

民事訴訟における訴訟係属中の係争物の譲渡 (2)

松 本 博 之

I. 訴訟承継主義の後退か

1. 日本の民事訴訟法の特徴としての訴訟承継主義
2. 兼子論文による「訴訟状態承継義務」の根拠づけとその問題点
3. 「訴訟状態承継義務」に対する批判から否定へ
4. 訴訟関係承継義務の否定がもたらすもの

II. 立法史における訴訟承継

1. 「テヒヤウ氏 訴訟規則修正原按」第4編第1章第1節第10条～12条
2. 訴訟規則委員会（三好委員会）による訴訟承継の否定
3. 明治36年草案における係争物の譲渡
4. 大正15年改正民事訴訟法における係争物の譲渡
 - (1) 立法過程における議論
 - (2) 新規定の内容——訴訟承継の効果である訴訟関係承継義務についての規定の欠如 (以上42巻3号)

III. 学説と判例の展開

1. 学説の展開
2. 判例の展開
3. 判例・通説の問題点

IV. 訴訟参加および訴訟引受けの原因

1. 「適格承継説」および「紛争の主体たる地位」承継説への疑問
 - (1) 適格承継説
 - (2) 「紛争の主体たる地位」承継説
2. 実体適格の承継——私見

V. 実体適格承継の効果

1. 従前の訴訟結果への拘束
2. 近時の有力説とその問題点 (以上本号)

VI. 加入の手続と第三者の訴訟加入後の手続

VII. 具体的事案の検討

VIII. 最終的考察

Ⅲ. 学説と判例の展開

1. 学説の展開

(1) 日本にそれまで存在しなかった、訴訟係属中の係争権利の譲渡および係争債務の引受けに関する新规定が大正15年改正民訴法によって定められた。訴訟係属中の係争物の譲渡に関する規定は、本来相手方当事者の保護のために必要となるものである。ところが注目すべきことは、大正改正民訴法が相手方の保護のために考慮をめぐらせた形跡は殆どなく、単に係争中の権利の譲渡につき権利譲受人の訴訟参加権を認め、債務引受けの場合に債務引受人の訴訟引受義務を定めたにすぎない⁵³。権利承継人の訴訟引受義務は規定されなかった。これでは、係争物の譲渡という事態に直面して相手方を保護するという課題を認識せず、必要な対策を講ずる規定として全く不備のものであったほか、権利承継の場合と債務引受けの場合で第三者の手續加入の方法が全く異なり、加入後の手續規律にも差異が出る結果となった。

大正改正民訴法が新設した係争権利・係争物の譲渡に関する規定は、前述の兼子・訴訟承継説が登場する前、文献においてどのように解釈されたのであろうか。ここでは、この改正法の立役者であった大審院判事・松岡義正氏の見解と、当時の司法省民事局長（後に司法次官）・長島毅氏と司法書記官・森田豊次郎氏の共同見解、およびドイツ留学から帰国した後民事訴訟法の浩瀚な体系書を物した大審院判事・細野長良氏の見解を中心に

53 権利承継の場合にも、相手方がそれまでの訴訟追行によって取得した有利な訴訟結果を偶然の権利承継によって喪失させられないようにする必要があるが、第2章において述べたように、これは民事訴訟法大正改正の際、全く立法者の念頭にはなかった。ドイツ民事訴訟法265条2項の定める当事者恒定主義がこの相手方の保護を主要な目的としていることにつき、*Zeuner, Verfahrensrechtliche Folgen des Betriebsübergangs nach § 613a BGB*, in: *Festschrift für K.H. Schwab*, München 1990, S. 575 ff.; *W. Henckel, Die Veräußerung der Streitsache*, *Festschrift für Waldner*, Zürich 1994, S. 193 ff. 参照。

大正改正民事訴訟法直後の学説を見ておきたい。

そのさい、すべての論者に共通していることは、「訴訟の目的」であり、したがって係争中の権利の帰属主体の変動が生ずることによって、本来であれば訴訟の目的である権利を譲渡した原告の請求は原告が権利の帰属主体性（積極的実体適格）を失うに至るため論理的には請求棄却判決がなされるべきところ、権利承継人が大正改正民訴法73条に基づき71条の規定により訴訟参加を申し出る限りにおいて、直ちに請求棄却となるのではなく、原告が訴訟から脱退するまでは、原告の請求と参加人の請求とは必要的共同訴訟の關係に立つとされることが、すなわち、訴訟参加によって係争権利關係の主体面の実体的変動が係属中の訴訟に与えうる影響が排除されるとの認識である⁵⁴。このことは、大正改正民訴法74条の定める被告の免責的債務引受けについても当てはまる。

(2) まず、大正改正民訴法73条は、訴訟係属後の権利承継人にも同71条による参加申立権を付与するものと解されている。松岡義正氏は、時効中断その他法律上の期間遵守の効力は、訴えの提起時に、また請求の変更または拡張が行われるときは、その旨の書面が裁判所に提出されたときに、それぞれ生ずるという原則の例外として、訴訟係属後の係争権利の譲受けを主張して大正改正民訴法71条の規定により当事者として訴訟に参加した第三者については、もとの訴訟の係属の初めに遡って時効中断その他法律上の期間遵守の効力が生ずるのであると、条文どおりの説明をするのみである⁵⁵。長島毅氏と森田豊次郎氏は、この規定がなければ、訴訟係属後の係争権利の譲受けを主張して大正改正民訴法71条により当事者として参加し

54 ZPO 265条2項の定める当事者恒定主義の場合には、係争物の譲渡は訴えを理由なきものとしな。Schilken, Veränderungen der Passivlegitimation im Zivilprozess, Köln/Berlin/Bonn/München 1987, S. 6 f.; Musielak/Musielak, ZPO, 7. Aufl., München 2009, § 265 Rdnr. 1.

55 松岡義正『新民事訴訟法註釈第4巻』（1930年・清水書店）396頁。菰淵清雄『改正民事訴訟法註解』（1929年・清水書店）123頁以下も同旨。

た第三者は参加前に時効が完成または出訴期間を徒過するときは参加も棄却され、また原告の請求も参加人への権利の譲渡を理由に棄却されるため、改正法は時効が中断された権利または出訴期間を遵守したその権利の譲受けがあったと見なし、かくて時効中断その他法律上の期間遵守の効果が維持されると指摘する⁵⁶。これは前節において考察したように、参加する権利譲受人が取得した権利について参加の時点では消滅時効が完成している場合があり、その場合にはこの参加制度は意味をなさないとの重要な指摘が民事訴訟法改正調査委員会の委員によってなされ、立法の当否に重大な疑問が呈されたことを受け、大正改正民訴法73条の文言になったという事情を忠実に述べているにすぎない。

細野長良判事は、大正改正民訴法71条の訴訟参加について、これを主参加併合訴訟で、かつ参加人が当事者の一方に補助参加するものと理解する。細野氏によれば、大正改正民訴法71条所定の第三者が訴えを提起し併合するものである以上は、71条の参加は主参加訴訟と本訴訟との併合ある場合と同様の関係に立つべきものであるとともに、「第三者ハ既存ノ訴訟ノ当事者双方ヲ（原則トシテ）共同ノ敵トスルモ先ツ既存ノ訴訟ニ於テ給付ヲ請求スル原告ノ勝訴ニ因リ判決ノ執行ヨリ被ルヘキ損害ヲ予防スル為メ先ツ自己ノ敵ナル被告ヲシテ之ニ戦ハシメ之ニ協力シテ被告ヲ勝訴セシメ原告ヲ倒スニ付キ法律上ノ利益ヲ有スル者ナルコトハ之ヲ認ムヘキ所ニシテ独逸ニ於ケル通説カ主参加訴訟ノ提起セラルル場合ニ主参加人カ本訴訟ノ当事者ノ一方ニ従参加スルコト認ムル所以ニ外ナラス」⁵⁷。そして、細野氏は、補助参加訴訟の判決が従参加人に及ぼす効力は既判力だと見る⁵⁸。その結果、第三者が提起した当事者双方を相手方とする訴訟と、彼が補助参加する当事者間の訴訟の間に類似必要的共同訴訟の関係が生じるので、

56 長島毅＝森田豊次郎『改正民事訴訟法解釈』（1930年・清水書店）87頁以下。

57 細野長良『民事訴訟法要義第2巻』（1930年・巖松堂書店）347頁以下。

58 細野・前掲注（57）349頁。

必要的共同訴訟に関する大正改正民訴法62条が準用されるのだと主張する。細野氏は、起草委員と同じく、訴訟係属中の係争物の譲渡を同法71条の当事者参加の一場合として扱い、係争物の譲渡に固有の問題には全く注意を払っていない。中島弘道大審院判事は、71条の参加により三面訴訟が成立するのでなく、単に3つの訴訟関係が発生するとするが、訴訟係属中の債権譲受人のような係争権利の譲受人の訴訟参加は通常の71条参加にあたると見た⁵⁹。

以上の諸説において非常に興味深いことは、いずれの見解も問題を係争物の譲渡に伴う訴訟承継の観点からではなく、単に権利譲受人の訴訟参加権の側から見ているにすぎないことである。係争物の譲渡により訴訟参加がなされても、その後に訴訟脱退が行われない限り、元の当事者間の訴訟は権利承継人に引き継がれるのでなく、これが残ることを念頭に置いているということができる。ただ、本来であれば消滅時効が完成しまたは出訴期間を徒過することになる権利主張であっても、訴訟係属中の譲受けを主張する場合には、もとの訴えの提起時に生じた時効中断および法律上の期間遵守の効力が継続するという処置は、民事訴訟法が係争中の権利の譲渡についての譲受人の利益状態を考慮して譲受人に付与する特別の効力である。これは、相手方当事者と前主の間の訴訟追行によって生じた当事者に有利または不利な手続形成の結果がいわば訴訟法上の特典または負担として譲受人に承継される法律上の例と解することができる。

(3) 次に大正改正民訴法74条については、訴訟係属中、第三者がその目的である債務を承継したときは、原告が被告に対して訴訟を継続するときは請求棄却を免れず、第三者がその引き受けた債務を弁済しないときは、原告は再度その第三者を被告としてこれに対して訴えを提起しなければならないが、このようなことは訴訟経済に合致しないので、相手方の申立てにより第三者が訴訟を引き受け、これを続行する便法を認めたものと説明

59 中島弘道『日本民事訴訟法』(1934年・松華堂) 318頁。

される⁶⁰。しかし、この説明は、なぜ債務承継人は前主と相手方との間の訴訟関係を引き継ぐ義務を負うかを明らかにしていない。「便法」は、これを認めても不当な結果にならない条件があつて認めることができるものだからである。

注目されるのは、細野氏がすでに、占有の承継取得は占有関係の承継であつて、「物ノ占有ニ因ル義務ヲモ承継スルモノニ外ナラス 即チ正当ノ権原ナクシテ物ヲ占有スル者ハ所有者ニ対シ之カ引渡ノ義務ヲ有スル者ナリ 而シテ其物ノ占有権ノ移転セラルルトキハ承継人ハ義務ヲモ承継スルモノナリ」と述べることである。彼は、口頭弁論終結後の占有移転の場合であれば判決の効力の及ぶべき者については、この者がこの訴訟係属中に物の占有を取得したのであれば訴訟に加入させて口頭弁論終結後の占有承継と同一の効果を付与するのが大正改正民訴法74条の「趣旨」であるとの理由を挙げている⁶¹。中島弘道氏も、債務承継人の範囲を広く解した。しかし、債務承継人に前主と相手方との間の訴訟関係を引き継ぐ義務を負わせる「便法」がなぜ占有承継人にも通用するのか、74条の「趣旨」を持ち出すだけで説明したことにはならないであろう。「趣旨」という内容の定まらない説明では、何も説明していないのと異ならないからである。

(4) 73条と74条の解釈は以上のとおりであるが、学説は両条を関連づけて解釈することはしておらず、むしろ71条の方式によるかどうかの大きな違いに鑑み別個の制度と捉えた⁶²。

(5) このような状況の中で1931年に登場するのが、前出の兼子・訴訟承継論である。兼子説は、訴訟係属後の訴訟の目的となった権利または法律関係の承継に独自の規律を与えるべく、権利承継人の当事者参加権を規定した大正改正民訴法73条から当事者参加の性格を払拭し、訴訟承継主義を

60 菰淵・前掲注(55) 125頁以下。

61 細野・前掲注(57) 392頁。

62 同旨、上田徹一郎・民事訴訟法判例百選Ⅱ〔新法対応補正版〕(1998年) 398頁。

採用したものと換骨奪胎しようと試みた。そして、73条の「権利」の譲受け、74条の「債務」の承継という文言にこだわるべきではなく、73条は74条と相俟って「訴訟承継制度」を定めたものであり、その適用範囲についても、一方において、「訴訟上有利な地位」を承継すべき者が——権利承継人であれ、債務承継人であれ——みずから訴訟に参加するのが73条の定めるところであり、他方において、訴訟上不利な地位を承継すべき者——権利承継人であれ、債務承継人であれ——を相手方が訴訟に引き込む場合を定めるのが74条であるとの大胆かつ独自の解釈を提示した⁶³。その際、すでに述べたように、訴訟の発展段階を、その訴訟において下される確定判決の既判力に向けられた発展的訴訟状態と捉え（動態的訴訟的考察方法）、これが「生成経過中の既判力」を形成し、訴訟係属中の「承継人」、すなわち「当事者適格 (Sachlegitimation)」＝実体適格の承継人をも拘束するのだとするのである。この解釈を根拠に、兼子説は、大正改正民訴法の73条と74条を一体的に捉え、73条にいう権利および74条にいう債務とは、実体法上の権利義務やその帰属主体たる地位ではなく、「訴訟物の譲渡により争いの主体の変更が生じた場合、当該訴訟に於る訴訟状態上の有利なる地位を承継せる者は第73条の参加により此の訴訟状態を利用し得る権能が与えられると共に、譲渡者の相手方が有利なる地位に立てる時は、第74条の引受により承継人を訴訟に引き入れて在来の訴訟状態を之に及ぼし得るのである」と主張した。このように、兼子説は、権利承継人であれ、債務承継人であれ、第三者がみずから訴訟に参加するのが73条の規律領域であり、相手方が訴訟状態上の不利な地位を承継すべき者を——権利承継人であれ、債務承継人であれ——訴訟に引き込む場合を定めるのが74条の規律領域であるとの解釈を示した。そして、この兼子・訴訟承継説は、必ずしも他の訴訟法研究者による十分な検討がなされることもなく、ほぼ全面的に支持され、次に述べるように、後に最高裁判所の判例にも採用され、今

63 兼子・前掲注(8) 139頁。

日では日本民事訴訟法の訴訟承継主義理解の根幹を形作っているといえることができる。

(6) しかし、兼子説は、権利承継と債務承継との違いを全く無視するものであり、この違いから生じる両者の手続上の取扱いの違いに対する配慮の必要性をもまた完全に無視したと見なければならない。

たとえば、訴訟外において所有者と主張する者から物の返還請求を受けた占有者がその物の所有権を第三者に譲渡し、その占有を第三者に移転した場合、第三者は前主から物の所有権——これを返還請求者に対抗することができるかどうかは別にして——を取得したのであって、決して物の返還債務を引き受けたのではない。この第三者が所有者に対し物の返還義務を負う場合にも、これは実体法上、前主の返還義務に依存しない現占有者の独自の法律上の返還義務である。これに対し、債務引受けは、免責的債務引受けであれ、重疊的債務引受けであれ、債務引受人と債権者との合意として、または債務者と債務引受人の合意に債権者が同意して行われる⁶⁴。ところが、被告・占有者による目的物の譲渡・占有移転は、多くの場合、相手方の意思とは無関係に行われる。ここでは、返還を求められている物との債務者との法的な関係が消極的実体適格を基礎づけているので、物と債務者との法的な関係の変動は消極的実体適格の変動をもたらさう。

以上の関係を訴訟に移してみると、原告から所有物の返還を求められた被告から目的物の所有権を取得するとともに、この目的物の占有の移転を受けた第三者は、被告の返還債務を引き受けたのではなく、目的物の所有権とその占有を取得したのであり、したがって、あくまで権利承継人として位置付けられるべきである。ただ、この第三者は占有の移転を受けることにより、実体法上、係争物について所有権に基づく返還請求の相手方となるべき法的地位（消極的実体適格）を取得したのであり、消極的実体適格の承継があると見る事ができる。そして、この場合に、相手方がこの

64 鈴木禄弥『債権法講義』（1980年・創文社）329頁。

権利承継人に訴訟参加を求めるために大正改正民訴法74条の訴訟引受けの申立てをすることができ、権利承継人と前主の審尋はなされるにせよ、この申立てを決定手続で裁判することができるとするのは不適切であろう。消極的実体適格の承継の有無について前主と第三者との間に争いが予想され、また第三者の権利取得が法律上保護される場合もある以上（たとえば動産の即時取得や不動産の二重譲渡の場合の登記取得の先行）、相手方はむしろ同法73条の手続に準じた手続ないしは第三者に対する反訴により第三者を訴訟に引き込むことができるというべきであろう。もちろん、同法73条は確かに規定の表面上、権利承継人が自己のイニシアティブで当事者参加をする場合のみを規定しており、この条文により相手方が占有承継人に参加を強制することはできないという反論が予想される。これは、後述するように当然克服できない問題ではない。

ところが、細野説や兼子説によって、相手方から占有承継人に対して訴訟引受けを申し立てる場合は、大正改正民訴法74条の訴訟引受けの申立てによることができるとの解決案が早々に示された。これが影響したと思われるが、次に見るように、大審院の判例は初めから被告側の占有承継人を「義務」承継人の範疇で捉えるようになった。そして戦後は、兼子説を基礎にした最高裁判例によって「訴訟承継主義」の確立を見たで一応いうことができよう。次節では、判例を紹介し分析し、問題点を明らかにしよう。

2. 判例の展開

(1) 大正改正民訴法73条と74条は、裁判実務においてどのように扱われたのであろうか。以下では、本稿にとって必要な範囲で、判例によるこれらの条文の解釈を見ておこう。

判例においていち早く現れたのは、特定物の返還請求訴訟、とくに建物収去土地明渡請求訴訟の係属中に当該物（建物および土地）の占有が被告（龍法 '11）43 - 4, 166 (1618)

から第三者に移転された場合に、この占有承継人は大正改正民訴法74条によって訴訟を引き受ける義務を負うかという問題であり、74条の本来の適用場面である債務引受けではない。というより、本来の債務引受けの事案は、公表された判例集や雑誌には殆ど現れない⁶⁵。特定物の返還請求訴訟の係属中に被告の占有が第三者に移転された場合、大正改正以前にはこれに対処する方法がなく、訴訟は理由を欠くに至り請求棄却となるという深刻な状況が生じていたと考えられる。大正改正民訴法74条ができ、被告側の占有移転に対処することをこの規定に期待するのはある意味でもっともなことであり、救世主であったということができよう。

判例は、占有承継人は所有物返還請求権に対応する被告の目的物引渡義務をも承継し、あるいは、所有権に基づく登記抹消請求訴訟の被告から移転登記を受けた第三者は前主に対する登記抹消請求権に対応する「義務の承継人」であるというように74条を解釈していくのである。

[1] および [2] は、占有承継の事例に関する大審院判例である。これらの大審院判例の原審は、被告側の占有承継人を前主の返還義務の承継人ではないと解し、74条による訴訟引受義務を否定したが、大審院は占有の移転によって占有権または所有権に基づく返還債務も占有承継人に移転するとする。[3] は、所有権に基づく登記抹消請求訴訟の係属中に第三者が被告から所有権の移転登記を受けた事案に関する大審院判例である。ここでも原審は、第三者は所有権に基づく登記抹消請求権に対応する義務の承継人に当たらないとしたのに対し、大審院は移転登記を受けた第三者は登記抹消義務の承継人に当たるとした。[4] は、訴訟引受けの申立ては当事者（相手方）側からできるのみならず、債務引受人も74条により自ら訴訟

65 中田淳一・判評11号（判時134号、1958年）19頁、20頁は「純然たる債務の特定承継としての債務引受契約のごときがほとんど行われない我が国の実際では、民訴74条の適用例としては、むしろかかる物権的責任の承継の場合について起るのが常であろう」という。

引受けの申立てをすることができる旨を判示する。土地の転貸人の転借人に対する建物取去土地明渡請求訴訟の係属中に被告より建物の所有権を取得し占有の移転を受けた第三者が承継人になるかという問題については、東京控判昭和10年4月18日新聞3852号5頁＝新報405号11頁＝評論24巻民訴344頁（訴訟引受けを否定）と東京控判昭和12年3月31日新聞4134号7頁（訴訟引受けを肯定）という対立する2つの控訴院判決があった。

なお、占有承継人や登記の移転を受けた第三者を所有物返還請求権または抹消登記請求権に対応する義務の承継人と捉える判例は、口頭弁論終結後の承継人への既判力の拡張との関係でも占有承継人や移転登記の取得者を債務の承継人として捉えた⁶⁶。

〔1〕 大判昭和5年8月6日民集9巻10号772頁⁶⁷

本件は、X組合が他から借り受けて占有する土地上に勝手に小屋を建ててXの占有を妨害するAの死亡により相続人となったYに対して、Xが提起した妨害物取払いの訴えである。訴訟係属中、Yは当該小屋を第三者Zに売却した。Xは民事訴訟法74条によりZに対し訴訟引受けの申立てをしたが、第一審裁判所は、Zは74条の承継人に当たらないとして申立てを却下した。Zの抗告に対し抗告裁判所も原審の見解を支持し、かつXとYとの間の本案訴訟は終局判決の確定によって終了したため、抗告はその利益を欠くに至った旨述べて抗告を棄却した。これに対し、Zが再抗告を提起し、（1）本件的小屋取払義務は所有権に基づくものであるから、小屋の譲受人は74条の義務承継人である、（2）本件抗告は本案訴訟の判決確定前に提起されたものであり、かつ抗告人の主張が是認されるときは本案訴訟の終了

66 大判昭和5・4・24民集9巻6号415頁は、建物取去土地明渡を命じられた者から事実審の最終口頭弁論終結後にその建物の譲渡を受けた第三者は「義務」の承継人であるとしていた。また戦後の最高裁判所の判例であるが、最判昭和26・4・12民集5巻5号242頁は、同じく建物取去土地明渡判決後にその建物を賃借した第三者を「義務」の承継人と見た。

67 評釈として、兼子一「判例民事訴訟法」（1950年・弘文堂）〔144事件〕がある。

いかにかわからず、訴訟の引受けは許されなければならない、と主張した。大審院は抗告を棄却したが、次の理由で小屋の譲受人が債務承継人に当たることは認めた。

「凡ソ他人ノ占有セル土地ノ上ニ何等ノ権原無クシテ工作物ヲ設置シ依テ以テ右土地ノ占有権ニ妨害ヲ加ヘタル場合ニ所謂妨害ノ停止即チ当該工作物ヲ除去スルノ義務ハ何人ニ於テ之ヲ負担セリヤト云フニ★ハ場合ヲ別チテ之ヲ考ヘサル可カラス即チ其ノ工作物ニシテ例ヘハ家屋ノ如ク土地ト独立シテ所有権ノ対象トナルモノナルトキハ右ノ義務ハ其ノ現時ノ所有者ニ於テ之ヲ負担シ反之当該工作物ハ所有権ノ独立ナル対象トシテハ其ノ存在ヲ失ヒ土地ト一体ヲ成スニ至ルトキハ右ノ義務ハ其ノ現時ノ占有者ニ於テ之ヲ負担スルモノトス蓋前叙ノ当該場合ニ於テ工作物ノ除去ト云フ事実行為ハ其ノ所有者若クハ占有者ニシテ始メテ其ノ能クスルトコロナルハ多言ヲ俟タサレハナリ故ニ此義務ナルモノハ夫ノ所謂所有者若クハ占有者ノ資格ニ於テ負担スルモノニシテ工作物ニ対スル所有権若クハ占有権カ他人ニ譲渡サレタルトキハ右ノ義務モ亦從ヒテ特定承継人ニ於テ之ヲ承継スルモノタルハ以上ノ判示ニ照シ之ヲ了シ得ラレムナリ然ラハ即チ抗告人主張ノ如キ事実関係ニシテ存スル以上本件申立ハ民事訴訟法第七十四条第一項ニ適合スルモノトシテ之ヲ許ス可キニ拘ラス原審カ事茲ニ出テサリシハソレ自身失当ナルヲ免レスト雖一面抗告人（原告）対河合誠一（被告）間ノ本案判決ハ已ニ確定シ訴訟ノ繫属ハ終了シタルヲ以テ此点ニ於テ本件申立ハ結局之ヲ容ルルニ由無ク抗告ハ其ノ理由ナキニ帰スモノトス」

[2] 大判昭和7年7月12日法学2巻367頁

「原審の確定した事実によれば地主たる被上告人と借地人たる上告人半田政吉との間の本件賃貸借は、解約に因り、昭和4年10月13日消滅したるに拘らず、爾来右上告人は其の所有に係る右土地上の建物三棟を取去せず

以て被上告人の該土地の占有を妨害し之れが為に、本訴の提起を見るに至りたる処、第一審において右上告人に対し、前示建物三棟を取払ひ、右土地を被上告人に明渡すべき旨の判決言渡ありたる後、上告人石塚栄三郎は昭和5年5月30日右地上の建物三棟の所有権を競落に因り、取得して本件土地を占有するに至り、現時に及ぶものなるを以て、右上告人は前示の建物に対する上告人半田政吉の所有権を譲受くることに因りて、訴訟の目的たる同人の該建物を取去して、本件土地を明渡すべき義務を承継したものに外ならず、而して斯る事由に因る占有の妨害物の現時の所有者は民訴第74条の承継人に該当することは本院判例とする所なり」

〔3〕大判昭和11年9月26日民集15巻20号1741頁⁶⁸

Xは、自己の所有不動産上に存するY名義の抵当権設定登記の無効を主張して同登記の抹消登記手続を求めてYを被告として訴えを提起し、請求認容判決を得た。Yは事件が控訴審に係属中に、同登記に基づき競売申立てを行い、自ら競落人になり、所有権取得登記を得た。そのため、Xは競売に基づくYの所有権取得登記の抹消をも請求するために訴えの変更を行った。その後、Zが本件不動産をYより買受けたとして所有権移転登記を受けたので、XはZに対して訴訟引受けの申立てを行い、引受決定を得て、Zに対しても移転登記の抹消を請求した。控訴裁判所は、XのYに対する登記抹消請求は認容したが、Zに対する登記抹消請求を棄却した。その

68 評釈として、兼子・法協55巻3号（1937年）610頁以下（同『判例民事訴訟法』〔1950年・弘文堂〕〔145〕）；中村宗雄・民商5巻4号（1937年）856頁以下；高橋静一・法学新報47巻4号（1937年）693頁以下がある。なお、新堂幸司「訴訟当事者から登記を得た者の地位」同『訴訟物と争点効（上）』（1988年・有斐閣）297頁、303頁以下も参照。ただし、新堂論文においては判例〔3〕の事実関係の捉え方が不正確であることを指摘しなければならない。すなわち、大審院はXのYに対する競落による所有権取得登記の抹消登記請求とXのZに対する所有権移転登記の抹消登記請求との間での義務承継を問題にしているのであって、新堂論文がいうように、XのYに対する抵当権設定登記の抹消請求とXのZに対する所有権移転登記の抹消登記請求との間での義務承継を肯定しているのではない。

理由は、「訴訟引受人ニ対シ義務ノ履行ヲ請求シ得ルガ為ニハ、訴訟引受人ノ義務ガ実体上当該訴訟ノ目的タル義務ヲ承継シタルモノト認メ得ベキ場合ニ限」るが、本件のYおよびZは独自に無効な所有権取得登記の抹消義務を負担するものであるから、Zの登記抹消義務はYの登記抹消義務を承継したものということはできないので、「XハZニ對シ別訴ニ於テ右所有権取得登記ノ抹消ヲ求ムルハ格別、本件訴訟手續ニ於テハ之ヲ請求シ得ザルモノ」だからというものであった。

XはZを相手方として上告を提起し、74条にいう債務には物権的請求権に対する義務をも包含すべきであり、本件の場合にも重疊的にZに対する訴訟引受けを認め、これに対する請求を許すべきであると主張した。大審院は、次の理由で原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

「民事訴訟法第七十四条第一項ニ所謂第三者カ其ノ訴訟ノ目的タル債務ヲ承継シタルトキトハ単ニ当該訴訟ノ目的タル義務カ從來其ノ主体タリシ訴訟当事者ヲ離脱シテ第三者ニ帰属スルニ至リタル場合ノミニ限ラス從來如上義務ヲ負担シ居リタル訴訟当事者カ之ヲ負担セルコト依然旧ノ如クナルト共ニ其ノ義務負担ニ関連シテ更ニ第三者カ之ト訴訟ノ目的ヲ一ニスル新義務ヲ負担スルニ至リタル場合ヲモ亦之ヲ包含スルモノト解スルヲ相当トスヘキハ多言ヲ俟タス而シテ本件ニ於テ被上告人 (Z) カ上告人 (X) ニ對シテ負担スル所ノモノハ自己カ原審控訴人出竹伊三郎 (Y) トノ間ノ売買ニ因リ本件不動産所有権ヲ取得シタル旨ノ登記ヲ抹消スヘキ義務右伊三郎カ上告人ニ對シテ負担スル所ノモノハ同人カ競落ニ因リ右不動産所有権ヲ取得シタル旨ノ登記ヲ抹消スヘキ義務 (是レ上告人ト同人トノ間ノ本件訴訟ノ目的タリ) ナレハ被上告人ハ上告人ト右伊三郎トノ間ノ本訴ノ目的タリシ伊三郎ノ義務ト同一内容ノ義務ヲ負担シタルモノニ非サルハ勿論ナリト雖是等ノ義務ハ俱ニ本件不動産ニ付存スル無効登記ヲ消滅セシメテ之ニ因リ現ニ妨害ヲ受ケツツアル上告人 (X) ノ所有権ヲ円満ナル状態ニ

復セシムヘキ義務ニ外ナラスシテ 訴訟ノ目的ヲ同一ニスルノミナラス 被上告人 (Z) ノ右義務ノ内容トシテ抹消スヘキ登記ハ右ノ如キ義務ヲ有スル伊三郎 (Y) ヨリ被上告人 (Z) ニ対シテ当該不動産ヲ売渡シタリトシテ為サレタルモノニ係リ 伊三郎 (Y) ノ義務違反ノ行為ニ由来シ 被上告人 (Z) ノ右義務ハ伊三郎 (Y) ノ右義務者タル地位ト密接関連ノ関係ニ在ルモノト謂フヘク 斯ノ如キ場合ハ如上ノ理由ニ依リ亦右法条ニ所謂債務承継ノ一場合トシテ訴訟引受ヲ許スモノト解スヘキモノトス 蓋若シ反対ノ解釈ヲ採ランカ無効ノ所有権取得登記ニ因リ相手方ノ不動産所有権ヲ妨害シツツアル訴訟当事者ニ於テ当該訴訟ノ口頭弁論終結前其ノ登記簿上ノ所有名義ヲ他ニ移転シタルトキハ相手方ハ更ニ新名義人ヲ被告トシテ別訴ヲ提起スルニ非サレハ完全ニ所有権ノ妨害ヲ除去スルヲ得スシテ頗ル訴訟経済ニ反スルノミナラス 順次同一ノ奸策ヲ施サルルトキハ則チ終ニ救済ヲ得ルノ期ナキニ至ルナキヲ保スヘカラスシテ 斯ノ如キハ民事訴訟法カ訴訟ノ引受ナル制度ヲ認メタル精神ニ離ルルコト遠ケレハナリ 原審ハ即此ノ解釈ニ反スル見地ニ立テルモノニシテ 法律誤解ノ違法アルモノト謂ハサルヲ得ス 論旨理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レサルモノトス」(下線は引用者)

[4] 大判昭和11年5月22日民集15巻988頁

Xは、Yに対し清算取引の委託の結果、620円の支払請求権と証拠金代用として交付した約束手形の返還請求権を生じたと主張して訴えを提起した。これに対し、Yは当該委託に基づく取引の結果はXの損失に帰し、証拠金代用株式を処分してもなお2500円の不足が生じたと主張して、請求の棄却を求めるとともに、2500円の支払いを求める反訴を提起した。Y勝訴の第一審判決後、事件が控訴審に係属中、Yの隠居によりZがYを相続したので、Zは本訴については債務の承継人として訴訟引受けの申立てをし、反訴については権利承継人として訴訟参加の申立てをしたところ、Yは相

手方Xの承諾を得て訴訟から脱退し、控訴審ではXとZの間で訴訟が続行され、Z勝訴の判決があった。Xは上告し、他の上告理由とともに、民訴法74条の訴訟引受けの申立ては当事者側からすべきものであって、承継人よりはすることができないと主張した。大審院はこの上告理由に対し、次のように判示してこれを退けた。

「民事訴訟法第七十四條第一項ニ依レハ訴訟繫属中第三者カ當該訴訟ノ目的タル債務ヲ承繼シタルトキハ裁判所ハ其ノ第三者ヲシテ訴訟ヲ引受ケシムルコトヲ得ヘク而シテ此ノ場合當事者ノ申立ニ因リテ之ヲ爲スモノナル旨規定スルモ是レ唯一般ノ通則ヲ示スモノタルニ止リ敢テ債務ヲ承繼シタル第三者ノ爲ニ訴訟引受ノ申立ヲ禁スルノ趣旨トハ解スヘキニアラス蓋債務ヲ承繼シタル第三者ニ訴訟ヲ引受シムルコトハ實ニ權利者タル原告ノ利益タルニ止ラス既存ノ訴訟資料ヲ利用スルコトハ債務承繼人ノ利便トスルトコロナルノミナラス又訴訟ノ引受ニ因リテ新訴ノ提起ヲ阻止シ得ル等訴訟經濟ノ點ニ鑑ミルモ寧ロ債務承繼人タル第三者ニ對シテモ訴訟引受ノ申立ヲ許容スルヲ相當トスルカ故ナリ本件記録ニ依レハ本訴債務ヲ承繼シタル被上告人 (Z) ヨリ訴訟引受ノ申立ヲ爲シタルトコロ原審ハ當事者竝同引受申立人ヲ審訊シタル上被上告人ニ對シ其ノ先代 (Y) ノ訴訟手續ヲ引受クヘキ旨命シタルモノナルカ故ニ原審ノ執リタル右ノ處置ハ適法ニシテ本論旨 (ハ) モ亦採ルニ足ラス」

[5] 最判昭和32年9月17日民集11巻9号1540頁⁶⁹

自己の所有地上にYが無権限で家屋を建築し所有していると主張してYに対し所有権に基づき建物収去土地明渡請求の訴えを提起したXは、第一審で請求認容判決を取得したが、事件が控訴審に係属中、Yが係争家屋を

69 評釈として、中田・前掲注 (65) 18頁以下；小室直人・民商37巻3号 (1958年) 416頁以下；鈴木正裕・続判例百選〔第2版〕 (1965年) 140頁以下；同・民事訴訟法判例百選 (1965年) 45頁以下；上田・前掲注 (62) 398頁以下などがある。

第三者Zに譲渡し、これを引き渡した。そこでZは、Zが本件訴訟の目的たる債務を承継するに至ったと主張して、大正15年改正民訴法73条による訴訟参加の申立てした。しかし、控訴審は、前掲 [4] に従って、訴訟の目的たる債務の承継を理由として訴訟参加をするためには必ず大正15年改正民訴法74条による訴訟引受けの申立てをすべきであり、73条による参加申立ては許されないとしてZの参加申立てを却下した。Zの上告に対し、最高裁は次のように判示して原判決を破棄した。

「民訴73条、同74条の両規定は相俟って訴訟の目的たる権利または債務の承継人及び相手方に対し既存の訴訟状態を自己のために利用する機会を平等に与えるために設けられたものと解するを相当とする。けだし、権利といいまた義務というも、それは畢竟表裏の關係にあり、単に権利者またはその承継人に対してのみ既存の訴訟状態を利用する機会を与えることは公平の觀念に反し妥当を欠くからである。それ故に、民訴73条の趣意は承継人が自ら進んで既存の訴訟に加入しうることを認めたものであり、また、同法74条の趣意は従来の訴訟の当事者が承継人を強制して訴訟に参加せしめうることを認めたものであつて、その承継人は訴訟の目的たる権利または債務のいずれの承継人たるを問わないものと解すべきである。民訴73条は権利の譲受といい、また、同法74条は債務の承継というも、これは単に通常の場合を例示したに過ぎないものであつて、これによって、債務承継人の民訴73条、同71条による訴訟参加が否定され、また、権利承継人に対する同法74条による訴訟引受けの申立が否定されたものと解すべきでない」。

[6] 最判昭和41年3月22日民集20巻3号484頁＝判時450号22頁⁷⁰

70 解説または評釈として、燕山巖「最高裁判所判例解説民事篇昭和41年度」112事件；池田浩一・判評96号17頁以下；上北武男「訴訟承継」小室直人編『判例演習講座民事訴訟法』（1973年・世界思想社）92頁以下；新堂幸司『判例民事手続法』（1994年・弘文堂）226頁以下（初出1967年）；林田学・民事訴訟法判例百選Ⅱ〔新法対応補正版』（1998年）400頁以下；同・民事訴訟法判例百選Ⅱ（1992年）

Xの所有地を賃借し建物を所有するYに対し、XはYによる無断増築による土地賃貸借契約の解除および期間満了を理由に建物取去土地明渡しを求めて訴えを提起した。Yは本件訴訟の係属中に建物の一部をZに賃貸したので、XはZに対し訴訟引受けの申立てをし、建物からの退去を求めた。Zは、Xに対する請求とZに対する請求は別個異質であるからZは74条の承継人に当たらないと主張して訴訟引受けの申立ての却下を求めたが、第一審裁判所は、訴訟の目的である債務そのものが第三者に移転した場合のみでなく、この義務に関連してさらに第三者がこれと訴訟の目的を一にする新たな義務を負担するに至った場合にも義務承継人に当たるとし、本件のZもXの土地所有権の円満な状態を復せしめる義務という点で目的を同じくするとして承継人に当たると判示した（本案も原告の請求を認容）。

XZ双方の控訴が棄却された後、最高裁は次のように判示して、Xの上古を棄却した。

「賃貸人が、土地賃貸借契約の終了を理由に、賃借人に対して地上建物の取去、土地の明渡しを求める訴訟が係属中に、土地賃借人からその所有の前記建物の一部を賃借し、これに基づき、当該建物部分および建物敷地の占有を承継した者は、民訴法74条にいう『其ノ訴訟ノ目的タル債務ヲ承継シタル』者に該当すると解するのが相当である。けだし、土地賃借人が契約の終了に基づいて土地賃貸人に対して負担する地上建物の取去義務は、右建物から立ち退く義務を包含するものであり、当該建物取去義務の存否に関する紛争のうち建物からの退去にかかる部分は、第三者が土地賃借人から係争建物の一部および建物敷地の占有を承継することによって、第三者の土地賃貸人に対する退去

388頁以下；加波眞一・民事訴訟法判例百選〔第3版〕（2003年）230頁以下；松浦馨・民商55巻4号（1967年）678頁以下；飯倉一郎・国学院法学4巻3号（1966年）139頁以下；遠藤功・法学31巻3号（1967年）391頁以下；豊田健・法学研究40巻12号（1967年）1677頁以下；萩大輔・続民事訴訟法判例百選（1972年）64頁以下；高見進・民事訴訟法判例百選〔第2版〕（1982年）96頁以下などがある。

義務の存否に関する紛争という型態をとつて、右両者間に移行し、第三者は当該紛争の主体たる地位を土地賃借人から承継したものと解されるからである。これを実質的に考察しても、第三者の占有の適否ないし土地賃貸人に対する退去義務の存否は、帰するところ、土地賃貸借契約が終了していないとする土地賃借人の主張とこれを支える証拠関係（訴訟資料）に依存するとともに、他面において、土地賃貸人側の反対の訴訟資料によって否定されうる関係にあるのが通常であるから、かかる場合、土地賃貸人が、第三者を相手どつて新たに訴訟を提起する代わりに、土地賃借人との間の既存の訴訟を第三者に承継させて、従前の訴訟資料を利用し、争いの実効的な解決を計ろうとする要請は、民訴法74条の法意に鑑み、正当なものとしてこれを是認すべきであるし、これにより第三者の利益を損うものとは考えられないのである。そして、たとえ、土地賃貸人の第三者に対する請求が土地所有権に基づく物上請求であり、土地賃借人に対する請求が債権的請求であつて、前者と後者とが権利としての性質を異にするからといつて、叙上の理は左右されないというべきである。されば、本件土地賃貸借契約の終了を理由とする建物収去土地明渡請求訴訟の係属中、土地賃借人であつた第一審被告亡小能見唯次（Y）からその所有の地上建物中の判示部分を賃借使用するにいたつた上告人富永キクエ（Z）に対して被上告人（X）がした訴訟引受の申立を許容すべきものとした原审の判断は正当であり、所論は採用できない」。

【7】 最判昭和52年3月18日金法837号34頁＝金商548号39頁

「原审が適法に確定した事実関係に徴すると、被上告人は、本件約束手形の所持人であつた第一審原告から、同人がその振出人である上告人に対して有していた約束手形金債権を、いわゆる手形の返還により承継取得したものと解すべきであるが、かような権利の承継人に対し民訴法74条による訴訟引受の申立が許されることは当裁判所の判例（最高裁昭和30年（オ）

第218号同32年9月17日第3小法廷判決・民集11巻9号1540頁)とするところであり、訴訟引受を命ぜられた承継人は、被承継人と相手方との間の既存の訴訟状態をそのまま利用することができる地位に立つのであるから、第一審原告の本訴提起による時効中断の効力は被上诉人についても生ずるものといわなければならない。これと同趣旨の原審の判断は正当であり、原判決に所論の違法はなく、論旨は採用することができない」。

(3) 判例・通説の問題点 以上の判例の多くは、所有権（または土地賃貸借契約の終了に基づく建物収去土地明渡請求訴訟の被告が当該建物を第三者に譲渡してこれを引き渡し、または建物賃貸借契約を締結し、これを第三者に引き渡す場合、第三者は大正改正民訴法74条による債務承継人になるかどうかを論じ、これを肯定する。その上で、この意味での「債務」承継人に対する同法74条による相手方からの訴訟引受けの申立てのほか、この「債務」承継人が同法73条により権利主張参加をする権能を有することを認めた。

判例の見解、ことに昭和32年の最高裁判所判例に対しては、小室直人教授が、判決は権利義務が表裏の関係にあるということから、73条は承継人が自ら進んで既存の訴訟に参加する場合を定めたもので、74条は従来の訴訟の当事者が承継人を強制して訴訟に参加させることを認めたものと捉え、承継人は訴訟の目的である権利または債務のいずれの承継人たるを問わないとするのは、73条・74条の解釈論としては「やや無理を犯したもの」という感じがしないでもない⁷¹⁾とする。しかし、同教授はこの「無理」を具体的には論じなかった。

私見によれば、同法73条と同法74条を基礎に統一的な訴訟承継原則を解釈上形成できるためには、その前提として、これらの条文の規律が等質的なものでなければならないが、私見によれば、この前提は備っていないように思われる。その理由は次のとおりである。第1に、すでに指摘したと

71 小室・前掲注(69)民商37巻3号420頁。

ころではあるが、同法74条の定める債務承継人の訴訟引受義務は、通常、債権者および債務引受人間の合意、または債務者および債務引受人の合意とこれに対する債権者の同意によって成立する債務引受けを前提とするものである。債権者自身、債務引受けを承知し、これを承認しているのである。この場合には、免責的債務引受けの場合においても、被告は債務を免れたとして原告の請求を棄却して訴訟を終了することも、法政策的には十分根拠があろう。債権者は、この結果に満足できない場合には免責的債務引受けに同意しなければよいだけである⁷²。現行法が債務引受けの場合にも引受人の訴訟承継義務を定めているのは、訴訟係属中の債務引受けから不可避的に必要となる規律ではなく、それまでの訴訟経過を無駄にしたいくないという立法者の訴訟経済的考慮に基づく単なる政策的措置にすぎない。

第2に、訴訟係属中の債務引受けは、債務引受けが訴訟前になされる場合と比べ、その目的に違いがありうる。訴訟の係属を知って債務引受けをする第三者はその訴訟の判決で確定した債務を引き受ける趣旨であるという場合があるのであり、この場合には、債務引受けがあったというだけで引受人が訴訟を承継しなければならないというのはこの債務引受けの趣旨に合致しないのである。これに対し、上記の建物取去土地明渡請求訴訟の被告による地上建物の処分、およびこれに伴う土地の占有移転の場合は、債務引受けの場合と利益状態が全く異なるのである。被告は原告の意向な

72 Vgl. Henckel, Urteilsanmerkung, ZZP 75 (1962), 325; derselbe, ZZP 88 (1975), 324, 329; MünchKomm ZPO/Becker-Eberhard, a.a.O. (Fn. 6), § 265 Rdnr. 55; Musielak/Foerste, ZPO, 7. Aufl., München 2009, § 265 Rdnr. 6; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010, § 100 Rdnr. 10; Saenger/Saenger, Handkommentar-Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Baden-Baden 2009, § 265 Rdnr. 7.; Stein/Jonas/Roth, a.a.O. (Fn. 6), § 265 Rdnr. 5; Zöller/Greger, a.a.O. (Fn. 6), § 265 Rdnr. 5a. Henckelは、当事者恒定主義を定めるドイツ民事訴訟法265条2項について、免責的債務引受人は承継人でなく、したがって同条は適用されないという連邦通常裁判所1974年10月31日判決 (ZZP 88, 324) を支持する。

どと無関係に建物の所有権を第三者に移転し、または建物に賃借権を設定することは禁止されないからである。大審院が判例 [3] において物権的請求権に対応する義務の承継を肯定するに当たり、第三者の登記が登記抹消義務を負う前主の「義務違反の行為に由来」することを重視しているけれども、係争物の譲渡が禁止されていない以上、このような義務違反をいうことはできない。それゆえ、大正改正民訴法74条の拡張解釈の基礎が存在するということとはできず、判例の立論の出発点は不当というべきである。

第3に、承継原因の判断手続が74条と73条で全く異なることが指摘されなければならない。74条の場合には、債務承継の主張があれば、これが外形的に債務承継に当たる限り、実体適格の問題であるにもかかわらず実体的な審理をしないで引受申立てが許容される⁷³。本案の審理の段階になって債務承継がないこと（たとえば占有を取得したとして訴訟引受けを命じられた第三者が実際には訴え提起前からの占有者であったこと）が明らかになれば、どのような裁判をするかが議論されている。請求棄却説⁷⁴、訴え却下説⁷⁵および引受申立て却下説がある。しかし、たとえば同じ係争物の占有承継が生じた場合に、承継人の方から訴訟に参加するのが大正改正民訴法73条の定めるところであり、相手方からこの承継人に訴訟を引き受

73 加波真一・民事訴訟法判例百選〔第3版〕(2003年) 230頁は、「従来の判例は、引受承継申立人の、承継人に対する請求権成立の可能性が存在さえすれば、承継されたものが物権的債務か、債務か権利かを問わず、広く承継を認めてきたと評価できよう」と表現する。

74 田尾桃二「訴訟引受の1つの問題」判タ242号(1970年) 66頁以下、鈴木正裕「訴訟内訴え提起の要件と審理」新堂幸司編『特別講義・民事訴訟法』(1988年・有斐閣) 222頁、264頁、中野・前掲注(14) 167頁、新堂幸司『新民事訴訟法〔第4版〕』(2008年・弘文堂) 818頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法〔下・補訂第2版〕』(2010年・有斐閣) 467頁。

75 上北武男「当事者の交替」上田徹一郎＝福永有利編『講座民事訴訟第3巻』(1984年・弘文堂) 299頁、320頁、上田徹一郎＝井上治典編『注釈民事訴訟法(2)』(1992年・有斐閣) 303頁〔池田辰夫〕。

けさせるのが同法74条だと解釈するのは、参加手続や参加後の手続の違いに鑑み、甚だ不当である。承継人が73条により訴訟に参加できるのであれば、相手方の方でも73条と同じ方法で承継人に参加を求めることができなければならない。小室教授が判例が「やや無理を犯した」というのは、このようなことを指しているのであろう。

したがって、問題の正しい解決は、次の点にあると思われる。建物収去・土地明渡請求訴訟の被告による当該土地の占有移転の場合に、建物の所有権を取得または建物を賃借することによって土地の占有を承継する第三者は、大正改正民法73条の定める係争物の譲受人、したがって権利承継人の範疇に属するのである。それゆえ、この者はもともと同法73条に基づき自ら原告被告間の訴訟に当事者として参加し、原告に対したたとえば占有権原の存在確認の申立てをすることが許されなければならない⁷⁶。判例は建物の所有権の取得者または建物の賃借権を取得した第三者を権利承継人ではなく、「債務」承継人の範疇で捉えたため⁷⁷、この者が自ら訴訟に参加する場合についてまで74条の訴訟引受けの申立てによるべきか、73条の参加によるべきかという余計な問題を生ぜしめた。そして判例[4]は、訴訟引受けの申立てによらなければならないとした。判例[5]は同法73条

76 斎藤ほか編・前掲注(29)における73条のコメント参照。

77 このような捉え方に対して、井上正三「参加承継と引受承継」中田淳一・三ヶ月章編『民事訴訟法演習Ⅰ』（1963年・有斐閣）96頁、102頁はこれを「むしろ義務承継の語義を曖昧に用い、前後義務の間に実体法上同一性のない場合をもここに含めていたと見るべきだし、……このように義務承継の意義を曖昧に用いることは、その限界を不明ならしめるものであり、ことが訴訟承継の許否、更には同一の事態が口頭弁論終結後に生じた場合既判力の拡張を受ける「承継人」（〔大正改正民法〕201条1項）の範囲を決めるにあたって、その基準となるべき重要な概念であるだけに、より適切な公準を採求する必要がある」と正当な指摘を行い、加波・前掲注(15)9頁は、判例は前主の義務と第三者の義務の間に「実体法上同一性がない場合にも義務承継に含めており、義務承継の意義が曖昧に用いられていたと評価されている」と述べている。秋山幹夫ほか（菊井維大＝村松俊夫原著）『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ〔第2版〕』（2006年・日本評論社）495頁は訴訟物についての義務を承継したものと「みなされる場合」という。

の参加によることができるとしたが、これでは「債務」を承継したことを理由に権利主張参加をするという不自然な説明をせざるをえなくなる。ここでは、被告側の占有承継人が当事者として参加することができる場合、相手方（原告）もこの第三者に対して当事者として訴訟に参加するように求めることができると解さなければならない。文脈は異なるが、最高裁判所も判例 [5] において指摘するように、当事者の訴訟上の地位は対等ではないので、もとの訴訟の原告が第三者に対し参加要求をすることができないとすれば、憲法上も保障されるべき当事者間の武器対等の原則に違反することになるからである。権利承継人は73条によって訴訟参加をすることができるのみ規定し、相手方の権利承継人に対する引受申立ての権能を73条に規定しなかった立法者は、これを排斥する意図で規定しなかったのではない。単に立法者の考慮が不十分だっただけである。このように解すれば、前記の建物収去土地明渡請求訴訟の被告による、当該土地の占有移転の場合には、原告の申立てに基づき同法73条の類推適用により（すなわち、同法74条による債務承継人としてではなく、権利承継人として）占有承継人を訴訟に参加させることができる。すなわち、占有承継人の訴訟参加義務は債務引受人の引受義務に関する同法74条の適用や類推適用によってではなく、同法73条に基づく権利承継人としての参加義務によって根拠づけられるべきであった。当事者参加ができる第三者が自ら参加してこない場合に相手方から第三者に対し参加を強制するという措置は、他のところでも認められているものであり、奇異なことではない。たとえば、民訴法は、当事者の一方と第三者との間に必要的共同訴訟が成立する場合、第三者が共同訴訟参加をすることを許すが（52条）、第三者が自ら訴訟参加をするとは限らない。とくに被告側の固有必要的共同訴訟人が欠けている場合、原告の側から必要的共同訴訟人を追加的に併合することが問題なく許されている。

訴訟係属中の係争物の譲渡によって相手方は不利益を負わせられるべき

でないという問題の出発点からすれば、問題は、むしろ次の点にあるように思われる。すなわち、被告側の権利承継人が訴訟の係属を知らないため訴訟参加をせず、原告も被告側の権利承継を知らないため、原告が権利承継人の参加を求める申立てをすることができず、訴訟手続が続行されて判決がなされる場合に、この判決が無効な判決になるのでは、この出発点に反することになる。それゆえ、ここでは当事者間の武器対等を確保するためには、被告による係争物の譲渡は判決に接着する最終口頭弁論終結後に行われたと見なすような規定の必要性である⁷⁸。もちろん、この点は第三者の手続保障との緊張関係をもたらしうる。

私見のように同法73条の類推適用に基づく権利承継人の参加義務と、判例・通説のいうような同法74条の適用とでは、様々な差異が生ずる。第1に、訴訟引受けの申立人と引受人間での請求の必要性が問題となる。この問題について、前主（被告）に対する請求と引受人（占有承継人）に対する請求は同一とは限らないことを理由に訴訟引受けの申立人は請求を提示しなければならないとする肯定説⁷⁹と、基本的に肯定説に立ちながらも、原告側の承継で被告が引受承継の申立てをする場合には、受動的立場である被告に原告側承継人に対する請求を自ら提示せよと要求するのは無理だから、引受決定の効効によって原告側承継人の被告に対する請求が法律上擬制されるとする見解⁸⁰、訴訟引受けの申立てには引受人に対する請求が含まれているとし、原告側の債権譲受人に対する被告の訴訟引受けの申立てには債務不存在確認請求が含まれているとする見解⁸¹、さらに引受

78 1886年のWürttemberg王国民事訴訟法327条4項は、この事態に対処する規定であった。

79 山木戸克己「訴訟参加と訴訟承継」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座第1巻』（1954年・有斐閣）273頁、306頁；同・法律時報36巻6号88頁；上北・前掲注（75）317頁以下；同「訴訟参加及び訴訟引受け」三宅省三ほか編『新民事訴訟法大系第1巻』（1997年・青林書院）197頁以下。

80 中野・前掲注（14）165頁以下；高橋・前掲注（74）466頁。

81 新堂・前掲注（74）818頁。

申立てには必ずしも請求の提示は必要でなく、引受けが認められ承継人が前主の訴訟上の地位を引き継いだときに申立人または承継人が必要に応じて請求を提示すれば足りるとする見解⁸²などが対立している。たしかに、訴訟引受けの申立てをした被告が原告の地位に立って請求を提示しなければならないというのは、74条による訴訟引受けの問題だとすると違和感があろう。しかし、引受決定の発効によって原告側承継人の請求が擬制されるというのは、処分主義から見て問題であろう。ここで相手方による訴訟引受けの申立てといわれているものは、相手方による第三者に対する反訴の実質を有するのであろう。したがって、問題になっているのが被告（相手方）による原告側の債権譲受人に対する73条の類推適用による訴訟参加の要求だと解すれば、相手方が債権譲受人に対し自己の請求を提起する必要があることは当然である。第2に、たとえば判例 [2] の事案において、原告は所有権に基づく登記抹消請求訴訟の被告から所有権の譲渡を受け移転登記を経た第三者に対して引受申立てをすることができるというのが判例・通説⁸³であるが、この事案では前主の登記名義の抹消が必要であるので、前主は承継人の共同訴訟人として残るとされる。しかし、ここでは当事者の交替は生じず、これで果たして「引受承継」といえるのであろうか。従来の学説にも、前主が訴訟引受けの後も当事者として残存する場合、引受承継においても三者間の利害の対立が存在する場合には、必要的共同訴訟の手続準則が妥当すると指摘するものがある⁸⁴。この点は、本稿の主張するように、原告は第三者（占有承継人）に訴訟への参加を求めるこ

82 井上・前掲注 (12) 66頁以下。

83 兼子一『判例民事訴訟法』（1950年・弘文堂）[145] 事件；中村・前掲注 (68) 856頁。

84 井上・前掲注 (12) 68頁以下；飯倉一郎「係争物譲受人の訴訟上の地位」木川統一郎博士古稀祝賀論集刊行委員会編『木川統一郎博士古稀祝賀 民事裁判の充実と促進（上）』（1994年・判例タイムズ社）352頁、365頁；上田＝井上編・前掲注 (75) 264頁以下〔池田〕；上北・前掲注 (75) 322頁；上田徹一郎『民事訴訟法〔第6版〕』（2009年・法学書院）574頁。

とができると解する場合には、前主の訴訟当事者としての残留を違和感なく説明することができる。第3に、同法74条の類推適用の方法では、参加を命じられる譲受人が参加義務を根拠づける権利承継の有無を十分争うための手続保障は、当事者参加についての同法73条の場合よりはるかに劣っている。これは看過することのできない事態である。

次の問題は、訴訟係属中に係争権利または係争物の譲渡を受けた第三者はいかなる原因に基づき訴訟に参加することができるか、いかなる原因に基づき訴訟を引き受けなければならないか、したがってまた参加または引受けができる第三者の範囲の問題である。章を改めてこの問題を検討することにする。

IV. 訴訟参加および訴訟引受けの原因

1. 「適格承継説」および「紛争の主体たる地位」承継説への疑問

(1) **適格承継説** 適格承継説によって訴訟承継の要件を律することができないという近時の学説によって行われている前述の批判⁸⁵は、「当事者適格」の概念を純然たる訴訟法上の意味において、すなわち「訴訟追行権」の意味において理解する限り、全く正しいように思われる。

たとえば所有権に基づく特定物引渡請求訴訟の被告が目的物を第三者に賃貸する場合、通説は、これまで譲受人は被告から「被告適格」＝「被告としての訴訟追行権」を承継すると説明してきた。しかし、この場合、訴訟物についての旧実体法説によれば被告に対する請求と目的物の賃借人に対する請求とは訴訟物を異にし、具体的な訴訟物について判断されるべき訴訟追行権の承継があるということとはできない。のみならず、所有権に基づく返還請求訴訟の被告から目的物（係争物）の所有権を取得した第三者に対する原告の所有権に基づく返還請求権は、原告の被告に対する所有権

85 上田＝井上編・前掲注(75) 248頁〔池田〕；加波・前掲注(15) 14頁。

に基づく返還請求権とは別個の権利であり、後者の移転したものではないから、ここでも訴訟追行権の承継があるとはいえない。また、「当事者適格」＝「訴訟追行権」の承継だとすると、訴訟追行権だけの承継がある場合にも訴訟承継の手続によるべきことになり、甚だ不都合である。たとえば選定当事者が選定の取消または辞任によりその資格を喪失した場合、選定者自身または新選定当事者に大正改正民訴法73条（現行民訴法49条）による参加申立てを許す必要はなく、当然承継の手続を行えばよいからである（現行民訴法124条1項6号）。

それゆえ、訴訟上の請求について訴訟追行権者が誰であるかを問題とする適格承継説では、譲受人に対する訴訟上の請求がもとの被告に対する訴訟上の請求と異なる場合、訴訟追行権の承継を基礎づけることができない。

(2)「紛争の主体たる地位」承継説 判例[7]は、建物取去土地明渡請求訴訟の被告から当該建物を賃借した第三者は「紛争の主体たる地位」を承継したとする。

学説にも判例を支持し、訴訟承継において承継人が前主から承継するのは「紛争の主体たる地位」であるとするものがある⁸⁶。

(a) 利益考量説 ここにいう「紛争」とは何か、またその主体とは何かは、明確に定義されておらず、不明瞭である。新堂博士は、「紛争の主体たる地位」の承継を判断する基準を具体的利益考量に求める。すなわち、①訴訟承継前の訴訟当事者間の紛争（旧紛争）と当事者の一方と第三者との間のその後の紛争（新紛争）との関係が、主要な争点の共通性を有し、これの決着によって両紛争の解決内容が決定的な影響を受けるという密接な関係にあるかどうかという視点と、②新旧両紛争が社会通念上、旧紛争から新紛争が派生したと見られるものであり、旧訴訟の目的達成とい

86 新堂・前掲注(74)『新民事訴訟法〔第4版〕』816頁。同旨：高橋・前掲注(74)471頁以下；中野貞一郎『民事裁判入門〔第3版〕』（2010年・有斐閣）168頁。

うものも新紛争を同時に解決しない限り十分保障されないという関係があるかどうかという観点から、前後2つの紛争の関連性が肯定される場合に、新紛争の主体たる地位をもつ者は旧紛争の主体たる地位を承継したと評価できるとされる⁸⁷。この基準により、論者は、たとえば建物収去土地明渡請求訴訟の被告から建物の所有権を譲り受け土地の占有を取得した者は、建物収去土地明渡しをめぐる紛争の主体たる地位を譲り受けた者として承継人であるとする。この紛争の主体たる地位は、訴訟物が所有権に基づく明渡請求であるか、賃貸借契約の終了に基づく債権的明渡請求であるかどうかを問わないとされる。

しかし、この見解は承継の概念と範囲を説得的に明らかにし、承継についての明確な基準を提供しているとは到底言い難いように思われる。すなわち、本来の債務の引受けの場合についていえば、重疊的債務引受けにおいては明らかに前述の②のファクターが欠けている。旧紛争は新紛争の帰趨の如何を問わず解決されるのであって、旧訴訟の目的達成が新紛争の解決に依存しているのではない。重疊的債務引受けにおいては、債権者の訴訟上の地位は債務引受けによって何ら悪化しない。免責的債務引受けの場合にも、旧訴訟は債務引受けによって理由を欠くに至っているのであって、共通の主要な争点の決着によって新旧両紛争の解決内容が決定的な影響を受けるという密接な関係にあるわけではない。立法者がいうように、債務引受人に訴訟を引受けさせるのは訴訟経済に基づく便宜的措置にすぎず、旧訴訟は独自に解決できるものであろう。それゆえ、紛争の主体たる地位の承継に照準を合わせる見解は、法律が明文規定で定めている訴訟係属中の本来の債務引受けの場合について、訴訟承継を根拠づけることができないという奇妙な結果になる。この説は、むしろ、占有承継人のような「債務引受けの類推」の場合を取り込んでいるといえよう。また、債務引受けの類推の事案においても、いわゆる派生的法律関係の承継の事案で

87 新堂・前掲注(68)『訴訟物と争点効(上)』315頁以下。

は、紛争の主体たる地位承継説は、収去を求められている建物の賃借人のような占有の部分的承継人が承継人に当たることを説明することができないように思われる。この事案において被告占有者に対する訴訟上の請求が家屋の賃権的明渡請求である場合、被告との紛争を実効的に解決するためには新たな占有者との紛争を同時に解決しなければならないというものではなかろう。ここでも②の要素が充足しないのである。このことは、「紛争の主体たる地位」承継説は、「債務引受けの類推」の事案であっても訴訟承継を根拠付けることができない場合があることを示している。

しかし、「債務引受けの類推」の事例においては、すでに述べたように、実際には債務承継は存在しないのであり、存在するのは「権利承継」である。すなわち、たとえば所有権に基づく建物収去土地明渡請求の事例では、多くは被告の占有権原の存否が争われるであろう。訴訟係属中に建物所有権を取得し建物の引渡しを受けた第三者は、物の占有を取得したのであり、この占有が原告に対抗できる占有権原に基づくものであるかどうかの問題なのである。この占有を取得した第三者が建物の所有権を取得し、その占有権原が争われる場合にも、この第三者は以上の意味において権利承継人と捉えられるべきであり、この占有承継人を債務引受人と位置づけることは全く適切ではない。この者の訴訟参加権は、本来、大正改正民訴法73条によって基礎づけられるべきものである。

(b) 依存関係説 承継の概念としては「紛争主体たる地位」の承継と解しつつ、承継人の判断基準として、承継人の法的地位の前主の法的地位への依存性に求める見解がある。たとえば上田徹一郎教授は、前主の訴訟追行により承継人に「訴訟状態の帰属効」を認めるに十分な手続保障が常に充足しているわけではないが、承継人の法的地位が前主の法的地位に依存している場合には、「係争物につき当時最も緊密な利害関係にあった前主の訴訟追行があり、さらに承継後は承継人自身が当事者権保障の下に自ら訴訟を追行しうる関係にあることとあいまって、承継原因発生時点での

前主の訴訟追行上の地位の承継を認めうる」⁸⁸とする。

しかし、承継人のための手続保障が重要なのであれば、いかに前主が係争物に緊密な利害関係を有し、訴訟を進行するのであっても、手続保障の目的を当事者の主体性の確保と解する限り、承継人は手続保障を受けなかったことに変わりがなく、前主の手続保障で代替することができないはずである。この説によれば、重疊的債務引受人のように前主の債務に依存する債務を引き受ける者も承継人になるであろうが、債務を承継していない者を承継人とすることはできないように思われる。また、この説は、「馴合的・詐欺的な前主の処分的訴訟行為（自白や攻撃防御の懈怠による失権）については、承継原因発生後はもとより（前主は、本来は訴訟物につき当事者適格を失っている）、それ以前の場合にも、信義則違反と評価される場合には、個別に訴訟状態帰属効を否定すべきである」⁸⁹とする。しかし、この説においても、債務引受人が自ら参加申立てをする場合には、それまでの訴訟の審理結果（論者の用語では「訴訟状態の帰属効」）を承継するのであるが、相手方からの訴訟引受けの申立ての場合には、なぜ「訴訟状態の帰属効」の制限が可能なのか、これでは武器対等の原則に反するのではないか、逆に、「訴訟状態の帰属効」の制限が可能なのであれば、それは参加承継の場合にも妥当しなければならないのではないかという疑問がある。私見によれば、「債務引受けの類推」の場合は、前述のように参加承継の手続によるべきであるから、これを引受申立ての対象としたうえで、これに限って再び手続保障による訴訟結果の拘束の制限を問題とすることは初めから疑問である。

2. 実体適格の承継——私見

前章において確認したように、大正15年改正民訴法によって、立法者は

88 上田・前掲注(84) 569頁、571頁。

89 上田・前掲注(84) 571頁。

訴訟係属後の「訴訟の目的たる権利」の譲受人については、この者の訴訟参加権能のみを規定したのであって、統一的な訴訟承継制度を明確に構築しようとしたのではなかった。そのため当然のこととして、訴訟承継を定めたものとすれば、それに応じて必要となる、訴訟承継の要件およびその効果についての規定は設けられていない。このことが、何が訴訟参加または訴訟引受けの原因であるかという問題を引き起こしている。現行民訴法49条も依然として「訴訟の目的である権利」の譲受けを、50条は「訴訟の目的である義務」の承継を、それぞれ規律の対象にしており、これらの規定は、僅か10数年前の法律規定であるにもかかわらず、訴訟承継の要件の定めとして、もともと不完全な規定である。これは、ドイツ民事訴訟法265条2項が係争債権の譲渡および係争物の譲渡と規定していることが問題の全体を捉えるのに狭すぎるといわれる⁹⁰のと類似する。したがって、「訴訟の目的である権利の全部又は一部を譲り受けたことを主張して」という文言に関しては、現行民訴法49条の規定の目的を達成することができるよう「訴訟の目的である権利」の承継を広義に解釈する必要がある。すなわち、訴訟において争われている実体法上の権利の承継を超えて特定物の給付訴訟の給付目的物の取得をも含み、しかも法律行為による譲渡に限らず、法律または裁判所の競売における売却許可のような国家行為による権利の移転をも含め、広く係争法律関係上の当事者の法的地位の承継と解すべきである。この係争法律関係上の法的地位には、占有、登記あるいは転付命令の取得も含まれる。

私見は、係争物の譲渡の場合に訴訟参加の原因となるのは、主張された当事者の実体適格 (Sachlegitimation)、すなわち原告側では積極的実体適格 (Aktivlegitimation)、被告側では消極的実体適格 (Passivlegitimation) の変動であると解する。訴訟係属中に係争権利・係争物の譲渡または免責的債務引受けによって積極的事件適格または消極的実体適格の変動が

90 Stein/Jonas/Roth, a.a.O. (Fn. 6), § 265 Rdnr. 12.

生じ、原告は積極的実体適格を、被告は消極的実体適格をそれぞれ失うため、そのまま訴訟を続行しても、前述のように新たな積極的実体適格者または消極的実体適格者を拘束する判決をすることができないため、当事者恒定主義を採用するか、新たな積極的実体適格者または消極的実体適格者による訴訟の続行を認めるかの方策が必要になるのであるからである。いずれの原則を採用する場合にも、承継されるのは実体適格の承継と見るべきである⁹¹。日本の訴訟承継の根幹を論じた兼子説が少なくとも当初は実体適格の承継を念頭においていたと思われることは、すでに指摘したところである⁹²。

訴えの理由具備要件に属する原告または被告の実体適格が、係属中の訴訟において争われている権利または物と当事者との法的関係に基づく場合に、したがって、このような資格が直接訴訟の対象をなす場合に、この係争権利または係争物はその当事者との関係で係争状態にあるといえることができる⁹³。この意味での係争権利または係争物に対する当事者の法的関係

91 当事者恒定主義をとるドイツ法においても、承継の対象は訴訟追行権ではなく、実体適格であると解するのが支配的である。たとえば、*Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a.a.O. (Fn.72), § 100 Rdnr. 12; *Schilken*, *Veränderungen der Passivlegitimation im Zivilprozess*, Köln/Berlin/Bonn/München 1987, S. 4; *Thomas/Putzo/Reichold*, a.a.O. (Fn. 6), § 265 Rdnr.3; *Stein/Jonas/Roth*, a.a.O. (Fn. 6), § 265 Rdnr. 7; *Zöller/Greger*, a.a.O. (Fn. 6), § 265 Rdnr. 1 ff.; *Prütting/Gehrlein/Geisler*, *ZPO Kommentar*, 1. Aufl., 2010, § 265 Rdnr. 4.

92 本誌42巻3号875頁。兼子一『新修民事訴訟法体系〔増訂版〕』（1965年・酒井書店）425頁は、訴訟物の譲渡は「訴訟物たる権利関係についての訴訟適格が、当事者の生存中しかも特定の第三者に移転する場合」であるといい（圈点は引用者）、「当事者適格」の移転とはされておらず、当事者適格とは別のものが想定されている。明確性を欠くのであるが、「訴訟物たる権利関係についての訴訟適格」の移転とは実体適格の移転が考えられているのではなかろうか。

93 *Hellwig*, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, Leipzig 1901, S. 331 ff., 338; *Jauernig*, *Zivilprozessrecht*, 27. Aufl., München 2002, § 87 I; *MünchKomm-ZPO/Becker-Eberhard*, a.a.O. (Fn. 6), § 265 Rdnr. 17; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a.a.O. (Fn. 72), § 100 Rdnr. 3; *Stein/Jonas/Roth*, a.a.O. (Fn. 6), § 265 Rdnr. 7; *U. Gottwald*, *Die Veräußerung der Streitbefangenen Sache*, JA 1999, 486 ff.; BGH NJW

が訴訟係属中に全部または一部第三者に移転した場合に、実体適格の承継が存在する。実体適格と訴訟追行権は、異なる概念である。両者は常に明確に区別されていないけれども、厳密な区別が必要である⁹⁴。訴訟追行権は、形式的当事者概念のもとで、権利義務の帰属主体でない者が他人の権利義務について訴訟を行うことを可能にするものである⁹⁵。訴訟追行権を欠く者の訴訟は、不適法な訴えとして却下される。しかし、これは訴訟承継や既判力の承継が問題になる場面に関するものではない。これに対し、実体適格は請求の理由具備要件であり、実体適格の欠缺は請求を理由なきものとする。

もちろん当事者恒定主義を採るドイツにおいても、少数説ではあるが、実体適格の移転の場合のみならず、訴訟追行権の承継の場合にも当事者恒定を認めるべき場合があると主張する見解⁹⁶が一部にある。この少数説に対しては、たとえば破産管財人が交代した場合（管財人がある財産を破産財団から解放した場合にも）、また任意的訴訟担当者が訴訟係属中に交代した場合にも、当事者恒定は適切でなく、ドイツ民事訴訟法263条による当事者交替（中断・受継）が妥当であるとの批判がなされている⁹⁷。当事者恒定主義を採らない日本法においては、訴訟担当訴訟において訴訟追行権者が交代する場合（たとえば選定の撤回または選定当事者の変更がある場合）、強制管理が取り消される場合、倒産手続の終了の場合には、いずれにせよ、新たな訴訟追行権者が訴訟を引き継ぐべきであるが、その手続

2006, 1351 (1353).

94 *Schilken*, a.a.O. (Fn. 91), S. 4; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a.a.O. (Fn. 72), § 46 Rdnr. 3 ff.

95 松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第6版〕』（2010年・弘文堂）〔302〕。

96 *Grunsky*, *Die Veräußerung der streitbefangenen Sache*, Tübingen 1968, S. 83 ff.; *W. Henckel*, *Parteilchre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, 1961, S. 153 ff.; *Stein/Jonas/Schumann*, ZPO, 21. Aufl., Bd. 3, Tübingen 1997, § 265 Rdnr. 20.

97 *Rosenborg/Schwab/Gottwald*, a.a.O. (Fn. 72), § 100 Rdnr. 14; *Stein/Jonas/Roth*, a.a.O. (Fn. 6), § 239 Rdnr. 9, § 265 Rdnr. 13.

は、訴訟手続の中断と新たな訴訟追行権者による受継によるのが適切であり、現行民事訴訟法49条以下の手続による訴訟加入（承継）はふさわしくない。

V. 実体適格承継の効果

1. 従前の訴訟結果への拘束

権利承継人が訴訟に参加する場合、または免責的債務引受人が引受承継をする場合、これらの者は訴訟加入前のもとの当事者間の訴訟手続の結果に拘束されるであろうか。

現行民事訴訟法は、49条および50条の規定に現れているように訴訟に加入した第三者はそれまで当事者間での訴訟資料を有利なもの、不利なものを問わず引き継ぐとの立場に立っていると解される。もし、50条がもともと対象とした純然たる債務引受けの場合に、債務引受人がそれまでの訴訟資料を引き継がず、新たに訴訟資料の提出および弁論が行われなければならないとすると、債務引受人に訴訟を承継させることによる訴訟経済をいうことができないからである。49条による参加の場合にも同じである。

権利承継人は権利承継の時点において存在するままの権利、したがって訴訟係属が生じたものとして権利が置かれている訴訟上の発展段階にある権利について実体適格を前主から承継し、免責的債務引受人は同じように訴訟の発展段階にある債務について実体適格を前主から承継すると解することができる⁹⁸。この理由で、権利承継人は訴訟関係承継義務を負う。承継前の弁論、証拠調べ、中間判決等は参加した実体適格の承継人との関係でも効力を有する。したがって、実体適格の承継人は前主に生じた拘束的な

98 同旨、山木戸・前掲注(79)「民事訴訟法講座第1巻」304頁。Vgl. Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., München 2010, § 16 Rdnr. 85.

訴訟関係を承継するので、前主ができなくなった訴訟行為はもはやすることができない。前主のした裁判上の自白については、前主のした裁判上の自白に拘束される⁹⁹。訴訟参加した実体適格の承継人は、自白撤回の要件が具備する限り¹⁰⁰、前主のした裁判上の自白を撤回することができるにすぎない。このように解すれば、民訴法49条の定める実体適格の承継人の訴訟参加の場合の時効中断効等の定めは、当然のことを法律上明確にただけであるということが出来る¹⁰¹。以上の権利承継人の従前の訴訟結果への拘束の根拠が、兼子説のいう「生成中の既判力」とは異なることは当然である¹⁰²。同じことは、私見によればその適用場面が大幅に制限されるべき債務引受けにも当てはまる。

このように承継人が取得するのは実体適格であると解する場合には、承継人が権利承継の際に実体法上の善意取得や対抗要件主義あるいは民法94

99 反対、中村英郎「訴訟上の継承」同『民事訴訟理論の諸問題』（1975年・成文堂）80頁、90頁。

100 裁判上の自白の撤回要件については、松本博之『民事自白法』（1994年・弘文堂）60頁以下；松本＝上野・前掲注（95）〔370〕以下参照。

101 山木戸・前掲注（79）『民事訴訟法講座第1巻』304頁。中野・前掲注（14）161頁は、時効中断等の効力の遡及は実体法が参加人の訴えの提起に付する私法上の付随的效果にすぎないとする。飯倉・前掲注（84）357頁も同じ。この見解によれば、実体法がそのような付随的效果を付与する法理論的根拠は明らかにならない。またこの見解では、49条の規定がなければ、このような時効中断等の効力は生じないことになるが、参加人自身の請求がそれだけでは消滅時効に罹りまたは出訴期間が経過している場合には、当事者は敗色濃厚になればいつでも係争物を譲渡してしまえば、49条の規定があるため、譲受人が時効等によって不利な判決を受けるおそれなく自己に不利な判決を回避することができるようになる。訴訟係属中の係争物の譲渡の適切な規律のためには、49条の時効中断効等の規律がなくても、これに対処できるのでなければならないであろう。

102 兼子・前掲注（8）141頁以下が、訴訟係属中の権利の譲受人が参加した場合、参加人は時効中断のような訴訟係属の私法的效果を承継するが、「かかる利益を承継する反面に其の不利益の承継をも伴ふのが当然であり、承継人は前者と同一の訴訟状態に其の地位を見出すのである」という場合、この立論は「権利承継人」がそれまでの訴訟状態を承認しなければならないという脈絡においてであるが、実質的には、本稿の主張と異ならないであろう。

条2項の類推適用によって保護されるべき固有の法的地位を同時に取得する場合、それは前主の法的地位から独立した法的地位であるので、前主の法的地位とは無関係にこれを訴訟上主張することができるという帰結が、明文の法律規定がないにもかかわらず難なく導かれる¹⁰³。もちろん、権利承継人がこのような固有の法的地位を有するか否かは審理の結果明らかになる事柄であるので、相手方から訴訟への参加を求められた場合、権利承継人は自己の固有の法的地位を理由に参加自体を拒絶することはできず、参加後の手続の中でこの地位を主張することができるにとどまると解すべきである。

2. 近時の有力説とその問題点

最近の学説には、以上と異なり、本稿の第1章3で紹介したように、承継人が訴訟を承継する義務と訴訟状態または訴訟関係を承認する義務とを切り離しえない一体と見るのではなく、むしろ訴訟承継の要件と訴訟関係承継義務の範囲を切り離して考察する見解が、その内容は同一ないではないけれども、有力に主張されている。このような見解は、第1章において紹介した論者のほか、比較的多くの論者によって主張され、注目を集め、これを支持する見解も増えつつある¹⁰⁴。これらの見解は、訴訟承継の要件と

103 三ヶ月章「特定物引渡訴訟における占有承継人の地位」同『民事訴訟法研究第1巻』（1962年・有斐閣）285頁、309頁以下（初出は1961年）は、一方において、ここでの承継を訴訟上の概念として捉え、占有承継人を承継人としつつ、他方において固有の法的地位を有する占有承継人は訴訟引受けの手続における「実質的に承継人とみとめるべきでないという評価」によって承継人性を否定されるという二元説を主張する。しかし、もともと固有の法的地位を有する占有承継人を訴訟承継人としたうえで、なんらの事情の変更もないところで法的評価の再施によって承継人でないとするのは、理論的説明を欠く。これはもとの承継概念の理解に問題があることを示している。

104 福永有利「参加承継と引受承継」三ヶ月章ほか編『新版 民事訴訟法演習2』（1983年・有斐閣）37頁、46頁以下；上北・前掲注（75）320頁以下；飯倉・前掲注（84）355頁以下；加波・前掲注（15）23頁以下；上田＝井上編・前掲注（75）

承継の効果を切り離し、比較的広く承継要件の具備を肯定するが、承継によって承継人は前主の訴訟追行の結果のすべてに拘束されるのではなく、拘束されるのは被承継人が受けた手続保障により承継人が自ら手続保障を受けたのと同視できる状況にある場合だと解している¹⁰⁵。

承継人の従前の訴訟状態からの自由の必要を強調するこれらの見解の問題点は、すでに指摘したところであるが¹⁰⁶、手続保障を一面的に強調する見解であるように思われる。若干繰り返しになるが、手続的に見ても、実体適格の承継人が前主と相手方との間で形成された訴訟結果を承継すると解さなければ、相手方と承継人との間の武器対等の原則を維持することはできない。承継人が前主に不利な（したがって相手方に有利な）訴訟結果の拘束を受けることなしに訴訟に参加することができるとすると、それは相手方に有利な訴訟状態や訴訟資料を全く無視できることを意味し、憲法上も保障されるべき武器対等の原則に反するからである¹⁰⁷。訴訟係属中の

256頁以下〔池田〕：上田・前掲注（84）571頁など。なお、井上・前掲注（77）102頁以下も参照。

105 上田・前掲注（84）571頁；加波・前掲注（15）23頁以下；新堂・前掲注（13）382頁は、訴訟承継といっても承継人のまたは承継人に対する新請求についての訴えの提起であるから、新請求についての両当事者の意思は訴えを提起するか、どのように追行するかを含め尊重されるべきであるとし、新たな訴えを提起した当事者と同じ手続保障を与えられるのが当然だとされる。もっとも、その後の新堂・前掲注（74）817頁が、「訴訟引受け」について、中間判決や前主被承継人の裁判上の自白、証拠調べ等の結果がすでに存在する場合、引受人は「その不利な結果に自分としては拘束されず、新たな攻撃防御方法を提出する機会を与えられるとしても、勝訴するためには、それらの不利な状況を覆すに足る資料の提出が必要になる」とされているのは、不明確である。裁判上の自白についていえば、自白の拘束力を維持したうえで自白の撤回の可能性を承認するのと、どこが違うのであろうか、自白が真実に反することの証明は不要ということであらうか。

106 本誌42巻3号876頁以下。

107 権利継承人は訴訟による負担付のものとして係争権利または係争物を取得するので、従前の訴訟結果の拘束を受けることは法的審問請求権の侵害にならないことにつき、*Jauernig*, Subjektive Grenzen der Rechtskraft und Recht auf rechtliches Gehör, ZRP 101 (1988), 361, 373 ff.; *Waldner*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, Köln/Berlin/Bonn/München 1989, Rdnr. 434 ff.; *Rosenberg*/

権利承継人は、権利が置かれている訴訟上の発展段階にある権利について実体適格を前主から承継すると見て、相手方と権利承継人との武器対等を確保することができるのである¹⁰⁸。したがって、前主のした裁判上の自白の拘束力も権利承継人に引き継がれると解さなければならない。ただし訴訟参加をした権利承継人は裁判上の自白の撤回要件のもとでこれを撤回することができる。自白の拘束力の否定を、前主のした裁判上の自白が馴合的・詐欺的な場合に限る必要はない。 (未完)

(付記) 本稿は、平成22年度科学研究費補助金(基盤研究(B)研究代表者 出口雅久、研究課題番号22402013)による研究の成果の一部である。

Schwab/Gottwald, a.a.O. (Fn. 72), § 100 Rdnr. 18 (権利継承人が共同訴訟的補助参加人として訴訟に参加できないことと法的審問請求権との関係について) 参照。

108 大正改正民訴法73条と74条は「互いに表裏をなして適用範囲を同じうするもの」という脈絡においてはああるが、山木戸・前掲注(79)『民事訴訟法講座第1巻』305頁も、第三者と相手方との武器対等の必要性を強調する。