

訴訟能力・弁論能力と意思能力

基礎的再検討のための覚書

大 塚 明

1. 本稿の問題意識
2. 訴訟能力と、民法上の意思能力・行為能力
3. 訴訟能力と最高裁昭和29年判決
4. 訴訟能力の範囲
5. 訴訟能力と弁論能力
6. 意思能力論の訴訟法への適用と訴訟能力の特殊性
7. 意思能力論の更なる展開

1. 本稿の問題意識

訴訟の当事者となり得るためには当事者能力と当事者適格が必要とされる。ここでは「能力」の用語が使われはするが、民法上のいわゆる「能力」とはニュアンスを異にする。むしろ「権利能力」に近似する概念といってよいであろう。そして自ら、あるいは代理人を選任して、訴訟を実際に遂行するためには、訴訟遂行能力が必要とされる。以上の点については、従来から異論はみられない。そして、この訴訟遂行能力を訴訟能力と呼ぶが、その点について議論のあることは、以下に述べる通りである。

この訴訟遂行能力については、これまでに十分な議論が尽くされてきたとは言いきれない。この能力は、民法上の意思能力や行為能力との関係では、いかなる関係にあるのか。そもそも法律上の「能力」とは、そ

して民事訴訟法における「能力」とは、何であり、何であるべきなのか。本稿は、かかる基本的な問題意識のもとに、訴訟法における能力論としての訴訟能力を中心に、弁論能力との関係をも含めて検討し、そのうえで、訴訟能力概念の再検討を試みるものである。そして、この検討のためには訴訟能力だけではなく一般的な意思能力概念自体の再検討が必要となる可能性に言及しようとするものである。

民法学における意思能力理論は、次項に述べるように、いまだ議論が収斂しているとはいいがたい部分がある。しかし、民法における議論の錯綜以外に、実は基本的な法概念の構造自体からして、訴訟能力の議論は意思能力理論自体の再検討にまで遡らざるを得ない可能性があるのではないだろうか。筆者は先に、遺言能力に関してではあるが、「単に静的な平面で一律に定義測定できるものであるかどうか」疑問を提起し、「他からの希望や影響がまったくない、いわば無菌状態での高齢者は、意思能力がかなり低下していても遺言能力を認めて上げたいし、逆に他からの影響が極めて強く、動機レベルとはいえ本人意思が事実上他者の影響のもとに形成されているのではないかと思われるケースでは、他からの影響を排除しつつ自己決定する能力というものは、かなり高いレベルでの意思能力でなければならない」として、「静的には同一レベルの遺言能力、すなわち医師の医学的所見や客観的検査データでは同一レベルのケースであっても、動的な側面、即ち高齢者本人が置かれた環境によって、現実の遺言能力は相違する場合がある」と主張した。そして「それはひるがえて遺言能力だけではなく、意思能力一般についても妥当する可能性がある。」として、上記の主張が遺言能力という限定された場面についてであり、単独行為としての特殊性を含むものであることに留意しながらも、意思能力について従来の通説とは若干異なる可能性を示唆した。⁽¹⁾

本稿は先の論考とは異なり、出発する地点は、実体法と手続法という意味で異なるし、単独行為と訴訟行為という意味でも異なるものである。

とりあえずは、筆者の先の主張は横に置いて出発することになるが、最終的には先の問題意識にも帰っていかざるを得ない。その意味で、本稿は民事訴訟法における訴訟能力プロパーを扱いつつ、問題意識としては、手続法と実体法とを問わない能力一般論を遠い視野に入れながらのものとなる。その先には、先に述べた能力一般についての「そもそも」論が遙か遠くに展望されているが、本稿ではそこまでの十分な検討にまでは至らず、現時点での問題意識の一端を述べるにとどまる。「基礎的再検討のための覚書」と題する所以である。いまだ螻蛄の斧であることは承知しつつ、それでもあえて斧を振り上げてみることにしたい。

2. 訴訟能力と、民法上の意思能力・行為能力

訴状能力及び訴訟無能力者の法定代理については、民事訴訟法28条が「この法律に特別の定めのある場合を除き、民法その他の法令に従う。」としている。では、ここでいう「訴訟能力」が従うのは、民法でいうところの意思能力なのか、行為能力なのか。民法に従うとは、どういう意味なのか。さらには、その対象となる、つまり「能力」を要するとされる行為は、どの範囲であるのか。当然の前提としてア・プリオリな問題であるかのごとく理解されているこれらの問題は、民事訴訟法の教科書やコンメンタールにおいても簡単に触れられてはいるが、実は未だ判然としない部分が多いのである。

民法上は、意思能力については規定がなく、意思能力なき者の法律行為が無効であることは当然と理解されている⁽²⁾。行為能力制度については、若干の議論はあるものの、意思能力を画一的にカテゴライズする「制度」として理解し、制度としての行為能力があっても個別具体的には意思能力を欠く場合が存在することを認めようとするのが通説である。しかし、行為能力と意思能力との間で、能力相互間の程度の差があるのか否か、意思無能力と行為無能力とは競合するのか否か、この点と関連して、意思無能力による無効と行為無能力による取消との関係をどうとらえるか、

さらには、いわゆる事実的契約関係への適用可能性、等をめぐって、議論は未だ収斂しているとは言い難い。⁽³⁾したがって、民事訴訟法が「民法に従う」としても、「従う」べき相手が必ずしも確定していないのは事実である。しかし、議論が残っていること自体は、他の分野においてもあり得ることであり、大きな問題ではない。しかし、これらの議論のあることを前提としたうえでも、それ以前になお、民事訴訟法の訴訟能力概念は、以下に述べるように、実はいまだに極めて不確定であるといわざるをえないのである。

まず、民事訴訟法上の訴訟能力とは、民法上の意思能力なのか、行為能力なのか。本来はここで先決問題として、民法上の意思能力と行為能力の差異があるか否かを決定しなければならないが、ここでは通説に従い、民法上の意思能力と行為能力とは別個の存在であることを前提としておこう。行為能力は、成人であること、あるいは行為能力制限のないことにより獲得あるいは付与されるが、行為能力があっても一時的な精神障害等によって意思能力の欠如が認められることがある、という前提である。しかし、この前提に立ったとしても、訴訟能力については、既に学説と判例とは必ずしも軌を一にしているとは言い切れないのである。

訴訟能力とは、標準的な教科書等から抜粋すると、兼子「訴訟当事者として、自ら訴訟を進行する上に必要な能力」であって「訴訟能力は訴訟法上の行為能力ともいえる」⁽⁴⁾、三日月「訴訟当事者として自ら有効に訴訟行為をし、相手方又は裁判所の訴訟行為を有効に受ける能力」で「民法における行為能力に対応する概念である」⁽⁵⁾、新堂「訴訟当事者が自ら単独で有効に訴訟行為をなし、また受けるために必要な能力」であって「訴訟能力は訴訟行為をするに必要な能力の一般的水準を設けるものにすぎないから、訴訟能力者であっても意思能力を欠くことがあり、この場合に行われた訴訟行為は、無効になる。」⁽⁶⁾、伊藤「その者の名に置いて訴訟行為をなし、または訴訟行為の相手方たりうる能力」で「民法の行為能力を基準として決定される」⁽⁷⁾、また、菊井維大・村松俊夫＝原

著「コンメンタール民事訴訟法Ⅰ」では「自ら、または自ら選任した代理人によって有効に訴訟行為をし、また裁判所あるいは相手方の訴訟行為を有効に受ける能力をいう。民法の行為能力に対応するものである。」⁽⁸⁾とされている。

これらによれば、「訴訟能力」とは、民法でいう「行為能力」を指すものと解する他はない。事実、新堂はこれに続けて「原則として行為能力者を基準として訴訟能力の有無が決められる。行為能力者はすべて、訴訟能力者である。」という。つまり、行為能力者（成年で、後見等の能力制限を受けていない者）であっても、病気等により意思能力を欠く者はありえるが、それは「訴訟能力」の問題ではなく、民法上でいうところの意思能力の問題にすぎない。これだけであれば、特段の問題は存在しないようにも思える。ところが、新堂は、さらに続けて、訴訟能力が適用になる訴訟行為の範囲を論じて、管轄合意について、「その合意の効果が動揺するのは困るから、意思表示の取消の余地をあとに残す規律（行為能力）よりも有効か無効かをはじめから決めてしまう方式（訴訟能力）のほうが手続の安定という点ですぐれている。」とする。⁽⁶⁾ここでは、「訴訟能力」は「行為能力」とは異なるもの、「意思能力」を指すか、少なくともそれと同様であると理解されていると言わざるを得ない。ところが、高橋は、「訴訟能力は民法の行為能力に対応する制度」としながらも、その効果は民法と異なるものとして、取消ではなく無効を主張する。⁽⁹⁾このように、民事訴訟法上の訴訟能力とは民法上の行為能力である、といったんはしながらも、細部においては若干の混乱があるといわなければならない。

しかし、このように若干の混乱はあるものの、仮に「訴訟能力イコール行為能力」と考えるならば、行為能力者でありながら意思無能力である者の訴訟行為の有効性については、民事訴訟法は明文で規定することなく、先の民事訴訟法28条によって民法に委ねている、と考えるべきなのであろうか。いや、民法もこの点については明文の規定を有していな

いことからすれば、民法が当然の前提とするのと同様に、民事訴訟法も法の一般原則に委ねている、と言うべきであろうか。しかし、ここまでであるならば未だ大きな問題には至っていない。

最高裁は、禁治産宣告を受けていない被告に対する離婚請求事件において、「およそ心神喪失の常況に在るものは、離婚に関する訴訟能力を有しない⁽¹⁰⁾」として、行為無能力者ではない意思無能力者を「訴訟能力」がないとする。ここでは明らかに、「訴訟能力イコール行為能力」ではなく、「訴訟能力イコール意思能力」なのである。もっとも、これに先立つ、訴訟能力に関するリーディングケースである最高裁昭和29年6月11日の第二小法廷判決は、「本件控訴取下は、ひっきょう意思無能力者のなした訴訟行為にあたり、その効力を生じない」として、訴訟能力の用語を使用せず、意思無能力の語を使っている。そしてこの判決の調査官解説も、「法律行為の行為能力者は訴訟能力を有するものとせられているけれども、意思無能力の状態にある場合には有効な訴訟行為をなし得ないことは勿論である。」として、訴訟無能力の用語を使用していない⁽¹¹⁾。もっとも、この解説は同時に「意思能力とは自己の行為の結果を判断し得る精神的能力である」として、「自己の訴訟上の利益を遂行するのに必要な能力が訴訟能力なのである」としているから、ここでは意思能力と訴訟能力とを同一と考えているようにも読むことができる余地はある。

ところが、人事訴訟法13条は、「人事訴訟における訴訟能力等」と題されているが、その1項は、未成年者（民法5条1・2項）や成年被後見人（民法9条）、被保佐人（民法13条）について、能力制限を適用しないとする。したがって、ここでは未成年者や成年被後見人についても「訴訟能力」がある可能性を認めており、民事訴訟法28条の例外をなしている。また、同条2項は「訴訟行為につき行為能力の制限を受けた者が前項の訴訟行為をしようとする場合において」とあるため、ここでは明確に「行為能力」概念が訴訟法上も認められている。したがって、訴

訟法上は訴訟能力概念の他に行為能力概念を認めたものと解する余地もあろう。もっとも、ここでは「『制限』をうけた」であるため、用語法の問題として、ここに行為「無」能力を含むかどうかについては議論の余地がないわけではない。

しかし、いずれにせよ、訴訟行為をなすには民法上の意思能力と同様（同程度とは限らない）の「能力」が要求されているという点ではおそらく異論がないであろう。問題は、それを「訴訟能力」と呼ぶかどうか、取消し得る訴訟行為なのか、無効なのか、である。仮に、民事訴訟法28条の訴訟能力を、民法上の行為能力と平行に考えるならば、これとは別途に、意思能力のない者の訴訟行為を無効とする必要があるが、その場合に「訴訟能力」なる用語を使用するかどうかである。もしも使用するなら、それは民事訴訟法28条にいう「訴訟能力」とは別個の概念であり、いわば「訟法上の意思能力」あるいは「広義の訴訟能力」とでも名付けなければならない。用語の整理あるいは統一ということであれば、これで一応の解決とすることができよう。ところが、次項に述べる通り、これだけの整理では問題は一向に解決しないのである。

3. 訴訟能力と最高裁昭和29年判決

訴訟能力に関するリーディングケースは、先にも挙げた最高裁昭和29年6月11日の第二小法廷判決であろう。ここでは、「成年後も12、3歳程度の精神能力しかなく、控訴の取下げにより敗訴の確定判決が執行され、そのために自己の生活の根拠が脅かされる結果を生じることを理解できない者のなした控訴の取下げは無効であるが、控訴の提起は有効と解すべきである。」とされている。

訴訟能力と行為能力の関係の問題を別としても、ここで興味深いことは、「控訴の取下げは無効であるが、控訴の提起は有効」としている点であって、同一人の訴訟行為に必要な能力について、訴訟行為の内容によって差異を認めている点である。

判決は、控訴取下げについては、「控訴取下によって前記の如き重大な訴訟上並に事実上の結果を招来する事実を十分理解することができず、控訴取下の書面を以て、漠然相手方に対する紛争の託状の程度に考え、本件控訴の取下をなしたもの」であるから、意思無能力者の訴訟行為であって無効であるとし、一方でその前の控訴提起については、「一審判決に対する不服の申立たるに過ぎず、かつ敗訴判決による不利益を除去するための、自己に利益な行為である関係上、被上告人においても、その趣旨を容易に理解し得た」として有効と認めている。

行為能力が制度的に一律かつ定型的であるのに比して、意思能力は個別具体的に判断される。ここで個別具体的というのは、各人別はもちろん、同一人であっても時期によって能力に差異のあることを認める趣旨であることは異論がない。問題は、同一人の同一時期における能力を、その行おうとする行為によって、必要とされるレベルに差異を認めるか否か、である。つまり「能力」というものをどう考えるかの基本的な問題がここには横たわっているのである。

先の昭和29年最高裁判決は、文字通りに読めば、行為内容によって要求される「能力」の程度は異なるものと判断したものと読むことができよう。民法上の意思能力については、学説は、行為内容によって能力の程度差を認めるかの記述はあるものの、その点を明確に言い切るものは、従来は必ずしも多くなかった。しかし近年、能力レベルは対象とする行為によって当然に相違すると明確に主張するものが増えている。してみれば、この最高裁判決は、意思能力を（訴訟能力という場面においてはあるが）「意思能力の判断は、当該『人』についての抽象的な判断＝属性ではなく、その時点で、その者が当該表示の意味を理解していたといいうるかという具体的な問題として捉え、意思能力は個々の行為類型によって個別具体的に判断されるべき」⁽¹²⁾であるとした最初の最高裁判決と評価することもできるかもしれない。

しかし、取り下げは「控訴取下によって……重大な訴訟上並に事実上

の結果を招来する」のに対して、控訴は「一審判決に対する不服の申立たるに過ぎず、かつ敗訴判決による不利益を除去するための、自己に利益な行為である関係上、被上告人においても、その趣旨を容易に理解し得た」と単純に言い得るものであろうか。行為の難易度についていえば、むしろ取り下げの方が難易度は低く、控訴の方が難しいとも言い得るのではあるまいか。有利不利についても、本件における具体的な有利不利はともかく、一般的にいえば「結果論」であって、一概に言い切れるものではあるまい。

このような見地からか、菊井維大・村松俊夫＝原著「コンメンタール民事訴訟法Ⅰ」は、「訴訟能力等が欠けている者も、その存否に付いての審理の限度では、訴訟行為をすることができ、その訴訟行為の効力は否定されないと解すべきである。それらの者に訴訟能力等の存否について争い、裁判所の判断を得る機会を保証するためである。」とする。ここでは、行為類型によって要求される訴訟能力の程度に差異を設けるといよりも、「訴訟能力が欠けている」場合であっても訴訟行為ができるとしているのであって、たとえば「訴訟能力が欠けていることを理由に訴え却下の判決があった場合にも、自ら上訴することができ、訴訟能力の存否について、上訴審で争うことができる」し、「訴訟能力が欠けていることを理由とした訴え却下判決に上訴があった場合、原審の判断が正当であったとしても、上訴を不適法として却下すべきではなく、上訴を理由なしとして棄却すべきである。」⁽¹³⁾

かかる立場からすれば、先の最高裁判決の事例も、異なった理由付けとなることが考えられる。控訴取り下げは意思能力がなく無効であるが、控訴自体は、意思能力の存否に拘わらず有効であるとする余地が出てくる。というよりも、その場面では意思能力を問題とするべきでないということになる。

しかし、そもそも訴訟能力とは何であるのか、何であるべきなのか、なぜに要求されるものであるのか、という基本的根本的な見地からは、

この見解には疑問の余地がある。意思能力とは、「自分の行為の結果を判断することのできる精神的能力であって、正常な認識力と予期力とを含む」ものであってみれば、意思能力は、「人は、原則として自己の意思に基づいてのみ、権利を取得し、義務を負担する。」という近代私法原理⁽¹⁴⁾にあって、その大前提として存在するというべきであろう。訴訟法においても、その処分権主義の基礎としての近代私法原理はゆるがせにすることはできない。「自己の意思に基づいて」ということは、「意思能力があり」そしてその「自由な意思によって」ということでなければならないからである。意思能力のない者に「自由な意思」を論じることはできないからである。そうであるならば、意思能力の存否について意思能力のない者が上訴によりこれを争う場合、本人の「争う」意思には根拠を置かないこととならざるを得ない。逆にいえば、「争わない」場合であっても、本人保護を考えなければならないということになるであろう。してみれば、先の菊井・村松コンメンタールの主張には、理論的に若干の違和感を覚えざるを得ない。しかし同時に、逆に先の最高裁判決についても前述の通り、理由付けの論理には疑問の余地があり、また本来の能力の問題以外の要素を考慮したと読める点からも、これを「行為類型によって要求される意思能力レベルに差異を設けた」ものと単純に評価することにも若干の躊躇⁽¹⁵⁾を覚えるのである。

以上検討してきたところからすれば、訴訟能力の議論は、実は民事訴訟制度の目的論にまで遡る議論となることが理解されよう。目的論については、権利保護説、私法秩序維持説、紛争解決説、法的紛争解決説、多元説、手続保障説、目的論棚上げ説、等々が論じられているが、訴訟能力論をどう理解するかによって、目的論は異なって来ざるを得ない。いや逆に、目的論によって訴訟能力論は結論を左右される可能性さえあり得るのである。

ここで筆者の暫定的な結論を述べておくなら、私的自治と処分権主義とを基礎に置く立場から、訴訟能力を度外視して訴訟行為の有効性を論

じる立場には賛成しえない。基本的に訴訟による紛争解決は当事者の自治に任された分野であり、処分権主義を揺るがすことには賛成できないのである。そして、その訴訟行為に必要とされる訴訟能力は、訴訟行為によって差異があってもやむを得ないであろう。ただ、その詳細については、後に6項で述べるような問題を解決しなければならない。

4. 訴訟能力の対象範囲

訴訟能力の内容と程度の議論をさておくとしても、さらに「訴訟能力」とは、訴訟手続内での能力をいうのか、訴訟に関連する訴訟外行為に関しても含むのか、の問題がある。訴訟能力が、行為能力あるいは意思能力とまったく平行であればともかく、完全には一致しないとすれば、この点の検討が不可欠となることは、見やすい道理であろう。

訴訟手続内の行為としては、「訴えなどのような裁判を求める申立行為、裁判のための資料を提出する行為、手続上の効果の発生を主目的とした諸意思表示（たとえば、自白、訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、訴訟上の和解）など」が含まれることに異論はないであろう。訴訟外の行為としては、たとえば、訴訟外又は訴訟前に行われる管轄の合意、訴訟代理権の授与なども訴訟能力が要求される訴訟行為に入る、とされる⁽¹⁶⁾。

しかし、ここで検討されなければならないのは、訴訟手続内はともかく訴訟手続外のいずれの範囲までの行為か、という視点と共に、一つの行為が、訴訟行為としての側面と、実体法（私法）上の行為としての側面と、の両面性を持つという視点である。

たとえば、訴訟外での訴えの取下げ契約については、実際に訴訟外和解でこのような契約がなされることは希ではない。その契約自体は、私法上の契約であるが、訴訟に当該契約が顕出されたならば、訴訟上どのように効果を生じるか、という問題がある。これについては、訴えの利益を欠くものとして訴えを却下すべしとする私法契約説、直接に訴訟係

属消滅効を生じて裁判所は訴訟終了を宣言する判決をすべしとする訴訟契約説、がある。前者をとれば、訴えの取下げ契約は単なる私法行為か、訴訟行為の一面を併せ持つのか、これには私法上の意思能力あるいは行為能力だけの判断でよいのか、別途に訴訟能力あるいは訴訟法上の意思能力の判断を要するのか、が問題とされる。後者をとれば、当然に訴訟能力あるいは訴訟法上の意思能力が必要とされることになろう。

多くの学説は、手続の安定性の見地から、取消と無効という法律効果の差をもって、この点を検討する。たとえば、管轄合意や、訴えの取下げについて、手続安定の要請から、取消を認める行為能力ではなく、無効となる訴訟能力によるとする⁽¹⁷⁾。行為無能力の取消と、意思無能力の無効との、いわゆる二重効については、民法上も議論があるが、しかし、その点を別としても、これによって私法上の行為能力か、訴訟法上の訴訟能力かを議論するのは、先に見た訴訟能力と意思能力との議論の混乱に拍車をかけるだけであろう。「なにゆえに行為能力でなく訴訟能力が要求されるのかの問題」に「訴訟行為だからというのは、問いをもって問いに答えたにすぎない。」と言われるのはけだし正論であるが⁽¹⁷⁾、無効か取消かをもって訴訟能力か行為能力かを決定するのも同様であろう。そして、実は先の訴訟能力の定義あるいは本質論が、この問題の前提となっているというべきである。

基本的には、訴訟能力は行為能力あるいは私法上の意思能力とは、一致するケースはもちろんあり得ても、必ずしも一致しなければならないものではない、とするならば、訴訟手続内の訴訟行為については訴訟能力を要求され、訴訟手続外の行為についても、それが訴訟手続に密接に影響し、あるいは直接間接に法律効果を及ぼすときには、私法上の能力とは別に、訴訟能力がなければ訴訟手続に法律効果を及ぼすことはない、というべきではあるまいか。

具体的には、先の訴え取下げ契約の場合であれば、契約の成立自体は私法上の行為能力あるいは意思能力により判断されるが、それが訴訟上

に効果を及ぼすにあたっては、私法契約説によれば私法上の取下げ合意によって訴訟法上の訴えの利益が消滅する、その場面において訴えの利益の消滅に結びつく効果の発生には訴訟能力が必要であるし、訴訟契約説であれば、実体法あるいは私法上の契約の有効性ととも、訴訟能力がなければ訴訟係属消滅効を生じる余地はなく、裁判所は訴訟終了を宣言することはできないと解するほかはない。

ならば、基本的な視座として、私法上の意思能力あるいは行為能力が対象とする行為と、訴訟能力が対象とする行為を分けるメルクマールは、どこに求められるべきなのであろうか。これは実は、「対象」の問題にとどまらず、私法上の意思能力あるいは行為能力と、訴訟能力とを分けるメルクマールを求めることと同一の問いとなるであろう。そして、これについては、後述するとおり、従来の意思能力理論がよって立つパースペクティブと訴訟の場というパースペクティブとの相違、および、そこにおける基本的な法律関係や関係当事者の関係性、さらには係る関係の下での関係者を規律する法理念にまで遡って検討する必要があるのではないだろうか。しかし、その問題に入る前に、訴訟能力と関連する可能性があり、これよりも能力的に程度が高いと言われる弁論能力について検討しておく必要があろう。

5. 訴訟能力と弁論能力

民事訴訟法155条は、弁論能力を欠く者に対しては、陳述を禁止して弁護士の付添を命じることができると規定する。弁論能力は、弁護士代理の原則や弁護士強制主義との関連でも論じられるが、訴訟能力が直接に本人保護のための制度であるのに対して、弁論能力は直接には訴訟手続の円滑な進行と司法制度の健全性のための制度であり、本人保護を直接の目的とするものではないとするのが通説である。⁽¹⁸⁾

ここで「付添」とは、弁論能力を欠く本人のために代わって弁論をするのであるから、弁護士に訴訟委任をすることを意味する。⁽¹⁹⁾したがって

訴訟委任をすることは、弁論能力を欠いていても、意思能力あるいは訴訟能力を欠いていない限り可能であり、その意味でも弁論能力と訴訟能力とは明らかに程度の差異があると、とりあえずは言わなければならない。

また、地方裁判所以上の裁判所における弁護士代理原則は、代理人の弁論能力を弁護士に限定したものとも理解されるが、弁護士強制主義をとらず本人訴訟を許容する日本法では、本人訴訟において弁論能力を否定することは、その限りで弁護士強制主義をとることと同様の結果となる。⁽²⁰⁾しかし、実際の場面で裁判所が弁護士附添命令を出すことは、ほとんど考えられない。附添命令を出してみても、本人が弁護士を選任しなければ、裁判所として附添を強制する手段を持たないからである。この点は、国選弁護制度を有する刑事事件との大きな相違である。⁽²¹⁾このため、裁判所が「命令」ではなく、事実上の任意の勧告として、本人訴訟の当事者に対して弁護士委任を勧めることは珍しくない。また、弁護士附添命令に代わって裁判所が釈明を求めることにより本人の弁論能力を補充しようとすることも珍しくない。

本人に意思能力・訴訟能力があれば、弁護士に委任をすることは可能である。その能力の程度は、自己の利害を判断し得る程度であればよい。ならば、弁論能力はどうであろうか。通常言われるのは、それよりも程度が高く、事案解明と手続上必要な主張立証をなしえる能力、とされる。しかし、そうであるならば、極めて簡単な事案で法的構成も容易な事案は格別として、複雑な事実関係や専門的法律構成が必要な事案については、弁護士なくしてこれを素人の本人が為し得ることは希であると言わなければならない。しかし、そのような事案において、裁判所が附添命令を「検討」する余地があるだろうか。裁判所が心配し、本人のために訴訟遂行を後見しようとするのは、本人のいわゆる、法的な意味での「能力」ではなく、本人の知識である。本人に必要とされているのは、専門的アドバイスである。はたしてそれが「弁論能力」なのであろうか。意思能

力・訴訟能力のさらに上級レベルとしての「能力」なのであろうか。そうであるとすれば、そもそも弁論能力を、意思能力あるいは訴訟能力と同様の意味での「能力」とすべきなのであろうか。

先に「弁論能力と訴訟能力とは明らかに『程度』の差異があると、『とりあえずは』言わなければならない」とした。しかし、弁論能力は訴訟手続進行のための手段であるとするならば、ア・プリオリに訴訟能力・意思能力と弁論能力とが同じ線上にある、程度の差による相違であるとは必ずしも言い得ない。訴訟能力・意思能力が本人保護のための本人に要求される最低限の判断力であるとするなら、弁論能力は訴訟手続保護のために出廷当事者に要求される最低限の手続参加能力というべきであろう。してみると、「弁論能力と訴訟能力とに程度の差がある」かどうか以前に、この両者には同じ線上で測られるべきものかどうかを検討しなければならない。そもそも、裁判所の釈明権行使で補充代替できるのは、本人のいわゆる「能力」ではなく、専門知識や法的構成なのであるまいか。してみれば、民事訴訟法155条にいう弁論能力とは、意思能力の上級編²²ではなく、これとは別個別種概念とすべきなのではあるまいか。

民事訴訟法155条は、沿革的には明治23年民事訴訟法の陳述禁止・弁護士附添命令に由来し、明治大正期には弁論能力概念はまだ継受されていなかった。そして、弁論能力概念の継受にあたっては、母法ドイツの弁護士強制主義を採用することなく、弁護士強制の代替としての附添命令が採用され、そのうえで、昭和初期に至って弁論能力概念が当事者の能力の一環として導入されたと言われる⁽²²⁾。してみれば、弁論能力はもともと弁護士附添命令の前提としての概念ではなく、むしろ逆に、附添命令から派生した概念というべきなのかもしれない。仮にそうであるならば、弁論能力の内容は、意思能力等とは別個に、再検討されるべきであって、附添命令によって補充されるべきとされた「内容」が弁論能力である、と発想を逆転する必要があるかもしれない。

6. 意思能力論の訴訟法への適用と訴訟能力の特殊性

従来の意思能力理論は、経済的対立構造を前提として、あるいはそれを典型として、対立的地位にある、いわゆる「取引関係」について、私的自治と私有財産を前提として発展してきた。そして、それ以外の意思表示についても、これを基礎として、それぞれの分野での若干の修正を加えるという手順をとってきた。しかし、「取引」以外については、「若干の修正」にとどまらず、本来的に別な要素、あるいは構造を考慮すべきではないだろうか。そして、訴訟手続においては、まさに「取引以外」のひとつの典型例として検討しなければならないのではあるまいか。

本人と依頼した弁護士との関係、本人と後見人・保佐人・補助人との関係、これらは、選任過程の問題を除けば、本人への専門的援助あるいは本人保護のための存在と、援助・保護されるべき存在との関係であって、そこには対立構造は基本的には存在しない。また、裁判所に対する訴訟行為は、相手方当事者に対する主張を裁判所に認めてもらうべく活動する行為であって、対立構造は典型的には当事者と裁判所との間ではなく対立当事者の間に見られるのである。その意味では、依頼者と弁護士の間での行為、あるいは当事者の裁判所に対する訴訟行為、に従来の意思能力理論をそのまま当てはめることが妥当かどうかは、検討の余地がある。もちろん、このような関係においても対立構造が生じることはあり得る。代理人等の本人との利益相反行為や、裁判所に対する忌避申立などは、その最たるものであろう。しかし、一般的かつ基本的な当事者対立構造を前提とする場合には、取引関係に典型的に見られる経済的対立構造は訴訟当事者間において存在するのであって、本人と代理人、あるいは当事者と裁判所、との間には存在せず、通常の「取引関係」とは異なるものであることを再認識すべきではないだろうか。この点は、次項において、さらに検討することとしたい。

同時に考慮すべきは、訴訟行為あるいはその前提としての私法行為に

においては、手続の連鎖構造により、一つの訴訟行為が次なる訴訟行為の前提をなし、その連鎖の上に全体としての訴訟手続が構築されるということ、である。したがって、この点から、「取消し得べき訴訟行為」なる不安定な行為をできる限り排除しようとする解釈論も生まれるのである。

以上の検討から、訴訟能力論をどう構築するかは、民法上の行為能力論、意思能力論の検討を十分に踏まえたうえでのことでなければならず、次項でも検討するように、民法上の意思能力理論が十分に整理しきれていないと思われる現状では、訴訟能力についても、にわかに結論を見いだし得ない。しかし、とりあえずの私見をまとめるならば、次のように言うことができるであろう。

民事訴訟法における意思能力あるいは行為能力が「民法の定めにしたがう」とは、民法その他の法令によりつつ、訴訟法としての特質からこれを修正すべき場合には修正を施して「したがう」のであると理解すべきであろう。この場合に、「訴訟能力」を意思能力あるいは行為能力のいずれと考えるべきかについては、その両方、即ち、一般的には行為能力によりつつ、行為能力があっても意思能力がない場合には、意思無能力者の行為として無効とする、と言うことが妥当であろう。行為無能力の場合に、無効とせずに取り消し得るものとするのか否かについては、訴訟法の特質からして不安定な状況を前提として次なる訴訟行為を連続させることが不適當であるがゆえに無効と解し、ただ本人保護の見地から追認を認める場合は考えられよう。

意思能力があれば、弁護士を代理人に選任することによって訴訟行為をすることができる、という見地からは、行為能力者の意思能力については、本人意思の尊重という観点から、かなり低いレベルであっても、本人意思の尊重を優先すべき場面があるようにも思われる。その意味では、弁護士委任能力は他の訴訟行為を為す能力よりは低いレベルであって然るべきだという議論は十分になり立ち得る。弁護士代理自体が、本

人の広い意味での能力を補充するものだからである。したがって、弁論能力の問題は別としても、本人自身による訴訟行為を為すことができる能力レベルと、弁護士に委任することができる能力レベルとは、前者よりも後者が、かなり低いレベルで構わないということになるであろう。

私も、理論的にはこの結論には異論がないと言いたいのである。しかし、訴訟現場を考えると、一概にそう言い切ってしまうて良いかどうかは、かなり疑問の余地がある。それはどのような場面かといえば、次のような場面を考えれば良いであろう。

かろうじて意思能力があると思われる依頼者が単独で弁護士のもとを訪れ、訴訟事件の代理を依頼したと想定してみよう。ここで代理人の立場から言えば、「意思能力がある」という程度の本人からの依頼は、弁護士としては受任に慎重にならざるを得ない。後日、意思能力がなかったとして関係者から訴えられた時には、意思能力の存在を立証できなければ、代理人である弁護士が責任を追及されかねないからである。さらに、代理人としては、職務の独立性とともに依頼者の意思の尊重が求められている。⁽²³⁾この場合の「依頼者の意思の尊重」とは、自己の責任で自己決定できる本人を前提としての依頼者意思であるべきであろう。そうであるならば、自己責任を引き受けられない、自己決定できない、本人からは、尊重すべき意思を聞き取れないこととなる。そのような場合に、「客観的な本人利益」なるものを代理人として勝手に決定することは多くの場合には妥当ではあるまい。「多くの場合」というのは、緊急避難的な事案では別の考慮も働くことを意識している。）

そして実は、同じ考慮が、弁論能力に欠ける当事者からの依頼についても言い得るのである。弁論能力を欠く程度に意思能力が低下している本人から、仮に依頼を受けたとき、弁護士としては、「信頼できる御家族か身寄りには居ませんか。御一緒に来てもらうことはできませんか。」と聞くことが多いであろう。適当な人がいなければ、成年後見等をも検討するであろう。後見人からの委任により、委任行為の瑕疵を避けた

めである。

成年後見で弁護士が後見人になるならば、代理人としての弁護士と後見人としての弁護士は結局のところ同じではないか、との批判も予想される。しかし、自己の選任する代理人の監督は自己責任であって、他からの掣肘をうけない。そのこと自体が、自己決定の帰結でもある。しかし公的に裁判所から選任された後見人（法定代理人）は裁判所の監督に服する。任意後見人も後見監督人選任があつて後見が発動する。本人による監督がありえず公的監督もない任意代理人には、本人が意思無能力、訴訟無能力等の場合には、そもそも自己責任の原則自体が通用する余地がない。このような場合に、自己責任を基底とする任意代理人を務めることは、代理人の責任が大きすぎ、代理人としてのリスクが大きすぎるのである。

そうであるとすれば、先に検討した弁論能力なき場合の弁護士選任も、裁判所の任命を前提としない、本人の委任による任意代理を考えるならば、別途の制度構築がない限り、現実には受任する弁護士の確保は極めて困難であるといわなければなるまい。裁判所の選任とはいっても、たとえば後見人や破産管財人は裁判所の監督に服し、その行為には必要に応じて裁判所の許可を要する。しかし、裁判所の付添命令があつても任意代理の構造をとる限りは、本人の委任を受けた代理人は前述の責任とリスクを負担しなければならず、裁判所はいかなる責任もとりに得ないのである。

では、弁護士委任以外の訴訟行為については、すべてを一括しての同一レベルでの「能力」を観念することができるかといえ、疑問の余地があろう。典型的事例でいえば、訴えの提起、和解、取り下げ、上訴、その取り下げ、と、訴訟手続内での主張や立証などの行為、について、同一能力でよいかと言えば、弁護士委任能力よりも上位であるとしたうえで、これら訴訟行為間では、少なくとも異なる可能性を認めない訳にはいかないであろう。前述の控訴提起と控訴取り下げにあたっての意思

能力の差異を認めた判例も、この発想の延長線上にあると見ることもできる。しかし、この発想では、それぞれの訴訟行為についてどの程度の能力を要求すべきか、どの程度の差異を認めるべきか、の問題が残っている。さらには、弁護士委任がある場合は委任能力で足り、本人訴訟の場合はこれより上位の能力を要求することとなる結果、弁護士委任能力以外の能力を、限りなく弁論能力に近づけてしまうこととなる可能性を秘めている。このため、この検討は、ふたたび弁論能力とはなにか、という問題をクローズアップさせてしまうのである。

訴訟行為においては、裁判所を介しての利害対立が通常の取引行為以上に鮮明に存在し、かつ取引行為としての私法行為が楯の両面として同時並行的に併存する場合が極めて多い。ここでは、委任能力、送達受領能力、代理人選任能力、訴訟遂行にあたっての期日における意思能力、表示能力、さらにはこれらに対する裁判所の釈明処分による公権的監督の有無と許容程度、裁判所と弁護士の職業倫理、等々さえもが問題となってくるであろう。取引構造では一般的には対立関係として把握され、その構造を前提として本人保護を考えれば良かったものが、訴訟行為においては、対立当事者構造と、対裁判所という関係と、ふたつの軸を考慮しなければならない。さらに対裁判所軸では、裁判所と相対する対立関係と共に、釈明等による裁判所からの後見的機能という矛盾する関係をも包含するのである。

以上の検討によれば、それぞれの訴訟行為ごとに必要とされる訴訟能力あるいは意思能力のレベルは、訴訟行為の類型ごとに、さらには具体的な訴訟場面での行為ごとに、個別に検討されなければならないように思われるのである。

7. 意思能力論の更なる展開

以上に検討してきたところによれば、訴訟能力の問題は、民法等の実体法上の行為能力あるいは意思能力を、そのまま訴訟法に必要な修正を

加えて適用する、といった程度ではすまないように思われる。もちろん、訴訟手続による特異性は考慮されなければならないけれども、それ以前に、実体法上の能力理論を、どのように修正し、どのように適用するのか、が十分に検討されなければならない。さらに言えば、実体法上の能力理論自体が必ずしも議論が収斂されているとは言い切れず、その議論を差し置いて、「訴訟法的修正」を論じてみても、所詮は限界があると言わざるを得ない。その意味では、この問題は訴訟法的意義のみならず、実体法を含めた私法上の広い議論に繋がっていかざるを得ない。本稿は、訴訟法の場面に限定しての検討であり、また実体法における意思能力論の再検討は、現在の筆者には手に余る、あまりにも大きな問題であって、ここで十分に論じることはできない。しかし、以上に述べてきた問題意識から、今後の展開のためのいくつかの論点だけは指摘しておきたい。

とりあえず、実体法上の意思能力理論を、民法にしたがって簡単に俯瞰してみよう。

意思能力は、それ自体として潜在的に個人の内面に存在するかがりは、法的評価として問題にされる余地は実はないのであって、法的評価を受けるのは、それが外部に表示され、法的効果を発生させる場合である。これは「意思表示」として論じられる。

従来の意思能力理論は、「意思能力は、ある行為（たとえば取引）をするに必要な精神的能力である。」として、対象となる行為によってレベルは異なる可能性は認めるし、その時点での能力であること（即ち、昨日とも明日とも異なる可能性を排除しない）は認めるものの、その意思の表示が、対立当事者との取引であるか、自己の援助者との行為であるか、単独行為であるか、の差異については、ほとんど留意してこなかった。

大前提としての「能力」には、心理学あるいは脳科学の知見によれば、計算能力（自然数の加減乗除、量の比較、形状認識、量の推移、等々）、認知能力、記銘力、記憶保持力、記憶取り出し力、表現力、等々が考え

られる。このほかに、危険回避への本能的能力や「感」といわれるインスピレーションや、センスといったものまで考えることも可能であるかもしれない。それらは計測できるものもあれば、計測不可能なものも存在する。しかし、これら自体の「計測」も問題であるが、それを計測したからといって、法的な意思能力には何ら直結しない。法的な意味での「意思能力」とは何か、が解決されていないからである。法律学は、実は「意思能力」について定義し基準設定することを怠ってきた。想定される様々な場面での意思能力を仮定し、それを統合し、総合的に定義する努力が欠けていた。あたかも「意思能力一般」なるものが存在すると楽観していた。もちろん、それは法律学の責任だけではなく、心理学等の科学の進歩を待たなければ叶わないことも多々存在したことは事実である。しかし訴訟の現場では、科学的知見の集積如何に関わらず、個々の事件において「意思能力」を具体化して判断せざるを得ず、その結果が判例の集積であった。しかし、それは残念ながら統一的意思能力理論から演繹されたものではなく、集積された個々の判例から意思能力理論を帰納しようとして果たせなかった歴史でもあった。本来は、取引行為、単独行為、合同行為における意思能力の別、意思表示者の内心意思形成過程への洞察、意思形成過程への影響と環境、形成された意思の表示と齟齬、民事商事取引と人事との差異、さらには訴訟能力のなかで自己自身の訴訟遂行能力と代理人選任能力の差異、書類送達受領能力、代理人への委任能力と代理人選任能力の差、等々を検討し、その中での「意思能力」を検討すべきであったというべきであろう。

民法の意思能力あるいは意思表示理論においては、このような統一的意思能力理論を欠いたままに、そのアウトプットとしての意思表示において、動機、効果意思、表示意思、表示行為、と経過を分類分析することとなった。この枠組みを用いて錯誤などの意思表示の瑕疵を分析したのは、19世紀ドイツの法律学が当時の心理学の影響下に行ったものであると⁽²⁴⁾言われている。この旧来の意思表示理論は、たとえば錯誤において

は、当初は心理学的な意思欠缺構成をとっていたが、動機表示構成へと変遷し、次第に真意欠缺構成が説かれるようになった。さらには、相手方の認識可能性を考慮に入れるべきとの批判をあびている⁽²⁵⁾。しかし、ここに至っても基本的には、人の意思形成それ自体は本人の責任であり、それが外部に表示されるに際して真意と食い違うという場合に、それをどう解決するかが、意思表示の瑕疵の理論であることには変わりはない。真意の形成それ自体には、意思表示理論は介入しない。それは意思能力理論の範疇であるとされる。「真意の形成」を自ら為すことができる「能力」の有無を問題とするのである。意思能力理論と意思表示理論との間には、連続性はなく、その間に深く暗い溝があるのである。

そもそも、真意の形成それ自体が、単に能力の有無によって可否が決定できるほどに単純なものでありえるだろうか。意思表示が単なる単一の「行為」であるにとどまらず、「過程」であるとすれば、真意の形成こそは、さらに過程ではないだろうか。そしてこの形成過程は、単純な測定結果としての「能力」によって測定され評価されるのではなく、基底としての「能力」の他に、過程に影響を及ぼすさまざまな要員をあわせ評価しなければならないのではあるまいか。

意思表示において、真意と表示との相違という場合の「表示」は、外界へのアウトプットとして客観的に認識可能である。では、「真意」はどうか。真意こそは内心の過程であって、客観的には認識不可能と言わざるを得ない。そして、その「真意」とは人の内面において独立して存在し得る「ひとつ」の存在であり得るだろうか。「真意」自体が過程であり、その過程を支えるのが「能力」なのではないか。仮にそうであるとすれば、「真意」は能力だけによって支えられ評価されるのではなく、直接的には、能力によって基礎つけられた「過程」によって評価されなければならないのではあって、「能力」はその「過程」を支える基礎としての機能を果たしているのではあるまいか。「過程」は、能力によって支えられるとともに、外界からの様々な影響や圧力を受けつつ形成さ

れていく。先の昭和29年最高裁判決は、「控訴取下は姉北原志げ夫婦や訴訟代理人に相談せずになされたこと」を「意思無能力」の根拠の一つとしてあげる。しかし、他者への相談は意思能力自体に関するのではなく、意思能力の欠缺を補充する手段にすぎない。さらにいえば、行為能力の補完としての後見人は本人の意思決定の代行であるが、保佐や補助は意思決定代行ではなく意思決定の補充であるといえよう。してみれば、従来の意思能力理論は、このような意思決定過程への影響や補完を十分に考慮することを怠ってきたのではあるまいか。

基底となる「能力」がなければ問題外であるが、最低限の能力があっても、外界からの圧力が大きければ、それは内心の意思決定自体に影響を及ぼす可能性がある。逆に適正な補完措置があれば、かなりのレベルまでは本人自身によって決定することが可能となるかもしれない。もちろん、詐欺や強迫、あるいは錯誤といった意思表示段階での理論は既に存在するが、これらだけで問題を解決しようとするとき、どうしてもない限界や違和感を覚える機会は多々あるのである。それは実は、意思能力理論と意思表示理論との間に存する深く暗い溝であるように思われる。⁽²⁶⁾

このような思考は、従来の意思能力理論とは必ずしも整合性がとれないとの批判はあるであろう。しかし、理論的にも、そして何よりも実務現場では、従来の意思能力理論だけでは、意思表示理論だけでは、把握しきれない、あるいは扱いきれない、疑問が、山積しているのである。

取引行為とは異なる単独行為としての遺言における遺言能力については、私は既にこのような見地からの疑問と提案をしたことがある。そこでは単独行為とされる遺言についての他者の影響を考慮に入れながら、これを適正に判断しつつ自己決定する能力としての遺言能力を提唱した。⁽²⁷⁾ 同じ発想は、遺言以外の単独行為にも敷衍されうるであろうし、単独行為や対立的当事者間の取引行為以外の、たとえば共同しての合同行為の場合の指標ともなり得るかもしれない。そして、この問題を検討す

ることなしには、実は本稿が問題とした訴訟行為に関する能力問題は、その基礎を固めることができない。従来の民法上の意思能力学説が議論し検討してきた冒頭に掲げた諸問題にとどまらず、その根本に遡って意思能力⁽²⁸⁾それ自体を根本的に再検討する必要があるのではあるまいか。訴訟能力を論じるにあたって、一般的意思能力理論を検討しつつ、そのなかで訴訟能力理論を検討するの でなければならない。それが本稿の基底にある問題意識なのである。

注

- (1) 大塚明「実務から見た高齢者の遺言と『遺言能力』」久貴忠彦編集代表「遺言と遺留分」第1巻75頁（日本評論社2001年 改訂版が2011年）
- (2) 我妻栄「新訂民法総則（民法講義Ⅰ）」61頁（岩波書店 昭和40年）、大判明治38年5月11日民録11輯706頁
- (3) 須永醇「権力能力，意思能力，行為能力」星野英一編集代表「民法講座第1巻 民法総則」（有斐閣1984），須永醇「意思能力と行為能力」（日本評論社2010）が詳細である。特に学説の変遷については、後者の53-87頁を参照。また、契約締結時の意思無能力法理に関する基礎的研究としては、熊谷士郎「意思無能力法理の再検討」（有信堂2003）が詳しい。
- (4) 兼子一「民事訴訟法体系」112-113頁（酒井書店，1954年）
- (5) 三ヶ月章「民事訴訟法」191頁（有斐閣，昭和34年）
- (6) 新堂幸司「新民事訴訟法 第四版」144頁（弘文堂，平成20年）
- (7) 伊藤真「民事訴訟法 第3版3訂版」98頁（有斐閣，2008年）
- (8) 菊井維大・村松俊夫＝原著「コンメンタール民事訴訟法Ⅰ 第2版」295頁（日本評論社 2006年）
- (9) 高橋宏志「重点講義 民事訴訟法 上」（有斐閣 2005年）166頁
- (10) 最判昭和33年7月25日民集12巻12号1823頁。これについては、下村眞美「訴訟能力-特別代理人」（有斐閣 民事訴訟法判例百選第3版46・47頁），三淵調査官「最高裁判所判例解説 民事編 昭和33年」223頁 参照。
- (11) 北村調査官「最高裁判所判例解説 民事編 昭和27年」85頁。なお判決は民集8巻6号1055頁。山本弘「意思能力」（有斐閣 民事訴訟法判例百選第3版44・45頁）を参照。
- (12) 鹿野菜穂子「高齢者の遺言能力」立命館法学249号（1997年3月）は、明確に「意思能力の判断は、当該『人』についての抽象的な判断＝属性的なのではなく、その時点で、その者が当該表示の意味を理解していたとい

うるかという具体的な問題として捉えられるべき」で、「意思能力は個々の行為類型によって個別具体的に判断されるべき」であるとする。なお、鹿野菜穂子「遺言能力」（新家族法大系4「相続Ⅱ—遺言・慰留分—」新日本法規 平成20年）を参照

- (13) 「菊井維大・村松俊夫＝原著 コメントール民事訴訟法Ⅰ 第2版」340－341頁（日本評論社 2006年）。なお、法定代理権の欠缺の場合について、そこで引用されている東京高判昭和61年12月24日判時1221号35頁
- (14) 我妻 前掲書 60頁
- (15) 先の昭和29年最高裁判決は、「控訴取下は姉北原志げ夫婦や訴訟代理人に相談せずになされたこと」を「意思無能力」の根拠の一つとしてあげる。しかし、他者への相談は意思能力自体に関するのではなく、意思能力の欠缺を補充する手段にすぎない。なお、注(3)記載の熊谷前掲書300頁は、この点に関して「相手方の説明、妻の同席という事実を重視している点で興味深い。」としたうえで、「Xがなした判断は、妻の影響を受けた判断であり、かえってXの自己決定が歪められた可能性がある」とも指摘している。
- (16) 新堂 前掲 注(6)145頁
- (17) 新堂 前掲 注(6)146頁
- (18) 上田徹一郎「訴訟追行能力と弁論能力」（三ヶ月先生古希祝賀「民事手続法学の革新」中巻 有斐閣 1991年）107頁
- (19) 前掲 注(13)326頁
- (20) 上田徹一郎「訴訟追行能力と弁護士附添命令・釈明——明治23年民法における実質の当事者平等原則の成立と展開——」（民事訴訟法雑誌38号28頁）。
- (21) この点について、附添命令を本人に対する命令ではなく特定弁護士に対する「当該弁論無能力者のために代理人として附添うことを命じる」ものとする説があるが、通説は反対である。上田前掲注(18)の120頁は、附添命令は個別的弁護士強制であるから、裁判所は弁護士選任に協力し、最終的には特定弁護士に附添命令を出すべきだとする。しかし、現実にはこのような「制度」は存在しておらず、裁判所が一方的に命令を出しても、そして弁護士法24条の存在を以て根拠つけてみても、それが円滑な訴訟進行に資するとは到底思えない。「制度」のある国選弁護においても、1970年代の学生事件等での弁護士選任には多大の混乱と苦労があったのである。
- (22) 上田 前掲 注(18)36頁
- (23) 弁護士職務基本規程2条、22条。なお、「解説『弁護士職務基本規程』『自由と正義』56巻6号臨時増刊（日本弁護士連合会 2005年）参照
- (24) 我妻 前掲 233, 239－243頁、等

- (25) 中松纓子「錯誤」『民法講座1』（有斐閣 1984年）を参照
- (26) 遺言に関してではあるが、升田純「成年後見をめぐる裁判例（6）」判時1589号20頁（1997）も、「遺言における意思能力の定義自体は、同じであるとしても、個々の事案における意思能力の存否の判断は、遺言者の遺言当時における判断能力の程度、年齢、病状、前後の行動、日頃の遺言に対する意向、遺言者と受遺者との関係、等の事情を考慮し、遺言の有効・無効によって利害関係を受ける者の間の利害の調節を図りながら、判断されているのが実務の実態であると思われる。」とする。ここでは、明言されていないが、従来の「能力」概念では捉えきれない問題が存在することを示唆しているともいえよう。
- (27) 大塚 前掲 注(1)76頁
- (28) 加賀山茂「契約法講義」（日本評論社 2007年）83頁以下は、若干異なる出発点からではあるが、無効・取消の対第三者効を検討して、意思能力、行為能力、瑕疵ある意思表示、等を「権利外観法理」で統一的に説明できる可能性を示唆しているように思える。