

論 説

訴訟担当概念の比較法的考察と 民事訴訟法115条1項2号の 適用対象に関する一試論

中 本 香 織

- 第1章 はじめに——問題の所在と本稿の目的
- 第2章 ドイツにおける訴訟担当概念
 - 第1節 訴訟担当概念の変遷と権利帰属主体への既判力拡張の根拠
 - 第2節 法定訴訟担当の種類——並存的訴訟担当とその例外
 - 第3節 小括
- 第3章 日本における訴訟担当概念
 - 第1節 民訴法115条1項2号の制定
 - 第2節 「民訴法115条1項2号＝訴訟担当」との定式が確立するまで
- 第4章 日本型「並存的訴訟担当」の試み
 - 第1節 株主代表訴訟と民法改正後の債権者代位訴訟の取扱い
——並存的訴訟担当か？
 - 第2節 民訴法115条1項2号の適用範囲
- 第5章 おわりに

第1章 はじめに——問題の所在と本稿の目的

「当事者が他人のために原告又は被告となった場合のその他人」に判決の効力が及ぶと規定する民訴法115条1項2号は、その文言からは必ずしも明らかでないようにも思われるが、いわゆる第三者の訴訟担当の規定で

あると解されている。⁽¹⁾このような条文を有するわが国の民事訴訟法とは異なり、母法であるドイツ民事訴訟法 (Zivilprozessordnung [以下、ZPO とする]) には民訴法115条1項2号に相当する規定がなく、したがって同号は日本法オリジナルの条文である。また、日本の訴訟担当概念とドイツの訴訟担当 (Prozessstandschaft) 概念との間には、条文の有無にとどまらず、訴訟担当の類型と既判力拡張の有無について異なる点が存する。

まず、わが国の訴訟担当は、訴訟物たる権利義務の主体に代わり、またはこれと「並んで」、第三者がその訴訟物について当事者適格をもち、判決の効力が権利義務の主体にも及ぶ場合であると説明されることが多い。⁽²⁾これに対し、訴訟担当とは、訴訟追行権が権利帰属主体以外の第三者に付与され、実体法上の権利帰属主体から訴訟追行権が「奪われる」⁽³⁾場合であるとか、権利帰属主体に「代わって」訴訟追行をなす当事者適格が第三者に認められる場合であると定義付ける論者もあり、⁽⁴⁾訴訟担当の内容について各論者で理解が異なっている。また、民訴法115条1項2号が訴訟担当の規定であると解されていることから、わが国の訴訟担当は、訴訟担当者に対してなされた判決の既判力が権利義務の帰属主体たる「他人」に及ぶ

(1) 兼子一『新修民事訴訟法体系 [増訂版]』346頁 (酒井書店、1965)、伊藤眞『民事訴訟法 [第5版]』567頁 (有斐閣、2016)、松本博之=上野泰男『民事訴訟法 [第8版]』644頁 [松本博之] (弘文堂、2015)、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法上 [第2版補訂版]』250頁 (有斐閣、2013) など。

(2) 兼子・前掲注 (1) 159頁、新堂幸司『新民事訴訟法 [第5版]』291頁 (弘文堂、2011)、高橋・前掲注 (1) 250頁、福永有利「第三者の訴訟担当 (1)」法セミ337号138頁 (1983)、斎藤秀夫ほか編著『注解民事訴訟法 (2) [第2版]』22頁 [斎藤秀夫=大谷種臣=小室直人] (第一法規、1991)、兼子一原著・松浦馨ほか『条解 民事訴訟法 [第2版]』565頁 [竹下守夫] (弘文堂、2011)、梅本吉彦『民事訴訟法 [第4版]』399頁 (信山社、2009)、小島武司『民事訴訟法』241頁 (有斐閣、2013)、長谷部由起子『民事訴訟法 [新版]』151頁 (岩波書店、2017)。

(3) 松本=上野・前掲注 (1) 261頁 [松本]。

(4) 三ヶ月章『民事訴訟法 [第3版]』229頁 (弘文堂、1992)、伊藤・前掲注 (1) 188頁、小林秀之『民事訴訟法』118頁 (新世社、2013)、笠井正俊=越山和広編『新・コンメンタール民事訴訟法 [第2版]』130頁 [下村眞美] (日本評論社、2013)。

ことが前提とされている、ということがわかる。

他方でドイツの法定訴訟担当では、訴訟担当者のみが訴訟追行権を有する場合である排他的訴訟担当（*verdrängende Prozessstandschaft*）と、権利者が訴訟担当者と共に訴訟追行権を有する場合である並存的訴訟担当（*parallele Prozessstandschaft*）との区別が示されている⁽⁵⁾。そして、この二つの訴訟担当の間で注目すべき相違点が、前者の排他的訴訟担当では訴訟担当者に対してなされた判決の既判力が権利帰属主体にも及ぶが、後者の並存的訴訟担当では権利帰属主体への既判力の拡張が否定される、と解されている点である⁽⁶⁾。

このように、わが国の訴訟担当とドイツの訴訟担当は、①法定訴訟担当における、権利帰属主体への既判力拡張を伴う排他的訴訟担当と、権利帰属主体への既判力拡張を伴わない並存的訴訟担当という区別の有無、②訴訟担当者に対してなされた既判力を権利帰属主体へ拡張する明文規定の有無、という二つの点で差異を有する。

ところで、民訴法115条 1 項 2 号については、同号が訴訟担当の条文で

(5) Vgl. Stein/ Jonas/ Jacoby, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 23. Aufl., 2014, vor § 50 Rn. 28; Grunsky/ Jacoby, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., 2016, Rn. 253. この分類について、Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, § 46 Rn. 58f. では、それぞれ、„ausschließliche Prozessführungsbefugnis“, „konkurrierende Prozessführungsbefugnis“ と表現されている。

(6) Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, a. a. O. (Fn. 5), § 46 Rn. 58f.; Stein/ Jonas/ Leibold, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 4, 22. Aufl., 2008, § 325 Rn. 55. これらの見解のような名称を用いていないが、訴訟担当者が排他的に訴訟追行権を有するか否かを権利帰属主体への既判力拡張の基準として採用するものとして、Prütting/ Gehrlein/ Gehrlein, Zivilprozessordnung, 9. Aufl., 2017, § 50 Rn. 37; Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Zivilprozessordnung, 75. Aufl., 2017, § 325 Rn. 36; MünchKommZPO/ Gottwald, Bd. 1, 5. Aufl., 2016, § 325 Rn. 48; Wiczorek/ Schütze/ Büscher, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Bd. 5/ 1, 4. Aufl., 2015, § 325 Rn. 70; Schack, Drittwirkung der Rechtskraft?, NJW 1988, 865, 867ff.; Schreiber, Die Prozessführungsbefugnis im Zivilprozess, Jura 2010, 750, 753. なお、任意的訴訟担当においては排他的か並存的かの区別なく既判力拡張が認められることは、日本法と同様である（後掲注（53）参照）。

ある、という定式とは異なる解釈を採るようにもみえる見解が示されている。その契機となったとも言えるのが、登記請求訴訟における権利能力なき社団の当事者適格について、社団の当事者適格と構成員全員への既判力拡張を肯定した最高裁判決（最判平26・2・27民集68巻2号192頁、以下「平成26年最判」とする）である。

権利能力なき社団が当事者として、構成員全員に総会的に帰属する不動産に関する登記請求訴訟を進行するならば、他人の権利関係（権利能力なき社団の構成員全員に総会的に帰属する権利）を第三者（権利能力なき社団）が訴訟上行使することになる。この場合、権利能力なき社団は「訴訟担当」として当事者適格を有するのか、権利能力なき社団自身の「固有適格」として当事者適格を有するのかについて、学説上古くから争いがあ⁽⁷⁾る。訴訟担当者として当事者適格を肯定する前者の見解（訴訟担当構成）からは、民訴法115条1項2号により構成員全員への既判力拡張が肯定される。他方で後者の見解（固有適格構成）からは、既判力は当事者たる社団のみに生じ、構成員全員には拡張されないことになり、この見解が通説的見解とされてきた。しかし、平成26年最判が現れた後、固有適格構成からも115条1項2号の適用を肯定する見解が主張されてお⁽⁹⁾り、“民訴法115条1項2号は、訴訟担当の規定である”のか否か、すなわち、同号がいかなる意味で訴訟担当を適用対象とするものであるかについて、検討す

(7) 学説の詳細については、中本香織「権利能力なき社団の不動産に関する訴訟における社団の当事者適格と判決の効力」早法92巻1号195頁以下（2016）参照。

(8) 兼子・前掲注（1）111頁。なお、固有適格構成から構成員全員への反射的効果を認めるものとして、名津井吉裕「法人格のない社団・組合をめぐる訴訟と当事者能力・当事者適格」法時85巻9号42頁（2013）、同「判批」法教409号63頁（2014）。名津井教授の見解の詳細については、名津井・後掲注（9）論文参照。

(9) 勅使川原和彦「他人に帰属する請求権を訴訟上行使する『固有』の原告適格についての覚書—債権法改正の訴訟法理論的受容可能性を契機として」高橋宏志ほか編『民事手続の現代的使命—伊藤眞先生古稀祝賀論文集』436頁（有斐閣、2015）、名津井吉裕「法人でない社団の受けた判決の効力」徳田和幸ほか編『民事手続法制の展開と手続原則—松本博之先生古稀祝賀論文集』601頁（弘文堂、2016）。私見も同号の適用を肯定する（中本・前掲注（7）231頁以下）。

る必要が生じていると言える。

そこで、本稿ではまず、民訴法115条1項2号の適用範囲を明らかにする前提として日本とドイツの訴訟担当制度の比較・分析を行う。加えて、わが国独自の条文である民訴法115条1項2号の制定過程とわが国における訴訟担当の解釈の変遷を辿ることで、第一に、日本とドイツの訴訟担当概念にはなぜ差異が存するのかを明らかにすることを、第二に、権利帰属主体と「並んで」訴訟追行権ないし当事者適格を有する訴訟担当とは、そもそもそのような訴訟担当の類型がわが国において認められるのか、認められるとすればいかなる場合を指すのかを明らかにすることを目的とする。

第 2 章 ドイツにおける訴訟担当概念

第 1 節 訴訟担当概念の変遷と権利帰属主体への 既判力拡張の根拠

1. Kohler による訴訟担当の提唱とその内容

わが国の訴訟担当制度のもととなっているドイツの「訴訟担当 (Prozessstandschaft)」概念を提唱したのは、*Kohler*⁽¹⁰⁾である。旧ドイツ民事訴訟法 (Civilprozeßordnung [以下、CPO とする]) 成立当時 (1877年) は、「訴訟物たる実体的権利関係の主体が正当な当事者であり、そのような実体的主体であると主張する者が当事者である」という実体的当事者概念 (materieller Parteibegriff) が支配的であった。ところが、差し押さえた債権について取立命令を得た者は、被差押債権を取り立てることができるとする CPO の規定 (CPO 735条、736条) や、破産管財人などの財産管理人、妻の持参財産に関する夫の地位などについて、実体的当事者概念ではこれらの場合を説明できない、という問題が生じた。そこで登場したの

(10) *Hellwig, System des Deutschen Zivilprozeßrechts*, T. 1, 1912, S. 166 (Anm. 1).

が、*Kohler*の「訴訟担当」概念である。

*Kohler*によると、訴訟担当とは、「他人の私権とある者の私法上の関係で、その関係に基づき訴訟を進行する権限がその者に帰属し、当該訴訟の私法上の効果をその他人に及ぼす関係—すなわち、ある者が他人の私権を訴訟上管理する (walten) ことが許されている関係」であり、管理という点については、「訴訟は処分 (Disposition) ではないため、処分ではなく管理である」という⁽¹¹⁾。この定義からわかるように、*Kohler*は、訴訟担当者によりなされた訴訟の効果が、訴訟物たる権利関係の帰属主体 (である他人) に及ぶ類型こそが訴訟担当である、と考えていたようである。

ところで、前述のように、ドイツではわが国の民訴法115条1項2号に相当する規定がないにもかかわらず、⁽¹²⁾任意的訴訟担当及び(法定訴訟担当のうち) 排他的訴訟担当の場合に、権利帰属主体への既判力の拡張が肯定されている。このうちとりわけ排他的訴訟担当の場合に、他人の権利関係についてなされた判決の既判力がなぜ権利帰属主体をも拘束するのかについて、ドイツでは様々な説明が試みられてきた。

この点、訴訟担当を提唱した *Kohler* は、訴訟の効果を権利帰属主体に及ぼすということを訴訟担当概念の内容の中に含めている。すなわち、訴訟担当を「第三者 [権利帰属主体] への効力を伴って訴訟を進行する権限」(括弧内は筆者による、以下同じ) と解する結果、「既判力により、訴訟追行をする当事者だけでなく、⁽¹³⁾第三者たる権利者も拘束される」という。そのため、*Kohler*のいう訴訟担当にとって、権利帰属主体を訴訟担当者

(11) *Kohler*, Über die Succession in das Prozessverhältniss, ZJP 12 (1888), 97, 100 f. *Kohler*により訴訟担当が提唱されるに至る過程の詳細については、福永有利「ドイツにおける当事者理論の変遷」『民事訴訟当事者論』32頁以下(有斐閣、2004)〔初出1967〕を参照。

(12) 任意的訴訟担当については、訴訟追行の授権が権利帰属主体の意思に依拠していることから、既判力の拡張が常に肯定されることに争いはない (Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a. a. O. (Fn. 5), § 46 Rn. 62; *Stein/Jonas/Leipold*, a. a. O. (Fn. 6), § 325 Rn. 63)。

(13) *Kohler*, Gesammelte Beiträge zum Civilprocess, 1894, S. 37.

による訴訟の結果に拘束することは必然の帰結であった。ところで、*Kohler* が訴訟担当概念を生み出したのと同時期に、ドイツでは形式的当事者概念（formeller Parteibegriff）が主張され初めていた。⁽¹⁴⁾ *Kohler* が訴訟担当を「他人の私権とある者の私法上の関係」と説明していたことで、訴訟担当者の当事者地位を正当化するためになお実体法的構成を用いていること⁽¹⁵⁾から、彼は実体的当事者概念に立っていたようにも思える。もつとも *Kohler* は、訴訟担当を実体適格（Sachlegitimation）から厳密に区別して⁽¹⁶⁾おり、当事者が係争権利関係の主体であることは必ずしも必要ではないと解していることから、形式的当事者概念に立っていたとの見方も考えられる。

このように *Kohler* によって訴訟担当が提唱された後、学説の変遷を経て、「当事者とはその名において権利保護を要求し、あるいはその者に対する関係で権利保護が要求される者である」という形式的当事者概念が次第⁽¹⁷⁾に支配的見解となっていった。

2. BGB 旧1380条に関する *Hellwig* の理解

Kohler が、訴訟担当＝権利帰属主体への既判力拡張を伴う場合と定義付けたことで、それ以降の学説も、このような *Kohler* による定義を維持し続けたのかというと、そうではない。おそらく *Kohler* が提唱した訴訟

(14) *Oetker*, Besprechung von Seuffert, Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich, 5. Aufl., Juristisches Litteraturblatt, 1890, 188, 189.

(15) また、*Kohler* は、訴訟担当は担当者に「処分利益権」が存する場合に認められると解しており、この処分利益権が実体法の問題であることから、*Kohler* の訴訟担当は現在の当事者適格とは趣を異にすると指摘するものとして、福永・前掲注(11) 33頁。

(16) *Kohler*, a. a. O. (Fn. 13), S. 348. *Kohler* がいかなる当事者概念に立っていたかについて、学説上は争いがある。この点については、福永・前掲注(11) 42頁注2、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（二）—ドイツにおける学説の変遷を中心に—」熊法52号56頁注11（1987）参照。

(17) *Gaupp-Stein*, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. 1, 8-9. Aufl., 1906, vor § 50, S. 133; *Hellwig*, a. a. O. (Fn. 10), S. 145.

担当概念の変容の契機となったのが、*Hellwig* によるドイツ民法 (Bürgerliches Gesetzbuch [以下、BGB とする]) 旧1380条の解釈である。

BGB 旧1380条は、妻の持参財産に属する権利を夫が「自己の名で」裁判上行使することを認めており、さらに、夫によりなされた訴訟の判決の効力が妻に及ぶのは、夫が妻の同意なしに権利を処分することができる場合であると規定している。BGB 制定後のコンメンタールでは、同条においては「夫の能動的実体適格 (Aktivlegitimation)、すなわち、夫が、自己の管理権に基づいて、妻の持参財産の属する権利を裁判上行使する権限を有するか否か、及び、どの程度有するか」が問題であり、「夫が妻の同意なしに権利を処分することができる限りで、妻の権利そのものが訴訟物となる」⁽¹⁸⁾とされている。つまり、BGB 旧1380条により夫が訴訟上行使する権利は「夫の固有の権利」であり、原則として当該訴訟の判決の効力は妻に及ばず、同条第2文に規定する場合に限り、夫は「妻に帰属する権利」を訴訟上行使することになる。そしてこの場合には、夫によりなされた訴訟の判決の効力が妻に及ぶというのである。また、ライヒ裁判所の判決でも、夫が妻の財産について行使する権利は、「夫の実体権」であると述べるものがある。⁽¹⁹⁾この判決の影響を受けてか、少なくともドイツ民法学者の間では、BGB 旧1380条により夫が裁判上行使するのは原則として「夫の固有の権利」であり、夫が妻の同意なしに妻の権利を処分することができる場合のみ、夫は「妻の権利」を裁判上行使する、という理解が一般的であったのではないかと推察される。

このように、BGB 旧1380条第1文の場合は、既判力が妻に及ばないた

(18) BGB 旧1380条 夫は、妻の持参財産に属する権利を、自己の名で裁判上行使することができる。夫が、妻の同意なしに権利を処分する権限を有するときは、判決は妻に有利にも不利にも効力を生じる。

(19) Staudinger/ *Keidel*, Kommentar zum BGB, Bd. 4, 9. Aufl., 1926, § 1380, S. 261.

(20) RG, Urteil vom 14. Januar 1888 - V 269/ 87 -, Gruchot 32, 1024 ff. なお、RG, Urteil vom 11. November 1893 - I 419/ 93 -, Gruchot 38, 471 ff. は、持参財産に関する妻の能動的実体適格を否定している。

め、夫が裁判上行使しているのは自己の権利であり、第 2 文の場合は、既判力が妻に及ぶため、夫が裁判上行使しているのは妻の権利である、という思考過程によって、誰の権利が訴訟上行使されているかが判断されていた。加えて、少なくとも BGB のコンメンタールにおいては、判決の既判力は権利関係の主体の間で効力を生じる、すなわち、ZPO 325 条 1 項で既判力が生じる「当事者」は権利帰属主体であると解されていた⁽²¹⁾ということがわかる⁽²²⁾。

BGB 旧 1380 条のこのような理解に対し、形式的当事者概念を採用した Hellwig は異なる見解を主張した。Hellwig によると、同条にいう「持参財産に属する権利」とは、妻の権利であり、夫が妻の権利に対して有する夫の権利ではなく、したがって持参財産に属する権利とは、例えば目的物に対する所有権であって、夫の用益権及び管理権ではない⁽²⁴⁾。すなわち Hellwig は、夫による訴訟の判決の効力が妻に拡張されるか否かを問わず、BGB 旧 1380 条により夫が訴訟上行使する権利を、一貫して妻に帰属する権利であると捉え、夫を例外なく訴訟担当とみなしたのである。このように Hellwig が、BGB 旧 1380 条を、他人の権利を訴訟上行使する場合で、かつ、権利帰属主体に既判力が拡張されない場合であると解したことで、訴訟担当はもはや、当事者が権利帰属主体に有利不利な効力を伴って訴訟を進行するための法的地位として定義付けられるのではなく、権利帰

(21) 以下、本稿で参照する ZPO の和訳は、法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典』（法曹会、2012）による。

ZPO 325 条① 確定した判決は、当事者のため及び当事者に対して、並びに、訴訟係属の発生後に当事者の権利承継人になった者のため及びこの者に対して、又は、係争物の占有者であって、当事者の一方若しくはその権利承継人が間接占有者になる方法によって係争物の占有を取得した者のため及びこの者に対して、効力を生じる。

(22) Vgl. Henckel, Parteibegriff und Rechtskrafterstreckung, ZZP 70 (1957), 448, 460 f.

(23) Hellwig, a. a. O. (Fn. 10), S. 145.

(24) Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 1900, S. 302.

属主体への既判力の拡張を問わず、他人の権利を訴訟上行使する権限として捉えられるようになった。

Hellwig が、BGB 旧1380条を他人の権利を訴訟上行使する類型であると捉えたことで、その後、権利帰属主体への既判力拡張は、一定の要件のもとで生じる結果であると認識されるに至った。同条第2文が、夫が「妻の同意なしに権利を処分する権限を有するとき」に妻への既判力拡張を認めていることで、民事訴訟法学者は、訴訟担当者が訴訟物たる権利関係について有する処分権限に、権利帰属主体への既判力拡張の要件を見出した。すなわち、訴訟担当者が、他人の実体法上の権利について、権利帰属主体の同意なく自己の名で処分することが許される場合にのみ、訴訟担当者⁽²⁵⁾に対してなされた判決は権利帰属主体の有利にも不利にも効力を生じるという。このように、*Hellwig* による BGB 旧1380条の解釈を契機として、訴訟担当者による訴訟の効果を権利帰属主体に及ぼすことを前提とする *Kohler* の訴訟担当の定義が一般的なものではなくなると同時に、ZPO⁽²⁶⁾ 325条の「当事者」も、訴訟法律関係の主体すなわち形式的当事者であると解されるに至ったのである。

3. *Hellwig* と *Henckel* の依存関係説⁽²⁷⁾

ところで *Hellwig* は、訴訟当事者ではない権利帰属主体や承継人、すな

(25) *Rosenberg*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl, 1961, S. 198; *Beinert*, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Recht, 1963, S. 41; *Blomeyer*, Zivilprozessrecht, 1963, S. 476.

(26) もっとも、*Kohler* も後に、訴訟担当を「自己の名で行動するが、他人の権利を行使する」場合として広い意味で用いている (*Holtzendorff-Kohler*, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, Bd. 3, 7. Aufl., 1913, S. 292)。この点については、中村宗雄「訴訟遂行権の系譜的考察」『民事訴訟法学の基礎理論』130頁 (敬文堂、1957) 参照。

(27) 訴訟担当に限らない判決効拡張一般における依存関係に関する文献として、吉村徳重「既判力拡張における依存関係」『民事判決効の理論 (下)』3頁以下 (信山社、2010) [初出1960-1961]、鈴木正裕「既判力の拡張と反射的效果 (一) (二)」神戸9巻4号508頁以下 (1960)、10巻1号37頁以下 (1960)、本間靖規「反射効に

わち第三者に既判力が拡張される根拠は、第三者の法的地位が当事者の法的地位に依存しているという私法上の依存関係（*civilistisches Abhängigkeitsverhältnis*）にあると説明していた。⁽²⁸⁾ 訴訟担当の場合については、訴訟を進行する者が第三者の訴訟物について処分権能（*Verfügunngsmacht*）を有し、そのため、その実体的法律関係にある第三者に対する効果を伴う訴訟をする権限を有する場合に、依存関係を根拠にして既判力拡張が基礎付けられる、⁽²⁹⁾ という。Hellwigによると、第三者の権利関係について管理権（*Verwaltungsrecht*）ある場合のみだけでなく、権利帰属主体の同意や、善意者保護などから法が特に認めた処分権能を有する場合、及び、特別財産の管理の場合を含み、このような依存関係によって、実体法上、第三者の法的地位が訴訟を進行する者の処分権能ないし管理権能に服さざるをえないために、かつ、その範囲で既判力拡張の立法上の正当化根拠が生ずる。⁽³⁰⁾ すなわち Hellwig の依存関係概念によると、既判力拡張が依存関係から当然に生ずるのではなく、依存関係はあくまで立法理由という媒介項を通じて、初めて訴訟法上に顕出されることになる。⁽³¹⁾

このような Hellwig の依存関係説は、当事者に実体法上の処分権ないし管理権があり、これが実体法上の依存関係として既判力拡張の根拠となるという見解であるが、Hellwig と同様に、訴訟担当者の処分権限を実体法上の依存関係として権利帰属主体への既判力拡張の根拠とするのが、Henckel である。

Henckel の見解の特徴として挙げられるのが、形式的当事者概念に立ちつつも、ZPO 325 条 1 項の「当事者」を実体的当事者概念の意味で解する点である。Henckel は、ZPO 325 条 1 項をそのように解すべき理由として、同項の文言が、実体的当事者概念が支配的であったときに規定された

ついでに「根拠論を中心に」徳田ほか編・前掲注（9）611頁以下など参照。

(28) Hellwig, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, 1901, S. 51.

(29) Hellwig, a. a. O. (Fn. 28), S. 56, 62.

(30) Hellwig, a. a. O. (Fn. 28), S. 57-62, 183 ff.; ders., a. a. O. (Fn. 24), S. 255 ff.

(31) 吉村・前掲注（27）16頁。

ことを挙げる。⁽³²⁾このような見解によると、他人の権利を訴訟上行使する場合、既判力は権利帰属主体に常に及ぶことになることから、*Henckel* は以下のように述べる。⁽³³⁾訴求されている権利について処分権限を有しない訴訟担当者による訴訟追行の場合、権利帰属主体へ常に既判力が拡張されることは正当でない。この場合に考慮されるべきことは、既判力が当事者間に制限されることの根拠が、弁論主義及び処分権主義にあるということであり、訴訟に関与していない第三者たる権利帰属主体の法的地位を、当事者の任意 (*Willkür*) にかからせるべきではない。したがって、既判力により拘束されるべき者の範囲は制限されるべきであり、自己の法的地位において当事者の行為に依存する者のみが、既判力を受けるべきである。この依存関係は、実体法から生じ、また、処分権限の規律に由来するものである。訴訟担当者の訴訟追行が権利帰属主体を拘束するのは、訴訟担当者が、主張されている権利について、権利帰属主体に対する効力を伴って処分をすることができる場合のみである。

このように ZPO 325 条 1 項を実体的当事者概念の規定であると解する *Henckel* の見解に対しては、*Henckel* 自身は実体的当事者概念を否定しているにもかかわらず、ZPO 325 条 1 項の意味での当事者を権利帰属主体と解すべきであると主張するならば、当事者概念を一貫させる必要性と矛盾⁽³⁴⁾する、という批判がある。⁽³⁵⁾

4. *Bettermann* と *Blomeyer* の見解

訴訟担当の場合に、当事者に実体法上の処分権ないし管理権があり、こ

(32) *Henckel*, *Parteilchre und Streitgegenstand im Zivilprozeß*, 1961, S. 139.

(33) *Henckel*, a. a. O. (Fn. 22), S. 462 f.

(34) *Sinaniotis*, *Prozeßstandschaft und Rechtskraft*, ZZZP 79 (1966), 78, 80.

(35) なお、わが国で民訴法115条1項1号の「当事者」を実体的当事者と解すべきと主張する見解として、上田徹一郎「形式的当事者概念と既判力の主観的範囲の理論」『判決効の範囲—範囲決定の構造と構成—』25頁(有斐閣、1985)〔初出1959〕がある。

れを実体法上の依存関係として既判力拡張の根拠とする *Hellwig* や *Henckel* の見解に対し、第三者への既判力拡張が、依存関係を基礎として一般に認められるとしつつも、⁽³⁶⁾ 訴訟担当の場合には専ら、訴訟の相手方の不利益という訴訟法上の理由に基づいて既判力拡張が認められるとするのが、*Bettermann* である。

Bettermann は、実体法上の無権利者（又は単独で権利を有しない者）の訴訟追行権は、常に、訴訟外に存する権利帰属主体へ既判力拡張をもたらす、と主張した。この *Bettermann* の見解は一見すると、権利帰属主体を既判力で拘束することが訴訟担当の重要なメルクマールであると解する、⁽³⁷⁾ *Kohler* の訴訟担当の定義に依拠するものであるようにも思える。しかし、*Bettermann* がこのように常に権利帰属主体への既判力拡張が生じると解したのは、訴訟の相手方の利益が優越することを重視したためである。

すなわち、*Bettermann* によると、既判力が第三者に拡張されるのは、「既判力拡張に対する相手方（及び国家）の利益が大きく、そのため、相手方の利益が、既判力拡張に対する第三者の利益を優越しない場合—すなわち、既判力を制限することが相手方にとって期待できない可能性が、第三者へ既判力を拡張することが期待できない可能性よりも大きい場合」で⁽³⁸⁾ ある。訴訟担当者とされた者に対して応訴し勝訴判決を得ても、実体法上の権利義務の帰属主体から同一内容の訴えを再度提起された場合に前訴判決の既判力がなんら作用しない、というのでは、前訴で訴訟担当者とされた者に訴訟を追行させ、この者に本案判決をすることが、紛争の解決にとって必要で有意義である、とは言えないはずである。その意味で、実体法上の権利義務の帰属主体ではない者に訴訟担当者として訴訟追行権を認めるには、相手方に、実体法上の権利義務の帰属主体からの再訴のリスクと

(36) *Bettermann* の依存関係説の詳細については、吉村・前掲注 (27) 24頁以下、本間・前掲注 (27) 617-618頁参照。

(37) 本節 1 を参照。

(38) *Bettermann*, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, 1948, S. 86.

いう「訴訟法上の不利益」を免れさせる（すなわち、権利義務の帰属主体への既判力拡張を認める）必要があるということが、ここでいう訴訟の「相手方の不利益」であると考えられる。

もっとも *Bettermann* が主張するように、権利帰属主体へ既判力を無制限に拡張することは、一定の場合に、訴訟で主張されている権利そのものの性質と矛盾する結論をもたらすことになる。例えば、BGB 432条及び BGB 1011条の場合が挙げられる。BGB 432条 1項は、不可分債権の複数の債権者について、各債権者が、全ての債権者に対する給付のみを請求することができる旨を規定し、BGB 1011条は、各共有者が、所有権に基づき、共有物全体の返還を求めることができる旨を規定している。*Bettermann* の見解をこれらの場合にも適用すれば、不可分債権者の一人が不可分の給付を求め、又は、共有者の一人が共有物全体の返還を求めて訴えを提起し、その請求が棄却される場合、他の不可分債権者又は他の共有者に対しても、当該訴訟の判決の既判力が及ぶことになる。しかし、BGB 432条 1項や BGB 1011条により不可分債権者の一人又は共有者の一人がした訴訟の判決の既判力は、他の不可分債権者又は共有者に及ばないというのが、判例及び多数説であり、*Bettermann* の見解に従うと、訴訟に関与していない他の不可分債権者や共有者の共同の利益を害することになる。

そこで、*Blomeyer* は、*Bettermann* が重点を置いた「訴訟の相手方の利益」という点には賛同しつつも、既判力拡張の根拠について新たな見解を主張した。*Blomeyer* は、相手方の利益が優先することにより権利帰属

(39) RG, Urteil vom 30. November 1927 - V 135/ 27 -, RGZ 119, 163 ff.

(40) MünchKommBGB/ K. Schmidt, Bd. 6, 7. Aufl., 2017, § 1011 Rn. 8; Staudinger/Looschelders, Kommentar zum BGB, 2017, § 432 Rn. 78. なお、BGB 432条及び BGB 1011条の制定過程については、鶴田滋「共有者の共同訴訟の必要性に関する現行ドイツ法の沿革と現状」『共有者の共同訴訟の必要性—歴史的・比較法的考察—』125頁以下（有斐閣、2009）〔初出2005〕において、詳細な分析がなされている。

主体へ既判力が拡張されるのは、既判力拡張が法律に明文で規定された場合に限られ、その他の訴訟担当の場合においては、係争権利関係について訴訟担当者が処分権限を有することにより、⁽⁴¹⁾権利帰属主体への既判力拡張を正当化しようとした。前者の場合について *Blomeyer* は、(実体法上の根拠ではなく) 訴訟法上の根拠に基づき既判力拡張を法律で規定している場合(例えば、ZPO 327条 1 項による、遺言執行者に対してなされた判決の相続人に対する効力)については、「訴訟追行権 (Prozeßführungsbefugnis) に基づく既判力拡張」として、訴訟追行権が認められることが既判力拡張の根拠であるという。⁽⁴²⁾ 訴訟追行権が既判力拡張の根拠であるという点は、*Bettermann* に同調するものであるが、*Blomeyer* は権利帰属主体を既判力で拘束することについて一貫した説明をすることを断念し、権利帰属主体への既判力拡張の問題をケースバイケースで対応したのである。

5. *Sinaniotis* による既判力拡張の判断基準

このように、*Bettermann* と *Blomeyer* が、訴訟の相手方の利益を考慮して、訴訟追行権を根拠に既判力拡張を肯定する見解を主張したことに影響を受け、*Sinaniotis* も相手方の利益を考慮要素として権利帰属主体への既判力拡張の根拠を基礎付けようとした。また、*Sinaniotis* は、訴訟担当者が排他的に訴訟追行権を有する場合と、権利帰属主体と並んで訴訟追行権を有する場合の違いに着目した上で、前者では権利帰属主体への既判力拡張が肯定され後者では否定されるということ、一貫して説明しようとする⁽⁴³⁾試みている。

Sinaniotis は、利益法学的方法により提唱された *Bettermann* の見解が、理論的には一貫しており、実際に正当な解決をもたらす方法であるという。その上で彼は、以下のように述べる。権利帰属主体への既判力拡張

(41) *Blomeyer*, a. a. O. (Fn. 25), S. 476 ff.

(42) *Blomeyer*, a. a. O. (Fn. 25), S. 480 f.

(43) *Sinaniotis*, a. a. O. (Fn. 34), S. 91 ff.

に対し相手方が有する優越的な利益 (überwiegendes Interesse) は、他人の訴訟追行権によって基礎付けられる。なぜなら、既判力が権利帰属主体に拡張されないにもかかわらず、訴訟の相手方に、訴訟担当者と訴訟をすることを法律によって義務付けるとすれば、相手方にはそのことについて期待可能性がない (すなわち、権利義務の帰属主体から同一内容の再訴を提起される可能性が法律上認められるならば、相手方には、その再訴に対し応訴しなくてもよいという期待をすることが許されない) からである。この点では *Bettermann* の見解は正当であるが、(前述のような) BGB 432条、1011条の性質を考慮すると、相手方の利益の優越を理由に、常に、権利帰属主体を既判力で拘束することが認められるべきであるということを一般化することはできない。他方で、訴訟の相手方の利益が優越するか否かは、裁判官の判断に委ねられることもある。そのため、訴訟の相手方の利益を基礎付ける要素である、期待不可能性 (Unzumutbarkeit) は、法律上規定されている基準によって確定することができなければならない、そのような法律上の基準を明らかにする必要がある。

このように *Sinaniotis* は、*Bettermann* の見解を修正する方向で権利帰属主体への既判力拡張の根拠を明らかにしようとする。ところで、*Sinaniotis* がくり返し述べる「訴訟の相手方の利益」がいかなるものであるかについては、*Sinaniotis* により具体的な説明はなされていない。もっともその内容は、既判力が権利帰属主体へ拡張されないことにより生じる相手方の (権利帰属主体からの再訴に対する) 応訴の煩や、訴訟担当者に対してなされた判決と権利帰属主体による再訴においてなされた判決の矛盾という不利益を、相手方が回避する利益を指しているのであろう。そして、*Sinaniotis* がいう „Unzumutbarkeit“ とは、既判力が権利帰属主体へ拡張されないまま訴訟担当者との間で訴訟をすることを受忍させることについて、相手方には期待可能性がない、という意味であると考えられる。

では、*Sinaniotis* は、相手方の Unzumutbarkeit の基準をどこに求めたのであろうか。それを明らかにするために、彼は、既判力拡張を明文で認

めている ZPO の規定を考察の対象とした。例えば、ZPO 327 条 1 項は、⁽⁴⁴⁾遺言執行者と第三者との間で「遺言執行者の管理に服する権利について」なされた判決は、相続人の有利不利に効力を生ずる旨規定している。この規定から明らかになるのは、訴訟追行権が実体上の無権利者に帰属する結果、権利帰属主体はもはや訴訟追行権を有しない、という場合にのみ、権利帰属主体への既判力拡張が認められている、ということである。このように *Sinaniotis* は、既判力拡張が明文で規定されている類型において、権利帰属主体から訴訟追行権が剥奪されている点に着目し、これを *Unzumutbarkeit* の基準とする。すなわち、権利帰属主体がもはや独立して係争権利関係に関する訴訟追行権を有しない場合にのみ、訴訟担当者との訴訟追行を相手方に期待できない、⁽⁴⁵⁾という。

このように、権利帰属主体の訴訟追行権が剥奪されているか否かを *Unzumutbarkeit* の基準とした上で、*Sinaniotis* はさらに、既判力が権利帰属主体へ拡張される場合とそうでない場合について、それぞれの根拠を以下の⁽⁴⁶⁾ように述べる。

訴訟担当者による訴訟追行の場合、訴訟の対象たる実体的権利に関する権利帰属主体の利益、及び、権利帰属主体との間で法律関係を有するその他の者（例えば、債権者）の利益を保護することが望まれるので、特定の实体的権利に関して第三者に訴訟追行権を排他的に付与する場合には、少なくとも権利帰属主体の利益の保護も目的とされている。権利帰属主体の利益の保護を目的とする訴訟において、訴訟担当者に対してなされた判決の既判力が権利帰属主体に及ばないということ、相手方に受忍するよう期待することはできない。この点で、権利帰属主体への既判力拡張について、訴訟の相手方は重要な利益を有する。反対に、権利帰属主体の訴訟追

(44) ZPO 327 条① 遺言執行者と第三者との間で遺言執行者の管理に服する権利についてなされた判決は、相続人のために及びこの者に対して効力を有する。

(45) *Sinaniotis*, a. a. O. (Fn. 34), S. 91.

(46) *Sinaniotis*, a. a. O. (Fn. 34), S. 91 f.

行権限を同時に剥奪することなく（並存的に）第三者へ訴訟追行権を付与することは、訴訟追行権を有する第三者（訴訟担当者）の固有の利益を満足させることに資する。このような訴訟追行権の付与は、権利帰属主体の利益の保護とは関係がない。なぜなら、権利帰属主体は自ら（又は他の共同権利者と共同して）自己の権利に関して訴訟を進行することができるからである。したがってこの場合、権利帰属主体への既判力拡張に対する重要な利益を訴訟の相手方に認めることはできないので、既判力は訴訟担当者のみ及び、訴訟外に存する権利帰属主体には及ばない。

以上のように *Sinaniotis* は、相手方の不利益に加え、訴訟担当者の訴訟追行が権利帰属主体の権利利益をも保護する目的を有するものであるかを基準に既判力拡張の有無を判断している。要するに、①権利帰属主体の利益保護が目的とされているならば、第三者が訴訟担当者として訴訟を進行するとしても、再度の応訴の負担など相手方の不利益を考慮すると、利益保護を目的とされている者にも既判力を及ぼすべきであり、②他方で権利帰属主体の利益ではなく専ら訴訟追行権者の利益保護が目的とされているのであれば、権利帰属主体が既判力拡張を引き受ける必要はなく、相手方も既判力拡張を必要とするほどの利益を有しない、ということである。

このように、*Sinaniotis* によって、訴訟担当の種類と既判力拡張の有無に関して、「排他的訴訟担当＝既判力拡張肯定、並存的訴訟担当＝既判力拡張否定」という定式が明確に示された。

6. *Sinaniotis* の見解に対する批判と現在の理解

Sinaniotis が訴訟の相手方及び権利帰属主体の利益をもとに既判力拡張の基準を定立したことに対して、*Berger* から、訴訟の相手方の利益を考慮するのであれば、排他的訴訟担当の場合だけでなく並存的訴訟担当の場合にも実体法上の権利帰属主体を既判力で拘束すべきであるとの批判がなされている。すなわち、権利帰属主体が訴訟担当者と並んで訴訟を提起する権限を有し続ける場合、訴訟の相手方には、同一の権利関係について権

利主体から新たに訴訟が行われる危険がある。これとは逆に、権利帰属主体から訴訟追行権が剥奪された場合、訴訟担当者による訴訟の後に、同一係争権利関係について権利帰属主体から第二の訴訟が提起されることは想定し難く、少なくとも権利帰属主体の訴訟が奏功する見込みはない。訴訟担当者に対してなされた判決の既判力が権利帰属主体に及ぶ場合、訴訟の相手方は、たしかに確定判決の存在を理由に防御することができる。しかし、権利帰属主体の訴訟追行権の欠缺は相手方の利益となるものであり、同一の権利関係に関する訴えに巻き込まれなければならないという負担から相手方を解放することになる。したがって、訴訟追行権が第三者である訴訟担当者に排他的に認められる場合、訴訟の相手方は、並存的に訴訟追行権が認められる場合よりも、権利帰属主体を既判力で拘束することに関して利益を有しない⁽⁴⁷⁾、という⁽⁴⁸⁾。

このような批判を受けつつも、排他的訴訟担当と並存的訴訟担当という区別は、法定訴訟担当における既判力拡張の基準として現在も採用されている⁽⁴⁹⁾。なお、このような区別の基準は、法定訴訟担当における既判力拡張

(47) 以上の批判につき、Vgl. *Berger*, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozeßstandschaft, 1992, S. 30 f. なお、*Berger* は、権利帰属主体が訴訟担当者と並んで訴訟追行権を有する場合は „kumulative Prozeßführungsbefugnis“ と表現する。また、訴訟担当者による訴訟追行の法律効果は権利帰属主体による訴訟追行の効果と区別されるものではなく、訴訟担当者は権利帰属主体が訴訟行為をする権限 (prozessuale Handlungsbefugnis) を行使するものであることを理由に、係争権利関係の主体が訴訟担当者による訴訟においてなされた判決に拘束されるとして、訴訟追行権自体を根拠に既判力拡張を根拠付けようとする。加えて、この基準は権利帰属主体が訴訟担当者と並んで訴訟追行権を有する場合にも妥当するものであるとして、*Sinaniotis* と異なりその場合にも既判力拡張を肯定する (以上につき、*Berger*, a. a. O., S. 287, 289 f.)。

なお、排他的訴訟担当及び並存的訴訟担当の両方で既判力拡張を認めつつ、並存的訴訟担当の場合に訴訟担当者が受けた請求棄却判決については既判力拡張を否定する見解として、Vgl. *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 2014, S. 952 ff.

(48) *Sinaniotis* の見解に対する批判については、Vgl. auch *Schwab*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., 2016, § 7 Rn. 404.

(49) 前掲注 (5) 及び (6) 参照。ただし学説上は、専ら *Sinaniotis* のようにに権

の基準として展開し多数説化したものであり、任意的訴訟担当の場合に当てはまるものではない。任意的訴訟担当の場合については、ドイツ法上、権利帰属主体が訴訟担当者に訴訟追行の授権を行っても権利帰属主体自身の訴訟追行権の有無に変更はないと解する見解が多数である⁽⁵⁰⁾（この場合、権利帰属主体が同一権利関係について訴えを提起することは、ZPO 261条 3項⁽⁵¹⁾により禁じられる⁽⁵²⁾）。もともと、任意的訴訟担当の場合には、権利帰属主体が訴訟担当者による訴訟追行に同意していることによって権利帰属主体への既判力拡張が正当化されるため、訴訟担当者の訴訟追行権が排他的か並行的かという区別は問題とされていない⁽⁵³⁾。

権利帰属主体からの訴訟追行権の剥奪のみを基準とするのではなく、訴訟上主張されている権利について訴訟担当者が実体法上処分することができることも、既判力拡張の根拠とされている（Vgl. Stein/ Jonas/ *Leipold*, a. a. O. (Fn. 6), § 325 Rn. 55; MünchKommZPO/ *Gottwald*, a. a. O. (Fn. 6), § 325 Rn. 48）。これは、訴訟で当該権利を行使し判決により権利の存否を確定することが、当該権利を実体法上処分するのと同視することができるためであると考えられる。

(50) Zöller/ *Vollkommer*, Zivilprozessordnung, 31. Aufl., 2016, Vor § 50 Rn. 54; *Grunsky/ Jacoby*, a. a. O. (Fn. 5), S. 79; MünchKommZPO/ *Lindacher*, Bd. 1, 5. Aufl., 2016, Vor § 50 Rn. 72; *Wieczorek/ Schütze/ Hausmann*, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Bd. 1 / T. 2, 3. Aufl., 1994, Vor § 50 Rn. 93.

(51) ZPO 261条③ 訴訟係属は以下の効力を有する。

1 訴訟係属が存続している間は、当事者は訴訟事件を他に係属させることができない。

2 受訴裁判所の管轄は、その原因となった事情が変更したことによって妨げられることはない。

(52) BGH, Urteil vom 7. Juli 1993 - IV ZR 190/ 92 -, NJW 1993, 3072 ff.; Zöller/ *Vollkommer*, a. a. O. (Fn. 50), Vor § 50 Rn. 54; *Thomas/ Putzo/ Hüßtege*, Zivilprozessordnung, 38. Aufl., 2017, § 51 Rn. 40.

(53) *Rosenberg/ Schwab/ Gottwald*, a. a. O. (Fn. 5), § 46 Rn. 62; Stein/ Jonas/ *Leipold*, a. a. O. (Fn. 6), § 325 Rn. 63; MünchKommZPO/ *Gottwald*, a. a. O. (Fn. 6), § 325 Rn. 57; *Musielak/ Voit*, Grundkurs ZPO, 13. Aufl., 2016, Rn. 1059; *Musielak/ Voit/ Weth*, Zivilprozessordnung, 14. Aufl., 2017, § 51 Rn. 36; Zöller/ *Vollkommer*, a. a. O. (Fn. 50), Vor § 50 Rn. 54.

第 2 節 法定訴訟担当の種類——並存的訴訟担当とその例外

1. 概要

ここまで、ドイツにおける訴訟担当概念及び既判力拡張の規律の変遷について概観した。既にくり返し述べているように、ドイツでは、任意的訴訟担当と法定訴訟担当という区別に加え、法定訴訟担当を排他的訴訟担当と並存的訴訟担当に分類する点で、日本の訴訟担当とはその内容が異なる。訴訟担当者のみが訴訟追行権を有する場合（排他的訴訟担当）と、権利帰属主体が訴訟担当者と並んで訴訟追行権を有する場合（並存的訴訟担当）とで、両者の違いが顕在化するのには、*Sinaniotis* が述べるように、既判力拡張の場面においてである。

このような訴訟担当の分類は、現在の日本では（おそらく）認められていない。⁽⁵⁴⁾そこで、ドイツ法上認められている排他的訴訟担当と並存的訴訟担当について、日本法でも類似の条文が規定されている不可分債権の事例と、（後述のように）並存的訴訟担当のようにも思える、遺言執行者を被告とする訴訟の既判力拡張に関する ZPO 327 条 2 項を材料として、その内容と意義を検討する。

2. 具体例

(1) 不可分債権

BGB 432 条 1 項では、「複数の者が不可分の給付を請求する権利を有する場合において、これらの者が連帯債権者でないときは、債務者は、全ての者に共同の給付のみを行うことができ、各債権者は、全ての債権者に対する給付のみを請求することができる。」と規定されている。このような不可分債権の事例で、不可分債権者の一人が債務者に対する訴訟によって履行を請求し本案判決を得た場合、ドイツ法の規律によれば、当該債権者は訴訟担当者であるが、法定訴訟担当のうちの並存的訴訟担当の種類であ

(54) この点については、第 4 章で検討する。

るので、他の不可分債権者に判決の既判力は拡張され⁽⁵⁵⁾ない。

わが国の民法428条も、不可分債権の債権者は、各債権者がすべての債権者のために履行を請求することができる旨を規定している。もっとも、BGB 432条は、各債権者が、「全ての債権者に対⁽⁵⁶⁾して履行することを債務者に請求することができる」と規定しているのと異なり、わが国の民法428条は、各債権者が、「各債権者に対して」(=自己に) 給付をすることを債務者に請求できる旨を規定している。すなわち、BGB 432条では、各債権者が総債権者の権利を訴訟上行使することができる⁽⁵⁶⁾と解されているのに対し、民法428条が規定する不可分債権では、不可分債権者の数に応じた独立かつ複数の債権が存すると解⁽⁵⁷⁾されている。立法論としては、全員が揃ってでないと履行を請求することができず、債務者も債権者全員に対して履行しなければならないとする方法、BGB 432条のように、一人が履行を請求することができるが、全員に対して履行することのみを請求でき、債務者も全員に対して履行しなければならないとする方法があるが、わが国の民法はもっとも穏当で便宜なものを採⁽⁵⁸⁾ったとされる。

(55) BGH, Urteil vom 23. Januar 1981 - V ZR 146/ 79 -, NJW 1981, 1097 ff. は、BGB 432条を準用する BGB 1011条によって、各共有者が所有権に基づき訴えを提起する場合、当該共有者は他の共有者のために法定訴訟担当として訴訟行為をすると判示した。また、他の共有者の訴訟追行権が剥奪されないことを理由に、共有者の一人に対してなされた判決の効力が他の共有者に対しては及ばないとする。なお、本文中で挙げた BGB 432条や1011条を訴訟担当の例として挙げたのは、*Rosenberg* の教科書の第1版 (*Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts*, 1927, S. 117) が初めてのようである。この点について、鶴田・前掲注 (40) 176頁参照。

(56) もっともこの点については争いがある (Vgl. *Wieser*, *Prozessrechts-Kommentar zum BGB*, 2. Aufl., 2002, § 432 Rn. 3)。わが国における民法428条に関する解釈のように、各不可分債権者が固有の債権を有するため複数の権利が存すると解するものとして、*Hadding*, *Zur Mehrheit von Gläubigern nach § 432 BGB*, in *FS Wolf*, 1985, S. 107, 122; *MünchKommZPO/ Lindacher*, a. a. O. (Fn. 50), Vor § 50 Rn. 53.

(57) 西村信雄編『注釈民法 (11) 債権 (2)』29頁 [椿寿夫] (有斐閣、1965)。

(58) 星野英一『民法概論Ⅲ (債権総論)』150頁 (良書普及会、1978)。立法例につ

また、各不可分債権者が単独で請求し、債務者は各債権者に対して履行しうるとされる結果、その範囲で絶対的効力を生じるため、不可分債権者の一人による請求は、全債権者のために効力を生じ、一人の債権者への弁済は全債権者に対して効力を生ずることになる⁽⁵⁹⁾。不可分債権者の一人による請求や一人が受けた弁済が、実体法上は絶対効を生じるのであるならば、訴訟法上は訴訟担当の問題として、不可分債権者の一人による訴訟の判決の既判力を他の不可分債権者にも及ぼすことができると解する余地もありうる（この点については、第 4 章で若干の検討を試みる）。しかしわが国の不可分債権については、総債権者の不可分債権を債権者の一人が行使するのではなく、不可分債権者各人が固有の請求権を有すると解される結果、他人の権利を訴訟上行使するものである訴訟担当とは考えられていない⁽⁶⁰⁾。

（２）遺言執行者ないし相続人による受動訴訟

BGB 432 条と同様に、条文自体からは並存的訴訟担当を肯定するようにも思われる規定であるのが、遺産に対する権利を請求する相手方について規定している BGB 2213 条 1 項である。

遺言執行者はドイツ法上、いわゆる職務上の当事者（Partei kraft Amtes）と解されており⁽⁶¹⁾、遺言執行者を当事者とする訴訟でなされた既判力については、ZPO 327 条が、相続人の有利不利に効力を生じることを明文で規定している。

遺言執行者の裁判上の権限について BGB に目を転じてみると、まず、

いては、我妻栄『新訂 債権総論』398 頁（岩波書店、1964）も参照。

(59) 我妻・前掲注 (58) 398 頁、星野・前掲注 (58) 150 頁、中田裕康『債権総論 [第 3 版]』438 頁（岩波書店、2013）。

(60) 福永・前掲注 (2) 139 頁。

(61) 判例及び通説の立場である。Vgl. BGH, Urteil vom 29. April 1954 - IV ZR 152/ 53 -, BGHZ 13, 203 ff.; Staudinger/ Reimann, Kommentar zum BGB, 2016, Vor §§ 2197 ff. Rn. 19; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, a. a. O. (Fn. 5), § 40 Rn. 13, § 46 Rn. 6.

遺言執行者の能動訴訟 (Aktivprozess) については BGB 2212 条が、「遺言執行者の管理下にある権利は、遺言執行者によってのみ、裁判上行使することができる」と規定している。BGB 432 条 1 項とは対照的に、(他人の権利を訴訟上行使する訴訟担当者たる) 遺言執行者に訴訟追行権を専属させる規定である。これに対し遺産に対する権利に関する受動訴訟 (Passivprozess) については、BGB 2213 条に規定がなされている。同条 1 項 1 文は BGB 2212 条とは異なり、訴訟追行権を遺言執行者に専属させるのではなく、「遺産に対する権利は、相続人に対しても遺言執行者に対しても行使することができる」とし、(被告としての) 訴訟追行権を遺言執行者と相続人の双方に認めている。

前述のような、排他的訴訟担当と並存的訴訟担当の既判力拡張に関する規律の帰結からすると、遺言執行者による能動訴訟では、相続人の権利について遺言執行者が排他的に訴訟追行権を有するため、当該訴訟でなされた判決の既判力は権利帰属主体たる相続人にも拡張されることになる。他方、受動訴訟の場合には、遺言執行者と相続人双方に訴訟追行権が並存して認められるため、遺言執行者を被告とする訴訟でなされた判決の既判力は、権利帰属主体たる相続人には及ばないことになるはずである。しかし、ZPO 327 条 2 項は、遺言執行者が訴訟追行権を有するときは、遺産に対する権利について遺言執行者になされた判決の既判力が、相続人の有利不利に効力を生じることを認める。*Sinaniotis* は、このような ZPO 327 条 2 項は、権利帰属主体が訴訟追行権を有しない場合にのみ既判力拡張が肯定されることの例外である、⁽⁶²⁾ という。

BGB 2213 条が、遺産に対する権利に関する訴訟についての受動的訴訟追行権を相続人にも肯定したのは、以下のような理由による。すなわち、相続人は遺産に属する債務について人的にも責任を負うため、相続人が有する、ZPO 780 条 1 項、781 条、785 条により訴訟及び強制執行において責任制限を主張する権限は別として、債権者が相続人の財産にかかっていく

(62) Vgl. *Sinaniotis*, a. a. O. (Fn. 34), S. 90 (Anm. 42)。

ことを、遺言執行者によって閉ざされるべきではない。⁽⁶³⁾したがって、本来は能動訴訟と同様に遺言執行者が排他的に訴訟追行権を有する場合であるところ、相続人の人的債務者たる地位という実体法上の特別な理由に基づき、例外的に相続人にも訴訟追行権が付与されたのである。他方で、遺言執行者に対する判決がなければ、相続人に帰属する遺産に対して強制執行をすることができないため (ZPO 748 条 1 項参照)、遺言執行者が被告となる場合には、その訴訟の判決の既判力が権利帰属主体である相続人に拡張されることは依然として要求される。したがって、相続人が並んで (受動的な) 訴訟追行権を有する場合であっても、遺言執行者に対してなされた判決の既判力が相続人に及ぶとする規律が ZPO 327 条 2 項に取り入れられたのである。

わが国の遺言執行者については、民法上は「相続人の代理人」(民法 1015 条) として規定されているが、遺言執行者は遺言の執行に必要な包括的な権限を有しており (同法 1012 条 1 項)、他方で相続人は処分権を制限されることから (同法 1013 条)、遺言執行者は訴訟担当者であると解するのが⁽⁶⁴⁾⁽⁶⁵⁾判例・通説である。では、遺産に対する請求権に関する訴訟については、⁽⁶⁶⁾誰に訴訟追行権が認められているか。古い裁判例では、遺言執行者がいる場合でも、遺言の執行に関係のない被相続人が負担した債務の弁済を求めするため、相続人に対して給付の訴えを提起することは妨げられない、と判示したものがあつた。学説上も、被相続人の生存中の法律原因によって発生した債権の請求権については、限定承認がない限り給付訴訟を提起してよく、この場合に遺言執行者が遺産全体につき包括的に管理権を有するとき

(63) MünchKommBGB/ Zimmermann, Bd. 10, 7. Aufl., 2017, § 2213 Rn. 1.

(64) 最判昭 31・9・18 民集 10 卷 9 号 1160 頁、最判昭 43・5・31 民集 22 卷 5 号 1137 頁など。

(65) 新堂・前掲注 (2) 295 頁、斎藤ほか編著・前掲注 (2) 23 頁 [斎藤 = 大谷 = 小室]、中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義 [第 2 版補訂 2 版]』152 頁 [福永有利] (有斐閣、2008) など。

(66) 大判昭 14・6・13 新聞 4452 号 12 頁。

には、その管理権には義務負担権能も含まれているとして、遺言執行者の被告適格をも肯定する見解がみられる⁽⁶⁷⁾。このような判決及び学説は、遺言執行者を被告としてなされた判決の既判力について、民訴法115条1項2号の適用を否定していないが、この点については言及されていないことから、既判力が相続人に拡張されることを当然の前提にしていると考えられる。そうすると、わが国でも、遺言執行者と相続人に「並んで」訴訟追行権が肯定される場合が認められることになり、ZPO 327条2項が適用される遺言執行者又は相続人を被告とする場面では、ドイツでも日本でも、訴訟追行権者と既判力拡張の範囲について結果的には同じ取扱いがなされている。

第3節 小括

このドイツ法における二つの類型から明らかになることは、並存的訴訟担当=既判力拡張なし、という不文の規律が原則であるが、法が特別な理由から明文の例外として（本来であれば訴訟追行権が剥奪されるはずである）権利帰属主体にも訴訟追行権を付与している場合には、既判力拡張が肯定されるということである。

ここまでドイツ法における訴訟担当概念の変遷をみたところによると、現在の訴訟担当の内容は、夫や破産管財人の当事者たる地位を説明するために *Kohler* が提唱した訴訟担当の内容とは異なり、広い意味を有するものとなっている。すなわち、ドイツの訴訟担当は「自己の名で他人の権利に関する訴訟を⁽⁶⁸⁾追行する場合」と定義付けられ、必ずしも権利帰属主体への既判力拡張を伴うものではない。

加えて、権利帰属主体への既判力拡張についても、*Kohler* はそれを訴

(67) 福永有利「遺言執行者の訴訟追行権」同・前掲注 (11) 375-376頁〔初出1988〕。

(68) Stein/ Jonas/ Jacoby, a. a. O. (Fn. 5), vor § 50 Rn. 28; Prütting/ Gehrlein/ Gehrlein, a. a. O. (Fn. 6), § 50 Rn. 33; MünchKommZPO/ Lindacher, a. a. O. (Fn. 50), Vor § 50 Rn. 42; Zöller/ Vollkommer, a. a. O. (Fn. 50), Vor § 50 Rn. 20.

訟担当の内容としていたが、その後の見解によって、様々な観点から既判力拡張の正当化が試みられた⁽⁶⁹⁾。現在は、排他的訴訟担当すなわち権利帰属主体から訴訟追行権が剥奪される場合には、権利帰属主体へ既判力が拡張されるという理解が一般的であるが、ZPO 327条1項のような、法政策的理由から例外的な取扱いが認められる規定も存する。

このように、法定訴訟担当の種類と権利帰属主体への既判力拡張の基準について、ドイツでは日本と異なる取扱いがなされている。したがって、民訴法115条1項2号という明文の規律を、他人のために当事者になる場合には必ず既判力がその他人に拡張されるものと解釈でき、かつ、そのような解釈が一般的になったわが国で、権利帰属主体と「並んで」訴訟追行権を有する場合をも訴訟担当に含めるならば、それは、ドイツで用いられている並存的訴訟担当概念を離れた、日本型の「並存的訴訟担当」であると言える。

もっとも、わが国の民事訴訟法はドイツの民事訴訟法をもとに制定されており、訴訟担当概念もドイツから輸入したもののはずである。そこで、本章で明らかになった点をもとに、次章ではわが国の訴訟担当について、なぜドイツの訴訟担当との差異が生じたのか、比較法的・歴史的観点から分析を行う。

第3章 日本における訴訟担当概念

わが国の民訴法115条1項2号は、「当事者が他人のために原告又は被告となった場合のその他人」に判決の効力が及ぶと規定し、同号は、訴訟担当の規定であると解するのが一般的である。すなわち、ドイツの訴訟担当概念とは異なり、日本の訴訟担当概念では、「訴訟担当＝民訴法115条1項2号＝権利帰属主体へ既判力が拡張される」という定式が成り立っている。もっとも、訴訟担当がどのように定義付けられているかを見てみる

(69) 本章第1節2以下参照。

と、「訴訟担当とは、訴訟物たる権利義務の主体に代わり、又はこれと並んで、第三者がその訴訟物について当事者適格をもち、判決の効力が権利義務の主体にも及ぶ場合である」とするものが多い。⁽⁷⁰⁾ところがドイツ法の訴訟担当概念と比較すると、この定義について一つの疑問が生じる。すなわち、(原則として権利帰属主体への既判力拡張を伴わない)並存的訴訟担当概念を認めるドイツとは異なり、権利帰属主体への拡張を伴うものであると解されるに至ったわが国の訴訟担当においても、権利帰属主体と「並んで」訴訟担当者が当事者適格を有する場合が一般的に認められるのか、ということである。

そこで以下では、わが国ではいかなる過程を経て、権利帰属主体と「並んで」訴訟追行権を有する場合が訴訟担当に含められるようになったのか、民訴法115条1項2号の制定史とわが国の訴訟担当概念の変遷を追いながら検討してみたい。

第1節 民訴法115条1項2号の制定⁽⁷¹⁾

現行の民訴法115条1項2号は、旧民訴法201条2項として規定されていた。この旧201条2項はドイツ法にはない、日本オリジナルのいわゆる独創条文である。また、同条は、大正15年改正の際に、同じくドイツ法にはない選定当事者制度の新設に伴い制定されたことが、立法資料から読み取れる。

大正15年改正前の旧々民訴法の下では、入会権に関する訴訟など多数の当事者が存在する訴訟が増加し、そのような訴訟では訴訟手続が煩雑となることが問題視され、実際の必要から、選定当事者の制度が設けられたと⁽⁷²⁾されている。選定当事者制度は制定当初から訴訟担当の一つと解されてい

(70) 前掲注(2)参照。

(71) 旧民訴法201条2項の制定経緯については、池田辰夫『債権者代位訴訟の構造』64頁以下(信山社、1995)も参照。

(72) 山内確三郎『民事訴訟法の改正〔大正15年〕第一巻』88頁(法律新報社、1929)、松岡義正『新民事訴訟法注釋 第二巻』315頁(清水書店、1930)、染野義信

⁽⁷³⁾ だが、ドイツ法にはない制度であり、イギリス法における代表訴訟（Representative Action）を参考にしたものであるといわれる。⁽⁷⁴⁾

立法資料をみると、この選定当事者制度を取り入れるにあたり、選定者は本来当事者であることから判決効が及ぶと思われるが、明文を規定したほうが良いのではないかとの提案がされていることがわかる。⁽⁷⁵⁾ その際に、独立の条文を設けるのか、選定当事者の規定（旧44条）の「總員ノ爲メニ」という文言に既判力拡張を含めるのかについては問題とされているが、それ以降は特に議論された形跡はない。また、法律案理由書では、「…他人ノ爲メニ訴訟ノ当事者ト爲リタル者（第四十七條、⁽⁷⁶⁾ 第八十六條⁽⁷⁷⁾参照）ニ對スル判決ハ其ノ他人ニ對シテモ効力ヲ及ホスヘキトヲ規定シタルモノニシテスル訴訟ノ性質上蓋シ當然ノコトナリ」（下線は筆者による）⁽⁷⁸⁾と述べられており、旧201条2項の趣旨説明でも同様の説明がされ、さらに、⁽⁷⁹⁾同項の適用例としては、その他に、破産管財人や海難救助料に関する船長などが挙げられているのみである。

以上のように、選定当事者訴訟における選定者への判決効拡張がきつ

「任意的訴訟担当の許容性とその限界」三ヶ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点』ジュリ増刊90頁（1979）、新堂幸司＝小島武司編『注釈民事訴訟法（1）』444-445頁〔徳田和幸〕（有斐閣、1991）。中本・前掲注（7）234頁も参照。

(73) 松岡・前掲注（72）297頁、315頁。

(74) 中村宗雄『改正民事訴訟法評釋』53頁（巖松堂書店、1930）、斎藤ほか編著・前掲注（2）51-52頁〔小室直人＝大谷種臣〕。なお、イギリスの代表訴訟の沿革については、吉垣実「イギリス代表訴訟手続について一わが国の選定当事者制度と消費者団体訴訟制度への示唆」大阪経大論集56巻2号109頁以下（2005）を参照。

(75) 改正調査委員会議時速記録の鈴木喜三郎発言（松本博之ほか編著『日本立法資料全集12 民事訴訟法〔大正改正編〕（3）』108-109頁（信山社、1993））。

(76) 現行民訴法30条（改正案第二案までは四四條、第三案からは四七條）。

(77) 「一定ノ資格ヲ有スル者ニシテ自己ノ名ヲ以テ他人ノ爲メニ訴訟ノ当事者タルモノノ訴訟代理人ノ代理權ハ當事者ノ資格ノ喪失ニ因リテ消滅セス」（改正案第五案）、現行民訴法58条2項。

(78) 松本博之ほか編著『日本立法資料全集13 民事訴訟法〔大正改正編〕（4）』21頁（信山社、1993）。

(79) 松本ほか編・前掲注（75）464頁。

けとなり旧201条2項が制定されたことは明らかであるが、いかなる場合に適用されるかについては、立法資料を読む限り不明確であると言える。このような立法経過から、同項はさしたる議論もみないまま成立するに至っている、とも評されている⁽⁸⁰⁾。ドイツ法では、特定の例外（遺言執行者について、並存的訴訟担当でも権利帰属主体に既判力の拡張があったとしたZPO 327条2項）が明文で規律されたことで、逆に、不文の原則（並存的訴訟担当では権利帰属主体に既判力の拡張がない）の規律が肯認されうる状況にあった。他方わが国では、明文の規定が、他人のために当事者になる場合には例外なく既判力がその他人に拡張されるという解釈を方向付け、かつ、そのような解釈が一般的となった、という対照的な法状況に至ったわけである。加えて、このように、第三者に訴訟追行権が認められると既判力が必ず権利帰属主体に拡張されることこそが、ドイツ法では用いない「当事者適格」という概念をわが国で使用する独自の意義（並存的訴訟担当でも既判力が権利帰属主体に拡張されるものと解釈されるという意義）を生み出しているように思われる。

第2節 「民訴法115条1項2号＝訴訟担当」との定式が 確立するまで

以上のように、旧民訴法201条2項は選定当事者制度を念頭に置いて新設された規定である。立法資料からは「代表」構成の場合に、被代表者にも代表者が受けた判決の既判力を及ぼそうとしたものであることは明らかであるが、それ以外の適用対象については十分に議論されていないこともあり、「訴訟担当」一般における、被担当者への既判力拡張の規定として制定されたものと断定することはできない。にもかかわらず前述のように、現在では旧201条2項（現115条1項2号）は訴訟担当の場合の既判力拡張の規定であると解されている。それでは、いかなる過程を経て、旧201条2項ないし現115条1項2号は第三者の訴訟担当の規定であると解さ

(80) 池田・前掲注(71) 66頁。

れるようになったのだろうか。

大正15年改正直後に、改正民事訴訟法の注釈書や教科書が複数公刊されている。そこでは旧201条2項の適用例として、立法経緯に沿って選定当事者や破産管財人を挙げる文献がいくつか見られるのはもちろん、興味深いのは、債権者代位訴訟（民法423条。当時の文献では「間接訴権」との表現が多い）をも旧201条2項の適用例として挙げる文献が複数存することで⁽⁸¹⁾ある。というのも、当時の判例では、債権者代位訴訟において代位債権者⁽⁸²⁾に対してなされた判決の権利帰属主体への既判力拡張が否定されており、かつ、立法資料を読むかぎり、旧201条2項の立法の過程で債権者代位訴訟は（おそらく）同条の適用対象として想定されていなかったようにも思われるからである。

また、大正15年改正直後に公刊された文献では、旧201条2項が「訴訟担当（Prozessstandschaft）」に関する規定であると明言するものはほとんどみられない。もっとも、他人の権利関係に関し独立して訴訟をなす権能を有する者が、その資格において訴訟をなす場合にはその者が当事者となるという意味で、„Prozessstandschaft“に「当事者」の訳語を当てるもの⁽⁸³⁾や、第三者が訴訟遂行権を有することを第三者の「訴訟権能」⁽⁸⁴⁾（Prozessstandschaft）と説明するものは存する。このうち、中村宗雄教授は、第三者が訴訟権能を有する場合（すなわち、Prozessstandschaftの場合）について細かな分類を行っている。これによれば、Prozessstandschaftには、訴訟の目的の主体（権利帰属主体）が当事者適格を喪失する場合とそ

(81) 菰淵清雄『改正民事訴訟法注解』279頁（清水書店、1929）、細野長良『民事訴訟法要義〔第四卷〕』209頁（巖松堂書店、1934）、中島弘道『日本民事訴訟法 第一編』827頁（松華堂書店、1934）。

(82) 大判大11・8・30民集1巻507頁。もっとも、同判決の判例評釈である加藤正治「判批」法協41巻10号129頁（1923）は判旨に反対し、債務者への既判力拡張を肯定する。なお、初めて債権者代位訴訟へ旧201条2項の適用を肯定した判例は、大判昭15・3・15民集19巻586頁である。

(83) 山田正三『改正民事訴訟法 第貳卷』306頁（弘文堂、1929）。

(84) 中村宗雄『改正民事訴訟法要論 上巻』124頁（敬文堂書店、1929）。

うでない場合があり、前者の例として、破産者、遺言執行者がいる場合の相続人などを、後者の例として、代位債権者、第三者による消極的確認の訴えにおける訴訟の目的たる権利関係の主体などを挙げる。⁽⁸⁵⁾ また、旧201条2項の「他人ノ為メ」という文言を重視し、権利帰属主体が当事者適格を喪失せず、第三者が「自己ノ利益ヲ保全スルガ為メニ訴訟遂行権ヲ行使スル場合」、例えば債権者代位の場合などには旧201条2項の適用がないと解している。⁽⁸⁶⁾ これらの記述から推測されることは、中村教授は少なくとも法定訴訟担当について、ドイツにおける Prozesstandschaft の理解のように、排他的訴訟担当と並存的訴訟担当という分類を維持した上で旧201条2項の解釈を行っている⁽⁸⁷⁾ ということである。

大正15年改正から約10年が経つ頃に至ると、訴訟担当の定義として現在も用いられている記述が見られるようになる。⁽⁸⁸⁾ 例えば、兼子一教授は、Prozesstandschaft を「訴訟信託」と訳し、「一般の場合の利益の実質的帰属主体に代り又は之と並んで⁽⁸⁹⁾ 第三者が正當な当事者として訴訟追行権を有する」場合と述べる。そしてこの場合には、第三者に対する判決が実質的帰属者に対して効力を生ずるとし、旧201条2項は訴訟信託の規定である⁽⁹⁰⁾ という。ここでいう「並んで」訴訟追行権を有する場合がいかなる場合かは、兼子教授により明確には指摘されていない。もっとも、選定当事者を選定した選定者の地位について、「選定者は選定を爲すも當然には自己

(85) 中村・前掲注(84) 130-132頁。

(86) 中村・前掲注(84) 132-133頁。

(87) なお、中村・前掲注(74) 53頁では、Prozesstandschaft に「訴訟適格」の訳語を当てている。

(88) 兼子一『民事訴訟法概論 [中冊]』180頁(岩波書店、1937)。

(89) 兼子・前掲注(88) 182頁では、既に正当業務説の骨子が掲げられ、選定当事者以外の明文の規定のない任意的訴訟担当を認めている。

(90) 兼子・前掲注(88) 382-383頁。債権者代位訴訟における債権者への既判力拡張については、兼子一「判批」判民昭和14年度134頁以下(1941)も参照。なお、その後、同『民事訴訟法(一)』230頁(有斐閣、1949)では、「訴訟擔當」の語が用いられている。

の訴訟追行権を失は⁽⁹¹⁾ないとしていることから、「並んで」訴訟追行権を有する場合に、選定当事者の場合を含んでいるもの⁽⁹²⁾と考えられる⁽⁹³⁾。

このように兼子教授は、選定当事者を念頭に置いた旧201条2項の新設

(91) 兼子一『民事訴訟法概論〔下冊〕』442頁(岩波書店、1938)。同『條解 民事訴訟法 I』120頁(弘文堂、1951)も参照。

選定者の地位、すなわち選定当事者を選定することにより訴訟追行権を喪失するか否かについては学説上争いがあり、兼子教授のように訴訟追行権(ないし当事者適格)は喪失しないと解する見解(加藤正治『民事訴訟法要論』123頁(有斐閣、1946)、新堂=小島編・前掲注(72)451-452頁〔徳田〕、兼子原著・松浦ほか・前掲注(2)178頁〔新堂幸司=高橋宏志=高田裕成〕)、喪失すると解する見解(中村・前掲注(74)56頁、三ヶ月章『民事訴訟法』190頁(有斐閣、1959)、斎藤ほか編著・前掲注(2)58-59頁〔小室=大谷〕、菊井維大=村松俊夫『全訂 民事訴訟法〔I〕〔補訂版〕』287頁(日本評論社、1993)、伊藤・前掲注(1)193頁)が主張されている。前者の見解は、選定当事者制度は、選定者からすれば自己の訴訟についての具体的な訴訟追行の手間を省くことに重点があることや、選定当事者が訴訟追行している限り選定者の訴訟追行が許されないとするのは、具体的な訴訟追行権能の次元の問題として見る余地もあり、選定者が当事者としての資格を全面的に喪失していると解するのは疑問であるという理由によるものであり(新堂=小島編・前掲注(72)451-452頁〔徳田〕)、仮に選定者が相手方に訴えを提起した場合は、重複起訴として訴えは却下されることになる。他方で後者の見解は、訴訟の簡素化を目的とする選定当事者制度の趣旨からいって、選定者は選定当事者の選定行為をした以上、選定当事者による訴え提起の前後にかかわらず当事者適格を有しないと解すべきというもので、選定当事者制度の趣旨を理由とするものである(菊井=村松・前掲書287頁)。後者の見解からは、選定者が相手方に訴えを提起した場合、訴訟追行権の不存在を理由に訴えは却下されることになる。

(92) 第三者が権利帰属主体と「並んで」正当な当事者となる場合とは、任意的訴訟担当の場合であると解するものとして、河本喜與之『新訂 民事訴訟法提要』64頁(法文社、1949)がある。

(93) また、旧201条2項制定後、上述のように *Prozessstandschaft* 概念の理解が論者によって異なっていたことを考慮すると、同概念をドイツ法から取り入れる際に、*Hellwig* が、夫が妻の持参財産に関する訴訟を進行するが妻への既判力拡張を伴わない場合(BGB 旧1380条1文)をも訴訟担当に含めたこと、*Rosenberg* が BGB 432条や1011条をも訴訟担当に含めたこと(前掲注(55)参照)を、兼子教授が参照していなかった(ないしは知らなかった)とは考え難い。そうだとすれば、意図的に、「法定」か「任意的」かの区別なく訴訟担当における訴訟追行権の所在について「排他的」と「並存的」の両方の場合を含み、いずれも権利帰属主体に既判力拡張を認める、という訴訟担当の定義付けをしたのではないかという推測を

により選定者にも既判力が拡張されることを前提に、選定者について訴訟追行権を失わないという理解を示している。このことが、「訴訟担当者(選定当事者)と被担当者(選定者)が並んで訴訟追行権を有し、かつ、被担当者への既判力の拡張を認める」という任意的訴訟担当(選定当事者)についての理解を、法定訴訟担当にも同じ訴訟担当としてそのまま妥当す⁽⁹⁴⁾るものと考えていく、現在のわが国流の「並存的訴訟担当」(ひいては、ドイツ法から離れた「当事者適格」概念—権利帰属主体に既判力拡張を認めないのに訴訟追行権が認められるという場面[ドイツ法の並存的訴訟担当]が想定されないもの)の「萌芽」ではなかったか、とも考えられる。

大正15年改正による選定当事者制度及び旧201条2項の制定を契機に訴訟担当=既判力拡張との定式が通説化したわが国において、第三者が「並んで」訴訟追行権を有する場合を訴訟担当に含めるならば、ドイツ法上の並存的訴訟担当を離れなければならず、逆に、既判力拡張がないと結論付ける場面でドイツ型の「並存的訴訟担当」構成を採らないならば、わが国ではそれは「訴訟担当」に当たらない場面であると言わざるをえない。⁽⁹⁵⁾

以上のように、旧201条2項が制定されたことに伴い、同項の解釈を行うために訴訟担当概念がわが国でも積極的に議論され、ドイツとは反対に、既判力が及ぶ場合を(排他的であろうが並存的であろうが一律に)訴訟担当と呼ぶ、という *Kohler* への先祖返りのような解釈が定着した。もつとも、第三者に訴訟追行権が認められれば必ず権利義務の帰属主体に既判

することも許されるのではないだろうか。

(94) もとより、敗訴判決の既判力拡張について権利帰属主体への拡張に訴訟告知などの手続保障が論じられることはあるが、それは「排他的」「並存的」の区別によるものではなく、訴訟の勝敗による区別である。

(95) 前述のように、訴訟担当とは、訴訟追行権が権利帰属主体以外の第三者に付与され、実体法上の権利帰属主体から訴訟追行権が「奪われる」場合であるとする見解(前掲注(3)参照)と、権利帰属主体に「代わって」訴訟追行をなす当事者適格が第三者に認められる場合であるとする見解(前掲注(4)参照)は、権利帰属主体と「並んで」訴訟追行権を有する場合を訴訟担当に含めていないと考えられる。

力が及ぶ（当該第三者に訴訟追行をさせ、本案判決をするのが紛争の解決のために必要で有意義である）、という法状態を指して「当事者適格」が認められると称するのが、わが国の「当事者適格」概念であり、その第三者の訴訟追行権の態様が「訴訟担当」であろうが第三者「固有」の訴訟追行権であろうが、訴訟追行権の中身は問われていないのではないか、という点を指摘しておきたい。

第 4 章 日本型「並存的訴訟担当」の試み

第 1 節 株主代表訴訟と民法改正後の債権者代位訴訟の取扱い ——並存的訴訟担当か？

1. 株主代表訴訟における会社の地位

ところで、兼子教授が訴訟担当の中に権利帰属主体と「並んで」訴訟追行権を有する場合をも含めて解した後、昭和25年の商法改正により、株主代表訴訟が取り入れられた（旧商法267条・現行会社法847条）。株主代表訴訟において訴えを提起する株主は、会社が取締役に対して有する損害賠償請求権について会社のために訴訟を追行するため、株主代表訴訟は法定訴訟担当であり、民訴法115条1項2号（旧201条2項）により会社に既判力が拡張されるというのが改正時からの通説⁽⁹⁶⁾である。

もともと、株主代表訴訟においては、原告株主と被告取締役との馴合訴訟により会社の権利が害されることを防止するため、株主が提起した株主代表訴訟の原告側に、会社が参加することが認められている（旧商法268条2項・現行会社法849条1項）。この場合の会社の参加形態については、株

(96) 岡咲恕一『解説 改正会社法』139頁（日本経済新聞社、1950）、松田二郎＝鈴木忠一『條解 株式會社法』314頁（弘文堂、1951）、兼子・前掲注（1）160頁、上柳克郎ほか編集代表『新版 注釈会社法（6）』358頁〔北沢正啓〕（有斐閣、1987）、江頭憲治郎『株式會社法〔第6版〕』485頁（有斐閣、2015）。

(97) 徳田和幸「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」曹時48巻8号9頁（1996）。

主代表訴訟の提起により会社は訴訟追行権を失うことから、共同訴訟的補助参加をすることができるのみと解する見解⁽⁹⁸⁾、会社と原告株主・被告取締役の利害はそれぞれ対立していることを理由に、独立当事者参加であるとする見解⁽⁹⁹⁾などが主張されているが、通説は、共同訴訟参加（民訴法52条1項）⁽¹⁰⁰⁾であると解している。

通説のように会社が共同訴訟参加により当事者となることができると解すると、訴訟担当者として株主代表訴訟を提起している株主と権利帰属主体たる会社の双方に訴訟追行権が肯定されることになる。すなわち、訴訟担当者と権利帰属主体が「並んで」訴訟追行権を有する場合にあたる。とすると、「並んで」訴訟追行権を有する場合を含めて訴訟担当を定義付け⁽¹⁰¹⁾る見解は、その類型として株主代表訴訟を想定しているとも考えられる。

そして、この場合も（遺言執行者の事例と同様に）、民訴法115条1項2号により、訴訟担当者である株主に対してなされた判決の既判力は権利帰属主体たる会社へ及ぶことになる。したがってこれを、権利帰属主体と「並んで」訴訟追行権を有する場合と解するならば、並存的訴訟担当では既判

(98) 松田＝鈴木・前掲注 (96) 317頁。

(99) 谷口安平「株主の代表訴訟」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座5』107頁（日本評論社、1969）、徳田・前掲注 (97) 18頁、同「株主代表訴訟における会社の地位」民商115巻4・5号601頁（1997）、中島弘雅「株主代表訴訟制度—民事訴訟手続上の問題点」ジュリ1050号156-157頁（1994）、同「株主代表訴訟における訴訟参加」小林秀之＝近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』259頁（弘文堂、2002）。

(100) 岡咲・前掲注 (96) 139頁、鈴木竹雄＝石井照久『改正 株式會社法解説』183頁（日本評論社、1950）、上柳ほか編・前掲注 (96) 375頁〔北沢〕、江頭・前掲注 (96) 492頁。

(101) もっとも、現在はこのように解することができるとしても、前述のとおり、「並んで」訴訟追行権を有する場合を訴訟担当に含めた兼子教授の見解は、株主代表訴訟が規定される十数年前から見られるものである。このことを考慮すると、商法において株主代表訴訟が制定されたことを理由に、「並んで」訴訟追行権を有する場合が訴訟担当に含まれるに至ったとは言えないであろう。なお、旧商法において株主代表訴訟が制定されるまでの立法過程については、徳田・前掲注 (97) 3頁以下、中島・前掲注 (99)『新版・株主代表訴訟大系』243頁以下参照。

力が拡張されないドイツ法を離れたわが国独自の「並存的訴訟担当」概念
に含まれることになる。⁽¹⁰²⁾

2. 債権法改正後の債権者代位訴訟の取扱い

さらに、訴訟担当者と権利帰属主体が「並んで」訴訟追行権を有する場合としてもう一つ問題となりうる類型が、債権法改正後の債権者代位訴訟である。改正後の民法423条の5では、「債権者が被代位権利を行使した場合であっても、債務者は、被代位権利について、自ら取立てその他の処分をすることを妨げられない。この場合においては、相手方も、被代位権利について、債務者に対して履行をすることを妨げられない。」との規定が新たに設けられている。これは、債権者の権利行使につき通知を受けたとき、又は、これを知ったときには、債務者はもはや権利の処分ができないとする大判昭14・5・16民集18巻557頁の見解を改めるものである。同判決は、債務者による権利の処分が禁じられる結果、債務者は当事者適格も喪失すると判断したものである。したがって、同判決の判示と異なり債務者の処分権限が失われなくなると、債権者代位訴訟が提起されたとしても、債務者は自己に属する被代位債権を訴求する際の原告適格も失われな
い、ということになろう。⁽¹⁰³⁾

加えて、同法423条の6では、「債権者は、被代位権利の行使に係る訴え

(102) 大正15年改正直後の文献上、法定訴訟担当かつ並存的訴訟担当という類型が見受けられないことから、株主代表訴訟は、法定訴訟担当かつ並存的訴訟担当に含まれる最初の例であるようにも憶測される。

(103) 法制審議会「民法（債権関係）部会資料35 民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（7）」商事法務編『民法（債権関係）部会資料集 第2集（第5巻）—第41回～第45回会議 議事録と部会資料—』341頁（商事法務、2013）、法制審議会「民法（債権関係）部会第2分科会第3回会議議事録」（平成24年5月15日開催）商事法務編『民法（債権関係）部会資料集 第2集（第12巻）—第1～第3分科会 議事録と分科会資料—』511頁以下（商事法務、2016）、名津井吉裕「債権者代位訴訟と第三者の手續関与」（平成25年度民事訴訟法学会大会シンポジウム報告）民訴60号89頁（2014）、勅使川原・前掲注（9）421-422頁。

を提起したときは、遅滞なく、債務者に対し、訴訟告知をしなければならない。」とされている。この「訴訟告知」がなされなかった場合に、いかなる効果を生じるのかについては解釈の余地がある。というのも、民訴法上の訴訟告知は、参加的効力を生じさせるものであり（民訴法53条4項・46条）、既判力を生じさせるものではないはずだからである。⁽¹⁰⁴⁾そこで、代位債権者による訴訟告知は、代位債権者に訴訟追行権を付与する根拠であるとして、訴訟要件的に解する見解がみられる。⁽¹⁰⁵⁾もともと、このように法律自体によるのではなく、訴訟告知により訴訟追行権を付与する類型を法定訴訟担当と解することに疑問がないでもない。しかし、訴訟告知を既判力拡張の要件とするならば、訴訟告知の有無で既判力拡張が左右される（民訴法115条1項2号の適用の可否が変わる）ため、債権者代位訴訟は法定訴訟担当であるという理解が揺らぐことになる。他方で訴訟告知を訴訟要件的に解するならば、訴訟告知がなければ本案判決がなされず、訴訟物たる被代位債権の存否について判断がなされない。訴訟の相手方の不利益を避けるためには、（請求認容・棄却いずれであっても）本案判決の既判力が権利帰属主体たる債務者にも拡張される方が適切であると考えられることから、訴訟告知を訴訟要件的に解すべきであろう。

このように訴訟告知を訴訟要件的に解し、さらに、民法改正後も債権者

(104) 他方で、訴訟告知ないし権利催告を既判力拡張の根拠とする見解もある。訴訟の告知（非訟事件手続法88条2項参照）を行い、独立当事者参加又は共同訴訟的補助参加をする途を設け、これを利用しない場合には、公平・訴訟経済の観点から、既判力が債務者に拡張されるとする見解として、新堂・前掲注（2）294頁、代位債権者は、債務者へ権利の行使をすることができ、債務者がこれに拒絶ないし権利行使しない場合、債権者は財産管理権限を取得し、これにより代位債権者は訴訟担当者として完全な訴訟上の処分権を取得すると解する見解として、池田・前掲注（71）81頁以下がある。

(105) 酒井一「債権者代位権についての覚書—債権法改正検討委員会の提案を手掛かりとした検討—」立命339・340号112頁（2012）、勅使川原・前掲注（9）424頁、山本和彦「債権者代位権（連続特集 民法（債権関係）改正のエッセンス）」NBL 1047号9頁注25（2015）、高須順一「訴訟告知の効力（上）～債権法改正の文脈において～」NBL 1063号46頁（2015）。

代位訴訟は訴訟担当であり、かつ、民訴法115条1項2号により訴訟担当者たる代位債権者に対してなされた判決の既判力が権利帰属主体たる債務者に及ぶという理解を維持するのであれば、訴訟当事者と権利帰属主体が「並んで」訴訟追行権を有する類型に分類することができる。もっとも、この場合も、権利帰属主体への既判力拡張を伴う点でドイツの並存的訴訟担当とは異なる性質を有するものであり、したがって、既判力拡張を伴う並存的訴訟担当というわが国独自の訴訟担当の類型に属することになる。

3. 日本型「並存的訴訟担当」の範囲

わが国の民訴法115条1項2号は、選定当事者、すなわち、（訴訟追行権者が権利帰属主体の代表であるという意味で代表型の）任意的訴訟担当を出発点として制定され、破産管財人等の法定訴訟担当、選定当事者以外の法定されていない任意的訴訟担当へと次第に広がって解釈されていった。また、民訴法115条1項2号による既判力拡張の根拠は、権利帰属主体たる本人の利益が訴訟当事者により保護されるだけでなく、自らに関係のない理由で発生した当事者適格（訴訟追行権）により二重に攻撃防御を余儀なくされる相手方の不利益を避けることにあるとされる⁽¹⁰⁶⁾。このような相手方の不利益に着目すると、「当事者が他人のために原告又は被告とな」る場合とは、専ら当事者自身のみならずその訴訟の利益がもたらされる場合ではなく、他人（権利帰属主体）にも訴訟の利益がもたらされる（「他人のため」）場合で、当該当事者が敗訴した場合には、訴訟の利益がもたらされなかった権利帰属主体が改めて自己の権利利益を訴訟（再訴）によって保護しようとするのが合理的であり、相手方の不利益を避けるためにその再訴を規制する必要がある場合を指す、とも考えられる。この再訴への複次応訴負担リスク（相手方の不利益）から相手方を保護するものが115条1項2号

(106) 菊井維大＝村松俊夫原著・秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ〔第2版〕』480頁（日本評論社、2006）、兼子原著・松浦ほか・前掲注（2）566頁〔竹下参照〕。

なのだとすれば、訴訟担当に該るか否かを問わず、訴訟の類型的に権利帰属主体からの再訴のリスクを考えるのが合理的であるものは、115条1項2号の適用対象となりうると考えられる。⁽¹⁰⁷⁾

(107) 定見に至っているわけではないが、例えば、ドイツでもわが国でも既判力拡張が否定されている不可分債権者の一人による訴訟にも、並存的訴訟担当として既判力拡張を肯定する余地はないだろうか。

不可分債権者の一人による訴訟は、ドイツでは不可分債権者全員に対する給付を請求することから、他人にも帰属する権利を訴訟上行使するものとして訴訟担当と解されるが、実体法上は各債権者が請求することが認められていることから並存的訴訟担当として既判力拡張が否定されている。他方でわが国では、実体法上、各債権者が単独で自己への給付を求めることができることから、訴訟法上も「自己の」権利を行使するものとして各債権者に固有の訴訟追行権が認められ、他の不可分債権者への既判力拡張が否定されている。しかし、各不可分債権者が訴訟上行使する権利は、排他的に当該不可分債権者一人のみに帰属する権利ではなく、他の不可分債権者にも帰属する性質を有する権利であり、各債権者が自己へ給付をするよう請求することができる、すなわち単独で行使することが認められているに過ぎない。そうすると、他人にも帰属している権利関係を訴訟上行使するものとして、訴訟担当と解する余地もあるように思われる。

また、仮に各不可分債権者が固有の権利を行使するものであるという解釈を維持するとしても、そのこと自体は、訴訟上は訴訟追行権に関わる問題であり、既判力拡張の場面とは切り離すことができるはずである。すなわち、単に「訴訟担当だから権利帰属主体へ既判力拡張が生じる」、「固有の権利を有するから他の権利者へ既判力拡張は生じない」、として訴訟追行権と既判力拡張の有無を一律に画するのではなく、固有の権利に基づき訴訟を進行していたとしても、相手方の不利益に着目すれば、既判力を拡張すべきか否かは別途判断することが可能ではないか。不可分債権については、民法428条の「総債権者の『ために』」というのは、債権者全員の名前を出すということではなく、債権者全員に効果が及ぶという意味である」(星野・前掲注(58)150頁)にもかかわらず、(訴訟担当と解されない結果、)訴訟上は他の不可分債権者からの再訴には既判力が及ばないことになる。不可分債権者の一人が訴訟を提起して敗訴した場合、他の不可分債権者からの再訴は十分に考えられる事態である。そのような再訴をされる度に、債務者たる相手方が抗弁として絶対効を主張すれば足り、それを主張するか否かは債務者の自由で自己責任であるとする事も、訴訟法側で採りうる一つの規律である。しかし、複次の再訴への応訴を余儀なくされる相手方の不利益を回避するため、日本型の「並存的訴訟担当」として民訴法115条1項2号の適用対象と解することも、訴訟法上考えられる余地もあろう。

このように考えるならば、民法428条が「各債権者」に他の不可分債権者のため

第2節 民訴法115条1項2号の適用範囲

以上のような日本型の「並存的訴訟担当」を承認した上で、民訴法115条1項2号の適用範囲を整理しつつ検討してみたい。

まず、現在の通説に従うと、わが国の民訴法115条1項2号制定のきっかけとなった選定当事者（任意的訴訟担当）（表①）、現行の債権者代位訴訟や破産管財人等、権利帰属主体から訴訟追行権が剥奪される類型（表②）が、同号の適用対象となる。②は、ドイツ法でいうところの排他的訴訟担当に分類することができる類型である。加えて、本稿で検討対象とした債権法改正後の債権者代位訴訟や株主代表訴訟についても、民訴法115条1項2号の適用が肯定され、これを日本型の「並存的訴訟担当」として分類することができる（表③）。また、前述のように、不可分債権者の一人が提起する訴訟についても、仮に、他の不可分債権者への既判力拡張を肯定することができるとするならば、これを代位型の③と区別して（権利帰属主体の代表としての）代表型並存的訴訟担当とすることができる（表④）。

これら訴訟担当と異なるのが、まず、表⑥の他人間の法律関係を確認する訴訟である。例えば、転借人が貸貸人に対し、貸貸人と賃借人間の賃貸借関係の確認を求める場合がこれにあたる。この場合、当該法律関係を確認することについて確認の利益が肯定されれば当事者適格も認められる。すなわち、確認訴訟における当事者適格は確認の利益に包含されることか

に履行を請求することを認めていることを、他人に（も）帰属する権利を一人の不可分債権者が代表して訴訟上行使することを認めるものと読むこともでき、したがって不可分債権者の一人が他の債権者を代表する、代表型並存的訴訟担当として訴訟追行権を有することができるものと解することになる。なお、この場合、訴訟に登場しない他の不可分債権者に、何らの手続的配慮なしに債権者敗訴判決の既判力を及ぼすことの可否が問題になるが、債権法改正後の債権者代位訴訟のように、既判力拡張を正当化するため他の不可分債権者への訴訟告知（ただし、敗訴判決の既判力拡張につき利益を受ける相手方〔債務者〕からの訴訟告知）を要求することが考えられよう。

ら、訴訟追行権ないし当事者適格が正面からは問題とならない。もっとも、他人間の権利関係の確認に確認の利益が認められるのは、訴訟物たる権利関係の主体でない当事者が、その権利関係の確認について独自の法律上の利益を有するからであり、他人の権利関係そのものを訴訟上行使する訴訟追行権とは別に、原告独自の法律上の利益が必要となる⁽¹⁰⁸⁾。このような原告独自の法律上の利益が、確認の利益を基礎付け、したがって、第三者個人の固有適格として訴訟追行権が肯定されることになる⁽¹⁰⁹⁾。また、⑥の場合は、賃借人が賃貸借関係の存否を争わないことから、第三者である転借人が他人間の賃貸借関係の確認を求めるのが通常であり、問題となっている権利関係の一方当事者（賃借人）が相手方（賃貸人）に再訴をする可能性が低いと言える。したがって、前述の①～④の訴訟担当とは異なり、相手方の不利益を回避する必要性が典型的に低いと言え、権利帰属主体への既判力拡張を伴う必要はない。

最後に、⑤の権利能力なき社団による登記請求訴訟であるが、これは平成26年最判により既判力拡張が認められている類型であり、前述のように、同最判以降、固有適格構成の立場から民法115条1項2号の適用が主張されているものである。

この類型は、権利能力なき社団が、構成員全員（他人）に総有的に帰属する権利関係を訴訟上行使するものであるが、権利能力なき社団に法律上明確に訴訟追行権を付与する根拠がなく、（平成26年最判では）構成員全員からの明確な授權がなくとも訴訟追行権が認められうるため、法定訴訟担

(108) 伊藤・前掲注(1) 188頁参照。

(109) ドイツ法においても、訴訟担当者による訴訟と他人間の法律関係の確認訴訟とを区別し、前者においては、当事者の自己の利益と名において他人の権利が保護されるのに対し、後者においては、他人の法律関係を確認することによって原告の保護を目的とするものであると説明される。また、他人間の法律関係の確認の場合には、法律上の利益が存在することによって代替されるため、（当該法律関係について）訴訟追行権を有することを示す必要はないとされる。以上の点につき、Vgl. Stein/ Jonas/ Roth, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 4, 22. Aufl., 2008, § 256 Rn. 34.

表 民訴法115条 1 項 2 号の適用対象

	権利帰属 主体の 訴訟追行権	既判力拡張 (民訴法115条 1 項 2 号の適用)	例	類型
①	学説上 (110) 争いあり	○	選定当事者	任意的訴訟担当 (並存的又は 排他的訴訟担当)
②	×		現行の債権者代位訴訟、破産管 財人	排他的訴訟担当 (法定訴訟担当)
③	○		債権法改正後の債権者代位訴訟	並存的訴訟担当 (代位型・法定訴訟担当)
④			不可分債権者の一人による訴訟 ※自己のためでも「他人のため」 でもある訴訟	並存的訴訟担当 (代表型・法定訴訟担当)
⑤			権利能力なき社団による登記請 求訴訟 ※自己のためでも「他人のため」 でもある訴訟	固有適格
⑥	×	他人間の法律関係の確認 ※「他人のため」ではなく専ら 自己のための訴訟		

当ないし任意的訴訟担当に分類することには問題がある。この類型を訴訟担当ではなく固有適格に分類する場合、権利帰属主体の訴訟追行権は失われるものではないと考えられ、そうすると、(権利能力なき社団と構成員全員との) 固有適格が並存する類型であるといえる。この場合、固有適格を有する権利能力なき社団自身が訴訟追行権を有しており、権利帰属主体へ既判力が拡張されないとすれば、構成員全員又は社団の代表者により再度同一内容の訴えが提起される可能性は⑥に比して典型的に高いと考えられる。そうすると、訴訟追行権の場面では⑥に近接するが、既判力拡張の場面では①～④に近接する類型であり、相手方の不利益を回避するためには民訴法115条 1 項 2 号により既判力を拡張すべき類型であると解することができる。権利帰属主体の権利を行使するための訴訟で、第三者に訴訟追

(110) 前掲注 (91) 参照。

行権が認められる場面とは、常に既判力が実体適格者に拡張される場面である（そうでなければ、その第三者に訴訟追行をさせ本案判決をするのが、紛争の解決に必要で有意義とは言えない、と考える）、ということがわが国独自の「当事者適格」概念の機能に含まれる115条1項2号の作用場面であるとするれば、当該第三者の訴訟追行権の根拠が「訴訟担当」か「固有」のものかを問わず、したがって、①～⑤については、115条1項2号の適用対象であると考えることが可能であろう。

第5章 おわりに

本稿では、ドイツの訴訟担当を対象とする分析をもとに、日本の訴訟担当とドイツの訴訟担当との相違と、権利帰属主体と「並んで」訴訟追行権を有する訴訟担当、すなわち日本型の「並存的訴訟担当」について検討を試みた。

わが国ではドイツ法とは異なり、旧民訴法201条2項の制定に伴って、訴訟担当概念の内容について議論がされるようになった。ドイツの訴訟担当概念が、*Kohler*により提唱された既判力拡張を伴う訴訟担当から、既判力拡張を伴う排他的訴訟担当＋既判力拡張を伴わない並存的訴訟担当へと次第にその概念が拡張されていったのと異なり、わが国では選定当事者制度を念頭に規定された旧201条2項を前提に訴訟担当を定義付けたことから、訴訟担当には既判力拡張が必然的に伴うことになった。また、複数人で共同して有する権利について、ドイツの不可分債権（BGB 432条）のような解釈がなされていない日本では、ドイツ法にいう（権利帰属主体への既判力拡張を伴わない）並存的訴訟担当が登場する契機が無かったこともあり、訴訟担当は常に既判力拡張を伴うもの、したがって旧201条2項（現115条1項2号）が訴訟担当の規定であると理解されるに至ったと言える。

他方で、株主代表訴訟や民法改正後の債権者代位訴訟など、権利帰属主

体と訴訟担当者が「並んで」訴訟追行権を有する日本流の「並存的訴訟担当」を認めなければ、法定訴訟担当としての説明がつかない場合も存する。もっとも、ここでいう並存的訴訟担当は、訴訟担当者に対してなされた判決の既判力が権利帰属主体へ拡張される点で、ドイツの並存的訴訟担当とは異なる類型である。したがって、日本型の「並存的訴訟担当」概念、すなわち、権利帰属主体と「並んで」訴訟追行権を有する訴訟担当概念は、株主代表訴訟や債権法改正後の債権者代位訴訟を説明することができる点で独自の意義を有すると言える。

また、民訴法115条1項2号の趣旨は、訴訟を進行する相手方の（複次応訴の）不利益を避けることにもあり、この点を考慮すると、不可分債権や権利能力なき社団による登記請求訴訟の事例も、同号の適用対象に含む余地があると考えられる。前者の不可分債権については、本稿はこれまでの通説と相反する結論の可能性を示すにとどまったが、不可分債権者による請求や不可分債権者への履行について実体法上は絶対効が認められるにもかかわらず、訴訟法上は既判力が他の不可分債権者に及ばないとする点に齟齬が生じていることや、その結果、債務者に不可分債権者の数だけ複次応訴のリスクを負わせることは疑問である。このような不可分債権を日本型「並存的訴訟担当」に含めることができるかについての詳細な検討は、今後の課題としたい。

（2017年7月脱稿）

*本稿は、平成29年度科研費（若手研究（B）課題番号17K13654）の研究助成による研究成果の一部である。