

論説

訴訟告知により発生する参加的効力について

2005年4月入学

内海 博俊

I. 課題の設定

民事訴訟法 53 条 1 項により、民事訴訟の当事者は、参加することのできる第三者に対し訴訟告知をすることができる。そして、告知を受けた参加者が参加しなかった場合でも、53 条 4 項により被告者は参加することができた時に参加したものとみなされ、46 条の参加的効力を受けるとされている。しかし、この被告者に対する参加的効力が、具体的にいかなる範囲に及ぶのかについては、議論が定まっていない。もっとも、この訴訟告知の効力をめぐる議論は多面的であることから、本稿では、いかなる範囲の訴訟外の第三者が、被告者として判決に拘束される危険を負担しているのか、言い換えれば、告知書を受け取った場合に、参加をすかどうかの検討・判断をはじめとする対応をしなければならないのは誰か、という問題に限定して議論することとしたい。具体的には、この問題につき検討を加えるいわば準備作業として、従来議論を整理し (II)、そこで訴訟告知によって発生する参加的効力の範囲がいかに画されると考えられてきたのかにつき検討する (III)。そして、残る問題点を明らかにした上で、同一の機能を果たしうる併合訴訟との比較という観点を導入する (IV) ことによって解決の指針を得ることを目標とする。

II. 従前の議論

1 沿革

まず、制度の沿革を確認しておく。訴訟告知制度は、出発点たるローマ法においては、追奪担保責任の発生に関するものであった。訴訟告知は、第三者から売買目的物の所有権を主張され、追奪訴訟を提起された買主が、売主に追奪担保責任を発生させる要件であった¹⁾のである。それがドイツにおいて、追奪以外の求償の場面に拡大されていった。これに伴い、制度自体も、告知が責任追及の要件ではなく、被告者が前訴の結果を後訴で争うことができないという訴訟上の効果をもたらすに過ぎないものとなり、さらに、被告者の参加形態がいわゆる従属性を伴う従参加 (補助参加) とされるなど変化していったのである。結果、この制度の意義は、告知が行われる前訴と告知者・被告者間で争われる後訴において裁判所が矛盾した判断をすることにより告知者が二重に敗訴する危険を回避すること、に整理されていった²⁾。

このような状況の下で、日本の民事訴訟法の直接の母法となったドイツ民事訴訟法 (CPO) が立法された。その成立過程においては、実は、この二重敗訴の危険を回避する制度として、訴訟告知のほかに、告知者のイニシアティブで前

1) 佐野裕志「訴訟告知制度 (一)」民商法雑誌 87 卷 1 号 34 頁 (1982)。

2) 佐野・前掲注 1)39 頁以下、同「訴訟告知制度 (二・完)」民商法雑誌 87 卷 2 号 16 頁以下 (1982)。

訴と告知者・被告者間の求償訴訟を併合する制度の導入も提案され検討されていた。しかし、いくつかの理由³⁾により、このような併合制度は採用されず、訴訟告知制度だけが残されることとなったのである。その結果CPOは、「訴訟が自己に不利益な結果になるとときには第三者に対し担保または賠償の請求をなしうると信じ、または第三者からの請求をおそれる(70条)」場合に当事者は訴訟告知ができるとし、71条で参加の有無を問わず従参加人と同様の判決の効力が被告者に及ぶと規定したのである⁴⁾。

そして日本法は、旧旧民事訴訟法(明治23年)において、訴訟告知の要件につきCPOの規定をほぼそのまま継受⁵⁾し、「原告若クハ被告若シ敗訴スルトキハ第三者ニ対シ担保又ハ賠償ノ請求ヲ為シ得ヘシト信シ又ハ第三者ヨリ請求ヲ受ク可キコトヲ恐ルル場合(59条1項)」に訴訟告知をなしうると規定した。一方、被告者への判決の効力を定める71条に相当する規定は置かなれなかったため、この旧旧民事訴訟法の下では、参加しなかった被告者に参加的効力が及ぶかについて見解が分かれることとなった⁶⁾。しかし、その後の大正15年改正において、被告者に参加的効力が及ぶことを明らかにする規定が置かれ(78条)⁷⁾、この点については決着を見ることとなったのである。それとともに、訴訟告知の相手方についての規定も、「参

加ヲ為スコトヲ得ル第三者(76条)」と改正され、その範囲が拡張されている⁸⁾。日本法の訴訟告知に関する規定はこうして誕生し、現在でも現行民事訴訟法53条1項および4項として維持されているのである。

2 伝統的通説

こうした沿革を考えれば、少なくとも補助参加ができる第三者に対し訴訟告知がなされた場合、その第三者(被告者)は、大正15年改正後の78条の適用を受け、判決の参加的効力を受けるということになる、というのが率直な理解であるように思われる。現に兼子博士は、被告者に補助参加人となる利害関係、すなわち補助参加の利益があれば⁹⁾「告知者と被告者間で、告知に含まれた利害関係の範囲内の訴訟において¹⁰⁾」生ずるとする。兼子博士は訴訟告知制度の実益を、被告者に参加の機会を与える点と、告知者が被告者に参加的効力を及ぼすことによって、「当事者がその訴訟で敗訴すると第三者から損害賠償等の請求を受けるおそれがあり、あるいは第三者に対して損害賠償や求償の請求ができる可能性のある場合は、後日、第三者との訴訟で、同一の事実や権利関係が、その訴訟の判決と反対に認定判断されてまた敗訴する窮地に立つ危険¹¹⁾」すなわ

3) ドイツ民事訴訟法の立法過程でこれが採用されなかった理由は、①求償訴訟の法律上の根拠である求償権利者の前訴敗訴前に求償訴訟の提起を認めることは実体法に反する、②担保訴訟の被告の管轄の利益が害される、③實際上求償訴訟は前訴で求償権利者が勝訴した場合や敗訴した場合にも求償義務者が任意に履行した場合など、無駄に終わることが多い、④求償は連鎖しうるから多数の請求が併合される可能性があり手続の混乱をもたらす、⑤求償訴訟の被告は求償権利者の敵と味方という矛盾した役割を同時に演じなければならず不当である、⑥訴訟告知制度で十分である、であった。佐野・前掲注 2)173頁以下、徳田和幸「訴訟参加制度の継受と変容」民事訴訟雑誌 37 卷 1 頁(1991)。

4) 徳田・前掲注 3) 4 頁。

5) 徳田・前掲注 3) 5 頁。

6) 佐野裕志「第三者に対する訴訟の告知」上田徹一郎=福永有利編『講座民事訴訟 3』(弘文堂, 1984)279 頁。

7) 佐野・前掲注 2)280 頁、徳田・前掲注 3)17 頁。

8) 佐野・前掲注 2)280 頁。徳田・前掲注 3)20 頁によれば、その理由について起草委員は「旧(旧)民訴法では大変に制限があったけれども、結局は訴訟参加を容易にさせるという趣旨になるから、旧(旧)民訴法のような要件を規定しないことにした」と説明しているようである。

9) 「被告者が告知者の補助参加人となる利害関係を有するときは、告知者が敗訴した場合、告知を受けて参加することのできたときに参加したのと同様に、判決の参加的効力を受け、原則として告知者の敗訴の判決中の判断に反する主張ができないことになる」とされている。兼子一『民事訴訟法』(弘文堂, 1972) 205 頁。

10) 兼子一『条解民事訴訟法上』(弘文堂, 1965) 206 頁

11) 兼子・前掲注 9)204 頁。

ち二重敗訴の危険を予防することができることにありとされており、この点でドイツにおける制度理解と特に異なった立場をとっているわけではない。そうだとすると、日本法の規定がドイツにおけるより広い範囲で、参加が可能な第三者への訴訟告知を許し、参加的効力が被告者に及ぶと規定したからには参加的効力の範囲も広く解してよく、参加的効力が問題となる後訴が発生しない場合には、参加的効力は発生しているが問題とならない空振りのものとなると理解していると考える余地があるように思われる¹²⁾。

3 近時の有力説

これに対し、現在の学説上では、訴訟告知と参加的効力を結びつけることの意義が、告知者を二重敗訴の危険から救うことにあるという理解を維持しつつも、訴訟告知によって参加的効力を及ぼされる被告者の範囲を、補助参加の利益を有する者の範囲よりもさらに限定しようとする見解¹³⁾が有力である。より具体的には、旧旧民事訴訟法 59 条 1 項によって訴訟告知が可能であった範囲である、「原告若クハ被告若シ敗訴スルトキハ第三者ニ対シ担保又ハ賠償ノ請求ヲ為シ得ヘシト信シ又ハ第三者ヨリ請求ヲ

受ク可キコトヲ恐ルル場合」と一致させるべきであるという考え方が有力¹⁴⁾となっているものと思われる。既に述べたとおり、この旧旧民事訴訟法 59 条 1 項の要件はドイツ民事訴訟法における訴訟告知の要件を継受したものである。より具体的には、敗訴した場合に第三者に対し追奪担保責任や求償権を行使して負担を転嫁できる場合を指すと言われている¹⁵⁾¹⁶⁾。これは、追奪担保責任が問題となる場面を超えてその適用範囲が広がっていく沿革の中で訴訟告知が可能とされてきた類型を条文化した¹⁷⁾ものといえる。旧旧民事訴訟法 59 条 1 項に言及せず、当該第三者が「告知者が敗訴すれば告知者から権利行使を受ける立場にあるとき¹⁸⁾」、あるいは「主たる当事者に対して求償義務や損害賠償義務を負う」場合に限り¹⁹⁾、といった表現をする見解もあるが、これらも意図するところは同じく、被告が第三者に負担を転嫁することができる場合に限るべきであると主張するものであると見てよい²⁰⁾であろう。

そして、これらの見解は、訴訟告知によって発生する参加的効力の範囲を限定する根拠として、それによって被告者に生ずる不利益を許容できるかという疑問を指摘することが多い²¹⁾。具体的には、参加的効力を及ぼされるということになれば、被告者は補助参加した

12) もっとも、兼子博士は「告知に包含された利害関係の範囲内の訴訟において」という限定を加えている。本文の理解は、この限定が実質的に参加的効力の範囲を限定する役割を果たすものではないという前提に立つものであり、必然的なものではない。

13) 新堂幸司「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」『訴訟物と争点効(上)』(有斐閣, 1988) 265 頁, 井上治典「補助参加の利益」『多数当事者訴訟の法理』(弘文堂, 1981) 96 頁注(20), 徳田和幸「補助参加と訴訟告知」鈴木忠一=三ヶ月章監・木川統一郎ほか編『新実務民事訴訟講座3』(日本評論社, 1982) 134 頁, 吉村徳重「訴訟告知と補助参加による判決の効力」小山昇ほか『演習民事訴訟法』(青林書院, 1987) 704 頁, 伊藤眞『民事訴訟法(第3版)』(有斐閣, 2004) 607 頁など。

14) 明確に旧民事訴訟法の規定に戻るべきとするものとして、徳田・前掲注 13)134 頁, 高橋宏志『重点講義民事訴訟法下』(有斐閣, 2004) 349 頁注(67)。

15) ドイツ法についてであるが、間瀬清史「訴訟告知の訴訟上の効力」関東学園大学法学紀要 19 号 144 頁(1999)。

16) 後半は比較的後になって追加されたもので、告知者が第三者の利益にかかわる訴訟を進行しているため、場合によっては第三者に対して敗訴の責任を負わなければならないというときを指すとされる。ドイツ法についてであるが、間瀬・前掲注 15)144 頁, 佐野・前掲注 2)181 頁。こちらについては日本ではほとんど議論されていないと思われる。

17) 佐野・前掲注 1)34 頁以下。

18) 新堂幸司『新民事訴訟法(第2版)』(弘文堂, 2001) 709 頁。

19) 伊藤・前掲注 13)607 頁。

20) 両者を同一視するものとして、上田徹一郎=井上治典編『注釈民事訴訟法(2)』292 頁〔上原敏夫〕(有斐閣, 1992)。ただし、これらの見解が旧民事訴訟法 59 条 1 項後半に対応するケースをどう扱うのかははっきりしない。

21) 上田ほか・前掲注 20)292 頁以下〔上原敏夫〕, 高橋・前掲注 14)347 頁, 吉村・前掲注 13)712 頁, 伊藤・前掲注 13)607 頁,

場合に補助参加人として負うのと同じ、敗訴の責任を被参加人または告知者と平等に負担しなければならない²²⁾という責任を、実際には参加していないにもかかわらず負わされることとなる。このような負担を正当化しうるのは、告知者が被告告知者の補助参加を正当に期待しうる場合であり、そのようにいえるのは、被告告知者は告知者を勝訴させるべく補助参加して告知者を勝訴させるように努力すべきである場合である。もし被告告知者が、それにもかかわらず参加しなかったとすれば、前訴と後訴の共通の争点について告知者が前訴で争った結果についてもはや争わないという態度であると評価できるから、そのような場合に限り参加効力を及ぼされてもよい。そして、これに該当するのが、敗訴した場合に第三者に対し追奪担保責任や求償権を行使して負担を転嫁できる場合であるというのである。なぜそのような場合であれば補助参加を期待しうるのかについては、例えば、売主と買主の実体関係から、売主には買主が目的物を追奪されないよう協力すべきである、あるいは、主債務者と保証人の関係で、主債務者は保証人が債務の履行をさせられることのないように協力すべきである、などと、実体法上の根拠によって基礎付けること²³⁾が考えられる。他には、売主や主債務者は、前訴で争点となるものの所有権の帰属や主債務の存否につき、買主や保証人よりも多くの情報を持っているものであり、かつ、前訴に参加して告知者を勝訴させれば被告告知者自身も後訴を回避でき責任を免れるのであるから、告知を受けて参加の機会を与えられたならば、合理的な被告告知者であれば参加するはずであり、告知者はそれを期待することが許されるということ²⁴⁾などが指摘されている。

4 小括

以上を整理すれば、まず、訴訟告知と参加効力の関係について、兼子説に代表される伝統的な見解は、補助参加の利益を有する被告告知者に告知がなされればその被告告知者には参加効力が発生するが、告知者に二重敗訴の危険のないところではそれは空振りに終わるので不都合はない、と訴訟告知の効力について広く考えているとも理解しうるものである。他方、近年の有力説は、被告告知者に参加しなかった場合でも参加効力が生ずるとすることにより、補助参加人と同一の負担を負わせることになることに着目し、補助参加を期待できる場合にのみそれが正当化できるとおそらく考えている。そしてそれが可能なのは旧旧民訴法 59 条 1 項が定めていたような、告知者が敗訴すると担保・求償責任を追及され、告知者から負担を転嫁される第三者であるとするのである。だとすれば、このような有力説は、どのような点で通説の説明に満足せず、そしてそのような不満にどのように対処しようとしていたのであろうか。次に、この点を明らかにすることを試みたい。

Ⅲ. 検討

1 前説

ここでは、有力説が通説の何を問題とし、それをどのように解決しようとしたのか、及び、解決されていない点は何かを検証するため、有力説の意図及び解釈上の問題点について、いくつかの検討を加えることとする。

新堂・前掲注 13)265 頁、佐野裕志「補助参加と訴訟告知の効力」三ヶ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点(新版)』(有斐閣、1988) 143 頁など

22) 補助参加人が参加効力を受ける根拠とされるものである。高橋・前掲注 14)332 頁。

23) 高橋・前掲注 14)347 頁等は、そのような読み方も可能であると思われる。

24) 佐野・前掲注 21)143 頁、新堂・前掲注 18)703 頁。

2 補助参加との関係

有力説が第一に意図したと思われるものは、補助参加の利益・補助参加人に生ずる参加的効力についての解釈論につき、補助参加人と異なり自ら手続に入っていくわけではなく、告知書を受け取るに過ぎない被告知者が不当に不利な地位におかれる危険を考慮する必要がないようにすることであると思われる。具体的には、近時、補助参加の利益が認められる範囲が、学説・裁判例上拡大²⁵⁾していることは周知のことであるが、それに伴って被告知者に生じる参加的効力の範囲も拡大するとなれば、被告知者も同じように扱ってよいのかについて配慮せざるを得ない²⁶⁾と思われる。また、参加的効力が発生する場合の発生範囲についても、参加人と相手方の間にも及ぶとする等、それを拡大しようとするれば、同様に被告知者の地位を不当に害しないかを考慮しなければならない²⁷⁾。もし被告知者に生じる参加的効力の範囲を補助参加人に生じるより狭く限定するなら、これらの考慮についてはひとまず措いて、補助参加の利益及び補助参加人に対して及ぶ参加的効力の範囲を検討することが可能となる。ここで補助参加について論ずる余裕はないが、現在の補助参加に関する議論を支持するのであればこれは妥当な考慮であるといえるであろう。

3 被告知者のリスクからの保護

(1) 前説

通説も有力説も、訴訟告知によって参加的効力を発生させる目的は、二重敗訴の危険の回避にあるということについては共通している。二重敗訴の危険がない場合には参加的効力は不要なのである。ところで参加的効力は、前訴と共通する争点を持つ後訴が想定される場合にしか問題とならないところ、二重敗訴の危険というのはまさに共通した争点を持つ訴訟が複数想定される場合に存する。二重敗訴の危険がない場合にはちょうど参加的効力は空振りに終わることになるのである。したがって、参加的効力の範囲について特別な限定をかけなくとも、過剰な負担を被告知者に強いたり、告知者を過剰に有利にしたりすることはない。通説を、II 2において述べたように、参加的効力の範囲について広く解するものと理解するなら、このように考えられるのではないかと思われる。一方有力説は、被告知者に補助参加人と同じ敗訴責任の共同負担を強いるには、補助参加を期待しうる状況が必要と考えるので、そのような状況にない者に対しては、告知を受けた時点から既に参加的効力を受けないことを保障し、それによって訴訟告知に対して何らかの対応をとらなければならないという負担を除去しなければならないと考えている可能性があると思われる。ただし、このことにより有力説と通説で参加的効力が実質的に及ぶ範囲について、結論に違いがあるのか²⁸⁾は直ちに明らかとはいえない。有力

25) 伝統的な通説は、補助参加の利益が認められるためには、本案判決の主文で判断されるべき訴訟物たる権利関係の存否が論理的前提となって参加人の法律上の地位が決定される関係が必要であるとしていた。兼子・前掲注 10)200 頁。現在では「参加人の法的地位を判断するうえで本訴訟の主要な争点についての判断が論理的に前提となる場合」でよいなどとされ、例えば同種の立場にある者同士にも補助参加の利益を認めている。新堂・前掲注 18)694 頁。同種の立場にある者に補助参加を認めた例として、大決昭和 8 年 9 月 9 日民集 12 卷 2294 頁、福岡地決平成 6 年 2 月 22 日判時 1518 号 102 頁。補助参加の利益の拡大一般については、高橋・前掲注 14)310 頁以下。

26) 徳田・前掲注 13)135 頁。

27) 鈴木重勝「参加的効力の主観的範囲限定の根拠」中村古稀『民事訴訟の法理』（敬文堂、1965）416 頁、新堂・前掲注 13)264 頁は、主に訴訟告知が補助参加人への参加的効力の主観的・客観的範囲の拡大の妨げとならないことをいうために訴訟告知と補助参加の分離を説いている。

28) 言い換えれば、事実上有力説が参加的効力の発生を肯定する場合にしか後訴が起こらないというのであれば、この意味での通説と有力説の相違はそれほど意味のあるものではないということになると思われるということである。

説が具体的にいかなる場合に補助参加を期待する状況があるとするかによってその判断は異なりうるはずだからである。

(2) 検討

次に、求償関係を基礎付ける実体関係を被告告知者が前訴（告知）の時点で否認している場合の処理という問題²⁹⁾を取り上げる。有力説が、補助参加を期待できない地位にある被告告知者の負担を事前に除去することに成功しているかを、検証するためである³⁰⁾。具体的には、債権者Xが保証人Yを訴え、Yが主債務者Zに告知したつもりでいるのであるが、実はこのZは、自分は主債務者ではない（ただの仲介人に過ぎない等）と思っているというケースなどがこれに当たる。以下では、このケースを念頭において考えることとする。

訴訟告知がされる場合、被告告知者に参加的効力及ぶかは最終的にはYのZに対する求償請求を審理する後訴裁判所が判断することになる。にもかかわらず、被告告知者は告知の時点で参加するかしないかを判断しなければならない。上の例で言えば、参加的効力が及ぶとすれば、Zは主債務の存否を争うならば、補助参加をしておく必要がある。逆に、及ばないとすれば黙っていても後訴を提起されてから主債務の存否について争うことができるのである。この状況のもとで、被告告知者が参加的効力は及ばないと判断して参加しないという選択をした場合どうなるか。それでも、後訴裁判所は被告告知者とは逆の判断をする可能性があり、そうなるとZは主債務の存否を争う機会を失う。このリスクが無視できない場合には、Zは主債務の存在につき争うためには事実上補助参加しなければならない

ないことになりかねないと思われるのである。Zのこの負担をどう考えるかにより、参加的効力の範囲についての結論が異なりうるというのがここでの問題である。この負担を軽減しようとすれば、このような場合には、後訴裁判所の判断を待たずに、Zを参加的効力から確実に免れさせるべきであるという議論が導かれうるからである。想定される結論は3通りある。このような場合にも①参加的効力が及ぶとする見解³¹⁾（後訴裁判所はYの主張から、YZ間で求償関係が問題となっていることが分かれば参加的効力が及ぶと判断する）、②及ばないとする見解³²⁾（後訴裁判所は、Zが自分は主債務者ではないと前訴の時点で主張していたと分かれば参加的効力は及ばないという判断をする）、③両者に実体関係があれば及ぶ³³⁾（後訴裁判所が事実を審理した結果、Zが主債務者であるということになれば後訴裁判所が参加的効力及ぶと判断する）というものである。Zが否定しても、真実はZが主債務者であるという可能性がある限り、告知の時点におけるYは二重敗訴の危険を負っていることは否定できない。Zに参加的効力を及ぼす必要性は（少なくとも後訴裁判所が実体関係を肯定する場合には）なお存在するのである。したがって、有力説の枠組みで考えるのであれば、このようなZに補助参加を期待することができるかが、参加的効力を及ぼすことの可否を考える上で決定的になると思われるが、有力説に立つ見解の多くは被告告知者が告知者に対して求償等の義務を負う「実体関係がある」場合³⁴⁾に補助参加が期待できるとしている。これが、真実として実体関係が存在していることを要求する趣旨だとすると、

29) この問題を取り上げている文献として、井上治典『実践民事訴訟法』（有斐閣・2002）201頁、高橋・前掲注 14)358頁、上田ほか・前掲注 20)294頁〔上原敏夫〕、新堂・前掲注 13)265頁注(1)。

30) この問題は、具体的にいかなる事情があれば被告告知者に補助参加を期待するか、という点と密接に関連していることから、本文のような検証のために有用となる。

31) 新堂・前掲注 13)265頁注(1)。

32) 井上・前掲注 29)203頁、高橋・前掲注 14)359頁。

33) 佐野・前掲注 21)143頁がこの見解と思われるが、直接本文のようなケースを想定して議論されているわけではない。

34) 「被告告知人が敗訴した告知者に対して、求償義務・損害賠償義務を負う実体関係が存在する場合」（上田ほか・前掲注 20)293頁〔上原敏夫〕、「告知者敗訴を直接の原因として求償または賠償関係が成立する実体関係がある場合」（高橋・前掲注 14)347頁）、「告知者を保護すべき実体上の地位にある場合」（新堂・前掲注 18)703頁）、など

①はそれがなくとも、求償関係が問題となつてさえいけばよいとするのであるから採りえないであろう。また③も、実体関係の存在を要求する前提に反して、上で述べたリスクを考慮するとZに事実上補助参加を強いていることになってしまうおそれがあり採り難いと思われる。自分の事実主張が後訴裁判所に受け入れられない可能性は訴訟である以上常に存在するからである。そうすると②を採らざるを得ないのであるが、この場合にZが後訴で「前訴の時自分は主債務者ではないと主張していた」と言えば参加的効力を及ぼされずに済むのであれば、事実上常に参加的効力が発生しないことになってしまう³⁵⁾という問題がある。そこで、前訴手続において参加を前提とせずにその旨を主張する機会を与えるべき³⁶⁾であるという主張がなされるのであるが、これは条文上の根拠を欠いている³⁷⁾。さらに、このような主張をしに出かけていくことは、参加することとそう変わらない負担になってしまうのではないかという問題もあり、妥当でないのではないかと思われる。そこで、明示するものはそう多くないのであるが、有力説のいう「実体関係」は、真実として実体関係が存在していることを要求するというのではなく、告知者の主張に基づきそれが問題となる場面であることで足りると理解すべきであろう。このように解すると、①又は③をとることができる³⁸⁾ことになる。どちらを採るかはもはや重要ではない。Yにとっては実体関係が

存在する場合に参加的効力を及ぼすことができれば十分であり、Zにとってはいずれにせよ主債務の存在を争うのであれば補助参加しておかざるを得ないことに変わりがないからである。

しかしそうだとすると、今度は、なぜそのような場合でも補助参加を期待しうるのかが問題となりうる。この場合には、被告知者と告知者の間に実体法上の関係があることを根拠にすることはできない。それを不要とすることによって上の結論を導いたからである。そこで考えてみると、告知者が前訴に勝訴すれば後訴は起こらないのであるから、告知者を前訴に勝訴させるような情報を持っていれば参加してくるであろうという事情は認めることができ、それが補助参加を期待しうる状況であるとして、参加的効力を認めているということになる³⁹⁾のではないかと思われる。しかし、告知者が二重敗訴の危険を負っている場合には、前訴と後訴に共通の争点があり、その共通の争点について前訴で告知者が勝訴すれば被告知者が後訴での責任を免れるのは常にいえることである。従って、被告知者のリスクを回避するという目的で有力説が主張されているとすれば、それは成功しているとはいえないように思われる⁴⁰⁾。

4 想定範囲外の問題

さらに、有力説が想定していなかった問題の存在を明らかにするため、被告が負担を第三者

35) 高橋・前掲注 14)360 頁注 (82) も、被告知者に有利になりすぎるかもしれないとして問題視している。

36) 井上・前掲注 29)203 頁。

37) 過去にはそのような立法例も存在した。佐野裕志「プロイセン一般裁判所法(1793年)における訴訟参加制度」一橋研究 5 卷 1 号 92 頁 (1980)。

38) 実体関係が存在していなくとも参加的効力を及ぼすことができるという前提に立つとするなら、被告知者が事実上常に補助参加せざるを得ないとしても不当とはいえない。②をとる場合には、実体関係がなかったと後訴裁判所が判断する場合には参加的効力は空振りになる。③をとる場合、その場合には参加的効力はそもそも発生しなかった、ということになる。後訴裁判所が堂判断するか分からない前訴の段階では、いずれにしても被告知者は事実上参加を強いられるので、これは説明の違いに過ぎないと思われる。

39) 佐野・前掲注 21)143 頁。

40) もっとも、そうであるとすると、有力説の、少なくともその一部の真意は別のところにあった可能性もありうる。例えば、後に述べるように本稿は、併合訴訟との比較の観点を導入して、訴訟告知の適用範囲を検討することを提案しているが、そのような検討の結果として訴訟告知制度は一定の実体関係がある場合にのみ利用させるべきであるという結論に至ることも十分考えられる。そうだとすれば、有力説はそもそも、補助参加した場合と同一の不利益を及ぼしうるかの観点とは直接関係なく制度の守備範囲を限定しようとしたものだと理解する余地があるということになる。後掲注 58), 67) 参照。

に転嫁する場合でなく、ある人に対し択一的に義務を負っている二人の者が存在する場合に、その人は原告として片方を訴え、片方に訴訟告知をすることによって、被告者となった者にこの訴訟の判決の参加的効力を及ぼして二重敗訴の危険を回避することができるか⁴¹⁾という問題を考えることとする。

具体的なケースとしては、歩行者Xが、YかZどちらかの運転する自動車に撥ねられて傷害を負ったことは明らかであるが、どちらが本当の加害者であるかは不明であるといったものが想定できる。もっとも、このようなケースで適法に訴訟告知をなしうるか否かは、ひとまずZが参加をなしうるかによって決まることになる。もし適法に参加をなしうるとした場合で、しかも補助参加の利益はあるとされる場合に、参加的効力が及ぶかということここでは問題にしている。従来の見解⁴²⁾は3つに分かれている。

これを検討する場合に、まず前提としなければならぬのは、追奪担保責任から発展してきた沿革から見て、訴訟告知によって参加的効力が生ずるという制度が想定してきたのは被告が第三者に負担を転嫁するケースであるということ⁴³⁾である。また有力説も、そのようなケースを想定して展開されていることはすでに述べたとおりである⁴⁴⁾(II 3)。しかし、この原告から告知するケースにおいても、Xには二重敗訴の危険があるとはいえる。また、Yに敗

訴した場合にはXはZの責任を追及できる、というケースだということもできないわけではない。さらに、参加を期待しうるかという有力説の問題意識をもとに考えても、一定の帰結に到達することは困難である。なぜなら、III 2(2)で検討したところに従えば、参加を期待するために要求されているのは結局のところ、前訴で告知者を勝訴させれば自分は責任を免れる、という事情にすぎないと考えざるを得ず、このケースにおけるZもXをYに対して勝訴させれば自分が責任を追及されることはなくなるといえそうだからである。結局、このケースでZに参加的効力を及ぼすか否かについては、従来の議論から決定付けることはできない⁴⁵⁾のではないかと思われるのである。

5 小括

通説との比較で、有力説がより参加的効力の範囲を限定しようとしていることはうかがえる。しかし、以上の検討から、次のようなことが明らかになったといえよう。まず有力説が、補助参加し共同で訴訟追行したわけではない被告者に、補助参加人に対するのと同じ効果を及ぼしうるのかという問題意識から導き出している要件は、実は被告者が前訴に参加して告知者を勝訴させれば自分が負担を免れる状況かどうかという程度のものであった可能性がある⁴⁶⁾。また択一的義務者に対する原告からの

41) 以下では、この問題を「択一的義務者」の場合と呼称する。

42) 従来の見解は以下のように整理できる。①義務者が「Zである」という判断に参加的効力が生じるという見解(木川統一郎「訴訟告知の効果」『民事訴訟法重要問題講義(上)』(成文堂、1992)205頁)、②「Yではない」という判断に参加的効力が生じるという見解(上田ほか・前掲注20)293頁〔上原敏夫〕、ただし、問題となるとすればこの判断である、という表現にとどまっている)、③全く生じないという見解(高橋・前掲注14)356頁注(76)、松本博之「証明責任と訴訟告知の効果」大阪市立大学法学雑誌31巻3=4号203頁(1985)がある。前訴が判断すべき事項はYかYでないかであり、Zであるかどうかについて前訴裁判所が判断したとはいえない。したがって、②か③が正当であると思われる。以下の本文で問題にするのは、有力説が②と③のどちらを選ぶべきかを教えてくれているかである。

43) その意味では、通説においても、択一的義務者の事例に訴訟告知を用いることができるか、という問題は存在している。

44) したがってこの問題は、有力説に立った上でなお、前掲注42)における②説を採用することが可能か、というように表現することもできる。

45) CPOや旧旧民事訴訟法59条1項の規定は、被告からの告知を想定したものではあったと思われるが、文言上本文のようなケースには利用できないと明らかにされていたわけではない。さらに、日本ではこの規定自体が現在は残っておらず、条文の文言解釈から答えを導くことも難しいと思われる。

46) もっとも、本文III 2で述べた有力説の第一の意図、すなわち被告告知者の利害状況に関する考慮が補助参加の適用範囲

告知により参加的効力が発生するとすべきか否かという問題は、そもそも有力説において想定されていなかったため、この問題は有力説を採るかどうかとはい別にさらに検討される必要が残るのである。

そうすると、少なくとも次の二つの問題について、なお検討される必要があるということができるよう思われる。①有力説は、補助参加した場合と同じ不利益を負わせうる場合でなければ被告者に参加的効力が発生することを正当化できないとしていたにもかかわらず、その程度の事情で被告者に参加的効力が発生することを肯定してしまつてよいのかという点、および、②択一的義務者のようなケースに訴訟告知を利用することの当否はどのように考えればよいのか⁴⁷⁾という点である。そして、これらについては、従来有力説が考えてきたと思われる、被告者が現実に補助参加した場合との比較というアプローチは必ずしも有効ではない。そのことはこれまでの検討から明らかであろう。

そこで、別の角度から訴訟告知と参加的効力について検討する必要があると思われる。もっとも、いかなるアプローチを試みるべきかが問題となるところであるが、ここでは、これらの場面における適切な解決を探るための手がかりとして、訴訟告知制度の存在意義はどこに見出されていたか、とりわけその立法過程において訴訟告知制度は主観的追加的併合（当事者引込み）制度のいわば代替制度として位置づけられていたことに着目してみたい。II 1で触れたように、現行民事訴訟法の母法たるドイツCPOの立法過程、つまり現行法の訴訟告知とそれにより発生する参加的効力という仕組みが形成

される過程では、二重敗訴の危険を回避したい告知者とできる限り自由を保護されるべき被告者の利害調整をもつばら訴訟告知制度で行うか、追加的併合（当事者引込み）という別の手段を導入して行うかという議論がなされていたのである。つまり、二重敗訴の危険を回避する制度としては訴訟告知により参加的効力を発生させることのほかに併合訴訟を使う方法がありうる⁴⁸⁾ということになる。そこで以下の部分では、同一の機能を果たしうる制度としての、併合訴訟との比較というアプローチを試みることにする。

IV. 併合訴訟との比較

1 一般的比較

やや重複するが、訴訟告知のほかに前訴当事者が二重敗訴を防止する手段としては、端的に二つの訴訟を併合することが考えられる。現に、ドイツCPOの立法過程でその採用の是非が問題となったことも前述したとおりである。訴訟告知は訴訟の係属中になされることから、併合訴訟のうちの主観的追加的併合訴訟が主たる比較の対象となりうる。現実に二つの訴訟の併合がなされると、分離されない限りは、両請求については矛盾しない判決がなされるから、被告が二重に敗訴する危険は事実上回避される。ただし、併合される訴訟の被告として手続に引き込まれる第三者は他人間の訴訟に自己を当事者とする手続を併合されることになり、その中で訴訟追行を強いられる。さらに管轄の利益を奪われる危険もある。これら一定の不利益を第三者は負わされる⁴⁹⁾のである。一方、これま

を拡大する際の障害とならないようにするという点ではなお通説との違いはありうる。しかし、結局のところ被告者が前訴に参加して告知者を勝訴させれば自分が負担を免れる状況にあることしか要求しないのであれば、大して障害にはならないということになる。

47) これは結局、前掲注 42) において②説と③説のどちらが妥当か、ということでもある。

48) 一般に、併合訴訟を利用することの利点の一つとして判決内容の統一があるとされる（高橋・前掲注 14) 249 頁など）。二重敗訴の危険の回避は、判決の内容が統一されることがなぜ利点となるのかの理由の少なくとも一部にはなっていると思われる。

49) ドイツ民事訴訟法の立法過程でこれが採用されなかった理由は、①求償訴訟の法律上の根拠である求償権利者の前訴敗訴より前に求償訴訟の提起を認めることは実体法に反する、②担保訴訟の被告の管轄の利益が害される、③実際上求償訴

での考察を前提に訴訟告知によって発生する参加的効力について考えると、参加的効力が及ぶ争点に関しては、告知者と相手方間での判断と、告知者と被告者間での判断が統一され、告知者は二重敗訴の危険を回避できる。一方、被告者はその争点について争うのであれば、前訴に補助参加して訴訟追行しなければならない。また、被告者は当該争点について管轄の利益を奪われることとなる。

このように、両者の機能、メリット、デメリットはかなり類似しているといつてよいと思われる。このことから、制度設計としてはどちらを（あるいは両方を）採用すべきかが問題となり

え、現に議論されたのである。結果的には主観的追加的併合はドイツ及び日本では少なくとも明文では採用されていない⁵⁰⁾のに対し、訴訟告知の利用が許され、同一の機能を果たしているのである。

他方で、訴訟告知と主観的追加的併合には相違点もある。訴訟告知によって発生するのは参加的効力であり、期待される被告者の関与も補助参加にとどまるとされているから、前訴で判断される求償義務の存否についての争点は前訴と共通しているものに止まり、いわば部分的な（争点限りの）併合訴訟としての役割しか果たしえない⁵¹⁾。被告者が、告知者の義務で

訟は前訴で求償権利者が勝訴した場合や敗訴した場合にも求償義務者が任意に履行した場合など、無駄に終わることが多い、④求償は連鎖しうから多数の請求が併合される可能性があり手続の混乱をもたらす、⑤求償訴訟の被告は求償権利者の敵と味方という矛盾した役割を同時に演じなければならないと不当である、⑥訴訟告知制度で十分である、であったことはすでに述べた。しかし今日において考えるなら、①は将来給付の訴えが認められる（民訴法135条）日本法のもとでは、観念的な権利の発生時期まで訴え提起を認めない必然性はない。③は前訴の求償権利者勝訴も求償義務者の訴訟追行の成果といいうるし、その場合でも求償訴訟につき棄却判決ができるからこれもそう決定的なものではない。④は告知が連鎖して多数の補助参加人が入ってきたときとどれだけ異なるか疑問である。⑤は本訴については求償義務者の立場は補助参加に過ぎない（ドイツで提案されたのは、訴訟告知を前提にさらに求償訴訟を併合するものであった）と考えることからくるのであるが、求償義務者は自己の一貫した主張をすればよいのであり特に問題はないであろう。求償権利者と求償義務者の前訴と後訴の共通争点についての主張が食い違う場合には、本訴においては求償義務者の主張は考慮されないが、裁判所の心証が求償義務者の主張を認めるのであれば、求償訴訟については求償義務者の主張に沿った判決がなされる。そのような場合には求償権利者は二重敗訴することは避けられないが、それはそういうものである。たとえば、保証人が主債務の存在について自白し、主債務者は争うという場合で、保証人が二重敗訴したとしてもそれは仕方がないことと思われる。そして⑥は訴訟告知制度が存在することが前提であり、むしろ両者の類似性を表すものであろう。結局、今日でもデメリットといえるのは、本文にも述べた②管轄の問題と①③⑤を総合した、求償義務者が早期に他人間の訴訟での応訴を強いられることに整理されるのではないか。ただし、第三者に手続きに介入される求償権利者の相手方の不利益も問題として残りうる。井上治典「被告による第三者の追加」『多数当事者訴訟の法理』（弘文堂、1981）161頁。

なお、この相手方の不利益という観点から主観的追加的併合と訴訟告知を比較すると、求償義務者が補助参加人として入ってくる分、前訴の相手方にとっては訴訟告知の方が、争点が増えない分審理が遅延しにくく、有利であるといえる可能性があるだろう。

50) 明文の規定はない。解釈論上は最判昭和62年7月17日民集41巻5号1402頁により、原告によるものは否定されている。これを前提とすれば、現在のところ、少なくとも原告が訴訟の継続中に第三者を引き込むには、当事者は別訴を提起した上で職権による併合を促すことしかできない。ただし被告が第三者を引き込む場合も同様に否定されるのかは明らかではない。学説は少なくとも被告が第三者への求償する場合（訴訟告知により参加的効力が生ずる典型例）にはこれを認めるのが多数説であるが、実務ではやはり別訴提起と職権による併合の促しか認めていないようである。高橋・前掲注14)417頁、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法I』（日本評論社、2002）356頁参照。

51) もっとも、この点については、告知者の二重敗訴を防止するために必要最小限の範囲に併合を絞りこみ、前訴の争点が増えないようにして前訴の告知者の相手方の利益を保護しているという肯定的評価も可能かもしれない。

他に、訴訟告知と参加的効力という仕組みが主観的追加的併合と異なりうる点としては、さしあたり以下のものを指摘しうる。

まず主観的追加的併合訴訟では、求償権利者から求償義務者への請求が明示されるのに対し、参加的効力はあくまで判決理由中の個別の争点に関する判断が生じるだけである。このため参加的効力による場合、求償義務者にとっての攻撃防御の対象の明示が不十分であって求償義務者にとっては参加的効力が不意打ちとなる危険性がある。しかし、告知書の記載が手厚く書かれていればこの問題は解決される。具体的にどのような請求を後訴として予定しているのかが告知書に記載（さらに前訴のいかなる争点が後訴と共通するのかまで説明してくれればなお望ましいが）されていれば訴状が送達されてくる場合とそう変わらないといえることができるであろう。そして、有力な学説は法律上要求されている「告知の理由」の記載につき「被告知人が関係を持つ、特定の（前訴の）争点の内容、さらには訴訟の結果、告知人と被告知人の間に生ずる可能性のある法

はなく自己の告知者に対する義務の存否を争う場合には、告知者・被告者間の再度の訴訟を経なければ紛争が最終的には解決しないという限界があるということである。逆に、訴訟告知の場合、請求は前訴一つしかないの、分離ということは考えられない。よって二重敗訴の危険を回避する確実性が、分離が裁判所の裁量で可能な通常併合訴訟よりも強い⁵²⁾といえる可能性がある。しかしこれらは、いずれも訴訟告知による参加的効力の発生という制度が、前訴と後訴の一部をひとつの手續（前訴）で一括審理することによって同一の争点についての判断の統一を図っているという、併合訴訟と共通

の構造を有していることを否定するものではないと思われる。これらの相違点については、それに原告、告知者（被告）、被告者の利害調整として合理性があるならば特殊な併合形態における特別のルールとして説明すべきであり、合理性が見出せなければ、本来は併合訴訟の性格を有する制度を告知・補助参加・参加的効力という形で規定しているために生じている歪み⁵³⁾と考えることもできるように思われる。そうであるとすれば、主観的追加的併合を代替する争点限りの特殊な併合形態として訴訟告知を位置づけることは、可能なばかりかむしろ実態⁵⁴⁾に沿ったもの⁵⁵⁾といえるのではないだろ

律上の紛争を具体的に記載する必要がある」（上田ほか・前掲注 20）286 頁〔上原敏夫〕など）とするので、その通りの記載がなされている限りさほど問題はないと思われるが、告知書には訴状のような提出時点での審査がなされていないことから、充実した記載をいかにして強制するか課題が残る。しかし、被告者の手續保障は不可欠であり、また漠然とした告知書しか書かなかった者は二重敗訴の危険を負わされてもやむをえないとすれば、後訴において告知書の記載に不十分な点があったことが発覚すれば被告者は参加的効力を免れると解することになると思われる。このリスクが告知者に事前に明らかであれば、告知者は告知書に十分な防御をなすような記載をなすだろうと期待できるのではないか。もっとも、被告者にとって十分な手續保障を与える告知書が安定して作成されるようなフォーマットが用意され定着することがさらに望ましいと思われる。それでも、告知書の記載をめぐる派生紛争が生じるリスクを重く見るのであれば、前訴での告知書提出の時点で裁判所がその記載を審査し、不十分なものは被告者に送達しないという解決が結局は望ましいとも考えられる。そして、その最も容易な実現方法は、告知書でなく訴状によって二重敗訴の危険には対応させることであるかもしれない。ここまで来ると、二重敗訴の危険を回避する手段を主観的追加的併合に一本化すべきか、という立法論の領域に入ってくるであろう。

また、管轄の利益の問題についてみると、訴訟告知と参加的効力の組み合わせでは、被告者は前訴に補助参加しての訴訟追行を強いられる。前訴はその被告である告知者の普通裁判籍によってその管轄が原則として決まるので、被告者は権利を行使される立場にありながら管轄の利益を奪われている。一方、被告による主観的追加的併合の場合、民訴法 7 条により本訴と求償請求のどちらかについて管轄権を有する裁判所は両方の管轄権を有するので、やはり求償義務者は管轄の利益を保護されない。ここまでは共通であるが、後者の場合求償義務者の管轄の利益に配慮して移送することが考えられるので、若干状況が異なる。しかし、後者でも管轄の利益の剥奪は許容されているのであるから、この違いをもって前者が後者を代替するものではありえないとまでは言えないであろう。

52) もっとも、この違いは実際にはほとんど問題とならないかもしれない。併合訴訟で分離を考える典型例は一方の自白であろう。訴訟告知で告知者が共通争点につき自白する場合、被告者はそれについて補助参加人の立場で争ったとしても抵触行為となるから前訴は告知者の自白を前提として判決される。しかし、その場合には後訴において当該争点に参加的効力は生じないと考えられるから、被告者は当該争点につき後訴で改めて争うことができる。この場合事実上分離されたのと同じ結果になると思われる。

53) この場合、訴訟告知、被告者の補助参加、参加的効力についての解釈論のどこかを工夫して解決するか、やはり併合訴訟は併合訴訟として規定しなければならぬとして立法論上の課題とすることになる。たとえば、被告者の前訴への関与形態が補助参加であるために、訴訟告知による参加的効力では後訴にあたる請求については前訴と共通している争点についてしか決着をつけられない。これを、告知者の相手方の利益保護のために、二重敗訴の危険を防止するために必要最小限の範囲に併合する部分を限ったもので合理性があると評価することもできるかもしれない。その一方で、だからこそ訴訟告知による参加的効力では紛争解決能力が不十分であると評価し、被告による主観的追加的併合を認めるべきだという議論に結びつけることもできると思われる。

54) ここで言う実態とは、従来の議論の検討から明らかになった、訴訟告知により発生する参加的効力の実益は二重敗訴の危険の回避にあり、実際二重敗訴の危険がある場合には、少なくとも被告による訴訟告知についてはほとんどのケースで被告者に参加的効力が発生すると解されているということである。

55) 前掲注 50) で述べたように、実務上被告による主観的追加的併合が許されていないとしたら、本文の分析が妥当する可能性は高いと思われる。しかし、実態がそうであることが立法論的な意味でも望ましいことといえるかは別問題である。訴訟告知が実質的に、当事者のイニシアティブによる主観的併合訴訟の役割を代替していることは、逆に言えば、立法時に採用されなかった強制参加の手續が結局は必要であるということを示しているという理解も可能であり、また観念の通知と

うか。両制度の相違点については、この位置づけを出発点として分析・評価を行い、解釈・立法論に反映させていくべきではないかと考えられる。

2 提示した問題に関する一つの考え方

(1) 前説

このように、主観的追加的併合を代替する争点限りの併合形態として訴訟告知を位置づけるとすれば、Ⅲ5で提示された問題はどのように考えることができるであろうか。

(2) 参加的効力の正当化

求償関係を基礎付ける実体関係を被告告知者前訴（告知）の時点で否認している場合の検討から、有力説は、参加して告知者を勝訴させれば後訴を起さされずに済む、あるいは負担を転嫁されずに済むという状況があれば補助参加を期待でき、したがって参加的効力を及ぼしてよいという判断をしていると思われる。これが果たして許されるのか、という問題をⅢ5において①として提示した。

しかし、主観的追加的併合を代替する争点限りの併合形態として訴訟告知とそれにより発生する参加的効力を位置づけるのであれば、二重敗訴の危険があるところでは基本的にそれを利用できるというのはむしろ自然なことなのではないかと思われる。その際被告告知者に生じる負担ないし不利益は、併合訴訟を認めた場合に、併合される手続の被告が受ける負担⁵⁶⁾と同質

のものであり、訴訟告知だからといって特別視される必要はない⁵⁷⁾ことになるのではないか。したがって、被告告知者は前訴と後訴で重なり合う争点について前訴での訴訟追行を強いられ、また管轄の利益を害されることも許容されうると考えられる。言い換えれば、被告告知者の利益は併合ないし訴訟告知の利用を認めるべきか否かの一ファクターとして考慮すれば足りるということである。

さらにいえば、以下のような理解も可能となると思われる。有力説は補助参加と訴訟告知を連続的に考えていたために、訴訟告知によって参加的効力が被告告知者に及ぶことを正当化するためには補助参加を期待しうるとした⁵⁸⁾。しかし、その実質的役割は二重敗訴の危険の回避にある。その役割を果たすため、二重敗訴の危険がある場合には補助参加を期待しうるとせざるを得ない。結果として、有力説がいう補助参加を期待しうる事情の内容は、二重敗訴の危険があることを被告告知者の側から述べたに過ぎない、参加して告知者を勝訴させれば後訴を起さされずに済む、あるいは負担を転嫁されずに済むという状況となるのである。補助参加した場合と同じ不利益を及ぼしうるかの問題として考えれば、それでは希薄すぎる印象があるかもしれない。しかし本稿のように訴訟告知と参加的効力が併合訴訟を代替するものと捉えるならば、被告告知者に生ずる不利益は併合を認めることによって不可避免的に生ずるものであるので、補助参加した場合と同じ不利益を及ぼしてよい

される訴訟告知がそのような機能を果たすのであれば、そのような機能を正面から捉えた制度を用意すべきではないかとも考えうる。被告のイニシアティブで第三者への求償訴訟を併合できる制度の導入を主張するものとして、井上・前掲注 49) 153 頁。

56) 一定の関連紛争については、引き込まれるほうの不利益は許容されるものとして併合訴訟を許容するというのは制度設計として通常のことであると思われる。民訴法 38 条も、「訴訟の目的である権利および義務が数人について共同であるとき、又は同一の事実上及び法律上の原因に基づくとき」「訴訟の目的である権利又は義務が同種であって事実上及び法律上同種の原因に基づくとき」には原告が主観的原始的併合訴訟を選択すれば、各共同被告はそれに従って、他人間の手続と併合された形で訴訟追行せざるを得ない。もっとも、この場合には裁判所が共同被告の利益を考慮して弁論を分離する余地が残されている。

57) もっとも、告知書の記載内容が不十分である等の問題がありうるとすればそれは別である。前掲注 51) 参照。

58) ただし、参加的効力と結びついた形での訴訟告知の利用を、沿革に忠実に被告からの求償が想定される場合に限定する考え方（前掲注 42）における③説）はなお成り立ちうる。すなわち、追奪担保責任を追及しうる、求償をなしうるなど告知者・被告告知者間に一定の実体関係が存在する場合に訴訟告知の利用を限定するという考え方である。この立場を前提に考えるなら、有力説が実体関係を被告告知者への参加的効力を正当化するために要求するのは、まさにこのことを明らかにする趣旨であったと理解する余地があると思われる。

のかという議論は不要になるのではないかとと思われる。

(3) 択一的義務者の問題

次に、択一的義務者の事例においても主観的追加的併合を代替するものとして訴訟告知を活用することを考える余地があるか、すなわちⅢ3における②の問題について検討する。

前提として、通説はもちろん、有力説も結局、告知者が前訴に勝訴すれば後訴は起こらないのであるから、告知者を前訴に勝訴させるような情報を被告者が持っていれば参加してくるであろうという事情があれば、被告者に及ぶ不利益を許容して争点限りの併合訴訟を作ることと認めるものと考えられる。そして実は、そのような事情は、求償の場面に限らず、YとZのいずれか一方が択一的にXに対して義務を負っている場合等においても広く認められる。もっとも、歴史的、沿革的にみればこのようなケースを訴訟告知の適用範囲に加えることには困難がある。しかし実質的に見て、裁判所の矛盾判断によって求償権を失う者と、裁判所の矛盾判断によって契約上の義務の履行請求権や損害賠償請求権を事実上失う者の地位が、訴訟告知による保護に値するか値しないかを左右するほど質的に異なっているかといえ、そういえるかには疑問がありうると思われる⁵⁹⁾。

ここで、訴訟告知も特殊な併合訴訟と位置づけられうることを考えると、他の併合形態との関係を考えることが重要であることが明らかになる。二重敗訴の危険を避けるためには、二つの訴訟を併合する手段が少なくとも一つ与えられていれば十分だからであり、他の手段があるならば訴訟告知により発生する参加的効力を使わせる必要はないといえるからである。択一的義務者の事例において、YかZのどちらかに対して権利を行使しうるXには、はじめからYとZをともに被告として訴える主観的原始的併合⁶⁰⁾の機会が与えられており、裁判所によって分離されない限りはそれで二重敗訴の危険を事実上回避しうる⁶¹⁾からである。また特に二重敗訴防止との関連では、分離を禁止できる民訴法41条の同時審判の申出や主観的予備的併合の利用が考えられる⁶²⁾のである。そして、訴訟告知を併合訴訟として使うよりは、併合訴訟そのものを用いる方が自然であること、YとZの双方に一度に終局判決が出せる点で、併合訴訟のほうがより紛争解決能力が高いこと、YとZの双方を被告とするのであれば、Zの管轄の利益も守られることから、これらの手続が利用可能である限りはそちらによるべきであり、安易に訴訟告知を用いることは妥当でない⁶³⁾とも思われる。しかし、その一方で、二重敗訴

59) ただし、特に事実上の択一的義務者のケースでは、告知者は事実関係を主張することによって訴訟告知と参加的効力を利用しうることになる。事実の主張であれば告知者は自由に組み立てられるのであるから、濫用される危険があるという議論はありうるかもしれない。しかしそれも要保護性を直ちに減少させるものではないから、ここから求償事例への限定を直ちに正当化することはできない。

60) その要件は「訴訟の目的である権利および義務が数人について共同であるとき、又は同一の事実上及び法律上の原因に基づくとき」「訴訟の目的である権利又は義務が同種であって事実上及び法律上同種の原因に基づくとき」であるが（民訴法38条）、択一的義務者の事例でこの要件が満たされないことは考えにくいと思われる。

61) 突然原告によって訴訟に引き込まれる被告は、原始的併合を用いることができない。この点で訴訟告知を利用する要請は被告のほうが大きいと一般的には言いうるであろう。

62) 高橋・前掲注14)356頁注(76)は、この観点から択一的義務者の事例における訴訟告知による参加的効力の発生を否定する。

63) 主観的予備的併合は最判昭和43年3月8日民集22巻3号551頁により不適法とされ、同時審判の申出ができる両請求が「法律上並存し得ない関係」にある場合とは、立法担当者によれば主張レベルで法律上請求が両立しない場合を指し、契約の当事者がAとBのいずれかであるようなケースは請求が事実上両立しないに過ぎず該当しないとされている（法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』（商事法務研究会、1996）59頁）から、訴訟告知と参加的効力の適用範囲を拡大することに実益があるとすればこのような同時審判申出ができない場合か、択一的な義務者Zの存在がXY間の訴訟係属後に明らかになったが、同時審判申出の前提となる両請求の併合が、前掲最判昭和62年7月17日によって当事者のイニシアティブによる主観的追加的併合が否定されており、かつ何らかの理由で職権による弁論の併合も期待できないためにできない場合等にありうることになろう。

の危険を回避する利益を重視するのであれば、同時審判の申出、主観的予備的併合の利用に制約が課せられていて、二重敗訴の危険を回避するためにこれらを用いることができないケースで、しかも、主観的原始的併合では分離の可能性があつて不十分であるとするのであれば、訴訟告知と参加的効力の利用を許容することを躊躇する必要はないようにも思われる^{64) 65) 66) 67)}。

力の議論の整理からは、少なくとも告知者が、自己に対する求償義務者と主張する第三者に告知した場合には参加的効力が発生すると考えるべきであり、おそらく有力な見解もそのように考えていると思われる。第二に、訴訟告知と参加的効力が、実質的には当事者のイニシアティブによる当事者間の本訴と告知者・被告者間の訴訟の、一部争点限りの併合訴訟として機能している可能性があると思われる。

V. まとめと残された問題

1 本稿の帰結

以上の検討から、以下のような指摘が可能であると思われる。第一に、訴訟告知と参加的効

2 残された問題

もつとも、目標とする訴訟告知による参加的効力の範囲についての明確な結論を得るためには、さらに、矛盾した裁判により二重に敗訴す

64) 本間靖規「訴訟告知の機能について」木川古稀『民事裁判の充実と促進 上巻』（判例タイムズ社、1992）378頁以下では、ドイツにおける、原告からの択一的義務者に対する訴訟告知を認める判例・学説が紹介されている。

65) 実際、最判平成14年1月22日判時1776号67頁は、同時審判の申出が使えず、単純な原始的併合しかできないケースの一例であると思われる、YかZのどちらかが買主であり、売主XがYを訴えてZに告知した事例において参加的効力を否定した。しかし、二重敗訴の危険を強く保護すべきという立場に立つとすれば、このようなケースにおけるXは、両請求が「法律上並存し得ない関係」にあるわけではなく、事実上並存しないというにすぎないから同時審判の申出を用いることができず、また主観的予備的併合は不適法とされているから、二重敗訴の危険を回避できない不当な立場に立たされていることになりうる。そうであるとする、本文で述べた理解からは、このような場合に訴訟告知と参加的効力という手段を用いることに障害はないのではないかということになる。山本克己「訴訟告知と参加的効力」法学教室302号96頁（2005）に同旨と思われる指摘がある。ただし、この判決が参加的効力を否定した直接の理由は、Zには「前訴の訴訟の結果につき法律上の利害関係を有していたとはいえない」こと、つまりそもそも補助参加の利益がないということである。この判断の可否は別として、補助参加の利益がないとされるのであれば、訴訟告知・補助参加・参加的効力の組み合わせによって併合訴訟を代替するという構想はこの事例には用いることができない。

66) 主観的追加的併合ができる場合に比べ、告知者の立場がより不利である面があるとしても、主観的追加的併合はできないという前提のもとでは、何らの保護を受けられない状況よりは訴訟告知制度による保護には一定の意義が認められるであろう。また訴訟告知の利用は強制されるわけではないので、訴訟告知をすとかえって不利になると考える者は利用しないはずである。

67) これに対し、参加的効力と結びついた形での訴訟告知の利用を、沿革に忠実に被告からの求償が想定される場合に限定する考え方（前掲注42）における③説及び前掲注58）参照）を支持するロジックとしては、たとえば以下のような考え方がありうるかもしれない。現在の民事訴訟制度は、二当事者間の訴訟を原則とし、一つの手続に三当事者以上が関与することを当事者の権利として認めることは例外に留めている。その一方で、裁判所は職権で、裁量的に請求を併合・分離する権限が一般的に与えられている。この意味では、主観的追加的併合は許されないといっても、それは当事者の権利としては認めていないというだけである。これは併合審理の可否については、各当事者及び第三者、さらには裁判所及び社会一般の利益を総合的に考慮して判断する必要があることから、個別事案ごとの裁判所の判断に委ね、典型的な事前の利益衡量が可能で、かつ、その結果併合審理の機会を保障すべきと判断される場合のみ個別規定を設けて当事者に併合の権利を与えるという考え方の現われとみることができるのではないか。それを前提として訴訟告知制度を眺めれば、この制度の設計において想定されていたのは被告から第三者への求償が問題となる状況のみである。とすれば、それ以上に適用範囲を拡大することは、併合の機会を保障すべきかどうかの検討を経ていない、したがって裁判所の個別的な利益衡量に委ねるべき場合について画一的に併合審理を保障してしまうこととなる。そうなれば、本来は管轄の利益や、他人間の訴訟での訴訟追行を強制されるべきでない者に対しても併合を強制する結果となりかねないのではないか。このような、併合訴訟についての限定列举主義のような考え方が成り立ちうるとすれば、やはり被告からの告知に守備範囲を限定すべきという結論に到達しうるかもしれない。とはいえ、同様の利益衡量を解釈論のレベルでははならないという要請は見出しうるであろうか。あるいは、他の併合訴訟を許容する規定の適用範囲がそれほど明確に定められているだろうか、などと考えていくと、このような議論だけで沿革に忠実な立場を十分基礎付けられるとは言い切れないのではないかと。

る危険の回避という利益が、どの程度の保護に値するのかをまず考える必要があるであろう。二重敗訴の危険がある場合には常にそれを回避する制度を設けておくべきなのか、それとも場合によっては、二重敗訴する者が出てくるとも承認すべきなのかといった問題がまずある。さらに、保護の程度は一度併合の機会を与えることで足りるのか、分離されないという保障まで与えるべきであるのか、なども問題となると思われる。これらについての理解の仕方によっては、併合訴訟の機会を与えることによる保護が不十分なところを、訴訟告知で代替することも直ちに不当とはいえないであろう。また、二重敗訴の危険から私人を広く（あるいは強く）保護することが妥当であるとしても、訴訟告知によって生ずる参加的効力の範囲についての議論に結びつけるためには、同じ保護が他の制度によってはなされ得ないのか⁶⁸⁾等を検討しなければならず、他の制度、特に併合訴訟についての解釈論と切り離して訴訟告知によって生ずる参加的効力の範囲を決めることはできない。このような、より広い視野からこの問題は検討される必要があり、それが課題として残されたことになる。

(うちうみ・ひろとし)

68) 同時審判の申出の範囲を限定的に解したり、主観的予備的併合を許さなかったりすることがそもそも妥当かについても議論がある。これらの制度については、高田裕成「同時審判の申出のある共同訴訟」三宅省三ほか編『新民事訴訟法大系第一巻』（青林書院、1997）172頁など。