

論 説

民事訴訟法における当事者概念の成立とその展開(三)

——ドイツにおける学説の変遷を中心に——

松 原 弘 信

目 次

- 第一章 序説——わが国における問題状況
- 第二章 実体的当事者概念の成立
- 第三章 実体的当事者概念から形式的当事者概念への移行過程
  - 第一節 確認訴訟の出現と当事者概念——ワッハの見解(以上五一号)
  - 第二節 第三者の訴訟担当と当事者概念
    - Ⅰ 当事者概念をめぐる論争と実体的当事者概念の衰退
    - Ⅱ 実体的当事者概念の修正——コラーおよびベートルセンの見解
    - Ⅲ 形式的当事者概念の成立——ニトゥカーおよびシュテューゲマンの見解(以上五二号)
- 第四章 形式的当事者概念の確立——ヘルヴィヒの見解
- 第五章 ヘルヴィヒ以降の学説の展開

第一節 形式的当事者概念の通説的展開——その意義と問題点

第二節 形式的当事者概念の再検討

Ⅰ ザウアーおよびキッシェの見解

Ⅱ デ・ボアの見解（以上本号）

Ⅲ ヘンケルの見解

Ⅳ グルンスキーの見解

第六章 結び——総括および今後の展望・課題

## 第四章 形式的当事者概念の確立——ヘルヴィヒの見解

第三章第二節Ⅲの最後に考察したように、一八九〇年代に入って直ちにエトウカーによって提唱されシニテゲマ  
ンによって展開された形式的当事者概念は、当事者概念をめぐる論争の一翼を担いつつも様々な難点を抱えていたた  
めに多くの批判を受けることになり、結局一八九〇年代においてはなお支配的な見解ではなかった。そうしたなかで、  
一九〇〇年代に入って直ちに一方で彼らが採用した形式的当事者概念を継承しながらも、他方でそれを給付訴訟のみ  
ならず確認訴訟や形成訴訟をも考慮に入れて新しい民事訴訟法理論（とりわけ当事者論）の体系の中に位置づけること  
により形式的当事者概念を通説の地位に押し上げるのに多大な寄与をなしたのがヘルヴィヒであった。<sup>(1)</sup>そこで、以下に  
おいて、当事者概念についてのヘルヴィヒの見解を彼の民事訴訟法理論（とりわけ当事者論）の体系をも視野の中に入れ  
て考察し、形式的当事者概念がヘルヴィヒにおいていかにして確立していったかを明らかにしていくことにする。

ヘルヴィヒの形式的当事者概念の採用は、彼の最初の名著 *Anspruch und Klagerecht* (1900) においてすでにみられ、  
彼は、その中で次のように述べる。すなわち、「人が訴訟物を構成する法律関係の主体を訴訟当事者とみなす場合、  
そのことは債務関係における権利者の債務者に対する訴えについては正しい。その他のすべての訴えについても、権  
利者が原告であるというのは一般には正しい。しかし、かかる場合に決してそうでなければならぬというわけでは  
ないし（檢察官の婚姻無効の訴え、確認訴訟や形成訴訟においては、法律関係の主体では決しない者がかなり頻繁に  
被告たるべき者である。……誰が正当な原告または正当な被告であるかは、判決の対象となるべき個別の法律関係に  
ついてかつ問題となる権利保護形式の態様に従って判断されるにすぎない。人は、一般的には次のように言うるだ

けである。すなわち、原告とは、自己の名において、権利保護を求める者であり、原告は、彼が訴えの権限がある場合に正当な原告である。被告とは、その者に対する関係で、権利保護が与えられる者であり、被告は、彼に対して訴える権利が存在している場合に正当な被告である<sup>(2)</sup>。以上の叙述から、ヘルヴィヒが従来の実体的当事者概念を否定して、形式的当事者概念を採用していることが明らかである。にもかかわらず、ヘルヴィヒの形式的当事者概念は前章（第二節Ⅲ）で考察した彼以前のエトウカーやシュテーターゲマン等の形式的当事者概念とは種々の点で異なっていることに注意する必要がある。そこで、その点について以下に述べることにする。まず第一に、エトウカーやシュテーターゲマンが、いわゆる第三者の訴訟担当、その中でもとりわけ破産管財人等の財産管理人を念頭に置いて彼らの当事者としての訴訟追行を可能ならしめる構成として形式的当事者概念を形成していったのに対して、ヘルヴィヒは、第三者の訴訟担当だけでなく、むしろ確認訴訟や形成訴訟を主たる考慮に入れて形式的当事者概念を展開している<sup>(3)</sup>。とりわけ、ヘルヴィヒが確認訴訟を念頭に置いて形式的当事者概念を形成しているということが、前述の引用した箇所の文脈からもうかがわれ、注目に値する。すなわち、ヘルヴィヒが当事者概念について言及している前述した引用箇所は、彼が確認訴訟に関して、「訴訟法は、それ（法律関係の確認を求めて訴える権利）の要件を規定しており、それによって一般に初めて誰が確認訴訟の当事者であるかを決めるのである。」と述べている本文の「注」において見受けられる。それゆえ、このことから、ヘルヴィヒが、訴訟法が規定する確認訴訟の要件すなわち確認の利益から「誰が確認訴訟における当事者であるか」を概念的に導き出し、さらに、それを念頭に置いてあらゆる権利保護形式に通用する当事者概念として形式的当事者概念を導き出していることが十分に推測される。すなわち、ヘルヴィヒによれば、確認訴訟において訴訟上の権利保護が認められるためには、訴訟法が規定する要件たる確認の利益（権利保護の利益）が必要である。したがって、確認訴訟を念頭に置いて考えるかぎり、訴訟上の権利保護が認められる正当な原告は、

権利保護の利益を有する者であり、正当な被告は、その者に対する関係で既判力による確定を手に入れることが原告にとって利益のある者である。そこから、訴訟に当事者として登場する主体は、自己の名において権利保護を求める者およびその者に対する関係で権利保護が認められる者であるとする彼の形式的当事者概念が導き出されているように思われる。さらに、ヘルヴィヒが形式的当事者概念について言及した前述の引用箇所は、これをもっと広い文脈の中で見ると、彼の民事訴訟法理論の体系である勝訴要件 *Klagvoraussetzungen* の叙述の中に見受けられる。したがって、この点からも、彼の形式的当事者概念が実は訴訟的勝訴要件に属する権利保護の利益から「正当な当事者」概念を経由して導き出されたものであると結論づけることができるように思われる。第二に、右に述べたことと関連して、ヘルヴィヒの形式的当事者概念には、エトウカーやシュテゲマンのそれとは異って彼の勝訴要件論（権利保護要件論）の体系の根底にある訴訟の目的すなわち権利保護という訴訟目的観や確認訴訟原型観が色濃く反映されているということが出来る。第三に、ヘルヴィヒの形式的当事者概念についてエトウカーやシュテゲマンのそれとの対比において注目すべき点は、ヘルヴィヒが自国語たるドイツ語によって示した形式的当事者概念の定義には、エトウカーやシュテゲマンのラテン語によるそれと異なつて、今日の形式的当事者概念の定義にも一般的に見受けられる「自己の名において *im eigenen Namen*」という字句が明確に挿入されていることである。前述したように、エトウカー等の提唱したラテン語による形式的当事者概念の定義に対しては、そこに「自己の名において」という字句が明記されていないことから、以下のような批判を受けた。たとえば、それによれば後見人をはじめあらゆる法定代理人が当事者のレッテルをはられることになるとか、財産管理人と同様に後見人も *rem in iudicium deducens*（訴訟物たる権利関係を訴訟において主張する者）であるから、彼を法定代理人ではなくて当事者とみなすべきであるということになるはずなのに、何故財産管理人が当事者であつて後見人は

法定代理人であるのか、エントウカー等のラテン語による定義からは説明できないなどと批判された。<sup>(7)</sup>これに対して、ヘルヴィヒは、形式的当事者概念の定義の中に「自己の名において」という字句を挿入することにより、今日におけると同様に、当事者であるか、それとも代理人であるかを、自己の名において、権利保護を求めて訴訟に登場する者であるか、それとも他人の名において、権利保護を求めて訴訟に登場する者であるかによって区別することができた。<sup>(8)</sup>要するに、ヘルヴィヒにあっては形式的当事者概念の定義の中に当事者と代理人を区別する一応の基準を見出すことが可能となったのである。

ところで、ヘルヴィヒの形式的当事者概念とそれ以前のシュテューゲマン等のそれとの違いは、彼らの民事訴訟法理論とりわけ当事者論の中での当事者概念の体系的位付けおよび機能において決定的な形で現れるように思われる。そこで、次に、ヘルヴィヒの当事者概念が、彼の民事訴訟法理論（とりわけ当事者論）の体系においていかなる位置を占め、どのような意義ないし機能を有したかが問題となる。それを明らかにする上で重要な鍵を握るのが、彼の「正当な当事者」理論である。だとすれば、ヘルヴィヒの「正当な当事者」理論について考察することを通して、右の問いに答えることが次の課題となる。だが、その前にヘルヴィヒの「正当な当事者」理論の理論的意義を明らかにするために、また、何故それが彼の当事者概念の民事訴訟法理論、とりわけ当事者論の体系の中での位付けや意義、機能を明らかにするために重要な鍵を握るのかを浮き彫りにするためにも、ヘルヴィヒ以前のシュテューゲマンの見解に代表される形式的当事者概念と「正当な当事者」理論の關係についての問題状況を前章（二節Ⅲ）における考察により得られた結論を踏まえて簡潔に要約しておくことにする。すなわち、形式的当事者概念は、実体的当事者概念と異なっており、その概念内容の希薄さのゆえに概念そのものの中に当事者の「正当性」をほとんど含んでいない。したがって、形式的当事者概念にあっては実体的当事者概念等と異なっており、当事者概念それ自体が訴訟要件の機能を有することはあ

りえないので、何人もいかなる訴訟物であろうと当事者となることが理論上可能となり、それだけではいわゆる民衆訴訟を許容する結果にもなりかねない。<sup>(9)</sup>しかし、それでは、訴訟経済の観点からも、また、応訴を余儀なくされる被告の保護という観点からも大いに問題である。そこで、形式的当事者概念の下では、従来の当事者概念に代って「正当な当事者」概念(理論)がいわゆる訴訟要件的機能を果たすこと、すなわち、それに基づいて正当な当事者とそうでない当事者を選別して、そうでない当事者を本案の審判から排除することによって、いわゆる民衆訴訟を防ぐことが要請されることになる。しかしながら、ヘルヴィヒ以前の学説においては、前述したシュテューゲマンの見解に代表されるように、依然として実体的当事者概念の下での当事者論の強い影響を受けて、「正当な当事者」理論はなお事件適格の理論として捉えられ、本案の問題そのものと解されていた。<sup>(10)</sup>しかし、これでは、前述したいわゆる民衆訴訟の弊害を除去することはできず、不都合な結果を生じることを免れない。したがって、このような弊害の除去のためには、「正当な当事者」理論を従来の事件適格の理論から解放し、本案そのものの問題から切り離して取り扱うことが切実な課題として浮上してこざるをえなかったのである。

以上のような形式的当事者概念と「正当な当事者」理論の關係についてのヘルヴィヒ以前の学説についての問題状況を踏まえて、ヘルヴィヒの「正当な当事者」理論(その彼の民事訴訟法理論体系の中で位置付けをも含む)について以下において考察する。もともと、ヘルヴィヒの「正当な当事者」理論は、彼の各主著において一定不変であるわけではなくて、むしろ、徐々に変容を遂げている。したがって、ヘルヴィヒがその主著において「正当な当事者」理論をどのように展開させていったかを順を追って考察していくことにする。まず、ヘルヴィヒの最初の主著 *Anspruch und Klagerecht* (1900) によれば、正当な当事者は、給付訴訟においては事件適格を有する者であり、確認訴訟においては確認の利益を有する者である。<sup>(12)</sup>ヘルヴィヒにあっては、訴訟の目的すなわち権利保護という彼の訴訟目的観に基

づいて展開された勝訴要件 *Klagvoraussetzungen* の理論の下に、右著書では事件適格の存在も確認の利益（権利保護の利益）の存在も共に訴訟要件ではなくて勝訴要件（前者は実体的勝訴要件、後者は訴訟的勝訴要件）であった。したがって、それらの欠缺は、「請求棄却 *Abweisung der Klage als unbegründet*」をもたらしと解された。<sup>(13)</sup> 次に、ヘルヴィヒは、*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (1903) において、ついに従来の「事件適格理論に代って係争法律関係についての管理権を基礎とする「訴訟追行権 *Prozeßführungsrecht*」の理論を定立し、正当な当事者たる地位を統一的に把握しようとした。<sup>(14)</sup> したがって、ここでは、正当な当事者は訴訟追行権を有する者であり、ただ確認訴訟に限っては、以前と同様に確認の利益を有する者が正当な当事者であった。そして、彼の勝訴要件の理論体系において、訴訟追行権の存在は、（確認の利益その他の訴えの利益と同様に）訴訟的勝訴要件 *prozessuale Klagvoraussetzungen* であり、その欠缺は、請求の「一時的棄却 *Abweisung zur Zeit*」をもたらしと考えられた。<sup>(15)</sup> ここに至って初めて、正当な当事者たる地位は事件適格——ここでは、「判決せられるべき権利の主観的帰属（帰属主体たる資格）」と解されている<sup>(16)</sup>——から切り離され、したがって、訴訟物たる権利関係からも一応切り離された。さらにその後、ヘルヴィヒは、*Klagrecht und Klagmöglichkeit* (1905) において、正当な当事者たる地位に関する訴訟追行権や確認の利益（権利保護の利益）が彼の勝訴要件の理論体系において属する訴訟的勝訴要件の取り扱いを微妙に変化させている。<sup>(17)</sup> すなわち、ヘルヴィヒは、まず訴訟的勝訴要件をさらに一般的要件と特殊の要件とに分け、訴訟追行権等を前者に、権利保護の理由 *Rechtsschutzgrund* を後者にそれぞれ属するものとしている。<sup>(18)</sup> そして、重要なことは、ここにおいて、これら訴訟的勝訴要件の欠缺の効果を以前と微妙に変化させており、彼はその間の事情を次のように述べる。「現在の給付の訴えにおいて、主張された請求権の履行期未到来を理由としてなされる請求棄却 (*Klagabweisung*) を一時的棄却 (*Abweisung zur Zeit*) と称するのが長い間の通例になっている。私は、簡潔な術語によって請求棄却 (*Abweisung*



der Klage als unbegründet) と対比するために、ここで問題になっているすべての場合にこの表現を使うことを提案してきた。しかし、今はこの表現に対して疑念を抱いていることを認めざるをえない。恐らく不適法却下 (Abweisung der Klage als unzulässig) と呼ぶのが適当であると思われる<sup>(19)</sup>。要するに、ここに至つては、ヘルヴィヒは、訴訟的勝訴要件の欠缺の効果を「不適法却下 (一時的棄却) Abweisung der Klage als unzulässig (zur Zeit)」と表現するようになる<sup>(20)</sup>。最後に、ヘルヴィヒは、System des deutschen Zivilprozessrechts (1912) において、正当な当事者は、前著 Lehrbuch. と同様に、基本的に訴訟追行権を有する者であり、したがって、原則として特定の権利関係に關して管理権を有する者であると考えているものの、事件適格についての理解および訴訟追行権の訴訟上の取り扱い(すなわち、彼の勝訴要件論の体系の中での位置付けおよび欠缺の効果)について、前著 Lehrbuch. と異なる立場を示している。まず、前者の事件適格に關して、Lehrbuch. では、「判決せられるべき權利の主觀的帰屬(帰屬主体たる資格)」と解して、訴訟追行権から區別したが、ここでは、事件適格を訴訟追行権と同義に用いている。したがって、正当な当事者は、原則として訴訟追行権(すなわち事件適格)を有する者であるとヘルヴィヒは解している<sup>(21)</sup>。次に、後者の訴訟追行権の訴訟上の取り扱いについてであるが、ヘルヴィヒは、ここにおいて勝訴要件論(權利保護要件論)を大幅に再構成しており<sup>(22)</sup>、したがって、そこにおける訴訟追行権の位置も Lehrbuch. と(wohl) Klagrecht und Klagmöglichkeit とも異なつた扱いをしている。すなわち、訴訟追行権の存在は、以前と同様に(一般的)訴訟的勝訴要件ではあるが、もはや原告勝訴の要件ではなくて、本案判決の要件の中の訴えの適法要件として位置付けられており、それを欠く場合には、訴えは不適法として却下される (Die Klage als unzulässig abweisen) ことになる<sup>(23)</sup>。要するに、ここにおいて、一般的訴訟的勝訴要件たる訴訟追行権の存在は、外形的にはなお彼の訴權論の体系の中で勝訴の要件 (Bedingungen für den Erfolg einer Klage od. Voraussetzungen der erfolgreichen Klage) に属するが、その中で本案判決の要件たる適法要

件の中に組み入れられていて、実質的にはもはや「勝訴」要件としての性質を失っている。<sup>(24)</sup> しかも、その欠缺は本案 Hauptsache についての裁判に入ることなく訴えの不適法却下をもたらすことから、結局実質的にみると今日にいう訴訟要件と大して変わらないものになっている。かくて、ここに至って、実体的当事者概念の成立以来ずっと本案の一部であった正当な当事者たる地位(資格)は、本案の問題から一応切り離されたことになるのである。

さて、以上において、当事者概念の問題を念頭に置きつつ、ヘルヴィヒの「正当な当事者」理論(それの彼の訴権体系の中での位置付けをも含む)について考察してきたが、以上の考察から次のような帰結を導き出すことができるように思われる。まず第一に、ヘルヴィヒは、正当な当事者たる地位(資格)を、実体的当事者概念の下でのそれとして実体的性格を有しかつ「訴えの原因」の一部であった事件適格から切り離し、これに代って純訴訟法的性格を有する訴訟追行権をもって正当な当事者たる地位(資格)を統一的に把握した。しかも、彼はかかる訴訟追行権を訴訟物たる権利関係から独立した管理権に係らしめることにより、実体的当事者概念の成立以降初めて正当な当事者たる地位を訴訟物から完全に切り離すことに成功した。かくて、ヘルヴィヒに至って初めて実体的当事者概念の下での当事者論の影響を完全に払拭することが可能となったのである。さらに、彼の訴権体系(勝訴要件の体系)の中での訴訟追行権の位置付け・取り扱いについても、当初は、実体的勝訴要件と並ぶ訴訟的勝訴要件としてその欠缺は請求(の一次的)棄却をもたらずと解したが、その後次第に変容させていき、ついには、外形的には勝訴要件であっても原告勝訴の要件から明確に区別された本案判決の要件たる適法要件としてその欠缺は不適法却下をもたらすと解するようになった。かくて、訴訟追行権は、実質的には「勝訴」要件たる性質を失い、今日にいう訴訟要件とほとんど変わらないものとして位置付けられることになっていった。その結果、ヘルヴィヒにあっては、実体的当事者概念の成立以降当事者概念に該当する「当事者」に与えられてきた本案についての訴訟追行資格(換言すれば、当事者概念の中に含まれていた本案について

の訴訟追行資格」が、実質的に本案から訴訟要件的なものに引き下げられた「訴訟追行権」を有する「正当な当事者」に与えられることになった(換言すれば、「正当な当事者」概念ないしは訴訟追行権の中に含まれることになった)。すなわち、それは当事者概念に関する「当事者」レベルの問題から訴訟追行権に関する「正当な当事者」レベルの問題へと移行することになったのである。それに加えて、かつて実体的当事者概念の下で当事者概念それ自体が有していた訴訟要件的功能——本案についての審理および判決を受ける資格を有する者をセレクトし、そのような資格のない者が訴訟に登場してきた場合には、本案についての審理を拒否して直ちに訴えを不適法として却下することにより、裁判所の負担を軽減し、応訴を余儀なくされる被告の保護をはかる機能——もまた、ヘルヴィヒにあっては、訴訟追行権に関する「正当な当事者」概念(理論)に委ねられることになった。<sup>(25)</sup>要するに、ヘルヴィヒの民事訴訟法理論の体系の下では、形式的当事者概念は、かつて実体的当事者概念の下で当事者概念が自ら有していた本案についての訴訟追行資格をその概念に該当する「当事者」に与える機能もいわゆる訴訟要件的功能も有しなくなり、それに代って、「正当な当事者」理論の中心を占める訴訟追行権がこのような重要な機能を果たしていくことになったのである。このようにして、ヘルヴィヒにおいては、訴訟追行権の理論に代表される「正当な当事者」理論が当事者論の要としての地位を占める一方で、当事者概念が当事者論の中で占める地位ないし意義はむしろ低下していったのであり、形式的当事者概念は、かかるものとして民事訴訟法の体系の中に組み込まれていき、確立するに至ったのである。

(1) 一九〇〇年代に入って直ちに形式的当事者概念を採用したのは、ヘルヴィヒのほかにも多数の学者がいる(たとえば、Gaupp-Stein, Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich, 67 Aufl. Bd. I, 1904, vor § 50 I, S. 133 ff.; Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2 Aufl., 1910, § 50 I, S. 310 ff.)。にもかかわらず、ここで「形式的当事者概念の確立」という一章を設けてヘルヴィヒの見解のみを大きく取り上げるのは、本文で述べたことのほかに、以下に掲げ

る理由からである。すなわち、後述するように、形式的当事者概念が今日におけるとは同様の意義を有するものとして確立するためには、「正当な当事者」たる資格（訴訟追行権）が、訴訟法の体系において訴訟物から切り離され、かつ従来の当事者概念に代って訴訟要件的な位置と機能を有する必要があったが、これはヘルヴィヒにおいて初めて成し遂げられたのであり、それによって形式的当事者概念の確立に大きく寄与したからである。

(2) Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht, 1900, S. 131 Anm. 15.

(3) ヘルヴィヒは「エトウカーヤシュテレーゲマン」と異なつて破産管財人等の財産管理人を当事者と解さずに「むしろ破産財団等の特別財産それ自体を当事者とみなしており、したがつて、破産管財人等の財産管理人はその（法定）代理人であると解している（Vgl. Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I, 1903, S. 295 Anm. 2)」。したがつて、ヘルヴィヒは「エトウカーヤシュテレーゲマン」のように財産管理人を念頭に置いて形式的当事者概念を形成してはいないことに注意する必要がある。

(4) Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 131.

(5) Hellwig, a. a. O., S. 131.

(6) 周知のように「ヘルヴィヒは、ワッハによって提唱された権利保護要件論を勝訴要件 Klagvoraussetzungen の理論としてさらに体系的に展開し、それを彼の民事訴訟法体系の根幹として位置付けた。ヘルヴィヒは、「私の訴訟法体系は勝訴要件 Klagvoraussetzungen に基礎を置くものである」と述べている（Hellwig, Klagerecht und Klagmöglichkeit, 1905, S. 65 Anm. 22)」。この点につき詳細に論述するものとして、富樫貞夫「権利保護要件論について」熊本法学三三号（一九八二年）四一頁以下、特に五五頁以下があり、ヘルヴィヒの勝訴要件論（権利保護要件論）についての叙述は、主として右論文に負うている。

(7) Levy, Gruchots Beitr., Bd. 37, 1893, S. 175, Petersen, ZZP Bd. 18, 1895, S. 8ff.

(8) Hellwig, Wesen und subjektiven Begrenzung der Rechtskraftwirkung, 1901, S. 35ff. 以下「レヴィ」すでに形式的当事者概念に基づく本文で述べたような当事者と代理人の区別がなされている。

(9) 福永有利「民事訴訟における『正当な当事者』に関する研究」関大法学論集一七卷三号一一二頁。  
(10) Siegemann, Die Parteien im Prozeß, ZZP Bd. 17, 1892, S. 356.

- (11) Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 128 f. 以下において「事件適格は「係争権利の主観的帰属(帰属主体たる資格)」というふうに狭く解されておらず、自己または共同の利益のために権利者の権利を自己の名において行使する権限がある場合をも含めて広く解されているが、それでも飽くまで純粋に実体法上の問題であると考えられている。
- (12) Hellwig, a. a. O., S. 131. なお「形成の訴え(Die Klage auf Rechtsänderung)」においては「正当な原告は、形成を求める実体権を有する者であり、正当な被告は、形成についての直接の利害関係人であり、したがって、形成をもたらすべき法律関係の主体であるとする(Hellwig, a. a. O., S. 131 f.)」。
- (13) Hellwig, a. a. O., S. 138 ff. も「訴訟の対象を成す実体権の存在が否定される場合には、文字通り請求棄却の本案判決(Sachentscheidung)がなされるのに対して、権利そのものの欠缺以外の理由により事件適格を欠く場合や権利保護の利益を欠く場合には「裁判所は「一時的棄却(Abweisung zur Zeit)」の本案の裁判(sachliche Entscheidung)をする。」これにつき、富樫・前掲論文(注6)五六頁以下。
- (14) Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. I, 1903, S. 155 ff., u. 316 ff. 訴訟追行権については「すべてに必要と由るのみ」Prozessführungsrecht und bloße Prozessführungsmacht, Das Recht VI. Jahrgang No. 2, (Rundschau für den deutschen Juristenstand), 1902, S. 29 ff. において論述されている。なお、中村宗雄「訴訟遂行権の系譜的考察」民事訴訟雑誌三三(二頁以下、福永・前掲論文(注9) 関大法学論集一七巻五号三五頁以下参照。
- (15) ヘルウィヒは、次のように述べる。「訴訟要件は具備しているが、訴訟的勝訴要件を欠いている場合には、原告に有利な本案判決も被告に有利な本案判決もなされない。むしろ、そのような場合には、訴権それ自体について(権利保護請求権について)否定的な意味の裁判がなされるにすぎない。(すなわち)訴えは一時的に棄却される。すでにこれまで多くの場合にとりわけ請求権の期限の未到来を理由に請求が棄却される場合に、この判決によって表現された。しかし、この表現は、問題となるすべての場合に適用している」(Hellwig, a. a. O., S. 162, u. Vgl. S. 158.)。なお、富樫・前掲論文(注9)五五頁以下は「ルウ」の権利保護要件論(勝訴要件論)を初期の見解(Anspruch und Klagmöglichkeit, 1905)後期の見解(System des deutschen Zivilprozessrechts, I, 1912)の三つの段階に分けており、それゆえ「訴訟的勝訴要件の位置」取り扱いについては、Anspruch und Klagrecht u. Lehrbuch は基本的に同じ見解であると解している。

- (16) Hellwig, a. a. O., S. 157.
- (17) この点については、富樫・前掲論文(注6)五九頁以下参照。
- (18) Hellwig, Klagerecht und Klagmöglichkeit. Eine Auseinandersetzung über die Grundfragen des heutigen Zivilprozessrechts, 1905, S. 63 ff. など。ヘルヴィヒは「大要流動的である」(a. a. O., S. 69)。
- (19) Hellwig, a. a. O., S. 64 f.
- (20) Hellwig, a. a. O., S. 72, 74. 本書の別の箇所では「Abweisung zur Zeit (als unzulässig)」という表現も用いている。(S. 64 Anm. 19) ヘルヴィヒは大要流動的である。
- (21) Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, Erster Teil, 1912, S. 160 ff.
- (22) この点については、富樫・前掲論文(注6)五九頁以下参照。
- (23) Hellwig, a. a. O., S. 163, 248 f. u. 251. ヘルヴィヒは「不適法却下」の意義について「訴訟却下 (Prozessabweisung)」(従来の訴訟要件に相当する起訴要件の欠缺の場合に生ずる)のそれと比較して、次のように述べている。「いわゆる訴訟却下は、訴えの提起が適式になされないために行われる。この場合には、訴え(Klagegesuch)の内容には全く立ち入らず、いわば訴訟が全体として却下されるのである。したがって、当然のことながら、本案に関する裁判は拒否される。訴えの不適法却下もまた本案に関する裁判を拒否するけれども、それは適法要件(Zulässigkeitsvoraussetzungen)に基づき裁判がなされる限りでは訴えの内容についての限定された審理を含んでおり、したがってその意味では本案の裁判(sachliche Entscheidung)なのである(たとえ本案 Hauptsache の意味における事件 "die Sache" についての裁判ではないとしても)。訴訟却下は、原告がその要求する判決を得ることができかどうかという問題については全く触れない。不適法却下の判決は、訴訟の不適法や重複起訴等のために本案に関する裁判を拒否するのであり、その点に関して既判力を生ぜしめる。したがって、問題の不適法事由が除去されるまで、事柄の性質上さしあたり再訴を認めないのである」(a. a. O., S. 253)。富樫・前掲論文(注6)六三頁参照。
- (24) 富樫・前掲論文(注6)六二頁。
- (25) 形式的当事者概念は、前述したように、当事者概念の中に当事者の「正当性」をほとんど含んでいない結果、これによる

と当事者概念に該当する「当事者」の範囲がほとんど無制限に拡大し、いわゆる民衆訴訟を許容する結果になりかねず、したがって、その成立によって訴訟経済や応訴を余儀なくされる被告の保護の点で問題を生じた。だが、ヘルヴィヒにおいては、訴訟追行権の理論がうち立てられ、しかも、これにいわゆる訴訟要件の性格と機能をもたせることを通して、実体的当事者概念から形式的当事者概念への移行に伴う右の難点は見事に克服されている。本章の注(1)でも述べたように、この点にもヘルヴィヒによって形式的当事者概念が確立される所以が存するのである。なお、形式的当事者概念の下で訴訟追行権が、従来の当事者概念に代っていわゆる訴訟要件の機能あるいは(応訴する)被告の保護機能を有すること、およびそれがかるものとして成立したところ(「Henckel, Parteiliche und Streitgegenstand im Zivilprozess, 1961, S. 17. Heinemann, Die Prozeßführungsbefugnis, 1970, S. 51. 柏木邦良「訴訟要件と訴訟内紛争——単一的訴訟把握に対する一つの反省——」民事訴訟雑誌一九号一一三頁。

(26) ヘルヴィヒは、(形式的)当事者概念の意義として、次に述べるものを挙げている。すなわち、当事者概念に該当する「当事者」につき、①裁判所と向かい合っている訴訟法律関係の主体であること、②判決の名宛人であること、③訴訟を終了させる判決効(特に既判力)が生じること、④訴訟係属の効果が生じること、⑤(敗訴の場合)訴訟費用を負担せられること、⑥証人または鑑定人になれないこと、⑦その他(人的裁判籍、受教権、裁判所職員の除斥、担保提供義務、証言拒絶、宣誓等「当事者」に関する訴訟法の規定に基づく訴訟上の種々の効果が結び付けられること)。(Hollwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. I, S. 207 f.; ders., System des deutschen Zivilprozessrechts, Tl. 1, S. 146. ヘルヴィヒによって挙げられた以上のような(形式的)当事者概念の意義は、今日において通説によって通常挙げられるそれとほとんど変わりなく、このことから、今日なお支配的な当事者概念である形式的当事者概念がヘルヴィヒによって確立されたということが理由づけられるように思われる。なお、形式的当事者概念の意義については、次章(第五章)第一節においてさらに考察する。

## 第五章 ヘルヴィヒ以降の学説の展開

### 第一節 形式的当事者概念の通説的展開——その意義と問題点

一八九〇年代にエトウカーやシュテークマン等によって提唱され成立した形式的当事者概念は、二〇世紀に入ると直ちにヘルヴィヒ等によって民事訴訟法の体系の中に完全に組み込まれて確立し、一九一〇年頃には通説としての揺るぎない地位を占めるに至った。<sup>(1)</sup> しかも、当事者概念についてのかかる学説状況は基本的にはその後のドイツにおいて今日に至るまで続いているということが出来る。<sup>(2)</sup> もっとも、ヘルヴィヒ以降のドイツの学説において、形式的当事者概念を再検討する動きが皆無であったわけではない。むしろ、少数であるにせよ形式的当事者概念に代る新しい当事者概念の提唱や形式的当事者概念への「財産」概念による補充ないし当事者機能や他の当事者概念による相対化の試みが有力になされるに至っている。そこで、本章では次節において、このようなヘルヴィヒ以降の学説における形式的当事者概念に対する再検討の動きを考察の対象として取り上げることにする。が、それに先立って、本節では形式的当事者概念の成立とその後の通説的展開を踏まえて、形式的当事者概念の学説史的意義およびその通説的展開における問題点について考察し、かかる考察を通して形式的当事者概念に対する再検討の動きが生ずる学説史的基盤を浮かび上がらせることにする。

まず最初に、形式的当事者概念の学説史的意義、すなわち、それが実体的当事者概念やペーテルセン等の折衷的当事者概念を押しつけて通説的地位を占めるようになった必然的理由について述べると、筆者はかかる理由を窮極的に



は「社会生活や経済取引の複雑化・多様化に伴う紛争類型さらには訴訟類型の多様化に基づく『正当な当事者』の範囲の拡大」に求めることができるように思われる。そもそも、訴訟理論上や実際の訴訟手続においてはまず最初に「具体的な訴訟手続において当事者概念に該当する『当事者』は誰であるか」を問題にし、次に、「その当事者がはたして『正当な当事者』であるか」を問題にする。ところが、学説史的観点からみた概念形成のプロセスはむしろその逆であるといえることができる。すなわち、まず最初に「誰が当事者であるべきか(『正当な当事者』であるか)」に関する「正当な当事者」概念(ないし理論)が認識ないし形成され、次に、それを前提としてそれに該当する「正当な当事者」のすべてを当事者として包摂する概念として「誰が当事者であるか」に関する当事者概念が形成されてきたのである(なぜなら、「当事者」ではない「正当な当事者」は概念上矛盾しており、認めるわけにはいかないから)。そうだとすると、社会生活や経済取引の複雑化・多様化は、社会において生起する紛争類型の多様化、さらには裁判所が取り上げる訴訟類型の多様化をもたらし、それに伴い、訴訟における「正当な当事者(当事者であるべき者)」の範囲の拡大・多様化を不可避なものとする。しかも、そのような「正当な当事者」の範囲の拡大・多様化は、さらに、かかる拡大され・多様化したすべての「正当な当事者」を当事者として自己の概念の中に包摂せざるをえない当事者概念の変容を不可避なものとするのであり、かかる必然性において形式的当事者概念は成立し、通説化していったのである。以上に述べたことをさらに具体的に述べると次のようになる。すなわち、社会生活や経済取引がさほど複雑化・多様化しておらず、給付訴訟や唯一の訴訟類型であった時代に、実体的法律関係の主体(権利者・侵害者)Ⅱ正当な当事者という認識を前提として実体的法律関係の主体であると主張する(される)者を当事者と解する実体的当事者概念が成立した。<sup>(3)</sup>ところが、その後社会生活や経済取引が複雑化・多様化するに伴い紛争類型や訴訟類型も多様化し、とりわけ一八七七年の民事訴訟法(旧CPO)の成立を契機として、給付訴訟につきいわゆる第三者の訴訟担当を許容せざるを得なくな

り、また、給付訴訟と並んで確認訴訟(さらには形成訴訟)を新たな独立した訴訟類型として認知せざるを得なくなつた。それに伴つて、「正当な当事者」の範囲も一挙に拡大・複雑化していった。その結果、このような第三者の訴訟担当における正当な当事者(とりわけ破産管財人等の財産管理人)や確認訴訟(とりわけ消極の確認訴訟)における正当な当事者のすべてを当事者として自らの概念内容の中に包摂しうる当事者概念が要請されることになり、かかる要請に応えるものとして形式的当事者概念が成立し、さらに、その後通説化していったのである。<sup>(1)</sup>このようにみると、形式的当事者概念の成立およびその後の通説的展開は、社会生活や経済取引の複雑化による紛争類型ひいては訴訟類型の多様化といい、それに伴う「正当な当事者」の範囲の拡大・複雑化といい、必然的な歩みといわざるをえない。少なくとも、あらゆる訴訟類型においてかつ訴訟手続の最初から最後まで一貫して妥当し、しかも、拡大・複雑化した「正当な当事者」のすべてを当事者として自らの概念の中に包摂しうる当事者概念としては形式的当事者概念以外には考えられない。したがって、この点に形式的当事者概念の学説史的意義ないし必然性が認められうるし、社会生活や経済取引の複雑化・多様化がますます進みつつある今日において依然として支配的な当事者概念である所以もまたその点に存するよう思われる。

さて、このように形式的当事者概念の成立およびヘルヴィヒを含む彼以降の通説的展開は、当事者概念が包摂する外延の拡大をはかることにより窮極的には社会生活や経済取引の複雑化・多様化に伴う「正当な当事者」の範囲の拡大という現代的要請に応えるものであったが、その反面、それに伴つて当事者概念の抽象化および内容的空疎化をもたらし、当事者概念の意義に関連していくつかの問題点を生ぜしめた。まず第一に、実体的当事者概念から形式的当事者概念への移行およびそのヘルヴィヒ以降の通説的展開は当事者概念の実質的意義ないし機能に大きな変容をもたらした。すなわち、前述したように、実体的当事者概念の下では、それ自体が当事者の「正当性」を含んでいた。し

かも、そこでは、「正当な当事者」たる地位は事件適格の理論によって本案の問題として扱われたことから、当事者概念に該当する「当事者」に本案についての訴訟追行資格が認められた。それと同時に、それに該当しない者が訴訟に当事者として登場してきた場合には、本案の審判に入ることなく直ちに訴えを却下することにより訴訟経済および応訴を余儀なくされる被告の保護をはかるいわゆる訴訟要件の機能を当事者概念自らが有していた。<sup>(5)</sup>ところが、実体的当事者概念から形式的当事者概念への展開に伴って生じた当事者概念の抽象化・空洞化のゆえに、当事者概念はもはや当事者の「正当性」を自らの中にとんと有しなくなり、事実上前述した訴訟要件の機能を喪失した。その上、前章で考察したように、ヘルヴィヒに至って、「正当な当事者」概念(理論)が従来の本案に関する事件適格理論から本案とは一応区別された訴訟追行権理論へと発展せしめられ、それが従来の当事者概念に代っていわゆる訴訟要件の機能を有することにより、当事者概念の実質的意義ないし機能の空洞化を一層進める結果になった。<sup>(6)</sup>しかも、こうした傾向は、その後の通説において一層強化されていった。というのも、ヘルヴィヒにおいては、彼の訴訟法理論の体系たる「勝訴要件」の理論体系の下に訴訟追行権は訴訟的勝訴要件であり、確かにそのような訴訟的(勝訴要件)性質は次第に外形的なものにすぎず実質的には訴訟要件と大して変わらないものになっていったといえ、なお厳密にはいわゆる訴訟要件(Prozessvoraussetzungen)とは解されていなかった。<sup>(7)</sup>ところが、その後、訴権学説としての権利保護請求権説は急速に衰えていき、それに伴って、次第に「正当な当事者」たる地位に関する訴訟追行権は、純粋に訴訟要件であり、したがって、それを欠くときは訴えを不適法として却下すべきであるとする見解が通説となっていた。<sup>(8)</sup>このようにして、ヘルヴィヒ以降の通説においては、「正当な当事者」理論としての訴訟追行権理論が本案についての審判の当否に関わる訴訟要件の性質と機能により当事者論の要として重要性を増していく反面において、当事者概念は訴訟要件の機能の喪失により本案についての審判と何ら関係を有しなくなり、訴訟法理論としての実質的意

義と重要性を失っていった。<sup>(9)</sup>さらに、以上に述べたことと関連して、このような形式的当事者概念の通説的展開の過程での「正当な当事者」理論としての訴訟追行権の訴訟要件化は、形式的当事者概念そのものの意義をも変容させていった。すなわち、形式的当事者概念の成立当初においては、シュテューゲマンの見解に端的に代表されるように、「正当な当事者」たる地位は依然として本案に関する事件適格の問題と解されていたがゆえに、実体的当事者概念と同様に当事者概念に該当する「当事者」に本案についての訴訟追行資格が認められた。したがって、実体的当事者概念に対立するものとしての形式的当事者概念の台頭は、「無権利者（とりわけ、破産管財人等の財産管理人）の当事者としての本案についての訴訟追行を統一的かつ体系的に把握することを可能ならしめるための概念構成」としての実質的意義を担っていた。<sup>(10)</sup>ところが、ヘルヴィヒを含む彼以降の通説的展開において、前述した「正当な当事者」理論としての訴訟追行権の訴訟要件化に伴い、当事者概念に該当する「当事者」に本案についての訴訟追行資格が認められるということはなくなった。その結果、ヘルヴィヒ以降の通説的展開において形式的当事者概念は、その成立当初の前述した実質的意義をも失い、むしろ、もはや本案についての審判とは直接の関係なしに、訴訟手続において最初の段階（当事者の確定）から最後の段階（判決の名宛人）まで形式的に貫かれる——訴提起時に形式的当事者概念に即して確定された当事者が訴訟終了時に判決の名宛人となる——という形で形式的意義を有するものへと変質していった。<sup>(11)</sup>

このように、形式的当事者概念の通説的展開は、当事者概念の民事訴訟理論（とりわけ当事者論）において占める地位の低下ならびに訴訟手続における実質的意義の喪失ないし空洞化をもたらす結果となり、当事者概念の存在意義が問われることになった。そこに形式的当事者概念の抱える問題点の一つが存したのである。

さて、形式的当事者概念の通説的展開におけるもう一つの問題点は、「形式的当事者概念の画一的適用によるその絶対化の傾向」である。すなわち、形式的当事者概念の成立当初においては、シュテューゲマンの見解に端的に代表

されるように、それを民事訴訟法の中に含まれる「当事者」に関するすべての規定に画一的・自動的に適用されるべきであるとは解されず、実際に適用されない規定がかなり認められた。ところが、ヘルヴィヒを含む彼以降の通説においては、「当事者」について何らかの形で規定しているあらゆる民事訴訟法の規定に形式的当事者概念を自動的かつ画一的に結び付ける傾向、いわば形式的当事者概念の「絶対化」の傾向が生じた。たとえば、形式的当事者概念の初期の提唱者であるシュテューゲマンの見解においては、既判力の及ぶ主体としての「当事者」——既判力の主観的範囲における「当事者」——は実体的当事者概念の意味において解されていたし、訴訟費用の原則的負担者としての「当事者」も形式的当事者概念の意味での「当事者」とは解されなかった。<sup>(13)</sup> しかしながら、ヘルヴィヒ以降の通説的展開においては、いずれの場合にも形式的当事者概念が貫徹され、それぞれ形式的当事者概念の意義の一つとして数え上げられるようになっていった。<sup>(14)</sup> だが、このような形式的当事者概念の「絶対化」、すなわち「当事者」に関するあらゆる民法の規定への自動的・画一的適用に対しては、後述するように民法の規定の立法趣旨に照らして疑問の余地があり、この点にも形式的当事者概念の通説的展開における問題点が存したのである。

(1) ヘルヴィヒは、彼の最後の著作である *System des deutschen Zivilprozessrechts, Erster Teil, 1912, S. 145.* において、実体的当事者概念について「古い、今や時代遅れともみられるべき学説は、紛争権利関係の主体が当事者であるとしていた」と述べており、形式的当事者概念が一九一〇年頃には実体的当事者概念を完全に克服して通説的地位を占めていたことを窺わせている。

(2) ドイツは、第二次世界大戦後、西ドイツ(ドイツ連邦共和国)と東ドイツ(ドイツ民主共和国)に分裂しており、本稿では、分裂後のドイツについては西ドイツのみを考察の対象としている。したがって、ここでドイツの学説とは分裂前のドイツの学説および分裂後の西ドイツの学説の双方を含んでいる。

(3) 第三章(熊本法学五一号)九七頁以下参照。

(4) 形式的当事者概念の成立の過程ないし条件については、第四章第二節Ⅲ（熊本法学五二号）五七頁以下、特に五九一六〇頁参照。要するに、「正当な当事者」の範囲の拡大に伴って、当事者概念もまた、「実体的法律関係の主体であると主張する（主張される）者」（実体的当事者概念）→「自己の利益のために自己の計算と危険において訴訟進行する者」（ペーテルセン等の折衷的当事者概念）→「自己の名において権利保護を要求し（要求せられる）者」（形式的当事者概念）というふうに、概念自体が包摂する外延の拡大を必然的に引き起こすことになったのである。

(5) 第二章（熊本法学五二号）一〇四—五頁参照。

(6) 前章（熊本法学本号）六八—九頁参照。

(7) 前章（熊本法学本号）六五頁以下参照。

(8) 福永有利「民事訴訟における『正当な当事者』に関する研究(三)」関大法学論集一七卷五号四一—二頁参照。

(9) 要するに、「正当な当事者」の範囲の拡大・複雑化により、次第に「正当な当事者」たる地位（資格）が訴訟物たる権利者概念もまた、訴訟要件のレベルの問題から訴訟要件のレベルの問題へと引き下げられていった。それに伴い、当事者概念もまた、訴訟要件のレベルの問題からさらに前の段階（訴えの提起の段階）に引き下げられ、その結果、もはや本案についての審判とは直接の関係のない概念になっていったのである。

(10) 上田徹一郎「形式的当事者概念と既判力の主観的範囲の理論」法と政治一〇巻一号二頁、一五頁（『判決効の範囲』三頁、一七頁）。

(11) 形式的当事者概念に即して「具体的な訴訟において誰が当事者であるか」が確定されると言っても、実質的にはまさに当事者の確定の基準についての諸学説（表示説、規範分類説等）に従って当事者が確定されるわけで、そこで形式的当事者概念が果たす役割は極めて形式的なものである。だが、反面において本文に述べたような形式的当事者概念の通説的展開によって、形式的当事者概念は完全に通説的当事者論に組み込まれて確固不動のものとなつていったことも否定できない事実である。すなわち、ヘルヴィヒ以降の通説的当事者論においては、まず形式的当事者概念に即して当事者の確定についての基準により「誰が当事者であるか」が確定され、次に、かかる確定された「当事者」について、当事者能力・訴訟能力および訴訟進行権の有無が判断される。そして、それらの能力および訴訟進行権を有する「当事者」は「正当な当事者」として本案についての訴訟進行ないし審判が原則として認められるが、逆に、そうでない「当事者」については訴えの不適法却下と

いう訴訟判決が行われる。しかし、いずれも「当事者」にはちがいないので、代理人や補助参加人とは異なって判決の名宛人となる。以上のようなヘルヴィヒ以降の通説的当事者論の下で形式的当事者概念はその根底にあってお互いに支えあう形でその体系の中にきっちりと組み込まれてようになっていったのである。

- (12) Siegemann, Die Parteien im Prozess, Bd. 17, S. 361 f. 福永・前掲論文Ⅱ(注8) 一七卷三号一〇九—一〇頁。既判力の主観的範囲に關しつゝ Henckel, Parteibegriff und Rechtskräfterstreckung, ZZP Bd. 70, S. 457, 上田・前掲論文(注10) 一六頁(前掲書一七頁)。

- (13) 前章注(26) 参照。既判力の主観的範囲に關しつゝ Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 302 ff. なお Vgl. Henckel, a.a.O., ZZP Bd. 70, S. 461, 上田徹一郎・前掲論文(注10) 一六—一七頁(前掲書一七—一八頁)。

## 第二節 形式的当事者概念の再検討

### Ⅰ ザウアーおよびキッシュの見解

前節において述べたように、形式的当事者概念の成立当初においては、法律が当事者たる地位に結び付けている諸効果のほとんどすべてが必ずしも形式的当事者概念に該当する「当事者」に及ぶわけではないことを認めていたが、ヘルヴィヒ以降の通説的展開において、形式的当事者概念が「絶対化」され、法律が当事者たる地位に結び付けている諸効果のほとんどすべてが形式的当事者概念に該当する「当事者」に結び付けられるようになった。しかしながら、一八七七年制定のドイツ民事訴訟法(旧CPO)は、もともと実体的当事者概念の強い影響の下に成立しており、実体的当事者概念を当然の前提としている「当事者」に関する規定が少なからず見受けられた。そして、そのことは旧CPOから新ZPO(一八九八年)に変わっても基本的に受け継がれた。したがって、そもそも形式的当事者概念を「当事者」に関するすべての民事訴訟法の規定に貫徹させるのは、立法趣旨に照らしても議論の余地があった。そこで、ヘルヴィヒ等による形式的当事者概念の確立後暫くして、一九二〇年代の後半になると、形式的当事者概念を基本的

あるいは結果的に支持しながらも、形式的当事者概念の「絶対化」を認めず、むしろ、これを相対化する方向で再検討する動きが、わずかながらも見受けられるようになった。ここでは、そのようなものとしてザウアーおよびキッシェの見解を取り上げて、以下において考察していくことにする。

そこで、最初にザウアーの見解について考察する。<sup>(1)</sup>ザウアーは、まず第一にいわゆる実体的当事者概念と形式的当事者概念の間の論争についての彼の立場を述べ、要するに、新法の観点からは、実体的当事者概念は通常の場合には妥当するが、疑いもなくあまりに狭い概念であるがゆえに、これを拒否すべきであり、したがって、そのかぎりで形式的当事者概念が正しいと考<sup>(2)</sup>えた。ただ、彼によると、当事者が同時に実体権者ではない場合（彼は、この場合に認められるいわゆる第三者の訴訟進行権を狭義の訴訟進行権<sup>(3)</sup>または訴訟担当と呼ぶ）には、訴訟進行権者は、実体的権利関係についての利益は要求されないが、（訴訟）<sup>(4)</sup>進行 Verfolgung が必然的に利益追求 Interessensverfolgung である以上、彼の管理権から派生する、彼に委託された他人の権利を訴訟上主張するについての利益を持つことが必要であった。しかし、だからといって、当事者概念が常にこのような訴訟進行の利益を前提とするかぎり、それは必然的に実体的な（当事者）概念とならざるを得ない。そこで、形式的当事者概念の内部で分化 Differenzierung が可能であり、（訴訟）<sup>(5)</sup>進行の利益を有する者は形式的に当事者として行動する者と一致する必要はないと解した。そして、かかる不一致の場合には、訴訟進行の利益を有する者が当事者ではなくて、その代理人が当事者であると解した。そこで、ザウアーは、このような形式的当事者に対して、訴訟進行について利益を有する者を（訴訟）<sup>(6)</sup>進行主体 Verfolgungssubjekt と呼んで区別した。このようなザウアーの立場によると、破産管理人、遺産管理人、強制管理人といった財産管理人は、いわゆる職務上の当事者として当事者であり、このような財産管理人によって代理された財産（財団）が（訴訟）<sup>(7)</sup>進行主体である。このようにして、ザウアーは、形式的当事者概念の下で（形式的）当事者と（訴訟）<sup>(8)</sup>進行主体を区別し、こ



の概念内部で前者を時折後者の代理人と解することによって、各種の訴訟とりわけ財産管理をめぐる訴訟に関わる者の訴訟上の地位——単なる実体権者か、(訴訟) 追行主体かそれとも(形式的) 当事者か——を明確にした。<sup>(4)</sup>それと同時に、法律が当事者たる地位に結び付けるある種の法律上の効果を——(形式的) 当事者ではなく——実質的に(訴訟) 追行主体にのみ及ぼすという実質的意義をも持たしめた。さらに、前述したように形式的当事者概念の下に当事者と(訴訟) 追行主体を置くことにより、当事者は(訴訟) 追行主体に対して当然「第三者」ではなく、したがって、(訴訟) 追行主体が証人として尋問されたり訴訟参加する可能性は全く考慮されなくて済むとザウアーは考えた。

要するに、ザウアーの見解は、一方で、形式的当事者概念を採用して当事者を徹底して形式的に捉えながら、他方で、このような形式的当事者とは区別して(訴訟) 追行主体というものを考え、そして、これに訴訟追行権や法律が当事者たる地位に結び付けている幾つかの法律上の効果を結び付け、しかも、それを形式的当事者概念の中に取り込むことによって、形式的当事者概念の内容的空虚さ・抽象性を回避しようとするものであった。しかしながら、ザウアーの形式的当事者概念は、(訴訟) 追行主体という実質的な当事者のようなものを内に含み、しかも彼のいう狭義の訴訟追行権(または訴訟担当)を形式的当事者概念の下位概念として捉える以上、当事者概念の中に当事者の「正当性」も(本案についての)訴訟追行資格も含まない純粹な意味での形式的当事者概念とはもはや言いがたい。<sup>(5)</sup>むしろ、形式的当事者と並んで(訴訟) 追行主体というものを考えている点において、形式的当事者概念を相対化するものであり、さらに言えば、それを否定する芽を内包するものであったと言えなくもないように思われる。このように、ザウアーの(形式的) 当事者概念は、ヘルヴィヒ以降の通説的な形式的当事者概念に対して再検討を促す面を有するものであったが、ただ、彼の当事者概念は、彼独自の訴訟概念<sup>(6)</sup>ならびに訴訟法の体系の下に形成されており、彼以降の当事者概念の展開に直接大きな影響を与えることはなかったのである。

次に、ザウアーと並んで、否それ以上に、形式的当事者概念に対する再検討を促す役割を果たした学説であるキシュの見解を取り上げて考察する。<sup>(7)</sup> キッシュによれば、「訴訟において誰が当事者であるか」を決定する方法として二つの異なった方法がある。一つは、いわゆる演繹的方法であり、要するに、最初に一般的な標識に従って予め当事者概念を設定し、それを基準として、(当事者かどうか疑わしい特定の問題の結論を導き出す方法である。<sup>(8)</sup> たとえば、予め形式的当事者概念を設定することにより、具体的な事例においてある者が当事者であるかどうかを「彼が自己の名において訴訟追行しているかどうか」の基準によって判断し、さらに、その判断に基づいて法律が当事者たる地位に結び付けている諸効果(彼は、これを当事者機能 *Parteilunktion* と呼ぶ)が彼に適用されるかどうか(たとえば、証人としての証言を拒絶できるかどうか)を判断するやり方である。しかし、キシュによれば、この方法は、しばしば正しい結論へと導くけれども、当事者概念によってすべての場合に当事者かそれとも代理人かを決定できるような完全な標識を見出すことは不可能であるし、当事者概念によって当事者とされた者にいわゆる当事者機能のすべてを結び付けることはできない。たとえば、自己の名において訴訟に登場し訴訟追行する者が当事者である(したがって、他人の名において訴訟に登場し訴訟追行する者は代理人である)とする形式的当事者概念は、通常の場合や法律によって明記した場合(たとえば、誰かある者は他人の権利を自己の名において主張する旨の法律の規定がある場合)には、確かに有用な判断標識となるが、まさに当事者かそれとも代理人かが疑わしい事例(たとえば、財産管理人の事例)の解決にはあまり役に立たない。<sup>(9)</sup> なぜなら、このような事例では、そもそも「自己の名において」訴訟に登場している者であるか、それとも、「他人の名において」訴訟に登場している者であるかが明瞭でなく、形式的当事者概念に基づく「自己の名において」「他人の名において」という判断標識だけでは、「当事者」「代理人」のいずれであるかを定めるのに不十分だからである。

そこで、キッシニは、以上に述べたようないわゆる演繹的方法に反対して、第二の方法としていわゆる帰納的方法を提唱するのである。<sup>(10)</sup>この方法は、いわゆる演繹的方法のように当事者たる地位から当事者機能を推論するのではなくて、逆に、当事者機能から当事者たる地位を推論する方法である。この方法を採用するキッシニによれば、当事者であるかそれとも代理人であるかが疑わしい事例において、その訴訟追行者にいかなる各当事者機能が適用されるかを調べ、そこで、その者に疑いなく適用できる当事者機能が多ければ多いほど（単に数量が多いだけでなく、各当事者機能の質的な軽重も勘案して）その者が当事者であることが認められる。逆に、そのような当事者機能が質量において少ない場合には、もはや当事者としてみることはできず、結局、代理人として扱われることになる。キッシニによれば、このような帰納的方法を具体的に適用すると、保護人 *Protector* が当事者ではないのもちろんのこと、破産管財人等の財産管理人もまたいわゆる職務上の当事者として当事者たる地位を認めることはできず、いずれも（法定）代理人であるということになる。そこで、キッシニは、このような方法によって得られた結論こそがライヒ最高裁判所 *Reichsgericht* の結論ともほぼ一致し、したがって、この方法によって当事者たる地位についての判例と学説の乖離を埋めることもできると自負するのである。

以上に述べたようなキッシニの見解は、当事者概念全般にわたる問題領域について論じたものではなくて、当事者かそれとも代理人かが争われている問題のある事例において、予め設定された当事者概念から当事者機能を推論していく従来の演繹的方法に代って、各種の当事者機能から当事者であるか否かを判断していく帰納的方法の有効性および妥当性を論じたものである。したがって、ヘルヴィヒ以降の通説である形式的当事者概念を真正面から取り上げて批判したものではないし、また、それに代る新しい当事者概念を一般的に提唱したものでもない。しかしながら、キッシニの見解は、前述したような問題のある事例において形式的当事者概念が当事者かそれとも代理人かを識別する

有効な基準となりえないことを明示した点で、また、「訴訟において誰が当事者であるか」を判断するに際して、当事者機能を考慮するという従来にない新しい視点を提供している点で注目する見解である。<sup>(6)</sup>それと同時に、通説たる形式的当事者概念に対してこのように全く新しい視点(当事者の機能に着目する視点)から相対化し再検討を促した点で、次に考察するデ・ボアの機能的当事者概念の先導的役割を果たしたものと評することができる。

- (1) Sauer, *Grundlagen des Prozessrechts*, 1929, § 15, I, S. 301 ff. なお、福永有利「民事訴訟法における『正当な当事者』に関する研究」<sup>(7)</sup> 関大法学論集一七巻五号四七一八頁参照。
- (2) Sauer, a. a. O., S. 302.
- (3) これに対して、広義の訴訟追行権とか「正当な当事者」といった概念は不必要であるとする (Sauer, a. a. O., S. 311 f.)。
- (4) Vgl. Sauer, a. a. O., S. 305 *übers.* 財産管理の典型である破産を例に挙げると、実体権者(実体法上の権利の主体)は破産者であり、(訴訟)追行主体は破産財団であり、さらに、(訴訟)当事者は破産管財人ということになる。
- (5) ザウアーは、注(3)で述べたように「正当な当事者」概念を認めておらず、彼の形式的当事者概念の中に含まれる(訴訟)追行主体について追行要件という形で従来の訴訟追行権の有無を考えている。したがって、この点でも、彼の形式的当事者概念は、ヘルウィヒ等の通説の形式的当事者概念とは根本的に異なっている。
- (6) ザウアー独自の訴訟観については、兼子・実体法と訴訟法一二五—六頁。
- (7) Kisch, *Das Reichsgericht und der Parteibegriff, die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgericht, 1929, Bd. 6, S. 15 ff. なお、福永・前掲論文(注1)四八—九頁参照。
- (8) 従来の見解は、実体的当事者概念にせよ、形式的当事者概念にせよ、あるいはベートルセン等の両者の中間的・折衷的な当事者概念にせよ、いずれの当事者概念も基本的に演繹的方法を採用している。
- (9) Kisch, a. a. O., S. 35. 等しく形式的当事者概念を採用しながらも、財産管理人の訴訟上の地位については、ある者は(職務上の)当事者説を採用し、他の者は(法定)代理人説等を採用しており、このことから、財産管理人の訴訟上の地位の

ように当事者であるかそれとも代理人であるかが微妙な事例においては、形式的当事者概念は両者の区別の判断標準としてはほとんど有用ではないことがわかる。

(10) *Kiech, a. a. O., S. 36ff.*

(11) キッシュは、当事者機能として以下に掲げる事項を挙げている。①訴状および判決文における当事者の表示、②裁判所の管轄、裁判官の除斥・忌避、鑑定人の忌避、宣誓不要の証人尋問、証人の証言拒絶における当事者との一定の関係、③当事者能力、訴訟能力、事件適格、訴訟費用の担保提供の義務の要件としての国籍、受救権の付与の要件としての無資力等の当事者のある一定の資格、④死亡、破産、訴訟能力の喪失等の当事者におけるある一定の事件（中断事由）、⑤証人、鑑定人、補助参加人、反訴当事者等当事者たる地位と両立しないもの、⑥訴訟係属の抗弁、既判力、執行力、⑦訴訟費用の負担、訴訟費用の担保、受救権等（*Kiech, a. a. O., S. 21ff.*）。

(12) 本文に述べたように、キッシュの見解は注目する点を含んでいるとはいえ、ただ、彼の見解のように、当事者であるかどうかを当事者機能との結び付きの多少——もちろん質的な軽重を勘案するにしても——によってはたして一般的にかつ一義的に決めることができるのかという点でなお疑問が残るように思われる。

## II デ・ボアの見解

ヘルヴィヒによって確立し、その後ずっと通説としての地位を占めてきた形式的当事者概念に対して初めて真正面から批判し、それに代る新しい当事者概念を提唱したのがデ・ボアであった。<sup>(1)</sup>ここでは主にデ・ボアの提唱した機能的当事者概念およびそれを中心とした彼の当事者論について考察する。

デ・ボアは、形式的当事者概念について、その意義を全く認めないわけではなくて、消極的な評価ながら、それが排除したものにおいて、大変重要な進歩を認めるのである。すなわち、彼によると、形式的当事者概念が実体的当事者概念に取って代ることによって、当事者概念がアクチオから解放された。それと同時に、事件適格に関する問題すなわち「正当な当事者（正当な原告・正当な被告）」に関する問題から区別されて、「誰が当事者であるか」の問題に限

定され、それによって事件適格の古い理論の治癒しえないあいまいさが克服された。デ・ボアは、こうした点に形式的当事者概念の消極的な意義を見出した。<sup>(2)</sup>にもかかわらず、デ・ボアは、次の諸点において形式的当事者概念を積極的に批判する。第一に、デ・ボアは、形式的当事者概念が、ヴィントシャイトの自由主義的法思想に基づく個人の意思力たる権利および請求権の概念の上に立てられた訴訟上の主体概念 *Subjektberechtigt* であって、個人を過度に強調したものであると批判する。<sup>(3)</sup>次に、彼は、形式的当事者概念に対する批判として、その内容的空虚さおよび過度の抽象性を挙げる。すなわち、彼によれば、形式的当事者概念は、「若干の誇張をもって言えば、当事者とはまさに当事者であるという命題以上のものを含んでいない。」したがって、ある具体的な訴訟において一体誰が当事者であるか、具体的には訴訟に登場している者を当事者とみなすべきかそれとも当事者の代理人とみなすべきかが疑問である場合に、形式的当事者概念は何の手助けとならないほどに抽象的である。要するに、当事者概念の本来の課題であるべき当事者確定 *Parteibestimmung* に役に立たないと彼は形式的当事者概念を批判する。<sup>(4)</sup>さらに、デ・ボアは、形式的当事者概念に対する批判を彼の中心的課題である「当事者変更論」の領域との関連で展開する。<sup>(5)</sup>すなわち、彼は、そもそも形式的当事者概念のように当事者を訴訟の中身(本案)との関連なしに個人としてのみみていたままでは、当事者変更そのものを正しく把握することができないし、当事者変更を認める十分な理由も見出せないと批判する。すなわち、具体的に言うと、法定当事者変更に関して、当事者の死亡の場合に何故当然当事者変更が生じるかということ<sup>(6)</sup>を形式的当事者概念によっては説明しえないと主張する。また、形式的当事者概念への移行によって、ZPO二二九条(旧CPO二二七条)とZPO二六五条(旧CPO二三六条)のそれぞれの適用範囲があいまいになっているが、形式的当事者概念からは、両規定の間に明確な境界線を引いてお互いから区別し、それぞれの適用範囲を明確にすることはできないと批判する。<sup>(7)</sup>さらに、デ・ボアは、形式的当事者概念に対する疑問を任意的当事者変更の理論との関連に

においても提起した。<sup>(8)</sup>すなわち、任意的当事者変更は、当時の通説によって訴えの変更として取り扱われており、ライヒ最高裁判所 Reichsgericht も同様な立場に立って処理している。だが、デ・ボアによれば、この見解(訴変更説)は、実体的当事者概念の観点からは主張しえなくても、形式的当事者概念の観点からは主張しえないとして、一方で任意的当事者変更について訴えの変更説を採用しながら、他方で形式的当事者概念を採用する当時の通説的見解の矛盾を指摘して批判するのである。

要するに、デ・ボアは、形式的当事者概念に対して、それ自体に対する疑問に加えて、特に当事者変更の理論との関連において問題があるとして、これを全面的に採用することに異論を唱え、かくて、これに代る新しい当事者概念を提唱することになるのである。その際に、デ・ボアは、形式的当事者概念に代って求められる新しい当事者概念に要求されるべきこととして、次のような点を挙げる。<sup>(9)</sup>第一に、新しい当事者概念は、それが実際に役に立ちうるだけの内容を少なくとも持たなければならない。すなわち、当事者であるかどうか疑わしい場合に、それによって当事者であるかどうかを決定しうるものでなければならない。それゆえ、それは、従来の形式的当事者概念に比べてより実体的(realer)であり、訴訟における当事者の機能およびそれゆえに生活における訴訟の機能のある程度言い表わすものでなければならないとする。こうして、デ・ボアは、求められる新しい当事者概念を実体的当事者概念や形式的当事者概念からはっきりと区別して、機能的当事者概念 der funktionelle Parteibegriff を提唱するのである。もっとも、以上のような要請を満たすためには、明らかに右に述べたような機能を異にする離婚訴訟も貸金返還請求訴訟もすべてひっくるめた統一した解決を求めることは不可能である。そこで、とりあえず彼は研究の対象を財産訴訟に限定した。<sup>(10)</sup>次に、デ・ボアは、求められる新しい当事者概念のための要請として、以上に述べたことのほかに、実体的当事者概念のように訴訟の個別具体的な内容を当事者概念自体の中にあまりに取り込んではいならないし、それから、現行

法を説明するのに適しており、判例の統一的な解釈をできるかぎり可能にするものであるべきであって、それと矛盾するものであってはならない。さらに、当事者変更論の課題からみると、当事者変更が必然的自動的当事者変更の可能性を残すのみならず、それを容易に理解可能なものにして、それが認められる範囲の境界設定に役立つものでなければならぬ。すなわち具体的には、何とか可能ならば、ZPO二三九条と二六五条との間に明瞭な境界線を浮かび上がらせるような当事者概念でなければならぬことを挙げている。以上に述べたような要請を満たすべく、デ・ボアは、形式的当事者概念に代る新しい当事者概念を形成することになるが、その際に、まず、当事者概念の適用範囲を財産訴訟に限定する以上、財産訴訟の機能をできるかぎり簡単に言い表わすことが重要であるとする。そこで、財産訴訟の特質は財産との関係が必然的なことにあることから、人 Person に代って財産 Vermögen から出発する。そうすると、あらゆる財産訴訟は財産管理の行為であって、そのために利益が求められ、それから不利益が防がれる二つの財産が関係している。そこで、デ・ボアは、このようなあらゆる財産訴訟に関係している二つの財産を紛争財産 Streitvermögen と呼んでいる。このようにして、新しい当事者概念の形成に際して財産から出発するとき、かかる紛争財産の管理行為の特質を有する財産訴訟における当事者は、紛争財産について管理の権限を有する者である。したがって、デ・ボアは、紛争財産の権限ある管理人をもって当事者であるとする機能的当事者概念を財産訴訟に限定して提唱するに至ったのである。<sup>11)</sup>

さて、このようにしてデ・ボアによって提唱された機能的当事者概念がどのような概念内容と意義を有し、他の理論とどのように関わっているかを次の検討課題として以下において考察する。まず、デ・ボアの機能的当事者概念にいう「当事者」に該当しない者がいわゆる財産訴訟に登場した場合には、彼によれば、その者の訴えは不適法として却下されることになる。したがって、デ・ボアの機能的当事者概念にあっては、訴訟追行権が再び当事者概念の中に



取り込まれることになり、その結果、形式的当事者概念の下におけるような訴訟追行権なる概念はもはや必ずしも必要としなくなる。<sup>(12)</sup>と同時に、訴訟追行権を当事者概念の中に再び取り込むことを通して、デ・ボアは、概念内容の空虚な形式的当事者概念に比して当事者概念の概念内容の充実をはかろうとするのである。そして、実体的当事者概念と同様に、ここでも再び当事者概念は、当事者の「正当性」を概念内容の中に含む結果として、いわゆる訴訟要件的機能——あらゆる財産訴訟において紛争財産の管理人ではない者の訴えを「不適法却下」することにより、いわゆる民衆訴訟を防ぎ、裁判所の負担の増大を軽減し、応訴を余儀なくされる被告の保護をはかる機能——を有することになる。次に、デ・ボアの機能的当事者概念は、当事者の「正当性」を概念内容の中に含んでいるとはいえ、それ以前の当事者概念と同様に、「誰が当事者であるか」についての概念であって、「誰が正当な当事者であるか」に関する「正当な当事者」概念ではない。<sup>(13)</sup>もっとも、彼の機能的当事者概念は、「紛争財産」概念でもって当事者概念を補充したものであり、その意味において、それは、単に「誰が当事者であるか」に関するだけでなく、「いかなる財産について当事者であるか」に関するものでもあるということができる。これに対して、「誰が正当な当事者であるか」に関する「正当な当事者」概念(理論)は、デ・ボアにあっては、事件適格の問題として捉えられる。すなわち、デ・ボアにとって、事件適格は、訴訟物(の客観的要素)と紛争財産との関係であって実体法の問題に属している。したがって、主張された請求権が実際に紛争財産に帰属する場合に事件適格の存在が認められることになり、その場合に、当事者は「正当な当事者」でもあるとされることになるのである。このように、デ・ボアにとって「正当な当事者」とは、(主張された)請求権が実際に属する財産の権限ある管理人であり、したがって、今日の通説において形式的当事者概念の下で通常用いられる訴訟追行権と結び付いた「正当な当事者」概念とはかなり異なっている。<sup>(14)</sup>なお、デ・ボアによれば、事件適格は、前述したように実体法の問題であることから勝訴要件であり、それゆえ、その欠缺は

「請求棄却」判決をもたらすことになる。さて、このようなデ・ボアの機能的当事者概念の意義(あるいはメリット)は、いかなるものであろうか。第一に、同一人に帰属する財産でも、ある目的のためにその一部が特別財産として独立せられた場合には、残りの固有財産と特別財産との間で訴訟を行うことが可能となり、また、そのことを無理なく説明できることが挙げられる。第二に、「具体的な(財産)訴訟において誰が当事者であるか」について、形式的当事者概念における「自己の名において」「他人の名において」というような抽象的な判断基準ではなくて、「(主張された)紛争財産の権限ある管理人かどうか」というより具体的な判断基準によって判断することができる。とりわけ、当事者であるかどうか疑わしい事例、たとえば破産管財人等の財産管理人が当事者であるか、それとも代理人であるかというような事例を判断する際には、デ・ボアの機能的当事者概念の<sup>(15)</sup>ほうが形式的当事者概念よりも具体的かつ客観的な判断基準を提供することが可能になることが挙げられる。第三に、前述したように、デ・ボアの機能的当事者概念は、「紛争財産」の概念によって当事者概念を補充しており、これにより当事者概念を中身の無い抽象化から脱け出させることが可能となる。第四に、紛争財産の概念を当事者概念の中に持ち込むことにより、訴訟物たる権利関係が存在しない場合にも、紛争財産における管理権に基づいて当事者たる地位を認めることが可能となるし、紛争財産の管理権によって、被告の訴訟追行権を基礎づけることも可能となる。<sup>(16)</sup>第五に、デ・ボアは、彼の提唱する機能的当事者概念を彼の中心課題である「当事者変更論」への寄与を主として念頭において展開しており、この分野における機能的当事者概念のメリットを高らかに主張する。まず、前述したように、通説たる形式的当事者概念によっては、当事者死亡の場合における当然当事者変更を説明できない(CPO二七条||ZPO二三九条は、デ・ボアによれば、実体的当事者概念を基礎として当事者死亡の場合における当然当事者変更を前提にしていた)が、機能的当事者概念によればその説明が可能となるとデ・ボアは主張する。すなわち、彼によれば、当事者の死亡(相続)によって、被相続人に属した紛

争財産が相続人に承継され、相続人は紛争財産の権限ある管理人たる当事者となる結果、当然に当事者変更となるのである。要するに、デ・ボアの機能的当事者概念の下では、紛争財産の変更（承継）がある場合には当然当事者変更となるのであり、かくて、彼の機能的当事者概念によって当然当事者変更を基礎づけることが可能となるのである。また、前述したように形式的当事者概念の下では明確にお互いから区別できなかったと彼が主張するZPO二三九条（「CPO二七条、当事者死亡における手続中断の規定」とZPO二六五条（「CPO二三六条、係争物譲渡における当事者恒定の規定」）の関係も、機能的当事者概念によれば、紛争財産の変更の有無によって明確に区別できるとデ・ボアは力説する。すなわち、デ・ボアによれば、紛争財産の管理権の承継（変更）があった場合には、法定当事者変更の要件を満たしたものであるとして当然当事者変更をもたらす（ZPO二三九条）のに対して、紛争財産が同一である場合には、訴訟係属中のみ訴訟物（たる権利関係）がある財産から他の財産へと移転しても、それだけでは当事者変更が生じることではなく、従前の当事者が訴訟担当において争訟を継続する（ZPO二六五条）ことになる<sup>(17)</sup>。さらに、同一当事者における当事者変更の問題、すなわち、原告が第一審において被告を職務上の当事者として訴え、控訴審において同じ被告を本人として（*Personlich*）訴えた場合（要するに、同一被告ではあるが、訴えの対象となった財産を異にする場合）に、これを訴えの変更として処理すべきか、それとも当事者変更として処理すべきかという問題に関して、判例は、当事者の変更と解しているが、このような結論は形式的当事者概念では説明できない（形式的当事者概念による限り、被告の同一性が肯定されるので、当事者の変更ではなくて、純粹な訴えの変更と解せざるをえない）。だが、デ・ボアの機能的当事者概念によれば、被告が同一人物であっても、彼は第一審と控訴審とは異なる（紛争）財産の権限ある管理人であるので当事者変更であるとして、判例の結論を説明することが可能となる<sup>(18)</sup>。

最後に、このようなデ・ボアの機能的当事者概念を中心とした当事者論の問題点ないし限界について論じること

する。デ・ボアの機能的当事者概念は、注目に値する内容を含んでいるにもかかわらず、その後の学説において、当事者概念がそのままの形で採用されることは全くなかった。何よりもまず、デ・ボアの叙述には、前述したように、当時のナチス・ドイツにおける民族主義的・国家主義的な思潮が深く影を落としている。したがって、そのことが、戦後の西ドイツにおいてデ・ボアの見解がそのままの形で支持されない根底にある原因を成しているものと推測されるし、また、その点において彼の見解は大いに時代的限界を有しているように思われる。そのほかに、デ・ボアの見解に対して直接向けられている批判として、「紛争財産」概念や「財産管理」概念のあいまいさが指摘されている。また、この当事者概念によって、訴訟追行資格を有する当事者の地位を紛争財産についての管理権限だけで基礎づけることで果たして十分なのかといった根本的な疑問も提起されている。その他、デ・ボアの財産訴訟に限定した機能的当事者概念によって当事者概念の単一性が放棄されたことに対する批判もあった。さらに、デ・ボアの機能的当事者概念は、当事者概念の中に当事者の「正当性」を含んでおり、「誰が当事者すなわち紛争財産の管理人であるか」を決定するのに私法上の法律関係に依拠する点では実体的当事者概念に類似していて、むしろ、そちらの方向への回帰ではないかという批判もなされている。<sup>(20)</sup> 以上に述べたようなデ・ボアの見解に対して向けられた直接の批判やそれの時代的限界にもかかわらず、彼の見解の中には、形式的当事者概念に対する問題点の指摘といい、あるいは「紛争財産」概念の提唱とそれによる当事者概念の補充といい、とりわけ、当事者変更論の領域において注目に値するものが多く含まれているのも事実であった。そうしたことから、彼の見解の一部（機能的当事者概念を除く）は、少数ではあるが戦後の西ドイツの学説において受け継がれている。<sup>(21)</sup> 特に、次節において考察するヘンケルが、デ・ボアの見解の中に含まれている多数の問題提起を真正面から受け止めて、そこから彼の当事者論を展開している。<sup>(22)</sup> 要するに、彼の提唱した機能的当事者概念はそのままの形で直ちに受け入れられないとしても、当事者論に関するデ・ボアの見解

は、今日においてもなお考察の対象として取り上げるに値する問題提起を含んでおり、その意味において、今日においてもなお無視しえない意義を有しているということができるように思われる。

- (1) de Boor, Zur Lehre vom Parteiwchsel und vom Parteibegriff, Sonderausgabe aus der Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Silber Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 124, 1941, S. 5 ff. など、福永有利「民事訴訟における『正当な当事者』に関する研究」(二) 関大法学論集一七巻五号五〇頁以下、上野泰男「法定当事者変更総論」——当事者変更論(一)——判例タイムズ三一三三三六—三七頁、同「法定当事者変更総論」——当事者変更論(二)——判例タイムズ三一四号五〇—二頁参照。

- (2) de Boor, a. a. O., S. 44 f. もともと、本文で述べたような実体的当事者概念についてのデ・ボアの理解には、本稿の第二章における実体的当事者概念の成立の箇所でも考察したように疑問がある(熊本法学五一号一〇五—一〇六頁)。すなわち、実体的当事者概念の下でも、(実体的)当事者概念それ自体と事件適格あるいは「正当な当事者」概念とは区別がなされており、前者は「誰が当事者であるか」の問題に限定されていたと考える。それはともかく、デ・ボアは、形式的当事者概念について次のように述べている。すなわち、「形式的当事者概念において非難されるべきことは、確かにそれが誤りであるということではない。当事者が権利保護を求める者とその相手方であるということ、そのかぎりではともかく全く正しい。」(de Boor, a. a. O., S. 50)。

- (3) de Boor, a. a. O., S. 14, 44 u. 50. デ・ボアのこの著書は、一九四一年というヒトラーが率いるナチ政権下のドイツにおける民族主義・全体主義的思想の極めて支配的な時代思潮の中で書かれたものであり、その影響がこの著書の中にも所々に色濃く影を落としており、今日の法思想的観点からは、彼の法思想は問題のあるものとして厳しい批判にさらされて然るべきであると考える。だが、ここで彼の法思想を取り上げて考察する余裕はなく、また、彼の機能的当事者概念およびそれを基礎とする当事者論は、彼の法思想と一応切り離して考察の対象とすることも可能であると思われる(福永・前掲論文(三)注1)(五二頁注(2)参照)。それに、実際上も戦後の西ドイツの民事訴訟法の学説においてそのような形で考察の対象とされているので、本稿においても、そのような観点からデ・ボアの見解を考察していくことにする。

- (4) de Boor, a. a. O., S. 45.

(5) デ・ボアの著書の題名「Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteierbfiff」からも推察しうるように、デ・ボアにとって、当事者概念を当事者変更論との関連において論じることこそ彼の中心的な課題であった。したがって彼の形式的当事者概念に対する批判の主たる理論的関心も、「当事者変更論」との関連の中にあるといふことができる。

(6) デ・ボアによれば、形式的当事者概念は、係争法律関係の主体と当事者との等号関係を切断し、両者の関係を当事者概念の概念内容から除去するものであった。その結果、訴訟法律関係の同一性は当事者の同一性を基礎とすることになり、形式的当事者概念の下で訴訟法律関係を維持しつつ当事者を変更することは不可能となったのである。上野・前掲論文(注1)五〇頁。

(7) de Boor, a. a. O., S. 49 f.

(8) de Boor, a. a. O., S. 34 ff.

(9) de Boor, a. a. O., S. 51 f.

(10) 財産訴訟も人事訴訟もすべてひっくりかえりて当事者概念を形成しようとする、必然的にそれは抽象的なものとならざるをえず、結局、再び形式的当事者概念に舞い戻らざるをえなくなる。そこで、デ・ボアは、とりあえず財産訴訟に限定して機能的当事者概念を提唱するのである(a. a. O., S. 51)。なお、デ・ボアは、財産訴訟以外の訴訟については形式的当事者概念を維持する(a. a. O., S. 111)。

(11) de Boor, a. a. O., S. 52 f.

(12) Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1961, S. 13 u. 18. なお、ハインツマンは、次のように言う。すなわち、「実体的当事者概念の中に含まれていた訴訟追行権(Pflicht)の概念は、形式的当事者概念への移行によって固有の訴訟要件となったが、デ・ボアの機能的考察法によって再び当事者概念と融合した」(Heinzmann, Prozeßführungsbefugnis, 1970, S. 7)。

(13) デ・ボアの機能的当事者概念は、実体的当事者概念と同様に、当事者の「正当性」を概念内容として含みつつ、なお、本文で後述するように、「正当な当事者」概念を事件適格と関連させて設定し、それを当事者概念とはっきり区別して用いてゐる。

(14) de Boor, a. a. O., S. 57, 89, u. 100. Vgl. Henckel, a. a. O., S. 18 insb. Anm. 20.

- (15) デ・ボアは機能的当事者概念により破産管財人等のいわゆる職務上の当事者も、BGBの夫婦財産制の下に妻や子の財産を管理する夫や父も当事者とみなしている (a. a. O., S. 58 ff.)。
- (16) 福永・前掲論文(三) (注一) 五一頁。
- (17) de Boor, a. a. O., S. 61 ff.
- (18) BGH, Urteil vom 13. Juli. 1956, BGHZ 21, S. 258 ff.
- (19) Liebke, Der partei- und streitige gegenstandsbezogene Inhalt des Vermögensrechtsstreits, Dissertation, 1971, S. 171 u. 221 ff. Vgl. Henckel, a. a. O., S. 245 ff.
- (20) デ・ボアの見解に対する批判として Schönke, Zum Partiebegriff und zur Lehre vom Parteiwechsel, Juristisches Blätter, 1951, S. 528 ff. Henckel, a. a. O., S. 186 ff. u. 198 ff. Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Aufl. 20, Erster Band, 1984, Vorbemerkung vor § 50, S. 61 (LeipoldV II/1977). Wagemayer, Der gesetzliche Parteiwchsel und die Prozessstandschaft des § 265 ZPO (Beiträge zum Zivilrecht und Zivilprozeß, herausgegeben von Rudolf Bruns), 1954, S. 47 ff.
- (21) ニキッシニは、デ・ボアの機能的当事者概念については採用しないが、形式的当事者概念の下に「紛争財産」の概念を取り入れて訴訟追行権を基礎づけてくる (Nikisch, Zivilprozessrecht, 24 Aufl., 1952, S. 118 f.)。そのほか、ウェーバーが、形式的当事者概念を内容的に補充するためにデ・ボアの「紛争財産」概念を用いている (Weber, Friedrich, Zur Problematik der Prozeßführung des Konkursverwalters, Konkurs-, Treuhund- und Schiedsgerichtswesen, 1935, 105 ff.)。やぶじ、通説の例でも「たとえ」 Rosenberg-Schwab がその著 Zivilprozessrecht において、当事者概念に関して形式的当事者概念を採用しながらも、次のように述べて、デ・ボア (およびヘンケル) の論文を引用しており、ここにもデ・ボアの見解の影響が見受けられる。すなわち、「通常、当事者たる地位は、当事者の全財産に関連する。しかし、実体法の請求権が独立していない特別財産にのみ関連する限りでは、当事者たる地位は現にある特別財産または利益財産に限定されうる。……そのかぎりでは、形式的当事者概念は機能的に補充されなければならない。」 (Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 14 Aufl., 1986, S. 213)
- (22) Vgl. Henckel, a. a. O., S. 19.