

当事者論の理論的基礎に基づく体系的課題とその解決策(二・完)

松原弘信

【目次】

一 はじめに

二 「当事者各論」の理論的基礎に基づく体系的課題とその解決策

(一) 当事者確定論

(二) 当事者適格論

(三) 多数当事者論

(四) 既判力の人的範圍論

(以上、一四六号)

三 当事者論全体の理論的基礎に基づく体系的課題とその解決策——結びに代えて(以上、本号)

(三) 多数当事者論

(a) 理論的基礎に基づく体系的課題の視点からみた問題状況

多数当事者（訴訟）論は、大きく共同訴訟論、訴訟参加論、当事者変更（交替）論に分けることができる。そして、通説の多数当事者論の体系は、一言でいうと「矢印思考」¹ないし「矢印構成」の体系といえよう。ここでは、矢印、すなわち、請求定立がないと当事者ではなく当事者適格を有しないので、共同訴訟人として当事者適格が認められるためには共同訴訟人による（又は対する）請求の定立が必要である。また、訴訟係属中の第三者の訴訟参加においても、請求を定立する参加人には当事者参加（独立当事者参加、共同訴訟参加）が認められるが、他方で、請求を定立しない参加人は当事者適格を有しないので当事者参加ではなく補助参加（せいぜい共同訴訟的補助参加）しか認められない。そのうえで、後者の（共同訴訟的）補助参加人については、請求の定立がなく当事者適格を欠くゆえ、被参加人への（多少の）従属性が導き出され、したがって手続保障の面で前者の当事者参加人に比べて明確な差を認める。さらに、当事者変更（交替）も法定当事者変更たる広義の訴訟承継と任意的当事者変更に分けることができるが、いずれも訴え（ないし申立て）による請求定立がないと認められない。このような矢印構成を基軸として組み立てられる通説の多数当事者論の体系は、その理論的基礎として、二当事者対立構造のもとでの形式的当事者概念と密接に関わる。²なぜなら、形式的当事者概念とは、自己の名において請求を定立して訴える者および請求が向けられる相手方として自己の名において訴えられる者を当事者とする概念であるといえるからである。このように通説では、多数当事者論が二当事者対立構造のもとで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）間での矢印（請求定立）を基軸とする「矢印構成の体系」として組み立てられているといえるのである。

もつとも、現行民訴法のもとで、旧民訴法の改正により、独立当事者参加において参加人と当事者の一方との間に実質的な争いがなげないときに、その者に対する矢印たる請求定立を強制することは紛争の実情にそぐわない等の理由で、「片面的参加」を肯定する規律(四七条一項)が認められて^③いる。したがって、参加人の矢印が当事者の一方のみに向けられる「片面的参加」を肯定するかぎり、「請求なき当事者」^④を認めて矢印構成を厳格に徹底させていないとみることもできるし、緩やかなかぎりでの矢印構成をなお維持しているという見方も可能である。そして、「片面的独立当事者参加」を明文化した現行法のもとで、その訴訟構造をめぐって、かつての判例・通説であった三面訴訟をもつて四〇条の準用の根拠とすることは困難となり、また、かつて「モデル志向」^⑤と批判された硬直的な三面訴訟の訴訟構造的な理解も姿を消しつつあるなかで、矢印構成についてもまた柔軟な理解が可能となっている。

以上のようにして矢印構成の緩和を実現した現行民訴法のもとで、一方で判例・学説の展開のなかで矢印構成の例外を柔軟に認める動きが見受けられる反面、他方ではなお厳格な矢印構成に固執する判例・学説があり、こうした厳格な矢印構成への固執が判例・学説の更なる展開を妨げる桎梏となっている面も同時に見受けられるように思われる。その原因となるのは、詰まるところ、形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする通説的見解において、「(形式的)当事者≡判決の名宛人≡当事者権を有する者」という図式が妥当し、それを裏返すと、「判決の名宛人でない者はおよそ当事者ではなく、当事者ではない以上、形式的当事者と同等の当事者権も画一的に保障されない」という硬直したテーゼがなお妥当しているからであると考えられる。

そこで、多数当事者論の理論的基礎に基づく体系的課題の視点からみた問題状況として、「多数当事者論における矢印構成の理論的基礎としての二当事者対立構造のもとでの形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする通説が

『片面的参加』を規律した現行法下でなお判例・学説の更なる展開の桎梏となつていく点掲げて、特に近時の判例を踏まえて学説^⑥を検討しつつ、かかる問題状況を具体的に明らかにしていくことにする。

まず、現行民訴法下の判例である最決平成二五・一一・二一民集六七卷八号一六八六頁によれば、固有必要的共同訴訟たる入会権確認訴訟において提訴原告が提訴を拒否した入会権者をも被告に回し請求を定立することによつて適法とする柔軟な取扱いを認めたのは、提訴した入会権者たる原告の訴権保障のために訴訟共同の必要性の柔構造化と関わる厳格な矢印構成からの脱却の表れであるとして高く評価できよう。そこで、かかる訴訟における原告勝訴判決の効力たる既判力が請求定立のない提訴拒否被告と本来的被告の間に及ぼす必要があることを前提に、既判力を生じさせる方策として、提訴拒否被告（非同調者）と本来的被告たる外部者との間に請求を擬制する方法、および、提訴原告による提訴拒否被告（非同調者）のための訴訟担当を認める方法が検討されている。これらの方策、とりわけ請求擬制という方策自体が、現行法下でもみられる矢印構成へのこだわり、言い換えると、形式的当事者に判決の名宛人として既判力を生じさせるためには請求の定立が必要であるという形式的当事者概念の貫徹を意味しており、この問題が多数当事者論と既判力の人的範囲論にまたがる矢印構成の限界の問題として、その理論的基礎たる形式的当事者概念とも関わる問題であるといふことができる。また、最判平成元・三・二八民集四三卷三号一六七頁によれば、遺産確認の訴えは共同相続人全員が原告又は被告として関与すべき固有必要的共同訴訟である当該財産が遺産に含まれることの確認を求める訴えとされるなかで、共同相続人らの一部が原告となり他の共同訴訟人らを被告として遺産確認訴訟を提起して勝訴した場合、請求定立のない敗訴した共同被告人間（あるいは共同原告間）で同訴訟の判決の効力としての既判力が及ぶかという問題も学説上論じられている。これもまた、固有必要的共同訴訟と既判力の人的範囲に関わる矢印構成の限界の問題として、その理論的基礎たる形式的当事者概

念とも関わる問題であるといえよう。

この「矢印構成」の限界、さらには、その理論的基礎たる形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする通説の問題点との関連で多数当事者論において近時主な問題となるのが第三者の訴訟参加論¹⁰⁾である。とりわけ近時最も問題となるのは、当事者参加たる独立当事者参加の一種で「片面的参加」であることが少なくない四七条一項前段参加(許害防止参加)と請求の定立者ではないがゆえに参加人は当事者でなく当事者適格も有しない補助参加の一種で民事訴訟法上明文の規定がなく判例・通説において解釈論上認められる共同訴訟的補助参加との関係である。伝統的通説によれば、請求定立(矢印)を前提とする「請求定立参加」であるがゆえに当事者参加である許害防止参加と請求定立がない(請求定立者でも請求が向けられる相手方でもない)がゆえに当事者参加ではない共同訴訟的補助参加とは、当事者適格の有無の違いとして現れることから、それに基づく手続保障上の地位についても、片や従属性のない完全な当事者参加人、片や緩和されながらもなお従属性を有する共同訴訟的補助参加人として明確な差を設ける。しかしながら、ここで許害防止参加と共同訴訟的補助参加のネジレ現象が生じている点に着目する必要がある。すなわち、許害防止参加は必ずしも判決効が拡張されない場合にもかかわらず当事者の少なくとも一方に対する請求の定立のゆえに独立した当事者たる地位が保障されるのに対し、共同訴訟的補助参加は常に判決効が第三者に拡張される場合でありながら請求定立がないゆえに、伝統的通説によれば独立性を強化し従属性を緩和しつつなお従属性を認めるのである。このような当事者参加としての許害防止参加と補助参加の一種である共同訴訟的補助参加の手続保障上の差異を一律化・一般化する通説的理解に対して、筆者は後述するように疑問を持つ¹¹⁾。

この厳格な矢印構成の弊害と関連する最近の論点が「第三者再審における再審原告適格の有無」¹²⁾であり、それに関する判例法理として会社法上の会社組織関係訴訟における許害訴訟の事例についての最近の二つの最高裁判例が

注目される。まず、最決平成二五・一一・二五民集六七卷八号一六八六頁は新株発行の無効確認の訴えにおいて被告たる会社が原告の主張を全面的に争わない詐害訴訟の事例において、詐害防止参加の参加人が既存の両当事者に対して独自の請求を定立した場合における上記参加人の再審原告適格の有無が問題となった。そして、独立当事者参加の一種である詐害防止参加における参加人の独自の請求定立のゆえに原審における当事者適格を有するとして再審原告適格を肯定した判例である。これに対し、最決平成二六・七・一〇判時二二三七号四二頁は、株式会社解散の訴えにおける同じく被告たる会社が原告の主張を全面的に争わない詐害訴訟の事例において、詐害防止参加における参加人の独自の請求定立がなかったがゆえに原審における当事者適格を欠くとして再審原告適格を否定した判例である¹⁸。要するに、当事者参加としての独自の請求定立の有無で再審原告適格の存否を決定する考え方を示しており、「矢印構成」を徹底させるとみることができるところ。こうした判例法理は、すでに旧法（旧人事訴訟手続法）下の人事訴訟たる検察官を被告とする死後認知訴訟において、判例（最判平成元・一一・一〇民集四三卷一〇号一〇八五頁）は、死後認知訴訟において被告適格を有するのは検察官であり、死者の相続人は請求を定立されず判決の名宛人でなく、したがって、形式的当事者ではなく当事者適格を有しない以上、再審原告適格を有しない旨を判示していた。このような再審原告適格の有無を原訴訟における当事者適格の有無（ないし判決の名宛人の有無）と連動させ、独自の請求の定立のない者は当事者適格を有しないばかりか当事者間に詐害的な訴訟追行があったとしても再審原告適格をも有しないとすると上記判例の考え方は¹⁹、硬直した「矢印構成」の表れとみることができ、非常に疑問である。

この点に関して、井上治典博士¹⁶は、かつて「一定の第三者に再審適格を認めるとすれば、その第三者は、請求の担い手でも判決の主体（名宛人）でないにもかかわらず、判決を取り消して再審理を開始させ、自ら主張・立証を

行う地位・権限を与えられることになり、一般的な『当事者』の通念を逸脱する存在であることを認めざるを得ない」と述べていた点が大変注目される。確かに、請求の定立の有無(ないし判決の名宛人かどうか)と再審原告適格の有無を連動させるのが形式的当事者概念と整合的であるなかで、請求定立がなく判決の名宛人(形式的当事者)でない者の第三者再審を認めることは形式的当事者概念とする通説的見解との体系的整合性の点で問題となるというのは、まさにそのとおりであると考える。そして、その点こそが本稿で取り上げる多数当事者論の理論的基礎に基づく体系的課題の視点からみた問題状況そのものであるといえよう。

また関連して、近時共同訴訟的補助参加を明文化するとともに詐害防止参加を廃止すべきとしたうえで、第三者再審制度の導入を認める立法論が提起されている。⁽¹⁶⁾この立法論について、詐害防止参加の廃止論には後述するように詐害防止参加の果たすべき独自の機能のゆえに賛同できないものの、共同訴訟的補助参加の形で第三者再審を肯定する限りでは、請求定立たる矢印の有無と再審原告適格の有無とを連動させない考え方である点で注目される。ただ、そのような考え方は立法論としてでなければ認められない考え方であると解すべきなのか、それとも、解釈論としても許容できる余地があると解すべきであるかが問題となりうる。筆者は、後述するとおり後者の立場である。

こうしたなかで、ここで主に取り上げる鶴田論文⁽¹⁷⁾は、片面的独立当事者参加の訴訟構造を、係属中の訴訟の既判力が第三者に拡張される場合と拡張されない場合に分けて考察したものととして大変注目される。そして、鶴田論文は、後者、即ち、既判力が第三者に拡張されない場合にも、第三者による独立当事者参加を許す点でも注目される。ただ本稿では、共同訴訟的補助参加と詐害防止参加との関係を問題にするため、前者、即ち、既判力が第三者に拡張される場合についてののみ考察の対象として取り上げる。この前者の場合、鶴田論文によれば、第三者は既存の訴

訟における原告の被告に対する請求の棄却の申立てをすれば足り、第三者が原告との関係で何らかの権利主張をするという意味での請求を定立する必要はない。しかし、詐害防止参加の第三者は、共同訴訟的補助参加の場合と異なり、当事者として係属中の訴訟に参加するため判決の名宛人となる必要がある。そうすると、第三者は、どのような請求の当否についての判決の名宛人になるのかが明らかにされなければならない。この意味で「請求なき当事者」は許されるべきでないとする。そこで、この場合、第三者が原告を相手方として請求棄却判決の申立てをしたことにより、係属中の原告が被告との関係で定立したのと同内容の請求が原告から第三者に対しても定立したと擬制され、第三者は、参加により、その請求についての被告の（法定）訴訟担当者として訴訟追行権を有する。そして、この場合の片面的独立当事者参加の訴訟構造は、第三者と被告が相互に牽制権を行使する必要的共同訴訟となるとする。もっとも、既判力拡張のある事例において片面的独立当事者参加を認める必要性は低いため、この場合には独立当事者参加を許さず、被告側に共同訴訟的補助参加をすべきであることも考えられるとする。

以上に述べた鶴田説については、近時有力な独立当事者参加の規律、とりわけ四〇条の準用に懐疑的な学説動向^⑧には与しない、四〇条の準用により係属中の訴訟の当事者に対して介入権または牽制権を行使できることを前提に、詐害防止参加の第三者は請求棄却の申立てだけで足り、固有の請求定立は必要でないとする点など賛成できる点が少ない。だが、「請求なき当事者」は許されるべきでないという所与の前提に立って立論している点では賛成できない。すなわち、鶴田説の指摘するとおり、既判力拡張のある事例において参加人は原告に対する請求棄却の申立てだけで十分であり、基本的にはこの場合には三面訴訟ではなく二当事者対立構造を前提に参加人は詐害訴訟を行った会社に代わって実質的には被告の立場で原告側と相対立する訴訟構造になるから、本来の被告の立場に立って請求棄却の申立てさえすれば、原告から第三者への請求定立の擬制をあえてしなくても第三者と原告の間の

審判の対象にするうえで格別不都合なこともないのではないのではなからうか。加えて、そもそも現行法の下で片面的独立当
 事者参加を認めるかぎりにおいて、「請求なき当事者」を正面から認めていてもいえるのであるから、厳格な請
 求定立構成に拘泥する必要はないのではいかと考える。そのような擬制的な請求定立よりも詐害防止参加の第三
 者に何故当事者としての訴訟追行を認める合理的必要性とか実質的な正当化根拠をどのように考えるかを明らかに
 する方がはるかに重要であるように思われる。その点と関連し、鶴田説は、「既判力拡張のある事例において片面
 的独立当事者参加を認める必要性は低いため、この場合には独立当事者参加を許さず、被告側に共同訴訟的補助参
 加をすべきであるとする」とも考えられる」とするが、この点も疑問である。前掲の平成二五年最決も平成二六年
 最決もともにそうであるが、原告の請求に対して被告適格を有する会社が争わないという明らかに馴合い的な詐害
 訴訟の事例であり、かかる事例では上記両訴訟のような判決確定後の詐害再審であれ、訴訟係属中に詐害訴訟に気
 づいた場合における判決確定前の前段（詐害防止）参加であれ、第三者たる参加人が原告側に請求棄却の申立てを
 して詐害防止参加をする合理的必要性・実質的正当性は十分に考えられるのであり、その数の多寡を問うことなく、
 かかる場合に詐害防止参加を認めて然るべきではないかと考える。他方で、上記のようなあからさまな詐害訴訟で
 はないものの被告会社の詐害的な訴訟追行の疑いも否定できない場合など、会社を敵視するような詐害防止参加で
 はなくて被告会社の立場に立ってその勝訴に向けて訴訟追行すべく共同訴訟的補助参加の方が戦略的に望ましい場
 合もあると考えられる。このように詐害防止参加を選ぶか共同訴訟的補助参加を選ぶかは訴訟戦略的要素を加味し
 て参加人にその者の手続保障の観点から自由な選択を認めるべきであるから、解釈論上も両訴訟参加を選択肢とし
 て認めたいので、いずれの場合にも参加人の訴訟上の地位について手続保障面で同等の地位を認めるべきでないか
 と考える。ただし、そのように解することは、前述したように形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする通説的

見解を理論的基礎とする「矢印構成」との体系的整合性が問題となりうる点に留意する必要がある。

そのほかにも、多数当事者論とりわけ訴訟参加論において、矢印構成のもとで自己の名において請求を定立してない（その請求定立の相手方でもない）ので、当事者適格を有する形式的当事者とはいえないが、当事者権の観点から形式的当事者に等しい手続保障を与えて然るべき重大な利害関係人の訴訟上の地位が形式的当事者を超えた当事者権の及ぶ人的範囲とも関連して、実質的当事者概念の定立の可否において問題となりうる⁽¹⁹⁾。しかしながら、これもまた形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする通説的見解を理論的基礎とする「矢印構成」によれば、かかる者を実質的当事者概念にいう実質的当事者として形式的当事者に等しい当事者権を保障することは許されないことになるなかで、そのように解することが体系的課題として問題となりうる点に留意する必要がある。

(b) 理論的基礎に基づく体系的課題の解決策

矢印構成のもとでは、原則的には二当事者対立構造のもと形式的当事者概念により請求を定立しない（または定立されない）者は判決の名宛人になれず形式的当事者ではないから当事者適格を有することもありえず、それゆえ当事者参加も認められないことになる。したがって、このようにして判決の名宛人たる形式的当事者ないし当事者適格の有無と請求定立の有無を連動させる矢印構成は形式的当事者概念のもとで原則として十分な根拠と合理性を有すると考える。それゆえ、矢印構成を原則的には多数当事者論において妥当させるべきであると考えられる。しかしながら、旧法下においても、前述したように矢印構成を機械的・画一的に徹底させることには、「矢印思考」「モデル思考」といった批判があった。まして、そういう批判を受け止めて片面的独立当事者参加を明文で認める現行法のもとで、矢印構成を機械的・画一的に徹底させ、固有の請求を定立しないと再審も含めて当事者適格も当事者で

あることも一切認められないとし、さらには、請求を定立したか否かで一律に手続保障の面で明確な差異を設けなければならぬとするのは実質的な妥当性を欠く場合が生じるように思われる。

他方で、それにもかかわらず請求擬制などにより矢印構成にこだわるのは、つまるところ形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする通説的見解との体系的整合性のゆえではないかと思われる。²⁰ すなわち、請求擬制をすることにより判決の名宛人≡既判力の及ぶ形式的当事者にすることが可能となるという前提に立っているからではないかと思われる。しかし、たとえば第三者再審において詐害防止参加の参加人が原告の請求について被告側にとって請求棄却の申立てをした場合、本来の被告適格者である会社が背後にいる重大な利害関係人たる第三者の利益のためにも請求棄却の申立てをすべきところ詐害的訴訟追行をしているなかで、重大な利害関係人たる第三者が被告会社に代わって請求の棄却の申立てをしている点で、実質的には三面的対立構造ではなく二当事者対立構造を前提としているので、原告側からの請求擬制がなくても参加人として原告に対する請求棄却の申立てのみで当事者の地位を有することになると解すべきではないかと考える。

これに対し、詐害防止参加ではなく共同訴訟的補助参加の参加人として第三者再審をする場合には、参加人は一見形式的当事者ではないので判決の名宛人≡形式的当事者にはなれないようにも思えるが、被告会社が詐害的な訴訟追行、すなわち背後にいる利害関係人たる第三者の利益をも考慮しないで本来なすべき積極的な訴訟追行をしない場合には、原告の請求に対して被告会社に代わって請求棄却の申立てを認めることにより再審原告適格者として判決の名宛人たる原告の地位を有すると解することも解釈論上可能と解すべきではなからうか。要するに、独自の請求を定立していなくても、あえて請求の擬制を必要とすることなく例外的に再審原告適格やその前提として当事者≡判決の名宛人たる地位を柔軟に認めるべきであると考ええる。そして、上記のような判例・通説において当事者

適格こそ認められないものの、対世効により判決効拡張を受けるとともに重大な利害関係を有する第三者において行為規範の観点から当事者権の面で形式的当事者に等しい手続保障が付与して然るべき者は実質的当事者概念に言う当事者（以下、実質的当事者と略する）と呼ぶべきではないかと考える。たとえば会社や宗教団体など法人等の内部紛争において法人ではないがゆえに被告適格を有しないが重大な利害関係を有する者（取締役選任の株主総会決議取消訴訟における被選任取締役、寺院の代表役員の地位確認の訴訟における任免権限を有する宗派管主と現代表役員）であり、検察官を被告とする人事訴訟においてその訴訟の結果につき重大な利害関係を有する者（死後認知訴訟における被相続人たる死者の相続人）は判例・通説たる法人被告説に従って被告適格が認められないとしても訴訟参加した場合には、重大な利害関係を有するがゆえに行為規範の観点から形式的当事者たる判決の名宛人ではないものの、形式的当事者に等しい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。また、所在不明の夫が訴えられた金銭請求訴訟において夫側に補助参加し認められた妻が有する訴訟上の地位は、補助参加人とは言え夫が不在であるがゆえに被参加人（夫）に対する従属的地位は事実上考えられず、夫に代わって訴訟担当機能を有する実質的当事者として判決の名宛人ではないが形式的当事者に等しい当事者権を保障してもよいと考える。²²⁾

要するに、形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする伝統的通説によれば、形式的当事者でないものは一切判決の名宛人になることができず、形式的当事者と異なり（従属性のない当事者としての）当事者権が一律に保障されないという硬直した取扱いとなり、それが多数当事者論の更なる判例・学説の柔軟な取扱いを妨げる桎梏になっていると考える。そうしたなかで、かかる問題状況の解決策として、私見によれば、共同訴訟的補助参加につき請求定立がないからといって一律に当事者参加たる独立当事者参加との間に当事者権（手続保障）の面で差異を設けるべきではなく、共同訴訟的補助参加（一部通常の補助参加）の中にも、当事者権の面で例外的ながら当事者参加

人の同等の手続保障を付与すべき実質的当事者がいると解する。そのような対世効の認められる人事訴訟・会社組織関係訴訟等における重大な利害関係人たる共同訴訟的補助参加人は当事者権の面で行為規範の観点から実質的当事者として請求棄却の申立てにより、詐害防止参加における参加人としても少なくとも請求棄却申立てにより再審原告適格を認めるべきである。その意味で、厳格な矢印思考から脱却し、矢印構成を原則的に認めつつその例外を許容する形で柔軟に扱うべきであると解する。すなわち、多数当事者論の理論的基礎でかつその矢印構成の根底にある二当事者対立構造に基づく形式的当事者概念を原則としつつ、対世効の及ぶ共同訴訟的補助参加人を当事者権の観点から形式的当事者と同視できる実質的当事者と解すべきである。独立当事者参加（特に詐害防止参加）についても、その効用を解釈論上も積極的に評価すべきと解する立場から、両当事者に対する独自の請求の定立がなくとも一方当事者に対する請求棄却の申立てがあれば当事者参加の参加人に対する当事者権を保障すべき場合を認めるべきである。

また、一部の提訴原告たる入会権者が提訴を拒否した入会権者をも被告に回し本来の被告とともに提訴した入会権確認訴訟において共同被告間に既判力が及ぶか、あるいは、遺産確認の訴えにおいて共同原告と共同被告の間のみならず共同原告間や共同被告間に既判力が及ぶかという問題についても、請求定立の有無や請求擬制よりも、既判力の正当化根拠に則り既判力を及ぼすに足る当事者としての手続保障の機会たる当事者権を行為規範の観点から保障すべきであるとともに、実際に当事者としての手続保障の機会が保障されたかどうかの実質に照らし評価規範の観点から既判力を及ぼすかどうかを判断してはどうかと考える²³⁾。

(4) 既判力の人的範圍論

(a) 理論的基礎に基づく体系的課題の視点からみた問題状況

既判力の人的(主體的)範圍とは、既判力は誰と誰の間に(いかなる人的範圍で)及ぶかという問題であり、原則は民事訴訟法(以下略)一一五条一項一号によれば当事者に及ぶという既判力の相対性原則が妥当する。そして、その例外は一一五条一項二号以下の第三者に対する既判力の拡張である。そして、一方で、伝統的通説によれば、既判力の相対性原則にいう当事者とは形式的当事者概念にいう当事者(形式的当事者)であり、例外としての第三者に対する既判力拡張にいう第三者とは形式的当事者以外の第三者であると解されてきた。そうしたなか、わが国の伝統的通説のもとで、当事者と第三者の区別の上記基準を踏まえて、既判力の相対性原則の例外たる口頭弁論終結後の承継人への既判力拡張論、訴訟担当における被担当者への既判力拡張論、対世効論、反射効論など判例・学説による学問的な進展が著しいのに引き換え、既判力の相対性原則とその理論的基礎たる当事者概念については特に問題視されることもなかったため学問的進展がみられず、結局第三者への判決効拡張論だけが活発な議論により肥大化しているように思われる。しかも、一一五条一項一号にいう当事者について、形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする伝統的通説と、既判力の正当化根拠ないし既判力の相対性の原則の根拠として当事者概念ないし当事者に対する手続保障を問題とする今日の多数説との間に齟齬があるのではないかという体系的課題が根底には潜んでいるように思われる。それゆえ、既判力の人的範圍論の理論的基礎に基づく体系的課題の視点からみた問題状況として、「既判力の相対性原則にいう当事者とその例外たる既判力拡張を受ける第三者の区別の基準について、その理論的基礎として形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする通説と既判力の正当化根拠ないし既判力の相対性原則の根拠を当事者権に求める多数説等との間の齟齬」という点を掲げることができよう。そこで、(a)ではそ

のような問題状況を判例・学説上具体的に浮き彫りにしたうえで、(b)ではかかる問題状況を解決策を菱田説・高橋説・新堂説と対峙しつつ私見を敷衍したい。

そもそも一九世紀末に登場し二〇世紀初頭のドイツにおいて通説化した形式的当事者概念は、権利義務の帰属主体以外の第三者の(正當な)当事者としての訴訟追行を可能ならしめるために、訴訟担当者をも(正當な)当事者として包摂せしめるための「当事者」概念として成立し、現代の手續保障論なりわが国特有の当事者権なりが反映された概念ではない。そこで、(裁)判例のなかには、かかる形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする通説の理論枠組みでは説明しがたい例外的ケースが少なからず散見される。

第一に、当事者確定論と関わるものとしては、当事者確定論において前述したように、(一)訴状には当事者と表示されていても、全く訴訟追行の機会を与えられなかった氏名冒用訴訟における被冒用者(通説たる表示説によれば当事者)に前訴訟の効力が及ばないとして再審の訴えを提起するまでもないとした大審院判例や最高裁判例³⁰がある。勿論、氏名冒用訴訟における判決の効力につき、被冒用者に当事者として既判力が及ぶといたうえて、被冒用者に三号再審が認められるとした大審院判例³¹もある。ただ、全く手續保障がなく確定判決を騙取された被冒用者を表示説に立って一一五条一項一号という形式的当事者概念にいう当事者に該当するからといって直ちに当事者として既判力を及ぼすのは、形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする伝統的通説とは合致し、かつ事後的救済手段として被冒用者を当事者として三号再審を認める余地があるとしても、既判力の正当化根拠ないし既判力の相対性原則の根拠としての当事者権なり当事者としての手續保障に鑑み問題視すべきである。また、再審という事後の救済手段しか認められないとするのも同じく被冒用者の手續保障の観点から問題視すべきであると考ええる。また、同様のケースで冒用者に当事者としての手續保障の機会の保障があった場合、評価規範の観点からみた当事者権保

障に鑑み当事者と解すべきであると考えるが、その場合には形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする通説との齟齬が問題となる。

(二) 死者名義訴訟における死者側の敗訴判決が確定した後に死者名義訴訟であるという問題が判明した場合、訴状に死者である被相続人が表示されているだけで一一五条一項一号にいう当事者と解すべきなのか、それとも、死者の相続人に現に手続保障の機会が付与されそれを行使した場合に、その相続人を一一五条一項一号の当事者と解する余地はないかが問題となる。学説上、当事者と表示されていなくても手続過程を實質的に支配していた者には判決効が及ぶという理論によって相続人に判決効を及ぼすことも提案されているが、これを認めるためには形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする伝統的通説との齟齬をクリアーする必要があるが、その点が問題となる。

(三) 法人格否認の法理の訴訟法上の適用の可否と関連して、前訴で被告とされた会社（又は個人）と後訴での實質的に全く同一の背後者（会社、支配会社）を前訴と訴状の表示が異なるだけで別人格として既判力を及ぼすべきでないとして改めて背後者を再度訴えなければならぬのか、それとも、背後者に既判力を及ぼすべきかが問題となる。この法人格否認の法理の訴訟法上の適用の可否の問題につき、判例（最判昭和五三年九月一日判時九〇六号八八頁）は、濫用事例において法人格否認の法理に基づき背後者に既判力拡張することはできないとする否定説に立っているが、この判例に対して多数説は批判的である。他方で、法人格否認の法理の訴訟法上の適用における被告会社の背後者たる支配企業をすでに融合した単一体として捉える下級審裁判例²⁹⁾など肯定例が少なくないうえ、多数説は肯定説に立ち、その理論構成をめぐる諸説があるなかで、少なくとも形骸事例では背後者を實質的当事者と解する裁判例・少数有力説がある。ここでも、「当事者と表示されていなくても手続過程を實質的に支配していた者には判決効が及ぶという理論」によって背後者に既判力を及ぼすことが考えられるが、その理論を既判力の第

三者への拡張の理論として位置づけるのであればともかく、一一五条一項一号の理論枠組みの問題として位置づけるようであれば、形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする伝統的通説との抵触がそれを阻む壁として立ちほだかるように思われる。また、形式的当事者概念と表示説を結び付ける伝統的通説に立てば既判力拡張否定説となるのに対し、既判力の正当化根拠に基づき、当事者権(手続保障)の観点から前訴の被告と背後者を実質的に一体の者である実質的当事者として前訴で背後者にも当事者権が保障されたと捉える立場に立てば、肯定説に立つ余地も考えられよう。だが、ここでも形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする通説的見解との齟齬が理論体系上の壁となつて立ちほだかると言つてよいと考える。

第二に、当事者適格論と関わる判例として、当事者適格論で前述したように、前訴で権利能力のない社団が原告として被告に対し社団の代表者への登記請求を立てて受けた判決の効力は、後訴で社団と実質的に同一の社団の構成員に及ぼすべきではなく、改めて社団の構成員を訴えなければならぬかが問題となる。最判平成二六・二・二七民集六八巻二号一九二頁は、登記請求につき権利能力のない社団の原告適格を認めるなかで、「実体的には権利能力のない社団の構成員全員に総有的に帰属する不動産については、実質的には当該社団が有しているのとみるのが事の実態に即して」いるとしつつ、「その訴訟の判決の効力は、構成員に及ぶと解される」と判示し、権利能力なき社団の受けた判決はその構成員に及ぶ旨判示した³⁵⁾。上記最判では、訴訟担当構成と固有適格構成等との見解を採用するかに加えて既判力の根拠規定も明らかにしなかったことから、訴訟担当構成によれば問題なく二号適用説になるが、固有適格構成によれば、二号適用説、反射効説や一号適用説の対立がある。

筆者は旧稿³⁶⁾において一号適用説を主張したが、その立場に立つ場合には、ここでも形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする通説との体系上の齟齬が問題にならう。

第三に、執行潜脱目的の目的物の仮装譲渡の事例において前訴で譲渡人を被告として訴えて勝訴した原告は、後訴において改めてその仮想譲受人を被告として訴えを提起しなければならないのか、それとも前訴の被告が実質的当事者として判決効が及ぶと解すべきかについて大阪高判昭和四六年四月六日判時六三三三三三頁が問題になった。事案の概要を簡潔に示すと、Xらは、本件に先立ちA社を相手どり、A社から本件土地を買い受けたことを理由に、売買による所有権移転登記請求の訴え（前訴）を提起し、勝訴の確定判決を得た。ところが、この前訴第一審判決の言渡しの直前に、A社は、右土地を社長の息子Yに贈与し、その旨の移転登記をしていた。そこで、Xは、Yに對して本件訴えを提起し、AのYへの贈与契約はなく、あっても虚偽表示であると主張して、Yから直接Xへ移転登記請求をするよう請求した。これに對し、YはA・X間の売買を争った。第一審はXが勝訴し、これに對してYが控訴し高裁が控訴棄却した。本高裁判決は、①A・Y間の本件移転登記は、贈与その他有効な登記原因を伴わない通謀虚偽表示に該当し、かつ、Yは、Y自身のため登記名義を保有すべきなら利益も理由もなく、②本訴の「実質的当事者」はAそれ自体であり、③Yによる、A・X間の売買の抗争は、「結局前訴におけると同一の争いのむし返しにほかならない。」との判断に立ち、本件のようなYは、(旧)民訴法二〇一条一項(現一一五一条一項四号)にいう「請求の目的物の所持者に準じ、これに既判力を及ぼす類推解釈が可能」となり、YはA・X間の売買を争うことはできないとの判断を示した。要するに、後訴の「実質的当事者」は前诉被告A社で、登記名義人Yは請求の目的物の所持者に準じ既判力を及ぼすことができるとした。本裁判例について、単に前訴の当事者のために登記名義人になっているにすぎない者を、請求の目的物の所持者に準ずる者と解し、既判力拡張の類推が可能であると判示した旧二〇一条(現行一一五一条一項四号)の類推解釈の面では異論なく高く評価されている。だがここで問題となるのは、前诉被告を「実質的当事者」であるとした点であり、この点は評価が分かれている。すなわち一方で

は、本判決を一般化することは妥当でないとの消極的な見解もかなり有力である。その理由は、この判決で用いられた「実質的当事者」という概念が提唱されるようになったが、この見解によると、形式的当事者でなく実質的当事者が民法一一五条にいう当事者として、一次的に判決効を受けることになり、それは形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする通説の立場と基本的に衝突するからである。これに対して他方では、上記裁判例が明示した実質的当事者なる概念を高く評価する見解もある。新堂・判例解説³⁸⁾は、上記裁判例が示した「本訴の形式上の当事者はYであるが、実質上の当事者がAである」という考え方について、「これまで、訴訟法上の『当事者』というときは無反省に形式的当事者(訴状で当事者と記載された者)を意味すると解されてきた。既判力の問題について深く考えられたわけではなかった。しかし、本判旨は、そうした形式的当事者概念の画一的使用に一つの警告を与えている。少なくとも、既判力の主観的範囲を決定する際には、形式的当事者が違えば既判力は及ばないという原則に立つべきではなく、『実質上の当事者』が違ふときにはじめて既判力は及ばないという原則に立つべきではないかという反省を促しており、この点で判旨の意義は大きい」とする。

このように、上記裁判例は、その意義や射程とも関わり、一一五条一項一号にいう「当事者」の解釈と絡む大きな問題を提示したものとさえよう。確かに、一一五条一項一号にいう当事者を実質的当事者と解して一般化するとは法的安定性の要請からいっても妥当でないと考える。それにもかかわらず、この判決で用いられた「実質的当事者」という概念を低く評価すべきではなく、例外的にであれ「実質的当事者概念」の有効性を例証する意義を有するものとして高く評価すべきであると考える。ただし、後者の立場ではここでも形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする通説との齟齬が体系上の課題として問題となりうる。

(b) 理論的基礎に基づく体系的課題の解決策

以上に述べたように、一一五条一項一号の当事者を形式的当事者概念にいう当事者と解し、二号以下を形式的当事者以外の第三者に対する既判力拡張の問題として捉える通説とより実質的な考察により一号にいう当事者につき柔軟な取扱いをする(裁)判例や少数有力説の間に乖離があるなかで、既判力の相対性原則にいう「当事者」概念を当事者権の観点から見直すべきであると考え。なぜなら、形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする伝統的通説によれば、既判力の相対性原則上の当事者については形式的当事者かどうかだけが決定的な意味を持ち、当事者権が保障されたかどうかは決定的な意味を持たない。そうしたなかで、伝統的通説を前提とすれば、形式的当事者以外の第三者に既判力が拡張される例外だけがふくらんでくる体系的構造になっているからである。筆者は、既判力の正当化根拠ならびに既判力の相対性原則の根拠づけに立ち返って、当事者権を既判力の人的範圍論の核心に据え、その理論的基礎として当事者概念と当事者権の結びつきに基づく上記体系的課題の解決策を組み立て直すべきであると考え。

こうした点につき、菱田論文によれば、「形式的当事者概念によって当事者と第三者の間に設定された境界には既判力の制度趣旨が何ら反映されていない以上、例外が生じるのはやむを得ない」と述べて形式的当事者概念と既判力の制度趣旨の齟齬を認めており、形式的当事者概念を前提とする限り例外を認めざるをえないと解する点で筆者と同じ問題認識に立っているように思える。しかし、当事者概念が問題になる「場面ごと」に考慮要素が異なることがありうる以上、単一の当事者概念では処理しきれないから、場面ごとに当事者が誰かを直接検討の対象にする「当事者概念の相対化」の方が議論の見通しがよく、生産的だとする。そこで、「形式的当事者概念で処理しつつ、例外的な事案については形式的当事者概念を前提としたうえで、(実は当事者概念自体を場面ごとに修正して

いるのだがそれを表に出さずに)、当事者確定基準を動かすという処理で十分なのかもしれない」という。以上の記述からは、菱田説にとつては、当事者に関わる各場面での形式的当事者概念の適用とその例外の位置づけによる適切な処理こそが重要な課題であるように思われる。したがって、既判力の制度趣旨に合わせて伝統的通説のいう「既判力が形式的当事者に及ぶとする原則とその例外たる広く第三者への既判力拡張」を根本的に見直すべきであるという筆者の問題意識は菱田説では希薄であるように思われる。それゆえ、形式的当事者概念と既判力の制度趣旨との齟齬から生じる例外を一律に第三者への既判力拡張の問題と位置づけてよいのか、むしろ、既判力の相対性原則のなかで位置づけ直すべきものがあるのではないのかという筆者の体系的課題としての問題認識も菱田説ではあまり重要視されないように思われる。

次に、高橋説⁴⁰は、前述した氏名冒用訴訟における冒用者が当事者かという問題を例に挙げて、「私見(筆者注…高橋説)は、規範分類説(二重規範説)を過渡期の解釈論でもありうるので、冒用者を漠然と例外的に当事者と呼ぶので良いとするが…、規範分類説(二重規範説)を恒常的な理論だとし、かつ、体系性を重視する松原説は、冒用者を一一五条一項一号の「当事者」だとせねばならないのであろう」とする。そして、松原説の問題は、「形式的当事者概念を修正する」定義に加えて、実質的当事者概念を組み入れることにあり、当事者概念の二元化に松原説の意義と問題性があるとする。そのうえで、高橋説は、「菱田論文が暗黙に認めるように、形式的当事者概念は維持した上で特定の局面では修正原理を加味する(形式的当事者概念を否定することを必ずしも意味しない)という解釈論も、理論体系としては、見通しもよく生産的でもある」とする。実は私見も、形式的当事者概念は維持したうえで、「当事者各論」の特定の局面での例外的な修正原理として、しかも、(裁)判例が使用した「実質的当事者」「実質上の被告」等を理論化して当事者権とリンクする形で実質的当事者概念を併用すべきであると提案し

たものである。高橋説の指摘する二元化の問題性とは、必ずしも明確ではないが、行為規範と評価規範の分離による理論化を過渡的な理論⁽⁴¹⁾と解することから生じる問題性のほかに、二元化することにより両概念が固定化・硬直化するのではないかという疑念を抱いておられるのではないかも想像される。ただ筆者にとつては、形式的当事者概念を唯一の当事者概念とすることによる理論の固定化・硬直化の危険性の方が大きく、それを阻止し柔軟化する解決策としての二元化提案であると考ええる。既判力の人的範圍論では、「行為規範と評価規範の原則一致の例外乖離の枠組みのもとに、原則（行為規範⇨評価規範における形式的当事者概念）と例外（行為規範と評価規範の乖離における実質的当事者概念）の二元論により既判力の相対性原則にいう当事者を再構成することで十分ではないか」と考⁽⁴²⁾える。

さらに、新堂説⁽⁴³⁾は、民事訴訟法一一五条一項一号の解釈について、一一五条一項一号を全体としてみると、一一五条一項二号、同三号、同四号に該当する以外の者は、原則にかえて一一五条一項一号にいう当事者になることとして、二号以下に該当する以外は原則の一号に戻るべきこと、全面的に当事者権（手続保障）を与えられた場合にはじめて同条一項一号にいう「当事者」に該当するものとして初めて、既判力を受けることが正当化されるという。この新堂説は、形式的当事者概念を所与のものとして、そこから「既判力の相対性原則⇨形式的当事者」「第三者への既判力拡張⇨形式的当事者以外の第三者」という図式的命題から出発する伝統的通説とは異なり、既判力の正当化根拠としての当事者権を起点として「既判力の相対性原則⇨全面的当事者権を付与された者」と原則回歸の理論化を提示し、肥大化しつつある例外たる第三者への既判力拡張に歯止めをかける理論を提示するという一種の「コペルニクスの転回」を図ったものとして大変注目される⁽⁴⁴⁾。

私見も、この新堂説から示唆を得て、民訴一一五条一項一号にいう「当事者」概念を既判力の正当化根拠として

の当事者権(手続保障)に鑑み、当事者権を起点として当事者概念と結び付けて再構成し、民事訴訟法一一五条一項一号にいう当事者は当事者の訴訟主体性の確保という観点から訴訟主体として当事者権の保障された者であると解すべきであり、形式的当事者は行為規範の観点から全面的な当事者権を保障すべきであるので、その正当化根拠として既判力が原則として及ぶ。すなわち、形式的当事者概念にいう当事者には行為規範と評価規範が一致するなかで原則として当事者権が保障されるが故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と解する。他方で、形式的当事者に全面的な当事者権が保障されず、却って形式的当事者以外の重大な利害関係人に全面的な当事者権が保障される場合も例外的にありうることから、かかる場合には例外的に当事者権の全面的保障を条件として行為規範と評価規範が乖離するなかで当事者権と結び付いた形式的当事者(判決の名宛人)でない実質的当事者概念にいう当事者にも一一五条一項一号の枠組みの中で既判力が例外的にも及ぶと解すべきではないかと考える。このようにして、形式的当事者概念と実質的当事者概念を併用すべきであると考ええる。そして後者の例として、死者名義訴訟における手続関与の相続人への既判力、氏名冒用訴訟における冒用者への既判力、権利能力を有しない社団の当事者適格における社団の構成員への既判力、法人格否認の法理に基づく背後者への既判力等を挙げることができよう。

三 当事者論全体の理論的基礎に基づく体系的課題とその解決策——結びに代えて

わが国における近時の民事訴訟法の体系書では「当事者」の章の冒頭に、筆者が「当事者総論」と命名する、当事者概念(形式的当事者概念)、二当事者対立構造、当事者権等について記述されることがかなり一般的である⁴⁶⁾。だが、これらに続く(筆者が命名する)「当事者各論⁴⁶⁾」においてそれらがどのように反映されているかは必ずしも

明らかでなく、とりわけ当事者権においてその傾向が著しい。たとえば、既判力の制度趣旨や（正当化）根拠論としての当事者権が既判力の相対性原則における「当事者」概念において必ずしも明確に反映されていないように思われる⁽⁴⁷⁾。そもそもわが国の当事者論はドイツのそれを学説継受したものであるが、ドイツには少なくともわが国で採用される当事者権というものはない。したがって、一九七四年に新堂幸司・民事訴訟法（筑摩書房）において当事者権が記述されるまで、わが国の体系書では、ドイツの体系書に倣って、「当事者」の章の最初に当事者概念（形式的当事者概念）と二当事者対立構造のみが記述されていた⁽⁴⁸⁾。当事者権は、第二次世界大戦後の日本において山木戸克己博士により提唱され⁽⁴⁹⁾、その後当事者論のなかでも認知されていったのである⁽⁵⁰⁾。しかしながら、わが国の伝統的通説の当事者論の理論的基礎に基づく体系は、現実には当事者権がほとんど反映されていないなかで、ドイツの当事者論の学説継受による形式的当事者概念を唯一のものとする当事者概念およびそれと二当事者対立構造を理論的基礎とする矢印構成をベースとした形式的・静態的な理論体系である。その点では、ドイツの学説を継受した初期の日本の民事訴訟法学説と大差はないように思われる。そうしたなか、一方で、わが国の判例・学説による「当事者各論」の発展は、（当事者権抜き）二当事者対立構造と形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする見解のみを理論的基礎として根底に置く伝統的な当事者論の体系と軋みないしをもたらしなないわけにはいかないし、他方で、こうした形式的・静態的な当事者論の体系が「当事者各論」の更なる発展を妨げる桎梏となつていて、既判力の人的範圍論における形式的当事者概念の貫徹による既判力の相対性原則と第三者への既判力拡張の峻別が早くから伝統的通説としての地位を確立し、今日なお根本的に見直されることなく通説的見解である。そういう問題意識のもとに、筆者は既存の形式的当事者概念と二当事者対立構造だけでなく、むしろ当事者権を中心とする戦後

の手續保障論の成果を当事者論の理論的基礎とりわけ当事者概念に自覚的に注入すべきであると考え⁵¹⁾る。

そもそも、筆者は研究者として当事者概念のドイツ学説史的研究を最初の論文として公刊して以来定年退職前までの研究の一貫したテーマは、「形式的当事者概念の相対化」であり、形式的当事者概念の意義を認め原則としてそれを採用しつつ、その限界づけを試みようするものであった。というのも、二〇世紀の初頭にヘルヴィヒらにより支配的な当事者概念となった形式的当事者概念には、そもそも当事者権なり手續保障の観点はその形成にあたり全く念頭に置かれておらず、概念内容にも含まれていない。そうしたなかで、当事者概念の概念内容に当事者権を注入することにより、一方で形式的当事者概念の定義を一部修正するとともに、他方では形式的当事者概念の相対化による限界づけを補うものとして実質的当事者概念の併用を提案した⁵²⁾。そうして、当事者確定論や既判力の主観的範囲論における「形式的当事者概念の相対化」を試みた。それだけでなく、多数当事者論においても二当事者対立構造のもと形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする通説を理論的基礎とする「矢印構成の相対化」により動的かつ実質的な当事者論の理論的基礎を新たに構築することをめざした。そうすることにより、今日浮上している当事者論の理論的基礎に基づく体系的課題に対する解決策を提示することができるのではないかという問題意識から、本稿では当事者確定論、当事者適格論、多数当事者論、既判力の人的範囲論を取り上げた。

そうしたなかで、本稿でも扱った当事者適格論については、「形式的当事者概念の相対化」とは一見無縁のようにも見えるかもしれないので、その点についてここで言及したい。筆者の認識としては、形式的当事者概念を唯一の当事者概念として民事訴訟法の規定と関わるすべての「当事者」において妥当させる形で「絶対視」する見解と当事者適格論(ないし「正当な当事者」理論)において適格判定基準を一元的に捉えようとする見解は奥深いところに関連し合っていると考える。というのも、そもそも実体的当事者概念を克服して形式的当事者概念を確立して

二〇世紀初頭のドイツの民事訴訟法体系を作り上げ、わが国の初期の当事者論を含む民事訴訟法の体系に絶大な影響を及ぼしたのはヘルヴィヒである。そのヘルヴィヒは、一方で、形式的当事者概念を確立し、形式的当事者概念を彼の当事者論の理論的基礎に据えてあらゆる当事者に関する民事訴訟法の規定を形式的当事者の意味に解して「形式的当事者概念の絶対化」をもたらすとともに、他方で、「正当な当事者」理論では管理権を適格判定基準とするとする一元的な訴訟追行権論を構築した。そうしたなか、ドイツの学説継受によるわが国の初期の当事者論は、ヘルヴィヒの見解の絶大な影響のもとに形式的当事者概念とともに訴訟物から切り離された管理権ないし管理処分権に基づく「訴訟追行権」理論でもって「正当な当事者」理論もまた一元化されていった。それに対し、ヘルヴィヒの体系の批判的克服者であり同時にそれに代わるわが国における新たな体系の樹立者でもあった兼子一博士の当事者論は、一方でヘルヴィヒの形式的当事者概念およびそれを基礎とした「矢印構成」を受け継ぎながら、他方で当事者適格の判定基準についてヘルヴィヒの管理権を發展させた管理処分権説を基本としつつも、ドイツにおけるヘルヴィヒ後の「正当な当事者」理論を踏まえて権利関係の主張された主体である原則とそれ以外の訴訟担当など例外を踏まえた多元的な適格判定基準による当事者適格論を展開し、その後のわが国の当事者適格論に大きな影響を及ぼした。しかしその後、当事者論の第一人者であった福永有利博士の当事者論は、兼子説と同様に一方でヘルヴィヒの形式的当事者概念およびそれを基礎とした「矢印構成」を基本的に受け継ぎながら、他方で兼子説と異なりヘルヴィヒの管理権説を端緒とする管理処分権説を徹底的に批判し、それに代えて「訴訟の結果に係る実体法上の利益」を軸に日本独自の一元的な当事者適格理論を展開し、そのかぎりでもヘルヴィヒ流の一元的な当事者適格論が継承されたともいえるのである。このように「誰が当事者であるか」に関する統一的な当事者概念たる形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする通説的見解と「誰が正当な当事者であるか」と関わる当事者適格の判定基準

の一元化論とは共に一元的なものをめざす点で共通している。そうしたなか筆者は、一方では、訴訟物との関係での個別具体的な資格である当事者適格論は多元的な判断基準の理論が多元的な根拠づけに照らし望ましいと考えるとともに、他方では、当事者概念もまたいつまでも形式的当事者概念を唯一絶対のものとして一元化するだけでは足りない⁶⁷と考える。いずれにせよ、わが国の当事者適格論は、二(二)で論じたように、適格概念をめぐるドイツの学説継受とわが国独自の展開に加え、上記の一元的当事者適格論と多元的当事者適格論が交錯するなかで、適格概念をめぐる今日⁶⁸の概念上の混乱という体系的課題が浮上していると考えたためその解決策として前述した私見を提示したのである。

さて、本稿は「形式的当事者概念の相対化によるその限界づけ」という研究当初からの一貫した問題意識と「当事者各論」の理論的基礎に基づく体系的課題の解決に向け、形式的当事者概念を唯一の当事者概念とし、それに基づく矢印構成を理論的基礎とする伝統的通説と「当事者各論」の判例・学説上の展開との間に生ずる軋みや揺らぎ⁶⁹ないし更なる「当事者各論」の発展の桎梏としての体系的課題を明らかにして、その解決策を私見として提示しようとしたものである。その際に、わが国の伝統的当事者論において、当事者論の理論的基礎ないし当事者各論に対応する当事者総論として当事者権が認知されていながら、それが当事者論全体ないし個々の「当事者各論」にあまり反映されておらず、それゆえに形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする見解に加え、それと二当事者対立構造に基づく矢印構成から組み立てられている伝統的当事者論が形式論理的な理論体系となっている点に鑑み、当事者概念に当事者権を関連づけてより柔軟性と動態的な当事者論を構築することにより、わが国の「当事者各論」の更なる展開を可能にする当事者論の理論的基礎に基づく体系的課題の解決策を導き出そうと試みたのである。すなわち、私見は、当事者論の理論的基礎たる当事者概念と当事者の訴訟主体としての手続保障上の権能である当事

者権をリンクさせ、「行為規範と評価委規範の原則的一致と例外的乖離」という方法論⁽⁵⁵⁾の下に、まず形式的当事者概念にいう形式的当事者には原則として行為規範と評価規範が一致することを前提に、評価規範の観点からも訴訟主体として当事者権を保障すべきである。加えて、形式的当事者(判決の名宛人)ではないが、評価規範の観点から当事者権保障の面で実質的に当事者としての地位と機会を保障された者(当事者確定・既判力の人的範囲論)、および行為規範の観点から当該訴訟において形式的当事者と同等の当事者としての地位と機会を保障すべき者(多数当事者論)を実質的当事者概念にいう(実質的)当事者と呼んで当事者権の人的(主体的)範囲を形式的当事者より広げ、そのようにして形式的当事者概念と実質的当事者概念を併用すべきである⁽⁵⁶⁾と考える。本稿は、かかる両当事者概念の併用を当事者論の理論的基礎として根底に据えることにより、「当事者各論」の理論的基礎に基づく体系的課題の解決策とすることを私見として提案するものである。

要するに、本稿は長年にわたる当事者論の拙い研究の集大成として、「当事者各論」の判例・学説上の発展に鑑み、かつ更なる今後の発展に鑑みると、形式的当事者概念を当事者概念の唯一のものとして絶対視する通説的見解からの脱却や一元的・抽象的な適格判定基準に代わる多元的な適格判定基準に基づく多様な適格概念と分類の組合せ、矢印構成を厳格・固定的に捉える形式的静態的理論体系から当事者権と当事者概念との結びつきを理論的基礎とする柔軟かつ実質的・動態的な理論体系への転換を提唱したものである。

最後に、熊本大学の定年退職を迎えて、誠に不器用かつ能力に乏しい筆者に民事訴訟法研究者への途を開いて下さった二人の恩師、富樫貞夫熊本大学名誉教授と新堂幸司東京大学名誉教授に改めて心からなる感謝の思いもって拙い本稿をお捧げしたい。

註

- (1) 谷口安平「多数当事者訴訟について考える」法教八六号(一九八七年)六頁以下(同『多数当事者訴訟・会社訴訟(民事手続法論集第二巻)』(信山社・二〇一三年)三四〇頁以下)。「矢印思考」という表現は、請求定立を絶対的なものと捉える伝統的通説の思考方法を問題にする批判的な表現となっている。本稿では、矢印、即ち請求定立の構成の意義を認めつつ、その限界を、形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする伝統的通説との関連において問題にするために、「矢印構成」という表現を以下では用いることにする。
- (2) この点について、松原弘信「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——」熊本大学法学部十周年記念『法学と政治学の諸相』(成文堂・一九八九年)三一三頁以下、三二五頁以下、同「多数当事者訴訟における利害関係人の概念的規律」民訴雑誌三八号(一九九二年)二二三頁以下。
- (3) 菱田雄郷「多数当事者論の新動向」論究ジュリ二四号(二〇一八年)五三頁。
- (4) 井上治典「当事者論の外延と内実」民訴雑誌五一号(二〇〇五年)一七頁、高橋宏志「重点講義民事訴訟法(下)(第二版補訂版)」五一九頁以下。
- (5) 新堂幸司「民事訴訟法をめぐる学説と判例の交錯」鈴木忠一「三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座(一) 判決手続I』(日本評論社・一九八一年)二八頁
- (6) (三)では主に鶴田滋「片面的独立当事者参加の訴訟構造」『徳田和幸先生古稀祝賀論文集・民事手続法の現代的課題と理論的解明』(弘文堂・二〇一七年)一一三頁以下(以下、鶴田論文と略す)と対峙しながら考察を進める。
- (7) この点につき、青木哲「共同訴訟と判決効の主観的範囲」法律時報六八巻八号(二〇一六年)三八頁以下、杉山悦子「既判力の主観的範囲」法教四五九号(二〇一八年)三一頁、八田卓也「原告側固有必要的共同訴訟において提訴に同調しない者がいる場合の扱いについて」民訴雑誌六二号(二〇一六年)九三頁以下、山本克己「固有必要的共同訴訟」長谷部由起子

ほか編『基礎演習民事訴訟法（第三版）』（弘文堂・二〇一七年）二三五頁以下。

(8) この問題について論じたものとして、青木・前掲（注7）四〇頁、笠井正俊「遺産確認訴訟における確定判決における既判力の主観的範囲」『伊藤眞先生古稀祝賀論文集・民事手続の現代的使命』（有斐閣・二〇一五年）一五五頁以下、杉山・前掲（注7）三一頁。

(9) これらの問題については、矢印構成の限界という問題関心から、既判力の人的範囲論ではなく、多数当事者論において取り上げる。

(10) 第三者の訴訟参加における当事者と第三者との距離を説くものとして、井上治典「第三者の訴訟参加」ジュリ五〇〇号（一九七二年）三三三頁以下。

(11) 福本知行「共同訴訟的補助参加人の訴訟行為について」『徳田和幸先生古稀祝賀論文集・民事手続法の現代的課題と理論的解明』（弘文堂・二〇一七年）一〇七頁以下は、伝統的通説の立場から共同訴訟的補助参加（特にその効果）を一律に捉えて、詐害防止参加と同じく当事者参加である共同訴訟参加との訴訟追行権の有無に基づく手続保障上の差異を設ける。しかしながら、判決効は及ぶが当事者参加ではないという共同訴訟的補助参加の規律の趣旨を考慮して、要件特に効果を設けるべきであり、当事者参加たる共同訴訟参加と非当事者参加たる共同訴訟的補助参加の区別を絶対視してその差異を一律に設けることには賛成できない。この点につき、高橋宏志・民事訴訟法概論（有斐閣・二〇一五年）三二五頁以下、松原弘信「共同訴訟的補助参加の理論的基礎——「当事者総論」との関わりに留意して」『伊藤眞先生古稀祝賀論文集・民事手続の現代的使命』（有斐閣・二〇一五年）五七一頁以下。

(12) この問題を取り上げたものとして、松原弘信「人事訴訟・会社訴訟における再審原告適格——被告適格との関係とその理論的基礎」熊本ロージャーナル一四号（二〇一八年）三頁以下、吉垣実「確定判決の効力を受ける第三者の救済方法について——会社の組織に関する訴えを中心として」『高橋宏志先生古稀祝賀論文集・民事訴訟法の理論』（有斐閣・二〇一八年）一〇九一頁以下など多数存在する。

- (13) 平成二五年最決では、本件新株発行にかかる株式の株主たる地位の確認請求を当事者双方に定立する形で独立当事者参加の申出をした事案であったのに対して、平成二六年最決では、原審の原告に対して請求棄却判決を求めただけで、両当事者に対して独自の請求を定立していない事案であった。
- (14) 松原・前掲(注12) 三頁以下は、これらの判例について再審原告適格の有無を原訴訟における当事者適格の有無(ないし判決の名宛人の有無)と連動させる見解として捉えたいうえで批判的に論じたものである。
- (15) 井上(治)・前掲(注4) 二二頁以下、特に二二二頁。
- (16) 三木浩一・山本和彦編「共同訴訟的補助参加」「独立当事者参加(詐害防止参加)」「第三者再審制度の導入」『民事訴訟法の改正課題』(有斐閣・二〇二二年) 三三―三九頁、四六一―五一頁、一七六頁―一八三頁。
- (17) 鶴田・前掲(注6) 一二三頁以下。
- (18) 代表的なものとして、山本弘「多数当事者訴訟」竹下守夫編集代表『講座新民事訴訟法I』(弘文堂、一九九八年)(同『民事訴訟法・倒産法の研究』(有斐閣・二〇一九年) 所収)
- (19) 松原弘信「当事者論における当事者権の研究序説」熊本法学一二二号(二〇一一年) 五五頁以下。特に五七頁以下では、(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、(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、(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続保障について取り上げた。
- (20) この問題が、本文に述べたものだけでなく再審の手続構造とも関わることについて、松原・前掲(注12) 八頁以下。
- (21) 松原弘信「会社組織関係訴訟の被告適格——手続法の視点から」川嶋四郎・中東正文(編)『会社事件手続法の現代的展開』(日本評論社・二〇一三年) 一六一頁以下(「会社の組織に関する訴えの被告適格/手続法からの分析」法律時報八四卷四号(二〇一二年) 一八頁以下)
- (22) 井上治典・前掲(注10) 三三三頁、高橋・前掲(注4) 三四二頁以下、松原・前掲(注19) 五九頁以下。

- (23) 杉山・前掲(注7)三一頁も、既判力を及ぼすに足る主張立証の機会があったか、民訴法四〇条が準用されるかを個々に見ていく必要があるとする。
- (24) 既判力の相対性原則に基づき既判力が原則として当事者に及ぶ根拠については、どの体系書・注釈書についても説明されているのに対し、既判力の相対性原則にいう当事者を形式的当事者概念にいう当事者に限る(裏を返せば形式的当事者以外には一切認められない)根拠についての説得的な説明を必ずしも見出せないように思われる。
- (25) 既判力の根拠論および既判力の相対性原則の根拠論の観点からの一一五条一項一号にいう当事者を形式的当事者概念の意味においてのみ解する通説の批判的検討について、松原弘信「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)三一頁以下。
- (26) 菱田雄郷「当事者の意味・定義——形式的当事者概念」法学教室二五一号三八頁以下。
- (27) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)(第二版補正版)』(有斐閣・二〇一三年)六八七頁以下、その他、一五七頁以下、とりわけ一六七頁以下注(15の2)、七二五頁以下、とりわけ七一八頁注(14)。
- (28) 新堂幸司「訴訟承継論よ、さようなら」『松澤還暦記念論文集・民事手続法と商事法務』(商事法務・二〇〇六年)三五五頁以下。
- (29) 松原・前掲(注25)二七頁以下
- (30) 大審院判例として、大判昭和二・二・三民集六卷三号一三頁、大判大正四・六・三〇民録二二輯一一六三頁、最高裁判例として、債務名義騙取事例の最判昭和四三・二・二七民集二二卷二号三二六頁がある。
- (31) 大判昭和一〇・一〇・二八民集一四卷一七八五号。
- (32) 死者名義訴訟における死者の相続人を実質上の被告であるとして訴訟係属中の表示の訂正を認めた大審院判例として大判昭和一一・三・一一民集一五卷九七七頁がある。
- (33) この考え方は、高橋・前掲(注27)七一五頁、七一八頁注(14)において、法人格否認の法理における背後者への判決効

拡張のための理論につき、アメリカ法のプリヴィ(当事者的関係人)の概念の範疇として紹介しつつも、未だわが国では成熟していないとする。同じく、長谷部由紀子「既判力の主観的範囲」法教二八二号(二〇〇四年)一九頁も、この考え方に ついて今後の発展可能性を期待するという。この考え方を、第三者への既判力拡張の理論のなかに位置づけるのであれば、直ちに体系上の課題は表面化しないが、一号にいう当事者(既判力の相対性原則)の中で位置づけるのであれば、やはり形式的当事者概念を唯一の当事者概念とする通説的見解との齟齬という体系的課題にぶつからざるをえないであろう。その点 は、必ずしも明確とは言えないように思われる。なお、アメリカ法のプリヴィ概念について、大橋真弓「アメリカにおける判決効の主観的範囲論序説(一)」法協一〇三卷九号一八六頁(二八五四頁)以下、最近のものとして、山中稚葉「アメリカ民事訴訟法における『事実上の代表法理』の生成と展開——『多数当事者紛争と判決効』研究・序説…」判決前史——」同誌社法学六七卷五号(二〇一五年)四一五頁以下、特に四二九頁以下。

(34) 仙台地決昭和四五・三・二六判時五八八号五二頁

(35) この判例の評釈について、松原弘信「権利能力のない団体の構成員全員に総有的に帰属する不動産につき所有権の登記名義人に対し当該団体の代表者の個人名義に所有権移転登記手続をすることを求める訴訟と当該団体の原告適格(最高裁判平成二六・二・二七判時二二一五号九四頁)」判例評論六七三三二七頁以下(判時二三四四号一五七頁以下)(二〇一五年)ほか多数ある。

(36) 松原弘信「法人でない団体の当事者適格における固有適格構成の理論的基礎」『高橋宏志先生古稀祝賀論文集・民事訴訟法の理論』(有斐閣、二〇一八年)三九七頁以下、特に四一五頁以下。

(37) 消極的な見解として、賀集ほか編『基本コンメンタール民事訴訟法(1)(第3版追補版)(二〇一二年)』二九四頁〔上野泰男〕。

(38) 新堂幸司・続民事訴訟法判例百選一九七二年一八八頁(同『判例民事手続法』(弘文堂・一九九四年)二九八頁)。

(39) 菱田・前掲(注26)四一頁、なお、高橋宏志『民事訴訟法概論』(有斐閣・二〇一五年)九〇頁。

- (40) 高橋・前掲(注27)一六七頁以下注(15の2)、六八九頁注(110)。
- (41) 高橋・前掲(注27)六八九頁注(110)。
- (42) 但し、多数当事者論では、当事者適格を有しない重大な利害関係を有する当事者について行為規範と評価規範の一致の面から形式的当事者と同等の当事者権を保障すべきであると考えている。
- (43) 新堂・前掲(注28)三八三頁以下。
- (44) もっとも、残念なことに、かかる解釈論自体はその後の新堂幸司『新民事訴訟法(第五版)』(弘文堂・二〇一一年)に一五条の解釈論として十分反映されていないように思われる。また、一五条は確定判決後の既判力の人的範囲を規律するものであるから、訴訟承継論における訴訟係属中の「生成中の既判力」を否定する解釈論とは切り離して評価してもよいと思われる。
- (45) 伊藤眞『民事訴訟法(第六版)』(有斐閣・二〇一八年)一一三頁以下、川嶋四郎『民事訴訟法』(日本評論社・二〇一二年)三五頁以下、河野正憲『民事訴訟法』(有斐閣・)八四頁以下、小島武司『民事訴訟法』(有斐閣・二〇一三年)一一七頁以下。新堂・前掲(注44)一三〇頁、長谷部由起子『民事訴訟法(新版)』(岩波書店・二〇一六年)一一二頁以下、三木浩一ほか編『民事訴訟法』(有斐閣・第三版)八九頁以下。
- (46) わが国の民事訴訟法の体系書では、概して、「当事者」の章において、当事者概念、当事者権、二当事者対立構造等の後に、当事者確定、当事者能力、訴訟能力、訴訟代理と続くが、当事者適格はそれらとは切り離されて訴訟要件の項目で論じられ、また既判力の人的範囲や多数当事者(訴訟)もそれぞれ他のものと切り離されて、当事者論がひとまとまりの体系として扱われることなく分断されており、かかる体系書の「並び」が当事者論全体の有機的連関の観点からみて望ましいかは疑問なしとしない。その意味で、訴訟主体論のなかで当事者論をひとまとまりにして取り上げた三ヶ月章『民事訴訟法(法律学全集)』(有斐閣・一九五九年)および同『民事訴訟法(法律学講座双書)(第三版)』(弘文堂・一九九二年)が、少なくとも理論体系的の観点からはもっと評価されてよいと思われる。この点につき、三ヶ月章「実体法と手続法——実践的な問題提起——」

- 同『民事訴訟法研究第十卷』(有斐閣、一九八九年、初出…一九八四年)一頁以下、特に三二頁以下注(2)。
- (47) この点につき、菱田・前掲(注26)四一頁、松原・前掲(注25)三三二頁以下。
- (48) たとえば、戦前の兼子一『民事訴訟法概論』(石波書店・一九三七年)も、戦後の同『民事訴訟法体系(増訂版)』(酒井書店・一九六五年)も、「当事者の概念」の見出しのもとに、当事者概念と対立二当事者主義(二当事者対立原則)に記述があるだけである。もっとも厳密にいうと、ドイツの学説の影響を受け、当事者機能が別途論じられることはある。これに関して、松原弘信「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——」民訴雑誌五三三号(法律文化社・二〇〇七年)三〇頁以下。
- (49) 山本戸克己「訴訟における当事者権——訴訟と非訟の手續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・民商三九卷四・五・六号所載・一九五九年)
- (50) 当事者権の意義と位置づけのわが国における学説史的展開について、松原・前掲(注19)三四頁以下。
- (51) 昭和五五年(一九八〇年)五月、第五〇回民事訴訟法学会大会で開催された「訴訟機能と手続保障」と題するシンポジウムの質疑応答での新堂幸司当時東京大学教授の「手続保障の観点から当事者概念の内容について考えなければならぬ」という発言(比較訴訟機能研究会(司会)鈴木正裕「シンポジウム」訴訟機能と手続保障」民訴雑誌二七号(一九八一年)二二四頁以下)は、本文で述べた戦後わが国における当事者権を中心とした手続保障論の成果が反映されていない当事者概念をはじめとする伝統的な当事者論に対する鋭い問題提起としての意義を有するものであると評価できる。私見はその問題提起に対する一つの応答としての意義を有するといえよう。
- (52) 松原・前掲注(48)一頁―四三頁。高橋・前掲(注27)一六九頁(注15の2)は、通説も、形式的当事者に対して当事者権(弁論権)を付与されるべきことを前提にしているから、問題は実質的当事者概念を組み入れる点であるとする。しかし、私見によれば、当事者権を形式的当事者に認めるだけでは当事者概念と当事者権の関連付けとしては、いわば半面だけの意義しか有しない意味で片手落ちといわざるをえないのであり、当事者権の及ぶ人的範囲の問題として形式的当事者でないが

それと同等の当事者権が保障される実質的当事者という概念範疇を例外的に認めてこそ十分な概念規律といえると考ええる。

- (53) ヘルヴィヒの当事者概念および訴訟追行権について、福永有利『民事訴訟当事者論』(有斐閣・二〇〇四年)五四頁以下、松原弘信『民事訴訟法における当事者概念の成立とその展開——ドイツにおける学説の変遷を中心に——』熊本法学五四号(一九八七年)六一頁以下。

- (54) たとえば、雫本朗造『民事訴訟ニ於ケル『正當ナル當事者』ナル觀念及ヒ其訴訟法上ノ地位ヲ論ス』(Die richtige Partei-Sachlegitimation u. Prozessführungsrecht) (1) (一九〇九年)法学新報一九卷二号一頁以下(同『民事訴訟法の諸問題』(有斐閣一九五五年)三一頁以下)、細野長良『民事訴訟法要義』(第一卷) (一九三〇年) (厳松堂書店、一九三〇年) 三六〇頁以下、三八一頁以下。

- (55) 兼子・前掲概論(注48) 九二頁以下、一七八頁以下、同・前掲体系(注48) 一〇四頁以下、一五九頁以下。

- (56) 福永・前掲(注53) 一二六頁以下。

- (57) ドイツでは実体的当事者概念から出発し、当事者概念をめぐる論争を経て形式的当事者概念が支配的になっていった学説史があるので、形式的当事者概念の他の当事者概念や財産概念による相対化・補充化の見解が種々登場しているのと比べ、実本的当事者概念および当事者概念論争の歴史を経ていないわが国では形式的当事者概念を唯一の当事者概念として絶対視する傾向が強すぎるように思われる。

- (58) こうした伝統的通説の理論体系の問題状況を最も鋭く指摘したものととして、井上・前掲(注4) 一頁以下や(注10) 三三三頁以下をはじめとする井上治典博士の一連の論文があり、それに負うことが少なくなかった。なお、上記井上論文につき、高橋・前掲(注27) 一六九頁注(15の2)。もっとも、井上治典博士自身は筆者と異なり通説に代わる新たな理論体系化という問題関心は希薄であったように思われる。

- (59) いうまでもなく、この方法論は、新堂・前掲(注44) 五九頁以下、同『訴訟当事者の確定基準の再構成——行為規範と評價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) (初出一九七四年) における「行為規範

と評価規範の区別(「分離」)に負うており、動態理論に純化し形式的当事者概念に加えて実質的当事者概念を原則と例外の関係で併用し理論体系化する理論枠組みとして若干なりとも精緻化しようと試みたものにすぎない。

(60) 高橋・前掲(上)(注27)六八九頁注(110)は、前述(二二三頁)したように当事者概念の二元化にこそ松原説の意義と問題性があるとされる。だが、こうした形式的概念と実質的概念の二元的概念構成はドイツの非訟手続における伝統的通説たる関係人概念(形式的関係人概念と実質的關係人概念)についても認められるうえ、関連して、わが国の当事者権に相当するというべきドイツの審問(審尋)請求権の人(主体)的範囲について、形式的当事者(関係人)だけでなく実質的關係人に広く認める見解が相当有力である(この点につき、松原・前掲(注2)三四〇頁以下)。加えて、形式的当事者概念のみを一元的に採用し、その例外を信義則等の一般条項に委ねて概念構成化ないし理論化を事実上放棄することも適切でないと考ええる。さらに、そもそも実質的当事者概念は筆者の机上の空論ではなく、(裁)判例(前掲大判昭和一一・三・一一、前掲大阪高判昭和四六・四・八)により実務上の必要性に基づき生成したものであり、形式的当事者概念を限界づけるとともに補完する意義を有するものとして今後とも実務上用いられる可能性は十分考えられるなかで、それを理論(概念構成)化することが学者(理論家)の果たすべき役割であると考える。なお、行政法学における形式的概念と実質的概念について、その効用を考察するものとして、塩野宏「形式的概念と実質的概念」法教五一号(一九八四年)七二頁以下がある。