

# 民事訴訟法における当事者概念の成立とその展開(二)

——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(以上本号)
  - 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——コーラーおよびペーテルセンの見解

- Ⅲ 形式的当事者概念の成立——エトウカーおよびシニターゲマンの見解
- 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ュの見解
  - Ⅱ デ・ボアの見解
  - 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

## 第一章 序説——わが国における問題状況

わが国では、当事者概念は、民事訴訟法（判決手続）の教科書・体系書において通常「当事者論」の冒頭で扱われている。だが、そこでは、たとえば、「訴訟当事者とは、ある訴訟事件について、裁判所に自己に對する裁判權の行使特に判決や執行を求める者及びその相手方として求められる者である。狹義の民事訴訟即ち判決手続では、訴え及び訴えられることによつて、判決の宛名人となる者である」<sup>(1)</sup>というふうに、全く異論の余地のない自明な概念として一般に受け止められている。<sup>(2)</sup>しかし、そもそも当事者概念とは、はたしてこのように全く自明なものなのだろうか。少なくとも、右のように定義された当事者概念は、これをドイツの學說史の中で位置付けると、形式的当事者概念と呼ばれるものであつて、決して最初から自明なものとして成立したわけではない。むしろ、それは、一八九〇年代のドイツにおいて、普通法時代末期以降支配的であつたいわゆる実体的当事者概念に對抗して登場し、その後、一九世紀末から二〇世紀初頭にかけて行われた当事者概念をめぐる激しい論争を経て、実体的当事者概念に代つて支配的になつた当事者概念である。

しかも、そのドイツにおいては、この形式的当事者概念が通説になつてから後も、この概念がその名も示すとおり形式的な意義しか持ちえず、あまりにも無内容、非生産的な概念であると批判して、形式的当事者概念を再検討し、これを補充または相対化した形で採用する見解やそれに代る新しい当事者概念を提唱する見解が少数とはいへ現れるに至っている。

そうしたなかで、かつて形式的当事者概念が「通説の域をもこえて、むしろ定説」<sup>(4)</sup>とさえいわれたわが国でも、近

時僅かではあるが、これに対する再検討の動きがあり、注目される。

そこで、本稿は、今日に至るまでわが国の学説に絶大な影響を及ぼしているドイツの当事者概念に関する学説が、普通法時代（末期）以降どのような変遷をたどって今日に至っているかを学説史的に跡付けることにより、今日なお両国において支配的な形式的当事者概念の意義および限界を明らかにし、かつ、今後の展望ならびに課題を得ることを目的とするものである。かかる本題に先立って、この章では、このように今日において当事者概念を中心課題に据え、その学説的研究をなすことの意義を一層明確にし、さらにかかる研究のための視点を得るために、わが国における当事者概念をめぐる問題状況——学説状況ならびに研究状況——について若干の考察を試みることにする。

まず、わが国においては、学説史的にみると民事訴訟法学の成立当初から今日に至るまで一貫して形式的当事者概念が圧倒的な通説であり、しかも、それ以前の当事者概念の歴史が全くと言っていい程になかったという特異な学説状況がある。すなわち、わが国の当事者概念についての学説は、実体的当事者概念から出発したドイツの学説が当事者概念をめぐる激しい論争を経て形式的当事者概念の確立、通説化にまで発展したところでその学説をそのまま継受しており、それゆえ、わが国には実体的当事者概念を含む形式的当事者概念以前の歴史がなかった（したがって、当事者概念をめぐる論争もなかった）のである。<sup>(5)</sup>それだけに、余計に形式的当事者概念が自明なものと考えられるというわが国特有の問題状況が生じるに至った。とりわけ、第二次世界大戦以前においては、形式的当事者概念一辺倒であり、戦後においても、しばらくは（一九五〇年代までは総じて）そういう状態が続いた。したがって、それまでは当事者概念についての研究状況も皆無に等しかったのである。ようやく一九六〇年頃から徐々に形式的当事者概念に対する疑問が提起されたり、新しい当事者概念が提唱されるようになったが、それも、学説全体の中ではほんの一部に過ぎず、基本的にはその状況が今日に至るまで続いているということが出来る。しかも、そのような形式的当事者概念に対す

る疑問の提起や新しい当事者概念の提唱は、大体において論者が課題としている研究テーマ（当事者確定論、当事者適格論、当事者変更論、既判力の主観的範囲の理論）との関連においてなされていることから、通説たる形式的当事者概念に対するトータルな批判や見直しにまでは発展しえない憾みがあった。にもかかわらず、そのような個々の理論との関連でなされた形式的当事者概念に対する問題提起は、今日における当事者概念をめぐる問題状況を鮮明に浮かび上がらせており、したがって、当事者概念に焦点をあてて、その基礎的な研究をすることの意義を一段と明らかにするために、きわめて注目に値するものと思われる。そこで、以下において、各理論ごとにその要点を羅列していくことにする。

まず第一に、既判力の主観的範囲の理論に関連して、形式的当事者概念に対する最初の疑問が上田徹一郎教授によって提起された。<sup>(6)</sup>すなわち、周知のように、わが国においては、ヘルヴィヒ以降のドイツの通説の影響の下に、既判力の主観的範囲の理論の領域にも形式的当事者概念貫徹させ、要するに、既判力を受ける主体としての「当事者」（民事訴訟法二〇一条一項にいう「当事者」）もまた形式的当事者概念における「当事者」（形式的当事者）であると解するのが従来からの通説である。だが、これに対して、上田教授は、ヘンケルの見解の影響の下に疑問を提起され、要するに、本来無権利者の訴訟追行を的確かつ統一的に把握するために構成された形式的当事者概念を通過のように無反省に既判力の主観的範囲の理論の中にまで持ち込んで貫徹するのは不当であると批判された。そこで、教授は、かかる批判を踏まえてその後自説を展開され、既判力に第一次的に拘束される当事者は、形式的当事者概念の意味での当事者およびかかる形式的当事者とは別個の手続権を保障する必要のない実質的当事者（請求目的物の所持者、訴訟担当における利益帰属主体、法人格否認の場合の背後者などを含む）<sup>(8)</sup>であるとして、この理論の領域において新たに実質的当事者概念を提唱しておられる。

第二に、当事者確定論に関連して、形式的当事者概念に対する疑問の提起、あるいは、新しい当事者概念の提唱をなされたのは、主として伊東乾教授と新堂幸司教授であった。<sup>(9)</sup> 最初に、伊東教授が、形式的当事者概念およびその必然的結果とされる表示説の双方に対して疑問を提起された。<sup>(10)</sup> そこで、教授は、まず当事者概念について、形式的当事者概念に代るものとして、「訴訟当事者とは、当該訴訟で解決せられるべき実体法上の紛争の主体として訴訟に登場する者」(傍点は原文のまま)であると規定する全く独自の当事者概念を提唱され、さらに当事者の確定についても、かかる独自の当事者概念を前提として、「訴訟当事者の確定は、訴訟上に与えられた徴表のかぎりで、かつその一切を斟酌して、解決を与えることが最も適切と認められる実体法上の紛争主体を捉える、という仕方で行なわれるべきものである」(傍点は原文のまま)とする独自の見解(いわゆる適格説)を主張された。<sup>(11)</sup> 次に、新堂教授は、当事者の確定の基準について、いわゆる規範分類説の立場から、当事者の確定の基準を手続の進行段階と関係づけて考えていく必要があるとして、手続をこれから進めていくにあたって誰を当事者として扱うかを考える場合と、手続が進行したあとで、終了した手続を振り返ってその手続の当事者は誰であったかを考える場合とを区別して取り扱われた。すなわち、前者については、行為規範の観点から通説たる表示説が単純明快な基準を提供するものとして最もすぐれていると評価して、これを採用されたが、これに対して、後者については、評価規範の観点から手続の安定や訴訟経済の要請を重視して、その手続の正当な当事者であり、しかも当事者に等しい手続関与の機会が現実には与えられていた者を「実質上の原告」「実質上の被告」と呼んで手続上当事者であったと解してよいとされ、要するに、後者における実質的当事者概念の導入を示唆しておられる。<sup>(12)</sup>

第三に、当事者変更論においても、近時、特に法定当事者変更論において、ドイツと同様に、当事者概念の「見直し」が主張されている。<sup>(13)</sup> 最初に、新堂教授は、訴訟承継主義の欠陥——実体関係の変動によって当事者適格が変動した

場合には、それを訴訟参加なり訴訟引受けによって訴訟に反映せしめないと、従前の訴訟追行が無駄になってしまうということ——に対する対策の一つとして、大阪高判昭和四十六年四月八日<sup>(14)</sup>において示された、「訴訟手続上当事者となっていないくても、実体関係からみて実質的に訴訟追行しているとみられる者を『実質的当事者』として捉え、これを『目的物の所持者』の解釈論の支えに使うという発想」をきわめて注目すべきものとして評価された。<sup>(15)</sup>要するに、新堂教授は、ここでも、訴訟承継主義が内包している欠点をカバーするという意義を持つものとして実質的当事者概念の導入を示唆されている。次に、上野泰男教授が、法定当事者変更総論を当事者概念にまでたちもどって検討された。<sup>(16)</sup>その結果を踏まえて、教授は、まず、ヘンケルの見解の影響の下に、当事者変更を説明する理論構成としての従来の通説たる「適格承継説」の誤りを主張された。それから、近時それに代るものとしてわが国の学説・判例において有力に主張されている「紛争の主体たる地位の承継」という考え方に<sup>(18)</sup>対しても、一方で「当事者変更の理論構成として正当性を有している」と評価しつつ、他方で、「この考え方では、『紛争の主体たる地位』という新たな概念と従来の訴訟法学上の概念である当事者、当事者適格との関係は必ずしも明らかにされていない」（傍点は引用者）と批判された。そこで、教授は、当事者概念に関して、形式的当事者概念ではなくて、「一步私的紛争に、それ故に、実体法に接近したかたち」での当事者の把握が必要であると主張されている。<sup>(19)</sup>

第四に、当事者適格論に関してであるが、わが国では、これとの関連で形式的当事者概念に対する疑問や批判の提起、ならびに新たな当事者概念の提唱を明示的にしたものは今までのところ見当らない。<sup>(20)</sup>にもかかわらず、近時の多数当事者訴訟、とりわけ、いわゆる現代型訴訟を念頭に置いた——当事者適格論の進展は、当事者概念と当事者適格との関係を含めた当事者概念に関する伝統的理解の「見直し」を早晚迫らずにはおかぬ面をすでに内包しているように思われる。<sup>(21)</sup>

以上において各理論ごとに当事者概念に関する今日の問題状況をみてきたわけであるが、以上の考察から、まず最初に、当事者概念が種々の理論と密接な関係を有していることが容易に理解できる。それに加えて、それらの理論が当事者概念との関連で問題を抱えていることも明らかに became したように思われる。にもかかわらず、一般には今日なお形式的当事者概念が自明なものとしてきわめてわずかな関心しかはらわれていないとすれば、そのこと自体がわが国における一つの問題状況を示しているということもできよう。そして、その一因として、前述したように、わが国における形式的当事者概念に対する疑問の提起や新しい当事者概念の提唱は、論者が課題としている個々のテーマ（理論）との関連における部分的・予備的な考察の枠内にとどまっていた——それを超えて、民事訴訟法理論（とりわけ当事者論）の体系全体を視野の中に入れてその中で形式的当事者概念を位置付け、その再検討を行うにまで至らなかった——ということが挙げられるように思われる。<sup>(23)</sup> そうだとすれば、当事者概念を従来のように予備的な考察の対象として捉えるのではなくて、むしろ右に述べた問題状況を踏まえつつ中心的な考察の対象として据えることはすぐれて今日的な意義を有するように思われる。また、当事者概念が、民法理論——とりわけ当事者論——の体系全体の中でいかなる位置と機能を有してきたかを学説史的に跡付け、それに基づき、形式的当事者概念をはじめとする従来の各当事者概念に対して学説史的な評価をなすことは、当事者概念の今後のあるべき姿を展望し、その全面的な——ある理論との関連においてはなく——再構成を行う際に不可欠な前提作業であるといえよう。

さらに、わが国における当事者概念をめぐる問題状況の一つとして、一方で、形式的当事者概念が唯一の妥当な当事者概念であるとする見解が支配的でありながら、他方で、実際には「当事者」という用語が必ずしも形式的当事者概念の意味において厳密かつ一義的に用いられていないことを指摘することができる（その原因の一つとして、民事訴訟法が「当事者」という用語を多義的に用いていることが挙げられる<sup>(23)</sup>）。とりわけ、学説史的視点から注目すべきことは、しば



しば「当事者」概念と「正当な当事者」概念の混淆が見受けられるということである。そこで、本稿では、両概念の關係に着目し、それを学説史的にできるかぎり明らかにしていくことをもって本稿の一つの課題とする。

さて、以上に述べてきたようなわが国における当事者概念をめぐる問題状況およびその考察から得られた問題意識を踏まえて、次章以下において、当事者概念をめぐるドイツの学説の変遷を跡付けることにする。

（１）兼子一・新修民事訴訟法体系（増訂版）（一九六五年）一〇四頁。

（２）たとえば、注（１）のほか、小山昇・民事訴訟法（四訂版）（現代法律学全集）（一九八四年）八二—三頁、三ヶ月章・民事訴訟法（法律学全集）（一九五九年）一七一頁、新堂幸司・民事訴訟法（第二版）（現代法律学全集）（一九八一年）八三—四頁。こうした体系書等の大部分は、形式的当事者概念以外の当事者概念については全く触れておらず、また、形式的当事者概念についてもその用語すら用いることなく、ただ、その大雑把な内容を自明なこととして言及しているにとどまる。

（３）中野貞一郎・松浦鑿・鈴木正裕編・民事訴訟法講義（有斐閣大学双書）（補訂第二版）（一九八六年）九四頁（福永有利）。ところで、形式的当事者概念の今日的な——学説史的ではなく——意義として、第一に、「自己の名において」訴訟活動を行う者を当事者とみる点で、「他人の名において」訴訟活動を行う代理人から区別できること、第二に、判決の名宛人（として、常に判決の効力が及ぶ者）を当事者とみる点で、そうでない補助参加人や「他人の判決の効力を受けるだけの者」から区別できること等が通常挙げられている（中野・松浦・鈴木編・前掲書九四頁）。なお、通説の立場から、当事者概念の意義として右に述べたことのほかに、当事者であるということに訴訟上の種々の効果が結びつけられることや訴訟費用の原則的負担者となることを挙げて（形式的）当事者概念の訴訟法上の重要性を強調するものとして、三ヶ月章・民事訴訟法（第二版）（法律学講座双書）（一九八一年）二二三頁。

（４）伊東乾「訴訟当事者の概念と確定」中田淳一先生還暦記念（一九六九年）六二頁。

（５）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（一九五九年）三頁、五頁注（１３）。「判決効の範囲——範囲決定の構造と構成——」（一九八五年）四頁、六頁注（１３）。

- (6) 上田・前掲論文(注5)法と政治一〇卷一号「一九五九年」一頁以下(前掲書(注5)二頁以下)。
- (7) Henckel, Parteibegriff und Rechtskraftstreckung, ZJP Bd. 70, S. 448 ff.
- (8) 上田徹一郎「既判力の主観的範囲の理論の再構成——手続権保障の必要と当事者および第三者・試論——」民事訴訟雜誌二〇号「一九七四年」一七〇頁以下【判決効の範囲】一二六頁以下。ところで、上田教授が、実質的当事者概念を提唱される機縁となったのは、一つは、法人格が否認された場合の背後者を「実質的当事者」と捉えて既判力に服せしめる方向を示したいくつかの下級審判例——たとえば、横浜地判昭和二五年八月(日付不明)下級裁判所民事判例集一卷八号一七七頁——であり、もう一つは何と云っても、大阪高判昭和四六年四月八日判例タイムズ二六三号二二九頁判例時報六三三三七三頁——前訴の口頭弁論終結前に通謀虚偽表示によって当事者所有の不動産の登記名義人となった者を「実質的当事者」の觀念を媒介として民事訴訟法二〇一条の所持者と同視することにより前訴判決の既判力をこの者に及ぼした注目すべき判例——であった。
- (9) そのほかに、当事者確定論との関連で形式的当事者概念に対して疑問を提起するものとして、納谷廣美「当事者の確定——法学論叢四六卷五・六合併号「一九七四年」七〇——一頁。なお、同「当事者確定の理論と実務」新実務民事訴訟講座1(判決手続通論1)「一九八一年」二二九頁以下も随所に両者の関連について言及している。
- (10) 伊東・前掲論文(注4)中田還暦(出)「一九六九年」六一頁以下。もっとも、伊東教授が主張される(七〇頁)ように、表示説が形式的当事者概念の必然的結果といえるかは疑問である。ただし、当事者の確定の問題というのは、具体的な訴訟において、当事者概念に該当する当事者をいかなる基準によって確定していくかという問題であり、それゆえ、等しく形式的当事者概念を採用しながらも、かかる基準について表示説以外の見解を採用することは理論的に十分可能であるし、学説史的にみてもそういう例は少なくないのである。したがって、形式的当事者概念と表示説とは、ともに形式的・画一的性質を有している点で、理論上の親和性があるというにすぎないものと思われる。
- (11) いわゆる適格説によれば、当事者確定の結果が途中で変更されなければならぬ場合が生じ、しかも、当事者の確定は判決の確定をまって初めて完結されることになり、結局、訴訟当事者は動態的に把握されることになる。したがって、この説は、従来からの通説による当事者論の枠組み——形式的当事者概念の下で訴えの提起段階において当事者が確定されると、それで当事者の確定は完結し、その者が必ず判決の名宛人となる——を全く覆すものであるといえる。

- (12) 新堂幸司「訴訟当事者の確定基準の再構成——行為規範と評価規範の区別を手がかりとして——」石井照久先生追悼論文集『商事法の諸問題』（一九七四年）二五五頁以下、同・前掲書（注2）（一九七四年）八六頁以下。なお、死者を被告とする訴訟につき、「実質上の被告」という用語を用いて問題の解決をはかった判例として、大判昭和二年三月二日民集一五卷九七七頁があり、この判例が新堂教授の見解の一つの拠り所となっている（前掲書八八頁）。
- (13) もっとも、訴訟係属中の係争物の第三者への譲渡に関しては、ドイツでは当事者恒定主義が採用されているのに対して、わが国では訴訟承継主義が採用されており、したがって、問題状況は必ずしも同じではない。
- (14) 判例タイムズ二六三号二二九頁、判例時報六三三三七三頁。注（8）参照。新堂教授は、「訴訟における当事者」という概念に基本的な反省を加えることを通じて、承継主義の欠陥の克服を工夫した例」として高く評価しておられる。
- (15) 新堂幸司「訴訟承継主義の限界とその対策」判例タイムズ二九五号（一九七三年）六八頁以下。
- (16) 上野泰男「法定当事者変更総論（下）——当事者変更論——」判例タイムズ三一三三三三（一九七四年）二六頁以下、三一四号（一九七四年）四六頁以下。
- (17) Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1961, S. 151f.
- (18) まず判例として、引受承継（民訴法七四条）の可否について判示した最判昭和四一年三月二日民集二〇卷三三四八四頁。次に学説としては、新堂幸司「訴訟当事者から登記を得た者の地位（一）」——争点効の主観的範囲に関する試論（その二））をかねて——「判例評論一五二二号（一九七一年）二頁以下（判例時報六四〇号一〇八頁以下）、同一五三三三（一九七一年）二頁以下（同六四三三三—一〇八頁以下）。
- (19) 上野泰男「家屋収去土地明渡請求訴訟における被告の変更——法定当事者変更各論（一）——」名城法学二五卷二二二（一九七五年）四一頁以下。教授は、詳しくは、次のように主張される。「当事者との関係で言えば、『紛争の主体たる地位』にある者が当事者になるというのであれば、このことは当事者概念に修正を迫ることになるのではないか。当事者とは単にその名において権利保護を求めまたは求められる者（形式的当事者概念）ではなくて、一歩私的紛争に、それ故に、実体法に接近したかたちで捉えなければならぬことになる。そしてまた、そのような把握こそ必要なことであると考える。当事者概念において、まさに彼の当事者地位を基礎づけるものが顧慮されないというのは不当だからである（家屋収去土地明渡請求訴訟の被告については、家屋Ⅱ土地の占有という当事者地位を基礎づけるものが考慮されようなかたちで当事者というも

のを考えなければならない。』

- (20) その理由として、わが国では、従来からの異論のない通説として「誰が当事者であるか」に関する当事者概念（およびそれに基づく当事者の確定）と「誰が当事者であるべきか——誰が正当な当事者であるか——に関する当事者適格とは全く別次元の問題としてはっきりと区別されるべきであると解されていることを挙げる事ができるように思われる。したがって、かかる前提の下では、当事者適格論との関連で形式的当事者概念への再検討を迫ることはなかなか容易ではないし、また、事実そういう問題意識も育たなかったものと思われる。なお、ドイツでは、学説史的にみると当事者概念と当事者適格の關係は密接であることから、ドイツにおける両者の關係を学説史的に比較の詳細にわが国に紹介した論文として、福永有利「民事訴訟における『正当な当事者』に関する研究」(一)田——ドイツにおける学説の変遷——「関西大学法学論集一七巻一、三、五号、六号、一八巻二、三、四号」(一九六七年八月)（特に、(一)三二頁以下、(二)九四頁以下、(三)二七頁以下）がある。

- (21) たとえば、井上治典教授は、「多数当事者訴訟論の課題と展望」ジュリスト七三二号（一九八一年）一五七頁以下（『多数当事者訴訟の法理』一九八一年）三三五頁以下）において「手続過程の重視と訴訟関与論——当事者概念の弾力化と流動化——」という一章を設けて（ジュリスト七三二号一六〇頁以下、前掲書三四二頁以下）、従来の当事者論——訴訟の結果たる本裁判決との關係で当事者適格を定め、当事者をはじめから終りに至るまで一貫して不変的なものとしてとらえる、本裁判決という結果のみを念頭に置いた当事者理論——は一定限度で反省を迫られざるをえないと主張される。そして、「むしろ、具体的な紛争過程および手続経過のなかで、特定の事項または争点について主張・立証などの手続行為をなしうるのは誰かという観点が必要になる」と述べ、「そうだとすれば、訴訟追行の資格は、手続の開始から終了に至るまで固定的に不変のものとしてとらえられる必要はなく、動態的な手続経過およびそこで争われる事項に対応して弾力的に考えられなければならない」として、「手続過程モメントをとり入れた争点ごとの訴訟関与論、当事者理論」等を提唱されている。だが、このような考えは、その当否は別として、当事者概念についての従来からの通説的理解を根底から覆すものであり、かかる立場に立つかぎり早晚形式的当事者概念に対する「見直し」を迫らざるをえないものと思われる。そのほかに、比較訴訟機能研究会「AシンポジウムV訴訟機能と手続保障」民事訴訟雑誌二七号（一九八一年）一七五頁以下（報告・井上治典）、二二四頁以下（発言・新堂幸司）参照。

- (22) 当事者概念にかぎらず、わが国における近時の民事訴訟法学の傾向として、あるテーマ（各論）においてなされた問題提

起が、基礎的概念（理論）の根本的な見直しと再構成にまでなかなか反映されず、さらに、それを踏まえた新たな体系化へと発展していかない傾向が見受けられるように思われる。すなわち、当事者概念に關して言えば、わが国における有力な民法学者である新堂教授が、当事者確定論や訴訟承継論では、一定の限度においてであれ、実質的当事者概念の導入を示唆されながらも、体系書の「当事者の概念」の箇所ではそれが全く反映されておらず、形式的当事者概念のみを採用する通説的立場に従って当事者概念について自明なものとして言及されていること（新堂・前掲書（注2）八三―四頁）に、前述した傾向が象徴的なたちで現れているように思われる。

（23）この点について、住吉博「民事訴訟と個人」中央大学百周年記念論文集（法学部）（一九八五年）二八一頁以下（『訴訟的救済と判決効』（一九八五年）一頁以下）。

## 第二章 実体的当事者概念の成立

実体的当事者概念とは、その固有の意味において、実体的法律関係の主体——实体法上の権利者および（権利の）侵害者——のみが正<sup>1</sup>当な当事者（die rechten Parteien）であるという認識を前提として、訴訟物を構成する実体的法律関係の能動的主体（権利者）であると主張する者およびその受動的主体（侵害者）であると主張される者を当事者とする概念であると一応定義することができる。<sup>2</sup>

ところで、このような実体的当事者概念およびその成立の前提を成す右に述べたような認識は、いつ、いかなる条件の下に、どのような経過をたどって成立したものであろうか。以下では、ドイツ普通法時代末期（一八世紀後半から一九世紀中葉にかけて）における実体的当事者概念の成立過程を跡付けることにする。

さて、ローマ法の継受により成立したドイツ普通法は、アクチオ的衣裳をまといながらも次第にアクチオ体系から

実体権中心の権利体系へと移行し、それに伴い、権利体系としての実体法から権利保護の体系としての訴訟法が分化・発展していった。だが、ドイツ普通法が継受ローマ法であることの制約から、それらは徐々に行われたにすぎず、概して普通法の時代には訴訟法は実体法から完全に分離してはいなかった。<sup>(3)</sup> それでも、一八世紀後半以降になると、ラント法や裁判所法の相次ぐ編纂も手伝って、アクチオ体系から権利体系への移行および訴訟法の実体法からの分化は顕著になっていった。そして、そのことは訴訟と権利の関係にも反映し、権利は、アクチオ体系の下におけるように訴訟を通して認識されるものではなくて、むしろ訴訟以前に存在するものとして認識されるようになった(権利既存の観念)。そして、訴訟ないし裁判の任務は、かかる権利が侵害された場合に事後的に権利の存在とその範囲を確定して、権利者に対して権利保護を与えるものであると考えられるようになった(訴訟の目的としての権利保護<sup>(5)</sup>)。このような訴訟と権利の関係についての新しい認識は、サヴィニーの次の文章の中に端的にみることができると言える。すなわち、「国家の第一のそして不可避の任務は、法の理念を可視的世界において支配せしめることである。そのために国家が行う活動の一つは、自己の権利を侵害された個人に対して、その侵害に対する保護を与えることである。このような活動が服する規制を、われわれは民事訴訟と名づける……」<sup>(6)</sup>。このような認識によれば、(民事)訴訟による権利保護を受けるためには、「権利の存在(取得)」と「権利侵害」という二つのモメントが必要であり、換言すれば、ある者に帰属している権利が他の者によって侵害されることにより、その権利を侵害された者は訴訟による権利保護を受けることができるようになる。以上に述べたことは、権利——権利侵害——訴訟(権利保護)という図式で表すことができる。<sup>(7)</sup>そして、このような図式の下では、「権利者(被侵害者)」と「(権利)侵害者」を実体的法律関係の対立した主体として一応訴訟から切り離して実体法のレベルで認識することができる。そしてその場合には、権利者(被侵害者)は権利侵害を理由に侵害者に対して侵害の廃棄を求める実体法上の請求権(古くはActio)を有するこ

となる。だが、それとは別に、訴訟のレベルにおいても、権利者（被侵害者）は、権利侵害を契機として、侵害者を相手どって訴訟を起こすことにより訴訟による権利保護を受けることができるようになるのである。そこで、このような実体法のレベルと訴訟のレベルの対応関係に着目する時、権利者（被侵害者）―侵害者と原告―被告の対応関係が浮かび上がってくる。たとえば、サヴィニーが「被侵害者と侵害者、あるいは原告と被告は、あたかも債権者と債務者のように対抗し合うのである」<sup>(8)</sup>（傍点は引用者）というとき、ここでは明らかに実体法のレベルでの被侵害者―侵害者と訴訟のレベルでの原告―被告とが対置されている。<sup>(9)</sup>このような実体法のレベルと訴訟（法）のレベルとの対応関係は、理論上は給付訴訟においてのみ認められるのであるが、周知のとおり、普通法時代末期には確認訴訟や形成訴訟は独立の訴訟類型としてまだ一般に承認されておらず、給付訴訟が唯一の訴訟類型であった。したがって、この時代においては、たとえば、債権関係をめぐる訴訟について、債権者が訴訟上の原告になり、債務者が訴訟上の被告になるのは当然のこととして受け止められていた。また、物権その他の絶対権に基づく訴訟についても、こうした権利の侵害によって権利者が侵害者に対して有する侵害の廃棄を求める実体法上の請求権（古くは *Actio*）を媒介として、権利者―侵害者と原告―被告の対応関係が当り前のこととして肯定されていたのである。<sup>(10)</sup>

要するに、ドイツ普通法時代末期においては、給付訴訟が唯一の訴訟類型であり、それゆえ、訴訟とは権利侵害（または請求権の不満足）を媒介とする権利保護手段ないしは実体法上の請求権の行使手段<sup>(11)</sup>であると考えられており、その結果として、訴訟は必然的に権利者（請求権者）が侵害者（義務者）を相手どって訴えるという形をとらざるをえないことになった。かくて、実体法上の権利者および侵害者（実体的法律関係の主体）が、通常、訴訟において原告および被告（訴訟上の当事者）になるというだけでなく、彼らのみができる、——その意味において彼らは訴訟における正當な当事者である——というこの章の冒頭に述べた実体的当事者概念の成立の前提を成す認識が次第に成

説  
立することになったのである。

論

以上に述べたように、一八世紀後半以降、訴訟物を構成する実体的法律関係——Actio (im materiellen Sinne) または請求権——の主体のみが訴訟において当事者になることができ、その意味において彼らは正当な当事者であるという認識が次第に成立していったのであるが、にもかかわらず、このような認識から直ちに形式的当事者概念と對比される、固有の意味での実体的当事者概念が成立したわけではない。そこで、以下において、どのようにして右に述べたような認識から実体的当事者概念が成立するに至ったのかについて考察する。

まず、右に述べたような認識により実体的法律関係の主体のみが正当な当事者であると解すると、裁判所に当事者として登場した者が正当な当事者であるかどうかを判断するに際して、その者が実体的法律関係の主体であるかどうかを明らかにしなければならず、そのためには実体的法律関係の中身にまで立ち入って審理せざるをえなくなる。しかしながら、そのような審理はまさに本案においてなすべき事柄に属しており、換言すれば、裁判所に当事者として登場した者が正当な当事者であることを確定した場合にはじめて審理することが許されるべきものである。そこで、このような矛盾を回避するために、ベートマン<sup>(10)</sup>Ⅱホルヴィング<sup>(11)</sup>以前の多数の普通法時代の学者達は権利 das Recht を客観的存在 der objektive Bestand と主観的——帰属主体たる——資格 die subjektive Berechtigung とに区別した。<sup>(12)</sup>そして、裁判所に当事者として登場した者が正当な当事者 (die rechten Parteien) であるためには、本案の審理に入る前に、権利の客観的存在を前提としてその帰属主体としての資格 (適格 legitimatio) の証明が必要であると<sup>(13)</sup>して、彼らはこの資格ないし適格を事件適格 (legitimation ad causam, Legitimation zur Sache, Sachlegitimation) と称した。<sup>(14)</sup>すなわち、彼らは、このような事件適格の証明として、まず原告については、彼が「正当な原告」(der rechte Kläger) すなわち係争法律関係の存在を前提として、それを正当に主張し訴求しうる者であること (能動的事件適格



legitimatio ad causam activa)、被告（原告がその請求の相手方とする者）については、彼が正当な被告（der rechte Beklagte）すなわち原告の権利に基づいて現実に請求される地位にある者であること（受動的事件適格 legitimatio ad causam passiva）の証明を原告に要求した。<sup>(14)</sup>そして、そのような証明が原告によってなされた場合にはじめて、彼ら（原告および被告）は本案の審理ならびに判決を受けることができる「正当な当事者」（die rechten Parteien）であり、それゆえ、原告による右に述べたような事件適格の証明を欠く場合には、被告はいつでも事件事格欠缺の抗弁 exceptio deficiens legitimatio ad causam の提出により応訴を拒否することができる、その場合には本案の審理に入ることができないと彼らは考えたのであった。<sup>(15)</sup>したがって、当時の多数の普通法学者達の見解によれば、事件適格は本案についての審理の対象ではなくて、むしろ本案の審理に入るための前提要件であり、——近代的概念で言えば——訴訟要件であった。<sup>(16)</sup>それゆえ、彼らの見解では、たとえば、原告が第三者から譲渡された債権に基づいて訴訟を起こした場合、彼は本案の審理に入る前に債権の存在を証明する必要があるが、第三者から有効に債権を譲り受けたことを証明しなければならず、その証明に成功した場合にはじめて「正当な原告（当事者）」として本案——債権そのものが現在存在するかどうか——についての審理ないし判決を受けることができることになる。<sup>(17)</sup>

しかしながら、事件適格についての右に述べたような当時の多数の普通法学者達の見解において、あらゆる場合に事件適格が問題とされたわけではない。むしろ、前述した例——原告が第三者から譲り受けた債権に基づいて訴訟を起こす場合——のように、原告の権利または被告の義務がお互いに独立した複数の事実（前述した例では債権そのものの存在の事実と原告が第三者から有効に債権を譲り受けた事実）によって基礎づけられている場合に問題とされたのである。すなわち、右に述べた独立した複数の事実のうちの一つ（前述した例では債権そのものの存在の事実）によって誰に帰属するかはともかくとして係争の権利または義務が基礎づけられ、他のもう一つの事実（前述した例では原告が第三者か

説

論

ら有効に債権を譲り受けた事実）によって権利または義務と当事者との関係が基礎づけられた場合に、後者を前者から切り離して事件適格の問題であると彼らは考えたのである。<sup>(19)</sup>だが、事件適格を右に述べたようなものだと解するならば、権利そのものの存在を基礎づける事実が同時にある者への権利の帰属を基礎づける事実でもある通常の場合には、事件適格は問題にならないことになる。そうだとすれば、結局、事件適格は、両事実が一致しない特殊な場合に限り問題とされることになる。<sup>(19)</sup>しかし、たとえそのような場合に限っても、右に挙げた両事実が共に証明されてはじめて訴えに理由があると言うことができるのであり、さらに、ある特定の者に帰属しない単に客観的な存在にすぎない権利というものは現実においては考えられない以上、事件適格を権利そのものから区別して、前者のみを本来の審理の対象以前の訴訟要件的なものと解して特別扱いすることは妥当ではない。かくて、事件適格に関する今まで述べてきたような多数の普通法学者達の見解は、これに対する右に述べたようなベートマン・ホルヴェッグ等の批判<sup>(20)</sup>によって急速に衰え、すでに一九世紀の中頃には完全に克服されることになった。そして、それ以降、事件適格は、訴訟要件的なものとして本案に先立って審理されるべきものではなくて、係争権利の（帰属）主体たる資格の問題として訴えを理由づける事実の一部であり、要するに本案そのものの問題であると一般に考えられるようになった。<sup>(21)</sup>したがって、被告は、もはや事件適格を欠く場合にも、それを理由に応訴を拒むことはできず、ただその場合には、裁判官がそれを理由に原告の請求を理由のないものとして棄却することができるにすぎないとして一般に考えられるようになったのである。<sup>(22)</sup>

以上に述べてきたことを要約すると、次のとおりである。すなわち、一八世紀の後半以降次第に実体的法律関係の主体のみが訴訟当事者になることができ、その意味において正当な当事者であるという認識が成立していった。だが、そのような認識の下では、裁判所に当事者として登場した者が正当な当事者であるかを判断するために、本来本案で

審理されるべき実体的権利状態 *materielle Rechtslage* まで審理せざるをえなくなる。そこで、このような不都合を回避するために、当時の多数の普通法学者達は、権利を客観的存在と帰属主体としての資格とに区分し、前者を前提としてそれにつき帰属主体としての資格を有する当事者を「事件適格」を有する「正当な当事者」とみなし、しかも、事件適格を本案以前の問題として、前者すなわち係争権利そのものの有無に関する本案の問題から区別して取り扱った。しかしながら、このような彼らの見解は、ベートマン・ホルヴニッグ等によって妥当ではないという批判を受け、結局、一九世紀の中頃から事件適格は本案において審理されるべきものと一般に考えられるようになっていったのである。

さて、このようにして、一九世紀の中葉以降、事件適格は「係争権利（実体的法律関係）の主体＝正当な当事者」としての資格として「訴えの原因」（*Klagegrund*）の一部であり、したがって、具体的事例において「訴訟に当事者として登場した者が正當な当事者であるか」は本案の審理によって明らかにすることが一般に承認されるようになった。するとそれに伴い、「誰が当事者であるか」もまた、訴えの提起者（原告）による「裁判所に当事者（原告および被告）」として登場した者が係争権利（実体的法律関係）の能動的主体および受動的主体である」という主張、換言すれば「訴えの原因」への記載から判断されるようになった。その結果、係争権利の帰属主体（権利者）であると自ら主張する者が「原告」であり、この「原告」によって係争権利の受動的主体（侵害者）であると主張される者が「被告」であるとして一般に考えられるようになり、結局、「当事者」とは「訴訟物を構成する実体的法律関係の能動的主体であると主張する者およびその受動的主体であると主張される者 *das behauptete aktive und passive Subjekt der res in iudicium deducenda sive deducta, des den Streitgegenstand bildenden materiellen Rechtsverhältnisses*」であると定義されるようになった。<sup>(23)</sup>これが固有の意味における実体的当事者概念にはかならない。<sup>(24)</sup>

要するに、一九世紀の中頃以降、正当な当事者としての資格である事件適格が、従来の訴訟要件的な取り扱いから「訴えの原因」の一部として本案の問題に引き上げられ、その結果、「訴訟に当事者として登場する者が正当な当事者であるか」は、その者が実体的法律関係の主体であるか否かの問題として本案の審理によって明らかにされると考えられるようになった。すると、それに伴い、「誰が当事者であるか」についても、そのような実体的法律関係の主体であると自ら主張する（または主張される）者が当事者であると考えられるようになり、かかるものとして実体的当事者概念が成立するに至ったのである。

以上において実体的当事者概念の成立過程を跡付けてきたが、次に、それを踏まえて実体的当事者概念の構造および機能について考察する。まず、実体的当事者概念において決定的に重要なのは、訴えの提起者（原告）による次に掲げる三点についての主張、換言すれば「訴えの原因」への記載である。<sup>(25)</sup>すなわち、第一に自分が権利者（係争権利の帰属主体）であること、第二に自己の権利が侵害されたこと、第三に自分が訴えた相手（被告）が自己の権利の侵害者（受動的主体）であること、という以上三点についての主張を訴えの提起者がしたかどうか、が決定的に重要となる。したがって、訴えの提起者が自分が訴えた相手によって現実、自己の権利が侵害されたのかどうかはここでは問題にならない。<sup>(26)</sup>そこで、もし訴えの提起者が右に述べたような主張すらもしない——「訴えの原因」に記載しない——場合には、その者およびその者によって訴えられた者は実体的当事者概念にいう「当事者」に該当しない者として本案の審理に入ることなく訴えは却けられることになるのである。<sup>(27)</sup>こうして、実体的当事者概念は、事件適格が従来の訴訟要件的な取り扱いから本案の問題へと引き上げられるに伴い、従来の事件適格に代って今日の訴訟追行権（当事者適格）に相当するような機能（訴訟要件的功能）をそれ自身果たすことになった。すなわち、実体的当事者概念の下では、それに該当する「当事者」が「正当な当事者」であるかどうかは本案の審理によってはじめて明らかに

なることから、実体的当事者概念にいう「当事者」に該当する者が訴訟に登場した場合にのみ、その者に本案についての訴訟追行資格が与えられて本案の審理に立ち入ることができることになる。その反面、実体的当事者概念にいう「当事者」に該当しない者——実体的法律関係の能動的（受動的）主体であると自ら主張しない（主張されない）者——が当事者として訴訟に登場した場合には、本案の審理に入ることなく訴えを却下する（*die Klage verwerfen*）ことになる。かくて、実体的当事者概念自体が訴訟要件の機能——本案の審判を受けることのできる者を一定の要件を満たした者に限定し、そうでない者に対しては本案の審判を拒否することにより、裁判所の負担及び被告の応訴の煩わしさを軽減する機能——を果たすことになったのである。<sup>(28)</sup>

本章の最後に、実体的当事者概念の下で、これと密接な関係を有する概念ないし理論について両者の関係を中心に考察する。最初に、実体的当事者概念の下におけるこれと事件適格ないし「正当な当事者」概念との関係について言い過ぎではない。そして、このことは、私見によれば、従来における実体的当事者概念の概念規定のあいまいな理解と無関係ではない。すなわち、従来、実体的当事者概念にいう当事者とは、実体的法律関係の（単なる!!）主体であるとか、筆者が理解するように実体的法律関係の主張された主体である（すなわち、その主体であると主張する者および主張される者である）というふう（29）に必ずしも一義的に理解されていなかった。そして、そのことが実体的当事者概念の下での当事者概念と「正当な当事者」概念あるいは事件適格との関係をあいまいな、時には誤った理解に立たせる一つの大きな原因を成しているように思われる。たとえば、デ・ボアは、実体的当事者概念は「訴訟において誰が当事者であるか」という問題と「誰に係争権利が帰属するか」すなわち「誰が事件適格を有するか」という全く別の問題を混同していると言うが、これは正しくなく、むしろ筆者には混同しているのはデ・ボア自身であるように思われ

る。なぜならば、筆者の理解によれば、実体的当事者概念は「誰が当事者であるか」についての概念であって、「正当な当事者」であるための資格に関する事件適格とは問題の平面を異にしているからである。また、ヘンケルは、実体的当事者概念を二段階に分け、当初は、実体的法律関係の主体が当事者であり、その結果、事件適格を有する者が当事者であった（ヘンケルは、これを実体的当事者概念の「旧説（*altäre Lehre*）」と言う）が、その後、事件適格が訴訟要件的なものから「訴えの原因」へと引き上げられるに伴い、当事者概念が事件適格から切り離されて、実体的法律関係の主体であると主張する（および主張される）者が当事者であるとする新しい実体的当事者概念が「旧説」のそれを克服した、と説いている。<sup>(31)</sup>だが、このヘンケルの見解も、彼のいう実体的当事者概念の「旧説」において、実体的当事者概念と正当な当事者であるための資格という一面をもつ事件適格とを直接に結び付けている点で誤っていると考える。すなわち、ヘンケルのいう「旧説」の時代においても、事件適格は「当事者（原告）に課せられる、当事者（原告・被告）が特定の法律事件において正当な当事者（正当な原告・正当な被告）であることの証明に関するもの」である以上、<sup>(32)</sup>その当時において事件適格を有する者が実体的当事者概念にいう「当事者」であったと解することは妥当ではないといわざるをえない。<sup>(33)</sup>むしろ、筆者の理解によれば、実体的当事者概念は前述したようにあくまでも「誰が当事者であるか」についての概念であり、それに対して、事件適格は、実体的当事者概念の下で、「係争権利（法律関係）の帰属主体としての資格」という面と「当事者が係争権利に関して正当な当事者（*die rechten Parteien*）」であるための資格」という面の二面性を同時に有していた。<sup>(34)</sup>そして、後者の面において事件適格は「正当な当事者」概念と直接の関連性を有していたと考えられる。なお、事件適格は、前述したように、実体的当事者概念の下で「訴えの原因」の一部として本案そのものに属しており、したがって、その存在は勝訴要件であった。

次に、実体的当事者概念の下でのこれと当事者変更（法定当事者変更と任意的当事者変更の双方を含む）との関係につ

いて簡潔に述べることとする。まず、法定当事者変更との関係についてであるが、実体的当事者概念は、訴訟物を構成する実体的法律関係の主体のみが事件適格を有する正当な当事者であることを前提にしている。したがって、訴訟係属中に、（実体的法律関係の主体として訴訟に登場していた）当事者が死亡したり、あるいは係争権利関係が譲渡されたりして実体的法律関係に変動が生ずる場合には、当然実体的法律関係の主体も変動が生じ、その結果、事件適格を有する正当な当事者の変更も生じる。そこで、実体的当事者概念の下では、右のような場合には、実体的法律関係の主体と（主張）して訴訟に登場していた当事者の相続人あるいは譲受人が、当事者の死亡あるいは係争権利関係の譲渡という実体（的法律）関係の変動に基づき、新しく実体的法律関係の主体になった者であることを主張することにより、当事者変更が原則として——特別な法律によって原則が覆されない限り——許されることになる。<sup>(35)</sup>次に、実体的当事者概念と任意的当事者変更との関係であるが、実体的当事者概念の下で、任意的当事者変更は訴えの変更の一種として考えられ、また訴えの変更の規定の範囲内で許容されるとする、いわゆる訴え変更説が採用されていた。<sup>(36)</sup>すなわち、実体的当事者概念の下では、「誰が当事者であるか」は「訴えの原因」によって判断されていたことから、任意的当事者変更は「訴えの原因」の変更として、すなわち訴えの変更として考えられ、またその範囲内で許されるのは、当然のこととされていた。

さらに、実体的当事者概念と既判力の主観的範囲の理論との関係について若干述べると、実体的当事者概念の下では、既判力は当然のこととして実体的当事者概念に該当する当事者（実体的当事者）に及ぶと解されており、実体的当事者概念は既判力の主観的範囲についても貫徹されていた。

（１）しばしば、わが国においてこのような認識をもって広く実体的当事者概念として捉えられることがある（たとえば、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一〇六頁〕。だが、形式的、当事者概念、対比される形での、「正当な当事者」概念から区別された、「誰が当事者であるか」についての概念としての実体的当事者概念は、そのような認識そのものではなくて、むしろ、そのような認識から導き出された、本文に述べたような定義で表される概念である。もともと、実体的当事者概念の定義(概念規定)に関しては、従来、わが国だけではなくてドイツにおいてもあいまいな、ともすると誤った理解がなされているように思われる。この点については後述する。

(2) このような定義で表される実体的当事者概念の萌芽は、Linde, *Betrachtungen über die Lehre von den Parteien im Civilprozeß*, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 15, 1841 S. 352f. にみることができると言える。すなわち「リンデは、原告として訴訟に登場する者は、係争物件 das streitige Objekt に関して完全なる権利が彼に帰属すること、および、彼に帰属する権利が彼が訴えた相手方によって侵害されていることを主張しなければならない」と言う。Vgl. Petersen, Über den Parteibegriff und die Parteilähigkeit, ZJP Bd. 18, 1893, S. 5, u. a. Ann. 9.

(3) 兼子一・実体法と訴訟法——民事訴訟の基礎理論——(一九五七年)三四頁、六九頁、奥田昌道・請求権概念の生成と展開(第一章ヴィントシャイトの『アクチオ論』)四頁。

(4) 一八世紀の後半以降、各ラントの司法権の整備・強化等に伴い、ラント法(一七五六年のバイエルンラント法、一七七四年のプロイセンラント法)や裁判所法(一七五三年のバイエルン普通裁判所法、一七八一年のオーストリー普通裁判所法、一七九三年のプロイセン普通裁判所法)の編纂が相次いで行われ、これらの法典編纂がアクチオ体系の解体と権利体系の生成、実体法と訴訟法の分化を促進させた。中村英郎「訴訟の目的」概念の生成過程——一八七七年ドイツ旧民事訴訟法の成立に至るまで——「早稲田法学三一巻一・二冊(一九五五年)七七頁以下(中村宗雄教授還暦祝賀論集『訴訟法学と実体法学』(一九五五年)二四三頁以下)参照。

(5) 富樫貞夫「ドイツ訴訟論の成立過程——とくにその前提条件を中心として——」民事訴訟雑誌一一号(一九六四年)一〇九頁以下、同「権利保護請求権説の形成」熊本法学四号(一九六五年)二頁以下、八頁、兼子・前掲書(注3)三五頁、奥田・前掲書(注3)五三—四頁。

(6) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, 1840, §9, S. 28f. 同様に(民事)訴訟の目的を民事法上の権利侵害に対する国家の保護とみる考えは、すでに Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, Bd. 1,



- [illegible]

- (14) Behnmann = Hölweg, a. a. O., S. 81. なお、ゲンスラーは、「事件適格とは、眼前にある訴訟において正当な当事者すなわち正当な原告および正当な被告が存在しているということの証明である」と定義している (Gensler, a. a. O., S. 46.)。
- (15) Göner, a. a. O., S. 336. 中村宗・前掲論文(注13)一二四—五頁注(11)、福永・前掲論文(注1)三三頁。
- (16) Neuner, a. a. O., S. 115, Henckel, a. a. O., S. 16. したがって、ここでは、「事件適格は、訴訟要件的なものとして、今日における訴訟追行権(当事者適格)と同様の機能——本案の審理に入る前に、訴訟に当事者として登場してきた者が本案の審理ならびに判決をうけることができる「正当な当事者」としての資格を有しているかどうかを審査し、そうでない者が当事者として訴訟に登場してきた場合には本案の審判を拒否することにより、裁判所の負担および被告の応訴の煩わしさを軽減する機能——を有しており、その点で両者がきわめて類似しているということができ、注目される。
- (17) Henckel, a. a. O., S. 16. Heinzmann, a. a. O., S. 3.
- (18) 福永・前掲論文(注13)三四頁。
- (19) 彼らが事件適格の問題として取り扱う事例は、大体次の三つの場合に分けることができる。(Ⅰ)原告が当初彼のものでなかった権利または被告になかった義務を訴求する場合(たとえば相続や譲渡における権利承継の存在)。(Ⅱ)当事者の特殊な地位を要件とする権利関係が訴訟の対象を成す場合(たとえば、無遺言の相続請求 hereditas petitio in testam. における家族関係や血族関係の存在)。(Ⅲ)原告の権利または被告の義務が間接的にある物権関係に基づく場合(たとえば認諾訴権 actio confessoria における要役不動産の所有権の存在)。Behnmann = Hölweg, a. a. O., S. 85ff., Rosenthal, a. a. O., S. 2.
- (20) Behnmann = Hölweg, a. a. O., S. 88ff. など、福永・前掲論文(注13)三五頁。
- (21) Behnmann = Hölweg, a. a. O., S. 88. 以下はかに「ベートマン = ホルマン」の見解に同調するものとして、Koch, Der Preussisch Civil-Proceß, 2 Aufl., 1855, S. 195. Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilproceßrechts, 2 Aufl., 1873, § 87, S. 224. Wetzell, a. a. O., 1878, S. 156. など。一八七七年、ドイツ民事訴訟法草案理由書、当時の通説に従う事件適格が、「訴えの原因」の「一部である」と認められ (Hahn, Die gesamten Materialien zur Civilproceßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, Erste Abteilung, 1881, Begründung des Entwurfs, § 222, S. 255.)<sup>9)</sup>

- (22) Henckel, a. a. O., S. 16.
- (23) Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Bd. I, 1865, S. 518f. 上のワッハの定義は、実体的当事者概念の典型的な定義であるが、ワッハが初めてこのような定義によって表される概念自体を形成したとみるべきではなく、むしろ、一九世紀の中頃以降、すでに支配的な見解になっていた実体的当事者概念にワッハが明確な表現による定義を与えたものとみるべきである（リンデにおいて、この概念の萌芽がみられることについて、注（2）参照。なお、そのほかに、Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, 7 Aufl., 1850, S. 139, Renard, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilproceßrechts, 2 Aufl., 1873, S. 109f., Planck, Lehrbuch des deutschen Civilproceßrechts, Bd. I, 1887, S. 199ff. u. a.）。それと同時に、ワッハにおいては、後述するように、確認訴訟（とりわけ消極の確認訴訟）をも独立の訴訟類型として視野の中に入れていたことから、給付訴訟のみを視野の中に入れていたワッハ以前の实体的当事者概念とは、同じような定義によって表現されつつも、その概念内容においてかなり異なっていることに注意する必要がある。この点については、次章（第三章）の第一節において詳述する。
- (24) 注（1）参照。従来、実体的当事者概念が日本においてのみならずドイツにおいても必ずしも正しくかつ明確には理解されていなかったことについては、事件適格および「正当な当事者」概念との関連において詳述する（本稿の一〇五—一六頁以下参照）。
- (25) 換言すれば、実体的当事者概念は、その概念内容として、この当事者概念にいう「当事者」に該当するために、本文で掲げた三点についての主張（「訴えの原因」への記載）を訴えの提起者に要求するものであった。
- (26) Henckel, a. a. O., S. 17. Heinemann, a. a. O., S. 4.
- (27) Henckel, a. a. O., S. 17. Heinemann, a. a. O., S. 4f.
- (28) ハインツマンは、実体的当事者概念が権利もしくは権利関係の主体であると主張する者のみを当事者とみることにより、本案についての訴訟追行の権限を有しない原告に対して本案の審理に応じなければならないことから被告を保護する機能を果たしている、と言う（a. a. O., S. 5）。
- (29) たとえば、福永・前掲論文（注一）は、実体的当事者概念について、ある所では、当事者とは訴訟において主張された権利の積極・消極の主体であると言い（二三頁）、またある所では、主張された請求権の積極・消極の主体が正当な当事者

であると言ふ(二〇六頁)、さらに別の箇所では、請求権の積極・消極の主体が常に訴訟における当事者であると言つてゐる(二一一頁)。

(30) de Boor, Zur Lehre von Parteiwchsel und vom Partiebegriff, 1941, S. 34.

(31) Henckel, a. a. O., S. 15ff. ハインツマンもヘンケルと同じ理解をしてゐる(a. a. O., S. 3ff.)。しかしてヘンケルもハイ

ンツマンを学説史的に十分な根拠を示していない。

(32) このことは、前述したように、Gensler, a. a. O., S. 46, Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 81. において明らかである。

(本稿の)一〇〇—一頁および注(14)参照。なお、リンデは、次のように言つてゐる。「ローマ法は、事柄の本性に全く従ひ、裁判手続および裁判所の裁判の有効性は、とりわけ、正当な当事者の間で訴訟が行われるということ、換言すれば、事件適格に欠缺がないということによつてもまた条件づけられるという原則を樹立した。……この事件適格についての原則は、カノン法によつて変更されず、ドイツ・ライヒ法によつてはつきりと承認された」(傍点は引用者)(Linde, Ueber die aus dem Mangel der Legitimation zur Sache entstehende Nichtigkeit, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. III, Heft 3, S. 297.)

(33) 筆者の理解によれば、ヘンケルのいう「旧説」の時代には、「誰が当事者であるか」についての概念としての固有の意味における実体的当事者概念はまだ成立しておらず、本文でも前述したように、実体的法律関係の主体に正当な当事者という実体的当事者概念の成立の前提を成す認識が成立していたにすぎなかった。ところが、一九世紀の中頃以降、事件適格が「訴えの原因」の一部として本案の問題に格上げされるに伴ひ、従来の事件適格に代つて、いわゆる訴訟要件的な機能を果たすものとして、固有の意味における実体的当事者概念が成立したと解すべきであると考ええる。

(34) この点に実体的当事者概念の下での事件適格の特質をみることができる。したがつて、次章以下で明らかにされるように、実体的当事者概念の崩壊とともに本文で述べたような事件適格の両面性は維持できなくなり、以後どちらか片方の意味において用いられることになる。なお、今日わが国において用いられている訴訟追行権ないし当事者適格は、実体的当事者概念の下での事件適格の後者の面——「当事者が係争権利に関して正当な当事者であるための資格」という面——が継承されたものであると言ふことができる。なお、高見進「登記請求権保全の仮処分効力」法学協会雑誌九三巻九号一三四七頁は、「伝統的には Sachlegitimation は、実体的当事者概念の下で、係争法律関係の主観的帰属、および、訴訟を進行する権

能の兩者を含む内容をもつものとして使用されていたようである。」（傍点は引用者）と言う。だが、後者については、実体的当事者概念の下では、事件適格は本案の問題であつた以上、疑問である。むしろ、前述したように、訴訟を進行する権能は、実体的当事者概念にいう「当事者」が有していたと解すべきであると考ええる。

(35) 鈴木重勝「任意的当事者変更の許容根拠」早稲田法学三六卷三・四号一七二頁、上野・前掲論文(下)(注9)判タ三一四号四八一九頁参照。Vgl. de Boor, a. a. O., S. 34ff. この点については、第三章第二節一において詳述する。

(36) 鈴木・前掲論文(注34)一七二頁参照。Vgl. de Boor, a. a. O., S. 34ff.

(37) 上田「形式的当事者概念と既判力の主観的範囲の理論」法と政治一〇巻一頁以下（『判決効の範囲』二頁以下）参照。Vgl. Henckel, Parteibegriff und Rechtskraftstreckung, ZZP Bd. 70, S. 448ff.

### 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

前章において考察したように、実体的当事者概念は、給付訴訟が唯一の独立した訴訟類型であつた時代に、訴訟の対象である実体的法律関係の能動的主体（権利者）およびその受動的主体（権利侵害者）のみがそれぞれ「正当な原告」および「正当な被告」であるという認識を前提に成立した当事者概念であつた。

ところが、一九世紀の後半に至って、確認訴訟が新たな独立した訴訟類型として次第に明確に意識されてくるようになる、この新たな訴訟類型の出現がその当時支配的な当事者概念であつた実体的当事者概念に何らかの影響を及ぼさずにはおかなくなる。というのは、給付訴訟においては、その対象（訴訟物）が権利侵害の結果として生じる（給付）請求権であるから、そのような請求権の能動的・受動的主体のみが訴訟における正当な当事者であるという帰結

を容易に導き出すことができる。ところが、確認訴訟にあっては、対象の面についても主<sup>1</sup>体の面についても、論理的には何の制約もないので、確認訴訟の性質から直ちに実体的法律関係の主体のみが正当な当事者であるという帰結を導き出すのは容易ではないからである。

しかも、確認訴訟を立法上初めて給付訴訟と並ぶ独立した訴訟類型として取り入れた一八七七年のドイツ民事訴訟法（旧CPO）は、その二三一条（現行ZPOでは二五六条）で法律関係の存否の確認を求める訴えの提起を認めるにあたって、「裁判所の裁判により法律関係……を即時に確定することについての法的利益」（いわゆる即時確定の利益）のみを要件としている。したがって、これを唯一の要件とする確認訴訟は、訴訟における正当な当事者を実体的法律関係の主体に限定することを前提とした実体的当事者概念と一見矛盾するようにさえ思われるのである。すなわち、確認訴訟においては、即時確定の利益（以下、確認の利益と言う）をもって唯一の要件とする以上、私法上の権利者であってもつねに確認の利益が認められるとは限らず（積極の確認訴訟）、他方、権利者でなくても確認の利益を有する場合がありうる（消極の確認訴訟）のである。それゆえ、ここでは、給付訴訟において考えられるような私権と訴訟の單純な対応関係がもはやみられず、むしろ、確認訴訟の出現によって両者の無媒介的な結合が断ちきられることになった。<sup>(2)</sup>それに加えて、確認訴訟では、権利侵害を前提とせず、所有権のような受動的主体というものが考えられない権利が直接訴訟物となりうるため、何人が被告であるべきか（「正当な被告」であるか）が訴訟物たる権利の主体関係からは決定できないことになりかねない。<sup>(3)</sup>そうだとすれば、確認訴訟にあっては、給付訴訟においてみられたような実体的当事者概念の前提となる認識である実体的法律関係の能動的主体―受動的主体と正当な原告―正当な被告のバラレるな関係がもはや成り立ちえないのではないかということも十分考えられるのである。

もっとも、確認訴訟は、その出現後直ちに給付訴訟と並ぶ独立した訴訟類型であると考えられたわけではない。むしろ

しろ、当初は依然給付訴訟の理論によって、原告の被告に対する実体法上の請求権を基礎とする担保請求権（*Kautelaanspruch*）とか承認請求権（*Anerkennungsanspruch*）として構成されていた。<sup>(4)</sup>したがって、このような構成によれば、給付訴訟における給付請求権の場合と同様に、確認訴訟においても、その基礎にある担保請求権や承認請求権の主体が確認訴訟における正当な当事者であるということができることになる。かくて、ここでは、実体的当事者概念も何ら修正を迫られることなくそのままの形で貫徹できた。<sup>(5)</sup>

さて、以上のような実体的確認請求権の考えを批判し、確認訴訟を給付訴訟と並ぶ独立した訴訟類型として最初に構成したのがワッハであった。ところが、奇妙なことに、そのワッハが、前章で述べたように、確認訴訟の性質と一見矛盾するように思われる実体的当事者概念の主唱者と目されているのである。<sup>(6)</sup>ワッハが一般にそのように考えられているのは、彼がその著書「*Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*」の第二章「当事者 *die Parteien*」において、実体的当事者概念（*der materielle Parteibegriff*）という一節を設けて、次のように述べているからである。すなわち、「当事者とは、その名と計算において訴訟を進行する主体であり、その利益において権利保護を求める主体である。彼等（当事者）は、訴訟物を構成する実体的法律関係 *res in iudicium deducenda sive deducta* の能動的主体であると主張する者または受動的主体であると主張される者（*das behauptete aktive oder passive Subjekt*）である……」<sup>(7)</sup>確かに、ここでワッハによって定義された実体的当事者概念は、まさに前章において述べた実体的当事者概念と少しも変わらないようにも思える。しかしながら、ワッハが前述したような性質を持つ確認訴訟をも十分考慮に入れて実体的当事者概念を構成したと考えられる以上、当事者概念に関するワッハの見解をその概念内容にまで深く立ち入って分析してみる必要があるように思われる。そこで、以下において、当事者概念に関するワッハの見解を給付訴訟の場合と確認訴訟の場合とに分けて考察していくことにする。

最初に、給付訴訟の場合について考察する。ワッハによれば、給付の訴えは、満足を要する・したがって満足させられていない・いわゆる侵害された・履行を求める・現在の請求権としての権利を主張する訴えである。<sup>(8)</sup>したがって、このような満足を要する請求権（私法上の権利関係）が給付訴訟の訴訟物であり、<sup>(9)</sup>そこで、そのような請求権（私法上の権利関係）の主体が給付訴訟における正当な当事者であるということになる。しかも、ワッハにあっては、給付訴訟について後に次節で考察するような「第三者の訴訟担当」を認める考えは毛頭なく、実体的法律関係の主体としてではなく訴訟進行するすべての者を原則として代理人として扱っている。したがって、ワッハは、給付訴訟に関することがぎり、給付訴訟が唯一の訴訟類型であった時代の実体的当事者概念を踏襲していると結論づけることができる。

次に、ワッハの当事者概念を理解するにあたって最も重要な鍵となる確認訴訟の場合について考察する。まず、ワッハが確認訴訟をも考慮に入れて当事者概念を形成したと解するかぎり、少なくとも給付訴訟が唯一の訴訟類型であった時代にみられるような形での実体的当事者概念——訴訟の対象たる権利（請求権）の帰属主体であると主張する者（Ⅱ原告）、およびその侵害者である、と主張される者（Ⅱ被告）をもって当事者とみなす概念——を彼が維持したと解することはもはやできなくなる。なぜなら、消極的確認訴訟にあっては、原告は、係争権利が自己に帰属すると主張する者ではなくて、むしろ被告が主張するような権利は存在しないと主張して、これを否定しようとする者であり、かえって、被告のほうが権利が自己に帰属すると主張する者だからである。要するに、消極的確認訴訟にあっては、給付訴訟と比べて原告と被告とが入れ替わった結果になるのである。このように、ワッハにおいては、確認訴訟（とりわけ消極的確認訴訟）をも独立の訴訟類型として当事者概念の形成に際して考慮に入れている結果として、彼が給付訴訟が唯一の訴訟類型であった時代と全く同一内容の実体的当事者概念を採用したと解することはもはや不可能である。にもかかわらず、ワッハにおいてなお実体的当事者概念が採用されていたと言えるか（仮にそうだとした場合



に、彼以前の給付訴訟が唯一の独立した訴訟類型であると考えられた時代の実体的当事者概念とワッハのそれとは概念の中身においてどのような違いがあるのか）が次の問題となってくる。そこで、ワッハがなお実体的当事者概念を採用していると言えるかどうかであるが、それはワッハが確認訴訟における正当な当事者をこの訴訟の基礎にある実体的法律関係の主体——能動的主体および受動的主体と正当な原告および正当な被告の対応関係はもはやここでは問わない——に、「限定しているかどうか」に帰着する。なぜなら、ワッハが「限定している」とするならば、そのかぎりにおいて、ワッハが実体的当事者概念をなお採用していると言うことができるし、「限定していない」と言うことであれば、もはやワッハを実体的当事者概念の採用者とみることはできなくなるからである。ところで、ワッハが右に述べた問題についてどのように考えているかは、ワッハがいわゆる第三者による（または対する）確認訴訟を認めているかどうかを手掛りとして判断することができる。なぜなら、「第三者——実体的法律関係でない者——による（または対する）確認訴訟」をワッハが仮に認めているとするならば、ワッハが確認訴訟における正当な当事者を実体的法律関係の主体に「限定している」とはもはや言えなくなるからである。もっとも、前述したように、一八七七年に制定されたドイツ民事訴訟法は、確認訴訟を独立の訴訟類型として認めるにあたって、「即時確定の利益（いわゆる確認の利益）」のみを要件としており、したがって、少なくとも理論上は、およそ確認の利益さえ有するならば、「第三者による（または対する）確認訴訟」を認めることは可能なのである。そうだとすれば、結局、ワッハが確認の利益を「いかなる主体との関係において認めているのか」、換言すれば「実体的法律関係の主体に限って認めているのか」についての考察が、最初に述べたような問題に答えるための決定的ともいえる手掛りを提供することになるように思われる。そこで、以下においてその考察をなすことにする。

周知のように、ワッハは、私権の主張を内在しない確認訴訟（消極的確認訴訟）をも包含しうるような形で、訴訟の

目的すなわち権利保護という彼の訴訟目的観を貫徹せしめるための構成として、権利保護請求権という訴権概念を形成した。<sup>(10)</sup>したがって、ワッハによれば、確認訴訟における訴訟の対象は権利保護請求権であり、このような権利保護請求権の主体が訴訟主体たる正当な当事者である。<sup>(11)</sup>そして、そのような権利保護請求権は、権利保護の利益（確認の利益）がある場合に限って認められるのであるが、これがいかなる主体との関係において認められるのかについて、ワッハは次のように述べている。すなわち、「権利保護を求めるためには、保護の必要がなければならないが、これ（保護の必要）は、権利侵害すなわち客観的な違法状態からだけでなく、権利侵害のおそれすなわち権利の不安定を引き起こす事実からも生じる。侵害と侵害のおそれは、法的財貨が攻撃せられ、権利保護が理由づけられる唯一の形式である。しかし、被告に対する関係で保護手段が用いられるべきであるとするならば、保護を資格づける事実被告の行動の中に求めなければならない。被告は原告の法的地位を（客観的に）攻撃——侵害するかまたはおびやかす——しなければならない。この法的に重要な行動によって、いわゆる被告の受動適格が定まる。それは、法律関係の受動的主体たる地位と同義ではない。なぜなら、消極的確認訴訟にあつては、まさしく逆の関係にあるからである。ここにおいて、侵害のおそれのある者すなわち被告は除去されるべき法律関係の能動的主体である。また、受動適格は確認せられるべき法律関係そのものの主体たる地位と同義ではない。第三者もまた法的に意味のあるものとして、法律関係を、おびやかしかうるからである」<sup>(12)</sup>（傍点は引用者）。ここでは、ワッハは、第三者の受動適格、すなわち、「第三者に対する確認訴訟」の存在を認めているかのようにである。しかし、ワッハは、その後が続けて、次のように言っている。すなわち、「被告の行動は権利保護を理由づける法的な損害を生ぜしめる攻撃でなければならない。……（したがって）任意の第三者による債権関係の否定は全く意味のないものである。（結局）債権関係に立つかまたはそれを自ら僭称する者、したがって義務があることを否定するかまたは権利があることを主張する者のみが債権関係を攻撃しかうるのである」

である」<sup>(13)</sup>（傍点は引用者）。このようにみると、ワッハは、第三者の受動適格、すなわち「第三者に対する確認訴訟」の存在を、一方で理論的には認める余地を残しながらも、他方であいまいながら結論的には否定しているように思われる。

さらに、ワッハによれば、訴訟の対象は、一方で前述した権利保護請求権であるとともに、他方で私法上の法律関係——私法上の権限を有するものとしておよび義務を負うものとしてお互いに対立している人々の関係——でもある。<sup>(14)</sup>これに関して、ワッハは次のように言う。すなわち、「法律関係は、訴訟上の権利保護を要求する範囲において訴訟の対象である。……考えられる訴訟類型が、私法上の法律関係が訴訟の対象でありうる範囲および方向を決定する。（そこで）確認訴訟と給付訴訟の二つの訴訟類型が問題となるが、前者（確認訴訟）は法律関係ないし権利の積極的・消極的確認へと向けられており（CPO二三一条）……（そのような）確認訴訟の性質から、法律関係の能動的主体または受動的主体が原告でありうると同様に、被告でありうるという結論が生じる。原告は権利を自己のものとして主張するか、無関係なものとして否定するかのどちらかである」<sup>(15)</sup>（傍点は引用者）。以上において引用したところからも、ワッハが「第三者による（または対する）確認訴訟」の存在を結論において否定し、したがって、確認訴訟における正当な当事者を確認訴訟の対象たる私法上の法律関係の主体に限定していたことが明らかになる。かくて、ワッハは実体的当事者概念に踏みとどまる結果になったのである。

ところで、ワッハの実体的当事者概念は、前述したように、確認訴訟（とりわけ消極的確認訴訟）をも考慮に入れて形成されているがゆえに、給付訴訟が唯一の訴訟類型であった時代の実体的当事者概念と概念内容において同じであると解することはできない。そこで、以下において両者の概念内容の違いについて考察する。まず、給付訴訟が唯一の訴訟類型であった時代の実体的当事者概念は、前章で述べたように、その概念内容として、実体的当事者概念にい

う「当事者」に該当するために、訴えの提起者（原告）に①自分が係争権利の帰属主体（権利者）であること、②自己の権利が侵害されたこと、③自分が訴えた相手（被告）が係争権利の侵害者（受動的主体）であること、という以上三点についての主張（訴えの原因）への記載）を要求するものであった。<sup>(16)</sup>これに対して、ワッハの実体的当事者概念においては、まず第一に、確認訴訟を考慮に入れる限りにおいて、訴えの提起者は、従来のように必ずしも原告の被告に対する権利（請求権）の主体であることの主張を要求されず、もっと広く訴訟上の権利保護が要求される範囲で、物権その他の法律関係を包含する私法上の法律関係（<sup>(17)</sup>実体的法律関係）の主体であることを主張すれば足りることになる。第二に、積極的確認訴訟を考慮に入れるかぎりにおいて、訴えの提起者は、従来のように必ずしも係争権利を侵害されたことを主張する必要はなく、侵害のおそれがあることを主張すれば足りることになる。第三に、消極的確認訴訟を考慮に入れるかぎりにおいて、訴えの提起者は、そもそも、自己が係争権利の帰属主体であるとか、自分が訴えた相手がその侵害者であることの主張すらもはや要求されないことになる。なぜなら、消極的確認訴訟においては、前述したように、原告は、自己に係争権利が帰属すると主張する者ではなくて、むしろ被告によって主張された権利が存在しないと主張する者である点で、給付訴訟とはまさに逆の関係にある訴訟類型だからである。要するに、給付訴訟が唯一の独立した訴訟類型と考えられていた時代の実体的当事者概念において、その概念内容として訴えの提起者に要求された前述した三つの主張は、ワッハにあっては、確認訴訟をも考慮に入れて当事者概念を形成しているために、その概念内容としていずれもそのままの形では要求されない結果になる。したがってこの点で、ワッハの実体的当事者概念は、確認訴訟を考慮に入れないそれ以前の実体的当事者概念とはその中身において異なるのである。

以上において、確認訴訟の出現という新たな状況を迎えて、その上に構築されたワッハの当事者概念についての見解を考察してきたが、本節を閉じるにあたって、これまでの考察によって得られた結論をここで簡単に要約しておく

ことにする。まず、ワッハが、私権の主張を内在しない消極的確認訴訟をも考慮に入れて、私権に依存しない訴権としての権利保護請求権を提唱したかぎりにおいて、そこに実体的当事者概念を克服する芽を内包していた。なぜなら、権利保護請求権は権利保護の利益が認められる場合に存在するのであるが、およそ権利保護の利益を有する者は、その者が実体的法律関係の主体であるか否かにかかわらず、訴訟における正当な当事者であると少なくとも理論上は言うことが可能だからである。しかしながら、ワッハは、一方で、権利保護請求権のほかに私法上の法律関係を訴訟の対象と考え、これを確認訴訟をも視野に入れて広く捉えることにより、他方で、権利保護の利益は客観的に権利保護を理由づける攻撃がなされた場合に限って認められると解して、権利保護請求権の要件たる権利保護の利益を事実上実体的法律関係の主体に対する関係においてのみ認めることにより、権利保護請求権の主体は私法上の法律関係（実体的法律関係）の主体とほぼ同義であることになった。その結果、ワッハは、確認訴訟の出現という新たな状況を踏まえつつも、実体的当事者概念の主唱者たる地位に踏みとどまることになったのである。<sup>(18)</sup>

- (1) 三ヶ月章「権利保護の資格と利益」民事訴訟法講座第一卷（一九五四年）一二二頁（民事訴訟法研究第一卷五頁）。
- (2) 富樫貞夫「権利保護請求権説の形成」熊本法学四号一四頁。
- (3) 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九五頁。
- (4) 兼子一・実体法と訴訟法三九頁。たとえば、ウィントシャイトは、ローマ法上の Praejudicium（先決訴訟）を承認を求める権利（請求権）として実体的に把握した（Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts von Standpunkt des heutigen Rechts, 1856, S. 161）。
- (5) Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1961, S. 24f
- (6) たとえば、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」法と政治一〇卷一六頁（『判決効の範囲』七頁）、福永・前掲論文（注3）関大法学論集一七卷三号一〇六頁、一〇八頁注（一）<sup>a</sup> de Boor, Zur Lehre von Parteiw.

chsel und vom Parteibegriff, 1941, S. 33, Henckel, a. a. O., S. 19. 実体的当事者概念から形式的当事者概念への移行の理由として一般に確認訴訟の出現が挙げられないのは、確認訴訟を独立した訴訟類型として最初に理論化したワッハが実体的当事者概念の主唱者とみられているということと無関係ではないように思われる。

- (7) Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Bd. I, 1885, S. 518f. なお、ワッハは、この本の中で実体的当事者概念の後に続けて形式的当事者概念 (Der formelle Parteibegriff) という一節を設けて論じているので、ここでそれについて若干の考察をしておく。ワッハのいう形式的当事者概念は、私法上の権利能力を有しないがゆえに実体的な意味における当事者能力を有しない権利能力なき社団や財団等の形式的当事者能力——自己の名において当事者として訴えまたは訴えられうる能力——を念頭に置いて構成されたものである。したがって、後述するシュテューゲマンやヘルヴィヒ等の形式的当事者概念とは全く異質のものである。ただ、ワッハは、右に引用した本の中で私法上の権利能力に基づく (実体的な意味における) 当事者能力——民事上の法律関係の能動的または受動的主体である能力——について実体的当事者概念という一節の中に含めて論じているため、それに対応する形で、形式的当事者概念という一節を設けて権利能力なき社団や財団等の形式的当事者能力について論じているのである。福永・前掲論文(二) (注3) 一〇八—九頁注(1) 参照。Vgl. Bunsen, Parteien im Civilprozeß, ZZP Bd. 26, S. 198ff.

- (8) Wach, Feststellungsanspruch, Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch, 1888, S. 37.  
 (9) ワッハの訴訟物論については、富樫貞夫「権利保護要件論について」熊本法学三二号 (一九八二年) 四五頁以下において詳細な分析がなされている。

- (10) 富樫・前掲論文(注2) 熊本法学四号一五頁以下、特に二一頁。

- (11) Henckel, a. a. O., S. 26. ワッハ自身「訴訟主体たる当事者は、実質的には、係争法律関係の主体ないしこれ (係争法律関係) に向けて主張された権利保護請求権の主体である。」(傍点は引用者) と述べている (Wach, Die Abtreuung rechtshängiger Ansprüche in ihrem Einfluss auf den Prozess, Gruchots Beiträge, Jahrg. Bd. 30, 1886, S. 787)°

- (12) Wach, Feststellungsanspruch, S. 52f.

- (13) Wach, a. a. O., S. 53f.

- (14) Wach, Handbuch, Bd. I, S. 13. なお、ワッハにおける二様の訴訟物概念の相互の関係については、富樫・前掲論文(注9)

熊本法学三二号四七頁、その学説史的評価について、五二―三頁。

(15) Wach, a. a. O., S. 13.

(16) 本稿の一〇四頁および一一一頁注(25)参照。

(17) ワッハによれば、民事訴訟法が法律関係という用語を用いるのは、一方において権利の停止すなわち請求権なき状態における権利を表現するため、他方において権利の総体を単一の確認の対象として把握することを可能ならしめるためである(Wach, Feststellungsanspruch, S. 48)。

(18) 本文に述べたように、私法上の法律関係(実体的法律関係)を確認訴訟をも考慮に入れて広く解すると、それだけそれは「訴訟上の請求」概念に接近することになり、したがって、実体的当事者概念もまた概念内容においてその本来の姿から離れて形骸化し、実質的に形式的当事者概念に近づく結果になる。したがって、ワッハは、概念規定においては従来と同様の実体的当事者概念を採用しているとはいえず、その概念内容においては、彼の実体的当事者概念は従来の実体的当事者概念に比べて確実に形式的当事者概念に移行していると言えることができる。

(19) かくて、確認訴訟の独立の訴訟類型としての出現を踏まえた形で当事者概念の再構成は、ヘルヴィヒの論稿(Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 1900)を俟たねばならなかった。