Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2025-05-23

任意的訴訟担当の許容性について(3)

八田, 卓也

(Citation)
法学協会雑誌,116(4):574-614

(Issue Date)
1999-04

(Resource Type)
journal article

(Version)
Version of Record

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/90004123

任意的訴訟担当の許容性について（三）

八田卓也

序
第一章　ドイツ法
第一節　学説・判例の流れ（以上、一一六巻二号）
第二節　固有の利益説（判例・通説）にいう「固有の利益」の中身
第三節　各説間の議論
第四節　概観（学説の大きなかみ合い）（以上、一一六巻三号）
第二章　オーストリア法
第一節　背景となる法制度
第二節　判例・学説における任意的訴訟担当の許容性に関する議論
第一款　判例
第二款　学説
第三節　ドイツにおいて任意的訴訟担当の必要が説かれる場面の解決
第一款　前提となる法制度
第二款　ケース①・③・④の解決
第三款　ケース②の解決
第四款　取立授権
第五款　小括
第四節　まとめ（議論の背景にある考え方）
第一款　「訴訟追行権限」概念の不採用
第二款　「訴訟追行権限」概念不採用の理由
第三款　オーストリア民事訴訟法が基礎に持つ思想：訴訟は原告の実体権の存否に関するものである。
第三章　日本法への接続（ドイツ法・オーストリア法からの示唆）
第一節　ドイツ法からの示唆
第一款　権利主体の意思に基づく第三者の介入一般と、「任意的訴訟担当」による介入の区別
第二款　相手方の不利益・他手段による代替可能性
第二節　オーストリア法からの示唆
第一款　任意的訴訟担当に対する基本的態度。峻厳と寛容
第二款　実体権の裏付けの無い利益の救済機能
第三款　信託との関係（以上、本号）
第四章　日本法
結語

第二章　オーストリア法

第二章では、オーストリアの判例・学説における任意的訴訟担当の許容性の取り扱いを追う。まず、背景となる法制度について概観する（第一節）。それを前提に判例・学説の議論を追い、判例・学説が任意的訴訟担当に対して極めて不寛容であることを確認する（第二節）。次いでドイツにおいて任意的訴訟担当の必要が説かれる場面についてオーストリアではいかなる解決が図られているのかに目を向ける（第三節）。最後に、以上で見てきたオーストリアにおける議論の背景を探る（第四節）。以上の順序で筆を進めることとする。

第一節　背景となる法制度

以下、背景となる法制度を、ドイツと対照しながら概観する。まず、オーストリアにおいても弁護士強制が採られている。相対的弁護士強制と呼ばれる、日本で言う弁護士代理の原則に相当するもの（弁護士による代理の他、本人による行為も認められる）の適用がある場面もあるが、原則は絶対的弁護士強制（弁護士による代理が強制される）であり、ドイツと大きくは異ならないと考えてよいだろう。それに対応し、弁護士報酬が訴訟費用に算入される点も、ドイツと同じである。

ドイツの§185 BGBに対応する、処分授権を明文で認める規定はオーストリアの民法（ABGB）にはない。しかし、通説は処分授権を認めている[311]。信託的譲渡もドイツ同様、〔全権利の譲渡＋権利行使の債権的制限〕という構成の下に、無制限に認める見解が支配的である。但し、ドイツでは物権の譲渡等の処分行為の有効性が原因行為の影響を受けないとされているのに対し、オーストリアでは物権変動の効力は原因行為の有効性に依存し、有効

な法的原因（Rechtsgrund ないし Titel と呼ばれる）が無ければ処分行為は無効となるとされている（物権行為の有因性）[314]。このため、信託的譲渡は法的原因を欠くものであり無効であるとする論者[315]が存在し、また物権行為の有因性との関係で信託的譲渡を制限する方向を示唆する裁判例が存在する[316]。信託的譲渡を認める見解が、信託者の取戻権・第三者異議権を認める点はドイツと共通するが、ドイツでは、信託目的違反の目的財産の処分は転得者が悪意の場合にも有効になると解する見解が一般的であるのに対し、オーストリアでは、悪意の転得者に対しては無効となるという考えが支配的である[317]。

次に民事訴訟法に目を向ける。まず、訴えが不適法の場合には、決定をもって却下されるとされており、判決としては請求棄却・認容の本案判決しかあり得ない[318]。当事者概念としては形式的当事者概念が一般的に採用されている。が、訴訟追行権限の概念を不要とする論者が支配的である[319]。

以上を前提に、オーストリアでの議論を見る。

(313) Grillberger, Zur Einziehung fremder Forderungen im eigenen Namen, ÖJZ 1978 S. 149 (R) 参照。

(314) すなわち、オーストリアにおいても、法律行為が債権的効果のみを生じさせる債権行為（売買、贈与等）と直接に物権の得喪変更を目的とする物権行為に分かれ、債権行為（例えば売買契約）のみでは物権の得喪変更（例えば所有権の移転）は齎されない。しかし、ドイツでは債権行為と物権行為とがそれぞれ独立であり、債権行為が無効でも物権行為は無効とはならず、物権行為により齎された物権の得喪変更は依然有効であるのに対し、オーストリアでは原因行為たる債権行為が有効でないと、物権行為も無効となり、物権の得喪変更は生じない。この債権行為が「法的原因」Rechtsgrund, Titel と呼ばれる。Koziol/Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts Bd. I 10. Aufl. (1995) S. 102.

(315) Löbl, Geltendmachung fremder Forderungsrechte in eigenen Namen, AcP 130 (1929) S. 6.「信託」は法的原因にはならないという。

(316) 後掲注（325）OGH I Entscheidung vom 14. 11. 1984, SZ 57/174. 破産債権者が破産管財人からの権利譲渡を受けて、破産財団に属する権利を裁判上主張した事案において、譲渡の有効性につき次のように述べる。単なる訴訟追行権限の譲渡は認められず、権利譲渡は有効な法的原因に基づく場合にのみ有効である。が、本件では原告が、勝訴の場合に獲得金額の九五パーセントを取得することになっており、有効な法的原因は、破産財団が訴訟費用負担のリスクを免れることに認められる。

この判示では、有効な法的原因の存在が、原告が勝訴の際の獲得金額から多くを受け取ることになっていたことに認められたのか、破産財団の訴訟費用負担のリスク回避の点に認められたのかは必ずしもはっきりしない（かつ、いずれであると解釈したとしても、債権行為とは異なるものが「法的原因」とされていることになり、ＯＧＨがこの決定（オーストリアでは上告に対する裁判はすべて決定 Beschluß により為される。Holzhammer, Österreichisches Zivilprozeßrecht 2. Aufl. (1976) S. 338）において「法的原因」の法的性質をどのように理解しているかは不明である）が、少なくとも単に「権利譲渡が為された」というだけでは譲渡の有効性を認めるに足りないという立場が取られていることははっきりしている。訴訟追行権限のみの譲渡の禁止（後述第二節第一款参照）を意識しての判示であり、権利の信託的譲渡が場合によっては単なる訴訟追行権限の譲渡の禁止の潜脱になり得るという考えを背景に持つものと思われる。このように、「任意的訴訟担当の禁止」が権利の信託的譲渡の有効性の判断に影響を及ぼすという現象は、訴訟目的の信託の禁止が任意的訴訟担当の許容性の判断に影響を及ぼしている日本での議論のちょうど対照を成す。もっともこのＯＧＨの決定の考え方は、他の裁判例や文献によっては共有されていない。

(317) Grillberger 前掲注（313）S. 144 (R); Koziol/Welser 前掲注（314）S. 179f. このため、権利の信託的譲渡と任意的訴訟担当との実質的な差異が、ドイツに比べ一層少なくなっている。

(318) もっとも、訴えを不適法として却下する決定には、既判力が生じると解されており、その実質は判決に限りなく近い。Fasching, Zivilprozeßrecht 2 Aufl. (1990) S. 802f.

(319) Fasching 前掲注（318）S. 345; Rechberger/Simotta, Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechts 4 Aufl. (1994) S. 79. 判例はその分、「事件適格」なる概念を係争権利関係の主体という本来の意味よりも広い意味で用いている。後掲注（323）参照。唯一訴訟追行権限の概念を用いるのが、ホルツハンマーである。Holzhammer 前掲注（316）S. 78ff. 訴訟追行権限の欠缺は、決

定による訴え却下を齎すという。

第二節　判例・学説における任意的訴訟担当の許容性に関する議論

第一款　判　例

判例（OGH）の立場は複雑で、一義的な解釈を許さない。まず、一九一四年に「取立委任」を肯定する裁判例が登場する。[320] しかしOGHはその後すぐに任意的訴訟担当に対して否定的態度を表明するに至る。[321] 特に、オーストリアが発祥の地とされる隠れた債権譲渡における譲渡人に対する訴求の授権についてもこれを不適法とする立場が取られたことは、[322] 注目に値する。この態度はしばらく貫かれるが、戦後一九五〇年代に入り、任意的訴訟担当を無制限に許容する裁判例が主流化する。[323] 但し、この時期に任意的訴訟担当を認めない趣旨の判例が無かったわけではなく、[324] 判例は混乱の状況にあったと見るべきであろう。このような蛇行の末、一九六九年に、任意的訴訟担当の制限的許容を説く判例が現れる。OGH VII Entscheidung vom 2. 7. 1969, SZ 42/105 がそれである。債権譲受人の同意に基づき譲渡人が債権を訴求したという事案で、OGHは他に何らかの実体法上の関係を伴なわない単なる訴訟追行権限の譲渡はオーストリア法では認められないが、譲渡人による訴え提起の場合は、譲渡人・譲受人間の実体法上の関係に基礎があるの（が通常）で（その場合には）許されると判示して、原告の事件適格を否定した原判決を破棄、請求を認容した。以後のOGHはこの立場を踏襲し、[325] 実体法上の関係を伴わない単なる訴訟追行権限の譲渡は不適法だが、実体法上の関係があれば別であるとする判例準則が出来上がる。

この準則では、例外のメルクマールとなる（授権者・被授権者間の）[326]「実体法上の関係」というものがいかなる関係を意味するかが問題となる。「実体権（限）」が訴訟追行権限とともに譲渡されることは要求せず、授権者・被

授権者間の「実体法上の関係」が基礎にあればよいとする、その抽象的な命題からは、相当広範囲な許容も導き出し得る。しかし、ＯＧＨによりかかる「実体法上の関係」の存在が肯定された事例には、債権譲渡人が譲受人の同意を得て訴求するというケース[327]の他は、訴訟物たる請求権自体の譲渡が認められたという事案しかない[328]。その他民法上の組合（正確には全組合員の合有）に属する用益権を業務執行組合員が裁判上主張したという事案[329]、カルテルの代表者がカルテル構成員の競争法上の差止請求権を裁判上主張したという事案（事案は仮処分申請[330]）において、いずれも任意的訴訟担当が否定されている。訴訟物たる請求権自体の譲渡が認められたケースは任意的訴訟担当の事案ということはできない。また、債権譲渡人による訴えを許容した裁判例は、如何なる「実体法上の関係」が債権譲渡人・譲受人間に存するのかを明らかにしていない。これらの裁判例は譲受人の同意を得て債権を訴求する債権譲渡人に、信託的譲渡における受託者と同等の地位を認める趣旨であるとも考えられる[331]。むしろ、後述（第三節第四款）する信託的譲渡に関する判例の立場からすれば、このように解釈するのが素直であろう。結局、ＯＧＨは一見任意的訴訟担当を一定の範囲で許容しているとも見られる抽象的準則を採用しつつ、現実には任意的訴訟担当を認めているとはいえない、と評価するべきことになろう。

(320) OGH I Entscheidung vom 7. 1. 1914, GIUNF No. 6746. それ以前には、任意的訴訟担当の問題を扱った裁判例は存在しないようである。もっともこの「取立委任」肯定判例は、第三節第四款にて後述する取立譲渡に関する判例の流れの中に位置づけて理解する方が妥当であるかもしれない。

(321) OGH I Entscheidung vom 7. 4. 1927, SZ 9/132; OGH Plenarbeschluß vom 15. 1. 1929, SZ 11/15; OGH I Entscheidung vom 2. 7. 1930, ZBl 1931/18. いずれも、債権譲渡人による訴求の事案である。但し、Löbl 前掲注（315）S. 10によれば、株主権行使の適格譲渡を認めた裁判例は存在するようである（OGH II Entscheidung vom 4. 10. 1927, Rechtsprechung 10/4.（原典未参照））。

(322) 前掲注 (321) OGH SZ 11/15.

(323) 許容判例の事案は、次のようなものである。

OGH I Entscheidung vom 6. 6. 1951, SZ 24/158：指輪泥棒にあった夫婦の夫が泥棒を被告として損害賠償を求める訴えを提起したが、指輪の所有者が妻であったことが判明したため、被告が事件適格欠缺の抗弁を提出したという事案。OGHは、夫の訴訟追行に対する妻による同意があったことを理由に、事件適格欠缺の抗弁を排斥した。事件適格欠缺の抗弁は、被告の再応訴の負担を回避するために認められるものだが、権利主体が第三者の訴訟追行に対して同意している場合には、被告は権利主体の再訴に対して悪意の抗弁exceptio doliで対抗することが可能であるので、本訴で事件適格欠缺の抗弁を認める必要が無いことを根拠とする。但し、この事案では訴え提起後に夫が死亡しており、妻から自分が単独相続人であるという主張が為されている（相続自体は未開始）という事情があった。妻が夫を相続すれば、訴訟物たる請求権は結局妻に帰属することになる。かかる特殊事情が上記の判示に影響していると見ることもできる。

OGH III Entscheidung vom 5. 12. 1956, JBl 1957, 294：車の損害保険に基づく保険金の支払いを、車の所有者が保険会社に請求した事案。保険金支払請求権は、車購入の際の融資者に譲渡されていたので、当初原告は、保険金全額を融資者に支払うように請求していたが、その後融資者が融資額分について自ら保険会社相手に訴求したため、残りの分の自己への支払いに訴えを変更した。OGHは、譲受人の同意に基づき譲渡人が訴訟追行する場合には、事件適格欠缺の抗弁は提起することが出来ないとした。もっとも、この事案では、譲受人から譲渡人に対して債権の一部が返還的に譲渡されたと見ることも出来る。

OGH V Entscheidung vom 20. 11. 1968, JBl 1969 554：第三者に頼んで被告（ガソリンスタンド）で車のオイルを買ってもらったところそれが不良品であったために自分の車に損害を被った原告が、被告を相手に損害賠償を請求した事案。一審は契約当事者が第三者であるという認定の下、原告固有の損害賠償請求権を否定し、請求を棄却したが、二審は原告固有の損害賠償請求権を肯定した。OGHは原告固有の損害賠償請求権を認め、二審の判断を支持したが、傍論で、(仮に原告固有の請求権が認められないとしても) 契約当事者たる第三者（＝権利者）の同意があれば、事件適格の抗弁は提起できなくなると述べる。

OGH VI Entscheidung vom 11. 12. 1968, EvBl 1969/216：養鶏場主の息子（飼鶏の所有者）が、養鶏場の建築主に対して、建

築上の瑕疵に基づく損害（換気扇がストップしてしまい、鶏が窒息死。換気扇ストップの際の警報装置の不設置が問題とされた）の賠償を請求したという事案。主張された損害は養鶏場主に生じたものと鶏の所有者として原告自らに生じたものの両方であった。一審は、原告に生じた損害については被告の過失を否定し、養鶏場主に生じた損害については、原告の事件適格を否定し、いずれの請求も棄却した。二審は、被告の過失・原告の事件適格双方を肯定して一審判決を破棄し、損害額の算定の為に差戻した。OGHはこの二審の判断を支持した。養鶏場主に生じた損害については、原告が養鶏場主の同意に基づき訴えを提起していることから、原告の事件適格が認められるという。なお、この事件は日本であれば選定当事者の規定（新法三〇条、旧法四七条）の適用を受ける事案である。

(324) 前掲注（323）OGH, JBl 1957 294 において任意的訴訟担当を認めた三部が、OGH Entscheidung vom 7. 6. 1961, EvBl 1961/382 において、債権譲渡人による譲受人への弁済請求を棄却した原審判決を維持している。譲受人による同意の有無は不明だが（但し、譲受人からの債権の戻し譲渡を受けることができないため、自己ではなく譲受人への弁済を求めるに至ったとの主張が原告より為されているようである。この、原告による、譲受人からの債権の戻し譲渡を受けることができない旨の申し開きをもって、同意の不存在の自認と解することも不可能ではないが、やはり戻し譲渡と単なる訴訟追行への同意は異なるというべきであるから、同意の有無は確定されていないと見るべきであろう）、判旨は、訴権は個々の実体権の流出物であり実体権者に帰属する、実体権主以外への帰属という形での訴権の分離は許されない、と述べているし、同意の有無についての審理の必要を説いていないので、任意的訴訟担当を否定する趣旨ととってよいと思われる。なお、同決定は、譲渡人が譲受人の債権を訴求する利益について検討を加えた上、これを否定している。この点については第三節第三款にてまた触れる。

(325) OGH III Entscheidung vom 28. 1. 1970, SZ 43/21; OGH I Entscheidung vom 16. 1. 1974, SZ 47/3; OGH I Entshceidung vom 9. 1. 1980, SZ 53/2; OGH III Entscheidung vom 9. 4. 1980, EvBl 1980/140; OGH IV Entscheidung vom 19. 5. 1981, SZ 54/76; OGH I Entscheidung vom 14. 11. 1984, SZ 57/174; OGH VII Entscheidung vom 19. 6. 1986, ÖBA 1987 53; OGH V Entscheidung vom 24. 6. 1986, ÖBA 1987 55; OGH VIII Entscheidung vom 15. 6. 1989, ÖBA 1990 220. その他傍論として触れている判例に、OGH II Entscheidung vom 27. 10. 1972, RZ 1973/20; OGH VII Entscheidung vom 18. 4. 1974, SZ 47/46; OGH I Entscheidung

vom 9. 11. 1977, JBl 1978 382; OGH VI Entscheidung vom 13. 7. 1981, SZ 54/104; OGH VIII Entscheidung vom 30. 9. 1982, SZ 55/137 がある。

(326) オーストリアでは、任意的訴訟担当は訴訟追行権限の譲渡に基づくと考える者が多数を占めるので、ドイツに言う授権者・被授権者はオーストリア的に言えばそれぞれ訴訟追行権限の譲渡人・譲受人ということになる。が説明の便宜上、授権者・被授権者という用語を用いる。

(327) OGH SZ 42/105 の他、前掲注（325）OGH SZ 43/21; OGH ÖBA 1987 53; OGH ÖBA 1987 55; OGH ÖBA 1990 220.

(328) 前掲注（325）OGH SZ 47/3; OGH EvBl 1980/140; OGH SZ 57/174.

(329) 前掲注（325）OGH SZ 53/2.

(330) 前掲注（325）OGH SZ 54/76.

(331) ただし、原告が債権者、Hがその債権の受託者、Aが債務者、被告がその債務の保証人、という事実関係の下で、Aにつき破産手続が開始した後に、原告・H間で信託終了の合意が為され、原告が被告に対し保証債務の履行を請求したが、他方でHがAの破産手続において債権の届け出をしていたため、原告の保証債権に関する事件適格が問題となったという事案において、OGH ÖBA 1987 55（前掲注（325））は、信託の終了により主債権・保証債権ともにHから原告に返還されたが、Hは被告に対して自己の名で主債権を主張する義務を負い、その権限を付与されたと見て、HのAの破産手続での主債権届出適格と、原告の被告に対する保証債権につく事件適格をいずれも肯定する判断を下している。この裁判例は、原告への主債権の帰属を認めつつHの「主債権を自己の名で主張する」権限を肯定しており、Hに信託における受託者と同等の地位を認めているとは言い難い。しかし、この裁判例には、主債権のHへの帰属（すなわち主債権の原告への非帰属）を認めつつ、保証債権につく原告の事件適格を認めようとすると、保証債務の附従性との関係で厄介な問題が生じることから、この問題に立ち入るのを避けるために主債権のHへの帰属を認めたくなかったという事情が存するようである。またHが実際に行った行為は破産手続における債権届出に留まり、彼が配当金の給付の宛先となったとしても、それは管財人がHの受給権限を認めたからに過ぎないと解することも出来る。結局、その判示は一般化できないと思われる。

第二款　学　説

学説では、任意的訴訟担当を認めない見解が支配的である。[332] ホルツハンマーが、固有の利益の要件の下に認めるというドイツ通説と同じ立場を主張しているが、少数説に留まる。なお、隠れた債権譲渡に限って任意的訴訟担当を認める見解も主張されている。[333]

否定説の根拠は、少なくとも表面に現されているものを見る限りでは、もっぱらドグマチッシュなものである。被告保護という観点は表立っては考慮されていない。[334] ファッシングは、任意的訴訟担当を単なる訴え提起権限Klagebefugnisの譲渡と見た上で、訴え提起権限は国に対する公法上の請求権であり、基礎となる権利と区別しては譲渡できないことを否定の根拠とする。グリルベルガーは、次のように言う。訴訟追行権限なる概念を認めて、それが実体権と別に譲渡可能であるとする立場を取ったとしても、訴訟追行権限のみの譲渡は、被譲渡人が対象たる実体権の本案について訴訟追行が出来るということしか基礎付け得ない。原告が、本案について勝訴できるかどうかは別問題である。訴訟追行権限の存在は訴えの適法性を基礎付けるのみであり、本案判決の帰趨には影響がない。すなわち、グリルベルガーは、訴訟追行権限のみを第三者が取得したとしても、彼による訴えは適法になるのみであり、その訴えの基礎に原告の実体権が存しない以上、請求棄却にしかなり得ないと考えるのである。[335] ジモッタの所論も簡潔だが同旨と見てよいだろう。

このグリルベルガーの説くところは注目に値する。彼の立論に対しては、本案とは訴訟物たる権利関係についての判断である。原告が第三者の権利関係について訴訟追行権限を有する場合には、訴訟物を構成するのは当該第三者の法律関係である。この第三者の権利関係について本案審理が許されるということは、その第三者の権利関係が

存在すれば請求が認容されるということを意味する。したがって原告が当該第三者の権利関係について訴訟追行権限を有し本案審理が許される以上、審理の結果第三者の権利関係の存在が肯定されれば請求は認容されることになる、という正当な反論を提起することが可能である。しかし重要なのは、訴訟追行権限のみを権利主体以外の第三者が取得したとしても、彼による訴えは適法になるのみであり、請求は棄却されるとする見解がオーストリアにおいては確信をもって主張されているということであり、さらには支持者を得ているということであろう。オーストリアではかかる見解が通用する基礎、すなわち訴訟の対象はあくまで原告の実体権であるという発想が根強く存するのである。

(332) Grillberger 前掲注 (313) S. 146; Fasching 前掲注 (333) S. 178f; Rechberger/Simotta 前掲注 (319) S. 77; Rummel/Ertl, Kommentar zum Allegemeinen bürgerlichen Gesetzbuch 2 Aufl. (1990) §1392 Rdnr. 7.

(333) Frotz Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts (1970) S. 248f.; Koziol, Rechtsfragen beim Factoring-Geschäft, QuHGZ 1972 S. 322f.

(334) オーストリアでも、任意的訴訟担当を認めることにより被告が不利益を負うことは、否定できない。オーストリア民事訴訟法における当事者尋問の扱いは限りなく証人尋問のそれに近い（尋問要件も証人尋問と同じであるし、当事者尋問の補充性も一九八三年の訴訟法改正で排除された。出頭・供述・宣誓義務の罰金による強制がなく、義務違反は裁判所の自由心証に服するとされている点、供述拒絶権の範囲が証人よりも若干狭い点のみが異なる）ので、オーストリアではドイツにおいて当事者尋問に関連して生じるのと同じ不利益は被告に生じない（但し、供述拒絶権の範囲が広い点で証人の方が有利であるとは言い得るし、出頭・供述・宣誓義務違反の自由心証による評価を嫌って、証人として召喚される方を好む者もいるかもしれない）。またオーストリア民事訴訟法は訴訟当事者との関係から生じる証言拒絶権を認めていないので、証言拒絶権者を恣意的に作出される不利益も、被告には生じない。しかし訴訟費用に伴う不利益（無資力者に授権され、訴訟費用償還請求権を無実化される不利益、訴訟費用救助を不

当に取得される不利益、外国人の訴訟費用担保義務を回避される不利益）や反訴提起に伴う不利益は、ドイツと同じように生じる。もっとも第三者に対する反訴提起の問題はドイツほどには意識されていないようである。

(335) この他、グリルベルガーは、授権者への既判力をいかに基礎付けるか、授権者により授権が撤回された場合をどう処理するか、被授権者がさらに第三者に授権することを認めるべきか、債務者による被授権者に対する反訴の提起はどう扱うべきか等、任意的訴訟担当を認めるに伴い訴訟上解決を要する問題が新たに積出することも不許の根拠に据えているが、これは相応の解決を与えれば済む問題と言えるので、彼の不許容論の中核は上記の「訴訟追行権限が存在するだけでは、請求の認容を基礎付けるのに十分ではない」という理論体系的な考えにあると見てよいだろう。

第三節　ドイツにおいて任意的訴訟担当の必要が説かれる場面の解決

ドイツにおける議論を参照した結果、彼の地では任意的訴訟担当を認める必要性は、権利譲渡という手段が取れない場合に権利主体の訴訟費用負担リスクを取り除く点に絞られるとの結論を得た（第一章第三節第一款（三））。権利主体の訴訟費用の非負担は、権利主体のために手配される場合と第三者のために手配される場合とがあった。細かく見ると後者には、〈1〉権利譲渡という手段がそもそも取れない場合、〈2〉権利主体が、権利の主張自体に関心はないが権利自体は保持したいと考える場合、〈3〉もしくは主張の対象となっている権利が、物権的請求権等、基礎にある物権等と一緒にしか譲渡することが出来ない権利であり、権利主体が基礎にある物権等自体は保持したいと考えているような場合、があった。前者の権利主体の利益の保護が企図されている場合の具体例としては、〈4〉権利主体よりも第三者の方が訴訟費用を負担する方が両者の関係に照らし公平に適う場合があった。ドイツにおける〈1〉のケースの典型例が、土地所有者が譲渡した土地が、登記上第三者名義になっていたという場合（以下①とする）、〈2〉の典型例が債権の譲渡人が債務者に対して債権を訴求する場合（以下②）、〈3〉の典型例

が土地賃借人が不法占拠人に対し土地の明渡しを求める場合（以下③）、〈4〉の典型例が土地の譲渡人が本来は存在しないはずの物的負担の登記の抹消を請求する場合（以下④）であった。

これらの他、ドイツでは⑤取立授権に対する需要が強く、任意的訴訟担当の一類型という形で、これが広く認められていた。

本節ではこれらの典型例が任意的訴訟担当を認めないオーストリアではいかに処遇されているかを検討する。

第一款　前提となる法制度

①④は土地の登記制度に関わる。そこで具体的検討に入る前に、オーストリアの登記制度について軽く概観しておく。

オーストリアでもドイツにおけると同様、登記が現実の実体法上の権利関係を必ず反映しているとは限らない。現実の土地所有権者と異なる者が登記簿に所有権者として登記されているという事態（これが①に相当する）や、登記簿上はある土地上に存していることになっている物的負担（抵当権等）が現実には存在していないという事態（これが④に相当する）は生じる（以下、これらのケースにおける現実の土地所有権者をA、登記簿上の土地所有権者及び物的負担の権利者をB、Aが第三者に土地を譲渡した場合の譲受人をCとする）[336]。

オーストリアでは、これら登記と実際が異なる場合には、被害者は登記抹消請求権 Löschungsanspruch を有し、登記抹消の訴え Löschungsklage を提起することができると解されている。実体に合致しない登記が為された時点での土地所有者（上記のA）がこの「被害者」として登記抹消請求権を有することに争いはない。また、①のケースでAの土地所有権が譲渡された場合に、登記抹消請求権が譲受人（C）ではなくAに帰属することにも争いはな

いものと思われる。オーストリアでもドイツと同様、登記が物権変動の効力要件とされている。従って、登記名義がAになく、CがAからの移転登記を受けられない以上、Cには土地所有権は帰属し得ないからである。しかし、④のケースでAからCに被負担土地の所有権が譲渡された場合（この場合被負担土地の登記名義人はAであるので、CはAからの移転登記を受けて土地所有者となることが出来る）に誰が登記抹消請求権の主体になるかには、争いがある。説は大きく二つに分かれ、第一の説は、§61 Abs. 1 GBG[337]を根拠に、請求権者は依然Aであると考える。[338]そして、Cが自ら登記の抹消を請求したい場合にはAからの登記抹消請求権の譲渡を受ける必要があり、かつそれで足りるという。第二の説は、登記抹消請求権が物権的請求権の一形態であること、Cが土地所有権者となっていることを理由にCへの登記抹消請求権の帰属を認める。[339]

なお、抵当権は有効に発生したがその後被担保債権が弁済等により消滅したという場合にも、抵当権の登記を抹消する必要が生じる。この場合のオーストリアでの扱いがドイツと異なっており興味を引くので、ここで紹介する。まず、オーストリアでは被担保債権が消滅しても抵当権の方はその抹消が登記されるまで存続するとされている（§469 ABGB）。従って、被担保債権が消滅した場合に抵当権者に対してその抵当権の抹消の登記に同意するよう求める権利を認める必要がある。この点はドイツでも等しい。問題はこの権利を誰に認めるかであり、特に被負担土地が譲渡された後に譲渡人により被担保債権が弁済されたような場合に、譲渡人と譲受人（＝現所有者）のいずれに抹消登記請求権を認めるか、である。ドイツのBGBは、被負担土地の所有者の他、明文で「登記の訂正につきに法律上の利益を有する者」にこの請求権を認めており（§1167 BGB）、§439 II BGBにより被負担土地の買い主に対して抵当権を抹消させる義務を負う売り主はこの「登記の訂正につきに法律上の利益を有する者」にあたると一般的に解されている。[340]すなわちドイツでは、法律上譲渡人・譲受人の双方に請求権が認められている。しかし、

オーストリアＡＢＧＢには相応の規定はなく、また学説・判例上も抹消登記への同意を求められるのは、土地所有者たる譲受人に限られると解されている。[341]

ところで、ドイツのＢＧＢは、土地売買の場合の売り主の売買契約上の債務の一つとして、抵当権等の土地上の負担を除去すること（§439 II BGB）、また本来は存在しないはずの土地上の負担の登記を自己の費用で抹消すること（§435 I BGB）、を挙げている。が、§435 I BGB に対応する規定はオーストリアのＡＢＧＢにはない。現実に存在する物的負担（抵当権等）について売り主の責任を認める規定は存するが（§928 ABGB）、この責任は瑕疵担保責任として規律されている（なお、不存在の物的負担の登記の扱いについては明文の規定を欠くが、現実に存在する物的負担につく売り主の責任に関する規定を（類推）適用することは考えられる）。このように、ドイツＢＧＢが、不存在の物的負担の登記を除去する義務を売買契約上の売り主の主たる債務の一つとして位置づけているのに対し（従って除去を怠って譲渡した場合には債務不履行の問題となる）、オーストリアＡＢＧＢでは瑕疵担保責任の問題として処理され、債務不履行の問題とはならない。債務不履行の問題として扱うか、瑕疵担保責任の問題として扱うかで実際上の帰結に差異が生じるわけではない。が、オーストリア法では瑕疵担保責任の効果は、（極おおざっぱに言えば）瑕疵が修繕可能ならば修繕請求権の発生、そうでない限りは解除権もしくは代金減額請求権の発生、とされており、瑕疵が修繕不能な限り売り主に修繕義務は発生しない。[342] 抵当権や登記の除去が売り主の義務として明確に規律されている法体系の下では、売り主による登記訂正請求権の主張はその義務の履行として、すなわち買い主のために為されているものとして捉える方が自然である。が、そうではない法体系では、売り主による登記訂正請求権の主張は、売り主が瑕疵担保責任を免れるための一手段として、すなわち売り主自身のために為されるものとして、捉える方がふさわしいことになる。[343] また、これに伴い、両法体系間で、ものの考え方として、

売り主に自己の名で抵当権や登記の除去を実現する手段を認める必要性を感じる度合いにも差異が生じてくるのではないかと思われる。

(336) オーストリアでは有効な法的原因 Titel, Rechtsgrund の存在が物権変動の効力要件となっているため、実際の権利関係と登記が異なるケースがドイツよりも頻繁に生じる。例えば、A・B間でAの土地の売買契約が為され、登記もされたが契約が錯誤を理由に取り消された場合等にも、土地の所有権者は売り主たるAということになり、登記上の所有名義人＝Bと実際の所有者＝Aとの間に乖離が生じる。

(337) Grundbuchsgesetz. 土地登記法。

(338) Klang, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Bd. I/2 (1931) S. 226; Bartsch, Das österreichische allgemeine Grundbuchsgesetz in seiner praktischen Anwendung 6 Aufl. (1933) S. 525; Feil, Österreichisches Grundbuchsrecht (1972) S. 34. 判例に OGH III Entscheidung vom 10. 5. 1911, GIU No. 5742. §61 Abs. 1 GBG は「ある登記により自己の登記された権利に侵害を受けた外観を有しerscheinen、その〔自己の権利を侵害する〕登記を無効を理由に訴えにより争い、〔自己の権利を侵害する登記が為される〕以前の登記状態の回復を求める者は、かかる訴訟〔係属の存在〕の登記簿への注記 Anmerkung を訴え提起と同時もしくは訴え提起後に要求することが出来る。この訴訟係属の注記の申請は受訴裁判所に対して為すことも土地登記裁判所 Grundbuchsgericht に対しても為すこともできる。」と規定する（括弧パーレン内は筆者）。この規定は実際には、訴えを提起した原告の訴訟係属の注記を求める権利を規律したものである。が、第一説の論者はこの規定が、登記抹消請求権の主体についても、それが「ある登記により自己の登記された権利に侵害を受けた外観を有」する者に限られることを示した規定と見る。そして「ある登記により自己の登記された権利に侵害を受けた外観を有」する者とは、問題の登記が為された時点で権利侵害を受けた者（例に言うAはこれに当たる）を意味し、彼（A）から土地を譲り受けた者（C）は問題の登記の存在を前提として土地を譲り受けている以上、登記により自己の権利を侵害されたとは言えないとして、Cへの登記抹消請求権の帰属を否定する。

(339) Eherenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. I/2 (1923) S. 334. 判例に OGH V Entscheidung

vom 3. 11. 1960, EvBl 1961/55; OGH VII Entscheidung vom 30. 10. 1957, EvBl 1958/122; OGH V Entscheidung vom 9. 6. 1971, JBl 1972, 208. 同時にAにも登記抹消請求権が帰属するか否かについては、エーレンツヴァイクが明確に否定する見解を主張している他は沈黙しており、不明である。

(340) Palandt/Heinrichs 前掲注（84）§1167 Rdnr. 1

(341) Rummel/Petrasch 前掲注（332）§469 Rdnr. 4. 判例としてOGH VI Entscheidung vom 8. 11. 1967, SZ 40/141. 抵当権抹消の登記を求める請求権の土地譲渡人への帰属を明示的に否定した裁判例である。

(342) Koziol/Welser 前掲注（314）S. 256ff.参照。

(343) このように、オーストリア法では、権利主体・第三者の関係から第三者に訴訟追行の費用を負担させるのが妥当であることにより、第三者に任意的訴訟担当を認めるべきであるというケースは消滅し、第三者の利益のための任意的訴訟担当のケースに吸収されることになる。

第二款　ケース①・③・④の解決

以上概観してきたところを任意的訴訟担当を認める必要性という観点から整理すると次のように言うことが出来る。

ケース①、すなわちCがAから土地の譲渡を受けたが、土地の登記名義がB名義になっていたという場合では、Cは、B名義の登記がA名義に変更されることにより、自分が同土地の所有権を取得することが可能になるという点で、登記訂正につき利益を有する。が、Bには登記の訂正を求める請求権は帰属しないため、BはAの登記抹消請求権を主張する必要が出てくる。④の土地の譲渡人（A）が、本来は存在しないはずの物的負担の登記の抹消を請求する場合については、Aは、譲受人（C）に対する瑕疵担保責任を免れるという点で、登記訂正につき利益を

有する。上述した登記抹消請求権の事件適格に関する第一説では、Aが不存在の負担の登記が為された時点の土地所有者である限り、彼に登記抹消請求権が帰属するので、Aが他人の登記抹消請求権を主張することを認める必要はない。しかし、逆にC（譲受人）の登記抹消の主張をいかに基礎付けるかという問題が生じる。譲受人に登記抹消請求権の主張を認める第二説を前提とした場合、Aに直接の登記抹消請求権を認める立場もあり得るが、かかる立場が取られない限り、AはCの登記抹消請求権を主張する必要が出てくる。この他、§1167 BGBのような規定を持たないオーストリア民法の下では、現実に抵当権の負担のある土地を譲渡した譲渡人は、譲受人への瑕疵担保責任を免れる為に被担保債権を弁済しても、抵当権の抹消の登記を抵当権者相手に求める自己固有の請求権を認められておらず、譲受人の抵当権抹消請求権を主張する必要が出てくる。

以上の他、賃借人に固有の妨害排除請求権を認めることが出来ない範囲で、賃借人は、自己の賃借権を保護するために、所有権者の妨害排除請求権を主張する必要が出てくる（③）。賃借権に基づく妨害排除請求権を認めないのがかつての通説的見解であったが、現在では占有を伴う賃借権には妨害排除請求権（単なる占有訴権とは異なる、本権上の訴えpetitorische Klageと解されている。[344] 根拠条文は§372 ABGB）を認めるのが通説であり、[345] その限りで、賃借人は保護を受ける。それでも、占有を取得していない賃借人は、所有権者の妨害排除請求権を主張する必要がある。

このように、オーストリアにおいても①・③・④のケースのいずれについても、請求権の主体以外の第三者が当事者として請求権を裁判上主張することを認める必要が生じる。これに加え、オーストリア法固有の事情により、現実に存した抵当権が土地譲渡人からの被担保債権の弁済により基礎を失った場合にも、土地譲渡人に譲受人の抹消登記請求権の主張を認める必要が出てくる。しかし、ドイツにおいて、物権的請求権を基礎となる土地所有権と

別に単独で譲渡することを認めない見解が一般的であるのと異なり、[346] 物権的請求権の単独譲渡は可能であると解するのが（少なくとも今日までは）オーストリアの通説であり、[347] 上記のいずれのケースにおいても、第三者は登記抹消請求権・抹消登記請求権・明渡請求権（いずれも物権的請求権と解されている）の主体から同請求権の譲渡を受ければ足り、任意的訴訟担当を持ち出す必要性が存在しない。

(344) その限りで、賃借権の保護はドイツよりも厚いということが出来よう。

(345) Gschnitzher, Österreichisches Schuldrecht Besonderer Teil und Schadensersats 2 Aufl. (1988) S. 141; Koziol/Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts Bd. II 10 Aufl. (1996) S. 39; Rummel/Spielbüchler 前掲注（332）§ 372 Rdnr. 5.

(346) ドイツにおける議論も一枚岩ではないようであるが、ここでは立ち入らない。Baur/Stürner, Sachenrecht 17 Aufl. (1999) S. 6, 111: 舟橋諄一＝徳本鎮・編『新版注釈民法(6)』（一九九七年）一〇九頁（好美清光執筆）、田島順「物権的請求権の取扱」法学論叢四〇巻（一九三九年）二号二六八頁以下参照。

(347) Eherenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. II/1 (1928) S. 255; Klang/Wolff, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Bd. IV (1935) S. 296; Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht Allegemeiner Teil 2 Aufl. (1985) S. 182. 判例として、OGH II Entscheidung vom 26. 3. 1924, SZ 6/114. 不法占拠者に対し土地の使用賃借人が、土地所有者から明渡請求権の譲渡を受けたことを理由に明渡の訴えを提起した事案で、譲渡を認め請求を認容した。賃借権に基づく妨害排除請求権が未だ確固たる承認を得ていない時期の判例である。物権的請求権の単独譲渡に対しては、近時反対説が有力化しているが、これについては後述する（第四節第三款）。

第三款　ケース②の解決

次に、②の、債権譲受人に対する瑕疵担保責任[348]を免れる為に譲渡人が債権を訴求する場合を考える。このケース

については前掲注（324）OGH EvBl 1961/382 の判示を紹介することで、検討に代えたい。この決定は、債権譲渡人による譲受人への給付を求める訴えを退けたものである。瑕疵担保責任との関係で譲渡人が債権を訴求する利益に触れ、譲受人が怠惰な取立行為を行った場合には、原告（＝譲渡人）は、§1398, 1399 ABGB[349]により保護されるので、瑕疵担保責任を理由としては譲渡人の訴求の利益を基礎付けることはできないと述べている。注（348）で見た通り、§1398, 1399 ABGB の譲渡人の免責規定は、譲渡後の偶然もしくは譲受人の過失による支払不能化に対するものであり、ドイツ法と比較した場合に、この免責規定があることにより、オーストリアにおける債権譲渡人の責任が、ドイツにおけるそれよりも軽減されているとはいえない。すなわち、利益状況としてはドイツと同等の（もしくはより厳しい）立場におかれている譲渡人について、OGHは訴求につく利益を否定しているのである。

（348）オーストリア法では、債権の売り主は、債権の正当性 Richtigkeit（譲渡の合意において約束された性質を債権が有すること。Koziol/Welser 前掲注（314）S. 295）と支払可能性について、対価の限度で瑕疵担保責任を負う（§1397 ABGB）。但し、譲渡時には支払可能であった債権が偶然もしくは譲受人の過失により支払不能になった場合には、譲渡人は責任を負わないとの免責規定がある（§§1398, 1399 ABGB）。ドイツ法では、債権譲渡の場合の法定の担保責任は、支払可能性には及ばず債権の正当な存在についてのみ生じる（§437 BGB）。かつ、支払可能性についても売り主が担保責任を負う旨の合意があっても、特に別段の意思が読み取れない限り、譲渡時の支払可能性のみを担保するものと解釈することとされている（§438 BGB）。ドイツ・オーストリア共に担保責任に関する規定は任意規定とされているが、少なくとも法定の担保責任を見る限りではオーストリア法の方が売り主に厳しいということが出来そうである。

（349）注（348）参照。

第四款　取立授権

ドイツでは「取立委任」に対する需要が強く、任意的訴訟担当の許容性に関する理論を動かすほどの影響力を持っていた。隣国のオーストリアにも同様の需要は存する。しかし、その需要を満たすものとしての「取立委任」が、ドイツでは「取立授権」として、すなわち任意的訴訟担当の一類型として把握されるようになり今日に至ったのに対して、オーストリアでは、信託的譲渡の延長上に把握されてきた（「取立譲渡」Inkassozession と呼ばれる）。

すなわちOGHは、取立のための譲受人から訴訟委任を受けた弁護士が債権を取り立て、それに要した費用（譲受人に対する債権という形になる）の確保のために取立金の留置を主張した事案で、当該債権が実質上譲渡人に帰属することを理由に弁護士の留置権限を否定し、[350] 取立のための譲渡が為された後に譲渡人・債務者間で為された合意の効力を債務者が譲受人に対して対抗することを認め、[351] 債務者による取立譲渡人に対する債務不存在確認の訴えの利益を認めた。[352] これらの帰結を導くに当たりOGHは、取立譲渡の法的構造について、譲渡の形を取った、債務者に対する関係では譲渡の効力を持つ、債権を譲渡人の財産に留めたままで譲受人の名で譲渡人の計算において主張することの委任であると述べている。加えて、取立譲渡を含む信託的譲渡一般について、対象財産の信託目的違反の処分は悪意の転得者に対しては無効になるという見解が、オーストリアでは通説である（受託者破産の場合の信託者の取戻権、受託者債権者による目的財産の差押に対する信託者の第三者異議権が認められていることはいうまでもない）。[353]

ドイツで取立授権が認められるに至った大きな原動力は、取立受任者の依頼目的違反の処分の無効を導けるような取立代行スキームに対する強い需要にあった。〔全権利の譲渡＋債権的制限〕という法的構成を与えられた信託

的譲渡では、信託者の取戻権・第三者異議権まではかろうじて認められたものの、受託者の目的違反の処分の無効までは導くことが出来なかった。そこで別の構成の取立代行行為が模索されたのである。これに対し、オーストリアでは（法律構成こそドイツと同様、〔全権利の譲渡＋債権的制限〕とされたものの）、信託的譲渡について、信託者の取戻権・第三者異議権だけでなく、受託者の目的違反の処分の無効までが認められるに至った。受託者の目的違反の処分は、転得者が悪意でないと無効とならず、善意者に対して対抗できない点で、信託者にとっては不利であるが、別の見方をすれば「転得者悪意の場合には無効」との解決は、信託者と転得者の間の利益衡量の結果であるといえる。利益衡量の結果「転得者悪意の場合にのみ無効」という線が引かれた以上、それと異なる線引きをすることは利益の均衡を失し、妥当でないことになる。すなわち、オーストリアでは信託的譲渡が柔軟な解釈により妥当な解決を導くよう運用され、その反射として、それと異なる帰結を導く「取立授権」を認める余地が排除される結果となっているといえる。[354] 別の言い方をすれば、妥当な解決を、あくまで実体法の柔軟な解釈により導こうとするのが、オーストリア法の立場なのである。

(350) OGH I Entscheidung vom 25. 11. 1930, SZ 12/295

(351) OGH V Entscheidung vom 30. 8. 1961, SZ 34/114; OGH VIII Entscheidung vom 3. 5. 1962, EvBl. 1963/5.

(352) OGH VIII Entscheidung vom 26. 3. 1963, SZ 36/46

(353) 前述第一節参照。

(354) Frotz 前掲注（333）S. 251 は、取立譲渡（Inkassozession）の存在を理由に、取立授権を認めることの必要性を否定している。もっとも、隠れた債権譲渡の場合に限っては、取立授権による債権譲渡人への債権取立適格の付与を肯定する。前掲注（333）。Koziol/Welser 前掲注（314）S. 297 も参照。

第五款　小　括

以上をまとめると次のように言うことが出来よう。まず、第二款で見た通り、ドイツにおいて権利譲渡という手段がとれないことが任意的訴訟担当の必要性を基礎付けていた多くの場面について、オーストリアでは権利譲渡という手段を認めることにより解決が図られており、任意的訴訟担当を認める必要性が存しない。しかしこれは逆にドイツ法の立場からすると、ドイツにおいて民法の体系的考慮から権利譲渡が不可能とされている部分について、オーストリアでは権利譲渡を許すという無理を犯しているということになる。問題となっているのは本来の権利主体以外の第三者が権利主張を欲しているという限界事例の処理であり、ドイツでは民法体系の維持が優先され、そのしわ寄せが任意的訴訟担当の許容という形で訴訟法に及んでいるのに対し、オーストリアでは訴訟は実体権を基礎とするという体系の維持を優先し、物権的請求権等の単独譲渡の肯定という形で実体法にそのしわをよせ辻褄を合わせることが志向されていると評価できる。この姿勢は、債権者に有利な取立代行行為を債権譲渡の延長上に把握する態度にも、顕われている。

そして第三款で見た通り、かかる権利譲渡という手段もとれないような場合には、オーストリア法は、権利主体以外の第三者の権利主張に対する利益を、その要保護性を否定するという態度をもって遇するのである。

第四節　まとめ（議論の背景にある考え方）

第一款　「訴訟追行権限」概念の不採用

オーストリアの学説・判例における任意的訴訟担当に対する不寛容な態度は、「第三者の訴訟担当」一般、さら

には「訴訟追行権限」なる概念に対する否定的態度という全体の文脈の中で捉える必要がある。オーストリアでは、「形式的当事者概念」をとりつつ、訴訟追行権限なる概念を用いることを否定する見解が一般的である。[355] これによれば、形式的意味の当事者は、（他の訴訟要件を具備していることを前提として）常に本案について訴訟を追行することが可能となる。すなわち、この体系は、当事者が正当な当事者であるかを、本案と独立して判断する仕組みを持たないのである。[356] ここから、正当な当事者か否かに関する判断を必要とする場面を極力少なくしようというインセンチブが生じる。正当な当事者の問題がもっとも強く表面化するのは、権利主体以外の第三者が本案についての訴訟追行資格を有する場合、すなわち第三者の訴訟担当の場合である。このため、第三者の訴訟担当の肯定に対し一般に否定的な態度が取られることになるのである。[357]

正当な当事者の問題が本案で処理されることの問題点は主に、正当な当事者たる資格の欠缺による訴えの退けと、主張された権利関係の不存在に基づく訴えの退けとの間で、判決の既判力の内容に区別がつけられなくなることにあると思われる。第一に、本来の権利主体（と主張する者）から正当な当事者たる資格が奪われていたために請求棄却になった場合と、権利の現実の存在が否定された結果請求棄却になった場合とで判決主文に違いが生じないため、正当な当事者たる資格を奪われていたことを理由に請求棄却になった権利主体が、その後に正当な当事者たる資格を得たことを理由に再訴を提起しても、以前の請求棄却の既判力により道を閉ざされることになる。仮に前訴における請求棄却後の正当な当事者たる資格の回復を基準時後の新事由と扱うことにすれば、既判力の遮断効が大幅に減じられることになろう。第二に、例えば破産管財人（代理人ではなく訴訟担当者として訴訟追行すると仮定する）が破産財団について第三者となした訴訟の本案判決の既判力は破産者に拡張する。ここで管財人が破産財団に関する訴訟として提起した訴えが、実際には破産者の自由財産に関わるものであることを理由に訴えが退けられ

た場合と、訴訟は破産財団に関するものであり管財人は正当な当事者であるが管財人により主張された権利関係が不存在であるとして訴えが退けられた場合を考える。後者の場合には、その判決の既判力は訴求権利の不存在を確定する形で破産者に拡張されるべきであるが、前者の場合は、その判決に破産者に対する効力を認めるべきではない。しかし正当な当事者の問題が本案の問題だということになると、いずれの場合も判決は請求棄却という形を取ることになり、両者を区別することができなくなる。[358] また第三に、例えば昔のドイツにおける妻の持参財産に関する訴訟など、妻から訴訟追行の資格が奪われ夫に与えられる場合について、訴訟追行の資格の欠缺も主張された権利の不存在同様請求棄却を齎すとすると、妻が訴えを提起したが訴訟追行の資格の欠缺を理由に請求棄却の判決を得た後に夫が同じ権利について訴えを提起して請求を認容された場合に、夫の得た請求認容判決の既判力が妻に及び、妻自身が先に得た請求棄却判決の既判力と矛盾抵触するという問題が起きることの指摘が福永・前掲注（33）（二）関西大学法学論集一七巻（一九六六年）三号二九六頁・松原・前掲注（33）六六頁により為されている。

注（357）に見た通り、オーストリアの学説・判例が第三者の訴訟担当に対して好意的でないといっても、完全に否定するのはファッシング一人であり、例えばジモッタは例外的とことわってはいるが係争物譲渡人による訴訟追行は訴訟担当としてみとめている。しかし、係争物譲渡人による訴訟追行の場合には上に述べた三つの問題は生じない。このように、オーストリアでは正当な当事者に関する判断を本案と独立して行うこと（およびそれを可能にする「訴訟追行権限」）を必要とするような訴訟担当は否定されている。しかし、任意的訴訟担当を認めた場合には、上に述べた三つの問題が生じる。[359] オーストリアにおける任意的訴訟担当の否定は、このように、訴訟追行権限なる概念の不採用と密接に結びついているということが出来る。

（355）前掲注（319）参照。

(356) オーストリアでかかる体系が支配的であることは、オーストリアの民事訴訟法上、訴え却下が決定により為され、判決としては請求認容もしくは請求棄却の本案判決しか有り得ないとされていることと無関係ではないであろう。もっとも、このようなオーストリア民事訴訟法の規律を前提としても、訴訟追行権限を独立の訴訟要件としてみとめ、その欠缺を決定による訴え却下事由とすることは不可能ではなく、上記の連関は必然的ではない。Holzhammer 前掲注（316）S. 80 参照。

(357) 例えばファッシングは Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen Bd. II (1962) S. 112 では婚姻・認知事件における検察官（公益に関わる場合に婚姻無効・嫡出否認の訴えを提起することが認められている。これらの訴えは形成の訴えと解されている）による訴訟追行に限って訴訟担当の例として認めていたが、現在ではこれらも訴訟担当の例ではないとして、結局オーストリア法の下での訴訟担当を一切否定する（国に婚姻無効・嫡出否認を求める権利が帰属し、検察官はその代理人として訴訟追行すると見る。Fasching 前掲注（318）S. 177f. なおファッシングは、係争物譲渡人による訴訟追行が認められるのは、訴訟係属開始後の譲渡が訴訟に影響を及ぼさないとされ、その訴訟との関係では譲渡人が依然訴訟物に関する権利主体性を有しているとみなされることの反射的効果であると考えている。Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen Bd. III (1966) S. 98f.）。ジモッタは、通常民事訴訟手続については係争物譲渡人による訴訟追行に限って、訴訟担当たることを認める。この他ドイツでは、破産管財人・不動産の強制管理における強制管理人を訴訟担当者と見る説が多数説であるが、オーストリアではこれらの財産管理人は、権利主体ないし財団の代理人であると解する説が支配的である（Holzhammer 前掲注（316）S. 71f.; Rechberger/Simotta 前掲注（319）S. 78; Fasching 前掲注（318）S. 176f. ホルツハンマー、ファッシングは、判例は職務説を取っているというが、実際の裁判例を見てみると、必ずしもそうとは言い切れないようである。OGH II Entscheidung vom 23. 11. 1932, SZ 14/232; OGH III Entscheidung vom 9. 6. 1959, SZ 32/91 参照）。また、ドイツ・オーストリア共に、不可分債権において各不可分債権者が単独で債務者を被告として全員への給付を求める訴えを提起することが出来るとされている（§ 432 BGB; § 890 ABGB）が、ドイツではこの各不可分債権者による訴訟追行が訴訟担当の例として挙げられるのに対し（Rosenberg/Schwab/Gottwald 前掲注（115）S. 236; Lent/Jauernig 前掲注（152）S. 65; Stein/Jonas/Bork 前掲注（63）Rdnr. 37 vor § 50）、オーストリアでは各不可分債権者に全員への給付を求める個別の実体権が帰属するのであるという説明がなされている（但し、ドイツでも同趣旨の見解は主張されて

いる。Zöller/Vollkommer 前掲注（115）Rdnr. 28 vor § 50)。なお、ドイツでは夫婦財産制上も訴訟担当と認めるべきケースが存するが（§§ 1368, 1369 III, 1422, 1428, 1429, 1431 BGB usw.)、オーストリアでは夫婦財産制上訴訟担当として扱わなければならないケースが存在しない。この夫婦財産制の問題については後述する。

(358) 従って、管財人により主張された請求権の不存在を理由に請求が棄却された場合でも、訴求権利の不存在について既判力を認めることができず、破産者による同一訴訟物についての再訴を封じることが出来なくなる。

(359) オーストリアでは任意的訴訟担当は「訴訟追行権限の譲渡」により実現されると考えられている。これによれば、授権者は授権後はもはや正当な当事者たる資格を失うことになり、上に述べた三つの問題のすべてが生じることになる。訴訟追行権限の譲渡を実体権の譲渡のように考え、既判力の拡張をすべて訴訟追行権限の承継の問題として捉えることにより問題を解決することも、不可能である。訴訟追行権限を訴訟物として捉えることが出来ないからである（訴訟追行権限を訴訟物として捉えると、請求権不存在の場合の請求棄却判決に、請求権不存在につく既判力を認めることが出来なくなってしまう)。

仮に授権者が授権後も正当な当事者たる資格を失わないとしても、第二の問題は消えない。

第二款　「訴訟追行権限」概念不採用の理由

二〇世紀以降のオーストリア民事訴訟法学は、コンラート・ヘルビッヒの影響を相当受けてきた。(360) またかなり早い時期からオーストリアでも形式的当事者概念が採用されている。(361) にも関わらず、コンラート・ヘルビッヒの提唱した訴訟追行権概念がオーストリアに根づかなかったのはいかなる理由に基づくものであろうか。以下、検討する。

コンラート・ヘルビッヒが訴訟追行権の理論を提唱するに至った契機は、権利主体による訴えを退ける判決について、権利主体から正当な当事者たる資格が奪われていることを理由とする場合と、請求の対象となっている権利が存在しないことを理由とする場合とで、その判決効の内容を異にすることにあったようである。(362) その具体例とし

て彼が特に重要視していたのが、一九〇〇年に施行されたドイツ統一民法典（BGB）[363]の法定夫婦財産制における妻の持参財産についての訴訟追行であったと思われる。[364]旧BGBは留保財産以外の妻の財産を持参財産として夫の管理下におく管理用益制を法定夫婦財産制として採用し、以下のような規律に服せしめた。妻は、持参財産の所有者ではあるが、夫の同意がない限り同財産について実体法上の処分行為をすることが出来ない（§1395 BGB a. F.）。同時に同財産につく訴訟追行の資格も有しない（§1400 BGB a. F.）。代わりに夫が制限的ではあるが実体法上の管理権を持ち（§§1363, 1375 BGB a. F.）、それに伴い、持参財産について訴訟追行を為す資格も有する（ただし、夫が持参財産につき追行した訴訟において下された判決の既判力は、夫が訴訟物たる権利につき妻の同意なく処分ができる場合にのみ妻に及ぶ。これは持参財産に関する夫の実体法上の管理権が制限されたことに対応する）（§1380 BGB a. F.）。妻の、持参財産に関する実体法上の管理権・訴訟追行の資格は、婚姻の解消その他による管理用益制の終了と同時に回復する（§§1418-1424 BGB a. F.）。このように妻は法定夫婦財産制の配下にある限りは持参財産についての訴訟追行の資格を奪われるが、その配下から抜け出せば訴訟追行の資格を回復することとなっていた。従って、妻が法定夫婦財産制に服する間に持参財産につき自ら訴えを提起した場合には訴訟追行の資格の欠缺を理由にその訴えは退けられる。しかしその場合でも、妻が離婚等により法定夫婦財産制から脱した後に同一内容の訴えを再び提起した場合には、審理は権利の存否如何にまで及ぶべきである。それを可能にする為に訴訟資格の欠缺による訴えの退けの効果を請求棄却と違えることを目的として、コンラート・ヘルビッヒが考案したのが訴訟追行権という概念であり、訴訟追行権の欠缺の場合に請求を一時的に棄却するという扱いであった。法定夫婦財産制下の持参財産につく妻の訴訟追行資格の剝奪を、訴訟能力の問題として扱い、夫による訴訟追行を法定代理と見れば、以上のような扱いは不要である。しかし、ドイツでは旧CPOが妻を完全な訴訟能力者とする明

文の規定を有していた（§51 Abs. 2 CPO a. F.）。一八九八年に制定された新ＺＰＯではこの規定は無くなったが、旧ＢＧＢ一三八〇条は「夫は持参財産に属する権利を自己の名で裁判上主張することが出来る」と述べており、持参財産につく妻の訴訟追行資格の剝奪・夫への訴訟追行資格付与を訴訟能力・法定代理の問題として扱うことは不可能となっていた。

以上のような状況にあったドイツ法に対し、オーストリアの夫婦財産制はまったく異なる規律に服していた。[365] オーストリアでは別産制が法定財産制として採用され、夫婦の財産はそれぞれの独立の所有に帰するものとされた。婚姻契約 Ehepakte により、持参財産 Heiratsgut を設定することは認められていたが、持参財産について夫は完全な所有権または用益権を取得するものとされていた（§§1217, 1218, 1227, 1228 ABGB）。夫が持参財産につき用益権を取得する場合には、所有権は妻に帰属し、妻は所有権に基づき持参財産につき自由に訴訟を追行することが可能であった。[366] この場合、夫も持参財産につき訴訟を追行することができたが、これは持参財産上の用益権の効果と考えられていた。[367] また、妻の自由財産に関する夫の管理権（これに基づき妻の自由財産について夫が訴訟追行をすることも可能）を推定する規定があったが（§1238 ABGB a. F.）、この管理権は、代理権として把握されていた。[368] 婚姻契約により共同財産制を選択することも可能であり、その場合、合有財産については原則夫が管理権を有することとされていたが、[369] 合有財産は夫婦の共有に帰するものとされ、この夫の管理権も代理権であると考えられていた（さらに合有財産に関する訴訟追行には妻の特別の代理権付与が必要と考えられていた）。[370] 以上の通り、オーストリア民法の規定する夫婦財産制の下では、夫による妻の財産についての訴訟追行は代理ないしは所有権・用益権の効果の問題として扱われており、妻の訴訟追行資格の剝奪を、実体法上の問題とも訴訟能力の問題とも区別して扱う必要が存しなかったのである。コンラート・ヘルビッヒが訴訟追行権の概念が意義を持つと考えた重要な場面

たる夫婦財産制が、オーストリアにおいては異なる規律に服していた。このことが、訴訟追行権（限）なる概念が、ドイツにおける普及の当時、オーストリア民事訴訟法には輸入されることにならなかった大きな理由の一つではないかと思われる。このように訴訟追行権限なる概念を「無理に」認める必要がなかったオーストリアで、訴訟追行権限なる概念とともに権利主体以外の第三者が当事者として訴訟追行する「特殊な」現象を容認することよりも、訴訟は原告の実体権の存否に関するものであるという、それまで支配的であった実体的当事者概念が前提としていた発想を原則として維持することが選択されたのは、ある意味必然であったのではなかろうか。(371)

(360) 二〇世紀前半の主要なオーストリア民事訴訟法のコンメンタールであるNeumann, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen 4. Aufl. (1927)にも、コンラート・ヘルビッヒの頻繁な引用が見受けられる。

(361) すでにNeumann, Commentar zu den Civilprocessgesetzen vom 1. August. 1895 (1898) S. 114が形式的当事者概念を採用している。ドイツにおいて形式的当事者概念が主張されるようになった直接の契機は、権利主体以外の第三者による訴訟追行の承認である。また、ドイツにおける形式的当事者概念の定着が、コンラート・ヘルビッヒの訴訟追行権の理論とセットになって始めて可能となったことの指摘が松原・前掲注（33）（三）熊本法学五四号（一九八七年）六一頁以下により為されている。

(362) Konrad Hellwig, Lehrbuch Bd. I S. 157に、本文に掲げた三つの問題のうち第一の問題の考慮が窺われる。なお、松原・前掲注（361）六五頁以下に、コンラート・ヘルビッヒの勝訴要件論における正当な当事者たる地位の位置付けの変遷が詳しく跡付けられている。

(363) 夫婦財産制の規定は、その後一九五七年に男女同権法により大幅な改正を受けている。よって以下では旧ＢＧＢと呼ぶことにする。

(364) Konrad Hellwig, Lehrbuch Bd. I S. 157; von Brunn前掲注（69）S. 48 Note 6参照。コンラート・ヘルビッヒの訴訟追行権論（特に、その「管理権」概念）が、管理用益制における妻の持参財産に関する夫による訴訟追行の整合的説明を主眼に理論構成

されたことは、山本弘・前掲注（228）（三）法学協会雑誌一〇六巻（一九八九年）九号一五五八頁以下の指摘するところである。ただしコントラート・ヘルビッヒの管理権概念は、原則、処分権限を包含するものであることには、留意する必要があると思われる。Konrad Hellwig, Lehrbuch Bd. I (1903) S. 317.

(365) オーストリア民法の歴史は古く、最初の施行は一八一一年である。それ以降夫婦財産制に関する規律は一九七八年に至るまで改正を受けていない。

(366) Klang/Lenhoff, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Bd. III (1932) S. 627.

(367) Klang/Lenhoff 前掲注（366）S. 616, 627.

(368) Klang/Lenhoff 前掲注（366）S. 724ff.

(369) Eherenzweig, System des österreichischen Privatrechts Bd. II/2 (1924) S. 134.

(370) Klang/Lenhoff 前掲注（366）S. 668.

(371) オーストリアでも早くから形式的当事者概念が採用されたことは上述の通りであるが、それはドイツのように第三者の訴訟担当のケースを説明するためではなく、主に原告の主張していた権利が審理の結果不存在ということになった場合でも原告が当事者であることを維持するためであったようである。Fasching 前掲注（618）S. 167 参照。当事者とは係争権利関係の主体であるという実体的当事者概念（そうではない実体的当事者概念の理解もあることは前述した。前掲注（33）参照）を詰めていけば、原告の主張していた権利が不存在である場合には、原告の当事者性を否定せざるを得なくなるからである。

第三款　オーストリア民事訴訟法が基礎に持つ思想：訴訟は原告の実体権の存否に関するものである。

このような、訴訟は原告の実体権の存否に関するものであるという基本的発想が現在でも貫かれていることは、前述したグリルベルガーの任意的訴訟担当不許の論拠にもよく顕われている（第二節第二款）。本来実体権の裏付け

を有しない利益の救済に当たっても、ドイツ法が実体法体系の維持を優先させ、任意的訴訟担当の許容という形で訴訟法的対応を図るのに対し、オーストリア法は、物権的請求権の単独譲渡の承認等、実体法レベルでの対応を図ることにより、訴訟は実体権を基礎とするという体系を維持しようとする（第三節第二款）。そして、実体法レベルでの操作による救済が不可能な利益は、訴訟上も保護に値しないとして切り捨てられることになる（第三節第三款）。

なお、オーストリアでは登記抹消請求権をはじめとした物権的請求権が、基礎となる物権と独立して譲渡することが可能であると考えられていると前述した。しかし、近時になり、物権的請求権は基礎となる物権と独立して譲渡することは不可能であるとする見解がオーストリアでも有力化している。[372] この見解を前提とすると、他人名義で登記されている土地の譲受人や、譲受人に対して抵当権や存在しない物的負担の登記の抹消の義務を負う土地譲渡人は、任意的訴訟担当が認められなければ、土地所有者の物権的請求権を代理人として主張する他ないことになる。物権的請求権単独譲渡否定説の論者はこのことを認識した上で、物権的請求権の単独譲渡の不許を説いているとは必ずしも言えない。[373] が、上述したオーストリアの基本的発想を前提とすれば、実体権の基礎を有し得ない利益は訴訟上も然程の保護に値しないという価値判断を貫くのが、一貫しているということになろう。[374] もっとも、この点に関するオーストリアの見解の今後の動向は、注視する必要がありそうである。

（372） Grillberger 前掲注（313）S. 148 (R); Koziol/Welser 前掲注（314）S. 290; Rummel/Ertl 前掲注（332）§ 1373 Rdnr. 1.

（373） グリルベルガーは、任意的訴訟担当否定説をとる。が、物権的請求権単独譲渡も任意的訴訟担当も否定することにより、他人名義で登記されている土地の譲受人や、譲受人に対して抵当権や存在しない物的負担の登記の抹消の義務を負う土地譲渡人に、いかにして物権的請求権の主張を認めるかという問題が生じることは、必ずしも意識していないようである。

（374） 特に、ドイツと異なりオーストリアでは、実体法上、土地譲渡人が実体に合致しない登記の抹消を自己の費用で実現する義務

を負わされていない。このことは、任意的訴訟担当という形で土地譲渡人に登記抹消請求権の主張を認める必要性の承認に対して、消極的に働く（前述第三節第一款）。

逆に、この観点からドイツにおける議論を見ると、任意的訴訟担当を認めるべき例として、この土地譲渡人による登記訂正請求権の主張のケースが重視されていることに気付く（例えば Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18 Aufl. (1953) I 3 b) vor § 50; Frank 前掲注（81）S. 343）。しかし、この土地譲渡人による登記訂正請求権の主張の是認に対する強い要請は、実体法が明文で自己の費用で登記の訂正を実現する義務を土地譲渡人に課していることに対応し、その義務を履行する手段を手当する必要が生じるという、ドイツ法固有の事情に基づくものであるということが出来る（ドイツと異なり、オーストリアの土地譲渡人が抵当権の被担保債権弁済後の抹消登記請求権を与えられていないこともこの文脈で理解できる）。また、この例は、被授権者が固有の利益を持つ場合として引かれるが、譲渡人による自己の費用・労力での登記訂正の実現の義務（§ 435 Abs. 1 BGB）は、現実には譲受人のために規定されたものというべきである。このことからも、ドイツにおける任意的訴訟担当の許容性に関する議論（特に固有の利益説）を日本法の参考とするに当たっては慎重である必要があることを指摘できよう。

第三章　日本法への接続（ドイツ法・オーストリア法からの示唆）

第三章では、日本法下における任意的訴訟担当許容性論への取り組みの前提作業として、第一章・第二章におけるドイツ法・オーストリア法下での議論の分析を通じて得られた示唆をまとめる。ドイツ法（第一節）、オーストリア法（第二節）、の順に見る。

第一節　ドイツ法からの示唆

第一款　権利主体の意思に基づく第三者の介入一般と、「任意的訴訟担当」による介入の区別

日本法の議論の参考としてドイツでの議論を眺めると、両国間で問題が異なる形で切り出されることに気付く。すなわち、ドイツでは、任意的訴訟担当の許容性に関する議論、及び、法定訴訟担当における、管理人等法律により訴訟追行主体たる資格を認められている者を担当者と見るべきか、代理人として見るべきか、に関する議論のいずれにおいても、権利主体以外の第三者が訴訟追行の主体として訴訟に介入することが許されることは前提となる。そしてその上で、追行者が「当事者」として介入するべきか、「代理人」として介入するべきか、が問題となる。それに対し、日本では、法定訴訟担当について、遺言執行者等を担当者と見るべきか、代理人として見るべきか、が問題となる場合には、ドイツと同じ形で問題が切り出されるが、任意的訴訟担当の許容性に関する議論では、弁護士代理の原則・訴訟信託の禁止との関係で、まずそもそも権利主体以外の第三者が追行主体として訴訟に介入することが許されるかということから問題となる。第三者の介入が認められるケースがあるとなった場合には、それが「当事者＝担当者」としてのみ認められるものか、「当事者＝権利主体」としても「代理人」としても認められるものか、問題となる。後者であるとなって初めて、ドイツにおけると同じ形の問題設定が可能になるのである。従って、日本法の下で任意的訴訟担当の許容性を論じるには、そもそも第三者が訴訟に追行者として介入することが認められるのかという問題と、介入自体は認められるとして、それが担当者として為されるべきであるか、権利主体として為されるべきであるか、代理人として為されるべきであるか、という問題とを区別する必要がある。

第二款　相手方の不利益・他手段による代替可能性

上記で日本でもドイツと同じ形の問題設定が可能であるとなった場合には、原告側の当事者地位の変動による相手方の不利益という観点、及び任意的訴訟担当の非代替性という観点が、日本でも同じような形で援用可能か、問

題となる。しかし、この点も単純にドイツ通りというわけにはいきそうにない。

まず、相手方の不利益という観点はドイツほどの説得力をもっては任意的訴訟担当の不許ないし制限を主張できない。ドイツにおいて認められた相手方の不利益としては、①無資力者への授権により被告勝訴の場合の訴訟費用償還請求権が骨抜きにされること、②権利主体の尋問手続が当事者尋問から証人尋問に代わることにより本来採用されないはずの証拠資料が採用されるようになること、③証言拒絶権者が恣意的に拡大されること、があった。[375] ①については、弁護士報酬が訴訟費用に含まれない日本では、ドイツと異なり、敗訴の場合の訴訟費用負担者が誰であるかはそれほど重要な問題とならないことを指摘できる。このことは、ドイツでは訴訟費用負担義務回避目的の授権及び権利譲渡の有効性が判例上しばしば問題となっているのに対し、日本ではかかる例を聞かないという事実に端的に表れているといえよう。[376] 次に、②権利主体の証人尋問化の問題であるが、証人尋問と当事者尋問の間でその要件・手続に著しい差異を設けているドイツ法と異なり、日本法では当事者尋問と証人尋問の間にさしたる違いは存しない。[377] 日本において、権利主体の証人化を相手方の不利益として認めることは困難であろう。また、③日本法では、当事者を基準とする証言拒絶権は存しないので、証言拒絶権者拡大の不利益が被告に生じることはない。[378] 結局、任意的訴訟担当を不適法とするに足るような相手方の不利益が、原告側の当事者地位の変動により生じるかには、疑問がある。[379]

任意的訴訟担当の他手段による代替性という観点についていえば、ドイツで訴訟代理との間で問題となった、権利主体による訴訟費用負担義務の回避という点は、弁護士報酬が訴訟費用に算入されない関係で、任意的訴訟担当の独自の意義を基礎付けるには不十分となるだろう。手続からの完全な脱却という意味で、職権による当事者尋問、釈明のための呼び出しからの解放を、任意的訴訟担当に固有な権利主体のメリットと評価できるかも、一応は問題

とし得るが、肯定は難しいと思われる。[380]

(375) この他、④権利主体と除斥関係に立つ裁判官を除斥できなくなること、もあったが、これは、除斥規定における「当事者Partei」が、代理人や被担当者を含む形で一般的に拡張解釈されており、現実には問題は回避されていた。第一章第三節第二款（二）参照。

(376) 弁護士報酬が訴訟費用に含まれるかいなかは、単に事実上の問題に留まらない。弁護士報酬を訴訟費用に含める法制では、訴訟費用に濫訴防止のための大きな役割が期待されている。したがって無資力者に授権・権利譲渡することによりこの濫訴の防波堤を迂回することが、良俗違反という形で問題となる。それに対し、訴訟費用に弁護士報酬を含めない法制では、訴訟費用にそれほど大きな濫訴防止の役割が期待されているとは言い難い。そのため、訴訟費用負担義務の回避による濫訴防止措置の迂回という問題が、そもそも生じない。弁護士報酬を訴訟費用に算入しないことを選択している法制では、その制度の建前との関連で、被告勝訴の場合の訴訟費用負担義務者の固定に対する被告の利益を重視することができないというべきである。

(377) 当事者尋問は職権でも出来ること（証人尋問は原則申立による。新堂幸司『新民事訴訟法』（一九九八年）五一八頁）、当事者尋問は原則補充的になされること（民事訴訟法二〇七条、旧法三三六条）、証人不出頭の場合の効果が過料、罰金もしくは拘留、拘引であるのに対し（民事訴訟法一九二、一九三、一九四条、旧法二七七、二七七条の二、二七八条）、当事者不出頭の効果は裁判所が尋問事項に関する相手方の主張を真実と認めることが出来ることであること（民事訴訟法二〇八条、旧法三三八条）、に差異があるくらいである。しかし、職権による当事者尋問を相手方当事者の利益として援用することは困難であると思われるし、当事者尋問の補充性は新法では裁判所が当事者の意見を聴いた上で排除できることになっている（民事訴訟法二〇七条）。証人が不出頭の場合に相手方当事者の主張を真実と認めることは、自由心証による弁論の全趣旨の評価の範囲で可能であると思われる。

(378) ④裁判官の除斥の問題については、日本でも、除斥基準たる「当事者」を拡張解釈することは不可能ではないだろう。

以上の他、⑤権利主体に対する請求を反訴として提起することが封じられること、⑥原告側当事者死亡等の場合の訴訟の中断におけるずれ、⑦裁判所が釈明のために当事者を呼び出すことが出来るとされていること（民事訴訟法一五一条一項一号、旧法一三

一条一項一号）との関係で、権利主体が第三者を当事者に据えることにより、裁判所が権利主体を呼び出すことが出来なくなること、を相手方の不利益として問題とし得る。が、⑤ついては、権利主体に対する請求を担当者との訴訟で反訴として提起することを可能にする解釈論を構築する方向で議論を進めるべきであろう。⑥についても、中断にずれが生じることは事実であるが、それによりいかなる不利益を被告が被るかは明らかでない。むしろ死亡等による手続の中断は、現実の手続関与者たる地位に基づき認められているもので、任意的訴訟担当の場合は担当者が手続関与者になる以上、彼を基準として中断を判断するのがふさわしいと思われる。裁判所による当事者の呼び出しに対する不出頭に対しては、ドイツ法と異なり日本法上制裁はないが、現実には呼び出しは相当の強制力を持つであろう（⑦）。しかし、この裁判所による呼び出しは相手方当事者の権利としてみとめられているものではない以上、権利主体による呼び出し回避を相手方当事者の不利益と評価することは、困難であろう。

(379) ②⑦は、裁判所の不利益と評価することも出来る。しかし裁判所の不利益は第三利用者たる国民の利益に置き直す必要があり、そうした上でもなお任意的訴訟担当を制限するに足るほどの問題が生じるとは思えない。以上に加えて、①②④⑤⑥⑦の不利益は、選定当事者訴訟においても生じ得るものであることにも注意を要する。

(380) ドイツでは、訴訟代理に比した任意的訴訟担当に固有な問題として相手方の不利益があった。これにより訴訟代理で代替可能な範囲では訴訟代理を用い、代替不可能な場合にのみ、任意的訴訟担当を用いるべきであるという立論が可能になる。これが、担当者が利益を有する場合にのみ任意的訴訟担当の代替不可能性を認めることを通じて、ドイツにおける「固有の利益」説の基盤を形成していたことを、この関連で、確認しておく。

第二節　オーストリア法からの示唆

第一款　任意的訴訟担当に対する基本的態度。峻厳と寛容

任意的訴訟担当の許容性につき、日本法が、オーストリア法から得られる示唆は、多いとはいえない。土壌となる訴訟法観に差異があるからである。オーストリア法が有する、「訴訟は実体権の実現のためにある」という基本的思考、「第三者の訴訟担当」一般および「訴訟追行権限」概念に対する消極的評価、は日本法によっては共有されていない。すなわち、日本法は、実体法上債権者代位訴訟として本来実体権の裏付けを有しない実体的利益について裁判上保護を得る手段を提供しており、訴訟法は第三者の訴訟担当を想定した規定を数多く有し[381]、また明文で認められた訴訟担当も多い[382]。

しかしここから逆に、オーストリア法と基本的発想を異にする日本では、任意的訴訟担当の許容に対して同じように神経質になる必要はないのではないか、という視点が浮かび上がってくる。

第二款　実体権の裏付けの無い利益の救済機能

次に、ドイツ・オーストリアを通観すると、特に第三者の利益の実現のために任意的訴訟担当が選ばれる場合について、以下のことが言える。ドイツ（判例・通説たる「固有の利益」説）では実体法の体系的整合性が優先される結果、実体権の枠外に漏れ出す利益を、救い上げる役割が任意的訴訟担当に期待されていたのに対し、オーストリア法は、実体法の柔軟な運用により出来る範囲で諸利益の救済を図る反面、そこから漏れ出す利益は冷淡に処遇していた。このような、実体上の利益ではあるが、本来権利としての裏付けを持たないという利益は、どの法制でも生じ得る。そして、それをいかなる範囲で、いかなる手段で救うか、を各法体系共通の問題として切り出すことが出来る[383]。その解答は各国のもつ訴訟観により異なってくるのであるが、オーストリアの選択する解決が、実体法の柔軟運用による限定的救済であるのに対し、ドイツ（判例・通説）で採られている解決が、任意的訴訟担当とい

う手段による可及的な救済であるということが出来る。このようにドイツで任意的訴訟担当が果たしている、本来実体権の裏付けを持たない利益の救済手段という機能に着目した場合、日本法においても、実体権の裏付けの無い利益をどこまで救うか、それをいかなる手段で救うか、そしてそこに任意的訴訟担当を活用することが出来るか、を問題とすることが出来る。上述の通り日本法は債権者代位訴訟を用意しており、これが実体権の裏付けを有しない利益の救済手段として重要な機能を果たしている。[384][385] 任意的訴訟担当が活用される場面があるとすれば、そこ（債権者代位訴訟）からすらもれる利益の救済の場面ということになる。そこでは、かかる債権者代位訴訟の枠からももれる利益を救済すること自体の必要性・妥当性、及びそれを任意的訴訟担当という手段を用いて救済することの必要性・妥当性[386]が問われることになろう。

第三款　信託との関係

以上の他、細かな示唆として以下を指摘できる。オーストリアでは信託的譲渡における受託者の信託目的違反の処分の場合について、解釈論によってではあるが、委託者と転得者との利益の調和が図られていた。そしてそれが、異なる利害配分を実現することになる「取立授権」や「任意的訴訟担当」が敬遠されることの一因を提供していた。[387] 日本法も、信託法という特別法により、受託者の目的違反の処分に対する受益者の追及権（信託法三一条）が明文で認められており、受益者と転得者との利益の調和が図られている点で、オーストリアと状況は等しい。これに対応し、日本でもオーストリアと同様、受益者・転得者間の利害対立につき信託と異なる解決を齎すことの妥当性という観点から、「取立授権」や「任意的訴訟担当」の許容性につき検討する必要が生じる。

(381) 民事訴訟法五八条二項、一一五条一項二号一二四条一項五号、旧法八六条一項、二〇一条二項、二一二条一項。

(382) 選定当事者（民事訴訟法三〇条、旧法四七条）、破産管財人（破産法一六二条）、船長（商法八一一条二項）等。

(383) 確認の訴えも、この一解決手段として捉えることが出来る。

(384) 債務者が無資力の場合に、一般財産の保全のために債権者が債務者の債権を代位行使する「本来型」に加えて、中間省略登記における不動産の最終取得者による登記訂正請求権の主張や、不動産賃借人による妨害排除の訴えが、債権者代位訴訟としてみとめられていることは、本来実体権の裏付けの無い利益を救済する手段として債権者代位訴訟が活用されている様子を、よく示すものといえる。平井・前掲注（221）二六四頁以下参照。なお、平井教授自身はこれらを、実体法上の権利としてみとめるべきことを主張するが、これはさらに、債権者代位訴訟が、本来実体権の裏付けを持たなかった利益を、実体権の裏付けを有する利益にまですくい上げる役割をも担い得ることを示しているといえる。

(385) このように、日本法は法定訴訟担当により、本来実体権の裏付けを有しない利益の救済を図っている。これは、実体法の体系自体は崩さないという意味でドイツに近接し、任意的訴訟担当以外の救済手段が付与されているという意味でオーストリアに近接する。

(386) この問題は上述のように、実体権利主体の同意による第三者（利益主体）の介入一般の是非の問題と、それを訴訟担当（当事者＝非権利主体）という形で行うことの是非の問題の二段階に分かれる。このうち第一の問題については、債権者代位訴訟が権利主体の同意を要しないのに対し、任意的訴訟担当では権利主体の同意を要すること、により、より「薄弱」な利益について保護を与えることが正当化できるかという観点、および弁護士代理・訴訟信託禁止との関係で権利主体の意思に基づく第三者の介入を許容してよいかという観点、この二つの観点からの考察が必要になる。

(387) 逆にドイツでは、信託的譲渡では認められない、受任者の処分の当然無効を導ける点に、取立授権の存在意義が見出されていた。

＊ 再校中に、山本克己「社債管理会社および担保の受託会社の訴訟上の地位について」京都大学法学部創立百周年記念論文集第三

巻（一九九九年）五四五頁以下に接した。教授による、代理と、訴訟担当の違いに関する指摘については、今後、検討を深めてゆきたい。

〔未完〕

（九州大学助教授）