

選定当事者における判決効からみた 民事訴訟法115条1項2号

伊 東 俊 明

【目次】

- 一 はじめに
 - 1. 民訴法115条1項2号の規律内容
 - 2. 議論状況の整理
 - 3. 検討対象
- 二 選定当事者における既判力
 - 1. 大正民訴法改正における議論
 - 2. 選定当事者の類型化
 - 3. 〔代表型〕における既判力
 - 4. 〔訴訟担当型〕における既判力
- 三 明文によらない任意的訴訟担当における既判力
 - 1. 〔代表型〕の規律
 - 2. 〔訴訟担当型〕の規律
- 四 おわりに

一 はじめに

本稿は、選定当事者による訴訟における判決の効力（本稿では、確定判決の効力のうち「既判力」に照準を合わせる。以下、「選定当事者における既判力」という）の規律についての検討を通して、民事訴訟法（平成8年法109号）115条1項2号（「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」）⁽¹⁾をめぐる問題を検討するための視座を示すことを目的とするものである（なお、本稿では、文脈に応じて、同規定における「他人」に該当する者を「権利義務主体」・「被担当者」・「選定者」

(1) 旧民事訴訟法201条2項（「他人ノ為原告又ハ被告ト為リタル者ニ対スル確定判決ハ其ノ他人ニ対シテモ効力ヲ有ス」）に照応する。

と表記し、「原告（又は被告）」に該当する者を「訴訟担当者」・「選定当事者」と表記する）。本章では、民訴法115条1項2号をめぐる議論状況を整理したうえで、問題意識等を示しておく。なお、「訴訟担当⇔既判力の拡張」という図式の正当性を検証する本稿の立場からは、「訴訟担当」という法概念を、既判力の拡張にはコミットせず、「実体法上の利益帰属主体（本人）以外の第三者が自己の名で本人の権利を訴訟上行使する場合」⁽²⁾という意味で用いることとする。

1. 民訴法115条1項2号の規律内容

民訴法115条1項2号によって、訴訟担当者の受けた確定判決の既判力が被担当者にも拡張される根拠は、体系書では、表現の仕方に違いはあるが、訴訟担当者が被担当者に代わって訴訟物たる権利義務に係る訴訟追行をした点に求められるのが一般的である⁽³⁾。この理解によると、既判力の作用の局面では、被担当者と訴訟担当者とは同一視される結果、訴外の被担当者も「当事者」として扱われることになる⁽⁴⁾。そして、このような取扱いがなされることは、請求認容判決の効力を享受できる被担当者の利益というよりも、請求認容判決か請求棄却判決を問わず、一回の訴訟で、訴訟担当者だけでなく、権利義務主体たる被担当者との関係においても終局的な紛争解決がなされることに対する相手方当事者の利益を保護する必要性によって基礎づけられると解する見解が有力である⁽⁵⁾。請求棄却判決の場合には、被担当者に不利に既判力が拡張されることになるが、その正当性は、権利義務主体たる被担当者の意思に基づく訴訟追行権の授与（任意的訴訟担当）、あるいは、訴訟追行権

(2) 高田裕成「株主代表訴訟における原告株主の地位」民商115巻4/5号（1997）537頁以下、569頁。

(3) 伊藤眞『民事訴訟法（第7版）』（有斐閣、2020）592頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法【上】（第2版補訂版）』（有斐閣、2013）710頁等。

(4) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』（弘文堂、2019）712頁は、「隠れた当事者ともいふべき訴訟物たる利益の帰属主体」という。また、伊藤・前掲注(3)592頁は、被担当者に対する既判力の拡張は「当事者型」に属するという。

(5) 三木浩一・笠井正俊・垣内秀介・菱田雄郷『民事訴訟法（第3版）』（有斐閣、2018）451頁〔垣内〕、兼子一原著『条解民事訴訟法〔第2版〕』（弘文堂、2011）563頁以下〔竹下守夫〕等。

の授与を定める法律の要件の充足（法定訴訟担当）によって根拠づけられることになる。

既判力の拡張が権利義務主体の意思ないし法律の要件の充足によって正当化されることに鑑みると、それらが肯定されない場合には、権利義務主体たる被担当者に対して既判力を拡張すべきではない。すなわち、権利義務主体と相手方当事者の後訴において、権利義務主体が自らの意思の不存在または法律の要件の不充足（訴訟担当資格としての当事者適格が備わっていなかったこと）を主張立証すれば、既判力の拡張を阻止できることになる⁽⁶⁾。この規律（以下、「事後規制」という）が適用される場面として想定されているのは、法定訴訟担当に分類される債権者代位訴訟であり⁽⁷⁾、任意的訴訟担当にも事後規制が妥当するかは必ずしも明らかでない。いずれにしても、事後規制が発動する場合には、再度の応訴を回避できるという相手方当事者の利益は損なわれることになる。

以上のように、民訴法115条1項2号の解釈においては、権利義務主体の利益と相手方当事者の利益がどのように調整されるべきか、という観点からの検討が必要となる。

2. 議論状況の整理

民訴法115条1項2号（旧民訴法202条2項）に関しては、主として、債権者代位訴訟における権利義務主体に対する既判力の拡張をめぐる議論が展開されてきた。周知のとおり、三ヶ月説⁽⁸⁾と福永説⁽⁹⁾が牽引した議論である。いずれの見解も、[債権者代位訴訟⇒訴訟担当⇒民訴法115条1項2号適用⇒権利義務主体に対する既判力の拡張]という通説が前提とする図式に対する

(6) 高橋・前掲注(3)245頁・252頁・710頁参照。

(7) 垣内・前掲注(5)452頁参照。

(8) 三ヶ月章「わが国の代位訴訟・取立訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲」同『民事訴訟法研究（第六巻）』（有斐閣，1972）（初出1969）1頁以下。

(9) 福永有利「当事者適格理論の再構成」同『民事訴訟当事者論』（有斐閣，2004）（初出1974）126頁以下。

アンチテーゼを唱えるものである。この議論の検討は他日を期するとして、本稿では、いずれの見解も、通説と同様に、民訴法115条1項2号の適用範囲が訴訟担当に限定されることを前提としていることを指摘するにとどめる。

近時、民訴法115条1項2号は、民訴法29条によって当事者能力が肯定される団体が当事者として受けた判決の効力の（当該団体の）構成員に対する拡張の正当化をめぐる議論において援用される。当該団体の当事者適格に係る法律構成について、訴訟担当構成と固有適格構成（ないし権利主体構成）とが対立している⁽¹⁰⁾。訴訟担当構成によると、当事者である当該団体と訴訟物たる権利義務関係の帰属主体である構成員の関係は、訴訟担当者と被担当者の関係と捉えられ、民訴法115条1項2号が直接適用されるため、構成員に対する既判力の拡張をスムーズに説明できることになる⁽¹¹⁾。それに対して、固有適格構成によると、民訴法115条1項2号を直接適用できないことを前提とし、信義則や反射効といった中間概念を介して、構成員に対する既判力の拡張が基礎づけられることになる⁽¹²⁾。さらに、近年、固有適格構成を前提としつつ、民訴法115条1項2号によって構成員に対する既判力の拡張を根拠づける見解もあらわれているところである⁽¹³⁾。いずれにしても、この議論は、「訴訟担当」という法律構成と民訴法115条1項2号との連関関係についての再検討を示唆するものと位置づけることができる。

さらに、訴訟担当における既判力に関しては、二つの方面からの議論がなされている。一つは、明示的な授權を要しない任意的訴訟担当という類型を

(10) 議論状況については、八田卓也「入会集団を当事者とする訴訟の形態」法時85巻9号（2013）22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、2018）379頁以下参照。

(11) むしろ、「訴訟担当⇔既判力の拡張」という図式を前提とし、民訴法115条1項2号を適用するために、訴訟担当構成を採用しているということができる。

(12) 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（2013）35頁以下。

(13) 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」伊藤眞先生古稀祝賀『民事手続の現代的使命』（有斐閣、2015）417頁以下、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92巻1号（2016）173頁以下。

認めたとうえで、これに該当する場合には、被担当者に手続保障がなされていることを既判力の拡張の要件とすべきという見解⁽¹⁴⁾であり、もう一つは、「授権」の「撤回」を軸とした訴訟担当の再構成を試みる見解⁽¹⁵⁾である。前者の見解は、明示的授権がある任意的訴訟担当の場合には、授権のみが既判力の拡張を根拠づけると解する点では通説と同様の理解に立っているのに対して、後者の見解は、「授権」をあくまでも既判力拡張のための必要条件として捉えており、既判力拡張のための十分条件を設定する余地を認めている。

以上のように、これまでの議論状況を整理してみると、民訴法115条1項2号は、当事者と第三者とが訴訟担当関係にある場合にのみ適用されること、および、任意的訴訟担当の場合には民訴法115条1項2号が当然に適用されることが、議論の所与の前提とされていたことを見て取ることができる⁽¹⁶⁾。

3. 検討対象

本稿では、民訴法115条1項2号の適用対象を「訴訟担当」に限定する必要はないのではないか、および、任意的訴訟担当における「授権」の存在が認定されれば、当然に民訴法115条1項2号が適用され、権利義務主体は既判力の拡張を受けるという規律は過不足のないものか⁽¹⁷⁾、という問題意識に基づ

(14) 堀野出「任意的訴訟担当の意義と限界（二・完）」民商120巻2号（1999）263頁、特に279頁以下。

(15) 垣内秀介「任意的訴訟担当における授権をめぐる」高橋宏志先生古稀祝賀『民事訴訟法の理論』（有斐閣、2018）211頁、特に239頁以下。

(16) 近年、多数人のための少数人による訴訟追行を可能にする法技術（法人、民訴法29条、任意的訴訟担当、民訴法30条、共通の訴訟代理人）の横断的考察を行う見解（内海博俊「多数人のための訴訟追行について」司法研修所論集131号（2021）131頁）が公表されている。法技術を「紛争以前の実体的組織化に基づくもの」と「紛争以後の手続的・個別授権によるもの」に分類したうえで、任意的訴訟担当の許容要件等を検討するもので、注目に値する。また、任意的訴訟担当と法定訴訟担当の流動化を検討する見解として、田頭章一「法定訴訟担当と任意的訴訟担当の関係について」熊本法学145号（2019）211頁がある。

その他、授権の撤回と既判力拡張の正当化を探求する見解として、名津井吉裕「変動する第三者に対する判決効の拡張」民訴66号（2020）103頁以下がる。

(17) わが国の任意的訴訟担当論の現状については、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60巻3/4号（2011）256頁参照。

き、民訴法115条1項2号についての基礎的な考察を行うものである。具体的な検討対象としては、現在の通説・判例において民訴法115条1項2号が適用される典型例として位置づけられる「選定当事者」を採りあげる。選定当事者に着目したのは、選定当事者は「明文による任意的訴訟担当」として訴訟担当のプロトタイプと位置づけられている結果、逆に、理論的な分析が手薄となっていると考えたからである。

二 選定当事者における既判力

本章では、選定当事者における既判力の規律内容を検討する（以下では、選定当事者が原告となる訴訟を想定する）。まず、大正民訴法改正における旧民訴法201条2項の成立過程における議論を簡単に整理したのちに、選定当事者の類型化を試みる。そのうえで、権利義務主体たる選定者に対する既判力の拡張に係る規律を検討する。

1. 大正民訴法改正における議論

旧民訴法201条2項は、選定当事者（旧民訴法47条以下）と同様に、大正15年（1926年）の民訴法改正によって新たに導入された制度である。選定当事者をめぐる立法過程における議論は前稿⁽¹⁸⁾で検討したところであり、また、旧民訴法201条2項の立法沿革に関する先行研究も充実しているため⁽¹⁹⁾、本稿では、立法過程で旧民訴法201条2項の適用対象として想定されていたのは、どのような場合であったのかという問題に照準を合わせて検討を行う。

旧民訴法201条2項に関する議論の端緒は、「民事訴訟法改正案修正問題」⁽²⁰⁾

(18) 伊東俊明「任意的訴訟担当論について」岡山大学法学会雑誌68巻1号（2018）1頁、6頁以下。

(19) 池田辰夫『債権者代位訴訟の構造』（信山社、1995）64頁以下、中本・前掲注⑬232頁以下、同「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」早稲田法学93巻1号（2017）117頁以下、特に144頁以下参照。

(20) 松本博之ほか編『日本立法資料全集11 民事訴訟法〔大正改正編〕(2)』（信山社、1993）219頁以下所収この資料は、第45回民事訴訟法改正調査委員会総会（大正12年〔1923年〕

における指摘に見出すことができる⁽²¹⁾。既判力の人的範囲について、以下の問題提起がなされた⁽²²⁾。

「三、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對スル確
定判決ノ効力ヲ明定スルノ要ナキヤ（破産法第一六二条，無尽業法第十五条，商法第
六百五十五条ノ十三）」（*下線は筆者によるものである）

この時点で、既判力が拡張される対象として想定されていたのは、「破産管
財人」，「船長」，「無尽管理会社」が訴訟当事者となる場合である。すなわち、
現在の通説的な理解によると、法定訴訟担当のうち「職務上の当事者」⁽²³⁾に
分類される場合である。船長と無尽管理会社については、既判力の拡張を認
める明文規定が旧商法と旧無尽業法に既に存在していたことに鑑みると⁽²⁴⁾，

5月1日）が終了した後に、総会の議に基づき起草委員会が検討事項を条文ごとに整理
して作成したものである（同書15頁参照）。

(21) 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」鈴木正裕先生古稀祝賀
『民事訴訟法の史的展開』（有斐閣，2002）723頁は、「いわゆる訴訟担当の場合の権利帰
属主体への既判力の拡張規定は、この時点における起草委員の問題提起に始まると考え
てよい」とする。

(22) 大正改正編(2)・前掲注(20)237頁。

(23) 「職務上の当事者」という概念の理解についても議論があるが（垣内・前掲注(5)126頁
以下参照）、本稿では、さしあたり、伊藤・前掲注(3)198頁における「権利関係の主体が
訴訟追行権を行使することが困難な場合などにおいて、当該主体および相手方の紛争解
決を求める利益を保護するために、一定の法律上の職務にある第三者に当事者適格を付
与することがある」という理解に依ることとする。日本法の議論に影響を与えたドイツ
法における「職務上の当事者」をめぐる議論については、岡成玄太『いわゆる財産管理
人の訴訟上の地位』（有斐閣，2021）41頁以下の分析が有益である。

(24) 旧商法655条ノ13（明治32年法48）[→商法811条（昭和25年法167号改正前・昭和41年法83
号改正前・平成17年法87号改正前）→商法803条（平成30年法29号）]。旧商法の下では、救助
料の債務者（荷主や船主等）の代わりに、救助された船舶の船長が、救助料に関する訴
訟の被告となることが認められるとともに、船長の受けた判決の効力が救助料の債務者
に対しても及ぶことが規定されていた。現行法では、判決効の拡張に関する規定は削除
されている一方で、被救助船の船長と同様、救助船の船長が、救助料の債権者（船主や
船員等）の代わりに、救助料に関する訴訟における原告ないし被告となることが認めら
れている。商法803条3項）。

旧無尽業法15条（大正4年法24号）[→無尽業法35条（昭和6年法42号）]。「無尽ノ管理ヲ
為ス無尽会社」（無尽管理会社）が、無尽の加入者の代わりに、掛金や給付金の支払に関
する訴訟の原告ないし被告となることが認められるとともに、無尽管理会社の受けた判

それに関する明文規定が存在しない破産管財人も含めて⁽²⁵⁾、他人の利益を擁護すべき地位にある者が当事者となった訴訟の判決効が当該他人にも及ぶことを、一般法としての民事訴訟法で規定すべきではないかという趣旨の問題提起であったと考えられる。少なくとも、この時点では、「選定当事者」が当該規定の適用対象となることは想定されていなかったことが窺える。

同じく「民事訴訟法改正案修正問題」では、選定当事者に関する規定（「第四十四條 前條ノ場合ヲ除ク外共同ノ利益ヲ有スル多數當事者ハ其総員ノ爲メニ原告又ハ被告ト爲ルヘキ一人又ハ數人ノ當事者ヲ選定シ又ハ之ヲ變更スルコトヲ得」(民事訴訟法改正案〔第一案・議案〕。*下線は筆者によるものである) に対して、以下の問題提起がなされた⁽²⁶⁾。

「當事者」トアルハ之ヲ「代表者」ト爲スヘキニ非スヤ 若シ之ヲ不可ナリトセハ此等ノ者ニ對スル判決カ選定者タル他ノ當事者ニ其効力ヲ及ホス主旨ノ規定ヲ設クルノ要ナキヤ」

第四十四條における「當事者」を「代表者」という文言に変更すべきではないかという問題提起である。「代表者」の概念規定の問題ともいえるが、この問題提起からは、「選定当事者」だけでなく「選定者」も「當事者」の地位にあり、選定当事者の受けた判決の効力が選定者に対しても及ぶことが当然の前提とされていたこと、また、「職務上の當事者」による場合とは異なり、選定当事者による訴訟追行は「他人ノ爲」という要件に該当しない、別の言い方をすれば、選定者は「他人」とはいえないと考えられていたことを看取することができる⁽²⁷⁾。

決の効力が無尽の加入者にも及ぶことが明文で規定されていた（現行法の下でも、同様の規律が規定されているが、判決効の拡張に関する規定は削除されている）。

(25) 旧破産法162条（大正11年法71号）[→破産法80条（平成16年法75号）]。破産管財人が破産財団に関する財産に係る訴訟の原告ないし被告となることは規定されているが、船長や無尽管理会社とは異なり、判決効の拡張に関する明文規定は存在しない。

(26) 大正改正編(2)・前掲注20220頁以下。

(27) 選定行為をして脱退した選定者も「本来當事者でありますから〔選定當事者の受けた

以上のような問題提起を受け、大正民訴法改正では、最終的には、判決の効力が選定者に及ぶことを認める明文規定を設けるべきとの判断がなされ⁽²⁸⁾、「他人ノ爲」という要件の下、職務上の当事者と選定当事者を適用対象とする旧民訴法201条2項が導入されることとなった⁽²⁹⁾。先に挙げた問題提起における考え方によると、選定者は、選定当事者からみて「他人」に該当しないことになるが、最終的には、選定者を「他人」と捉える考え方が採用されたことになる。

立法担当者の考え方が変遷した理由を推測すると、以下のとおりである。「訴訟法律関係の単純化」という制度趣旨⁽³⁰⁾に基づく選定当事者は、条文の文言からも明らかなように、本来は、同様の制度趣旨に基づく旧民訴法46条（民訴法29条）の代替手段ということができる。選定当事者制度の利用主体として想定されていたのは、「共同ノ利益ヲ有スル多数者」によって形成される（民訴法29条により当事者能力が肯定されない）団体である。選定当事者を利用することによって、「共同ノ利益ヲ有スル多数者」（全員）が当事者となる共同訴訟⁽³¹⁾に伴う訴訟手続の複雑化が回避され、「訴訟法律関係の単純化」が図られることになる。これは見方を変えれば、選定当事者訴訟においては、（選定当事者も選定者も含む構成員全員である）「共同ノ利益ヲ有スル多数者」が訴訟

判決の効力が」及ぶ」（*〔 〕内の記述は筆者によるものである）という民事訴訟法改正調査委員会議事速記録における松岡義正の説明も、直接は訴え提起後の選定行為による訴訟脱退の局面が念頭に置かれたものではあるが、選定行為によって選定者は「当事者」の地位を喪失しないことが前提となっているように思われる（松本博之ほか編『日本立法資料全集12民事訴訟法〔大正改正編〕（3）』（信山社、1993）108頁以下）。松岡義正『新民事訴訟法註釋（第二巻）』（清水書店、1930）316頁も参照。

(28) 大正改正編(3)・前掲注27108頁以下。なお、仁井田益太郎は、選定当事者の場合には「総員の爲めに原告又は被告となるべき当事者を選定すると云ふことがあるから其總員の爲めと云ふ文字で分ると思ふ」として、選定当事者に関して既判力の拡張を定める条文を規定する必要はないという（同109頁）。

(29) 松本博之ほか編『日本立法資料全集13民事訴訟法〔大正改正編〕（4）』（信山社、1993）21頁・192頁。中本・前掲注3233頁以下参照。

(30) 大正改正編(4)・前掲注29159頁。

(31) この時期に、訴え却下という効果を伴う「固有必要的共同訴訟」という規制が確立していたといえるかは検討の余地がある。戦前の議論状況については、伊東俊明「固有必要的共同訴訟論に関する覚書」岡山大学法学会雑誌70巻3/4号（2021）215頁以下参照。

物たる権利義務関係の帰属主体であることが前提となっていたこと、換言すれば、選定当事者の利益を追求することが同時に、選定者の利益の追求に直結する関係、すなわち、「選定当事者の利益＝選定者の利益」という等式が妥当する関係を抽出することができる。選定当事者は自己以外の第三者の利益に適った訴訟追行をすることが要請される点で、「職務上の当事者」との共通点を見出すことができるため、「他人ノ爲」という要件で両者を纏めることができるという判断が立法担当者によってなされたと捉えることができるように思われる。

もっとも、以上のように解すと、次の疑問が生じることになる。第一は、「選定当事者の利益＝選定者の利益」という等式が妥当しない場合には、選定当事者による訴訟であったとしても、旧民訴法201条2項（民訴法115条1項2号）の適用が排除されるべきではないか、という疑問である。もっとも、この帰結は、選定当事者が請求棄却判決を受けた場合に選定者による再訴が可能となり、相手方当事者に不利益を課すことになる。相手方当事者の利益保護を重視し、民訴法115条1項2号を適用すべきと解すると、既判力が不利に作用する選定者の利益保護のために、一定の措置を講ずる必要があるように思われる。第二は、「担当者のための訴訟担当」に分類される法定訴訟担当（通説的な理解によると、その典型例は債権者代位訴訟である）は、訴訟担当者の利益と被担当者の利益とが相反する場合があるため、民訴法115条1項2号の適用対象とはなりえないのではないか、という疑問である。改正民法（平成29年法44号）下の債権者代位訴訟における既判力の拡張をめぐる問題と関連する後者の疑問の検討は別の機会に委ねることとして、本稿では、前者の疑問に的を絞ることとする。

2. 選定当事者の類型化

旧民訴法47条（民訴法30条）における「共同ノ利益ヲ有スル多数者」（「共同の利益を有する多数の者」。以下、「共同利益体」という）の解釈をめぐって、大正民訴法改正直後、学説において議論があった。これは、旧民訴法47条の「総員

ノ爲ニ」という要件における「総員」概念の解釈問題ということもできる。この問題に関して、(共同利益体が旧民訴法46条で当事者能力が肯定される団体には該当しないことを前提として) 選定当事者制度を利用することができる場合を、共同利益体の構成員が固有必要的共同訴訟関係にある場合に限定する見解(以下、「限定説」とする。限定説は「総員」を共同利益体の構成員全員と捉える)⁽³²⁾と通常共同訴訟関係にある場合にも拡張する見解(以下、「拡張説」とする。拡張説は「総員」を選定行為をした構成員の全員と捉える)⁽³³⁾が対立していた。ここで確認しておきたいことは、選定当事者と選定者とが共に選定者の定立する請求(訴訟物たる権利義務関係)の主体であるかという点に着目すると、選定当事者制度が利用される訴訟を二つの類型に区別できることである⁽³⁴⁾。以下では、選定当事者と選定者とが共に選定者の定立する請求の主体である類型を〔代表型〕、選定当事者が選定者の定立する請求の主体ではない類型を〔訴訟担当型〕と称することとする⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾。

(32) 山田正三『日本民事訴訟法要論(第一巻)』(弘文堂書店, 1933) 302頁。なお、山田は、類似必要的共同訴訟関係の場合には、共同訴訟を提起することが要求されないため、選定当事者制度を利用する必要はないという。

(33) 菊井維大『現代法律学全集第16巻 民事訴訟法』(日本評論社, 1929) 198頁、兼子一『民事訴訟法体系』(酒井書店, 1954) 395頁他。

(34) 大正民法改正直後、選定当事者に係る規律の多くの点(選定行為の法的性質、選定行為の方式、撤回の方式、選定当事者の訴訟追行権の範囲等)について、学説において理解が統一されていなかった。各論者が想定する選定当事者の類型に齟齬があったことに、その要因があると考えられる。学説の議論状況については、伊東・前掲注⑧10頁以下参照。

(35) 〔代表型〕と称したのは、当該類型では、「選定者から選定当事者への(訴訟物たる権利義務関係に係る)訴訟追行権の授与」という法律構成を採る必要はないため、本稿における「訴訟担当」には該当せず、選定当事者は自己を含めた構成員全員の利益を代表する地位で訴訟追行する点に着目すると、「代表型」と称する方が、的を射ていると考えたからである。なお、本稿における「代表型」／「訴訟担当型」は、前稿(前掲注⑧29頁以下参照)における「本来型」／「展開型」に対応している。

(36) 限定説は、〔代表型〕の選定当事者しか存在しないという考え方に立っている。それに対して、拡張説は、〔代表型〕と〔訴訟担当型〕の違いを意識せず、〔訴訟担当型〕を選定当事者とプロトタイプと位置づけることによって、結果として、〔代表型〕を等閑に付すこととなった。

3. 〔代表型〕における既判力

〔代表型〕の典型例は、(立法過程において想定されていた)入会権者、水利権者、未落札講員によって形成される共同利益体の構成員が、共同利益体(の構成員全員)に帰属する権利義務関係を訴訟物とする訴えを提起する場合である。〔代表型〕の特徴をつかむためには、限定説の理解がポイントとなる。限定説の要点は、本稿の問題関心との関係では、多数決方式による選定行為を適法とすることにある⁽³⁷⁾。すなわち、限定説によると、選定行為をするか否か、および、誰を選定当事者として選任するかの判断は、構成員各自の自由な意思に委ねられていることを前提として、多数決によって選任された選定当事者は、(少数派の構成員と選定行為をしなかった構成員をも包含する)全ての構成員の利益を代表する地位に就いて訴訟追行をすることが想定されている⁽³⁸⁾。なお、〔代表型〕では、選定当事者とその者を選任しなかった少数派の構成員(ないし選定行為をしなかった構成員)とが共同原告となって訴えを提起することは想定されていないことには留意を要する⁽³⁹⁾。

(37) 山田・前掲注32307頁以下。なお、大正民法改正における起草委員の一人であった松岡義正は、注釈書において、「訴訟信託ノ一例ニ属ス」と説明する一方で、「選定ノ形式ハ法律上ノ規定ナシト雖組合ニ在リテハ契約ニシテ會社其ノ他ノ法人ニ在リテハ定款ヲ以テ訴訟開始前ニ豫メ選定スヘキモノトス」という(松岡・前掲注27315頁)。少なくとも、松岡は、〔代表型〕では全員一致方式の選定方法が採用されるべきとは考えていなかったといえよう。

(38) 限定説は、選定当事者の制度趣旨としての「訴訟法律関係の単純化」を、固有必要的共同訴訟における「訴訟共同の必要」の緩和という点に見出していることになる。加藤正治『改正民事訴訟法案概説』(有斐閣, 1937) 18頁も参照。

民訴法30条を民訴法29条の代替手段として把握するのであれば、〔代表型〕の選定当事者に団体法理(多数決方式等)を適用することも、あながち背理とはいえないように思われる。

もっとも、被告側での選定当事者の利用という局面では、民訴法30条を民訴法29条の代替手段と位置づけることができるかは議論の余地がある。原告が、共同利益体の特定の構成員を選定当事者の地位に据えて、その者を被告とする訴えを提起することはできないと解されているからである。

(39) 山田・前掲注32307頁、細野長良『民事訴訟法要義(第一巻)』(巖松堂書店, 1930) 392頁。菊井・前掲注33198頁以下は、共同利益体の構成員間の関係が必要的共同訴訟関係にある場合には、共同利益体の「一部の者がその一部の者のみのため原告又は被告たるべき者を選定」することはできないという。菊井説は、本稿と同様に、選定当事者には二つの類型があり、各々には別の規律が適用されるべきことを主張する見解といえる。

限定説の理解によると、〔代表型〕における選定当事者の地位が、法規ではなく、構成員全員が関与しうる選任過程における意思決定に基づいている点では、「職務上の当事者」とは異なるものの、「(自己も含めた) 構成員全員」という意味での「他人」の利益を擁護すべき地位にあるといえる点では、「職務上の当事者」の地位に近接している⁽⁴⁰⁾。

以上を踏まえて、具体的な事例を使って、〔代表型〕における既判力の規律を検討する⁽⁴¹⁾。

〔事例1〕A・B・Cの三者からなる民法上の組合（以下、「甲組合」という）の組合財産に属する不動産の所有権の帰属をめぐって、第三者であるYとの間で紛争が生じ、Yを被告として、当該不動産が組合財産に属する旨の確認を求める訴えを提起した。なお、甲組合の原始組合契約には業務執行者の定めはなかったものとする⁽⁴²⁾。

通説・判例によると、甲組合の構成員であるA・B・Cの関係は、「共同利益体」（民訴30条）に該当し、A・B・Cが共同原告として〔事例1〕の訴えを提起する場合を想定すると、その関係は「固有の必要共同訴訟関係」として捉えられることになる⁽⁴³⁾。以下では、A・B・Cの選定行為によって、Aが選定当事者として選定された場合を想定する（さしあたり、選定行為が、全員一致方式によるか、多数決方式によるかは問わないこととする）。

(40) このことは、選定当事者が「職務上の当事者」に相応する地位に立つといえるためには、共同利益体の構成員間において選定行為に係る意思決定プロセスが確立されていることが必須となるが、それで足りる（別言すれば、全員一致方式の採用は必須ではない）ことを示唆している。

(41) 民法上の組合の訴訟上の地位に関しては、訴訟法学の見地からの精緻な議論がなされているところである。山本克己「民法上の組合の訴訟上の地位(1)」法教286号（2004）72頁以下、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、2005）1頁以下、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、2016）（初出2005）153頁以下参照。

(42) 業務執行者の定めがある民法上の組合の訴訟法上の地位については、岡成・前掲注23 21頁以下参照。

(43) 高橋・前掲注(3)306頁等。

〔事例1〕では、選定当事者と選定者が共に訴訟物たる権利義務関係の帰属主体である点が要点となる。これを別の視点から見ると、〔事例1〕では「請求の単一性」を肯定できることを意味している⁽⁴⁴⁾。この点に着目すると、〔事例1〕においては、選定者から選定当事者に対して、訴訟物たる権利義務関係に係る管理処分権ないし訴訟追行権が授与される、という法律構成を採る必然性は認められないことになる。選定当事者も選定者と共に権利義務関係の帰属主体の一員であり、選定行為がなくても、当該権利義務関係に係る実体法上の管理処分権とそれに基づく訴訟追行権を既に保有していると捉えることができるからである。〔事例1〕における選定行為は、選定者から選定当事者への訴訟追行権の授与ではなく、選定者から掣肘を加えられることなく自由に訴訟追行権を行使できる地位を選定当事者に付与する（選定者からみると、選定当事者たる組合員の訴訟追行を牽制できる地位を放棄する）という効果を伴う訴訟行為として位置づけられることになる。すなわち、選定者は選定行為によって自らの訴訟追行権それ自体を喪失することにはならないのである。この関係を比喩的にとらえると、選定者は「潜在的当事者」の地位に、選定当事者は「代表的当事者」の地位に立っているといえることができる⁽⁴⁵⁾。

〔事例1〕において民訴法115条1項2号が適用されるとして、それを正当化するためには、権利義務主体たる選定者の利益保護を図るための規律が整っている必要がある。

この点について、先述したように、〔事例1〕では「請求の単一性」を肯定できる結果、「選定当事者の利益＝選定者の利益」という等式が妥当するため、選定当事者が選定者の利益を損なう訴訟追行を積極的に行うことは考え

(44) 固有の必要的共同訴訟における請求の捉え方をめぐる議論については、鶴田滋「固有の必要的共同訴訟の構造」同『必要的共同訴訟の研究』（有斐閣、2020）（初出2008）47頁以下参照。

(45) 選定者が「潜在的当事者」として既判力の拡張を受けることを、民訴法115条1項1号によって論拠づけることも理論的にはありうるように思われるが（堀野出「法人格のない社団の当事者能力と当事者適格」民訴62号（2016）81頁以下、117頁参照）、本稿では、選定者を民訴法115条1項2号における「他人」と位置づけたうえで、その者の利益保護のための規制を模索するという方向での検討を行うこととする。

にくい。もっとも、選定当事者が自己にとって不利益となる（ひいては、選定者にとっても不利益となる）訴訟追行をあえて行う可能性を否定することはできない。とりわけ、多数決方式による選定を適法とすると、選定者に限らず、少数派の構成員やそもそも選定行為を行わなかった構成員に対しては、選定当事者の訴訟追行に係る牽制権能を付与する必要があると考えられる。

牽制権能として、選定者に選定行為の撤回権を付与する、という規律が考えられる。選定者は選定行為の撤回権を有する、というのが現在の通説であるが、これは、〔訴訟担当型〕を想定した理解であり、大正民訴法改正当時は、〔代表型〕については、選定者は単独で有効に行使できる撤回権を有しない、換言すれば、選定行為の撤回には選定行為と同様の要件が課される（選定行為について多数決方式を採用する場合には、撤回についても構成員の多数決が必要となる）という見解が有力であった⁽⁴⁶⁾。この見解によると、撤回権は選定者の牽制権能としては充分には機能しないことになる（なお、少数派の構成員や選定行為をしなかった構成員は、そもそも撤回権を行使できる地位にない）。そこで、別の規律が必要となり、限定説は、選定者（ないし、少数派の構成員や選定行為をしなかった構成員）が補助参加の申出をした場合には、その者を共同訴訟的補助参加人の地位に据える、という規律を設定した⁽⁴⁷⁾。

最後に、相手方当事者の利益保護のあり方を確認しておく。原告が選定当事者という権利保護方式を選択したことは、「訴訟法律関係の単純化」という意味で、両当事者にとってメリットとなり、相手方当事者に対して特段の不利益を課すことにはならないと考えられる。そのため、相手方当事者の利益保護の装置としては、選定者に既判力を拡張することで足りるといえそうである。また、選定行為は書面によることが要求されているため（民訴規則15条参照）、「授權（選定行為）」の存否が、選定者と相手方当事者との後訴で争わ

(46) 山田・前掲注32313頁、細野・前掲注39393頁。

(47) 山田・前掲注32313頁。選定当事者となった者を選任しなかった構成員や選定行為をしなかった構成員に関してみると、それらの者に共同訴訟的補助参加人の地位を認める必要性は特に大きいといえよう。

れることは考えにくい。ため、事後規制が作動しないという意味でも、相手方当事者の利益保護が図られているといえよう。

以上みてきたように、〔代表型〕においては、権利義務主体たる構成員全員に対して、選定当事者の選任過程に関与できる地位と選定当事者の訴訟追行を牽制できる地位が保障されていることが、民訴法115条1項2号の適用を正当化するための条件となると解すべきであるように思われる。いずれにしても、〔事例1〕において民訴法115条1項2号の適用を肯定することは、同規律が訴訟追行権の授与を基礎とする「訴訟担当」のみを適用対象とするものではないことを暗示している。

4. 〔訴訟担当型〕における既判力

〔訴訟担当型〕では、選定当事者は選定者の請求との関係において「他人」に該当し、本稿における「訴訟担当」の定義とも合致する。〔訴訟担当型〕の場合には、共同利益体の構成員の範囲が不特定であり、共同利益体の構成員各自が自己の請求を有し、構成員間の関係が通常共同訴訟関係に該当することが、〔代表型〕との大きな相違点である。なお、限定説によると、〔訴訟担当型〕の選定当事者は認められないことになる⁽⁴⁸⁾。

本稿の問題関心との関係で把握しておくべき〔訴訟担当型〕の特徴を整理すると、以下のとおりである。〔訴訟担当型〕も、〔代表型〕と同様に、選定行為をするか否か、および、誰を選定当事者として選任するかは、構成員各自の自由な意思に基づく判断に委ねられているが、〔代表型〕とは異なり、選定行為をせず、構成員自らが自己の請求について当事者として訴訟追行することが許容されるため、各構成員には、選定当事者と共同原告となり訴えを提起するか、あるいは、別訴を提起するかという選択肢が与えられている。

(48) 拡張説が、〔訴訟担当型〕の選定当事者を適法とするのは、「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って、費用もかさむことになる」(兼子・前掲注33394頁)という弊害を回避し、訴訟進行面での「訴訟法律関係の単純化」を重視するからである。選定当事者の制度趣旨としての「訴訟法律関係の単純化」の内実が、〔訴訟担当型〕と〔代表型〕とで異なるということできる。前掲注38参照。

いずれにしても、権利義務主体たる構成員は、選定行為をしなければ、選定当事者の受けた判決の既判力を受ける地位に立つことはない。

また、〔訴訟担当型〕における選定当事者の地位は、実質的には、共同利益体要件（民訴30条1項）の充足と特定の訴訟に係る選定行為によって基礎づけられている。〔代表型〕の場合には、「選定当事者の利益＝選定者の利益」という等式が妥当する関係の存在によって、選定当事者が選定者の利益を損なう訴訟追行をしないことが確保されていたのに対して、〔訴訟担当型〕の場合には、判例・通説によると⁽⁴⁹⁾、選定当事者と選定者の関係が通常共同訴訟関係に該当する場合にも共同利益体要件が充足されることになるため、〔代表型〕と異なり、「選定当事者の利益＝選定者の利益」という等式が妥当する関係の存在を見出すことができず、既判力が不利に拡張されうる選定者の利益保護をどのように図るか、という問題がクローズアップされることになる。

〔事例2〕 D・E・FはYの不法行為による共通の被害者である。EとFの選定行為により、Dが選定当事者として原告となり、Yを被告として、不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起した。

〔事例2〕で、選定行為が適法である限り、選定当事者は、選定者の請求につき無制約の訴訟追行権の授与を受け、選定当事者の受けた判決の既判力は、請求棄却判決か請求認判決かを問わず、民訴法115条1項2号が適用される結果、選定者に対しても作用するという規律は、判例・学説において確固としたものとなっている。この規律は、選定当事者と選定者との間で実体法上の委任契約が締結されているか否かにかかわらず、共同利益体に属する選定当事者は選定者の利益を損なう訴訟追行をしない、別言すれば、選定当事者は選定者の請求をあたかも自己の請求と同様に扱う、という命題が成立し

(49) 伊藤・前掲注(3)200頁、新堂・前掲注(4)805頁以下、高橋宏志『重点講義民事訴訟法【下】(第2版補訂版)』(有斐閣, 2014) 413頁、大判昭和15年4月9日民集19巻695頁、最判昭和33年4月17日民集12巻6号873頁等参照。

ていることを暗黙の前提としている。この命題の根拠づけは、おそらく、選定当事者の請求と選定者の請求の間に共通性が認められること（以下、「請求の共通性」という）と、いずれの請求も共に審理の対象となっていること（以下、「請求の併存」という）によって根拠づけられていると考えられる⁽⁵⁰⁾。

もっとも、通説的な理解による限り、E Y 請求・F Y 請求について、Dには「補助参加の利益」が認められない⁽⁵¹⁾。このことは、「請求の共通性」が肯定される場合には、補助参加関係よりも希薄な関係にあるとしても、「他人」の請求についての訴訟追行権が付与されることを意味する。また、Dは「請求の併存」を容易に解除することができる⁽⁵²⁾。以上に鑑みると、「請求の共通性」と「請求の併存」によって選定者に対する既判力の拡張を正当化することは、権利義務主体たる選定者の利益保護という観点からみると、幾らか心許ない。そこで、既判力が作用する選定者の利益保護を図るために、選定者には、選定行為の撤回権（民訴30条4項）というオプションが付与されることになる⁽⁵³⁾。

選定行為の撤回は、相手方当事者の同意や選定当事者の承諾を必要とせず、選定者の自由な判断で行うことができるというのが、通説である⁽⁵⁴⁾。選定行為の撤回がなされると、選定者は自己の請求につき「当事者」の地位を獲得

(50) 高橋・前掲注(49)416頁注(4)参照。

(51) 当事者の一方と同様の地位・境遇にある者がする補助参加の利益をめぐる議論については、高橋・前掲注(49)440頁以下参照。

(52) 選定当事者は、自己の請求については、訴訟上の和解を締結したり、請求の放棄をすることができる。「請求の併存」を重視するのであれば、選定当事者は自己の請求について訴訟係属効を生ずる訴訟行為（訴訟上の和解等）をすることができない、という規律を適用すべきであると思われる。もっとも、この規律を適用すると、選定行為によって選定当事者自身の訴訟追行権が制約を受けることになるため、選定行為を選定当事者の承認（同意）を必要としない単独行為と捉える理解との整合性が問題となる。文脈は異なるが、細野・前掲注(39)391頁以下は、選定行為が選定当事者の訴訟追行権を制約しうる訴訟行為であることを重視し、選定行為を「民法上ノ組合ノ設立ニ極メテ類似ス」として、選定行為を「組合ノ設立行為ト同様ニ合同行為」と捉える。

(53) 「訴訟担当型」における選定当事者の訴訟追行権の無制約性については、検討の余地があるように思われる。伊東・前掲注(48)58頁注(18)参照。高橋・前掲注(49)416頁注(4)は、「選定当事者が選定者に係る請求につき異別の訴訟行為をするには特別の授權を必要とする」という解釈論を展開することもできる」という。

(54) 伊藤・前掲注(3)199頁等。

(回復)し、その結果、選定当事者の受けた判決の既判力の拡張を受ける地位から解放されることとなる⁽⁵⁵⁾。なお、E・Fが、自己の撤回権を適時に行使できる地位を確保するため、Dへの補助参加の申出をした場合には、補助参加の利益を肯定すべきであろう⁽⁵⁶⁾。もっとも、E・Fは既判力の拡張を受ける地位にあるとしても、共同訴訟的補助参加人の地位を付与する必要はない。E・FがDの訴訟追行に掣肘を加えたいのであれば、選定行為を撤回することができるからである。

以上のように、〔訴訟担当型〕における選定者に対する既判力の拡張は、選定者に撤回権を付与するという規律が用意されることによって初めて正当化できるように思われる。なお、〔訴訟担当型〕における相手方当事者の利益保護については、〔代表型〕と同様に、選定当事者の受けた判決の既判力が選定者に作用するという規律が設けられることで足りると考えられる。また、選定者には撤回権という法定のオプションが付与されていることに鑑み、撤回権を行使しなかった選定者のためには事後規制を発動する必要はないと解することができるすると、この意味でも、相手方当事者の利益保護が図られているといえよう。

三 明文によらない任意的訴訟担当における既判力

本章では、これまでの検討を踏まえて、選定当事者における既判力の規律

(55) 選定行為の撤回がなされた後は、選定当事者と(選定行為を撤回した)権利義務主体による通常共同訴訟になるとするのが通説的な理解である。もっとも、訴訟係属後の訴外第三者からの選定行為(民訴30条3項)の撤回の場合には、別訴となるとする理解も有力である。高橋・前掲注49420頁以下参照。

(56) 選定者について補助参加の利益を否定すべきとする見解もある(新堂幸司=鈴木正裕=竹下守夫編集代表『注釈民事訴訟法(1)』(有斐閣, 1991)452頁〔徳田和幸〕)。たしかに、補助参加人として訴訟追行権を行使する機会を選定者に認める必要はないといえるが(選定者は選定行為を撤回し、当事者として訴訟追行権を行使することができるからである)、選定当事者の訴訟追行を監視するために、(補助参加の本来の目的を外れるとしても、)補助参加の申出がなされる場合には、選定者を補助参加人の地位に据える必要があるように思われる。

が、明文によらない任意的訴訟担当にも妥当するかを検証する（以下では、任意的訴訟担当者が原告となる訴訟を想定する）。以下では、判例・学説において任意的訴訟担当が許容されている事例を用いて、任意的訴訟担当における被担当
者に対する既判力の拡張の正当化根拠を考察することとする。

1.〔代表型〕の規律

〔事例3〕 甲共同企業体はG・H・Iによって組織される民法上の組合であり、その規約によって、Gが業務執行組合員に選任されていた。Gが原告（訴訟担当者）として、Yを被告として、甲共同企業体の組合財産に属する損害賠償請求権を訴訟物とする給付の訴えを提起した。

〔事例3〕は、最大判昭和45年11月11日（民集24巻12号1854頁）を素材としたものである。組合財産に属する権利義務に係る訴訟に関して、G・H・I間に固有必要的共同訴訟関係が成立するという理解を前提とすると、〔事例3〕における選定当事者は、〔代表型〕に該当することになる。権利義務主体たる被担当者の地位に着目して、〔事例3〕と〔事例1〕の違いを整理すると、以下のとおりである。

訴訟物たる権利義務関係に係る実体的な法律関係は、〔事例3〕と〔事例1〕とで異ならないが、〔事例3〕における業務執行組合員の任意的訴訟担当資格を根拠づける「授権」は、業務執行組合員の選任という法律行為に組合財産に係る管理処分権の委譲という側面を見出したうえで、管理処分権の授与に伴い、訴訟追行権の授与もなされたという判断に基づくものである。このように解すると、「授権」を基礎づける業務執行組合員の選任を撤回するためには、原始組合契約を変更する必要があるが、〔事例3〕で被担当者が「授権」を撤回することは事実上困難な状況にある。権利義務主体が自由に選定行為を撤回できないという点は、〔事例1〕と共通している。〔事例1〕と同様に、〔事例3〕にも〔代表型〕の規律を適用するのであれば、撤回権の行使が困難なH・Iには、共同訴訟的補助参加人の地位が付与されるべきことに

なる。

〔事例1〕と〔事例3〕の違いは、選定行為という訴訟行為の有無にある。〔事例1〕では、特定の訴訟に係る選定行為がなされる必要があるため、当該訴訟が提起されたことを、選定者は適時に認識することができる状況にある。それに対して、〔事例3〕では、業務執行組合員でない他の組合員が組合財産に係る訴訟が提起されたことを適時に認識することができない場合がありうる。そこで、〔事例3〕では、H・Iに対して、Gの訴訟追行を牽制できる地位（共同訴訟的補助参加人の地位）を適時に獲得できるように、訴え提起とともに訴訟係属の通知⁽⁵⁷⁾がなされる必要があるように思われる。

以上のように、〔事例3〕では、被担当者に対する訴訟係属の通知がなされることが、既判力の拡張を正当化するための条件となる。訴訟係属の通知がなされている場合には、事後規制は作動しないと解することができる。すると、相手方当事者の利益保護のための更なる規制は必要とならないように思われる。訴訟係属の通知がなされなかった場合には、事後規制が作動する可能性が残ることになるが、訴訟係属の通知の不履行の効果については、相手方当事者の利益保護のあり方との関係で、検討を要する問題である。

2. 〔訴訟担当型〕の規律

〔事例4〕 J（乙地の売主）、K（乙地の買主）、Y（乙地の不法占有者）という関係の下、
Kからの授権に基づき、Jが原告となり、Yを被告として、Kに属する所有権に基づく明渡請求権を訴訟物とする給付の訴えを提起した。

学説（実質関係説）⁽⁵⁸⁾によると、〔事例4〕ではJによる任意的訴訟担当が許容されることになる。〔事例4〕とは異なり、K自らが原告となり提起した所有権に基づく明渡請求訴訟で、KがYに敗訴した場合には、JはKに対して損害賠償義務を負いうる関係にある。このような実体関係に着目すると、

⁽⁵⁷⁾ 訴訟係属の通知の方法としては、「訴訟告知」を利用することが考えられる。

⁽⁵⁸⁾ 福永・前掲注(9)300頁以下参照。

〔事例4〕における訴訟担当者と被担当者との間には、前者を補助参加人、後者を被参加人とする補助参加関係を見出すことができる。実質関係説は、権利義務主体の授権と補助参加関係を基礎づける「補助参加の利益」によって任意的訴訟担当の許容性を基礎づける見解である⁽⁵⁹⁾。補助参加関係の存在が要求されることによって、訴訟担当者が被担当者の利益を損なう訴訟追行をしないことが確保されている点で、〔事例2〕と比べると、被担当者の利益保護が図られているといえる一方で、当該訴訟物との関係で本来は当事者とはならない者と対峙して訴訟追行することを強いられるという意味で、相手方当事者は不利益を負うことになる。

以上を踏まえて、〔訴訟担当型〕の規律を〔事例4〕に適用した場合に生じる問題を検討する。〔事例4〕では、JとKは共同利益体を構成する（共同訴訟を提起できる）関係にはないため、選定当事者制度を利用することはできないが、権利義務主体から訴訟担当者への訴訟物に係る訴訟追行権の授与がなされるという点では、〔訴訟担当型〕と共通している。前章でみたように、〔訴訟担当型〕における選定者に対する既判力の拡張は、権利義務主体たる選定者に選定行為の撤回権を付与することによって正当化される。明文によらない任意的訴訟担当であっても、選定当事者の場合と同様に、授権の撤回が可能であるという理解が暗黙の前提となっていると考えられるものの、必ずしも十分な議論がなされているとはいえない。「授権」という意思表示の法的性質をめぐる問題⁽⁶⁰⁾との摺り合わせも必要となるが、さしあたり、授権をするかどうかは権利義務主体の自由な判断に委ねられている限り、それを撤回するかどうかの判断も、原則として、権利義務主体の自由な判断に委ねられるべきである、という理解⁽⁶¹⁾に立ったうえで、撤回の規律を考えることとする⁽⁶²⁾。

(59) 実質関係説に対する評価については、高橋・前掲注(3)303頁注55参照。

(60) 垣内・前掲注(15)235頁以下参照。

(61) 垣内・前掲注(15)224頁、内海・前掲注(16)148頁参照。

(62) 授権の撤回をなしうる時期についての規律も必ずしも明らかではない。日本法と同様、明文によらない任意的訴訟担当を一定の範囲で許容するドイツ法の下では、かつては、

まず、授權の撤回も、選定行為の撤回と同様に、相手方当事者に対する通知によって、その効力が生じるという前提の下（民訴36条2項参照）、選定行為の撤回との違いを確認しておく。選定行為の撤回は、相手方当事者の同意を要することなく、選定者の自由な判断でなすことができる。その効果として、選定者は自己の請求についての「当事者」の地位を獲得（回復）する一方で、選定当事者は選定者の請求についての「当事者」の地位を喪失することになる。選定当事者の場合には、相手方当事者との関係で、選定行為が撤回された後も、選定当事者は（自己の請求についての）「当事者」の地位を維持することになるが、[事例4]で授權の撤回がなされると、訴訟担当者は当事者適格を喪失することになり、その者の訴えは不適法却下されることになる。授權の撤回によって訴訟担当者の訴えが（当事者適格の欠缺を理由として）不適法となると、訴訟担当者の訴えにおいて本案判決（請求棄却判決）を獲得し、その判決の既判力が権利義務主体に対しても拡張されることによって紛争の一回的解決がなされることを目論む相手方当事者の利益が損なわれることになる。このような意味で、選定行為の撤回とは異なり、授權の撤回の場合には、相手方当事者の利益を保護する必要が生ずることになる。

そこで、被担当者が授權の撤回をする理由に着目して、相手方当事者の利益保護のあり方を考えてみる。撤回の理由にもバリエーションがある。第一は、被担当者が訴訟担当者から訴訟追行権を剥奪し、訴訟担当者による訴えを不適法とすることを目的として、授權を撤回する場合である。この場合の撤回は、訴訟係属効の消滅を目的とする点で、実質的には、訴えの取下げに照応する訴訟行為といえる。被担当者から、授權の撤回とともに、訴え却下

訴訟担当者が訴えを提起した後は、授權の撤回の効力は生じないという見解が有力であったが、近時の連邦通常裁判所（以下、「BGH」という）の判例によって、訴訟担当者が訴えを提起した後であっても、授權の撤回の効力が生じるという規律が示されるに至った。ドイツ法の議論状況については、次注を参照。

以下では、訴訟担当者による訴え提起後も、授權の撤回の効力が生じることを前提とする。撤回の効力が生じないとすると、権利義務主体には、訴訟担当者の訴訟追行を牽制するために、共同訴訟的補助参加人の地位を獲得するという選択肢しか残されていないため、状況によっては、権利義務主体と相手方当事者との後訴において事後規制が作動することとなり、かえって相手方当事者にとって不利益となるからである。

判決を求める旨の通知が相手方当事者になされたとすると、授權の撤回要件として、訴えの取下げと同様に、相手方当事者が本案について弁論をした後は、その者の同意を要求することが、相手方当事者の利益保護のための有益な規制となると考えられる（民訴261条2項参照）。

もっとも、相手方当事者が授權の撤回に同意しなかった場合の規律は不明である。撤回の効力が、訴訟担当者と被担当者との間では有効に生じるとすると、被担当者との関係では、訴訟担当者の当事者適格は喪失するのに対して、相手方当事者との関係では、当事者適格は喪失しないことになる。その結果、訴訟担当者は「当事者」の地位を保持できるのに対して、訴訟担当者を排除しようとした被担当者は共同訴訟的補助参加人の地位を獲得できるとどまることになり、状況によっては、被担当者と相手方当事者の後訴において事後規制が作動することになる。以上のことを考慮すると、相手方当事者が撤回に同意しない場合には、訴訟担当者から被担当者への当事者変更を認めることが、被担当者にも作用する既判力が生ずる本案判決を獲得できるだけでなく、事後規制が作動する後訴の提起を回避できるという意味で、相手方当事者の利益保護に資するように思われる⁽⁶³⁾。

(63) 補論として、ドイツ法の議論状況を簡単に紹介しておく。ドイツ法には、選定当事者に対応する制度と民訴法115条1項2号に照応する明文規定は存しないが、一定の要件（「授權」と「訴訟担当者の固有の利益」という二つの要件）の下、任意的訴訟担当は許容され、訴訟担当者の受けた確定判決の既判力は、任意的訴訟担当の許容要件に係る認定がなされている限り、被担当者（権利義務主体）にも及ぶというのが、一般的な理解である（Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18.Aufl., 2018, S.250f., Johann Braun, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 2014, S.340f.）。ドイツ法では、BGH 2015年2月27日判決（以下、「BGH判決」という）を契機として、任意的訴訟担当における授權の撤回をめぐる議論が展開されている。BGH判決以前の文献としては、Benjamin Leynendecker, Der Widerruf einer (ausgeübten) gewillkürten Prozessstandschaft, ZZP122 (2009), 465等がある。BGH判決以降の文献としては、Christian Berger, Zum Widerruf der Prozessführungsermächtigung bei gewillkürten Prozessstandschaft, in Festschrift für Hanns Prütting zum 70. Geburtstag, 2018, S.221ff., Carlo Tunze, Der Wegfall der ausgeübten Prozessführungsermächtigung, Diss., 2019等がある。本稿では、判例・学説における議論の検討はなしえず、その要点のみをまとめておくこととする。

BGH判決は、「訴訟進行の授權は、訴訟係属中においても、実体法上の効果を伴って、有効に撤回することができる。もっとも、被告による本案に対する口頭弁論がなされた後の撤回は、被告が同意しない限り、手続法上、原告の訴訟進行に対して効果を生じな

い」という規律を提示した。

BGH 判決に対して、Berger が、「被告が撤回に同意した場合には、訴訟担当者から被担当者（権利義務主体）への当事者変更を認めるべきである。被告が撤回に同意しない場合には、係争物の譲渡の規定（ZPO265条2項）を類推適用し、原告の地位が任意的訴訟担当者から法定訴訟担当者に変更されると解すべきである」という見解を示したのを皮切りに、任意的訴訟担当における授權の撤回をめぐる、学説において議論が展開されている（議論状況については、Tunze の分析が有益である）。

ドイツ法の議論から得られる示唆は、以下の通りである。第一は、権利義務主体への判決効の拡張は、権利義務主体に対する「授權」の「撤回権」の付与という規律によって支えられていることである。第二は、「撤回」の訴訟法上の効果の発生について、相手方当事者の同意を要件としていることである。

〈参考判例〉

BGH2015年2月27日判決（NJW2425ff.）

【事実関係】

Xは、二つの所有住宅からなる「小規模住居所有者共同体（kleine Wohnungseigentümergeinschaft）」を構成する住宅の所有者である（もう一方の住宅は、Aの所有に属している）。Xは、Y（隣接する住居所有者団体）に対して、主位的には、自己の私有住宅が建つ土地は下水網への加入強制や使用強制には服さないことの確認、予備的には、自己の住居所有権がそのような強制には服さないことの確認を求める訴えを提起した。AはY側に補助参加して、Xに対する訴訟追行権の授權が撤回された旨を主張している。原審は、Xの主位的請求について、原告に訴訟追行権が欠けることを理由に不適法却下した。

【判旨】

「…原告が〔主位的に〕求める（小規模住居所有者共同体は、被告との関係で、債務法的な連結強制には服さないことの）確認の訴えは、住居所有権共同体に帰属する請求権（WEG10条6項2文）に基づくものである。〔原告ではなく〕第三者に帰属する権利を自己の名において主張するためには、権利帰属主体からの授權と、当該権利を遂行することについて、訴訟担当者に保護に値する固有の利益が認められなければならない。この二つの要件を充たしているか否かは、職権調査事項である〔BGHによると、本件では、いずれの要件も充たしているとの認定がなされている。なお、授權が認定されるために、住居所有権者集会の決議は必要ではなく、授權を認める趣旨の書面が提出されていることで足りるとする〕。授權が有効であるとして、問題となるのは、授權の撤回の有効性である。授權をした者〔被担当者〕は、いつの時点まで、授權を撤回することが認められるかである。この問題について、何時でも撤回をすることができるという見解もあったが、裁判手続が開始した後（訴え提起後）は、撤回の効力は生じないという見解が有力であった（RGZ164,240,242）。学説では、訴え提起後の撤回も有効であるが、相手方当事者の保護のために、ZPO265条2項を類推適用し、従来の当事者による訴訟追行を認める、あるいは、ZPO239条（当然承継）を類推適用し、訴訟担当者から権利帰属主体への法定当事者変更を認める、といった規制がなされるべきであると主張する見解もある（Leynendecker, ZP122,465,485f.）。

訴訟追行の授權は、実体法的には、BGB185条1項の処分授權に匹敵する。授權の撤回が有効であるかは、BGB183条の解釈問題である。訴訟追行に関して、いかなる行為が主たる法律行為の実行に該当するかが問題となる。権利の実現のためには、訴え提起だけでは足りない。原則として、訴訟担当者による様々な訴訟追行（事実陳述、証拠申出、

上訴提起)が必要となる。実体法上の効果を伴う訴訟追行の授権は、(授権の不可撤回性についての取り決めがなされていない限り)訴訟係属中においても有効になしうる。

権利帰属主体と被授権者との関係において実体法的に有効な訴訟追行の授権の撤回は、いなか場合も、訴えの不適法却下という帰結につながるわけではない。被告による口頭弁論がなされた後の撤回は、訴えが不適法として却下されることについて、被告が同意をしない限り、手続法的には、原告の訴訟追行権に対して影響を与えない。訴訟追行の授権は、与効的訴訟行為のように(訴えの取下げ等)、訴訟状態形成効を有せず、むしろ、訴訟代理権の授与と同様に、直接訴訟に関連する事象の準備に寄与するものである。……訴訟追行の授権は、取効的訴訟行為に属し、相手方当事者の利益を害さない限り、撤回可能な訴訟行為である。…

被告は、本案について口頭弁論をすることによって、保護に値すべき法的地位を獲得する。被告が本案について口頭弁論をした後は、被告の承認・同意がない限り、原告は訴えを取り下げることができなくなる(ZPO269条1項)。このことは、授権の撤回についても妥当する。なぜなら、被告にとって、授権の撤回は、訴え取下げと同様に、直ちに、訴えの不適法を帰結することになるからである。…原告の訴えが不適法却下されることを被告が承認しない限り、実体法的には有効に撤回された場合であっても、訴訟法の適用が優先されるため、依然として(原告の訴えが)係属しているものと擬制され、(当事者変更の規定によって、権利帰属主体=被担当者が訴訟に参加できることが留保されているものの)訴訟は訴訟担当者(原告)によって追行されることになる。

被告が本案について応訴する前であれば、授権の撤回は訴訟法上も有効となり、その結果、原告の訴えは訴訟追行権を欠くものとして不適法却下判決がなされることになる。もっとも、この場合であっても、権利帰属主体が、訴えの変更の規定(ZPO263条)によって、訴訟に参加する可能性は残されている。それに対して、ZPO239条以下の規定(当事者死亡による中断)の適用は、任意的訴訟担当者と実体法上の権利帰属主体との対応関係を欠くため、顧慮されない。

ZPO265条2項1文は、授権の撤回の場合には、適用されない。原告が係争物の承継がなされた後も法定訴訟担当者として訴訟追行をする場合と、任意的訴訟担当における要件の事後的な欠缺の場合を対応させることはできない。訴訟担当の場合には、実体権は、原告たる訴訟担当者に譲渡されることはなく、訴訟係属中は権利帰属主体が変更されることはないからである。……」

〈参考条文〉

BGB183条

事前の同意(Einwilligung)は、それが与えられたことに基づく法律関係から別段のことが生じない限り、法律行為が行われるまで撤回することができる。撤回は、一方又は他方の当事者のいずれに対しても意思表示することができる。

BGB185条1項

(1) 無権利者がある対象について行った処分行為は、権利者の同意があるときは、効力を有する。

ZPO265条

(1) 訴訟の係属は、一方の当事者又は他方の当事者が、係争中の物を譲渡し又は主張された請求を譲渡する権利を妨げない。

(2) 係争物又は請求の譲渡は、訴訟に影響を及ぼさない。権利の承継人は、相手方の同意なくして、前権利者に代わって、主たる当事者として訴訟を引き受け又は主参加をする権利を有しない。権利の承継人が補助参加人として参加したときは、第69条〔※

第二は、被担当者が訴訟担当者の訴訟追行に不審を抱き、訴訟担当者から訴訟追行権を剥奪し、以後は、権利義務主体自らが当事者として訴訟追行することを目的とする場合である。この場合には、選定行為の撤回と同様に、訴訟担当者から権利義務主体への当事者変更を認めるべきであろう。当事者変更を許容することが相手方当事者の利益保護に資することは先述した通りであり、選定当事者の場合と同様に、当事者変更について相手方当事者の同意を要求する必要はないように思われる。

以上のように、[事例4]において権利義務主体たる被担当者に対する既判力の拡張を正当化するため、授權の撤回の規律が設定されていることが条件となると考えられる。

そして、この考え方を推し進めると、撤回権に係る規律が設定されていない場合には、任意的訴訟担当は許容されるべきではない、さらには、権利義務主体の権利行使の機会が保障されている場合には、「授權」の認定を緩和するという方向で、任意的訴訟担当の許容要件をめぐる議論を深めることもありうるように思われる⁽⁶⁴⁾。

共同訴訟的補助参加の規定〕は適用しない。

64) [事例5]は、被担当者の「授權」が契約の解釈によって認定された場合である。

[事例5] 債権管理会社（銀行）であるLが原告となり、円建て債券の発行主体であるYを被告として、債券保有者であるMに帰属する債券償還請求権を訴訟物とする給付の訴えを提起した。なお、本件債券の発行に際し、YはLと本件債券の管理契約を締結し、同契約には、Lが本件債券に係る裁判上または裁判外の行為をする権限等を有することについての授權条項の定めがあった。本件授權条項の内容は、本件債券の券面裏面に全文が印刷され、Mに交付された目論見書にもその内容が記載されていた。

[事例5]は、最判平成28年6月2日（民集70巻5号1157頁）を素材としたものである。Lの当事者適格を（権利義務主体たるMの授權に基づく）「任意的訴訟担当」という法律構成を介して根拠づける最判平成28年の判断枠組みについては議論の余地があるが（債権管理会社は、無尽管理会社と同様に、「職務上の当事者」の地位にあると捉えることもできそうである）、この点はさておくとして、以下では、Lによる任意的訴訟担当が許容されることを前提に、Mに対する既判力の拡張の正当化を考えてみる（なお、最判平成28年の事件の顛末については、内海・前掲注④6156頁注④8参照）。

[事例5]は、共同利益体の構成員でない者に対する訴訟追行権の授与が認定されていることから〔訴訟担当型〕の規律の適用が問題となる状況にある。被担当者の撤回権についての最判平成28年のスタンスは明らかではないが、選定行為や明示的な授權では

四 おわりに

これまでみてきたように、〔代表型〕の選定当事者における既判力をめぐる考察からは、民訴法115条1項2号の適用範囲は、訴訟担当者の受けた判決の既判力を被担当者に拡張する場合に限定して考える必要はないのではないか、という示唆を得ることができるようと思われる⁽⁶⁵⁾。民訴法115条1項2号は、「他人」の利益を擁護すべき地位にある者が「当事者」として受けた判決の既判力が、当該「他人」に対しても及ぶことを規定するにすぎず、「当事者」と「他人」の間に「訴訟担当関係」が存在しなければならないことは規定していない。このように解すると、民訴法29条における団体（ないし代表者）とその構成員の関係に対しても、当該団体の地位を訴訟担当者と捉える

なく、契約の解釈によって授権が認定される場合には、権利義務主体たる被担当者に対して撤回権を認めることがより一層要請されることになろう。契約の解釈に関する実体法上の問題と密接に係わるが、処分権主義の下では、権利義務主体が提訴権を行使するか否かを自由に決定できることが原則であるため、第三者への訴訟追行権の授与が明示的になされていない場合は特に、権利義務主体には訴訟担当者の訴訟追行権を否定し、自らが当事者として訴訟追行権を行使する機会が保障されるべきといえるからである（授権の撤回を肯定する見解が多数説である。なお、最判平成28年に関しては、債券管理会社に債券発行体に対する提訴権を集中させるべきであり、債券保有者による個別提訴を制限すべきであるとの見解も有力である。仮に撤回を不可とするのであれば、本稿の立場によると、被担当者には共同訴訟的補助参加人の地位を保障すべきことになるが、撤回を不可とする考え方が任意的訴訟担当という法律構成と整合するかは疑問が残る）。被選定者による撤回を認めるとして、さらに問題となるのは、その要件・効果である。最判平成28年のように、相手方当事者が任意的訴訟担当を基礎づける契約の主体である場合には、撤回要件としての相手方当事者の同意は必要とならないといえよう。また、撤回の効果に関しては、ドイツ法の議論（前掲注63参照）を参考とすると、①訴訟担当者から被担当者（権利義務主体）への当事者変更を認める、②訴訟担当者の訴えを不適法却下する、という規律が考えられる。相手方当事者の利益保護の必要性が高いとはいえない〔事例5〕に関しては、①と②のいずれを採るかを、権利義務主体の選択に委ねるという規制もありうるように思われる。いずれにしても、〔事例5〕では、〔事例3〕と同様、権利義務主体に対する訴訟係属の通知が、訴訟担当者の当事者適格を肯定するための条件となると考えられる。

なお、名津井・前掲注66114頁は、最判平成28年のような任意的訴訟担当の拡大事例において権利義務主体の利益保護を図るためには、「授権の撤回による既判力拡張の阻止が、有効な手段になる」という。

(65) この点は、勅使川原・前掲注63433頁以下で既に指摘されているところである。

か否かにかかわらず、民訴法115条1項2号を適用できるように思われる。民訴法29条における団体（ないし代表者）は当該団体の構成員の利益を擁護すべき地位にあるといえるからである⁽⁶⁶⁾。

また、〔訴訟担当型〕の選定当事者における既判力をめぐる考察は、当事者と権利義務主体の関係を「任意的訴訟担当」と法律構成することで当然に、権利義務主体への既判力の拡張が正当化されるわけではないことを示している。権利義務主体と相手方当事者の利益保護のためのメカニズムが整っていることが肝要であり、ひいては、このことが任意的訴訟担当の許容要件の判断にも影響を及ぼすことになる。

本稿における示唆は既に指摘されていることを再確認したものすぎない。「訴訟担当」という法概念は、既判力の拡張の局面にとどまらず、訴訟法上の理論的な諸問題を考察するための便利なツールであることは間違いないが、「訴訟担当」と法律構成することで問題が実質的に解決されるわけではない。今後は、「訴訟担当」という法律構成にとらわれることなく、民訴法115条1項2号の適用領域を確定する作業が必要となるように思われる⁽⁶⁷⁾。

〔追記〕本稿は、JSPS 科研費（18K01364）による研究の成果の一部である。

⁽⁶⁶⁾ 同様の趣旨に基づく見解として、中本・前掲注⑬231頁以下がある。勅使川原・前掲注⑬434頁も参照。

⁽⁶⁷⁾ 民訴法115条1項2号は、反射効の適用が問題となりうる実体関係に立つ者に対して既判力を作用させるための論拠にもなりそうであるが（三ヶ月・前掲注8）60頁注70参照）、さらなる検討を要する。また、第三者の権利関係の確認の訴えについても、当該第三者に対して一定の手続保障がなされているのであれば、当該第三者に対しても既判力を拡張する方向での議論もありうるように思われる。