

書評

Rudolf Bruns, Zivilprozessrecht. Eine systematische Einführung, 1968.

高根義三郎

一九六八年九月二〇日、思いがけなく、一冊の書物がドイツからとどけられた。それは、マールブルヒ大学教授ルドルフ・ブルンスが書いた『民事訴訟法』である。著者の依頼によってさしあげる、という発行所からの書面がついていた。著者とは全く面識がない。

ブルンスは一九四九年に『民事訴訟法』を書いている。それは小さい本であった。それが何ページの書物であったか、今、手もとにないので知ることができない。このたび、突然、贈られた書物は、本文に入るまでに一六ページ、本文が五八三ページあるので、六〇〇ページに一ページ足りないのであって、一九四九年の書物とは全く別のものである。前の書物のことについては、どこにも述べてない。著者も全く別なもののもりでいるのであろう。

判決の効力についての説明を見る。三八八ページ以下にのっ

ている。そこには、文献として、第一に、シュタインの一九一七年の書物があげてある。この書物から既判力論がはじまったものとして、これは当然のことであろう。しかし、ここには、ヘルウィッヒの一九〇一年の書物がのっていない。かえって、バーゲンシュテッヘルの一九〇五年の『既判力説』と、ポールの一九五八年の論文がとりあげてある。そのほかには、クラインフェラーと、フッサールと、ビンダーと、ベッティハーがえらばれている。文献の記載だけからして、通常の書物とちがっている。

三九二ページによると、一定の実体法上の請求権は給付判決によって強められる、存在しない請求権は——後になお、その意味をたしかめることになるが——つくられる、のである。

正しくない給付判決があると、一つの実体法上の請求権が生まれる (Schaffung) のであるが、裁判所は請求権を確定する (Feststellung) せよとせよのである。正しくない判決というものに、形成の要素があるとしても、それは例外にすぎない。ブルンスは、ここで、バーゲンシュテッヘルの確定契約 (Feststellungsvertrag) ポールの推定 (Vermutung) の概念にふれる。これらの説明は、三九三ページにある。この二つの概念については、一橋論叢でこの二人の学説を説明するときのべたので、今これをくりかえさない。

ブルンスは、一九世紀以来の既判力説の学説史を述べる (三九七ページ以下)。そのために Rudolf Schultz が Rechtsangang

の第一巻に、一九一三年に書かれた *Stand der Lehre von der Rechtskraft des Zivilurteils in Literatur und Judikatur* をあげる。

シュタインとヘルウィツヒに対して、パーゲンシュテッヘルが独自の実体法説を主張したと記載した後、ブルンスは、シュトルツが書いたよりも後の時代の学説にふれる。ゴルトシュミットが独特の訴訟法説をとなえた後、ノイナー、ビンダー、ザウアー、フッサール、パッハマンが、判決は、効力の範囲は制限されるが、具体的な法規である、との説をとったこと、そしてそれをパーゲンシュテッヘルの説よりもすぐれたものと考えたこと、を注意した。最後に、ローゼンベルヒとベッティハーの説にふれる。ポールのないあと、ドイツにおいて、実体法説を唱える論者のあらわれたことは、この上もなく、よろこばしいことである。

ブルンスはゴルトシュミットの実体司法法 (*materielles Justizrecht*) についてのべる (二八ページ以下)。ゴルトシュミットの学説に賛成する人は、このごろ、殆どなくなった。私は、この説をとって、一橋論叢 (一九六七年九月号) に、「実体司法法——民訴概念の法源としての実体私法」を書いた。ブルンスも、ゴルトシュミットの学説に好意を持つのである。判決の効力について、ゴルトシュミットは実体法説とはなれたが、ブルンスは実体法説をとった。そのように、訴訟物についても、ブルンスは実体法からはなれようとしなない。ヘンケルのいうように、訴訟法と実体法とはなれたものと考えるのはドグマで

け (Wolfram Henckel, *Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen*, 1966, S. 11)。⁶ブルンスは「私法上の権利が、訴訟において、訴訟物 (*Streitgegenstand*) として主張される、それは、所有権であったり、そのほかの制限物権であったり、支払請求権であったりするのである (二二二ページ)。

ゴルトシュミットが実体司法法という概念で、民法と訴訟法とがむすばれていることを示そうとしたことは正しい。しかし、民法を裁判官に対する命令 (*Befehlen an den Richter*) と見たのは、折角、民法と訴訟法との密接なつながりを示しながら、そのために、人々に問題を理解させずにしまったのである。私は、一橋論叢にのせた「実体司法法」にこのように書いた。全くそのとおり、ブルンスも述べている (二八、二九ページ)。テオドル・シュテルンベルヒは、一九〇八年、スイスのローザンヌでドツェントをしていた当時、『アクチオの学と訴訟の学』を書いた。晩年にシュテルンベルヒは、一九一四年にでたゴルトシュミットの実体司法法の書物を見て、自分と全く同じ考えである、と述べた。しかし、ゴルトシュミットの考えは、僅かばかりではあるが、一層、実体法に近く考えなおされなければならぬのである。

シュテルンベルヒは、若い時、後にベルリン大学教授になったヘルウィツヒを訪ね、民訴のテーマについて教えをうけようとした。ヘルウィツヒはこれを拒絶し、よいテーマがあれば、自分が書く、といったとのことである。シュテルンベルヒにと

って、この一九〇八年の小著が唯一の民訴の著書である。近頃になって、カーゼルがローマの民事訴訟法を書いた (Max Kaser, *Der römische Zivilprozessrecht*, 1966)。カーゼルの書物に書いてあることは、シュテルンベルヒの説明に近い。

シュテルンベルヒはヴェツェルの書物を重要な文献であると認めた (Wetzell, *System des ordentlichen Zivilprozesses*, 3. Aufl. 1878)。そして、自分が民訴の本を書いた当時には、ヴェツェルの書物が手に入らないで、見ることができなかった、といった。ブルンスは、このヴェツェルの書物を特に度々引用していることが注意をひく。

ブルンスは二月五日付の手紙に次のように書いています。『判決の実体的確定力に関するあなたの説は、全く私の考えと同じです。訴訟の結果が実体上の権利となることは、当然であります。刑事訴訟では、そうではありません。そこでは、誰かが犯罪をおかしたとして罰せられたというだけで、その人が犯罪をおかしたと、誰も認めることはできません。しかし、市民法で問題となるのは、財貨の処分であります。』

ゴルトシュミットの考えのなから、本当にゴルトシュミットらしいものを取り出すことによって、我々は、訴訟法と実体法との関係を取りもどし、そうして、訴訟法の正しい理解に達することができる。

そのために、ブルンスの『民訴訟』は、民事訴訟法の文献のなかで特に大切である。

一九六六年四月二八、二九日ミュンヘンで開かれたドイツ民訴担当者会議には、イタリーのベッティ教授 (Emilio Betti) も加わっていた。教授が、そのように、この会に来ていることは、三〇日テーゲルンゼー湖畔での懇親会のとき、その夫人の紹介で知ったのである。翌日、ドイツを去る前に、私は私の論文「既判力説について」をローマの教授にあて送った。残念なことに、教授は、一九六八年八月一日に、なくなられた。一九九〇年八月二〇日生れであるので、七七歳であった。

(亜細亜大学教授)