

訴訟承継について

——加波教授の論考に即して——

本 問 靖 規*

目 次

- 1 はじめに
- 2 加波教授の見解
- 3 訴訟承継制度の諸問題
 - (1) 訴訟承継の制度趣旨
 - (2) 訴訟承継許容要件
- 4 何が承継されるのか——承継効
- 5 承継の手続
- 6 おわりに

1 はじめに

学界に多くの貴重な寄与を積み重ねて来られた加波教授の一連のご論考の中で、筆者がひととき注目するものとして、「訴訟承継論覚書」がある¹⁾。この論文は私にとって多くの示唆を得る源泉となっている。そこで加波説を検証し、そこから何を学んだのかを振り返ることにより、訴訟承継制度に関する筆者の基本的な立場を考えてみたいと思い立った。私として加波説の検証を行うことは少々烏滸がましいかもしれないが、いわば下から目線で加波説の意義を検討してみたい。とはいえ、本稿は、加波論文が訴訟承継に関する広範な論点をカバーしているのに対して、筆者の能力の限界と時間的余裕との関係で、そのうちの一部を取り上げるに過ぎない

* ほんま・やすのり 早稲田大学法学学術院教授

1) 加波眞一「訴訟承継論覚書」撰南法学30号1頁（2003年）。

ことをお許しいただきたい。

2 加波教授の見解

(1) 加波教授は、民事訴訟法における訴訟承継制度の法的規整（49条～51条）に至るまでの判例や学説の動向を見極めた上で、現行法をめぐる諸見解を検討している。そしていくつかの重要な視座の提供ないしは解釈論の提案をしている。その際、問題を、① 訴訟係属中に係争物が第三者に譲渡された場合、その譲受人が自ら係属中の訴訟に参加していく場合（参加承継）と訴訟の相手方当事者がその譲受人を係属中の訴訟に引き込む場合（引受承継）があるが、このような訴訟承継によって、当該譲受人（訴訟承継人）にはどのような訴訟法上の効力が及ぶのかという承継の効果の問題、② 訴訟承継人に及ぶ効果を正当化することができるような訴訟承継許容要件はどのようなものかの問題、③ 承継後に旧来の当事者が脱退せず、複雑訴訟形態をとることになる場合の訴訟手続のあり方の問題の3つに分けて論旨を展開している（もっとも①②の密接な関係に基づき、論述の順序がきれいに3つに分けられているわけではない）。本稿もこれに従い検討を進めていくが、本稿では①②における加波説を中心に検討することにする。重要なテーマである③にも触れるが、自説を展開するところまで至っていない。

(2) 加波説は、訴訟承継の制度趣旨を以下のように規定する。それは、「一方の当事者側が債権・債務を譲渡することで、それまで形成してきた訴訟の結果（およびそのための費用）や相手側当事者の訴訟への期待（または勝訴への努力・費用）を無に帰することを阻止することにあるので、それを確実なものにするため、参加人には『従前の訴訟追行過程で当事者が形成してきた訴訟法上の結果』に拘束される効力が生じる、と解し、それをもって承継効の内容としておきたい（少なくとも『訴訟状態に拘束される』という場合はそのような内容を意味すると定義しておきたい）。具体的には、従来

から認められてきた内容と変わるところはなく、承継前に行われた弁論・証拠調べ・中間判決や訴訟指揮などの裁判の結果に拘束されること、その他の被承継人が受ける失権的制約としての自白の拘束力や時機に後れた攻撃防御方法の提出への制約、また訴え提起の効力や訴状送達に伴う効果、などが承継人にも及ぶことである²⁾。このように、前主(被承継人)と相手方間の訴訟追行の結果を承継効として承継人に引き継がせる。

(3) 次に、訴訟承継の加入問題と承継効の効力要件問題とを区別する。すなわち、訴訟承継が認められても、直ちに全面的に拘束力が働いてこれを動かすことができないことにはならず、どの範囲で拘束力を働かせるべきかについては、効力要件問題として別の考察を要するとする。そしてこれは拘束力の正当化根拠としての手続保障の問題とすることができるとする。その際、訴訟手続の問題のみならず、実体法上の地位の問題をも考慮する必要がある。すなわち、「承継人が被承継人から係争物に関する実体法的地位を引き継ぐ(または、同様の地位を取得する)ことで、係争物に関して形成された訴訟法上の結果(手続保障を受けたということを含む)を及ぼされる法的基礎が形成されたといえるが、それを完全に正当化するためには、被承継人に対してとられた手続保障が、承継人自らの手続保障を受けたものと同視できると評価ができる状況にあるかどうか、ということがもう一つの要素となる。したがって、被承継人と承継人との訴訟についての立場の違いなどから、被承継人に対してとられた手続保障が、承継人が自ら手続保障を受けたのと同じであると評価できない状況がある場合は、その限りで承継効は制約されることになる³⁾。そしてその具体的な帰結として、承継原因が生じた後、実際に承継人が訴訟に関与するに至るまでの間になされた訴訟追行の結果に当然のように拘束されることは問題であるとする⁴⁾。さらに、相手方と被承継人との間に立てられた訴訟物と相手

2) 加波・前掲注1)37頁。

3) 加波・前掲注1)38頁。

4) 加波・前掲注1)39頁。

方・承継人間の訴訟物とが異なる場合、たとえばXY間の土地賃貸借契約終了に基づく建物収去土地明渡請求の係属中に行われたYZ間の建物の一部譲渡の事例において、XY間におけるXの所有権の存否とXZ間におけるそれとは、請求原因事実となるか否かで大きな違いが存するため、XY間の訴訟における所有権の自白は、Zに承継効を及ぼさないとする⁵⁾。

(4) 訴訟承継許容要件としては、従来の議論をフォローし、① 適格承継説、② 利益考量説（紛争の主体たる地位の承継説）、③ 従属（依存関係）説、④ 当然の全面的な承継効を疑問視する見解として、井上治典説⁶⁾、上北武男説⁷⁾、池田辰夫説⁸⁾などを検討した上で、訴訟承継＝従前の手続形成結果への全面的拘束という伝統的図式からの離脱、効果論からの要件論の再考を説く井上説など④の見解を積極的に評価している⁹⁾。その上で、加入段階で審理がもたつくことなく迅速に本案審理に入るよう工夫がされるべきであるとして、承継要件の審理に際しては、係争物に関する実体法的地位の移転があり、それによって承継人が新訴訟における当事者適格を得たことが認定されれば、加入が認められる。その先は、手続保障無欠缺の推定により、承継後に承継人が承継効の及ばないことを主張して手続保障欠缺の審理がなされるという段階に移るとする¹⁰⁾。

(5) 承継後の手続については、参加承継においては、独立当事者参加の規定（51条、47条～49条）が準用され、引受承継においては同時審判申出訴訟に関する規定（50条3項、41条1項、3項）が準用されているものの、準用規定の要件に当てはまらない類型の承継事例があることに鑑みると、参

5) 加波・前掲注1) 40頁。

6) 井上治典「訴訟引受についての手続上の問題点」同『多数当事者の訴訟』（信山社、1992年）91頁。

7) 上北武男「当事者の交替」上田徹一郎＝福永有利編『講座民事訴訟③』（弘文堂、1984年）299頁。

8) 上田徹一郎＝井上治典編『注釈民事訴訟法（2）』（池田辰夫）（有斐閣、1992年）258頁。

9) 加波・前掲注1) 33頁。

10) 加波・前掲注1) 42頁。

加承継において、合一確定の必要がある場合（あるいは相互牽制の必要がある場合）には、40条の規定を使うことになるが、その必要がない場合には、通常共同訴訟や同時審判申出訴訟等によって審理するし、引受承継の場合にも、両負けを避けることを要する場合と要しない場合とに対応するため、承継人の主張する請求と当事者間の請求を睨みながら必要的共同訴訟の規定によるか通常共同訴訟として審理するかを決めるべきとする。そしてどの手続準則によって審理するかを加入段階で明示する運用が望ましいとする¹¹⁾。

3 訴訟承継制度の諸問題

(1) 訴訟承継の制度趣旨

2(2)で述べた加波説の制度趣旨の叙述に賛成したい。訴訟承継や判決効拡張の制度は、訴訟係属後（ないしは口頭弁論終結後）に当事者の一方の側に実体法上の権利義務の移転行為があったことに基づき、相手方の訴訟追行やその結果が無意味なものになることから相手方を保護するためのものである。このことは、訴訟係属後に係争物が譲渡された場合の措置として、当事者恒定主義をとるか、訴訟承継主義をとるかにかかわらず、通用する出発点である¹²⁾。

訴訟承継主義と当事者恒定主義とは必ずしも対極にある制度というわけではない。ドイツにおいて実体的当事者概念が通用していたときには、訴訟係属中に権利関係の主体に変更が生じた場合、係争物の譲渡に関する規定を別として、当事者の変更は必然的な帰結であった。このことはまた事実審の口頭弁論終結後の主体変更において権利承継人への既判力拡張をも

11) 加波・前掲注1)48頁。

12) 既に多くの論者の指摘するところであるが、近時では、松本博之「民事訴訟における訴訟係属中の係争物の譲渡」同『民事訴訟法の立法史と解釈学』（信山社、2015年）258頁（275頁、281頁）が沿革史的な解明に基づいて明言するところである。

たらずことに結びついていた¹³⁾。当事者恒定主義は、ZPO265条の定めるところであるが、これは法律の定める特別の例外規定であった¹⁴⁾。しかし形式的当事者概念への移行により、係争権利関係の主体と訴訟の主体とが同一である必要がなくなり、訴訟係属中の請求権の譲渡は当然のこととして当事者変更へとつながることなく、権利承継に際しての当事者変更には特別の根拠が必要になる、と同時に口頭弁論終結後の承継人への既判力拡張も法律に明示の規定を必要とするに至るのである（ZPO325条はそのための役割を果たす規定とされることになった）。ドイツが、訴訟係属後に係争物の譲渡があった場合に当事者恒定主義（と日本で呼ばれる制度）をとった理由は、実体的権利関係の主体の変動により、相手方に不利益が及ぶことを防ぐ手立てを講じるためであった。また ZPO325条1項が訴訟係属後に権利承継（承継人の伝来的取得）や訴訟対象に関して占有の移転があった場合に承継人や占有取得者（直接占有者）に既判力が拡張されるとしたのも同様の考慮に基づくものである。

この関係で、従前から議論の対象とされてきた、訴訟承継主義の限界論すなわち承継原因発生時と訴訟承継時の間隙（ずれ）の問題に触れておきたい。当事者恒定制度の下では、承継原因発生時後の被承継人の訴訟追行は、訴訟担当として、承継人に効力を及ぼす。しかし訴訟承継主義をとる限り、訴訟承継前の被承継人の訴訟追行の結果は、承継人を当然に拘束するものではないことになり、相手方保護という上記の趣旨から外れることになりかねない。この問題を初めに提起した兼子一・訴訟承継論は、承継原因の発生と同時に従前の当事者が争いの主体たる利益すなわち訴訟追行権を喪失するから、その後の訴訟追行は承継人に対して全く無意味になる

13) Henckel, Parteibegriff und Rechtskrafterstreckung, ZJP 70. 1957, S. 450, de Boor, Zur Lehre vom Parteiewechsel und vom Parteibegriff, 1941, S33ff.

14) 本稿ではドイツの規定の沿革に立ち入らない。これについては、日比野泰久「係争物の譲渡に関する一考察——ドイツ法における当事者恒定制度を中心として——(1)～(3)完」法政論集（名大）105号93頁（1985年）、114号107頁（1987年）、115号305頁（1987年）参照。

との前提に基づいて、これに対処するために当事者恒定ないしは訴訟手続の相対的中断の必要があることを説いた¹⁵⁾。このうち前段の承継原因の発生による訴訟追行権の喪失は、訴訟追行権(Prozessführungsbefugnis)と実体適格(Sachlegitimation)の区別が未分化の時代の名残として受け止めるべきであり¹⁶⁾、形式的当事者概念を基礎とする現在では、承継原因の発生(債権譲渡ないしは免責的債務引受)により被承継人が喪失するのは実体適格であって、訴訟追行権を当然に喪失するわけではない。すなわち訴訟係属後に係争物の譲渡がなされた場合、権利帰属性の喪失のため請求棄却となるのであって、訴訟追行権なしとして訴え却下はなされない¹⁷⁾。しかし実体適格喪失後の訴訟追行権を認めるには、訴訟担当等への構成の変更を要するため、その根拠が問われることになる。その結果訴え却下という取り扱いになることはあり得ることである。後段の対処方法については、悩ましい問題である。兼子説が検討した訴訟手続の相対的中断構成は、相手方保護の観点から難点があるところであり、必ずしも有効な手段とはいえない¹⁸⁾。承継原因発生後、実際に訴訟承継がなされるまでのわずかな間隙を埋めるためであれば、当事者恒定(訴訟担当構成)も解釈論として成り立ち得ないわけではないように思われるが、間隙が比較的長期に亘る場合や訴訟終了に至るまで訴訟承継が行われなかった場合にこれを用いると訴訟承継という制度を設けた意味がなくなるため、これも難しい。他方で当事者恒定のための仮処分(民保53条以下)が当事者に負担の大きい制度であ

15) 兼子一「訴訟承継論」同『民事法研究Ⅰ』(酒井書店, 1971年第19刷)148頁。

16) 本間靖規「当事者適格の機能領域」山本克己ほか編『民事手続法の現代的課題と理論的解明』(徳田和幸古稀祝賀, 弘文堂, 2017年)41頁参照。

17) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法(下)〔第2版補訂版〕』(有斐閣, 2014年)567頁, 高見進「訴訟承継主義の限界」民事訴訟法の争点(1979年)134頁など参照。

18) 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』(判例タイムズ社, 1994年)161頁以下は, 中断構成の難点を指摘した上, 「解釈としては, 承継原因の発生後, 承継人の参加・引受までの間に被承継人と相手方との間でなされた訴訟行為の結果は, 承継人は当然にはこれに拘束されず, 承継人に関する請求については承継人による援用をまって訴訟資料となるものと解すべきである」とする。

ることに起因する制約があることを考えると、現行制度（目的物の所持者や予告登記による任意的訴訟担当など）を駆逐することによる解決が現実的なところといわざるを得ない状況である¹⁹⁾。加波説は、手続を重視する立場から、承継人が自ら承認、援用する訴訟結果を除き、承継人への拘束力を否定するが²⁰⁾、教授の出発点との関係でこれが妥当か問われるように思われる。いずれにしても立法論的解決が待たれるところである²¹⁾。

(2) 訴訟承継許容要件

加波論文の叙述の順序と少しずれるが、次に加波教授のいう訴訟承継許容要件の問題を取り扱う。これは訴訟承継制度が当てはまる承継（人）となる基準をどのように設定するかの問題である。これについては、前述のように加波論文は、① 適格承継説、② 従属（依存）関係説、③ 利益考量説、④ 承継効を当然とはしない見解に分類している²²⁾。④は何が承継されるのかの承継効の問題として一応別扱いができると思われるので、①～③とそれに近時、松本博之教授により、⑤ 実体適格の承継説が提唱されているので、これらについてここで検討を加えることにする。

まず、②の従属（依存）関係説は、当事者の実体法上の処分行為に服する第三者は、訴訟追行の結果にも服すべきであるとする見解である（法律行為と訴訟行為の対応関係 Parallelität）。もともと実体的当事者概念ならびに

19) 新堂幸司「訴訟承継主義の限界とその対策」同『訴訟物と争点効（下）』（有斐閣、1991年）77頁以下の提案に係る。日比野泰久「訴訟承継主義の限界について」法政論集（名大）120巻85頁（1988年）参照。

20) 加波・前掲注1）36頁以下。

21) 民事訴訟法の今後必要な改正問題に取り組んだ、三木浩一＝山本和彦『民事訴訟法の改正課題』（有斐閣、2012年）58頁では、この問題について正面からの立法論の提案はなされていない。訴訟状態の一般的な承継に懐疑的であることによると思われる。

22) 承継人の範囲をめぐる諸説について、畑郁夫「承継参加と引受参加」同『民事実務論集』（判例タイムズ社、2009年）259頁は、これに純実体法説として、訴訟物そのものの移転を以て承継原因とする見解を挙げているが、自身、声では承継人の範囲が不当に狭められ、悪質な当事者が係争物の譲渡を繰り返すことにより、相手方の訴訟追行を無駄にしまうことから公平信義に反するとする。

既判力の本質論における実体法説の下でこの基準が提唱されたものである²³⁾。これが既判力の拡張を訴訟法的に説明する際にも基準として使われるようになる²⁴⁾。日本の議論にも大きな影響を与えた Hellwig は、既判力の第三者への拡張の1つの類型として、民事法上の依存関係が既判力の正当化根拠となることを示した²⁵⁾。しかし民事法上の従属(依存)関係がなにもえ訴訟法上の効力の根拠となるのか、既判力が民法上の問題とされていた時代であればともかく、現在においては、効力の根拠について訴訟法的な説明が必要になることは夙に指摘されていた²⁶⁾。また実体法上の従属(依存)関係という基準の多義性、不明確性もこの基準の難点といえる²⁷⁾。以上は、主として既判力拡張の根拠をめぐる議論であるが、訴訟承継における承継人の基準についても、通用すると考えられてきた。兼子は、訴訟承継の局面において「生成中の既判力」という理論を用いることによって、訴訟係属後の承継人と口頭弁論終結後の承継人とを通じる基準を提供したが、このような理論を用いなくても、口頭弁論終結後の承継人に関する基準は、訴訟承継人の範囲を画する基準としても利用されると考

23) 吉村徳重「既判力拡張における依存関係」同『民事判決効の理論(下)』(信山社、2010年)15頁参照。

24) この間の学説史については、吉村・前掲注23)10頁以下に詳しく紹介されている。

25) Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901, S. 10. 今ひとつの類型は、判決効拡張のための民事的な基礎を欠く場合である。Hellwigの見解については、本間靖規「口頭弁論終結後の承継人に関する覚書」加藤哲夫ほか編『現代民事手続の法理』(上野泰男先生古稀記念、弘文堂、2017年)近刊参照。

26) 本間靖規「反射効について——根拠論を中心に」徳田和幸ほか編『民事手続法制の展開と手続原則』(松本博之古稀祝賀、弘文堂、2016年)616頁参照。なお、従属(依存)関係説の影響を強く受けた吉村・前掲注23)66頁は、実体法上の依存関係を基点として、承継における既判力拡張規定を類推適用できる範囲においてのみ既判力拡張を認めることができるとして「当事者適格の依存性」を基準として提示している。同じく、上田徹一郎『判決効の範囲』(有斐閣、1985年)51頁も「依存関係を基礎とする適格の移転」という表現を用いている。その上で上田は、115条1項を「立法上の決断」とし、当然の理論的帰結ではないことを認めて、法的安定要求と承継人の手続保障要求の緊張関係の中での落ち着きどころを探る作業をしている(108頁)。

27) 畑・前掲注22)260頁。

える向きがあった²⁸⁾。ドイツの議論が、当事者恒定の場合を含め、訴訟係属後の権利承継人として統一的な基準の下に議論していることもこのような日本の議論に影響を与えていたとの推測もできよう。

次に、①適格承継説について検討する。この説を提唱した嚆矢は、兼子一・訴訟承継論であった。兼子は、訴訟の承継の原因には、ひと先ず原告の主張により争いの存在を仮定し、その争いに対して原告は如何なる立場から関係しているのか（Aktivlegitimation の問題）、如何なる点で被告を相手としているのか（Passivlegitimation の問題）を見て、いずれかの側のこの関係が訴訟中に第三者に移転したかを考察する必要があるとする。そしてこれを正当なる当事者（richtige Partei）、当事者の適格（Sachlegitimation）ないし訴訟追行権（Prozessführungsbefugnis）と称せられていた問題ととらえる。そのうえで当事者適格が当事者から第三者へ移転した場合に、当該紛争の主体の訴訟外における変更があり、これと対応させるために訴訟上当事者の変動を必要とするとする²⁹⁾。兼子は適格承継の際の「適格」を Sachlegitimation に当たるものとみているが、前述のように、当時の議論状況に照らしてみると、これはむしろ Sachlegitimation の訴訟法的性格即ち今日的な表現でいえば、訴訟追行権にあたるものと評価することができる³⁰⁾。この兼子説によって基礎づけられた当事者適格の承継説（適格承継説）は、その後の学説を支配する見解となった。

適格承継という場合、当事者適格が訴訟物との関連で決まるとするのが一般であることから、相手方・被承継人との間の訴訟物と相手方・承継人間の訴訟物との関係が問題となる。たとえば賃貸借契約の終了に基づく家屋収去土地明渡請求の訴訟係属後に当該家屋を譲り受けた者や当該家屋を

28) 兼子一原著『条解民事訴訟法〔第2版〕』[新堂幸司=高橋宏志=高田裕成]（弘文堂、2011年）268頁、秋山幹夫ほか著『コンメンタール民事訴訟法I〔第2版〕』（日本評論社、2006年）491頁など参照。

29) 兼子・前掲注15) 50頁。

30) この点については、松原弘信「当事者適格概念の理論的基礎と同概念不要説の批判的検討」熊本ロージャーナル12号2頁（2016年）が参考になる。

賃借した者は、承継人となるかという問題がある。相手方と譲受人や賃借人との間には契約関係はないことから、前訴訴訟物とは異なり、後訴の請求原因としては所有・占有の関係のみ成り立つ。この場合、そもそも承継関係があるといえるのが議論の対象となってきた。そしてこの問題は訴訟物論とも絡む問題とされてきた。これについては、土地明渡請求を実現するためには、何れの場合にも占有者の明渡行為を要するのであるから承継関係を肯定すべきとの見解³¹⁾とそれには理論的な難点があるとの見解³²⁾の対立を見てきた。判例は、上記のうち訴訟係属後の建物賃借人は承継人に当たるとする³³⁾。私見も制度趣旨の貫徹の必要に鑑みて上記の占有の移転を受けた者に対する引受承継を認めた判例の立場に賛成する。

③利益考量説(紛争の主体たる地位の承継説)は、適格承継説の難点とされる問題、すなわち当事者適格は訴訟物との関係で決まるものであることに鑑みると上記事例のように訴訟物が異なるところでも訴訟承継を認めるべき場合に当事者適格の承継というのは正確さを欠くとして、判例で使われた用語である紛争の主体たる地位の承継の方が表現として適切であると³⁴⁾。しかし表現の適切さの問題であるだけならば適格承継説との懸隔は大きくはない。そもそもたとえ一般承継であっても前後で訴訟物が同じというわけではなく³⁵⁾、適格承継といっても、「前主が前訴で主張できた

31) 小山昇「口頭弁論終結後の承継人について」同『小山昇著作集2』(信人社、1990年)175頁は、前訴の訴訟物が物権的請求であるか債権的請求であるかには関わりないとする。また、伊藤眞『民事訴訟法〔第5版〕』(有斐閣、2016年)690頁は、原告が第三者たる建物占有者に退去請求を定立した場合、第三者が建物所有者たる被告の占有権原を自らの権原を基礎づけるものとして援用する可能性がある以上、被告の占有権原すなわち賃貸借終了に関して形成された訴訟状態を第三者に引き継がせるべき必要性を否定することはできないとする。

32) 兼子一『判例民事訴訟法』(弘文堂、1973年)300頁はこの区別を認めるものと評価できる。中田淳一=三ヶ月章編『民事訴訟法演習I』[中田淳一](有斐閣、1963年)205頁。

33) 最判昭和41・3・22民集20巻3号484頁。

34) 新堂幸司「訴訟当事者から登記を得た者の地位」同『訴訟物と争点効(上)』(有斐閣、1988年)317頁。高橋・前掲注17)583頁もこれに賛同する。

35) 中野・前掲注18)154頁参照。

はずの防御方法を、前主がもはやこれを主張することができないのと同じように、自分もまた主張することができないことを意味する。これは被告適格者たる地位という観点で前主と引受人の訴訟法上の地位を同一視したものである。……被告適格の移転と被告の地位の移転とは同じではない。前主と承継人とで共通の点は、前訴がなかったならば承継人が被告とされたであろうという意味において、訴訟物についての被告たる適格の地位にあった、またはあることである」にすぎないからである³⁶⁾。利益考量説の特徴はむしろ、承継前の当事者間の紛争とその後の当事者の一方と第三者間の紛争の密接な関係ならびに引受承継をさせられる第三者の利益と引受承継の申立人の利益との調和点を見いだすこと、新旧両紛争が、社会通念上、新紛争が旧紛争から派生ないし発展したと見られる関係にあるかの観点から利益考量を行うとする点にある³⁷⁾。そこから参加承継と引受承継における考慮要素の違い、さらには各訴訟承継における口頭弁論終結後の承継人への既判力拡張との考慮要素の違いを引き出している点である。前述のように従来はそれらに一貫した承継人基準が想定されていたところ、それぞれの制度のもつ差異に基づく承継人の範囲の設定を提唱したところにこの見解の意味がある。もっともこれは各制度における基準の微妙な違いや多様性、調整といった作業につながるものであり、誰でも使える明確な基準設定という点では、逆に難点が生じかねないという問題があるように思われる。

最後に⑤実体適格（Sachlegitimation）の承継説を見ておきたい。これは兼子・訴訟承継論が、当事者の適格（Sachlegitimation）としていたところを、当事者適格であれば訴訟追行権（Prozessführungsbefugnis）に当たるとすべきであるが、まさに本来の意味でのSachlegitimationとしたところに意味を見いだして、これを承継の基準とするとする見解である³⁸⁾。松本教

36) 小山・前掲注31) 174頁。

37) 新堂・前掲注34) 319頁。

38) 松本・前掲注12) 318頁。鶴田滋「口頭弁論終結後の承継人への既判力拡張の意味」

授によれば、「訴訟係属中に係争権利・係争物の譲渡または免責的債務引受によって積極的実体適格または消極的実体適格の変動が生じ、原告は積極的実体適格を、被告は消極的実体適格をそれぞれ失うため、そのまま訴訟を続行しても、……新たな積極的実体適格者または消極的実体適格者を拘束する判決をすることができないため、当事者恒定主義を採用するか、新たな積極的実体適格者または消極的実体適格者による訴訟の続行を認めるか(訴訟承継主義)の方策が必要になるのであるからである。いずれの原則を採用する場合にも、承継されるのは実体適格であるとみるべきである」とする³⁹⁾。ところで、訴訟係属後に当事者の一方が訴訟の目的物を処分(たとえば係争物を譲渡)することにより、従前の当事者(前主)が実体適格を喪失し、権利の譲受人が新たにこれを取得することはありうる。相手方には、これによるリスクを回避するために承継人を訴訟に引き込む(あるいは承継人が参加する)必要が生じる。しかしこの場合、訴訟に引き込んだ(あるいは参加した)承継人に真に権利が帰属するか否かの判断は本案の審理によって初めて判明することである。実体適格の承継をもって承継基準とするとき、承継原因の審理と本案の審理が重なり、本案の結論が出て初めて承継原因の存否の判断ができることになるのではないか。承継の基準となるのは、あくまでも権利義務の外観(有理性)であって本案の内容そのもの(権利義務の帰属主体性)ではないと考える⁴⁰⁾。松本教授は、当事者恒定主義の規定(ZPO265条)を法律行為による権利義務の移転、したがって実体適格の得喪を伴う事例にのみ適用し、倒産管財人の交替など訴訟追行権の移転の事案には適用されないとするドイツの通説⁴¹⁾をもって訴訟追行権の承継を基準とすることを否定して

↘法政研究(九大)81巻4号822頁(2015年)、同「判決効拡張・訴訟承継における承継人概念」法時88巻8号28頁(2016年)も同旨。

39) 松本・前掲注12)319頁。鶴田・前掲注38)法時28頁は、実体法上の承継原因により、積極的・消極的実体適格を喪失させた第三者をもって承継人とすべきことを説く。

40) 中野・前掲注18)167頁。

41) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 100. Rn14.

いるように見えるが⁴²⁾、ドイツの議論は、管財人の交替（訴訟係属中の破産手続の開始や破産財団を構成する財産の自由財産への移動なども含む）に際して当事者恒定制度を当て嵌めて旧管財人の訴訟担当を認めるべきでないとするものであって、事柄の性質上これは当然のことと思われる。しかしこれに基づいて承継の問題を実体適格の変動があった場合に限定して議論せざるを得ないとする見解は果たして妥当であろうか。むしろこのような場合を含めて共通する基準を抽出するとすれば「訴訟追行権の承継」をもってその基準とすべきことになる⁴³⁾。日本においては、中断、受継の手続によって手続に承継を反映させる当然承継も含めて、承継理論を構築してきたのであって⁴⁴⁾、目的物や請求権の譲渡のみを考察の対象として実体適格の承継を基準とするのは狭すぎる議論のように思われる⁴⁵⁾。私見は、適格承継あるいは承継前後で訴訟物が異なる場合にこの用語法に問題があるというのであれば、訴訟追行権の承継（Rechtsnachfolge in die Prozessführungsbefugnis）を基準とする見解⁴⁶⁾が妥当と考える。上記⑤の見解は加波論文以後に発表されたものであり、当然のことながら加波論文にその言及はない。したがってその評価は気になるところであるが、加波論文には、適格承継説に批判的と見られる紹介がある一方⁴⁷⁾、「権利実現という観点からは、加入段階でその審理がもたつくことなく迅速に本案審理に入れるよう工夫すべきであり、そのためには、できるだけ簡明な訴訟承継

42) 松本・前掲注12) 320頁。

43) 中野・前掲注18) 151頁参照。

44) 兼子・前掲注15) 8頁、15頁など参照。

45) 鶴田・前掲注38) 法時29頁は、当然承継においても実体適格の承継概念が通用することの論証を試みている。当然承継と特定承継の壁が厳然と存在するものではないことを示唆するものとして、八木良一「当事者の死亡による当然承継」民訴雑誌31号32頁（1985年）参照。

46) Heintzmann, Prozeßführungsbefugnis, 1970, S. 85., Berger, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozeßstandschaft, 1992, S. 139. S. 175ff.

47) 加波・前掲注1) 13頁以下。松本・前掲注12) 272頁は加波説を適格承継説の批判説と位置付けている。

許容要件が望まし」として、「加入要件としては、係争物に関する実体法的地位の移転(ないし取得)があり、それによって、承継人が新訴訟における当事者適格を得たことの二点となり、その点が認定されれば、従前の訴訟への、承継による加入が認められる」とする叙述がある⁴⁸⁾。もっとも加波説は、実体法上の承継原因の存在と承継人の手続保障という2面からの考慮を要するとして、同一争点でも前訴における意味と承継人との後訴における意味が異なる場合には、前主の訴訟追行の効果を承継させるべきではない。馴れ合いかどうかの証明が難しいおそれがあるところでは、承継効を回避して従前の訴訟結果に拘束されず、新たに訴訟を進行することを認める意味があるとする⁴⁹⁾。承継許容要件と承継効の問題を切り離す立場をとり、後者における議論を重視するものと思われる。どのような場合に承継を認めるかとの問題は、特に引受承継においては、審理の対象の問題であることからこれを軽視できないが、承継効を考える際には前述の訴訟承継制度の趣旨ならびに承継人の手続保障の両者を考慮しなければならぬことは加波説の説くとおりであろう。承継人に固有の攻撃防御方法の提出は保障されるべきことは間違いなく、そのための承継人独自の手続保障の必要性については疑いなく認められるべきであるからである。

4 何が承継されるのか——承継効

兼子・訴訟承継論は、「訴訟承継は単に一手続に関与する当事者の形式的な変動に止まらず、一の争いに於ける実質的な当事者の地位の移転にして訴訟状態の承継である」と説明し、訴訟上の地位とは何か、訴訟状態とは何かを探求している⁵⁰⁾。そして前者については、当事者適格の承継に行き着き、後者については、Goldschmidt に倣って「訴訟状態」、別にいえ

48) 加波・前掲注1) 42頁。

49) 加波・前掲注1) 38頁。

50) 兼子・前掲注15) 24頁。

ば「生成中の既判力」の承継（Nachfolge in die Prozesslage）との結論に達している⁵¹⁾。その具体的に意味するところは、新たな当事者が他の当事者に代わってその地位に就いた場合、彼は前主がその訴訟に止まっていたならばなすことができたように行動すべきこと、すなわち彼は既に獲得した訴訟上の利益を享受し、既に蒙った不利益を忍ばなければならない。前主について以前に発生した効果は、承継人が最初から当事者であったかの如く、承継人に移転する。したがって前主が主張したなら時機に後れたものとして却下されるべき攻撃防御方法は承継人も主張できない。また前主の裁判上の自白も承継人に与えられた取消（撤回）をなさない限り、これに拘束され、これに反する事実上の主張を有効になし得なくなるとする⁵²⁾。訴訟係属後の承継人への既判力拡張を規定するドイツと異なり、訴訟承継主義をとった日本の議論に関して、生成中の既判力すなわち訴訟状態の承継を用いた兼子説の理論は、ドイツとの理論的なつながりを取り付ける巧みな説明であるように思われる。それが兼子説の背景に、Goldschmidt の訴訟状態論や既判力の本質における権利実在説があったにもかかわらず、一般的な説明手法としてその後の日本の議論を支配する見解となった理由である。もっとも兼子説は、比喩に過ぎなかつたはずの生成中の既判力を用いることによって、確定判決の効果の問題である口頭弁論終結後の承継人の議論を訴訟係属中の問題である訴訟承継に持ち込むという理論的な無理をおかすことになったという側面をも持つ⁵³⁾。そのことが後の兼子説に対する疑問につながった。

兼子説は、訴訟承継人はそれまでに形成された訴訟状態を承継するものとし、訴訟承継の要件の問題と訴訟状態の承継とを一体と捉えた。これに対し、両者を切り離す議論がその後登場する⁵⁴⁾。井上（治）説は、切り離

51) 兼子・前掲注 15) 45頁。Goldschmidt, Prozess als Rechtslage, 1925, S. 521.

52) 兼子・前掲注 15) 46頁。

53) 松本・前掲注 12) 273頁参照。

54) 井上・前掲注 6) 91頁。この流れを引き継ぐ学説として、池田・前掲注 8) 256頁以下、上北・前掲注 7) 320頁は、引受承継と参加承継の微妙な差異を考慮する。中野・前掲

しの議論を正当化する根拠として、① 承継人の固有の攻撃防御方法と前主のそれとは明確に区別できるものではなく、流動的で曖昧であることから、承継人自身の利益を守るため手続の繰り返しや新主張が一定の範囲で認められる基盤があること、② 前主との訴訟においては、通謀虚偽表示が争点となっていたところ、承継人の登場とともに、これを無権代理に代えることができるとの議論があるなど、承継後の訴訟においては前訴とは別個の法的観点から争う可能性を認めるべきこと、③ 訴訟中の承継においては、口頭弁論終結後の承継とは異なり、手続が進行中であることによって弾力的に従前の訴訟状態からの自由を認める余地があること、④ 第三者を訴訟に引き込む形態として求償または損害賠償をなすためのものがあるところ、これらにおいては引き込まれた第三者が従前の訴訟状態に拘束されるとは限らないことなどを挙げている。この問題提起を受けてそれを発展させた結果、兼子説の生成中の既判力や訴訟状態論から決別し、兼子説のいう承継人に対する拘束力を否定する見解が提唱されるにいたった⁵⁵⁾。これによれば、訴訟承継制度の特徴は消え、第三者からあるいは第三者に対する新訴が提起されて、前訴と併合されたのと同じ取り扱いがなされることになる。確かに既判力の拡張とは異なり、承継前に形成された訴訟状態が引き継がれ、承継人にその意味での拘束力が働くといっても、その拘束力の中身は明確ではなく、兼子説も例として、前主のなした自白の効力や時機に後れた攻撃防御方法の制約を受けるといったものに止まる。しかもいずれも前主と相手方の請求との関係で問題となった事柄であり、承継人との新請求との関係いかんによっては、拘束力を否定すべしとの見解が有力に主張されていたところである。そして加波説もこの路線

↘注18) 161頁も承継原因の発生から実際の承継迄の時間的なズレの問題、紛争に対する承継人と被承継人との対応の差異から承継効の柔軟化を説く。また中村英郎「訴訟上の承継」同『民事訴訟理論の諸問題』(成文堂、1975年)90頁も特定承継と包括承継で区別すべきとして、前者においては前主の自白の拘束力を否定する。

55) 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』(商事法務、2006年)355頁。

の上に立ち、当然の承継効（訴訟状態への拘束力）に疑問を呈したうえ、承継人の実体法的地位と手続保障上の検証に耐えるものないしは承継人が援用する資料のみの引き継ぎを認めている⁵⁶⁾。

私見は、まず、相手方保護という制度趣旨を無視すべきではないということを出発点とすべきと考える。すなわち相手方のあずかり知らないところで行われる行為により、それまでの訴訟行為が活かされなくなったり、無になったりしないという制度（相手方が従前と同じ目的のために手続を繰り返す不利益を受けない）である以上、そのような結果につながる議論は、立法論としてはともかく、解釈論の域を超えるものとする。もっとも何が承継されるのか、承継効の範囲はかならずしも明確ではない。また既に指摘されているように包括承継の場合を含めて承継人登場後の請求は新請求であることから⁵⁷⁾、旧請求との関係が問われることは間違いない。そこでは承継人との新請求に関する審理において承継人独自の攻撃防御方法を提出する機会は必ず保障されるべきである。そしてこの両者の調和をどこで図るかが問われる。攻撃防御方法は常に請求との関係で提出されることを考えると、相手方保護の必要性は、前主との間の訴訟において蓄積された資料（訴訟状態）を生かすことにあるのであるから、前主との当該請求において前主が受ける拘束を承継人にも及ぼすということになると考える。すなわち前主が自己の請求との関係で受ける拘束がそっくりそのまま承継人に移転すると考えることになる⁵⁸⁾。したがって訴訟物から切り離された特定の争点に関する拘束力ではない。もっとも厳密な議論が可能な既判力拡張の議論の類推が危険性を伴うものであることは前述のとおりであり、訴訟承継においては、手続が進行中ということもあって手続保障のための微調整が可能ということを含める必

56) 加波・前掲注 1) 36頁以下。

57) 八木・前掲注 45) 42頁、中野・前掲注 18) 151頁、新堂・前掲注 55) 382頁。

58) 上野泰男「既判力の主観的範囲に関する一考察」法学論集（関大）41巻3号417頁（1991年）の請求の同一性の擬制の根底にある考え方が、訴訟承継に合わせる形で通用するといえないであろうか。

要がある⁵⁹⁾。それが、ドイツのように訴訟係属後の権利承継人や占有承継人に既判力が拡張されるとする制度を採用せずに、訴訟承継主義を採用して、承継人に訴訟に関与する道を開くことにより、より細かな配慮を可能にしている日本の制度を活かす所以であるように思われる。

5 承継の手續

承継の手續に関して、現行法は、参加承継と引受承継に分け、前者には独立当事者参加の手續(47条1項)、後者には引受決定があった場合、同時審判の申出がある共同訴訟についての規定(41条1項, 3項)が準用されている(49条, 50条)。なお、権利承継人への訴訟引受、義務承継人の訴訟参加が認められ、それぞれ引受承継、参加承継の規定が準用される(51条)。またその際、承継人の関与に伴う訴訟脱退の規定(48条)も準用されている(51条)⁶⁰⁾。そこで本来の独立当事者参加や同時審判の申出共同訴訟と訴訟承継制度によるそれとの関係が問題となり、本来の制度や各訴訟承継類型間の整合性が問われることになる。これに関して、訴訟参加については民訴47条の規定が準用され、その結果40条の規律に従うのに対して、同じ事案で訴訟引受の申出がなされた場合には41条が準用されて同時審判申出共同訴訟(弁論及び裁判の分離禁止の他は通常共同訴訟)の規律に従う。その結果どちらの承継類型が実際に採られたかで上訴による移審効に違いが生じることで不都合ないしは不整合が発生する可能性があるとの指摘が以前からなされていた。たとえば、債権者Xの債務者Yに対する訴訟の係属

59) 高橋・前掲注17) 585頁の「自白における争わない意思の見直し」の議論は、意義を有すると考える。ただ、それは新請求との関係で承継人に見直しの必要が正当化される場合に限定すべきである。

60) 立法の経緯については、上北武男「訴訟参加及び訴訟引受け」三宅省三ほか編『新民事訴訟法大系1』(青林書院, 1997年)197頁、竹下守夫ほか編『研究会新民事訴訟法』ジュリ増刊(1999年)83頁以下、法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』(商事法律務研究会, 1996年)64頁以下参照。

中、XからZに当該債権が譲渡されたとして、YがZに訴訟引受の申立をして認められたとする。XZ間で債権譲渡の効力が争われ、譲渡有効とされたため、Xの請求が棄却された。これに対してXが控訴する場合、YZ間の請求は移審しないことから、控訴審で債権譲渡の効力が否定されて原判決が取り消されても、Zの請求を認容する判決に影響はない。このことがXに事実上の不利益をもたらす可能性がある。これに対して、Zから訴訟参加の申立てがあった場合には、Xの請求を棄却する判決に対してXが控訴すれば、ZY間の請求も確定を遮断されて移審効が生じる。どちらの承継類型が選ばれたかで当事者間にこのような違いが生じるのが果たして妥当かが問われた⁶¹⁾。このような違いに合理性があるかは疑わしい。前述のように訴訟参加の類型ごとに準用される規定が異なるのであるが、本来の独立当事者参加ないしは同時審判申出共同訴訟の要件が整わなくてもこの規律に従うことの意味として、訴訟承継における準用は単にその形式を利用したに過ぎないとされる⁶²⁾。たとえばXのYに対する建物収去土地明渡訴訟の係属中にYが建物の一部をZに賃貸したことが判明したため、XがZに引受申立てをした場合、XはYZ両方に勝訴することを目的としているのであって、41条によって審理するにしても両負けを防ぐことを目的としているわけではない場合がある。このように制度借用の規定であるとすると、そこに形式を越えた柔軟な解釈の可能性を探る余地を見いだすきっかけが存する⁶³⁾。その際、できるだけ合一確定の方向（40条による処

61) 高田裕成「同時審判の申出がある共同訴訟」三宅ほか編・前掲注60)158頁、山本弘「多数当事者訴訟」竹下守夫＝今井功編『新民事訴訟法I』（弘文堂、1998年）156頁参照。高橋・前掲注17)573頁は立法論として不当だったと評価する。

62) 参加承継に40条の準用があるといっても、承継人はそれが不利なものであっても承継前に形成された訴訟状態に拘束されることがそこから引き出された。兼子・前掲注15)141頁以下参照。

63) 高見進「訴訟承継と同時審判」民訴雑誌48号29頁（2002年）は、当事者、承継人の関係を実質的に見て、41条の適用の有無を判断している。また免責の債務引受人が、債権者のみを相手に債務不存在確認の申立てをして参加承継する場合に、同時審判の申出が認められることを想定する。41条の解釈によって種々の問題に対処する見解である。高見説にメ

理)で統一を図る見解⁶⁴⁾と通常共同訴訟ないしは同時審判申出共同訴訟(41条による処理)で統一を図る見解がある⁶⁵⁾。

加波説は、まず参加承継について、両負け防止事案でも牽制などの根拠により合一確定の必要がある場合には、40条の準用を認めるが、そのような必要のないときには、むしろ41条の準用により事実上の合一確定が図られる、さらに何れでもない場合には通常共同訴訟の手続をとるべきである。このように解したとしても50条3項の立法目的に反することはない。参加承継一般においては、合一確定の必要(相互の訴訟追行の牽制の必要)に基づいて40条の適用を認める。そうでない場合については、通常共同訴訟ないしは同時審判申出訴訟の規律を適宜使い分ける。結局、参加承継の申立てが権利主張参加の形式に依るときは、参加請求の内容が当事者の訴訟内容と両立不能のものである場合に限り合一確定の必要を満たす。この要件を欠く場合でも両負け防止事案であれば41条の適用を認めるべきとする。引受承継に関しては、その申立てに同時審判申出共同訴訟の申出が含まれるとしても、当然にはその手続が準用されるわけではなく、そこから来る不明確を除去するために引受決定に際してどの手続規定によるのかを明示すべきであるとする⁶⁶⁾。かなり柔軟な解釈であるが、どのような審理原則によって手続が進行するのかは、審理の初めから明確であることを要することに鑑みると加波説には振り分け基準の明確性に関して疑問があ

ゝについては、高橋・前掲注17)577頁参照。

64) 松本・前掲注12)332頁は、占有承継や登記名義の承継を権利承継と位置付け、権利承継人には参加承継のみを認める立場から、この者の加入後の訴訟手続では40条1項ないし3項のみが認められるとする。これに対する批判として、鶴田・前掲注38)法時31頁は、松本説には承継原因と実体適格との混同があるとする。その理由は、消極的実体適格の喪失につながる権利承継(占有の取得)は、50条の承継人とすべきところ、これをそのまま権利承継人として参加承継の根拠としているのは一貫しないからであるとする。

65) 高見・前掲注63)29頁以下。なお、三木=山本編・前掲注21)は、参加承継にける独立当事者参加に40条1項から3項までの準用を排除すること、引受承継において、41条が適用される場合を41条の要件を満たす場合に限定したうえ、同時審判を求めないとの申し出があれば弁論及び裁判の分離ができるとの規定を置くべきとする。

66) 加波・前掲注1)44頁以下。

る。すなわち、参加申立てや引受決定の段階で後の攻防を見通して手続方式を明確化することができるのかが問題であるように思われる。もちろんこれは現行規定の不備に起因するものであるが、規定の拘束性を前提として解釈論を構築すべきように思われる。

6 おわりに

以上加波説に即して訴訟承継の問題を検討してきた。独立当事者参加もそうであるが、大正改正によって導入された制度には、曖昧な点が見られ、これが平成改正によって解消されたという状況にはない。本稿はその表面をなぞっただけの単なるスケッチに止まるものであるが、それだけでも問題の困難を痛感するに十分であった。今後の研究で是非その深化をはかりたい。

【付記】 加波眞一教授には、筆者が研究者として立ち始めたときから、同年輩・気鋭の研究者として注目してきた。その教授に献げるにはあまりに拙い、未完成の論稿であることを恥じるが、今後とも教授のご指導を仰いで精進を続けることをお約束するしかない。また生熊教授には、教授の民事執行法に関するご論考に多く教えられてきた。またフライブルク大学とのシンポジウムの際にお世話になった。ここに記して感謝申し上げたい。さらに二宮教授とは、私が龍谷大学に在職中に教職員組合の執行委員として京都私大教連でご一緒したのを初めとして、その後私が家事事件手続を研究するようになってからは、教授のご論考から学ぶことが多く密かに敬服の念を深めてきた。今後ともお三方のご健勝をお祈りする次第である。