論　　説

ドイツ判例から見た物の返還請求権に係る既判力の承継人に対する拡張

越　山　和　広

（目次）

Ⅰ　本稿の目的
Ⅱ　ZPO325条
Ⅲ　物権的返還請求権の判例
Ⅳ　債権的返還請求権の判例
Ⅴ　まとめ

Ⅰ　本稿の目的

口頭弁論終結後の承継人に対する既判力の拡張（民訴115条１項３号）について、従来は、承継原因の判断基準が主として議論されてきた。これは、訴訟物と実体権とのつながりを切断する新訴訟物理論を採る一方で、実体的従属（依存）関係という実体法的な基準によって、承継人の範囲を適切に決定できるのかという問題意識に基づくものであった[1]。しかし、訴訟物論争それ自体が下火になるにつれて、この論点に決定的な意義を見出そうとする議論は少なくなった。これに対して、論争の重点は、承継人に対して拡張される既判力がどのような形で作用するのかを具体的に検討

1　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）143頁以下参照。なお、筆者は「依存」関係ではなく「従属」関係の語を用いている。

することへと移行している。

筆者は、かねてからこの問題に取り組んできたが[2]、その際、日本法における既判力理論の源流であるドイツ法の検討を保留していた。なぜならば、ドイツ法と日本法の間には大きな制度上の相違があり、いかなる範囲でドイツ法を参照することが許されるのかについて、筆者自身の考えが熟していなかったからである。このことを具体的に説明すると、訴訟係属中に係争物の譲渡があった場合について、日本法は、訴訟承継主義を採り（民訴49条から51条）、既判力の基準時以降に係争物の譲渡を受けた者に対してのみ、既判力の拡張で対応する。これに対して、ドイツ法は、当事者恒定主義に立った上で（ドイツ民事訴訟法〔以下、ZPOという〕265条）、日本法よりも広く、訴訟係属成立後の承継人に対して既判力を拡張する（ZPO325条１項）。さらに、既判力の主観的範囲と緊密な関係に立つ実体法規定（特に物権法）に違いがあることも、安易な比較を許さない要因となりうる。

このこともあってであろうが、筆者に限られず、日本法における口頭弁論終結後の承継人規定の解釈論を展開する際に、ドイツ法における承継人に対する既判力拡張の議論を直接参照した論文は少ない[3]。とりわけ、ド

2　「口頭弁論終結後の承継人への既判力―その作用についての論点整理」香川法学22巻１号（2002）56頁以下、「既判力の主観的範囲―口頭弁論終結後の承継人」新堂幸司監修『実務民事訴訟講座３〔第３期〕』（2013）309頁以下。2019年度日本民事訴訟法学会大会ミニ・シンポジウム「判決効の主観的範囲の拡張」においても、この問題を報告した（民訴雑誌66号〔2020〕掲載予定）。

3　代表例として、吉村徳重「既判力拡張における依存関係」『民事判決効の理論（下）』（2010・初出1961）３頁以下、上田徹一郎「原始取得と既判力の主観的範囲拡張の限界」『判決効の範囲』（1985・初出1959）32頁以下、池田愛「ドイツにおける既判力の拡張と承継人について」同志社法学65巻４号（2013）1025頁以下、本間靖規「口頭弁論終結後の承継人に関する覚書」『上野泰男先生古稀祝賀論文集・現代民事手続の法理』（2017）395頁以下。反射効理論や従属関係に基づく既判力拡張論では、ドイツ法が盛んに参照されてきたのとは異なる。この点は、拙稿「反射効理論に関する３つの疑問」龍谷法学50巻４号（2018）1967頁以下参照。

イツの判例が参照されたことは、ほとんどなかったといってよい[4]。しかし、彼我の違いに留意しながらドイツの判例を参照すると、いくつかの興味深い例を見出すことができ、その結果、承継人に対して拡張する既判力の具体的な働き方について新たな知見が得られるのではないかと考えるに至った。そこで、本稿は、物の返還請求権に関する確定判決の既判力の拡張事例を扱ったドイツ連邦通常（最高）裁判所（以下、BGHという）の判例を選んで紹介する[5]。その際、先行する日本法に関する業績との違いを明確にするために、承継人に対して拡張する既判力の具体的な働き方を検討の対象にする。その意味で、本稿は、筆者が行ってきた研究を補完する目的を兼ねている。

Ⅱ　ZPO325条

1　条文の内容

BGHの判例の紹介に入る前に、既判力の主観的範囲を定めるZPO325条の内容を確認する。条文の文言は、次のとおりである。

1項「確定判決は、当事者および訴訟係属が生じた後に当事者の権利承継人になった者、または当事者の一方もしくはその権利承継人が間接占有者になるとの方法により係争物の占有を取得した者に対して、有利にも不利にも（für und gegen）その効力を生ずる。」
2項「権利者でない者から権利を移転された者に有利に作用する民法の諸規定は、準用される。」
3項「判決が、登記された物的負担、抵当権、土地債務または定期土地債務から生じる請求権に関するときは、その負担付の土地の譲渡があった場

4　池田・前掲注（3）1075頁以下は、この課題に取り組むものである。
5　判例はすべてJurisで検索した。

合、その土地に関して、その判決は、その訴訟係属を知らない権利承継人に対しても、不利にその効力を生じる。強制競売の方法により譲渡された土地の買受人に対して、判決は、遅くとも競売期日における競買申出の催告前に訴訟係属が届けられたときに限り、不利にその効力を生じる。」
4項「判決が、登記された船舶抵当権から生じる請求権に関するときは、第3項第1文が準用される。」

2　この規定の読み方

（1）制定の経緯

第三者に対する既判力拡張論は、ドイツ法上古くから存在していた理論である[6]。しかし、1877年制定のドイツ帝国民事訴訟法では、既判力の主観的範囲の問題は実体法で規律するべき事項であるという理解に基づいて[7]、主観的範囲の規定を置くことを保留し、承継執行の規定（現在のZPO727条に対応するもの）を定めるにとどまった。その後の1898年改正で、1で述べたZPO325条がはじめて導入された。これは、1896年のドイツ民法（以下、BGBという）制定に合わせて、従来から考えられてきた制度を訴訟法で明文化するためであったといわれている。

なお、この立法当時は、既判力の実体法的理解が支配的であったことから、承継人に対する既判力の拡張は、何人も前主が有する権利以上の権利を取得することができないという実体的従属関係論や、既判力によって効力の増減を受けた権利が承継されるといった実体法的な発想によって支えられていた[8]。また、既判力拡張論のベースとなっていた実体的従属関係

6　鈴木正裕「既判力の拡張と反射的効果（一）（二）」神戸法学雑誌9巻4号（1960）508頁以下・10巻1号（1960）37頁以下など参照。
7　Vgl. Stein/Jonas/Leipold, ZPO. 22. Aufl., 2008, § 322 Rdnr. 46.
8　宮崎澄夫「既判力の主観的範囲に就て」法学研究16巻1号（1937）42頁がWach/Laband, Zur Lehre von der Rechtskraft, 1899, S.67. などを引いて、そのように指摘している。

論それ自体が、当時支配的でありその後克服された実体的当事者概念と密接に関係することにも注意が必要である[9]。

（2）当事者恒定主義

ZPO265条によれば、ローマ法の伝統とは異なり、訴訟係属後であっても係争物の譲渡は禁止されず（1項)、係争物の譲渡は、係属中の訴訟に対して何らの影響を与えないとされている（2項)。この条文とつながる形で、ZPO325条1項は、既判力の基準時後に限定されず、広く訴訟係属成立後の権利承継人に対して既判力を拡張する。このような法制度の下では、係争物の譲渡によって実体適格または事件適格（Sachlegitimation）が失われたことは、本案審理において原則的に度外視され、訴訟当事者は、その名において、訴訟係属中に承継人となった者の法定訴訟担当者として訴訟追行する[10]。ドイツ法には、日本の民事訴訟法115条1項2号のような第三者の訴訟担当一般についての既判力拡張に関する規定はないが[11]、訴訟係属中に権利承継があった場合は、承継人に対する既判力拡張の規定が適用される。

（3）権利承継とは何か

次に、ZPO325条1項がいう「当事者の権利承継人（Rechtsnachfolger der Parteien)」の意味について説明する。単純に考えると、訴訟物である権利関係が承継されることが、権利の承継であるということになりそうである。しかし、ZPO325条の権利承継は、係争物の譲渡に関する同法265条と理論上結びついているので、そのような単純な読み方にはならな

9　本間・前掲注（3）395頁参照。実体的当事者概念は、ZPO325条に先行して規定されていた当事者恒定主義に係る265条の規定と関係が深い。

10　Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, 18. Aufl., 2018, §101 Rdnr. 16.

11　中本香織「訴訟担当概念の比較法的考察と民事訴訟法115条1項2号の適用対象に関する一考察」早稲田法学93巻1号（2017）117頁以下参照。

い。

そこで、あらためてZPO265条を見ると、この規定が適用対象とするものは、「係争中の物（die in Streit befangene Sache）を譲渡すること」および「主張されている請求権を移転すること」となっている。他方、同法325条1項の解釈では、この条文の意味における権利承継人とは、「訴訟で請求されている法律効果に関して、当事者の地位が入れ替わった者、つまり係争物の譲渡、または主張されている請求権の移転の場合における、取得者（返還請求の時は自主占有の承継人）のことである」と説明されている[12]。このように、2つの条文は、法文上は異なった表現を互いに用いているが、解釈上は同じ意味に解されているわけである。

この説明のうち、後者の「請求権の移転」は、実体的権利の移転を意味している[13]。これに対して、義務の承継は承継の原因に当たらないというのが、ドイツ法上の通説である[14]。では、「係争中の物を譲渡すること」とは、どのような意味か。ここで係争中であるとは、後に紹介する判例にも出てくる表現であるが、原告または被告の実体適格が、その対象物と当事者との間に存する法的な関係に基づいている場合をいうとされる[15]。これはわかりにくいが、ZPO265条は、係争物の譲渡によって原告または被告の実体適格が変動する場合をその適用対象としていることから、このような表現になるわけである[16]。例えば、物権的返還請求権が訴訟物となっているときに、原告が所有権を譲渡すること、あるいは被告が占有権を譲

12　Stein/Jonas/Althammer, ZPO, 23. Aufl., 2018, § 325 Rdnr. 21. Gottwald, Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl., 2016, § 325 Rdnr. 18（「係争中の対象物または占有を当事者に代わって取得した者が権利承継人である」）

13　Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl., 2016, § 265 Rdnr. 10.

14　Stein/Jonas/Althammer, a.a.O., § 325 Rdnr. 31ff.

15　Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 101 Rdnr. 3; Schilken, ZPR, 7. Aufl., 2014, Rdnr. 242.

16　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）1642頁以下参照。

渡することによって実体適格が移転するから、これらは係争物譲渡の典型例だと解されている。以上のように、ZPO325条1項がいう権利承継は、実体適格の移転を意味するとして、訴訟の対象である実体的権利義務それ自体の移転に限定されない広い概念として考えられている。

（4）占有の承継とは何か

ZPO325条1項は、係争物の占有承継人も承継人であると明文で規定している[17]。ここで占有の承継人とは、この規定では、「当事者の一方またはその権利承継人が間接占有者になるとの方法により係争物の占有を取得した者」であると定義されている。この間接占有という条文の表現は、日本の民法181条における占有代理人を通じた代理占有と対応する。

ドイツ法によれば、間接占有とは、ある者が物を用益権者（Nießbraucher）、質権者、用益賃借人（Pächter）、使用賃借人（Mieter）、受寄者（Verwährer）として、または他人に対して一時的に占有する権利または義務を有するのと類似する関係で占有するときは、その他人も占有を有するとされることをいう（BGB868条参照）。したがって、用益権者などが直接占有者となり、用益権設定者などが間接占有者となる。したがって、この条文が想定している占有の承継は、訴訟の係属後において、係争物を占有している訴訟当事者の一方またはその権利承継人から、使用賃貸借、用益賃貸借、使用貸借関係（Leihe）などに基づいて係争物を借り受けることで、第三者が直接占有を取得し、前主が間接占有者となった場合を意味している[18]。

17　ただし、占有承継を権利承継と同一視できるのは当然と解することで、この規定を注意規定と見ることができるか、それとも、独自に意味があるものと見るかについては、議論がある。Schilken, Veränderungen der Passivlegitimation im Zivilprozess, 1987, S.70 f.

18　Stein/Jonas/Althammer, a.a.O., § 325 Rdnr. 30; Gottwald, a.a.O., § 325 Rdnr. 32; Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl., 2015, § 325 Rdnr. 10.

この場合について、起草理由書は[19]、直接占有を得た者は、「その物を占有する権利を、当事者またはその権利承継人から引き出しているのだから、その判決は、その者に対しても、その者の占有取得が訴訟係属の成立後にされたものである限りは、特定承継人に対するのと同様な形で基準性を持たなければならない。」と説明している。すなわち、元の当事者と占有承継人の両者が占有を正当化する権利について法的なつながりを持つことが、権利の特定承継人との同一視を正当化する要因であると解している。

以上のように、ZPO325条１項は、間接占有者となった当事者に対する判決の効果が直接占有者になった第三者（＝他主占有者）に及ぶことを定める。ほかに、当事者の一方から直接占有の移転を得て自主占有者となった者にもこの規定の適用がある（Ⅲの判例〔２〕・〔３〕を参照)。反対に、直接占有者に対する判決の効果が間接占有者に及ぶことはないとされる[20]。これは、文献上明確な例が挙げられていないが、転借人に対する明渡判決の効果は転貸人には及ばないという意味であろう。

３　日本法との比較

（１）日本法の条文構造

明治23（1890）年民事訴訟法には、既判力の主観的範囲を定めた規定がなく、承継人に対する承継執行文付与を認める規定（519条）だけがあった[21]。これは、1877年のドイツ法の最初の規律に倣ったものである（Ⅱ２（１）参照)。その後、大正15（1926）年改正により、201条として既判力の主観的範囲の規定が導入された。改正調査委員会の議事で松岡義正は、この問題は学説に一任しているが、これはやはり外国にもある通り既判力

19　Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd.8, 1898 (Neudruck, 1983), S.104.

20　Schilken, a.a.O., S.73.

21　小山昇「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」『小山昇著作集２巻』（1990・初出1981）180頁以下参照。

の範囲は明らかにしておいた方が「実際上宜しい」との理由を述べるにとどまっている[22]。この規定は、平成８（1996）年改正で、実質的な内容の変更はされなかったが、内容の整理が行われたうえで、115条として現在に至っている[23]。

現行の民事訴訟法115条１項が定める既判力拡張は、ZPO325条と比較した場合、２号（訴訟担当の場合の拡張）と４号（請求の目的物の所持者に対する拡張）という２つの点で日本法独自の規範設定を行っている。しかし、３号（既判力基準時後の承継人に対する拡張）それ自体は、その表現において著しく簡素化されてはいるが、ドイツの規定に由来すると見てよい[24]。また、ZPO325条２項は、善意者に対して民法上の保護規定が準用されることを定めるが、日本法にはそのような規定がない。この点は古くから問題とされてきたが[25]、現在は、第三者保護規定に基づくいわゆる承継人に固有の抗弁が、拡張された既判力によって遮断されることはないという解釈が、理論構成の違いはあるものの、確立している。

なお、所持者に対する既判力拡張を論じた先行業績によれば、４号の所持者の規定を、大正15年改正直後には、係属後に当事者等を間接占有者とする形で請求の目的物の直接占有者となった者を権利承継人と同一視する趣旨に読む見解があったとされる[26]。この見解は、４号をZPO325条１項

22　松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『民事訴訟法〔大正改正編〕（３）〔日本立法資料全集12〕』（1993）380頁。この点については、本間・前掲注（３）392頁以下参照。

23　旧規定は、１項で当事者・承継人・所持者、２項で被担当者が規定されていたが、これを１項で統一化して、当事者、被担当者、それらの承継人、前三者のための所持者の順番に整理がされた。２項（旧規定３項）の趣旨については、加藤新太郎＝松下淳一編『新基本法コンメンタール民事訴訟法Ⅰ』（2018）321頁〔越山和広〕参照

24　上野泰男「民事訴訟法大正改正の経過と既判力の主観的範囲」『鈴木正裕先生古稀祝賀・民事訴訟法の史的展開』（2002）693頁以下、とくに701頁参照。

25　上田・前掲注（３）34頁参照。

26　青木哲「請求の目的物の所持者への判決効の拡張の意義」『松本博之先生古↗

後段に相当する占有承継人の規定だと理解したのであろう。しかし、現在では、４号は、口頭弁論終結後の承継人とは異なる独自の概念を定める規定であると解されているので、占有の特定承継を承継に含めるためには、そのための解釈論が必要となる。

（２）問題となる事例

最近の日本法で主に論じられている論点は、所有権に基づく建物収去土地明渡請求の訴えを認容する確定判決の既判力が、土地上の建物の所有権を取得するなどして土地の占有を承継した者に対しても及ぶということの具体的な意味である[27]。

しかし、BGBは、建物と土地とを別個独立の所有権対象にしないから（BGB93条・94条１項参照）、他人の土地上に建物を独立して所有することで、その土地を占有することは起こりえない。もっとも、建物を所有するための地上権（Erbbaurecht）は、民法とは別の法律により認められている[28]。ただ、地上権が消滅すると、民法の原則に戻って、土地上の建物は土地の構成部分に変化するので（ErbbauRG12条３項参照）、結局、建物の所有権が土地所有者に移行する。このため、地上権者には地上建物を持ち去る権利や、建物を地上権者のものとする権利はなく（ErbbauRG34条）、結局、建物の収去義務は認められないと解される。

以上から、日本法での主要な問題関心である所有権に基づく「建物収去」土地明渡請求訴訟での承継事例、つまり、占有正権原を失った借地人

↘稀祝賀論文集・民事手続法制の展開と手続原則』（2016）578頁参照。

27　議論状況は、長谷部由起子「口頭弁論終結後の承継人の訴訟上の地位」前掲注（３）上野古稀371頁以下、池田愛「口頭弁論終結後の承継人に対する既判力拡張とその作用」熊本法学142号（2018）１頁以下参照。

28　もともと地上権は、1919年の地上権に関する命令（ErbbauVO）で定められていたが、2007年に、その内容が地上権に関する法律（ErbbauRG）として法律化された。

が訴訟終結後に第三者に対して建物所有権を譲渡した後に、所有者が第三者に対して更地にして返すことを求めるというパターンは、ドイツ法では生じない。しかし、上述したとおり、物権的返還請求訴訟中の係争物譲渡による原告または被告の地位の変動は、典型的な権利承継の事例であり、被告側の占有承継の事例もありうる。また、物権的返還請求権の主体について権利承継があった場合については、後述するような類似の事例が存在するので、比較検討の可能性は排除されない。

（3）再度の給付訴訟の適法性

（a）日本法では、土地明渡しを命ずる確定判決があれば、承継執行によって処理されるのが本則だから、占有の特定承継人を被告とした再度の明渡しの訴えは、権利保護の利益または訴えの利益を欠くのではないかという議論がある[29]。そこで、ドイツ法ではどうなのかを見てみると、承継執行文付与の訴え（ZPO731条）ができるときは、改めて給付の訴えを起こすことはできず、再訴には既判力の一事不再理効が働くので却下されるというのが、今までは通説とされてきた[30]。しかし、BGHは、2つの訴えの間に本質的な相違がないこと、すなわち、執行文付与訴訟の方が簡素でも安価でもないことから、債権者には選択権があると論じている。文献上は、これを積極的に引用するものと[31]、批判的にとらえるもの[32]に分かれ

29　笠井正俊「口頭弁論終結後の承継人に対して判決効が作用する場面について」前掲注（26）松本古稀557頁以下。しかし、この例では、直ちに承継執行文を得ることは困難であり、債権者には執行文付与の訴えと給付の訴えとの選択権が認められると考えるべきである。長谷部・前掲注（27）377頁以下参照。

30　Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, ZVR, 12. Aufl., 2010, § 17 Rn. 20: Jauernig/Berger, ZVR, 23. Aufl., 2010, § 4 Rn. 11; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., 2002, § 731 Rdnr. 6.

31　Baur/Stürner/Bruns, ZVR, 13. Aufl., 2006, Rdnr. 18.15; Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., 2014, § 731 Rdnr.7; Prütting/Gehrlein/Kroppenberg, ZPO, 11. Aufl., 2019, § 731 Rdnr. 1.

ている。そこで、この判例を次に紹介するが、事案は物の返還請求権とは関係がない。

（b）BGH1987年4月9日判決（NJW1987, 2863）

1）事実関係の概要

Xは、Aに対する売買代金支払いを命ずる確定判決を得た。Aはその後、Aの妻であるYに対してその財産の一部を相続分の前渡しとして譲渡した。これは、改正前BGB419条によれば、譲渡人が負う責任の引受けを伴うものである。ところが、Aについて破産手続が開始されたことから、XはYに対し、Aから承継した財産に対する強制執行の受忍を求める訴えを提起した[33]。1・2審はXの請求をおおむね認めたので、Yが上告した。

2）判決理由

上告棄却

「XはAに対する確定判決を得ており、ZPO731条・729条によりYに対する執行文付与の訴えを起こすことができたにもかかわらず、控訴裁判所は、本件訴えにつき権利保護の必要があると認めた。」「この判断には疑問の余地がない。ライヒ裁判所は、たしかにZPO731条による執行文付与の訴えの要件があるときは、その基礎となる法律関係に基づく新たな訴えには権利保護の利益がないとした[34]。しかし、当裁判所は、これに従うことができない。法が同一の願いごとに対して複数の法的救済手段を認めているときは、原告には、原則としてどの権利保護を利用するのかについて自由に選ぶ権利がある。この選択権に対する唯一の制約が認められる場合は、

32　Wolfsteiner, Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl., 2016, § 731 Rdnr. 1; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 12. Aufl., 2015, § 731 Rdnr. 1; Stein/Jonas/Münzberg, a.a.O., § 731 Rdnr. 6.

33　ここで、Xが、財産引受人Yに対し、金銭の支払いでなく執行の受忍を求めるという請求の趣旨を立てたのは、Yが承継した特定の財産のみにより弁済するべき有限責任を負うことに基づくとされている。Vgl. K.Schmidt, JuS 1988, 402.

34　判例としてRGZ88, 267とRG JW1925, 764を引用している。

複数の手段の中において、単純性と公正性に照らして一義的かつ著しい相違があるときに限られる（引用は省略）。本件で提起された訴えとZPO731条による訴えとの間には、そのような相違は認められない。いずれの場合においても、場合によっては３審制を超えた審理がありうるような通常の訴訟手続である。また、審理の範囲もいずれの手続においても同じである。」

債務者に対してされた判決の既判力がその財産承継人にも及ぶかについては、学説上争いがある[35]。しかし、既判力の拡張を否定または肯定するいずれの見解に立っても、本判決の結論は異ならない。拡張否定説では、財産承継人は再度の給付訴訟に対して全面的に争えるし、執行文付与の訴えでも、既判力の時間的限界（ZPO767条２項参照）に妨げられずに全面的に争える。他方、拡張肯定説では、いずれの訴えにおいてもＡの責任を争うことができないという同じ拘束を受けるから、審理範囲が同じである。よって、債権者に対してZPO731条の方法のみを強制する理由は存在しない。

Ⅲ　物権的返還請求権の判例

〔１〕BGH2017年９月29日判決（BGHZ216, 83; NJW-RR2018, 719）

（１）事案の概要

（ａ）Ａ（前訴原告）は、Ｙ（前訴被告・本件被告）に対して、2007年２月22日に本件土地建物を売却する契約をしたが、この契約を解除した。2008年10月２日にＡは、Ｚに対して同じ不動産を売却したが、その時点で、ＡはＹに対し、Ｙのためにしたアウフラッスング仮登記抹消の同意を求める訴えおよび不動産の明渡し並びに返還を求める訴えを提起していた（前

35　これは、併存的債務引受があった場合に承継が認められるかという日本法における論争とパラレルに考えることができる。

訴)。しかし、解除の主張が認められず、売買契約に基づき買主には目的物を占有する権利が認められるとして、不動産の返還を求める訴えは棄却された。また、Yは反訴により、残代金額の支払いと引換えに所有権取得のための意思表示を求め、これは認容されている。

（b）Aは、返還請求の訴えを除いた敗訴部分について控訴した。控訴審は、反訴を棄却し、仮登記抹消請求を認容する判断をした。そこで、Aは、改めてYに対し、不動産の明渡しおよび返還を求める訴えを提起したが、既判力の一事不再理効により却下され、確定した。

（c）2013年11月12日、AはX（本件原告）に本件不動産を使用賃貸し、また、Yに対する返還請求権を譲渡した。2013年末に、XはYに対し、譲渡を受けた返還請求権に基づく訴えを提起した。この訴訟で、Xは当初はAから譲渡された返還請求権を行使していた。しかし、その後、2014年9月3日にZが所有者として登記をしたことから、Xは、ZのYに対する所有権に基づく返還請求権につき、任意的訴訟担当者としてこれを行使することになった。原審は、返還請求を棄却する前訴確定判決の既判力に反するとして、訴えを却下した。そこで、Xが上告した。

（2）判決理由

原判決破棄、自判（請求認容)。

以下、既判力に係る部分のみを紹介する。

（a）原審は、次のような理由から訴えを却下した。前訴でAは、不動産の返還請求権を確定判決により否定された。Aが、Yとの売買契約を解除したことに基づく請求権を主張したのに対して、Xは、Zの所有権に基づく請求権を主張しているが、このことは、訴訟物の同一性を変化させるものではない。本件では、同じ生活事実関係に基づいて同じ権利保護目的を追求する請求権競合の事例が問題とされており、ただ、別な実体法上の請求原因が主張されているにすぎないからである。前訴判決の既判力は、X

を訴訟担当者とすることでZに対しても作用し、Zは、前訴係属後におけるAの権利承継人となる。本件でZは前訴の係属について悪意であるから、ZPO325条2項は適用がない。しかし、このような原判決の判断は是認することができず、本件訴えは適法である。

（b）「ZPO325条1項によれば、確定判決は当事者に対してだけでなく、訴訟係属後に当事者の権利承継人となった者に対しても有利にも不利にも及ぶ。その際、特定承継か包括承継か、どのような理由で権利承継が生じたかは問題とならず、また通説によれば、承継取得か原始取得かも問題とならない（引用は省略）。この規定は、訴訟中に生じた権利承継を対象とするZPO265条1項と内容上結びついている。したがって、係争物についての権利承継があるかどうかが（本件でも）決定的な問題である。原告または被告の実体適格が対象物と（当事者）の間に存する法的関係に基づいているときに、ZPO265条1項および325条1項の意味における係争物であると認めることができる（BGHZ18, 223, 225f.; BGHZ148, 335, 338）[36]。とりわけ、訴えられた請求権がその所有者自体に帰属するときには、それは係争物である（BGHZ18, 223, 226）。本件のように、係争物の所有権を取得することで完全に前主と入れ替わった（einrücken）ときに権利承継があることには何の疑問もない。」

（c）前訴の訴訟物は、当時Aに帰属していた土地建物の明渡しおよび返還請求権であった。Aは、この不動産をYに売却し、その売買契約に基づいてYに占有させた。解除が有効であることを理由とするAの明渡しおよび返還の訴えを基礎づけるのは、第1にBGB346条1項（解除による原状

36　BGHZ18, 223は、所有者がBGB1004条による所有権侵害の除去（隣地にある戦災によるがれきの除去）を求める訴えを提起したときは、原告が、当該の妨害を受けている物を第三者に譲渡したとしても、訴訟追行権を失わないとした例である。BGHZ148, 335は、住居所有権者集会決議の取消し等を求める訴訟の係属中に住居所有権の譲渡があっても、訴訟追行権は失われないとした例である。

回復請求権の規定）による返還請求権である。しかし、その段階で判断されるべき生活事実関係によれば、AのYに対する請求権としては、BGB985条（物権的返還請求権の規定）、1004条（物権的妨害排除請求権の規定）による所有権に基づく請求権も認められ、これもまた、確定判決によって否定されている。

（d）「原審は、ZがAの権利承継人であると正しく認めている。ZPO325条1項による既判力の拡張は、たしかに原告が正しく主張するように、権利承継人が前主の法的地位と入れ替わった限度で及ぶのみである（BGHZ18, 223, 225; BGH MDR1956, 542, 543）。したがって例えば、被相続人に対する関係で第三者に所有権があることが確認されたとしても、相続人は、被相続人を被告とする訴訟の係属前に、相続による包括承継とは無関係に相続人が所有権を取得したと主張することは妨げられないであろう（BGH MDR1956, 542, 543）[37]。このことは、しかし、ZがAの権利承継人となったという原審の判断を覆すことにはならない。Zは、Aから土地建物の所有権を法律行為によって取得した。訴訟担当者たるXにより主張される不動産の明渡しおよび返還を求めるZの請求権は、この権利取得に基づくものである。Zがこの権利取得によりAとYとの間の売買契約関係に加入しなかったということは、この状況を変えるものではない。この状況は、既判力の主観的限界の問題とはかかわりがなく、なお立ち入るべきことは、既判力の客観的限界である。」

37　BGH MDR1956, 542は、XとAとの間で係争物である船舶の所有権がXにあることを確認する確定判決があったのちに、AからYへの相続が発生し、XがYに対し係争物の船舶登記抹消を求める訴え、YがXに対し係争物の引渡しを求める反訴を提起した事案である。BGHは、包括承継人であるYに対して既判力が拡張するが、前訴係属前かつ相続開始前にAからYに係争物が譲渡されたという主張は遮断されないと判断した。この判決は、所有権の取得原因ごとに訴訟物が個別化する趣旨とみられる（Vgl. Bötticher, MDR 1956, 543f.）。これは、最判平成9・3・14判時1600号89頁を通じて問題となった既判力縮小の議論に近いものがある。

（e）ZPO325条1項による権利承継人に対する判決の既判力の主観的範囲の拡張は、既判力の客観的範囲の拡張をもたらすことはなく、既判力が前訴の訴訟物を超えて及ぶことはない。また、事実審口頭弁論終結後に事実関係の変動があったときは、前訴判決と異なる判断をすることを既判力は妨げない。新しい事実として顧慮されるものは、前訴判決の対象となった法律効果にとって基準になったとみなされる事実関係が変動した場合に限られる。これを判断するときは、確定判決の判決理由から出発し、新事実が、前の判決で肯定または否定された要件事実に対して影響を与えるものかどうかを審査しなければならない。したがって、権利承継人は前主に対する判決に拘束されるとはいえ、新しい事実を主張して、そこから生じる請求権（同じ目的のものであっても）を立てることを妨げられることはない。

（f）そのような新しい事実は、ZPO325条1項1文により既判力の主観的効果の拡張をもたらす権利承継の事実から明らかとなる。しかし、基準時後の権利承継の事実それ自体が常に新しい事実に該当するわけではない。既判力による失権の対象とならないのは、前訴判決で判断を受けた法律効果の基準になるとみなされた生活事実関係を決定的に変化させるような事実の変動である。

（g）事実関係の変動は、決定的な棄却理由ごとに異なる。返還請求の訴えが被告に占有がないとの理由で棄却された場合については、目的物の譲渡は生活事実関係を決定的に変動させるものではない。しかし、占有を認める債権法上の権利があるとの理由で返還請求の訴えが棄却され、その確定後に目的物を法律行為により譲渡した場合は、これとは異なりうる。この法律関係は、権利承継人がその債権関係に加入したときにのみ（例えば賃貸人の地位の承継があった場合）、承継人に対しても効力を有する。

本件における不動産の売主が買主に対して占有させる義務のように、前訴当事者のみを拘束する法律関係を支える生活事実関係は、権利承継人が

被告の占有を理由付けていた債権関係に加入しなかったときは、不動産譲渡によって決定的に変動する。すなわち、有効な譲渡によって原則として、権利承継人に対する債権関係の拘束力は認めることができなくなる。このことは、既判力の及ばない新しい事実になる。よって、本件では、所有権を譲り受けたZが、AとYの間の売買契約の債権法上の効果に拘束される理由がなく、そのことを主張して自ら返還の訴えをすることが既判力により妨げられることはない。

（3）検討

このケースを日本法に適合するように修正し、設問化すると、次のようになる。前訴で売主Aは、解除による原状回復請求権としての不動産返還請求権を訴訟物とする訴えを買主Yに対し提起したが、解除が有効でないとして請求が棄却された。この判決の確定後に、AはZに対して同じ不動産を譲渡した。そこで、Zが、所有権に基づく返還請求権を訴訟物とする訴えをYに対し提起した。果たして既判力はZに拡張するか。拡張するとどのように作用するか。ドイツの判例は訴訟法的訴訟物理論に立つから、AのYに対する物権的返還請求権にも前訴判決の既判力が及ぶ。よって、前訴の訴訟物を物権的請求権に置き換えることもできる。したがって、日本法からすれば、この判例が扱った事案は、棄却判決の対象となった物権的返還請求権の先決的法律関係である所有権が譲渡された場合ということができ、日本法でまさに議論の対象となっている事例[38]と重なる。もっとも、YとZは、所有者から同じ不動産の二重譲渡を受けた買主であり、日本法で主として関心が向けられる事例、つまり、Yが不動産所有者との間で賃貸借をしていた場合ではない。ただ、前訴では、Yに売買契約から生

38　この事例については、長谷部・前掲注（27）382頁以下参照。Jauernig/Hess, ZPR, 30. Aufl., 2011, § 63 Rdnr. 34は、棄却判決の一事不再理効が作用すると説明する。

じる占有権があることが棄却理由になっていたと解されており、賃借権の抗弁により物権的返還請求の訴えが棄却された事例と類似する。よって、この点でも比較するための基礎がないわけではない。

この判例は、既判力が及ぶと解する前提として、前後２つの請求の訴訟物が同じであることについて、特に疑いを抱いていない。換言すれば、２つの請求権の権利主体が変更しているにもかかわらず、訴訟物としては同一であることを認めている。その理由は、推論するに、判例が、申立てと生活事実関係の同一性によって訴訟物の同一性を判断する二節的訴訟物理論であることに求められる。すなわち、係争物の所有権主体が変動したことは、訴訟物特定の要素である生活事実関係の変化をもたらす事情ではなく、よって、同じ不動産の返還を求めるという申立てが同一である以上、訴訟物も同じだということになる[39]。

しかし、なぜ、権利主体の変更は、訴訟物の同一性を左右するような決定的な事実関係の変動にならないのだろうか。この判例は、基準時後の承継それ自体は、一方で既判力の拡張原因であるのに、それが既判力の及ばない新しい事実だと解すると、この規定の意味が失われるのであり、判断を受けた法律効果の基準となる事情の変動のみが、既判力の及ばない新しい事実になるのだと論じている。このように、承継があったという事実関係の変動が、後訴に対して拡張される既判力の作用を左右しないと考えられていることは、日本法の議論にとっても参考になる。しかし、主体の変動は、申立ての同一性を変化させる重要な事実の変化ではなかろうか。

なお、この事例では、訴訟物である返還請求権そのものについては承継がないが、Ａ・Ｚ間において権利承継が認められている。これは、Ａ・Ｚ間で所有権の譲渡があったという係争物の譲渡のことを、ZPO325条１項

39　権利義務主体の変動が訴訟物の同一性に影響を与えないとする、松本博之「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」龍谷法学44巻４号（2012）1258頁の記述は、このような趣旨であれば理解できる。

の意味での権利承継と理解しているからである。

〔2〕BGH1981年3月13日判決（NJW1981, 1517）

（1）事案の概要[40]

（a）Xは、区分地を合筆した土地甲の所有者であり、Y1は、土地甲の隣接地である土地乙の所有者であると同時に、1897年から、土地甲の一部（区分地の1つに対応する部分）を占有し、土地上に建物を建築している。1964年、XはY1に対し、所有権に基づく土地の明渡しを求める訴えを提起したが、裁判所は、登記簿の記載とは異なり、XはY1が占有する土地部分の所有者ではないとの理由により請求を棄却し、確定した（第1訴訟）。

（b）その後、Y1がXに対し、Y1が占有する土地甲の一部について自らが所有者であると主張して、登記簿の訂正を求める訴えを提起したが、土地甲がXの所有であるという登記簿の記載に誤りがあるかどうかは確定できないとの理由で棄却され、確定した（第2訴訟）。

（c）1976年3月12日に、Y2、Y3はY1から土地を譲り受け、各2分の1の持分の共有登記をし、問題の土地の一部を占有するに至った。本件は、XがYらに対し、1972年1月1日以降について、Yらが占有する土地甲の一部に関する使用利益の返還（BGB987条以下参照）[41]を求めて訴えを提起したものである（第3訴訟）。1審は請求をほぼ認容したが、2審は請求を全部棄却した。そこでXが上告した。

（2）判決理由

上告棄却

40　この判例は、池田・前掲注（3）1071頁以下で紹介されている。

41　BGB987条1項「占有者は所有者に対し、その者が訴訟係属の成立後に収取した利益を返還しなければならない。」

（ａ）原審が、原告の使用利益返還請求権を認めなかったという結論には誤りがない。ただ、原審がBGB224条（消滅時効の規定）を適用したのは誤りで、原告の返還請求の訴えを棄却した判決の既判力に触れるから、このような結論になるというのが正しい。

（ｂ）返還請求を棄却する判決は、たしかに原告の所有権不存在ではなく、原告の被告に対するBGB985条による返還請求権が存在しないことを確定するのみである。当事者間の新たな訴訟で、「ある別な請求権に関する判断が返還請求権の存在または不存在に依存するとき」は、返還請求権の不存在を確定した判断は拘束力を有する。返還請求の訴えを認容したのちにBGB292，987条による使用利益の返還が争われた時も同じであり、返還請求の訴えが棄却されたときも、返還請求権の不存在が返還請求権に依存する別な請求権の判断についても拘束力を有する。

（ｃ）第１訴訟の確定判決の既判力は、本件の被告全員に対して及ぶ。Ｙ１は、第１訴訟の当事者であった。「Ｙ２、Ｙ３は、返還請求訴訟の係属後、たとえ判決確定後であっても（引用は省略）、当時係争対象であった不動産の占有についてＹ１の後に続いている。」

確かに、占有それだけについての引継ぎは、本来の意味での権利承継とはいえない。しかし判例によれば、ZPO325条１項では、権利承継の概念は、係争物に係る自主占有の承継をも含む。BGB872条の自主占有者は、ある物に関して、その物を自らの者として支配するという意思をもって事実上の力を行使するものをいう。そうだとすると、Ｙ１自身が従前そうであったように、Ｙ１、Ｙ２は問題の不動産の自主占有者であるといえる。

（ｄ）返還請求訴訟を棄却する判決の既判力が否定される事情（再審、新事実の主張、BGB826条による既判力の排除）は存在していない。

（ｅ）以上から、ＸがＹらに対しBGB985条による当該不動産の引渡請求権を有しないことが確定している。BGB987条以下の物に対する所有者の占有者に対する請求権は、その請求権が成立したとされる時点でBGB985

条による所有者の返還請求権が成立したことを前提条件とする。よって、XのYらに対するBGB987条以下の使用利益の返還請求権は認めることができない。

（3）検討

この事例は、原告の被告に対するBGB985条による返還請求権が存在しないことを確定する前訴判決が、係争物を被告から譲り受けた第三者に対する使用利益返還請求に対して先決関係に立つことから、既判力が及ぶとされた例である。

ここで、被告側の変動という事実を棚上げして、既判力の客観的範囲および既判力の作用の問題として考えた場合、物権的返還請求権の存否が、使用利益返還請求権の先決関係に立つのかどうかは、議論がある。判例は、返還請求権が認められた場合、否定された場合のいずれにおいても、物権的返還請求権の存否が、使用利益返還請求権に対して先決関係になることを認める[42]。しかし、この例を先決関係に位置付けるためには、一定の論理操作あるいは概念の拡張が必要である。つまり、使用利益返還請求権の請求原因は、土地所有権を違法に侵害したことであるはずだから、物権的返還義務の存否それ自体は請求原因にはなりえない。したがって、単純に考えれば、前訴判決は基準時において返還義務があったかどうかだけを確定するのみであり、原告が所有者であったか、あるいは、被告が前訴の訴訟係属時点で不法占有者であったかどうかという使用利益返還請求権の要件事実の存否は、後訴で改めて審理されるべきである。伝統的な議論は、そのように解している[43]。

しかし、翻って考えてみると、物権的返還義務の存否を確定した判決と

42　Stein/Jonas/Althammer, a.a.O., § 322 Rn. 196.

43　Staudinger/Gursky, BGB, 2013, § 987 Rdnr. 2. Braun, Rechtskraft und Rechtskraftdurchbrechung, NJW 1982, 148も同旨。

使用利益の返還義務存否の判断とが食い違うことは、実体法論理からすれば望ましくない。換言すれば、物権的返還義務の存否に関する判断は、被告側が原告の所有権を違法に侵害していたかどうかという実体法的な評価を含むのだから、その評価が、使用利益の返還請求権の存否判断と矛盾することは、同じ事実に対する実体法的な評価の食い違いをもたらす。Zeunerがその著作において、この例を自説である意味関連性の理論の傍証として挙げていることからも[44]、このことがうかがわれる[45]。この判例は、ドイツ法において観察することができる先決関係概念の拡張傾向の一例である[46]。

〔3〕BGH1991年5月7日判決（BGHZ114, 305）

（1）事案の概要[47]

（a）XはY（信販会社）に対し、物の返還を命じる債務名義に基づく強制執行妨害を理由とした損害賠償を、BGB823条2項（不法行為の規定）・831条（使用者責任の規定）およびドイツ刑法288条（強制執行妨害罪）を根拠として請求する訴えを提起した。

（b）Xは、1984年8月に開催された音楽祭のために、Aを通じて、音響機器を開催場所に届けた。ところが、音楽祭が終了しても、約束に反してAは本件機器を返却せず、Aの事務所へ搬入した。なお、Aは、本件機器の所有者であると主張し、Yとの間で債権担保のために、本件機器を目的

44 Zeuner, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, 1959, S.16 ff.〔松本博之訳『既判力と判決理由』（2009）20頁以下が対応する。〕

45 Althammer, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 554 ff. は、先決関係という実体法論理ではなく、訴えによって追求される利益の同一性から既判力の作用を説明しようとする。既判力の作用論を再編成する試みとして注目される。

46 Blomeyer, ZPR, 2. Aufl., 1985, § 89 V2; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a.O., § 155 Rdnr. 8; K.Schimidt, JuS 1981, 769.

47 この判例は、池田・前掲注（3）1073頁以下で紹介されている。

物とする譲渡担保契約を締結している。

（c）1985年7月に、Xは、Aに対する返還請求の訴え（占有権に基づく返還請求権：BGB858・861条参照）に勝訴したが、Yは、譲渡担保設定契約によって本件機器の直接占有を取得したとして、返還に応じない。そこで、1985年8月23日に、Xは、Yを債務者とする保管人に対して本件機器を引き渡す旨の仮処分命令を得た。ところが、Yは、弁済があったとして、8月29日に本件機器をAに返却してしまったため、仮処分執行が不能となった。

（d）結局、Xは、Aに対する債務名義により本件機器の返還執行を行うことができたが、Yに対し、執行費用その他の費用を損害賠償として請求する訴えを提起した。これが本件訴えである。原審は請求を認容したので、Yが上告した。

（2）判決理由

原判決破棄、差し戻し。

直接的な判決理由は、本件において強制執行妨害の状態が認められるかどうかの審理が尽くされていないという点にあるが、判決理由では、強制執行妨害罪の前提となる原告の保護法益である、XのYに対する占有権に基づく返還請求権が認められるかが論じられているので、その部分のみを取り上げる。

「Yは、XのAに対する占有権に基づく返還請求権を認めた確定判決に異議を唱えなければならないところであるが、その既判力はZPO325条によりYに対しても作用する。すなわち、Yは1984年12月24日の手続における返還請求の訴えの訴訟係属後になってはじめて、Aから本件機器の直接的な自主占有を引き受けたことは疑いがなく、占有権に基づく返還請求権に関し、係争物である本件機器についての権利承継人とみなされなければならない。また、Yは悪意による占有承継人なので、325条2項による保

護を受けない。」

（3）検討

本判決は、この事件で強制執行妨害罪の保護法益となる「XのYに対する占有権に基づく返還請求権が認められること」が、ZPO325条1項の既判力を通じて確定すると考えている。ドイツ刑法288条は、強制執行を受けるおそれがある場合において、債権者の満足を妨害する意図をもって、財産の譲渡または隠匿をした者を罰する旨の規定である。この規定の構成要件である、Yが返還義務の執行を受けるおそれがある状態だったことを、XのA（Yの前主）に対する給付判決の既判力が、占有承継人であるYに拡張されることを通じて肯定した。これが、本判決の趣旨であろう。

本件で問題となるBGB823条2項は、故意または過失によって他人の保護を目的とする法律に違反し、これによって他人の損害を加えた者も賠償責任を負うというもので、刑法はこの規定がいう法律の典型例である。そうすると、本判決は、「他人の保護を目的とする法律に違反すること」という不法行為に基づく損害賠償請求権の要件事実の存否を判断するに当たり、物の返還義務を肯定する判決の既判力が作用することを、理論上ではあるが、認めたわけである。この判例も、先決関係による既判力の拡張を認めたといえるだろう。

Ⅳ　債権的請求の判例

前述の通り、ZPO325条1項が、係争物の占有を取得した者に対して既判力が拡張されると定めることの意義は、使用賃貸借・用益賃貸借・使用貸借の貸主その他の間接占有者に対する判決の効果が、その借主にも拡張する点に求められている。例えば、係争物を訴訟係属後に賃貸して引き渡した場合や、係争物の借主から係属後に転借した場合[48]などを事例として

考えることができる。しかし、仮に前訴の訴訟物が物権的請求権ではなく債権的請求権であったとすると、元の契約に基づく債権的な返還請求権に係る判決の効果が、元の契約当事者以外にも及びうるということが本来的にありうるのかどうかという素朴な疑問が生じる。以下、このような疑問を抱きつつ、検討する。

〔4〕BGH1981年3月13日判決（WM 1981, 624）

（1）事案の概要

（a）本件原告Xは、宅地の所有者である。この土地は、Aが1976年3月8日にY2に対して売却し、被告Yらは、土地上に2階建ての建物を所有し、これは、住居およびY2の協力の下にY1が経営する食肉店として使用されている。1976年10月5日にAは、Xに対して底地を売却したが、その際に、AとYらとの間で明渡しに関する紛争が係争中であることが告知され、売主Aに対して訴訟追行権を授与する旨の合意がされていた。

（b）AがY2に対し、主位的に売買契約の無効、予備的に代金支払義務不履行による契約解除を主張して、（Xが登記したのちはXに対して）家屋を明け渡すことを求める訴えを提起した。しかし、Aの主張はすべて排斥されて訴えは棄却され、確定した（前訴）。

（c）本件は、XがYらに対し、家屋の返還などを求めて訴えを提起したものである。原審は、Xが、前訴原告Aの権利承継人であるとして、既判力を不利に拡張されることを理由に、Y2に対する請求を却下し、Y1に対する請求は認容した。そこで、XおよびY1が上告した。

（2）判決要旨

原判決破棄、差戻し。

48　Gottwald, a.a.O., § 325 Rdnr.88.

ＸがＡの権利承継人に該当するかどうかの判断をする必要はない。その理由は次のとおりである。前訴の判決理由によれば、裁判所は、契約当事者であるＡとＹ２の間における債権的請求権のみを判断の対象としたうえで、Ａに返還請求権が認められるかどうか、Ｙ２に売買契約に基づく占有権原が認められるかどうかだけを判断した。そして、契約無効の主張および解除が有効であることの主張をいずれも排斥し、Ｙ２がＡとの関係で占有権原を有すると判断している。この判断の中には、本件原告ＸとＹ２との間の所有権に基づく返還請求権や、Ｙ２の占有権原の存否についての判断は含まれていない。よって、前訴判決の既判力は、Ｘの請求を妨げることはない。

（３）検討

日本法の立場からも、この判決の結論は首肯することができるだろうか。なお、前訴でＡがＸの任意的訴訟担当者であったという点は捨象する。

まず、旧訴訟物理論で考えると、ＡのＹ２に対する契約無効を理由とした返還請求権と、ＸのＹ２に対する所有権に基づく返還請求権は、訴訟物としては同一でない。また、既判力の拡張原因となる承継の成否を考えると、ＡからＸに対して所有権の譲渡はあるものの、それに伴って、ＡとＹ２の間に存する債権的な返還義務に関する原告となるべき地位の移転が、ＡからＸに対して認められるということはできないはずである。換言すれば、債権的返還請求権という訴訟物について適格承継があったと仮定したとしても、その承継された当事者適格が、物権的請求権に係るそれに変化するということは、考えにくい。反対に、物権的請求権の原告となるべき地位も含まれると解釈するためには、新訴訟物理論を前提としなければならない。よって、旧訴訟物理論の下では、既判力が拡張されるということは考えられない。

では、新訴訟物理論をこの例で徹底するならば、どうか。すなわち、Ａ

のＹ２に対する債権的な明渡請求権の存在を否定する判決の既判力は、原告側の変動にもかかわらず、所有権に基づくＹ２に対する返還請求権にも及ぶと考えることができるかが問題となる。この場合、ＡからＸに対する所有権の譲渡によって、ＸがＡの承継人になるとすれば、前訴を棄却した確定判決の既判力が、Ｘに対して不利に及ぶとの結論になる。判例〔１〕の趣旨によれば、そうなるはずであろう。しかし、前訴判決の中には、Ａの所有権の存否判断は一切含まれていない。そうだとすれば、ＡからＸに対する所有権の譲渡があったことによって、Ｘが主張する所有権に基づく返還請求権の不存在という帰結に至るのでは、一度も訴訟に関与していないＸの手続保障を害する度合いが高すぎるのではなかろうか。つまり、Ｘには、Ａからの所有権の承継取得を主張立証する機会が、せめて１回は与えられなければならない。

このように考えると、BGHが、Ｘに対する既判力の効果を否定していることは、理論的というよりは、実際的な配慮に基づくといえそうである。BGHは、権利承継人の該当性についての判断を棚上げしているが、これは、既判力の客観的範囲の問題として、債権的請求権に対する判断の中には物権的請求権の判断が含まれないとの理由に基づく。これを換言すれば、既判力の範囲は現実に判断を受けた事実関係によって限定されるという考え方に基づくのではないかと思われる。すなわち、この判例は、訴訟法的訴訟物理論に立ちながらも、既判力の範囲を無限定に拡張するというこの種の理論の難点を意識的に避ける立論を行っているわけである。

〔５〕BGH2009年12月16日判決（NJW2010, 1068）

（１）事案の概要[49]

Ｘは、1974年から本件住居を使用賃借して居住している。本件住居の所有者および使用賃貸人は、民法上の組合Ａで、Ｙらはその組合員である。

49　この判例は、池田・前掲注（３）1074頁以下で紹介されている。

2005年１月18日付けの文書で、Ａは、本件住居の組合員Ｙ２による自己使用を理由にして、2006年１月31日をもって使用賃貸借契約を解除する旨を通知した。Ｘは異議を述べたが、Ｙらから明渡しを求められ、本件住居から退去し、本件住居より狭く賃料が高い別な住居に移転した。

ところが、Ｙ２は入居せず、リフォームした上でＹ２がＡから買い受けるということになった。そこで、Ｘは2007年６月７日に、Ｙらに対し、本件住居の使用賃貸借、第三者へ利用させまたは売却することを禁止する旨の仮処分命令を得たうえで、Ｙらに対し、1974年４月１日の使用賃貸借契約上の条件および2005年に支払った賃料をベースにした、本件住居の占有および使用賃借権の原状回復（BGB280条１項、249条１項参照）[50]、移転に要した費用等の損害賠償などを求める訴えを提起した。この訴訟係属中に、Ｙらは、仮処分を無視して、本件住居をＺに売却した（登記済み）。

１審はＸの請求を棄却したが、原審はＸの原状回復請求を認容した。そこで、Ｙらが上告した。

（２）判決理由

原判決破棄、差戻し。

主たる争点は、Ｙらにおいて、本件住居の占有および使用賃借権の原状回復義務を履行することが可能かどうかという点にあり、承継人に対する判決効の拡張は直接の問題とはなっていないが、その部分のみを引用する。

「控訴裁判所の判決理由では、原告の本件住居の占有および使用賃借権の原状回復請求権を認めることはできない。なぜならば、本件住居の譲渡により、この債務の履行は被告らにとって不能となり、またこの履行障害

50　BGB280条１項「債務者が債務関係から生じる義務に違反したときは、債権者はそれによって生じた損害を請求することができる。ただし、その義務違反について債務者に帰責事由がないときはこの限りでない。」249条１項「損害賠償をする義務を負う者は、もし賠償を義務付けられた状態が生じえないときは、それが存在したであろう状態を回復しなければならない。」

を克服することができるかどうかが確定されていないからである。本件住居の譲渡により、本件住居の占有および使用賃借権の原状回復が不能となったかどうかは、控訴裁判所も同様に解するように、仮に住居の取得者がBGB566条[51]によって、被告らの地位に代わり使用賃貸借関係に加入したとしても、重大な問題とはならない。なぜならば、本件住居は訴訟係属後に譲渡されたので、この事例ではZPO265条・325条が適用され(RGZ102, 177, 179f.)[52]、したがって、この訴訟で判決があれば、取得者に対してもその効力が拡張するからである。」ただし、本件では、所有権譲渡の時点でXが有効な使用賃借関係に基づいて占有をしていなかったから、Zに対してBGB566条の適用は認められない。

（3）検討

本件は、賃借していた物件から不当に追い出されたと主張するXが、Xを追い出した上でその物件を第三者に譲渡したYらに対して、賃貸借関係の原状回復を求めるという事案である。たしかに、本件の解決にとって、ZPO325条の適用は問題とはならない。しかし、本判決によれば、賃貸借の目的物が貸主より第三者に譲渡されると、借主との関係で第三者には既判力が拡張するとされている。

日本法で考えてみよう。例えば、借主が貸主に対し賃貸借契約に基づいて目的物の引渡しを求めた訴訟の基準時後に、貸主から目的物の所有権を譲り受けた第三者は、賃貸借関係の承継を原因として（改正後民法605条

51　BGB566条1項「使用賃貸された住居が賃借人に対して引き渡されたのちに賃貸人によって第三者に対して譲渡された場合は、その取得者が賃貸人に代わって、その所有権が存続する間、賃貸借関係から生じるべき権利義務について加入する。」

52　RGZ102, 177は、使用賃借人が賃貸人に対して、賃貸人が賃借人住居の上階を機械業者に対して賃貸したことで生じた騒音の差止請求をした事例で、係属中に当該不動産所有権の譲渡があったときは、ZPO265条・325条1項が適用されるとした。

の２第１項参照）既判力の拡張を受けるだろうか。この場合は、賃貸借関係を物権的な関係に引き付けた上で（いわゆる賃借権の物権化）、同一の義務承継に基づく既判力の拡張を認めることができると思われる。既判力の拡張を認めると、借主と第三者の間の後訴では、賃貸借関係の承継の成否だけが既判力に妨げられずに主張できることになる。この点で、拡張を肯定する意味がある。

〔６〕BGH2006年７月12日判決（NJW-RR2006, 1385）

これは、転貸借に係る確定判決の既判力拡張を扱う判例である。ここでは、占有承継人に対する既判力の拡張の事例ではなく、条文にない実体的従属関係による既判力の拡張が問題となっている。日本法でもかつて転貸借関係に対する反射的効果の成否が問題となったことがあるので[53]、課題からは離れるが、参考までに紹介する。

（１）事案の概要

本件は、賃借人Ｘが、その転借人であるＹらに対して、賃料の支払いを求めるものである。事案はかなり複雑であるが、まとめると次のようである。本件不動産は、ＡがＸに対して賃貸しているもので、Ｘが小売店舗を経営している。この賃貸借契約では、当初の存続期間は10年で、５年ごとの更新が可能とされ、また、転貸を認める条項が含まれていた。この建物は、Ｘによって分割されて、その一方について、ＹらがＸから転貸借し、さらに、ＹらからＢが転借するに至った。その後、Ａが、賃貸借契約の解約告知をしたが、Ｘが、それに対して異議を唱えてトラブルとなり、このトラブルに巻き込まれたＹらが、Ａの明渡請求権の存在により賃貸目的物の使用が法的に妨げられているとして、Ｘに対する転借料の支払いを拒ん

53　最判昭和31・７・20民集10巻８号965頁は、転借人に対する不利な反射効を否定した。

だ。これが本件の紛争である。

ＡはＸに対し、2000年末日限りでＡＸ間の賃貸借関係が終了したことの確認を求める訴えを提起したが、この請求は棄却され確定している。その後、ＸはＹらに対し、未払賃料の支払いを求める本件訴えを提起したところ、その一部が認容された。Ｙらが上告した。

（2）判決理由

原判決一部破棄、自判。

判決の効果に関する部分のみを引用する。

前訴確定判決により、賃貸借関係が2000年末日までは存続していることが、前訴当事者間においてのみ、既判力によって確定された。ＸとＹは、この確定判決に拘束されない。もっとも、転貸借関係は元の賃貸借関係が存続することに依存（従属）しているとの理由から、別異に解する考え方があるので検討する。

「賃借人に対して明渡しを命ずる判決の既判力は、転借人が、元の賃貸人からBGB546条２項によって返還を求められたときは[54]、転借人が賃借人の負う明渡義務をもはや争うことができない限りにおいて、転借人にも及ぶとの見解があることはたしかである[55]。」しかし、文献上の支配的見解（引用は省略）は、転借人が本件同様、転貸人と賃貸人間の訴訟の係属前から直接占有を取得していた場合について、転借人に対するこのような既判力拡張を否定する。

当民事部は、かつてこの問題について回答を留保したが（BGH

54　BGB546条１項「賃借人は、賃貸借関係終了後、賃貸目的物を返還する義務を負う。」同条２項「賃借人が賃貸目的物の使用を第三者に委譲したときは、賃貸人は、賃貸借関係終了後、目的物を返還することをその第三者に対しても請求することができる。」このため、元の賃貸借関係が終了したときは、転借人は転貸人と連帯して返還義務を負う。

55　BGHはここで、A. BlomeyerとBettermannの既判力拡張説を引用している。

NJW2001, 1355)[56]、本件の事案に対しては、支配的見解に従う。元の賃貸人と転借人との間には何らの契約関係がなく、また転貸借関係は、転貸借契約で別段の定めがなければ、元の賃貸借関係が存続することと従属関係に立たないことが、このような既判力拡張に反対する理由である。

「実体法上の従属関係を理由とした既判力の拡張が認められれば、たしかに、その限りでは、他の当事者との間において、本件と同様に第1訴訟の訴訟物が先決関係となる後発的な訴訟を回避することに資するといわれる。しかし、当事者間でされた裁判の既判力はその当事者限りに及ぶとの原則をそのような形で破ることは、この裁判に対して何らの影響を与えることができなかった第三者にとって、訴訟上の予期しえない結果をもたらしうることから、認めることができない。」訴訟上予期しない結果が生じうる場合としては、次のような例がある。すなわち、元の賃貸人が賃貸借契約を解約したと主張して、転借人が、元の賃貸人と直接賃貸借契約を締結するか、あるいは明渡しをするかの決断を迫られているときに、転借人が、賃貸人による明渡請求を受けたことによって、目的物の使用を妨害されていることを理由に、転貸人に対する賃料の支払いを拒んでいる場合である（本件はこの事例である）[57]。このような場合、例えば元の賃貸人と賃借人間の訴訟で、元の賃借人は解約告知が無効であるために明渡義務を負わないことが既判力によって確定されているからといって、それを理由

56　BGH2001年1月17日決定。用益賃貸人Xが賃借人Yに対し、Yが賃貸物件に行った改築を元通りにすること（目的物の原状回復）を求める訴えを起こして勝訴した。Y側の補助参加人Z（目的物の転借人）は、Yの控訴期間経過後に控訴を提起し、Zに対して目的物返還を命じる判決の既判力が拡張されるから、Zは共同訴訟的補助参加人であり、独自の控訴期間が保障されるべきであると主張した。しかし、BGHは、本件が目的物返還を命じる判決の事案ではないとして、既判力拡張の有無という論点の判断を行わず、Zの即時抗告を却下した。

57　改正前BGB541条によれば、第三者の権利によって賃借人が目的物の使用を妨げられるときは、権利の瑕疵を理由とした担保責任の効果として、賃料の減額請求権が認められる。

として、転借人の占有権原が第三者である元の賃貸人の明渡請求権があることによって侵害されていると主張することができないと解することは許されない。

（3）検討

この判例は、賃借人が受けた判決の効果が転借人には及ばないことを一般論として認め、実体的従属関係に基づく既判力の拡張を否定する説を採った点で、注目されてよい。というのも、かつて、ドイツ法では、賃借人が受けた判決の効果が転借人にも及ぶとする見解が古くから多数説であったと紹介されていたからである[58]。

この判例の論点は、賃貸人と賃借人（＝転貸人）間での賃貸借関係が終了したことの確認を求める訴えを棄却する判決の効果が、転貸人と転借人間での賃料支払請求の訴えに対して拡張されるかというものである。思うに、元の賃貸借契約関係が存続しているかどうかという問題と、転貸借契約上の賃料支払義務の成否の間には直接的な関係性はないと考えられるので、既判力の拡張を論じる必然性は乏しいように見える。しかし、この事案では、賃貸人の明渡請求権が存在することが転借人の目的物使用を妨げているかどうかという意味での権利の瑕疵の存否が主たる論点となっている。このため、賃貸借関係が存続しているか否かが、転借人の法的地位（担保責任を主張できること）を左右するという特徴がある。このため、支払いを拒まれている転借料を請求するXは、Yに対する不利な既判力の拡張を主張したわけである。しかし、BGHはそのような形の既判力拡張を否定した。

ところで、BGHは、2010年4月21日の判決でも、転貸借関係に対する

58　このことにつき、鈴木正裕「既判力の拡張と反射的効果（一）」神戸法学雑誌9巻4号（1960）527頁注（19）、同「判決の反射的効果」判タ261号（1971）4頁を参照。

既判力拡張を否定する見解を示している（BGH NJW2010, 2208）。この判決の事案は、賃貸人Xが、賃借人Y１の賃料未払を理由にして、賃貸借契約を解約告知したことに基づいてY１と転借人Y２に対し、家屋明渡しを求める訴えを提起したというものである。主たる争点は、未払賃料の一定期間内における事後的な支払いによって解約が無効となるかどうか（BGB569条３項２号参照）というものであったが、本件では、Y１による支払いはこの要件を満たさないとされた。この事案について、BGHは、手続自体は未確定であるから、おそらく注意的にだと思われるが、X・Y１間の訴えを認容する判決の既判力がY２に対して不利に拡張されることはないと論じている。それによると、賃借人に対する返還義務を認めた判決は、BGB546条２項に基づく第三者に対する返還を求める訴えに対して何らの拘束力がなく、Y２は、X・Y１間の判決にもかかわらず、賃貸借関係がなお存続していることを主張することができるとして、2006年の判決を踏襲することを明言している。したがって、理論上は、転借人が、前訴の判断に反して、賃貸借関係の追完（的な継続）を主張することは既判力によって妨げられないことになる。

既判力の拡張肯定説は、BGB546条２項によれば、元の賃貸借関係が終了すれば転借人も連帯して明渡義務を負うとされていることを根拠として、元の賃貸者関係の存続との間に実体的従属関係があるとする[59]。しかし、多数説は、BGB425条２項により、確定判決の存在は、連帯債務者間では相対的効果しかないとされているから、連帯債務者の間では既判力の拡張が否定されると反論する[60]。また、転借人の法的地位は、敗訴した賃借人に対する損害賠償では填補できない[61]といった議論も見られる。

59　Blomeyer, a.a.O., S.521.

60　Musielak/Voit, a.a.O., § 325 Rdnr. 18; Gottwald, a.a.O., § 325 Rdnr. 88; Prütting/Gehrlein/Volzmann-Stickelbrock, a.a.O., § 325 Rdnr. 32.

61　Stein/Jonas/Althammer, a.a.O., § 325 Rdnr. 94.

このように、BGHが、賃貸借関係の存否に関する判決の効果が転貸借関係に対して拡張することはないという判断を明示して、多数説を採用したことには、重要な意味がある。実体的従属関係に基づいてZPO325条を超えて判決効の拡張を行うことや、いわゆる既判力の第三者効を承認することに対しては、現在の多くの学説は慎重な態度をとっている。判例もこのような傾向にあることを、この事例を通じて、確認することができるからである。

V　まとめ

1　承継の概念

ZPO325条1項は、係争物譲渡に関するZPO265条と連結させて[62]、権利承継人および係争物の占有承継人が承継人であることを明文で規定している。これに対して、日本法は、訴訟係属中の承継に関する規定と口頭弁論終結後の承継に関する規定とを切断した上で、しかも、承継の概念を具体化しない文言を採用している。このような日本法の態度決定には、一長一短があると思われる。つまり、日本法では、適格承継説など承継概念の論争を通じて、占有（または登記）承継を承継概念の中に取り込むための解釈論上の努力が必要であった。このことからすれば、条文で承継概念を明確化しておくべきだったのかもしれない。しかし、条文の表現がシンプルであったからこそ、条文の文言によって制約を受けることなしに、承継という言葉に対して、訴訟法独自の性格付けを施した意味内容を与えることが可能になったともいえる。この問題との関係でいえば、最近では、ドイ

62　Stamm, Das Mysterium der gesetzlichen Prozessstandschaft bei Abtretung oder Veraüßerung der stereitbefangenen Sache, ZZP131 (2018) 143ff. は、ZPO265条による当事者恒定を疑問視する。

ツ法と同様に、実体適格の承継をもって承継を認める議論が有力である[63]。しかし、日本法においては、むしろ独自の訴訟法的な議論を発展させることが必要であると考えておきたい[64]。

2　既判力の作用

（1）本稿で紹介した判例〔1〕が、物権的返還請求を棄却する判決の既判力が原告側の承継人にも作用することについて何らの疑問を抱いていないことは、訴訟法的な訴訟物理論（新訴訟物論）だからという一事によって理由付けることができるのだろうか。承継によって訴訟物の主体が変動したのに、その事実が訴訟物の同一性に影響を与えないということは、基準時後の事実変動が既判力の範囲を変更させないことを意味する。このような考え方は、既判力の範囲を左右させる事実関係の変動と、左右しない変動との仕訳という困難な課題を抱え込む[65]。深読みすることになるが、判例〔1〕は、承継の事実が既判力に対して何ら影響を与えることはないという意味で、いわゆる実質説だと理解すれば、よりわかりやすいのかもしれない。

63　松本・前掲注（16）1640頁以下。

64　本間・前掲注（3）400頁以下参照。実体適格とは権利義務の帰属主体性を意味する。そのような意味での実体適格の承継が承継の本質だと解したときに、権利義務の帰属主体性の承継ということから、訴訟物である権利義務関係それ自体の特定・包括承継とはいえない占有ないし登記承継の事例でも、広く承継が認められるとの結論を導き出すことができる理由は、明らかではない。したがって、この説も結論ありきの議論であるとの疑いを払拭しきれない。また、実体適格の承継という説明方法は、もともとZPO256条が実体的当事者概念に立脚していた段階で通用していた議論である。形式的当事者概念の確立にもかかわらず、なぜドイツ法が、実体適格による説明をそのまま承継し続けたのかという根本的な問題が解明されないままに残されていることに注意が必要である。

65　この問題については、八田卓也「ドイツ民事訴訟法における一事不再理について」『徳田和幸先生古稀祝賀論文集・民事手続法の現代的課題と理論的解明』（2017）347頁以下とそこに掲げられた文献を参照。

（2）次に、ドイツ法では、先決関係の拡張化現象が見いだされる。一般に、先決関係とは、前訴の訴訟物が後訴のそれの先決的法律関係をなす場合と定義されている。そして、「先決的法律関係をなす」ことの意味について、日本法の文献は、これを、既判力の対象である法律効果それ自体が後訴の構成要件になっているときと理解し、所有権の存否とそれを先決的法律関係とする物権的返還請求権の関係を例示する。この説明をそのまま受け止めるならば、ここで「構成要件になっていること」とは、既判力の対象である法律効果それ自体が後訴請求権の請求原因や抗弁になる場合を意味していることになる。しかし、先決関係が成立する場面をこのように狭く解釈する必要はなく、より拡張的に考えるべきであろう。換言すれば、既判力の対象である法律効果と後訴請求となる法律効果との間に目的の共通性が認められることで、相互に実体的な関連性が認められるならば、既判力が及ばないことを理由にして、その関連性を切断してはならない[66]。判例〔2〕からは、このような考え方を読み取ることができる。

（3）債権的請求と承継の関係は、難問である。例えば、賃貸借終了を原因とする債権的な明渡請求権の例では、前訴当事者である貸主と第三者（承継人）である転借人との間には契約関係がなく、それにもかかわらず、前主が負う契約上の相対的な地位を第三者が引き受けると論じることは難しいと考えられる。この問題に関するドイツ判例の考え方を明らかにすることはできなかったが、最低限ではあるが、既判力の拡張に対して抑制的であるという印象を得ることができたと思う。

66　この問題については、さしあたり、民事訴訟雑誌66号掲載予定の筆者によるシンポジウム報告とその後の討論の記録（本稿注２参照）を参照されたい。また、鶴田滋「既判力の失権効と要件事実」前掲注（３）上野古稀360頁以下も参照。