

# 日本補助参加制度の立法的沿革について

間 淵 清 史

- |   |                      |   |                  |
|---|----------------------|---|------------------|
| 1 | はじめに                 | 5 | 明治36年旧法典調査会案の成立  |
| 2 | 明治18年の訴訟規則における補助参加制度 | 6 | 大正15年の大改正（大正民訴法） |
| 3 | テッヒョー草案の成立           | 7 | 現行法の成立           |
| 4 | 明治23年民訴法の誕生          | 8 | むすびにかえて          |

## 1 はじめに

補助参加制度については、参加要件としての第三者が「訴訟の結果について利害関係を有する」（42条）ということの意味、補助参加人の訴訟上の地位如何および補助参加人に対する裁判の効力（46条）の範囲などが従来からの主たる論点であるが、それらを巡る議論もやや出尽くした感があり、理論面では比較的最近まで小康状態ないしは沈静化の傾向にあった。例えば、42条にいう「訴訟の結果」についていえば、相変わらずこれを訴訟の勝敗、すなわち訴訟物たる権利関係の存否に関する判断と解する説<sup>(1)</sup>、判決理由中の事実・法律関係の存否に関する判断も含まれると解する説<sup>(2)</sup>、さらには訴訟の結果ということはそれほど重要ではなくむしろ第三者の弁論要求こそが参加要件とする説<sup>(3)</sup>などが対立してきたのであるが、この問題についての決定打となるような理論ないし視点はいまのところ示されていない<sup>(4)</sup>。また、補助参加人に対する裁判の効力についても、

判例・通説である参加的効力説<sup>(5)</sup>、参加的効力のほかに既判力・争点効の拡張を認める説<sup>(6)</sup>および新既判力説<sup>(7)</sup>などが対立してきたのであるが、いずれも理論的にみて他を圧倒するだけの突出した説得力を有するわけではなかった。このような状況のもと、いずれの論点についても、議論は膠着状態に陥っていたといつてよいであろう。もちろん、このことは、補助参加制度を支える理論が決して満足すべき状態にはないということを意味していた。

ところが、ここにきて判例に動きがみられるようになった。株主代表訴訟における会社の被告側への補助参加を認めた最決平成13年1月30日<sup>(8)</sup>、労働者災害補償保険法に基づく保険給付の不支給決定取消訴訟における事業主の被告側への補助参加の許否に関する最決平成13年2月30日<sup>(9)</sup>など、参加の利益を巡って争われた事件がそれである。1月30日判決に関連する問題については、従来の下級審判例および学説における積極・消極両説の対立に最高裁が一応は決着をつけたわけである。それに照応させるための平成13年商法改正も行われた。とはいえ、なお残された問題も少なからず存在するようである<sup>(10)</sup>。1月30日判決に至るまでの一連の下級審判例および学説状況ならびに1月30日判決と2月22日判決とのニュアンスの違いなどからは、参加の利益概念については、判例理論はなお定まっていないとみることもできるし、学説の側も、従来、そして現在においても、判例および実務をリードするだけの指導力ももちえていないように見受けられる。また、旧民訴法(大正15年改正法のこと。以下では、「大正民訴法」とする)78条(現行53条4項)および70条(同46条)により被告告知者に対して及ぶ裁判の効力に関する最判平成14年1月22日<sup>(11)</sup>は参加の利益をその論旨の前提としているのであるが、そのような立論には疑問九一を差し挟む余地があると思われるところ、この点についてもこれまでは判例・実務に対して指導力もちうるだけの理論が提示されていなかったのではないかと思われるのである<sup>(12)</sup>。

いずれにせよ、現在の日本の判例および学説をみるかぎり、補助参加制

度についての中核となるような理論ないしは視点の提示がなお十分ではないように見受けられる。わたくしは、かつて主として訴訟告知の効力論との関係で訴訟告知制度および補助参加制度の沿革について若干の調査・研究をする機会をもった<sup>(13)</sup>。その過程で補助参加と訴訟告知との関係について、現在の一般的理解とは逆の考え方も可能なのではないかと、また事によるとそちらのほうが正統なのではないかとの感触を得た。本稿は、そのときの感触を頼りに補助参加制度の立法的沿革を辿ってみたい。本来なら、少なくとも19世紀ドイツ普通法における補助参加論から1877年のドイツ民事訴訟法成立史あたりまで(可能であれば、18世紀以前の普通法からローマ法源にまで)遡り、そこでの調査・研究の成果を踏まえたうえで日本の補助参加制度についての示唆を得たいところであるが<sup>(14)</sup>、なにぶん二次的資料の収集・時間等の面で様々な制約があるので、ここではさしあたり日本における立法的沿革のみを検討対象とすることにしたい<sup>(15)</sup>。

- (1) 兼子 一『新修民事訴訟法体系(増訂版)』(1966年、酒井書店)399頁、三ヶ月 章『民事訴訟法(法律学全集)』(昭和34年、有斐閣)235頁、木川 統一郎『民事訴訟法重要問題講義 上』(平成4年、成文堂)102頁以下など、かつての通説。
- (2) 井上治典『多数当事者訴訟の法理』(弘文堂、昭和56年)65頁、伊藤 眞『補助参加の利益再考』民事訴訟雑誌41巻(1995年、法律文化社)1頁、小林秀之『プロブレム・メソッド新民事訴訟法』(1997年、判例タイムズ社)438頁、上田徹一郎『民事訴訟法〔第三版〕』(2001年、法学書院)528頁、新堂幸司『民事訴訟法〔第二版〕』(平成13年、弘文堂)693頁など、現在の多数説。
- (3) 井上治典『多数当事者の訴訟』(1992年、信山社)175頁以下。
- (4) この問題について、判例の立場は明らかではない。判例とその整理は、秋山幹男=伊藤 眞=加藤新太郎=高田裕成=福田剛久=山本和彦『コンメンタール民事訴訟法I』(2002年、日本評論社)406頁。
- (5) 昭和45年10月22日民集24巻11号1583頁、兼子・前掲書404頁、三ヶ月・前掲書239頁、上田徹一郎=井上治典編『注釈民事訴訟法(2)』(平成4年、有斐閣)164頁(本間靖規執筆)。
- (6) 新堂・前掲書699頁。

- (7) 井上・前掲『多数当事者訴訟の法理』381頁、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法（第二版）』（平成13年、弘文堂）544頁。
- (8) 民集55巻1号30頁、判時1740号3頁、判タ1054号106頁。この判例については、平成13年度重要判例解説126頁（解説山本克己）。
- (9) 判時1745号144頁、判タ1058号119頁。この判例については、私法判例リマークス2002〈下〉118頁（解説松村和徳）。
- (10) 山本克己・前掲重判解説128頁。
- (11) 判時1776号67頁、判タ1085号194頁。この判例については、平成13年度重要判例解説129頁（解説中島弘雅）。この判決については、別稿（私法判例リマークス26号）を予定しているので、そちらを参照されたい。
- (12) 拙稿「訴訟告知の訴訟上の効力」関東学園大学法学紀要9巻2号（1999年）65頁は、このような理論の提示を目指す試みの一つであった。
- (13) 拙稿・前注参照。
- (14) これらの点については、別稿を予定しているので、そちらを参照されたい。
- (15) すでに、徳田和幸「訴訟参加制度の継受と変容－本人指名参加の廃止を中心として－」民訴雑誌37号（1991年、法律文化社）1頁において、本人指名参加に重点を置きつつも補助参加をも含む参加制度全般の立法上の沿革についてのすぐれた研究が行われている。本稿もこの研究に負うところが多い。

## 2 明治18年の訴訟規則における補助参加制度

わが国の近代的民事訴訟法典は、明治23年（1890年）4月21日（明治24年＝1891年1月1日施行）に、当時最新とされていた1877年1月30日（1879年10月1日施行）のドイツ民事訴訟法（Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877<sup>(16)</sup>）を主たる母法として継受・制定されたことに始まる（以下では、明治民訴法とする<sup>(17)</sup>）。したがって、そこに規定されている補助参加制度も、  
八九  
ドイツ民事訴訟法におけるそれと酷似していると一応は言える。だが、両者の規律内容が完全に一致しているかと言えば、必ずしもそうではない。まず最初に、この点からみてみよう。

よく知られているように、明治民訴法のもとになったのは、明治19年

(1886年)6月に成立したいわゆるテッヒョー(Techow)草案(訴訟法草案)である<sup>(18)</sup>。このテッヒョー草案の原案作成は、明治17年(1884年)5月、テッヒョーおよび訴訟法予備会議(委員長は大審院長玉乃世履)によって開始された。1年後の明治18年(1885年)5月には最初の原案ができあがり、さらに同年7月にはその修正案であるいわゆるテッヒョー訴訟規則修正原案(ドイツ語文)が完成した。それを邦訳したのが訴訟規則といわれるものである<sup>(19)</sup>。訴訟規則では、その第二編「訴訟人」の第三章「参加訴訟」の中の5条から10条までが補助参加に関する規定であった。同規則5条は、補助参加の要件を定める規定である。

**第5条** 他人ノ間ニ起リタル訴訟ニ於テ其原被告ノ一方ノ勝訴ニ付キ法律上ノ利益ヲ有スル者ハ訴訟ノ如何ナル場合ニ在ルモ裁判確定マテハ其原被告ノ一方ヲ助クル為メ参加スルコトヲ得但自己ノ利益アルコトヲ証明シタル時ニ限ル

本条は、当時のドイツ民事訴訟法の63条<sup>(20)</sup>(現行法66条)に相当する規定である。ただし書を度外視すれば、その趣旨は、他人間に訴訟が係属していることおよび補助参加人が当事者の一方の勝訴することについて法律上の利益(参加の利益)を有するというものをもって補助参加の要件とするものであり、その表現はともかく、内容的には両者は一致する。

このほか補助参加人の訴訟状態承認義務について規定する訴訟規則6条2項<sup>(21)</sup>、補助参加人が訴訟上なしうる行為および被参加人との関係では補助参加人は従属的地位を有するにすぎないことについて定める同規則6条3項<sup>(22)</sup>、裁判の補助参加人に対する効力(参加的効力)とその除外事由に関する同規則7条<sup>(23)</sup>および故障または上訴の申立とともに補助参加をすることができ旨を規定する同規則8条2項<sup>(24)</sup>は、それぞれドイツ民事訴訟法の64条1文<sup>(25)</sup>(現行法67条1文)、同法64条2文<sup>(26)</sup>(現行法67条2文)、同法65条<sup>(27)</sup>(現行法68条)、同法63条2項<sup>(28)</sup>(現行法66条2項)に対応す

る。

このように、テッヒョー草案のもとになった訴訟規則の段階ですでに、わが国の補助参加制度はその基本構造においてドイツ民事訴訟法の補助参加制度を継受すべく方向づけられていたのである。人は、これをもってドイツ民事訴訟法の翻訳的継受というかもしれない。

けれども、子細に検討してみると、訴訟規則は必ずしも翻訳的とばかりはいえない側面をも有していた。例えば、補助参加人に対する呼出し等について規定する同規則 6 条 1 項<sup>(29)</sup>、補助参加の申出をなすべき裁判所を定める同規則 8 条 1 項本文<sup>(30)</sup>、職権調査事項となるいわゆる人的訴訟要件の欠缺の場合の扱いに関する同規則 8 条 3 項 1 文<sup>(31)</sup>および裁判は当事者間の権利義務関係についてのみなされ被参加人・補助参加人間の権利義務関係についてはなされない旨を規定する同規則 9 条<sup>(32)</sup>など、訴訟規則にはドイツ民事訴訟法にはみられない規定が少なからず置かれていた。そのうえ、訴訟規則 10 条は、「参加人ハ其訴訟関係人ノ承諾ヲ経テ助ク可キ本人ニ代リ独リ自ラ訴訟ヲ担当スルコトヲ得此場合ニ於テハ其本人ハ自己ノ申立ニ因リ訴訟ヲ脱スルコトヲ得且裁判ハ参加人ト対手人トノ間ニ付テ之ヲ為ス可シ」と規定して、補助参加人の訴訟担当と被参加人の脱退をも認めている。これは、19 世紀のドイツ・フランスの立法例<sup>(33)</sup>や訴訟実務<sup>(34)</sup>などによれば一般的に認められていた制度であるから、テッヒョーおよび訴訟法予備会議の作成にかかる訴訟規則の中にこの規定が存在すること自体はそれほど驚くほどのことではないのかもしれない。ただ、ドイツ民事訴訟法には、本条に相当する規定は存在しない。それは、このように補助参加人が被参加人に代わって訴訟を引き受けることができるという制度は当時はあまりにも当然であると考えられていたため、とくに規定の必要なしと

八七  
の判断に基づいて成文化されなかったという事情によるようである<sup>(35)</sup>。それが（他の規定も含めて）訴訟規則で採用されるに至った事情については、現時点において参照できる資料に基づく限りでは必ずしもはっきりしたことはいえないのではあるが、当時のドイツ民事訴訟法の実務上の運用状況

やフランス法の影響によるものではないかと思われる<sup>(36)</sup>。また、この場合と同じように両当事者の承諾による訴訟担当と被告の申立による同人の脱退とを規定した本人氏名参加に関する訴訟規則 17 条 3 項ただし書および 4 項との照応ということも考慮に入れられていたのかもしれない<sup>(37)</sup>。いずれによせ、被参加人が訴訟費用や訴訟そのものの負担を免れることができるようにとの趣旨から設けられた規定であり、追奪訴訟の際の買主と売主との間で利用されることが念頭に置かれていたのである。

以上とは反対に、ドイツ民事訴訟法には置かれているが、訴訟規則には置かれていない規定もあった。当事者間の判決の既判力が補助参加人と被参加人の相手方との間に及ぶ場合（いわゆる共同訴訟的補助参加）に関する規定<sup>(38)</sup>と補助参加の申出の方式に関する規定<sup>(39)</sup>である。また、訴訟規則 5 条ただし書は、補助参加が許されるのは補助参加人が「自己ノ利益アルコトヲ証明シタ時ニ限ル」として、この点につき「疎明」で足りる旨を規定するドイツ民事訴訟法 68 条 1 項 2 文<sup>(40)</sup>とは異別の内容となっている。訴訟規則 8 条 1 項 2 文も、「…準備書面ノ交換ヲ為スヲ要セス」と規定して、準備書面の扱いにつきドイツ民事訴訟法 67 条 2 項<sup>(41)</sup>とは異なる規律をしている。人的訴訟要件の欠缺を理由として補助参加の申出を退ける裁判に対する不服申立てを許さない旨を定める同規則 8 条 3 項 2 文<sup>(42)</sup>も同様である<sup>(43)</sup>。訴訟規則におけるこれらの扱いがどのような考慮に基づいてなされたのかについても、この点についての当時の資料を検証することは現在においては不可能であり、必ずしも明らかではないのであるが、共同訴訟的補助参加についてはそれを認めないという趣旨ではなかったように思われるし<sup>(44)</sup>、補助参加の申出を退ける裁判に対する不服申立てを認めないこととしたのは、不服申立てを許した場合、その後の手続に関して疑義が生じることになるという点が考慮されたのではないかと思われる<sup>(45)</sup>。

(16) RGBI. S. 83ff. この法典については、高木豊三翻訳編纂『日独民事訴訟法対比 全』（明治 25 年）が参考になる。

- (17) 明治民法については、編集代表我妻栄『旧法令集』（1968年、有斐閣）391頁以下。なお、明治民法施行前には、明治6年（1873年）7月17日に太政官布告第247号をもって制定された訴答文例が実施されていたのであるが、その成立の経緯については、さしあたり、向井健「民事訴訟法典編纂の先達たち—ヒル、ボアソナード、テッヒョーを中心として—」ジュリスト971号（1991年）18頁以下。
- (18) テッヒョー草案の成立については、兼子 一「民事訴訟法の制定」『民事法研究第II巻』1頁（1977年、酒井書店）および向井・前注ジュリスト971号20頁。
- (19) 訴訟規則については、法務大臣官房司法法制調査部「委員修正民事訴訟規則」『日本近代立法叢書24』（昭和61年、商事法務研究会）参照。
- (20) ドイツ民事訴訟法63条（現行法66条）他人間に係属する訴訟において一方の当事者が勝訴することにつき法律上の利益を有する者は、その当事者を補助するためにこれに参加することができる。  
補助参加は、訴訟がどのような状態にあっても訴訟の確定判決に至るまで、上訴の提起と一緒にこれを行うことができる。  
ドイツ民事訴訟法の邦語訳については、高木・前掲書138頁以下、斎藤常三郎＝中田淳一『現代外国法典叢書 獨逸民事訴訟法I 民訴総則及第一審手続』（昭和17年、有斐閣）119頁以下、石川明＝三上威彦『ドイツ民事訴訟法典—1991年11月10日現在—』（平成5年、法曹会）27頁以下を参考にしつつ、自分で翻訳した。
- (21) 訴訟規則6条2項 補助参加人ハ原被告ノ補助トシテ其訴訟ニ参加スル時ノ現状ノマヽ加入セサル可ラス
- (22) 訴訟規則6条3項 補助参加人ハ其助クル所ノ本人ノ為メニ総テノ訴訟上ノ所為ヲ実行シ且其意見ニ依リ攻撃又ハ辯護ヲ行ヒ且抗論又ハ上訴ヲ為スノ権アリ但其訴訟ニ於テ為シタル辯明及ヒ所為本人ノ辯明所為ト相矛盾スル時ハ本人ノ辯明及ヒ所為ニ依ルモノトスル
- (23) 訴訟規則7条 補助参加人ハ其助クル本人ニ対スル権利義務ノ関係ニ付キ本案ニ於テ與ヘラレタル裁判ニ不満足ナリトモ之ニ従ハサル可カラス但其参加ノ時訴訟ノ現状若クハ訴訟中原被告ノ所為ニ因リ攻撃辯護ヲ妨ケラレタル時又ハ本人ノ故意若クハ大ナル不注意ニ因リ補助参加人ノ知り得サル攻撃辯護ヲ用ヒサリシ時ハ此限ニ在ラス
- (24) 訴訟規則8条2項 原被告ノ間ニ裁判ノ言渡アリタル時故障又ハ上訴ト共ニ参加ヲ為スコトヲ得
- (25) ドイツ民事訴訟法64条1文（現行法67条1文） 補助参加人は、その参加の時の訴訟の状態を承認しなければならない。



- (26) ドイツ民事訴訟法 64 条 2 文 (現行法 67 条 2 文) 補助参加人は、その陳述および行為が主たる当事者の陳述および行為と抵触しない限りにおいて、攻撃および防御の方法を主張し、すべての訴訟行為を有効になすことができる。
- (27) ドイツ民事訴訟法 65 条 (現行法 68 条) 補助参加人は、主たる当事者との関係では、主たる当事者が裁判官に提出した訴訟が不当に裁判されたという主張を聞いてもらえない。補助参加人は、その参加の時の訴訟の状態により、もしくは主たる当事者の陳述および行為により攻撃もしくは防御の方法を主張することを妨げられたとき、または補助参加人の知らなかった攻撃もしくは防御の方法が故意もしくは重大な過失により主たる当事者によって主張されなかったときに限り、主たる当事者が訴訟を不十分に追行したという主張を聞いてもらえる。
- (28) 前注 20 参照。
- (29) 訴訟規則 6 条 1 項 補助参加人ハ其助クル所ヲ本人ト共ニ総テ裁判期日ニ召喚セラレ且総テノ命令及ヒ判決ニ付テ通知サラル可シ
- (30) 訴訟規則 8 条 1 項本文 補助参加ハ通常ノ一訴法ノ如ク其本案ノ起訴裁判所ニ掲起シテ審判ヲ受ク可シ…
- (31) 訴訟規則 8 条 3 項 1 文 法律上許ス可カラサル参加ハ裁判所ノ職権ヲ以テ之ヲ棄却ス可シ…
- (32) 訴訟規則 9 条 裁判ハ只ニ原告被告間ノ権利義務ノ関係ニ付キテノミ之ヲ為ス可シ参加人ト其補助セラルル本人トノ間ノ関係ニ付キテハ之ヲ為ス可カラス (費用ニ付テハ第二編第五章第一三条ヲ参照ス可シ)
- (33) 1793 年のプロイセン一般裁判所法第 1 部 17 章 29 条 (Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten von 1793)、1806 年のフランス民事訴訟法典 182 条 (Code de procédure civil de 1806、本条については、フランス民事訴訟法典翻訳委員会「フランス民事訴訟法典の翻訳 (四)」法協 81 巻 4 号 409 頁参照)、1850 年のハノーファー王国民事訴訟法 36 条 (Bürgerliche Prozeßordnung für das Königreich Hannover von 1850, Dahlmanns, Gerhard J. (Hrsg.), Neudrucke zivilprozessualer Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Bd. 1, Aalen 1971)、ハノーファー草案 60 条 2 項 3 文 (Entwurf einer allgemeinen Civilproceßordnung für die deutschen Bundesstaaten (nach den von der deutschen Civilproceßcommission <sup>八四</sup> zu Hannover bei zweiten und letzten Lesung gefaßten Beschlüssen), Hannover 1866)、およびビュッテンブルク民事訴訟法 98 条 (この法律については、直接参照することができなかつたため、Hahn, C./Stegemann, Eduard (Hrsg.), Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen,

Bd. 2: Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, Abt. 1, 2. Aufl. Berlin 1881, S. 177 に引用されているところによった)。

(34) Hahn, C./Stegemann, S. 543.

(35) 徳田・前掲民訴雑誌 37 号 7 頁。

(36) 前掲・『日本近代立法叢書 24』40 頁では、補助参加制度一般の解説にあたって、「佛訴訟法モ亦之ヲ規定シタリ」とされているし、明治民法の起草に関与した宮城浩蔵氏の『民事訴訟法〔明治 23 年〕正義 (上-1)』日本立法資料集別巻 65 (平成 8 年復刻、信山社) 294 頁以下は、明治民法の補助参加人の訴訟担任と被参加人の脱退の制度 (同法 58 条) をフランスの厳正担保 (garantie formelle、フランス民事訴訟法 182 条) において認められている担保者の訴訟引受および被担保者の脱退と同一の制度として解説していることが参考となる。旧法のもとのフランスの厳正担保については、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』(昭和 43 年、有斐閣) 355 頁、とくに 384 頁 (なお、同書では、対物担保と訳されている)。徳田・前掲民訴雑誌 37 号 7 頁は、当時のドイツにおける補助参加理論ないしはオーストリア民事訴訟法 (草案) を参照して、僭望者参加さらには共同訴訟的従参加を包含しうるものとして立案されたのではないかと思われる、とされている。一つの見識である。

(37) 訴訟規則 17 条 3 項 第三者被告ノ現有スル物件ノ所有本人ナルコトヲ承認スル時ハ補助参加人トシテ訴訟ニ参加シ又ハ被告ノ承認ヲ得テ被告ニ代テ訴訟ヲ担当スルコトヲ得但原告ノ被告ニ対シ為ス請求ハ収獲物ノ引渡シ及ヒ損失ノ賠償其他第三者ニ代テ物件ヲ現有スルニ因ラサル事件ヨリ生シタル請求ニ係ル時ハ原告ノ承諾ヲ要ス

同条 4 項 第三者自ラ訴訟ヲ担当シタル時ハ被告ハ其申立ヲ以テ訴訟ヲ脱スルコトヲ得但其裁判ハ被告ニ対シテモ効力ヲ有シ且之ヲ執行ス可キモノトス

(38) ドイツ民事訴訟法 66 条 (現行法 69 条) 民法の規定により主たる訴訟においてなされる判決の既判力が補助参加人と相手方との法律関係につき効力を生ずるときは、補助参加人は 58 条の意味において主たる当事者の共同訴訟人とみなす。

(39) ドイツ民事訴訟法 67 条 (現行法 70 条) 補助参加人の参加は、書面の送達によってなす。この書面には、以下の事項を記載しなければならない。

- 1 当事者および訴訟の表示
- 2 補助参加人の有する利益の特定表示
- 3 参加の陳述

その他、準備書面に関する一般規定を適用する。

- (40) ドイツ民事訴訟法 68 条 1 項 2 文（現行法 71 条 1 項 2 文）…補助参加人がその利益を疎明したときは、補助参加人は許可される。
- (41) 前注 39 参照。
- (42) 訴訟規則 8 条 3 項 2 文 此却下ニ対シ上訴ヲ為スヲ許サス
- (43) ドイツ民事訴訟法 68 条 2 項（現行法 71 条 2 項） 中間判決に対しては即時抗告をすることができる。
- (44) 松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 44 民事訴訟法〔明治 36 年草案〕（2）』（「民事訴訟議事速記録－明治 34 年 6 月 27 日（第 31 回）」）335 頁・340 頁・341 頁（1995 年、信山社）によると（とくに仁井田益太郎委員の発言によると）、共同訴訟的補助参加に関する一般的な規定のおかれていなかった明治民法のもとで、その施行からわずか 10 年後の時点において、共同訴訟的補助参加が認められるということ自体は争いのないところとなっていたようであるが、そうであるなら本文で述べたような推測も許されるのではないだろうか。
- (45) 後に、明治 36 年の旧法典調査会案の審議過程において参加に対する当事者の異議についての裁判一般との関係でこの点が問題とされているが、起草委員の側からは本文で述べたような趣旨説明がなされているため、おそらくこのような事情が考慮されたのではないかと思われる。この点については、前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 44 民事訴訟法〔明治 36 年草案〕（2）』332 頁以下。

### 3 テッヒョー草案の成立

以上のような起草の経緯と内容を有する訴訟規則は、さらに民事訴訟法取調委員会（委員長は司法次官三好退蔵）に付議され、そこでの 160 回に及ぶ会議の中で（明治 18 年＝1885 年 9 月から同 19 年＝1886 年 6 月頃まで<sup>(46)</sup>）幾分の修正を受けたのち、委員修正民事訴訟規則<sup>(47)</sup>（以下では、便宜上「修正規則」とする）となった。修正規則では、全般的に訴訟規則の各条文の表現が改められるとともに、訴訟規則につき内容的に不十分・不適当と認められた点がそれぞれ補足・改訂され、冗長な部分は削除された。例えば、補助参加の要件を定める修正規則 83 条は、次のように改められている。

**第 83 条** 他人ノ間ニ起リタル訴訟ノ結果ニ因リ法律上ノ利害ヲ受クヘキ者ハ其利害ヲ明示スルニ於テハ裁判確定ニ至ルマテ原告ノ一方ヲ補助スル為メ其訴訟ニ参加スルコトヲ得

まず、訴訟規則 5 条において「原告ノ一方ノ勝訴ニ付キ法律上ノ利益ヲ有スル者」とされていたのが、修正規則 83 条では「訴訟ノ結果ニ因リ法律上ノ利害ヲ受クヘキ者」となっているのが目につくが、訴訟の結果とは一般に訴訟の勝敗のことであると解されていたとみることもできるから、この点は実質的な内容変更とはいえないであろう<sup>(48)</sup>。これに対して、訴訟規則 5 条では、補助参加人は参加の利益を「証明」したときに限って補助参加が可能となる旨規定されていたのが、修正規則 83 条のほうは、補助参加人は法律上の利害を「明示スルニ於テハ」補助参加が可能となるとの定めになっているところ、「証明」と「明示」とでは明らかにその意味内容が異なるというべきであるから、この点については実質的な内容の変更があったものと思われる。これは、おそらく、既述ように、ドイツ民事訴訟法 68 条 1 項 2 文が「疎明」で足りるとしていた点が考慮されたためではないかと推測される。

また、訴訟規則には、補助参加の申出に対する当事者の異議に関する規定が存在しなかったのであるが、修正規則は、訴訟規則 8 条を 2 つの条文に分割したうえで、その後半部分に相当する修正規則 87 条の 1 項に「原告又ハ被告ノ一方補助参加ヲ拒ム時ハ裁判所之ヲ判定ス可シ但参加人ハ其判定アルマテ参加ヲ継続スルコトヲ得」との規定を置いた。これは、ドイツ民事訴訟法がその 68 条に補助参加に対する当事者の異議についての規定を有していたこと、および元々明治 18 年 (1885 年) 5 月に脱稿をみた最初<sup>八</sup>の原案にも同旨の規定が存在していたのであるが、訴訟規則では何らかの理由により当該規定を削除してしまったところ、その必要性が承認されるに至った結果、このような規定として復活したという事情による<sup>(49)</sup>。

以上のほか、補助参加人に対する呼出(修正規則 84 条 1 項<sup>(50)</sup>)、補助参加

人の訴訟状態承認義務（同条2項<sup>(51)</sup>）、補助参加人のなしうる行為とその従属的地位（同条3項<sup>(52)</sup>）、参加的効力（修正規則85条<sup>(53)</sup>）、補助参加の申出をなすべき裁判所（同規則86条1項本文<sup>(54)</sup>）、故障または上訴とともにする参加申出（同条2項<sup>(55)</sup>）、人的訴訟要件欠缺の場合の扱い（訴訟規則87条2項<sup>(56)</sup>）、裁判の名宛人（同規則88条<sup>(57)</sup>）および補助参加人の訴訟担当と被参加人の脱退（同規則89条<sup>(58)</sup>）などについては、それぞれの語句の加除訂正がなされた以外には、とくに内容的な変更はなされていない。

その後、テッヒョーは、ドイツ文の日本訴訟法草案（いわゆるテッヒョー草案）を当時の司法大臣に提出したのであるが、それが明治19年（1886年）6月のことであったという点についてはすでに述べた。テッヒョー草案では、「訴訟人」と題する第2編の中の第3章（参加訴訟）に各種参加制度に関する定めがある。補助参加（従参加）については、その71条から77条までに規定されている。字句に若干の違いがあることを別とすれば、その規律内容は修正規則のそれと一致している<sup>(59)</sup>。

(46) 兼子・前掲『民事法研究第II巻』6頁。

(47) 修正規則については、前掲・『日本近代立法叢書24』参照。

(48) もっとも、厳密には、「原被告の一方の勝訴につき法律上の利益を有する者」と「訴訟の結果により法律上の利益を受くべき者」とでは違いがありうる。例えば、ある動産の買主Xがその動産の部品の欠陥により損害を被ったとして、売主Yに対してその賠償を請求する訴訟を提起したところ、Yに対する部品Aの納入業者ZがYの側に参加したとする。この場合、Zにしてみれば、Xの損害の原因となったのが、自己の納入した部品Aの欠陥ではなくて、他の業者であるWの納入した部品Bの欠陥であったということを理由としてYが敗訴したとしても、その参加の目的は達成されることになる。つまり、補助参加人Zは、部品Aの欠陥によりXが損害を被ったという裁判所の判断を回避することに参加の利益を有しているのであって、決して被参加人Yが勝訴することについて参加の利益を有しているのではないのである。とすれば、両者の文言の間には、内容上の違いがあるといえないこともない。けれども、当時の起草者がこのような点まで念頭においていたとみるのは、おそらく深読みすぎよう。この点については、後に（明治21年＝1888年1月13日）、法典調査会法律取調委員会において民事訴訟法議案53条の審

議が行われたとき、委員の間で次のような意見が交わされているのが参考となる。「(鶴田) 若シ負ケタ時ト云テモ同ジ事ダ勝敗ニ付ト書イタ方ガ良イ位イダ」「(三好) 争訟ノ結果ニ因リテハデスネ」(法務大臣官房司法法制調査部「法律取調委員会民事訴訟法草按議事筆記」『日本近代立法叢書 22』(昭和 60 年、商事法務研究会) 118 頁。)

- (49) 前掲『日本近代立法叢書 24』41 頁。
- (50) 修正規則 84 条 1 項 補助参加人ハ其補助スル本人ト共ニ審判期日ノ呼出及ヒ総テノ判定判決ヲ受クルモノトス
- (51) 修正規則 84 条 2 項 補助参加人ハ本案訴訟ノ現状ノママニニ参加ス可シ
- (52) 修正規則 84 条 3 項 補助参加人ハ其補助スル本人ノ為メニ訴訟手續ヲ為シ又ハ攻撃辯護ヲ為シ又ハ故障若クハ上訴ヲ為スコトヲ得但原被告ノ辯明及ヒ所為ト矛盾スル時ハ本人ノ辯明及ヒ所為ニ依ル可シ
- (53) 修正規則 85 条 補助参加人ハ本案ニ於テ與ヘラレタル裁判ニ従ハサル可カラズ但参加ノ時ノ訴訟現状ニ因リ若クハ訴訟中本人ノ所為ニ因リ攻撃辯護ヲ妨ケラレタル時又ハ本人ノ故意若クハ重キ過失ニ因リ参加人ノ知り得サル攻撃辯護ヲ用ヒサリシ時ハ此限ニ在ラス
- (54) 修正規則 86 条 1 項本文 補助参加ハ通常ノ手續ニ従ヒ本案ノ訴訟ヲ受ケタル裁判所ニ提起ス可シ…
- (55) 修正規則 86 条 2 項 原被告ノ間ニ裁判言渡アリタル時ハ故障又ハ上訴ト共ニ参加ヲ為スコトヲ得
- (56) 修正規則 87 条 2 項 法律上許ス可カラサル参加ハ裁判所其職權ヲ以テ之ヲ棄却ス可シ
- (57) 修正規則 88 条 裁判ハ原被告ノ関係ニ付テノミ之ヲ為ス可シ参加人ト其補助スル本人トノ関係ニ付テハ之ヲ為ス可カラズ
- (58) 修正規則 89 条 補助参加人ハ原告及ヒ被告ノ承諾ヲ得テ其補助スル本人ニ代リ訴訟ヲ担当スルコトヲ得此場合ニ於テ其本人ハ自己ノ申立ヲ以テ訴訟ヲ脱スルコトヲ得
- (59) 例えば、参加要件に関するテッヒョー草案 71 条は、「他人ノ間ニ起リタル訴訟ノ結果ニ因リ法律上ノ利害ヲ受クヘキ者ハ其利害ヲ明示スルニ於テハ判決確定ニ至ルマテ原被告ノ一方ヲ補助スル為メ其訴訟ニ参加スルコトヲ得」と規定している。

#### 4 明治 23 年民訴法の誕生

テッヒョー草案は、その後、法典調査会法律取調委員会によって再検討が加えられることとなった。ここでは、起案委員がテッヒョー草案をもとにそれに修正を加えたものを原案として作成・報告し、それに対する審議および修正が行われた。そのための会議は、明治 20(1887 年)年 12 月 16 日の第 1 回から翌年 10 月 11 日の第 53 回まで 10 ヶ月余りにわたって断続的に開催された<sup>(60)</sup>。原案は、民事訴訟法議案（以下では、便宜上単に「議案」とする）と呼ばれるもので、その第 1 編「総則」の中の第 2 章「原告被告」の第 3 節が「第三者の争訟参加」という表題のもと参加に関する規定を設けている。補助参加の規定はすでにこの時点で明治 23 年民訴法と同様に 53 条から 58 条までに置かれていたところ、それに対する審議は明治 21 年(1888 年) 1 月 13 日に行われている。議案 53 条は、補助参加の要件につき次のように規定していた。

**第 53 条** 他人ノ間ニ権利拘束トナリタル争訟ニ於テ其一方カ勝訴トナル事ニ付キ権利上ノ利害ノ関係ヲ有スル者ハ争訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス権利拘束ノ継続スル間ハ其一方ノ補助ノ為メ之ニ付随スル事ヲ得

本条は、その文言の点では修正規則 83 条やテッヒョー草案 71 条と異なる面が少なくない。例えば、訴訟規則およびテッヒョー草案では「他人ノ間ニ起リタル訴訟ノ結果ニ因リ法律上ノ利害ヲ受クヘキ者」となっていたのが、「他人ノ間ニ権利拘束トナリタル争訟ニ於テ其一方カ勝訴トナル事ニ付キ権利上ノ利害ノ関係ヲ有スル者」と改められている<sup>七八</sup>。しかし、その規律内容自体は基本的に変更されておらず、両者の趣旨は一致している。このほか、補助参加人の訴訟状態承認義務とそのなしうる訴訟行為(議案 54

条1項<sup>(61)</sup>、補助参加人の従属的地位(議案54条2項本文<sup>(62)</sup>)、参加的効力(議案55条<sup>(63)</sup>)および補助参加の方式(議案56条<sup>(64)</sup>)などについても、その文言および各条への規律の配分はともかく、内容的にはほぼ同一の趣旨の規定が置かれている。もっとも、補助参加人の従属性に関する議案54条2項には、「…但民法ノ規定ニ因リ之ト異ナル事ノ生スル時ハ此限ニ在ラス」とのただし書が付け加えられている。これは、旧民法典の草案が、フランス民法1166条およびイタリア民法1234条に相当するものとして、その359条に債権者代位に関する規定を置いていたことに対応したものである<sup>(65)</sup>。

また、補助参加の申出に対して当事者の異議があった場合の扱いについては、当事者および参加人を審訊したうえで参加の許否を裁判することとし、その間も参加人は参加を継続しうるとした点ではテッヒョー草案と趣旨を同じくするのであるが、参加人は参加の利益を疎明すれば足りるとし、しかも参加の許否についての裁判に対する不服申立て(抗告)を認めた点では、テッヒョー草案から離れ、ドイツ民事訴訟法の立場に近づいている(議案57条<sup>(66)</sup>)。さらに、主観的訴訟要件欠缺の場合の扱いに関する規定(テッヒョー草案75条)や判決の名宛人に関する規定(テッヒョー草案76条)も、それ自体は当然の事柄を定めているにすぎず、とくに規定を置く必要がないとの趣旨からか削除されている<sup>(67)</sup>。この点も結果としてドイツ民事訴訟法と同一となっている<sup>(68)</sup>。

以上の内容を有する議案は、部分的に字句の修正ないし削除を受けた点を別とすれば、そのまま議決されている。ここにおいて得られたのが、民事訴訟法調査案であり、その規律内容はすでに明治民法と同じである。民事訴訟法調査案は、さらに明治21年(1888年)9月7日から、第二議會  
七七  
による審議を受けた。そこでは、民事訴訟法調査案の各条の表現が若干修正された。これが民事訴訟法再調査案といわれるもので、民事訴訟法案となった。その53条は、参加要件を次のように規定していた。



**第 53 条** 他人ノ間ニ権利拘束ト為リタル争訟ニ於テ其一方ノ勝訴ニ依リ権利上利害ノ関係ヲ有スル者ハ争訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス権利拘束ノ継続スル間ハ其一方ヲ補助スル為メ之ニ付随スル事ヲ得

細かな用語の点を度外視すれば、明治民訴法 53 条とほとんど同一である。違っているのは、再調査案では「争訟」という術語が用いられているが、成法はこれを「訴訟」という表現に改め、かつ「補助」の後に「(従参加)」という言葉を付け加えている点にすぎない。これ以外の条文についても、字句に関する類似の修正を経て、成法となっている。このようにして、明治民訴法における補助参加制度がその誕生をみたのである。

- (60) 審議の模様については、前掲・『日本近代立法叢書 22』118 頁以下参照。
- (61) 民事訴訟法議案 54 条 1 項 従参加人ハ其付随スル時ノ争訟ノ程度カ妨ケサル限りハ其付随スル主タル原告又ハ被告ノ為メニ攻撃及ヒ防御ノ方法ヲ施用シ且総テノ訴訟行為ヲ有効ニ行ヒ殊ニ主タル原告又ハ被告ノ為メニ存スル期間内ニ故障、支払命令ニ対スル異議又ハ上訴ヲ為スノ権利アリ
- (62) 民事訴訟法議案 54 条 2 項 異議ノ場合ニ於テ従参加人ノ陳述及ヒ有為ノ行為トノ中ニ在テハ主タル原告又ハ被告ノ陳述及ヒ行為ヲ以テ標準トス  
...
- (63) 民事訴訟法議案 55 条 付随ヲ許スヘカラストシテ卻ケラレタルモノニアラサル従参加人ハ其争訟ヨリ更ニ退キタル時ト雖モ其補助シタル原告若クハ被告トノ関係ニ於テハ争訟ニ付キ為シタル確定判決カ不当ナリシトノ主張ヲ為ス事ヲ得ス又従参加人ハ其付随ノ時ノ争訟ノ程度ニ因リ又ハ主タル原告若クハ被告ノ所為ニ因リ攻撃及ヒ防御ノ方法ヲ施用スル事ヲ妨ケラルル時又ハ主タル原告若クハ被告カ従参加人ノ当時知ラサリシ攻撃及ヒ防御ノ方法ヲ故意又ハ重過愆ヲ以テ施用セサリシ時ニ限り其補助シタル原告又ハ被告カ争訟ヲ不十分ニ為シタリトノ主張ヲ為ス事ヲ得
- (64) 民事訴訟法議案 56 条 従参加ハ本訴訟ノ繫属スル裁判所ニ申請ヲ以テ之ヲ提出ス
- 七  
六
- 申請ニハ原告被告及ヒ争訟ヲ表示シ又定マリタル利益ノ関係(第 53 条)及ヒ付随セントスル陳述ヲ明示スヘシ
- 申請ハ主タル原告被告ニ送達スヘシ従参加ハ亦故障異議亦ハ上訴ト併合シテ之ヲ提出スル事ヲ得

- (65) 前掲・『日本近代立法叢書 22』119 頁によると、「(松岡) 民法ハ何処ヲ引テアリマスカ」「(渡邊) 859 条デス」との記録が残されている。同条については、「ボアソナード氏起稿・再閲修正民法草案註釈第二編人權ノ部上巻」168 頁『ボワソナード民法典研究会編・ボワソナード民法典資料集成後期 I - II』(2000 年)所収参照。ボワソナード草案など(Boissonade Gustave, *Projet de code civil pour l'empire du Japon accompagne d'un commentaire, deuxieme edition, tome deuxieme, des droits personnels ou obligations, 1883* (『仏文・日本民法草案注解〔復刻版〕第 2 巻』(有斐閣、昭和 58 年)所収)、「ボアソナード氏起稿・註釈民法草案財産編第二巻」523 頁『ボワソナード民法典研究会編・ボワソナード民法典資料集成前期 I』(1999 年)所収、「ボアソナード氏起稿・再閲民法草案財産編第三巻」227 頁『ボワソナード民法典研究会編・ボワソナード民法典資料集成前期 I』(2000 年)所収)では 359 条に置かれていた規定であり、この頃立法作業に参画していたモッセは後者のほうを引用している。法務大臣官房司法法制調査部監修「法律取調委員会民法草案財産編再調査案議事筆記」『日本近代立法資料叢書 11』(昭和 63 年)186 頁には、同草案 359 条の審議に際して、委員の間でなされた次のようなやりとりが記録されている。「(南部委員) 訴訟法ニ通シテアリマス」「(栗塚委員) 通シテアリマス」
- (66) 民事訴訟法議案 57 条 主タル原告又ハ被告カ從参加ニ付キ異議ヲ述ル時ハ原告、被告及ヒ参加人ヲ審訊シタル後決定ヲ以テ参加ノ許否ヲ裁判ス其裁判ハ口頭審問ヲ要セスシテ之ヲ為ス事ヲ得
- 利害關係(第 53 条)ノ存否ニ付争アル時ハ参加人其關係ヲ疎明スルノミヲ以テ参加ヲ許スニ足レトス
- 決定ニ対シテハ 7 日ノ期間内ニ抗告ヲ為ス事ヲ得
- 参加ヲ許ササルノ言渡確定セサル間ハ参加人ハ本訴訟ニ参加セシメ殊ニ總テノ期日ニ呼出シ又為サレタル裁判ハ参加人ニ之ヲ送達ス
- (67) テッヒョー草案 76 条に相当する規定の削除は、このような規定がドイツ民事訴訟法には存在しないということや訴訟費用の判決に関する同草案 112 条との平仄を合わせる必要があるとの理由にも基づいていた。この点につき、前掲・『日本近代立法叢書 22』127 頁。
- (68) 準備書面の交換を不要としていたテッヒョー草案 74 条 1 項ただし書に相当する規定も、この段階で消えている。

## 5 明治 36 年旧法典調査会案の成立

さて、明治民訴法は、その施行後間もない時期において、とりわけ実務上の手続運用に関して疑義が生じていた。そのため、すでに明治 28 年には、司法省に民事訴訟法調査委員会（委員長は三好退蔵判事）が設置され、同委員会が改正作業に着手している<sup>(69)</sup>。その結果、明治 32 年頃には、民事訴訟法修正案（以下では、単に「修正案」とする）の脱稿に至っている<sup>(70)</sup>。これは、全体で 464 条からなるもので、総則から上訴までの規定を置いている。第三者の訴訟参加に関する規定は、第一編「総則」の第二章「当事者」の中の第三節に設けられていたのであるが、その 60 条から 66 条までが補助参加の規定である。この修正案においては、補助参加の要件(60 条<sup>(71)</sup>)、補助参加人の訴訟状態承認義務とそのなしうる訴訟行為(64 条本文<sup>(72)</sup>)、補助参加人の従属的地位(64 条ただし書)および参加的効力(65 条<sup>(73)</sup>)など補助参加制度の根幹をなす規律部分については、各条文の単なる文字の修正がなされているにすぎず、重大な変更は行われていない。けれども、その周辺部分については、かなり思い切った改革も意図されていたようである。例えば、次の 66 条がそうである。

**第 66 条** 法律ニ從ヒ訴訟ノ確定裁判カ從参加人ト相手方トノ法律關係ニ其効力ヲ及ホスヘキ場合ニ限り從参加人ヲ主タル原告若クハ被告ノ共同訴訟人トス

これは、明治民訴法では明文規定が置かれていなかった共同訴訟的補助参加を是認する規定である。この規定が採用されるに至った経緯について<sup>七四</sup>は現段階では明らかにすることができないのであるが、この規定の存在は日本の補助参加制度をドイツ民事訴訟法の立場にさらに一步近づけることになる。そして、このことと直接の関係があるのかどうかについてはなお

慎重に検討してみる必要があるのであるが、明治民訴法 54 条 2 項ただし書に相当する規定がこの修正案からは消えている。これは、明治民訴法成立後に旧民法典が施行延期・廃止となり、現行民法では債権者代位に関する規定内容も変更されたため、民訴法の規定も現行民法典に照応させるべくとられた措置であると思われる。このほか、明治民訴法 56 条 1 項では、補助参加は本訴の繫属する裁判所への申請によってなすべき旨が規定されていたところ、この修正案では当事者に対する書面の送達によってなすとの内容に変更されている（修正案 61 条 1 項<sup>(74)</sup>）。この変更は、同案 199 条 1 項が訴訟係属の時期を訴え提起の時期と一致させるべく訴え提起の方式として訴状送達を要求する旨を規定することになったところ、その扱いに補助参加の申請方式を符合させるためになされたものである<sup>(75)</sup>。そのうえで、当事者に送達されるこの書面には、準備書面に関する規定が準用されるものとされている（修正案 61 条 3 項）。また、補助参加の申出に対する当事者の異議権行使を制限する 62 条<sup>(76)</sup>のような規定が新設される一方で、補助参加の許否についての裁判に対する上訴を認めないこととし（修正案 63 条 2 項<sup>(77)</sup>）、かつ補助参加人は参加の利益を疎明すれば足りるとする明治民訴法 57 条 2 項、参加を不許とする裁判が確定しない限り補助参加人は参加を継続しようとの趣旨を規定する同 57 条 4 項および補助参加人の訴訟担任と当事者の脱退に関する同 58 条に相当する各規定をこの修正案では採用しないことにした。参加の許否についての裁判に対する上訴を認めないことにしたのは、上訴を認めると裁判確定までの間の参加人の地位ないしはその間になされた参加人の訴訟行為の効力如何などをはじめとしてその後の手続の帰趨につき疑義が生じるという理由からである<sup>(78)</sup>。明治民訴法 57 条 2 項に相当する規定がなくなったのは、補助参加人は参加の利益を証明すべきであるとの理由による。明治民訴法 57 条 4 項に相当する規定が消えているのは、参加の許否についての裁判に対する上訴を認めない以上、このような規定はもはや不要であるとの理由に基づく<sup>(79)</sup>。補助参加人の訴訟担任と当事者の脱退に関する規定の消滅を除くこれらの変更は、補助参

加の申出に対して当事者の異議があった場合の規律については明治民法成立の時点で一応の決着がつけられたものの、実はその後もその点については実務上の運用や理論的基礎が固まっていなかったことを示していると思われるのであるが、この点については、すでに示唆したところである。

その後、明治32年に民事訴訟法の改正事業は法典調査会に引継がれることとなったのであるが、まずその作業の過程において起草委員が修正案をもとに作成したのが民訴甲第一号であるとされる<sup>(80)</sup>。民訴甲第一号は、第一編「総則」122条からなるもので、その第二章「当事者」の第三節が第三者の訴訟参加に関する規定である。補助参加については、65条から70条までに定められている。民訴甲第一号と修正案とを比較すると、補助参加の申出に対して当事者の異議があった場合の規律に関してはなお流動性を有していたようであり、その点について多少の動きが見られる。すなわち、民訴甲第一号では、当事者の異議に基づく参加の許否についての裁判に対しては不服申立てが許されないという点については修正案からの変更がないものの、その裁判をするには口頭弁論を経ることを要するものとされた（民訴甲第一号67条2項<sup>(81)</sup>）。参加の許否については口頭弁論での充実した審理を行うかわりに、その裁判に対する不服申立てを認めないという趣旨である。また、修正案62条においては、補助参加に対する当事者の異議は参加後の最初の口頭弁論期日の終了までになされる必要があるものとされていたのであるが、民訴甲第一号では明文上はそのような制限がはずされている（民訴甲第一号67条1項<sup>(82)</sup>）。このほか、補助参加人の訴訟引受け（訴訟担任）と被参加人の脱退に関する規定が復活している（民訴甲第一号70条<sup>(83)</sup>）。これ以外の規定については、各条文において用いられている文字の点を措くとすれば、修正案のそれと同旨の規律となっている。

この民訴甲第一号は、明治33年9月19日から始まる法典調査会第二部  
 七二  
 会民事訴訟法委員会の会議において、原案としてその審議の対象とされた。補助参加に関する諸規定の審議は、第30回（明治34年6月25日）と第31回（明治34年6月27日）とに行われている。その際にとりわけ議論の焦

点となったのは、補助参加に対する当事者の異議についての裁判に不服申立てを許すかどうかということ、およびこれと関連して明治民訴法 57 条 4 項のような規定を設けるかどうかということであった<sup>(84)</sup>。審議の結果得られたのが民事訴訟法案<sup>(85)</sup>（成立年月日不明）といわれるものであるが、それによると参加の許否についての裁判に対する不服申立てはできないが、明治民訴法 57 条 4 項と同旨の規定が置かれている（同法案 70 条 2 項後段・3 項）。また、民訴甲第一号 67 条 2 項では、参加の許否については口頭弁論を経たうえで裁判をするものとされていたのが、民事訴訟法案は「当事者ヲ審訊」すれば足りるとした（同法案 70 条 2 項前段）。民事訴訟法案の他の規定は、その趣意を民訴甲第一号と同じくするものであった。

民事訴訟法案は、さらに字句の修正を加えられ、かつ上記審議における各委員の意見等を踏まえたうえで、民事訴訟法改正案（いわゆる旧法典調査会案<sup>(86)</sup>）となった（明治 36 年）。補助参加に関する規定は、第一編「総則」、第二章「当事者」、第三節「第三者の訴訟参加」の中の 67 条から 73 条までに置かれている。民事訴訟法案と比べてとくに目立つのは、参加の許否についての裁判に対して即時抗告をすることができるようになったこと（同案 69 条 4 項）、参加を許さない裁判が確定するまでは補助参加人を訴訟に参加させる趣旨をより明確にしたこと（70 条）、および脱退した当事者にも判決の効力が及ぶとされたことなどである（73 条 2 項）。いずれも上記第 31 回の会議において委員から疑義をただされた点である。

(69) この間の事情については、松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 43 民事訴訟法〔明治 36 年草案〕（1）』（1994 年、信山社）3 頁。

(70) 民事訴訟法修正案については、前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 43 民事訴訟法〔明治 36 年草案〕（1）』125 頁以下。

七二 (71) もっとも、明治民訴法 56 条 4 項では支払命令に対する異議と併合して補助参加をなすものとされていたのであるが、次に掲げるように修正案 60 条 2 項は異議と併合した補助参加のなされる時点にはいまだ訴訟が係属していないとの理由から異議と併合した補助参加の申出を認めないとの趣旨で「異議」という文言をはずしている。この点については、前掲・松本博

之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 44 民事訴訟法（2）〔明治 36 年草案〕』（「法典調査会〔第二部〕民事訴訟法議事速記録－明治 34 年 6 月 25 日（第 30 回）」）324 頁の河村讓三郎起草委員の発言が参考になる。

民事訴訟法修正案 60 条 他人ノ間ニ権利拘束ト為リタル訴訟ニ於テ其一方ノ勝訴ニ依リ法律上利害ノ関係ヲ有スル者ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス権利拘束ノ終ニ至ルマテ其一方ヲ補助（従参加）スル為メ之ニ附随スルコトヲ得

従参加ハ故障又ハ上訴ト併合シテ亦之ヲ為スコトヲ得

(72) 民事訴訟法修正案 64 条 従参加人ハ其附随スル時ノ訴訟ノ程度ニ從ヒ攻撃及ヒ防御ノ方法施用シ故障又ハ上訴ヲ為シ其他一切ノ訴訟行為ヲ為ス権利ヲ有ス但主タル原告若クハ被告ノ訴訟行為ニ抵触スルモノハ無効トス

(73) 民事訴訟法修正案 65 条 従参加人ハ訴訟ヨリ脱退シタルトキト雖モ其補助シタル原告若クハ被告トノ関係ニ於テハ其訴訟ヲ不十分ニ為シタリト主張スルコトヲ得ス但従参加人カ其附随シタル時ノ訴訟ノ程度ニ因リ又ハ主タル原告若クハ被告ノ行為ニ因リ攻撃及ヒ防御ノ方法ノ施用ヲ妨ケラレタルトキ又ハ主タル原告若クハ被告カ従参加人ノ知ラサリシ攻撃及ヒ防御ノ方法ヲ故意又ハ重大ナル過失ニ因リ施用セサリシトキハ此限ニ在ラス

(74) 民事訴訟法修正案 61 条 従参加ハ書面ヲ訴訟ノ当事者ニ送達シテ之ヲ為ス

右ノ書面ニハ左ノ事項ヲ掲クルコトヲ要ス

第一 訴訟及ヒ其当事者ノ表示

第二 一定ノ利害関係

第三 附随セントスル陳述

準備書面ニ関スル一般ノ規定ハ右ノ書面ニ之ヲ準用ス

(75) この点については、前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 44 民事訴訟法（2）〔明治 36 年草案〕』（「法典調査会〔第二部〕民事訴訟法議事速記録－明治 34 年 6 月 25 日（第 30 回）」）328 頁の河村讓三郎起草委員の発言が参考になる。

(76) 民事訴訟法修正案 62 条 原告若クハ被告ハ従参加アリタル後ノ最初ノ口頭弁論期日ノ後ニ至ルマテ従参加ニ付キ異議ヲ述フルコトヲ得但其期日ノ終了前ト雖モ原告若クハ被告カ異議ヲ述フル権利ヲ放棄シタリト認めキトキハ異議ヲ述フルコトヲ許サス

(77) 民事訴訟法修正案 63 条 原告若クハ被告カ異議ヲ述フルトキハ裁判所ハ従参加ノ許否ニ付キ決定ヲ為ス此決定ハ口頭弁論ヲ経スシテ之ヲ為スコトヲ得

右ノ決定ニ対シテハ上訴ヲ為スコトヲ得ス

- (78) 前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 44 民事訴訟法（2）〔明治 36 年草案〕』（「法典調査会〔第二部〕民事訴訟法議事速記録－明治 34 年 6 月 27 日（第 31 回）」）332 頁の河村讓三郎起草委員の発言参照。
- (79) 前注参照。
- (80) 成立年月日は不明であるが、明治 33 年 9 月 11 日配布と記されている。この間の事情については、前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 43 民事訴訟法（明治 36 年草案）（1）』8 頁。
- (81) 民訴甲第一号 67 条 当事者ハ参加ニ付キ異議ヲ述フルコトヲ得但異議ヲ述フル権利ヲ抛棄シタルトキハ此限ニ在ラス  
参加ニ付キ異議アルトキハ裁判所ハ其許否ニ付キ口頭弁論ヲ経テ決定ヲ為スヘシ此決定ニ対シテハ不服ヲ立ツルコトヲ得ス
- (82) もっとも、この点について、起草者は、民訴甲第一号 67 条 1 項ただし書の「異議ヲ述フル権利ヲ抛棄シタルトキ」の中には異議権の黙示の放棄があった場合も含まれると解することによって、修正案 62 条と民訴甲第一号 67 条 1 項ただし書との内容的同一性を保持させようとしていたようである。前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 44 民事訴訟法（2）〔明治 36 年草案〕』（「法典調査会〔第二部〕民事訴訟法議事速記録－明治 34 年 6 月 27 日（第 31 回）」）331 頁の河村讓三郎起草委員の発言参照。
- (83) 民訴甲第一号 70 条 参加人ハ当事者双方ノ同意ヲ得テ其補助シタル当事者ニ代ハリ訴訟ヲ引受クルコトヲ得此場合ニ於テハ裁判所ハ補助セラレタル当事者ノ申立ニ因リ判決ヲ以テ其当事者ヲ訴訟ヨリ脱退セシムヘシ
- (84) 前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 44 民事訴訟法（2）〔明治 36 年草案〕』（「法典調査会〔第二部〕民事訴訟法議事速記録－明治 34 年 6 月 27 日（第 31 回）」）331 頁以下。裁判の効力についても議論されているが、起草者は参加的効力説の立場に立っていたようであり、仁井田益太郎委員や梅謙次郎委員の反対意見にもかかわらず、原案通りとなっている。
- (85) 補助参加については、松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 45 民事訴訟法（3）〔明治 36 年草案〕』（1995 年、信山社）13 頁以下。
- (86) 旧法典調査会案については、松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 10 民事訴訟法（1）〔大正改正編〕』（1993 年、信山社）31 頁以下。



## 6 大正 15 年の大改正（大正民訴法）

以上のようにして成立した旧法典調査会案は、明治 36 年 4 月 1 日に法典調査会が廃止されたことにともない、結局のところ正式の法案としては議事に提出されるには至らなかった。しかしながら、明治 44 年 5 月から始まった法律取調委員会第二部の起草委員会の審議の際には、同委員会の委員、幹事および嘱託員から提出された「民事訴訟法改正起草委員会問題」とならんで旧法典調査会案も検討対象とされた<sup>(87)</sup>。この起草委員会において補助参加に関する規定が審議の対象とされたのは、明治 45 年 1 月 17 日の第 39 回から同年 1 月 26 日の第 42 回においてであった。補助参加の規定に関する限り、基本的に旧法典調査会案と同旨の規定を設けるべき旨の決議がなされている。但し、旧法典調査会案 69 条に明治民訴法 57 条 2 項のごとき規定を追加すべきこと、ならびに旧法典調査会案 73 条に関連して当事者の訴訟脱退についての裁判を不要とすること、および参加人の訴訟引受けとそれに対する当事者の同意が口頭弁論でなされないときには書面によることを要するとの規定を新設することなどが決議された。また、共同訴訟的補助参加（旧法典調査会案 71 条 2 項）の扱いについては議論が紛糾したようであり、決議は延期されている<sup>(88)</sup>。

その後、大正 4 年 3 月 12 日から、法律取調委員会は、その起案会による法文の起案作業を開始し、その結果、民事訴訟法改正起案会仮決定案<sup>(89)</sup>（以下では、単に「仮決定案」とする）、およびこれに修正を加えた民事訴訟法改正起案会決定案（以下では、単に「決定案」とする）を得た<sup>(90)</sup>。決定案では、補助参加の規定は、第一編「総則」、第二章「当事者」の第三節「訴訟参加」の中の 60 条以下に置かれている。参加要件が「訴訟の結果につき利害関係  
六八  
を有する」こととされたこと（決定案 60 条）、参加の申出は訴訟の係属する裁判所になすものとされたこと（決定案 61 条）、参加的効力発生の除外事由としての被参加人が参加人のできない訴訟行為をしなかった場合の被参加

人の主観的要件が単なる「過失」とされていること（決定案 65 条）などが旧法典調査会案との違いである。決定案 60 条における修正は単なる表現方法の変更に止まり、実質的な内容の改変をとまなうものではないと思われる。決定案 61 条は、訴え提起の方式を裁判所への訴状の提出としたこと（決定案 185 条）に照応させたものである。決定案 65 条の被参加人の主観的要件が通常の過失で足りるとされるに至った事情は現在においては不明である。また、参加は故障又は上訴とともになしうる旨を定める規定ならびに参加人の訴訟引受けおよび当事者の脱退に関する規定が仮決定案の段階で消えているのであるが、その理由も明らかではない。なお、参加に対する当事者の異議権の放棄の擬制規定が新設されたのは、仮決定案からである（仮決定案 63 条 2 項<sup>(91)</sup>）。旧法典調査会案 71 条 2 項に置かれていた共同訴訟的補助参加の規定は、仮決定案では後の共同訴訟参加の規定のような文言になっている（仮決定案 67 条）。この規定は、決定案ではさらに大正民訴法 75 条の表現に近づく（決定案 67 条）。共同訴訟参加の誕生史として大いに興味を引かれるところであるが、本稿の主たる関心からははずれるのでここではこの点には深入りしないことにする<sup>(92)</sup>。

以上の内容を有する決定案に多少の修正が加えられて出来上がったのが、民事訴訟法改正起草委員会決議案<sup>(93)</sup>（第一案、以下では単に「第一案」とする）である。第一案では、仮決定案および決定案が参加の申出をなすべき裁判所を訴訟の係属する裁判所としていたのを、「参加ニ依り訴訟行為ヲ為スヘキ裁判所」と改め（第一案 60 条）、また、参加人の行為は参加を許さない裁判が確定しても当事者の援用により効力を有するに至る旨の規定を追加した（第一案 62 条 2 項）。いずれも、後の大正民訴法、さらには現行法において採用されるに至った規律であるところ、とりわけ後者はかねてよ

六七  
六

り懸案であった参加の許否についての裁判に対する不服申立ての是非を巡る議論を終息させる意味をもつものであった。このような第一案には順次若干の手直しが加えられ、そのようにして出来上がったのが、民事訴訟法改正起草委員会決議第一案ニ対スル起案会修正案（起草委員会第二説会議

案<sup>(94)</sup>）および民事訴訟法改正案（起草委員会案<sup>(95)</sup>）である。

この間、法律取調委員会は大正8年7月9日に廃止されることになり、同年同月18日からは民事訴訟法改正調査委員会が民事訴訟法の改正作業を引き継ぐことになった。民事訴訟法改正調査委員会は、法律取調委員会の方針を踏襲して起案作業を続け、まず、民事訴訟法改正案（第一案・議案<sup>(96)</sup>）を作成した。これは、民事訴訟法改正調査委員会の総会にかけられ審議の対象とされたものであるが、補助参加の条文（第一編「総則」、第二章「当事者」、第三節「訴訟参加」の60条から66条まで）に関しては、その規定するところは民事訴訟法改正案（起草委員会案）とほぼ同じである（ただし、若干の字句に違いがある）。民事訴訟法改正調査委員会総会においては、補助参加に関する審議は第8回（大正11年3月7日）の会議において行われた<sup>(97)</sup>。そこでは、民事訴訟法改正案（第一案・議案）64条に関連して当事者が参加人の訴訟行為を援用したときということの意味とその規定の仕方、同案66条との関係で被参加人が参加人の訴訟行為を妨げた場合についての規律如何、および参加人に対する裁判の効力の内容と同案66条の法文のあり方などが議論の対象となった<sup>(98)</sup>。そして、この総会での議論を踏まえたうえで民事訴訟法改正案（第一案・議案）に修正を施したのが民事訴訟法改正案（第二案・議場用<sup>(99)</sup>）である。民事訴訟法改正案（第一案・議案）から条文の文字が多少変更されているほか、参加的効力の除外事由として被参加人が参加人の行為を妨げた場合が追加されている（民事訴訟法改正案（第二案・議場用）66条）。この民事訴訟法改正案（第二案・議場用）は、大正14年6月2日に開催された民事訴訟法改正調査委員会総会において審議の対象とされているが、補助参加の規定に関しては特に異論は提出されていない。この民事訴訟法改正案（第二案・議場用）にさらに若干の整理・修正を施して大正13年9月にできたのが民事訴訟法案（第三案<sup>(100)</sup>）である。内容的には、民事訴訟法改正案（第二案・議場用）と同じであり、これも民事訴訟法改正調査委員会総会で配布されている。その後、大正14年10月15日には、民事訴訟法案（第三案）をさらに修正・整理した改正民事訴訟法案（第

四案)が出来上がったのであるが、補助参加の規定に変更はない。この段階ですでに後の大正民法と同じく、補助参加については64条から70条までに規定が置かれるようになっていく。改正民事訴訟法案(第四案)は、主として字句を中心とした整理・修正を施されて、民事訴訟法中改正法律案(議会提出・第五案<sup>(101)</sup>)になった。補助参加については、文言の整理・修正がある程度なされているほか、参加の申出では参加人としてなしうる訴訟行為とともにすることができる旨を規定する65条3項が加えられている。明治民法56条4項と同旨の規定の追加であり、このような行為が是認される趣旨を明確にするために復活させたのではないかと思われる(但し、現在のところ、その経緯は不明である<sup>(102)</sup>)。ここにおいて、大正民法の補助参加に関する規定が完成をみた。民事訴訟法中改正法律案(議会提出・第五案)は、大正15年2月12日に第51回帝国議会で提出されたのであるが、貴族院においても衆議院においても、補助参加の規定に関して格別の議論はなされていない<sup>(103)</sup>。その結果、以上の内容を有するものとして大正民法における補助参加制度が成立したのである(大正15年4月24日公布)。

(87) この間の事情については、前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集10民事訴訟法(1)〔大正改正編〕』4頁以下。

(88) 以上につき、前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集10民事訴訟法(1)〔大正改正編〕』371頁以下および563頁。

(89) 補助参加に関する規定は、松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集11民事訴訟法(2)〔大正改正編〕』(1993年、信山社)30頁以下。

(90) 前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集11民事訴訟法(2)〔大正改正編〕』63頁以下参照。

(91) 民事訴訟法改正起案会仮決定案63条2項 当事者カ異議ヲ述ヘスシテ辯論ヲ為シタルトキハ異議ヲ抛棄シタルモノト看做ス

(92) この点については、松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集12民事訴訟法(3)〔大正改正編〕』(「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第九回(大正11年4月4日)」)(1993年、信山社)122頁以下における松岡義正委員の趣旨説明が参考になる。

- (93) 補助参加に関する規定は、前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 11 民事訴訟法（2）〔大正改正編〕』106頁。
- (94) 前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 11 民事訴訟法（2）〔大正改正編〕』139頁以下。
- (95) 前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 11 民事訴訟法（2）〔大正改正編〕』143頁以下。
- (96) 前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 11 民事訴訟法（2）〔大正改正編〕』180頁以下。
- (97) この審議の様様については、前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 12 民事訴訟法（3）〔大正改正編〕』（「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第八回（大正11年3月7日）」）111頁以下。
- (98) 前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 12 民事訴訟法（3）〔大正改正編〕』（「民事訴訟法改正案修正問題」）460頁参照。
- (99) 補助参加については、前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 11 民事訴訟法（2）〔大正改正編〕』248頁。
- (100) 補助参加については、前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 11 民事訴訟法（2）〔大正改正編〕』289頁。
- (101) 前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 11 民事訴訟法（2）〔大正改正編〕』399頁以下、特に406頁以下。
- (102) 旧法典調査会案67条2項以来の復活である。
- (103) この審議の様様については、松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 13 民事訴訟法（4）〔大正改正編〕』（「大正15年2月21日貴族院民事訴訟法中改正法律案外一件特別委員小委員会議事速記録第二号」）（1993年、信山社）377頁、特に384頁、前掲・松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 14 民事訴訟法（5）〔大正改正編〕』（「大正15年3月16日衆議院民事訴訟法中改正法律案外一件委員会議録（速記）第六回」）306頁、特に315頁。

## 7 現行法の成立

大正民訴法は、補助参加以外の制度に関して戦後に若干の改正がなされた点などを別とすれば、その後70年余りにわたり（平成9年12月31日まで）そのままの形でわが国の民事訴訟事件に適用され続けた。その間、補助参加制度は、各種訴訟参加制度の中でも最も利用され<sup>(104)</sup>、かつ理論面での

深まりもみられた。とりわけ、補助参加人の地位、補助参加の利益、裁判の参加人に対する効力および共同訴訟的補助参加などを巡る議論が活発になされた<sup>(105)</sup>。その影響もあってか、平成2年から始まった民事訴訟法の改正作業においては、まず平成3年に公表された「民事訴訟手続の検討事項」が共同訴訟的補助参加に関する規定を新設することの可否を問うた<sup>(106)</sup>。平成5年の「民事訴訟手続に関する改正要綱試案」になると、共同訴訟的補助参加に関する規定を新設することのほか、補助参加人が再審の訴えを提起することができるようにすることが改正内容に盛り込まれた<sup>(107)</sup>。ところが、平成8年2月までに作成された「民事訴訟手続に関する改正要綱」からは共同訴訟的補助参加に関する規定が消え<sup>(108)</sup>、そのまま「民事訴訟法案<sup>(109)</sup>」（補助参加の規定は第一編「総則」、第三章「当事者」、第三節「訴訟参加」の42条から46条まで）、さらに現行法となったのである。現行法が大正民法を改変した点は、現行法42条が大正民法64条の「訴訟ノ繫属中」を削除し、かつ現行法45条1項が補助参加人のすることができる訴訟行為に「再審の訴えの提起」を加えた点<sup>(110)</sup>、および大正民法65条2項が現行民事訴訟規則20条1項に移された点である。共同訴訟的補助参加の明文化が見送られたのは、そのような参加類型の範囲を確定することが困難であるという理由、ならびにその法効果如何、および参加人に生じた事由によって手続停止の効果が認められるか、などについて法制審議会のメンバーの間で意見の一致をみるができなかったという理由によるとされる。ただし、この参加形態を否定する意図はまったくなかったようである<sup>(111)</sup>。将来における理論の発展に委ねられた問題の一つである。

(104) 井上治典・前掲『多数当事者の訴訟』186頁。

(105) ただし、議論がある意味で行き詰まりをみせていたという点については、冒頭で触れた。これらの問題について、さしあたりの文献として、井上治典・前掲『多数当事者訴訟の法理』3頁・65頁・109頁・376頁、および井上・前掲『多数当事者の訴訟』175頁。

(106) 法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続の検討課題－民事訴訟手続に

関する検討事項とその補足説明一』（平成3年、商事法務研究会）「民事訴訟手続に関する検討事項」7頁・「民事訴訟手続に関する検討事項補足説明」10頁。

- (107) 法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続に関する改正試案－試案とその補足説明、検討事項に対する各界意見の概要』（平成5年、商事法務研究会）「民事訴訟手続に関する改正要綱試案」3頁、「民事訴訟手続に関する改正要綱試案補足説明」12頁。
- (108) 小林秀之・高田ありさ「民事訴訟法改正検討事項・改正要綱試案・要綱対照表」判タ900号70頁、特に76頁。
- (109) 判タ903号62頁。
- (110) 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』（平成8年、社団法人商事法務研究会）61頁。
- (111) 以上につき、竹下守夫・青山善充・伊藤 眞 編集代表「研究会 新民事訴訟法－立法・解釈・運用」ジュリ増刊（1999、有斐閣）76頁以下（柳田幸三発言および鈴木正裕発言）。

## 8 むすびにかえて

これまで日本における補助参加制度に関する立法の系譜について詳しくみてきた。日本の現行法上の補助参加に関する規定を現行ドイツ民事訴訟法の規定と比べてみると、全体としてはやはり両者は酷似しているといわざるをえない。明らかに異なるのは、参加の申出に書面を要するかどうか（民事訴訟規則1条1項は消極、ドイツ民事訴訟法70条は積極）、参加の申出に対する当事者の異議については口頭弁論を経たうえで判決で裁判をするかどうか（44条1項は消極、ドイツ民事訴訟法71条1項・2項は積極）、参加的効力の除外事由である被参加人が補助参加人のすることができない訴訟行為をしなかったときの主観的要件として重大な過失まで要求するかどうか（46条4号は消極、ドイツ民事訴訟法68条は積極）ぐらいである。参加の利益を規定する文言（「訴訟の結果について利害関係を有する第三者」（42条）、「一方の当事者が勝訴することにつき法律上の利益を有する者」（ドイツ民事訴訟法66条））や明文上参加が許されるのは訴訟係属中かどうか（42条は消極、ド

イツ民事訴訟法 66 条は積極)などにも違いはみられるが、いずれの点についても解釈により個別問題の取扱いに幅をもたせる余地があるので実質的には違いはないともいえる。現に、後者との関係で、再審の訴えの提起とともになす参加の申出も許されるとするのが、ドイツでの支配的見解である<sup>(112)</sup>。また、ドイツ民事訴訟法 69 条に規定されている共同訴訟的補助参加についても、明文規定を欠く日本においてもこれを認めるべきであるというのが通説・判例<sup>(113)</sup>であり、この点でも実質的には彼我に差異はない。ドイツ民事訴訟法の翻訳的継受という呼称にも無理からぬところがある。しかしながら、現在存在する日本の補助参加に関する規定は、すでにみたように明治 17 年の訴訟法予備会議以来、数多くの起案、審議、修正、草案、読会、成案等を経た後の結果として得られたものであり、決してドイツ法を無批判に取り入れたものではない。その意味で、ドイツ法の翻訳的法典というのは、事実に反するばかりでなく、先人の労に対する敬意を欠くものでさえある。とはいえ、日本の補助参加制度は、その継受の際の経緯、その後の理論や法改正の動きなどからも明らかなように、ドイツ法の圧倒的な影響を受けてきたものであることにはかわりがない。そうであるなら、冒頭に示唆したように、この研究はドイツにおける立法史、普通法学説およびローマ法源にまで及ばざるをえない。また、ドイツにおける最近の判例・学説の動向にも注意をする必要がある。したがって、本稿は、補助参加制度全体を包括する一連の研究のほんの一部を形成するものにすぎないのである。だが、もはや時間がない。平成 14 年度夏期休暇は本日(9 月 16 日)で終了した。明日からは講義である。ドイツ法とローマ法、さらには日本法についての示唆などについては別稿を約束して本稿を終える次第である。

(112) Zöller-Vollkommer, Kommentar zur ZPO, begr. v. Zöller, 15. Aufl., 1987, § 66 RdNr. 15; Rosenberg-Schwab-Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl. 1993, § 50 II 1c; Stein-Jonas-Bork, Zivilprozessordnung, Kommentar, begr. v. Gaupp-Stein-Jonas, 21. Aufl. Bd. 1, 1993 § 66 II RdNr. 7;



Wieczorek-Schütze-Mansel, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, 3. Aufl. 1994, § 66 RdNr. 19, Jauernig, Zivilprozeßrecht, 25. Aufl., 1998 § 83 II 1; Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 2. Aufl., Bd. 1, 2000 § 66 IV RdNr. 24; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozeßordnung, 60. Aufl. 2002, § 66 RdNr. 17; BayObLG, Beschl. v. 15. 1. 1974, NJW 1974, 1147.

- (113) 新堂・前掲書 706 頁、伊藤眞・『民事訴訟法〔補訂第 2 版〕』（2002 年、有斐閣）586 条、松本＝上野・前掲書 523 頁、上田・前掲書 533 頁、最判昭和 40 年 6 月 24 日民集 19 卷 4 号 1001 頁。なお、共同訴訟的補助参加の形成史については、井上治典・前掲『多数当事者訴訟の法理』109 頁参照。