九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

刑事訴訟法における既判力について(一)

井上, 正治
九州大学法文学部 : 助教授

https://doi.org/10.15017/1224

出版情報：法政研究. 16 (1/2), pp.1-50, 1948-10-31. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

論説

刑事訴訟法における既判力について（一）

井上正治

はしがき
第一章　既判力の本質
第一節　實定法體系に對する訴訟の機能
實定法に對する態度、實定法と客觀的法秩序（當爲的社會意識）、當爲的「社會意識」の「客觀的定立」、實定法體系と訴訟
第二節　訴訟の本質から觀た既判力
ビューローの説、ヲーラーの説、ゴールトシュミットの説、ザウエルの説、訴訟狀態とその發展＝以上本號＝
第三節　既判力の本質
第二章　既判力の條件及び効果
むすび

はしがき

訴訟はその對象である一定の事件を中心として法規を具體的に展開することを本質とする。卽ち、訴訟手續の中に於て當初抽象的假設的性格を有するに止つた對象(一)を一歩一歩具體的絕對的存在たらしめる漸次的形成の過程が訴訟の構造をなすものである。それ故、訴訟の意義を實質的に把握しようとすれば、その對象が具體的窮極的に展開された時點こそ、訴訟を支配する目的であることを十分意識し、訴訟の構造をなす各手續段階はこの目的と關聯せしめて考察しなくてはならない。この目的が訴訟法學上既判力（Materielle Rechtskraft）と稱されるもの(二)に他ならない。

それ故、訴訟は、ショーテンザックの述べる如く、目的統一體（Zweckeinheit）であるためこの目的としての既判力はその根柢において訴訟に統一を賦與し、各手續の發展過程の中において相互聯關性を保持しつつ固い連鎖を與へることとなる。この意味では既判力こそ正しく實體形成の目的であり(三)、訴訟の目的といはなくてはならない(四)。かくて既判力は訴訟法理論構成のために必要な根本課題であつて、訴訟法學の建設を試みんとする者には、等閑視することの出來ない重要な基盤である。この點、ザウエルが正當にも指摘したやうに訴訟法學の重點は今や訴權理論から既判力理論へ變遷すべきであらう(五)。

ところが、既判力の本質について、從來一般の態度を觀ると、その考察を或は實體法的觀點より或は訴訟法的立場から或は又公法理論に無反省に依據し若くは純粹に哲學的方法論を以てする等、いはば、いづれも實定法體系乃至は實定法秩序と同一平面に立脚して考究するため十分その効果を擧げ得たものとは考へられない(六)。これ等は、いづれも法秩序一般構造の中にあつて、訴訟は實定法體系に對し如何なる機能をもつかにつき全く無反省であり、その結果實體法學的にただ單に形式理論を驅使することにより既判力の本質を把握しようとするものであつて、そこでは、訴訟

の存在は實質的には全く無意義になつてその機能を喪失する結果を招來する。

そこで、本稿に於て既判力理論につき考察をなさんとするためには、先づ實體法學と訴訟法學との相互聯關を十分に意識し、法秩序一般構造の中に於て訴訟は實定法體系に對し如何なる意義と機能とを持つかを確定し(七)そこに明白になつた訴訟法學の特異性より既判力の本質の考究に移らなくてはならない。勿論そのためには既判力の本質は前述の如く訴訟の發展構造の中に於ける窮極的形成である點より、この訴訟の發展的構造とは何であるかを把握しなくてはならない。

そこで、一先、論述の便宜上ここに私の理解する既判力の本質を結論的に述べておけば、それは、實定法の訴訟上における窮極的妥當であつて(八)、その點、既判力に對する一般の考へ方とは大いに異りつつも、訴訟上の窮極的形成において、ひろく裁判一役に既判力の發生を認めることが、正當なる理解ではないかといふことを考へるものである。かかる既判力の本質から、これと關聯する二三の問題を簡單にその効力として觸れることとする。それは結局、既判力の理解に對する私の態度をいささかでも基礎づけ得るものではないかと考へるからに他ならない。

(一) Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, 1928, S. 106, 113; ders., Juristische Wochenschrift, 60. Jg. 1931, S. 217.

(二) Schotensack, Über Rechtsmittel und Wiederaufnahmeklagen, 1910, S. 12.

(三) Sauer, Grundlagen des Prozessrechts, 1929, S. 234 ff.

(四) Gädschmidt, Prozess als Rechtslage, 1925, S. 151 ff.

(五) Sauer, op. cit., S. 234, 539.

(六) 從來の既判力學說の素描については、本章第三節參照

(七) 訴訟と實定法秩序とを對比せしめることは奇異の感なきを得ないであらう。寧ろ訴訟に對しては實體法をこそ比照すべきであるとの非難を生ずるかも知れない。しかし、ここにいふ訴訟とは實體法に對する訴訟法を指すものではなく、裁判手續自體を意味するものであつて、この故に、實定法秩序の中には訴訟法をも含ましめる。かくて、本文の意味は、裁判手續が訴訟法をも包含した全實定法秩序の窮極的妥當根據であると考へんとするに他ならない。この點については、本章第一節參照。

(八) Gerhart Husserl, Recht und Welt (Sonderabdruck aus der Festschrift für Edmund Husserl); ders., Rechtskraft und Rechtsgeltung, 1925.

兼子「訴訟承繼論」民事法研究第一卷三四頁

第一章　既判力の本質

第一節　實定法體系に對する訴訟の機能

本節に於ては專ら實定法體系に對する訴訟の實質的機能を考察しようとするものである。即ち法秩序一般構造のもつの特殊性格に注目し、かゝる特殊構造の中で訴訟は如何なる意義を有し如何なる機能を果すものであるかを明確にすることを目的とする。しかもそれは次節で訴訟の本質を考究する前提となるからに他ならない。勿論、そのためには

實定法の本質を解明しなくてはならないが、法の本質に關する究明は極めて困難な問題であり、こゝに於ては十分その目的を果すことは出來ない。ただ、平素考へておることを結果的に述べて論究の出發點とすることを許されたい。

こゝで、法秩序全體の特殊構造を問題にする際、その「法」とは先づ實定法のことである。實定法とは、歴史的社會的現實地盤に制約されて發生し變化し消滅する經驗的法體系であり、しかもかゝる現實地盤の中に自己を貫徹する存在である。實定法のこの自己貫徹性卽ち實定性は、內容的に正當であることが實定法の使命であると同じ程度に於て、正當法の概念に屬する。(一) かくて、一般的に考へれば、實定法は法秩序に安定性を獨し社會の安寧を維持し、平和と秩序とを保障するものであるから、その內容の正當なりや否やを問題にすることは許されない。たとへ、實定法の內容が道德的に疑問でありその善なるや惡なるやにつき明確でない場合にも、法服從者が一々實定法の內容を審査しその論議を俟つて始めて實定法の効力を云々するとすれば、到底法としての使命を果し得るものではない。そういふ意味からは、實定法は實定的なるが故に卽ち、正當なる法と考へられやう。しかし、私は、たとへ實定法にかくの如き意義が認められるとしても、實定法を一義的明確に與へられた法律規範體系であり、その間に何等の矛盾もなく或は矛盾を指摘することをも許されない完結的意味をもつ存在であると考へ、その形式的法律の經驗的認識をそのまま法律學的認識におきかへんとするものではない。この點、規範主義は與へられた實定法規範體系の矛盾には何等考慮を拂ふこともなく、唯單にその中に於て忠實に實定法秩序の論理構造をその形式性に於て明確にすることをもつて法律學の任務と考へた。(二) これは、經驗的法律をそのまま、實踐的に妥當なる法律と考へ、精々立法論において目的論的原理を適用するが、法律の現實の運用においてはかかる創造作用を認むるに躊躇するものであつた。そのことは、勿

論當時の法律學に對する形而上學的對象性を介して理解すれば相當の意義のあつたことは否定出來ないが、到底私はそういふ立場に左袒することは出來ない。實定法は、たとへそれが明確な公示を以て與へられておるとしても、後述するところの法理念たる當爲的社會意識と完全に乖離すれば、それは最早形式は法であつても法として妥當し得ないものと考へなくてはならない。(三) それ故、實定法に對するかゝる態度は、實在する法律を實在するがまゝに考察しようといふ認識的態度にのみ終始するものではなく、その先行態度としてもつと積極的に實在する法律に對し實踐的態度をもつて臨まうとするものである。(四) 斯樣に法律に對する消極的態度を捨てゝより積極的にいはば實踐的にそれを考察しようとする態度は、一面自然法的な態度に通ずるものがあるであらう。しかしそれは決してそのまま自然法的な態度と同じものではない。即ち、それは、自然法が先驗的に普遍妥當な規範を考察し、それが時處的制約を超越すると考へるのに對し、具體的な特殊歷史構造に培はれつゝヴアイタルに存在する當爲意識に注目しようとするものである。それは法の世界が自然界の如く始めから學的認識態度のみを以て把握され理性の先天原理に基かしめられる如く、可想的な非歷史的抽象的構造に於て究明し得るものではなく、その以前に、それが激しい實踐の渦中から發生するものであり、しかもその實踐が、特殊歷史構造に制約されて存在することを十分意識しなくてはならない。蓋し、法は人間社會構造の根本的な制約の一として、歷史的存在性格の最も本源的な本質がその中に存し、多樣な歷史構造を擔つて具體化するものであるためである。いはゞ、それは人間の社會生活の一契機として或る時代、或る民族のもつ法を對象としようとするに他ならない。それ故、自然法がかゝる具體的制約を脫して、自然の普遍的秩序、人間本性等を契機として持ち來るのとは著しく對蹠的にあくまで具體的に歷史的特性、民族的性格、其の經濟的發展段階、時代的文

化的情操に擔はれた法を問題とするものである。それ故、かゝる態度はあるべき法を去つて、客觀的法秩序を經驗的に時間、空間、因果の範疇の中で社會的實在の平面に投射し現にあり得る法を考察するものであるが、しかし、又單に具體的な特殊歷史基盤の上に事實としてあり得る法をのみ唯一の法と考へるものでもない。かゝる素朴な態度は私の採らないところであつて、重要なことは、即ち、このやうなあり得る「法」と實定法との論理構造を問題にしなくてはならないと考へる。かかるあり得る「法」即ち嚴密には具體的歷史的社會に存在する當爲意識と實定法秩序との複合構造の中に於て、實定法よりその靜的固定的性格を奪つてその發展的一つの傾向、いはば、固定的なものの中にあらはにされた法の抵抗と焦慮からその歷史的必然の傾向へ質的に轉化せしめることこそある法としての實定法の重要な意義が存する。かかる立體的な事實的規範的複合構造を無視していづれか一方をのみ對象とすれば、極めて跛行的な方法論となるであらう。蓋し、法律學が、實定法學として一應はその形式的法源を實證的基盤とせざるを得ないがため、所謂「生きた法」だけが唯一の法ではなく、又、後述する客觀的法秩序の必然的傾向に即して形式的法律規範はこれを批判せねばならない以上、實定法は常に妥當性を肯定され得るものとは考へ得ないためである。

實定法は、このやうな意味で社會意識の拘束力に擔はれてこそその妥當性を維持できる。この社會意識の拘束的現象は、社會の當爲意識を中軸として展開する客觀的秩序であるが故に、實定法はかかる客觀的法秩序即ち當爲的社會意識を基盤にしそれに擔はれてこそ始めて妥當な法となり得る。(五) この當爲的社會意識こそ、法概念を成立せしめる構成的＝規範的原理であり、正に法律の法律たる所以のものをそれなくしても法律を法律として考へ得られるものから區別する窮極的原理である。しかも、この當爲意識は、先天的な根本要請ではなく、又單に反省的批判的に把握される

が如き形式でもない。その點、當爲的社會意識は正義といふが如き先驗的原理とは異るものがある。勿論、正義が法理念として、決定的形式の一であることは否定出來ないが、それは餘りにも抽象的形式のため實定法理念として十分な機能を果し得ない。(六) これに對し當爲的社會意識は、具體的な歴史的社會的地盤に、その存在性格を擔つて實踐的に構成される原理であつてより具體的內容的なものである。

實定法とは、かかる當爲的社會意議を所謂立法作用により、その主觀的存在から客觀的に定立し、普遍的統一的に具體的文化の地盤の中に存在を與へたものである。それ故、立法作用は、唯單に權力的に當爲的社會意識を不當に無視して法を措定することは許されない。蓋し、實定法は當爲的社會意識に擔はれてゐる限り法的安定性を取得し、そこで始めて正當法として認容されるものであるから(七)である。しかし、そのことは、決して立法作用が當爲的社會意識を認識的に定立するに過ぎないものと解することではない。立法作用は當爲的社會意識の動的傾向を正當に把握し、却つて評價的に法を定立することにより逆に當爲的社會意識の具體的展開に影響を與へることも可能である。

かくの如く、實定法は當爲的社會意識を客觀的に定立したものであるといふことについては、更に考察することを要する。實定法は當爲を意欲する「社會意識」の具體化である。

さきに考察した如く、當爲的社會意識は實踐のうちにのみ把握されるものであるが、實踐とは、自由による存在の限定である。自由は限定するもの、存在は限定されるものとして、いづれも實踐の必然的契機である。しからざれば實踐といふことは考へ得ない。人間は、イデア的に觀れば、實踐の世界に於て、具體的歴史的社會に於ける根源的理念の追求をこととし、その實現を求めてやまない全人的存在であらう。しかし、かかる實踐主體の存在から全く遊離

した非合理的觀察を去つて、唯物史觀の鋭く教ふる如くもつと型的に、社會的基盤に於ける人間の歴史的制約性を認識すべきであらう。蓋し、人間の意識一般も現實的歴史的存在に制約されて、根源的には存在の性格的在り方以外にはない。さうすれば、人間は、現實的歴史的存在の意識一般に對する決定的機能のため、即ち、個人の體驗內容のもつ歴史的性格と更にはその志向的思惟過程に認められるそれとのため、主體的＝對象的に歴史的制約を蒙り、より倍化されて、イデオロギー的に、一般に單獨のときとは異つて思考し、實踐し、相互に類型性、類似現象を生ずるに至る。(八)しかも、社會意識の類型性は、現實社會が一つの階級的社會であるところより、一定の階級利益の擔手に過ぎなくなる。かかる類型的思考、類型的實踐は、商品交換社會としての市民社會に於ける法的主體の物神的性格から、そこに元來具體的なるべき個人意識と異る經濟關係の映像としての意識が認められる。ここで重要なことは、かかる當爲的社會意識は、その具體的な歴史的社會的地盤に制約され、まことに因果的にこの具體的地盤に規定されつつ、假裝された人格としてそれを擔ふ經濟範疇の人格化であり、價値判斷が存在事實により惹起されたものであるといふことである。(九)かくて、全體社會內における各種の經濟的政治的利益の對立矛盾は、支配的部分社會の當爲意識が政治力として形成されることにより、イデオロギー的性格を擔ひ、一方、被支配的部分社會は前述の如くその具體的なるべきもの抽象的一面をしか顯現し得ざるため、そこに、表見的には調和、類型を生じて一應全體社會における意識現象として考察されるに至る。全體社會のうちにおいて、大雜把に觀て、その部分社會に對立、矛盾が存し、しかもそれが一方的に被支配的部分社會の支配的部分社會に對する身分的隷屬關係、若くは、それよりの解放が又被搾取者として新たなる別個の階級的束縛を生じ、しかも、被支配的部分社會の階級的被規定性が十分意識されざるが如き歴史の下にあ

つては、支配的部分社會の當爲意識は、商品の物神的性格より、被支配的部分社會の個性の喪失、意識の埋沒としての自己疎外性の結果、單に人間の映像と化するに至る。かくては近代市民社會の抽象化として經濟的範疇はイデオロギー的に十全に立法化され、いはば、法が倫理を創るものであらう。しかし、被支配的部分社會のうちに、全體社會にひそむ內部矛盾の結果、歷史的必然性の恫見は、その上に成立する當爲的社會意識の虛僞性を反映し、そこには、擬瞞的にも全體社會としての調和的有機的な統一體は存しなくなり、却つて相互に斷絕分離され媒介者なき對立抗爭の契機をより明瞭な姿に於てそのうちに包含することとなる。しかも、この背後に全體者を豫想する對立抗爭の過程は、主體の實踐のさ中に、埋沒された意識の囘復として、より具體的な人間の新しき映像への萠芽を藏しつつ、事情は全く異つて來る。かくて、支配的部分社會は、その限界性を意識しつつ、或る程度その根源的意識乃至はそれよりする利益を拋棄して、被支配的部分社會との妥協を考へなくてはならない。しかしこゝで重要なことはかくの如き妥協も、現實的歷史的基盤である商品等價交換の原則を拋棄せざる限り、結局支配的部分社會の法的範疇としての人格の自律、自由、平等の基礎理念を維持ためするの讓渡であつて、被支配的部分社會のそれに全面的に融合しようとする(一〇)より一そう具體的な發展的なものではない。それでも、とにかく、人間の「新しき映像」の獲得の場として、當爲的社會意識の激しい對立の中にありそこでは倫理が法を創り出すといひ得やう。(一一)かくて、ここでは、當爲的社會意識は、現實的歷史的社會を基盤にしつつ、未來的に全體社會を維持構成せんとする辯證法的發展の中に絕えざる動搖にさらされ、決して靜的固定的ではない。實定法が當爲的社會意識を客觀化したものであるといふことは、かかる階級的性格を擔ふ發展的意識を、部分社會相互の勢力關係により、前述のやうな意味で妥協せしめ靜的固定的に定立し客觀的

普遍的準則たらしむることである。ところが、かゝる當爲的社會意識を把へて、直ちにこれを法と名付ける思考態度もあり得る。殊に、カール、シュミットの具體的秩序思想が喧傳されたとき又は素朴な法社會學においては具體的秩序又は現實社會の生産關係を把へて直ちに法と名付けたことであつた。勿論、當爲的社會意識は一つの意味形象ではある。しかし、當爲的社會意識を直ちに法と考へることは、人間の社會生活において、必然的に發生する實踐的規準に過ぎないものを直ちに法と思惟する極めて素朴な方法に止ることとなる。勿論それが實定法に意味を附與する動因として規範的原理であることは否定すべくもない。しかし、問題は、かかる法自體としての客觀的法秩序と實定法との事實的‖規範的論理構造こそ重要であることは、さきに述べたところである。

それ故、實定法はかゝる當爲的社會意識を、それが階級的對立的であるのを、客觀的に定立して概念化し、一義的決定的に措定するときに成立する。それは、即ち、當爲的社會意識がそれとして階級意識の中に自覺されつゝも極めて相剋的な歴史的性格を擔ふのに對しそれを公權的に表象するに他ならない。それ故、それが階級的なるが故に多義的であり、多義的なるが故に非決定的であるのを歴史的個別者を介して現實の文化の地盤に定立し、かくて客觀化、一義化、決定化するところに初めて實定法の成立が認められる。(一三) かくて、ラードブルッフの法的安定性と考へる眞の意義は、即ち實定法が社會的歴史的現實地盤の裡に存する焦躁と不安に、實踐の理念を措定し、こゝに秩序と安定を與ふることを意味すると考へられないだらうか。法的安定性を、かゝる意味で理解してこそ、それが法理念として積極性を獲得し、相對主義を脱却する契機ともなり得るであらう。(一五)(一四) そこに又G、フッサールのいふ法の超越性の一面が考へられる。蓋し、それは對立的な當爲的社會意識の流れに對し實定法の客觀的決定的なる機能を目して超越的であ

るといひ得るものであらう。(一五)

以上の如く、實定法と當爲的社會意識との關係を理解すれば、實定法の妥當性は、それがかゝる當爲的社會意識に底礎されておる限り考へられることは亦自明のことといはなくてはならないであらう。實定法が、斯樣な當爲的社會意識を如實に把握して構成されれば、それはその時代の理想法であらう。實定法の定立が、かくも理想的に行はれてゐるとき、その妥當根據が、客觀的法秩序にひそむ法理念の實現に在ることは別に說明を要しない。その實定法は、かゝる妥當根據により正法と判斷され、正法なるが故に實効的であり得る。その點、ラーレンツが、法はそのイデーを特殊の方法で多かれ少かれ實現するものであり法の拘束力はそれがかゝる法イデーの實現に基くと說いたことと正に符合する。かく彼が法の妥當根據を法理念との關聯において考察したことは從來の學說に比し一段の進步であるは疑ひない。

しかし、法が本質的には、たとへ當爲的社會意識をその規範的構成原理としやうとも、兩者の間に何程かの乖離の存在することは否定すべくもない。むしろ、保守的性格を擔ふ實定法と當爲的社會意識とが、相當の間隔を以て乖離する現象こそ法秩序一般構造のもつ現實の姿であらう。法の妥協的性格は法の宿命的運命である。(一六)されば、實定法が當爲的社會意識を十全に客觀化し得ない現實を直視しつゝ、しかも實定法を目して秩序と安定を與へる客觀的普遍的準則と稱し得べき根據は何處にあるであらうか。

實定法が、客觀的に當爲的社會意識と完全に矛盾乖離すれば、それは實定法としての妥當性を喪失するであらう。ここにむしろ、立法意志の自己貫徹的要求にも限度の存することを承認しなくてはならない。かくて、吾々は、機能的に訴訟手續との關聯においてのみ實定法の普遍的客觀的準則たる性格を認識し得ると考へる。惟ふに、理念は、彼

岸的存在ではなく、存在との辯證法的發展のうちにのみ具體的形態を有し得る。されば、當爲的社會意識を定立した實定法が、その抽象性より自己否定の結果、具體的に當爲的社會意識と綜合されるところに客觀的普遍的準則として存立可能になるのではあるまいか。かくの如く、訴訟手續の機能を法秩序一般構造において重視せんとすることは、次の如き意味からである。實定法は曩にも述べた如く一度定立せらるゝや靜的固定的性格を本質とするに比し、當爲的社會意識は、その本質からも看取し得る如く、動的發展的に常に社會的實踐の展開に依存して展開して行く。それ故、嚴格には實定法は一度定立せらるゝや到底當爲的社會意識の具體化とは謂ひ得ない。しかし、實定法と當爲的社會意識とのかゝる對立は、法現象の發展を靜止的にその切口において觀察したものであつて、問題は、かゝる靜止的觀察態度を去つて、發展的に實定法の靜的なるを動的に轉換し、固定的なるを發展せしめ、當爲的社會意識との間にある矛盾緊張を絶えず緩和せしめなくてはならない。かくて、實定法の具體的展開の手段こそ、その窮極的妥當根據と考へなくてはならない。即ち、實定法は常にその展開が保證されて、當爲的社會意識との間における緊張が無限に緩和せられてこそ、それは當爲的社會意識の具體化として普遍的客觀的準則と考へられる。このことは、近代社會における訴訟の特性でなくてはならない。實定法が法として定立されたといふ事實からのみ、その實効性を强行せんとすることは、單に支配階級の力の政治であつて、そこにおいては、訴訟は單に、實定法を論理的前提としてその具體化を計る手段として考へられるに過ぎなくなるであらう。しかし、當爲的社會意識とは、前述の如く近代社會に於てはかゝる支配階級のみのそれではなく、被支配階級も、その主體的存在より、平等に支配階級と一體となつて、法秩序の形成に參加しなくてはならない。勿論、その程度には、特殊歷史的社會的形態により色々ニューアンスが存在するであら

う。こゝで重要なことは、法秩序の發展において、當爲的社會意識と實定法との乖離が、絶えず解決されつゝ未解決のまゝに殘されることである。法秩序のかゝる渦中に訴訟を位置せしめることは却つて實定法として訴訟の手段たらしむることであり、又その實質的機能を正確に把握する爲には必要なことであらう。(一七)

かくて法的安定性は、前述の如くラードブルッフの意味したやうな形式的構成であつてはならない。法的安定性は、實定法が文字通り當爲的社會意識に擔はれその普遍的客觀的準則たる點に實質的意義がある。このことは、實定法における法的安定性と具體的妥當性、抽象的妥當と具體的妥當或は、妥當性と實効性の可能的統一を偶然的なものとせず論理的必然性を示唆することゝならう。

かくて實定法と當爲的社會意識との必然的聯關綜合は、前述の如く實定法の動的展開を俟つて始めて可能である。實定法の動的展開の方法は、實定法の種別によつて種々異り得よう。例へば、憲法の如く、人間の規範設定行爲に基く授權的牽連關係により或は靜態的に內容的牽連關係として、その下位規範としての法律が、憲法の內容を構成要件とすることにより、內容的に一般と特殊の關係の下に具體化することも可能であらうし、或は又、法律に媒介されることなく、憲法裁判所を創設して、直接その具體化を計ることも可能であらう。或は又、かかる公權的方法によらずに法律の如きも、一私人の行爲により具體化し得やう。しかし、メルクルやケルゼンの法秩序における段階構造に依つても、それは形式的にのみならず內容的に構成されなくてはならないと考へるが故により上位規範の意味內容は、より下位規範の意味內容の限定性において、前者と當爲的社會意識との必然的關係が承認され得なければならない。(一八)しかも、最後の下位規範をとれば勿論、さうでなくとも、その途中において任意の規範をとつても、或は又、前述の

如く、訴訟法すら實定法體系の一つとして、訴訟による展開を訴訟內的訴訟として考へることが出來、このことは却つて訴訟が法段階構造の方向に對して垂直的にその具體的展開の場と考へられる重要なことである。かゝる意味で法秩序に對し垂直的立體的に法の具體的展開を司り、その最後の統一者として窮極的妥當性を賦與する基盤は、正に訴訟でなくてはならない。かくて訴訟は、實定法秩序に對しそれ〴〵諸々の實定法の具體的展開を計り當爲的社會意識と實定法との隔離を客觀的に調和する最後の據り所でなくてはならない。實定法秩序は訴訟に圍繞せられ、訴訟に包括せられて始めて、その實效性を取得するに至る。卽ち、實定法は機能的に訴訟に媒介されることにより、それを擔ふべき當爲的社會意識を具體的に發見して、實定法に窮極的妥當性を與へるが、それにより初めて實定法はその期待通りに實效的となつて自己を貫徹し得るのである。それ故大膽な表現を用ひれば訴訟は實定法の實效手段ではなく寧ろその妥當根據であり、法は訴訟においてこそ正に正義を取得し得るともいひ得まいか。ゴールドシュミットが裁判所は法に服するのでなく、却つて法が裁判所に服すると謂ふのもかゝる意味に理解しなくてはならない。(一九)しかも、訴訟が實定法と當爲的社會意識との間の矛盾を調和せしむべき究極的規準であり、最後の統一者であることから、訴訟の本質的效果を、法的地位又は事實を法的眞理力を有するものとして確定する意思表示たる點にあると考へなくてはならない。訴訟による當爲的社會意識の具體化とは、訴訟が歷史的個別者たる一定の事件を對象として當爲的社會意識を具體化することであるが、それ故訴訟が、實定法秩序に對して立體的構造を形成することはこれを實質的に觀れば前述の如く訴訟は實定法秩序全體を圍繞し、訴訟による法の具體化、生きた當爲的社會意識の發見に法的眞理力を賦與するものであると考へなくてはならない。かくてこそ、訴訟は實定法の妥當根據に關する窮極的據り所となり得る。

かくの如き訴訟の機能は又次のやうにも理解される。實定法の世界はG・フッサールに倣へば、自然的立場よりの超越を通じてのみ得られる宗教的道德的領域であると解した。彼が學的認識的態度によらず法をかくも實踐的に考察したことは、重要な意義があつた。しかし、實定法が客觀的普遍的準則とし宗教的道德的領域に屬せしめられることは實定法が常に發展する當爲的社會意識を基盤にして妥當することを意味するものと解さなくてはならない。しかも、それは前述の如く訴訟による展開を豫測し、訴訟による具體化があつて始めて可能となることである。自然的立場は、彼の考へる如く純粹自然的意欲の世界ではない。現實的地盤、社會的歷史的現實には、反當爲意識と並び當爲意識の充實をも看取し得る。かゝる當爲意識を把握しなくては、實定法の妥當性といふことは考へ得ない。勿論かゝる當爲意識は反當爲意識とともにその純粹な抽象的形態であつて、現實には、社會意識は、かゝる當爲意識と反當爲意識との卽自的綜合の世界であり、兩者の矛盾對立の領域であつて、兩者の限りない爭剋の世界とも言ひ得やう。自然的立場を、G・フッサールの如く、純粹自然的意欲の世界と解したのでは、それよりの超越は考へ得ても、法の妥當性は到底求め得ないであらう。かくて、訴訟は、實定法秩序體系の中において、一度純粹自然的意欲の世界に脫落した者を、自然的立場に回復せしめ將來の超越を可能とすべき一つの展開の場を提供すると考へ得やう。しかも、ここで重要なことは、かかる自然的意欲も「顯はにされた」當爲意欲と考へ得る場合の存することである。卽ち、それが當爲的社會意識の淨化の過程として、客觀的法秩序の新しき契機となり、その發展の基盤たり得ることを十分考察しなくてはならない。かくの如き場合にこそ、訴訟の重要な意義が存する。

かくて、訴訟は實定法秩序の發展を構成しつつ、實質的には、當爲的社會意識との矛盾を、全部的には可能でなく

とも最少限度に緩和しつつ、その具體的な變質の下に實効性を保持せんとするものである。しかも、それは、妥當な實定法が、倫理的義務に對する手段として唯一の社會的實踐的規準であるが故に、道德的實踐への一基盤を構成するものでなくてはならない。そのためには、訴訟は常に當爲的社會意識を發見すべく、實定法序秩に對し立體的に機能を營まくてはならない。この過程こそ、訴訟の本質的それであり、この意味では、當爲的社會意識の發見は、自由と利己心とを具へた抽象的人間觀を捨て、經濟的社會的力を基盤にしたより具體的な「新しき映像」の創造の場であらう。しかも、それは、裁判官の法律そのものに對する觀想的態度を去つて、その實踐を介してのみ可能であると考へるが故に、この過程は裁判官の歷史的必然性に對する賢明な自覺と恫察とを期待しなくてはならない。かくて、その主體的介入によつて、極めて未來的發展的一面を構成することとならう。そこでは、支配階級の懈怠とすべての誤認にもかかはらず、客觀的法秩序に顯はにされた當爲意識がもつ焦慮と抵抗とを實現せんとする歷史的必然性を具體化せんとするものである。裁判の非合理性と考へられる一面の內容はここに存するのではあるまいか。(三)

以上の如く、實定法體系に對する訴訟の實質的機能を理解すれば、訴訟それ自體の構造はいかに構成さるべきであらうか。節をあらためて考究しなくてはならない。

(一) Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, S. 71. これに反し、シュタムラーは法形式による法質料の限定卽ち法概念による法內容の限定に實定法が得られるとし、この實定法の現實への貫徹性に Geltendes Recht を考へる。しかして法は妥當するも妥當しなくとも法概念に適合する限り法であつて Geltung は法概念を構成する屬性ではなく後から法に附加されたいはゞ本質的ならざるものと考へた。そこで、法の妥當といふことも一般的には考へず「個個の場合」に制限し、こゝに經驗的

心理的要素を豫定して遵守感情を持ち來るのであつた。(Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1923 S. 102—105. Lehrbuch der Rechtsphilosophie 3. Aufl. 1928, S. 148)

(二) 周知の如く、ケルゼンは個々の法律事實より憲法に至るまでの關係を規範の委任聯關に立つ階層として把握し法規範の動態的體系を考へたが、しかも、その階層關係は法律が法律として制定されたといふ形式によつてのみ維持出來るものであつた。それは、たとへコーヘンの動態的觀察方法によつたものであるにしても單に所與の法律規範體系の中にあつて、實踐的態度を排斥して論理的に法妥當の問題を探究したものに他ならない。(Vgl. Kelsen, Hauptprobleme Staatsrechtslehre, 2. Aufl. 1923) そのことは、又、存在と當爲とが互ひに還元することの出來ない根本範疇であることをケルゼンが全著作を通じて力說したところからも知り得る。卽ち、當爲の世界は、要件と效果とが形式的に「べき」で表現されるものであつて、(これを因果關係に對應して歸屬關係と呼んだことは周知の通りである。)結局、當爲としての實定法の世界(それは決して法自體ではない)を客觀的に論理學的に認識することであつた。(Vgl. Hauptprobleme. S. 7,19, 70. 2. Aufl. Vorede, S. 5—7, Die philosophische Grundlage der Naturrechtslehre u. Rechtspositivismus, 1928, S. 18)

(三) シュタムラーが法の妥當に於て法概念の純粹性を失ふ者の如く考へたとは異り、法の現實への妥當は法形式の本質的要素でなければならない。(Vgl. G. Husserl, Recht und Welt S. 127; Radbruch, op. cit., S. 71) シュタムラーと同じように法の對象性と法の妥當性を區別したものにシュライヒルがある。(Vgl. Schreier, Grundbegriffe u. Grundformen des Rechts 1924) 本文で述べたことは、刑法秩序に於ても決して認められ得ないものではなく、却つてヴェヒナーは、かかる態度をマグナカルタ理念の擴張と稱してゐる。(Wegner, Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht, Völkerrecht 1925, S. 49 Anm. 1) 尙、この點、M・E・マイアーの文化規範說は消極的である。彼は文化規範に違反した法は法學的拘束力は認められるが正當

法ではない、と考へた。そこでは即ち文化規範は法の批判原理に止る。(M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen (Stk. Abhandl. H. 50) 1930, S. 25 ff.)

(四) シュタムラーの意欲の世界の目的關係といひ、又、ケルセンの當爲の歸屬關係といひすべて實踐的價値を豫想する實踐の世界に屬するものであつて決して最初から認識批判的方法を以て臨み得るものではない。此の點不徹底ながらシュライエルは法的行爲より又カウフマンは意思的行爲より法の分析を企てたことは妥當なるものがあつた。(Schreier, Grundbegriffe u. Grundformen des Rechts; Kaufmann, Kriterien des Rechts 1924, Logik und Rechtswissenschaft, 1922) しかしその不徹底さは學的認識態度を殘したことによる。

批判的方法論の誤謬は絶對的價値によつて個個の法律上の問題を判斷する點に在るのであつて、元來形式論理學から得られた形式的規準からは到底具體的に實料的に制約された內容を獲得することは望めない。理念と對象は不可分の統一をなすと考ふべきで、法學的觀察には批判的方法と社會學的方法との不可分の融合が必要である。認識批判は正當性を教へ、これに對し社會學は實效性を教へるものである。N (Vgl. Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921, S. 242 Anm. 1, S. 255; Sauer, Neukantianianismus u. Rechtswissenschaft in Herbststimmung; Logos, Bd. 10, S. 185 f.; Sauer, Grundlagen der Gesellschaft, 1925, S. 399; Heinitz, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, S. 74; Mezger, Sein u. Sollen im Recht, 1920, S. 79 Anm. 82, S. 63, 103/06) 問題は法的當爲を現實存在との交渉關係にまで還元しその歷史的存在性格の把握が必要である。

(五) 規範とは、當爲を自然法の支配する世界と對應せしめたときに當爲が後者の世界を動かさうと命令するときに表れるものである。(Windelband, Präludien Bd. 2, 9. Aufl. 1924, S. 72 ff.; J. Cohn, Allgemeine Aesthetire, 1901, S. 7) 元來法的意識型態もつねに歷史的現實在に性格的に規定されて「有る」が故に當爲意識は決してノエシス的にではなく歷史的範疇として

經驗的である。もつとも當爲「意識」は感性的な意識ではなく概念にまで高揚された人間の最高の思惟規定であるがここで重要なことはその歴史的被規定性である。又ベーリングがビンディングの規範論を批判して、規範は評價であつて行爲を類型化するものではないと考へたことはこの意味では規範にではなく當爲にいひ得ることである。(Beling, Die Lehre vom Verbrechen 1906, S. 120)

(六) Radbruch, op. cit., S. 70 新カント學派の如き純粋の形式主義は常に「價値の論理化」(Logisierung der Werte) に終つてしまふものである。(Wielikowski, Die Neu-kantianer in der Rechtsphilosophie 1914, S. 88; Mezger, op. cit., S. 27; Sauer, Grundlagen des Strafrechts, S. 239) 同じことは、シュタムラーの正當法思想に對してもいはれ得る。もつとも、シュタムラーは、被制約的法規範を導き出してその形式主義を脱せんとしてゐる。(Stammler, Theorie., S. 681, Rechtsphilosophie, S. 288) Vgl. Brütt, Kunst der Rechtsanwendung, 1907, S. 143 ff.; Kantorowicz, Zur Lehre vom richtigen Recht 1908, S. 36.

(七) ラードブルッフは「法は實效的に貫徹され得るが故に妥當するのではなく、それが實效的に貫徹され得る場合に、その場合にのみ法的安定性を保證し得るが故に妥當する」述べてゐる。(Radbrtch, op cit. S. 82) しかし法、が權力的に貫徹されたとしても、その基盤に當爲的社會意識による底礎がなければ、かゝる權力は暴力とひとしく、その結果はラートブルッフの避けんとした社會學的效力說となるであらう。

(八) 實踐の渦中にある個人は經驗的個性と道義的人格との中間に位し、道義的人格への可能性を持つ自然的人格である。かゝる人格が實踐的價値へ向つて努力するところに道義的人格による共同作用が自己限定を意識せしむるに至る。(Windelband, op. cit., S. 87 f. 123; Kant, Kritik der praktischen Vernunft (Reclam) S. 4) しかし資本制社會に於ける人間は社會的關係に制約され商品物神性を顯現し形式的抽象的にかくの如き意識一般ではあり得ない。メッガーは社會の獨立的存在性を否

定し個人をのみその考察の對象としたが、法的主體は社會的定型性に於て觀察されねばならない。(Mezger, op. cit., S. 95 ff.)

(九) 理念は特定の素材に對して妥當しこの素材の上に整序されてゐるが故にこの存在の基盤を無視した考察は、ラートブルッフの反對にも拘らず本體なきもの卽ち單なるイデオロギーを對象とするもので現實的且つ實效的力を對象とするものではなく、それ故本體なき蜃氣樓と化すであらう。(Vgl. Radbruch, op. cit. S., 8) 卽ち、イデーは存在の被規定性のため獨立的ではなく常に歷史的性格をもつ。

(一〇) その意味からはM・E・マイアーの文化規範を狹く解して、支配的觀點であるとする態度には妥當なものがある。(Vgl. Thon, Der Normadressat (aus Iher. Jahrb. 50) S. 16)

それ故個々の法律自體は配分的正義を理念としやうとも法律秩序全體として觀察したときは、まことに平均的正義が妥當すると考へられる。(Vgl. Rádbruch, op. cit., S. 31 ff.)

(二) 法の妥當根據として倫理的妥當を考へなくてはならない。ラートブルッフは、道德的人格がこれを(法律規定)倫理的規範として承認することによつてのみ妥當であることが出來ると考へ(Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 55) 法を他律的であるとすることを否定してゐる。しかし、法律を擔ふべき當爲的社會意識は後述の如く唯一の社會實踐規準であると考へるがそれは決して「社會」意識として調和的なものではなく、うちに對立を孕むものである。それ故法の妥當根據としての倫理的妥當と他律とは相容れざるものではない。ラートブルッフは法に對する學的限定の立場として、價値關係的考察、評價的考察及び價値超越的考察を考へるが、それ等は執れもその先行態度として實踐的評價的でなければならない。その點、ラスクの法學に於ける方法論と異るものがある。それは、ラスクの考へた法が既に法律學の所與としての法であつて、決して價値を定立するものではなかつたからである。結局、ラスクが理念による構成を正確に意識しなかつたためで、彼が、法を ein

minimum des Gemeinethos と考へるならば、もつと理念に對する實踐的態度を考へなくてはならなかつた。その點、ラートブルッフが法理念にその解決を求めんとしたことは一段の進歩であつたが、若し彼の如く法理念に對する實踐的態度を徹底せしめたならば當爲意識は相對主義を脱却する契機でなければならない。(Vgl. Lask, Rechtsphilosophie (Gesammelte Schriften) Bd. 1, 1923, S. 275 ff. bes. S. 299) 可想的道德主體の自發的能力としての自由は、卽自的には考へられるが、現實の人間は歴史的制約の下にあつて、具體的歴史人に他ならない。現實の人間は、カントの可想人でもなく又現象人でもなく兩者の綜合として、その歴史的制約性の下に、內面的自由を當爲としつつ、外面的自由を實現するものである。それ故、社會の根源的意識に規定された當爲的社會意識は唯一の社會倫理である。(Geg. Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, S. 460; Vgl. Mezger, op. cit., S. 103/06) しかし倫理が法を創ることは、法がその課する法的義務によつて直接倫理に奉仕することではない。ラートブルッフのいふ如く、唯その賦與する權利によつて道德に奉仕するものであつて、その意味で法の自己貫徹のための權力は、倫理的に裏打ちされた崇高な情熱であらう。(Vgl. Radbruch, op. cit., S. 44)

(三) M・E・マイヤーは、國家的に承認された文化規範が卽ち法であるとするが、しかも、文化規範を國家的に承認するといふことは如何にして認識されるか。法律規範自體を構成しそれに意味を賦與する動因は法を外から觀察する文化規範ではなく、實踐の中にある當爲意識でなくてはならない (M. E. Mayer, Rechtsnormen u. Kulturnormen, 19 f.; Lehrbuch, 1915, S. 45 ff. Sauer, Grundl. des StR., S. 272)

(四) ラートブルッフの考へた法的安定性は、「共同生活の秩序としての法は、諸個人の意見の相違に委ねられたままであることは出來ない。それは萬人の上に有する一の秩序でなければならない」として法は一旦制定されるとその內容の是非を問はず自己貫徹性に求めんとしたのであるが、曩にも述べた如くそれは當爲的社會意識に基盤をおくときにのみ正義としての意義を持ち得るのである。こゝに於て始めて法的安定性は單なる形式的意義を脱却して實質的な內容に擔はれることとなる。(Gegl. Rp.

dbruch, op. cit., S. 70)

尙M・E・マイヤーの文化規範と法規範との關係につき、文化規範と法規範の一致は、世界觀の對立の中に於て文化觀の矛盾は必然的現象であるから單なるフイクションにしか過ぎないといふ非難がある。(Kelsen, Hauptprobleme S. 370 ff., Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit (aus Festschrift f. Binding, Bd. II) 1911, S. 293; Gerland, Besprechung von "Rechtsnormen u. Kulturnormen" (Aus Krit. v. Sch.) 1904 S. 454)そのことは、當爲的社會意識と實定法との關係にも一應いはれ得る如きも、當爲意識の社會的把握に於て實踐を媒介とする「力」の關係により構成すればその非難を免れ得ると信ずる。當爲的社會意識も批判的方法論による評價に服さなくてはならない(Stammler, Theorie der Rechswiss. 1911. S. 708 ff) しかしそれは當爲的社會意識の構成の過程の中に於て實踐それ自體より生ずるものである。(Vgl. M. E. Mayer, Rechtsphilososphie 1921, S. 36 ff.) このことは、即ち、歷史理性の優位を示めすものであらう。

(一四) ラートブルッフは「正義及び法的安定性は法理念の普遍妥當的な要素であるがその相對的要素をなすのは單に合目的性そのものだけではなく右三要素も亦さうである」として最後まで相對主義を拋棄しないが、それは、彼が法的價値を追求するに純粹に實踐的態度を以てせず學的構成を交へたことによる。(Radbruch, op. cit., S. 70 ff.)

(一五) G・フッサールは、法の妥當を法概念の中心として考へたが、法が過去現在未來に亙つて妥當するといふことはそれが過去現在未來に亙つて時の繼續に於て永續性を保持することではなく時の制約を超越することであつた。即ち法領域の完結性を現すものであるが、この意味では彼は自然的立場よりの法の超越を考へた。しかしかゝる意味で法の超越性を考へればそれは極めて一面的な觀察で形式的なる譏を免れない。蓋し、自然的立場はそれを自然的個性の場と觀ない限りそこには道德的人格への可能性をも含む複雜な現象であつてこの道德的人格に基く當爲意識を前提にしてこそ自然的意欲の世界より法の世界への超

越が可能となり、ひいては、法の超越性が本文に於ける如く內容的な意味を持ち得るに至る。卽ち、法の超越性とはG・フッサールの考へる他に又對立的な當爲意識に對するその決定的機能の中にもあるであらう。

(一六) 田中(耕)「法の妥協的性質に就いて」牧野敎授還曆祝賀法理論集一一七頁以下。尙これは「法律哲學論集(一)」昭和一七年七八頁以下に收められてゐる。

(一七) 兼子、司法制度(國家學會雜誌六〇卷一二號)一頁以下參照。又、同敎授の「民事訴訟の出發點に立返つて」(法協第六五卷二號)は、本文のやうな意味で興味深いものである。

(一八) ケルゼンの法段階說に於ても事實が法律を前提とし、法律が憲法を前提とするといふことは、その內容を除外して單に形式的にのみ觀るならば、すべて同一でなければならぬ。これ等が階層をなして組織づけられるためには、形式的觀點とともに事實が法律の內容に、法律が憲法の內容をなして、形式內容ともに上下の聯關が構成される必要がある。そうすれば、その根本規範は分析的に法律秩序の認識根據に止らず分出的にその構成原理となつて、假設の域より內容の世界へ入り來るであらう。(Vgl. G. A. Walz, Die Ursprungsnorm im System des Staats-und Völkerrechts, Archiv des öffentlichen Rechts, Band, 19. 1930, S. 1—60)Kelsen, Die philosophische Grundlage, S. 20—26, 68—72 尙、「ケルゼンの純粹法學」中橫田敎授の解說を參照、同書三六頁—四五頁、

(一九) 此の點の論述については後述するところを參照。かかる訴訟の立體構造を考察することは後述の如く團藤敎授の示唆に負ふところ大なるものがある。

(二〇) G・フッサールは司法官の體驗行爲を分析して、その自然的立場より法的立場への人格的超越をとく。しかも、それは常に司法官の實踐行爲に媒介されなくてはならない。(G. Husserl, op. cit., S. 127—136)

ラートブルッフは「裁判官は法律の效力意思を主張し自己の法感情を權威的命令に犧牲にして何が適法であるかを問題にす

るだけで何が正義に適つてゐるかを問ふてはならない」とするが、到底私は賛成出來ない。(Vgl. Radbruch, op. cit., S. 83; E. Fuchs, Juristischer Kulturkampf, 1912, S. 35 ff.) Oertmann, Gesetzeszwang u. Richterfreiheit, 1909, S. 47 法的安定性は常に當爲的社會意識に擔はれることによつて所謂具體的妥當性を取得し、こゝに於て始めて法は法としての權威を正當にも維持出來る。司法權の獨立といはれるものゝ眞の意義はこゝにあるのではなからうか、日本國憲法第七六條第三項「すべて裁判官はその良心に從ひ……」とあるは、このやうな意味をもつと信ずる。

(三) 中村「裁判の合理性と非合理性」齋藤博士還歴記念法と裁判一頁以下參照

第三節　訴訟の本質から觀た既判力

前說において、法秩序一般構造の中で、訴訟は實定法體系に對し如何なる關係を持つものであるかを解明した。そのことは本節で訴訟の本質を究明するため不可缺の前提であると考へたためである。そこで、本節においては、既判力の本質を考究する前先づ訴訟それ自體の本質を明白にする必要がある。蓋し、後述の如く、既判力の本質は訴訟の本質をどのやうに理解するかによりその結論を相互に異にするためである。訴訟の本質を正當に理解することから、直ちに既判力の本質を示唆し得るものであると考へる。

訴訟の發展に伴ひ訴訟內に生ずる手續現象において、その複雜多樣なるにも拘らずそこに法律上確固たる連鎖を與へ、其の間共通の基底を發見しようとする試みは、先づ所謂訴訟法律關係說によつて企てられた。(二) オスカー、ビューローが「訴訟抗辯及び訴訟條件論」において例の「訴訟は段階的に一歩一歩發展する法律關係である。」と定義して訴訟法律

關係說を樹立して以來多數の支持者を得て訴訟法學上通說とまで目されるに至つた。(三) この、訴訟を發展的に理解しようとする訴訟法律關係說に從へば、訴訟の發展とは卽ち訴訟法律關係の發展であつた。ところが、ここに謂ふ訴訟法律關係とは訴訟內の各種手續現象において主體間に考へ得られる個別的法律關係ではなく、それとは異つて、これらの個々の法律關係をも統一的に思惟せんとする全體的法律關係である。(四) かゝる訴訟的法律關係は、如何なる主體間に存する法律關係であるかは論者によりその說の分れるところではあるが、(五) 若しその內容が裁判所の訴訟當事者に對し裁判を爲すべき義務、及び當事者の裁判所の命令に服從すべき義務であると解するならば、それは餘りにも內容空疎な抽象的、形式的なもので訴訟法律關係說の主張するが如き實質的發展的な本質は到底看取し得ない。却つて訴訟の進行は、ゴールトシュミットの云ふ如く、より一般的な國家の司法維持の義務を履行するの過程でこそあれ、(六) この靜止的訴訟法律關係自體の發展とは認め難い。ザウエルによれば、訴訟法律關係の發展は個別的法律關係が訴訟行爲に從つて變化する限りにおいては僅に考へ得られるとするも、(七) しからばこれ等個別的法律關係が、如何にして統一的法律關係としてその全體の中に吸收されるかは必ずしも明瞭に說明されてゐるとは謂へない。(八) 結局、訴訟法律關係說は、その明白な企圖にも拘らず、何等實質的發展的なものではなく唯靜止的公法關係であつて概念として到底發展的訴訟の全貌を把握するには十分なものとは云へず、ただ、訴訟の斷片的平面を漸く描寫する以外には新鮮味がない。かくては、折角の企圖も訴訟法學建設のためには何等役立つ所のない概念とさへ思はれる。

それは精々訴訟關與者たる裁判所並に當事者の形式的地位、卽ち、各主體間に發生する訴訟法上の權利義務による主體相互間の羈束關係の鮮明を除いてはまことに內容空虛な體系に墮してしまつた。(九) しかも、訴訟の本體をかゝる相

互羈束關係として觀念する態度は、ローマ法が訴訟を契約的拘束關係として理解したことに影響された私法的考察方法に基く當然の結果ではあるが、(二)次のことが重要である。訴訟法上の權利義務は、訴訟法律關係說の考へる如き全體としての統一的法律關係において問題となるものではなく寧ろ個別的訴訟法律關係にこそ意義あるものである。

此の樣な訴訟法律關係說からは既判力についてその實質的解明がなされ得なかつたことも亦當然のやうに思はれる。ビューローは法を解して、それは將來の希望された法秩序に對する計畫であり草案であるとする。このことは、法を裁判官に對する命令であり、判斷規準であるといふ立場に依據しつゝしかもそれを餘りにも强調して法の本質からその普遍性の契機を奪ふものであつた。(三)法をかゝる不完全なものと解しつつ、しかも既判力の本質を抽象的假定的な法が具體的確定的な法への展開であると考へたが、(三)しかし、訴訟の發展的全貌を如實に把握出來なかつた訴訟法律關係說に立脚して、如何にすれば、抽象的な法の具體化、假定的な法の確定化といふ發展の傾向を十分に說明出來たであらうか。惟ふに訴訟は目的觀念による手續現象の連鎖であつて、既判力はかゝる手續を統一聯關せしむる目的概念でなくてはならない。いはゞ、訴訟は窮極の目的へ到達する手段であり、實質的には目的の漸次的形成の過程である。したがつて、訴訟を發展的に理解することなくしては、訴訟と既判力との根柢に橫はる必然的連鎖は見失はれてしまふであらう。そこには唯訴訟手續の斷片的積み重ねの結果、訴訟の終局においてまことに突如として既判力が發生するといふ態度で漸く辻褄を合はせることしか出來ない。かくては既判力の實質的意義は全く喪失することゝならう。(四)

(1) Bülow, Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen 1868, S. 2.

(二) Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1905, S. 10.
Oertmann, Grundriß des deutschen Zivilprozessrechts, 1924, S. 11 Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagrechts, 1880, S. 5 ff. Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts Bd. 1, 1885, §4

(三) 訴訟法律關係說は、民事訴訟の領域においてのみならず、刑事訴訟更には行政訴訟の分野にまで取入れられてゐる。(Goldschmidt, op. cit., S. 1)
Beling, Strafprozessrecht (in v. Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. Auff. 1914, V. S 115 ff.) S. 20.
Bierling, Strafrechtsverhältnis und Strafprozessverhältnis, in Ztschr. f. d. ges. Strafr-Wiss., Bd. 10, S. 309 ff.
Bindng, Grundriß des deutschen Strafprozessrechts 5. Auff. 1904, §§1, S. 95 ff
Birkmeyer, Deutsches Strafprozessrecht, 1898, §2.
Graf zu Dohna, Das Strafverfahren, 1913 S. 42
Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, 1892, §2
Rosenfeld, Der Reichs-Strafprozess, 4. u. 5. Auff. 1912 §9
Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, 1893 §1
O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 1, 3. Auff. 1924 §14
訴訟を訴訟法律關係といふ概念で把握しても、そこには論者の間にかなりな相違が認められる。卽ち、訴訟は訴訟法律關係であるか又はそれを基礎づけるものであるか、或は、訴訟法律關係は私法的關係であるか公法的それか、直接の法律關係か又は裁判所を仲介とする間接なそれか、現實の權利義務の關係か又は單なる羈束關係か等等。(Goldschmidt, op. cit., §2. 3.)

(四) 此の點についても亦訴訟法律關係說を支持する論者の間で、個別的訴訟法律關係を以て訴訟の本質と主張する者がある。Vgl. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts 1. 1886. S. 46

(五) 卽ち、訴訟當事者間に發生する一面關係となし（Vgl. Kohler, Prozess als Rechtsverhältnis, 1888, S. 6 ff.）或は裁判所と當事者との間に發生する二面關係となし（Hellwig, op. cit., S. 85）或は又三當事者間に生ずる三面關係となす。（Vgl. Bülow, Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Zivilprozess, Bd. 27, S. 233 Ders. Das Geständnisrecht, 1899, S. 78 Anm. 1, Wach, op. cit., § 4 V）

三面關係說は刑事訴訟法の領域で、多數の支持者が認められる。（Vgl. Birkmeyer, op. cit., § 2 II 3; Graf zu Dohna, op. cit., S. 43; Kries, op. cit., § 2; Rosenfeld, op. cit., § 9 I; Ullmann, op. cit., S. 10）

(六) Goldschmidt, op. cit., § 138 S. 139

(七) Sauer, op. cit., S. 179; Vgl. Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts I 1912, S. 403

(八) Fischer, Ueber wachs Handbuch des Civilprozess ZZP. X. S. 430

(九) Goldschmidt, op. cit., S. 149

(一〇) Sauer, op. cit., S. 176

(一一) Vgl. Goldschmidt, op. cit., S. 149; Sauer, op. cit., S. 176; Fischer, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1918, § 9 Anm. 17

(一二) Bülow, Gesetz u. Richteramt 1885, S. 3, S. 45

(一三) Bülow, op. cit., S. 226 ff.

(一四) 訴訟法律關係說が既判力理論の構成のために無力であることはショッテンザックの次の言葉からもうかゞはれる。卽ち「訴

訟を目的統一體として把握することは、訴訟を法律關係として構成することゝは別問題である。」Vgl. Schoetensack op. cit., S. 10 ff.

訴訟の本質を訴訟法律關係說で以て究明せんとする企圖は、決して成功したものとは認め難い。アイシアーが「各民事訴訟手續は一定の權利保護を目的として發展する事象である。當事者間又は國家と當事者との間に法律關係が發生しやうとも、決して訴訟自體は法律關係ではない。訴訟を一の法律關係として理解し訴訟法理論の出發點となすことは誤謬である。」(一五)と論じてゐる如く、訴訟の本體は、主體間の羈束關係以外の內容である。實定法に卽して考へれば、訴訟における各主體の形式的役割は嚴格に訴訟法に規定されてはゐるが、內容的に觀れば訴訟の實質はかゝる形式を超えた或る內容的構造である。

訴訟法律關係說の立場から訴訟を實質的なものとしてその內容において理解しようとした最初の人はコーラーであつた。ゴールトシュミットはコーラーを目して「訴訟法律關係といふ燧石から最も明るい火花を打ち出した者」として賞讃してゐる。(一六)コーラーは、訴訟を以て當事者間の法律關係であるとすると共に、その發展にともなつて當事者間に法的狀態(rechtliche Situation)が發生するものとした。この法的狀態なる概念は彼により始めて訴訟法學に導き入れられた。(一七)彼はかゝる法的狀態は訴訟において最も顯著な役割を果す法的形態でありこの概念を缺けば訴訟の構成は不可能であるとする。(一八)この法的狀態とは、權利形成のため規準となる狀態であり一つの權利の成立發展の要素であり段階である。しかし尙未だ確定的權利自體ではない。(一九)更に、當事者の機會の不斷の變化、卽ち當事者の利益不利益の不斷の交替こそ訴訟の進行によつて生ずる法的狀態の變更である。この法的狀態に相應する訴訟行爲が法的狀態卽ち法

律關係としての訴訟を發展せしむると論じてゐる。かくて訴訟の終局に至り私法上の權利を創造することになるが、その進行の過程にあつては、單に訴訟狀態と不確定な私權が發生するに止まつてこれが確定的な私權にまで變轉するや否やは將來の訴訟の運命、態樣の如何に係つてゐるとして實體的な終局判決は其の確定の瞬間に始めて私權を形成することを認めてゐる。(二〇)

かくて、コーラーの訴訟狀態なる概念に從へば、既判力は實體法上の法律要件と同一平面において考へられその故に彼は實體法的既判力說に屬すべきであらう。これ實に彼が訴訟の本質を浮動なるものとしてその特性を所謂期待權(Anwartschaft)に求めつゝも、訴訟を權利の成立發展の過程と考へたことに存するのであつて、その結果は、民事實體判決の確定の瞬間に私權形成力を認めざるを得ないことゝなる。かゝる平面的觀察法は、訴訟が實定法秩序を圍繞しつゝこれとは垂直的にいはゞ實定法秩序に對して立體的にその窮極的妥當根據であるとする訴訟の實質的機能を理解せざるに因るもので俄に贊し得ない。(二一)

(一五) Fischer, Lehrbuch, S. 9

(一六) Goldschmidt, op. cit., S. 136

(一七) Goldschmidt, op. cit., S. 253

(一八) Kohler, op. cit., S. 63

(一九) Kohler, op. cit., S. 62

(二〇) Kohler, op. cit., S. 71, 74

(二二) Goldschmidt, op. cit., S. 254

ビューローも訴訟における訴訟行爲の浮動性を認めてゐる。即ち「當事者の訴訟行爲は裁判の條件たる全體的共通的な當事者裁判所活動の中の個別的な非獨立的部分であつて、その效力は判決までは法により浮動的である。」と。(Bülow, Gestandnisrecht, S. 75 ff.) これに對しゴールトシュミットは訴訟提起によつて生じた一面的訴訟法律關係は不斷に動的發展的であるとするビューローの思想は完全なる變貌と全面的に訂正を要すると述べてゐる。(Goldschmidt, op. cit., S. 133)

かゝるコーラーの訴訟狀態の概念を借りてしかも彼の平面的訴訟概念の構成を避け、より立體的展開を企圖したのは周知の如くゴールトシュミットである。彼はその著「法的狀態としての訴訟」(Prozess als Rechtslage 1925) において心ゆくまでその理論の構成に努力してゐる。先づ彼は法及び權利の實體的靜的觀察方法と訴訟法的動的觀察方法との區別を强調し、(二三) 訴訟法學において、法は裁判官の判斷規準(Massstab) であるといふ動的觀察方法から出發すべきことを主張してゐる。(二三) 法を裁判官の判斷規準と考へる立場からは、法秩序は社會秩序に比し、ある法秩序の計畫や草案ではないが不完全なものでいはゞ目的に達する手段であると。(二四) かくて、法の適用に任ぜられた裁判官は法に隷屬するのではなく却つて法が裁判官に服することになり裁判官は法律關係の客體でも主體でもなく、法の上に、從つて法の外に立つと考へ、「裁判官は法の從僕ではなく法の主人である。」(二五) と訴訟法的觀察方法からする法の本質を述べ、次で、裁判官の態度、結局、判決に對する見込(Aussicht) に、訴訟法的觀察方法から生ずる總ての法的關係の本質があるとしつゝ、(二六) 訴訟法的觀察方法がすべての法的關係の本質をば、將來に待たれる裁判官の判決に對する關係において觀れば、法的關係の中に不確實性を齎して來る。これは裁判官の自由採量のためばかりでなく、裁判官の事實的法律的見

解の主觀性、換言すれば裁判官の仲介一般に因るもので實體的觀察方法には全くその例がない。しかし、この不確實性こそ動的觀察方法より生ずる法的關係の本質に最もよくあてはまるものである」ので、命令としての法はそれ自體で、又判斷規準としての法は裁判官の力により動機づける結果となる。(二八)

かゝる訴訟法的觀察方法からすれば、訴訟の本質は正に訴訟狀態である。一般に狀態といふことを考へるときは、ある事柄の評價の可能性、判斷の可能性における狀態であつてある事柄を一定人にとつて有利か不利かの評價判斷の對象とした場合にいはれる。このことは、訴訟においては判決に對する豫斷(Urteilsprognose)として現れるので、(二九)即ち、訴訟狀態とは、當事者の地位を法の規準に從つて將來下される裁判官の判決の立場で觀察したものである。この訴訟狀態は、その內容となる見込が高度の確實性(Überwiegende Sicherheit)を有するときには、法的訴訟狀態となる。(三〇)かくて、訴訟法上の權利義務は、即ち、訴訟上の利益中結局有利な判決に對する見込、訴訟上の義務負擔からの解放等は權利であり、反對に訴訟の不利益結局不利な判決を回避せねばならぬことは義務であつて、(三一)しかも、訴訟が權利のための鬪爭である限り、有利な裁判官の判斷に對する法的期待はこれに先行せる利益關係の實効ある訴訟行爲をなしたことに係り、又、逆に、不利益な裁判官の判斷に對する法的危惧は實効ある訴訟行爲を怠つたことに由ること(三二)となる。原則として法的訴訟狀態は、直接立證に向けられた當事者又は裁判官の訴訟行爲によりて基礎づけられ、それは、即ち、當事者の見込、可能性、負擔、負擔からの解放の綜合であると定義され得る。

かゝる法的狀態なる訴訟概念からは、既判力は如何に構成されたか。訴訟狀態は一の期待權である。しかし、それはコーラーの期待權の如く私權の形成力に對するものではなく、判決及びその確定力に向けられたそれである。(三三)こ

の判決の確定力こそ既判力の本質といふことが出來やう。ゴールトシュミットは既判力を以て Gerichtskraft とな(三五)し、その内容は、主張された請求が法律的に理由ありや否やの裁判所における判斷の妥當性であると定義してゐる。(三六)此の故に、既判力は、又、訴狀法的觀察方法に服さなくてはならない。(三七)かくて既判力は一の法的狀態であり、實體的意義で私權として又公權として把握することは彼の方法論から許容出來ないことで、結局それは法的訴訟狀態の一に過ぎない。(三八)

彼が訴訟の本質をかくも主體的にしかも或る程度發展的に構成したことは、眞に示唆に富むものである。しかし、それは餘りにも訴訟狀態を强調するのあまり、訴訟を横斷的に考察してそこに現はれた利益狀態を觀察し、却つて發展的な繼續的な本質を忘却する靜止的態度に墮したといひ得ないだらうか。又、既判力はゴールトシュミットの論ずる如く、一の訴訟狀態であらうか。既判力は、彼の云ふ如く、專ら訴訟法的觀察方法にのみ服するのではなく、それは、實體法と訴訟法の交渉の結果として内容と形式の綜合の場であり、寧ろ訴訟法的及び實體的觀察方法によく耐え得るものでなくてはならない。(三九)

(三三) Goldschmidt, op. cit., S. 227 ff.

(三四) Goldschmidt, op cit., S. 228

Vgl. ders., Materielles Justizrecht, 1905

(三五) Goldschmidt, Prozess als Rechtslage, S. 246

(三六) Goldschmidt, op. cit., S. 246

(二六) Goldschmidt, op. cit., S. 250

(二七) Goldschmidt, op. cit., S. 251

(二八) Goldschmidt, op. cit., S. 250

(二九) Goldschmidt, op. cit., S. 254, S. 255

(三〇) Goldschmidt, op. cit., S. 255

(三一) Goldschmidt, op. cit., S.252

(三二) Goldschmidt, op. cit., S. 258

(三三) Goldschmidt, op. cit., S. 259

(三四) Goldschmidt, op. cit., S. 255

(三五) Goldschmidt, op. cit., S. 211

(三六) Goldschmidt., op. cit., S. 212

(三七) Goldschmidt, op. cit., S. 266

(三八) Goldschmidt, op. cit., S. 266, S. 267

(三九) ゴールトシュミットは、實體法と訴訟法、抽象的法規と具體的判決とを橋渡しして關係づけるため實體司法法を措定し、この實體司法法こそ實體的觀察方法と訴訟法的觀察方法に服すべきことを主張してゐるが、私は、寧ろ既判力こそ同樣な意義で實體的及び訴訟法的觀察方法の下にあると考へたい。詳細については後述。Vgl. Goldschmidt, op. cit., S. 264; ders. Materielles Justizrecht.

ゴールトシュミットが訴訟の本質を、その切口にのみに注目して却つて發展的全貌を鮮明にするに不十分であつた

識を免れないのに對し、ザウエルは、その發展性を意識して「具體的訴訟的觀察方法は、發展的性格を擔ひ、特殊訴訟的なものを、發展として把握するにある。」(四〇)として、訴訟の本質を「客觀的法の訴訟的形成の過程」(四一)(der Gang der Prozessualen Gestaltung des objektiven Rechts)に求め、その發展的契機を目的と手段、內容と形式に分析しつゝその關聯綜合において「實體形成の追行に關する手續」(四二)(ein Verfahren über die Verfolgung der Sachgestaltung)と定義してゐる。かくて、その發展の對象を、實體形成(四三)(Sachgestaltung)、追行(Verfolgung)手續(Vertahren)となしこの三個の訴訟發展過程(四四)(Prozessenwicklungslinien)を以て訴訟の本質を把握せんとした。この三の契機が順次目的手段、內容形式の關係に立つて(四五)、客觀的法の形成といふ訴訟目的に到達することゝなる。こゝにいふ實體形成とは事實的法律的形成を意味し(四六)、不明確な事實が明確化し、その蓋然的なものが確實化して、それ以上の發展が不可能であり不必要な迄に展開し(四七)、次でかゝる事實を法的に評價することにより(四八)、法の具體的形成を達するもので正に訴訟の主要な發展過程である。此の段階までは、いはゞ觀念的實體形成(idelle Sachgestaltung)であつて、これが現實に移行されて執行された時、訴訟は終結する。彼は、この執行の段階を、觀念的實體形成に對し現實的實體形成(reale Sachgestaltung)(四九)といつてゐる。追行とは、この實體形成の手段であり形式であつて(五〇)、各主體が當座の利益狀態を基盤として實體形成に向けた活動を思味し、彼が追行權(Verfolgungsrecht)と呼んでゐるものがその源動力である。この追行は、訴といふ如きものではなく寧ろ上位概念であつて、刑事訴訟手續では、この追行は、その基底となるべき利益狀態を抽象的に考察して私益の消極的追行(die passive Verfolgung des Privaten Interesses)と公益の積極的追行(die aktive Verfolgung des offentlichen Interesses)とに二分され、その分類に應じて主體、訴訟行爲、訴訟

法律關係が構成されると述べてゐる。(五三)最後に、手續は追行の手段であり形式であつて、その外部的機構を構成するものである。(五四)それは、個々の場合、訴訟の目的を達するため追行主體により考察された訴訟法規の現實化に他ならない。(五四)以上三個の訴訟發展過程は重疊的に構成されその間に於て實體形成は最も狹く手續が最も廣く作用する。そして、ザウエルは、かゝる分類に基き、夫々の發展過程に相應して條件効力等を考察してゐる。

かゝる實體形成を中心としつゝ訴訟を繼續的發展的に構成したザウエルは、既判力の本質を法の窮極的具體的形成であるとして、これを法形成力(Rechtsgestaltungskraft)と稱した。(五五)既判力は實體形成の目的である故逆に、實體形成の可能な裁判はひとり判決に限らずすべて既判力が發生すると考へたことも當然であらう。(五六)法形成力を既判力の本質と考へたザウエルは、明にゴールトシュミットの Gerichtskraft とは異る。(五七)

ザウエルが、訴訟を發展的繼續的に理解し得たことは、ゴールトシュミットの訴訟理論に比照して賞讃すべきものではあるが、却つて、ゴールトシュミットの特徴とも稱すべき訴訟における主觀的契機を輕視して餘りにも客觀的な性格を擔ふに至つた。かくて、ザウエルが既判力を法の具體的形成力と考へたことに對しても、彼の訴訟理論に對すると同樣な非難が加へられるべきである。既判力は、決して形式論理的に客觀的法の論理的自己展開の極地に與へられた力ではなく、それと並んで、かく法を展開せしむべき裁判官の非合理的な主體的要因をも考慮しなくてはならない。それは法が自らを形成した力ではなく、形成された力とも謂ふべきであらう。

(三〇) Sauer, op. cit., S. 110.

(三一) Sauer, op. cit., S. 110

(四三) Sauer, op. cit., op. cit., S. 117

(四四) Sauer, op. cit., S. 117

(四四) Sauer, op. cit., S. 110 ff.

(四五) Sauer, op., cit., S. 117

(四六) Sauer, op. cit., S. 187 ff.

(四七) Sauer, op. cit., S. 111

(四八) Sauer, op. cit., S. 187

(四九) Sauer, op. cit., S. 111

(五〇) Sauer, op. cit., S. 112

(五一) Sauer, op. cit., S. 291

(五二) Sauer, op. cit., S. 300

(五三) Sauer, op. cit., S. 113, S. 345

(五四) Sauer, op. cit., S. 114

(五五) Sauer, op. cit., S. 235; Vgl. Zum Streit um die materielle Rechtskraft (Festgabe für R. Schmidt) 1932

(五六) Saues, op. cit., S. 234

(五七) Sauer, op. cit., S. 235

(五八) Sauer, op. cit., S. 237

かくて、訴訟の本質をその全貌において把握せんとする理論はゴールトシュミットのそれにザウエルの理論における如き發展性を十分に與へるか、若くは、反對にザウエルのそれにゴールトシュミットの理論の如き非合理的な主體的契機を强調するかして、兩者の紐識を綜合せしめなくてはならない。かくしてこそ始めて、訴訟の本質は如實に理解されその純化された形態において考察されるに至ると信ずる。

しからば訴訟の本質を如何に理解することが以上の要求を十分滿すものであらうか。それについて、次に大膽な臆說を展開することとする。訴訟の本質は一言を以てすればその不斷の發展過程の中に存す。この訴訟の絶えざる發展過程こそ、訴訟法學が實體法學と次元を異にする特異性と困難さを與へるものである。(五九) ところが、この發展的特徴は何も訴訟法學にのみ特有の現象ではなく、實體法學の領域においても例へば、刑法上の繼續犯或は又私法關係では繼續的債務關係等も一應その發展性は否定し得べくもない。(六〇) その點、訴訟を發展的に考察する必要はこれ等繼續的法律關係の發展とどう區別すべきものであらうか。繼續的法律關係の發展が、單なる生起であり變化であり、いはゞ、個別的法律關係の並列的繼續として、それが訴訟が目的に對する向上であるといふのと對蹠せしむるのみでは、決して兩者の本質的差違を十分に洞察したものとは考へられない。(六一)

曩にも考察したやうに、訴訟は實定法秩序の妥當性につき窮極的基盤であり、その實効性を維持するのを理念とする。この點については、更に後述するであらうが、それは常に法を具體的に展開することによつてのみ可能であつて、即ち、具體的事件を中心として法を展開せしめつゝ、法とその擔手であり更にはその妥當根據である當爲的社會意識との必然的聯關を、その具體性において把握し認定することに他ならない。この認定は、裁判官の非合理的主體性

によりその主觀的形成によつてのみ可能なことで、この意味では、訴訟の發展とは卽ち判斷の發展であり、不斷に發展する判斷の聯關であると考へ得やう。(六三) そのことは、結局、ザウエルの謂ふ如く、法を具體的事件に對する適用性(Anwendbarkeit)において觀察することであり、(六四) 卽ち、法をそれ自體として觀察する態度に對し、法を裁判官の權威によつて動機づける觀點から考察するそれである。(六五)

かゝる裁判官の判斷に對する關係で總てを考察せんとする態度は、卽ち、裁判官の事實的法律的主觀性に因り法的關係に不確實性を齎す。(六六) 此の不確實性、相對性が、眞にゴールトシュミットも指摘する如く、實體的觀察方法に對する具體的訴訟的觀察方法の本質をなすものと言へやう。この訴訟を貫く非合理的主觀的要素は、一面、訴訟の重要な本質をなすと共に他面訴訟的法律關係と實體的法律關係とを區別する根源的契機ともなり得る。しかし、かくして訴訟的法律關係の發展と實體的法律關係の發展とを區別しようとすることは必ずしも正確な方法とは考へられない。此の點については又後述するであらう。

かくて非合理的な主觀的なる判斷そのものの發展こそ訴訟の本質をなす一面であることは否めない。(六七) そして、かゝる發展は、訴訟主體が、訴訟追行過程において、裁判所に構成された判斷を自己の主觀を介しつゝ追行過程に投影せしめて、そこに形成された利益狀態を基盤とし、直接間接立證に向けられた訴訟行爲により始めて進展するものである。(六八) かゝる利益狀態は、訴訟を追行する原動力であるが、(六九) それは、裁判所の判斷が客觀的には不確實であり更にはそれを反映せしむる爲に訴訟當事者の主觀を媒介することから、極めて浮動的なものとなる。かゝる意味で、此の不確實性浮動性は、訴訟全體を支配する原理であり、ザウエルの所謂手續過程すら浮動的なものとして考察されなくては

ならない。(七〇) まことに訴訟狀態こそ訴訟の本質である。(七一)

この浮動な利益狀態は、勿論訴訟法や實體法の規範的意味に卽し客觀的合理的に解釋されやうが、かかる抽象的客觀的利益狀態それ自體が訴訟の發展に價値があるのではなく、それは寧ろ訴訟主體により主觀的に認識され評價されてこそ訴訟法上實踐的意義が認められるに過ぎない。(七二) それ故、主觀的に訴訟主體により把握された利益狀態が、たとへ客觀的には眞實なそれと一致しなくとも、その爲にその認識は無價値なものとして存在の意義を持ち得なくなる程のものではなく、眞實の利益狀態との間に矛盾が認められるに拘らず、それには實踐的意義が認められなくてはならない。(七三) 私が訴訟の基底を非合理的な主體的な判斷の聯鎖として考へんとする趣旨は、唯單に正常な判斷として考へられるが如き一般的抽象的な意義でではなく、具體的に訴訟主體の「事實的判斷」をその中核として觀んとするものである。(七四)

更に、かゝる利益狀態は、訴訟行爲を具體的に價値判斷する際の評價規準として訴訟法上意義がある。訴訟行爲に對する具體的價値判斷として擧げられるものは、卽ち有效性 (Wirksamkeit) と理由の有無 (Begründetheit) の二種である。(七五) 有效性とは卽ち訴訟の發展過程において、現在規準となるべき利益狀態に照して當該訴訟行爲が更にこれに後續すべき利益狀態を形成するに必要な本來的効力を訴訟法上賦與し得るや否やの判斷であり、(七六) これに對し、理由の有無は、形成された利益狀態に照して當該訴訟行爲の內容的條件が訴訟法上認容され得るや否やの判斷とも考へ得やう。兩者の判斷は孰れも利益狀態に基底をおく具體的判斷であることには本質上異らないものである。卽ち、それ等は、結局具體的、動的、特殊的、個別的判斷として常に利益狀態を規準として評價されなくてはならない。(七八)

訴訟の發展とは、結局、かゝる訴訟狀態の發展に他ならない。しかも、それは訴訟狀態の非合理性、不確實性、浮動性から、全體として觀れば常に浮動なものである。(七九)それ故、訴訟は窮極まで發展し、既判力として凝結する迄は、それが發展過程中如何なる變化を遂げやうともその變化自體は訴訟手續の發展的性格からして當然のことである。この訴訟の發展の不確實性、浮動性は、先づ裁判所の判斷過程卽ちザヴェルの所謂實體形成過程に言ひ得ることであらう。ところが、訴訟は又一面訴訟手續の連鎖であつて訴訟行爲主體は、常に訴訟法上の規範に從つて訴訟追行をなすべき拘束を受けるが、しかも、この訴訟手續過程も亦、曩にも述べた如く、訴訟主體の判斷の投影をその基盤として浮動な訴訟狀態を構成するものである。しかも、飜つて考へると訴訟行爲は、それが一旦爲された以上次に行はるべき訴訟行爲の基盤となるものであつて、たとへ、訴訟手續過程が浮動であるとしても、將來、一旦前になされた訴訟行爲を無効として遡及的に取消されることがあつては、訴訟の計畫的發展は到底期待し得べくもない。それ故、訴訟行爲は一度、有効と判斷され、次の訴訟行爲の基盤となつた以上、これには法的確實性が支配し將來無暗に取消されることがあつてはならない。所謂訴訟手續維持の原則と稱せられるものが卽ちこれである。(八〇)(八一)

ところがここにいふ法的確實性とは、決して訴訟外においてまでその効力を主張し得るものではなく、唯訴訟內的にのみ支配する原理であり、しかも、たとへそれが訴訟內において支配しやうとも、將來、訴訟狀態に變動ある限り前以なされた訴訟行爲とその目的を同じくする新たな訴訟行爲により前の訴訟行爲の効力を變更することまで必ずしも禁じようとするものではない。蓋しそれが、訴訟發展過程において新たな訴訟狀態に對應して遂行された以上、それによりて前の訴訟行爲の効力を變更するのは、決して同種行爲の無駄な反覆ではなく、その意味ではザヴェルの一

同性の原則(Grundsatz der Einmaligkeit)(八五)にも反するものではないためである。が、嘗て一度有効と見做された訴訟行爲の効力を何等訴訟狀態の變動もなく無條件に遡及して變更することを許容するものではなく、ただ、將來における關係においてのみ効力の變更を認めんとするものに他ならない。かくて訴訟發展過程中は、ビューローの「訴訟法規が强行法規より漸次任意法規に推移する」(八六)現象とも考へられ、又、クロッシエルの言ふ如く、無効の問題は訴訟發展過程中においては、その確定力が相對的、訴訟內的なものであるため必ずしも重要性を有しないとも考へられる。(八六)

かくて、前に、訴訟は全體的に觀れば、浮動的であり不確實であると述べたことは、その表現が必ずしも正確ではなかつたことが判明するであらう。それは、訴訟行爲の効力は、尙訴訟の發展の餘地がある限り、將來に對し何時變更されるかも知れないといふ意味で、浮動的であり不確實であると言はれ得ることであつて、この意味からたゞ將來に對する關係においてのみそれは妥當することに他ならない。そこで、訴訟の本質は、それが訴訟狀態であると考へても、いはゞ訴訟行爲の瞬間瞬間、訴訟狀態が訴訟法律關係に轉化する過程とも考へられ、遂に訴訟の發展が窮極にまで達した時、かゝる相對的假定的確實性が絕對的無條件的確實性に變化し凝結しそこに既判力が發生するといひ得やう。かく解してこそ始めて、或は訴訟を既判力の先驅と稱し、又、或は、生成中の既判力なる觀念で理解せんとする實質的意義が、認められるに至る。(八七)

訴訟狀態としての訴訟をザウエルが考へた如く立體的に十分發展的なものとして理解しようとすれば、以上の如く計畫的目的的に訴訟手續を相互に聯關せしめなくてはならない。一旦生じた訴訟狀態をして次の訴訟行爲の基盤たる機能を完全に發揮せしめてこそ、それは訴訟發展のための原動力たり訴訟追行の基底となるものである。この法的確

定性は訴訟の發展の餘地が大なれば大なる程、相對的假定的なものとなる。かゝる意味で、訴訟の發展は、浮動的、不確定なもの〻確定化の過程であり正に既判力に向つて、萠芽たるそれの漸次的形成の過程と考へられやう。(八八)

(五九) Sauer, op. cit., S. 32

(六〇) 團藤・訴訟の發展と判斷の標準(一)、法協五九卷第一〇號三八頁

(六一) ザウエルも訴訟の根源思想としてその具體的訴訟的觀察方法から、訴訟の發展性を强調してゐる。(Vgl. Sauer, op. cit., S. 32)

(六二) ザウエルは、發展 (Entwicklung) を、向上(Aufwärtsentwicklung)、下解 (Niedergang) 及び單なる生起 (blosse Geschen) とに分類し、訴訟は目的的向上であると述べてゐる。(Vgl. Sauer, op. cit., S. 35 ff.)

(六三) Sauer, Juristische Methodenlehre, 1940, S. 222

(六四) ザウエルは、訴訟における觀察方法を、ゴールドシュミットの如く、實體的法律關係に對するそれと區別して、抽象的(絕對的)觀察 (Abstrakte absolute Betrachtung) と具體的、訴訟的 (相對的)觀察 (Konkret-prozessuale (relative) Betrachtung) とを對應せしめてゐる。そして、その區別には、法をそれ自體で觀察するか又は具體的事件に對する適用において觀察するかの相違であると述べてゐる。(Vgl. Sauer, Grundlagen, S. 20) 然し彼は、抽象的觀察と具體的觀察との對立は所謂實體法的觀察と訴訟的觀察とのそれに一致するものではなく、具體的觀察も必ずしも訴訟に固有なものではなく、實體法的であり得べく又訴訟外のものであり得るとする。成程、實體法的法律關係も動的發展的であり得てそれを訴訟法のみの特色とは考へ得ない。然し、その動的發展的訴訟の相違を具體的に把握することが肝要であつて、そうでなくては訴訟法的觀察といふとも又具體的觀察方法といふともその特徵を十分明白になし得るものではない。

(六五) Goldschmidt, op. cit., S. 250; Vgl. M. E. Mayer, op. cit., S. 24

(六六) Goldschmidt, op. cit., S. 251

(六七) ザウエルの所謂實體形成過程と考へたものに對比出來やう。

(六八) ゴールトシュミットは、「原則として法的訴訟狀態は直接立證に向けられた當事者又は裁判間の訴訟行爲が基盤となる」として、「裁判官にとり規準となる訴訟的觀察方法にとつては、證明が存在に代る」と述べてゐる。(Vgl. Goldschmidt, op. cit., S. 258, S. 262)

(六九) 私は勿論、訴訟を發展的に理解するにつきザウエルの體系に負ふこと大なるものであるが、その訴訟進行過程は、本文のやうに解してこそ實體形成のために實質的意義が認められると考へる。それ故、訴追過程を實體形成過程及び手續過程殊にその後者の中に解消することが出來るとする考へ方は、十分に理解し難い。(團藤、前掲四四頁參照)

(七〇) 團藤教授は、「實體面については訴訟狀態說が妥當するが、これに反して手續においては訴訟法律關係の觀念は否定することができない。手續面については實體面について觀察されたがごとき、一定の法規を具體的事實に適用し、その法規が浮動狀態を辿りつゝ抽象的規範から具體的規範にまで形成されるといふやうなことは原則として存しない。その例外のうち最も重要な場合として、實體面が手續面に影響を與へることを考へなければならない。例へば管轄の標準、告訴の要否等いづれも實體面を離れて判斷することができないのである。かやうにして實體面が手續面に影響を及ぼすかぎりにおいては、やはり訴訟狀態說が妥當するものといはなければならない。」といふ趣旨のことを述べて、手續面を訴訟狀態として考へることは、例外であると考へられる(團藤、前掲四七頁參照)これには、種々疑問があるが、その一二を擧げると第一、手續面は實體面がそれに影響する限度においてのみ訴訟狀態が妥當すると考へることは、狹きに失する。蓋し、手續面においては、訴訟主體が裁判所の判斷過程を平面的に、自己の主觀を介して投影せしめつゝ、それを有利、不利に判斷して進行する過程であつて、そこには常に浮動な實體面が影響するため訴訟狀態說が妥當しそれは決してしかく例外の場合ではない。第二、手續面が訴訟關係であると

しても、それは後述の如く、訴訟狀態が訴訟法律關係に轉換する絕えざる變動の過程として理解すべきではなからうか。

(七二) ゴールトシュミットの訴訟狀態說は訴訟法學界に異常な反響を喚起したことであつた。これを我が刑事訴訟法學界にもち込まれたのは小野元教授である。(小野、刑事訴訟法講義、三版、昭和八年、一三九頁、一四八頁參照)尙、兼子、前揭「訴訟承繼論」、團藤前揭「訴訟の發展と判斷の標準」、は訴訟狀態說の立場に立ちつゝ獨自の展開を試みられたものである。私は、訴訟狀態說の立場に據りつゝ、これをより發展的に理解することが必要であると考へる。

(七三) ヴエルデルは、「法的訴訟狀態」はそれを、規準とすべき人によつて、認識されるか又正しく評價される限り實踐的意義がある。」として、訴訟行爲の無效につき對人的相對性を主張してゐる。Werder, Die Grundgedanken der Lehre vom Rechtsgeschäft im Strafprozess, 1929, S. 97, S. 125

(七四) ヴエルデルは此の點反對の見解を發表してゐる。Werder, op. cit., S. 97

(七五) ザウエルは、法的價値判斷の三種として、(1)個人の事實的判斷(das tatsächliche Urteil des Einzelnen)、(2)社會の事實的判斷(das tatsächliche Urteil der Gesamtheit)(3)客觀的に正確なる判斷(das logische Urteil, das Urteil des objektiven Beobachtens)となし、訴訟の目標としての判斷は(2)の意味における正常なる裁判官の正常なる判斷(das Normalurteil des Normalrichters)を以て滿足すべきであるを論じ、かゝる正常性から既判力の本質を考へた。(Sauer, op. cit., S. 71 f.)

勿論、(3)にいふ論理的判斷は一の理想であることは否めない。然し、認識科學は、(2)における正常なる判斷で構成さるべきである。此の點、訴訟においても、理念としては、その例外をなすものではない。然し、訴訟が實體法律關係と對立的である點は、實體法律關係の研究が、法自體の觀察として、客觀的に合理的體系を企圖すべくその限り意味があるに對し、訴訟は、特定の訴訟主體による非合理的意思的介入から動態的具體的取扱ひこそ觀察の對象となるのではあるまいか。それ故、無効な訴訟行爲さへ又訴訟法上意義があるので、このことは、實體法の領域では考へ得ないことであらう。

(七五) ザウエルは、訴訟的價値判斷として、妥當性(Gültigkeit)、有效性(Wirksamkeit)、適法性(Zulässigkeit)、理由の有無(Begründetheit)の四種を擧げた。妥當性とは成立の觀念に相當しよう。前二者は、法外的評價(Ausser-Juristische Würdigung)であり、後二者は、特別に法內的評價(spezifische juristische Würdigung)であるが、更に、妥當性と適法性とには一般的觀察(generelle Betrachtung)が妥當し、有效性と理由の有無は、具體的觀察(Konkrete Betrachtung)が妥當すると考へた。(Vgl. Sauer, op. cit., S. 105 ff. S. 437 ff.)

ゴールトシュミットは、ザウエルのかゝる四種の價値判斷の定立に對し、一方に妥當性と有效性。他方に適法性と理由具備性とは、實際、法的有效性(Rechtswirksamkeit)と合法性(Rechtsmäßigkeit)の通常の混淆であるとなし、適法性と理由具備性とは、ザウエルの一般的觀察と具體的觀察の對立に照應するのではなく、それは、形式と內容との對立であるとする。然し、今は、ザウエルの具體的觀察に從つておく。蓋し、ゴールトシュミットの適法性は、彼の Erwirkungshandlung に對してのみ認め得るものとするが、私は、それは彼の Bewirkungshandlung に對しても亦認められなくてはならないと考へる。更に、彼は適法性は Erwirkungshandlung が法的約束を果し、或は、法的危惧を除去する手段として形式上裁判官により「許されてゐる」(Zulassen)か否かの訴訟法的觀察方法による評價であるとして、內容的に審査されねばならないと考へてゐるが、勿論、適法性と雖具體的利益狀態に照して考察されねばならないが、更にそれは第一義的には形式的に手續行爲の前提なり條件なりに還元して考へなくてはならないであらう。卽ちそれは行爲の規範に着眼したものであつて、此の意味でザウエルの具體的價値判斷からは除外するも許されると思ふ。(Vgl. Goldschmidt, op. cit., S. 367 ff. Sauer, Methodenlehre, S. 518)

尙、團藤、前揭六七頁

(七六) ヴエルデルは法規內容の情緒的下部構造(emotionaler unterbau)による目的の構成を主張し(Werder, op. cit., S. 30 ff. S. 345.)「法律的に重要にして現在規準となるべき秩序において現はれたる全利益狀態に照してこれを有效とするより無效

とすることが一層適當なるときは刑事訴訟行爲は無效である」とする。(Werder, op. cit., S. 137, S. 146) かゝる利益較量の觀點から「利益なければ無效なし」として刑事訴訟行爲の無效を訴訟の發展に即し考察されたのは團藤教授である。團藤、刑事訴訟行爲の無效、法協五五卷一、二、三號。

(七七) Vgl. Beling, Methodik der Gesetzgebung inshsondere der Strafgesetzgebung, 1922, S. 202

(七八) 小野・前掲二〇七頁

(七九) ベーリングの提唱に係る全體としての訴訟 (Prozess als Ganzes) を想起すべきである。(Beling, Reichsstrafprozessrecht, S. 82)、尙、小野、前掲一三八頁參照。しかの、小野博士の所論は、ゴールトシュミットの訴訟狀態說とは意味を異にするものであらう。

(八〇) 團藤、前掲訴訟の發展の判斷の標準(1)一五一頁

(八一) 手續の計畫性(Planmäßigkeit des Verfahrens)を唱へたのはヴェルデルである。彼によると計畫性とは、規範的には目的設定の秩序であると考へる。又、彼は、訴訟手續の確實性は手續の計畫性と司法妥當の利益 (Das Interesse an der Geltung des Verfahrens) に由るものとする。(Werder, op. cit., §8, §9, §10.)

(八二) 私は訴訟行爲に對する價値判斷のうち、その無効とは、訴訟行爲を現在において評價することであり、撤回若は追完とは將來において過去の訴訟行爲に對し又拋棄とは將來の訴訟行爲に對するものであると考へる。ところで、訴訟行爲は、次の訴訟行爲の基盤となつた場合のみならず極端に考へれば一度訴訟行爲が行われたならば、たとへその效力は浮動的な場合でも有效と見做し得るのではあるまいか。しからば、所謂無效による取消は創設的な作用を營むことにならう。かくて、撤回や追完も亦訴訟狀態の變更が訴訟の發展につれて認められる限り原則として自由であるべきだらう。この點ジーケルトが撤回及び追完の自由を提唱したことは妥當であると考へる。(Siegert, Die prozesshandlungen ihr Widerruf und ihre Nachholung 1929.

S. 96) 團藤、前掲、刑事訴訟行爲の無效二七四頁九〇頁

(八三) ザウエルは一回性の原則も新しい事實を考慮しなくてはならないとし、しかもそれが訴訟行爲完了前に存してゐた場合にも妥當するといふは、又當然のことである。蓋し、訴訟過程に於ては、事實的判斷を基盤とし訴訟主體に認識されなかつた事實はたとへ過去において存在してゐても認識されたとき初めて意義があるからである。然し、理由の有無についての裁判は、その例外であるとして彼の所謂 endgültige Entscheidung と Aufschiebende Entscheidung との間に此の點につき相違を認めやうとする。然しこれは疑問である。蓋し、終局判決については原則としてそれ以上の發展を考へ得ないからその限りでは妥當するであらうが、要は更に發展の余地の有無に歸せられやう。しかし、此の場合彼がその理由を、一般の既判力思想に求めることなく直接この一回性の原則に求めたが、それは、彼が判決の形式的確定力を既判力の條件とすることに躊躇する態度と一貫してゐるだらう。しかし、私は、寧ろ、その理由は既判力にあると考へる。此の點については後述する。(Sauer, op. cit., S. 478 ff.)

(八四) 訴訟狀態の效力が訴訟內的でありしかも將來に對する關係においてのみ認められるとしても、それには例外的に將來に對する關係で確定的效力を發生する場合がある。ジーゲルトはこれを變更不能狀態(unverrückbare Situation)と稱しそれは訴訟段階(prozessstadium)に對するのみならず個々の訴訟行爲に對しても認められるとしてその原因を、形式的確定力ある裁判法律行爲的訴訟行爲意思表示の效果が後に發生する場合及び特別に法律が例外を規定する場合の四種に求めてゐる、この變更不能狀態においては追完や撤回の自由が制限される。(Siegert, op. cit., S. 100, S. 113 f.; Goldschmidt, op. it., S. 520; Kohler op. cit., S. 64)

(八五) Bülow, Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, 1860, bes. S. 36

(八六) Kroschel, Die sog. absolute Nichigkeit der Strafurteile, Gerichtssaal, Bd. 69, 1906, S. 88 f.

(八七) 兼子・前掲三四頁

(八八) Jèze Les principes généraux dus droit administratif, 1925, p. 48

(未完)