

Title	債権者代位訴訟における既判力の主観的範囲について
Sub Title	Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft im Gläubigerssurrogationsprozeß
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1986
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.12 (1986. 12) ,p.189- 222
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	伊東乾・林脇トシ子・阿久澤亀夫教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19861228-0189

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

債権者代位訴訟における既判力の主観的範囲について

坂 原 正 夫

- 一 はじめに
- 二 学説の状況について
- 三 問題点の検討と私見
- 四 おわりに

一 はじめに

債権者甲が債権者代位権に基づいて（民法四二三条）、第三債務者乙に対して、例えば金銭の支払いを求めて拒絶された場合、甲は乙に対して訴訟を提起することになる。これが債権者代位訴訟の典型的な（正統型の）事例ではないかと思うが、債権者代位訴訟における訴訟上の重要な問題の一つに既判力の主観的範囲の問題がある。⁽¹⁾ 具体的には甲乙間でなされたこの訴訟の判決の効力は債務者丙に及ぶのかという問題である。本稿はこの問題を考察するものであるが、以下では記述を簡略にする場合は甲を債権者、乙を第三債務者、丙を債務者、甲の丙に対する債権をA債権、

丙の乙に対する債権をB債権として表示しようと思う。

この問題は古くから実体法と訴訟法の接点の問題として、実体法学者・訴訟法学者の間で議論されてきた問題である。⁽²⁾ なぜならば甲乙間の訴訟の判決の効力が丙に及ぶとする積極説をとっても、及ばないとする消極説をとっても重大な問題が残るからである。消極説をとって丙に及ばないとするならば、丙の乙に対するB債権につき丙の乙に対する訴訟は可能であるから、乙は丙によって同一B債権を請求される可能性があり(丙にとっては自己の関与しない甲乙間の訴訟の判決の効力を受ける理由はないから当然のことであるといえても)、そのことを考えるなら甲乙間の訴訟で乙が勝訴してもその乙の地位は著しく不安定なものである。⁽³⁾ これに対して甲乙間の訴訟の判決の効力が丙に及ぶとする積極説をとったならば、甲乙間の訴訟で甲が敗訴した場合は、丙は既判力によって自己の乙に対するB債権を行使することが最早できなくなり、特に丙が甲乙間の訴訟に全く関与していなかった場合は、丙は裁判を受ける権利を奪われた上に、自らの権利を失うことと等しいことになる。これは甲が丙の権利を処分したことと同じであり、代位権の実体法上の性格に反するのみならず、⁽⁴⁾ 丙にとって堪え難い事態である。そこでどちらがより妥当な結論でしかも理論的に整合するかということになるが、大判昭和一四年五月一四日民集一八卷九号五五七頁についての兼子・中田の両博士の判例批評を契機に、⁽⁵⁾ 判例も学説もこの問題について積極説を支持するようになり、積極説がこの問題での通説の地位を獲得した。つまり前述のように、第三債務者か債務者かという利益対立として問題を把握した場合に、第三債務者の立場を重視したということである。

ところがこのような状況に対して三ヶ月博士が画期的な論文を発表して、⁽⁷⁾ 甲乙間の訴訟の既判力は甲(代位債権者)勝訴の場合のみ丙(債務者)に及ぶと主張されて以来、この問題については種々な議論が展開された。⁽⁸⁾ 極論すれば、何が通説なのか分からない状況といつてよい程である。しかし、それでも最近の議論を振り返ってみると、一つの方向を学説が志向しているように思える。学説の展開は具体的には二つの特色となって表れているように思う。一つは

画一的・形式的考察を排して実質的考察に立脚し、その上での妥当な解決を志向しているという点である。既述の問題状況に対して三ヶ月説は、甲乙間の訴訟の既判力は丙に全面的に及ぶか及ばないかという議論に対して、従前の二者択一的な解答を排して、甲乙間の訴訟の既判力は甲勝訴の場合のみ丙に及ぶとする言わば実質的考察に基づいて解答したからである。⁹⁾二つ目の特色は三ヶ月説の批判を受けて、学説においては甲乙間の代位訴訟において債務者丙の手続保障を考える方向が有力であるということである。三ヶ月説は通説の債務者の地位の過小評価の態度を制度の根源に立ち還って考察し、従前の通説の債務者の地位の軽視を鋭く批判し、言わば債務者の地位の復権を考えたものである。しかし、その結論は前述のように甲乙間の訴訟の既判力は甲勝訴の場合のみ丙に及ぶとされたものであったから、甲乙間の訴訟で甲勝訴の場合とはかく、甲敗訴の場合は消極説と同じように第三債務者乙の保護を欠くことになり、この点で厳しい批判を浴び、論文それ自体は高く評価されたにもかかわらず、通説の地位を獲得することはできなかつた。これら二つの特色から明らかなのは、学説においてはその進むべき道は三ヶ月説と従来通説の対決を止揚すべく、第三債務者の保護を考えると同時に、債務者の裁判を受ける権利を尊重することが必要であるということである。即ち、そこに解決の道を探ることになった。それは具体的には債務者と代位訴訟との結付きを考え、債務者を代位訴訟に取込まざるを得ないということである。¹¹⁾これが今日この問題に対する学説の志向している方向ではないかと思う。¹²⁾考えるべき点は、そのためには債権者甲に何らかの行為を要求するの否か、要求するとなるといかなる行為をいかなる根拠で要求しえるのかということである。この場合に重要な役割を演じるのが訴訟告知の制度(民法七六条以下)であり、これを巡ってその当否や要件について議論がなされているのが今日の学説の状況ではないかと思う。学説のこのような状況の下に、本稿はこの問題を考察してみようとするものであるが、既に述べたようにこの問題についてはあらゆる角度から検討がなされ、最早新たに議論すべき問題点は何もないといつてよい状況であると思えるのも事実である。それにもかかわらず、ここにおいてこの問題を取り上げるのは次の二つの理由による。第一の理

由は、問題が今日のように詳細にしかも精緻に議論される以前に、私はかなり大胆とか乱暴な試論をある判例研究の中で述べたことがあるので、それについて釈明する必要があると思うからである。第二の理由は、この問題に対する伊東教授の見解をこの機会に検討する必要があると思うからである。この問題について伊東教授は直接のテーマとして論じることにはなかったが、「民訴七一条おぼえ書」（青柳文雄教授退職記念論文集・法學研究四十九卷一号九頁以下〔昭和五一年〕）において、問題解決の正しい方向を示唆した。この見解は発表された論文名から明らかのように、民訴七一条に関する論文の最終章「問題の周縁」の中で述べられた関係もあって、必ずしも発表された当時においては注目されなかった。論文は独立当事者参加訴訟における脱退の法現象について主として論じたもので、この点についてはいたしかたないとしても残念なことであった。債権者代位訴訟における債務者の取り扱いについての伊東教授の見解は次のようなものである。

「脱退の訴訟担当的理解は、また、債権者代位訴訟における債務者の保護にも役立てることができる。代位債権者甲（筆者注―甲は本稿の前記表記では甲に該当）の第三債務者乙に対する訴訟は、債権者甲（筆者注―甲は本稿の表記では債務者丙に該当）と乙との間の訴訟に甲が七一条で参加のち甲が脱退した場合と、同じ形をしている。法定訴訟担当が任意の訴訟担当の差異こそはあれ、甲が訴訟実施権をもつ点も同じである。むしろ、甲は甲のための請求のみならず、自己固有の請求をも追行しており、乙は甲の甲に対する請求に関して担当被告の地位にもあると考えるのが、一そう代位訴訟の目的に適する。しかも実際には、脱退なくして甲は脱退者の地位におかれ、承諾なくして乙は甲からの請求を失っているのだから、甲も乙もこれに対して文句が言えなければおかしい。実は三面訴訟ではないのだから、三面訴訟としての措置は不要且つ不能だが、文句が言えなければならぬという要求は同一である。この要求は、外来の政策的要求ではなく、代位訴訟の内在的構造的必要要求である。だから、現状のまま、解釈論として代位訴訟に關し立言することができる。すなわち、代位訴訟の場合、訴状は債務者にも送達せらるべしということであって、そのことのないかぎり、判決の効力は（代位債権者の勝訴敗訴を問わず）債務者に及ばず、第三債務者もまた応訴を拒みうると解せられる。事によると、同理は、法定訴訟担当をも任意の訴訟担当をも含め、訴訟担当のすべてに通じ

ることであるのかも知れない。少くとも、担当によって被担当者が適格を失わない場合には、同様に考えるのではあるまいか。法意もしくは授權意思において明白でないかぎり、訴訟担当の行われる場合にも被担当者はなお適格を失わないものと解すべきで、債権代位にあつても債務者が適格を失うことはないかと解せられるのである。」

(伊東・前掲書二〇頁以下)

この論文は七一条参加後に七二条の脱退がなされた場合、その後を生じる問題の処理につき、脱退者の訴訟を残存当事者が訴訟担当されたものと解して処理すべしとするものであるが、かような教授の見解はそれ自体通説からみると青天の霹靂の観がない訳ではない。しかし、多数当事者訴訟の研究では第一人者である井上治典教授と期せずして結論に近似性がみられるという点で、脱退の問題の今後の展開を明らかにしたものと見える。それはともかくとして、本稿のテーマである債権者代位訴訟の問題に応用しようとする教授の見解は、既に見たように債務者保護の視点も取り込んで、債務者と代位訴訟との結びつきを模索している今日の学界の状況からみると、かなり早い段階で今日的狀況を予想していたようにも思える。しかし、結論的には今日の有力説と同じようであるが、理由づけは全く異なるのであり、今日の学説に問題があるとすれば、それを克服するヒントは教授のこの見解に求められるように思える。そこで以下では前記拙稿での試論とこの教授の見解をベースにして、債権者代位訴訟の構造と債権者代位訴訟の既判力の主観的範囲の問題を考えてみようと思う。

(一) この問題を含めて債権者代位訴訟の訴訟上の問題については、私は「第三者の訴訟担当」三ヶ月「中野」竹下編・新版民法訴訟演習一七五頁以下〔昭五八〕で概要を論じたことがある。なお債権者が債権の履行期前に代位権を行使する場合は裁判所の許可が必要で(民法四二三条二項参照)、この場合の手続については非訟事件手続法七二条以下に規定されている。この裁判上の代位については、私は伊東乾「三井哲夫編・注解非訟事件手続法二九五頁以下〔昭六一〕」で論じた。本稿はこれらの論稿に基づいて、特に既判力の範囲の問題を取り上げ、論じようとするものである。

なお債権者代位権についてはその利用形態をめぐって正統型と転用型に区別されるが、本稿では本文に記したように主として前者を念頭に置いて考察する。両者を区別して考察すべきか否かは代位権の評価とも関係し難く大きな問題であるが、当面の問題に関しては原則としては区別しなくてよいのではないかと思う(両者の区別に関する問題の概要については、前記注

解非訟法三一八頁以下で述べたが、池田・後注2掲記の論文(四)判時九九九号一六頁以下に詳しく論じられている。

(2) 従来の判例・学説については池田辰夫「債権者代位訴訟における代位の構造(二)」判時九九四号三頁以下〔昭五六〕に詳しく紹介され、分析されている(この論文は判例時報九八六号八頁以下、九九四号三頁以下、九九六号一〇頁以下、九九九号一三頁以下、一〇〇五号三頁以下、一〇一〇号一頁以下の六回に分けて掲載されたもので、上記の(二)はその二回目の意味である)。それ以降の論稿や代表的論文については前注1の拙稿に掲げたので、本稿では文献目録的な意味での文献の紹介はそれに譲り、ここでは省略する。なお、そこに掲載しなかった主要な文献としては、次のようなものがある。

吉村徳重「既判力の第三者への拡張」講座民事訴訟第六巻一五四頁以下〔昭五九〕、ミニ・シンポジウム「債権者代位訴訟・取立訴訟をめぐる」民訴雑誌三一号五七頁以下〔昭六〇〕、兼子・松浦・新堂・竹下・条解民訴法六七〇頁以下〔竹下守夫執筆・昭六一〕。

(3) 従前の通説の形成に大きく寄与したと思われる兼子博士や我妻博士の見解の出発点はここにあると思うし(兼子・判例民訴法一〇四頁、我妻・新訂債権総論一七一頁参照)、この点こそが今日の多くの学者の支持を得ている根拠であると思う(例えば乾・中井編・新民法講義4金融取引法一〇五頁〔吉村良一執筆・昭五九〕)。もっとも鈴木忠一・三ヶ月章編・注解民訴法(四)五九三頁以下〔三ヶ月章執筆・昭六〇〕はかような利益衡量こそが問題であり、独断的であると厳しく批判する。

(4) 福永有利「当事者適格理論の再構成」山木戸還暦・実体法と手続法の交錯上巻四七頁、六五頁〔昭四九〕。

(5) 兼子・判例民訴法一〇〇頁以下、中田・民訴法判例研究四九頁以下。三ヶ月・後注7の第二論文一四〇頁注4は「今日から振り返って、その後の学説に対する影響力の故に、訴訟法学の立場から改めて取り上げるに値するものと思われるのは、兼子・中田両教授のものであろう」と述べている。

(6) 大判昭和十五年三月一五日民集一九巻八号五八六頁。

(7) 三ヶ月章「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の理論の深化のために―」兼子還暦記念・裁判法の諸問題中巻三四一頁〔昭四四〕(研究六巻二頁)。

なおこの論文に続いて、博士はこの問題に関係する論文を二つ発表している。本稿では以下に引用する場合は、この論文を第一論文とし、他の論文は発表順に第二、第三論文とする。即ち、第二論文〔昭四九〕は「取立訴訟と代位訴訟の解釈論的・立法論的調整―フランス型執行制度とドイツ型執行制度の混淆の克服の方向―」法協九一卷一頁(研究七巻九三頁)であり、第三論文〔昭五三〕は「債権質の実行」山木戸還暦・実体法と手続法の交錯・下巻三三七頁(研究八巻二〇九頁)である。

(8) 概略については前注1に掲げた拙稿・演習八二頁以下参照。学説の整理とその意味づけについては本稿の二で行う。

(9) もっとも訴訟担当を理由に形式的に民訴法二〇一条二項を適用することの問題については、既に鈴木正裕「第三者の訴訟担当」中田三ヶ月編・民訴法演習五三頁以下(昭三八)で指摘されていたところであるが、ただ問題点の指摘に留まっていた。

(10) 例えは新堂・民訴法第二版一九四頁参照。その反論については三ヶ月・前(注3)掲書参照。

(11) 池田・前掲論文(二三)判時九九六号一六頁、同(四)判時九九九号一四頁以下参照。ここでは三ヶ月説を採用しないで従前の通説の立場を支持するとしなければ、このような方法しか存在しないことが明らかにされている。

なお「証明責任分配を紛争当事者間の利害の調整を直接の主たる機能としているものと考えらるるなら、紛争当事者とそれと牽連関係に立つ第三者との間の調整は、証明責任の間接的な補完的機能といえるであろう」と考え、この証明責任の「補完的機能」を働かせて、代位訴訟に関与しない債務者を有利な地位に導くことはできないかという考えがある(倉田卓次監修・要件事実の証明責任「債権総論」・一七七頁以下、春日偉知郎執筆(昭六一)。しかし、検討の結果は「判決効の債務者への主観的拡張があるからといって、証明責任を転換させるという方策は認めることはできない」ということである(二七九頁)。具体的には丙の乙に対する債権の不存在を乙に証明させる方法と甲の当事者適格の欠缺を乙に証明させる方法は適当ではないということである。

「債務者を訴訟に引き込んで手続権の保障を経由した上で判決効を及ぼすという方法は、実定法上その根拠がやや薄弱であることは否めない。また、管理処分権限の濃淡や担当者(債権者)と被担当者(債務者)との利益状況の反映といっても、それは、何よりも代位訴訟の相手方(第三債務者)との関係においてである。そして、そうであるからこそ、通説は、第三債務者と債務者との間の利益衡量を経た上で、有利・不利を問わず債務者へ判決効を拡張すべきだと結論づけたのである。そうだとすると、第三債務者が被告として関与しているまさにこの代位訴訟の中において、しかも債務者の当事者権を全うさせるという途を經由せずに不利な判決効をも及ぼされる債務者の利害を調整する方法を模索する必要がある」(一七六頁以下)という試みの結果が右のようであった。そうであるならば、この問題の解決にはやはり債務者を代位訴訟に取り込む方法しかないということになるか。

(12) 竹下守夫・判例研究・金融商事判例二三七号五頁(昭四五)と竹下・前掲条解民訴法六七〇頁とを比較すると、学界の進展は明らかである。例えば竹下教授は前者において「フランス法では、第三債務者は、みずからの手で判決の効力を債務者にさらにひいては債務者の他の債権者に及ぼすことができ…、それによって、同一債務につき何度も応訴を強いられる不利益

を免れうる。このような手当のないわが国では、自己の権利を代位行使されるに至った債務者の利益よりは、いわば債権者・債務者間の紛争のまきそえをくった第三債務者の利益を優先させて考えるべきものと思われる」(傍点筆者)と述べられているが、後者では訴訟告知制度によって両者の利益調整を考えている。つまり傍点部分に訴訟告知制度の利用をもって答えたのではないかと思う。

同様な見解の変化は吉村教授にもみられる。最判昭和四五年六月二日民集二四卷六号四四七頁の判例批評では「代位訴訟において訴訟告知をうけない債権者にも常に判決の既判力を及ぼすことは、立法例にもみられず、債務者の利益にも反するため、立法的な手当が必要であると思われる。」(ジュリスト四八二号一二三頁〔昭四六〕)と主張され、立法の必要を強調されたが、後の論文では「通説により不利な判決効を被担当者に及ぼすためには、被担当者が訴訟告知をうけて七一条参加または共同訴訟の補助参加の機会をもつことが要件となると解される」(判決効の拡張と手続権保障—身分訴訟を中心として—)山木戸還暦・実体法と手続法の交錯下巻一四四頁注23〔昭五三〕と解釈論を展開しておられる。

(13) 最判昭和四八年四月二四日民集二七卷三号五九六頁についての判例研究・法研四七卷九号八五頁以下〔昭四九〕。

(14) 井上・多数当事者訴訟の法理二四九頁以下、三〇一頁以下〔昭五六〕参照。ただし上記の頁の箇所は昭和五〇年、五二年に発表された論文である。

二 学説の状況について

一 学説の展開状況

既に前節において今日の学説の置かれている状況については結論的に述べたところであるが、かような理解が正しいか否かは検証されなければならないし、問題の所在は具体的に明らかにされなければならない。そこで以下では多少の重複はするが、この問題、即ち債権者・第三債務者間の債権者代位訴訟の判決の既判力は債務者に及ぶのかという問題について、最近の学説状況と問題点を把握するために学説の展開を概観してみようと思う。議論の展開の状況と時間的な経過から最近の学説を整理するならば、次のような段階(時期)に区分することが出来るであろう。第一

段階（第一期）は、代位訴訟の勝敗に関係なく債務者に及ぶとする説が判例・通説の立場として君臨していた時期であり、表面的には特に議論はなかったが、問題とすべきところは既に指摘されていた。⁽¹⁵⁾ 第二段階（第二期）は、代位債権者の勝訴のみ債務者に既判力が及ぶとする説、即ち三ヶ月説、福永説の台頭の時期である。⁽¹⁶⁾ ここでは従前の判例・通説とこの新興の有力説との厳しい対決がなされた。時期的には昭和四四年の三ヶ月第一論文（注7参照）から次の第三期までということになる。第三段階（第三期）は、既に前節で述べたように、それを止揚するために幾つかの見解が発表された時期である。時期的には昭和五〇年頃を出発点として、⁽¹⁷⁾ 五六年の池田論文（注2参照）に集約され、それからまた新たな展開をみているといえよう。今日はかような学説の展開からみると、第三期、即ち第三段階であり、ここでの中心は訴訟告知制度の利用による問題解決の志向であり、次の二でみるようにこの訴訟告知制度の取り扱いを巡って種々な見解が明らかにされているのである。以上が今日の学説の状況ではないかと思う。

第三期では代位債権者・債務者・第三債務者の利害の調和を代位債権者の訴訟告知をする義務的行為に求めることによって、従前の通説の基盤にある第三債務者保護の姿勢を正当なものとした上で、三ヶ月説・福永説の提起した債務者保護の必要性を具体的な代位証認の手續保障を考えることによって是認しようとした立論と解することができよう。このことは評価すべきであって、批判する必要はない。従前の通説においても代位訴訟における債務者の取り扱いについては問題があることは認めていたことであり（注15参照）、ただそのための制度が現行法に予定されていないという理由で、現行法の下では債務者の手續上の取り扱いの不備は、制度上甘受しなければならないものと考えていたからである。この点は三ヶ月説・福永説も同じ見解であった。ただ通説のようにそれを放置するのではなく、その解消のために既判力の問題で調整した訳で、その意味では通説も反対説も債務者の手續保障は現行法の下では無理であるという認識では一致していたのである。第三期ではこの点のかような理解を覆し、そもそも第一期、第二期の前提を疑うことから出発している。第二期と第三期の違いは、この点、即ち訴訟告知制度の理解と評価の相違である。か

くしてこのような今日の学説の展開状況の理解は、結局のところ、債務者の保護を訴訟上何ら考えることなく放置するか（第一期の状態に留まるか否か）、債務者の保護を判決の効力で考えるか（第二期の状態に留まるか否か）、債務者の保護を債務者の代位訴訟での手続保障で考えるかという点に集約される。代位訴訟での債務者の保護は放置することなく可能な限り考えるべきであるから、第一期の状態に留まれないし、判決の効力の場面で債務者の保護は、既に前節において述べたように代位債権者敗訴の際に第三債務者の保護に欠けるから、ここにも留まることは出来ない。このようなことから従前の学説を發展させた第三期の学説を評価すべきである。一言でいえば、今日の学説は第一期の学説の正しい結論を、第二期の学説の問題提起を受けて、現在の第三期で正当化を試みている状況と把握するべきである。いずれにせよ、かような理解もまさに現行法において代位訴訟で手続的に債務者保護が可能かということに懸っている。その意味では本稿以下の主張と学説の状況把握は一体をなすものであるから、ここでは学説の状況把握については以上の記述に留める。

二 諸説の内容

かような学説の状況の理解は、主として学説が時間的に展開してきたことを大局的に整理しただけであるから、かような展開が正当なものであるということはそれ自体論証されなければならない。しかし、それは諸説の内容とそれが有している問題点と深く関係していることである。そこで以下ではこの問題についての代表的な諸説の内容を考察し、併せて右にみた学説の展開についての理解の正当性を論証しようと思う。考察にあたっては既に述べたように今日の問題状況にあつては訴訟告知が重要な意味を有しているのであるから、訴訟告知に関する態度を基準として学説を分類し、それぞれの学説の内容を検討してみようと思う。

第一説は訴訟告知制度を伝統的な理解に留める説で、この制度を利用するかしないかは代位債権者の自由であり、利用しないとしても後述の諸説のようにそれによって既判力の範囲が影響を受けたり、代位訴訟そのものが不適法に

なる訳ではないと説く。その意味では訴訟告知制度に対しては無関心の態度をとっているが、ただこの制度を利用して債務者を代位訴訟に取り込んだ方が、代位債権者としては代位訴訟の訴訟物は債務者の権利（B）であることを考えると有利に展開できるし、万一代位訴訟で敗訴した場合に債務者から損害賠償を請求されることもあろうから、そのことを考えておこなうならば訴訟告知をしていた方が代位債権者にとっても有利である。そういう意味での利用を期待しているともいえるし、後日の損害賠償請求を受けた場合に有利に働くということで、利用のための圧力を掛けているともいえる。この説は既に述べたように第一期及び第二期の通説の立場であり、しかも通説を攻撃した三ヶ月博士の立場でもある。⁽¹⁸⁾ その意味では今日でも通説的見解ということが出来る。次の兼子博士の前記判例批評での記述は、今日でもいささかも変えることなく通用しているのである。⁽¹⁹⁾

「若し債権者が拙劣な訴訟追行により敗訴し、債務者にその権利を喪失させたと同様な結果を生じさせたとしても、債務者は相手方に対して更にその権利を主張できず、寧ろ債権者に対してその責を問うべきであり、債権者として予めこの責任を回避せんと欲するならば、債務者に訴訟告知をし（民訴七六条以下）、その補助参加を促し且つ訴訟追行の責任の一半を転嫁して置けばよい（若し債務者が債権者に参加をすれば所謂共同訴訟的補助参加となる。概論一三一頁参照）。」

この説の問題点はただ一つ、訴訟告知制度の消極的利用で、債務者の代位訴訟への参加に対して無関心であるという点にある。債務者の手続保障が問題となっているのに、実質的には答えていないということである。⁽²⁰⁾

第二説は、訴訟告知があつて初めて代位訴訟の既判力は債務者に拡張されると説くのである。⁽²⁰⁾ ここでは債務者の現実の訴訟参加と債務者に対する既判力の拡張とを結び付けるものではないから、訴訟参加しなくても債務者は既判力を受けることになる。その限りでは債務者は訴訟参加を強制され、義務付けられているといえる。第一説の場合は債権者は訴訟告知制度を利用しない場合は、訴訟で敗訴した場合に損害賠償請求を受けるといふ意味での強制であったが、この第一説と比較すると、第二説は債務者に直接的な義務づけの根拠を明らかにした点で評価される見解である。

しかし、この説は債務者に対する手続保障を重視した結果、三ヶ月説と同様に第三債務者の立場を結果的に無視することになるのが問題である。債務者は訴訟告知を受けなかった場合は既判力を受けることはないが、そのことは被告である第三債務者は代位訴訟に勝訴したとしても、債務者から同一債権で再度訴求される可能性が残ることになるからである。しかも、この場合は債権者は債務者から敗訴責任を追求されたいという意味では有利である。²¹⁾ そうなると訴訟告知は代位債権者が債務者に対して既判力を及ぼす必要がある場合に行われる可能性が強く、訴訟告知が常に行われるという保障はない。その限りではこの説は第一説と変りなく、第二期と第三期の橋渡しをした学説というのが適切な評価ではないだろうか。

第三説は、債務者を代位訴訟に引き込む為に、債権者に債務者に対する権利催告あるいは訴訟告知を義務付け、それを欠いた場合に訴えを却下するという見解である。²²⁾ 却下するための構成であるが、債務者に対する債権者の権利催告ないしは訴訟告知をもって、債権者の債務者に対する訴訟担当としての当事者適格が生じると解し、それ故にこれを欠くときは代位訴訟は却下されると説くのである。²³⁾ この説は第二説の批判を受けて、それを克服するために主張された見解であると思われる。第二説が債務者の保護を判決の効力と訴訟告知の有無に結び付けることによって獲得しようとしたのに対して、この説は直接的に債務者に訴訟参加を求める構造によって、債務者の訴訟上の保護を考えていこうとするものである。この説の問題は、その説くところの一種の強制参加は現行法上果たして解釈論として可能であろうかということである。²⁴⁾ またそれが可能とした時に、権利催告・訴訟告知という方法が一番適切であるのかということも、要件・効果について考察した上で検討しなければならないであろう。さらには代位訴訟そのものは債権者・債務者・第三債務者の三者でなければならないのか、債権者・第三債務者の二者の相対的解決ではないのかということも問題になる。²⁵⁾ この説は具体的に債務者の手続保障を考えるため一歩踏み込んで議論を深化・発展させた点は高く評価すべきであるが、それだけに従前の学説（第一期・第二期）からの批判は厳しいのではな

いかと思う。

第四説は、債務者を代位訴訟に取り込むべきであるとするが、それはあくまでも当事者の自由な意思に委ねられるべきであるし、取り込むべき為の行為を訴訟当事者がした場合に（訴訟の勝敗に関係なく）、債務者に代位訴訟の既判力が及ぶと説く。⁽²⁶⁾ そうでない場合は代位訴訟の判決の効力は相対効に留まるとする。その理由付けであるが、債務者は参加責任が生ずるとの前提で、債権者や第三債務者は、訴訟告知や引込参加申立てをすることによって、債務者を巻き込んで訴訟を進行する資格が生ずると説く。⁽²⁷⁾ そのための根拠として民訴法七六条、民執法一五七条一項の適用または準用を説く。従前の学説と異なるのは、第三債務者に債務者を訴訟に引き込むための参加申立てを認めたことである。この説の問題点は、第三債務者にかような起動責任を課すことの当否である。第三債務者にしてみると、本来は自己とは関係のない代位権行使でかような積極的な行動を要求されることは不合理である。もっとも、債務者に判決の効力を及ぼすためにはこの位の行動は覚悟しなければならないとの反論はあるであろうから、この点で評価が分かれるであろう。

第五説は、債務者を代位訴訟に取り込むべきであるとするが、それはあくまでも代位債権者たる原告の行為責任とし（商法二六三条三項類推により遅滞なく債務者に訴訟告知すべきであり）、代位債権者がそれを果たさない場合の取り扱い⁽²⁸⁾は、直ちに訴えの却下ではなくて第三債務者の自由な意思に委ねられるべきであるとする。即ち、被告である第三債務者は債務者に対する訴訟告知があるまでは本案に関する応訴拒絶権を有し（告知すべきことを申立てずに本案の弁論をしたときは応訴拒絶権は失うが、自ら債務者に訴訟告知することはできる）、それを行使して応訴を拒否しても代位債権者が訴訟告知をしない場合（あるいは債務者自ら訴訟に参加しない場合）に、訴えは却下される。債務者を取り込む為に訴訟訴訟に参加した場合は、債務者に代位訴訟の既判力が全面的に及ぶ。 そうでない場合、即ち、債務者が訴訟告知を受

けず、また自らも訴訟に参加しなかった場合は、代位訴訟の代位債権者敗訴の判決の既判力は債務者に及ばないと説く。この説は従前の学説の展開で問題となった点を考慮して立論しているために、それぞれの問題点を克服しているといえよう。その意味では今日の学説の到達点ともいえるのではないかと思う。この説を検討することは、結局のところ、この問題の今日の問題点を解き明すことになるであろう。

三 伊東説の位置づけ

前節〔一〕で紹介した伊東説は本節で紹介した諸説と対比した場合に、どのような特色を有することになるのであろうか。第一に言えることは、伊東説は発表された時期は第二期であるが、内容的にみて分類するならば第三期に位置する学説である。債務者への判決の効力は無条件に全面的に及ぶことを肯定していない点で第一期・第二期の通説の立場ではないし、「訴状を債務者に送達せらるべし」とした上で、「そのことのないかぎり、判決の効力は（代位訴訟の勝敗を問わず）債務者に及ばず」としている点で第二期の新興の有力説の立場でもないからである。第二の伊東説の特色は、他の諸説が説くところの訴訟告知ではなくて端的に債務者に訴状送達としている点である。第三の伊東説の特色は、債務者に訴状送達がなされない場合は被告である第三債務者は応訴を拒絶しえるとする点で、第五説（竹下説）に親近性がある。しかし、第四の伊東説の特色でもあるが、債務者に訴訟告知がなされず、債務者も参加することなくそのまま訴訟が続行し、終了した場合の判決の効力は訴訟の勝敗に関係なく債務者に及ばないとする点で、勝訴の場合に債務者に及ぶとする第五説（竹下説）と異なり、この点では第四説（吉村説）と親近性がある。第五の伊東説の特色は、これらの根拠を脱退の訴訟担当的理解によって説明している点で他の諸説と全く異なった視点に立つ学説ということになるが、しかし任意的訴訟担当という視点からこの問題を考察しているので第三説（池田説）と親近性があるということである。

こうしてみると、第三期の諸説と種々な点で伊東説は親近性を有するのであるが、それは、次にみるように問題の

出発点の認識と解釈論での妥当性の判断が共通の基盤に立っているからであると思う。前節〔一〕でみた伊東説は次のような構造に分析できると思う。

①債権者代位訴訟は脱退と同じ形態をしている。代位訴訟の債務者は七二条の脱退の場合の原告で脱退者、第三債務者は被告、代位債権者は参加人に対比できる。②代位訴訟では脱退なくして債務者は脱退者の地位におかれ、第三債務者は承諾なくして債務者からの請求を失っている。③債務者、第三債務者はこれに対して文句が言えなければならぬ。④三面訴訟でないから三面訴訟としての措置は不要且つ不能、しかし文句が言えなければならぬという要求は同一である。⑤これは代位訴訟の内在的¹¹構造的要求である。⑥解釈論として代位訴訟では(a)訴状を債務者に送達、(b)そのことのない限り判決の効力は債務者に及ばない、(c)第三債務者もまた応訴を拒絶しえる。⑦債権代位にあっては債務者は適格を失うことはない。

かように分解して考察することが許されるなら、伊東説の中心は次のように理解することができよう。即ち、①②から③を導くことは論理的必然性があるから容易であり、第三期の諸説の内容からみて⑤の債務者・第三債務者の手続的配慮を⑥の(a)(b)(c)に具現化して解釈論として展開させることは必ずしも困難を伴うものではない。そうなると伊東説の根幹は①②と、さらにそれに対する③という考えである。対比することは飽くまでも対比であってそのものではない。そこで伊東説は①②③と⑦から、適格を有するものは当該訴訟に取り込んでいくべしとの主張へ展開していくのか、それとも①②③から代位訴訟は構造的には背後に三面の構造を有しているものであるから、その場合は三面の構造からの手続的配慮がなされなければならないという主張へ発展していくのか、これだけでは判断しにくいのであるが、債務者、第三債務者を脱退に対比させてその手続上の配慮を主張することは、債務者に代位訴訟の判決の効力が及ぶということを前提にして言えることであるから、第三期の諸説と同じように債務者への判決効の拡張は債務者の代位訴訟への結びつきが必要との認識と同じ基盤に立つものと言えよう。債務者と第三債務者に対して手続上の

配慮をすべしとなると、それは債権者の負担とならざるを得ないが、このことの説明の仕方伊東説は特色がある。問題はそこで伊東説のかような説明は脱退の訴訟担当的理解の一助に留まるのか、債務者と第三債務者の手続的配慮を根拠づける説明に終るのか、それ以上に本問に対して何等かの働きかけがあるのかということにならう。

四 問題点の整理

諸説の内容の比較により伊東説の特色を明らかにすることによって、この問題について考えるべき問題点が明らかになった。勿論これらの場合に前提となるのは既に本節の一で述べたような学説の展開の承認であり、具体的に言えば代位訴訟の判決の効力は債務者に全面的に及ぶということ、そのためには債権者あるいは第三債務者の何等かの行為が必要であるということとを正当とすることである。この点については確かに問題であるが、以下の問題に対して解答することによって同時に明らかになると思うので、ここではこれについては言及しない。

第一の問題は債権者（あるいは第三債務者）に対して、債務者への訴訟告知（あるいは引込参加申立て）を義務づけることの可否とその根拠についてである。第二の問題は代位債権者が義務づけられるのは債務者に対しての訴訟告知なのか、それとも債務者に対する訴状の送達を求める行為なのかということである。第三の問題は代位債権者が義務づけられた行為（例えば訴訟告知）をしなかった場合に訴えは職権によって却下されるのか、それとも第三債務者の応訴拒絶権の行使をまって訴えを却下するのかという問題である。第四の問題は代位債権者（あるいは第三債務者）が義務づけられた行為をした場合の既判力は債務者に対してどのように働くのかという問題である。第五の問題は義務づけられた行為をしなかった場合で、訴えが却下されなかった場合の代位訴訟の既判力は、債務者に対してどのように働くのかということである。

これらの問題点について次節において逐次考察して、本稿のテーマである債権者代位訴訟の既判力の主観的範囲について解答を得ようと思う。

(15) 鈴木・前掲書五三頁は「本人に訴訟の存在を知らせ、訴訟参加の機会を与えるという点では、他の訴訟担当とくらべ、債権者代位では本人（債務者）の保護にきわめてうすいということができよう。以上のようにみてくると、前記の通説判例もまた、なお問題を含むといえるのではあるが、ただこの一事でもって、ただちに、債権者代位において、代位者敗訴の判決の効力は、債務者におよばないと結論するのは、早計にすぎよう。前述のように、この種の見解に対して浴せられる非難、とくに相手方（第三債務者）の保護を強調する見地は、ここでも十分考慮されなければならない。」と述べている。

(16) 三ヶ月博士については注7、福永教授については注4の論文参照。もつとも、福永説は固有適格説を展開し、代位訴訟を訴訟担当でないとする。なお鈴木「三ヶ月」官脇編・注解強制執行法②四〇六頁、四〇八頁〔戸根住夫執筆・昭五一〕は取立訴訟についての記述ではあるが、代位訴訟についても債務者への既判力拡張を否定するものと思われる。

(17) 天野弘「債権者代位権における訴訟法上の諸問題（序）——裁判上の代位制度について——」民訴雑誌二〇号二一六頁以下〔昭四九〕、同「債権者代位権における訴訟法上の諸問題（序）——既判力論争——」民訴雑誌二一号一八三頁以下〔昭五〇〕は、三ヶ月説を厳しく批判して通説的結論の正当性を論証する論文であるが、前者の論文において訴訟によって代位権が行使される場合につき、「まず債権者が代位訴訟を提起するについては、訴訟告知をなすべきことが義務づけられるべきであろう」と説く（二三九頁）。立法論か解釈論か必ずしも明らかではないが、訴訟告知によって問題の解決を志向している点は注目すべきである。また吉村教授の同様な指摘をした論稿（前注12）が発表されたのは昭和五三年であった。

(18) 三ヶ月・第一論文四九頁以下参照。

(19) 兼子・判例民法一〇四頁。なお引用に当っては原文の旧漢字は常用漢字に改めた。また中田博士は、同趣旨をいわば補足するように次に次に述べている（中田・前掲民訴判例研究五六頁）。「債権者は善良なる管理者の注意を以て債務者の権利を行使すべく、随て債権者が権利を行使するに付き過失ありたる為め債務者に損害を生じた場合、例えば訴訟追行に付き過失ありて敗訴した場合には、之に因つて生じた損害を賠償することを要すると共に……、債権者からは債務者に対して其の訴訟を告知すること（民訴七六条以下）に依つて、債務者の現実の参加の有無を問わず、前記の参加的効力を及ぼし、以て訴訟追行上の責任を分担せしめ得る（民訴七八条参照）。他方債務者も亦債権者の訴訟に於ける判決の既判力を受けると共に（民訴二〇一条二項）、之に参加する場合には、所謂共同訴訟的補助参加人の地位に立って債権者勝訴のため其の訴訟行為と抵触する訴訟行為を為し得べき権能と之を為すべき責任を有するのである（民訴六二条一項・六九条二項参照）」。

(20) 斎藤編・注解民法三卷三四頁（小室直人執筆・昭四八）。なお新堂・民訴法第二版一九四頁もこの立場と思われる（吉

村・前掲者一六二頁注53参照。

(21) 吉村・前掲書一五八頁以下参照。

(22) 池田・前掲論文の(四)・判時九九九号一六頁参照。なお代位訴訟ではないが、訴訟告知と判決効拡張とを結びつけることについては、井上治典「共有地についての境界確定訴訟は共有者全員による提訴を要するか」(判評)判タ二七九号八七頁(昭四七)が示唆している。

(23) 第三債務者の本案前の抗弁によって却下されるのか、職権によって却下されるのかは問題にならう。池田教授は権利催告については前者の措置を述べているが、訴訟告知の取扱については必ずしも明らかではない(判時九九九号一六頁)。

(24) フランス法上は債務者を強制的に参加させることが可能であり(フランス民法三三一条。なおこれについては法務大臣官房司法法制調査部編・注釈フランス新民事訴訟法典二二六頁(昭五三)参照)、参加した債務者は当事者として扱われる。また一般には債権者は訴訟において代位権行使をする場合は、債務者に抗弁を述べる機会を与えるためや既判力を及ぼすために、債務者をも相手方にするのが常に行われていることである(山口俊夫・フランス債権法(昭六一)二六四頁)。この点に関して、三ヶ月博士は第一論文五〇頁において、「一口に参加といっても、一口に参加ということを見失ってはならない。従ってそうした訴訟法的な構造のちがいをとびこして、フランスの代位訴訟について認められる帰結を、そのような当事者強制参加の制度を一般的には認めていない——ひいては代位訴訟の場合にも認めようがない——わが国においても、そのまま認めるべきだというふうな議論がなされたとしても、それを直ちに是認することはできないわけである」と述べている。

(25) 吉村・前掲書一五九頁参照。

(26) 吉村・前掲書一六〇頁以下参照。なお福永・前掲書七一頁以下は、「第三債務者の保護が十分であるというためには、取立債権者または債務者のいずれかから訴えられた場合、他方が積極的にその訴訟に参加してこないときでも、その者を訴訟に引き込む方法がなければならぬであろう。そのような方法としては、民訴訟六二三条三項を類推適用して、第三債務者は債務者を取立訴訟に引き込むことができる」と解したい。またこのような類推が認められないならば、山木戸教授の提唱される『追加的共同訴訟』の理論や霜島教授の主張される『当事者引込みの理論』にしたがい、第三債務者からの訴えないしは引込みの申立により、訴訟に引き込みうるであろう」と述べている。しかし、福永説は片面的既判力拡張を前提としているから、その場合に第三債務者だけが、なぜそうした手続的手当ての起動責任を分担しなければならないのかという疑問が生じる(吉

村・前掲書一五九頁参照。

(27) 吉村・前掲書一六一頁によれば、「当事者によるこれらの手続着手前の取立・代位訴訟は固有適格に基づくが手続着手後は訴訟担当適格に基づくものに移行したものと解する」からである。即ち、「取立・代位訴訟における債権者や第三債務者は、債務者に対して訴訟告知や引込参加申立てをすることによって、債務者を巻き込んで訴訟を進行できる資格を生ずると解される」からである。このことは、「取立・代位権だけによる取立・代位訴訟では固有適格が認められるにとどまるが、債務者丙に対する債権者甲または第三債務者乙の訴訟告知または引込参加の申立によって甲乙の担当適格が認められ、既判力を丙に全面的に拡張すると解される。一方では抽象的な固有当事者適格が甲または乙の丙に対する手続的手当てによって担当適格として実質化・具体化され、他方では、この関係は訴訟過程における訴訟状態に応じて甲または乙の分担する手続的手当によって展望的に形成されるものとして再構成されている」ということになる(同一七一頁)。

(28) 竹下・前掲条解民訴法六七〇頁以下。なお竹下教授は池田論文に示唆を受けたと述べているのと、第二説(池田説)が考察の対象としていたためもあって、必ずしも明らかでない具体的な場面での問題を考察していることからして、第三説を発売・詳論させたものとして本説を位置づけることもできよう。

三 問題点の検討と私見

一 問題に対する視点

第三期の学説は代位債権者に勝訴した第三債務者に対して、その勝訴判決維持のために再訴の可能性を遮断させることが必要であるという点にその出発点があると思うが、そのことは同一債権につき二度の訴求可能性を認めるのは好ましくないという判断もあると思う。同一紛争の再燃は既判力で遮断するのが原則であるが、それがたまたま当事者が異なるということだけでそれができないということは問題である。既判力の客観的範囲においては、同一紛争の再燃の問題についてはツォイナーの意味関連理論、争点効理論に代表される種々の理論の展開をみたが、それは既に

解決済みと思われるものが再度訴えとなって登場することを阻止できないのはおかしいという訴訟法的な法感情に基因するように思う。本問題もそのようなことが言えるのではないかと思う。しかし、問題は債務者と代位債権者を同一視できないという事情である。第三債務者からみれば同一紛争の再燃でも、債務者からみれば自らの訴えは常に単なる同一紛争の繰返しとはいえないからである。そうであるならば債務者を代位訴訟に関与させるしかないと思う。

そこで第一の考えるべき視点は、債務者を訴訟に関与させるにはどうしたらよいかということである。そして第二の視点は債務者を訴訟に関与させる以上、代位債権者、債務者、第三債務者を巡る紛争の一举抜本的な解決を志向すべきであるということである。態々三者が一同に会するのであるから、その機会を最大限に活用すべきと思うからである。第三の視点は、その場合の理論は現実的な理論でなくてはならず、実体法や従前の判例との調和も考慮すべきである。その意味で債務者関与する代位訴訟と並んで、債務者関与しない代位訴訟の存置も認めるべきである。従来は債務者が代位訴訟に関与する代位訴訟の構造論は立法論とみられていたのであるから、債務者関与する代位訴訟のみしか認めないというのではあまりにも過激であると思うからである。

このような三つの視点によって問題を考えてみようと思うが、第一の視点については前述(二の四)の第一の問題と同じであろうし、第三の視点の問題は第五の問題と同一に帰すと思われるので、ここでは結論的に述べ、詳しくは後述の三のそれぞれの箇所を考えることにする。即ち、代位債権者に債務者を代位訴訟に関与させる義務を負わせ、その履行の保証については被告である第三債務者に応訴拒絶権を与えることでよいのではないかと思う。代位債権者の義務の履行の監視は第三債務者の責任で行えばよいし、義務履行がなされなくとも第三債務者が文句を言わなければ、代位債権者と第三債務者間の個別相対的訴訟と考えればよいと思う。ここでは債務者の再訴が可能であり、その限りで同一紛争の繰返しの可能性が生じるが、殊更その点を問題視することはあるまい。そのことによって不利益が生じると思われる第三債務者がそれを承知で選択した結果であると思うからである。もっともこの帰結は従前の第三

期の学説の説く内容と大差ないと思う。前記の視点を多かれ少なかれ第三期の学説は共通に有するのであり、さらに立法がないことからその内容は個々の条文を離れて訴訟理論一般からみて最も合理的な観点を中心に構成されるからである。ただ帰結は同じであっても、私見はアプローチの仕方が次に述べるように第二の問題に関して異なるから、その意味での独自性はあるように思う。

第二の視点については従来等閑視されていたように思う。債務者を代位訴訟に関与させた場合に第三債務者と債務者間の（乙丙間のB）債権についての紛争を遮断させることは容易であるが、債権者・債務者間の（甲丙間のA）債権の紛争の遮断をも導くことは必ずしも容易ではない。もっとも再訴はありえないと考えるか、再訴は望ましいとすれば別であるが、既述のように遮断すべきと思う⁽²⁹⁾。しかし、そのような帰結を志向し、債務者を代位訴訟に関与させる方法を考えたにしても、果たして判決確定後にA債権不存在を理由に代位訴訟の既判力を受けないとの債務者の主張は遮断できないのではないかと思う。従前の考え方によればA債権の存否は代位債権者甲の当事者適格の前提の問題であって訴訟の直接の審判対象ではなく既判力を受けることはないからである⁽³⁰⁾。そうであるならば代位訴訟終了後にA債権の存否につき争うことの遮断の方途を考える必要があると思う⁽³¹⁾。遮断させるための正攻法は既判力であり、既判力であるとするにA債権を審判対象にしなければならないと思う⁽³²⁾。勿論、債務者丙が訴訟に関与した場合に、判決確定後にA債権不存在の主張を許容することは許されないと理論構成は信義則理論に代表されるように他の方法でも可能で、むしろ妥当な結論が得られるかもしれない。しかし、画一的にその実をあげるとしたならばA債権の訴訟物化ではないかと思う。厳しい批判はあると思うが、この点での理論構成を考えてみようと思う。

二 私見の構成

A債権を訴訟物とするには代位訴訟ではA債権とB債権を訴訟物としなければならない。甲乙丙につき甲乙間でB債権、甲丙間でA債権、丙乙間でB債権が審判対象と考えることもできよう。問題は果たして甲丙間でA債権につい

ての訴訟物を考えることが可能かということである。実質的にみれば従前の理解で訴訟要件の前提と解しても必ず審理されるものであるから、それを訴訟物と評価することは決して不当ではない。⁽³³⁾ しかも債務者丙が訴訟に参与した場合に甲と丙とがA債権についての紛争を棚上げして、当面乙との間に共同戦線を考えることが妥当であるかというところではなく丙は代位訴訟に参与する以上はA債権につき結着をつけるべきではないかと思う。そういう意味では甲・丙ともA債権の存否につき代位訴訟に参与した以上、それについての紛争を後に残すべきではなく決着をつけるべきである。このことは訴訟物として構成する実質的根拠になる。代位債権者の意思に合致するかということになるが、訴訟物の枠は具体的な個々の原告の意思によってのみ決まるものではないから、そのことのみで不当な見解との批判は成立しないであろう。個々の当事者の意思は最大限尊重されなければならないが、当面の問題は当事者が孤立的に個々に存在しているのではなく、債権者、債務者、第三債務者の関係の中で存在しているのであるから、個別的にみれば当事者の意思に合致しない場面があっても、そのこと自体は理論にとって致命的ではない。もつとも、このことは訴訟と関係をもつていえることであるから、かような訴訟物を想定するのは債務者が訴訟に関係した場合であり、何等かの関係（訴訟告知や訴状送達を受けること）を有すれば足りるから、実際に訴訟に参加したことは必要としないと解する。そうでない場合（債務者が代位訴訟を全く知らない場合）は訴訟物はあくまでも甲乙間の訴訟物に限定されるし、既判力は甲乙間のみに限られるとすべきである（どういふ場合にこの訴訟形態になるのかは後述する）。いずれにしろ、かような訴訟物を考えると明示されない訴訟物ということが問題になるうが、場面が異なるとはいえ、かつての登記請求権訴訟に関連した兼子理論を想起すれば必ずしも突拍子もないことではない。⁽³⁴⁾ むしろ、既判力の範囲に訴訟物の図式からすれば既判力の拡張のためにはかような訴訟物は考えられてよいし、法的安定性から個々の事情によって甲丙間のA債権の判断についての既判力は左右されるべきではないから、信義則論等ここでは採用することはできない。

なお甲丙間の訴訟物はかように代位訴訟に債務者を関与させる場合は当然に考えられるべきであるが、丙乙間の訴

訟物については（甲乙間の訴訟物との重複訴訟の問題があらうが）、甲と丙は乙に対して当事者適格を有すると解する限り（例えば伊東説の⑦参照）、また給付を自己に求める限り、原則として丙乙間の訴訟物は設定されるべきである。丙は権利者として訴訟を進行する者であるから、訴訟に参加する以上は当事者として扱うべきものと考えらるからである（通説は前記の兼子・中田の両博士の記述にもある通り、共同訴訟的補助参加と解している）。そう解すると甲と丙との請求を共に認容すべき場合はどうなるのかということになるが、通説的な代位制度の建前からすると、代位債権者を債務者に優先させることになるから、債務者丙の請求は後退し、代位権消滅を条件とした条件付き勝訴判決が甲乙間の訴訟物についての認容判決と併存すると解することになる⁽³⁵⁾。なお最判昭和四八年四月二四日民集二七卷三号五九六頁の事例もこのような視点で考えるべきであると思う⁽³⁶⁾。問題は丙が訴訟に参加しなかった場合である。甲丙間と異なり、丙乙間の問題は甲乙間の既判力が丙に拡張されれば済むことであるから、丙乙間について丙が訴訟参加した場合のような訴訟物を考える必要はない。

要するに代位訴訟は甲乙間の訴訟に丙を関与させることによって、甲乙間の判決の効力を丙に及ぼし、併せて甲乙間だけでなく甲丙間の紛争も訴訟物を想定することによって、それについても既判力を及ぼすべきであるとするものである。勿論、この場合債権者が意識的に訴訟物とすれば問題はないし、積明権行使によってそのような方向での指導があれば特に言うことはないのであるが、そうでない場合であっても、訴訟に関係した以上訴訟に参加しなくとも、訴訟物の想定をすべきであるというのが私の見解である。

三 問題点の考察

第一の問題は債務者は代位訴訟に引込まれねばならないのか、そして代位債権者は債務者を代位訴訟に引込むために訴訟告知等の何等かの行為をしなければならないのか、それとも第三債務者が引込参加申立てをしなければならぬのかという問題である。結論的に言うならば、原告である債権者の責任で債務者を代位訴訟に関与させるべきであ

ろう。債権者は代位権行使によって訴訟を提起する以上、当該訴訟物についての判断を関係者を代表して受ける意味で、債権者に判決の効力を及ぼして第三債務者に対しての債務者の再訴を遮断する義務があると思う³⁷⁾。なぜならば実質的に注視するならば代位訴訟は原則的には被告の側の責任ではなく、原告側の事情に基づく訴訟の提起ということと、紛争の相対的解決が原則とはいえ、一つの権利につき一回の訴訟を基本とすべきであると考えらるからである。このことを債務者の利益と代位権行使を正当化するということから具体化すると、債務者の代位訴訟における手続保障は考えられねばならず、そのことは債権者に一定の行為を義務づけることによって達成するしか方法はあるまい。しかも、債権者に訴訟告知等を義務づけたとしても、そのこと自体はさほどの負担ではないから問題はない。その意味で第三期学説の出発点は正当であると思う。

問題はかような負担の説明の仕方である。実定法上において明確な根拠なしに一定の行為を要求しえるのか、また不作為に対して法的不利益を課しえるのかということである。前述の第三説（池田説）は代位の構造論で説明し、第四説（吉村説）は民訴法七六条、民執法一五七条一項の適用・準用で説明した。また第五説（竹下説）は商法二六八条三項の類推で説明し、伊東説は脱退との比較においてこれを説明した。この問題は明文がないことや既にみたような状況を共通の出発点とした説明の問題であることから、一方の理由づけは他方の理由づけを排斥するものではなく並存するものと思うが、結局のところ第三債務者の引込参加責任を考えないで実定法に根拠を求めると、訴訟告知、商法二六八条三項の類推、訴訟脱退の比較ということにならう。訴訟告知は任意的な規定であるから必要的告知となると、結局は理論から必要性を明らかにしなければならぬし、商法二六八条三項は会社法上の制度であるから直ちに類推できるかという点で疑問がない訳ではない³⁹⁾。訴訟脱退との比較も利益衡量分析としての意味はあるものの直接的な実定的根拠としては説得力にやや欠けるように思う。要するにいずれにしても直接的な実定規定を根拠にすることは困難であることは認めざるをえない。そこで結局は実定法上に直接明記されていなくとも理論的必然性ということ

で説明することになり、それしか方法がないのではないかと思う。債権者は債務者の権利を処分する権限を有しないから、それと等しい敗訴判決を受ける可能性のある訴訟では第三債務者との関係から債務者にもその効力を及ぼすべきで、そのためには債務者を訴訟に関与させる必要があり、そのための必要な行動は訴訟によって利益を得ようとする債権者が負うべきであると一般に考えるべきであろう。私見は丙を被告とすることが望ましいとのことで甲丙間の訴訟物を想定するものであるから、甲は丙を被告としないまでも、丙を訴訟に引込むべきであると思う。

第二の問題は訴訟告知か伊東説のような訴状送達かということである。後者は前者の内容をなすから対立するものではないとも考えられるが、後者がよいのではないかと思う。債務者の訴訟の関与というと訴訟告知以外の方法は全く話題にもなっていないが、訴訟告知そのものは元来現行法上では民訴法七〇条を考慮したものである。確かに近時、判決効との関連で制度目的の見直し⁽⁴⁰⁾がなされているとはいえ、いまだ既判力と結びつける場合の要件効果については明確なものとはなっていない⁽⁴⁰⁾と思う。例えばいかなる事項をいかなる時期までに告知するのかといったことも法文では明確ではない。明確でなくとも七〇条が問題とする限り、七〇条は除外例を規定しているから不都合はないのであるが、判決の効力と連動させる場合はどうなるのであろうかということである。例えば単に通知すればよいのか、また最初だけすればよいのか、といった問題がある。いずれにせよこの点の考察が今後より慎重になされなければならないであろう。そうであるならば端的に本案前に訴状送達（及び期日呼出）ということの方が明確であるし、当事者に準じる扱いということが明瞭になる。まして私見は債務者丙を当事者に準じて扱い甲丙間の訴訟物を想定すべしと説くのであるから、当然の帰結である。その意味では一種の必要的呼出しのようなものになると思う⁽⁴¹⁾。私見の訴状送達とは、債権者甲の責任の下に訴状を債務者に送達し、併せて債務者に対して訴訟に関与するのか、あるいは訴訟当事者に訴訟を委ねるのかを問うものと解するから、債権者からの申立てにより、裁判所はその旨の説明と訴状を送付すべきものと思う。

説明というのは、添付訴状のような訴えの提起がなされたので、この訴訟において原告の権利と自らの権利につき確定することになり、後で争うことはできなくなるので必要な訴訟活動をするようにとの説明である。勿論、必要な訴訟活動の方法として七一条、七五条等の参加形態の説明と一定期間内に何もしない場合は訴訟当事者にそれを委ねたものとして処理する旨を付記することが望ましいことは言うまでもない。かような手続を経ることによって判決効が債務者に拡張されると解するのである。

なおかような理解によって既判力拡張の根拠が得られるとするならば、法定訴訟担当と民法二〇一条の関係が問題となるであろう。債権者の固有適格訴訟が訴訟告知等の手続によって訴訟担当適格訴訟に変容するとの説明があるが、代位訴訟は直ちに法定訴訟担当ということではなく、債務者の訴訟担当を受容する意思を問う手続を通して訴訟担当となると解すべく、その意味では債務者が訴訟参加した場合は訴訟担当と解すべきではないと思う。権利者が自らの権利行使すべき訴訟に参加した以上そのことを最大限尊重すべきであり、既述のように代位債権者の優位性は判決内容において尊重すれば十分ではないかと思う。

第三の問題は代位債権者が債務者に訴状送達の手続（他の説によれば訴訟告知の手続）をしなかった場合の取扱いである。これは第五説（竹下説）が民法一〇九条、一一〇条、一一四条等を参考にして詳しく説明するように（また伊東説も言及するように）、第三債務者の応訴拒絶権の行使をまっぴらして、しかも、その後の裁判所の一定期間内の訴状送達の申立て（あるいは訴訟告知）をなすべき旨の命令に応じなかった場合に訴えを却下すべきであろう。債務者への連絡（訴状送達や訴訟告知）は当事者の問題であり、債務者の訴訟との結びつきをはかるものであると同時に第三債務者が債権者に既判力を及ぼすための方法であるから、彼の意思に委ねるべきである。また、そのことは本案の審理前に結着をつけておくべきであるから、第五説（竹下説）が民法一〇八条を参考に説くように、債務者に原告たる債権者が通知したか否かを問うことなく本案につき弁論をしたときは応訴拒絶権は失われると解すべきであろう。その場合に

その後第三債務者は自ら債務者に連絡することはできないかという問題になるが、第五説（竹下説）はこれを肯定する。いつまで許されるかという時間的制約を考えなくてはならないが、基本的には不都合はないのであるし、債務者は原則としていつでも自ら訴訟に参加できるのであることからしても肯定すべきである。ただその場合、原則としては通常の訴訟告知の問題として取扱うべきである。もっとも債務者が十分に訴訟活動ができたと思われる時点までに訴訟告知（私見では訴状の送達）がなされた場合で、債務者が訴訟参加しなかった場合は甲乙間の既判力を丙に拡張し、甲丙間にA債権につき既判力が生じると解する余地はある。

第四の問題は債務者が訴訟を知った場合の既判力の作用の仕方である。債務者は訴状の送達や訴訟告知を受け訴訟を知る訳であるが、それによって訴訟に参加した場合は参加形態によって判決の効力を受けるであろう。しかし、私見によれば当事者に準じる扱いをすることになるから七一一条参加か七五一条参加ということになる。⁽⁴³⁾ 訴状を送達されたことよって債務者は訴訟に現実に参加することができ、これを放置した場合に代位訴訟の既判力を受けることになる。当事者と同じ取扱いがなされないとはいえず、それに準じて扱われたのであるから、代位訴訟のA、B両債権の判断につき、その判断に従う意思を認めてもやむをえないということであり、かかる状況を基礎として民法二〇一条がストレートに適用されるということである。⁽⁴⁴⁾ 訴訟に現実に参加した場合については自らの権利につき自らの訴訟活動の結果と評価すべきであるから、既述のように直接に既判力を受けるとして構成することになる。

第五の問題は債務者に何等の連絡もなく、そのまま債権者と第三債務者との間で訴訟が遂行し、判決が確定してしまった場合である。第三債務者が応訴拒絶権を行使しなかった場合であるが、この場合の判決の効力は相対的に留まり、債務者に及ぶことはないかと解すべきである。この場合の再訴の不都合は第三債務者は甘受すべきである。私見によれば債務者は自らの関係する法律関係につき、債権者や第三債務者にそのための訴訟の遂行を担当させるとは考えられないからである。この点、第五説は代位債権者勝訴の場合には結果的にみて債務者の利益は債権者によって代表

されたといえるから、既判力は債務者に及ぶと説くのであるが、⁽⁴⁵⁾勝敗によって判決の効力が左右されるといふのは当事者間の公平を欠くと思われるし、債権者勝訴は直ちに債務者の利益になるとは限らないと思う。そもそも出発点では債権者が債務者を完全に代表しているとは思わないとしておきながら、勝訴した場合は代表しているというのはおかしい。正当に担当されたものでない以上、その結果がどうであれそれを判決の効果として受けるべきではないと思う。法定訴訟担当と一般に解されているとはいえ、債権者代位訴訟のような不完全な授權形態である場合には、自らの意思や行為とは無関係に判決の効力を受けることはないとの原則に立返って考えるべきで、そうであるならば相対的、即ち、甲乙間に限るべきであろう。⁽⁴⁶⁾

こうしてみると、結論的には本稿は甲丙間の訴訟物を想定するという点を除けば、取り立てて新しいことを主張した訳ではなく、第三期学説の具体的展開を追認したということになる。

(29) 前注13に掲げた判例研究において、私は次のような見解を主張したことがある。

「債権者代位訴訟は、債権者・債務者間の債権と債務者・第三債務者間の権利のそれぞれの存否につき、債権者、債務者、第三債務者の三者が争うものであり(従って、実質的には常に、二つの紛争対象が本体をなしているのであり)、これらを統一的に解決するものと理解することが許されよう。なぜならば、もし仮にそうでないと解すると、訴訟法的には、二回訴訟(債権者の債権についての訴訟と債務者の第三債務者に対する権利についての訴訟)をした方が、以後の紛争可能性の点からは望ましいといわなければならない、そうであるならば、そのことは債権者代位訴訟の意義を失わしめるものであるからである。さて、かように解するならば、実は、債権者代位訴訟とは原告たる債権者の、①債務者に対する自己の債権の確認の請求と、②第三債務者に対する債務者の権利に基づく請求(大部分は給付請求であろう)との合体したものと考えるのが正しいのではなからうか。」

このような考えは結果的には債権者代位訴訟を必要的共同訴訟と解することになるから、それひとつとっても正に暴論であり、民法の債権者代位権についての理解や訴訟法上の約束ごとを全く無視した、およそ現実離れの見解である。その意味で無

責任なその場限りの意見に過ぎないと評することができよう。いまここで、そのことについてあるいはそれに対する弁明を述べるつもりはない。しかし、右の私見は全く意味がないという訳ではないと思う。一種のフランス型の代位訴訟の日本への強引な持込みとの好意的な解釈もありえようが、そもそもこの見解が意図したことは、債権者代位訴訟において債務者への既判力拡張の正当性の根拠を債務者を代位訴訟に当事者として引込み、そして債権者・債務者間の債権（A）を審判対象とすることによって、債権者、債務者、第三債務者という三者の問題を一挙に解決しようとしたことにある。かような意図は第三期の学説の状況においては評価されてよいのではなからうかと思う。ただ残念なことに、前記のような構成ではあまりに問題は多くかような意図は達成できなかつたし、既にみた今日の学説の状況からみると今後かような方法での議論の展開はないと思う。

なお、小山教授は債権の本質から既判力の相対性の原則が働かない場面を明らかにしているが、そういう観点でのアプローチも今後は必要ではないかと思う（小山昇「債権者・主債務者間の判決と保証人」民商法七六卷三三三頁〔昭五二〕）。もっとも本稿のような場合には働く余地はないようであるが（小山・判批・判例評論二三七号四二頁）、既判力の相対性を修正する原理としてかような実体法の保証人に対する効力」ロースクール二五号九五頁注10〔昭五五〕がある。

(30) 鈴木・前掲書五四頁、新堂・前掲書二〇二頁参照。なお新堂・同注（一）はその場合に相手方はかような主張はできないと説く。また自称債権者による代位訴訟の問題については前掲（注2）・ミンシンボ八七頁以下で池田教授が論じている。

(31) 小林秀之「債権者代位訴訟への独立当事者参加」ロースクール三六号八三頁注23〔昭五六〕は「現在の債権者代位訴訟についての通説・判例の結論を維持するためには、債権者代位訴訟の判決においては第三債務者に対する関係では代位債権者の債務者への債権の存在は確定されている（第三債務者に対する関係のみ債務名義が存在している）」としなければ、債務名義を常に要求する強制執行手続とのバランスが取れないのではないだろうか」と指摘する。これについて上原教授は「たしかに、代位訴訟には債務者が関与しておりませんので、被保全債権の存在を肯定した判断が債務者を拘束すると考えるには困難が伴います。しかし、これでは、通説が既判力の拡張によって第三債務者の利益を保護しようとしたことが、なかば無意味になってしまう点で、問題であります。そして、第三債務者をそのような不安定な地位に置くとすると、代位訴訟そのものの正当性にも疑問が出て参ります。そこで、方向としましては、代位訴訟の本家判決により被保全債権の存在も確定されると考えざるべきであると考えます。問題はこの場合の債務者に対する手続保障であります。ここでも前述の訴訟告知の活用を考えてよいのではないのでしょうか。つまり、債務者に対する訴訟告知を必要なものとしたうえで、債務者に代位訴訟への参加責任を課する

という方向であります。もっとも、既に申し上げましたように、訴訟告知の制度自体の検討は必要と思いません。なお、逆に、第三債務者の方に、債務者を引き込む責任を課するのは、取立訴訟の場合と同様に、妥当でないと考えます。」と述べている（前注2掲記「ミニンポ・一〇一頁以下」）。

(32) 前注で紹介した上原教授の見解は、訴訟告知を活用した上で代位訴訟の本案判決により被保全債権の存在も確定されるという方法を志向している。今後この方向に学説は向うものと思うが、しかし、現行法は既判力は主文に包含するものに限り生じるとというのが原則であることからすると（民訴法一九九条）、その説明は困難と思われる。また訴訟告知と結びつけることも問題かもしれない（ミニンポ一六頁以下の三ヶ月発言参照。なお既判力でなく争点効や信義則によるとの説明も可能と思われるが、この問題は典型的事例での拘束力を問題とするのであるから、正面から既判力として可能か否かが問われるべきであると思う。そうなると本文に述べるような方法しかないのではないかと思う。この点については拙稿「黙示による中間確認の訴え」法研五三巻一二号一九三頁以下参照。

(33) 坂口裕英「訴訟判決」演習民訴法上五六〇頁以下〔昭四八〕は、代位訴訟の訴訟物は代位権に基づく甲の乙に対する直接の請求権であり、自らの保全請求権が甲乙の審判対象となると説く。もっとも請求棄却、請求認容の判決は甲、丙のそれぞれ債権そのものの存否については既判力は生じず、この双方の債権の存在から成立し、甲の丙の債権に対する管理権を基礎とする、甲の乙に対する請求権が既判力の対象であると解している（五六三頁注7）。

(34) 大判昭和二年四月七日民集一六巻七号三九八頁を評した兼子博士は「登記や戸籍は実質上の権利関係を反映すべきもので、実質上の権利関係との不一致を理由に之が変更訂正を求め訴に於ては、常に実質上の権利関係の存否自体が請求の主要内容を成し、抹消訂正等に協力すべき旨の請求は技術的に附随して為されると云ふべきで、登記請求のみを独立の訴訟物と考えるのは甚だ概念的に過ぎるから〔中略〕…原告の物権の主張であれば当該物権の存否が判断された限り、之について既判力を生ずる」と述べている（判例民事法昭和二年度二八事件判例民事法二九二頁。なお原文の旧漢字は常用漢字に改めた）。この所説はそのまま博士によって維持されたが（民訴法体系三四三頁、条解民訴法上五一四頁）、学界においては多数説になることはなかった。もっとも、山内敏彦「既判力の物的・時的限界」司法協会雑誌一九卷一〇・一合併号九九七頁〔昭一五〕、伊東乾「既判力の範囲」民訴講座三巻七三三頁〔昭三〇〕は物権的請求権の場合を含めて肯定する（伊東教授は「既判効の理論—既判力の対象—」民訴雑誌一六号一一頁〔昭四五〕で改説。近年では小室直人「訴訟物と既判力の交錯」ロースクール二二号三七頁以下〔昭五五〕も同趣旨を説く。なお最判昭和三〇年一月一日民集九巻一三号一九〇七頁の一審判決は

兼子博士の判例民訴法を引用している(判例集一九一三頁。この一審判決は控訴審では支持されたが、上記の最高裁判決によって破棄された)。

(35) 井上治典・伊藤真・佐上善和・これからの民訴法九一頁(伊藤真担当・昭五九)参照。

(36) この判例は転用例であり、土地賃借人が建物所有者に対して明渡しを求める訴訟に、債務者に該当する土地所有者が七一条参加を求め、それを認めた事例である。この判決については池田辰夫・民訴法判例百選第二版九二頁(昭五七)、前記拙稿法研四七卷九号八五頁等参照。

(37) 結果的にはフランス型への接近であり(前注24参照)、必要的訴訟告知(注17参照)ということになる。

(38) 春日・前掲書一七六頁参照。なお注11参照。

(39) 株主代表訴訟と代位訴訟の違いを強調するのは三ヶ月・第一論文一四頁注六。問題の視点は異なるが、株主の代表訴訟は代位訴訟性と代表訴訟性の二重性格を有していると説くのは竹内昭夫「株主の代表訴訟」法学協会百周年記念論文集第三卷一五三頁以下(昭五八)。また谷口安平「会社訴訟における訴の利益」法学論叢八二卷二・三・四号三一八頁は商法二六八条三項の会社への告知につき「この通知をしなかったとしても、判決効は民訴法二〇一条によって会社に及ぶであろうから、やはりこの通知の本質は参加効力を生じさせるに過ぎない通常の訴訟告知と解するほかあるまい。しかし、機能的にはここいう手続的保障としても働いている。従って他の株主に何らの通知が保障されないのは片手落ちである」としている。そこで訴訟告知の有無と判決の効力を結びつける構成はこの条項をもって類推できるのであろうかという疑問もある。

(40) 従来あまり研究がなされていないとはいえ、今日では訴訟告知について佐野裕志「ロイセン一般裁判所法における訴訟参加制度」一橋研究五卷一八二頁以下(昭五五)、同「訴訟告知制度」民商法八七卷一三〇頁以下、二一六六頁以下(昭五七)等の史的研究、徳田和幸「補助参加と訴訟告知」新・実務民訴講座三卷二二七頁以下(昭五七)、佐野裕志「第三者に対する訴訟の告知」講座民訴第三卷二七五頁以下(昭五九)等の新しい解釈論の展開、新堂・井上・佐上・高田・民事紛争過程の実態研究・七九頁以下の具体的事件を通しての問題の提示と試論の発表、仙台高判昭和五年一月二八日高民集三三卷一〇一頁、東京高判昭和六〇年六月二五日判時一六〇号九三頁・判タ五六六号一五二頁等の注目すべき判例、中本敏嗣「訴訟告知に関する諸問題」判タ五七七八号九頁以下(昭六一)の実態を踏まえた研究等、目覚ましいものがある。しかし、参加効力を主目的とする本来型といわれる訴訟告知はともかく、それとは異なる「付随型」となると(この区別については中本・前掲書九頁以下)、今後の判例や学説の展開を待つ部分が多いように思う。

(41) 西ドイツの *Beitragung* についての研究も目覚ましいものがあるが(例えば高橋宏志「必要的共同訴訟論の試み(二)」法協九二巻六号六五四頁以下〔昭五〇〕)、ここでは詳細を論じることができない。なお吉村教授は「必要的呼出における訴状の送達と期日の呼出が、呼出された者の参加がなければ、一回期日だけで足りるとすれば……、実質的には訴訟告知と異なるところがなく、負担も変わらない」と述べている(吉村・前掲山木戸還暦下巻一四五頁注25)。

(42) 注27の吉村教授の見解参照。

(43) 池田・前掲論文(四)・判時九九九号一六頁参照。反対は竹下・前掲条解民訴法六七一頁。なおこの問題の概要については拙稿(前注1)の民法演習 八八頁参照。

(44) 二〇一条二項の立法沿革については池田・前掲論文(三)判時九九六号一五頁以下に詳しい。それによればこの規定は民訴法七条の選定当事者のための規定であり、債権者代位訴訟については立案者の念頭には全く存在しなかったという。

(45) 竹下・前掲条解民訴法六七一頁。なお竹下「判決の反射的效果についての覚え書」一橋論叢九五巻一号四〇頁〔昭六一〕参照。

(46) 最近の実体法学者で相対効を説くのは平井宜雄・債権総論二〇八頁以下〔昭六〇〕であり、「代位権を代位債権者のための権利(包括的担保権)であって、その効果は実体法上債務者に帰属しないと考えれば……、代位訴訟の判決の効力は、原則として(保存行為については、及ぶと解する余地がある)勝訴判決であると否とを問わず……、債務者に及ばないと解すべきである。前記大判昭和十五年三月一日が扱った問題は、判決の効力の問題としてではなく、時効中断の効果の及ぶ客観的範囲の問題として考えれば足りる」とする。なお第三債務者保護の視点については三ヶ月説と同様に(前注3参照)、考える必要はないとする。即ち、通常の訴訟の場合でもそうなのであって、この場合だけ特別扱いにするほどの必要があるかどうか疑問とする(二〇九頁)。また奥田昌道・債権総論(二)二七〇頁〔昭五七〕は於保博士の「代位債権者には債務者の債権について管理権限はあるも処分権限は存せず、債権者の訴訟追行が管理権限を越えている場合は、たとい判決を受けてもその既判力は債権者に及ばず、逆に、管理権限内であれば、当然に既判力は及ぶとの見地から、代位訴訟において相手方が債務者の権利の存否を争うときは、代位債権者は権利の存否を争う権限は有しないから、この場合に権利の存否を確定した判決は、敗訴判決のみでなく、勝訴判決もまた、債務者が追認しない限り(民訴五四条)、債務者に対して既判力を及ぼすことはありえない」との説に立脚し、「権利の存在を主張して勝訴した場合管理権限の範囲内であったとみるべきではなからうか」とする。

四 おわりに

債権者代位訴訟についての最近の議論に触発されて問題点を整理し自らの考えを纏めたのであるが、この問題に関して最近公刊した論稿の中では、私は従前の通説の立場を支持してきたから、その意味では改説ということになる。問題を考えるにあたっては伊東説と自己の従前の判例批評と既判力に関する自己の論稿を一つの基準とした。⁽⁴⁷⁾ 自らの既判力に関する考え方をこの問題で明らかにしようと思ったのと、この問題においてほとんど参照されることのない伊東説の意味を明らかにしたいと思ったからである。この目的が達成されたかということであるが、前者については従前の私見は全くの異説であるために、本稿でも結局、異説を説くようになってしまった。しかし異説とはいえ、考えられる一つの可能性を追求した点に少なくとも意味があると思う。しかし、それぞれの論稿間の整合性と自らの既判力についての考え方はいざれ纏めて自らの学説の内容をより一層明らかにしたいと思っている。後者については伊東説が今日的な学説に十分対応できるものであり、その意味で先見的な学説であったことは明らかになったのではないかと思う。今日の学界の状況を受けて、この問題について伊東教授がその説く所をいかに発展、展開させていくかは今後すこぶる興味のあるところである。

なお事柄の性質上取立訴訟や他の類似した訴訟担当の場合の取扱い、あるいは当事者適格の問題について論及しなければならぬのであるが、紙幅の関係で断念せざるを得ない。他日を期したいと思う。

(47) 「黙示による中間確認の訴え」法研五三卷二二号一八一頁以下〔昭五五〕で、既判力の客観的範囲の拡大は黙示による中間確認の訴えに依るべしと説いた。訴訟物やそれに対する判決は明示である必要はないし、それが立法沿革にも即応するといふものであった(「民訴法一九九条一項の沿革について」法研五四卷四号四一頁以下〔昭五六〕参照)。「既判力標準時後の相

殺権行使について」慶應義塾創立一二五年記念論文集法学部法律学関係二四一頁以下〔昭五六〕はいわゆる既判力の時的限界の問題で、相殺の抗弁といえども前訴において行使可能ならば既判力で遮断されるというものであった。紛争は早く片付くものは早く片付けるべしと説いたことになる。このような二つの考え方が本稿の基本的な視点にあるということである。