

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——ワッフの見解(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ュテゲマンの見解(以上本号)

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ュンの見解

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

実体的当事者概念は、前述したように、訴訟物を構成する実体的法律関係の主体が訴訟における正当な当事者であるという前提に立って、そのような実体的法律関係の主体であると主張する（主張される）者を当事者とみる概念であった。そして、このような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った時代にまさにこの訴訟を念頭において形成されたものであるがゆえに、一九世紀の後半に給付訴訟と並ぶ独立した訴訟類型として承認された確認訴訟の出現は、その訴訟の性質からみても、実体的当事者概念を克服する芽を内包するものであった。しかし、前節で考察したワッハの見解に端的にみられるように、確認訴訟の出現は実体的当事者概念を衰退せしめる直接の契機とはなりえなかった。

さて、このような実体的当事者概念を衰退せしめ、それに代る新しい当事者概念の台頭へと導く直接の契機となったのが、いわゆる第三者の訴訟担当——実体的法律関係の主体でない者の当事者としての訴訟進行——であった。なぜなら、このような実体的法律関係の主体ではありえない（したがって、そのような主張もしない）者に当事者としての訴訟進行を正面から認めることは、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前提の下に、当事者としての訴訟進行を実体的法律関係の主体であると主張して訴訟に登場する者に限って認めようとする実体的当事者概念と真正面から衝突することになるからである。

ところで、このような「第三者の訴訟担当」が次第に承認される機縁となったのは、一八七七年のドイツ民事訴訟法（以下、旧CPOと略す）の制定であった。すなわち、旧CPOは、一方では、基本的には実体的当事者概念に従ってい

るものと推測されるが、他方で、実体的法律関係の主体ではない者の訴訟追行という実体的当事者概念では説明しがたい規定を多く含んでいる。そして、このような実体的当事者概念では説明しがたい旧CPOの規定は、通常、次に述べる三つのグループに分けられる。⁽²⁾まず第一のグループは、係争法律関係の主体ではない者が、他人の権利について、その権利の上にある物権ないしはそれに準じる権利に基づいて訴訟追行する場合であり、ある一定の家子や妻の財産について家父や夫が訴訟追行する場合が、その典型的な例として挙げられる。第二のグループは、法律ないしは行政官庁によって第三者に与えられた地位（職務権限）に基づいて権利者である他人の権利について訴訟追行する場合であり、破産管財人等の財産管理人がこれに属すると考えられている。第三のグループは、訴訟上の合目的性をはかるために設けられた訴訟法規に基づいて他人の権利について訴訟追行する場合であり、旧CPO二三六条の譲渡人がその典型的な例として挙げられる。

このように、旧CPOは、一方で、基本的には実体的当事者概念を前提としながらも、他方で、これによっては説明しがたい規定を多く含んでおり、かくて、この点に実体的当事者概念の破綻の萌芽がみられるのである。とはいえ、もとより、かかる規定を含んだ旧CPOの制定により直ちに実体的当事者概念が衰退していったわけではない。むしろ、旧CPOの制定を契機として、その制定直後から二〇世紀初頭にかけて、従来通り実体的当事者概念を維持しようとする者、これを批判してそれに代る全く新たな当事者概念を提唱しようとする者、さらには、いわば両者の折衷的・中間的立場に立って実体的当事者概念の修正をはかろうとする者の間で当事者概念をめぐって激しい論争が展開されることになったのである。⁽³⁾そこで、旧CPOの中に含まれている実体的当事者概念では説明しがたい規定に関してどのような当事者概念をめぐる論争が繰り広げられたかを、前述した三つのグループのそれぞれについてその典型的な例を挙げて以下において考察し、⁽⁴⁾さらに、かかる考察を通して、実体的当事者概念が衰退していく過程ならびに

その衰退の条件を明らかにしていくことにする。

まず、前述した第一のグループにつき、旧CPOの下で妻の持参財産について夫が管理・用益権に基づいて訴訟追行する場合における夫の訴訟上の地位を例に挙げて考察する。⁽⁵⁾旧CPOの下では、妻は完全な訴訟能力者とみなされており(五二条)、それゆえ、妻は夫の管理・用益権のために処分権を奪われている自分の財産についても自ら有効に訴訟追行をなすことができた。ただその場合には、妻は自分の財産について処分権を欠くがゆえに勝訴することはできないと考えられていた。そこで、このような妻の財産について、その権利保護のためにも夫がその管理・用益権に基づいて訴訟追行しうることを認めなければならず、かくて、このような場合における夫の訴訟上の地位がいかなるものであるかがまさに旧CPOの下で問題となった。概して、実体的当事者概念を採用する者は、このような夫の訴訟上の地位について妻の法定代理人であると考えた。⁽⁶⁾すなわち、実体的当事者概念によれば、当事者として訴訟追行する者は実体的法律関係の主体として訴訟に登場する者であらねばならないがゆえに、そうでない者(ここでは夫)は当事者ではありえず、それゆえ、妻の法定代理人と考えざるをえないと彼らは解したのである。したがって、この説は、実体的当事者概念を採用する以上当然の構成であるといえよう。ただ、この説によると、前述したように妻は訴訟能力者であることから、旧CPOの下で訴訟能力者の法定代理が認められるという前提に立たねばならない。ところが、実体的当事者概念に否定的な立場の者は、却って旧CPOの下で訴訟能力者の法定代理は認められないという前提の下に、前述した例において、夫を当事者と解するしかない⁽⁷⁾と主張した。そして、そうだとすれば、実体的法律関係の主体ではありえない夫を当事者として扱う以上、もはや旧CPOの下では実体的当事者概念貫徹させることはできないとして実体的当事者概念を批判した。⁽⁷⁾かくて、旧CPOの下で、そもそも訴訟能力者の法定代理が許されるのかどうか、当事者概念をめぐる論争における一つの大きな焦点となったのである。⁽⁸⁾そこで、この点について

旧CPOがどのように考えていたかが問題となるわけであるが、旧CPOが法定代理について規定している場合には訴訟無能力者の法定代理のみを想定しており（たとえば、五〇条、五四条）、旧CPOが訴訟能力者の法定代理を認めると推測させるような規定は存在しなかった。したがって、旧CPOの下で訴訟能力者の法定代理が認められると解することは容易ではなく、この点に、実体的当事者概念に最も忠実な構成である代理的構成のもつ難点が存在していたのである。

次に、実体的当事者概念では説明しがたい第二のグループについて、主として破産管財人の訴訟上の地位を例に挙げて考察していくことにする。⁽⁹⁾破産管財人等のいわゆる財産管理人は、たとえば前述した第一のグループの例における夫と異なり、自己に帰属する何らかの実体法上の権利に基づいて訴訟追行するわけではなく、したがって、訴訟の結果について直接的な利害関係を有しているわけでもない。それゆえ、彼らは、係争法律関係の主体ではないのちろんのこと、自己の利益のためあるいは自己の計算と危険において訴訟追行する者であるとも言えない。そこで、実体的当事者概念を採用する者にとっては、彼らを当事者として扱うことは前述した第一のグループにおける夫の場合以上に困難であり、やはり、ここでも実体的当事者概念に忠実な法的構成として代理説が一般に主張された。⁽¹⁰⁾すなわち、実体的当事者概念を採用する者は、実体的法律関係の主体ではない破産管財人を破産者（あるいは破産債権者）の法定代理人と解することにより、実体的当事者概念を貫徹させようとしたのである。だが、ここでも第一のグループの場合と同様に、当事者概念との関連で訴訟能力の問題が重要な論点となった。たとえば、実体的当事者概念の採用者であるワッハによれば、破産管財人は原則として破産者（例外的に否認権等の行使につき、破産債権者）の法定代理人であり、破産者は破産財団に属する財産（あるいは破産債権や財団債権）に関する訴訟において訴訟無能力者（相対的訴訟無能力者）である。なぜなら、破産者は、破産財団に関して処分権を失っており、したがって、破産財団に属す

る財産を処分してはならないが、いわゆる処分してはならないということ Das Nicht-disponieren-dürfen は、破産財団に関連しておよび破産債権者に対しては、法的に処分できないということ ein rechtliches Nicht-disponieren-können、すなわち訴訟上の行為無能力ということであるとワッハは言う。⁽¹¹⁾ 要するに、ワッハの見解は、ドイツ普通法時代以来の処分権の存否と訴訟能力の有無とを直接関連させる理論⁽¹²⁾に基づき、破産財団に関して処分権を奪われた破産者を(相対的)訴訟無能力者と考え、そこで、そのような訴訟無能力者たる破産者のために破産管財人が法定代理人として訴訟追行するというものであった。⁽¹³⁾ だが、このような見解に対しては、実体的当事者概念に批判的な立場の学者が中心になって激しい批判を展開した。⁽¹⁴⁾ すなわち、破産者は破産財団に関して処分権は失うが、処分能力や訴訟能力までも失うのではない。したがって、ワッハのように、処分権と訴訟における行為能力——法廷に立ちうる人的資格——に関する訴訟能力という異質のものを直接関連させるのは誤りであるとしてワッハの見解は厳しい批判を受けた。要するに、前述した第二のグループの代表例である破産管財人の法的地位については、実体的当事者概念を採用するかぎり、およそ実体的法律関係の主体とは無縁の破産管財人を当事者と考えるわけにはいかず、そこで、実体的当事者概念を採用する者は概して彼を破産者(あるいは破産債権者)の法定代理人と考えることよってこの概念を維持しようとした。だが、その場合に、破産者(あるいは破産債権者)を訴訟能力者と考えれば、旧CPOの下で訴訟能力者の法定代理が認められるかという前述した第一のグループの例と同様の疑問が提起されるし、それを避けて、ワッハのように破産者を相対的訴訟無能力者と考えれば、前述したように、処分権と訴訟能力という異質のものを直接結び付けるのは問題であるとの批判を受けることになった。かくて、ここでも実体的当事者概念は大きな困難に逢着することになったのである。

さらに、実体的当事者概念では説明しがたい第三のグループについて、訴訟係属中における訴訟物譲渡後の譲渡人

説
の訴訟上の地位を例に挙げて考察する。⁽¹⁵⁾ 実体的当事者概念によれば、訴訟係属中の権利承継すなわち実体的法律関係の主体の変更は当然当事者変更をもたらす。なぜなら、実体的当事者概念の下では、訴訟の対象たる訴訟物は（給付）請求権であり、そして、このような請求権自体はその主体の変更によって何ら変わらぬ、しかも、このような請求権の主体として訴訟に登場する者が当事者であるから、訴訟物の譲渡とともに訴訟追行する当事者も当然変わらねばならなくなるはずだからである。ところが、旧CPO二三六条は、訴訟係属中の訴訟物の譲渡を認めるとともに、承継人は相手方の承諾なくして被承継人に代って訴訟を引き受けることができない旨規定し（当事者恒定主義）、確定判決の既判力を訴訟係属後の当事者の承継人に拡張する。したがって、旧CPO二三六条二項のいわゆる当事者恒定主義の規定は、実体的当事者概念の立場からみると、「訴訟係属中の権利の移転は当事者変更をもたらす」という原則を明文の規定で破棄したという意味をもつとともに、譲渡人が依然として当事者として訴訟追行する場合には、いわゆる請求権の主体である者と訴訟追行する当事者とが一致しなくなるという意味において実体的当事者概念とは相容れない面をもつ規定であるということができるのである。しかし、ここでも、訴訟物の譲渡によって無権利者になった譲渡人の訴訟上の地位について、当事者恒定主義を前提としつつ、なお実体的当事者概念を貫徹するために、実体的当事者概念を基本的に採用する学者によって様々な解釈が試みられた。まず第一に、訴訟物の譲渡が訴訟に影響を及ぼすという考えを前提として認める説がある。⁽¹⁶⁾ この説によると、訴訟物の譲渡が訴訟に影響を及ぼすの結果、譲渡人は譲渡前と同様の意味での権利者ではないことを認めざるをえなくなる。だが、それと同時に、一方で実定法（旧CPO第三三六条第二項）の要求に従って譲渡人に当事者たる訴訟上の地位を認めなければならず、他方で実体的

当事者概念を貫徹しようとすることから、このような譲渡人も何らかの意味で実体権者であると構成する説である。すなわち、この説は、譲渡人の権利を「承継人（譲受人）への給付を請求しうる譲渡人の権利」とか「第三者への給

付を請求しうる自己固有の権利⁽¹⁸⁾と構成することにより、実体的当事者概念を前提としつつ、譲渡人に当事者たる地位を認めようとする説であるといえる。しかしながら、実体的当事者概念は、そもそも訴訟物たる実体的法律関係の主体として訴訟に登場し訴訟追行する者を当事者とみなすものであって、何らかの意味での実体権者として訴訟に登場する者を当事者とするものではない。したがって、後者のような構成がとられるかぎりにおいて、むしろ実体的当事者概念はすでにその本来の姿から修正されているとみるべきである。次に、実体的当事者概念と矛盾しないようにするため、そもそも譲渡は訴訟に影響を及ぼさないとする説がある⁽¹⁹⁾。そのうちの一つは、権利状態の評価の基準時を口頭弁論終結時ではなくて権利移転時と解し、訴訟係属中の譲渡から生じる一切の事実を度外視することにより、譲渡人をなお権利者とみなして、彼に当事者としての訴訟追行を認める説である⁽²⁰⁾。そして、もう一つは、譲渡人の権利者を擬制することにより、実体的当事者概念の要請に応えつつ彼に当事者たる地位を認めるいわゆる擬制説である⁽²¹⁾。しかし、前者の判決の標準時を動かす説は民事訴訟法の原則(建て前)に反するし、後者の擬制説も実体的権利状況と矛盾するという批判を免れえない⁽²²⁾。要するに、ここでも実体的当事者概念を前提とするかぎり、旧CPO二三六条二項の当事者恒定主義の規定もまた、実体的当事者概念を衰退へと導く一つの要因となつたのである。

以上において、旧CPOの中に含まれている実体的当事者概念では説明しがたい規定につき、基本的に実体的当事者概念を採用する者がどのように対処し、これに対して、この概念に批判的な立場に属する者によってどのように批判されたかを三つのグループに分けて考察してきたのであるが、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。すなわち、実体的当事者概念は、実体的法律関係の主体として訴訟に登場する者を当事者とみるものであるがゆえに、実体的法律関係の主体ではおよそありえない者が訴訟に登場する場合には、その者に当事者

たる地位を認めることはできず、概して、実体的当事者概念の下では、そのような者を（法定）代理人として扱った。もっとも、それはあくまで原則であり、実定法上そのように扱えない場合（前述した第三グループにおける例）に限っては、種々の技巧的な構成を試みるにより例外的に当事者たる地位を認めた。そして、実体的当事者概念に従って旧CPOの下で右に述べた原則をできるかぎり貫徹させるために、旧CPOの下で訴訟能力者の法定代理が認められると解釈し、また、処分権の存否を訴訟能力の問題に直接関連させ、処分権を喪失した権利者は訴訟無能力者であり、そこで、その者の訴訟追行のために法定代理人を必要とする構成した。そもそも、実体的当事者概念は、権利者が権利を自由に処分しうることを前提とするものであったが、右のような、解釈ないし法的構成が認められるかぎり、仮に権利者が処分権を喪失している場合であっても、その権利者は依然として正当な当事者であり、したがって、実体的当事者概念も大して破綻をみせずすんだ。⁽²³⁾したがって、裏返して言えば、右のような解釈ないし法的構成こそ実は実体的当事者概念を裏面において支える役割を果たしていたことができるのである。⁽²⁴⁾それゆえ、旧CPOの制定後とりわけ一八八〇年代の後半以降、そのような解釈ならびに法的構成をめぐって、実体的当事者概念を基本的に支持する者とこれに批判的な立場の者との間で激しい論争が展開されるのであり、まさにこれこそが当事者概念をめぐる論争の一つの大きな焦点となったのである。⁽²⁵⁾そして、そのような論争の結果、旧CPOの下で訴訟能力者の法定代理を認めることには条文解釈上疑問があり、また、処分権の存否という実体法上の問題を法定に立ちうる人的資格たる訴訟能力の問題に直接関連させることは理論的に誤りであると次第に考えられるようになった。それに伴い、実体的法律関係の主体としてでなく訴訟に登場する者を一律に（法定）代理人として扱うことはもはや困難になり、むしろ、その中から一定の者を当事者として把握せざるをえないとする見解が有力に主張されるようになった。かくて、実体的当事者概念は衰退する運命をたどることになるのである。

- (1) その理由として、田川らの制定期時をきつて実体的当事者概念が支配的であつたことが挙げられる。福永有利「民事訴訟法をきつる『正新なる新事案』に關する考案』」因大法學論集十一卷三頁九四頁參照。Vgl. Stegemann, Die Parteien im Prozess, Ein Beitrag zur Kritik des herrschenden Parteibegriffes, ZJP Bd. 17, 1892, S. 327.
- (2) 以下に於ける分類は、毎朝のハルカーニヨリ得る分類に於てのみ(Oetker, Besprechung 5 Aufl. des Kommentar von Seuffert, Juristisches Literaturblatt Bd. 2, 1890, S. 189)の後に、ハルカーニヨリ得る分類に展開された (Stegemann, a. a. O., S. 323ff.) なり、福永・前掲論文(注一)九六頁のこの分類を用つた。
- (3) 田川ら制定後の二〇世紀初頭になつて、当事者概念なるもの論争に關つた主な著書・論文(ただし、解説書は除外)を以下に挙ぐる。Kohler, Ueber die Succession in das Prozessverhältniss, ZJP Bd. 12, 1881, S. 97ff.; ders., Der Dispositionsniessbrauch, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 24, 1886, S. 187ff.; Wach, Die Abtretung rechtshängiger Ansprüche in ihrem Einfluss auf den Prozess, Gruchots Beitr., Bd. 30, 1886, S. 787ff.; Fischer, Literatur: Wach's Handbuch des C. Pr. R., ZJP Bd. 10, 1887, S. 435ff.; Ecius, Literatur: Petersen = Kleinfeller, Konkursordnung, Gruchots Beitr., Bd. 33, 1889, S. 730ff.; Oetker, a. a. O., Juristisches Literaturblatt II, 1890, S. 186ff.; ders., Konkursrechtliche Grundbegriffe, Bd. I, 1891, S. 316ff.; Stegemann, a. a. O., ZJP Bd. 17, 1892, S. 326ff.; Petersen, Ueber den Parteibegriff und die Parteifähigkeit, ZJP Bd. 18, 1893, S. 1ff.; Levy, Literatur: Stegemann, Die Parteien im Prozeß, Gruchots Beitr., Bd. 37, 1893, S. 173ff.; Fuchs, Zur Lehre von den Prozeßfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung und der Prozesslegitimation, Gruchots Beitr., Jahrg. 38, 1894, S. 241ff.; Kohler, Weiterer Beitrag zur Processstandschaft und zur processualischen Succession, [Neu], Gesammelte Beiträge zum Civilprocess, 1894, S. 346ff.; Thiele, Wer ist Partei, wer ist dritte im Sinne des § 414 der C. P. O.?, Arch. für die Civ. Praxis 82, 1894, S. 31ff.; Langheinken, Urteilsanspruch(V. Parteien im Civilprocess), 1899, S. 23ff.; Bunsen, Die Parteien im Civilprozesse, ZJP Bd. 26, 1899, S. 197ff.; Hellwig, Anspruch und Klagrecht, Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht, 1900, S. 220ff.; Schott, Das Armenrecht mit Beiträge zur Lehre von Parteibegriff, 1900, S. 60ff.; Rosental, Die Sachlegitimation,

1903, S. 1ff.; Nagler, Der Parteibegriff im Zivil- und Strafverfahren, 1913, S. 56ff. 又(6)他「入手で参考し
 ねなむ」ため「Ehemann, Parteibegriff, 1898; Fraeb, Beiträge zur Lehre vom Parteibegriff, 1905, 4
 あり。

(4) これに関して (3)で挙げた著書・論文のほか、Vgl. Henckel, Parteibegriff und Rechtskräfterstreckung, ZfP
 Bd. 70, 1957, S. 452ff. 福永・前掲論文(注1)九七頁以下、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」法と政治一〇巻一六頁以下、『判決効の範囲』七頁以下)参照。

(5) Vgl. Stegemann, a. a. O., S. 345 ff., Henckel, a. a. O., S. 457ff. 福永・前掲論文(注1)九七頁以下、上田・
 前掲論文(注4)九頁以下(前掲書一〇頁以下)参照。

(6) その代表的な例として、Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Bd. I, 1885, S. 551 ff. マンンが
 夫の法的地位について、「独特の婚姻上の法律関係が家族の首長としての夫に妻のためにもいわゆる管理権の範囲内におい
 て代理権を与える」と述べる(a. a. O., S. 555.)。なお、実体的当事者概念の下で夫を当事者とみる説があったとして、
 コーラーの名前が挙げられることがある(福永・前掲論文(注1)九八頁以下、上田・前掲論文(注4)一〇頁以下)が、
 コーラーを実体的当事者概念の採用者であるか否きであるかは大いに疑問である。また、そもそも、実体的当事者概念
 を採用しつつ、本文の例において夫を当事者とみるのは理論上矛盾があるように思われる。コーラーの当事者概念につい
 ては、この後(本節IIにおいて)詳しく考察する。

(7) Oetker, a. a. O., S. 189, Stegemann, a. a. O., S. 329 f. u. 345ff.

(8) シテーターマンは、前掲論文(注1)において一節を設けて、訴訟能力者の法定代理が認められないことを論証する(a. a.
 O., S. 339ff.)。これに対して、スーテルセンが直ちに反論した(a. a. O., S. 361ff.)。また、この問題のほかにも、「このよ
 うな場合に夫を(法定)代理人とみなすと、夫は自己のために訴訟追行をしていることから、「自己のためにする代理」を認め
 る結果になるが、このようなものが代理の本質上認められるかということも論争の一つの焦点であった。Vgl. Stegemann,
 a. a. O., S. 369ff., Petersen, a. a. O., S. 201ff.

(9) Vgl. Stegemann, a. a. O., S. 330f., 348ff. 福永・前掲論文(注1)一〇一頁以下参照。

(10) Wach, a. a. O., S. 542ff., 589f.

- (11) Wach, a. a. O., S. 543.
- (12) これについて、福永・前掲論文(注1)一七卷一号三八頁以下参照。
- (13) このような構成によれば、権利者は処分権の喪失によっても当事者たる地位には何の影響もなく、ただ法定代理人による訴訟進行の協力ないし補充を必要とするにすぎないことになる。したがってこのような構成によるかぎり、処分権を奪われた権利者の場合にも実体的当事者概念は貫徹されることとなる。Vgl. Henckel, Parteihre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, S. 127.
- (14) Eccius, Gruchots Beitr., Bd. 33, 1889, S. 734ff. Stegemann, a. a. O., S. 335ff.
- (15) Vgl. Stegemann, a. a. O., S. 331, u. 351f., Henckel, a. a. O., ZJP Bd. 70, S. 452ff. 上田・前掲論文(注4)法と政治一〇卷一号六頁以下(前掲書七頁以下)参照。
- (16) このように、訴訟係属中の訴訟物の譲渡が訴訟に影響を及ぼすことを認める立場を Relevanztheorie という。Henckel, a. a. O., S. 453, 上田・前掲論文(注4)七頁(前掲書八頁)。
- (17) Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, 7. Aufl., 1895-7 Bd. I, S. 672, 及びその後に考察するもの。キウスを本来の実体的当事者概念の採用者とみることは疑問がある。しかし、彼が譲渡人の当事者たる地位をこのような実体権によって基礎づけようとしていること自体、彼がなお実体的当事者概念の影響を色濃く引き合っていることを示していることである。
- (18) Wach, Die Abtretung rechtshängiger Ansprüche in ihrem Einfluss auf den Prozess, Gruchots Beitr., Bd. 30, S. 787.
- (19) この説は前述した Relevanztheorie と対する形に Irrelevanztheorie と述べられる。Vgl. Henckel, a. a. O., S. 454f. 上田・前掲論文(注4)七一八頁(前掲書八一九頁)参照。
- (20) Gaupp-Stein, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., 1901, § 265 Anm. IV.
- (21) Mayer, Über die rechtlichen Grundsätze von der Litigiosität nach dem Rechte der Zivilprozessordnung, Gruchots Beitr., Bd. 33, S. 318f. (Vgl. Henckel, a. a. O., ZJP Bd. 70, s. 454f.)
- (22) Henckel, a. a. O., S. 455.

(23) Vgl. Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1961, S. 127, 注(13)参照。

(24) 注(13)参照。

(25) いま一つの争点は、前述した旧CPO二六五条(当事者恒定主義)に関するものであった。

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

これまでに考察したように、実体的当事者概念の下では、実体的法律関係の主体のみが正当な当事者であるがゆえに、訴訟における当事者として訴訟追行しうる者はいわゆる実体的法律関係の主体として訴訟に登場する者に限られ、したがって、そうでない者が訴訟に登場する場合には原則としてその者を代理人として扱っていた。ところが、旧CPOはその中に第三者の訴訟追行を認めるような実体的当事者概念では説明しがたい規定を包含していたので、実体的当事者概念の採用者は、旧CPOの下で右に述べたような原則を貫くために、訴訟能力者の法定代理を認める解釈や処分権の存否を訴訟能力の問題に直接関連させる法的構成等を試みた。だが、本節Iにおいて考察したように、結局の所、成功したとは言えなかった。その結果、実体的法律関係の主体ではない者のうち一定の者に限っては彼らを正当な当事者であると認めざるをえなくなり、そのかぎりでは実体的当事者概念もまた修正を余儀なくされることになった。そこで、実体的当事者概念の下でこれまで法定代理人として一括して取り扱われた場合のうち、ある一定の場合には旧CPOの下で当事者として扱うことが要請されるようになり、そのような結論を可能ならしめる理論構成が必要となった。かくて、右のような要請に応えるための理論構成として提唱されたものが、コーラーの「訴訟担当」理論であった。⁽¹⁾以下では、まず彼の「訴訟担当」理論について考察し、次に、それを踏まえて、コーラーおよびペーテルセンがいかなる当事者概念を採用したかについて考察する。

コーラーは、まず、訴訟法律関係の主体が実体的法律関係の主体から一応独立しているという点から出発した。それゆえ、コーラーによれば、ある者が実体的法律関係の主体であると主張して訴訟に登場しなくても訴訟法律関係に主体として関与することが可能であり、したがって、第三者に帰属すると主張する権利(請求権)について訴えを提起した場合にも訴訟法律関係が有効に成立する場合があることを認めた。ただし、あらゆる場合に実体的法律関係の主体ではない者が他人の権利について当事者として訴訟進行しうるわけではなくて、いわゆる第三者の訴訟担当が認められるケースに限って可能であるというのである。そこで、「訴訟担当」とは何か、それはいかなる場合に認められるかが次に問題となるが、コーラーによれば、訴訟担当とは、「他人の私権とある者との私法上の関係であり、この関係に基づいて、他人の私権について訴訟進行し、その訴訟の効力を他人に及ぼしうる関係である。(つまり)ある者が訴訟によって他人の私権を管理しうる関係である。」⁽²⁾そして、コーラーによれば、訴訟は決して処分ではないが、「訴訟の間接的な私法的効果」としては、第三者の権利を処分したと同様な効果を生じるから、訴訟担当はしばしば処分(用益)権と結び付けられることになる。⁽³⁾そこで、彼は、このような第三者の訴訟担当を基礎づけるものとして実体法上の概念である「処分用益権」なる概念を用いるのである。⁽⁴⁾したがって、コーラーによれば、ある者が他人の私権と一定の私法上の関係にある場合、換言すれば、他人の私権について処分用益権を有する関係にある場合に、その者はいわゆる第三者の訴訟担当として他人の権利について当事者として訴訟進行することができるということになるのである。

ところで、このような第三者の訴訟担当の場合における他人の私権についての処分用益権の存在は、コーラーにあるのは、勝訴要件であろうか、それとも訴訟要件たる性格を有するものであろうか。この点については、従来の学説において一般に誤った理解がなされてきたように思われるので、以下において詳述する。すなわち、従来においては処分用益権が物権(あるいは実体法上の問題)であることから、コーラーにとつての処分用益権の存在は「訴えの原

因」の主観的側面すなわち事件適格であり、したがって勝訴要件であったと解する見解が一般に有力である。⁽⁵⁾ しながら、この見解は誤りであるように思われる。なぜなら、コーラーが自ら述べているように、彼にとって、事件適格の問題は、「訴訟担当者によって、主張された請求権の主体とみなされる者が実際に請求権の主体であるかどうかの問題」⁽⁶⁾、すなわち、係争権利の帰属主体たる資格に関わる問題であって、訴訟担当そのもの問題からは区別されているからである。⁽⁷⁾ 確かに、コーラーにとって、いわゆる第三者の訴訟担当のケースにおいては、他人の私権について真に処分益権を有する者が正当な当事者であり、これは本案の審理によって明らかになる点で本案の問題であった。しかし、だからといって、コーラーは、当事者のレベルにおいて、いわゆる第三者が無制限に他人の権利について当事者として本案について訴訟進行しうることを認めただけではない。⁽⁸⁾ むしろ、彼は、訴訟担当者として訴訟に登場したいわゆる第三者が、彼の主張する他人の私権について処分益権を有する関係にある場合に限って当事者として本案について訴訟進行しうると考えたのである。⁽⁹⁾ そして、本案の審理の結果、訴訟担当者たる第三者が主張する他人の私権が実際に存在する（換言すれば、その他人が実際に係争法律関係の主体である）ことが明らかになった場合に、その訴訟担当者は正当な当事者すなわち係争権利についての真の処分益権者であるとコーラーは考えたものと思われる。思うに、従来の学説においてコーラーの「訴訟担当」理論を事件適格したがって正当な当事者のレベルで捉える見解が有力である一つの大きな理由としては、今日において第三者の訴訟担当が事件適格の後身である当事者適格（「正当な当事者」理論）の問題であるということに引きずられている一面があるのではないかと推測される。しかし、コーラーにあっては、後述するように、厳密には実体的当事者概念の採用者であるとは言えないにせよ、実体的当事者概念の下での当事者論の強い影響の下にあったことは否めない。すなわち、実体的当事者概念の下でと同様に、「当事者が係争事件につき正当な当事者であるかどうか」は本案の審理によって明らかになるのであり、したがって、

本案についての訴訟追行資格は「当事者」に認められると解されていた。それゆえ、コーラーにあっては、「訴訟担当」は「当事者」レベルの問題であり、主張した他人の私権についての処分利益権の存在もまた、係争法律関係の主体ではおおよそありえないわゆる第三者が「当事者」として本案についての訴訟追行をしようするための要件すなわち訴訟要件のものとして捉えられていたのである。しかも、そのような処分利益権の存在は訴訟要件のものとして、そのような機能——訴訟に利害関係を有しない者を本案の訴訟追行から閉め出すことにより、いわゆる民衆訴訟を防ぎ、裁判所の負担を軽減し、さらに、応訴を余儀なくされる被告を保護する機能——を有していたのである。

次に、以上のような「訴訟担当」理論を構築したコーラーがいかなる当事者概念を採用していたかが問題となるが、これについて、コーラーは依然として実体的当事者概念にとどまっていたとみる見解も有力である。だが、これは正しくないと思われる。なぜなら、コーラーにおいては、いわゆる第三者の訴訟担当を認めるかぎりにおいて、当事者とはもはや実体的法律関係の主体として訴訟に登場する者ではなく、その点で彼が実体的当事者概念の採用者とは言えないからである。ただ、コーラーは、前述したように、実体的法律関係の主体ではない、いわゆる第三者に対して事実上無制限に当事者として本案について訴訟追行する資格を認めていたわけではなく、その第三者が主張した他人の私権と一定の私法上の関係にある場合——より具体的には、主張した他人の私権に対して処分利益権を有する関係にある場合——に限って当事者として本案について訴訟追行する資格を認めるのである。その点で、彼の当事者概念は後述するシュテューゲマン等のいわゆる形式的当事者概念とも異なるのである。結局、コーラーの当事者概念における「当事者」の範囲は、実体的当事者概念におけるそれよりも広く、シュテューゲマン等の形式的当事者概念におけるそれよりも狭いのであり、いわば両者の中間に位置づけられる。その点で、コーラーの当事者概念は、すぐ後に述べるペーテルセンの当事者概念に類似しているように思われる。ただ、コーラーにあっては、ペーテルセンと異なり、

いわゆる実体的法律関係の主体として訴訟に登場する者が当事者である場合といわゆる第三者が訴訟担当によって当事者である場合とが二元的・並列的に述べられているにすぎず、要するに、両者を包括する統一的な当事者概念が提唱されることはなかったのである。

さて、右に述べたコーラーの「訴訟担当」理論の成果を踏まえつつも、なおそのコーラーに欠けていた、いわゆる実体的法律関係の主体として訴訟に登場する者が当事者である場合とそうでないいわゆる第三者が訴訟担当によって当事者である場合とを包括する統一的な当事者概念を提唱したのがペーテルセンであった。⁽¹⁴⁾ 彼の見解によれば、当事者概念はもっぱら訴訟法の分野に属するものであり、したがって、誰を「当事者」として扱うかのメルクマールは民事訴訟法の個々の規定や訴訟法上の一般原則から引き出されるべきである。そこで、民事訴訟法の個々の規定について検討してみると、その多くの規定は、「訴訟の結果について自己固有の利益を有する者」が当事者であることを前提としている。そうだとすると、結局、当事者とは、「自己の名において、自分自身の利益を守るために、自らまたは自分を代理する他の者を通して訴訟追行し、自己の財産から訴訟の遂行のために必要な費用を支払う者」ということになると彼は主張した。⁽¹⁵⁾ ペーテルセンは、そのかぎりにおいていわゆる実体的法律関係の主体として訴訟に登場する者を当事者とみる実体的当事者概念を修正するのである。さて、このようなペーテルセンの当事者概念によれば、たとえば前述した、旧CPOの下で実体的当事者概念では説明しがたい規定の第一のグループの例における夫に關して、彼が自己に帰属する用益権に基づき妻に所有権が帰属する一定の財産について訴えを起こす場合には、彼(夫)は自己の名においてかつ自己の計算において訴訟追行するのであるから当事者である。また、同じく前述した第三のグループの例における旧CPO二二六条二項による訴訟物譲渡後の譲渡人についても、彼は自己の名においてかつ自己の危険において訴訟物の譲渡後も訴訟を継続して追行するのであり、譲渡後も国家および相手方に対して裁判上の

手数料ならびに訴訟費用を負担するのであるから、旧CPO二三六条二項に従って譲渡人を当事者とみなしても、何ら不都合を生じない。これに対して、前述した第二のグループに属する破産管財人等の財産管理人については、ペーテルセンは、彼らを当事者とみなすことに対して断固として反対する。なぜなら、彼らは、自己の利益のために訴訟進行する者でもなければ、自らの財産で訴訟費用を負担する者でもないから、訴訟法が当事者たる地位に結び付けている多くの諸効果は彼らに対して適用されえない。このように、多くの点で当事者に関する規定が適用されない者を当事者として扱うべきではないというのがペーテルセンの主張である。それゆえ、彼は、破産管財人等の財産管理人をも当事者として当事者概念の中に包摂するシュテーターゲマン等の形式的当事者概念を厳しく批判するのである。結局、ペーテルセンによれば、破産管財人等の財産管理人は、他人の名においてかつ他人の計算と危険において訴訟進行する者であるとして、財産の所有者の(法定)代理人と解するのである。要するに、ペーテルセンは、コーラーの「訴訟担当」理論の成果の上に立って、一方で、いわゆる実体的法律関係の主体として訴訟に登場する者のみが必ずしも当事者であるわけではないとして従来の実体的当事者概念を修正して第三者の訴訟担当を許容する。だが他方で、それだからといって民事訴訟法が当事者たる地位に結び付けている諸効果の多くを適用できない財産管理人をも当事者として当事者概念の中に包摂するのは誤りであると主張して後述するシュテーターゲマン等の形式的当事者概念を批判するのである。⁽¹⁷⁾その結果、ペーテルセンは、「当事者とは、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である」という、概念内容において従来の実体的当事者概念と後述するシュテーターゲマン等の形式的当事者概念のいわば折衷的・中間的な当事者概念を提唱することになったのである。

さて、以上において、コーラーの「訴訟担当」理論および当事者概念、ならびにペーテルセンの当事者概念について考察してきたが、次に、以上の考察を踏まえて、彼らのこのような理論および概念と密接な関連を有する「正当な

「当事者」概念および事件適格の理論についての彼らの見解を考察する。しかも、かかる考察を通して、彼らの「当事者論」の体系ないしその全体像に迫り、彼らの当事者概念を含む当事者論が、実体的当事者概念を中心とした実体的当事者論から後に考察するヘルヴィヒによって体系化された形式的当事者概念を根底に据えた新たな当事者論へと移行する過程における過渡的学説としての限界を有していたことを明らかにしたいと考える。ところで、前述したように実体的当事者概念の下では、係争権利（法律関係）の主体に正当な当事者という等式が成り立つがゆえに、事件適格は、「当事者が係争権利につき正当な当事者であるための資格」という面と「係争権利の帰属主体たる資格」という面の二面性を有していた。ところが、コーラーやペーテルセンにおいては、一定の範囲でいわゆる第三者の訴訟担当を認めるために、そのかぎりで実体的当事者概念の下での右に述べたような等式はもはや成り立ちえない。したがって、事件適格もまた、実体的当事者概念の下で認められるような右に述べた二面性を彼らにおいてはもはや保持しえないということに注意する必要がある。

右の点を踏まえて、最初にコーラーの「正当な当事者」概念および事件適格の理論について考察すると、コーラーは、事件適格の問題を「自己または他人によつて、主張された請求権の主体であるとみなされた者が真にその請求権の主体であるかどうか」(傍点は引用者)の問題と解した。⁽¹⁸⁾ すなわち、コーラーは、前述した実体的当事者概念の下での事件適格の二面性のうち、後者の面(係争権利の帰属主体たる資格という面)を維持したのである。その結果、コーラーにおいては、いわゆる第三者の訴訟担当が認められる限度では、事件適格は「当事者が正当な当事者であるための資格」とはもはや言えなくなる。コーラーにとつて、正当な当事者は、原則として(第三者の訴訟担当ではない場合)実体的法律関係の主体であるが、第三者の訴訟担当の場合には真の処分利益権者である。したがって、実体的当事者概念の下でみられた事件適格と「正当な当事者」概念の直接的な結び付きは、コーラーにおいては、原則的には認め

られるが、第三者の訴訟担当の認める範囲では、途端に失われるという奇妙な様相を呈することになるのである。このような結果を生ずるのは、コーラーにおける「正当な当事者」概念の二元的理解によるものであり、その点にコーラーの当事者論の限界があるように思われる。要するに、コーラーにおいては、「正当な当事者」概念も当事者概念も二元的に理解されており、したがって、彼の当事者論の体系もいゆる第三者の訴訟担当の場合とそうでない場合の二元的構造になっており、その点にコーラーの当事者概念も含む当事者論が支配的な見解になりえなかつた所以があるように思われる。

次に、ペーテルセンの「正当な当事者」概念および事件適格の理論について考察すると、ペーテルセンは、これらに関して次のように言っている。「いゆる（原告または被告の）事件適格は訴訟能力から明確に区別されなければならない。それ（事件適格）は、当事者がある特定の訴訟において正当な原告または正当な被告（*der richtige Kläger oder Beklagte*）である場合に存在する。訴えにおいて主張された請求権が、原告として登場した者にはなく、第三者に帰属する場合、または、この請求権が、被告に対して向けられず、（被告以外の）他の者に対してのみ向けられることを要する場合には、事件適格を欠く。したがって、事件適格は、法定代理人に関するかぎりではなくて、当事者自身に関するかぎりにおいてのみ問題となりうる。それゆえ、それ（事件適格）は、ある者が正当な当事者であるあらゆる場合に与えられる……。……第三者は、自己の権利によりかつ自分のために訴訟追行しなければならぬかぎりにおいてのみ、事件適格を与えられる（*zur Sache legitimiert*）」⁽¹⁹⁾（傍点は引用者）。以上のペーテルセンの叙述から、彼にとつて、事件適格は基本的に「当事者が正当な当事者である場合に与えられる資格」であることが読み取れる。だが、そうだとすると、ペーテルセンが訴訟担当によつて第三者が当事者である場合を認めることによつて、そのかぎりでは事件適格はもはや「係属権利の主観的帰属（帰属主体たる資格）」ではなくなるはずである。しかし、右に引

用した叙述の中にはそれと明らかに矛盾する叙述がみられ、ペーテルセンの事件適格についての理解はその点で極めてあいまいである。また、右に述べたことと関連して、ペーテルセンにとつて、「誰が正当な当事者であるか」も必ずしもはっきりしない。すなわち、ペーテルセンにあっては、処分権の得喪は事件適格の有無と結び付けられておらず、むしろ、普通法時代以来の考えに従つて、訴訟能力の有無に結び付けられている。したがつて、処分権者が事件適格を有する正当な当事者ではない。恐らく、右に引用した叙述の中の最後の文から推察すると、実体的法律関係の主体が正当な当事者である以外には、彼の当事者概念によつて当事者とみなされた第三者（自己の権利により、かつ自己のために訴訟進行する第三者）がそのまま事件適格を与えられて正当な当事者にもなるのではないかと推察される。もしそうだとした場合、第一に「正当な当事者」の範囲が不明確であること、第二に、コーラーと同様に、彼の当事者論の体系は実体的法律関係の主体が正当な当事者である場合とそうでないいわゆる第三者が正当な当事者である場合という二元的な構造をもつことになること、第三に、何故当事者概念に該当する者が本案においてそのまま事件適格を与えられて正当な当事者になるのかという根拠がはっきりしないこと等の問題点が直ちに指摘できる。このようにみると、ペーテルセンの当事者概念を含む当事者論がなお支配的な見解にはなりえなかつたのも大いに頷けるように思われる。

以上において考察した結果を簡潔に要約すると次のとおりである。コーラーもペーテルセンも、いわゆる第三者の訴訟担当の余地を認めて、従来の実体的当事者概念を修正しながら、そのような実体的当事者概念の基礎にある「正当な当事者」概念および事件適格の理論を十分に再検討していない。したがつて、実体的法律関係の主体が原則的に正当な当事者である場合とそうでないいわゆる第三者が例外的に正当な当事者である場合の二元的構造になつており、依然として実体的当事者概念を中心とした実体的当事者論の強い影響から完全に脱しきれていなかった。かくて、前

述したようにローラーおよびハーテルセンの当事者概念は、従来の実体的当事者概念から後述するヘルウィヒにより確立される形式的当事者概念へと移行する過程における過渡的学説であると位置づけられることが明らかに考えられる⁽⁸⁾。

- (1) 「訴訟担当」理論に関するローラーの著書・論文については参照したものを年代順に記載する。次のとおりである。Kohler, Ueber die Succession in das Prozessverhältniss, ZJP Bd. 12, 1881, S. 97ff. (in Gesammelte Beiträge zum Civilprocess, 1894, S. 293ff.); ders., Der Dispositionsnießbrauch, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 24, 1886, S. 319ff., ders., Der Prozeß als Rechtsverhältniss, 1888, S. 95ff.; ders., Recht und Process, Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 14, S. 39f. (in Gesammelte Beiträge zum Civilprocess, 1894, S. 37f.); ders., Weiterer Beitrag zur Processstandschaft und zur processualischen Succession, Gesammelte Beiträge zum Civilprocess, 1894, S. 346ff.; ders., Grundriß der Zivilprozesses, 1905, S. 17.
- (2) Kohler, Ueber die Succession in das Prozessverhältniss, ZJP Bd. 12, S. 100f. ノートに於て「訴訟担当」について「他人の財産において自己の名にならば訴訟進行する権限」(Der Dispositionsnießbrauch, S. 320) とし、「第三者に於ける効力を伴つて訴訟を進行する権限」(Recht und Process, Grünhuts Zeitschrift., Bd. 14, S. 37) と論じている。
- (3) Kohler, a. a. O., ZJP Bd. 12, S. 101.
- (4) ローラーは「処分用益権」について Der Dispositionsnießbrauch, S. 302ff. 以下詳しく論じている。
- (5) 中村宗雄「訴訟遂行権の系譜的考察」民事訴訟法雑誌三号一八一—九頁。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九九—一〇〇頁。なお「シッターマンも同じ見解であるように思われる」(a. a. O., ZJP Bd. 17, S. 353)。
- (6) Kohler, Weiterer Beitrag zum Processstandschaft und zur processualischen Succession, Gesammelte Beiträge, 1894, S. 348.
- (7) Henckel, Parteibegriff und Rechtskrakterstreckung, ZJP Bd. 70, S. 458.

- (8) もし、コーラーがそのように考えたと仮定すると、「当事者」のレベルでは、コーラーの見解は後述するシュネターゲマンの見解とはほとんど変わらないことになるが、後述するように、コーラーはシュネターゲマンを厳しく批判しており(注(12)参照)、コーラーが従来の学説のように考えたとは到底信じがたい。
- (9) この点で、コーラーの見解は、後述するシュネターゲマン等の見解と決定的に異なるものと考ええる。
- (10) コーラーが訴訟担当を「当事者」レベルで考えていたことは、次の文章からも推察できる。「訴訟担当は、ある者が(訴訟追行者として)当事者である——自己の権利ではなくて他人の権利(利害関係人の権利)が問題になっているけれども——関係である」(傍点は引用者)(Grundriss des Zivilprozesses, S. 17)。
- (11) たとえば、de Boor, Zur Lehre vom Parteivchsel und vom Parteibegriff, 1941, S. 33f. 彼は、コーラーが「通常、訴訟の担い手(当事者)は、ある一定の権利を有する者または有することを主張する者である」と述べている(Köhler, Ueber die Succession in das Prozessverhältniss, ZJP Bd. 12, S. 97)ことをもって、コーラーがなお実体的当事者概念にとどまっていることこの理由としている。しかし、コーラーは、デ・ボアが引用した論文の箇所後の文章において、ワッハの実体的当事者概念を批判して、「訴訟担当がない場合にはそのとおりであるが、訴訟担当の場合にはそうではない」と言っており(Köhler, a. a. O., S. 106f.)。デ・ボアの理解は正しくないと考える。
- (12) コーラーは、シュネターゲマンのいわゆる形式的当事者概念に関して、一方で、自分が提唱した「訴訟担当」理論に示される理念——訴訟追行者は必ずしも請求権の主体であると主張する(主張される)者と同じではなく、それゆえ、ある者の他人の請求権に関する訴訟担当も可能である——を彼が受け継いでいることを評価している。だが他方で、およそこれに属しない場合とりわけ破産管財人の場合についても当事者概念の中に含ましめることにより、右の理論の理念を曇らせたとして批判している(Gesammelte Beitr., 1984, S. 346.)。ただ、コーラーの「第三者の訴訟担当」理論における処分利益権の存在を、私見のように「当事者」のレベルで捉えないで、勝訴要件でありかつ事件適格と関連する「正当な当事者」レベルの問題であるとして捉えると、注(8)でも述べたように、コーラーの当事者概念は、シュネターゲマンのそれとあまり変わらないものになることに注意する必要がある。なお、リユケは、コーラーの見解について、彼が実体的当事者概念から完全に離れ、彼の訴訟担当理論を形式的当事者概念と一致させたように思われると述べている(Luke, Die Prozeßführung, sbefugnis, ZJP Bd. 76, 1963, S. 10 Anm. 26)。だが、これも筆者の見解によれば疑問である。

- (13) Vgl. Kohler, *Gesammelte Beitr.*, 1894, S. 348, insbes. Anm. 9. 後述するエトウカーやシュテージェマンが破産管財人等の財産管理人も当事者であるとして当事者概念の中に含ましめるのに対し、コーラーもペーテルセンも原則として彼らを当事者として扱わない(ただし、コーラーは遺言執行人を当事者として扱う)点でも、また、「当事者」のメルクマールとして自分で訴訟費用を負担する者かどうかを重視する点でも、両者の「当事者」についての把握には、共通点が多い。
- (14) Petersen, *Über den Parteibegriff und die Parteifähigkeit*, ZZP Bd. 18, S. 5ff. 福永・前掲論文Ⅱ(注5) 関大法学論集一七卷三号一〇九頁以下参照。
- (15) Petersen, a. a. O., S. 5ff.; insbes. S. 7, 15.
- (16) ペーテルセンは、財産管理人を法定代理人として扱うことを正当化するために、実体的当事者概念の採用者と同様に、一つは、旧CPOの下で訴訟能力者の法定代理が許されること、もう一つは、処分権を制限された者は(相対的)訴訟無能力者であること(たとえば、破産者)を力説する(a. a. O., S. 20ff.)。
- (17) ペーテルセンの前掲論文(注14)では、実体的当事者概念を批判・修正することよりもシュテージェマン等の形式的当事者概念を批判することに重点が置かれている。
- (18) Kohler, *Weiterer Beitrag*, *Gesammelte Beitr.*, S. 348.
- (19) Petersen = Anger, *Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898 nebst den Einführungsgesetzen*, Aufl. 4, I Band, 1899, S. 129f.
- (20) もともと、コーラーの提唱した「第三者の訴訟担当」理論は、後にヘルヴィヒによって、形式的当事者概念の下で「正当な当事者」理論(訴訟進行権の理論)の中に組み入れられて、形を変えつつも今日に至るまでなお重要な意義を持ち続けている。

III 形式的当事者概念の成立——エトウカーおよびシュテージェマンの見解

ここでは、形式的当事者概念の成立過程そのものを具体的に跡付けることにするが、それに先立って、必要なかぎ

りにおいてこれまでに考察したことを振り返りながら形式的当事者概念が成立する基盤ないし条件を明らかにしておくことにする。実体的当事者概念は、実体的法律関係の主体が訴訟における正当な当事者であるという前提の下で、実体的法律関係の主体として（であると主張してまたは主張されて）訴訟に登場する者を当事者とみなし、そうでない者として訴訟に登場する者は原則として（法定代理人であるとするものであった。そして、右のような内容をもった実体的当事者概念をいわば裏面において支えるものとして、実体的当事者概念の採用者は、旧CPOの下で「訴訟能力者の法定代理」が認められるとする解釈やとりわけ重要なものとして処分権の存否を訴訟能力の問題と関連させる——処分権を喪失した者は訴訟無能力者であるから法定代理人による訴訟追行が必要であるとする——法的構成を採用した。すなわち、そもそも、実体的当事者概念は、権利者が権利を自由に処分しうることを前提とするものであったが、右のような法的構成が認められるかぎり、仮に権利者が処分権を喪失している場合であっても、その権利者は依然として正当な当事者であり、したがって、実体的当事者概念も大して破綻をみせず⁽¹⁾にすんだ。ところが、一八七七年にドイツ民事訴訟法（旧CPO）が成立すると、旧CPOの中には、実体的当事者概念では説明しがたい規定が多く含まれて、権利者が権利を自由に処分しうるという実体的当事者概念を支える実体法上の前提そのものが危ういものになった。それに加えて、右に述べたような解釈ないし法的構成についても旧CPOの下ではたして認められるのかという疑問が有力に提起されるようになり、かくて、実体的当事者概念を支える基盤が崩れることになった。そこで、旧CPOの制定後しばらくして、実体的当事者概念では旧CPOの規定をすべて説明し尽くすことができないことから、実体的当事者概念の下で法定代理人として扱われていたいわゆる第三者のうち一定の者を当事者として扱うことが要請されることになり、そのような要請に応えるものとして、コーラーが「第三者の訴訟担当」理論を提唱した。このようにして、コーラーによって、実体的法律関係の主体ではないいわゆる第三者の当事者としての訴訟追行への途が

開かれるや否や、そうした第三者のうちいかなる範囲の者が「当事者」となって訴訟進行しうるのか(あるいは、そもそもしえないのか)に因して、激しい論争(当事者概念をめぐる論争)が展開されることになり、このような論争の中で、形式的当事者概念は成立し、論争の一翼を担うものとして台頭してくるのである。ところで、一八八〇年代以降急速に展開される当事者概念をめぐる論争の中で、何と云ってもその最大の争点は破産管財人等の破産管理人の訴訟上の地位——当事者か、それとも(法定)代理人か——であった。そして、前述したような実体的当事者概念を裏面に置いて支えていた「訴訟能力者の法定代理」を認める解釈や処分権の存否を訴訟能力の問題と関連させる法的構成が旧CPOの下ではもはや認められないと解する立場からは、破産管財人等の財産管理人をもはや法定代理人として扱うことはできず、結局、当事者として扱わざるをえないことになるとする見解が有力に主張されるようになった。かくてこのような見解を採用するかぎり、財産管理人をも当事者として当事者概念の中に包含せしめる新たな当事者概念の構成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は成立することになるのである。もっとも、形式的当事者概念が成立する条件は、右に述べた「(法定)代理」論の観点からだけでなく「正当な当事者」概念(理論)の観点からも説明することができる。すなわち、コーラーによって提唱された第三者の訴訟担当が一般に認知されることによって、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前提認識であった等式は、破綻せざるをえないのであり、それに代る新しい「正当な当事者」概念、ひいては事件適格の理論が要請されるようになった。ところが、本節のⅡにおいて考察したように、コーラーやペーテルセンは、第三者の訴訟担当によって実体的当事者概念を修正していながら、実体的当事者概念の下での「正当な当事者」概念ならびに事件適格の理論を十分に再検討しておらず、むしろ依然として、実体的当事者概念の下での当事者論の強い影響の下にあった。これに対して、前述した処分権の存否を訴訟能力の問題に関連させる法的構成について批判的な学者からは、処分権

説
の存否は、結局、事件適格の問題である——処分権を喪失した権利者は、事件適格を欠き、したがって、正当な当事者ではなくなる——という結論が導き出された。かくて、この観点からも実体的当事者概念に完全に取って代る新しい当事者概念の再構成が要請されることになった。すなわち、処分権の存否が事件適格に関わると解すると、結局

論
(実体的法律関係の主体をも含む)処分権者が正当な当事者ということになり、ここに至って、実体的法律関係の主体に正当な当事者を成立の前提としていた実体的当事者概念は完全に否定せざるをえなくなるのである。ところで、思うに、当事者論の構造においては、当事者概念に該当する「当事者」の中で一定の資格・条件にあてはまる者を「正当な当事者」であることから、当事者概念は、その概念形成において、「正当な当事者」概念に該当する「正当な当事者」をすべて包含しうるものでなければならないことになる。そうだとすると、処分権者が正当な当事者であるとする前述した新しい見解の下では、夫の管理・用益権のために処分権を喪失した妻の一定の財産に関して処分権を有する夫(前述した旧CPOの下で実体的当事者概念では説明しがたい第一のグループの例)のみならず、処分権を喪失した破産者の一定の財産(破産財団)に関して処分権を有する破産管財人(同じく前述した第二のグループの例)もまた「正当な当事者」である。そこで、新しい見解の下では、前者(夫)のように自己の権利に基づいて自己のために訴訟進行する者を当事者とするだけではとどまらず、後者(破産管財人)のように、自己の権利に基づいて訴訟進行する者でもなければ、訴訟の結果について直接的な利害を有している者でもなく、ただ自己に与えられた職務に基づいて訴訟進行するにすぎない者をも当事者として当事者概念の中に包含せしめる概念構成が要請されることになる。かくて、処分権者が事件適格を有する正当な当事者であると解する立場の下では、破産管財人のような財産管理人をも含む処分権を有するすべての者を当事者として当事者概念の中に包含せしめるような新しい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も形式的当事者概念が成立することになるのである。

要するに、一八八〇年代になって、一方で、権利者のみが権利を自由に処分しうるといふ実体的当事者概念を支える実体法上の前提が崩れて、旧CPOの下で実体的当事者概念とは明らかに矛盾する「第三者の訴訟担当」が認知されるようになり、他方で、実体的当事者概念を裏面において支えていた旧CPOの下で「訴訟能力者の法定代理」を認める解釈および処分権の存否を訴訟能力の問題に関連させる法的構成について批判的な立場が有力になった。こうした立場によれば、「正当な当事者」概念(理論)の観点からも、「法定代理」論の観点からも、破産管財人等の財産管理人のように実体的法律関係の主体でもなければ自己のために訴訟進行する者でもない者をも当事者として当事者概念の中に包含せしめる当事者概念の再構成が要請されるようになり、かかる要請に応えるものとして形式的当事者概念が形成されていくのである。

以上において、形式的当事者概念が従来の実体的当事者概念に対抗するものとして成立する基盤ないし条件を明らかにしたのであるが、次に、形式的当事者概念の成立過程そのものを具体的に跡付けることにする。なお、まず最初に形式的当事者概念への途を開いたのは、フィッシャーであり、続いてエキウスがその理論的基礎を与え、その上立ってエトツカーが形式的当事者概念を最初に提唱し、それを受けて、シュテーゲマンがこの当事者概念をさらに敷衍し展開するのである。⁽²⁾そこで、その順序に従い以下において考察する。

まず最初に、フィッシャーが、「代理」論の観点から従来の(実体的)当事者概念を批判した。⁽³⁾すなわち、彼によれば、代理が問題となりうるのは、ある者が権利主体の利益においてのみその主体の権利および義務を処理しなければならない場合だけである。したがって、このような代理の定義によれば、たとえば、破産管財人の場合のように、ある財産管理人が専ら管理する財産の持ち主の利益だけでなく、それ以外の第三者の利益をも守らなければならない場合には、その管理人を代理人として扱うことはできないことになる。また、持ち主のない不動産の管理人のように代

説
論
理される者がいない場合にも、やはりその者を代理人として扱うことはできないことになる。要するに、フィッシャーは、「代理」を代理される本人のために訴訟追行する場合に限定し、したがって、単に権利主体のためにではなくて、他の特定の法的な職務の遂行のための権限をもって訴訟追行する者（たとえば破産管財人）は、たとえ自己の利益のために訴訟追行する者でなくとも、（法定）代理人ではなくて当事者であると解することにより、形式的当事者概念への途を開いたのである。

次いで、エキウスが、破産管財人の訴訟上の地位に関する普通法時代以来の法的構成——破産者は、破産財団に因して処分権を欠くがゆえに、そのかぎりて訴訟無能力者（相対的訴訟無能力者）であり、それゆえ、破産管財人はそのような破産者の法定代理人として破産者に代って訴訟追行するという法的構成——を理論的に誤ったものとして否定することにより、形式的当事者概念の成立に向けての理論的基礎を与えた。すなわち、エキウスによれば、破産者は、破産財団に因して処分権を失うが、処分権能までも失うわけではない。それゆえ、彼は、処分権の喪失によって事件適格を欠くことになるが、だからといって（相対的）訴訟無能力者になるわけではない。したがって、エキウスによれば、右に述べたような普通法時代以来の法的構成は、処分権の存否を訴訟能力の有無に関連させることにより、訴訟能力の問題と事件適格の問題とを混同するものであった。さらに、エキウスは、旧CPOの下で訴訟能力者の法定代理は認められないとして、結局、破産管財人を法定代理人として扱うことを否定し、当事者としての地位を認めたのである。もっとも、エキウスは、破産管財人等の財産管理人について、一般的に当事者たる地位を認めただけではなく、彼らが自己のために訴訟追行する者ではないことを理由に一旦その当事者たる地位を否定しながら、しかし、結局は例外的に、財産の（帰属）主体とは異なる独立した当事者たる地位を与えたのである。⁽⁵⁾したがって、エキウスにあっては、破産管財人等の財産管理人をも当事者として当事者概念の中に包含せしめるような、従来の当事

者概念に取って代る新しい当事者概念をうち立てることはなかったのである。にもかかわらず、普通法時代以降法定代理人として扱われていた財産管理人に例外的にせよ当事者たる地位を認め、特に、実体的当事者概念を裏面において支えていた旧CPOの下で「訴訟能力者の法定代理」を認める解釈およびとりわけ処分権の存否を訴訟能力の問題に関連させる法的構成を批判ないし否定することにより、形式的当事者概念の成立への理論的基礎を与えたのである。

以上において考察したフィッシャーおよびエクスに続いて、破産管財人等の財産管理人をも含む旧CPOの下で認められるすべてのいわゆる第三者の訴訟担当——実体的法律関係の主体ではない者の当事者としての訴訟追行——を包括的に把握するための構成として形式的当事者概念を最初に提唱したのがエトウカーであった。彼は、ゾイフェルトのコンメンタールの書評の中で、次のように述べている。すなわち、ゾイフェルトは「当事者」を定義しておらず、この不作為のために数多くの法現象があいまいなままになっているとして、二つの例を挙げている。まず、破産管財人の訴訟上の地位について、ゾイフェルトの見解によれば、(破産)債権者の代理人であるが、破産債権者は疑いもなく訴訟無能力者ではない。したがって、ゾイフェルトは、「訴訟能力者の法定代理」というカテゴリーをそれがCPOの条文から逸脱していることについて何ら理由づけることなく黙認しているとエトウカーは批判する。また、彼は、法定代理人の概念は、その前に当事者概念が確定された後でのみ、ふさわしい仕方では示されると述べて、ゾイフェルトを批判する。次に、もう一つの例すなわち成年の子の家庭や妻の財産についての権利を訴求する家父や夫について、ゾイフェルトは、正当にも法定代理人とみなしておらず、したがって当事者でなければならぬが、そのような結論は通常用いられる当事者概念(実体的当事者概念)では得られないのに、そのためのいかなる理由づけもなされていないとエトウカーはゾイフェルトを批判する。エトウカーは、それに続けて、次のように言う。「人は、普通、当事者を訴訟物たる権利関係そのものの主体 *die Subjecte der res in iudicium deducta* として定義する。

しかし、その場合には、先ほどの例において、家父や夫ではなくて家子や妻が当事者であり、そこで、わたしたちは、再び『訴訟能力者の法定代理』という困難に直面する。けれども、その概念規定は正しくない。私は、それに対して他の概念規定を対立させる。すなわち、当事者とは、訴訟物たる権利関係を訴訟において主張する者および主張される相手方である。Parteien sind rem in iudicium deducens und is contra quem res in iudicium deducitur⁽⁸⁾ (傍点は引用者)。さらに、エトウカーによれば、他人の請求権を訴求する権限は、法定代理または任意代理に基づくと同様に、他人の権利についての権利や職務権能や訴訟上の合目的性の考慮に基づきうるのであり、前者については代理される者が当事者であるが、後者については、そのような権限に基づいて訴訟に登場する者が当事者である。要するに、エトウカーはこれらの者を当事者として包含せしめうる構成として形式的当事者概念を提唱したのである。

さて、以上のようなエトウカーによって提唱された形式的当事者概念をさらに敷衍して展開したのがシュテゲマンであった。⁽⁹⁾彼は、まず、旧CPOの中に包含されている実体的当事者概念では説明しがたい場合、すなわち、ある者が自己のために、または第三者のために、他人に帰属する請求権について訴訟進行する場合(前述した三つのグループ)に、そのような他人の権利について訴訟活動を行う者がいかなる訴訟上の地位にあるとみるべきかを問題にした。すると、実体的当事者概念の下では、右のような者は明らかにいわゆる実体的法律関係の主体として訴訟に登場する者ではないがゆえに、当事者とみなすことはできず、結局、(法定)代理人として扱うほかはないことになる。そして、前述したように、彼らを法定代理人とするには、「訴訟能力者の法定代理」を旧CPOの下で認め、処分権の存否を訴訟能力の問題と関連させ、さらには、「本人のための代理」のほかに「自己のための代理」や「第三者のための代理」を認めざるをえなくなる。しかしながら、シュテゲマンによれば、旧CPOは「訴訟無能力者の法定代

理」のみを認めていて「訴訟能力者の法定代理」を認めておらず、また、処分権の存否は事件適格の有無と関わる問題であって訴訟能力の問題とは無関係である。さらに、代理は本人のために行為する場合にのみ認められるのであって、代理人自身あるいは第三者のために行為する場合には認められない。したがって、彼は、以上のような理由から、旧CPOの下で、彼らを法定代理人として扱うことはできず、当事者とみなすほかないと主張する。しかし、実体的当事者概念を前提とする以上、このような結論を引き出すことができなから、彼は、実体的当事者概念そのものを否定し、それに代って、右に述べたような者をも当事者として包含しうる概念構成として、すでにエトウカーによって提唱された形式的当事者概念を採用するのである。

ところで、このようなエトウカーにより提唱され、シュテージェマンによって敷衍された形式的当事者概念の下で、彼らほどのような当事者論の体系を有し、その中で形式的当事者概念はどのような位置を占めかつかいかなる機能を有していたのであろうか。これについて、シュテージェマンの見解を中心に以下において考察し、エトウカーやシュテージェマンによって一八九〇年代に主張された形式的当事者概念およびそれを中心とした当事者論がなご過渡的見解としての限界を有していたことが明らかにしていくことにする。シュテージェマンは、(形式的当事者概念を採用することにより)今や何人も、彼の主張によれば第三者に帰属する請求権を訴訟において主張することが可能かと自問して、すべての訴訟要件が満たされ、訴えが形式的に文句のつけようのないものである場合には、訴訟法律関係は無条件に有効であると言う。ただし、その場合に何人も勝訴判決を得ることができるわけではなくて、勝訴するためには、他人の財産について処分権を有することが必要であり、それゆえ、処分権を欠く場合には、その者は事件適格を有しないために請求棄却の本案判決(敗訴判決)が言い渡されねばならないと彼は言う⁽¹⁰⁾。したがって、シュテージェマン等の形式的当事者概念によれば、当事者であるためには単に訴訟物たる権利関係を主張する者(あるいは主張される相手方)であり

説
さえずればよいことになり、当事者の「正当性」を担保するものは全くない。したがって、「当事者」の範囲は（少なくとも概念規定上は）無限に拡大されることになり、その結果、いわゆる民衆訴訟を容認することにもなりかねない。⁽¹⁾ もっとも、シュテューゲマンによれば、そのような結果を回避するために、自ら主張する訴訟物につき処分権を有しない者は、事件適格を欠く「正当ではない当事者」として請求棄却の判決を受けることになるのであるが、それはあくまでも本案のレベルであつて、いわゆる民衆訴訟を防ぐには十分とはいえない。要するに、シュテューゲマンの見解によれば、およそ訴訟物たる権利関係を主張する者はすべて「当事者」として（他の形式的要件さえ満たせば）訴訟は適法となつて本案についての訴訟進行資格が与えられ、本案判決を受けることができることになる。その結果、従

来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いわゆる訴訟要件の機能——本案の審理（ないし判決）を受ける資格を有する者を訴訟に利害関係を有する一定の範囲の者に制限し、そのような資格のない者が登場してきた場合には本案の審理に入らずに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——は、彼らの形式的当事者概念においては当事者概念それ自体が有すること⁽²⁾はなくなつた。そればかりか、シュテューゲマンの当事者論の下では、「正当な当事者」概念（理論）は事件適格理論と関係していて本案の問題領域に属していたため、当事者概念に代つてそのような訴訟要件の機能を有するものはない。したがつて、シュテューゲマンの当事者論の体系は、訴訟経済および（応訴を余儀なくされる）被告の保護機能という観点からみて大いに問題であつた。さらに、シュテューゲマンの当事者論の体系によれば、次のような難点を生じること⁽³⁾を免れない。すなわち、請求権の主体でありながらその請求権につき処分権を喪失している者が、その請求権につき訴えを提起し、事件適格を欠くため請求棄却の本案判決を受け、その後、その請求権につき処分権を有する第三者が訴訟担当として訴えを提起し勝訴したという場合、後訴の勝訴判決は請求権の主体たる前訴の敗訴者に既判力

が及ぶので、それと彼が前訴で受けた敗訴判決とが矛盾抵触する結果になる。⁽¹³⁾ このような難点を回避するには、右の例で、処分権の喪失により事件適格を欠いた(したがって、正当な当事者ではない)請求権の主体が起こした前訴において、本案の審理に入らずに訴えを却下するいわゆる訴訟判決を言い渡すしかない。要するに、右のような難点は、形式的当事者概念により無限に範囲を拡大した「当事者」のすべてに本案判決を言い渡すことを許すシュテীগマンの当事者論の体系から必然的に生ずるものであった。

要するに、シュテীগマンにあつては、実体的当事者概念に代つてこれを完全に否定・克服する形式的当事者概念を採用し、また、実体的当事者概念の前提認識であつた実体的法律関係の主体 \parallel 正当な当事者という「正当な当事者」概念に対しても、これを批判し、これに代えて、処分権者 \parallel 正当な当事者という新たな「正当な当事者」概念をうち立てた点で従来の実体的当事者概念の下での当事者論を克服していたといえる。ただ、彼においても前述したコーラーやペーテルセンと同様に事件適格の理論を十分に再検討しないで依然本案の問題として扱つた点において依然実体的当事者概念の下での当事者論の影響を完全には脱しきれていなかった。そこから、彼の当事者論の体系における従来の当事者概念に代る新たな訴訟要件の機能を有するものの欠如という問題点が噴き出しており、その点に彼の形式的当事者概念を中心とした当事者論の過渡的性格を看取することができるように思われる。

ところで、エトッカーによつて提唱され、シュテীগマンによつて敷衍された形式的当事者概念は、その成立後(一八九〇年代)直ちに支配的な見解にはなりえなかつた。⁽¹⁴⁾ 当時は、ワッハ等の実体的当事者概念がなお有力であつたし、また、コーラーやペーテルセンのような実体的当事者概念を修正した見解もかなり有力であつた。しかも、エトッカーやシュテীগマンの見解に対しては、直ちにレーヴィヤ⁽¹⁵⁾やペーテルセン⁽¹⁶⁾等によつて批判が次々に展開された。このように、形式的当事者概念がその成立後直ちに支配的な見解になりえなかつた理由として、以下に挙げるような幾

つかの理由が考えられる。まず、第一に、エトックカーやシュテーターゲマンは、主として破産管財人等の財産管理人を念頭に置いて、彼らをも当事者として当事者概念の中に包含せしめる構成として形式的当事者概念を提唱したのであるが、このような破産管財人等の財産管理人の訴訟上の地位については、その当時において依然として彼らを法定代理人とみなす見解がかなり有力であったことが、まずその理由の一つとして挙げられる。第二に、形式的当事者概念そのものについて、このような当事者概念の新しい定義は、当事者と（法定）代理人を区別するメルクマールが欠けているがゆえに全く役に立たないという批判があった。⁽¹⁷⁾ すなわち、エトックカーによって定義された形式的当事者概念のラテン語による表現——*rem in iudicium deducens und is, contra quem res in iudicium deducitur*——は、当事者がそれとも法定代理人かが疑わしい場合において、そのどちらかを識別するのに不十分である。それに加えて、右のような定義からは、後見人をはじめ従来法定代理人として扱われたあらゆる者が当事者であるということになりかねない。とりわけ、彼らの主張によれば、破産管財人等の財産管理人が当事者であるのに、同じく彼に委託された職務に基づいて行動する後見人は当事者ではなくて代理人であるが、このような財産管理人と後見人の区別は、右のような定義からは明らかにならないと批判されていた。⁽¹⁸⁾ こうしたことも、彼らの形式的当事者概念がなお支配的な見解になりえなかった一つの理由であると思われる。第三に、エトックカーやシュテーターゲマンが自ら認めているように、旧CPOをはじめ実定法の規定は、自己の権利に基づいてあるいは自己の利益のために訴訟に登場し訴訟追行する者が当事者であることを前提としている。⁽¹⁹⁾ したがって、彼らのように、そうでない者をも当事者として当事者概念の中に含めることは、訴訟法等の実定法規の建て前に反するのみならず、このような規定が当事者たる地位に結び付けている効果の多く（たとえば、訴訟費用の負担や既判力や執行力）が当事者概念に該当する「当事者」に及ばないのを容認する結果になるといった批判が有力に主張された。⁽²⁰⁾ このことも、同じく彼らの形式的当事者概念が直ちに支配的な見

解になりえなかった理由の一つであったように思われる。第四に、前述したように、シュテーターゲマン等の形式的当事者概念を中心とした当事者論の体系においては、従来の実体的当事者概念に代る訴訟要件的な機能を有するものが欠けていた。したがって、いわゆる民衆訴訟を容認する結果になりかねず、訴訟経済および応訴を余儀なくされる被告の保護という点で問題があり、また、前述したような、処分権を欠く権利者の前訴と処分権を有する第三者の訴訟担当による後訴における判決の矛盾・既判力の抵触の場合が起こりうるという不都合も生じた。このことも、彼らの当事者概念をはじめとする当事者論がその成立後直ちに支配的な見解になりえなかった見過ごすことのできない理由の一つであったように思われる。

さらにもう一つ付け加えるならば、エトウカーやシュテーターゲマンにあっては、実体的請求権から明確に区別される「訴訟上の請求」概念が形成されなかったということも、彼らの形式的当事者概念が直ちに支配的な見解になりえなかった一因として挙げることができるように思われる。なぜなら、形式的当事者概念によれば、請求権の主体ではないいわゆる第三者も当事者たる地位を認められる以上、実体的当事者概念の下でみられるような従来の「(実体的)請求権」概念に代って他人の権利の訴訟上の主張をも包含しうるような「訴訟上の請求」概念を定立することが、請求権の主体的関係から完全に切り離された実体的要素を含まない純粹に訴訟上の概念である形式的当事者概念を基礎づけるために必要であるともいえるからである。かくて、形式的当事者概念を中心とした当事者論の確立は、二〇世紀初頭におけるヘルヴィヒの登場を俟たねばならなかったのである。

(一) Vgl. Henckel, *Parteilichkeit und Streitgegenstand im Zivilprozeß*, 1961, S. 127.

(二) Vgl. Schott, *Das Armenrecht, mit Beitrag zur Lehre von Parteibegriff*, 1900, S. 61, Anm. 2, *など*。

- チーゲンマンは、当事者概念の改造という目標に功績を残したのは、ヨーロッパにキウスであると述べている (Stegemann, a. a. O., S. 353)。
- (3) Fischer, *Krech = Fischers Kommentar zu dem Zwangsversteigerungsgesetz*, 1 Aufl., 1883, S. 127.; ders., *Literatur: Wachs Handbuch des C. Pr. R. ZJP Bd. 10, 1887, S. 436.*; ders., *Recht und Rechtsschutz*, 1899, S. 44f. Vgl. Stegemann, a. a. O., S. 357 Anm. 77.
- (4) Eccius, *Literatur: Petersen = Kleinfelder, Konkursordnung für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz*, Gruchot Beitr., Bd. 33, 1889, S. 730ff.; ders., *Literatur: Wilmos, Deutsche Reichs-Konkursordnung*, Gruchots Beitr., Bd. 34, 1890, S. 147f.
- (5) キウスは、「法律上管理人に従って行われるべき管理は、管理人自身に財産の主体たる当事者とは異なる独立した当事者たる地位を与えるということを承認しなければならぬ」と述べている (Gruchot, Bd. 33, S. 736)。⁶⁾ もっともキウスは、後でこの考えを自ら改め、破産管財人によって管理される財産が固有の当事者能力を有したが、⁷⁾ 新しい主体であり、破産管財人はその法定代理人として行為すると変更してゐる (Eccius, *Preussische Privatrecht* Bd. I, S. 797f. Anm. 26. Vgl. Petersen, *Über den Parteibegriff und die Parteifähigkeit*, ZJP Bd. 18, S. 3, Anm. 4.)⁸⁾
- (6) Oetker, *Besprechung von Seuffert, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich*, 5 Aufl., *Juristisches Literaturblatt*, Bd. II, 1890, S. 188ff. など。オッターカーは、その後この考えを破産管財人の訴訟上の地位を中心に敷衍してゐる (Vgl. *Konkursrechtliche Grundbegriffe*, Bd. I, 1891, S. 316ff.)⁹⁾
- (7) Oetker, *Juristisches Literaturblatt*, Bd. II, S. 189.
- (8) Oetker, a. a. O., S. 189 本文のラテン語は直訳するに、「当事者とは、物を訴訟の状態に置く者およびその者に対して、物が訴訟の状態に置かれる当の者である」ということとなる。ところで、このラテン語の定義からは、今日の形式的当事者概念の定義にみられるような「自己の名において」という語句は見当たらず、少なくとも概念規定上は当事者の範囲が無制限に広げられてゐる点が注目される。
- (9) Stegemann, *Die Parteien im Prozeß, Ein Beitrag zur Kritik des herrschenden Parteibegriffes*, ZJP Bd. 17, 1892, S. 326ff. 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」¹⁰⁾ 岡大法学論集一七卷三三一〇

六頁以下参照。

- (10) Stegemann, a. a. O., S. 358.
- (11) 福永・前掲論文(注9)一一二頁。
- (12) ハインツマンは、かつて当事者概念が有していた機能——訴訟進行資格のない原告に対して本案の審理に応じなければならぬ、ことから被告を保護する機能——が形式的当事者概念には欠けていると述べている(Heinzmann, Prozeßführung, sbeuführisc, S. 6.)。
- (13) 福永・前掲論文(注9)一一二頁。
- (14) 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」法と政治一〇卷一号一七頁注(42)、『判決効の範囲』一九頁注(41)、福永・前掲論文(注9)一〇六頁。
- (15) Levy, Literatur: Stegemann, Die Parteien im Prozeß, Gruchots Beitr., Bd. 37, 1893, S. 173ff.
- (16) Petersen, Über den Parteibegriff und die Parteifähigkeit, ZJP Bd.18, 1895, S. 1ff.
- (17) Levy, a. a. O., S. 174ff.
- (18) Levy, a. a. O., s. 175, Petersen, a. a. O., S. 8ff.
- (19) Oetker, Juristisches Literaturblatt, Bd. II, S. 189; ders., Konkursrechtliche Grundbegriffe Bd. 1, S. 322, Stegemann, ZJP Bd. 17, S. 356 u. 375.
- (20) Levy, a. a. O., S. 176, Petersen, a. a. O., S. 18f.
- (21) 上田・前掲論文(注14)一五頁、一七頁注(43)(前掲書一七頁、一九頁注(42))。