

新たな選定当事者制度の救済構造について

川嶋, 四郎
九州大学大学院法学研究科教授

<https://doi.org/10.15017/2152>

出版情報 : 法政研究. 66 (2), pp.153-182, 1999-07-01. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

新たな選定当事者制度の救済構造について

川 嶋 四 郎

- 一 はじめに
 - 1 選定当事者制度の沿革とその変革
 - 2 「選定参加」による救済形成過程への関与
- 二 改正経緯の概略
- 三 「選定参加」手続とその救済構造
 - 1 「選定参加」の意義
 - 2 共同の利益の含意
 - 3 著しく訴訟手続を遅滞させないこと等の要件
 - 4 その他
- 四 おわりに

一 はじめに

1 選定当事者制度の沿革とその変革

今次の民事訴訟法改正において、当事者関連項目ほど失望させられた項目は、ほかにないように思われる。それは、解釈の技法により対処可能な問題局面を数多く含んでいる点を差し引いて考えても、大山鳴動鼠一匹の観さえある。しかしながら、その中であつて、選定当事者制度の拡充は、価値ある改正のひとつと評価することができる。

選定当事者制度は、多数当事者訴訟において、共同の利益を有する多数の者の中から選定当事者を選んで訴訟追行権限の授権を行うことにより、その選定当事者が、選定者全員のために当該訴訟を進行できるようにするものである。法が認めた任意的訴訟担当としての意義をもつこの制度は、今次の法改正で、新たな手続利用の局面が開かれることにより、その機能の拡大が企図されたのである。

新民事訴訟法（以下、単に「新法」と記す）には、「係属中の訴訟の原告又は被告と共同の利益を有する者で当事者でないものは、その原告又は被告を自己のためにも原告又は被告となるべき者として選定することができる。」とする新たな条項（新法三〇条三項）が、従来の選定当事者手続に付加する形で組み込まれたのである。この手続は、一般に「追加的選定」と呼ばれている。⁽¹⁾

確かに、民事訴訟法改正に着手された当初、特に当事者関連項目としては、例えば、団体訴訟制度などのように、少額多数被害に適切に対処するための新しい制度の創造を期待させる記述が、『民事訴訟手続に関する検討事項』⁽²⁾の中に看取できた。しかし、新法制定の過程で、この領域における手続創設の可能性が徐々に消え、最後に残ったもの

のひとつが、この「追加的選定」の規定である。それゆえこれは、例えば、製造物責任法等の実体法の整備などを背景として、大規模訴訟に関する特則⁽³⁾(新法二六八条、二六九条。新民事訴訟規則(以下、単に「新規則」と記す)一六五条ないし一六七条)や少額訴訟に関する特則⁽⁴⁾(新法三六八条ないし三八一条。新規則二二二条ないし二二三条)、および、その他個別手続規定の新設(例、損害額の認定(新法二四八条)等)などとともに、従来必ずしも十分な救済を得ることができなかった紛争当事者に光明をもたらすものであり、未知数ながら将来の展開可能性をも秘めているとすることができると言える。この点で、選定当事者制度の拡充は、今次の改正における注目すべき手続上の成果のひとつに数えられるのである。

元来、選定当事者制度は、明治二三年(一八九〇年)制定の旧々民事訴訟法やその母法であるドイツ民事訴訟法(一八七七年)には規定がなく、沿革的には、イングランド法上の代表訴訟(representative action)や濫訴防止訴状(bill of peace)の制度に由来するとされている⁽⁵⁾⁽⁶⁾。この制度は、大正一五年(一九二六年)の法改正(以下、この旧民事訴訟法を、単に「旧法」という)のさいに、法人でない社団等の当事者能力についての規定(旧法四六条・新法二九条)とともに新設されたものである。その理由書⁽⁷⁾によれば、入会関係訴訟などを例示しつつ、一般に多数当事者訴訟の場合には手続が煩雑にならざるを得ないところ、この制度は、「訴訟手続ノ簡捷ヲ図ル」ために「極メテ適切」なものになることが期待されていた⁽⁸⁾。確かに、共同訴訟人全員が個別に訴訟行為を行う場合と比較すれば、選定当事者のみが当事者となる場合には、手続が単純化され、しかも、判決効が選定当事者だけでなく選定者にも及ぶ(旧法二〇一条二項・新法一一五条一項二号)ので簡便でもある。選定当事者制度は、このように、元来主として訴訟手続の円滑な進行を阻害する要因をできるだけ除去するという制度設営者である裁判所側の利益追求を目的としたものであった。例えば、共同訴訟人が多数存在すれば、送達事務が繁雑になり、弁論が複雑になり、当事者全員が法

廷に入り切れないこともある点などが指摘され、訴訟中各人に中断事由が発生すれば、通常共同訴訟では、当事者の足並みが揃わなくなったり、また、必要的共同訴訟の場合には、全訴訟の進行が阻害されることになるという難点が、挙げられていたのである。⁽⁹⁾

ただ、訴訟手続の煩雑さの回避は、同時に紛争当事者にとっても利益となるとも考えられるのであり、選定当事者制度の創設自体、新たに活用可能な救済手続を紛争当事者に提供したのとも考えられた。しかし、それにもかかわらず、旧法下において必ずしも市民に広く利用されて来たわけではなかった。その原因として、多数当事者訴訟の単純化は当事者が共通の訴訟代理人を選任することでもある程度は可能となることや、選定の要件が厳格であることだけではなく、より本質的に、訴額等とも関係するが、紛争当事者の多くが自ら当事者として訴訟追行を行う情熱を有している場合が少なくないと、通常考えられることや、さらには、共同訴訟人間で手続、争点および救済内容等の諸点で意見の一致を見られない場合も少なくないと考えられることなどを、⁽¹⁰⁾ 挙げるのである。

このような選定当事者制度をめぐる基礎的な手続環境とその実践的な評価の下で、今次の改正は、「追加的選定」手続の創設により、ともすれば制度側の効率的運用の一手法とも見ることができると選定当事者制度に、新たな展開可能性の契機を与えた。それは、これまでは第二次的かつ潜在的には存在したものの必ずしも公認されてはこなかった紛争当事者の多様なニーズを、訴訟に汲み上げるための手続を、創設したのである。これは、紛争当事者の紛争処理に寄せる思い、就中訴訟というものの捉え方や感じ方は多様であることを前提として、自ら当事者（特に原告）の地位に就くのは願い下げだが、共同の利益に関する事件における多数の紛争当事者の中の誰かが訴訟追行してくれるなら、自分もその手続を通じて救済形成に関与したい、と考える紛争当事者の存在を、肯定することから始まる。そして、「追加的選定」手続は、基本的には、このような訴外第三者が、そのニーズに即した救済形成に関与できる手続

として、立法的に認知され、かつ、選定当事者制度が全体的に再構成されたものとも評価できるのである。ここにも、今次の民訴法改正に通底する「個別事件の当事者が選択し得る手続メニューの多様化⁽¹⁾」という考え方が現われている。

2 「選定参加」による救済形成過程への関与

本稿では、このような救済形成手続の創造を積極的に評価したい。なぜならば、その手続の基本構造は個別事件の具体的文脈に依存する問題ではあるものの、多様な手続的選択肢の創設は、それ自体、救済形成過程の豊潤化をもたらし、救済のあり方に対する手続利用者の満足度を高めることになると考えられるからである。それゆえ、この制度による当事者の救済を保障するためには、拡充された選定当事者手続の規整を如何に行うべきかという基本的視角から、若干の検討を行いたい。しかも、この選定当事者制度の拡充は、特に原告側において重要な意義を有すると考えられるので、本稿は、原告側における選定を中心に論じ、被告側の選定にまつわる諸問題については、若干の言及に止めることにしたい。

ところで、このように、紛争関係主体が救済形成過程である判決手続において如何なる手続で自己の救済形成に関与することができるかという観点から、拡充された選定当事者制度を考えた場合には、この制度は、訴訟係属中における追加的な選定自体に意義があるのではなく、むしろ、追加的な選定という手続形式を手掛かりとして、訴外共同利益者が任意かつ自発的にイニシアティブをとり、係属中の訴訟に「参加」することに意義があると見るのが妥当ではないだろうか。通常の参加形態においては、訴外第三者が、当事者あるいは従たる当事者（補助参加人）の地位に就くことにより、自己の権利・利益の実現や防御を行うのであるが、新法は、既存の参加形態（独立当事者参加、準独

立当事者参加、共同訴訟参加、補助参加、共同訴訟的補助参加)に加えて、訴外第三者が、自己の請求の追加とそれに関する訴訟追行を係属中の訴訟当事者に委ね自らは訴訟の外から当該訴訟を支援できる形態の参加手続を創設したと考えられるのである。⁽¹²⁾ その意味で、この制度は、訴訟手続外のコミュニケーションの充実を前提としかつその活性化を刺激する特殊な参加制度であるとも言えるのである。ただ、これは、従来考えられてきた参加形態からは多少逸脱する面がある。確かに、訴外第三者が、自己の名と利益において、訴訟主体として係属中の訴訟手続に加入するものではないとも言えるからである。しかしながら、自己の利益を手続に乗せるといふ請求定立のための活動を行い、当事者として表に立つ選定当事者を背後から支援し、かつ判決効を受ける(新法一一五条一項二号)点で、参加の一形態として考えることができるであろう(既に指摘されているように、「潜在的な当事者」および「当事者なき請求」が論じられる局面である)。これは、今次の民訴法改正に通底する「訴訟外でのコミュニケーションの活性化」を志向する一局面でもある。このような考察を前提として、本稿では、この追加的な選定による参加を、訴外共同利益者による「選定参加」と位置づけ、その基礎的な考察を行うことにしたい。⁽¹³⁾

* 本稿は、事情により覚書の域を出ない未熟なものになってしまったが、私の本学着任以来、大変お世話になっております北川俊光先生・伊藤昌司先生および横田耕一先生の御還曆を祝し、謹んで、この拙い小稿を捧げます。

〈註〉

(1) 例えば、伊藤眞(司会)∥青山善充∥竹下守夫∥福田剛久∥柳田幸三∥鈴木正裕∥馬場英彦(研究会)∥新民事訴訟法をめぐる(四)『ジュリスト』一一〇五号六五頁、七一頁以下(一九九七年)(以下、単に「研究会」と記す)、伊藤眞『民事訴

「訴訟法」一五〇頁（有斐閣、一九九八年）等を参照。

（2）法務省民事局参事官室編『別冊NBL二三号・民事訴訟手続の検討課題——民事訴訟手続に関する検討事項とその補足説明——』（商事法務研究会、一九九一年）。

（3）小室直人Ⅱ賀集唱Ⅱ松本博之Ⅱ加藤新太郎編『基本法コンメンタール・新民事訴訟法2』二七六頁（川嶋四郎）（日本評論社、一九九八年）。

（4）少額多数被害と少額訴訟手続については、川嶋四郎「少額訴訟手続の基礎的課題と展望」『ジュリスト』一〇九八号九三頁、一〇〇〇—一頁（一九九六年）を参照。

なお、「研究会（註1）」七二頁（鈴木発言）は、少額訴訟に関する特則とともに、「追加的選定」の規定は、「少額事件のため泣き寝入りをしている人たちを掘り起こす」ことを目的とするとされ、前者が、法律的にそれほど難しい論点のある事件を想定していないのに対して、後者は、法律的に非常に難しい問題を抱えている人たちを掘り起こす制度であると位置づけられている。

（5）前者を挙げるものとして、例えば、斎藤秀夫Ⅱ小室直人Ⅱ西村宏Ⅱ林屋礼二編『注解民事訴訟法(2)（第二版）』五〇頁、五一—五二頁（小室直人Ⅱ大谷種臣）（第一法規、一九九一年）などがあり、後者を挙げるものとして、例えば、中村宗雄『改正民事訴訟法評釈』五三頁（巖松堂、一九三〇年）などがある。

なお、最近のイングラウンド法の状況については、長谷部由起子「選定当事者制度の改革」竹下守夫Ⅱ今井功編『講座・新民事訴訟法I』一一七頁、一三三頁以下（弘文堂、一九九八年）を参照。

（6）ただし、明治一九年（一九八六年）のテッチョー（Tetchow）草案の中に、共同訴訟人の一人もしくは数人は裁判所の許可を受けなくても総員のため「訴訟代人」となることができる旨の選定当事者制度に類する興味深い規定（同草案八六条三項）が存在した。この点は、夙に兼子一「民事訴訟法の制定」同『民事法研究（二巻）』一頁、一〇頁（酒井書店、一九七七年）（初出、一九四二年）で指摘されていた。

さらに、明治二三年以前にイギリス人により作成された意見書の中にも、選定当事者制度に類する手続が盛り込まれていた点も、注目に値する。法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書22・現行民事訴訟手続及カード氏意見書』二六頁（商事法務研究会、一九八五年）および新堂幸司Ⅱ小島武司編『注釈民事訴訟法(1)』四四三頁、四四五頁（徳田和幸）（有斐閣、一九九一年）を参照。

なお、イギリス法の参照という点に、「重大な疑問」を呈する見解として、池田辰夫「多数当事者紛争における代表適格についての覚書——derivative suit（株主代表訴訟）の視角から——」同『新世代の民事裁判』九〇頁、九七頁註7（信山社、一九九六年〔初出、一九七七年〕）がある。

(7) 司法省編『民事訴訟法中改正法律案理由書』二二—二四頁（清水書店、一九二六年）。

(8) 松本博之Ⅱ河野正憲Ⅱ徳田和幸編『日本立法資料全集13・民事訴訟法（大正改正編）』(4)一五九頁（信山社、一九九三年）参照。なお、松本博之Ⅱ河野正憲Ⅱ徳田和幸編『日本立法資料全集12・民事訴訟法（大正改正編）』(3)六三頁以下（信山社、一九九三年）も参照。

(9) 裁判所が多数当事者訴訟を嫌忌する理由については、例えば、田尾桃二「紛争の一回的一挙的解決ということについて」『民事訴訟雑誌』四〇号三七頁（一九九四年）において、実務家（裁判官）の視点から生き生きと描かれている。

(10) 松野嘉貞Ⅱ石垣君雄『集団訴訟における訴訟手続上の諸問題（司法研究報告書二九輯一号）』五〇頁（法曹会、一九七八年）参照。

(11) 例えば、川嶋四郎「通常民事訴訟の審理——研究者の立場から（総論）——」『法政研究（九州大学）』六五卷三・四合併号八五一頁、八五八頁（一九九九年）を参照。

メニューの多様化は、そのメニューに関する情報の裏打ちがあつて初めて価値あるものとなることにも、留意しなければならぬ。

(12) これにより、当事者として訴訟に名を連ねたくないが、しかし、訴訟を支援し、できれば自己の請求についての審理・判断をしてもらい債務名義まで取得したいと考える訴外共同利益者の思いが、訴訟上受け容れられることになるのである。それゆえ、選定当事者制度における手続メニューの多様化という側面だけではなく、参加のメニューの多様化という側面をももつ。旧法下における各種参加制度の相互関係とその課題については、例えば、上田徹一郎Ⅱ井上治典編『注釈民事訴訟法(2)』九二頁（井上治典）（有斐閣、一九九二年）、高橋宏志「各種参加類型相互の関係」新堂幸司編集代表『講座・民事訴訟3（当事者）』二五三頁（弘文堂、一九八四年）を参照。

本文に述べたように、この制度を位置づけた場合に、既存の参加制度の中における相互関係や守備範囲が、当然のこととして問題にされることになり、その解答を迫られることになる。しかし、本稿では、第一に、新法に通底する手続メニューの多様化の一形態として、手続参加のメニューの多様化自体には意義もあること、第二に、後述の要件を満たす限り、「選定参加」

の手続は、その利用が妨げられてはならないこと、第三に、潜在的には当事者になる者が当事者の地位に就くことにより得られる当事者権（弁論や証拠申請を行うことを中心とした様々な手続保障の機会）のほとんどを事前に一旦放棄（あるいは委託）した形の参加である点（ただし、選定の取消し〔撤回〕により回復できる点で、潜在的には当事者権を維持し得る点）、第四に、その反面として、費用、時間、コストなどの点で引き合わない民事紛争を顕在化させ掘り起こす機能を有することなどを、とりあえず指摘し、全体的な考察は、今後の課題としたい。

(13) この「選定参加」という考え方に対しては、一方で、この手続の趣旨を、選定ができるという点にあるのではなく、選定された選定当事者が選定者の事件に係属中の訴訟に追加的に併合することができる点に求める見解（福永有利「共同訴訟と訴訟参加の規律（上）」『NBL』五五六号一七頁、一九頁（一九九四年））がある（ただし、第三者の訴訟参加の側面を完全には否定されていない）。なお、福永有利「当事者適格の拡張とその限界」『ジュリスト』一〇二八号五三頁（一九九三年）も参照。また、他方で、この手続を、訴訟参加というより、むしろ係属中の訴訟当事者による訴外共同利益者の訴訟への「引込み」と見るのがその実態に近いとする見解（上野泰男「当事者関連項目について」『民商法雑誌』一一〇巻四・五合併号六六三頁、六七三頁（一九九四年））も存在する。後者の理由としては、第一に、終始能動的に活動しているのは係属中の訴訟の当事者であるので、訴外共同利益者の参加申出に当事者が応じるというよりも、訴外共同利益者が、訴訟当事者からの広告（勧誘）に応じて、右訴訟当事者を選定当事者として選定すると見る方が素直であること、第二に、拡散利益型紛争の特殊性を考慮に入れたとしても、訴外共同利益者が、一方的に訴訟当事者を選定当事者として選定することにより当然に訴訟参加をすることができるには、なぜそれが可能であるかの理由付けが必要であることが、挙げられている。

確かに、請求の追加的併合や「引込み」的な性格もあるが、しかし、紛争過程と手続選択における訴外共同利益者の主体的活動および選定者のあるべき地位（手続からの疎外状態の克服という点）に着目した場合には、やはり、本文で述べたように、特殊な参加形態である「選定参加」と見るのが妥当ではないだろうか。なお、上野教授の見解は、「民事訴訟手続に関する改正要綱試案」に関する議論であり、広告の制度が立法化されなかった新法下においても、その見解を維持されるかどうかは、必ずしも明らかではない。

なお、説明の仕方に過ぎないという面もあるが、「同一の事実上、法律上の原因あるいは同種の事実上及び法律上の原因に基づいて、多数の紛争がある場合に、重複訴訟を回避して、制度の効率を高める」制度という具合に、制度設営者側の視点から見る見解（「研究会（註1）」七二―七三頁〔竹下発言〕）も提示されている。しかしながら、紛争当事者には、言うまでもなく

処分権主義に基づく提訴の自由が保障されているので、今次の改正における選定当事者制度の拡充は、そのような法状況にある紛争当事者が任意に積極的な行動を起こし既存の訴訟（先行訴訟）に参加すること自体に意義があると見るべきであろう。それゆえ、複数の訴訟事件の効率的処理の手段であるとの見方は、本稿では採らないことにしたい。比較的広い範囲での一挙的な紛争処理は、そのひとつの結果に過ぎないからである。ただ、選定当事者制度の拡充の背景には、このような効率重視の制度設営者側の利益の考慮も存在したことは、特に注意に値する。

二 改正経緯の概略

選定当事者制度の拡充が推し進められた背景には、一般に少額多数被害者の救済手続を創設すべき要請が控えていた。しかも、この問題意識は、新法の制定まで一貫して存在した。例えば、共通の原因に基づく被害者が多数存在するが、それぞれの被害額が少額であるといういわゆる多数少額被害の事件類型においては、訴訟に要する費用、労力、時間等との関係から、被害者が個別的に訴えを提起してその権利の実現を図ることを期待することが現実には困難な場合も少なくない。このような場合に、被害者による救済形成の実効性を高めるためには、できる限り訴訟をまとめて追行することが有効であり、そのために、先行訴訟に共通の被害者が容易に参加できるようにすることが適切である。このような類型の訴訟においても、実効性を発揮することを目指すものとして、選定当事者制度の改革が、行われたのである。⁽¹⁴⁾

まず、平成三年（一九九一年）一二月に公表された『民事訴訟手続に関する検討事項』⁽¹⁵⁾では、選定当事者制度の拡充を図るために、二つの考え方が示されていた。それは、①係属中の選定当事者訴訟に訴外共同利益者が参加するこ

とができる手続を創設するという考え方と、②共通の原因に基づく少額多数被害事件で被害者の権利を保護するため
に選定当事者関係規定を整備するという考え方であり、①は、②の具体例であった。これらに対する各界意見として
は、まず、①については、反対意見が若干あったが、大多数が賛成意見であった。⁽¹⁶⁾次に、②については、経済団体を
中心に反対意見があったが、賛成意見の中には、新聞広告等により参加者を募り、その広告費用等を訴訟費用化する
意見が複数寄せられた、とのことである。

その後、平成五年（一九九三年）一二月に公表された『民事訴訟手続に関する改正試案』⁽¹⁷⁾では、第一審の口頭弁論
の終結前で著しく訴訟手続を遅滞させないときという要件の下で、係属中の訴訟を選定当事者訴訟に限定しないこと
を内容とする「選定参加」を肯定する案が提示され、同時に、その注において、選定者を募るための広告制度を設け
るか否かについては、なお検討する旨が記されていた。この広告は、不特定多数の者に対して訴訟係属の事実を通知
し、「選定参加」を事実上誘引するために設けられたものである。これらに対する各界意見としては、まず、「選定参
加」については、大多数が賛成であるが、反対意見も複数の経済団体から寄せられた。⁽¹⁸⁾賛成意見には、控訴審でも相
手方の同意があれば肯定するものや、著しい手続遅滞の有無に関する判断を実質的に行わせるために、受訴裁判所の
許可を要すべきであるとする補足意見が存在し、また、反対意見は、訴訟が遅延する虞れが存在や弁論の併合制度に
より対処すれば足りることなどを挙げていた。なお、選任につき被選定者の同意を必要とすべきであるとの意見も寄
せられていた、とのことである。

次に、広告（公告）制度については、大学の一部や経済団体等から反対意見が多数寄せられたが、賛成意見も相当
数寄せられた。一方で賛成意見の中には、広告費用を訴訟費用化すべきだが、濫用防止のために裁判所の許可にかか
らせるべきとの意見や、訴額が少額の場合に、一定の要件の下で訴訟係属の広告をすることができるとすべきと

する補足意見も存在し、他方で反対意見としては、中立性や公平性の観点から裁判所の関与には疑問があること、広告の手続が煩雑になり、濫用的な参加が行われ訴訟が遅延する虞れがあること、選定当事者に限定した広告制度を肯定する根拠や広告費用の訴訟費用化の根拠を見出し難いこと、さらに、広告は当事者の責任と費用負担で行えば足りることなどが挙げられていた、とのことである。

このような回答を受けて、平成八年（一九九六年）二月に公表された『民事訴訟手続に関する改正要綱案』⁽¹⁹⁾には、「選定参加」手続は盛り込まれたものの、広告制度に関する手続は採用されなかった⁽²⁰⁾。そこには、「選定参加」に関する手続上の指針が示されていたが、それらが、ほぼそのまま新法の条項として結実したのである。

〈註〉

- (14) 法務省民事局参事官室編『一問一答・新民事訴訟法』五五頁（商事法務研究会、一九九六年）（以下、単に『一問一答』と記す）。ただ、そこには、具体的な事件類型は、特に挙げられていない。
- (15) 法務省民事局参事官室編『前掲書（註2）』四―五頁。
- (16) 以下、柳田幸三Ⅱ始関正光Ⅱ小川秀樹Ⅱ『民事訴訟手続に関する検討事項』に対する各界意見の概要（1）『NBL』五一―二三四頁、三八―三九頁（一九九三年）による。なお、これは、次註の文献にも再録されている。
- (17) 法務省民事局参事官室編『別冊NBL二七号・民事訴訟手続に関する改正試案――試案とその補足説明、検討事項に関する各界意見の概要――』三頁（商事法務研究会、一九九四年）。
- (18) 以下、柳田幸三Ⅱ始関正光Ⅱ小川秀樹Ⅱ萩本修Ⅱ花村良一Ⅱ『民事訴訟手続に関する改正要綱試案』に対する各界意見の概要（1）『NBL』五六―一四頁、一八頁（一九九五年）による。
- (19) 『ジュリスト』一〇八六号（二二頁）（一九九六年）。
- (20) その理由としては、第一に、選定当事者を利用する場合に限り広告の制度を設けることの合理性に対しては疑義があること、第二に、訴訟の準備行為としての性質上、広告を裁判所の許可に係らしめることや広告費用を訴訟費用に含めることは困

難であること、第三に、一般に当事者による広告は許されるので、広告について特に民事訴訟法に規定を設ける意味については疑義があること、第四に、広告の濫用を防止するための広告の規制は、憲法上の表現の自由との関係で問題があることが、挙げられている。法務省民事局参事官室編『一問一答（註14）』五五頁を参照。「研究会（註1）」七九―八〇頁（柳田、福田発言）も参照。

三 「選定参加」手続とその救済構造

1 「選定参加」の意義

このように、民訴法改正過程を概観した場合に、特に注目すべきは、選定当事者制度自体が、「選定参加」手続の創設により、手続に対する当事者の多様なニーズの鋭敏な受け皿として、一部質的な変容を来したのではないかと考えられる点である。すなわち、先にも少し述べたが、本来的には効率的な事件処理という裁判所サイドの利益追求を目的として創られた選定当事者制度に、紛争当事者の任意の選択に依存するものの、その多様なニーズに即した手続利用の拡大を保障する「選定参加」手続が付加された⁽²¹⁾と評価できるのである。立案担当者⁽²¹⁾も、「選定当事者制度を利用しやすくし、その一層の活用を図る観点から、このような手続を簡素合理化し、選定当事者を選定することを通じて訴訟に参加しやすくする」ことを目的として、「選定参加」手続を創設したことを明らかにしている。この点で、効率的な事件処理を本願とする今次の民訴法改正の中でも、「選定参加」手続は異質な光芒を放つもののひとつである⁽²²⁾。

このことは、新法下の選定当事者制度の解釈指針として、訴訟手続の簡易化や訴訟運営の円滑化という裁判所サイドの利益に比して、「選定参加」という形式で救済を志向する訴外共同利益者の利益が重視されるべきことが、このような形で明示されたとも考えられるのである。

この改正の過程では、クラス・アクションや団体訴訟の制度に代わるものとして、「選定参加」手続が創設され、そのさいには、少額多数被害⁽²³⁾からの救済が念頭に置かれてきた。しかしながら、「選定参加」制度の活用領域は、この種の事件類型に限定されることはないことが、まず確認されねばならない。例えば、金銭的救済が求められる少額少数被害、多額少数被害および多額多数被害の場合だけでなく、差止訴訟事件等の非金銭的救済が志向される場合にも利用可能なのである。⁽²⁴⁾ 突き詰めれば、上述のようなニーズを持った訴外共同利益者ならば誰でも、その要件を満たす限り、この手続を利用することができるのである。

この「選定参加」は、訴外共同利益者が、係属中の訴訟の原告または被告を選定当事者に選定して訴訟参加をする手続である。その選定自体、訴訟追行権限の授権に過ぎないので、選定者の訴訟上の請求を審理判断の対象にするには、選定当事者と相手方との間で、その請求が定立されることが必要となる。そこで新法は、原告が選定当事者として選定されたときはその原告が被告に対して、また、被告が選定当事者として選定されたときも原告が被告に対して、いずれも口頭弁論の終結に至るまで、選定者の請求を追加することができるとした（新法一四四一条一項・二項）。この請求の追加は、書面で行わねばならず、この書面は、相手方に送達されねばならない（新法一四四一条三項、一四三条二項・三項。新規則一五一条。なお、新規則五八条二項、同一七条後段も参照）。「選定参加」は、その請求の追加により著しく訴訟手続を遅滞させることになるときは許されず、また、裁判所が請求の追加を不当と認めるときは、申立てによりまたは職権で、それを許さない旨の決定をしなければならないのである（新法一四四一条三項、一四三条

一項但書・四項）。

ただ、控訴審での「選定参加」は、相手方の審級の利益を保障するために、請求の追加に相手方の同意を要するものとしたのである（新法三〇〇条三項、同条一項。なお、相手方が異議を述べないで追加請求の本案につき弁論をしたときは、請求の追加に同意したものとみなされる。新法三〇〇条三項、同条二項）。

ところで、旧法では、選定当事者制度が利用できる場合として、共同利益者が訴え提起前に選定当事者を選定し、その選定当事者が提訴し、または、その選定当事者に対して提訴される場合（旧法四七条一項）と、訴訟係属後に共同の利益を有する者が選定当事者を選定し、選定者が訴訟から脱退する場合（同条二項）のみを、規定していたに過ぎなかった。それゆえ、係属中の訴訟の原告または被告と共同の利益を有する者が選定当事者制度を利用するには、一旦提訴した上で弁論の併合（旧法一三二条）を受け、選定当事者を選定して脱退するほかなかったが、弁論の併合は裁判所の裁量によるゆえ、必ずしも行われるとは限らなかった。そこで、選定当事者制度の一層の活用を図る観点から、訴外共同利益者が選定を通じて訴訟に参加しやすくするために、この手続が創設されたのである。⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾

そこで以下では、試論の域を出さずかつ網羅的ではないが、上述した基本的指針に基づいて、この「選定参加」手続の要件について、若干の考察を加えたい。それは、取りも直さず「選定参加」手続における救済構造を明らかにすることにもつながるのである。

2 共同の利益の含意

「選定参加」を試みる者は、選定当事者とされる者との間に共同の利益を有していなければならない。これは、「選

定参加」における参加の利益に相当する要件と見ることができ。以下では、共同の利益自体の再定義あるいは基準の定立を試みるのではないが、その基本的な考え方とそれにまつわる問題について言及して行きたい。

まず、「選定参加」の要件としての共同の利益は、かつて、その存在が、自分の訴訟も一緒に行うので選定者の訴訟も一所懸命追行することを約束することになるといいう見方⁽²⁷⁾が示されていた。しかし、共同の利益の定義⁽²⁸⁾に依存する面はあるが、とりわけ「選定参加」の事例では、例えば、係属中の訴訟の当事者が選定当事者として選定されることを元々予期していない場合やある共同利益者の提訴が偶然先行してただけの場合などもあり、被選定者が特定の紛争における選定当事者として必ずしも相応しいとは限らないとも考えられる。また、すでに選定当事者が選定されている訴訟でその者を選定する場合でも、「選定参加」の量次第では、同様な状況が生じることもあるであろう。この種の事例では、共同の利益の存在だけでは被選定者である選定当事者が選定者の訴訟をも一所懸命追行するとは限らないのではないだろうか。あるいは、一所懸命に訴訟追行しようと思ってもできない場合があるのではないだろうか（実質的には弁護士⁽²⁹⁾の訴訟追行能力が問題となるであろうが、以上は、その場合でもほぼ妥当であろう）。選定者の請求と被選定者のそれとを比較して利益の共同性の存在を形式的に認定するだけでは、「選定参加」における選定当事者としての適切さを担保できるとは限らない場合も存在するであろう。しかも、この「選定参加」制度は、場合により、小規模な訴訟を大規模な公共訴訟に変貌させる契機⁽²⁹⁾を与えるものである。例えば、消費者訴訟事件や公害・環境訴訟事件などのように、共同利益者が多数にわたりその範囲が確定しにくいような事件では、「選定参加」⁽³⁰⁾ 手続を私人による法の実現手段として将来的にクラス・アクションに近似した機能を担わせる得るためには、選定当事者としての訴訟追行の適切さ（代表の適切性）を確保する要件の定立が、不可避となると考えられる。その作業は、一片の授權の存在で不要化されるものではない。授權は個別行為に過ぎず、このように、既存の訴訟の当事者適格自

体が、多数人の「選定参加」により、見直しを迫られることもあると考えられるのである。この問題のより深い検討は今後の課題とせざるを得ないが、裁判所は、被選定者が選定当事者としての適格性を欠く場合には、選定当事者の補完や交替を促したり、また場合により、「選定参加」自体を不当として認めない旨の決定を行うべきであろう。⁽³¹⁾⁽³²⁾⁽³³⁾

なお、共同の利益を有する訴外第三者（「選定参加」を試みる者）が、被告として独立には訴えを提起されない裁判所に係属している先行訴訟の被告側に「選定参加」をすることができかどうかについては、若干検討の余地がある。まず、元来、先行訴訟の提起のさいには、併合請求の裁判籍の規定（新法七条）により、一定の類型の共同訴訟（新法三八条前段）については、同時に提訴され得たと考えられるので、「選定参加」の場合にも、この併合請求の裁判籍の規定を類推適用するかあるいは応訴管轄の規定（新法一二条）を類推適用することにより肯定することができると考えられる。⁽³⁴⁾次に、「選定参加」を行う者と選定当事者との関係が新法三八条後段の関係にある場合が問題となる。新法七条但書が明示的に新法三八条後段の共同訴訟の場合を除外していることは、それを消極的な規律に導くようにも見えるが、⁽³⁵⁾しかしながら、被告側の「選定参加」の場合には、管轄の利益を自ら放棄して救済形成に参与する姿勢を示しているので、そのような場合でも、共同の利益の要件を満たし請求が追加される限り、応訴管轄の規定の類進適用により、「選定参加」を肯定してよいと考えられるであろう。ただし、移送（特に、新法一七条の移送）等による事後的調整（当事者の顕在化も含む）が問題となる場合には、それを認めるべきであろう。

3 著しく訴訟手続を遅滞させないこと等の要件

「選定参加」は、その請求の追加により著しく訴訟手続を遅滞させることになるときは許されない。また、裁判所

が請求の追加を不当と認めるときは、申立てによりまたは職権で、それを許さない旨の決定をしなければならない（以上、新法一四四三条三項、一四三三条一項但書・四項）。そこで、この要件の具体的な中身が問題となる。

まず第一に、「選定参加」により著しく訴訟手続を遅滞させる場合の具体例については、一応訴えの変更（新法一四三三条一項但書・旧法二二二条一項但書）をめぐる議論が参考になると言えるが、基本的には、訴えの変更の場合よりも、この要件による不許可の場合をより制限的に解すべきであると考えられる。確かに、訴えの変更にも多様なケースがあり一概に言うことはできないが、一般に、「選定参加」の局面では（特に、公共訴訟に展開する可能性を孕んだ事件では）、他者の請求の追加は必然的に訴訟手続を一定程度遅滞させることになるので、法は、それをも織り込んだ上で、当事者の手続参加の利益を重視して「選定参加」を広く認めるものと考えられるからである。

この要件に関しては、特に「著しく」訴訟手続を遅滞させないという表現に注意しなければならない。すなわち、「選定参加」という事柄の性質上、訴訟手続の多少の遅滞は当然許されるのである。「選定参加」の創設は、訴訟過程あるいは事件が発展的かつ流動的であることを正面から見据えて、救済形成主体の手続段階的な取り込みや糾合を可能にしたと考えられ、しかも、訴えの変更とは異なる種類の手続対象膨張型の訴訟を公認したと言えるのである。したがって、「選定参加」をなすことができるのは、一般に事実審の口頭弁論終結時（新法一四四三条一項・二項）までであり、例えば、争点および証拠の整理手続の終了後³⁶でも、また証拠調べの終了後でも、理論的には可能である。

ところで、この著しく訴訟手続を遅滞させないことという要件規制にさいしては、いわゆる「一方通行的参加」の問題を避けて通ることはできない。すなわち、例えば、被告の責任を認める中間判決後の原告側への「選定参加」や原告一審勝訴後の控訴審における原告側への「選定参加」のような「一方通行的参加」に対する基本的な態度決定が迫られることになるのである。わが国のある種の市民感覚からは、この種の参加を試みる訴外共同利益者に対しては、

「洞ヶ峠を決め込む者」とか、あるいは、「ただ乗り（フリー・ライダー）」などという一定の負の評価が加えられかねず、また、既存の選定者との種の選定者との間に不公平感を醸成することになるかも知れない。

しかし、救済の効果が自動的に訴外第三者にも及ぶ差止請求に関する事件の場合は勿論、個別属人的な損害賠償請求権が問題となる事件でも、「一方通行的参加」を基本的には肯定してよいと考えられる。「選定参加」制度の法定は、まさにこの点を肯定的に考えることから出発してのではないかと思われるからである。著しく訴訟手続を遅滞させないことおよび口頭弁論の終結に至るまでに請求の追加をすること（新法一四四一条一項・二項）という要件は、展開しつつある訴訟過程のいずれの段階でもその要件を満たす限り、「選定参加」による請求の追加ができることを公認したのであり、当該請求の追加時点における訴訟状態が「選定参加」者に有利な場合には「選定参加」は許されないことが明示されているわけではないからである。³⁷⁾

元来「一方通行的参加」の問題は、非常に困難な政策判断を含むものではあるが、その肯定のための根拠は、以上に述べた点以外に、「選定参加」が可能な訴訟の中には公共訴訟的性格のものがあること、しかもそこでは、より多くの利害関係人による問題自体の顕在化や相手方の責任の追及、ひいては利得を吐き出させること自体に意味があること、原告側の内部における不協和音や不公平感を払拭するためには、例えば徹底した事前の議論やあるいは金銭などによる事後的な調整が可能であること、さらに、より多くの市民の糾合と訴訟手続外での支援自体に価値があることなどを、挙げることができるであろう。

次に第二に、請求の追加の不当性（新法一四四三条三條、一四三條四項）³⁸⁾ に関しても議論がなされているが、訴えの変更における不当性の中身が、訴えの変更要件の欠缺を意味するとすれば、この請求の追加の不当性は、一般には、選定当事者の制度利用の要件が欠ける場合を指すと考えられるであろう（著しく訴訟手続を遅滞させないことという

要件も、この中に含まれると考えられる。ただ、その語感からすれば、たとえ形式的には選定当事者制度の要件（「選定参加」の要件）を満たしていても、請求の追加が権利濫用に当たる場合や信義則違反（新法二条）の場合なども、この不当性の要件に含まれると考えられるであろう。

さらに第三に、控訴審での選定者に関する請求の追加は、相手方の同意がある場合（新法三〇〇条一項）、または、相手方が異議を述べないで追加された請求の本案について弁論をした場合（新法三〇〇条二項）にのみ、認められる。この「選定参加」における「相手方の同意」の要件についても、種々の議論³⁹はあるが、例外的に同意不要の場合を認めてよいと考えられる。すなわち、例えば、差止訴訟事件におけるように、同一の救済の効果が波及的に生じる可能性のある事件類型の場合などは、典型的に同意不要な類型であると考えられるが、それ以外にも、例えば、「選定参加」が同時に共同訴訟参加（新五二条・旧法七五条）の要件を満たす場合や、追加的な請求が既存の請求と審理の主要部分（攻撃防御方法等）で共通する場合などである（請求金額が、先行訴訟における請求と同額である必要はないと考えられる。）。

4 その他

これまで述べてきたもの以外について、以下思いつくままに、若干の検討を行いたい。

まず第一に、「授權」の要件については、かねてより書面による個別授權の要件の緩和を唱える見解⁴¹が、有力に主張されている。確かに、その趣旨や目的は理解できるが、しかし、その見解は新法下でも否定的に評価すべきである⁴²。なぜなら、特に選定当事者制度では、基本的には、何時でも授權の取消し（撤回）により自ら訴訟追行できる（ある

いは選定の変更ができる）手続環境が形成されねばならないが、これを保障するのが、書面による個別授權ではないかと考えられるからである。「選定参加」では、手続的に見て、選定者は訴訟から脱退し訴訟の帰趨に従うだけの存在のように見えるものの、少なくとも個別授權の存在は、次に述べる選定当事者の善管注意義務や忠実義務を背景として、選定当事者と選定者との間の十分な意思疎通を可能にし、救済に関する選定者の多様なニーズを選定当事者に伝達する基礎とも成り得るものと考えられるからである。授權要件の緩和を主張する見解は、請求の安易な集積を急ぐ余り、このような望ましい可能性の芽を摘む虞れがあるので、基本的に妥当ではないのである。⁽⁴³⁾

次に第二に、選定当事者（被選定者）と選定者との関係についても、再考する必要がある。従来、訴訟行為の授權は単独行為と言われており、これとは別に、訴訟委任という委任契約があり、選定当事者は、選定者のために追加的に請求を定立する義務を負うという説明がなされるのが一般的であった。そこから、訴外共同利益者から選定された場合に、選定当事者とされた者はそれを拒否することができるのかどうか、また、選定当事者とされた者が選定者の請求を追加しなかった場合はどうなるのかが問題にされた。これは、代理等をめぐる議論ともかわる困難な問題であり、「第三者の訴訟引込み」の議論も参考になるが、私見は、未だ定見を見ない。ただ、まず、「選定参加」制度などを見た場合に（従来の選定当事者制度でもそういうえるが）、訴訟追行権限の授權を、相手方の意思表示と合致することを必要とせず、独立して法律効果を生じさせる法律行為と性質決定すること自体が、疑問視されるようにも思われる。そこで、選定行為を一種の契約（委任契約の一内容）と見ることができないか、今後検討して行きたい。

ところで、訴外第三者が、係属中の訴訟の当事者を選定当事者として選定した場合でも、それは訴訟追行権限を授權したにとどまるので、選定者に関する請求を審理判断の対象にするためには、選定当事者と相手方当事者との間で、選定当事者に関する請求が定立される必要がある（新法一四四条⁽⁴⁴⁾）。まず、法文上、「請求の追加をすることができ

る」と規定されているが、これは、授権後に選定当事者が訴訟過程の頃合いを見計らって戦略的に請求を追加することを許すものではない。授権後、できるだけ早く、請求は追加されるべきである。「選定参加」者の訴訟上の請求は、追加された時点で初めて、訴訟係属を生じる⁽⁴⁵⁾。次に、選定当事者の義務内容にも注意する必要がある。選定当事者制度において、選定当事者は選定者に対して、善管注意義務だけではなく忠実義務に類する義務をも負うべきであると解したい。「選定参加」の場合には、選定当事者は、選定者の請求を追加すべき高度の義務を負うことになると考えられる。その追加を行わない場合には、損害賠償責任を負う。また、選定当事者は、選定者と選定当事者との間の信頼関係に基づく忠実義務により、公平かつ誠実に訴訟追行を行う義務を負い、選定当事者としての地位を利用して自己または第三者の利益を図り、選定者の利益を害してはならない義務を負うことにもなるのである。次に述べる処分権主義の制約根拠は、ここにもある。しかも、選定当事者は、選定者との関係では、情報提供義務が生じ、円滑な意思疎通を繰り返すことにより、選定者に、救済形成過程への特殊な参加を保障すべきなのである⁽⁴⁷⁾。それらの義務負担に耐えられるか否かも、先に述べた代表の適切性に関する判断要素のひとつになるであろう⁽⁴⁸⁾。

なお、旧法下では、選定当事者は、選定者のために、訴えの取下げ、和解、請求の放棄および認諾を含む一切の訴訟行為をなしうると解されてきた⁽⁴⁹⁾。これは、選定当事者は、訴訟代理人とは異なり、当事者として訴訟追行権限を授与されていること、および、選定者は選定当事者の訴訟行為が自己に不利であると考えればいつでも選定を取り消すこと（撤回）ができることを理由とする。しかしながら、「選定参加」手続の組み込みにより、選定当事者訴訟のあるものが公共訴訟的に変容を来した、あるいは、来す余地が生じることが明らかになったとすると、場合により、選定当事者が選定者のために、例えば、訴えの取下げ、和解、請求の放棄および認諾を自由に行うことが許されなくなるとも考えられる。また、選定者は選定当事者の訴訟行為が自己に不利であると考えればいつでも選定を撤回できる

という議論の前提には、選定当事者から選定者へ、その時々における訴訟状態に関する十分な情報の伝達を必要とすると考えられ、逆に、それが無い限り、選定当事者はその行為の自由が制約されるとも考えられるのである。

さらに第三に、「裁判所による広告」の制度が立法化されなかった点については、妥当な立法的判断として評価できらるであろう。基本的には、この「選定参加」手続においては、法の実現における私人の役割が問われている。それは、必ずしも裁判所による広告に馴染むとは限らない。虎の威を借る狐のような一面のある制度利用のあり方は、基本的には望ましいとは思われない。本来、裁判所を介さない広告は、当事者が自由にできるのであり、しかも、広告を裁判所の許可に係らせる場合には憲法上の表現の自由（憲法二一条）に抵触する虞れがあると考えられ、しかも、上記各界意見に見られるような難点を克服することは困難だからである。広告費用は訴訟費用にはならないが、利益主張に必要な範囲で賠償されるべき損害に含まれると解すれば足りるであろう。⁽⁵⁰⁾

〈註〉

(21) 『二問一答（註14）』五五頁。

(22) 一方で、「この改正が、旧法と比較して新法に根本的な変革をもたらしたと言うことはできないが、しかし立法者においても、選定当事者が、少額多数被害にかかる『拡散利益型』の訴訟において利用されるべき制度として再確認されたことの意味は大きい」との指摘が見られる。安達栄司「選定当事者」西口元編『現代裁判法大系13（民事訴訟）』一頁、五頁（新日本法規出版、一九九八年）参照。なお、椎橋邦雄「選定当事者」『法学教室』一九二号一四頁、一五頁（一九九六年）も参照。これに對して、他方で、「この規定の創設によって、選定当事者の制度は、従来のように、単に『当事者』の数をできるだけ限定して訴訟手続を簡素化することを目指した制度としてこれを理解するのではなく、より広く、いまだその訴訟に当事者として参加していない利害関係人が新たに既存の当事者を自己の選定当事者として選定することによって、いわば『潜在的な当事者』として訴訟に関与し、その判決効を得ることが出来る制度としての意味をもつことになった」との指摘も見られる。河野正憲

「当事者」塚原朋一、柳田幸三、園尾隆司、加藤新太郎編『新民事訴訟法の理論と実務（上）』一四七頁、一五七頁（ぎょうせい、一九九七年）参照。

(23) この種の事件類型では、「拡散利益」の侵害という表現が用いられることも少なくないが、以下では、この用語は用いない。その理由として、川嶋四郎「環境民事訴訟の現状と課題——大規模差止訴訟における申立主義と当事者適格論に対する一試論——」『ジュリスト増刊〈新世紀の展望〉』特集・環境問題の行方』九五頁、一〇五頁註15（有斐閣、一九九九年）を参照。

(24) 特に大規模差止訴訟では、それが一人でも提訴できる住民訴訟等でない限り、絶えず当事者適格が危機に曝されるので（川嶋「前掲論文（註23）」一〇〇頁以下参照）、紛争当事者を糾合し、徐々に当事者適格の不備を補完したり、訴訟追行権限を充実に行く（訴訟外にある「選定参加」者〔選定者〕から多様な救済方法を汲み上げる）ために、「選定参加」の制度が活用できると考へる。

(25) 被告側の「選定参加」の場合には、結果的に見て、主観的追加的併合を認めない判例（最高裁昭和六二年七月一七日判決・民集四一卷五号一四〇二頁（この判決は、Xが、Yを被告として提起した訴訟（旧訴訟）の係属後に、Zを被告とする請求を旧訴訟に追加して一個の判決を得ようとする場合は、XはZに対する別訴（新訴）を提起した上で口頭弁論の併合（旧法一三二条・新法一五二条一項）を裁判所に促し、併合につき裁判所の判断を受けるべきであり、仮に新旧両訴訟の目的である権利または義務について、通常共同訴訟の要件（旧法五九条・新法三八条）を具備する場合であっても、新訴が口頭弁論の併合をまたずに当然に併合されるとの効果を認めることはできない旨を判示したものであるが、その理由の一つとして、「かかる併合を認める明文の規定がない」ことを挙げていた。）を克服できることになる。

(26) これにより、これまでであれば、先行訴訟の後の第二次、第三次訴訟の提起にさいして、その都度その訴額に応じた印紙の貼用を要したが、今次の改正により、選定者が先行訴訟の当事者を選定当事者を選定して先行訴訟に参与する場合には、訴額の純増額に対応した印紙の貼用で足りることになった（法九条一項）との指摘もある。尾崎敬則「選定当事者について」滝井繁男、田原睦夫、清水正憲編『論点新民事訴訟法』五三頁、五七頁（判例タイムズ社、一九九八年）。

(27) 兼子一「選定当事者の場合の共同の利益と補助参加の利害関係の差異」同編『実例法学全集・民事訴訟法（上）』八六頁、八七頁（青林書院、一九六三年）。原強「選定当事者」『法学教室』一八四号一四頁、一四頁（一九九六年）も参照。

(28) この内容として、これまで多様な見解が示されてきた。例えば、日比野泰久「判例批評」『別冊ジュリスト』一四五号・民事訴訟法判例百選Ⅰ（新法対応補正版）』九〇頁（一九九八年）、藪口康夫「選定当事者」三宅省三、塩崎勤、小林秀之編集代表

『新民事訴訟法大系1』一五六頁、一六一―一六二頁（青林書院、一九九七年）を参照。さらに、斎藤ほか編『前掲書（註5）』五三頁、小室直人・賀集唱・松本博之・加藤新太郎編『基本法コンメンタール・新民事訴訟法1』七九頁、八〇頁（松本博之）（日本評論社、一九九七年）。ちなみに、旧法下の判例（大審院昭和十五年四月九日判決・民集一九卷六九五頁、最高裁昭和三三年四月一七日判決・民集一二卷六号八七三頁）によれば、共同の利益とは、多数人によるまたは多数人に対する請求が同一の事実上または法律上の原因に基づき、かつ、主要な攻撃防御方法が共通であると認められる場合を指すとされる。また、有力説（新堂幸司『新民事訴訟法』六八五頁（弘文堂、一九九八年））によれば、主要な攻撃防御方法が共通で、相手方に対して社会観念上一団として対立していると認められる場合には、共同の利益があるとされ、訴訟資料が重要な部分で共通になり、訴訟の単純化を期待できるという観点が重視されている。

なお、滝澤功治「選定当事者」日本弁護士連合会民事訴訟法改正問題委員会編『別冊NBL四二号・改正のポイント新民事訴訟法』八頁、九―一〇頁（商事法務研究会、一九九七年）は、多数者相互間に共同訴訟人となりうべき関係を有し、かつ、主要な攻撃防御方法を共通にする場合（前記大審院昭和十五年四月九日判決の基準）より広く、特定または不特定の集団（例、ある商品の購入者の集団）に関する紛争につき、法律上または事実上の利害関係を有し、当該訴訟に参加することにより、個々の生活上の不利益が解消される程度の関係がある場合には、「選定参加」が許されるとする。

(29) ゆえに、他に共同利益者のいる事件でまず提訴を行う者には、精神的な緊張が負荷される。その者の地位を考える指針としては、アメリカ法上の「私的法務総裁 (private attorney general)」の理論が有益であろう。これについては、上原敏夫「集団的救済制度の基礎的研究」『法学研究（二橋大学）』一一号一〇五頁、二四五頁（一九七九年）などを参照。

(30) 確かに、選定の取消しは可能であるのでこの種の考慮は不要であるとの考え方もあり得るが、取消しは事後的な手当てに過ぎない。また、選定者による授權自体が訴訟結果に対する選定者の自己責任を導くとの考え方も理論的には成り立ち得るが、「選定参加」手続では、被選定者や訴訟状態に関する情報不足が、その自己責任の成立を酷にする面もあるであろう。

(31) また、例えば、先に提訴した共同利益者よりも訴外共同利益者の方が選定当事者として相応しい場合も考えられる。この場合には、この訴外共同利益者が一旦「選定参加」して後にそれを取り消す手法により当事者となり、他の当事者から選定されるという道もあるであろう。

(32) ちなみに、私見（例えば、川嶋四郎「大規模公害・環境訴訟における差止的救済の審理構造に関する予備的考察」『判例タイムズ』八八九号三五頁（一九九五年）参照）のように、大規模差止訴訟手続の基本構造として、「二段階的裁判手続理論」を

採る場合には、確認判決に至る過程あるいは給付判決に至る過程のいずれにでも、「選定参加」をすることができると考える。それが、紛争当事者（訴外共同利益者）に、訴訟上の救済形成過程への関わり方の自由を保障することにつながり、それこそが新法の基本趣旨であると考えられるからである。

(33) なお、一般に、多数の共同訴訟人全員が、その中の一人（あるいはその者が属する社团（団体））を選定当事者に選定することもでき、また、複数人を選定当事者にすることもできる。後者の場合における複数の選定当事者間の関係は、必要的共同訴訟となる。ただ、多数の共同訴訟人が複数のグループに分かれ、それぞれから特定の選定当事者を選定した場合には、元々が必要的共同訴訟でない限り、通常共同訴訟となる。高橋宏志「選定当事者について」『法学教室』二〇六号六〇頁、六一頁（一九九七年）。

(34) 尾崎「前掲論文（註26）」六〇頁および六八―六九頁註12参照。

(35) 尾崎「前掲論文（註26）」六八―六九頁註12参照。

(36) 富岡英次「選定当事者」第二東京弁護士会民事訴訟改善研究委員会編『新民事訴訟法実務マニュアル』一六頁、一八頁（判例タイムズ社、一九九七年）。

(37) なお、この文脈では、請求が追加された後、選定者は、従前の訴訟状態に拘束されるか否かという問題が存在する。これは、新法における選定当事者制度の拡充を、主観的予備的併合との関係でどのように考えるかとも関連して、解決困難な問題である。私見は、一応、選定当事者から選定者に十分な情報が伝達されていることを前提とし、原則として、選定者は相手方との関係で従前の訴訟状態に拘束されると考えておきたい。この問題については、長谷部「前掲論文（註5）」一一一―一二二頁を参照。

(38) 例えば、「研究会（註1）」七七頁参照。

(39) 例えば、「研究会（註1）」七六―七七頁における鈴木・竹下発言と伊藤・柳田発言とを比較。さらに、坂本恵三「選定当事者制度の機能と問題点」青山善充・伊藤眞編『民事訴訟法の争点（第三版）』七六頁、七七頁（有斐閣、一九九八年）等も参照。

(40) なお、被告側の「選定参加」の場合には、原告が請求を追加できる旨の規定が置かれているが、処分権主義、原告の提訴のタイミングなどの訴訟戦術の修正および訴訟関係費用の支出の増大などに鑑み、その手続的な実効性には疑問がなくはない。

(41) まず、小島武司「共同所有をめぐる紛争とその集团的処理」同『訴訟制度改革の理論』一一七頁、一二八頁（弘文堂、一九七七年〔初出、一九七二年〕）は、任意的訴訟担当の場合に認められる「緩和された形式」での授權の法理を、選定当事者の

選定についても認めるべきとし、特に多数者間に緊密な団体的結合が認められる事件類型では、個別的な選定行為は必ずしも要しないとする。

次に、小林秀之『プロブレム・メソッド民事訴訟法（第二版）』九八頁（判例タイムズ社、一九九五年）は、環境紛争における差止訴訟で、原告が地域住民全体に新聞広告や手紙で提訴を通知し、反対の通知をした者を除いた住民全体の代表として、原告が選定当事者に選定されたと解する。なお、小林秀之『プロブレム・メソッド・新民事訴訟法』一〇五頁（判例タイムズ社、一九九七年）は、提訴者が地域住民全体に新聞広告や手紙で訴訟提起について通知をし、賛成の通知をした住民全体の代表として提訴者が選定されたと解する説に改められている。ちなみに、藪口康夫「現代型訴訟における当事者の拡大（一）」『上智法学論集』三七卷一・二合併号二二一頁、二四四頁（一九九三年）も、小林教授の旧説と基本的に同旨だが、損害賠償請求訴訟でもこの手法を肯定する。

(42) 川嶋「前掲論文（註23）」一〇三頁も参照。

(43) なお、「選定参加」の場合でも、選定者は、いつでも選定を取り消すこと（撤回）ができる（新法三〇条四項）。この選定の取消後に、訴訟関係がどうなるかについては見解の対立がある。例えば、「研究会（註1）」七八頁（伊藤、柳田、竹下発言）、高橋「前掲論文（註33）」六四頁を参照。

(44) これは、「請求の追加」という概念で説明されている。『一問一答（註14）」一四三頁参照。

(45) 選定行為があることにより、その時点で選定者の請求は潜在的に訴訟係属することになるという見方（「研究会（註1）」七四頁（鈴木発言））は採らない。これは、相手方との関係で、必ずしも公平とは考えられないからである。

(46) なお、尾崎「前掲論文（註26）」五八頁でも、「通常は、選定者と選定当事者との間には、委任契約が締結されており、受任者である選定当事者の、訴訟を忠実に追行する義務、費用請求権などはこの委任契約により生ずることとなる」と、指摘されている。

(47) 訴訟に関する情報は、「選定参加」者に正確に伝えなければならない。長谷部「前掲論文（註5）」一一二頁、一三七頁を参照。

(48) このような選定当事者の義務の高度化は、選定当事者制度の萎縮につながりかねない虞れもなくはない。しかしながら、わが国における公共的な訴訟を担い得る人的資源の健全な涵養は、このような実践の中で初めて可能になると考える。それに耐えうる緊張感ある訴訟実践の積み重ねを期待したい。

(49) 例えば、兼子一『民事訴訟法体系(新修増訂版)』三九七頁(酒井書店、一九六五年)、兼子一・松浦馨・新堂幸司・竹下守夫『条解民事訴訟法』一二五頁(新堂幸司)(弘文堂、一九八六年)を参照。

(50) なお、授権の意義を重視する私見では、当事者による広告の活用は、あくまで書面による個別授権を促すための手法であり、書面による授権の要件を緩和するための便法に墮してはならないと考える。広告制度の検討として、例えば、尾崎敬則『清水正憲「選定当事者と広告について」——大量・少額被害救済のための提言——』『判例タイムズ』八四六号四二頁(一九九四年)や河野正憲『当事者適格の拡大』民事訴訟法改正研究会編『別冊判例タイムズ一三三号・改正民事訴訟法研究』一〇四頁、一一七頁(一九九四年)などを参照。

尾崎『前掲論文(註26)』六五頁および七〇—七一頁註21に、弁護士広告と弁護士倫理との関係について、興味深い実例(平成三年一月八日大阪弁護士会綱紀委員会決議)が報告されている。また、小林秀之『今後の検討課題』三宅省三・塩崎勤・小林秀之編集代表『新民事訴訟法大系』三五頁、五三頁(青林書院、一九九七年)および藪口『前掲論文(註28)』一七〇頁は、弁護士会などで、選定者を募集する手続(広告の手続)に関するガイドラインを作成することが要請されるとする。

なお、弁護士の広告については、和田仁孝『弁護士業務規制のゆくえと広告の解禁——閉鎖的規制システムから開放的応答システムへ——』『自由と正義』四九巻六号二〇頁(一九九八年)も参照。

四 おわりに

このように、「選定参加」手続の創設は、従来の選定当事者制度に対する制度観を変容させるものである。既存の制度に新たな生命を吹き込むことで、制度自体のあり方が一変する。それは、紛争当事者の多様なニーズに即した制度の再構成であり、一人の「変わり者」の訴え⁽⁵¹⁾でさえ、より多くの人々の共感を誘う公共訴訟へ変貌を遂げる可能性を有するものである。⁽⁵²⁾つまりそれは、公的契機を内包する私的訴訟の認知とも言える。また、旧来の選定当事者制度

とは不連続性を有する動的発展型手続の公認とも、評価することができる。

確かに、今次の改正では、理論的な面で劇的に変わるものはそう多くはないかも知れないが、「今次改正がボデイ・ブロウのようにゆっくりといわゆる基礎理論にも作用していく可能性は十分に存在する」と思われる。⁽³³⁾多数当事者訴訟における「選定参加」制度もその起爆剤的な要素をもったものであり、その成否は、紛争当事者による制度活用の如何にかかっているとすることもできる。その萌芽の健康的な成長を願って、本稿では、ささやかな検討を加えてきた。この「選定参加」は、決して他人に下駄を預けるが如き他力本願的な参加ではなく、参加人（選定者）と被参加人（選定当事者）との間の訴訟手続外での意思疎通の活性化を促すと同時に、簡易迅速かつ広範な救済を可能にする特殊な参加形態とも位置づけられるのである。

本稿で論じた「選定参加」制度の創設の背景には、クラス・アクション制度の導入をめぐる議論、とりわけその制度に対する立案過程での消極的な態度決定が存在した。⁽³⁴⁾しかし、この「選定参加」制度には、一定の限界があり、クラス・アクションや団体訴訟の制度に取って代わるものではない。⁽³⁵⁾すなわち、訴訟上の救済形成過程に対する紛争当事者の関わり方には、多様なものがある。それをそれとして尊重し手続上汲み上げることを可能にするのが、この「選定参加」制度であると言える。今後、この制度の限界を踏まえつつ、任意的訴訟担当の活用可能性をも探らねばならない。そして、今次の民訴法改正で積み残された課題として、クラス・アクションや団体訴訟制度も本格的に論じなければならず、司法改革の議論の中で論じるべき課題のひとつとも言えるのである。

本稿は、「選定参加」手続を必ずしも十分に咀嚼できてはおらず、しかも、論じ残した各論的な課題もあるが、この手続が、多様な紛争の様々な手続局面で活用され、紛争当事者による救済形成のあり方に関する議論に、僅かでも貢献できることを期待して、擱筆したい。

〈註〉

(51) 高橋宏志「紛争解決過程における団体」『岩波講座・基本法学2（団体）』二八七頁、三〇五頁（岩波書店、一九八三年）を参照。

(52) ある訴訟の公共訴訟への変貌可能性との関係で、例えば、解釈論として、選定当事者による和解や取下げを裁判所の許可に係らせることが望ましく（清水正憲Ⅱ滝澤功治「選定当事者制度の拡充——クラス・アクションの代替策としての可能性——」『自由と正義』四三巻一二号二三頁、二五頁（一九九二年）および川嶋四郎『公共訴訟』事件における公正な和解内容の確保と裁判官の役割——アメリカのクラス・アクションにおける公正な和解内容の確保と裁判官の役割——『法学教室』一九九号一二八頁、一二八頁（一九九七年）。

(53) 高橋宏志「新民訴訟について」『法学教室』一九九号一二八頁、一二八頁（一九九七年）。

(54) 「研究会（註1）」七一―七二頁（柳田発言）参照。

(55) この点について、高橋宏志「民事訴訟法改正の成果」同『新民訴訟法論考』一七頁、二〇頁（信山社、一九九八年）（初出、一九九六年）は、今次の改正における選定当事者制度の拡充を、「将来の大改正を見越した布石」と位置づけ、それは、「加入選択型のクラス・アクションと見ることもでき、本格的な除外選択型クラス・アクションへの布石と見て見られないことはない」と指摘されている。

また、例えば、清水Ⅱ滝澤「前掲論文（註52）」二五頁は、その副題に示されているように、クラス・アクションの代替策として「選定参加」の制度の活用可能性を追求されているが、クラス・アクションとは異なり、選定行為が必要なこと、非選定者は判決効が及ばないこと、および、損害賠償金等の分配手続が欠けている点などに限界があることが指摘されている。

なお、「研究会（註1）」七三頁（馬場発言）は、「選定参加」制度は、クラス・アクションに比べて、手続的に柔軟な構造をもっているため、担当弁護士等による個別事件に応じた処理が可能になる点で、「本物のクラスアクションよりも優れた点が、むしろあるのではないか」と指摘されている。