

プロイセン一般裁判所法（1793年） における訴訟参加制度

——訴訟告知制度研究(1)——

佐野裕志

目次

- I はじめに
- II プロイセン一般裁判所法（1793）
 - 1 手続の概要
 - 2 第三者の訴訟関与
 - 3 訴訟告知
 - 4 呼出
 - 5 本人指名
 - 6 従参加及び主参加
- III 小結

I. はじめに

訴訟告知は、従来ほとんど研究されておらず⁽¹⁾、また現在においても注目されている制度とはいえない⁽²⁾。訴訟参加については極めて多数の注目すべき研究が発表されている⁽³⁾一方、訴訟告知はほとんど補助参加の付属物としかみられていない。

しかしながら、近時別の側面から訴訟告知に新たな役割を与えようとする見解が存在する。共有地の境界確定の訴えに関する最判（1小）昭和46年12月9日民集25巻9号1457頁⁽⁴⁾をめぐり、共有者全員の足並みがそろわない場合、非協調者や不在者に対して訴訟告知をすることによって判決効拡張の保障としよ

うとする見解である⁽⁶⁾。一方で訴訟告知を補助参加の付属物としがみず、他方で判決効拡張の保障としようとする。このことは従来の訴訟告知概念に何らかの反省をうながすものではなかろうか。

また一方、現代の民事訴訟理論において「当事者引き込み」「被告による第三者の追加」等の強制参加理論が有力に主張されている⁽⁶⁾。注目すべき見解であるが、実定法たる民事訴訟法との結びつきが、いま一つ明らかでないように思われる⁽⁷⁾。ところで、訴訟告知は、こうした強制参加理論では触れられていないが、見方によれば実定法に基盤を有する強制参加規定とみることができるのではあるまいか。確かに、訴訟告知をしても被告告知に参加の義務が生じる訳でもなく、せいぜい参加的効力が及ぶのみであろう⁽⁸⁾。しかし、参加的効力についても、近時、既判力との等質性が解かれ⁽⁹⁾、また補助参加人の地位についても当時者のそれに近づけようとの有力な主張もみられる⁽¹⁰⁾。こうしたことを背景にすれば、「せいぜい参加的効力を及ぼすのみ」である訴訟告知も、第三者が訴訟へ参加することを促す極めて有力な制度であると考えられないだろうか。現に、訴訟告知は「実質的には強制的補助参加の機能を有する⁽¹¹⁾」（傍点筆者）との主張もみられるのである。

そこで、訴訟告知とは本来如何なる制度なのか、また如何なる機能を果しうるのかが問題となる。このことを明らかにするため、訴訟告知制度の沿革を探り、それが果してきた役割及び歴史の変遷を検討しようとする。考察の対象としてまず始めに、訴訟告知につき極めて詳細な規定を有していた1793年のプロイセン一般裁判所法 *Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten*（以下 AGO と細す）を検討する。このことは、大正15年改正前の我が民事訴訟法の訴訟告知に関する規定が1877年のドイツ帝国民事訴訟法 *Civilprozeßordnung*（以下 CPO と略す）の規定の翻訳的継受であり⁽¹²⁾、そして CPO の訴訟告知に関する規定に対して AGO の規定が否定的に影響を与えていることによる。

（註）

- （1） 石山彌平「告知参加ヲ論ス」法学新報69号26頁（明29）、日山彦十郎「告知参加ニ関スル現行法ノ欠点」法学新報70号38頁（明30）、雫本朗造「判決ノ参加的効力」京都法学会雑誌13巻7号（大7）・法学論叢3巻3号（大9）・4巻6号〔同

『民事訴訟法論文集』937頁, 976頁以下], 小室直人「訴訟の告知」菊井維大編『民事訴訟法・上巻』(昭30)118頁。

- (2) 中野貞一郎他編『民事訴訟法講義』(昭51・有斐閣)544頁(井上治典), 佐上善和「補助参加人に対する判決の効力」民事訴訟法の争点127頁(昭54)。

なお, 森島昭夫「構造上の欠陥・機能の障害」交通事故判例百選(第2版・昭50)71頁。

- (3) とりあえず, 中野他編・前掲書572頁以下の参考文献を参照。

- (4) 原告 X₁~X₁₃ 及び A の共有地と Y 所有の隣接地間での境界をめぐる紛争で, 起訴当時 A の所在不明のため X₁~X₁₃ が Y を被告として境界確定の訴え提起。一審では当事者適格は問題とならず, 約11年の審理の後 X 側勝訴。控訴審で始めて, Y は A が原告になっていない点を問題にし, 共有地についての境界確定訴訟は共有者全員によって出訴すべきであるので本訴は不違法であると主張した。控訴審は, Y のこの主張を認めて, 一審判決を取り消し, 訴えを不違法却下, 最高裁においても支持された。

- (5) 小島武司「共同所有をめぐる紛争とその集团的処理」ジュリスト500号328頁(昭47)[同『訴訟制度改革の理論』117頁, 124頁], 井上治典・判例タイムズ279号83頁, 86頁, 林屋礼二・民商法雑誌67巻3号369頁, 380頁。なお, 新堂幸司『民事訴訟法』(昭49・筑摩書房)199頁参照。

- (6) 山木戸克己「追加的共同訴訟」神戸法学雑誌6巻1・2号(昭31)[同『民事訴訟理論の基礎的研究』73頁], 井上治典「被告による第三者の追加」甲南法学11巻2・3号285頁(昭46), 霜島甲一「当事者引込みの理論」判例タイムズ261号18頁(昭46), 新堂・前掲書486頁, 中野他編・前掲書528頁(井上治典), 福永有利「当事者適格理論の再構成」山木戸選暦『実体法と手続法の交錯・上巻』(昭49)34頁, 71頁以下, 吉村徳重「判決効の拡張と手続権保障」山木戸選暦『同・下巻(昭53)』118頁, 西澤宗英「訴の主観的追加的併合」民事訴訟法の争点112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393号171頁(昭54)等。

なお, 井上治典「第三者の訴訟引込み」小山昇等編『演習民事訴訟法・下巻』(昭48)113頁, 研究会「公害訴訟(第14回)」ジュリス496号206頁(昭47)。

立法論として, 公害法研究会「公害事業者責任法の提案」第9条第4項, ジュリスト494号86頁(昭46), 製造物責任研究会「製造物責任法要綱試案」付記四, 私法38号74頁(昭50)及び115頁以下の竹下発言。

- (7) 参照, 新堂・前掲書487頁。

- (8) 兼子一『民事訴訟法体系』(昭29・酒井書店)409頁, 三ヶ月章『民事訴訟法』(昭34・有斐閣)242頁, 新堂・前掲書508頁等。

- (9) 新堂幸司「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」兼子選暦『裁判法の諸問題・中巻』(昭44)407頁, 井上治典・甲南法学11巻4号495頁(昭46), 吉村徳重「既判力か参加的効力か」小山昇他編・前掲書下巻77頁, 佐上・前掲。

なお、住吉「博争点効の本質について」民商法雑誌61巻2号・5号(昭44・45)[同『民事訴訟法論文集・第1巻187頁]。

- (10) 井上治典「補助参加人の訴訟上の地位について（一）（二・完）」民商法雑誌 58巻1号25頁・2号197頁（昭43）。
- (11) 山木戸克己『民事訴訟法講義』（昭29・三和書房）234頁。
- (12) もっとも、参加的効力についての規定が欠けており、大正15年改正前の学説もこの点をめぐって議論をしている（注(1)の文献参照）。

II. プロイセン一般裁判所法（1793年）

1. 手続の概要

AGOにおける訴訟手続について、以下の叙述に必要な限りで説明する⁽¹⁾。

(1) 訴えの「申出」Anmeldung

訴訟手続は原告による訴えの申出により始まる。訴えの申出は、原告本人または代理人により口頭もしくは書面でなされる（I, 4, § 1⁽²⁾）。訴えの申出を受けた裁判所は、訴えの取調べを行なう *Deputierter* と呼ばれる裁判官を指名する（I, 5, § 1）。この *Deputierter* は『完全な情報の発見に配慮し』、原告はすべての事実及び法律上の諸事情を提出しなければならない（I, 5, §§ 5-7）。取調べ終了後、訴状 *Klageprotokoll* が作成され裁判所に提出される（I, 5, § 13⁽³⁾）。

ただ例外的に、原告が訴訟追行 *Betrieb* を *Justizkommissar*⁽⁴⁾ に委ねている場合、以上の手続は省略される。即ち、*Justizkommissar* は原告より聴取した情報から訴状 *Klage* を作成し提出する〔＝訴えを提起する〕ことができる（I, 4, §§ 23, 24⁽⁵⁾）。

(2) 訴状の審査及び期日の指定

訴状が裁判所に提出されると、*Decernent* と呼ばれる裁判官により、訴状について法定の方式、有理性 *schlüßig*⁽⁶⁾ 等の審査がなされ、合議体 *Kollegium* に報告される（I, 6, §§ 1, 2）。その後 *Decernent* は、

(i) 事件が複雑な場合、答弁 *Klagebeantwortung* のための期日を指定する、または、

(ii) 事件が複雑でない場合、「本案の事実審理」*Instruktion der Sache* のための期日を指定する（I, 6, § 11）。

(3) 答弁についての取調べ

答弁期日に先立ち、被告には原告の訴状及び調書 **Informationsprotokoll**⁽⁷⁷⁾ の写しが送付される(I, 6, § 11)。答弁期日においては、原則として被告本人が出願しなければならない(I, 6, § 14, Ziff. 2)。この被告の取調べにあたっては **Deputierter** が指名され、その取調べの方法は前述の **Deputierter** による原告の取調べの方法と同じである(I, 9, § 1 ff.)。取調べ後、答弁書 **Beantwortungsprotokoll** が作成され裁判所に提出される(I, 9, § 15)。そして、訴状についてと同様 **Decernent** によって審査され、合議体に報告される(I, 9, §§ 17, 18)。その後、本案の事実審理のための期日を指定し、当事者双方を呼び出す。原告に対しては答弁書の写しが送付される(I, 9, § 24 f.)。

この場合にも例外として、訴状が **Justizkommissar** により書面で提出されている場合(I, 5, § 16)、被告またはその輔佐人 **Beistand** は、答弁期日の前に **Promemoria** と呼ばれる答弁事項を記した書面を提出でき、合議体がこの **Promemoria** が答弁として十分であるとした場合、以上の答弁期日に関する手続は省略される(I, 9, § 15)⁽⁷⁸⁾。

(4) 本案の事実審理

この事実審理を主宰する裁判官も **Deputierter** と呼ばれる(I, 9, § 26)。この段階では次の4つのことが行なわれる(I, 10, § 1)。

(i) 両当事者を更に詳しく交互に尋問すること。

(ii) 争いのない事実及び争点の整理 **Regulierung des stats causae et contraversiae** を行なうこと。

(iii) 争いのある事実について証拠調べを行なうこと。

(iv) 和解を試みること⁽⁷⁹⁾。

以上のいずれの場合でも、**Deputierter** は事実審理にとって必要な事実すべてについて職権で審理することができる(I, 10, § 6)。

(5) 「本案の経結」 **Beschluß der Sache**

事実審理の終了後、直ちに(I, 12, §§ 1, 2)または特別な期日において(I, 12, § 3)「本案の終結」と呼ばれる手続が行なわれる。そこでは、取調べられた事実に対して法律上の意見の陳述 **Deduktion** (演繹)が行なわれる。通常

この陳述は、法律に通じた当事者の代理人によってなされる（I, 12, § 12）。その後、訴訟記録が編綴され *Deputierter* によって裁判所へ提出される。

（6）判決の起案・言渡

判決の起案のため *Referent* と呼ばれる裁判官が裁判所により指名される。この *Referent* によって起草された判決が合議体により評決され、言渡される（I, 13, § 1 ff.）。

（註）

- （1）以下は、Mittermaier, Carl Joseph Anton : *Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß, Erster Beitrag*, 3. Aufl., Bonn, 1838, SS. 36—52 ; Bomsdorf, Falk : *Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlin, 1970, SS. 65—96.

能谷弘『民事訴訟における弁論主義の研究』（司法研究報告書31輯15・昭17）190頁以下、鈴木正裕「18世紀のプロイセン民事訴訟法（一）（二）（三）」神戸法学雑誌23巻4・5号115頁（昭49）・24巻2号109頁・4号333頁（昭50）。特に鈴木教授の論文はAGO制定に到るまでの事情を当時の社会的背景を踏まえて研究されたもので、AGOの手続についても詳細に検討され、本稿もこれに負うところが多い。

- （2）第1部第4章第1条の意味である。以下本文のように略す。なお、本文で引用するAGOの条文は1830年 Berlin で出版された *Neue Auflage* による。
- （3）これでいわば、訴えが提起された形になる。鈴木・前掲（二）117頁。なお、この訴状は、取調べ中に作成された *Informationsprotokoll* でもって代えることができる（I, 5, § 14 ff.）。
- （4）当時プロイセンで廃止された弁護士 *Advocat* のために設けられた職種であり、完全な裁判所の下級職員である。詳細は鈴木・前掲（二）135頁以下。
- （5）法文上は例外だが、実際はこちらの方が原則となっていたといわれる。Bomsdorf, a. a. O., S. 86.
- （6）請求がその主張したいにおいて理由があること。中野他等・前掲書43頁（中野貞一郎）参照。
- （7）前注(3)参照。
- （8）注(5)同様、こちらの方がむしろ原則となっていたといわれる。
- （9）和解の試みは手続のいずれの段階でも、即ち、訴えの取調べの段階でも、事実審理の途中でもすすめることが要請されていた（I, 11, § 1 f.）。熊谷・前掲書213頁以下を参照。

2. 第三者の訴訟関与⁽¹⁰⁾

AGOにおける訴訟参加は、当事者の要求による場合と、要求によらない場

合とに分けられる。前者に属するのが、訴訟告知 *Litisdenuciation*, 呼出 *Adcitation* 及び本人指名 *Nomination* であり、第1部第17章で規定されている。後者に属するのが、従参加 *Interventio accessoria* 及び主参加 *Interventio principalis* であり、同第18章で規定されている。

(註)

- (10) 訴訟告知以外の参加制度をも取り上げるのは、A G Oにおいては訴訟告知が訴訟参加の中核的存在であることを示すためであり、後述するように、他の参加規定は訴訟告知の規定を準用乃至基本的構成を借用している。

3. 訴訟告知⁽¹¹⁾

第2条⁽¹²⁾が訴訟告知及び呼出の総則的規定である。

「第三者から譲渡を受けた権利 *Forderung* を争っている原告は、この自己の前者 *Vormann* を呼出す *adcitiren* ことができる。第三者から譲渡を受けた……権限 *Befugniss* を理由として訴えられている被告は、この自己の前者に訴訟を告知する *litem denunciiren* ことができる。

両者とも、前者が本案の事実審理及び弁論に出頭し、自己の権利の実行及び防禦に際して味方し、そして相手方に対して自己のため『代理する *vertreten*⁽¹³⁾』ことを目的とする。」

ここで、原告が前者を呼出し、被告が前者に訴訟を告知する、というが、原告が訴訟告知をなし被告が呼出すことを禁ずる趣旨ではないと理解されていた⁽¹⁴⁾。(もっとも、以下の例からも明らかとなるが、訴訟告知が問題となるのは通常被告側であり、規定上も被告側が告知する場合を念頭においているので、以下特に断わらない限り告知者は被告のことである。)そして、第4条で、

「いかなる場合に、以上の方法によって、他の者からの追奪担保 *Gewährleistung*⁽¹⁵⁾・『代理』・輔佐 *Beistand* を求めることができるか、また、いかなる範囲で自己の直接の前者を飛び越え、より先の前者に求償できるかは実体法 *Gesetz* が定める。」とされている。

そこで実体法たるプロイセン一般ラント法 *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*⁽¹⁶⁾ (以下 ALR と略す。)の規定を検討すべきこととなる。

ALR で訴訟告知について規定されているのは次の4 場合である。

- (i) 買主から訴えられた売主が追奪担保責任を前者に追求する場合。
物について, I, 11, § 136 ff.⁽¹⁷⁾
権利について, I, 11, § 420 ff.
- (ii) 債権者から訴えられた保証人が主たる債務者に求償する場合。
I, 14, § 342 ff.
- (iii) 債権者から訴えられた保証人が求償保証人⁽¹⁸⁾に求償する場合。
I, 14, § 380 ff.
- (iv) 債権者が主たる債務者に対する訴訟で, 保証人を召喚する場合。
I, 14, § 311 ff.

そして, 最後の (iv) の場合のみ訴訟告知は任意的であるが, それ以外の (i) 乃至 (iii) は訴訟告知をすることを義務としている。AGO でこれに対応する規定が第8条である。

「原告または被告たる当事者が, 係争中の権利についての訴訟で敗訴するならば自己の前者に求償しようとする場合, その前者に正式な訴訟告知をすること……が義務づけられる。」

そして, この義務を懈怠した場合の規定が第10条である。

「訴訟告知がなされない場合, 告知義務者は告知をしなかつことのみでは自己の求償権を失なわない。しかし, その者は, もし〔前訴で〕訴訟告知が適切になされていたならば前者〔＝被告知者〕が第三者〔＝相手方当事者〕に対する関係で提出しえたすべての異議事由 Grund 及び証拠方法を, 〔後訴たる被告知者に対する求償訴訟で〕次のような形で対抗されなければならない。即ち, もし本訴〔＝前訴〕でこうした異議事由及び証拠方法が利用しえたならば判決はその点で異なったものとなったであろうと〔後訴〕裁判官が認定した場合, 実際に本訴でそのような判決がなされていたものとして〔後訴で〕訴訟が告知義務者たりし者に不利に扱われなければならない。」

先程の ALR の規定に照らしてみると次のようになる。(ii)を例にとると, 「債権者により保証人に対して訴訟が有効に提起された場合, 保証人は主たる債務者を訴訟に召喚 *vorladen* しなければならない。」(I, 14, § 344) (この召喚を

なす手続が訴訟告知である⁽¹⁹⁾。)「保証人が以上を懈怠し債権者に〔請求されている額を〕支払った場合、主たる債務者が債権者に対抗しえたすべての抗弁事由は〔保証人の主たる債務者への求償訴訟において〕保証人に対しても対抗されなければならない。」(§ 349) 即ち、例えば、主たる債務者が弁済の事実を証明する領収書を有している場合、債権者から訴えられた保証人が主たる債務者に訴訟を告知することなく敗訴し、その後主たる債務者に求償訴訟を提起しても、後訴たる求償訴訟の裁判官が、前訴で訴訟告知が適切になされていたならば主たる債務者が弁済の事実を述べ領収書でもって証明しえたと認定すれば、前訴判決が請求認容判決であったとしても、弁済の事実から請求棄却判決がされたものとし求償訴訟においても主たる債務が消滅したものとして保証人敗訴の判決をすることになる⁽²⁰⁾。

なお、この訴訟告知の義務は絶対的なものではなく、契約によって被告知者が免除することも可能である (AGO, § 11, ALR I, 11, § 148)。

以上の告知義務の規定に対応し、裁判官も一定の義務を負っている。即ち、本案の事実審理において当事者を尋問する場合、訴訟告知をしなければならない前者の有無について同時に尋問しなければならない (原告につき, AGO I, 5, § 4 (9), 被告につき, I, 11, § 8)。更に、本章第 12 条で、「当事者に法律に通じた補助者がついていない場合、特に当事者の権利に注意し、求償を基礎とする呼出 [=訴訟告知⁽²¹⁾] の必要性についての規定を適切に知らせ、当事者のこの点についての判断を求める義務」を負わされている。

訴訟告知をなすには、被告知者の「代理」責任を理由づける事実及びその点についての証拠を提出しなければならない (§ 13)。口題でなすことも、一定の場合⁽²²⁾書面によってなすことも可能であるが、例外なく裁判上なされなければならない (§ 9)。

告知をなしうる時機については問題がある。第一審では、第14条で、(i) 訴えまたは答弁と同時に *zugleich*, (ii) 本案の事実審理期日において、または (iii) 本案の事実審理における本案の解明により始めて訴訟告知の必要性に気付いた場合は「本案の終結」に到るまでなしうるとされた。問題は後二者で、後述するが、訴訟告知の申立があれば裁判官は申立の審査・被告知者への書類の送達等

をしなければならず、本訴の進行が遅れることになる。そこで、1833年6月1日の *Verordnung*⁽²³⁾ によって、訴えまたは答弁と同時にしうる点には変更がないが、その後では、訴訟告知のきっかけ *Veranlassung* がその後に来て始めて生じた場合に限られた (§ 55)。第二審においては、本章第15条で「遅くとも控訴の申出に際して即座に *sogleich* なさなければならない」とされたが、この「即座に」の解釈が判例で分かれたため、前述の *Verordnung* 第57条で、「同時にのみ *nur gleichzeitig*」と規定された⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾。上告審及び判決無効の申立 *Nichtigkeit Beschwerde*⁽²⁶⁾ においては、もはや訴訟告知をなすことはできない。

さて、訴訟告知が適切になされれば、裁判官はその点について特別な調書を作成し、本訴の主要事実に関連し「代理」責任を理由づける事実及び証拠を整理する (*AGO*, § 13)。そして、本訴においてそれまで当事者の下でなされた審理及びそれに付属した全書類 *Beilage* の写しを被告者に送達するとともに、一定の期日に裁判所に出頭することを命じる (§ 16)。

一方、訴訟告知が申立てられても、本案の事実審理の進行は停止されることはない。しかし、被告者が本案の事実審理の終結前までに陳述がなしえない程遅れて訴訟告知がなされた場合、または期日に欠席しても後に正当な理由を申し立てた場合、裁判官の裁量により必要と思われる限りで本案の事実審理の終結は延期される (§§ 17, 18)。

訴訟告知の被告者への効果については詳細に規定されている。訴訟告知を受けたからといって被告者は出頭しなければならないことはない。出頭して被告者を補助することも、出頭はしても補助しないことも、更に出頭しないことも被告者の自由である。しかし、

(1) 出頭しない場合には、その後の告知者からの求償訴訟において、前訴での本案に関連する異議事由・抗弁事由等を主張できなくなる。例えば、債権者から訴えられた保証人が主たる債務者に訴訟告知をし、主たる債務者が出頭しないまま請求認容判決が下されれば⁽²⁷⁾、保証人からの後の求償訴訟において、たとえ主たる債務者が既に主債務を弁済していたとしても、もはやこの事実は主張できず求償に応じなければならない (§ 19, *ALR I*, 14, § 346)。しかしな

がら、こうした不出頭より生じる不利益は、前述の被告者への送達に際して明示的に知らされなければならず (§ 19 II), この通知が不十分乃至なされなかった場合、または告知者が故意に被告者の不利に自分の熟知している攻撃防禦方法を利用しなかったことが後訴で認定されれば、不出頭より生じる不利益は生じない (§ 20)。

(2) 被告者が期日に出頭する場合、次の点が尋問される (§ 21)。

(i) 告知者の自己に対する求償権限を承認し、告知者敗訴の場合求償に從うか否か、

(ii) 本訴の審理で告知者を補助する意思があるか否か、

(iii) 告知者を補助するならば、そのために何を申し立てるつもりか。

重要なのは (i) (ii) であり、双方を否定するか、一方のみを肯定するかで、その後の手続及び判決の効力が異なってくる。

(i) 出頭をしても、求償権限を承認せず補助する意思もないことを陳述した場合には、本訴は訴訟告知がなされなかったものとして従来の当事者の下で続行される。そして、訴訟告知の基礎となった求償権が告知者に属するか否かは、告知者が原告となる別訴で争われ、本訴とは無関係なものとして本訴に関連する抗弁事由等も主張できることになる (§§ 22, 33 II)。

(ii) 出頭をし、補助する意思はあるが求償権限は承認しない旨陳述した場合。求償権限の点は別訴で本訴と無関係に争われる点は(i)と同じだが、本訴においては、それまで争われてきたすべてについて、及び告知者のために被告者が提出する事実について、被告者は主たる当事者と同じ方法で尋問され、その後の本案の事実審理及び弁論において何時でも召喚される (§ 24)。そして告知者・被告者は一体 *Eine Person* として扱われ、他方の意思に反することはできなくなる (§ 25)⁽²⁸⁾。

(iii) 出頭をし、求償権限を承認する旨陳述すれば、補助する意思があろうがなかろうが次のようになる。本訴における取扱は(iii)と同じであるが、判決の効力は求償権限のみならず相手方当事者の被告者に対する権利にまで及ぶ。即ち、先程の(1)の例に側せば、告知者たる保証人の被告者たる主たる債務者に対する求償権限のみならず、原告(相手方当事者)たる債権者の主たる債務者

に対する債権まで判決の効力が及ぶことになる。そこで、原告は、勝訴の場合、告知者（保証人）・被告告知者（主たる債務者）の望む方に対して直接に強制執行を求めることができる。そして、告知者に強制執行がなされれば、告知者は判決で確定された求償権限に基き被告告知者に対して直ちに強制執行を求めることができる（§ 33 I, ALR I. 14, § 348）。

訴訟告知の従来の当事者への効果。訴訟告知がなされ、被告告知者が出頭し補助する旨陳述したからといって、従来の当事者はその後本訴への出頭を拒むことはできない（§ 28）⁽²⁹⁾。しかし、被告告知者が訴訟を完全に引き受ける意思を有する旨陳述し、告知者も被告告知者に訴訟を引き渡すことに同意すれば、原告は被告告知者のみを相手方当事者として訴訟を続行しなければならない。そして、この両者間で下された判決は告知者に対しても効力を有する（§ 29）。一方、原告が、出頭してきた被告告知者のみを相手方として訴訟を続行する意思である旨陳述すれば、被告（告知者）は原告の請求からは外される。その後、たとえ原告が被告告知者に対して敗訴し、あるいは勝訴したが判決に従った支払いを受けられなくても、もはや以前の被告たる告知者に再び訴求することはできなくなる（§ 30）。

上訴の特則。本訴において下された判決に対して告知者が上訴を申立てない場合、被告告知者が上訴を申立てることができる。この判決が上訴審において変更を受けた場合、それは告知者に対しても効力を有する（§ 31）。

なお、訴訟費用については、前述の求償権限を承認するかしないかで手続に差がある（I, 23, § 17）。

(1) 承認した場合には、被告告知者が告知者に訴訟費用及び訴訟告知に用いた費用を賠償しなければならない⁽³⁰⁾。但し、告知者が被告告知者の意思に反して訴訟を進めたことにより生じた費用は賠償する必要はない。

(2) 承認しない場合には、訴訟告知に用いた費用をさしあたり告知者が被告告知者に賠償すべきこととなるが、後の求償訴訟でこの支払った費用を請求することができる。

(3) 一方、告知者側が勝訴した場合、敗訴した相手方当事者が支払うべき費用に訴訟告知に用いた費用も含めて請求することができる。もっとも、訴訟告

知が適切でなかった、または必要でなかった場合には、相手方当事者は訴訟費用についての清算手続 *Liquidationsverfahren* において以上の事実を抗弁として主張できる (I, 23, § 27 II)。

以上からみると、AGOにおける訴訟告知は、現在理解されているものとは相当異なり、むしろ被告知者を可能な限り訴訟に参加させ、彼の負っている義務も本訴でいきなり判断してしまおうとする制度と考えられる⁽³¹⁾。そして、こうした被告知者が訴訟に参加した場合の訴訟上の地位は、実質的には当事者と同様のものではあったと考えられる⁽³²⁾。そして、更に留意しておくべきことは、この訴訟告知の規定はすぐれて実体法的な規定であった点である。

(註)

- (11) 以下は、Grävell: *Praktischer Kommentar zur allgemeinen Gerichts-Ordnung.*, Bd. III, Erfurt, 1827, S. 175 ff.; Koch, Christian Friedrich: *Der Preußische Civil-Prozeß*, Berlin, 1855, S. 180 ff.; ders: *Das Preußische Civil-Prozeß-Recht*, Tl. 2., 3. Aufl., Berlin, 1855; Försten: *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Civilrechts.*, 3. Aufl., Berlin, 1873—74.
- (12) 以下本文で条文番号のみで引用するのは、特に断わらない限り第1部第17章の条文である。
- (13) ある者に代って出頭し、その者のために行動することである。以下カギカッコ付きで代理と記すのは以上の意味である。
- (14) Grävell, *a. a. O.*, S. 175.
- (15) 本文の以下の説明から明らかになるが、訴訟告知はこうした実体法上の求償権限を裁判上実行する一手段であった。
- (16) 本稿での引用は、1855年に Berlin で出版された版による。
- (17) 第1部第11章第136条以下のことである。以下同じ。
- (18) 主たる債務者が保証人に対して負担する償還義務を保証する者であり、効力は通常の保証と同じである。
- (19) 本節末備参照。
- (20) 追奪担保でも同様な規定がある。ALR I, 11, §§ 143, 145—147.
- (21) 次節で明らかにするが、呼出と訴訟告知が法文上同義で用いられる場合がある。
Grävell, *a. a. O.*
- (22) 前述した Justizkommissar が訴状を作成・提出した場合である。
- (23) *Verordnung über den Mandats=, den summarischen und den Bagatell-*

prozeß. vom 1. Juni 1833.

- (24) Koch, *a. a. O.*, S. 181.
- (25) なおその他に、実務上の要請から、Instruktion für die Gerichte vom 24. Juli 1833 の第 50 条において、一審・二審において答弁期日開催前に訴訟告知が申立てられれば、その期日及びその後の手続において被告知者を召喚できるとされた。
- (26) 小室直人「上告審における調査・判断の範囲」法学雑誌16巻2～4号121頁，124頁以下（昭45），鈴木正裕「上告理由としての訴訟法違反」民事訴訟雑誌25号29頁，32頁以下（昭54）。
- (27) 訴訟告知がなされ主たる債務者が出頭しなければ、保証人はもはや訴訟を続行する義務を負わなくなる。ALR I, 14, § 345.
- (28) §§ 25—27 に宣誓につき詳細に規定されている。
- (29) ALR I, 14, § 347.
- (30) ALR I, 11, § 156.
- (31) その際、被告知者の利益にもかなり配慮がなされていたことが窺える。
- (32) 井上・前掲民商法雑誌58巻1号29頁。AGO I, 18, § 7.

4. 呼出

普通法における呼出は、当事者の申立または職権により第三者を訴訟に強制的に参加させるもの⁽³³⁾だが、AGO の呼出はこうした性質を有していない。即ち、本案を解明するために必要と考えた場合、裁判官は必要な情報を有している者を職権で訴訟に呼出し、その際当時者がその被呼出人に対して求償権を有しているかは問わず、またその呼出の手続も証言を求める手続も証人尋問の手続を利用するとされる（I, 17, § 5）。更に、「呼出の目的は……真実探知の義務ある裁判官に、より詳細な知識を与えることであり」「被呼出人は職権による呼出によって訴訟自体に関与させられることはなく」、裁判官より求められた情報をすべて提出すれば、直ちに召喚は中止される（§ 6）。以上からすれば、AGOにおける呼出は、証人喚問手続と考えるべきであり、現に証人に関する規定で、喚問された証人の意味で被呼出人 *Adcitat* が用いられている（I, 10, §§ 228(8), 229, 231, 232）。

なお、このようにして召喚された者が、同時に一方当事者に対して求償義務を負っている場合、訴訟告知手続へ移行する。即ち、被呼出人に対して求償権

を有する当事者が、この求償権を利用するつもりであることを尋問期日で述べ、被呼出人に対してこのことを請求する場合、職権によって始められた呼出は訴訟告知手続へ移行し、訴訟告知のすべての規定が適用となる（I, 17, § 7）。そして、本来の訴訟告知と同様に、こうした求償義務者が職権によって呼出されていることを知らされているにもかかわらず当事者が以上の手続を懈怠すれば、訴訟告知義務の懈怠の場合（§ 10）と同様の不利益が及ぶことになる（§ 7 II）。

一方、普通法のような裁判官が職権で第三者を訴訟に参加させるという呼出は、AGOの下でも弁論主義に反するとされた⁽³⁴⁾。

なお、用語の問題であるが、以上のような訴訟告知と呼出の関連から、法文上、呼出人 *Adcitant*・被呼出人 *Adcitat* を、告知者 *Litisenunciant*・被告告知者 *Litidenunciat* と同義で用いており、若干の混乱もみられる（告知者・被呼出人、呼出人・被告告知者という対応。前節注(2)参照）。

（註）

(33) 岡徹「ドイツ普通法時代における共同訴訟論の展開(1)」民商法雑誌69巻6号945頁、965頁以下（昭49）。

(34) Koch, *a. a. O.*, S. 185. そして、この点が普通法における呼出を批判する学説の有力な根拠の一つでもあった。即ち、極めて職権主義的なAGOの下でさえ、このような呼出は認められていないとの主張である。Mittermaier: *Beiträge zur Lehre von der Adcitation*, AcP Bd. 3., 1820, S. 46.

5. 本人指名

以上の他に、本人指名（指名参加）が規定されている（I, 17, §§ 34—41）。訴訟告知と同様に、実体法上本人指名が義務づけられる場合があり、この義務を懈怠した場合一定の不利益を受けることが規定されている（ALR I, 7, § 165 f.）。また指名された本人が訴訟に応ずるか否か、原告が指名された本人に対して訴えを変更するか否かで、手続は異なり、判決の効力も異なり、そしてまた訴訟費用についても詳細な規定のあることは訴訟告知の場合と同様である（なお、ALR I, 15, §§ 11—14）。

6. 従参加及び主参加⁽³⁵⁾

第1部第18章の規定の中で注意すべきものは、従参加が適切として認められれば、その従参加人は被告者となる、と規定する第9条である。つまり、現在及び当時の普通法学説とは逆に、訴訟告知に関して詳細に規定しておき、従参加の方を訴訟告知に従わせるという越旨なのである。

（註）

(35) 中村宗雄「訴訟参加制度の系譜」早稲田法学39巻2号（昭39）〔同『学問の方法と訴訟理論』363頁，366頁以下〕で紹介されており，第18章の規定の翻訳が試みられている。なお，前節注³⁴及びその本文参照。

III. 小結

以上からAGOにおいては，訴訟告知こそが訴訟参加の中核的存在であったことが明らかとなった。そして，この訴訟告知の規定は極めて実体法的な規定であった。そして実体法的規定なるが故に，その後の学説の展開そしてラント諸立法のなかで，議論の焦点が実体法（民法典），特に追奪担保の分野へ移っていき，訴訟法からは等閑視されていく，という過程をたどることになる⁽⁴⁾。

（未完）

（註）

(1) 松岡義正『新民事訴訟法註釈・第2巻』（昭5・清水書店）402頁以下，『注解民事訴訟法(1)』（昭43・第一法規）444頁（小室直人），井上・前掲判例タイムズ279号87頁等を参照。

（筆者の住所：国分寺市東恋ヶ窪3-9-10 第1孔雀荘）