

## 訴訟参加人の地位・権限に関する覚書

伊 東 俊 明

- 一 はじめに
- 二 補助参加
- 三 共同訴訟的補助参加
- 四 詐害防止参加
- 五 おわりに

### 一 はじめに

本稿は、訴訟参加論を展開するための準備作業として、訴訟参加人の地位および権限について、若干の検討を行うものである。<sup>(1)</sup>

訴訟参加とは、他人間に係属する訴訟（以下、「参加訴訟」という）における訴訟物たる請求について、訴訟代理権や訴訟担当資格を有しない第三者が、訴訟参加人としての地位において訴訟追行することを許容する制度ということができる（本稿では、参加訴訟の当事者を「X」「Y」、訴訟参加人を「Z」、XのYに対する請求を「XY請求」、ZのXないしYに対する請求を「ZX請求」「ZY請求」とする）。伝統的な「矢印思考」<sup>(2)</sup>を前提とする限り、Zが、XY請求について、訴訟追行をする権能（以下、「訴訟追行権」という）<sup>(3)</sup>を有する、という構造は、Zが選択

した参加類型が、「請求定立型」(権利主張参加・詐害防止参加〔民訴四七条〕、共同訴訟参加〔民訴五二条〕)であるが、「請求非定立型」(補助参加〔民訴四二条以下〕、共同訴訟的補助参加〔人訴一四条参照〕)であるかを問わずに、妥当するものである。

第三者が訴訟参加人として介入することにより、参加訴訟の当事者が有する審理の内容と進行を支配することができる権能(以下、「訴訟支配権」という)<sup>(1)</sup>が制約されることになるため、訴訟参加人に訴訟追行権が認められるためには、各参加類型に応じて設定された要件(以下、「参加要件」という)を充たす必要がある。さらに、訴訟追行権に加えて、訴訟参加人に対して、参加訴訟の当事者による訴訟追行の効果を否定できる権能(以下、「牽制権能」という)が付与される場合があり、その場合には、牽制権能の根拠が問われることになる。

本稿は、参加類型の相互関係が不明瞭である、補助参加・共同訴訟的補助参加・詐害防止参加に照準を合わせて、各参加類型における訴訟参加人の地位・権限をめぐらる問題についての検討を行うことよって、今後の議論を展開するための視座を示すことを目的とするものである。<sup>(5)</sup>なお、共同訴訟的補助参加と詐害防止参加の境界は極めて不明確であり、どちらか一方に統合すべきであるという立法論ないし解釈論<sup>(6)</sup>がなされているところではあるが、本稿では、両者は併存するものとしたうえで、各参加類型にどのような意義を見出すことができるかを考えることとする。

現行民事訴訟法(平成八年法一〇九号)の訴訟参加制度は、大正一五年の民事訴訟法改正(以下、「大正改正」という)によって整備されたものである。大正改正における議論の検討や旧々民事訴訟法(明治二三年法二九号。以下、「明治民法」という)の下における議論と大正改正後の議論とのすりあわせが重要となると考えられるが、本稿では、それらの問題については、議論の展開に必要な限りで言及するにとどめ、詳細な検討は別の機会とする。<sup>(7)(8)(9)</sup>

以下では、まず、訴訟参加のプリミティブな形態である補助参加における訴訟参加人の地位・権限に関する規律内容を明らかにしたうえで、共同訴訟的補助参加および詐害防止参加における訴訟参加人の地位・権限をめぐる問題を検討することとする。

## 二 補助参加

### 1. 補助参加人の訴訟追行権

補助参加人の地位・権限に関する規律内容を検討するに際しては、補助参加の利益が肯定されることについて学説・判例において争いが無い【事例1】を素材とする（なお、補助参加の申出に対して、参加訴訟の当事者から異議が述べられた場合を前提する<sup>10</sup>）。

#### 【事例1】主債務者参加事例

X（債権者）がY（委託を受けた保証人）を被告として提起した保証債務履行請求訴訟に、Z（主債務者）がY側に補助参加する事例

【事例1】において、XY請求に対するZの訴訟追行権を根拠づけているのは、参加要件である「訴訟の結果についての利害関係」（民訴四二条）、すなわち、「補助参加の利益」ということができる。「補助参加の利益」に関する理解も安定しているとはいえないが、本稿では、補助参加を基礎づける補助参加人の法的地位・利益と参加訴訟における既判力の対象となる訴訟物に係る判断との間に、実体法上の論理必然的な推論が働く関係（以下、「論理的

関係」という)が存することが、補助参加の利益を根拠づける、という理解に立つこととする。<sup>(11)</sup>【事例1】では、被参加人たるYの受けた敗訴判決(X請求認容判決)によって確定されるY保証債務の存在とZのYに対する求償債務との間に論理的関係を肯定することができ、これによって、Zの訴訟追行権が基礎づけられることになる。なお、被参加人が異議を述べた場合であっても、補助参加人に訴訟追行権が付与される点に着目すると、補助参加も、補助参加人に生じうる実体法上の不利益の回避を目的とするという意味において、詐害防止参加としての機能も有しているといえよう。

補助参加人は自己の名と費用で訴訟に関与する者であり、参加訴訟における請求について、原則として、被参加人と同様に、攻撃防御方法の提出や上訴の提起等の一切の訴訟行為をする訴訟追行権を有している(民訴四五条一項本文)。補助参加人に対しても期日の呼出しがなされ、それがなされなければ適法に期日を開くことができないと解されていることから明らかなように、補助参加人には自らの訴訟追行権を適切に行使できる機会が保障されなければならない。<sup>(12)</sup>このような意味では、補助参加人は、被参加人から独立した地位にあるといえるが、次に述べる点で、被参加人に従属する地位にある。

## 2. 補助参加人の従属的地位

補助参加人の従属的地位は、審理の内容と審理の進行に関して、次のように、整理されるのが一般的である。<sup>(13)</sup>

### 【審理の内容に関する規律】

- ① 参加時に被参加人のできない訴訟行為は、補助参加人もすることができない(民訴四五条一項但書)。
- ② 補助参加人が被参加人の行為と抵触する訴訟行為をしても、その効力は生じない(民訴四五条二項)。

- ③ 補助参加人は訴訟係属を消滅させる訴訟行為（請求の放棄・認諾、訴訟上の和解、訴えの取下げ、被参加人のした上訴の取下げ等）や被参加人の請求を変更する訴訟行為（訴えの変更等）をすることができない。
- ④ 被参加人に属する実体法上の権利（解除権の行使や時効の援用等の形成権）は、民法に規定がある場合を除き（民四三六条二項・同四五七条二項等）、補助参加人がそれを行使しても、実体法上その効力は生じない。
- ⑤ 補助参加人は被参加人に不利益な訴訟行為（裁判上の自白）をすることはできない。

【審理の進行に関する規律】

- ⑥ 被参加人に中止・中断事由が生じた場合には、参加訴訟の進行が停止するが、補助参加人に中止・中断事由が生じても、原則として、参加訴訟の進行は停止しない。

以下では、各規律について、行論に必要となる限りで、問題点等を指摘する。補助参加人による訴訟の巻き戻しを禁止する趣旨の①は、既に形成された訴訟状態を覆されないという意味で、被参加人とその相手方の利益を保護することを目的とする規律と捉えることができる。<sup>14)</sup> もっとも、①は、補助参加に限らず、訴訟承継も含め、訴外第三者が他人間の訴訟に途中から介入する場面について、一般的に要請されるべき規律であり、補助参加人の従属的地位に特有の規律ではないということができる。むしろ、権利主張参加の場合や固有必要的共同訴訟の瑕疵を治癒するための共同訴訟参加の場合に、①を適用しないことが妥当であるかが、検討されるべきであるように思われる。<sup>15)</sup> いずれにしても、議論を拡散させないために、以下では、訴訟係属時に補助参加がなされた場合（参加訴訟の当事者による訴訟状態の形成がなされていない場合）を想定することとする。

次に、順番は異なるが、③である。第三者が他人の請求を処分（ないし変更）する権能を有しないことは、（必要の）共同訴訟人間の関係も含め、多数当事者訴訟に一般的に妥当する規律とすることができるため、③も補助参加

人に特有の従属的地位に含めるべきではないと考えられる。

④については、実体法上の形成権に関する理解に依存することになるが、補助参加人による形成権行使の効果を否定する権能を被参加人に付与すること(②の適用)によって捕捉することができるという見解が有力である。<sup>(16)</sup>

⑤が適用される局面として想定されているのは、典型的には、被参加人は準備書面を提出せず、期日にも出頭しないが、補助参加人は期日に出頭して裁判上の自白(以下、「自白」という)をする場合である。<sup>(17)</sup> 自白の効力(拘束力)の理解の仕方にかかわるが、このような場合に、被参加人に対しては擬制自白の効力しか生じていないと解することができるのとすると、⑤を設定して、補助参加人による自白の効力、とりわけ、補助参加人自身に対する撤回制限効を否定する必要はないとする考え方が説得的であるように思われる。<sup>(18)</sup>

以上のことから、審理の内容に関する補助参加人の従属的地位に特有の規律は、被参加人と補助参加人との間で、訴訟追行に関して積極的な抵触行為がある場合(以下、「積極的抵触」という)に適用される②(被参加人と補助参加人との間の内部関係の調整のための規律)のみである、といえそうである。<sup>(19)</sup> ②は、積極的抵触の局面で、補助参加人による訴訟追行が被参加人に対して利益となるか否かを問わず、その訴訟追行の効力を否定する権能を被参加人に付与する規律といえることができる。

②の内容も必ずしも明確であるとはいえないが、積極的抵触における規制の対象は、弁論主義の適用がある主要事実の主張や自白、および、処分権主義の適用がある訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、上訴の提起に限定されていると考えられる。例えば、間接事実の主張について積極的抵触があったとしても、あえて補助参加人の訴訟追行を否定する必要はなく、裁判所の自由心証に基づく判断に委ねることで足りるといえるからである。<sup>(20)</sup> ②は、参加訴訟の既判力が作用しない地位にある補助参加人の訴訟追行権よりも、請求に係る既判力が作用する当事者たる地位にある被参加人に保障された訴訟追行に関する決定権能(弁論主義および処分権主義)を重視すべきである、とい

う考え方に依拠しているということができる。なお、②は、被参加人と補助参加人との間で提起されうる別訴での参加的効力の除外事由（民訴四六条二号）とリンクすることによって、補助参加人の訴訟追行権を制約することに対する事後的な保障がなされる仕組みがとられている。

訴訟の進行に関する従属的地位に関する⑥<sup>(2)</sup>は、補助参加人に対して訴訟追行権の行使の機会を保障することよりも、訴訟の進行に関する相手方および被参加人の訴訟支配権を重視すべきである、という考え方に基づくものである。②を前提とすると、被参加人が積極的な訴訟追行をする限り、補助参加人に訴訟追行権の行使の機会を保障する必要性は小さいといえるが、被参加人が積極的な訴訟追行をしない場合（あるいは、積極的な訴訟追行をする見込みがない場合）には、補助参加人が訴訟追行権を行使することには意義が認められるため、⑥を適用すべきであるかは、議論の余地があるといえそうである<sup>(2)</sup>。

### 3. 小括

補助参加人の訴訟追行権は、補助参加の利益、換言すれば、参加訴訟の請求と補助参加を基礎づける法的地位・利益との間の実体的法律関係（以下、「補助参加関係」という）によって根拠づけられる。そして、弁論主義および処分権主義によって保障された被参加人の決定権能を尊重すべきであるという考え方に基つき、積極的抵触の局面に限って、被参加人には、補助参加人の訴訟追行に対する牽制権能が認められることになる。これが、審理の内容に関する補助参加人の従属的地位の内実といえることができる。このことは、積極的抵触ではない局面では、補助参加人の訴訟追行権は、請求の処分（ないし変更）に係る訴訟行為ができない点を除くと、被参加人のそれと同等であり、補助参加人であることのみを理由としては、特に制約が課されていないことを意味している。補助参加の利益（ないし補助参加関係）によって根拠づけられる補助参加人の訴訟追行権は、被参加人が（弁論主義および処分

権主義の適用がある訴訟行為について)積極的に訴訟追行権を行使しない限り、相手方および裁判所との関係では、被参加人の訴訟追行権と等値されることになる。積極的抵触がない限り、補助参加人は、審理の内容について従属的地位にあるといっても、当事者とはほ同等の地位において、訴訟追行権を行使することができることに鑑みると、訴訟の進行に関して、積極的抵触の局面で課される制約を超えて、補助参加人による訴訟追行権の行使を制限することは、過剰規制ということができる。

以上を踏まえて、次に、従属的地位が解除される根拠に着目し、共同訴訟的補助参加人の権限・地位をめぐる問題について検討を加える。

### 三 共同訴訟的補助参加

#### 1. 沿革

まず、沿革について、簡単に確認しておく。<sup>(23)</sup>明治民法には、共同訴訟的補助参加に関する明文規定が存在したとの理解が有力である。<sup>(24)</sup>そして、大正改正では、共同訴訟的補助参加の規定を設けることが提案されたが、最終的には導入されず、その代替として、共同訴訟参加の規律が導入されたという流れで、改正経過を捉える理解が多数説といえる。<sup>(25)</sup>改正過程の当初は、参加訴訟の当事者による許害的な訴訟追行を防止するために、明治民法下における「従参加」の充実化が考えられていたようであるが、その試みは頓挫し、結果として、多様な請求定立型の訴訟参加制度が新設されることになった。大正改正では、訴訟参加人に対する牽制権能の付与と当事者性とを連結させる考え方が支配的であったということができ、このことが、共同訴訟的補助参加が採用されなかったことの要因の一つと考えられる。<sup>(26)</sup>



## 2. 牽制権能の根拠

共同訴訟的補助参加の要件についての定見があるとはいえないが、被参加人と参加人との間に補助参加関係が肯定されることを前提として、被参加人敗訴判決の既判力ないし形成力によって、補助参加人の権利が失効する関係にある場合に、共同訴訟的補助参加が成立すると解する考え方が有力である<sup>(27)</sup>。このような関係にある場合には、補助参加人に対して、(補助参加人の失権をも招く)被参加人による敗訴招来行為の効力を否定できる権限が与えられるべきであるといえるからである。

共同訴訟的補助参加の主たる効果は、被参加人による敗訴招来行為と抵触する補助参加人の訴訟追行の効力が否定されない、すなわち、被参加人の敗訴招来行為について、②の適用が排除されることである。そして、②の適用が排除される結果、相手方および裁判所との関係で、互いに矛盾する訴訟行為が有効に併存することになるため、その状況を解消するための手段として、民訴法四〇条一項が準用されると解されている<sup>(28)</sup>。

以下では、被参加人敗訴判決の効力が補助参加人に作用する局面を、補助参加人の財産についての管理処分権が被参加人によって剥奪される結果、被参加人の受けた判決の効力が補助参加人にも及ぶ類型、典型的には、法定訴訟担当の事例〔事例2〕と、法規制の便宜上の理由により、補助参加人の当事者適格が否定され、被参加人に当事者適格が付与された結果、被参加人の受けた判決の効力が対世的に補助参加人にも及ぶ類型、典型的には、会社の組織に関する訴訟の事例〔事例3〕とに分けて検討する。

### 【事例2】債権者代位訴訟事例（債務者参加事例）

X（Zの債権者）がY（第三債務者）を被告として提起したZY債権の支払いを求める債権者代位訴訟に、Z（債務者）がX側に補助参加する事例

【事例2】では、通説的な理解によると、Xの受けた請求棄却判決の既判力がZに及び（民訴一一五条一項二号）、ZY間の関係でも、Zの権利が失効することになる。そして、このような関係にあることが、Xの敗訴招来行為に対して、Zに牽制権能を付与することを正当化しているということができ、そうであるとすると、訴訟追行の（不）利益性を基準とした民訴法四〇条一項を準用する（民訴法四〇条一項が準用される結果、補助参加人にとって不利益となる被参加人による敗訴招来行為の効力が否定される）という規律は妥当なものといえよう。

もつとも、被参加人たるXが、訴訟係属の効果を消滅させる訴訟行為、具体的には、訴えの取下げや請求の放棄等をする場合には、Xの当事者性を否定し、Xの代わりに、補助参加人たるZが当事者として訴訟追行をし、その効果をXが受ける、という規制もありうると考えられる。被参加人は、そのような訴訟行為をすることによって、請求に係る管理処分権を放棄したものとみなし、その結果、補助参加人に当該管理処分権が復帰すると構成することによって、参加訴訟の請求に係る補助参加人の当事者適格を基礎づけることができるからである。参加訴訟において補助参加人が当事者としての地位を事後的に獲得するという帰結については違和感があるかもしれないが、そのような制度は、明治民訴法の下で存在したところである。<sup>(30)</sup>

訴訟の進行については、補助参加人に中止・中断事由が生じた場合にも、参加訴訟の進行を停止すべきであると見て、民訴法四〇条三項の準用を肯定する見解が有力である。<sup>(31)</sup>これは、補助参加人に対して牽制権能を行使する機会を保障すべきであるという考え方に基づくものである。もつとも、補助参加人による牽制権能の行使という点を重視するのであれば、被参加人が敗訴招来行為をする場合や訴訟追行に熱意を失っている場合には、被参加人に中止・中断事由が生じたとしても、参加訴訟の進行を停止する必要はなく、補助参加人による訴訟追行に委ねるといふ規制もありうるように思われる。

【事例2】は、被参加人が敗訴招来行為をする権能を有することを前提とするものであった。しかし、この前提

が妥当といえるかは、近時の最高裁判例を手がかりに考えると、検討の余地がありそうである。

【事例3】新株発行無効訴訟事例（株主参加事例〔被告側〕）

X（株主）がY（会社）を被告として提起した新株発行の無効を求める訴訟に、Z（当該新株発行にかかる株式の株主）がY側に補助参加する事例

最決平成二五年一月二日民集六七卷八号一六八頁<sup>②</sup>は、直接には再審の当事者適格と再審事由たる民訴法三三八条一項三号の解釈が問題となった事案ではあるが、「当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を進行しなければならないのであり（民訴法2条）、とりわけ、新株発行の無効の訴えの被告適格を与えられた株式会社は、事実上、上記確定判決の効力を受ける第三者に代わって手続に関与するという立場にあることから、上記株式会社には、上記第三者の利益に配慮し、より一層、信義に従った訴訟活動をすることが求められているところである。」という判示に鑑みると、被参加人たる会社は補助参加人である株主の利益を害しうる敗訴招來行為（自白ないし請求の認諾）をする権能を有せず、その限りで、弁論主義および処分権主義の適用が排除されていると理解することができそうである<sup>③</sup>。そして、このように解すると、被参加人の訴訟追行権が制約されていることに照応して、補助参加人についても、敗訴招來行為をする訴訟追行権が否定されていると捉えることが適切であるように思われる。

民訴法四〇条一項の規律は、被参加人の訴訟行為と補助参加人の訴訟行為とが、それぞれ有効になされることを前提とするものであり、そもそも被参加人の敗訴招來行為をする権能が否定されている局面では、民訴法四〇条一項を準用する必要はないことになる。このような理解に立つと、補助参加人に対して、牽制権能ではなく、一種の異議権を付与する規律を設定することが適切であるように思われる。無効な敗訴招來行為に対する異議権の付与と

民訴法四〇条一項準用による牽制権能の付与とで、補助参加人による訴訟行為の効力が優先されるという点では両者は共通しているため、異なる規律を設定する必要はないといえそうであるが、前者の規律を採ることよって、①の適用が排除されることが明確になるという点に、意義を見出すことができる。

【事例3】における訴訟の進行に関しても、補助参加人に対して異議権を行使する機会を保障するために、補助参加人に中止・中断事由が生じたときには、民訴法四〇条三項を準用し、参加訴訟の手續を停止する方向での検討がなされるべきであろう。<sup>(34)</sup>

被参加人の敗訴招来行為に対する牽制という点に着目するのであれば、請求認容判決の効力のみが第三者に対して作用する片面的対世効の局面では、被参加人の敗訴招来行為の効力をあえて否定する必要はないといえるため、共同訴訟的補助参加を認めることに関しては疑義が生じることになる。<sup>(35)</sup> 株主総会決議無効確認訴訟を例にとって考えてみる。

【事例4】 株主総会決議無効確認訴訟事例（株主参加事例〔原告側〕）

X（株主）がY（会社）を被告として提起した株主総会決議無効確認訴訟に、Z（株主）がX側に補助参加する事例

【事例4】では、Zが共同訴訟参加をすることができると鑑みると、補助参加という権利保護方式を選択したことの適切性が問われることになる。<sup>(36)</sup> また、仮に補助参加関係を肯定できると解したとしても、Zに牽制権能を付与すべきであるかが、さらに問題となる。

この問題について、牽制権能の付与を肯定する理解に立つとすると、その根拠は、X請求棄却判決が有しうるZ

に対する事実上の不利な効果（影響）の回避ということに求めざるを得ない。X請求棄却判決の既判力はZには作用せず、ZはYを被告として、XY訴訟の判決確定後に、株主総会決議無効確認訴訟を提起することができるからである。<sup>(37)</sup>

なお、【事例4】については、Zが共同訴訟参加をした場合に、参加後に成立するXとZとの関係を、民訴法四〇条が適用される「類似必要的共同訴訟」と捉えるべきであるか、ということも問題となりうる。これに関しては、民訴法四〇条三項は準用されるが、同条一項は準用されない共同訴訟、換言すれば、判決内容についての合一的解決は要求されないが、同時に判決がなされることは要求される（具体的には、例えば、Xの請求放棄は有効であるが、請求放棄の効果の発生時期を判決時とするという規律が適用される）共同訴訟の成立を認める方向での議論が有効であると考えられるが、さらに検討を要する。<sup>(38)</sup>

### 3. 小括

共同訴訟的補助参加の成否が問題となる場合、すなわち、補助参加人の従属的地位を解除すべきであるかが問題となるのは、以上に挙げた事例に限定されないが、これまでの検討をまとめておく。

共同訴訟的補助参加も、あくまでも請求非定立型の補助参加であるため、当然のことではあるが、共同訴訟的補助参加人の牽制権能と当事者性とは連動していない。この意味で、牽制権能を付与するためには、訴訟参加人を当事者の地位に据える必要があるという大正改正で支配的であった思考はミスリーディングといえよう。

補助参加人の従属的地位が解除されるべき局面は多様であり、その解除の正当化根拠も、各々に応じて様々である。具体的には、既判力ないし執行力の拡張（【事例2】）、被参加人の訴訟追行権の制約（【事例3】）、事実上の不利な効果の回避（【事例4】）等である。各事例に応じて、補助参加人には、訴訟追行権に加えて、牽制権能ないし

異議権が付与されるとともに、審理の進行については、補助参加人が牽制権能ないし異議権を適切に行使できる機会を保障する方向での規制がなされるべきである。

以上のことに鑑みると、通常の補助参加と区別される参加類型として共同訴訟的補助参加を用意し、それに係る画一的な要件・効果を定めた規律を適用する方向での議論に対しては疑義が生じることになる。<sup>(39)</sup> 参加類型としては補助参加に一本化(統合)したうえで、<sup>(40)</sup> 補助参加人の従属的地位が解除される根拠を個別具体的に検討する方向での議論が有益であるように思われる。

共同訴訟的補助参加を独立した参加類型と位置づけることには問題があることに留意しつつ、次に、詐害防止参加における訴訟参加人の地位・権限をめぐる問題について検討する。

#### 四 詐害防止参加

##### 1. 検討の指針

詐害防止参加の参加要件である「権利が害されること」(民訴四七条前段)の解釈に関しては、周知の通り、議論がある。<sup>(41)</sup> 大きく分けると、判決効が作用することを必要とする見解(以下、「判決効説」という)<sup>(42)</sup> と判決効が作用することを必要としない見解とに分けることができる。後者は、詐害意思の有無や詐害的訴訟追行ないしその疑いという意味での「馴れ合い」による事実上の不利益が作用することに着目する見解(以下、「馴れ合い防止説」という)<sup>(43)</sup> といえることができる。なお、参加要件をめぐる議論に影響を与えた兼子説は、判決効説に位置づけられることが多いが、兼子説は、厳密にみると、反射効が作用することだけでなく、詐害行為取消権や虚偽表示等の実体要件を充たすことを参加要件として要求する見解と捉えることができるため、<sup>(44)</sup> 本稿では、判決効説とは区別して位置づ

けることとする。

検討に際しては、ZがXないしYのいずれかに請求を定立してする片面的詐害防止参加がなされた場面を前提とする。請求を定立していない当事者とその相手方との間に定立されている請求との関係では第三者の地位に立つ参加人が、当該請求について訴訟追行権が認められるためには、請求を定立していない当事者と参加人との間に、補助参加関係が肯定される必要があると考えられる<sup>(46)</sup>。以下では、参加人と請求を定立していない当事者との間に補助参加関係が肯定されるか否かに着目して、詐害防止参加がなされる局面を区別して検討を行う。

また、詐害防止参加の場合には請求の定立を不要とすべきであるという見解が有力であり、説得的であると考え<sup>(46)</sup>るが、再審の提起とともにする詐害防止参加の局面についてはあるが、請求の定立を必要とする近時の最高裁判例があることに鑑み、さしあたり本稿では、請求の定立がなされた事例を設定して検討を行うこととする<sup>(48)</sup>。

なお、詐害防止参加が許容された場合には、民訴法四〇条三項が準用され（民訴四七条四項）、Zに中止・中断事由が生じた場合には、Z X請求ないしZ Y請求についてだけでなく、X Y請求についての手続の進行も停止することが保障されているため、補助参加や共同訴訟的補助参加と比べると、審理の進行に係る規律は定まっているといえることができる。

## 2. 参加人に対して既判力（ないし形成力）が拡張する場合

具体的には、【事例2】でZがYに対してZ Y債権存在確認請求を定立してする詐害防止参加と【事例3】でZがXに対して株主地位確認請求を定立してする詐害防止参加を想定する。



【事例2】債権者代位訴訟事例（債務者参加事例）

X（Zの債権者）がY（第三債務者）を被告として提起したZY債権の支払いを求める債権者代位訴訟に、Z（債務者）がYに対して請求（ZY債権存在確認）を定立して、片面的詐害防止参加する事例

【事例3】新株発行無効訴訟事例（株主参加事例）

X（株主）がY（会社）を被告として提起した新株発行の無効を求める訴訟に、Z（株主）がXに対して請求（株主地位確認）を定立して、片面的詐害防止参加する事例

判決効説によると、いずれについても、Zの詐害防止参加は許容されることになる。他方、馴れ合い防止説の立場は、必ずしも明らかではないが、具体的な詐害意思や詐害的訴訟追行の有無ではなく、既判力が作用する関係にあることから、抽象的な馴れ合いのおそれを認定し、参加要件を充たすと解することになるか。

詐害防止参加の参加要件を充たすとしても、いずれの事例も、Zが自己の定立した請求に係る勝訴判決を獲得すること自体を目的とするのではない限り、Zの利益保護のためには、（共同訴訟的）補助参加という権利保護方式を選択することで足りるといえそうである。ZX間ないしZY間には、請求の定立とは関係なく、（共同訴訟的）補助参加関係を肯定することができ、その関係に基づいて、ZにはXY請求についての訴訟追行権が認められるとともに、前章でみたように、Zには、【事例2】では牽制権能、【事例3】では異議権が付与されることになるからである。

既判力が作用する場合の詐害防止参加をあえて不適法として却下する必要はないとも考えられるが、この局面で、Zに請求の定立を要求することの意義については検討の余地がある。【事例2】【事例3】でZの定立する請求は、



参加訴訟におけるX勝訴判決ないしY勝訴判決の既判力が確定する権利義務を先決関係として成立するといえるため、Zについて、ZY請求ないしZX請求に係る勝訴判決を受ける利益（確認の利益）を認める必要はないということもできるからである。このように解すると、さしあたり、（共同訴訟的）補助参加が許容される場合には詐害防止参加を不適法とする方向の議論が、参加類型の相互関係を明確にするという意味でも、有効であるように思われる。<sup>(49)</sup>

### 3. 参加人に対して反射効が作用する場合

次に、参加人に対して、既判力（ないし形成力）は及ばないが、いわゆる反射効<sup>(50)</sup>が作用しうる場合についてである。この場合は、さらに、参加人と当事者との間に補助参加関係を肯定できない場合、肯定できるか否かについて議論がある場合、肯定できる場合に区別することができる。

#### ① 補助参加関係を肯定できない場合

通説的な理解によると、参加人に対して反射効が不利に作用する場合、換言すれば、参加人が当事者の受けた判決を承認すべき実体的地位に立つ場合である。典型的には、一般債権者が参加する場合である。

#### 【事例5】一般債権者参加事例

X（債権者）がY（債務者）を被告として提起した債権支払請求訴訟に、Z（Yの一般債権者）が、Xに対して請求（XY債権不存在確認）を定立して、片面的詐害防止参加する事例

判決効説に立ち、反射効を広く認めると、詐害防止参加の許容範囲も広がることになり、【事例5】においても詐害防止参加が許容されることになる。もつとも、判決効説に対しては、反射効が及ぶにすぎない一般債権者には補助参加の利益が認められないのに、より効果の強い詐害防止参加が許容されるという逆転現象が生じることになるとの問題点が指摘されているところである。<sup>(51)</sup>この指摘は説得的であるように思われる。牽制権能の前提となるべき参加人の訴訟追行権を正当化する過程が欠落しているといえるからである。<sup>(52)</sup>

他方、馴れ合い防止説によると、「馴れ合い」の存在が認定されれば、詐害防止参加が許容されることになる。もつとも、合理的な理由のない自白や請求の認諾等が、なぜ「馴れ合い」と認定できるのか、より実質的にいうと、弁論主義および処分権主義によって保障されているはずの当事者の訴訟追行に係る自由（不利な訴訟行為をする自由）が否定されるのはなぜなのか、また、「馴れ合い」が認定されると、牽制権能の前提となる参加人の訴訟追行権も正当化されるのはなぜなのか、という疑問に対するスタンスは明らかではない。<sup>(53)</sup>いわゆる利害関係説<sup>(54)</sup>のように、補助参加関係の存在を要求する趣旨であると解したとしても、【事例5】では、通説的な理解による限り、YZ間に補助参加関係を肯定することはできないため、牽制権能の前提となる訴訟追行権は否定されることになろう。

この議論に関しては、兼子説が手がかりとなる。先述したように、兼子説は、一般債権者の詐害防止参加が許容されるためには、反射効が及ぶことに加えて、一定の詐害性の存在を要求していると理解することができる。詐害性に着目する点では、馴れ合い防止説と共通しているといえるが、兼子説は、詐害性の根拠を、参加訴訟における当事者の意思や訴訟追行の態様とは切り離し、参加人と当事者の間の実体的法律関係に求める点で特徴的である。参加訴訟における弁論主義および処分権主義の要請（訴訟物の処分に関する当事者の決定権能の尊重）を重視するのであれば、詐害性の内実については、訴訟追行の態様やその背後にある当事者の意思ではなく、参加人と当事者との間の実体的法律関係に着目することが適切であるように思われる。<sup>(55)</sup>詐害行為取消権について考えてみると、詐

害防止参加は、(既になされた法律行為の効果に照応する)確定判決の効力を覆滅することではなく、許害的な判決の獲得に向けてなされる訴訟行為の効力を否定することを目的とするものであるため、必ずしも許害行為取消権の実体要件と一致させる必要はないと考えられる。参加の申出において受益者(X)の悪意等の主観的事情の立証をZに要求することは酷であるだけでなく、受益者の認識の対象も不明確であることに鑑みると、Yの財産についてZが差押債権者と同等の地位にあることを示すために、客観的要件としてのZY債権の存在とYの無資力の疎明を要求することで足りると解すことができるのではなかろうか。<sup>(56)</sup>兼子説は、訴訟物たる権利義務について実体法上の優先権が認められる地位にある参加人(許害行為取消権や債権者代位権の要件を充たす債権者や差押債権者等)に対して、当該権利義務の主体たる当事者による訴訟追行への牽制権能を付与する見解と捉えることができる。

【事例5】で、兼子説に立ち、一般債権者であるZが、ZY債権の存在とYの無資力の疎明ができたとする、YZ間には、Yを被参加人とする補助参加関係が肯定されることになり、Zには、XY請求についての訴訟追行権が認められるとともに、Yの訴訟追行に対する牽制権能が付与されることになる。このことは、【事例5】の許害防止参加について、補助参加関係の存在を参加要件とすることを含意する。<sup>(57)</sup>このような理解に立ち、牽制権能と請求の定立とが連関していないことを重視すると、Zが、許害防止参加ではなく、補助参加の申出をした場合であっても、XY請求への牽制権能を獲得する(Zの補助参加を共同訴訟的補助参加の一類型して捉える)という帰結も充分ありうるように思われる。<sup>(58)</sup>

②補助参加関係が肯定できるか否かについて争いがある場合

【事例6】保証人参加事例

X（債権者）がY（主債務者）を被告として提起した主債務履行請求訴訟に、Z（委託を受けた保証人）が、Xに対して請求（保証債務不存在確認）を定立して、片面的詐害防止参加する事例

【事例6】では、Zに補助参加の利益（補助参加関係）を肯定できるかが、問題となる。補助参加を基礎づけるZの保証債務とYの主債務との間には、Y敗訴判決を介しての論理的関係を肯定することができないことに加えて、Zは、Xを相手に訴えを提起して、補助参加の利益を基礎づける保証債務の存否を既判力をもって確定できる関係にあるといえるからである。<sup>(9)</sup> 仮に【事例6】でZ・Y間の補助参加関係を肯定する理解に立ったとしても、さらに、ZにX・Y請求に対する牽制権能を付与することの正当化根拠が問題となる。いずれにしても、【事例6】では、「関連紛争の実体的な統一的解決」を求めるZの利益を重視するか否かがポイントとなるといえよう。

保証人に対して有利に作用する反射効を認めたくえて、判決効説に立つと、Zの詐害防止参加は許容されることになる。判決効説によると、【事例6】におけるZへの牽制権能の付与は、反射効によって根拠づけられることになろう。ここでも、Zが当事者としての地位にあることと参加人の牽制権能とは連動していないことは明らかである。他方、馴れ合い防止説によると、「馴れ合い」の存在がZの牽制権能を根拠づけることになるが、先述したように、この局面についても、合理的な理由のない自白や請求の認諾等を詐害的な訴訟追行と捉えることの根拠が問われることになろう。

判決効説は、ZがX・Y請求について訴訟追行権を有すること、すなわち、Z・Y間に補助参加関係が存することを

前提としているが、この根拠は必ずしも明らかでない。Z Y間に反射効が作用しうる実体関係（実体法上の先決関係）が存することを根拠に補助参加関係を肯定していると推察することができるが（この点は、馴れ合い防止説も同様である）、このような推察が正しいとすると、反射効が訴訟追行権と牽制権能の双方を基礎づけていることになる。このように解すると、Zは、補助参加をした場合であっても、牽制権能の付与を受けうることになるため、Zが請求定立型の許害防止参加を選択したことの意義は、牽制権能の付与とは異なる点に見出すべきことになる。以上に対して、Z Y間で論理的関係が肯定されない【事例6】について、補助参加関係を否定する見解に立つとすると、ZにはXY請求についての訴訟追行権が認められないことになり、判決効説と馴れ合い防止説のいずれによっても、許害防止参加は許容されないことになる（Zの許害防止参加の申出は、ZY請求を訴訟物とする新訴の提起とXY請求との併合の申出として捉えることになる）。

補助参加関係の存否を考える前提として、【事例6】では、そもそも、Zに牽制権能を認める必要があるかを検討する必要がある。反射効を認めるか否かにかかわらず、Zとして避けたい典型的な状況は、Xから提起される保証債務の履行を求める訴え、あるいは、Xを被告とする保証債務の不存在の確認を求める訴えにおける判決がなされる前に、X Y間でX請求認容判決がなされることにある。Y主債務の存在を確定するX請求認容判決の既判力は、Zの保証債務の存否について、法的に影響を与えるものではないが、X Z訴訟ないし訴訟外でのX Z間の交渉に対して、X請求認容判決の存在がZにとって事実上の不利益となりうることを否定できないからである。もともと、このようなZに生じうる事実上の不利益は、XY請求に係る判決とZY間の請求に係る判決とが同時になされることによっても回避することができる。このように解すると、民法四〇条一項を準用し、Zに牽制権能を付与することは、過剰規制となりうる。【事例6】でZの許害防止参加を許容するとしても、その効果は、弁論および裁判の分離を内実とする民法四〇条三項（および同条二項）の準用に限定することも考えられよう。もともと、このよ

うな理解は、詐害防止参加の制度趣旨を、「参加人に牽制権能を付与することによって、詐害的な判決がなされることを防止する」という意味での参加人の利益保護から、「関連紛争の実体的な統一の解決の実現を求める」という意味での参加人の利益保護へと変容して捉えるべきであることを前提とするものである。そして、詐害防止参加の制度趣旨を変容して捉える理解に立つとすると、【事例6】では、関連紛争の実体的な統一の解決の実現に寄与する内容の請求が参加人によって定立されることを、参加要件の中核に据えるべきことになるであろう。もつとも、この帰結は、Zが、補助参加をし、補助参加人としての地位で、Xに対する請求を定立することを認めたくえで、事後的に生じた訴訟関係について、民訴法四〇条三項を準用するという規律を採用することによっても実現できるように思われる。

### ③補助参加関係を肯定できる場合

#### 【事例7】主債務者参加事例

X（債権者）がY（委託を受けた保証人）を被告として提起した保証債務履行請求訴訟に、Z（主債務者）が、Xに対して請求（主債務不存在確認ないし保証債務不存在確認）を定立して、片面的詐害防止参加する事例

この場合には、ZのXY請求についての訴訟追行権はYZ間に存する補助参加関係によって根拠づけることができるため、Zが訴訟追行権を有することには問題がないといえる。

判決効説によると、Zの詐害防止参加は許容されないことになる。それに対して、馴れ合い防止説によると、「馴れ合い」が立証できた場合には、詐害防止参加が許容されることになりそうである。「馴れ合い」の認定に係る問題

となるが、参加訴訟に妥当する弁論主義および処分権主義の適用を否定することを正当化できる程度のYの害意やXY間の共謀の事実等が立証された場合には、詐害防止参加ではなく、Zが補助参加という権利保護方式によって訴訟参加した場合であったとしても、Yによる敗訴招来行為に対する牽制権能をZに付与すべきであるように思われる。当事者の訴訟追行一般にあてはまる信義則の適用の一事例として位置づけることができる<sup>(6)</sup>。逆にいうと、そのような強度の詐害性が認定されない限り、【事例7】で、Zへの牽制権能の付与を正当化することは困難であるといえよう。

それでもなお、【事例7】におけるZの詐害防止参加を許容する方向で考えるのであれば、詐害防止参加の制度趣旨を、関連紛争の実体的な統一の解決の実現を求める参加人の利益保護に求めたうえで、Xに対する主債務不存在確認請求の定立に加えて、Yに対して、将来生じうる求償債務の不存在の確認を求める旨の請求を定立することを要件とする、第三者による主観的追加的併合を許容する制度<sup>(6)</sup>として、詐害防止参加を再構築する方向での議論が有益であるように思われる。

#### 4. 小 括

以上のように、訴訟参加人の地位・権限という視点から詐害防止参加をみると、詐害防止参加に位置づけられていた事例は、二つの異なる趣旨に基づく類型に区別することができる。すわなち、牽制権能の獲得を目的とする類型と参加人が定立した請求と参加訴訟の請求との併合審理がなされることを目的とする類型である。

牽制権能の獲得を目的とする【事例2】、【事例3】、【事例5】において、参加人に牽制権能を付与することと参加人が請求を定立し当事者の地位にあることが連動していないことは明らかである。このことは、参加人が、請求を定立しない補助参加人の地位にあったとしても、一定の要件を充たす場合には、詐害防止のための牽制権能を正



当化できることを含意するものといえる。<sup>(63)(64)</sup>

他方、併合審理がなされることを目的する【事例6】【事例7】においては、参加人に牽制権能を付与する必要はないといえる。しかし、民訴法四七条四項が一律に民訴法四〇条一項の準用を規定しているため、効果に関しては、過剰規制がなされてきたといえるとともに、要件に関しては、牽制権能の付与を必要としていないにもかかわらず、牽制権能の獲得を目的とする類型と同一の要件（判決効の拡張や「馴れ合い」の有無）が適用されてきたといえることができる。

いずれの類型にとっても、民訴法四七条は過不足のある規律といえることができ、「詐害防止」のための参加としてのみ捉えられてきた民訴法四七条前段の参加類型の意義を問い直すことが必要となろう。

## 五 おわりに

訴訟参加人の地位・権限に着目した検討を通して、次のような視座を示すことができる。

第一は、補助参加の充実化を試みる視点である。すなわち、共同訴訟的補助参加と牽制権能の獲得を目的とする詐害防止参加を「補助参加」に統合したうえで、補助参加人としての地位・権限を拡充する方向での議論である。

補助参加人の訴訟追行権を根拠づける補助参加の利益（補助参加関係）の存在に付加される一定の要件ないし関係（既判力・形成力の拡張、事実上の不利な効果の回避、補助参加人が被参加人の責任財産を保全できる実体的地位にあること等）に応じて、補助参加人の地位・権限を画定する方向での検討がなされることになろう。<sup>(65)</sup>

第二は、いわゆる主観的追加的併合論との連携である。すなわち、詐害防止参加の制度趣旨を、関連紛争の実体的な統一の解決の実現という意味における参加人の利益保護に変容させたうえで、詐害防止参加を（第三者のイ



ニシアチブによる)主観的追加的併合そのものとして位置づける方向での議論である。<sup>(66)</sup>これは、訴訟参加の流動化をめぐる議論の一環ということもできよう。

訴訟参加制度の再編を論じるためには、本稿で検討を留保した権利主張参加の参加要件・審理原則、「当然の補助参加」論をめぐる問題等の検討が必要不可欠となる。これらの問題の検討は、今後の研究課題である。

(1) 訴訟参加論に関して本稿で特に参考とした論攷は、網羅的でないが、以下のとおりである。山木戸克己「訴訟参加と訴訟参加」『民訴法学会編』『民事訴訟法講座(一)』(有斐閣、一九五四)二七三頁、櫻井孝一「共同訴訟参加と当事者適格」中村宗雄先生古稀祝賀『民事訴訟の法理』(敬文堂、一九六五)二一九頁、瀧川毅一「株主総会決議の効力を争う訴訟における訴訟参加」松田判事在職四十年記念『会社と訴訟(上)』(有斐閣、一九六八)三二六頁、奈良次郎「独立当事者参加について(3)」判時五五二号(一九六九)一〇七頁、井上治典「共同訴訟的補助参加論の形成と展開」(初出一九六八)、同「独立当事者参加論の位相」(初出一九七七)、同「参加」形態論の機能とその限界」(初出一九七八(いずれも、井上治典「多数当事者訴訟の法理」(弘文堂、一九八一)に所収。以下では、同書の該当頁を引用する)、高田裕成「いわゆる類似必要的共同訴訟関係における共同訴訟人の地位」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築(上)』(有斐閣、二〇〇一)六四入一頁、菱田雄郷「第三者による他人間の訴訟への介入(三)」法協一九九卷一〇号(二〇〇二)一八九三頁、同「独立当事者参加について」小島武司先生古稀祝賀『民事司法の法理と政策(上)』(商事法務、二〇〇八)六八九頁、畑瑞穂「多数当事者訴訟における合一確定の意義」福永有利先生古稀記念『企業紛争と民事手続法理論』(商事法務、二〇〇五)一二五頁、徳田和幸「詐欺訴訟防止についての考察」(初出一九七三)、同「訴訟参加制度の継受と変容」(初出一九九九)、同「独立当事者参加における請求の定立について」(初出二〇〇一)(いずれも、徳田和幸「複雑訴訟の基礎理論」(信山社、二〇〇八)に所収。以下では、同書の該当頁を引用する)、三木浩一「山本和彦編『民事訴訟法の改正課題』(ジュリスト増刊)」(二〇一三)三二頁、三九頁(「共同訴訟的補助参加」)、四六頁、五一頁(「独立当事者参加(詐害防止参加)」)、八田卓也「詐害行為取消訴訟における他の債権者による権利主張参加の可否」田原陸夫先生古稀・最高裁判事退官記念論文集『現代民事法の実務と理論(下)』(商事法務、二〇一三)九三四頁、本間靖規「共同訴訟的補助参加について」梅善夫先生・遠藤賢治先生古稀祝賀『民事手続における法と実践』(成文堂、二〇一四)六六七頁、松原弘信「共同訴訟的補助参加の理論的基礎」伊藤眞先生古稀祝賀『民事手続の現代的使命』(有斐閣、二〇一五)五七二頁、福本知行「補助参加人の訴訟行為の独立性と従属性」松本博之先生古稀祝賀『民

事手続法制の展開と手続原則」(弘文堂、二〇一六) 一六一頁等である。

- 体系書・注釈類は、主として、新堂幸司『新民事訴訟法(第五版)』(弘文堂、二〇一一)、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(下)(第2版補訂版)』(有斐閣、二〇一四)、松本博之『上野泰男『民事訴訟法』(第8版)』(弘文堂、二〇一五)、伊藤眞『民事訴訟法』(第5版)』(有斐閣、二〇一六)、新堂幸司『鈴木正裕『竹下守夫編集代表』『注釈民事訴訟法(2)』(有斐閣、一九九二)(河野正憲、三宅省三)塩崎勤『小林秀之編集代表』『注解民事訴訟法(1)』(青林書院、二〇〇二)(間瀬清史)等を参照した。
- (2) ここでいう「矢印思考」とは、実体的な権利義務関係に合わせて原告・被告を配置し、その間に請求の定立を要求したうえで、請求に係る判決の既判力が原告・被告間のみに生じる、という考え方(思考)である。
- (3) 本稿における「訴訟追行権」という用語は、当事者適格を基礎づける根拠としてではなく、訴訟行為をすることができるとの権限という意味で用いることとする。
- (4) 兼子一原著『条解民事訴訟法(第2版)』(弘文堂、二〇一一)二二八頁(新堂幸司『高橋宏志』高田裕成)参照。
- (5) 共同訴訟参加については議論の展開に必要な限りで検討を加える(後掲注64参照)。なお、権利主張参加についての検討は他日を期す。
- (6) 三木『山本・前掲注(1)三三頁以下および四六頁以下は、共同訴訟的補助参加の規定の新設と詐害防止参加の規定の排除を提唱するのに対して、高橋・前掲注(1)五〇四頁注(8)は、「請求なき当事者参加を認めるとすると、共同訴訟的補助参加の必要性は疑われるべきであるかも知れない」として、共同訴訟的補助参加という参加類型について消極的な立場をとる。
- (7) 訴訟参加制度の沿革については、山木戸・前掲注(1)二七六頁以下、桜井・前掲注(1)二二二頁以下、徳田・前掲注(1)一四一頁以下、河野・前掲注(1)一七八頁以下、間瀬・前掲注(1)四五一頁以下等参照。なお、間瀬清史『日本補助参加制度の立法的沿革について』駒澤法学二巻二号(二〇〇三)六三頁以下等も参照。
- (8) 明治民法下における学説に関して本稿で参照した体系書類は、以下のとおりである。本多康直『今村信行『民事訴訟法註解』(博聞社、一八九〇)信山社、二〇〇二復刻)、本多康直『民事訴訟法完(東京専門学校講義録)』(出版社・出版年不明)信山社、二〇一三復刻、仁井田益太郎『民事訴訟法要論(中巻)』(一九〇九、訂正再版、有斐閣)、高木豊三『民事訴訟法論綱』(講法会、一八九五)信山社、一九九九復刻、岩田一郎『民事訴訟法原論』(明治大学出版部、第六版、一九一三)、井上操『民事訴訟法述義(第一編)』(宝文館、一八九一)信山社、一九九六復刻、宮城浩蔵『民事訴訟法正義(上)』(明治法律学校講法会内新法注釈会、一八九一)信山社、一九九六復刻、江木衷『民事訴訟法原論』(有斐閣、一八九三)信山社、二〇〇七復刻)、樋山廣業『民事訴訟法釈義(上)』(実文館、一八九〇)、伊藤憐治『民事訴訟法正解(上巻)』(東京法学院、一九〇一)、深野達『民事訴訟法改訂講義』(八尾新助、一八九四)、佐伯兼次郎『民事訴訟法通義』(清水書店、一九〇九)、前田直

之助『民事訴訟法(第一編)』(巖松堂書店、一九二二)等である。

大正改正から兼子理論の確立までの時期の体系書類で参照したものは、以下のとおりである。山田正三『日本民事訴訟法論(第二卷)』(弘文堂書房、一九二四)、早川彌三郎『改正民事訴訟法要義』(明治堂書店、一九二七)、岩本勇次郎『三ヶ尻好人』、『新民事訴訟法要論(下)』(巖松堂書店、一九二八)、岩澤彰二郎『民事訴訟参加』(司法研究第八輯報告書集一(一九二八)所収、勅使河原直三郎『改正民事訴訟法概論』(巖松堂書房、一九二八)、菰淵清雄『改正民事訴訟法註解』(清水書店、一九二九)、中村宗雄『改正民事訴訟法評釋』(巖松堂書店、一九三〇)、長島毅『森田豊次郎』、『改正民事訴訟法註解』(一九三〇、清水書店、竹野竹三郎『新民事訴訟法釋義(上卷)』(有斐閣、一九三〇)、松岡義正『新民事訴訟法註釈(第二卷)』(清水書店、一九三〇)、山内確三郎『民事訴訟法の改正(第一卷)』(法律新報社、一九三〇/信山社、二〇〇九復刻)、細野長良『民事訴訟法要義(第二卷)』(巖松堂書店、一九三二)、中島弘道『日本民事訴訟法(第一編)』(松華堂書店、一九三九)二七八頁、前野順一『民事訴訟法論(第二編乃至第五編)』(松華堂書店、一九三九)等である。

訴訟参加論に関する議論の多大な影響を与えたと考えられる兼子理論については、菊井維大『兼子一』、『中華民國民事訴訟法(第一編)』(有斐閣、一九三四)、兼子一『民事訴訟法講義案』(精興社、一九三二)以下、『兼子講義案』、同『民事訴訟法概論』(岩波書店、一九三八)以下、『兼子概論』、同『條解民事訴訟法I』(弘文堂、一九五一)、同『新修民事訴訟法体系(増訂版)』(酒井書店、一九六五)以下、『兼子体系』等を参照した。

なお、引用に際して、適宜、旧字体を新字体に改めている。

(9) 行政訴訟においても、訴訟参加に関して、議論の蓄積があるが(福本知行「不当労働行為救済命令に関する訴訟における第三者の訴訟参加」(二〇二二)金沢法学四九卷二号(二〇〇七)三三三頁、同五三卷二号(二〇一一)二二三頁等)、特別法に関する議論の検討は、本稿では割愛する。

(10) 高橋・前掲注(一)四三八頁以下、三木浩一ほか『民事訴訟法(第2版)』(有斐閣、二〇一五)五五九(菱田雄郷)以下等。民訴四四条一項も参照。

(11) 兼子体系・前掲注(8)三三九頁、笠井正俊「補助参加の利益に関する覚書」井上治典先生追悼論文集『民事紛争と手続理論の現在』(法律文化社、二〇〇八)二二五頁、伊東俊明「補助参加の利益について」松本博之先生古稀記念『民事手続法制的展開と手続原則』(弘文堂、二〇一六)一四三頁等参照。なお、論理的関係が肯定されないにもかかわらず、当事者が異議を述べない場合における補助参加人の訴訟追行権は、異議権の不行使という意味における当事者の承諾(合意)によって根拠づけることができると考える。

(12) 新堂・前掲注(一)八〇八頁。高橋・前掲注(一)四二六頁等。

- (13) 高橋・前掲注(1)四二七頁以下等。
- (14) 兼子原著・前掲注(4)二三九頁(新堂Ⅱ高橋Ⅱ高田)等。
- (15) ①に関しては、被参加人の上訴期間経過後における補助参加人による上訴の提起の可否をめぐって特に議論がなされているが(高橋・前掲注(1)四三三頁以下等参照)、この問題については、その前提として、判決正本の送達を受けた補助参加人に独自の上訴期間を付与すべきであるかが検討されるべきであろう(被参加人の上訴期間内に上訴を提起しなかった補助参加人の態度決定に対する評価も要点となる)。仮に補助参加人に上訴期間を設定した場合には、自己の上訴期間内に上訴を提起しなかった被参加人が、補助参加人の上訴期間を利用して上訴を適法に提起できるかが、さらに問題となる。
- なお、検察官を被告とする人事訴訟に(共同訴訟的)補助参加をした第三者による上告兼上告受理の申立てが、検察官のための上訴期間経過後であっても適法であることが前提とされた事例として、最決平成二八年二月二六日判タ一四二二号六六頁がある。
- (16) 高橋・前掲注(1)四三一頁等参照。代理権を有しない者が他人に帰属する実体法上の形成権を行使することはできないといふのが、一般的な理解である。必要的共同訴訟人や独立当事者参加人であったとしても、他の当事者に帰属する実体法上の形成権を行使することはできない。
- (17) 高橋・前掲注(1)四二八頁以下等。なお、被参加人が否認をし、補助参加人が自白をする局面については、②が適用されることになる。
- (18) 伊藤・前掲注(1)六四四参照。
- (19) 高田・前掲注(1)六五一頁注(1)参照。
- (20) 趣旨は若干異なるが、宮城・前掲注(8)二七九頁以下、細野・前掲注(8)三三二頁参照(いずれも、積極的抵触の処理を、裁判所の自由心証に基づく判断に委ねるべき旨を説く)。
- (21) 新堂・前掲注(1)八〇七頁以下等。
- (22) 新堂・前掲注(1)八〇七頁以下、高橋・前掲注(1)四三三頁注(2)、三木ほか・前掲注(10)五六五頁(菱田)等。被参加人に中止・中断事由が生じた場合に、積極的な訴訟追行をする見込みのない被参加人のために、参加訴訟の進行を停止することは、手続の進度が遅くなるという意味で、補助参加人の訴訟追行権を不当に制約することになると評価することもできよう。
- (23) 山木戸・前掲注(1)二九八頁以下、櫻井・前掲注(1)二二二頁以下、瀧川・前掲注(1)三二八頁以下等。
- (24) 明治民訴法五四条二項但書である(関連する他の条文も挙げておく、なお、傍線およびアスタリスクの記述は、筆者によるものである)。

明治民訴法五四条（\*現行民訴法四五条に対応する。）

一項 従参加人ハ其附随スル時ニ於ケル訴訟ノ程度ヲ妨ケサル限りハ其主タル原告若クハ被告ノ為ニ攻撃及ヒ防禦ノ方  
法ヲ施用シ且総テノ訴訟行為ヲ有効ニ行ヒ殊ニ主タル原告若クハ被告ノ為ニ存スル期間内ニ故障、支払命令ニ対スル  
異議又ハ上訴ヲ為ス権利ヲ有ス

二項 従参加人ノ陳述及ヒ行為ト主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行為ト相抵触スル場合ニ於テハ主タル原告若クハ被  
告ノ陳述及ヒ行為ヲ以テ標準ト為ス但民法ニ於テ此ニ異ナル規定アルトキハ此限ニ在ラス

旧民法財産編（明治二三年四月二一日公布）三三九条（\*現行民法四二三条に対応する。）

一項 債権者ハ其債務者ニ属スル権利ヲ申立テ及ヒ其訴權ヲ行フコトヲ得

二項 債権者ハ此事ノ為メ或ハ差押ノ方法ニ依リ或ハ債務者ノ原告又ハ被告タル訴訟ニ参加スルコトニ依リ或ハ民事訴  
訟法ニ従ヒテ得タル裁判上ノ地位ヲ以テ第三者に対スル間接ノ訴ニ依ル

ドイツ民事訴訟法六九条

民法の規定により、本訴訟において言い渡された裁判の確定力 (Rechtskraft) が、補助参加人と相手方との法律関係  
につき効力を有するときは、補助参加人は、第六一条の意味において主たる当事者の共同訴訟人とみなされる。

明治民訴法の下で議論があつたのは、同五四条二項但書における「民法ニ於テ」という文言の解釈であつた。

明治民訴法五四条二項但書における「民法」とは、債権者代位権を規定する旧民法財産編三三九条を指すとするのが、大審  
院の理解であつた。大判大正九年一〇月三〇日民録六輯二五卷一八六五頁は、「民事訴訟法第五十四條第二項但書ノ規定ハ債  
権者カ其債務者ト相手方トノ間ニ繫属スル訴訟ニ債務者ノ従参加人トシテ参加シタル場合ニ在リテハ民法第四百二十三條ノ  
規定ニ従ヒ債務者ニ属スル権利ヲ行フコトヲ得ルヲ以テ其補助スル主タル當事者ノ陳述及ヒ行為ヲ為スモ之ヲ以テ標準ト為  
スコトヲ得サルニ非サル旨ヲ明示シタルニ他ナラス」と判示する。宮城・前掲注(8)二八一頁は、明治民訴法五四条二項但書  
について、大審院の考え方に立ち、旧民法財産編三三九条の債権者は、「債務者ヲ補助スルノミニアラスシテ債務者ノ行為ヲ  
監視スルニ出ツルコトアリ」という（井上・前掲注(8)一九一頁も同旨）。

大審院の考え方は、被参加人と補助参加人との間の実体的法律関係（債権者代位権の要件を充たす関係）を論拠に、補助参

加人の從属的地位を解除するものといふことができる。

なお、旧民法財産編三三九条（債権者代位権）と從参加との關係は必ずしも明らかではないが、磯部四郎『民法（明治二三年）』積義財産編第二部人権及ヒ義務（上）（復刻版）（一九九七、信山社）一四六四頁以下は、「債権者カ原告ト為リ若クハ被告ト為リテ第三者ト訴訟ヲ為スニ當リ債権者カ其訴訟ニ干與シ原被ニ共謀ヲ以テ自己ノ不利益ヲ醸スニ至ルカ如キコトヲ防キ且ツ債務者ノ權利ヲ充分ニ伸張セシムルヲ期スルナリ尚ホ民事訴訟法第五十一條以下參看スヘシ」（一四六八頁）とし、井上正一『民法（明治二三年）』積義財産編第二部卷之壹（復刻版）（一九九五、信山社）二四四頁以下は、「干渉人即チ参加人ノ利益ヲ害スルコトナキヨヲ注意スルヲ目的トシタル」ものであり、「自己ノ權利ノ担保タル債務者ノ財産ノ減少ヲ防カントスルモノナリ」とする。

以上の理解とは異なり、明治民法五四二条二項但書をドイツ民事訴訟法六九条に照応する規定と位置づけ、制度としての共同訴訟的補助参加を認めるべきであるという見解も有力であった。具体的には、以下のとおりである。

山田正三は、明治民法五四二条二項但書は、ドイツ民法六九条と同様に、判決の既判力が相手方と從参加人にも生じる場合と解すべきであり、「民法ニ於テ」という文言は、判決の既判力は実体法上の効力であり、民法で規定されることを意味するものであるが、その趣旨を充分に示すことができていないのは、「立法技術ノ拙劣ナリシニ基クモノ」であるとして、既判力が從参加人に及ぶ場合に從属的地位を解除しないことは、「從参加人ニ対シ酷」という（山田・前掲注（8）二一九頁以下）。

山田正三『判例批評民事訴訟法（一）』（弘文堂、一九二三）一八頁以下（被参加人の意思に反してなされた上告を不適法とした大判大正七年二月七日民録二四輯一卷三〇頁の判例批評）、同一八六頁以下（前掲大判大正九年一〇月三〇日の判例批評）も参照。

前田直之助は、明治民法五四二条二項但書の「民法」は、実体法だけに限らず、「訴訟法」も含めて理解すべきであり、對世効が及ぶ場合（人訴訟）と既判力が從参加人にも及ぶ場合とを指し、ドイツ民法六九条と同趣旨の規定であるが、「文字簡單ニ失シ、何を意味しているかが不明確であるという（同『民訴第五四條第二項但書ノ意義』法學新報二三卷八号（一九一三）一八八頁）。また、前田・前掲注（8）一六九頁では、「実体法若クハ訴訟法ノ規定ニヨリ主タル当事者ト相手方トノ判決（即チ本訴訟ノ判決）カ当然ニ從参加人ト右ノ相手方トノ間ニモ効力ヲ及ホスカ如キ場合ニハ從参加人ハ主タル当事者ノ行為ニ掣肘セラルルコトナク恰モ共同訴訟人ト同様ノ地位」ヲ取りテ訴訟行為ヲナスコトヲ得」として、具体例として、婚姻無効の訴えにおいて被告の子が被告側の從参加人となる場合や株主總會決議無効の訴えにおいて株主が原告株主側の從参加人となる場合が挙げられる。

大塚春富も、判決の既判力が及ぶ從参加人は、主たる当事者と「全く平等の關係に立つ必要がある」として、前掲大判大正



九年一〇月三〇日を批判する（同「民事訴訟法第五十四條第二項但書の解釋に就て大審院判決の變更を望む」日本辯護士協會録事二八卷一号（一九二四）五九頁、特に六二頁以下）。

なお、雉本朗造『判例批評録（三）』（實文館、一九二九）三〇五頁以下は、従参加人の死亡と訴訟手続の中断との関係が問題となった事例（大判大正四年五月一日民録二二輯一六卷七五六頁）についての評釈において、従参加により、「附随的訴訟関係」が生じ、その関係は、従参加人が死亡した場合（ないし訴訟能力喪失や破産の場合）には中断し、主たる当事者の相手方との関係においても、訴訟関係が中断すると解すべきであるという見解を述べる（中断しないと、主たる当事者の受けた判決の参加的効力が直ちに生じることになり、従参加人にとって不利益となることを理由とする）。

大審院の考え方と山田正三らが主張する考え方とは両立しうるように思われるが、いずれしても、大正改正後の共同訴訟的補助参加をめぐる議論は、もっぱら後者に焦点を合わせたものであり、前者に関する問題意識ないし視点が欠落していることには留意を要する。

(25) 瀧川・前掲注(1)三二六頁、櫻井・前掲注(1)二二三頁、松原・前掲注(1)五七六頁等。

(26) 大正改正の過程では、従参加を充実させる方向での提案がなされたが（「民事訴訟法修正案六六条および民訴甲一号六八条（立法資料①②）、民事訴訟法修正案（旧法典調査会案）七一条（立法資料④）。第三〇回法典調査会（明治三四年六月二五日）における仁井田の議論（立法資料③）も参照）、最終的には、参加要件等の主要な点について、実質的な改正はなされなかった（松岡・前掲注(8)三三四頁以下、山内・前掲注(8)一二四頁参照）。

改正の議論において、補助参加人が当事者としての地位を有していない点が過度に重視されていたこと、および、補助参加人に対して牽制権能を付与する根拠に関する理解が不統一であったこと（「詐害防止」と「合一確定の要請」の関係が不明確であったこと）が、補助参加制度の充実化の試みを頓挫させた理由と推知しうる（立法資料⑤）および（立法資料⑥）参照。関連する立法資料は、以下のとおりである。

①民事訴訟法修正案（松本博之・河野正憲・徳田和幸編著『日本立法資料全集43 民事訴訟法（明治三六年草案）（1）』（一九九四、信山社）一二五頁以下所収）

六六条 法律ニ從ヒ訴訟ノ確定力從参加人ト相手方トノ法律關係ニ其効力ヲ及ホスヘキ場合ニ限り從参加人ヲ主タル原告若クハ被告ノ共同訴訟人トス

②民訴甲第一号（全集43一九七頁以下所収。なお、明治三〇年九月一九日から明治三五年四月頃まで審議が行われ、その内容は、「法典調査会（第二部）民事訴訟法第〇〇回記事速記録」として、第一回から第三六回について、全集43二二八頁以下

および松本博之「河野正憲」徳田和幸編著『日本立法資料全集44 民事訴訟法(明治三六年草案)②』(一九九四、信山社)三頁以下に収録されている)

六八条 参加人ハ参加スル時ノ訴訟ノ程度ニ從ヒ一切ノ訴訟行為ヲ為スコトヲ得但其補助スル当事者ノ行為ト抵触スルモノハ無効トス

前項但書ノ規定ハ訴訟ノ目的カ参加人及ヒ其補助スル当事者ニ付キ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ之ヲ適用セス

③ 民事訴訟法議事速記録(全集43二二八頁以下所収)

梅謙次郎 (從参加は)「必スシモ補助ノ手續ヲナクシテ」

仁井田益太郎 「詐害行為ノ為メニ二人ガ訴訟ヲスルト云フ場合ニ詐害ヲ受クル債権者ガ出テ来テ債務者ヲ助ケルト云フ場合ニ其助ケル行為ハ必スシモ主タル当事者ノ行為ト其場合ニハ抵触シテモ宜シイ詰リ獨立シテ訴訟行為ガ出来ルト云フコトニスル方宜カラウト云フ考ヲ述ベタノデアリマサガ其事ハ六十八條テ述ベルト云フ考デアリマサガ詰リ私ハ六十五條ノ適用ト云フモノガ補助ト云フ文字ガ少シ弊ガアルカモ知レマセヌガ其場合ニ債権者ガ出テ来テ自己ノ利益ノ為メニ債務者ヲ助ケルト云フコトハ此六十五條ノ適用ヲシテ差支ナイト思ヒマス」

④ 民事訴訟法改正案(旧法典調査会案)(明治三六年)(松本博之「河野正憲」徳田和幸編著『日本立法資料全集10 民事訴訟法

〔大正改正編〕(一)』(一九九三、信山社)三頁以下所収)

七一条 参加人ハ参加スル時ノ訴訟ノ程度ニ從ヒ攻撃又ハ防禦ノ方法ノ施用、故障、上訴其他一切ノ訴訟行為ヲ為スコトヲ得但補助スル当事者ノ抵触スルモノハ其効ナシ

前項但書ノ規定ハ訴訟ノ目的カ参加人及ヒ其補助スル当事者ニ付キ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ之ヲ適用セス

⑤ 民事訴訟法改正案修正意見(全集10一四七頁以下所収)

「第七十一條第二項ノ場合ニ第六十六條ノ規定ヲ準用スル規定ヲ設クルカ然ラサレハ同項ヲ削除スルコト」(山形所長)「第

二項ニ左ノ但書ヲ加フ

但第六十六條第一項二三号(\*現行四〇条一項に対応)ノ規定ヲ準用ス」(安濃津所長)

「第二項ノ末段ノ「之ヲ適用セス」ヲ「第六十六條ヲ適用ス」ト改ム」(東京院長)

「訴訟ノ目的カ参加人及ヒ其補助スル当事者ニ付キ合一ニノミ確定スヘキ場合ニハ改正案第六十六條ノ規定ヲ準用スル旨ノ



規定ヲ設クルコト」(東京所長)

「第二項訴訟ノ目的カ参加人及ヒ補助スル当事者ニ付キ合一二ノミ確定スヘキ場合ハ共同訴訟人ト看做スノ規定ヲ設クルコト」(仙台所長)

⑥民事訴訟法改正起草委員会審議録(全集10三二二頁以下所収)

改正第七一条ニ付キ(第四一回・明治四五年一月二四日)

(仁井田委員) 本條第二項ヲ修正シ獨六九、喚二〇ノ趣旨ノ如キ規定ヲ設クルヲ可トセスヤ

(横田委員) 獨六九ニ共同訴訟人ト看做スアルモ獨乙ノ解釈家ハ共同訴訟人ト為スニアラスト云フ說一致セリ

(齋藤委員) 参加人ヲ共同訴訟人ト為スハ民事訴訟ノ採リタル主義ト相容レス

本條ニ付テハ

一、第二項ハ削除スヘキヤ

二、第二項ノ場合ハ改六十六(現行四〇条に対応)ヲ適用スヘキモノトスヘキヤ

三、争アル権利関係ノ性質ニヨリ又ハ法律ノ規定ニ從ヒ訴訟ノ判決ガ從参加人ト主タル当事者トノ法律関係ノ上ニ其効力ヲ及ホスヘキトキハ(総会決議無効ノ訴ヲ提起シタル株主ト他ノ株主トノ関係又ハ廢罷訴權ノ訴ヲ提起シタル債權者ト他ノ債權者トノ関係ノ如シ)改六六條ノ規定ヲ適用ストスヘキヤ

決議(延期)

(27) 高田・前掲注(一)六四七頁以下参照。なお、高橋・前掲注(一)四七三頁注(5)は、「一般論としても、強いて被参加人勝訴の判決効拡張の場合を共同訴訟的補助参加から外す必要もないように思われ、なお考えてみたい。ただし、問題が切実であるのは不利に拡張される場合であることは確かである」という。

(28) 被参加人による敗訴招来行為として、弁論主義の適用があるレベルでは、被参加人による自白、処分権主義の適用があるレベルでは、被参加人による請求の放棄・認諾、あるいは、上訴権の放棄を念頭に置くこととする。

(29) 現行人訴法では、民訴法四五条二項の適用を排除したうえで、民訴法四〇条の一部を準用するという規律が採用されている(人訴一五条三項・四項)。共同訴訟的補助参加人の権限に関しては、②の適用の可否の他にも、①の適用があるか、および、共同訴訟的補助参加人は被参加人による訴訟処分行為(訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、裁判上の和解)の効力を否定することができるといふことが問題となる。これに関しては、①の適用はなく、被参加人の訴訟処分行為を否定できるとする理解が有力であるが(高橋・前掲注(一)四七一頁以下)、事案に応じた個別具体的な検討が必要があろう。

(30) 明治民訴法五八条である。大正改正によって廃止され、現行法には存在しない「訴訟担任」と称された制度である。

明治民訴法五八条

原告若クハ被告ノ申立ニ因リ判決ヲ以テ其原告若クハ被告ヲ脱退セシム可シ  
 従参加人ハ当事者双方ノ承諾ヲ得テ其附随シタル原告若クハ被告ニ代リ訴訟ヲ担任スルコトヲ得此場合ニ於テハ其

「訴訟担任」は、被参加人と相手方の同意によって従参加人を当事者とする規律である。実質的に当事者変更を認める制度と位置づける点では理解が一致していたといえるが（高木・前掲注(8)二三八頁以下、宮城・前掲注(8)二九五頁、江木・前掲注(8)二五二頁以下、佐伯・前掲注(8)九五頁以下等参照)、要件・効果等に関する理解は極めて不明瞭であった。当時の体系書等をもみても、訴訟担任について深く言及するものは多くないが、比較的詳細に論じる見解を紹介することによって、当時の理解の一端を示すこととする（中込宗造「従参加人訴訟擔任ノ性質及ヒ主たる当事者ニ及ホス効果」法學新報一九卷（一九〇九）九九頁。山木戸・前掲注(1)二八二頁以下も参照）。

早川彌三郎「民事訴訟法論」（改訂第三版、一九二五、明治堂書店）は、明治民訴五八条について、「当事者ヲ変更スルコトハ承継人ノ訴訟承継ノ場合ノ外」之レ無キ所ニシテ之レ訴訟手続上ノ一大例外ヲ為スモノトス之レ従参加人ハ訴訟ノ利害ニ付キ主たる当事者ト同様ノ地位ニ立ツコト多キカ故ニ自ラ其補助スル原告若クハ被告ニ代ハリテ訴訟ヲ担任シ其原告又ハ被告ト交代スルコトヲ許シタルモノナリ（訴訟ノ利害ニ関シ当事者ト同様ノ地位ニ立ツヘキ従参加人ハ独逸民事訴訟法ニ於テ之ヲ共同訴訟人的従参加人ト称シ其他ノ種類ニ属スル従参加人ハ之ヲ從屬的従参加人ト称シタリ）従参加人カ訴訟ヲ担任シタルトキハ主たる原告若クハ被告ハ其申立ニ因リ訴訟ヨリ脱退セシムヘキモノニシテ裁判所ハ其脱退ニ付キ判決ヲ為スヘキモノナリ（一一五頁）と説明する。

仁井田・前掲注(8)六一〇頁は、訴訟担任について、「従参加人カ訴訟ヲ担任スル旨ノ意思ヲ表示セル場合ニ於テ其意思表示カ効力ヲ生シタルトキハ従参加人ハ其ノ補助セル原告又ハ被告ニ代リテ当事者ト為ルニ至ルモノトス」として、その場合には「原告又ハ被告ハ法律上当事者タル資格ヲ失フモノト謂フヘシ」という。

松岡・前掲注(8)三八七頁は、大正改正後においても、「参加人ハ本訴訟ノ当事者双方ノ同意ヲ得テ本訴訟ノ主体ト為ルコトヲ得（此ノ場合ニ於テハ参加人ハ何等ノ制限ヲ受クルコトナク当事者ノ為スコトヲ得ヘキ一切ノ訴訟行為ヲ為スコトヲ得）又参加人ノ補助スル当事者ノ申立ニ因リ判決ヲ以テ之ヲ本訴訟ヨリ脱退セシムルコト得ス」という。

江木・前掲注(8)二五二頁以下は、明治民訴法五八条を「代位参加」と捉える。そのうえで、代位参加をすることについて

は特に制限はなく、従参加できる場合には、代位参加をすることができる（具体例として、「主たる原告若ハ被告ニ対シテ担保ノ責務ヲ負場合」と「民法ニ従ヒ債権者カ其債務者ニ対スル権利ヲ申立テ及ヒ其訴権ヲ行フコト得ヘキ場合」（明治民訴法五四条二項但書・旧民法財産編三九九条を引用する）を挙げる）とし、代位参加がなされた場合には、「代位者ノ訴訟」となり、「訴訟ノ物体タル権利関係ハ代位者ノ権利関係トナルヘシ」という（「民法ニ従ヒ債権者カ債務者ノ訴権ヲ行フ場合モ亦債務者ノ権利関係ヲ以テ債権者ニ移転スルモノナリ」という。この意味で、当事者変更であるという）。また、脱退の申立てがない以上は、代位者は、原告もしくは被告の「共同訴訟人ト看做サルヲ得ス」として、代位者は、「独立ナルノ当事者ナリ他ノ主たる当事者ヲ補助スルモノニアラス」とし、從属的地位を規定する明治民訴法五四条二項の適用は排除されるとする（代位参加は、「寧ロ従参加ノ関係ヲ消滅シ去ルヘキ訴訟行為ト謂フヘシ」という）。

菊井兼子・前掲注(8)一一五頁以下は、中華民國民事訴訟法(昭和五(一九三〇)年二月二六日公布・昭和七(一九三二)年五月二〇日施行)についての注釈であるが、日本民訴法との対比での説明がなされており、訴訟担任を規定する中華民國民訴法六一条の解説において、「一般に両当事者の承諾する限り補助参加人が被参加人と交代することも解釈上認め得るであらう」という考え方が示されている（訴訟担任の具体例としては、「例へば債務者が訴へられた場合自ら該債権の権利者と主張する第三者が之を補助した後債務者に代り原告に対し其の権利を争ふが如き」場合や「代理占有者が訴へられた場合本権利者が参加して之に代つて訴訟を担当するが如き」場合を挙げる）。

前田・前掲注(8)一六九頁以下は、明治民訴法五八条の意義について、従参加人が被参加人（主たる当事者）に代わって、当事者の地位で訴訟進行することを認めるものであり、「訴訟物タル権利関係ハ従前ノ儘ニテ存続スルコトヲ云フ換言スレハ他人間ノ権利関係ニ付キ自ラ訴訟当事者トシテ自己ノ名ニ於テ訴訟行為ヲスルコトヲ云フ」という。具体例として、主債務者側の従参加人である保証人が、当事者として、主債務の不存在を主張して争い、その判決効を主債務者に及ぼす場合を挙げる。当事者の変更には準じることになるため、当事者全員の同意が必要であるとするが、訴訟担任の制度は、訴えの変更（訴訟物の変更）を伴うものではないとする。先述の保証人参加事例においても、訴訟物は、主債務から保証債務へ変更されることはない。前田説は、訴訟担任を、同意による訴訟担当を許容する制度と理解するものであり、この点で非常に興味深い見解といえる。

以上のように、訴訟担任に関する理解は明確であるとはいえないが、参加訴訟において、従（補助）参加人が、当事者としての地位を事後的に獲得しうることは当然に受容されていたようである。このことは、補助参加人と当事者の地位を厳格に峻別する現在の通説的な理解に照らしてみると、注目に値するようと思われる。明治民訴法の下では、従参加の利益が認められる場合を、論理的関係の存する場合に限定する理解が多数有力説であったことが（伊東・前掲注(11)一五一頁参照）

従参加人に当事者の地位を付与する訴訟担任の前提となつていと推察しうるが、補助参加の利益を拡張する理解が優勢である現行法の議論の下でも、少なくとも、論理的関係が肯定される場合には、補助参加人が参加訴訟において事後的に当事者の地位を獲得しうる方向での規制はありうるように思われる。

(31) 高橋・前掲注(一)四七〇頁等。

(32) 最決平成二五年については、八田卓也「第三者に対する手続保障の瑕疵を理由とした再審の訴え」金法二〇〇五号(二〇一四)六六頁およびそこで引用されている文献を参照。なお、詐害再審に関しては、菱田雄郷「第三者による再審の訴えについて」伊藤眞先生古稀祝賀『民事手続の現代的使命』(有斐閣、二〇一五)五三二頁、坂田宏「会社訴訟における第三者再審に関する一考察」松本博之先生古稀祝賀『民事手続法制の展開と手続原則』(弘文堂、二〇一六)六五五頁等を参照。

(33) 会社の組織に関する訴訟では弁論主義・処分権主義の適用は否定されるべきであるという考え方は、すでに提唱されているものである。兼子体系・前掲注(8)三四七頁、小室直人「形成訴訟における処分権主義・弁論主義の制限」(初出一九七七)同『訴訟物と既判力民事訴訟法論集(上)』(信山社、一九九九)二〇五頁等参照。

(34) なお、人訴法の規律に照れているように、中断に関しては、補助参加人の当事者適格が否定された趣旨に着目し、参加訴訟の進行を停止すべきであるかを検討する必要がある。

(35) 高田・前掲注(一)六六七頁以下参照。

(36) Zは、自己の法的地位・利益を既判力をもって確定する方法(別訴の提起等)をとらうるにもかかわらず、既判力の発生を回避するために、補助参加という権利保護方式を選択して、Yの訴訟支配権を制約することが正当化できるかが問題となる。

(37) 【事例4】株主総会決議取消訴訟事例(株主参加事例(原告側))

X(株主)がY(会社)を被告として提起した株主総会決議取消訴訟に、出訴期間の経過後、Z(株主)がX側に補助参加する事例

【事例4】についても【事例4】と同様の問題が生じるが、出訴期間の制約によって、共同訴訟参加や別訴を提起することが不適法となることに起因するZの不利益を、どのように考慮すべきであるかが、さらに問題となる。【事例4】は、出訴期間内に提訴ないし共同訴訟参加をしなかったZの行動選択に対する評価にもかかわらず(高橋・前掲注(一)四七六頁注⑥参照)、Zに、Xによる訴えの取下げや請求の放棄の効力を否定できる牽制権能を付与すべしと解するのであれば、その根拠は、やはり、X敗訴判決の既判力とは異なる点に求めることになる。なお、Xが、訴え取下げや請求の放棄のように、自らの当事者性を否定する訴訟行為をする場合には、XからZへの当事者変更を認める方向での議論がありうると思われる。

(38) 高田・前掲注(一)六六八頁は、「いわゆる片面的判決効拡張の場合においては、同時に同一内容の判決をするために訴訟の

進行、訴訟資料の統一を図るという規制を厳格に妥当とさせることが必要であるか改めて検討されてよい」という。

(39) 三木 山本・前掲注(1)三三頁では、「判決効が不利に及び、補助参加の利益を有する第三者は、共同訴訟的補助参加をすることができること、および、その場合には四五条二項の適用を排除する旨の規定を置く。ただし、被参加人が参加人を害する意図を有する場合には、加えて、四五条一項ただし書の適用も排除することとする。」との立法提案がなされるが、その要件・効果が過不足のないものであるかは、さらに検討を要するといえよう。

(40) 井上・前掲注(1)一四三頁以下、高橋・前掲注(1)四七一頁以下参照。なお、最判昭和六三年二月二五日民集四二卷二号一二〇頁は、共同訴訟参加をすることが可能であったにもかかわらず、補助参加をした場合には、共同訴訟的補助参加として扱うことは相当ではないとした。一般論として、共同訴訟参加できる場合に、補助参加という権利保護方式を選択することの適切性が否定されうることを示唆する点は妥当な判断ということができるが(同事件は、住民訴訟の出訴期間に関する理解が不安定であり、補助参加の申出者が共同訴訟参加をすることができると適切に判断することが困難な事案であったようである)、補助参加を適法としたうえで、補助参加人の地位・権限と参加類型の選択とを連動させる思考には問題があるように思われる。

(41) 詐害防止参加の沿革については、徳田・前掲注(1)一六五頁以下、菱田・前掲注(1)法協一九〇二頁以下、畑・前掲注(1)一三四頁以下を参照。詐害防止参加(旧民訴法七一条前段・現行民訴法四七条前段)は、明治民訴法の(準)主参加(明治民訴法五一条二項)を前身とするとされるが、詐害防止を目的とする(準)主参加の趣旨および規律内容は不明瞭である。

例えば、本多 今村・前掲注(8)一七一頁は、「本訴訟ノ当事者カ第三者ノ債権ヲ詐害スルノ目的ヲ以テ殊更ニ訴訟ヲ為ストキハ右第三者ハ其目的物ヲ直接ニ請求セサルコトアルモ其性質上訴訟ノ目的物ヲ請求スルト同一ナル故主参加ノ方法ヲ以テ本訴訟ヲ攻撃スルコトヲ得ヘキモノト規定セリ」という。

(準)主参加が、参加訴訟における当事者の詐害的訴訟進行を牽制することを目的とする参加類型であることについては、共通の理解があったといえるが(民法上の詐害行為取消権と対比される)、参加要件(定立する請求の内容)等の規律内容については、詳細な説明がなされないのが、一般的であった(宮城・前掲注(8)二六八頁、深野・前掲注(8)一一三頁、高木・前掲注(8)二四九頁、佐伯・前掲注(8)八八頁、三坂・前掲注(8)六三頁等参照)。

早川・前掲注(30)一〇九頁は、原告と被告の共謀による債権侵害を要件とする「準主参加」を、「詐害行為取消権(民四二四条)と同様の趣旨に基づく制度としたうえで、原告および被告が攻撃防御方法を故意に廃棄したり、わざと敗訴しようとする場合には、「従参加ノ方法ヲ以テスルヲ相当トスル」とし、「詐害的訴訟行為ノ取消ヲ目的トスル主参加ノ訴訟ハ甚タシキ実益ナキカ如シ」という。

なお、大正改正に近接する時期に独立当事者参加を検討した論攷として、中島弘道「新民事訴訟法第七十一條の主参加」法曹會雜誌七卷二号(一九二九)一頁、岩澤彰二郎「權利参加に就て中島氏に議す(一)(二・完)」法曹會雜誌七卷五号(一九二九)一頁、同卷六号(一九二九)一四頁、安武東一郎「民事訴訟法第七十一條及第七十五條の訴訟参加に就いて(一)(二)(三・完)」法曹會雜誌八卷三号一頁、同卷四号六七頁、同卷五号一〇三頁(いずれも、一九二九)、井上直三郎「民事第七十一条による参加訴訟の構造」(初出一九三〇)同『破産・訴訟の基本問題』(有斐閣、一九七二)三五頁以下所収等がある。

(42) 菊井維大『民事訴訟法講義(下)』(弘文堂、一九五五)二五七頁、小山昇『民事訴訟法(五訂版)』(青林書院、一九八九)四九七頁等がある。

(43) 詐害意思を重視する見解として、三ヶ月章『民事訴訟法』(有斐閣、一九五九)二二五頁、斎藤秀夫『民事訴訟法概論(概論)』(有斐閣、一九八二)四七〇頁等があり、客観的な詐害的訴訟進行に着目する見解として、高橋・前掲注(一)五〇一頁、新堂・前掲注(一)八二八頁等がある。松本上野・前掲注(一)七八六頁以下も参照。

(44) 兼子体系・前掲注(8)四一三頁では、反射効を受ける一般債権者について、「債務者が財産を隠匿の目的で相手方と馴合訴訟をしたり、或はどうせ債権者に差押さえられるのだというので、真剣に訴訟をせずに敗訴に甘んじようとする場合」に限定して、詐害防止参加を許容する旨の説明がなされている。その際、詐害防止参加について、「私法上の処分行為についての詐害行為取消権の行使(民四二四)や虚偽表示の無効(民九四一)の主張と同様の目的を、訴訟進行によって判決を受ける関係について認めるものである」とする。兼子講義案・前掲注(8)三三四頁以下、兼子概論・前掲注(8)四四七頁以下も参照。

(45) もっとも、このような関係は、両面的詐害防止参加の場合にも妥当すると考えられるが、議論の見通しをよくするために、本稿では、片面的詐害防止参加に照準を合わせて検討する。

(46) 徳田・前掲注(一)一六四頁以下参照。大正改正の直後は、詐害防止参加については、請求の定立を不要となる(ないし重視しない)旨を唱える学説が有力であったといえる。例えば、長島森田・前掲注(8)八三頁以下は、「訴訟ノ当事者ノ何レカ一方ヲ補助スル趣旨ニ於テ其ノ訴訟ニ参加スルモノナル」として、詐害防止参加の目的を棄却(ないし認容)することにあると捉え、独自の請求を定立することを実質的に要求しない。また、中村・前掲注(8)八六頁以下は、詐害防止参加の目的を「馴合訴訟ノ防止ト訴訟的経済ニ在ル」としたうえで(同書九一頁)、詐害防止参加の請求について、「本訴ト同一ナル權利又ハ法律関係ヲ訴訟ノ目的ト為シ、唯、其存否ヲ争フベキモノデアル。本訴トハ別個ノ權利又ハ法律関係ヲ訴訟ノ目的ト為スガ如キハ。独立参加ノ目的限界ヲ逸脱スルモノニシテ、素ヨリ不適法デアル」(同書九八頁)として(明治民法法における「準主参加」についても同様であるとする)、詐害防止参加の請求に独自の意味を見出さない見解に立ち、さらに、詐害防止参加について「補助参加ノ殆ンド総ベテノ場合ガ之レニ該当スルコトナル」(同書一〇五頁)として、詐害防止参



- 加を廃止すべしとする。その他、細野・前掲注(8)八五〇頁、中島・前掲注(8)三三一頁等も参照。
- (47) 最決平成二六年七月一〇日判時二三七号四二頁。評釈として、菱田雄郷・リマークス五一号(二〇一五)二二八頁等を参照。
- (48) その結果、定立した請求の内容が不自然なものとなったり、訴えの利益の存在について疑義が生じうる事例を設定することになる。
- (49) 兼子説も、当初は、既判力が作用する場合にはなされる詐害防止参加を不適法とする考え方に立っていた(兼子講義案・前掲注(8)三三五頁。細野・前掲注(8)三五八頁、前野・前掲注(8)一〇〇四頁も同旨)。
- (50) 反射効をめぐる議論状況については、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)』(第二版補正版)〔有斐閣、二〇一三〕七四八頁以下参照。
- (51) 高橋・前掲注(1)五〇一頁注(4)参照。
- (52) 補助参加と詐害防止参加とは制度趣旨が違う、という説明(三ヶ月・前掲注(43)二三四頁以下参照)では、論拠として不十分である。
- (53) 八田卓也「独立当事者参加」法教三六三号(二〇一〇)三四頁、特に三八頁参照。
- (54) 菊井維大「村松俊夫『全訂民事訴訟法I(補正版)』(日本評論社、一九九三)四三八頁、奈良・前掲注(1)一一頁参照。
- (55) もっとも、兼子理論における実体要件の具体的な内容は、詐害行為取消権や虚偽表示に関する民法の規定を引用するにとどまるため、明らかではない。兼子体系・前掲注(1)四一三頁参照。
- (56) この点についての検討は、参加要件の審理手続のあり方も含めて、今後の課題である。
- (57) 趣旨は異なるが、伊藤・前掲注(1)六七五頁以下も、詐害防止参加の要件として、補助参加関係の存在を要求する見解と捉えることができる。
- (58) このような考え方は、債権者代位権の要件を充たす債権者が補助参加する場合に、補助参加人の従属的地位を解除する明治民法五四条二項但書をめぐる議論(前掲注(24)参照)に見出すことができる。
- (59) 伊東・前掲注(11)一五四頁以下参照。
- (60) 鈴木正裕「判決の反射的效果」判タ二六一号(一九七二)二頁以下が説くように、【事例6】のZY間の関係に共同訴訟の補助参加関係を見出すことができる。
- (61) 訴訟承継の局面に関する指摘であるが、三木「山本・前掲注(1)六〇頁以下参照。
- (62) もっとも、効果については、様々な規律を想定しうる。【事例7】では、例えば、Z主債務の存在に係るYの自白に基づきXY請求認容判決がなされたとしても、それと同時に、Z主債務が不存在であることを理由とする、ZY請求認容判決とZX

請求認容判決がなされるのであれば、Zの利益保護を図ることができる。Z主債務の不存在について、ZX請求とZY請求との間では統一的な判断がなされる必要があるが、XY請求との間では、そのような必要はないといえよう。もつとも、Zが補助参加する局面でYが、Z主債務の存在を自白するという行動選択を採ることは想定し難く、あくまでも、思考上の想定に基づく議論にすぎない(実際には、主債務の存否について、三者間の請求において統一的な判断がなされることになる)。

なお、以上の議論は、委託を受けた保証人の事前求償権に関する民法四五九条一項の「過失なく債権者に弁済すべき旨の裁判の言渡しを受け」(民法改正案四六〇条三三号の「保証人が過失なく債権者に弁済すべき旨の裁判の言渡しを受けたとき」という要件の「過失なく」)に関する解釈(具体的には、例えば、保証人が合理的な理由なく自白することが、「過失」ありと評価されるか、という問題)とも関連する。

(63) 高田・前掲注(一)六六四頁注(40)は、通常の補助参加について、「許害要件の充足を主張することによって、四七条の規律(四〇条の準用)を求めることができる」と解する余地は充分にありうると考えている。牽制権能の賦与を請求の定立と連動するものと考える必然性は存在しないのではなからうか」という。

(64) 比喩的に言うと、許害防止参加は、補助参加を代替ないし補完する機能を果たしていることになる。この意味で、大正改正で共同訴訟的補助参加の代替として共同訴訟参加が導入されたとする理解は、立法経過を事実的側面からみた場合には妥当なものといえるかもしれないが、理論的側面からみると、再考の余地があるように思われる。大正改正の議論では、補助参加人に対して当事者に付与されるべき牽制権能を認めることは背理であり、それを解消するためには、補助参加人を当事者として扱う必要がある、という思考が支配的であったといえるが、既に述べたとおり、その思考の合理性は疑わしいといえるからである。

当事者としての地位と牽制権能を切り離して理解することは、共同訴訟参加の意義についても再考を迫ることになる。民訴法四〇条一項が準用される共同訴訟参加(民訴法五二条が規定する「合一のみ確定すべき場合」の訴訟参加)は、さしあたり、最判平成二二年七月七日民集五四卷六号一七六七頁のいうところの「類似必要的共同訴訟」が成立する場合(共同訴訟人間で判決効が作用し合う関係にある場合、例えば、株主代表訴訟や債権者代位訴訟が競合する場合である)と固有必要的共同訴訟の瑕疵(当事者適格の欠缺)を治癒するための場合に限定されると解したうえで、民訴法四〇条一項の準用のない(訴訟参加人に牽制権能を付与しない)共同訴訟参加を許容する方向での議論もありうるのではなからうか。もつとも、前者の場合に、参加訴訟の請求と共同訴訟参加人の定立する請求とが実質的に同一であると解すると、請求定立型の参加類型ではなく、(共同訴訟的)補助参加でも足りるということもできそうである。被参加人の訴訟追行権の範囲に関する問題(具体的には、共同訴訟的補助参加関係が肯定される場合に、被参加人が請求に係る処分権能を有するかが問われることになる。被参加人が



処分権能を有しないとすると、既判力が作用する参加人にとって、共同訴訟参加という権利保護方式を選択することの意義は小さいといえる)とも関連するが、参加訴訟の請求と同一の請求を定立させることの必要性、より根本的には、共同訴訟参加という参加類型の存在意義が問われることになろう。

なお、松岡・前掲注(8)四〇一頁は、共同訴訟参加(旧民訴七五条)について、「参加人ハ独立的参加人ノ地位ヲ有スルニ止マリ訴訟ノ当事者タル地位ヲ有スルモノニ非ス」としたうえで、「被参加人ノ陳述ト参加人ノ陳述カ相矛盾スルトキハ何レヲ信スヘキヤ否ハ裁判所ハ其ノ自由ナル心証ニ從テ之ヲ定ム」という。共同訴訟参加を共同訴訟的補助参加そのものとして捉える見解とすることができる。これは、詐害防止参加を補助参加の代替と捉える理解にはそぐわないものであるが、補助参加人の地位・権限を強化するために、その者を当事者としての地位に据える必要がないことを暗示する見解と位置づけることができる。

(65) 本稿の立場は、補助参加人の訴訟追行権の根拠を論理的関係によって基礎づけられる補助参加関係(ないし補助参加の利益)に求める理解に立ち、補助参加人の訴訟追行権の範囲は、從属的地位の縛りがあるとしても、原則として、被参加人のそれと同等であることを前提とするものであったが、いわゆる転用型の事例や理由中の判断たる特定の争点につき特に利害関係が認められる事例では、補助参加人の訴訟追行権の範囲を特定の争点に関する訴訟行為に限定すべきであると考えるが、さらに検討を要する問題である。

(66) 以上の理解は、「訴訟の結果によつて権利が害されること」という民訴法四七条の文言にそぐわないといえるが、実体法上の統一的理解の実現を求める参加人の利益を重視する理解を前提とすると、その利益が参加訴訟の判決によって危殆化されることを、「権利が害されること」に含めることは背理ではないように思われる。訴訟参加論は、明文規定をもつて許容性が認められている訴訟承継や共同訴訟参加だけでなく、第三者反訴の可否等も含めた主観的追加的併合論との連関を視野に入れて、展開される必要があるように思われる。また、関連紛争の統一的理解の実現という観点からは、裁判所の裁量権限とされる事件(弁論)の分離・併合権限に関する問題(明文規定がない場合における弁論分離の禁止ないし弁論併合の強制を命ずる規制の可否をめぐる問題)についての検討も必要不可欠となろう。

(67) 例えば、新堂・前掲注(一)八三五頁以下は、参加人が判決効を受けない場合には、「参加人はみずからの権利を相手方との間で、争う機会がある」ので、「訴訟当事者の訴訟処分権を奪つてまで、合一確定の要請を貫くのは行き過ぎ」であるとして、民訴法四〇条の準用を否定すべきであるという。

【追記】本稿は、平成二七年度科学研究費補助事業（学術研究助成基金助成金）基盤研究（C）の研究成果の一部である。また、本稿の内容について、日本民事訴訟法学会関西支部研究会（二〇一六年一月五日）において報告の機会を与えていただき、その際、多くの貴重なご教示を賜った。

なお、校正の段階で、長谷部由起子「共同訴訟的補助参加の課題」、福本知行「共同訴訟的補助参加人の訴訟行為について」、鶴田滋「片面的独立当事者参加の訴訟構造」（いずれも、徳田和幸先生古稀祝賀論文集『民事手続法の現代的課題と理論的解明』（弘文堂、二〇一七）所収）に接した。