

## ユストゥス・メーザーと民事訴訟法理論

河野 憲一郎

### 目次

1. 問題関心
2. ユストゥス・メーザー「現実の権利と形式的権利の間の重要な区別について」(全訳)
3. サヴィニーにおける受容
4. 今後の展望

#### 1. 問題関心

民事裁判手続は、個々の手続の単なる寄せ集めではなく、ヨーロッパ大陸法、なかでもドイツ法の影響を色濃く受けた一定の法理論の上に成り立っている。このような民事訴訟法の基礎理論は、19世紀ドイツ普通民事訴訟法学の学問的な成果に、非常に多くを負っている。そうした中で、民事訴訟の手続の構造をめぐっては、さまざまな学説によってさまざまな議論が展開されてきたが、民法理論におけるのとは異なり、民事訴訟法理論との関係においてサヴィニーが行ってきた考察の意義については、従来、必ずしも十分な注目がなされてはこなかったように思われる。今日、その重要性について改めて考えてみる必要はないだろうか。

サヴィニーの民事訴訟法理論の一つの要となる概念として、〈形式的権利 (förmliches Recht) 〉および〈形式的真実 (formelle Wahrheit) 〉という概念がある。これはもともとサヴィニーの独創ではなく、ユストゥス・メーザーのエッセー「現実の権利と形式的権利の間の重要な区別について」<sup>1)</sup>において説かれたところに由来する。サヴィニーは、当時の時代的な流れをとらえた上で、そこから民事訴訟にかかる彼の独自の法理論を、さらに進んで展開したのである。従来あまり論じられてこなかったサヴィニー理論とメーザーとの関係の一端を見てみることにしよう。

#### 2. ユストゥス・メーザー「現実の権利と形式的権利の間の重要な区別について」(全訳)

ユストゥス・メーザー (Justus Möser, 1720.12.14. - 1794.1.8.) は<sup>2)</sup>、ウエストファリア (ヴェストファーレン) 条約締結の地として知られるドイツのオスナブリュック市に、この地の名望家の子として生を受けた。彼の祖国であるオスナブリュック司教領は、カトリックの司教とプロテスタントの司教 (世俗支配者) が交互にこれを治めることになっていたが、7年戦争 (1756-63) 終結後の1764年、イギリス国王ジョージ3世 (彼は同時にドイツ・ハノーファーの君主でもある) の次男ヨーク公フリードリヒがプロテスタントの領邦君主になると、メーザーはフリードリヒの摂政であるジョージ3世の全幅の信頼を得て、オスナブリュック政府の法律顧問 (1764年)、続いて政府書記官の地位に就き (68年)、いわば実務の一切を任されることとなった。

こうした多忙な政務の中で、メーザーはきわめて活発な執筆活動を行っている。有名な『オスナブリュック史』の著作を残したほか<sup>3)</sup>、自身の編纂する『オスナブリュック週報 (Wöchentliche Osnabrückischen Anzeigen)』およびその付録である『オスナブリュック週報の実用的な付録 (Nützliche Beilagen zum Osnabrückischen Intelligenzblatt)』 (後に『実用と娯楽のための

ヴェストファーレン論説 [Westfälische Beiträge zum Nutzen und Vergnügen]』と改称)に多数の寄稿をしてきた。いわば当時のオピニオン・リーダーとでも言うべきメーザーによる寄稿は、後に、彼の娘であるフォークト夫人によって編纂がなされ、『郷土愛の夢』(全4巻、第1巻=1774年、第2巻=1775年、第3巻=1778年、第4巻=1786年)として出版されている<sup>4)</sup>。ここに紹介する「現実の権利と形式的権利の間の重要な区別について」は、同書第4巻の作品30として収められているものである。小さいエッセーなので全訳をして紹介することとする。

\* \* \*

今や形式的権利と現実の権利を区別することを心得ている人はきわめてわずかであり、したがってわれわれの哲学的時代において、両者の混同が人類を脅かす危険は非常に大きく、したがってこれらの、かつてはよく知られていた区別にいくらか再び思いを起こさせることは、私の義務であると思われる。形式的真実ですら、もはや当然には現実の真実から区別されてはおらず、その結果、もし人がそれをしかるべく考える場合には回避されうるいさかいが、そこからは生じている。

そもそも何が現実の権利であり、何が現実の真実であるのかは全ての人に知られており、適切な事例において一方または他方を発見することは困難でもある。しかし、形式的権利については、全ての人々が明確な概念を持つわけではない。そこで、より明確にするためにも、私は、それを一つの例で示そうと思う。教会または集会所が選出し、任命した司教が最後に真実であると宣言した事柄は、この教会に属する全ての者にとって形式的真実であり、選出され、任命された裁判官が最後にそれについて判断した事柄は、係争当事者にとって形式的権利である。両者において、現実の真実または現実の権利が基礎に置かれるし、それはそうであるというまことに不完全な蓋然性は存在し得る。しかし、実際には、ここではそのことは問題とはならない。本来の理解においては、司教または裁判官が誤りをおかしたか否かは、決して問題にはならないのであり、その最終的な言説は、現実の白を形式的な黒に変え、形式的な黒を現実の白に変えてしまうのである。両者(=司教と裁判官)は、全てが決められたとおりに進行するならば、形式的真実に関しては、誤ることはありえない。けだし、それはここでは人の安寧のための緊急権(Notrecht)であり、それによれば、そのために表示され、宣言されたことがともかくも形式的真実および形式的権利たるべきだからである。人は争うことを決してやめはしないであろうし、全ての者は、この者自らの理解するところにもとづいて行動しようとするであろう。その結果、もし人が結局思慮深くも、かくして言い渡されたものを形式的権利だと考え、従おうと欲したのだということを理解しなかったとするならば、そこからは最大の混乱が生じるであろう。もし人が形式的権利を信じないとすれば、その場合には各人には現実の権利についての自由な見解が残るのだが、しかし、人はこれを考慮しない。

しかし、人は、これら両方の概念をただちに混同している。したがって、各人の一方に、彼が現実の権利と考えたものを認め、行使させることさえする。領主は、その確信によれば不誠実な男であるところのあらゆる評議員を罷免し、好きなように処罰することができる。裁判官は、自らの見解によれば現実に正しい場合には、そして真実について何かを述べるためにも、全ての最初の判断を、それが形式的権利の力を達成することを待つことなしに、ただちに執行することができる。司祭はみな、彼の教会の信仰告白が、彼の確信するところによると現実には真実ではないかもしれない場合であっても、ただちにこれに賛成するという熟慮をそこからするに違いないと思われるが、それは彼が形式的真実であるということのみを意識していれば、ただちにやはりこれに賛成するこ

とができるからである。

全ての人は誤りをおかすし、国王や哲学者であってもそうであるが、後者の者たちはおそらくはその筆頭であって、それというのも両者は非常な高みに立っていて、彼らの眼前に彷彿として多くの事柄から、唯一の、完全に冷静で、かつ正確な観察をすることはできないからである。このことから、全ての国家は、ある人が権利または真実と判断したものは、それが形式という印章を取得する前には決して権利として妥当すべきではないということを、その自由と所有権の原則へとしたのである。

資格を有する裁判官によって言い渡され、権利の効力を認められたということは、権利の形式に属する。このことは、全てのヨーロッパの諸国民が等しく同意している基本原則であり、形式的真実と同じく現実の真実を履行せしめるところ君主は、この第一の、そしてそれなくしてはその安全がもはや存在しないような全ての国家に神聖なる基本原則を台無しにしてしまう。ある試みは、ソロモンの知恵を弁明することはできないが、世の中における全ての知恵というものは現実の真実に向かっており、形式的真実には向かっていないからである。

現実の権利というものは、必要とあれば、世界において完全になくても済まされえたかもしれない。全く法律をもたない国民というものは存在する。そしてわれわれドイツ人の祖先たちは、現実の権利というものを全く知らず、おそらくはそのようなものが世の中に存在するかどうかを全く疑ってみなかった人たちであるが、彼らはそれぞれの争訟事件の中で形式的権利と認められる事柄、当事者によって選び出された人々が、その大なり小なりの知見にしたがって正しくかつ衡平と認識したであろう事柄に、まとまってきた。このことさえも、人は、現実の真実から語りうるが、ここでは非常にわずかな人のみが一致するにすぎない。しかし、形式的権利と形式的真実が全く徹底して不要になることはなく、その結果、人が現実の錯誤を心に抱き、育んでよいかどうかということとは、無益な問いであり、あるいはむしろこれら両方の完全に異なった真実の態様を混同するものである。単なる形式的な錯誤は心の中では持ちえず、育まれないのか、あるいは国家の基本構成における誤りがある。

法律よりも訴訟法のことを考えてきた全ての国民は、このことを認識してきた。訴訟法というのは形式的権利への道を示しており、もっとも優れた訴訟法は、この道を最低限において変えてきた訴訟法である。しかし、法律というものは現実の権利のみを含んでおり、現実の権利は、既に述べたように、必要とあればなしで済まされうるものであった。大法官コクツェーイ (Cocceji) なども、訴訟法を法律に優先させた。

裁判官がしばしば遭遇するもっとも嘆かわしいケースは、彼が現実の権利を明白に認識したが、しかし形式的権利にすることができないという場合である。しかし、それにもかかわらず、一人の人が嘆くということは、人が全てを危険にさらしたということよりもましである。そしてこのことは、全ての裁判官が、彼が現実の権利と認識したものはただちに既判力を有すると想定しえた場合に認められるであろう。全ての人は、両者が一緒に見つからない場合には、人が形式的なものを現実のものに優先させたということを、感謝の心をもって見抜かなくてはならない。そしてこの形態を完全に排除するか、あるいは不自然に切り詰め、困難にしようと欲する者は、人類に対して罪を犯すものである。

ついでだが、形式的権利の維持のための手段、あるいは訴訟に関係するものは、彼が、その見解によれば彼に帰属しているもののために生命財産を賭し、そしてその認識するところによれば彼を押さえつけようとする全ての者に関して、全力で守り抜くという人類の高貴な情熱である。この情

熱は、抑圧するのではなく、助長されなくてはならず、とりわけ、その大部分が国家を養っている下々の者たちの場合にはそうであり、そして彼らが今日はひとかけらを、そして明日は別のかけらを、訴えることなし他者に奪い取られたならば、ただちにその根拠が示されなくてはならない。領主自身が、この情熱によって生気を吹き込まれている。彼は何一つ奪い取られることはないし、彼に帰属するものを要求されることはない。彼は国家に、そして全ての農民は彼に信託された共通財産に対して、このことの義務を負っている。彼の農場は、彼の武器であり、訴えを起こすことなしに、火打石を失ってしまってはならない。

この目的を達成するために、彼には形式的権利という方法が、まさに簡単かつ手短かに作られなければならない、閉ざされ、または狭められるようなことがあってはならない。

\* \* \*

### 3. サヴィニーにおける受容

さて、それではメーザーの〈形式的権利〉および〈形式的真実〉という概念は、どのような形で、サヴィニー (Friedrich Carl von Savigny, 1779.2.21—1861.10.25) の民事訴訟法理論の中に受容されたのであろうか。かつて筆者は、わが国民事訴訟法の裁判上の自白規定 (179条) の構造を解明すべく、普通民事訴訟法期におけるドイツの自白理論の学説史的展開についての検討を加え、サヴィニーの自白理論がその後の展開にとっての決定的な意味を持っていることの論証を行った<sup>5)</sup>。サヴィニーは、その大著『現代ローマ法体系 [全8巻]』 (以下『体系』とする。) によって<sup>6)</sup>、今日のドイツ私法の基本枠組を打ち出したが、この『体系』において、民事訴訟に関連する諸問題についての考察が完全に排除されてしまっているわけではないということは、周知のとおりである。すなわち、『体系』の第5巻から第7巻は深く民事訴訟法理論に関わる基本問題の考察に当てられており、裁判上の自白については『体系 [第7巻]』で論じられている。サヴィニーにおける裁判上の自白の構造理解をもっとも端的に表しているのが、そこでの彼の次のような言説であった。

「裁判上の自白は、争っている当事者の一方が、当該訴訟の裁判官の前で、この争いの対象に関してする表示である。その本質および重要な効果は、双方の主張のうちの争いのある部分と争いのない部分の間の境界の確定にある。さて、裁判官は、当事者の争いに関して裁判することにのみ権限があるから、どの裁判上の自白によっても、裁判官の任務は、その範囲について確定され、限定される。したがって、この自白は、(どの真の証拠方法とも同じように) 裁判官にとってこう言い渡すか別に言渡しをするかについての動機であるのではなくて、当事者間で争われている主張の領域内に属しないため裁判官において自己の判断を控えなければならない対象の確定である。したがって、裁判上の自白は、形式的真実 (——傍点は筆者の附したもの) を設定する」<sup>7)</sup>。

この当時の普通法学者の支配的見解が、裁判外の自白と裁判上の自白は、いずれも〈自白〉という共通する類概念の中の異なる2つの種であるにすぎず、したがっていずれも〈証拠方法〉であると理解してきたのに対して、ここでサヴィニーは、両者は本質的に異なり、したがって裁判外の自白は証拠方法であるが、裁判上の自白はそうではない、ということをつまやかに示した。彼がこのような裁判所との関係における裁判上の自白の効果を「説明」するために用いたのが〈形式的真実〉の概念であったが<sup>8)</sup>、この概念は同時に、裁判上の自白が成立すると、自白された内容が、裁判所との関係だけではなく、相手方当事者との関係においても形式的に真実として取り扱われるということ、つまりは今日言うところの当事者に対する拘束力を生じることをも含意していた<sup>9)</sup>。このよう

に見るならば、サヴィニーこそが、〈主張段階〉と〈立証段階〉より構成される普通民事訴訟法の手続構造を踏まえて、裁判上の自白を証拠の問題ではなく、訴訟手続そのものに関する問題として位置づけ直すとともに、この制度の内部における具体的な取扱いが相互に矛盾することのないように説得力をもって論じることによって、この制度をめぐる新たな理論的一步を踏み出した人物であり、その際に、彼はメーザーの〈形式的真実〉という概念を受け容れることで、こうした解釈学上の最大の成果を収めることに成功したと評価することができるのではないだろうか<sup>10)</sup>。

今日のドイツおよびわが国の民事訴訟法における裁判上の自白規定の基本構造は、サヴィニーの自白理論を受け継いだものということができるが<sup>11)</sup>、サヴィニーの自白理論、とりわけその核心をなす〈形式的真実〉の概念は、明文規定の置かれた今日に至ってもなお、これらを読み解く上で必要不可欠のものではないだろうか<sup>12)</sup>。裁判上の自白は、それがなされた時点において裁判所と当事者とを拘束するが、そのことの「構造上の説明概念」として〈形式的真実〉という概念はきわめて優れたものであり、今日なお評価に値すると思われるのである<sup>13)</sup>。

サヴィニーの自白理論がこのように改めて評価するに値するものであるとして、これを読み解く上では、彼が『体系〔第6巻〕』の後半部分を判決の既判力の考察に当て、そこでの議論を踏まえた上で、『体系〔第7巻〕』の前半部分において「判決の代用物」たる裁判上の自白についての議論を展開している点<sup>14)</sup>、あるいは裁判上の自白の撤回の議論は、『体系〔第7巻〕』の後半部分において取り扱われる原状回復の議論への関連づけがなされている点を見過ごしてはならない<sup>15)</sup>。訴権と抗弁等についての理論、争点決定論、判決の既判力論を経て、判決代用物論、原状回復論へと至る『体系』の第5巻以降におけるサヴィニーの叙述は、全体として一つの訴訟法理論の動態的体系を示したものとして理解する必要があるのではないだろうか<sup>16)</sup>。その際には、メーザーによって提唱された〈形式的真実〉の概念は、サヴィニーの民事訴訟法理論の中核を成立せしめる基本概念の1つとしての位置づけを与えられることになる。このように訴訟法理論にとってもきわめて重要な意味を有するメーザーの創意についても、改めて確認しておく必要がある。

#### 4. 今後の展望

サヴィニー理論が、『体系』によって、今日のドイツの民法体系にとっての決定的な影響を及ぼしており、今日なお古典たる地位にあることは一般に承認されている。これに対して、民事訴訟法理論との関係でのその意義については、従来必ずしも十分に注目されてはこなかった。しかし、今後、サヴィニーの理論を改めて評価し直す必要があるのではないだろうか。筆者は、裁判上の自白の問題の検討を通じてこのことを示唆してきたが、サヴィニーの自白理論をこのように再評価するのであれば、本来的には、サヴィニー民事訴訟法理論全体のコンテクストを踏まえつつ、これを行わなければならない。そうした中で、サヴィニーの解釈理論に決定的な影響を及ぼしたメーザーという人物についても、光を当ててみる必要があるように思われる。

#### 【註】

- 1) *Justus Möser, Patriotische Phantasien IV, Nr. XXX Von den wichtigen Unterschied des wirklichen und förmlichen Rechts*, in: Akademie der Wissenschaften zu Göttingen (Hrsg.), *Justus Möser's Sämtliche Werke. Historisch = kritische Ausgabe in 14 Bänden, 1943-1990, Bd. 7, S. 98-101.*
- 2) わが国におけるメーザー研究の集大成というべきは、坂井榮八郎『ユストゥス・メーザーの世界』(刀水書房, 2005年)である。本文でのメーザーの紹介については、同書13頁以下の「ユストゥス・メーザー小伝」に依拠している。
- 3) その序文の翻訳として、坂井「『オスナブリュック史』〔序文〕」同・前掲注2) 139頁以下がある。
- 4) そこに収録されたメーザーの論文(287点)のうち、特に経済史に関する18点についての翻訳として、

- 肥前榮一＝山崎彰＝原田哲史＝柴田英樹『郷土愛の夢』（京都大学学術出版会，2009年）がある（同書の書評として、坂井榮八郎「書評」社会経済史学 75 巻 6 号（2010年）80頁）。また、ゲーテ（Johann Wolfgang von Goethe, 1749.8.28－1832.3.22.）は『詩と真実』の中で、この『郷土愛の夢』について言及している：ゲーテ（山崎章甫訳）『詩と真実〔第3巻〕』（岩波文庫，1997年）242頁以下および318頁以下参照（なお、同訳書では、Patriotische Phantasienには『愛国的空想』の訳語があてられている）。
- 5) 拙稿「民事自白法理の再検討（1）～（3・完）」一橋法学 4 巻 1 号 299 頁，同 4 巻 2 号 475 頁，同 4 巻 3 号 975 頁（いずれも 2005 年）。
- 6) *Savigny, System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1-8, 1840-1849. [翻訳として、サヴィニー（小橋一郎訳）『現代ローマ法体系〔第1巻〕～〔第8巻〕』（成文堂，1993年-2009年）がある。なお、本小稿における引用に際しては、これを参考にしつつも適宜多少の訳文の修正を加えている。]
- 7) *Savigny*, a.a.O. (Anm. 6), Bd. 7 S. 41. [小橋訳・前掲注 6) 47 頁。] ちなみに、この箇所では、メーザーの著作を明示的には引用してはいないが、これは、その前の巻において行った引用を、当然の前提として踏まえているからである。後注 14) も参照。
- 8) もっとも、裁判上の自白と裁判外の自白の効力の相違を明らかにし、「裁判上の自白は形式的真実を設定する」と最初に論じた者は、サヴィニーではなく、その弟子のベートマン＝ホルヴェーク（Moritz August von Bethmann-Hollweg, 1795.4.8.－1877.7.14.）であった（*Bethmann-Hollweg, Ueber das gerichtliche und außergerichtliche Geständniß*, in: ders., *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses*, 1827, S. 250 ff.）。ベートマン＝ホルヴェークもまたメーザーを引用した上で議論を展開しているが（S. 251 Fn. 2.）, 彼の裁判上の自白論は、なお不十分なものであった。
- サヴィニーは、この点について「その理論（＝自白の理論）を全体的に非常に正しく理解するベートマン＝ホルヴェークでさえ、やはりこの点では必ずしもはっきり分っていたわけではないようである。彼は、S. 310 では確かに裁判上の自白に形式的真実性を帰するが、しかし、S. 311 ではやはりこれに反し、錯誤の証明による取消なしに、自白された事実の単なる逆のこの証明を許す」と、適切にも指摘している（*Savigny*, a.a.O. (Anm. 6), Bd. 7, S.46 Fn. (c). [小橋訳・前掲注 6) 50 頁]）。拙稿・前掲注 5) (2) 477 頁以下も参照。
- 9) かくてサヴィニーは、「あらゆる自白について裁判官による原状回復による撤回が可能である。しかし、それは錯誤の証明によって根拠づけられなければならない、それも事実の錯誤でなければならない、かつ重過失によって惹き起されたものであってはならない。……錯誤の証明なしに単に自白事実が不真実であると証明してみても、それは原状回復にとって十分でない」という。*Savigny*, a.a.O. (Anm. 6), Bd. 7, S.42. [小橋訳・前掲注 6) 48 頁。]
- 10) なお、自白論におけるこうした展開よりも前の段階において、ゲンナー（Nikolaus Thaddäus von Gönner, 1764.12.18.－1827.4.18.）もまた、その大著『ドイツ普通民事訴訟ハンドブック』の中でメーザーの〈形式的真実〉の概念について言及していた。*Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, 1. Aufl. Bd. 2, 1801, S. 294 f. およびこの箇所を引用する 1. Aufl. Bd. 4, 1803, S.5. [なお、2. Aufl. では、Bd. 2, 1804, S. 254f. および Bd. 2, S. 371 が、それぞれ対応箇所である。] ちなみに、メーザー、ゲンナーおよびベートマン＝ホルヴェークは、〈形式的真実〉として〈förmliche Wahrheit〉の語を用いるが、サヴィニーは〈formelle Wahrheit〉を使用している。
- 11) ドイツ民事訴訟法第 288 条（裁判上の自白） ① 当事者の一方の主張した事実は、訴訟の進行中口頭弁論において、又は受命裁判官若しくは受託裁判官の調査に対して相手方が自白した限りにおいて、その証明を必要としない（――傍点は筆者の附したもの）。
- ② [略]
- 同第 290 条（自白の撤回） 撤回は、撤回する当事者が、自白が真実に合致せずかつそれが錯誤にいたることを証明するときに限り、裁判上の自白の効力に影響する。この場合自白はその効力を失う。
- わが国民訴訟法第 179 条（「裁判所において当事者が自白した事実……は、証明することを要しない [――傍点は筆者の附したもの]」）は、ドイツ民訴法 288 条に対応する規定である。これに対して、ドイツ民訴法 290 条に対応する規定は、わが国民訴訟法中には存在しないため、そもそも裁判上の自白に当事者に対する拘束力が認められるのかについては、解釈論上争いがある。
- 12) 今日のドイツおよびわが国の裁判上の自白の解釈論を決定的に規定することとなったビューロー（Oskar Bülow, 1837.9.11－1907.11.19.）は、裁判上の自白の効力につき、裁判上の自白は何も確定するのではなく証拠を不要にするだけだと述べて、〈形式的真実〉を設定するとの見解を否定した（*Bülow, Das Geständnisrecht*, 1899, S. 223-224 Fn. 1.）。その上で、彼自身の見解として、両当事者がある事実を一致して報告する以上は「平地に波瀾を起こしてはならない」という考慮が、実体法秩序に依存する国家にとって、最善かつ唯一正当な政策なのであるとしたのだが（S. 244.）、かくては裁判上の自白が当事者自身を拘束する根拠が、十分な説明されなくなってしまうという問題点を抱え込むこととなった。そのため、わが国の通説は、一方で、裁判上の自白の裁判所に対する拘束力を弁論主義に求めつつ、他方で、当事者に対する拘束力については禁反言によって説明するという二元的説明をすることになる。
- 13) もっとも、ここでは「構造上の説明概念」としての意味を述べたにすぎない。したがって、筆者は、「裁判上の自白は、形式的真実を設定する」ということが、この制度の具体的取扱いにかかる「実質的な正当化根拠」をも明らかにするものだと述べているわけではない。「実質的な正当化根拠」については別途考える必要があり、それは当事者の手続的処分求められなくてはならないのではないのか。この点については、拙稿「弁

論主義と釈明権」法学教室 375 号（2011 年）19 頁以下。

- 14) 具体的には、「どの裁判上の自白も……全ての場合において後続の判決を不要にするわけではないけれども、判決と同じように真実の擬制を、すなわち形式的真実を設定することによって、判決の代用として妥当しうる」と述べているが（*Savigny*, a.a.O., (Anm. 6) Bd. 7, S. 11 [小橋訳・前掲注 6] 22 頁），これは、判決の既判力は「真実の擬制にほかならず、これによって既判力ある判決は、取消または無効にしようというあらゆる将来の試みに対して守られる。ある才気あふれた著述家は、それについて、現実の権利に対立して形式的権利という表現を用いた」との議論を踏まえた上でのものである。なお、サヴィニーはこの箇所の脚注にて、本小稿前記 2 にて全訳を行ったメーザーのエッセーを引用する（*ders.*, a.a.O., (Anm. 6) Bd. 6, S. 261 Fn. (c) [小橋訳・前掲注 6] 229 頁以下）。

なお、サヴィニーの既判力理論については、ハンス・F・ガウル（松本博之＝鶴田滋＝福本知行訳）「サヴィニー以後の既判力理論の展開と現状」松本編訳『ドイツ既判力理論』（信山社，2003 年）1 頁以下参照。

- 15) 再び、前掲注 9) 参照；*Savigny*, a.a.O. (Anm. 6) , Bd. 7, S.197 Fn. (d) [小橋訳・前掲注 6] 178 頁；*ders.*, a.a.O. (Anm. 6) , Bd. 3, S. 384 ff. [小橋訳・前掲注 6] 342 頁以下]
- 16) ドイツ私法体系の確立者とされているサヴィニーの民事訴訟理論の基本構想と今日的意義を明らかにする試みの重要性を指摘するものとして、河野正憲「サヴィニーとプロイセン一般裁判所法改正について」原島重義編『近代私法学の形成と現代法理論』（九州大学出版会，1988 年）365 頁以下。

〔完〕