

# 当事者確定の基準と当事者確定理論の守備範囲について

松  
原  
弘  
信

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 確定機能縮小説についての批判的検討
  - (1) 伊藤教授の見解について
  - (2) 上野教授の見解について
  - (3) 三ヶ月博士の見解について
  - (4) 納谷教授の見解について
  - (5) 総括的検討
- 三 紛争特定主体责任説（佐上教授の見解）についての批判的検討
- 四 規範分類説（新堂教授の見解）についての批判的検討
- 五 私見——結びに代えて

# 一 はじめに

当事者確定理論については、周知のように従来から当事者確定の基準を中心に活発に論じられており、論文や判例もかなりの数にのぼる。しかしながら、近時、当事者確定の基準の機能ないし当事者確定理論の位置づけや守備範囲を問い直すという新たな視点から当事者確定理論について再検討ないし再編する動きが出てきており、注目される。<sup>(1)</sup> 本稿では、そうしたわが国における当事者確定理論の近時の新たな学説の展開に焦点をあて、代表的な諸見解を取り上げて検討を行うことにする。<sup>(2)</sup>

具体的には、まず最初に、当事者確定の基準については通説たる表示説（いわゆる実質的表示説）に従いつつも当事者確定理論の意義ないし守備範囲について再検討を試みて近時大変有力な学説となりつつある、いわゆる確定機能縮小説<sup>(3)</sup>について、この立場に立つ代表的なものとして伊藤教授、上野教授、三ヶ月博士、納谷教授の見解を取り上げて批判的に検討する。次に、「手続保障の第三の波（第三期派）」の立場から当事者確定理論の再編を試みられた佐上教授の見解、いわゆる紛争主体特定責任説を取り上げて批判的に検討する。さらに、私見に最も近い新堂教授の見解、いわゆる規範分類説についても若干の批判的な検討を試み、最後に、以上の検討を踏まえて現段階での試論ともいべき私見を開陳して大方の御批判を賜ることにする。

## 二 確定機能縮小説についての批判的検討

### (1) 伊藤教授の見解について

伊藤教授によると、従来において当事者確定理論が担ってきた役割は三つあり、一つは訴訟手続上で当事者としての地位に付随して認められる諸効果を誰を標準として決定するかという問題、換言すれば、裁判所が訴訟を進行していく上で誰を当事者として扱うかという問題であり、こうした一応の確定の問題の処理については、現在の訴訟制度の建前から考えて訴訟の開始の段階で裁判所が当事者の意思あるいは行動を職権で探知する必要はないから、表示説が適当であるとされる。従来の当事者確定理論が担ってきた役割の二つめは、いわゆる氏名冒用訴訟の取扱いであり、従来は、再審の訴えを要求するかどうかについて確定理論が重要な役割を果たしていたが、再審の訴えという形式自体は重要ではなく、被冒用者に与えられる救済手段のために確定理論が果たすべき役割はほとんど認められず、特に確定理論を必要としなくなったとして、ここでの当事者確定理論が果たす役割を否定される。当事者確定理論が従来において担ってきた三つめの役割は、死者を当事者とする訴訟を含む当事者の表示を誤った場合の取扱いであり、ここで死者を当事者とする訴訟は当然に不適法であり判決は当然に無効であるという従来の理論を再検討し、それに加えて、訴訟係属および受継の要件を柔軟に考えることによって、ほとんどの問題は解決され、ここでも確定理論の果たす役割は失われたとされる。さらに、当事者の表示の訂正について、従来の判例の中で表示の訂正が問題とされた事案には、当事者の同一性に関するものだけでなく、当事者の単一性に関するものが含まれているが、それを表示

の訂正として処理するのは妥当でなく、任意的当事者変更によって処理すべきであるとされる。そのうえで、このようにみえてくると当事者確定理論が重要な役割を果たすのは、訴訟開始段階での一応の確定の場面のみであり、従来の議論はあまりにも多くの問題の解決を確定理論に委ねすぎた傾向があり、その結果、同理論の中に多くの判断要素が持ち込まれすぎて明瞭さを欠く結果を生み出したと結論づけられる。

以上の伊藤教授の見解については種々の疑問がある。まず、当事者確定の基準につき表示説を妥当とする根拠として、意思説や行動説では当事者確定につき職権探知主義が要求されるのに対し、表示説では職権探知主義が否定されることを挙げられるが、上記の三説はいずれも本来原告の訴え提起行為の中に当事者確定の基準を求めるものである点で共通しており、意思説・行動説をとるか、それとも表示説をとるかで論理必然的に職権探知主義の適用の要否が決定されるとは俄に信じがたい。また、伊藤教授が、当事者の単一性に関する事案は表示の訂正によらず、任意的当事者変更によって処理すべきであるとされる点も、後述するように私見によれば、かかる場合にも判例と同様に当事者の表示の訂正による処理の余地を認め、その意味で当事者確定理論の守備範囲に含めうると考えるので賛成できない。さらに、伊藤教授が従来の当事者確定理論はあまりにも多くの問題の解決を確定理論に委ねすぎたため、同理論のなかに多くの判断要素が持ち込まれ過ぎて明瞭さを欠く結果となったとされる点<sup>(8)</sup>についても、当事者確定理論が歴史的に担ってきた多くの役割を否定して伊藤教授のように確定理論の役割を訴訟開始段階での一応の確定の場面のみに限定し、あとはすべて他の理論に委ねてしまっているものかについては後述するように大いに疑問であるのみならず、誰が当事者である(あった)かが判例で問題となるのは、訴訟係属中や訴訟終了後であることが少なくない点に鑑みても、何故当事者確定理論のみ特段に明瞭さを保つために判断要素を少なくしなければならないのかという疑問もあり、この点は更に検討を要するように思われる。

(2) 上野教授の見解について<sup>(10)</sup>

上野教授は、死者名義訴訟についての判例を丹念に分析・検討したうえで、判例は、少なくとも死者名義訴訟をみるかぎり、死者名義訴訟を不適法として却下せずに利用する手段を導くためのいわば方便として「当事者の確定」の問題を利用し、操作しているとし、そのうえで、こうした判例や兼子・概論<sup>(11)</sup>以前の旧学説が「当事者の確定」問題を死者名義訴訟処理のために利用していたのは、死者名義訴訟処理のための理論が整備されておらず、表示の訂正の理論しか知らなかったことによるのであるとされる。ところが、現在では、死者名義訴訟処理のための理論として、訴訟承継の類推や任意的当事者変更や判決効拡張の理論が整備されている以上、死者名義訴訟の処理は、これらの理論に委ねることにより、より妥当な処理がなされるので、今日においては死者名義訴訟の処理はこれら各処理手段にまかせ、当事者の確定は純粹に当事者の確定として取り扱うことが可能になったのであるとされる。そうして、伊東教授や新堂教授等の近時の学説は、兼子・概論以前の旧学説に回帰しつつあり、その意味で判例への歩み寄りを示しているが、それは妥当でなく、むしろ、確定基準としての表示説を氏名冒用訴訟や死者名義訴訟にも貫き、当事者確定基準に本来の機能を与えた従来の学説（兼子・概論以降のいわゆる新学説）の行き方を正當と主張される。

しかしながら、以上の上野教授の見解には、以下のような疑問がある。まず、上野教授によれば、「当事者の確定」問題を死者名義訴訟や氏名冒用訴訟の処理のために利用するのは、純粹に「当事者の確定」問題を取り扱っていない<sup>(12)</sup>ということのようであるが、「純粹な『当事者の確定』問題」とは、具体的に何を意味するかは必ずしも明確でない。そのうえ、従来から当事者確定の問題は、氏名冒用訴訟や死者名義訴訟等において「意思」「表示」「行動」の三者が互いに食い違つて誰が当事者であるのかわからないという場合に何を基準として当事者を確定するのかという

形で論じられてきているのに、それらを、純粹に「当事者の確定」問題ではないとして当事者確定理論の守備範囲から除外することが果たして妥当であるかという疑問もある。

(3) 三ヶ月博士の見解について<sup>(14)</sup>

三ヶ月博士は、いわゆる確定機能縮小説に立つことを明言されていないが、たとえば納谷教授は、この説に立つことを明確にされた論文において「本稿の執筆に際して、三ヶ月教授が『民事訴訟法』(双書)二二二頁の注『当事者の確定をめぐる判例の立場』において表明された見解……から大きな示唆を受けた」と述べておられるし、上野教授も、確定機能縮小説の立場にたつ見解として三ヶ月博士の名前を挙げておられ、筆者もそのように解して差し支えないと考える。

三ヶ月博士によれば、判例に現れた事例において判例が、これまで意思説ないし行動説の立場に立つ形で事後的操作をしたことが多かったことに対して、単に裁判の効力を事後的に誰に及ぼすべきかという問題に止まらずにあらゆる手続上の問題について要求される当事者の確定という問題処理の基準として通用するか、またせしめてよいか、は問題であるとされる。そのうえで、すべての手続の段階を通じて誰が当事者であるとすべきかということについては、できるだけ客観的な基準を立てるべきであり、表示説がこの意味からも支持されるが、いったんなされた判決を前提としてその判決の効力を誰に及ぼすのが適当かという局面に限っていえば、表示説を形式的に貫くことが要求されていると硬直的に考える必要はないとし、訴訟の全局面を貫く当事者の確定の基準としては表示説を是とすること、といったんなされた裁判の効力を及ぼすことが適当かという局面で多少の裁量の余地を認めるということは矛盾しないというべきであると主張される。

だが、以上の三ヶ月博士の見解にも疑問がある。三ヶ月博士によれば、通説に従い、判決の効力（既判力）の原則的帰属主体たる当事者は、形式的当事者概念に基づき判決の名宛人としての当事者であり、したがって、判決の効力を誰に及ぼすのが適当かという局面においても、表示説に従い訴え提起段階で訴状に表示された者が当事者として捉えられており、したがって、たとえば氏名冒用訴訟において一貫して訴訟追行した冒用者や死者名義訴訟において事実上応訴した相続人に判決効を及ぼすとすれば、第三者への判決効拡張によるほかにないことになる。だが、三ヶ月博士がそれらの訴訟において判決効（の第三者への拡張）の面で具体的にどのような形で多少の裁量の余地を認めるのかについては何も明らかにされていないように思われるし、また、たとえば氏名冒用訴訟における被冒用者のように事実上手続保障の機会を全く与えられていない者を形式的にせよ当事者として判決効を及ぼしてよいのかについても、後述するように判決効の正当化根拠の観点からは疑問である。

#### (4) 納谷教授の見解について

納谷教授によると、当事者の確定は当事者の特定を補完する機能を有しているにすぎず、当事者の特定が訴え提起において行われる以上、その補完のために行われる当事者の確定も訴え提起に基準を求めなければならないとされる。そのうえで、訴訟行為としての訴えは口頭弁論期日に陳述することによって、はじめて効力を発生するので、当事者の特定の記載の訂正または補正は第一回口頭弁論期日までには当事者確定の守備範囲の問題として当事者の表示の訂正の形でなしうるが、それ以降は、もはや当事者の確定の問題として処理すべきでなく、多くの場合任意の当事者変更の問題として処理されることになるとされる。そうして、これまで「当事者の確定」理論は「当事者の確定」という問題のなかに、本来の守備範囲を越えていろいろな問題をかかえこんでいたが、当事者確定理論の守備範囲は

説「当事者の特定」を補充するという面にすぎないとし、氏名冒用訴訟や死者名義訴訟は「当事者の確定」で処理されるべき問題ではないと主張される。

#### 論

しかしながら、第一回口頭弁論期日以降においても、当事者の同一性を前提とした当事者の表示の訂正の余地が生じうることを考慮すると、納谷教授のように当事者確定理論の守備範囲を第一回口頭弁論期日までに限定する実質的かつ合理的な理由が果たして存するのか疑問に思われる。また、納谷教授は、当事者確定理論の守備範囲を局限するために、旧当事者の訴訟追行が実質的に新当事者による訴訟追行と同一視できる場合（たとえば、死者名義訴訟につき事実上関与していた相続人が当事者となる場合やいわゆる法人格否認のケースで、その背後にいる者が新当事者となる場合）には、旧訴訟で生成された訴訟状態（訴訟資料）は全面的に引き継がれるとしつつ、任意的当事者変更の理論の問題とされるが、後述するように、実質的な当事者の同一性を有するに旧訴訟で生成された訴訟状態（訴訟資料）が全面的に受け継がれる場合には、そのことが第一回口頭弁論期日以降になってはじめて判明したとしても、当事者の表示の訂正の問題として当事者確定理論の守備範囲の問題と解すべきではないかと思われる。さらに、納谷教授のように、当事者確定理論の守備範囲を第一回口頭弁論期日までの当事者の特定の補充に限定してしまい、あとはすべて当事者確定後の事後処理の問題であって当事者確定の問題とは何ら関係ないものと言い切ってしまうていいものかについても、後述するように大いに疑問である。

#### (5) 総括的検討

以上においてみてきた確定機能縮小説に立つ代表的な学者の諸見解を踏まえて、この説に対する総括的な批判的検討をこゝで行うことにする。確定機能縮小説は、この立場に与する個々の学者において若干の見解のズレないし力点



の相違は存するものの、総じて、当事者確定の基準について通説たる表示説（いわゆる実質的表示説）の立場を前提としつつも、当事者確定理論の守備範囲を局限し、従来この理論において大きなウエイトを占めてきた氏名冒用訴訟や死者名義訴訟の処理の問題をこの理論の固有の守備範囲から追放して任意的当事者変更の理論、訴訟承継の類推の理論や判決効（の主観的範囲）の理論に委ねるべきであるとする立場である。この説は、従来における当事者確定の基準をめぐる諸学説の対立の根底にある、そもそも当事者確定の基準はいかなる機能を有しており、当事者確定理論の意義ないし守備範囲はいかなるものであるかということ問い直して大胆な問題提起を試みたという点で注目に値する。しかも、この説は、前述したように、当事者確定の基準については通説たる表示説を前提としつつも、表示説において従来から欠点として指摘されていた氏名冒用訴訟や死者名義訴訟等においてとすると具体的妥当な結論を導きえないという点を、かかる訴訟の処理は当事者確定理論の守備範囲の問題ではないとして、他の理論によって具体的に妥当な結論を得る形で解決しようとするものであることから、ほとんど十分な批判的検討を経ることなく大変有力な学説となりつつあり、その点でも注目される。ただそれだけに、この説に対して十分な総括的・批判的検討を行うためには、この説が問題提起した当事者確定の基準の機能ないし当事者確定理論の守備範囲という観点と、この説の根底にある当事者確定の基準についての通説たる表示説の当否という観点の両面から検討される必要がある、以下においてその両面から検討を行うことにする。なお、後者の観点に関連して表示説と当事者概念との関わりについてもここで論じることにする。

そこでまず、この説が提起した当事者確定基準の機能および当事者確定理論の守備範囲の観点からの批判的検討を試みると、第一に、この説は、当事者確定理論の守備範囲を局限して氏名冒用訴訟や死者名義訴訟をそれから除外するために当事者の（形式的）同一性を前提とした表示の訂正の処理の範囲を（私見からは不当に）狭く解し、逆にその

ぶん任意的当事者変更理論の守備範囲を広く捉える傾向にあるが、妥当でないと考える。思うに、当事者の表示の訂正か任意的当事者変更かは主に効果の面に着目して区別し、形式的に当事者が同一である場合だけでなく、実質的にみて当事者が同一と評価できるため従前の訴訟資料ないし訴訟状態を全面的に引き継ぐことが是とされる場合には、第一回口頭弁論期日以前であると以後であるとを問わず当事者の表示の訂正の問題として当事者確定理論の守備範囲の問題と解すべきである。したがって、伊藤教授のいわれる当事者の単一性の事案や納合教授のいわれる旧当事者の訴訟追行が実質的に新当事者によるそれと同一視できる場合には、当事者の表示の訂正を認め、当事者確定理論の守備範囲の問題として処理すべきであると考える。

第二に、当事者確定機能縮小説（特に三ヶ月博士の見解）において見受けられる、氏名冒用訴訟や死者名義訴訟などのいわゆる事後処理の問題を当事者確定理論の守備範囲から追放してなるべく判決効（の主観的範囲）の理論によって処理しようとする考えにも、以下の理由から賛成できない。すなわち、誰に判決効が及ぶかという問題は誰が当事者であったかという問題と切り離すことはできない。<sup>(25)</sup>とりわけ通説においては、形式的当事者概念と表示説を結び付け、訴え提起段階で表示説に従い訴状に表示され（ることにより当事者と確定され）た者がそのまま既判力の原則的な帰属主体たる当事者（民訴法二〇一条一項にいう当事者）となることから、当事者確定理論と既判力を含む判決効（の主観的範囲の）理論とは密接不可分であると言える。確かに、高橋宏志教授が述べられるように、<sup>(26)</sup>死者名義訴訟において（実質的に訴訟に関与した）相続人に判決効を及ぼすためには、たとえば当事者と表示されていなくとも手続過程を実質的に支配していた者には判決効が及ぶという理論が考えられるが、後述するように形式的当事者概念を唯一絶対の当事者概念として訴え提起段階から訴訟終了（判決の効力）段階まで貫徹させ、<sup>(27)</sup>かつそれに基づき当事者確定理論においても表示説により訴え提起段階で確定した者を（当事者変更によらないかぎり）当然のごとく既判力の帰属主体

としての当事者と解する通説において、そのような理論が承認されるとは到底思えず、氏名冒用訴訟や死者名義訴訟の事後処理の問題を判決効の理論により解決することは、かかる通説の下では無理であると思われる。さらに、既判力を含む判決効の及ぶ（正当化）根拠として手続保障（即ち、判決形成過程への関与の機会の保障）とその結果に対する自己責任を挙げる立場を前提とするとき、たとえば、手続保障の機会すら与えられなかった氏名冒用訴訟における被冒用者に何故当事者として判決効が及ぶことが正当化されるかについて、この説では説明に窮するように思われる。けだし、新堂教授が述べられているように、当事者に判決効が及ぶのは、当事者の地位についた者にはその手続において訴訟追行の地位と機会が保障されるからで、被冒用者のように当事者として表示されても訴訟追行の機会を全く与えられなかったときには当事者として判決効を及ぼす根拠がないとしかいえないと思われる。

第三に、そもそも確定機能縮小説のように当事者確定理論の守備範囲から氏名冒用訴訟や死者名義訴訟を追放し、その守備範囲を訴え提起時（もしくは納谷教授の見解によれば第一回口頭弁論終結時）に限定していいかは疑問である。従来から、氏名冒用訴訟や死者名義訴訟の処理をも念頭において当事者確定理論が形成され議論されてきたという歴史的経緯<sup>(29)</sup>は無視しえないし、当事者確定理論の守備範囲をこの説のように限定すると、およそ判例で問題となるほとんどすべての事件は後からの紛争で、第一回口頭弁論以降に問題となることが少なくないことから、当事者確定の問題から追放されることになって妥当でないように思われる。

さて次に、この説の根底にある当事者確定の基準についての通説たる表示説について、批判的に検討する。この説は、唯一の基準としては今日（否、わが国では従来から）誰も主張していない理念型ともいふべき意思説や行動説との比較において表示説の優越性をその客観性や明確性を理由に説かれることが今日なお少なくないが、表示説をとる伊藤教授も自ら述べているように、現在の表示説が修正された表示説（実質的表示説）へと変容している以上、他

の説と比較して画一性・明確性の点でも絶対的にすぐれているとはいえないし、この説が当事者の表示欄の記載のみならず場合によってはその記載内容に反しても訴状全体の記載内容を斟酌して（合理的に解釈して）当事者を確定すべきであるというときは、もはや文字通りの意味での表示説とは言いがたく、意思説とも適格説ともいうべき立場に移行してしまっている、あるいは少なくとも意思説や適格説をも斟酌しているということができる。そして、かかる通説たる実質的表示説のもつ問題点は、確定機能縮小説においても何ら克服されてはいないように思われる。

最後に、当事者確定の基準としての表示説と形式的当事者概念との関わりについて、ここで論じておくことにする。というのも、後述するように表示説は形式的当事者概念を採用することから生ずる必然的な結果であるといった（筆者の認識によれば）誤解がともすると見受けられるからである。ところで、当事者確定基準として表示説をとるわが国の通説においては、ドイツの学説の影響もあり、以下に述べる五つのドグマをいわば所与の前提として受け入れ、かつそれを表示説採用の根拠にもしてきたように思われる。その五つのドグマとは、①当事者確定は訴えの段階においてなされなければならない、②当事者確定の基準は訴え提起行為のなかに求めなければならない、③訴え提起段階で確定された当事者は、すべての手続段階を通して（したがって手続の最初から最後まで）貫徹されなければならない、④当事者確定の基準は（複数であってはならず）単一でなければならない、⑤当事者確定の基準はできるだけ客観的であつ一義的に明確なものでなければならない、<sup>(34)</sup> というものである。以上の五つのドグマと形式的当事者概念とはどのように関わるのかにつき以下において検討し、それを通して表示説と形式的当事者概念との関わりを明らかにしていくことにする。まず、①のドグマについては、形式的当事者概念を採用する以上、訴え提起段階において（一応の確定であれ）確定しなければならない、形式的当事者概念の採用からいわば論理必然的に要請されるドグマといって差し支えないように思われる。次に、②のドグマについても、①のドグマから導き出されるものである点で、形式

的当事者概念と無関係ではないということができよう。<sup>(37)</sup> さらに、③のドグマについては、少なくとも形式的当事者概念を唯一絶対的なものとしてあらゆる手続段階に貫徹させる通説の立場からは論理必然的に要請されるドグマであるうが、かかる通説の立場に対しては、筆者も含めて異論がある。<sup>(38)</sup> 最後に、④・⑤のドグマと形式的当事者概念の関係については何ら論理必然的な関係にはないと考える。ところが、通説は、当事者確定の基準として表示説を採用する主たる理由として④、特に⑤のドグマを挙げることが多く、そうしたなかで表示説があたかも形式的当事者概念の採用から生ずる当然の帰結(必然的な結果)であるかのように、表示説と形式的当事者概念が直接的に結び付けられることが少なくない。<sup>(39)</sup> だが、かかる理解は正しくないと考える。まず、学説史的にみても、実体的当事者概念から形式的当事者概念に移行する契機となった一九世紀末のドイツの当事者概念をめぐる論争において、その中心となった論点は、権利義務の帰属主体でないいわゆる第三者の訴訟追行上の法的地位、特に財産管理人の法的地位をどのように捉えるか——当事者か代理人か——であつて、<sup>(40)</sup> 当事者確定理論は当事者概念をめぐる論争において論点として全く登場してきておらず、したがって、形式的当事者概念の概念規定には当事者確定理論(とりわけ当事者確定の基準の理論)は全く反映されていないのである。のみならず、同じく形式的当事者概念を採用するドイツの通説においても、キッシュのように意思説をとる者もいれば、ヘルヴィヒのように行動説をとる者もいるといった具合で、<sup>(41)</sup> 形式的当事者概念と表示説は必ずしも直結しないのである。さらに、理論的に考えてみても、当事者確定の基準の問題とは、当事者概念に該当する当事者をいかなる基準でもって確定するかという問題である以上、形式的当事者概念の採用は訴え提起時において訴え提起行為のなかに当事者確定の基準を求める一応の当事者確定の必要を生ぜしめるとしても、それ以上に通説たる表示説を採用することを帰結するものでは全くなく、せいぜい形式的当事者概念と表示説とは一義的な明確性や客観性といった点で理論的に親和性を有するにとどまるのである。しかも、かかる理論的親和性も表示説のい

わば理念型ともいふべき形式的表示説においてこそよく妥当するのであって、通説たるいわゆる実質的表示説（修正された表示説）には必ずしもよく妥当するとはいえないように思われる。

### 三 紛争主体特定責任説（佐上教授の見解<sup>(42)</sup>）についての批判的な検討

以下では、「手続保障の第三の波（第三期派）<sup>(43)</sup>」の立場から当事者確定理論の再編を試みられた佐上教授の見解、いわゆる紛争主体特定責任説について紹介のうえ批判的な検討を行うことにする。佐上教授によると、当事者の確定問題を紛争主体の特定に関する当事者の役割分担という視角から捉え直す必要があり、当事者の確定問題は紛争主体を特定し、その者を当事者につかせることにつき誰が責任を負うのかという紛争主体の特定責任の分配の一環として位置づけられねばならず、この責任は原則として原告にあるが、場合によっては被告が負担することありうるとされる。たとえば、原告が被告を取り違えた原因が、被告の周辺にきわめて紛らわしい別の主体がいて、それらの者が紛争の主体らしく振る舞っており、かつ原告の照会に対して何ら説明しないという場合がそうであるとされる。そうして、この説は、当事者の表示の訂正か任意的当事者変更かを、通説のように当事者の（形式的）同一性を基準に区別するのではなく、当事者が紛争主体特定責任を尽くしたか否かの実質的判断によるべきであるとされる。すなわち、原告側で事前の調査義務を尽くしていない結果、被告を誤った場合には任意的当事者変更によって手続をやり直す必要があり、逆に、被告側の説明が全くなく、原告が被告を取り違えるのもやむをえないと判断されるなら、表示の訂正によって処理することも可能であるとされる。このようにして、訴え提起段階から訴訟の終了にいたるまで、紛争

主体を特定するための当事者相互の責任分担を考えて、ある段階でいずれの当事者がいかなる行為をなすべきかを検討することになり、当事者確定はまさに当事者が訴訟の各段階で負担している行為義務とその不履行の責任分担の問題なのであると主張される。

以上の佐上教授の見解については、当事者の表示の訂正か任意的当事者変更かの区別の基準につき、通説のように当事者の形式的な同一性を基準とせずに、従前の資料を利用できるかとか手続を再施する必要があるかといった実質（機能）面から区別しようとする点や、確定機能縮小説を批判して当事者確定から派生する種々の問題をも当事者確定と関連づけて捉えようとする点で共鳴しうる点もあるが、以下に挙げる幾つかの疑問を禁じえない。まず、佐上教授は、新堂教授のいわゆる規範分類説について、この説が手続開始段階で行為規範としての当事者確定という立場を明らかにしていることに示唆を受けつつも、そこに期待される当事者の行為規範の内容を問い直し、新堂教授の場合には行為規範による行為責任の内容は何かという視点を欠いていたため、かかる評価規範の導入が必要とされるに至ったとしたうえで、むしろ、それに代えて当初の行為規範の内容を問い直すべきであると批判されるが、ここには新堂教授の見解に対する重大な誤解が含まれているように筆者には思われる。すなわち、新堂教授にとって、行為規範の内容は何かと言え、これから手続を始めるにあたり誰が当事者であるかの確定を、裁判所は訴状の当事者欄における当事者の表示だけを唯一の判断基準として行うべきであるということであって、その結論の当否はともかくとしても、その内容は極めて明快である。佐上教授は、新堂教授の説かれる当事者確定における行為規範を裁判所（官）のそれとしてではなく、当事者のそれ（行為規範）として捉えられる点にそもその誤解があるように思われる。また、この説の問題点として、肝心の紛争行為特定責任の内容やその発生要件があいまいでかつその詳細が明らかでないという問題点もよく指摘されるが、しかし佐上教授のように当事者の行為規範（責任）として紛争特定責任

を捉えるならば、その内容は訴訟となる各事件が多様であるのと同じくらい多様性に富んでおり、その詳細を書き尽くすことなど到底不可能であり、類型化することすら困難なのではないかと筆者には思われる。さらに、この説はそもそも当事者「確定」理論の不要説ではないかという問題点が存するように思われる。すなわち、この説は当事者の確定という当事者として特定された者を以後の訴訟手続において当事者として取り扱うのが適当かについての裁判所の判断作業としての面を意識的に捨象して紛争主体の特定責任の分配の問題に置き換えており、その意味において一種の当事者「確定」理論不要説であるといえるのではなからうか。しかしながら、訴訟手続の進行については当事者の主体的関与の下でなお裁判所の責任・権能であるという現行民訴訟法の建前からしても、裁判所の判断作業としての当事者「確定」という面を全面的に否定したり捨象したりすることはできないように筆者には思われ、その点でもこの説は妥当でないと考える。最後に、この説は、伊東博士の適格説や新堂教授の規範分類説に示唆を受けつつ、訴訟の動態に依じて当事者の確定と当事者適格を流動化させることにより、多くの理論を統一的に処理しようとする点にねらいがあるように見受けられるが、それを全面的に行うことはかえって理論の混乱を招くように思われ、むしろ、伝統的な見解に従って当事者の確定と当事者適格を一応峻別したうえで、なお一定の場合に限り適格を当事者確定の判断の一要素となることがありうることを認めるほうがより妥当ではないかと考える。

#### 四 規範分類説（新堂教授の見解）<sup>(19)</sup> についての批判的検討

最後に、規範分類説と通常呼ばれる新堂教授の見解について批判的な検討を試みることにする。新堂教授は、民事



訴訟法における行為規範と評価規範の分離という視点<sup>(51)</sup>をこの当事者確定理論のなかに初めて自覚的に導入して、以下のような見解を提唱された。すなわち、これから手続を進めるにあたって誰を当事者として扱うかの行為規範の観点からは単純明快な基準を提供する表示説、それもいわゆる形式的表示説が妥当であり、既に進行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評価規範の観点からは、その手続の正当な当事者にして、かつ手続の結果を帰せしめても構わない程度に手続関与の機会を与えられていた者を当事者と確定すべきであると主張される。この説は、当事者の確定につき訴え提起段階で確定された当事者はすべての手続段階を通して、したがって訴訟手続の最初から最後まで貫徹されなければならないという前述した通説の③のドグマおよび当事者確定の基準はすべての手続段階を問わず単一であるとする前述した通説の④のドグマをも自覚的に否定し、むしろ当事者確定が問題となるすべての局面を一つの基準で貫徹するのは無理があり、訴訟の段階に応じて判断基準が違って当然であるとし、あるいは、評価規範の面では当事者の確定には複数の手続的要請が関係しているとして通説の妥当範囲を限界づける意義を有する点<sup>(52)</sup>で画期的な説であると評しうる。また、この説は、評価規範の面でいわゆる適格説の影響を受けつつも、適格説にはなお欠けていた手続保障の観点を当事者確定理論のなかに自覚的に取り入れたという点でも注目し得る。さらに、この説は、提唱後必ずしも全面的な賛同を得ていくわけではないといえ、既に検討した確定機能縮小説や佐上教授の紛争主体特定責任説にも大きな影響を与え、わが国の当事者確定理論の近時の学説の展開のいわば転換点となったと評することができるようになる<sup>(53)</sup>。

もっとも、この説もその後種々の批判にさらされている<sup>(55)</sup>。まず、新堂教授が行為規範と評価規範の分離の観点を当事者確定理論に導入されたことに対しては、前述した佐上教授や井上正三教授・井上治典教授が「手続保障の第三の波（第三期派）」の立場から評価規範は不要であり、それを行為規範の中に取り込めば足りるといった批判を提起され

ている。だが、それには賛成しえない。というのも、かかる批判には、前述したように新堂教授の行為規範に対する誤解がともすると見受けられる<sup>(58)</sup>。評価規範の行為規範からの分離は、たとえ民事訴訟法に特有な現象ではないにしても、民事訴訟法において他の法領域にはみられない重要性をもってよくみられる<sup>(59)</sup>のであり、当事者確定理論においても、たとえば訴え提起時における当事者確定の判断基準（ないし判断要素）と判決確定後に当事者確定が問題となった場合の判断基準（ないし判断要素）が常と同じである必要は何ら存しないように思われるからである。しかしながら他方で、新堂教授の見解に対して、どの段階から評価規範によるべきかは一義的に明確でありえない<sup>(61)</sup>という批判や手続の進行中に評価規範と行為規範の両面において当事者の確定が問題となりうる場合にどうするかについて満足な回答を与えていない<sup>(62)</sup>といった疑問が提起されており、この点は見過ごしえないように思われる。思うに、こうした批判ないし疑問が生まれるのも、新堂教授において、主として行為規範は訴え提起時（手続の開始時）が念頭に置かれており、評価規範は、既に手続の進行を終えた判決確定後が念頭に置かれていたため、いわばその中間時たる手続の進行中に当事者の確定が問題となった場合の処理、とりわけ行為規範と評価規範の関わりがどうなるかについて明らかとはいえない<sup>(63)</sup>からである。ところで、新堂教授によれば、民事訴訟法において何故行為規範と評価規範とが分離するかといえば、行為規範では多数の事件の処理を合理化するための理論として画一的な処理が主導的になるのに対し、評価規範では既に進行した手続を維持しその趣及的消滅をできるだけ避けるべきであるという意味で手続の安定という考慮が第一に働くからである<sup>(64)</sup>。そうであれば、新堂教授のように行為規範と評価規範の二つに分け、両規範では当事者確定の基準を異にするといったいわば大上段に構えた理論構成よりも、むしろ当事者の確定の時点を一応の確定が必要な訴え提起時と当事者の確定が具体的に問題となりうる手続の進行中ないし訴訟終了後に分け、後者においては当事者確定の判断要素として前者におけるそれに加えて行為規範と評価規範の分離の観点に基づく手続の安

定の要請ならびにそれといわば緊張関係にある手続保障という要請<sup>(65)</sup>を新たに追加して考慮すれば足りるように思われるし、そのような理論構成こそが新堂説に対する上記の批判や疑問に鑑みてもより妥当であってかつつきりしているように筆者には思われる。さらに、新堂説への疑問として、新堂教授は、前述したように行為規範の観点からは単純明快な確定基準がよいとして表示説、それも訴状の必要的記載事項である当事者の記載欄の表示による形式的表示説が妥当であるとされ、他方で、評価規範の観点からは、訴状に表示された意思の合理的解釈を中心に適格や行動ないし手続保障の観点を斟酌して当事者を確定すべきであるとされるが、新堂教授の言われる行為規範の観点に基づく訴え提起時においても、通常の場合には訴状における当事者欄の表示で当事者を確定すれば足りるとしても、例外的にせよたとえば訴状の全趣旨に照らして訴状の当事者欄の記載が疑わしい場合には、ここでも訴状に表示された意思の合理的な解釈が必要となるように思われ、行為規範の観点に基づく訴え提起時における当事者確定についても形式的表示説を例外なく貫徹させるのは問題であるように思われる。

要するに、新堂教授の見解については、一方でいわゆる評価規範の面で、通説が従来自明なものと捉えてきた前述した五つのドグマに囚われることなく、修正された表示説や適格説の背後にある実質的な利益較量を引き出してその理論化を図った点<sup>(67)</sup>で画期的な見解であると評することができるが、他方いわゆる行為規範の面では、なお前述した五つのドグマのほとんど(①②④⑤)に縛られており、その点になお限界が存するように思われる。

## 五 私見——結びに代えて

以上、当事者確定の基準および当事者確定理論の守備範囲についての近時のわが国の代表的な諸見解を批判的に検討していくなかで到達した筆者の結論は概ね以下のとおりである。すなわち、当事者確定を大きく訴え提起時と訴訟係属中（手続の進行中）ないし訴訟終了後（判決確定後）に分け、前者では、訴状の当事者欄の表示を一応の目安としつつも、それを絶対視せず、訴状の全趣旨に照らして疑わしい場合には、訴状に表示された意思の合理的解釈をもって訴状の表示、原告の意思、適格を考慮して当事者を確定すべきであると考ええる。次に、訴訟係属中（手続の進行中）ないし訴訟終了後（判決確定後）に当事者確定が問題となる場合には、当事者確定がまさに問題となった時に利用可能な資料をすべて用いることができる<sup>88</sup>としたうえで、訴え提起時における上記の判断要素に加えて、行為規範と評価規範の分離の観点に基づく手続安定の要請およびそれといわば緊張関係にある、その者に従前の手続の結果を全面的に掃せしめるに足る手続保障の機会が与えられているかどうかという手続保障の要請をも判断要素として総合的に考慮斟酌して当事者の確定を行うべきである<sup>89</sup>と考える。また、当事者確定理論の守備範囲については、確定機能縮小説のように氏名冒用訴訟や死者名義訴訟をそれから放逐して他の理論で処理すべきではなく、むしろ誰が当事者であるか（あったか）が問題となる場合には、訴訟係属中（第一回口頭弁論期日以降）ないし訴訟終了後であっても、当事者の同一性を形式的同一性のみならず訴訟資料の全面的利用の可否および手続保障の要否の観点に基づく実質的同一性をも含めて緩やかに解して当事者の表示の訂正を判例のように広く認めるべきであり、そのように解することにより氏

名冒用訴訟や死者名義訴訟をも当事者確定理論の守備範囲に含まれるものとして捉えるべきであると考ええる。

要するに、私見は、新堂教授の見解をベースとしつつ一定の修正を加えた利益較量説とでもいうべきものであるが、新堂説との違いは、新堂説のように行為規範と評価規範に大上段に分けて当事者確定の基準を考えるのではなく、訴訟係属中や訴訟終了後に当事者確定が問題になる場合に行為規範と評価規範の分離の観点を手続安定の要請という判断要素を加えるという形で生かすにとどめる点と訴え提起段階においても形式的表示説を当事者確定の唯一絶対の基準とせず、特に訴状における当事者欄の表示があいまいであったり疑わしい場合には複数の判断要素（表示・意思・適格）に基づき訴状に表示された意思の合理的解釈をもって当事者を確定すべきとする点のおよそ二点である。

最後に、かかる当事者確定理論についての私見を基礎づけるために、当事者概念についての筆者の立場との理論的整合性について述べることにする。当事者概念についての筆者の基本的な立場は、一言でいえば原則として形式的当事者概念を採用するが、それを唯一絶対的なものと解すべきではないというものである。<sup>(98)</sup>特に、判決効の原則的帰属主体としての当事者という面では形式的当事者概念に必ずしも縛られる必要はなく、三ヶ月博士の表現を用いれば、「それこそ柔軟に解してよい」とする立場である。<sup>(99)</sup>かかる当事者概念についての筆者の基本的立場と前述した五つのドグマの関係について以下に述べると、一応の確定であれ訴え提起段階において当事者確定の必要があり、しかも訴えの提起段階における一応の確定では当事者確定の基準は訴え提起行為のなかに求めなければならず、そのかぎりでは形式的当事者概念と当事者確定理論の直接の関わりを肯定し、かつ①および②のドグマを肯定する。ただし、判例で当事者確定が問題となるのは、すべて後からの紛争であって通常訴訟の進行中ないし訴訟終了後であり、その場合には当然①および②のドグマのいずれにも必ずしも縛られる必要はないと考える。次に、訴え提起段階で行われた当事者確定はすべての手続段階を通して（したがって訴訟の終了まで）貫徹されなければならないという③のドグマにつ

いては、前述したように形式的当事者概念を唯一絶対的なものとして捉える通説の立場からは論理必然的なドグマであつても、私見では（新堂教授の見解でも）<sup>(72)</sup>決して絶対的な要請ではなく、③のドグマの否定は当事者概念についての私の基本的立場と何ら矛盾しないと考える。それに、当事者確定理論自体としても、確かに当事者確定が特に問題とならない通常の場合には、訴え提起段階で一応確定された当事者はその者に当事者権ないし手続保障が与えられるためすべての手続段階を通して当事者となり、既判力の原則的帰属主体としての当事者となるが、氏名冒用訴訟や死者名義訴訟において訴訟進行中または訴訟終了後に当事者確定が正に問題となる場合には、訴え提起時点での一応の当事者確定と異なり、問題となった時点における利用可能な資料を用いて当事者確定をなすべきであり、しかも、その際には行為規範と評価規範の分離に基づく手続維持の要請やそれと緊張関係にある手続保障の要請も利益較量の重要なファクターとして考慮されることから、訴え提起段階において一応確定された当事者とは異なる場合があることはむしろ当然であつて、何ら差し支えないと考える。さらに、④・⑤のドグマについては、前述したように、形式的当事者概念の採用とは何ら論理必然的な関係ではなく、したがつて、形式的当事者概念の原則的な採用から導き出される絶対的な要請ではないと考えるので、私見では訴え提起段階においてすら必ずしも受け入れないでよいとする点で、私見は通説とは勿論のこと、行為規範の面でおおそらに縛られている新堂教授の見解とも異なる。ただ、通説のいわゆる実質的表示説も、そこそ実質的にみると、単一の基準と言ひ切れるかは疑わしいし、そのぶん基準も一義的に明確とはとてもいえない点で、私見と見かけほどには離れてはおらず、だとすればそれを正面から見据えて、当事者確定が問題となった段階で、その時点において利用可能な資料をすべて用いて具体的に妥当な当事者確定を行うことこそ肝要であると考ええる。かくして、当事者確定理論についての私見と当事者概念についての私見とは理論的整合性を有すると考える。

以上において、わが国における当事者確定理論の近時の学説の展開を踏まえて、試論ともいふべき未熟な私見を述べてきたが、なお判例の検討や当事者確定理論に関わる具体的諸問題についての私見の展開など残された課題は、決して少なくない。また、諸見解に対する批判的検討に際しては、誤解や独断に基づく外れなものがなかったかと恐れる。そのような非礼があればお詫びし、かつ残された課題に今後取り組むなかで再考していくことを約し、この拙い論稿が当事者確定理論の今後の展開に何らかの形で寄与することを心より念じて本稿を閉じることとする。

注

(1) 上田徹一郎教授は、「意思説・行動説と表示説の対立が、統一的な当事者確定理論の樹立をめぐるものであったのに対して、近時の学説の展開は、むしろ確定理論の適用場面の限定ないし類型化による明確化をめざしているといえよう」と述べておられる(『民事訴訟法』(一九八八年)八二頁)。

(2) 本稿で取り上げる見解のほかにも、伊東乾教授のいわゆる適格説(『訴訟当事者の概念と確定』中田憲喬記念上(一九六九年)六一頁以下)や石川明教授のいわゆる併用説(『当事者の確定と当事者適格の交錯』法学教室(第二期)第六号(一九七四年)六六頁以下)などがあるが、紙数の制約もあり本稿では特に正面から取り上げないことにする。

(3) 確定機能縮小説というネーミングは目新しいが、上野泰男「39死者を当事者とする訴訟」『民事訴訟法判例百選』(一九九一年)八一頁に依拠したものである。

(4) 伊藤眞『民事訴訟の当事者』(弘文堂法学選書六)(一九七八年)一五五頁以下。

(5) 伊藤教授によれば、当事者の単一性という概念が適切な場合は、訂正前と訂正後が「同一であると評価してもよい」という場合であり、言い換えれば、形式的な当事者としては別個の存在であるが、実際には同一の利益を主張する立場にある者の場合であるとされる(前掲書(注4)一九四頁)。

(6) 伊藤・前掲書(注4)一六三―五頁、一九五頁。

(7) 福永有利「当事者の確定理論の意義」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』(一九八八年)(法学教室三六号(一九八三年))三〇八頁参照。

(8) 伊藤・前掲書(注4)一九四—五頁。

(9) 伊藤・前掲書(注4)一九七頁。

(10) 上野泰男「当事者確定基準の機能——死者名義訴訟の場合——」名城大学創立三〇周年記念論文集・法学篇(一九七八年)一三三頁以下。同『民訴判例百選Ⅰ』(注3)八〇頁。

(11) 兼子一『民事訴訟法概論』(一九三八年)二〇七頁以下。

(12) 上野・前掲論文(注10)一五五頁。

(13) 上野・前掲論文(注10)一三五頁参照。

(14) 三ヶ月章『民事訴訟法(第三版)』(法律学講座双書、初版一九七九年)(一九九二年)二二三頁。

(15) 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)(一九八一年)二四〇頁注(1)。

(16) 上野・民訴判例百選Ⅰ(注3)八一頁。

(17) 三ヶ月・前掲書(注14)二〇七—八頁。

(18) 納谷・前掲論文(注15)二二九頁以下。総合判例研究として、納谷「当事者の確定」法律論叢四五卷五—六号(一九七三年)二五頁。そのほか、新堂幸司・小島武司編『注釈民事訴訟法(Ⅰ)(第一編第二章・当事者・前注(当事者の確定と変更))』(一九九一年)三九四頁以下(納合)。

(19) 納谷廣美「当事者変更の理論について」法律論叢六三卷一号(一九九〇年)二二頁。

(20) 確定機能縮小説について批判的な検討を試みたものとしては、これまでのところ後述する佐上教授の一連の論稿(注(42)・(45)参照)および高橋宏志「当事者の確定について」法学教室一二六号(一九九一年)四九頁くらいである。本稿において確定機能縮小説について比較的詳細に検討した所以の一つは、その点にある。



- (21) 確定機能縮小説を採用するとみうるものとして、本文で取り上げるものほかに、中野貞一郎ほか編『民事訴訟法（補訂第二版）』（大学双書、初版一九七六年）一九八六年）九六頁（福永有利）、上田徹一郎・前掲書（注一）八二頁、吉野正三郎『集中講義民事訴訟法』（一九九〇年）九二頁、小林秀之『民事訴訟法の現代問題（4）——プロブレム民事訴訟法——』判例タイムズ七五四号（一九九一年）五〇頁。
- (22) 確定機能縮小説は、当事者確定の基準について表示説を前提とするため、訴状の表示を基準に当事者が決まり、表示が変われば当事者も変わることになるのが普通であり、訂正の余地は（他の説に比べて相対的に）少なく、それが許されるのは、せいぜい当事者名の誤記の訂正や不明確な表示を補充する場合に限られることになる。上原敏夫「当事者の表示の訂正×任意的当事者変更×訴訟承継」法学教室一一二号（一九九〇年）一一一—一二三頁参照。
- (23) 伊藤・前掲書（注4）一九四頁。なお、（注5）参照。
- (24) 納谷・前掲論文（注19）一二頁。なお、この点に関連して、上野教授は、「比喩的に言えば、表示の訂正・訴訟承継の類推では一〇〇パーセント、任意的当事者変更では五〇パーセント、それぞれの死者名義訴訟を利用することができ、利用できない場合には不適用法却下することになる」と述べられる（『前掲論文』（注10）一〇二頁）。
- (25) 上田・前掲書（注一）七六頁。
- (26) 高橋・前掲（注20）四九頁。
- (27) これについて学説史的に考察したものととして、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」『判決効の範囲』（一九八五年）（法と政治一〇巻一号（一九五九年）二頁以下、拙稿「民事訴訟法における当事者概念の成立とその展開——ドイツにおける学説の変遷を中心に——」（一）（四・完）」熊本法学五一号八五頁以下、五二—五三頁以下、五四—五九頁以下、五五—五九頁以下（一九八七年）。
- (28) 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との区別を手がかりとして——」石井照久追悼『商事法の諸問題』（一九七四年）二二五頁以下。

- (29) 氏名冒用訴訟の問題が歴史的にみるとヘルヴィヒ以来当事者確定との関係で論じられてきたという経緯を説くものとして、佐上善和「当事者確定の機能と方法」『講座民事訴訟③当事者』（一九八四年）七〇—一頁注（12）。
- (30) 谷口安平「口述民事訴訟法」（一九八七年）四〇二頁。
- (31) たとえば、三ヶ月・前掲書（注14）二二—三頁。
- (32) 伊藤・前掲書（注4）一六三頁；同旨として小林・前掲（注21）五〇頁。
- (33) 新堂・前掲論文（注28）二六一頁。
- (34) ③のドグマに関連して、「わが国の通説である表示説は、その背後に、訴え提起時の確定の効果が、その後の訴訟経過を通じて一貫して維持されるべきであるとの考えがあり、訴状の記載から得られた確定の効果を端的にその後の手続過程で生ずる、当事者を基点にした諸問題に適用し、一律に処理しようとし、その点に特異性がみられること」を指摘するものとして、佐上・前掲論文（注29）六六頁。なお、三ヶ月・前掲書（注14）二二三頁参照。
- (35) かかる通説のドグマに対する批判として、窪村志郎『民事訴訟法判例百選（第二版）』（一九八二年）四六頁。
- (36) 代表的なものとして、三ヶ月・前掲書（注14）二二—三頁参照。
- (37) 形式的当事者概念と訴提起行為基準説（本文にいうドグマ①②の双方を満たした説）との関係について論ずるものとして、福永・前掲論文（注7）三〇七—八頁。
- (38) 上田・前掲論文（注27）二頁以下、拙稿「民事手続における『手続主体』概念についての一考察——形式的当事者概念の相対化および「第三者」概念の再検討の視点から——」熊本大学法学部創立十周年記念『法学と政治学の諸相』（一九八九年）三二—頁以下。
- (39) その典型的なものとして、伊東・前掲論文（注2）七〇頁。
- (40) この点につき、拙稿・前掲論文（注27）三五頁以下。
- (41) 中務俊昌「当事者の確定」『民事訴訟法講座第一巻（一九五四年）七五頁以下。

- (42) 佐上善和「当事者確定理論再編の試み——紛争主体特定責任に関連して——」立命館法学一五〇巻四号（一九八一年）五三一（二三二）頁以下、同・前掲論文（注29）六三頁以下、同「紛争主体の特定」『これからの民事訴訟法』（一九八四年）（法学セミナー三三三三三）（一九八二年）三三頁以下、同「当事者確定と任意的当事者変更」『民事訴訟法の争点（新版）』（一九八八年）九二頁以下、同「当事者確定×当事者適格」法学教室一一二号（一九九〇年）一〇頁以下。
- (43) これにつき、井上治典「手続保障の第三の波」新堂幸司編著『特別講義民事訴訟法』（一九八八年）（法学教室一八号、二九号（一九八三年））七六頁以下。
- (44) 佐上・前掲論文（注42）立命館法学五四九頁、同・前掲論文（注29）七五頁。
- (45) 確定機能縮小説に対する批判として、たとえば、佐上・前掲論文（注29）六七頁以下。
- (46) 新堂教授の規範分類説とりわけ評価規範導入への批判として、たとえば、佐上・前掲論文（注42）立命館法学五三六—七頁、五五二—三頁、同・前掲論文（注29）六九頁。
- (47) 福永・前掲論文（注7）三一七頁。この点は、著者も自ら認められている。たとえば、佐上・前掲論文（注29）八五頁。
- (48) 佐上・争点（注42）一一頁参照。
- (49) 新堂・前掲論文（注28）二五五頁以下、同『民事訴訟法（第二版補正版）』（初版一九七四年）（一九九〇年）八六頁以下、同・法学教室第四号（第二期）（一九七四年）一七一頁以下。
- (50) 規範分類説というネーミングについては、中野貞一郎ほか編『前掲書』（注21）（福永）が最初であると思われるが、このネーミングにつき高橋・前掲（注20）四八頁注（6）参照。
- (51) この視点につき、新堂幸司「民事訴訟法における判例研究の意義」続民事訴訟法判例百選（一九七二年）七頁、同・前掲論文（注28）二五七頁以下、同・前掲書（注49）三三—三三頁。なお、新堂教授は、この視点をその後訴訟物・判決効論においても使用される。新堂「訴訟物概念の役割——最近の最高裁判決を手がかりとして——」判例評論二二三号（判例時報八五六号）（一九七七年）二（一一六）頁以下（訴訟物と争点効（下））（一九九一年）一一三頁以下）。

(52) 谷口・前掲書(注30)四〇一頁。

(53) 櫻村「民訴法判例百選(第二版)」(注35)四六頁。

(54) この点に関連して、山本克己助教授は「これら(表示説・意思説・行動説)の見解は、形式的当事者概念を前提としつつ、当事者として訴訟を進行すべき者の確定と当事者として判決の効力を受けるべき者の確定という、二つの局面が統一的な基準で判断されることを前提としていた。しかし、形式的当事者概念を一応の前提としつつも、右の二つの局面での確定基準が必ずしも一致する必要がないと説く規範分類説の登場以降は、議論の枠組み自体が流動化しており、何を当事者確定論の分野として扱うのが望ましいかという問題も学説の論議の対象とされているのが現状である」と述べられる(『私法判例リマックス一九九二(下)No.5』(一九九二年)一三八頁)。なお、新堂説が、納谷教授などの確定機能縮小説と佐上教授の紛争主体特定責任説の両者を止揚したような関係にあるものとして、高橋・前掲(注20)四九頁。

(55) 新堂説を基本的に支持するものとしては、高橋・前掲(注20)四六頁以下くらいである。もっとも、高橋教授も全面的に支持されるというわけではなく、「理論としては過渡期のものであり多少の不純物を含むことになるにせよ、現地点では解釈論としてはむしろこの方が通りがよいかもしれない」(四九頁)ということである。

(56) 注(46)参照。

(57) 井上正三ほか「シンポジウム・民訴法理論の動向を探る」法学セミナー三三六号(一九八三年)五五頁(井上(治)発言、井上(正)発言)。

(58) 本文の二四五頁参照。

(59) 内田貴「民事訴訟における行為規範と評価規範」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』(一九八八年)(法学教室七五号)(一九八六年)三頁。

(60) 注(54)参照。なお、谷口安平教授は、新堂教授の当事者確定の基準における行為規範と評価規範の区別に関して、「このような考え方は、時間的要素が重要だと言われる民事訴訟法では当然の考え方です」と述べられる(前掲書(注30)四〇

二頁)。

(61) 上田・前掲書(注1)八二―三頁、吉野・前掲書(注21)八八頁(なお、吉野正三郎教授は行為規範と評価規範の使い分けそれ自体については一応評価される)。

(62) 山本克己『私法判例リマックス一九九二(下) No.5』(注54)一三九頁。

(63) 行為規範と評価規範の関わりについて、高橋宏志教授は、「ある時点から一挙に行為規範から評価規範に転換するというのではなく、行為規範と評価規範は連続的重疊的に捉えてよい」と述べられる(前掲論文(注20)五〇頁)。

(64) 新堂・前掲論文(注28)二五八頁。

(65) 法的安定の要請と手続保障の要請の緊張関係につき、上田徹一郎「判決効の主観的範囲拡大における法的安定要求と手続保障要求との緊張関係と調和点」『判決効の範囲』(一九八五年)(判例タイムズ二八一号(一九七二年)一〇八頁以下)。

(66) 新堂・前掲論文(注28)二五八頁。

(67) 佐上・前掲論文(注29)六九頁参照。

(68) 谷口安平教授は、「当事者確定はしよせんその判断が必要となる時点における判断であるから、その時における利用可能な資料によるべきはむしろ当然であろう」と述べられる(『民事訴訟法判例百選(第二版)』(一九八二年)四三頁)が、これに全く賛成である。

(69) 拙稿・前掲論文(注38)三二二頁以下。

(70) 三ヶ月・前掲書(注14)二二三頁。

(71) 谷口・前掲書(注30)四〇二頁。

(72) 林屋礼二教授は「この説(新堂説)によると、訴えが提起されたときの当事者と、判決の効力を受ける当事者とが異なることになるから、このことが同一の訴訟手続における当事者概念との関係で、はたして適切なのかという問題が残ることになる」と述べられる(『民事訴訟法概要』(一九九一年)一六九頁)が、かかる疑問ないし批判は、通説の立場からは当然で

説

あるとしても、新堂説や私見の立場からは何ら問題がないと考える。

論

\*本稿は一九九二年九月三日に行われた福岡民事訴訟法研究会における筆者の報告を基礎にしたものである。同研究会で「教示頂いた多くの方々に対して、心よりお礼申し上げます。