

論  
説

任意的訴訟担当論について

——兼子理論を手がかりとして——

伊  
東  
俊  
明

- 一 はじめに
- 二 任意的訴訟担当論の形成過程
  - 1. 明治民訴法における議論
  - 2. 大正改正における議論
  - 3. 兼子理論までの議論
  - 4. 小括
- 三 兼子理論
  - 1. 兼子理論の形成
  - 2. 正当業務説
  - 3. 兼子理論の意義と限界——選定当事者——
  - 4. 小括
- 四 おわりに

## 一 はじめに

「任意的訴訟担当」とは、学説では、「本来の権利義務の帰属主体の承認の下に行われる訴訟担当<sup>①</sup>」、「本来の権利義務の主体の意思に基づいて行われる訴訟担当<sup>②</sup>」、「権利関係の主体が訴訟追行権を第三者に授与し、第三者がその授権にもとづいて当事者適格を取得する場合<sup>③</sup>」などと定義されるのが、一般的である<sup>④</sup>。表現の仕方は異なるが、訴訟物たる権利義務関係の主体（厳密に言えば、権利義務関係の主体と主張する者もしくは主張される者ということになるが、以下では、「権利帰属主体」という）ではない第三者の当事者適格（訴訟担当資格）の論拠として、権利帰属主体の「意思」（ないし意思的要素）に着目する点では共通している。

判例に目を転じると、任意的訴訟担当に関して、近年、いわゆるソプリンのサムライ債の償還請求訴訟における債券管理会社の任意的訴訟担当資格を肯定した最高裁判平成二八年（二〇一六年）六月二日判決民集七〇巻五号一五七頁（以下、「最判平成二八年」という）<sup>⑤</sup>があらわれた。最判平成二八年は、任意的訴訟担当の許容要件に関するリーディング・ケースとされる最高裁（大法廷）昭和四五年（一九七〇年）一月一日判決民集二四巻一二号一八五四頁（以下、「最判昭和四五年」という）の示した判例準則に依拠し、任意的訴訟担当が許容されるためには、権利帰属主体からの「訴訟追行権の授与」が必要不可欠となる旨の考え方を示したものであり、権利帰属主体の「意思（的要素）」に着目する点では、学説と同様の立場ということができる。

任意的訴訟担当論の中核を権利帰属主体の「意思（的要素）」に求めることは妥当であるとしても、検討すべきであるのは、訴訟担当資格が肯定されるためには、いかなる内容の「意思（的要素）」が必要となるのか、より根本的には、権利帰属主体の「意思（的要素）」が要求されるのは何故であるのか、という問題であるように思われる。こ

のような問いは、権利帰属主体に対する既判力の作用をめぐる問題<sup>(6)</sup>、および、訴訟担当者<sup>(7)</sup>と権利帰属主体（被担当者）との間の訴訟上の地位・権限の調整をめぐる問題とも密接に関連すると考えられるが、これらの問題への対応は、学説・判例において必ずしも十分なものとはいえないように思われる<sup>(8)</sup>。

また、最判昭和四五年の判例準則は、訴訟追行権の授権に関する問題<sup>(9)</sup>の他にも、周知の通り、「弁護士代理の原則」と訴訟信託禁止の原則の潜脱のおそれがないこと」という要件が、任意的訴訟担当の制約原理として適切であるか、また、弁護士代理・訴訟信託禁止の非潜脱性要件と「任意的訴訟担当によることの合理的必要があること」という要件とは、どのような関係にあるのか、さらに、最判昭和四五年は、最高裁昭和三七年（一九六二年）七月一三日民集一六卷八号一五一六頁（以下、「最判昭和三七年」という）の考え方をどのような意味で変更するものであるか、という問題を内包するものである。このうち、最後の点について詳言すれば、以下のとおりである<sup>(10)</sup>。民法上の組合の業務執行組合員の任意的訴訟担当資格を肯定した最判昭和四五年は、業務執行組合員と実体法上ほぼ同等の地位にある民法上の組合の清算人の任意的訴訟担当資格を否定した最判昭和三七年の考え方を変更し、任意的訴訟担当の許容範囲を拡張した判例と位置づけられるのが一般的であるが、最判昭和三七年は、清算人の任意的訴訟担当資格を一般的に否定したわけではなく、清算人は選定当事者という権利保護方式を選択すべきであることに主眼を置いた判例であった。この点に着目すると、最判昭和四五年による判例変更の対象は、選定当事者制度を利用できる場合であっても、それによらない任意的訴訟担当が許容されることを示した点にあるということができる。もともと、このような理解は、選定当事者とそれによらない任意的訴訟担当とが異なる制度であることを前提とするものといえるが、どのような点で両者は異なるのか、また、選定当事者制度の利用を回避できることが、どのように正当化されるのかは、いぜん不明確なままである。

以上のような問題を解明することが、最判平成二八年に関する議論を充実させ、今後の任意的訴訟担当論を深め

るためには必要となると考えられる。本稿は、そのための準備作業として、わが国の任意的訴訟担当論の嚆矢となり、最判昭和三七年およびその後の学説の展開に多大な影響を与えた兼子一博士の見解（以下、「兼子理論」という）の意義と限界を明らかにすることを目的とするものである。任意的訴訟担当に関する兼子理論は、一般に「正当業務説」と称されるが、本稿では、正当業務説だけでなく、選定当事者を含めて、兼子理論における任意的訴訟担当論を分析することとする。兼子理論の意義を理解するためには、選定当事者に対するスタンスを明らかにしておくことが必要となると考えられるからである。

以下では、まず、旧々民事訴訟法（明治三三年（一八九〇年）四月二一日法律二九号。以下、「明治民法」という）における任意的訴訟担当に関する議論を瞥見した後に、大正一五年（一九二六年）の民事訴訟法改正（以下、「大正改正」という）における議論について、選定当事者に照準を定めて検討を行う（二）。その後、兼子理論が提唱されるまでの任意的訴訟担当論の議論状況を整理したうえで、兼子理論の内容を明らかにし、その意義と限界を分析する（三）。そして、最後に、最判平成二八年の意義を明らかにし、任意的訴訟担当論の方向性について若干の指摘をすることとする（四）。

ここで、議論の見通しをよくするために、本稿で使用用語等を整理しておく。まず、「授権」という概念は多義的であるが、本稿では、権利帰属主体の意思（的要素）に基づく第三者に対する何らかの権限の授与という意味で用いることとする。そして、授与される権限の内容は、最判平成二八年と同様に、「訴訟追行権<sup>12)</sup>」と「実体法上の管理権」（実体法上の管理処分権）ないし「実体権」とも称される）とに区別し、さらに、「訴訟追行権」は、適宜、訴えの提起をする「提訴権限」、主張・立証に係る訴訟行為（上訴行為も含む）をする（狭義の）「訴訟追行権限」、処分権主義が妥当する「訴訟終結権限」に細分化する。兼子理論を検討するためには、当事者ではないが、自らの名において、第三者の権利義務関係たる訴訟物について訴訟追行する権限を有する地位にある「補助参加人」の「訴

「訴訟追行権」との比較を行うことが有効な方法となりうるからである。さらに、議論を拡散させないために、本稿の検討対象は、原告側の任意的訴訟担当に絞ることとする。なお、検討の対象とする判例・学説は、兼子理論の検討のために必要となるものに限定されていることをあらかじめお断りしておく。

## 二 任意的訴訟担当論の形成過程

### 1. 明治民訴法下における議論

明治民訴法の下では、「(任意的)訴訟担当」という概念を駆使した議論はなされていないが、仁井田益太郎は、訴訟物たる権利義務関係の帰属主体ではない第三者の当事者適格の体系化を試みる。

仁井田は、自らが著した体系書の「正当ノ当事者」という項目で、次のように論じる。すなわち、「正当ノ当事者」とは、「訴訟実行権」を有する者であるとしたうえで、「訴訟実行権」とは、「自己ノ名ヲ以テ訴訟ヲ実行スル権」であり、「訴訟実行権ハ訴訟ノ目的物タル法律関係ノ当事者」に属するが、その当事者が「法律関係ニ関シ管理権ヲ有セスシテ第三者カ之ヲ有スル場合ニ於テハ右ノ法律関係ノ当事者ハ其訴訟ニ付キ訴訟実行権ヲ有セス却テ管理権ヲ有スル第三者之ヲ有ス」という。

そして、その具体例として、①「他人ノ法律関係ニ関シ管理権ヲ有スル者」(破産管財人、妻の財産について管理権を有する夫が、例として挙げられる)、②「債権者ニ代位シテ其権利ヲ行フ権利ヲ有スル債権者」(債権者代位権を行使する債権者)、③「従参加人」(従参加人が当事者双方の承諾を得て被参加人に代わって訴訟を引き受けた場合であり、明治民訴法五八条の「訴訟担任」<sup>14)</sup>の制度である。なお、訴訟担任は、大正改正で廃止されることになる)の場合における従参加人、④「弁護士」(これは、人事訴訟手続法(明治三二年法一三号)二条四項(検察官カ当事者

ト為リタル後相手方カ死亡シタルトキハ本案ノ訴訟手續受継ノ為メ裁判所ハ弁護士ヲ承継人トシテ選定スルコトヲ要ス」に基づく場合である)の四類型を挙げる。

このうち、①②④は、現在の議論の下では、法定訴訟担当に分類されるものである。それに対して、③は、権利帰属主体たる当事者(被参加人)とその相手方の意思(承諾)に依拠して、従参加人に当事者適格を賦与する制度である点に着目すると、任意的訴訟担当に分類することもできそうであるが、本稿では、さしあたり、明治民法の下では、任意的訴訟担当という権利保護方式についての議論は萌芽していなかったことを確認するにとどめておく。

## 2. 大正改正における議論

ここで、明文による任意的訴訟担当に分類される「選定当事者」の立法過程における議論を整理しておく。選定当事者を定めた大正改正による民事訴訟法(以下、「旧民法」という)四七条以下(現行民事訴訟法〔平成八年法一〇九号〕(以下、「民法」という)三〇条以下に対応する)は、大正改正において、法人格のない団体・財産についての当事者能力に関する旧民法四六条(民法二九条に対応する)とセットで導入された規定である。これらの規定の立法過程に関しては、先行研究が充実しているため、本稿では、立法過程において、選定当事者が適用されるべき訴訟として、どのような類型の事件が想定されていたのか、また、選定当事者はどのような権利保護方式として把握されていたのか、という問題意識に基づき、民事訴訟法改正調査委員会における議論に着目して検討を行うこととする。

大正改正についてみる前に、まず、明治民法法の制定過程を一瞥しておく。明治民法には選定当事者に照応する制度は用意されていなかったが、いわゆるテヒョー草案(「訴訟法草案完(一八八六年六月)」では、それに類似

する制度を定める規定が存在した。<sup>(16)</sup> 共同訴訟人の一人が、他の共同訴訟人の訴訟代理人の地位で訴訟追行をすることを許容する内容の規律であり、次のような規定であった。<sup>(17)</sup>

【テヒョー草案八六条三項】

「共同訴訟人中ノ一人若クハ數人ハ裁判所ノ允許ヲ受ケスト雖モ總員ノ爲メ訴訟代人ト爲ルコトヲ得」

テヒョー草案より以前の時期に訴訟規則委員会議によつて作成された『民事訴訟法案』<sup>(18)</sup>には、該当条文は見当たらず、また、それに対するテヒョーの意見・反論を記した『哲憑氏訴訟規則按説明書』<sup>(19)</sup>にも言及がないことに鑑みると、テヒョー草案八六条三項は、『民事訴訟手続』<sup>(20)</sup>に対する意見とされる『現行民事訴訟手続及カークード氏意見書』<sup>(21)</sup>の影響を受けたとの推測が成り立つ。同意見書は、では、「訴訟人」(当事者および訴訟代理人)について、「一個ノ事件二同一ノ利益ヲ有スル者夥多アルトキハ其内ノ一人若クハ數人出訴シ或ハ出訴セラルル事アルヘシ又裁判所ヨリ其内一人若クハ數人ヲシテ連帶者惣體ノ利益ノ爲メニ答辯ヲスル事ヲ許可セラルル事ヲ得」という提案がなされている。<sup>(22)</sup> 他の共同訴訟人(もしくは、共同訴訟人となりうる者)のために訴訟追行(訴え提起も含む)をする者の地位が、「当事者」であるか、「(訴訟)代理人」であるかは不分明であるが、権利帰属主体ではない者による訴訟追行を有効とするための規律といふことができる。

テヒョー草案八六条三項に定める制度は、最終的には、明治民法では採用されなかったが、本稿では、その理由を詳らかにすることはできなかった。

次に、大正改正での「民事訴訟法改正調査委員会」<sup>(23)</sup>における議論についてである。同委員会で検討の対象とされた選定当事者に関連する改正草案(一九二一年)は、以下のとおりである。<sup>(24)</sup>

【四三条】 法人ニ非サル社团又ハ財団ニシテ代表者又ハ管理人ノ定アルモノハ其名ニ於テ訴ヘ又ハ訴ヘラルルコトヲ得

【四四条】 前条ノ場合ヲ除ク外共同ノ利益ヲ有スル多数当事者ハ其総員ノ為メニ原告又ハ被告ト為ルヘキ一人又ハ数人ノ当事者ヲ選定シ又ハ之ヲ変更スルコトヲ得

【五九条】 共同訴訟人ハ共同ノ利益ヲ有スル場合ニ於テ総員ノ為メニ原告又ハ被告タルヘキ当事者ヲ定メ多ノ当事者ヲ訴訟ヨリ脱退セシムルコトヲ得

松岡義正が、四四条の趣旨について、「管理人代表者の定めなかつた所の入会などは沢山の当事者があるのです。まず、さう云ふものが其総員が当事者となると云ふことは訴訟を錯雑ならしめて實際に不便である、其一人が死ぬと色々な手続をしなければならぬと云ふことになりますから、さう云ふものは此原告又は被告となるべき一人又は数人の当事者を選定して、それを以て訴訟の局に当たらしめる、斯う云ふこととした方が實際上便利である」と説明する。<sup>(25)(26)</sup>「其総員が当事者となる」という発言から、松岡は、共同の利益を有する多数者の全員が当事者となるべき訴訟を念頭に置いていたことが推知される。

そのうえで、さらに、松岡が、四四条における選定を受けた当事者（選定当事者）の地位について、「訴訟信託の形式に於て此四十四條の規定は出来て居る、斯う云ふやうになつて居るのでから代表と云ふことになるか或いは何と言つたが宜いかは一寸分り悪い」と述べ（一二二頁以下）、<sup>(27)</sup>この説明を受けて、委員の間で、選定当事者が「当事者」であるか、それとも、「当事者」は「共同ノ利益ヲ有スル多数当事者」（選定者総員）であり、選定当事者はそれらの「代表者」であるかが議論の対象となつた。<sup>(28)</sup>

この問題について、仁井田は、選定当事者を「代表者」ではなく、「当事者」と捉える理解に立つ。「代表者なら

ば本人の制限を受ける」が、「当事者となれば勝手にどんな事でも出来る、併ながら其本人の受けた判決が他の者に効力を及ぼす、斯うなる、当事者になる方は勝手次第にやる、さう云ふ便宜がある」(一三〇頁)という発言に鑑みると、仁井田が選定当事者を「当事者」と捉えることの主眼は、選定当事者の訴訟追行権は制約されるべきではない、ということにあったと推察できる。仁井田が、選定当事者に当事者性を認める見返りとして、選定者の当事者性を否定する趣旨であったかは定かではないが、訴訟追行権の制約を受けない「代表者」を想定できるのであれば、選定当事者を「当事者」と捉える必要はないともいえそうである。

また、選定当事者の受けた判決の効力が選定者にも及ぶことに關して、松岡は、「其点は本来当事者でありますから及ぶだらうと思ふのでありますけれども明文があればそれに越したことはない」(一九四頁)と述べ、仁井田も、「総員の為にとり文字を特に用ひてある」(一九四頁)として、いずれも、総員(選定者総員)に判決の効力が及ぶことは、明文の規定がなくても、当然の帰結である、という考え方に立っていた。松岡のいう「選定者が」本来当事者であります」という趣旨は明確でなく、また、仁井田の発言に關しては、選定当事者を「当事者」と捉える理解と整合的であるかが問題となりうるが、いずれも、選定者について、判決効の基点としての当事者性を認める理解に立っているといえる。

旧民法二〇一条二項(民法一五五一条二項二号)が設けられた理由について、選定当事者との関連性を重視する理解が有力であるが、大正改正の初期の過程で同規定の適用対象として想定されていたのは、法定訴訟担当に該当する類型(破産管財人等)であったこと<sup>(29)</sup>、および、松岡や仁井田のように考えると、選定者への既判力の拡張について、現在の議論が依って立つ「訴訟担当」という法律構成ではなく、選定者(総員)を實質的な「当事者」と捉えて、選定当事者と共に、選定者は選定当事者の受けた判決の効力に服する、という法律構成も採りうることに鑑みると、選定当事者(の全ての類型)を「任意的訴訟担当」と法律構成したうえで、「任意的訴訟担当」の場合に

は民法一五五一条一項二号が一律に妥当する、という議論枠組みは必ずしも盤石とはいえないように思われる。判決効の拡張の根拠は、選定当事者および選定者の訴訟上の地位をどのように捉えるかに依拠することになると考えられるため、本稿では問題の所在の指摘にとどめることとする。

大正改正における議論から示唆される点をまとめると、以下のとおりである。

第一は、選定当事者の制度趣旨は、表現の仕方は様々であるが、「訴訟関係の簡明化」と捉えられていたことである。<sup>(33)</sup>この点は、委員間で共通の理解となっていたといえるが、立法過程で簡明化すべき訴訟として想定されていたのは、入会や民法上の組合等に属する共同の利益を有する者の総員によって構成される団体の構成員による多数当事者訴訟であり、構成員間の関係が、いわゆる固有の共同訴訟関係に該当しうる訴訟類型であったことには留意を要する。また、厳密には、「訴訟関係の簡明化」という要請も、「訴え提起の負担の軽減」という側面と「訴訟手続の進行の円滑化」という側面に区別できる点にも注意すべきであろう。

第二は、選定当事者（および選定者）の訴訟上の地位についての理解が不明確であったことである。改正の過程では、選定当事者は、形式的な当事者として、選定者（総員）に帰属する権利義務に関して、無制約の訴訟追行権を有する一方で、選定者（総員）は、実質的な当事者として、選定当事者の受けた判決の効力に服する、という見解も示されていたものの<sup>(34)</sup>、「訴訟担当」に関する議論は未だ熟していなかったということができる。

以上を確認して、次に、大正改正から兼子理論が擡頭するまでの間における選定当事者をめぐる議論状況を整理する。

### 3. 兼子理論までの議論

本節では、大正改正で新設された選定当事者（旧民法四七条）における「共同ノ利益ヲ有スル多数者」という

要件（以下、当該要件にいう多数者によって構成される団体を「共同利益体」、その多数者を「構成員」という）に着目して、一九二六年（昭和元年）頃から一九三五年（昭和一〇年）頃までの学説の議論状況を整理する。共同利益体をどのように把握するかは、選定行為の方法、選定当事者の地位・権限、ひいては、選定当事者の制度趣旨の理解にも影響を及ぼすことになる。この検討を通して、選定当事者の適用対象が本来想定されていた訴訟類型よりも拡散されていく過程を明らかにする。なお、この時期、選定当事者は、権利帰属主体でない者に当事者適格が肯定される場合の明文規定に基づく例外とされるにとどまり、（法定訴訟担当と対比される）任意的訴訟担当として位置づける議論は、選定当事者を「訴訟信託」の一事例として捉える見解はあつたものの、<sup>(35)</sup>いまだ萌芽しているといえない状況にあつた。

選定当事者の制度趣旨は、表現の仕方は様々であるものの、大正改正の立法担当者の理解と同様に、「訴訟関係の簡明化」に求める点では、共通の理解が形成されていたといえるが、<sup>(36)</sup>その具体的な内容については、共同利益体の捉え方に応じて差異がある。<sup>(37)</sup>共同利益体に関する見解を、各々の特徴的な点に着目して整理すると、以下のとおりである。

① 構成員が固有必要的共同訴訟関係に立つ場合

山田正三の見解である。<sup>(38)</sup>山田は、旧民訴法四六条（民訴法二九条）を「形式的当事者能力」<sup>(39)</sup>を定めた規定であるとしたうえで、旧民訴法四七条（民訴法三〇条）に規定する共同利益体とは、「単ニ権利関係力合一ニノミ確定スヘキ関係ニ在ル多数者ト云フニテハ足ラス、権利関係力合一ニノミ確定スルヲ要スルノミナラス多数者共同ニ於テノミ訴ヘ又ハ訴ヘラルコトヲ得ヘキ井所謂固有必要的共同訴訟」の關係にあることを意味すると説く。<sup>(40)</sup>山田は、固有必要的共同訴訟に関して、「訴訟物タル権利カ一個ナルモ訴訟ノ判決ハ共同当事者ニ付キ觀念上複数ナルコトコト

「アリ」、換言すれば、請求（訴訟物）は単一であるという理解に立つ<sup>(44)</sup>。この理解に立つたうえで、山田は、選定当事者による訴訟を、共同利益体に帰属する単一の請求に係る「単一訴訟<sup>(42)</sup>」と捉えることになる。

以上のように解したうえで、山田は、共同訴訟人の行った訴訟行為の効力が他の共同訴訟人にも効力を及ぼすという（固有）必要的共同訴訟関<sup>(43)</sup>係は、共同利益体の代表者たる選定当事者と選定者（構成員総員）との間でも同様に肯定されるべきであるという<sup>(44)</sup>。そして、選定行為について、固有必要的共同訴訟関係にある共同利益体は、旧民訴法四六条の形式的当事者能力を有する程度の組織性は具えていないが、「一ノ団体トシコレニ選定権ヲ認ムルモノニ外ナラス」として、「特別ノ合意ナキ限り過半数ノ意見ヲ以テ之レヲ決定シ得ヘク」とし、「蓋全員一致ヲ要スルモノトセンカ選定当事者ニ関スル規定ハ実用ナキニ至ルヘシ」として、構成員の多数決による選定を許容する<sup>(45)</sup>。

山田は、選定当事者は、「自己ヲ包含スル多数者全員ノ権利ニ付当事者タル適格」を取得するが、「自己ノ権利ニ付自ら共同当事者トシテ訴訟ヲ為ス権能」は喪失するとしたうえで、選定当事者の訴訟追行権は何ら制約を受けな<sup>(47)</sup>いという。他方、選定者（構成員総員）は「当事者ニアラスシテ」当該訴訟ニ関シ訴訟ヲ為ス権能ヲ失フ<sup>(47)</sup>とし、「単ニ従参加人トシテ選定当事者ヲ補助シ得ルニ止マル」が、共同訴訟的従（補助）参加人としての地位が認められるべきであるという<sup>(48)</sup>。この理解は、選定当事者の受けた判決の効力が、選定者（構成員総員）に対しても作用することを前提とする理解である<sup>(49)</sup>。

以上のような山田説は、選定当事者の適用範囲を不当に制約する見解であり、いわば異説とされ、検討の遡上に載せられることは少なかったが、とりわけ、旧民訴法四七条（民訴法三〇条）における共同利益体を、固有必要的共同訴訟関係に限定したうえで、共同利益体を、旧民訴法四六条（民訴法二九条）によって当事者能力が賦与される団体とはほぼ同等に扱う内容の規律を設けることを模索している点では、興味深い指摘を含む見解であったといえよう<sup>(50)</sup>。

② 構成員が同一の権利又は法律関係について「共同直接利害関係」に立つ場合

細野長良の見解である。<sup>(51)</sup> 細野は、ドイツ法(主として、Konrad Hellwigの見解)の影響を受け、「訴訟ノ実施権」(訴訟実施権)を有する者が「正当な当事者」であり、訴訟実施権は「訴訟物タル権利又ハ法律関係ニ付キ管理權又ハ処分權」という実体権を有するか否かにより決せられるという理解に立ち、第三者が訴訟実施権を有する場合を「第三者の訴訟担当」とし、その一事例として選定当事者を位置づける。<sup>(52)</sup>

細野は、選定当事者制度の趣旨は、「訴訟ノ遲滞ト複雑ヲ避クル」ことにあるとしたうえで、共同利益体に該当するのは、「法律上ノ利害関係ナルコトヲ要スルノミナラス同一ノ権利又ハ法律関係ニ付キ数人カ共同直接利害関係ヲ有スル場合」(具体例として、民法上の組合の構成員、入会権者、共有権者の相互関係が挙げられる)でなければならぬとし、「単ニ經濟上ノ共同利益ヲ数人カ有スル場合」、「数多ノ権利又ハ法律關係存在シ其主体者カ互ニ共同利害關係ヲ有スルカ如キ場合」(具体例として、主債務者と保証人の関係、連帯保証人間の關係等が挙げられる)、及び「数多ノ法律關係カ互ニ有効又ハ無効ノ條件關係ニ在ル場合」は含まれないという。<sup>(54)</sup> 細野説における「共同直接利害關係」の具体的な内容は明らかではないが、固有必要的共同訴訟関係だけでなく、類似必要的共同訴訟関係も包含するものと捉えることができ、この点に着目すると、山田説よりも、選定当事者の適用範囲を広範なものとする理解に立っているといえる。<sup>(55)</sup>

選定行為とは、選定当事者に対して、選定者自身が有する「訴訟実施権」を授与する行為であり、選定当事者自身が有する訴訟実施権にも一定の制約を課すことになるという。細野は、その制約の内実を、選定当事者は、選定者の訴訟実施権と自らの訴訟実施権とを「同時ニ行使セラルコトヲ内容トスルモノニシテ被選定者ノ固有ノ訴訟實施權モ亦自ラ制限ヲ受ケ单独ニテ之ヲ行使シ得サルコト」にあると解する。そして、細野は、選定行為によって、訴訟の進行に関して、選定当事者の固有の訴訟実施権も制約を受けうることを根拠として、選定行為を選定者と共

にする「合同行為」と捉えるべきであると説く。<sup>(57)</sup> なお、選定当事者の受けた判決の既判力は、旧民訴法二〇一条二項（民訴法一一五条一項二号）により、選定者にも及ぶことになり、「此事アリテ始メテ選定制度ノ目的ヲ達ス」といふ。<sup>(58)</sup>

細野説の特徴は、「訴訟実施権」と実体権とを明確に区別し、選定行為を、実体権を伴わない訴訟実施権のみの授与と捉えたうえで、選定行為によつて、選定者は実体権を喪失しないことは当然であるとしても、訴訟実施権も当然には喪失しない<sup>(59)</sup>と解する点に見出すことができる。<sup>(60)(61)</sup>

### ③ 構成員が通常共同訴訟関係に立つ場合

中島弘道と菊井維大の見解である。<sup>(62)</sup> 中島も、細野と同様に、ドイツ法の議論を参考として、実体法上の「一定ノ財産（物権、債権其ノ他ノ財産権）ヲ保管スル権利及義務」である「管理権」の所在によつて定まる「訴訟実施権」を有する者が当事者適格を有する、という理解に立つ。<sup>(63)</sup> そして、法律関係の主体が訴訟実施権を有するのが原則であるが、法律関係の主体でない者も訴訟実施権を有する場合があります、その一類型として、選定当事者を位置づけるものの、「任意的訴訟担当」という範疇は用いていない。<sup>(64)</sup>

中島は、選定当事者がもたらしうる「訴訟促進」および「費用節減」という効用を発揮できるように、その規律内容を解釈すべきである、というスタンスに立ち、構成員間に共同訴訟関係が成立する場合（旧民訴法五九条〔民訴法三八条〕の要件を充たす場合）であれば、原則として、共同利益体要件を充足するが、共同訴訟関係が肯定される場合であっても、攻撃防御方法が共通でないときには、例外的に、選定行為は不合法となる、という見解を示す。<sup>(66)</sup> 中島も、細野説と同様に、「訴訟関係の簡明化」という選定当事者の制度趣旨に関しては、訴訟手続の進行の円滑化の側面を重視するようである。

そのうえで、中島は、「共同利益カ可分ナル場合」(共同利益体が通常共同訴訟関係に立つ者で構成される場合)を除き、共同訴訟関係の「一部ノ者ノミノ為ニ原告若ハ被告ト為ル選定当事者」は認められないとして、選定行為は、共同利益体に属する「多数者全員ノ合意ヲ必要トシ多数決ニ依ルコトヲ得ス」と主張する<sup>(67)</sup>。この説明から、中島は、共同利益体が、(固有) 必要的共同訴訟関係である場合と通常共同訴訟関係である場合とで異なる規律が妥当すべしとの立場であったことを窺い知ることができる。

中島説の特徴の一つとして、入会権のように「一定ノ地域ニ住所ヲ定ムルコトニ因リ当然権利ヲ取得シ権利者団体ノ一員ト為ル」場合について、「新ニ権利者ト為リ又ハ義務者ト為リタル者ノ為ニモ選定当事者ハ当然原告又ハ被告ト為ル」と解すべしと説く点を挙げることができる。「選定当事者ノ背後ニ在ル共同利益団体ニ属スル個人ニ付生スル一般承継又ハ特定承継ノ効果カ一々訴訟手続ニ影響ヲ及ホスモノト解スルハ明カニ訴訟法ノ精神ニ反ス」ことを根拠とするものである<sup>(68)</sup>。この文脈で想定されているのは、共同利益体の構成員が固有必要的共同訴訟関係に立つ場合であると考えられる。なお、中島は、旧民法二〇一条二項の適用により、選定当事者が「形式上ノ当事者」として受けた判決の効力は、「眞ノ権利者義務者」である選定者(構成員総員)にも及ぶとする<sup>(69)</sup>。

菊井も、他の見解と同様に、「正当なる当事者」とは「訴訟実施権」を有する者であり、原則として、訴訟物たる権利義務関係の主体は訴訟実施権を有するが、例外的に、第三者が訴訟実施権を有する場合があるとする。そして、第三者が訴訟実施権を有する場合を、「第三者が職務上特殊の財産に関し管理権がある場合」(具体例として、破産管財人、強制管理の場合における管理人等を挙げる)と「法律の規定により第三者が他人の法律関係に付訴訟実施権を有する場合」に区別したうえで、さらに後者を「法律の規定に依り直接に有するとき」(具体例として、債権者代位権を行使する債権者、取立委任裏書の被裏書人、信託法上の受託者、船長等を挙げる)と「法律の規定に依り当事者が選定を為す場合」とに分け、最後の場合の具体例として、選定当事者を挙げる<sup>(70)</sup>。菊井も、法定訴訟担当と任

意的訴訟担当とを明確に区別しないが、別の箇所でも「一般に法律関係の主体が他に訴訟実施権を付与し得るか独法上争がある」と述べていることに鑑みると、「<sup>(71)</sup>任意的訴訟担当」に該当する類型が存するを認識していたことが窺えるものの、選定当事者がそれに該当すると解していたかは明らかではない。<sup>(72)</sup>

菊井は、「原告若くは被告が複数でも通常の共同訴訟の場合はその取扱が個別的だから比較的始末がよろしいが、必要的共同訴訟になると当事者たるものも数が多い處へその一人に生じた事項は他の者との関係に於て効力を生じ訴訟全体に影響するから、訴訟の進行は容易に望まれない」としたうえで、選定当事者を利用すると、このような弊害を回避することができるという。<sup>(73)</sup>

菊井は、選定当事者の制度趣旨に関しては、必要的共同訴訟における「訴訟手続の進行の円滑化」を重視する一方で、共同利益体については、「訴訟の結果に付影響を与ふべき争点に関し多数者が等しく利害関係を有する場合」として、構成員が通常共同訴訟関係にある場合を含めた理解に立っている。<sup>(74)</sup>

中島・菊井のように、共同利益体に通常共同訴訟関係が成立する場合も含め、選定当事者の適用範囲を拡大する考え方が、次第に有力となり、これが兼子理論の基礎となったということが出来る。

#### 4. 小 括

本章の検討をまとめると、以下のとおりである。

第一は、選定当事者の適用対象となる共同利益体の構成員の関係は、大きくみると、固有必要的共同訴訟関係と通常共同訴訟関係とに区別できることである(以下では、説明の便宜上、前者を「本来型」、後者を「展開型」と称する)。大正改正の過程で想定されていたのは、おそらく、本来型であると考えられるが、<sup>(75)</sup>選定当事者制度の「訴訟手続の簡明化」という効用のうち、特に「訴訟手続の進行の円滑化」という側面が重視されるにつれて、展開型を

選定当事者の中核に据える議論が徐々に有力となり、その流れに照応して、本来型が等閑に付されることになったと見立てることも許されるのではなからうか。当時の学説でも、本来型と展開型とで異なる規律が適用されるべき旨の説明をする見解も見受けられるものの、両類型の差異はさほど重視されていなかったと考えられる。ここに、本来型と展開型とでは、その法律構成が異なるのではないか、また、それに応じて、各々に適用されるべき規律内容も違った内容となるべきではないか、という問いが生じる余地があることになる。

第二は、この時期の学説では、「任意的訴訟担当」という範疇は未だ明確には見出されておらず、権利帰属主体の意思に基づく選定行為によつて、選定当事者に対して、どのような権限が授与されるのか、という問題意識は希薄であったことである。これは、別の見方をする、当事者ではない選定者の訴訟上の地位に対する関心が薄かったことを意味しているといえよう。なお、学説において、旧民訴法二〇一条二項（民訴法一一五条一項二号）を、選定者（構成員総員）に対する判決効の作用の根拠条文とする点では争いはないが、その法律構成について、「訴訟担当」構成による説明がなされていたわけではないことには留意を要する。

以上のことに鑑みると、選定当事者を検討するためには、本来型と展開型とを区別したうえで、両類型で、選定者から選定当事者に授与される権限の内容に違いがあるか、違いがあるとすると、どのような点で違いがあるのか、さらに、選定当事者と選定者の関係を「訴訟担当」構成によつて一律に把握することが適切であるか、という視角からの分析が有益であるように思われる。

### 三 兼子理論

本章では、選定当事者と選定当事者によらない任意的訴訟担当に関する議論（以下では、説明の便宜上、明文規

定によらない任意的訴訟担当に関する兼子理論を「正当業務説」と称する)に着目し、前章の検討から得られた示唆を手がかりとして、兼子理論における「任意的訴訟担当論」が含意する意義とその限界を探ることとする。

### 1. 兼子理論の形成

本節では、公刊された体系書を中心に、任意的訴訟担当に関する兼子理論の形成過程を整理する。なお、変遷の過程を示すため、重複する箇所も含めて、行論に必要となる限りで、その内容を引用することとする。

#### ① 『民事訴訟法講義案』(精興社、一九三五)以下、「兼子・講義案」と引用する。

兼子・講義案一三七頁は、「実質的帰属主体以外の者が正当な当事者たる場合」の一類型として、「実質的帰属主体の意思に基き訴訟追行権を信託せられたる者。現行法では実体法上の権利主体が之に関する訴訟追行権のみを第三者に委ねることは原則として許されない(信託法一條の勿論解釈)。唯例外として選定当事者(四七)及び手形の取立委任の被裏書人(手形一八、但し代理人説もあり)がある」という。

選定当事者の制度趣旨について、「審判の統一が害される惧」および「裁判所の送達等の事務も煩雑となる」という「公私の便宜」を顧慮したものと捉えたい(二二七頁)。「共同の利益」については、「社会觀念上一団として相手方に対立すると認むべき場合」と解し、「必ずしも必要的共同訴訟のみには限らない。例へば、組合財産に関する訴訟に於ける組員、同一交通事故に基く損害賠償を請求する被害者、金貨約款を争う多数の公債所持者の如し」という(三二八頁)。

兼子・講義案では、「任意的訴訟担当」という用語は用いられていないものの、権利帰属主体の意思に基づく訴訟担当という範疇を認めたいうえで、原則として、明文規定が無い限り、それを不適法とする考え方に立っていた。選

定当事者を訴訟追行権のみの授与がなされる制度と捉えている点、および、任意的訴訟担当を不適法とする論拠として、弁護士代理の原則の潜脱を挙げずに、訴訟信託の禁止のみを挙げている点が特徴的である。

また、選定当事者の適用対象として通常共同訴訟関係に立つ構成員から成る共同利益体も含めるべきであることを明示している点は、前章でみた菊井説を継承するものといえるが、選定当事者制度に関する具体的な規律内容は、兼子・講義案ではいまだ示されていない。

②『民事訴訟法概論（上冊）（中冊）（下冊）』（岩波書店、一九三七—一九三八）（以下、「兼子・概論」と引用する。）

兼子・概論一八二頁は、「訴訟信託（Prozessstandschaft）」という概念を用いて、「任意的訴訟信託」を、「実質的な利益帰属主体が其の意思に基き訴訟追行権を授権する場合で、選定当事者の制度（四七・四八）はこれを認め」るものであるとしたうえで、「但し一般に自己の權益に関し第三者をして訴訟を為す権能を付与し得るかは、弁護士代理の原則（七八）及び信託法第一一條（尤も同法に所謂訴訟信託は実体法上の權利の処分を伴う場合である）との關係から疑問があるが、權利の帰属者が処分管理の権能を他人に授権すべき取引上の必要の存する場合に、之に附随して訴訟追行権の授権を認めるのは妨げないものである」（頼母子講の世話人に付て判例も之を肯定する。昭和一一・一・一四民集一五卷一五五頁）（\*波線は筆者によるものである）という。

兼子・講義案との大きな違いは、「任意的訴訟信託」という範疇を認めたくうえで、權利帰属主体による実体権（処分管理の権能）の授与に伴う訴訟追行権の授与を一定の範囲で許容している点である。<sup>(28)</sup> 兼子・講義案の立場を転換した理由は、おそらく、頼母子講の世話人（講元）の当事者適格を許容した大審院判例（詳細は次節で検討する）の理論的な基礎付けの必要性に迫られたことにあると考えられるが、実体権と訴訟追行権の授与を区別する分析視角を呈示したことの意義は大きいといえる。權利帰属主体の意思に基づく訴訟追行権の授与を許容する考え方を採

用するのに伴い、「任意的訴訟信託」の制約原理として、弁護士代理の原則との関係に言及する必要性が生じることになったといえよう。

選定当事者の制度趣旨について、兼子・概論四三八頁では、兼子・講義案における「審判の統一が害される惧」という記述は削除され、それに換えて、「訴訟の足並みが揃はなくなったり、殊に必要な共同訴訟に於ては全訴訟の進行が阻害される虞がある」という記述となった。兼子・講義案と比べると、訴訟手続の進行の円滑化の側面がより強調されているように思われる。

「共同の利益」について、兼子・概論四四〇頁は、当事者間の請求が「同一の事実上又は法律上の原因」に基づき、当該原因が「各請求の当否に関する鍵點をなす」場合としたうえで、共同の利益を要件とすることによって、「弁護士たるべき原則に潜脱するとの非難を免れ得る（但し此の資格は原告の主張事実によって一応認められれば足ると解せぬと、其の者自身の請求又は之に対する請求が棄却さるべき場合には常に共同利益団に属せぬものとして総員の為にした訴訟追行を遡って否定せねばならぬ不都合を生ずるであろう）」という。兼子・講義案と同様に、通常共同訴訟関係を含める理解に立つ。注目すべき点として、共同利益体の構成員に対する訴訟追行権の授与であれば、弁護士代理の原則を潜脱するものではないことを明示していることを挙げることができる。ここで、このような説明が付加されたのは、「任意的訴訟信託」の制約原理として挙げた弁護士代理の原則と選定行為との間で、理論的な整合性をもたせるためであったと考えられる。

選定者に対する選定行為の効果に関して、兼子・概論四四二頁は、「選定者は選定を為すも当然には自己の訴訟追行権を失わず（訴訟代理権の授与の場合に比し得る）、随って自ら又はこれに対し相手方より訴えを提起することは妨げられる」とする。兼子・概論が許容するところの「任意的訴訟信託」とは異なり、選定当事者の場合には、実権の授与を伴わない（別言すれば、選定者は実権を保有したままである）と考えるからである。この記述から、

兼子理論は、訴訟追行権と実体権とを連繫させたくえで、さらに、提訴権限（もしくは応訴権限）と狭義の訴訟追行権限とを区別する考え方に立っていたことを窺い知ることができる。

③『民事訴訟法体系』（酒井書店、一九五四）（以下、「兼子・体系」と引用する。）

兼子・体系一六一頁は、「任意的訴訟担当」について、「本来の権利帰属主体の意見に基いて、自己の紛争の解決のための訴訟を他人に任せ、これについての訴訟追行権を授与する場合」としたうえで、「但し無制限に、これが認められるかは、弁護士代理の原則（七八）を潜脱し、又訴訟信託の禁止（信託法一一、これは権利名義をも受託者に移転する処分を伴う場合である）の趣旨に抵触するおそれがある点から問題になる。しかし権利の帰属主体が、その管理処分の権能を他人に授権するについて、正当な業務上の必要があれば、許すべきであると考える。判例も無尺講の講元又は会主の講関係の債権、債務についての当事者適格を認めている」、「労働組合も、組合員の便宜を図り、利益を保護する目的上、組合員の授権があれば、その労働契約上の権利関係について、その名で訴訟ができる」といえる（\*波線は筆者によるものである）という。任意的訴訟担当が許容される具体例として、労働組合を挙げている点が、兼子・概論との大きな相違点である。兼子・体系において、後に「正当業務説」と称されることになる考え方が確立したとすることができる。

選定当事者の制度趣旨について、兼子・体系三九四頁は、「審理の足並が乱れたり、弁論も錯雑化し、呼出その他の送達事務も多くなつて、費用もかさむことになる。そこで共同利益者の中から代表者を選んでこれに訴訟を任せ、これだけを表面に立たせることによって訴訟の単純化を図る趣旨から選定当事者の制度が認められる」とし、兼子・概論における必要的共同訴訟についての特記を削除している。

「共同の利益」について、兼子・体系三九五頁は、「各人の又はこれに対する相手方の請求の当否が、同一の事実

又は法律上の原因に基き、且それが特に相手方との間の共通の争点を成す重要な点であるため、相手方に対して一団として対立していると認められる場合を指す。かかる場合は、訴訟資料の主要部分は共通となり、訴訟の単純化の合理性があるからである」という<sup>(79)(80)</sup>兼子・体系が、選定当事者の適用対象として想定しているのは、展開型であり、兼子・概説と比べると、本来型は埒外に退いているとの印象を受ける。

以上みてきたように、兼子理論における任意的訴訟担当論は、訴訟物たる権利義務関係について、提訴者と権利帰属主体との間に、共同訴訟関係が肯定される場合と肯定されない場合とに区別する枠組みを採用しているということが出来る。前者の場合には、選定当事者が利用されるのに対して、後者の場合には、正当業務説が妥当することになる。

## 2. 正当業務説

兼子理論の意義と限界を検討する前に、正当業務説が任意的訴訟担当の許容される類型として挙げる「無尽講の講元」と「労働組合」について、正当業務説によると、各々の訴訟担当適格がどのように正当化されているのかを確認しておくこととする。仔細にみると、各々の訴訟担当資格の正当化根拠が異なるように思われるからである。

### ①無尽講事例

#### (a)前提問題

「無尽講」(ないし「講」<sup>(81)</sup>)をめぐる問題は、法律学だけでなく、歴史学・社会学・経済学・経営学等の観点からも検討の対象とされる比興のトピックであり、法律学に限っても、様々な視点からの多角的な分析がなされてきたと

ころである<sup>(82)</sup>。本稿での検討は、正当業務説の基礎をなす講元<sup>(83)</sup>の当事者適格に関する判例法理を分析するために必要となる限りで、その議論の一端を整理したものにすぎない。

無尽講は、大きく、各講員間の契約<sup>(84)</sup>によって成立する組合的な「集団的無尽講」と講元と各講員間の契約によって成立する「個別的無尽講」とに区別でき、後者は、さらに、無尽業法の適用を受ける講とその適用を受けない講とに区分することができる。正当業務説が対象とするのは、前者に分類される集団的無尽講における講元の当事者適格である。また、前者の類型は、無尽講を設立し、講員を募集した発起人が、第一回の掛金の贈与ないし貸付を受け、その代償として、講元として講の維持・管理をする義務を負うことになる「親無尽」と、そうではない場合の「親無無尽」とに区別することができる。無尽講の多くは、親無尽であったとされるが、親無無尽であっても、講員が共同で講を設立することは希であり、発起人が講規約を定めて（講規約によっては、発起人が講元となるとは限らない）、講員を募集するのが一般的であったようである<sup>(85)</sup>。

無尽講の主たる目的は、相互扶助的な庶民金融とされるが、各々の講に応じ、その目的は多種多様であるため、組合的な集団的無尽講の定義も多義的なものとならざるを得ない。代表的な定義を挙げると、以下のとおりである。すなわち、「数人カ相集マリテ一定ノ時期毎ニ一定ノ金銭ヲ支出シ抽選若クハ入札ノ方法ニ依リ順次ニ講金ヲ受領セシムル方法」<sup>(86)</sup>、あるいは、「数人が、一定の口数と給付すべき金銭を予定し、定期に夫々其の持口に応じたる金品の掛込を為さしめ、各掛込者に順次に抽選入札其他の方法に依り、金品の給付を為すことを目的として組織するもの」<sup>(87)</sup>といった定義である<sup>(88)</sup>。

集団的無尽講をめぐって生じる主な法律問題は、既取口講員に対する掛金の取立てであった（既取口講員は既に給付金を受けているため、当該講員による爾後の掛金の支払いは、「掛戻」と称されるのが一般的であった。以下、説明の便宜上、既取口講員に対する掛金の支払いを求める請求権を「掛戻請求権」という）。組合的な無尽講では、

既取口講員と未取口講員との間で利害対立が生じることになり、この点が、民法上の組合と無尽講との大きな相違点とされる<sup>(88)</sup>。講元を定めない無尽講の場合には、講員各自が、自己に必要な限度で、掛金の支払いを怠る講員に対して、掛戻請求訴訟を提起できることを前提とする裁判例もあつたが、<sup>(89)</sup> 実際には、大多数の無尽講では、業務執行者としての講元が定められていたようである。講元が選任されている場合には、掛金の支払いを怠る既取口講員からの掛戻は、講元の業務執行の範囲に含まれることになる。問題となつたのは、講元が掛戻請求訴訟を提起する場合の当事者適格の正当化であつた。

裁判実務では、様々な法律構成による講元の当事者適格の正当化が試みられていた。<sup>(91)</sup> 大きく分けると、裁判例では、講元自身を掛戻請求権の権利帰属主体としたうえで、訴訟物たる掛戻請求権は講元自身の権利であるから、固有適格として講元の当事者適格が肯定される、という法律構成<sup>(92)</sup>と掛戻請求権の権利帰属主体は未取口講員全員であるとしたうえで、講元と各講員との契約によつて各講員に帰属する掛戻請求権に係る取立権能が講元に授与され、その取立権能に基づいて講元の当事者適格が肯定される、という法律構成<sup>(93)</sup>が採用されていた。<sup>(94)</sup>

大判昭和十一年（一九三六年）一月一四日民集一五卷一頁一頁（以下、「大判昭和十一年」という）は、後者の法律構成に立つたうえで、その内容を精緻化する判断を示したものである。<sup>(95)</sup>

(b) 大判昭和十一年

正当業務説が引用する大判昭和十一年は、次のような事案であつた。訴外Aの発起に係る無尽講の設立総会において全講員により講長（講元）に選任され、「講金ノ取立其ノ他講務一切ヲ処理スヘキ権限」を賦与されたるXが、掛戻を拒む既取口講員である訴外Bの連帯保証人であるYを被告として、掛戻金（本件では「掛返金」と称される）の残額と遅延利息の支払いを求める訴えを提起した。第一審および原審では、Xの請求を認容する判決がなされた。

Yは、掛戻請求権は「落札者ヲ除ク全講員ノ共有債権ニシテ其ノ請求權ノ行使ハ落札者ヲ除ク全講員ヨリ為ラルヘキモノナリ」(換言すれば、掛戻請求訴訟は未取口講員全員の固有必要的共同訴訟である)として、講元の当事者適格を肯定した原判決は違法な判断に基づくものであるとして、上告した(その他の上告理由については省略する)。大審院は、Yの上告を棄却した。少し長くなるが、関連する判決文を引用しておく。

「……斯クテ訴訟当事者トシテ裁判ノ資料ヲ裁判所ニ供給スルコトハ取りモ直サス判決ヲ通シテ訴訟物タル權利關係ヲ処分スル地位ニ立ツコトニ外ナラサル以上自己ノ名ニ於テ此ノ權利關係ヲ処分スル權限(所謂管理權)ヲ有スルモノニシテ始メテ能ク此ノ訴ノ当事者タルノ道理ハ又多言ヲ俟タサラムナリ然ラハ則チ斯カル処分ノ權限ヲ有スルモノハ之ヲ誰トカ為ス开ハ多クノ場合当該權利ノ主体ナルモ必シモ爾ラス所謂管理權ハ右ノ主体ノ外尚ホ第三者モ之ヲ有シ若ハ第三者ノミ独之ヲ有スルコト決シテ稀ナラス這ハ畢竟社会生活ノ經濟的機構カ世ヲ追フテ規模ヲ大ニシ複雑ヲ加フルニ伴レ当該權利ノ主体自ラ又ハ代理人ヲ督シテ其ノ事ニ当ルノ技能財力若ハ時間ヲ有セサル場合カ益々増加スルノ致ストコロナラスムハアラス是故ニ或權利ソノモノノ主体ヲ求め得タレハトテ未タ以テ安ンスヘカラス必スヤ此ノ權利ニ付キ管理權ヲ有スルモノノ誰タルヤヲ探究シテ後此ノ權利ニ関スル訴ノ正シキ当事者ハ始メテ之ヲ知り得タリト為スコレ當事者能力ニモ非ス訴訟能力ニモ非ス具體的ノ訴ニ於テ其ノ当事者タル適格テフ一ノ訴訟要件カ現時ノ民事訴訟ニ於テ一個ノ問題トナリ来リシ所以ナリトス夫ノ破産管財人ハ破産者ヲ主体トスル破産財團ニ関シ広汎ナル管理權ヲ専有スルカ故ニ財團ニ関スル訴ニ於テ管財人カ其ノ当事者タルハ当然ナリ強制管理人(民事訴訟法第七十一条)亦之ニ類シ債務者ノ所有ニ属スル当該不動産ノ管理及ヒ収益ニ付キ管理權ヲ独占スル妻ノ財産ニ対スル夫亦爾リ(民法第八十一条)個々ノ權利ニ在リテハ取立委任ノ被裏書人取立命令ヲ得タル差押債權者又ハ債権ニ対スル質權者(民法第三百六十七条)等ハ孰モ当該債權取立ノ範圍ニ於テ管理權ヲ有スルカ故ニ取立ノ訴ニ於ケル原告タルヲ得ルハ論無シ所謂代位訴權(民法第四百二十三條)若ハ詐害行為廢罷訴權(民法第四百二十四條)

ヲ有スル債権者ノ如キモ亦他人ノ權利ニ付キ或目的ノ限度ノ下ニ管理権カ与ヘラルルヲ以テ共ニ当該訴訟ノ当事者タルヲ得ヘシ夫レ無<sub>レ</sub>尽<sub>テ</sub>講ノ組織タル其ノ態様一ニシテ足ラス会主講元或ハ世話人ト称スル者ト各講員トノ間ニ直接ノ權利關係カ存スル場合ハ問題無<sub>シ</sub>直接ノ權利關係カ講員相互ノ間ニ存スル場合ニ於テモ此等權利關係ニ付キ会主等ニ管理権カ与ヘラルルヲ以テ常例トス原判決ノ確定スルトコロニ從ヘハ「被控訴人(被告告人)ハ右講ノ發起總會ニ於テ全講員ヨリ講長ニ選任セラレ講金ノ取立其ノ他講務一切ノ処理ヲ附与セラレ」タリト云フニ存ルヲ以テ被告告人ハ講務一切ニ対スル管理権者トシテ掛返金ノ請求ニ付キテモ亦裁判外ハ固ヨリ裁判上ニ於テモ自己ノ名ニ於テ諸般ノ事ニ当ルヲ得ルハ殆<sub>ニ</sub>ト論無<sub>シ</sub>」訴訟ノ權限ニ付授權ノ特約」ト云フカ如キハ毫モ之ヲ要セス之ヲ要ストスル所論ハ茲ニ於テカ採用スルニ足ラス……」(\*波線は筆者によるものである)

大判昭和一一年は、掛戻請求權が講元ではなく未取口講員全員に帰属することを前提として、掛戻請求權に係る講元の当事者適格を肯定する旨の判断を示した。その論拠は、講会において、全講員が、講元を選任したうえで、その講元に対して、「講金ノ取立其ノ他講務一切ノ処理」する權限(判旨がいうところの「管理権」)を授与したことに求めている。このような法律構成は、既に判例において採用されていたものであるが、当事者適格の根拠となる「管理権」を、法定の要件ではなく、權利帰属主体の意思に基づいて、第三者に授与できることを明らかにした点で、大判昭和一一年の意義は大きいといえよう。<sup>(96)</sup>

大判昭和一一年の事案に特有の事情として、講員間の内部紛争であり、未取口講員だけでなく、被告たる既取口講員も、講元に対して講金に係る包括的な管理権を授与することを承諾している点、および、掛戻請求權の主体である未取口講員全員(もつとも、未取口講員の範圍は、予め特定されているわけではない、入札もしくは抽籤毎に変動する)が原告となる場合の訴訟は固有の必要的共同訴訟に該当すると解されている点を挙げることができる。前

者は、講元に当事者適格を肯定することに伴う相手方当事者の不利益を考慮する必要がないことを正当化する事情であり、後者は、掛戻請求訴訟の提起を容易にするという意味で、権利帰属主体（未取口講員全員）の利益保護を図ることを正当化する事情ということが出来る。大判昭和十一年の考え方が一般的に妥当する判例準則となりうるかは、このような事案の特殊性を顧慮したうえで、慎重な判断がなされる必要があるであろう。

(c) 正当業務説による大判昭和十一年の理解

正当業務説は、その提唱された時期（昭和十二年（一九三七年））に鑑みても、実質的には、大判昭和十一年の判例準則の理論的かつ体系的な根拠づけをなすことを試みる見解であったということが出来る。正当業務説によると、大判昭和十一年は、全講員による講元の選出とそれに伴う講元への包括的な管理権の授与、判旨に引きつけていうと、講元と全講員との間に措定できる「直接ノ権利関係」に準じた関係に依拠する管理権の授与に基づき、講元の当事者適格（訴訟担当資格）が肯定されることを明示した判例と捉えられることになる。すなわち、大判昭和十一年は、権利帰属主体の「意思（的要素）」に基づく「管理権」の授与によって、第三者が適法に「訴訟追行権」を獲得できること、別の見方をすると、管理権と訴訟追行権とを連関させたうえで、管理権のみの授与による「任意的訴訟担当」が許容されることを明示した最初期の裁判例として位置づけられることになる。<sup>(97)</sup>

② 労働組合事例

兼子は、「労働組合の訴訟当事者適格」と題する労働法論題会における講演において、労働組合の当事者適格（訴訟担当資格）について、次のように論じる。<sup>(98)</sup>

まず、「労働組合の目的は、団結することによって使用者とできるだけ対等な立場において交渉ができるようにす

ること」にあり、この目的に適う限りで、組合員の権利関係に係る労働組合の管理権が肯定されるものであるため、「一般的には組合が当然その組合員の具体的な権利関係、例えば賃金なり貸借金の支払いであるとか、あるいは組合員が解雇されたという場合の解雇の有効、無効を争うような訴訟をすること自体は組合の管理権に入らないので、組合が当然にその組合の名前でもって訴訟するということは適格がない」として、「組合契約の中に、この組合は特に組合員のこういう種類の権利関係については訴訟をすることができるのだということをうたった」場合であっても、「それは組合員に対する偶発的な不平等の拘束を認める約款ということ」になりうるため、組合員の個人の権利関係について労働組合の当事者適格は認めるべきでないという。

そのうえで、「殊に取引の必要から自分の権利を他人の名前で行使させることが取引上特に必要だということ」であれば、労働組合に任意的訴訟担当資格を認めるべきであるという。そして、具体的には、労働組合について、「組合員をかばうために団体交渉したり、あるいは労働委員会の発動をうながしたりすることができるといふことになつておる関係から、もし組合員が、この訴訟を組合の名前でやってくれということから、組合がこれを訴訟で主張するのは、違法性を持つといふべきではない。その限度において、労働組合が組合員の権利を代って行使するにふさわしいものといつてよい」として、選定当事者の選定と同様に、各組合員の意思によって、労働組合に訴訟を委ねることを認めるべきであるとし、結論として、「組合の当事者適格は法定訴訟担当としては認められないけれども、任意的訴訟担当としても認められる」と説く。

兼子理論は、労働組合についても、正当業務説を適用することによって、講元と同様に、権利帰属主体の意思に基づく訴訟担当資格を肯定するが、講元の場合とは異なり、権利帰属主体たる組合員からの管理権の授与を要求していない点には留意を要する。兼子理論は、労働組合については、管理権と訴訟追行権とを分離し、訴訟追行権のみを個別的に授与することによって、労働組合の訴訟担当資格が根拠づけられる、という考え方に立っているとい

える。管理権の授与を不要とする点が、正当業務説において内在的に整合的であるかは検討の余地があるが、管理権の授与を伴わない場合には、訴訟追行権の授与について、権利帰属主体による明示の意思の表明を要求していることが肝要である。<sup>(9)(10)</sup>

以上のように、正当業務説を前提としても、講元と労働組合とで、任意的訴訟担当資格を基礎づける権利帰属主体から第三者に授与される権限の内容は必ずしも同様であるとはいえないが、(a)権利帰属主体と第三者とが共同利益体を構成する関係にない、(b)第三者が権利帰属主体の利益を擁護すべき地位にある、(c)第三者に訴訟追行を委ねることについて権利帰属主体の意思(的要素)が肯定される、(d)権利帰属主体ではない第三者が当事者となることについて合理的必要性が肯定される、という点は、第三者の訴訟担当資格を基礎づける共通の考慮要素といえることができる。

正当業務説によると、このような考慮要素に基づいて、任意的訴訟担当の許否が判断されることになるが、訴訟追行権のみの授与に基づく任意的訴訟担当をも許容する点に鑑みると、正当業務説は、選定当事者によらない任意的訴訟担当の許容範囲を限定する趣旨の見解ではなく、むしろ、その許容範囲を拡張する議論につながる見解として位置づけることも、必ずしも外的外れではないように思われる。<sup>(11)</sup>

### 3. 兼子理論の意義と限界——選定当事者——

これまでの検討を踏まえて、兼子理論の任意的訴訟担当論の中軸となる選定当事者に照準を定めて、その意義と限界を探ることとする。検討に際しては、本来型と展開型とを区別するが、その前に、兼子理論によると、固有必  
要的共同訴訟における請求は単一と捉えられていること、<sup>(12)</sup> および、共同訴訟人間に「当然の補助参加関係」が肯定

されうることを確認しておく。いずれも、その論拠・当否等について検討を要する重要な論点ではあるが、本稿では、所与のものとする。

① 本来型——固有必要的共同訴訟関係の場合——

本来型に分類されるのは、共同利益体の構成員の範囲が特定され、かつ、その構成員全員が、訴訟物である権利義務関係の帰属主体となる類型である。具体的には、民法上の組合や入会団体の場合である。このような法人格を有しない共同利益体について、「代表者」の定めがある場合には、旧民訴法四六条（民訴法二九条）の適用が問題となるのに対して、「代表者」の定めがない場合には、旧民訴法四六条（民訴法三〇条）の適用が問題となる。

本来型は、兼子理論によると、構成員全員による共同提訴が強制される訴訟類型（固有必要的共同訴訟）に該当し、構成員全員が共同原告として訴えを提起した場合の請求は単一であり、共同原告の間には「当然の（共同訴訟的）補助参加関係」が肯定されることになる。

選定当事者も本来的に権利帰属主体（の一員）であることに鑑みると、選定行為は、選定者が選定当事者に対して、実体権とそれに随伴する訴訟追行権を授与する行為というよりも、単独で有効に（権利帰属主体の全員に効力を及ぼす）訴訟追行ができる地位を授与する行為として把握する方が、理論的には整合的であるように思われる。比喩的に言えば、本来型における選定行為は、「訴訟担当」構成を基礎づける「授権」というよりも、適切な代表者の「選任」と捉えることができるのでなからうか。

以上のように解すると、構成員全員による選定行為が必要となるのか、それとも、多数決による選定行為でも足りるのか、という選定方法をめぐる議論も、別の様相を呈することになる。現在は、前者の理解が通説となっているが、前章でみたように、大正改正当時は、後者の理解も有力に唱えられていたところである。通説が、権利帰属

主体たる構成員全員による選定行為を要求するのは、選定行為を、実体権の帰属主体ではない選定当事者に対する当該実体権とそれに随伴する訴訟追行権の授与と捉えるからである。しかし、本来型においては、選定当事者は（選定者とともに）実体権の帰属主体であり、当該実体権を本来的に有しているといえるため、選定者からの訴訟追行権の授与は必要とならないといえることができる。このように解すると、選定行為をする機会が構成員全員に対して保障されているのであれば、構成員全員によつては選定されなかった者であっても、選定当事者として訴えを提起することは適法となる、という規律を採用することも十分ありうるように思われる。<sup>(10)</sup> 実質的には、共同提訴の要請に伴う「訴え提起の負担の軽減」という意味における「訴訟関係の簡明化」という選定当事者の制度趣旨が、この規律を支えることになろう。もつとも、このような規律が正当化されるためには、多数決によつて選定された選定当事者が提起した訴訟において、当該選定当事者を選定しなかった構成員の地位・利益を、どのように保障すべきであるかが問われる必要がある。この問題に関して、例えば、当該構成員に共同訴訟的補助参加人の地位を賦与するのであれば、いわば代表者たる地位にある選定当事者による訴訟追行を牽制することができ、そのような地位が与えられた代償として判決効に服することになつても、手続保障に欠けることはない、という評価も成り立つであらう。

以上のような理解は、選定当事者を選定した構成員は、選定行為を撤回しない限り、共同訴訟的補助参加人の地位が剥奪され、その結果、当該構成員との関係では、選定当事者は無制約の訴訟追行権限を獲得する、という帰結を内包するものである。この点に着目すると、選定当事者を選定した構成員（選定者）<sup>(11)</sup> に対する手続保障が、いわば代表者たる選定当事者の選任手続への関与だけで足りるといえるかが問われることになる。もつとも、これは、構成員全員による選定行為が必要となる、という理解に立ったとしても顕在化しうる問題である。選定当事者による訴訟追行が、選定者の地位・利益を害する事態となりうることを想定できるため、少なくとも、選定当事者に無

制約の訴訟追行権を授与する旨の選定者による現実の意思の表明が必要となるということができ、その手続として、書面によるか否かという要式性（民訴規則一五条参照）の問題はおくとして、個別的な選定行為を必須の要件とする理解は、説得的であるように思われる。

兼子理論を前提とすると、以上のような議論を展開することもできたように思われるが、本来型に対する兼子理論自身の関心が薄かったため、選定方法についての詰めた分析はなされず、また、選定当事者は無制約の訴訟追行権を有する、という規律の意義・論拠も不明確なまま、その規律が展開型にそのまま継受されることになったと捉えることができる。

## ②展開型——通常共同訴訟関係の場合——

説明の便宜上、【事例】（Yを加害者として、A・Bを共通の被害者とする不法行為事例。以下、AのYに対する損害賠償請求権を「AY請求」、BのYに対する損害賠償請求権を「BY請求」という）を用いて、展開型について検討を行う。兼子理論によると、【事例】におけるA・B間には補助参加関係が肯定されなかったため、仮に、AとBが共同原告となりYに対して訴えを提起したとしても、A・B間には、当然の補助参加関係は肯定されないことになる。兼子理論を前提とすると、Aは、BY請求につき（狭義の）訴訟追行権を有しておらず、この点が、本来型との大きな相違点である。

他方、兼子理論によると、A・B間の関係は、共同利益体に該当しうることになるため、BがAを選定当事者として選定することは適法となり、この場合には、Aは選定当事者として、BY請求について訴訟追行権を有することになる。

以上によると、兼子理論は、A・B間において、補助参加関係が肯定されない場合であっても、訴訟担当関係は成

立しうるという理解に立つものである<sup>(15)</sup>。兼子理論によるとB・Y請求について、(狭義の)訴訟追行権能を行使することが否定される(補助参加の利益が認められない)Aが、選定当事者という権利保護方式を選択することによって、訴訟追行権(提訴権限・訴訟追行権限・訴訟終結権限)を獲得することの論拠が問われることになる。多分に推測を交えることになるが、この問題については、以下のように解することができるのではなからうか。

まず、Bの意思に着目すると、補助参加の場合には、Aの補助参加の申出に異議を述べないという行動選択、選定当事者の場合には、Aを選定当事者として選定するという行動選択において、自己の請求についてAによる訴訟追行を許容する旨のBの意思(的要素)を抽出することができる。消極的であるか積極的であるかの違いはあるが、Bの意思に依拠して、補助参加と選定当事者との違いを説明することは困難であるように思われる<sup>(16)</sup>。

次に、兼子理論がAについて補助参加の利益を否定する論拠として考えられるのは、相手方当事者(Y)の利益への配慮という点である。Aは、補助参加の利益を基礎づける法的地位(A・Y請求)については、Yに対して訴えを提起し、その存否を既判力をもって確定できる地位にある。Aが、自己に生じる既判力の発生を留保しつつ補助参加人としてB・Y請求について介入することを、Yは排除できると解すべきである、というのが、補助参加の利益に関する兼子理論である<sup>(17)</sup>。このような理解を前提とすると、選定当事者の場合には、B・Y請求だけでは、A・Y請求についても、Yとの関係で既判力をもって確定される関係にあるため、AによるB・Y請求に係る訴訟追行を排除できる地位を、Yに与える必要はないことになる。兼子理論によると、B・Y請求に係るAの訴訟追行権は、Aが当事者の地位に立つことによって正当化されている、と把握することができると考えられる。

以上のように解したうえで、再び、Bの地位に着目してみる。兼子理論とは異なり、仮にB・Y訴訟におけるAの補助参加の利益を認めたとしても、Bは当事者の地位を有しており、補助参加人であるAの訴訟追行は制約を受けられることになる。いわゆる補助参加人の従属性に関する規律(以下、「従属性準則」という)<sup>(18)</sup>である。従属性準則が適

用される限りで、Bの訴訟追行権は、特に制約は課されていないことになる。Aの補助参加の利益を否定する兼子理論は、結論として、訴訟追行に係るBの利益を保護するためには、従属性準則だけでは足りない、という理解に立っていると捉えることができる。このようにBの利益を重視するのが兼子理論である、と把握すると、Aが選定当事者となる場合には、Bの当事者性が否定されているため、Bの利益を保護するための措置を設定することが要請されることになりそうである。Bの利益保護のための措置に関して、兼子理論は明確な対応を示してはいないが、選定当事者の適用範囲を拡大することと均衡を保つためにも、少なくとも、選定当事者は、自己の請求と同様に、選定者の請求についても、適切な（選定者の利益を害さない）訴訟追行をしなければならぬことが、暗黙の前提とされていると解すことができるのではなからうか。<sup>(10)</sup>ここに、展開型において、選定当事者は選定者の請求について無制約の訴訟追行権を有する、という規律が適用されるべきであるか、という問いが生じることになる。<sup>(11)</sup>

以上のように解すると、展開型の規律を考えるうえで、次のことが肝要となる。

第一は、本来型とは異なり、選定当事者は、選定者の請求に係る訴訟追行権を本来的に有している実体関係には立たないため、選定者から選定当事者に対する個別的な訴訟追行権の授与が必須となることである。なお、選定者に対して判決効が作用することは、本来型と同様であり、それを正当化するためには、訴訟追行権の授与についての選定者による現実の意思の表明が必須となり、個別の選定行為がそれに該当することになる。

第二は、第一とも関連するが、請求に係る実体権（管理処分権）は、選定者に留保されていることである。<sup>(12)</sup>選定当事者は管理処分権に基づかない訴訟追行権を行使することが許容されることになり、この点が、先に述べた、選定当事者の訴訟追行権の制約に関する問題と接続することとなる。

## 4. 小括

これまでの検討から、兼子理論における任意的訴訟担当論の含意する意義を抽出すると、以下のとおりである。

第一は、選定当事者の適用範囲を拡大する考え方、詳言すれば、展開型に属する共同利益体の構成員間の関係において、実体権を伴わない訴訟追行権のみの授与に基づく訴訟担当資格を肯定する理解を確立したことである。兼子理論では、訴訟追行権の授与について、権利帰属主体による明示の意思の表明がなされることが必須となり、法定の選定行為は、そのための手続と位置づけられることになる。この意味で、選定当事者の利用を回避することを是認しない最判昭和三七年は、兼子理論と親和性を有している。

第二は、選定当事者を利用できない場合（権利帰属主体と第三者が共同利益体の構成員という関係に立たない場合）でも、権利帰属主体の意思に基づく、「実体権の授与に伴う訴訟追行権の授与」（講元の場合）、および、「実体権の授与を伴わない訴訟追行権の授与」（労働組合の場合）が許容される考え方（正当業務説）を示したことである。<sup>⑩</sup> 他方、兼子理論に対しては、以下のような限界もしくは課題を指摘することができる。

第一は、選定当事者における展開型が強調された結果、本来型に（のみ）適用されるべき規律（具体的には、選定当事者は選定者の請求について無制約の訴訟追行権を有する、という規律）が、展開型に対しても、そのまま適用されることによって、過剰規制が生じていることである。<sup>⑪</sup>

第二は、正当業務説と選定当事者との関係が不明瞭なものとなっていることである。正当業務説は、先述したように、大判昭和一一年を中核とする見解であるが、同判決は、実体法上の「管理権」を有する者が当事者適格者として訴訟追行権を有する、という理解に立ち、講元を破産管財人等の法定訴訟担当者と同様に捉えたうえで、訴訟追行権それ自体の授与は必要とならない、という考え方に立つものである。正当業務説が、大判昭和一一年と同じ考え方に立っているとすると、訴訟追行権の授与に係る現実の意思の表明を必須とする選定当事者に関する理解と

平仄が合わないように思われる。講元と未取口講員の関係と同様に、選定当事者と選定者との間の実体関係が濃密である本来型の場合でも、兼子理論によると、選定行為は必須の要件とされるからである。そうであるからこそ、正当業務説は、大判昭和一年とは異なり、管理権の授与についての「正当な業務上の必要」が存することを要求するのだろうか、その具体的な内容や位置づけは不分明であり、兼子理論が目論んだ選定当事者の類推適用との関係も踏まえて、それらを明らかにすることが必要となる。

兼子理論を端緒として展開された任意的訴訟担当論ではあるが、以上みてきたような意義や限界について、十分な配慮がなされていたとはいえないように思われる。<sup>(12)(13)</sup>

#### 四 おわりに

最後に、最判平成二八年の意義と問題点を確認したうえで、任意的訴訟担当論の今後のありうる方向性について、若干の指摘を行うこととする。

最判平成二八年の事案は、訴訟物である債券償還請求権の権利帰属主体たる債券保有者が共同原告となるとすると、その関係は通常共同訴訟関係である。兼子理論および通説・判例によると、債券保有者から成る団体は、民法三〇条の共同利益体に該当するが、債券保有者の訴訟担当者として訴えを提起した債券管理会社は、当該共同利益体には属さない地位にある。このような関係について、最判平成二八年は、訴訟担当者（債券管理会社）と相手方当事者（債券の発行主体）との間で締結された契約（債券管理委託契約）を、権利帰属主体（債券保有者）を受益者とする第三者のためにする契約と解釈したうえで、その契約条項から権利帰属主体の受益の（黙示の）意思表示を抽出し、それを任意的訴訟担当の基礎づける「授権」と捉える、という法律構成を採用するものである。この

ような法律構成の当否も重要な論点ではあるが、さしあたり、第三者のためにする契約という法律構成を前提としても、最判平成二八年は多くの問題を内包している。

第一は、任意的訴訟担当の基礎となる「授権」の内容が不明瞭な点である。具体的には、受益の（黙示の）意思表示から「訴訟追行権」の授与を読み取ることができると解すようであるが、既に指摘されているように、債券管理会社の地位を社債管理会社に近づけて捉えるのであれば、権利帰属主体の意思（的要素）に基づく「授権」が要求されるのは何故であるか、また、権利帰属主体に対する判決効の拡張の根拠となる権利帰属主体の意思（的要素）が、果たして黙示なもので足りるのか、さらに、権利帰属主体は「訴訟追行権」の授与を撤回することができるか、という疑問が生じることになる。

第二は、第一点と関連するが、既判力の作用が想定されている被担当者たる権利帰属主体の訴訟上の地位が不明確な点である。これは、権利帰属主体に対して既判力を作用させるための十分条件は何であるのか、また、権利帰属主体にはどのような権限が留保されているのか、という問題を想起させることになる。

共同利益体における構成員の關係が通常共同訴訟關係にあることに着目すると、最判平成二八年の事案は、選定当事者の展開型に近接しているといえるが、原告は共同利益体の構成員ではないため、少なくとも条文上は、選定当事者を利用することは想定できない。他方、原告と被告との間で原告の当事者適格（訴訟担当資格）についての合意があることに着目すると、最判平成二八年は、大判昭和十一年と類似しているといえるが、権利帰属主体が（少なくとも直接的には）合意の主体となっていない点で、決定的な違いがある。

以上のように、最判平成二八年は、通常共同訴訟關係にある共同利益体の構成員の各自に帰属する権利について、共同利益体に属さない者の訴訟担当資格を肯定し、しかも、その論拠とされる「授権」に関して、訴訟追行権の授与に係る権利帰属主体による現実の意思の表明は必要でない、という考え方に立つものである。この点だけに着目

しても、最判平成二八年は、最判昭和四五年の判例準則を採用するものの、実質的には、任意的訴訟担当の許容性に関する判断枠組みを修正し、その許容範囲を拡大する方向での判断を示していることと捉えることができ、その採用する法律構成の当否は別論として残るが、今後の任意的訴訟担当論を展開するための大きな契機となりうる判例ということができらる。

これまでの検討を踏まえて、任意的訴訟担当論のありうる方向性について、以下の点を指摘しておく。

「任意的訴訟担当」という権利保護方式を維持するのであれば、<sup>(13)</sup> 権利帰属主体の意思(的要素)を基点として、いかなる根拠に基づき、いかなる権限が第三者に授与されたのかに着目して、その規律内容を設定する方向での議論が有益であるように思われる。

この議論を展開するためには、選定当事者をめぐる規律、とりわけ、展開型における選定当事者と選定者の地位・権限の調整に関する規律、および、選定行為とその撤回に係る規律を明らかにしたうえで、<sup>(14)</sup> 権利保護方式としての選定当事者と選定当事者によらない任意的訴訟担当との理論的な棲み分け、もしくは、統合を図ることが必要となるように思われる。<sup>(15)</sup> また、この作業は同時に、兼子理論によって埒外に置かれることになった本来型の選定当事者に関する規律の理論的な解明の必要性を顕在化させることになると考えられる。<sup>(16)</sup> さらに、いずれの権利保護方式を採るとしても、当事者の地位にない権利帰属主体に対する判決効の作用の論拠を明らかにすることは、喫緊の検討事項とならう。<sup>(17)</sup>

以上、兼子理論における任意的訴訟担当論の意義と限界を確認したにすぎず、具体的な解釈論の提示は全くないが、本稿で確認しておきたかったことは、当然のことかもしれないが、権利帰属主体の意思(的要素)に基づく「任意的訴訟担当」という権利保護方式の規律は、多様なものとなりうるのではないか、ということである。

- (1) 新堂幸司『新民事訴訟法(第五版)』(弘文堂、二〇一二年)二九七頁。
  - (2) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)』(第二版補訂版)〔有斐閣、二〇一三年〕二九七頁。
  - (3) 伊藤眞『民事訴訟法(第五版)』(有斐閣、二〇一六年)一九一頁。
  - (4) 三木浩一ほか『民事訴訟法(第二版)』(有斐閣、二〇一五年)一三〇頁〔垣内秀介)、松本博之〕上野泰男『民事訴訟法(第八版)』(弘文堂、二〇一五年)二六六頁〔松本〕等参照。
  - (5) 最高裁調査官解説として、松永栄治・曹時七〇巻五号(二〇一八年)二二九頁以下がある(同判決に関する判例評釈等は、同二五七頁以下に掲載されているものを参照)。
  - (6) 例えば、任意的訴訟担当は、権利帰属主体の意思に基づくものであるから、民訴法一一五条一項二号により、当然に既判力が拡張される、という議論の妥当性が問題となる。任意的訴訟担当を、「権利帰属主体の意思(授權)に基づく訴訟担当」として、一律に捉えることの適切性が問われることになる。この意味で、本稿は、「授權」概念の相対化を推進する近時の議論(被担当者と担当者間の実体関係の濃淡と授權要件とをリンクさせる(例えば、実体関係が濃密であれば、個別の授權は必要とならないとする)見解が有力である。谷口安平『口述民事訴訟法』(成文堂、一九八七年)二六四頁。高橋・前掲注(1)二九九頁注(7)も参照)とその問題意識の一部を共有するものである。
- 授權要件の相対化を推し進め、任意的訴訟担当と法定訴訟担当との相対化を説く見解として、堀野出「任意的訴訟担当の意義と機能(一)(二・完)」民商二二〇巻一号(一九九九年)三四頁、同巻二号(一九九九年)二六三頁がある。
- また、訴訟担当の類型化に関して、垣内秀介「任意的訴訟担当における授權をめぐる」高橋宏志先生古稀祝賀『民事訴訟法の理論』(有斐閣、二〇一八年)二二一頁、特に二二九頁以下は、任意的訴訟担当を、「権利義務主体による授權の撤回が許される場合」の「真正任意的訴訟担当」類型と「撤回が許されない場合」の「不真正任意的訴訟担当」類型とに区別し、後者の類型は、「抽象的な意思表示」、具体的には訴訟担当を基礎づけるような法律関係に権利義務主体が任意に加入した点<sup>22</sup>によって訴訟担当が基礎づけられるため、法定訴訟担当に接近するといえるが、法定訴訟担当に分類されている領域(債権者代位訴訟)でも同様の現象を見出すことができるとして、任意的訴訟担当と法定訴訟担当とは相対的であると説く。
- (7) 例えば、任意的訴訟担当者は、権利帰属主体が当事者となった場合と全く同じ訴訟追行権を有するのか、および、当事者ではない権利帰属主体には、どのような手続保障がなされるべきであるかが問題となる。
  - (8) 八田卓也「任意的訴訟担当論の現状についての一考察」神戸法学雑誌六〇巻三・四号(二〇一一年)二五六頁以下では、我が国の任意的訴訟担当論の意義と問題点についての精緻な分析がなされている。また、垣内・前掲注(6)二二二頁以下は、任意的訴訟担当における「授權」の機能に着目し、「授權」を実体法上の権限授与とは区別される訴訟行為と捉えううえで、任意

的訴訟担当においては、授權の留保・撤回は、原則として、権利義務主体の自由に委ねられるものと解すべきであるとの見解を示す。いずれも、任意的訴訟担当論を深化させる重要な指摘を含むものであり、本稿の検討もこれらの論点によるところが大きい。

(9) 実体法上の包括的な代理権ないし業務執行権の授与に加えて、訴訟追行権それ自体の授与も必要となるかが問題となる。

(10) 八田・前掲注(8)二五一頁注(11)参照。

(11) 高橋・前掲注(1)三〇〇頁等参照。

(12) 「訴訟追行権の授与」という表現について、「訴訟追行権」を「当事者適格」という意味で用いるのであれば、裁判所によって承認される当事者適格が私人間の授与の対象となるはずはなく、正確には、「訴訟追行の授与」と呼ぶべきである、という指摘もあるが(中野貞一郎「当事者適格の決まり方」同「民事訴訟法の論点I」(判例タイムズ社、一九九四)(初出一九九三)九三頁以下、特に一一九頁参照)、本稿では、「当事者適格」という意味ではなく、(当事者だけでなく、法定代理人、訴訟代理人、補助参加人等も有する)訴訟追行に係る行為をする権限という意味で「訴訟追行権」という用語を使用することとする。

(13) 仁井田益太郎『民事訴訟法大綱』(有斐閣、第三版、一九二〇)八一頁以下である。なお、それ以前に公刊されていた仁井田益太郎『民事訴訟法要論上巻』(有斐閣、第三版、一九〇九)では、「正当ノ当事者」という項目は見当たらないことに鑑みると、その間に、仁井田がドイツ法の訴訟担当に関する議論を参照したことが窺える。

明治民法の下で、ドイツ法の議論に依拠し、「当事者適格」概念を検討する論攷として、雄本明造『民事訴訟ニ於ケル』正當ナル当事者」ナル觀念及ヒ訴訟上ノ地位ヲ論ス」同『民事訴訟法の諸問題』(有斐閣、一九五五)(初出一九〇九)三一頁がある。なお、雄本は、大判昭和二年六月一三日民録一九輯一五卷四三三頁の評釈において、「財産権ノ主体」ではない第三者が「財産権ヲ管理シ、処分スル権能ヲ取得スルコト」は、「法律ニ特別ノ明文アルニ非サレハ認ムルコトヲ得ス」という(同「判例批評録(第一卷)』(有斐閣、一九一七)一一八頁参照)。

その他、山田正三『民事訴訟法(第二卷)』(弘文堂書房、一九二二)二五五頁以下も、ドイツ法を参照しつつ、「任務ニ因リ当事者タル地位ヲ有スルモノ」(例として、破産管財人や不在者の財産管理人等が挙げられている)と「法律ノ特別規定ニ依リ(契約ニテハ足ラス)他人ノ権利関係ニ関シ独立シテ訴訟ヲ為ス権能ヲ有スルモノカ其實格ニ於テ訴訟ヲ為ス場合」(例として、債権者代位権を行為する債権者、取立裏書ノ被裏書人等が挙げられている)には、権利帰属主体でない者でも当事者適格が肯定されるという。「契約ニテハ足ラス」という記述に鑑みると、山田は、当事者の意思に基づく訴訟担当は許容されないという考え方に立っていたことが窺える。

なお、本稿では、できる限り原文に忠実な引用を試みるが、適宜、旧字体を新字体に修正したうえで引用する場合があるこ

とをお断りしておく。

- (14) 「訴訟担任」については、伊東俊明「訴訟参加人の地位・権限に関する覚書」岡山大学法学会雑誌六六卷三・四号（二〇一七）一九頁以下、特に五二頁注30参照。なお、同論文では参照し得なかった、長嶋鷲太郎「民事訴訟法（第一編）完」（日本法律学校編輯部、一八九九）一一四頁以下、磯部四郎「民事訴訟法講義」（出版社・出版年不詳）二一四頁以下も参照。
- (15) 斎藤秀夫他編『注解民事訴訟法（第2版）』（第一法規、一九九二）五一頁以下（小室直人・大谷種臣）、新堂幸司・小島武司編『注釈民事訴訟法（上）』（有斐閣、一九九二）四四四頁以下（徳田和幸）、小林秀之他編『注解民事訴訟法（上）』（青林書院、二〇〇二）三〇二頁以下（藪口康夫）、池田辰夫「債権者代位訴訟の構造」（信山社、一九九五）六四頁以下等参照。なお、民事訴訟法一一五条一項二号の沿革については、中本香織「訴訟担当概念の比較法的考察と民事訴訟法一一五条一項二号の適用対象に関する一試論」早稲田法学九三卷一号（二〇一七）一一七頁、特に一四四頁以下も参照。
- (16) テヒョー草案の成立過程については、松本博之「民事訴訟法の立法史と解釈学」（信山社、二〇一五）四頁以下参照。
- (17) 兼子一「民事訴訟法の制定」同「民事法研究Ⅱ」（酒井書店、一九五四）（初出一九四二）一〇頁で、「此の共同訴訟人に代人資格を認めたことは、現行法の選定当事者の制度に類し、面白い考へであった」と指摘される規定である。
- (18) 松本博之他編著『日本立法資料全集192 民事訴訟法（明治編）（2）テヒョー草案Ⅱ』（信山社、二〇〇八）一三〇頁以下所収。
- (19) 松本博之他編著『日本立法資料全集193 民事訴訟法（明治編）（3）テヒョー草案Ⅲ』（信山社、二〇〇八）三頁以下所収。
- (20) 一八八五年春頃までの法理および裁判慣行を収録し編成したものである。立法資料全集193・前掲注（19）四七一頁以下所収。
- (21) 最初の部分は、一八八五年六月二日に提出されたようである。立法資料全集193・前掲注（19）四七一頁以下所収。
- (22) 立法資料全集193・前掲注（19）五〇一頁。カークード意見書では、その他、組合についても興味深い提案がなされていた。具体的には、「各組員が組合名をもって訴えを提起しないし訴えを提起されることを許容する。組合員の氏名は、書面に記載して裁判所に提出する。」という内容の提案である（同書同頁参照）。
- なお、カークード意見書をもって、選定当事者がイギリス法の影響を受けた制度と捉える見解がある一方で、このような理解に対して疑問を呈する見解もある（藪口・前掲注（15）三〇三頁参照。いずれにしても、テヒョー草案八六条三項がカークード意見書の影響を受けた蓋然性が大きいことは否定することができないように思われる。
- (23) 「民事訴訟法改正調査委員会」については、松本・前掲注（16）六七頁以下参照。
- (24) これらの改正草案をめぐる議論については、「民事訴訟法改正調査委員会速記録」（法曹会、一九二九年）一〇一頁以下（第五回・大正一一年（一九二二年）一月三一日開催および第六回・大正一一年（一九二二年）二月七日開催）、一九二頁以下（第八回・大正一一年三月七日開催）、赤仕切紙以降二二頁以下（第四六回・大正一四年（一九二五年）四月二三日開催）を参照。

本節では、発言者名と『民事訴訟法改正調査委員会速記録』の該当頁を引用する。なお、当該資料は、松本博之他編著『日本立法資料全集12 民事訴訟法（大正改正編）』（3）（信山社、一九九三）および同編著『日本立法資料全集13 民事訴訟法（大正改正編）』（4）（信山社、一九九三）に所収されている。

(25) その説明を受けたうえで、業務執行者の定めがある民法上の組合について、四三条が適用されるか、四四条が適用されるかが、議論の対象となった。仁井田は、民法上の組合は、「独立の目的」がなく、「個々各自の目的の為に出来て居る唯結合に外ならぬ」とし、四三条の適用はなく、四四条が適用されるべきである、と主張した。仁井田は、四三条が適用される団体の典型例は、「認可とか何とか云ふ手続さえすれば法人になれるもの」と述べる（一一六頁）。

松岡も、民法上の組合について四四条が適用されることを前提とした議論をする。松岡は、四四条が規定する選定当事者の選定に関して、「訴訟のあった場合は誰々が当事者すると云ふやうに組合契約で予め定めて置く」という云ふやうな場合が是に当るのではないかと思ふ」という（一二三頁）。

以上に対して、民法上の組合についても四三条が適用されるべきであるという意見も強く、民事訴訟法改正調査委員会では、民法上の組合が四三条の適用対象となるか否かについての統一的理解は形成されなかった。

(26) 四三条に関しては、構成員に対して判決効が作用するかも議論となった。四三条に該当する団体が受けた判決は「当然社団を組織するものに対しても判決の効力がある」という見解（松岡発言）に対して、仁井田は、「判決も個人に対して効力はなし」という（一〇六頁）。四三条における団体の受けた判決の効力が、その構成員にも及ぶかという問題は、団体が原告となり請求棄却判決を受けた後に、その構成員全員が再度訴えを提起する局面と、団体が被告となり請求棄却判決を受けた後に、その判決によって構成員の財産に強制執行をかける局面のうち、いずれを議論の対象として想定しているかが、委員間で統一されていないことが、論争を不透明なものとした要因の一つとなっていたように思われる。前者の局面を想定すると、構成員にも判決効（既判力）が及ぶべし、という方向での議論、後者の局面を想定すると、構成員には判決効（執行力）は及ぶべきでない、という方向での議論がなされることになるからである。

(27) 松岡は、「之は『プロテスタント』と云ふ意味の積もりらしい、代表とは少し違ふ」と述べる（一二〇頁）。起草委員がドイツ法の議論を参照していたことが窺える発言である。

(28) 第六回民事訴訟法改正調査委員会（大正一一年（一九二二年）二月七日）における「選定当事者を」代表者と云ふことにしたら、どう云ふ不都合があるだらうかと云ふのが疑問であります、何れ当事者としなければいかぬか（一二九頁、および、「訴訟の当事者は矢張り共同の利益を揺する多数当事者が訴訟の当事者である云ふ理窟が何れ取れぬものであろうか」（一三〇頁）という岡野敬次郎の発言が、その議論の要点を示しているといえよう。

(29) 中本・前掲注(15)一四四頁以下等参照。

(30) 起草委員が指摘した問題点をまとめた「民事訴訟法改正案修正問題」(松本博之他編著『日本立法資料全集二 民事訴訟法(大正改正編)(2)』(信山社、一九九三)二二九頁以下に所収)では、「他人ノ為メニ自己ノ名ニ於テ訴ヘ若シクハ訴ヘラルルコトヲ得ルモノニ対スル確定判決ノ効力ヲ明定スル要キヤ(破産法第一六二条、無尽業法第十五条、商法第六百五十五条ノ一三)」(同書三三六頁以下)との指摘がなされている。権利帰属主体への既判力の拡張に関する規定の新設をめぐる議論は、この問題の提起にはじまるようである。上野泰男「民事訴訟法大正改正の経過と既判力の主観的範囲」鈴木正裕先生古稀「民事訴訟法の史的展開」(有斐閣、二〇〇二)六九三頁、特に七二二頁以下。

(31) 本稿でいう「訴訟担当」という法律構成とは、訴訟物たる権利義務関係に係る管理処分権が剥奪された被担当者は、当該管理処分権の移譲を受けた訴訟担当者による訴訟の結果たる判決効を受けなければならない、とするものである。実質的には、権利帰属主体から管理処分権が剥奪される趣旨・目的によって、判決効の拡張が根拠づけられることになる。被担当者に対する判決効が拡張されることの意義については、高田裕成「株主代表訴訟における原告株主の地位」民商一一五巻四・五号(一九九七)五三七頁、特に五七一頁以下参照。

(32) 管理処分権の所在に着目するのであれば、選定者から管理処分権が剥奪され、それが選定当事者に移譲されることはなく、管理処分権は選定者(構成員総員)に留まったままである。こうした把握をした場合、旧民訴法二〇一条二項(民訴法一一五一条二号)は、少なくとも、前注における「訴訟担当」構成による関係(のみ)を想定した規定ではないということもできよう。なお、大正改正の直後、旧民訴法二〇一条二項を訴訟担当に関する規定と明示的に捉える学説は少なかったことについて、中本・前掲注(15)一四七頁参照。

(33) 「民事訴訟法中改正法律案理由書」や第五回帝國議會議事訴訟法改正法律案委員会でも、同旨の内容の説明がなされていた。参考のために、該当箇所の内容を引用しておく。なお、前者は、立法資料全集13・前掲注(24)一四七頁以下、後者は、立法資料全集13・前掲注(24)二二九頁以下および松本博之他編著『日本立法資料全集14 民事訴訟法(大正改正編)(5)』(信山社、一九九三)に所収されている。

◇司法省編纂「民事訴訟法中改正法律案理由書」(一九二六)二三頁

「訴訟当事者力多数ナル場合ニハ其ノ手續モ亦繁雜ナラサルヲ得ス然ルニ斯ル場合ニ於テモ例ヘハ入会権ノ訴訟等ニ於ケルカ如ク各当事者力共同ノ利益ヲ有スルモノナルトキハ其ノ為スヘキ訴訟行為ハ大体齊一ニ帰スヘキヲ以テ総員ノ為ニ原告又ハ被告ト為ルヘキ者ヲ選定シテ訴訟ヲ遂行スルノ途ヲ開クハ訴訟手續ノ簡捷ヲ図ル上ニ於テ極メテ適切ノコトナリ是レ本條ヲ新設シタル所以ナリ」

◇「第五一回帝國議會議事訴訟法改正法律案員會速記録」(一九二九) 一九二頁以下(政府委員(池田寅二郎)發言)

「四十七條の規定、是は例えば入会権の訴訟であるかとか、能く多くの当事者が大体共同の或る事物に付て利害關係を持つて居る。それに対して争ひが此處に起つて来たそれに対して各自の爲すべき所の主張と云ふものは全然同一ではありませんが、大体同じやうな筆法で皆行けるやうな時に、それを各人が……多くの人が別々の訴訟主体となつて、手続を運びますと云ふことは頗る不便でありますから、さう云ふ時には当事者の中から其総員の爲に代表的の意味に於て原告或は被告となる所の者を選定して、それを以て表面の当事者とする、是は勿論昔の規定と牽連しますが、眞の實質上の意味に於て、当事者には斯くして爲した所の裁判の威力と云ふものは之に及んで来ると云ふことになる。是も訴訟手続の簡約にすると云ふので、斯う云ふ一つの訴訟主体を認めたのであります。」

(34) 原嘉道は、「多数当事者が実体法上の当事者だ、あとは形式的の当事者である。」と述べる(二二二頁)。この発言は、いわゆる「形式的の当事者」論と関連する。高田裕成「民法上の組合の当事者能力」福永有利先生古稀記念「企業紛争と民事手続法理論」(商事法務、二〇〇五)一頁、特に五頁注(5)参照。

(35) 山内確三郎「民事訴訟法の改正」法律新報社、一九二九) 八六頁、松岡義正「新民事訴訟法註釋第二卷」(清水書店、一九三〇) 三一五頁、竹野竹三郎「新民事訴訟法積義上巻」(有斐閣、一九三〇) 一四二頁。中村宗雄「改正民事訴訟法評釋」(巖松堂書店、一九三〇) 五四頁は、信託法に抵触しない「事務信託ノ一種」という。

(36) 例えば、松岡・前掲注(35)三四頁は「訴訟手続ヲ簡易ナラシメルカ爲」、岩本勇次郎「三ヶ尻好人」(新民事訴訟法要論(上巻))巖松堂書店、三版、一九二九) 三八三頁は「訴訟手続ヲ容易ナラシメ從テ訴訟ノ終結ヲ迅速ナラシムルコトヲ得ヘシ」、勅使河原直三郎「改正民事訴訟法概論」(巖松堂書店、三版、一九二八) 五三頁は「訴訟の進行を簡便且円滑ならしめたり」、荻淵清雄「改正民事訴訟法註解」(清水書店、一九二九) 七六頁は「訴訟手続ノ簡捷ヲ図ル爲」という。

(37) 例えば、長島敦「森田豊次郎」(司法省民事局長・司法書記官)による「改正民事訴訟法解釋」(清水書店、一九三〇) 五五頁では、選定当事者の適用対象となる訴訟について、「多数者カ訴訟ノ当事者トナルコトヲ要スル場合」とし、共同利益体の構成員が固有必要の共同訴訟關係に立つ場合に限定するかのやうな説明をしたうえで、具体例としては、「多数ノ小作人ヨリ同一ノ事由ニ基キテ小作料ノ減額ヲ請求スル場合」を挙げ、通常共同訴訟關係に立つ場合も含むとの理解を示す(もつとも、多数の小作人による小作料減額請求訴訟を通常共同訴訟と捉えてよいかは別論である)。

(38) 本稿では、主として、山田正三「日本民事訴訟法論(第一卷)」(弘文堂書房、一九三三)を参照した。ちなみに、ドイツ法の議論を参照し、当事者適格と実体法上の「管理権」との關係に着目する同書(二九〇頁以下)でも、「任意的訴訟担当」という範疇を用いた説明はなされていない。なお、山田正三の業績等については、七戸克彦「山田喜之助・正三・作之助・弘之

- 助〕神戸学院法学四六卷二号（二〇一六）八七頁、特に一一四頁以下参照。
- (39) 山田は、「形式的当事者能力」について、「実体法上人格ヲ有セサルモノニシテ而モ訴訟法上当事者タル資格を認ムヘキヤ否ヤノ問題ナリ」(山田・前掲注(38)二八三頁)とし、「共同当事者間ノ関係ノ極度ニ密接ナルモノ付共同当事者ヲ一ノ団体トシテ取扱ヒ(即法人ト同様ニ取扱ヒ)団体自体ニ当事者能力」を認めるのが、旧民訴法四六条により形式的当事者能力が賦与される場合であるとしたうえで、「選定当事者ハ此ノ形式的当事者能力ニ最モ接近」という(山田・前掲注(38)三〇三頁註四参照)。なお、岩本Ⅱ三ヶ尻・前掲注(36)三八四頁は、共同利益体は「形式的当事者能力」を有しないが、選定当事者による訴訟行為の効果が他者である選定者に及ぶ点は、「法人ニ非ラルル社団又ハ財団ノ名ヲ以テ為シタル訴訟ノ効果カ実質上社団又ハ財産ノ帰属者ニ帰スルニ類似」するという。また、早川彌三郎『改正民事訴訟法要義(三)』(明治堂書店、一九二七)六七頁は、「選定当事者は」自ら本人タルト同時ニ他ノ共同者ノ為ノ代理人タルモノナリ」という。
- (40) 山田・前掲注(38)三〇〇頁。山田が、共同利益体に類似必要の共同訴訟関係を含めることを否定する理由について(なお、共同利益体に類似必要の共同訴訟関係を含めるのは、細野説である)、類似必要の共同訴訟関係にある場合には、当事者とならなかつた構成員に対しても判決効を及ぼすことができるため、「選定当事者ヲ選定シ総員ヲ代表セシムル必要ナシ」という(山田・前掲注(38)三〇二頁)。なお、選定当事者は、破産管財人や債権者代位権者とは、「自己ヲ包含セラルル他人ノ為メ訴訟ノ当事者タルモノナル」という点で異なるという(山田・前掲注(38)三〇二頁)。
- (41) 山田正三『日本民事訴訟法論(第二卷)』(弘文堂書房、一九三四)一六三頁以下。前田直之助『民事訴訟法講義(第一編)上冊』(巖松堂書店、再版、一九三二)一四五頁も、「共同ノ利益ヲ有スル多数ノ者トハ一個ノ権利義務ヲ多数人カ有スル場合ハ其一ナリ」として、山田と同様の理解に立つ。
- (42) 山田・前掲注(38)三〇二頁。竹野・前掲注(35)一三九頁も、選定当事者訴訟を「単一ノ訴訟」と捉える。
- (43) 山田は、必要的共同訴訟人間に、「共同訴訟的従参加関係」が生じることを肯定する理解に立つ(山田・前掲注(38)二〇〇頁)。
- (44) 山田・前掲注(38)三〇六頁。なお、当該箇所では、山田は、「選定行為ハ実質ニ於テ訴訟代理ノ場合ニ於ケル授權行為ト異ナラナイ」という。なお、岩本Ⅱ三ヶ尻・前掲注(36)三八九頁は、選定行為がないにもかかわらず、選定当事者として訴訟追行了した場合についてはあるが、自称選定当事者は「代理権ナキ自称法定代理人ニ酷似スル」という。
- (45) 山田・前掲注(38)三〇七頁。
- (46) 多数決による選定を許容する見解として、山田説の他にも、板倉松太郎Ⅱ中尾芳助『評釈新民事訴訟法』(自治館、三版、一九二八)一一〇頁、前野順一『民事訴訟法論(第一編総則)』(松華堂書店、一九三七)一七九頁以下等がある。

- (47) 山田・前掲注(38)三二〇頁。選定当事者の訴訟終結権能を否定する見解(中村・前掲注(38)五九頁)に対して、共同利益体が固有の必要的共同訴訟関係にある場合に限定するのであれば、選定当事者には訴訟終結権能を否定する必要はない旨の反論をする(山田・前掲注(38)三一頁註六参照)。
- (48) 山田・前掲注(38)三二二頁以下。
- (49) 山田・前掲注(38)三二二頁では、「選定当事者ハ多数者全員(自己ヲ包含スル)ノ為ノ訴訟ノ当事者タルモノナルカ故ニ其ノ訴訟ノ判決ハ多数者全員ニ対シ其ノ効力ヲ有ス」という。
- (50) 同様の方向性の見解として、末弘巖太郎「訴訟當事者としての人格なき社團財團」同『民法雑考』(日本評論社、一九三三)〔初出一九三三〕一〇八頁は、旧民訴法四七条について、「同條は訴訟の便宜上訴訟に関する限り多数者を一個の訴訟団体と看做し、彼等が選定した一人又は数人をして代表的に団体のために訴訟行為を為すことを許しているのである。此団体は訴訟に関する限り右代表者の選定あるによつて法律上当然に成立する訴訟団体である」として、「本條の適用を受くべき「共同ノ利益ヲ有スル多数者」とは、例へば多数の共有者、組合員等を言ふのであつて、彼等は実体法的には団体をなしていないにも拘らず訴訟上代表者の選定によつて訴訟団体を組成するに至るのである」とする。なお、末弘は、入会権者も本條の適用を受けるとするが、「入会権者は單なる共有者ではなくして実体法上既に一の団体を組織した居るものである」として、旧民訴法四七条ではなく、同四六条によつて規律すべきであるとする(同書一〇八頁註九参照)。
- (51) 本稿では、細野長良『民事訴訟法要義(第一卷)』(巖松堂書店、九版、一九三三)を参照した。
- (52) 細野・前掲注(51)三八一頁以下参照。もつとも、細野も「任意的訴訟担当」という範疇は用いていない。当時のドイツ法の議論状況については、八田卓也「任意的訴訟担当の許容性について」(二)「法協一一六卷二号(一九九九)二七四頁以下を参照。
- (53) なお、山田は、民法上の組合における構成員の關係が共同利益体に該当すると解すことについて、民法上の組合には形式的當事者能力が認められる(旧民訴法四六条の適用が肯定される)ことを根拠に、否定的である(山田・前掲注(38)三〇三頁註四)。
- (54) 細野・前掲注(51)三八七頁以下。
- (55) 岩本Ⅱ三ヶ尻・前掲注(36)八五頁以下も、「共同ノ利益ハ訴訟ノ目的タル權利又ハ法律關係ニ付キ全員カ利害關係ヲ共にニスルトキニ存スルモノトス」として、「數人ノ親族間員ヲ被告トシテ親族會ノ決議無効ノ訴ヲ提起シタル場合」(類似必要的共同訴訟に該当しうる類型)を挙げ、さらに、「多數者ノ利益カ全然同一ナルコトヲ要セラル」として、「共有權確認ノ訴ヲ提起セントスル數人ノ共有者カ其ノ持分ヲ異ニスルトキト雖モ選定當事者ヲ選定シテ訴を提起スルコトヲ得ヘシ」という(なお、岩本Ⅱ三ヶ尻が共有權確認の訴えを固有の必要的共同訴訟と捉へていたかは不分明である)。

- (56) 具体的には、旧民訴法二二二条二項（民訴法二二四条一項六号。選定当事者全員の資格が喪失した場合に、訴訟手続が中断する、という規律である）が適用されることに着目する（細野・前掲注(51)三九〇頁以下）。細野は、旧民訴法二二二条二項が適用されると、資格喪失事由が生じた場合には、選定当事者は、自己の請求について固有の適格に基づく訴訟進行ができるにもかかわらず、当該請求に対しても当然に手続中断効が及ぶことになるという意味において、選定当事者の訴訟実施権が制約されることになる、と解すようである。この文脈では、細野は、おそらく、選定当事者と選定者が必要的共同訴訟関係に立たない場合（通常共同訴訟関係に立つ場合）を想定していると思われるが、このような理解と細野説における共同利益体の理解とが整合的であるかは問題となりうるであろう。
- (57) 細野・前掲注(51)三九二頁以下。細野は、選定行為は「民法上ノ組合ノ設立ニ極メテ類似ス」という。
- (58) 細野・前掲注(51)四〇二頁。
- (59) 細野は、選定者が自己の訴訟実施権に基づく訴えを提起すること自体は適法であるが、旧民訴法三三二条（民訴法一四二条）の趣旨によって不適法とされることになる、と説く（細野・前掲注(51)三九四頁）。前野・前掲注(46)一八四頁も、選定当事者に対して選定者が実体法上の管理権ないし処分権を授与した結果、選定当事者が選定者に帰属する権利関係について訴訟実施権を取得するのではなく、選定行為とは、選定者が自己の訴訟実施権のみを選定当事者に授与する訴訟行為であるとしたうえで、「自ら訴訟実施権を有すると同時に他人に此の権能を付与し得ざるものではない」として、選定者と選定当事者の訴訟実施権が併存することを認める理解に立つ。
- (60) なお、細野は、法定訴訟担当の場合には、訴訟担当者にのみ実体法上の管理権ないし処分権が帰属し、権利帰属主体は訴訟実施権を有しないとす（細野・前掲注(51)三九四頁）。
- (61) 細野・前掲注(51)三九三頁以下。細野説の直接の狙いは、被告側に選定行為がなされていたことを知らなかった者が、共同利益体全員を被告とする訴えを提起した場合を想定し、そのような訴えが不適法とならないことの論拠とすることにあつたといえる（細野・前掲注(51)三九九頁以下参照）。
- (62) 本稿では、中島弘道『日本民事訴訟法第一編』（松華堂書店、三版、一九三九）（初版一九三四）、および、菊井維大『民事訴訟法』（末弘巖太郎編集代表『現代法学全集第一六巻』所収）（日本評論社、一九二九）を参照した。
- (63) 中島・前掲注(62)二二二頁以下参照。
- (64) 中島・前掲注(62)二二三頁以下参照。
- (65) 中島・前掲注(62)二五五頁以下。中島は、「代表的当事者ニ依ル訴訟進行ノ途ヲ開キ、以テ訴訟手続ノ簡易化ヲ図レルモノナリ」という。

(66) 中島・前掲注(62)二五六頁。

(67) 中島・前掲注(62)二六〇頁以下。

前野・前掲注(46)一七九頁以下は、選定行為の法的性質に関して、「選定行為は被選定者を除く総員各自の合意であるか、選定者各自と選定当事者との合意であるか或は総員が選定当事者を定むることの合同行為を為すものか、共同利益者の間に団体の成立を認め決議の方法に依りて為さるるものかは議論がある」としたうえで、次のような見解を示す。

すなわち、被選定者を除く全員の合意が必要となると、「本條を設けた目的を達し得ないといふ実際上の欠点がある」とし、「団体の意思は決議の方法に依りて為さるるを原則とし、決議は特別なる規定なき限り一般の原則に従ひ多数決に依り決せられる」としたうえで、「選定行為は共同利益者総員の決議を以て為され選定当事者之の之に対する承諾に依りて成立する」という見解である。多数決による選定行為を適法とする点で、前野説は、山田説と同様の理解に立つものである。前野説は、その見解の当否はあくとして、選定行為の性質に関して、本来型と展開型とを区別する必要性を示唆する点で有意義である。なお、草野芳郎「選定当事者と選定者との関係についての一考察」青山善充先生古稀祝賀論文集「民事手続法学の新たな地平(上)」(有斐閣、二〇〇九)一三一頁、特に一三六頁以下も参照。

(68) 中島・前掲注(62)二六六頁以下。

(69) 中島・前掲注(62)八二七頁。

(70) 菊井・前掲注(62)一八二頁は、検事、質権者、取立命令を得た差押債権者も訴訟実施権を有するという。

(71) 菊井・前掲注(62)一九五頁。

(72) 菊井とはほぼ同時期に、ドイツ法の議論(Konrad Hellwig)の見解に依拠して、任意的訴訟担当の許容性について検討する論致として、薄根正男「民事訴訟に於ける当事者適格(一)」法律論叢八卷一—二号(一九三〇)二三頁、特に四一頁以下がある。薄根も、「任意的訴訟担当」という範疇を用いてはいないが、当事者適格に関して、「実体法上の管理権(処分権)」と「訴訟実施権」の関係を論じる。ちなみに、ドイツ法において、「任意的訴訟担当(gewillkürte Prozessstandschaft)」という概念は、一九一一年に公表されたHans Hellwigの論文に始まり、一九二〇年代後半にはかなり普及していったことである(八田・前掲注(52)二九八頁注(60)参照)。

(73) 菊井・前掲注(62)一九六頁以下。

(74) 菊井・前掲注(62)一九八頁。菊井は、通常共同訴訟関係が共同利益体に該当する具体例として「保険契約者の多数が保険会社を相手取って保険金請求の訴を提起し地震約款の効力を争う場合」を挙げ、共同利益体に該当しない具体例として、「訴訟費用の節約の目的を以てし又は甲乙二人が各自の貸金返還請求権の訴に勝訴すればそれを出資して組合を作ると約束した場

合」を挙げる。このような理解は、戦後に出版された体系書でも維持されている（菊井維大『民事訴訟法講義』（弘文堂、一九五五）一〇三頁。なお、同書一〇四頁では、共同利益体の構成員が固有の共同訴訟関係に立つ場合を除き、共同利益体の一部の者による選定行為も適法とする旨の説明がなされている。菊井が、選定当事者について、本来型と展開型とを区別する発想に立っていたことを看取することができる記述といえよう）。

(75) 大判昭和十五年四月九日民集一九卷六九五頁も、「民事訴訟法第四十七条ニ所謂共同ノ利益ヲ有スル多数者トハ相互ノ間ニ於テ共同訴訟人ト為リ得ヘキ關係ヲ有シ且主要ナル攻撃防禦ノ方法ヲ共通ニスルモノヲ意味スルモノト解スヘク」と判示する。加藤正治『改正民事訴訟法案概説』（有斐閣、一九三七）一八頁も、選定当事者は、「入会権とか、共有権とかいひて多数の者が共同の利益を有する場合に、総ての者が当事者となる必要あり」とすることに起因する問題を解消するために導入されたと説く。

旧民訴法四七条の「総員ノ為ニ」という文言（民訴法三〇条では「全員のために」）は、選定行為をした全員という意味ではなく、共同利益体に帰属しうる構成員の全員という意味で捉える方が自然であるし、大正改正の過程でもそのような理解に立っていたと考えられる。共同利益体に属する構成員の範囲が画定されていることを前提に、選定当事者は構成員全員のために訴訟追行することを念頭に置いた文言と捉えるべきであろう（なお、訴え却下という効果を伴う「固有の共同訴訟」という規律は、共同提訴を要請される者の範囲が画定されていることを所与の条件とするものであるが、このような条件設定が適切であるかは検討の余地があるように思われる）。選定当事者が数人選定され、選定当事者が共同原告（ないし共同被告）となる場合はあるとしても、選定行為をしない構成員と選定当事者とが共同原告（ないし共同被告）となる共同訴訟関係が成立することは想定されていなかったのではなからうか。

他方、展開型では、共同利益体の構成員の範囲が画定されているわけではないため（もつとも、例えば、同一加害者による共通被害者という括りで共同利益体を一応把握することはできるが、本来型とは異なり、あくまでも事実上の集団にすぎない）、「総員（全員）」を想定することは難しいように思われる。また、展開型では、選定行為をしなかった共同利益体の構成員と選定当事者とが共同原告（ないし共同被告）となる共同訴訟関係（通常共同訴訟関係ということになる）が成立すると一般に解されている。このような点でも、本来型と展開型は異なっている。

(77) 構成員に判決効が及ぶことは、選定当事者制度の所与の条件とされていたように思われる。訴訟関係の簡明化を図るべきであることは、明治民法の制定過程から一貫して存する要請であり、そのための方策として、大正改正によって、共同利益体それぞれ自体に当事者の地位を賦与する規律（旧民訴法四六条）に加え、その代替手段として、共同利益体の代表者に「当事者」の地位を賦与する規律（旧民訴法四七条）が採用された。いずれの規律も、実際に訴訟追行を

する者は代表者である、および、共同利益体の構成員は当事者の地位に立たない、という点では共通している。構成員に判決効が及ぶ場合を規定したのが、旧民法二〇一条二項(民法一五一条二号)と捉えらるとしても、同規定の適用対象を、「訴訟担当」と構成される場合に限定する必要はないのではなからうか。後掲注(138)も参照。

(78) 一九三五年に公表された論文でも、任意的訴訟担当に対しては否定的な理解を示していた。兼子一「訴訟に関する合意について」同『民事法研究Ⅰ』(酒井書店、一九五〇)(初出一九三五)一三九頁、特に二六一頁註(33)では、「自己の権利に付第三者に当事者として訴訟を為す権能を賦與する所謂訴訟信託は独逸に於ては判例及び一部の学説が之を有効とするが(Vgl. J.H. Brun, Gewillkürte Prozessstandschaft 一九三三)、我法に於ては信託法第一一條の精神及び訴訟代理人たる資格を潜脱することとなる結果相当疑問があらう」と説明されていた。もつとも、これに引き続いて、「併し他方選定当事者に関する規定(民法四七條)を類推すべき可能性があることに注意すべきである」と述べていた点に鑑みると、兼子理論は、選定当事者による任意的訴訟担当を拡張する方向での議論を展開する心積もりであったことには留意を要するであらう。なお、Brunの見解については、八田・前掲注(52)二八八頁以下参照。

(79) なお、兼子一「判例民事訴訟法」(弘文堂、一九五〇)二九頁では、「共同の利益」の要件は、寧ろ弁護士代理を潜脱し訴訟信託をすることを予防して、選定者と同様な地位にあるものに制限しようとすることに重点があると読むべきである」という。兼子一「條解民事訴訟法Ⅰ」(弘文堂、一九五〇)一一六頁以下も参照。

(80) なお、「選定当事者は共同利益者中に属すること」、および、選定者の地位に関する説明は、兼子・概論とはほぼ同旨の内容であるため、引用は省略する(兼子・体系三九五頁以下、同三九七頁参照)。

(81) 「頼母子講」とも称される。本講では、説明の便宜上、「無尽講」ないし「講」という用語を用いるが、その沿革および業態から、「無尽講」と「頼母子講」とは区別されるべきあるとの議論も有力である(次註挙げる文献参照)。本来であれば、講ごとに、その規約や慣わし等に応じて、個別具体的な表記・検討がなされる必要があるが、本稿では、典型的な講を想定した検討となることを注記しておく。

(82) 講に関する文献は、書籍に限っても枚挙にいとまがないが、本稿との関係で特に参照した文献として、さしあたり、大蔵大臣官房銀行課「無盡二関スル調査」(一九一五)、池田龍藏『稿本無盡の実際と学説』(大鏡閣、一九一八)、栗栖起夫「無盡及無盡会社論」(文雅堂、一九二二)、同「無尽業法講話」(啓明社、一九二〇)、後藤新一「無尽・相銀合同の実証的研究」(日本金融通信社、一九九四)を挙げておく。その他、文化人類学的な観点からの分析を行う、テツオ・ナジタ「相互扶助の経済」(みずず書房、二〇一五)も有益である。

(83) 「講元」に相当する地位についても、講の規約によって、その名称は様々であるが(講長、講主、会主、親元等)、本稿で

は「講元」という用語を使用する。

(84) 講契約の法的性質の捉え方に関しては、消費貸借説、組合説、無名契約説があり、判例においても統一的な理解は形成されていなかったようである。由井健之助『頼母子講と其の法律関係』岩波書店、一九三五）八八頁以下、熊谷直之助『民事裁判より観たる無尺講』司法研究第八輯 報告書集五（一九二八）所収八一頁以下、加藤一郎・鈴木祿弥編『註釈民法（二七）債権（8）』（有斐閣、一九六九）荒川重勝）三三三六頁、特に三四五頁以下等参照。

(85) 戒能通孝『無盡法』（日本評論社、一九三七）（末弘巖太郎編集代表『新法學全集第一三卷』所収）一八頁等参照。なお、裁判例における無尺講が親無尺であるか親無無尺であるかを、裁判資料からは詳らかにすることができない事例が多い。

(86) 石坂音四郎『講ノ法律上ノ性質』同『改纂民法研究（下）』（一九二〇）七一八頁（初出一九二二）。

(87) 由井・前掲注（84）八一頁。

(88) なお、営業無尺については、無尺業法一条は、「本法ニ於テ無塵ト称スルハ一定ノ口数ト給付金額トヲ定メ定期ニ掛金ヲ払込マシメ一口毎ニ抽籤入札其ノ他類似ノ方法ニ依リ掛金者ニ対シ金錢ノ給付ヲ為スヲ謂フ」と定義する。

(89) 由井・前掲注（84）一三〇頁以下等参照。

(90) 大判大正一四年五月二日新聞二四二七号一頁（抽籤（入札）で当選（落札）した講員が、自らが受ける給付金額の限度で、掛戻を怠る既取口講員を被告として、掛戻を求める訴えを提起した事例である）。なお、組合説に立つと、掛金も掛戻も「出資」に該当することになり、出資請求権が各講員に帰属する債権であるか、組合財産に帰属する債権であるか、後者であるとして、出資請求権の行使について、共有の規律が適用されるか、さらに、各構成員が単独で訴えを提起できるか、構成員全員による訴え提起が要求されるかが問われることになるが、これらの問題についての詰めた検討はなされないまま、後述するように、掛戻請求訴訟における講元の当事者適格を肯定する考え方が判例準則として確立されることとなった。

(91) ここで、掛戻請求訴訟における講元の訴訟上の地位をめぐる判例法理の変遷を整理しておく（戒能・前掲注（85）二三頁以下参照）。なお、一八八二年（明治一五年）から一九三三年（昭和八年）までの無尺講をめぐる判例の状況を整理した文献として、大橋多計三『無盡判例集』（全国無盡集会所、一九三四）が有益である。

民法が施行される以前には、無尺講には法人格が認められていたため、法人たる無尺講が訴訟当事者となり、講元は、その代表者の地位で、掛戻請求訴訟を提起できると解されていた（大判明治三〇年一月二日民録三輯一〇卷一頁参照。講の当事者能力に関する判例の状況については、名津井吉裕『民法上の組合の当事者能力』同『民事訴訟における法人でない団体の地位』（大阪大学出版会、二〇一六）（初出二〇〇五）一五三頁以下参照。同書の書評として、八田卓也『書評』『民商法雑誌一五四卷一号（二〇一八）二二八頁以下がある。』

しかし、民法施行(明治三二年(一八九八年))後は、無尺誹の法人格が否定されることになったため、講元は、無尺誹の代表者の地位で、掛戻請求訴訟を提起することは不適法とされることになった(大判明治三二年一月一日民録五輯一〇巻五四頁、大判明治三四年六月五日民録七輯六卷八頁参照)。そのため、講元は、自己の名においてのみ、掛戻請求訴訟を提起することが許容されることとなったが(大判明治三四年五月九日民録七輯五卷六二頁参照)、講元に掛戻請求訴訟を提起する権限を認める法規は存在しないため、自己の名で訴えを提起する権限を有すると主張する講元が、その権限を有することを立証しなければならぬとされた(大判大正四年一月五日民録二輯一八三〇頁参照。講元の権限を肯定した裁判例として、前掲・大判明治三四年、大判明治三七年一月二日民録一〇輯一頁、大判明治四四年六月二七日民録一七輯四三五頁、講元の権限を否定した裁判例として、大判明治三七年三月一〇日民録一〇輯三〇三頁参照。もつとも、講元の権限を肯定する法律構成は不分明である)。

その後、大判昭和五年五月一〇日新聞二一四五号二頁が、掛戻請求訴訟における講元の当事者適格(原告適格)について、「寧ろ実験法則タルモノト解スベキモノ」と判示し、講元の当事者適格は立証問題ではなく、経験則上、講元の地位にある限り、原告適格が認められる旨の判断を示したが、講元の当事者適格に関する法律構成は明らかにされなかった。

(92) 仔細にみると、講元が既取口講員との間で金銭消費貸借契約を締結したと捉える裁判例(東京控訴院判明治四二年四月二一日新聞五七二号一頁)、講元が掛戻債務を目的とする準消費貸借契約を締結したと捉える裁判例(大判大正六年六月一五日民録二三輯九八四頁等)、講員全員が各自の掛戻請求権を講元に信託的に譲渡したと捉える裁判例(横浜地判大正六年七月一〇日新聞一三〇九頁三三頁)とに区別することができる。

(93) 大判明治三七年三月一〇日民録一〇輯一頁。その他、大判明治三四年五月九日民録七輯五号六二頁、大判明治三四年六月六日民録七輯六卷八頁等参照。なお、この当時、「他人の権利を自己の名に於て行使する権能は学問上に於ても新しい観念である」とされ、「他理権」と称されることもあったようである(熊谷・前掲注(84)一〇三頁以下)。

(94) 議論状況については、由井・前掲注(84)一四四頁以下参照。なお、熊谷・前掲注(84)一〇七頁以下は、講元の当事者適格をその実体法上の地位・権限に求めることは困難であるとし、「判例法」として捉えるしかないという。

(95) なお、その後、最高裁昭和三五年六月二八日民集一四卷八号一五五八頁は、大判昭和十一年の立場を踏まえたうえで、講に当事者能力が肯定されることは、講元に当事者適格を認めることの妨げにはならない旨の判断を示した。その他、大判昭和十一年一月二日民集一五卷二二六頁、最判昭和九年一月三日民集一六号七九三頁参照。任意的訴訟担当の許容性に関する判例法理を分析するものとして、山本克己「民法上の組合の訴訟上の地位(一)」法教二八六号(二〇〇四)七二頁以下が有益である。

(96) ここで、講員間の契約によつてではなく、講元ないし無尽会社と各講員と間の契約によつて成立し、かつ、無尽業法の適用がある非組合的な個別的無尽講(以下、説明の便宜上、「営業無尽」という)に関する規律を確認しておく(由井・前掲注(84)一八二頁以下等参照)。営業無尽の場合には、無尽管理会社に掛金支払請求権や掛戻請求権等の講の管理に係る請求が帰属するという理解に立つと、掛戻請求訴訟における講元の当事者適格は、訴訟担当のような特別な法律構成によつて根拠づける必要はないことになる。このような理解に立つ限りで、無尽業法(昭和六年法律四二号)三五条(一項、無尽管理会社ハ其ノ管理スル無盡ノ加入者ニ代リ掛金ノ払込及給付金ノ支払ニ關シ一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行為ヲ為ス権限ヲ有ス 二項、掛金ノ払込又ハ給付金ノ支払ニ關スル訴ニ於テハ無盡管理会社ハ原告又ハ被告ト為スコトエヲ得)は、確認規定として位置づけられるが(もつとも、この理解に立つと、「無盡ノ加入者ニ代リ」という文言との整合性、および、加入者に対する判決効の擴張の論拠について問題が生じることになる)、別の理解、すなわち、掛戻請求権は未取口講員に帰属するという理解に立つのであれば、掛戻請求訴訟の講元の当事者適格を根拠づけるのは、無尽業法三五条ということになる。

石坂音四郎は、後者の理解に立つたうえで、無尽業法三五条の前身である旧無尽業法(大正四年法律二四号)一五条(一項、無盡ノ管理ヲ為ス無盡業者ハ其管理スル無盡ノ加入者ニ代リ掛金ノ払込及給付金ノ支払ニ關シ一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行為ヲ為ス権限ヲ有ス 二項、掛金ノ払込又ハ給付金ノ支払ニ關スル訴ニ於テハ無盡ノ管理者ハ原告又ハ被告ト為スコトエヲ得 三項、前項ノ訴ニ於テ言渡シタル判決ハ無盡ノ加入者ニ対シテモ其効力ヲ有ス但シ各加入者ハ払込ヲ了セサル掛金額ヲ超ヘテ執行ヲ受クルコトナシ)について、批判的な検討をする(石坂音四郎「無尽業法ノ批評」同『改纂民法研究(下)』(有斐閣、一九二〇)七四七頁(初出一九五五))。石坂によると、掛戻請求権が未取口講員に帰属するとの理解に立つ限り、旧無尽業法一五条が規定する無尽管理会社の当事者適格を肯定することは困難であるという。もつとも、破産管財人や遺言執行者等に訴訟担当資格が認められることの論拠について、石坂は独特な理解に立っているため(同論文七六〇頁以下は、破産管財人や遺言執行者等は「公益上ノ理由ニ依リ國家力或人ノ利益ヲ保護スルカ為メニ其職務ヲ行フヘキコトヲ命スルモノナリ故ニ」当事者適格が認められるが、無尽管理会社は単に「加入者ノ利益ノ為メニ講ノ事務ヲ執行スルモノナリ故ニ」当事者適格が認められないという)、石坂説とは異なる理解に立つのであれば、同条も訴訟担当の一事例として位置づけることもできよう。また、講元の訴訟上の地位に関する判例準則を明文化したものが、旧無尽業法一五条であると解すると(熊谷・前掲注(84)一五頁註三参照)、講管理会社と同様に、講元の当事者適格も訴訟担当として捉えることができようである。

(97) 大判昭和十一年は、最判昭和四五年とは異なり、任意的訴訟担当の制約原理とされる「弁護士代理の原則や訴訟信託の禁止の潜脱のおそれ」という点に全く言及していない点も特徴的である。

(98) 兼子一「労働組合の訴訟当事者適格」同『民事法研究Ⅱ』(酒井書店、一九五四)二〇五頁以下(初出一九五二)。

(99) 訴訟追行権のみの授与という点に着目するのであれば、労働組合の訴訟担当資格の法律構成は、展開型の選定当事者に類似していることもできる。兼子理論においては、選定当事者の類推適用(前掲注(78)参照)の一事例として位置づけることもできそうである。

(100) 菊井・前掲注(74)一〇一頁以下は、任意的訴訟担当について、訴訟追行権の授与が「実体関係に随伴して行われることが妥当と認められる場合には許してよい」という考え方に立ち、組合規約において「労働組合の会社に対する労働契約上の義務の履行の請求若しくは違反行為の除去に必要な行為の請求又は労働契約上の地位の確認の訴訟については、組合においてこれを実施することができる。但し組合員がこれに反する意思を表明したときは、当該組合員に関する部分についてはこの限りでない」という条項があるときは、「弁護士代理の原則に反せず、訴訟信託禁止の信託法の精神に抵触しないし、組合内部の統制の強化、訴訟追行の力量と資力を欠く組合員の利益になる」ため、労働者の権利関係に係る労働組合の任意的訴訟担当資格は肯定されるという。菊井説は、労働組合と労働者の間の実体関係が労働組合の任意的訴訟担当資格を基礎づけ、訴訟追行権の授与それ自体は必要ないとする点で、兼子理論とは異なる。菊井説は、一種のオプトアウト型の訴訟担当を想定しているといえようか。この点に関して、三ヶ月章「民事訴訟法」(有斐閣、一九五九)一八七頁注(一)は、「訴訟法上は明示の委任を要すると解すべきであろう」という。

(101) 合理的必要性の有無の判断において、弁護士代理・訴訟信託禁止の潜脱性という要素が顧慮されることになるが、通常共同訴訟関係にあることによつて、訴訟追行権の授与が許容されることを肯定する兼子理論によると、そのハードルは高くはないといえよう。兼子理論においては、弁護士代理・訴訟信託禁止の潜脱性は、任意的訴訟担当の制約原理としては重要視されていなかったように思われる。後掲注(102)も参照。

正当業務説を継承した見解として、山本戸克己「民事訴訟法講義」(三輪書房、一九五四)一一八頁(「取引上正当な必要がある場合には許容されるものと解すべきである」という)と三ヶ月・前掲注(100)一八六頁以下(「委任者・受任者の関係からいってそれが社会観念上受任者の正当な業務とみうる場合には許容されるべきであるという)がある。表現に違いはあるが、実質的には、いずれも被担当者と担当者との間の実体関係を顧慮しているといえよう。

なお、兼子・概論とほぼ同時期に公表された、小野木常「第三者の訴訟追行権」訴訟法学会編「訴訟法学の諸問題(第一輯)」(岩波書店、一九三八)八五頁以下、特に一三四頁以下は、ドイツ法の議論に依りつつ、訴訟追行権のみの授与に基づく「任意的訴訟追行権」は適法であり、旧信託法一条(訴訟信託の禁止)には反しないと論じる。

(102) この点については、福永有利「任意的訴訟担当について」関大法学論集一一卷三・四・五号(一九六二)六〇一頁、特に六三〇頁以下が、正当業務説の「立場からも単に講究関係や労働組合などの場合に限らず、もつと広く認められてしかるべきでは

あるまいか」と指摘していたところである。

(103) 固有必要的共同訴訟における請求について、兼子・概論四二六頁では、「原告又は被告が多数でも相手方との関係では請求は単一である」、兼子・体系三二四頁では、「当事者が数人でも、相手方との関係では請求が一個しか存在しない（通常は主体の異なる毎に請求も別個となるのに対し、この場合は、訴訟の客体によって数主体の一個化が要求される現象である）」と説明されている。なお、固有必要的共同訴訟における請求の個数については、鶴田滋「固有必要的共同訴訟の構造」井上治典先生追悼論文集『民事紛争と手続理論の現在（法律文化社、二〇〇八）三二六頁以下参照。

(104) 兼子・講義案九四頁において既に、「共同訴訟人間に参加の利益の認められる場合は特に参加の申出を為さずとも当然参加関係あるものと解する」として、共同訴訟人間に当然の補助参加関係を肯定する見解を示していた。兼子・概論一一二頁および兼子・体系三九九頁でも同様の理解である。

(105) 兼子理論は、業務執行者の定めがあるか否かを問わず、組合財産に関する訴訟は、組合構成員全員が当事者とならなければならぬ固有必要的共同訴訟である、という理解に立つ（兼子一「共有関係の訴訟」同『民事法研究Ⅱ』（酒井書店、一九五四）一五二頁（初出一九五二）参照）。

(106) 当時の学説では、民法上の組合で業務執行者の定めがあるもの、および、入会集団で代表者の定めがあるものについては、旧民法四六条を適用し、当事者能力を肯定する見解が有力であった。

(107) 共同原告間の関係に民法四〇条一項が適用される限り、当然の（共同訴訟的）補助参加関係を抽出する必要はないともいえるが、展開型の規律を相対化するために、あえてその関係に着目することとする。

(108) 比喩的に言えば、後者の場合における選定行為とは、実質的には、民法二九条にいう「代表者」を定める行為に照応することになるか。

(109) 選定行為の法的性質に関する議論にも関連する。前野の議論（前掲注(67)）を参照。

(110) 業務執行者の定めのない民法上の組合の場合には、実体法上、組合員の過半数以上の締結した法律行為は、常務に属さないものであっても、組合員全員を拘束する、という理解が有力であり（最判昭和三五年二月九日民集一四卷一三号二九九四頁参照）、この理解が訴え提起にも妥当するのであれば、組合員の過半数以上が原告となり訴えを提起する場合、もしくは、組合員の過半数が訴え提起に同意している場合には、訴え提起の効力が全組合員に及ぶことになる。こうした考え方を前提すると、業務執行者の定めのない民法上の組合が選定当事者を利用する場合に関しては、多数決による選定行為という選定方法は、受容しやすい規律ということができよう。

(111) なお、重複応訴への相手方の負担に対応するためには、選定当事者の受けた判決効を（選定行為をしたか否かを問わず）共

同利益体の構成員全員に対して拡張することは必須の要請といえよう。

(112) 兼子理論によると、B Y訴訟に、AがBを被参加人として補助参加の申出をし、(Bではなく) Yから異議が述べられた場合にも、Aの補助参加の利益は否定されることになる。兼子理論における補助参加の利益については、伊東俊明「補助参加の利益について」松本博之先生古稀祝賀『民事手続法法制の展開と手続原則』(弘文堂、二〇一六)一四三頁、特に一五〇頁以下参照。

(113) 兼子一「選定当事者の場合の共同の利益と補助参加の利害関係の差異」同編『実例法律全集民事訴訟法(上巻)』(青林書院新社、一九六三)八六頁以下、特に八七頁は、選定当事者に関して、「あまりその適用範囲を限定したのでは意味がなくなってしまう」としたうえで、共同利益体について、「当事者が選定者全員の訴訟をも担当するに比べて、自分の訴訟もいっしょにやるから一生懸命やるであろうと期待できることと、むやみに訴訟担当を第三者に任せることによって弁護士代理の原則を潜脱するおそれのないようにすることを顧慮して定められたものということができる」という。なお、訴訟担当者が補助参加の利益を有する場合には、八田・前掲注(8)二二二頁注(78)も参照。

(114) ここで、任意的訴訟担当の規制原理としての弁護士代理・訴訟信託禁止の非潜脱性について着目してみる。弁護士代理・訴訟信託禁止の保護法益が、訴訟進行に関する本人の利益保護にあるとしたうえで、本人たるBの利益に着目すると、AがBの補助参加人として訴訟進行する局面では、Bは当事者の地位にあるため、弁護士代理・訴訟信託禁止の潜脱性を顧慮する必要性は、Bの当事者性が否定される選定当事者の場合と比べると、小さいといえる。それにもかかわらず、兼子理論は、Aが補助参加人として訴訟進行することを許容しない。この点に着目すると、第三者に訴訟進行権を授与することの可否を分かつのは、弁護士代理・訴訟信託禁止の非潜脱性ではないといえそうである。なお、弁護士代理の原則の保護法益として、訴訟手続の円滑な運用という公益的な側面に着目しても、両者で有意な差を見出すことはできないように思われる。

次に、兼子理論における弁護士代理・訴訟信託禁止の非潜脱性の位置づけを確認しておく。

任意的訴訟担当の法律構成を、法定訴訟担当の場合と同様に、権利帰属主体から授与された実体権(管理処分権)に基づいて訴訟進行権が生じる、というロジックによって把握すると、訴訟進行権それ自体の授与という契機はないため、訴訟進行権の授与に照応する訴訟代理権の授与との関係に留意する必要があるとはいえずである。兼子・講義案は、このような理解に立ち、弁護士代理の原則を任意的訴訟担当の制約原理と位置づけなかつたといえることができる。兼子・概論で弁護士代理の原則を制約原理の一つとする立場に改めたのは、訴訟進行権のみの授与が許容される選定当事者との理論的な整合性を図るためであつたと推測されるが、既に指摘されているように、弁護士代理の原則は、直接には、実体権の授与それ自体ではなく、実体権の授与を受けた者の訴訟進行権の行使のあり方を規制する原理であるように思われる(任意的訴訟担当者による本人訴

訟を禁ずることによつても、当該原理の目的を果たすことができそうである。いずれにしても、弁護士代理の原則が任意的訴訟担当の制約原理となることは、必然的ではないといえよう。

他方、訴訟信託禁止は、兼子・講義案から一貫して、任意的訴訟担当の制約原理として挙げられていた。もつとも、任意的訴訟担当の局面では、財産権それ自体の授与ではなく、実体法上の管理処分権の授与が問題となり、訴訟信託禁止が直截に適用されるべき場合ではないため、あくまでも訴訟信託禁止の「趣旨」に反するとの理解であった。訴訟信託禁止の趣旨の捉え方については議論がある（訴訟信託禁止の制度趣旨に関しては、弁護士代理の原則との関係も含めて、岡伸浩「訴訟信託禁止の制度趣旨再考（一）」（4）未充）慶應法学二二二（二〇一一）二九頁以下、同二二二（二〇一一）一一一頁以下、同二三三（二〇一一）六七頁以下、同二五五（二〇一三）九三頁以下が詳細である）。三百代言による濫訴・健訟の弊害予防にあるとする理解が多数説であるが、訴訟信託禁止を「大正初期の特殊事情を背景にもつ政策的規定」と捉える理解（四宮和夫「信託法（新版）」（有斐閣、一九八九）一四二頁）も有力である。三百代言による訴訟を予防すべきであることは普遍的な要請であるとしても、後者の理解によると、他に適切な権利保護方式が存しない法制度の下では、訴訟政策的にみると、第三者による訴訟追行を求める権利帰属主体の意思を優先すべき場合もありうることになりそうである。ともあれ、訴訟信託禁止の趣旨を含めて、同規律が任意的訴訟担当の制約原理となりうるかは、検討の余地があるといえよう（任意的訴訟担当が許容されていることを、訴訟信託禁止の適用領域を制限すべきことの論拠とする道垣内弘人「信託法」（有斐閣、二〇一七）五〇頁は、訴訟信託禁止が任意的訴訟担当の制約原理とならないことを暗示するものといえる。また、八田・前掲注（8）二二八頁以下は、訴訟信託の禁止の趣旨を再構成したうえで、「任意的訴訟担当は、責任財産の切断を生じない以上、訴訟信託の禁止には触れないことにならう」と説く）。

弁護士代理の原則・訴訟信託禁止の非潜脱性が、任意的訴訟担当の許容性の判断の一つの指針となりうることは否定できないとしても、各々の制度趣旨は不明確であり、それらに拘泥することは、問題の本質を見失うことに繋がりがうため、より実質的な考慮要素（例えば、第三者は権利帰属主体の利益を擁護すべき地位にあるか、第三者が権利帰属主体に代わって当事者となることについて合理的必要性が認められるか、権利帰属主体が当事者とならないことによつて、相手方当事者には、どのような不利益が生じうるか等）に基づいて、任意的訴訟担当の許容性を判断する必要があるように思われる（同様の方向性を示す見解として、伊藤眞「任意的訴訟担当概念をめぐる解釈と立法」鈴木正裕先生古稀祝賀「民事訴訟法の史的展開」（有斐閣、二〇〇二）八九頁以下、特に一一四頁以下参照）。

(115) 伊東・前掲注(112)一五四頁以下参照。

(116) 従属性準則については、伊東・前掲注(14)八二二頁以下参照。

(117) 少なくとも、選定当事者は、選定者の請求に係る訴訟係属効を消滅させたいと、自己の請求について訴訟進行することは許されない、と解することはできなのではなからうか。高橋宏志『重点講義民事訴訟法(下)(第2版補正版)』(有斐閣、二〇一四)四一六頁注(4)参照。

(118) この問題に関しては、とりわけ、選定当事者の和解権能の存否をめぐる議論がなされてきたところである。選定当事者を含む任意的訴訟担当者の和解権限については、堀野出「任意的訴訟担当者の和解権限」高橋宏志先生古稀祝賀『民事訴訟法の理論』(有斐閣、二〇一八)三七三頁以下参照。

任意的訴訟担当者の訴訟終結権限に関しては、選定者および相手方当事者の利益状況を考慮したうえで、その行使につき一定の制約を課す方向での議論もありうるように思われる。例えば、訴訟上の和解を含めて、訴訟代理人と同様の規律(民訴五五条二項)を適用する方向での検討も、一考の価値があるように思われる。その際、最判昭和四三年八月二七日判時五三四号四八頁との関係が問題となる。同判決は、「選定当事者は、訴訟代理人ではなく当事者であるから、その権限については民法八一条二項(現行法五五二条二項\*筆者)の適用を受けず、訴訟上の和解を含むいっさいの訴訟行為を特別の委任なしに行なうことができるものであり、かつ、選定行為においてもその権限を制限することのできないものであつて、たとい和解を禁ずる等権限の制約を付した選定をしても、その選定は、制限部分が無効であり、無制約の選定としての効力を生ずるものと解するの相当である」と判示する。選定者は、選定行為を撤回することによって、和解を無効とすることのできるため、選定当事者に無制限の和解権限を与えても、選定者の保護に欠けることはない、ということが、最判昭和四三年の実質的な論拠と考えられる(高橋・前掲注(117)四一四頁参照)。最判昭和四三年の事案は、農地所有者の相続人五名のうち二名が選定当事者(残る三名が選定者)として、農地の売渡しの相手方を被告として、農地買収処分が無効を主張し、所有権移転登記手続を求める訴訟であつた。共有権に基づく移転登記手続請求訴訟が固有の共同訴訟に該当するとの理解に立つと(最判昭和四六年一〇月七日民集二五卷七号八八五頁参照)、最判昭和四三年は本来型に属する事案ということができる。兼子理論によると、最判昭和四三年の事案において、選定当事者の和解権限を肯定する結論それ自体は理論的に一貫しているといえるが(選定者の訴訟上の地位に対する配慮の必要性があることは別論である)、問題とすべきであるのは、この規律を展開型にも一律に適用してよいかである。

(119) 比喩的に言えば、選定者は、選定行為の撤回権を有する潜在的当事者としての地位にあるといえようか。

(120) 兼子理論には、次のような意義も見出すことができる。すなわち、選定当事者と正当業務説を含めて、兼子理論における任意的訴訟担当論は、「任意的訴訟担当」という権利保護方式を、多数当事者が関与する集团的紛争の解決に資するための法制度として位置づけることを志向する理論と把握できることである。なお、集团的紛争と訴訟担当論との関係についての検討は、

別の機会に委ねることとする。

(121) 既に指摘したように、任意的訴訟担当者（選定当事者も含む）の訴訟追行権は制約を受けない、という規律は、検討の余地がある。

(122) 前掲注(78)参照。

(123) 兼子理論以降の任意的訴訟担当論に関する検討は本稿ではなしえないが、最判昭和四五年に影響を与えたと考えられる見解と最判昭和四五年が包含する問題について、若干の検討をしておく。

兼子理論における正当業務説に対するアンチテーゼとして位置づけられるのは、最判昭和四五年（一九七〇年）の前年に公表された論文で提唱された見解（福永有利「任意的訴訟担当の許容性」同「民事訴訟当事者論」(有斐閣、二〇〇四)二九四頁以下〔初出一九六九〕。以下、「実質関係説」という（もつとも、先述したように、正当業務説の位置づけに関しては、別の理解もありうる）ところである。実質関係説を、正当業務説のいう「正当な業務上の必要」の内実を明らかにする試みとして位置づけると、両者の間には連続性を見出すことができる）。

周知のように、実質関係説は、任意的訴訟担当を「訴訟担当者のための任意的訴訟担当」と「権利主体のための任意的訴訟担当」とに類型化したうえで、各々について許容要件を設定し、任意的訴訟担当の許容範囲を拡張することを企画した見解である。具体的には、前者については、権利主体からの授権を要件としたうえで、訴訟担当者が他人の権利関係について「補助参加の利益」を有することを要件とするのに対して（同書三〇三頁以下）、後者については、実体法上の包括的な管理権の授与に加えて、「その管理権にもついで、現実管理行為をなし、権利主体と同じ程度に訴訟物たる権利関係について知識を有する程度までその権利関係に関与していること」を要件とする（同書三一頁以下）。

実質関係説の可否の検討は別の機会に委ねるとして（実質関係説に対する批判として、中野・前掲注(12)一二〇頁以下、木川統一郎『民事訴訟法重要問題講義(上)』(成文堂、一九九二)五〇頁、特に七一頁以下、松本博之「代理受領権者は訴訟担当者として取立訴訟を提起することができるか」椿寿夫編「講座・現代契約と現代債権の展望(三)」(日本評論社、一九九四)二〇一頁、特に二一六頁以下参照)、正当業務説との関係に照準を合わせて、その特徴を整理すると、以下の点が重要である。すなわち、①補助参加の利益との関係に着目したこと、②実体関係以外の要素（現実管理行為をしているか、権利主体と同等の知識を有しているか等）を任意的訴訟担当の許容要件に取り込んだこと、である。

①に関して、補助参加人の地位と任意的訴訟担当者の地位との等質性・類似性に着目したことは卓見である。補助参加の利益が肯定されることについて異論がない典型的な類型（例えば、保証債務履行請求訴訟において被告たる委託を受けた保証人に主債務者が補助参加する場合）では、補助参加人の地位は、判決の名宛人にならない（既判力の作用を受けない）という点

と提訴権能および訴訟終結権限を有しないと点を除き、狭義の訴訟追行権限を有しているという点では、訴訟担当者の地位に匹敵する。権利帰属主体Ⅱ当事者／第三者Ⅱ補助参加人という構成と権利帰属主体Ⅲ被担当者（非当事者）／第三者Ⅲ訴訟担当者（当事者）という構成とで、訴訟追行に関しては、第三者の地位に大差はないといえる。もつとも、そうであるならば、実質関係説が補助参加の利益に加え、「授権」を要件とすることは疑義が生じることになる。（狭義の）訴訟追行権限は補助参加の利益によって基礎づけることができるからである（この局面における「授権」は、提訴権限と訴訟終結権限の授与のみを意味するものとして捉えることになるか）。また、そもそも、権利帰属主体が当事者となる権利保護方式に加えて、第三者が当事者となる権利保護方式を認める必要性があるかを、相手方当事者の利益に顧慮し、再検討する必要があるように思われる。権利帰属主体が当事者として顕れるのを拒否すること（すなわち、任意的訴訟担当という権利保護方式が選択されること）を正当化する根拠が必要となるのではなからうか。「授権」要件は、これを補助根拠とはなりえないように思われる。提訴権限と訴訟終結権限を授与すること自体の正当化根拠が問われているからである。

②に関して、紛争に対する現実の関わりに着目する点では、「紛争管理権説」伊藤眞「民事訴訟の当事者」弘文堂、一九七八（九〇頁以下）との親和性を見出すことができるが、正当業務説と比べると、任意的訴訟担当の許容範囲を狭める方向での考慮要素ということもできるため、あえて、そのような事情を許容要件に含めることの妥当性については、検討の余地がありそうである。実質関係説によると、講の講元に当事者適格が肯定される根拠について、訴訟物の権利帰属主体たる未取口講員と「同じ程度にあるいはそれ以上に、その権利関係につき知識を有する程度までその権利関係に関与している」（同書三一〇頁以下）ことに求めることになるが、訴訟物たる権利関係に関する知識の多寡によって、講元に当事者適格を認めるべきであるか（換言すれば、未取口講員の当事者適格を否定すべきであるか）を決することはできないのではなからうか。知識の多寡は、正当業務説が説く「正当な業務上の必要」の判断要素の一つとして位置づけるのが穏当であるように思われる。

(124) 最判昭和四五年は、任意的訴訟担当の許容範囲を拡張する方向性について、実質関係説の影響を受けているといえる。最判昭和四五年は、選定当事者によらない任意的訴訟担当が許容されることを明示した点で意義深い判例であるが、既に指摘されているように、提示された許容要件の具体的内容やその相互関係は明確でなく、任意的訴訟担当に関する一義的な判例準則といえるかについては疑問が残る。その他にも、最判昭和四五年に対しては、次のような問題点を指摘することができる。

最判昭和四五年は、本来型の共同利益体について、権利帰属主体の意思に基づく選定行為が不要となること（実体法上の包括的な管理権ないし対外的業務執行権の授与で足りること）を認める。兼子理論によると、共同訴訟的補助参加人の地位の放棄を内実とする権利帰属主体による現実の意思の表明が必須となるはずである。この点、兼子理論においては、個別的な選定行為（現実の意思の表明）を要求することによって、権利帰属主体への手続保障は（一応は）確保されていたといえるが、最

判昭和四五年によると、そのような手続保障がなされていたといえるかが問題となる。また、そもそも、最判昭和四五年のような本来型の事案について、正当業務説を適用できるかも問題となりうる。兼子理論によると、正当業務説は選定当事者が利用できない場合に適用されることになるため、最判昭和四五年の事案では、選定当事者を利用すべしとの帰結になりそうである。もつとも、仮に選定当事者が利用できないとすると、最判昭和四五年の事案についても、正当業務説が適用され、業務執行者の任意的訴訟担当資格は肯定されることになりそうである。最判昭和四五年は、選定当事者を利用できる場合でも、正当業務説を適用できる、という考え方に立つものと捉えることができ、この点で、最判昭和四五年は、兼子理論とは異なる考え方に依拠するものといえる。いずれにしても、訴訟追行権の授与に係る権利帰属主体の現実の意思の表明を必須と解すべきが要点となる。

兼子理論以後の任意訴訟担当論の展開についての検討は他日を期すとして、本稿では、兼子理論と最判昭和四五年の間には大きな懸隔があることを確認するにとどめておく。

(125) 第三者のための契約と法律構成することに纏わる問題やその他のありうる法律構成については、青山善充他「《座談会》サムライ債の債券管理会社による訴訟追行の可否」金法一九八一号(二〇一三)六頁以下参照。

(126) 垣内・前掲注(6)二三二頁以下は、任意的訴訟担当における授権の機能として、「実体法上の権限設定機能」と「判決効拡張の正当化機能」の二つの機能を抽出したうえで、後者に着目すると、「授権」は権利帰属主体の「意思表示」として位置づけるべきであり、その意思は「自己に判決効が及ぶような形で訴訟追行を担当者に委ねる」という内容になるという。

(127) 社債管理会社の訴訟上の地位に関しては、法定訴訟担当者(もしくは法定代理人)とする見解が有力であり、この理解によると、債券管理会社も法定訴訟担当者として位置づける方向の議論を指向すべきであるように思われる。また、最判平成二八年は、債券管理会社について、社債管理会社との類似性や銀行法に基づく規制・管理に服することを理由に、「本件債券等保有者のために訴訟追行権を適切に行使することを期待することができ」とするが、狭義の訴訟追行権限を適切に行使できるかという問題と提訴権限を適法に行使できるかという問題とは切り離して考えるべきであろう。(狭義の)訴訟追行権限を適切に行使できる地位にある者(のみ)が、提訴権限を有するわけではないからである。

(128) 最判平成二八年も、訴訟担当者たる債券管理会社と被担当者たる債券保有者との間に「抽象的には利益相反関係が生ずる可能性があること」を認めているところである。そうであるならば、訴訟追行権の授与について現実の意思の表明が必要となるということもできそうである。なお、「訴訟追行権限を含む事務処理権限の授与」が受益者たる債券保有者にとって不利益にもなりうる旨を指摘する青山・前掲注(125)一二頁(山田誠一発言)以下も参照。

(129) 第三者のためにする契約の受益者が受益の意思表示を撤回できるか、という実体法上の規律とも関連する問題である。また、

受益の意思表示と訴訟追行権授与の意思表示の関係や訴訟追行権授与の意思表示の撤回可能性をめぐる問題については、垣内・前掲注(6)二一九頁以下の分析が有益である。

(130) 最判平成二八年は、債券の購入に伴い、権利帰属主体である債券保有者は「本件債券に係る償還等請求訴訟を提起することも含む本件債券の管理」を、債券管理会社に委託する旨の「受益の意思表示」をしたものであり、その意思表示の解釈として、債券管理会社に「本件訴訟について訴訟追行権を授与したものと認めるのが相当である」とするが、提訴権能のみを債券管理会社に授与し、訴訟追行権限と訴訟終結権限は債券保有者に留保されていると解釈することもできるように思われる。

(131) その他、権利帰属主体ではない者による訴訟追行の許否の判断に際して、相手方の利益との調整という側面を重視する兼子理論によると、第三者の訴訟担当資格の端緒となる債券管理契約の主体である相手方(債券の発行主体)の不利益を顧慮する必要はないといえるか(契約主体の一方が他方による訴訟追行を拒絶できる正当な利益を有するか否か)も問題となる。相手方に不利益が生じない(生じたとしても、顧慮に値しない)と解するのであれば、相手方が原告の訴訟担当資格を争うことは信義則に反するともいえそうである(松永・前掲注(5)二五六頁注(32)参照)。この問題に関しては、当事者適格(訴訟担当資格)が職権調査事項とされることの意義を踏まえたうえでの検討がなされる必要がある。

(132) 八田卓也「外国国家発行(ソブリン)の円建て債券(サムライ債)の償還請求訴訟における債券管理会社の任意的訴訟担当の許容性」(金法二〇六四号(二〇一七)四七頁は、最判平成二八年が「オプトアウト型の法定訴訟担当を肯定する基礎を提供している余地がある」と指摘する。なお、八田卓也「消費者裁判手続特例法の当事者適格の観点からの分析」千葉恵美子他編「集团的消費者利益の実現と法の役割」(商事法務、二〇一四)三八一頁、特に三八六頁以下において、権利帰属主体ではない第三者に当事者適格を認める訴訟担当構成に基因する不利益と訴訟担当(法定訴訟担当および任意的訴訟担当)の正当化根拠についての検討がなされており、有益である。

(133) 「任意的訴訟担当」という範疇の解体に向かう方向の議論も考えられる。こちらの方向に向かう見解として、任意的訴訟担当と法定訴訟担当の二分論の限界を認識したうえで、両者の相対化を説く堀野説(前掲注(6)参照)がある。堀野説に対する分析については、八田・前掲注(8)二一九頁以下参照。

(134) 第三者による訴訟追行が適法となるためには、当該訴訟における判決効が(不利にも有利にも)及ぶことが想定されている権利帰属主体が、当該第三者に訴訟追行を委ねる旨の何らかの意思(的要素)を表明していることが必要となるように思われる。処分権主義が妥当する民事訴訟では、任意的訴訟担当という権利保護方式を選択するか否かを決定する権限(自由)は、権利帰属主体にあるといえるからである。意思(的要素)の内容と意思の表明の仕方は多様なものとなりうるが(授権要件の段階的な認定を示唆する八田・前掲注(8)二一八頁参照)、権利帰属主体の意思(的要素)が一切抽出できない場合には、第

三者による訴訟追行は不適法となると解すべきであろう（それでもなお、第三者による訴訟追行を適法とするのであれば、それは、法定訴訟担当として捉えるべきであろう）。

以上に関して、垣内・前掲注(6)二三三頁以下は、訴え提起に係る自己決定の保障を基本とし、任意的訴訟担当の授権における意思とは、「自己に判決効が及ぶような形で訴訟追行を担当者に委ねる意思」であるとしたうえで、「そうした意思が外部に表示されれば、授権としての効果を生じ、それを基礎として担当者の当事者適格を認める余地が生じる」という。そのうえで、さらに、垣内・前掲注(6)二三三頁以下は、「実体法上の権限授与」と「訴訟追行の授権」を別の意思表示と捉え、「訴訟追行の授権」を「除外ないし留保すること」および「事後的に撤回すること」も「原則として権利義務主体の自由に委ねられている」として、「こうした留保や撤回が可能である、ということ」は、任意的訴訟担当が権利義務主体からの授権に基づく、ということの最も顕著な証左であるともいえよう」と説く。権利義務主体の意思（的要素）を尊重し、その多様性を認める旨の指摘であり、有益な分析視角となると考えられる。

(135) 選定行為の撤回の意義は、本来型と展開型とで大きく異なる。本来型では、構成員全員による選定が必要となるという理解に立つと、選定行為の撤回は、選定当事者による訴訟の解体（選定者全員による必要の共同訴訟関係の成立）を意味するのに対して、展開型では、選定当事者と撤回権を行使した選定者による通常共同訴訟関係の成立を意味することになる。

また、共同利益体という要件は、権利帰属主体たる選定者の利益保護の装置としては不十分であるとの指摘がなされている（八田・前掲注(8)二三三頁注(6)参照）。その指摘は、とりわけ、展開型について、よりあてはまることになり、その不備を補うために、選定者には、選定行為の撤回権・変更権（民訴三〇条三項）が賦与されていると捉えることができようである（撤回権・変更権が賦与されれば十分といえるかは、別論である）。そのように解すると、撤回権・変更権は、選定当事者制度に必須の規律とすることができる。権利帰属主体の利益を保護すべきであることは、任意的訴訟担当一般に妥当する要請であるため、選定当事者によらない任意的訴訟担当における「授権」の撤回（ないし変更）についての検討も必要となるように思われる。この点は、垣内・前掲注(6)二三三頁以下が既に指摘しているところである。

(136) 共同利益体の構成員が他の構成員に訴訟追行権を授与する局面でも、必ずしも、選定当事者を利用する必要はなく、選定当事者に係る法定の規律をデフォルトとして、当事者間の合意（契約）に基づく訴訟追行権の授与を許容すべき場合もありうるように思われる。

他方、共同利益体の構成員ではない者に訴訟追行権を授与する局面では、正当業務説をモディファイした考慮要素（第三者が権利帰属主体の利益を擁護すべき地位にあるか、および、権利帰属主体ではなく第三者が当事者となることについて合理的な必要性が肯定されるか）が、その許容性を判断する際の一つの指針となりうるように思われる。

(137) 本来型の選定当事者に関する議論は、(それを「訴訟担当」として把握することの妥当性も含めて) 集団(団体)による訴権(もしくは訴訟追行権)の行使をめぐる問題として位置づけたいうえで、民訴法二九条の当事者能力論および固有必要的共同訴訟論と連関させる必要があるように思われる。

民訴法二九条ではなく、民訴法三〇条が適用される集団(共同利益体)で、かつ、請求との関係で構成員が固有必要的共同訴訟関係にある場合(本来型)における選定行為について、団体法理としての多数決原理が適用されるべきであるという見解も有力であったことに着目すると、原告側の固有必要的共同訴訟における提訴非同調者の問題については、別の視点からの検討もありうるように思われる。この問題に関しては、提訴非同調者に対する実体法上の協力請求権の実現方法として、任意の訴訟担当における授權の意思表示を求める訴えとその請求認容判決に基づく授權の意思表示の擬制を主張する見解がある。鶴田滋「共有関係の共同訴訟の必要性と共有者の訴権の保障」大阪市立大学法学雑誌五五卷三・四号(二〇〇九)七八一頁以下である。鶴田説に対しては、「一定の要件が満たされる場合には、非同調者の具体的な意思にかかわらずに訴訟担当が認められる、とするものであり、法定訴訟担当と何ら変わりはないものと考えられる」との正当な指摘がなされているところである(垣内・前掲注(6)二四一頁)。鶴田説に対しては、その他にも、擬制される授權の意思表示の具体的内容が不明である(詳言すれば、提訴権限のみの授与にとどまるのか、訴訟追行権限・訴訟終結権限の授与までも含むのか、さらに、授權が擬制された提訴非同調者には訴訟上の地位・権限は保障されないのか、保障されるとしても、どのような内容であるのか等が不明瞭である)という問題を指摘することができる。鶴田説を含めて、提訴非同調者をめぐる問題の検討も別の機会に委ねることとするが、この議論の基礎をなす、訴え却下という効果を伴う「固有必要的共同訴訟」という規律の妥当性を問うことが、先決となるように思われる。

(138) 近年、民訴法二九条により当事者能力が肯定された団体の受けた判決の効力が当該団体の構成員に対して作用することの論拠をめぐる議論が展開されているところである(議論状況を整理・検討した近時の論攷として、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」早稲田法学九二巻一号(二〇一六)一七三頁以下、松原弘信「法人でない社団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「民事訴訟法の理論(有斐閣、二〇一八)三九七頁以下参照)。この議論についての検討も改めて行うとして、さしあたり、次のことを確認しておく。

相手方当事者の利益に着目するのであれば、①共同利益体の構成員全員が当事者となる訴訟、②共同利益体自身が共同原告となる訴訟(民訴二九条)、③共同利益体の代表者が選定当事者となる訴訟(民訴三〇条)のうち、いずれの権利保護方式が選択されるかによって、構成員に対する既判力の作用について、異なる帰結が導かれるべきではないといえよう。①をデフォルトとすると、②③のいずれの場合にも、原告が請求棄却判決を受けた後に改めて、構成員が同一の実体権に係る訴えを提起

することは排除されるべきであろう。高田・前掲注(34)一六頁以下が指摘する点である。山本弘「権利能力なき団体の当事者能力と当事者適格」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築(上)』(有斐閣、二〇〇二)八四九頁、特に八六六頁注⑳の分析も参照。

【追記】 本稿は、平成三〇年度科学研究費補助事業(学術研究基金助成金)基盤研究(C)の研究成果の一部である。本稿の内容について、関西民事訴訟法研究会(二〇一七年六月二四日)において報告の機会を与えていただき、その際、多くの貴重なご教示を賜った。