

第三者に対する反訴

——西独判例・学説の動向——

佐 野 裕 志

目次

- 一 はじめに
- 二 BGHの判例理論
- 三 学説の対応
- 四 まとめ

一 はじめに

反訴とは、『係属する本訴の訴訟手続内で、被告から原告を相手方として提起する訴^①』であり、反訴原告^②本訴被告、反訴被告^③本訴原告であることが当然の前提とされている。即ち、反訴なる概念は、「訴訟当事者以外の第三者」なる概念を、本来は含んでいないはずである。ところが、近時の西ドイツにおいて、第三者に対する、または第三者による反訴（Widerklage mit Drittbeteiligung）の問題が論じられている^④。これは、強制参加制度を民事訴訟法上の一般的制度として有しないという面で我国と共通である西ドイツ民事訴訟法において、実定法上の反訴概念を手掛りにして、実質的には強制参加制度を構築していこうとする面を有するものと評価でき、強制参加論（当事者引込み理論）について詳細な議

論がなされている我國の民事訴訟法学にとつても、きわめて興味深い面があると考えられる。

そこで、以下では、まず始めに、この問題に直接のきっかけを与えた連邦通常裁判所の判例を検討し(二)、ついで学説の対応を検討し(三)、最後に、この理論のもつ意義と限界とを検討する(四)ことにする。

(註)

(1) 兼子一「新修民事訴訟法体系」(初版昭二九、増訂版昭四〇)三七六頁。

(2) 既に、井上治典「第三者の訴訟引き込み」小山昇他(編)「演習民事訴訟法(下)」(昭四八)一一三頁、一二二頁以下で端的な紹介がなされている。なお、紺谷浩司「西ドイツ民事訴訟における第三者の訴訟関与」政経論集二四卷四・五号(昭四九)三七頁、五九頁参照。

(3) 井上・前掲論文引用のもの他、中野貞一郎他(編)「民事訴訟法講義」(昭五四)五二八頁以下(井上治典)、新堂幸司「民事訴訟法(第二版)」(昭五六)四八六頁以下、福永有利「当事者適格理論の再構成」山木戸還曆「実体法と手続法の交錯(上)」(昭四九)三四頁、七一頁以下、吉村徳重「判決効の拡張と手続権保障」山木戸還曆「同(下)」(昭五三)一一八頁、西澤宗英「訴の主観的追加的併合」民事訴訟法の争点(昭五四)一一二頁、三谷忠之「運行供用者による製造者の引込み」判例タイムズ三九三号(昭五四)一一七頁、福永有利「損害賠償請求訴訟の被告による求償訴訟等の追加的併合」判例タイムズ四一〇号(昭五五)三七頁。なお、近時、訴訟手続外の紛争経過をも含む紛争過程の全体的な流れのなかでの当事者・第三者の責任分担の観点から引込み訴訟を構成しようとする井上治典「多数当事者訴訟理論の課題と展望」ジュリスト七三二号(昭五六)「『多数当事者訴訟の法理』三三五頁」、同「第三者の参加、引込み」民事訴訟雑誌二七号(昭五六)一六八頁が注目される。

連邦通常裁判所一九六三年一月一七日判決。⁽⁴⁾

事案は次の通りである。

原告から建物を買い受けた被告が、代金一部支払後、詐欺を理由として契約を取り消し残代金の支払いを拒絶したところ、その後、原告から被告に対して残代金支払請求訴訟が提起された。それに対して被告が、原告及び売買契約に立ち合った二者が共同して詐欺をなしたとして、原告及び第三者たる契約立会人二名に対して、詐欺を理由とする損害賠償の反訴を提起した。

第一審は、反訴は当該訴訟における原告に対してのみ提起できるものであり、訴訟外の第三者に対しては提起しえないとして、第三者に対する反訴について不適法却下。第二審は、被告（反訴原告）の控訴を認容し、破棄差戻。上告の結果、上告棄却。

BGHは、以下の理由により、一定の範囲内で第三者に対する反訴を肯定した。

即ち、被告は反訴提起とともに通常の原告たる地位を取得したのであるから、任意的に当事者の拡張をなしうる地位にある。また、法的に関連する請求について同一手続内で弁論・裁判を行うことは訴訟経済上も便宜であるとして、本件における第三者に対する反訴を至当（sachdienlich）である（ZPO二六四条⁽⁵⁾）として、肯定した。つまり、本件の第三者に対する反訴を、原告に対する反訴の変更として肯定したのである。⁽⁶⁾

その後、本件のように被告が原告及び第三者に対して反訴を提起するのではなく、第三者に対してのみ反訴を提起すること⁽⁷⁾、第三者のみが原告に対して反訴を提起すること⁽⁸⁾、第三者が別の第三者に対して反訴を提起することが問題となった⁽⁹⁾が、いずれも否定された。理由とするところは、いずれも、反訴は訴訟係属中に被告が原告に対してなすものであって、

訴訟外の第三者に対して直接提起できないし、また訴訟外の第三者も直接反訴を提起できない、とするものである⁽¹⁰⁾。

以上からすれば、BGHは第三者に対する、または第三者による反訴を、任意的当事者変更（拡張）として訴えの変更の枠内で肯定している、と考えられる。つまり、第三者に対する、または第三者から原告に対する反訴は、反訴としての要件を満たした上で、更に(1)被告が予め、または同時に原告に対して反訴を提起し、(2)その反訴と第三者がかかわる反訴との間に訴え変更の要件（反訴）被告の同意があることまたは至当であること⁽¹¹⁾が存在する場合に肯定されることになる。

(註)

(4) BGHZ 40, 185 = NJW 1964, 44 = MDR 1964, 32 = JUS 1964, 122 = JZ 1964, 295.

(5) 「裁判所繫属ノ発生後ハ、被告ガ同意シタルトキ、又ハ裁判所ガ至當ナリト認メタルトキハ、訴ノ變更ヲ許ス」(斎藤常三郎) 中田淳一「現代外国法典叢書(10)・独逸民事訴訟法」(昭三〇復刊版三八九頁)。一九七七年七月一日より、いわゆる簡素化法により二六三条となる。但し、文言に変更なし。

(6) そこで、この第三者についても三三条により裁判管轄が生ずることになる。なお、BGHが任意的当事者変更（本件は任意的当事者拡張）を訴えの変更の枠内で処理している点については、福永有利「任意的当事者変更」『実務民事訴訟講座・第一巻』（昭四四）九五頁、九九頁以下、鈴木重勝「任意的当事者変更」小室直人（編）『判例演習講座・民事訴訟法』（昭四八）三〇頁、三三三頁以下を参照。

(7) BGH, Urt. v. 8. 12. 1970, NJW 1971, 466 = MDR 1971, 290.

(8) 次註のBGHの判決理由中で述べられているが、その他でOLG Karlsruhe, Teiurt. v. 22. 4. 1975, ZfP 88, 451. 被告有限会社と人的・物的構成をほぼ共通とする、法的には別個の合資会社の原告に対する反訴が不適法却下された事例。グレガーは、本件の評釈において、反訴として不適法であるとしても、却下せずに分離し別訴として扱うべきことを主張する。Greger,

Reinhard : Anmerkung, ZfP, 88, 452.

(9) BGH, Urt. v. 8. 3. 1972, ZfP 86, 67 || MDR 1972, 600 || JR 1973, 18. 被告の補助参加人が原告及び原告の共同訴訟人たりうる第三者に対して提起した反訴が不適法とされた事例。

(10) 以上の他に BGH, Urt. v. 21. 2. 1975, NJW 1975, 1228 及び BGH, Urt. v. 17. 3. 1977, BGHZ 69, 37. 両者とも被告が原告及び第三者に対して同時に反訴を提起し適法とされた事例。後者は、訴訟係属中に原告から訴訟物たる債権の一部譲渡を受けた譲受人に対して被告が譲渡部分についての消極的確認の反訴、原告に対して残余部分についての消極的確認の反訴を提起した興味深い事例である。

(11) 旧二六四条（現二六三条）、前註（5）参照。

三 学説の対応

(1) 消極説

第一の判例につき、プツォーは判旨の理由付けに反対している⁽¹²⁾。即ち、反訴は当該訴訟の原告に対してのみ許され、第三者に対しては反訴を提起することは許されず通常の訴えを提起できるのみである。そして、裁判官の裁量によって、原告に対する反訴と第三者に対する新たな訴えとが併合されうるにとどまる、とする⁽¹³⁾。そして、本判決の結論も、こうした側面から肯定されるべきであるとして、結論には賛成している。

同様の理由から、ホフマンは、判旨の理由付けのみならず結論にも反対している⁽¹⁴⁾。

更に、フランツは、より実質的に、ZPOが反诉被告に結びつけている効果を第三者に押しつけられるかは疑問であるとして、第三者に対する反訴に反対している⁽¹⁵⁾。

(2) 積極説

以上に対して、有力説は、理論構成は異なるものの、一定の範囲内で第三者に対する反訴を肯定していかうとする⁽¹⁷⁾。第一の判例を契機として、かかる反訴の許容性及び要件について詳細に検討を加えたのが、シュレージャー、ニーダー、ヴィーザーである。以下では、この三者の見解を中心にみていく。

① シュレージャー⁽¹⁸⁾

第一の判例の直後、シュレージャーは、この問題に対して歴史的及び比較法的に詳細な検討を加える⁽¹⁹⁾。そして、目的考慮に基いて、第三者は反訴被告側のみならず反訴原告側にも立ちうることを、及び第三者に対してのみ、または第三者のみによる反訴を肯定しようとする。即ち、『反訴にかかわる第三者は常に本訴一方当事者の共同訴訟人でなければならぬか、または単に、第三者のみに対する、または第三者のみによる反訴を提起しうるか』との問題を設定する⁽²⁰⁾。そして、関連する事件を統一的に一回で審理・判決するとの要請は、第三者のみに対する、または第三者のみによる反訴を妨げるものではない⁽²¹⁾。しかしながら、一方、第三者の範囲を画定する要件としては、第一の判例の掲げた本訴反訴間の法的関連性という基準では明確ではないとする。そこで反訴被告に結びつけられた効果を規律するZPOの条文を検討し、その結果、反訴としての要件を満たしていること他に、本訴と反訴が一人の当事者によって人的に結合されていること、という基準を設定する⁽²³⁾。そしてこの点から、本訴被告による第三者のみに対する反訴、及び第三者のみによる本訴原告に対する反訴は肯定するが、第三者から別の第三者に対してのみの反訴は認めないのである⁽²⁴⁾。

② ニーダー⁽²⁵⁾

ニーダーは、シュレージャーの研究をうけて、更にかかる反訴の許容性とその要件を検討している。

まず、前述した反訴被告に結びつけられている効果を第三者に押しつけられるか、との点については、こうした反訴の反訴被告に及ぼされる不利な効果は反訴に特有な効果ではなく、むしろ訴訟係属の訴訟上の効果である、とする⁽²⁷⁾。

そして、訴訟係属の主観的範囲は、矛盾判決を避けるという機能において同様な既判力の主観的範囲に一致するから、反訴当事者を形式的意味の当事者に限定する必要はなくなる。⁽²⁸⁾従って、既判力が拡張される場合、その拡張を受ける者に反訴当事者たる資格が認められる。但し、既判力拡張といっても次の二種の場合は区別する必要がある。(i)訴訟担当に際して既判力が被担当者に拡張される場合には、この被担当者には反訴当事者としての資格が無条件に肯定される。しかしながら、(ii)実体法上の依存関係が存在するが故に既判力が拡張される場合、この既判力の拡張を受ける者との間の反訴を認めるためには、本訴と反訴との間に人的な相互関係が欠落していることから、更に付加的な要件として、両訴の訴訟物の間の実質的関連性が要求されなければならない、とする。⁽²⁹⁾

また例外的に、第三者が既判力の拡張を受けなくても、本訴の一方当事者との間で共同訴訟人たりうる関係に立つ場合には、この第三者にも反訴当事者としての資格が拡張されることになる。⁽³¹⁾

故に、第三者が以上のいずれかの条件を満たす場合、本訴被告が本訴原告に対して反訴を提起することの他に、本訴被告による第三者に対する反訴、第三者による本訴原告に対する反訴、第三者から別の第三者に対する反訴も肯定されることになる。⁽³²⁾

こうした既判力の拡張を基準として反訴にかかわる第三者の範囲を画定していく見解は、その後、賛成者を見出し出ていく。⁽³³⁾ウィーザーも、その一人である。

③ウィーザー⁽³⁴⁾

ウィーザーは、ZPOの反訴に関する規定の文言は訴訟当事者間に於ける反訴を前提としているようであるが、有力な理由があれば、第三者からの、または第三者に対する反訴について、この規定を準用することを否定するものではない、⁽³⁵⁾として議論を進めている。

反訴被告に及ぼされる不利な効果は訴訟係属の効果であるとする点、⁽³⁶⁾原則として既判力拡張ある場合にこの既判力の拡

張を受ける者に反訴当事者の資格を認める点等⁽³⁷⁾、基本的な考えはニードラーとほぼ同じようである。ただ、ヴィーザーはニードラーより、反訴当事者たる第三者の範囲を拡大しようとしている。即ち、ニードラーが、実体法上の依存関係の存在故に既判力が拡張される場合に要求した附加的要件——本訴・反訴の訴訟物間の実質的関連性——を要求しない。この場合にも、反訴としての要件——本訴の請求または防禦方法との関連性の存在という要件（ZPO三三条一項）で妥当な結論が得られる、とするのである⁽³⁸⁾。

ところで、ヴィーザーは以上の議論の前提として、こうした第三者にかかわる反訴の許容性を判断する基準を、BGHの理論のように（反）訴の変更としてのZPO旧二六四条（現二六三条）に求めるのではなく、訴えの併合に関する一四七条に求めることを強調している⁽³⁹⁾。この点からすれば、ヴィーザーの見解は、反訴による任意的当事者拡張というよりは、むしろ、第三者に対する、または第三者による訴えの追加的併合として理解すべきように思われる⁽⁴⁰⁾。

なお、その後、グルンスキーはこうした見解に基本的に同調し、更にこうした反訴にかかわる第三者の範囲を拡大することを主張する⁽⁴¹⁾。即ち、従来の見解は、第三者が反訴を提起する場合と第三者が反訴の相手方となる場合とを区別していない、と指摘する。そして、第三者が反訴原告となる場合には、既判力の拡張を受ける等の要件は不要であり、自ら訴えを提起した場合に一四七条により本訴と併合を命ぜられうる程度の関連性があればよい、としている。

(註)

(12) Putzo, Hans: Anmerkung, NJW 1964, 500.

(13) 併合されたらば、別訴として扱われなければならない。Thomas-Putzo: Zivilprozessordnung, 9. Aufl. (1977), S. 78.

前註(8)参照。

- (14) Hofmann, Klaus: Anmerkung, NJW 1964, 1026.
- (15) 第三三条(反訴管轄) / 一一〇条二項三号(外国人の担保供与義務の免除) / 五三〇条(控訴審における反訴提起)等。
- (16) Franz, Wolfgang: Der gewillkürte Parteiwechsel und seine Auswirkungen (1968), S. 180.
- (17) Schönke-Kuchinke: Zivilprozessrecht, 9. Aufl. (1969), S. 214. ; Grunsky, Wolfgang: Grundlagen des Verfahrensrecht, 2. Aufl. (1974), S. 146. ; Zeiss, Walter: Zivilprozessrecht, 2. Aufl. (1976), S. 167. ; Stein-Jonas-Schumann: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20. Aufl. (1979), S. 828 ff. ; Rosenberg-Schwab: Zivilprozessrecht, 13. Aufl. (1981), S. 567.
- (18) Schröder, Jochen: Widerklage gegen Dritte?, AcP 164 (N.F.44), 517. (1964).
- (19) Ibid., SS. 519—529.
- (20) Ibid., S. 533.
- (21) Ibid., S. 534
- (22) 註釋(19) 參照。
- (23) Schröder, a. a. O., SS. 529—533.
- (24) Ibid., S. 534.
- (25) Nieder, Michael: Die Widerklage mit Drittbeteiligung, ZZP 85, 437. (1972).
- (26) 註釋(19) (9) 及びその本文參照。
- (27) Nieder, a. a. O. SS. 443—446.
- (28) Ibid., SS. 446—453.
- (29) Ibid., S. 454 f.
- (30) Ibid., SS. 455—459.

- (31) Ibid., SS. 461—463.
 (32) Ibid., S. 455.
 (33) Rüßmann, Helmut : Einziehungsermächtigung und Klagebefugnis, ACP 172, 520. (1972), SS. 548—554.; Greger 前掲(∞)。
 (34) Wieser, Eberhard : Zur ≫Widerklage≪ eines Dritten gegen Dritten, ZJP 86, 36. (1973).
 (35) Ibid., S. 36.
 (36) I bid., SS. 42—44. 三三三条の反訴管轄の問題を中心として論じている。
 (37) Ibid., S. 38 f.
 (38) I bid., S. 39 FN(10) (11) 及びその本文。
 (39) Ibid., S. 37 f.
 (40) 以下のヴァーザー自身は「一四七条による当事者の拡張」と述べている(S. 38.)。
 (41) Grunsky 前掲(17) S. 146. FN (36).

四 まとめ

以上、B G Hの判例理論を手掛りとして「反訴」概念を拡大し、実質的には強制参加の機能をも営ませようとする面を有する見解をみてきた。現行法の制度を手掛りとし、目的論的な解釈論を巡らし、実質的には一つの制度を解釈論によって創設しようとするものであって、もちろん積極的に評価すべきであろう。しかしながら、こうした見解にも問題がない訳ではない。

まず、理論的に言えば、「第三者が訴訟に関与」してくるにもかかわらず、この場合を「訴訟参加」理論によってではな

く、「反訴——本来的に第三者という概念を含んでいない——」理論によって構成しなければならぬところに、西ドイツ訴訟参加制度の構造的な問題が潜む、と思われる。しかも「反訴」概念から出発する限り、その適用範囲はおのずと限定されてしまう。即ち、反訴に結びつけられた効果——本訴の係属している裁判所で本訴と併合され同時に審理・判決される——を実現するために、要件が限定され適用範囲が限定されてしまっているのである。ヴィーザー、グルンスキーのように要件を緩めていけば、確かに適用範囲は拡大されるものの、自ら訴えを提起し訴訟の範囲を画した本訴原告に対して、甘受すべきであると考えられる通常の反訴を超える負担を負わせることになる。通常の反訴であれば、自ら攻撃者 *Angreifer* として行動した以上は反撃 *Gegenangriff* の負担も受けなければならない、との負担の根拠を有し、またこの点から第三者に対する、または第三者による反訴も反訴である以上、本訴原告も甘受すべきであるとされるのであるが、要件を緩め適用範囲を拡大し、むしろ「別訴」の本訴への併合ということになるのであれば、こうした併合を本訴原告に甘受させるためには別の根拠が必要となる。つまり、第三者に対する、または第三者による反訴は、反訴であるが故に要件・適用範囲が限定される一方・本訴原告も甘受することが正当化されるのであり、要件を緩め適用範囲を拡大していくことは、本訴原告に対する関係においても、「反訴」概念から離別していくことを意味するのである。

更に、BGHの判例理論が、かかる反訴をいわば「任意的当事者拡張」として「訴えの変更」の枠内で判断している点も問題となる。任意的当事者変更を訴えの変更のひとつとみる見解は、ドイツ法特有の理由を有し、沿革的にも、また現在においても有力な見解として主張されており、BGHもこの立場に立っていることは周知の通りである。

そこで、この点はさておき、そもそもこのような場合を任意的当事者変更（拡張）として把握した点——BGHの判例理論のみならず学説（シュレーダー、ニーダー、ヴィーザー等）も含めて——は、妥当であろうか。キオンは次のように批判する。任意的当事者変更は従来の訴訟の結果を新たな訴訟に利用することを本来の目的としている、しかし、かかる反訴はこうした目的を有しているとは限らないのであるから、任意的当事者変更と把握する必要性はない、とする。

以上からすれば、結局、第三者に対する、または第三者による反訴の問題は次の二つの方向のいずれかに進まざるをえないように思われる。一方は、あくまでも反訴である点是否定せずに、反訴の枠内で要件と効果との関連性を考慮した上で適用範囲を画定していく方向である。⁽⁴⁶⁾他方は、形式的には反訴と称していても、実質的には本訴と一定の関係を有する、第三者にかかわる別訴の本訴への追加的併合として構成し、その根拠、要件を画定していく方向である。⁽⁴⁷⁾第三者に対する反訴理論は、今後、西ドイツ民事訴訟法の構造的な問題を背後に有しながら、以上の二つの方向を模索して行くように思われる。

(註)

- (42) Rosenberg-Schwab 前掲 (17) S. 567.
- (43) ニーターは前述のように、この反訴理論の適用範囲の拡大を主張するが、しかし「反訴」である点は決して否定しない。
Nieder : Anspruchverfolgung nach § 717 ZPO gegen Rechtsnachfolger, NJW 1975, 1000 ; ders : Sonderregeln der Widerklage in Fällen von Drittbeteiligung, MDR 1979, 10. において、反訴であることを前提として、ZPOの反訴の規定の適用にあたっての解釈論を論じている。
- (44) 前註 (6) の福永・鈴木論文の他、鈴木重勝「任意的当事者変更理論の系譜」早稲田法学三三巻三・四冊(昭三四)五五九頁。
- (45) 前註 (40) 参照。その他にStein-Jonas-Schumann 前掲 (17) S. 30.
- (46) Klon, Hans-Jürgen : Eventualverhältnisse im Zivilprozess (1971), S. 81 f.
- (47) Rosenberg-Schwab 前掲 (17) S. 567. 及び B G H の判例理論のように任意的当事者変更と把握することに疑問を呈している。
- (48) 前註 (43) のニーターの文献。
- (49) 前註 (39) (41) の本文参照。

(昭和五十七年一月二日提出)