

民事訴訟における訴訟係属中の係争物の譲渡 (1)

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
 - (1) 井上治典教授の問題提起
 - (2) 中野貞一郎博士の見解
 - (3) 加波真一教授の見解
 - (4) 新堂幸司博士の見解

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

(以上本号)

III. 学説と判例の展開

IV. 当事者適格の承継か、実体適格の承継か

V. 参加承継と引受承継

VI. 訴訟承継の手続

VII. むすび

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

日本の民事訴訟法の制定に大きな影響を与えたドイツ民事訴訟法やオーストリー民事訴訟法と比較して、今日の日本の民事訴訟法を特徴づける制

度の1つと見られるのは、いわゆる訴訟係属中の係争物の譲渡の場合の訴訟承継主義の採用であると思われる。ドイツやオーストリーの法秩序においては、訴訟承継主義は原則として採用されず、訴訟係属後に係争物が譲渡された後も譲渡人がそのまま訴訟を続行することができるのである。これに対して、訴訟承継主義とは、訴訟係属中にいわゆる訴訟の目的である係争権利の譲渡や目的物の処分（以下では係争物の譲渡〔*res litigiosa*〕¹という）が当事者によって行われ、実体法上、主張された権利義務の帰属主体に変動が生じた場合に、この訴訟に参加して当事者として訴訟を進行することを譲受人に許すのみならず、相手方の申立てがあれば、譲受人が訴訟を承継して手続を続行することを義務づける制度と解されている。訴訟承継主義のもとでは、譲受人が当事者として訴訟に加わり判決を受けなければ、譲渡人と相手方間で判決が下され、これが確定した場合にも、その判決は譲受人に既判力を及ぼさないことを意味する。譲受人が自ら訴訟に参加してこない限り、相手方は係争物の譲渡があったかどうかを正確に把握できず、訴訟引受の申立てをする機会を失い、折角、譲渡人に対する勝訴判決を得たとしても、承継人には判決の効力が及ばないという事態を招くことになるのである。

訴訟係属後の係争物の譲渡によって訴訟当事者に生じる不利益を防止することは、訴訟法の立法者の大きな関心事でなければならない。このような不利益を避ける手段として、ローマ法やドイツ普通法では係争物の譲渡それ自体が禁止された²。ここでは、原告が所有物の返還を求める訴訟（対

1 「係争物」という言葉は、民事保全においても用いられる法律用語である。民保23条、25条の2第1項・2項。

2 もっとも例外的には、ドイツ普通法においても、係争物の譲渡が許された。*Carl Georg Wächter, Handbuch des im Königsreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, Bd. 2, Stuttgart 1842, Nachdruck Goldbach 2001, S. 529によれば、「結婚の支度のための、物に関する和解の結果としての、または分割の結果としての物の譲与は、このような譲渡の禁止から除かれている。当然に、物の終意処分も禁止の中に入らないし、直接物に関する法的必要性の結果として、または長期の

物訴訟)において召還後に、被告占有者が禁止に反してその物を譲渡した場合には、原告は取得者をして物を直ちに被告に返還させる方法で譲渡を無効と扱うか、それとも、譲渡者に対する訴訟をそのまま続行することができ、原告が勝訴すれば、物の権利とその返還に関する限り取得者がその判決を直接自己の不利にも承認しなければならず、原告はこの判決を取得者に対して執行することができる、とされた³。しかし、係争物の取引の実際の必要性から、プロイセン一般ラント法、ヴェルテムベルグやザクセンの地方法およびフランス法においては、係争物の譲渡禁止原則は採用されず、譲渡は許されたといわれる。

係争物の譲渡を許す場合には、ドイツ民事訴訟法265条のように、従来の訴訟は原則としてもとの当事者間で有効に続行されるとするか⁴、または、訴訟は権利承継人による訴訟の承継後に続行される必要があった⁵。前

保管により物が腐るので行われた譲渡もそうである」。

3 *Wächter*, a.a.O. (Fn. 2), S. 529.

4 もっとも、ドイツ民事訴訟法266条は、土地の譲渡について「土地のために請求される権利または土地の上に存すべき義務の存在または不存在につき、占有者と第三者との間で訴訟が係属する場合に、土地の譲渡の場合には、権利承継人は訴訟が存する状態においてその訴訟を主たる当事者として引き受ける権利を有し、かつ、相手方の申立てがある場合にはこれを引き受ける義務を負う。同じことは、登記された船舶または船体の上に存する義務の存在または不存在についての訴訟に妥当する。(2) この規定は、無権利者から権利を引出す規定がこれに対立する限りで適用されない。この場合には、譲渡したのが原告である場合には265条3項の規定が適用される」と規定し、本条の規定する土地についての訴訟について訴訟承継を定めている。この規定は、土地についての所有物返還請求の訴えや土地登記簿訂正請求の訴えには適用されない。適用があるのは、訴訟の対象が用益権のような土地のために請求される権利または所有者に帰属する物上負担および先買権の存否である場合、または訴訟の対象が抵当権を含む物的負担である場合で、譲渡占有者、通常は所有者と、第三者との間で、訴訟係属中に土地の譲渡が行われる場合である。Vgl. Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., Bd. 4, Tübingen 2008, § 266 Rdnr. 3.

5 歴史については、*Kiefner*, *Ut lite pendente nil innovetur, Zum Verbot der Verfügung über res und actions litigiosae im römischen Recht und im gemeinen Recht im 19. Jahrhundert*, *Gedächtnisschrift für Kunkel*, 1984, S. 117 ff.

者がドイツ民事訴訟法やオーストリー民事訴訟法の採用する「当事者恒定主義」であり、後者はたとえば1868年のヴェルテムベルグ王国民事訴訟法が採用した「訴訟承継主義」である。当事者恒定主義においては、係争物の譲渡は無条件で許されるが、これは訴訟に影響を及ぼさず、もとの当事者はそのまま訴訟を続行して判決を得ることができ、譲受人は譲渡人の相手方の同意（および譲渡人の同意）がない限り当事者として訴訟を引き継ぐことはできず、もとの当事者間で下された判決の既判力は当事者にならなかった権利承継人のためまたはこの者に対して及び、判決は権利承継人のためまたはこの者に対して執行力をも及ぼすという規律が行われる（ドイツ民訴法265条・325条・727条）。ここでは、係争物の譲渡人は、もはや権利義務の帰属主体たる地位（実体適格〔Sachlegitimation〕）を欠くに至るにもかかわらず、以後は権利承継人の法定訴訟担当者として訴訟を進行する。もっとも、前主は係争物を譲渡することによって実体適格を失うことは、訴訟上どのように反映されるのかが問題となる。この点について、係争物の譲渡は、それが全く生じなかったかのごとく、当事者地位にも、基礎にある請求権の実体的判断にも何らの意味をも有しないという「無影響説（Irrelevanztheorie）」と、係争物の譲渡は譲渡人の訴訟上の地位には影響を及ぼさないけれども、原告は実体適格の欠缺による請求棄却を避けるためには譲渡のときから訴えの申立てを変更し、権利承継人が訴えの申立てにおいては原告に代わるようにしなければならないとする「影響説（Relevanztheorie）」⁶の対立を見る。

無影響説によると、譲渡または譲受人に関する抗弁は排除され、訴訟物

6 ドイツの判例は影響説に立ち（BGHZ 26, 31 (37) ; BGH NJW 2004, 2152 (2154) ; 1997, 735 (736) など）、ドイツの文献においても、これが多数説である（Stein/Jonas/Roth, a.a.O. (Fn.4), § 265 Rdnr. 21 ; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 30. Aufl., München 2009, § 265 Rdnr. 13; MünchKommZPO/ Becker-Eberhard, 3. Aufl., § 265 Rdnr. 83; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., München 2009, § 265 Rdnr. 17; Zöller/Greger, ZPO, 27. Aufl., Köln 2009, § 265 Rdnr. 6a)。

に関する処分は譲渡人の権限であり、判決も譲渡人の有利かつ不利に下されうのに対して、影響説によれば、譲渡または譲受人に関する抗弁は適法であり、原告側の承継の場合には判決は原告としての承継人に有利な内容になり、被告側の承継の場合には譲受人に給付を命じる判決を求めるように申立てを修正することが要求され（厳格説）、あるいは、譲受人は訴訟に関与していないため給付命令の相手方とすることはできないとするが、しかし譲受人に帰属する抗弁および権利移転後に生じた抗弁のすべてを原告に対して対抗することができるとされる（緩和説）⁷。

これに対して、理念的な訴訟承継主義のもとでは、譲受人は現状において主たる当事者（Hauptpartei）として訴訟に参加することが許され、かつ相手方の要求により譲受人による訴訟引受けが義務づけられる。ここでは、それまでの訴訟審理の結果は譲受人によって引き継がれ、係争物の譲渡が相手方に不利益を負わせないことが確保される。

以上の考察から、普通法上の係争物の譲渡禁止、当事者恒定主義、訴訟承継主義のいずれも、係争物の譲渡が譲渡人の相手方に不利益を負わせないことを目的とする点で共通性を有することを確認することができる。その上で係争物の譲渡の現実の必要性に考慮を払うのが後二者だということができる。

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

——「生成中の既判力」と「当事者適格」の承継——

（1）後述のように日本では、係争物の譲渡に関する規定は明治23年民事訴訟法には全く存在しなかったが、今日では、大正15年改正民事訴訟法が訴訟承継主義を採用したと一般に理解されている（同法73条・74条）。1996年制定、1998年施行の平成民法においては、これらの大正15年改正民法の規定の部分的な補充がなされたのみであり、基本的な法改正は行

7 Vgl. *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Wien 2000, Rdnr. 233.

われなかった（現行民訴法49条～51条）。

周知のように、大正15年改正民訴法73条、74条の両規定に基づき、兼子一博士の著名な論文「訴訟承継論」が公表され、これが以後の日本の民事訴訟法学におけるこの問題の理論的基礎を打ち建てた金字塔であると、長い間見られてきたし、今日でも基本的にはなおこのように見られている。その中心的な内容は、参加承継人または引受承継人が参加承継または引受承継の時点における訴訟の現状に拘束されることを、この点の法律規定を全く欠くにも拘らず、当時ドイツにおいて「訴訟的ないしは動的考察方法」を強調して華やかに主張された *J. Goldschmidt*（ゴルトシュミット）の訴訟状態説を導入することにより基礎づけようとしたことにある。先ず、兼子論文の構成を再確認しておこう。

兼子論文は、民事訴訟制度、とくに判決手続の目的を「私人間の利益紛争の法的共同体の判断による法的解決にある」⁸との考えを出発点とする。そして、この法的共同体の判断は本案判決の確定によって得られるものであるから、「訴訟は既判力を得んことを目的とする手続で、而も此の既判力の実体は手続の進行と共に、実体法と訴訟法、内容と形式との交渉の成果として、順次に形成せられて来るのであって、訴訟は実質的に観察すれば、生成経過中の既判力（*die werdende Rechtskraft*）そのものであると謂ひ得る」⁹とする。この見解は、まさに係争物の譲渡の場合の訴訟承継主義（原則）を理論的に根拠づけようとする意欲的な試みの中で表明されたものである。兼子博士は、訴訟は訴訟法律関係説がいうように静止的な法律関係と捉えるべきでなく、*J. Goldschmidt*に従って、判決に向かって発展し進行する動的な手続（訴訟法律状態）と解すべきであるとする「訴訟

8 兼子一「訴訟承継論」同『民事法研究第一巻』（1950年・酒井書店、初出は法協49巻1・2号（1931年）33頁。もっとも、この法秩序維持説は戦後放棄され、訴訟は規範の色づけのない裸の紛争の解決をその目的とするとの紛争解決説が兼子博士自身によって主張された。

9 兼子・前掲注（8）34頁。

的考察方法」を主張するが、兼子理論の独自性は、本来事実的なものであるべき「訴訟法律状態」に、生成経過中の既判力（法的な拘束力）を結びつけることにより、これに強い法規範的な性質を与えようとしたことであろう。訴訟の目的である確定判決の既判力が訴訟係属中に、したがって判決前にすでに、承継時点の訴訟状態限りであれ、発生すると論じられているのである。

兼子博士は、承継の原因を「当事者適格」の承継に求める。ここに当事者適格とは、兼子博士によれば、「訴訟の承継の原因は、一先ず原告の主張に随って争いの存在を仮定し、その争いに関し原告は如何なる立場から関係しているのか（所謂原告の適格 Aktivlegitimationの問題）、如何なる点で被告を相手方として居るのか（被告の適格 Passivlegitimationの問題）を見、両者何れかの側の此の関係が訴訟中第三者に移転したか否かを考察する必要がある。此の点は従来所謂正当な当事者（richtige Partei）、当事者の適格（Sachlegitimation）、乃至訴訟追行権（Prozessführungsrecht）と称せられていた問題であって、訴訟の承継はありと仮定せられる此等の関係の移転であると謂ひ得る」¹⁰ものである。そして、兼子博士は「訴訟追行権或いは当事者適格とは訴訟物を構成する一定の私法上の法律関係に関し、自己の名を以て訴訟を為す権能と解されている」という¹¹。しかし、Sachlegitimation（事物適格）の用語をもって示されている「当事者適格」は、当事者の主張から見た、係争法律関係の帰属主体たる地位を意味するものである。したがって、この「当事者適格」は、誰を当事者として訴訟を行うことが訴訟目的の実現にとって必要かつ有効であるかという訴訟上の観点からする訴訟追行権とはまったく異なる概念である。兼子論文が発

10 兼子・前掲注（8）50頁以下。Sachlegitimation（事物適格）に「当事者適格」の訳を付する兼子博士に見られる誤訳または誤解は、たとえば*E. Bley, Klagrecht und rechtliches Interesse, Leipzig 1923*の邦訳である小野木常訳『エーリッヒ・ブライ著・訴権と法的利益』（1933年・山口書店）142頁などにおいても見られる。

11 兼子・前掲注（8）52頁。

表された当時、ドイツでも「当事者適格」と「訴訟追行権」について概念的混同が見られたが、この混同が兼子博士によって日本に持ち込まれている。両者は、日本では今日においてもなお必ずしも明確に区別されていない。訴訟承継の原因は「当事者適格」の承継をもってしては説明できないという、適格承継説に対する、後述のような有力な批判が近時説得的に行われている原因は、この概念的区別の不十分、不徹底さに帰しうるように思われる。ともあれ、兼子博士が承継人に移転すると考えていたものは、係争中の権利または法律関係の帰属主体たる地位であることが重要であろう。この点には後に立ち返り詳論するであろう。

(2) 大正15年改正民訴法73条（現行民訴法49条）は、後に述べるように直接には権利承継人の当事者参加権を規定したものであるから、当然のことながら、訴訟承継を定めたとすれば本来用意されるべきであったと考えられるいくつかの重要な規定が欠落していた（また、平成民事訴訟法においても、それらは遺憾ながらなお欠けている）。それは、原告の権利承継人は参加の時点における訴訟の現状において訴訟関係を承継すべき義務を負う旨の規定、および、被告が係争物を処分した場合の権利承継人の訴訟関係承継義務についての規定である。被告側の権利承継の場合において、原告が被告側の権利承継を知らないため、原告が権利承継人の訴訟引受けを申し立てることができなかった場合に、権利承継は事実審の最終口頭弁論終結後に行われたものと見なすというような原告保護規定もそうである。さらに、訴訟係属発生後の権利承継の場合にも、実体法の定める対抗要件規定や善意者保護規定が適用になることを定める規定である。

ところで、承継人がそれまでの訴訟関係を承継すべき訴訟関係承継義務は、伊藤博文の依頼によって民事訴訟法草案の作成に尽力したドイツ人法律家 *Hermann Techow*（ヘルマン・テヒョー）が訴訟承継主義の導入を提案した「テヒヤウ氏訴訟規則修正原案」においては、後に詳しく述べるように、当然の前提とされ、明文規定が置かれていたし、民法の善意取得に

関する規定の適用についても規定されていた。大正15年改正民訴法の立法者が「テヒヤウ氏訴訟規則修正原按」をどの程度考慮に入れたかは明らかでなく、日本の立法の継続性が問題になる。実務家主体の改正作業においては、立法の継続性や理論面での慎重な検討を期待するのは無理であったのであろうか。いずれにせよ、この点は今日まで殆ど指摘されてこなかったし、訴訟関係承継義務の根拠づけの問題を後世に残すことになった。

訴訟関係承継義務を規定しない大正15年改正民訴法のもとで、兼子理論によって「訴訟状態承継義務」が承認され、後述のように判例も後にこれを肯定したためであろうが、平成民事訴訟法（現行民事訴訟法）は訴訟関係承継義務を定めることなく、①訴訟係属中に権利の全部または一部を譲り受けた第三者に対し、被承継人の相手方は同法50条（訴訟の目的である義務の承継）の規定により引受承継の申立てができること、および、訴訟の目的である義務の全部または一部を承継したことを主張する第三者は同法47条から49条（訴訟の目的である権利の承継）の規定により訴訟参加をすることができることを定め（51条）、②承継後の手続につき、引受承継の場合には、必要的共同訴訟に関する40条1～3項の規定が準用される（49条・47条4項）参加承継の場合とは異なり、もとの当事者間の訴訟と引受人と相手方との訴訟には同時審判の申立てに関する同法41条1項および3項が準用されることを定めたにすぎない（50条3項・51条後段）。①は、すでに兼子論文が主張し、その後通説化するに至ったものを明文規定で再確認したにすぎず、全く新味に欠けるのみならず、後述のように規律の内容にも疑問があるのである。すなわち、占有承継人のような被告側の権利承継人が自ら訴訟参加の申立てを行うのではなく（この場合は参加申立ての適否は口頭弁論によって審理される）、原告から訴訟引受けの申立てがなされる場合には、審尋はなされるものの、口頭弁論ではなく決定手続によって引受義務の存否が審理され引受けが命じられることは、合理的な差別なのかどうか、甚だ疑問だからである。なぜなら、この場合には、純

然たる債務引受けの場合とは異なり、権利承継人の固有の実体法上の法的地位の存否も争われうるのであり、この争いを決定手続で裁判するのは不適切だからである。②は、引受承継につき、同法40条1～3項の規定が準用される権利承継の場合との著しい差異をもたらす規律であり、その合理性が著しく疑われるものである。

3. 「訴訟状態承継義務」に対する批判から否定へ

(1) 井上治典教授の問題提起 訴訟承継については、これまで多くの有力な研究者が研究成果を公にされてきたが、この間徐々に、訴訟を承継する義務自体と訴訟状態または訴訟関係承継義務とを切り離せない一体をなすものと見ない見解、したがって訴訟承継の要件と訴訟状態または訴訟関係承継義務の範囲を切り離して考察する見解がかなり増加していることが注目される。

この傾向の嚆矢をなすのは、井上治典教授の「訴訟引受けについての手続上の問題点」における見解である¹²。井上教授は詳論を後日に留保しつつも、次の4点を指摘した。第1に、口頭弁論終結後の承継人への既判力の拡張の場面で承認されている承継人の固有の抗弁と「前主自身の攻撃防御方法」とはそれほど明確に区別できるものとはいえず、承継人自身の利益擁護のための手続の繰返しや新主張が一定の範囲で認められる余地があること、第2に、既判力の承継人への拡張の場面で、前主の相手方当事者が前訴当時承継人の登場を予見できなかった限り、前訴と別個の法的観点から承継人と争うことができると解する見解¹³を支持する場合、承継人も、

12 井上治典『多数当事者の訴訟』(1992年・信山社) 63頁、91頁以下(初出は1981年)。

13 吉村徳重「既判力の第三者への拡張」吉村徳重＝井上正三編『講座民事訴訟(6)』(1984年・弘文堂) 139頁、148頁。なお、新堂幸司「訴訟承継論よ さようなら」新堂幸司＝山本和彦編『民事手続法と商事法務』(2006年・商事法務) 355頁、373頁注(14)。

もとの訴訟当事者間の訴訟状態に拘束されない独自の立場で争うことができなければならないこと、第3に、訴訟承継が問題になるのは訴訟手続の進行中であるから、口頭弁論終結後の承継の場合よりもさらに弾力的に従前の訴訟状態からの自由を承認する余地があること、第4に、第三者に求償または損害賠償を請求するため第三者を訴訟に引き込む場合には——これが可能であるとして——引き込まれた第三者は原則として従前の訴訟状態に拘束されないというべきであるから、第三者が引込申立人の要請によって応訴する義務と既存の訴訟状態を承認して引き継ぐ義務とは必ずしも一体でありえないことである。以上の井上治典教授の訴訟状態または訴訟関係承継義務の弱体化の議論は、口頭弁論終結後の承継人、訴訟に引き込まれる第三者の地位などとの比較において、訴訟承継人は前主の訴訟関係を全面的に引き継ぐのではなく、承継人自身の利益擁護のための手続の繰返しや新主張が一定の範囲で認められる余地があることを理由づけようとするものである。

しかし、これらの指摘は訴訟状態承継義務または訴訟関係承継義務の弱体化を正当化することに成功していないように思われる。まず、訴訟承継の場合にも承継人固有の法的地位が保護されるべきであるが、顧慮されるのは承継人固有の法的地位に限られなければならないのであり、これと前主自身の攻撃防御方法とは明確に区別されなければならない。第2に、通謀虚偽表示による売買であることを理由に被告に対して移転登記の抹消登記請求訴訟において請求認容判決を受けた原告が、口頭弁論終結後に被告から本件不動産を譲り受けた第三者に対しては、原告・被告間の売買が無権代理によるものであったことを主張できるべきであるとの見解に立つと、訴訟係属中の承継人ももとの訴訟当事者間の訴訟状態に拘束されない独自の立場で争うことができなければならないという主張も、説得力があるかどうか疑問である。口頭弁論終結後の譲受人が虚偽表示の第三者であることを主張し、これが正当である場合には、この第三者には前訴確定判

決の既判力は及ばない。この場合に前訴裁判所による虚偽表示の存在についての判断は判決理由であり、既判力が及ばないのであるから、前訴原告は既判力の及ばない第三者との関係では前訴とは異なる請求原因によって権利主張をすることができなければならない。訴訟係属中に、虚偽表示であることに善意で目的物の譲渡を受けた第三者は、自己固有の法的地位を有するので、前主の訴訟関係を引き受ける義務を負わないと解される。しかし、この場合、原告は改めてこの譲受人を被告として、原告被告間の売買契約が無権代理によって無効であることを主張することはできる。しかし、このことは承継人の固有の法的地位の保護が認められるべきことの結果であって、一般に承継人はもとの訴訟当事者間の訴訟状態に拘束されない独自の立場で争うことができることの根拠とはならない。第4の指摘は、訴訟に引き込まれる第三者の地位との比較論であるが、比較される事項が共通の基礎を有していないため、これも承継人はもとの訴訟当事者間の訴訟状態に拘束されない独自の立場で争うことができることの根拠づけとして適切ではない。しかしながら、井上教授の見解はその後の学説に一定の影響を与えた。

「訴訟状態承継義務」に対する批判的な最近の見解として、中野貞一郎博士の「訴訟承継と訴訟上の請求」¹⁴、加波真一教授の「訴訟承継論管見」¹⁵および新堂幸司博士の「訴訟承継論よ さようなら」¹⁶をとくに挙げることができる。

(2) 中野貞一郎博士の見解 (a) 2003年に発表された中野論文は、かなり早く訴訟関係承継義務に疑問を提示した論文である。承継人の訴訟関係承継義務の存否に関する主張の要旨は、おおよそ次のとおりである。

14 中野貞一郎「訴訟承継と訴訟上の請求」同『民事訴訟法の論点Ⅰ』（1994年・判例タイムズ社）149頁、157頁以下（初出は判例タイムズ804号〔1993年〕）。

15 加波真一「訴訟承継論覚書」撰南法学30号（2003年）1頁以下。

16 新堂・前掲注（13）355頁以下。

すなわち、参加承継および引受承継においては、承継人は被承継人と相手方の間で形成された訴訟法律関係を承継するのでなく、承継されるのは、被承継人と相手方との間で形成された訴訟状態だけであるとする。その理由は、訴訟承継にあっては従前からの当事者間の旧請求と承継人に関する新請求は併存し、また被承継人が訴訟から脱退する場合にも旧請求は（残存当事者間の判決の効力が脱退者にも及ぶから、48条）潜在的に訴訟物たり続けるし、承継人の請求または承継人に対する請求は旧請求とは別個の存在であり、このことは、債権の全部譲渡や免責的債務引受けのように、権利関係が実体的同一性を保持しつつ全面的に移転した場合にも変わらないという¹⁷⁾。派生的法律関係の設定の場合は、承継人に対する新請求は、主体も内容も異なることを指摘する。したがって異なる訴訟物について承継人の手続保障要求を無視することはできず、承継人に旧請求についての「生成中の既判力」を押し付けることは当然にはできないと強調される¹⁸⁾。

第2に、権利承継および義務承継の区別に重要な意味を認めず、承継人が自ら参加する場合を定めたのが現行民訴法49条であり、相手方が承継人を訴訟に引き込む場合を定めたのが50条であるとする現在の通説の見解によっても、中野博士は承継されるのは訴訟状態の全部ではなく、限界があることを強調される。その1つの場合として、権利承継と訴訟参加の間の時点において被承継人が行った訴訟行為には承継人は拘束されるべきでないことを強調される¹⁹⁾。また、紛争に対する承継人と被承継人との対応に差異がある場合には、被承継人と相手方との間で形成された訴訟状態の承継人に対する全面的拘束を認めることは訴訟承継制度の逸脱になることがありうるとし、前主が馴合的な訴訟追行を行ってきたことを知らずに係争物を譲り受けた者、建物収去土地明渡訴訟によって収去を求められている

17 中野・前掲注（14）157頁。

18 中野・前掲注（14）158頁。

19 中野・前掲注（14）161頁以下。

建物を抵当権実行のための競売手続によって取得したような者については独自の攻撃防御方法の提出を許すべきだとされる²⁰。

(b) 中野説は「生成中の既判力」の観念を承認した上で、手続保障上これを承継人に及ぼすことは不当であるとする点が、注目される。しかし、中野説には次の点に疑問が感じられる。第1に、確かに前主に対する請求と承継人に対する請求は異なる場合が存在する。このような場合、前主も当事者として残るのであるから、言葉の純粋な意味での訴訟承継が存在しないことも確かである。給付訴訟の原告側の債権譲渡のように、前主の請求と譲受人の請求とが同じ場合でも、前主が訴訟から脱退しない限り、当事者の交替は存在せず、三当事者の訴訟になる。しかし、このことから、承継の対象は被承継人とその相手方との間の訴訟関係ではなく、「訴訟状態」であるとして、この訴訟状態は必ずしも承継人を拘束するものではないとの帰結は、直ちに生ずるものではない。

中野説は、訴訟承継と言いながら実は権利承継人に当事者参加を可能にすることに、訴訟承継主義といわれているものの実質を認めるものと評価することができる。確かに後述のように、現行民訴法49条は沿革上、訴訟承継主義を定めるというよりは、訴訟係属中の係争物の譲受人による独立当事者参加の可能性を認めた規定である。しかし、係争物の譲受人が自己に有利な前主の訴訟状態を承継するだけで、自己に不利な訴訟状態は承継しないと解すると、当事者間の武器対等の原則に明確に反するであろう。なぜなら、相手方は自己に有利な訴訟状態の参加人に対する拘束を否定されるのに、相手方に不利な訴訟状態は参加人のために相手方を拘束することは承認されることになるからである。多くの場合、係争物の譲渡が相手方の知らないところで行われるのであるから、この不均衡が一層際立つことはいうまでもない。承継人は前主と相手方との間に存在する承継時までの訴訟法律関係を承継すると解さなければ、関係人間の武器対等の原則を

20 中野・前掲注(14) 162頁。

確保することはできない²¹。訴訟承継主義が採用される場合には、後述のように²²、当事者が係争物の譲渡により係争法律関係の主体たる地位を失うことによって、相手方が初めから譲受人を相手に訴訟をし直さなければならなくなる法的不安定の回避に、訴訟承継規定の目的があるのであるから、承継人が従前の前主に不利な訴訟状態の拘束を全く受けることなしに訴訟を受け継ぐことができるとするのは、従前の当事者のそれまでの訴訟の結果を全く無駄にすることになり、訴訟承継主義を採用する理由に反するからである。

第2に、実体法上保護されるべき承継人の固有の法的地位の主張が許されることが訴訟状態承認義務の制限要素と見られている点が問題であろう。訴訟承継主義を採用する場合にも、口頭弁論終結後の承継人への既判力の拡張の場合と同じく、実体法が承継人に与える固有の法的地位の保護は確保されるべきであり、これはもともと訴訟状態承認義務と矛盾するものではないからである。実体法が保護する承継人の固有の法的地位の主張は、当事者恒定主義のもとでも同じく許されなければならないものである。

第3に、権利承継と訴訟参加の間の時点において被承継人が行った訴訟行為には承継人は拘束されるべきでないとすると、相手方としては承継原因を知らなかったため承継人に訴訟への参加を求めることができなかったにもかかわらず、被承継人との間で生じた自己に有利な訴訟状態は承継人に引き継がれないことになり、ここでも当事者間の武器対等の原則に反する事態が生じうる。むしろ、被承継人が訴訟承継の申立てまでの間に行った訴訟行為によって承継人に生じうる不利益は、訴訟係属中に係争物の譲渡を受けた譲受人のリスクであって、必要ならば譲渡人の義務違反として譲渡人（被承継人）との間で解決されるべきものと見ることもできる。

21 この点は、兼子・前掲注（8）142～3頁によっても指摘されている。

22 後述290頁以下。

第4に、中野説は「生成中の既判力」の観念自体を承認しているが、後述のように、この観念はありえないものではないかと思われる。

第5に、中野説が承継の原因を何に求めるのか、必ずしも明らかにされていない。結論として、いわゆる派生的法律関係の設定の場合にも紛争主体たる地位の承継として訴訟承継を肯定する判例・通説を是認されるに過ぎない。

(3) 加波眞一教授の見解 加波教授は、承継人が被承継人の訴訟状態を引き継ぐ義務を負うにふさわしい訴訟承継許容要件を求めて判例学説を検討するなかで、訴訟承継の許容要件を実体法上の権利変動によって第三者（譲受人）が譲渡人の「当事者適格」を承継することに求める見解（適格承継説）を次のように批判する。すなわち、「当事者適格の移転を基準として訴訟承継許容要件を判断するとすれば、その当事者適格の判断基準自体が問題となる。この点、通説的見解によれば、一般的には、訴訟物たる権利関係の存否の確定について法律上の利害の対立する者（またはその法的利益をもつ者）か否かで判断する。すると、訴訟の訴訟物が債権的請求権である場合では、その債権関係にない第三者は、原告が主張するその債権的請求権の存否と関わりを持たない者であるから、その存否の確定について法律上の利害の対立する者（またはその法的利益を有する者）、すなわち、当事者適格を有する者には当たらないことになる。……」²³。また、「いわゆる派生的権利関係（訴訟物の基礎たる権利や訴訟物から派生する権利関係）の承継事案では、多くの場合、被承継人の訴訟における訴訟物と承継人のそれとは異なることになるため、訴訟承継は認められないことになろう」²⁴と。その例として、原告（X）の土地賃貸借契約の終了を理由とする被告（Y）所有の建物の収去土地明渡しを求める訴訟の係属中に被告から建物の一部を譲り受けた者（Z）は、XY間の契約関係とは全く関係

23 加波・前掲注（15）13頁。

24 加波・前掲注（15）14頁。

のない者であり、したがって債権的な目的物返還義務を負う可能性のない者であるから、XZ間では債権的返還義務は問題にならず、したがって適格承継は認められないという。加波教授も、原告の請求が物権的返還請求であれば、被告から占有を承継した第三者の当事者適格の承継は認められるという。しかし、物権的請求の場合にも、占有承継人に対する物権的請求権は被承継人に対する物権的請求権とは異なる新たに発生した請求権であるから、直ちにこのようにいえるかは疑問である。ここでは、差し当たり民訴法49条と50条の文言を別にすれば、訴訟係属発生後の係争債権、係争物の譲渡や移転が問題になっており、技術的な意味での訴訟物の承継が問題なのではない。したがって、仮に旧実体法説に立ったとしても、訴訟物とされる実体法上の請求権の主張について承継が問題になるのではなく、問題となるのは係争債権、係争物の譲渡や移転である。それゆえ、適格承継説は成り立たないと思われる。

もっとも、ここで「適格承継」といわれているのは、いわゆる訴訟法上の概念としての訴訟追行権（Prozessführungsbefugnis）の承継という意味においてであって、兼子説はこの意味での適格承継を考えているのではなく、彼が「当事者の適格」という場合、訴訟の対象となっている係争法律関係の帰属主体性の意味での「実体適格（Sachlegitimation）」を念頭においてのことである。それゆえ、訴訟承継にいう承継は、この実体適格の承継と解する余地があることに注意する必要がある。この点にも後に立ち返る。

（4）新堂幸司博士の見解　ごく最近、新堂幸司博士は、前に言及した「訴訟承継論よ　さようなら」と題するたいへん衝撃的なタイトルをもつ論文において、要旨、次のように主張している。すなわち、訴訟状態承継義務は完全に否定すべきであり、参加承継または引受承継が行われる場合には、承継人のまたは承継人に対する新たな請求について、その両当事者に「完全な当事者権ないし手続保障」を認めるべきであって、「生成中の

既判力」の考え方を根拠にした訴訟関係承継義務を完全に否定すべきであるというものである。

これまで兼子理論に依拠して訴訟承継理論を説明されてきた新堂博士が訴訟関係承継義務を否定したことは、衝撃が大きいであろう。ただ、「生成中の既判力」の承継人に対する拘束力によって訴訟関係承継義務を根拠づけようとする、ないしは説明しようとする考え方は比喩的な説明であって、これが容易に破綻することは、初めから運命づけられていたように思われる。なぜなら、訴訟係属後、訴訟の発展によって生じるとされる「生成中の既判力」は、既判力がいまだ生じていないことを自ら述べているのであり、生じていない既判力が当事者や当事者の（実体法上の）承継人を拘束しないことは当たり前だからである²⁵。また、もとの当事者間で将来下される判決の既判力の観点から承継人の訴訟関係承認義務を根拠づけようとすれば、それはその将来の判決の既判力が承継人に及ぶことが前提となるはずであるが、当面の問題においては、もとの当事者間において訴訟が続行され判決がなされ、これが確定しても、この判決の既判力は口頭弁論終結前の承継人には及ばないので（民訴115条1項）、既判力の口頭弁論終結後の承継人への拡張から口頭弁論終結前の承継人の訴訟関係承認義務を根拠づける基礎に欠けているといわなければならない。

4. 訴訟関係承継義務の否定がもたらすもの

以上のように近時の有力説は訴訟関係承継義務を否定するのであるが、

25 「生成経過中の既判力」をもって訴訟状態承認義務を根拠づけようとする兼子博士の試みの原型は、ドイツの当事者恒定主義における係争物の譲渡人の訴訟追行権の不消滅が後に下される確定判決の既判力が係争物の譲受人に及ぶこと（§ 325 ZPO）によって正当化されていること（vgl. E. Bley, a.a.O. (Fn.10), S.99）にあるように思われる。しかし、当事者恒定主義のもとで譲受人への既判力の拡張が生じるのは、飽くまで判決確定後であるのに対して、兼子説では訴訟係属中に生成経過中の既判力の作用が問題とされているという差異がある。

これが否定されると、立法者がまさに避けようとした（または避けるべきであったと考えられる）相手方の訴訟上の地位の劣悪化を防止することができなくなることは必然であろう。そして、敗訴を予感する当事者は訴訟係属中に、殊に事件が控訴審に係属しているときにも、何の制約もなく意のままに係争権利や係争物を第三者に譲渡することができ、譲渡を受け訴訟に参加した譲受人は前主と相手方間の訴訟手続の結果に拘束されないでフリーハンドを確保することになる。そのため、譲渡人の相手方は必要な訴訟資料を再度提出しなければならず、前主のした裁判上の自白の拘束力も失われる。前主が時機に後れた攻撃防御方法をもはや提出することができなくなっている、承継人はこれを提出することができることになる。証人尋問の結果についても、交互尋問が行われる場合、尋問の仕方如何によつては証拠結果に差異が生じうる以上、当事者の申立てがあれば、すでに取り調べた証人の再尋問も必要となろう。中間判決の拘束力も疑問となる。また控訴審で係争物の譲渡が行われる場合には、殆ど手続のやり直しが必要となろう。こうなると、訴訟において不利な判決を予感する当事者は係争物を第三者に譲渡することによって難なくこれを回避することができるようになり、相手方の有利な判決取得の期待は簡単に葬られてしまうであろう。そして、判決の言渡しは殆ど無制限に遅延するであろう。

しかし、本来の訴訟承継制度は、後述のように、民事訴訟法の歴史が示すように、係争物の譲渡禁止が現実社会における取引の必要性から維持することができず、係争物の譲渡禁止が行われたドイツ普通法においても実際にこの原則の例外が認められていたという現実を踏まえ、係争物の譲渡禁止原則を廃止する代わりに、訴訟係属中に係争物の譲渡が行われたため権利義務の帰属主体に変動が生じることにより、請求棄却判決がなされざるを得なくなることによる譲渡人の相手方当事者の不利益を回避することを目的とする。1868年制定のヴュルテンベルグ王国民事訴訟法の草案理由はこの間の事情を説明して次のように述べているが、説得的である。

「被告は、債権譲渡によって自己の状況が悪化しないことを要求できるに過ぎない。彼はこれを、譲受人側の訴訟の承継を強制する権能によって達成することができる。したがって彼は、譲渡人に対する訴訟で勝訴した後は、譲受人側の新たな訴訟にもはや曝されない。彼が譲渡を知らないために引受け (Reassumption) を要求することができなかった場合、民法上の原則により、譲渡もその限りで彼に対する関係では効力を有しなかったことになり、譲受人は譲渡人の訴訟追行を承認しなければならない。

債権譲渡について妥当することは、すべての種類の債権の特定承継に適用される。Sintenis, *Civilrecht*, II S. 803. 337条2項の規定は、しかし、一連の債権譲渡が例外的に入らない普通法上の禁止よりも広い。Sintenis, *Civilrecht*, I.c. S. 814 Ziff 2.

2) 普通法上の係争物の譲渡禁止は、その効果において広すぎ、その範囲において十分ではない。Wächter, *Württembergisches Privatrecht*, II, S. 529.

被告の譲渡を直ちに取り消す原告の権利は、原告の利益によって動機付けられない取引制限を含む。他方、一連の譲渡が除外されており、禁止はある物が原告の所有物として要求される物的訴えにおいてのみ妥当する。実務は、すでにこれまで禁止を、原告が取得した確定判決が被告の特定承継人に対して執行できるようにのみ適用した。Bayer, *Civilprozeß*, 8. Aufl., S. 561.

原告の正当な利益は a) 係属する訴訟において承継人を拘束する判決を取得できること、b) 訴訟中の被告と承継人の、原告に不利な法的処分から守られ、c) 実質 (Substanz) の悪化を防ぐことができることにある」²⁶。

26 Kodifikationsgeschichte Zivilprozeßrecht Edition Württemberg (Hrsg. von Schubert), Die Civilprozeßordnung für das Königsreich Württemberg von 1868, Bd.

要するに、係争物の譲渡は譲渡人の訴訟関係を劣悪化させないという前提でのみ正当化される、という規範的判断が行われている。それは、係争物の譲渡の自由は権利承継人のそれまでの訴訟関係の承継義務を認めることにより、相手方の訴訟上の地位の劣悪化を回避して初めて可能である、という規範的判断である。したがって、訴訟関係承継義務の否定は、このような訴訟物の譲渡禁止原則廃棄の不可欠の前提を全面否定することを意味するものであり、一方的に係争物の譲渡人に有利な取扱いを肯定し、訴訟承継主義の根底を覆すことになると見ざるを得ないのである。さらに訴訟関係承継義務を肯定する場合にも、承継人は裁判上の自白の撤回をすることができるし、場合によれば証人尋問の補充を認める余地もある。承継人に決定的な不利益が生じるわけでもないと思われる。

5. 本稿の課題

以上の問題状況は、われわれに日本民事訴訟法における係争物譲渡の問題を根本的に再検討する課題を提示しているといえることができる。

本稿は、先ず日本の民事訴訟法立法史における係争物譲渡の問題が、いつ、いかなる観点から扱われ、判例を含む現在のような規律を持つに至ったか、その結果どのような問題が生じたのか、それらの問題は判例学説によってどのように成功裏に解決されたのか、それとも問題の解決に失敗したのか、後者の場合には今後どのような方向で問題解決に取り組むべきなのかという様々な課題について論じることを目的とする。

2, Goldach 1997, S. 123. もっとも、ヴェルテンベルグ王国民事訴訟法が施行されたのは、統一法である1877年のドイツ民事訴訟法の施行までであるから、訴訟承継主義がもたらしうる様々な問題についての解決は残されていない。

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條～12條

(1) 日本の民事訴訟法の歴史の中で訴訟承継主義が検討されたのは、一般にはあまり知られていないが、意外と古い。

明治23年に制定された民事訴訟法典の編纂は、江戸幕府が西欧列強と締結することを余儀なくされた不平等条約を改正するという明治維新政府の悲願を背景に、直接には1884（明治17）年4月、伊藤博文（当時、参議・宮内卿）が、彼の要請によりドイツ政府から教育制度の新たな導入のための顧問として派遣されていたドイツ人法律家 *Hermann Techow*（ヘルマン・テヒョー）に、120条からなる日本の「民事訴訟法草案」を示し、これについて意見を求めたことに始まる。日本の民事訴訟法の制定に多大の関心を示した *Techow* は、自らに草案作成を委嘱するよう伊藤博文に求め、委嘱を受け、極めて精力的に活動し草案作成作業を行った。そして、日本人法律家の協力を求める *Techow* の要請に応じて司法省によって選任された日本人委員から成る委員会との約2年間にわたる共同作業の成果として、1886（明治19）年6月に草案が成立し、当時の山田顕義司法大臣に提出された。この草案がいわゆるテヒョー草案である²⁷。しかし、テヒョー草案は係争物の譲渡について何らの規定を置かなかった²⁸。しかし、この結果に至るまでに、これまで殆ど注目されていない看過することのできない歴史がある²⁹。

27 この間の経緯については、鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』（2004年・有斐閣）35頁以下が詳しい。

28 松本博之＝徳田和之の編著『日本立法資料全集191 民事訴訟法〔明治編〕（1）テヒョー草案Ⅰ』（2008年・信山社）3頁、9頁（松本執筆）参照。

29 斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法〔第2版〕（2）』（1991年・第一法規）285頁〔小室直人・東孝行〕は、明治23年民事訴訟法は係争物の譲渡の問題を真剣に検討した形跡がないというが、この指摘は必ずしも当たっていない。

テヒョー草案前の草案作成過程において、実際には訴訟承継に関する詳細な規定が*Techow*によって提案されていた。*Techow*は、最初の構想の段階では、訴訟係属中の係争物の譲渡は困難な問題であり、そのため「潜心注意之ヲ定メサルヘカラス」とし、また物権法に関係するものであるので、「委員諸君ト會議ノ上之ヲ定ムヘシ」³⁰としていたが、その後、ドイツ民事訴訟法の当事者恒定主義の規律は「甚タ錯雜ナルヲ以テ即チ簡易ニシテ又能ク日本ノ実情ニ適シタル『ウエルテムヘルグ』及ヒ『バイルン』國ノ訴訟法規則ヲ取捨」して、ヴェルテンベルグ王国民事訴訟法とバイエルン王国民事訴訟法に倣って次のような訴訟承継主義規定を提案した³¹。

『テヒヤウ氏訴訟規則修正原按』第4編第1章第1節

第10條「原告ハ訴訟スル請求ヲ第三者ニ讓與スルコトヲ妨ケラレス但其權利相續人ハ其訴訟ニ加入シ現状ノ儘之ヲ繼續スルノ權利アルノミナラス被告ノ請求ニ因リ之ヲ繼續スヘキ義務アルモノトス

本來ノ原告（先権者）其訴訟ヲ脱スルニハ被告ノ承諾ヲ得ルヲ要ス訴訟ニ加入シタル權利相續人ハ從來生シタル費用ヲ先権者ト共ニ負擔ス可シ 但權利相續人別ニ先権者ニ係リ之ヲ請求スルコトヲ得 又向後ノ費用ハ權利相續人ニ於テ辨償シ能ハサル限り先権者之ヲ負擔ス可シ

被告權利相續人ノ加入ヲ請求スル時其訴訟手續ハ第2篇第1章第7條ノ規則ニ從フ」

第11條「被告ハ訴訟中其訴訟物件ヲ他人ニ讓與スルコトヲ得

30 テヒョー『訴訟規則原按 完』第4編7～9條（松本＝徳田編著・前掲注（28）資料〔1〕68頁）。なお、この資料はこの資料集によって初めて日の目を見たものである。

31 『テヒヤウ氏訴訟規則修正原按』第4編第1章第1節10條～13條の備考（松本＝徳田編著・前掲注（28）資料〔2〕161頁）。*Techow*は訴え提起の方式についても1868年のヴェルテンベルグ王国民事訴訟法の規律に倣った規定を提案したが、その理由については、鈴木・前掲注（27）95頁以下参照。

被告訴訟物件ノ拘束后ニ於テ第三者ノ利益ノ為メ為シタル所為ハ原告及ヒ其第三者ニ對シテハ確定裁判后初メテ為シタル所為ト同一ニ看做ス可シ」

第12條「物件ノ保有者ト認メ訴訟スル場合ニ於テ其物件ノ拘束后被告ノ權利相續人タル者ハ原告ノ請求ニ因リ訴訟ニ加入シ現状ノ儘之ヲ繼續スヘキ義務アルモノトス 但權利相續人原告ノ請求ヲ承認スル時ハ此限ニ在ラス

權利相續人原告ノ請求ヲ承認スル時ハ訴訟費用ヲ負担セスト雖モ若シ訴訟ニ加入スル場合ニ於テハ費用ニ関シ第10條末項ノ規則ニ從ヒ負担セサル可カラス

原告、被告ノ相續人ノ加入ヲ請求スル時其訴訟手續ハ第2編第1章第7條ノ規則ニ從フ」

第13條「被告ノ權利相續人物上權ニ関スル原則ニ依リ他人ノ請求ニ對シ擔保セラレアル限りハ前條ノ最初ノ2項及ヒ第11條第2項ノ規則ヲ適用セス」

因みに、*Techow*が依拠したとする1868年のヴェルテンベルグ王国民事訴訟法327条は、次のように規定した。

「係争中の債権又は物の譲渡禁止は廃止される。

原告は訴求された請求権を第三者に譲渡することを阻止されない。但し、訴訟係属発生後の原告の権利承継人はすべて、原告に対して提起された反訴を含め訴訟を現状において受け継ぐ義務を負う(300条)。

被告は訴訟係属によって訴訟の目的を譲渡することを妨げられない。但し、訴えが物の占有者自身に向けられている場合には、訴訟係属発生後に被告の特定権利承継人となる者はその当時の状況において訴訟を引き継ぐ義務を負う。

訴訟係属発生後に被告が係争物につき第三者の有利に行った処分はすべて、原告に関し、かつ被告の不利に、判決確定後になされた処分

と同視される。

本條第3項及び第4項の規定は、被告の権利承継人が民法の特別規定によって第三者の請求から守られている場合には、そしてその限りで適用されない」。

また、1868年のバイエルン王国民事訴訟法493条1項は、次のように規定した。

「係争中の権利又は負担付の物の特別の法権原による移転は、訴訟の進行を中断しない。

新たな関係人は訴訟に参加することができ、現状において訴訟を続行することができる」

(2)「テヒヤウ氏 訴訟規則修正原按」における係争物の譲渡に関する規定は、その翻訳の拙劣さも加わって、かなり難解である³²。しかし、

32 参考のため、「哲憑氏 訴訟規則翻訳原案修正」第4編第1章第1節第10條～12條における該当条文の訳を掲げておく。

第10條「原告ハ訴訟トナリタル請求ヲ他人ニ譲渡スルコトヲ妨ケラレサルモノトス 但其權利相續人ハ其訴訟ニ加入シテ訴訟ヲ現状ノ儘繼續スルノ權利ヲ有スルノミナラス被告ノ求メニ依リ亦其義務ヲ有スルモノトス

最初ノ原告ノ訴訟ヲ脱スルニハ被告ノ承諾ヲ得ルニアラサレハ之ヲナスコトヲ得ス

是レマテノ費用ニ付テハ訴訟ニ加入シタル權利相續人最初ノ原告ト共ニ責任ヲ負擔スルモノトス其權利相續人最初ノ原告ニ對シ償還要求ヲナスハ格別ナリトス 其后ノ費用ニ付テハ權利相續人ヨリ之ヲ徴収スルコト能ハサルモノニ限り最初ノ原告モ亦責任ヲ負擔スルモノトス

被告權利相續人ノ加入ヲ求ムルトキハ其裁判手續ハ第2篇第1章第7條ノ規則ニ從フモノトス」

第11條「被告ハ訴訟事件ヲ賣渡シ及譲渡スルコトヲ訴訟ノ為メ妨ケラレサルモノトス

但被告裁判關係トナリタル後他人ノ利益ノ為メ訴訟事件ニ付テナシタル各個ノ處分ハ原告及他人ニ對シテハ之ヲ裁判確定ノ後始メテナシタル處分ト同視スルモノトス」

第12條「物件ノ現所有者ニ對シ其現所有者トシテナシタル訴訟ノ場合ニ於テ其裁判關係トナリタル后被告ノ權利相續人トナリタル者ハ原告ノ請求ヲ承認スルコトヲ欲セザルトキハ原告ノ求メニ依リ訴訟ニ加入シ現状ノ儘訴訟ヲ繼續スルノ義務ア

1868年ヴェルテンベルグ王国民事訴訟法327条を併わせて読むと、意味がはっきりする。まず、*Techow*にあっては、原告側および被告側の権利承継 (Rechtsnachfolge) だけが規定されており、被告側の義務承継 (Schuldübernahme) については全く規定されていない。原告側の権利承継の場合、承継人は現状において訴訟を承継する権利を有するとともに、その義務をも負うことが明らかにされている。被告側の権利承継の場合、物の占有者に対する請求については被告の権利承継人 (特定承継人) はその当時の状況において訴訟を継続する義務を負うとするとともに、さらに、訴訟係属発生後に被告が係争物につき第三者の利益に行った処分はすべて、原告に関し、被告および第三者の不利に、判決確定後になされた処分と同視されるとする。兼子博士は、後者は当事者恒定主義を定めたものという³³。しかし、訴訟承継主義を定めながら、これと全く異なる原則を挿入するのは不可解である。それゆえ、これは被告の権利承継人の訴訟承継義務を前提としながら、被告側の処分行為が原告側に知れず、原告が第三者に対する訴訟引受けの申立てをすることができなかった場合の原告の保護を目的とする規定であると解すべきであろう。被告の権利承継人が実体法によって保護されるべき法的地位を有する場合には、この者は訴訟を引き継ぐ義務を負わないし、また、訴訟係属中の処分はもはや判決確定後の処分とも見なされない。*Techow*によると、原告または被告がそれぞれ相

ルモノトス

其権利相續人原告ノ請求ヲ承認スルトキハ訴訟費用ニ付キ責任ヲ負擔セサルモノトス 其権利相續人訴訟ニ加入スルトキハ第10條末項ノ規定ニ從ヒ訴訟費用ニ付キ責任ヲ負擔スヘキモノトス

原告其権利相續人ノ加入ヲ求ムルトキハ其裁判手續ハ第2篇第1章第7條ノ規定ニ從フモノトス

第13條「前條ノ最初ノ兩項及第11條第2項ノ規定ハ被告ノ権利相續人他人ノ請求ニ對シ民法ノ原則ニ從テ保證ヲナシタルトキ及其場合ニ限り之ヲ適用セサルモノトス」

33 兼子一「民事訴訟法の制定」同『民事法研究第二卷』(1950年・酒井書店) 1頁, 11頁以下。

手方の権利承継人に訴訟への加入を求める手続は、『テヒヤウ氏 訴訟規則修正原按』第2編第1章第7条の規定、すなわち、訴訟当事者の死亡の場合の相続人による受継に関する規定によるべきこととされている。

*Techow*の構想では、債務引受はヴェルテンベルグ王国民事訴訟法327条にいう「訴訟の目的」と同じく、「テヒヤウ氏 訴訟規則修正原按」第4編第1章第1節第11条にいう「訴訟物件」には含まれないようである。これは訴訟承継が係争物の譲渡禁止を廃止するための前提として不可欠であるため法律上規律されることに鑑み、債務承継を含めないのは首尾一貫した措置であると考えられる。

2. 訴訟規則委員会（三好委員会）による訴訟承継の否定

*Techow*の訴訟規則修正原按が提出されたのは明治18年8月であるが、その後、伊藤博文は、同年9月新たに三好退蔵を委員長とする新たな委員会を制度取調局内に設置し、*Techow*の手になる草案の検討を改めて行わせた。「訴訟規則会議」と呼ばれるこの委員会には、委員として、伊藤巳代治（内閣総理大臣秘書官）、南部甕男（司法省民事局長）、栗塚省吾（司法大臣秘書官）、菊池武夫（司法大臣秘書官）、井上正一（司法書記官）、小松済治（司法書記官）、本多康直（司法書記官）、宮城浩蔵（司法書記官）、今村信行（控訴院評定官）、渡辺廉吉（内閣法制局参事官）が加わった。

訴訟規則委員会は、「テヒヤウ氏 訴訟規則修正原按」および「哲憑氏 訴訟規則翻訳原案修正」を検討の対象とした。審議の結果出来上がったのが『訴訟規則会議員修正案 完』（1-473条）³⁴である。この修正案は、種々の点で「テヒヤウ氏訴訟規則修正原按」を変更している。これは第二読会においてさらに部分的に修正され、『訴訟法草案第一巻』³⁵および『訴訟法草

34 松本博之＝徳田和幸編『日本立法資料全集192 民事訴訟法（明治編）（2）テヒョー草案Ⅱ』資料〔7〕（2008年・信山社）3頁以下に収録されている。

35 松本＝徳田編・前掲（34）〔資料8〕。

案第二巻』³⁶が出来上がった。委員会の書記であった深野達によれば、「委員会議ニ於テ原案ノ不備ト認ムルモノハ之ヲ増補シ不宜ト認ムルモノハ之ヲ改訂シ冗ト認ムルモノハ之ヲ刪リタリ」という³⁷。訴訟規則委員会の大幅な修正・新案の提示を受けて、テヒョーは「哲憑氏訴訟規則案説明書第一回～第十三回」³⁸を提出し、自身の草案の説明、日本側委員の修正事項に対する反論および新たな提案を行ったと思われる。*Techow*と委員会の対立事項は多数にのぼる³⁹。

その1つが、まさに本稿の扱う係争物の譲渡に関する規律であった。当事者は係争物を訴訟係属中に譲渡することができる旨の規定（『テヒヤウ氏訴訟規則修正原案』第4編第1章第1節10条・11条）は、この段階で、係争物の譲渡の問題は訴訟法の問題ではなく民法の問題であり、「假ニ此事ヲ訴訟法ニ掲クルハ便宜ナリトスルモ 訴訟中請求権若クハ訴訟ノ目的物ヲ譲リ渡スコトヲ得セスムルハ果シテ本邦今日ノ事情ニ適スルヤ否頗ル議論ヲ惹起スルノ點ナラン ……」⁴⁰という理由で削除された。係争物の譲渡が自由にできることによる、他人の係争物の投機的な買受けの弊に対する嫌悪感が広く行き渡っていたのであろう。そして、訴訟承継の必要性は代替手段によってカバーできると考えられたようである。係争物譲渡に関する規定を削除しようとする提案に対して、*Techow*は『哲憑氏訴訟規則

36 松本＝徳田編・前掲（34）〔資料9〕。

37 深野達「日本訴訟規則修正案説明 例言」。「日本訴訟規則修正案説明」（松本＝徳田編著・前掲注（34）資料〔11〕）は、三好委員会の書記であった深野達が作成した文書であり、*Techow*の修正原案と訴訟規則委員会の修正案の対置およびその説明があり、なぜある条文案を削除し、また修正しようとするのか、その理由を明らかにする説明書であり、訴訟規則委員会の考え方を知る上で非常に重要な資料である。

38 松本博之＝徳田和幸編著『日本立法資料全集193 民事訴訟法（明治編）（3）テヒョー草案Ⅲ』資料〔12〕（2008年・信山社）3頁以下に収録。

39 松本博之「テヒョー草案の成立」松本＝徳田編著・前掲注（28）1頁、7頁以下。

40 「日本訴訟規則修正案」（松本＝徳田編著・前掲注（34）資料〔11〕）353頁以下；『日本近代立法資料叢書24』（1986年・商事法務）95頁参照。

按説明書』⁴¹⁾において次のように指摘して、これに反論した。

「本草按ハ原告ノ出訴シタル請求權ヲ他人ニ譲リ又ハ被告ノ訴訟物件ヲ他人ニ譲リタル場合ニ於テハ舊原被一方ノ權利相續人ニ新ニ此訴訟事件ニ與ルヲ許シ又對手人ノ望ニ依リテハ其相續者ハ之ニ與ル可ヘキ義務アルヲヲ擧ケタリ

此規程ハ從來ノ実施ヲ變更シ且ツ異議ス可キ者トナシタルナラン其故ハ請求ノ利ヲ得ン為メ他人ノ為ニ公事ヲ企ツル所ノ惡評アル者ヲ尚ホ此訴訟ニ與ラシメ且又如此キ者ニ訴訟委任者トナルヲヲ許可スル如キ裁判所權利ノ空妨スルヲヲ豫防ス可キトノ故ナラン然リト雖トモ此目的ヲ達セントハ少〔シ〕ク疑ヒ無キ能ハス何トナレハ若シ自ラハ訴訟ヲ成スヲ好マサル權利者ノ始メヨリ原告トナリテ出訴スルヲ無ク直〔チ〕ニ其請求權ヲ或ル三百代言人ニ（訴訟ノ利ヲ得ン為メ）名目上譲リ渡ストキハ裁判所ハ之ニ對シテ何ノ處分ヲモ全ク成スヲ能ハサルヘシ

何ニ致セ權利相續人ノ訴訟ニ與ルヲ禁止スル所ノ特別方法ハ固ヨリ成サ、ル可ラス且如此キ關係ヲ肅〔肅?〕正スル規程モ亦闕ク可ラス然〔レ〕トモ如此キ規程ノ起草ハ暫ク止メ以テ此事ニ直接ノ關係アル規程即チ權利相續人ノ利害ニ關スル權制執行ノ規程ニ付キテ委員會ノ決議アル迄待タサル可ラス」

このようにTechowは、訴訟承継の規定の削除に同意したのでなく、「權制執行」すなわち強制執行に関する規定である執行力拡張規定の起草まで先送りすることを提案したのであるが、日本側委員が三百代言人の跋扈を嫌ったため、結果としては訴訟承継規定の復活はなかった。

以上の経過によって、明治23年民事訴訟法は係争物の譲渡に関する規定を持たないことになった。民法は係争物の譲渡を禁じていないから、訴訟係属中に原告側であれ、被告側であれ、係争物の譲渡がなされると、その

41 松本＝徳田編著・前掲注（38）〔資料12〕49頁以下。

まま訴訟を続行して判決が言い渡され、それが確定しても、確定判決は権利承継人には何の効力をも有しないという事態が生じた。これが訴訟手続の存在意義を疑わせる事態であることは、多言を要しない。

3. 明治36年民事訴訟法草案における係争物の譲渡

以上のような紆余曲折を経て制定された明治23年民事訴訟法は明治24年1月に施行されたが、この法律の実務における評判は、決して芳しいものではなかった。人は、民事訴訟法は手続を不必要に複雑にすると批判した。加えて民法の改正が迫っていた。政府は、明治28(1895)年12月中旬に民事訴訟法の改正草案の作成のために民事訴訟法調査委員を任命した。委員は、横田国臣(司法省民刑局長)、今村信行(判事)、高木豊三(判事)、河村譲三郎(司法省参事官)、富谷銈太郎(判事)、前田考階(判事)、梅謙次郎(法科大学教授)であり、三好退蔵が委員長に任命された(ただし、三好委員長は明治28年12月28日までである)。明治29年1月13日から伊藤悌治(判事)が加わった。民事訴訟法調査委員会は裁判所、検察庁、弁護士会から寄せられた修正意見を参考にして、起草委員会が修正案を提出し審議をしたものと思われるが、この委員会が作成した民事訴訟法修正案には、訴訟係属中の係争物の譲渡に関する規定は定められなかった。明治32年法典調査規則が改正され、民法商法および付属法律の調査審議のために設置されていた法典調査会が「法典及付属法令ノ改正又ハ制定ニ関スル事項ヲ起案審議」することになり、司法省の民事訴訟法調査委員会は解消され、民事訴訟法の改正も法典調査会第二部がその任に当たることになった。

法典調査会の審議は一応明治33年9月15日からと考えられるが、第1回から第36回(明治34年7月12日)までは審議録が作成されており⁴²、審議の

42 これは、松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集43 民事訴訟法〔明治36年草案〕(1)』(1994年・信山社)資料(4)以下および『日本立法資

詳細を知ることができる。この期間は、かなりの時間をかけた慎重な審議が行われたが、この期間に審議済みになったのは僅か第1条から第86条までであった。その後夏休みを経て残りの378条の審議を、明治35年4月頃までに終えることは到底不可能であった。審議のやり方を大幅に変えて審議の促進を図り、速記録も作成しなかったのであろうと推測されている。法典調査会委員勤務調によれば、明治34年9月以後は休会となっているので、87条以下の条文は第二部の審議にかけられた形跡はない。したがって委員会審議を省略して改正案の採択が行われた可能性が高い。時間の制約のもとで大急ぎで作成されたのが、総数997条からなる「民事訴訟法案」であったと思われる。明治36年旧法典調査会案は、この「民事訴訟法案」の字句の修正整理により出来上がったものと思われる。民事訴訟法案第229条は、「権利拘束カ生シタル後權利又ハ其目的ノ移転アルモ訴訟ニ影響ヲ及ホスコトナシ 2. 承継人ハ訴訟ノ相手方ノ同意ヲ得テ当事者ニ代リ訴訟ヲ引受ケ又ハ第26条ニ定メタル訴ヲ提起スルコトヲ得」と規定し、同26条は、「他人間ノ訴訟ノ目的ノ全部又ハ一部ヲ自己ノ為ニ請求スル訴ハ権利拘束中本訴訟ノ第一審裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得」と規定した。

この規定は、訴訟係属中の係争物の譲渡が生じた場合、これは訴訟に影響を与えない旨規定し、当事者恒定主義を定めるものであった。承継人が訴訟を引き受けることができるのは、相手方の同意を得た場合のみであった。これは、ドイツ民事訴訟法265条の制度を導入しようとするものであった。もっとも、いつ誰が提案し、どのような議論があったかは明らかでない。

4. 大正15年改正民事訴訟法における係争物の譲渡

民事訴訟法改正草案が出来上がったのは、ようやく大正14年になってか

料全集44 民事訴訟法〔明治36年草案〕(2)』（1995年・信山社）に収録されている。

らであった。大正15年に改正草案は帝国議會を通過し、改正民事訴訟法は昭和4年に施行された。

(1) 立法過程における議論

明治23年民訴法の改正作業は法典調査会第二部によって行われていたが、法典調査会は明治36年に廃止された。その後、民事訴訟法の改正作業を継続するために、司法省は同省内に民事訴訟法改正調査委員会を設置した。この委員会に提出された「民事訴訟法改正案（第一案・議案）」の第69条は、「訴訟参加ハ訴訟ノ目的ノ全部又ハ一部カ自己ノ権利ナルコトヲ主張スル為之ヲ為スコトヲ得此場合ニ於テハ判決ハ参加人ニ對シテモ其ノ効力ヲ生ス 2 第57条條及ヒ第61條ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス」と規定し、70条は「前條ノ場合ニ於テハ被参加人ハ相手方ノ承諾ヲ得テ訴訟ヨリ脱退シ参加人ヲシテ訴訟ヲ引受ケシムルコトヲ得但判決ハ脱退シタル当事者ニ對シテモ其効力ヲ有ス」と規定した。しかし、同案は係争物の譲渡に関しては規定を用意しなかった。起草委員は、この条文によって債権譲渡もカヴァーされると考えていた⁴³。しかし、改正調査委員会の総会において、委員から様々な異論が出された。

たとえば、「69條は之れは指名参加の規定ですか」という岡野敬次郎の質問に対して、起草委員の1人で、起草委員を代表する形で答弁を行った松岡義正は、「そればかりではないが、それも這入って居ります」と答えている⁴⁴。指名参加は、債権者から訴えの提起を受けた債務者が当該債権が自分に帰属していると主張する第三者に訴訟告知を行う場合、この第三者

43 民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第9回（大正11年4月4日）、松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集（12）民事訴訟法〔大正改正編（3）〕』（1993年・信山社）132頁において、松岡義正は、69条において債権譲渡について書いていないことは69条でいけることを意味すると説明した。

44 民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第8回（大正11年3月7日）（松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集（12）民事訴訟法〔大正改正編（3）〕』（1993年・信山社）129頁。

が補助参加人として訴訟に加入し、被告が債務額を供託して訴訟から脱退した後、その第三者に主たる当事者（Hauptpartei）として原告と訴訟を続行することを許す制度である。注意すべきは、この指名参加訴訟では、この第三者は他の場合と異なり、従前の訴訟追行に拘束されないとされることである⁴⁵。「民事訴訟法改正案（第一案・議案）」69条を指名参加の場合をも含んでいると答える起草委員の考えも、同じように、権利主張のために補助参加をした第三者も従前の当事者間の訴訟追行に拘束されないというものであったと思われる。

起草委員会は、訴訟係属後の係争物の譲渡に対しては、この第1案第69条によって対応することができると見ていた。起草委員の考えでは「訴訟ノ結果ニ因リ権利ヲ害セラルヘキコトヲ主張スル為又ハ訴訟ノ目的ノ全部又ハ一部カ自己ノ権利ナルコトヲ主張スル為メ」第三者が訴訟参加をする場合、参加人が訴訟を引き受けることになるのは、被参加人が相手方の承諾を得て訴訟から脱退する場合である。相手方の承諾が得られなければ、訴訟脱退はなく、したがって訴訟引受けもないことになる。この点が、民事訴訟法改正調査委員会の総会において問題とされた。すなわち、第一審裁判所が原告勝訴判決をし、被告が提起した控訴により事件が控訴審に移審した後、控訴審手続中に債権譲渡が行われ、譲受人が債権を主張して訴訟参加する場合、原告（譲渡人）の請求権は債権譲渡によって消滅しているから、相手方は譲渡人の訴訟脱退に同意することは考えられず、譲渡人の請求は棄却される運命にあるから、譲受人としては訴訟に参加しても譲渡人の請求棄却判決しか期待できないから、参加することはない、という

45 Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., Bd. 2, Tübingen 2004, § 75 Rdnr. 11; Roosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2004, § 42 Rdnr. 5. なお、徳田和幸「訴訟参加制度の継受と変容——本人指名参加の廃止を中心として」同『複雑訴訟の基礎理論』（2009年・信山社）141頁、155頁以下も参照。

岡野敬次郎の批判である⁴⁶。また、委員であった原嘉道も、第1案の第69条では、債務の履行を求める訴訟において原告勝訴判決がなされた後、被告の控訴によって事件が控訴審に移審し、控訴審において原告による債権譲渡があった場合、譲受人が第69条によって訴訟に参加して、原告が訴訟から脱退するにつき被告の承諾を得ようとしても、被告は、原告の請求は債権譲渡によって理由のないものになっているため請求棄却判決を得ることができるので、脱退に承諾するはずがない、被告が承諾をしないため脱退がないから、69条の規定は債権譲渡の場合には何の役にも立たないと批判した⁴⁷。起草委員（松岡義正）は、多くの場合、原告（譲渡人）は脱退するであろうが、脱退しない場合には参加人は参加人として判決を受けるが、控訴審では「参加人は債権を譲受けてそれが権利者であると云うことに極まったならば矢張り控訴を棄却すると云うことになる、さうして控訴を棄却して被告の防御方法を排斥してしまへば夫れで目的を達する」⁴⁸と答えたが、この回答に対して、これでは誰が債権者であるか判決では決まらなと批判され、さらに、第69条は権利主張参加の場合、判決は参加人に対しても効力を生ずると規定している以上、控訴審で控訴を棄却した判決によって参加人は執行ができるのかと質問がでた。

以上の改正調査委員会の総会の議論は、「本條ハ現行法ノ指名参加ノ場合ニ限り適用セラルヘキ主旨ニ改ムルヲ可トセスヤ」とか、「債権ノ譲渡其ノ他係争物ノ譲渡アリタル場合ニ付特別ノ規定ヲ設クルヲ可トセスヤ」との意見があったと整理された⁴⁹。

46 民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第8回（大正11年3月7日）（松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集（12）民事訴訟法〔大正改正編（3）〕』（1993年・信山社）129頁以下。

47 松本＝河野＝徳田編著・前掲注（46）131頁以下。

48 松本＝河野＝徳田編著・前掲注（46）130頁。

49 「民事訴訟法改正案修正問題」松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集（11）民事訴訟法〔大正改正編（2）〕〕〔資料480〕（1993年・信山社）222頁。

これを受けて起草委員会による再検討が行われたようである。しかし、起草委員会の結論は、いずれについても、総会での委員の意見には従わないという否定的なものであった。訴訟係属中の債権譲渡その他係争物の譲渡について特別の規定を設けることの可否について、松岡義正委員は「之は我々共に於て研究した結果、之は57條の共同訴訟参加として権利を主張して行くとすれば其目的を達するから特に明文を置く必要はないと云ふ所から御質問の趣旨に副はなかつたのであります」と述べた⁵⁰。共同訴訟参加とは、ドイツ法の共同訴訟的補助参加を参照して立案されたものであり、「訴訟ノ目的カ当事者ノ一方及ヒ第三者ニ付キ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ於テハ其第三者ハ共同訴訟人トシテ訴訟ニ参加スルコトヲ得」と規定した。第2案で注目されるのは、債務の承継に関する規定が提案されたことであろう。第2案第67條ノ3は、「訴訟ノ係属中第三者カ其訴訟ノ目的タル債務ヲ承継シタルトキハ裁判所ハ当事者ノ申立ニ因リ其ノ第三者ヲシテ訴訟ヲ引受ケシムルコトヲ得 (2) 裁判所ハ前項ノ規定ニ依リ決定ヲ為ス前当事者及第三者ヲ審訊スルコトヲ要ス (3) 前條ノ規定中脱退及判決ノ効力ニ関スルモノハ第1項ノ規定ニ依リ訴訟ノ引受ケアリタル場合ニ之ヲ準用ス」と規定した。

この第2案をめぐるのは、再開後の調査委員会総会においてかなり議論があったようである。しかし、速記の中止のため（これは議論が紛糾すると、しばしば行われた）、われわれは残念ながら議論の詳細な内容を知ることができない。結論として、67条、67条の2、67条の3などの規定の採否は、大正14年6月9日の総会において決することをせず、先送りすることとなった⁵¹。

この第2案の規定を整理したものが、第3案69条（「訴訟参加ハ訴訟ノ

50 松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集（13）民事訴訟法〔大正改正編（4）〕』（1993年・信山社）27頁。

51 松本＝河野＝徳田編著・前掲注（50）28頁。

結果ニ因リ権利ヲ害セラルヘキコトヲ主張スル為又ハ訴訟ノ目的ノ全部又ハ一部カ自己ノ権利ナルコトヲ主張スル為之ヲ為スコトヲ得此ノ場合ニ於テハ判決ハ参加人ニ對シテ其効力ヲ生ス (2) 第60條及第63條ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス)、同第70條 (「前条第一項ノ規定ニ依リ自己ノ権利ヲ主張スル為訴訟ニ参加シタル者アル場合ニ於テハ被参加人ハ相手方ノ承諾ヲ得テ訴訟ヨリ脱退シ参加人ヲシテ訴訟ヲ引受ケシムルコトヲ得但シ判決ハ脱退シタル当事者ニ對シテモ其ノ効力ヲ有ス)、同第71條 (「訴訟ノ係属中第三者カ其ノ訴訟ノ目的タル債務ヲ承継シタルトキハ裁判所ハ当事者ノ申立ニ因リ其ノ第三者ヲシテ訴訟ヲ引受ケシムルコトヲ得 (2) 裁判所ハ前項ノ規定ニ依リ決定ヲ為ス前当事者及第三者ヲ審訊スルコトヲ要ス (3) 前條ノ規定中脱退及判決ノ効力ニ関スルモノハ第1項ノ規定ニ依リ訴訟ノ引受アリタル場合ニ之ヲ準用ス)」である。

その後、起草委員は次の規定を提案した。第3案の69条は、第4案では71条として「訴訟ノ結果ニ因リテ権利ヲ害セラルヘキコトヲ主張スル者又ハ訴訟ノ目的ノ全部又ハ一部カ自己ノ権利ナルコトヲ主張スル者ハ当事者トシテ訴訟ニ参加スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ第62條及第65條ノ規定ヲ準用ス」と規定され (傍点は引用者)、かつ第4案73条は、「訴訟ノ係属中其ノ訴訟ノ目的タル権利ノ全部又ハ一部ヲ譲受ケタルコトヲ主張スル為第71条ノ規定ニ依リテ為シタル訴訟参加ハ訴訟係属ノ始ニ遡リテ時効ノ中断又ハ法律上ノ期間遵守ノ効力ヲ生ス」と規定した。『テヒヤウ氏訴訟規則修正原按』および1868年のヴェルテンベルグ王国民事訴訟法が定めていなかった債務承継について、第4案第74条は次のように定めた。

第74条「訴訟ノ係属中第三者カ其ノ訴訟ノ目的タル債務ヲ承継シタルトキハ裁判所ハ当事者ノ申立ニ因リ其ノ第三者ヲシテ訴訟ヲ引受ケシムルコトヲ得

裁判所ハ前項ノ規定ニ依リ決定ヲ為ス前当事者及第三者ヲ審訊スルコトヲ要ス

第72条ノ規定中脱退及判決ノ効力ニ関スルモノハ第1項ノ規定ニ依リ訴訟ノ引受アリタル場合ニ之ヲ準用ス」

このようにして、民事訴訟法中改正法律案（議会提出・第5案）は、次の内容を取得した。

第73条「訴訟ノ係属中其ノ訴訟ノ目的タル権利ノ全部又ハ一部ヲ譲受ケタルコトヲ主張シ第71条ノ規定ニ依リテ訴訟参加ヲ為シタルトキハ其ノ参加ハ訴訟ノ係属ノ初二週リテ時効ノ中断又ハ法律上ノ期間遵守ノ効力ヲ生ス」

第74条「訴訟ノ係属中第三者カ其ノ訴訟ノ目的タル債務ヲ承継シタルトキハ裁判所ハ当事者ノ申立ニ因リ其ノ第三者ヲシテ訴訟ヲ引受ケシムルコトヲ得

裁判所ハ前項ノ規定ニ依リテ決定ヲ為ス前当事者及第三者ヲ審訊スルコトヲ要ス

第72条ノ規定中脱退及判決ノ効力ニ関スルモノハ第1項ノ規定ニ依リテ訴訟ノ引受アリタル場合ニ之ヲ準用ス」

このように、大正15年改正民訴法は、係争物の譲渡に関し規定したのは、訴訟係属中の権利承継人の当事者参加権のみであった。相手方の申立てによる権利承継人の参加義務ないしは承継義務は規定されなかったが、これは当事者間の武器対等の原則から見てもともと非常に疑問のある規律であったであろう。武器対等の原則は、当事者の訴訟上の地位の対等の保障を意味するが、権利承継人は譲渡人の相手方に対して当事者として参加できるが、譲渡人の相手方の申立てによる参加義務を負わないとすれば、訴訟上の地位の対等性が全く保障されないからである。他方、債務引受けについては、単なる訴訟経済の観点から債務承継人の訴訟引受義務が規定された。

(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

大正15年改正民訴法の立法者は、従来の学説においても指摘されているように⁵²、その旨の問題提起があつたにもかかわらず、係争物の譲渡について訴訟承継を規定しようとする意図は殆どなかったといつてよい。それは係属中の訴訟の「目的ノ全部若ハ一部カ自己ノ権利ナルコトヲ主張スル」第三者に当事者参加を許す大正15年改正民訴法71条との関係で、訴訟係属中に「訴訟ノ目的タル権利ノ全部又ハ一部ヲ譲受ケタルコトヲ主張」する第三者にも、71条の形式での訴訟参加を許すことを目的とした規定であつた。もちろん訴訟参加が行われた後、もとの当事者の一方が訴訟から脱退すれば、結果として訴訟承継が生じる。しかし、脱退当事者の供託義務を定めるなどの、訴訟脱退に対する相手方の同意を容易にする措置は執られておらず、訴訟承継を目指したということではできないのである。

大正15年改正民訴法は、訴訟承継を定めようとしなかったのであるから、訴訟承継の効果である訴訟関係承継義務について規定を設けなかったのはいわば必然的であつた。かえって、権利承継人の参加申立ては当事者参加の方法によることとされたため、大正15年改正民訴法71条（現行民訴法47条）の参加の場合がそうであるように、参加申立人は従前の当事者間の審理の結果に拘束されないかのような状況が生じた。もし、権利承継の場合に参加申立人は従前の当事者間の審理の結果に拘束されないことが意図されていたとすれば、それは訴訟係属後の実体適格の変動に対する配慮を欠く全く不十分な立法であつたであらう。

また、訴訟関係承継義務の定めがないことは、その反面、実体法上保護されるべき自己固有の法的地位を有する権利承継人（第三者）のための保護規定を欠くという事態をも生じさせたように思われる。この点も、口頭弁論終結後の承継人について実体法上保護される固有の法的地位を有する

52 斎藤ほか編・前掲注（29）289頁〔小室直人・東孝行〕。

承継人（第三者）の保護に関する規定を定めなかったことと相俟って、不十分な立法の謗りを免れないであろう。もっとも、実体法上保護されるべき自己固有の法的地位を有する権利承継人は大正15年改正民訴法71条によって当事者参加することができるため、規定を要しないと考えられたのかもしれない。同条は権利承継人の固有の法的地位の保護に全くよく適合する規定なのである。