

平成 25 年予備試験 民事訴訟法

問題文

〔設問 1〕と〔設問 2〕の配点の割合は、7：3)

次の文章を読んで、後記の〔設問 1〕及び〔設問 2〕に答えなさい。

【事例】

Aは、平成23年11月10日、Bに対し、弁済期を平成24年11月10日として、1000万円を貸し付けた（以下、この貸付けに基づく貸金債権を「甲債権」という。）。しかし、Bは、弁済期にこれを返済しなかった。

そこで、AがBの現在の財産状況を調査したところ、Bの営む店舗の経営状態が悪化し、甲債権のほかにも、多額の借入金や取引先に対する買掛金の合計1億円余りが弁済期を過ぎても未払となっていること、Bの所有する不動産にはその評価額以上に抵当権が設定されており、平成25年1月31日を弁済期とする500万円の売掛金債権（以下「乙債権」という。）をCに対して有するほか、Bには見るべき資産がないことが判明した。

そこで、平成25年2月25日、Aは、Bに代位して、乙債権の支払を求める訴えをCに対して提起した（以下、この訴えに係る訴訟を「訴訟1」という。）。

〔設問 1〕(1)と(2)は、独立した問題である。）

(1) Bは、平成25年3月14日、訴訟1に係る訴状の送達を受けたCから問い合わせを受けて、訴訟1が第一審に係属中であることを知った。Bは、甲債権については、平成24年12月10日にAから免除を受けたとしてその存在を争うとともに、乙債権については、自己に支払うようCに求めたいと考えている。

ア この場合、Bは、訴訟1において、民事訴訟法上、どのような手段を採ることができるか、理由を付して述べなさい。

イ 裁判所は、審理の結果、甲債権は存在せず、乙債権は存在すると判断した場合、どのような判決をすべきか、Aが提起した訴訟1に係る訴え及びアでBが採った手段のそれぞれについて説明しなさい。

(2) Bが訴訟1の係属の事実を知らないうちに、訴訟1について、甲債権は存在すると認められるが、乙債権が存在するとは認められないとして、請求棄却判決がされ、この第一審判決が確定した。その後、Bが、Cに対し、乙債権の支払を求めて訴えを提起した（以下、この訴えに係る訴訟を「訴訟2」という。）ところ、訴訟2の過程において、訴訟1についての上記確定判決の存在が明らかになった。この場合において、訴訟2の受訴裁判所はどのような判決をすべきか、当該受訴裁判所が、審理の結果、訴訟1の口頭弁論終結時において甲債権が存在していたと判断したときと、これが存在していなかったと判断したときとに分けて説明しなさい。

【事例（続き）】〔設問 1〕の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

Dは、Bに対して、平成25年2月10日を弁済期とする1500万円の売掛金債権を有しているが、同年4月半ば、Dの取引先でCとも取引関係があるEから、AのCに対する訴訟1が第一審に係属中であると知らされた。

そこで、Dは、顧問弁護士と相談した結果、Aが甲債権を有することを争う必要はないが、このままではAが乙債権の弁済による利益を独占し、自らが弁済を受ける機会を失ってしまうこととなるので、それを避けたいと考えるに至った。

〔設問2〕

この場合、Dは、訴訟1において、民事訴訟法上、どのような手段を採ることができるか、理由を付して述べなさい。

- ※ 最判昭 48.4.24【百選 108】(以下「昭和 48 年判決」という。)を素材とした問題である。
- ※ 設問 2 は(新)司法試験平成 23 年度民事系科目第 3 問(民事訴訟法)設問 2 で問われている問題と同じである。

第 1 設問 1 について

1 (1)について

(1) アについて

ア 昭和 48 年判決によれば、独立当事者訴訟参加のうち、権利主張参加(47 I 後段)の可否を検討することになる。

権利主張参加は、「訴訟の目的の全部若しくは一部が自己の権利であることを主張する」という要件を満たす場合に許容される。権利主張参加の趣旨は、訴訟の目的についての権利に関する三者間の法律関係を矛盾なく解決することにあることから、この要件は原告の請求と参加人の請求が法律上非両立の関係にあることを意味すると考えられている。

平成 29 年改正前、本問や昭和 48 年判決の事案では、被保全債権が存在すれば代位債権者が法定訴訟担当者として第三債務者に対する給付請求の当事者適格を有し、逆に被保全債権が存在しなければ債務者が当事者適格を有するため、代位債権者と債務者は当事者適格の択一的な帰属を巡って争う関係に立つから、原告の請求と参加人の請求は法律上非両立の関係にあり、「訴訟の目的の全部若しくは一部が自己の権利であることを主張する」場合に当たると言い得た。

これは、債権者が適法に代位権の行使に着手した場合には、債務者に対してその事実を通知するか、又は債務者がそれを知ったときに、当事者適格を欠くという判例法理を前提としたものである(下記参照)。もっとも、平成 29 年民法改正によって、「債権者が被代位権利を行使した場合であっても、債務者は、被代位権利について、自ら取立てその他の処分をすることを妨げられない」(民 423 の 5)と定められたため、債権者が被代位権利を行使した後も、当事者適格は失われないことになる。

したがって、平成 29 年改正後は、代位債権者と債務者は当事者適格の択一的な帰属を巡って争う関係に立つわけではなく、独立当事者参加(権利主張参加)を肯定した昭和 48 年判決の結論が維持できるのかには争いがある。

平成 29 年改正後もなお独立当事者参加を肯定するとすれば、債務者が債権者の被保全債権の存在を争う際の便宜を強調し、要件を緩和するしかないだろう。共同訴訟参加(52)では、被保全債権の存在を争うことができないからである。

イ なお、被代位債権を債権者と債務者の両者が訴求することになるから、二重起訴の禁止(142)に触れないかという点も問題となる。昭和 48 年判決は、「債権者が民法 423 条 1 項の規定により代位権を行使して第三債務者に対し訴

を提起した場合であっても、債務者が民訴法 71 条（注：現 47 条）により右代位訴訟に参加し第三債務者に対し右代位訴訟と訴訟物を同じくする訴を提起することは、民訴法 231 条（注：現 142 条）の重複起訴禁止にふれるものではないと解するのが相当である。けだし、この場合は、同一訴訟物を目的とする訴訟の係属にかかわらず債務者の利益擁護のため訴を提起する特別の必要を認めることができるのであり、また、債務者の提起した訴と右代位訴訟とは併合審理が強制され、訴訟の目的は合一に確定されるのであるから、重複起訴禁止の理由である審判の重複による不経済、既判力抵触の可能性および被告の応訴の煩という弊害がないからである。」とし、二重起訴の禁止には触れないとしている。

(2) イについて

ア 訴訟 1 に係る訴え

被保全債権の存在が代位債権者の原告適格を基礎付けることからすれば、訴訟 1 に係る訴えは訴訟要件を欠き、訴えを却下することになる。

イ アで B が採った手段（独立当事者参加を肯定した場合）

(ア) A に対する請求（甲債権不存在確認請求）

甲債権は不存在だから、請求認容されることになる。

(イ) C に対する請求（乙債権履行請求）

乙債権は存在するから、請求認容されることになる。

2 (2)について

(1) 甲債権が存在していた場合

債権者代位訴訟における判決の既判力が債務者に及ぶ（115 I ②）ところ、請求棄却判決であっても債務者に既判力を及ぼすことの当否については議論がある。

この点について、判例（大判昭 15.3.15）は、肯定的に解している。

その結果、B は乙債権の不存在という前訴既判力に矛盾する主張をすることができないから、訴訟 2 の受訴裁判所は請求棄却判決をすることになる。

(2) 甲債権が存在していなかった場合

甲債権が存在していなかった場合には、既判力の拡張を否定するのが、裁判例（大阪地判昭 45.5.28）・通説である。ただし、平成 29 年改正後は、債務者が訴訟告知を受けたにもかかわらず（民 423 の 6）訴訟に参加せず、後に代位債権の不存在を主張することは、信義則に反するという指摘がある。

したがって、訴訟 2 の受訴裁判所は、改めて乙債権の存否について審理をし、その心証に従った本案判決をすることになる。

第 2 設問 2 について

1 問題の所在

代位訴訟を提起した債権者以外の一般債権者による債権者代位訴訟への参加の可否及び参加形態について問われている。

2 独立当事者参加

- (1) 本問では、Dは自らも弁済を受ける機会を得ようと考えて、訴訟参加を検討しているのであるから、権利主張参加（47 I 後段）について検討すればよいだろう。

上記のように、昭和48年判決は、債権者代位訴訟に、被保全債権の存在を争う債務者が、自らへの給付を求めて権利主張参加をすることが肯定されるとした（ただし、平成29年改正後もこの結論を維持することができるかは、上記のように不透明である。）。

もっとも、本問は、他の債権者が、債権者代位訴訟の提起を求めて、権利主張参加を申し立てている事案であり、昭和48年判決の事案と異なる。

- (2) 本問と同様の債権者代位権の競合事案において、権利主張参加の可否が問題となった裁判例として、東京高判昭52.4.18（以下「昭和52年裁判例」という。）がある。

同高判は、「〔原告の〕代位権行使と〔他の債権者の〕代位権行使との競合の問題が生ずるが、そもそも債権者代位権は、債権保全のために均しく債権者に認められる制度であるから、初めに代位権の行使に着手した債権者に優越的地位を認めてそれを行行使する権限（訴訟との関係では訴訟追行権）を独占せしめ、他の債権者の行使を許さないとすべき理由はなく、債権者は対等の地位において代位権行使の権限を有すると認めるべきであって（もっとも、重複訴訟という訴訟法上の制約はあるが、本件は、参加人の行使が当事者参加によるので重複訴訟禁止の理由は存在せず、その禁止にふれるものではない。）、数人の債権者が競合した場合には、裁判所は、それぞれの債権者につきその請求をともに認容すべきであると認めるのが相当である。」と判示した。

昭和52年裁判例からすると、本問でも、権利主張参加が認められることになりそうである。

しかし、本問では、「Dは、……Aが甲債権を有することを争う必要はない」とされている。

そもそも、「原告の請求と参加人の請求が法律上非両立の関係にある」とは、基本的には、一方の請求が認容されれば、他方の請求が棄却される関係にある場合を指す。例えば、本訴請求がある土地の所有権の確認請求で参加人の請求も同じ土地の所有権の確認請求であるような場合である。

その意味で、昭和48年判決の事案は変則的である。この事案では、上記のように、代位債権者と債務者は当事者適格の択一的な帰属を巡って争う関係に立つからである（なお、平成29年改正後は、このような関係が成り立たなくなるのは、上記の通りである。）。

本問でも、このような意味における非両立関係が認められれば、権利主張参加は許されることになるが、上記のように、Dは、Aの当事者適格を争っておらず、代位債権者同士が、当事者適格の択一的な帰属を巡って争う関係にあるわけではない。

したがって、「原告の請求と参加人の請求が法律上非両立の関係にある」とはいえず、権利主張参加は認められないというべきである。

もっとも、設問1において、権利主張参加の要件を緩和するという立場に立った場合には、ここでも権利主張参加を認める余地がある。

※ 出題趣旨には記載がないが、権利主張参加を認めた場合には、二重起訴の禁止に触れないかという点も検討した方がよいだろう。

※ 権利主張参加を認めた場合、片面的な参加となろう。A D間に争いがなく、DからAに対して請求を立てさせる必要がないからである。

3 共同訴訟参加 (52)

共同訴訟参加 (52) は、「訴訟の目的が当事者の一方及び第三者について合一にのみ確定すべき場合」に認められるが、これは 40 条 1 項の「合一にのみ確定すべき場合」と同じ意味であり、訴訟の目的である権利又は法律関係についての判決の内容が各人に区々別々になってはならないという関係にある場合を言う。

したがって、共同訴訟参加が許されるのは、第三者が当事者適格を有しており、かつ、自ら訴え又は訴えられなくても判決の効力を受ける場合である（最判昭 36.11.24【百選A33】）。

(1) 当事者適格の有無

昭和 48 年判決は、「もっとも、債権者が適法に代位権行使に着手した場合において、債務者に対しその事実を通知するかまたは債務者がこれを了知したときは、債務者は代位の目的となった権利につき債権者の代位権行使を妨げるような処分をする権能を失い、したがって、右処分行為と目される訴を提起することができなくなる（大審院昭和……14 年 5 月 16 日判決……参照）のであって、この理は、債務者の訴提起が前記参加による場合であっても異なるものではない。したがって、審理の結果債権者の代位権行使が適法であること、すなわち、債権者が代位の目的となった権利につき訴訟追行権を有していることが判明したときは、債務者は右権利につき訴訟追行権を有せず、当事者適格を欠くものとして、その訴は不適法といわざるをえない反面、債権者が右訴訟追行権を有しないことが判明したときは、債務者はその訴訟追行権を失っていないものとして、その訴は適法といえることができる。」としていたが、平成 29 年改正後は、これを維持することができないのは上記の通りである。

また、そもそも、昭和 48 年判決は、債権者代位訴訟に債務者が独立当事者参加したケースであって、本問のように債権者代位訴訟が競合した場合には射程が及ばないという理解もあり得た。

いずれにしても、Dの当事者適格が否定されることはない。

なお、平成 29 年改正前においても、本問とは事案が異なるものの、債権者代位訴訟が提起された後、同一金銭債権について、国税滞納処分に基づく取立訴訟が提起された事案において、両者に当事者適格を認め、両請求を併合審理し、両請求を認容できるとした判例がある（最判昭 45.6.2）。

(2) 判決効の拡張の有無

債権者代位訴訟における他の債権者については、条文上判決効が拡張されることはない（115 I 各号）。

もっとも、債権者代位訴訟の結果如何にかかわらず、条文上債務者には判決効が及ぶ（115 I ②）。そこで、判決効の矛盾抵触を防ぐため、債務者に及んだ判決効が反射的に他の債権者に及ぶと解されている。実質的にも、（特に債権者が敗訴した場合）第三債務者の応訴の煩を考えれば、かかる結論は妥当である。

したがって、他の債権者についても、判決効が拡張される。

出題の趣旨

本問は、債権者代位訴訟の基本的理解及びそれを踏まえた訴訟参加の基本的理解を問うものである。

設問1(1)アは、債権者Aが債権者代位訴訟を提起した場合の債務者Bの当事者適格の有無等の検討を前提に、Bがする訴訟参加の形態を問うものである。設問1(1)イでは、債権者代位訴訟において債権者Aに当事者適格が認められるためには甲債権が存在すると認められることが必要であること、設問1(2)では、これに加えて、債権者代位訴訟の既判力が債務者Bに及ぶかどうかの検討を踏まえて、それぞれの事例について、裁判所がすべき判決内容を論じることが求められる。また、設問2は、債権者Aが提起した債権者代位訴訟に係る判決の効力が、債務者Bの他の債権者であるDに及ぶかどうかの検討を前提に、Dがする訴訟参加の形態を問うものである。

模範答案

1 第1 設問1(1)について

1 アについて

- (1) BはAに対して甲債権の不存在確認を求めるとともに、Cに対しては乙債権の支払を求めて、訴訟1に独立当事者参加（権利主張参加、47条1項後段）するという手段を採ることが考えられる。
- (2) もっとも、債権者代位訴訟の訴訟物は乙債権であるため、Bが乙債権を求めて権利主張参加することが重複訴訟禁止の原則（142条）に当たらないかが問題となる。

この点について、独立当事者参加は、代位訴訟と併合審理が強制され、合一確定が図られる（47条4項、40条）以上、審理の重複による訴訟不経済、相手方の応訴の労、既判力抵触のおそれという弊害はないので、Bの権利主張参加は重複訴訟禁止に当たらない。

- (3) もっとも、権利主張参加を認めるためには、「訴訟の目的の全部若しくは一部が自己の権利であることを主張する」必要がある。

これは、権利主張参加の趣旨が訴訟の目的についての権利に関する三者間の法律関係を矛盾なく解決することにあることから、原告の請求と参加人の請求が法律上非両立の関係にあることを意味する。

本問では、Aが提起した訴訟1とBがCに対して提起した訴えの訴訟物は同一であり、非両立の関係にはない。また、債権者が被代位権利を行使した後も、債務者の権利処分権は制約されないから（民法423条の5）から、当事者適格は失われない。そのため、AとBは当事者適格の択一的な帰属を巡って争う関係に立つわけでもなく、当事

2 者適格のレベルでの非両立も認められない。

したがって、いずれの観点からしても、Aの請求とBの請求は法律上非両立の関係にあるとはいえ、「訴訟の目的の全部若しくは一部が自己の権利であることを主張する」場合に当たるといえない。

- (4) 以上より、Bは権利主張参加という手段を採ることができない。
- (5) Bは、共同訴訟参加をして、乙債権について、自己に支払うよう求めることができるのみである（52条）。なお、共同訴訟参加が認められるためには、第3で論じる通り、判決効の拡張があり、当事者適格を有する必要があるところ、上記のように債務者には当事者適格があり、また、第2で論じる通り、既判力の拡張も認められる。

2 イについて

- (1) 訴訟1に係る訴えについて

債権者代位訴訟において、被保全債権の存在は当事者適格を基礎付けるものであるから、被保全債権が不存在とされた場合、代位債権者であると主張した者の被代位債権に関する当事者適格は失われることになる。

甲債権が不存在と判断された場合、Aの当事者適格は失われることになるため、訴訟要件が欠け、訴え却下判決となる。

- (2) アでBが採った手段について

B・C間については、BのCに対する支払請求権は乙債権が存在していたと判断されているのであるから、請求認容判決がなされる。

第2 設問1(2)について

- 3
- 1 甲債権が存在していたと判断した場合
 訴訟 1 の追行の結果なされた判決の既判力は債務者 B に及ぶ（115 条 1 項 2 号）。
 したがって、訴訟 2 の受訴裁判所はこれと異なる判断をすることはできないから、訴訟 2 は請求棄却判決となる。
 この点について、請求棄却判決の場合には既判力の拡張を認めない立場があるが、条文上そのような区別はないし、債務者の手続保障は訴訟告知の義務付け（民法 423 条の 6）によって図られているのであるから、実質的にみてもそのように解する必要はない。
- 2 甲債権が存在していなかったと判断した場合
 この場合は訴訟 1 の判決の既判力は拡張されないと解すべきである。
 既判力の正当化根拠は手続保障にある。そして、115 条 1 項 2 号が既判力の拡張を認めているのも、適式な当事者適格を有する者の手続保障がその他人の手続保障を代替しているからである。そうすると、適式な当事者適格が欠ける者による訴訟追行は 338 条 1 項 3 号の訴訟行為に必要な授權を欠いた場合に準じる事情があると考えらるべきである。
 したがって、受訴裁判所は改めて乙債権の存否を審理し、本案判決するべきである。
- 第 3 設問 2 について
 D は、自らも B に代位して、乙債権の支払いを求める訴えを C に対して提起することが考えられる。
- 1 独立当事者参加（権利主張参加）

- 4
- (1) 前設問と同様、「訴訟の目的の全部若しくは一部が自己の権利であることを主張する」の要件の存否を判断する。
- (2) ある債権者が適法に代位権の行使に着手した場合において、他の債権者の当事者適格を欠くとする法理はない。特に、前設問で論じたように、そのような場合に債務者ですら管理処分権の制約を受けないのであるから、他の債権者についてはなおさらである。
 したがって、訴訟物の非両立性は当然のこと、当事者適格の非両立性も認められず、「訴訟の目的の全部若しくは一部が自己の権利であることを主張する」場合には当たらない。
- (3) 以上から、D は、権利主張参加という手段を採ることはできない。
- 2 共同訴訟参加（52 条）
 共同訴訟参加は、「合一にのみ確定すべき場合」に認められるが、これは 40 条 1 項の「合一にのみ確定すべき場合」と同じ意味であり、訴訟の目的である権利又は法律関係についての判決の内容が各人に区々別々になってはならないという関係にある場合、すなわち判決効の拡張がある場合を言う。この点について、債権者同士は債務者を媒介にして反射的に債権者代位訴訟の既判力の拡張を受けるから、「合一にのみ確定すべき場合」に当たる。
 また、第三者は、その訴訟の共同訴訟人として参加するから当事者適格を有することが必要となるが、ある債権者の債権者代位訴訟の提起によって、他の債権者の管理処分権が制限されないのは上記の通りである。
 よって、D は、共同訴訟参加という手段を採ることができる。以上