

論 説

口頭弁論終結後の承継人への既判力の 拡張に関する一考察

松 本 博 之

I. はじめに

1. 民事訴訟における既判力理論の重要性
2. 既判力の主観的範囲
3. 本稿の課題

II. 物権的返還請求訴訟における請求認容判決の既判力の対象と既判力効

1. 既判力の作用場面
2. 既判力の対象
3. 物権的返還請求訴訟における請求認容判決の既判力の、口頭弁論終結後の占有承継人への拡張
4. 物権的返還請求訴訟における確定判決の既判力の、口頭弁論終結後の原告側の承継人への拡張
5. 承継概念と請求権の法的性質
6. 法的性質決定と既判力
7. 承継人の固有の抗弁

I. はじめに

1. 民事訴訟における既判力理論の重要性

民事訴訟において、確定判決は既判力を有する（民訴114条1項）。既判力は、前訴において裁判された事件が後訴において再び審理・裁判されることを阻止し、前訴確定判決の内容的存在力を確保する。同時に、既判力は当事者間の以後の法律関係にとって基準となる。既判力理論は、周知のように、これまでも多くの研究者による研究テーマとなったし、それは今日でも変わらない。言うまでもなく、これは、民事訴訟法学の基礎理論として民事訴訟法全体の理解にとって極めて重要な意義を有するからであ

る。

既判力の客観的範囲は、民事訴訟法114条1項によると、狭く限定されている。確定判決の主文に含まれた裁判所の判断（すなわち訴訟上の請求についての判断）にのみ既判力が生じ、訴訟上の請求についての争いの繰返しが阻止されるが、主文中の判断を導く前提となった事項（前提問題）についての判断は判決理由であり、これには既判力が生じないので、その限りで、確定判決の紛争解決範囲は狭いと言わなければならない。

もちろん日本でも、既判力が作用するのは、①前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が同一の場合だけではない。②前訴と後訴の訴訟物が異なる場合であっても、前訴確定判決の既判力によってその存在または不存在の確定を見た法律効果が後訴請求の前提問題をなしている場合に、既判力は後訴に作用することが承認されている（いわゆる先決関係の既判力の作用）¹⁾。そして、既判力の作用の仕方は、①の場合には一事不再理として、②の場合には後訴裁判所に対する拘束力として作用すると解すべきである²⁾。もっとも、日本の学説においては、いかなる場合に既判力が後訴に及ぶ先決関係が肯定され、既判力が及ぶ結果、後訴裁判所が既判力のある前訴裁判所の判断を自己の裁判の前提にしなければならないのかという問題についてさえ、一部の文献を除き、これまで、さほど関心が向けられず、十分な具体的検討がなされていないように思われる。

2. 既判力の主観的範囲

既判力の主観的範囲についても、基本的な理解について不十分な点が残されているように思われる。すなわち、訴訟に関与し判決の基礎となる訴

1 前訴で裁判された事項と正反対の事項について後訴が提起される場合、前訴確定判決は矛盾関係にある後訴として既判力を及ぼす。この場合、後訴の訴訟物は前訴のそれと同じではないが、訴訟物が同一の場合と同視することができる。松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第6版〕』（2010年・弘文堂）〔667〕。

2 松本＝上野・前掲注（1）〔665〕。

訟資料を提出することができたのは当事者であるから³、既判力は当事者に及ぶのが原則である。しかし、既判力を当事者に限定すると、訴訟制度の意味が失われる場合が生じるため、法律が定める一定の場合には、前訴において当事者とならなかった第三者にも既判力が及ぶことが定められ（民訴115条1項2～4号）、これによって権利保護の実効性の確保を目指している。そのような場合として、民事訴訟法には「当事者が他人のために原告又は被告となった場合のその他人」（同条1項2号）と「口頭弁論終結後の当事者の承継人」（同条1項3号）、および請求の目的物の所持者（同条1項4号）に既判力が拡張される旨規定されている。とくに、口頭弁論終結後の承継人の意義および範囲に関して、これまで多くの研究が公にされているが⁴、必ずしも問題の解明には至っていないように思われる。「口頭弁論終結後の当事者の承継人」は何を意味するのか、すなわち、ここにいう「承継」とは訴訟的概念なのか、それとも「実体的な法的地位」の承継なのか、問題であるし、また、「承継人」は何を当事者から承継するのか、訴訟追行権（Prozessführungsbefugnisse）なのか、「紛争主体たる地位」なのか、それとも実体適格（Sachlegitimation）なのかが争われ、必ずしも明

3 補助参加人は訴訟に関与するが、その訴訟追行には制限があり、判決の既判力は補助参加人には及ばない。

4 近時の代表的な文献として、小山昇「口頭弁論終結後の承継人について」北大法学論集10巻合併号（1960年）38頁以下（『小山昇著作集第2巻』（1990年・信山社）168頁以下所収）；同「口頭弁論終結後の承継人の基準に関する学説の展開について——日本民事訴訟法学説史の一断面」北大法学論集31巻3＝4合併号上巻（1981年）1119頁以下（前掲『小山昇著作集第2巻』180頁以下所収）；吉村徳重「既判力拡張と執行力拡張」法政研究29巻1＝2号（1961年）224頁以下（同『民事判決効の理論（下）』（2011年・信山社）87頁以下所収）；新堂幸司「訴訟当事者から登記を得た者の地位（1）（2）」判評152号2頁以下、153号2頁以下（いずれも1972年）（同『訴訟物と争点効（上）』（1988年・有斐閣）297頁以下所収）；高見進「判決効の承継人に対する拡張」北大法学論集31巻3＝4合併号上巻（1981年）1223頁以下；中野貞一郎「弁論終結後の承継人——いわゆる実質説・形式説の対立の意味」同『民事訴訟法の論点Ⅰ』（1994年・判例タイムズ社）213頁以下などをあげることができる。

確な答えが与えられていないのである⁵。

3. 本稿の課題

本小稿の目的は、種々の重要な課題が残されている既判力理論の問題点のうち、物権的請求訴訟における請求認容判決の既判力の対象および既判力効の内容を明らかにするとともに、この請求認容判決が確定する法律効果は事実審の最終口頭弁論終結時の原告の物権的返還請求権の存否に限られるのか、それとも被告の占有権原の不存在も既判力によって確定するのかという問題に限定して若干の考察をすることにしたい。

Ⅱ. 物権的返還請求訴訟における 請求認容判決の既判力の対象と既判力効

1. 既判力の作用場面

所有権に基づく物の返還請求訴訟において原告の請求を認容する判決が確定している場合、この判決が、既判力の標準時後に、すなわち前訴の事実審の最終口頭弁論終結後に、係争物の所有権その他係争物上の権利を取得した者、または、単に占有を前主から承継した者に対して既判力を及ぼすことは、判例・学説上一般に承認されている。もっとも、所有物返還請求訴訟の請求認容判決が原告の所有物返還請求権の存在を既判力により確定する場合に、この確定判決の既判力は法解釈的に（ドグマティックに）見て、相手方の占有承継人に対する後訴（たとえば、同一物の返還請求訴訟や所有権侵害に基づく損害賠償請求訴訟）に対してどのような作用を及ぼすのかという点についての説明は、十分にはなされていないように思われる。

5 園尾隆司編『注解民事訴訟法Ⅱ』（2000年・青林書院）470頁以下〔稲葉一人〕参照。

すなわち、既判力が後訴に及ぶのは、前訴と後訴の訴訟物が同一の場合、既判力の生じた事項が後訴請求の先決的法律関係をなす場合、および、前訴と後訴との間にいわゆる矛盾関係が存在する場合である。ところが、被告側の占有承継の事案において、前訴と占有承継人に対する所有物返還請求（または所有権侵害に基づく損害賠償請求）の後訴とは、旧実体法説によれば、訴訟物を異にするので、後訴が前訴と同一の訴訟物を有することを理由に、前訴確定判決の既判力が後訴に対して作用することはない。それでは、前訴確定判決によって既判力をもって確定された事項が後訴請求の先決的法律関係（前提問題）をなしているのでしょうか。原告の被告に対する所有物返還請求権または被告の原告に対する目的物の返還義務の存在は、原告の占有承継人に対する所有物返還請求権の先決的法律関係をなすものではない。というのは、原告の前诉被告に対する所有物返還請求権と、原告の占有承継人に対する所有物返還請求権（または所有権侵害に基づく損害賠償請求権）とは、その発生原因を異にする実体法上別個独立の請求権であり、占有承継人に対する所有物返還請求権は占有承継人が原告の所有物を占有することによって、原告の被告に対する所有物返還請求権と無関係に発生する権利であるので、前者が後者の前提たる先決的法律関係をなす関係にはないからである⁶。

それゆえ、所有物返還請求を認容した確定判決の既判力の主観的拡張の議論において、この確定判決は被告から目的物の占有を承継した第三者にその既判力を拡張しないという学説が、後述のように現実に文献の一部に

6 中西正「既判力・執行力の主観的範囲の拡張についての覚え書き」川上正二ほか編『要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開』（2009年・青林書院）612頁、637頁は、このような場合、原被告間の訴訟の訴訟物と原告・占有承継人間の訴訟の訴訟物との間には先決関係はないが、先決関係の場合に「準ずる」という。しかし、両者が別個の権利であることを前提とした上で、一方（原告の被告に対する所有物返還請求権または被告の返還義務）が他方（原告の占有承継人に対する所有物返還請求権）の前提となる場合に準ずるということではできず、全くの便宜的な説明にとどまっている。

において主張されている。この学説の当否は後に考察するが、仮にこのような見解が正しいのであれば、所有権に基づき物の返還を命じる確定判決がある場合、被告は口頭弁論終結後に目的物の占有を第三者に移転しさえすれば、実質的に確定判決の既判力を難なく免れることができるようになり、それまでの確定判決の取得に向けた原告の努力は全くの水泡に帰するであろう。事が既判力制度の根幹にかかわる重大な問題であることは、多言を要しない。

2. 既判力の対象

(1) そこで検討を要するのは、所有物返還請求訴訟の原告の請求を認容する確定判決における裁判所の、どのような判断に既判力が生ずるのかという問題である。その際、既判力は「確定判決の主文について生ずる」という、一般に言われている言い回しはミスリーディングであることが確認されなければならない。この言い回しは既判力が判決理由に生じないことを述べるのみであり、既判力の生じている対象を判断する材料が判決の構成要素としての判決主文（民訴253条1項1号）に限られるというのであれば、それは誤りである⁷。しばしば用いられている「主文に既判力が生ずる」という表現は、ミスリーディングであるので、止めるべきであろう。

既判力は請求原因や、被告の抗弁・抗弁権の存否についての裁判所の判断には生じないのが原則である（例外は、法律が明文規定によって定める相殺の主張についての裁判所の実体判断の既判力である。民訴114条2項）。所有権に基づく物の返還請求に対し被告が占有権原の抗弁を提出し、裁判所がこの抗弁に理由があると認めて請求棄却の判決をした場合にも、被告が占有権原の存在の確認を求める中間確認の申立てを提起していない限り、目的物についての被告の占有権原の存在は既判力によって確定しない。この点については、異論はない。これに対し、裁判所が所有物返還請

7 Vgl. Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., Bd. 4, 2008, § 322 Rdnr. 170.

求の成立要件の具備を確定し、被告の占有権原の存在を否定して原告の請求を認容する確定判決は、原告の所有権に基づく物の返還請求権の存在を確定するものであるが、それは同時に被告の目的物の引渡義務の存在を、したがって被告の目的物の引渡拒絶権の不存在または占有権原の不存在を既判力により確定すると解さなければならない。そうでなければ、たとえば、前訴原告が前诉被告に対して目的物の利用利益の返還を求めて提起した後訴において、後訴裁判所は審理に基づき前诉被告の占有権原を認めることによって自己の裁判を実質的に、前訴において認容された請求の正反対事項に基礎づけることになるからである。

最近のドイツ連邦通常裁判所の判例は、このことを明確に承認している。たとえば、次の [1] [2] の判例がある。

[1] BGH Urteil vom 20. 2. 1998 NJW 1998, 1709

〔事実〕1992年3月31日破産したF会社は、SED/PDSの政党財産に属していた。F会社は、1991年7月30日のSゲマインデ（係争土地・建物の権利主体）との契約に基づき、同所所在の廃城を、これを修理するという負担付きで利用した。1995年8月28日までは、F会社はこの家屋敷を占有し、城に相当な修理を施した。連邦政府は、1992年2月24日のVZOGの決定によって城の所有者となった。連邦政府は、F会社破産管財人に対して1994年1月5日に城の明渡しと利用利益（Nutzungen）の返還を求めて訴えを提起した。ラント裁判所は、明渡請求に関してのみ請求を認容し、この部分はその後確定した。原告は、後訴を提起し、利用利益の返還（各月33,379.76マルク、総額1,359,943.81マルク）を求めるとともに、控訴審で予備的に同額の財団債権の帰属の確認を求めた。上級ラント裁判所は、原告のこの確認の申立てを原因上理由があると認容し、請求権の額の審理のために事件をラント裁判所に差し戻した。被告の上告により、原判決は次の理由で取り消され、事件は原審に差し戻された。

「明渡請求訴訟の訴訟係属の時から、被告には占有権原がなかつ

たことが明渡判決の確定とともに同時に確定しているという、控訴裁判所の出発点は正当である。物の返還を命じる判決は、BGB 987条による利用利益の返還請求権についても既判力効を有する（BGH LM BGB § 987 Nr. 3）。もっとも、反対規範、ここでは土地の占有を求める被告の権利が明渡請求に対立していないという給付判決の、既判力から生じる確定は、口頭弁論の終結時点に関係するにすぎない。したがって、返還に対立する権利が事後になって消滅しているか否かという問題の余地が残る（*Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess*, 1970, S. 185 ff.; *Götz, NJW* 1957, 1826）。しかし、裁判所が明渡請求を認容する確定判決において占有権を否定した場合——これは全く存在しなかったこともあるが——利用利益の返還をめぐる争いにあっては実体審理なしに、返還請求の訴えが初めから理由があったことから出発しなければならない（*Staudinger/Gursky, BGB*, 13. Aufl., Bearb., § 987, Rdnr. 2 a.E.）。本件では、事態はそうである。ラント裁判所は、破産者の締結した利用利益契約を種々の理由から無効と見なしたので、明渡請求を認容した」。

[2] BGH Urteil vom 26. 7. 2005 WM 2006, 1124 = NJW 2006, 63

〔事実〕被告は原告のオフロードカー（Geländewagen）について1998年と1999年にすでにいくつかの修理作業を実施していたが、これは成功しなかった。原告は1998年3月31日に車を被告のところに引いて行かせ、被告はさらに修理作業を行い、1998年5月20日と22日にそれについて計算書を作成した。後になって、被告は車を原告に返還することを拒否し、被告の見解によれば3309,95 DMと630,61 DMに上る複数の債権について工場事業者質権（*Werkunternehmenspfandrecht*）を援用した。一年半の期間に亘るオフロードカーの修理の試みが成功しなかった後、車が原告に返還されなかったので、原告は被告に対し損害賠償と欠陥除去費用の償還を請求

している。LG Aachen は、車を原告に返還するよう被告に命じ、この判決は確定したが、同裁判所はその際、3309,95 DMの債権には工場事業者質権は成立せず、630,61 DMの債権のうち108,61 DMはK有限会社の車の牽引費用に関するものであり、残りの522 DMについては、原告が被告と合意された車の返還条件を債権額の供託によって充足したので、工場事業者質権はいずれにせよ信義則によって成立しないと判断したのであった。車の返還を命ずる判決が確定した後、車は原告に引き渡された。続いて、原告は1998年6月から1999年11月までAstra Kombiの賃貸料月額2436 DM（消費税込み）の償還（総額46,284 DM）等を請求した。ラント裁判所は請求を大部分棄却し、上級ラント裁判所は原告の控訴を棄却し、被告の控訴に基づき原告の訴えを全部棄却した。原告の許可上告により、連邦通常裁判所は、次のように判示し、原判決を取り消し、事件を原審に差し戻した。

「返還請求権は、前訴において判断された訴訟物であって、抗弁権（Einrede）ではなかった。返還判決の既判力が後訴においてBGB 987条、989条による利用利益の返還請求および損害賠償請求に対してのみ意味を有するとすべき理由は、明らかでない。既判力をもって認容された返還請求は、被告には返還を拒絶する権利が帰属しえないことを内容とする。これとは異なる結果が許されるとすると、後訴における裁判は、実質的に返還義務の拒絶、したがって、前訴において認容された請求の正反對事項に基礎づけられうるであろう。これは、前訴において言い渡された判決の既判力と相容れない（BGHZ 123, 137 = NJW 1993, 2684; BGH NJW-RR 1999, 376 = NJW 1999, 1259 L）。（中略）

返還判決の既判力は、たしかに、返還を命じられた当事者が後の時点において返還拒絶権を取得することを排除しない。しかし、この期間において生じた、返還拒絶権の取得によって重要である変動の主張がない場合、返還命令判決は、返還請求の訴訟係属の時から判決の基準となる判断時点、すなわち1999年8月12日の口頭弁論終結まで、か

かる権利がこの者に帰属していなかったことを、既判力をもって確定する。被告がその後にこれを取得したかも知れないことの手掛かりは、控訴裁判所の確定からは生じていないし、そのことは被告によっても主張されていない」(下線は引用者による)。

(2) 所有権に基づく返還請求を認容する確定判決が被告の占有権原の不存在を既判力により確定するという見解は、ドイツでは文献においても異論なく支持されている⁸。

所有物返還請求訴訟は、原告の占有の回復を目的とする訴訟であり、所有権の帰属の確定を直接の目的とするものではない。そこでは、原告に物の占有を得させるべきか、それとも被告に占有権原が存在するのかが争われているのであり、訴訟の焦点は、占有権原が原告と被告のいずれに帰属するかにある。それゆえ、原告の所有物返還請求が認容された場合、被告の占有権原の不存在が既判力によって確定することは、この訴訟の必然的な要素であるといえることができる。この関係は、矛盾関係の既判力の典型例に似た関係である。すなわち、XのYに対する所有権確認訴訟の請求認容判決の確定後、同一事実関係のもとにおいて、Yが同一物の所有権確認の訴えを提起する場合、前訴確定判決は矛盾関係にある後訴に対して既判力を及ぼすことは一般的に承認されているが、それは、前訴確定判決の既判力が、原告の所有権の存在のみならず、被告の所有権の不存在を確定す

8 Stein/Jonas/Leipold, a.a.O. (Fn. 7), § 322 Rdnr. 86; Wieser, Prozessrechts-Kommentar zum BGB, 2. Aufl., 2002, S. 28 Fn. 2.; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 30. Aufl., 2009, § 322 Rdnr. 30; Prütting/Gehrlein/Völzmann-Stickelbrock, ZPO, 2010, § 322 Rdnr. 34; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., 2012, Vor § 322 Rdnr. 27a, 34a (「返還命令は占有権原の否定をも含む」)。Rdnr. 40 (給付の訴えを認容する判決は、肯定された法律効果が考慮されるあらゆる反対規範と相容れないこと、したがってこの法律効果に対して、このような反対規範が介入(durchgreifen)しないことを確定する。BGB986条1項1号は、返還命令判決に対して介入しない。), § 322 Rdnr. 13.

ると解されることによる⁹。

争われるのは、占有権原の不存在についての既判力が訴訟係属時、あるいは、占有権原の消滅時まで遡るかどうかという問題である（過去に遡る既判力）。¹⁰

3. 物権的返還請求訴訟における請求認容判決の既判力の、口頭弁論終結後の占有承継人への拡張

(1) 承継および承継人の意味 物権的返還請求訴訟の請求認容判決の既判力対象を考えるにあたり、先ず、従来の議論における承継および承継人の意味を検討しておこう。

兼子一博士によれば、「請求についての紛争解決の上で、当事者と同視すべき地位にある特定の第三者には、既判力が及ぶ。即ちこれらの者と相手方との間で、当事者間におけると同様に作用する」¹¹。権利は法の観念的な所産であり、仮象である権利を実在化させるのが確定判決の既判力であると解する兼子・既判力理論（権利実在化説）¹²によれば、「当事者と同視すべき地位にある特定の第三者」に含まれるとされる口頭弁論終結後の占有承継人と被承継人の相手方との間に既判力が及ぶことの意味は、両者間の法律関係が前訴当事者間の確定判決の既判力により、前訴当事者間におけると同じように、新たな確定判決なしに「実在化」されるということである。

9 松本博之「既判力理論の再検討」(2006年・信山社) 236頁以下；*Jauernig, Teilurteil und Teilklage*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festschrift aus der Wissenschaft III, 2000, S. 311; ders. *Urteilsanmerkung*, JZ 1997, 1127 f. 参照。

10 日本では簡単に否定されている問題である。たとえば、新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』(2011年・弘文堂) 693頁；伊藤眞『民事訴訟法〔第4版〕』(2011年・有斐閣) 508頁；中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義〔第2版補訂2版〕』(2008年・有斐閣) 461頁〔高橋宏志〕；兼子一原著＝松浦馨ほか『条解民事訴訟法〔第2版〕』(2011年・弘文堂) 518頁〔竹下〕。

11 兼子一『新修民事訴訟法体系〔増訂版〕』(1965年・酒井書店) 344頁。

12 兼子・前掲注(11) 335頁以下。

あろう¹³。上野泰男教授は、このような口頭弁論終結後の承継人への既判力の拡張を称して「当事者型」既判力拡張と呼んでいる¹⁴。

これに対し、確定判決の既判力を後訴当事者に対する訴訟上の拘束力と解する訴訟法説に立つ新堂幸司博士は、既判力が承継人に及ぶことの意味を、後訴の当事者である承継人は相手方との間での後訴において前訴当事者間の訴訟での訴訟上の請求についての既判力ある判断を誤りであると主張することができないことに尽きると主張する。たとえば所有権に基づく物の返還請求訴訟で目的物の返還を命じられた被告から当該目的物の占有を承継した第三者は、前主たる被告が原告に対して物の返還義務を負うことを既判力により争うことができないという意味であり、その前主の相手方の占有承継人に対する所有権に基づく返還請求権の存在が既判力をもって確定するのではないと主張する¹⁵。このような既判力の主観的拡張を称して、上野泰男教授は「承継人型」既判力拡張と呼ぶ¹⁶。

兼子・権利実在化説は、既判力の拘束力の根拠を、確定判決によって実在化されるという実体法上の権利の通用力に求めるものであり、実体法の拘束力が既判力の拘束力を基礎づけるのであるから、実体法説の再構成の面を有し、また権利既存の観念を否定し、したがって不当判決の存在を否定するものである。しかし、実体権が訴訟前に存在しないというのは特異な見方であり、また、判決による権利の実在化といっても、事実認定や法適用の誤りによって判決が瑕疵を帯びうることは否定できない。それゆえ、不当判決の存在を前提に既判力論を論ずる方が有意義であり、また訴訟法説の下で再審の訴えの説明のために実体権に依拠することが可能にな

13 中野・前掲注(4) 224頁参照。

14 上野泰男「既判力の主観的範囲に関する一考察」関西大学法学論集41巻3号(1991年) 906頁、916頁。

15 新堂・前掲注(10) 701頁。

16 上野・前掲注(14) 915頁以下。

ることも重要であるので、権利実在化説に立つことはできない¹⁷。

他方、新堂説をはじめとして、既判力を後訴裁判所に対する訴訟法上の拘束力と捉える見解（訴訟法説）は、前主の相手方が前主に対して建物収去土地明渡請求権を有することを前訴確定判決の標準時に存在する事情に基づき再び争うことができない前主の占有承継人が、どのような理由によって、占有承継人に対する相手方の後訴において、前主から承継した（と主張する）自己の占有権原を主張することを許されなくなるのか、その理由を明らかにしていない。前訴の訴訟物と、相手方の占有承継人に対する後訴の訴訟物とは、旧訴訟物理論（旧実体法説）を前提とするかぎり、異なる。また、前主の相手方の前主に対する建物収去土地明渡請求権の存在は、占有承継人に対する相手方の建物収去土地明渡請求権の先決的法律関係の位置にもないので（占有承継人に対する相手方の建物収去土地明渡請求権は、前主の建物収去土地明渡義務と無関係に発生する）、建物収去・土地明渡請求権に照準を合わせる限り、既判力の作用する先決関係は前訴と後訴との間には存在しないことになる。また、新堂説では、給付訴訟の請求認容判決の既判力は具体的な実体法上の性質決定を伴う法律効果に生じるのではなく、原告の抽象的な（実体法的に色づけされていない）被告に対する受給権の存在しか既判力によって確定していないので、このような法的性質決定を欠く受給権を基礎にして、既判力の及ぶ前訴と後訴との間の先決関係の存否を判断することはそもそも困難であろう。もっとも、新堂説は、争点効の要件を満たすかぎり、請求の法的性質決定にも争点効が生ずるとする¹⁸。同様の問題は、所有権に基づく登記請求訴訟において請求認容判決が確定した場合、事実審の最終口頭弁論終結後に被告から当該所有権の移転登記を受けた第三者に、この確定判決の既判力

17 松本＝上野・前掲注（1）〔661〕。兼子一原著＝松浦ほか・前掲注（10）525頁〔竹下〕も参照。

18 新堂・前掲注（10）716頁以下。

が及ぶかどうかという問題においても生ずる。

法的性質決定と既判力または争点効との関係については、後に立ち返ることとする。

(2) 占有承継人または登記名義の承継人への既判力の拡張を否定する見解の登場 (a) こうした中、前述のように日本の文献の中には、既判力の主観的範囲の拡張との関係で、所有物返還請求を認容した確定判決は、既判力の標準時後に被告から目的物の占有や登記名義を取得した第三者に既判力を及ぼさないと主張する学説が登場している。それは丹野達氏の見解である。丹野氏は次のように論じている。

たとえば、原告(X)がその所有する甲土地に建物乙を所有して土地を占有している被告(Y)に対して、土地所有権に基づく建物収去土地明渡請求の訴えを提起し、勝訴判決を取得した場合に、この訴訟の事実審最終口頭弁論終結後に、Yから乙建物を譲り受け、その引渡しを受けたZには、Xの請求を認容する前訴確定判決の既判力は及ばないというのである。丹野氏は、このような事例(以下では、①の場合という)において、一方で、前訴判決の既判力はXのYに対する建物収去土地明渡請求権の存在について生じるのみであり、Xの土地所有権の存在については生じないし、他方、XのZに対する後訴では建物の所有権の帰属がZにより争われた場合にのみ、Yが乙建物を所有していたところ、ZがYから乙建物の譲渡を受けたことが主張立証の対象になるにすぎず、しかも乙建物の所有権については前訴判決の既判力は生じておらず、したがって後訴においては前訴確定判決の既判力はまったく関係しない、と論じている¹⁹。

また同じ例において、前訴の事実審最終口頭弁論終結後にXからZに土地の所有権が譲渡された場合(以下では、②の場合という)、丹野氏はここでも、ZのYに対する建物収去土地明渡請求訴訟(後訴)の訴訟物は前

19 丹野達「既判力の主観的範囲についての一考察」同『民事法拾遺』(2004年・酒井書店、初出は法曹時報47巻9号、1995年)207頁、216頁。

訴判決の既判力と何の関係をもたないと断じている²⁰。

さらに、丹野氏は、民法94条2項の類推適用が問題になる例を挙げて、この例でも前訴確定判決の既判力の拡張は問題にならないとする。すなわち、甲土地の所有者である原告（X）が、Yとの間で売買を仮装してYに甲土地について所有権移転登記を行ったが、その後Yに対し登記の回復を求めたが拒否されたので、所有権移転登記の抹消登記請求の訴えを提起し、勝訴判決を得たところ、Yは事実審の最終口頭弁論終結後、当該登記をZに移転したという事例である（以下では、③の場合という）。この事例について、丹野氏は、前訴確定判決はXの所有権の存在を確定せず、その他後訴の訴訟物が実体法上依存する事項は既判力をもって確定されていないと主張し、またZがXの虚偽表示についての善意であったとの主張は前訴とは全く関係のない事項の主張であると述べて、確定判決は後訴に何らの影響をも及ぼさないと主張する²¹。

このように、占有承継や登記名義の承継の事案について既判力の拡張を広範囲に否定する丹野氏は、しかし、既判力が及ばない第三者に対しても執行力の拡張を承認しなければ、前訴判決の空洞化が生ずるという理由で、「勝訴判決を獲得するための^{ママ}費した原告の努力、出損、時間を無にするものであるとともに、裁判に対する一般国民の信頼を失わせることにもなる。これを防止するためには、判決の効力——少なくとも執行力の拡張を認めざるをえない」²²という。しかし、仮に占有承継人や登記名義の承継人に確定判決の既判力が拡張されないのであれば、これらの者はなぜ執行力の拡張を受けなければならないのか、十分な理由づけがなされているであろうか。占有承継人や登記名義の承継人に既判力が及ばないのであれば、これらの者は債務名義上の債権者に対して請求異議の訴えを提起し

20 丹野・前掲注（19）216～217頁。

21 丹野・前掲注（19）218頁。

22 丹野・前掲注（19）221頁。

て、前主から正当に占有権原または登記名義を取得したことを主張することを既判力によって阻止されず、後訴裁判所は証拠調べの結果、前诉被告は前訴原告に対し目的物の返還義務や移転登記義務または抹消登記義務を負っていなかったため、請求異議原告が前主から正当に占有権原または登記名義を取得したことを認定して、請求異議の訴えを認容することを既判力によって妨げられないことになる。そうすると、債務名義の執行力は請求異議認容判決によって排除されるので、丹野氏のように、既判力が及ばない第三者に対して執行力の拡張を承認したとしても、結局は訴訟制度に対する一般国民の信頼は確保できないことには変わりはないであろう。

なお、今日、執行力の第三者への拡張は、既判力の拡張の効果でなく、民事執行法独自の観点から認められるものであることを主張する有力説²³が存在し、丹野氏の見解もこの立場に立つものであろう²⁴。この見解によれば、既判力の及ばない第三者であっても、執行法独自の見地からの利益考量の結果、執行力が第三者に及びまたは及ばないことが決定される。たしかに、執行力の範囲に関する基本規定は、民事執行法23条であり、民訴法115条により既判力が及ぶ者に執行力が拡張されるのではない。執行力の拡張は、既判力のない債務名義にも民事執行法23条によって認められていることが示すように、第三者への既判力の拡張とは別の考慮に基づくものであり、それゆえ既判力の拡張と執行力の拡張とは全面的には一致しない²⁵。しかし、民事執行法23条1項および3項が既判力の主観的範囲を定める

23 中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂6版〕』（2010年・青林書院）170頁；T. Nakano, Umkehr der Klagelast – Ein Beitrag zur Lehre der Vollstreckbarkeitserstreckung, Festschrift für Baumgärtel, 1990, S. 403 ff.; 伊藤・前掲注(10) 536頁、565頁、567頁。

24 丹野・前掲注(19) 220頁以下。

25 竹下守夫『民事執行法の論点』（1985年・有斐閣）92頁以下；T. Nakano, a. O. (Fn. 23), S. 403 ff.; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., Bd. 7, § 727 Rdnr. 4; MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, Bd. 2, 3. Aufl., 2007, § 727 Rdnr. 1; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Handbuch mit Praxishinweisen und

民訴法115条とはほぼ同じ要件によって執行力の主観的範囲を定めていることが示唆するように、執行力の主観的範囲と既判力の主観的範囲とが一直線上にあることは否定できない。それゆえ、既判力のない債務名義についても、民事執行法23条1項3号および2項の解釈は、民訴法115条1項との関連においてなされるべきである。既判力のない債務名義については、既判力が実際に発生していなければならないのではなく、それが確定した判決であると仮定した場合に、その既判力が同一の権利承継人または義務承継人に及ぶ場合であるならば、執行力の拡張を肯定してよいと解すべきである²⁶。

(b) 丹野論文の指摘を取り上げ、既判力の主観的範囲を論じた越山和広教授は、丹野氏の考え方を次のように批判する²⁷。すなわち、「このような考え方は、承継人に対する既判力拡張制度の意義自体を否定しかねない。確かに、(①の事案では) 第一訴訟で主張されている訴訟物と第二訴訟のそれとは同一ではないし、異なる訴訟物間で既判力が作用する先決関係、矛盾関係があるともいえない。また、実体法的にも第一訴訟で主張されている引渡請求権と第二訴訟で主張されるそれとは同一のものではないことも明らかである」(傍線は引用者) が、「だからといって第一判決の既判力が作用しないと断定するのは、既判力拡張制度に対する誤った理解に基づくのではないだろうか」と。越山教授によれば、訴訟物の同一性を観念することができないという事態は、売買代金支払請求の前訴において勝訴または敗訴した原告(X) から事実審の最終口頭弁論終結後にこの売買代金

Musterformulierungen, 3. Aufl., 2011, Rdnr. 42.6.

26 Bettermann, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, 1948, S. 57; Wieczorek/Schütze/Paulus, ZPO, 3. Aufl., 1994ff., § 727 Rdnr.19; Wolfsteiner, a.a.O. (Fn.25), Rdnr. 42.6; 松本博之『民事執行保全法』(2011年・弘文堂) [164]。

27 越山和弘「口頭弁論終結後の承継人への既判力の拡張——その作用についての論点整理——」香川法学22巻1号(2002年) 47頁以下。

請求権の譲渡を受けたZの場合にも生じる。そこから、同教授は「既判力標準時後の承継人制度は、当事者も訴訟物も異なるゆえに必要な既判力拡張制度として構成されなければならないのであり、それ自体が既判力の一般原則の修正を意味している」と主張するのである。

しかし、この越山教授の指摘は、丹野氏とは異なる方向においてではあるが、重大な問題を含んでいる。既判力の標準時後の承継人制度を通して、前訴と当事者も訴訟物も異なる後訴に対して前訴確定判決の既判力が拡張するとし、建物収去土地明渡請求訴訟の事実審の最終口頭弁論終結後に建物を譲り受けまたは賃借した第三者のように、派生的な権利義務を引き受けた場合は、後訴において新たに主張される請求権は前訴において主張された請求権と「同一性を擬制される」と見ることによって、口頭弁論終結後の承継人への既判力の拡張を正当化することができるのであろうか。気になるのは、越山論文が既判力の承継という場合、何を承継と見るかを明らかにしていないこと、および、各々別個に発生する、前訴で主張される請求権と後訴で主張される請求権との同一性を擬制する基礎がどこにあるかを明らかにしていないことである。しかし、相手方（前訴原告）の占有承継人に対する第2の訴訟では、前诉被告に対する建物収去土地明渡請求権と連続した占有承継人に対する建物収去土地明渡請求権が主張されるのであり、訴訟物が全く異なるとまでいうこともできない。加えて、前述のように、相手方の所有権に基づく建物収去土地明渡請求訴訟において請求を認容する確定判決は、原告に所有権に基づく建物収去土地明渡請求権が帰属すること、したがって被告には土地を占有する権原がないことが既判力によって確定されている。それゆえ、建物を取得し引き渡しを受け、直接占有者になった占有承継人に対する建物収去土地明渡請求の後訴に対し、前訴確定判決の既判力が先決関係として作用するがゆえに、後訴裁判所は前主が占有権原を有していなかったことを前提に裁判しなければならないという拘束を受けると考えるべきである。この点については、後（龍法 '12）44・4、246（1254）

にもう一度立ち返る。

(3) 批判 (a) 丹野氏は、前訴の請求と後訴の請求に関して法律要件要素(「要件事実」²⁸と呼ばれている)の共通性の有無を検討して、前訴確定判決の既判力が後訴に作用するかどうかを決定する。これは、はっきりとは述べられていないけれども、前訴当事者間の訴訟の訴訟物と承継人と相手方との間の訴訟の訴訟物が異なることを前提に、前訴判決の既判力ある事項(法律効果)が後訴請求の法律要件要素の一部を構成していないかどうか、すなわち前訴裁判所の既判力ある判断が後訴請求の先決関係をなし、それゆえ既判力が後訴に及ぶ関係にないかどうかを検討するものである。そして丹野氏の結論は、先に挙げられた諸例において、この先決関係に基づく既判力が後訴に及ばないことを論証しようとするものということができる。従来の学説が承継人への既判力の拡張を論じる際、前訴と後訴の訴訟物が異なる場合に、両訴訟間にいわゆる先決関係が存在するか否かを問題にしないで、既判力の拡張を論じていることの不十分さを(必ずしも直接的な形においてではないにせよ)指摘するものとして意味があり、この点の問題意識には同意することができる²⁹。

しかし、丹野氏の具体的な論述には多くの問題が含まれており、これに従うことはできない。すなわち、①の場合、丹野氏の見解によれば、後诉被告ZがYから建物所有権を譲り受けその引渡しを受けることによって、Yの有していた土地占有権原を正当に譲り受けたので、Xに対する返還義務を負わないと主張して請求棄却判決を求めることは、既判力により妨げられないことになる。そうすると、後訴においてYの占有権原の存否について改めて審理裁判が行われなければならない、後訴裁判所が審理の結果次第

28 最近では、「要件事実」は法律要件要素に直接該当する事実であり、主要事実と同義であるとするものが多い。ここで言われているのは、そのような要件事実ではなく法律要件要素自体であることに注意しなければならない。

29 先決関係の既判力の作用については、松本=上野・前掲注(1)[669]参照。

では、前訴確定判決と異なり、Yの占有権原の存在を肯定し、これに由来するZの占有権原の承継取得をも肯定する場合には、XのZに対する土地所有権に基づく建物収去土地明渡請求を理由なしとして棄却する判決がなされなければならない。しかし、かくては、越山教授が指摘するように、前訴確定判決の存在意義、したがってまた前訴の存在意義はどこにあるのか甚だ疑わしい。当事者も裁判所も、事実審の最終口頭弁論終結後に敗訴被告が建物所有権を第三者に移転し、または単に建物の占有を第三者に移転しさえすれば、この第三者との関係では既判力を無にすることのできる確定判決を目指して前訴において訴訟を迫行してきたことになる。しかし、そのようなことは、法の意図するところとは思われない（もちろん、だからといって越山教授のように既判力の拡張とは、当事者も訴訟物も異なるがゆえに必要な制度だということには直ちにはならない。この点は後述）。

たしかに、①の場合、XのZに対する所有権に基づく建物収去土地明渡請求権とXのYに対するそれとは厳密に言えば別個の請求権であり、旧訴訟物理論（旧実体法説）によれば訴訟物は異なり、後者は前者の先決的法律関係でもない。しかし、Zは係争物の譲受人であり（Yから義務の帰属主体性の意味での実体適格（Sachlegitimation）を承継した権利承継人（Rechtsnachfolger）＝目的物の引渡義務の付着する権利承継人であり）、前訴確定判決はXとZとの間の後訴に対し既判力を及ぼす、と解することができる³⁰。それゆえ、Zは、XがYに対して建物収去土地明渡請求権を有しており、Yは占有権原を有していないという前訴確定判決の判断を既判力により争うことができないので、既判力の標準時前に存在する事実および証拠方法を提出して、Yから取得した占有権原の抗弁を提出することを既判力の失権効によって遮断されるのである。そして、このように占有承継

30 松本博之「民事訴訟における訴訟係属中の係争物の譲渡（2）」龍谷法学43巻4号（2011年）1610頁、1640頁以下参照。

人であるZに対し、Yが占有権限を有していなかったという裁判所の判断の既判力が及ぶ場合、Zは前訴当時Xに土地の所有権がなかったことを主張して、Xの建物収去土地明渡請求権を争うことも、Xの建物収去土地明渡請求権の存在を確定する前訴判決の既判力の失権効によって遮断される。前訴確定判決の既判力はXへの土地所有権の帰属を確定するものではないが、Zが前訴当時Xに所有権がなかったと主張することは、Yと同様に、後訴に拡張される既判力の失権効によって遮断される。

③の場合、前訴確定判決はXの所有権を確定することが考えられる³¹。Xの所有権の存在が既判力によって確定すれば、この判決はXのZに対する後訴に対して先決関係として既判力を及ぼす。しかし、この点を別にしても、前訴確定判決は、Yがその所有権登記によってXの所有権の円満な状態を妨害していることにより登記抹消義務を負うことを確定しているので、ZもYから係争物とその登記名義を承継することによって、係争物に対する当事者の法的関係を示す実体適格（ここでは、所有権に基づく登記抹消請求権の消極的実体適格）をYから承継したのであり、前訴確定判決の既判力が既判力の生じた事項を先決関係とする後訴の当事者であるZに及ぶ。したがって、Zは、自己の登記名義が前主の正当な登記名義に依拠

31 兼子・前掲注(8) 343頁が、この場合に所有権の既判力による確定を肯定するのに対して、通説は、物権（たとえば所有権）に基づく登記請求の認容判決は、物権の存在は単なる前提問題であり、理由中の判断に過ぎないことを理由に、原告の当該不動産の物権の存在を既判力により確定しないとする。判例（最判昭和30年12月1日民集9巻13号1903頁）も、同じ見解である。しかし、この場合には、当事者間で争われた物権の原告への帰属について既判力が生じると解すべきである。当事者が訴訟で問題として争ったのは、まさに物権の帰属である。権利を公示するために権利の登記が必要なのであって、登記請求訴訟は物権の帰属の確定を目的とする特別の形式にすぎない。Stein/Jonas/Leipold, a.a.O. (Fn. 7), § 322, Rdnr. 209; Zeuner, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, Tübingen 1959, S. 31 ff. (アルブレヒト・ツォイナー〔松本博之訳〕『既判力と判決理由』[2009年・信山社] 38頁以下); 松本=上野・前掲注(1) [670] 参照。

するものであり、それゆえ、正当に登記を保持する権限を有すると主張することは、既判力の失権効によって遮断されるのである。もっとも、丹野氏が主張されるように、Zは、既判力の標準時後に虚偽表示につき善意の第三者としてYから有効に所有権を取得したという事情を、既判力によって遮断されることなく主張することができる。しかし、これは既判力の標準時後のZ固有の事情であって、その主張が既判力によって遮断されないことは、Zが既判力を受ける承継人であることと矛盾するものではなく、XY間の確定判決の既判力効がZに及ぶことを左右しない。すなわち、YがXに対し移転登記の登記抹消義務を負うことを、Zは既判力によって争うことができない、したがって、Zも、Yの登記が正当な登記であることを既判力の標準時前の事実の主張、証拠の提出によって明らかにすることができないことには変わりはないのである（詳しくは後述6）。

②の場合は、原告側の承継の事例であるので、後に検討する。

(b) 次に、以上の丹野氏の見解を批判する越山教授の見解を検討しよう。結論として、この見解には全面的には同意することができない。同教授が既判力の拡張が当事者間における既判力の作用を超えて、いわば創造的に一般原則の修正として行われるとしていることに、基本的な疑問がある。とりわけ、一般的に既判力の拡張が肯定されている原告側の債権譲渡の例において、売買代金支払請求の前訴において終局的に勝訴または敗訴した原告（X）から事実審の最終口頭弁論終結後にこの売買代金請求権の譲渡を受けたZのYに対する売買代金請求も——債権の帰属主体が同一でないゆえ——前訴の訴訟物と同一でないと見る³²ことを、既判力拡張制度が訴訟物の同一性や先決関係とは関係を有しないことの証左とするのは、不適當である。なぜなら、債権譲渡は、債権の同一性を維持しつつそ

32 もっとも、このような見解は、当事者が異なれば、同一の権利であっても、異なる訴訟物をなすとする多数説の立場に立つものである。中野貞一郎「訴訟承継と訴訟上の請求」同・前掲注（4）『民事訴訟法の論点Ⅰ』149頁、157頁も参照。

の帰属主体を代えるものであり、全くの実体法上の権利承継の典型例であろう。この場合には、訴訟物は、どのような訴訟物理論によっても、前訴と後訴において同一であり、勝訴原告からの債権譲受人が新たな債務名義の取得を目指して提起する給付の後訴は、債務名義の滅失のような特別の事情がないかぎり、既判力によりまたは訴えの利益の欠缺を理由に不適法として却下されなければならないからである（この場合、債権譲受人は債権譲渡を証明して、執行文付与機関に名義移転執行文〔titelübertragende Klauseln〕の付与を申し立てることができ、これを得て、強制執行をすることができる）³³。また、敗訴原告からの債権譲受人は、前訴原告が終局的に、すなわち一時的な棄却理由によるのではなく、請求を棄却されているかぎり、債権譲渡を主張することによって既判力の作用を免れることはできない³⁴。もっとも、既判力の拡張が問題となる場面では、確定判決によって確定した法律効果と後訴において主張されるべき法律効果が同一でない場合が生ずる。厳密には訴訟物が同じでない後訴にも、民訴法115条1項3号の類推適用により既判力の拡張を認める必要が生じる場合があることを否定するものではない。

（c）以上の検討が示すように、従来の実務や学説における所有権に基づく物の返還請求を認容する確定判決の既判力の捉え方には、そもそも重大な問題があるのである。所有権に基づく物の返還請求訴訟は当該目的物の占有権原が原告（X）と被告（Y）のいずれに存在するかを確定するという目的を有する訴訟である。この訴訟において被告の占有権原を否定

33 従来の民事執行法学においては、民事執行法27条1項の定める執行文は「承継執行文」と呼ばれているが、承継の場合に限定されず、また前主のための／または前主に対する債務名義を承継人のために／または承継人に対して書き換えるものであるので、ドイツ強制執行法の文献に従って「名義移転執行文」と呼ぶべきである。松本・前掲注（26）[163] 参照。

34 松本博之「請求棄却判決の確定と標準時後の新事実による再訴」同「既判力理論の再検討」（2006年・信山社）13頁、68頁以下参照。

して（またはこれが争いにならず）原告の請求を認容する前訴確定判決は、YがXに建物を収去して土地を明け渡すべきことを命じている。すなわち、Yは建物収去土地明渡義務を負うこと、したがってYには建物を所有することによって土地を占有する権原がないことが、一般的に言えば、前述のドイツ連邦裁判所の判例がいうように、Yには占有権原の抗弁が存在しないことが既判力により確定しているのである。建物収去土地明渡請求訴訟の確定判決の既判力の標準時後に当該建物の所有権を取得し、引渡しを受け、その結果土地を占有することになった占有承継人（Z）は、係争物の権利承継人となり、これに伴い建物収去土地明渡請求の消極的実体適格を基礎づける事由である土地の占有をYから取得することによって、建物収去土地明渡請求訴訟の係争権利関係についての消極的実体適格（Passivlegitimation）をYから承継し、しかも、土地の占有権原の有無は建物収去土地明渡請求の先決的法律関係であるので、Zは、XY間の確定判決の既判力の拡張を受け、Yの占有権原に由来する自己の占有権原を主張するためにYの占有権原を援用することを既判力により阻止されるのである。

同じように、所有権に基づく登記請求訴訟において登記の抹消または移転を命じられた被告から、事実審の最終口頭弁論終結後に登記の訂正を求められていた目的物の登記の移転を受けた第三者は、登記名義の所在が所有権に基づく登記訂正請求の消極的実体適格を基礎づける事由であるので、所有権に基づく登記請求訴訟の消極的実体適格の承継人であり、この者には既判力が拡張される。また、無効な権利取得に基づき移転登記を受けた第三者や単純に移転登記を受けた第三者にも、権利承継人に準じて既判力が及ぶ。なぜなら、所有権に基づく登記簿の記載の訂正を求める訴訟については、登記簿に登記された者だけが被告となることができ、登記された者が自己の取得した登記簿上の地位（Buchstellung）を原告のために放棄するよう求められているのであるから、係争状態にある法律関係上の

地位である被告の登記名義が登記簿訂正請求の実体適格を基礎づけ、それゆえ、第三者への移転登記の原因である法律行為が無効である場合にも、口頭弁論終結後の被告側の登記名義（のみ）の承継人は、不動産上の権利を取得した権利承継人に準じて権利承継人と見ることができるからである³⁵。

このように、所有権に基づく建物取去土地明渡請求訴訟や登記請求訴訟においては、占有承継人または登記名義の承継人に対する既判力の拡張はないという、丹野達氏によって主張されている見解は、断じて正しいものではない。

4. 物権的返還請求訴訟における確定判決の既判力の、口頭弁論終結後の原告側の承継人への拡張

(1) 所有権に基づく物の返還請求訴訟の勝訴原告から口頭弁論終結後に目的物の所有権を取得した第三者には、実体適格の承継人として既判力が及ぶ。厳密には前訴で主張された所有権に基づく返還請求権と第三者の前訴被告に対する返還請求権は実体法上別個の請求権ではあるが、係争物の

35 当事者恒定主義を採るZPO 265条についてドイツの判例・通説が単なる登記名義の承継人も権利承継人の枠内にある者と捉えていることが参考になる。RGZ 82, 35; RGZ 121, 379 (「本件のように登記簿の訂正に向けられた訴訟が存在し、原則として登記簿に登録された者だけが被告であり、登記された者が自己の取得した登記簿上の地位(Buchstellung)を原告のために放棄するよう追及される場合、ZPO 265条の意味における譲渡人は自己の登記名義を訴訟係属の発生後に移転した者である。そして彼の権利承継人は、この時点以後登記簿上の地位を取得した者である」); BGH MDR 2002, 1185 (訴訟係属後に所有権移転の仮登記の名義を後の買主に書き換えた場合に、被保全請求権の無効のゆえにその訂正を求められている仮登記も係争物であり、仮登記に対して向けられたBGB 894条による登記簿訂正の訴えは仮登記権利者の登記簿上の地位に係争状態にする); MünchKomm-ZPO/Becker-Eberhard, 3. Aufl., 2008, § 265 Rdnr.39; Musielak/Foerste, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 7. Aufl., 2009, § 265 Rdnr. 3; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, § 100 Rdnr.11; Stein/Jonas/Roth, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., Bd. 4, 2008, § 265 Rdnr. 8.

所有権は物権的返還請求訴訟の積極的実体適格（原告適格）を基礎づけており、所有権が第三者に移転することによってこの積極的実体適格が第三者に承継されるので、前主の被告に対する請求権と物の譲受人の被告に対する請求権とは連続性を有する。したがって、丹野氏のように前訴と後訴を全く別の訴訟物をもつものとまでいうことはできない。もっとも、このような第三者は名義移転執行文の付与を受けて引渡しまたは明渡しの強制執行をすることができるので、既判力の拡張の問題は通常表に現れることはない。しかし、執行力が第三者に及ぶ基礎には、既判力の第三者への拡張があるので、既判力が第三者に及ぶことを確認しておくことは重要である。

（2）所有権に基づく物の返還請求訴訟の敗訴原告から口頭弁論終結後に目的物の所有権を取得した第三者にも、勝訴原告からの所有権の取得の場合と同じように、既判力が及ぶ。この第三者も、口頭弁論終結後の積極的実体適格の承継人であるからである。この場合には、第三者の前诉被告に対する所有物返還請求の後訴は、被告に対する前訴原告の所有物返還請求権と連続性を有する請求権を主張するものであり、前訴と全く別の訴訟物をもつ後訴とまでいうことはできない。それゆえ、同一訴訟物をもつ後訴と同じように、承継人の後訴は不適法として却下されるべきである。

5. 承継概念と請求権の法的性質

（1）第三者が口頭弁論終結後の承継人に当たるかどうかの判断において、物の返還命令が所有権に基づくか、または、たとえば使用貸借または賃貸借の終了に基づくかによって、承継人の範囲が左右されるかどうかという問題がある。たとえば、土地の所有者であるXがYに対する土地賃貸借契約の解除を主張して建物収去土地明渡しを求めた訴訟において、裁判所が土地賃貸借契約の有効な解除を認定して請求認容判決をした事案において、既判力の標準時後にZがYから当該土地上の建物の所有権を取得し

た場合、XのZに対する後訴請求は所有権に基づく建物収去土地明渡請求であるため、前訴と後訴は訴訟物を異にしており、Zは口頭弁論終結後の承継人に当たらないのではないかという点が問題になる。

この問題については、周知のように見解が対立している。1つの見解は、Zは、前訴においてXの主張した権利が土地所有権に基づく建物収去土地明渡請求権である場合にのみ口頭弁論終結後の承継人になると見る³⁶。これに対し、第2の見解は、前訴確定判決が土地所有権に基づく建物収去土地明渡請求権を確定しているか、賃貸借契約終了による建物収去土地明渡請求権を確定しているかを問わず、標準時後の土地の占有承継人は口頭弁論終結後の承継人に当たると見る³⁷。これは、受給権の主張を給付訴訟の訴訟物と捉える新堂幸司博士の見解である。第3の見解は上野泰男教授のそれである。同教授は、この問題を、「口頭弁論終結後の承継人への既判力の拡張のされ方、すなわち、本稿のいう『当事者者型』既判力拡張、『承継人型』既判力拡張という2つの観点から」再検討すべきであるとする。それによれば、賃貸借契約終了による建物収去土地明渡請求権も、土地の明渡請求権である点で物権的な土地明渡請求権と共通性を有し、かつ「建物所有権の承継取得による土地の占有という被告適格を基礎づける法的地位は、まさにこの請求権にかかわるから、X（原告）のY（被告）に対する請求権と同一性を擬制される請求権であると解することができる。したがって、『承継人型』既判力拡張説によれば、XがYに対して土地明渡請求権を有することをZ（占有承継人）は争いえないから、これと矛盾するような攻撃防御方法（例えばZの土地賃借権の承継取得）を提出することを許されない」³⁸とされる。越山教授も、「既判力の主観的範囲の拡張とは、現象的に見れば、第一訴訟の判決効が当事者も請求も異なる第二訴訟へと

36 兼子・前掲注（11）345頁；仙台高判平成7・10・31判タ920号243頁。

37 たとえば、新堂・前掲注（10）702頁。

38 上野・前掲注（14）929頁（ただし、XYZの記号の使い方は本稿とは異なる）。

シフトする形態」であり、それは第二訴訟で主張される請求権は第一訴訟で主張された請求権と同一性を擬制される結果、その範囲内で第一の訴訟の判決効が第二の訴訟へとシフトするという意味であると見て、「同一性が擬制される限度は、第一の訴訟と第二の訴訟とで承継がなかったと仮定した場合に、第一の訴訟の既判力が第二の訴訟に及ぶ限度で肯定できる」と主張する³⁹。

(2) 第1説は、権利実在化説を主張する兼子説が主張する見解であり、この見解では債権的返還請求権を実在化した既判力が承継人に対する物権的返還請求権を実在化することができないのは当然である。権利実在化説と結びつきの強い第1説をとることはできない。また、旧訴訟物理論（旧実体法説）は、いわゆる訴えの選択的併合を適法と認め、裁判所がいずれかの請求権を認める場合には他の請求権についての判決の申立ては解除条件の成就により消滅すると構成する。土地の所有者が賃貸借契約の解除を主張して建物収去土地明渡しを求める訴えを提起する場合にも、所有権に基づく返還請求と契約終了による返還請求を選択的に併合するものと捉える。その結果、裁判所が原告の所有権に基づく返還請求権を認定し、請求を認容した場合には、この判決の既判力は事実審の最終口頭弁論終結後に敗訴被告から建物の譲渡と土地の引渡しを受けた第三者に及ぶが、裁判所が土地賃貸借契約の有効な解除を理由に被告に建物の収去・土地明渡しを命じた場合には、被告が事実審の口頭弁論終結後に建物を第三者に譲渡すると、この判決の既判力はこの建物譲受人・占有承継人には及ばない。しかし、裁判所がいずれの法的観点を選択するかによって、このように既判力の拡張の有無が左右されるのは極めて不適切である。その意味で、第2説が物権的請求から債権的請求かによって承継人への既判力の拡張を左右すべきでないと主張するのは、適切である。

上野説および越山説も、問題を含んでいる。とくに、前訴の訴訟物と後

39 越山・前掲注(27) 57頁以下。

訴の訴訟物の同一性が擬制されると説明される点が問題である。XのYに対する債権的明渡請求権の存在が既判力によって確定している場合、占有承継人であるZに対するXの請求は多くの場合、所有権に基づく請求または物権的請求である。この場合、近時主張されているように⁴⁰、訴訟法上の意味での被告適格（訴訟追行権）のYからZへの承継は存在しない。なぜなら、訴訟追行権の意味での当事者適格は、誰を当事者として本案判決をすることが権利保護または紛争の解決にとって有効適切かという観点から判断される要件であり、具体的な訴訟の訴訟物を基準に判断されるものであるから、XのYに対する前訴の訴訟物とXのZに対する後訴の訴訟物が違う以上（訴訟物について旧実体法説に立つ場合）、訴訟追行権の承継は存在し得ない。上野教授の上例の説明は、訴訟物が異なることを認めた上で、Zの占有がYの占有に由来することを理由に前訴と後訴で主張される請求権の同一性を擬制するものであるが、請求権を実体法上成立させる一部の事由（ここでは占有）が2つの請求権において共通であるだけで、請求権の同一性が擬制されるということではできないであろう。また、後訴原告であるXの訴訟追行権は前訴では債権的明渡請求権の主張によって基礎づけられており、後訴の方はたとえば所有権に基づく返還請求権の主張によって基礎づけられるのであり、原告Xの訴訟追行権を基礎づけるとされている原告Xの法的地位は前訴と後訴とで全く異なるのであるから、Zへの既判力の拡張が正当化されるためには、前訴の訴訟物が所有権に基づく請求であるか、少なくとも所有権にも帰しうる法的地位の主張であることを必要とすると解さなければならない。同様の批判は、上野説を援用して、第2の訴訟で主張される請求権は第一訴訟で主張された請求権と同一性を擬制される結果、その範囲内で第一の訴訟の確定判決の既判力の失権

40 上田徹一郎＝井上治典編『注釈民事訴訟法（2）』（1992年・有斐閣）248頁〔池田〕；加波眞一「訴訟承継論覚書」摂南法学30号（2003年）1頁、13頁以下；松本・前掲注（30）1636頁以下。

効が第2の訴訟へとシフトすると説明する越山教授の見解にも当てはまる。

もっとも、このようにいうことは、Zの占有がYの占有に由来することを理由に前訴と後訴の請求権の同一性を擬制することの問題性を指摘するものであり、Zのような占有承継人が既判力を受ける承継人でないということ述べるものではない。問題は、民訴115条1項3号にいう承継人とは何で、また何を前主から承継するのかということである。

(3) 私見によれば、承継されるのは主張された当事者の実体適格 (Sachlegitimation) である。すなわち原告側では積極的実体適格 (Aktivlegitimation) であり、被告側では消極的実体適格 (Passivlegitimation) であると解すべきである。実体適格は、主張された、訴訟の対象となっている権利義務の帰属主体性を示す概念である。この実体適格と訴訟追行権は、常には明確に区別されていないけれども、明確に区別することが必要である⁴¹。訴訟追行権は、当事者として（すなわち自己の名で）訴訟を追行する権能であり、通常は、争われている法律関係の主体に帰属するものである。この場合には殆ど問題は生じない。これに対し、法律関係の主体以外の者が例外的な場合において訴訟追行権を有する場合、この者の訴訟追行権は彼等の行う訴訟行為の適法性のための要件である。これと異なり、実体適格とは、提起された請求権が実体法上原告または訴訟担当の場合には被担当者に帰属し（積極的実体適格）、または被告に対して向けられていること（消極的実体適格）を意味し、請求の理由具備要件に属する⁴²。

41 Schilken, Veränderungen der Passivlegitimation im Zivilprozess, 1987.

42 小山昇「口頭弁論終結後の承継人について」前掲注(4)『小山昇著作集第2巻』168頁、175頁は、口頭弁論終結後の被告の占有承継人は前訴の「被告適格」の承継人であるとして「適格承継説」を主張される。しかし、ここで被告適格の承継とされているのは被告としての消極的実体適格を基礎付ける占有の移転であり、そうした実体適格の移転を前主から受けた者が口頭弁論終結後の承継人になると見られているのであるから、小山博士は、実際には、実体適格の承継による既判力の承継を説かれたように思われる。そして、「適格承継説」の多くの論者も、このように実体適格の承継を説いていたように思われる。私見によれば、本文で

事実審の最終口頭弁論終結後に実体適格の変動が生じた場合、実体適格の承継人に既判力が拡張される。そうでないと当事者間の判決が全く無駄になり訴訟制度の存在理由が否定される場合に、これを阻止するためであり、それゆえ当事者間での既判力の作用と同じように、かつ同じ範囲で、既判力が第三者に対して働くことを確保すれば足り、それを超えて既判力を拡張する理由は原則として存在しない。すなわち、既判力の承継人に対する拡張は、確定判決における訴訟上の請求の当否についての判断が第三者と当事者の一方との間の後訴において尊重されること、すなわち、前訴当事者間の後訴と同じように先決関係として、または一事不再理として作用することを基本的に意味する⁴³。実体適格の承継の有無を判断する基準は、確定判決がどのような請求権を確定しているかである。物権的請求権は被告の占有を法律要件1つとするものであり、占有が実体適格を基礎づけるので、占有承継人は既判力の拡張を受ける。これに対し、裁判所が原告は所有者であるけれども債権的返還請求権を認容した場合には、この債権的返還請求権は第三者に及ぶものではないので、実体適格の承継はないとしなければならない。しかし、新訴訟物理論、二分肢説によっても、また選択的併合を認める旧実体法説によっても、裁判所は原告の請求を物権的請求権として認容するか、債権的請求権として認容するは自由であるので、既判力の拡張を裁判所がいずれの法的観点を選択するか偶然に委ねることは合理的ではない。それゆえ、債権的な返還請求権（単なる債権契約に基づく目的物の引渡請求権を除く）が認容された場合には、民訴法

述べたように、口頭弁論終結後の承継人への既判力の拡張は実体適格の承継であるとみることこそ正しい。なぜなら、給付訴訟の訴訟追行権（通説が「当事者適格」と呼んでいるもの）は、訴訟担当の場合を除くと、自分に権利が帰属すると主張する者とその相手方とされる者にあり、実際に権利がその者に、その相手方に対して帰属しているかどうかは問われないのであるが、既判力の拡張を受ける承継人はその承継を基礎付ける実体関係の存在を必要とするのであり、それはもはや訴訟追行権の意味での適格の承継ではないからである。

43 松本＝上野・前掲注（1）〔688〕。

115条1項3号の類推適用によって、既判力は占有承継人にも拡張されると解すべきである⁴⁴。

6. 法的性質決定と既判力

以上の説明においては、私見は給付判決の既判力は裁判所がその判決において認容した具体的な権利や法律効果について生じるという考え方に立っているが、この点は日本の民事訴訟法学において、いわゆる新訴訟物理論の論者によってむしろ否定に解されてきた。ここでは、既判力は確定された法律効果の法的性質決定にも関係するか否かが問題となる。言い換えれば、既判力は裁判所が法的推論の基礎にした規範からまさに法律効果が生じているとの確定にも関係するのだろうかという問題である。

三ヶ月章博士や新堂幸司博士によって有力に主張された新訴訟物理論は、その訴訟物を、原告の被告に対する「一定の給付を求める法的地位」の主張、または原告の被告に対する一定内容の「受給権」の主張と捉え、そして給付訴訟の請求認容判決は、原告の主張する法的地位または受給権の存在を既判力によって確定するものの、その実体的な性質（たとえば売買代金請求権、請負代金請求権、債務不履行による損害賠償請求権、不法行為による損害賠償請求権というような法的性質決定）には既判力が生じないとしている⁴⁵。しかし、この立場は、新訴訟物理論ないしは訴訟的訴

44 Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a.a.O. (Fn.35), § 156 Rdnr. 9.

45 三ヶ月章『民事訴訟法〔法学講座・第3版〕』（1992年・弘文堂）144頁；新堂・前掲注（10）696頁。反対：小室直人「訴訟対象と既判力対象」大阪市立大学法学雑誌9巻3-4号（1963年）348頁以下（同『訴訟物と既判力〔民事訴訟論集〔上〕』（1999年・信山社）1頁，10頁以下〔一個の事実関係から実体法上は一回の給付しか是認されない数個の請求権が引き出される場合の訴訟物は、請求の併合、重複起訴および訴えの変更との関係では「給付を求める法的資格」であるが、既判力の対象は「訴訟中に原告が理由づけのために提出した原因事実から把握される具体的請求権に限定される」とする〕）。

もっとも、新堂・前掲注（10）716頁は、法的性質決定の既判力による確定を否定するが、争点効による確定を肯定し、これを争点効理論の長所の1つと見る

訟物理論と論理必然的な関係を有するものではない。もともと、既判力は訴訟上の請求と無関係な事項ではないが、既判力の対象は訴訟上の請求それ自体ではない。既判力の対象は、訴訟上の請求に対する裁判所の裁判である⁴⁶。裁判所は、給付訴訟において請求の当否について判断する際、原告にはどのような実体法の請求権があるか（または、ないか）について判断をしなければならず、判決においてその結果を示すのである。給付訴訟の訴訟物を原告の一定内容の給付判決の申立てとこれを理由づけるべき事実関係であるとする、いわゆる二分肢説⁴⁷に立つ場合にも、このように性質決定された法律効果に既判力が生じると考えることができる⁴⁸。もし、たとえば裁判所が認容した返還請求が所有権に基づく返還請求権なのか、占有回収請求権に基づく返還請求権なのか既判力によって確定しないのであれば、敗訴被告が、物を原告に引き渡した後、自分が前訴の原告に引き渡した物の所有者であるとして主張して所有権に基づきその物の返還を求め

（高橋宏志『重点講義民事訴訟法〔上、第2版〕』（2011年・有斐閣）639頁；中野ほか編・前掲注（10）『新民事訴訟法講義〔第2版補訂2版〕』478頁以下〔高橋宏志〕も参照）。しかし、法的性質決定の拘束力を争点効の要件の具備に係らしめるのでは必要な範囲の法的性質決定の拘束力を確保することができないという問題があるほか、当事者が争点効を自由に処分することができるというのは、法的性質決定の拘束力が既判力と同じ公益的な要請から認められるべきことと相容れないので、適切ではないであろう。

46 Vgl. *Rosenberg*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 9. Aufl., 1961, § 88 II 3c; *Habscheid*, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1956, S. 221 ff.; *A. Blomeyer*, Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozess, Festschrift für Lent, 1957, S. 58f.; MünchKommZPO/*Gottwald*, 3. Aufl., Bd. 1, 2008, § 322 Rdnr. 95; *Zeuner*, a.a.O. (Fn. 31), S. 32 ff. これに対し、法的性質決定の既判力に反対するのは、*Nikisch*, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1935, S. 148 ff.; *Jauernig*, Das fehlerhafte Zivilurteil, 1958, S. 115 ff. *Stein/Jonas/Leipold*, a.a.O. (Fn. 7), 322 Rdnr. 114, 117は、法的性質決定に対する既判力の拡張には慎重さが必要であり、確定した裁判の意味内容を確保するために必要なかぎりでのみ肯定できるとし、不法行為による請求権が故意に基づくという確定に既判力を肯定することは行き過ぎだとする。

47 松本＝上野・前掲注（1）〔240〕参照。

48 松本＝上野・前掲注（1）〔673〕。

て訴えを提起することを、既判力は阻止することができないであろう。占有回収請求権は、占有剥奪前の事実状態の回復に向けられているのであって、終局的な事実状態の確定を目指すものではないからである。その結果は、所有権に合致した物の事実支配の実現を目指す、所有権に基づく返還請求権の制度目的が阻害され、当事者の訴訟合戦が可能になることである⁴⁹。このように、訴訟的訴訟物説によっても、裁判所が判断した法律効果の実体法的性質決定が必要不可欠なことを理解することができる⁵⁰。もっとも、故意か過失かという不法行為の帰責事由の態様のように、損害賠償請求権はいずれによっても生ずるが、故意による不法行為による損害賠償請求権は破産免責の対象にならないとか、過失による不法行為による損害賠償請求権を受動債権とする相殺はできるが、故意による不法行為の場合にはそうではないというような規律があるとすれば、損害賠償請求権が故意による不法行為に基づくとの確定に既判力を及ぼすのは行き過ぎであろう。当事者が拘束力を望んでいる対象からかけ離れるからである⁵¹。

7. 承継人の固有の抗弁

自己固有の抗弁（法的地位）を有する承継人が当事者間の確定判決の既判力の拡張を受けないことは、一般的に承認されている。そして、承継と自己固有の抗弁がいかなる関係に立つかは、形式説と実質説の対立として

49 Zeuner, a.a.O. (Fn. 31), S. 33 (ツォイナー [松本訳]・前掲注 (31) 41頁) 参照。

50 兼子一原著、松浦ほか・前掲注 (10) 525頁 [竹下] 参照。

51 Stein/Jonas/Leipold, a.a.O. (Fn. 7), § 322 Rdnr. 117. 最近のドイツ連邦通常裁判所の判例は、この法的性質決定の既判力について一定の制限を加えている (BGHZ 183, 77)。この判例は、社会保険の保険料の労働者分の天引きを故意に怠ったことにつき有限会社の業務執行者に損害賠償を命じた (欠席) 判決は、認容された請求権が故意による不法行為によるものであり、被告の倒産免責の対象にならないことを既判力によって確定するものではないと判示した。この判例については、Roth, Materielle Rechtskraft und rechtliche Qualifikation, ZJP 124 (2011), 3 ff. 参照。

論じられている問題である。

形式説は、既判力の標準時である口頭弁論終結後に登記名義や占有の承継をしたことのみで口頭弁論終結後の承継人になるとする見解であり、実質説は登記名義や占有の承継人が前主の法的地位に依存しない固有の実体法上の地位を有しているか否かをまず審理し、これが否定される場合に、その者は民訴法115条1項3号にいう承継人に当たるという見解である。実質説は、権利実在化説に立つ兼子説とは論理必然的な関係を有する。兼子説によれば、既判力が承継人に拡張されるということは、前主と承継人との間の法律関係が既判力によって形成されることを意味するので、法律上保護されるべき固有の抗弁（法的地位）を有する承継人についてはこのような法律関係の形成をもたらすことができないので、事前に承継人が固有の抗弁を有しないことを確定した上でなければ、既判力を拡張することができないからである。

私見は、固有の法的地位を有する登記名義承継人や占有承継人も、前主が相手方との関係で移転登記義務や目的物返還義務を負っているという前訴確定判決の判断自体には拘束されるべきであり、形式説と実質説の対立には大きな意味はないと考える⁵²。もっとも、すでに述べたように、占有承継や登記名義の承継によって前主から実体適格を承継した第三者は、権利承継人または権利承継人に準ずる者（前訴が債権的返還請求訴訟の場合）と位置づけられるべきである⁵³。固有の法的地位を有する登記名義承継人

52 上野・前掲注(14) 907頁；中野貞一郎「弁論終結後の承継人」同・前掲注(4)『民事訴訟法の論点』222頁；松本＝上野・前掲注(1) 593頁。上原敏夫「既判力の主観的範囲(1)——口頭弁論終結後の承継人」伊藤眞＝山本和彦編『民事訴訟法の争点』(2009年・有斐閣) 230頁、232頁以下も参照。

53 伊藤・前掲注(10) 540頁は、法律上保護されるべき固有の抗弁（法的地位）を有する第三者は、そもそも既判力を受ける承継人の範囲から除外されるとしながら、この第三者は前主が既判力の遮断効を受け、主張することができない事由については既判力との関係で承継人と扱われるとする。しかし、第三者が後訴で主張する事由いかんによって承継人として扱われたり、逆に、承継人の範囲外に

や占有承継人は、前主の地位に依存しない、既判力の標準時後の新事実を主張するのであり、そのかぎりでは既判力と抵触しない事実を主張することができる。

（付記）本稿は平成23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）による研究成果の一部である。

置かれるとして、承継概念を相対化するのは適切ではないであろう。なお、越山・前掲注（27）62頁以下参照。