

マックス・パーゲンシュテッヘル

高根義三郎

一 『既判力説について』

民事訴訟法の本を、ことに、判決手続の本を読むひとは、だれでも、パーゲンシュテッヘルの名を見いだすだろう。パーゲンシュテッヘルは民事判決の効力が実体法によって定まるとするのである。民事訴訟法の本には、パーゲンシュテッヘルとはちがって、民事判決の効力を訴訟的に説明するのが例となっている。そこで、パーゲンシュテッヘルの説はまちがった説としてあげてある。果してそうだろうか。パーゲンシュテッヘルの説を排斥したということは、民事訴訟法を理解することのさまざまなこととなったようである。

パーゲンシュテッヘルは、一八七四年六月三〇日ウィースバーデンに生れた。一八九八年イェナでドクトルの

学位を得て、しばらく予備判事をした後、一九〇五年ヴェルツブルグ大学で大学教師の資格をとった。この大学で四年間、私講師をした後、一九〇八年ローザンヌ大学で教授となった。そして、一九一七年クットナーの後任者としてフランクフルト大学に招かれ、これに応じた。一〇年後、ハンブルグ大学に移って、この大学に最後まで教授をしていた。一九三九年に退職して郷里タウヌスに帰り、郷里の近くのケーニヒシュタインで晩年をすごしておったが、一九五七年七月一二日に病死した。パーゲンシュテッヘルの肖像は『判例時報』（昭和三十三年三月二一號、「パーゲンシュテッヘルの死を悼む」）にのっている。この肖像は未亡人クララ・パーゲンシュテッヘルから私に贈られたのである。この肖像を贈られるについては教授の高弟マックス・グリムの援助を受けた。

パーゲンシュネッテッヘルは一九〇五年に『既判力説について』という書物を発表した。これが名著である。そのなかで、既判力の実体法説を説いた。それは次のとおりである。

一、権利と訴訟

国家は権利者に対してその利益のためにどのような命令が（命令または禁止が）存在するか、確定することができるようにした。確認の訴がこれをするのである。

しかし、当事者間に存する権利を確定するのは、確認の訴だけではない。給付の訴にも権利を確定する作用がある。給付の訴は、原告に最終的な満足を与えるというこの訴の本来の目的を、同時に当事者間における給付義務の存在を確定することによってはじめて満足させることができる。

給付の訴の主たる目的は原告に強制執行ができるようにする点にあるが、確認の訴の唯一の目的は権利を確定する点にある。給付の訴はこのようにして確認の訴と区別されるのである。

この確認訴訟と給付訴訟に共通なものを求めると、裁判官がこの訴訟によって直接に達しようとする最終目的

は常に同一であることがわかる。原告が存在すると主張する（または存在しないと主張する）命令が存在するか存在しないかという問題について当事者間の権利を確定することが常に訴訟の直接の目的である。権利の確定を求める当事者は給付の訴では常に原告であるが、確認の訴では被告のこともある。

二、判決の法律上の性質について（宣言か形成か）  
給付の訴も確認の訴も一つの確認（Feststellung）をもっている。このことは確認の訴では既にその名が示している。

これらの訴は権利を確定しようとするのである。ここで、問題が二つで来る。

第一に、判決において何が確定されるのか。  
通説はこれに答えて、権利が確定の対象である、という。（ワッハ、ヘルウィツヒ）

そして、第二の問題として、何によって、確定されたものが侵すことができない（unanastbar）のか。

この問題は次のようになる。後々の裁判官は同一当事者間の新たな訴訟で権利が第一の訴訟で存在すると宣言されたように存在するものとして出発しなければなら

い。裁判官がこのように強制される保証はどんな手段でできたのか。

判決が権利を確定する力は確定に固有な力によるのではない。宣言を犯すことのできないものにするものによるのである。このものは判決によって作られる。このものが——それは宣言ではない——権利を確定するものである。そして、判決はどの判決もこのものを作る。このようにして生じた変更はひとが既判力 (materielle Rechtskraft) と名づけるものを判決に与える効力であり、確定を既判力ある確定にする効力である。

要約すれば、判決は確認判決も含めて一つの形成 (formale Konstitution) でなければならぬのである。

### 三、確定契約。法律上の性質

次に、確定判決の効力は当事者が契約によって生ぜしめることができる法律上の効力と比較できることを証明しよう。

実際生活では、疑いある権利関係を疑いのない権利関係と取り替えたいとする欲求が生れることが多い。二人の人が双方の主観的に不確実な権利、すなわち、争いある権利について法律的な確定を得ることは経済上の利益

のために望ましいと思うであろう。主観的に不確実な権利状態は主観的に確実な権利状態にならなければならぬ——そういうようにこの二人の人は望むだろう。今までの権利状態はそのまま維持されなければならない。それは宣言されなければならない。宣言されたものは、たとえ間違つたことが宣言されても、今後は当事者間の権利関係として存在しなければならぬ。間違つたことが宣言されたときは、理念上は常に宣言されたにすぎない契約が事実上は形成的効力を持つこととなる。

各人はその権利状態を契約によって直接に変更することができ、そのかぎりでは権利を確定するためにも権利状態を変更することができる。各人は次のように、協定することができるのである。「我々の権利関係が今後はこれこれであるときめても実際にはそうでなかったなら、我々の権利関係は今まさにそのようにならなければならぬのである。」

### 四、確定契約の効力

今まで、もっぱら債権についての確定契約を問題にした。しかし、和解と同じように、確定契約も債権にだけ制限されているのではない。物権についても確定契約を

結ぶことができるのである。

いわゆる積極的確定契約は問題となっている法律効力を作るための契約に似ているのである。当事者が一つの法律効力を形成的契約によって作ることができるのと同じように、当事者は同じ法律効力を確定契約によって作ることができる。

次に、この指導原則の適用を二、三の例によって述べて見る。

当事者はBが一定の消費貸借契約にもとづいて今や少しの債務も負うてないことを確定しようとする。この目的は、BがAに少しも債務を負うてないことをAが承認し、Bがこの表示を受けることによって達せられる。債務があったとしても、その債務は今や消滅したのである。

我々は今やむずかしい例を、すなわち、絶対権についての確定契約を、問題とする。我々は最も重要な場合である所有権に問題を制限する。

AとBとが契約した。その契約によって、Aが物件Sの所有者であることが確定した。

1. Aは占有者である。Aが既に前から所有者であっ

たのなら、権利状態に変更はない。Bが所有者であったのなら、この契約の締結によって所有権はAに移転する。

2. Bが所有者であり、Cが占有者である。この場合には、所有権は直ちに移転する。

#### 五、契約者の承継人に対する確定契約の効力

承継人に対する契約の効力とは、承継人がその前主の相手方に対して承継人自身が契約を結んだのと同じ権利義務を持つことである。このような意味で、確定契約は当事者の承継人に対して効力があるか。

一般承継について、この問いを肯定することは自明である。承継人は前主の地位に完全にはいたのであって、それ故に、承継人自身が確定契約を結んだのと同じように、権利を得たり義務を負ったりするのである。これに反して、特定承継にあっては次のように、区別して考えなければならぬ。

債権的権利によって二人の当事者の間に法律関係が生ずる。

一般承継人がその前主のすべての権利関係にはいると同じように、譲受人はこの権利によって発生し、この権

利に関して存在する譲渡人のすべての権利関係にはいるのである。すなわち、債務者は譲受人が今や債権を持っていることを承認しなければならぬばかりでなく、債務者は消費貸借契約の締結によって現在の債務が発生したのと同じように譲受人に対して義務を負っているのである。

#### 六、制限された確定契約

制限された確定契約とは、一定の権利の存在を確定することをめざすのではなくて、一定の権利が存在するためには生じなくてはならない一定の構成要件の一部要素が生じていることを確定しようとするのである。権利がほんとうに存在するか、すなわち、権利が実在することができるといふために生じていなければならないその他の構成要件要素も生じているかどうか、ということとは、そのままになっているのである。

この契約は、権利の存在について確定することを目的とせず、或る権利が存在する一つの要件となる一つの構成要件要素が存在することを確定しようとするのである。

制限された確定契約に対しては、前に完全な確定契約

について述べたことすべてがあてはまる。

#### 七、判決と確定契約

デルンブルヒは次のように教える。

「承認とは権利の存在の確定である。関係人によって有効に承認されたことは、承認が宣言したとおりの効力をもつ。そのものが現実と一致するかどうかということは問題にならない。」

これらすべての確定契約に共通なものは何か。確定契約の法律上の性質はどうなのか。私の考えによれば、それは、或る権利についての当事者間の法律関係に関する確実な宣言である。

当事者の関係の宣言とは何か。Aが一九〇〇年に結んだ契約によってBに対して一つの債権をもったことをBが承認すると、この両者の法律関係は、この両者がこの契約を結んでおいたら生じたはずの関係になる。

物権についても同じ問題があるのである。

しかし、当事者が、債権関係について確実な宣言をするのと同じように、物権関係についても確実な宣言をすることが許されない理由はないのである。

今や、判決と確定契約との間に確かに似たところがあ

ることを否認することはできないのである。両者は多くの点で同一の目的を追っている。両者は一定の権利について二人の当事者間の法律関係を確定しなければならぬのである。ここで両者とも一つのめんどろなことが起る。それは、第三者の権利をおびやかしてはならない、ということである。

次に、私はこのような考えにそうして説明を進めて行くつもりである。私は、判決と確定契約とが完全に似ているという証明をしようとするのではない。私はただ、確定契約というものを引っぱってきて既判力問題の解決を容易にしようとするだけである。

確定判決は、その法律上の性質から見て、確定契約と同じように、主張された権利について当事者間に存在する権利関係の確実な (authentisch) 宣言である。このことを次に、証明するであろう。

判決は純粹な確定行為であるとの考えを固執するとすると、ひとは確定の対象 (Gegenstand) を確定契約とはちがって形成しなければならぬ。

そこで、次のようになる。確定の対象は、主張された権利ではなくて、この権利について当事者間に存在する

関係である。

この関係は、第三者の正当な利益をそのうちことなしに、変るのである。

この考え方の長所は主として次の点にある。判決は当事者間の権利を確定するという目的を達する。しかも、一方においては、第三者の正当な利益をおびやかさないようにするし、他方では、明瞭な関係を作って、当事者は訴訟において、在るとされたものを主張し、ないとされたものを効果的に争うことができるようになるのである。

#### 八、訴訟外の権利状態の探求を排除する規定

裁判官が訴訟外の状態を探求することを妨げる傾向を持った民事訴訟法の規定がある。次にこれらの規定について述べる。

裁判上の自白と相手方の主張を明かに争わなかったことの効果に関する規定がこれらの規定である。

パーゲンシュテッヘルは、一九〇七年に、その著者『既判力説について』の自己報告 (Selbstericht) を書いた。そのなかでパーゲンシュテッヘルは次のように述べている。

民訴二八八条によると自白された事實は立証を要しない。一つの事實または一つの権利関係が自白されると、裁判官は、事實関係が自白者の相手方が主張したとおりであるとして判決しなければならぬ。自白したBが、かつて、Aから金を借りたかどうか、裁判官は調べる必要はない。自白したBは金を借りたのである。そのときは、裁判官がその裁判に当ってBが金を借りたということから始めるのが正しい。ほんとうに金を借りているからである。或はBは金を借りなかった。そのときは、自白によって当事者間の実体法上の関係は恰もBがAから金を借りたように形成されるのである。

事實の自白も、権利関係の自白の場合と同じである。ここでも、自白の効力は制限された確定契約の効力と同じなのである。

民訴一三八条三項は、「明らかに争われない事實は自白されたものと看做す」と定めた。事實審の最終口頭弁論までに事實を争わないことは、法律上、自白の答弁と同じ効力がある。その効力は、この場合も、制限された確定契約にひとしいのである。

九、いままでの研究の成果

判決は常に真実を宣言したときに限ってその目的を達することが出来る。それ故に、不真実な宣言が起ることのないように配慮されなければならない。宣言は変わることができないので、権利状態が変わらなければならない。権利状態は既判力の生じた瞬間に変わるのである。しかし、宣言は或る過去の時点についてなされるので、この変更は遡及力をもつ。変更は事實審の最終の口頭弁論のときに遡及して（形成的に）生ずるのである。

訴訟の目的は真実の探究である。成果は訴訟の理念によれば真実の宣言である。しかし、裁判官が真実を宣言しなかったならば、裁判官が（真実だと）宣言したものが真実になる。確定契約との相似は明かである。

一〇、前になされた確定判決の同一当事者間の訴訟における効力について

ここで主張される考えによると、確定判決は、当事者間の権利関係が——たとえそうなつてなくても——判決がその権利関係を存在するものとして宣言したようになる効力をもつのである。このようにして、権利の確定が保障される。判決が作られたときはいつでも、裁判官は特別の規定がなくても、当事者間の権利関係は第一の判

決で宣言されたとおりでであることをその判決の基礎にするのである。

一一、前になされた確定判決の第三者との訴訟における効力について

一方の当事者と民訴三二五条一項に記載されている人以外の第三者との間の訴訟において、その争いの裁判が、確定判決によって既に裁判された問題の裁判に間接に依存することがある。そこで、次のことが問題になる。裁判官はこの問題を（前に裁判された問題を）もう一度、前の判決から独立して、裁判しなければならないのか、または、その裁判に当って前の判決による宣言をその裁判の基礎にしなければならないのか。

実体法説の信奉者は次のように考えている。判決は既判力を受けない人々の権利状態に影響を与える。当事者間に結ばれた契約がこの第三者の権利状態に影響を与えることができる範囲で第三者の権利状態に影響を与えることができるのである。

判決の第三者に対するこの効力を判決の反射的効力と呼ぶのである。

一二、執行権の法律的性質

執行権は前提された私法上の権利を実現するためにある。ここで主張される考えによれば、原告に有利な給付判決（しかも確定判決）では、このような私法上の権利が常にあるのである。

公法上の執行権は一つの全く独立した権利である。しかし、独立した権利といっても、私法上の権利を実現するために与えられているのである。従って、すでに私法上の権利が実現された後には、執行権の行使によって得たものは不当利得である。

一三、成果と結論

最後に、私は、確定判決の本質についてここで弁護した考えによると、理論でも実務でも争われているたくさん問題を容易に解決することができること、この解決はひとが他の方法で達する解決よりも一層公正であることを、一つの例を示して証明しようと思う。

私はこのために一つの設例をえらぼう。この設例については三人のすぐれた訴訟法学者（フィッシャー、ワッハ、それにヘルウィッヒ）が確定判決の効力を論じた書物のなかで述べているのである。

BはCに対する売買契約で一つの債権を得た。あとに

なつてBはCに対しこの債務の支払を延期してやった。

——そこで、Aは(真実に反して)Bは自己の名において売買契約を締結したのではなく、Aの代理人として売買をしたのである、と主張した。そして、Bに対し、AがCの債権者であつてBがCの債権者ではないという確認判決を得、この判決は確定した。

ここで、次の問題が生じる。

1. AがCに対し支払を求めたとき、Cは「Bが債権者だ。僕は君に債務を負っていないよ。」とつて反対することが出来るか。

2. (第一の問を否定した場合に)

CはAに対してBと結んだ延期契約を援用することが出来るか。

3. Cは——BがCから支払を求めたときに——「Aが債権者だ。僕は君に債務を負っていないよ。」とつて反対することが出来るか。

4. CはAに支払つてBに対する債務を免れるか。

5. CはBに支払つてAに対する債務を免れるか。

既判力の本質についてここで弁護した説によると、この五つの問題は次のように答えるべきである。

第一の問題。CはAに対して、Bが債権者である、とつて反対することはできない。

第二の問題。Bと結んだ延期契約をCはAに対して援用することが出来る。

第三の問題。BがCから支払を求めたときは、Cは、「君は債権者ではない、Aが債権者だ。」とつて反対することが出来る。

第四の問題。Aに支払えばCはBに対して常に債務を免れる。

第五の問題。Bに支払えばCはAに対して債務を免れる。Cが支払当時、判決を知っていたときは、この限りではない。

## 二 バーゲンシュテッヘルの著書論文

バーゲンシュテッヘルは一九〇五年に『既判力説について』を公にしたのであるが、一九〇七年にはこの書物について自分で報告を書いた。それは、ステイヤ・ソムロ(Stier-Somlo)が編集した『行政法年鑑』(Jahrbuch des Verwaltungsrechts)第一巻のなかにある。三三五ページないし三七一ページがそれである。

そこで、既判力の訴訟法説論者と実体法説論者との間に論争がはじまった。債権者を原告、債務者を被告とする貸金返還請求訴訟が原告敗訴に終わったあとで、債権者が保証人にその保証債務の支払を求めたとき、保証人は前訴の原告敗訴判決を援用することができるか。また、貸貸人賃借人間の賃貸借不存在確認判決のあとで、賃借人は転借人に賃貸借の終了を原因として家屋明渡を求めることができるか。この二つの問題について、パーゲンシュテッヘルは二度、論文を書いた。「既判力の本質に関する論争の実際的意味」(Die praktische Bedeutung des Streitens über das Wesen der Rechtskraft) がはじめの論文であり、「既判力に関する論争の実際的意味——再論」(Nochmals: Die praktische Bedeutung des Streitens über die Rechtskraft) が第二の論文である。一九〇七年と一九一四年のことである。

一九二二年に『予備的相殺について』モノグラフィイが出た。この単行本はこのテーマについて重要な文献である。予備的相殺については、ゴルトシュミットの『権利状態としての訴訟』と、レントの「請求の多数と請求原因の多数との区別について」の二つが重要なのである。

る。ゴルトシュミットが、最も明確な攻撃方法優先の原則、また、最も明確な防禦方法優先の原則と呼んでいる説明は、パーゲンシュテッヘルもレントも述べている。ただ、ゴルトシュミットのような原則でもって表現していない。ゴルトシュミットの原則はその弟子シェンケも用いていない。恐らく、ゴルトシュミットの後には、一九六二年に出たルドルフ・ラウンの八〇歳の誕生祝賀論文集のなかの私の論文「既判力説について」のなかに私が書いたのがドイツの文献では二度目にあたるのである。

一九二五年に、パーゲンシュテッヘルは『増価訴訟における既判力の抗弁』を書いた。一部請求における原告勝訴の判決の効力が残部の請求にどのような効力を及ぼすか、という問題である。パーゲンシュテッヘルはこの問題を、一般論として、一九三〇年に取扱った。『訴訟問題』(Prozessprobleme) という題の単行本として出たのであるが、この本は二つの論文からできている。第二の論文は「ドイツ民事訴訟法における勝訴者に対する判決の効力」というのである。七七ページから九八ページに論じてある。

バーゲンシュテッヘルは一部の請求について、「原告が或る権利を主張し、その主張どおりの判決があった場合には、原告が自己の権利はその申立の範囲にかぎると主張しているので、その判決もその権利の全部について判断したこととなり、その権利が原告主張の量よりも多くないことを確定する。この場合には、判決は勝訴した者の不利益にもなる。勝訴した者が後の訴訟で同一の権利の残部を請求したならば、既判力の抗弁を受ける。しかし、勝訴した者が前の訴訟で、残額を留保して、一部の権利だけを請求した場合には、前の場合とちがって、既判力は残部に及ばない。」と説いている。レントも同じ説である。我が国でも、この考えが通説になつてゐる。最高裁判決（昭和三七年八月一〇日、集一六巻八号一、七二〇ページ）は、「一個の債権の数量的な一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴が提起された場合は、訴訟物となるのは右債権の一部の存否のみであつて、全部の存在ではなく、従つて右一部の請求についての確定判決の既判力は残部の請求に及ばない。」と判示した。

この点については、ローゼンベルヒはバーゲンシュテッヘルの説に反対である。バーゲンシュテッヘルの実体

法説はすぐれた説であるのに、この一部請求に關してはバーゲンシュテッヘルの説に賛成することができない。一九六四年になつて、ポレレがバーゲンシュテッヘルに反対して次のように説明した。

「レオ・ローゼンベルヒによると、あまりにも少ない売買代金を請求した原告またはあまりにも少ない収用補償を請求した原告は、第二の訴訟で残額を請求することができ、というのである。しかも、原告が第一の訴訟で第二の請求を留保してなくとも差支えない、というのである。訴訟法の著書は多くこの考えをとっている。反対説は、ヘルウィツヒ、バーゲンシュテッヘル、レントなどがとっている。ドイツの最高裁判所は、第一の訴訟で残額の請求を留保することが必要であるとする。それによると、留保をしないと原告勝訴の判決で、請求しない残部が確定判決で棄却された結果となる。果してこの考えは正しいか。原告勝訴の確定判決は原告に利益となるばかりでなく、不利益を及ぼすことになるのか。

反対説によると、原告が一部請求をするのであるとも残額の請求を留保するともいわずに、訴で一、〇〇〇マルクを売買代金、貸金または損害賠償として請求し、し



nicht vorbehaltene Nachforderungen des siegreichen Klägers? ZPP 77. Band, 1964, 99—115.)

### 三 ヨセフ・コーラー

フランツ・クラインの六〇歳の誕生日を祝った論文集に、コーラーは「判決における実体法」(Das materielle Recht im Urteil)という論文を書いた。そして、次のようにいう。

「判決が婚姻を無効であると宣言するときは、婚姻が無効であると言えば十分である。判決が債権が存在すると宣言するときは、債権が存在すると言えば十分である。二人の当事者間で争われていた所有権が判決によって一方の当事者のものであるときは、今や単純にこの所有権はこの当事者のものであると言えば十分である。たとえ、所有権が以前はこの当事者のものであろうとなかろうと、それはどうでもよい。

もちろん、裁判官は第三者の財産を訴訟に持ち込んでも、原告の権利を形成したり、または被告の権利を形成したりすることは許されない。裁判官は双方の当事者の持つ財産に限りて資料 (Material) とすることができ

し、従って、一方の財産を他方の財産とするということだけができるのである。このことから、当然、一方の当事者と他方の当事者との間の法律行為 (Rechtsgakt) によって効力が生ずる範囲に限りて、判決は効力を及ぼす、という原則が生れる。このことは、債権が問題となつて、この債権が肯定され、または否定された場合には自明である。その結果、確定された債権は事後、当事者間に存在し、否定された債権は事後、当事者間に存在しないのである。しかし、所有権に関すると、この原則は次のようになる。すなわち、二人の当事者の一方が所有者であり、しかも他方に所有権があると宣言されると、所有権は判決の力 (Macht) によって一方から他方に移転する。これに反して、原告Aも被告Bも所有者でない場合は、もちろんAの勝訴により、またはBの勝訴によって第三者の所有権は何の妨害も受けない。ただ、AとBとの間に一方が他方に物の引渡を求めることができる請求関係が生れるばかりである。」

コーラーの論文は一九一四年に公になった。そこに書かれているコーラーの考えはバーゲンシュテッヘルの考えと同じである。バーゲンシュテッヘルは一九〇三年に

その考えをまとめたといっている。そして、コーラーがパーゲンシュテッヘルに近い考えを明らかにしたのは一九〇四年であるとパーゲンシュテッヘルは書いている。恐らく、この二人の実体法論者は互に独立して同じ説を説くようになったものと思われる。

コーラーは、ホルツェンドルフ・コーラーの『法律学のエンツィクロペディー』五巻のうち、第二巻に民事訴訟法を書いている(一九一三年版では二五二ページないし四〇三ページ)。このコーラーの『民事訴訟法』は一九〇四年に出たのである。このエンツィクロペディーはホルツェンドルフがはじめたものであって、コーラーが引きついたのである。最終版は一九一三年になっている。コーラーは一九〇六年の『民法教科書』第一巻にも既判力についてふれているし(二一八、二一九ページ)、この第一巻には後にゴルトシュミットが訴訟法に利用した「権利状態」の理論がはじめて展開されているのである(一五二ページ)。

コーラーは、一九一三年に出たホルツェンドルフ・コーラーのエンツィクロペディー、第二巻に、近く民事訴訟法教科書を発表する(Ein Lehrbuch des Zivilprozesses

soil in Bände erscheinen)と書いているが、この教科書は遂にできなかったのである。

コーラーは一八八八年に『権利関係としての訴訟』(Prozess als Rechtsverhältnis)を出した。同じ年に、『訴訟法研究』(Prozessrechtliche Forschungen)が公になり、一八九三年に『民事訴訟論文集』(Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess)が出版された。その考えを要約したものととして、一九〇七年の『民事訴訟概論』(Grundriss des Zivilprozesses)がある。

#### 四 実体的司法法

シトルツェ(August S. Schultze)は『相互に作用する私法と訴訟法』において、「訴訟法の理論は、訴訟法が法典になってから後も依然として重要である。それは、訴訟法典は訴訟法のうちの一重要な根本概念(Grundbegriffe)を自分で規定しないで、学問(Wissenschaft)にまかせたからである。訴訟法の重要な根本概念とは、請求原因、举证責任、それに既判力の効力と範囲などのことである。そして、請求原因とは、主張された権利のことである。」と述べた。

テオドール・シュテルンベルヒ (Theodor Sternberg) は一九〇八年に『アクティオの学と訴訟の学』(Actionen-wissenschaft und Processwissenschaft) を公にした。そして次のように言う。「現代では実体法と訴訟法とは互に他方から独立して存在する。実体法は権利または請求権を規定する。権利または請求権の数はたくさんあって数えきれない。しかし、訴訟は通常訴訟と特別訴訟とにわかれているにすぎない。実体法と訴訟法とはその性質からみても互に独立しているのであって、その状態は二つの平行線のようなものである。」

しかし、ローマ法では実体法と訴訟法とは互に独立していなかった。ローマ法の権利は、実体上の請求権であると同時に訴訟上の権利であった。アクティオとはこのような権利である。ローマ法は一元的な法律学であった。一つ一つの実体上の権利が各自それに特有な訴訟手続をもっていた。このように、ローマ法では実体法と訴訟法とが密接につながっていたために、あまりにも訴訟的にかたよった考えにおちいる危険がなかった。」

ジェームス・ゴルトシュミットは一九一四年に、『民事に関する実体的司法法についての二つの論文』を書い

た。そして、その第一の論文で「民事に関する実体的司法法の意味について」(Über Begriff und Bedeutung des materiellen Ziviljustizrechts) 次のように言う。

「民事訴訟の根本概念である請求、挙証責任、推定、それに既判力の法源は実定法としての訴訟法ではない。その法源は実体法である。実体法はヤーヌスの頭のように、二つの顔をもっている。一つは民法の顔であり、もう一つは司法法の顔である。民法の顔は相手方に向いており、司法法の顔は国家に向いている。しかも、国家に向いている実体法が民事訴訟の根本概念の法源である。」

国家に向いている実体法は実体的司法法である。これは実体法と訴訟法との中間領域ではない。これは、民法そのものである。その民法は、個人と権利保護の義務者としての国家との関係を定めた規定の集合 (Inbegriff von Rechtsregeln für das Verhältnis der Individuen zum rechtsschutzpflichtigen Staat) とどうふうに考えなおされたものである。実体法と実体的司法法とは同一の法の二つの面 (Seite) にすぎない。」

ジェームス・ゴルトシュミットは、日本でこれまで、ヤマス・ゴルトシュミットといわれて、私もそのように

呼んでいたが、いまから五、六年前に、ハンブルグ地方裁判所判事ウイヘルム・レールに注意されてからジェームス・ゴルトシュミットと呼ぶこととした。ジェームスはイギリス系の名であって、イギリス流に呼ばなければならぬということであった。

ゴルトシュミットは一九二九年に民事訴訟法の教科書を書いた。一九三二年にはその再版が出た。そこで、ゴルトシュミットは訴訟物 (Prozessgegenstand) は権利保護請求権 (Rechtsschutzanspruch) であると述べている (二二七頁)。しかし、私法上の権利関係 (Privates Rechtsverhältnis) が訴訟物になるはずである。民法が実体的司法法であるから、私法上の権利関係が訴訟物となるのである。訴訟物の考え方において、ゴルトシュミットは実体法をはなれてしまったのである。

ゴルトシュミットは一九二五年に、『権利状態としての訴訟』を書いた。そこで、ゴルトシュミットは既判力について述べている。既判力は実体的司法法としての実体法を法源としているのであるから、ゴルトシュミットの既判力は実体法説をとってよいはずである。実体法説としてパーゲンシュテッヘルの説をとることとなる。

しかし、ゴルトシュミットは、「実体法説とは既判力説ではなくて、誤った判決の構成要件たる効力を説くものであるというのが正しい。」(一八五ページ) といって、実体法説を排斥した。

ゴルトシュミットの『権利状態としての訴訟』に対しては、近頃になって、訴訟をただ勝つためにたかかう場所と考え、社会倫理的な説明を欠いているという非難がなされた。エーリッヒ・シュウィング (Erich Schwinge) の『法律家とその職業——一つの法律学入門』(Der Jurist und sein Beruf—Eine Einführung in die Rechtswissenschaft, 1960) がそれである。そして、六〇二ページの大冊で二、八四七の註のあるこのゴルトシュミットの本が、おおげさなわりに価値の低いものであるとするのである (三七、二二〇ページ)。しかし、私はそうは思わない。

ただ、ゴルトシュミットが一九一四年に公にした実体的司法法の理論を訴訟法の根本概念を説明するに当って忘れてしまっていることを惜しむのである。もしも、ゴルトシュミットがそのはじめにいただいた実体的司法法の理論をつらぬいていたならば、訴訟物についてはレントのように、これを実体上の法律効果であると説いたであら

うし、既判力についてはバーゲンシュテッヘルのよう  
に、これを確定契約と似たものであると述べたであろ  
う。そして、訴訟法のすべての根本概念について実体法  
とのつながりを強調することができたであろう。それ  
は、既判力についてだけの実体法説ではない。民事訴訟

についての実体法説である。そして、今日よりも早く、  
一九二九年に——この年にゴルトシュミットは民事訴訟  
法の教科書の初版を書いた——民事訴訟の実体法説が完  
成していたであろう。それが惜しまれるのである。

(一橋大学講師)