

当事者論における当事者権の研究序説

松
原
弘
信

目次

- 一 はじめに
- 二 当事者論における当事者権に関する学説の到達点と問題の所在
 - (1) 当事者権の意義ないし位置づけに関する学説史的展開と問題の所在
 - (2) 当事者権の当事者概念との結びつきに関する学説の動向と問題の所在
- 三 「当事者各論」との関わりにおける当事者権
 - (1) 当事者確定・既判力の主観的範囲論との関わりにおける当事者権
 - (2) 当事者適格・多数当事者訴訟論との関わりにおける当事者権
- 四 当事者論における当事者権の新たな展開可能性と理論枠組み——結びに代えて

一 はじめに

当事者権については、山木戸克己博士の論文¹による提唱以来、わが国の民事訴訟法の基礎概念として着実に定着し、今日においてこれを認めるのが通説的見解であるといえよう。また、当事者権をめぐる研究の深化も図られてきている。²しかしながら、当事者権は、二（一）において詳論するように、体系書等において当事者（論）において位置づけられるのが今日一般的であるものの、当事者論における解釈論上の意義は必ずしも明確でなく理念上の意義の域を出ていないように思われる。他方で、二（二）において詳論するように、近時筆者も含めて当事者権の当事者概念との直接的な結びつきを図る形で当事者権を生かそうとする学説の動向も有力になりつつある。

そうしたなかで、本稿は、当事者論における当事者権に関する学説の到達点を踏まえたその問題の所在を明らかにしたうえで、特に「当事者各論」³との関わりにおいて当事者権について考察し、当事者論における当事者権の新たな展開可能性に関する雑駁な試論（私見の方向性）とそのための理論枠組みを明らかにすることを目的とする。

本稿の筆者の近年の研究との関わりないしそのなかでの位置づけについてここで簡潔に述べると、従来の当事者概念を中心とした当事者論の研究からそれを踏まえつつも当事者権を中心とした当事者論の研究への新たな展開をめざすものであり、当事者論における当事者権に関する通説的見解では当事者権は「当事者各論」との有機的連関を図れないという問題意識に立って、「当事者各論」との有機的連関における「当事者総論」の構築という筆者が旧稿⁵で明らかにした基本構想を当事者権について旧稿より具体的に論じるなかで当事者論の研究の深化に寄与した

いと考えている。

そこで、本稿における問題意識として、第一に、「当事者各論」との有機的連関における「当事者総論」の構築、第二に、当事者権の当事者概念との緊密な関連づけによる解釈論的道具概念化と当事者権の及ぶ主体的範囲の明確化、第三に、当事者論における当事者権の新たな展開可能性のための「行為規範と評価規範の原則的一致と例外的乖離」⁶の理論枠組みの有用性、の三点を挙げることができよう。

ところで、本稿における考察の対象について、民事訴訟・人事訴訟の判決手続に限定し、家事審判手続を含む非訟手続⁷は考察の対象から除くとともに、主に当事者論における当事者権に限定する。本稿において当事者論における当事者権に研究対象を限定するのは、当事者権の意義・役割を当事者論にとどめるべきであるという趣旨では全くなく、当事者権は従来から体系書等において当事者論に位置づけられながらも当事者論における当事者権の本格的な研究が皆無である点に鑑み、当事者権を当事者論との関わりにおいて論じることにより当事者論の深化ないし「当事者総論」の構築に寄与したいからである。

最後に、本稿における考察の順序について述べると、まず当事者権の意義ないし位置づけをめぐるわが国の学説史的展開、および当事者権と当事者概念の結びつきに関する学説の動向を跡付けることにより当事者論における当事者権の問題の所在を明らかにする。そのうえで、「当事者各論」との関わりにおいて当事者権の意義ないし役割について、第一に当事者確定・既判力の主観的範囲論との関わり、第二に当事者適格・多数当事者訴訟論との関わり⁸の二つの面に大きく分けて従来の学説に論及のうえ雑駁な試論を明らかにする。以上を踏まえて、当事者論において当事者権を解釈論的道具概念として生かす形での新たな展開可能性とそのため⁹の理論枠組みを明らかにしたいと考える。

以上のように、本稿は、「当事者論における当事者権の研究」という全体の研究課題⁸のなかでトータルな問題の所在と雑駁な試論を明らかにするという意味において本稿全体が「序説」の役割を担う。本稿の題目を「当事者論における当事者権の研究序説」とする所以である。

二 当事者論における当事者権に関する学説の到達点と問題の所在

(1) 当事者権の意義ないし位置づけに関する学説史的展開と問題の所在

(A) 「訴訟と非訟の手続構造の差異」に着目した当事者権の成立

わが国における当事者権の成立は一九六一年の「山木戸・当事者権」⁹に始まる。「山木戸・当事者権」は、当事者権を当事者が訴訟の主体たる地位においてその手続上認められる諸権利と定義づけ、当事者権を当事者の訴訟主体性と連動するものとして位置づけた点が特に注目される。また、「山木戸・当事者権」にいう「当事者権」は、ドイツ法上の「審問請求権」の概念や「裁判を受ける権利に基づく憲法的保障」と重なり合う面¹⁰があり、近年における非訟事件手続法および家事審判法の改正の動きのなかでも今日的な意義を失うことなく発展継承されている点でも大変注目¹¹に値する。もっとも、「山木戸・当事者権」の主な狙いは、訴訟と非訟の手続構造の差異に着目しつつ訴訟に比べ手続主体としての地位の保障が十分でない非訟（手続）における当事者権の検討による訴訟事件の非訟化の拡張に対する警鐘にあり、民事訴訟の当事者論における当事者権の解釈論的意義づけをめざす本稿の問題意

識と直接的に関わるものではない。なお、「山木戸・当事者権」と基本的に同じ意義・位置づけで書かれた体系書として、上田徹一郎教授の体系書があり、そこでは当事者権は「当事者」とは切り離して「第一編 民事紛争と民事訴訟」「第二章訴訟と非訟」「II訴訟手続と非訟手続」の「(1) 当事者権の保障」において論じられている。

(B) 当事者論の一部たる位置づけおよび既判力の正当化根拠としての当事者権の展開

次に、一九七四年の「新堂・民訴法」により当事者権は「当事者(論)」の(総論的)一部という体系的な位置づけおよび既判力との有機的連関に基づく既判力根拠論としての内容的な位置づけの二面性を有するものとして当事者論における当事者権が意義づけられており、ここに当事者権は新たな段階に入ったと評することができよう。

一方における「当事者(論)」の(総論的)一部という当事者権の体系的な位置づけについては、まず前述した「新堂・民訴法」では「第二章 当事者」の「第一節 当事者の概念および確定」の「1 当事者の概念」において当事者権は当事者概念や二当事者対立原則と密接不可分な関係を有するものとして記述され、続いて、一九七六年の中野貞一郎ほか編「民事訴訟法講義」(福永有利)¹⁵⁾では、「第三章 訴訟当事者」の「I 総説」の「2—3—2 当事者をめぐる諸問題」のなかで、①どのような当事者概念をとるかと一応切り離されて、②当事者にかなる地位を認めるかに関わるものとして、二当事者対立の原則とともに述べる。それ以降、当事者権は民事訴訟法の体系において当事者概念や二当事者対立原則と密接に関わるものとして「当事者(論)」に位置づけられるようになり、これが通説的な位置づけとなる。¹⁶⁾

他方で、既判力根拠論としての内容的な位置づけにおいて、既判力(の相対性原則)を正当化する根拠として手続保障ないし当事者権なる概念が注目されるようになる。¹⁷⁾ すなわち、伝統的な既判力の本質(根拠)論における法的安定説(制度的拘束力説)から脱却し、根拠論について二元説の立場から既判力の正当化根拠としての当事者の手

続保障ないし当事者権が当事者の訴訟主体性に基づく手続保障という意義を有するものとして重要視されるようになっていった。

このように新堂説をはじめとするこの立場は、当事者権の当事者論における体系的位置づけと既判力の正当化根拠としての二面性において今日においても通説的地位を占めており、私見も基本的にこの立場が妥当であると考える。とはいえ、当事者権と手続保障の關係について手続保障の中味と關係してなおあいまいな面があるうえ、判決効論と当事者権の有機的な連関は主として理念的なものにとどまっていて、解釈論上の意義はかなり希薄であるように思われる。しかも、新堂説における当事者権の唯一の解釈論的意義ともいえるべき当事者権が全く保障されない確定判決の騙取の場合の効果として判決の無効を再審と併用して認める見解では、判決の無効がその概念規定上既判力など判決効の否定を意味するので、却って理論的に判決効（特に既判力）論と当事者権との有機的連関を失わせる結果になる点で疑問が残るといえよう。

(C) (B) の修正・独自の展開としての上田徹一郎説

一九八八年に初版が公刊された「上田・民訴法」は「新堂・民訴法」よりやや時期的に遅れて登場し、既判力根拠論の二元説¹⁹⁾などその多大な影響を受けつつ独自の見解を提唱した。

一方で当事者権の体系的位置づけに関しては、前述したように「当事者」とは切り離し、「第一編 民事紛争と民事訴訟」「第二章 訴訟と非訟」「II 訴訟手続と非訟手続」の「(1) 当事者権の保障」で論じられていて「山本戸・当事者権」と基本的に同じ位置づけである。

他方で上田説によれば、当事者権は当事者の訴訟上の主体的地位を保障するための法的保障であり、適正・公平の実現を目的とする手続保障要求の、攻撃防御をめぐる当事者の訴訟追行上の地位についての発現形式が当事者権

であり、当事者権保障は当事者の、攻撃防御をめぐる訴訟追行上の主体的地位の保障要求⁽²⁰⁾として、当事者権保障Ⅱ抽象的手続保障という通説的な理解に立つ。そして、自己責任の直接の前提になる手続保障の理解の多様性について言及され、弁論権をはじめとする当事者権の保障、即ち、訴訟追行上の主体的地位の一般的保障たる抽象的手続保障が必要である点は争いが無いが、具体的手続保障や実体関係的手続保障が必要かにつき争いがあるとする。そのうえで、具体的手続保障の実現は、前訴手続経過の評価を含めて信義則を適用してする個別例外的救済措置として位置づけるべきであり、ある事項の後訴での主張が既判力により遮断されるか、は①平等な当事者権保障（抽象的手続保障）の充足する法的安定要求と、②右のように実体法との関係で客観的に決定される実体関係的手続保障要求との緊張関係の中で、その調和点を求める形で検討されねばならないとする。このようにして上田説は、既判力の主観的範囲拡張による紛争解決の一回性（法的安定性）の要請と既判力の拡張される第三者の当事者権保障（手続保障）の要請が緊張関係に立つなかで、当事者・第三者に対する手続保障の要求と、既判力の制度的効力とを調和させるために、当事者等の実体法上の地位を考慮した、実体関係の手続保障という概念を提示する。

結局、上田説においては、実体関係の手続保障という概念に基づく実体関係の手続保障要求を判決効の範囲決定における評価基準として判決効論との解釈論的連関が図られるうえ、具体的手続保障の実現は、前訴手続経過の評価を含めて信義則を適用してする個別例外的救済措置として位置づけるべきであることから、抽象的手続保障たる当事者権の解釈論上の意義は失われることになる⁽²¹⁾といえよう。

(D) 「手続保障の第三の波」と当事者権論

この見解は、当事者に対等な対論を保障すること自体に訴訟制度の目的があるとみる立場で、当事者間の対論の充実を「手続保障」と表現される。もつとも、この見解に立つ井上治典説と佐上説とでは当事者権に対する評価に

ついで実質的にはともかくも表面的には相当の違いがあるように見受けられる。

井上治典説は、「山木戸・当事者権」につき「当事者・関係人の側から手続のあり方を見ていくという姿勢の礎石を築き、当事者の手続における主体的地位の確立のための第一歩を固めた」という意味で、その意義は少なからざるものがあつた」と学説史的には評価するが、当事者権の特徴として裁判所に対する当事者の権利が中心に置かれていたことを指摘されている点からも明らかな通り、井上説では手続過程における当事者間の相互作用という横（水平）の関係に力点を置かれる点で「山木戸・当事者権」と異質の立場であり、井上説にとって当事者権は「第一の波」という過渡的な学説史的意義を有するにとどまるという消極的な評価ではなからうか。ちなみに、井上治典編の教科書²⁵⁾にも、準当事者なる概念は登場しても当事者権という用語は登場しない。

これに対して、佐上説は²⁶⁾当事者権の概念の効用を積極的に捉える。もつとも、「わが国の当事者権という考え方およびそれを展開させた手続保障、どちらかといえば、当事者間の対論を中心とした裁判観から、手続の再構成を図つていこうとするもの、裁判における対論を徹底させるため、訴訟枠組みや理論の修正を論理内在的に追求しようとする」とか、「当事者が手続主体として手続の各段階においていかなる地位と権限を有し、現実はどこまで行使しえたかという要素を、手続の結果に反映させることを、当事者権の中心として再構成していく」と述べられており、当事者権概念の当事者間の対論という水平関係への変容を前提としたうえでその効用を説かれているように思われる。²⁷⁾

(E) 当事者論における当事者権をめぐる近時の新たな展開

(a) 当事者権の及ぶ主体的範囲の課題への言及

まず、小島武司説によれば、「当事者権の核心をなす要素は、裁判を受ける権利（憲三二条）の保障に取り込ま

れており、この点に欠けるところがあるのに当事者に既判力等の判決を及ぼすと、違憲の問題を生ずるおそれがある。なお、当事者権の一部を憲法上の手続保障の要請につながるものとしてとらえるとき、形式的当事者概念のもとの当事者を越えて一定の第三者にこれを保障する必要があると思われる、この点については今後の検討がまたれる」とされる。ここで当事者権を形式的当事者概念にいう当事者（以下、形式的当事者と略する）を超えてどの範囲まで及ぼすべきかという当事者権の及ぶ主体的範囲を今後の課題とする点が本稿の問題意義とも関連し注目される。本稿の三（二）および四における考察は、雑駁ながら本稿の解釈論的主張の一つの柱としてかかる課題に込えようものでもあるといえよう。

（b）当事者権概念の消極説の登場

梅本吉彦説⁵⁰は、当事者権について、あまり実益のある概念の設定ではないとする。その理由として、「当事者権の内容は、当事者が審判の対象を定めるとともに、訴訟の開始及び判決によらずに訴訟を終了させる権能と訴訟手続上平等に攻撃防御を主張する権能を認めることから成り立っているが、前者は、処分権主義により、後者は双方審尋主義ないし当事者対等の原則によるのであり、これらを包括する概念として当事者権という概念を設定することはことさら有益とはいえないし、それによって当事者の手続保障が高められる決め手となるとも考えられない」とする。確かに、梅本説の指摘のように当事者権なる概念が従来用いられているような用い方ではあまり実益の概念とはいえない面があるように思われ、その限りで傾聴に値する。ただ、それだからと言って、当事者権なる概念を否定するのではなく、むしろ実益のある概念をめざしてそれを生かす方途を探ることこそがより妥当であるように思われ、本稿は当事者論においてそれをめざすものである。

（c）当事者権と当事者概念の積極的な結びつきを図る見解の有力説化 この点については（二）において項を

改めて詳論することにする。

(F) 小括と問題の所在

当事者権について、「山本戸・当事者権」における当事者権の提唱以降、多くの学説によって論じられ、今日では当事者権の意義・効用について消極説（梅本説）があるものの積極説が通説の見解であるといえよう。もともと、当事者論における当事者権の記述は体系書・注釈書において「当事者」の最初の方での簡単な記述やそれと関連して既判力の根拠論における既判力の正当化根拠に関連した若干の記述がある程度で、当事者各論との有機的連関の全体像は必ずしも十分に明らかにされていないのみならず、当事者権が解釈論的道具概念としてほとんど機能しておらず、その意味で当事者論において「床の間の飾り」ともいうべき理念上の意義しか有していないといえよう。

通説が当事者権について「床の間の飾り」以上の意義を持ち得ないのは、当事者権の及ぶ主体的範囲について形式的当事者を所与の前提としたりえて当事者権を全面的に抽象的手続保障のレベルで捉えているからではないかと思われる。上田徹一郎説は、通説を前提に当事者権Ⅱ抽象的手続保障と位置づけ、具体的手続保障の実現は、前訴手続経過の評価を含めて信義則を適用してする個別例外的救済措置として位置づけるべきであるとするが、例外にせよできるだけ一般条項たる信義則適用に頼らず解釈論上の課題として正面から取り上げ理論化を図るのが学者の責務であると考ええる。その際には当事者権のマジックワード化³¹を避けるために解釈論的道具概念としてその範囲を明確にしたうえで具体的手続保障のレベルで機能させる必要があるとともに、すぐ後に述べる当事者権の当事者概念との結びつきを考慮しつつ当事者権の及ぶ主体的範囲³²の問題として形式的当事者を超えて当事者権保障の必要性において形式的当事者と同視できる重大な利害関係人に当事者権を保障する形で当事者権の意義・効用を生かす余地があるのではないかと考える。

(2) 当事者権の当事者概念との結びつきに関する学説の動向と問題の所在

当事者論における当事者権の問題の所在をさらに明らかにするために、当事者権の当事者概念との結びつきに関する学説の動向を跡付けることにする。

(A) 通説的見解 伝統的通説は、当事者に関する諸概念の関わりを含む当事者論の体系ないし理論枠組みについてドイツ法の通説から圧倒的な影響を受けるなかで、ドイツにおいて成立し通説化した形式的当事者概念と(1)において詳論したようにわが国において独自の学説史的展開を遂げた当事者権の結びつきについて正面から意識されることもなくまして論じられることもなかったということが出来る。ここでは、当事者概念と当事者権は別個独立の概念として当事者概念のなかに当事者権が反映されることもないなかで、当事者権が及ぶ主体的範囲についても形式的当事者を所与の前提としており、それが論じられることもなかった。たとえば、「上田・民訴法」⁴³は、前述したように当事者権は当事者概念とは切り離されて全く別の箇所(訴訟と非訟の箇所)で説明しており、当事者概念の所では当事者権に全く言及することなく形式的当事者概念に従い説明されている。また、「松本Ⅱ上野・民訴法」⁴⁴も、当事者権につき「第一編 民事訴訟、訴訟の諸原則、および訴訟主体」の「第二章 民事訴訟の諸原則」の「第七節 当事者権の保障と訴訟における信義則」に位置づける一方で、当事者概念については当事者権に全く言及することなく形式的当事者概念に従い説明されてのみである。さらに、当事者権を当事者概念と同様に当事者論のなかに位置づける多くの諸学説においても、概して両者は別個独立の概念としてそれぞれ記述されており、両者を密接に関連づけて論じられることはなかった。そうしたなかで、個別領域において当事者概念と当事者権の結びつきを意識的に切断する有力な見解も登場するに至っている。代表的なものとして、山本克己教授⁴⁵は、法人内部

紛争における被告適格について共同被告説に立ちつつ法人について「当事者としての訴訟活動をしなさい（してはいけない）」とし、法人内部紛争の被告適格というごく限られた局面においてではあるが、「当事者権なき当事者」を認めて当事者権と当事者概念の意識的な切断を図っている点が注目される。

(B) 当事者概念と当事者権の積極的な結びつきを図る学説の動向

(a) 「新堂・民訴法」(初版一九七四年)のなかに当事者概念と当事者権の積極的な結びつきを図る見解の端緒を認めることができる。ここでは、当事者の概念について、訴えまたは訴えられることによつて、判決の名宛人となる者をいうとして形式的当事者概念という用語を用いることなくこれを採用しつつ、他方で、手続に関与して利益主張をする地位と機会を与えられ、判決の名宛人となる者が当事者であるとしたうえで、注のなかで当事者権および審問請求権について述べており、また、手続上このような地位(自らの利益主張を尽くし合うことのできる地位)を与える主体を指示する観念として「当事者」が用いられているとも述べている。要するに、伝統的な形式的当事者概念を前提としつつもそれ一色に染まることなく当事者概念の捉え方の中で当事者権との結びつきが図られている点が注目される。

(b) 続いて、「佐上・民訴法」(初版一九九四年)も、形式的当事者概念によりつつも、当事者は、手続に関与して、その名において申立てをはじめとする利益主張をする地位と機会を与えられ、判決の名宛人となるとし、その地位につくことによつて手続上認められる権利にはさまざまなものがあり、これを総称して当事者権というとき、ここでも当事者概念の定義のなかに当事者権との結びつきが積極的に捉えられる。また、「民事訴訟においては、…手続上で一定の権能・地位を負う主体として限定的に当事者という概念が用いられ…、わが国の当事者権という考え方およびそれを展開させた手続保障論は、どちらかといえば、当事者間の対論を中心とした裁判観から、

手続の再構成を図つていこうとするもの、裁判における対論を徹底させるため、訴訟枠組みや理論の修正を論理内在的に追求しようとするもの」と述べられており、当事者概念と当事者権の関わりを「手続保障の第三の波」の立場にシフトさせる形で説明されているといえよう。

(c) 新堂幸司「訴訟承継論よ、さようなら」(二〇〇六年)³⁶は、民訴法一一五条一項に関して「一号の当事者は形式的当事者、二号以下は形式的当事者以外の第三者」と捉える通説的理解とは異なり、「一一五条一項を全体としてみると、一一五条一項二号、同三号および同四号に該当する以外の者は、原則にかえつて、同条一項一号にいう「当事者」になること——つまり、自らの権利義務について当事者として訴えを提起しまたは提起され、その訴訟手続に当事者として関与することが保障され、そのような手続保障が与えられたこと——によつて、初めて、既判力を受けることが正当化されると解釈されるからである」とする。ここで、形式的当事者を越えた当事者としての手続保障の付与による一一五条一項一号にいう「当事者」概念の定立、およびかかる一一五条一項一号にいう形式的当事者を越えた当事者概念と当事者権(当事者としての手続保障)による既判力正当化を結びつける見解を表明したものと見て注目される。

(d) 拙稿「当事者論における当事者概念」(二〇〇七年)³⁷は、当事者概念と当事者権の関係について考察するなかで、一方で、当事者権は主に行為規範の観点から原則として形式的当事者概念にいう当事者(形式的当事者)に保障されるべきであり、そのことを概念規定上明らかにするために(a)で述べた新堂説を手がかりとして形式的当事者概念の再構築を図ることにより形式的当事者概念と当事者権の結びつきを明らかにすべきことを主張した。他方で、形式的当事者以外の第三者のうち行為規範の観点からみて形式的当事者と同視できる一定の利害関係を有する第三者を実質的当事者概念にいう実質的当事者として当事者権の保障を認めるべきであるとするともに、評

価規範の観点から訴訟手続を振り返って訴訟主体にふさわしい当事者権を保障された利害関係人も実質的当事者概念という実質的当事者として概念規定化すべきであることを提唱した。

(e) 拙稿「既判力の相対性原則における『当事者』概念の再構成」〔二〇〇八年³⁸⁾〕では、前稿(b)を踏まえて、既判力(の相対性原則)の正当化根拠を当事者権に求める以上、民法一一五条一項一号の「当事者」概念と当事者権は密接不可分の関係にあるという基本的立場から同条項にいう「当事者」概念を再構成した。すなわち、形式的当事者には行為規範の観点から当事者権が保障されるとともに、「行為規範」評価規範の原則的一致に基づき現に保障された当事者権ゆえに既判力が原則として形式的当事者に及ぶことが正当化されることから形式的当事者概念が原則として妥当する。しかしながら、例外的に形式的当事者に訴訟主体にふさわしい当事者権の保障がない場合には、「行為規範と評価規範の例外的乖離」に基づく評価規範の観点から実質的当事者概念による修正を受け、従前の訴訟手続を振り返って現に訴訟主体として手段に関与してそれにふさわしい利益主張の地位と機会(当事者権)が与えられた実質的当事者が当事者であるとする。要するに、一一五条一項一号にいう当事者は、原則として当事者権が保障される形式的当事者及び例外として当事者権が現に保障された利害関係ある非形式的当事者たる実質的当事者であると再構成する見解を提唱した。

(f) 「河野・民法訴訟法」(二〇〇九年)は、「3 形式的当事者概念と当事者の手続上の地位³⁹⁾」において「(当事者)の概念自体は形式的に定められているが、こうして定められた(当事者)には当然に、手続内で当事者としての訴訟上の地位と権限が与えられていなければならない。またそれが実際に保障された者こそが(当事者)として手続上の権限を持ち責任を負担しうるといえる。そこで、たとえ形式的概念的には当事者に該当しても実質的に当事者としての保障がなければ、その者は自分が手続上当事者として扱われなかった旨を主張し不利益を回避しう

地位を持つ場合があるといえよう。従来の形式的当事者概念により定められた当事者も、実は、手続内で実質的な手続法上の価値に裏打ちされた（当事者権）の観念が付加され、また、それが必要であると考えられる。形式的当事者概念は当事者論の出発点であるにすぎず、その手続内で当事者には実質的要素が付加されるという動態的理解が必要である（ここで「形式的」の意義は当事者概念の形成に際して実体権からの遮断を意味するにすぎない）とする。とりわけ上記引用の最後の一文はその抽象性のゆえに「実質的要素が付加されるという動態的理解」の内容がいま一つ不明ながら、当事者概念と当事者権の緊密な結びつきを志向する点で筆者の問題意識と近いように思われる。

また、「Ⅱ 当事者の訴訟上の地位と権限——当事者権 2（当事者権の基礎と広がり）」^⑩において、「訴訟手続では、特に訴訟当事者には口頭弁論の機会（民訴八七条）をはじめ、一連の強い手続上の権限が保障されているが、反面で名目上当事者とされながら、実際にはこれらの当事者権、特に弁論権が与えられずあるいは侵害され、手続関与の機会が与えられなかった者には当事者が負うべき様々な負担や不利益を拒絶する権能を認め、その主張を手続内ですることができなければならないということも論理必然性として承認できる」とする。さらに、当事者確定論において「判決確定後の当事者の確定と修正」という見出しのもとに「『判決効の及ぶ当事者』を確定するためには判決文の当事者の記載のみならず当事者の実質的地位が実際に与えられていたか否かが検討されなければならない」という^⑪一文は、当事者の実質的地位が実際に与えられていない場合には判決確定後の当事者の確定の修正をもたらすように読み取れ、先の「形式的当事者概念は当事者論の出発点であるにすぎず、その手続内で当事者には実質的要素が付加されるという動態的理解が必要である」という一文に対応し、その具体的現れであるように思われ、注目に値する^⑫。

(C) 小括と問題の所在

以上に述べたように、当事者権の当事者概念と積極的な結びつきを図る見解は「新堂・民訴法」にその端緒を認めることができ、その後、「佐上・民訴法」、さらには、「河野・民訴法」および拙稿において主張されており、有力な流れとなりつつある。これらの見解は、既判力の正当化根拠を当事者の訴訟主体にふさわしい手続保障上の権利たる当事者権に求める今日の通説的な既判力根拠論に鑑みても妥当であると考ええる。また、この見解は、当事者概念との積極的な結びつきを図ることに於いて当事者権の実質的意義ないし効用を追求しようとする見解でもあると評することができよう。とりわけ「河野・民訴法」は、体系書のなかで両者の結びつきについて最も踏み込んだものとして評価できる。だが問題は、当事者権と当事者概念の積極的な結びつきを認めることがいかなる解釈論上の意義ないし成果をもたらさしうるかであり、同時に、そのような解釈論上の意義ないし成果はいかなる場合にどのような形で当事者概念と当事者権を結びつけることにより具体的に実現できるかであり、その点についてのトータルな見解の提示が今日的課題であるといえよう。本稿は、雑駁ながらかかる課題についてその全体像を明らかにすべく取り組むことを目的とするものであり、以下では、以上において明らかにした問題の所在を踏まえてそうした点に力点を置いて考察したいと考える。

3 「当事者各論」との関わりにおける当事者権

(1) 当事者確定・既判力の主観的範囲論との関わりにおける当事者権

通説によれば、民訴法一一五条一項一号という当事者とは形式的当事者概念にいう当事者であるとともに当事者確定基準たる実質的表示説により確定された訴訟提起段階での当事者であり、両者の間に齟齬を認めない。確かに、通常の場合はそれで特に問題にならない。なぜなら、形式的当事者かつ具体的な訴訟において表示説により確定された当事者に当事者権が保障され、その者に既判力が及び、保障された当事者権のゆえに既判力が及ぶことが正当化されるということができ、それが既判力の根拠論としての当事者権の意義であるといえよう。

問題は一一五条一項にいう当事者と形式的当事者および実質的表示説により訴訟開始段階で確定された当事者との間に例外的にせよ齟齬が生じうることを認めてそれを解釈論として正面から理論化すべきかどうかである。そのような例外的な齟齬は信義則により処理すべきであるとの見解¹³もありえようが、前述したように例外とはいえ類型的に一般化しうる以上、一般条項たる信義則によるべきでなく正面から理論化をめざすべきであると考ええる。この点に関して、「河野・民訴法」は、前述したように当事者確定論における「判決確定後の当事者の確定と修正」という見出しのもとに「判決効の及ぶ当事者」を確定するためには判決文の当事者の記載のみならず当事者の実質的地位が実際に与えられていたか否かが検討されなければならない¹⁴としており注目されるが、他方で既判力の主観

的限界における「当事者」については、形式的当事者概念により定められた当事者をいうとして通説的理解にとどまっております¹⁶、整合性に疑問を感じるうえ、体系書の制約もあり、前述した注目すべき記述も抽象的な指摘の域を出していない。

思うに、民訴法一一五条一項にいう当事者と形式的当事者および実質的表示説により訴訟開始段階で確定された当事者との間に例外的にせよ齟齬が生じ当事者権の観点から問題にしうる場合として下記の三つの類型があるように思われる。

(A) 形式的当事者かつ確定された当事者に当事者権が實際上全く保障されないまま判決が確定した場合、換言すれば、当事者権を保障されるべき形式的当事者に訴訟の主体たる地位としての当事者権が実際に保障されることなくその者に不利な判決が確定した場合で、その具体例として氏名冒用訴訟における被冒用者に代表される確定判決の騙取（不正取得）における被騙取者を挙げることができよう。

(B) 形式的当事者ではない重大な利害関係人たる非当事者に實際上当事者権が保障されたもののその者に不利な判決が言い渡されその判決が確定した場合で、その具体例として、訴訟係属前に死亡した者を被告として訴状に表示する死者名義訴訟において、そのことが訴訟係属中に判明しないまま自ら又は訴訟代理人を選任して応訴し訴訟追行した死者の相続人を挙げることができよう。

(C) 形式的当事者に当事者権が保障され、その背後にいる実質的な同一性を有する者に対して形式的には当事者権が保障されなかったものの、その者と形式的当事者と間の実質的同一性（一体性）のゆえに前者にも当事者権が実質上保障されたと評価しうる場合で、その具体例として法人格否認の法理の手續法上の適用を前提として形式的当事者ではない背後者（法人）に対する既判力を挙げることができよう¹⁶。

以下では、本稿の目的からも紙数・時間・能力の制約からも、各項目の詳細な判例・学説の検討は今後の課題とせざるをえないが、典型例を念頭において具体的な問題の所在を明らかにしたうえで雑駁な試論（私見の方向性）と今後の課題に言及していくことにする。

(A) 確定判決の騙取の場合

氏名冒用訴訟に代表される確定判決の騙取において被騙取者に当事者権が全く保障されることなくその者を被告と表示する敗訴判決が言い渡され判決が確定した場合、被騙取者の救済手段と関連して被騙取者が民法一一五条一項一号にいう当事者といいうるかが問題になるとともに、関連して騙取者の訴訟上の地位も問題となる。⁴⁷⁾

被騙取者は訴訟主体にふさわしい当事者権を全く保障されておらず、不利な既判力をその者に及ぼす正当化根拠を欠いているといいうる。したがって、被騙取者の救済手段として、①民法一一五条一項一号にいう「当事者」とはいえず被騙取者には既判力は及ばないという見解が近時有力に主張されている。これに加えて、被騙取者の救済手段として、②被騙取者を当事者としたうえで民法三三八条一項三号に基づく再審の訴えを認めることが考えられ、専らこれによるべきであるとする見解がかつて相当有力であり、最近の補充送達の効力に関わる判例等⁴⁸⁾における民法三三八条一項三号の緩やかな解釈動向のなかでこの説が再び盛り返す可能性もありえよう。しかし、当事者権を完全に奪われた者に専ら再審の訴えによらなければならぬとするのは被騙取者が被告である通常の訴えの場合、再審の訴えに専らよらしめることにより実質的に起訴責任の転換をもたらすため妥当でない。そこで、上記①②をともに認める併用説が有力である。この併用説によれば、一方で被騙取者を民法一一五条一項一号にいう当事者ではないとしつつ、他方で被騙取者を同条項にいう当事者であることを前提のうえ民法三三八条一項三号に基づく再審の訴えを認めることになるため、両見解を矛盾なく整合的に説明するための格別の理論枠組みが必

要となる。すなわち、前者は行為規範の観点から例外的に乖離した評価規範の観点に基づく当事者であり、後者は行為規範の観点に基づく当事者と解する「行為規範と評価規範の原則的一致と例外的乖離」の理論枠組みによらざるをえず、この立場が妥当であるといえよう。

さらに、被騙取者の救済手段として、③手続保障の欠缺が判決の無効に該当することを前提として新訴（請求異議の訴えや損害賠償請求の訴え）の提起を認める見解も有力に主張されており、しかも、①②に加えて③の併用を認める見解も有力である。他方で、手続保障の欠缺は無効とまでいうのは言い過ぎで、手続保障の欠缺を理由とする判決無効論は成立しがたいとし、（原判決内容）再審判を可能とする再審判事由と解したうえで再審の訴えによらなくても再審判事由を主張すれば足りるとする加波説も有力に主張されている。再審の訴えによらなくても新訴提起を認める点では上記併用説と加波説は共通するが、判決の無効として取り扱う説に対しては、法的安定性の観点からは明文（上の要件）を欠く判決の無効の概念拡張には慎重であるべきであるし、既判力等の否定をもたらず判決の無効を認めると誰が当事者である（あった）かを問題にする必要がなくなり理論的に当事者確定と既判力の主観的範囲の有機的連関を失わせて当事者論からの放逐を意味しかねないこともあり、理論的に加波説に魅力を感じる。もつとも、①により新訴の提起を認める以上、③による新訴提起まで認める必要があるかということは理論的に問題となりうるようにも思われ、今後の課題といえよう。

行為規範の観点からは当事者でない騙取者を実際上の当事者権の保障のゆえに評価規範の観点から例外的に民法一一五条一項一号にいう「当事者」に該当するとして既判力を及ぼすことを認めるべきかについても問題とならえよう。騙取者を当事者とするこの実際上の意味はあまり問題とならえないうが、訴訟の開始から終了まで訴訟主体としての当事者権が實際上付与されていた騙取者に不利な既判力が生じたからといって自分は当事者で

はなかつたという主張を認めるべきではないので、理論的にはこれを認める意味があるのではなからうか。

最後に、行為規範の観点からは非当事者である騙取者を当事者権の保障のゆえに例外的に行為規範と介離した評価規範の観点から民訴法一一五条一項一号にいう「当事者」に該当するとして既判力を及ぼすとともに、行為規範の観点から当事者である被騙取者を当事者権の保障を欠くがゆえに同条項にいう「当事者」に該当しないと既判力を及ぼさないことを正当化するための当事者権の保障の中心が問題となり、過去の裁判例をもとに具体化することが今後の課題となろうが、現時点での見通しを述べると、評価規範の観点から前訴の訴訟手続を振り返って実際に「当事者に訴訟主体として保障されるべき手続関与の機会が与えられていたかどうか」が基準となりうるのではないかと考える。

(B) 死者名義訴訟の場合

いわゆる死者名義訴訟において、訴訟開始時点では、通説たる(実質的)表示説によれば死者が当事者であり、死者の相続人は当事者ではないが、実際上の応訴ないし訴訟追行に基づく当事者権の保障のゆえに行為規範と乖離した評価規範の観点から例外的に民訴法一一五条一項一号にいう「当事者」に該当するとして既判力を及ぼすことができるかがここで問題となりうる⁵¹⁾。

この問題について、信義則による既判力の拡張や黙示の受継による当事者の当然承継の類推といった理論構成もあるが、訴訟開始段階における当事者と判決確定段階における当事者の当事者権の欠如に基づく例外的な齟齬を理論的に明確に説明できないように思われる。そこで、この点を適切かつ説得的に説明するために、ここでも「行為規範と評価規範の原則的一致と例外的乖離」の理論枠組みに基づき、行為規範の観点からは当事者でない死者の相続人を実際上の当事者権の保障のゆえに例外的に(行為規範とに乖離した)評価規範の観点から民訴法一一五条一

項一号にいう当事者に該当するとして既判力を及ぼす理論構成が妥当であると考える。

その場合に、死者名義訴訟において行為規範の観点からは当事者でない死者の相続人を例外的にそれと乖離した評価規範の観点から民法一一五条一項一号にいう「当事者」に該当するとして既判力を及ぼすことを正当化するための当事者権の保障の本身について過去の裁判例を検討のうえ明らかにすることが今後の課題となる。現時点での見通しを述べれば、評価規範の観点から前訴の訴訟手続を振り返って自らまたは訴訟代理人を通して応訴し実際に「当事者に訴訟主体として保障されるべき手続関与の機会が与えられていたか」を基準に考えることができるであろう。

なお、判決確定後の取扱いの問題ではないがゆえに民法一一五条の問題ではないが、死者名義訴訟であることが訴訟係属中に判明した場合に相続人を例外的に実質的当事者として表示の訂正を認めるための当事者権の観点からの要件化も問題となりうる。ここでは表示の訂正と任意的当事者変更の区別の要件としての当事者の同一性が問題となるが、ここでも、(行為規範の観点と例外的に乖離した)評価規範の観点からそれまでの手続を振り返って自らまたは訴訟代理人を通して応訴して「当事者に訴訟主体として保障されるべき手続関与の機会が与えられていたか」を基準として、形式的には別人格であるがゆえに当事者の同一性を欠く死者と相続人の関係について上記基準を満たした場合には両者の実質的同一性を当事者権の観点から基礎づけて表示の訂正を認めるべきではなからうか。

(C) 法人格否認の法理の手続法上の適用の場合

この問題は、①訴訟法律関係への法人格否認の法理の適用を肯定すべきか、仮に肯定するとして、②適用の効果を既判力拡張のみに限るか、それとも執行力拡張を認めるのか、③要件について判決効拡張を法人格の形骸化事

例に限定するか、濫用事例にも認めるか、④肯定するための理論構成として、いかなる理論構成によるべきかなどがある。⁵² 本稿での問題関心は④である。すなわち、法人格否認の法理の手続法上の適用を肯定して背後者（背後法人を含む）に対して既判力を及ぼすための理論構成を氏名冒用訴訟や死者名義訴訟と同様に民訴法一一五条一項一号の適用ないし準用の問題として捉えることができないかという観点からそれを導くための理論構成が本稿での問題関心である。

この問題について、法人格否認の法理の手続法上の適用を肯定して背後者に対して既判力を及ぼすための理論構成として、単一体説、所持人説、依存関係説、実質的当事者説、多元説などがある。そうしたなか、従来背後者たる第三者に対する明文なき既判力拡張の可否の問題という位置づけが一般的であったように思われる。しかしながら、背後者を前訴判決確定後の後訴で民訴法一一五条一項一号にいう当事者ないしそれに準じる者として既判力を及ぼす方向で考えることはできないだろうか。その点について、「河野・民訴法」が、当事者概念の形式性の悪用の事例と位置付け、既判力の第三者への拡張の前（当事者の後）に記載している点が注目される。⁵³ 上記の諸見解のなかで一一五条一項一号による処理を図る見解として、単一体説、実質的当事者説がある。単一体説は会社とその背後者を訴訟過程で融合した単一体としての評価を受けて当事者とし、否認会社に対する判決は背後者に対するものでもあると解する説である。⁵⁴ 実質的当事者説は、形骸事例につき形式的当事者と手続上の地位において同視できる実質的当事者とし、一一五条一項一号にいう当事者に準じる者と解する。⁵⁵ 伊藤説もまた、形骸化の事例では形式的に別人格とされる第三者を当事者と同様に扱って（実質的当事者として）既判力を拡張すべきであるとし、濫用事例では信義則を根拠に濫用法人格者による個別的主張を排斥すべき方向での処理が妥当であるとする。⁵⁶ なお、高橋宏志教授によりこの問題と関連して今後の課題として提唱された「当事者と表示されていなくとも手続過程を实

質的に支配していた者には判決効が及ぶという理論¹⁷⁾も注目値する。

思うに、否認法人と背後者は行為規範の観点からは別人格でも、行為規範と例外的に乖離した評価規範の観点からは否認法人と背後者の実質的同一性のゆえに当該事案に限り前訴において形式的当事者たる否認法人のみならず実質的当事者たる背後者にも当事者権が實際上保障されたと評価できる場合には、形骸事例か濫用事例かを問わず一一五条一項一号という当事者または当事者に準じる者であるとして後訴において背後者にも既判力を及ぶと解することができないだろうか。高橋説のいう「手続過程の実質的支配」よりも「当事者の実質的同一性に基づく（手続過程を振り返つての）当事者権の実質的保障」という形での新たな実質的当事者説の理論構成の方がより明確であるように思われる。法人格否認の法理の適用が判決確定後に判明した場合の既判力について上記のように解することができるとすると、訴訟係属中に同法理の適用が判明した場合の処理としての表示上の否認法人から背後者への表示の訂正もパラレルに解することが可能となるし、また、背後者に対して承継執行文の付与に基づく強制執行の中立てに対する背後者（法人）の第三者異議の訴えにおける法人格否認の抗弁の問題¹⁸⁾について背後者は否認法人との実質的同一性に基づく実質的当事者であるがゆえに第三者異議の訴えにおける「第三者」には該当しないとして棄却することが理論的に可能となる点でもメリットを有するといえよう。

今後の課題として、法人格否認の法理の手続法上の適用の当否と関連して前訴の「背後者」に対して民訴法一一五条一項一号に基づき後訴において既判力を及ぼすことを正当化するための形式的当事者と背後者との実質的同一性およびそれゆえに評価規範の観点から手続過程において当事者権の保障があったとするための要件について過去の裁判例を検討して明らかにする必要がある。また、民事執行法上の問題であるが、同じく執行力拡張の問題および第三者異議の訴えにおける法人格否認の抗弁の当否と関連して第三者異議の訴えにいう「第三者」概念につい

て表示上の法人と背後者との実質的同一性に基づく否認法人を被告とする訴訟全体を振り返つての実質的な当事者権の保障という観点からの検討も今後の課題といえよう。

(2) 当事者適格・多数当事者訴訟論との関わりにおける当事者権

従来当事者権は主に既判力論を中心とした判決効論との関わりにおいて既判力(判決効)の相対性の原則を中心とした根拠論において問題にされており、その点で従来の研究ではほとんど論じてこられなかつた当事者適格・多数当事者訴訟論との関わりにおいて当事者権について検討する。

確かに、当事者適格論も多数当事者訴訟論も、一般的には管理处分権などの実体法的基礎のうえに理論化されており、また、後者については、民事訴訟法において要件・効果が詳細に規律されており、純訴訟法上の概念たる当事者権を問題にする余地は少なく、あつても例外にとどまるといえよう。また、当事者権は主として当事者適格と関わる正当な当事者レベルで機能するものではなく、誰が当事者であるという当事者レベルで機能すると一応いうこともできよう。そのような前提のうえで、判例・学説上当事者適格がない補助参加人または当事者適格の有無につき争いがある実質的紛争主体ないし重大な利害関係人について訴訟主体たる当事者と同視すべき手続保障(当事者権)を認める必要がある場合がありうるのではないかとという角度から例外にせよ問題にする余地はあろう。その際、(1)の当事者確定・既判力の主観的範圍論においては例外的に行為規範と乖離した評価規範の観点から問題にすることができたのに対して、ここでは主として行為規範の観点から例外的に形式的当事者以外の者に形式的当事者と同視すべき当事者権の保障がなされるべき場合がありうるのではないかという問題意識のもとに取り上げることになる。

以上のことを別の角度から述べると次の通りである。民訴法の法文上独立当事者参加や共同訴訟参加の当事者参加と補助参加は明確に区別され、判決効が拡張される(当事者適格を有しない)第三者の補助参加を共同訴訟的補助参加として判例・通説は民事訴訟法では解釈上(もつとも、人事訴訟法一五条三項には明文の規定がある)認めるが、当事者参加と共同訴訟的補助参加の違いたる当事者適格を有する当事者に認められる当事者権としての手続保障と判決効を受ける(共同訴訟的)補助参加人の手続保障とで常に違いを認めるべきであると解するのが判例・通説の考え方といえよう。しかしながらそれに異を唱えて当事者権の観点から両者の手続保障について同視すべき場合がありうるのではないかという観点から当事者権との関係を問題にすることができよう。また、共同訴訟的補助参加でない通常の補助参加のなかにも例外的に被参加人への従属性を有することなく当事者と同視できる当事者権を保障すべき場合もありえよう。

前者の観点からの具体的な問題として、(A)(会社や宗教団体など)法人等の内部紛争における被告適格に関する実質的紛争主体に対する手続保障としての当事者権、および(B)検察官を被告とする人事訴訟における重大な利害関係人に対する手続保障としての当事者権の問題を挙げることができる。また、後者の問題として、(C)所在不明の夫が訴えられた進行中の金銭請求訴訟に妻が夫側に補助参加した場合の妻の手続保障としての当事者権の問題を挙げることができる。

ここでは、上記のような例外的に補助参加人であっても当事者権の観点から当事者と同視されるべきグレーゾーンの事例を取り上げてこれを当事者権の及ぶ主体的範囲の問題として問題の所在を明らかにする。

(A) 法人等の内部紛争における被告適格に関する実質的紛争主体に対する手続保障

この代表例として、取締役選任決議に関する株主総会決議取消訴訟における被選任取締役に対する手続保障とし

ての当事者権を挙げることができる。これについては、従来から判例・学説上において、そして、現在においても会社法八三四条の規律にもかかわらず、民事訴訟法上、法人被告説（判例・通説）と共同被告説（有力説）の対立がある。⁶⁹そして、判例・通説である法人被告説によれば、実質的紛争主体は共同訴訟的補助参加であり、共同被告説によれば（固有必要的共同訴訟か類似必要的共同訴訟かが別途問題となりうるにせよ）被告適格を有する当事者で（特に類似必要的共同訴訟と解する場合に）訴訟係属中の参加は共同訴訟参加となると解されている。

本稿では両説のうちいずれが妥当かを考察の対象とするのではなく、両説では被選任取締役の手續保障上の地位において異なることが前提視されているが、それが妥当かを当事者権の観点から考察の対象として取り上げたい。詳論すると、法人被告説と共同被告説の対立について、実質的紛争主体に対する手續保障ないし当事者権という観点からみると、共同被告説によれば実質的紛争主体について当事者適格を有する当事者として完全な当事者権が認められるのに対して、判例・通説たる法人被告説によれば実質的紛争主体に対する手續保障として判決効が拡張されるがゆえに従属性が緩和されるとはいえ当事者適格を欠くので形式的当事者に認められる完全な当事者権は与えられない、ということが前提としてあるように思われる。そのうえで、上記例における被選任取締役のような実質的紛争主体に共同訴訟的補助参加人としての手續保障で十分か、それとも、共同被告適格者として訴訟主体におさわしい手續保障（当事者権）が保障されるべきかという点をも考慮のうえ両説のうちいずれが妥当であるかが論じられてきたように思われる。⁶⁹しかしながら、この問題を実質的紛争主体に対する当事者権の観点から問題にするときに、共同被告説ではもちろんのこと、仮に法人被告説に立っても、上記例における被選任取締役のような実質的紛争主体に対して（共同被告説と同じ）当事者たる法人と同視すべき当事者権が保障されるべきであるとして「法人被告説の実質的な共同被告説化」を主張することができないだろうか。この点に関して、既に、共同訴訟的補助

参加の効果論として、判決効拡張を受けるにもかかわらず当事者適格が否定される場合には、二つの場合があつて區別すべきであり、「その第三者の実体的利益からすれば当事者適格を付与するにも値するが、そうした第三者をあらかじめ網羅的に拾い出すことが困難などの理由で（その者を当事者としたのでは判決効の拡張が認められないという政策的理由もありうる）明確性の見地から法律上ないし判例上適格が否定されている場合」には「極力当事者に準じた扱いをすべき」とする見解が主張されている。

思うに、会社法が株主総会決議取消訴訟の被告適格について法人被告説に立つて規律した理由が株主総会決議の多様性のゆえに株主総会決議取消訴訟について選任決議における被選任取締役のような実質的紛争主体を被告適格者として拾い出して規律することが立法技術上困難であることや会社のみを被告として訴えれば足りるといふ原告の便宜等の訴訟政策的な理由を考慮して会社のみを被告適格が認められたのであるとすれば、かかる立法を根拠に実質的紛争主体の手續保障について共同訴訟的補助参加の補助参加人であり（被告適格を有する）当事者ではないがゆえに訴訟主体としての当事者権は認められないとするのは形式論理にすぎず妥当ではなからう。むしろ、上記例における被選任取締役のような実質的紛争主体は、当事者権の主體的範囲の問題として、行為規範（と評価規範の原則的一致）の観点から形式的当事者と同等の当事者権を保障すべき実質的当事者であると解すべきであるように思われる。

（Ｂ） 検察官を被告とする人事訴訟における重大な利害関係人に対する手續保障

その代表例として検察官を被告とする死後認知訴訟により相続権を侵害される死者の相続人（相続関係については利害関係を通ずる第三者）に対する手續保障としての当事者権について挙げる事ができる。人事訴訟法によれば、検察官が自己の名において訴えられた形式的当事者として被告適格を有する一方で、重大な利害関係人たる死者の

相続人については、訴訟係属の通知を受け、共同訴訟的補助参加としての地位が認められる。⁶⁵ 現行人訴法一五条は、高田裕成教授によれば、前記代表例を念頭において、「訴え提起の段階での原告の負担、被告を捕捉する負担を緩和軽減するために、さしあたり検察官を被告として訴えを提起することを許し、その上で、実質的当事者とすべき者があれば、必要に応じて訴訟参加制度によって捕捉する。これによって適正な審理、充実した審理を可能にする」という構想からこの条文ができたもの⁶⁶であるとされる。

これについても、旧法下において、共同訴訟的補助参加の効果論として、取締役選任の株主総会決議取消訴訟の被選任取締役と同様に「その第三者の実体的利益からすれば当事者適格を付与するにも値するが、そうした第三者をあらかじめ網羅的に拾い出すことが困難などの理由で、明確性の見地から法律上ないし判例上適格が否定されている場合」に該当するとして「極力当事者に準じた扱いを認めるべき」とする注目すべき見解がある。⁶⁶ ここでも、上記代表例における相続権の侵害を主張する死者の相続人につき行為規範（と評価規範の原則的一致）の観点から当事者権保障について形式的当事者と同視できる実質的当事者として位置づけるべきではないかと考える。検察官に被告適格を認め共同訴訟的補助参加としての地位を人訴法が規律した趣旨が人事訴訟の公益性の要請に基づくものであれば、かかる趣旨からなお参加人たる相続人の従属性を認める余地があるが、前述のように原告の負担軽減（相続人など実質的利害関係人を全部見つけ出して被告として捕捉する原告の負担の軽減）の要請に基づくものであれば、検察官は実質的紛争主体たる死者の相続人に訴訟の係属の通知をすれば目的を達し、死者の相続人に実質的当事者として当事者権を認める余地があるように思われる。そして、それをいかに理論的に基礎づけるかが問題となろう。

(C) 所在不明の夫が訴えられた進行中の金銭請求訴訟に妻が夫側に補助参加した補助参加の場合の妻の手續保障

この問題については、妻に補助参加人としていかなる手続保障があるかを論じる前に、そもそも妻に補助参加人の地位が認められるか自体が補助参加の利益との関係で前提問題となりうる。というのも、伝統的通説⁽⁶⁶⁾によれば、単なる経済的利益にすぎず法律上の利害関係を有しないので補助参加の利益が認められないことになるからである。しかしながら、下級審裁判例（名古屋高決昭和四三・九・三〇⁽⁶⁷⁾）は、夫婦協力義務に基づき法律上の利害関係を有すると解しており、有力説も新たな類型（転用型）として補助参加の利益を認めている。

次に、補助参加の利益があるとして補助参加を認めた場合に、通常の補助参加人である（判決効が拡張されない）ので共同訴訟的補助参加の補助参加人ではない）にもかかわらず訴訟担当機能を有するとして行為規範の観点から当事者と実質的に同視しうる当事者権を保障してもよいか問題となる。有力説によれば、（転用型の事例として）例外的に補助参加の利益を肯定されるとともに、一種の訴訟担当的機能が認められると解される。私見も、通常の補助参加人であるにもかかわらず行為規範（と評価規範の原則的一致）の観点から、被参加人が行方不明である以上、被参加人に対する参加人の従属性は事実上考えられず、実質的当事者として主体的地位つまり当事者権を保障してもよい事例であると解する。と同時に、妻にかかる地位・権能を認めながらその訴訟（前訴）で敗訴し確定した場合に、前訴で自分（妻）は当事者ではなかったと主張して前訴確定判決と抵触する後訴を提起することは民訴法一一五条一項一号の趣旨に照らしもはや許されないといい形で紛争の一回的・実効的解決を図ることはできず、そのように解すべきではないかと考える。

4 当事者論における当事者権の新たな展開可能性と理論枠組み

—— 結びに代えて

当事者権については当事者論の基礎的概念の一つとしてその意義を認めるのが通説的見解でありながら、それが当事者論において意義を持つのはせいぜい既判力の根拠論において既判力の（相対性原則の）正当化根拠として手続保障論の一環として用いられる理念上な意義にすぎず、解釈論上有用な道具概念として用いられず、いわば床の飾りの意義しか持ちえなかった。思うに、その最大の理由は、当事者権の主體的範囲を形式的当事者に事実上限定し、当事者権の中身について抽象的手続保障のレベルで捉えていることによるものではないかと考えられる。すなわち、既判力の相対性原則の根拠を弁論主義や処分権主義に求める見解が支配的であるが、それによれば、形式的当事者概念という当事者に制度的（抽象的）手続保障としての当事者権を付与する場合に妥当するものであると位置づけることができる。そのように解することは、例外を設けることなく原則を貫徹させることができ、理論的完結性に優れているともいえようが、その反面、当事者権は当事者論の基礎概念としての抽象的な理念上の意義を認めることはできても、少なくとも当事者論においてそれ以上の意義、すなわち解釈論上の意義を持ちえなくなる。また、三で検討した場合において具体的妥当性を有する結論を得ることができなくなるし、それを得るためには信義則という一般条項を持ち出して解決せざるをえなくなる。

そうだとすれば、当事者権を当事者論における体系的意義のみならず解釈論上の有用な道具概念として生かすためにいかなる理論枠組みが有用であるかがここでの課題となる。

もつとも、当事者権を形式的当事者に限定することなく全面的に具体的手続保障レベルで捉える見解に立てば、当事者権は解釈論的道具概念として大いに活性化させることもできようが、それも民事訴訟法理論特に当事者論を必要以上に流動化・動態化させ法的安定性を害する懸念もあり、また当事者に予測可能性を失わせ、当事者権や手続保障のマジックワード化にもつながりかねない点で、妥当ではないと考える。

そこで、私見は、「当事者論における当事者権」の新たな展開可能性に向けて、「行為規範と評価規範の原則的一致と例外的乖離」の理論枠組を用い、当事者権を原則として形式的当事者に対する抽象的手続保障のレベルで捉えつつも、三における考察を踏まえて二つの面から例外を設けるべきではないかと考える。第一に、当事者確定・既判力の主観的範圍論において行為規範と例外的に乖離する評価規範の観点から従前の訴訟手続を振り返って訴訟の主体にふさわしい手続保障があったと評価できるかという形で当事者権を具体的手続保障のレベルで捉え、そのような形で当事者権を有する者を実質的当事者概念にいう当事者（実質的当事者）として当事者概念の再構築を図るべきではないかと考える。その理由として、形式的当事者概念と結びついて当事者確定基準により確定された当事者が判決の名宛人になり、判決確定後既判力の及ぶ主体としての「一五五条一項一号における「当事者」になる以上、当事者確定論をも視野に入れて、前訴の手続過程を振り返って働く評価規範の観点から例外的にせよ当事者権を具体的手続保障のレベルで捉え、かつ既判力の相対性原則における「当事者」概念の規律と結びつけるべきだからである。その際当事者権の上記二面性を基礎づける理論枠組として、「行為規範と評価規範の原則的一致と例外的乖離」の理論枠組は有用であるといえるのではないかと考える。そして、行為規範と評価規範の例外的乖離の観点から具体的手続保障としての当事者権が問題となるのは、一一五五条一項一号の問題にかかわる、①確定判決の騙取の場合、②死者名義訴訟の場合、③法人格否認の法理の手続法上の適用に基づく背後者に対する既判力などであ

ろうと考える。

第二に、当事者権の当事者概念との積極的な結びつきを図る見解が一つの有力な流れになるなかで、行為規範の観点からの当事者権の主體的範囲の問題として形式的当事者を超えて形式的当事者と同視すべき当事者権を保障すべき者を実質的当事者として当事者権を保障するとともに、そのような者にも及ぶ当事者権の主體的範囲を視野に入れて当事者概念を再構成すべきであるべきと考える。このような形で問題となる場合として、①法人等の内部紛争において被告として訴えられた法人に訴訟参加した実質的紛争主体、②検察官を被告とする訴訟（死後認知訴訟）に訴訟参加した利害関係人（死者の相続人）、③所在不明の夫が訴えられた進行中の金銭請求訴訟において夫側に補助参加した妻を挙げることができよう。

このように見てくると、当事者論における当事者権の新たな展開可能性に向けての理論枠組みとして、第一に、行為規範と評価規範の原則的一致と例外的乖離、第二に、当事者概念における当事者権の観点からの形式的当事者概念の修正と実質的当事者概念の定立、第三に、当事者権の主體的範囲における形式的当事者を超えた実質的当事者への範囲拡大による当事者概念との緊密な関連づけがあり、こうした理論枠組みにより当事者権を解釈論的道具概念として生かす途がはつきりと目に見える形で浮かび上がってくるのではなからうか。本稿におけるこのような問題提起が当事者論の研究の進化ならびに当事者総論の構築に向けての議論の呼び水となれば幸いである。

（一）山本戸克己「訴訟における当事者権——訴訟と非訟の系統構造の差異に関する一考察——」『民事訴訟理論の基礎的研究』

（有斐閣・一九六一年）五九頁以下（初出：民商法雑誌三九卷四〇五〇六号（一九五九年））（以下、本文では「山本戸・当事者権」と略して引用する）。

- (2) たとえば、山本克己「当事者権——弁論権を中心に——」鈴木正裕先生古稀祝賀記念論文集「民事訴訟法の史的展開」(有斐閣・二〇〇二年)六一頁以下。
- (3) 拙稿「当事者論における当事者概念——「当事者総論」構築への一考察——」民事訴訟雑誌五三号(二〇〇七年)一頁以下、特に三四頁。「当事者総論」「当事者各論」は筆者の造語であり、ここで「当事者各論」とは当事者確定論、当事者能力論、訴訟能力論、訴訟代理論、当事者適格論、既判力の主観的範囲論、多数当事者訴訟論等を総称し、それに対して、「当事者総論」とは、当事者概念、当事者権、二当事者対立構造、当事者機能、当事者論上の諸概念の相互関係を含む当事者論の体系を総称する。
- (4) 拙稿・前掲(注3)一頁以下、拙稿「既判力の相対性原則における「当事者」概念の再構成」熊本ロージャーナル第二号(二〇〇八年)二五頁以下、拙稿「死者名義訴訟および氏名冒用訴訟の判決確定後の取扱いとその理論的基礎」青山善充先生古稀祝賀記念論文集「民事手続法学の新たな地平」(有斐閣・二〇〇九年)四三七頁以下。
- (5) 拙稿・前掲(注3)一頁以下。
- (6) 行為規範と評価規範の区別につき、新堂幸司「訴訟当事者の確定基準の再構成——行為規範と評価規範の区別を手がかりとして——」同「民事訴訟法学の基礎」(有斐閣・一九九八年)一六三頁以下(初出・石井照久先生追悼記念論文集「商事法の諸問題」(有斐閣・一九七四年))、同「新民事訴訟法(第四版)」(弘文堂・二〇〇八年、初版「民事訴訟法」(筑摩書房・一九八八年))(以下、本文では「新堂・民訴法」と略する)。筆者は、上記新堂説について上田武志「手続規範の動態性に関する一試論(1)」久留米法学五四号(二〇〇六年)五三頁以下の批判を考察のうえ拙稿・前掲(注4)四三頁以下において「行為規範と評価規範の原則的一致・例外的乖離」と捉え直した。なお、上田説につき前掲論文のほか上田武志「民事訴訟法における「行為規範と評価規範の意義」」民事研修六三三三号(二〇一〇年)一一頁以下。

- (7) この分野では、最近において非訟事件手続法・家事審判法の改正の動向や婚姻費用の分担に関する注目すべき家事審判事件の判例（最決平成二〇・五・八判時二〇二一号一六頁）の影響もあり、家事審判手続における手続保障をめぐる注目すべき論稿（高田裕成「家事審判手続における手続保障の輪郭」判タ一二三七号〔二〇〇七年〕三三頁以下、佐上善和「家事審判手続における手続保障」法時八一巻三号〔二〇〇九年〕三四頁など）がみられる。
- (8) 本稿は、二〇一〇年から三年間にわたるものとして取得した科学研究費（基盤研究C）の研究課題「当事者論における当事者権の研究」の一翼を担うものと位置づけられる。
- (9) 山木戸・前掲（注1）六一頁以下。
- (10) 小島武司「民事訴訟の思想・構成原理としての当事者権（上）（下）」法学セミナー二八〇号六四頁以下、二八一号七六頁以下では「ミニマム（憲法上）の当事者権」という用語を用いる。その他、奥博司「当事者権——民事訴訟法は憲法の応用である」法学教室一六八号（一九九四年）一四頁など。
- (11) この点に関して本稿注（7）参照。非訟事件手続法および家事審判法の改正について、「特集・非訟事件手続法・家事審判法の改正」ジュリスト二四〇七号（二〇一〇年）八頁以下。
- (12) 上田徹一郎「民事訴訟法（第六版）」（法学書院・二〇〇九年、初版一九八八年）一九頁（以下、本文では「上田・民訴法」と略して引用する）。
- (13) 新堂・前掲書（注6）一二三頁以下。
- (14) 新堂・前掲書（注6）一二三頁以下。
- (15) 中野貞一郎ほか編「民事訴訟法講義」（有斐閣・初版一九七六年）九二頁（福永有利）。もともと、当事者権のより詳しい説明は、「第三編 訴訟の審理」の「第一章 審理における裁判所と当事者の役割」の「I 訴訟における当事者主義と

職権主義」の「3-1-3 訴訟における当事者権（審尋請求権）」（鈴木正裕）において記述されている。

(16) 伊藤眞「民事訴訟法（第三版四訂版）」（有斐閣・二〇一〇年）八四頁（初出「民事訴訟法Ⅰ」一九九五年）（以下、「伊藤・民訴法」と略する）、河野正憲「民事訴訟法」（有斐閣・二〇〇九年）八四頁（以下、「河野・民訴法」と略する）、佐上善和「民事訴訟法（第二版）」（法律文化社・一九九七年）（初出・一九九四年）二四四頁（以下、「佐上・民訴法」と略する）、吉村徳重ほか編「講義民事訴訟法」（青林書院・二〇〇一年）一一五頁など。

(17) 新堂・前掲書（注6）六四三頁以下。ここでは手続保障という用語のみ用いられ当事者権という用語は用いられていないものの、当事者たる地位につくことによって手続上認められる諸権利たる当事者権を念頭においた記述がなされている。

(18) 拙稿・前掲（注4）四五―五頁。

(19) 上田・前掲書（注12）四七〇―四七一頁。

(20) 上田・前掲書（注12）二〇頁。

(21) 上田・前掲書（注12）四二頁。

(22) 上田・前掲書（注12）四七一頁。

(23) そのことが冒頭に述べた上田説における当事者権の体系的位置づけとも関係しているのではないかと思われる。

(24) 井上治典「手続保障の第三の波」新堂幸司編「特別講義民事訴訟法」（有斐閣・一九八八年）五一頁（初出・法教二八号、

二九号（一九八三年）、同「民事手続論」（有斐閣・一九九三年）所収。

(25) 井上治典編・安西明子ほか著「ブリッジブック民事訴訟法」（信山社・二〇〇六年）四四頁。

(26) 佐上善和「当事者権の概念の効用」法学教室（第二期）五号（一九七四年）一四八頁、同「当事者権の概念の効用」民事訴訟法の争点（一九七九年）六六頁。

- (27) 佐上・前掲書(注16)二四四頁においても、後述するように、当事者権は重要な意味をもつ概念として「当事者」の最
 初の方で当事者概念と結びつけて論じられている。
- (28) 新堂幸司・小島武司編「注釈民事訴訟法(1)」(有斐閣・一九九一年)一八七頁以下〔小島武司〕。
- (29) 新堂・小島編・前掲書(注28)(小島)は、かかる課題について論及したものとして紺谷浩司「ドイツ民事訴訟法にお
 ける第三者の訴訟関与」政経論叢二四卷四二五号(一九七四年)三七頁以下を挙げる。
- (30) 梅本吉彦「民事訴訟法(第四版)」(信山社・二〇〇九年)〔初版二〇〇二年〕九五頁。
- (31) 手続保障のマジックワード化について、伊藤眞・加藤新太郎・山本和彦「民事訴訟法の論争」(有斐閣・二〇〇七年)一
 七一頁以下、山本和彦「民事訴訟における手続保障」『民事訴訟法の争点』(二〇〇九年)五四頁。
- (32) 当事者権に相当するドイツ法上の概念として審問請求権があるが、そのドイツにおいては審問請求権を有する者は誰か
 という主體的範囲をめぐって形式的当事者を超えていかなる範囲において認められるかどうかの議論がある。これについ
 て、Rosenberg/Schwab/Gottwald,Zivilprozessrechtl.7. Aufl., S. 430.
- (33) 上田・前掲(注12)一九頁以下。
- (34) 松本博之・上野泰男「民事訴訟法(第六版)」(弘文堂・二〇〇九年)〔初版一九九八年〕六八頁以下。
- (35) 山本克己「特別判例研究」民商九五巻六号(一九八七年)九二四頁以下、特に九三二頁以下。
- (36) 新堂幸司「訴訟承継論よ、さようなら」松澤遼磨記念論文集「民事手続法と商事法務」(商事法務・二〇〇六年)三五
 頁以下。
- (37) 拙稿・前掲(注3)二六頁以下。
- (38) 拙稿・前掲(注4)二五頁以下。

- (39) 河野・前掲(注16) 八七頁。
- (40) 河野・前掲(注16) 八九頁。
- (41) 河野・前掲(注16) 九九―一〇〇頁。
- (42) もっとも、後述するように、河野・前掲(注16) 五九五頁は、既判力の主観的限界論において、一一五条一項一号にいう「当事者は「形式的当事者概念により定められた当事者をいう。この当事者は判決文において当事者と表示されている者をいう」と例外を認める余地なく書かれており、上記本文との整合性を問題にする余地はあろう。
- (43) 上田・前掲書(注12) 四七一頁によれば、そのように解することになろう。
- (44) 河野・前掲書(注16) 九九―一〇〇頁。
- (45) 河野・前掲書(注16) 五九五頁。
- (46) 本稿では紙数の制約等の理由で取り上げることができないが、最判昭和五一・九・三〇民集三〇巻八号七九九頁において問題になった信義則により前訴判決の効力が拡張されて後訴を遮断された前訴の非当事者も挙げる事ができよう。一般的理解によれば、この問題は、信義則による第三者への判決効拡張の問題であるが、信義則適用が過渡期の理屈であり、より明確な解釈論的枠組みの設定に向かうべきという基本的立場(高橋宏志・重点講義民事訴訟法(上)〔有斐閣・二〇〇五年〕六三一頁)に立って、前訴を振り返って非当事者にも当事者との実質的同一性のゆえに当事者保障があったと評価できるかという評価規範の観点から非(形式的)当事者への民訴法一一五条一項二号類推(準用)の問題として要件を嚴格に解したうえで理論化する余地はないか今後の課題であるといえよう。
- (47) 氏名冒用訴訟につき詳細は拙稿・前掲(注4)〔二〇〇九年〕四四〇頁。
- (48) 最(三小) 決平成一九年三月二〇日民集六一巻二号五八六頁。

- (49) 中山幸二「氏名冒用訴訟の判決の効力について」木川統一郎先生古稀祝賀記念論文集「民事裁判の充実と促進(上)」(一九九四年)二八五頁。
- (50) この点について、加波真一「再審事由と再審期間」『民事訴訟法の争点』(二〇〇九年)二六六頁、松下祐記「確定判決の無効と騙取」『民事訴訟法の争点』(二〇〇九年)二六八頁。
- (51) これについても、詳細は拙稿・前掲(注4)(二〇〇九年)四三七頁。
- (52) 法人格否認の法理についての手続法上の適用に問題について、福永有利「法人格否認の法理に関する訴訟法上の諸問題」『民事訴訟当事者論』(有斐閣・二〇〇四年)(初出：関大法学論集二五卷四・五・六合併号(一九七五年))四四六頁以下。
- (53) 河野・前掲(注15)五〇六頁。
- (54) 新堂・前掲書、谷口安平「判例解説(最判昭和四八・一〇・二六)」民事訴訟法判例百選(第二版)四二頁。
- (55) 上田徹一郎「既判力の主観的範囲の再構成」『判決効の範囲』(有斐閣・一九八五年)一二六頁以下、特に一四三頁以下(初出：民訴雑誌二〇号(一九七四年))。
- (56) 伊藤・前掲(注15)五三五頁。
- (57) 高橋・前掲(上)(注40)一四二頁、一四三頁注(1)、特に六二七頁以下。なお、長谷部由紀子「既判力の主観的範囲」法教二六二号(二〇〇四年)一九頁もこの見解の今後の発展の可能性への期待を表明する。
- (58) これが問題になった注目すべき最高裁判例として最判平成一七・七・一五民集五九卷六号一七四二頁。
- (59) 当事者権と関わる当事者適格・多数当事者訴訟の問題として、本文で述べたほかに、訴えの主観的追加併合の可否、および訴訟承継における承継人への訴訟状態の受継義務の可否の問題が考えられるが、これらの問題は本稿の問題意識たる当事者権の及ぶ主体的範囲と直接関わらないので、本稿では紙面の都合もあり取り上げない。

(60) 法人内部紛争における被告適格に関する法人被告説と共同被告説の対立について、福永有利「法人の内部紛争の当事者適格」『民事訴訟当事者論』（有斐閣・二〇〇四年）三八四頁（初出・鈴木忠一・三ヶ月章監修・新実務民事訴訟法講座第一巻（日本評論社、一九八一年）、中島弘雅「法人内部紛争における被告適格・再論——会社法上の確認訴訟・形成訴訟を素材として——」新堂幸司先生古稀祝賀記念論文集『民事訴訟法理論の新たな構築上巻』（有斐閣・二〇〇一年）七三—頁以下）。

(61) この点は、第七八回民事訴訟法学会大会のシンポジウム（山本弘（司会）「会社法の制定と民事手続法上の問題点」民事訴訟五五号（二〇〇九年）に掲載）における中島弘雅教授の報告（いわゆる「組織法」上の訴えの当事者適格、訴訟法上の会社代表者をめぐる問題）民事訴訟五五号一六七頁以下に掲載）に対する質疑応答（加波真一・松本博之両教授との質疑応答において問題となった論点でもある）。

(62) 法人内部紛争における被告適格を論じるに当たって、実質的紛争主体について当事者にふさわしい手続保障を要するかどうかといった訴訟法的観点も無視しえないことについて、拙稿「判例解説（最判平成一〇・三・二七）」法教二一七号（一九九八年）一一九頁。

(63) 林田学「共同訴訟的補助参加」『民事訴訟法の争点（新版）』一四五頁。この見解を解釈論上基本的に支持するものとして、高橋宏志「重点講義民事訴訟法下補訂第2版」（有斐閣・二〇〇九年）三六八頁以下。

(64) 人事訴訟法における規律について、高橋宏志・高田裕成編「新しい人事訴訟法と家庭裁判所実務」ジュリスト一二五九号（二〇〇三年）一頁以下、特に三一—頁以下。人事訴訟における利害関係人の手続保障をめぐる旧法下の議論と人訴法の規律の落差を明らかにしたものとして、高橋宏志「人事訴訟における手続保障」伊藤眞・徳田和幸編「講座新民事訴訟法Ⅲ」（弘文堂・一九九八年）三四七頁以下。

(65) 高橋・高田編・前掲(注64) 五二頁(高田裕成発言)。

(66) 林田・前掲(注63) 一四五頁。高橋・前掲書(注63) 三六八頁以下。

(67) 櫻田勝義「判例解説(名古屋高決昭和四三・九・三〇)」統民事訴訟法判例百選(一九七二年) 五四―五五頁。

(68) 高裁民集二二卷四号四六〇頁。

(69) 井上治典「第三者の訴訟関与」ジュリスト五〇〇号(一九七二年) 三三三頁、高橋・前掲(注63) 三四二頁以下は、補助参加の利益の第三の類型の転用型として位置づける。

(70) この点を明確に説くものとして、井上・前掲(注69) 三三三頁。なお、高橋・前掲(注63) は、この場合、補助参加人の地位は訴訟担当者ないし代理人に近づくとする。

(71) この点について、拙稿・前掲(注4) 二二〇八年」三三三頁以下。

本稿は、科学研究費(基盤研究C)の研究課題「当事者論における当事者権の研究」の成果の一部である。また、本稿に際して民事手続研究会(九州)において報告の機会を与えられ有益な示唆を得ることができたことを記し、感謝申し上げる次第である。