

外国人の当事者能力

山 田 恒 久

一 問題の所在

民事訴訟法二八条には、「当事者能力、訴訟能力及び訴訟無能力者の法定代理は、この法律に特別の定めがある場合を除き、民法（明治二十九年法律第八十九号）その他の法令に従う。訴訟行為をするのに必要な授權についても、同様とする。」と定められており、同二九条には、「法人でない社団又は財団で代表者又は管理人の定めがあるものは、その名において訴え、又は訴えられることができる。」と定められている。この規定が、外国人、及び、外国法人に関してどのように機能するかを考察するのが、本稿の目的である。

ところで、外国人の当事者能力を、いずれの国の法によって判断するかという問題に関しては、大きく法廷地法に依るといふ学説と、当該当事者の属人法に依るといふ学説が対立している。

このうち、法廷地法に依るとする学説は、まず、当事者能力を手續問題と法性決定する。そうして、「手續は法廷

地法による」という原則が妥当する結果、当事者能力も法廷地法により規律されるという結論にいたる。⁽¹⁾このため、当事者能力の有無が、法廷地の手続法である民事訴訟法を適用して判断されることになる。加えて、法廷地の手続法である民事訴訟法二八(旧四五)条に定められている、「民法、その他の法令」には、「法例」も含まれるものと理解する。さらに、法例三条に定められている「能力」には、権利能力をも含むものとした上で、その者の本国(実体)法によって、権利能力の有無を判断し、我国の手続における当事者能力を判断するという図式を採用したがって、所説は、法廷地の手続法によるとしながら、具体的な判断は、問題となっている者の本国実体法が基準となっていることになる。⁽²⁾

他方、属人法に依るとする学説は、「能力」の問題は、一般に、属人法が準拠法として選択されるべきであること原則とする。また、当事者能力は、個人又はその団体の属性の一つであり、「能力」の問題であると考える。このように、「能力」の問題の一類型である当事者能力は、その者の属人法により直接規律されることになるとする。⁽³⁾したがって、所説によれば、当事者の属人法によって、当事者能力の有無が直接判断されることになるため、当該属人法のうち、ことに手続法が、判断の基準となっていることになる。

さらに、属人法と法廷地法のいずれかで当事者能力が認められれば、我国での当事者能力を認めるとして、選択的連結の方法を採用する折衷説がある。⁽⁴⁾

当事者能力について、法廷地の手続法である、民事訴訟法を適用して判断することを明示した裁判例として、香港のパートナーシップの当事者能力を否定した東地判昭三〇・三・三一下民集六卷三三〇頁、その控訴審で、これを肯定した東高判昭三〇・八・九下民集六卷八号一五八三頁、在日朝鮮総合連合会の支部の当事者能力を肯定した大津地判昭三四・一一・一〇下民集一〇卷一一号二三九三頁、在日大韓民国居留民団の当事者能力を肯定した

千葉地判昭三六・一二・二二訟務月報八巻二号二八〇頁、在日華僑連合会の当事者能力を肯定した東地判昭四一・三・三〇判時四五九号五六頁、韓国財団の当事者能力を肯定した東地判昭四七・二・一九判時六七〇号六六頁、その控訴審で同じくこれを肯定した東高判昭四九・一二・二〇判時七七三号八九頁、ニューヨーク州のパートナーシップの当事者能力を肯定した東地判昭四七・五・一六下民集二三巻五〇八号二三〇頁、ベトナム法人の当事者能力を否定した東地判昭五八・一二・二六判時一一二三号一〇二頁、在日大韓民国居留民団の当事者能力を肯定した東地判平三・一・二九判タ七六八号二三一頁、カリフォルニア州のパートナーシップの当事者能力を肯定した東地判平三・二・一八判時一三七六号七九頁などがある。

他方、属人法説によることを明示した裁判例としては、外国銀行の当事者能力につき属人法により民事訴訟法五一条を補充的に適用したものととして東地判昭四三・一二・二〇判時五六三号五四頁がある。

また、いずれの考え方によるかが必ずしも判然としないが、民事訴訟法（旧四六条）を適用してケニアのパートナーシップの当事者能力を肯定したように思われる裁判例として、東地判昭三五・八・九下民集一一巻八号一六四七頁、その控訴審で、同じくこれを肯定した東高判昭四三・六・二八下民集二一巻四号三五三頁などがある。

問題は、実体と手続の關係、手続は法廷地法によるという原則、権利能力と当事者能力の相關關係、いわゆる形式的当事者概念などにわたる。以下順次検討してみたい。

二 国際民事訴訟法

(1) 国際民事訴訟の意義

渉外的要素を含む訴訟事件には、国際民事訴訟法が適用されると一般に説明されている。これに対して、国際民事訴訟法の概念の無用を説く学説がある。⁽⁵⁾ 所説に依れば、我国の裁判官が、渉外的な要素を含む事件に適用する手続法は、我国の民事訴訟法であり、ことさらに、国際民事訴訟法という概念をたてる必要はないと指摘する。しかし、これは、いわゆる「手続は法廷地法による」という原則が一般に認められており、そのために、法廷地の手続法である民事訴訟法が、例外なく適用されているために起こる結果に過ぎない。問われるべきなのは、裁判官が我国の民事訴訟のみを適用することを許される根拠である。これを考察するためには、その概念が後に無意味なものとなるか否かはともかく、一旦は、民事訴訟法を対象とする上位概念を指定する必要があるように思われる。⁽⁶⁾ ところで、このようにして指定された概念の内容については、渉外手続的実質規則と渉外手続的抵触規則が併存することになるとされる。⁽⁷⁾

我国の裁判所に提起されている訴である以上は、我国の実体法が適用されなければならない。とはいえ、ここでいう我国の実体法とは、抵触規則をも含めた我国の実体法秩序を指す。平たくいえば、我国の裁判所に提起されている渉外的要素を含む事件に関しては、我国の国際私法が適用されるといふだけのことである。

これと同様に、およそ我国の裁判所に係属する訴訟は、我国の訴訟法が適用される。これもまた、手続的抵触規

則を含めた我國の訴訟法が適用されるというだけのことには過ぎない。「手続は法廷地法による」ことの根拠として「国家の権力の発動である」点を挙げる説明は、この次元での法廷地法適用の必要を説くものである。国家の権力の発動である限り、実体に関しても、手続に関しても法廷地の法が適用されるべき点では同様である。とはいへ、実体については、実体的抵触規則である国際私法が適用されるのと同様に、手続に関しては、先に分別された手続的抵触規則を含む、いわゆる国際民事訴訟法が適用されることになる。⁽⁹⁾

（2） 手続は法廷地法

問題は、この手続的抵触規則に、唯一の内容として、「手続は法廷地法による」という規則のみを認めることの可否である。⁽¹⁰⁾ 手続の公法的性格、公序、属地主義、判決国の便宜などが、その根拠として掲げられているが、必ずしも説得的なものではないとされる。⁽¹¹⁾

しかし訴訟手続は、当事者及び裁判所がする手続的行為の連鎖である。行為の連鎖であるために、後行する行為は、先行する行為に矛盾・抵触することを許されない。これはまた、手続における個々の行為が全体として整合性を求められ、この整合性を障害する行為は、たとえなされたとしても無意味となるともいえよう。その意味で、訴訟手続は斉一性を有するといえる。もとより、実体的抵触規定である国際私法法規が、法廷地国以外の国の実体法を準拠法として指定する事があるのと同様に、手続的抵触規定である国際民事訴訟法も、個々の手続問題について、法廷地国以外の国の手続法を準拠法として指定することも論理的には可能である。しかし、訴訟は、いずれかの国家が設営する一個の完成された手続の総体としてのみ機能するという、訴訟手続の斉一性の要請から、本来一國の訴訟手続法に準拠して手続が構成される必要がある。したがって、いずれかの國の訴訟手続に一体として準拠

することが可能ならば、手続が法廷地の訴訟手続法に拘束される必要はない。とはいえ、現実的には、既に設置されている当該国家の訴訟手続に準拠するのが、現時点では自然である。したがって、確かに手続的抵触規定の具体的な内容は、手続的な単位法律関係毎に、すべて法廷地訴訟法を準拠法として指定してしまふことになる。このようにして、訴訟手続は、法廷地の手続に準拠して構成され、依然として、「手続は法廷地法による」という原則が、妥当するべきものと考えられる。

(3) 実体と手続

このような意味での「手続は法廷地法による」という原則によるべき「手続」は、どのように決定されるのか、次に問題となる。

ある事項の分別を行う場合、これを分別する判断基準が二つあると、その分別結果は、二つの集合体を発生させるとは限らない。⁽¹²⁾ すなわち、実体か(否か)、手続か(否か)という判断により、各事項は、「実体」、「手続」、「実体でもあり手続でもある」という三種類の集合体に分別される可能性がある。実体か、手続かという二つの判断基準で、三種類ではなく二種類の集合体に分別される唯一の場合は、実体である事項は手続ではないというように、判断基準そのものが、背反する場合のみである。

ところで、いわゆる旧い訴権概念(アクチオ—訴訟によって実現されるといふ実体権と狭義の訴権が包含された権利の概念)の分解により、訴訟外での行使になじむ権利としての概念—いわゆる請求権—が、実体権として分離して、これを規律するものとして、実体法が生成された。この実体法と訴訟法の分化は、⁽¹³⁾ それぞれの法分野(実体法と手続法)によって規律される事項を、実体と手続とに分別する結果を惹起した。しかし、もともと権利(旧い

訴権）の実現に関わる事項として一体的であったものを、請求権の内容に関わる事項（実体）と、その実現方法に関わる事項（手続）とに分別したものに他ならない。

あるいは、訴訟外で、実体権が行使されるようなときには、実体権に固有の事項の集合体を、手続の集合体から、概念的に区別することは可能かもしれない。しかし、訴訟外での行使ではなく、訴訟によって、これが実現されようとするときには、その分別はもとの合体した状態に戻るといえよう。このため訴訟手続を進めるにあたって、両者の分別は不可能となる。したがって、訴訟係属中に関連する事項は、実体と手続の両者に対して、相互に緊密な関係を持つから、実体である事項は手続ではないというように、背反の關係にはないように思われる。

例えば、任意的訴訟担当のように、実体権の行使の形態が、訴訟の関与の形態に影響を与えることも起こりうる。学説の中には、渉外的要素を含む訴訟における、任意的訴訟担当の許否に関して、授權の存否とその範囲を實體問題、訴訟における権限行使の許容性および行使方法を手続問題として、問題を分割する考え方もある⁽¹⁴⁾。しかし、授權される内容は訴訟追行権であり、実体と法性決定するには、手続的側面が大きいようにも思われる。また、訴訟において行使される権限は、所説においては、実体として授權された権限であり、これを手続と評価するのにも疑問が残る。換言すれば、同一の事項が実体的性質と手続的性質と同時に併せ持つということである。その意味で、問題となる事項を、実体的事項と、手続的事項との、二種類の集合体に分別するということが自体が不可能なことといわなければならないように思われる。

また、学説の中には、この実体と手続の分類にかえて、機能による分類を行うとするものもある⁽¹⁵⁾。しかし、問われている機能そのものが、「実体権の実現手続」の一部である以上、実体と手続の両方の性格を有している。したがって、より実体的（ないしはより手続的）という、程度の濃淡でしか表現することができないように思われる。

あるいは、所説は、実体と手続という分別を排し、さらに、「手続は法廷地法による」という原則をも排斥して、端的に法廷地法と外国法との、いずれによるべきかを問うという趣旨とも理解される。しかし、所説は、「法廷地法によるべきだから法廷地法による」という、自家撞着である点で、結局、その取り扱いの根拠を示すことができない点で疑問が残る。

また、現在の各国の取り扱いは、全体として、「実体権の実現手続」として、一個の総体であったものを、各国の法制度が、その各国の歴史的・文化的背景を前提にして、区分けたものにすぎない⁽¹⁶⁾。このことから、当該法制度において、実体と手続のいずれと位置づけられているかを、その法制度自体の全体の構成から判断する他はないと説明する学説もある⁽¹⁷⁾。しかし、実体法と訴訟法のいずれかに位置づけられていても、もともと両者の性質を具有している事項を、仮に、いずれかに位置づけたものに過ぎない。したがって、その性質を問われる事項が、実体法に定められていれば実体問題、手続法に定められていれば手続問題というように、即座に、その定められた規範の体系にしたがって、分別することはできないように思われる。

結局、ここで問題となつているのは、実体か手続かという、二者択一的な判断である。しかし、実体と手続が背反するものではないにも関わらず、これを、二種類に分別することは不可能である。問われるべきなのは、それが、実体に関わる事項であるか否かとは無関係に、手続に関する事項であるか否かを問えばよいように思われる。訴訟手続は、既判力ある判決に至る行為の連鎖の過程である。手続に関連する事項か否かのみを問うとは、この手続の終着点である判決に向けて収束する事項を、探索すればよい。平たくいえば、判決の名宛人である当事者の資格は、この訴訟手続の終着点である判決に直結する事項のように思われる。また、別の表現を用いれば、この訴訟手続を利用して、判決を得ることができる者の資格は、同様に、判決に収束する事項といえよう。その意味で、

訴訟手続を利用する権利である訴権の主体たる資格（当事者能力）は、判決に直結する事項であると考えられる。したがって、当事者能力は、優れて、「手続は法廷地法による」という原則になじむ、手続に関連する問題であると思われる。

三 実体権を背景とする当事者能力

（1）民事訴訟法二八（旧四五）条

民事訴訟は、（法的）紛争の解決を目的とする⁽¹⁸⁾。したがって、訴訟に関する個々の事項は、紛争解決に実効性のあるものでなければならない。訴訟の主体たる当事者も、紛争を端的に解決するために、意味のあるものでなければならない。当事者は、その訴訟の結果である判決の名宛人として拘束される。したがって、この判決の拘束力に紛争解決の実効性が担保されていなければならない。もともと、実体権に関する紛争の解決が、民事訴訟の対象である。このため、紛争主体は、通常、実体権の主体となっている。したがって、実体法上の紛争主体 \parallel 訴訟上の紛争主体、すなわち、実体法上の権利の主体 \parallel 訴訟上の当事者という図式が成立する。

もとより、実際には、当事者概念は、旧くは、個別の実体権の権利者を、訴訟上の当事者として扱うという考えに基づく、実体的当事者概念（materieller Parteibegriff）⁽¹⁹⁾が採られていた。この実体権の権利者・義務者のみがそれぞれ、原告・被告となりうるという実体的当事者概念は、実際には、実体法上の請求と訴訟法上の請求が同視されることを基礎とする⁽²⁰⁾。しかし、この概念は、実体権の権利者と訴訟追行者が分裂する場合の説明に苦慮することに

なり、実体権から切断された、訴訟法上に固有な概念である形式的当事者概念 (formeller Parteibegriff) へと移行することで、克服された。⁽²¹⁾

ところで、ここでいう実体法上の権利の主体⇨訴訟上の当事者という図式は、争われる実体権の真の権利者が、訴訟当事者となるということ、すなわち、実体的当事者概念を意味するものではない。真の権利者であるか否かは、本案の問題である。これに対して、先に示した図式は、まさに実体法上の権利の主体になりうる者が、訴訟に当事者として関与するということを表すものに過ぎない。

こうして、実体法上の権利能力の有無が、訴訟法上の当事者能力の有無を決定するということになる。この関係を明らかにするのが、「当事者能力については、民法、その他の法令に従う」と定められている、民事訴訟法二八条である。実体法と訴訟法の関係を切断して、純粹に訴訟法上の問題として、当事者能力を構成することも、論理的には不可能ではない。しかし、このような、訴訟法上の概念として純化する考え方は、当事者能力を実体法に委ねようとする民事訴訟法二八条の存立根拠を、説明できないように思われる。⁽²²⁾

属人法説は、外国の手続法上、当事者能力が認められていることを根拠として、我国にでも当事者能力を有するものとする。そうして、所説は、「我国で当該本国の手続法によれば権利能力が無くても、当事者能力が認められている場合に、我国で当事者能力が認められないという欠陥がある」という点で、法廷地法説には問題があると批判する。⁽²³⁾しかし、属人法説によれば、相手国で実体法上は権利能力が認められないがために、我国でも権利能力を認められない者、すなわち、実体権の主体となり得ないものに対して、当事者能力を認めてしまうことになる。したがって、属人法説の法廷地法説に対するこの批判は、かえって、属人法説自体が有する問題点を示すことになるように思われる。

（2） 一般的権利能力

自然人の一般的権利能力の有無を決定する準拠法については、法廷地の実質法によるとする法廷地法説⁽²⁴⁾、その者の属人法（我国の場合には本国法）に依るとする属人法説（本国法説）⁽²⁵⁾、すべての文明国が等しく自然人に権利能力を認めていることから一般的権利能力の準拠法を論じることが無意味であるとする準拠法指定無意味説などがあつた。このうち、準拠法指定無意味説が、現在の国際私法上の通説である。したがつて、この通説に従えば、一般的権利能力に関して、法例三条を経由して本国法をたどることはあり得ない。訴訟上の地位を、当該当事者の本国実体法によるとする当事者能力に関する法廷地法説は、採られるはずのない考え方といえよう⁽²⁶⁾。当事者能力に関して、法例三条を経由してその者の本国（実体）法をたどらない属人法説が説かれるのは、このような事情も一要因になつてゐるように思われる。

とはいえ、通説である準拠法無意味説は、奴隸制度を有する国があるとしても、人であつて権利能力のない者を認めることは法廷地の公序に反すると説明する⁽²⁷⁾。しかし、自然人の一般的権利能力が認められるときは明確ではないが、他国で否定されるときには、我国の秩序からこれを肯定するというのであれば、結局、我国の秩序が優先している点で、ある意味では、形を変えた法廷地法説ではないかと疑われる。

いま、その疑念を、しばらく措くとしても、例えば、人格の取得・喪失の態様、時期（出生後二四時間は権利能力を取得しないなど）については、なお、問題となる余地がある⁽²⁸⁾。

およそ、自然人に関して権利の主体としての地位は、いずれの国にあつても認められるはずではあるが、これを最終的に保障するのは、その者の属する国家である。国家はその役割の一つとして、これを保障する義務を負うも

のと考える。我国では、ある者が属する国の法を、原則としてその者の本国法とする。したがって、本来は、一般的権利能力は、その者の本国法によるべきであると思われる⁽²⁹⁾。したがって、民法典の「能力」という用語には、権利能力は含まれないという用例には反するが、法例三条にいわゆる「能力」には、権利能力も含まれると考えることも可能なように思われる。とはいえ、現時点では、およそ自然人に権利能力を認めない国はないから、準拠法指定無意味説に立っても、一般的権利能力の有無の判断の結果は、かわらない。

これに対して、法人の権利能力は従属法(属人法)によるのが通説である(むしろ、「権利能力を決定する法を従属法という」と言う方が正確であろう⁽³⁰⁾)。また、法人格取得の問題であることから、設立に関する問題は、この従属法により規律される⁽³¹⁾。したがって、従属法により法人格が認められれば、一般的権利能力が認められることになる。

(3) 個別的権利能力

例えば、胎児の相続、受遺贈、損害賠償に関する請求については、当事者能力を認めるのが民事訴訟法上の通説である。これは、胎児の間でも、権利能力が個別的に認められることを前提とする⁽³²⁾。すなわち、個別的権利能力を前提として、胎児は当事者能力を有することがあり得ることを意味する。

このように、当事者能力の有無の判断には、個別的権利能力の有無をも考慮しなければならない。外国人の当事者能力についても、同様に、一般的権利能力の有無の判断に加えて、個別的権利能力の有無の判断が必要となる。

ところで、個別的権利能力の準拠法に関しては、いわゆる効果法説—当該権利の準拠法に依る学説—が、通説である。個別的権利能力の問題は、個別の権利の帰属主体性、すなわち、当該権利の側から、その権利の主体とし

て、その者を許すか否かの問題である。したがって、当該権利の性質に関わる問題であり、当該権利の準拠法に依るとする通説が、正当であると思われる。

こうして、外国人の当事者能力の有無が、個別的権利能力の有無によっても判断されることがあり得るならば、当事者能力の有無の判断の前提となる、個別的権利能力は、当該権利の準拠法に依ることとなる。外国人の当事者能力に関する法廷地法説は、先に見たとおり、法例三条を経由して、問題となっている当事者の本国法により、その者の権利能力の有無を判断するとする。しかし、この点で、法例三条を経由することのみを考慮し、そのために、一般的権利能力のみを前提にするかに見える法廷地法説には、その考慮に欠落する部分があるように思われる。

個別的権利能力は、一般的権利能力の有無に関わりなく、その有無が考えられる。換言すれば、一般的権利能力が認められる場合で、個別的権利能力の有無が問われるときと、一般的権利能力が認められない場合で、個別的権利能力の有無が問われるときとがあり得る。具体的には、まず、一般的権利能力を有している場合で、個別的権利能力も有しているとき。次に、同じく、一般的権利能力を有している場合で、しかし、個別的権利能力は有していないとき。さらに、一般的権利能力を有していない場合で、個別的権利能力を有しているとき。また、同じく、一般的権利能力を有していない場合で、個別的権利能力も有していないときの四つの類型に分別される。

このうち、第一の類型である、一般的権利能力を有している場合で、個別的権利能力も有しているときには、当事者能力が実体権の主体となりうる地位を前提にするという考え方からは、当事者能力が肯定される。

次に、第二の類型である、一般的権利能力を有している場合で、しかし、個別的権利能力は有していないときは、実体権の主体とはなりうるが、当該権利の主体となり得ないことになる。実体権の主体となりうる地位を有す

る点で、当事者能力は肯定される。尚、このときに、個別的権利能力の有無は、本案の問題となる。換言すれば、個別的権利能力がないことを理由として、当事者能力が否定され却下の判決が下されるのではなく、当該権利を、結局は、有していないことを理由として、本案判決が下される（個別的権利能力を有しない者が、当該権利の自己への帰属をめぐって、原告となる訴では、請求が棄却されるが、個別的権利能力を有しない者を被告として、当該権利が原告に属することを確認する訴であれば請求は認容される）。

例えば、外国人には取得できない鉱業権の帰属を争う場合には、そもそも、権利の帰属主体になり得ないと同時に、その鉱業権を有するはずがないということになる。この場合に、実体権の主体になれないことを理由として、当事者能力を否定し、訴訟要件に欠けるため訴えを却下するという扱いと、そもそもその鉱業権を有するはずがないことを理由として、請求を棄却するという扱いとが考えられる。

このように、同一の問題が、訴訟要件の存否と請求の理由の存否とのいずれにも関わる場合に、訴え却下の判決に代えて、請求棄却の判決を下すことの可否、いわゆる「請求の先熟」の扱いについては、訴え却下の判決に代えて、請求棄却の判決を下すことはできないとするのが通説である。ただし、無益な訴訟の排除や、被告の利益の保護を目的とする訴訟要件に関しては、即時に棄却判決を下す方がこれらの要件の趣旨に合致するとする反対説がある⁽³³⁾。そして、所説は、当事者能力もこうした扱いを許す要件の一つであると⁽³⁴⁾する。しかし、本案判決を受ける資格のない者に、これを与えることは不当であろう。とりわけ、当事者能力は、いわゆる訴権要件（訴訟要件）⁽³⁵⁾であって、棄却判決を与えることは当事者の訴権侵害といえる。したがって、通説が正当であるように思われる。

とはいえ、一般的権利能力が既に認められている（実体権の主体となることが認められている）ときには、個別的権利能力を有していなくても、当事者能力を肯定するための条件である、実体権の主体となる地位は、肯定され

ている。したがって、この場合には、当事者能力を有する者として、本案の判決をしてよいものと考ええる。

このような意味で、個別的権利能力は、存在するときには訴訟要件として機能する可能性があるが、これが不在のときには訴訟要件とならず（一般的権利能力がある場合）、本案の裁判に関わる事項となるという特殊な性質を持つ。

さらに、第三の類型である、一般的権利能力を有していない場合で、個別的権利能力を有しているときには、一般的には当事者能力を認められない筈である。しかし、当該実体権の主体とはなりうるから、その権利に関する訴訟の限りで当事者能力が認められる。

加えて、第四の類型である、一般的権利能力を有していない場合で、個別的権利能力も有していないときには、いずれにしても実体権の主体となり得ない。したがって、実体権を背景とする当事者能力は認められない。

したがって、実体法上の権利の主体となりうるか否かという観点からは、一般的権利能力、又は、個別的権利能力のいずれかが認められるときには、当事者能力を肯定することができる。また、いずれもが、認められない場合には、少なくとも、民事訴訟法二八条に基づいて、当事者能力を認めることはできないことになる。

民法二条、三六条のようないわゆる外人法の規定は、争われる権利の準拠法が日本法であるときに適用される⁽³⁶⁾。

民法三六条一項の「認許」を、外国法人一般に関しては、原則として法人格を認めず、本条に該当するときのみ、その法人格一般を認めるとする旧い考え方もある⁽³⁷⁾。他方、現在の通説は、当該外国法人が、法人として活動するための法人格の承認であるとする⁽³⁸⁾。したがって、これら外人法の規定は、我国での個別的権利能力の存否の判断の基準として機能する。

法人についても、一般的権利能力が認められる場合には、個別的権利能力の有無によって、当事者能力が否定さ

れることはない。他方、一般的権利能力がない場合でも、個別的権利能力が認められるときには、その限りで当事者能力が肯定される。さらに、一般的・個別的権利能力のいずれもがないときには、本条に基づいて当事者能力が肯定されることはない。但し、この場合でも、次に述べる、民事訴訟法二九(旧四六)条に基づいて当事者能力が認められる可能性がある。

四 訴訟法に固有の当事者能力—民事訴訟法二九(旧四六)条

(一) 形式的当事者

一般に民事訴訟法二九条に定められる当事者を、形式的当事者という。これは、実体権の主体となりうる地位である、権利能力概念から切斷されて、訴訟法上固有に確立された当事者であるためとされる。しかし、訴訟は実体権の実現に向けられている制度である。このため、実体権から全く切斷された、実体権の主体となる可能性が全くないものを名宛人とする手続を構築することはできない。したがって、たとえ、不確定なものではあっても、実体法上の権利の帰属主体として、存在していると認めるべきである。⁽³⁹⁾この点について、民事訴訟法旧四六条の立法者も、実体法上、不確定な実在ではあるが、その限りで、当事者となることを許す制度との認識を持っていたように伺われる。⁽⁴⁰⁾

したがって、ここにいわゆる形式的当事者とは、訴訟法上に固有の概念として、実体法の権利主体性と完全に切斷された訴訟当事者を、想定しているものではない。「代表者・管理人の定めのある権利能力なき社団(又は財

団」は、権利能力を有しない点で、実体権の主体としては不確実さが残る実在である。しかし、訴訟法上はその団体の名で、訴訟当事者という明確な地位を与えられるという意味で、明確さを与えられる点についてのみ、訴訟法に固有の制度であるということにはかならない。形式的当事者という用語はその点で、必ずしも適切でないように思われる。⁽⁴⁾

こうして、「代表者・管理人の定めのある権利能力なき社團（又は財団）」は、実体的には不確実な実在ではあるが、ある程度の、権利の帰属点としての、実体法上の地位を認められていると考える。さらに、その団体としての結合が弱まり、その不確実さが深まれば、その団体が訴訟に登場するための制度として、選定当事者（民事訴訟法三〇条）制度が用意されている。団体の結合、独立性の度合いと関連するその団体の実在の不確実さは、程度の問題であり、質的な差異ではない。したがって、二九条と三〇条に定められる両制度は、連続する制度である。

（2） 判決の効力

民事訴訟法二九条に定められた当事者を主体として判決が下されると、実体法上の不確実な実在を主体としているために、その判決の拘束力を、当事者となった団体のみに限定するか、その構成員にも及ぼせるのかという点が問題となる。二九条と三〇条の連続性からは、代表者ないしは管理人を選任した行為を、三〇条に定められる選定当事者を選定した行為と同視することも考えられ得る。立法者は、この判決の拘束力を団体の構成員に及ぼせるべきか否かの判断を留保しているように見受けられる。⁽⁵⁾ 結局、問題となったのは、団体の構成員に判決の拘束力が及ぶことで、構成員に無限の責任を負わせてしまう虞を回避することであった。

しかし、構成員に対して判決の拘束力が及ぶとしても、執行される財産を団体に帰属するものに限定すれば、有

限責任の構成員に無限の責任を負わせる虞を回避することもできる。このため、立法者は、この問題を執行の問題として解決すべきものとして、本条の草案を作成したようである。⁽⁴³⁾しかし、この点はその後必ずしも十分な手当てをしたものとはいえず、問題は決着を見ていない。⁽⁴⁴⁾したがって、判決の名宛人である当事者の本体を、明確に示さずに、または、その制度的な手当てをせずに立法した結果、本条は、実体法上に不確実な実在を主体として扱うという要請に十分に応えるものとはなっていないように思われる。⁽⁴⁵⁾

(3) 外国法人の当事者能力

当該団体に法人格が認められる場合には、民事訴訟法二八条が適用されて当事者能力が肯定される。これに対して、権利能力が認められない場合には、本条の適用の可能性がある。その適用に関しては、既に指摘したとおり、手続は法廷地法によるべきであるため、法廷地の手続法として、直接適用される。⁽⁴⁶⁾

他方、当事者能力に関する属人法説に立つ場合には、これを徹底させれば、当該属人法上、当事者能力を認められないときには、我国で認められることはないことになる。⁽⁴⁷⁾

また、属人法説に立ちながら、訴訟能力に関する民事訴訟法三三(旧五一)条を、国際民事訴訟法Ⅱ手続に関する涉外法的抵触規定ととらえて、この趣旨を当事者能力にも拡張する見解もある。⁽⁴⁸⁾しかし、訴訟能力は、当事者能力と異なつて、実体権の背景を必ずしも必要とするものではない。その意味で、本来異質なものである当事者能力の取扱いに、訴訟能力の規定を準用、類推することには疑問が残る。⁽⁴⁹⁾

ところで、属人法説及び折衷説は、ともに、外国手続法上の当事者能力が認められれば、我国での当事者能力を認めることになる。しかし、その管理権・代表権は、実体法上の権利の帰属点としての性格によって、決定される

管ものである。外国法手続法上、当事者能力が認められるというだけでは、その実体的な帰属点としての性格を把握できず、従って、管理権・代表権の態様を把握できない。この場合には、その管理権・代表権の内部構造が正確に把握されないために、その団体の構成員の手続権の保障に欠ける虞が否定できない⁽⁵⁰⁾。

五 おわりに

訴訟手続の出発点である国際裁判管轄の問題から、その終点とも言える外国判決の承認の問題まで、渉外的要素を含む訴訟から発生する問題は多い。国の枠組みにとられず活動する個人・企業などが、安全、円滑に活動できるようにな機構の構築が望まれる。

本稿では、こうした解決すべき問題の内から、特に、外国人の訴訟上の地位に関連する問題として、外国人の当事者能力について考察した。

本稿で得られた結論は、以下の通りである。

イ. 我国の裁判所に提起されている渉外的要素を含む事件に関しては、我国の実体的抵触規則である国際私法が適用されると、同一の平面で、手続的抵触規則である国際民事訴訟法が適用される。

ロ. 訴訟手続は、当事者及び裁判所がする手続的行為の連鎖であるために、後行する行為は、先行する行為に矛盾・抵触することを許されない。このため、手続における個々の行為が全体として整合性を求められ、訴訟手続は斉一性を必要とする。したがって、手続的な単位法律関係毎に、すべて法廷地訴訟法を準拠法として指定してしまいうことになる。その意味で、手続的抵触規則としての国際民事訴訟法の内容は、まさに、「手続は法廷地法による」

という原則のみを内容とする。

ハ、ここにいわゆる「手続」とは、実体と手続が背反するものではないから、実体か手続かという、二者択一的な判断になじむものではない。むしろ、実体に関わる事項であるか否かとは無関係に、手続に関する事項であるか否かを問えばよい。そうして、このような視点から、当事者能力は、実体に関連するか否かとは無関係に、ここにいわゆる「手続」に該たる。

ニ、民事訴訟は、(法的)紛争の解決を目的とするから、訴訟の主体たる当事者も、紛争を端的に解決するため、意味のあるものでなければならぬ。実体権に関する紛争の解決が、民事訴訟の対象である。このため、紛争主体は、実体権の主体であり、実体法上の権利能力の有無が、訴訟法上の当事者能力の有無を決定する。

ホ、およそ、自然人に関して権利の主体としての地位は、いずれの国にあっても認められるはずではあるが、これを最終的に保障するのは、その者の属する国家である。国家はその役割の一つとして、これを保障する義務を負う。したがって、一般的権利能力は、その者の本国法によるべきである。これに対して、法人の権利能力は従属法(属人法)による。

ヘ、当事者能力の有無の判断には、個別的権利能力の有無をも考慮しなければならない。実体法上の権利の主体となりうるか否かという観点からは、一般的権利能力、又は、個別的権利能力のいずれかが認められるときには、当事者能力を肯定することができる。また、いずれもが、認められない場合には、少なくとも、民事訴訟法二八条に基づいて、当事者能力を認めることはできないことになる。

ト、民事訴訟法二九条の「代表者・管理人の定めのある権利能力なき社団(又は財団)」は、実体的には不確実な実在ではあるが、ある程度の、権利の帰属点としての、実体法上の地位を認められている。

- (一九八二年)、松岡「涉外訴訟事件における当事者」講座民事訴訟3一七九頁(一九八四年)。
- (5) 藤田「いわゆる『国際民事訴訟法』なる概念の有害無用性について」判タ二八三号三九頁(一九七三年)は、「日本の裁判官は、余計な心配をせず、民事訴訟法をそのまま適用していればよい」とする。
- (6) 山本・前掲(注3)三九七頁は、正当にも、「国際民事訴訟法とされる法領域が実際にはきわめて限定されるとしても(極端な場合、全く存在しなくても)」、国際民事訴訟法という概念を一応定立して検討しておく必要があるとする。
- (7) 櫻田「『手統は法廷地法による』の意義」国際私法の争点「新版」二二七頁(一九九六年)。また、澤木「『手統は法廷地法による』の原則について」立教法学一三三号四八頁(一九七四年)には、手統的実質規定として、訴訟費用の担保、外国でなす送達および証拠調、外国判決の承認、訳文の添付、外国公文書の真正の推定などを、また、手統的抵触規定として、外国人の訴訟能力、外国における証拠調べの効力を挙げられている。
- (8) 山田(録)ジュリスト一九九号六九頁(一九六〇年)。
- (9) 国際民事訴訟法は、手統として評価された事項に関して適用されるものである。澤木・前掲(注7)論文五〇頁は、「手統は法廷地法」という原則が、実体であれば(実体関係を規律するという意味での)国際私法、手統であれば、国際民事訴訟法と言う振り分けのために機能する原則であるという、国際私法と国際民事訴訟法との上位概念であるとする考え方を、歴史的観点から批判する。
- (10) 櫻田「渉外的法律行為における証拠・証明方法の制限規定の解釈について」法学論叢一三二巻四・五・六号一四四頁は、手統的抵触規則の内容としての、「手統は法廷地法」という原則には、尚、検討を必要とするとする。
- (11) 澤木・前掲(注7)論文三九頁、櫻田・前掲(注7)二一六頁。
- (12) 例えば、「人の集合体を社団という。」「財物の集合体を財団という。」という判断基準から生じるのは、「人の集合体」、「財物の集合体」、「人と財物の集合体」の三種類であろう。あえて事項の集合体を、二個の別個の集合体に分別する必要があるならば、判断基準は一つでなければならぬ。例えば「土地及ヒ其定著物ヲ不動産」として、「此他ノ物」を動産とするのは、両者を集合体として、二個に分別するためである。この場合には、不動産か否か、動産か否かという判断ではなく、不動産か否かという一個の判断基準のみだけ存在する。
- (13) 兼子「実体法と訴訟法」一〇三頁(一九五七年)。

- (14) 渡辺「涉外判例研」ジュリスト八七三号一〇五頁（一九八六年）、奥田「涉外判例研究」ジュリスト一〇二〇号一七一一頁（一九九三年）、野村「重要判例解説」平成四年度二八九頁（一九九三年）。任意的訴訟担当に関しては、訴訟のみを目的とする授權が許されず、実体の管理処分権を前提として要求されているのは、任意的訴訟担当が手続の問題であると同時に、実体の問題でもあるからに外ならない。換言すれば、任意的訴訟担当が許されるのは、その背景に当該担当者が、問題となる財産に対する実体権としての管理処分権をも有しているからである。
- (15) 井之上「国際私法における外国手続法の適用について」大学院研究年報（中央大学）一五号一—二三六頁（一九八六年）は、事柄の機能からいずれの法律に服するべきかを決定するとする。さらに、山本・前掲（注3）は、手続が実体かという法律関係の性質決定の場面で処理されてきた問題を指摘して、むしろ、「手続は法廷地法による」という原則を廃して、個別の事項ごとに判断することを提唱する。
- (16) 高桑「外国法人の当事者能力」ジュリスト重判（昭五〇年度）六一五号二九頁（一九七六年）は、当事者能力を属人法と法廷地法のいずれに帰属せしめるかは、「根本的には立法政策としていずれを採ることが望ましいか、或いは少なくとも妥当かという価値判断の問題であって、『論理的』に導き出したり、或いは民事訴訟法の条文の解釈によって導き出すことのできる問題ではない」とする。
- (17) 澤木「実体と手続」国際私法の争点「新版」二二四頁（一九九六年）は、「各制度が私権の実現過程において果たしている機能や目的の上に立って、法廷地独自の立場から性質決定をしていくより方法がない」として、個別の検討の必要性を強調する。
- (18) 民事訴訟制度の目的については、いわゆる紛争解決説が通説である。兼子「新修民事訴訟法体系」増補版「二八頁（一九六五年）、三日月「民事訴訟法」六頁（一九五九年）、小山「民事訴訟法」四頁（一九八四年）。尚、伊東「民事訴訟法の基礎理論」六頁（一九七四年）。
- (19) 我国では必ずしも、明確に論じられていないが、実体権を有するものが当事者となるという考え方である。Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl. s 200 (1993). 尚、兼子〓松浦〓新堂〓竹下条解民事訴訟法一七頁（一九八九年）は、「権利義務の帰属主体を訴訟の主体（当事者）にし、これに対し判決すること………を実体的当事者能力と呼び、権利能力を基礎とせず、訴訟法の規定のみによって認められた形式的当事者能力と区別する」とする。こ

こでの説明は、係争の対象となる個別の権利の帰属主体であるか否かではなく、一般的に権利の主体となるか否かが問われている点で、いわゆる実体的当事者概念とは異なるものである。

(20) 特に当事者恒定を採用するドイツでは、係争物の移転に伴って、実体権の権利者と訴訟追行者が分裂することになるため、既判力の基準時を操作する方法や、譲り渡し人の実体権を技巧的に構成するなどの方法が試みられたが、結局、実体権の権利主体と、訴訟法上の当事者を切断する形式的当事者概念によって、ようやく問題が克服された。

(21) 例えば、菊井・松村全訂民事訴訟法Ⅰ「追補版」二〇六頁(一九八四年)は、「当事者とは、実体法上の権利関係とは無関係な、訴訟法上の純粋な形式概念である」と説明する。

(22) 煖場「涉外判例研究」四三五号一三九頁(一九六九年)は、旧民事訴訟法四五条及び四六条に関連して、「……：権利能力と当事者能力とは同一の現象の二つの側面であり相互浸透的相関関係にあることも否定できない。とはいえこれを不当に強調して両者を同一視したり、実体法的側面を不当に重視して『依存関係』にまで極論することは、実質法上の議論としても適切ではない。」として、相互に独立したものとして、把握することが、妥当であるとすると、旧四五条(現行二八条)を、立法技術上の簡便な表現方法に従うための借用技術に依ったものであるとする。しかし、問われているのは、なぜその借用が許されるのかであろう。また、山田(鏡)・前掲(注4)三二〇頁以下は、訴訟能力が当事者能力を前提とするものであることを理由に、訴訟能力と同様の扱いをするべきであるとした上で、実体法と訴訟法の独自の構成を認めることを、実体法上の権利能力と同視する見解を持ち込むことは妥当ではないとする。しかし、独自の法制度が相互に依存しあうことも有りうるから、独自であることを理由として、両者をことさらに異なる原則によらしめる根拠としては、決定的ではないように思われる。

(23) 煖場・前掲(注22)一三九頁。

(24) 例えば、山田(三良)国際私法四六二頁(一九四〇年)は、「内国人たると外国人たるとを問はず自然人は凡て人格を有すとは、我國公法及び私法の根本原則とするところである。……：此の根本原則こそは我國の公益上絶對的に維持せざるべからざる重大法則であるから、外國人の人格の存否如何は、其本國法の如何を問はず、専ら我國の法律に依って之を決定すべきものである。」として、人格の存否を問題とする国の法によるべきこと、すなわち、法廷地法の適用を主張する。

(25) 例えば、山口・日本国際私法論「分冊第一」一七七頁(一九一六年)は、「人ノ本國法ニ依リテ人格存在ノ問題ヲ決定セ

- サル可カラス（本國法説）思フニ我法例ノ精神モ亦此處ニ存スルコトハ其ノ第六條ニ徴シテ明ナリ」とする。さらに、人格の發生についても準拠法を定める必要があることを示し、「國際私法ニ於テ特ニ之ヲ定メスト雖モ人格ノ存在カ人ノ本國法ニ依リテ定ムル以上ハ其發生ノ問題カ同一ノ法律ニ依リテ解決セラルヘキハ固ヨリ當サニ然ルヘキ所ナリ」とする。
- (26) 本稿の焦点から、はずれるが、敢えて付言すれば、法例三条はさらに、限定的に解釈されていて、年齢に関する財産的行為が能力のみを單位法律関係とするのが通説である。したがって、法例三条を經由する行為が局限されており、行為能力の有無は、その殆どが法例三条を適用して決定されない。したがって、「法例三条を經由して当該当事者の行為能力の有無を決定し、これによって我國での訴訟能力の有無を決定する。」という考え方も、そもそも採られるはずがないということになる。
- (27) 例えば、山田（鏡）『澤木・國際私法講義八一頁（一九八七年）』は、「人であって一般的権利能力のない者を認めることは、法廷地の公序に反する」とする。
- (28) この点について、効果法による考え方もある。例えば、スイス國際私法三四条二項。しかし、これは、一般的権利能力についてかつて主張された準拠法説（例えば、ゲープハルト草案五条）に接近するものであろう。
- (29) 溜池「國際私法講義」（一九九六年）二四六頁は、一般的権利能力が問題となることは殆どないとしながら、問題になるとすれば屬人法（本國法）によるとする。同旨、櫻田・國際私法「第二版」一四六頁。ただし、権利能力の始期などは、効果法によるとする。しかし、一般的権利能力は、継続的に存在するものなので、始期と終期こそが、その最も重要な問題のように思われる。これを効果法によるのでは、一般的権利能力を認めないことと同様ではないかと、疑われる。
- (30) 山田（鏡）『國際私法（有斐閣）二〇三頁（一九九五年）』。
- (31) したがって、設立準拠法説によれば、「権利能力を付与する国の法（設立準拠法）によって権利能力が付与される」という、自家撞着にすぎない。他方、本拠地法（住所地法）説に依れば、本拠地の法が権利能力を与えるが、それは、設立をも規律することになる。換言すれば、本拠地における設立を要求することに他ならない。設立地と本拠地を一致させるべきかは、実質法上の問題であり、抵触法の問題ではない。したがって、本拠地法説は抵触法上の考慮に、実質法上の価値判断を持ち込むものに他ならない。なお、検討を要するがここでは詳述しない。
- (32) とはいえ、民法上は、生命をもって生まれたときに権利能力の効果が胎児であったときにまで遡るといふ停止条件説が

通説である(また、裁判例として、母が胎児の懐胎中にその胎児の代理人として父に対する不法行為者と和解することはできないとする、大判昭七・一〇・六民集一卷二〇三頁がある)。この民法上の通説によると、実際には胎児の間は権利能力を享有しないから、「胎児」の間に当事者となり、法定代理人による訴訟追行は許されないことになる。したがって、民事訴訟法上の通説と異なる結論となるように思われる。他方、近時有力に主張されている、胎児の時期から個別的に権利能力を享有しており、生命をもって生まれなかったときには遡って権利能力を失うとする、いわゆる解除条件説を、採る場合には、胎児中にも当事者能力が認められることになる。

(33) 鈴木(正)「訴訟要件と本案要件との審理順序」民商法雜誌五七卷四号五〇七頁。

(34) 鈴木(正)前掲(注33)五二一頁は、この扱いが許される要件として、「任意管轄、専属管轄、当事者能力、出訴期間、二重起訴の禁止、訴訟中の提起の要件」などを、挙げる。

(35) なお、旧い裁判例であるが、確認の利益が欠けていることを理由として請求を棄却した原判決を、不服としてなされた上告に依りて、これを棄却した事例として、大判昭一〇・一二・一七民集一四卷二三号二〇五三頁がある。この点に関する判旨は、「爾余ノ訴訟要件ソレソレハ独自ノ理由ニ基キテ之ヲ要件トスルカ故ニ其具備セサルニ拘ラス本案判決ヲ敢テスルハ違法ヲ免レスト雖モ、独リ夫ノ権利保護ノ必要ト云フ要件ハ、濫リニ訴ヲ提起シ以テ徒ラニ被告ヲ煩ハシ好ンテ事端ヲ繁クスルコトヲ防クニ在ルヲ以テ、今若シ本案ノ理由無キコトカ先ツ判明シタル場合ニ於テ直ニ其旨ノ判決ヲ為ストキハ、這ハ却ッテ再訴ノ門ヲ長ニ杜絶シ以テ徒ラニ被告ヲ煩ハシ好ンテ事端ヲ繁クスルノ患ヲ未然ニ防クニ在ルヲ以テ最根本的ノ手段ニ外ナラサレハナリ」とする。これに対して、兼子「判例評釈」判例民事法昭和一〇年度五四九頁(一九三六年)は、「……確認の利益の如き所謂権利保護要件は、……私人をして如何なる場合に国家の訴訟制度の利用を許すべきかの訴権の要件である点で、裁判権の存在(民事訴訟事項に属すること)等の要件と同質のものであり、又単に本案の審理に入るに当たって一応認められれば足るのではなく本判決を為す当時に存することを要する事項である……。」として、判旨に反対する。

(36) 外人法と抵触法の適用の關係に関しては、十分な検討を必要とするが、本稿の焦点からはずれるので、詳述しない。

(37) 例えば、梅・民法原理一七七頁(一九〇二年)「國國ノ行政區畫及ヒ商事會社ハ日本ニ於テ之ヲ認ムト云フニ在リ」として、外国法人一般に関しては、これを認めず、本条に該当するときのみ、その人格を認めるとしている。

- (38) 但し、国内の活動の種類については、設立目的に適う事業の遂行に限るとする考え方（川上・判例国際私法五七頁（一九六八年）や、単なる偶発的行為や、一時的な行為は認許と無関係であるとする考え方（岡本「外国法人の認許」国際私法の争点八三頁（一九八〇年）などに、分化する。
- (39) 例えば、森泉・団体の法の諸問題七三頁（一九七一年）は、社団の法律関係を単純化、明確化するためにも、社団の法律関係を処理するために、「社団自体のうちに法律関係の帰属点が存在することを認めなければならない。」と明示する。さらに、鍛冶「権利能力のない社団と民法上の組合」遠藤川井西原・新演習民法総則物権六九頁（一九八九年）は、民事訴訟法二八（旧四六）条を、根拠として権利主体性を説く。
- (40) 法曹会編・民事訴訟法改正調査委員会速記録一〇二頁（一九二九年）は、草案四三条（旧民事訴訟法四六条に該当）について、「現今においては法人に非ざる社団と云ふものがある、財團と云ふものもあると思ふ斯う云ふもの當事者能力と云ふものは矢張り極めて置いた方が明白で宜からう」（松岡）として、社会的実在を前提として、當事者能力を定める趣旨であったことが伺える。
- (41) 兼子川松浦新堂竹下・前掲（注19）一一〇頁は、同様の理由から、「形式的當事者」という用語に、疑問を呈する。
- (42) 法曹会編・前掲（注40）一一九頁以下。特に、一二〇頁では、「強制執行の所でそれを含むと云ふことになる」（小山）という意見に対して、「強制執行の問題だらうか、判決の効力ではないか」（原）と反論があるが、「我々の方で強制執行の所で極めやうと考えて居る」（松岡）という意見が大勢を占め、問題が強制執行の所で考えられることになったようである。
- (43) 法曹会編・前掲（注40）一一一頁では、「若し實體法が有限責任と云ふことであれば其判決は、例へば原君が辯護士協會の代表者の場合に原君の私有財産の強制執行にはいかぬが、實體法で無限責任になれば、原君の私有財産に對して行く、けれどもどう云ふやうに極めるか、さう云ふことは強制執行の方へ往つて問題にして此所では財團なら財團だけの財産に對してのみ強制執行をする、それから判決も其前に於いてやると云ふことに極めて置けば夫れでも宜い。」（加藤）とある。
- (44) たとえば、権利能力なき社団の不動産登記申請人資格について、これを否定する裁判例として、東京高判昭二七・一・二八高民集五卷九号三五三頁、東京地判昭四一・三・三〇判時四五九号五六頁、最判昭四七・六・二民集二六卷五号九五七頁などがある。これに對して、実体法上の物權變動の主体となることから、権利能力なき社団も登記請求権を有するとする学説として、星野「いわゆる『権利能力なき社団』について」民法論集第一卷三〇一頁（一九六七年）、於保「権利能

力のない社団の法律関係」法学教室一号二五頁(一九六一年)などがある。

(45) 唯一、考えられる方法は、三〇条に引き寄せて、構成員を選定者として、判決の拘束力に服せしめるという解釈であろう(民事訴訟法一一五条二号)。しかし、その場合には、不確実な実在を不確実なまま訴訟に登場させようとした社会的な要請に応えようとする本条の趣旨は失われる。尚、同様の解決を実体法の平面で行うとすると、当該財産を信託と構成することになるか。信託説については、末広「団体財産と信託法理」民法雑記帳下「復刊」七三頁以下(一九八五年)。

(46) 兼子・前掲(注12)、実体法と訴訟法九頁、青山・前掲(注2)、二〇三頁、菊井・村松・前掲(注21)、二六七頁、小林・前掲(注2)、国際取引紛争一二九頁、石黒「外国人の訴訟上の能力」新・実務民事訴訟講座Ⅶ八三頁(一九八二年)など。

(47) 土井・前掲(注3)「涉外判例研究」ジュリ二三五号八四頁。山本・前掲(注3)は、当事者能力を、手続は法廷地法によるべき意味での、手続にはあたらないとする。こうした考え方には疑問があることは、既に述べた。さらに、民事訴訟法二九(旧四六)条もまた、実体権の帰属主体であると、正当にも指摘しながら、相手国の手続法を参照するという態度にも疑問が残る。

(48) 山田(鐮)・前掲(注4)三一頁。なお、澤木「判例評釈」判例評論二五五号三〇頁(判時九五七号一六八頁)(一九八〇年)は、特に権利能力なき社団は設立をしているとは言えないことがあることから、設立準拠法を従属法とすることに困難があることを理由に、これに代えて業務中心地法を補充的に採用するとする見解がある。この場合には、その業務中心地が我国にある場合には、民事訴訟法二九(旧四六)条により当事者能力が認められることになる。

(49) 訴訟能力は、訴訟上の効果を発生させるための要件であり、必ずしも実体権の帰属と帰を一にする必要はない。民事訴訟法二八条は、当事者能力と訴訟能力の両者を、その規定方法の便宜から、同一の規定で扱うに過ぎない。外国人の訴訟能力については、本稿に接続する問題として、さらに、年齢に関する財産的行為能力に限定するという法例三条の通説的な解釈に対する、疑念の検討をも含めて、別稿を予定しているのでここでは触れない。

(50) 青山・前掲(注2)二二三頁。