

「訴訟の目的」、その巨視的研究

中 村 宗 雄

一 序 説 (Einleitung)

- 一 「訴訟の目的」、「訴訟上の請求」
- 二 「訴訟上の請求」に関する論争
- 三 「訴訟の目的」理論の構成
 - (一) 歴史的所与であること
 - (二) 連続体であること
 - (三) 既判力の主体に止揚されること
- 四 筆者の「訴訟の目的」論
 - (一) 系譜的研究
 - (二) 巨視的研究
 - (三) 微視的研究

二 訴 訟 (Prozess)

- 一 国家制度としての訴訟
- 二 考察方法
- 三 訴訟の開始

三 訴と請求 (Klage und Anspruch)

- 一 アクチオの分解
- 二 訴
- 三 請求
- 四 訴と請求との間の分離関係

「訴訟の目的」、その巨視的研究 (中村)

四 法体系の層位構成と階層の論理 (Schichtenbau des Rechtssystems und Schichten-Logik)

一 筆者の訴訟理論を基礎するもの (階層の論理)

(一) 法体系の層位構成 (二) 非可逆の論理 (三) 肯定の論理 (四) 多次元的「場」の理論(筆者の発想)

二 法体系の層位構成

(一) 第一段階・実体法体系 (二) 第二段階・訴訟法体系 (三) 第三段階・裁判理論

三 「訴訟の目的」理論の在り方

(一) 「訴訟の目的」の層位構成(実体法・訴訟法総合〔階層〕二元観) (二) 私法的一元観 (三) 実体法・

訴訟法対立(併列)二元観(前期二元観) (四) 二元観より訴訟法的一元観へ (五) 訴訟法的一元観

(六) 総合(階層)二元観(筆者の学問方法)

五 訴訟上の請求 (Prozessualer Anspruch)

一 「実体法上の請求」より「訴訟上の請求」へ

(一) 「請求の利益」の内存 (二) 「訴訟上の請求」への止揚

二 「訴訟上の請求」の種類

(一) 訴訟類型の分岐 (二) 給付訴訟 (三) 確認訴訟 (四) 創設訴訟

三 判決の対象としての「訴訟上の請求」

(一) 具体的な「裁判の要求」 (二) 裁判の質料 (三) 裁判の存在基礎(理由づけ)

一 序説 (Einleitung)

この序説は、私の「訴訟の目的」をめぐる研究のメモランダム乃至要約とでもみるべきものである。

一昨年(一九七三年)、バウムゲル教授からその編集にかかる民事訴訟法論文集に寄稿を依頼された。実のところ、ここ五、六年の間、私は主力を比較法思想研究に傾け、特に支那古代思想に没頭していた。この研究には限らないものがある。本来、比較法制度の立場から出発したので、むしろ教授の勸奨を好機として、私は本来の民事訴訟法学に立ち返った。しかして種々考慮の結果、民事訴訟法学の最も基礎的問題である「訴訟の目的」を題材にとり上げたが、さてそのうち「訴訟の目的」それ自体の原理的構造は、私が多年にわたり思索を重ねてきたものではあるが、未だ体系的にとりまとめるには至らなかつたものである。今回は、私の研究をこれに集中し、思想的遍歴中にえた構想を加えて、これまでの思索の結果を、一種の公式化(schematisieren)の手法により整序、簡約することにより、それ等を体系的に組み立てる理論にまで到達した。本稿二以下の叙述がそれである。

読み切りの単行論文であるから、そこでは読者の理解を受くるに必要と思われる程度において、この体系構築の背景をなす諸原理(例、階層の論理)また諸訴訟理論も併せ述べた。しかし、書き上げてみると、ドイツの読者の了解を受くるに、なお何か足らざるものがあるように思われた。要するに、日本の文献に親まれない(それは、当然のこととして)ドイツの読者には、中村学説が未知のものだからであろう。そこで、急遽、序を執筆し、それを補説することにした。予定しなかつた補説であるため、本論(本稿二以下)と重複の跡をのこすなど序述の不整序をもたらし、また必要最小限度に止めたが案外の頁数となり、本論と二部作に近い体裁のものとなってしまった。

一 「訴訟の目的」、「訴訟上の請求」

「訴訟の目的」、「その巨視的研究」(中村)

「訴訟の目的」⁽¹⁾ Prozessgegenstand (争訟の客体 Streitgegenstand) となるところのものは、「訴訟上の請求」(Prozessualer Anspruch) である。これは、現在、日独民事訴訟法学における大体の定説といえよう。問題は、何を求めて「訴訟の目的」となし、また、「訴訟上の請求」となすかにある。殊に「訴訟上の請求」については、それをめぐって多くの学説が現われ、収まるところを知らないのが現状である。

(1) 日本民法には「訴訟の目的」(Prozessgegenstand) という(同法二二、五九、六〇、六一条等)。現行のドイツ並びにオーストリー民法には、「争訟の客体」(Streitgegenstand) とある。しかし独民法五条には、旧法の用例、「訴の客体」(Gegenstand der Klage) が残っている。本稿では、日本民法に従い、「訴訟の目的」(Prozessgegenstand) を一般的用語として置く。

訴訟対象 (Prozess- od. Streitgegenstand) なるものが、法学の課題として現われたのは、訴訟法体系の実体法体系よりの分離と相関的である。実体法と訴訟法とが、体系的に未分離の状態 (Seinweise) にあるアクチオ制のもとにおいては、「訴訟対象」なるものは、これを問題とすべき学問上の「場」をもたない。また、かかる概念を指定する必要も存しない。強いていえばアクチオ自体が、「争訟の客体」なのであった。しかしこのアクチオ制の基盤(単一法体系)は第十八世紀の後半、ドイツ普通法後期に至り、ちくじ分解の途をたどることになった。まず訴訟法の独立体系化の発足を表象するものとして、バイエルン(一七五三年)、オーストリー(一七八一年)並びにプロイセン(一七九三年)の三つの著名な裁判所法 (Gerichts-Ordnung, 訴訟法典 Prozess-Ordnung) が制定された。これ等法典に、「事件」(die Sache) 並びに「客体」(Gegensand) の術語を見出す⁽²⁾。しかし何が「事件」であり、「客体」であるか、直接にこれを明らかにした条文は存しない。これに関し、第十九世紀初頭の頃の普通法学説は、争いある個別の事件

(民事訴訟事件 Civilprocess-Sache) が、民事訴訟の客体 (Object oder Gegenstand des Civilprocesses) だとした⁽³⁾。それは、「事件」並びに「客体」を具体的個別的な実体概念として把握したものに外ならない。当時の普通法学説には、これ等の実体概念をさらに分析する学問方法を欠き、「事件」並びに「客体」をめぐる理論の発展は、この段階にて停顿した。

(2) 「事件」(die Sache) の術語は、これ等の訴訟法典の各所に使用されているから、特に挙げるまでもなく。「客体」(Gegenstand) の術語の存する条文を二三拾うと以下の如く。Bayerische Gerichts-Ordnung vom 1753. Viertes Kapitel § 1.; Die allgemeine Gerichtsordnung des Oesterreichs, 1781. §§ 4,49.; Allgemeine Gerichtsordnung für die preussischen Staaten vom 1793. Einleitung § 1.; Vierter Titel § 2. Nr.5.

(3) Z.B. Martin, Ch., Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes, 6. Aufl. 1819. Heidelberg, S.22. など、第十一版(一八三八年)には Gegenstand des gerichtlichen Rechtsstreits 云々 (S.34)。

ドイツ普通法学は、新たな理論への打開の途を、「訴の原因」(Grund der Klage, fundamentum agendi)に見出した。しかししてそれは、第十九世紀の初頭に至り、事実と法規範とを観念的に分離する学問方法を体得したことを背景とする。

(4) Vgl. Reinhardt, K. F., Handbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Processes, Erster Theil. 1823. Stuttgart, S. 173 ff., Bayer, H., Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprocess, 1828, München S.212ff.

当時のドイツ普通法学は、「訴の原因」をもって「事実」(Faktum)とした。これは、ゲルマン法制の伝統的立場のものであり、⁽⁵⁾三裁判所法の解釈としても一致していた。未だそれは、訴訟理論において、法規範に、その「場」

「訴訟の目的」その巨視的研究(中村)

を与えざるところのものであった。しかし他方、ローマ法の影響のもとに、一六五四年の帝国最終決議 (Jungster Reichs-Abschied) が、訴の「事実」(Faktum) を二段階に分かったことにつながり、第十九世紀の初頭には、「訴の原因」が「近因」(fundamentum agendi proximum) と「遠因」(fundamentum agendi remotum) とに分かれていた。これは、ドイツ普通法学が、事実と法規範とを分離する学問方法を体得したとと相関的であって、遠因に法規範的性格の内在を認めることに始まり、理論は多岐に発展した。これにより、アクチオの単一法体系に根本的省察が加えられることになった。

(5) ゲルマン法制においては、「訴訟の対象」となるものは「事件」そのもの(事実 Faktum)であり、それに適用(妥当 Gellen)する法は、裁判所がこれを発見する。「法」のあらゆるモメントを内含するアクチオ(実体概念)を「訴訟の対象」となすローマ法制とは、凡そ対蹠的である。けだし民度の差による。要するにローマのアクチオ法を承継したが、訴訟制度には、ゲルマン法制を残存せしめた。それが、ドイツ普通法である。

ドイツ普通法学は、「訴の原因」論を契機として、法体系の構造を省察することにより、実体法と訴訟法とを体系的に分離する方向に理論を発展せしめた。かくしてドイツ普通法のもと、第十九世紀の前半期の終る頃までに近代法の体系が基礎づけられ、それと相関的にアクチオの解体がもたらされたのである。これ等は本稿の主題からはずれるので、詳しくは筆者の数多き諸論文に譲っておく。⁽⁶⁾ 訴訟理論についていうならば、「争訟の客体」(Streitgegenstand) が一般概念として把握せられ、それをめぐって論争が発展して、一八七七年のドイツ旧民事訴訟法の制定に至る。⁽⁷⁾

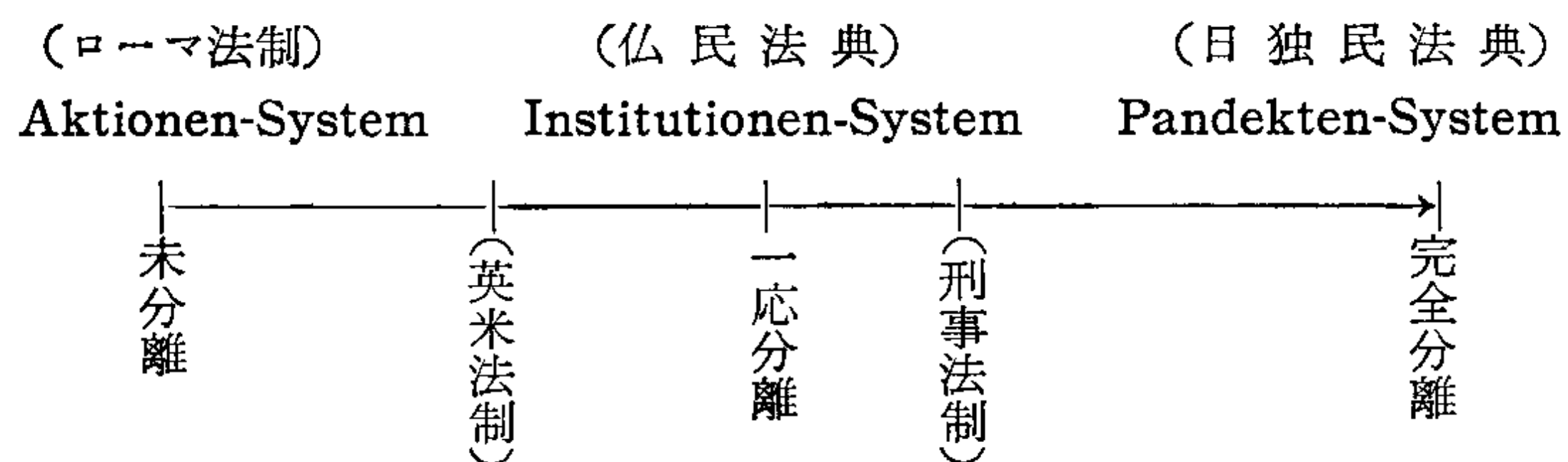
(6) 近代法体系の成立は、アクチオの解体をもたらしした。この両者は表裏の関係にあって、相関的である。しかし一八〇三、四年に制定されたインスツチオネン・システムによるフランス民法典は、一応、近代法の体系を整えた最初の法典であ

法体系の分岐 (系譜的並びに比較法学的分布)

I. actio に内在する Moment の分解

1. Glied	(分枝)	実体法	訴訟法	(訴訟法典の制定)
2. Stoff	(素材)	事実	法規範	(実体法の抽象化)
3. Funktion	(機能)	社会規範	裁判規範	(民法典の制定)

II. actio の分解過程



る。これに対し法典を欠くドイツ普通法のもと、遙か遅れて近代法体系を基礎づける理論をもつに至った。ザヴィニーの現代ローマ法体系全八巻 (Savigny, F.C.v., System des heutigen römischen Rechts, 8 Bde, Berlin, 1840-49) は、その集大成である。

近代法は、概ねローマ法系に属する。しかしこの法系に属する法制度には異なるものがある。大陸法として、フランス民法典の依拠するインスツチオネン・システムの法体系、並びにドイツ民法典の依拠するパンデクテン・システムの法体系あり、またこれ等の大陸法とは別途に発達した判例拘束主義 (stare decisis) の英米法制がある。しかし近代法体系の成立といひ、アクチオの解体という。いずれも法制度推移の過程における現象なのであって、この両者が相関的であることは(前出)、さらに両者の間に函数関係が存するとの仮説を生む。筆者は、かつて比較法学の立場から、この仮説を背景として、これ等の三法体系は、それぞれアクチオ解体の過程における特定の段階と対応するとの構想を創案してこれを取りまとめ、一九六四年五月開催の日本学士院例会にて報告した。「法の体系と民事訴訟制度——アクチオ制崩壊の過程から見たその推移と現段階」(日本学士院紀要(二二巻二号)と題する論文がそれである。これに続いて若干の論文もある。この報告論文には次の関係を示す図式を掲げた。「上掲図式参照」それはアクチオが一応解体した段階に対応するものを、インスツチオネン・システムの法体系(仏法)となし、さらにパンデクテン・システムの法体系(独法)をも

って、アクチオの完全解体の段階に対応するものとなす。しかして英米法の判例拘束主義は、アクチオの解体が、未だ手続法(司法条例)の領域に止まれる段階のものとみる。序ながら、本稿に述ぶるところのもの、パンデクテン・システムの日独法制のもとにおける「訴訟の目的」理論である。また英法制につき、メートランド曰く、「The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves」(Maitland, F. W., Equity also the form of action at common law, 1920, Cambridge, p.296) 此れは、第十八・九世紀の交におけるドイツ普通法の在りし姿にも妥当する表現ともいえよう。

(7) ドイツ普通法は、普通法学がザヴィニーの現代ローマ法学(前註6)により集大成されたとみるべき理論の段階に到達するに及んで、漸く近代法としての体系が基礎づけられるに至った。続いて有名なるウィンドシャイド、ムーテル間のアクチオ論争となる(一八五六・七年)。アクチオをもって私法的性格の *Anspruch* とすか(ウィンドシャイド)、或いは公法的(訴訟法的)性格の訴権 (*Klagerrecht*) とすか(ムーテル)の争いである。これは、訴訟理論としては、訴権論争とみるべきものであり、後年いうところの私法的訴権説と公法的訴権説の対立が、ここに始まる。しかしこの訴権論争は、「訴の原因」に関する論争(前出)と絡み合い、「訴訟の対象」すなわち「争訟の客体」は何かということが改めて論争の「場」に加わる。一八七七年のドイツ旧民事訴訟法は、これ等の論争のうちに制定された。

以上述ぶるところ、「訴訟の目的」論としては、その成立前史に属し、従って本稿では、この程度に止めておく。筆者には、「法規範的」訴訟の目的「概念の成立前史」(早稲田法学三五卷三・四冊—一九五九年)を主として、外に若干の論文がある。

一八七七年の旧民事訴訟法は、ドイツ帝国の草創期に属し、一種の妥協立法であった。従って条文に多くの矛盾と不統一とがあり、論争はさらに発展した。その後、一九〇〇年には、パンデクテン・システムの新民法典とともに改正民事訴訟法が施行された。この改正は、もとより実体法と訴訟法とを峻別する立場のものである。かかる状勢のもと、法規範的「訴訟の目的」理論が、ちくじに体系を整え、ヘルウィック並びにシュタインに至る。

この両者は、異なる理論を構築している。しかし共通することは、訴訟法上の概念として把握されるべき「訴訟上の請求」(名称は必ずしも同一でない)概念を定立し、それを媒体 (*Medium*) として「争訟の客体」と「請求の原因」とを結ぶ。要するに「訴訟の目的」(争訟の客体)に実体法並びに訴訟法の各モメントの内在を認める二元観学説であり、「訴訟の目的」理論としては二肢説 (*Zwei Glieder*) に属する。

この学説のもと、「訴訟の目的」(争訟の客体)、即、「訴訟上の請求」ということになる。爾来、訴訟法学説では、この公式が定着し、もっぱら「訴訟上の請求」をめぐって、はてしなき論争を重ねて現在に至る。⁽⁸⁾

(8) 以上、本文に述ぶるところ、前段と同じく系譜的研究の領域に属するから、本稿ではこれ以上述べない。筆者には、「法規範的」訴訟の目的」とそれをめぐる諸問題」(早稲田法学三七卷一・二号、三・四号、四〇卷一号—一九六一—六五年)と題する連続執筆の論文がある。これは、一八七七年の旧民事訴訟法の制定に始まり、ヘルウィック、シュタイン学説を経てポエッティッヘル理論に至るまでを一貫して扱えるものである。それ以後については、個別の論文若干がある。

二 「訴訟上の請求」に関する論争

訴訟対象理論は、前述の如く、ヘルウィック、シュタインの時代において、「訴訟の目的」(争訟の客体)、即、「訴訟上の請求」の公式が定立されたことにより一段落をなした。それ以来、「訴訟上の請求」をめぐり、ちくじ私法学のそれは異別な訴訟法学独自の理論が展開されてきた。そのうちローゼンベルグに続く「事態説」(*Sachverhalt-Theorie*)とでも称すべき一連の学説は、シュワープを頂点として訴訟法的一元観の方向に赴いた。しかしこれには、その後、ハープシャイドをそのはじめとして、やや後退の傾向が現われている。⁽⁹⁾ 要するに「訴訟上の請求」をめぐる訴訟

理論(学説)の動向は、はじめヘルウィック、シュタインの時代、それに実体法並びに訴訟法の各モメントの内在を認める二元観学説(前出)から、実体法的モメントの内在を否定する訴訟法的一元観の方向に発展したと把握することができる。そこに問題がある。

(9) 本稿四ノ三ノ(五)「訴訟法的一元観」参照。

実体法と訴訟法とが体系的に分離した現代法制度のもと、訴訟法体系独自の理論(訴訟理論)が組み立てられなければならない。それは当然の筋合いである。しかし訴訟法的一元観は、さらに加えて実体法体系との理論的連関の遮断を意図する。すなわち実体法理に存在の「場」を与えない訴訟理論である。

実体法と訴訟法とは、その相関関係に推移はあっても、ともに全法体系の部分契機をなすところのものである。現代法制度のもと、実体法と訴訟法とは、体系的に分離し、訴訟は、訴訟法により営為せられるが、訴訟の帰結たる裁判は、実体法による(法による裁判)。しかしてその裁判は、具体的個別の訴訟においては、当該「訴訟の目的」すなわち「争訟の客体」(事件)に対してなされる。従って実体法理から遮断した訴訟理論をもってしたのでは、裁判の対象となる「争訟の客体」(事件)の実体はこれを把握することができない。結局、具体的、個別の訴訟の「場」において、「争訟の客体」を開示する「訴訟上の請求」の型式面並びに手続の面を把握しうるに止まる。それ以上に出ずることはできない。学説に後退をきたしたゆえんである。

ヘルウィック、シュタインの「訴訟の目的」理論は、権利保護請求権学説を基盤とし、骨子とする。権利保護請求権説は、両者の間、若干の手法の差はあるが、私法的訴権説と公法的訴権説とを連結したところの二元観(実体法、訴

訟法対立)の訴訟理論である。⁽¹⁰⁾その後、それがちくじに論理的破綻を露呈した。また、レント、ニキッシュによる二元観理論にも満足するには足らざるものがある。勢いその活路を訴訟法的一元観の方向に求めた。要は二元観学説を支持すべき理論が編み出せなかったということである。

(10) 本稿四ノ三ノ(三)「実体法・訴訟法対立(併列)一元観(前期二元観)」参照。

実体法学と訴訟法学、従って実体法理と訴訟法理とは、その相関関係に推移はあったが、実体法と訴訟法との間におけると同じく(前出)、到底、無縁、断絶の關係にはありえない。それは、近代訴訟制度の確立過程において相関的であった両学問の系譜がこれを示す。⁽¹¹⁾要約するならば、インスチテューション法制度のもと、アクチオが漸く解体して、訴訟法は体系的に実体法より独立したが、未だそれに従属するの地位にある。従ってこの段階における訴訟理論(民事訴訟法学)は、全体的にみて、なお実体法理論(私法学)の傘下におかれる。しかしパンデクテン法制度に至って、訴訟法(民訴法)は体系的に実体法(私法)から完全に分離して、それと併存(Nebeneinander)の地位に立つことになる。

(11) 訴訟法理の実体法理に対する関係は、現在に至るまで推移を経てきた。それは、実体法と訴訟法との体系的相関関係の推移に対応したものである。両法理の間には、常に密接な関係が内存した。第十八世紀の後半、著名な三裁判所法—訴訟法(本稿四頁)が制定されて、ドイツ普通法は後期の時代に入る。この時代において、普通民事訴訟(Gemeines bürgerliches od. Civil-Process)の名のもとに、通常裁判所の訴訟手続の観点から、普通法理を整理した著作が現われている(マルチン、バイエル等)。当時の法制度は未だアクチオを解体せしめるに至らず、従って実体法と訴訟法とが体系的に分離していなかったから、これをもって現代的意義における訴訟法学とはなし難い。強いていうならば、実体法理を内包した

「訴訟の目的」、その巨視的研究(中村)

訴訟法学であった。

次にインスチテューション法制度となる。この法制度のもと、アクチオを全面的に解体して、国家法がこれに代わり、実体法と訴訟法とが体系的に分離された。しかしして解体されたアクチオの社会規範面にあたるものが実体法に、その執行面にあたるものが訴訟法に組み入れられた。フランス民法典（一八〇三・四年）は、実体法としてアクチオの社会規範面に当たる規定をもってその内容とする。従ってその規定するところ、アクチオと同じく具体的一般的なものであるため、アクチオの残存といわれる。現に廃罷訴権 (action révocatoire. §1167) 代位訴権 (action subrogation §1166) などアクチオそのものである。このような実体法に対しては、アクチオの執行面に当たる規定としての訴訟法は、実体法上の権利（既存の権利）を具現すべき手続法に過ぎないことになる。その故に訴訟法は、実体法に対し助法の地位におかれる。また訴訟の帰結たる裁判には、実体法が適用される（法による裁判）。それには、訴訟法理が実体法理の延長として組み立てらるべき必然的連関を伴う。結局、この法制度のもと、訴訟法理は、私法法理の傘下にある。

ドイツには、インスチテューション法制度は実施されなかった。しかし普通法のもと、ザヴィニーの現代ローマ法体系全八巻がこの段階の法理に到達している（前註6参照）。

その後、以上述べた実体法、訴訟法の体系的分離につき、観点の移動によってパンデクテン法制度となる。その移動は、学問方法論上、事実と規範との完全分離の認識に基づくことになるが、さらに遡れば原理 (Prinzip) と存在 (Sein) との峻別ということになる。法は抽象的規範である。しかしして実体法 (私法) をもって市民社会法の原理の体系となし、訴訟法をもって実体法の原理を具体化する手続法となす。アクチオは、この法制度のもと完全に解消し、訴訟法は、体系的に実体法から完全に独立した。従って訴訟法学は、手続法学として、実体法理の傘下を脱して、独自の理論体系を構築すべき段階に到達する。しかし訴訟法学の学問的対象たる「訴訟」には、前述の如く、実体法の原理具体化の過程を内包する。訴訟法理は、所詮、実体法理と無縁でありえない関係にある。

以上は、これまで筆者が多数の論文にて発表したところを、極めて要約したものである。そのうち若干の論文には、英訳、独訳またイタリー訳が公刊されていて、下記独訳論文は、比較的早期のものであり、現在とは、若干、構想を異にする

ところもあるが、大体においてこの問題についての筆者の考え方が（部分的ではあるが）現わされていると思う。 Nakamura, M., *Der Zivilprozess als Institution und seine Theorie—Beider Zusammenhang im Laufe ihrer Entwicklung*, Japan annual of Law and Politics, No. 2, Tokyo, 1953, pp.1—35

パンデクテン法制度のもと、訴訟法は、体系的に実体法から独立した。これに対応して、訴訟法学は実体法の傘下から脱出して、独自の訴訟理論を構築すべき段階にある。⁽¹²⁾ この段階において、「争訟の客体」をもって「訴訟上の請求」となす訴訟理論が現われ、爾来、それが一種の図式 (Schema) として定着したのである。しかしして、初めその主唱者たるヘルウィック並びにシュタインは、手法を異にしながら、ともに権利保護請求権説から出発した（前出）。権利保護請求権説は、前述の如く二元観理論である。この二元観学説は、ちくじ論理的破綻を露呈した。その後の二元観学説も、また無欠陥とはいえない難いものであった。何故であるか。この段階において、訴訟法学説は、実体法学から独立した。しかし学問方法において実体法学のレベルを脱しえなかった。さらに遡れば、近代社会科学の基盤となるカント哲学のもと、その単一の「場」の理論に膠着していたことに帰せられよう。⁽¹³⁾ 訴訟法学が、もっぱらカント哲学の傘下にあつて、単一の「場」の訴訟理論である限り、二元論は不遇の継子 (Stiefkind) である。⁽¹⁴⁾ 観点を新たにした理論体系の構築を必要とする。

(12) 現在、日本並びにドイツの民事法は、パンデクテン法制度のもとにある。しかししてそれは、両国とも現行民法典の施行、すなわち日本では、一八九八年、ドイツにては一九〇〇年にはじまる。

(13) Siehe, Nakamura, M., *Der Zivilprozess als Institution und seine Theorie*, Japan annual of Law and Politics, No. 2, 1953, pp. 21, 22, 23; Nakamura, M., *Die methodologische Beziehung zwischen Rechtswissenschaft und Naturwissenschaft*, ZZP, 68. Band Heft 6, 1955, S. 402, 404.

「訴訟の目的」その巨視的研究（中村）

(14) 二元論には、単一の「場」の理論構造と相容れないものがある。ラスクの二要素説(Zweielemententheorie)或いはそれを修正した二対象説(Zweigegegenstandstheorie)など、二元論に論理的根拠を与えらるゝとみられるが、満足すべきものはいない。Lask, E., Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre, 1911)。クルヴァック、シュタイン以後の二元論には、アインシュタインの相対性理論の出現の前後、三次元の自然空間を唯一の理論空間とする古典物理学の立場(すなわち単一の「場」)において、ローレンツ(Lorentz, H. A.)が「局所時」(örtliche Zeit)或いは「短縮」(Lorentz-Kontraktion)の仮説を設けて、¹⁵⁾次々次々その背理を指摘されたことを想ひ出す(Siehe, Nakamura, M., a.a.O. ZZP, 68.Band Heft 6, S. 416. Note 34)

三 「訴訟の目的」理論の構成

訴訟法学は、パンデクテン法制度のもと、私法学の傘下を脱して、独自の訴訟理論を構築すべき段階に到達した。それには、これまでの如く私法学の学問方法に影響を受くることなく、訴訟法学の立場から合目的な吟味を経た学問方法により、理論を構築する必要がある。ここでは、「訴訟の目的」論について¹⁵⁾。それは、まず「訴訟の目的」そのものを諦観して、その特質を把握し、それぞれに妥当すべき学問方法を論定することである。しかしてその論定された学問方法により、どのようにして理論の体系を構築するかが、それに続く。

(15) 「訴訟の目的」は、本文にて後述するが如く、訴の提起に始まり、判決の確定に終る連続体(Kontinuum)である(後述(二)参照)、すなわち訴訟それ自体(その内容)に外ならない。その故に、「訴訟の目的」をめぐる訴訟理論は、「訴訟」を対象とした綜轄的訴訟理論ということにもなる。

「訴訟の目的」は、制度(Institution)としての「訴訟」における審理・判決の対象を意味するのであるから、具体概念(der konkrete Begriff)である。「争訟の客体」(Streitgegenstand)ともいう。具体概念であるが、個別の訴訟において審理判決される事件(die Sache)そのもの(具体的個別概念 der konkrete individuelle Begriff)を指すのではない。「訴訟の目的」は、制度としての訴訟の「場」においては、「訴訟上の請求」として形象し、審理、判決の対象となるのであるから、それは一般概念である。結局、「訴訟の目的」は、具体的一般概念(der konkrete generelle Begriff)の次元(Dimension)に属する。そのことは、訴訟の「場」における「訴訟の目的」、すなわち「訴訟上の請求」が、一方には社会的に実存(Existenz)する権利でないこと、他方には存在論(Ontologie)の立場から、それが原理(Prinzipien)によって構成される理念的存在(das ideale Sein)ではなくして、現実に則する現存在(das reale Sein)であることを示す。「訴訟の目的」をもってこのようなものとして、次にその特質を学問方法論との関連において述べるであろう。

(一) 歴史的所与(geschichtliche Gegebene)であること 「訴訟の目的」は、歴史的に発達して現在に至る訴訟制度のもと、審理、判決の対象として推移があって現在に至る。必然的に過去につながり、歴史的構造がそれらに内存する。この歴史的背景を無視して、「訴訟の目的」の実体を把握した訴訟理論は組み立て難い。「訴訟の目的」の構造を如実に把握するためには、その制度系譜的研究が必要である。それは、「訴訟の目的」たる「訴訟上の請求」が、現存在(das reale Sein)であることによる。この点、私法上の権利が理念的存在(das ideale Sein)にまで止揚されている結果、その権利の歴史的な研究が、私法学の領域外、その隣接の学問領域に属していることと、訴訟法学には異なるものがある。

「訴訟の目的」、その巨視的研究(中村)

(二) 「連続体」(Kontinuum)であること 「訴訟の目的」が、訴訟の「場」において形象する「訴訟上の請求」は、訴の提起に始まり、判決の確定(原則)するまで現存在として連続する(連続体)。その連続し、発展する過程を如実に把握することは、私法学の時間座標を欠く静態理論の及ばざるところであり、さらに遡っては、法学を含めて、近代社会科学が、その基盤となすカント哲学の影響のもとに、ニュートン古典物理学的な単一の「場」の理論から脱していないため、この問題の解決を困難ならしめている⁽¹⁶⁾。構想を新たにした学問方法が考え出されなければならぬ。筆者はこれに応ずるに「階層の論理」(Schichten-Logik)をもってする⁽¹⁷⁾。

(16) 前註13並びにその本文参照。

(17) 本稿四「法体系の層位構成と階層の論理」参照。

(三) 既判力(Rechtskraft)の主体に止揚されること 「訴訟上の請求」は、訴訟の「場」における現存在である。しかし個別の訴訟において、それを認容する判決の確定により既判力を生じ、その主体となる。それは、「訴訟上の請求」が現存在より実存(Existenz)の世界(次元)に止揚せられたことを意味する。要するに訴訟の「場」は、「訴訟上の請求」を実体法の原理(Prinzipien)に従って、現存在からこれを実存に止揚する過程なのである。この過程には当然、実体法と訴訟法とが関係する。訴訟理論としては、この両者を体系的に把握する二元観をとる必要がある。しかしこれまでの法学の学問方法は、二元論の支持を困難ならしめてきた⁽¹⁸⁾。それが打開されなければならぬ。筆者としては、ここにも前段に述べた「階層の論理」、多次元的理論が働く。

(18) 前註14並びにその本文参照。

四 筆者の「訴訟の目的」論

「訴訟の目的」には歴史的構造が内存すること、並びにそれが訴訟の「場」において「訴訟上の請求」として形象し、現存在より実存に止揚されるものなることを勘案して、筆者は「訴訟の目的」論を次の三部作に分つ。

(一) 系譜的研究 訴訟法は、「訴訟」の法であり、訴訟法学は、「訴訟」に関する法学である(訴訟法の学ではない)。「訴訟」は、制度的所与であり、それには当然歴史的構造が内存する。従ってその系譜的研究は、訴訟法学固有の領域に層する。「訴訟の目的」論においても、この系譜的研究を欠くことはできない⁽¹⁹⁾。

(19) この系譜的研究について、筆者には、断片的な論文の外に、系統を立てた一連の日本文論文がある(前註7・8参照)。本稿においてはそれを簡約し、四ノ三ノ(二)以下にその要旨を摘記した。

(二) 巨視的研究 「訴訟の目的」の全体的把握を目指す研究であって、要するにその構造理論である。これまでの訴訟法学は、学問方法論に禍いされ、未だにこの問題につき総合的、体系的な学説が現われていない。いずれも部分的、断片的なものである。筆者は、訴訟法学における一種のエア・ポケットとして、多年にわたり思索を重ねてきたのであるが、この度、新たな構想をもって「訴訟の目的」の体系的構造理論にそれを取りまとめた。本稿がその主題とするところのものである。

(三) 微視的研究 成文法の解釈につながる研究であって、「訴訟の目的」それ自体もしくはそれに直接の関連をもつ個別の問題を対象とし、かつ成文法の解釈がその背景をなす研究である。個別的「訴訟の目的」論であり、成

「訴訟の目的」、その巨視的研究(中村)

文法の解釈理論という色彩を多分にもつ。「訴訟の目的」に関する論文は、殆んどそのすべてがこの部類に属するものである。

これ等多数の論文において、同一テーマにつき、あまりにも意見が対立していることは周知の事柄である。何故であるか。けだしこれ等の論文の扱うテーマは、訴訟の「場」において、「訴訟の目的」の推移・発展の過程のうちに見出される個別の問題であり、いわば個別的「訴訟の目的」論である。従ってそれには対象（その問題）に則した微視的考察が妥当する。しかしてこの微視的考察による研究には、「訴訟の目的」の構造の理解が必要である。現在の如く、「訴訟の目的」の構造を各人各様に理解したのでは、学説は紛糾、対立するばかりである。⁽²⁰⁾この点につき、特に筆者は、民訴学界が関心をもちたれることを希望するものである。

(20) 筆者にも、「訴訟上の請求」の個数と範囲に関するものをその主なものとして、若干数の日本文論文がある。「訴訟上の請求の個数と範囲」(国士館大学創立五十年記念論文集・一九六七年)その他。

二 訴訟 (Prozess)

「訴訟の目的」の巨視的考察とは、訴訟体系全体の立場から、「訴訟の目的」、「訴訟上の請求」がどの様なものであるかを論定することをその目的とする。これにより「訴訟上の請求」の輪郭とその構造原理を明らかにする。いわばそれを素描しようとするものである。それはまず「訴訟」(Prozess)の分析にはじまる。

一 国家制度としての訴訟

「訴訟」とは、どのようなものか。それに対する種々の見方(考察態度 Denkatitüde)も存するのであるが、制度法学の立場からいえば、現代の民事訴訟は自力救済(Selbsthilfe)にかわる事件の紛争処理(最終的には判決による解決)のための国家制度といえよう。

二 考察方法 (Denkweise)

この訴訟制度は、いろいろの視点(Gesichtspunkt)から考察されうるが、まず目的観(目的的考察)によるならば、訴訟は紛争事件解決(最終的には判決による)のための国家制度であることにより、事件をめぐる争訟(Rechtsstreit)の制度として形象する(gebilden)。しかして紛争事件それ自体は、この考察態度のもと、「争訟の客体」(Streitgegenstand)の地位におかれる。

次に、具体的訴訟の構造を現実的に考察(Wirklichkeitsbetrachtung)するならば、それは訴訟主体(裁判所、当事者)の訴訟行為として形象する。さらにそれに目的的考察を加えるならば、最終的には判決による紛争解決を志向する訴訟主体の訴訟行為の系統的連続として形象する(gebilden)。訴訟は訴訟主体の訴訟行為が系統的に連続することにつながる現存在(das reale Sein)である。

三 訴訟の開始

現実的考察のもと、訴訟は原告の「訴の提起」(訴訟行為)によりて開始する。訴(Klage)とは何か。「訴」とは、本来ローマ法の actio とその意義を同じくする。ドイツ普通法のもとにおける「訴」は、正しくそのようなものであ

「訴訟の目的」、その巨視的研究(中村)

った。筆者はこれをアクチオ的「訴」という。しかし現在、訴訟法の規定する「訴」は、必ずしもそのようなものではないが、とにかく現代法のもとにても、この「訴の提起」により訴訟が開始せられる。また訴は判決による争いの解決を志向するものであるから、訴には紛争の解決を求める事件の開示と併せて、不告不理の原則のもと、いかなる権利に基づき、いかなる裁判を求めるかが明示されることが必要である。結局、現代法のもとにおいても、「訴の提起」(Erhebung der Klage)には、ローマ法における *actio* の主張と変るところがなく、ともに訴訟開始の諸条件を備えるという点において共通するものがある。

三 訴と請求 (Klage und Anspruch)

一 アクチオの分解

前段に述べたところの訴 (Klage) とは、現実的考察のもと、訴訟開始の契機となる原告の訴訟行為を指す。しかしそれは、系譜的にはドイツ普通法民事訴訟における「訴」、すなわち筆者のいうアクチオ的「訴」、を通して、ローマ法における *actio* に遡る。しかしこの訴は、近代法制度、すなわち実体法・訴訟法の分離(もとよりその前提としての公法・私法の分離)の体系のもと、ドイツ普通法時代のアクチオ的「訴」とは、その法規範的構造において著しい変貌がもたらされている。しかしてその変貌の契機となるものは、アクチオの解体に終止符を打てるウィンドシャイド、ムーテル間のアクチオ論争であった。⁽¹⁾

(1) Windscheid, B., Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf, 1856. ; Muther, Th., Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und Singularsuccession in Obligationen. — Eine Kritik des Windscheidschen Buchs ; " Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts. " Erlangen, 1857. ; Windscheid, B., Die Actio. — Abwehr gegen Dr. Theodor Muther, Düsseldorf, 1857.

はじめウィンドシャイドは、*actio* をもって私法上の請求権 (Anspruch) だと理解し、ムーテルとの論争を通じてそれは侵害により訴権に転成するとなし、訴権の私法的性格を主張した。

この思考態度の下、訴訟は私権実行の「場」であり、その闘争の「場」である。訴訟は、私権(請求権)の実行により開始せられ、相手方との闘争(原告対被告)により発展する。かく観ずる場合、*actio* 的「訴」は、私法上の請求(権利行使)以外の何ものでもない。そうだとすると、*actio* 的「訴」の実質的内容は、すべて「請求」(Anspruch)に移り、「訴」(Klage)として残るところのものは、裁判所に対しその請求についての裁判を求める形式的手続面にとどまることになる。要するにそれは、ドイツ普通法上のアクチオ的訴が、その実体面を意味する請求と、その手続面を意味する訴とに分解したということである。

このような考え方から、ドイツ旧民事訴訟法(一八七七年)は、訴状の記載事項について、普通法の用例に従えば(Klage(訴)とあるべきものを *Anspruch*(請求)と改めて規定した(同法二三〇条二項第二)。⁽²⁾ すなわち *Streitgegenstand* (争訟ノ客体)を *Gegenstand des Anspruchs* (請求ノ客体)と⁽²⁾し、*Klagegrund* (訴ノ原因)を *Grund des Anspruchs* (請求ノ原因)と改めたが如し。その外にもある。かくして旧民事訴訟法としては、用語の混乱をきたしたのである。

「訴訟の目的」その巨視的研究(中村)

(2) Streitgegenstand あるいは Klagegrund の言葉が、法典から全く姿を消したというわけではない。前者は、例えば、同法二条、三条、一三〇条三項で、また、後者は同法二四〇条一項で使用されている。

然らばこの「訴」に対立する「請求」とは、どのようなものであるか。もとよりそれは私法的性格のものとしていたが、旧ドイツ民事訴訟法の規定する請求は、はじめウィンドシャイドの構想した如き純然たる私法的性格のものではなく、普通法時代の actio 的「訴」にかわるものであった(前出)。すなわちウィンドシャイドの如く、本質的に私法的性格のものであるが、それには「裁判上の追求」(gerichtliche Verfolgung) という factor が不可欠に連結していた⁽³⁾。ちなみにこの「裁判上の追求」というモメントが、訴と請求とをつなぐ媒体の役割を演じ、その後における訴訟理論のあり方についての決定的要因となったのである。

(3) Vgl. Windscheid, a. a. O. Abwehr, S. 26ff.

以上、述ぶるところを要約するならば、ドイツ普通法当時の筆者のいうアクチオ的「訴」が、実体法・訴訟法の両法体系の分離を背景とし、かつドイツ旧民事訴訟法の制定を契機としてその分解を生じ、制度上、それに内在する訴訟法的性格の諸モメントが「訴」として、また実体法的性格の諸モメントが「請求」として分凝した(ausgesondert, Segregate) ところである⁽⁴⁾。

(4) なお本文に述ぶる「訴」と「請求」との両者を包摂するアクチオ的「訴」を意味するものとして、講学上、訴訟(Prozess) 或いは争訟(Rechtsstreit) の術語が使用されている。また、「訴」についても、これに実体的意義をもたしめる考え方が、今に、なお、跡を断たないようである。結局「訴」は、広狭の二義に解されている。

「訴」と「請求」とは、訴訟における二つの factor である。この二つの factor をいかに理解し、連結し、かつ綜合するかは大きな問題であり、「訴訟の目的」論の名において学説が紛糾して現在に至っている。以下、これに関する筆者の見解を述べることにする。筆者の訴訟理論は、いままでもなく階層の論理(Schichten-Logik) に従う多次的「場」の理論(Theorie des multidimensionalen „Feldes“)であり、従来の訴訟理論がカント哲学の傘下にある単一の「場」の理論(Theorie des einen „Feldes“)であるに對し、その基本的構造において異なる⁽⁵⁾。

(5) 従来の「訴訟の目的」論争が、訴と請求の各意義並びにその相関々係についての論争に外ならないことに留意すべきである。

二 訴 (Klage)

現実的考察のもと、訴により訴訟が開始される。しかしして訴訟は法律制度であるから、さらにこれに目的考察を加えるならば、訴は判決を志向して訴訟の開始を求める原告の訴訟行為ということになる(現実的・目的考察)。それは具体的訴訟においては、訴の提起(訴訟行為)があると、訴訟の開始は訴状の提出(事実行為)により、判決への志向は訴状に記載する「一定の申立」(意思表示)により具象化する(konkretisieren)ということである。しかしして原告は訴の提起に続き勝訴を目指して訴訟を遂行するのであるが、訴訟の遂行は訴訟行為による。従って目的考察のもと、訴の提起に続き判決を志向する原告の一団の訴訟行為が系統的に連続する。これ等はすべて「訴」の概念にこれを包括することができる。

訴とは、狭義には判決を志向して訴訟の開始を求める原告の訴訟行為であり(訴、即、訴の提起)、広義には訴の提起に続く判決を志向して連続体をなす原告の訴訟行為の総体をいう。

訴訟は、訴訟法により規律される制度であるが、この訴訟の法理を規定する (Bestimmen) ものは、訴訟の段階における範疇法則 (階層の論理を中心とする諸法則) である。しかして「訴」は訴訟における原告の意思的行為であるから、もっぱら訴訟法理がこれに妥当し、かつ訴訟の段階の範疇法則に従う。この点後述する。⁽⁶⁾

(6) 後掲、本稿四「法体系の層位構成と階層の論理」参照。

三 請求 (Anspruch)

私法上の請求はもとより実体法の段階に属し、その範疇法則に従う。請求それ自体は、私法学のいうところの権利それ自体ではない。権利の主張 (行為概念) である。しかしウィンドシャイドは、これをもって、他人に対し何ものかを要求しうる「法により承認せられた権能 (Befugnis)」と解し、これを権利化する方向に赴いた。⁽⁷⁾ この主張には反対も多く存したのであるが、ちくじ、一般の賛同をえて、ついにドイツ民法はこの見解をとり入れ、総則、時効の章に特に一ヶ条 (独民一九四条) を設け、Anspruch をもって、「他人に対し行為、不行為を要求する権利」 (Das Recht, von einem anderem ein Tun oder Unterlassen zu verlangen) と規定した。かくして日独の私法理論は、請求の内容を給付に限定するとともに、請求それ自体を権利概念化したのである (給付請求権 Recht des Leistungsanspruchs)。しかし民法典においても、この Anspruch をば常に権利概念として使用しているとは限らないようである。それ以外、権利というよりは、むしろ権利の実行面に傾斜して、「請求」という用語を使用しているところもある。例えば物権的請求に関する諸条文 (独民九八五条ないし一〇〇七条) などがそれである。この点、むしろ民訴法における請求の

術語の使用例に近いものである。⁽⁸⁾ この実体法上の請求、すなわち権利の主張が訴訟においてなされる場合、これを「訴訟上の請求」といい、訴訟の段階における範疇法則により規制を受ける。その規制関係については後に述べる。⁽⁹⁾

(7) Windscheid, B, Lehrbuch des Pandekten rechts, Bd. I, 3. Aufl. Disseldorf, 1870, S. 95.

(8) Fischer, Otto, Recht und Rechtshütz, Berlin, 1889, S. 83ff.

(9) 本稿四「法体系の層位構成と階層の論理」参照。

四 訴と請求との間の分離関係 (Aussonderungsverhältnis zwischen Klage und Anspruch)

実体法と訴訟法とが体系的に分離した近代法制のもと、ドイツ普通法上の「訴」、すなわち実体法・訴訟法の完全なる体系的分離以前の、筆者のいうアクチオ的「訴」に分解がもたらされた。それは、理念的考察 (ideale Betrachtungsweise) に従えば、このアクチオ的訴に内在する訴訟法的性格の諸モメントが形式的、手続的意義をもつ「訴」として、また実体法的性格の諸モメントが実体的内容をもつ「請求」 (訴訟上の請求) として、それぞれに分凝した (segregate) ということである (前出)。然らばこの分凝した訴と請求 (訴訟上の請求) との間には、どのような理論的連関が存在するのか、またその理論的連関は、どのようにして、これを把握しうるか。

「訴」 (Klage) の術語は、沿革的に多義に使用されているが、前述した「請求」に対立する「訴」、すなわち形式的意義における「訴」は、実体法とは無縁の関係にあって、これには、もっぱら訴訟法理がこれに妥当する。これに対する請求 (訴訟上の請求) は、その成立根拠を実体法に遡るものであり、その限りにおいて、これには実体法理が働

く。果して然らば、前述した、ドイツ普通法上の「訴」について生じた分凝、すなわち形式的意義における「訴」と実体的意義における「請求」(訴訟上の請求)との分離・対立は訴訟の段階における問題であって、もっぱら訴訟法理の領域に属する。しかし実体法理がこれと全く無縁の関係ではありえない筋合のものである。これまでの「訴訟の目的」に関する論争の背景には、常にこの問題がひそんでいた。これは究極において実体法と訴訟法とを、どのような関係に措定するかという法の体系論にまで遡らなければならない難問(*aporia*)である。

現代法制度のもと、実体法と訴訟法とは異別の法体系を構成する。しかし孤立するものではない。全体に対する部分の関係にある。学問もまた孤立して他と無縁の関係にはありえない。訴訟法学が、実体法との理論的連関を無視して孤立することは、実体法との理論的連関を、殊更に自己の学問的権利範囲から除外して閉鎖的理論体系を構築することに帰する。これは発展性なき、内攻的消極的学問態度以外の何ものでもない。

次には、実体法と訴訟法との両体系を並存(*Nebeneinander*)の関係におくことであるが、それでは、この問題の解決に不足する。二つの体系を並存体系におくならば、理論の接触は、社会科学の常套語たる相互滲透(*interpenetration*)ということ以上に出ることができない。相互滲透とは、一方の体系が常に他の体系との間に理論上の影響を与えると同時に、またその影響をうける(可逆的*reversibel*)という関係を指す。しかし実体法と訴訟法との関係はそんなものではない。訴訟法理は実体法理の影響をうけるが、実体法理は訴訟法理と無縁である(非可逆的*irreversibel*)。また訴と請求との相関々係には、訴訟法並びに実体法の二者関係にて解決しえない面もある。それ等はさらに法の体系構造にまで遡らなければ解決し難い問題なのである。項を改めて述べるであろう。

四 法体系の層位構成と階層の論理

(*Schichtenbau des Rechtssystems und Schichten-Logik*)

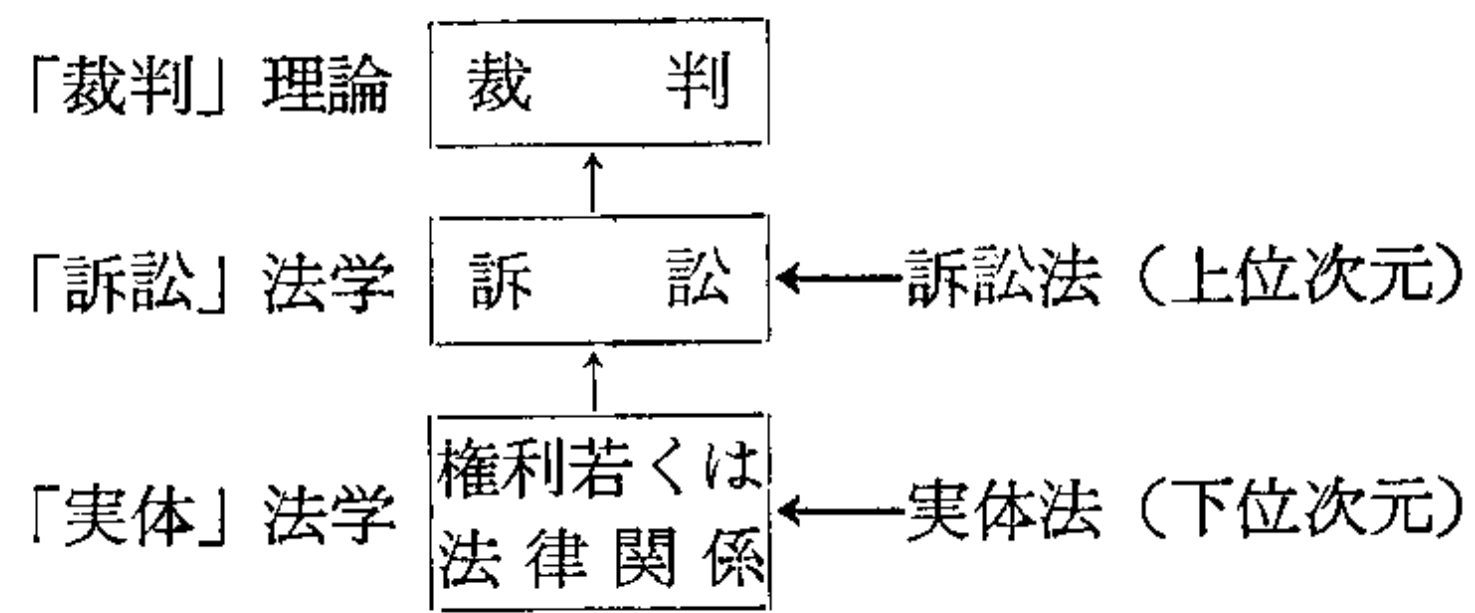
一 筆者の訴訟理論を底礎するもの(階層の論理)

訴と請求との理論的連関を正しく把握するためには、法の体系をどのように構成するかの問題にまで遡らなければならない。しかして筆者の訴訟理論、殊に本稿の主題たる「訴訟の目的」論(*Prozessgegenstandslehre*)においては、各法体系を連結するに「肯定的なる階層の論理」(*affirmative Schichten-Logik*)をもつてする。

(一) 法体系の層位構成(*Schichtenbau des Rechtssystems*) 法の体系は、これをどのように組み立てるべきか問題である。しかしその視野を法の具体化の過程に定めた場合、実体法体系と訴訟法体系とを単なる併列関係(*Nebeneinander*)においたのでは満足すべき相関理論は編み出せない。また法理上、具体法の宣言といわれる裁判にも、独立した理論体系を構想する必要がある。かかる理由のもと、筆者は、法の具象化という視座から、法の体系の層位構成なるものを構想する。それは、法の体系が次元(*Dimension*)を同じくする単一の体系(*System vom einen „Feld“*)ではなく、実体法体系にはじまり、訴訟法体系、裁判理論の序列をもって階層をなして累積するものとなし(層位構成)、しかして外には、その累積したものが全体として法の体系を構成し、内には各体系がその累積の序列に従う層位関係によって連結するとの構想である。すなわち実体法体系を最下位次元におき、その上位次元の階層に訴

訟法体系を、さらに裁判理論を最上位次元の階層にこれを指定する。しかしてその間に非可逆・肯定の階層論理が内在する。図示すれば次の如し。

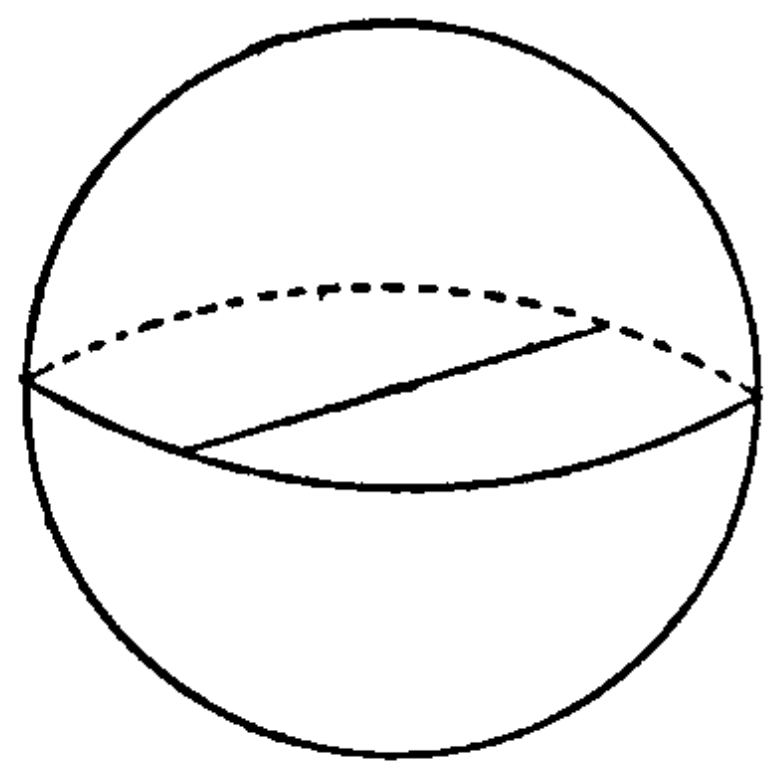
法並びに法学の階層構造



備考

1. 具体的法規範の生成過程における階層関係
2. 上位次元は、下次元を包摂する
3. 学問は、その対象の占める次元から出発して理論を構築する（理論的出発点）

次元の層位構成



備考

1. 線 一次元
2. 面 二次元
3. 立体 三次元

階層の論理は、肯定の論理であることにより、対象の発展性を把握すると同時に、その発展に段階的規整を加える。それは、独立したる各階層（法体系）の間に、非可逆的なる包摂関係の内存を認識するということである。

(二) 非可逆の論理 (irreversible Logik) ことに非可逆とは低次元の階層の (niedere Dimension) の範疇法

則は高次元 (höhere Dimension) の階層の範疇法則 (Kategoriale Gesetze) において部分契機として再現するが、反対に高次元の階層の範疇法則は、低次元の階層の範疇法則においては再現しないということである。例えば、実体法の段階にて生じた時効中断効 (民一四七条、九七条一) は、訴訟の段階 (階層) においてもその効力を持続するが、訴訟法による時効中断 (民訴三三五条) は、実体法理に影響をもたない。この場合、高次元の階層の範疇法則 (上例による民訴三三五条) は、低次元の範疇法則 (上例にて民法、時効法) に依存し、制約されるが、これに対し低次元の階層の範疇法則は、高次元の範疇法則に依存する (abhängen) ことなく、かえって前述の如くこれを制約し (bedingen) かつ規定づける (bestimmen) 関係にある。しかしその反面、高次元の階層は、低次元の階層に対し独立性を有する。例えば訴訟法は、実体法とは無関係に、訴状を裁判所に提出したときに時効中断を生ぜしめることができる (前出)。要するに訴訟理論には下次元の階層の範疇法則たる実体法理に依存し、それに制約される場面もあるが、実体法理それ自体は、上位次元の階層の範疇法則たる訴訟法理により影響されないということである。

(三) 肯定の論理 (affirmative Logik) また肯定の論理、すなわち肯定式 (modus ponens) の論理であるとは、下次元の階層の範疇諸法則は上位次元の階層における範疇法則に従い、部分契機として包摂されるとなす思考態度 (Denkattitude) をいう。具体的には実体法上の権利主張が、訴訟法の段階においてこの段階の要件 (請求の利益⁽¹⁾後述) を満たすことにより、「訴訟上の請求」に変貌した場合、なおそれは実体法的性格をもつ権利主張として把握されるということである。

(1) 本稿五ノ一ノ(一)「請求の利益の内存」参照。

筆者のいう「階層の論理」(Schichten-Logik)は、弁証法論理(Dialektik)に近似するが、それとは似て非なるものである。弁証法論理は、その本質において否定の論理すなわち否定式(modus tollens)の論理であり、発展なきコメントをすべて否定し、抹消して将来の発展を創造にまつ。それはつまるところ胎生、フェートス(Fatos)の原理である。一種の歴史主義(Historismus)の思考といえよう。弁証法論理は、解明の論理(Logik der Aufklärung)であって構築の論理(Logik der Konstruktion)ではない。

(四) 多次元的「場」の理論(筆者の発想) 筆者の階層理論は、法の体系の層位構成(Schichtenbau)を想定する。すなわち多次元的「場」の理論(Theorie des multidimensionalen Feldes)である。この点カント哲学の基本的立場をなす単一の「場」の理論(Theorie des einen Feldes)と根本的に異なる。

さらにまた、この階層理論による法体系の層位構成には、その発想において、N・ホルトマンの範疇論(Kategorienlehre)⁽²⁾に近似するものがある。しかし筆者のそれは、自然科学の構造に示唆をうけ、⁽³⁾思索を重ねて到達した訴訟理論である。⁽⁴⁾その辿れるところの思索の道程は、ホルトマン哲学とは、およそ無縁のものであった。

(2) Hartmann, N., *Kategoriale Gesetz, Philosophischer Anzeiger*, I. 2. 1926.; Derselbe, *Der Aufbau der realen Welt, Grundriss der allgemeinen Kategorienlehre*, Berlin, 1939.

(3) かつての私法的訴権説時代はもとより、その後部分的には現在も、なお訴訟法学は、カント哲学の傘下にて、単一の「場」の理論に終始する私法学の学問方法から脱却していない。しかし、訴訟法学は、原告と被告とが対立する「訴訟」を学問的対象となすのであるから、私法学とは異なるそれ独自の学問方法を必要とする。筆者は遙か以前からこのような構想を抱いていたのであるが、種々、模索の結果、自然科学においては、ニュートンの古典物理学の理論的限界性(学問の権利範囲)

が明証されたことと相関的に、アインシュタインの相対性理論が、また続いて量子力学に始まる微視物理学が現われ、それぞれ学問的権利範囲を定めて相関的に鼎立していることを知り、それに示唆をうけて、法体系の層位構成という多次元的「場」の理論を構築したのである。詳しくは次の論文参照。Nakamura, M., *Die methodologische Beziehung zwischen Rechtswissenschaft und Naturwissenschaft*, ZZP, 68. Bd, Heft 6, 1955, S. 401~425.

(4) 筆者は「法体系の層位構成」という多次元的「場」の理論の上に、訴訟理論としての階層理論を構築した。すなわち筆者の階層理論は、訴訟理論の探究により到達したものであって、ホルトマン哲学とはその辿れる思索の道程を異にする。それとは無縁のものであった。しかし後にホルトマンの範疇法則論(Kategoriale Gesetze)のあることを知り、爾来、これに貴重な示唆をうけて現在に至る。Siehe, Nakamura, M., *Meine Theorie zur Lehre der Entscheidung*, Tokio, 1970, S. 51 ff.

二 法体系の層位構成

法の具体化過程よりみれば、法の体系は、墨積の関係にある。前段において図示した如く、第一段階に最下位次元の実体法体系をおき、第二段階には、その実体法に対し上位次元に属するものとして訴訟法体系をこれにあて、第三段階は、最上位次元にある裁判理論により、実体法訴訟法の総合の「場」となす。「裁判法」といわないのは、大陸法(日本法を含めて)のもと、実体法並びに訴訟法に対し、未だ裁判法として独立した法体系を整えるに至っていないからである。

(一) 第一段階・実体法体系 materielles Rechtssystem 上記ではもっぱら私法体系についていう。実体法は、個人の市民社会における生活実態を規整する。民法は、個人の市民社会における生活実態を規整するが故に私法である「訴訟の目的」、その巨視的研究(中村)

る。実体法は法の体系を定礎し、最下位の次元を占める。パンデクテン・システムの近代法のもと、実体法は権利の体系であり、権利は法により創定される。従って権利には、理念として義務がこれに対立する。

請求とは、元来、権利それ自体ではない。権利の行使を意味する。はじめウィンドシャイドの構想した私法上の *Anspruch* は、他人に何ものかを要求しうる「法により承認された権能 (*Befugnis*)」⁽⁵⁾ ということであった。この請求に義務が法規範的に対立するならば、単なる権能にとどまらず権利にまで止揚される。ドイツ民法一九四条は、相手方に対する行為、不行為 (給付) の要求を権利となす (給付請求権)。なお民法には十分権利化せざる容態において *Anspruch* の用語を使用している場面もある (物権的請求、独民九八五条乃至一〇〇七条)。「訴」はまだこの段階 (実体法) では現われない。

(5) Windscheid, B. Pandektenrechts, Bd. I. 3. Aufl. 1870, S. 95.

この段階、すなわち実体法体系の理論は、そのままでは訴訟理論とはならない。上位段階に属する「訴訟」、すなわち訴訟法の段階において部分契機として再現せられることにより訴訟理論のうちに織り込まれることになる。私法的訴権説は、私法理論による訴訟理論である。それは私法理論の訴訟の段階への不当進出であり、学問の権利範囲の不当拡大に外ならない。学問方法論上の欠陥を抱く。

(二) 第二段階・訴訟法体系 *Prozessrechtssystem* 訴訟法は、「訴訟」の運営を規整する。しかして訴訟、ここでは民事訴訟についていう。民事訴訟は、国家が私法の領域における権利実行のための自力救済を禁止することにかわり、国家権威による権利の満足をはかる国家制度である。それは、「法による裁判」という近代法の要請に基づ

き、裁判を志向し、裁判に収斂される一連の手續として形相する。故にこのような訴訟を規整する訴訟法の体系は、実体法体系に対し上位段階を占めるとともに、訴訟が裁判を志向する手續であることにより、さらにその上位次元に最高段階としての裁判理論の体系をいただき、それを定礎する段階となる。

訴訟は、実体法具体化の過程である。従ってそれには、当然、実体法的モメントと訴訟法的モメントとが内在する。訴訟は、訴訟法により規整されるが、到底、実体法と無縁の関係にはありえない。しかも訴訟に実体法的モメントの内在を認めることなくして訴訟による実体法具体化を説くことは理論上不可能である。

これ等の理論的諸要請を矛盾なく包摂するため、訴訟対象論は訴訟をもって、訴と請求との二つのモメント (*Factor*) より成るとみることになる (前出)。

(1) 訴 (*Klage*) 訴とは、判決を志向して訴訟の開始を求める原告の訴訟行為である (訴の提起)。広義には、この訴の提起に連続して同じく判決を志向する原告の訴訟行為の全体を指す。

実体法・訴訟法の体系的分離の制度のもと、訴には *actio* のうち、もっぱら訴訟法的性格の *Factor* を包括し、実体的 *Factor* は排除せられる。結局、訴は実体的内容をもたない訴訟手續上の訴訟行為ということになる。

訴は、実体法・訴訟法分離の法体系のもと、純然たる訴訟法上の概念であって、実体法はこれに関知しない。訴は、*actio* 概念のうちから訴訟法的 *Factor* を抽出したものであり、これに対し民事訴訟法学は、初期私法的訴権説の時代ウィンドシャイドの学説を承継して、提起せられたる具体的個別の訴 (訴訟) のうちから *actio* の実体的 *Factor* に当たるものを取り上げ (抽出) て請求 (訴訟法にいう「起シタル請求」と称した。その後、公法的訴権説時代にお

「訴訟の目的」、その巨視的研究 (中村)

いても、これを「訴訟法上の意義における請求」もしくは「訴訟上の請求」という。

(2) 訴訟上の請求 (prozessualer Anspruch) 「訴訟上の請求」とは、本来訴による実体法上の権利の主張(請求)である。実体法上の請求は、給付請求権に限られるが、実体法の段階においてはまだ十分に権利の態に達せざる請求の存することは既に述べたが如くである。訴訟は国家の権威(判決)により権利の満足をえせしむる制度である。これは訴訟の段階における統一範疇とみるべきものであって、この原理のもと、実体法上権利化された請求(給付請求権)の外、実体法の段階においてまだ権利化されざる所謂権能とみられるものについても、その満足をはかる。そのためにこれ等のものをも、訴訟の段階においては、判決の対象となる「請求」の概念に包括する。すなわち訴訟上の請求における内包の拡大であって、結果的には給付請求の外、確認請求、創設請求がこれに加わることになる。詳細は項を改めて述べるであらう。⁽⁶⁾

(6) 本稿五ノ二「訴訟上の請求の類型」参照。

(三) 第三段階・裁判理論 Entscheidungs-Lehre 訴訟は、裁判を志向する一連の手續である。裁判は、法の具体化の過程において訴訟の段階に上位し、かつ最高の段階を占める。しかして裁判は、個別の具体的事件についてなされるのであるが、裁判それ自体にはその時代の法律制度に即応した法則と共通の理論をもつ。故に裁判理論という。大陸法制のもとではまだ裁判法という独立の法体系は構成されていない(前出)。裁判理論は、法の具体化の過程において最上位かつ独立の段階を占める。

筆者は、かつてその著「民事訴訟要論・上巻」(第一版一九五三年)の序において、『訴訟法・実体法の各独立した現代法制の下、「訴訟」は、実体法と訴訟法との総合の場であり、それは、国家意志の宣言である裁判において完結する』と述べたことがある。前述したところのものを端的に表現したものに外ならない。

裁判の対象となるところのものは、「訴訟の目的」たる「訴訟上の請求」である。しかして法による裁判は、近代的訴訟制度の下、裁判所が独自の立場において事実関係を認定して法律を適用し、その結果に基づき訴に対する解答として、原告の「訴訟上の請求」を容認するか、あるいは、それを排斥(請求棄却)するかを裁断する。裁判の過程において、実体法は、裁判規範として機能するのであって、その適用規範の選択、所謂「法律上の観点」(Juristischer Gesichtspunkt)の決定は、裁判所の専権に属するのであるが、他方に不告不理の原則(訴による限界)があり、どの程度裁判所に法規の選択権が存するか問題である。一般論としては原告の意思に基づく訴がその限界を画するといえよう。現実の問題としては、個別決定に任せられる場面が少なくない(微視的考察の問題)。また「訴訟上の請求」は、この裁判の段階においては裁判のための質料(Materie)に過ぎないものとなる。すなわち低次元の範疇は、高次元においては新しい形成のための質料となる。ローゼンベルクが、「訴訟上の請求」をもって抗弁に似た「法律要件」(Tatbestand)だとしていることは、裁判の段階からながめた「訴訟上の請求」に外ならない。⁽⁷⁾

(7) Rosenberg, L., Lehrbuch des deut. ZPO, 9. Aufl. München u. Berlin, 1961, S. 417.

訴訟法学は、裁判理論をその傘下に収めなければならない、現に多くの訴訟法学説が裁判理論に及んでいない。しかし裁判には一般訴訟法理を止揚した高次の法理が働く、訴訟法学としては、この点を考慮して裁判理論を組み立てなければならない。

「訴訟の目的」、その巨視的研究(中村)

三 「訴訟の目的」理論の在り方

「訴訟の目的」は、訴訟における審理判決の対象である。民事訴訟は、「訴訟の目的」を対象として、判決を志向してその手続を進展せしめるのであるが、講学上における「訴訟の目的」は、紛争事件そのものではない。具体的訴訟における審理の対象たるべき「法律的事件像」なのである。この点、後に述べる⁽⁸⁾。法律的事件像であるから、訴訟の進展とともにその形象に推移を生ずる。従って「訴訟の目的」がどのようなものであるかは、一義的にこれを把握することはできない関係にある。これには、いわゆる単一の「場」の理論によることなく、発展する実体としてこれを把握する学問方法が必要なのである。

(8) 本稿五ノ三「判決の対象としての訴訟上の請求」参照。

(一) 「訴訟の目的」の層位構成 (実体法・訴訟法総合(階層)二元観) 筆者の訴訟理論を基礎する「階層の論理」は、第一に「訴訟の目的」をもって、段階的に生成発展するものとなす(「訴訟の目的」の層位構成 Der Schichtenbau des Prozessgegenstandes)。第二に「訴訟の目的」たる「訴訟上の請求」は、訴訟の段階において現存在 (Realsein) となる。しかし、その存在基礎 (Seinsfundament) となる契機 (Moment) は系譜的に遡って実体法の段階に存するとす。しかしして訴訟の段階において現存在となれる「訴訟上の請求」は手続の進行とともにさらに裁判の段階においてこの段階の範疇法則に従い変貌することにより判決の対象となるとする。第三にこれ等の三段階には、それぞれ学問としての権利範囲が存し、かつそれに特有なる学問方法と範疇法則とが存する。しかしして階層の論理は、これ等、

各段階における範疇法則の間に非可逆的な層位的範疇関係を措定することにより、全体として統一ある段階的なる「訴訟の目的」理論を構成する。要するに、実体法・訴訟法総合(階層)二元観である。

(二) 私法的二元観 これまでの「訴訟の目的」理論には、以上の諸点につき、充分な反省が欠けていたようである。概説するならば、現在の意味における「訴訟の目的」理論が、一応体系を整えたのは、ヘルウィック、シュタインの時代においてである。ここに至るまでの学説発展の経緯は省略しておく。とに角、それまでの訴訟法学の大勢は、アクチオの本質をもって私法上の請求権となすウィンドシャイドの立場において、その視座を私法の段階に固定し、そこから出発して実体法的訴訟理論を構築した(私法的訴権学説)。これには、訴訟法独自の法理は加わっていない⁽⁹⁾。否、加わる余地が存しなかったのである。筆者は、これを私法的二元観 (Der privatrechtliche Monismus) という。

(9) 筆者には「訴訟の目的」に関する諸問題を、ドイツ普通法時代以来遡り、系譜的、学説史的に、また個別のテーマを取り上げて論じた数多くの論文がある(拙稿「法規範的訴訟の目的概念の成立前史」、「法規範的訴訟の目的とそれをめぐる諸問題」その他)。この項で述ぶるところのもの。それ等を極度に簡約したその要旨である、ここではそれ等の文献の引用は、すべて省略する。

(三) 実体法・訴訟法対立(併列)二元観(前期二元観) ヘルウィック、シュタインの時代に至り、「訴訟の目的」たる「訴訟上の請求」をもって、私法上の請求それ自体ではなく、「訴訟法上の意義における請求」(Anspruch in der Sinne des Prozessrechts)とした。理論がここに到達するまでのヘルウィックとシュタインの手法はそれぞれ異なるが、両者共に、「訴訟上の請求」に私法的性格と訴訟法的性格の内在を認めることに帰結している。これは、問題考察の視座を、新たに訴訟法の段階に移し、訴訟理論として、「訴訟の目的」理論を構築したものである。しかし視

「訴訟の目的」、その巨視的研究(中村)

座を私法(実体法)の段階におく伝統の理論から、まだ脱却しえなかった。アクチオ的思惟 (aktionische Denken) の残存といわれるゆえんである。結局、「訴訟の目的」理論としては、実体法並びに訴訟法を包摂する二元論であるが、学問方法としては、カント哲学の傘下にて、単一の「場」の理論により、しかも両体系を独立・併存 (Unabhängigkeit, Nebeneinander) の関係におく。故に筆者は、これを対立(前期)二元観という。実体法理と訴訟法理との綜合に論理的破綻を蔵する。

(四) 二元観より訴訟法的一元観へ 次にローゼンベルクの訴訟的「訴訟の目的」論は、その視座を実体法から訴訟法の次元に移し、訴訟の段階からその理論を出発せしめたものである。しかし実体法学の Tatbestands-Lehre をそのまま取り入れて実体法理と直接連結したことは、理論の出発点を実体法におくことから完全に絶縁することができなかったことを意味する。このようなかたちで、結果的に二元観となり、これまた単一の「場」の理論であることにより、学問方法論上の欠陥を免かれえなかった。続いてニーキッシュ、レント等の注目すべき中間学説がある。⁽¹⁰⁾

(9) Nikisch, A., Der Streitgegenstand im Zivilprozess, Tübingen, 1935; Lent, F., Zur Abgrenzung der Anspruchsmehrheit von der Mehrheit der Klagegründe. ZFP. Bd. 57.1933; Derselbe, Zur Lehre vom Streitgegenstand, ZFP. Bd. 65. 1952, Heft. 5.; Derselbe, Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand. ZFP. Bd. 72. 1959, Heft 1/2.

(五) 訴訟法的一元観 ポエッティッヘルは、もっぱら訴訟法理により、「訴訟の目的」理論の構築を試みた。それは具体的訴訟を対象とし、現実的考察により当該「訴訟の目的」の個数、範囲等を論定することを意図したものである。要するにその視座をもっぱら訴訟の段階における筆者のいわゆる訴訟法的一元観 (Der Prozessrechtliche Monismus) の学説である。⁽¹¹⁾ シェワープは、さらにこの思考態度を徹底せしめ、何が「訴訟の目的」であるかの論定に実証的方法を採り、かつ実体法理との直接的連関を拒否している。⁽¹²⁾ わが国にては、この種の学説を新訴訟物理論と称するがその理論的出発点を事態 (Sachverhalt) に求めているのであるから、むしろ事態説 (Sachverhalt-Theorie) とでも称するのが適当であろう。とに角訴訟法的一元観により、訴訟法理と実体法理の間の理論的連関を拒否することとは、訴訟法学を孤立せしめ、訴訟法学に閉鎖的理論体系をもたらす以外の何ものでもない。ハープシャイドは、シェワープの著作と年を同じくして同一書名の著作を公刊した。⁽¹³⁾ シェワープと傾向を同じくして、筆者のいう事態説に属するものとみられるが、訴訟法的一元観の立場からいえば一歩後退している。

(11) Bötticher, E., Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozess, Festgabe Zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg, 1949.

(12) Schwab, K. H., Der Streitgegenstand im Zivilprozess, München und Berlin, 1954.

(13) Habscheid, W. J., Der Streitgegenstand im Zivilprozess, Bielefeld, 1954.

(六) 綜合(階層)二元観(筆者の学問方法) 実体法と訴訟法とは、所詮、無縁の関係にありえない。筆者の「訴訟の目的」理論は、その視座を実体法と訴訟法との両者におく二元論である。しかし実体法と訴訟法とを併存対立の關係におくことなく、その間に層位関係を指定することにより綜合理論の組み立てを図る(綜合二元観)。この点、ヘルウィック、シュタインの前期対立(併存)二元観と異なる。

五 訴訟上の請求 (Prozessualer Anspruch)

訴訟上の請求 (Prozessualer Anspruch) とは、前述した第二段階、すなわち前述せる訴訟法の次元、訴訟の段階における請求をいう。請求は元来権利それ自体ではなく、権利の主張 (行使) を意味するから (前出) 訴訟上の請求とは訴訟の段階における権利の主張 (行使) のことである。系譜的には *actio* の実体面、普通法当時の *Rechtsanspruch* にあたる。しかし実体法、訴訟法分離の法体系のもと、いかなる性格並びに内容の権利主張であるか、それには多くの異説を生じ、紆余曲折を経ていわゆる新訴訟物理論、筆者のいう事態説に至りて、シュワープは、これを一義的に「裁判の要求」 (*Begehren der Entscheidung*) だとす⁽¹⁾。それは表現を異にするも、ドイツ普通法学が当時のプロキオ的「訴」を権利請求 (*Rechtsanspruch*) と規定せることとその軌を一にする。

(1) Schwab, aaO, S. 191. 筆者が同じく事態説に属するとすハープシャイドは、「訴訟上の請求」は「裁判の要求」 (*Begehren*) か、「権利主張」 (*Rechtsbehauptung*) かと目から設問して、これを権利主張とす (*Habscheid, aaO, S. 132 ff. 141*)。しかし同じこの権利主張を、その主張の範囲 (*Umfang*) に従って手続主張 (*Verfahrensbehauptung*) と法効果主張 (*Rechtsfolgenbehauptung*) とに分つ (*S. 141ff.*)。しかしてこの権利主張は手続主張と法効果主張とが結合したものであり、そのうち手続主張は訴訟判決 (*Prozessurteil*) により、また法効果主張は本案裁判 (*Sachentscheidung*) により裁判されるとす (*S. 222*)。要するに、そのうちの「権利主張」とは、単なる手続的、形式的意義のものではなく、本案判決の対象となるべき実体的内容をもつ。従ってそれは、シュワープのいう「裁判の要求」とは表現上の差異あるに止まる。しかも「権利主張」 (*Rechtsbehauptung*) とは、ドイツ普通法学という権利請求 (*Rechtsanspruch*) の形

式的、手続法 (訴訟法) 的表現以外の何ものでもない。正にドイツ普通法理への回帰である。前段で、シュワープよりも一歩後退した理論だと批判したゆえんである。

以下、階層理論による筆者の見解を述べる。請求 (*Anspruch*) は、実体法の段階においては、他人の行為、不行為を求める給付請求のみが独立した権利 (請求権) として認められている。しかしそれ以外に成法上権利化されない請求 (権利主張) の存することは既に述べたが如くである。

訴訟は自力救済を禁じて国家の権威により訴訟法に従い権利の満足をはかる国家制度である。そのことは訴訟における権利救済が必ずしも実体法理に拘束されないことを意味する。階層の論理が訴訟法の体系を実体法の体系の上位に指定するゆえんである。その故に、訴訟において救済し、その満足をはかるところの権利は、実体法上権利化された請求権に限定されることなく、訴訟制度の立場からその範囲を決定しうるわけである。それは訴訟法の範疇法則により訴訟上の請求の範囲が決定されるということである。かく観ずる場合、訴訟上の請求とは訴訟法の範疇法則に従う実体法の権利主張ということになる。訴訟上の請求は、実体法上の権利主張である。従ってそれは実体的性格をもつ。しかし訴訟の段階の範疇法則に従う。ここに多くの論点が潜む。

一 「実体法上の請求」より「訴訟上の請求」へ

訴訟上の請求は、手続として訴の提起 (訴訟行為) による。それは理念として実体法に依拠する権利主張でなければならぬ。しかして民事訴訟は、自力救済にかわる国家権威により権利の満足をはかる。すなわち権利保護を与える

国家制度である(前出)。問題は、その権利保護の範囲並びに限界は、何を基準としてこれを定むべきかということにある。

現在の訴訟制度は、権利者、義務者が対立することにより、実体法上、権利概念化せられた給付請求権の外、単なる権利主張に止まるものも給付請求として「訴訟上の請求」の成立を認め、さらに権利・義務の対立が必ずしも明白でない権利関係についても、確認請求あるいは創設請求として同じく「訴訟上の請求」の成立を認めることにより、一定要件を附して訴訟による権利保護を与える。この限りにおいて「訴訟上の請求」は、「実体法上の請求」よりもその内包を拡大することになる。しかしそれに伴い他方には、「権利保護の利益」が存在することをもって、原告勝訴の本案判決を限界づける訴訟理論が現われている。これ等のことは、「訴訟上の請求」として、訴訟による権利保護を与えるにつき、実体法一辺倒から脱して、訴訟法理による独自の基準を設けるということに帰する。然らばこの「権利保護の利益」とは、どのようなものであり、また何を基準としてその存否が認定されるのか。

(一) 「請求の利益」の内存 「権利保護の利益」については、これまで多くの学説、判例が現われている。この問題の発端をなしたのは、確認の訴に対する制約条件としての「確認利益」(Feststellungsinteresse)であった。⁽²⁾ しかしてそれをめぐって学説、判例が集積発展して、「訴訟上の請求」一般について存すべき「権利保護の利益」(Rechtsschutzinteresse)ないし「必要」(Bedürfnis)とせられるに至り、一応、「訴訟上の請求」全般にわたる要件にまで昂められたのである。

(2) はじめドイツ旧民法(一八七七年)において、これが規定を設け(二三一条)、現行民法二五六条、オーストリー民法(一八九五年)二二八条が、これを受け継ぐ。日本民法にはこの規定を存しないが、学説、判例にてこれを補う。要するに、この「権利保護の利益」は、原告が勝訴の本案判決を受くるためには、その存在を必要とするところのものである。それには、いかなる法理が存するののか。ヘルウィックは、確認利益をその主たる対象として、これを訴の要件(Klagvoraussetzung)、すなわち具体的、実体的訴権の成立要件となし、シュタインは、原告勝訴の本案判決の成立要件(権利保護要件 Rechtsschutzvoraussetzung)となす。その後の諸学説も、大体、その亜流とみることができよう。これに対し、筆者は視座を異にして、「訴訟上の請求」それ自体に内存すべき「利益」と解し、「請求の利益」という。要するにその請求が、訴訟による権利保護に価するがためにもつべき「利益」ということである。ここでは詳説を省く。

「権利保護の利益(必要)」といい、また「請求の利益」という。いずれも、それが存在しなければ、裁判所の裁判による権利救済(すなわち原告勝訴の本案判決)を受けえないものを指す。しかしてその存否は、裁判所が「裁判」により判断する。かく観ずるならば現実の問題として、裁判所によるこの利益の存否の判断は、その時代における司法権の機能(その現状)と相関的關係(函数関係)にある。⁽³⁾

(3) 司法権は、近代国家のもと、ちくじに拡大、強化せられた。しかしてここにいう「利益」の存否についても、その裁判が全体的にみて、その存在範囲を拡大して判断する傾向にあるといえよう。このことは、これまでの「権利保護の利益」に関する学説、判例の推移が、これを示す。

次に究極的には裁判の問題であるが、「利益」そのものに、多くの問題が潜む。利益法学は、法一般を対象として、権利の本質をもって利益となす。しかしこの場合、それだけでは視野が狭隘に過ぎる。確認の訴における「確認の利益」(即時

「訴訟の目的」、その巨視的研究(中村)

確定の利益」といい、判決の要件としての「権利保護の利益(必要)」といい、また「訴訟上の請求」に内存すべき「利益」という。そのいずれにせよ、訴訟事件として権利救済を与えるに価する「利益」と解すべきものである。果して然らば、その存否の判断には、権利一般の本質のみに止まらず、さらに具体的、個別的に訴訟事件としての対社会的存在についても勘案すべき筋合のものであろう。権利保護の利益に関するこれまでの判例が、とかく個別決定的なる所論に陥っているのはかかる理由に基く。また利益そのものについても個人利益よりも共同利益さらに集団利益とその視座の移動がうかがえる。このような視座の移動は、実体法の変更なくして訴訟実践により裁判が時代の要請をうけ入れうる一つの例である。

(一) 「訴訟上の請求」への止揚 筆者は、これまでの訴訟理論が、確認利益をも含めて、「権利保護の利益」ないし「必要」(Bedürfnis)といえるものを、「訴訟上の請求」に内存すべき「請求の利益」と解する。これは、筆者の階層理論の一環をなすものであって、ヘルウィックの如く、実体的訴権の成立要件、或いはシュタインの如く原告勝訴の本案判決の成立要件(権利保護要件)となすものではない。実体法上の法的主張が権利主張として「訴訟上の請求」に止揚されるための要件、いわば「訴訟上の請求」としての成立要件となるものとする。すなわち「請求の利益」が内存することにより、「訴訟上の請求」として本案審理の対象となるということである。

この「請求の利益」の存否は、訴訟の段階において、裁判により判断(認定)さるべき事項である。裁判により、この利益の内存が認定されて、はじめて訴訟的救済を受けることができる。しかして近代における司法権の拡大・強化の趨勢に伴い、権利保護の利益の存在についての学説、判例は、ちくじその存在範囲を拡大する方向を辿ってきた。このことは、ここにいう「請求の利益」についていうならば、実体法上の権利主張のみに止まらず、実体法の段階においては、権利主張に属しない法的主張にも積極的にこの利益の内存を認め、「訴訟上の請求」として、本案審理

の対象たらしめるに至ったことである。しかしその反面、消極的に、実体法上の権利主張であっても、訴訟の段階においてこの利益が内存しないものと認定されることもありうる。この場合には、「訴訟上の請求」として、本案審理の対象となりえない。⁽⁴⁾

(4) 「請求の利益」は、訴訟の段階において認定さるべき事項である。実体法の段階においては、権利の対立を背景とする「権利主張」とはなし難い法的主張であっても、訴訟の段階において、裁判により権利主張(請求)として訴訟的救済を与えるに足る利益(請求の利益)がそれに内存すると判断される場合には、「訴訟上の請求」として成立する(積極面)。例えば確認請求といい、実体法上の権利もしくは法律関係の存否を主張して、裁判を求める事例がこれにあたる。この場合、前述した「確認の利益」(即時確定の利益)が内存すれば、「訴訟上の請求」として本案審理の対象となる。殊に他人間の権利関係の確認請求について、「確認の利益」が内存すると判断(認定)された場合には、他人間の権利関係について訴訟遂行権(当事者適格)が成立することになる。

以上とは反対に、実体法の段階においては、権利の対立が存しても、訴訟の段階においてそれに訴訟的救済を与える利益を認めえない場合には、「訴訟上の請求」として訴訟的救済の対象となしえないものとする(消極面)。例えば、「即時確定の利益」の存しない確認の訴、或いは、未だ弁済期の到来しない債権についての履行請求(将来給付の訴)の如し。ただし「予メ其ノ請求ヲ為ス必要アル場合」(日民訴二二六条)などはこの限りでない。

階層の論理のいうところの「請求の利益」の存否は、訴訟の段階において、それ独自の法則に従い決定せらるべきものとする。実体法上の権利化された給付請求権はもとより、実体法上にはまだ十分に権利化されない法的主張であっても、訴訟の段階において、それに「請求の利益」が存する限り権利主張とこれを評価することにより訴訟上の請求となる。要するに、実体法の段階において、請求それ自体が既に権利化している場合(給付請求権)の外、特定の権利を主張すること(権利主張)を請求という場合、さらに特定の権利ではなく、権利関係の総合に根拠づけられる、

一般にいう権能 (Rechtsbefugnis) の主張 (法的主張) である場合であっても、それ等の主張が訴訟の段階において、「請求の利益」という訴訟範疇を充足することにより「訴訟上の請求」に止揚される。ただしこの「請求の利益」という訴訟範疇を充足しない限り、「訴訟上の請求」にまで止揚されるに至らない (前出)。かくして「請求の利益」とする。しかし、それなるが故に実体法的性格を失うものでない。「訴訟上の請求」は、訴訟の段階において変貌したところの実体法上の権利主張 (法的主張) である。

この訴訟上の請求は、さらにその内部構成において訴訟範疇により実体法から離れた新規なものがこれに加わり、変貌を生ずる。次の如し、

二 「訴訟上の請求」の類型

ドイツ普通法民事訴訟は、ローマの *actio* 訴訟を承継したものであり、現在の訴訟制度の下、給付の訴がこれにあたる。給付の訴は、給付請求をその「訴訟の目的」とする訴である。これに続いて、確認の訴、さらに創設の訴が新たに独立の訴の類型として現われた。これ等の訴においては、確認請求ならびに創設請求がそれぞれの「訴訟の目的」となる。かくして訴訟上の請求は私法上の請求 (給付請求) よりもその内包が拡大され、現在、三類型に分かたれている。

訴訟上の請求の内包の拡大は、訴訟による権利保護の領域の拡大であり、それは司法制度の発達、すなわち司法権の拡大強化と相関的である。けだし権利の本質が利益である限り、如何なる権利主張にも利益は内在する。しかして司法制度が確立すれば訴訟により保護すべき利益の種類、範囲の拡大が当然それに伴う。司法権の拡大強化 (司法制度の整備・充実) と権利保護の範囲の拡大 (訴訟上の請求の内包拡大) とは函数関係にある。

ドイツ普通法民事訴訟はローマの *actio* 訴訟の系統をひき、それは現在の給付訴訟につながる。二当事者主義 (権利者・義務者の対立)、不告不理の原則 (申立に対する裁判)、権利既存の原則 (既存の権利の保護)、等々の訴訟法上の諸原則はこの訴訟類型をめぐって訴訟の制度構造を規定した (基本法則)。この基本法則のもと、訴訟は実体法に従属し、民事訴訟は私権実行の場に過ぎないものとなる。私法上の権利として承認されたものでなければ、訴訟において権利保護に値しないということになる。しかし第十九世紀の中葉以来、司法制度の整備、司法権の拡大強化は、それ自らがかかる消極的立場に停頓せしめなかった。それ独自の立場において権利保護の範囲を拡大する方向に赴いた。確認の訴、続いて創設の訴が独立の訴の類型として登場したのである。

(一) 訴訟類型の分岐 現在、訴の類型は給付・確認・創設の三類型に分たれている。それは訴訟上の請求の類型区分であると同時に、判決の類型区分ともなっている。そのいずれかの一方が他方の類型を規定するという関係ではない。相関的であるとは、実体法・訴訟法分離の法体系のもと、「訴訟」それ自体の類型の分岐が「訴訟上の請求」の類型、並びに、「判決」の類型の分岐を伴えることを意味する。確認の訴に続き、創設の訴が相次いで独立の類型として現われた過程がこのことを示す。要するに実体法・訴訟法分離の法体系のもと、訴訟構造理論として、訴訟の類型は、「訴訟上の請求」の類型と、「判決」の類型として形相する。従ってそのいずれかが他に先

行する関係は存しない。しかし、訴訟構造の視野からいうならば、請求に対して判決がなされるものであるから、その間の理論的序列としては、請求の類型により判決の類型が決定されるとみるべきである（階層的序列）。

現在、訴訟の類型は、給付、確認、創設の三類型に分たれている。この区分は訴訟上の請求の内包の拡大に起因するのであって、それは、司法制度の発達、司法権の拡大強化を象徴するところの訴訟による権利保護の段階的な強化と、その範囲の拡大とに対応する。

(一) 給付訴訟 まづ給付訴訟であるが、給付訴訟は系譜的にはドイツ普通法民事訴訟を通じて、ローマの *actio* 訴訟の系統をひく訴訟類型である（前出）。この類型に属する訴訟は、自力救済にかわる権利実行の場とみるべきものとする。従って給付訴訟においては、実体法上の給付請求がそれ自体実体法上の権利であること（権利既存の原則）により、当然権利保護の要件（利益）を満たし、「訴訟上の請求」となる。けだし権利の本質は利益だからである。この給付訴訟においては、当事者が主体的地位を占め、裁判所は当事者（原告）の主張する実体法上の権利の存否を判断し、その申立と異なる判決をなさない消極的立場にある。それは、ローマの *actio* 裁判が本質的に確認裁判といわれることにつながる。しかして積極的立場といえば、原告の給付請求を認容する場合、その具体化のため、換言すれば、事実の世界における実効性（主として執行力）をもたしめるため、その判決に命令、禁令を付しうるといふことである。

(三) 確認訴訟 次に確認訴訟は、実体法上の権利もしくは法律関係の有権的確定を意図する訴訟類型である。

実体法がどのようなものであるかは、問題であるが、*Pandekten System* の民法典の構想する実体法（私法）は、静態規範の体系である。法典は、権利それ自体を規定するが、権利の行使についてそれを権利化したものは、ウィンドシャイドの提案に基づく給付請求権があるのみである。他は権利の作用ないし権能、反射効、等々の法理に任し、法典自体はこれ等を権利とはしていない。しかしその行使がまだ権利化されていない権利については、給付訴訟では前述した権利既存の原則に阻まれ、権利保護の要件を具備しないことになる。確認訴訟は、かかる場合につき、争いある権利もしくは法律関係が、その存否の有権的確定に利益をもつことを権利保護の要件として、訴訟的経済の途をひらく訴訟類型である。この場合には権利それ自体の本質ともみるべき利益ばかりではなく、むしろ権利の社会的存在としての利益、いわばその対外的利益が斟酌せらるべきものである。

この確認訴訟においては、裁判所は実体法から離れた独自の立場において、実体法上の権利もしくは法律関係を有権的に確定することにより、訴訟による権利保護の範囲を拡大する。すべての実体法上の権利もしくは法律関係については、何びともその存否の有権的確定に法律上の利益をもつ限りにおいて、訴訟の段階にて、その存否の有権的確定を求めることができる。これを確認請求といい、訴訟上の請求として一類型をなす。実体法の段階においては、権利主張それ自体は、請求権を除けばまだ権利とされていない。殊に権利の不存在主張は、実体法の知らざるところである。それ等が訴訟の段階において変貌して、判決による有権的確定を求める確認請求となる。

確認請求も、もとより不告不理の原則に従う。しかし実体法の段階においては、権能ないし権利の作用とせられ、まだ権利として定型化されていないが故に、訴訟の段階においてそれを有権的に確定するには、裁判所独自の判断を必要とする場面もありうる。従ってその有権的確定は、必ずしも当事者の申立に拘束されえない。その顕著な例は、

「訴訟の目的」、その巨視的研究（中村）

土地境界確定訴訟においてみる事ができる。確認訴訟がローマ法の双面訴訟の系統をひくといわれるゆえんである。

以上述ぶるところを要約するならば、確認請求は実体法上、まだ法的主張に止まったものが、訴訟範疇によりその容態に変貌がもたらされ、権利主張として「訴訟上の請求」に止揚されるという関係にある。

(四) 創設訴訟 最後に創設訴訟であるが、これは裁判の法創定力により、新たな権利関係を定立する訴訟類型である。もとより民事訴訟であるから、不告不理の原則に従い、かつ実体法に依拠した裁判でなければならぬ。しかし実体法は、新たな権利関係の創定そのものを当事者の権利として規定し難い場合につき、旧 *actio* 訴訟の系譜を残して、新たな権利関係の創定を裁判の効力に依存することを条文にて明らかにしている場合がある(例、日民四二四条・七四四条等)。しかし多くはこれをあいまいに付している(日民二七六条・一〇三一条等)。ドイツ民法において殊にしかり。

この問題は、ドイツ普通法における権利変更権(*jus variandi*)をめぐる論争に遡る。この論争はいわゆる権利変更権(*Recht der Rechtsänderung*)の所在についての争いであり、私法学においてはゼッケル(*Seckel*)の形成権理論を生み、訴訟法学においては創設訴訟をもって独立の訴訟類型となすことに結果した。

創設訴訟は、争いある権利関係につき、判決の法創定力により、新たな権利関係が定立されることに利益をもつことを権利保護の条件とする訴訟類型である。かつてはこの種の訴は、おおむね確認の訴の一種とされていた。それは前述した *jus variandi* の私法的解釈によって、訴訟は当事者の形成権行使(例、婚姻取消)の結果に基づく確認の

訴というのである。しかしドイツ普通法の *jus variandi* そのものが、現在の法体系のもと、そのすべてが私法的性格のものではなく、訴権的性格のものも存したのである。それが正に創設訴訟の前身である。この系統をひく訴権的構成の条文が今なお民法に存するのである。例えば民法における訴権的構成の諸条文、日民法における四二四条、七四四条の如し。それ等すべてを確認訴訟の類型に収めることは、条文の解釈の上に無理を生ずる。例えば婚姻取消請求につき、日民七四四条に、「裁判所ニ対シ云々」とあるのを黙殺して、形成権理論により婚姻取消権と解釈するの類である。裁判に法創定力が存することの認識に立つ限り、実体法の段階において形成権理論にては解釈できない場面を生ずるものについては、訴訟の段階において、裁判の法創定力より権利の満足をはかるという論理に当然帰結せざるをえない。

創設訴訟は、かかる論理的帰結に基づき、確認の訴に続き、独立の訴訟類型として登場したのである。しかしそれを制度として可能ならしめたものは、近代における司法制度の整備、司法権の拡大強化に外ならない。創設請求は、訴訟の段階において裁判所を名宛人(*Adressat*)とする訴権的性格を付与された実体法上の権利主張である。

三 判決の対象としての「訴訟上の請求」

民事訴訟は、判決を志向する一連の手續である。訴訟の目的たる訴訟上の請求は、実体法並びに訴訟法の段階を経て最高の「裁判の段階」において判決の対象となる。

訴訟は、法律制度であり、「法による裁判」を理念とする。従って事件を単に社会的事実としただけでは、これに

対する裁判はできない。判決の対象となすには単なる事実としてではなく、これに法規範的価値評価(判断)を加えたものであることを要する。その故に事実には法規範的構造をもたしめることにより、はじめて、これを判決の対象となすことができる。いわば法規範的事件像(前出)であり、それが判決の段階における「訴訟上の請求」である。

要するに、判決の対象となるものは、事件それ自体ではなく、法規範的価値評価の対象となりうるように形づくられた(形成された *uniformen*) 法律的事件像 (*juristisches Sachbild*) であり、それが「訴訟上の請求」である。これを「訴訟の目的」(訴訟対象)という。このような思考方式は、自然科学が自然世界そのものを学問的対象とせず、直接的には自然科学的世界像 (*das naturwissenschaftliche Weltbild*) を対象とすることに相い通ずる。

「訴訟上の請求」は、実体法上の段階においてはそれぞれの範疇法則によりて、個別的に権利主張ないし権能と評価されたものであるが、訴訟の段階においてその範疇法則によりそれぞれ必要なる変貌が加えられ、訴訟上の請求としてその組織体系が整えられる(前述)。しかしてそれは、最終の「判決の段階」において、さらにこの段階の範疇法則に従い、判決の対象となるに適應した容態のものとなる(変貌する)。しからばそれはどのようなものであるか。

現在の法律制度は、不告不理の原則をとる。従って訴訟上の請求は、裁判所をもその相手方としなければならぬ。また裁判は、事件に対する判断である。しかし法による裁判の基本要請の下、それは「法による判断」であることを要する。訴訟法学は、その法による判断を可能ならしめるため、法規範的事件像 (*rechtsnormatives Sachbild*) ともいふべき「訴訟上の請求」概念を構築し、裁判はその形象 (*Gebilde*) における訴訟上の請求を対象として、法による判断を行うものとする。この場合、法による判断には、前述した法規範的事件像ともいふべき「訴訟上の請求」を通して、その判断に必要な限りにおいて事件の全貌を把握し、了解することがこれに先行する。すなわち法による判断には、当然二段階が存する。その故に裁判理論は、裁判の過程を事実の認定(この用語は必ずしも適当とはいえない)と法律の適用の二段階に分つ。訴訟上の請求は、裁判の段階において、この二段階の各範疇法則に適應すべく形成される。

(一) 具体的な「裁判の要求」 「訴訟上の請求」は、この段階において「判決の申立」と融合して裁判所をその名宛人 (*Addressat*) に加え、具体的内容をもつ「裁判の要求」(*Begehren der Entscheidung*) として形相する。訴権学説としては、実体的訴権に当たる。実体法・訴訟法分離の体系の下、訴訟上の請求は、実体法的性格のものであり、具体的内容をもつ。これに対し判決の申立は、裁判所を名宛人 (*addressat*) とする手続的行為であって、それ自体具体的内容をもたない訴訟法的性格のものである。この両者が融合して具体的内容をもつ裁判の要求となる。実体法と訴訟法との総合が、裁判の「場」において完結するという所以である。

「訴訟上の請求」が「裁判の要求」に形成(変貌)されることにより、(1)その名宛人 (*addressat*) に裁判所が加わることになる。従って訴訟上の請求それ自体によって不告不理の原則が行われることになる。また(2)訴訟上の請求は、判決の申立の規制を受け、訴訟上の請求としての範囲が定まり、その範囲内において裁判を受けることになる。すなわちこの規制により訴訟係属の範囲と判決の効力、特に既判力の限界(範囲)が定まる。

ローゼンベルクその他が訴訟上の請求をもって「裁判の要求」(*Begehren*) と解するのは、特にこの段階における

訴訟上の請求の容態をとり上げたものに外ならない。

(二) 裁判の質料 現在の裁判理論によれば、裁判の過程における「事実の認定」は、法の適用に先行し、「起したる請求」(訴訟上の請求)につき、その請求の原因事実、すなわち *Tatbestands-Lehre* によれば請求の構成要件事実を認定することである。それは前述したが如く、裁判所が「訴訟上の請求」を通じて事件の全貌を把握し了解することに外ならない。しかしして、その了解を基礎として法による判断(法の適用)をなすのであるから、「訴訟上の請求」は、この事実認定の段階においては、その法規範的構造により、それを規定する実体法並びに訴訟法の範疇法則をも含めて、裁判における判断の基礎となる質料 (*Material*) を形成することになる。

ここに「訴訟上の請求」が判決の質料となることは、それが裁判の対象としての存在をもつとの認識につながる。構成要件論に従えば、それは「訴訟上の請求」がその法律要件を充足しているということである。すなわち訴訟上の請求は、事実認定の段階においてその成立が認定される。ニキッシュが、訴訟における権利主張すなわち「訴訟上の請求」は、訴の申立とあいまち、請求の原因を個別化 (*Individualisierung*) することにより、その成立根拠を示すという趣旨のことを述べているのは、⁽⁵⁾この段階における訴訟上の請求を指すものに外ならない。ただし個別化された請求原因が具体的事実により充足されていることの判断は、「訴訟上の請求」の成立を認定することにつながるからである。またローゼンベルクが、「訴訟上の請求」は訴訟概念であって私法上の権利 (*subjectives Recht*) ではない。それは、民法のもとでは権利(私権)であるが、民訴法のもとでは構成要件である抗弁 (*Einrede*) に似たものであるとしたのは、⁽⁶⁾結論的にはこの段階における訴訟上の請求の容態(形象)をとらえたものといえよう。

(5) Nikisch, A., *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, 1935, Tübingen, S. 30.

(6) Rosenberg, L., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin, 9. Aufl. S. 417.

(三) 裁判の存在基礎(理由づけ) 裁判は法による判断であり、現代の裁判理論は、それを法の適用という。裁判過程における最終段階である。法の適用は、認定した事実(了解した事件)に対し法による判断をなすことである。しかしして成文法体系のもと、法の適用は、法律の解釈・適用によりて行なわれるのであるが、法律の解釈、適用は、裁判所の専権に属する (*jura novit curia*)。従ってこの段階における「訴訟上の請求」の裁判に対する関係は、裁判の内容を決定する質料ではなく、単に裁判の存在基礎 (*Seinfundament*) となるにとどまる。しかしして存在基礎としては、実質面と形式面とがある。

(1) 実質的存在基礎 法の適用は、法と事件とを結ぶ論理操作である。現代の裁判理論は、法を第一命題(大前提)、事案を第二命題(小前提)におき、その間の包摂関係の論理操作により成立する第三命題(帰結命題)をもって裁判となす。しかしして事件そのものでは、法による裁判における論理操作の命題とはなりえないが故に、その法学的事件像ともいふべき「訴訟上の請求」(訴訟の目的)を第二命題におく。このことは「訴訟上の請求」が法の適用の最終段階に至り、裁判における判断を構成する論理操作、いわばその理由づけにおける役割りをなすにとどまることを示す。理由づけを欠く裁判は存在しえないが、理由づけは裁判とそれ自体を決定する要因としての質料ではない。ニキッシュが権利主張につき、成立根拠と理由づけとを区別したことは、ある程度この関係を認識したものと考えられる。⁽⁷⁾

(7) Nikisch, a. a. O. S. 33 ff.

(2) 形式的存在基礎 民事訴訟には、不告不理の原則が行なわれる。原告なければ判事なし (*nemo iudex sine actore*)。しかしまた請求なき訴に対しては判決(本案判決)はなしえない。訴訟上の請求がなされることにより、それが理由あると否とを問わず裁判所はこれに対し本案判決をなしうるものとする。

以上をもって「訴訟上の請求」の巨視的考察を終る。続く微視的考察においては、現行法上、特に日独のパンデクテン・システムの民法典の下において、「訴訟の目的」が形成される理論的過程を解釈学の立場において述べることになる。

あとがき

父がこの論文を執筆するに至った経緯は、一序説、のはじめに書いてある通りである。ケルン大学のバウムゲルテル教授(Prof. Gottfried Baumgarten)は、以前より父の民事訴訟理論に大きな興味をもっておられ、一昨年(一九七三年)五月来日された折、翻訳はドイツで引きうけるということで、父に論文を執筆するよう依頼された。父はその勧めを機とし、自己の民事訴訟理論を集大成しようと思いたち、「訴訟の目的」を主題に据え、この論文を執筆したのである。

父は、昨年(一九七四年)春頃からこの論文の執筆の準備を進め、昨年暮には、二訴訟、以下の本稿の中心をなす部分の執筆を終っていた。はじめの計画では、この部分だけを発表する考えだったが、今年に入ってから、序説を書き加えるということになり、多忙な校務の間をぬってそれを書き終えたのは、五月も終りに近い頃のことだった。とりあえずその部分をバウムゲルテル教授の下に送るとともに、二、以下の本論については、この夏休み中にもう一度全部読み返し、手を入れる予定をたて、七月末病院に入院するまでそれを手がけていたのだが、とうとう全部を推敲し直すまでには至らなかった。

研究所の父の机の上には、昨年暮一応書き上げた草稿のコピーを台本とし、それにかなり手を入れたこの論文の原稿が残されていた。旧稿を改めて書き直した新原稿や、新たに書き加えるべく準備したメモなどもはさまれており、父のこの論文に傾けた激しい情熱が紙面に躍動していた。原稿はほとんど出来上っているといってもよいものだったが退院してから改めて整理することを予定し、未定のまま残されている箇所もいくつかあった。この度、父の論文を印刷に付するに当たって、一序説の部分にはほとんど手をふれなかったが、二以下の敘述については、明らかに誤記と思われる箇所を訂正し、また残された書き込みや、メモを整理し、恐らく故人が書こうとしていたであろうところを、再現するよう若干手を加えた。大過のないことを願っている。

本稿に続く微視的考察に当たる部分について、父は、旧稿「訴訟上の請求の個数と範囲」(国士館大学創立五十年記念論文集所載)を底本とし、改めて執筆しようと考えていたようだが、これはついに日の目を見ることがないものになってしまった。

なお、この論文と並行して、故人は「訴訟上の請求、起したる請求、その範囲、個数並びに同一性」と題する論文を執筆し、国立台湾大学の蔡章麟教授の祝賀論文集に寄稿する予定を立てていた。すでに録音テープに吹きこみ、それを復文した草稿はできていたが、これも、手を入れることがないまま残されてしまった。これについては、いずれ機会をみて何らかのかたちで公刊したいと考えている。

一九七五年二月

中村英郎