(3)の例として、離婚の訴、離緣の訴、嫡出否認の訴、破產法上の否認權の訴等を擧げておられる。(2)につき形成訴訟を考えることは問題であろう。蓋し著者の所謂權利關係變更請求權は訴訟外において行使されるものであるからである。（著者は權利關係變更請求權は請求權の形で規定されているから請求權であつて形成權ではないとされる。一定の權利が形成權か請求權かは規定の形式より規定の趣旨から實質的に決定されるべきものでなければならない。著者は、結局この請求權についての訴が形成の訴であるとしている。）賣買代金減額請求に例をとつてみよう。これが實體法上の訴訟外で行使可能な形成權であるとみれば、これについての訴は訴訟外で行使された形成の結果についての確認訴訟である。減額の範圍は自由裁量ではなく法規裁量とみるべきである。以上の理由で(2)は別にする。そこで(1)と(3)とを區別することは理論的に一應考えられないこともないが、その區別は實際上どういう意味をもつものであろうか。著者は、「この類別は、單なる純理の問題ではない。そのいずれに屬するとみるかにより、派生法律關係についての法理と解釋とが異つてくる」という（二三五頁註一九。著者は二三六頁註二二で、(1)の例として、例えば婚姻が何らその婚姻に關係しなかつた親族により取消されるとすることは、個人對等の私法原則の上から承認し難い。從つて原告のもつ形成權の行使により、既存の權利關係が變更せられるというのは、事件の性質からみて無理である。債權者の詐害行爲取消も同樣とされる。二三八頁註二六では(2)の例として、建物買取請求權をもつて形成權とすれば、請求により建物の所有權は地主に移轉するから、以後、借地人は當該建物に抵當權の設定をなすことができない

のであるが、これを肯定する判例はその理由を示していない。借地法三條の解約申入を形成權と解した判例は、辯論の都度被告に對し明渡を求める意思表示をなしたものと解すべきで、その間正當事由を具備するに至つた頃の口頭辯論期日に正當事由ある解約申入をなしたものと解すると妙な理窟をつけている。地代の坪百圓增額の請求に對し、裁判所が五十圓値上げを認めたとき、その限度で增額請求權〔形成權〕を行使したとするというが如き、辻褄あわせの議論にもなつているとされる）が、果してそうであろうか。例えば婚姻取消の訴についてみても、私法上親族が當事者間の婚姻取消權を與えられていると考えることは全く不可能であろうか。(1)乃至(3)の分類がどれだけの意味をもつものか問題があると思う。

三　以上細かい問題點を除いて中村教授の理論の本書に顯われた主要な問題點の若干をひろつてみた。勿論深遠な中村理論を淺學の私が充分批判しつくすことはとてもできることではない。更に中村理論の基礎の正當性を檢證するには第一分冊に示された問題だけを對象としたのみでは不充分であるかもしれない。この點でも第二分冊以下の發刊が待たれる。亦問題を取上げるにあたつて中村理論を充分に理解しえなかつたということもあり、したがつて批判以前の段階に終り、多くの問題點につき、教授の御教示を仰ぐことになつてしまつた。記して御許しを乞う次第である。

いずれにせよ、すでに民訴學會會長の職を退かれた先生が、依然として絕えず精力的な研究を續けられ、その集大成ともいうべき本書が世におくられたことに、後學の者として、心からお喜び申上げると共に敬意を表する次第である。（敬文堂書店刊　四六〇圓）

（石川　明）