

詐害訴訟防止についての考察

——仮装訴訟との交錯を中心として——

徳 田 和 幸

- 一 はじめに
- 二 判例にみる若干の事例
- 三 仮装訴訟についての学説
- 四 仮装訴訟・詐害訴訟排除の可能性
- 五 詐害訴訟防止の再検討
- 六 むすびにかえて

一 はじめに

訴訟当事者が訴外の第三者の利益を害する意思（詐害意思）をもって追行している訴訟を、一般に詐害訴訟という。詐害訴訟は、判決の確定により、詐害判決として第三者に不利益を及ぼすことになる。それらの訴訟ないし判

決に対する第三者の利益保護手段として、わが国においては、事前的な民訴法七一条前段の独立当事者参加が存在し、事後的には、詐害再審の訴、詐害行為取消権の適用など種々のものが検討されていることは周知のところである。⁽¹⁾

ただ、右に述べたように、詐害訴訟の本質を訴訟当事者の意思的態容にみるならば、その詐害意思を詐害の目的から詐害の認識までのどの段階で把握するかを明確にせねばならないであろう。しかし、本稿においては旧民訴法五一条二項および同法四八三条にみられるような詐害の『目的』を中心として考察し、必要に応じて他の場合に触れることにする。

このような詐害訴訟に対して直接的に利害をもつのが第三者であることはいうまでもないが、裁判所が詐害訴訟に対して傍観者として行動すること、否むしろ詐害訴訟に手を貸す結果になる行為をすることは許容されるのであろうか。⁽³⁾ このような観点から、裁判所も詐害訴訟に対して何らかの排除手段をもつのではないかを考察し、そのことから、いろいろに解釈されている民訴法七一条前段の要件が多少なりとも明確になるのではないかを検討するの
が本稿の目的である。

ところで、詐害訴訟に対する手段が不備であるといわれ、その体系上特に詐害訴訟の用語がみられないドイツにおいて、主に論じられているのは馴合訴訟の抗弁、⁽⁴⁾ 債権者取消権の適用である。⁽⁵⁾ しかし、もう一つ別の方向として、いわゆる仮装訴訟の問題が⁽⁶⁾ あげられるのではないかと思われる。わが国における民訴法七一条前段と同様の規定はドイツ民訴法には存しないが、その不備を補う理論的な努力は、仮装訴訟の問題に向ってなされているように思わ

れる。わが国で詐害訴訟として理解されているものは、仮装訴訟と交錯しているとみられるのであって、両者が全く同一であるのではないが、両者に共通のものがあれば、その範囲では同様の処理が可能であろうからである。さらに、わが国でもドイツでも存在する補助参加が詐害訴訟の防止についての程度機能しうるかをみることにより、第三者の利益保護のより良い予防的手段として非ドイツ的な特性をもつ民法七一条前段の参加がどのような方向で考えられるべきかを考察してみたい。

(1) 鈴木正裕「判決の反射的効果」判例タイムス二六一号一三頁以下、中森宏「詐害訴訟に関する一考察」日向学院論集九号六五頁以下、船越隆司「詐害判決論」法学新報七四卷四・五合併号一〇五頁以下等参照。

(2) 旧民法五一条二項が『原告及ヒ被告ノ共謀ニ因リ自己ノ債権ニ損害ヲ生スルコトヲ主張スル』第三者に主参加の訴を認め、同法四八三条が『原告及ヒ被告ノ共謀ニ因リ第三者ノ債権ヲ詐害スル目的ヲ以テ判決ヲ為サンメタル』場合に第三者に再審を許容していた当時においては、明らかに詐害の目的が問題とされている。ところが、民法の改正にもなつて四八三条が削除され、また、五一条二項の規定も、はじめの草案では『当事者カ其一方ノ債権者ヲ害スル意思ヲ以テ訴訟ヲ為ス』場合に第三者に一種の補助参加を認め、大正十年の改正調査委員会に提出された草案以後は『訴訟ノ結果ニ因リ権利ヲ害セラルヘキコトヲ主張スル』第三者に訴訟参加を許容するという形に変化されてきた。当事者の意思をどの段階で把握するかについての法文上の根拠はなくなったのである。なお、これらの立法過程の詳細については、山木戸克己「訴訟参加と訴訟承継」民事訴訟法講座一卷二七六頁以下、鈴木(正)「前掲」判例タイムス二六一号一〇頁以下。

(3) 山木戸克己教授は、民事訴訟への信義則適用の個別的考察をなされる中で、「……訴訟をすることまたは訴訟進行の態容が信義則に違背し許されない場合もありうる。こういう訴訟は訴権の濫用と称せられることが多いであらうし、また訴の利益(権利保護の利益)の欠缺にあたる場合であるといつてもよい。」と述べておられる(山木戸克己「民事訴訟と信義則」

- 末川先生古稀記念・権利の濫用中二七〇頁)。詐欺訴訟もこれらの類型に入る余地があるのではないかと思われるのである。
- (4) これについての詳細は、鈴木正裕「既判力の拡張と反射的效果」〔神戸法学雑誌一〇巻一号三八頁以下〕。
- (5) 中森「前掲」八六頁註(7)、船越「前掲」一二三頁以下。
- (6) Vgl. Sintenis, Der simulierte Prozess, ZZZP 30. S. 358ff. Costede, Scheinprozesse, ZZP 82. S. 438ff. これらの論文にもみられるように、仮装訴訟を示す用語には種々のものがあるが、現在では、それらの内容は異ならないと思われる (Vgl. Stephan, Das Rechtsschutzbedürfnis, 1967, S. 45)。それゆえ、区別する必要がある場合は指摘するが、本稿では一括して仮装訴訟を訳しておく。なお、非判決と対比される Scheinurteil は仮装訴訟とは別である (Vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO 30. Aufl., Übers. 3 B vor §300.)。

二 判例にみる若干の事例

(一) 仮装訴訟の問題についての手がかりとして、まず、ドイツにおける二、三の判例の事案をみてみよう。なお、便宜上、仮装訴訟とみられる訴訟の原告をX、被告をYとして表示する。

(1) RG Urt. v. 30. 11. 1895, RGZ 36, 249.

XはYに対し手形による金銭及び利息の支払を請求し、それについて欠席判決がなされ、X勝訴で該判決は確定した。その後Xが死亡し相続財産に対して破産が開始され、その破産手続において破産管財人は前記手形判決による債権をZに譲渡した。ところが一方、Yが破産管財人に対し、手形と判決正本をZに引渡すことを禁止する仮処分を得ていた。そこで、ZがYに対して、手形と判決正本の引渡についての承諾並びに執行文の付与を請求した。

これが本件である。これに対して、Yは、手形金は支払済であって手形はXから返還されていたのであるが、Xに頼まれて再度手形を渡したと、それはXがYに對し訴を提起し、当時Y所有のホテル不動産に對して開始された強制執行手続に参加する債務名義を得るためであったこと、さらに、X・Y間には、Xが訴訟費用を負担しYは欠席判決をさせるが、強制執行手続終結後はXは手形と判決正本をYに返還する等の合意がなされていたこと、を主張した。第一審、控訴審ともに、Yの主張に基づきZの請求を棄却、Zが上告したのである。

ライヒスゲリヒトは、原審を支持したうえで、「支払済の手形の返還は、Xになんらの手形上の権利も付与しない。仮装のために提起された手形訴訟についての不出頭 (Nichtverhandeln) に包含されるYの意思表示は、なんら真面目な (ernstlich) ものではなく、また、それに基づいて生じた手形判決は、その法的性質によれば、契約により当事者間に存在する権利関係を変更し、当事者の意思によれば発生すべきではない権利を基礎づけるのには、十分ではない。」また「契約によって判決からなんらの権利も発生せず、手形と判決正本がYに返還されるべきであるならば、判決の無効 (Wirkungslosigkeit) の主張は、C P O 六八六条 (現行Z P O 七六七条請) の要件にも原状回復の訴 (§§ 543 ff. C. P. O. (現行Z P O 五八〇) 条以下—筆者註) の要件にも拘束され得るものではないことも疑いはないであろう…」とし、Zが「Yは判決の仮装の抗弁 (die Einrede der Simulation des Judikates) を契約当事者に主張できても、善意の第三者であるZには主張できない」と主張したのについては、「Zは判決による権利の譲受によって独自の手形上の権利を得るのではなく、譲渡人すなわちXの権利のみを得るのである。なぜなら、破産財団はそれ以上の権利を得ておらず、破産管財人もそれ以上の権利を譲渡しえないからである。Xは判決による権利を譲渡できず、Xがそれ

を譲渡するならば、欺いて行為しているのである。そのことは、また、破産管財人と譲受人であるZにも妥当する。」と判示し、Zの上告を棄却した。⁽¹⁾

[2] RG Urt. v. 20. 2. 1900, RGZ 46, 334.

Xの申立により、Yに対し未払賃料及び貸し金の支払請求権に基づく支払命令が発せられたが、Yは異議を提起せず、該支払命令にはXの申立によって執行命令をもって執行の宣言がなされ、また、Yに送達された執行命令に対しては故障の申立はなされなかった。その後、YがXに対し、主位請求として該支払命令の引渡と債権不存在の確認、予備的請求として債権額の支払を請求する訴を提起した。これが本件である。Yは、その理由として、Xから借金しそれについての担保を付与するために、X・Y間には、XがYに対し支払命令を得、それをもってYの相続分を借金の担保とすることの合意がなされていたのであるが、現実にはXはYに金を貸さなかったのであり、Xは債務名義の返還、さもなくば、その金銭をYに引き渡す義務があると主張した。第一審はYの請求を棄却したが、控訴審がYの予備的請求を認容したのでXが上告したのである。

ライヒスゲリヒトは、前記執行命令が既判力を生じていることを述べたうえで、「請求に関する異議は、CPO七〇四（現行法七九六）条二項によって、執行命令の送達後その原因が生じたときに限って許される。Yが、本件において、前記の既判力ある執行の宣言がなされた支払命令に対し提起した異議は、請求に関する。それは、支払命令にあげられたXの主張は不真実であって、支払||執行命令宣告時には、YはXに対し、賃貸借によっても消費貸借によっても、なんらの金銭債務も負っていないかったとし、支払||執行命令は、合意により、Xに、現存しないが

将来最初に発生するYの債務についての担保として役立たせる差押質権 (Pfändungspfandrecht) について必要な債務名義を得させる目的でのみなされた、というにある。この異議がCPO七〇四(現行法七九六)条の規定からみて許されるかは問題である。原審はそれを肯定した。」とし、さらに「ここでは、まったく当事者相互の関係が問題である。既判力ある判決は、原則として、当事者間に権利を創造する。しかも、判決の宣言的性質にもかかわらず、現実に存在しなかった権利を、判決以後、既存の権利にする効果をもつ。そのことは執行命令にも妥当する。……この判決の実体的な法的効果は、当事者の契約する権限によって制限される。当事者が、既判力ある判決に関する合意によって、その効果を全部または一部分除去し、判決によって根拠づけられた権利状態を任意に変更しうるのと同様に、当事者が、判決の宣告前に締結した契約によって、前もって当事者間に妥当する判決の効果を決定しうること、とくに当事者相互の関係において、前もって判決の実体的な法的効果を除去しうることは、可能なこととして認められなければならない。宣告された既判力ある判決に対するそのような契約の主張は、CPO六八六(現行法七六七)条二項、七〇四(現行法七九六)条二項の規定によって排斥されない。また、契約の効力は判決または執行命令の獲得を要件としており、異議はそれらの獲得前には当然提起されえない。」と一般論を述べ、「本件におけるYの主張によれば、当事者は、該支払命令にあげられた債務原因(Schuldgrund)により、支払執行命令によって当事者間に債権関係が発生すべきでないことについて、前もって一致していた。したがって、執行命令は、当事者間に前もってなされた意思の合致に反して、Yに債務を創造する効力をもたず、また、CPO七〇四(現行法七九六)条二項の規定からみても、Yは執行命令に対して異議を唱える権利を有する。」と判示してXの上告を棄却

した。なお、判旨後半は支払命令の法的効果についてであるが省略する。

これらの二判例は、前訴すなわち、これらの場合においては欠席判決または支払命令が、仮装訴訟の代表例として理解されており、判旨にみられるように実体的既判力論に従ったもので、民法上仮装行為が無効である（BGB一七条参照）のと同様に、仮装訴訟における当事者には、訴訟法的効果すなわち既判力によって確認された請求権の基礎づけは与えられないとしたものとみられている。⁽²⁾つまり、実体的既判力論の立場では、法律上定められた、あるいは法律行為による権利発生原因と並んで、既判力ある判決は独自の権利発生原因とされるのであるが、前者の権利発生原因が無効になったり、当事者の処分権に服するのと同様に、既判力ある判決についても考えられるのである。その点はともかく、仮装訴訟において訴訟当事者と第三者の關係が顧慮されうることはうかがわれるであろう。⁽¹⁾判例においては、Zの立場はともかくも、強制執行手続におけるYの債権者の存在が認められるし、また、⁽²⁾判例は、当事者相互の關係が問題であると判示したうえで結論を導いているのである。明らかに第三者との關係を考慮するものとして、次の判例がある。

[3] RG Urt. v. 26. 4. 1898, JW 1898, S. 372.

事案の詳細は不明であるが、債権者詐欺の事案と察せられる。

本判決は、「ある法律行為が契約当事者に対し既判力をもって確認された場合に、その法律行為を仮装のためにした当事者は仮装の抗弁を主張しえない、とすることは考えられる。しかし、一本件のように一第三者(X)が当事者の一方(Y)の財産における債権者の擱取(Zugriff)を失効させるために、仮装(Simulation)がなされた場合、

ことに仮装当事者が互いに血縁関係にある場合は、利害を有する第三者（Z）が仮装の主張を封じられるとする意味は、仮装当事者間に生じた欠席判決には添加されえない。そのような状況の存する場合は、むしろ原則により、法律行為と同様、その主張のために惹起された訴訟上の規準設定が仮装に基づいているとの推測がなされる。」と判示する。

さらに、下級審判例であるが注目すべき事案として次のものがある。

[4] LG Darmstadt Ur. v. 5. 3. 1917, *Leipziger Zeitschrift* XI. Jahrg., S. 831.

X（Yの息子）は、仮装の債権に基づいてYに対し既判力ある欠席判決を取得していた。その後、YがXに対し売買代金の支払を請求した。これが本件である。これに対して、Xは、Yの請求は争わなかったが、前記欠席判決に基づく債権による相殺を主張した。第一審は、欠席判決における債権が仮装されていたことを認定したが、前記[1]判例などとは反対に、既判力の効果は当事者の恣意によって左右されないとし、Xの相殺を認めた。

それに対し、控訴審である本件裁判所は、Xは欠席判決当時Yに対しなんらの債権も有していなかったこと、また、X・Y双方は、XがYの家具を差押え、それをYの債権者の擱取から奪うことによって、訴を提起しそうであったYの債権者に不利益を与える目的で行動していたこと、さらに、X・Y間では判決を使用しないという合意がなされており、Xは欠席判決からYに対し何物も要求しないことを承知していたこと、などを認定した。そして、その認定に基づいて、Xの相殺を認めなかったのである。ただ、本件裁判所は、仮装の抗弁という形ではなく、いわゆる確定判決の不当取得についてのライヒスゲリヒトの判例を引用し、普通法上の悪意の訴権（*actio doli*）を根拠

にしている。すなわち、Xは前記欠席判決からどのような権利をも取得することができず、また、Xの既判力の抗弁に対しては、Yは悪意の再抗弁 (*replica doiti*) によってXの債権を除去することができるといふ構成をとるのである。最後に、判決それ自体は仮装訴訟を問題としているのではないが、学説によって仮装訴訟として引用されている事案をみてみよう。⁽⁵⁾

(5) RG Ur. v. 9. 11. 1912, RGZ 80, 363.

XはY (Xの兄) と終身定期金契約を締結し、その担保として自己の不動産に抵当権を設定していた。その後、XがYに対し、抵当権不存在の確認と抵当の解除 (*die Hypothek löschen zu lassen*) を訴求し、その理由として、Yは契約上不誠実性 (*Unredlichkeit*) によって定期金債権を喪失していると主張した。これが本件である。ところが、Xの訴の提起前に、Yに対し五千マルクの債権をもつA銀行が、その債権の担保としてYのXに対する前述の定期金の請求権を譲り受け、それに基づいてX・Y双方に対して五千マルクの支払を訴求しているという事情があった。原審は、Xの理由とするYの不誠実性の主張は、A銀行の定期金への擱取を奪うためのみ、X・Yの合意により外観上なされているにすぎないとして、Xの請求を棄却した。それに対し、当事者の主張しない事実を認定したとして、Xが弁論主義違背を理由に上告したのである。

ライヒスゲリヒトは、結局自由心証の問題であるとして、Xの上告を棄却したのであるが、本件を仮装訴訟であるとするものは、X・Y間の協定に基づいて、Xの訴が提起されているとみているのであろう。

以上のように、仮装訴訟の問題は、まず、判決確定後の問題として判例にあらわれた。その後、これらの判例を

一契機として、仮装訴訟が許容されなければならないものかどうかにも、学説の視点が移されてくる。学説の推移については後述するが、これらの判例の事案には、既判力論は別にしても、およそ次のような共通点が認められよう。(1)判決ないし訴訟が虚偽の事実関係に基づいているとみられること。このことは、[2]判例についてはなお問題が残るが、後の学説においても仮装訴訟の一要素として把握されている。(2)訴訟当事者間になんらかの合意・契約がなされていること。たとえば、一時的なものも含めるが、当事者間においては判決を利用しないとすると合意がみられる。ただ、これについては問題が残されているようである。すなわち、それらの合意・契約の内容が問われなければならぬであろうし、さらに、当事者の一方の側でのみなされる仮装訴訟を認めるとすれば、合意・契約の存在は仮装訴訟の本質的な要素ではなくなるからである。(3)被告の欠席、異議権の不行使など被告の消極的態度がみられることが多いこと。学説は、これに請求認諾・自白などの積極的な行為も付加して考察している。(4)欠席判決・支払命令など、比較的既判力の否定が導かれやすい事案が多いこと。これは、判例の表現からも学説においても重視されていない。(5)[2]判例を除けば、いずれの判例の事案をみても、訴訟が訴外の第三者に不利益を与える形で追行されていることも指摘できよう。

- (1) なお、支払命令についてこの判決を引用し同様の結論を導くものとして、RG Urt. v. 17. 2. 1898, JW 1898, S. 209.
- (2) Vgl. Costede, a. a. O., S. 439. なお、仮装訴訟としてではないが、同様の根拠から判決の効力を否定したとみられる判例の中で、RGZ 39, 142 の事案は興味を引く。それは、XがYに対し暴利手形を訴求し、Yに対しては形式的に (pro forma) 訴求するのみで判決を利用しないことを約束し、また、Yの暴利の抗弁の提出をYの妻の土地を強制競売に付すると脅迫して思ふこととせ、欠席判決を得た後、YがXに対し債務名義等の引渡を訴求した事件である。また、RGZ 46,

75 (証明手段としての宣誓が虚偽であった場合) RGZ 61, 359 (公示送達が悪用された場合) など参照。これらの判例は、既に、小野木常「確定判決の不当取得」訴訟法の諸問題七〇頁以下において引用され、事案も詳細に述べられている。

(3) 上田徹一郎「騙取判決の既判力と不当利得」谷口知平教授還暦記念・不当利得・事務管理の研究(3)二七四頁。

(4) 前註(3)の RGZ 46, 75, RGZ 61, 359. 〇他 RGZ 75, 214, RGZ 78, 395. 並引用す。

(5) Vgl. F. v. Hippel, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess, 1939, S. 73. N. 57. Zeiss, Die arglistige Prozesspartei, 1967, S. 48.

(6) Vgl. Costede, a. a. O., S. 440.

(7) 多少の違いはあるが、ドイツの判例と対比しうると思われる事案は、わが国の判例においても散見できる。

(8) 最判昭和四〇年二月二一日民集一九卷九号二二七〇頁⁽⁷⁾

XがYに本件宅地を賃貸し、Yがその上に本件建物を建築所有していたところ、Xは、Yが一年分の賃料を滞納したとして、賃料債務不履行を理由に昭和二八年七月六日右賃貸借契約を解除し、Yに対して土地所有権に基づく建物収去土地明渡の訴を提起して、同二九年四月二〇日勝訴判決を得たが、Yによる控訴がないまま、その判決は確定した。なお、Yは第一回口頭弁論期日においてXの主張事実を全部自白した事情がある。ところで、本件建物については、昭和二八年七月四日Yの債権者Z₁より強制競売の申立があり、さらにその後Z₂より抵当権実行としての競売申立があって前者の記録に添付されたが、結局後者の任意競売が実施され、Z₃が本件建物の競売人となり、同二九年九月二日競落許可決定をうけて所有権を取得し、その登記を経由した事実があったので、XはZ₃をYの承継人として承継執行文の付与をうけ強制執行に着手した。これに対して、Z₃が、本件建物が第三者に帰属した場合

の第三者の利用を不可能ならしめようとして、X・Yが通謀して、仮装的に土地の賃貸借契約を解除し土地明渡訴訟を提起したのであり、そのような債務名義たる確定判決が当事者の通謀により、専ら第三者の権利を害する目的で、当事者の虚偽の主張に基づいて得られた場合には、かかる判決は無効である、かりに無効でないとしてもその執行は不法行為を構成する等と主張して、請求異議の訴を提起したのが本件である。Zは、第一審、控訴審とも敗訴、判例違反を理由に上告した。

最高裁も請求異議の訴は消極的に解したのであるが、その当否はともかく、既判力及び再審制度の趣旨を考慮して論じているところは興味を引く。「判決が確定した以上、その判決の成立過程における当事者の訴訟活動の背後に所論のような意図目的が存し、あるいは、右判決が、専ら第三者の権利を害することのみを目的として、当事者の通謀による架空の事実の主張により、裁判所を欺罔して取得された等、所論の事実が存する場合においても、当事者の右行為が民法七〇九条の不法行為を構成するかどうかは別論として、既判力、執行力を生じないと解すべきものではない。」と判示する。

(7) 東京高判昭和三八年一月二七日判例時報三五九号二三頁

Xは建物所有者であるY(Xの夫)の代理人として抵当権を設定しながら、その建物が抵当権の実行により競落された直後、これを妨害するため、建物敷地の賃貸借契約の当事者がYであるにもかかわらず、建物敷地はXがYに転貸してあったがYの地代不払を理由に転貸借契約を解除したと主張して、Yと通謀のうえで、Yに対し建物収去土地明渡の訴を提起した。YがX主張の請求原因事実を全部自白したので、ただちにX勝訴の判決がなされ、そ

の判決は確定した。そしてXが、その後の代金納入により所有権を取得した競落人Zに対し承継執行文の付与を受け、強制執行に着手した。それに対して、Zが請求異議の訴を提起したのが本件である。第一審でZが勝訴し、Xが控訴したが、控訴も棄却された。

判決理由は、X・Y間の訴訟を問題とし、「右訴訟は原被告間に真実の紛争が存せず、単に判決を利用して第三者の権利を侵害し、自己において不法の利得を得ることを目的とするもので、かかる判決を債務名義として第三者に対し強制執行をすることは不法行為に属すること勿論であって、判決を執行すること自体が不法な場合、権利の濫用または信義則違反として、第三者は請求異議の訴により口頭弁論終結後の事由に限定されずに異議の事由を主張し得るものと解する。」とする。

具体的結論の差異はともかく、これらのわが国における判例の事案にみられるX・Y間の訴訟は、いずれの場合も馴合・詐害訴訟としてみられる。また、前記ドイツ判例の事案についてみた前述(二)の点は別にしても、他の点はすべて見出し出されるので、時代のずれ、事案の違いをぬぎにすれば、仮装訴訟としても把握できるのではないかと思われる。ただ、(ロ)の点が当事者の通謀・共謀という形で表現され、また、(ハ)の点が重視されているとはいえる。しかし、これらの場合を仮装訴訟としてみるか、馴合・詐害訴訟としてみるかの違いは、訴訟当事者を中心としてみるか、第三者を中心としてみるかの単なる視点の違いにすぎないのではないかと思われる。

(8) 最判昭和四三年二月二七日民集二二卷二号三一六頁

Xは昭和二九年七月頃たまたま入手した一通の約束手形について、その実兄であるYと通謀して、その白地の受

取人欄に勝手に訴外Zの名を記入し、かつ裏書人欄にはZの住所をY方Zと記入しZ名義の有合印を押捺したうえ、右手形金について、Zを債務者とする支払命令ついで仮執行の宣言の申立をなした。これらの申立に應じる各裁判の正本はいずれもY方Zに送達され、YがZのように装ってこれを受領し、異議の申立をなすことなく確定させた。その後、Xが右仮執行宣言付支払命令に基づき、Zの所有名義となつている本件土地を含む宅地に対し強制競売の申立をしたが、競売開始決定の正本もY方Z宛に送達された。その競売手続に関しては何人からの異議申立もなく進行し、競落許可決定の確定、代金の支払、競落人Bへの移転登記にいたるまで全部が終了した。ところが、本件土地を含む宅地を昭和二五年九月にZから買受けていたとするAが現われ、本件仮執行宣言付支払命令の無効、本件強制競売手続の無効を理由に、競落人Bに対し本件土地の所有権確認、所有権取得登記の抹消および本件土地上の建物取去土地明渡を求めたのが本件である。なお、この間に、XとYに対しては、私文書偽造同行使詐欺罪の有罪判決が確定しており、ついで、ZがXに対して提起した再審の訴により本件仮執行宣言付支払命令の取消判決が確定している。第一審、控訴審ともA敗訴。Aは、憲法二九条、同三二条違反などを理由に上告した。

最高裁は、結局、原判決を破棄し差戻したのであるが、本件仮執行宣言付支払命令の効力については、「その債権名義の効力は、Zに対しては及ばず、同人に対する関係では無効であると解するのが相当である。」とし、また、「訴訟行為における信義誠実の原則に照らし、Xは、Zに対し相手方当事者たる地位にもとづきその裁判の効力を及ぼさうべきものではないと解するのが相当だからである。」とする。

右の判例の事案は、通謀が問題とされてはいるが、当事者の確定の問題について通説である表示説に従う限りに

おいては、前記の諸判例にみたような原告被告双方の通謀ではなく、原告と訴外の第三者との通謀であって、ここにあげるのは不適當かもしれない。ただ、行動説をとればこのような事案も原告被告双方の通謀とみられる余地もあるであろう。また、当事者の一方の側での仮装訴訟の存在を肯定する立場からみれば、このような事案も考慮される可能性もあろうかと思われる。そのような意味でここに付加したものである。

(7) 本件については、伊東乾「判決の不当取得」民事訴訟法研究四六七頁以下、上村明広・法経学会雑誌一六卷三号二二頁以下、木村鐘台・法学協会雑誌八三卷七・八合併号二二〇頁以下、斎藤秀夫・民商法雑誌五五卷二号一〇二頁以下、栗山忍・法曹時報一八卷三号一二九頁以下等の判例批評・解説がある。

(8) 本件については、伊東乾・判例評論一一四号(判例時報五一九号)二八頁以下、中田淳一・民商法雑誌五九卷三号八二頁以下、赤坂裕彦・法学研究四二卷五号一〇一頁以下、村松俊夫・昭和四三年度重要判例解説(ジュリスト四三三号)一〇三頁以下、奈良次郎・法曹時報二〇卷六号一三二九頁以下等の判例批評・解説がある。

(三) 以上のような判例の事案からみれば、馴合・詐害訴訟と仮装訴訟とが交錯するものであることが推測されるのであるが、その推測は既にわが国の学説において認められていると思われる。前記のわが国の判例は、いずれも確定判決の不当取得の問題と関連して取り扱われているものである。一般に、確定判決の不当取得の態様は、原告が悪意で裁判所を欺き、被告の知らないうちに勝訴判決を得た場合と、当事者双方が通謀し虚偽の陳述をして確定判決を取得した場合とに、二大別されるが、前記⁹⁾[6][7]判例は後者の態様に属すると思われる。ただ、従来この問題の中心は、[8]判例が結局前者の態様に属するとみられるように、前者の態様であり、後者の態様は前者の態様と同一視されるか、あまり触れられていなかったようであり、その態様に応じて救済手段が異なるか否かについては

必ずしも明確ではない。⁽¹⁰⁾ともかく、わが国において後者の態様を取り扱われる場合、通謀とか馴合とかの表現でなされるのであり、馴合訴訟の用語が使用される。⁽¹¹⁾それとともに、仮装訴訟も既にみたように、事後的には確定判決の不当取得の一態様としてみることができるのであって、前述の二類型にあてはめるならば、まさに後者の態様に属するものである。その限りにおいては仮装訴訟と馴合訴訟は領域を同じくしている。⁽¹²⁾

さらに、仮装訴訟が論じられる場合、馴合的共同 (Collusives Zusammenwirken) という表現が用いられることがある。⁽¹³⁾また、仮装訴訟において当事者の目的が問題となるとき、その目的の中には「第三者に不利益を与える目的」も含めて考察されている。⁽¹⁴⁾ただ、馴合訴訟については、たとえば、債務者が特定の債権者と共謀して訴訟を提起させ、その者に優先的に弁済することで他の債権者に不利益を与えようとする場合のように、虚偽の陳述によらない態様も一応考慮されなければならないものと思われる。⁽¹⁵⁾そうであれば、馴合訴訟と仮装訴訟が同一物であるとはいえない。また、仮装訴訟に常に馴れ合いが伴っているとも理解されていない。このようにみえると、両者は交錯しているにすぎないと解すべきものであろう。

一方、馴合訴訟と許害訴訟との関係についても問題が残るが、馴合訴訟の多くの場合が許害訴訟に該当するであろうし、また、許害訴訟も馴合訴訟と重複する範囲が重要であろう。そこで、馴れ合いの伴う許害訴訟という意味において、馴合・許害訴訟として包括的に示すことも許されるのではないかと思われる。

以上のようにみてみると、仮装訴訟と馴合訴訟・許害訴訟の交錯する範囲においては、仮装訴訟についての議論を馴合・許害訴訟に借用して考えることができよう。すなわち、ドイツにおいて仮装訴訟として問題とされている

ものは、そのような範囲での詐害訴訟防止をとりあげているとみることができであろう。ただ、仮装訴訟の問題の中では、そのことが必ずしも意識的に把握されているのではない。しかし、そこでの議論は、わが国における詐害訴訟防止を考えるうえにおいても、参考になると思われる。

(9) 岩松＝兼子・法律実務講座民事訴訟編第六卷九二頁以下、齋藤秀夫・判批・判例評論一二六号(判例時報五六〇号)三〇頁以下、細野・民訴法要義第四卷一七七頁以下等参照。

(10) 前註(9)文献参照。

(11) 兼子・民訴法体系三三三頁、野間・民訴法要論三一九頁。

(12) 齋藤秀夫教授が *Scheinprozessrede* を馴合訴訟の合意と訳されているのも(齋藤秀夫「執行契約」民訴法講座四卷一〇五一頁)、仮装訴訟の内容が、わが国で考えられている馴合訴訟の内容とほとんど一致しているとみられることよっておられると思われる。

(13) Vgl. Bernhardt, *Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess, Festgabe für Leo Rosenberg*, S. 32. Zeiss, a. a. O., S. 47.

(14) Vgl. Sintenis, a. a. O., S. 417f. Stephan, a. a. O., S. 46. Costede, a. a. O., S. 454f.

(15) 齋藤・注解民訴法(1)四〇三頁、同・民訴法概論四八九頁参照。なお、本旨弁済の故意否認についての争いなども参考とされるであろう。

三 仮装訴訟についての学説

(一) 今日、仮装訴訟は、裁判所に秘密にされた目的を達成するために、当事者が合意により (einverständlich)

詐害訴訟防止についての考察(徳田)

被告の訴訟上の処分権限を使って、まったく存在しない権利関係を確立する訴訟である⁽¹⁾とされている。しかし、仮装訴訟にとって何が本質的な要素であるかについては、必ずしも明確にされていないようである。前記ライヒスゲリヒトの[1][2]判例は明らかに当事者間の合意の存在を重視しており、それもあらかじめ既判力を排斥する旨の合意の存在を認め、かつそれを有効と解したものとみられる。だが、仮装の抗弁を認めた判例の見解に反対するのがドイツの現今の通説である⁽²⁾。また、判例のように既判力についての合意としてではないが、執行に関する合意として有効視し、当事者間の公平を図ろうとする見解もある⁽³⁾。いずれにしても合意を有効視するならば、仮装訴訟を不当視する必要はなく、専ら事後的な問題とすれば足りるのであろう。そうであれば、なぜ仮装訴訟が不当であるとされ、判決形成過程において考察されるようになったのかをみなければならぬであろう。

沿革的には、仮装訴訟はローマ法における法廷譲与(in iure cessio)などのいわば古典的仮装訴訟と対比される⁽⁴⁾。たとえば、法廷譲与は引渡、握取行為とともに所有権移転の方式として存在していたのであり、その手続は、譲受人を原告、譲渡人を被告とし、法務官の *ad iudicium* を判決とするのであって、譲受人(原告)が既に以前から所有権者であったことを論理上の前提としていたとされている⁽⁵⁾。そして、法廷譲与による取得者の法的地位は、法務官の裁判記録の提出などにより強力に支持されることができたという⁽⁶⁾。適用範囲の違いはともかく、法廷譲与は、法務官の面前で行なわれたこと、所有権の移転を前提としていたことで、他の所有権移転方式と異なっていたのである。さらに、古典的仮装訴訟は債権関係にも範囲を拡大し、債務負担行為の一つにもなる⁽⁷⁾。そこで、*Degenkolb* は、仮装訴訟を契約に従った法的効果惹起のための訴訟上の手続の使用として考察する⁽⁸⁾。しかし、古典的仮装訴訟は、

取引の必要に応じ実体法の不備を補うものとして考えられ、その存在は制度的に保証されていたのであり、不当視される必要はない。それらが現在存在するとしても非訟事件の性質を有するものとして理解されるものである。⁽¹⁰⁾ それゆえ、仮装訴訟により裁判所が欺罔されるという面、当事者の陰謀が存するという面などが重視されてくる。⁽¹¹⁾

そのような事情も一契機として、仮装訴訟は訴₁訴訟手続の濫用であるとする見解が生じ、そこで始めて、仮装訴訟を事前に排除すべきであるとする考えの萌芽がみられることになる。その見解の根拠は、仮装訴訟は法的当為への違反である⁽¹³⁾ たり、訴訟目的が権利保護であるのに対し、仮装訴訟においては事実上なんらの権利保護も求められていない⁽¹⁴⁾ たりするものであった。ただ、このような濫用理論が直接に仮装訴訟を排除すべきであるという結論を導いたのではなく、濫用理論の中心は、そのように訴訟を濫用し危険を冒す当事者には事後的な救済を認める必要はないとする論拠にあったようである。⁽¹⁵⁾ また、判決形成過程と判決成立後とは情況に多少の違いがあるし、仮装訴訟と正常な訴訟との区別がどのようになされるかについては問題が残っていた。

そこで、たとえば、Hewig は濫用理論を進める形において、仮装訴訟がどのような意図・目的でなされたかを問題とし、仮装訴訟に対し訴訟制度の目的と存在から職権調査を推論している⁽¹⁶⁾ のである。また、訴を却下すべきであるとする結論が導きだされる。⁽¹⁷⁾ このような Hewig 的な考え方は以後の学説に受け継がれることになり、仮装訴訟の判断規準として当事者の目的が重視されてくるのである。⁽¹⁸⁾ すなわち、訴訟が当事者により不当に利用されているという面が強調され、当事者の主観的意思が訴訟の適法性に影響を及ぼすことになる。

(11) Costede, a. a. O., S. 438.

- (2) Vgl. Stein-Jonas (Schumann / Leopold), ZPO 19. Aufl., §322 XI 2.
- (3) Vgl. Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, 1903, §76 IV 2. Seuffert-Walmsmann, ZPO 12. Aufl., §767 3 a). 異議・民訴法強議第四卷一八九頁以下。この点の理解によれば請求異議の訴はたゞの救済が考えられる。
- (4) Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm, 1877, S. 251ff. Sintenis, a. a. O., S.362ff.
- (5) 鎌田薫「フランス不動産譲渡法の史的考察(一)」民商法雜誌六六卷三寺四五八頁以下参照。
- (6) 吉野啓「ローヤ所有權法史論」六二頁参照。
- (7) Vgl. Degenkolb, a. a. O., S. 265ff.
- (8) Degenkolb, a. a. O., S. 236.
- (9) Sintenis, a. a. O., S. 365ff.
- (9) Vgl. Wach, Handbuch I, 1885, S. 51.
- (11) Degenkolb, a. a. O., S. 240. Sintenis, a. a. O., S. 367. 391ff.
- (12) Degenkolb, a. a. O., S. 238. Sintenis, a. a. O., S. 367. Hellwig, Rechtskraft und Einrede der Arglist, Das Recht 14Jahrg. (1910), S. 730.
- (13) Degenkolb, a. a. O., S. 238.
- (14) Sintenis, a. a. O., S. 391ff.
- (15) Vgl. Hellwig, a. a. O., S. 730.
- (16) Hellwig, System I, 1912, S. 258.
- (17) Hellwig, System I, S. 258. Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, 1925, S. 466.
- (18) Vgl. Costede, a. a. O., S. 439ff.

(二) 仮装訴訟を排除すべきであるとする把握は既にわが国の学説においてもみられるが、⁽¹⁹⁾ 論題との関係で簡単に触れられている例もあるので、それらの成果を利用しながら、現在のドイツの学説を中心として考察することとする。

(1) 真実義務 仮装訴訟において虚偽の事実関係が判決の基礎として提出されることは、ドイツの学説が一致して認めているように思われる。それからみれば、仮装訴訟が真実義務の問題の中で論じられる余地のあることは認められる。⁽²⁰⁾ ただ、仮装訴訟においては自由ないし擬制的自由が伴うとみられるので、⁽²¹⁾ 直接的には、そこにおいては、真実でない自由の効果が問題となる。⁽²²⁾ しかし、それだけならば、真実義務違反自体を理由に訴訟が不合法になると解さない限り、仮装訴訟をとりたてて論じる必要はないであろう。また、実体関係の不存在⁽²³⁾ 仮装と把握するならば、それは、請求の存否の問題である。また、実体関係の不存在が訴訟審理の最中に明白になった場合に、訴訟要件の存否が不明であっても、直ちに請求棄却判決をできるかという問題はあるが、⁽²⁴⁾ とにかくそれは本案判決の可否の問題である。それゆえ、仮装訴訟を不合法であると解するならば、真実義務を論じる必要はないであろう。

(2) 権利保護の利益（権利保護の必要） 仮装訴訟における当事者の目的を重視している見解の多くは、仮装訴訟を権利保護の利益の欠缺の場合とみており、また、このような理解がドイツの学説において有力である。⁽²⁵⁾ しかしながら、そこでは多少の対立がみられる。まず、Schönke は訴が訴訟目的以外の目的を追求する場合の例示として、⁽²⁶⁾ さらに、Stephan は手続外の目的の追求の場合の例示として、⁽²⁷⁾ 仮装訴訟をあげ権利保護の利益がないとする。それらに対して、Pohle は仮装訴訟を当事者間の合意による場合と当事者の一方においてのみなされる場合とに区別す

る。彼は、合意による仮装訴訟は不純の目的による司法の重大な濫用であるとして仮装訴訟に職権調査を妥当させるが、職権調査が行なわれることは必ずしも訴訟要件の欠缺を意味せず、むしろ仮装訴訟の場合権利保護の利益を云々することはほとんど意味がなく請求棄却判決がなされるべきであるとし、また、一方的な仮装訴訟の場合は訴求可能性 (Klagbarkeit) が問題であるとす⁽²⁸⁾。

これらの議論は権利保護の利益そのものについての争いが前提となる。Schönke が目的論的考察方法に基づいて権利保護の利益を訴訟全体を貫く基本理念の一つとして把握していたこと、Pohle が権利保護の利益を制限的に解そうとしていたことは周知のところである⁽²⁹⁾。その点は別にしても、Pohle は、仮装訴訟について、不純の目的よりも実体関係の不存在を重視して論じており、仮装訴訟には実体法的瑕疵が伴うとしたのである⁽³⁰⁾。また、一方的な仮装訴訟の場合に、不適法として却下することは訴の本案審理を省略するのに役立つとしているのも、仮装訴訟においては原則として本案審理がなされるべきである⁽³¹⁾とみているからであろう。したがって、彼が仮装訴訟を合意による場合と一方的な場合とに区別しているのは、本質的な問題ではないと思われる。また、実体法的瑕疵について職権調査を認めるものならば、その点については疑問が残るであろう⁽³²⁾。もっとも、仮装訴訟が当事者間のみの問題として把握されるのであるならば、訴却下判決がなされるのと、請求棄却判決がなされるのでは、現実には異なった結果を導くものではないと思われる。

ここでの問題は、現在の理論として、訴訟当事者の主観的意図・目的が、本案判決要件としての権利保護の利益の判断資料となりうるかである。今日、権利保護の利益の機能的性格が、濫訴の弊害を正し、被告・裁判所のこう

むる負担の増大を防ぐにあることは、異存のないところであろう。⁽³³⁾ 濫訴の態様としては種々のものが考えられるが、たとえば、強制執行を遅延渋滞させることをのみを目的として各種の執行関係訴訟が提起される場合をその一態様としてみるならば、⁽³⁴⁾ 濫訴か否かは究極的には当事者の意図により判断されねばならない。また、その適用範囲は限定されるにしても、「起訴の主眼が、紛争の法律的解決にあるのではなく、その事実上の影響を利用することにある場合（例えば政治的効果を意図する場合）などは、その利益なしとみられる余地が⁽³⁵⁾あろう」と論じられる場合には、当事者の主観的意思が問題とされたいと思われる。たとえ、その判断が客観的状況においてなされたいとしても、権利保護の利益の存否の判断について、当事者の主観的意思が影響を及ぼす場合のあることは認められる。さらに、仮装訴訟を濫訴の一態様として考える余地もあろう。ただ、仮装訴訟を権利保護の利益の欠缺の一場合として把握できるにしても、当事者の目的を問題とする限り、それが現実によつて明確にされるかについては困難な問題が残る。また、目的を重視するならば、実体関係の不存在はむしろ問題とするにはあたらないのではないかと思われる。

(3)信義則 民事訴訟においても信義則が適用されることは、わが国においてもドイツにおいても、一般に認められているものといふことができる。⁽³⁶⁾ そして、現在、信義則の問題は個別的・具体的検討が課題になっているとみられるが、仮装訴訟も信義則法理の深化の過程において信義則適用の具体例の一つとして把握されている。まず、*Baumgärtel* は仮装訴訟を不純の目的のためになされるものとして理解し、司法の濫用であるとして裁判所に対する信頼破棄を重視する。そして、司法の濫用を権利保護の利益の欠缺の一場合とみるか、独立の不適法原因とする

かは、結局、用語の問題であるとしながらも、法的安定性を理由に後者の方法をとる。⁽³⁷⁾ それに対し、信義則の一般論について Baumgärtel の見解には補充が必要であるとする Zeiss は、⁽³⁸⁾ 仮装訴訟において悪意的にみえるのは、訴訟上の権利保護の要求が紛争解決の目的ではなく、判決の権威の利用の目的でなされていることであるとして、仮装訴訟を国家的権利保護の目的違反であるとする。⁽³⁹⁾ ただ、仮装訴訟であるか否かの判断は当事者の意思とは関わりのないこととみているようである。⁽⁴⁰⁾ なお、彼は民事訴訟への信義則の適用という形ではなく、悪意ある訴訟行為の禁止という一般条項によっているのであって、⁽⁴¹⁾ その立論の当否はともかく、そこから、前述の Schönke の見解と Baumgärtel の見解がきわめて近似して理解されていると思われる。

ところで、Baumgärtel が信義則の適用を裁判所と当事者の関係および当事者相互間の関係とに分けて考察していることについては、信義則適用の態様を体系的に把握するについて必ずしも適切な考察方法であるとはいえないとの批判がある。⁽⁴²⁾ その批判は、真実義務など信義則の中心問題については妥当すると解するが、仮装訴訟に限定して見るならば、Baumgärtel がそれを裁判所と当事者の関係において取り扱っているのは肯定できる。仮装訴訟においては当事者間に実質的紛争は存在せず、互いの合意の上で行動しているのであり、相手方当事者に対する関係を考慮する必要はなく、まさに当事者双方と裁判所の関係が問題となるからである。確かに、事後的には、仮装訴訟において生じた判決について当事者間に紛争が生起する可能性は認められるが、それはいわば自己責任として把握できるのではないかと考える。

それゆえ、仮装訴訟の問題は、裁判所の負担の増大、および訴外第三者の不利益をどのように考えるか、また、

判決がなんらかの態様において第三者に対して利用されることによる司法への信頼の危険をどのように考慮すべきかという点を重視して考察すべきものであろう。そして、このような理解からすれば、仮装訴訟が信義則の範囲で考察されうるか否かは、信義則が国家機関としての裁判所の機能（司法の機能）の確保防衛のために作用するものであることが認められるか否かにかかってくるであらう。⁽⁴³⁾ また、信義則の適用を肯定しても、訴訟当事者の態度の背信性ないし不誠実性という主観的側面を避けることはできないのであって、それがどのような状況において認定されるかが問題となる。さらに困難な問題は、信義則と権利保護の利益との関係をどのようにみるかということにある。

(19) 山本戸「前掲」末川先生古稀記念中二七一頁、山本卓「民事訴訟における信義誠実の原則」司法研究報告書第一四輯第一号九五頁などは信義則において、中野貞一郎「民事訴訟における信義誠実の原則」訴訟関係と訴訟行為七三頁は権利保護の利益において把握され、また、石川明「権利保護の必要」慶応義塾百年記念論集法学部法律関係四四三頁は実体法的判断がなされるべきであると思われる。

(20) Vgl. v. Hippel, a. a. O., S. 71f. Bernhardt, a. a. O., S. 31f. なお、v. Hippel は仮装訴訟には訴訟上の法的保護の濫用的要求が付加されるとし、Bernhardt は、結局、仮装訴訟は権利保護の利益がないとする。

(21) Vgl. Costede, a. a. O., S. 440, 443f. Zeiss, a. a. O., S. 47 N. 67. Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozedurhandlung einer Partei im Zivilprozess, 1957, S. 254.

(22) これについては、山本戸「前掲」末川先生古稀記念中二七四頁以下、同「弁論主義の法構造」中田先生還暦記念・民事訴訟の理論(下)一六頁、中野「前掲」訴訟関係と訴訟行為七四頁、同「真実義務」末川先生古稀記念中三一八頁、中田淳一「訴訟上の真実義務について」訴訟及び仲裁の法理七八頁以下、Bernhardt, Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivil-

- prozess, JZ 1963, S. 245ff. 等参照。
- (23) 鈴木(正)「訴訟要件と本案要件との審理順序」民商法雜誌五七卷四号三頁以下参照。
- (24) 山本「前掲」一〇三頁参照。
- (25) Vgl. Stein-Jonas (Schumann / Leipold), ZPO 19. Aufl., vor §253 III 4 c. Wieser, Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozess, 1971, S. 47ff.
- (26) Schönke, Das Rechtsschutzbedürfnis, 1950, S. 34.
- (27) Stephan, a. a. O., S. 45.
- (28) Pohle, Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, Festschrift für Lent, 1957, S. 201ff. 217ff.
- (29) 石川「前掲」四二九頁以下、伊東「權利保護の利益」民法演習一二五二頁等参照。
- (30) Pohle, a. a. O., S. 207.
- (31) Pohle, a. a. O., S. 217.
- (32) 石川「前掲」四四三頁参照。
- (33) 鈴木(正)「前掲」民商法雜誌五七卷四号六頁。なお、この場合、被告の保護と裁判所の保護を同価値的にみるか、いずれか一方が他方に優越するとみるかについては争いがみられる。Vgl. Wieser, a. a. O., S. 30.
- (34) 山本「前掲」五一頁。
- (35) 三カ月章「權利保護の資格と利益」民事訴訟法研究第一卷九頁。
- (36) 山本「前掲」末川先生古稀記念中二六五頁以下、中野「前掲」訴訟関係と訴訟行為三八頁以下、山本「前掲」福永有利「民事訴訟における信義則」続学説展望一三〇頁以下、松浦馨「訴訟の承継と信義則」続民法判例百選一四八頁以下、竹下守夫「訴訟行為と信義則」小室編・判例演習講座・民事訴訟法一四三頁以下、Baumgärtel, Treu und Glauben, gute

Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZZZP 69, S. 89ff. Stein-Jonas, ZPO 19. Aufl., vor §128, XI 3
h. Baumbach-Lauterbach, a. a. O., Einl. III 6. Rosenberg-Schwab, ZPR 10. Aufl., §2 IV, §65 VII. Schönke-
Kuchinke, ZPR 9. Aufl., §4 II. Bernhard, ZPR 3. Aufl., S. 13f. Blomeyer, ZPR, §30 IX.

(37) Baumgärtel, a. a. O., ZZZP 69, S. 102f. 128.

(38) Zeiss, a. a. O., S. 16.

(39) Zeiss, a. a. O., S. 47.

(40) Zeiss, a. a. O., S. 49 N. 75.

(41) Zeiss, a. a. O., S. 32ff.

(42) 山木戸「前掲」末川先生古稀記念中二六八頁。

(43) 山木戸「前掲」二八五頁、山本「前掲」九四頁参照。

(三) 以上のような見解に対して、仮装訴訟は観念的遊戯であるとか、⁽⁴⁴⁾ 仮装訴訟の問題は法学上の仮装問題であるとして、⁽⁴⁵⁾ 仮装訴訟の存在自体を消極的にみる見解がある。たとえば、Costede の見解は前記の諸説と全く対立しているのである。彼は、仮装訴訟において一般に考えられてきた当事者によって秘そかに追求される目的は、職権で顧慮されるべき付加的な権利保護要件 (Schutzwürdigkeitsvoraussetzung) を提示するものではないとする。⁽⁴⁶⁾ また、⁽⁴⁷⁾ 真実義務は当事者の処分の範囲に依存しており、権利保護の利益・訴訟濫用は例外的な場合に妥当するものであって、それらは仮装訴訟の判断についての特別の標識を示すものではないとする。そこで、従来の学説は、仮装訴訟に対する職権調査の妥当性と認諾の効果の排除を説明するためであったとみるが、それも、職権調査は公的利益の

保護にあり、仮装訴訟は当事者の処分が基礎になっていて、消極的に解する⁽⁴⁸⁾。彼は、それらを帰納的に論証しようとしているのである。

Costede の見解は、その後の学説において好意的に評価されているようであり、⁽⁴⁹⁾確かに尊重すべきものも含まれている。従来の見解の多くは、Helvig と同様に、演繹的方法によっており、仮装訴訟の存在を抽象的に考えていると思われるが、具体的には、職権調査によっても仮装訴訟が明白にならない場合のあることは考えられよう。また、贈与を家族に秘密にするために訴訟が使用された場合などは、⁽⁵⁰⁾仮装訴訟とするには疑問であり、従来の仮装訴訟の範囲についても検討の余地があろう。ところで、Costede の見解の根底には、訴訟行為は私的自治の訴訟への投影として本来自由になされるものであるとの理解があるとみられるが、この点は若干の考慮が必要である。そのこと自体はもちろん認められることで異論の余地はない。しかし、他方、訴訟が公法的現象であることも一般的に承認されているところであって、⁽⁵¹⁾従来の見解の方向は、私的自治の範囲を逸脱する形での訴訟の利用を制限し、当事者に責任ある行動をとらせようとしたものと思われる。そして、その方向は必ずしも誤まったものではないと考える。仮装訴訟が例外的現象であることはいうまでもないが、全ての仮装訴訟を放任してしまいうには、なお理論的検証を要するだろう。

(44) Baumbach-Lauterbach, a. a. O., Einf. §§322-327 6 D.

(45) Costede, a. a. O., S. 463.

(46) Costede, a. a. O., S. 448ff.

- (47) Costede, a. a. O., S. 443ff.
(48) Costede, a. a. O., S. 440ff.
(49) Vgl. Häseneyer, Parteivereinbarungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse—zur Fragwürdigkeit der Parteidisposition als Urteilsgrundlage, ZZP 85. S. 215. 218ff.
(50) Vgl. v. Hippel, a. a. O., S. 74. N. 61.
(51) たとえば、山木戸「訴訟と権利の行使」民事訴訟理論の基礎的研究二九頁。

四 仮装訴訟・詐害訴訟排除の可能性

(一) 以上のような状況からみれば、仮装訴訟の問題は訴訟理論の根本問題とからみ帰一するところがないように思われる。その一因は、なにかが仮装訴訟の本質的要素であるかが、必ずしも明らかにされていないとみられることにあるのではなからうか。前記のドイツの判例及び学説を顧みれば、仮装訴訟には、(イ)実体関係の不存在、(ロ)当事者間の合意の存在、(ハ)当事者の目的の不当性、という三つが一応の構成要素として考えられるが、それらの取捨選択がそれぞれの見解によって異なっている面があるからである。たとえば、Schönke, Baumgärtelなどは、(イ)(ロ)を全体的に把握しているとみられるのに対し、Pohle は(ロ)を重視しないし、Costede は(イ)をまったく無視している。これらのことは仮装という言葉から、実体関係の仮装、紛争の仮装、判決効の仮装などのうちのいずれを理解すべきかの問題を提起するであろう。換言すれば、これらのことからして、仮装訴訟が実体法の範囲の問題なのか、訴訟法の範囲の問題なのか、判然と区別されていないと思われる。さらに、ドイツの学説の論議の中には、如何

に仮装訴訟を客観的に理解し体系的に説明するかという側面と、仮装訴訟を如何に処理するかという極めて政策的もしくは実践的側面との両側面からの考察が混在しているようであつて、⁽¹⁾ Pohle 及び Costede においては後者の側面の考察が強められていると理解される。

ところで、現在、裁判所の法的見解や事実の確認のみを求める訴訟は原則として許されないのであり、当事者はそれだけが必要な場合でもなんらかの紛争を虚構しなければならぬのだから、その意味における仮装訴訟の存在は予想される。⁽²⁾ これらの訴訟は、いわゆる権利保護の資格を欠くとされることを回避しようとするものであつて、観念的には排除さるべきものと解される。ただ、この場合当事者の意思の中においてのみ紛争の仮装が存在し、客観的には紛争の存在していることも考えられるのであつて、それら当事者が客観的眞実に基づいて訴訟を進行しているかという側面と当事者が主観的眞実に基づいて訴訟を進行しているかという側面のいずれを重視すべきかは、古くは眞実義務についての論争にみられたように一つの問題であらう。それら両側面に共通の場のあることは否定しえないであろうが、本質的には別個の問題であり、仮装訴訟はいずれの側面で把握すべきか、また、当事者の主観を中心とするならば、当事者間に合意のある場合とそうでない場合とで取り扱いに差異があるかが明確にされねばならない。さらに、それらの訴訟を単なる病理的現象として放置してしまふことも考えられないではなく、それらを如何に処理するかについては別の考慮を必要とすると思われる。

(1) 法現象についてこれら両側面の考察のあることについては、山木戸「訴訟上の請求について」民事訴訟理論の基礎的研究 一〇頁以下参照。

(2) Vgl. Stephan, a. a. O., S. 45f. Costede, a. a. O., S. 448ff. Wieser, a. a. O., S. 47f.

(二) このようにみてみると、仮装訴訟の問題はおおよそ次のように理解できるのではないだろうか。

(一) 権利を既存のものとして観念するか否かは別にして、裁判の適正すなわち真実適合性が訴訟ないし裁判において要請されることはいうまでもないことであるが、仮装訴訟においては虚偽の事実関係が判決の基礎とされるであらうことは問題とすべきではないであろう。仮装訴訟においてはそのような場合が多いとはいえるが、それはむしろ真実義務・完全義務の妥当性及び実効性の範囲で論じられるものではなからうか。また、そのことを裏面からみるならば、仮装訴訟においては当事者の個々の訴訟行為を問題とするのではなく、当事者の全体としての訴訟追行を包括的に判断するのが妥当であることを示すものと思われる。そこで、当事者間になんらかの合意が存在するとしても、当事者間の通謀・共謀を示すのみで、合意自体に独立の意義はないとみることもできるであろう。すなわち、仮装訴訟における当事者間の合意を個別的にみれば、訴訟費用の負担についての合意、自白・認諾についての合意、既判力についての合意、不控訴の合意、さらに、証拠契約、執行契約など、明文上許容されているものから全然許容されるべきでないものまで種々のものが考えられる。そして、それらが当事者の選択に応じて入り混じっているのであるが、それらを問題とするならば、仮装訴訟に独立の概念を与える必要はないと思う。したがって、仮装訴訟はやはり当事者がどのような目的・態容において訴訟を進行しているかが問題とされることになる。また、当事者の訴訟追行の態容は主観客観の全体構造をもつものとして把握されるのであって、Costede のように目的を付加的にみるのは妥当ではなく、むしろ内在的性質をもつものとして考察すべきであろう。なお「不純の目的」

の内容としてどのようなものが考えられるかについては、具体的な検証を必要とする。

さらに、仮装訴訟の沿革からして、また、わが国の民法四二四條、破産法七二條などを考慮しても、当事者の一方の側でなされる仮装の場合は仮装訴訟の範疇から除いて理解するのが妥当であろう。前述のように、Pohlé が仮装訴訟の範疇に一方的な場合を付加しているが、その場合の例としてあげられているのは、原告が単なる事実の確認をえるために執行の意図がない（有効に執行を放棄している）のに給付訴訟を提起した場合であつて、当事者間には紛争が存在しているとみられる。そのような場合に対して、合意のある場合は当事者双方を一体化して把握でき、当事者間には法的な紛争が存在しないとみられる。当事者の目的を問題とするにしても、両者は区別すべきであると思われる。

そこで、仮装訴訟の前記の概念定義を多少変化させて、「当事者間の通謀・共謀によって不純の目的のために紛争が仮装されている訴訟である」としても、ドイツの学説における理解とかけ離れたものではないであろう。そして、そのような仮装訴訟は信義則違反または権利保護の利益の欠缺により不適法として却下されるべきであると解するのである。

(二)しかし、仮装訴訟の具体的処理については困難な問題があり、仮装訴訟であることが訴訟手続上の事実から判明したならば、裁判所が訴を却下しようとしかいかいえないようである。仮装訴訟であるか否かを職権調査事項であると解しても、その判断の基礎資料の収集の責任をこの場合に裁判所に負わせることはできないからである。⁽⁷⁾また、仮装訴訟に伴うであろう請求認諾、自白、欠席などは、むしろ、仮装訴訟であることを隠すために利用されている

とみられるのである。⁽⁸⁾とくに、訴提起後すぐに認諾がなされた場合、仮装訴訟についての判断資料はまったくないといってもよいであろう。このことは、ドイツのように認諾判決制度をとっていても、わが国のように認諾の要件に訴訟要件の具備を要求しても同様である。⁽⁹⁾また、訴訟要件を訴訟阻却事由であるとする立場から、その欠缺が訴訟にあらわれない限り本案判決をすることが可能であるとする見解⁽¹⁰⁾があることも考慮されねばならないであろう。それゆえに、ここで指摘しうることは、仮装訴訟であることが訴状、証拠資料、当事者の態度その他から明白になれば、仮装訴訟排除の可能性はあるけれども、それは当事者間の通謀・共謀により不可能に近いということであろう。

このようにみてみると、現実には仮装訴訟であっても、訴訟上本案判決がなされる場合がほとんどであるということになる。しかし、仮装訴訟の問題は判決が不当に利用される危険から出たものである。また、判決形成過程においては、事後的な場合のように、当事者の一方にはなほだしい不当を認めることが具体的妥当性の観点から問題であるとする考慮⁽¹¹⁾も不要であると考えられる。こうしたことなどからすれば、訴訟が専ら当事者間においてのみ把握されるのであるならば、その処理は多少緩やかになされてもよいのではないかと思われる。すなわち、仮装訴訟における当事者双方にとっては、請求棄却判決であろうと、訴却下判決であろうと、仮装訴訟が排斥されたことにはかわりはなく、訴却下判決でなければならぬとする現実の必要はない。しかし、請求認容判決がなされる場合は、判決利用の危険はあり、仮装訴訟でなかったことを確定しておく必要がある。したがって、当事者間のみの問題ならば、仮装訴訟の認定は疑問であったとしても、請求の理由のないことが明白になった場合には、直ちに請求棄却判

決をなしうるとする取扱いは認められてもよいと解せるであろう。

- (3) 山木戸「訴訟法学における権利既存の観念」民事訴訟理論の基礎的研究一頁以下参照。
- (4) これらについては、山木戸「前掲」中田先生還暦記念(下)一二頁以下参照。
- (5) これら個々の合意については、兼子一「訴訟に関する合意について」民事法研究一卷二二九頁以下、斎藤(秀)「訴訟に関する合意」菊井編・民法法(上)二二七頁以下、竹下「訴訟契約の研究」(二)「法学協会雑誌」八〇巻一号一頁以下、八〇巻四号二一頁以下、八一巻四号六五頁以下等参照。
- (6) Pohle, a. a. O., S. 217.
- (7) 新堂幸司「裁判所の調査義務と釈明義務」民法法演習Ⅰ一四頁以下参照。
- (8) Vgl. Zeiss, a. a. O., S. 47. N. 67.
- (9) 通説であるが、反対説もみられる。河野正憲「請求認諾について」九大法学第二四号三一頁以下参照。
- (10) 坂口裕英「訴訟要件論と訴訟阻却(抗弁)事由」兼子博士還暦記念・裁判法の諸問題(中)二二三頁以下。
- (11) 岩松兼子・前掲書九八頁註(七)参照。

(三) 仮装訴訟と馴合・詐害訴訟との交錯は既述したところであるが、仮装訴訟についての以上の理解が許されるならば、当事者間に通謀・共謀の存する馴合・詐害訴訟は仮装訴訟の問題として把握できる。というのは、第三者に不利益を与える目的が不純の目的にあたらないとはいえないであろうし、馴合・詐害訴訟も紛争が仮装されているとみることも可能であろうからである。次に、仮装訴訟についての事後的な救済手段として、第三者には馴合訴訟の抗弁、債権者取消権などの手段が考慮されているのであるから、⁽¹²⁾仮装訴訟についても馴合・詐害訴訟との交

錯範圍が重視されるべきであろう。したがって、前述したところは、すべて馴合・詐害訴訟の問題としてみることができであろう。しかし、ここでは、馴合・詐害訴訟が権利保護の利益と信義則のいずれの領域で問題とされるべきものであるかについて、簡単に触れてみることにする。

権利保護の利益と信義則の関係については、それらの概念についての理解のしかたによって種々考えられる。しかし、信義則がその倫理的色彩とともに、機能的には権利保護の利益と重なる面を有することは否定できないであろう。また逆に、権利保護の利益が倫理的性格を全然有しないとすることもできないであろう。そのことからすれば、仮装訴訟についてドイツの学説がそれらのいずれを選択するかは用語の問題であるとしていることは、理解できるところであろう。そしてまた、馴合・詐害訴訟においても、両者の異同を探求することは、不可能であるように思われる。しかしながら、また形式論理でもって、権利保護の利益は裁判所・当事者間、信義則は当事者相互間と、適用範圍を区別することも疑問である。⁽¹⁴⁾ただ、信義則は民事訴訟のみならず全法域に妥当する法原則であることからみれば、権利保護の利益の問題として把握することが可能であるならば、信義則には間接的な意義をもたずのが妥当であると解されよう。そのように理解するとしても、合目的な考慮であろうが、それが、今日の法的安定性を害するとは思われないのである。⁽¹⁵⁾そこで、馴合・詐害訴訟は権利保護の利益の問題であるとし、それが当事者の馴合的協働など信義則違反の態容によって影響されると解すること、すなわち、権利保護の利益の判断について信義則が機能する場合があるとみることも許されるのではないかと思われる。⁽¹⁶⁾したがって、詐害訴訟も当事者間に通謀・共謀の存する場合は権利保護の利益が存しないと解するのであって、裁判所による排除の可能性を認めるこ

となる。この結論自体は、すでに石川明教授が前記(6)判例の第一審判決の判例批評⁽¹⁷⁾において示されているところである。なお、馴合・詐害訴訟には「第三者」に不利益を与える目的が存するのであるが、この場合の第三者は嚴格に特定される必要はなく、一定の範囲の第三者で足りると解すべきであろう。ここでは、馴合・詐害訴訟を第三者の立場からみているのではなく、裁判所からみて、訴訟が不当に利用されているか否かが問題なのであって、第三者が現実の不利益を受けるか否かは副次的なものにすぎないからである。ただし、馴合・詐害訴訟の認定について慎重を要することはいうまでもない。

ところで、抽象的には、以上のようにいえても、馴合・詐害訴訟であるか否かは容易に判定しえないことが多いであろう。また、権利保護の利益については、その存否がまだ不明であっても、請求の理由のないことが明白になった場合には、直ちに請求棄却判決をしてもよい、とする実際上の便宜に基づく主張が比較的早くからなされている。⁽¹⁸⁾さらに、詐害訴訟固有の問題として、特定の第三者がなんらかの形で訴訟に関与してることが考えられる。それらのことは、どのように考察すべきであろうか。第三者が証人として関与することは考慮しなくてもよいであろうから、訴訟参加の問題として次に検討してみよう。

- (12) Vgl. Hellwig, a. a. O., Das Recht 14, S. 728f.
- (13) Vgl. Baumgärtel, a. a. O., S. 103. Stein-Jonas (Schumann / Leopold), ZPO 19. Aufl., vor §253 III N. 161.
- (14) Vgl. Blomeyer, a. a. O., §30 IX.
- (15) 山本「前掲」九五頁参照。

(16) たとえば、大阪地判昭和四一年三月一二日判例時報四四五号五〇頁―これに対する判批・齋藤(秀)「忌避申立権の濫用」
続民訴法判例百選一八頁―は、忌避を重ねる原告に対し、忌避権濫用・訴権濫用を理由に訴を不適法却下した事件であるが、
当事者の信義則違反の態容が権利保護の利益に影響を与えたものとみることができると思う。なお、Vgl. Schönke-
Kuchinke, a. a. O., §33 VI. Wieser, a. a. O., S. 28.

(17) 法学研究三四卷九号六八頁。

(18) 詳細は、鈴木(正)「前掲」民商法雑誌五七卷四号四頁以下参照。

五 詐害訴訟防止の再検討

(一) 詐害訴訟に対する第三者の利益保護手段を考えるについては、当事者に通謀・共謀の存する場合に限らず、
判決のなんらかの効力が第三者に及ぶならば、当事者の一方のなげやりな訴訟追行に対する防禦手段も考察されね
ばならない。⁽¹⁾したがって、当然のことながら、詐害訴訟に対する裁判所の立場と第三者の立場とは同一視できない
のである。しかしながら、前述の考察は、第三者の予防的な利益保護の手段、すなわち、訴訟参加について影響を
与える面があると思われる。

ところで、わが国の民訴法七一条前段の独立当事者参加がフランス法の訴訟参加に由来するものと考えられ、馴
合・詐害訴訟を打破することを目的とした制度であることは沿革的に明白にされているところである。⁽²⁾しかし、そ
の要件については種々の見解が示されており、下級審判例の規準とするところは種々様々であり、最高裁自体の規
準とするところも必ずしも明確には把握できないのであって、帰一するところがないように思われる。⁽³⁾ただ、それ
⁽⁴⁾

ら種々の見解をおおまかにみれば、(1)沿革・立法趣旨としての詐害訴訟の防止を前面に主張して本訴訟当事者の主観的態容を重視する方向か、(2)一応それと離れて第三者の法的地位を重視する方向かのいずれかの道がとられていると思われる。そして、前者の立場をとる見解は、(i)詐害意思の主観的要件を緩やかに解すべきであるとするもの⁽⁵⁾、(ii)詐害訴訟であるか否かを客観的に判定しようとするもの⁽⁶⁾とに分かれる。また、後者を選ぶ見解は、(iii)既判力⁽⁷⁾また反射効によって第三者の範囲を画するものと、(iv)それを多少緩和して解するもの⁽⁸⁾とに分かれる。これらの見解において、それぞれ相互批判がなされていることは周知のところであるが、現在の学説の状況をみれば、前記(ii)をとる見解がふえつつあるようにみうけられる。第三者の立場からみて、いずれの方向が妥当であろうか。以下において、右に述べたのとは逆になるが、民訴法七一条前段の要件「訴訟ノ結果ニ因リテ権利ヲ害セラルヘキコト」をどのように理解すべきかを、諸説の最初の分岐点に立返って、参加すべき第三者の法的地位が他人間の訴訟に対してどのような関係にあることを要するかという客観的側面、また、その訴訟の当事者に参加人たる第三者を害する意思を要するかという主観的側面の双方から⁽¹⁰⁾、主として補助参加との対比において考察してみよう。

(1) 当事者の意思的態容を単なる詐害の「認識」でよいとすれば、この場合を当事者の通謀・共謀の場合に準ずることが可能であろう。

(2) これについては、木川統一郎「フランス民事訴訟における参加制度」民事訴訟政策序説三五五頁以下、吉野衛「不動産の二重譲渡と独立当事者参加の許否」民事法の諸問題第二巻三二〇頁以下等参照。

(3) 山木戸「前掲」民事訴訟法講座一卷二七三頁。

(4) 判例及び学説についての詳細は、奈良次郎「独立当事者参加について」(3)、(4)判例時報五五一号一〇七頁以下、五五四

号一〇六頁以下、小室直人「独立当事者参加の要件」民訴法判例百選四〇頁以下。

(5) 兼子編・判例民訴法上三一七頁、吉野「前掲」三二九頁等。

(6) 三カ月・民訴法二二五頁、中村英郎「独立当事者参加」民訴法演習Ⅰ八四頁、斎藤(秀)・注解民訴法(1)四〇三頁、同・民訴法概論四八九頁、小島武司「独立当事者参加をめぐる若干の問題」実務民訴講座Ⅰ一三二頁、鈴木(正)「形成判決の効力」法学論叢六七卷六号五三頁、榎原豊「独立当事者参加の訴訟構造」中京法学四卷二号九頁、飯倉一郎・判批・国学院法学七卷二号九〇頁、中田編・民訴法概説(1)一一一頁等。

(7) 兼子・民訴法体系四一二頁、同・条解民訴法上一八一頁、同・判例民訴法四〇一頁、山木戸・民訴法講義二二六頁、染野・民訴法原論四七七頁、小野木Ⅱ中野・民訴法講義一五二頁、小山・民訴法四三七頁等。

(8) 菊井Ⅱ村松・民訴法Ⅰ二三八頁、森静雄「当事者参加について」岩松判事選暦記念・訴訟と裁判一四二頁、奈良「前掲(3)」判例時報五五一号一一二頁等。

(9) 同一説として分類されているものの中にもいくらかのニュアンスの違いがあり、さらに、諸説の複合ないし折衷的な見解もみられるが、本稿はそこまでは立ち入らない。

(10) 山木戸・判例解説・ジュリスト年鑑一九六八年版三九五頁参照。

(二) 客観的側面の問題は、本訴訟が許害訴訟であることよって第三者にどのような不利益が及ぶかということにもなる。第三者になんらの不利益も及ばないのならば、第三者に固有の手段を認める必要はなく、そこになんらかの限定範囲が存在するのは当然のことである。客観的にみれば、第三者に不利益はなく、当事者双方の主観においてのみ第三者を害する目的の存在が認められる許害訴訟を排除するのは、第三者ではなく裁判所の責任であり、たとえ、それらの訴訟が放置されたとしても第三者には関わりのないことであろう。

ところで、訴訟参加の限界を画するものとして考えられるのは、補助参加の「利害関係」である。七一条前段の要件についても、補助参加の利害関係より狭いといわれるのが一般なのであるが、その差異はあまり明確にされていない。⁽¹¹⁾また、独立当事者参加の要件と補助参加要件との軽重の比重を論ずるのは視点がずれていると、補助参加の認められない場合でも独立当事者参加が認められることがあるとする見解もみられる。⁽¹²⁾これらの見解は、補助参加と独立当事者参加の制度目的ないし機能がまったく同一ではなく、また、従来補助参加の典型例としてみられている、一方当事者が敗訴すれば第三者が求償または損害賠償請求をうけるとかの場合以外でも、独立当事者参加が許容されうることなどを強調される意味においては理解できる。しかし、補助参加の利害関係さえも有しない第三者に独立当事者参加を許容されるのであれば、疑問である。たとえば、債務者が一般財産を減少させるような馴合訴訟を企図しているとみられる場合は、補助参加が認められるかどうかさえ疑問とされ、専ら独立当事者参加の問題となり、他方、通常一般財産の減少という理由では補助参加の利益はなく、債権保全の必要のある(債務者の無資力の)場合に補助参加の要件を充足するといわれる。しかし、右のような馴合訴訟においても、一般財産の担保力が損われない場合ならば、債権者の不利益は考えられないのではなからうか。七一条前段と同様の目的をもつものとして常に引用される民法四二四条の詐害行為取消権をみても、債務者の一般財産の保全に必要な場合に限られているのである。⁽¹⁴⁾債権保全の必要のない場合にも、債権者の独立当事者参加を許容するのであれば、馴合訴訟自体に対して公的側面からのなんらかの価値判断がなされているとみられるのであり、債権者は自己の権利が害されるもしくは不利益が及ぶとして参加するのではなく、むしろ馴合訴訟排除のための裁判所に対する手助け的

な意味において参加するにすぎないであろう。それを認めるか否かは一つの政策的判断であろうが、認めるとしても、債権者を当事者として参加させる必要はないと思われる。債権者に、たとえば自己の債権の執行の際に執行手続の煩雑な財産が残っていると、自己の債権の実現の際に馴合訴訟による判決を債務名義として配当要求されるとかの、不利益があるとするならば、補助参加の利害関係が否定されることは妥当でないであろう。⁽¹⁵⁾ 補助参加と独立当事者参加の果す制度的機能は完全に重なりあうものではないが、第三者が他人の訴訟に関与する必要性を示す客観的な基盤、すなわち第三者の不利益からみれば、補助参加の利害関係は独立当事者参加の要件の限界を画するものであると理解できるであろう。

このようにみてくると、問題は、補助参加の利害関係を有する第三者がどのような要件を具備すれば七一条前段の参加をなしうる者としてみられるか、にあるであろう。⁽¹⁶⁾ それからみれば、七一条前段の要件を既判力や反射効の範囲によって画そうとした従来の多数説（前記(iii)説）も理解できよう。ただ、反射効が必ずしも明確になされていない面があり、また、反射効が明確にされたとしても、⁽¹⁷⁾ それでは狭すぎると思われる。反射効が馴合訴訟による無効に親しむ判決効であったことは指摘されているところであり、⁽¹⁸⁾ それを事前的に把握して第三者の範囲の最大限度を示すことが考えられるが、再審事由が限定されるように、事後的な救済は狭くなるにしても、事前的には多少広く解することも可能であろう。また、前述の古典的仮装訴訟からも推測されるように、判決自体が第三者を当事者とする訴訟において使用されなんらかの証拠価値をもつことが考えられる場合には、それを証明効とよぶか否かは別にしても、判決の一種の証明作用が認められるであろう。⁽¹⁹⁾ それゆえ、その場合の第三者の予防手段も一応考察さ

れる必要があるであろう。本訴訟が馴合・詐害訴訟であるとしても、それらの場合を、専ら補助参加の範囲で把握すべきであると解するならば、そこに補助参加要件と独立当事者参加要件との差異がみられるであろう。そして、その限りでは、補助参加が詐害訴訟防止の機能をもつことが認められよう。さらに、既判力拡張の場合にも問題が残されており、第三者に有利にのみ拡張されることがあるのか、あるとすれば、その場合と有利不利に関わりなく拡張される場合を同一に処理するのか、既判力、執行力、形成力を同様に考察するのか、などが検討されねばならないであろう。

ところで、判決の効力を直接受ける第三者は七一条前段の第三者から除くとする見解もみられる。⁽²¹⁾さらに、詐害訴訟の防止を前面に押し出す方向をとる見解も、当然のことながら、詐害の意思また詐害性の中に第三者の法的地位という客観的側面を包摂されているのであるが、どの程度の範囲を考えられるのか明確ではない。ともかく、七一条前段の要件を判決の効力を中心として考察する場合、将来既判力または反射効を受ける者に限るのか、既判力を受ける者は除くのか、既判力または反射効を受けない者でもよいのか、争いがみられる。また、判決の効力が有利にのみ及ぶ第三者に独立当事者参加を許してよいかどうか、も考慮せねばならない。⁽²²⁾このように、判決の効力を中心にして、七一条前段の参加をなしうる第三者の法的地位と他人間の訴訟との関係を明確にするのは困難であると思われる。それゆえ、厳格に判決の効力にしばらくられることなく、七一条前段の要件を解釈する方向が妥当でないか、また、そのような方向もありうるのではないか、と思われる。

(11) たとえば、兼子・民訴法体系四一二頁、三カ月・民訴法二二四頁、山木戸・民訴法講義二二六頁。

- (12) 三ヶ月・民訴法二二五頁。
- (13) 三ヶ月・民訴法二二五頁、中田編・民訴法概説(1)二二頁。
- (14) 我妻・新訂債権総論(民法講義Ⅳ)一五八、一七九頁。破産法における否認権については触れるまでもないだろう。
- (15) ここでは、補助参加が実効性をもつか否かをみているのではない。補助参加と他の参加形態とは重複しうるし、第三者がいずれを選ぶかは別である。
- (16) 但し、補助参加の利害関係についても未だ明確でないものがあるし、判例の規準も一定していない。これらについてはすでに詳細な研究がなされている。井上治典「補助参加の利益」民訴雑誌一六号一三七頁以下、鈴木(正)「前掲」判例タイムス二六一号一三頁以下、滝川叙一「特許訴訟の当事者および参加人」民訴雑誌一七号一七九頁以下、Wieser, Das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten, 1965. 等参照。
- (17) 鈴木(正)「前掲」判例タイムス二六一号一七頁は反射効を既判力(拡張)をもっていい直される。
- (18) 鈴木(正)「前掲」一〇頁、吉村徳重「判決の反射効とは何か」法学教室六一四一頁。なお詳細には、鈴木(正)「前掲」神戸法学雑誌一〇巻一号三八頁以下。
- (19) 鈴木(正)「前掲」判例タイムス二六一号一五頁、井上(治)「前掲」一五三頁、Schönke-Kuchinke, a. a. O., §25 II 3. 等参照。
- (20) 三ヶ月「わが国の代位訴訟・取立訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲―法定訴訟担当及び判決効理論の深化のために―」兼子博士還暦記念・裁判法の諸問題中三四一頁以下参照。
- (21) 滝川(叙)「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―」松田判事在職四〇年記念・会社と訴訟上三四一頁。
- (22) 補助参加の場合には、判決の効力が有利にのみ及ぶ第三者の参加を肯定してもよいと解するが、独立当事者参加について

ては多少問題が残ると思われる。

(三) そこで、補助参加の利害関係を基盤とし、そこから本訴訟の馴合・詐害性という主観的側面において抽出されてくるとすることが考えられる。しかし、詐害訴訟防止のために、補助参加と別個に独立当事者参加を設けた趣旨が十分に理由づけられるであろうか。七一条前段の立法的系譜を顧りみると、一種の補助参加として規定されていたり、訴訟参加の性質について補助参加か当事者参加か疑義がでて必ずしも明確でない時期があったのである。⁽²³⁾ その時期の民訴法改正調査委員会速記録をみると、「其訴訟を無益に当事者の共謀即ち原告被告の共謀を無益に來させ、⁽²⁴⁾は自分の請求に付いて判決を受けるに⁽²⁴⁾あらずして唯原被告共謀の訴訟を無益に終らしめて効力のないやうにすれば宜い。」との意見さえもみられる。

ところで、補助参加が最も実効性をもつと考えられるのは、被参加人が必要な訴訟行為をしないで事実上訴訟を放棄しているような場合であり、このような場合、補助参加人は実質的には当事者として行動しているとみることが⁽²⁵⁾できる。それからみれば、もし当事者が明らかに馴れ合って、当事者の一方が出頭しないとか必要な訴訟行為をしないとかの場合には、補助参加が最も実効性をもつ一つの場合として考えうるであろう。また、このような場合には、裁判所が本訴訟を却下することも不可能ではないと思われる。その範囲においては、補助参加にも詐害訴訟防止の機能があるであろう。補助参加はその機能を果すのに充分な制度とはいえないであろうという原因は、⁽²⁶⁾まず、補助参加人の訴訟上の地位が従属的であることであろう。元来、補助参加人は被参加人に付随して訴訟を追究

するものであり、その地位の従たる側面はもちろん承認される。しかし、被参加人が積極的に訴訟行為をしている場合には、後日の紛争の回避の可能性などを除けば、本訴訟が詐害訴訟でなくとも、補助参加はほとんど実効性がないであろう。すなわち、参加人がなんらかの訴訟行為をしても、被参加人の訴訟行為と抵触したときは、参加人の訴訟行為の効力は生じない(日民訴六九Ⅱ下)のであるが、そのことを全面的・形式的に適用するならば、補助参加人の弁論権・立会権の保障という観点からみて、補助参加の意義は薄れることになる。⁽²⁷⁾

そこで、正常に追行されている訴訟は一応別にし、馴合・詐害訴訟は権利保護の利益が欠けるとする理解を前提として、補助参加人の利益の保護ないし維持を考えてみよう。まず、補助参加をどのように理解するにしても、参加人が訴訟の進行を監視することは認められる。⁽²⁸⁾つまり、参加人が訴訟に関与していること自体が、当事者のいいかげんな訴訟追行に対する、すなわち、当事者の意思的態容に対する一つの制限を課するものとしてみることができよう。すなわち、補助参加が認められること自体にいわゆる主参加の訴以上の詐害訴訟防止機能が作用するであろう。そこで、当事者の意思が強固なときが問題となり、補助参加人の訴訟上の地位を検討することが必要となるであろう。ところで、第三者が被告側に参加した場合、本訴訟の適法性を争うことは認められるであろう。補助参加人は被参加人を勝訴させることによって自己の利益を保護しようとするのであり、補助参加は訴訟係属を要件としているが、本訴訟の適法性までは要求されていないからである。⁽²⁹⁾また、その場合、被告側の「勝訴」とは請求認容判決がなされることを防ぐことを意味するにすぎないものである。さらに、本訴訟の適法性を「争う」といっても、それは職権調査の判断資料の提出にすぎないのであるから、被告の意思に反するか否かには関わりがないし、

たとえ被告が参加人の行為に反対するような行為をしても、結局は裁判官の心証形成の問題であるにすぎないと思われる。

次に、第三者が原告側に参加した場合には、困難な問題が生じるが、被告側への参加と同様に解し得ると思われる。原告側の「勝訴」は、請求認容判決を得ることである。そのためには、補助参加人が被参加人に協力しかつ従属する側面のあることは認めねばならない。しかし、本案の請求の有無と本訴訟の適法性とは、本質的には別個の問題であるから、補助参加人に本訴訟の適法性を争うことを認めたとしても、必ずしも補助参加の本質に反するものではないと思われる。補助参加人に訴訟そのものを処分する権能はないが、⁽³⁰⁾この場合は、いわば裁判所に下駄をあげけるにすぎないものであって、訴の取下などとは局面が違うのである。参加人と被参加人が多くの場合利益相反関係にあることからみても、参加人が被参加人の訴訟追行にまかせて拱手傍観せねばならないことのほうが、むしろ補助参加制度を形骸化すると思われる。したがって他人間の紛争に便乗していた形から、参加人に紛争の主導権を取り戻すことを認めてもよい場合があるのではないかと思われる。もちろん、補助参加は、種々の領域・場面で機能しており、利害関係も複雑多岐である。他人間の紛争への便乗という形においてのみ第三者の利益保護が考えられる場合もあろうし、第三者が紛争の主体となることを好まないこともあるであろう。しかし、補助参加人の利益保護の最低限度の保障として、本訴訟の適法性については従属性をはずしうるのではなからうか。さらに、主張もしくは争点がぎりでの補助参加関係の考え方を借りて、⁽³¹⁾本訴訟の適法性については被告側に参加しているとみることが可能であろう。

右に述べたことは、補助参加人が被参加人の訴訟追行権を行使するものとみるか、参加人自身の訴訟追行権を行使するものであるとみるかという問題であり、補助参加の本質に関することでもある。その詳細な検討は他日に譲らねばならないが、馴合・詐害の意思が明白であって詐害の目的が認定されるような場合は、当事者の一方が訴訟を放棄している場合も含めて、補助参加が機能する余地があるのではなからうか。ただ、それらの場合一律に訴却下判決がなされるべきであると主張するのではなく、訴訟判決か本案判決かは補助参加人の選択にまかせてもよいのではないかと考える。馴合・詐害訴訟を権利保護の利益において把握するにしても、詐害判決に対する第三者の再審の訴は思考可能であろう。そうであれば、判決がみすみす再審で取り消されるのを覚悟しながら、本案判決をすることは認められなくても、⁽³²⁾ 第三者が再審を放棄することを代償として本案判決を求めることは認めてもよいと思われるのである。

このようにみえてくると、当事者の意思的態容からみて、詐害訴訟防止について補助参加が機能しえないのは、詐害の目的が認定されない場合、たとえば、詐害意思の段階が詐害の認識にとどまっている場合であろう。

(23) 山木戸「前掲」民訴法講座一卷二七八頁。

(24) 速記録前半一八〇頁（旧法五一条二項の主参加を廃止した理由についての松岡義正起草委員の説明）。

(25) 山木戸「訴訟参加」法学セミナー九号三〇頁。

(26) これについては、井上（治）「補助参加人の訴訟上の地位について（一）、（二）」民商法雑誌五八巻一号二五頁以下、五八巻二号三五頁以下参照。なお、争点効の主観的範囲の面からであるが、新堂「参加的効力と補助参加人の従属性」兼子博士還暦記念・裁判法の諸問題中四〇九頁以下。

(27) 弁論権・立会権については、山木戸「訴訟における当事者権―訴訟と非訟の手続構造の差異に関する一考察」民事訴訟理論の基礎的研究六一頁以下参照。補助参加人にどの程度の主体性をみるかは問題であるが、手続に關与することを認める以上、弁論権・立会権について充分考慮されるべきである。ついでながら、補助参加人のそれらの権利が無視された場合は、補助参加人に本訴訟を無意味にする手段が残されているべきではないかと思う。そのような場合後日の紛争回避の可能性も疑問だからである。

(28) 木川「前掲」民事訴訟政策序説三六三頁参照。

(29) なお、独立当事者参加については争いがみられる。本訴訟が適法に係属していることを要するとする見解(菊井・村松・民訴法二四五頁、齋藤・注解民訴法(1)三九八頁等)がみられるが、本訴訟が不適法として却下された場合は二当事者訴訟に還元される(兼子・民訴法体系四一六頁、山木戸・民訴法講義二三八頁、小山・民訴法四四一頁等)のであり、参加を不適法とする必要はない。但し、前説も独立の訴の要件を具備していれば、独立の訴としての取り扱いを認めており、具体的な相違は、控訴審で参加がなされた場合に、参加を不適法とするか、本訴却下とともに民訴法三九〇条の類推により訴訟を差戻す(兼子・民訴法体系四一六頁)かである。

(30) 井上(治)「前掲(二)」民商法雑誌五八卷二号四四頁以下。

(31) 井上(治)「前掲」民訴雑誌一六号一六七頁以下参照。

(32) 鈴木(正)「前掲」民商法雑誌五七卷四号一八頁註(5)参照。

(四) 以上のようにみると、詐欺訴訟を無意味にする、すなわち当事者の共謀を無意義にするという意味においては、補助参加にもある程度の期待がもたれるであろう。詐欺訴訟であることを参加の要件とするならば、その訴訟参加を補助参加の一種とすることも可能であったと思われる。現行民訴法七一条前段の参加が現在のような

独立当事者参加として規定されたのは、独立当事者参加とするほうが、補助参加よりも第三者の利益保護に役立つという便宜的・政策的考慮からなされたものと思われる。右の考慮がどのような方向でなされたのかは問題であるが、詐害訴訟であることをそのままの形で要件とする限りでは、独立当事者参加としたことによっても、第三者の利益保護が強まったとは解されないであろう。

第三者が実体関係（本訴の請求原因及び参加の理由）と本訴訟当事者の訴訟追行の態度（訴訟の経過）とによって詐害意思の存在を主張・立証しなければならぬとするならば、第三者に無理を強いることになるのではないだろうか。第三者が容易に主張・立証できるものは実体関係のみであろう。したがって、それと合わせて、口頭弁論期日への不出頭、答弁書の不提出、自白、認諾などの訴訟当事者の態度から詐害意思の存在の立証も容易になし得るとの結論は導かれないのではなからうか。このことは、わが国における本訴訟の詐害性を要件とした判例の多くが否定例であることから考え合わせることができよう。また、ドイツにおける仮装訴訟の問題が、おそらく管轄の問題を除けば、専ら学説上の議論としてとどまっているとみられることとも比較できるであろう。

現在の民事訴訟は、処分権主義・弁論主義を原則として採用し、訴訟における当事者の意思を尊重し、訴訟の始終・内容・裁判の資料などについて当事者の支配を認める建前をとっている。そのような訴訟構造の下で当事者の目的を発見することは、理論的にはともかく、現実には裁判所にとっても、また、第三者にとっても不可能に近いと思われる。その意味では、詐害訴訟は、処分権主義・弁論主義の限界的事例としてみられる。詐害訴訟の主観的側面を中心として解するならば、いかにそれが客観化されようとも、立証の問題に逢着するであろう。したがって、

このような見解からは、第三者の保護は充分になされえないと思われる。

また、詐害の意思は詐害の認識でよいと解すれば、第三者にとって便宜なことはいうまでもないが、別の問題が生じる。詐害の認識で足りるとするならば、訴訟の目的たる権利関係が第三者の権利関係となんらかの関連を有する場合には、通常の訴訟においてもまず認定されるであろう。したがって、それではその主観的要素は必要としないうという見解とほとんど異ならないであろう。そうであれば、第三者が詐害訴訟であると主張しさえすれば参加が認められることになるおそれがあると思われる。それゆえ、訴訟当事者の既得的地位の保護の必要性の考慮という点からすれば、あまりにも緩やかすぎるのではなからうか。詐害の認識で足りるとするならば、それになんらかの事情を付加しないかぎり、当事者として参加し本訴訟当事者相互間の訴訟行為を牽制することを認めるには充分ではないであろう。そこで、それらの事情として、前記[4][5][7]判例において、また、民訴法七一条前段についての判例の中においてもみられるように、本訴訟当事者が親子・親族関係にあることなどが一応考えられる。しかし、そのような方向も紛争関係が多様であって、類型化しきれない面がある。⁽³⁵⁾ただし、詐害訴訟がどのような場合に生起するのか、詐害訴訟の可能性を少なくするにはどのようにすればよいのかという、いわば、本質面を離れた側面的な考慮の必要性は認められるのである。

そこで、さきほどの便宜的・政策的考慮にかえるが、独立当事者参加の規定をもって詐害訴訟を強調したのではなく、むしろ、詐害訴訟と独立当事者参加の要件を分離することによって、逆に詐害訴訟の防止を目指したのではなかったかと思われる。詐害訴訟の証明が容易にできる場合には補助参加でもある程度対処できる。詐害訴訟であ

ることの証明ができない場合には、その結果として従属性が貫徹されることになるので、補助参加では足りないと考えられる。つまり、真に独立当事者参加の必要な場合は、外面的には詐害的な要素がみられないときであろう。そして、詐害訴訟の防止の手段として補助参加では足りないのは、詐害意思の認定が困難であり、また、詐害意思といっても種々の濃淡・段階があることによるのではないかと思われる。そうだとすれば、民訴法七一条前段の沿革・立法趣旨が詐害訴訟の防止にあることは明白である。しかしながら、真にそれを生かすためには、詐害意思の有無に関わりなく、第三者を当事者として参加させることが妥当であるとの客観的状況が参加要件として示されなければならぬと解すべきであろう。結局、政策的な利益衡量になるが、第三者の保護すべき利益と本訴訟当事者の利益との比較考量のうえで、第三者が本訴訟に参加すべき合理性を有すると認められるところで、民訴法七一条前段の参加の許容される範囲が決定されると解すべきであろう。また、その合理性については、なお具体的な検討が必要であり、判例の集積も待たなければならぬであろう。今ここで細かい検討をする余裕はないが、第三者が必要であり、判例の集積も待たなければならぬのは、どのような客観的事情の下においてであるのかが明らかにならねばならないのではなからうか。詐害訴訟の中には、その紛争類型において、必ずしも権利・法律関係の確定を要せず、ともかく本訴訟を排除できればよいとする場合もあるであろう。また、種々の紛争類型がみられ、第三者の利益状態もそれぞれ異なるであろう。したがって、詐害訴訟の防止もそれらにに応じて考えられるのではなからうか。そう考えることができるならば、そのような方向で、厳格に判決の効力にしばられることなく、民訴法七一条前段の要件を解釈できるのではないだろうか。

ことさらに補助参加の果す機能を重視してきてきたのであるが、詐害訴訟の防止に訴訟参加制度全体が考慮されることは、全ての学説において承認されてきたことであろう。⁽³⁷⁾そこに、また、民訴法七一条前段の要件を考えるにあたって、詐害訴訟防止という観点のみに執着することから解放され、再構成される契機を見出すことができるのではないであろうか。⁽³⁸⁾さらにまた、いわゆる当然の補助参加関係を認める理論、主張もしくは争点かぎりでの補助参加関係を認める理論、もしくは、参加申出の転換理論などにおいてみられるように、個々の参加の内部で、また、個々の参加相互間で、多少の融通性を認めることにより、第三者の現実の利益状態にに応じて、詐害訴訟を考察することができないであろうかと思われる。

(33) 宇都宮地判昭和二四年一月二四日行政月報二三号一二九頁、福岡高判昭和三年五月三〇日高民集九卷五号三二九頁、東京地判昭和四二年一〇月二六日判例時報五一号五六頁、大阪高判昭和四三年五月一六日判例時報五五四号四七頁(ただし、民訴法七一条後段の適用を認める)等参照。

(34) たとえば、手形債権者が自己の住所地に居住している者を被告として仮装訴訟を提起し、他の手形債務者についての管轄をドイツ民訴法六〇三条によって基礎づけようとする場合がある (Vgl. Blomeyer, a. a. O., §30 IX.)。いわゆる管轄の騙取の問題であるが、これも仮装訴訟とは直接には関係なく把握しうるであろう。

(35) 大判昭和二二年四月一六日民集一六卷八号四六三頁。

(36) 奈良「前掲③」判例時報五五一号一一頁以下参照。

(37) たとえば、鈴木(正)「前掲」法学論叢六七卷六号五三頁。

(38) このようにみると、問題は参加の要件のみにとどまらない。たとえば、民訴法七一条前段の参加の訴訟構造が三面的であるのも、詐害訴訟であるという理由ではなく、客観的な紛争の多様化の中でその根拠が求められるのではないかと思われる。

六　むすびにかえて

本稿は、冒頭に述べたように、民訴法七一条前段の参加要件の解釈についての方向づけを得ようとして、あえて寄せ木細工的な検討をこころみたものである。そのような検討をしたのは、民訴法七一条前段の参加要件をみることから、他の参加要件、ひいては訴訟参加制度のあるべき姿を探る手がかりが得られるのではないか、というかすかな期待があったからである。しかし、いまさらながら、問題の困難性を思い知らされただけであった。そこで、本稿のまとめをかねて、疑問と感じた点をあげておくことにする。

民訴法七一条前段の独立当事者参加が、馴合訴訟・詐害訴訟を打破することを目的とする制度であることは、疑う余地はない。しかし、それらの訴訟の本質的な要素が、訴訟当事者の主観的態容にあるのであれば、ドイツにおける仮装訴訟理論にみられるように、裁判所による詐害訴訟の排除もありうるのではなからうか。本稿では、まず、このような視点から、詐害訴訟と仮装訴訟との交錯を中心に考察してみたのである。そこから、詐害の目的が明らかである場合には、権利保護の利益と結びつけることにより、詐害訴訟を排除できるのではないか、ということを目指した。次に、そのような場合には、補助参加によっても、第三者は利益を保護できるのではないか、と論じた。ここでは、詐害訴訟の立証が容易な場合には補助参加でも対処できるが、証明できない場合には結果として従属性が貫かれるため、補助参加では役に立たないであろうと考えた。このようにみると、民訴法七一条前段の立法

趣旨を生かすためには、詐害意思の有無にかかわらずなく、第三者を当事者として参加させることが妥当であるとの客観的状況が、要件として示されるべきではないか、と思われる。

右のような方向は、すでに、既判力または反射効によって参加の要件を考察する立場においてみられる。しかし、判決の効力によって、参加要件を説明しつくことは、いちじるしく困難、または不可能ではなからうか。むしろ、第三者の客観的な不利益に応じた紛争の類型化の中で、なんらかの具体的標識がえられるのではなからうか、と思われるのである。

このようにみてくると、詐害訴訟の概念およびその存存を否定するものではないが、詐害訴訟は、それをいかに少くするかというむしろ消極的な方向でみるのが妥当であり、また、第三者には、不利益を受けること自体を理由に、本訴訟に関与できる道を開いておくことが有益であると考える。したがって、詐害訴訟防止の問題は、訴訟参加制度全体の中で考察すべきものと解されよう。

(一九七三年三月)