

# 民事訴訟制度目的論序説 (一)

— 裁判の限界と成文法の限界 —

中 村 雅 麿

- 一 序
  - 二 民事訴訟の外延
  - 三 司法の機能の限界
  - 四 法による裁判
  - 五 権利既存の観念 (以上本号)
  - 六 権利保護説
  - 七 結 語
- 一 序

民事訴訟の制度目的を論ずにあたっては、先ず第一に、民事訴訟の範囲ないしは外延 (Umfang; extension, denotation) を明確にしなければならない。これまでの論争では判決手続だけを前提にした議論が多かったように思うが、本稿においては、訴訟と非訟の区別、狭義の民事訴訟と行政訴訟の異同等についての十分な検討は将来に残しつつも、ここに民事

訴訟の制度目的とは、およそ司法裁判所の関与するすべての民事手続ないしは「民事紛争」解決制度の目的であるとの観点から論ずること<sup>(1)</sup>にする。

次に、司法の機能の立法機能、行政機能に対する相対的低さを看過してはならない。憲法上三権分立制度の下において、理念的には対等の機関として位置づけられているが、その民主的基盤の弱さからして、司法機関が立法、行政機関よりも狭隘な権能しか持ち得ないのは当然といふべきであろう。「司法国家」ないしは「司法の優位」などと称して、その機能を強調することは、Soinとしての司法はもとより Soltenとしての司法をも見誤ることになりかねない。

第三に、現代の裁判制度を論ずるには、現代法治国家の理念すなわち「法による裁判」ということを忘れてはならない。成文法国においては法とは大部分成文法であろうが、複雑多様化した今日の社会においては成文法のみでは処理しきれないであろう。補充的ながら慣習法その他の不文法を活用しなければならぬ。したがって、不文法の限界も明確にしなければならないが、ともかくも不文法による補充を認めることによって、いわゆる「法の欠缺」の問題は一応解消することになる。

第四に、いわゆる「権利既存の観念」を肯定せざるを得ないということである。権利の存在根拠は社会的承認である。慣習法上の権利がその典型であろう。法ないしは権利の基礎を「在」「作」「成」のいずれに求めるかは難しい問題であるが、複雑多様化している現代国家において、すべての法ないしは権利の成文化が不可能である以上、「法は作なり」とする立場は悪しき成文主義<sup>(2)</sup>に陥る危険がある。したがって、「法は在なり」とする自然法説と「法は成るもの」であるとする歴史法説に基礎を置きつつ、成文法国においては能う限り成文化に努め、概念の明確化を期さなければならないもの<sup>(3)</sup>と思う。わが国のような成文法国においては、そのような過程をたどっているとみることができるところから、結果的には成文法が中心的な役割を果し、不文法は補充的な機能をはたしているにすぎないようにみえる。しかし、今日の商慣習法等の広がりをはじめ、その機能にはあなどりがたいものがある。成文法からの落ちこぼれは不文法によってすくいきいあ

るようにしておかないと、今日における民衆の救済は困難にならう。民衆にとって権利は自己の利益擁護の最大の武器であり、法律学における権利体系もたやすく放棄されるべきものではなからう。したがって、日照権、通風権、環境権概念などにみられるように、権利性の薄弱なものに権利性を付与する努力こそ大切で、既存の権利からその権利性を奪うことは危険だということになる。また、権力分立制度の下における司法の機能の相対的低さからみて、「権利の実在性」を司法の判断のみにかからせることは法社会の実情にあわない。「社会あるところ法あり」という場合の法は不文の社会規範(行為規範、生活規範) (道徳・宗教・習俗規範) のことであり、引いては自然法なり慣習法のことを意味しているのであるから、裁判以前に裁判の規準は存在していたとみるのが妥当であらう。したがって、法(権利)と裁判の前後については、現代法治国家においてはもちろんのこと原始国家においても、いわゆる法(権利)の先行(的存在)性(既存性)すなわち「裁判の後法性」が認められるので、「裁判の先行性(前法性)」は否定されるべきものと思う。

第五に、私法の二重機能も否定することはできない。今日の貧弱な裁判制度の下においては、無数に生起する私的紛争を十分に処理する能力はなく、たとえその充実に努めたとしても、Sollenとしての司法それ自体に自ら限界があらう。そうだとすると、私的紛争は必然的に自主的解決ないしは行政的解決に委ねられる場合が多くなり、そこでは判断規準として成文法、不文法が共に積極的に活用されることになる。したがって、法は裁判規範としてよりも社会規範(行為規範、生活規範)として機能する場合が多くなる。現にそうであり、将来もこのような現象は避けられないであらう。

このようにみると、「裁判所訴訟法学」ではなく、「当事者訴訟法学」ないしは民衆訴訟法学の樹立が期されなければならないように思う。

以上の観点を若干掘り下げつつ民事訴訟の制度目的論に及ぶことにする。

(1) 行政訴訟をも含めたことは、後述するように、憲法七六条が特別裁判所の設置を禁じ、裁判権がすべて司法裁判所に属する旨規定した結果、行政事件も司法裁判所の管轄とみざるを得ず、これを受けた裁判所法三条が「一切の法律上の争訟」につき裁判権を

有する旨規定したことに対応するものである。

憲法七六条および裁判所法三条の趣旨は、戦前の特別裁判所たる行政裁判所が人権のじゅうりんに加担したことを反省し、人権擁護をはかることにあつたと思われる。したがって、憲法七六条の存する限り行政訴訟が広義の民事訴訟に属するのは当然であり、また行政訴訟においても人権擁護（権利保障・権利保護）がその制度目的に据えられなければならないと思う。このように考へると、民事訴訟の外延を行政訴訟にまで広げることには無理はないと思う。もとより、行政訴訟には他の要素も含まれているので今後の検討に俟たざるを得ない。なお、訴訟と非訟の区別については、参照後注(12)。

(2) 篠塚教授は、その「土地法から空間法へ」および「空間法体系の生成」において、昭四一年の民法改正によって追加されるに至つた民法二六九条ノ二のいわゆる区分地上権（空中権・地下権）の立法に至るまでの生成過程を追究され、「土地法から空間法へ」の展望の下に空間法を提唱され、形式的成文法主義を戒められて、次のように成文法の限界を指摘されている。（篠塚昭次著「論争民法学3」の該当頁によって指示する。）

「物権的空間利用権の慣習法による承認は、物権法定主義（民一七五条）に関する民法規範の重大な修正であり」（一七九頁）  
 「空間所有権が社会の中に生成してくれば、それをまず慣習法が承認し、つぎに判例が確認し、そうしてさいごに立法によって確定される、という経過をたどることは、じゅうぶん可能である」（一七九頁）。「温泉権・根抵当・譲渡担保など、慣習法上の物権がつぎつぎに承認され、民法一七五条の物権法定主義は慣習法によって廃止された、という学説が通説化するに及んで、物権法の流動化がはじまった。」（一七三頁）。「物権法定主義が慣習法によって廃止されたとか、あるいは、すくなくとも物権法定主義の“法”の中には慣習法も含む、という学説が支配的となつた現時点では、成文法が“空間法”を否定している、という学説は、成立する余地がないことに注意しなければならない。実質的には、“空間法”について成文法はなにもふれていない、つまり肯定も否定もしていない、と解すべきなのである。……機能的にみても、慣習法が、成文法のおわたところからはじまる法ではなく、成文法のはじまるどころ、いやそれより以前の地点から、はじまる法だ、ということである。」（一九六頁）。「物権法定主義の崩かいは、じつは、成文法の崩かひという大現象の、一つの派生的現象なのである。」（一七九頁）と。なお、参照後注(25)

(3) 一九世紀のドイツ民法学界におけるサビニー対ティポの間で交わされた、歴史主義対実証主義の法哲学上の論争後の歴史が、サビニーの歴史主義の正しかったことを証明している、とされるは、篠塚前掲書一九七頁。

したがって、ロビンソンクルソーとフライデーの關係をもち出すまでもなく、法は形而上ないしは超經驗(先驗)的に在るものではなく、社会において醸成されるものであり、「成つて在るもの」であるといえよう。ここに自然法説もこのような意味で引合いに出したので、歴史法説ないしは歴史法主義的な考え方でこと足りるということにもなる。

(4) 伊東教授は、法的解決説を唱えられ、「通説(紛争解決説)が法令との關係で裁判の前法性を説くことは正しいが、法令との關係では前法的な裁判も、決して、未だ、完全な意味で法から自由であるのではない。法哲学的な煩瑣なあげつらいとは一切別のこととして、しばらく法理念という仮称を用いることにすれば、注理念への志向なくして、裁判はない、たとえ、どんなに、紛争解決の必要が強かろうと、また、どんなに立派な紛争解決の機構が作られようと、法理念の支配しない社会に裁判は産まれない。法令が完備しなくても法理念が支配することは可能であり、法令も実は法理念から生まれるからこそ、法理念に拘束される裁判でそれらが適用されるのである。法治主義はその法令を豊かならしめる作用あるに過ぎぬ。法令との關係では前法的な裁判も、法理念との關係では依然後法的なものである。」と述べておられる。(伊東乾・民事訴訟法の基礎理論六〇七頁)。しかし、ここに法理念とはあくまで仮称であり、面倒な法哲学の問題を回避しているので、臆測の域を出ないが、自然法的なものであろう。それが先験的なものないしは形而上のものとしたら問題があるが、經驗的なものないしは形而下のものであれば、この論理は慣習法にまで広げてよいのではないか。法は社会において生成され、存在するに至るもの(歴史法主義)であることは、区分地上権、譲渡担保、根抵当、所有権留保などの成立過程をみれば明らかなことであり(参照前注(2))、法理念をもち出すまでもなく、法は先行的存在性を有し、裁判の前法性は否定されなければならない。前記の非典型担保を容認する裁判は、文字通り、すでに存在する法の確認行為であり創造ではない。

紛争解決説においては、「裁判の前に法なく裁判の後に法あり」ということであるから、真に法に値するものは司法判断を経た判例法のみであるということにならう。このような把握がわれわれの法秩序(Rechtsordnung)の現実には合わないことについて

は、本稿において繰り返し述べ通りである。そこには、司法機能の過大評価があり、「法」の外延を狭隘にし過ぎるらしいが、  
 20。

(5) 慣習法や商慣習法がすべて司法判断を経て判例法になるとは限らない。統計をとることは難しいが今日の取引界の複雑多様性からみて、おそらくはそのごく一部が判例法にまで止揚されているとみるのが妥当であろう。したがって成文法、不文法を問わず、司法判断を経る以前においても以後においても社会において有用な判断規準として活用されているのであるから、裁判規範としての機能よりも社会規範としての機能が大きいとみるのが正当であろう。

(6) 中村宗雄博士は夙に裁判所側から眺める「裁判所訴訟法学」を排して、当事者の主体性に立脚する「当事者訴訟法学」を目指すべきことを主張されている(中村宗雄「私の裁判理論」(最終講義)、同著大学院講義録音「民事訴訟法学の主要問題」所収(二九四頁以下・特に三四八頁))。

近時、「利用者の立場からの民事訴訟法学ないしは民事訴訟法理論」の樹立を主張されるは、新堂教授である(新堂幸司・民事訴訟法三五頁・五頁・同「民事訴訟法理論はだれのためにあるか」判タ二二二号(昭四三)一七頁・同「民事訴訟制度の目的論的意義」・法学教室第一号六六頁)

## 二、民事訴訟の外延

民事訴訟の制度目的を論ずるに当って、これまでの制度目的論においては「民事訴訟」の外延が必ずしも明確でなかったとの指摘がなされているが、最近の論争<sup>21</sup>の中である程度それが明らかにされたように思われる。三ヶ月教授は、もっぱら「私的紛争—私法—民事裁判」(三頁)という視点から、「解決形態の相対性」(五頁)ないしは「法による解決の相対性」(四頁)を指摘され、民事裁判—民事紛争解決制度全般にわたる統一的な制度目的として「私的紛争の公権的解決」いわゆる「紛争解決」をあげられる。そこでは調停や和解は射程距離にはいっているが、強制執行手続が含まれるか

どうかについては触れられていない。しかし判決手続が本則的な手続であり、和解や調停がいわば自力救済の延長線上にあつて手続的助成がなされているに過ぎない制度である(もとより異論はあるが)にかかわらず、それらが殆んどパラレルに取扱われ、しかもさらに進んで和解や調停の制度目的が本則たる判決手続にまで敷衍されているのは例外の原則化のように思われ、本末てんとうの感を禁じ得ない。民事訴訟、和解、調停等の最大公約数として「紛争解決」を抽出し、それを民事訴訟の制度目的に据えられる一方、「民事裁判の対象となる私的紛争とは、正にこうしたさまざまの紛争解決方式の併存を許すものであつて、紛争を擬人化して眺めれば、さまざまな解決方式を選択しつつ遍歴することができるものである。それが「法による解決」という要請にぶつかるのは、こうした紛争のメタモルフォーゼの最終的到達点としての、ある一局面―それが民事裁判である―に限定され」(四頁)、「そこでは正に、紛争解決と公権力の発動とが絡まり合わざるをえぬからこそ、法による拘束と規制という要請がその権力発動に結びついてくるのである」(四頁)つて、「私的紛争が、裁判＝公権的判断によつて強制的に解決されねばならぬという局面に立つ限り、法による拘束は免れぬことは、私ははじめから強調こそすれ、一度も「否定」したことはな」(五頁)いとされ、また、紛争解決説は権利保障説と同一の論理的基盤に帰するのではないかという疑問に対しては、「裁判という私的紛争解決の一局面に着眼する限り、当然至極なこと」(五頁)だとされるのである。ここには部分的にしか引用できなかったが、この論文を通覧して感ずるところは、あたかも和解や調停の方が原則的な紛争解決方式で固有の意味における民事訴訟はその一変型(Metamorphose)に過ぎないが如き把握がなされていることである。もとより最終的到達点としての民事裁判(民事訴訟)において「法による解決」を当然のこととされているので憲法違反の問題は生じないとしても、憲法三二条、八二条の規定する原則的解決方式からすると、まことに奇妙な論理といわざるを得ない。したがつて、「私的紛争の解決のための、一連の法制度(和解や調停も含めた)に共通の目的として紛争の解決を説くというならば、それなりにそれらの制度の体系的認識の手段として有効であるが、紛争解決という価値を調停などと対立する民事訴訟の、最高の価値として理解されるときには、法によ

説  
る、裁判を無視するもので、『近代裁判の基本的理念に抵触する要因を内在せしめるもの』との批判を免れないであろう。」  
(新堂民事訴訟法三頁)と批判され、また「私的紛争の解決のために司法機関が関与する仕方は訴訟におけると和解や調停におけるとで本質的に異なるという視点が重要である」(広中前掲三頁)と批判されている。

新堂教授は、「民事訴訟」の多義性を指摘され、「民事訴訟制度の目的を論じる際には、どの制度と対比して論じているかをつねに明確にする必要がある」(前掲論文六五頁)旨説かれているが、自らは必ずしも「民事訴訟」の意義を明確にされていない。ただ「…あるべき民事訴訟—行政訴訟や刑事訴訟とも対立し、調停や非訟事件などとも対立するものとみた民事訴訟—の理念を、立法論や解釈論の指導原理として主張することに置くとして…」(六五頁)の叙述がみられるだけで、強制執行手続が含まれるかどうかについては明確でない。しかも最近の体系書においても、この点は必ずしも明確になっておらず、前後の文脈を総合して考えれば、制度目的の多角的な把握が、あるときは紛争解決、ある時は権利保護、と選択自在になるように措定されているのに対応して、「民事訴訟の外延」も伸縮自在になって<sup>(8)</sup>いるように思われる。

ところで、Leut-Jaernig が、「民事訴訟の発展および存立は、私権の確保および貫徹への要求すなわち法的地位(Rechtslage)の確定および実現への要求に依存しているとし、民事訴訟は国家により規整された裁判所の面前手続であり、それは、個人の権利を確定、保護、貫徹すると同時に全体としての私法秩序を確立することを目的としている」と述べ、Rosenberg-Schwab が、「国家はその機関で当事者に権利保護を与え得る場合のみ自力救済(Selbsthilfe)を禁止し得るとし、この権利保護こそが国家の重要な任務であり文化的使命であるとし、民事訴訟の目的を権利の確定および実現(Feststellung und Verwirklichung subjektiver Rechte)である」と述べているところからみると、ドイツでは、民事訴訟の制度目的を論ずるにあたって、判決手続と強制執行手続が当然の前提になっているように思われる。

とくに、Stein-Jonas-Schönke-Pohle は、次のように述べて、民事訴訟の制度目的を行政訴訟その他の公法上の争



いの手続にまで敷衍している。即ち、「民事訴訟の意義と本質を正しく理解し、訴訟法を正しく適用することができようにするためには、その目的につき十分配慮し、しかも一つではなく数個の目的を考えることが有意義である。そして本質的で民事訴訟全体を支配する目的観を示すことが重要である。……連邦共和国が各人に権利を付与する場合は、論理的には、原則としてその保護も与えなければならない。わが国は自力救済を若干の例外を除いて禁止しているので、国自身がその保護を引受け、それはまさしく民事訴訟で行なわれる。……行政裁判においても一層、単に行政の法適合性監督(die Kontrolle der Verwaltung auf ihre Gesetzmäßigkeit)のみならず、とりわけ権利保護(der Schutz der subjektiven Rechte)が主目的として認められる。民事訴訟に向けられた認識は、公法上の争いの判断に転用され得るのみならず、全民事訴訟領域への応用(Rückschlüsse auf den gesamten zivilprozessualen Bereich)も許される。……また、私権保護(Schutz subjektiver Privatrechte)を他の目的よりも低順位のものとするれば、全体国家(totalitäre Staaten)といえどもそれを訴訟目的として承認し得るであらう。……民事訴訟が国家机关即ち司法官庁による権利の確定および実現(貫徹)のための整然とした手続によって自力救済にとって代っているということは、法的平和(Rechtsfrieden)を求めるものと認められ、同時に法治国家の思想(Gedanke des Rechtsstaats)に由来する訴訟目的(Prozesszweck)だと主張することがわかる。」と。

ドイツの裁判制度が、民刑事の通常裁判所の外に、行政裁判所(Verwaltungsgericht)、財政裁判所(Finanzgericht)、労働裁判所(Arbeitsgericht)、社会裁判所(Sozialgericht)等のいわゆる複線型の制度であるのに対し、わが裁判制度は、アメリカの裁判制度にならった司法裁判所一本のいわゆる単線型である。しかし、手続は、わが行政事件訴訟法七条が「行政事件訴訟に關し、この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による。」として、民事訴訟手続を一般的に準用している如く、ドイツにおいても通常裁判所の民事手続が他の裁判所に一般的に準用されている。したがって、両国にはかなり類似の点がみられるが、制度的に複線型になっているドイツにおいてすら制度目的の共通性が説かれてい

るのであるから、わが国には一層そのような思考はあてはまるように思われる。

したがって、民事訴訟の制度目的との関係では、「民事訴訟」の外延をあいまいにそのまま論ずることは許されない。訴訟と非訴訟の<sup>(12)</sup>区別、狭義の民事訴訟と行政訴訟の異同など複雑困難な問題が残されてはいるが、本稿においては、一応「民事訴訟の外延」を司法裁判所の関与する手続から刑事手続を除いた部分即ち最広義の民事裁判ないしは民事紛争ないしは民事紛争解決手続にまで広げて考察することにする。したがって、残された問題は今後の検討に俟たなければならぬが、通常手続（判決手続、強制執行手続）、特別手続（督促手続、手形訴訟・小切手訴訟手続、人事訴訟手続、いわゆる倒産手続）、付随手続（証拠保全手続、執行保全手続、抗告手続、訴訟費用額確定手続など）の外、公示催告手続、仲裁手続、和解手続、調停、審判手続はもより、任意競売手続<sup>(13)</sup>、非訟事件手続、行政訴訟手続にまで及ぶことになる。これらの手続はすべて権利保護の理念に立脚しなければならないということになるが（後述）、若干問題は残されるとしても、「内包」としての権利保護に収斂（Konvergenz）させることは他の制度目的に収斂させるよりも無理がないものと思われる。

(7) 「藤田、三ヶ月論争」ないしは「藤田・三ヶ月、新堂・広中論争」といべきか、藤田宙靖、「現代裁判本質論雑考」——所謂「紛争の公権的解決」なる視点を中心として。社会科学の方法 Vol. 5, No. 4, 通巻34号（72年4月号）、三ヶ月章、「私法の構造と民事裁判の論理」——藤田宙靖氏「現代裁判本質論雑考」に答える。社会科学の方法 Vol. 5, No. 10, 通巻40号（72年10月号）、新堂幸司・「民事訴訟制度の目的論の意義」・法学教室第二期第一号（昭四八・五刊）、広中俊雄・「論争」裁判本質論「おぼえがき」・社会科学の方法 Vol. 7, No. 3, 通巻57号（74年3月号）。以下該当頁のみで示す。

(8) 同教授は、最近の体系書、民事訴訟法（昭四九・一〇）において、制度目的については、「民事訴訟の目的もまた多角的にとらえられるべき」（四頁）であるとの立場から、「紛争の解決、私法秩序の維持・権利保護、いずれも民事訴訟制度の目的と考えてよい。われわれが民事訴訟制度の目的論から汲みとるべきものは……これらの諸価値のいずれもが、民事訴訟制度の運営を方向づけ

る基本的価値であること、しかも、これらの価値が、場合によっては相互に対立緊張関係に立つという、素直な理解をうることであり、そのような理解から、個別問題ごとに、そのうちのどれをどの程度重視すべきかという選択をしていくことが、民事訴訟法の解釈および立法における重要な作業になるのである。」(六頁)と述べられているが、他方では「利用者の立場からの民事訴訟法学ないし民事訴訟理論」(三五頁、なお五頁)の樹立を説かれ、また、和解や調停を含めた私的紛争のための一連の法制度にまで広げて考えることに躊躇を示されていること(三頁)および訴訟以前に私法の存在を認めておられること(五頁)など、前後の文脈(三〜六頁)からして、権利保護を制度目的の核に据えらるとともに、そこでの論理の前提となる「民事訴訟」には判決手続かせいぜい強制執行手続までを射程に入れてるように思われる。

しかし、その後の叙述即ち「民事紛争と民事訴訟」(九頁以下)や「民事訴訟手続の種類」(二二頁以下)においては、必ずしも制度目的論とのつながりははっきりしないが、「民事訴訟」の外延を広げて考察されているようである。殊に、「民事訴訟手続の種類」(二二頁以下)のところでは、「民事訴訟の制度目的(傍点中村)を効率的に達成するため、訴訟手続に種々のタイプを設け、それぞれに役割を分担させている。それらは、通常の手続と特別の手続、さらに、この両手続に付随する手続とに、大別できる。」(二二頁)として、通常手続(判決手続・強制執行手続)、特別手続(督促手続・手形訴訟および小切手訴訟手続・人事訴訟手続・倒産手続)および付随手続にまで及んでいるところからみると、制度目的の多角的把握が、ある時は権利保護、ある時は紛争解決と選択自在であるのに応じて、「民事訴訟の外延」も伸縮自在だということであろうか。

(9) Lent-Jaurenig, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., § 1. Die Aufgaben des Zivilprozesses.

(10) Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 10. Aufl., § 1. III. Der Zweck des Zivilprozesses.

(11) Stein-Jonas, ZPO, 19. Aufl., Einleitung: Der Zivilprozess, C. Die Zwecke des Zivilprozesses, S. 3-4

(12) 訴訟事件と非訟事件の区別については、実質的区別説に立ちたい。但し、通説や判例のとる本質的区別説ではない。ただし、通説の民事司法・民事行政を基準とする区別は司法と行政の区別のあいまいさを持ちこむことになるし、判例のいわゆる「純然たる訴訟事件」なる概念もあいまいである。そもそも判例のいうように基本的法律関係の存否の確認と付随的事項についての決定とを各事件につき截然と区別できるだろうか。判例にあらわれた同居審判・扶養審判などについてみてそのような区別が無理になさ

れているように思われる。

したがって、訴訟事件、非訟事件の区別を単的に紛争性の有無に求める方が妥当かと思われる。即ち紛争性のある事件は訴訟事件で紛争性のない事件は非訟事件である。一般に訴訟と非訟との区別のメルクマールとしてあげられるものは対審性・公開性等手続的なものが多いが、そのようなものは政策の問題に過ぎない。

紛争性の有無を基準とする区別にしたがえば、借地非訟や民事調停・家事調停（審判）は、実質的内容的には訴訟で形式的手続的に非訟（非対審・非公開）だということになる。これが訴訟の非訟化現象であり、非訟的に処理できるかどうかは、当該事件の本質をみきわめ、非訟手続になじむかどうかによつて決定すべきで、いわゆる訴訟政策の問題であらう。ただし本来が訴訟事件であるから、対審手続・公開手続の道を開けておかないと憲法三二条・八二条違反の問題が生ずるであらう。

非訟事件手続を「民事訴訟の外延」にとりこんでいるのは、その大部分が前述のような訴訟の非訟化によつて占められていくであらうという見通しの上に立つからで、紛争性なき本来の非訟事件はあえて裁判所の管轄にしなくてもよいものであり、管轄になつていない場合でも制度目的たる権利保護と全く無縁のものではなからう。直接にはつながらないにしても間接的あるいはその奥に流れている理念という意味ではつながらているものと思う。たとえつながらないとしてもあくまで例外であり、それを根拠に制度目的を立てることは、文字通り例外の原則化ということにならう。

(13) 競売法に基づく競売は、権利の実現手続であるから、その制度目的は権利保護といつてよいであらう。判例は、その当否は別として、登記なき抵当権に基づく競売を認めている（斉藤・競売法七八頁）ほどである。これは強制執行手続において無名義債権者による配当要求（民訴五八九・五九一Ⅱ・六二〇）を認めていることと帰を一にしている。

強制執行法と競売法を統一しようとするここ数年の強制執行法改正作業（強制執行法案要綱案（第一次試案）（昭四六・）において、譲渡担保や所有権留保のような非典型担保を一定の司法判断にかからしめようという努力がなされているが（例えば右第一次保につき同第二十九）、このような過程をみるまでもなく、今日における競売手続が実体法の社会規範性の上に手続が連結されていることがわかる。右のような例はほんの一例にすぎないが、法の社会規範性を否定する論理引いては裁判の前法性を強調する論理がいかにドグマチックな論理であるかがわかる。

### 三、司法の機能の限界

裁判所は、憲法上権力分立制度の下において国会、内閣と対等・平等の關係に置かれているが、その民主的コントロールの面においては、弾劾裁判制度は別にして、僅かに最高裁判所裁判官の国民審査制度がおかれているに過ぎない。しかも今日の最高裁判所裁判官国民審査法による審査制度は、合憲判決（最判（大）昭二七・二・二〇民集六・二・一二二）があるとはいへ、殆ど実効性のないものであり、少なくとも〇×方式の導入による改正を行ない、真の意味における民主的制度としない限り、違憲の疑いは払拭し切れないであろう。<sup>(11)</sup>

ただ、アメリカの公選制をとっている州にみられるように、公選制にも裁判官が党派的になり、政治の渦中にまきこまれ、裁判の権威が失われ、また有能な裁判官が必ずしも選ばれないなどの弊害があるといわれる。マッカーサー草案もこのようなアメリカの制度の反省、殊にミズリー州やカリフォルニア州が現にとつていて、しかも American Bar Association<sup>(15)</sup> がこのミズリー方式を支持し、その運動を進めていることなどを考慮して、国民審査制度を設けたといわれる。

したがって、審査法の改正は望めるにしても、この制度自体の廃止は好ましくないし、近い将来に憲法改正も考えられない以上、廃止はあり得ない。そうだとすれば、司法は立法・行政に比較して必然的にその民主的基盤は薄弱ならざるを得ない。Sein としての司法も僅か三千名足らずの裁判官によって行なわれており、人口が日本の約半分で裁判官の数が約四倍にも及ぶ（したがって実質八倍の）西ドイツ<sup>(12)</sup>と比べて、いかに貧弱な制度であるかがわかる。裁判官の増員はつとに各界から要望されているところであるが、仮に西ドイツ並みの増員が可能だとしても、司法の機能には自ら限界がある。

民事訴訟における処分権主義はこのような背景に基づくものであり、それはまた妥当な制度（原則）であるといえよう。

わが裁判制度は、アメリカ型のいわゆる単線型裁判制度であり、その裁判権は行政事件にも及ぶことについては前述した通りであるが、行政機関に前審としての機能は認めており、現実にも行政府の準司法作用はかなりの範囲に及んでおり、海難審判等は裁判所の能力を越えるものであるといっても過言ではなからう。

したがって、このような背景の下で私法の機能を考察するに、既述のような機能的限界をもつ司法裁判所の判断規準（裁判規範）としてのみそれを捉えることがいかに制度の実情ないしは展望に合わないかは自明であり、「権利既存の観念」否定論の場合と同列である。私法が社会規範（行為規範・生活規範）および裁判規範として機能するか否かはいわゆる私法の二重構造ないしは二重機能の問題であるが、これは「権利既存の観念」の問題と重なるので、そこに譲ることにする。

(14) 丸山健・「最高裁判所裁判官の国民審査」・ジュリスト増刊・憲法の判例第二版一九一〜一九五頁・なお参照次注(15)、

(15) 田中英夫・英米の司法四二五〜四三五頁

(16) 田中前掲書三三七頁

(17) 兼子一・裁判法一六〇頁

#### 四、法による裁判

前記論争の過程<sup>(18)</sup>において、法と裁判との関係についてもある程度浮き彫りにされた面もあるにはあるが、いわゆる「権利既存の観念」や「法の二重機能」については、「法による裁判」の問題を通じて間接的に取りあげられているだけで、直接の論争の対象にはなっていない。しかし、ここではひと先ず「法による裁判」について論及することにし、「権利既存の観念」や「法の二重機能」については次章に譲ることにする。

民事訴訟の制度目的を論ずるにあたっては、「法による裁判」との関係を避けて通ることはできない。「法の支配」

(rule of law)の内容たる「法による裁判」は、もう一つの内容たる「法による行政」とともに、英米法国における長法の歴史の過程において、人權保障のために欠くことのできない原則として發展させられたものであり、大陸法の法治主義とその趣旨を同じくするものである。

この法治主義につき、藤田教授は次のように説明される。

「一般に、近代法治主義なる理念の基本的な特徴は、いわば國家活動の目的如何よりも、その方法如何を重視することに存在する。即ち、例えば國家權力發動の目的が、如何に正當なものであらうとも、目的の正當性それ自体によって行動が許されるのではなく(そこに一般抽象性という要素のみを求めめるか、更に人民の代表の意思という所謂民主性の要素をも要請するかの問題はともかくとして)「法」なるルールを遵守するという方法による場合にのみ國家權力の發動が許されるところにこそ、「人民の安寧・福祉」という目的の正當性の故にのみ、あらゆる國家活動を許容した、前代のオイデモニスムスと區別される、近代法治主義の特色が存するのである。「法による裁判」の理念も、まさしくこのような意味をもつのであって、そこでは、「紛争の公權的解決」そのものよりも寧ろ「如何にして、紛争を公權的に解決するか」こそが最も重要な問題<sup>(19)</sup>であるとして、「紛争解決説」の「反法治主義性」<sup>(20)</sup>を指摘されている。これに對し、三ヶ月教授は、先にも述べたように、私的紛争—私法—民事裁判という把握に基づき民事裁判一般については(いわば最大公約数とでもいうべき)「紛争解決」が妥當し、ただその Metamorphose としての最終局面においては、「法による支配」が妥當し、そこでは紛争解決説(法創造説)が權利保護説(權利保障説)と歸一することになるのは至極當然」だと反論されている<sup>(21)</sup>。この反論については、裁判の重要な局面において、權利保護説および法による裁判を容認されるのなら、つまるところそれは權利保護説ではないのかという批判がなされている<sup>(22)</sup>。

ここに「法による裁判」ないしは「法治主義」という場合、殆ど成文法が當然の前提にされているようである。しかし成文法国においては主として成文法が、判例法国においては主として判例法が重要な役割をはたしていることは否めない

にしても、今日のように複雑多様化している社会において、すべての社会現象を網羅的に規定することも判例法の形で蓄積することも不可能であるから、たとえ例外的にせよ、成文法国においては広く不文法(判例法、慣習法、自然法)が、判例法国においては成文法および判例法以外の不文法が法源性をもつこともまた否めない。いなむしる必要だということについては前述した通りである。

成文法国であるわが国においても、成文法を主体としつつも、法の存在根拠を社会的承認に求め、自然法説ないしは歴史法説によって補充することにより法の欠缺を防ぐことができる。したがって「法による裁判」という場合の法は、単に成文法のみならず不文法をも包摂する概念である。しかし、「法」というからには少なくとも当該社会において正当性をもつ客観的規準でなければならず、規範であれば如何なるものでもよいというわけではない。

調停においては、条理にかなない実情に即した解決が行なわれるので「法の支配」は受けないといわれることがあるが、「条理にかなない実情に即した解決」といっても常識規範に基づく解決であり、文字通り非常識な解決であってはならないのであるから、その解決には客観性がなければならず、その限りで「法の支配」ないしは「法による裁判」の要請はあるものと認められる。「法による裁判」という場合の「法」を成文法と判例法に限定して考えれば、あるいは調停においてはそのような要請はないということもできようが、前述の如く広義に解するのが妥当であろう。<sup>(20)</sup>

(18) 参照前注(7)。

(19) 藤田前掲論文・社会科学の方法、通巻34号5頁。

(20) 藤田前掲論文・社会科学の方法、通巻34号4頁。

(21) 三ヶ月前掲論文・社会科学の方法、通巻40号5頁。

(22) 広中前掲論文・社会科学の方法、通巻57号2頁。

なお、新堂教授は、前掲論文・法学教室第二期第一号六五頁において、「三ヶ月氏によれば、紛争解決説は……私的紛争解決の



最終局面である民事訴訟に着眼する限り「法による裁判という要請は「制度内在的に」結びついてくる要請であることを認める立場となり、権利保護説(私法ないし私権を前提とする立場)と同一の論理的基礎に帰するのは「当然至極なこと」と自認されることになる。したがって、私的紛争解決の一方式たる民事訴訟を私的紛争の他の解決方式と対比して考察される民事訴訟制度の目的においては、氏はむしろ法による裁判、ないし権利保護説をとるというべきかも知れない。少くとも氏の紛争解決説の意味するところは、兼子博士が民事訴訟の目的として権利保護説、私法秩序維持説に対して紛争解決説を唱えたところとやや異なったニュアンスをもって主張されているようにも解されるのである。」と批判されている。

(23) 兼子一・「実体法と訴訟法」は、民事裁判を「超法規的なもの」(一四頁)であるとし、「裁判による紛争解決は、当初は一般の規準なしに、事件毎に裁判を下す者の具体的判断に任せられた。この際もちろん社会内部の習俗、道徳、宗教意識などに基く社会規範や経済価値の評価などに関する経験則が斟酌されたが、法規の形態で固定したものではなかったのである。実体法はむしろ個別的な裁判例の蓄積の抽象化と体系化による判例法、法曹法として生成したのである。」(一九頁)とし、社会規範(行為規範、生活規範)としての機能は、「裁判規範として存在することの反射的な機能」(五九頁)だとされる。

まことに奇妙な論理で納得が行かないが、ここまで来ると、歴史的事実の把握というよりは、歴史の評価ないしは歴史観、あるいは法律観ないしは裁判観の問題になり、評価の対象の問題ではなく対象の評価もしくは価値判断の問題になろう。紛争解決説が逆立ちの理論と非難する権利保護説からみると、紛争解決説こそ逆立ちの理論のように見える。

又、紛争解決説からは、判例法ないしは法曹法のみが真の法に値することになり、これまた今日の法秩序(Rechtsordnung)に合わない。具体法としての判例に比重を置きすぎる論理は、司法の機能の過大評価に陥り、裁判所外での法の生成過程を過小評価し過ぎて思うように思われる。裁判所は決して万能ではあるまいし、また万能であってはならないのである。民主国においては論理のベクトルは、語弊はあるが、下から上へと進むべきであらう。

## 五、権利既存の観念

「権利をどう説明するかについては、さまざまな歴史的・思想的立場の違いに応じて、いろいろな考え方があり、権利の意味を一般的に述べることはきわめてむずかしい。しかし、社会的にみると、権利という観念は、一定の社会集団において、(イ)利益あるいは価値と観念される事態の存在、(ロ)その利益あるいは価値の配分をめぐって紛争が生じた場合には、紛争当事者以外の者の強制によって紛争が解決されなければならないという社会的要請及び社会的期待の存在、(ハ)その強制力の発動が、紛争当事者を含む当該社会構成員にとって正当性をもつ客観的な基準にのっとって行なわれるという観念の存在、の三つを要素として成立する。ことに当該社会集団が国家と呼ばれ、(ロ)の強制力と紛争解決機構及び(ハ)の基準がそれぞれ国家権力・裁判及び法と呼ばれるようになった段階においては、権利という観念は法律によって保護される利益と説明されることが多い。」

ところで、私権については、公法・私法の区別(公法が国家統治権の発動に関する法であるのに対し、私法は国家統治権の発動に関係のない法であるとの区別)に伴い、国家統治権の発動に関係がなく(したがって、公法人も私権の主体になる場合には私法によって規律され、争いになれば狭義の民事手続によって処理される)、通常、相互に対等・平等な主体間の権利であって、財産と身分に関する権利であると説明されるのが一般である。ここに権利ないしは私権は、成文法や判例法によって認められたものに限られない。権利の存在根拠は、一でも述べた通り、司法判断に求められるべきではなく、社会的承認に求められるべきである。民法が物権法定主義を規定している(民一七五)にもかかわらず、いわゆる非典型担保(変態担保)や土地利用権が次々に登場して来る現象は、権利の存在根拠が社会的承認であり、裁判以前に実在性をもつものであることを如実に物語っているとさえいえる。根抵当権(民三九八ノ二〜二九八ノ二二)や区分地上権(空中権・地下権)(民二六九ノ二)の場合も、すでに慣習法上の権利として社会的承認をうけ、正当性をもつ客観的規

として即ち社会規範(行為規範、生活規範)として機能しているものを判例が確認し、成文法により明文化され、概念の明確化がはかられたものであるとみるのが、権利の生成過程の把握として至当であるといえよう。<sup>(25)</sup> 同様の現象は、商慣習法にも無数にみられる。成文法国において、たとえ、「法は作なり」という現象が強いとしても、自然法説や歴史法説のとなえるような「在」や「成」の側面を否定できない。否、その面の拡大傾向を必然的なものとして肯定し、有効に活用せざるを得ないというのも、この間の事情による。したがって、裁判は法の創造ではなく、法の確認ないしは発見である。<sup>(26)</sup>

成文法上の権利についても、同様のことがいえよう。不動産登記法に基づく登記についても、そこで取扱われている物権や不動産賃借権は行政手続の面で既存のものとして取扱われ、多くの場合、平穩に経過しているとみうるし、任意競売の場合も、当該担保物権は既存のものとして取扱われ、登記なき抵当権に基づく競売すら認められている(既述)。強制競売においても、既に述べた通り、批判はあるとはいえ、無名義債権者の配当要求が認められている。

したがって、「争いなき権利」につき、それが客観的存在性(実在性、既存性)をもつことには異論はなからうと思う。これをも「権利の仮象」といえば、司法の機能の過大評価のあまり、現在の法体系そのものの否定につながりかねない。

しかし、「争いある権利」についてはどうか。紛争が生じた場合、通常まず、示談(私法上の和解)が行なわれる。示談が成立すれば、一応そこで権利は実在性を取得するとみてよからう。既判力はともかくとして、民法六九六条は、解釈上対立はあるが、一応の効力を認めている。交通事故に基づく保険金請求の場合、示談書として一般に活用されているところである。これで結着がつく限り一件落着とみるべきで、既判力のある判断を経た権利のみが実在性を取得するとみるのは狭きに過ぎる。もし既判力・執行力の取得の必要があれば、即決和解(起訴前の和解、民訴三五六、二〇三)にもち込み、執行力だけでよければ公正証書(執行証書、民訴五五九三但書)を作成して貰えばよい。もし示談が不調に終れば、

日本においては仲裁手続が余り活用されていない実情からして、調停手続にもち込まれることになる(もとより、調停前置主義をとる家事調停の場合は別として、民事調停によるか訴訟にするかは当事者の任意にまかされている)。調停手続は、仲裁人に代る調停委員会を設けているので、仲裁人選定のわずらわしさもなく、当事者にとっては便宜である。民事調停は、当事者の互譲と合意による円満な解決および条理にかなない実情に即した妥当な解決をその制度目的とし(民調一)、判決手続と比較して、その判断主体、判断規準、判断手続をいささか異にしているのであるが、互譲と合意といっても、既存の権利の確認がその前提にあり、条理にかなない実情に即した解決といっても、法規に拘束されないというだけのことであって、先例や法規に基づく解決は必要に応じてなされてしかるべきであろう(佐々木・民事調停の研究五五頁)。したがって、ドイツと異なり、このような調停制度が認められているからといって、「権利既存の観念」が否定されるべきものでもなく、民事訴訟制度の目的が権利保護ではなく紛争解決であるということ根拠づけるものでもない。民事訴訟の外延を広げれば内包は狭くなり、したがって、最大公約数的なものは「紛争解決」になるというのであれば、それは明らかに例外の原則化であろう。調停手続はあくまで附随的前置的手続であって、そこで妥当する制度目的を固有の意味における民事訴訟にまで広げることはできないし、仮りにできるとしても即ち外延を広げてもなお内包は権利保護であるといえよう。調停も不調に終わった場合は、訴えを提起して終局判決を求めるときも、途中から訴訟上の和解(起訴後の和解)に移行させることもできる。調停や訴訟上の和解が成立し調書に記載されたとき又は終局判決が確定したときは、もとより権利は実在性を取得する。この場合も権利の創造ではなく、確認であり、発見であるという基本的な考え方は変わらない。そうでないと権利存在の連続性が断ち切られることになるからである。

「争いある権利」につき、司法裁判所の関与する手続における段階的処理としては以上の如くであるが、同様のことは行政手続においても考えられる。社会福祉行政や税務行政等に対する不服は、最終的には行政事件訴訟(司法解釈に基づく処理)にもちこめるとしても、その前段階としては、行政手続において処理される(行政解釈に基づく処理)。

し、これとても権利の実在性付与の手續とみてよからう。

権利が既存のものとして自治的に処理される場面は、法人もしくは法人格なき社団又は財団の設立・運営においてもみられるところであり、このような裁判所外における権利の実現が圧倒的に多い今日、また将来の展望としても、裁判所は決して almighty ではなく、多面的な処理が合理的に行なわれるようにすることを目すべきであると思うが故に、司法の機能を過大評価すべきではないと思う次第である。「権利既存の觀念」の肯定は、このような思考に基づくものであり、また、法秩序 (Rechtsordnung) の実情にも適っているものと思う。

(24) 藤木・金子・新堂編(代) 法律学小辞典二四三頁「権利」

(25) 参照前注(23)。慣習法については、裁判前に社会で生まれ、実在性をもち、裁判の規準となり、判例法として社会に反る。裁判の前後でその機能にvarietyはない。ただ紛争になったから裁判を経由したのであって、紛争とならなかった権利関係即ち「争いなき権利」は依然として社会に受け入れられ機能している。したがって同じ慣習法でも裁判を経過した慣習法即ち判例法のみが法なのではない。裁判規範の反射的機能が社会規範としての機能ではない。争いになったとき、ある慣習が司法判断の規準として採用されなかったということは、文字通り法的確信にまで高まっていなかった、あるいはそれは当事者の主観に過ぎず、法としての客観(的存在)性(実在性)を裁判前に未だ有していなかったということではないか。

(26) 中田淳一博士は、戦前の論文、「判決の形成作用について」(昭一八・一〇)「法学論叢」第四九卷第四号所載、同著「訴訟及び仲裁の法理」所収)において、中島弘道著「裁判の創造性原理」の主張する「民事裁判の本質的作用は既存権利の発見・確認にあらずして、新権利の創造である」とする権利創造説のみならず「事実認定も裁判官による事実の創造」だとする立場を鋭く批判されている。

すなわち、「著者には本来首尾一貫した認識論的立場はない」(訴訟及び仲裁の法理一六七頁、以下頁のみ)とされ、「訴訟は具体的事件を法的に形成する最も重要な手段であるが、この具体的形成は訴訟外においてもなされる。即ち、大抵の私人はその法律関係を訴訟外において平和裡に形成するのが常であるし、その他行政及び実質的行政の一種たる非訟事件も、かかる訴訟外

の（生活關係の）規整に属する。故に、同じく具体的觀察の中にも（具体的Ⅱ）訴訟的と（具体的Ⅰ）訴訟外的との別がある。」（一九九頁）と。また、「權利は、その存在内容についての主観的な不明、或はその結果としての義務者の履行によって無効に帰するのでも、消滅するのでもない。權利は、その内容の事實的實現とは無關係な「自律的な意味内容」であり、（具体的・個別的）規範として當為の法則として、事實的生起の如何には超然たる觀念的妥当性をもち続ける。勿論、義務不履行は生活上望ましからぬ状態である。しかも、それが、法律的にも反価値的な即ち違法な態度として評価せられるのは、それ自体既に何らかの規範、例えば「契約ハ遵守スベシ」とか「借リタ金は返スベシ」とかの規範に違反していることを前提とする。」（一四一―一四二頁）とし、自然法説を支持されている。さらに、「法は人々の体験する心理的過程と極めて密接な關連を保ちつつ存立するものであり、むしろかかる心理的過程を通ずることによつてのみ、法は人々の行為規範として、その社会生活を規整するという現実的な働きをなしうるものではあるが、しかも法は決して心理的過程そのものに属するのではなく、それとは截然区別されるべき客観的存在であると考ええる。」（一四九頁）と。

次に、著者中島氏が「法律の解釈並びに適用の創造性」を事實認定の領域にまで及ぼしていることについては、「寡聞なる我々にして誤認するところなしとすれば、実に著者を措いて他に類例を見ない」（一六五頁）と驚きを示されている。

また、法の世界における常識の機能については、「法の世界における常識の役割は決して軽視されてはならない。……常識とは社会的經驗の集積であり、……法律事實もまたかかる常識の支配する行為的事實を、そのまま、若しくはこれに多少の加工を施した上、法の世界に採用したものに外ならない。」と。

以上の批判からもわかるように、中田博士はかつての通説である權利保護説に立たれ、裁判前に權利の實在性を認め、法の社会規範性を肯定され、裁判の超法規性（先行的存在性、前法性）を否定されている。したがって、後の兼子説（紛争解決説）はむしろ中島説に近く、中田批判に耐えうるものであるか疑問を禁じ得ない。

他方、中島判事は、当時大審院判事としての立場から、「訴訟法改正要綱」を提案されているが、これに対しても、中田博士から、『創造性原理』の結論として、『従來の当事者本位の訴訟を國家本位の訴訟に改造せよ』とか、『職權主義を拡大し、裁判官の自由裁量の範圍を拡張する反面、当事者の処分權を最少限度まで制限し、訴訟進行に関しては勿論、事實認定に關しても例へ

ば自白の拘束力を廃止すべし』というような全然当事者処分権主義・弁論主義を否定し去る『訴訟法改正要綱』を提案されるに至っては、到底尋常の論理をもってしては理解し難き議論であると断ぜざるをえないのである。」と強く批判されている。

このような中島判事の一連の論理は、司法の機能ないしは裁判官の能力についての過信から出ているものと思われる。今日からはおよそ想像もつかない論理の組み立てとはいえないか。

(27) 例外の原則化につき、中田前掲書一二七～一二八頁は、不当判決の存在を論拠として判決の創造性を主張することはいわば例外の原則化に当り、「かかる例外的・偶然的事例からして、……判決一般の創造的性質を結論することは、まさに牽強附会のわざと評する外はない。勿論、我々は存在とは全く超絶した当為の観念的立場に立って、現実の変動推移に無関心であることは固より許されない。しかし、いわゆる『例外の原則化』の図式における例外とは、真に新たな法発展の動向を示唆する意味と価値とを含有した現象でなければならぬ。」と述べている。

(一九七五・二・三)