

Die Entstehung der Lehre vom Interventionsgrund im deutschen Zivilprozessrecht

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/18992

ドイツ民事訴訟法における補助参加の利益論の形成 —— 既判力の主観的拡張の純化 ——

福 本 知 行

目次

はじめに

第一章 一九世紀ドイツ普通法における補助参加の理由と判決効の主観的拡張

第一節 補助参加の事案類型

第二節 参加理由の決定における既判力拡張の位置づけ

第三節 小括

第二章 参加理由としての「法的利益」概念の成立

—— CPOの立法過程における補助参加の理由 ——

第一節 ハノーファー草案

第二節 プロイセン草案

第三節 北ドイツ草案

第四節 CPOの成立

第三章 参加理由としての「法的利益」と判決効

第一節 総説

第二節 反射的効力理論の成立と参加理由

第三節 判決効による参加理由の決定の確立

結語

はじめに

一 補助参加の理由である訴訟の結果についての利害関係（民事訴訟法四二条）をめぐっては、これまで多くの議論が展開されてきた。また最近では、新民事訴訟法が許可抗告制度（三三七条）を導入したことを受けて、最高裁判所が補助参加の可否を決定で裁判した事例が相次いで現われた。⁽¹⁾しかし、補助参加の可否が具体的事案において何によって決定されているのかは必ずしも明確ではない。それどころか、一般的基準の定立を断念し、紛争の実質に応じて柔軟に第三者の参加の可否を判断するべきであるとの主張すら見受けられる。⁽²⁾

わが国の訴訟参加制度は、独立当事者参加（四七条）や共同訴訟参加（五二条）が存在するように今日では様々な点で独自の発展を遂げている。その中であって補助参加制度は母法であるドイツ法の影響を色濃く残すものである。しかし補助参加の理由に関しては今や、ドイツ法とは議論の前提が異なるとまで言われるに至っている。⁽³⁾すなわちドイツでは、第三者への判決効の拡張が注目されるのに対し、わが国では判決効が拡張されることは必要でないことが、むしろ前提にされているのである。そしてこのようなわが国独自の議論に道を開いたのは、兼子一教授であると言われている。⁽⁴⁾すなわち、第三者に判決効が及ぶ必要はなく、判決主文中の訴訟物についての判断が論理的に第三者の法的地位を決するにあたって参考にされる恐れがあれば参加理由が肯定される、との形式が示されたのである。⁽⁵⁾その後の学説は、訴訟物についての判断との利害関係に限定する点を批判する形で展開された。すなわち参加理由と判決の結合が参考にされる恐れという程度のものなら、判決主文中の判断と判決理由中の判断とを区別する必然性はなく、かえって決定的に重要なのは判決理由中の判断の方であるとの理解の下、それが第三者の法的地位を決する上で参考にされる恐れがある場合でも参加理由が肯定されるとする見解がしばしば主張されるに至った。⁽⁶⁾

参加理由を決定する上で第三者に判決効が及ぶかが問題にならないのであれば、補助参加が問題となる場合としては第三者が判決から事実上の影響を受けるにすぎない場合が想定されていると考えられる。実際このような認識を基礎として議論はさらに進展した。すなわち一方では、「参考にされる恐れ」を理論化して、第三者を当事者とする後訴に対する証明効を認め、これを参加理由の基礎とする見解が主張された。⁽⁷⁾他方では、第三者が当事者間になされる判決によって後訴において証明効を受けるとするのは、裁判を受ける権利の侵害であるとして、参加理由の基礎を判決が後訴とは無関係に第三者の法的地位に事実上の影響を及ぼすことに求め、判決主文中か判決理由中かに関係なく、判決における判断によって、第三者の法的地位にこのような事実上の影響が及ぶときは、常に参加が許容されるとする見解が現われた。⁽⁸⁾ここまでくれば、補助参加の利益の実質は判決における何らかの判断が第三者の法的地位に影響を及ぼしそうな「ムード」という程度のものに希薄化されていると言えよう。

以上のような動きは、判決主文中の判断が論理上第三者の地位を決定する関係にある場合に補助参加を限定するのでは参加の許容される範囲が狭すぎるとして、これをいかにして拡大するかという政策的な考慮を背景にするものである。⁽⁹⁾しかし判決理由中のいかなる判断についての利害関係を問題にするかについても論者により様々な見解が述べられており、必ずしも判決理由中のすべての判断との関係が問題になるわけではないようである。この意味で判決理由中の判断との利害関係がある場合にも補助参加を許容することは、理論的に決して確固とした基礎があるわけではない。それにもかかわらずこのような傾向は、参加要件の弾力化、柔軟化としてむしろ歓迎されることが多い。しかし理論的な問題を後に残したまま、このような傾向を追認する訳には行かない。このような傾向が少なくとも参加理由の有無の判断を極めて不明瞭にしていることを考えると、わが国の理論が独自性を誇るのにはやや早計であると思われる。⁽¹⁰⁾

このような次第で本稿は、参加理由がそもそもいかなるものとして構想されていたのかを問題にする。その際、参加理由の決定にあたり判決効の拡張にいかなる位置づけが与えられていたかが注目される。わが国ではすでに、両者の関係は忘れ去られたかのごとくであるが、母法であるドイツ法では普通法以来、参加理由の決定に際して判決効の拡張が登場しているのである。そこで、参加理由の決定に際して判決効にはいかなる意味が与えられてきたかという視点で、ドイツ法における補助参加の利益論の形成過程を説明することとしたい。⁽¹¹⁾

なお、判決効理論の側ではすでにしばしば第三者の参加に言及されており、そこでは（共同訴訟的）補助参加が判決効の拡張を受ける第三者の保護手段として位置づけられることが多い。とくに手続保障の考え方の台頭により、補助参加制度は判決効を受けるべき第三者の手続保障の手段として把握された。すなわち参加は、判決効の拡張を正当化する根拠のひとつと位置づけられ、さらに当該第三者に訴訟係属を通知して参加の現実的機会を与えるべきなのはいかなる場合かまでが問題にされている。⁽¹²⁾しかし補助参加の許否が判決効と無関係に決定されることを前提にするならば、判決効を受けるべき第三者の手続保障の手段として参加を位置づけるだけでは、単に参加制度の一面を捉えたことにしかならないであろう。その意味でここでの議論は、参加の利益を有する第三者の存在を所与の前提として想定した上で展開されており、参加の利益の精緻化のためにはかえって問題の所在を不明瞭にしているように思われる。したがって本稿は、判決効理論における参加の位置づけを問題にすることはせず、参加の利益の有無を判断する際に判決効にいかなる意味が与えられてきたかを問題にする。⁽¹⁴⁾

二　ところで、ドイツにおける補助参加論の形成過程は、これまでも数多くの紹介がなされてきた。⁽¹⁵⁾その中で特に関心が寄せられたのは、一九世紀の普通法理論における、補助参加人のいわゆる「従属性」の進行である。

これは、それまで当事者（共同訴訟人）とほとんど同視されていた補助参加人が、その訴訟上の地位および権能について、被参加人の意思に従属させられて行く過程を意味する。従来の研究は、この点を中心にして補助参加

論の展開を跡づけ、これを批判的に検討して、被参加人の意思に左右されない独立の地位および権能を可能な限り補助参加人に与えることを志向してきた。また、「従属性」の進行とともに、第三者が本訴訟の既判力を受けられる場合には、第三者の保護が十分に図れないので、参加人により強力な地位および権能を与える必要が生じたとして、補助参加の態様の二分化、すなわち共同訴訟的補助参加の生成が説明された。

実際、補助参加人の訴訟上の地位および権能は、一九世紀におけるドイツ補助参加論の中心的論点であったし、立法過程においても激しい議論の的になった。そしてそれは、補助参加人の極端な従属性を容認するという、普通法学説における補助参加人の訴訟上の地位および権能をめぐる議論の推移が、補助参加人に当事者と異ならないほどの権能が与えられていた中世以来の伝統的理論を大きく逸脱したことによる。したがって補助参加人の地位および権能を中心として補助参加論の形成を跡づける従来のアプローチは、それ自体合理的なものであったと思われる。しかし補助参加人の地位および権能をめぐる議論の華々しさの影で、そもそものいかなる場合においても理由で補助参加が許されてきたかは、必ずしも明かにされていない。これは恐らく、参加理由の問題においては、参加を許容する旨の個別のローマ法源からいかにして一般的な要件を立てるかが問題となったにすぎず、補助参加人の訴訟上の地位および権能を論じる前提として位置づけられない限り、説明のための議論以上のものはないと見られたからであろう。また、参加理由を決定するにあたり判決効の拡張は問題にならないという認識を前提にするならば、判決効と参加理由の結合を強く志向しているとされるドイツの議論をいまだ持ち出すのは、時代に逆行し、得るものはないとも見られたのかもしれない。

しかしわが国の補助参加制度はそもそもドイツ法を継受して作られたものである。したがってそれがドイツ法においてそもそも、いかなる第三者を念頭に置いて形成されたものかを解明することは、本来議論の出発点とされるべきであると考ええる。またとりわけ、わが国では補助参加の理由につき独自の議論が展開され、ドイツ法と

は議論の前提が異なるとまで言われるようになってゐるが、これはドイツ法とは逆に参加理由が判決効と關係を有さないことが前提にされ、利害關係を判決におけるどの判断との關係で肯定するかを議論してきたからこそ、そのような評価になるのであらう。そうだとすると、現在も両者の結合を強く志向しているとされるドイツにおいて参加理由がどのように形成され、特に判決効の拡張にいかなる意味が付与されていたかを解明することは、わが国の議論を相対化するためにも決して無駄ではないと思われる。

三 こうして本稿はドイツ民事訴訟法における補助参加の利益論の形成過程を明らかにする。そのさいまず、前史となる一九世紀普通法において参加理由がどのように把握されてきたかを、判決効の拡張にいかなる意味が与えられていたかという視点から明らかにする。次にこれを基礎としたCPOの立法過程において、参加理由が今日のように「法的利益」と定式化された経緯と、そこにおける判決効の拡張の位置づけ、さらに普通法学説との連続性を明らかにする。そしてCPOの制定後、判決効の拡張との結合を強く志向するとされる今日的な参加理由の決定枠組が定着する模様を明らかにする。

第一章 一九世紀ドイツ普通法における補助参加の理由と判決効の主観的拡張

第一節 補助参加の事案類型

補助参加の理由をどのように決定するかをめぐり、一九世紀のドイツ普通法理論においては、他人間の訴訟に第三者が介入することを許容するローマ法源を手がかりとして、二つの事案類型を区別して説明がなされた。⁽¹⁶⁾まず、求償または損害賠償を請求される恐れのある第三者の参加が挙げられている。この類型については特に訴訟告知との關係が問題となり、⁽¹⁷⁾一部には求償義務者の補助参加は訴訟告知を前提とし、訴訟告知を受けて告知者に

参加する場合にのみ適法とする見解も見られた。⁽¹⁸⁾しかしこの見解は一般化せず、求償義務者は訴訟告知を受けていなくても求償権者に参加することができ、訴訟告知は単に補助参加の契機となるにすぎないものと考えられた。したがってこの類型における参加理由の実質は、第三者が被参加人たる当事者に求償義務を負担すべき実体関係に立ち、被参加人の敗訴によってそれが現実化することに他ならず、この時期には未だ判決効との関係は問題にされなかった。さらに、ごく稀に求償義務者の参加理由を既判事項の抗弁の拡張で説明するものもあった。⁽¹⁹⁾しかし、求償義務者への既判力拡張が常に肯定されるわけでもなく、結局このような説明も一般化しなかった。これに対して、求償義務者の参加以外の場合における参加理由をどのように決定するかがここでの問題である。換言すると参加理由の問題をめぐるこの時期における関心は、ローマ法源の許容する様々な場面での第三者の訴訟関与を、いかにして一般的定式にするかにあると言うことができる。この過程において Brauer (ブラウエル) は、それまでの学説が提示していた第三者が一方当事者の勝訴に条件づけられた権利を有する場合という定式を、判決により第三者の権利についても裁判されること、すなわち既判力の拡張を意味するものと説明した。⁽²⁰⁾彼自身は、既判力による定式では法源上参加が許容される全ての場合を説明することはできないと考えてこれを否定し、第三者の権利が当事者の権利に実体的に条件づけられている場合という定式を示した。これに対して Maxen (マクセン) は正面から既判力の拡張を参加理由とする。⁽²¹⁾大まかな議論の推移はこのようであるが、本章では参加理由と既判力の関係がどのようなものであったかを第三者の参加が想定されていた具体例に即して見て行くことにする。

第二節 参加理由の決定における既判力拡張の位置づけ

普通法の下で既判力は今日のように職権によって顧慮されるものとは理解されず、確定判決は既判事項の抗弁

を基礎づけ、当事者がこれを援用する場合に裁判所により顧慮されると理解された。そしていかなる場合に既判事項の抗弁を生じるかについては、既判事項の抗弁のいわゆる二重機能が承認された。⁽²²⁾ すなわちまず、既判事項の抗弁の消極的機能は、いわゆる訴訟消耗 (Klagenkonsumtion) の効果が起源であり、ひとたび訴えが提起されると、アクチオが消耗し、再訴が阻止されることを意味した。したがって被告は、敗訴原告が同一のアクチオにつき裁判を求めた場合には、既判事項の抗弁を援用することにより再訴を排斥することができる。しかし、例えば被告が反対返還請求 (Kontravindikation) を提起する場合のように前訴と矛盾関係にある訴えが提起される場合や、原告が前訴の係争法律関係を先決関係とする訴えを提起する場合は、同一のアクチオが再度裁判に付されるわけではないから、消極的機能における既判事項の抗弁では、再訴に対処することができない。このような方法で前訴判決が攻撃された場合に対処するのが既判事項の抗弁の積極的機能であり、それはこのような場合に後訴判決は前訴判決の内容と矛盾してはならないことを意味する。今日、前訴と同一の当事者間で既判力の作用が問題となる場合につき、同一の訴訟物についての再訴が妨げられること (一事不再理) と、先決関係のある場合における矛盾禁止が既判力の作用であり、両者は相互に補完し合っているとされる場合、それはこの枠組を起源とする。⁽²³⁾

以上は、既判力が同一当事者間の再訴において発現する場合である。ここで問題となるのは、既判事項の抗弁が前訴の当事者以外の第三者との関係で発現する場合である。既判事項の抗弁の主観的範囲をめぐっては、普通法においても相対効の原則が妥当しており、既判力は前訴における当事者と同一人間に係属した後訴において発現するのが原則であって、それ以外の第三者との関係で発現する場合は例外であった。⁽²⁴⁾ そこでこの例外がいかなる場合にいかなる理由で許されるかが問題となる。この問題をめぐり普通法理論の下で主張された様々な見解は、いわゆる依存関係説の生成、発展の前史と位置づけられるものである。依存関係説は、実定法上承認されて

いる口頭弁論終結後の承継人への既判力拡張を手がかりとして、既判力の主観的拡張を実体法的な依存関係を根拠とするものとして統一的に説明しようとするものであるが、このように依存関係が判決効の拡張を根拠づける実体関係の総称のように位置づけられる以上、参加理由の基礎となるべき本訴訟と第三者との関係を実体法的な依存関係と位置づけたのでは、実体関係の差異が見失われることにもなりかねない。参加理由との関係で重要になるのはむしろ、第三者に判決効が作用するとして、それが第三者と当事者とのいかなる関係にどのように作用するかであると思われる。⁽²⁶⁾そこで以下では、判決効の拡張を根拠づける関係と判決効の作用を受けるべき関係を区別しておきたい。

1 いわゆる代表関係

一 いわゆる代表理論の下では、第三者が当事者に代表されていると見られる関係にあることを基礎として、既判力の拡張が生じるとされ、Savignyのように、代表関係の存在を既判力の主観的拡張の共通原則と位置づける見解もある。⁽²⁷⁾しかしその本来的な姿は、Dominus（本人）⁽²⁸⁾が Procurator（委託事務管理人）⁽²⁹⁾にアクチオの行使を委ねた場合であり、それはローマ法の代理の特殊性を背景としていた。⁽³⁰⁾

ローマ法では今日とは異なり、代理人に訴訟追行を委ねると代理人自身が dominus litis（訴訟本人）⁽³¹⁾となり、委託をした本人は訴訟上第三者の地位を持つにすぎなかった。したがってここで言う代理はいわゆる間接代理であって、代理人は今日的な意味での訴訟上の代理人というよりはむしろ、訴訟担当者に近いものであった。⁽³²⁾Gaiusの時代には、委託事務管理人の訴訟における判決の既判事項の抗弁は、本人には及ばないとされていた。そして委託事務管理人は、本人が委託事務管理人の訴訟追行を自らが行ったのと同じものと認めるべきことにつき、相手方に対して担保の責に任じ、仮に本人が再訴を提起したときは（訴訟消耗の効力が生じていないからこれは適法である）、これによって相手方が被った全損害を賠償すべきものとされていた。⁽³³⁾既判事項の抗弁のこのような

制限は、何人も自己の意思なくして自己に帰属するアクチオを失うべきではないという觀念を基礎とするものであったとされている。⁽³⁵⁾ 古典後期に至り、委託事務管理人の訴訟における既判事項の抗弁が本人にも及ぶとされたのは、本人が訴訟追行を委託したことにより、同意がなされたと考えられたからであろう。⁽³⁶⁾ このようにこの場合における既判事項の抗弁の拡張は、アクチオの主体たる本人の同意あるいは本人と委託事務管理人の間の委託關係を基礎とするものであり、相手方に対する本人の再訴が、同一のアクチオにつき裁判を求めるものとして排斥されるという形で発現することになる。

二 このようなローマ法的な代理觀念を前提にすると、自己の權利につき委託事務管理人に訴訟追行を委ねた本人の参加が当然問題となる。法源にも本人の参加を許容するものが見られる。⁽³⁷⁾ そしてその場合、本人の参加理由は既判事項の抗弁が拡張され、再訴が排斥されることに求められた。⁽³⁸⁾ しかしローマ法的な代理觀念は、普通法時代には過去のものになっており、代理人が現れる場合にも当事者はやはり本人ということになっていた。これにより実體權の帰属とアクチオの主体とが一致せられ、いわゆる実體的當事者概念が基礎づけられることになった。⁽³⁹⁾ かくして本人に既判事項の抗弁が拡張されることはなくなり、委託事務管理人が追行する訴訟における本人の参加も問題にされなくなった。ましてや、本人の意思によらずに客觀的關係だけから代表關係が存在するものとして既判力を拡張しようとする代表理論は、ドイツでは既判力の主觀的拡張の共通原則の位置を占めることがなかった。⁽⁴⁰⁾ ただし、形式的當事者概念の確立とともに、訴訟担当者（あるいは職務上の當事者）の受けた判決の既判力を被担当者に拡張することにする場合には、被担当者の後訴を前訴と同一の權利・義務につき裁判を求めるものとして排斥する可能性が改めて問題となりうることになる。

2 承継關係

一 自己の權利が前主の權利に由来する場合であり、法源上想定されている典型例には、売買による所有權の

移転のように、前主の権利を交代的に取得する場合と、質権の設定のように前主の権利から派生する制限的権利を取得する場合とが含まれる。以下では主に前者を念頭において既判力の拡張と参加理由の関係を考えて見ることにする。

ところでここでさらに問題となっているのは、承継と訴訟係属の先後である。このうちまず前訴の終了後に承継がなされ承継人に既判事項の抗弁が拡張されること、すなわち今日的に言えば口頭弁論終結後の承継人に既判力が拡張されることは、抗弁一般の承継と同じとされており、⁽⁴⁰⁾ またこの場合は事柄の性質上、承継人が前訴に参加するという問題は生じない。次に係争物の譲渡のように承継が訴訟の係属中になされる場合は、わが法のように訴訟承継主義をとるのでない限り、承継人への既判力拡張と承継人の参加が問題となりうる。しかし、普通法においては、ローマ法上の係争物の譲渡禁止が存続するのかがどうかをめぐって争いがあつたとされており、⁽⁴¹⁾ 承継人の参加を問題にするさいにこの場合を一般的な例として想定することは困難である。したがって以下ではまず、承継が訴訟係属に先立つてなされる場合を考え、ついで係争物の承継が参加理由との関係でも問題となっている受遺者の例を取り上げることとする。

二 訴訟係属前の承継人への既判力拡張は、普通法において既判力の主観的拡張が説明される際に必ずといってよいほど取り上げられている。そしてこの既判力拡張は、ローマ法源の解釈上、さきのローマ法的な代理観念を前提にした説明がなされている。⁽⁴²⁾ すなわち、目的物について本来、第一次的に訴訟を進行する資格のある承継人が前主に訴訟追行を委ねるならば、委託事務管理人が訴訟を進行する場合と同様に、承継人は訴訟上第三者の地位に立つに止まり、また訴訟係属を了知しながら参加しないのであれば、前主に訴訟追行を黙示的に委託したものと見なすことができるというのである。⁽⁴³⁾ したがって承継人への既判力拡張は、承継人が本来自己に帰属するアクチオについて、前主の下で訴訟が係属したことを了知しながら訴訟に参加しなかったことを前提として生じ

るものと解されていたのである。

しかしローマ法の代理觀念が過去のものになり、代理人が現れる場合にも本人が当事者であることを前提とするならば、承継人の委託を受けて訴訟を進行する前主が当事者となることはありえない。また委託をした承継人に既判力が拡張されるという事態も生じないはずである。それにもかかわらず、この事例を既判力が拡張される場合であると言うためには、別の説明が必要になる。そこでMaxonは、例えば売主が売買目的物についての訴訟を進行する場合では、売主は買主に他人から追奪されることのない所有権を移転する義務を負っており、もはや所有者でなくなった売主が買主の委託なしに売買目的物について訴訟を進行することができるとは、この義務を基礎とするという。そしてこの義務を基礎として、もはや権利主体でなくなった前主が承継人の委託なしに訴訟を進行する場合に、承継人が前主の訴訟進行を了知しながら参加しないときは、承継人に既判力が拡張されると解釈されている。

このように見ると、売主の訴訟進行を了知しながら参加しない買主が既判力を受けるとするのは、目的物の所有権の相手方への帰属を争うことができないことを意味する。具体的に言えば、売主が敗訴した場合において買主は、まず相手方に対する関係で同一の目的物の所有権を主張することを妨げられる。次に目的物について売主が訴訟をしていることを了知しながら放置した以上、売主に対して目的物の完全な所有権を移転する義務の不履行による責任を追及することもできなくなる。このうち後者は、今日的に見れば参加効力の問題である。したがって、ここで言われている買主に拡張される既判力と参加効力は、未分化の状態に置かれていると考えられる。⁽⁴⁴⁾

さらに既判力の作用の仕方については、前主の訴訟進行をいかなるものと見るかによって理解が異なってくる。再び売買による所有権の移転の例で言えば、売主が他人の権利について訴訟をしている点を重視すれば、承

継人への既判力の作用は既判力の消極的作用であり、自己の承継した権利に関する訴訟の係属を了知しながら参加しないことは訴訟追行の黙示的委託と見られる、と説明することになるであろう。しかしローマ法的な代理観念が過去のものとされると、このような説明は持ち出しにくくなる。そこで *Maren* は売主の訴訟追行の基礎となる関係を、完全な権利を買主に移転する義務に求め、本来自己に帰属するアクチオの行使を売主に委託するという構成を放棄したのであろう。この点を重視して、売主のアクチオと買主のアクチオを別個のものと見るならば、相手方に対する買主の後訴は既判力の消極的作用によってではなく、前訴と異なるアクチオに対する既判力の積極的作用により、後訴裁判所が売主のアクチオについての前訴裁判所の判断を前提に相手方に対する買主のアクチオについて裁判しなければならぬ拘束を受けることで遮断され、また売主に対する関係で、今日いう参加的効力が作用することがあると説明することになる。

そこで次に、承継人の参加理由を何に求めるかが問題となる。*Maren* は、承継人への既判力拡張を許容する法源を典拠として、買主が売主の訴訟追行を知りながらこれに対して何もしないならば、売主に対してなされる判決に拘束されるので、買主はこのような判決の既判力を根拠として参加することができると説明する。⁽⁴⁵⁾ しかしながら法源は、既判力の拡張を、承継人が訴訟係属を了知し、参加の現実的可能性があったことにかからせているので、承継人につき参加理由が満たされていることはむしろ前提にされている。したがって、これを典拠として参加の根拠を承継人への既判力の拡張と説明しただけでは一種の循環論法であろう。⁽⁴⁶⁾ むしろ既判力拡張の基礎にある前主と承継人の間の実体的な承継関係すなわち、承継人の権利が前主の権利の存在を前提にしているため、前主が敗訴して無権利ということになると、承継人も権利を失うという関係にさかのぼって、この関係を基礎に既判力の拡張と参加理由がともに基礎づけられている、と見るのが正確であると思われる。もとより既判力拡張が訴訟係属の了知を前提にしている以上、承継関係の存在だけから直ちに既判力拡張が生じるわけではな

い。しかし第三者としては、訴訟係属を了知しなければ参加のしようがない以上、参加理由を既判力拡張と言うのと実体的な承継関係と言うのとは實際上同じことである。⁽⁴⁷⁾

三 次に係争物の承継人への既判力拡張とその参加が問題とされている、係争物の受遺者の事例を取り上げる。ここで問題となるのは遺言者が所有権に関する訴訟を進行している物件を遺贈の対象にしたが、訴訟の終了前に死亡し、相続人が訴訟を承継した場合には、受遺者が相続人に参加することができるといふものである。⁽⁴⁸⁾

Brauer は、受遺者の参加理由をもつばら実体関係によって説明しようとする。ここで彼は係争物の遺贈を、係争物が遺言者の所有であることの確定を停止条件とするものと見る。すなわち相続人の敗訴後に受遺者が遺贈物件を訴求したときでも、相続人敗訴判決の既判事項の抗弁が受遺者に対抗するのではなく、相続人敗訴判決によって停止条件の不成就が確定したことにより、条件不成就の抗弁が対抗するにすぎない。⁽⁴⁹⁾したがって相続人敗訴の判決がなされると、受遺者が当該遺贈物件を要求する権利はそもそも存在しなかったことになる。しかも相続人には、条件成就について利益がないから、相手方と通謀して条件成就を妨げることが容易に考えられる。この場合に、受遺者の有利に条件が成就したものと見なすことはできるが、当該遺贈物件はもはや相続人の物ではないから、相続人が当該物件を受遺者に引き渡すことはありえない。このような困難を避けるため、受遺者に参加権が与えられるというのである。⁽⁵⁰⁾すなわち、受遺者の参加権の基礎は相続人敗訴判決の既判事項の抗弁ではなく、遺贈を受ける権利が遺贈物件についての相続人の所有権に条件づけられていることにある。

これに対し Maxen は、係争物の遺贈を停止条件付と見ることは技巧的であるとして、むしろ無条件の遺贈と見ることから出発する。⁽⁵¹⁾この場合裁判の直接の対象は、被相続人が係争物の所有者であったかどうかであるが、この問題が裁判されることによって間接的に受遺者の権利についても裁判されることになる。すなわち遺言者は「訴訟の結果 (litis eventum)」を受遺者に与えるものであるから、受遺者が遺贈物件を取得しうるかどうかは訴

訟の結果にかかっている。この意味で受遺者は訴訟係属の知不知にかかわらず相続人に対する判決の効力を受ける。しかも受遺者は、参加した場合はもちろんのこと参加していなくても、相続人の悪意、通謀、詐欺を援用することによって判決を失効させることはできない。そしてこの判決効によって受遺者の参加権が基礎づけられるとされる。⁽⁵³⁾

3 条件関係（狭義）

一 第三者の権利が当事者の権利によって実体法上条件づけられている場合である。上述した承継関係の場合においても、承継人の権利は前主の権利に由来し、前主の権利が有効に存在することを前提にしているから、実体法的な条件関係が存在する場合に含めるのが恐らくは正確である。しかし元来、承継関係にもとづく既判力拡張とは異なるかたちで既判力が作用すると見られる事例があり、また実体法的な条件関係の存在から直ちに既判力が拡張されるわけではない場合もある。前者の典型例となるのが、遺言の効力をめぐる無遺言相続人と遺言相続人の訴訟における判決の効力が受遺者に拡張される場合であり、後者の典型例となるのが、主たる債務者と保証人の関係である。したがって以下では、承継関係の場合を除いたこれらの場合における参加理由がいかなるものとして理解されているかを見て行くことにする。

二 ローマ法上、遺言者が近親者（無遺言相続人）に適当額の遺産を与えない旨の遺言をした場合、無遺言相続人は遺言相続人に対して不倫遺言の訴え（*querela inofficiosi testamenti*）を提起して、遺言の効力を争うことができる。そしてこの訴えに対してなされる判決の効力は、受遺者に拡張される。⁽⁵⁴⁾この事例において受遺者は、無遺言相続人と遺言相続人との間の訴訟に参加することができるとされ、しかもその場合の参加理由としてしばしば既判力の拡張が挙げられている。⁽⁵⁵⁾すなわち無遺言相続人と遺言相続人の間でなされる判決が後者に不利なものである場合、したがって遺言の効力を否定するものである場合には、遺言は存在しなかったものと見なされ、遺

贈および遺言が法律上当然に失効する。したがって敗訴した遺言相続人が、受遺者から遺贈を主張されたときは、既判事項の抗弁を援用することができるとされているのである。⁽⁵⁷⁾ しかもこの効力は、受遺者が訴訟の係属を知らなくても生じるとされている。⁽⁵⁸⁾ もつとも、遺言相続人が欠席判決または相手方との通謀によって敗訴した場合に、この原則は妥当せず、⁽⁵⁹⁾ 受遺者は既判事項の抗弁に対抗して、前訴は馴合訴訟であると主張することができる。とされている。

こうした中であつて Brauer は、既判力の拡張を参加理由と見ることを否定し、受遺者は自己の権利が遺言の有効性に条件づけられているから参加しようとして、実体関係による説明をした。すなわち、遺言相続人と無遺言相続人との間でなされる判決は、受遺者を無制限に拘束するものではなく、欠席判決や通謀訴訟に基づくものである場合は受遺者を拘束しないという制限がある。Brauer によれば、この制限は極めて重大なものであり、いけば準則を破棄して、受遺者に既判事項の抗弁は対抗しないというのも同然である。そこで彼は逆に、既判事項の抗弁は受遺者を害さないとする。⁽⁶⁰⁾ そして受遺者の参加は、まさに通謀等の事情が窺われる場合に、不当な訴訟を防止するためになされるものとして想定されているのであるから、その場合の参加理由を既判力拡張によって説明することはできないというのである。⁽⁶¹⁾

これに対して、この事例における参加理由を既判力の拡張によって説明する Maxen はまず、遺言相続人の訴訟追行が不都合なものであると疑われることは、参加の契機とはなっても要件とはならないとして、Brauer の見解を批判する。⁽⁶²⁾ 確かにこの訴訟追行が実際に不十分なものであるならば、受遺者は判決に拘束されることがないから参加することなく訴訟の終結を傍観していることができる。しかし受遺者がその後遺言相続人に対して遺贈を請求する場合には、前訴判決が自分を拘束しないことを証明しなければならぬ。この証明は、判決が遺言相続人の欠席によってなされたものであることを主張しようとするならば、困難なものではないが、遺言相続人

が不真面目に (Insorje) 訴訟を進行したことや無遺言相続人と通謀していたことを主張しようとする場合には、決して容易ではない。したがって遺言相続人の訴訟進行の不十分性が疑われるかどうかに関わらず、受遺者は遺言相続人に参加することができ、その理由は既判力拡張に求められるというのである。⁽⁶³⁾

三 主たる債務者の訴訟に保証人は参加することができると言われている。⁽⁶⁴⁾ この場合、古くは主たる債務者に訴えが提起されると、債権者の保証人に対するアクチオは消耗すると解されていたので、保証人は既判事項の抗弁によって不利益を被るどころか、自ら既判事項の抗弁を取得することになる。このような訴訟消耗がなくなり、保証債務が主たる債務とは別個のものと観念されると、もはや保証人との関係で既判事項の抗弁が問題となる余地はない。他方、保証人は主たる債務者が敗訴したからといって求償義務を負うわけでもない。

この事例は、既判力の拡張による参加理由の説明を否定する論者には、自己の見解の絶好の例証になった。果たして Braub ⁽⁶⁵⁾ は参加理由を、保証債務が付従的債務であり、実体法上主たる債務の存在に条件づけられていることに求めている。これに対して Maren ⁽⁶⁶⁾ は、主たる債務者の訴訟における判決が保証人を拘束しないことを理由として、保証人の参加を許す旨の法源を、主たる債務者の有利に参加することを許す趣旨ではないと制限的に解釈する。そしてそこで想定されるのは、売主の追奪担保責任を担保する保証人が、買主が追奪訴訟で敗訴することのないように参加する場合であると見て、この事例を求償義務者の参加の事例と理解しようとする。⁽⁶⁷⁾ しかし、法源解釈上、保証人の参加を求償義務者として参加する場合に限定することには無理がある。また保証人への既判力拡張が生じないことに争いはなく、それにもかかわらず保証人の参加が求償義務者の参加の場合を越えて一般的に許容されるのであるから、参加理由を既判力拡張によって定式化しようとする立場は、困難に直面することになる。

四 このように承継関係以外の実体法的条件関係は、常に既判力拡張の基礎となっていないわけではない。また

既判力拡張が生じるとされる場合でも、承継関係の事例とは様相が異なる。すなわちまず、受遺者の権利が実体法的に遺言の効力（したがってそれと不可分の関係にある遺言相続人の権利の存在）に条件づけられており、遺言相続人が敗訴すると受遺者も当然に権利を失う関係にあること、つまり問題となる関係が第三者と被参加人の間の関係であることは承継関係の事例と同じである。しかし受遺者の権利は、相手方である無遺言相続人ではなく、遺言相続人に向けられており、既判力が発現するのは専ら遺言相続人との関係においてだけである。また、受遺者への既判力拡張は訴訟係属の了知を前提にするものではない。これらの点では承継関係の事例と異なる。もつとも、いずれにせよ参加理由の基礎にあるのは、既判力拡張の基礎となるのと同じ実体法的な条件関係であると言うことができる。

他方において、保証人と主たる債務者のように実体法的な条件関係は存在するが既判力の拡張が生じないとされる場合がある。この場合にも参加が認められていることを考えると、既判力の拡張を参加理由の定式に持ち込むことが果たして可能かが問題となる。ここでは既判力拡張によって参加理由を定式化するかどうかをめぐって対立的に現れ、またこれ以降の議論の展開にも大きな影響を及ぼすことになる Brauer と Maxen の見解を軸にしてこの点に検討を加えることにする。

まず Brauer は、既判力拡張によって参加理由を定式化する立場をとらず、当事者の権利と第三者の権利の実体法的な条件関係による参加理由の定式を貫く。⁽⁶⁸⁾ 彼によればこのような場合に第三者が参加するのは、本訴訟における同一の問題が第三者との関係でも問題となり、それが同時かつ同様に判断されるようにするためである。⁽⁶⁹⁾ すなわちまず、本訴訟で争われている当事者間の権利義務の存否は、第三者の権利義務の存否の前提をなすから、本訴訟の裁判は、第三者の権利義務についても裁判するものである。そして第三者としては、本訴訟において、権利義務の存否が自己の有利に確定され、それが自分との関係でも通用させられるために参加するという

理解である。したがって、既判力拡張の方が補助参加に左右され、第三者は自己の法律関係についても(有利に)既判力を及ぼすために補助参加をすることになる。

このうち、第三者が参加してはじめて既判力が拡張されると見る点に対しては、論理が逆であるという非難がなされる。Marenによれば、これが正しいならば、第三者が現実に参加しない限り判決は第三者を拘束できないことになり、第三者は訴訟の結果に全く関心を有さないことになる。第三者は、判決によって自分に関しても裁判されるようにするために参加するのではなく、判決が参加の有無を問わず自分に關して判断をするから参加するのであるとされる。⁽⁷⁰⁾すなわちBrauerの理解を前提にすると、第三者は参加しない限り判決効を受けることがなく、法的には自己の地位を害されることがない。それにもかかわらず参加が正当化されるのはなぜかが明らかでないというわけである。そこでMarenは、既判力の拡張は第三者の参加の有無を問わず生じるものと捉え、第三者が参加するのは、既判力を受けることに伴う不利益を予め防ぐためであるとするのである。いずれにせよこの点は、補助参加制度の目的を有利な判決の取得という形で積極的に捉えるか、判決によって被る不利益の防止という形で消極的に捉えるかにつながるものであり、注目に値する。

なお第三者が参加しなくても既判力を受けることになる場合を、Brauerが全く想定していないのかどうかは明らかでない。理論上そのような場合を想定することは可能であろうが、少なくとも彼は、普通法上第三者への既判力の拡張が生じるとされていた典型例について、ことごとく既判力の拡張を否定しているから、實際上それ以外に第三者が既判力を受けることになる具体例は想定したいと考えられる。しかし後に見るように、遺言の効力をめぐる訴訟への受遺者の参加が、後世になって既判力の拡張を理由とする参加の事例から除外されることを考えると、Brauerの既判力理解はこの点において先駆的な意味があると考えられる。

次にBrauerが実体法的な条件関係によって参加理由を説明するのに対しては、実体法的な条件関係が存在す

るのは、彼がもう一つの類型として区別する求償義務者の参加の事例でも同じではないかという疑問が提起される。⁽⁷⁾例えば売主の追奪担保責任は、本訴訟たる追奪訴訟の被告である買主が目的物について権利を失った場合に成立するから、目的物に対する買主の権利の存在に条件づけられていると言うことができる。この意味で実体法的な条件関係が存在する場合および求償関係が存在する場合という、Brauer の立てる事案類型と、ひいてそれにもとづく補助参加人の地位および権能の二分化の理論的な基礎は決して確固としたものではなかったと見るべきである。したがってここで挙げた受遺者の参加と保証人の参加を包括することができる点では、彼の定式の方が優れているであろうが、事案類型の違いを際立たせようとするならば、既判力拡張を参加理由の類型に掲げる Maxen の定式の方が優れているように見える。

もっとも Maxen のいう既判力拡張は、当時の既判力理解を忠実に取り込んだものである。すなわちそれは、第三者の権利が一方当事者の勝訴に条件づけられていることを意味する。そして承継関係の場合と同じくここでも実体関係の存在、すなわち、第三者の実体権が一方当事者の権利の存在に条件づけられていることが前提となっている。承継関係の場合と異なるのは、第三者に既判力が拡張されるのはそのうちの一定の場合だけであることと、その場合に既判力は専ら被参加人たる当事者との関係でのみ作用することである。またこの場合における既判力拡張は、第三者が訴訟係属を了知していなくとも生じるが、今日的な無制限のものではなく、第三者に馴合訴訟の抗弁が許されていたことが示しているように、いわば制限的既判力の拡張である。したがって第三者は前訴に参加しなかったからといって、保護の道を完全に断たれるわけではない。それにもかかわらず前訴の段階での参加が意味を持つのは、Maxen の理解では馴合訴訟の証明困難による負担を第三者に負わせないためである。すなわち第三者が前訴の制限的既判力を受ける結果として、後訴において既判事項の抗弁に対抗して確定判決に反する主張をするために馴合訴訟の証明をするにしても、それは實際上困難であるから、そのような事態になる

前に予め訴訟結果に影響を及ぼし、自らの権利を守る可能性を与えるのが有用であるという考慮である。これらの点で第三者が既判力を受けることの意味は、今日とはかなり異なっていたと言うことができよう。

4 権利義務の共同関係

ひとつの権利義務が複数人に帰属する場合において、その一部の者が訴訟に現れるときは、他の者への判決効拡張の有無および、他の者の参加の許否が問題となりうる。例えば不可分債務関係や共有関係がこれにあたる。これらの場合に共同関係人の一人が権利義務の全部について訴訟を進行する関係は、自己の権利について訴訟をすると同時に他の共同関係人の権利について訴訟をするというものである。したがってその場合に既判力の拡張を肯定するならば、説明としては代表関係の論理を応用して、消極的機能における既判力の作用と説明するのが最も簡明であろう。⁽²⁶⁾しかしここではそもそも、既判力の拡張が否定される傾向にある。例えば、共同相続人の一人が不可分債務たる相続債務の全額を訴求され敗訴した場合に、敗訴した共同相続人が後に、遺産分割訴訟権 (*actio familiae erciscundae*) の方法で、他の共同相続人に求償を請求するときは、悪意の抗弁 (*exceptio doli*) を対抗される可能性があるので既判力の拡張は生じないとされている。⁽²⁷⁾この場合において他の共同相続人は参加(第三者上訴)をなしうるとされているが、⁽²⁸⁾そのさい共同相続人の参加理由は求償義務に求められるようである。しかしこのような理解の基礎には、前訴判決の(少なくとも事実上の)権威により、後訴でそれが正しくない旨を指摘することは困難であるとの考慮があると言われている。⁽²⁹⁾

5 身分訴訟

身分および家族関係に関する訴訟においては、一般原則とは逆に判決が対世効を生じることが原則とされている(「既判事項は万人に法を作る」)⁽³⁰⁾。これらの関係はその性質上、他の法律関係とりわけ財産法上の関係よりはるかに広汎なものであり、人の全体的法的存在 (*Wesen*) にはるかに深く影響を及ぼすからである。⁽³¹⁾もつとも

普通法上は、この効力を参加理由とすることには疑念が持たれていたようである。ローマ法源に見られる、主人が自己の解放奴隷に関し他人間でなされる訴訟に参加する場合が例として挙げられている。⁽⁷⁸⁾ *Maren* によれば、この場合に主人は訴訟に参加していない限り、自己の解放奴隷を他人の奴隷または解放奴隷と宣言する旨の判決の効力を受けないから、既判力は参加理由とならないとされる。彼はこの場合の参加理由の基礎には、訴訟の結果生じる事実上の不利益以外のものを見出せないと解し、参加理由は法的利益であることを前提として、考慮の対象から除外する。⁽⁷⁹⁾ このような次第で、身分訴訟の事例は普通法における参加理由の形成に寄与することがなかったと考えられる。

第三節 小括

以上により普通法における補助参加の理由は、第三者と被参加人の間に存在する実体関係を基礎とし、当事者間になされる裁判の結果として影響を被るべき第三者の実体関係が存在することを前提にするものであることが明らかになった。既判力の拡張が参加理由として掲げられる場合でも、具体例にあたって見ればその既判力の拡張じたい、第三者と被参加人の間に存する実体関係を基礎とするものである。したがってある実体関係の存在を基礎として既判力の拡張も肯定される場合には、それがいずれの当事者との関係において作用するかに関わらず、参加理由を既判力の拡張と言うか実体関係と言うかは言葉の問題にすぎない。しかし、法源上既判力の拡張が生じないとされているのに、参加は許容される場合があるため、参加理由の定式を既判力の拡張に求める立場では、法源上参加の認められてきた全ての場合をカバーできるのが疑われることになる。

その一方で既判力が拡張される場合における第三者の参加の特殊性が認識されている。言うまでもなくそれは、補助参加人となるべき第三者に既判力が拡張される場合には、その訴訟上の地位および権能を当事者並みに

強化しなければ保護手段として十分でないのではないかという認識を背景としており、補助参加人の訴訟上の地位および権能の極端な従属性が進行したことの結果に他ならない。既判力が拡張される場合をめぐるこのような理解は、承継関係の場合のように本訴訟の裁判が第三者の権利についても裁判することになり、被参加人たる当事者が敗訴すると第三者も相手方たる当事者との関係で権利を失うという場合にはよく妥当すると言うことができる。しかしながら既判力の拡張の範疇には、遺言の効力をめぐる訴訟における受遺者のように、主たる当事者が敗訴しても単に馴合訴訟であることの証明困難を生じるに過ぎない場合も含まれている。第三者が判決によってこの程度の影響しか被らない場合にまで、第三者の訴訟上の地位および権能を強化しなければならないのかどうかは問題であろう。このように、既判力が第三者に拡張されることの意味は必ずしも一義的なものではなく、また、既判力が拡張される場合における第三者の参加の特殊性なるものも、決して明確なものではなかったと言うことができる。CPOの立法は、このような状況を背景として手がけられたのである。

第二章 参加理由としての「法的利益」概念の成立

——CPOの立法過程における補助参加の理由——

CPOは参加理由を、「他人間に係属中の訴訟において一方当事者が勝訴することに法的利益を有する」ことと定めた(六三条一項。ZPO六六条一項も同じである)。ここにおいて普通法学説に見られた事案類型による参加理由の決定は姿を消し、「法的利益」という一般的定式に変更されているのである。本章ではこのような変更がいかなる考慮の下になされ、普通法学説といかなる形で連続性を有しているのかを検討する。

第一節 ハノーファー草案

一 委員会に提出された原案は、普通法学説の定立した事案類型を条文化し、六九条一項において参加要件を次のように定めた。

「一方当事者の勝訴が自己の権利を条件づけていることまたは一方当事者の敗訴が自己を求償または損害賠償の訴えにさらすことを主張し、必要な場合にこれを証明する第三者は、この当事者に訴訟のいかなる状態においても参加することができる」。

第一読会における議論の中心となったのは、参加人にいかなる程度の地位ないし権能を与えるかという点と、事案類型に応じて参加人の地位ないし権能を区別するかという点であり、参加要件はこれらの問題の前提として言及されるにすぎない。一部には、訴訟告知がなされた場合以外に第三者の補助参加を認める必要はないとの意見もあったが、多くはローマ法源上参加が許容されるのは訴訟告知がなされた場合に限定されていないとして、事案類型を立てて参加要件を決定すること自体は否定されていない。しかし具体的にいかなる場合を参加の許される場合と見るかについては、委員の間で理解が異なっていた。特に、第三者の権利が訴訟当事者の勝訴に条件づけられている場合という類型をめぐり、次のような議論があった。

まず参加人の地位ないし権能を区別する必要はないという立場からは、このような事例がそもそもあるのかが疑問視された。例えばある委員は次のように言う。すなわちこの文言を前提にすると、例えば保証人は主たる債務者の訴訟の結果とは全く独立に独自の防御をなしうるから、保証人の権利は主たる債務者の勝訴に条件づけられておらず、参加は許されないことになるし、質権者も、抵当訴権 (*actio hypothecaria*) によって独自に権利を主張しうるから、その権利は所有物返還請求訴訟における質権設定者の勝訴に条件づけられているわけではない。

い。さらに、受遺者の権利も遺言相続人と無遺言相続人の間の遺言の効力をめぐる訴訟における遺言相続人の勝訴に条件づけられているわけではない。なぜなら、遺言相続人が不十分な訴訟追行の結果として敗訴したときは、受遺者は判決に拘束されないから参加は不適法であるし、十分な訴訟追行をしているときは参加の必要がないからである、と。⁽⁸¹⁾

また、別の委員は次のように述べる。従来補助参加の事例として、第三者の権利が一方当事者の勝訴に依存している (abhängig) 場合が挙げられており、例えば遺言の有効性に関する訴訟に関心を持つ受遺者がその典型とされてきた。しかし受遺者の権利が遺言相続人の勝訴に依存しているからといって、それだけでさらに条件づけられているとまでいうことはできない。なぜなら、彼が受遺者であるかどうかは、遺言相続人と無遺言相続人の訴訟では未だ全く審理も裁判もされないから、彼は訴訟の結果に間接的な利益を持つにすぎず、彼が後日遺贈の対象を訴求する場合にそれが彼に与えられるかどうかは確実ではないからである、と。⁽⁸²⁾

以上に対し、事案類型に応じて参加人の地位ないし権能を区別する必要があるとする見解は、このような事例のあることをむしろ強調する。そこで持ち出されるのが既判事項の準則との関係である。すなわち勝訴に条件づけられた権利を持つというのは、既判力が第三者に拡張される場合を意味するのであり、そのゆえに第三者の補助参加を許容することが必要であるとされる。例えば遺言相続人と無遺言相続人が遺言の効力に関して争い、受遺者の権利が被告の勝訴によって条件づけられている場合、欠席判決や当事者間の通謀によって認容された場合を別にすれば、判決は受遺者に先決事項となつて拘束力を生じる。それゆえローマ法も受遺者に独自の上訴権および第一審における参加を許しているのである。また、係争物の受遺者がその物を請求する場合は、その物が被相続人に属していた場合にだけ理由あるものとされる。したがって受遺者の権利は、被相続人の所有権に関する訴訟の結果に依存しており、受遺者は訴訟参加 (litis participes) をなしうる。またローマ法によれば、権利の防

御に第一次的に権限がある者は、第三者が物について争っていることを知った場合には、第三者間で追行される訴訟に参加しなければならず、さもないればそこで言渡された判決はその者をも拘束することになる、と。⁽⁸³⁾

このようにいずれの立場も、ローマ法源が参加を許す事例を念頭において議論をしているのは同じである。しかし求償事例以外にローマ法源が第三者の参加を許す事例がどれほどの実際の意味をもつのかという点についての認識には相違が見られる。前者の見解の根底には、このような場合は実際上稀であるという理解があると考えられる。ただ、その稀な場合を要件面でも求償事例と一本化することはせず、むしろ勝訴との条件関係まで要求する原案の規定がその場合を表現するのに適さないことが問題にされた。後者の見解は逆に、求償事例以外の事例を既判事項に関する準則と関係づけ、実際上の意味を強調する。勝訴との条件関係を要求する原案の規定は、既判事項の抗弁の効力が第三者に及ぶ場合の表現と理解されることになる。かくしてここに掲げられた両類型の場合に第三者の任意による補助参加を許すかどうかが採決に付された。そして第三者の権利が一方当事者の勝訴に条件づけられている場合という類型については、「依存している」等の別の表現を選択する可能性を留保した上で異論なく可決され、求償義務者の場合については八対三の多数でやはり可決された。⁽⁸⁴⁾

二 さて、第一読会の審議の後、第二読会の審議に付された時点で、補助参加の要件は六三条一項において次のように規定されるに至った。

「自己に帰属する権利が係争当事者の一方の勝訴に依存しているかもしくはその敗訴によって危険にさらされること、または、その敗訴が自己を担保もしくは損害賠償の訴えにさらすことを主張し必要な場合にこれを証明する第三者は、訴訟のあらゆる状態においてその当事者に参加することができる（補助参加）」。

形式的に見れば、勝訴に条件づけられた権利という部分が、勝訴に依存しているかもしれないが敗訴によって危険にさらされる権利に改められている。これは、第一読会における、勝訴との依存関係、条件関係をめぐる議論を反映したものであろう。したがって文言上は、第三者の権利と主たる当事者の権利との間に実体法的な条件関係があるにすぎず既判力の拡張は生じない事例を包括することが意図されているように見える。

第二読会において本条が議論されたのは、第一読会における議論から二年以上も後のことであった。⁽⁸⁵⁾この間に、次に述べるプロイセン草案が理由書とともに公にされており、またMaxonの論文が公刊された。ここではこれらを意識した上で議論が展開されている。まずハノーファーの代表委員が、事案類型による参加人の地位ないし権能の区別を必要と見る立場から、既判力が拡張される事例について特別の規定を置くことを提案する。その第一は、参加要件の規定として既判力が拡張される場合に参加をなし得る旨の規定を設け、求償事例については訴訟告知がなされた場合に補助参加を限定し、訴訟告知の部分に規定を置くにとどめようとするものである。⁽⁸⁶⁾しかし求償事例における補助参加は、訴訟告知のなされた場合に限定されないという異論が出たため、この提案は採決に先立って撤回された。⁽⁸⁷⁾第二は、参加要件をプロイセン草案にならって一方当事者が勝訴することについての法的利益と規定し、既判力拡張の事例については、第三者が共同訴訟人として参加しうる旨を規定するものである。⁽⁸⁸⁾他方で事案類型による区別を不要と見る立場からも、参加要件を一方当事者が勝訴することについての法的利益と規定することが提案され、そのさいさらに、全ての場合に参加人に独立の地位を認めるべきであるとされた。⁽⁸⁹⁾

このようにここでは、第一読会で事案類型に応じて参加人の地位ないし権能を区別するか否かで対立していた委員が、参加要件に関してはともに、法的利益で決定する旨の変更提案をしているのである。しかし提案者自身、この変更は編集上のものにすぎないと述べており、原案を支持する立場をとる委員との間で、この点をめぐって

議論が戦わされたわけではない。議論はここでもやはり、参加人の地位ないし権能を事案類型に応じて区別するかどうかに集中した。かくして参加要件を法的利益と規定することの当否について議論のないまま採決がなされ、参加要件は事案類型による定式を維持することに決まり、最終的に六〇条一項において次のように規定されることになった。

「自己に帰属する権利が係争当事者の一方の勝訴に依存しているかもしくはその敗訴によって危険にさらされることまたは、その敗訴が自己を担保もしくは損害賠償の訴えにさらすことを主張し、必要な場合にこれを証明する者は、訴訟のあらゆる状態においてその当事者に参加することができる（補助参加）」。

第二節 プロイセン草案

一 プロイセン草案は、七一九条ないし七三一条に補助参加の規定を置いた。補助参加の要件については、後のCPOとほとんど同様の体裁の規定が置かれ、法的利益による参加要件の定式が出現した。すなわち七一九条に次のような規定が置かれた。

「係属中の訴訟において一方当事者が勝訴することに法的利益を持つ者は、訴訟のいかなる状態においてもその当事者を補助するためにこれに与することができる（補助参加）」。

草案の理由書は本条について次のように述べる。「いかなる場合に法的利益が認められるかは民法の規定によって決定される。草案は種々の法領域を想定しているので、参加の適法性の実的要件に関しては、一般原則の強

調に制限しなければならなかった⁽⁹¹⁾。したがって、参加要件の存否は実体法によって具体的に決定される問題と理解されていたことが明らかである。しかしながら、参加要件の規定が訴訟法に置かれることは、同時に補助参加そのものが訴訟上の性質を持つことを明らかにする。すなわち、補助参加人が自己の利益を守るに足りる訴訟上の地位を獲得するための要件という、参加要件の位置づけが明確にされるのである⁽⁹²⁾。

二 もつとも補助参加の事案類型は、共同訴訟的補助参加との関係で再び登場する。七二三条は、次のような若干分かりにくい規定である。

「しかしながら、補助参加人が一方当事者に与したのが、訴訟がこの当事者の不利な結果に終った場合にこの当事者からの請求を懸念しなければならないからではなく、他方当事者に対し、危険にさらされた自己の権利を守るためである場合は、補助参加人はその与する当事者の独立の共同訴訟人と見なされ、とりわけ自己の権利を追求するために必要な申立をなす権能も有する」。

理由書によれば、補助参加は敗訴当事者の請求にさらされる補助参加人の不安、または、本案における判決が、民法の特別規定によって、参加人が訴訟に関与しておらず、また彼に対して下されるのではないにもかかわらず、例外的に彼に対しても既判力を持つという状況にもとづく。そして、前段の場合は、参加人は不十分訴訟の抗弁(Exceptio mai processus)によって保護される(七二四条)のに対し、後段の場合は事情が異なる。このため七二三条は、補助参加人の地位の一般原則である七二二条を修正し、その強化を図ったものであるとされる⁽⁹³⁾。したがって体系的に見れば、事案類型は第一次的に参加要件の問題から参加人の地位を区別する要件の問題に移ったことになる。すなわち「法的利益」があれば、どの程度の権能を備えるかは別にして、補助参加人の地位を獲得

することができ。そして「法的利益」をもつ者のうち、既判力の拡張を受ける者は、同じ参加人であっても「独立の共同訴訟人と見なされ」ることで、より強い地位を持つことになる。もつともこの時点では、ここに挙げられる二つの事案類型が参加要件としての法的利益が具備される具体的場合として想定されており、その限りでは参加理由の範囲を変更することが意図されているわけではないであろう。しかし条文の体裁上、「法的利益」が肯定されるのはもはや、二つの事案類型の場合に限られないことになる。理論的には実体法の解釈上、第三者が訴訟上補助参加人の地位を獲得するだけの法的利益があるかどうかが問題になるにすぎない。

三 さらに注目すべきは、補助参加人の受けるべき判決効について、七二四条に次のような規定が置かれていることである。

「補助参加人は、七二二条によつて聞き入れられなかった陳述および申立が被参加人に有利な裁判を惹起すべきものでなかった限り、訴訟において言渡された判決を被参加人に対する関係で不利に承認し (*wider sich gelten lassen*) なければならない。

七二三条の場合において補助参加人は、相手方に対する関係でも判決を自己の不利に承認し (*gegen sich gelten lassen*) なければならない」。

このうち二項は、七二三条が参加の有無を問わず既判力が拡張される場合を想定した規定であることを前提にするならば、やや余計な規定であるが、起草者が補助参加と判決効の関係をどのように考えていたかを知る上では大きな意味を持つ。すなわち本条は第三者が補助参加をした場合につき、相手方に対する関係における判決効と被参加人に対する関係における判決効を区別しており、今日で言う参加効力と既判力を分化する傾向を示すものと考えられる。まず既判力拡張を理由とするのではない参加人は、参加したことではじめて、七二四条一項

により被参加人に対する関係において判決効を受けるが、この判決効は不十分訴訟の抗弁を留保するものである。相手方との関係においては、参加の有無にかかわらず判決効の拡張は問題にならない。これに対して既判力拡張を理由とする参加人は、判決が自分に対して下されるのでなくとも、またそもそも参加をしていなくても、民法の特別規定により相手方に対する関係において既判力を受けることになる。したがってここでは、既判力は専ら相手方に対する関係で作用するものと理解されていることになる。

もつとも草案が第三者に対する既判力の拡張を、第三者が相手方に対する関係で既判力に反する主張をするとは一切許されないものと考えているのかは、明らかではない。少なくとも、相手方に対して不十分訴訟の抗弁を主張することが許されないことは間違いない。また、相手方に対する関係で既判力が問題とされてきたのは、承継関係の事例が典型であり、そこでは既判力拡張が訴訟係属の了知を前提にしている場合があるのを別にすれば、既判力の作用に制限は付されていない。しかしその一方で理由書は、⁽⁹⁾遺言の効力をめぐる訴訟における受遺者の参加も、既判力拡張を理由とする参加の下に理解しているようである。この場合、受遺者に馴合訴訟の抗弁が留保されることは、理由書の引用する *Maren* も認めるところである。またこの場合の既判力の作用は、相手方との関係ではなく専ら被参加人たる遺言相続人との関係で問題となるものである。これらの点において、草案が第三者に対する既判力拡張の意味をいかなるものと理解しているのかは、やや不明確である。

第三節 北ドイツ草案

北ドイツ草案は、ハノーファー草案およびプロイセン草案を叩き台として作成されたものである。参加要件については、「法的利益」という定式が事案類型による決定よりも特徴的かつ包括的であり、とりわけライン法（フランス民法一一六条、二〇九二条以下）に鑑み、より優れているとされ、プロイセン草案の規定を採用するこ

とが決定された。⁽⁹⁵⁾

事案類型による補助参加人の訴訟上の地位ないし権能の区別についても、プロイセン草案の原則が採用された。もともと、プロイセン草案の規定は明確性を欠いているとされ、通常の補助参加との対比をよりはっきりとさせるために、ヴェッテンベルク司法立法委員会の審議における対応規定が参照され、補助参加人が訴訟上の地位ないし権能を強化されるのは相手方当事者に対する関係で既判力が拡張される場合であることが明確化された。⁽⁹⁶⁾ またプロイセン草案七二四条二項の規定は、自明のことであるとして削除された。⁽⁹⁷⁾ これに対し七二四条一項の規定は、訴訟告知の効力を踏まえて、既判力とは異なる効力であることを一層はつきりさせる方向で修正が加えられた。⁽⁹⁸⁾

かくして参加要件および参加の事案類型をめぐり、次のような規定が置かれた。⁽⁹⁹⁾

一〇〇条一項「他人間に係属中の訴訟において一方当事者が勝訴することに法的利益を持つ者は、その当事者を補助する目的で参加する権能を有する（補助参加）」。

一〇三条「民法の規定により本訴訟でなされる裁判の既判力が相手方当事者に対する補助参加人の法律関係に効力を持つときは、補助参加人は九四条の意味における主たる当事者の共同訴訟人と見なす」。

第四節 CPOの成立

一 参加理由をめぐる立法過程における議論は以上で終了している。CPOの理由書はプロイセン草案および北ドイツ草案に従うことを明言して、法的利益の存否は民法が決定すること、訴訟法は広汎に分裂した民法の通用領域で通用するので、できる限り広い範囲で補助参加を許容することが決定的に必要であったこと、とりわけ

フランス民法一一六六条による広汎な補助参加権をカバーしようとしたことを述べている。また参加人の訴訟上の地位ないし権能をめぐり、相手方との関係で裁判力が及ぶ場合には被参加人の共同訴訟人と見なされる旨の規定も置かれた（六六条II ZPO 六九条）。そしてここに含まれるのは補助参加人の権利または義務が係争当事者の一方の権利または義務の存否に条件づけられている場合であるとされ、遺言の効力をめぐる訴訟における受遺者の参加が例として挙げられている。¹⁰⁾

二 こうして事案類型による参加理由の定式に代わって、「法的利益」という一般的定式が導入された。これは、参加理由は実体法によつて決定されとの理解が前提にあるところで、普通法学説自体参加理由の統一的説明に成功したものがなく、しかも実体法がラント毎に分裂したまま訴訟法の統一を達成しなければならないという事態に直面して、具体的な事案類型を要件として掲げたものでは、第三者の参加が許容される全ての事例をカバーする適切な定式を立てることがおよそ不可能と見られたためであろう。それらを全て包摂しようとする点では、「法的利益」という定式は優れているであろう。また、「法的利益」は実体法によつて決定され、いわば実体法上、参加が許容される場合の総体を表現している点では、普通法学説の理解が引き継がれている。もともとそれは他面において、参加理由の存否を訴訟法が具体的に決定することを断念した結果でもある。

いずれにせよ参加理由はこれ以降、「法的利益」の解釈を通じて具体化されることになった。一見すると参加理由と判決効の結合は切断されたかに見える。しかし参加理由の決定にさいしては、体系的に補助参加人の訴訟上の地位ないし権能を区別する基準とされた事案類型が、少なくとも手がかりとしてなお重要な意味を有している。これらは参加要件である法的利益が認められる場合の具体的表現と位置づけられる。この点において、裁判力拡張も依然として参加理由の決定に際して意味を失っていないのであり、参加理由の決定における裁判力拡張の位置づけをめぐる普通法理論における対立は、法的利益の解釈の中で、CPOの制定後もいわば水面下で持ち

越されたものと見るべきである。

第三章 参加理由としての「法的利益」と判決効

第一節 総説

一 第三者の補助参加についてCPOに規定が置かれても、参加理由を実体法が定めるという前提には変更がなかった。また、「民法の規定により」本訴訟の裁判の既判力が補助参加人と相手方との法律関係に対し効力を持つとするCPO六六条（ZPO六九条）がいみじくも示しているように、既判力の作用も実体法の問題であるという理解が前提となっている。このようにCPOの制定は、参加理由および既判力の理解を直ちに変更するものではなかったと言えることができる。

しかしまず、CPO六六条は、文言上既判力が参加人と相手方との法律関係についてののみ問題となるにすぎないように見える。この点は、遺言の効力をめぐる訴訟における受遺者の事例のように、判決効が専ら被参加人との関係でのみ問題となるときも既判力の拡張と見られてきた普通法的な既判力の理解とは、相容れないであろう。しかも理由書は、この事例を六六条が適用される典型例として挙げており、条文とのずれは明らかである。この点において六六条は、既判力の理解を変更させる要因となる可能性がある。

次にCPO二二六条三項は当事者恒定主義とセットで訴訟係属発生後の承継人への既判力拡張を定める。⁽¹⁰²⁾これは係争物の譲渡を原則として禁じ、承継関係を基礎とする既判力拡張の典型例として、承継がなされた後に前主の下で訴訟が係属する場合を想定していた、普通法学説の理解とは異なっている。しかしいずれにせよ既判力拡張の基礎には、係争物または係争債権の譲渡という実体法的な承継関係があり、承継人の権利がもはや権利者で

はない前主を当事者とする裁判の対象となつてゐることが考慮されてゐるのであり、承継人への既判力拡張をいかにして説明するかという問題は、想定する場面を異にしながら、なお残されてゐることになる。しかも周知のように、この場合において前主が依然として当事者の地位に止まつてゐる関係をどのように説明するかが問題とされ、形式的当事者概念と訴訟追行権の理論が形成されるひとつの契機となつてゐる。この過程において、承継人への既判力の拡張と参加理由の關係がいかなるものと理解されて行くかも問題になりうる。¹⁰³ なお、CPO二三六条二項三文は、六六条の適用を排除し、承継人が共同訴訟的補助参加人となることを否定するが、承継人に補助参加の法的利益があること自体はむしろ前提にされていると言ふことができる。

さらにその承継關係において被参加人たる前主との關係で作用する判決効は、訴訟告知の効力とともに、不分訴訟の抗弁を留保するものとされ、既判力とは区別された(CPO六五条、七一条三項)。今日で言う参加的効力である。もつとも、判決効の拡張を訴訟係属の了知を前提にしている点は相手方との關係で作用する既判力も同じであり、そこでは善意者保護に関する民法の規定が適用される旨が明らかにされてゐる(CPO二三八条)。したがつて承継關係の事例に関する限り、既判力の拡張は専ら相手方との法律關係において意味を持つとの理解が明確化されてゐることになる。

二 このような状況が変化するのは、普通法における制限的既判力の拡張の事例が既判力拡張から除外される動きを要因としてゐる。この動きが本格化するのには、いわゆる反射的効力理論の下においてであるが、その先駆と見なすことができるのが、補助参加の要件である法的利益を判決の証拠方法としての作用によつて説明したことで知られるSchulze (シュルツェ) の見解である。彼によれば補助参加の要件である法的利益は、第三者の法律關係に關係づけられた利益であり、第三者が訴訟の結果である判決から自分の法律關係に関する変更を予期しうることである。¹⁰⁴ ここでいう法律關係の変更とは、原則的に第三者の法的状態が判決により証明責任に關して悪

化させられることを意味する。すなわち、あらゆる裁判は一応 (prima facie) 法的に理由づけられ、正しい裁判であり、第三者の法律関係の法律要件の一部にとって証拠方法となる。この結果第三者は、不利な証明状態に置かれるため、権利の追求が困難になるというのである。⁽¹⁰⁶⁾そして馴合訴訟の抗弁が留保される普通法的な制限的既判力が生じる事例は、求償事例とともにこのような意味での証明力を生じる場合に取り込まれている。したがって証明力の基礎にもやはり実体関係が存在することになる。その上で極めて例外的に、判決が第三者に既判力を生じ直接に第三者自身の法律関係を変更することで参加理由が基礎づけられる場合のあることも認められている。

制限的既判力の拡張を既判力の拡張と見ないことは、普通法学説においては Brauer が主張していたことである。Schulze は、この理解を前提とした上で、極めて例外的であれ既判力が参加理由を基礎づける場合のあることをはっきりと想定している点で、一歩前進したものと考えられる。もともと、この例外が具体的にいかなる場合であるのかは、彼の論考の目的外であるとされている。したがってまた、その場合の既判力が制限的かどうかも、必ずしも明らかではない。しかし普通法上既判力の拡張に含められていた制限的既判力の拡張が既判力の拡張から除外されてしまえば、既判力拡張として専ら今日と同様の無制限のものだけを想定することに障害はなくなつたといえる。⁽¹⁰⁷⁾

判決の証拠方法としての作用によって補助参加の法的利益を説明する Schulze の見解は、決して従来の伝統から断絶したものではない。普通法学説においては、第三者が既判力を受けることの意味には馴合訴訟の抗弁を留保した制限的既判力が拡張されることも含まれていたところであるが、それを理由として第三者が参加しうることの意味は、馴合訴訟の証明困難を予め回避することに求められていたことを考えると、Schulze の思考はこの延長線上にあつて、普通法学説に言う制限的既判力の拡張と求償事例における第三者への判決の影響とを証明力

の下にまとめたものと見る方が適切である。しかし周知のように、彼のいう判決の証拠方法としての作用は、証明責任の転換を導く点で法律上存在しないものであるという理由で、ドイツではほとんど支持を得なかった。⁽¹⁰⁾ 次節に見る反射的効力理論は、これに代わって持ち込まれたものである。⁽¹⁰⁾

第二節 反射的効力理論の成立と参加理由

一 CPOの制定以降、既判力の作用を実体法的に把握する従来の理解が批判され、いわゆる訴訟法説が次第に一般化した。この動きの中でいわゆる反射的効力理論が主張され、従来既判力が拡張される場合とされていた制限的既判力の拡張の事例は、求償事例とともに反射的効力の及ぶ場合とされた。そして反射的効力と既判力拡張との相違として、馴合訴訟の抗弁が許されるか否か、抗弁事項か職権調査事項か、効力の拡張を受ける者の補助参加の態様が、通常の補助参加か共同訴訟的補助参加か、といった点が挙げられている。このような反射的効力理論の成立は従来、実体法説の下で形成された依存関係説を訴訟法説が維持するための動きと把握されてきたが、⁽¹⁰⁾ 確定判決の拘束力を理論的に説明する既判力本質論と、誰がその拘束力に服するかを問題にする既判力の主観的範囲の決定が、論理的な関連を有さないこともすでに指摘されているところである。⁽¹¹⁾ したがってここでは、反射的効力理論を、既判力の主観的拡張の意味を今日的なものに純化した結果として既判力拡張から除外された、普通法的な制限的既判力の拡張を取り込むために持ち込まれた論理のひとつと位置づけておく。

そこで問題となるのが、反射的効力理論の登場が参加理由の決定にいかなる影響を及ぼすかである。本節では反射的効力理論の創始者とされる Wach (ワッハ)⁽¹²⁾ の見解を見ることにする。彼は、参加理由との関連においてはじめて、いわゆる法律要件的効力に言及しており、以後の学説の基礎を与えた。この意味で彼の見解は、極めて大きな意味を持つからである。

二 Wach によれば、参加理由たる法的利益の存否はCPOの決定するところである。すなわちCPOの理由
替は、法的利益の存否は民法によって決定されるとして、「法律において認められた」利益があれば、法的な参
加の利益を認めるのに十分であると考えているように見える。しかしCPOが地方法に委ねたのは参加の利益そ
れ自体の本質的メルクマールを決定することではなく、その詳細な列挙だけと見るべきである。すなわち独自の
権利保護請求権としての参加権に関する規定は、それ自体民事訴訟上のものであり、CPOによって取り上げら
れ、参加権を有する者、すなわち、法的な参加の利益を持つ者はCPOによって決定される。したがって地方法
が例えば、人道上あるいは血縁上の利益を参加理由と認めていても、CPOとの関係ではその意味を失っている。
CPOは一方当事者の勝訴が参加人の法律関係のために有する法的価値だけを固有の参加の利益と理解し、民法
またはライヒ法の規定によってこのような価値が第三者に帰属すれば、法的利益が認められるという。¹³⁾
次に法的利益は、参加人に差し迫った判決の不利な法的効力すなわち、法状態の差し迫った侵害に起因するも
のであり、Wachは①既判力によるもの、②法律要件の効力によるもの、③執行力によるものを区別する。¹⁴⁾

(1) 既判力

ここに言う既判力は、Wachの用語法によれば「純粹な既判力 (die reine Rechtskraftwirkung)」であり、これは
他人の権利に関する裁判が同時に自己の権利に関する裁判であるという意味で、その者の権利または義務がその
存在または範囲において、予期される判決に依存している場合、すなわち、参加人の当該法律関係と訴訟事件と
の間に主観的関係の違いだけを別にすれば真の同一性がある場合を言うとされる。

まず、承継関係の事例がこれにあたる。¹⁵⁾ 権利承継人は、承継の発生前に譲渡人に対してなされた確定判決を承
認しなければならぬという原則は、承継が訴訟の間には未だ生じていなくても、承継の原因がすでに条件また
は期限つきで基礎づけられている場合にだけ、承継人に参加権を与える。また提訴後の承継人は、CPO二三六

条三項により判決の効力を受け、判決後の承継人と同じ地位に立つから、参加権がある。これに対して、提訴前から権利を承継している者は、唯一の権利者となっており、前主の訴訟に現れることは前主の権利の否定に他ならない。したがって前主の側に立ってその有利に行動することは不可能である。⁽¹⁶⁾

次に、問題となる法律関係が統一的にのみ確定されうる法的利益主体の共存の場合もこれにあたる。ここでは、複数の利益主体の全員が当事者になっていないことが参加が問題となる前提である。⁽¹⁷⁾ この場合既判力拡張の基礎は、訴訟法上の関係にも実体法上の関係にもありうる。前者の例としては、破産による清算が全ての破産債権者に対して統一的にのみ確定されうるので、異議を述べた債権者の一人についての破産債権確定訴訟における判決が、異議を述べていない者を含む全ての者の有利に効力を生じる場合（KO一三五条）が挙げられる。⁽¹⁸⁾ もっとも異議を述べない者は、債権を争わない意思を自ら表明したと見られるので、既判力が拡張されるからといって、直ちに参加の利益が生じるわけではない。また後者の例としては、係争中の地役権訴訟に関し、権利または給付が不可分で、権利または義務の共同関係にある共有者が挙げられ、私法上既判力拡張を認めることが前提にされていると⁽¹⁹⁾言う。これに対し、法人の訴訟において法人の構成員は参加権を有しないとされる。

(2) 判決の法律要件の効力

これは判決における不利な法律要件要素の発現である。そこで考えられているのは、判決が一方当事者その人について生じる効力の結果として、義務発生的、権利滅却的、権利制約的事実と同じく第三者その人に反射的効力として通用する場合であるとされる。そして既判力との違いとされるのは、第三者が判決内容に実質的な不服を申立てる可能性があるかどうかである。Wachによれば既判力が第三者に拡張される場合は、判決が第三者の法律関係の形式的権威的規範として第三者を拘束し、実質的な不服申立ては許されない。これに対して判決の法律要件の効力が第三者に反射的効力として通用する場合は、判決が不当に、または法律行為的行為（放棄、和解、

認諾) やそもそも明らかに自らの不利になる処分(通謀) によって惹起されたとの理由で無に帰せしめられる可能性があるとされる。⁽¹²⁾

法律要件の効力が第三者に反射的効力として通用する場合に属するのはまず、合意または法律により一方当事者が給付を命じられるという事実上義務の発生または権利の喪失が結合しているので、判決によって第三者にこのような事態が差し迫る場合である。この場合、判決が契約または法律の要求するようには成立しなかったことの証明だけが第三者を不利益から守るので、第三者の参加の利益は明白である。例えば、確定判決により給付が命じられるかもしれない債権のために保証をした者がこれにあたるという。⁽¹²⁾

次に第三者に対する当事者の義務の存続が、当事者と相手方との間で争われる権利によって条件づけられる場合である。この場合当事者の権利が判決によって否定されたからと言ってその権利が存在しないことになるわけではないが、義務を基礎づける権利を否定しておきながら敗訴者に義務を負わせることは実際上著しく不公平であるから、かの義務の能動的主体である第三者は、条件となつている権利が真に否定されたのではなく放棄されたこと(通謀や不服を申し立てることのできる、ことによると不当な判決に当事者が意図的に安んじていること)を証明できないときは、判決が對抗してくることを覚悟しなければならない。ここでは判決は義務者に免責的(Berinsade)事実として作用するが、損失負担者に既判力を生じるわけではなく、偶然と対比可能な法律要件として作用する。例えば遺言の効力をめぐる無遺言相続人と遺言相続人の訴訟における受遺者や係争物の受遺者の参加がこれにあたりとされる。⁽¹²⁾

さらに、裁判と参加人の権利との間に条件関係がある場合が挙げられる。これは裁判によって、参加人に対する当事者の責任範囲を限界づけている一定の弁済対象が参加人から拘束的に奪われることになる場合である。例えば相続人の責任が遺産に限定されている場合、不当な判決は受遺者または遺産債権者にも先決事項となるの

で、これらの者は遺産をめぐる相続人が追行する訴訟に参加する権能があると考えられる。

もう一つは、第三者が敗訴当事者から不利な判決を基礎として求償を受ける恐れがある、いわゆる求償または担保の事例である。ここでも、問題となるのは参加人に不利な法律要件の要素すなわち担保事実の回避である。なぜならこの事実それ自体はやはり、未だ求償の訴えの完全な基礎を生じないが、求償のひとつの最も重要な要因となり、とりわけ訴訟告知がなされるときは反抗し得ない求償の危険が切迫するのに対し、追奪原告が退けられれば求償の事実的要件がなくなるからである。例えば追奪訴訟における売主や、保証人が支払を請求されている場合における主たる債務者がこれにあたるとされる。⁽¹²⁾

(3) 執行力

これが参加理由となるのは、判決が第三者に対する既判力拡張も法律要件の効力も生じないのに、執行が第三者の状態を不利に変更する場合である。例えば他主占有者が訴求され、敗訴した場合は、自主占有者には占有の有害な移転が予期されることになるというのがそれである（CPO七三条参照）。

三 以上のことから、Wach においては参加理由と判決効との関係がいかなるものとして把握されているかをまとめておく。

まず Wach では、参加権は第三者の独自の権利保護請求権と位置づけられ、その要件である法的利益の存否は訴訟法の決するところであるとされる。これは、訴権論における権利保護請求権説の考え方を参加権に応用したものに他ならない。すなわち Wach は、実体権から独立のものとして権利保護請求権を觀念し、⁽¹³⁾ 権利の存在と権利保護の必要を区別して、後者を訴訟法の定めに従って判断すべきものとした。そして参加権を第三者独自の権利保護請求権と捉え、その要件である法的利益は訴訟法によって決定されるというのも、この意味において理解することが可能である。すなわち、第三者の実体権の存在とその保護の必要という二つの側面が区別され、後者

が訴訟法の問題ということになる。したがって第三者が実体権を有するだけでは足りず、それが当該訴訟に参加することで保護されるに値する状態になければならないのである。普通法学説以来の考え方として立法者の認識では、参加理由の決定が専ら実体法の問題と解されていたことを考えると、これは参加理由の決定枠組における判決効の意味をめぐる重大な変化であるということができよう。

次に法的利益が、専ら第三者の受ける判決効によつて決定されることは、他人間に係属中の訴訟の結果により自己の権利に不利な判決効が及ぶことを予防するために第三者に与えられる手段として、補助参加を位置づけることになる。さらにWachにあつては、判決効を受ける第三者が判決の内容に実質的な不服を申立てることができざる事例が反射的効力の及ぶ場合とされ、第三者に既判力が拡張される場合は、今日的な無制限の既判力拡張を意味することが前提になつて⁽²⁶⁾いる。この点において彼の理論は既判力の主観的拡張の意味をさらにもう一步純化させるものと見ることができよう。

さらにWachは、既判力が第三者に拡張される全ての場合をCPO六六条の下に理解するのは、法律要件の効力と既判力を混同するものであるという。既判力拡張は、参加人と相手方との間に法律関係があり、判決がこの法律関係を直接に規律する場合にだけ問題となる。六六条はこの場合にのみ適用がある。これに対し、補助参加人と相手方との間に法律関係はないが、判決が実体的理由から参加人の有利かつ不利な既判力類似の効力を、被参加人に対する関係において生じる場合は、法律要件の効力が生じるにすぎず、この場合に六六条の適用はないとされる。⁽²⁷⁾したがって、既判力拡張の意味をめぐる条文と理由書のずれは、ここにおいて条文の方に軍配が上げられ、判決効がその作用すべき法律関係に應じて既判力と法律要件の効力に区別され、既判力の拡張が生じる場合が限定されていることになる。

このようにWachにあつては、既判力の拡張の場合と法律要件の効力が反射的効力として第三者に作用する場

合としては、判決効の作用が無制限のものかどうか、判決効の作用しうべき法律関係が相手方に対するものか被参加人に対するものかという点に違いはあるが、判決が第三者の法律関係を直接に規律するという、判決効が作用することの意味は同じものと理解されているように見える。いわゆる反射的効力理論が実質的には既判力拡張を言うのと異ならないと評価される場合、それはこのような意味において理解することができる。もともとこの類似性は、判決が第三者に既判力を生じるわけではないが、第三者の権利・義務の発生・消滅・変更を直ちに生じさせる関係が存在することが実体法的に見て明らかである場合には理解しやすいのに対し、判決が直ちに第三者の権利・義務の発生・消滅・変更を生じさせるのでない場合には必ずしも明確ではない。⁽²⁸⁾ Wachの説明では、これらがともに法律要件的効力が第三者に反射的効力として作用する場合に数えられているのであり、この意味で反射的効力の概念は未だ一義的に決定されていないと見るべきである。

なお、法律要件的効力が反射的効力として第三者に作用するかどうかは実体法によって決まると言っても、既判力拡張を基礎づける関係自体やはり実体関係に求められている。したがって参加理由の有無を判断する際にはまず、第三者が係属中の他人間の訴訟といかなる実体関係に立つかが問題となる。次いでその実体関係がいかなる判決効を基礎づけ、それが第三者のいかなる関係に作用するかが問題となる。そして補助参加制度は、これらの実体関係に立つために判決効を受けることによる不利益を第三者が回避するための制度と把握され、第三者がこのような実体関係に立つことが、その権利保護の必要性の基礎になっていると見られる。この意味においては、Wachの見解でも参加権は依然として第三者の実体関係を基礎としている。しかも判決効の拡張も同じ実体関係によって基礎づけられるのであるから、ここに至って参加権と判決効の拡張は、実体関係を媒介として内在的に結合することになったと見ることができる。

第三節 判決効による参加理由の決定の確立

Wach の立てた参加理由の判断枠組は、以後の学説によって基本的に支持された。すなわち既判力の拡張は、判決に内容的な不服を申立てることのできない無制限のものであることを前提に、名称の違いを別にすれば反射的効力理論が承認されとともに、第三者の实体権に判決効が及ぼす影響に着目して参加理由を決定する枠組が定着して行く。⁽¹²⁹⁾ このことを示すために以下では、共同訴訟的補助参加をめぐる作品において補助参加人の地位に関する論争を終結させたことで知られる Walsmann (ワルスマン)、反射的効力理論を体系的に整理したとされる Kuttner (クットナー)、Wach の権利保護請求権説を承継・発展させた Helwig (ヘルヴィヒ) の見解を紹介する。なおこの時期には、BGB の成立により実体法の統一が達成された。これにより、参加の基礎となる第三者の实体権は、全ドイツ的に同じ土俵に乗せられるとともに、实体関係が明確化した結果として、第三者の補助参加の具体例が格段に増大することになる。これらを逐一挙げることは本稿の課題ではないので、必要に応じて若干の例を挙げるに止める。

1 Walsmann の見解

彼は共同訴訟的補助参加の要件を説明する前提として、共同訴訟的補助参加人も補助参加人であるから、補助参加の要件が必要であることを適切に指摘する。⁽¹³⁰⁾ そして補助参加の要件である法的利益は裁判が直接または間接に第三者の法律関係に有利または不利に作用する場合に認められるとする。⁽¹³¹⁾ そして第三者の法律関係への裁判の作用については、Wach の三分法を前提にして説明がなされており、独自の枠組は提示されていない。もともと第三者が判決効を受けることの意味については、既判力の訴訟法的性質を一層鮮明にする方向での説明が見られる。

彼によれば既判力は、判決による係争法律関係の確定が裁判官を拘束する効力と理解される。そしてその本質

上第三者との関係で問題となる場合も同様に作用するとされる。すなわち、第三者に既判力が拡張されるといふのは、当事者間の判決における法律関係の確定が第三者の法律関係についての訴訟において裁判官を拘束することとを意味する。そのためには、当事者間の裁判における確定と同一の確定が必要となる法律関係が、第三者と一方当事者または二人の第三者の間に存在することが前提となり、このような法的関係がないのに第三者に対する既判力効を論じるのは、既判力と法律要件的効力を混同するものであるという。¹³³ さらに第三者への既判力拡張の場合に既判力が作用する法律関係として實際上考へるのは、第三者と相手方当事者の間の法律関係だけであるとされている。¹³⁴ すなわち第三者への既判力拡張は、当事者間の法律関係の確定が第三者の法律関係をめぐる訴訟において拘束力を持つことを意味するのではなく、当事者間の法律関係の確定が同時に第三者と相手方当事者との法律関係の確定でもあるものとして後訴訟裁判官に対する拘束力を持つことを意味すると考えられる。したがって既判力が第三者に拡張されることの意味は、Wachと同様の理解がなされていると言うことができる。なお既判力の拡張を受ける第三者は、当事者間の裁判における確定が内容的に誤りであるとか、馴合訴訟に基づくものであるなどの主張をしても排斥されるとすることも、Wachと同様である。そして彼は共同訴訟的補助参加を、第三者が自己の法律関係にこのような影響が及ぶのを回避し、被参加人を勝訴に導くための手段として位置づけている。¹³⁴

これに対し法律要件的効力は、判決の効力が単なる事実上の事件と見なされる場合にすぎず、またこれが作用するのは相手方に対する関係に限られない。そして法律要件的効力を受ける第三者は、参加以外の方法で自己の利益を守ることにも可能である。例えば保証人は、主たる債務者が自己に帰属する抗弁権を主張することなく給付を命じられても、後に自己に対して訴訟が開始されたときは、懈怠された抗弁権を主張することができる。また、このような第三者が参加した場合には、被参加人との関係では不十分訴訟の抗弁（ZPO六八条）が留保される

し、相手方との関係ではあらゆる異義が許される。⁽¹³⁵⁾

2 Kutter の見解

彼は、判決の私法上の付随効が第三者の補助参加のための法的利益をもたらすことを説明する。⁽¹³⁶⁾ その際、Wach が補助参加人の参加の利益を判決効に依じて三つに区分し、判決の証明効を否定して判決の法律要件の効力を法的に独自のものとして認識したことを高く評価する。彼によれば判決の付随効は、民事判決が私法秩序に即して、私法上の法効果の発生にとつて法律要件要素になっている場合であり、この効力の第三者の法律関係に対する作用が反射的効力と呼ばれている。⁽¹³⁷⁾ したがって名称の点を別にすれば彼も、この点で新しい枠組を提示するものではない。⁽¹³⁸⁾

もつとも参加理由としての反射的効力の意味は、かなり明確化されている。すなわちここでは判決により——場合によっては他の事実と結合して——、第三者に有利または不利な新しい私法上の法効果を基礎づける私法的法律要件要素が発生する。一定内容の判決が第三者に有利または不利に私権の成立、変更または消滅を左右する実体法的法律要件になっているときは、第三者にやはり、一方当事者を補助することによって自らに不利な訴訟結果を阻止するのに寄与する可能性が与えられなければならない。このような第三者の参加の利益は明白であると⁽¹³⁹⁾言う。したがって、一定内容の判決の存在だけで常に私権の成立、変更または消滅が直ちに生じるものとは理解されていないことになる。すなわち第三者が反射的効力を受けるということには、一定内容の判決の存在が直ちに第三者の権利義務の成立、変更、消滅を生じる場合と、第三者の権利義務の成立、変更、消滅をきたす要件のひとつになるにすぎない場合とが含まれているのである。

3 Hellwig の見解

彼によればまず、参加権は具体的法状態の明確な形づけにさいしてだけ法律が与える訴訟上の権利であり、そ

の限りで性質上訴権と同等と見られる。そこで参加理由としての法的利益は、第三者が当事者または訴訟対象に對してある具体的な法律關係に立ち、②この法律關係に関し、不当な判決により（その内容またはその執行により）不利益を被りまたは危険にさらされ、正しい判決によりそこから守られ、自己の権利行使が容易になることを前提にする。法的利益を基礎づけるこのような判決の作用は、私法の規定に基づくことも、訴訟法の規定に基づくことも、刑法もしくはその他の公法の規定に基づくこともありうるとする。⁽⁴¹⁾他方において法的利益の存否の問題は訴訟法上の問題であつて、私法に基づいて判断しうるのは、利益が主張されるさいに顧慮される権利關係だけであるとされる。⁽⁴²⁾したがつて彼も、一般論としては *Weg* の枠組を維持しているものと考えられる。

次に彼は、法的利益の存否はしばしば裁量問題であると述べ、ZPOに含まれる参加の適法性を前提にする規定を出発点として具体例を挙げている。⁽⁴³⁾

まずZPO六九条を手がかりとして、第三者が既判力または形成力を受ける場合には参加をなしうるとする。既判力は、裁判に付された法律關係に関する判決に含まれる確定が拘束力を持ち、後訴におけるあらゆる事後審査を排除し、裁判された問題に関する新たな裁判の基礎とされなければならないことを意味する。このような効力拡張の根拠は通常、参加人と一方当事者の間の私法上の依存關係であり、典型例として係争中の権利承継關係が挙げられている。彼によると、前主が敗訴し、前主と被告の間に法律關係が存在しないことが確定されると、承継人も被告に對して、同一の主張をなしえないことになる。このような作用は、被参加人である前主との権利承継關係（相手方である被告に對する承継人の権利關係ではない）を基礎として生じ、この場合に第三者の法狀態に判決が及ぼすべき直接の効力は明白である。したがつて第三者は参加することができるとされる。⁽⁴⁴⁾また身分訴訟における確認判決は全ての人の有利かつ不利に効力を生じるが（ZPO六二九条、六四三条）、それだからと言つて万人が参加の権利を持つわけではなく、一方当事者に對し、不当判決によつて不利に影響を被るべき法

律關係に立つ第三者だけが参加権を持つとする。例として、婚姻關係確定訴訟における子、婚姻の効力により法律状態を左右される第三者が挙げられている。¹⁴⁵⁾

次に形成力は、権利変動にもとづく権利の確定と形式的確定力の発生によって自ずから起こる権利変動の宣言を含み、この権利変動はすべての者の有利かつ不利に効力を生じる。しかしここでもすべての第三者が参加権を持つわけではなく、権利変動の発生により、法律關係が必然的に変動させられる者だけが参加権を持つとされる。

今ひとつの手がかりは、訴訟告知についての規定である。すなわち訴訟告知が適法とされるところでは、訴訟告知の有無に関わらず参加が適法と解されている。したがってまず、主たる当事者が敗訴すると、その当事者が求償または損害賠償請求を提起してくることを懸念しなければならぬ者がそうである。例えば、保証人の訴訟における主たる債務者、買主が追奪訴訟を提起されている場合における売主、被保険者が事故について責任を負うとして訴えを提起されている場合における、損害填補義務者たる保険者などがこれにあたる。次に、主たる当事者の敗訴の場合に主たる当事者に対して請求をなしうる者がそうである。例えば仲買人、取立受任者、質権者のような者が第三者の計算で訴訟を進行している場合がこれにあたる。またZPO七五条、七六条の規定する場合も同様に解されている。¹⁴⁶⁾ 訴訟告知が適法とされる場合に共通なのは、参加人への既判力拡張が生じないことである。第三者に訴訟の結果が意味を持つのは、法律要件を変更されることにより、被参加人または相手方との關係に間接的に影響が及ぶ限りにおいてである。このような状況を基礎として、上述した法律上特別に規定された事例以外の場合にも参加が許容される事例があるとされる。¹⁴⁷⁾

4 まとめと展望

このように見ると、一般論としてはWachの立てた参加理由の判断枠組が維持され、学説において定着したと

言つてよいであらう。第三者が受ける判決効に着目して参加理由を決定しようとするドイツ法の枠組は、この時期に確立したと見ることができる。そこでは第三者が当事者または訴訟対象に対して一定の法律關係に立つことが前提にされており、その法律關係が判決効により何らかの影響を被るべきことが第三者の「法的利益」を基礎づけると把握されることになる。そして、判決により第三者が被る影響に応じて参加理由が類型化されているのである。したがって実体關係の存在はやはり議論の前提であり、その上で判決効の拡張と参加理由の存在が表裏になっているのである。この意味において Wacht の反射的効力理論は、既判力の主観的拡張の意味の純化を参加理由の定式に反映させ、従来の制限的既判力拡張の事例と求償事例とを包摂する受け皿を作り出すものとして唱えられ、後世への影響という意味においては結果的に最も成功した試みであつたと位置づけることができる。

もっともこのような判断枠組が、どこまで原型どおりに維持されるかは問題である。例えば Hellwig は、参加の利益を基礎づける判決効に形成力を加えている。これは形成判決が認知され、形成力が判決効のひとつとして承認されてきたことを反映しているのは疑いない。そしてこの場合、判決はいわゆる対世効を生じ、一般第三者に効力が及ぶのであるが、参加が許されるにはここでもやはり、判決効によつて影響を被るべき法律關係が必要であることは同様である。またこの場合、第三者の權利關係に他の判決効、特に既判力とは異なる影響が及ぶのでなければ、参加の基礎として形成力を独自に問題にする意味はないわけであるが、既判力を実体法的な權利關係の変動を生じさせない訴訟法的な効力として理解すれば、形成力にも独自の意味を認めることは可能であり、Wacht 的な参加理由の判断枠組の中に位置づけることは不可能でないであらう。

また、第三者の法律關係に、当事者に対するもの他に訴訟対象に対するものも加えられた。これは訴訟追行權の理論が確立したことにより、他人の權利關係について当事者として訴訟を追行する關係が訴訟担当として把握されたことを反映したものと考えられる。⁽¹⁴⁾ この場合における權利主体の参加理由の基礎は、訴訟対象が自己の

法律関係であることに求めるのが最も簡明であろう。しかし、判決が被担当者の実体権にいかなる影響を及ぼすものと見るかは問題である。わが法とは異なり、ドイツ法には訴訟担当者の受けた判決の既判力が被担当者に及ぶ旨の明文規定がないので、被担当者に既判力が当然に及ぶことにはならないからである。このため被担当者の参加理由が、*Wahl*的な参加理由の枠組の中でどのように位置づけられて行くかが今後の問題となりうる。

さらに、判決が反射的効力として第三者に作用する場合における参加理由と判決効との関係は、この時点では必ずしも明確化していない。ここには当初から、実質的に既判力の拡張と言うのと異なる場合と法律要件の効力が第三者に及ぶ場合とが寄せ集められていた。*Nummer*が、既判力の拡張との差異を際立たせるために法律要件の効力が第三者に及ぶという側面を強調し、そこには判決によって直ちに私権の成立、変更または消滅が生じる場合とそうでない場合とがあることを明らかにしたことは、この効力の意味を明確にする上では、一歩前進したと言えることができる。これらの概念的区別がどのように進行し、それが参加理由の決定にいかなる影響を及ぼすかも、今後の問題となりうる。

結 語

本稿は、参加理由の決定における判決効の位置づけに着目してドイツ民事訴訟法における補助参加の利益論の形成過程を明らかにした。普通法学説においては、ローマ法源を手がかりとして事案類型によって補助参加の理由が説明された。そこにおいて既判力の拡張が参加理由の定式として持ち込まれる場合でも、その基礎には一方当事者との間の実体関係が想定されていた。またそこに言う既判力の拡張は、今日とは異なり馴合訴訟の抗弁を留保した制限的既判力の拡張も含むものであり、その場合、第三者の参加は、馴合訴訟の証明困難に見舞われる

ことを予め防ぐことを目的とするものと理解された。しかし既判力の拡張によつては、求償事例以外の場合における参加理由をすべて包括する適切な定式を立てることができなかった。

CPOの制定に際して既判力の拡張は、補助参加人の訴訟上の地位および権能を区別するための要件として採用された。これに対し参加要件には法的利益という一般的定式が採用された。これは参加要件が実体法によって決定されるものであるという理解に立ち、またその実体法がラント毎に区々であるという事態に直面して、参加要件を訴訟法において具体的に定式化することを選じた結果であつた。もつとも、参加の肯定される具体例としては、専ら普通法以来の事案類型が想定されていたのであり、参加理由の決定における既判力拡張の位置づけをめぐる普通法理論における対立は、CPOの下にも持ち越されることになった。

CPOの制定後、既判力の訴訟法的理解を背景にして、制限的既判力の拡張が既判力の拡張から除外されて、求償事例とともにいわゆる反射的効力を生じるにすぎない場合と位置づけられるとともに、既判力の拡張は専ら、相手方に対する関係で問題となるものと理解されるに至つた。参加理由の定式においては、訴権論における権利保護請求権の考え方を補助参加の利益論に応用する¹⁾の枠組が支持され、定着していった。こうして補助参加は、他人間に係属中の訴訟と一定の関係にある自己の実体関係が、判決効の作用によつて被るべき不利益を予め防ぐ制度と位置づけられ、参加理由は第三者がこのような不利益を回避するために補助参加人として訴訟に関与するための要件として位置づけられるに至つた。

注

(1) 最決平一三・一・三〇民集五五卷一三〇頁(株主代表訴訟において、会社が被告取締役を補助参加を申し出た事例)、最決平一三・二・二二判時一七四五号一四四頁(労働者災害補償保険法に基づく保険給付の不支給決定取消訴訟において、事業主が

被告労働基準監督署長に補助参加を申し出た事例)。最決平一五・一・二四公刊物未登載(産業廃棄物処理施設設置許可申請に対する不許可処分取消訴訟において、当該施設から有害な物質が排出された場合に直接的かつ重大な被害を受けることが想定されると主張する周辺住民が被告県知事に補助参加を申し出た事例)。特に最初の事例をめぐっては、商法学者も巻き込んで多くの議論が展開され、平成一四年の商法改正において商法二六八条八項が追加されるに至った。もっとも本稿は、これらの裁判例を直接の検討対象とするものではない。

(2) 井上治典「多数当事者の訴訟」(一九九二・信山社)一八二頁以下参照。

(3) 伊藤眞「補助参加の利益再考」民訴雑誌四一(一九九五)一頁以下、二〇頁注(34)。

(4) 兼子説を出発点としてそれ以後のわが国における参加理由の理論史を明らかにするものとして、井上治典「補助参加の利益・半世紀の軌跡」判タ一〇四七号(二〇〇二)四頁以下がある。

(5) 兼子一「新修民事訴訟法体系」(一九五六・酒井書店)三九九頁以下、すでに同「民事訴訟法概論」(一九三八・岩波書店)一二三頁以下でこのように述べる。

(6) 例えば、井上治典「補助参加の利益」同「多数当事者訴訟の法理」(一九八一・弘文堂)六五頁以下(民訴雑誌一六号(一九七〇)に初出)、新堂幸司「新民事訴訟法 第二版」(二〇〇一・弘文堂)六九三頁以下、兼子一「松浦馨」新堂幸司「竹下守夫」条解民事訴訟法「(一九八六・弘文堂)一七六頁以下」[新堂]、上田徹一郎「民事訴訟法 第三版」(二〇〇一・法学書院)五二七頁以下、松本博之「上野泰男」民事訴訟法「第二版」(二〇〇一・弘文堂)五三九頁以下「上野」、坂口裕英「補助参加の利益」三ヶ月章「青山善充編」民事訴訟法の争点「(一九七九・有斐閣)一一八頁、福永有利「複数賠償責任者と訴訟上の二、三の問題」判タ三九三号(一九七九)一六三頁、一六八頁、高橋宏志「補助参加について」(二)「法教一九五号(一九九六)八八頁以下、齋藤秀夫「小室直人」西村宏一「林屋礼二」編著「第二版」注解民事訴訟法(2)「(一九九一・第一法規)二〇五頁以下「小室直人」東孝行」などがそうである。これに対し、訴訟物についての判断に関する利害関係に限定するものとして、齋藤秀夫「民事訴訟法概論(新版)」(一九八二・有斐閣)四八二頁以下、三ヶ月章「民事訴訟法」(一九五九・有斐閣)二三五頁、染野義信「新版民事訴訟法」(一九八六・頸草書店)九七頁、菊井維大「村松俊夫」全訂民事訴訟法I「(補訂版)」(一九九三・日本評論社)四〇一頁以下、伊東乾「補助参加の利益」小山昇「中野貞一郎」松浦馨「竹下守夫編」演習民事訴訟法「(一九八七・青林書院)六九八頁以下、木川統一郎「民事訴訟法重要問題講義上」(一九九二・成文堂)一〇四頁以下、松村和徳「住民訴訟における補助参加」早稲田法学七二巻二号(一九九七)五三五頁以下、高田昌宏「補助参加」法教二五七号(二〇〇二)三一頁以下、三四頁などがある。

(7) 鈴木正裕「判決の反射的効果」判タ二六二号（一九七二）二頁、一四頁以下、山本戸克己「判決の証明効」民商七八卷臨時増刊号法と権利3（一九七八）二二七頁以下、井上・前掲注（6）、八〇頁。

(8) 伊藤・前掲注（3）、一六頁以下、同「民事訴訟法の争点〔第三版〕」（二〇〇二・有斐閣）五七八頁以下、山本和彦「補助参加の利益」青山善充・伊藤眞編「民事訴訟法の争点〔第三版〕」（一九九八・有斐閣）一〇二頁以下。

(9) より根本的には、補助参加制度を活用して複数人が関わりを有する紛争を一つの手続で効率的に解決することを志向するものと考えられる。

(10) このような傾向の最先端に位置すると見られる井上治典教授は近時、濫用的参加申立は訴権の濫用と同様に、参加の利益なきものとして却下されると述べる。井上・前掲注（4）、六頁参照。参加の可否それ自体を柔軟に決定すべきものとしながら、さらに一般条項である訴訟上の権能の濫用禁止による制限まで持ち出さなければ具体的場合における参加の可否を決定できないというのは、参加要件の柔軟化、弾力化という傾向が理論的な基礎づけよりもむしろ政策的な考慮を先行させて進展してきたことを端的に物語るものであろう。

また近時、和田直人「補助参加の利益論の限界」東京都立大学法学会雑誌四三巻二号（二〇〇三）四三三頁、四四六頁以下は、平成一三年の二つの最高裁決定を検討し、補助参加の可否が現実には補助参加の利益の有無以外の要因も考慮した裁判所の裁量によって判断されており、この裁量権行使の基準が明確でないことが問題であると指摘して、その明確化を図ろうとする。補助参加の可否の判断をめぐる、わが国の判例が抱えている問題点の指摘としては正当と考える。しかしこのような事態は、法律の定める補助参加の要件とは別の次元で補助参加の可否が決定されていることを意味するものである。これを前提として裁判所の裁量権行使の明確化を図るのであれば、まずは法律が明文で定める要件とは別の次元で補助参加の可否を決定することを正当とする理由を論証すべきであると考ええるが、この点への言及は見られない。もともと判例理論がこのような状況に至ったについては、補助参加の利益の理論的精緻化よりもむしろ、参加の許容される範囲をいかにして拡大するかに腐心し、具体的場合に補助参加の利益の有無を判断する理論的な基礎を実務に提供してこなかった、過去半世紀にわたる学界の動向にも責任があるのではなからうか。

(11) 先に私は、判決効と参加理由の関係を切断し、もっぱら実体関係によって参加理由を決定しようとする Windel, Der Interventionsgrund des § 66 Abs. 1 ZPO als Prozessfähigkeitsbegriff (1992) の紹介を試みた。拙稿「ドイツ民事訴訟法における補助参加の理由をめぐる近時の議論の一断面」大阪市立大学法学雑誌四九巻一号（二〇〇二）九九頁、一一五頁、一二七頁参照。本稿はこれを受けて参加理由と判決効がそもそもの関係にあったかを解明しようとするものである。

(12) このような動きは、吉村徳重「判決効の拡張と手続権保障」山木戸還暦(下)(一九七八)一一八頁以下を契機として、特に身分訴訟を念頭において展開された。池尻都夫「身分判決の対世効と第三者の手続権保障」六甲台論集一九九号(一九八二)四六頁以下、同「身分判決の対世効とその制限」(二)(二)六甲台論集一九九号(一九八三)五六頁以下、三〇巻一(一九八三)八四頁以下、同「身分判決の第三者に対する効力」法教四六号(一九八四)六三頁以下、同「人事訴訟についてなされる判決の第三者に対する効力」(一)(一)元愛媛法学会雑誌二二巻一(一九八五)九三頁以下、愛媛法学一八号(一九八五)一頁以下。高田裕成「身分訴訟における対世効論のゆくえ」法教六六号(一九八六)四三頁以下、同「いわゆる対世効論についての一考察」(一)(二)法協一〇四巻七号(一九八七)一一九頁、一一号(一九八七)一五一三頁以下、本間靖規「身分訴訟の判決効と手続権保障」龍谷法学一九巻二(一九八六)一八三頁、同「対世的判決効拡張と手続権保障」民訴雑誌三三三号(一九八七)四六頁以下、河野正憲「身分判決の対世的効力と第三者の地位」(一)(二)(三)完法学五六巻三三(一九九二)二〇三頁、五六巻五号(一九九二)四三三頁、五七巻一(一九九三)七五頁。この議論を受け、新民事訴訟法の制定に合わせて人事訴訟手続法三三条に、身分訴訟の結果により相続権を害されるべき者に訴訟係属を通知する旨の規定が置かれ、さらに先ごろ成立した人事訴訟法では、檢察官を被告とする人事訴訟の結果により相続権を害されるべき第三者を決定で被告側に補助参加させる旨の規定が置かれるに至った(同法一五条。なお人事訴訟手続法三三条に対応する、利害関係人への訴訟係属の通知につき二八条参照)。

(13) 特に対世効のある判決との関係で、高田・前掲注(12)、(一)一一三三頁は、参加の問題が専ら判決効との関係でのみ論じられていたと指摘する。もともと補助参加の理由の議論を見ると、参加理由と判決効が関係を有さないことの例として、請求の目的物の所持人や対世効のある判決の効力を受ける一般第三者などが持ち出されている。例えば、上田徹一郎「井上治典編纂『注釈民事訴訟法(2)』(一九九二・有斐閣)一一〇頁(井上治典)参照。このようなずれの原因を、参加と判決効の内在的關係についての議論が不十分であることに求めることも可能であろう。しかしそもそも判決効理論においては、判決効の拡張だけで第三者の参加の利益が基礎づけられるとは決して考えられていない。請求の目的物の所持人や対世効を受ける一般第三者は、判決効を受ける第三者の参加を問題にする場合にははじめから除外されているからである。したがって、これらは、参加理由と判決効が関係を有さないことの例証にはならない。この場面において問題なのはむしろ、これらの例がいかなる論理によって分けられているかが必ずしも明らかでないことであり、この点は補助参加論の課題となりうる。

(14) したがって本稿は、補助参加の可否を判決効の拡張を基準として決定せよなどと主張することを目的とするものでもない。

(15) 井上治典「補助参加人の訴訟上の地位について」同・前掲注(6)、三頁(民商五八巻一・二(一九六八)に初出)、同「共

同訴訟的補助参加論の形成と展開」同書、一〇九頁（甲南法学九卷一・二号（一九六八）に初出）が詳細であるが、他にも中村宗雄「訴訟参加制度の系譜」同「学問の方法と訴訟法理論」（一九七六・弘文堂）三六三頁、とくに三八三頁以下（早稲田法学三九卷二号（一九六四）に初出）、桜井孝一「共同訴訟的参加と当事者適格」中村（宗）古稀（一九六五）二一九頁、とくに二三三頁以下、小島武司「イタリア民事訴訟法における訴訟参加制度に関する一考察（一）」法学新報七〇巻一一号（一九六三）八九二頁以下がある。

(16) 例えば、Linde, *Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses* (1825), S. 123; Bayer, *Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Civilproceß*, 9. Aufl. (1865), S. 138. なお、ローマ法は今日の意味での訴訟参加の制度を知らなかったもので、ここで他人間の訴訟に第三者が介入するというのは、たとえば第三者が既存当事者に代わって上訴を提起するような場合を含む。

(17) 訴訟告知制度の沿革については、佐野裕志「訴訟告知制度（一）（一・完）」民商八七巻一・三〇頁、二二〇頁（一九八二）一六六頁、Schäfer, *Nebenintervention und Streitverkündung* (1989), S. 37 ff., 59 ff., 92 ff. を参照。これらによるとローマ法において追奪担保の事例においてなされていた訴訟告知は、普通法において次第に求償および損害賠償義務者一般になしうるものに拡張され、また求償の要件として訴訟告知が必要とされていたのが次第に否定され、単に得策であるにすぎないと考えられるようになったということである。

(18) Brauer, *Ueber die Grundlage und den Umfang der Nebenintervention*, ACP 24 (1841), S. 423, 465 ff.

(19) Gensler, *Beitrag zu der Lehre von der Interventionen in dem Civilproceß*, ACP 4 (1821), 153, 159 は「参加人が単に、共同しようとする当事者に対する既判事項によつて切迫する積極的不利益」とりわけ損害賠償の訴えを阻止する目的で、広義の共同訴訟人（*lit consors*）として参加する場合を従参加とする。Weizsäcker, *System des ordentlichen Civilprozesses* 3. Aufl. (1878), S. 49 f. も「第三者が係属中の訴訟の一方当事者に対して立つ法律関係の確定に利益を有する場合の全てについて、判決は特別な理由に妨げられるのでない限り、利益を有する第三者を拘束するので、そのゆえに当該第三者は、係属中の訴訟に参加することを許されるとする。

(20) Brauer, aaO., S. 431 f.

(21) Brauer と Maxen の見解については従来、参加人の地位ないし権能のいわゆる「従属性」をめぐるその連続性が強調されていた。井上・前掲注（6）、一〇頁以下、とくに二五頁以下。その影にあって参加理由をめぐる理解の相違は注目されていなかったように思われる。

(22) 普通法における既判力理論についての以下の叙述は、Gaul, *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und heutige Stand*, *Festschrift Flume Bd. I* (1978), S. 443 f. を参照。

(23) 松本Ⅱ上野・前掲注(6)、四〇二頁以下「松本」による。もともとわが国の通説は既判力の作用を、既判力の生じた判断に反する主張、証拠申し立てを当事者がすることが許されず、裁判所も既判力に反した当事者の主張、証拠申出を排斥するという「消極的作用」と、既判力の生じた判断を前提として後訴裁判所は判決しなければならぬ、という「積極的作用」に区別し、これらが相互に補完して既判力の拘束力の内容をなすと説明する。鈴木正裕Ⅱ青山善充編集「注釈民事訴訟法」(4)(一九九七・有斐閣)三〇二頁以下「高橋宏志」参照。したがってそこでは、同一訴訟物の後訴、前訴を先決関係とする後訴という、既判力が発現する場面により、既判力の作用の仕方が異なるという把握はなされていない。しかし、Callaghoが力説するように、少なくとも歴史的には本文のような理解を基礎にするのが妥当であろう。本稿で既判力の消極的作用、積極的作用という場合も、わが国の通説とは異なるこの意味で用いる。

(24) 相対効原則そのものの理論的根拠を研究するものとして、水谷暢「判決効の相対性理論序説」(二・完)「立命館法学」一一・一一二二号(一九七三)四三三頁以下、一一三三号(一九七四)三八頁以下がある。

(25) 依存関係説の形成につき、吉村徳重「既判力拡張における依存関係」(一)「法政研究」二六巻四号(一九六〇)三五五頁以下を参照。また、鈴木正裕「既判力の拡張と反射的效果」(一)(二)「神戸法学雑誌」九巻四号(一九六〇)五〇八頁以下、一〇巻一号(一九六〇)三七頁以下、上田徹一郎「形式的当事者概念と既判力の主観的範囲の理論」法と政治一〇巻一号(一九五九)一頁以下も参照。

(26) もともと第三者に既判力が拡張される場合にそれがいかなる形で作用するかは、今日でもそれほど明確な説明はない。松本Ⅱ上野・前掲注(6)、四二四頁「松本」によれば、前訴の確定判決における訴訟上の請求の当否についての判断が第三者と当事者の一方との後訴において尊重されること、すなわち前訴当事者間での後訴の場合と同じように、あるいは一事不再理として、あるいは先決関係として作用することと説明される。一般論としてはそのとおりであるが、具体的場面においていかなる意味で既判力が作用するかについては、さらに分析が必要と思われる。

(27) Savignyは、口頭弁論終結後の承継以外の場合における既判力の主観的拡張を「実定的拡張」の名の下に代表関係によって説明しようとする。Vgl. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts Bd. 6(1847), S. 470 f. 既判力の主観的範囲に関する Savignyの見解につき詳細は、吉村・前掲注(25)・(一)三六三頁以下、鈴木・前掲注(25)・(一)四三頁以下を参照。

(28) アクチオを本来有する者を意味する。

(29) Keller, Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht (1827), S. 310, Ⅱ(他Ⅱ自己)の職務により訴えを提起する場合も同様に扱われたとされる。

- (30) 当事者を意味するが、今日的な意味とは明らかに異なるのでこの訳語によった。
- (31) この点につき詳細は、福永有利「民事訴訟における「正当な当事者」に関する研究（一）」法学論集一七卷一号（一九六七）二〇頁、二七頁以下を参照。またローマ法における代理が間接代理を原則とするものであったことにつき、原田慶吉「ローマ法 改訂」（一九五五・有斐閣）八六頁を参照。
- (32) Keller, aO., S.310.
- (33) Keller, aO., S.315.
- (34) 委託の証明が困難と見られる場合に、再訴によって被るべき不利益から相手方を守るのに必要な限りで委託事務管理人の担保責任が残置されたこと（vgl. Keller, aO., S. 316）は、この点を裏付けるであろう。なお、職務により訴えを提起する者の場合は、同意または委託を問題にしえない場合であるから、法律の規定により同様に扱われることになる。この場合、職務を遂行する者の権能は明確であるから、やはり相手方に対する担保責任は排除された。なお Gaius の時代から古典後期に至る変化については、Schäfer, aO., S.17 f. も簡潔に叙述している。
- (35) いくつかを挙げておく。なお、以下に引用するローマ法源は、主として私の語学力の制約から、Otto-Schilling-Simons, Das Corpus Iuris Civilis のドイツ語訳と Schäfer, aO., S.10 ff. の叙述を参照して訳出した。
- D. 3, 3, 69: Paulus respondit etiam eum, qui ad litem suscipiendam procuratorem dedit, causae suae adesse non prohiberi.（パウルスは次に次のように答える。訴訟の追行に關し委託事務管理人に委ねた者も、訴訟に現れることを妨げられない。）
- D. 49, 1, 4, 2: Alio condemnatio is cuius interest appellare potest, qualis est, qui per procuratorem expertus vitus est nec procurator suo nomine appellat.（他人が給付を命じられた場合は、それに関わりのある者は上訴をなし得る。例えば委託事務管理人によって訴えが提起され敗訴し、委託事務管理人が自らの名で上訴を提起しないという者がそうである。）
- (36) Maxen, Die sog. accessortische Intervention im Zivilprozess, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozed. Neue Folge Bd. 21 (1864), 365, 407 f.; Schäfer, aO., S.19.
- (37) 福永・前掲注 (31)（一）三二頁以下参照。
- (38) Maxen, aO., S.409.
- (39) これに対しフランス法では、代表理論による既判力拡張の説明が広く行なわれていることがすでに紹介されている。例えば、木川統一郎「判決の第三者に及ぼす影響（一）」法学新報六四卷二二号（一九五七）一頁以下、安見ゆかり「フランスにおける第三者への判決効拡張についての一考察」龍谷法学二七卷三三（一九九四）四〇八頁以下、特に四五三頁以下を参照。なお、わ

が旧民法証換編八四条も「当事者カ或ハ自身ニテ同一ノ資格ヲ以テ既ニ旧訴訟ニ出テタルトキ或ハ旧訴訟ニ於テ其前主若クハ代理人ニ因リテ代表セラレタルトキ或ハ利害關係人ノ結合カ略ニ相互代理タルトキハ当事者ノ權利上ノ資格ハ同一ナリトス」との規定を置いていた。

(40) Keller, aO., S. 362. (1).

(41) この問題はわが国では訴訟承継主義および当事者恒定のための仮処分を論じるさいに検討の対象とされている。古くは、華子一「訴訟承継論」同「民事法研究第一巻・再版」(一九五〇・酒井書店)一頁、一〇七頁注(一四四)参照。また最近の研究として高見進「登記請求権保全の仮処分効力」(一)、(二)「法協九三巻九号」(一九七六)一三二七頁以下、九四巻三号(一九七七)二八七頁以下、日比野泰久「係争物の譲渡に関する一考察」(一)「法政論集一〇五号」(一九八五)九三頁、九四頁以下がある。これらによれば係争物の譲渡を自由にするともに、係争物譲渡にもかかわらず前主が依然として当事者として扱われ(当事者恒定主義)、かつ承継人に既判力が拡張されるとの規律が採用されたのは、北ドイツ草案二〇〇条以降のことである。これにより普通法における係争物譲渡の許否をめぐる争いが解消した(画一)ことがである。

(42) D. 42, 1, 63; Saepe constitutum est, res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare. Quod tamen quandam distinctionem habet: nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest, quibusdam vero, etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet; nam scientibus nihil praeiudicat, veluti si ex duobus hereditibus debitoris alter condemnatur: nam alteri integra defensio est, etiamsi cum herede sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patitur; veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem rei in dote acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emptiae. Et haec ita ex multis constitutionibus intelligenda sunt. Cur autem his quidem scientia nocet, superioribus vero non nocet? Illa ratio est, quod qui scit, coherentem suum agere, prohibere eum, quominus, ut velit, propria actione vel defensione utatur, non potest; is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios iudicatae summovetur, quia ex voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est. Nam etsi libertus meus, me interveniente, servus vel libertus alterius iudicetur, mihi praeiudicatur. Diversa causa est, si fundum a te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii, ad me pertinere dico: nam quamvis contra Titium, me sciente, iudicatum sit, nullum praeiudicium patior; quia neque ex eo iure, quo Titius victus est, vindico, neque potui Titio intercedere, quominus iure suo utatur, sicuti et de coherede supra diximus. (参べし) 物法に「他人間に下される判決は何人も害をなさない」ということが含まれる。しかしながらそのさい若干の区別がなされる。なぜな

らある者が他の当事者間になされる判決を知っている場合、判決がその者を害することがあり、これに対しある者自身に対して判決がなされても、判決は何ら害を及ぼさないことがあるからである。判決を知る者に判決が不利にならないのは、例えば債務者の二人の相続人のうち一人が給付を命じられる場合である。すなわち他方の者には、自己の共同相続人が訴求されていることを知っていた場合でも、自己の防衛は禁じられない。二人の原告のうち一人が訴訟に敗れ、それに安んじる場合もそうであり、この判決は他方の者の訴えに害を及ぼさない。このことは勅令に含まれている。これに対し他人間になされる判決が、それを知っている者を害するのは、その者が事件における訴えまたは答弁を懈怠せしめられるので、他人に訴訟を進行することを許す場合である。例えば、債権者が債務者に質物の所有権に関する訴訟を進行させる場合、あるいは夫が義父または妻に嫁資として受領した物の所有権に関する訴訟を進行させる場合、あるいは占有者が売主に売買目的物の所有権に関する訴訟を進行させる場合がそうであり、このことは多くの勅令により理解される。しかし共謀がこれらの者を害するのに対し、前に考えた者を害することがないのは、次のような理由である。すなわち、自己の共同相続人が訴訟をしていることを知っている者は、自己固有の訴えまたは逃げ道を自己の好みで使用することで共同相続人を妨げることができない。これに対し、前主に訴訟を進行させる者には、訴訟進行者から導かれた権利に関して自己の意思で判決がなされたので、他人の下での既判事項の抗弁が対抗する。かくて私の解放奴隷が、私の参加の下に他人の奴隷または解放奴隷と判断される場合は、判決は私に不利になる。別の事例は、Titius が君に對して所領を訴求し、私も私の権利が Titius から導かれるのではないけれども、私の物と見なしている場合である。なぜなら、私が承知の上で Titius に対して判決がなされても、私は Titius が敗訴した権利に基づいて訴えを提起するのではないし、Titius が自己の権利を行使するのを妨げることもできなかったため、この判決は私に害を及ぼさないからである。このことは私が上に、共同相続人の場合にも説明したのと同じである。

(43) Keller, aO., S. 375 f.; Savigny, aO., S. 476 ff.; Weizell, aO., S. 578; Bayer, aO., S. 456.

(44) このような求償権者の参加の事例は、求償義務者の参加と一本化されて訴訟告知の事例に取り込まれて行くことになる。前述のようにそもそも普通法上、求償関係で参加理由が説明されていたのは、求償義務者が求償権者の訴訟に参加する場合であって、逆に求償権者が求償義務者の訴訟に参加する場合は想定されていなかった。訴訟告知についても同様であり、佐野・前掲注(17)、(二・完)一八〇頁以下、一八八頁によると、プロイセン草案に至って敗訴の場合に不十分な訴訟進行を理由に第三者から請求を受ける恐れのある場合にも訴訟告知をなす旨の規定が置かれ(七三二条一項)、北ドイツ草案、CPOへと受け継がれたということである。

(45) Maxen, aO., S. 413 ff.

(46) 実際、上掲の D. 42, 1, 63 を持ち出さなくても、承継人の参加を肯定する旨を明言する法源は他にも存在するのである。

D. 49, 1, 4, 3 : Item si emptor de proprietate vicus est, eo cessante auctor eius appellare poterit, aut si auctor egerit et vicus sit, non est deneganda emptori appellandi facultas, quid enim si venditor, qui appellare noluit, idoneus non est? quin etiam si auctor appellaverit, deinde in causae defensione suspectus visus sit, perinde defensio causae emptori committenda est, atque ipse appellasset (同様に「買主が「売買目的物の」所有権に関し敗訴し、これに安んじるときはその前主は上訴を提起することができる。あるいは、前主が訴えを提起し敗訴したときは、買主が上訴を提起する権能は拒絶されてはならない。なぜなら上訴を欲しない前主が支払能力を有しない場合、どういふことになるであろうか? 実際それどころか前主が上訴を提起したが、事件の追行が怪しいものになった場合も、自ら上訴を提起した場合と同様の訴訟追行が買主に許されるべきである」)

D. 49, 1, 4, 4 : Idque ita constitutum est in persona creditoris, cum debitor vicus appellasset nec ex fide causam defenderet, quae constitutio ita accipienda est, si interveniente creditore debitor de pignore vicus provocaverit : nam absentis creditoris nullum praetitutum debitor facit, idque statutum est (同じことは「質権を有する」債権者その人に関し、敗訴した債務者が上訴したが事件につき真剣に防御しようとしないうちに規定されている。この規定は、債権者の関与の下に債務者が質物に関する訴訟に敗れ上訴がなされた場合に、そのように解すべきである。なぜなら、債権者が不在であれば債務者は不利益を与えることができないからである。このことも定められている。)

この点につき Schäfer, aao., S. 22, 24 は「D. 42, 1, 63 を参加の典拠とする Maxen の理解を疑問視し、この法文は前主が訴訟を進行しうることを、前主の訴訟追行を了知した承継人への既判力拡張を定めるにすぎないと見る。

(47) ちなみに既判力の拡張によって参加理由を説明することを否定する Brauer によると、質権設定者が追行する質物についての訴訟における判決が、質権者に効力を生じないことは争いなく認められており、質権者の参加理由は、質権が質権設定者の所有権の存在に条件づけられていることに求められるとされる。Vgl. Brauer, aao., S. 445, 449 に彼が承継人への既判力拡張をどのように理解しているのかは必ずしも明らかでないが、質権者が訴訟係属を了知しない限り既判力は拡張されない、という側面を捉えてこのように述べるようである。そうだとすると彼の見解は、訴訟係属の了知を前提とする既判力拡張を既判力拡張とは見ていないものと理解することができるであらう。

(48) この事例につき Schäfer, aao., S. 14 ff. を参照。

(49) Novelle 112, c.1. : ...Et hoc autem praesentis nostra lege decernimus, ut si contingit unum pro tali causa litigantem ab humano consorcio recedentem per ultimum voluntatem res aliquas de quibus domini dubitatio vertitur, legati nomine cuiuscunque relinquere, siquidem heres

inducti sententia dominus earum fuerit demonstratus, tunc legatarius quod ei relictum est modis omnibus consequatur. Si vero heres in iudicio victus exstiterit, non habet legatarius locum aliam rem pro eodem legato heredem exigere, quantum sciens testator rem litigiosam esse huius eventum legatario dereliquit. Unde unus licentiam legatario, si hoc prodesse sibi putaverit, huius participem fieri, ne aliquam forte negligentiam seu prodicionem heredi possit obicere. ... (以下に我々の法律により、物に関して訴訟をする者の一方が死亡し、その者の遺言によって所有権に関して訴訟が提起されている若干の物が遺贈として誰かに残されている場合、相続人が判決によってその物の所有権者と宣言されても、受遺者はいずれにせよ遺贈物件を取得することになると定められている。しかし相続人が裁判所において不利な判決を得た場合には、遺言者は物が係争物であることを知っていたから、受遺者に訴訟の結果を残したことになるので、受遺者は、遺贈物件に代わる他の物を相続人に要求する権利を持たないといわれている。それゆえ我々は受遺者に、必要とあれば訴訟関係人になりうる権利を与えており、これにより受遺者は、相続人の不熱心または背信を非難できなくなる。...)

(50) Brauer, aO., S. 445.

(51) Brauer, aO., S. 444.

(52) Maxen, aO., S. 439 N.49.

(53) Maxen, aO., S. 439 f.

(54) これについて、原田・前掲注 (31)、三四四頁以下を参照。またこの事例については Schäfer, aO., S. 11 ff. を参照。

(55) D. 49, 1, 5, 1-4: Si heres institutus victus fuerit ab eo, qui de inofficioso testamento agebat, legatarius et qui libertatem acceperunt permittendum est appellare, si queratur per collusionem pronuntiatum: sicut divus Pius rescriptit (遺言による相続人が不倫遺言の訴えを提起する者に敗訴したときは、受遺者および「遺言により」解放された者は、判決が駁合によって惹起されたことに異議を述べる場合には、divus Pius が命じたように、上訴を提起することが許される。) Idem rescriptit legatarios causam appellationis agere posse. (同様に、受遺者は上訴の追行をするのがむしろ命じられた。) Sed et si in faudem suam transactionem factam ab eo qui appellasset dicerent, idem dicendum est. Sed et sine appellatione si fuerit transactum, similiter rescriptum est. (ゆえに上訴を提起した者により詐欺的な意図で受遺者に不利な和解が締結されたと主張する場合も同じことが主張されなければならない。上訴なしに和解が締結された場合も同じことが命じられる。) Si quis ipso die inter acta voce appellavit, hoc ei sufficit: sin autem hoc non fecerit, ad libellos appellatorios dandos biduum vel triduum computandum est. (ある人が記録に対して同じ日に口頭で上訴を提起したときは、それによって十分である。しかしこれに反して、このことがなされなかったときは、上訴状の提出のために二日または三日の期間がそ

の者に与えられなければならない。)

D. 5, 2, 29, pr. : Si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes et eum qui de inofficioso testamento agit : adesse etiam legatarios et voluntatem defuncti iuri constitutum est, eisdenque permixtum est etiam appellare, si contra testamentum pronuntiatum fuerit (受遺者が遺言相続人と不倫遺言を理由として訴えを提起する者とは通謀していることを疑う場合には、受遺者も裁判所に現われ、死者の意思を守ることができると勅法によつて規定され、遺言に反対の裁判がなされる場合は上訴を提起することも許される。)

D. 49, 1, 14, pr. : Si perusorio iudicio actum sit adversus testamentum, an ius faciat iudex, videndum, et divus Pius, cum inter coniunctas personas diceretur per collusionem in necem legatariorum et libertatum actum, appellare eis permisit, et hodie hoc iure utimur, ut possint appellare : sed et agere causam apud ipsum iudicem, qui de testamento cognoscit, si suspicantur non ex fide heredem causam agere. (又「装訴訟により遺言が取消される場合、裁判官の宣告が有効性を持つかどうかを検討することが残される。そして Divus Pius は、共謀して受遺者および解放奴隷の損失になるように行動したとの申立てにもとづいて、これらの者に上訴を許した。そして今日でも、これらの者が上訴をなしているのは当然である。しかし彼らは、相続人が事件を誠実に進行しないことに疑いを持つ場合には、遺言に關して裁判する「第一番」裁判官の下でも、事件を進行することができ。)

なお、既判力拡張を理由として受遺者の参加を支持する見解として、例えば Savigny, aoO., S. 475 ; Bayer, aoO., S. 456 ; Weitzell, aoO., S. 579, Weitzell はこの場合を、主たる資格者によつて取得された判決が参加の資格ある第三者の法律關係に間接的な影響を及ぼすものとして、前主が承継人の委託なしに訴訟を進行する場合とともに、対席判決であることと馴合訴訟でないことを要件とするものと解し、また消耗理論では基礎づけることができず、真実擬制にのみ支持されると述べる。そしてこの現象の基礎を、被参加人に対する参加人の法律關係が、被参加人と争っている第三者に対する被参加人の權利によつて条件づけられており、この條件關係が裁判に付されることに求めている。

(56) Keller, aoO., S. 391. 遺言による奴隷身分からの解放も同様に扱われる。

(57) Keller, aoO., S. 382 ; Savigny, aoO., S. 474 f. ; Bayer, aoO., S. 455 f. ; Maxen, aoO., S. 434 ; Weitzell, aoO., S. 579.

(58) Maxen, aoO., S. 432 ff.

(59) Keller, aoO., S. 388 ff. ; Maxen, aoO., S. 435.

(60) Brauer, aoO., S. 442 f.

(61) Brauer, aoO., S. 443.

- (32) Maxen, inO., S. 404 N. 25.
- (33) Maxen, inO., S. 436 ff.
- (34) D. 49, I, 5, pr.: 'item fideiussores pro eo (sc. appellare possunt), pro quo interveniunt, igitur et venditoris fideiussor emptore victo appellabit, licet emptor et venditor adquiscaant (... 同様に保証人は保証を引受けた者のために参加することができる。それゆえ売主の保証人も買主が敗訴したときは、買主および売主がそれに安んじていても上訴を提起することができる。) なおこの事例について Schäfer, inO., S. 25 ff. の参照。
- (35) Brauer, inO., S. 438 f.
- (36) Maxen, inO., S. 441 f.
- (37) Schäfer, inO., S. 26.
- (38) Brauer, inO., S. 451. 「主たる当事者の敗訴 (形式的不正) ではなく、その権利の不存在 (実質的不正) だけが、補助参加人を害する」 (S. 450)。
- (39) Brauer, inO., S. 448 f.
- (70) Maxen, inO., S. 404 N. 25.
- (71) Walsmann, Die streitgenössische Nebenintervention (1905), S. 48 f.
- (72) Vgl. Keller, inO., S. 409 f.; Savigny, inO., S. 479 ff. Savigny は、共有地のために役権の認諾または否認が請求され、各共有者が単独で訴訟を進行する場合において、相手方が同一の訴訟を新たに進行することを要求されるのは極めて過酷であるとして、共有者に有利な判決の既判力が全共有者に及び、不利な判決の既判力も他の共有者が訴訟の係属を知らないが任意に訴訟に関与しないときには、全員が甘受しなければならぬとする。さらに他の共有者が訴訟の係属を知らない場合でも、既判力の拡張が生じ、この場合に生じる不利益は、敗訴を惹起した者への損害賠償によって阻止される。訴訟進行者は訴訟告知によって他の共有者の関与を適時に要請することによって、この危険を避けることができるとする。
- (73) Maxen, inO., S. 378 f., 388 ff.
- (74) D. 49, I, 5, pr.: A sententia inter alios dicta appellari non potest nisi ex iusta causa, veluti si quis in coheredum praeiudicium se condemnari patitur vel similem huius causam (quavis et sine appellatione tutus est coheres) ... (判決が他人間でなされるときは、正当な理由に基づくのであれば上訴を提起することができない。例えばある人が共同相続人の不利に給付を命じられる場合、あるいは他の同様の理由により (共同相続人は上訴を提起しなくても安全であるが) ... この後に前掲注 (64) の部分が続く)

- (75) Schäfer, aO., S. 17.
- (76) Keller, aO., S. 392.
- (77) Keller, aO., S. 394.
- (78) この事例について Schäfer, aO., S. 27 f. を参照。
- (79) Mexen, aO., S. 371 f.; Savigny, aO., S. 473 (p.) も、判決は主人としての権利を主張しようとする者に既判力を生じるものではないが、大きな不利益を来すことになるので、その者は参加することを許されるといふ。そしてその場合、判決はその者に効力を持つとした。
- (80) CPO の成立に至るまでの前史については、鈴木正裕「上告理由としての訴訟法違反」民訴雑誌二五号（一九七九）二九頁、四七頁以下を参照。
- (81) Protocoll der Commission zur Berathung einer allgemeinen Civilproceßordnung für die deutschen Bundesstaaten (1863) (Eingeleitet und neu herausgegeben von Werner Schubert (1985) に於て) S. 754 f. 参加人の地位をめぐっては程度の差はあるが、この立場では從属的地位しか認めない。
- (82) Protocoll, aO., S. 778 f. したがってここで勝訴との依存関係と言われるのは、第三者の権利と一方当事者の権利との間に実体的な条件関係が存在するに止まり、既判力の拡張は必ずしも生じない場合といふことができる。
- (83) Protocoll, aO., S. 763 f. この立場では、勝訴に条件づけられた関係にある参加人の地位は強化され、共同訴訟人と把握される。本文で紹介した見解を述べた委員その人による Protocoll, aO., S. 773 の提案 VII. を参照。
- (84) Protocoll, aO., S. 789 f. なお、井上・前掲注(6)の一頁以下は Schulze, Die rechtliche Stellung des sogenannten Nebenintervenienten im Rechtsstreit, ZZP 2 (1880), 20, 65 ff. の叙述に依拠してハーノーファー草案の審議の模様を紹介しているが、第一説会で補助参加一般について採決に付された具体的問題は、井上教授の挙げる、参加人の地位ないし権能をめぐる三点だけではなく、この紹介は若干不正確である。
- (85) 第一説会において議論がなされたのは、一八六三年一月三日の第五三回会議および一月二六日の第五四回会議であり、第二説会で議論がなされたのは、一八六五年四月三日の第二六九回会議であった。
- (86) Protocoll, aO., S. 4892 f.
- (87) Protocoll, aO., S. 4895, 4898, 4901.
- (88) Protocoll, aO., S. 4893.

- (87) Protokolle, aaO., S. 4895.
- (88) Motive zu dem Entwurf einer Privat-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preussischen Staat, hrsg. von Werner Schubert (1994) 1249 S. 185.
- (91) プロイセン草案が種々の法領域を想定しているのはとりわけ、プロイセン領のうちライン左岸地方でフランス法が行なわれていたからである。この地方は、一八〇一年のリユネヴィルの和約においてフランスに割譲された後、一八一五年のウィーン議定書においてプロイセンに併合された後もBGBが施行される一九〇〇年一月一日に至るまでフランス法が保持されていた。当時の法状況については、鈴木正裕「上告の歴史」小室Ⅱ小山選暦(下)(一九八〇)一頁、五八頁以下を参照。
- (92) Motive, aaO., S. 186.
- (93) Motive, aaO., S. 186.
- (94) Motive, S. 186. 理由書はこの関連でプロイセン一般ラント法第一章第二二節二〇八条を挙げるとともに、遺言の効力に関する遺言相続人と無遺言相続人の訴訟において受遺者が遺言相続人に参加する場合に關係するOber-Tribunalの判例(Entscheidungen des Ober-Tribunal, Bd. 37, S. 341)を引用する。しかしCPOの理由書ではこの場合に關係する条文として同法二九八条が挙げられるとともに、Ober-Tribunalの同じ判例が引用されている。したがってプロイセン草案の理由書の記載は二九八条の誤植と考えられる。Vgl. Hahn-Stegemann, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen Bd. 2 Abt. 12, Aufl. (1881), S. 178. なお二九八条は次のように規定する。
「遺産について行なわれる請求権からの遺産の防御は主として相続人がなし、相続人に対して判決されたことは受遺者も自己の不利に承認しなければならぬ」。
- (95) Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes (1868) (Eingeleitet und neu herausgegeben von Werner Schubert (1985) 249), S. 146. 117で願慮されているフランス民法の規定は、債務者がその債務に対し無限責任を負い、債務者財産は債権者の共同担保となる旨の規定、および債権者代位権の規定である。神戸大学外国法研究会編「仏蘭西民法」(Ⅲ)財産取得編(2)および「仏蘭西民法」(Ⅴ)財産取得編(4)(一九五六復刊・有斐閣)による訳文を次に掲げておく。
一六六条「然レドモ債権者ハ、債務者ノ一身ニ專屬スルモノヲ除キ、其ノ權利及訴権ヲ行使スルコトヲ得」
二〇九二条「債務者ハ其ノ現在及将来ノ総テノ動産不動産ヲ以テ其ノ債務ヲ履行スル義務ヲ負フ」。

二〇九三条「債務者ノ財産ハ其ノ債権者ノ共同担保ヲ成ス。債権者間ニ優先弁済ヲ受ク可キ法律上ノ事由ナキ限り、其ノ価額ハ債権額ノ割合ニ応ジテ之ヲ債権者ニ分配ス」。

したがってここで想定されるのは、債務者の訴訟に債権者が参加する場合と債権者代位訴訟に債務者が参加する場合と考えられる。

(96) Protokolle, aO., S. 151 f. 議事録に引用されている対応規定は次のとおりである。

「しかしながら訴訟の裁判の既判力が補助参加人にも拡張される場合は、補助参加人はその与する当事者の共同訴訟人として扱われる」。

ここで極めて不思議なのは、草案に見られる相手方に対する関係で、という限定が対応規定には付されていないことである。議事録にはこの点をめぐる議論を見出すことができなかった。また、プロイセン草案に従ったということであれば、遺言の効力をめぐる訴訟における受遺者の参加も念頭に置かれているはずであるが、条文の文言がこれとどのように相應するのかも不明と
う他ない。

(97) Protokolle, aO., S. 152.

(98) この点については佐野・前掲注(17)。(二・完)一八九頁以下を参照。

(99) 上述の議論を経て作成された編集者草案 (Redaktions-Entwurf) の段階ですでに、実質的に同内容の条文が起草されている (vgl. Protokolle, aO., S. 460, 461)。なお Schäfer, aO., S. 85 f. は、補助参加についての北ドイツ草案の規定を九一条以下として掲げているが、これは最終草案の成立前に出された委員会草案 (Kommissions-Entwurf) を引用したものと考えられる。委員会草案は、編集者草案と同文である。

(100) Hahn-Siegemann, aO., S. 176.

(101) Hahn-Siegemann, aO., S. 178.

(102) CPO 三六条は体系的に見れば、訴訟係属の効果に関する規定と位置づけられている。したがって判決効の拡張は便宜上 CPO に置かれただけであり、そこで考慮されているのは専ら、係争中の承継人への判決効拡張である。既判力の主観的拡張は実体法の問題との考えを明確に打ち出すならば、この部分は実体法に規定を置くことが考慮されるはずであり、果たして BGB 第一草案一九二条一項には、「確定判決は当事者および訴訟係属の発生後に当事者の権利承継人または当事者のための係争物所持人となった者の有利かつ不利に効力を生じる」との規定が置かれていた。ここには口頭弁論終結後の承継人も含まれる。Vgl. Mügl. dan. Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Bd. I (1899), S. 558. しかし既判力を訴訟法上

のものとする立場が台頭するに従い、この規定は訴訟法に戻された。ZPOにおいては、訴訟係属の効果として当事者恒定主義を定める二六五条と区別して、三二五条に訴訟係属発生後の承継人への既判力拡張が定められている。

(103) 依存関係説は、ZPOの定める係争中の承継人への既判力拡張を異例のことに属するとして、適用範囲から除外しているときがある。鈴木・前掲注(25)、(二)五一四頁以下参照。そもそも当事者恒定主義を前提にして承継人に既判力を拡張するというCPOの態度は、実体的当事者概念を前提として完全な権利を移転する義務のような何らかの実体的地位を前主に想定することを断念するならば、今日行なわれているように訴訟担当の理論を持ち込むものでなければ説明しがたいことであり、この場合をこのように位置づけなければならないのはある意味で当然のことであろう。

(104) Schulze, aO., S. 35.

(105) Schulze, aO., S. 37, 39.

(106) Schulze, aO., S. 39 ff.

(107) 小島・前掲注(15)、九〇八頁注(9)は、追奪訴訟における第三者に対する判決の効力が現代の訴訟理論にいう既判力と異質なものであることを鮮明に示している点にSchulzeの見解の意義があると述べる。しかし、追奪訴訟における第三者に対しては、普通法學説においてすら既判力が拡張されるとはほとんど考えられていなかったものであり、それだからこそ事案類型による参加要件の二分化が行なわれたのである。したがってSchulzeの見解の意義をこの点に求めるのは的外れである。むしろ重要なのは、従来既判力拡張を理由とする補助参加の事例に含められていた事例について参加理由を証明力に求め、制限的既判力の拡張を既判力の拡張と見ない理解を一步前進させたことである。

(108) 鈴木・前掲注(25)、(二)六九頁注(29)、前掲注(7)一三頁以下、井上・前掲注(6)、八〇頁を参照。もともと、証明責任の転換に至らない心理的・社会学的効果としての証明力を参加理由と見ることは、その後も例えばEckert, Die rechtliche Interesse als Interventionsgrund, Festschrift Heide mann (1938), S. 206, 212が主張する。わが国のいわゆる証明効理論がこれらに示唆を受けて主張されたことは周知のとおりである。山木戸・前掲注(7)、二一九頁以下を参照。

(109) 学説史的にはこの間に、Franke, Die Nebenparteien der Deutschen Civilprozessordnung nebst der Rechtskraft Dritten gegenüber (1882)が、補助参加の利益を論じている。彼は、様々な態様の判決効拡張を既判力拡張の下に理解し、これを参加理由の基礎とする点で、既判力概念を拡大しており、学説の傾向からは離れている。ただし彼の作品は、CPO制定直後におけるラント法上、第三者の参加が問題になりうる場合が多数紹介されている。

(110) 鈴木・前掲注(7)、九頁注(4)を参照。

(11) 鈴木正裕「既判力論に対する一考察」中田遼磨(下)(一九七〇)二五頁、四三頁、松本博之「反射的効力論と既判力拡張論」新堂古稀(下)(二〇〇一)三九五頁、四〇九頁以下参照。

(12) Wach, Handbuch des Deutschen Zivilprozessrecht Bd. 1 (1885) S. 615 ff., insbes. S. 621 ff. 彼は「*Tatbestandswirkung*」という用語を用いる。

(13) Wach, aO., S. 617 f.

(14) Wach, aO., S. 621.

(15) Wach, aO., S. 621 ff.

(16) この場合は、普通法上承継関係を基礎として既判力拡張と補助参加が認められる典型例であり、WachもD. 42, 1. 63のローマ法源に言及している。しかしWachはこの法源を補助参加を扱うものとは見ず、承継があつた後に前主の下で係属した訴訟に承継人が現れるのは主参加の問題であるとする。Wach, aO., S. 622 f.

(17) Wach, aO., S. 623 ff.

(18) 倒産法(InnsO)制定前の条文では、KO一四七条一文が対応するが、そこでは判決は全破産債権者に対して(*gegenüber allen Konkursgläubigern*)効力を生じると定められていた。またInnsO一八三条一項では、倒産管財人および全倒産債権者に対して(*gegenüber dem Insolvenzverwalter und allen Insolventgläubigern*)効力を生じるとなっている。

(19) この場合に当事者とならなかった共有者に既判力を拡張する旨の規定は、結局BGBにもZPOにも置かれなかったが、共有者が所有権に基づく請求権を単独で主張しうる旨の規定は、BGB一〇一条に置かれた。同条の解釈論としては、原告となつた共有者は法定訴訟担当者となるが、原告とならなかった共有者には同意がない限り既判力が及ばないとするのが支配的見解のようである。Vgl. Jaernig, BGB 9. Aufl. (1999) § 1011 Rn. 3.

(20) Wach, aO., S. 626.

(21) Wach, aO., S. 626 f. この関連でフロイセン一般ラント法第一章第一四節三二三条の次のような規定が引用されている。

「保証人が、主たる債務者が確定的に給付を命じられるかもしれないものについて保証をしたときは、主たる債務者に対してなされる判決の内容にはや不服を申立てることができない」。

(22) Wach, aO., S. 627 f.

(23) Wach, aO., S. 628.

(24) Wach, aO., S. 629 ff.

(125) Wachの権利保護請求権説については、多くの分析がなされているが、特に山本弘「権利保護の利益概念の研究(二)」法協一〇六巻二号(一九八九)一五七頁、一七五頁以下、海老原明夫「公権としての権利保護請求権」法協一〇八巻一号(一九九一)一頁、三二頁以下を参照した。なお、権利保護請求権説の登場が確認訴訟の導入を契機とするものであったことは、すでに富樫貞夫「権利保護請求権説の形成」熊本法学四号(一九六六)一頁、一三頁以下によって明らかにされているが、山本・前掲論文、一七九頁以下はさらに、権利保護請求権説が、未だ統一的な私法が存在しなかったという状況を背景に、「訴権を私法上私権の属性と捉えることに由来する権利保護のラント法的偏差を克服し……手続的法統一を確保する、という極めて切実な実践的使命を担った」ことを指摘する。これは権利保護形式にラント法からの独自性を確保することが当時の課題であったことを明確に指摘するものであるが、Wachによる参加権の理解を見ると、補助参加の利益についても同様の考慮が払われていたことが分かる。権利保護の利益と補助参加の法的利益が同様の問題を抱えていたことを示すものとして興味深い。

(126) 鈴木・前掲注(7)、一〇頁は、近代に入ってから既判力については、馴合訴訟による無効が認められなくなり、そこに、馴合訴訟による無効に親しむ判決効である反射的効力が登場する基盤があったと述べる。しかし馴合訴訟による無効に親しむ普通法的な制限的既判力の消滅が、この時点でどれほど一般に承認されていたのかは疑問である。むしろ反射的効力理論の登場と制限的既判力の消滅は、同時代的な現象ではないかと思われる。げんにWach自身、遺言相続人と無遺言相続人の訴訟における判決の受遺者に対する効力を「緩和され修正された既判力(abgeschwächte modifizierte Rechtskraftwirkung)」と言ったことができる。Vgl. Wach, a.a.O., S. 627 N. 38. の意味でWachは未だ、普通法的な制限的既判力の拡張を既判力の拡張から完全に除外するには至っていないことになる。

また鈴木・前掲注(25)、(二)六八頁は、Wachの反射的効力理論において既判力との差異として補助参加の問題が入っている点につき、CPOが共同訴訟的補助参加の参加要件として既判力の拡張を取り入れたことで通常の補助参加の参加要件の説明に苦しみ、その対策として既判力とは異なる反射的効力が案出されたのではないかと述べる。しかしまず、既判力拡張は共同訴訟的補助参加の参加要件として取り入れられたものではない。共同訴訟的補助参加も補助参加である以上、参加要件はやはり実体法によって決定される「法的利益」であり、相手方に対する関係で既判力を受けることを、訴訟上の地位および機能を強化して共同訴訟人として扱うための要件とするというのが、立法者の態度である。したがって立法者の理解を前提にする限り、補助参加の要件の説明に苦しむことは考えられない。問題が生じるのは、Wachが立法者の理解を離れて制限的既判力の拡張を既判力拡張から除外したからである。既判力の理解にこのような転換があったからこそ、従来既判力の拡張によって参加理由が説明されてきた事例についての説明をそのまま維持するわけには行かなくなったのである。

- (127) Wach, aO., S. 646 ff. なおいわゆる参加的効力も、一種の法律要件的効力と解されている。
- (128) たとえば遺言の効力をめぐる遺言相続人と無遺言相続人の訴訟では、受遺者の権利の消滅は遺言を無効とする旨の判決から直ちに生じるから、問題は少ない。他方、鈴木・前掲注(7)、一四頁が、反射的効力は実質的に既判力拡張を言うのと異ならないうの理解を前提にして、求償事例の典型である追奪担保義務者の参加要件を反射的効力でもって説明することはできないと指摘するのはそのとおりである。しかし問題はむしろ、反射的効力概念の不明確性であって、それを常に実質的に既判力拡張を言うのと異ならないものと性質づけることは、当を得ないと思われる。この点において、特にわが国の反射的効力理論を批判するものとして、松本・前掲注(11)、四〇六頁以下を参照。
- (129) 以下に本文で紹介するもの他、例えば、Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, I. Bd. (1903), S. 493; Stein, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich, 11. Aufl., Bd. I. (1913), S. 200 ff. がある。Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft (1900), S. 377 ff. も同旨。もつともすでに指摘されているように、彼の既判力理解はかなり異色のものである。
- (130) Weismann, aO., S. 128. なお、補助参加人の訴訟上の地位をめぐる論争の模様については、桜井孝一「従たる当事者」概念の理論的系譜」早稲田法学会誌一三巻(一九六二)三五頁、特に五〇頁以下、井上・前掲注(6)、二二頁以下参照。これらの研究がすでに明らかにしているように、Weismannは訴訟追行権の理論を用い、通常の補助参加人は被参加人の訴訟追行権を自己の名で行使するのに対し、共同訴訟的補助参加人は自己の訴訟追行権を持つとした。これに対し訴訟追行権の理論の創始者であるHeilwigは、補助参加を付従的訴訟担当と見る。もつともこの訴訟追行権の語が用いられるのは、自己の名において訴訟追行するという補助参加人の訴訟上の地位を表現する意味と、訴訟追行上当事者と同様の権能を有するという補助参加人の訴訟上の権能の総体を表現する意味とを有するに止まり、「正当な」当事者としての資格を担保する意味はない。したがって、いわゆる当事者適格と表裏の意味で用いられているわけではない。
- (131) Weismann, aO., S. 128.
- (132) Weismann, aO., S. 130 f.
- (133) Weismann, aO., S. 143.
- (134) Weismann, aO., S. 143.
- (135) Weismann, aO., S. 142.
- (136) Kuttner, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile (1908), S. 154. 標題も示すように、彼はNebenwirkungという用語を用いて、Kuttnerの判決効理論については、木川統一郎「判決の第三者に及ぼす影響(二)」法学新報六五巻一号(一九五八)

・七頁、八頁以下、鈴木・前掲注(25)。(二)七三頁以下、前掲注(7)、三頁以下を参照。

(137) Kuttner, aAO, S. 5, 10.

(138) ただし彼は判決の付随効が発生する場合を、民事判決が既判力も執行力も生じない場合に限定し、また執行力には判決が強制執行の基礎として作用する場合だけでなく直接的形成力として作用する場合をも含めているので(Verf. aAO, S. 4 f.)、執行が初めて第三者の法領域に影響を及ぼす場合を反射的効力の生じる場合から除外する(aAO, S. 154 f.)。したがって反射的効力が生じる場合はWachよりも限定されていることになる。

(139) Kuttner, aAO, S. 155.

(140) Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht 2. Bd. (1907), S. 478. なおHellwigは「System des Deutschen Zivilprozessrecht Bd. I (1912), S. 220 ff.」においても参加理由に言及しているが、叙述はかなり圧縮されている。趣旨において変更がないので、本稿はLehrbuchの叙述に従っている。

(141) Hellwig, aAO, S. 482.

(142) Hellwig, aAO, S. 482 N. 43.

(143) Hellwig, aAO, S. 483 ff.

(144) Hellwig, aAO, S. 483 f.

(145) Hellwig, aAO, S. 484 f.

(146) Hellwig, aAO, S. 485 ff.

(147) Hellwig, aAO, S. 487 ff.

(148) 訴訟進行権の理論は直接には、実体法上の権利主体と主張するのではない者(訴訟担当者)の当事者としての「正当性」を担保するものとして、形式的当事者概念の下では当事者概念自体が担っていた課題に應えるものである。このことは、訴訟進行権という用語が当事者適格と表裏で用いられていることから明らかである。