

民事法における立法及び法解釈学における方法論についての考察

「市民法におけるすべての定義は危険である (Omnis definitio in jure civili periculosa est.)」というローマ法の法格言の意味するところは何か？

石 井 彦 壽

目次

はじめに

第1編 総論

第1章 数学の論理と法解釈学の論理との対比

第1 数学の方法論

1 数学の論理の完全性は次の要素から成り立っている。

- (1) 定義
- (2) 公理
- (3) 公式・定理

2 公理は、仮定命題である。

第2 法解釈学の方法論

1 法的三段論法

2 法律における無定義概念

(1) 法律用語として、わざわざ法文に定義規定をおかなくても、その意味が了解されうるもの

(2) 上記以外の法律における無定義概念

(A) 意図的不明確性 (立法技術)

(B) 非意図的不明確性

3 定義規定が定められている法律

(1) 定義規定が定められている法律が多くなった理由

(2) 定義規定が定められている法律の具体例

4 法令の解釈に関する最高裁判例及び学説の役割

- (1) 最高裁判例の分類
- (2) 分類の見分け方

5 法解釈の方法論

- (1) ドイツにおける自由法学（自由法論）と概念法学
- (2) ローマ法における法解釈に関する学説
- (3) アメリカにおける憲法解釈の対立
- (4) 我が国の法解釈学と判例
 - (A) 意図的・非意図的不明確な法文に対する解釈による補充
 - (B) 紛争を解決するための法律がそもそも欠缺している場合の法源
 - (C) 最高裁が法律の欠缺を判例により準立法をした例
 - (a) 代償請求
 - (b) 仮登記担保の清算金に関する判例と「仮登記担保契約に関する法律」（略称「仮登記担保法」）の成立—バブル経済との関連
 - (c) 人格権による差止請求等
 - ① 人格権としての名誉権に基づく侵害行為の差止請求を認めた事例
 - ② 人格権としてのプライバシーに基づく侵害行為の排除，差止を認めた事例

(第1編まとめ)

第2編 ケーススタディ

第1章 序論

第2章 民事訴訟法と民事執行法における「承継人」の概念について

第1 準備作業

- 1 「訴え」と「請求」の定義
- 2 「訴訟物」(Streitgegenstand)の定義
- 3 公理

第2 「口頭弁論終結前の承継人」(民訴法50条)について

最判昭41.3.22民集20.3.44の内容

- 1 事案の概要
- 2 上記判例において使用されている「紛争の主体たる地位の承継人」の定義

第3 「口頭弁論終結後の承継人」について

- 1 既判力が拡張される民訴115条3号に規定する口頭弁論終結後の承継人の定義

民法における立法及び法解釈学における方法論についての考察

2 上記1の定義を超えて「紛争の主体たる地位」にまで拡張する学説

(1) 高橋宏志「民事訴訟法概論」有斐閣 p279～p289

(2) 反論

(3) 他の学説

第4 民事執行法における「債務名義成立後の承継人」(民事執行法 23条1項3号)

第5 民事訴訟法解釈学における無定義概念について
おわりに

はじめに

数学は、ある命題について、真か偽が明確に判定されるのに対し、法解釈学においては、定義されていない法文の解釈について学説が分かれている場合がある。しかし、どの学説が正しいかについては、必ずしも正解があるわけではない。法学部において法解釈学を学び始めてこのことを知ったとき、法解釈学は、甚だ不完全な学問ではないかという疑問が生じたことがあった。もちろん今ではそのように考えてはいない。法は、社会統制のための記号的手段の一つであり(碧海純一「法と言語」日本評論社 p9)、行為規範、裁判規範としての実践のための学問である。しかも、そこには、社会における価値観も関係してくるのであるから、数学とは、次元の違う学問である。しかし、論理の厳密性が要求される面においては、共通する部分もある。

本稿は、法解釈学が必要とされる理由について検証し、法解釈学において学説が分かれる原因である価値観の相違及びそれ以外の原因についても検証すべきことはないかを考察するものである。

第1編 総論

第1章 数学の論理と法解釈学の論理との対比

第1 数学の方法論

1 数学の論理の完全性は次の要素から成り立っている。

(1) 定義

数学は、概念を厳密に定義することから始める。定義は約束である。例えば、二乗すると -1 となる数はなぜ「 i 」なのかという問は、無意味である。「 i 」をそのように定義する、すなわち約束したに過ぎないからである。このように「 i 」を定義すると、数の概念が複素数にまで拡張される。量子力学は、複素数の概念なしには成り立たない。

(2) 公理

公理とは、無証明で自明と認められる命題である。

(3) 公式・定理

定義と公理から演繹法により、公式や定理が導かれる。それが真か偽かは、論証可能である。

2 公理は、仮定命題である。

19世紀に至って、非ユークリッド幾何学の発見を機に、公理というのは自明な命題ではなくて、理論の展開に必要なある種の仮定命題であると言う見方が定着していった（足立恒雄「無限の果てに何があるか」p240）同旨彌永昌吉・赤攝也「公理と証明」筑摩学芸文庫 p3）。

バートランド・ラッセルは、若い頃次のように述べてユークリッド幾何学の公理を自明なものとするに抵抗を感じていた。

「私の生涯で、決定的な意味を持つ一つの経験をしたのは、若い年頃であった。私の兄は、私より7歳も年上であったが、彼が私にユークリッドを教えてくださいとすることがある。私は非常に喜んだ。ユークリッドが偉大な証明をしたと言う事は聞いていたし、ようやく何かゆるぎない知識を得るこ

とができるかと思ったからであった。しかしユークリッドが公理から出発するということを知ったときの私の失望—それは忘れることのできない失望であった。兄が第一の公理を読んでくれた時、私は、それを認めねばならない理由は無いと言った。そういうことであるなら、続けることができない—これが兄の答えであった。私の切実な望みはこの研究をともかく続けることであったから、私は一応この第一の公理を認めた。しかし、この世の中のどこかでしっかりした揺るぎのない知識が得られると思っていた私の信念は、無残にも打ち砕かれたのである。」(バートランド・ラッセル「私は信ずる」現代教養文庫 p10)

バートランド・ラッセルは、その後、論理学、数学基礎論の分野において、いわゆる「ラッセルのパラドックス」の問題に逢着している。ラッセルの求めた「揺るぎのない知識」の有無の問題については立ち入らない。ここでは、いわゆる「公理」が仮定命題であることを確認しておくことに止める。

第2 法解釈学の方法論

1 法的三段論法

民法を例に説明する。

民法の各規定には、ある法律要件（構成要件）の存在が確定されると、ある一定の法律効果が発生するという定めがある。民法の適用とは、条文に規定されている概念を大前提として、法律要件に該当する具体的事実の存在の確定を小前提とする三段論法（演繹法）である。

2 法律における無定義概念

法律に規定されている概念は、その内容が定義されていないものがある。このような場合には、その概念の意味内容を明らかにするための解釈が必要になる。この点において、数学が定義を出発点とするのとその論理構造が全

く異なっている。ただし、後に述べるように、行政指導による解釈の容喙を防ぐため、あるいは、国民の行為規範としての明確性が求められる法律においては、条文に詳細な定義規定がおかれているものが多くなってきている。

法律における無定義概念は、次のように分類できる。

(1) 法律用語として、わざわざ法文に定義規定をおかなくても、その意味が了解されうるもの

例えば、「法律行為」、「契約」の概念がそれである。平成16年の民法改正においても、これらの概念の定義を定めることが検討されていた。しかし、これらの概念は正確に定義しようとすると、非常に複雑なものとなり、かえって分かりにくさが増幅するだけに終わる可能性が高いということが指摘された（以上につき「法律行為に関する規定の位置づけ」民法債権法改正委員会第二準備会参照）。これらの概念については、特に学説に争いがあるわけではなく、法律用語として、わざわざ法文に定義規定をおかなくても、その意味が了解されうるものとして通用しているものである。

We cannot define the word exactly, but we know its meaning in our head.

(2) 上記以外の法律における無定義概念

ハンス・ケルゼンによれば、法規範の不明確性は、次の要因により生ずると説かれている（ハンス・ケルゼン「法の解釈」長尾竜一訳「ハンス・ケルゼン・著作集IV法学論」慈学社出版2009年p261以下）。

(A) 意図的不明確性（立法技術）

法は、要件を未決定にする場合も、効果を未決定にする場合もある。またこの未決定は、その法を制定する機関が敢えてそうした意図的なものでもあり得る（ケルゼンの説明）。

思うに、これは、次の理由による立法技術だと思われる。

制定法のすべての概念に定義を与える事はそもそも不可能であるのみなら

ず、詳細に定義してしまうと、定義されていない事案については、法律が適用されなくなり、法律適用の柔軟性を欠くことになってしまう。したがって、立法技術として、条文をシンプルにして、概念に厳密な定義を与えないで、その概念の内容は、判例や学説の解釈に委ねるという方法が採られる。言い換えると、制定法は、すべての事例を想定して立法することは不可能なので、抽象化された命題として規定しなければならない場合があり、多かれ少なかれ解釈によってその意味内容を確定しなければならない宿命を負わされている。

副題に掲げたように、ローマ法の格言には、「市民法におけるすべての定義は危険である。(Omnis definitio in jure civili periculosa est.)」というものがある(ヤウオレーヌス・学説彙纂第50巻第17章第202法文)(柴田光三「ことわざの知恵法の知恵」講談社現代新書, 昭和62年p32)。この格言は、おそらくは上記の立法技術を意味しているのではないかと思われる。

特に民法は、明治維新後最大の国家的課題であった不平等条約を改正するため、早急に西欧流の法治国家を形成しなければならなかったために、フランス、ドイツの民法を参考にごく短期間で起草し、細かな規定はことごとく省き、原則だけを簡潔に書くという方針が採用された。そのため、民法は具体的な紛争を解決するための裁判規範として、あるいは行為規範として、判例、学説による解釈の補充なしにはその機能を果たすことができない。このような理由により、実際の紛争を解決するためには、判例や学説の果たす役割が大きくなった。平成16年の民法改正においては、判例や学説による解釈によって補われていたかなりの部分が立法化されている。

(B) 非意図的不明確性

法律の用語の不明確性は、意図せずに生ずる場合もある。その最も顕著な事例は規範に用いられている言葉の多義性である。例えば、民事訴訟法における「訴え」又は「請求」という用語が、それに当たると思われる。このこ

これらの用語は、講学上の「訴訟物」（この概念については、後述する）を含むか若しくは同義の概念である。

新訴訟物理論は、昭和30年代前半に東京大学の三ヶ月章教授、新堂教授等によって主張され、その後民訴学者はほとんどこの理論を採用した。しかし、判例、実務は、民訴法制定以来旧訴訟物理論によっており、司法研修所における要件事実教育も旧訴訟物理論を前提としている。民訴法の立法者は、後にこのような論争が生じるとは思いもしなかったであろう。これは立法時には一義的であった用語が、後に学説により多義的になった例といえよう。

3 定義規定が定められている法律

(1) 定義規定が定められている法律が多くなった理由

法制局長官を長年勤められた林修三氏著「法令作成の常識」日本評論社(p151以下)には、定義規定を設ける趣旨について、次のように記載された部分がある。

「正確な法文、疑問を生じないような法文を書くためには、そこに使われている用語の意味をまずはっきりさせておくことが必要である。そして、用語の意味をはっきりさせることは、法文をわかりやすいものにするのにも役立つ。そこで、近頃の法令、特に条文数の相当多い、ある程度まとまった内容をもつ法令については、その法令で使われる主要な用語、あるいはその法令で一般の用法とは多少ちがった意味で用いられている用語についての定義を定めたいわゆる定義規定を、目的規定あるいは趣旨規定の次あたり、通例は第2条あたりに置くのが例になっている。」(中略)「むかしは、法令中にこのような定義規定を設けることはあまり行なわれなかった。法令の威厳ないし荘重さを害するということ考えられていたのである。刑法や民法などの例にみられるように、多少特殊な意味で使われるような用語についても、よくよくのことがない限り、何ら定義を下すことなくこれを用い、その意味

はもっぱら解釈にまかせ、裁判所の判例が出るのを待つか、主管官庁の発する解釈通達にゆだねるとというのが、むしろ通例のやり方であった。しかし、こういうふうに解釈や通達にまかせるというのでは、主管官庁の時々 of 行政解釈の変更によって、法令の適用範囲がのびちぢみするということも生じ、実質的な立法権を立法機関が実施官庁に与えたことにもなって適当でない（世に通達行政といわれるような弊害は、こういうところから生じてくる）。そこで、現在ではなるべくたくさん定義に関する規定を設けるようにされているのである。

(2) 定義規定が定められている法律の具体例

借地借家法 2 条，農地法 2 条，会社法 2 条，労働基準法 9 条～12 条，労働契約法 2 条，金融商品取引法 2 条，所得税法 2 条，法人税法 2 条，学校教育法 1 条，2 条等々。

これらの法律の定義規定は、国民及び行政機関の行為規範としての明確性を意図したものと解することができる。

（ここで脱線）—法律に「恋」という字はあるか？—

憲法学者黒田了一の歌

秋の夜ひたすら学ぶ六法に恋という字は見出さざりけり

民法典第三編の 709 条コイ（故意）という字あり嬉しくもある

次のとおり、ストーカー行為等の規制等に関する法律第 2 条（定義）に「恋」という字はありました。

この法律において「つきまとい等」とは、特定の者に対する恋愛感情その他の好意の感情又はそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する目的で、当該特定の者又はその配偶者、直系若しくは同居の親族その他当該特定の者と社会生活において密接な関係を有する者に対し、次の各号のいずれかに掲げる行為をすることをいう。

4 法令の解釈に関する最高裁判例及び学説の役割

裁判所による認定判断は、前述した「法的三段論法」によって行われる。法令を大前提とし、認定された事実を小前提とし、大前提に小前提をあてはめることによって、結論を導く。大前提は法令に定められた法律要件であり、結論は法律効果に相当する。

もとより、裁判の使命は主として個々の事件の具体的な解決にあるのであり、一般的な法命題を結論として提示することは主たる使命ではない。しかし、裁判においては、個々の事件を解決するために、大前提としての法令の意味内容を明確にするための解釈の操作が不可避な場合があり、裁判所の裁判の理由中には、そのような法令の解釈が示されることがある。その解釈が、下級審の裁判所ごとに異なったものであると、裁判の結論が予測不可能となり法的安定性を害することになる。そこで、最高裁に法令解釈の統一という役割が求められることになる。

民訴法 31 条 1 項は、「上告をすべき裁判所が最高裁判所である場合には、最高裁判所は、原判決に最高裁判所の判例これがない場合にあっては、大審院又は上告裁判所若しくは控訴裁判所である高等裁判所の判例と相反する判断がある事件その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件について、申立てにより、決定で、上告審として事件を受理することができる。」と規定しており、また、民訴法 337 条 2 項は、許可抗告ができる事由は、高等裁判所の裁判決定及び命令について、「最高裁判所の判例（これがない場合にあっては、大審院又は上告裁判所若しくは抗告裁判所である高等裁判所の判例）と相反する判断がある場合その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むと認められる場合には、申立てにより、決定で、抗告を許可しなければならない。」と規定している。また、裁判所法 10 条 3 号は、「憲法その他の法令の解釈適用について、意見が前に最高裁判所のした裁判に反するとき」は、大法廷で裁判すべきことを定めている。

これらの規定により、最高裁及び大審院判例（以下「判例」という）は、下級審の裁判所に対し法令の解釈について拘束力（この拘束力が事実上のものか、法的なものかについては、検討の余地がある）があり、実務において法令解釈の指針となっているのである。言い換えれば、実務家は、法の観念について、オリバー・ウェンデル・ホームズがいうように「裁判所がなすであろう判決の予言である」(Max Lerner 「The Mind and Faith of Justice Holms」 p71) という捉え方が強いので、法令の解釈に関する判例は、実務家にとって裁判規範や行為規範となっているといっても差し支えない。

実務家から見た法解釈学の学説の有用性は、判例の統一的な解釈、判例の提示した命題の射程距離、判例がない分野について外国法などを考慮した新たな解釈の提言、判例理論が不合理な場合にその変更を主張する理論の提供等にあると思われる。もちろん学説にはこれ以外の役割があることを否定する趣旨ではなく、あくまでも、実用法学からみた学説の役割を述べているのである。

(1) 最高裁判例の分類

以下に論述を進める前提として、判例の分類について付言しておく。判例は、法的三段論法の大前提である法規の解釈に関し、大きく分けてその抽象度の度合いに応じて、「理論判例、(法理判例と呼ばれることもある。）」、「場合判例」、「事例判例」に分類できる。大まかにいえば、「理論判例」は法令の文言の解釈を一般的に示すものであり、「場合判例」は特定の類型化された場合について法令の適用の可否を示すものである。したがって、判例の射程距離は、当然「理論判例」の方が広く、「場合判例」の方が狭い。また、このほかに個別具体的な事実関係に対して法適用の結果を事例として示す「事例判例」もある。「事例判例」は、法令の規範的な要件例えば、信義則、権利濫用、公序良俗、過失、正当事由、法律上の原因等々の「規範的要件」について、「判示事項」に「…に当たるとされた事例」などのように示される

ことが多い。「事例判例」も累積していくと、そこから類型を分類することができるようになり、法適用の予測可能性が高められていくことになる。

(2) 分類の見分け方

最高裁は、最高裁民事判例集に登載する判例については、「判示事項」や「判決要旨」をこのような三分類を基準として作成しているように見受けられる。もっとも、この分類は、必ずしも厳密なものではないかもしれず、最高裁民事判例集の「判示事項」において「…に当たるとされた事例」などのように、「事例判例」のように記載されていても、その判決理由中に「理論判例」と解される説示がされることがあり、そのような説示が論文や教科書に判例理論として引用されることもあるが、それが本当に理論判例であるのかどうか、その射程距離については、慎重に検討されなければならない。

例えば、いわゆる「ルンバール事件」（最判昭和50年10月24日民集29巻9号p1417）において、判例集の「判示事項」は、「医師が化膿性髄膜炎の治療としてしたルンバール（腰椎穿刺による髄液採取とペニシリンの髄腔内注入）の施術とその後の発作等及びこれにつづく病変との因果関係を否定したのが経験則に反するとされた事例」と記載されている。そして、「判決要旨」は、「重篤な化膿性髄膜炎に罹患した三才の幼児が入院治療を受け、その病状が一貫して軽快していた段階において、医師が治療としてルンバール（腰椎穿刺による髄液採取とペニシリンの髄腔内注入）を実施したのち、嘔吐、けいれんの発作等を起こし、これにつづき右半身けいれん性不全麻痺、知能障害及び運動障害等の病変を生じた場合、右発作等が施術後一五分ないし二〇分を経て突然に生じたものであって、右施術に際しては、もともと血管が脆弱で出血性傾向があり、かつ、泣き叫ぶ右幼児の身体を押えつけ、何度か穿刺をやりなおして右施術終了まで約三〇分を要し、また、脳の異常部位が左部にあったと判断され、当時化膿性髄膜炎の再燃するような事情も認められなかつたなど判示の事実関係のもとでは、他に特段の事情がないかぎり、右ルンバ

ールと右発作等及びこれにつづく病変との因果関係を否定するのは、経験則に反する。(補足意見がある。)」と記載されており、事例判例の形式をとっている。

しかし、判決理由の冒頭に、「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許さない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである。」という記載があり、この部分が、事実認定の大前提である経験則について判示した理論判例として理解されるのかどうかが問題となるのであるが、一般的には、この大前提の提言を理論判例と解し、具体的な事件ごとに因果関係の判断の当否を検討するという方向になっているようである(米村滋人「因果関係の立証」民法判例百選2債権第6版)。

5 法解釈の方法論

(1) ドイツにおける自由法学(自由法論)と概念法学

19世紀のドイツにおいて、法律概念を精緻化し、その運用にあたっては、それをできる限り正確に用いるということに法学のかんりの重点が注がれていた。後年これに反対するイェーリングなどの自由法論の立場から、「概念法学」という一種の蔑称を与えられることとなった(三ヶ月「法学入門」弘文堂p82以下)。

自由法論によれば、概念法学には次の五つの根本的な誤謬があった。即ち、①国家の制定する成文法、特に法典の排他的尊重、②法秩序の「論理的完足性」の思想、③形式論理操作の偏重および利益衡量・目的思考の軽視、④裁判における法創造の否定、法解釈学の純粹認識的性格の主張、がそれである。この5つの思想に対し、自由法論はそれぞれ、①「生きた法」の科学的探究、②法の欠缺の認識、③利益衡量・目的思考の重視と論理操作の意義

の目的論的把握，④裁判の法創造的機能の認識，⑤法解釈学の実践的性格の認識を提唱する（碧海純一「新版法哲学概論（全訂第2版補正版）」p156）。

しかし、イエーリングにおいても、法律、法文を全く無視したり、法的構成をまったく放棄した訳ではなく、理論は、自己目的的ではなかったが、実務処理の上で不可欠な手段としては大切にされた（笹倉秀夫「法思想史講義」東京大学出版会 p155）。

なお、以下にみるように、「概念法学」と「自由法学」のように、法文の解釈方法の相違は、ローマ法においてもあり、またアメリカの憲法解釈においては、先鋭な形で対立しているのは興味深いことである。

(2) ローマ法における法解釈に関する学説

サビニアナと呼ばれる学派は、本質的に自然法の考え方に依拠した。とりわけ「実質的正義」や「衡平」、「信義」を重んじ、元首自身の非常大権を自然法によって基礎づけるなど、超実定法的思考にも自由であった。法の形式的適用の行き着く過酷な結果は、このサビニアナの発想によって緩和され、比較的自由な解釈態度によって新しい法準則の発見がもたらされた。

他方、プロクリアナと呼ばれる学派は、サビニアナに対する対抗学派として創設されたと言われる。彼らは、「制度としての法」における形式と論理を重んじ、厳格な法の適用と解釈こそが、人々の秩序と権利を守るものと考えた。まさに、法は、その厳格さと形式性のゆえに、多くの場合に市民を守る「砦」たり得たのである。勿論、両派の対立や見解の相違のすべてが、その思想的背景や法学上の方法論によって説明しきれものではないし、歴史の位相や問題とされる法分野によっても濃淡がある。しかし、その発想や議論の基本的出発点としたところは、後の学説の展開を考える上で極めて重要である。一方で、プロクリアナ的な厳密な形式主義と解釈論理は、巧みな概念操作や法論理の進展を促したが、他方で、時代の要請の前にその行き詰まりを打開するのは、しばしばサビニアナの自由な発想と法の柔軟な運用で

あった。法の生命は、実質的な結果の妥当性・公平性であると同時に、その論理的説得力と議論の一貫性・明晰性であることからすれば、両派の特質のいずれもが、法の不可欠な要素であって、元首政下で両派の対立と緊張関係が維持・促進されたことは、法律学にとって幸運なことであったと言わねばならない（上記説明は、河上正二「歴史の中の民法・ローマ法との対話」日本評論社 p97 以下を要約したものである）。

(3) アメリカにおける憲法解釈の対立

憲法の分野の保守主義と進歩主義は、裁判官が憲法を解釈し事案にあてはめるその方法についての立場を意味する。前者は「条文主義 (textualism)」,あるいは「原意主義 (originalism)」と呼ばれる考え方に代表され、後者は「生きた憲法 (living constitution)」,「進化する憲法 (evolving constitution)」という考え方に代表される。条文主義は、判事が憲法を含む法律の解釈を行うとき、まず見るべきは条文 (text) そのものであるという考え方である。条文の意味するところが明白であれば、それを事案に適用して判断を下す。条文の意味が必ずしも明確ではない場合には、制定者が条文の意味をどう理解していたのか、つまり条文にこめられた「原意」を探る。条文主義は、条文の原意に戻るという意味で保守的な考え方である。

これに対し、憲法は変化する、憲法は生きていると考える司法進歩派も、憲法を解釈するにあたっては、その条文や制定者が条文にこめた意味をもちろんだ事にする。しかし憲法の意味は時代によって変化するのだから、十分な理由があれば、判事は条文の文字通りの意味に必ずしも制約されず、合理的な範囲で拡大解釈を行うことを許されると考える。憲法の意味を現代あるいは未来に求めるという意味で、進歩的かつ革新的な考え方である。

保守的な憲法解釈と進歩的な憲法解釈では、司法の役割と憲法判断の正統性についての考え方はかなり根本的な違いがある。前者は議員や大統領と違って、判事が選挙によって選ばれないことを強調する。したがって、国民の

信託を受けた議員多数の賛成を得て議会が制定した法律を、判事が違憲かつ無効とする司法審査は、本来反多数的、反民主主義的である。そうだとすれば、判事が許されるのは憲法の条文を見て、制定時にそれが意味したものを法律の専門家として確定することしかない。それしか裁判所の憲法解釈に正統性はない。司法の役割をあくまでも限定的にとらえ、それを超えることを嫌う意味で、条文主義や原意主義は司法消極主義と呼ばれることがある。これに対して、後者の進歩的な憲法解釈においては、なにゆえに100年以上前に制定者が憲法の条文にこめた意味に現在の国民が縛られねばならないのかと問う。そもそも憲法条文の原意が何であったのか、現代の判事にわかるのか。たしかに判事は選挙によって任命されたわけではないので、憲法解釈にあたってはあくまで慎重であるべきである。しかし憲法の条文がどのように変化してきたかをたどり、それがさらにどのような方向に向かっているのかを、十分な根拠にもとづく条文の拡大解釈によって指し示すのは、判事の重要な役割である。時に条文の文字通りの意味を超えて憲法の解釈を積極的に行うので、司法積極主義とも呼ばれる。

もちろん政治的な保守主義、進歩主義と、司法の保守主義（司法消極主義）、進歩主義（司法積極主義）は、しばしば重なる。司法積極主義の判事が下す判決は、進歩的な政治勢力の主張を支持することが多いし、司法消極主義を標榜し政治に左右されない判決を心がける判事の判決が、保守的な政治勢力を利することも珍しくない。しかし政治的に保守的な判事が司法積極主義の立場で憲法を解釈する例もある。単純な分類はできない。重要なのは、司法保守主義と司法進歩主義の対立は必ずしも主義主張むきだしの政治的な争いではなく、あくまでも憲法の解釈にもとづいていることである。そうでなければ、立憲主義というアメリカ国家の基本原則が崩れてしまう。司法は政治と無関係ではいられないが、政治から独立していることにその影響力の根源がある。（以上につき、阿川尚之「憲法で読むアメリカ現代史」NTT出版株式

会社 p11～13)

判事 9 人で構成する最高裁はトランプ前大統領が保守派 3 人を指名したこととで保守派 6 人，リベラル派 3 人と保守に大きく傾斜した。2022 年 6 月には人工妊娠中絶の権利を否定するなど，米世論を二分する問題で保守的な判断を相次いで示している。バイデン氏は，記者団の質問に対し「正常な裁判所ではない」と最高裁を厳しく批判した。

(補足・日本国憲法 9 条に関する政府解釈の変遷)

日本国憲法 9 条の解釈について，憲法制定当初は，当然のことながら，学説，政府の解釈は「原意主義 (originalism)」であった。しかし，国際情勢の変化，特に専制独裁国家であり核保有国である中国，北朝鮮，ロシアとの間の軍事的緊張関係に伴い，政府の解釈は，次第に「原意主義 (originalism)」から，「生きた憲法 (living constitution)」，「進化する憲法 (evolving constitution)」に移行しつつあるように見受けられる。安倍内閣は，平成 26 年 7 月，集团的自衛権行使容認の閣議決定をした。これは，歴代内閣が行ってきた憲法第 9 条の解釈を変更するものであった。

(4) 我が国の法解釈学と判例

我が国の法解釈学と判例は，明らかに自由法学の影響を受けている。

(A) 意図的・非意図的の不明確な法文に対する解釈による補充

この点に関しては，「類推解釈」，「反対推論ないし反対解釈」，「目的論的制限」(解釈による適用除外ルールの設定。例えば，「背信行為」「背信的悪意者)」，「一般条項の利用」，「反制定法的解釈」(最判大昭 39.11.19 民集 18.9.1868) などの方法が採られている (広中俊雄「民法解釈に関する 12 講」有斐閣)。このような，解釈の実質的妥当性を担保するものとして，「利益衡量論 (利益考量論)」がある。日本の民法学における利益考量論については，ドイツの学者 Guntram Rahn が次のように批判している。

「日本の川島武宜，加藤一郎，星野英一らの解釈論では，まず結論が法律

とは独立に、すなわち常識ないし民衆の法感情に依拠した利益考量ないし価値判断として獲得される。そして法解釈は、そうした結論を人々に納得させるものであると位置づけられ、それゆえ結論を理由づけるのに都合のよい規定やその解釈が事後的に採られる。こうした観念を反映して判決文でも厳密な法律構成は重視されていない。」(笹倉秀夫「法哲学講義」東京大学出版会 p 329)。

この批判は、次の事例をみれば、不当であると思われる。

我が国の不動産登記には、公信力が付与されていない。従って、無権利者の登記名義を信用して不動産を取得したものは、公信力によって保護されない。この結果は、真の不動産の権利者は保護されるが、登記名義を信用して不動産を取得したものの取引の安全は害される。ここでは、真の権利者の保護(静的安全)という利益と取引の安全(動的安全)の保護という利益の相克が生ずる。この双方の利益を正義の女神の持つ天秤にかけてみると、取引の安全を保護すべき場合がある。このような場合に、「権利外観理論」による救済が求められる。「権利外観理論」は、真実に反する外観を作出した者は、その外観を信頼して取引行為をなした者に対し外観に基づく責任を負うべきであるという、ドイツ法における *Rechtsscheintheorie* (権利外観理論) に由来するものであって、英米法における *Estoppel* (禁反言) と機能的に類似している。一般的には、外観作出者には外観の作出について帰責事由があり、外観を信頼した者は善意かつ無過失であることが要求される。外観に対する信頼を保護することによって、取引の安全と迅速性に資することになる(「民事法学辞典・増補版下」有斐閣 p2106~2107, 河上正二「民法総則講義」日本評論社 p335)。

しかし、実際の裁判において、法文上の根拠なしに、「権利外観理論」を適用して判決を下すことはできない。そこで、最高裁は、事案に応じて、民法 94 条 2 項の類推適用(最判 45.9.22 民集 24.10.1424 等多数)、民法 94 条 2

民事法における立法及び法解釈学における方法論についての考察

項、110条の重畳類推適用（最判平18.2.23民集60.2.546）等のテクニックを使用して、不動産の登記を信頼した者を厳密な要件を設定して保護しているものであり、その背後には正義の女神の持つ天秤に象徴される利益衡量があり、個別の紛争の具体的妥当な解決が図られているのである。

長尾龍一教授は、このことを次の様に表現している。

「法学にも発明がある。ある法典の上に、従来、誰も思いつかなかったような制度を構想することもある。例えば、従来、日本の不動産登記には公信用がないことが自明視されていたのに、民法94条2項の類推適用によって、ある程度まで登記に実質上公信用を認めるようなモデルを考案した発明家もいるのである。」（長尾龍一「法哲学入門」講談社学術文庫 p177）

なお付言すると、最近では「法と経済」、「法の経済分析」という学際的な分野があり、この「利益衡量論」が理論的に考えられるようになったのではないかと考えられる。

（B）紛争を解決するための法律がそもそも欠缺している場合の法源

明治8年太政官布告103号（裁判事務心得）3条「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考スヘシ」との規定により、「慣習」、「条理」が裁判するうえで法源として認められた。後に「慣習」の法源性を定めた明治31年法令2条が制定されている。なお、スイス民法第4条には、「本法はその文字と解釈によって事件に対する規範を含むすべての事件に適用せられる。本法から何らの規定を引き出し得ないときは裁判官は慣習法によって裁判し、慣習法のないときは裁判官が立法者であったならばたてたであろうところの原則によって裁判すべきであり、この場合には彼は学説及び伝統による。」と規定されており、この中に自由法論の総合的表現があるといわれている（木村亀二「自由法論」法学セミナー昭和31年11号 p15）。

(C) 最高裁が法律の欠缺を判例により準立法をした例

(a) 代償請求

最判昭 41.12.23 民集 20.10.2211 は、「一般に履行不能を生ぜしめたと同一の原因によって、債務者が履行の目的物の代償と考えられる利益を取得した場合には、公平の観念にもとづき、債権者において債務者に対し、右履行不能により債権者が蒙りたる損害の限度において、その利益の償還を請求する権利を認めるのが相当であり…」と判示し、法律に規定されていないが、学説上通説であった「代償請求権」を認めた。これは、法律が、欠缺している場合の法源としての「条理」＝「公平の観念」に基づく裁判であると解される。この「代償請求権」は、債権法改正により、民法 422 条の 2 として、条文化されるに至った。

(b) 仮登記担保の清算金に関する判例と「仮登記担保契約に関する法律」(略称「仮登記担保法」)の成立—バブル経済との関連

金銭債権を担保する制度として、不動産に抵当権を設定する方法は、民法および民事執行法によって規律されているが、抵当権の実行は煩雑であるため、不動産について、代物弁済の予約をしその仮登記をしたうえで、債務不履行があった場合には、予約完結権を行使して代物弁済により不動産の所有権を取得して債権を回収するという方法(通常これを「仮登記担保」と呼び習わされていた)が行われていた。しかし、担保不動産の時価が被担保債権より高額である場合には、債権者が債権額よりかなり高額な金額を回収することになるため、最高裁は、担保不動産の時価と被担保債権との差額を精算させる義務を負わせる判決を続けて出した。そして、その手続きをある程度明確にするため、最高裁は、大法廷判決(最大判昭 49.10.23 民集 28.7.1473)により従前の判例理論を集約して判例法理を詳細に展開した。しかし、この判例法理には不備な点があったため、法制審議会民法部会での審議を経た上、「仮登記担保法」が昭和 53 年 6 月 20 日に制定・公布された。

金融機関においては、昭和 61 年から始まった不動産バブルに伴い、貸金の担保として、抵当権と仮登記担保を併用していた。不動産の価額が右肩上がりにより上昇している時は、仮登記担保を実行して清算金を支払って不動産を取得すれば、税金等の負担等を考慮しても将来転売により値上がり益を得られるからである。しかし平成 3 年ころに不動産バブルがはじけた結果、以降仮登記担保の利用は廃れてしまい、仮登記担保法は休眠状態となっている。

(c) 人格権による差止請求等

人格権という用語は、著作権法 59 条に著作者人格権が規定されているが、他の法令には、規定されていない。しかし憲法は、13 条（個人の尊重、生命・自由・幸福追求権）、14 条（法の下での平等）、24 条（家族関係における個人の尊厳と両性の平等）を規定している。また、民法 2 条は、解釈の基準として「この法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として、解釈しなければならない」と規定している。人格権という用語は、このような憲法と民法に規定された理念を体現したものであるということもできるが、内包的定義とするには、あまりにも漠然としている。人格権には、これまで学説や裁判例では、生命、身体、名誉、プライバシー、自由、氏名権、肖像権、法律に規定されていない通行権等多様な利益が含まれているので、これらの要素を含む集合として、外延的定義とするしかない。そして、人格権という概念は、その侵害行為による損害賠償請求権のみならず、その差止請求権の根拠となる場合があることに意義があると思われる。

人格権による差止請求を認めた最高裁判例は、次の①、②があるが、いずれも差止を認めるかどうかについては、憲法 21 条に定められている言論、出版、表現の自由との間の厳密な利益衡量により結論を導いていることに注意しなければならない。

①人格権としての名誉権に基づく侵害行為の差止請求を認めた事例
最大判昭 61. 6. 12 民集 40. 4. 872 は、「名誉侵害の被害者は、人格権として

の名誉権に基づき、加害者に対して、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来、生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができる。」として、人格権としての名誉権に基づく侵害行為の差止請求権を認めた。

②人格権としてのプライバシーに基づく侵害行為の排除、差止を認めた事例

最判令 4.6.24 民集 76.5.117 は、「個人のプライバシーに属する事実をみだりに公表されない利益は、法的保護の対象となるというべきであり、このような人格的価値を侵害された者は、人格権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができる。」として、人格権としてのプライバシーに基づく侵害行為の排除または、侵害行為の差止請求権を認めた。

(第1編まとめ)

以上みてきたところによれば、日本は、判例による法律の解釈及び法律の欠缺の場合における判例による準立法を行っているのであるから、法典国であると同時に判例法の国でもあるといえることができるであろう。

第2編 ケーススタディ

第1章 序論

スピノザは、その著「エチカ」において、ユークリッド幾何学の形式に基づき、神、人間の精神、自由などの問題を定義と公理から定理を導き、演繹的に論証しようとしている（スピノザ「エチカ倫理学」上・下畑中尚志訳・岩波文庫）。しかし、かえって煩雑で分かり難く、その後この方法を踏襲する哲学者はほとんどいない。バートランド・ラッセルも次のように述べている（バートランド・ラッセル「西洋哲学史」市井三郎・みすず書房 p565）。

民法における立法及び法解釈学における方法論についての考察

「主著倫理学は、ユークリッドの本のように、様々な定義や公理、定理と言う形で論述が進められている。公理以後に出てくるすべてのことが、演繹的議論によって厳密に論証されるはずになっている。このことからこの著述はなかなか読みづらいのである。」

しかし、法律解釈学においては、定義と公理を用いるだけでもシンプルかつ明晰な理論が展開できる。本稿においては、以下のテーマにつき、定義と公理を前提として考察を進めることにする。

第2章 民事訴訟法と民事執行法における「承継人」の概念について

民事訴訟法においては、「口頭弁論終結前の義務承継人」（民訴50条）における「義務承継人」と「口頭弁論終結後の承継人」（民訴115条1項3号）における「承継人」の概念が問題となる。民事執行法においては、「債務名義成立後の承継人」（民事執行法23条1項3号2項）における「承継人」の概念が問題となる。

第1 準備作業

1 「訴え」と「請求」の定義

「訴え」とは、裁判所に対して審判を求める原告の申立てをいう。

「請求」とは、原告の被告に対する特定の権利主張又は、裁判所に対する給付又は確認又は形成判決の要求である。原告の被告に対する特定の権利主張のみを指すときは、(訴訟上の)請求と呼ばれる。

民事訴訟法学では、講学上「訴訟物」という法文には記載されていない概念が使用されているので、その定義を明らかにする。

2 「訴訟物」(Streitgegenstand)の定義

「訴訟物」とは、原告の訴え、具体的には、訴状の請求の趣旨および原因によって特定され、裁判所の審判の対象となる権利関係を指す(伊藤真「民

事訴訟法」第6版 p210)。

訴訟物は、請求の併合(訴えの併合ともいう・民事訴訟法136条)の有無、二重起訴の禁止(同法142条)の範囲、訴えの変更(同法143条)の有無および既判力の客観的範囲(同法114条1項)を決する主要な基準となるとされてきた。

訴訟物については、新訴訟物理論と旧訴訟物理論が対立しているが、本稿では、あくまでも、実用法学に役立つ方法論を論ずることを目的とするので、伝統的に最高裁判例(最判昭35.4.12民集14.5.825, 最判昭36.4.25民集15.4.891)で認められ、実務で通用している旧訴訟物理論を前提とする。

3 公理

公理は、実用法学(pragmatic jurisprudence)に資するため、次のものとする。これは、あくまでも実用法学上の便宜のためのものであり、前にも述べたように、公理というのは自明な命題ではなくて、理論の展開に必要なある種の仮定命題であるという本質に基づく。

①既判力は訴訟物の存否について生じ、これを導き出した判決の理由部分については、後訴に対する拘束力を生じない(最判昭30.12.1民集9.1903, 最判昭39.7.3裁判集民74.407)。したがって、判決の理由中の判断に判決効としての争点効は生じない(最判昭44.6.24判タ239.143)。

学説上主張されている「争点効」は、信義則を判決効に昇華させたものである(高橋宏志「民事訴訟法概論」有斐閣 p234)。したがって、後訴において、判決理由中の判断が争いになる場合には、その主張が信義則によって制限されるかどうかを柔軟に判断することによって対処することができる。

②確定判決の執行力の範囲は客観的にも主観的にも既判力のそれに一致しない(実務上の確定した扱い—佐藤裕義編著「執行文付与申立ての実務」新日本法規 p326, 最判昭26.4.13民集5.5.242, 学説—中野貞一郎・下村正明「民事執行法」p158)。

第2 「口頭弁論終結前の承継人」(民訴法 50 条)について

最判昭 41.3.22 民集 20.3.44 の内容

1 事案の概要

X は、その所有する土地を Y に賃貸し、Y は、その地上に建物を所有していた。その後 X は、本件土地の賃貸借契約が終了したとして、Y に対して本件建物の取去および本件土地の明渡しを求めた。

第 1 審係属中に、Z は、Y から本件建物の一部を賃借して使用するようになったため、X は Z に対し、旧民訴法 74 条(現 50 条)に基づく訴訟引受けの申立てをし、本件建物を占有使用する部分からの退去を求めた。第 1 審は、Z に対し引受けを命ずる決定をしたうえで、X の請求をすべて認容した。Z は、第 1 審の引受命令は違法であるとして控訴したが、控訴審は控訴を棄却した。そこで Z は上告したが、最高裁は、Z の上告を棄却した。

最高裁判所民事判例集に記載されている「判示事項」、「判決要旨」、「判決理由」は、以下の通りである。

[判示事項]

民事訴訟法第 74 条第 1 項にいう「其ノ訴訟ノ目的タル債務ヲ承継シタ」第三者にあたとされた事例

[判決要旨]

土地賃貸人が賃貸借契約の終了を理由に土地賃借人に対して建物取去土地明渡しを求める訴訟の係属中に、土地賃借人から右建物を賃借し、これに基づき右建物およびその敷地の占有を承継した者は、民事訴訟法第 74 条第 1 項(現行 50 条)にいう「其ノ訴訟ノ目的タル債務ヲ承継シタ」第三者にあたる。

[判決理由]

「賃貸人が、土地賃貸借契約の終了を理由に、賃借人に対して地上建物の取去、土地の明渡しを求める訴訟が係属中に、土地賃借人からその所有の前記建物の一部を賃借し、これに基づき、当該建物部分および建物敷地の占有を

承継した者は、民訴法七四条にいう「其ノ訴訟ノ目的タル債務ヲ承継シタル」者に該当すると解するのが相当である。けだし、土地賃借人が契約の終了に基づいて土地賃貸人に対して負担する地上建物の取去義務は、右建物から立ち退く義務を包含するものであり、当該建物取去義務の存否に関する紛争のうち建物からの退去にかかる部分は、第三者が土地賃借人から係争建物の一部および建物敷地の占有を承継することによって、第三者の土地賃貸人に対する退去義務の存否に関する紛争という型態をとつて、右両者間に移行し、第三者は当該紛争の主体たる地位を土地賃借人から承継したものと解されるからである。これを実質的に考察しても、第三者の占有の適否ないし土地賃貸人に対する退去義務の存否は、帰するところ、土地賃貸借契約が終了していないとする土地賃借人の主張とこれを支える証拠関係訴訟資料に依存するとともに、他面において、土地賃貸人側の反対の訴訟資料によって否定されうる関係にあるのが通常であるから、かかる場合、土地賃貸人が、第三者を相手どつて新たに訴訟を提起する代わりに、土地賃借人との間の既存の訴訟を第三者に承継させて、従前の訴訟資料を利用し、争いの実効的な解決を計ろうとする要請は、民訴法74条の法意に鑑み、正当なものとしてこれを是認すべきであるし、これにより第三者の利益を損うものとは考えられないのである。そして、たとえ、土地賃貸人の第三者に対する請求が土地所有権に基づく物上請求であり、土地賃借人に対する請求が債権的請求であつて、前者と後者とが権利としての性質を異にするからといって、叙上の理は左右されないというべきである。」

2 上記判例において使用されている「紛争の主体たる地位の承継人」の定義

上記判例は、事例判例の形式をとっている。しかし学説は、現行民訴法50条に規定されている「訴訟の係属中第三者がその訴訟の目的である義務の全部又は一部を承継したときは」の中の「第三者」について、「紛争の主

体たる地位の承継人」(この用語は、民事訴訟法の碩学兼子一が使い出した用語である)と定義しているものと解し、理論判例としての位置づけをしている。

しかし、「紛争の主体たる地位の承継人」という概念は抽象的で内容が伴っていないので、再定義をする必要がある。

上記判例によれば、民訴法 50 条の立法趣旨は、既存の訴訟状態を利用して争いの実効的な解決を図ろうとするものである。そして、判決理由を抽象化すれば、「紛争の主体たる地位の承継人」とは、次のように定義すべきである。

「訴訟の当事者以外の第三者が、係争物に関し、当事者の一方から権利を取得し、紛争が、第三者に拡大した場合に、第三者の攻撃、防御方法が権利を与えた当事者の攻撃防御方法の主張とこれを支える証拠関係に依存するとともに、他面において、相手方当事者の反対の訴訟資料によって否定される関係にある場合の、その第三者をいう。」

この定義によれば、建物収土明渡請求訴訟の係属中に建物の所有権が第三者に移転した場合のように、従前の当事者間の訴訟物と、訴訟承継によって生じた訴訟物とが異なってもよいことになる。その結果、訴訟物の異なる関連する訴訟を既存の訴訟状態を利用して審理して、紛争を一括して解決することが可能となる。

なお、実務家としては、最初の訴訟を提起する際に、処分禁止の仮処分を取得して当事者を恒定しておけば、このような訴訟承継を回避することができることを心得ておかなければならない。

第3 「口頭弁論終結後の承継人」について

1 既判力が拡張される民訴 115 条 3 号に規定する口頭弁論終結後の承継人の定義

口頭弁論終結後の承継人とは、「口頭弁論終結後に、①前訴の訴訟物たる

権利義務の主体となった場合（例えば、前訴の訴訟物である債権を前訴の原告から基準時後に譲り受けた者、前訴で勝訴した原告の所有権確認請求の目的物を基準時後に前訴の被告から譲り受けた者）、及び②後訴の訴訟物が前訴の訴訟物の先決関係又は、矛盾関係にある場合をいう。」

2 上記1の定義を超えて「紛争の主体たる地位」にまで拡張する学説

(1) 高橋宏志「民事訴訟法概論」有斐閣 p279～p289

下記に引用する。

口頭弁論終結の後、すなわち既判力の標準時後に、訴訟物たる権利・法律関係につき紛争の主体たる地位に就いた者、および、訴訟物たる権利・法律関係を先決関係とする権利・法律関係について標準時後に紛争の主体たる地位に就いた者に既判力が拡張される（115条1項3号）。たとえば、訴訟物たる債権を原告から譲り受けた者、土地の賃貸借終了に基づく建物取去土地明渡し請求の被告から建物を賃借した者などがこれに当たる。かつては当事者適格の移転と説明していたが、しかし、上述の被告から建物を賃借した者のように被告（借地人）へは土地明渡し請求であり建物賃借人へは建物明渡し請求となって訴訟物が異なる場合をも包含させなければならないので、訴訟物と結び付く当事者適格での説明はうまくいかない。そこで、訴訟承継に関する判例にならい（最判昭41・3・22民集20.3.484）「紛争の主体たる地位」という概念を用いる方がよい。前訴で解決された紛争およびそこから派生した紛争の主体たる地位を標準時後に取得した者に既判力が及ぶとすることになる。

(2) 反論

しかし、「紛争の主体たる地位」という用語は、前記のとおり判例上「口頭弁論終結前の承継人」に関するものである。そもそも口頭弁論終結前の承継人に関する民訴法50条の趣旨は、前記のとおり既存の訴訟状態を利用して、第三者との関係で争いの実効的な解決を図ろうとするものであり、その

定義は、前述のとおり「訴訟の当事者以外の第三者が、係争物に関し、当事者の一方から権利を取得し、紛争が、第三者に拡大した場合に、第三者の攻撃、防御方法が権利を与えた当事者の攻撃防御方法主張とこれを支える証拠関係に依存するとともに、他面において、相手方当事者の反対の訴訟資料によって否定されうる関係にある場合の、その第三者をいう」と定義されるべきものである。

これに対し、口頭弁論終結後の承継人に関する民訴法 115 条 1 項 3 号の趣旨は、前訴と後訴との関係で、前訴判決の既判力を後訴に拡張し、紛争解決の実効性を確保するためのものであるから、口頭弁論終結前の承継人に関する民訴法 50 条の趣旨とは全く異なるものである。このような理由により、口頭弁論終結後の承継人を「紛争の主体たる地位の承継」と定義することはできないというべきである。

事例に基づき説明する。

X は、Y に対し土地の賃貸借終了に基づく建物取去土地明渡し請求訴訟を提起し、勝訴の確定判決を受けた（前訴）。その後、Y から建物を賃借した Z が建物を占有していたため、Z に対し、建物退去、土地明渡の訴訟を提起した（後訴）。Y は、土地の賃貸借終了の事実を争い、占有権原として、Y からの建物賃貸借を抗弁として主張した。この事例において前訴と後訴の訴訟物は異なるので、前訴の既判力は後訴に及ばない。Z に「紛争の主体たる地位」を認め、既判力を拡張させる説は、畢竟、前訴の土地賃貸借終了の判断に、後訴に対する拘束力を認めることに他ならない。これは、前記した。公理①に反することになる。この事例の後訴における「Z の X と Y 間の土地賃貸借契約は終了していない」という主張は、前訴の主要な争点の蒸し返しであり信義則に反し許されないとして、排斥すれば足りる。

最高裁の判例としては、前訴と訴訟物を異にする後訴の提起が信義則上許されないとされた事例（最判昭 51.9.30 民集 30.8.799）、後訴における被告の

主張及び反訴請求が先に被告が提起した、右反訴と訴訟物を異にする前訴の実質上のむしろ返しであり、後訴における被告の主張及び反訴請求は、信義則に反し許されないとされた事例（最判昭 52.3.24 金商 548.39）がある。

(3) 他の学説

他にも口頭弁論終結後の承継人に対する既判力の拡張に関する学説は、様々あるが、それらに対して理論的疑問を提起されている菱田雄郷「口頭弁論終結後の承継人に対する既判力の作用」法学・東北法学会 74.6. p170～203 を援用させて頂くことにしたい。

第4 民事執行法における「債務名義成立後の承継人」（民事執行法 23 条 1 項 3 号）

この条文の趣旨は、前記公理②確定判決の執行力の範囲は客観的にも主観的にも既判力のそれに一致しないことを前提とすれば、債務名義である確定判決に承継執行文の付与を得て給付判決又は意思表示を命ずる判決により権利実現を確保することにあるというべきである。そして、「債務名義成立後の承継人」の具体例（外延的定義）は、「係争物の所有権の承継取得」、「係争物の占有の承継取得」等、前掲佐藤裕義編著「執行文付与申立ての実務」に記載されているとおりであるのでこれを参照していただきたい。

既判力の拡張としてよく議論される「係争物の所有権の承継取得」、「係争物の占有の承継取得」の場合には、承継執行文の付与を得て、給付請求の強制執行が可能となる（前記「執行文付与申立ての実務」p324～p329）。強制執行を受け得る側は、起訴責任の転換により、執行文付与に対する異議または執行文付与に対する異議の訴えによるべきである。自己が債権者に対する関係で、実体法上、目的物の引き渡し義務を負わないことにつき、固有の防御方法を主張するときは、請求異議の訴えによって、承継執行文の付された債務名義に基づく承継執行を排除できる（中野貞一郎・下村正明「民事執行法」p126

～127)。

実務家としては、新訴を提起するよりは、承継執行文の付与を受けて権利を実現する方がはるかに効率的であるといわなければならない。

第5 民事訴訟法解釈学における無定義概念について

民事訴訟法解釈学においては、これまでに見てきたように「紛争の主体たる地位の移転」、「当事者適格の移転」などの無定義概念を使用して説明されることがある。これらの概念は、再定義されなければその意味内容やどのような事例が含まれるのかははっきりしないので、法律における無定義概念の使用とは異なり、その必要性があるのかどうか疑問に思わざるをえない。

おわりに

これまで、第1編において、立法や法解釈学における法文の定義のありかたや解釈の諸相について検討を加えた。そして、我が国は、法典国家であると同時に判例法の国であることも明らかにした。

第2編において、ケーススタディとして、法文や学術用語の定義を重視して、実務に資するように争いのある議論の整理を試みた。実務で通用している標準理論により問題の最適解を導くことは、臨床家としての法律実務家が身につけるべき能力の必要条件である。研究者もその標準理論による結果が、果たして最適解なのかどうかを検証し、新たな理論を構築すべきかが研究のテーマとなるであろう。

筆者が東北大学法科大学院の創設時に実務家専任教員として採用されて以来退職するまで、芹澤英明教授には、川内から片平に来られた際に、法科大学院のあり方やアメリカ憲法の解釈の方法論等についてご教示を受けた。本稿の問題意識は、その過程で触発されたものも含まれている。

ここに，これまでの学恩に感謝し，謹んで本稿を献呈させていただく。