

当事者の表示の訂正と任意的当事者変更（二・完）

——当事者の同一性の概念の再検討——

松
原
弘
信

目 次

一 はじめに

二 判例の検討

(1) 死者名義訴訟についての判例

(2) 当事者の誤記表示の変更に關する訴訟のその他の判例（以上、本誌八〇号）

三 学説の検討

(1) 従来通説

(2) 確定機能縮小説

(3) 佐上説

(4) 新堂説

(5) 私見

四 結び（以上、本号）

三 学説の検討

(1) 従来の通説

従来の通説は、まず当事者の表示の訂正について、表示の変更の前後を通じて当事者の同一性があることを要件とし、その効果としては、訴訟のどの段階でも可能であり、それが許される限りでは、新たに表示された当事者に従前の訴訟手続の結果が及ぶとしている。他方、任意的当事者変更について、まずその法的性質を新当事者との関係での新訴の提起（訴えの主観的併合）と旧当事者との関係での訴えの取下げが複合した行為であると捉えるいわゆる複合説にたつて、要件として、訴えの主観的併合の性質上審級の利益の観点から第一審でしか許されず、かつ訴えの取下げの性質上被告の同意があることを要すると解してきた。また、その効果としては、従前の訴訟手続の結果は原則として新当事者には及ばないと解してきた。そのうえで、当事者の表示の訂正と任意的当事者変更の区別の基準については概念上明確に区別し、表示の変更の前後を通じて当事者の同一性が保たれるか否かを基準とし、同一性が保たれるときは、当事者の表示の訂正であり、同一性が保たれないときは任意的当事者変更であると解してきた。⁽¹⁾ いうまでもなく、この説は当事者確定の基準についての通説たる（実質的）表示説を前提とするものである。

この説の代表的な学者である中務俊昌博士⁽²⁾によれば、訴状の記載を標準とするといつても、訴状中の当事者の表示の誤謬や不十分な点も絶対的に不動のものとして更正を許さないというのではなく、訴状の全趣旨からする客観的解釈の結果と当事者の表示に食い違いがあるときは、訂正ないし補充せしめることは差し支えないが、その結果として別人が表示されるに至れば、もはや表示の訂正ではなく、当事者の変更となる。そこで、たとえば、商号で訴えて現

在の商店主に表示を改めることは当事者の表示の訂正であるが、雅号その他の仮名の使用も訴状全体の記載から同一人であることが認められる場合にかつその範囲で認められ、従つてその仮名を本名に訂正した場合でも右の同一性が害せられない限り当事者の表示の訂正として取り扱われることになる。他方で、死者を被告とする訴訟において、死者から相続人への被告の記載の変更は決して同一人物についての単なる表示の変更ないし訂正ではなく、明らかに別人の掲記であるから任意的当事者変更であり、旧当事者の訴えの取下げと新当事者に対する新訴の提起とが複合して行われるものとされる。なお、訴状作成当時には生存していたが訴状が送達されない以前に、訴状に被告として表示された者が死亡した場合には、訴状係属後の当事者死亡による当然承継を定める法規の趣旨を類推して、相続人に訴訟を受け継がせることができるとされる⁽³⁾。

さて、この従来の通説により当事者の表示の訂正と任意的当事者変更を区別する基準とされる当事者の同一性なる概念は、確かに一見明確なようであるが、実際に問題となる事件にあてはめる場合には必ずしも明確かつ画一的な基準とは言い難い面がある。というのも、当事者が同一性を有するか否かは当事者の確定の基準に基づき誰が当事者であるかを確定することがその前提となるが、従来の通説が当事者の確定の基準とする実質的表示説は訴状の全趣旨を客観的に斟酌して当事者を確定するというもので一義的に明確であるとは言えない以上、当事者の同一性なる基準も一義的に明確であるとは必ずしも言い難い面を有しているからである。しかも、表示の訂正か任意的当事者変更かが実際に問題となるのは、訴状の送達以降の訴訟係属後であるが、そこでは訴状の表示の合理的・客観的解釈の名において表示から推測される当事者（原告）の合理的意思や当事者の行動・適格をも事実上総合的に斟酌されていて、訴状の表示を唯一の判断資料とするものであるとはいえず、理念型としての表示説（形式的表示説）とは異なり、訴状の表示から直ちに当事者が確定されるわけではない点で、もはや一義的に明確な基準であるとはいい難いのである⁽⁴⁾。

もつとも、従来の通説は、「実質的」とはいえ表示説を採用することにはちがいないから、表示が変われば当事者も変わるのと解するのが通常であり、ともかく訴状の表示から確定された当事者と別人（格）であれば表示の訂正は許されないとする限りでは、比較的明確な基準によつていえるといえよう。⁽⁵⁾ その意味で、従来の通説では当事者の同一性の概念について形式的同一性（人格の同一性）を概念内容としており、表示の訂正の余地は少なく、表示の訂正が許されるのは、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よう。ただ、問題は、当事者の同一性の概念をそのように狭く捉えるだけで具体的に妥当な解決が果たして得られるかということである。⁽⁶⁾ すなわち、この説によると、たとえば、死者を被告とする訴訟において、死者の相続人が直ちに事実上応訴して当事者にふさわしい手続保障が与えられていても、死者と相続人とは別人格であり、しかも訴状には相続人は全く表示されていないのが通常であるから、死者から相続人への表示の訂正の申立ては認められず、死者に対する訴訟として訴えを不適法として却下するか、せいぜい任意的当事者変更か訴訟承継の類推という方法によらざるをえなくなる。⁽⁷⁾ また、法人格否認の法理が適用されるような訴訟において、訴訟係属中になつてそのことによりやく気付いた原告が直ちに被告として訴状に表示された法人から実質的な紛争主体たる背後者たる法人または代表者に表示の訂正を申し立てた場合でも（被告の訴訟追行者は表示の訂正の前後で実質上変わらない場合でも）、この説では表示の訂正は許されず、任意的当事者変更によるか訴訟承継の類推によるしかなくなる。⁽⁸⁾ しかも、従来の通説においては、任意的当事者変更の法的性質につきいわれる複合説によるため、大した法的効果が認められなくて従前の訴訟手続の効果を新被告に及ぼすことができず、一から訴訟をやり直さなければならなくなつて、妥当でない結果を導き出さざるをえない。このように、従来の通説の最大の問題点は、当事者の同一性の概念を形式的同一性を有する場合に狭く解する結果として、表示の訂正が認められる範囲が狭くなるうえ、前述した例（死者名義訴訟や法人格否認の法理が適用になる訴訟）におけるように、当事者

の表示の変更を余儀なくされた原因が原告側になく、被告側にあるような場合の表示の変更の措置として効果の面で従前の訴訟手続の結果が変更後に全面的に及ばないことになって効果として不十分で具体的妥当性を欠く点にあるといえるように思われる。⁽⁹⁾ 加えて、従来の通説が採用する表示説のように、訴訟係属中に表示の訂正か任意的当事者変更かが問題となる場合において、訴状の表示を唯一の判断材料とするのが果たして妥当であるかについても再検討を要するように思われる。即ち、当事者の同一性の調査は職権で調査すべき事項である以上、訴状の記載だけに限らず口頭弁論において現れた訴状以外の資料をも明示のうえ判断材料にして差し支えないと思われるし、⁽¹⁰⁾ 実務において実際に裁判官がかかる場合に訴状の記載だけを唯一の判断材料にしているかも知れないように思われる。なお、この説は、ともすると当事者の表示の訂正を広く認める判例やそれに同調する学説に対して、当事者の確定と適格を混同するものであるとし、表示の訂正に名をかりて実質的な当事者の変更を認めるのは（当初確定された当事者以外の者を当事者とすることは）許されないと批判する。⁽¹¹⁾ しかしながら、当事者の確定の一要素として当事者適格を考慮することをもって直ちに当事者確定と当事者適格を混同するとはいえないし、また、前述したように実際に従来の通説も実質的表示説において訴状の全趣旨の斟酌という形で当事者適格を默示的に考慮しているようにも思われる。⁽¹²⁾

（2）確定機能縮小説⁽¹³⁾

この説は、概して当事者確定の基準につき従来の通説と同様に（実質的）表示説を採用しつつも、当事者確定の機能および同理論の守備範囲について再検討のうえ縮小し、従来当事者確定の機能ないし同理論の守備範囲として扱われてきた死者名義訴訟、氏名冒用訴訟および法人格否認法理の手続上の扱いをそれらから自覚的に除外し、死者名義訴訟などが訴訟係属中に問題となる場合には主として任意的当事者変更（あるいは訴訟承継の類推）として処理すべき

説であるとする。以下において、その代表的な見解として、伊藤教授の見解、上野教授の見解、納谷教授の見解の順に

みていくことにする。

論

(a) 伊藤教授の見解⁽¹³⁾

伊藤教授は、従来当事者確定理論が担ってきた重要な役割は三つあるとし、第一は、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効果を誰を標準として決定するかという問題であり、第二は、いわゆる氏名冒用訴訟の取扱いの問題であり、第三は、いわゆる死者を当事者とする訴訟をも含む当事者の表示を誤った場合の取扱いであるとし、それぞれについて検討したうえで、当事者確定理論が重要な役割を果たすのは、第一の問題、すなわち訴訟開始段階での一応の確定の場面のみであると結論づけられる。かかる結論の可否はここではさておくとして、ここで主な考察の対象とするのは上記の第三の問題についての伊藤教授の見解である。伊藤教授は、まず、当事者の表示を誤った場合の特殊な事例である死者を当事者とする訴訟について、死者を被告としてなされた判決の取扱いと係属中に当事者が死亡していることが判明した場合の処理の二つに分けられる。そして、本稿における考察と関わる後者につき、死者を当事者とする訴訟は表示説によれば当事者は死者であるので当然に成立しないとする従来の理論を再検討し、適法に成立する余地があるとしたうえで、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るとし、ここでも確定理論の果たしていた役割は失われると主張される。なお、かかる訴訟における表示の訂正による処理の可否については、この手段は有効な訴訟係属を前提としているので、その点で困難が生じるというのみで、何故か正面から検討されていない⁽¹⁵⁾。もつとも、教授の他の論旨⁽¹⁶⁾から推察すると、表示の訂正は当事者の同一性を前提とするが、死者名義訴訟は当事者の同一性の事案ではなく、教授のいう単一性に関する事案であるから、表示の訂正による処理には否定的であると解することもできよう。

次に、いわゆる表示の訂正に関して、伊藤教授は、表示の訂正と任意的当事者変更の区別の基準として当事者の同一性という概念を通説と同様に採用したうえで、その従来における意味は一義的でなく、その中には、訂正前と訂正後の当事者が事実として同一である当事者の同一性の場合と、「同一であると評価してもよい」という当事者の単一性の場合が含まれていたとされる。そして、前者の当事者の同一性は複数の名称が紛争過程で同一の者を指すものとして使用されてきたかを問うものであり、表示の訂正の手段によって処理されるのは問題がないのに対し、後者の当事者の単一性は、別々の名称を持つ複数の者が紛争過程で単一の役割を果たしていたと評価できるかを問うもので確定理論で取り扱うには適しておらず、かかる事案も従来判例の中では表示の訂正によって処理する傾向がみられたが、これは適当でなく、任意的当事者変更によって処理すべきであるとされる。¹⁷ そのうえで、表示説以外の考え方をとった場合には、単一性に関する事案を表示の訂正により処理する結果となり、そうすると混乱の原因を誰が作り出したかという主観的事情など種々の要因を考慮しなければならないから、確定理論で取り扱うには必ずしも適していないので好ましくなく、したがって、確定理論としては表示説が妥当であるとされる。もともと、教授によれば、表示説が妥当といつても、訴状の記載が同一性の判断の外枠になるという意味であつて、訴状の記載のみから同一性が決定されるわけではなく、むしろ、紛争過程における当事者の行動が決定的な基準となるのであつて、決して、表示説によって自動的に同一性の有無が判断されるわけではない。かくて、当事者確定理論は、表示の訂正が許されるかどうか、その前提として当事者の同一性があるかどうかにおいて重要な役割を果たさないと結論づけられるのである。

さて、伊藤教授の見解に対しては、まず訴訟係属中に死者名義訴訟と判明した場合の処理に関して、種々の疑問が生じる。即ち、何故訴訟係属ないし受継の要件の緩和による処理が妥当とされるのか、訴訟係属を緩やかに解するのであれば表示の訂正による処理でも可能ではないのか、しかも受継の要件の緩和による訴訟承継の類推と表示の訂正

とは効果の面で同一にもかかわらず、何故前者による処理でなければならないのか、もし原告が訴訟係属中に死者から相続人への表示の訂正の申立てをなした場合には、どのような処理をなされるのかといった疑問が生じる。また、伊藤教授は、相続人は受継とみなされる訴訟行為をなした時点から当事者となったものとして取り扱われるとされるが、受継の申立てをしていないのに、訴訟行為をなすことをもって受継とみなす根拠が明らかにされていないし、いかなる訴訟行為をもって受継があったとみなし当事者となったものとして取り扱うのかについても明確とはいえない。さらに、このような黙示の受継を媒介としつつも受継とみなされる訴訟行為をなすことにより当事者となったものとする取扱いが、そもそも教授が採用される当事者確定の基準についての表示説に合致するの（行動説的取扱いとはいえないか）、あるいは恐らく自説の前提とされているとみられる形式的当事者概念（それは自己の名における申立者とその相手方を当事者とする）に合致するのといった疑問をも提起しえよう。

次に、いわゆる表示の訂正に関して、伊藤教授は、確定理論として表示説が妥当として採用しつつ、訴状の表示が当事者の同一性の判断の決定的な基準とならず、当事者確定の基準たる表示説によって当事者の同一性の有無が判断されるのでなく、当事者の同一性の判断につき紛争過程における当事者の行動が決定的な基準となると主張されるが、それでもなお当事者の同一性の有無に関わる表示の訂正の問題を当事者確定理論の守備範囲の問題として位置づけられるのかどうかは判然とせず、理論的整合性の点で疑問の余地が残るといえよう。いずれにせよ、かかる表示説に代えて、当事者の表示の訂正かどうかに関わる当事者の同一性の判断基準を理論的に包含した当事者確定理論こそを積極的に定立すべきであるように筆者には思われる。加えて、当事者の同一性と単一性を区別して後者の事案は任意的当事者変更により処理すべきとされる教授の見解についても再検討を要すると思われる。教授は、その理由として、当事者の単一性に関わる「同一かどうかの評価」については混乱の原因を誰が作り出したかという主観的事情を考慮

に入れるとかの問題があり、確定理論で取り扱うには適していないからであるとされる⁽²⁰⁾。だが、そうした主観的事情を必ずしも前面に出さなくても、後述するように手続保障の観点から当事者が同一と評しうるかどうかにつき客観的な評価を加えることは十分可能であると思われる。加えて、たとえば、死者名義訴訟において当初から応訴した相続人や法人格否認の法理が適用になる場合の背後者のように、行為規範と評価規範の分離に基づく評価規範の観点からみて従前の訴訟上の効果を変更後の当事者にそのまま及ぼしても何ら不利益を受けないだけの当事者にふさわしい手続保障を従前に受けており、実質的に当事者の同一性があると評価してよい場合ですら、任意的当事者変更によらなければならず表示の訂正の申立ては認められないとする見解は当事者の公平や訴訟経済の観点から妥当ではないし、かかる場合に表示の訂正の申立てを認めたとしても何ら手続の適正を害することもないので積極的に認めるべきではないかと思われる⁽²¹⁾。思うに、伊藤教授の見解の根底には、当事者確定理論はその中に種々の判断要素を取り込むのは適当でなく、かつ種々の判断要素を伴う問題は当事者確定理論で取り扱うのは適当でないというドグマが前提にある⁽²²⁾ように思えるが、何故そのように解さなければいけないのかについての説得的な根拠は提示されておらず、むしろ、問題の具体的妥当な解決のためには、かかるドグマの見直しこそが今日求められているように筆者には思われる。

(b) 上野教授の見解⁽²³⁾

上野教授は、死者名義訴訟に関する判例・学説の分析を踏まえて、次のように主張される。まず判例に関して、判例は、死者名義訴訟の利用の手段を導き出すための、謂わば方便として、「当事者の確定」の問題を利用し操作しているとし、死者名義訴訟の処理手段として実際上はほとんどすべてが、表示の訂正というかたちで処理されてきたとされる。そして、判例は、ごく最近にいたるまで表示の訂正という処理方法しか知らなかったし、その表示の訂正にも、本来の意味での表示の訂正と当事者の変更が「隠蔽」されている表示の訂正という二つの異なった種類のものが

含まれていて、かなりあいまいであるとして判例を批判される。次に、死者名義訴訟についての学説の分析を踏まえて、『兼子・概論』²¹⁾以降の「新学説」は、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でも貫徹し、確定基準がその本来の機能を果たしており、裏から言えば、氏名冒用訴訟や死者名義訴訟の処理という問題は、当事者の確定の問題の領域から追放されたことになるといううえで、判例や旧学説が、「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いなかったことによるが、その後死者名義処理のための理論が整備され、その基礎のうえに「新学説」が登場したとして、この「新学説」を支持される。

他方で、判例・旧学説、あるいはごく最近の学説によれば、当事者変更の隠蔽された表示の訂正が許されるというようなことも生じてくる恐れもあるとして批判される。そのうえで、死者名義訴訟の処理について、表示の訂正は、従来の訴訟の結果が無条件且つ全面的に拘束力をもつ、謂わば、死者名義訴訟を一〇〇パーセント利用しうる処理制度であるとし、訴訟承継の類推は、実質的に表示の訂正と同じ効果を持つとして、いずれの制度でもって処理することも可とすべきであるとされる。これに対し、任意的当事者変更は、比喩的にいえば五〇パーセント死者名義訴訟を利用することができる制度であるとされる。このように、上野教授は、表示の訂正、訴訟承継の類推および任意的当事者変更の死者名義訴訟における利用をそれぞれの効果に着目して区別され、これらの制度のいずれも利用しえない場合にはじめて死者名義訴訟は不適法として却下されると結論づけられる。

さて、上野教授が死者名義訴訟の処理について、表示の訂正、訴訟承継の類推、任意的当事者変更の各効果に着目してそれらのうちいずれの制度で処理すべきかを判断され、同じ効果をもつ表示の訂正と訴訟承継の類推についてはいずれの制度でも処理可能であるとしてそれらの競合を認められる点²²⁾については全く同感であり、これを支持する。したがって、上野教授が、死者名義訴訟において、死者と相続人は形式的には当事者の同一性を欠くにもかかわらず、

訴訟手続に当事者と同視しうる程度に関与した相続人について死者から相続人への表示の訂正を認められている点についても、異論はない。ただ、かかる結論が上野教授が支持される「新学説」から理論的に導き出せるかは果たして疑問である。また、それに関連して、判例のいう表示の訂正はかなりあいまいであると批判されながらも、表示の訂正に関わる当事者の同一性の概念について自ら十分な検討がなされていない点も疑問に思われる。というのも、死者名義訴訟においては、当事者として表示された死者と相続人とは明らかに別人格であり、それにもかかわらず死者から相続人への表示の訂正を一定の場合に認めるのであれば、当事者の同一性の概念が再検討されて然るべきと思われるからである。そして、「新学説」に従って、表示説を前提として当事者の同一性の概念を維持するかぎり、厳密には死者名義訴訟における死者から（訴状には全く表示されていないのが通常である）相続人への表示の訂正は認められないのではなかろうか。⁽²⁶⁾ それゆえ、上野教授は、判例・旧学説あるいはごく最近の学説によれば、当事者変更の隠蔽された表示の訂正が許されるというようなことも生じてくる恐れがあるとして、それらの学説を批判されるが、それは、厳密には表示の訂正による死者名義訴訟の利用を肯定される上野教授の見解にも認められるのではなかろうか。そうだとすれば、一定の場合に表示の訂正による死者名義訴訟の利用を認めるためにも、従来の「当事者の同一性」の概念の見直しこそがまさに今日求められているのではなかろうかと筆者には思われる。

(c) 納谷教授の見解⁽²⁸⁾

納谷教授は、まず「当事者の特定」と「当事者の確定」を明確に区別したうえで、「当事者確定」の機能について原告による「当事者の確定」を補完する機能しか有しないとされる。そして、「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」も訴え提起行為に基準を求めなければならないとしたうえで、訴訟行為としての「訴え」は口頭弁論期日において陳述することによって、はじめてその効力が発生するから、

訴えの提起者は訴状中の「当事者の特定」の記載を第一回口頭弁論期日まで（厳格に言えば、この期日において「当事者の特定」陳述が留保された場合には、その留保が解除される期日まで）自由に訂正・補正できるとされ、この時点までは当事者確定の扱う問題領域として「表示の訂正」が許されるとされる。具体的には、「当事者の表示」につき明白な誤記があつた場合だけでなく、いわゆる死者名義訴訟やいわゆる法人格否認の法理が適用になる場合についても、最初にすべき口頭弁論期日の終了前に、訴状中の記載を訂正ないし補正するかぎり、「表示の訂正」として処理されるが、その時点後においては「当事者の確定」問題として処理すべきではなく、多くの場合任意的当事者変更の問題として処理されることになる主張される。かくて、納谷説では、表示の訂正は当事者の同一性を有するかぎり何時でもなしうとする通説的見解と異なり、表示の訂正の認められる範囲を時期的に絞り込まれている。そして、以上のように解すると、任意的当事者変更理論によつて妥当な処理をはかるためには、「表示の訂正」の場合は従前の訴訟手続をそのまま続行させることができるのに対して、「（任意的）当事者変更」の場合には新訴の提起と旧訴の取下げの複合したものという法的性質のゆえに訴訟を最初からやり直さなければならないといった従来の通説的理解につき見直す必要が生じてくる⁽²⁹⁾。そこで、納谷教授は、任意的当事者変更の再構築にむけての私見を新たに展開され⁽³⁰⁾、新当事者が従前の訴訟資料に全面的に拘束されると解されてもやむをえない事情の存する場合を個別的に考察し、かかる例外的な場合には、旧当事者との関係で生成されていた訴訟状態（訴訟資料）は、新当事者に対して全面的に引き継がれ、その効力が及ぶことになる⁽³¹⁾と解される。その一場合として、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視しうる場合を挙げ、その具体例として、死者名義訴訟につき事実上関与していた相続人が新当事者になる場合やいわゆる法人格否認訴訟とみられるケースで、その後にいる者が新当事者となる場合を挙げられるのである。

さて、以上のような納谷教授の見解に対しては、たとえば右の場合において必ず任意的当事者変更によらなければ

ならないとする合理的な根拠が果たしてあるのかという疑問がまず生ずる。また、表示の訂正を第一回口頭弁論期日までに限定する合理的な根拠があるのかという点についても、疑問に感ぜられる。⁽³¹⁾ すなわち、死者名義訴訟を例にとると、納谷教授の見解によれば、第一回口頭弁論期日の終了前に判明した場合には、訴状の補正または訂正が認められるが、その時点以降で、かつ訴訟係属中の時点で死亡が判明した場合には、その判明時までの訴訟は既に死者を当事者と確定させたくて、手続をすすめてきているわけであるから、死者から相続人に「手続の主体」を交えることは、「当事者の確定」問題ではなく、したがってまた本来的な意味における「表示の訂正」という処理は行うことができず、任意的当事者変更として処理すべきことになる。⁽³²⁾ だが、被告と表示された死者が訴状送達前に死亡していることを第一回口頭弁論期日において被告側から知らされなかったために、原告は訴状の補正も表示の訂正の申立てもしなかったが、その後ようやく訴訟係属中にそのことを知って原告が表示の訂正を申し立ててきた場合に、表示の訂正は認められなくすべき合理的な根拠があるだろうか。そもそも、表示の訂正か任意的当事者変更かは、従来から概して学説・判例において当事者の同一性を基準として判断されてきており、表示の訂正の申立てが第一回口頭期日以前か後かは問われてこなかった。⁽³³⁾ にもかかわらず、納谷教授の見解によれば、当事者の同一性を有する場合にも原則として第一回口頭弁論期日以降に当事者の表示の訂正を認めることはできないことになるが、かかる結論は、原告の表示の訂正の申立てが遅れた原因が原告側になく被告側にある場合に（死者名義訴訟も通常はそうであるといえる）、原告に酷に過ぎるといえるのではなからうか。なお、納谷教授において、当事者の同一性の概念がどのように捉えられているかに関して、死者名義訴訟においても第一回口頭弁論期日の終了前に判明した場合には別人格たる死者から相続人への表示の訂正による処理が許されると解されているのを見ると、当事者の同一性につき形式的同一性よりも緩やかに解されているようにも思われるが、他方で、当事者の同一性を狭く限定する仮名訂正説を高く評価し

説 ておられるので、その点は必ずしも明らかでない。

(d) 小括

論 以上にみてきたように、同じく当事者確定機能縮小説に立ちつつも、伊藤教授、上野教授、そして納谷教授では、かなり見解を異にしている。⁽³⁵⁾たとえば、死者名義訴訟の訴訟係属中の処理についても、伊藤教授は、必ずしも明言されてはいないものの表示の訂正による処理に消極的で、むしろ訴訟係属および受継の要件を柔軟に考えることによる処理を第一義的に考えておられる。これに対し、上野教授は、死者名義訴訟の有効な利用という観点から表示の訂正、訴訟承継の類推、任意的当事者変更の効果に着目した使い分けを目指されており、しかも表示の訂正と訴訟承継の類推の競合ないし選択を積極的に認めておられる。さらに、納谷教授は、第一回口頭弁論終結時を基準としてそれまでに死者名義訴訟であることが判明し表示の訂正の申立てがなされた場合には、表示の訂正による処理が認められるが、他方、この時点以降で、かつ訴訟係属中に死者名義訴訟であることが判明した場合には任意的当事者変更の理論によつて処理すべきであると解され、表示の訂正が認められる範囲を時的基準において絞り込んでおられる。

また、表示の訂正と任意的当事者変更の区別の基準としての当事者の同一性の概念に関しても、伊藤教授、上野教授、納谷教授では見解を異にする。まず、伊藤教授は、従来使用されてきた「当事者の同一性」の概念は一義的でなく、訂正前と訂正後の当事者が事実として同一であるという本来の「当事者の同一性」の場合と形式的な当事者としては別個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「当事者の単一性」の場合が含まれていたとして、前者については表示の訂正によつて処理すべきであるが、後者については、任意的当事者変更によつて処理すべきであるとされ、その意味で表示の訂正と任意的当事者変更の区別の基準としての当事者の同一性の概念を狭く捉えたうえで、この概念を重視される。これに対し、上野教授は、当事者の同一性の概念には着目されず、専ら表

示の訂正と任意的当事者変更の効果の違いに着目して、両者を使い分けることを主張されており、当事者の同一性の概念については正面から取り上げておられない。さらに、納谷教授においては、表示の訂正か任意的当事者変更かの区別の基準としての当事者の同一性の概念を採用しかつどのように捉えられているかについては必ずしも判然とはしないが、表示の訂正が認められるためには当事者の同一性があることを当然の前提とされているようにも思われ、何よりも第一回口頭弁論期日終結時の以前に表示の訂正や訴状の補正の申立てがなされたかどうかという時的基準により表示の訂正の申立てが認められる範囲を絞り込んでおられる点に特徴がある。

このように、同じく確定機能縮小説に立ちつつも、「当事者の同一性」の概念の採否や捉え方、細部の結論等については必ずしも一様ではないが、とはいえ、いずれの見解も当事者確定基準の機能なり当事者確定理論の守備範囲の縮小をめざしているぶんだけ、任意的当事者変更理論による処理に従来の通説以上にウエイトがかかっているといえよう。しかしながら、任意的当事者変更について確固たる統一的な判例理論が固まってい⁽³⁶⁾ないなかで、それに多くを委ねるのが望ましいかはかなり疑問に思われる。

(3) 佐 上 説⁽³⁷⁾

佐上教授は、従来から通説が表示の訂正と任意的当事者変更の区別の基準として捉えてきた当事者の同一性の概念に疑問をもち、これを自覚的に捨て去り、それに代わる新たな基準を展開したわが国で最初の学者であるといえる。

佐上教授は、通説の提示する当事者の同一性の基準による区別にもかかわらず、現実には別の主体を手続に引き込み、訴訟状態を受け継がせるという実務が定着しているということは、何を意味するかを考える必要があるとされる。すなわち、通説の当事者の同一性の有無による表示の訂正と任意的当事者変更の区別にもかかわらず、現実には従前

の訴訟資料を新しい法主体に利用できるかどうかの判断が重要とされ、たとえば当事者の同一性の区別を欠く場合でも、表示の訂正で処理されているが、それは、紛争主体がたとえ異別であっても、原告にそれを取り違えたことにつき責任を問うことができず、むしろ相手方にその原因があると認められる場合には、任意的当事者変更ではなく、表示の訂正の形で処理されることもあり、紛争主体が前後を通じて同一かどうかは、新しい当事者をどのような形で訴訟手続に関与させていくかを決定していくうえでの一つの考慮要因にすぎないのであることを意味すると解される。そして、新しい当事者が従前の訴訟状態を承認しなければならないか、またそれはどの範囲かという問題は、当事者間における紛争主体特定責任の分配から導かれる効果であるとして、いわゆる紛争主体特定責任説の立場から、表示の訂正か任意的当事者変更かは、従来のように主体の同一性を基準とするのではなく、むしろ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。たとえば、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。そこで、責任の具体的内容に応じて、その効果も画一的である必要はなく、従って、任意的当事者変更であっても、実質的に新訴の提起と同視されるものから表示の訂正と等しい段階のものがありうるとされる。それゆえ、任意的当事者変更や表示の訂正は、これを認めるか否かが議論の目的ではなく、当初に確定された者以外の者を手続に引き込むための手段にすぎず、したがって両者は共通の目的に向けられたものであり、対立的な道具概念として位置づけるのではなく相互に流用可能なものとみていく必要があると主張される。他方で、両者の間には相対的に独自の意義がありそれぞれに固有の適用領域があることまで否定するのではないとも主張され、表示の訂正と任意的当事者変更の使い分けは、主体の同一性を基準とするのではなく、旧主体と新主体との実質関係からみて、従前の訴訟資料を利用

できるかどうかを基準とすべきであると主張される。

さて、佐上教授が、従来の通説にみられる当事者の表示の訂正と任意的当事者変更の区別の基準としての当事者の同一性の概念の問題点を鋭く指摘されている点⁽³⁸⁾については高く評価できる。また、教授が、一方で、表示の訂正と任意的当事者変更とはそれぞれ固有の適用領域を有しており、その使い分けとしてそれぞれの効果ないし機能の面に着目して、旧主体と新主体との実質関係からみて、従前の訴訟資料を利用できるかどうか、ないし手続をやり直す必要があるかどうかを基準とすべきであるとされる点⁽³⁹⁾についても基本的に同感であり、示唆深いものがある。しかしながら、佐上教授は、一方で表示の訂正と任意的当事者変更の区別の基準として右のように言いながら、他方で、教授の当事者の「確定」の基準である紛争主体特定責任説の立場から、前述したように、紛争主体特定責任を尽くしたかどうかを判断基準とすべきであるとも主張される⁽⁴⁰⁾。恐らく、紛争主体特定責任を尽くしたかどうかで従来の訴訟資料が利用できるか、あるいは手続をやり直す必要があるかが明らかにになると解されるであろうことから、両者は矛盾するものではないということであろうと思われる。しかしながら、紛争主体特定責任を尽くしたかどうかという判断基準は、本人も自認されておりかつ他の学者からも批判を受けられているように⁽⁴¹⁾、紛争主体特定責任の所在や発生要件の詳細ないし違反の効果を定める行為規範の内容はいまだ明らかにされていないという難点を有するために、未だ比喩的な説明の域をでていないように思われるし、そもそも客観的かつ明快な基準を打ち出すのはかなり困難であるようにさえ思われる。むしろ、紛争主体特定責任を尽くしたかどうかという観点よりは、手続保障の観点の考慮のもとに、旧主体と新主体との実質関係からみて従前の訴訟資料を全面的に利用できるかどうか、それとも手続を程度の差はあれやり直す必要があるかどうかを問うほうが、より客観的かつ明快な基準を得られるということができ、その点でより妥当ではないかと思われる。しかも、佐上教授のように当事者の同一性の判断基準を捨て去るのではなく、むしろ

そういう観点から当事者の同一性の概念を再検討すべきであるように思われる。⁽¹³⁾ 他方、佐上教授が、表示の訂正と任意的当事者変更の関わりについて、それぞれに固有の適用領域があることを認めつつも、相互に流用可能なものとみていく必要があるとされる点については、大いに示唆深いものがあると思われる。すなわち、原告が任意的当事者変更の申立てをしてきた場合にも、審理の結果実質的に当事者の表示の訂正として効果を認めて差し支えない場合には、当事者の表示の訂正に準じるものとしてその効果を認めつつ当事者変更の申立てを認容して差し支えないのではないかと思われる。⁽¹⁴⁾ 他方、原告が表示の訂正の申立てをなした場合に、表示の訂正の効果たる全面的な従前の訴訟資料の流用が認められず新被告の手続保障の観点から再度の実質的な訴訟のやり直しが多少とも必要な場合には、直ちに表示の訂正の申立てを却下するのではなく、釈明権の行使により表示の訂正の申立ての任意的当事者変更の申立てへの変更を認めるなりして、なるべく従前の手続を生かす形で効果を認めるべきではないかと思われる。

(4) 新堂説⁽¹⁵⁾

新堂教授は、当事者確定の基準につき、行為規範と評価規範の分離という観点から、主として訴え提起段階を念頭においた行為規範の観点からは形式的表示説を支持され、他方で、訴訟係属中の段階および特に判決言渡後においては評価規範の観点から誰が当事者適格を有するか、かつその者に手続保障が与えられたか等の観点を重視するいわゆる二重規範説⁽¹⁶⁾（規範分類説）の立場に立ち、それを前提として当事者の表示の訂正と任意的当事者変更の区別の基準について以下のような立論を展開される。

すなわち、新堂教授は、当事者の表示の訂正と任意的当事者変更の区別に関して、当事者の表示を甲から乙に訂正する場合に、評価規範の観点から、これまでの手続進行過程で乙が当事者であったとみられるならばたんなる表示の

訂正にすぎないし、逆にこれまでの手続上甲が当事者とみられるならば当事者の変更を伴うことになる。次に、効果の面での両者の区別に関して、たんなる表示の訂正にとどまる場合には、訂正以前の既成の訴訟手続の効果・実体的訴訟状態は原則としてすべて引き継がれるのに対し、当事者の変更をもたらし場合には、新当事者は従前の手続において訴訟追行の機会と地位が与えられていなかったものであるから、従前の手続的ならびに実体的訴訟状態を引き継がないのが原則であり、例外として引き継がれるものがあるとすれば、どのような条件のもとでどの部分またはどの効果を受けるかを個別に吟味する必要があるとされる。そのうえで、当事者変更があつたとみることの主たる実益は、新当事者は従来の手続で当事者としての訴訟追行の機会と地位が十分に与えられていなかったことを明らかにし、当事者に変更ありとみるときは、たんに表示の訂正だけでなく、新当事者に訴状を送達するなどの手続をあらためてする必要があることを指示する点にあり、したがって、当事者変更を伴うかどうかを判断するために、従来の手続をふりかえってだれが当事者であつたかを判定する場合には現実に訴訟追行の機会と地位が与えられていたのはだれかを吟味することが必要となるとされる。その際に、判断の資料を訴状の記載に限定すべきではないとされ、その理由として、すでに訴訟に表示されていない者であっても、実際に当事者のように扱われ、手続上防御の機会が与えられていたとするならば、これに対して、手続のくり返しをする必要はないからとされる。他方において、当事者の表示の訂正が求められる場合には、訂正によつて紛争解決のために有効適切な当事者の表示を求めるという場合が多いから、だれを新たに表示するかの問題は、実質的な係争利益の帰属者はだれか、当事者適格をもつ者はだれかという判断につよく指導されるとされる。かくして、当事者の表示の訂正という問題は、時間的な順序でいえば、まず、だれに、またどのように訂正するかという正当な当事者の選出またはその正確な表示内容の選定という第一段階の問題と、訂正された表示によつて指示される者がこれまでの手続において正当な手続保障が与えられていたかを判断す

る第二の問題とに分けて考察することができると主張される。

さて、新堂教授の見解は、当事者の表示の訂正と任意的当事者変更の効果の違いに着目しつつ、行為規範と評価規範の分離に基づく評価規範の観点およびそこで重視される当事者適格および手続保障の価値に基づき、表示を変更された者が当事者（被告）適格者でかつ表示の訂正の効果にふさわしい手続保障がこれまでの手続を振り返って与えられていたならば表示の訂正を認め、そうでなければ当事者の変更を伴うという形で区別の基準を提供した点で大変注目され、基本的に支持できる。また、表示の訂正か任意的当事者変更かの判断の際に、その判断の資料を訴状の記載に限定すべきではないとされる点⁽⁴⁷⁾についても、全く同感である。ただ、新堂教授の見解は、幾つかの点で理論的に不明確な点がないでもない。たとえば、当事者の変更を伴うとみるなら訴状の送達から手続をやり直さなければならないとされるが、⁽⁴⁸⁾当事者の変更を伴う場合には従前の訴訟追行の効果を全面的に及ぼすことは難しくとも、部分的に及ぼすことが事案により可能な場合もありうると思われる。⁽⁴⁹⁾また、従来から通説が採用してきた表示の訂正と任意的当事者変更の区別の基準としての当事者の同一性の概念に関して、これを維持されるのかどうかは必ずしも判然としないうが、任意的当事者変更の意義に関して、「最初の当事者の同一性を害せず訴状等における表示を訂正するのは、これ（筆者注）任意的当事者変更」に当たらない⁽⁵⁰⁾と述べておられるところを見ると、これを維持されるようにも思われる。だが、その場合の当事者の同一性の概念の内容については何も述べておられない。その場合に、新堂教授の見解からすれば、通説の用いる「当事者の同一性」の概念よりも広くなるものと思われ、その点を詰めることが課題といえよう。それと関連して、表示の訂正が認められる理論的根拠についても、必ずしも明らかでない。事実、通説の側からは、「適格者がその訴訟において現実に訴訟追行をしていたというだけで、どうして当事者とみられねばならないのか」といった疑問が提起されており、⁽⁵¹⁾かかる疑問を「どうして表示の訂正により当事者と認められるのか」

と置き換えることもできよう。それとも関連して、新堂説が形式的当事者概念やその概念を基礎とした当事者論と矛盾しないのかといった通説からの批判も考えられよう。かくて、新堂教授の見解を基本的に維持しつつも、従来から学説が採用してきた当事者の同一性の概念の再検討を中心に、これをいかに当事者論の体系の枠組みの中で理論化していくかが、今日の課題ではないかと思われる。

(5) 私 見

以上の諸学説の検討を踏まえて私見を開陳する前提として、諸学説に対する著者の総括的な評価を簡潔に述べると以下のとおりである。従来の通説は、当事者の同一性の概念につき、実質的表示説を前提とするため多少ともあいまいな点を含んでいるうえ、基本的に形式的同一性を概念内容としているため狭すぎ、死者名義訴訟や法人格否認の法理が訴訟係属中に適用になる場合等において表示の訂正が認められにくく、妥当な結論を得られにくい。次に、確定機能縮小説は、表示の訂正を認める範囲を狭め任意的当事者変更による処理を広く認める点では一致しているものの、そのための理論構成は論者によりかなり異なる。まず、伊藤教授の見解は、当事者の同一性の概念を当事者の単一性の概念と区別して狭く捉え、表示の訂正による処理を前者に該当する場合についてだけ認めるので、表示の訂正を認める範囲を画する当事者の同一性の概念としては概念内容が狭すぎて妥当でない。また、上野教授の見解は、当事者の表示の訂正、訴訟の承継の類推および任意的当事者変更による各処理をそれぞれの効果の面に着目して区別する点では注目に値するが、当事者の同一性の概念については触れていないため、どのように解するのかが明らかでなく、その点で問題を残している。さらに、納谷教授の見解も、当事者の同一性の概念については特に論じられておらず、むしろ第一回口頭弁論期日の終結時までに表示の誤記に気付いて表示の訂正ないし訴状の補正の申立てがなされたか

どうかを表示の訂正が認められるかどうかの決定的な区別の基準とされる点で、問題である。次に、佐上教授の見解は、表示の訂正か任意的当事者変更かを両者の効果の差異に着目して手続を再びやり直す必要があるかどうかという機能面から捉え直される点では注目に値するが、その基準を紛争主体の特定責任が尽くされたかどうかというあいまいな基準によらしめておられ、当事者の同一性の概念についても放棄されている点で問題である。最後に、新堂教授の見解は、表示の訂正か任意的当事者変更かの基準について、行為規範と評価規範の分離に基づく評価規範の観点、およびその観点で重視されるべき当事者適格と手続保障の価値に基づき、表示の変更された新当事者に当事者適格があり、かつ従前の手続において現実に手続保障の地位と機会が保障されていたかという実質的かつ佐上説より明確な基準を判断基準とされる点では注目に値するが、当事者の同一性の概念の採否や内容についてきちんと明らかにされていないうえ、当事者概念ないし当事者論の体系との理論的整合性などの点について通説側から疑問が提起されており、その意味では理論的には必ずしも十分とはいえず、なお課題が残されているということができよう。

私見は、表示の訂正か任意的当事者変更かの区別の基準を、上野説や特に佐上説、新堂説のように両者の効果ないし機能の面に着目し、表示を変更される被告に従前の訴訟手続の結果を全面的に及ぼしてよいが、それともその者の手続保障上部分的であれ再度手続をやり直す必要があるかという面から捉えるとともに、その判断基準を、佐上説のように、紛争主体の特定責任が尽くされたかどうかに求めるのではなく、新堂説のように、表示を変更される被告が被告適格を有し、かつ従前の手続において当事者としての手続保障の地位と機会を現実に与えられていたかどうかに求めるべきであり、しかも、そうした立場から当事者の同一性の概念を再検討し、さらには当事者概念ないしそれを基礎とする当事者論との理論的整合性をはかるべきであると考え。そこで、まず当事者の同一性については、形式的同一性の場合に限定せず、表示の訂正の効果の面に着目しかつ手続保障の観点から、表示を変更される被告に従前

の訴訟手続の結果を全面的に及ぼすことが手続保障上正当化される場合には実質的な当事者の同一性があると解して、当事者の同一性の概念を通説よりも広く捉え直すべきである⁽⁵²⁾と考える。たとえば、死者名義訴訟において相続人が当初から手続保障を与えられている場合には、死者とその相続人とは形式的には別人格であり、その意味では形式的な当事者の同一性があるとはいえないが、実質的な当事者の同一性があると解して表示の訂正が認められる要件としての当事者の同一性の概念内容のなかに含め、原告による死者から相続人への報告の表示の訂正を認めるべきである⁽⁵³⁾と考える。また、死者名義訴訟以外の誤記表示の変更の場合にも、同様に解して、形式的には訴状に当事者と表示された者と原告により新たに表示の訂正を申し立てられた者とが形式上別人格の場合であっても、従前の手続を振り返って従前の訴訟追行の効果を全面的に表示を訂正された者に及ぼしてもその者の手続保障を害するとはいえない場合においては、原告による表示の訂正の申立てを認めるべきである⁽⁵⁴⁾と考える。なお、表示の訂正か任意的当事者変更かの判断に際しては、通説たる表示説と異なり、その判断資料として訴状の記載のみに必ずしも限定する必要はなく、訴訟係属中に口頭弁論において顕れた資料も判断資料として含めて何ら差し支えないと考える。ところで、判例は、前述したように近時の幾つかの例外を除けば、概して死者名義訴訟やその他の当事者の誤記表示の変更に関わる判例において、形式的には別人格で当事者の同一性を欠く場合にも、当事者の表示の訂正によって表示を訂正された被告の手続保障が害されないかぎり、できるだけ原告の便宜や訴訟経済を重視して表示の訂正を広く認めてきており、私見はこうした判例の主流とも合致し、かつそれを積極的に理論的に正当化しようとする立場であるといえることができる。さて、以上に述べた私見を当事者概念ないしそれを基礎とした当事者論の体系のなかでどのように理論的に位置づけ正当化していくかが次の重要な課題となる。以下では、その点について検討していくことにする。前稿でも述べたように、⁽⁵⁵⁾通説の採用する形式的当事者概念は、学説史的にみてもいわゆる第三者の訴訟担当をも包含しうる形で誰が

当事者であるかを統一的かつ合理的に説明しうる当事者概念として形成されたものであって、当事者確定の基準を念頭に置いて形成されたものではなく、したがって、形式的当事者概念を採用したからといって当事者確定の基準についての特定の学説（特に通説たる表示説）に直接結びつくものではない。⁵⁶⁾だが、通説の形式的当事者概念を基礎とした当事者論の体系においては、誰が当事者であるかは形式的当事者概念に該当する当事者をいかなる確定基準で確定するかという形で訴え提起段階において確定する必要がある、かかる形で確定された当事者を基準として当事者能力、訴訟能力に次いで当事者適格の有無が判定され、当事者適格を有する当事者については正当な当事者として本案についての訴訟追行権が認められ、他方、そうでない当事者の訴えは不適法として却下されることになるが、いずれにせよ当事者である以上判決の名宛人となるといった理論体系になっている。こうした通説の形式的当事者概念を基礎的とした当事者論の体系との関連においてここで検討すべき点は、訴訟開始段階において確定された当事者と形式上は別人格の手續保障の与えられた本来の当事者適格者を実質上の当事者として前者から後者への表示の訂正を許すことが、通説の当事者の同一性の概念と相容れないだけでなく、形式的当事者概念およびそれを基礎とした当事者論の体系と相容れないのではないかと一点である。⁵⁷⁾たとえば、死者名義訴訟において、死者とその相続人は形式上別人格であるにもかかわらず、訴訟開始段階において死者を被告と一旦確定しておきながら、その後訴状には全く記載をされていらない当事者適格者たる相続人への被告の表示の訂正を認めることは、当事者確定と当事者適格を混同するものであるといった従来より通説側から出される批判があるだけでなく、それと関連してその根底にある形式的当事者概念を基礎とした通説的当事者論の体系とも相容れない面を有するということもできよう。これらの点に関して、新堂教授は何も述べておられないが、教授の立場からは、当事者確定と当事者適格を混同するものであるという批判に対しては行為規範と評価規範の分離の観点から反論することができよう。すなわち、行為規範（これから手續を進めるに

あたつて誰を当事者として扱うか）の面での当事者と評価規範（既に進行した手続を振り返つてその手続の当事者は誰だったか）の面での当事者は上記の観点より異なりうるのであり、訴訟係属中において問題となる表示の訂正か任意的当事者変更かという局面では評価規範の観点が働くから、行為規範の面での当事者と必ずしも一致しなくてもよく、評価規範の観点において一つの重視すべき価値として当事者適格を考慮するのは当事者確定と当事者適格とを混合するものとは直ちに言えないといった反論がなしえよう。だが、それだけの説明では理論的根拠として十分であるとは必ずしもいえないようにも思われる。現に、適格者がその訴訟において現実に訴訟追行をしていたというだけで、どうして当事者とみられなければならないのかという疑問も通説の側からは提起されている⁽⁵⁹⁾のである。

そこで、私見によれば、形式的当事者概念とともにそれを基礎とした通説の前述した当事者論の体系も、いかなる例外をも許さない絶対的なものと解する必要はなく、その限度において理論的な見直しが必要であると考ええる。確かに、訴状の送達にはじまり当事者能力・訴訟能力あるいは当事者適格などの判定のために訴え提起段階において誰が当事者であるかを確定する必要があり、その際には、通説のように、形式的当事者概念を基本としてそれに該当する者をいかなる当事者確定の基準により確定するかという形で訴え提起時に誰が当事者であるかを確定することになる。しかも、訴え提起段階における当事者の確定は、手続保障の観点を一切考慮することなく誰が当事者であるかを確定することになる⁽⁵⁹⁾。そして、こうして確定された当事者については当事者能力や当事者適格などの有無が判定される一方で、いわゆる当事者権が認められて当事者にふさわしい手続保障が与えられるのであり、そのことにより既判力をはじめとする判決効がその当事者に及ぶことも正当化されよう。だが、例外的にせよ訴え提起段階ではたまたま訴状には記載されていなかったがゆえに当事者確定の基準により当事者と扱われなくても、本来訴えられるべき被告適格者であり、かつその者に当事者にふさわしい手続保障が訴訟開始段階から現に与えられていた場合には、その

者を当事者として既判力をはじめとする判決効が及ぶことが正当化されるのであり、かかる者を実質上の当事者と称し、訴訟係属中において原告がかかる実質上の当事者（被告）の存在に気がつき、訴状に記載された形式上の被告から実質上の被告への表示の訂正を申し立ててきた場合には、これを認めるのが手続保障の観点からも訴訟経済の観点からも妥当であるといえよう。かかる実質上の当事者の例として、前述した死者名義訴訟において当初から応訴していた相続人や法人格否認の法理が訴訟係属中に適用される場合における背後者等を挙げることができよう。もつともかかる場合には、形式的当事者概念を基礎とした通説の当事者論のいわば例外をなすものとして、信義則といった一般条項により処理すべきであるとする見解もありえよう。⁽⁶⁾だが、私見では、かかる処理を当事者確定理論ないし当該理論の体系と切り離して信義則といった一般条項に逃避すべきではなく、むしろ当事者確定理論のなかで、かつ当事者論の体系のなかに例外という形にせよきちんと組み込みかつ位置づける形で再構成をはかるべきであり、それがこそが学者の果たすべき使命ではないかと考える。

要するに、私見では、訴え提起段階においては、形式的当事者概念に基づき当事者確定の基準につき手続保障の観点を一尺度外視して誰が当事者であるかを確定すべきであると考ええる。それに対し、訴訟係属中ないし訴訟終了の段階においては、行為規範と評価規範の区別に基づく評価規範の観点から手続保障や訴訟経済の価値を重視すべきである。そこで、訴え提起時に当事者と確定されていない者でも、実は当事者適格を有しておりかつその者に当事者にあつたらしい手続保障（当事者権）が与えられていたことが訴訟係属中に判明した場合には、実質上の当事者（被告）として原告によるその者への表示の訂正を認めるべきであり、表示の訂正（訴状の補正）により実質上の当事者と訴状における表示上の当事者とは一致し、判決の名宛人になると解すべきであると考ええる。なお、右の者が判決終了後になつてようやく判明した場合には、その者を実質上の当事者（被告）として判決効を及ぼすべきである。既判力を原

則として当事者に認める根拠を当事者の手続保障（当事者権）とそれに伴う自己責任に求めるならば、まさにかかる者も既判力が原則として及ぶ当事者のなかに含めるのが合理的であるように思われる。ここでは、判決の名宛人ではない者を民訴法二〇一条一項にいう当事者として含める点で通説の立場とは異なるが、そのように解すべきであると考え。さて、かかる私見は、形式的当事者概念ならびにそれを基礎とした当事者論を唯一絶対のものとして扱うべきではなく、それを原則としつつも必要に応じて理論的根拠を示しつつ例外を示して相対化すべきであるとする筆者の年来の主張とも符合するものであるということができよう。

注

- （１） 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」月刊法学教室一一二号（一九九〇年）一二頁。かかる立場に立つ主なものとして、兼子一・新修民事訴訟法体系（一九五四年）一〇七頁、中野貞一郎他編・民事訴訟法講義（補訂第二版）（一九八六年）九八頁（福永有利）、井田友吉「当事者の表示の訂正、任意的当事者の変更」判例タイムズ一八八号（一九八六年）七〇頁以下、尾中俊彦「当事者の確定と任意的当事者変更」実例民事訴訟法（八）（一九六三年）六三頁以下などがある。

- （２） 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）八四頁以下。

- （３） 中務俊昌「当事者の確定」中田・三ヶ月編『民事訴訟法演習Ⅰ』（一九六三年）四〇頁以下。

- （４） 当事者の表示の訂正に関する下級審の判例が表示説をとることを表明しつつも、表示の訂正の可否について全く反対の結果が導き出される原因が（実質的）表示説にあることを説くものとして、鈴木重勝「当事者の変更か表示の訂正か」続民事訴訟法判例百選（一九七二年）二五頁、なお、同「当事者の確定」における表示説の問題点（総合法学六巻二号（一九六三年）四〇頁以下参照。そこで、形式的表示説と実質的表示説の中間に位置する説として仮名訂正説（訴状の当事者欄の記

載されている名称をもつ者を当事者として確定するとしても、訴状の全体およびこれを訂正申立理由からこれが仮名であること、あるいは前者が変更前の商号であることが判明した場合に、実名ないし変更後の商号への訂正を許す立場」がかつて主張された(同・前掲(注4)百選二五頁)。この説は、表示の訂正と任意的当事者変更の区別の基準という面でのみ機能し、その限りで形式的表示説と実質的表示説の中間に位置するということができ、確かにその面での判断基準の明確性は実質的表示説より保たれるといえようが、表示の訂正が認められる範囲が狭すぎて具体的妥当性を欠くように思われ、そのせいかさほど有力となっていないように思われる(もつとも、近時この説を評価するものとして納谷廣美「表示の訂正」民事訴訟法判例百選I(一九九一年)八三頁)。

(5) 上原・前掲(注1)一三頁。

(6) この点に関して、上田徹一郎教授は「実質的表示説は当事者の確定の段階での具体的妥当性の追及は当事者欄の記載を形式的に解さず訴状全体の記載から当事者を確定する限度で当事者の実質的把握を図るに止める。その結果、表示の訂正による救済の可能性は低くなるところから、任意的当事者変更理論の運用によって訴訟経済等の要求に応えていくことにする」と述べられる(小山昇他編「当事者の確定」演習民事訴訟法(一九八七年)一七五頁)。

(7) 佐上善和「当事者の確定×当事者適格」月刊法学教室一二二号(一九九〇年)一一頁、高島義郎「当事者の変更」関西大学法学論集八巻六号(一九五七年)三〇頁、三四頁注(19)(20)。

(8) 佐上・前掲(注7)一一頁。訴訟係属中における法人格否認の法理の適用について当事者確定との関係で論ずる主なものとして、今中利昭「民事訴訟法における法人格否認の法理」『民事訴訟法の争点(新版)(一九八八年)』上田徹一郎「法人格否認と訴訟主体」私法三三三(一九七一年)三一頁以下、福永有利「法人格否認の法理に関する訴訟法上の諸問題」関西大学創立九〇周年記念論集(一九七五)五四一頁以下、特に五四六頁以下。なお、上田徹一郎教授は、「法人格否認の場合には(少なくとも)形骸事例では、任意的当事者変更を要求せずとも旧会社の表示で新会社も当事者として特定されているとみて、新会社の手続保障上問題はないであろう」とされる(『民事訴訟法』(一九八八年)八〇頁)が、かかる結論を通説

たる（実質的）表示説およびそれを前提とする（形式的な）当事者の同一性の概念から導き出せるかは疑問に思われる。

（9） 上原・前掲（注1）一三頁。

（10） 同旨として、新堂幸司「訴訟当事者の確定基準の再構成」石井照久追悼・商事法の諸問題（一九七四年）二七三頁、当事者の確定につき、谷口安平「当事者の確定（一）」民事訴訟法判例百選（第二版）（一九八二年）四三頁も「当事者の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当然であろう」とする。

（11） たとえば、中務・前掲論文（注2）八八頁、兼子一「死亡者を被告と表示した訴訟」判例民事訴訟法（一九五〇年）一八頁。

（12） この点につき鋭く分析するものとして、新堂・前掲論文（注10）二六〇頁以下、鈴木（重）・前掲論文（注4）総合法学六卷二号四一頁以下。

（13） 確定機能縮小説につき、上野泰男「死者を当事者とする訴訟」民事訴訟法判例百選Ⅰ（一九九一年）八一頁、拙稿「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」熊本法学七五号（一九九三年）二二頁以下。

（14） 伊藤眞「民事訴訟の当事者」（一九七八年）一五五頁以下、特に、本稿との関係では一八三頁以下。

（15） 伊藤・前掲書（注14）一八三頁。だが、有効な訴訟係属を前提とする点では、訴訟の受継による承継においても同様であり、表示の訂正が認められないとする根拠としては薄弱ではないかと思われる。

（16） 伊藤・前掲書（注14）一九四頁以下。

（17） 伊藤・前掲書（注14）一九四頁以下。教授によれば、当事者の単一性の概念について、形式的な当事者としては別個の存在ではあるが、実際には同一の利益を主張する立場にある者の場合に、当事者としては単一であるとみなされる。

（18） 伊藤・前掲書（注14）一八七頁。

（19） 伊藤・前掲書（注14）一九六頁以下。また、別の箇所では、「結局、表示の前後を通じて当事者が同一かどうかは、紛争

過程において、表示されている当事者がいかなる人物として理解されていたかによって決定される」とも述べられる(同・前掲書(注14)一九〇頁)。だが、それを判断するためには必ずしも訴状の表示だけを判断資料にはできないのではなからうか。もしそうだとすると表示説を採用するとはもはや言えなくなるように思われる。

(20) 伊藤・前掲書(注14)一九四頁。

(21) 伊藤教授は、かつて、氏名冒用訴訟との比較において、当事者の表示の変更の場合には、第三者による氏名冒用行為というものが存在せず、当事者が何らかの事由によつて表示を誤った場合に、それを救済すべきかどうかが中心の問題になるとされたうえで、この問題についてまで、表示説を厳格に貫く実上の必要が存在するだろうかと問い、下級審判決の事案でも、最初に表示された当事者とまったく無関係の当事者に変更された場合は見当たらないとすれば、変更後の当事者が表示の訂正を認めることによつて格別の不利益を受けることも考えられないと述べておられ、表示の訂正を広く認めることを示唆されていた(「確定判決の騙取と再審——氏名冒用——」続判例展望(一九七一年)二〇〇頁)。

(22) この点につき、伊藤・前掲書(注12)一九七頁参照。

(23) 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。

(24) 兼子一・民事訴訟法概論(一九三七年)九四頁以下。

(25) 上野・前掲論文(注23)一六一頁。

(26) 事実、兼子・前掲書(注24)九六頁は「若し訂正に借りて別人を表示するならば、当事者を変更することとなるのである」と述べ、その例として死亡者の名で訴えてこれを相続人に改める例を挙げ、死者名義訴訟における死者から相続人への表示の変更を当事者の変更とみていた。

(27) 上野・前掲論文(注23)一六〇頁。

(28) この問題についての納谷教授の基本的な立場を初めて表明したものとして、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)二二九頁以下、特に二四三頁以下。その他、同・新堂幸司・小島武司編・注釈民事訴訟法(Ⅰ)(一九九一年)三九八頁以下、同「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)一頁以下。

(29) なぜなら、さもないと、第一口頭弁論期日後に原告が当事者の表示の変更を申し立てた場合には、新被告の従前の手続保障の如何を問わずすべての場合に任意的当事者変更として訴訟を一からやり直さなければならないことになって、事案によつては原告に酷で当事者の公平に反する場合が出てくるからである。

(30) 納谷・前掲論文(注28) 法律論叢六三卷一号二二頁以下(なお、納谷教授は、任意的当事者変更の法的性質につき、特殊行為説に立たれる)。

(31) 納谷教授は、その根拠として、訴訟行為としての訴えは口頭弁論期日において陳述することによって、はじめてその効力を発生するということ(納谷・前掲論文(注28) 新実務民訴講座二五〇頁)と実務上この種のトラブルの大多数は、第一回の口頭弁論期日において顕在化するからであるということ(同・前掲論文(注28) 法論六三卷一号二二頁注(16))を挙げられるが、そのいずれも第一回口頭弁論期日までに表示の訂正を限定しなければならないとする必然的かつ説得的理由とはいえないように思われる。

(32) 納谷・前掲論文(注28) 新実務民訴講座二五七頁以下。

(33) 当事者の同一性を有する限り表示の訂正は何時でもどの段階でもなしうとするのが、従来からの通説である。これにつき、上原・前掲(注1)一二頁、高橋宏志「当事者の確定について」月刊法学教室四七号(一九九一年)五二頁。

(34) 納谷・前掲(注4)八三頁。注(4)参照。

(35) この点は、同じく当事者確定機能縮小説にたつ小林秀之教授についてもいえることである。すなわち、教授は、基本的に確定機能縮小説に立ち、訴訟開始時にこれから行う手続の当事者を誰とするかという問題以外は、「当事者の確定」の領域で論じるのは本来適当でないとしつつも、法人格否認の法理の適用に関しては、当事者が誰かという手続法のレベルで法人格否認の法理の適用し、N社(表示上の被告)とI社(背後者)を含めた一つの法人が実質上の被告だったのであり、形式的

にはN社もI社も被告になっていたとして処理し、裁判所は表示の訂正によりN社とI社を共同被告として両者に対して明渡等を命じればよいだろうとされる。また、死者名義訴訟の場合にも、審理の途中で死者名義訴訟が判明した場合、相続人が実際に当事者として活動していたときは、従来の訴訟の結果をそのまま表示の訂正により相続人に引き継がせても、相続人にも相手方にも特に問題はないし、訴訟経済や公平の観点からむしろすぐれているとされる（『プロブレム・メソッド民事訴訟法』（一九九三年）一〇二頁以下）。具体的な結論としては基本的に異論はないが、かかる結論が確定機能縮小説から導き出されるかは大いに疑問である。

(36) 上野教授は、かつて、「判例の中に、当事者変更に関する判例理論を読みとることは、これまでの学説を念頭におくかぎり、不可能であるといつて過言でないように思われる」と述べ、学説についても、「当事者変更の許容性から法的性質、要件・効果にいたるまで激しく見解が対立している」と述べ、さらに、「学説流」に判例を整理すると、それが統一不可能となるまでの対立を示すということは、結局は、学説の用意する理論があまり役に立たないということを意味していることになろう」とも述べられている（『当事者の変更』民事訴訟法の争点（一九七九年）七五頁）が、この状況は、今日においても基本的に変わっていないように思われる。

(37) 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（四号）（一九八一年）五三頁以下、特に五四三頁以下。同「紛争主体の特定」法学セミナー三三三（一九八二年）八〇頁以下（「これからの民事訴訟法」（一九八四年）三三頁以下）、同「当事者確定の機能と方法」講座民事訴訟③（一九八四年）六三頁以下、同「当事者の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。

(38) たとえば、佐上・前掲論文（注37）立命館法学五四三頁以下、同・前掲論文（注37）講座民事訴訟③七五頁以下、同・前掲（注37）争点（新版）九四頁、同・前掲（注7）法教一一二号一一頁。

(39) 佐上・前掲（注37）法学セミナー三三三（三三）八三頁は、「表示の訂正と任意的当事者変更の限界も、主体の同一性を基準として固定的に考える必要はなく、その実質的関係からみて手続再施の要否を基礎とするだけで足りる」とする。

(40) 佐上・前掲(注37) 争点九五頁。なお、同・前掲論文(注37) 立命館法学五四九頁は、「表示の訂正か任意的当事者変更かは、主体の異同を基準とすることで足りるのではなく、原告による紛争主体の特定責任の範囲、被告側のその責任と範囲、訴状に表示された者(換言すれば原告によって捕捉された者)と他の紛争主体の実体関係等によって定まってくるものと評価することができる」とも言う。

(41) かかる批判を向けるものとして、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)一七頁(新堂幸司編著・特別講義民事訴訟法(一九八八年)三一七頁)、同「当事者適格欠缺の場合における追認と外観法理」三ヶ月古稀・民事手続法学の革新・中巻(一九九一年)一三四頁。

(42) 佐上説に対して、概念としては、通説のように当事者の同一性で理解しておくのがよいとするものとして、高橋・前掲(注33) 五二頁。

(43) 佐上・前掲論文(注37) 講座民事訴訟③七七頁。

(44) この点で、「本件当事者の変更は、前訴と後訴とで被告が実質上同一であり、講学上「当事者の表示の訂正」と同視するものと言つてよい」と判示した注目すべき判例(岐阜地大垣支判昭和五三・六・一五判時九二八号九六頁)につき、本稿(二) 熊本法学八〇号(一九九四年)九〇頁以下参照。

(45) 新堂・前掲論文(注10) 二五六頁以下、特に二七三頁以下。同・民事訴訟法(一九七四年)八六頁以下、特に九一頁以下。

(46) 高橋・前掲(注33) 四八頁注(6)。筆者も、規範分類説よりも二重規範説というネーミングのほうがより適当と思われる。なお、菊井維大・村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅰ(補正版)(一九八四年)二四一頁以下は、当事者確定の基準につき、誰が当事者であるかという問題は、実務的には、行為規範としての当事者と評価規範としての当事者とに分かつことができるとしたうえで、「この両者は相互に関連し、したがってこれを統一的に一貫した理論で把握することは望ましいことであるが、画一固定化した理論では、実務上必ずしも妥当とはいえない結果を生ずることもある」とし、「そして、後者(筆者注：評価規範)の関係での裁判例は、事案に応じて理論構成に相違はあっても、攻撃防御方法を尽くしえた実質的な訴訟関

与者を当事者と解し、そうでない者には、一見当事者として表示されているときであっても、その判決の効力が及ばないものとして、事案の適切な解決と訴訟経済を考慮しているといえよう」とする。実務的な観点から二重規範説を基本的に評価するものとして大変注目される。

(47) 新堂・前掲論文(注10)二七三頁。

(48) 新堂・前掲論文(注10)二七三頁、同・前掲書(注45)九一頁。

(49) 事実、新堂教授は、任意的当事者変更理論の要件・効果を一義的に規制しようとする従来の学説を批判し、「新旧両訴の関連の度合いに応じた要件・効果の多様な規制を可能ならしめる理論的基礎を用意することが、とりあえず必要である」とも述べられている(前掲書(注45)五二六頁)。

(50) 新堂・前掲書(注45)五二四頁。なお、新堂教授が、上記前掲書において、当事者の同一性という用語を用いられているのは、この一箇所にすぎず、同・前掲論文(注10)においては一箇所も用いられていない。このことから、新堂教授にあつては、当事者の同一性の概念は著しく軽視されているといえよう。

(51) 福永・前掲論文(注41)三ヶ月古稀中巻一三四頁。

(52) 尾中・前掲(注1)七六頁は「法律上の主体が異なれば、おのずからそこに主張される権利関係は異なり、また防御方法も異なってくるのであり、実質的な人の同一ということを一般化するの危険であり、あまりに便宜論になってしまう」とする。だが、法律上の主体が異なっても主張される権利関係も防御方法も異ならない場合を具体的に列挙して、これを実質的な当事者の同一性を有する場合として当事者の同一性の概念のなかに含めるのであれば、一般化する危険には陥らないといえるし、しかも、それを当事者確定理論ないし当事者論の体系の中にきちんと位置づけることを行えば、単なる便宜論にもならないと考える。

(53) 本稿(二・完)一〇七頁および一三〇頁以下注(10)参照。

(54) 本稿(二)熊本法学八〇号一〇五頁以下、菊井・村松・前掲書(注46)二四五頁以下参照。

(55) 拙稿・前掲論文（注13）二二頁。

(56) 高島・前掲論文（注7）一七頁は、「当事者は全訴訟過程の基礎をなすものであり、手続の安定のためには客観的画一的に確定されることが望ましいから、手続の基礎として形式的な当事者概念を指定するかぎり、通説の説くように、訴訟手続を開始せしめ、かつ終始その基礎となる訴提起行為の内容、すなわち、客観的に表示される訴状の全趣旨を一体として、合理的に解釈して明らかなる者を当事者と解すべきであろう」とするが、少なくとも本文で述べた意味において疑問である。

(57) 高島・前掲論文（注7）三〇頁は、「たしかに、判例のように、当事者の変更と解すべき場合にこれを単なる表示の訂正とみなすことができれば、変更によつても形式上訴訟関係に異同はなく、変更後の当事者は変更前の当事者の訴訟上の地位をそのまま「承継」することができるのであるから、これが当事者の変更を許容すべき実質的な理由、すなわち訴訟経済の要請や原告の便宜に最も適合するものということはできよう。しかし……、それは、訴訟手続の安定のために形式的な当事者概念を指定し、これを訴状の記載にしたがつて客観的に合理的に確定すべきものと解するかぎり、是認することができないのである」と述べている。

(58) 福永・前掲論文（注40）三ヶ月古稀一三四頁。

(59) 訴え提起段階における当事者の確定に関する私見につき、拙稿・前掲論文（注13）二二八頁。

(60) 訴訟係属中の法人格否認の法理の適用に関して、信義則上別異の法人格であることを主張しえないとした判例として、最判昭和四八年一〇月二六日民集二七卷九号一二四〇頁がある。

(61) いわゆる既判力の根拠についての二元説ないし手続保障説がこれに相当する。これにつき、上田・前掲書（注10）四二一頁以下。高橋宏志「既判力について」法学教室一四一号（一九九二年）九一頁以下。

(62) 特に、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論文集（一九八九年）三二三頁以下参照。

四 結 び

本稿は、当事者の表示の訂正かそれとも任意的当事者変更かという従来から学説により数多く論じられ判例の数も多数にのぼる問題について、主に表示の訂正と任意的当事者変更の区別の基準として従来から通説化していた当事者の同一性の概念の再検討という視点からわが国の判例・学説について検討してきたものである。その結果、表示の訂正と任意的当事者変更の各効果の差異に着目しつつ行為規範と評価規範の分離に基づく評価規範の観点から、表示を変更された被告に表示の訂正の効果（訂正された当事者に従前の訴訟手続の結果が全面的に及ぶ）が正当化されるだけの手続保障が従前の手続において現に与えられていた場合には、実質的な当事者の同一性を有するとして当事者の同一性の概念を広く解することにより具体的に妥当な結論を得るべきであるという結論に達した。しかも、かかる結論を正当化しより説得力あるものとするためには当事者概念を基礎とした当事者論の体系にきちんと組み入れ位置づけるべきであるという立場に立つて、形式的当事者概念を基礎とした通説の当事者論を原則として認めつつも、例外的に見直す必要があることを明らかにした。そして、そのように解することにより、表示を変更された被告の手続保障を害しないかぎり原告の便宜や訴訟経済等を考慮して表示の訂正を広く認めようとしてきた近時の一部の判例を除く従来からの判例の主流的立場を擁護し理論的な正当化を図ろうと試みたものである。

それと同時に、本稿は、表示の訂正と任意的当事者変更という当事者確定理論と任意的当事者変更理論の両理論の守備範囲と境界に関わる問題を検討することにより、前稿¹⁾において論じた当事者確定の基準および当事者確定理論についての守備範囲についての私見を補強しようと試みたものでもある。

もとより、かかる試みが成功したかどうかは心許ない。また、学説の検討に際しては、誤解があるかもしれないし、さらに、今後に残された課題も少なくない。とりわけ、実質的な当事者の同一性がいかなる場合に認められるかについては、具体的に類型化していくことが今後必要であるし、任意的当事者変更理論の研究の深化も今後の課題といえよう。また、この問題についてのドイツをはじめとする他の国々の学説・判例についての比較法的検討も今後の課題として残されているといえよう。今後とも当事者概念を踏まえた当事者論の研究を続けていくなかで、必要に応じて補足・修正を試みることにしたい。

注

（１） 拙稿「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」熊本法学七五号（一九九三年）二〇九頁以下。

（２） 近時、わが国における表示の訂正と任意的当事者変更の区別に類似した問題であるアメリカ法の *Misnomer* 法理について検討した注目すべき労作として、藤本利一「*Misnomer* 法理の展開と当事者確定理論（一）（二・完）」民商法雑誌一一〇巻二号（一九九四年）二九三頁以下、三号（一九九四年）四九八頁以下がある。本稿では、時間的な制約上検討する余裕がなく本稿に生かせなかった。ただ、氏が、「通説と評価されるいわゆる表示説やそれがある意味で徹底したいいわゆる確定機能縮小説には、進行的な手続の結果を誰に帰せしめるかということを判断する場合、つまり、当事者の訴訟へのアクセスを保障する場は少なくとも確定理論のレヴェルにおいて設定されていないように見受けられる」（二九四―五頁）とされる点は示唆深く、基本的に同感である。