



詐害行為取消訴訟における他の債権者による権利主張参加の可否：いわゆる不動産の二重譲渡事例における権利主張参加の可否の検討を通じて

八田, 卓也

(Citation)

現代民事法の実務と理論：田原睦夫先生古稀・最高裁判事退官記念論文集, 下:934-967

(Issue Date)

2013-06

(Resource Type)

book part

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100477778>



詐害行為取消訴訟における他の債権者による権利主張参加の可否
—— いわゆる不動産の二重譲渡事例における権利主張参加の可否の
検討を通じて

八田 卓也

- 一 はじめに
- 二 権利主張参加における民事訴訟法四〇条準用の趣旨についての見解の対立
- 三 二重譲渡事例における権利主張参加の可否
- 四 詐害行為取消訴訟における権利主張参加
- 五 最後に

一 はじめに

本稿は、最判平22・10・19金商一三五五号一六頁において田原陸夫裁判官による補足意見が指摘された問題、

すなわち詐害行為取消訴訟における他の債権者による権利主張参加の可否、の問題に対する筆者なりの回答を用意することを目的とする。

その回答を考えるにあたり、いわゆる不動産の二重譲渡事例における権利主張参加の可否に関する理解が一定の鍵を握るといふ認識を得たため、本稿は本来の目的に対する準備作業としてまずその点を検討する。さらにその前提として権利主張参加の制度趣旨が問題となるため、まずこの点を整理したうえで（二）、二重譲渡事例における権利主張参加の可否（三）、詐害防止参加訴訟における他の債権者による権利主張参加の可否（四）の順に考察を重ねていきたい（注1）。

（注1） 以下の事例では、独立当事者参加人をZ、Zが参加する訴訟の原告をX、被告をYとする。

二 権利主張参加における民事訴訟法四〇条準用の趣旨についての見解の対立

不動産の二重譲渡事例における権利主張参加の可否には、権利主張参加における民事訴訟法四〇条準用の趣旨の理解が少なからず影響を及ぼしている。

1 二見解の対立

周知のとおり、権利主張参加における民事訴訟法四〇条準用の趣旨については、これを、「三当事者」「間の三面的紛争を矛盾無く一挙に解決するため」（注2）とする説（以下、本稿において「制度目的としての三面訴訟説」といふ）（注3）と、「独立当事者参加とは、「第三者が」本訴訟の当事者間の訴訟追行を牽制してその間に自己に不

利な判決の生じることをくい止めようとする制度である」(注4) (一)内、引用者) という説(以下、本稿において「第三者保護説」という)(注5)の二つが対立している。

(一) 制度目的としての三面訴訟説

制度目的としての三面訴訟説は、独立当事者参加訴訟の訴訟構造についてかつて存在した論争において通説の地位を占めた、三当事者がそれぞれ独立して対立関与する一つの訴訟が存在するとする見解(これを本稿では「独立当事者訴訟の訴訟構造としての三面訴訟説」と呼ぶ)(注6)を前提として、かかる訴訟構造としての三面訴訟性を正当化するため、民訴法四〇条準用の趣旨として、「三面紛争の一挙的解決」を持ち出す見解であった。民訴法四〇条準用の要件として三面訴訟性(両面参加)を要求し(注7)、効果として合一確定をあくまで貫く(注8)点に、その解釈論的特徴があった。

(二) 第三者保護説

第三者保護説は、民訴法四〇条が準用される独立当事者参加訴訟形態がとられるかどうかはひとえに参加する第三者のインシアティブに委ねられていることを理由に、当該第三者の利益保護のために権利主張参加訴訟はあるとし、当該第三者に生じる不利益回避を民訴法四〇条準用の制度目的とするものである。

そこで念頭に置かれている第三者の不利益には、以下の(a)(b)の二種類のものがある。

(a) 第一は、本訴訟当事者による、第三者の権利を否定する内容の権利主張に「裁判所によるお墨付きがつくこと」である(注9)。たとえば、Zが所有権を主張している甲土地について、XがYを被告として所有権確認

訴訟を提起して勝訴し、確定判決が下った場合には、Xの甲土地所有権の主張に対し、裁判所がいわばお墨付きを与えたような結果になる。これは、まず、その後ZがYやXを被告として甲土地の所有権確認訴訟を提起した場合に、証明効としてZに不利に働く可能性がある。また、ZがYに甲土地の任意の明渡しを求めた場合に、Xに所有権を認める「裁判所のお墨付き」があることにより、YがZの説得に応じがなくなる、という事態が発生する可能性もある。

(b) 第二は、第三者の権利実現が困難になる、あるいは、場合によっては不可能になるかもしれない、という不利益である。

〔1〕たとえば、ZがAからYに対する甲債権を譲り受けたはずであるにもかかわらず、XがAに甲債権を譲渡したがそれは無効であると主張してYに対して甲債権の給付訴訟を提起した、という場合、仮に当該訴訟でXの請求を認容する判決が下り、確定すれば、Xが当該判決を債務名義としてYに対して強制執行をして甲債権を回収する、ないし判決に基づいてYがXに対して任意弁済をすることが当然に考えられる。このような事態は、YはZに対して任意弁済をすることを拒む可能性を高めるであろう。事案によっては、YのXに対する弁済に民法四七八条が適用になり、ZがYから支払を受ける権利を法律上失ってしまうこともあるかもしれない。また、Xによる強制執行ないしYのXに対する任意弁済の結果、Yが無資力になり、Zが事実上Yから債権回収をすることができなくなることも考えられる(注10)。

〔2〕ほかに、ZがYに対して甲土地を売却し登記も移転したが、当該売買契約が錯誤により無効であるので移転登記を抹消して甲土地を取り戻したいと考えている場合、Yから甲土地を購入したというXが現れ、Yに対し移転登記請求訴訟を提起し、勝訴判決が確定し、当該判決に基づきY→Xの移転登記が実現してし

まった場合には、Zの登記回復はより困難になる。Xからさらに転々と甲土地が譲渡され、結果、外観法理が介在することにより、Zが所有権自体を喪失する、という事態も生じるかもしれない(注11)。

2 両説の関係

平成八年改正前は、制度目的としての三面訴訟説が多数説であり、判例もこれに従っていた(注12)。

しかし、平成八年改正による片面参加の許容により、形勢は逆転する。制度目的としての三面訴訟説が前提とする要件としての三面訴訟の要求は、片面参加では説明がつかないからである。これにより、第三者保護説の優位が決定づけられることとなった(注13)。

(注2) 新堂幸司『民事訴訟法(第二版補訂版)』(以下、「新堂・旧」で引用)五〇九頁。

(注3) 三ヶ月章『民事訴訟法(法律学全集)』(以下、「三ヶ月・全集」で引用)二二三頁、兼子一ほか『条解民事訴訟法』(以下、「兼子ほか・条解」で引用)一九四頁(新堂幸司)、齋藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(2)』(以下、「齋藤ほか編・注解(2)」で引用)二四六頁(小室直人)東孝行、小山昇『小山昇著作集(4)』二〇三頁以下、二二七頁、菊井維大、村松俊夫『民事訴訟法I(全訂版補訂版)』(以下、「菊井・村松I」で引用)四五三・四五五頁ほか。

(注4) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法(F)(第二版)』(以下、「高橋・重点(F)(二版)」で引用)四九一頁以下。

(注5) 平成八年法律第一〇九号による民法改正(以下、「平成八年改正」と呼ぶ)前の民法下での見解として、井上治典『多数当事者訴訟の法理』二六七頁以下、特に二九六頁、高橋宏志『各種参加類型相互の関係』『講座民事訴訟(3)』二五三頁以下。平成八年改正後の民法下での見解として、徳田和幸『民事訴訟法の争点(三版)』一一一頁、畑瑞穂『多数当事者訴訟における合一確定の意義』福永有利先生古稀記念『企業紛争と民事手続法理論』(以下、「畑・福永古稀」で引用)一四二頁、賀集唱ほか編『基本法コンメンタール民事訴訟法(1)(第三版)』

(以下、「賀集ほか編・基本法コンメン(1)(三版)」で引用) 一三五・一三八頁(上野泰男)、畑瑞穂「独立当事者参加」長谷部由起子ほか編著『基礎演習民事訴訟法』(以下、「畑・基礎演習」で引用) 二四〇頁、高橋・重点(1)(二版) 四八九頁以下、上野泰男「いわゆる二重譲渡事例と権利主張参加について」井上治典先生追悼論文集『民事紛争と手続理論の現在』(以下、「上野・井上追悼」で引用) 一九〇頁以下、特に二〇五頁、河野正憲「民事訴訟法」(以下、「河野」で引用) 七五一頁、兼子一ほか「条解民事訴訟法(第二版)」(以下、「兼子ほか・条解(二版)」で引用) 二五〇頁(新堂幸司・高橋宏志・高田裕成)、山本弘「主観的予備的併合と同時審判申出共同訴訟」法教三七三号一二八頁以下、特に一三四頁(同一三四頁(注22)も参照) ほか。

このほか、秋山幹男ほか「コンメンタール民事訴訟法I(第二版)」(以下、「秋山ほかI」で引用) 四六三頁、伊藤眞「民事訴訟法(第四版)」(以下、「伊藤(四版)」で引用) 六四八頁も、現行法では民訴法四〇条準用の趣旨を三面訴訟という訴訟構造からは説明できないとする。竹下守夫ほか編集代表『研究会民事訴訟法』七九頁(柳田幸三)、高田裕成「いわゆる類似必要的共同訴訟関係における共同訴訟人の地位」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築(上)』(以下、「高田・新堂古稀(上)」で引用) 六四一頁以下、特に六四五頁(注2) 以下も参照。

(注6) 兼子一「新修民事訴訟法体系(増補版)」(以下、「兼子・体系」で引用) 四一六頁、三ヶ月・全集二二二頁以下、奈良次郎「独立当事者参加について(1)」判評一二〇号(以下、「奈良・(通し番号)」で引用) 二二頁、小島武司「独立当事者参加をめぐる若干の問題」鈴木忠一「三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座(1)』」一二六頁、高島義郎「独立当事者参加の構造」三ヶ月章「青山善充編『法律学の争点シリーズ5 民事訴訟法の争点(初版)』」(以下、「高島・争点(初版)」で引用) 一三〇頁以下、新堂・旧五〇九頁以下、斎藤ほか編・注解(2)二四八頁(小室直人・東孝行) ほか。

そのほかの見解としては、共同訴訟説(参加人は当事者のいずれか一方と共同訴訟人となる見解。岩澤彰二郎「民事訴訟参加」司法研究八輯一号四五三頁以下ほか)、補助的共同訴訟説(参加人は当事者のいずれか一方と共同訴訟人となるが、参加人は自ら独自の請求を定立するのではなく、従来の当事者の請求を維持するに

すぎないとする見解。松岡義正『新民事訴訟法註釈(2)』三九一頁以下ほか、主参加併合訴訟説(主参加訴訟と本訴訟とが丁字形に併合されたと見る見解。山田正三「改正民事訴訟法(3)」六〇七頁以下)、三個訴訟併合説(同一の紛争をめぐって三つの訴訟が併合されたものと見る見解。中島弘道『日本民事訴訟法第一編』三〇六頁以下、加藤正治『民事訴訟法要論(新訂版)』一六四頁)等があった。以上につき、山本戸克己「訴訟参加と訴訟承継」民事訴訟法学会『民事訴訟法講座(2)』二七三頁以下、奈良・(1)一五頁以下、高島・争点(初版)一三〇頁以下。

(注7) 最判昭42・9・27民集二二卷七号一九二五頁参照。

(注8) たとえば、三当事者間で一当事者が勝訴し、二当事者が敗訴した場合に、敗訴した二当事者中いずれか一方しか上訴をしなかった場合にも、上訴審は、上訴をしなかった敗訴当事者との関係でも「合一確定のため必要な限度で」その者に対して有利に原判決を変更できる、とする。最判昭48・7・20民集二七卷七号八六三頁。

(注9) 高橋・重点(下)(二版)四八九頁以下。

(注10) 高橋・重点(下)(二版)五三二頁(注32)、八田卓也「演習 民事訴訟法」法教三〇五号一四六頁以下、特に一四七頁、菱田雄郷「独立当事者参加について」小島武司先生古稀祝賀『民事司法の法理と政策(上)』(以下、「菱田・小島古稀(上)」で引用)六八九頁以下、特に六九九頁。

(注11) 菱田・小島古稀(上)六九九・七〇三頁(注15)。

(注12) 最判昭42・9・27民集二二卷七号一九二五頁(前掲(注7))、最判昭48・7・20民集二七卷七号八六三頁(前掲(注8))。

(注13) 前掲(注5)参照。

権利主張参加の制度趣旨については、制度目的としての三面訴訟説、第三者保護説のほかに、参加人が三面紛争の統一的解決自体に対し利益を有すると構成する見解として、上野泰男「独立当事者参加訴訟の審判規制」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論(上)』(以下、「上野・中野古稀(上)」で引用)四七七頁以下がある(ただし、上野・井上追悼二〇五頁は、第三者保護説に立つことを明らかにしている。松本博之「上野泰男」『民

「事訴訟法」(以下、「松本」上野(七版)で引用)七三五頁以下(「上野」も参照)。しかし、なぜかかる利益が参加人に認められるのかは、明らかでない。畑・基礎演習二四一頁。また、上野・中野古稀(四九九頁以下)が前提とする、Z↓X請求・Z↓Y請求に対する判決の既判力がX・Y間にも及ぶという考え方は、少数説である。菱田・小島古稀(六九七頁(注10)も参照)。

現行法下での訴訟構造としての三面訴訟説については、三木浩一「独立当事者参加の訴訟構造と要件」伊藤眞山本和彦編『新・法律学の争点シリーズ4 民事訴訟法の争点』八六頁以下、特に八七頁(以下、「三木・新・争点」で引用)。

三 二重譲渡事例における権利主張参加の可否

以上の民訴法四〇条準用の制度趣旨についての二見解の対立を前提に、いわゆる不動産の二重譲渡事例における権利主張参加の可否について検討する。

1 〔問題1〕

〔問題1〕【XがYに対しY元所有の甲土地の売却を受けたことを理由に所有権移転登記請求訴訟を提起したのに対し、ZがY・Z間の甲土地の売買契約を理由にYに対し所有権移転登記請求を(、Xに対し所有権確認請求を)定立して権利主張参加を申し立てた場合に、認められるか】

がここでの検討対象である(注14)。

権利主張参加の民訴法四七条一項後段の条文上の要件である、参加人が「訴訟の目的の全部もしくは一部が自

己の権利であることを主張する」ことを、参加人の請求が本訴の請求と論理的に両立しえない関係にあることをいう、と理解することを前提としたうえで（注15）、この請求の両立不可能性の要件を二重譲渡事例が満たすかどうか、というかたちで議論が展開されている。

2 議論の現況

この問題については、比較的古くより、参加肯定説（注16）（請求が論理的に両立しえないというのは参加人の請求の趣旨レベル（注17）で判断すればよく、本案審理の結果判決において両立することになるのはさしつかえない、として請求の両立不可能性を肯定する。本案審理の結果二重譲渡が認められた場合には、XのYに対する請求もZのYに対する請求も認容し、ZのXに対する請求を棄却する判決が下る、という）と、参加否定説（注18）（二重譲渡の場合には参加人の請求の趣旨レベル（注19）でも原告の移転登記請求権と参加人の移転登記請求権は両立する、として請求の両立不可能性を否定する）とが対立する状況にある（注20）。

しかし特に近時、三木浩一教授（注21）、上野泰男教授（注22）、高橋宏志教授（注23）による論攷により、議論が深められている。

（一）三木教授の見解

三木教授は、請求の両立不可能性を訴訟物たる権利関係でとらえて、両者は両立する、という（注24）。また、特にXの請求とZの請求の双方が請求認容で終わった場合（すなわち、結果として事案が真正二重譲渡事例であった場合）の不都合（注25）を指摘して、実質的にも権利主張参加を認めるべきではない、とされる。

(二) 上野教授の見解

上野説の特徴は、(ア)「ZがY・X間の譲渡を争う場合」(本稿にいう不真正二重譲渡主張参加事例)と(イ)「Y・X間の有効な譲渡の存在を認め二重譲渡関係にあることを自認する場合」(本稿にいう真正二重譲渡自認参加事例)(注26)を区別する点にある。

そして、否定説と肯定説の結論の相違は、両者の念頭に置く事例の違い(否定説Ⅱ(イ)・肯定説Ⅱ(ア))から来るとし、両者を区別して検討される。そしてその際、権利主張参加における民訴法四〇条準用の趣旨との対応関係に着目する。

曰く、まず(ア)のケースは、制度目的としての三面訴訟説からも、参加は肯定される、という。このケースではX・Zとも自己にのみ移転登記請求権が帰属すると主張している。X・Zにとつては二重譲渡の関係にある事例ではなく、よつて両立不能という「併合要件」を具備して権利主張参加は適法となる。結果としての判決で、XとZのいずれかの請求のみを認容する終局判決により、三者間の紛争の一挙的解決という制度目的が実現される。本案審理の結果、実際に二重譲渡された事例であることが明らかになれば権利主張参加が認められる事例ではないのであるが参加理由は併合要件ではないから、権利主張参加は不適法にならない、というのが兼子理論だ、というのである(注27)。

このようにして問題の主戦場を(イ)のケースに見出したうえで、(イ)では、制度目的としての三面訴訟説では参加の肯定はむずかしいとされ、問題は、第三者保護説でどうかである、と絞りをかけられる。そのうえで、結果は〈早いもの勝ち理論〉(実体法は、先に登記を備えたほうが勝つとしており、先行しているXをZが止めるのを認めるのは、公正な自由競争を害する。訴訟の進行スピードは偶然その他の不合理な要素に左右されるが、そうした条件は両者が

等しく負うものであり、公正かつ自由な競争状態が存在することに変わりはない、という理論である（注28）の評価に依存するとされ、ご自身の結論としては、X・Y・Zの紛争が訴訟に持ち込まれた場合には早い者勝ち理論は不当（偶然）「不合理」（注29）な競争要素を排除することは不正とはいえない、ということ（理由とする）だという評価を経て、結論として参加肯定説に軍配を上げられる（注30）（「不合理」な要素の排除は本来は詐害防止参加の役割かもしれないが、詐害防止参加と権利主張参加の境は流動的なので、権利主張参加も可能だと解するべきであるとされる（注31））。

（三）高橋教授の見解

高橋教授は、ZがX・Y間の譲渡の（有効な）存在を最初から争っているか、最初は争っていないかでは区別できない、とされ（Zが権利主張参加をしたうえで、本案の中身として後にX・Y間の譲渡（の有効性）を争うことも可能だから、というのがその理由である（注32））、ZがX・Y間の譲渡の（有効な）存在を争うケース（本稿にいう（α）の不真正二重譲渡終局的主張事例）が考察対象となることをまず出発点として固められる（注33））。

そのうえで、その場合にXの請求が認容で確定されることによりZに生じる不利益（特に、XがYに対して処分禁止の仮処分をかけていた場合にはZは権利主張参加による場合以外にみちがなないことを指摘される（注34））を回避するために、Zに、（自己の権利を理由あらしめる事実の積極的主張・立証に加えて）Xの権利を否定する主張・立証を展開してX請求を棄却に導く権限を与えるべきである、とされる（このような主張・立証は詐害防止参加ではZに許されている以上、効果面で変わりのない権利主張参加でも認められてしかるべきであるという（注35））。

3 検 討

以上を前提に検討するに、まず、参加肯定説と否定説の間には、二点におけるすれ違いとそこにおける混同又は不明確性が見られる。

(一) 参加肯定説と否定説のすれ違い二点

すれ違いの【その1】は、上野論文がすでに指摘するところにかかわる。すなわち、訴訟の動態性や視点の違いから相互に完全に対応するわけではないが（注36）、一応、(ア)不真正二重譲渡主張参加事例—(α)不真正二重譲渡終局的主張事例—(1)不真正二重譲渡事例—[a]X・Y・Z間の訴訟の結果裁判所が不真正二重譲渡事例である
と判断した場合の系譜と、(イ)真正二重譲渡自認参加事例—(β)真正二重譲渡終局的自認事例—(2)真正二重譲渡事例—[b]X・Y・Z間の訴訟の結果裁判所が真正二重譲渡事例であると判断した場合の系譜の二系譜を暫定的に区別することが許されるとすると、そのいずれの系譜を念頭に置くかというすれ違いである。具体的には、肯定説中特に高橋説が自覚的に(α)（すなわち(ア)—(α)—(1)—[a]の系譜）に着目するのに対し、否定説中特に三木説は[b]（すなわち(イ)—(β)—(2)—[b]の系譜）に着目し、その場合の権利主張参加許容の不都合を強調することにより、参加否定説を根拠づけていた。しかし、さらに、高橋説においては不真正二重譲渡終局的主張事例を念頭にZの権利主張参加の許容を説きつつ、そこで想定されているZの不利益が真正二重譲渡事例のそれであるといふねじれ現象も生じているように思われる（注37）。また、上野論文は、この二者の系譜中(ア)と(イ)を区別すること志向しつつ、後者において(α)不真正二重譲渡終局的主張事例と(β)真正二重譲渡終局的自認事例のい

れを念頭に置くのが必ずしも明らかでない。その点は(β)を念頭に置いていると解釈できるにしても(注38)、その場合の「不合理な要素」としてYの自白等をあげ、それに対するZによる牽制を説いているところはそれをあたかも(α)として扱っているように思われ、そこにも混乱が見られる。

【その2】は純粹なすれ違いであり、権利主張参加の要件とされる(請求の両立不可能性)(請求の「趣旨」における両立不可能性)をどのレベルで見えるか、という点におけるすれ違いである。具体的には、参加肯定説が、これを(X・Zが実現したい結果)というレベルでとらえるのに対し(注39)、参加否定説はこれを、訴訟物たる権利関係のレベルでとらえている(注40)。このすれ違いは、権利主張参加における民訴法四〇条準用の趣旨についての第三者保護説と制度目的としての三面訴訟説との間の対立と相関関係を有すると思われる。なぜなら、第三者保護説が、権利主張参加を許容するかにあたり、Zが結果として不利益を被るかに着目し、したがって、実現したい結果レベルで物事をとらえようとする傾向を自然と有するのに対し、制度目的としての三面訴訟説は判決による合一(矛盾ない)解決を志向するために判決の対象となる訴訟物レベルで物事をとらえようとする傾向を自然と有すると考えられるからである。

□ 考察の焦点

以上の二点のすれ違いのうち、【その1】のすれ違いとの関連では、考察の出発点には、高橋教授の指摘するとおり、(α)の不真正二重譲渡終局的主張事例をおくべきであろう(さらにいえば、(ア)不真正二重譲渡主張参加事例と(イ)の真正二重譲渡自認参加事例との間の区別を問題とすることなく、Zによる参加を許し、ZがY・X間の有効な譲渡の譲渡の不存在を主張してXの請求を棄却に持ち込むことを許すべきか、がここでの問題点だ、というべきであろう。

すなわち、(イ)真正二重譲渡自認参加事例で結局ZがY・X間の有効な譲渡の存在を争わなかったとしても―結果として事案が(β)真正二重譲渡終局的自認事例で終わったとしても―翻って参加を不適法とするべきではない。

まず確認すべきは、Zに及ぶ不利益、という観点からは、(1)不真正二重譲渡事例と(2)真正二重譲渡事例の間に顕著な相違が存在するということである。前者の場合にZが被る不利益は、「甲」X・Y間の認容確定判決に基づきYからXに登記が移転する結果として説得の相手がYからXに変わることにより、自己名義の登記の実現が事実上困難になるという不利益である(Y・X間の譲渡が無効である以上、実体法上はZは自己名義の登記を実現できる関係にある)のに対し、後者の場合にZが被る不利益は、「乙」実体法上所有権自体を喪失するという不利益である(XとZが真正二重譲渡関係にある以上、その勝敗は登記の先後により決まる)からである。

にもかかわらず、(ア)不真正二重譲渡主張参加事例と(イ)真正二重譲渡自認参加事例を(さらに正確には、(α)不真正二重譲渡終局的主張事例と(β)真正二重譲渡終局的自認事例をも)区別することは妥当でない。これについては、Y・X間の譲渡の不存在や無効等は、参加の理由において主張する必要はなく、参加後の本案審理のなかで適時提出主義の枠内で後から主張してもよいはずであり、参加の時点でZがY・X間の譲渡の不存在等を主張しているか否かで結論を異にするのはおかしい、との高橋教授の上記指摘(注41)が妥当すると考えられるほか、権利主張参加の要件たる請求の非両立性は、訴訟物たる権利又は実現結果相互の関係の問題のほらず、ZがXの請求権の存在を肯定しているか否定しているかどうかは、あくまでXの請求権の存否にかかわるだけであり、訴訟物たる権利又は実現結果相互の關係に影響を及ぼすものではないことを指摘できる(注42)。

また、(β)真正二重譲渡終局的自認事例のみを切り出してこれを念頭に置きつつ権利主張参加の許容性を説くことは非常に困難である。上野論文は、この事例が二重譲渡事例における権利主張参加の可否の主戦場である

とされたうえで、結論として参加を肯定される。(β) 真正二重譲渡終局的自認事例でZが回避しようとする不利益は、(2) 真正二重譲渡事例において生じる上記「乙」の不利益である。そしてたしかに、これは権利の喪失を内実としており、それはY・X間の譲渡が無効や不存在であった場合よりもはるかに重い。しかし、(β)の場合にX請求とZ請求とを併合審理して民法四〇条を準用する意義は、審理内容の統一にはなく、判決時点の統一のみにある。すなわち、遅れてレースに参加したZが、先んじているXに「待った」をかけられるということであり、それは上野論文がいう「不合理な要素」の排除ではない(注43)。「合理的な要素」の排除であり、三木論文の指摘するとおり、公正な自由競争を害するものといわざるをえないように思われる。

結局、事案が(1)の不真正二重譲渡事例であるという可能性を念頭に置いたうえで、Y・X間の(有効な)譲渡の存在がXにより主張されている場合に、乙が権利主張参加をし、それを否定する主張・立証活動をすることを肯定することができるか、というのが、ここでの問題だといわなければならない。仮にこれを肯定することを根拠づけるZの利益が抽出できるとすれば、三木論文の指摘する、事案が結果として(2)(真正二重譲渡事例)であると判断された場合(b)に生じる不都合は、制度として甘受するべき不利益だということになる(注44)。

このように、(1)(不真正二重譲渡事例)だとZが主張する場合(α)不真正二重譲渡終局的主張事例)を考察の対象に置くとすれば、参加肯定・否定を分かつのは、すれ違いの【その2】とした、訴訟物たる権利関係と、X・Zが実現したい結果のいずれのレベルで両立不可能性をとらえるか、である。すなわち参加肯定・否定の決め手となるのはX・Zが実現したい結果のレベルで両立不可能性をとらえてよいか、言い換えれば、①Zに生じる不利益回避を目的として、②「実現したい結果の非両立」を理由に、③Zに、自己の権利の積極的存在の主張と離れて、Xの権利を否定する主張・立証を認めるべきかどうか、にかかる。

ただし、この場合にZが回避しようとする不利益が、上記「乙」ではなく「甲」であることには注意を要する。

(三) 焦点についての考察

このうち、③の観点がまず重要である。(1) (不真正二重譲渡事例) だとZが主張する場合(Ⅱ(α)不真正二重譲渡終局的主張事例)を考察の対象に置いた場合、この場合のZによる権利主張参加を認めることは、Zが、自己のYに対する移転登記請求権の成否とは無関係に、XのYに対する移転登記請求権の存否に関する主張立証を(Yの処分権限に介入するかたちで)直接に展開することを許容することを意味する。これが許容できるのか、というのがおそらく最大の論点であろう(注45)。

訴訟物たる権利関係のレベルで両立不可能性をとらえた場合、権利主張参加の許容は、Zが自分自身の権利の存在を主張することがXの権利の不存在の主張につながる場合に、Zの権利とXの権利の間の統一的判断を保障する、という意味を有する。裏を返せば、この場合には、両立しえない権利についての矛盾のない判断の保障が、民訴法四〇条準用を正当化していた、ということが出来る。これがおそらく民訴法四七条一項後段が想定する民訴法四〇条準用のプロトタイプである。実現したい結果レベルで両立不可能性をとらえるということは、訴訟物たる権利関係のレベルでは互いに矛盾しない請求においても民訴法四〇条準用を許容するということであり、それまで存在していた「両立しえない権利についての矛盾のない判断」という箍を外すことを意味する。

これはおそらく見かけ以上に大きな飛躍であり(制度目的としての三面訴訟説に立つ限りは正当化は困難であると思われる(注46・47)、それを、第三者保護説に立ちつつ、Zに生じる不利益回避(①)を根拠に、また、「訴訟

物レベルの非両立関係」にかわる歯止めとして「実現したい結果の非両立性」(②)を持ち出すことにより正当化できるのか、が問題の焦点であろう。

まず①のZに生じる不利益という観点に着目した場合、(α)不真正二重譲渡終局的主張事例でZが回避しようとする不利益は、上述(二)の「甲」(すなわち、登記名義人がYからXへ変わることによりZの権利実現が困難になるという不利益)である。これは、第三者保護説が権利主張参加の根拠とした第三者の不利益のうち、上述二(一)にいう(b)に内容的に相当するものである(ただし、登記がXに移っても、Zは、即座にXに対して処分禁止の仮処分をかけたうえでXに対してY↓X登記の抹消登記請求訴訟ないし真正な登記名義回復の原因とする移転登記請求訴訟を提起すれば、自己名義の登記を実現できる。即座に対応する限りは、外観法理の介在により権利を喪失するおそれもない(注48)。しかし、そのためには、YからXへの移転登記が經由されるタイミングを計る必要がある、そのための監視コストを削減するという意義が権利主張参加にはある(注49)。であるとすれば、第三者保護説に立つ限りは、この場合の権利主張参加を肯定するのが内在的には一貫するよう思われる。この場合、訴訟物たる権利関係レベルでの矛盾関係がない以上、第三者保護説によれば権利主張参加を基礎づけるとされる上述二(一)にいう(a)(b)のZの不利益のうち、(a)の、第三者の権利を否定する内容の権利主張に「裁判所によるお墨付きがつくこと」という不利益は生じず(注50)、生じるのは(b)の不利益のみである。第三者保護説において権利主張参加が正当化されるに(a)(b)双方の不利益が必要だとすれば、二重譲渡事例における権利主張参加は許容されないことになろう。しかし、(a)が民法四〇条準用を正当化する内実を有するかどうかは疑わしく、第三者保護説からは、端的に(b)の存否のみで権利主張参加の可否が決まる、という理解で十分に筋が通ると考えられるからである(注51)(a)が権利主張参加を基礎づける不利益性の内実を有するとしても、それは結局、権利実現の困難化につながるからであるという説

明の仕方もありうるかもしれない)。

しかし、問題は②の「実現したい結果の非両立性」が適切な籜として機能するか、である。これには相当な懸念がある。まず、第三者保護説に立ち二重譲渡事例におけるZの権利主張参加を原則的に肯定する論者も、ZがすでにYからの移転登記についての仮登記を経由していた場合については権利主張参加を否定するのが一般的である(注52)。その理由は仮登記による順位保全効により、Y↓Zの移転登記が経由されてしまってもZに生じる不利益が小さいことにある(注53)。すなわちここでは権利主張参加の可否が、実現したい結果の非両立ではなく、Zに生じる不利益の中身を基準に判断されている(注54)。これは、実現したい結果の非両立性が基準としての役割を果たさない可能性を示唆する。他方で、Zに生じる不利益に着目した場合、(a)を外して(b)の権利実現の困難化のみを基準として権利主張参加の可否を云々できるのであれば、「1—2」Yが無資力である限り、Xの訴求する金銭債権と無関係の金銭債権を主張するZが権利主張参加をすることが許容される、あるいは、「1—3」Yに対する金銭債権の存在を主張するZが、これから債務名義を取得して強制執行をかけようと思っている動産・不動産に対するXによる引渡しや登記抹消等を求める訴えに対して、他にめばしい財産をYが有しない限りは自己の金銭債権の訴求を求める請求を加えることにより権利主張参加をすることが許容される(注55)、ということにもなりかねない(注56)。これらと二重譲渡事例との間における、Zに生じる不利益の質的差異を摘示できるかは、本稿には疑わしく映る。

このことと、近時の参加肯定説がほぼ共通して、権利主張参加と詐害防止参加との流動性を指摘していることとの間には、一定の相関関係を見出せるように思われる(注57)。詐害防止参加の要件を緩く設定する立場からは、それで矛盾はないのかもしれない(注58)(すなわち、詐害防止参加・権利主張参加を厳しく峻別せず、第三者の

不利益を直接に抽出して「独立当事者参加」として許容する、という考え方をとるということである。しかし、民法法は、第三者に生じる不利益を条文の文言上直接に要件とする参加類型として補助参加（民法法四二条）と詐害防止参加（民法法四七条一項前段）を用意しつつ、前者においては参加人に既存当事者の訴訟処分権限（注59）に対する介入を認めず、後者においてのみ当該介入権限を認めるという区別を設けている。であるとすれば、補助参加を基礎づける参加人の不利益と詐害防止参加を基礎づける参加人の不利益の内容には質的な差異があると解さざるをえず（この理解には、詐害防止参加が、法律行為によらず、したがって民法法四二四条の適用範囲外に置かれざるをえない訴訟による詐害的な財産移転を補足しようとして起草されたというその沿革（注60）も、補助的な根拠を提供する）、この観点からはやはり詐害防止参加の要件としては近時有力化している判決効説（注61）の優位性を認めざるをえないように思われる。そうすると、かかる内容をもつ詐害防止参加を基礎づける不利益と伍するような不利益の内実を(b)が有しているのか、という疑問に逆に行き当たる。すなわち、二重譲渡事例における権利主張参加の許容は、訴訟物矛盾という権を外して第三者に生じる生の不利益を基礎として権利主張参加を肯定することを通じ、際限ない民法法四〇条の準用範囲の拡大をもたらす危険をはらんでおり、山本弘「多数当事者訴訟」竹下守夫・今井功編『講座新民訴訟法(1)』（注62）一五一頁の表現を借用するならば、二重譲渡事例における権利主張参加の許容は、第二の「バンドラの筐」の蓋を開けることを意味してしまうのではなからうか。

現行法を前提とする限り権利主張参加における民法法四〇条準用の趣旨としては第三者保護説によらざるをえず、第三者保護説による限り二重譲渡事例における権利主張参加の肯定が内在的に一貫し、そしてそれが「バンドラの筐」を開けてしまうのであれば、結局二重譲渡事例というのは、権利主張参加における民法法四〇条準用という制度設計自体の非合理性を浮彫りにする石標の一つだということになってしまうのかもしれない（注63・

(注14) 以下では、譲渡のうちの一方が無効又は不存在で実際には一重譲渡であるという事案(以下、「不真正二重譲渡事例」という)と、実際にも有効な譲渡が二重に存在するという事案(以下、「真正二重譲渡事例」という)の双方を含めて二重譲渡事例として扱う。また、Zが、参加申出時点で不真正二重譲渡事例だと主張して参加する場合(以下、「不真正二重譲渡主張参加事例」という)と、参加申出時点ではX↓Y間の有効な譲渡の存在を認めたくえで参加する場合(以下、「真正二重譲渡自認参加事例」という)、さらにZが審理において最終的には不真正二重譲渡事例だと主張する場合(以下、「不真正二重譲渡終局的主張事例」という)。これには、不真正二重譲渡主張参加事例のほか、真正二重譲渡自認参加事例において審理の途中でZがY・X間の有効な譲渡の存在を争うほうに転じた場合がある)と、Zが審理の過程で最後まで真正二重譲渡事例だと自認する場合(以下、「真正二重譲渡終局的自認事例」という)を区別することができるが、そのいずれも、以下で扱う二重譲渡事例に含まれる(理論的には、真正二重譲渡主張参加事例でZがY・X間の有効な譲渡の自認に転じる場合も考えられるが、以下では捨象する)。

また、ZがYに対してのみ請求を定立して片面参加した場合と、Xに対しても請求を定立して両面参加をした場合とを、等しく考察対象とする。これに関連し、後掲(注47)も参照されたい。

最後に、以下の考察では、Xの請求、Zの請求が、所有権に基づく移転登記請求であるのか、売買契約に基づく移転登記請求であるのか(以上は旧訴訟物理論を前提とする)、(新訴訟物理論を前提に実体法上の権利を捨象した)移転登記請求であるのか、は捨象する。これに関連し、後掲(注47)も参照されたい。

(注15) 兼子・体系四一四頁、奈良・(5)判評一二六号一〇頁、兼子ほか・条解一九八頁(新堂幸司)、菊井⇨村松I四四二頁、秋山ほかI四六七頁、賀集ほか編・基本法コンメ(1)(三版)一三五頁(上野泰勇)、松本⇨上野(七版)七三九頁(上野)ほか。

(注16) 兼子・体系四一四頁、齋藤ほか編・注解(2)二五七頁(小室直人⇨東孝行)、新堂幸司⇨鈴木正裕⇨竹下守夫編集代表『注釈民事訴訟法(2)』一九六頁(河野正憲)、菊井⇨村松I四四五頁、新堂幸司『新民事訴訟法(三版補正

版」七五九頁以下、梅本吉彦『民事訴訟法（第四版）』（以下、「梅本（四版）」で引用）六八四頁、河野七三三頁、高橋・重点下（二版）四九八頁、兼子ほか・条解（二版）二五三頁（新堂幸司・高橋宏志・高田裕成）ほか。肯定説に立つ下級審裁判例として、大阪高判昭43・5・16判時五五四号四七頁がある。

(注17) この場合の「請求の趣旨」とは、請求の原因（民法一三三條二項二号）と區別されるものとしての請求の趣旨を意味するのではない。その意味については、3(一)で後述する。

(注18) 吉野衛「不動産の二重譲渡と独立当事者参加の許否」近藤完爾・浅沼武編『民事法の諸問題Ⅱ』（以下、「吉野・民事法の諸問題Ⅱ」で引用）三〇八頁以下、三木浩一「独立当事者参加における統一審判と合一確定」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築(上)』（以下、「三木・新堂古稀(上)」で引用）八二七頁以下、秋山ほかI四六七頁以下、伊藤（四版）六五一頁、新堂幸司『新民事訴訟法（第五版）』（以下、「新堂（五版）」で引用）八三一頁以下ほか。

(注19) 前掲（注17）に同旨。

(注20) ほかに、Zの参加を適法としたうえ、独立当事者参加がされた場合には、登記の前後と異なる基準（たとえば契約時期等）により、実体法上X・Z間の優劣を定め、それにより本案判決をすべきだとする見解がある。住吉博『民事訴訟法読本（第二版）』五七九頁以下。

(注21) 三木・新堂古稀(上)八二七頁以下。

(注22) 上野・井上追悼二〇二頁以下、松本・上野（七版）七四〇頁以下〔上野〕。

(注23) 高橋・重点下（二版）五〇一頁以下（注10の2）。

(注24) 三木・新堂古稀(上)八三一頁以下。

(注25) (一)で後述する早い者勝ち理論をその内容とする。三木・新堂古稀(上)八三四頁以下。

(注26) 明確ではないが、さらに、うち、真正二重譲渡終局的自認事例を念頭に置いていると考えられる。上野・井上追悼二〇三頁終りから五行目以下参照。

(注27) 上野・井上追悼二〇一頁以下。実際、参加否定説の嚆矢とされる吉野・民事法の諸問題Ⅱも、ZがX・Y間の

有効な譲渡の存在を否定するか、肯定するかで結論を異にしていた。新堂（五版）八三三頁も、吉野説に同旨である。

〔注28〕 三木・新堂古稀(上)八三四頁以下。

〔注29〕 Yによる自白や、請求の認諾が、想定されている。上野・井上追悼二〇六頁。

〔注30〕 上野・井上追悼二〇五頁以下。

〔注31〕 上野・井上追悼二〇六頁。

〔注32〕 高橋・重点(下)（二版）五〇二頁（注10の2）、高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選（四版）』（以下、「高橋ほか編・百選（四版）」で引用）二二七頁。

〔注33〕 高橋・重点(下)（二版）五〇二頁以下（注10の2）。

〔注34〕 高橋・重点(下)（二版）五〇二頁（注10の2）。

〔注35〕 高橋・重点(下)（二版）五〇二頁（注10の2）。

〔注36〕 不真正二重譲渡主張参加事例（又は不真正二重譲渡終局的主張事例）で、裁判所が真正二重譲渡事例であると判断しながら、神様の目から見れば不真正二重譲渡主張事例である、ということはある。また、参加の時点ではZがY・X間の有効な譲渡の存在を争わなかったが（真正二重譲渡自認参加事例）、その後の審理の段階でY・X間の譲渡の不存在し無効を主張するということ（不真正二重譲渡終局的主張事例）はありうる。

〔注37〕 高橋・重点(下)（二版）五〇二頁（注10の2）で「いわば後がない」とされるのは、真正二重譲渡事例を念頭に置いてのことではないか。

〔注38〕 前掲（注26）参照。

〔注39〕 高橋・重点(下)（二版）五〇三頁（注10の2）、菱田・小島古稀(上)七〇六頁。

〔注40〕 三木・新堂古稀(上)八三一頁、伊藤（四版）六五一頁（注99）。

〔注41〕 前掲（注32）参照。

〔注42〕 ただし、Zの主張が正当だとすればXの請求が立ちえない場合（たとえば、Xの主張する売買契約の買主が自

分だとZが主張して、売買契約を理由とする所有権移転登記請求をする場合」は別である。

(注43) この点で、上述のとおり上野論文内部にも混乱が見られるように思われる。

(注44) この点は、三木・新堂古稀(上)八三六頁が自覚するとおりである。

(注45) 高橋・重点(F) (二版) 五〇一頁以下(注10の2)が指摘される場所である。上述2(三)も参照。

(注46) 唯一の例外が、Xが売買契約を理由とする移転登記請求訴訟を提起しており、Zが同一の売買契約の買主が自分だと主張して売買契約を理由とする移転登記請求訴訟を提起した、という場合である。ただし、この場合、移転登記請求権を基礎づける売買契約を他のものに変更すると、訴えの変更になる、という理解を前提とする。

(注47) 旧訴訟物理論を前提に、XのYに対する請求の訴訟物、ZのYに対する請求の訴訟物がいずれも、所有権に基づく移転登記請求権である場合には、Xの請求権とZの請求権は実体法上両立しえない関係にあるが(一物一権主義により、所有権は一人のみ帰属するからである)、売買契約に基づく移転登記請求権である場合にはXの請求権とZの請求権は実体法上両立しうる関係にある、とする見解もある(佐賀義史「判例にみる独立当事者参加における権利主張参加の要件」甲南法務研究六号一頁以下)。

しかし、Xの請求、Zの請求がともに所有権に基づく移転登記請求権であった場合でも、X・Zが登記未了の場合には、Xの権利とZの権利は実体法上両立しうる関係にあるといわざるをえないのではなからうか。同じことは、YからX・Zに二重譲渡がなされ移転登記が未了の事案において、XがYに対し所有権確認請求訴訟を提起したのに対し、ZがY・Xを相手に所有権確認請求を定立して参加する場合や、XがYに対し所有権に基づく明渡請求訴訟を提起したのに対し、ZがYを相手に所有権に基づく明渡請求を定立して参加する場合にも当てはまる。反対、佐賀・前掲論文四頁(注5)。

したがって、Zが所有権確認請求を追加すれば、Z請求がX請求と「論理的に両立し得ない関係にある」という要件を満たすことになるか、という問題があるが(これを肯定するように読める文献として、秋山ほかI四七〇頁)、対抗要件を具備しないZの所有権はYに対してのみ主張しうる相対的なものであるので、請求の両立不可能性を訴訟物たる権利関係のレベルでとらえる限り、Z請求がX請求と「論理的に両立し得ない関係」に

ない、という関係におそらく変化は生じない（井上治典『民事手続における実践と理論』（以下、「井上・実践」で引用）二三四頁以下、特に二三八頁、高橋ほか編・百選（四版）二二六頁）。Zが所有権確認請求を追加したかどうかで解が変化するものではおそくない。後掲（注52）も参照。

ただし、上記の考察に対しては、Zが、Xが背信的悪意者であると主張した場合はどうなるのか、という指摘を後述する研究会でいただいた。さらに考えてみたい。

（注48） この点、後述する科学研究費補助金に係る研究会合にて教示をいただいた。

（注49） もっとも、この点は現行の民事保全法の不備だともいえる。すなわち、YからXに登記が移ることを条件として予約的にZがXに対して処分禁止の仮処分をかけられるような保全の仕組みを用意するのが解決の本筋であると本稿では考える。

（注50） ただし後掲（注65）参照。

（注51） 菱田・小島古稀（上）六九八頁以下は、(a)を判決の証明効ととらえたうえで、これでは民訴法四〇条準用を正当化するに足りず、権利主張参加を基礎づける第三者の利益として重要なのは(b)であるという。

（注52） 井上・実践二四一頁以下、宮川聡『民事訴訟法判例百選（三版）』二二二頁以下、特に二二三頁、菱田・小島古稀（上）七〇六頁以下、高橋・重点（下）（二版）四九九頁、高橋ほか編・百選（四版）二二六頁。最判平6・9・27判時一五一三号一一一頁結論同旨。もっとも、本判決は「Zの本件参加の申出は、〔係争土地〕の所有権の存在の確定を求める申立てを含むものではない」ことを理由としており、ここから、Zが所有権確認請求を定立していれば参加を認める趣旨に読めてしまい、それは妥当ではないという批判を受けている（井上・実践二三八頁以下、高橋ほか編・百選（四版）二二六頁）。

（注53） もっとも、ZがY↓Zの移転登記の本登記を経由するためには、X相手の本登記承諾請求訴訟が最終的には必要になる。X相手の訴訟が必要になるという点では、仮登記を得ていなかった場合と同様である。仮登記を得ている以上、外観法理介在の危険がないということかもしれないが、ZがX相手の訴訟を適時に提起する限り外観法理介在の危険がないことは仮登記が経由されていない場合も同様である。であるとすれば、仮登記を得ていた

場合と得ていなかった場合とで、本当に権利主張参加の可否を分けるような本質的な差異があるかどうかは実は疑問である。

仮登記の場合の権利主張参加否定説は、X・Zが真正二重譲渡の関係にあった場合を念頭に置いて、この場合にZが勝利する以上、Zに不利益がないと考えるのかもしれないが、二重譲渡事例の権利主張参加の可否の主戦場が真正二重譲渡事例ではなく不真正二重譲渡事例であることは、すでに見たとおりである。

(注54) 高橋・重点(下)(二版)五〇四頁(注11)はZ名義の仮登記がある場合「登記がいわば二度動いてよいので請求は両立する」とされる。これは、Y↓X登記が經由されても、Z仮登記がある以上その後のY↓X登記抹消とY↓Z本登記が期待できるのでY↓XとY↓Zは両立することになる、という趣旨であるかと思われる。しかしもしそうであるとすれば、Y↓X登記が存在しても最終的に「登記がいわば二度動いて」Z名義の登記が実現できる可能性があることは、Z名義の仮登記が存在しない場合も同様なのではなからうか。結局、実現したい結果レベルでとらえる限り、Z名義の仮登記が存在しても請求の両立不可能性は存在するのではなからうか(さもなければ、片面的な非両立関係を肯定することになってしまい、それは「両立性」の概念に反すると思われる)。

菱田・小島古稀(上)七〇七頁は、端的に実現したい結果の非両立ではなく、利益の本身で考えることになることを認めている。

(注55) 「1-3」のような事例では、補助参加の利益もない、というのが伝統的な理解であるかと思われる。高橋・重点(下)(二版)四三二頁参照。

(注56) もっとも、このような拡散可能性は、権利主張参加を基礎づける不利益から債務者無資力による債権回収可能性を避けば回避できるのではないかという指摘を、後述する研究会でいただいた。

(注57) 高橋・重点(下)(二版)五〇〇頁(注9)、上野・井上追悼二〇六頁。ただし、菱田・小島古稀(上)七一四頁(注32)は、詐害防止参加の要件については判決効に親近感を示し、両者間の流動化を志向しない。

(注58) たとえば、高橋説においては、訴訟に詐害性があれば第三者が被る不利益が補助参加を基礎づけるにとどまる内容のものであっても詐害防止参加を正当化しうる、とされている。高橋・重点(下)(二版)四九五頁以下、ま

た、八田卓也「独立当事者参加」法教三六三号三四頁以下、特に三八頁を参照。

(注 59) この既存当事者の訴訟処分権限をどれだけ重視するか、が独立当事者参加に対する態度の友好性を分けてい
る。後述する権利主張参加に対し立法論的疑問を提起する見解は、既存当事者の訴訟処分権限に対する利益を重
視する。後掲(注 63)所掲の各文献を参照。

(注 60) 松本博之ほか「日本立法資料全集44」(資料33)二九六頁(梅謙次郎発言)、菱田・小島古稀(上)七二四頁(注
32)参照。

(注 61) 兼子・体系四一二頁、小山昇「民事訴訟法(五訂版)」四九七頁、高田・新堂古稀(上)六六四頁(注40)、菱田・
小島古稀(上)七二四頁(注32)、三木・新・争点八八頁、梅本(四版)六八二頁ほか。なお畑・福永古稀一三六頁、
同・基礎演習二四二頁も参照。

(注 62) 以下、「山本弘・講座新民訴(1)」で引用する。

(注 63) 権利主張参加における民法四〇条準用に対する立法論的疑問として、三木浩一「多数当事者紛争の審理ユ
ニット」法研七〇巻一〇号三七頁以下、特に七二頁、山本弘・講座新民訴(1)一五一頁、山本和彦「多数当事者訴
訟について」民訴四八号一二九頁以下、特に一三四頁、畑・福永古稀一三二頁、三木浩一「多数当事者紛争の処
理」ジュリー一三七号四二頁以下、特に五〇頁以下、三木・新・争点八八頁、新堂(五版)八三七頁。古くは、
村松俊夫「判批」民商五九巻六号一〇一六頁以下、特に一〇二〇頁。高田・新堂古稀(上)六六一頁以下も参照。

これに対し権利主張参加における民法四〇条準用の立法論的正当性を再構成しようというのが、菱田・小島
古稀(上)六八九頁以下である。

(注 64) 立法論を離れ、現行民法四七条一項後段の存在を前提に第三者保護説に立ちつつ本文というパンドラの筐を
開けない弥縫策的な解釈論を展開すれば以下のようなようか。すなわち、あまり内容はないことを承知のうえ
で(前掲(注51)及びそれに対応する本文の記述を参照)二一(二)にいう(a)の不利益が生じる場合(すなわち、訴
訟物たる権利関係のレベルで請求の両立不可能性が存在する場合)に権利主張参加が可能な場合を限定し、した
がって原則としては二重譲渡事例における権利主張参加の許容性を否定する(ただし、Yの契約の相手方を乙と

Xが互いに自分だと主張して争っている、というような、Zの権利とXの権利が事実上の択一関係にある事案に限っては、Zによる権利主張参加を肯定する。前掲(注42・46)参照、というものである。

例外的にZによる権利主張参加が許容される場合であっても、Zに認められる主張・立証は自己の権利を理由あらしめる事実の積極的主張・立証にとどまり、それと抵触する限度でのみX↓Yの請求権にZは民法四〇条準用により介入できるとどまると解する。なお、これに対し、詐害防止参加は既存当事者たるX・Y間の請求についての当事者間の訴訟行為自体に介入せしめることを目的とする制度であり、こちらでは、Zは自己の権利の積極的主張・立証と無関係にそのような制約なくX・Y間の訴訟関係に介入することが正当化されると考えられる。これは、前掲(注35)に対応する本文で紹介した高橋教授による問題提起に即していえば、権利主張参加で認められるZによるX↓Y請求への介入範囲と、詐害防止参加で認められるZによるX↓Y請求への介入範囲の間には相違が存在する(効果面でも権利主張参加と詐害防止参加は異なる)、と解することを主張するものである。

なお、このように解すると、権利主張参加は効果面で詐害防止参加よりも弱い、ということになるのであり、そのことが、詐害防止参加を基礎づける利益よりも弱い利益で権利主張参加を認めることを正当化する可能性がある。しかし、かかる解釈によつて生じる両者間の効果面での相違は既存当事者の訴訟処分権限に対する介入の横幅という意味での相違にすぎず、介入の深さ(Ⅱ訴訟処分権限に対して介入できるということ)という意味では相違をもたらしさない。したがって、本稿は、上記のように解することにより権利主張参加と詐害防止参加の間に存するZの不利性の内実の相違という問題がクリアーできることになるとは考えない。

(注65) (注64)で展開した解釈論に対し、後述する研究会にて、X↓Y訴訟が請求認容で終わりXが移転登記を実現しても、ZはXに対してY・X譲渡の無効を主張してY↓X登記の抹消等を求める訴えを提起することができ、しかし、X↓Y訴訟請求認容判決中のY・X譲渡有効の判断はこのZの後訴に対して証明効として不利に働く、つまり、二重譲渡事例においても(a)の不利性は存在するから、(注64)で提示した要件(Ⅱ(a)の不利性存在の要求)では二重譲渡事例の不許を導けない、という指摘をいただいた。たしかにそのとおりであり、パン

ドラの筐を開けない解釈論としては、第三者保護説からは外在的になるが端的に訴訟物レベルでの非両立性を権利主張参加の要件として要求することにより二重譲渡事例での権利主張参加を否定する以外にないのかもしれない。

同研究会においては、二重譲渡事例における権利主張参加を許せば、 $X \downarrow Y$ 訴訟に対し Z が Y に対し移転登記を求め X に対し所有権確認を求め双面参加をした場合、 $Y \cdot X$ 譲渡も $Y \cdot Z$ 譲渡も認められ、 $X \downarrow Y$ 請求認容、 $Z \downarrow Y$ 請求認容、 $Z \downarrow X$ 請求棄却に終わった後で、 X が先に登記を備えれば、その後の Z の X に対する $Y \cdot X$ 譲渡無効を理由とした移転登記抹消請求等を既判力で封じることが可能になり、紛争の一回的解決に資するのではないか、という指摘もいただいた。しかし、かかる客観的な紛争の一回的解決に対する利益は、二重譲渡事例における権利主張参加許容を正当化しない、と本稿では考える。

四 詐害行為取消訴訟における権利主張参加

長くなってしまったが、以上による二重譲渡事例における権利主張参加の可否についての検討を前提に、最後に詐害行為取消訴訟における権利主張参加の可否について検討したい。

1 [問題2]

ここでまず問題となるのは、

〔問題2〕【乙の丙に対する二〇〇万円の現金の贈与行為に対する乙の債権者甲による詐害行為取消訴訟に対

し、乙の別の債権者丁が自己への給付を求めて権利主張参加をすることができるか】

である。

検討するに、この問題における甲と丁との関係は、上記二重譲渡事案におけるX・Zの關係に類比できる。なぜなら、甲・丁の乙に対する債権がともに存在する限り甲の詐害行為取消権と丁の詐害行為取消権とは、論理的に両立しうる（かつ甲・丙間の判決効は、丁・丙間には及ばない）が、丙が甲に二〇〇万円を支払えば、丁はもはや丙に給付を求めることができなくなる（実現結果レベルでは非両立である）といえるからである。もつとも、〔問題2〕の事例と上記二重譲渡事案とは、上記二重譲渡事例では、 $Y \rightarrow X$ 譲渡が無効であったとしても、 $X \rightarrow Y$ 訴訟が認容判決に終わり $Y \rightarrow X$ 登記が実現した後ではZはYに対してもは $Y \rightarrow Z$ 移転登記を求めることができなくなるのに対し、〔問題2〕の事例では、甲 \rightarrow 乙債権が不存在であれば、甲が丙への債権者取消訴訟で勝訴し対応した金銭の給付を丙から受けたとしても、債権の準占有者に対する弁済（民法四七八条）が適用にならない限りは、丁は丙に対して詐害行為取消権を主張して二〇〇万円の自己への給付を求められる、という相違が存在する。しかし、上述二（二）のとおり、AのBに対する金銭債権の履行請求訴訟に対してCが当該債権のA \rightarrow C譲渡があつたと主張して権利主張参加することは可能であると考えられており、甲が丙に勝訴して金銭の給付を受けても丁がさらに丙から給付を受けられる可能性がある、ということ自体は丁による権利主張参加の可能性を排除しないと考えるべきである。

したがって、ことは二重譲渡事例における権利主張参加の可否に依存し、権利主張参加の制度趣旨について第三者保護説に立つ場合に限り（あるいは、より端的に二重譲渡事例における権利主張参加を許容する場合に限り）、丙が甲の乙に対する債権の不存在を主張することを要求せずに、権利主張参加が可能になると解するべきである。これに対し、〔問題3〕〔乙の丙に対する不動産譲渡に伴う移転登記に対する、乙の債権者甲による詐害行為取

消訴訟に対し、乙の別の債権者丁が同内容の請求を立てて権利主張参加をすることができるか」という事例においては、甲の請求する乙→丙の移転登記の抹消は丁にとっても有利なものであり、甲と丙は互いに実現結果レベルで両立しない給付を取り合う関係に立たない以上、丁の権利主張参加は否定されるべきである（注66）。

2 〔問題5〕

最後に、最判平22・10・19金商一三五五号一六頁における田原睦夫裁判官による補足意見が提起する

〔問題5〕 【上記問題2の事例で、甲が乙に対してA（二二〇万円）、B（一五〇万円）、C（二七〇万円）の三本の債権を有しており、甲が丙に対してA債権・B債権を被保全債権として詐害行為取消訴訟を提起した後訴訟係属中に、甲が丁にB債権を譲渡した場合はどうか】
を検討したい。

通説によれば詐害行為取消訴訟の訴訟物は取消債権者の「詐害行為取消権」であるとされる（注67）。また、最判平22・10・19金商一三五五号一六頁によれば、詐害行為取消権の訴訟物は「取消債権者が有する個々の被保全債権に対応して複数発生するものではない。したがって、甲の丁に対する詐害行為取消訴訟における訴訟物は、甲の乙に対する債権者としての地位を単位として生じる。すなわち、甲が丁に対乙債権A・B・CのうちB債権を譲渡したというのは、訴訟物（あるいは甲の紛争の主体たる地位）を基礎づけるところの、A・B・C債権を総合した一つの債権の一部を、丁に譲渡したものと見るのがふさわしい。他方、参加承継は民法四七条一項によってすることとされている以上、参加承継ができるためには、参加承継人が民法四七条一項後段にいう「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第三者」であるとの要件を満たす必要があ

る。すなわち、参加承継が可能かどうかは、〔問題2〕で丁が甲→丙詐害行為取消訴訟に独立当事者参加ができるかに依存する。そしてこれは本稿の理解では二重譲渡事例における権利主張参加の可否に依存する。以上を総合した結果として、二重譲渡事例における権利主張参加を肯定しうる限りで、B債権を譲り受けた丁に甲の「訴訟の目的である権利の」「一部を譲り受けた」者として参加承継による参加を認めるべきである（結果として、甲・丁は互いに相手方の被保全債権の不存在を主張して相手方への給付を命じる判決が出されるのを阻止できる。しかし、甲の被保全債権・丁の被保全債権の存在が認められる限りで、それぞれへの〔場合により双方への〕給付を命じる給付判決が出される）、というのが本稿の最終的に（注68）用意した回答である。

（注66）類似の問題は、債権者代位訴訟でも生じるが、債権者代位訴訟は通説によれば訴訟担当と理解されており、かつ代位債権者の当事者適格と債務者の当事者適格は両立しないと考えられていることから、問題は異なる様相を呈する。

まず〔問題4-1〕【第三債務者丙に対する債務者乙の金銭債権を訴求する債権者甲の債権者代位訴訟に対し、債務者乙が自己への支払を求めて権利主張参加をすること】は、最判昭48・4・24民集二七巻三号五九六頁によれば肯定されると考えられる（ただし、この最判の事案は土地の賃借権を被保全債権とし、賃貸人の占有者に対する土地明渡請求権を被代位債権とする転用型である）。しかしこれは、甲と乙が同一給付を取り合う関係に立つ以上、通常の権利主張参加から大きく外れるものではない。

しかし〔問題4-2〕【乙の債権者甲が、ある不動産の乙から丙への移転登記の抹消を求める債権者代位訴訟を提起したのに対し、乙が丙に対して同内容の請求を定立して権利主張参加できるか】。甲が債権者代位権行使した後は、債務者乙から訴訟物たる移転登記抹消請求権についての管理処分権限が奪われ甲の当事者適格と乙の当事者適格とは両立しえない。しかし、この事案で甲・乙は同一物を取り合うのではなく、甲の請求認容判決は乙にとつても有利に働く。他方、甲の請求棄却判決は、それが確定すればその後丙が移転登記抹消請求訴訟を

提起する際に証明効として不利に働く可能性がある。後者の点をとらえて乙による独立当事者参加を肯定できるかがここでは問題となる（甲の請求認容判決ではなく請求棄却判決を嫌った乙の参加であり、通常の権利主張参加とは相当異質な参加となる）。これが否定されれば〔問題4-3〕【乙の債権者甲が、ある不動産の乙から丙への移転登記の抹消を求める債権者代位訴訟を提起したのに対し、乙の別の債権者丁が同内容の請求を丙に立てて権利主張参加すること】は否定されることになろう。

しかし、〔問題4-3〕を否定しても〔問題4-4〕【第三債務者丙に対する債務者乙の金銭債権を訴求する債権者甲の債権者代位訴訟に対して、債務者乙ではなく他の債権者丁が自己への支払を求めて権利主張参加をすること】は、前掲最判昭48・4・24による限り肯定されるものと考えられる。そしてこれは二重譲渡事例における権利主張参加の可否に依存しない。

〔注67〕 伊藤滋夫・総括編集『民事要件事実講座③』一一九頁（内堀宏達）、村田涉Ⅱ山野目章夫編著『要件事実論三〇講（第三版）』五六六頁（村田涉）。

〔注68〕 本稿執筆当初は「甲が債権譲渡により取消しを求められる範囲が縮減する限り（＝八〇万円の限度）で丁を甲の承継人（訴訟の係属中その訴訟の目的である権利の全部又は一部を譲り受けた」者。民訴法四九条）と見ることができ、丁はこの限度で参加承継により参加できる。また、残りの七〇万円の限度では、二重譲渡事例における権利主張参加肯定説に立つ限り、権利主張参加ができる。そして、丁の参加前に甲がCを被保全債権として追加した場合には、Tは甲の承継人の地位を有するとはもはやいえず、〔問題2〕のケースと同様、権利主張参加の可否のみが問題となり、それは二重譲渡事例における権利主張参加の許否に依存する。また、丁による参加後に甲がCを被保全債権として追加した場合には、二重譲渡事例における権利主張参加を肯定する限り、丁の八〇万円の限度での参加承継としての参加は権利主張参加に変化する（参加時の訴訟状態による拘束が解除される。）との回答を用意していた。しかし、この回答は、参加承継を基礎づける紛争の主体たる地位の移転を取消債権者の有する個々の債権を単位として考えるものであり、詐害行為取消権の訴訟物は「取消債権者が有する個々の被保全債権に対応して複数発生するものではな」いと最判平22・10・19金商一三五五号一六頁の提示し

た命題を正しく理解していないほか、当初A・B債権を被保全債権としていた甲が訴訟の旗色が悪くなればB債権を丁に譲渡して丁を参加させたくてC債権を被保全債権に加えれば丁にそれまでの甲による（失敗に終わった）訴訟追行の結果から免れるかたちで訴訟追行をさせることができてしまい適切でないという問題点を抱えていることから、回答を改めた。この点、後述する研究会における諸先生方の指摘に全面的に負う。

五 最後

本稿の骨子は、結局、最判平22・10・19金商一三五五号一六頁における田原睦夫裁判官による補足意見が提起される問題の回答は、二重譲渡事例における権利主張参加の可否といういわば古典的なテーマについての理解に依存するのではないか、ということに尽きる。仮にそこに誤謬がないとすればそれは、最先端、あるいは、従来直接には検討されてこなかった問題に対する回答を得るための準備作業として基礎理論において地道な検討を積み重ねることの重要性を示唆しているようにも思われる。

先行する研究業績に付け加えることのいささかもない稚拙な論攷であることを恥じ入りつつ（注69）、田原睦夫先生が最高裁判所裁判官として果たされた多面にわたる法律論の発展へのご貢献に深謝し、本稿を謹呈させていただきます。

いずれについても記して感謝申し上げます。

（注69） 結局、本稿の考察は高橋・重点(下)（二版）五〇一頁以下（注10の2）の設定された土俵の域を出るものではない。

*本稿は、山田誠一教授代表平成二三年度文部科学省科学研究費補助金・基盤研究(B)「簡易で柔軟な財産管理制
度とそのエンフォースメント」(課題番号…22330032)による研究成果の一部である。本稿執筆に際
し、同科学研究費補助金に係る研究会合にて、研究メンバーの山田誠一教授、山本弘教授、青木哲准教授より
多くの貴重なご教示をいただいた。

さらに、本稿校正段階で、東京大学において行われた民事訴訟法研究会において本稿の内容を報告する機会を
与えていただき、出席された先生方から多くの貴重なご教示を得、それを可能な限りで本稿に校正段階で反映
させていただいた。