

論  
説

「二当事者対立主義論序説（一）」

——多数当事者訴訟論との関連を中心に——

松原弘信

目次

- 一 はじめに
- 二 二当事者対立主義に関するドイツおよびわが国の通説
  - （1）ドイツの通説における二当事者対立主義の概念内容とその形成
  - （2）ドイツの通説における二当事者対立主義と多数当事者訴訟論
  - （3）わが国の通説における二当事者対立主義の概念内容の形成
  - （4）わが国の学説における独立当事者参加の訴訟構造と二当事者対立主義
  - （5）わが国の通説における二当事者対立主義と多数当事者訴訟論（以上、本号）

## 三 二当事者対立主義をめぐる近時の学説の新たな動向

## 四 新民事訴訟法の下での今後の課題と展望——結びにかえて

## 一 はじめに

本稿は、二当事者対立主義<sup>1)</sup>に関して、その概念内容を踏まえて、多数当事者訴訟論との関連を中心にその意義と限界について考察することを主な目的とする。

わが国において、二当事者対立主義は、民事訴訟法における自明の原則として、従来本格的な考察の対象となることは全くといってよいほどなかったといえる。その一因として、わが国の母法国であり、民事訴訟法理論、とりわけ当事者論において絶大な影響をわが国に及ぼし続けてきたドイツの学説が、一般に二当事者対立主義 *Zweiparteienprinzip* について例外を認めない本質的かつ自明の原則として、いわば絶対視してきたことによるところが大きいものと思われる。わが国においてそれが唯一問題となったのは、後に考察するように、ドイツの民事訴訟法には存在しない第三者の当事者参加の制度である独立当事者参加の訴訟構造をめぐるかつての議論との関連において、この参加形態を二当事者対立主義の例外として位置づけるべきかどうかということに関してだけであった。

しかしながら、わが国では多数当事者訴訟について前記の独立当事者参加をはじめとしてドイツとは幾つかの点で異なった法的な規律がなされており、その意味ではドイツにおける学説をわが国にそのまま当てさせなければならぬ

い必然性は存しない。加えて、近時わが国において二当事者対立主義の意義と限界が注目せられ、本格的な検討を迫る素地が生まれつつあるように思われる。一つは、アメリカの民事訴訟法学の目独に与える影響である。すなわち、わが国の民事訴訟法学に絶大な影響を及ぼしてきたドイツにおいて、アメリカの民事訴訟法学の影響をうけた戦後の比較的新しい世代を中心に、主として「第三者の訴訟参加」論との関わりにおいて、従来通説において頑なまでに例外を認めることなく固持されてきた二当事者対立主義をより柔軟に見直す動きが近時特に見受けられる<sup>2)</sup>。また、わが国でも近年において、たとえばアメリカの民事訴訟法学の影響を強く受けられた谷口安平教授が、多数当事者訴訟における二当事者対立原型観に基づく「矢印思考」を見直す必要があるという問題提起をなされた<sup>3)</sup>のをはじめとして、かつてともすると見受けられた二当事者対立主義の「絶対視」に対して再検討の動きが多少ともみられることは注目に値する。もう一つは、以上のことも関連するが、この度の平成民事訴訟法改正の影響である。とりわけ、従来二当事者対立主義との関係で唯一例外視されていた独立当事者参加について、新民事訴訟法四七条により、当事者の一方のみを相手方とするいわゆる片面的参加が独立当事者参加の一種として立法上明文で認知されたことは注目に値する。この改正は、独立当事者参加につき、その訴訟構造としての三面訴訟説を前提に、参加人は常に従前の訴訟の原告および被告を相手方として参加を申し立てなければならないと解してきた従来の判例・通説と相容れないものといふことができる。そこで、新民事訴訟法の下で今後予想される従来の三面訴訟説の見直しあるいは捉え直しの動きとも関連して、独立当事者参加の訴訟構造をめぐる問題が再浮上し、その関わりにおいて二当事者対立主義が再び注目を集める可能性があるものと予想される<sup>4)</sup>。さらに、近年ますます注目を集めつつある現代型訴訟との関連においても、伝統型訴訟が二当事者対立構造の枠組みを前提とした二面(極)訴訟であるのに対して、現代型訴訟においては、複雑に交錯した多面的な利害対立の紛争のなかで一つの訴訟に多面的に利害関係人が対立しながら関与することが予想

され、訴訟が多面(極)的な性格を有することもありえよう。こうしたなかで、二当事者対立主義が従来までのよう  
な自明視しうる訴訟原理として今後とも堅持されるべきかについては検討の余地があるように思われる。

以上のような問題状況のなかで、二当事者対立主義を考察の対象として正面から取り上げ、主に多数当事者訴訟論  
との関連でその意義と限界を探ることは、筆者の従来の課題である当事者の基礎理論に関わるすぐれて今日的な課題  
であるといえよう。そこで、本稿では、二において、まず、わが国の二当事者対立主義をめぐる学説に多大な影響を  
及ぼしてきたドイツの通説における二当事者対立主義の概念内容を踏まえて、それがどのようにして形成されていっ  
たかを明らかにするとともに、ドイツの通説において二当事者対立主義が多数当事者訴訟論の体系においていかなる  
意義を有するものとして位置づけられてきたかについても検討を行い、ドイツの通説における「二当事者対立主義の  
絶対視」の内実に可能なかぎり迫ることとする。次に、わが国の通説における二当事者対立主義に関して、その概念  
内容がどのようにして学説史的に形成されていったかを考察し、それから、わが国において二当事者対立主義との関  
連においてかつて唯一議論があつた旧法下における独立当事者参加(およびその前身といえなくもない大正一五年改  
正前の旧々民事訴訟法下の主参加)の訴訟構造をめぐる学説の対立ないし展開について二当事者対立主義との関わり  
に力点をおいて考察する。さらに、以上の考察を踏まえて、わが国の通説における二当事者対立主義の概念内容およ  
びその多数当事者訴訟論における意義と限界について、ドイツの通説との比較を踏まえて分析し考察する。そのうえ  
で、三では、二当事者対立主義をめぐるドイツおよび日本の近時の有力な学説の新たな動向について考察を加えるこ  
とにする。さらに、四では、以上の考察およびわが国における最近の平成民事訴訟法の改正作業および改正論議をも  
踏まえながら、新民事訴訟法の下で今後二当事者対立主義をいかなる形で意義づけ、また見直していくべきかについ  
て考察し、そうしたなかで今後の課題と展望を明らかにし、結びに代えることにする。本稿は、これまでわが国にお

いて本格的な考察が全くといってよいほどなされてこなかった二当事者対立主義を正面に据えて取り上げようとするものではあるが、主として筆者の力量不足により不十分さは否めない。「序説」という表題を掲げる所以である。それゆえ、学部学生時代以来の恩師である富樫貞夫先生にささげるには拙いものであることは十分自覚しているが、長年の学恩に感謝しつつこの未熟な論稿を捧げることにしたい。

## 二 二当事者対立主義に関するドイツおよびわが国の通説

### (1) ドイツの通説における二当事者対立主義の概念内容とその形成

ドイツでは、民事訴訟において、二当事者対立主義ないし二当事者対立構造 (Zweiparteienprinzip od. Zweiparteiensystem) が現行法上ほとんど異論の余地のないものとして従来において妥当してきたし、今日においても、それをめぐって種々の議論が存するものの、通説は、二当事者対立主義を民事訴訟において例外のない自明かつ本質的なものとして承認しているといつてよい。ここでは、今日のドイツの通説における二当事者対立主義の概念内容を明らかにし、それを踏まえてそのような概念内容を有する二当事者対立主義がどのようにして形成されていったのかについて考察を試みることにする。

ドイツの通説によれば、二当事者対立主義の概念は、その概念内容として通常次の二点を含んでいるといふことができる。<sup>6)</sup> すなわち、一つは、原告と被告とが異なった人格 (Personenverschiedenheit) である<sup>7)</sup>ことを要するとされ、

いわゆる自己訴訟の禁止 (Verbot sog. Insichprozesse) が要請されており、これにより何人も自分自身を相手として訴訟を起してはならず、たとえば、自分自身に対する強制執行の受忍を求める所有権抵当者の訴えや同じ企業のあつた支店の他の支店に対する訴えは、不適法とされる。また、二つの株式会社が合併して原告と被告が一つの法人となつたり、一方当事者が他方当事者の権利承継人になる場合には、二当事者の対立状況がなくなるので、訴訟は当然のこととして終了するとされる。また、他方当事者の代理人や共同訴訟人または補助参加人として自己に対して訴訟を起すことも禁じられる。なお、法人の内部紛争についても、自己訴訟の禁止との関連が問題となりうるとされるが、本稿ではこの概念内容に関してはこれ以上詳しく論じない。二当事者対立主義のもう一つの内容は、多面訴訟ないし多重当事者訴訟 (Mehrseitigenprozess oder Mehrparteienprozess) の禁止であり、すなわち、訴訟に利害関係を有する者が三人以上訴訟に関与する場合には、原告側か被告側のいずれかに当事者、すなわち共同訴訟人として立つか、さもなければ、当事者に対して従属性を有する補助者にすぎない補助参加人として立つことができるだけであるとされる。本稿では、二当事者対立主義の二つの概念内容のうち後者を中心に考察することにし、下記の (2) において、多数当事者訴訟論のなかで二当事者対立主義が有する意義について、さらに詳しく検討を加えることにする。以上要するに、ドイツの通説によれば、二当事者対立主義は、当事者が人的に同一 (同じ人) であつてはならないこと (自己訴訟の禁止) と、原告と被告の二当事者 (側) のみが存すること (多面訴訟ないし多重当事者訴訟の禁止) の二つをもってその概念内容とされる。<sup>(8)</sup>

さて、ドイツの通説において以上のような概念内容を有する二当事者対立主義は、いかなる変遷をたどつて形成されていったのであろうか。<sup>(9)</sup> 二当事者対立主義は、古くローマ法において、その源流を見いだすことができる。すなわち、いわゆるアクチオ体系の下で、原告の主張するアクチオをめぐつてアクチオありと主張する原告とそれを争う被

告の間で訴訟が展開されたのであり、この両者は裁判所の前で互いに向き合った形で対立する、いわゆる二当事者対立の關係にあつた(二当事者対立主義)<sup>10)</sup>。そのような訴訟の基本構造は、ローマ法の継受とともにドイツに入り、ドイツ普通法時代において基本的に承認されていたことができる。そして、実体的当事者概念——訴訟物を構成する權利關係の能動的主体(權利者)および受動的主体(權利侵害者)が正当な当事者であることを前提に、權利關係の能動的主体であると主張する原告とその受動的主体である主張される被告を当事者とみる当事者概念——が支配的であつた一九世紀半ばのドイツ普通法末期において、原告と被告の二当事者対立の形での訴訟関与に基づく二当事者対立主義が、その用語が特に用いられることもなく、また、その存在根拠につき特段の説明を加えることもなく、いわば自明の事柄として述べられていた。たとえば、レナウドは、Lehnbuchのなかの「原告と被告」という項目において、二当事者対立主義(構造)という用語こそ用いていないものの、「あらゆる訴訟は、本質的に原告および被告(当事者)を前提としており、二人の異なつた人であらねばならないのみならず、また彼らの役割を一人の人に結合することはできない」と述べている<sup>11)</sup>。同様に、ヴェッツェルもまた、Systemのなかの「当事者關係」という項目において、「權利者および權利侵害によつて義務を負う者という二人の人なくして訴權 actio が考えられえないと同様に、訴訟 iudicium もまた、原告および被告という二人の訴訟当事者なくしては可能でなく、それらの役割は相互に非常に決定的に対立するのであるから、それは直接的にも間接的にも一人の人に結合されえない」と述べている<sup>12)</sup>。ただ、ここで注意すべきことは、この時代にこのような民事訴訟法の著書において述べられていた二当事者対立主義の主な概念内容は、いわゆる自己訴訟の禁止(原告と被告の二者の対立を前提とした自分に対する訴訟の禁止)である<sup>13)</sup>。しかも、概して当事者概念とかなり密接不可分な形で、原告と被告が異なつた別の人格であるということを民事訴訟において自明かつ本質的なこととして述べている。他方で、今日の通説における二当事者対立主義のもう一つ概念

内容たる多面訴訟ないし多重当事者訴訟の禁止については、ここでは特に触れられていない。ドイツ普通法時代には、一方でローマ法の継受により二当事者対立主義が採用されながらも、他方では一八世紀後半の訴訟法典においてゲルマン法の流れを汲む主参加の訴えが認められており、一九世紀前半には、主参加の訴えについて、次第に当初の当事者間の訴えとは切り離された独立の訴えとしての性格が強められていったとはいえ、原告および被告と参加人の間に三面的な訴訟関係、すなわち三当事者関係 (Dreiparteienverhältnis) が成立すると解する見解もあつたので、多面訴訟ないし多重当事者訴訟の禁止といふことは必ずしも明確には意識されていなかったように思われる。<sup>15)</sup>その後、一八七七年にドイツ民事訴訟法CPOが制定され、このCPOの制定後も、一九世紀末までは実体的当事者概念が支配的な当事者概念であつたが、ここでも、二当事者対立主義については、まだその用語が用いられていなかったうえに、その概念内容において主に念頭に置かれていたのも、原告と被告の二者の区別を前提とした自己訴訟の禁止であつた。たとえば、ワツハは、Handbuch.において、「当事者と当事者能力」という項目の「N. 当事者の役割 Partierolle」のなかで、「原告の役割と被告の役割が一人の人において結合されえないといふことは当然のことである。訴訟において生じる両者の合体は訴訟の消滅理由である」と述べているにすぎない。<sup>16)</sup>要するに、一九世紀には、実体的当事者概念の下で、二当事者対立主義について、未だその用語が用いられていないだけでなく、その概念内容も、原告と被告の区別を前提とした自己訴訟の禁止の面において理解されており、今日の通説のように、多面訴訟ないし多重当事者訴訟の禁止の側面は必ずしも明確には意識されていなかったといふことができる。

その後、二〇世紀に入つて直ちに支配的な当事者概念となつていった形式的当事者概念 (自己の名において権利保護を求める者およびその相手方として求められる者を当事者とみる当事者概念)<sup>17)</sup>および訴権論たる権利保護請求権<sup>18)</sup>を骨格として体系化された民事訴訟法理論の下で、原告と被告の二当事者の存在および対立を自明の前提としつつ、



形式的当事者概念と不可分の形で二当事者対立主義の概念が形成されていくとともに、その概念内容も次第に今日とあまり変わらない形に精緻にされていく。まず、シュミットは、Lehrbuch.において、「二当事者(対立)関係 Zweiparteienverhältnis」という用語を用いて、それが民事訴訟において固有のものであり、まさに民事訴訟に専ら当てはまる特徴であることを強調しており、注目される。次に、形式的当事者概念の確立者といえるヘルヴィツヒは、System.において「主たる当事者 Hauptparteien」という章のなかに「当事者概念」という項目を設けて、次のように述べている。すなわち、「あらゆる訴訟は成立においても存続においても二人の当事者を前提とする。自分自身に対して訴えを起すことはできない。二人の当事者が必要なものは、係争が訴訟の本質に属するからではなくて、訴訟は権利追求であり、それが特定の人に向けられており、その攻撃をその者が権限のないものとみなす場合にはその攻撃に対して自らを守る状況にあらざるをえないがゆえである。その点に非訟事件との特徴的な差異がある。……各当事者側に数人の者が立つことは可能である(共同訴訟)。当事者のほかに、自己の利益のために当事者(いわゆる主たる当事者)を支援する第三者がいることも可能である。彼は自己の名において他人(主たる当事者)の権利関係について訴訟を起すので、補助的訴訟担当 accessorischer Prozessstandschaftと呼ばれる。……二当事者(側)以上を民事訴訟は通例予定していない。例外となるのは、七五条の場合において脱退した被告の地位に数人の債権潜在者が代わって登場し、その結果、各人が債権を自分のために請求し、ただ他人にだけ対抗する場合である」と述べ<sup>21)</sup>る。このように、ヘルヴィヒにあつては、二当事者対立主義なる用語こそ未だ用いていないものの、それ以前の著書に比べてはるかに詳細に二当事者対立主義の概念内容について述べている。とりわけ、今日の通説の二当事者対立主義の概念内容のうち、「自己訴訟の禁止」を取り上げているだけでなく、特に多数当事者訴訟との関係において、もう一つの概念内容たる「多面訴訟ないし多重訴訟手続の禁止」に関して、そのような訴訟(手続)は「通例は予定し

ていない」として触れ、しかも、今日の通説とは異なり、その例外を認めている点など、大変注目される。こうしたなかで、一九一三年にハインスハイマーが、「訴訟および執行における二当事者対立主義」という論文<sup>23</sup>において、はじめに「二当事者対立主義 [Zweiparteienprinzip] という用語を主題に掲げて用いて以来、この用語が次第に頻繁に用いられ、定着していくようになる」とともに、その概念内容についても、次第に、今日の通説と大して変わりないものへと発展していった。<sup>24</sup>しかしながら、二当事者対立主義は、その後も全く順風満帆だったというわけではない。すなわち、ナチ時代において、二当事者対立主義は逆風を受け、グラスホフヤデ・ボアラ<sup>25</sup>によつて通説の「二当事者対立主義の貫徹」に対し異論が唱えられるようになる。<sup>27</sup>しかしその後、第二次世界大戦後の西ドイツにおいて、通説はそのようなナチ時代の動向に対する反省の風潮のなかで、二当事者対立主義を民事訴訟における自明かつ本質的な原理として例外を認めることなく貫徹していくようになるのである。

このようにして、ドイツにおいては、実体的当事者概念の下であると形式的当事者概念の下であるとを問わず、二当事者対立主義は当事者概念とも関連させられながら一般的に承認されていた。もつとも、実体的当事者概念の下では、未だ二当事者対立主義という概念も未だ形成されておらず、当時理解されている概念内容も今日の通説に比べて不十分な点もあったが、形式的当事者概念の下で、今日のドイツの通説と同様の概念内容の二当事者対立主義が——ナチ時代の一時期を除き——着実に形成されていったといえよう。

## (2) ドイツの通説における二当事者対立主義と多数当事者訴訟論

ここではまず、ドイツの民事訴訟法典ZPOにおける多数当事者訴訟に関する法的規律についてまず概観しておくことにする。<sup>28</sup>ドイツ民事訴訟法の下では、その第一編「総則」の第二章「当事者」の第二節「共同訴訟

Streitgenossenschaft] および第三節「第三者の訴訟参加 Beteiligung Dritter am Rechtsstreit」において多数当事者訴訟の法的規律がある。このうち、共同訴訟の規定は五九条から六三条までであり、そのうち六二条が必要的共同訴訟について規定している。また、第三者の訴訟参加は、六四条以下に規定されており、そのうち、六四条と六五条は主参加 Hauptintervention について、六六条から七一一条は補助参加 Nebenintervention (中でも六九条は共同訴訟的補助参加 streitgenössische Nebenintervention) について規定している。そして、七二条から七四条までは訴訟告知 Streitverkündung について規定し、さらに、七五条のいわゆる借望者参加 Präzendentenstreit と七六条のいわゆる本人指名参加 Urhebenennung の規定がある。後述するわが国の現行民事訴訟法における多数当事者訴訟の法的規律と比較すると、ドイツでは選定当事者、同時審判の申出のある共同訴訟、独立当事者参加、共同訴訟参加の規定がなく、他方で、わが国にはない共同訴訟的補助参加、借望者参加および本人指名参加の規定がある点で異なっている。このような多数当事者訴訟の法的規律の違いは、二当事者対立主義にどのような影響を及ぼしているかについて以下では考察する。

多数当事者訴訟のなかでも二当事者対立主義と密接な関連を有するのは、第三者の訴訟参加であり、とりわけ第三者の訴訟参加により第三者が得る訴訟上の地位である。これについて、結論を先取りして述べると、ドイツ法は、二当事者対立主義を頑なまでに維持しているということができる。すなわち、ドイツの通説によると、前述したように、二当事者対立主義の概念内容として多数当事者訴訟との関係では「多面訴訟ないし多重当事者訴訟の禁止」が存在し、そうしたなかで、第三者たる参加人は既存の当事者の訴訟に当事者(共同訴訟人)として参加するか、それとも訴訟補助者にすぎない補助参加人として参加するか、のいずれかという二分論が多数当事者訴訟理論の体系の骨格をなしているということが出来る<sup>30)</sup>。これをさらに詳述すると、まず共同訴訟は、複数の二当事者対立訴訟の併合であり、あ

らゆる共同訴訟人が自己と相手方との訴訟法律関係の中にあるとして、二当事者対立主義とは何ら抵触しないと解されている。次に、問題の第三者の訴訟参加については、いわゆる第三者の当事者参加が法的規律において認められていないなかで、二面訴訟を超えた三面訴訟などの多面訴訟は、二当事者対立主義の概念に反するとして明確に禁止されている。したがって、自己の名において請求を立てるかまたは相手方として請求を立てられる者（形式的当事者概念にいう当事者）以外の第三者は、従前の当事者間の訴訟に当事者として参加することは拒絶され、訴訟補助者 *Streitgenhilfe* として民事訴訟法六七条以下により原告側または被告側に参加しうるにすぎない。すなわち、六六条以下の補助参加はもとより、六四〇条 e や八五六条三項による呼出し *Belladung* もまた、いわゆる第三者の当事者参加ではなく、したがって、こうした第三者の訴訟参加により第三者が得る訴訟上の地位は、補助参加人か、もしくは、せいぜい共同訴訟的補助参加人である。また、理論的に多面訴訟的な訴訟構造の理解が可能な主参加 *Hauptintervention* や僭望者参加 *Prätendentenstreit* においても、一当事者対立主義が貫徹されるかたちで理解されている。<sup>41)</sup> たとえば、主参加 *Hauptintervention* について、ドイツ普通法時代の当初は、補助参加と同じく、第三者が既に係属した訴訟に介入し、しかも補助参加と異なり、独立して自己の権利を主張する制度であり、従前の原告・被告ならびに参加人の間には、三面的手続関係、すなわち三当事者関係 (*Dreiparteienverhältnis*) が成立するとみられていたが、その後、主参加については、独立した訴えの性格が次第に意識され、その結果として、一八七七年の旧ドイツ民事訴訟法 CPO では、主参加は本訴訟から切り離され、それとは別個に第一審受訴裁判所に訴えを提起すべきものとされ、三当事者関係が、二個の二当事者関係に分解されたのである。そして、主参加は第三者の第一の訴訟の両当事者に対する独立の訴えであって、第一の訴訟への訴訟参加ではないと解されることにより、二当事者対立主義と何ら矛盾しないものとして理解されるようになっていった。このようにして、二当事者対立主義は、多数当事者訴訟の規

律において原告でも被告でもない第三者の当事者としての訴訟参加を一切許さず、補助参加人かせいぜい共同訴訟的補助参加人としての参加しか許さないという形で貫徹されていった。その結果、ドイツでは、二当事者対立主義を例外を認めない、いわば絶対的なもの、すなわち民事訴訟に本質的なもの、自明なものとして通説において解されるようになったということが出来る。

### (3) わが国の通説における二当事者対立主義の概念内容の形成

わが国では、二当事者対立主義についてはドイツの学説の影響を強く受けて、概して自明なものとしてされてきた。したがって、これについて論文で本格的な検討の対象として取り上げられることはほとんどなく、せいぜい教科書・体系書あるいは注釈書において、「当事者」のなかの最初の方で、たとえば「当事者の意義」という項目の中で述べられるか、多数当事者訴訟では独立当事者参加においてその訴訟構造との関連でわずかに触れられるにすぎなかった。

以下では、わが国において二当事者対立主義の概念がどのような学説史的な展開を遂げて今日の通説のように理解されるようになっていったのかについて考察を加える。

古く大正一五年改正前の旧々民事訴訟法の下では、概して、二当事者対立主義(原則)や二当事者対立構造という用語は特に用いられておらず、民事訴訟の目的論に関する当時の通説たる権利保護説と結びつけられながら、当事者概念(通説たる形式的当事者概念)と不可分に二当事者の存在ないし対立が民事訴訟において不可欠である旨が述べられており、当時のドイツの学説の影響が顕著にみられる。たとえば、岩田一郎『民事訴訟法原論』は、「第一編 訴訟主體 第二章 當事者 第一節 當事者ノ意義」において、「民事訴訟ニハ少ナクモ二人以上ノ當事者アルコトヲ要素トス蓋シ民事訴訟ハ各個人カ他人ノ行爲若クハ不行爲ニ因リ權利ヲ侵害セラレ若クハ侵害セラレントスル危害

二類シタル場合ニ私權ノ保護ヲ國家ニ對シテ請求スルニ因リテ存在スルモノナレハ……自己ノ名ニ於テ私權保護ノ行爲ヲ國家ニ對シテ要求スル者ト自己ニ對シテ私權保護ノ行爲ヲ要求セラル者トノ二者ハ民事訴訟ノ成立ニ必要缺クヘカラサルモノナレハナリ」と述べている。また、前田直之助「民事訴訟法講義」は、「第二章 當事者 第一節 總論 第一款 當事者ノ意義」において、「民事トハ私權ノ保護（判決、強制執行、執行ノ保全）ヲ行フカ爲メニ權利ヲ主張スルコトヲ云フ此權利ノ主張ニヨリ始マル手續ヲ民事訴訟ト云フ而シテ私權ノ保護ハ或特定人ト或特定人トノ關係ニ於テ之ヲ得ントスルモノナリ……故ニ民事訴訟ニ於テハ一方ニハ裁判所（國家ノ機關）アリ一方ニハ其人々ノ關係ニ於テ私權ノ保護ヲ與フルコトヲ求メラレ從ヒテ與フヘシト思ハハ與ヘ與フカラスト思ハハ與ヘサル人々アリ裁判所ト此人々トハ即民事訴訟ノ當事者トシテ互ニ對立スルモノナリ……。各當事者ノ側ニ立ツ者ハ必スシモ一人宛トハ限ラス數人アルコトアリ……唯何レノ場合ニ於テモ當事者ノ側ハ、ニアルニ止マリ數人ノ當事者カ各々獨自ノ當事者トシテ鼎足ノ勢ヲ爲シ以テ各自ニ或權利（例ヘハ所有權又ハ債權等）ヲ自己ニ歸屬スト主張スルカ如キ民事訴訟ハ現行法ノ下ニハ存セスト解スルヲ可トス」と述べ、二當事者對立主義という用語こそ用いていないもの、これを堅持して、三（多）面訴訟は現行法の下では認められないとしている。

そして、大正一五年の民事訴訟法の全面改正後も、当初は基本的に前述したような改正前と大して変わらない記述が一方では見受けられる。たとえば、岩本勇次郎「三ヶ尻好人『新民事訴訟法要論』」は、「第二編 民事訴訟ノ主體 第四章 當事者」の「第一節 總説」において「民事訴訟ニ於テハ國家カ或者ヨリ或者ニ對スル關係ニ於ケル私權保護行爲ノ要求ニ基キ適當ナル私權保護行爲ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ訴訟ノ當事者ハ必ラスヤ私權保護行爲ヲ國家ニ對シ要求スル者及其ノ相手方トノ雙方ヲ必要トス從テ何人ト雖モ自ラ同時ニ同一訴訟ノ當事者ノ雙方タルコトヲ得ス又此ノ當事者雙方以外ニ當事者存スルコト無シ」と述べ、「第二節 訴訟當事者ノ觀念」では「右ノ如ク當事者ハ國

家二對シ私權保護行爲ヲ要求スル者及其ノ相手方ヲ謂フモノナルカ故ニ民事訴訟的法律關係ニ於ケル當事者ニハ積極的及消極的ノ相對立スルニ當事者ノ存スルコトヲ知ラサルヘカラス」とも述べている。<sup>33</sup> だが他方では、次第に二當事者主義などの用語が用いられるとともに、訴訟目的論や當事者概念から一応切り離しつつ二當事者主義の概念内容が次第に明らかにされ、そうしたなかで主參加訴訟や獨立當事者參加など多数當事者訴訟との関わりを強く意識しながら説明されるようになっていった。たとえば、細野長良「民事訴訟法要義」は、「第一編 民事訴訟ノ主體 第二部 當事者 第一章 當事者ノ意義及表示方法 第一節 當事者ノ意義」において「訴訟ニ於テハ常に積極消極ノ兩當事者ノ存立スルコトヲ必要トス（註一）自己一人ニテ訴訟ヲ爲スコト不能ナレハナリ而シテ積極又ハ消極ノ當事者二人以上アリシトキハ之ヲ共同訴訟ト云フ第三者カ積極又ハ消極ノ當事者ノ一方ノ訴訟行爲ヲ補助スル爲メニ訴訟ニ加ハル場合アルモ（六四）是レ從タル當事者ニシテ獨立ナル主タル當事者トハナラス」と述べ、その（註一）では、「Weismann ハ主參加訴訟ヲ以テ三ヶノ相對立スル當事者ノ訴訟ナリト説明シ我國ニ於テモ民事訴訟法第七十一條ノ訴訟參加ヲ以テ三當事者訴訟（Dreiparteienprozess）ナリト論スルモノナキニアラス然レトモ其昔羅馬法ニ在リテハ極メテ例外的に身分關係ノ確認ノ訴ヲ認メタルニ止マリ原則トシテ確定訴訟ヲ許サザリシ結果遂ニ今日ノ主參加訴訟ニ於テ三當事者訴訟トシテ之ヲ説明シ權利保護救済ヲ爲スノ外ナカリシモ今日ノ法制ノ如ク確認訴訟ヲ廣ク認ムル立法ニ於テハ其必要ナキ所ニシテ近世ノ法律特ニ我民事訴訟法ニ於テハ二當事者訴訟主義タルコト訴訟法ヲ通讀スレハ明ナリ」と述べ、<sup>34</sup> わが国の民事訴訟法においては二當事者対立主義は自明であるとして、（旧）七一條の獨立當事者參加を三當事者訴訟とする見解を批判している。同じく、中島弘道「日本民事訴訟法」は「第一編 總則 第二章 當事者 第一節 總論 第一款 當事者ノ意義」において「當事者ハ訴訟成立ノ初ヨリ其ノ終了ニ至ル迄常に相對立スルコトヲ要スルモノニシテ此ノ對立カ最初ヨリ存在セザルトキハ訴訟關係ハ最初ヨリ成立セズ。此ノ對立カ中

途ヨリ消失スルトキハ訴訟關係ハ當然終了ス。斯ノ如ク當事者ノ對立ハ訴訟ノ成立存續ニ必要ナルモノヲ以テ同一人カ原告タルト同時ニ被告タルコトヲ得サルハ勿論一方ノ當事者カ相手方ノ代理人トナリ相手方ノ共同訴訟人トナリ又ハ相手方ノ補助参加人タルコトヲ得サルモノトス。一個ノ訴訟手續ニ於テ相對立スル當事者ハ各一人タルヲ常トスルモ其ノ一方又ハ雙方カ數人ナルコトナキニ非ス。共同訴訟トハ欺ノ如キ多數當事者ノ訴訟ヲ謂フモノニ外ナラス。此ノ場合ト雖各當事者ハ夫々相手方ニ對立スルヲ以テ二當事者ノ對立カ數個存スルニ過キササルモノトス。唯權利参加(七二條)ノ場合ニハ三當事者對立ノ觀ナキニ非サルモ仔細ニ觀察スルトキハ此ノ場合ト雖相對立スル二當事者間ノ訴訟關係カ數個組合サレテ存續スルニ過キササルコト後ニ述フルカ如シ」と述べている。ここでは二當事者(對立)主義なる用語こそ用いられていないもの、二當事者對立主義の概念内容として、當事者對立の消失による訴訟關係の当然終了を含む自己訴訟の禁止、共同訴訟や權利参加(獨立當事者参加)と二當事者對立主義との關係など今日の通説と相当類似した二當事者對立主義の概念内容が盛り込まれているが、二當事者對立主義の例外を認めない点でなおドイツの通説の絶大な影響を免れていないといえよう。

こうしたなかで、二當事者對立主義についての一つの転換点たる意義を有する著書として、兼子一「民事訴訟法概論」がある。その「第一編 訴訟の主體 第二章 當事者 第一節 當事者の概念及び當事者の確定 一 當事者の概念」において、「裁判權の行使の適正・公平を擔保する爲に、之に付て對立する利益を代表する者を關與協力せしめるのは何れの訴訟にも共通で、當事者は訴訟と不可分の概念である。民事訴訟も亦對立當事者を其の基礎的構造とし、随つて一人で兩當事者の地位を兼ね得ぬし、又訴訟中、相續や法人の合併で對立當事者の地位の混同を生ずれば訴訟も消滅に歸する。民事訴訟は對立二當事者主義(Zweiparteiprinzip)を原則とするが(數人の當事者ある場合も何れも其の一方又は雙方の側に立つ共同訴訟人となる)、場合に依り三當事者以上が相互に對立する訴訟も考



へ得ぬのではない(人事訴訟に於ける檢事の參加(人訴二二・二三)、民訴七一條の參加訴訟は之に該當すると認め得る)と述べ、<sup>38)</sup>二当事者対立主義の概念内容を今日の通説とほぼ変りない形で明らかにするとともに、何よりもそれ以前とは異なり、その例外を明示している点で、二当事者対立主義について例外を認めることなく堅持するドイツの通説の影響を脱しているといえよう。

その後、この兼子・概論において示された二当事者対立主義の概念内容が通説として第二次世界大戦後の日本においても基本的に引き継がれていく。戦後の代表的な体系書といえる兼子「民事訴訟法体系」は、「第一編 訴訟主体 第二章 當事者 第一節 當事者の概念及び確定 一 當事者の概念」において次のように述べている。「個々の民事訴訟は、國家の裁判權によつて、私人間の紛争を解決し、利益の衝突を調整することを目的とする手續であるから、その行使を受ける對立する二主体の存在を前提とし、これを當事者として關與させる。したがつて、一人で自分に對して訴訟はできないし、一旦訴訟成立後でも、相續や法人の合併の結果、對立當事者の一方が相手方の承繼人として、對立當事者の地位を一人で兼ねることになるので、訴訟も消滅に歸する。同時に民事訴訟は、私人間の紛争をその間に相對的に解決すれば足りるので、通常は二當事者の對立構造をもつて充分とする(二當事者對立の原則)」。したがつて、三人以上の當事者のある訴訟でも、それぞれ原告又は被告の何れかの地位に就いて、對立する共同訴訟となるのが通常であるが、三當事者以上が相互に對立し、その間の紛争を一舉一律に解決するための訴訟構造も、理論上不可能ではないばかりでなく、現行法上もその例を見ることができ(三面訴訟)<sup>39)</sup>。ここでは、民事訴訟の目的論たる紛争解決説と結びつけながら對立二當事者の存在を基礎づけるとともに、『概論』において用いた「對立二當事者主義」という用語に代えて「二當事者對立の原則」という用語を用いている点が注目される。同じく戦後の代表的な体系書といえる三ヶ月章『民事訴訟法(法律学全集)』は、「第三編 訴訟主体論 第二章 當事者 第一節

当事者の概念と訴訟上の地位 第一款 当事者の概念」において、「当事者対立の構造が失われれば訴訟法律関係もその基盤を失い消滅することになる」としつつ、他方で、「二当事者対立構造は通常の私的紛争がそうした構造をもつことの反映に他ならないのであるから例外的に社会生活事実としても二面的又は多面的紛争があるときは、手続の上でも多面的な訴訟形態を認める実益のある場合がある」と述べ、訴訟の本質的要素としての「当事者対立構造」と例外の余地がある「二当事者対立構造」を区別して用いている点で注目される。

このように、兼子・概論を契機に戦後の兼子・体系を経て今日に至るまで、独立当事者参加などわずかな例外を除いて二当事者対立主義を原則とする見解が通説的地位を占めている。他方では、戦後においても、ドイツ法を継受したわが国の民事訴訟法の下では、二当事者対立主義をドイツの通説に倣って例外を認めることなく貫徹すべきであるとするかつての通説的見解が、今日に至るまで一方の極として少数ながら存在する。加藤正治「新訂民事訴訟法要論」は、「第一編 総則 第二章 当事者 一 当事者の意義」において、「凡て訴訟には原、被告兩当事者の対立(Zweiparteienprinzip)を必要とする。もし兩当事者が相續其の他の原因例へば會社の合併に依り同一人に歸するときは訴訟關係は終了する。而して人事訴訟に於て檢事が参加する場合(人訴二二條、一三條)、第七一條の獨立當事者参加の場合の如きは同一訴訟に於て三當事者鼎立して對立するが如き觀あるも、斯く解すべきものでなく、寧ろ二當事者の對立する訴訟が數個併合せられ居るに過ぎぬと解すべきである」と述べ、兼子・概論が二当事者対立主義の例外として挙げる人事訴訟における檢事の参加と獨立當事者参加を例に挙げて二当事者対立主義の例外ではないとする。また、中村宗雄「増補改訂民事訴訟要論」は、「第二編 訴訟の主體 第二章 當事者・代理人並びに輔佐人 第一節 當事者 第一款 総説」の「五二 訴訟における當事者の對立」において、「訴訟は權利實現の制度であり、權利を主張する者(原告)とその相手方(被告)との利害が相對立する。しかして民事訴訟制度は、この對立を如実

に認め、原告・被告の対立をもって訴訟の基本構造とする（二面訴訟主義若くは両当事者主義）。……この二面訴訟主義、すなわち原告と被告とを対立関係におくことは、必ずしも訴訟審理の唯一の形式ではない。ゲルマン古法におけるが如く、併列関係における審理並びに裁判ということも考えられるのであるが、私法制度が権利本位の構造をもてること、及び民事訴訟が不告不理の原則に立つ私権保護の制度として発達した等の理由にもとずき、二面訴訟主義が、ローマ法以来、一貫して現在の各国の民事訴訟制度に及んでいる。このように民事訴訟は、原告と被告との対立を訴訟審理の基本形式となすが故に、その一方を欠くときは、訴訟は終了せざるをえない」と述べ、ローマ法とゲルマン法の違いという法系の視点から二当事者対立主義が唯一の形式ではないことを認めつつ、ローマ法→ドイツ法→日本法へと引き継がれたわが国の民事訴訟法の系譜に基づき二当事者対立主義を貫徹して採用すべきことを解いている。このような基本的視点に立った見解は、その後も中村英郎博士において継承されている。<sup>43)</sup>

以上のように、わが国において、二当事者対立主義をドイツに倣って例外を認めることなく貫徹する説と独立当事者参加をはじめとするわずかの例外を認めて二当事者対立主義を原則として位置づける説が対立していたが、次に検討する独立当事者参加の訴訟構造をめぐって、それが二当事者対立主義の例外として位置づける説が通説になるに伴い、二当事者対立主義をわずかの例外を認めつつ原則として位置づける学説が通説となつていったのである。

#### （4）わが国の学説における独立当事者参加の訴訟構造と二当事者対立主義

ここでは、二当事者対立主義の位置づけ、すなわち、ドイツの通説におけるように例外を認めない絶対的な原則と解するのか、それとも例外のある原則にすぎないものと解するのかをめぐってかつて唯一の議論の的となった独立当事者参加の訴訟構造をめぐる学説の対立について、主として二当事者対立主義との関わりという視点から考察を加え

ることにする。

さて、独立当事者参加は、大正一五年改正前の旧民事訴訟法において、他に立法例をみないわが国独自の制度として立法化された。その大正一五年改正前の明治二三年の旧々民事訴訟法のもとでは、多数当事者訴訟のなかの第三者の訴訟参加に関して、いわゆる主参加（五一、五二）、従参加（補助参加、五三―五八）、訴訟告知（五九―六一）、本人指名参加（六二）が規定されており、大正一五年改正の旧民事訴訟法と比べて、独立当事者参加、共同訴訟参加ならびに参加承継・引受承継の規定が欠けていた。<sup>44</sup>すなわち、ここでは、いずれもドイツの立法上の規律を基本的に引き継いでおり、多数当事者訴訟において二当事者対立主義との関係で問題となりうる独立当事者参加は未だ存在せず、ただ主参加の訴えがあるだけであった（五一条）。この主参加の訴えも、一八七七年のドイツ民法CPOの六一条、六二条を範として訴訟参加の節の中に規定されたものであるが、ドイツの学説の影響の下に、わが国の学説において、この主参加は、第三者が他人間に係属する訴訟（本訴訟）の目的の全部または一部を自己のために請求して、本訴訟とは別に独立した訴えを提起するものであって、主参加の訴えは本訴の訴訟手続に当然に併合されないもので、真の意味での第三者の訴訟参加ではないと一般に解されていた。たとえば、岩田一郎『民事訴訟法原論』は、主参加については、他の訴訟参加（従参加、告知参加および指名参加）とは切り離して、「第三編 権利保護ノ條件及ヒ訴訟成立要件 第三章 訴ノ併合」の第二節において、第一節の「主観的訴ノ併合」と第三節の「客観的訴ノ併合」の間には、次のように記述している。「…他人間ノ訴訟ニ參與スルモノニ非シテ本訴訟ノ當事者雙方ヲ共同被告トスル獨立ノ訴訟ナリ本訴訟ノ原告ニ對スル訴ト被告ニ對スル訴トヲ併合セル訴訟ニシテ訴訟關係ハ各別ニ發生スルモノトス」と述べ、訴訟参加としての性格を否定している。<sup>45</sup>また、前田直之助『民事訴訟法講義』は、主参加については、「第二章 當事者 第七節 参加」の第一款において述べているが、次のように述べている。「…要スルニ第三

者ノ主張スル權利關係ト本訴訟ニ於ケル原告ノ主張スル權利關係トカ兩立セサル場合ニ第三者（主參加原告）カ本訴訟ノ原被告ヲ共同被告（主參加各被告）トシテ起ス訴ヲ云フ即チ共同訴訟ノ一種ニ過キスシテ他人間ノ訴訟ニ參加スルト云フ意味ハ毫モ之ヲ有セサルモノナリ而モ之ヲ主參加ト云ヒ又第三者ノ訴訟參加ト云フ節ノ下ニ規定シアルハ沿革上ノ理由アルニ過キス……主參加ノ訴ヲ以テ或ハ從參加ノ一種ナリト説明シ或ハ所謂三面訴訟ナリト説明スルハ沿革上ハ兎ニ角現行法ノ解釋トシテ其根據ヲ見出スヲ得ス」と述べ、主參加の訴訟參加ないし三面訴訟としての性格を完全に否定している。

このように、大正一五年大改正前の旧々民事訴訟法の下では、真の意味でのいわゆる当事者参加は存在しなかつたので、二当事者対立主義はドイツの民事訴訟法学の圧倒的な影響の下に例外なく貫徹され「絶対視」されたということが出来る。

その後、大正一五年に民事訴訟法の全面改正が行われたが、大正一五年改正の旧民事訴訟法では、まず主參加について、前述したように、改正前から係属中の訴訟に直接関与し干渉するものではなく、主參加の訴えは本訴えの訴訟手続に当然に併合されるのではないため、真の訴訟参加ではないと一般に解されていたことから、大正一五年改正では、これを共同訴訟の節に移された（旧六〇条）。そして、大正一五年改正では、訴訟の目的を自己のために請求する場合につき、主參加を更に一步を進めて独立当事者参加の規定が新設された。そのほか、共同訴訟参加ならびに参加・引受承継を新設し、他方で、本人指名参加を廃止した。<sup>47</sup>こうしたなかで二当事者対立主義との関係で唯一問題となつたのが、独立当事者参加の訴訟構造に關してであつた。独立当事者参加の訴訟構造をめぐる学説の分析については、すでに多くの先達の業績がある<sup>48</sup>ので、それらを参考にしながらも、本稿では特に二当事者対立主義との関わりに力点をおいて各学説についていくことにする。

(A) 共同訴訟説(純共同訴訟説)：七一条参加により参加人が常に自己の請求を提起して在來の訴訟当事者のいずれか一方と共同訴訟人になると解する説)　まず、岩澤彰二郎「權利参加人の地位」は、「新民事訴訟法第七十一条によれば第三者は一定の條件の下に他人間に繫屬する訴訟に其の訴訟の當事者として参加し得るものとす。然るに現今の訴訟法に於ては古代獨乙法と異なり訴訟當事者は原告及被告兩造以外に之れを認むることなし。故に参加人を原告及被告以外に獨立する一個の當事者なりとせば原告被告以外に第三種の當事者を認むと爲すものにして右の大原則に反す。而して權利参加を規定する第七十一条は第六十二条の必要的共同訴訟に關する規定を準用するより見れば法律は此の場合に於ても第三種の當事者を認めざることを明瞭なりと爲さざるべからず」と述べ、原告・被告以外の第三者としての當事者参加は二當事者対立主義に反するが故に認められないとする。そのうえで、「訴訟は加州法の如き規定なき限り飽迄も原告對被告の二面たるべし二面にして然も第七十一条が豫期するが如き所謂三面的效果ある判決を獲むと欲せば参加人は必ずや在來の原告若は被告と共同訴訟人たらざるべからずと爲すものなり」として、共同訴訟説を採用する。また、岩本勇二郎「三ヶ尻好人」新民事訴訟法要論(下巻)は、既に二(3)において引用して述べたように、対立する二當事者以外の當事者はいえなことを前提としたうえで、「第二章 地方裁判所ノ訴訟手續 第二節 訴訟關係ノ複數 第三款 主觀的訴訟關係ノ複數 第二項 訴訟参加及訴訟告知 第三目 當事者参加」のなかで、獨立當事者参加に關して、「當事者参加ハ訴訟物タル權利又ハ法律關係ト當事者トシテ参加スル第三者トノ關係如何ニ依リ之ヲ三種ニ區別スルコトヲ得ヘシ單純當事者参加(第七一條)、引受参加(第七三條)、共同参加(第七五條)即チ是レナリ」として、單純當事者参加という名称を用いたうえで、その条件(要件)に關して「訴訟ノ當事者一方ト共同訴訟人ト爲ルコト 訴訟ノ當事者タル原告又ハ被告ノ何レノ當事者ト共同訴訟人ト爲ルヤハ之ヲ問ハスト雖モ何レカ當事者ノ一方ト共同訴訟人トシテ訴訟ニ参加スルコトヲ要スルモノトス故ニ此ノ點ハ舊法

ノ主参加ニ於ケルカ如ク原告被告雙方ヲ共同被告トシテ自ラ原告ト爲ル場合ト異ナルモノトス然レトモ訴訟ノ進行ノ實際ノ状態ニ於テハ恰モ原告被告ヲ共同被告ト爲スカ如キ状態ヲ呈スルコト無キヲ保セスト雖モ是レ請求ノ目的ヲ異ニスル當然ノ結果タリ」と述べ、共同訴訟説を採っている。

(B) 補助的共同訴訟説(本条の参加は参加人が独自の請求を立てることなく補助参加の形式で参加する当事者参加であり、参加人はいずれか一方と共同被告となつて、共同訴訟人の請求の維持を主張するにとどまるとする説)

たとえば、松岡義正「新民事訴訟法註釋・第二卷」は、「第二章 當事者 一 當事者ノ存在」において、「當事者ノ存在ハ民事訴訟ノ成立及存續ノ要件ナリ元來民事訴訟ハ特定ノ一私人ニ對スル私權實行ノ方法ナリ何人ト雖自己ニ對シテ訴訟ヲ爲スコトヲ得ス故ニ民事訴訟ノ成立及存續ニハ利害ノ相反スル相對峙スル二人以上ノ當事者ヲ要ス」として二当事者対立主義を前提としたうえで、「本法ニ於テハ参加ノ形式ニ依リテ當事者トシテ訴訟ニ参加シ以テ其ノ利益ヲ保護スルコトヲ得セシメ訴訟手續ヲ簡易ナラシムルヲ立法上適當トス是本條ヲ設ケタル所以ナリ是ニ依リテ之ヲ觀レハ本條所定ノ權利主張ノ参加ハ補助参加ノ形式ニ依リテ當事者ト爲ル参加ニシテ自己ノ權利ヲ主張シ以テ自己ノ權利ヲ害スル相手方ノ主張ヲ排斥シ其ノ訴訟ヲ終滅セシムルヲ以テ主眼トスルモノトス」と述べる。

(C) 主参加併合訴訟説(在來の本訴訟と参加人が双方当事者を共同被告とする主参加訴訟とが併合せられたものと解する説) まず、細野良良「民事訴訟法要義」は、「第二編 訴權及訴 第四章 訴訟的法律關係ノ開始 第七節 訴訟参加 第三款 主参加併合訴訟」において、三面訴訟説について、「……新民事訴訟法カニ當事者訴訟主義ニ立脚シ居ルコトハ論者ト雖モ之ヲ拒否スルコトヲ得サルヘシ……吾人ノ解スル所ニ依レハニ當事者訴訟ヲ基本トシテ十分ニ本問ヲ解釋シ得ルコト後ノ説明ノ如クナルヲ以テ此學説ニ賛成スルヲ得ス」と述べ、二当事者対立主義の観点から反対する。そのうえで、「吾人ノ解スル所ニ依レハ民事訴訟法第七一條ノ訴訟参加ハ 第四説 他人間ニ繫屬

セル訴訟ノ當事者ノ當事者雙方ヲ共同被告トシテ其訴訟ニ併合シテ訴ヲ提起シ共同被告ノ一方ニ從參加スルモノナリ」<sup>(56)</sup>と述べ、一種の主參加併合訴訟説を提唱する。さらに、中村宗雄「訴訟參加制度の系譜」は、独立當事者參加につき、一方で、「參加人は、係屬する訴訟に當事者として參加するのであつて、その後段の場合には、当該「訴訟の目的」の全部または一部が自己の權利なることを主張し、従来の原告、被告の双方と対立する。それは、ドイツ普通法の下における三面的手續關係、三當事者關係の主參加にほかならない」としつつ、「それは主參加訴訟の外部形態であつて、内部構造そのものではない。外部形態に即応する三面的内部訴訟關係を成立せしめるか否かは、訴訟關係理論の立場から、さらに再検討を要する」とする。そのうえで、「現代訴訟には、二當事者主義が、その構造原理となつてゐる。これは、実体法の世界において、權利・義務の対立の構造がとられてゐることに対応する。実体法關係において、權利者でも、義務者でもない主体の存しないが如く、訴訟法律關係においても、原告でも、被告でもない主体の存しないが如く、訴訟法律關係においても、原告でも、被告でもない當事者なるものは存しえない」として二當事者対立主義を堅持する立場から、「独立參加の三面的手續關係が、その法規範的内部構造において、原告より被告に対する「請求」を「訴訟の目的」とする訴訟關係と、參加人より、従前の原告・被告に対する「請求」を「訴訟の目的」とする訴訟關係と、二つの訴訟關係に、これを分解した訴訟理論を要請する」と述べる。<sup>(57)</sup>

(D) 三個訴訟併合説(原告対被告の本訴のほか、參加人対原告、參加人対被告の三個の訴訟が併合されたものと解する説) まず、中島弘道「日本民事訴訟法」は、「第一編 總則 第二章 當事者 第七節 訴訟參加 第二款 權利參加」において、「權利參加ハ原告ト被告間、原告ト參加當事者間及被告ト參加當事者ノ間ニ三個ノ訴訟關係ヲ成立セシムルモノニシテ……訴訟經濟ノ爲且ハ裁判ノ統一ノ爲第三者ヲ當事者トシテ參加セシメ三者間ノ法律關係ヲ一舉ニ統一的ニ決定セシメントスル制度ナルカ故ニ從來單ニ原被告間ノミニ存シタル訴訟關係ハ第三者ノ權利參



加二因リ之ニ原告ト参加人間ノ訴訟關係及被告ト参加人間ノ訴訟關係ヲ加ヘ爾後右三個ノ訴訟關係カ密接ニ結合セラレタル状態ニ於テ存續スルニ至ルモノトス」として三個訴訟併合説を基礎づける。他方で、三面訴訟説に對しては、「余モ亦嘗テ此ノ見解ニ依リタルモ(法曹會雜誌七卷二號)二面關係三面關係ナル語ハ正確ヲ缺キ誤解ヲ招キ易キヲ以テ今ハ之ヲ採ラス。訴訟關係ハ常ニ相對立スルニ當事者ト裁判所間ニ成立スル關係ニシテ唯當事者多數ナル場合數多ノ對立關係カ複雑ニ組合ハサレテ存續スルコトアルニ止マリ其ノ基本關係カ二當事者間ノ對立關係ナルコトニ差異アルコトナシ。尤モ後ニ述フル如ク權利參加アルトキハ三當事者中孰レノ當事者モ他ノ二當事者ニ對シ必要的共同訴訟ノ關係ニ立ツテ以テ(七一條末段)三者間ノ關係ハ獨立關係タルノ觀ヲ呈スルコト疑ヲ容レス。唯之ヲ三面關係ナル語ヲ以テ説明スルトキハ正確ヲ缺キ疑ヲ生シ易キノミ」と批判する。同じく、加藤正治「新訂民事訴訟法要論」は、「第二章 當事者 第三節 訴訟參加 第二款 獨立當事者參加」において、三面訴訟説について、「斯る三當事者訴訟乃至數當事者訴訟を認むることは理論として固より可能であるけれども、我現行法が果して斯る範疇に屬する訴訟を認むるや否や大に疑問である。蓋し訴訟法全體を通じて之を觀るに法文を一一列擧するまでもなく訴訟は常に原告被告の相對立する二當事者主義を見て居り、他の法令に於ても亦然りである。故に予は此の説を採らない」として二當事者主義の建前を理由に三面訴訟説に与しない旨述べる。そのうえで、「獨立當事者參加に因り同一訴訟物に付き三個の訴訟が併合審理せらるるものと見る。即ち一には本訴原告・被告間の訴訟、二には本訴原告・参加人間の訴訟、三には本訴被告・参加人間の訴訟是れである」と述べ、三個訴訟説を採用する。

(E) 三面訴訟説(参加人が第三の當事者として請求を定立し、原告・被告・参加人の三者間に成立する三面的一個の訴訟と解する説) まず、井上直三郎博士は、三面訴訟説を前提に、共同訴訟説や主參加併合訴訟説を批判されているが、三面訴訟の構造と二當事者主義との関わりを踏まえた自説の展開はなされていない。その意味で、三面訴

訴訟を通説へと押し上げる契機となつた体系書である兼子一『民事訴訟法概論』は、「第三編 複雑訴訟形態 第二章 當事者の多數及び變更 第二節 三面的訴訟」において、「民事訴訟は、二當事者の對立を原則とし (Zweiparteiprinzip)、三人以上が關與する訴訟に於ても總べて原告・被告何れかの地位に就き共同訴訟となるのが通例であるが、之れ請求の當否を對立二當事者間に於て相對的に解決するを以て充分と爲すが故である。判決の既判力は必要的共同訴訟の場合に於ても各共同訴訟人と相手方との關係で生じ、共同訴訟人間では生ぜぬのであるが、若し此の間にも既判力の生ずる場合ならば、訴訟上の地位に於ても對立關係を認めるのが當然であるし、又同一の權利關係を巡つて三當事者が相争ふことも現實に存し得る所で、之を一舉に矛盾なく解決する必要があるれば、三當事者間の一の訴訟を認めることを理論上不能と爲すべきでない」と述べ、獨立當事者參加の構造につき三面訴訟説の立場を採用する。なお、三面訴訟説以外の他の學説を取り上げるに際して、「併し三面訴訟の存在を否定し、二當事者主義を固執して之に依つて參加訴訟の構造を説明せんとする見解も行はれて居る」と述べており、二當事者對立主義との關係を示す点で注目される。このような兼子博士の見解は、戦後も『民事訴訟法体系』において引き継がれ、「第二編 第一審手續 第四章 訴訟の主體及び客體の多數 第二節 訴訟主體の多數 第三款 三當事者訴訟」において、次のように述べる。「民事紛争は、通例二主體間に相對的に生じ、したがつて訴訟でこれを解決するにもその間に相對的に圖ればよいので、二當事者對立の原則が採られ、三人以上の當事者が關與しても、原告被告の二手に分れて對立する共同訴訟の形態となる。これに應じて、判決の効力も對立當事者間に限るのを原則とし、必要的共同訴訟の場合でも、共同訴訟人全體と相手方との間に生じ、共同訴訟人同志の間には生じない。ところが、もし共同訴訟人間にも、判決の効力が相互に及ぶ場合であるとすれば、この間にも利害が對立するから、相互に對立當事者として取扱わなければならないのが當然であろう。又そのような法律的要求はなくても、現實に同一權利關係を巡つて、三人

以上の者が互いに争う紛争があり得るので、これを強いて二人相互の三つの紛争に分解して、相対的解決を圖らずに、三人を關與させた、一の訴訟手續によつて一舉に矛盾なく解決する訴訟形態を認めることも理論上不可能とすべき理由は存しない」とし、また、「わが現行法上、これに當ると見られる訴訟は存在し、又解釋上も、この種の訴訟構造を認める餘地がある」とし、その例として、共有者の一人又は数人が他の共有者に対して提起する共有物分割請求（民二五八）、子又は母が、母の配偶者および前配偶者を共同被告として提起する父を定める訴のような非訟事件の性格を有する形式的形成訴訟のほか、第三者が夫婦を共同被告として提起する婚姻の無効又は取消の訴え（人訴二二）や婚姻事件における檢察官の参加（同二二）といった本来の訴訟事件も、三面的訴訟であるとす。そして、「これらの三當事者訴訟も、一當事者が提起する場合には、他の二者を共同被告とする形式をとる外はないが、その訴訟の目的が共同被告相互間にも合一に確定しなければならぬ場合は、その間に自ら對立關係が誘發されて、三面的になる。又既存の二當事者訴訟に第三者が當事者として参加して、當事者間の紛争を自分の方へ引つけて解決しようとする場合にも生じる。前述の檢察官の参加及び七一條の規定する獨立當事者参加が、これに屬する」と述べ、二當事者対立主義との関わりについてかなり詳細に論じており、注目される。さらに、三ヶ月章『民事訴訟法（法律学全集）』は、「第三編 訴訟主体論 第二章 當事者 第五節 當事者の変動」において、「獨立参加訴訟を如何なる形の訴訟として把握するかについては、大きく分ければ二當事者対立構造を基調とする伝統的な訴訟理論の枠を破ることなく、その内部でこの制度を説明しようとするものと、率直に二當事者対立の構造の例外であると認めて理論をたてようとする立場に分れるといつてよい」としつつ、「二當事者対立の訴訟構造なるものは、通常の民事紛争が利益の対立する二當事者間に生起するものであることを眼中においてとられて建前にすぎぬとみるべきであり、社会生活事実としては紛争が三面的（又はひろく多面的）に生ずることもありうる以上、それを訴訟に反映させれば三當事者（又

は多当事者) 対立の形態も考えられぬではないのであって、独立参加の制度は正にこうした要請に応えようとしたものとみるのである」とし、「この制度は二当事者対立の原則をその限度で後退せしめ」たものとして、社会生活事実としての紛争の実態を踏まえた二当事者対立主義の例外として三面訴訟説を基礎づけている。<sup>(66)</sup>

このようにみてくると、三面訴訟説以外の共同訴訟説、補助共同訴訟説、主参加併合訴訟説、三個訴訟併合説はいずれも、前述した兼子・概論に表現を用いると、「三面訴訟の存在を否定し、二当事者主義に固執して之に依つて参加訴訟の構造を説明せんとする見解」<sup>(67)</sup>としての限界を有していたのに対して、二面訴訟説は、二当事者対立主義に固執することなく独立当事者参加をめぐる紛争の実質たる三面紛争を直視しそれを訴訟に反映させて三面訴訟(三当事者訴訟)たる訴訟構造を有することを明らかにし、しかも二当事者対立主義との関わりにおいてその例外として明確に位置づけることにより、確固たる通説として確立していったものといえよう。しかしながら、やがて、独立当事者参加をめぐる紛争や訴訟の実質に着目するとき、それが果たして常に三面紛争ないし三面訴訟であるといえるかが問われざるをえなくなるのであり、その点が疑問視されるに伴い、次第にこの説の限界が指摘され批判にさらされるようになっていくのである。<sup>(68)</sup>

#### (5) わが国の通説における二当事者対立主義と多数当事者訴訟論

ここでは以上の考察を踏まえて、わが国の通説における二当事者対立主義の概念内容およびその多数当事者訴訟論における意義と限界について、ドイツの通説との比較を踏まえて以下に述べることにする。

まず、二当事者対立主義の概念内容について、ドイツの通説では、前述したように、以下の二点が指摘される。すなわち、一つは、原告と被告とが異なった人格であることを要し、「自己訴訟(自分自身に対する訴訟)の禁止」を

内容としているが、この点について、わが国の通説においても、従来からドイツと同様であり、したがって、二当事者の対立状況が消失した場合には、訴訟は当然のこととして終了する。問題となるのは、もう一つの二当事者対立主義の概念内容たる「多面訴訟ないし多重訴訟手続の禁止」であり、ドイツの通説によると、前述したように、訴訟に利害関係を有する者が三人以上関与する場合でも、当事者としては原告側が被告側のいずれかに立つことができるのみで、さもなくば、被参加人たる当事者に対して従属性を有する補助者の立場にすぎない補助参加人として立つことができただけである。このように二当事者対立主義を理解するドイツの通説の前提には、ドイツの多数当事者訴訟の法的規律において、いわゆる第三者の当事者参加がはっきりした形では認められていないうえに、理論的に多面訴訟的な訴訟構造の理解が可能な主参加や僭望者参加においても、二当事者対立主義が貫徹されるかたちで理解されていることによる。そうしたなかで、通説において、原告でも被告でもない第三者が当事者として訴訟参加することは一切許されず、補助参加人かせいぜい共同訴訟的補助参加人として参加することしか許されないというかたちで二当事者対立主義の概念内容に組み込まれているのである。それに対して、わが国では、まず、多数当事者訴訟の法的規律として、大正一五年改正以前の旧々民事訴訟法の下では、二当事者対立主義との関係で多面訴訟的な理解が可能であったのは主参加の訴えだけであつたが、主参加の訴えについては、ドイツの通説の圧倒的な影響の下に、主参加の訴えは本訴の訴訟手続と当然に併合されないもので、真の意味での第三者の訴訟参加ではないと一般に理解されており、二当事者対立主義はドイツの通説と同様に貫徹された。その後、大正一五年の大改正による旧民事訴訟法の下で、世界に類例のない独立当事者参加が明文化され、その訴訟構造をめぐつて学説の対立があり、当初は、ドイツの学説の影響を受けて二当事者対立主義を貫徹する立場から、二当事者対立主義の枠内でそれと抵触しない形で独立当事者参加の訴訟構造を理解する学説がかなり有力であつたが、その後、二当事者対立主義に例外を認めることは不能ではな

く、独立当事者参加をその例外として捉える三面訴訟が次第に通説になっていく。そこで、わが国の通説では、二当事者対立主義の概念内容として「多面訴訟ないし多重訴訟手続の禁止」をドイツの通説の影響を受けて原則的に含みながらも、それは徹底されず、例外をはつきりと認めている点ではドイツの通説と異なる。そのような理由も手伝つて、概して、戦前には、「二当事者主義」や「二当事者対立主義」という用語が多く用いられていたが、戦後、二当事者対立主義は、例外のある原則であることが一般化し、「二当事者対立原則」という用語がより多く用いられるようになってきているように思われる。<sup>⑧</sup>このように、二当事者対立主義の概念内容については、ドイツと日本の通説とで微妙な違いがみられるが、この点に関連して、伊東乾博士が、次のように述べておられるのが注目される。すなわち、「當事者關與の構造は、通常、或生活關係の一方の主體とその相手方たる他方主體との關與として現れ、一當事者のみの關與として現れることは許されない。この道理は、一般に、當事者對立主義ないし二當事者主義という建前の内容として説かれる所である。しかし、二當事者主義という言葉は、かなり不正確に用ゐられてきたように見受けられる。一面において、多くの説明は、この建前が同時に三極以上の當事者の鼎立もしくは關與を排斥することをその内容とするとしてゐるが、當事者が對立二者に足りなくてもよいかどうかの問題と、それが對立二者を超えてはいけなやかどうかの問題とは、全く別のことであるし、たとえ論理的に生活關係の最小單位が對立二極間の關係であつて有らゆる關係が常にここまで還元できるとしても、實踐的には必ずしも還元できるとは限らず、訴訟上は寧ろ何處まで還元したものを捉へるのが紛争の解決上適切であるかが決定の要點になることでもあるから、三面鼎立以上の複雑訴訟形態を作りあげることが可能である以上、その許容性を當然のことのように否定するのは當らない。少くとも、二當事者主義から當然この否定が出てくるとするのは、二當事者主義に過大の内容を盛込むものとしなければならぬ」とし、そのうえで、「二當事者主義と呼ばれるに相應はしい問題は、寧ろ二者關與という側面にあるので、

主體關與の側面を問題とする當事者關與の構造は、「二當事者主義とは區別して取り扱はれるのが適當である」として、當事者關與の構造と二當事者主義を概念上區別される。この伊東博士の見解は、二當事者対立主義の概念内容のなかに多面訴訟ないし多重當事者訴訟の禁止を当然のように明確に盛り込むドイツの通説および例外を認めつつもドイツの学説の影響を受けて当然のようにそれを盛り込むわが国の通説に対する批判的な問題提起として注目に値するとともに、それを踏まえて「二當事者主義と當事者關與の構造(傍点は筆者)」を區別する点でも注目に値する。また、前述したように、三ヶ月博士も、民事訴訟の本質的要素としての「當事者対立構造」と独立當事者参加をはじめ例外の余地がある「二當事者対立構造」(傍点は筆者)を概念上區別して用いられており、注目に値する。<sup>71)</sup>筆者も、訴訟主体たる當事者の訴訟への關與の中で當事者から中立の第三者たる裁判官が審理・判決を行うという民事訴訟に本質的な基本構造である當事者対立主義(構造)と民事訴訟における原告と被告の二當事者間の対立關與を例外の余地を認めつつ原則とする二當事者対立原則(構造)とは、概念上明確に區別すべきであり、そのうえで、二當事者対立原則(構造)の概念内容の中に「多面訴訟ないし多重當事者訴訟の禁止」を原則としてであれ認めるべきかを問題にするべきであると考える。

ところで、わが国の通説において二當事者対立主義は、多数當事者訴訟においていかなる意義を有しているのだろうか。多数當事者訴訟において二當事者対立主義と密接に關わるものとして、訴訟上の請求および形式的當事者概念がある。すなわち、通説において、多数當事者訴訟は原告一人の被告一人に対する請求からなる二當事者対立訴訟の寄せ集めを基本構造として成り立っている。<sup>72)</sup>そして、通説である形式的當事者概念の下で、當事者とは、自己の名において(請求を立てて)訴訟に關與する者および請求の相手方として訴訟に關與する者であるので、二當事者対立主義と形式的當事者概念が不可分に結びついて、當事者であるためには請求を立てるか請求の相手方かのいずれかで

あり、それ以外の者は当事者適格を有しなく、補助参加人かせいぜい共同訴訟的補助参加人として扱われることになる。このような多数当事者訴訟論の体系ないし基本構造を有するという点では、ドイツの通説とわが国の通説の間に全く差異はないものと思われる。そして、こうした二当事者対立構造の下で、わが国の通説では、ドイツの通説と同様に、補助参加人の地位について、被参加人との関係における独立性と従属性の二面性のうち、主に従属性の面に力点が置かれ、請求を立てるかその相手方として自己の名において訴訟に関与する「当事者」と他人の請求に関して自己の名において訴訟に関与する「補助参加人」とは当事者適格の有無で区別され、手続保障においても明確に区別されている。しかも、この違いは、形式的当事者概念の概念内容のなかに明確に組み込まれているといえることができる。わが国において民事訴訟法の規定する共同訴訟参加と明文の規定なしに判例・通説が認める共同訴訟的補助参加の違いも、以上に述べた点に帰着する。両者は、ともに判決効が第三者たる参加人に拡張される場合である点で共通点を持つるものの、片や前者では参加人は請求を立てる者であるがゆえに当事者適格が認められ、片や後者では請求を立てる者ではないがゆえに当事者適格は認められないとして、両者における参加人の地位は理論上明確に区別されている。また、訴訟告知についても、わが国では、ドイツの通説の影響を受けて補助参加と結び付けて理解されており、被告告知者が訴訟参加する場合には、補助参加かせいぜい共同訴訟的補助参加しか認められないが、ここにもドイツの通説の多数当事者訴訟理論の根底にある二当事者対立主義の影響をみてとれる。さらに、二当事者対立主義の例外とされる独立当事者参加においても、旧民事訴訟法の下で通説・判例は、三面訴訟説を前提に必ず参加人は原告・被告双方に請求を立てなければならず、当事者の一方に対して請求を立てるいわゆる片面的参加は、独立当事者参加とは認められていなかった。このような旧法下の通説・判例の考え方には、独立当事者参加をめぐる紛争の実態に即した訴訟構造の捉え方というよりも、独立当事者参加を二当事者対立主義の例外と認めながらも、なお訴訟上の請求や形



式的当事者概念と緊密に結びついた二当事者対立主義の根底にある思惟、すなわち当事者になる以上その相手方に対して必ず請求を立てなければならぬという思惟がそのまま貫徹されているということが出来る。

さて、そのような二当事者対立主義の根底にある思惟とは、何であるうか。それは、つまるところ当事者間の権利・義務関係をそのまま訴訟法理論に反映させる一種の実体的思惟ではなからうか。確かに、通説によれば、当事者適格の有無を決める基準となるのも、原則として権利義務の帰属主体であるかどうかであるから、権利関係の帰属主体と主張して請求を立てるか請求の相手方であるかいずれかであれば当事者適格を有する当事者として訴訟参加できるが、そうでない者が訴訟参加する場合には補助参加人かせいぜい判決効が拡張される場合には共同訴訟的補助参加人として扱われることになる。そして、拙稿<sup>76)</sup>において以前に詳述したように、ドイツにおいて、実体的当事者概念から形式的当事者概念への展開があつたものの、形式的当事者概念の下で、正当な当事者(当事者適格者)は、第三者の訴訟担当という例外こそ認められるものの、原則的に実体的当事者概念にいう当事者たる権利義務の帰属主体である主張するまたは主張される者であるから、実体的当事者概念の下でいわゆる訴訟要件的な機能を有する「当事者」概念が形式的当事者概念の下では例外があるとはいへ「正当な当事者(当事者適格)」概念のレベルに押し上げられたにすぎないとみることも可能である。かくして、多数当事者訴訟論において二当事者対立主義がどこまで貫徹されるかは、つまるところ、多数当事者訴訟論において実体的思惟がどこまで貫徹しうるかという点に帰着するのではなからうか。そして、わが国の通説は、ドイツにはない独立当事者訴訟参加の訴訟構造について、一方で、独立当事者参加の三面紛争としての紛争の実質に鑑み、三面訴訟説を採って二当事者対立主義の例外としたが、他方で、独立当事者参加の紛争の実質が三つ巴の三面紛争でない場合にも、二当事者対立主義の根底にある実体的思惟から全く離れられなかった結果として、片面的参加を独立当事者参加として切り捨てていかざるをえなかつたという面があつたの

ではなからうか。<sup>26</sup>

## 注

(1) 二当事者対立主義に関しては、二当事者対立原則、二当事者対立構造、二当事者主義、対立二当事者主義など様々な用語がニュアンスを多少とも異にしながらも学者により用いられているが、本稿では二当事者対立主義という用語を原則的に用いることにする。

(2) ドイツにおける二当事者対立主義について再検討を求める近時の学説の動向に関して、とりあえず本間靖規「訴訟告知の機能について」木川古稀記念「民事裁判の充実と促進(上巻)」(一九九四年)三九一頁注(7)参照。

(3) 谷口安平「多数当事者訴訟について考える」法学教室八六号(一九八七年)六頁以下。

(4) これに関して筆者が簡潔に論じたものとして、拙稿「特集・新法施行と民訴法学」多数当事者訴訟」法学教室二〇八号(一九九八年)三三頁以下。なお、新法下の独立当事者参加の訴訟構造について論じたものとして、徳田和幸「独立当事者参加の要件と訴訟構造」民事訴訟法の争点(第三版)(一九九八年)一〇八頁以下などがある。

(5) 現代型訴訟との対比における伝統的な訴訟制度の基本枠組みとして二当事者対立構造があることを指摘するものとして、新堂幸司「現代型訴訟とその役割」『岩波講座・基本法学8——紛争』(一九八三年)三二六頁以下、守屋明「多元的紛争処理と現代型訴訟」岡山大学法学会雑誌四一巻四号(一九九二年)一一九頁以下(同「紛争処理の法理論——交渉と裁判のダイナミズム」(一九九五年)二二〇頁以下)。特に、守屋「前掲論文」一三四頁注(14)は、「伝統的な裁判形態が、常に対立する二当事者の存在を前提としてきたわけではない。裁判の機能が直接的な紛争処理にのみ限定されるわけではなく、他の多様な役割をも担っている以上、二当事者の対審構造を絶対視することには問題がある。……しかし、社会実体として存在する紛争当事者が裁判を利用しつつ当該紛争を遂行しようとする限りでは、当該当事者たちは、少なくとも原則的には、

原告と被告という二分法的枠組みの中で処理されるをえなくなる。本稿のテーマである現代型訴訟の分析のための前提として伝統型訴訟を定義する視点からは、裁判手続の原則的な「当事者構造を想定しても、さしあたり無理はない……」と述べており、注目される。なお、エイブラム・シェイヌ（柿嶋美子訳）「公共的訴訟における裁判官の役割」アメリカ法（一九七八年）一頁以下も、民事裁判についての伝統的概念の特徴として、「訴訟は二極的（bipolar）である……訴訟は、まったく相対立する二当事者間で、少なくとも二単位の間で展開される」と述べている。

(6) たくシネキツ、Lütke-Walchschöfer, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd.1, 1992, S.327f. (Lindacher), Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Aufl., Bd.1, S.686f. (Bork), Rosenberg-Schwab-Gottwald, Zivilprozessrecht 15. Aufl., 1993, S.204f.

(7) 詳細に論じたものとして、Schmidt, K., 'Insichtprozesse durch Leistungsklagen in der Aktiengesellschaft', ZJP Bd.92, 1979, S.212. ders., 'Mehrseitige Gestaltungsprozesse bei Personengesellschaften', 1992, S.1ff. 268-90°.

(8) Lütke-Walchschöfer, a.a.O., S.328.

(9) 以下、本文で述べることは学説史的考察というには不十分なものであり、むしろ、二当事者対立主義の概念内容をめぐる通説の深化をたどる極めて粗削りなスケッチにすぎないことをお断りしておく。なお、ドイツにおいても、筆者の知る限り、二当事者対立主義についての学説史的な考察は全くなされていない。

(10) ローマ法における二当事者対立主義に関して、中村英郎「民事訴訟における制度と理論の法系的考察（二・完）——ローマ法系民事訴訟とゲルマン法系民事訴訟——」民商法雑誌八五巻一号（一九八一年）二〇頁以下。

(11) 実体的当事者概念につき、拙稿「民事訴訟法における当事者概念の成立とその展開（一）——ドイツにおける学説の変遷を中心に——」熊本法学五一号（一九八七年）九七頁以下。

(12) Lenau, A., Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozessrechts, 1867, S.101.

(13) Wetzell, G.W., System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl., 1878, S.38.

- (14) Linde, T.B., *Lehrbuch des deutschen gemeinen Zivilprozesses*, 1825, S. 118. においても、当事者は二人の異なった人のみでありうるし、あらねばならないということが述べられているにすぎない。
- (15) ドイツ普通法時代における一八世紀後半の訴訟法典における参加規定、特に主参加について詳述したものととして、中村宗雄「訴訟参加制度の系譜」早稲田法学三九卷二号（一九六四年）一二七頁以下、特に一二一頁以下（同「学問の方法と訴訟理論」一九七六年）二六三頁以下）。また、ドイツにおいて、主参加について、その歴史的な展開を踏まえて詳述したものに、Weismann, J., *Hauptintervention und Streitgenossenschaft*, 1884, S. 1ff.
- (16) Wach, A., *Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Bd. 1, 1885, S. 532.
- (17) 形式的当事者概念の成立と展開について、拙稿「前掲論文（二）（三）（注11）」熊本法学五二号三三頁以下、五三号五九頁以下。
- (18) ドイツの訴権論としての権利保護請求権説の精緻な学説史的な分析として、富樫貞夫「権利保護請求権説の形成」熊本法学四号（一九六五年）一頁以下、同「権利保護要件論について」熊本法学三三号（一九八二年）四一頁以下。
- (19) Schmidt, R., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2. Aufl., 1906, S. 311.
- (20) この点につき、拙稿「前掲論文（三）（注11）」熊本法学五四号（一九八七年）六一頁以下。
- (21) Hellwig, K., *System des Deutschen Zivilprozessrechts*, Bd. 1, 1912, S. 311.
- (22) もともと、Hellwig, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Bd. 2, 1907, S. 296 及び、本文で述べた System と異なり、かかる例外をあげていない。
- (23) Heinsheimer, K., *Das Zweipartienprinzip in Prozeß und Vollstreckung*, insbesondere bei der Eigentümerhypothek und bei der Ansprüchen zwischen Teilhaber und Gesellschaft, *Festschrift für A. Wach III*, S. 125ff.; insbes. 127. など。この論文は「当事者対立主義の第一の概念内容である「自己」訴訟の禁止」に関するものであり、本稿ではその内容について取り上げない。

- (24) たごえぼ、Rosenberg, L., Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1927, S. 98.
- (25) Glahoff, R., Der Rechtsstreit zwischen drei und mehr Widersachern, ZZP 60, 1936/7, S. 242ff.
- (26) de Boor, H. O., Die Auflockerung des Zivilprozesses, Ein Beitrag zur Prozeßreform, 1939, S. 62f.
- (27) のさせじこさつ、Vgl. Popp, H., Die nationalsozialistische Sicht einiger Institute des Zivilprozesses und Gerichtsverfassungsrechts, 1986, S. 80ff.
- (28) この点については、高橋宏志「必要的共同訴訟論の試み(二)」法学協会雑誌九一卷六号(一九七五年)六二五頁以下参照。
- (29) 第三者の訴訟参加(関与)と二当事者対立構造の密接な関係について、本間「前掲論文(注2)」木川古稀三七四頁は、「第三者の訴訟関与のあり方を考えるとき、第三者を訴訟における一方当事者の補助者として位置づける場合とこれを共同訴訟人として位置づけることが考えられるが、両者の区別は歴然と区別できるものではなく、むしろ流動的な関係にある。したがって、第三者の関与の一般的あり方を考えるとき、共同訴訟と参加の関係をどのように計っていくのが適切かが問われることになるが、この問い自身は、すでにそもそも両関係を画する二当事者対立構造がその存在意義を保てるものなのかにつながるのである」と述べる。また、高田裕成「いわゆる対世効論についての一考察(二)」法学協会雑誌一〇四卷八号(一九八七年)三八頁も、「事前的参加を保障する方法およびそれにより第三者が得る地位は、二当事者対立構造 Zweiparteiensystemと密接な関連を有している」と述べる。
- (30) 高田「前掲論文(注29)」法協一〇四・八・三八頁は、「ドイツ法においては、その多数当事者訴訟の規律においても、二当事者対立構造が頑なにまで守られている。二当事者対立構造を維持する限り、第三者の参加形態として考えられるのが補助参加、とりわけ共同訴訟的補助参加 streitgenössische Nebeninterventionのみであるのもまたドイツ法のもとでは必然のことであった」と述べる。
- (31) 高田「前掲論文(注29)」法協一〇四・八・四〇頁(注105)。

- (32) 岩田一郎「民事訴訟法原論」(一九一八年)一五三―四頁。
- (33) 前田直之助「民事訴訟法講義(第一編)(増補再版)」(一九二五年)七九頁以下。
- (34) 岩本勇二郎「三ヶ尻好人」新民事訴訟法要論(上巻)(一九二八年)三五四―五頁。
- (35) 岩本「三ヶ尻」新民事訴訟法要論(上巻)(注34)三九七頁。
- (36) 細野長良「民事訴訟法要義(第一卷)」(一九三〇年)三六〇―一頁。
- (37) 中島弘道「日本民事訴訟法(第一編)」(一九三四年)二〇三―四頁。
- (38) 兼子一「民事訴訟法概論」(一九三七年)九二―三頁。
- (39) 兼子一「新修民事訴訟法体系」(一九五四年)一〇四―五頁。
- (40) 三ヶ月章「民事訴訟法(法律学全集)」(一九五九年)一七一―二頁。
- (41) 加藤正治「新訂民事訴訟法要論」(一九四六年)一〇八頁。
- (42) 中村宗雄「増補改訂民事訴訟要論」(一九五三年)六八頁。
- (43) 中村英郎博士は、ローマ法系民事訴訟とゲルマン法系民事訴訟、あるいは、大陸法系民事訴訟と英米法系民事訴訟の対比という視角から、わが国の民事訴訟法は、その母法であるドイツ民事訴訟法とともに、ローマ法系、大陸法系の民事訴訟に属するとしうえで、かかる法系の下では、一当事者対立主義は本質的な要請であり、二当事者対立主義を捨てて、その例外を認めることは大いに疑問であるとして、一当事者対立主義を堅持される。中村英郎「前掲論文(注10)」民商八五巻一号二〇頁以下、同「民事訴訟における二つの型——大陸法系民事訴訟と英米法系民事訴訟——」比較法学二二巻一号(一九八八年)一六頁以下、同「民事訴訟法」(一九八七年)七六―七頁。
- (44) 大正一五年改正以前の旧々民事訴訟法の下での第三者の訴訟参加についての法的規律および立法過程については、徳田和幸「訴訟参加制度の継受と変容——本人指名参加の廃止を中心として——」民事訴訟雑誌三七号(一九九一年)一頁以下に詳しく、そのほか同論文の二―三頁注(二)に引用の諸論文がある。

- (45) 岩田「民事訴訟法原論(注32)」(一九一八年)四四〇—一頁。
- (46) 前田「民事訴訟法講義(第一編)(注33)」(一九二五年)一三七頁以下、特に一三八、一四〇頁。
- (47) 大正一五年大改正による旧々民事訴訟法の下での第三者の訴訟参加の法的規律とその立法上の経緯について、山木戸克己「訴訟参加と訴訟承継」民事訴訟法講座第一卷(一九五四年)二七三頁以下、徳田「前掲論文」(注44)一六頁以下。
- (48) 山木戸「前掲論文」(注47)二八四頁以下、江藤价泰「独立参加訴訟の構造」ジュリスト三〇〇号(一九六四年)二四六—七頁、高島義郎「独立当事者参加の訴訟構造」民事訴訟法の争点(一九六九年)一三〇—一頁、奈良次郎「独立当事者参加について(一)」判例時報五三八頁(一九六九年)一—三頁以下、榊原豊「独立当事者参加の訴訟構造」中京法学四卷二頁、上田徹一郎「井上治典編『注釈民事訴訟法(2)』(一九九一年)一八三頁以下(河野正憲)。
- (49) 岩澤彰「権利参加人の地位」法曹會雜誌六卷一—一頁(一九二八年)三一—四頁。
- (50) 岩澤「前掲論文(注49)」法曹會雜誌六卷二—七頁。
- (51) 岩本「三ヶ尻」『新民事訴訟法要論(注34)』一三五〇頁。
- (52) 岩本「三ヶ尻」『新民事訴訟法要論(注34)』一三五二頁。
- (53) 松岡義正「新民事訴訟法註釋・第貳卷」(一九三〇年)二九四頁
- (54) 松岡「新民事訴訟法註釋・第貳卷(注53)」三九一頁。なお、三九二頁でも、「権利主張ノ参加手續ハ第六十五條ノ規定ニ從フ蓋道ハ補助参加ノ形式ニ依リ當事者ト為ル参加ナレハナリ」と言う。この説は、吉川圓平「改正民事訴訟七一一条論」(朝鮮)司法協會雜誌八卷一〇号(一九二九年)においても主張されるとされる(井上直三郎「民訴七一一条に依る参加訴訟の構造——三面訴訟説の否定に対する疑問——」法学論叢三三卷三号(一九三〇年)三八頁以下(同「破産・訴訟の基本問題」所収)が、参照しえなかつた。
- (55) 細野長良「民事訴訟法要義(第二卷)(注36)」(一九三〇年)三四一頁。

(56) 細野「民事訴訟法要義(第二卷)(注36)」三四三頁。  
 (57) 中村宗雄「前掲論文(注15)」早稲田法学三九卷二号一四四―五頁、なお、同「増補改訂民事訴訟要論(注42)」一六九頁は、「参加の本質と本条成立の沿革とに照らすならば、この参加は、同一訴訟手続内における訴の提起であり、これにより参加人を原告とし、参加前の原告並びに被告を共同被告とする別個の訴訟関係を生ずるとみるのが最も適当と考える」と述べる。

(58) 中島弘道「日本民事訴訟法第一編(注37)」三一〇頁。

(59) 中島弘道「日本民事訴訟法第一編(注37)」三二一頁。

(60) 加藤「新訂民事訴訟法要論(注41)」一六三頁。

(61) 加藤「新訂民事訴訟法要論(注41)」一六四頁。

(62) 井上「前掲論文(注54)」法学論叢三三卷三号三五頁以下。

(63) 兼子「民事訴訟法概論(注38)」四四四―五頁。

(64) 兼子「民事訴訟法概論(注38)」四五〇頁。

(65) 兼子「民事訴訟法体系(注38)」四一〇―一頁。なお、四一六頁も、独立当事者参加の訴訟構造について「この場合の参加人の地位は、單なる二當事者對立訴訟の併合關係では説明が困難である」ので、「本訴の請求と参加人の双方に対する請求とが、衝突する限度において、三者間の一個の紛争と化し、それを一舉に解決するための三當事者の三つ巴の訴訟形態が成立するとみるのが素直である」とし、「現實に三つ巴の紛争として現われてくれば、技術的にこれに應じた訴訟構造を認めることは不可能ではない。この意味で、私見ではこの参加は……三當事者訴訟の現行法上の是認であると考えるのである」と述べる。

(66) 三ヶ月「民事訴訟法(注40)」二二二―三四頁。

(67) 兼子「民事訴訟法概論(注38)」四五〇頁。



- (68) 通説に対する批判については、次章において詳しく述べることにする。
- (69) そのことは、兼子博士が「民事訴訟法概論」では「対立二当事者主義」という用語を用いられ、「民事訴訟法体系」においては「二当事者対立の原則」という用語を用いられたことに象徴的に現われている。
- (70) 伊東乾「當事者關與の訴訟構造と辯論主義」「民事訴訟法研究」(一九五九年)一六一—二頁(法学研究一九卷一・二・三合併号(一九五五年))。
- (71) 三ヶ月「民事訴訟法(法律学全集)(注44)一七—二頁。
- (72) 谷口「前掲論文(注3)」法教八六号四頁参照。
- (73) これについて、拙稿「民事手続における「手続主体」概念についての一考察——形式的當事務概念の相対化および「第三者」概念の再検討の観点から——」熊本大学法学部創立十周年「法学と政治学の諸相」(一九八九年)三三三頁以下、特に三二八頁以下。
- (74) 本間「前掲論文(注2)」木川古稀上三七六頁は、「当事者以外の第三者の訴訟関与を論じる前提として、当事者と第三者とを区別する基準が必要である。一般的には、当事者適格の存否がその基準となる。そのためには、何をもちて当事者適格を付与するかが問題となるが、訴訟物との関連で、実体法上の請求権の存否をその当然の基準とするドイツにおいては、二当事者対立構造がその訴訟の基本に据えられたことは見易い道理である」とし、他方で、「あらゆる訴訟上の請求が実体法上の請求権概念を基礎として成り立っている(また成り立たせる思考の非常に強い)ドイツにおいて二当事者対立構造が近い将来崩されることになるかは大いに疑問であるが」と述べており、教授もまた、二当事者対立主義(構造)の根底に実体的思惟をみえられるように思われる。
- (75) 拙稿「前掲論文(一)」、(三)(注11)熊本法学五一号八五頁以下、五一号三三三頁以下、五四号五九頁以下(一九八七年)。
- (76) 谷口「前掲論文(注3)」法教八六号八—九頁は、兼子博士が、戦後に紛争解決説が民事訴訟の目的だといって、それが

主流的な考え方となったが、「実は紛争解決が通説になってからも具体的な民訴理論はそれに従って書き直されたわけではなく、新しい目的観は一向に当事者をめぐる解釈論に生かされなかったのです」と述べるが、本文で述べた点にも紛争解決という訴訟目的観が当事者をめぐる解釈論に生かされなかった一つの例証をみることができるのではなからうか。