

論説

詐害行為取消訴訟における債務者の訴訟上の地位 ——民法（債権関係）改正法案を素材として——

2015年4月入学

塚本 恒

I. はじめに

II. 詐害行為取消訴訟の被告適格について

- 1 被告適格の判断枠組みについて——会社訴訟を参照して——
- 2 部会審議における詐害行為取消訴訟の被告適格の議論
 - (1) 第一読会
 - (2) 第二読会
 - (3) 第三読会
 - (4) 小括

III. 債務者が訴訟参加した場合の権能について

- 1 共同訴訟的補助参加の要件論について

2 共同訴訟的補助参加の効果論——請求処分行為への牽制権について——

- 3 当事者適格判断における債務者の利益状況判断との関係
- 4 被告側における共同訴訟参加と共同訴訟的補助参加の異同
- 5 問題となる個別の請求処分行為類型について
 - (1) 請求の認諾、債務者に実体法的效果を及ぼすような和解について
 - (2) 債務者に実体法的效果を及ぼさないような和解について
 - (3) 訴えの取下げ同意について

IV. 結びに

I. はじめに

詐害行為取消権に関する民法（債権関係）部会における審議では、責任説が検討されたほかは、現行の判例法理であり折衷説の採る相対的取消しの理論¹⁾を修正して、債務者に対しても取消しの効力を及ぼす規律を採用することを前提として議論が為され、改正法案においても債務者にも取消判決の「確定判決の効力」を及ぼすこととされた（改正法案

425条）。相対的取消しを前提とすると、債務者には取消しの効果が及んでいないはずである。それなのに、債権者と債務者の関係において追行されるものである強制執行においては、取消しにより債務者の下に逸出財産が回復されたことを前提に、債務者に属する財産として債権者が強制執行できることとなっている。このことが致命的な欠陥であるとの学説の指摘²⁾を踏まえて、部会では「端的に詐害行為取消しの効果は債務者にも及ぶことを前提に制度設計をする」³⁾ことが志向さ

1) 大連判明治44年3月24日民録17輯117頁。

2) 中野貞一郎「債権者取消訴訟と強制執行」『訴訟関係と訴訟行為』160頁、166頁（弘文堂、1961）〔初出1960〕は、かかる欠陥が看過されてきたのは、執行法上取消しの効果が及んでいないことを職権斟酌することもできず、異議としても主張しえないため表面に出てこないからであるとする。

3) 法制審議会民法（債権関係）部会「部会資料73A 民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（7）」

れたためである。

詐害行為取消訴訟の被告適格について、かねてから詐害行為取消権の法的性質と関連付けられて論じられていたところ、民法（債権関係）改正法案では法的性質の問題と切り離し、債務者にも「確定判決の効力」を及ぼしつつ（改正法案 425 条）債務者の被告適格を否定し（改正法案 424 条の 7 第 1 項）、必要的訴訟告知（改正法案 424 条の 7 第 2 項）に留めた（以下、債務者の被告適格を否定して訴訟告知を義務付ける構成を訴訟告知構成と呼ぶ）。債務者の被告適格の存否については現行法（と、それを元にした判例法理）において多数議論がかわされ、法制審の部会審議においても議論された。しかし、被告適格を否定した場合、補助参加人として訴訟に参加した債務者の訴訟における取扱いが、債務者が共同被告とされた場合とどのように異なるのかということ、十分に議論されてこなかったように思われる。後に検討するように、部会審議では訴訟上の和解による終結を妨げないことが訴訟告知構成の利点として挙げられていたが、共同訴訟的補助参加人の規律として、請求処分行為への牽制権を参加人が持ちうるかということ、両説分かれているにもかかわらず、訴訟告知構成になったとき訴訟上の和解がいかに取り扱われるかということについては関心が払われていなかった。被告適格の問題が利害関係人の実体法上の地位に対応した手続保障の問題として検討されるべきものであり、共同訴訟的補助参加の成立要件に関しても判決効拡張によって第三者が受ける不利益の実質が考慮されるべきであり、共同訴訟的補助参加人の権限の問題も当事者適格が否定された趣旨に鑑みて参加人の実体法上の地位にふさわしい権限が与えられているかという観点から議論されるものであれば、被告適格が否定された改正法案において、債務者が訴訟参加人として持ちうる権限を考える際にも、被告適格を否定したと

きの立法判断を参照した解釈論が求められるのではない。被告適格が与えられなかった趣旨の解釈如何によって、参加人として有する権限も変わってくることになりそうである。

ところで、債務者に判決効を拡張しつつ被告適格を否定した改正法案の規律については、「明治 44 年判例以来、一体的関係にあると考えられてきた感のある被告適格の問題（相対的取消構成を放棄すれば、必然的に債務者を被告に加え固有必要的共同訴訟にせざるを得ないという問題）」が「義務的訴訟告知制度を導入することで巧みに回避されている」との評価⁴⁾や『要綱仮案』が、債務者の被告適格を否定した上で、『訴訟告知』に留めた点には一定の評価が与えられるべきであろうとするもの⁵⁾がある一方、「なお、詐害行為取消権においても同様に、債務者に対する訴訟告知の制度が提案されている（要綱第 16 の 7 (4) 参照）。しかし両者（債権者代位権と詐害行為取消権：筆者注）の法的意味は全く異なる点に注意を要する。後者は、既判力を及ぼす（同 10 参照）根拠となる訴訟告知であり、従来の民事訴訟法が知らない異例の制度であり、判決効が及ぶことを前提とした手続保障の制度である債権者代位の場合とその位置づけを異にする。」⁶⁾との懐疑的な論評も為されているなど、評価が分かれているところであるように思われる。この評価の相違は、直接的には改正法案が債務者を当事者とせず訴訟告知を受けるのみとされたことに対するものであるが、債務者が被告とされたときの弊害として懸念されていた事態は、訴訟告知を受けた債務者が参加した場合にも生じうるのではないかと思われ、債務者の補助参加人としての権限の解釈論にも影響を与えてきそうである。

また、改正法案を肯定的に評価する論者から、詐害行為取消訴訟の請求認容判決は形成判決であるがゆえに、当事者ではない債務者に対しても、判決効が拡張され⁷⁾、自己の与

56 頁（2014 年 1 月 14 日）（<http://www.moj.go.jp/content/000118685.pdf>, 2016 年 1 月 11 日最終閲覧）。

4) 高須順一「詐害行為取消権」NBL1047 号 13 頁, 19 頁（2015）。

5) 片山直也「債権者代位権・詐害行為取消権」法時 86 卷 12 号 64 頁, 68 頁（2014）。

6) 山本和彦「債権者代位権」NBL1047 号 4 頁, 9 頁注 28（2015）。

7) 高須順一「訴訟告知の効力（下）～債権法改正の文脈において～」NBL1064 号 43 頁, 46 頁（2015）。

り知らぬところで生じた認容判決の判決効が及んでくることを阻止するべく、必要的訴訟告知の規律が採用された⁸⁾との分析が為されている。しかし、その分析においては、形成訴訟の被告適格の問題として何故債務者を被告としないことが許されるのか、あるいは訴訟告知が判決効拡張を正当化する手続保障であるのならば債務者は自己に不利益な訴訟結果の出現を阻むべく具体的に何が可能であるのか、といった検討は不十分のまま残されている。

そこで、部会資料と議事録を紐解き、部会審議における被告適格の議論の検討を踏まえ、そこで債務者の実体法的な地位としてどのようなものが観念されていたのか考察し、そのような地位にある債務者に訴訟上与えられるべき権限の問題として、補助参加人としての権限を検討したい。

Ⅱ. 詐害行為取消訴訟の被告適格について

1 被告適格の判断枠組みについて ——会社訴訟を参照して——

詐害行為取消訴訟の被告適格は、従来詐害行為取消権の法的性質論とリンクした形で議論されていた。現行法の下での判例法理たる折衷説において債務者は被告適格を有しないとされる根拠は、詐害行為取消権の効果は債務者には及ばない(相対的取消しである)ことに求められており⁹⁾、その後の学説も、取消権の法的性質・効果から債務者の被告適格の有無を導いていた¹⁰⁾。このような従来の議論とは異なり、部会審議の過程においては、(責任説の検討が為されたほか)債務者に対しても取消しの効果が及ぶことを前提

として、債務者に被告適格を認めるべきか、被告適格を否定して債務者への訴訟告知を義務付けるに留めるべきであるかということが議論され、改正当案では訴訟告知構成が採用されることとなった(改正当案424条の7)。形成判決の判決効が及ぶことを前提に、自己の法的地位が変動する者について被告適格の有無が議論されたという点において、ここでの議論は、従前の詐害行為取消訴訟の被告適格をめぐる議論よりも、むしろ役員等選任株主総会決議の取消訴訟や役員等解任の訴えにおける被告適格の議論が参考になるように思われる。そこで、株主総会決議を争う訴えと役員等解任の訴えにおける被告適格に関する議論の枠組みを参照したい。

株主総会決議取消の訴えのうち取締役選任決議を内容とする総会決議の取消しを求めるもの(以下取締役選任決議取消の訴えと呼ぶ)の被告適格については、旧商法下時代は、会社被告説、取締役被告説、共同被告説が対立を見せていた。会社の被告適格が法定された会社法においても、その理論的根拠に決着が付いているとは言いがたい状況であり、会社のみが被告適格を有するか(取締役の被告適格が否定されていると解されるか)については、まだ議論の余地が残っている¹¹⁾。被告適格を判断する枠組みには、実体法的アプローチと訴訟法的アプローチの2つが対立している。通説¹²⁾は、株主総会決議が会社の意思決定であり会社が総会決議の処分権を有することを根拠に、会社のみを被告とすべきだとして会社被告説を採っており、実体法的アプローチを採るものであると解される。

通説に対して、谷口安平は、判決効の拡張規定を持つ訴訟の被告適格について、訴訟法的アプローチから考えられるべきものであって、取締役に被告適格が与えられるべきであ

8) 高須・前掲注7)46-47頁。

9) 折衷説のリーディングケースとされる大連判明治44年3月24日前掲注1)は、債務者と受益者双方が被告となり必要的共同訴訟であるとした大連判明治38年2月10日民録11輯150頁を判例変更している。

10) 中田裕康『債権総論(第3版)』259-260頁、272-277頁(岩波書店、2013)参照。

11) 以下の整理は中島弘雅「いわゆる『組織法』上の訴えの当事者適格、訴訟上の会社代表者をめぐる問題」民訴雑誌55号127-141頁(2009)、中島弘雅「法人の内部紛争における被告適格・再論——会社法上の確認訴訟・形成訴訟を素材として——」新堂幸司古希『民事訴訟法理論の新たな構築(上)』731-768頁(有斐閣、2001)に依拠するものである。

12) 伊藤眞『民事訴訟法(第4版補訂版)』192-193頁(有斐閣、2014)参照。

るとの批判を加えた。その理由付けは、「決議の効力といった事柄は完全な内部の意思決定過程の問題であって、総会決議がなされるについて『会社』そのものは何ら発言権を有していないのである」から、会社を被告とするべきではなく、「判決効を広範囲に拡張しなければならぬ場合において、当該請求につき最も密接かつ正反対の利害関係をもち、そのためにその者を除外した判決でその者を拘束することが不当であり、他方最も充実した訴訟追行が期待できるためにその結果を非当事者にも拡張することが不当でなくなるような、そのようなものが原告・被告たるべき」であり、「そのような者が複数いる場合には固有の必要的共同訴訟であるべき」であるから、取締役が被告とされるべきであるとするものである¹³⁾。同じく訴訟法的アプローチを採る論者でも被告適格についての見解は分かれており、「株主や取締役など重大な利害関係を有する多数の者の利害を調整・集約し、その結果に従って訴訟追行がなされることを保障する方法として、これらの利害関係者全員によって構成され、運営される会社という組織を被告に据えるのが最も妥当である」とする者¹⁴⁾、会社が被告とされることによって「訴えを適法に成立させ、かつ、決議の存在及び効力が維持されることに利害を有する者が、被告側に参加できる状態を作出」することに意義を見出し、会社被告説を採る者¹⁵⁾もある。

取締役選任決議取消の訴えにおける紛争の实质は会社の支配権争いであり、「コップの

中の嵐」に過ぎないとする指摘¹⁶⁾は妥当であろう。法人制度は対外的関係において真の意味をもつ法技術であるから、内部の意思決定の問題に関しては「会社」は何ら独自の利益を持っていない形骸なのであって¹⁷⁾、谷口説の批判する通り、会社の意思決定であるからという通説の理由付けは十分な説得力があるとは言いがたい。取締役選任決議のように、強度の実体法上の利害関係を持つ者と法律行為の当事者が異なる場合には、法律行為の当事者如何という形式的側面に囚われることなく、紛争で争われている実体法上の利害関係が訴訟の場に適切に反映されているかどうか吟味されるべきではなかろうか。会社の内部紛争にまつわる訴訟に関しては、株主・取締役を含めた全内部関係人が潜在的な利害関係者なのであって、画一確定の要請からこれら全利害関係人への判決効拡張を正当化するような適切な被告の選定が問題となるとするアプローチを是認した上で、誰が被告として訴訟追行すべきかということが問題とされるべきであると思われる。

旧商法 257 条 3 項の取締役解任の訴えについても、実体法的アプローチからは会社と取締役の委任関係の解消を求めるものであるから、会社と当該取締役が共同被告とされると説明される¹⁸⁾ところ、最判平成 10 年 3 月 27 日民集 52 卷 2 号 661 頁は「会社と取締役との間の会社法上の法律関係の解消を目的とする形成の訴えである」という実体法上の形式面のみならず¹⁹⁾、「この訴えにおいて争われる内容は、『取締役ノ職務遂行ニ関シ不正

13) 谷口安平「判決効の拡張と当事者適格」中田淳一選『民事訴訟の理論(下)』51頁、59-60頁(有斐閣、1970)〔同『多数当事者訴訟・会社訴訟——民事手続法論集第2巻』201頁(信山社、2013)所収〕。

14) 福永有利「法人の内部紛争の当事者適格」『民事訴訟当事者論』384頁、399-400頁(有斐閣、2004)〔初出1981〕。

15) 山本克己「判批」民商 95 卷 6 号 924 頁、933-934 頁(1987)。

16) 谷口安平「団体をめぐる紛争と当事者適格」ジュリ 500 号 322 頁、326 頁(1972)〔同・前掲注 13) 多数当事者訴訟・会社訴訟 228 頁所収〕。

17) 谷口・前掲注 13) 58-59 頁。

18) 前田庸『会社法入門(第12版)』410頁(有斐閣、2009)。

なお、本問靖規「企業内部紛争における当事者適格について——取締役解任の訴えにおける被告適格に関する近時の最判を機縁として——」原井龍一郎古希『改革期の民事手続法』621頁、624-625頁、632頁(法律文化社、2000)は、取締役解任の訴えは第三者の婚姻取消権のような実体法上の介入権を株主に取締役に対する直接の権利として認めたとの前提で理解することは困難であり、取締役の会社内部における機関としての地位を剥奪する制度であるから、実体法的観点から取締役の被告適格は導かれまいと批判する。

19) 同判決の調査官解説は、取締役解任の訴えの法的性質を「取締役の機関としての地位の剥奪を求めるもの」

ノ行為又ハ法令若ハ定款ニ違反スル重大ナル事実』があったか否かであるから、取締役に対する手続保障の観点から」も取締役にも被告適格が認められるべきであると判示している。同判決の調査官解説によれば、取締役解任の訴えに関しては、「一般的に、当該取締役の行為の適否が直接の争点とされるのである」ことから、取締役の手続保障の見地から取締役にも被告適格が認められるべきものであるとの解釈が示されている²⁰⁾。もっとも、ここで言う「手続保障」とは、形成判決により訴訟法上の拘束力が生じることに見合うだけの手続保障という観点ではなく²¹⁾、請求の要件が専ら取締役に関するものであることから、当該要件を争う機会を十分に与えるべきであるという含意のもとに「手続保障」という用語が用いられているものであることに留意は必要である²²⁾。

以上、会社訴訟を例に、実体法的アプローチ・訴訟法的アプローチについて検討した。詐害行為取消権が債務者・受益者等双方に取消しの効力が及ぶような形で制度設計されるのであれば、会社と取締役との委任関係の解消をもたらす取締役選任決議取消の訴えや取締役解任の訴えと同様、被告適格は実体法的アプローチ・訴訟法的アプローチのどちらから検討することも可能であるように思われる。また、仮に訴訟法的アプローチが採られたとしても、利害関係人の実体法上の利益は訴訟にどのように反映されるべきと考えるのか、また当事者とされることによって「手続保障」として保障される利益がいかなるものであるのかによって、誰に被告適格を与えるべきかという結論は様々になってくること

は、詐害行為取消訴訟においても同様であるように思われる。先に確認した会社訴訟における被告適格の判断枠組みの議論を補助線として、部会審議において詐害行為取消訴訟の被告適格がどのように議論されていたのか、以下検討する。

2 部会審議における詐害行為取消訴訟の被告適格の議論

第一読会から中間試案まで採られていた債務者・受益者等を共同被告とする構成（以下共同被告構成と呼ぶ）ではなく、債務者に被告適格を認めない案を本文で記した第82回会議の部会資料である部会資料73Aは、

「債務者を被告とする場合の併合形態は固有の共同訴訟であるから、債務者が行方不明であったり、法人である債務者の代表者が欠けていたりする場合には、公示送達や特別代理人の選任が必要となり、債務者が死亡した場合には、訴訟手続が中断するなど、円滑な訴訟の進行が害されるおそれがある旨の指摘、詐害行為取消訴訟の紛争の実態は限りある責任財産の奪い合いであり、債務者は詐害行為取消訴訟について実際上の利害関係を失っている（訴訟の帰すうに関心を失っている）ことが多いため、債務者を被告とすることを強制する必要性は乏しいことが多く、手続保障としては債務者への訴訟告知がされれば足りる旨の指摘、上記のとおり多くの債務者は詐害行為取消訴訟を積極的に追行する意欲に乏しいと考えられるから、債務者を被告とするとむしろ和解等による柔軟な紛争解決の妨げとなる可能性がある旨の指摘がある。

か「会社と取締役間の委任関係の解消を求めるもの」か割り切るとは困難であり、「取締役解任の訴えは会社と取締役間の委任関係の解消を求めるものである」ことから会社と取締役との共同被告説を導く議論は、いささか形式論理的であり、かつ結論先取りの感がある、必ずしも説得力があるとは言えないとする（河邊義典「判解」最判解民事篇平成10年度（上）363頁、374頁（2001））。

20) 河邊・前掲注19)377頁。なお、取締役選任決議取消の訴えは「当該決議自体に瑕疵が存するか否かを審理判断するものであり、その瑕疵の内容として、取締役の個人的問題が主張されることもあり得るが、それとは無関係の手続的瑕疵が主張されることも多い」点で別異に解されるとする（河邊・前掲注19)379頁）。

21) 仮にそのような観点に立つのであれば、後訴において取締役たることの地位の主張が遮断されることに着目すべきであるし、取締役選任決議取消の訴えと別異に解する根拠が薄弱となる。

22) なお、畑瑞穂「詐害行為取消訴訟の構造に関する覚書」石川正古希『経済社会と法の役割』1163頁、1179頁（商事法務、2013）は、この点が取締役選任決議取消の訴えとの当事者適格の違いをもたらす性質のものであるか疑問の余地があるとする。

これらの指摘を踏まえ、上記判例の結論を維持し、債務者を被告とする必要はない（債務者に被告適格はない）旨を定めることとした。」

と説明する²³⁾。民法（改正法案）部会審議過程における被告適格の審議過程を検証し、この記述へ至る過程を確認することで、債務者に被告適格が無いとした判断がいかなる根拠に基づくものであったのか読み解いていく。

(1) 第一読会

第5回会議で示された部会資料7-1において、「(2) 債務者に対する取消しの効果—詐害行為取消訴訟における債務者の地位」として、

「現在の判例法理（折衷説）の下では、取消しの効果は、取消債権者と受益者・転得者との間で相対的に生じ、債務者には及ばないとされ、詐害行為取消訴訟の被告は受益者又は転得者のみとなるとされているが、このような相対的取消しに対しては、債務者に取消しの効力が及ばないにもかかわらず、債務者の下に逸出財産が回復され、債務者の下で強制執行が行われることを理論的に説明することができないといった問題点が指摘されている。

このような判例法理が抱える理論的問題点を克服するには、取消しの効果を債務者にも及ぼすようにすることが考えられるところ、そうであれば、債務者が手続に関与する機会を保障することが必要となる。

このような観点から、詐害行為取消訴訟に

おいては、受益者又は転得者のみならず、債務者をも被告とすべきとする見解もあるが、これについてどのように考えるか。」²⁴⁾

という問題提起が為され、部会資料7-2による補足説明において、共同被告構成を採って債務者をも詐害行為取消訴訟の被告とすることによる手続的負担の増大に対する批判についても、

「債務者が所在不明となっている場合などには公示送達の手続を用いることもできることなどを考慮すると、債務者を詐害行為取消訴訟の被告としたからといって、詐害行為取消権の行使が困難になるほどの負担が生じるとは考え難い。

むしろ、被保全債権の存在や債務者の主観的要件の充足などについては、受益者・転得者にとっては他人である債務者に関する事柄であるため、受益者・転得者のみを被告としていたのでは、十分な防御が期待できないところ、債務者をも被告とすることにすれば、これについての十分な防御も期待できることになるというメリットも見込まれる」²⁵⁾

との説明が為されていた。

第5回会議の審議においては「所在不明になっている債務者が訴訟をやった後、実は死んでいたということが分かったような場合には、結局それは本来の被告はその相続人かもしれませんけれども、固有の共同訴訟の被告が足りなかったということになり、判決が覆るおそれが将来出てきて不安定な結果を招かないかという懸念が示され²⁶⁾、債務者に対しては訴訟告知に留める案の検討の余

23) 法制審議会民法（債権関係）部会・前掲注3)51頁。

法制審議会民法（債権関係）部会「法制審議会民法（債権関係）部会第82回会議議事録」53頁〔金洪周発言〕（2014年1月14日）（<http://www.moj.go.jp/content/000124765.pdf>、2016年1月11日最終閲覧）も同旨。

24) 法制審議会民法（債権関係）部会「部会資料7-1 民法（債権関係）の改正に関する検討事項（2）」11-12頁（2010年3月9日）（<http://www.moj.go.jp/content/000033452.pdf>、2016年1月11日最終閲覧）。

25) 法制審議会民法（債権関係）部会「部会資料7-2 民法（債権関係）の改正に関する検討事項（2）詳細版」46頁（2010年3月9日）（<http://www.moj.go.jp/content/000033453.pdf>、2016年1月11日最終閲覧）。

26) 法制審議会民法（債権関係）部会「法制審議会民法（債権関係）部会第5回会議議事録」37頁〔山本和彦発言〕（2010年3月9日）（<http://www.moj.go.jp/content/000047181.pdf>、2016年1月11日最終閲覧）。

この発言からでは、訴訟提起時に債務者が既に死亡していたにもかかわらず（承継者ではなく）債務者を被告として訴訟提起をしてしまった場合を懸念しているのか、訴訟係属中に債務者が死亡していたにもかかわらずそれを看過して判決をしてしまった場合を懸念しているのか、必ずしも明らかではない。前者の場合は、訴訟告知構成を採っても、訴訟告知したことが訴訟適法要件となるのであれば同様の問題が生じてくる（自己に不利な判決の出現を阻む機会の保障として、債務者が訴訟に参加する機会は保障されるべきであるから、債務者の手続保障の見地から適法な訴訟告知を欠く場合には訴えを却下すべきであろう。高須・前掲注7)47-48頁も、詐害行為

地も示唆されていた²⁷⁾。

以上の審議を踏まえて、中間論点整理では第10の1(2)において、

「取消しの効力が債務者に及ばないこと(相対的取消し)に起因する理論的問題点(前記(1)参照)を克服するために、詐害行為取消訴訟において、受益者又は転得者のみならず債務者をも被告とするか、又は債務者に対する訴訟告知を要するものとするなどして、取消しの効力が債務者にも及ぶようにするかどうかについて、更に検討してはどうか。」²⁸⁾

と整理され、事務局において、「議事の概況等」として、

「第5回会議においては、詐害行為取消訴訟において債務者を被告とすることに理解を示しつつも、所在不明だと思われていた債務者が実は死亡していた場合などへの対応に不安を指摘する意見があった。また、否認訴訟においては破産者を被告とする必要はないとされていることから、詐害行為取消訴訟においても必ずしも債務者を被告としなければならないものではなく、例えば、債務者に対する訴訟告知を義務付けることでも足りるのではないかという意見があった。」

との補足説明が付されていた²⁹⁾。

(2) 第二読会

第二読会においては、部会資料35において、甲案として共同被告構成が維持されたことに加えて、乙案として詐害行為取消訴訟は受益者又は転得者のみを被告とすれば足りるが、債務者に対しては訴訟告知をしなければならない旨の規定を設けるものとする訴訟告知構成が提案されていた³⁰⁾。そこでは甲案の説明として、第一読会で示されていた共同被告構成の説明が維持される一方で、乙案について、

「甲案に対しては、否認訴訟では破産者(債務者)を被告とする必要はないとされているから、詐害行為取消訴訟においても必ずしも債務者を被告とする必要があるとまでは言えないとの観点から、例えば、債務者に対しては訴訟告知をする必要がある旨の規定を設けておけば足りるとの見解が主張されている。」との説明が付されていた³¹⁾。

第41回会議の議論においては、共同被告構成を採ると、債権者代位訴訟と予備的併合提起した場合に主観的予備的併合になり不都合ではないかとの意見³²⁾が出る一方で、訴

取消請求認容判決によって改正法案425条の3の返還請求権が生じる等債務者・受益者等の間での求償関係の発生がセットになっているが、訴訟告知を欠いていた場合判決効拡張を否定することとすると反対給付の返還請求権等を失う受益者等が不利益を被ることになり、受益者等に酷である。訴訟告知懈怠の不利益は本来訴訟告知を義務付けられていた債権者が負うべきであるから、訴えを却下すべきである、とする。)

27)「論理的に、債務者に効力を及ぼす場合に被告にしなければならないかどうかというところも考えてみる余地はあるような感じはしております。御承知のように否認権について、否認訴訟は従来から形成訴訟と給付確認訴訟の争いがあったわけですが、現在は給付確認訴訟が一般的だと考えられていて、当然債務者は被告にする必要はないと理解されているところでありますけれども、もちろん否認権の場合とはやや局面は違うわけですが、その効力を及ぼす場合に必ず被告にしなければならないということもなさそうな感じもして、その債権者代位と同じように訴訟告知ぐらいで足りるというようなことも制度としてはあり得ないことはないような気がいたしまして、ここはもう少し考えていただく余地はあるかなと思っております。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注26)37-38頁[山本和彦発言]。

28) 法制審議会民法(債権関係)部会「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」27頁(2011年5月10日)(<http://www.moj.go.jp/content/000074384.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧)。

29) 法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」69頁(2011年5月25日)(<http://www.moj.go.jp/content/000074425.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧)。

30) 法制審議会民法(債権関係)部会「部会資料35 民法(債権関係)の改正に関する論点の検討(7)」56頁(2012年1月17日)(<http://www.moj.go.jp/content/000083640.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧)。

31) 法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注30)57頁。

32)「債権者代位権の議論では、債務者の地位については訴訟告知説でほぼ固まりつつあり、ここを被告にする考え方は今のところ出ていない。その中で、詐害行為取消訴訟について、債務者を被告としなければならないとなったときに、主位的請求と予備的請求を出そうとすると、主観的予備的併合になり、この訴訟がうまく動かないのではないかと。そこで、逆の発想で、そうだとすると、甲案ではなくて乙案を採って訴訟告知で足りることとして、その上で債務者に訴訟告知による効果として、それは訴訟告知の効果としていいのかがどうかは問題ですが、債務者に効果を及ぼす、こういう枠組みもあるのではないかと、検討を進めております。」法制審議会民

訟告知のみを受ける者に判決効を拡張することが可能であるのか理論的にはなお慎重な検討が必要であるとする意見も出された³³⁾。また、第42回会議に提出された委員等提出資料において、共同被告構成が債権者代位との併合提起や和解による終結、訴えの取下げを阻害するのではないかという懸念が示されていた³⁴⁾。

詐害行為取消訴訟の被告適格については、第2分科会における補充的な審議に回された。第2分科会第3回会議では、共同被告構成を採ると固有必要的共同訴訟の規律が及ぼ

され煩瑣であること、原告としては債務者をも被告とせねばならず面倒であること、詐害行為取消訴訟が複数回提訴された場合に債務者に過剰な応訴の負担を招きうること、といった懸念が示された³⁵⁾。固有必要的共同訴訟の規律による実際上の不便として一番懸念されたことは、訴訟上の和解による訴訟終結が困難になることであった³⁶⁾。「債務者も被告にする場合に、受益者と債権者のみで和解ができるのか。そのときに常に債務者の意思が関与するとすればできない場面が出てくる。もちろん、債務者は和解をしたからと

法（債権関係）部会「法制審議会民法（債権関係）部会第41回会議議事録」50頁〔中井康之発言〕（2012年2月14日）（<http://www.moj.go.jp/content/000097748.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧）。

33) 「私は、前の部会でも、乙案的な考え方もあるのではないかとこのことを申し上げたと思いますが、理論的には、乙案のようなことが成立するかどうかということは、なおかなり慎重な検討が必要だろうと思っています。

要するに、債務者に対して判決効を及ぼすという前提として、訴訟告知に基づいた判決効を及ぼすという制度は、私が知る限りはないのではないかと思います。そういう新たな制度を作るか、あるいは債権者代位と同じような構成をするのであれば、受益者あるいは転得者が債務者の訴訟担当をしているという形になるのかもしれませんが、そういう構成が果たしてできるかどうかということも、なお考えていかなければいけないと思いますので、慎重な検討が必要だろうと思っていますということだけ申し上げます。」法制審議会民法（債権関係）部会・前掲注32)53頁〔山本和彦発言〕。

34) 「債務者を被告とすることが義務付けられれば、主観的予備的併合を認めない現行判例を前提とすると債権者代位訴訟に詐害行為取消訴訟を予備的請求として併合提起することが困難になり実務上支障を来すことになるし、また、取消債権者と受益者等との間で債務者の権利義務に影響を及ぼさない内容の和解をするときや取消債権者が訴えの取下げをするに際しても常に債務者の同意を得ることが必要となりかねず柔軟な解決の妨げとなりうるからである。

この場面における債務者の手続保障としては、原告に対し債務者への訴訟告知を義務付け、詐害行為取消訴訟の手続関与の機会を与えることで十分であるものと考えられる。」大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志「詐害行為取消権の条文提案」14頁（2012年3月6日）（<http://www.moj.go.jp/content/000096656.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧）。

35) 「甲案を採るといことになると共同被告にせねばならない。これは固有必要的共同訴訟という意味だと思いますから、そういう意味では、訴訟の在り方一般としてかなり厳しい制約を課することになるだろうと。訴える債権者からすれば、必ず債務者も被告としなければならないという煩わしさが付いて回る。それから、訴えられた被告としては、それで決着が付けばもちろんいいのかもしれませんが、後でウのところに出てくるように、複数の詐害行為取消訴訟、競合してもいいのではないかと。これは必ずしも、部会資料にありましたように、1回で決着を付けましょう、矛盾判断はあつてはなりませんとは言わずに、それぞれ詐害行為取消訴訟、訴訟物は別だという理解の下に、債権者が誰か勝てばいいという話になるわけですから、引っ張り込まれた債務者のほうはその度に全部付き合わされて、全ての裁判に被告として対応せねばならないというのも酷ではないか。被告の利益のためというはずなんだけれども、実際には違う面もあるのではないかと。参加の機会を保障するという意味なら訴訟告知で足りるのではないかという気もしております、乙案のほうが合理的ではないかと思っております。」法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会「法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会第3回会議議事録」21-22頁〔高須順一発言〕（2012年5月15日）（<http://www.moj.go.jp/content/000101191.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧）。

36) 「和解のことを考えても、乙案のほうがよろしいのではないかと」法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)22頁〔中井康之発言〕、「詳しくなくて申し訳ないですが、固有必要的共同訴訟性というのが何か制限にはならないかという点を、ちょっと危惧はしているんですが。そこは規定を設ければいいということなんでしょうか、この場合には。例えば同意を得ればよいということでしょうか、株主代表訴訟もいろいろ考えた上で規定を作って、和解のことを決めたわけだから、同じようにということでしょうか。

固有必要的共同訴訟という性質との兼ね合いで、整合的なものを考えねばならないけれども、それがどこまで現実的な制度として作れるんでしょうかという心配がありますということ意見に変えさせて（原文ママ）いただきます。」法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)23頁〔高須順一発言〕。

いて、その後、また別途、詐害行為取消で訴えられる可能性はありますが、そのリスクを採って和解をしている事例が現にありますので、その実務が事実上否定されることにならないか、「現在は受益者と取消債権者のみで和解をしている例はたくさんありますので、その実務はそれなりに有用で、債権者もそれによって一定の目的を達している」³⁷⁾という要請から、訴訟告知構成を採るべきだと主張された。この見解に対しては、様々な角度から疑問が呈された。第一に、解決金的和解なのであれば³⁸⁾、訴訟外の和解を行って訴えの取下げをすれば——被告の取下げ同意が問題となるのであれば請求の放棄をすれば——同様の効果を得られるのであって、固有必要的共同訴訟たることが障害にはならないのではないかというものである³⁹⁾。第二に、解決金的和解なのであれば、行為が取り

消されることもなく債務者に法的な効果が及ぶことは無いため債務者にデメリットは無く、債務者の関与が必要になるからといって和解が困難になることはないのではないかというものである⁴⁰⁾。第三に、被告とされるわけではなく、訴訟告知されるに留まる者に対して判決効を拡張することが正当化できるのかという疑問である⁴¹⁾。第一の疑問には、解決金に債務名義を得たいニーズがある以上、裁判上の和解ができることが望ましいとする再反論が為されている⁴²⁾。

第62回会議において更なる補充的な審議が行われた。そこでの委員等提出資料においては、共同被告構成の不都合として、債務者を被告とすることにより送達手続が負担となること、固有必要的共同訴訟の規律が適用されることとなり、債務者欠席時に自白や和解、取下げによる早期の訴訟終結が困難にな

37) 法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)22-23頁〔中井康之発言〕。

38) 訴訟告知構成を支持する者は、「一部認容的和解ではないと思います。金銭支払債務を約束はするけれども、それは詐害性を認めたとか廉価売買を認めたから、その廉価部分の一部償還的に行う和解という理解はしていないと思います。解決金としての支払いで、その後、受益者のほうは再訴のリスクは100%負っているという理解をしています。間違っているかもしれませんが、そういう和解の実務ではないかと思うんです。」法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)24頁〔中井康之発言〕、「中井先生のおっしゃるとおり、和解によって5,000万円の債務名義を作って、本来の訴訟物に関する訴えは取下げをすることになると思います。受益者に対する訴えを取り下げて受益者が同意する。ですから、訴訟物については何らの処分もなかったことになり、別の債権者から再訴を受ける可能性は当然残ります。ただし、『本件に関し、この和解条項に定めるもののほかに何らの債権債務がないことを確認する。』というような清算条項が通常は入りますので、和解をした取消債権者については再訴ができなくなります。」法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)24-25頁〔岡崎克彦発言〕、「和解をってしまう段階では、詐害行為になる、ならないことは決着を付けずに、結局再訴の危険は背負うんですね。背負ったままで和解をすることがどうかの判断を受益者はすることになるんだと思うんですが。」法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)25頁〔高須順一発言〕、という発言に見られるように、和解による詐害行為取消権の行使を前提としているわけではなく、受益者等が債務者に解決金を支払うのみの和解を想定しているようである。

39) 法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)23頁〔道垣内弘人発言〕、法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)24頁〔山本和彦発言〕。

40) 法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)23頁〔金洪周発言〕。

なお、この点については共同被告構成を採って債務者が欠席すると、債務者の同意を取り付けられないことから和解ができなくなり弊害があるとの反論が考えられるところであり、後で確認するように、第62回会議の委員等提出資料において実際に為されている（後掲注43）参照）。

41) 「理論的に訴訟告知で絶対既判力を及ぼしてはいけなとまでは思いませんけれども、ただ、訴訟告知というのは訴え提起とは違って、基本的には参加したければ参加してくださいと、参加しなければ、不利な効力が及ぶことはあるけれども、参加的効力という範囲内で及ぶというのが普通の訴訟告知の制度なので、ここでだけそれほど強い効力を及ぼすような訴訟告知というものがあるのかどうかというのは、ちょっと違和感みたいなものはありますが、被告にしてしまうとちょっとあれなんじゃないかな。」法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)22頁〔山本和彦発言〕。

42) 「今、前提が両方も裁判外での和解ですね。でもどうでしょう、取消債権者と受益者で和解が成立して、直ちに払えないときには分割になって、債務名義化することを求められることがあると思いますから、そうすると、常に裁判外で完璧に処理ができるかと言ったら、そうではないように思います。実務的には、訴訟上の和解で解決することを取消債権者も望むのではないか。それに対しては、スムーズな和解ができるか問題が生じるのではないのでしょうか。」法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)24頁〔中井康之発言〕。

ること、債務者に発生した中断事由によって訴訟手続全体が中断すること、債権者代位訴訟との併合提起が困難となることが挙げられていた⁴³⁾。また、別の委員等提出資料においても、債務者が被告となることにより債権者代位訴訟との併合提起が困難になること、和解や取下げに対する同意を取り付けることが困難になること、債務者の手続保障として

は共同訴訟的補助参加人の地位を保障すれば足りることが挙げられていた⁴⁴⁾。共同被告構成を採る立場からの反論として、訴訟告知を受けた者は単に訴訟が係属したことを知らされるのみで、自分の側で参加しなければならない負担を負っているのであって、そのような者に対して判決効を拡張することは説明が難しいとの指摘が為された⁴⁵⁾。他方、再

43) 「⑨立法提案では、債務者をも被告とするので、詐害行為取消訴訟の性格は、固有必要的共同訴訟となると考えられる(大判明治38.2.10)。

この点、詐害行為取消訴訟は、債務者が自己破産の申し立てをしない場合に、破産手続外で利用されるものであり、債務者が夜逃げしていることも多分に想定される。そうすると、固有必要的共同訴訟となる以上は、債務者の所在確認が必要となり、所在不明の場合の公示送達手続が必要となり、負担が重くなる。

⑩立法提案では、債務者が期日欠席の場合は、受益者(又は転得者)の自白や認諾も効力を生じなくなり、取消債権者は全ての事実について立証することが必要になるなど、裁判所のみならず、訴訟当事者にとっても訴訟手続が過重なものとなる。

⑪立法提案では、固有必要的共同訴訟であるため、弁論を分離することができず、債務者が欠席する限り、受益者(又は転得者)についてだけ、訴訟上の和解もできない。

⑫立法提案では、受益者(又は転得者)が本案について、請求の棄却を求めた後は、債務者が欠席する限り、(裁判外の和解とともに)受益者(又は転得者)が訴えの取下げに同意することもできない。

⑬立法提案では、債務者について、中断事由が生じると、訴訟手続全体が中断することになる。

⑭これまでの実務では、債務者から受益者への不動産譲渡等の外観が存在する場合、当該譲渡等が仮想のものか真実のものかを判断することは容易ではないため、a 当該譲渡等が無効である旨主張して債務者に代位する所有権移転登記の抹消登記手続請求等と、b 当該譲渡等が有効であることを前提とする詐害行為取消請求とを選択的あるいは予備的に併合して提起する例が多く見られた訴訟形態であった。

ところが、立法提案のように詐害行為取消訴訟において債務者をも被告とすることを要した場合、訴えの主観的予備的併合が不合法である旨判示した最二小判昭和43年3月8日に照らし、従前の実務における訴訟形態が制約を受けることになると思われるが、従前の訴訟形態で訴え提起に特段の問題があるとは考えられていないことを勘案すれば、このような実務に支障が生ずるおそれがある改正は相当ではない。」東京弁護士会法制委員会有志「民法(債権関係)の改正に関する論点の補充的な検討(2) 詐害行為取消権(責任説)」3-4頁(2012年11月13日)(<http://www.moj.go.jp/content/000104098.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧)。法制審議会民法(債権関係)部会「法制審議会民法(債権関係)部会第62回会議事録」36-37頁[高須順一発言](2012年11月13日)(<http://www.moj.go.jp/content/000109168.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧)も同旨。

44) 「債務者を被告とすることが義務付けられれば、主観的予備的併合を認めない現行判例を前提とすると債権者代位訴訟に詐害行為取消訴訟を予備的請求として併合提起することが困難になり実務上支障を来すことになるし、また、取消債権者と受益者等との間で債務者の権利義務に影響を及ぼさない内容の和解をするときや取消債権者が訴えの取下げをするに際しても常に債務者の同意を得ることが必要となりかねず柔軟な解決の妨げとなりうる。

そこで、取消債権者は債務者への訴訟告知を義務付けられるものとしたうえで、後記『6 詐害行為取消しの効果』のとおり、債務者に取消認容判決の判決効を及ぼすのが妥当である。判決効が及ぼされるにもかかわらず当事者適格を有さない者が補助参加した場合(遺言執行者の訴訟に相続人が補助参加した場合、株主総会決議取消し・無効確認・不存在確認の訴えの被告会社側に株主が補助参加した場合等)には、いわゆる必要訴訟的補助参加人(原文ママ)として必要的共同訴訟人に準じた訴訟進行上の地位が与えられるとするのが民事訴訟法上の定説であり、この場面における債務者の手続保障は、必要訴訟的補助参加人として訴訟に関与できる機会が与えられることで十分である。」大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志「詐害行為取消権に関する部会資料51(中間試案提案のたたき台)の修正提案」3頁(2012年11月13日)(<http://www.moj.go.jp/content/000104099.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧)。

45) 「最初は訴訟告知で何とかならないかということはあるんですけども、やはりなかなか訴訟告知で既判力を及ぼすということは難しいのかなと、この前、債権者代位権における訴訟告知とか、あるいは株主代表訴訟における訴訟告知とは全く性質が違うわけですね。これはもう訴訟担当で既判力が及ぶことを前提として、手続法上として訴訟告知をやるというわけですので、それは訴訟告知で十分だということになるんだと思うんですが、これはおおよそ訴訟担当では判決効の拡張は説明できないだろうと思いますので、訴訟告知で直接既判力を及ぼすという考え方だと思うんですけども、なぜ、訴状の送達、つまり被告にせずに、しかし、効

反論として、ここで問題となる「債務者に及ぶ判決効」とは形成力の問題であり、当事者とはされず訴訟告知を受けるのみとなる債務者への拡張を考える余地があるのではないかという指摘も為された⁴⁶⁾。

中間試案では、第15の1(3)において、受益者に対する詐害行為取消訴訟の請求は「債務者及び受益者を被告とするものとする。」とされ本文では共同被告構成が採られたが、「(注2)上記(3)については、債務者を被告とするのではなく、債務者に対する訴訟告知を取消債権者に義務付けるとする考え方がある。」として訴訟告知構成をも検討する趣旨の注記が付された⁴⁷⁾。

中間試案には、事務局において、概要として、

「本文(3)は、詐害行為取消訴訟において受益者のみならず債務者をも被告としなければならないとするものである。判例(上記大連判明治44年3月24日)は、詐害行為取消しの効果が債務者には及ばないことを理由に、債務者を被告とする必要はないとしている。しかし、詐害行為取消しによって逸出財産が債務者の責任財産に回復され、強制執行の対象となるにもかかわらず、詐害行為取消しの効果が債務者に及ばないとするのは、整合的でないと批判がされている。この批判を踏まえて詐害行為取消しの効果を債務者にも及ぼすのであれば、債務者にも詐害行為取消訴訟に關与する機会を保障する必要がある。本文(3)は、以上の観点から、判例とは異なる規律を明文化するものである。もっと

も、詐害行為取消しの効果が債務者にも及ぶことを前提としつつも、取消債権者の手続上の負担等を考慮して、債務者を被告とするのではなく、債務者に対する訴訟告知を取消債権者に義務付ければ足りるという考え方があり、これを(注2)で取り上げている。」⁴⁸⁾

との記載が為されていた。

また中間試案では、事務局において、補足説明として、

「詐害行為取消しの効果を債務者にも及ぼすのであれば、債務者にも詐害行為取消訴訟に關与する機会を保障する必要がある。その観点から、詐害行為取消訴訟においては、受益者又は転得者のみならず、債務者をも被告としなければならないとする本文(3)の考え方がある。もっとも、債務者をも詐害行為取消訴訟の被告とすると、取消債権者の手続上の負担等が増すと批判がされており、債務者を被告とするのではなく、債務者に対する訴訟告知を取消債権者に義務付ければ足りるとする(注2)の考え方もある。この考え方に対しては、債務者が所在不明である場合には公示送達の手続を利用することが可能であるし、詐害行為取消権の要件である被保全債権の存在、債務者の無資力、債務者の主観的事実などはいずれも債務者に関する事柄であり、受益者又は転得者のみを被告としていたのでは的確な防御を期待することができないことから、現在の裁判実務においても、債務者を呼び出して証人尋問をしたり、訴訟上の和解をするに当たって債務者を利害關係人として關与させたりしているとの指摘がされ

力としては被告になったのと全く同じ効果が及んでしまうのか。訴訟告知では、単に訴訟を継続(原文ママ)したということを知らせているだけですから、自分の側で参加しなければいけないわけですが、そういう負担を負わせながら判決効を被告になったのと同じ判決効を及ぼしてしまうということは、やはりなかなかこれは説明し難いのではなからうかという感触を持って、いろいろ問題があるというのは私もよく理解できるんですけども、これは被告に必要な共同訴訟にすることによってやむを得ないのかなと、今のところそういう印象を持っているということです。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注43)38頁[山本和彦発言]。

46) 「詐害行為取消権の基本的な構造について、先ほど議論があったところですが、私個人としては、山本和彦幹事がおっしゃったようなハードルがいろいろあることは確かですが、固有の共同訴訟ということ回避することをなお考えたいという気がしております。この場合、既判力を債務者に及ぼすというよりは、多分、形成力を及ぼすことが問題となっているのではないかという気もいたしますし、もう少し考えられないかなという印象であります。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注43)40頁[畑瑞穂発言]。

47) 法制審議会民法(債権関係)部会「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」22-23頁(2013年3月11日)(<http://www.moj.go.jp/content/000108853.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧)。

48) 法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の改正に関する中間試案(概要付き)」59-60頁(2013年3月19日)(<http://www.moj.go.jp/content/000109163.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧)。

ている。」⁴⁹⁾

との説明が加えられていた。

(3) 第三読会

第 82 回会議の部会資料 73A では、第 6 の 6 (3) で受益者・転得者を被告とすること、(4) で債権者に、訴え提起から遅滞なく債務者に対する訴訟告知を義務付けることが提案されており、共同被告構成が削除され、訴訟告知構成へと転換している⁵⁰⁾ (説明については前掲注 3) に対応する本文を参照)。もっとも、審議においては、自己の権利関係に直接の変動を受ける者であって、自己の行為が直接の争点となる債務者は、当事者としての手続保障を受けるべき地位にあるという意見も出された⁵¹⁾。

(4) 小括

以上の法制審議会における部会審議の様子から、立案時の被告適格の議論として次のようなことが考えられていたのではないかということが推測される。第一に、実体法的アプ

ローチを採れば、他人間の法律行為を(両当事者に効力が及ぶような形で)取り消すことから直ちに共同被告構成が導かれることとなると思われるところ、部会において債務者の被告適格を否定する立場を採った委員・幹事はこのような実体法的アプローチを採っていないと言える。「実際上の利害関係を失っている」だとか「訴訟の帰すうに関心を失っている」といった理由付けから、訴訟における当事者とすべき必要性は乏しいとする、訴訟法上の考慮から結論を導いているものと思われる。また部会において共同被告構成を熱心に主張していた立場を採る委員・幹事も、その主張の中核としては⁵²⁾、自己の法律行為が取り消されたという判断が既判力を有するのであれば、既判力ある判断に拘束される者には訴訟における手続保障が十分に為されるべきであるという観点から、共同被告構成が主張されていたと言える⁵³⁾。つまり部会審議においては訴訟告知構成、共同被告構成ど

49) 法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明」163-164頁(2013年4月16日)(<http://www.moj.go.jp/content/000109950.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧)。

50) 法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注3)49-50頁。

51) 「行使の手続の点で今回受益者のみを被告として、債務者に対しては訴訟告知で判決効を及ぼすという構成に変更されたということですが、これについては私何度か申し上げたと思いますが、その繰り返しですけれども、やはりそういう御提案には賛成しかねるということです。この訴訟の目的は債務者の権利関係を直接に変更する効果をもたらすものであって、また、債務者の行った行為の相当性というか、それが直接の争点になることですので、やはり民事訴訟の普通の考え方からすれば、それは債務者は当事者になって、当事者としての手続保証(原文ママ)を受けるべき地位に立つということが言えるのではないかというふうに思っています。訴訟告知をすればいいという考え方は、結局訴訟告知で補助参加人として入ってこいと、積極的に入ってこいと、その場合によっては費用を払っても入ってこいと。そうでないと、そのまま全然訴訟で問題にされずに判決効を及ぼしてしまうということになってしまうということでもありますので、私自身のやはり手続保証(原文ママ)の相場観からすると、それはやや逸脱しているというふうに言わざるを得ないということでもあります。ただ、もう本部会はここまで来ていますので、他の部会の委員、幹事がそういう手続保証(原文ママ)で債務者は十分だということで大勢がそういうことであれば、もうこれ以上は申し上げませんが、一言だけそれは言わせていただきたいと思います。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注23)「法制審議会民法(債権関係)部会第82回会議議事録」56-57頁〔山本和彦発言〕。

52) もっとも、第三読会では、債務者の行為の相当性が訴訟の争点となることも付加的に述べられており(前掲注51)参照)、先に確認した前掲最判平成10年3月27日のような意味での手続保障の観点も指摘されていないわけではない。

53) 「第三者が当事者間の法律関係を否定する形成訴訟については、当該法律関係の両当事者を共同被告とする方向が主流ということになりそうである」が、「将来にわたる継続的な法律関係を否定する場合(役員解任の訴え等)と、過去の法律行為の効力を否定して、目的物の返還等を求めることに重点がある場合(詐害行為取消訴訟)との違いからすると、詐害行為取消訴訟において、いわば受益者等に重点を置いて債務者については訴訟告知構成をとることは、やはり十分にありうる選択肢である」とする見解(畑・前掲注22)1179頁)は、過去の一回的な(法律)行為を取り消して原状回復させることに関する債務者の実体法上の利害は、目的物の返還等の相手方に比して小さいことに論拠を置いていると思われる。

しかし、かかる見解は、「債務者に及ぼすことが問題になっているのは、既判力というよりもむしろ実体的な形成力であり」、「もともと『相対的取消し』であっても実質的には債務者に影響があったにもかかわらず、債務者は被告とされていなかったことからすると、債務者に効力を及ぼすことを正面から認めることになる」と直ちに必

ちらを採る論者からも、実体法的アプローチから直ちに被告適格を導くことは為されておらず、取消判決の既判力に拘束されることとなる債務者に与えられるべき手続保障の問題として議論されていた。第二に、原案であった共同訴訟構成に対し部会場で述べられていた異議に照らすと、共同被告構成の難点として、固有必要的共同訴訟の規律が及び、債務者に必要的共同訴訟人としての権利が与えられること（具体的には、共同訴訟人が単独とする和解に対して牽制権を持つこと、訴訟中断事由により訴訟手続が中断すること）によって円滑な訴訟が阻害されることが懸念されていたと言える。第三に、詐害行為取消訴訟の債務者の実体法的地位について、「限りある責任財産」が「奪い合」われるような危機時期にある者が観念され、危機時期にあることから詐害行為取消認容判決も実質債権者間での取り分の適正化が為される効果を持つのみであり債務者に対する実体法上の利害関係が薄く、翻って要求される手続保障の程度が低くなると考えているのではないかと思われる。

部会審議における立法判断に鑑みると、債務者に当事者適格が否定された以上、仮に共同訴訟的補助参加人となとしても（共同訴訟的補助参加が成立するか否かについては後

に検討する）、当事者に準じた権限を与える余地はないとする見解は十分に考えられる。他方、共同訴訟的補助参加の解釈論として、債務者に当事者と同等の訴訟上の権限を認めることも考えられる。共同訴訟的補助参加人としての地位が保障されれば当事者とされた場合と実質同等の手続保障が受けられることから、判決効拡張を受けるものについて手続保障の見地から（副次的な）被告適格を認める要はないとの主張は会社関係訴訟においても見られたところであるが⁵⁴⁾、かかる見解は共同訴訟的補助参加人が当事者に準ずる権限を持つことを前提としている。この点、共同被告構成に対して和解による訴訟終結を妨げることにならないかという懸念が再三示されていたことからすると、部会審議においては、特に債権者と受益者等との二当事者和解を念頭に置いて、固有必要的共同訴訟人と共同訴訟的補助参加人の権限に違いがあることを前提として、共同訴訟的補助参加人であれば権限が弱くなるから円滑な訴訟が可能になると考えているとも解されないでもない。

しかし、特に債務者が行方不明であり、被告とされても訴訟を欠席した場合に、共同被告構成が採られるとすると不便であることが懸念されていたこと⁵⁵⁾、自ら参加してきた債務者について「通常訴訟の帰すうに関心を

要的共同被告にすべし、というのはやや形式的に過ぎるように思われ」こと（畑・前掲注22）1176頁）を前提として、「実体的な形成力が及ぶことは別として、当事者にならない以上は債務者に既判力は及ばないことになりそうである」（畑・前掲注22）1183頁）から、債務者に対する判決の効力はさほど大きくない（現行法の相対的取消構成によるものと同様の効力しか債務者に及ばない）と解することによって債務者に被告適格を認めなくてもよいという結論を導いているのではなからうか。債務者に被告適格を認めるとしても、それが副次的なものであることは否めないが、後述するように改正法案においては債務者に既判力も及ぶと解されることも考慮すると、過去の一回的な（法律）行為を取り消して原状回復させる効果を持つに過ぎないことのみでは、既判力を含めた判決効拡張の根拠としては弱いのではないかと思われる。

54) 取締役選任決議取消の訴えについて、山本弘ほか「会社法の制定と民事手続上の問題点」民訴雑誌55号125頁、175-176頁〔松本博之発言〕(2009)、本間靖規「会社訴訟における被告適格」神作裕之ほか編『会社裁判にかかる理論の到達点』204頁、221頁（商事法務、2014）。取締役解任の訴えについて、本間・前掲注18）632-633頁。

55) 「東弁の意見書の3ページ⑩のところ、固有必要的共同訴訟とすると、債務者が期日を欠席するような場合には、受益者のみの自白や認諾というのは効力が生じなくなる。共同被告とされた者の1人のみによる不利益な訴訟行為なので、それは効力が生じないというのが必要的共同訴訟の場合の規定ということになりますので、そういう場合には効力が生じないということで、自白があると認諾しているという前提での訴訟ができなくなる。常に立証が要求されるというようなことで使い勝手が悪くなるのではないか、これが⑩です。それから⑪なんです。固有必要的共同訴訟になると、弁論の分離ももちろんできませんので、債務者が欠席する限り、受益者あるいは転得者についてだけとの間で訴訟上の和解もできないということになる。そうなりますと、結局、和解による解決というのが日本では相当多くなされておるわけですが、その自由が奪われてしまう。取り下げてしまえばというのが一つあるわけですが、実は、これも固有必要的共同訴訟になりますと、ある被告のみが取下げ

失っている」との指摘が当たらないことを考えると、訴訟告知を受けても参加してこない債務者と、訴訟参加してきた債務者の利害状況を別異に解し、手続保障について差を設けて考える余地は残されているのではなかろうか。債務者が共同被告とされる場合には一律に（訴えを提起した原告のイニシアティブによって）当事者としての手続保障が与えられるのに対して、共同訴訟的補助参加人には被告のイニシアティブによって当事者に準じた手続保障を受けうる立場が与えられていると解した上で、部会審議で共同被告構成に示されていた懸念は、訴訟告知構成が採られたとすると訴訟参加してこないと思われるような債務者にまで、一律に当事者としての手続保障を与えることに対する弊害を念頭に置いていたものと解する余地は残っているように思われる。訴訟告知構成が採られたことは当事者に準じた手続保障を被告のイニシアティブにかからしめる立法判断であったと解する余地は残されているのではなかろうか。

Ⅲ. 債務者が訴訟参加した場合の権能について

1 共同訴訟的補助参加の要件論について

通説的見解は、判決効の拡張を受ける第三者について手続保障の見地から補助参加人の地位・権限を強化すべきとして、共同訴訟的補助参加の概念を承認している⁵⁶⁾。もっとも、共同訴訟的補助参加の成否について、判決効が第三者に及ぶそのことが、第三者にいかなる不利益を及ぼすかという考慮が必要である⁵⁷⁾旨を説く者もあり、判決効拡張を要件とすることに異論は無いが、更なる要件を付加すべきか否かということについて争いがある。具体的には参加人に不利な(実質敗訴)判決の効力が及ぶ場合に限定されるとする見解⁵⁸⁾、参加人が判決効拡張により自己の権利、法的性質を害される場合に限定されるとする見解⁵⁹⁾、主たる請求との関係で参加人の法律関係に当事者と同じ程度の強い関係性を要するとする見解⁶⁰⁾、破産財団について管理処分権を有しない破産者を共同訴訟的補助参加人として権限強化することへの異論⁶¹⁾が挙げられる。また共同訴訟的補助参加の申立てを要することにより、共同

によって出て行くということもできませんので、これが⑩に書かれているわけですが、取下げによる解決ということも不可能になるのではないかと考えた場合に、今回、被告に債務者を入れるということが実際の訴訟の場面においては非常に使い勝手が悪くなる危険があるのではないかと。法制審議会民法（債権関係）部会・前掲注43)36-37頁〔高須順一発言〕。

なお、高須幹事は中間試案公表後、共同訴訟構成を批判して「債務者が行方不明の場合や訴訟に非協力的な場合、訴訟上の和解や取下げが制限され、詐害行為取消訴訟を極めて硬直的なものとしてしまう」と記しているが（高須順一「みえてきた平民法の姿——実務の観点からの検証」ひろば66巻5号32頁、36頁（2013））、ここでも「訴訟に非協力的な場合」というのが出廷に応じない場合を指すのか、債権者と敵対的な訴訟行為をする場合を指すのか必ずしも明らかではない。

56) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）（第2版補訂版）』470頁（有斐閣、2014）、新堂幸司『新民事訴訟法（第5版）』817頁（弘文堂、2011）。

57) 井上治典「補助参加の利益」『多数当事者訴訟の法理』65頁、69-71頁注4（弘文堂、1981）〔初出1970〕。

58) 瀧川叡一「株主総会決議の効力を争う訴訟における訴訟参加——共同訴訟的補助参加を中心として——」松田判事在職四十年『会社と訴訟（上）』321頁、333頁（有斐閣、1968）、民事訴訟法改正研究会の改正提案（以下民訴改正草案）も同旨（匿名記事「共同訴訟的補助参加」三木浩一＝山本和彦編『民事訴訟法の改正課題』ジュリ増刊32頁、36頁（2012））。

59) 高橋・前掲注56)474頁注55。

60) 本間靖規「共同訴訟的補助参加について」梅善夫＝遠藤賢治古希『民事手続における法と実践』667頁、688頁（成文堂、2014）。

61) 高橋・前掲注56)475-476頁注57。

訴訟的補助参加と通常の補助参加の選択権を参加人に与えるべきであるとする見解⁶²⁾も存在する。また、「判決効」の内容としては既判力が及ぶことが前提とされていることから⁶³⁾、形成力は及ぶが既判力は拡張されない第三者については、通常の補助参加人となると解されるものと思われる⁶⁴⁾。

債務者との関係で、改正法案 425 条が定める判決効拡張は形成力のみにより留まり、既判力は拡張されていないと解することができるのであれば、債務者は通常の補助参加人となることの解釈⁶⁵⁾も可能となる。しかし部会審議の経過を参照すると、改正法案 425 条についてそのような解釈は困難であるように思われる。第 62 回会議で審議された部会資料 51 には、本文では「詐害行為取消しの訴えに係る請求を認容する確定判決は、債務者の全ての

債権者に対してその効力を有するものとする。」と記される一方、「(概要)」として「詐害行為取消訴訟の判決の形成力が、債務者の全ての債権者(詐害行為時や判決確定時の後に現れた債権者を含む。)に及ぶことを示すものであり、民法第 425 条の解釈の問題として議論されてきた点に関して、ルールの明確化を図るものである。」と記されており⁶⁶⁾、他の債権者に対する判決効拡張は形成力のみに限られるという趣旨で提案されていた⁶⁷⁾。この案に対して、取消後執行段階で配当に参加した他の債権者に対し、受益者等から不当利得返還請求による蒸し返しが行われるおそれがあるのではないかという疑問が呈され⁶⁸⁾、関係官から指摘を踏まえて修正する旨の回答がされていた⁶⁹⁾。共同被告構成においては、債務者には当事者として判決効が

62) 民訴改正草案(三木=山本編・前掲注 58)36 頁。

63) 伊藤・前掲注 12)648 頁。

64) なお、現行法においてそのような地位に立っていると解されている第三者として行政事件における抗告訴訟の利害関係人が挙げられるが(通説は行政事件訴訟法 32 条 1 項の定める第三者効を既判力の拡張ではなく、形成力の拡張であると解する。宇賀克也『行政法概説Ⅱ行政救済法(第 5 版)』275 頁(有斐閣, 2015)参照。)、第三者の訴訟参加について行政事件訴訟法は特則を有しており、同法 22 条 4 項は明文で民事訴訟法 40 条 1 項から 3 項までの規定を準用している。

65) 畑・前掲注 22)1184 頁。

66) 法制審議会民法(債権関係)部会「部会資料 51 民法(債権関係)の改正に関する論点の補足的な検討(2)」11 頁(2012 年 11 月 6 日)(<http://www.moj.go.jp/content/000103868.pdf>, 2016 年 1 月 11 日最終閲覧)。

67) 「部会資料 51 の 18 ページの『取り上げなかった論点』の 2 番目に、詐害行為取消訴訟の競合という論点があります。そこでは、詐害行為取消訴訟は、各債権者が自己の有する詐害行為取消権を訴訟物としてそれぞれ訴訟を提起し、それぞれ個別に手続が行われ、それぞれ個別に判決がされる、形成力の拡張はされるが既判力の拡張はされないという趣旨のことを具体的に明文化してどうかという提案がされて、その提案に関する部会の審議では、提案の内容自体に問題はないけれども、あえて条文に書くまでのことではないといった御意見を頂いたところです。今回の提案はそこでの議論を前提としておりましたので、既判力についてはそれぞれ個別にのみ生じるという前提でおりました。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注 43)45 頁〔金洪周発言〕。

68) 「今の第 1 点なんですけれども、私は分からないところがあって、この形成力か既判力かという議論は、行政訴訟、取消訴訟とか、株主総会決議取消訴訟では、私は余り実益がない議論かなと思って、既判力が及ぶからといって、そこで何か具体的な違いが生じる場面は余り少ないのではないかなと思ってはいるんですが、この場合も果たしてそうかどうかというのはよく分からなくて、例えば、詐害行為取消しがされたことを前提として不動産が戻ってきた。それに強制執行を掛けてほかの債権者も配当に参加した。ところが、受益者が後で、ほかの債権者に対して、いや、あの詐害行為取消しは要件を欠いている。だから、取り消されていないんだ。取消しは自分の財産なんだ。だから、その配当は不当利得だというような不当利得返還訴訟なんかを起こしたときに、その他の債権者には既判力は及ばないと言っちゃっていいのかどうか、それが実体法上、不当利得として成立するかどうか私はよく分からないですけれども、詐害行為の要件を欠いているという主張がなお受益者は後から、他の債権者に対してはできるという、既判力では遮断されないということで果たしていいのだろうかということはちょっと気になっていますので、果たしてこう断言していいのかなというのはちょっと心配なところもあるんですが。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注 43)45-46 頁〔山本和彦発言〕。

69) 「他の債権者と債務者に形成力さえ及んでいれば今御指摘があったような問題は生じないという考え方が一つあり、その考え方に従って先ほどの発言をいたしました。でも、そもそもここでの提案は、本文で形成力に限定するとしているわけではありませぬので、概要欄の形成力に限定する旨の記述を、今の山本和彦幹事の御指摘を踏まえて修正するということになるかと思ひます。ただ、敗訴判決の既判力が他の債権者にも及ぶとすると現在の実務や一般的な説明と異なることになるかと思ひますので、その点は引き続きこの勝訴判決に限った場合の既判

及ぶと解されていたようであるが、訴訟告知構成を採った部会資料 73A 以降では、「前記 1 (1) 又は 5 の取消しの請求を認容する確定判決は、債務者及びその全ての債権者に対してもその効力を有する。」(部会資料 73A 第 6 の 9)⁷⁰⁾ と、他の債権者に対する判決効拡張と合わせて、認容判決の判決効拡張規定によって、債務者に判決効を拡張することが明示されることとなった。

部会資料 73A と同様の記載が為されている

た部会資料 79-1⁷¹⁾ について「判決の効力が及ぶ」とは何を意味するのかという質問が為された⁷²⁾ のに対し、関係官から認容判決の既判力と形成力が拡張される趣旨であるとの説明が為された⁷³⁾。債務者に対して形成力のみならず既判力をも拡張することに対する異論が唱えられたものの⁷⁴⁾、不当利得返還請求の問題を考えると債務者に対して既判力を及ぼす必要があるとの意見が出された⁷⁵⁾。

以上の議論を踏まえれば、部会審議におけ

力の拡張というところで説明をすることになるとは思います。その理解を前提に適宜の修正をしたいと考えております。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注 43)46 頁〔金洪周発言〕。

70) 法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注 3)55-56 頁。

71) 法制審議会民法(債権関係)部会「部会資料 79-1 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の原案(その 1)」15 頁(2014 年 6 月 10 日)(<http://www.moj.go.jp/content/000124056.pdf>, 2016 年 1 月 11 日最終閲覧)。

72) 「判決の効力が及ぶということ、最後の段階なので少し確認させていただきたいのですが、一体その言葉でもって何をそこに読み込もうとされているのでしょうか。少し御説明いただけませんか。」法制審議会民法(債権関係)部会「法制審議会民法(債権関係)部会第 91 回会議事録」37 頁〔潮見佳男発言〕(2014 年 6 月 17 日)(<http://www.moj.go.jp/content/001129006.pdf>, 2016 年 1 月 11 日最終閲覧)。

73) 「2 点目につきましては、中間試案の前に部会で議論がされた結果としての理解ですけれども、判決効の中身としては認容判決の形成力と既判力、これらがいずれも債務者及び他の全ての債権者に対して及ぶということを前提としております。形成力というのは、大ざっぱに言いますと、取消しの効果、詐害行為が取り消されたという法律状態が債務者及び他の全ての債権者にも及ぶということで、例えば他の債権者は詐害行為が取り消されたことを前提に、債務者の下に回復された不動産について強制執行をかけるなどの行動をとることが許されるといった意味です。既判力につきましては、その形成訴訟における形成要件の存在についての既判力のことでありまして、大ざっぱに言えば、その詐害行為取消訴訟の原告である取消債権者が詐害行為取消訴訟の認容判決によって詐害行為を取り消し得る地位にあったこと、このことが債務者及び他の債権者との関係でも確定する、既判力によって確定し、もはや蒸し返すことができなくなるという意味です。形成力の方は、とにかく誰か一人の取消債権者が認容判決を得れば全ての債権者、既に敗訴判決を下されていた債権者も含め全ての債権者がその状態を主張、利用することができるということで、比較的分かりやすいようにも思いますが、既判力の方は、それが実質的に機能するのは、例えば他の債権者が詐害行為が取り消されたことを前提に、債務者の下に回復された不動産についての強制執行手続に参加して配当を受けたような場面で、詐害行為を取り消されたはずの受益者がその配当を受けた他の債権者に対して、あの詐害行為取消訴訟の認容判決は実は誤りであって、形成要件が本当は存在しないのに誤って存在すると判断されたものであるなどと主張して、配当金を不当利得であるとして返還請求をするということが起きるかもしれない、そのようなことを既判力によって阻止する、こういう機能を果たすことを想定しております。あくまで認容判決の効力のみで、棄却判決にはそのような効力はありませんけれども、以上申し上げたことを前提にここでの判決効の意味を理解しております。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注 72)37-38 頁〔金洪周発言〕。

74) 「私個人の意見は多分事務当局のおつもりと完全には一致しないところがありまして、特に既判力が拡張されるということはどうなのかなとは思っております。ただ、実体的な意味での形成力は今回債務者に及ぼすということになったわけですし、ほかの債権者にも及ぶということで全く特に問題はないだろうと。取り分け現行法との連続性ということを考えれば、今まで全ての債権者に及ぶと書いてある所に債務者を付け加えるということで、問題が生じるわけではないだろうと考えております。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注 72)40 頁〔畑瑞徳発言〕。

75) 「私が先ほど有益でも有害でもないとし上げたのは、その全ての債権者に対してという部分でございます。債務者に対しては判決効が及ぶということを書かないと、現在の提案は、私の意見は違いますが、債務者は被告にしないという、ただ訴訟告知だけをするということですから、民事訴訟の通常理解からすれば債務者に対しては到底判決効は及ばない、既判力は及ばないはずであります。

ですから、仮に形成力、形成的効果というか実態の効果(原文ママ)が債務者に及ぶと書いたとしても、訴訟法上は債務者に既判力は及ばないということになってしまいますので、そうだとすれば債務者のその他の債権者に対しても既判力は及ばないということになり、金関係官が繰返し言われている不当利得等の問題が発生する可能性があるということになりますので、その全ての、債権者の部分は私はどちらでもいいとかどちらか考えられると思いますけれども、債務者に対してはやはり確定判決の効力が及ぶということを書かないとなかなか難

る立案時の判断としては、債務者に対しても既判力と形成力双方が拡張されるものと定めた⁷⁶⁾と解することが相当ではないかと思われる⁷⁷⁾。債務者は取消判決によって受益者に対して何らかの求償債務を負うこととなり(改正法案においては425条の2の反対給付の返還請求が一般的となるか)、取消判決により自己の権利を害される者である。また、債務者は受益者側に参加することが通常であると考えられるところ、その場合には取消判決の既判力が拡張されるということは敗訴判決の既判力が拡張されるということの意味する。更に、詐害行為取消権は債務者無資力が本案判決の要件とはなっているものの、破産者のように、当該訴訟前に(破産手続開始決定によって)財産の管理処分権を失っている者ではなく、「無資力ではない」という主張もありうる立場であって、破産者とは状況

異にすると言える。したがって既判力拡張を受ける者という以上に要件を絞るべきだとする各種議論を採用したとしても、なお詐害行為取消訴訟の債務者は共同訴訟的補助参加の要件を満たし、債務者は共同訴訟的補助参加できると言えるのではなからうか。

共同訴訟的補助参加の効果論

2 ——請求処分行為への牽制権について——

学説は、共同訴訟的補助参加とされることによる効果として、被参加人の訴訟行為と抵触する訴訟行為も有効に為しうることとなり、その結果被参加人のした自白等自己に不利な訴訟行為を阻止することができることとなり、必要的共同訴訟人と近い規律になり⁷⁸⁾とされる点で一致を見ている。また、

しいのかなと思っっているということです。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注72)42頁〔山本和彦発言〕。

しかし、「金関係官が繰返し言われている不当利得等の問題」は前掲注73)の発言内容を指していると読み取れるところ、前掲注73)で金関係官が述べる不当利得返還請求による蒸し返しの可能性は受益者等と他の債権者との間の関係についてのものであり、山本和彦幹事が債務者について生じる「不当利得等の問題」としてどのような問題を懸念していたのか、必ずしも明らかではない。

なお、債務者と受益者等との間で問題となる求償訴訟において蒸し返しを遮断するのであれば、債務者が被告側に参加した場合には参加効力による遮断として説明可能であるように思われるし、参加しなかった場合であっても、畑・前掲注22)1183頁が示唆するように、遮断効を参加効力の問題として説明する余地は残されているように思われる(畑・前掲注22)1187頁注69が注記するように、訴訟告知した者の相手方と被告告知者との間の効力の問題となり、訴訟告知による参加効力の典型的局面から外れるという問題は残る)。付言すれば、共同被告構成を採ったとしても債務者と受益者等との間には請求が存在しないため既判力の主観的範囲の問題が生じ、当事者として債務者にも既判力が及ぶことから、当然に債務者と受益者等の蒸し返しの遮断が導かれるわけでもない(畑・前掲注22)1183頁。共同訴訟人相互における既判力の主観的範囲の問題について、取締役解任の訴えに関して垣内秀介「形成判決の効力、訴訟担当資格者間の形成効の波及、払戻金額増減の裁判の効力」神作ほか編・前掲注54)359頁、380-384頁、遺産確認訴訟に関して笠井正俊「遺産確認訴訟における確定判決の既判力の主体的範囲」伊藤真古希『民事手続の現代的使命』155-182頁(有斐閣、2015)参照)。

76) 潮見佳男『民法(債権関係)改正法案の概要』87頁(金融財政事情研究会、2015)も同様の見解に立つ。

77) 部会審議の議論は、後訴における不当利得返還請求によって蒸し返しが生じることを懸念し、かかる蒸し返し請求を遮断するために既判力を作用させる必要があると解しているようである。第91回会議における金関係官の説明(前掲注73)参照)は、形成訴訟の形成力の要件として形成原因の存在をも要求する二重要件説を前提に、形成原因の存在に既判力を作用させなければ不当利得返還請求における不当取消の主張を遮断できないと考えているように思われる。形成判決の存在のみが形成力の要件であると解する単一要件説を採用するのであれば、不当利得返還請求による蒸し返し遮断のために既判力を作用させる必要も無いとは考えられる(形成判決の既判力と形成力の関係について、会社訴訟に関するものであるが、垣内・前掲注75)365-377頁参照。「単一要件説」「二重要件説」との整理も同論文に依る。)

しかし、単一要件説を採って、既判力を及ぼす必要がないと解しても、単一要件説からは形成判決の存在のみが要件であり(取消判決の形成力は形成原因の不存在によっても揺るがないと解される)、受益者等の反対給付の返還請求訴訟等求償訴訟において債務者は不当取消を理由に返還請求を拒むことができなくなるため、既判力が及ばないと解する実益は乏しいように思われる。また二重要件説を採って債務者には形成力のみ及ぶと解する余地は残されているものの、受益者等が配当参加した他の債権者に対してする不当利得返還請求を遮断する必要があり、既判力が拡張されるのであれば、同一の条文で並列に記されている他の債権者と債務者とについて、「確定判決の効力」の意味を別異に解することは、条文解釈上無理があるように思われる。

78) 高橋・前掲注56)470頁、新堂・前掲注56)818頁。

共同訴訟的補助参加人といえども補助参加人であるため、訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、訴訟上の和解などの訴訟自体を処分する行為はできず⁷⁹⁾、この点が共同訴訟的補助参加人と必要的共同訴訟人の決定的差異と考えられている⁸⁰⁾。

共同訴訟的補助参加人が請求処分行為を為しえないとしても、被参加人が請求処分行為を単独で行うかということとは別途問題となり、肯定説⁸¹⁾、否定説⁸²⁾双方が存在するほか、当事者適格が否定される趣旨から二類型に区別する折衷説⁸³⁾も存在する。肯定説は、「被参加人の請求処分行為のうち、訴えの取下げはもとより、和解、請求の放棄、認諾についても、当然に第三者にその効果が及ぶものかどうかは明らかではなく、また、第三者には実体法上当事者による和解等の処分権限を否定する権限がないのであれば、訴訟法上も処分行為に介入することはできないと説明することにより、参加人による介入権を否定することは可能になる」ことを根拠としたり⁸⁴⁾、当事者処分権主義維持の思想に基づくものであると分析されたり⁸⁵⁾している。否定説は主張・立証の局面において参加人に独立の地位を認めた趣旨を請求処分行為にまで及ぼすものであると思われる⁸⁶⁾。折衷説は当事者適格を奪われた趣旨を、実体的利害からすると当事者適格を与えられても差し支え無い地位にあるが法規制の便宜上当事

者適格を絞った場合と、実体上の地位から当事者適格が否定されないし当該第三者が当事者適格を放棄した場合の二類型に分けて考えて、前者の場合には極力当事者に準じた扱いをすべきであり被参加人の請求処分行為を阻止できると解すべきだが、後者の場合には請求処分行為の阻止権を与えるまでもないとする⁸⁷⁾。

肯定説は共同訴訟的補助参加人が実体法上処分権を有していないことを重視する考え方であり、実体法上の処分権の問題から当事者適格が否定されたのと同様に、請求処分行為に対する牽制権は、共同訴訟人に与えられたとしても、実体法上処分権を有しない者には認めないとする趣旨なのではないかと思われる。否定説は、共同訴訟的補助参加人の要件を満たしたことから実質的当事者性が認められ、可能な限り参加人の牽制権を保障すべきだという考えに基づいているのではないかと思われる。折衷説も、従来共同訴訟的補助参加として議論されていた補助参加人の類型の中に、当事者に準ずる扱いを受けるべきものとそうではないものが混在していたとの認識のもとに、実体法上の地位の差異に基づいて二つの類型に振り分けるという考えなのではないかと思われる。

共同訴訟的補助参加人は被参加人のした自己に不利な訴訟行為を阻止することができる点で、民事訴訟法40条1項と同様の規律が

79) 高橋・前掲注56)470頁、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法(第8版)』781頁〔上野泰男〕(弘文堂、2015)。

80) 山本ほか・前掲注54)163-164頁、176頁〔中島弘雅発言〕。

81) 民訴改正草案(三木＝山本編・前掲注58)38頁)、山本ほか・前掲注54)164頁〔中島弘雅発言〕。

井上治典「共同訴訟的補助参加論の形成と展開」前掲注57)109頁、124-125頁〔初出1968〕は井上・同123頁で紹介するワルスマンの肯定説がドイツで通説的見解であると紹介する。

82) 三宅省三ほか編集代表『注解民事訴訟法I』440頁〔井上治典〕(青林書院、2002)、松本＝上野・前掲注79)782頁〔上野泰男〕。

83) 林田学「共同訴訟的補助参加」三ヶ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点(新版)』ジュリ増刊144頁、145頁(1988)、高橋・前掲注56)471-472頁。松原弘信「共同訴訟的補助参加の理論的基礎——『当事者総論』との関わりに留意して」伊藤真古希・前掲注75)571頁、589頁も、「共同訴訟的補助参加の要件を満たす具体的な訴訟類型上の違いを抜きに十把一からげに共同訴訟的補助参加の効果ないし参加人の地位を一律に解し、当事者は自由に処分行為が出来るのに対して共同訴訟的補助参加人はできない点で両者は決定的な違いがあると解してきた通説的見解を見直すべきであ」り、林田・高橋説を基本的に妥当とした上で、詐害性の有無を組み合わせると要件・効果を規律すべきであるとする。

84) 三木＝山本編・前掲注58)38頁。

85) 井上・前掲注81)123頁(井上によるワルスマンの見解の分析として)。

86) 三宅ほか編代・前掲注82)440頁〔井上治典〕。

87) 林田・前掲注83)145頁、高橋・前掲注56)471頁。

及ぶこととなる。ここで、民事訴訟法 40 条 1 項により共同訴訟人が単独でした不利益な行為が効力を生じないことの趣旨が何であるのかということが問題となるが、伝統的には、類似必要的共同訴訟においては民事訴訟法 40 条 1 項の趣旨は、既判力抵触のおそれを排除することに求められていた⁸⁸⁾。しかし、近時の有力説によれば、他の共同訴訟人の敗訴判決を導くような当該共同訴訟人の行為を牽制することにより、自己の実体的地位について権利を保護する機会が制限されることを阻む手続上の地位を与えることにあると解されている⁸⁹⁾。かように解するのであれば、類似必要的共同訴訟における共同訴訟人の地位と、共同訴訟的補助参加人の地位に共通の基盤を見出すことができるのであり、当事者適格の有無が地位に影響を与える点は自己が請求を処分することに関する部分のみであろう、ということになる⁹⁰⁾。

類似必要的共同訴訟に関する伝統的通説に従うのであれば、確かに、共同訴訟的補助参加における民事訴訟法 40 条 1 項の機能も、共同訴訟的補助参加人が独立した訴訟行為を為すことが可能であることを前提に、共同訴訟的補助参加人と被参加人の訴訟行為が抵触する場合に、どちらか一方の訴訟行為の効力のみを有効にすることによって訴訟上の効果の基礎を統一させるものであると解されることとなる。共同訴訟的補助参加人自身は請求処分行為を為しえない以上、共同訴訟的補助参加人の方の行為に統一させる理由は乏しく、請求処分行為に対する牽制権を否定させる方向へと結びつくのではないかと思われる。しかし、類似必要的共同訴訟については近時の有力説の理解が妥当であるように思われ、これを前提とすれば請求処分行為に関しては共同訴訟的補助参加人の請求処分行為に対する牽制権が、参加人に当事者適格のないことから直ちに否定されることはないのでは

ないか。被参加人のする和解等の効力が実体法上参加人に及ばないため事実上の効果を有するに過ぎないと解される点についても、類似必要的共同訴訟においても同様の問題が生じると解され⁹¹⁾、通説は訴訟上の和解が事実上一部敗訴のお墨付きを与える効果に着目して共同訴訟人の単独とする和解の効果を一律に否定していると思われることに鑑みると⁹²⁾、問題となる請求処分行為について不利益性の有無について検討が必要ではあるものの、直ちに牽制権を否定することは出来ないように思われる。

既判力が及ぶ者の中にも、破産者のように実体法上の地位として当事者に類する程度の強度の手続保障を与える必要があるとは言えない者も混在しているとする折衷説の指摘は妥当であり、詐害行為取消訴訟の債務者の実体法上の地位からして当事者並みの権能が与えられるべきであるか、更なる吟味が必要であるように思われる。また、牽制権の基礎を自己に不利益な結果の阻止に求めるのであれば、牽制対象となる行為が参加人にとって牽制権を必要ならしめる程度のものであるか、吟味が為される必要がある。

3 当事者適格判断における債務者の利益状況判断との関係

折衷説の立場を是とした上で詐害行為取消訴訟における債務者の共同訴訟的補助参加人としての権限を検討することとなると、債務者に当事者適格が否定された趣旨の吟味が必要となる。そこでは、債務者は実体法上の地位からして当事者としての権利を保障するまでもなく、被告適格を与えるとかえって和解等による円滑な訴訟終結を妨げるとする判断が被告適格の判断において為されていたのであり、補助参加人の権限として当事者と完全に同等の権利を与えることは、当事者適格に

88) 兼子一『新修民事訴訟法体系（増訂版）』385頁（酒井書店、1965）、伊藤・前掲注 12)630頁。

89) 高田裕成「いわゆる類似必要的共同訴訟関係における共同訴訟人の地位——多数当事者訴訟における合一確定の意義——」新堂古希・前掲注 11)641頁、649頁。

90) 高田・前掲注 89)647頁、652-653頁注 12。

91) 高田・前掲注 89)666頁注 43。

92) 高田・前掲注 89)663頁。

における立法の狙いを損なうものとなるのではないかという疑問が生じてくる。会社の組織に関する訴えにおける原告にとって、取締役等の利害関係人は提訴時に必ずしも明らかではなく、被告を会社に恒定することについて原告の利益が存すると言える⁹³⁾ため、会社訴訟においては被告を誰とすべきか明確化するという訴訟上の便宜のために取締役等の利害関係人の被告適格が否定されたと解することもできるが、詐害行為取消訴訟の原告たる債権者にとって、債務者が誰であるかということは明らかな事項であり、詐害行為取消訴訟の被告適格に関してはかかる利益に対する考慮に基づくものとは考えにくい。そうすると、債務者は便宜上当事者適格が否定された者というよりも、むしろ実体法上の地位に基づく根拠があって当事者適格が否定された者であり、当事者に準じた権限までは与えられるべきではない類型の者ではないかという疑念が生じうる。そこで、債務者に当事者適格が否定された趣旨を再確認したい。

部会審議における当事者適格の判断では、債務者の実体法上の地位として詐害行為取消権の行使は実質限りある責任財産の奪い合いであることが根拠に挙げられていた。詐害行為取消の要件に債務者無資力があり、債務者無資力状態において債務者は自己の財産管理について債権者の一方的干渉を甘受すべき地位に立たされており⁹⁴⁾、取消権が行使され目的財産が債権者に直接給付されることも債権者間の配当の変更にはすぎないのであるから、債務者が牽制できない筋合いのものであるとの考えが背景にあるようにも思われる。しかし、否認訴訟においては、それに先立つ

破産手続開始決定により破産者の支払不能又は債務超過が公証されているのに対して、詐害行為取消訴訟において債務者の無資力は詐害行為取消訴訟の審理において明らかにされることであり、債務者が無資力状態にはないと争うことも想定されているものである。無資力状態にない債務者については、詐害行為取消権の行使も限りある責任財産の奪い合いであるとする趣旨が妥当せず、少なくとも無資力状態にないことを主張する債務者については、当事者に準ずる手続保障を要するのではないかと考えられる⁹⁵⁾。部会審議において自ら主体的に訴訟に関与しない債務者が念頭に置かれており、主体的に参加した債務者の手続保障についてはなお別異に解する余地が残っていたことを考えると、訴訟参加した債務者は自己のイニシアティブにおいて当事者に準ずる手続上の地位を獲得するとする解釈も採りうるように思われる。

4 被告側における共同訴訟参加と共同訴訟的補助参加の異同

被告とされることが必須では無いものの第三者のイニシアティブで被告側当事者としての権能を獲得することができる枠組みとしては、当該第三者に被告適格を認めて共同訴訟参加を可能とする規律が考えられる。債務者の当事者適格が否定された趣旨は債務者に当事者同等の権限を与えることを拒む立法判断なのであり、もし仮に債務者について当事者同等の権限を与える趣旨なのであれば債務者に当事者適格が認められ、何らかの形で共同訴訟参加する道筋が残されていたはずではな

93) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)(第2版補訂版)』313頁(有斐閣, 2013)参照。

94) 否認訴訟とのアナロジーで言えば、支払不能等破産原因の存在による管理処分権の喪失なのであろうが、詐害行為取消権の要件たる無資力性は支払不能と完全には一致しないと考えられているところ、破産原因の存在による管理処分権の喪失のアナロジーで語ることに限界があると思われる。民法(債権関係)改正法案では、債権者代位において債務者は管理処分権を失わないとされた(改正法案423条の5)ことからすると、債務者の無資力性から管理処分権の喪失を導くことも放棄されたように考えられる。そうすると、債権者代位権の規律を踏まえて考えると、債務者のもとに管理処分権は残存しながらも、債権者による責任財産保全措置による介入を甘受すべき実体法上の地位が観念されているということであろうか。

95) 債権者代位訴訟における債務者無資力要件は法定訴訟担当の要件であるから、債務者は後訴において代位権限不存在を主張することで既判力による遮断を免れることが可能になるが(畑端徳「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選(第5版)』226頁, 227頁(2015)), 詐害行為取消権は債権者固有の権利を請求するものであるから、無資力要件も本案判決の要件となると解される(飯原一乗『詐害行為取消訴訟』336頁(悠々社, 2006))。

いか。共同訴訟参加する道を閉じた立法判断は、債務者がイニシアティブを取る形であり、受益者等の請求処分行為への牽制権を否定する含意を持つのではないかと、という疑問が生じうる。

共同訴訟的補助参加も、共同訴訟参加も、どちらも参加人が現れて訴訟参加しない場合には被参加人は自由な訴訟追行が可能であるが、参加人の登場によって被参加人の訴訟行為に拘束が加わる。固有必要的共同訴訟と異なり、自らのイニシアティブによって参加してくるののであれば、当初の原告・被告以外の第三者に牽制権が認められていないという点において共通であると言える。共同訴訟的補助参加人には当事者適格が無く、請求の当事者となっていないことのみが相違点となる。

詐害行為取消訴訟において債務者は被告側に回る者として想定される。当事者適格を認めて共同訴訟参加の道を開くにしても、受益者等を被告とすることが訴訟適法要件として十分であると定められているから、任意的な当事者適格者と解するほかなくなってしまう。しかし、任意的な被告適格者たる債務者をも被告とすることは受益者等と合わせて被告とすることが求められ片面的な訴訟共同の必要が生じる構成となり、現行の体系において馴染みの薄いこのような構成が果たして可能であるのか疑問が残る⁹⁶⁾。

被告側に共同訴訟参加する場合に原告の請

求と相反する主張を内容とする請求を要求する見解⁹⁷⁾もあるが、通説は、被告側に共同訴訟参加する者は請求棄却の申立てをすれば足りるとする⁹⁸⁾。請求棄却の申立てをもって原告の請求と反対の請求をしているものとみなす見解⁹⁹⁾に従えば共同訴訟参加人と原告の間では「反対の請求」が審判対象たる請求となるのだろうが、そのような擬制は不要であるとする立場は、原告の被参加人に対する請求を原告と共同訴訟参加人との関係においても借用し、同様の請求が審判対象となると解しているものと推察される。詐害行為取消訴訟の文脈において「反対の請求」を擬制するのであれば、詐害行為取消権不存在確認の訴えが考えられるが、債務者の債権者に対する詐害行為取消権不存在確認の訴えを債務者単独が行行使することは通常は許されず¹⁰⁰⁾、債権者の受益者等に対する詐害行為取消訴訟と併合提起する限りで適法な請求と解するほかないように思われるが、このような消極的確認の請求を観念することがかなり技巧的な構成であることは否めない。原告側に参加する共同訴訟参加人は被参加人の被告に対する訴訟が存在しない場合でも単独で訴訟提起できることと平行に、被参加人のした請求にも独自の訴えとしての意義を見いだせるのに対して、被告側に共同訴訟参加する者が原告の被参加人に対する請求を借用する構成を採る場合、一般に自己を被告とする訴えを強制提起させることはできないことか

96) 松原弘信「会社関係訴訟の被告適格 手続法の視点から」川嶋四郎＝中東正文編『会社事件手続法の現代の展開』161頁、176-177頁（日本評論社、2013）〔初出2012〕は、取締役選任決議取消の訴えについて、会社を必要的被告適格者と解した上で取締役を任意的被告適格者と解し、両者を共同被告とする訴訟は片面的類似必要的共同訴訟であると解することは、会社法の明文には反しないと思われるものの、伝統的な共同訴訟論や当事者適格論ではなじみの薄い諸概念を用いることとなり、現行民法の当事者適格論や共同訴訟論の体系とうまく整合させることができるか、問題がありそうであるとする。

97) 山木戸克己「訴訟参加と訴訟承継」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座第1巻』273頁、299頁（有斐閣、1954）。

98) 伊藤・前掲注12)634頁、中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義（第2版補訂2版）』546頁〔井上治典著、松浦馨補訂〕（有斐閣、2008）、三宅ほか編代・前掲注82)523頁〔日比野泰久〕、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法I（第2版追補版）』510頁（日本評論社、2014）、賀集唱ほか編『基本法コンメンタール民事訴訟法1（第3版）』別冊法学セミナー197号148頁〔佐野裕志〕（日本評論社、2008）。

99) 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』273頁〔加波眞一〕（有斐閣、1992）、斎藤秀夫ほか編著『注解民事訴訟法（2）（第2版）』312頁〔小室直人＝東孝行〕（第一法規出版、1991）。

100) 受益者等を被告とすることが詐害行為取消訴訟の訴訟適法要件となることの裏返しとして、債務者が詐害行為取消権不存在確認の訴えを提起する場合には、受益者等と共同で訴えなければ当事者適格を欠くこととなると思われる。

ら、参加人を相手方とする請求は参加人に当事者たる地位を与えるための擬制的なものに過ぎない性格のものとなるのではないか¹⁰¹⁾。いずれにしても、当事者適格を与えることの基礎にある実体法上の地位の差異を越えて、請求の名宛人となることに訴訟上の特別の意味を見出すことは難しいように思われる。

以上のように、受益者等を被告としなければならぬ規律を前提として、債務者に任意的な被告適格を与えることは、訴訟法技術的な問題として適切な規律を用意することに困難がある。また、被告側への共同訴訟参加において参加人が請求の名宛人となることは擬制的なものに留まることから、請求の名宛人ではないことを殊更に重視すべきではなく、翻って請求の名宛人となりえないとした立法判断に、債務者が参加した場合に当事者並みの権限を与えるべきかという文脈においては、さしたる意味はないということになりそうである。そうすると、債務者の任意的な被告適格を否定して共同訴訟参加の道を閉ざしたことも、請求処分行為について当事者並みの権限を否定する趣旨というよりも、訴訟法技術的な側面から採用されなかったと解すべきではないか¹⁰²⁾。債務者の補助参加人としての権限も、当事者適格の有無に囚われず実体法上の地位の観点から考察されるべきであり、取消判決によって自己の行為が取り消されることとなり、かつ債務者無資力や債務者害意といった要件は債務者本人に主張立証を尽くさせることが実体的に適正な判決のために有益であると解されることから、債務者について類似必要的共同訴訟人と比すべき実質

的な当事者性は認められるのであって、債務者が主体的に参加してきた場合の権限についても実質的な当事者性にふさわしい権限が認められるべきであり、当事者適格や請求定立に欠けることを重視すべきではないものと思われる。

5 問題となる個別の請求処分行為類型について

債務者が共同訴訟的補助参加人として牽制する対象となる各種請求処分行為について、牽制権を認めるべきであるような基礎があるかどうか、類型ごとに検討していく。

(1) 請求の認諾、債務者に実体法的効果を及ぼすような和解について

詐害行為取消権の行使は、条文中「裁判所に請求することができる」（現行法・改正法案共に424条1項）となっていることに加え、他人のした法律行為を取り消すという重大な効果をもたらす、第三者の利害に大きな影響を及ぼすので裁判所に要件充足の有無を判断させる必要があり、かつ取消しの効果を判決主文で明確にすることが必要であるから、訴えによって行使することを要するとされる¹⁰³⁾。訴えによる行使が要求される趣旨に鑑みると、当事者の合意に立脚した請求の認諾や和解によって取消判決と同等の効力を発生させることは出来ないものと解されることとなり¹⁰⁴⁾、この類型に対する牽制権を考える要はないこととなる。

(2) 債務者に実体法的効果を及ぼさないような和解について

受益者等が債権者に対し解決金を支払うこ

101) もっとも、訴えが取り下げられ被参加人との関係で請求が消滅した場合は、共同訴訟参加人を名宛人とした請求がなお残存し訴訟が継続するという点では、共同訴訟参加人が請求の名宛人となっていることは意味を有する。しかし、後に検討するが、仮に共同訴訟的補助参加人が被参加人の取下げ同意をも牽制できると解する立場を採る場合には、この点もさしたる差異ではなくなる。

102) 念のため付言すれば、部会審議の場で債務者に任意的な被告適格を与え類似必要的共同訴訟とする構成が検討された形跡はない。

103) 中田・前掲注10)258-259頁。

104) しかし、ここで述べられることは詐害行為取消権固有の問題というよりも（第三者効を持つ）形成訴訟一般の問題であるように思われる。第三者の手続保障が為されている場合には対世効を持つ形成訴訟について第三者を拘束する和解をも認めようとする立場に立つのであれば、必要的訴訟告知の規律（改正法案424条の7第2項）によって債務者の手続保障は尽くされていると解して、債務者を拘束するような形での和解条項の効力を認める余地は無いではないように思われるが、他の債権者に対する効力との関係との調整も含め、それ自体更なる検討を要する事項である。垣内秀介「訴訟上の和解の要件および可否」神作ほか・前掲注54)335頁、350-352頁参照。

とを内容とする和解が想定される。債務者無資力要件を満たさない債務者については、債務者を当事者とする行為の効力を覆す請求について被告適格を否定する趣旨が妥当しないことは先に確認した。破産手続開始決定が先行していることが前提となる否認訴訟と異なり、無資力状態にない債務者に関する吹っ掛けの訴訟提起も可能であることからすると、少なくとも無資力要件を争う債務者については、自己に不利益な訴訟結果を阻止すべく共同訴訟人並みの牽制権が保障されなければならないと言える。無資力要件を争う債務者と、認める債務者として規律を分ける解釈論も採りえないではないが、主張の有無によって規律を分けることは訴訟手続の安定を害することや、審理が流動的で主張が固まっていないう局面においても和解は為されうることと考えれば、無資力要件を争う主張をしているか否かにかかわらず一律に解するほかないのではない。

債務者は和解契約の当事者ではなく、実体法上の効果は何ら及んで来ないため、取下げ同意と同じく訴訟終了効のみが問題となるようにも思われる。訴訟外で債権者と受益者等が和解することは可能であるはずであり、独立当事者参加の二当事者間和解に対する牽制可能性と同様の問題が生じる。ここでは、債務者に対する事実上の不利益を排除する権能を認めるという観点から、訴訟上の和解が成立することにより調書という形で裁判所のお墨付きが与えられることを阻止すべく債務者の牽制権を認めてしかるべきなのではないかと思われる¹⁰⁵⁾。債権者との二当事者和解に応じる受益者等は、実質においては、当該訴訟における敗訴の可能性を見据えて解決金の支払いに応じていると思われ、訴訟外の和解による解決は事実上詐害行為取消請求の一部認容的な性格を持っているのではないかと考

えられる¹⁰⁶⁾。請求の一部認容的な性格を持つ和解に対して裁判所のお墨付きが与えられることは債務者に不利益に働くものであり、特に無資力要件を争う債務者がかかる「お墨付き」を阻止することに対しては重大な利害が存する。無資力要件を争う主張の有無によって規律を分けることは手続の不安定を招きかねないことからすれば、債務者には一律に、かかる不利益の排除のため解決金的和解に対する牽制権も認められるべきではなかろうか。

(3) 訴えの取下げ同意について

原告たる債務者が詐害行為取消請求を取り下げ、受益者等が同意した場合に、債務者は取下げ同意を阻止することができるのか。取り下げられるとすると再訴の可能性を負うこととなり、取消しを阻止すべく債務者は後訴に再び参加して牽制しなければならぬコストを負担することとなり、独立当事者参加の原告・被告（被参加人）二当事者のみの同意による訴えの取下げの可否と同様の問題が生じると考えられる。また、受益者等に対する訴えの取下げにより詐害行為取消権の存否に関する判決を得る機会が失われてしまうという点において、他の共同訴訟人の取下げ同意により自己に対する請求も審理を受ける機会を失うこととなる固有の必要共同訴訟人の一人が単独で訴え取下げと同様の問題が生じる。

前者の問題に関して独立当事者参加における議論を参照して検討すると、必要的訴訟告知により債務者の与り知らぬところで後訴が提起される危険は排除されており、参加人の同意も必要とする学説¹⁰⁷⁾が問題とするところの参加人排除のための取下げの濫用の危険は少ないように思われる。そうすると、再度の訴訟提起があればその段階で参加すればよい¹⁰⁸⁾と考え、債務者の同意は要さないかと考

105) 独立当事者参加の二当事者間和解について高橋・前掲注 56)526 頁。

106) 分科会での審議において、法形式上は詐害行為取消権について判断が示されない解決金的和解とならばいいえ、被告が和解に応じて解決金を「払う理由は、詐害行為取消訴訟で敗訴するリスクがあるから片付けてしまおうということで、和解に応じるんだらうと思いますので、実質は詐害行為取消訴訟の一部認容に近いのではないかと私は思います」との指摘が為されていた（法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注 35)25 頁〔岡正晶発言〕）。

107) 独立当事者参加について、高橋・前掲注 56)541 頁。

108) 独立当事者参加について、高田・前掲注 89)662 頁。

えられるのではなかろうか。後者の問題についても、債務者に被告適格は認められなかった以上請求につき独自に審判を受ける利益が保障されているわけではなく、受益者等の訴訟行為を牽制することを通して自己に不利益な判決の作出を阻める地位が与えられるに過ぎないのであるから、訴え取下げにあたり債務者の同意は不要であると解して差し支えないように思われる。

IV. 結びに

詐害行為取消訴訟の被告適格に関して、部会審議では債務者は固有必要的共同訴訟の規律の準用により一律に和解に対する牽制権を認めるべきほどの実体法上の利害関係を有していないとの判断が為されていたのではないかと推察できた。しかし訴訟に主体的に関与してこない債務者についてはともかく、債務者に関する要件（特に債務者無資力要件）を争う債務者について、限りある責任財産の奪い合いである訴訟の帰すうに無関心であるとの指摘の射程は及ばず、主体的に訴訟参加して取消しを争う債務者については別異に解する余地が残されており、共同訴訟参加の道を閉ざした立法判断も訴訟参加してきた債務者に当事者に準じた権限を与えることを排除する趣旨までは含んでいないのではないと言える。部会審議では共同訴訟構成と訴訟告知構成の最大の差異として、和解に対する債務者の同意の要否が念頭に置かれていたようではあるが、債権者と受益者等の間の訴訟上の和解が事実上請求の一部認容的な色彩を帯びることに鑑みれば、共同訴訟的補助参加人として主体的に訴訟に関わってきた債務者については、その実質的な当事者性が

らして、牽制権が認められるべきなのではないかと考えられる。

共同訴訟的補助参加人の権限については、参加人に手続の中止・中断事由が生じた場合に手続全体が中止・中断するかという問題や、参加人は参加前の訴訟状態を承継するか否かという点があり、債務者の共同訴訟的補助参加人の権限の限界として、さらなる検討を要する問題として残されている。

共同訴訟的補助参加人に発生した手続の中止・中断事由による訴訟手続の中止・中断について、学説は肯定説¹⁰⁹⁾、否定説¹¹⁰⁾、参加人が手続から除外されることによる不利益から手続の中止・中断が必要ときに限って裁判所が中止を命じるべきとする折衷説¹¹¹⁾に分かれている。否定説や折衷説は、肯定説によると参加人に当事者適格が否定された趣旨が損なわれると言う。部会審議においても債務者死亡時に訴訟手続全体が遅滞することが懸念されていたようであるが、自ら訴訟参加してきた債務者の実質的な当事者性を考慮すれば手続の中止・中断を認めて主張立証の機会を保障しても差し支えないように思われるが、より詳細な検討が要される。

参加前の訴訟状態を承継するかという問題に関しては、提訴時に訴訟告知を受けていることから、訴訟係属を知っていたにもかかわらず参加していなかったことの不利益を負担することを否定する理由に乏しいように思われ、従前の訴訟状態を覆滅されないことに対する相手方の利益の方を保護するべきであるように思われる¹¹²⁾。民訴改正研案のように、詐害性を持つ訴訟に関してのみ、訴訟状態の承継を否定して自己に不利益な判決を阻止する権限を認める¹¹³⁾ことも考えられるが、詐害防止参加の制度を残すのであれ

109) 兼子・前掲注 88)407 頁、高橋・前掲注 56)470 頁、松本＝上野・前掲注 79)782 頁〔上野泰男〕、本間・前掲注 60)689 頁。井上説も肯定説を採るが（井上・前掲注 81)144 頁、三宅ほか編代・前掲注 82)440 頁〔井上治典〕、同説は通常の補助参加人についても参加人に発生した中止・中断事由による手続の中止・中断を認める（井上・前掲注 81)146-147 頁）。

110) 三ヶ月章『民事訴訟法（法律学講座双書）（第3版）』287 頁（弘文堂、1992）。

111) 新堂・前掲注 56)818-819 頁、伊藤・前掲注 12)649 頁。

112) 高田・前掲注 89)651 頁注 9 も、「訴訟係属の『通知』により参加の機会を保障しつつ、参加することのできる時点以降に生じた事由については、原則として異議を申し立てることは出来ないという規律」を示唆している。

なお、本間・前掲注 60)688 頁は、訴訟状態の承継を全面的に肯定する。

113) 三木＝山本編・前掲注 58)38 頁。

ば¹¹⁴⁾、受益者等に反対給付の返還請求権(受益者については改正法案 425 条の 2、転得者については改正法案 425 条の 4) 不存在確認の訴えを提起して詐害防止参加をすることで対処すれば足りるように思え、債務者が共同訴訟的補助参加する場合には承継を肯定してよいように思われるが、更なる検討が求められよう。

民法(債権関係)改正法案における詐害行為取消訴訟の枠組みを、債務者がイニシアティブを取り共同訴訟的補助参加することによって実質的に当事者と同等の手続保障を確保できる枠組みとして理解することで、拙いながら、債務者の共同訴訟的補助参加人としての権限の解釈論に一定の指針を示せたのであれば、本稿の目的が達せられたと言える。しかし請求処分行為に対する牽制権、特に和解に対する牽制権という限定的な局面に焦点を当てて議論を展開したに留まり、共同訴訟的補助参加人の権限論一般としては、まだなお不分明な点を残さざるを得なかった。立法論として、利害関係人の手続保障上の要請に応えるために何が求められるのかという点も、被告とされることと共同訴訟的補助参加人となることとの間での権限の差異に関する解釈論の不明確性の影響を受け、結論を導きがたい状況になっているように思われる。共同訴訟的補助参加人の権限について、今後一層精緻な議論が求められているのではなかろうか。

*

本稿は、筆者が 2016 年 1 月に東京大学法科大学院へ提出したリサーチペーパーに加筆・修正を加えたものである。

リサーチペーパーの指導教員を引き受けていただいた垣内秀介教授には、構想段階から議論をする機会を多数設けていただいた。この場を借りて厚くお礼申し上げたい。また、個別に名前を挙げることは差し控えるが、本稿の執筆にあたっては複数の方々からコメントを頂戴した。中でも、学友の町田哲哉氏に

は、草稿全般に目を通していただき、忌憚のない意見を頂戴した。これらの方々に対しても、お礼申し上げたい。

言うまでもないことだが、本稿に残されている数々の問題点は、全て筆者である私に帰責される。他方、少しでも見るべき点が残っているとすれば、それは、以上全ての方々のご助力なしには生まれえなかったものである。重ねてお礼申し上げたい。

なお、畑瑞穂「債権法改正と民事手続法——債権者代位権と詐害行為取消権」司研 125 号 128 頁(2016)には、本稿脱稿後に触れた。

(つかもと・こう)

114) 民訴改正研案では詐害訴訟参加の廃止も合わせて提言されている。匿名記事「独立当事者参加(詐害防止参加)」三木=山本編・前掲注 58)46-51 頁。