

訴訟告知に基づく参加的効力論の 再構築 (1)

田 口 翼

- 一 はじめに
 - 二 告知者と被告知者との間の実体関係
 - (一) 議論の前提
 - (二) 議論の契機——仙台高判昭和55年1月28日——
 - (三) 学説の整理と検討

(以上、本号)

 - (四) 告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係という要件についての再構成——「真の債務者」論から導かれる範囲の拡大の可能性——
 - (五) 結 論
 - 三 被告知者側への過大な手続的負担
 - (一) 序 論
 - (二) 問題の所在
 - (三) 新たな要件
 - 四 おわりに
- (以上、145号)

一 はじめに

本稿は、被告知者に対する訴訟告知に基づく参加的効力論について、研究を行うものである。訴訟告知に基づく参加的効力が訴訟告知を受けた者すなわち被告知者に対していかなる要件のもとに及ぶかということは、今に始まった議論ではなく、かつてよりこの点についての研究はなされてきた。そして、従前の研究では、被告知者が補助参加の利益を有するという

ことが、その要件として求められてきた¹⁾。それは、およそ次のような論理に基づく。まず、訴訟告知に基づく参加効力を規律する明文の規定は、民事訴訟法53条4項である。そして、かかる民事訴訟法53条4項は、補助参加に基づく参加効力を規律する民事訴訟法46条の適用を認めている。ここにおいて、補助参加に基づく参加効力が生ずるためには、訴訟に参加することになる第三者が補助参加の利益を有することが必要である(民事訴訟法42条)。したがって、訴訟告知に基づく参加効力が発生するという場面においても、被告告知者が補助参加の利益を有している必要がある。以上の論理に基づき、伝統的な訴訟告知に基づく参加効力論は、被告告知者が補助参加の利益を有するというを、そのような効力が発生するための唯一の要件として設定してきた。もっとも、近時は、かかる要件に加重して、告知者と被告告知者との間の求償関係又は損害賠償関係という実体関係が必要であるという見解が主張されてきている。そして、現在ではむしろ、このように要件を加重すべきであるとの理解が、学説の趨勢を占めつつある²⁾。その意味では、現在においては、訴訟告知に基づく参加効力論は、その大枠については、おおよそ見解の一致がみられるといっ

-
- 1) 兼子一『民事訴訟法』205頁(弘文堂、1972年)。その後、このように、被告告知者が補助参加の利益を有することを、被告告知者に対する訴訟告知に基づく参加効力の要件とする考え方は、現在に至るまで維持されてきている。新堂幸司『新民事訴訟法』831頁(弘文堂、第6版、2019年)、伊藤真『民事訴訟法』733頁(有斐閣、第8版、2023年)、三木浩一ほか『民事訴訟法』579-580頁[菱田雄郷](有斐閣、第4版、2023年)、兼子一ほか『条解 民事訴訟法』279-280頁[新堂幸司=高橋宏志=高田裕成](弘文堂、第2版、2011年)、笠井正俊=越山和広編『新・コンメンタール 民事訴訟法』239頁[堀野出](日本評論社、第2版、2013年)。
 - 2) 新堂幸司「参加効力の拡張と補助参加人の従属性——争点効の主観的範囲に関する試論(その一)——」264-265頁 新堂幸司『訴訟物と争点効 上』(有斐閣、1988年)、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 下』478頁(有斐閣、第2版補訂版、2014年)、伊藤・前掲注1) 700-701頁、兼子ほか・前掲注1) 280頁[新堂幸司=高橋宏志=高田裕成]、笠井=越山編・前掲注1) 239頁[堀野出]。徳田和幸「補助参加と訴訟告知」134頁 徳田和幸『複雑訴訟の基礎理論』(信山社、2008年)も参照。

た状況である³⁾。

しかしながら、私見は、訴訟告知に基づく参加的効力論には、現状、いくつかの克服すべき課題があると考ええる。まず、第一の課題は、告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係という要件の具体的内容、さらに、それを支える理論的根拠を解析することである。上述のとおり、訴訟告知に基づく参加的効力論は、被告知者が補助参加の利益を有するという要件のみならず、告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係という要件も加重すべきであるという方向で、その大枠的な理解については一致をみているといえる。もっとも、その加重すべきであるとされている要件、すなわち告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係という要件の具体的内容については、理解が一致していない。むしろ、この点についての理解は、論者によって多かれ少なかれ差異が生じていると分析することができる⁴⁾。つまり、訴訟告知に基づく参加的効力論は、被告知者が補助参加の利益を有するという要件に加えて、告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係という要件も必要であるという方向で一致しているが、その告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係という要件の具体的内容は、一律に解されているわけではないということである。そして、このように、告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係の具体的内容について、論者によって理解に差異が生じている背景には、それらの理論的根拠についての定説が確立していないということ

3) なお、訴訟告知に基づく参加的効力の要件についての判例の立場は、明らかではない。最判平成14年1月22日判時1776号67頁は、訴訟告知に基づく参加的効力が被告知者に対して及ぶためには、被告知者が補助参加の利益を有していなければならないと判示したが、これは訴訟告知に基づく参加的効力の必要条件であって、十分条件を判断したわけではないからである。田中豊『民事訴訟判例 読み方の基本——The Fundamentals of Judicial Precedents on Civil Procedure』439頁（日本評論社、2017年）参照。

4) 例えば、新堂・前掲注2）264-265頁は、被告知者が告知者に対して求償義務又は損害賠償義務を負うという関係が必要であると主張するのに対して、松本博之「訴訟告知の効果の範囲」9頁 龍谷法学46巻4号（2014年）は、実際にそのような関係があることまでは必要ではなく、告知者がそのような関係があると考えていれば足りると主張する。

があるものと考えられる。実際、告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係が、果たしていかなる理論的根拠によって訴訟告知に基づく参加的効力の要件と位置づけられるかという点については、従来の見解からは明瞭な説明がなされていないのではないかと懸念が既になされている⁵⁾。したがって、訴訟告知に基づく参加的効力論をより精緻なものとするためには、まずは、伝統的に要件として設定されていた、被告知者が補助参加の利益を有するという要件に加えて、新たに要求されるに至っている、告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係という要件について、その具体的内容及びその理論的根拠を解析することが求められる。

続いて、第二の課題として、現状の訴訟手続の運用下では、訴訟告知に基づく参加的効力が被告知者に対して及ぶことについて、被告知者に過大な手続的負担があるということが問題視されており、かかる過大な手続的負担をいかようにかして、解消する必要がある。すなわち、実務上訴訟告知の申出はかなり緩やかに認められていることに起因して、被告知者は、自らが補助参加の利益を有するのかや、訴訟告知に基づく参加的効力が自らに対して及ぶかどうかを自己の危険において判断しなければならず、過大な負担を被っているとの問題が指摘されており⁶⁾、その解決が急務である。さらに、かかる問題に関連して、詳細は後述するとおりであるが、告知者と被告知者との間で認識に相違がある場合についての処理という難題が存在する。かかる難題について現在提唱されている見解は二つ存在するが、これらのいずれも解釈論として致命的な欠点を有している。そのため、この点も含めて、訴訟告知に基づく参加的効力が及ぶことによる被告知者に対する過大な手続的負担について、現在の訴訟告知に基づく参加的効力論は、再考を迫られていると指摘することができる。

このように、訴訟告知に基づく参加的効力をめぐっては、いまだ無視することのできない学理上の問題点及び実務上の問題点が残存している。そ

5) 菱田雄郷「訴訟告知の効力について」351-352頁 高橋宏志古稀『民事訴訟法の理論』(有斐閣、2018年)、内海博俊「訴訟告知により発生する参加的効力について」46頁 東京大学法科大学院ローレビュー1号(2006年)

6) 高橋・前掲注2) 491-493頁

ここで、本稿は、上述した二つの課題を克服することを図り、訴訟告知に基づく参加的効力論について再構築を行うこととする。

二 告知者と被告知者との間の実体関係

(一) 議論の前提

ここでは、本稿の冒頭で提示した二つの課題のうち、一つ目の課題について、検討を行う。一つ目の課題とは、被告知者が補助参加の利益を有することという伝統的な要件に加えて、近時、要件としての設定が主張されている告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係という実体関係について、その具体的内容やそれを正当化する理論的根拠が各論者によって異なるように理解されているということである。もちろん、単に、論者によって理解に相違があるということそれ自体をもって、課題が存在すると指摘することは正当ではない。しかしながら、告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係という概念は、現在存在している各見解による説明では、その理論的根拠や具体的内容をめぐって、訴訟告知に基づく参加的効力の要件として正当に機能しない虞がある。論者によって理解に相違があることの裏返しとして、これから整理するように各見解の間には相互的な批判が存在しているが、このことは、いずれの見解によっても、そのように訴訟告知に基づく参加的効力の要件として正当に機能しない虞があるということの証左ともいえる。そして、実際に、私見は、既存の各見解に対して、果たして本当に訴訟告知に基づく参加的効力の要件として、その具体的内容や理論的根拠が正当であるのかということに関して、極めて懐疑的に解している。そこで、本章では、告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係という要件について、その具体的内容、さらにはその理論的根拠を解析することとする。

本稿の冒頭で述べたとおり、訴訟告知に基づく参加的効力論は、伝統的には、次のように理解をしてきた。まず、訴訟告知に基づく参加的効力を規律する明文の規定は、民事訴訟法53条4項である。そして、かかる民

民事訴訟法53条4項は、補助参加に基づく参加的効力を規律する民事訴訟法46条の適用を認めている。ここにおいて、補助参加に基づく参加的効力が生ずるためには、訴訟に参加することになる第三者が補助参加の利益を有することが必要である（民事訴訟法42項）。したがって、訴訟告知に基づく参加的効力が発生するという場面においても、被告知者が補助参加の利益を有している必要がある。以上のような伝統的な訴訟告知に基づく参加的効力論の理解からしても明らかなおり、訴訟告知に基づく参加的効力の議論は、補助参加に基づく参加的効力の議論を前提としているところがある。もっとも、本稿で研究対象とするのは、訴訟告知に基づく参加的効力であり、補助参加に基づく参加的効力ではないということを、ここで予め明らかにしておく。

補助参加に基づく参加的効力と訴訟告知に基づく参加的効力との関係について、現在の多数説は、次のように解している⁷⁾。すなわち、訴訟告知を受けた第三者が、現実に当該訴訟に補助参加をした場合には、補助参加というかたちで訴訟を進行したことによる結果としての判決効を受けると規律すれば足り、その方が直截である。逆にいえば、訴訟告知を受けた第三者が、現実に当該訴訟に補助参加をしたにもかかわらず、補助参加に基づく参加的効力ではなく、訴訟告知に基づく参加的効力を受けると構成することは法律構成として迂遠であるし、実際に訴訟参加をしている以上、補助参加に基づく参加的効力を受けると解すべきである。このような多数説の理解に対して、訴訟告知を受けた第三者が当該訴訟に参加した場合であっても、補助参加に基づく参加的効力ではなく、依然として訴訟告知に基づく参加的効力が生ずると解する異説もある⁸⁾。このような見解に立てば、被告知者が訴訟に補助参加した場合についても、訴訟告知に基づく参

7) 井上治典「訴訟告知論を考える——仙台高判昭和55年1月28日を手がかりとして——」142頁 井上治典『多数当事者の訴訟』（信山社、1992年）、徳田・前掲注2）140頁、高橋・前掲注2）478-479頁、上田徹一郎＝井上治典編『注釈民事訴訟法(2) 当事者(2)・訴訟費用』297-298頁 [上原敏夫]（有斐閣、1992年）、杉山悦子「訴訟告知と参加的効力」88頁 法学セミナー704号（2013年）

8) 松本博之『証明責任の分配——分配法理の基礎的研究——』304頁（信山社、1996年）

加的効力の発生が導かれることになる。もっとも、私見は、前者の多数説の理由づけの方が説得的であると考えており、かかる多数説に賛成である。そして、いずれにしても本稿では、訴訟告知を受けた者が当該訴訟に参加「しなかった」場合に議論を限定することとする。すなわち、以下では、訴訟告知を受けた訴訟外の第三者が当該訴訟に参加「しなかった」場合に、その第三者に対して当該訴訟の判決効である訴訟告知に基づく参加的効力が及ぶかどうかという場면을議論の対象とすることとする。

(二) 議論の契機——仙台高判昭和55年1月28日——

1 本裁判例の事実関係とその判示内容

既に繰り返し述べているとおり、訴訟告知に基づく参加的効力論は、伝統的には、被告知者が補助参加の利益を有するという要件のみを設定していた。もっとも、現在の訴訟告知に基づく参加的効力論は、このような要件はもちろんのこととして、告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係⁹⁾ という要件を加重すべきであるという方向に舵を切っている。これは、伝統的な理解のように、補助参加の利益を有するという一要件のみによるのでは、訴訟告知に基づく参加的効力が機能する場面において、実際上の不都合が生ずるからである。そして、そのような実際上の不都合を浮き彫りにしたのが、仙台高判昭和55年1月28日¹⁰⁾ である¹¹⁾。その意味で、仙台高判昭和55年1月28日は、訴訟告知に基づく参加的効力の要

9) 求償関係と損害賠償関係については、民事実体法上、その性質論をめぐって種々の議論がなされているところである。本稿では、被告知者に対する訴訟告知に基づく参加的効力の要件を論ずるにあたって、本論ではない民事実体法上の議論を避けるため、都度、「求償関係又は損害賠償関係」と併記することとする。

10) 仙台高判昭和55年1月28日高民集33巻1号1頁

11) 井上治典＝高田裕成「判批」157頁 臨増ジュリスト743号(1981年)は、本裁判例につき、訴訟告知がなされた場合に被告知者に対していかなる拘束力が生ずるのかという、従前あまり論じられてこなかった問題について判示をしたものであると評価したうえで、被告知者が告知者の側ではなく相手方に補助参加をした、希少価値の高い事例についての判断であると評価している。また、佐上善和「判批」228頁 判例タイムズ439号(1981年)も、同旨を述べる。

件について、本格的な議論がなされるに至った契機としての役割を有している。そこで、かかる裁判例について、詳細に整理を行うこととする。まずは、その事実関係と判示内容を確認することとする。

本裁判例の事実関係は、以下のとおりである。Aは、土地甲の所有権を有していた。そして、Aが死亡した後、その相続人であるXは、土地甲の所有権を相続により取得したと考えた。そこで、Xは、本件土地についての所有権移転登記を経由しているCに対して、所有権移転登記手続請求訴訟及び所有権確認訴訟を提起した。もっとも、Cは、Aは生前にBとの間で売買契約を締結して本件土地を売却しており、BもまたCに本件土地を売却しているから、Xの請求は認められないと反論した。その後、本件訴訟の争点は、AB間売買契約の成立、より具体的には、Aの代理人とされるYが本件売買契約の締結に関する代理権を有していたかという点となった。そこで、Xは、Yに対して、後訴において損害賠償請求訴訟を提起することを念頭に置いて、訴訟告知を行った。もっとも、Yは、自らは代理権を有していたと考えて、訴訟告知をしたXではなく、相手方であるYに補助参加をした。このようななかで、前訴は、表見代理によるAB間売買契約の成立を認めて、Xの請求を棄却した。これを受けて、XがYに対して無権代理人の損害賠償請求訴訟を提起したのが、本件である。

本裁判例は、以上の事実関係の下において、次のように判示をした。「訴訟告知の制度は、告知者が被告者に訴訟参加をする機会を与えることにより、被告者との間に告知の効果（民事訴訟法七八条）を取得することを目的とする制度であり、告知者に対し、同人が係属中の訴訟において敗訴した場合には、後日被告者との間に提起される訴訟において同一争点につき別異の認定判断がなされないことを保障するものである。したがって、同法七六条にいう『参加をなしうる第三者』に該当する者であるか否かは、当該第三者の利益を基準として判定されるべきではなく、告知者の主観的利益を基準として判定されるべきである。」「もとより、係属中の訴訟における争点であっても、被告者が当該訴訟に参加してその主張、立証をすることができない法律関係又は事実については、かかる事項についての判決理由中の認定判断の効力を被告者に及ぼすことは衡平に反す

る」。もっとも、「被告知者は必ず告知者のために参加すべき法律上の義務を負うものではなく、被告知者の主観による利害が告知者の主観による利害と反するとき、敢て告知者の相手方たる当事者のために補助参加し、又は民事訴訟法七一条、七三条もしくは七五条による参加をすることによって、自己に有利な主張、立証を尽くすことができるのである。したがって、被告知者は、かような参加が可能であるにもかかわらず参加を怠った場合には、訴訟告知により参加の機会を与えられながらその権利を行使しないことによる不利益を受けても衡平に反するとは言えない」。

2 本裁判例の出現の意義

このように、本裁判例は、被告知者が、訴訟告知をした告知者の側ではなく、その相手方当事者の側に補助参加をしたという点で、従前の裁判例と比較して高い希少性を有する事実関係であった¹²⁾。そのような事実関係の下において、本裁判例は、被告知者は、告知者と当該争点について争うことができたはずであり、それゆえに、告知者と利害が対立したとしても、訴訟告知の効力を及ぼしてよいという論理を採った¹³⁾。そして、このような論理を採る前提として、訴訟告知制度は告知者のための制度であるという前提を採用した。

もっとも、このような一連の論理や帰結は、学説から極めて強い批判を受けた¹⁴⁾。本裁判例によれば、訴訟告知制度は告知者のためのものであり、告知者が被告知者に対して訴訟告知に基づく参加的効力を及ぼすための手段であるということになる。しかしながら、このように理解するときには、訴訟に参加してすらいない被告知者の手続保障がまったく不十分であると

12) 井上=高田・前掲注11) 157頁。佐上・前掲注11) 228頁 参照。

13) なお、本件は、告知者が相手方当事者の側に補助参加をしたという事案であり、訴訟告知に基づく参加的効力ではなく、補助参加に基づく参加的効力が生ずるという論理もあり得たが、判示内容からして、訴訟告知に基づく参加的効力の筋を論じたものとみられている。井上=高田・前掲注11) 157頁。

14) 井上=高田・前掲注11) 157-159頁、伊藤眞「判批」255頁 新堂幸司=青山善允編『民事訴訟法判例百選』(有斐閣、第2版、1982年)、佐上・前掲注11) 229頁などがある。

いう批判である。このような学界からの強い批判もあり、本裁判例の後に出現した東京高判昭和60年6月25日¹⁵⁾では、手続保障を重視する立場と親和的な判断がなされるに至っている¹⁶⁾。

しかしながら、いずれにしてもここで重要であるのは、被告知者に対する手続保障を軽視するような本裁判例が出現したことによって、被告知者に対する手続保障を十分なものとしなければならないという方向に、議論が動き始めたということである。本裁判例は、告知者と被告知者との利害関係が対立しているという事実関係における特殊性を有していた。しかも、そのような事実関係の下において、本裁判例は、訴訟告知制度は告知者のための制度であるということを明示的に述べた。このような本裁判例が出現したことにより、訴訟告知に基づく参加的効力論は、その後の本格的な議論の深化をみることとなる。

(三) 学説の整理と検討

1 学説状況の概論

(1) 兼子説の位置付け

訴訟告知に基づく参加的効力が被告知者に対して及ぶためにはいかなる要件がなければならないかという点に関して、かつて、被告知者が補助参加の利益を有することという要件がなければならないとする兼子教授の見解があった¹⁷⁾。これに対して、現在の学説は、被告知者が補助参加の利益を有するという要件のみならず、何らかのかたちで、告知者と被告知者との間に求償関係又は損害賠償関係という要件を加重すべきであると解している。もちろん、本稿の冒頭でも既に言及したとおり、告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係という要件の具体的内容や理論的根拠

15) 東京高判昭和60年6月25日判時1160号93頁

16) 田中豊「判批」381頁 新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選Ⅱ』（有斐閣、新法対応補正版、1998年）、佐野裕志「判批」122頁 臨増ジュリスト862号（1986年）。なお、高橋・前掲注2）487頁は、かかる東京高判の出現によって、「仙台高裁の判例は否定されたと見てよい」と分析する。

17) 兼子・前掲注1）205頁

については、各論者によってばらつきがある。もっとも、それらの各見解も、大枠として、被告知者が補助参加の利益を有するという要件のみならず、告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係という要件を加重すべきであるという方向性であるという点では一致している。このようにみると、現在の学説は、兼子教授の見解とは異なっているとも思われる。

しかしながら、兼子教授の見解を分析すると、兼子教授は、告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係という要件を積極的に排除していたわけではないことがうかがわれる¹⁸⁾。実際、先述のとおり、訴訟告知に基づく参加的効力論が深化する契機となったのは仙台高判昭和55年1月28日であったが、訴訟告知に基づく参加的効力の要件として告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係を加重すべきであるということ論じた文献のほとんどは、かかる裁判例の出現後のものである。そのため、被告知者に対する訴訟告知に基づく参加的効力の要件について、被告知者が補助参加の利益を有することが必要であると論じた兼子教授の見解を、告知者・被告知者間の求償関係又は損害賠償関係も加重されるべきであると論ずる現在の学説と対立する見解であると整理することは、正当ではない。従来は、兼子教授の見解と現在の多数説とを異なるものとして扱われてきたところもあるが、私見は、兼子説に関してこのように整理を行うことは正確ではないと解する。

(2) 裁判例出現後の学説

(a) 整理の方針

さて、上記の仙台高判昭和55年1月28日の出現後の文献は、基本的には、被告知者が補助参加の利益を有することという要件に加重して、何らかのかたちで、告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係が必要であると説く。もっとも、現状、告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係という要件の具体的内容は、必ずしも一様ではなく、むしろ論者によってばらつきがみられる。そして、そのように要件の具体的内容に差異がみられる背景には、かかる要件を正当化するための理論的根拠

18) 兼子・前掲注1) 205頁

について、論者によって理解に差異があるという事情があるものと考えられる。すなわち、告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係を訴訟告知に基づく参加的効力の要件として設定するための理論的根拠が、現状いまひとつ確立されていないということである。より正確に言えば、各論者によって種々の理論的根拠が説かれているものの、そのいずれも、完全な納得性を有しているとはいえないということである。

このような状況下においては、ただ単に結論の同じ学説を一括りにして整理しても、その結論を裏付ける理論的根拠が異なっているのであるから、これらを雑多な集合体として包括することになる。そうすると、学説の適切な整理にならないどころか、かえって有害な整理となりかねない。そこで、以下では、同一の結論を主張する見解であっても、その理論的根拠が異なっているのであれば、別の見解と位置づけて、その整理と検討を行うこととする。

(b) 整理の全体像

ただ、このように各種の見解を結論の次元ではなく、理論的根拠の次元で分置すると、見解の総数が多くなり、いたずらに横並びに羅列した感を招来する虞がある。そのため、便宜のために、ここで予め諸見解の整理についての全体像を述べることとする。

まず、これから整理及び検討を行う見解は、全部で六つ存在する。佐野裕志教授の見解、新堂幸司教授の見解、菱田雄郷教授の見解、松本博之教授の見解、間淵清史教授の見解、私の指導教授である三木浩一教授の見解の六つである。そして、このうち、佐野説、新堂説、菱田説は、その理論的根拠は異なるが、告知者と被告知者との間に、客観的な求償関係又は損害賠償関係がなければならぬと解する立場である。ここでいう「客観的」とは、民事訴訟法学上用いられている既判力の「客観的」範囲や請求の「客観的」併合の意味における「客観的」ではなく¹⁹⁾、第三者の立場で

19) なお、三木ほか・前掲注1) v-vi 頁 [三木浩一] は、「わが国の民事訴訟法学で伝統的に用いられてきた『客観的範囲』、『主観的範囲』、あるいは、『客観的併合』、『主観的併合』という言葉は、本来は、『客体的範囲』、『主体的範囲』、『客体的併合』、『主体的併合』とすべきものが戦前に誤訳され、遺憾ながらも誰

物事を見たり考えたりするという、日本語本来の字義どおりの意味における「客観的」である²⁰⁾。このように、告知者と被告知者との間に、客観的な求償関係又は損害賠償関係が必要であるとする点で、佐野説、新堂説、菱田説は共通する。

これに対して、松本説は、このような告知者と被告知者との間の客観的な求償関係又は損害賠償関係は不要であり、告知者が、その内心において、告知者と被告知者との間に求償関係又は損害賠償関係があると考えていれば足りるとする。すなわち、これもまた民事訴訟法学上用いられている「主観的」範囲や請求の「主観的」併合の意味とは異なるが、松本説は、ある者の立場で物事を見たり考えたりするという、日本語本来の字義どおりの意味における「主観的」な、告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係が必要であると説いている。そして、それは、告知者の「主観」だということである。

他方で、間瀬説は、これらの佐野説、新堂説、菱田説や、松本説ともやや異なる立論を採っており、別異に検討する必要がある。そのため、間瀬説については、項を改めて、整理と検討を行うこととする。

そして、最後に、三木説は、これらの諸見解が民事手続法上の理論的根拠を用いているのに対して、徹頭徹尾民事実体法に純化した説明の仕方をしている。そのため、三木説についても、他の見解と区別して整理及び検討を行うこととする。

2 佐野説

(1) 内容

佐野説は、まず、結論として、訴訟告知に基づく参加的効力の要件としては、被告知者が補助参加の利益を有するという要件のみならず、告知者と被告知者との間に求償関係又は損害賠償関係があることが必要であると

からも修正されることなく、今日にまで伝わっているものである」と述べる。

20) 先に掲げた仙台高判昭和55年1月28日高民集33卷1号1頁も、このような意味で、「主観」という用語法を使っている。

説く²¹⁾。そして、このような結論を導く佐野説の理論的根拠は、以下のとおりである²²⁾。すなわち、被告知者は、民事実体法上の関係について熟知しており、かつ、告知者を勝訴させることに成功すれば告知者との間で生じ得る後訴を回避することが可能であるから、告知者に対して協力を期待される立場にある。そのため、被告知者は、訴訟告知を受けながら、当該訴訟に参加しなかった以上、後訴において前訴の結果を争うことは衡平の観点に照らして許されない。以上が、佐野説の骨子である。

さらに詳述すると、佐野教授は、訴訟告知制度は、かつては追奪事例を対象として利用されていたが、歴史的にその対象範囲が広がり、現在に至るまでの間に求償事例にも利用されるようになったと述べる²³⁾。そして、歴史的に追奪事例に端を発した訴訟告知制度がこのように求償事例にまで拡大されてきた根拠を、「訴訟告知により被告知者…へ援助…を要請することが告知者・被告知者間の実体関係から見て正当と評価できること」、及び、「被告知者が参加して告知者側勝訴となることが被告知者の利益にもなること」の二つにあると分析する²⁴⁾。また、佐野教授は、ローマ法からドイツ法を経て、旧旧民事訴訟法、旧民事訴訟法、現行民事訴訟法に至るまでの訴訟告知制度の歴史的経緯を解析しているところ、ローマ法からドイツ法へと訴訟告知制度が継受されていくなかで、「防御義務は生じないにもかかわらず、追奪訴訟における買主から売主への訴訟告知が必要とされるのは、追奪について重要な買主への占有移転前の事情については売主が承知しており、追奪後に担保請求が迫ってくる売主へ通知し買主への援助要請をなして買主勝訴となれば売主にも利益になるから、と説明されるようになった」と分析している²⁵⁾。そして、続けて、「①より良い防御

21) 佐野裕志「第三者に対する訴訟の告知」282-283頁 新堂幸司ほか編『講座民事訴訟3 当事者』（弘文堂、1984年）

22) 佐野裕志「補助参加と訴訟告知の効力」142頁 三ヶ月章＝青山善允編『民事訴訟法の争点』（有斐閣、新版、1988年）

23) 佐野裕志「訴訟告知の制度的意義（目的）——適用範囲と効力の及ぶ局面」23-24頁 専修ロージャーナル18号（2022年）

24) 佐野・前掲注23）24頁

25) 佐野・前掲注23）7頁

方法を有しているとの蓋然性を理由とする買主から売主への援助要請、そして②援助による買主勝訴による売主の利益保護の二点から訴訟告知がなされる」と述べる²⁶⁾。

つまり、以上から、佐野説は、被告知者は、①告知者よりも民事実体法上の関係について充実した情報を有してその関係を熟知しており、かつ、②告知者を勝訴させることに成功すれば告知者から後訴を提起される危険も回避することができて被告知者自身にとっても利益となるため、告知者に対して協力をする関係に立ち、それにもかかわらず訴訟に参加しなかった被告知者は、衡平上の観点から、訴訟告知に基づく参加的効力を受けると解していると整理される。

(2) 検討

(a) 批判その一——①の理由づけの不当性——

しかしながら、このような佐野説の立論には、いくつかの重大な問題点が存在すると考える。既に指摘がなされているところではあるが、民事実体法上の関係について熟知しているということから、訴訟に参加してすらいなかった被告知者に対して参加的効力を及ぼすということは、参加的効力の有する強力な制裁的機能を考慮すると、その理由づけとして、質的に不十分である²⁷⁾。すなわち、何故、告知者・被告知者間の民事実体法上の関係について被告知者が告知者よりも熟知していると、後訴で前訴の敗訴原因について一切争うことができなくなるという強力な手続的効力が肯定されるかについて、説明が不十分である。そもそも、情報の保有が手続的効力の発生を導出するというのは、決して論理必然的なものではない。

また、佐野説は、被告知者が告知者よりも実体法上の関係について熟知しているということを前提とするが、そもそも被告知者が自らの置かれている実体法上の関係について熟知していないこともあり、このことは、告

26) 佐野・前掲注23) 7頁

27) 菱田・前掲注5) 365頁は、「実体関係を熟知しているというのみで、参加的効力という強力な制裁を背後に持つ規範的要求を導出することは困難であると思われる」と述べる。

知者の認識と被告知者の認識とが異なる場合という論点²⁸⁾が存在することからも明らかである。このように、①の理由づけは、そもそもこの前提自体が常に成立するものではないうえに、そこから被告知者に対する規範的要求を導くこと自体が、理論的根拠として質的に不十分であり、問題がある。

(b) 批判その二——②の理由づけの不当性——

次に、佐野説の挙げる②の理由づけについて検討する。佐野説は、被告知者が告知者を勝訴させることに成功すれば告知者から後訴を提起される危険も回避することができて、被告知者自身にとっても利益となることを、被告知者に対して訴訟告知に基づく参加的効力が及ぶことのもう一つの理由づけとする。しかしながら、そもそも、大前提として、被告知者は、当該訴訟で告知者側に参加するかどうかについての自由を有している²⁹⁾。そのため、被告知者が訴訟に参加する機会を利用しないこともまた自由であり、訴訟に参加しなかったからといって手続的効力が及ぶということになれば、被告知者としては参加せざるを得ない方向に訴訟方針を制限される格好となり、訴訟に参加しない自由が萎縮的に制限されることとなる。

また、仮に、被告知者が有する訴訟に参加しない自由がそのような内在的制約を含むものであるとしても、訴訟参加の機会を利用しなかったからといって参加的効力を及ぼすというかたちで制裁を課すことは、被告知者の手続的保障の観点からは、理論的根拠として不十分であるといわざるを得ない³⁰⁾。

(c) 批判その三——協力関係という概念の不当性——

さらに、佐野説は、告知者と被告知者とが協力関係にあるということを、

28) 被告知者が、告知者の考えているような民事実体法上の関係は存在していないと考えていたものの、実際にはそのような関係が存在するということが前訴判決において示された場合に、そのような前訴判決の参加的効力が被告知者に対して及ぶかという論点である。新堂幸司ほか『演習 民事訴訟法2』326-330頁 [井上治典] (有斐閣、1985年)、高橋・前掲注2) 491-493頁、三木ほか・前掲注1) 580-581頁 [菱田雄郷] において指摘されている。なお、かかる論点については、第三章において詳細に取り上げる。

29) 河野正憲「訴訟告知と参加的効力」80頁 Law School 49号 (1982年)

30) 菱田・前掲注5) 361頁

被告告知者に対する訴訟告知に基づく参加的効力の基礎に据えている。もっとも、このような佐野説の理解にも疑問がある。そもそも、訴訟告知に基づく参加的効力は、補助参加に基づく参加的効力を念頭に置いて議論が進められてきたが、この両者の間には、無視することができない隔絶が存在する。

議論の前提として、先述のとおり³¹⁾、現在の多数説は、訴訟告知を受けた第三者が当該訴訟に補助参加をした場合には、自らが補助参加人として訴訟を進行した結果として生ずる判決効を受けると構成すべきであり、訴訟告知に基づく参加的効力ではなく、補助参加に基づく参加的効力が生ずると解している³²⁾。そして、かかる多数説の理解によれば、補助参加に基づく参加的効力が補助参加人に及ぶ場面というのは、補助参加人が実際に訴訟に参加することにより、前訴において、被参加人と補助参加人との間に、文字どおり、協力関係が作出されている。これに対して、訴訟告知に基づく参加的効力が被告告知者に対して及ぶ場面というのは、被告告知者は訴訟に参加していないのであるから、前訴において協力関係が作出されたとは到底認められない。つまり、訴訟告知に基づく参加的効力が被告告知者に対して及ぶという場面においては、被告告知者は当該訴訟に補助参加をしているわけではない以上、そこで共同戦線が形成されたというわけではない。したがって、補助参加に基づく参加的効力が補助参加人に対して及ぶことを説明する際に用いられている、被参加人と補助参加人との間の協力関係という概念は、訴訟告知に基づく参加的効力が被告告知者に対して及ぶことを説明するために用いることはできない。伝統的に、訴訟告知に基づく参加的効力が被告告知者に対して及ぶことを説明するにあたって、告知者と被告告知者との間の協力関係という概念が用いられてきた³³⁾が、このような概念

31) 詳細については、「二告知者と被告告知者との間の実体関係 (→)議論の前提」を参照されたい。

32) 井上・前掲注7) 142頁、徳田・前掲注2) 140頁、高橋・前掲注2) 478-479頁、上田＝井上編・前掲注7) 297-298頁 [上原敏夫]、杉山・前掲注7) 88頁

33) 佐野説も告知者・被告告知者間の協力関係という概念を説明原理に用いてい

は、訴訟告知に基づく参加的効力論においては、採用することが不可能であると解する。

付言すると、告知者が訴訟告知をした場合においても、当該告知者は被告告知者に対して補助参加をしてもらうことを期待しており、被告告知者はいつでも補助参加をして告知者と共同戦線を形成することができるから、潜在的な意味における協力関係は作出されている、したがって、協力関係という概念を被告告知者に対する訴訟告知に基づく参加的効力の説明のための概念として用いることができるというようにも考えられ得る。しかしながら、このような立論は、誤りである。告知者が訴訟告知をする動機ないし目的は、被告告知者に補助参加を期待するということだけではない。もちろん、訴訟資料の収集や充足の目的で訴訟告知をすることもあるが、被告告知者に対して訴訟告知に基づく参加的効力を及ぼすためになされることもあるし、そもそも明確な目的や動機がなく訴訟告知がなされるケースも確認されている³⁴⁾。また、被告告知者は、訴訟告知を受ければ常に補助参加をするというわけでもなく、共同訴訟参加をすることや独立当事者参加をすることも認められている³⁵⁾。そして、特に独立当事者参加の場合については、仮に被告告知者が訴訟に参加したからといって、告知者との間に共同戦線が形成されることはないということは明らかである。このように独立当事者参加をする可能性がある被告告知者であるから、この者と告知者との間に潜在的な協力関係があるということは、不当である。したがって、訴訟告知がなされた時点では、告知者と被告告知者とが被参加人と補助参加人のような協力関係を築くかどうかは不明確であり、その後このような協力関係を築く潜在性があるから訴訟告知に基づく参加的効力が被告告知者に対しても及ぶと断定することには、論理的飛躍がある。

このように、補助参加に基づく参加的効力の場面でも、訴訟告知に基づ

るが、後述のとおり、新堂説や菱田説もかかる協力関係という概念を自説の説明原理に採用している。

34) 中本敏嗣「訴訟告知に関する諸問題」406-410頁 藤原弘道ほか編『民事判例実務研究 第5巻』405頁 (判例タイムズ社、1989年)

35) 高橋・前掲注2) 477頁

く参加的効力の場面でも、後訴においては被参加人と補助参加人／告知者と被告者が争う可能性があることは共通する。しかしながら、補助参加に基づく参加的効力と訴訟告知に基づく参加的効力とでは、前訴において実際に共同戦線が形成されて協力関係が作出されたか否かがまったく異なる。つまり、訴訟告知に基づく参加的効力を説明するために、共同して前訴を進行した地位による敗訴責任の分担という概念は、採用し得ない。要するに、訴訟告知に基づく参加的効力論としては、補助参加に基づく参加的効力論とは異なって、告知者と被告者との間の協力関係を前提とすることはできないということである。

以上から、私見は、佐野説を採用することはできないと解する。

3 新堂説

(1) 内容

新堂説は、「告知者に対して求償義務ないし賠償義務を負う関係にある被告者は、その不参加によって、求償請求権・賠償請求権の原因に関し、告知者との間で裁判を受ける権利をあらかじめ放棄し、告知者の受ける判決に従うことを告知者に対して黙示に約束したものとみることができよう。そしてそこに訴訟告知のみによって参加的効力の生ずる根拠を求めることができると思われる。」と主張する³⁶⁾。そして、続けて、「その効力は、告知者と被告者間の公平を図るという原理に根ざしてはいるが、…協力について実体法的な意味での正当な期待をもつ被告者に対する関係でのみ生ずべきものと考えられる」と述べる³⁷⁾。つまり、新堂説によれば、被告者は、告知者に対して民事実体法上の求償義務又は損害賠償義務を負っている場合には、民事実体法上、告知者に対して協力することが期待されるのであり、告知を受けた当該訴訟に参加しないことをもって、告知者との間で裁判を受ける権利を放棄したものとみることができ、それゆえに、被告者に対する強力な手続的効力である参加的効力が訴訟告知のみに

36) 新堂・前掲注2) 265頁

37) 新堂・前掲注2) 265頁

よって及ぶということである。

新堂教授は、以上の説明の具体例として、保証事例を挙げて、詳細に議論を展開している。すなわち、「保証債務は主債務の存在を前提とし、主たる債務者は、債権者に弁済した保証人に求償義務を負うという両者の実体的関係から、主債務の主体たる主債務者（正確には、主債務者とみられる者）は、保証人が訴えられた訴訟においても、もしも主債務が存在しないのならば、保証人に協力して、その訴訟の主要な争点である主債務の存在を争って、保証人として訴えられた者を債権者の訴えから救出してやるべきであるし、保証人の方としても主債務者のそのような協力を期待するのが当然であろう。」と説く³⁸⁾。そして、続けて、「主債務者とされている者が訴訟告知を受けて補助参加できる状態にありながら、実際には参加して保証人を助けようとしない場合には、主債務者はその訴訟の勝目を疑い、保証人に一切まかせてその訴訟の結果には従うとの意思表示を黙示にしたものとみても不当ではない」とする³⁹⁾。

すなわち、先の一般論とここでの具体例とを併せれば、主債務者は、民事実体法上保証人に対して求償義務を負っており、ここから、民事実体法上保証人に対して協力することが期待される (①)。そのため、保証人が訴えられた場合には、主債務者は、保証人を債権者による訴えから救出するという内容の協力義務が導かれる (②)。それにもかかわらず、主債務者が保証人による訴訟告知に応じることなく、保証人を債権者による訴えから救出するかたちで協力義務を果たさない場合には、もはや一切の訴訟の結果を保証人に任せて、裁判を受ける権利を黙示的に放棄したと認められる (③)。それゆえに、保証人が債権者から訴えられて主債務者に対して訴訟告知をした場合において、主債務者が補助参加をしなかったときは、主債務者に対して訴訟告知に基づく参加的効力が及ぶということである⁴⁰⁾。

38) 新堂・前掲注2) 264頁

39) 新堂・前掲注2) 264-265頁

40) 菱田・前掲注5) 361頁も参照。

(2) 検 討

(a) 批判その一——論理①の不当性——

しかしながら、このような新堂説の立論には、いくつかの重大な問題点があると考えられる。第一に、既に指摘されているところであるが、そもそも、被告告知者が告知者に対して民事実体法上求償義務又は損害賠償義務を負っている場合に、何故、被告告知者が告知者に対して民事実体法上協力することが期待されるかが明らかでないということである⁴¹⁾。さらに掘り下げて検討すると、特に、損害賠償義務を負っている者についていえば、かかる者は、字義どおり、債権者に対して損害を賠償しなければならない(民法415条1項本文、709条)。もっとも、その賠償の内容は、あくまでも生じた損害を金銭に見積もって支払うということである⁴²⁾。そして、損害賠償義務者がそれよりも何かしら質的又は量的に多くの賠償をすることは予定されていない。

(b) 批判その二——論理②の不当性——

第二に、仮にこのような民事実体法上の協力義務(保護義務)が導かれたとしても、そこから民事手続法上の義務である告知者を相手方による訴えから救出するという内容の協力義務が導出されるとする論理にもまた問題がある。すなわち、民事実体法上の権利義務は、あくまでも民事実体法上の法律関係をその内容としているのであり、その法的性質上、民事訴訟法上の義務を内容としているわけではない。菱田教授が、「実体上の保護義務違反から訴訟法上の効果が生じるというのは理論構成として無理があ」と指摘する⁴³⁾ 所以である。

(c) 批判その三——論理③の不当性——

第三に、新堂説は、告知者を相手方による訴えから救出するという協力義務を果たさない場合には、もはや一切の訴訟の成り行きを告知者に任せて、裁判を受ける権利を黙示的に放棄したと認められると主張する。しか

41) 菱田・前掲注5) 361頁

42) 中田裕康『債権総論』170頁(岩波書店、第4版、2020年)

43) 菱田・前掲注5) 369頁 脚注41

しながら、日本国憲法において個人の基本的人権の保障を確保し、法の支配を実現するにあたって不可欠の前提となる重要な権利である⁴⁴⁾裁判を受ける権利を、前訴に参加しないことのみで、後訴においても「放棄」したと構成することは、裁判を受ける権利の重要性に鑑みて、重大な問題であるといわざるを得ない。また、先述したとおり、被告知者が訴訟に参加するかどうかは、元来自由であると解されている⁴⁵⁾。それにもかかわらず、被告知者は訴訟に参加しない場合には裁判を受ける権利を黙示的に放棄したと立論するのは、参加的効力が判決理由中の判断にまで及ぶということを考慮すると、被告知者が後訴において受ける制裁的効果があまりに大きいといえる。その意味で、新堂説の立論によるのでは、被告知者が訴訟に参加しないという判断をさせない方向に強制する働きを否定し得ず、萎縮効果により、被告知者が訴訟に参加するかどうかを選択する自由を侵害して、上記自由が貫徹されないことを導きかねない。したがって、新堂説のこのような立論にもまた、重大な問題が看取される。

(d) 批判その四 —— 協力関係という概念の不当性 ——

第四に、新堂説も告知者・被告知者間の協力関係という概念を前提としている。もっとも、先に佐野説に対する批判を述べた箇所でも論じたとおり、このような協力関係という概念を前提とした立論は、訴訟告知に基づく参加的効力論においては誤りである。

よって、以上から、私見は、新堂説も採用することはできないと解する。

4 菱田説

(1) 内容

菱田説は、以上の佐野説と新堂説を比較して検討するなかで、そのどちらが良いかという議論から自説を展開する。菱田教授は、まず、佐野説について、「被告知者が、告知者を勝訴させれば後訴を免れ得るとするのは、その機会を利用しなかったことに対して制裁を課す根拠としては十分では

44) 芦部信喜『憲法』280頁(岩波書店、第8版、2023年)

45) 河野・前掲注29) 80頁

ない」⁴⁶⁾として、佐野説の二つの理由づけのうちの一つを批判する。そのうえで、「実体関係を熟知しているというのみで、参加的効力という強力な制裁を背後に持つ規範的要求を導出することは困難であると思われる」⁴⁷⁾として、佐野説の二つの理由づけのうちのもう一つをも批判する。そして、新堂説と佐野説とを比較すれば、新堂説の方が、相対的には受け入れやすいものであると述べる⁴⁸⁾。このようにして、菱田説は、新堂説を起点とすることを明らかにする。

もっとも、新堂説は、先にみたとおり、「告知者に対して求償義務ないし賠償義務を負う関係にある被告者は、その不参加によって、求償請求権・賠償請求権の原因に関し、告知者との間で裁判を受ける権利をあらかじめ放棄し、告知者の受ける判決に従うことを告知者に対して黙示に約束したものとみることができよう。そしてそこに訴訟告知のみによって参加的効力の生ずる根拠を求めることができると思われる。」と述べていた⁴⁹⁾。換言すれば、新堂説は、被告者が告知者に対して求償義務又は損害賠償義務を負う場合一般を、訴訟告知に基づく参加的効力の適用範囲に含めていた。これに対して、菱田説は、求償義務又は損害賠償義務を負う者は民事実体法上の協力義務⁵⁰⁾を負うという新堂説の理解を前提としつつも、その協力義務が発生する場面について限定をかける。すなわち、菱田説は、「告知者の敗訴を機縁として、告知者と被告者の間に求償・賠償関係が生じる場合というのは広すぎる。この定式だと、例えば、無委託の保証人から訴訟告知を受けた主債務者についても実体法上の保護義務が肯定され得るが、ここまで広げる必要性も許容性も疑わしいように思われるからである。」とする。

46) 菱田・前掲注5) 361頁

47) 菱田・前掲注5) 365頁

48) 菱田・前掲注5) 366頁

49) 新堂・前掲注2) 265頁

50) 菱田・前掲注5) 366頁は、かかる民事実体法上の協力義務のことを「保護義務」と整理しているが、新堂説自体は「協力」という文言を用いているため、ここでは、「協力義務」との用語法で表記する。

以上のとおり、菱田説は、新堂説と同様の出発点に立ちつつも、被告知者が告知者に対して民事実体法上の求償義務又は損害賠償義務を負う場合一般に訴訟告知に基づく参加的効力を受けるとは解さず、無委託保証の場合など⁵¹⁾には、被告知者は、訴訟告知に基づく参加的効力を受けないと解する。

(2) 検討

(a) 批判その一——実体法上の議論から手続法上の議論への飛躍——

以上のような菱田説にも、重大な問題が看取される。まず、菱田説は、「実体法上の保護義務という表現を、比喩としてではなく、文字どおりに受け止めた上で、被告知者が告知者に協力すべき地位にあることが、両者の間の契約解釈上、または、両者の法律関係を基礎づける法律解釈上、積極的に根拠づけられる必要があるとするのが適当であると考える」と述べており⁵²⁾、求償義務又は損害賠償義務を負っているからといって直ちに保護義務を負うわけではないとしている点で、新堂説に対する上記の批判のうちの第一の批判⁵³⁾を免れることもできるといえなくもない。しかしながら、被告知者が実体法上の保護義務を負う場合であるからといって、何故、訴訟に参加して告知者を相手方による訴えから救出するという訴訟法上の協力義務が導出されるかが明らかでないという、新堂説に対する第二の内在的批判⁵⁴⁾を免れることはできない。

この点、菱田説は、「実体上の保護義務違反から訴訟法上の効果が生じ

51) 菱田・前掲注5) 366頁は、被告知者が告知者に対して民事実体法上の求償義務又は損害賠償義務を負う場合のうち、具体的にどのような場面で被告知者に対する訴訟告知に基づく参加的効力が認められるかについて、「十分な検討は本稿ではなし得ない」と述べる。そのため、明示的に具体例として挙げられている無委託保証を除き、詳細は不明であるため、本文では、「など」と記載している。

52) 菱田・前掲注5) 366頁

53) 詳細については、「二告知者と被告知者との間の実体関係 (三)学説の整理と検討 3 新堂説 (2)検討 (a)批判その一」を参照されたい。

54) 詳細については、「二告知者と被告知者との間の実体関係 (三)学説の整理と検討 3 新堂説 (2)検討 (b)批判その二」を参照されたい。

るというのは理論構成として無理があり、ここで参加効力をもたらすのはやはり訴訟法上の規範的要求に即した行動をとらなかったことといわざるを得ない。本文で述べたのは、実体上の保護義務に裏打ちされた訴訟法上の規範的要求だからこそ、参加効力のような強力な制裁が正当化される、ということである。」と主張する⁵⁵⁾。私見も、実体法上の議論から訴訟法上の効果が生じないという点については、賛成である。しかしながら、何故、実体法上の保護義務に訴訟法上の規範的要求が「裏打ち」されるかについての理論的説明が求められているのであるから、これでは説明となっておらず、トートロジーであるにすぎない。したがって、菱田説に対しても、新堂説に対する上記の法的性質論に関する批判が同様に妥当する。

(b) 批判その二——協力関係という概念の不当性——

また、菱田説も、保護義務という表現を用いてはいるものの、新堂説にいわゆるところの告知者・被告者間の協力関係という概念を前提としている。もっとも、先に佐野説や新堂説に対する批判を述べた箇所でも論じたとおり、このような協力関係という概念を前提とした立論は、訴訟告知に基づく参加効力論においては誤りである。

よって、以上から、私見は、菱田説も採用することはできないと解する。

5 松本説

(1) 内容

(a) 補助参加に基づく参加効力と訴訟告知に基づく参加効力との関係

上述のとおり、佐野説、新堂説、菱田説は、告知者と被告者との間には客観的な求償関係又は損害賠償関係がなければならないという結論を採用していた点で、その理論的根拠については異なる見解であったものの、共通項を有していた。これに対して、松本説は、このような佐野説、新堂説、菱田説の採用する結論それ自体に対しても、徹底的な批判を行っている⁵⁶⁾。すなわち、松本説は、佐野説、新堂説、菱田説が採用する、告知者

55) 菱田・前掲注5) 369頁 脚注41

56) なお、内海博俊教授は、松本説に親和的な姿勢をとる(内海・前掲注5) 47頁)。

と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係は第三者からみて客観的に存在するものでなければならないという結論に対して、徹底的な批判を行っている。以下では、その具体的な批判の内容についての整理に入るが、その前に、松本説は補助参加に基づく参加的効力と訴訟告知に基づく参加的効力との峻別について多数説と異なる見解に立っており、このことを先に確認しておくこととする。

本章の冒頭で先述したとおり、現在の多数説は、訴訟告知を受けた第三者が当該訴訟に補助参加をした場合には、自らが補助参加人として訴訟を進行した結果として生ずる判決効を受けると構成すべきであり、訴訟告知に基づく参加的効力ではなく、補助参加に基づく参加的効力が生ずると解している⁵⁷⁾。これに対して、松本説は、訴訟告知を受けた第三者が当該訴訟に参加した場合であっても、補助参加に基づく参加的効力ではなく、依然として訴訟告知に基づく参加的効力が生ずると解する⁵⁸⁾。もちろん、本章の冒頭で述べたとおり、私見は、このような松本教授の理解には反対であり、多数説の理解に賛成である。もっとも、このような松本教授の理解に立てば、被告知者が訴訟に補助参加した場合についても、訴訟告知に基づく参加的効力の発生が導かれることになる。以上のことを、松本説の内容を整理するにあたって、最初に確認しておくこととする。

(b) 通説に対する批判その一——敗訴責任の分担という概念についての批判——

松本説は、まず、参加的効力が敗訴責任の分担であるという理解に対して、以下のように疑問を呈する。すなわち、「参加的効力は共同の訴訟追行に基づく敗訴責任の分担だとするのが判例・通説である。しかし、被参加人または補助参加を受けなかった訴訟告知者は、もともと訴訟の当事者として自己の利益を擁護すべく訴訟追行を行うのであり、それゆえ、補助

57) 井上・前掲注7) 142頁、徳田・前掲注2) 140頁、高橋・前掲注2) 478-479頁、上田＝井上編・前掲注7) 297-298頁 [上原敏夫]、杉山・前掲注7) 88頁

58) 松本博之『証明責任の分配——分配法理の基礎的研究——』304頁 (信山社、1996年)

参加がありまたは訴訟告知にもかかわらず補助参加がなされなかった場合に、不利な判決を受けたからといってその不利益を直ちに他者（補助参加人または被告者）に転嫁できる理由はないように思われる。」と述べる⁵⁹⁾。つまり、松本教授は、参加的効力を共同の訴訟進行に基づく敗訴責任の分担に基づく判決効であると解する通説・判例からでは、訴訟告知に基づく参加的効力が被告者に対して及ぶための理論的な説明が不十分であると⁶⁰⁾する。

そのうえで、仮に、通説・判例の説くとおり、参加的効力が敗訴責任の分担であるというのであれば、「補助参加人が正しい裁判に役立つことを事実面及び法律面に亘ってすべて提出した場合には、たとえ被参加人が不利な判決を受けた場合にも、参加的効力を及ぼすことはできないはずであるし、補助参加人は後訴において前訴での訴訟進行は万全であったことを主張し、参加的効力を免れることができなければならない。しかし、そのような可能性は、法律上認められていない」との批判を行う⁶¹⁾。つまり、通説・判例は、参加的効力を敗訴責任の分担であるとするが、そうだとすれば、補助参加人が完璧な訴訟進行をした場合には参加的効力を免れることができなければならないところ、このような参加的効力を免れる手段は現行民事訴訟法上用意されていないのであるから、やはり参加的効力は敗訴責任の分担であると解することはできないということである。

(c) 通説に対する批判その二——既判力との比較でみた際の論理が不十分であるとの批判——

また、松本説は、やや異なる観点からも、批判を行っている。すなわち、「告知者と相手方との関係においてすら判決理由中の判断に既判力は生じず、したがって、告知者は前訴確定判決の既判力が後訴に及びその遮断効によって排斥されるのでない限り、理由中の判断に抵触する事実主張をすることは既判力によって禁じられていない。それゆえ、判決基礎の共同形

59) 松本・前掲注4) 31頁

60) 松本博之「訴訟告知の目的と択一的関係」23頁 河野正憲古稀『民事手続法の比較法的・歴史的研究』（成文堂、2014年）も同旨を述べる。

61) 松本・前掲注60) 23頁。松本・前掲注4) 31頁も同旨を述べる。

成が何故告知者の敗訴の場合に被告告知者への敗訴責任の分担を可能にするのか、説明することはできない。したがって、訴訟告知の効果は、被告告知者が不十分な協力をしたことまたは協力を懈怠したことによる信義則上の失権効ではないと解さざるをえない。」と主張する⁶²⁾。つまり、松本教授によれば、告知者と相手方との関係でさえ前訴の判決理由中の判断について後訴で争うことができるのであるから、前訴の当事者でもなく前訴に参加してすらいなかった被告告知者が何故判決理由中の判断を受けるかという点について、従前の新堂説などの説明では十分に明らかではないと主張する。

(d) 通説に対する批判その三——訴訟告知の制度目的についての批判——

そして、以上の理解を前提として、松本説は、通説は、訴訟告知制度の目的からして誤った理解をしていると批判する。すなわち、松本説によれば、「参加的効力は、当事者の一方が本訴の相手方との関係での請求または、後訴の相手方となるべき第三者との訴訟における請求のいずれかについて勝訴できなければならない場合に、同一法律要件要素について前訴裁判所と後訴裁判所の判断が矛盾することによって、いずれの請求についても敗訴する危険を回避することを目的とする」という⁶³⁾。つまり、松本教授は、訴訟告知の制度は、告知者が、いずれか一方に対しては勝訴することができるはずであるという場合に、二重敗訴の危険を回避するために用いられるべきものであるとする。このように、訴訟告知を徹底的な告知者優位の制度と把握する⁶⁴⁾ ことにより、「当事者間に係属する訴訟の当事者の一方の二重敗訴を防止するにふさわしい従属的關係または択一的關係が請求相互間に存在しうる場合にのみ訴訟告知をすることができる」と帰結する⁶⁵⁾。これは、裏を返せば、新堂説などが主張するように、訴訟告知の及ぶ範囲を告知者と被告告知者との間の協力関係により制限するという理解を、正面から否定するものである⁶⁶⁾。

62) 松本・前掲注60) 25頁

63) 松本・前掲注4) 31頁。松本・前掲注60) 17頁も同旨を述べる。

64) 松本・前掲注60) 18-19頁

65) 松本・前掲注60) 19頁

66) 松本・前掲注60) 19頁は、現にそのように明言する。

このように、松本説は、佐野説や新堂説、菱田説とは、訴訟告知の制度目的からして一線を画しており、告知者の二重敗訴を防止することこそ訴訟告知の意義があるという独自の出发点から立論を行う。そして、それとともに、客観説の前提とする、参加的効力は敗訴責任の分担であるという理解に対して批判を行い、告知者と被告者との間の協力関係からでは被告者に対する訴訟告知に基づく参加的効力を正当化することはできないと結論づける。

(2) 検 討

(a) 批判その一——松本説の通説に対する批判その一の不当性——

以上の松本説に関しても、その立論の内容には様々な問題があると考えられる。まず、松本説の通説に対する第一及び第二の批判については、方向としては、概ね賛成である。佐野説や新堂説、菱田説が説くような敗訴責任の分担、具体的には協力関係を前提とした議論が不当であるということは、各説に対する批判として既に述べたとおりである。

ただし、松本説の主張する第一の批判内容それ自体は、批判として成立していないと考えられる。まず、松本説は、被告者に対する訴訟告知に基づく参加的効力の理論的根拠を考えるにあたって、訴訟告知に基づく参加的効力を受けた被告者が補助参加した場合には、補助参加人は、後訴において前訴での訴訟追行は万全であったことを主張し、参加的効力を免れる機会を得られなければならないと主張する。もっとも、既に先述した⁶⁷⁾とおり、多数説は、被告者が実際に補助参加をした場合には、訴訟告知に基づく参加的効力ではなく補助参加に基づく参加的効力として構成する。そのため、多数説の理解の下では、被告者に対する訴訟告知に基づく参加的効力という場面を考察するにあたって、そもそも被告者が補助参加をしたという場面は発生し得ない。したがって、このような松本説の通説に対する批判は、多数説に対する批判として成立しておらず、正当ではない。

67) 詳細については、「二告知者と被告者との間の実体関係 (→)議論の前提」を参照されたい。

(b) 批判その二——松本説の通説に対する批判その三の不当性——

続いて、松本説の批判その三は、その出発点からして正当ではない。そもそも、訴訟告知には、告知者が被告者に対して訴訟参加をすることを要請することができ、もし相手方に敗訴した場合には被告者に対して参加的効力を及ぼすことができるという告知者側の利益が存在する一方で、被告者が訴訟の機会を認識して訴訟参加することができるという被告者側の利益が存在する⁶⁸⁾。そして、訴訟告知を考えるにあたっては、このように告知者側にとっても有利に、被告者にとっても有利に働くことを十分に留意して、その多角性に配慮しなければならない⁶⁹⁾。それにもかかわらず、訴訟告知の目的は告知者が二重敗訴を回避するというところにあると断定することは、このような訴訟告知制度の有する二つの側面のうち、一つを欠くものであり、このような多角性への配慮を失うものである。この点で、松本説の通説に対する批判は、被告者側の手続的保障についての考慮を欠くものである。

(c) 批判その三——同時審判申出共同訴訟との関係でみる不当性——

また、松本説は、ドイツ法を参考に、ある当事者が他の二者との関係で少なくともどちらかには勝訴するはずであるという択一的関係にある場合において、同時審判申出共同訴訟（民事訴訟法41条1項）によるのでは、上訴を含めれば完全な解決はなされないから、やはり訴訟告知に基づく参加的効力を択一的関係に対応する手段として確保しておくべきであると説く⁷⁰⁾。しかしながら、日本法においては、弁護士報酬敗訴負担が前提とさ

68) 佐野・前掲注23) 1-2頁、坂田宏「訴訟告知制度の再構築に向けて」29-30頁 東北ローレビュー1号(2014年)、高橋・前掲注2) 477-478頁。本間靖規「訴訟告知の機能について」361頁 本間靖規『手続保障論集』(信山社、2015年)も、訴訟告知が、当該訴訟の当事者、被告者、さらには裁判所のいづれにとっても関心事であることを分析する。また、中本・前掲注34) 406-410頁は、訴訟告知がいかに多角的な動機・目的を有しているかを活写しており、訴訟告知の動機・目的は一義的ではないということを明示的に注意する。

69) 杉山・前掲注7) 87頁は、訴訟告知につき、「このような多様な機能を有していることに配慮する必要があります」と明言する。

70) 松本・前掲注60) 28頁

れてはならず、敗訴の負担は限定的であり、また、訴訟告知の場合でも常に参加効力の発生が認められるわけではないことから、訴訟告知の同時審判申出共同訴訟に対する優位性を基礎づけることはできないとの批判がなされている⁷¹⁾ ところである。

(d) 批判その四——要件の空洞化による被告者の手続保障の欠如——

さらに、松本説を佐野説や新堂説、菱田説などと比較すると、ある決定的な問題が浮き彫りになる。松本説は、被告者に対する訴訟告知に基づく参加効力が認められるためには、告知者が、訴訟告知をするにあたって、告知者と被告者との間に求償関係又は損害賠償関係があると主観的に考えていれば足りるという結論を採る。しかしながら、これでは、告知者の一存により訴訟告知に基づく参加効力が被告者に対して及ぶということになり、告知者と被告者との間の求償関係又は損害賠償関係という要件が空洞化する虞がある。訴訟告知に基づく参加効力論において、伝統的には被告者が補助参加の利益を有するという要件のみが唱えられていたにもかかわらず、現在ではかかる要件に加重して告知者と被告者との間の求償関係又は損害賠償関係という要件も必要であると考えられているのは、上述の仙台高判の出現によって、被告者に対する手続保障を図るためであった。それにもかかわらず、あくまでも告知者が主観的に、告知者と被告者との間に求償関係又は損害賠償関係が存在すると考えていれば足りると解するのでは、告知者の一存に委ねる格好となり、訴訟手続上、要件として安定的に機能しない虞がある。つまり、松本説の理解によるのでは、先に確認した仙台高判を契機として浮上してきた、訴訟告知に基づく参加効力が被告者に対して及ぶ場合を制限し、被告者の手続保障を充実したものとする必要があるという問題意識が貫徹されない格好となる。このことからしても、松本説には、決定的な問題がある。

よって、以上から、私見は、松本説は採用することができないものであると解する。

71) 菱田・前掲注5) 367頁

6 間溯説

(1) 内 容

間溯説は、まず、訴訟告知に基づく参加的効力が被告知者に対して及ぶための要件として、矛盾判断に基づく二重敗訴を受け得る窮地から告知者を救い出す必要が存在することという必要性の要件、被告知者が前訴に参加しても訴訟の結果には影響を及ぼし得なかったという事情が存在しないことという可能性の要件、被告知者を保護するという観点から求められる正当化要件という三つの要件を独自に定立する⁷²⁾。そして、正当化要件の内容について、被告知者は、前訴において告知者側に参加をすることにより、告知者に不利な判断を回避することができる主張を提出することができ、かつそのような主張を提出すべきであったにもかかわらず、そのような主張を提出しなかった場合には、後訴においてそれを争うことは、自らが作出した外観に対する告知者の信頼を害することにほかならないから、矛盾挙動禁止の原則からして許されないと述べる⁷³⁾。そのうえで、そのように、告知者に不利な判断を回避することができる主張を提出すべきであった場合は、被告知者において、告知者と相手方との間の訴訟におけるある争点との関係で、当事者性が認められる場合であると論ずる⁷⁴⁾。つまり、間溯説によれば、被告知者に争点主張適格性が認められ、「真の被告」であると観念することができる場合には、その被告知者こそが告知者に不利な判断を回避することができる主張を提出すべきであったのであり、それゆえに、前訴に参加してそれを提出しなかった被告知者は、後訴においてそれについて争うことは、矛盾挙動禁止の原則により許されないということである。

(2) 検 討

以上の間溯説について、私見は、賛成することはできない。間溯説は、必要性の要件、可能性の要件、正当化要件という三つの要件を定立してい

72) 間溯清史「訴訟告知の訴訟上の効力」172-175頁 関東学園大学法学紀要19号 (1999年)

73) 間溯・前掲注72) 175-176頁

74) 間溯・前掲注72) 176-178頁

たが、これらの諸要件と日本における従来の議論との接続は必ずしも明らかにされていない。また、必要性の要件という概念の詳細な内容についても明らかでなく、また、可能性の要件がいかなる理由により日本法において求められるかについても不明である。また、被告知者を保護するという観点から、正当化要件を導入するというには賛同するが、告知者と相手方との間の訴訟におけるある争点との関係で、当事者性が認められるかという基準により、争点主張適格性が認められるか否かを決定し、「真の被告」であるといえるかを判断することは、その基準の不明確性からして問題がある。すなわち、告知者と相手方との間の訴訟におけるある争点との関係で当事者性が認められるかという基準は、極めて抽象度が高いうえ、そのみならず、論者によって大きな振れ幅が生じ得るものであり、具体的な場面において当該被告知者に争点主張適格性が認められるかどうかの判断を画一的に行うことができない。これでは、あえて正当化要件としてその内容を設定することの意義が大きく減じられてしまう。つまり、間涸説の主張する争点主張適格性についての審査基準は、一種のマジックワード化を惹起しており、そこに看過しがたい問題点が存在する。以上の諸点から、私見は、間涸説を採用することができないと解する。なにより、間涸説の説く上記三要件について、日本における従来の議論との接続がみられない以上、理論的に、賛成をすることが困難である。

7 三木説

(1) 内容

(a) パラドックスの存在

ここでは、指導教授である三木浩一教授の見解を紹介する⁷⁵⁾。三木教授は、まず、ある一つのパラドックスの存在を指摘する。三木教授は、訴訟

75) 筆者が、指導教授である三木浩一教授のもとに、被告知者に対する訴訟告知に基づく参加的効力の要件のうち、告知者と被告知者との間の求償関係又は損害賠償関係について、三木教授自身はどのようにお考えであるかを尋ねたところ、活字にしているわけではないが、本文で紹介するように考えているということをご教示いただいた。

告知に基づく参加的効力が被告知者に対して及ぶかどうかという場面は、結局のところ、「真の債務者」は誰であるかの問題であるという。例えば、債権者が、保証人に対して、保証債務履行請求訴訟を提起したとする。そして、その訴求された保証人が、主債務者に対して、訴訟告知をしたとする。ここにおいて、もちろん、保証人も主債務者も、債権者に対して主債務の全額部分について、それぞれ債務を履行しなければならない地位にある。すなわち、保証人も主債務者も、対債権者関係では、債務の全部について責任を負う立場にある。もっとも、これは対外関係についてのことであり、保証人と主債務者との内部的関係においては、状況が異なる。保証人と主債務者とは、対外関係では、ともに、その全部について責任を負う立場にあるが、内部的関係においては、主債務者がその全部について責任を負う立場にある。換言すれば、内部的関係においては、保証人は0%の責任を負い、主債務者は100%の責任を負う立場にある。そうであるからこそ、保証人は、主債務者に対して、実体法上、求償請求をすることができるのであり、訴訟上も、求償請求訴訟を提起することができるのである。

そして、三木教授は、このことを踏まえると、ある一つのパラドックスが生ずると説く。告知者の内部的負担が0%である場合、告知者は、前訴において漫然と訴訟を進行をして、後訴で主債務者に対して求償請求をする虞がある。告知者としては、前訴において対債権者関係で敗訴したとしても、本来的には自らの内部的負担は0%なのであるから、前訴原告との間では熱心に訴訟を進行することなくいち早く後訴に移り、主債務者に対して求償請求訴訟の後訴を提起すればよいという考えになるということである。この点、被告知者は、訴訟に参加しなかった場合においても参加的効力という強力な手続的効力を受けることになる（民事訴訟法53条4項）ところ、このように被告知者が訴訟に参加しなかったにもかかわらず後訴で参加的効力を受けるのは、告知者が被告知者の手続保障を代替的ないし間接的になされた場合に限られるというのが、手続保障論からすると本筋であるはずである。しかしながら、上記の状況下においては、告知者による被告知者のための代替的ないし間接的な手続保障がなされたとはいえないから、被告知者の手続保障が尽くされたとは評することができない。そ

のため、訴訟告知に基づく参加的効力を生じさせる前提であるはずの、告知者による被告者のための手続代行が充足されないということになる。

そうであるとすれば、告知者の内部的負担割合が高ければ高いほど、被告者の代替的ないし間接的な手続保障が、告知者により実現されたと評価することができることになる。しかしながら、告知者の内部的負担が大きくなれば大きくなったで、また別の問題が生ずる。例えば、告知者の内部的負担が100%である場合、たしかに、告知者は、誠実にかつ必死に訴訟を進行する。その点で、告知者による被告者のための手続代行が充足されることが認められる。もっとも、この場合、そもそも告知者の内部的負担が100%なのであるから、告知者は被告者に対して後に求償請求をすることができず、後訴を提起することがなくなってしまう。そして、これでは、訴訟告知に基づく参加的効力が発生する場面設定そのものが崩れてしまう。このことが、告知者の内部的負担が大きくなることにより生ずる別の問題である。つまり、三木教授が説くパラドックスとは、告知者の内部的負担が小さくなればなるほど、告知者の被告者のための手続代行が充足されなくなり、前訴における被告者の間接的な手続保障が実現されなくなるが、そうであるからといって、告知者の内部的負担が大きくなればなつたで、今度は告知者が被告者に対して後訴を提起することがなくなつてしまい、訴訟告知に基づく参加的効力が発生する前提を欠くことになってしまうということである。

(b) 既判力と参加的効力の異別性から導かれるパラドックスの解消

そして、三木教授は、このパラドックスの存在から、参加的効力が第三者に及ぶ場合というのは、既判力における代替的（間接的）手続保障論とは異なる説明原理によるはずであると説く。既判力は、原告と被告の間の判決効を拡張するという内容のものであるのに対して、参加的効力は、原告と被告の間の判決効を拡張するというよりも、むしろ、被告と第三者との間における争いに向けたものである。換言すると、参加的効力の場合には、既判力の場合と異なり、第三者が前訴における自らの手続代行者であった者との間で争うことになる。つまり、参加的効力の場面には、既判力の場面と異なり、第三者と手続代行者とみられた者との間で、後訴にお

ける利害の対立がある。これは、既判力の場面では、手続代行者と第三者とが後訴で対立関係に立つということがないことと比較すると、参加的効力の場面と既判力の場面とがまったく異なる状況であるということを示すものであるといえる。このように、告知者と被告知者との関係には、前訴において利害が一致するという側面と、後訴において利害が対立するという側面との二つの側面が存在する。したがって、参加的効力の場面を、既判力の場面と同様に考える必要はなく、このことから、告知者による被告知者のための手続保障を観念する必要はなく、それゆえに、上記のパラドックスは解消されるという。そして、それとともに、以上から、佐野説、新堂説、菱田説が主張してきた、被告知者が告知者に対して訴訟に参加して協力しなければならないという関係それ自体が、このような二面性を有する参加的効力を発生させる理論的根拠として不当であると説く。

(c) 民事実体法上の基準——「真の債務者」論——

このように、前訴に参加をしなかった被告知者に対する訴訟告知に基づく参加的効力は、上記のパラドックスの論証から明らかなとおり、手続保障論では説明がつかない。そこで、三木教授は、このような被告知者を保護するために、なるべく謙抑的で明快な解釈原理が求められ、それこそがまさに民事実体法上の基準であるという。そして、謙抑的で明快な解釈原理の見地からは、被告知者の民事実体法上の「真の債務者」の地位が明確であることが求められ、その典型が、被告知者が民事実体法上の内部的負担が100%である場合であるという。これは、例えば、債権者が保証人に対して保証債務履行請求訴訟を提起したところ、かかる保証人が主債務者に対して訴訟告知をしたような場合である。かかる場合には、保証人と債務者との内部的な債務の負担関係でいえば、債務者が最終的には全責任を負う立場にあるからである。このようにして、三木説は、保証事案における主債務者のような、内部的に債務を負担すべき者のことを「真の債務者」と定義する。そして、そのうえで、このような「真の債務者」は、訴訟告知を受けた際に、実際に訴訟に参加することが義務付けられるわけではないが、訴訟に参加しなかった場合には、「真の債務者」である以上、参加的効力を受けるとする。

なお、三木説は、敷衍して、間溯説と自説とが異なる見解であることを説く。間溯説は、被告知者に争点主張適格性が認められ、「真の被告」であると観念することができる場合には、その被告知者こそが告知者に不利な判断を回避することができる主張を提出すべきであったのであり、それゆえに、前訴に参加してそれを提出しなかった被告知者は、後訴においてそれについて争うことは、矛盾挙動禁止の原則により許されないと説いていた。しかしながら、このような間溯説に対して、三木説は、被告知者は、実際に訴訟に参加していないのであるから⁷⁶⁾、前訴の当事者ではなくまったく関係のない訴訟外の第三者であり、これを前訴の「当事者」として立論することは誤りであると批判する。三木説の「真の債務者」であるかどうか、すなわち債務の内部的負担者であるかどうかという概念は、あくまでも実体法上の債務を内部的に負担している者であるかどうかということに着目した概念である。三木説の「真の債務者」論においては、前訴の中の告知者と前訴の外の被告知者とが、民事実体法上、内部的に債務を負担しているかどうかということがキーポイントである。すなわち、三木説の「真の債務者」論は、被告知者が前訴の相手方に対して債務を負っているというような、言葉どおりの意味で「真の債務者」であるというのではなく、被告知者が告知者との関係で債務を内部的に負担している者であるかどうかという意味で「真の債務者」であるということである。間溯説は、前訴の相手方が被告知者に対して直接請求ないし訴求をすることができるかということに着目しているが、三木説においてはこのことは重要とはならない。

(2) 検討

以上の三木説について、私見は、基本的には賛成である。被告知者に対する訴訟告知に基づく参加的効力について、従来の諸見解は、いずれもそ

76) なお、三木説も、補助参加に基づく参加的効力と訴訟告知に基づく参加的効力との関係について、多数説の理解を前提としている。すなわち、三木説は、訴訟告知に基づく参加的効力は被告知者が訴訟告知を受けながらも訴訟に参加しなかった場合に生ずる効力であるという理解を前提としている。詳細については、「二告知者と被告知者との間の実体関係 (-)議論の前提」を参照されたい。

の解釈論として決定的な限界ないし問題を有していたことは、上述した諸見解に関する検討箇所で、私見が批判したとおりである。これに対して、三木説は、従前の諸見解のうちの多くの見解が採用していた手続保障論的発想、具体的には、佐野説や新堂説、菱田説が採用していた告知者と被告告知者との間の協力関係という概念による限界を、上記のパラドックスにより明らかにしている。そして、そこから陥る被告告知者に対する手続保障の欠缺に対して、被告告知者の保護を独自の解釈原理として用意することとし、被告告知者が民事実体法上の「真の債務者」の地位を有していることを説く。これは、具体的には、被告告知者が民事実体法上の債務について内部的負担を負うことを意味する。このような解釈原理は、三木説自身が説くように、解釈原理として謙抑的であり、かつ、民事実体法上の基準を用いている点において、極めて明確である⁷⁷⁾。

ここにおいて、この点についてさらに掘り下げて検討すると、三木説は、民事実体法上の基準を用いることとしているから、従前の諸見解と異なって、まさに手続保障論そのものを根拠としているわけではない。もっとも、三木説も、被告告知者は、訴訟告知に基づく参加的効力が自らに対して及ぶかどうかを、当該前訴に参加していない訴訟外の第三者であるにもかかわらず判断しなければならず、過大な負担をかかえているということを懸念する。そこで、三木説は、そのような被告告知者の負担を軽減すべく、なるべく謙抑的な解釈原理が求められるとする。その具体的な帰結としては、原則として、保証債務履行請求訴訟において保証人が主債務者に対して訴訟告知を行ったというような、被告告知者が100%の内部的な債務負担を行うべき者である場合に、被告告知者に対する訴訟告知に基づく参加的効力が肯定されるという。このように、三木説は、被告告知者が100%の内部的債務負担をする場合に限って被告告知者に対する訴訟告知に基づく参加的効力を肯定するため、適用場面は狭くなるが、三木説自身はそのような適用場

77) この点、間瀬説は、争点主張適格という観点から「真の被告」であるといえるかを基準としていたが、このような抽象的な基準によることなく、民事実体法に根ざした基準を用いているというところに、基準としての明確性が看取される。

面の狭さについてそれでよいと考えていることが分かる。

しかしながら、私見は、これから述べるのとおり、三木説とは異なって、被告知者が100%より小さい内部的債務負担をすべき場合にも、被告知者に対して訴訟告知に基づく参加的効力が及ぶとすべきであると解している。これによれば、一見すると、三木説が懸念する被告知者の過大な負担の問題が浮上するとも思われるが、より緻密な訴訟告知に基づく参加的効力論を構築するにあたっては、この問題は第三章で詳細に検討するとおり、告知者・被告知者間の実体関係という要件のなかで検討するには限界があるものであると解する。私見は、かかる問題については、告知者・被告知者間の実体関係という要件ではなく、新たな別個の独立した要件で解消する必要があると考えており、実際にその新要件の設定によることで有効かつ抜本的な解消が可能となる。このように、告知者・被告知者間の実体関係という要件についていえば、私見は、三木説のように被告知者が100%の内部的債務負担をする場合に限定することが適切であるとは解しない。むしろ、私見は、被告知者の内部的定債務負担がこれより小さい場合にもその効力範囲を拡張すべきであると解する。

もっとも、私見も、基本的な方向性としては三木説に賛成であり、上記の三木説の解釈原理を採用する。すなわち、私見も、三木説の解釈原理を出発点とすることについては変わりはない。そこで、以下では、このような解釈原理を前提として、その後の私見の具体的な帰結に繋げるべく、まずは告知者・被告知者間の民事実体法上の関係という要件についてその深化を図ることとする。

田口 翼 (たぐち つばさ)

所属・現職 最高裁判所司法研修所司法修習生

最終学歴 慶應義塾大学大学院法務研究科法曹養成専攻修了・
法務博士

専攻領域 民事手続法

主要著作 田口翼「仲裁合意の効力の非署名者に対する拡張
(1)」『慶應法学』第51号(2024年)
田口翼「仲裁合意の効力の非署名者に対する拡張
(2)」『慶應法学』第52号(2024年)