

論 説

民事訴訟法における当事者概念の成立とその展開（四・完）

——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——コラーおよびベーターセンの見解
 - III 形式的当事者概念の成立——エトツ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（以上五四号）

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（以上本号）

Ⅲ ヘンケルの見解

デ・ボアの提唱した機能的当事者概念およびそれを基礎とした当事者論は、結局の所その後の学説においてそのままの形で誰にも採用されることはなかった。だが、戦後の西ドイツにおいて、デ・ボアの機能的当事者概念を中心とした当事者論を大きく取り上げて、それに対して一定の評価を与えながら、なおかつそれとの対決を試み、その上で独自の当事者論（さらには、それとの関連において訴訟物理論）を展開した学説があり、それがヘンケルであった。⁽¹⁾そこで、本節では、このようなヘンケルの見解を当事者概念を中心とした当事者論に焦点を絞って以下において考察する。

ヘンケルは、最初に、三つの当事者概念（実体的当事者概念・形式的当事者概念・機能的当事者概念）について検討し、その中で、通説たる形式的当事者概念については、当事者概念自体が他人の権利についての任意の第三者の訴えに対して何ら制限しなかった⁽²⁾ので、法的現実⁽³⁾にそぐわない等の非難を受けざるをえないと述べた。それに対して、デ・ボアの機能的当事者概念については、「デ・ボアは、当事者概念と財産との結合でもって、当事者論をめぐる議論に本質的に新しい視点を提供した」と述べて大きく評価した。しかも、ヘンケルは「デ・ボアの考えを批判することではなくて、さらに押し進めることが、本稿の関心事である」とも述べており、デ・ボアの議論を出発点として自己の見解を展開していくことを最初に明らかにしている。⁽²⁾そこで、ヘンケルは、デ・ボアの機能的当事者概念が正しいかどうかの基準は、第一に、正当な当事者すなわち訴訟追行権を有する当事者は、（デ・ボアが主張するように）⁽³⁾権限のある（紛争）財産の管理人であるということができるかどうか（それで本当に十分かどうか）にあるとして、訴訟追行権の基礎を説明しようとする。その結果、訴訟追行権の基礎は利益と処分権であるとして、原則として訴訟追行権をあらゆる訴訟類型において統一的に理解しようとする。⁽³⁾すなわち、彼によれば、訴訟追行権が認められるためには、原

則として訴訟物たる係争權利についての処分権⁽⁴⁾と原告の訴訟追行についての利益⁽⁵⁾が必要であり、例外的にのみ処分権を要しないことになる。⁽⁶⁾しかも、ヘンケルによると、右に述べた訴訟追行権の要件としての原告の利益は、原則として彼固有のものでなければならない特定の財産の中にその基礎をもち、他方で、訴えの棄却についての被告の利益は、被告固有の財産において基礎づけられる。このように、攻撃および防御についての利益が基礎づけられる原告および被告の財産をヘンケルは利益財産 (das Interessvermögen) と呼び、これをもってデ・ボアの紛争財産に対抗させるのである。ここでヘンケルのいう利益財産とは、換言すれば、責任の見地から当事者の自由に処分しうる財産と統一体を形成する財産であり、これが訴訟追行についての当事者の利益を基礎づけると彼は主張するのである。⁽⁷⁾このように、ヘンケルによれば、訴訟追行権の基礎は、利益財産によって基礎づけられる訴訟追行についての当事者の利益プラス処分権であつて、デ・ボアが主張するように、(紛争財産についての) 管理権をもつては、厳密には十分に訴訟追行権の基礎を把握しえないとする。⁽⁸⁾にもかかわらず、当事者概念は「生活における訴訟の機能」を正當に評価しなければならぬというデ・ボアの基本テーゼは、ヘンケルにおいても維持される。そこで、右のようなデ・ボアの基本テーゼに従つて当事者概念をこの訴訟の機能に適合させるためには、(財産訴訟においては) 当事者概念は一定の財産との関係を概念内容の中に含めなければならない。そして、このことは(同一当事者の) 異なる財産の間に利害衝突が成立しうる場合にのみ意義を得ることができる。すなわち、当事者概念に利益財産を結び付け、同一原告でも、一方で彼固有の財産について当事者であり、他方で他人の財産について当事者である場合には、彼の当事者たる地位は同じではないとする。ヘンケルは、そのように解することによつて、二当事者訴訟における二つの独立した財産の間のあらゆる規制の必要な紛争を解決へと導くことが可能であり、それによつて、デ・ボアのいう「生活における訴訟の機能」は十分に考慮されると主張する。⁽⁹⁾かくて、ヘンケルは、当事者概念について次のように結論づけるのであ

る。「（それゆえ、）形式的当事者概念は原則として維持することができる。すなわち、当事者とは、権利保護を要求する者である。当事者が誰のために権利保護を求めるかは、当事者概念にとって重要ではない。決定的なのは、いかなる財産において彼の訴訟の利益が理由づけられるかということのみである。通常の場合には、当事者は自己の固有の財産の利益において争うので、権利保護を要求する者という形式的当事者概念の概念規定でもって原則として利益財産も十分に表示される。しかし、ある者がいくつかの財産について当事者である場合には、形式的当事者概念の概念規定だけでは不十分であり、利益財産が挙示される場合にはじめて当事者の記載は完全なものとなる。」このようにして、ヘンケルは、「当事者とは、権利保護を要求する者であり、しかも、かかる者が一定の（利益）財産に関して、当事者である」という、形式的当事者概念を「利益財産」概念でもって補充・修正した当事者概念を財産訴訟に限りて提唱するのである。⁽¹⁰⁾そこで、かかるヘンケルの当事者概念によれば、当事者が、責任の見地により (Chaufensmäßig) 二つのお互いから区別された財産について処分権を有する場合には、この両財産のいずれに関して当事者であろうとするのかということを当事者の表示が示さなければならない。そして、このようにして形式的当事者概念を利益財産との関連によって補充することにより、あらゆる要請に応じ、利害調整としての訴訟の機能にも符合するとヘンケルは主張するのである。⁽¹¹⁾要するに、ヘンケルは、デ・ボアの機能的当事者概念に対して原則として形式的当事者概念を維持しながらも、そのために当事者概念から放逐された訴訟追行権の基礎を究明して、両者の関係回復を利益財産を媒介として試み、この「利益財産」概念によって形式的当事者概念の内容的空虚さを財産訴訟において補充して、その概念内容の充実をはかろうとしたのである。⁽¹²⁾

ところで、ヘンケルは、一方で、右に述べたように、「利益財産」概念によって形式的当事者概念を補充する。だが他方で、たとえば、訴訟物の主観的個別化は、形式的当事者概念によってではなくて係争法律関係の主体によって

行われるとしたり、あるいは、いわゆる当事者機能 *Parteilunkion* を形式的当事者概念に該当するいわゆる形式的当事者だけではなくて、係争法律関係の主体や利益財産（に關して当事者である者）に多数結び付ける。そうすることにより、ヘルヴィヒ以降の「通説」においてみられるような形式的当事者概念の「絶対化」を阻止して、これを「当事者」に關する規定のあらゆる領域に及ぼさないようにし、その意味において形式的当事者概念の「相対化」をはかつており、大変注目される。そこで、次に、この点についてさらに詳しく考察する。

最初に、訴訟物の主観的限界に關して、ヘンケルは、訴訟物を主観的に個別化するのには、当事者か、係争法律関係の主体か、それとも紛争財産（デ・ボア説）かを問題とする。⁽¹³⁾そこで、この問題についてヘンケルの説くところによれば、実体的当事者概念が放棄されて以来、訴訟当事者だけに訴訟物の主観的個別化のメルクマールの役割を帰せしめることははや不可能である。⁽¹⁴⁾また、デ・ボアの説く紛争財産についても、前述したように、ヘンケルによれば訴訟追行権の基礎は利益と処分権であり、両者は、ある財産ではなくて、特定の対象に向けられているのであるから、紛争財産に訴訟物を個別化する機能を帰属せしめることはできない。さらに、訴訟追行権も、訴訟要件として適法性の領域に属するとすれば、訴訟物を個別化する機能を有しない。それゆえ、結局、訴訟物の主観的限界は、係争法律関係の主体によってのみ決定されることができ、受動側についても同様であるとヘンケルは結論づける。⁽¹⁵⁾こうして、ヘンケルにあつては、形式的当事者概念は、訴訟物の主観的個別化のメルクマールの役割を演ずることはできないとされることにより、そのもつ影響力はそれだけ減殺され、その意味においてその相対化がはかれることになるのである。

このような形式的当事者概念の「相対化」は、次に考察する当事者機能の観点によって一層強力に推し進められることになる。⁽¹⁶⁾まず、ヘンケルによれば、当事者機能の問題というのは、個々の法律の規定の中に含まれる当事者機能が

いかなる者（財産）に結び付けられるべきかに関するものである。もっとも、当事者機能というのであるから、当然それは（ヘンケルをも含む）通説の採用する当事者概念である形式的当事者概念にいう「当事者」に結び付けられて然るべきもののようにも一見思える。だが、ヘンケルによれば、法律要件または法律効果の中に「当事者」概念を含んでい（民事訴訟法の）規定は、一八七七年一月三〇日のZPOの原草案（ursprüngliche Fassung）か、または少なくとも一八九八年五月一七日の改正法（Novelle）にさかのぼり、実体的当事者概念の支配下にあつて立法者が実体的当事者概念の原則に従い同概念を前提としていることから、当事者機能もまた実体的当事者概念にいう「当事者」に原則として結び付けるべきである。そして、形式的当事者概念をもって当事者機能に結び付ける場合にも、それによって規定の意味を変更することのないようにそのつど検討しなければならないとヘンケルは主張する。結局、ヘンケルによれば、当事者機能をいかなる者（財産）に結び付けるべきであるかは規定の目的から結論を得ることができるのであり、規定の目的が「当事者」概念を訴訟法律関係の主体に関連させることを要求するならば、形式的当事者概念によって今日においてもなおその規定を正しく解釈することができる。それに対して、欲せられた訴訟上の効果がその目的に従つて係争法律関係の主体に生じなければならぬか、または、特定の訴訟行為の適法性がこの主体と訴訟物との関係に依存すべきであるかの理由で、法規範が「当事者」概念を含む場合には、今日においてもなお係争法律関係の主体をこの規定の意味における「当事者」とみなさなければならず、それゆえ、係争法律関係の主体に当事者機能が結び付けられることになる。⁽¹⁷⁾さらに、ヘンケルにおいては、財産関連的（vermögensbezogene）当事者機能は、彼のいう利益財産に結び付けられることになる。⁽¹⁸⁾そして、彼は、その理由を利益財産において訴訟（追行）についての利益が基礎づけられるという点に求める。すなわち、ヘンケルは、利益財産に結び付ける当事者機能の一例として（敗訴当事者の）訴訟費用の負担を挙げるが、⁽¹⁹⁾ヘンケルによれば、訴訟法が敗訴当事者に訴訟費用を負担させるのは、彼が係

争法律関係の主体であつたからではなくて、彼が彼自身の財産の利益において訴訟追行をしたからである。このように、ヘンケルは、当事者機能を規定の目的に従つて、いわゆる形式的当事者だけではなくて係争法律関係の主体や利益財産に結び付けることにより、形式的当事者概念を当事者たる地位に関連するすべての規定に貫徹させないで、むしろ「相対化」したのである。見方を変えれば、そのように形式的当事者概念を相対化することによりそれを原則として維持するべくその補完をはかったとさえいふことも可能であるように思われる。⁽²⁰⁾

さて、ヘンケルの当事者概念と密接な関連を有するとともに、ヘンケルによればそれぞれ当事者機能の一つでもある(法定)当事者変更の理論および既判力の主観的範囲の理論について以下において考察していくことにする。最初に、当事者変更論について、法定当事者変更とZPO二六五条の訴訟担当との関係を中心に考察する。⁽²¹⁾ヘンケルによれば、実体的当事者概念の下では、権利主体の変更によつて当然当事者変更も生じ、事件適格の変更が当事者変更の基礎であつて、特に問題を生じなかつた。ところが、形式的当事者概念への移行によつて、当事者変更の基礎に変化が生じ、権利主体の変更はもはや自動的に当事者の変更をもたらすものではなくなつた。そこで、形式的当事者概念の下での当事者変更の基礎が問題となり、かかるものとして通常訴訟追行権の移転が考えられている。しかし、ヘンケルによれば、それは、当事者変更の基礎とならない。なぜなら、訴訟追行権は、訴訟物、したがつて原告の権利主張に即して決められるものであるから、実体的権利状況が変更しても、原告が訴訟物を変更された権利状況に合わせないかぎり、訴訟追行権は直接にはそれによつて何ら影響を受けないことになるからである。そうだとすれば、訴訟追行権の移転は当事者変更の基礎とはなりえないのである。⁽²²⁾そこで、ヘンケルは、この問題について次のように述べる。すなわち、「旧当事者が、彼によつて主張された請求権について訴訟追行権を有するかどうかが決定的なのではなくて、変更された権利状況に合わせた申立てについて訴訟追行権を有するかどうかが決定的なのである。したがつて、

法定当事者変更は、実体権の変更により訴訟追行権の基礎つまり処分権および利益が消滅する場合に生じる。したがって、訴訟追行権の消滅が決定的なのではなくて、その基礎の消滅が決定的なのである。⁽²³⁾かくて、ヘンケルは、法定当事者変更の基礎として訴訟追行権の基礎の変更（承継）を主張し、このことは、ZPO二六五条の訴訟担当についても妥当するとして、両者の共通の要件として、第一に、旧当事者の訴訟追行権の基礎の消滅を挙げるのである。

そして、ヘンケルは、両者のもう一つの共通の要件として、新当事者の法的地位が旧当事者の法的行為に実体法上依存することを挙げている。そこで、次に問題となるのが、両者、すなわち法定当事者変更とZPO二六五条の訴訟担当の区別の基準であるが、ヘンケルは、両者の境界設定の基準を全利益財産についての処分権の移転（法定当事者変更）か、それとも係争物に関する処分権の移転（ZPO二六五条の訴訟担当）かに求めている。⁽²⁴⁾すなわち、彼によれば、全利益財産についての処分権がある者から他の者へと移転する場合にのみ、法定当事者変更は生じうるのであり、したがって、全利益財産についての処分権の移転が法定当事者変更の（独自の）要件である。そこで、他人の財産について当事者が訴訟で争う場合には、当事者が他人の全財産について処分権を喪失したならば、それによって法定当事者変更がもたらされなければならない。他方において、当事者が利益財産の一部を自由な処分のために残している場合には、法定当事者変更は認められない。このようにして、ヘンケルは、法定当事者変更において、当事者機能を利益財産に結び付けるのである。

次に、当事者概念および当事者機能との関連において、ヘンケルの既判力の主観的範囲の理論に関して若干の考察を行うことにする。⁽²⁵⁾まず結論から先に述べると、ヘンケルは、ZPO三二五条にいう「当事者」概念は、実体的当事者概念の意味に解釈されるべきであるとする。すなわち、彼によれば、その理由は、ZPO三二五条の文言が実体的当事者概念の下に確定されたからということであり、したがって、この規定の解釈のために形式的当事者概念をもつ

て置き換えるということは許されない。そもそも、形式的当事者概念は、既判力の主観的範囲の位置をずらすために作り出されたわけではなく、したがって、それは、(実体的当事者概念から形式的当事者概念への)当事者概念の変更に関係のないままでなければならない。それゆえ、ヘンケルによれば、既判力の及ぶのは、まず第一に、係争権利関係の主体およびその権利承継人であり、それに対して、形式的当事者のみが間接的にのみ拘束される。そして、この原則の例外は、形式的当事者が係争権利について処分しえない場合に限って存在し、この場合には、権利の主体には既判力は及ばないで形式的当事者にのみ及び、しかしまた、その権利承継人には及ばない。さらに、ZPO二六五条の訴訟担当は特別な地位を占め、ここでは、譲渡人は、(譲渡後)最終口頭弁論時において、譲渡した権利についてもはや処分しえないにもかかわらず、第一次的に権利承継人とその承継人に対して既判力が及び、形式的当事者は間接的にのみ既判力に拘束される。以上要するに、ヘンケルにおいては、既判力の主観的範囲を規定するZPO三二五条にいう「当事者」は、実体的当事者概念にいう「当事者」であり、したがって、当事者機能もまたいわゆる係争権利関係の主体に結び付けられることになる。

以上において、ヘンケルの当事者概念を中心とした当事者論について考察したわけであるが、最後に、このようなヘンケルの見解について若干の総括を試みることにする。ヘンケルは、デ・ボアと同様に財産訴訟における財産の機能に着目して、「誰が当事者であるか」だけでなく、「いかなる財産に関して当事者であるか」を問い、財産訴訟において右の問いに対する答えを当事者概念の中に取り入れることにより、(従来からの通説たる)形式的当事者概念を補充し、当事者概念と「正当な当事者」概念(理論)を架橋している。すなわち、これをさらに具体的に述べると、ヘンケルは、原則として形式的当事者概念を維持しながらも、それによって当事者概念から放逐された訴訟追行権の基礎を究明して、両者の関係回復を利益財産を媒介として試みるとともに、この「利益財産」概念をもって財産訴訟において

形式的当事者概念を補充することにより同概念の内容的空虚さをカバーする。しかも、法規定から生じる当事者機能を法規定の目的の観点からいわゆる形式的当事者だけでなく係争法律関係の主体や利益財産にも振り分けて結び付けることにより、形式的当事者概念の「絶対化」を阻止してむしろ相対化し、見方を変えれば、それによって同概念を補充している。さらに、ヘンケルは、利益と処分権という訴訟追行権の基礎によって訴訟追行権を統一的に理解するとともに、これによって（法定）当事者変更をも説明し、要するに、（法定）当事者変更論において、利益財産に対する処分権（＝訴訟追行権の基礎）という「媒介項」⁽²⁶⁾によって、実体法の現象（利益財産に対する処分権の承継関係）と訴訟上の現象（当事者変更）を架橋しているのである。このように、ヘンケルは、訴訟追行権の基礎、「利益財産」概念および当事者機能をキー・ワードとして壮大かつ包括的な当事者論の体系を構築しており、大いに注目に値すると評することができる。しかしながら、その後の西ドイツやわが国において、彼の提唱した「利益財産」概念によって補充された形式的当事者概念やヘルヴェイ⁽²⁷⁾以来の通説的当事者論の体系に代る彼の新しい当事者論の体系は、多大な反響を呼びかつそれなりの評価を得ているとはいうものの、全面的には受け入れられていたとはいえない⁽²⁸⁾、のみならず、彼の当事者論の個別の分野においても種々の批判にさらされているのが現状である⁽²⁹⁾。にもかかわらず、ヘンケルの当事者論についての多くの問題提起は今日においても決して無視しえない意義を有しているように思われ、とりわけ、本稿の直接的課題である当事者概念の今後を展望する際においても、彼の試みた財産訴訟における「（利益）財産」概念による当事者概念の補充や当事者概念と当事者機能の関わり等は今後ともヘンケルの見解に学んで検討する余地が十分にあるように思われる。

(1) Henckel, *Parteilchre und Streigegenstand im Zivilprozess*, 1961, S. 13ff. など、この本の書評として、鈴木重勝「**ハ**」Wolfraam Henckel: *Parteilchre und Streigegenstand im Zivilprozess* 1961」民事訴訟雑誌九号一二六頁以下。

(2) Henckel, a. a. O., S. 18f.

(3) ただし、ヘンケルも、デ・ボアと同様に、考察の対象を財産訴訟に限定する。そして、彼は、その理由として当事者概念をめぐる論争が財産訴訟（特に破産管財人等の財産管理人）に限定され、非財産権上の争いには及ばなかったことを挙げている。

(4) ヘンケルは、訴訟追行権の基礎の一つとして処分権を挙げる理由として、訴訟（追行）は、（権利の）処分ではないが、判決は処分（法的法律）行為と類似する効力を有すること（a. a. O., S. 42, 107）を挙げている。

(5) 本文に述べたように、ヘンケルは、もう一つの訴訟追行権の基礎として（訴訟追行についての）利益を挙げる。しかし、だからと言って、シェンケ（Schönke, *Das Rechtsschutzbedürfnis, Studien zu einem zivilprozessualen Grundbegriff, Prozeßrechtliche Abhandlungen*, Heft 17, 1950, S. 38ff.）のように、利益のみで訴訟追行権を基礎づけることはできないとし、その理由として、それだけでは任意的訴訟担当の許容要件としての権利者の授權や旧法定財産制の下での妻の訴訟追行の際に必要とされた夫の同意を説明することができないことを挙げている（Henckel, a. a. O., S. 38f.）。

(6) ヘンケルは、例外的に利益のみで訴訟追行権が認められる例として、BGB 四三二条、一〇一一条、二〇三九条など数人の者によって財産が共同で管理されるべき場合、旧法定財産制の下で妻の持参財産について訴訟追行する夫、先位相続人、停止条件附譲渡の譲渡人、解除条件附譲受人などを挙げている。ヘンケルによれば、これらの場合には、（単独で）処分権がなかったり制限されたりしている結果、相手方にとっては再訴の危険にさらされることになる。だが、そうした危険を避けることについて相手方の有する利益を上回る法的に保護に値する利益が認められる場合には、例外的に利益だけで訴訟追行権が基礎づけられることになると主張する。

(7) Henckel, a. a. O., S. 107f.

(8) ヘンケルは、デ・ボアやニキッシュ等のように訴訟追行権の基礎を紛争財産の管理権に求める見解に対して、形成の訴えにおいて管理権は一定の要件の下において訴訟追行権を包摂すること、および管理権の概念が不明確で統一的な権利内容を

持たないこと（特に、管理目的に従って管理人の個別の権限は多くも少なくもなり、処分権を含むものと含まないものなどまちまちになりかねないこと）を理由に反対している（a. a. O., S. 39, u. 186f.）。

- (9) Henckel, a. a. O., S. 187f.
- (10) Henckel, a. a. O., S. 188.
- (11) Henckel, a. a. O., S. 188.
- (12) 鈴木・前掲論文（注1）二三三頁参照。
- (13) 訴訟物の主観的限界が各当事者概念によってかつ各訴訟類型においてどのように個別化されたかにつき、cf. Henckel, a. a. O., S. 191f.。
- (14) ヘンケルによれば当事者は訴訟物の外側にあつてそれを個別化しない。仮に二つの訴訟の当事者が同一ではなくても、主張された権利の主張された主体が同一人物にすぎない場合には、その二つの訴訟の訴訟物が同一でありうる。Henckel, a. a. O., S. 189.
- (15) Henckel, a. a. O., S. 96ff.
- (16) Henckel, a. a. O., S. 125ff.
- (17) ヘンケルは、係争法律関係の主体に結び付ける当事者機能として、事物管轄、労働裁判所の裁判籍、裁判官の除斥原因を規定するZPO四一条一号の「当事者」、同条三号の「当事者」、証言拒絶権を規定するZPO三八三条の「当事者」、訴訟係属の抗弁を規定したZPO二六三条の当事者、既判力の主観的範囲を規定するZPO三二五条の「当事者」などを挙げている。
- (18) Henckel, a. a. O., S. 128f. なお、ヘンケルは、利益財産に結び付けられる当事者機能として、本文で取り上げる訴訟費用の負担のほかに、普通裁判籍、法定当事者変更およびZPO二六五条の訴訟担当を挙げている。
- (19) Henckel, a. a. O., S. 137f.
- (20) 鈴木・前掲論文（注1）二三三頁参照。
- (21) Henckel, a. a. O., S. 145ff. なお、ヘンケルの法定当事者変更論については、上野泰男「法定当事者変更総論」——当事者変更論——「判タ三三四号五二頁以下の詳細な論稿があり、これを参照した。

- (22) Henckel, a. a. O., S. 151. なお、上野・前掲論文(注21)五三頁注(59)は、わが国では、当事者適格(訴訟追行権)の承継(移転)をもって当事者変更を説明する適格承継説が従来支配的な見解であったが、かかる見解は本文で述べたヘンケルの批判に照らして採用するわけにはいかないことを明らかにした。さらに、そうしたことからわが国においても近時これに代えて「紛争の主体たる地位の承継」という概念をもって当事者変更を説明する見解が有力になりつつある(新堂幸司「訴訟当事者から登記を得た者の地位」——争点効の主観的範囲に関する試論(その二)をかねて——「判例評論一五二号」一〇頁[判例時報六四〇号一一六頁]参照)こととこの問題点を指摘している(本稿・熊本法学五一号九一頁参照)。
- (23) Henckel, a. a. O., S. 152.
- (24) Henckel, a. a. O., S. 170ff. なお、ZPO二六五条の訴訟担当は、西ドイツにおいて立法上当事者恒定主義を採用している結果として認められるのであるが、これに対して、わが国においては、訴訟係属中の係争物の譲渡に関して、立法主義として当事者恒定主義ではなくて訴訟承継主義を採用しており、したがって、本文で述べる議論は、わが国ではそのままでの形では意味を持ちえない。
- (25) Henckel, a. a. O., S. 139f. ders, Parteibegriff und Rechtskraftersreckung, ZZP Bd. 70, S. 148ff. なお、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頁以下(『判決効の範囲』二頁以下)参照。
- (26) 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(1))」名城法学二五巻二号四四頁。
- (27) たとえば、前述したように今日における西ドイツの代表的な通説的体系書である Rosenberg-Schwab の Zivilprozedur^{ech} は、当事者概念に関して、通説たる形式的当事者概念を採用しながらも、デ・ボア、ヘンケルの著書(注)において引用しつつ、次のように述べており、大要注目される。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。その限りでは、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」(傍点は引用者)と述べており(Rosenberg-Schwab, Zivilprozedur^{ech}, 14Aufl., S. 213)。ここには、明らかに、デ・ボアと並んで、否それ以上にヘンケルの影響が見受けられる。また「プロマイヤー」は、ヘンケルの見解の影響を強く受け、当事者概念をはじめ当事者論全般において、ヘンケルの見解をほぼ全面的に採用しているように思われる。彼は、まず当事者概念に関して次のように言う。「形式的当事者概念は、これらすべての場合に適当である。しかし、一定の法律で規定された財産管理の場合には、い

ずれにせよ修正する必要がある。』そして、特に、学説とりわけ判例において認知された「職務上の当事者」概念によって、「当事者」の概念を用いた訴訟法の規定において当事者概念を特別に解釈する必要が生じたとして、訴訟費用等の例を挙げている(Blomeyer, Zivilprozeßrecht, 1963, S. 411)。さらに、「形式的当事者概念は、ある者が複数の財産（破産財団——破産管財人の固有の財産）について当事者でありうる場合にのみ、財産関係による補充を必要とする。」とも述べ(Blomeyer, a. a. O., S. 208)、「ヘンケルの著書等を引用している。そのほかにも、彼は、訴訟追行権について（保護に値する）利益および（原則として）処分権から基礎づけ、かつ「利益財産」概念も採用しており(a. a. O., S. 208)」、結局、ヘンケルの見解にほぼ全面的に従っていると言いうことができるように思われる。

(28) ヘンケルに対する通説の側からの批判としては、Stein-Jonas-Leipold, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Aufl. 20, 1984, vor § 50 I S. 62 などがある。

(29) たとえば、わが国では、彼の訴訟追行権（当事者適格）の理論につき、福永有利「当事者適格理論の再構成」山本戸憲磨『実体法と手続法の交錯上』（一九七四年）四六頁以下。

Ⅳ グルンスキーの見解

前節において考察したように、ヘンケルの当事者論全般にわたる包括的な問題提起は、戦後の西ドイツにおいて大きな反響を呼んだ。とはいえ、結局、ヘンケルは当事者概念について結論においては原則として形式的当事者概念を維持したこともあって、ヘンケルによる問題提起の後も、西ドイツにおいては、形式的当事者概念が圧倒的な通説であって、同概念そのものに対して真正面から異論を唱えて、これに代る新しい当事者概念を提唱する動きは、ほとんど皆無に等しいのが現状である。にもかかわらず、デ・ボアやとりわけヘンケルの見解の影響を受けて、形式的当事者概念の存在意義を肯定しつつも、なお、同概念を絶対化せず¹⁾に、むしろ、これを補充・修正したり、あるいは相対化したりする見解は、決して皆無ではなく、少数ながら見受けられる。そこで、ここでは、そのような見解の中から最も注目に値するものとして、グルンスキーの見解を取り上げて以下において考察する。

ところで、グルンスキーは、当事者概念に関して、その著「手続法の基礎 (Die Grundlage des Verfahrensrechts)」の第二章第一節「当事者」において論じている。⁽²⁾そこで、グルンスキーによれば、(通説と同様に)当事者論の理解のためには、(1)具体的な手続において誰が当事者であるか、(2)どのように規定された当事者は当事者能力を有するか、(3)そのような当事者は正当な当事者であるか、の以上三つの問題を明確に区別することが必要であり、(1)の問題は、誰に対して、下されるべき判決を言い渡さなければならぬかを決定するものである。そして、グルンスキーは、(1)の問題を「当事者たる地位の取得」の問題として捉え、そういう題目の下に考察する。しかも、このような当事者たる地位の取得は、通常の場合、訴えの提起によって、すなわち、誰かが誰かに対して訴えを提起することによって取得されるので、彼は、最初に、「訴えの提起による当事者たる地位の取得」という項目を設けて、それについて考察する。(そして、その後で「訴えの提起以外の仕方での当事者たる地位の取得」について考察する)。ここにおいて初めに、グルンスキーは、「係争中の訴訟の原告は権利保護を求める者であり、被告はその者に対して権利保護が求められる者であるということについて今日合意が存在する (形式的当事者概念)」と述べ、⁽³⁾この局面における形式的当事者概念の採用を肯定している。そして、右に述べたことは、固有の意味における当事者が存在するすべての手続にあてはまるとし、民事訴訟のほか、行政裁判所訴訟、財政裁判所訴訟および社会裁判所訴訟についても、原告および被告としての地位は、訴えによる申立てに従い、形式的当事者概念が妥当することを認める。ただし、非訟事件手続については、その特殊性が顧慮されなければならず、そこで、当事者概念に代って、「関係人」概念 *Beteiligtenbegriff* を問題にする。⁽⁴⁾次に、グルンスキーは、「実体的当事者概念の実際的意義」という項目を設け、ここにおいて、通説において通常言われるような、実体的当事者概念は全く過去のものであってもはや今日的意義を何ら有しないという見解とは大いに異なる認識を示しており、注目される。すなわち、彼によれば、形式的当事者概念は、一九世紀末まで

確実に支配的であった実体的当事者概念の後を継いだものであり、ZPOの先祖（die Väter）も実体的当事者概念から出発したのである。そして、実体的当事者概念は、他人の権利について訴訟を起こすことを不可能とするものであったが、ある種の場合に、非権利者も当事者であることは可能であるという認識とともに、実体的当事者概念が形式的当事者概念に交代させられたのである。かかる認識に基づいて、グルンスキーは次のように述べる。すなわち、「この発展は、ZPOが法律効果を当事者たる地位に結び付ける場合に、それについて必然的に形式的な意味における当事者が考えられるという起りうる誤解に対してそれが警告するかぎりにおいて、今日においてもまたなお意義を有する。むしろ、各個別の規定ごとに、その意味内容から、いかなる当事者概念がその基礎にあるのかということへと検討を重ねることが必要である」（傍点は引用者）⁵⁶。要するに、グルンスキーは、ここにおいて、通説において見受けられるような、予め定めた当事者概念（形式的当事者概念）を「当事者」に関連のある個別の規定にすべて画一的にあてはめていく従来からのやり方に反対して、それに代って、各個別の規定ごとにその意味内容からいかなる当事者概念を採用するかを決めていくやり方、換言すれば、各規定ごとにそれに見合った当事者概念の採用をばらばらに決めていくやり方を提唱しているのである。もっとも、グルンスキーにあっては、実体的当事者概念および形式的当事者概念以外のいわば第三の当事者概念が提唱されているわけではないから、結局、各個別の規定ごとにその意味内容から実体的当事者概念または形式的当事者概念のいずれかを適当に振り分けていくことになるものと思われる。このようにして、グルンスキーによれば、実体的当事者概念は、まさに今日的・実際の意義を有するものとして存在価値を認められることになるのであり、その分だけ、形式的当事者概念は相対化されることになるのである。このようにみえてくると、グルンスキーの見解には、確実にヘンケルの見解の影響が見受けられる。すなわち、ヘンケルは、前節において考察したように、訴訟法の各規定がその法律要件、法律効果において用いている「当事者」をい

かなる者（財産）に結び付けるかという問題を当事者機能 *Parteilfunktion* の問題として捉え、これを規定の目的からいわれる形式的当事者だけでなく、係争法律関係の主体や利益財産にも結び付けることによって、形式的当事者概念を相対化した。これに対して、グルンスキーは、規定の意味、内容から各個別の規定ごとにいかなる当事者概念（実体的当事者概念——形式的当事者概念）が根底にあるかを探ることにより、その中のどちらを採用するかを決めるべきであるとして、ヘンケルと同様に形式的当事者概念を相対化しているのである。したがって、両者の見解の間にははっきりと類似性が認められる。いずれにしても、右に引用した文章において表明されたグルンスキーの見解は、形式的当事者概念を相対化するものとして大変注目値するように思われる。

次に、グルンスキーは、「訴えの提起以外の仕方での当事者たる地位の取得」という項目を設けて考察している。前述したように、通常の場合、当事者たる地位は、誰か他の誰かに対して訴えを提起することによって取得され、訴訟の終了によって失うことになるが、この原則には種々の主要な例外があると主張する。そして、かかる例外として ZPO 七五―七条、ZPO 二六五条二項および二六六条、当事者の死亡による当事者変更、訴訟当事者の財産についての破産手続の開始による法定当事者変更（ZPO 二四〇条）が挙げられている。ここにおいて当事者概念との関連で特に注目すべきことは、グルンスキーが、当事者の死亡による当事者変更の箇所、次のように述べていることである。「したがって、この箇所では、形式的当事者概念は実体的当事者概念のために打ち破られる。なぜならば、当事者は、（ここでは）権利保護を求める者またはその者に対して権利保護が求められる者ではなくて、死者の権利承継人であり、実体法に従って確定されるべき法的地位だからである。」⁽⁶⁾要するに、彼によれば、訴えの提起による当事者たる地位の取得の場合には、形式的当事者概念が妥当しても、訴えの提起以外の仕方での当事者たる地位の取得の場合には、必ずしも形式的当事者概念が妥当するとはいえないことになる。したがって、ここでも、形式的当事者概念

の相対化が見受けられる。

以上において、グルンスキーの見解を当事者概念の問題に限定して考察してきたわけであるが、これを要約すると次のとおりである。すなわち、グルンスキーは、実体的当事者概念から形式的当事者概念への移行を全体として肯定する。ただし、だからといって、通説と異なり実体的当事者概念の今日的・実際の意義を否定はしない。却って、それを肯定することにより形式的当事者概念の適用を無制限には認めず、むしろ、その相対化に努めるのである。すなわち、具体的には、「具体的な手続において誰が当事者であるか」という当事者概念に関わる問題を「当事者たる地位の取得」という角度から捉え、まず第一に、通常の場合たる訴えの提起による当事者たる地位の取得の場合には、固有の意味での当事者が存在するすべての手続（したがって、非訟事件手続は除く）について、形式的当事者概念の採用を全面的に肯定する。これに対して、第二に、訴えの提起以外の仕方での当事者たる地位の取得については、必ずしも形式的当事者概念が全面的に妥当するわけではないと解する。そして、第三に、ZPOの諸規定が法律効果を当事者たる地位に結び付けている場合に、そこでの「当事者」を一概に形式的当事者概念にいう「当事者」と解すべきではなくて、各規定ごとにその意味内容からいかなる当事者概念に基づいているかを検討すべきであるとして当事者概念の複数化（実体的当事者概念および形式的当事者概念）を肯定し、そのかぎりでは形式的当事者概念を相対化するのである。かくて、グルンスキーの見解は、当事者概念のあり方に一石を投ずるものとして、今後大いに注目し値するようになると思われる。

（１） 本節で取り上げるグルンスキーのほかに、デ・ボア、ヘンケルの見解に影響を受けて、形式的当事者概念を基本的に採用しながらも、財産訴訟においてその特質に鑑みて形式的当事者概念を補充もしくは修正し、あるいは相対化する見解として以下のようなものがある。まず、前節の注（27）（本号三六―七頁）で取り上げたBlomayer, Zivilprozessrecht, 1963, S. 40ff. = 208f.（ヘンケルの見解にはほぼ全面的に従ったもの）それからLiebke, Der Partei- und streitgegenstandsbezogene

- Inhalt des Vermögensrechts (Das Verhältnis von Parteilbegriff und Prozeßführungsbezugnis und seine Bedeutung für den Streitgegenstand im Vermögensprozeß) Dissertation, 1971, S. 17ff insbes. 39ff u. 139ff. (形式的当事者概念を基本的に維持しつつ、財産訴訟の特質に鑑みて、当事者権 Parteilzuständigkeit という概念を新しく設けて、それにより形式的当事者概念を補充・相対化する見解) Kass. Prozeßstandschaft und Rechtskraftwirkung, Eine Untersuchung des Wesens der Prozeßstandschaft und der Problematik der Rechtskraftwirkung bei Prozeßstandschaft, Dissertation, 1972, S. 11ff. insbes. S. 51ff. (訴訟担当との関連で当事者概念について考察し、原則として形式的当事者概念を支持しつつ、訴訟担当が他人の財産を管理する場合において、財産に関連する当事者機能が形式的当事者に結び付かず、管理された他人の財産に結び付くことを主張し、このような当事者機能によって相対化された形式的当事者概念を採用する見解)等がある。
- (2) Grunsky, Die Grundlagen des Verfahrensrechts-Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, 2. neubearbeitete Auflage, 1974, S. 236ff.

(3) Grunsky, a. a. O., S. 236.

(4) Grunsky, a. a. O., S. 310ff. グルンスキーは「非訟事件手続においては、原則として(真正争訟手続を除いて)西ドイツの通説に従い形式的関係人概念(Der formelle Beteiligtenbegriff)と実質的關係人概念(Der materielle Beteiligtenbegriff)の二元的關係人概念を採用している。

(5) Grunsky, a. a. O., S. 238. 彼は「本文に示した引用文の後に、それを受けて次のような例を挙げて説明している。すなわち、「例-Kがいわゆる訴訟担当者としてDのBに対する権利を訴求する。訴えは、請求権は存在しないという理由で既判力を伴って棄却される。ZPO三二五条一項により、それでもって、DはBに対していかなる請求権をも有しないということが当事者およびその権利承継人について確定する。今や、判決の既判力によって拘束されるのは誰か、Kか、それともDかが問題になる。その答えは、人が当事者はKであってDではないと論証するようにしては簡単にZPO三二五条一項から引き出されない。むしろ、法律は、当事者が判決の既判力に服するということでもって、いかなる目的を追求しているのか、そして、この目的は、わたしたちがDではなくてKを当事者とみる場合にも達成されるかどうかをわたしたちが検討することが必要である。……さしあたり、実体的当事者概念がこの後実質的な意義を有するという認識のみが(ここでは)重要である」(傍点は引用者)。

(6) Grunsky, a. a. O., S. 240.

第六章 結び——総括および今後の展望・課題

以上において、民事訴訟法における当事者概念に関してドイツの学説の変遷を跡付ける形で考察してきた。本稿は、序説において述べたように、かかる考察を通して形式的当事者概念の意義と限界を明らかにし、当事者概念をめぐる今後の展開に向けての展望と課題を得ることを目的とするものであった。したがって、「結び」では、まず第一に、以上の考察を踏まえて形式的当事者概念の意義および限界についての総括的な検討を行い、その後、当事者概念に関する今後の展望と残された研究課題を明らかにして本稿を閉じることとする。

最初に、形式的当事者概念の意義と限界についての総括的な検討を簡条書きの形で記すと、次の通りである。

一 形式的当事者概念が、実体的当事者概念やペーテルセン等のいわゆる折衷的当事者概念を克服して通説化していったのは、学説史的観点からは必然的な歩みであったと評することができる。すなわち、現代におけるわたしたちを取り巻く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、ひいては裁判所が取り上げる訴訟類型の多様化を不可避なものとしてもたらし、それに伴って「正当な当事者」の範囲も拡大し複雑化していかざるをえなかった。さらに、このような「正当な当事者」の範囲の拡大、複雑化に伴って、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（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追行する者」「折衷的当事者概念」→「自己の名において権利保護を要求する（せられる）者」「形式的当事者概念」というふうに（当事者）概念自体が包摂する外延の拡大をはかることが要請されるようになった。¹⁾要

するに、形式的当事者概念は、このような形で拡大・複雑化していった「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なければならぬという当事者概念の要請に最も忠実に応えるものとして必然性をもって成立し、通説化していったと言いうことができるのである。

二 そうだとすると、形式的当事者概念がヘルウィヒ等によるその確立以降今日に至るまで常に通説において採用されてきたのも当然であり必然性があつたと結論づけることができる。すなわち、社会生活・経済取引の複雑化・多様化→紛争類型の多様化→訴訟類型の多様化→「正当な当事者」の範囲の拡大・複雑化という形で図式化できる傾向が、現代において進行こそすれ後退しなかった（そして今後も恐らく後退しないであろう）以上、少なくとも「多様化したすべての訴訟類型に妥当する、拡大・複雑化したすべての『正当な当事者』を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がたい。⁽²⁾その点に、学説史的観点からみた形式的当事者概念の重要な意義が存するものと考ええる。

三 次に、ドイツや日本における通説が挙げる形式的当事者概念の意義について、これまでの考察を踏まえて総括的な検討を試みる。第一に、形式的当事者概念の意義として当事者と代理人の区別に有用であることが通説において挙げられる。すなわち、形式的当事者概念によれば、当事者は自己の名において訴訟追行（活動）⁽³⁾を行う者である点で他人の名において訴訟追行（活動）を行う者である代理人と区別されると通説は主張するのである。しかしながら、たとえば破産管財人等の財産管理人の訴訟上の地位をめぐる⁽⁴⁾は、同じく形式的当事者概念を採用する通説の内部で従来から（職務上の）当事者説や代理説・（財団）代表説等に分かれていて、今日に至るまで学説上の対立が見受けられるのは周知の通りである。そのことから、財産管理人の訴訟上の地位のように当事者と解すべきかそれとも代理人（あるいは財団の代表者）と解すべきであるかが微妙で疑問であるケースにおいては、形式的当事者概念の「自己の名に

において「他人の名において」という基準はあまりに抽象的であつて当事者と代理人を區別してそのいずれであるかを判断する実質的な基準たりえないのは明らかである。⁽⁵⁾この点は、キッシュやデ・ボアの指摘する通りであると考える。

四 それから、通説は形式的当事者概念の意義として「民事訴訟法が『当事者』たる地位に結び付けている法律上の諸効果が形式的当事者概念にいう当事者（形式的当事者）に及ぶ」ことを挙げる。⁽⁶⁾しかしながら、民事訴訟法が「当事者」たる地位に結び付けている法律上の諸効果（キッシュ・ヘンケル等のいう当事者機能 *Parteilunktion*）のすべてが形式的当事者に及ぶかは疑問である。前述したように、学説史的にみると、形式的当事者概念の成立当初のドイツの学説においては、当事者機能が必ずしも形式的当事者にのみ及ぶわけではないことが承認されていたが、ヘルヴィヒ等により形式的当事者概念が確立してからは、この概念がすべての当事者機能に画一的・機械的に結び付けられるという「形式的当事者概念の絶対化」の傾向が通説において見受けられた。しかしながら、ドイツ民事訴訟法は実体的当事者概念の支配下にその影響を受けて制定されたこともあって、民事訴訟法が「当事者」に関連するすべての条文につき形式的当事者概念を前提として規定しているかは大いに疑問である。そこで、ヘルヴィヒ以降の少数説においては、いわゆる当事者機能を形式的当事者だけではなく、それとは區別された訴訟追行主体（「ザウアー」）やまさに当事者機能という観点から係争法律関係の主体や利益財産（「ヘンケル等」）に、さらには、当事者概念の複数化を肯定して実体的当事者概念にいう当事者（実体的当事者）（「グルンスキー」）に認めている。そのように解することによって、少数説において（通説によって絶対化された）形式的当事者概念の『相対化』⁽⁷⁾がはかられていると言うことができる。わが国においても、民事訴訟法は「当事者」という用語を多義的に用いており、必ずしも形式的当事者概念を念頭に置いて規定されているとはいえないよう思われ、その点でもドイツの少数説において試みられた当事者機能の観点からの「形式的当事者概念の相対化」は注目値するよう思われる。

五 さらに、形式的当事者概念の意義として通説において挙げられるものが二つある。一つは、形式的当事者概念は当事者の確定基準に関する諸学説と結び付いて訴え提起時において「誰が具体的訴訟における当事者であるか」を確定するという意義であり、もう一つは、形式的当事者概念によれば、当事者は判決の名宛人として常に既判力等の判決効の及ぶ主体である点で、判決の名宛人ではない補助参加人や判決の効力を受けるだけの者と区別されるという意義である⁽⁸⁾。もっとも、前者については、実質的な当事者確定の機能は、専ら当事者確定の基準に関する諸学説に委ねられていて、こ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にすぎないと言うことができる⁽⁹⁾、後者についても、常に判決効の及ぶ「当事者」を形式的当事者と解することには日独双方において少数説ながら異論があつて⁽¹⁰⁾、疑問の余地が全くないともいえず、また、形式的当事者概念の判決の名宛人としての意義についても形式的な意義にすぎないと評することも一応可能ではある。にもかかわらず、通説において挙げられる右の二つの意義が結び付けられて、訴え提起時に（形式的当事者概念に即して専ら訴状の記載により形式的に）確定された当事者が訴訟終了時には判決の名宛人となると通説において解されるとき、形式的当事者概念が通説的民事訴訟法理論（とりわけ当事者論）の体系を根底において支える柱のような役割を果たしていることに注意する必要がある。すなわち、前述したように、ヘルヴィヒを含む彼以降の通説的当事者論の体系においては、訴え提起段階で形式的当事者概念に即して訴状の表示等から具体的な訴訟における「当事者」が確定され、かかる確定された「当事者」について当事者能力ないし訴訟能力の有無が判断され、さらに訴訟追行権（わが国では特に当事者適格）の有無が判断される。その上で、それらの能力や訴訟追行権（当事者適格）を有する「当事者」は「正当な当事者」として本案についての審判が原則として認められるが、逆に、そうでない「当事者」が関与する訴えは不適法として却下される。しかし、いずれにせよ「当事者」にはちがいないので、訴訟の終了の段階で代理人や補助参加人とは異なり「判決の名宛人」となる。このように、（訴え提起段

階での）確定された当事者Ⅱ（訴訟終了段階での）判決の名宛人という図式において表わされる形式的当事者概念の意義は、一見形式的な意義にすぎないようにも思えるが、現実には、通説的当事者論さらには通説的民事訴訟法理論の体系を根底において支える柱のような役割を果たしているし、逆に、そうした通説の理論体系の中に組み込まれることによって形式的当事者概念は通説としての揺るぎない地位を維持し続けてきたとみることもできよう。

六 このようにみると、形式的当事者概念の本質的な意義は、二で述べた「すべての訴訟類型に妥当する、すべての正当な当事者を包摂しうる当事者概念」としての意義と五で述べた「（訴えの提起段階での）確定された当事者Ⅱ（訴訟終了段階での）判決の名宛人」としての意義に帰するように思われる。しかも、右の二つの意義を有するものとしての形式的当事者概念は、通説的当事者論（民事訴訟法理論）の体系を一方で根底で支え、他方で組み込まれることによって支えられるという相互依存の関係にあるように思われる。そうだとすれば、そうした理論体系の枠組の抜本的な見直しを図らないかぎり、形式的当事者概念を完全に否定することは難しいと考える。翻って、従来の形式的当事者概念に対する批判的な見解（特にわが国の学説）を顧みるとき、それぞれに鋭い問題意識と発想を有しながらも、形式的当事者概念と相互依存の関係にあるかかる通説的当事者論の体系への見直しを迫ることなく、さしあたり己れの関心のある当事者論の各論的課題との関連で形式的当事者概念の問題性を指摘したり、新しい当事者概念を示唆したり提唱したりするにとどまっており、そうした中では、形式的当事者概念が通説的地位を維持し続けたのもそれなりに必然性があったと言うことができよう。

七 このように、形式的当事者概念は通説的当事者論の下で本質的な意義を有しており、一方でかかる通説的当事者論の根本的な再検討が求められると同時に、他方で、それを前提とした場合にも形式的当事者概念だけではたして十分であるかという形式的当事者概念の限界およびその相対化が問題にされて然るべきであると考ええる。形式的当

事者概念は、「すべての訴訟類型に妥当する、すべての正当当事者を包摂する当事者概念」として概念自体が包摂する外延の拡大をはかった結果として却って概念の抽象性・内容的空虚性を宿命づけられることになった。この点に、形式的当事者概念の抱える一つの問題点があり、ヘルヴィヒ以降のドイツにおいて少数説とはいえ、訴訟における当事者の機能ないしは生活における訴訟の機能という観点から財産訴訟に限定しつつ（紛争・利益）財産概念によって形式的当事者概念を補充・修正して当事者概念の内容的充実をはかろうとする見解が現れる素地があったといふことができる。しかも、学説史的にみると、実体的当事者概念やベーターセン等のいわゆる折衷的当事者概念の下では当事者概念と「正当な当事者」概念は密接な関係にあり、また、実体的当事者概念から折衷的当事者概念を経て形式的当事者概念へと至る過程においては当事者概念と「正当な当事者」概念（理論）はいわば不即不離の關係にあって、後者の発展は前者の展開を必然的に引き起こした。ところが、ヘルヴィヒ等において形式的当事者概念が一旦確立すると、それ以降は「正当な当事者」概念（理論）の発展は当事者概念に何ら影響を及ぼすことなく形式的当事者概念はそのままの形で温存された。その結果、当事者概念と「正当な当事者」概念（理論）とは、前者が後者を概念の外延において包摂し、当事者概念に該当する当事者の中から「正当な当事者」が抽出されるという以外には両者の直接的な結び付きを断つはめになった。そうした点にも財産概念を通して「当事者」概念と「正当な当事者」概念（理論）の結び付きの回復をはかろうとするデ・ボアやヘンケルの見解が登場する所以があったといふことができる。

八 ヘルヴィヒ以降のドイツの少数説にみられる形式的当事者概念の相対化としては、七で述べた（紛争・利益）財産概念による当事者概念の補充による相対化と四で述べた民事訴訟法が当事者たる地位に結び付けている諸効果（いわゆる当事者機能）を形式的当事者以外の者にも及ぼすことによる相対化が主なものである。それに対して、わが国の少数説においてみられる形式的当事者概念の相対化は、序説において検討したように実質的当事者概念によるそれが

中心をなしており、対照的である。すなわち、ドイツにおいては、形式的当事者概念の確立後民事訴訟法固有の領域では、デ・ボアの機能的当事者概念を唯一の例外として除けば形式的当事者概念以外に新しい当事者概念は存在せず、かかる単一の当事者概念を前提として財産概念および主として当事者機能の観点から相対化をはかっているといえる。⁽¹¹⁾これに対して、わが国における有力な少数説においては、形式的当事者概念を原則として採用しつつ、それと並んで（一定の場合に限定しつつ）実質的当事者概念を認めようとするため、いわば複数の当事者概念を前提としているといえる。このように、ドイツの少数説とわが国の少数説とは一見全く対照的であるようにも見える。にもかかわらず、どちらも訴えの提起段階以降の「訴訟追行主体としての当事者」については形式的当事者概念を採用しつつ、（判決による）訴訟終了段階での「既判力等の判決効の及ぶ主体としての当事者」については、ドイツの少数説では主として当事者機能の観点から実体的当事者概念を、わが国の有力な少数説では当事者概念の複数化を前提として形式的当事者概念に加えて実質的当事者概念を採用しており、両者には類似性があることを見逃してはならない。そもそも学説史的に見ると、形式的当事者概念は「無権利者（とりわけ財産管理人）の当事者として本案についての訴訟追行を可能ならしめるための構成」として成立しており、「訴訟追行主体としての当事者」換言すれば行為規範の面のみが念頭にあって、評価規範としての面である「判決効の及ぶ主体としての当事者」はそれとは異質なものと解されていた（すなわち、実体的当事者概念が採用されていた）。したがって、学説史的観点から言っても、日独の少数説に共通してみられるように「訴訟追行主体としての当事者」と「判決効の及ぶ主体としての当事者」を区別して取り扱うことは（少なくとも理論的には）一向に差支えないのである。ところで、「判決効の及ぶ主体としての当事者」について両説を比較するとき、ドイツの少数説においては当事者機能の観点から実体的当事者概念を適用する以上、概念の外延の明確性は保てる長所を有するが、柔軟性に欠け（概念の）外延が狭きにすぎはしないかという懸念が生じうる。逆

に、わが国の有力な少数説の場合には、形式的当事者概念に加えて実質的当事者概念の採用を認めることから「判決効の及ぶ主体としての当事者」の範囲は広げられ、かつ実質的当事者概念において当事者（手続）権保障という観点が増味されるという長所がある反面、かかる「当事者」概念の外延が不明確になるきらいがある。ただ、いずれにせよ、ドイツの少数説にみられる財産概念の補充や当事者機能の観点による形式的当事者概念の相対化とわが国の有力な少数説にみられる実質的当事者概念による相対化とは必ずしも二律背反ではなく共に追求していくことが可能であると考えられる。

以上において民事訴訟法における形式的当事者概念の意義および限界についての総括的な検討を行ったが、最後に、それを踏まえて今後の当事者概念の展開に向けての展望と残された研究課題について以下において簡条書きの形式で記すことにする。

一 形式的当事者概念は、前述したように、通説的当事者論の基本的な体系に強固に組み込まれつつ、「すべての訴訟類型に妥当する、すべての正当な当事者を包摂する当事者概念」および「（訴え提起段階で）確定された当事者」（訴訟終了段階での）判決の名宛人」としての意義を有しており、そのような通説の基本的な当事者論の体系の枠組を覆さないかぎり、形式的当事者概念を否定し去ることは難しいように思われる。したがって、形式的当事者概念は今後とも通説において基本的には採用されていくものと思われる。

二 しかしながら、一で述べた二つの意義のうちの後者、すなわち「（訴え提起段階で）確定された当事者Ⅱ（訴訟終了段階での）判決の名宛人」については、今後かかる図式が本質的なものか、さらに、（仮にそうであるとしても）いかなる手続の分野において本質的なものであるかが今後検討されていくであろうし、検討されていくべきであると考えられる。⁽¹²⁾

三 二で述べたことと関係して、形式的当事者概念が妥当する民事（裁判）手続の限界づけが必要である。すなわ

ち、形式的当事者概念が固有の民事訴訟（判決手続）の分野において基本的に採用されるとしても、他の民事手続の分野においてはどうか、特に手続構造において著しい差異がある非訟手続においてはどうかの検討が必要である。⁽¹³⁾要するに、民事（裁判）手続全般を視野の中に入れて形式的当事者概念の妥当範囲を具体的に限界づけ相対化する作業が今後の課題であると考ええる。

四 形式的当事者概念の限界、したがって相対化を考えていく際には、新堂教授の提案された行為規範と評価規範の分類は有用であると考ええる。⁽¹⁴⁾すなわち、形式的当事者概念は訴え提起段階に照準をあてて「訴訟追行主体としての当事者」を指し示すものとしていわば行為規範を念頭に置いて形成されており、したがって、評価規範の観点からは必ずしも「判決効の及ぶ主体としての当事者」を形式的当事者（のみ）と解さなければならない必然性はなく、区別した取扱いをする可能性を有しうる。要するに、評価規範の観点から形式的当事者概念を限界づけ相対化することが可能であると思われる。なお、そのようなものとしてわが国の有力な少数説において提唱されている実質的当事者概念は、元来判例から生まれた概念であるだけに大変実用的で実務になじみやすいという長所があることから、今後ますます注目を浴びてくるものと予想されるが、かかる長所の反面、この当事者概念が及ぶ範囲が不明確で恣意的に用いられる危険性も否定できないことから、それがいかなる範囲においてどのような概念内容（効果）を持つものとして用いられるのかを具体的に明確にすることが今後の課題であると考ええる。

五 いわゆる当事者機能による形式的当事者概念の相対化も今後の課題であると考ええる。わが国の民事訴訟法は「当事者」という用語を多義的に用いており形式的当事者概念を必ずしも前提に規定されていないことに鑑み、各条文ごとにその規定の趣旨を勘案してその条文にいう「当事者」の範囲（外延）を考えていく必要があるように思われる。⁽¹⁵⁾

六 前述したように、今日の通説においては、(形式的)当事者概念と「正当な当事者」概念(理論)の結び付きが希薄になっており、両者の結び付きの回復をはかることが今後の課題である。その際には、「原則として形式的当事者概念を維持しながらも、そのために当事者概念から放逐された訴訟追行権の基礎を究明して、両者の関係回復を利益財産を媒介として試み、この『利益財産』概念によって形式的当事者概念の内容的空虚さを財産訴訟において補充して、その概念内容の充実をはかろうとした」ヘンケルの手法は注目に値するものとして一つの参考になると考える。

七 わが国において近時「当事者権」という概念が山木戸克己教授⁽¹⁶⁾により提唱され、ほとんど異論なく学界において受け入れられていると言ってよいが、それがいかなる主体(当事者)において認められるのかという「当事者権の主体的範囲」についての議論は、ほとんどなされておらず、したがって、当事者概念との関係も必ずしも明らかになっていない。このことは、西ドイツにおいて「審問(尋)請求権(わが国でいう当事者権の中の弁論権に相当する)の主体的範囲」をめぐって学説上激しい議論の対立があるのと比較すれば誠に対照的であるといえる。仮に当事者権の主体的範囲に関して、ここにいう当事者を形式的当事者概念よりも広く解する余地があるとすれば、当事者権という概念もまた形式的当事者概念を相対化するものであるといえそうである。いずれにせよ、この点も今後の課題として残されている。

このように、当事者概念をめぐっては多くの問題点や課題が残されており、本稿において果たしえたことはわずかなのであるが、今後ともこうした課題に取り組むことを約して本稿を閉じることとする。

(1) なぜなら、「当事者」ではない「正当な当事者」というのは、概念上矛盾している以上認めるわけにはいかないから、「正当な当事者」概念の範囲の拡大に伴って、そのつどそれをすべて包摂しうる外延を有する当事者概念へと変更せざるをえなかったのである。

- (2) ドイツにおいて全く独自の当事者概念（機能的当事者概念）を提唱した唯一の学者であるデ・ボアが、それを財産訴訟に限定して認めたのも、すべての訴訟類型におけるすべての「正当な当事者」を包摂しうる当事者概念を形成しようとするれば、彼が批判する形式的当事者概念に後戻りせざるをえないというのが、一つの大きな原因であった（de Boor, zur Lehre vom Parteiwchsel und vom Parteibegriff, S. 51）。
- (3) たとえば、中野＝松浦＝鈴木編・民事訴訟法講義（大学双書）〈補訂第二版〉（一九八六年）九二頁（福永）。Stein-Jonas-Leipold, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20Aufl. bearb. Erster Band, 1984, S. 61. 学説史的には、Hellwig, Wesen und subjektiven Begrenzung der Rechtskraftwirkung, 1901, S. 35ff. において既にみるべきである。
- (4) とりあえず、cf. Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 14Aufl., 1986, S. 214ff.
- (5) 実際には、他の実質的な基準（たとえば、当事者機能）によって当事者と解された者を「自己の名において」訴訟追行する者として当事者であると解しているように思われ、「自己の名において」と「他人の名において」の区別は、一種の結果論にすぎないものと思われる。
- (6) たとえば、三ヶ月章・民事訴訟法（第二版）（法律学講座双書）二一四頁。
- (7) 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）。
- (8) 中野＝松浦＝鈴木・前掲書（注2）九二頁。三ヶ月・前掲書（注4）二二四頁。
- (9) 厳密に言えば、通説においては、当事者確定とは、「形式的当事者概念に該当する『当事者』は具体的な訴訟において誰であるか」を訴え提起時に訴状の表示等の当事者確定の基準に従って判断し、確定することであることになろう。形式的当事者概念と当事者確定論の関係につき、言及する主なものとして、福永有利「当事者の確定理論の意義」月刊法学教室三六号（一九八三年九月）一四頁。納谷廣美「当事者確定の理論と実務」新実務民事訴訟講座Ⅰ（判決手続通論Ⅰ）（一九八一年）三三九頁以下。
- (10) 西ドイツでは、ヘンケル・プロマイヤー・グルンスキー等が「判決効の及ぶ主体としての当事者」を実体的当事者と解しており、わが国では上田徹一郎教授が独自の見解を提唱しておられる（本稿・熊本法学五一号八九頁）。
- (11) 複数の当事者概念（実体的当事者概念・形式的当事者概念）を肯定したグルンスキーの見解も、実体的当事者概念を用い

るのは、実際には主として当事者機能（民事訴訟法が「当事者」たる地位に結びつけている法律上の効果）の面についてであることに注意する必要がある。

- (12) 非訟手続の分野では、非訟事件における当事者概念の確定に当っては、二つの面、すなわち、「手続の面における主体性」と「裁判の効力の面における名宛人」の両面から考察する必要があるとし、訴訟事件においては、この二面は完全に一致するが、非訟事件においては別々に現われることがあると主張されている。鈴木忠一「非訟事件における当事者」『非訟事件の裁判の既判力』（一九六一年）二〇〇頁。伊東乾三井哲夫編・注解非訟事件手続法（注解民事手続法8）（一九八六年）一一七頁参照。

- (13) 非訟手続における「手続主体」概念については、わが国では形式的当事者概念だけに限定されておらず、西ドイツでは形式的当事者概念は一般に用いられず、形式的関係人概念と実質的關係人概念の二つを認めるのが通説である。とりあえず、鈴木・前掲書（注12）二〇八頁。伊東三井編・前掲書（注12）一二〇頁。飯塚重男「非訟事件の当事者」実務民事訴訟講座7（非訟事件・審判）（一九六九年）六七頁以下。

- (14) 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。なお、近時これについて論じたものとして、内田貴「民事訴訟における行為規範と評価規範」月刊法学教室七五号（一九八六年二月）六九頁以下（新堂幸司編者『特別講義民事訴訟法』三頁以下）。

- (15) その点で、ヘンケルおよびグルンスキーの見解は、今後とも参考になるとと思われる。

- (16) 山木戸克己「訴訟における当事者権——訴訟と非訟の手続構造の差異に関する一考察——」『民事訴訟理論の基礎的研究』（一九六一年）五九頁以下。

- (17) とりあえず、佐上善和「当事者権という概念の効用」民事訴訟法の争点六六—七頁。新堂幸司・民事訴訟法（現代法学全集）八四頁以下参照。

- (18) とりあえず、紺谷浩司「民事手続における審問請求権（Anspruch auf rechtliches Gehör）について（その2）——西ドイツ基本法第一〇三条第一項に関して——」政経論集一八巻三・四号（一九六八年）九二頁以下、同「西ドイツ民事訴訟法における第三者の訴訟関与」政経論集二四巻四・五号（一九七四年）三七頁以下。