

# 訴訟承継と別訴提起

平野哲郎\*

## 目次

- 1 はじめに
- 2 裁判例
- 3 学説
  - (1) 別訴不適法説
    - ア 訴えの利益がないと考える見解
    - イ 重複訴訟に当たると考える見解
  - (2) 別訴条件付き適法説
    - ア 兼子説
    - イ 新堂説
    - ウ 池田説
    - エ 高橋説
    - オ 上野説
- 4 私見
  - (1) 訴えの利益がないかどうか
  - (2) 重複訴訟に当たるとどうか
  - (3) 別訴条件付き適法説
    - ア 承継効は誰のためのものか
    - イ 別訴提起と旧訴の承継の選択権
    - ウ 重複訴訟該当性
    - エ 小括
    - オ 新堂説と私見の比較
- 5 場合分け
  - (1) 権利者側の承継
    - ア 承継人が旧訴の被告に対して、給付を求める別訴を提起した場合
      - A) 応訴があった場合

---

\* ひらの・てつろう 立命館大学大学院法務研究科教授

- B) 応訴がなく、引受承継が申し立てられた場合
- イ 義務者側が承継人に対して、債務不存在確認の別訴を提起した場合
  - A) 応訴があった場合
  - B) 応訴がなく、参加承継がなされた場合
- (2) 義務者側の承継
  - ア 承継人が旧訴の原告に対して、債務不存在確認の別訴を提起した場合
    - A) 応訴があった場合
    - B) 応訴がなく、引受承継が申し立てられた場合
  - イ 権利者側が承継人に対して、給付を求める別訴を提起した場合
    - A) 応訴があった場合
    - B) 応訴がなく、参加承継がなされた場合
- (3) 小 括
  - ア 別訴提起がされ、応訴があった場合
  - イ 別訴提起に対して、応訴がなく、訴訟承継の手続が取られた場合
- 6 おわりに

## 1 はじめに

訴訟係属中、実体法上、係争対象となっている権利・法律関係について当事者の意思に基づく承継が生じ、承継人による参加承継や相手方からの引受承継の手続がとられた場合、それまでの訴訟状態が承継人を拘束するかどうか、すなわち「訴訟状態承認義務」<sup>1)</sup>・「承継効」<sup>2)</sup>が認められるか

---

1) 「訴訟状態承認義務」の概念は、兼子一「訴訟承継論」同『民事法研究第1巻』（酒井書店、1940）所収141頁に由来するが、この言葉自体は、例えば新堂幸司「訴訟承継論よ、さようなら」同＝山本和彦編『民事手続法と商事法務』（商事法務・2006）378頁で用いられている。

2) 加波眞一「訴訟承継論覚書」撰南法学30号（2003）37頁によれば、「従前の訴訟進行過程で当事者が形成してきた訴訟法上の結果」に承継人が拘束される効力。「訴訟状態承認義務」と「承継効」はほぼ同義であるが、「義務」というと承継人に不利益な側面が強調されるくらいがあるが、従前の訴訟状態の中には承継人に有利な部分もあるので（提訴による時効完成猶予効や期間遵守〔民事訴訟法147条〕はもちろんのこと、被承継人の主張に対する相手方の自白など）、本稿では原則として「承継効」の用語を用いることにする。

どうかについてはすでに多くの議論がある。兼子一博士の「訴訟承継論」<sup>3)</sup>によって定立された、口頭弁論終結後の承継人に既判力が拡張されることと並行して訴訟承継の場合を考えて、「生成中の既判力」である訴訟状態が承継人に引き継がれるというのが伝統的な立場である<sup>4)</sup>。これに対して、井上治典博士が提示された「訴訟を引き受ける責任」と「訴訟状態を承認する義務」を区別する考え方を経て<sup>5)</sup>、後者を完全に否定する新堂説<sup>6)</sup>が登場したのは周知のとおりである。

本稿は、承継効の問題と関連するものの、従来あまり論じられてこなかった、係属中の訴訟について実体法上承継原因が発生したにもかかわらず、参加承継や引受承継の手続がとられることなく、別訴が提起された場合、この別訴はどのように扱われるのか、という問題について検討する。このような別訴は、実務上はそれほど珍しいとはいえないように思われるが、意外なことに裁判例はほとんど見当たらず、論じている文献も乏しい。

ここでの問題は、①承継原因がある場合に、訴訟承継の手続をとらずに提起された別訴は、「訴えの利益に欠ける」または「重複訴訟にあたる」（民事訴訟法142条）という理由で不適法になるのか、②もし別訴が適法だとすると、別訴は、被承継人との間の旧訴（もともと係属していた訴訟）とどのような関係に立ち、どのように審理判断されるのか、という2点である。

## 2 裁判例

この問題に関する裁判例として公刊されているものとして、おそらく唯一と言ってよいと思われるものが東京地判昭和30年4月18日下民集6巻4

---

3) 兼子・前掲注1) 1頁。

4) 同上142頁。

5) 井上治典『多数当事者の訴訟』91-93頁（信山社、1992）。

6) 新堂・前掲注1) 378-386頁。

号742頁<sup>7)</sup>である。この事件の事実関係は必ずしも明らかではないが、XのYに対する訴訟係属中にYからの承継人Zが、Xに対して提起した別訴について、原審は、原告と被告が逆である以外、請求の趣旨および原因が同一であるから重複起訴に当たるとして却下した<sup>8)</sup>。これに対して、本判決は「訴訟の係属中その訴訟の目的たる債務の承継がなされた場合において当事者（筆者注：X＝承継の相手方）はその承継人（同：Z）をして訴訟を引き受けさせるか又はこの承継人から或いはこの承継人に対して別訴を提起できるかを選択できるのであるから」「本件訴訟を重複起訴という余地はない」として原審を取り消して、差し戻している<sup>9)</sup>。

承継原因が生じたとしても、承継人に対して訴訟を承継させるか（逆に承継人から承継をするか）、それとも承継人に対して別訴を提起するか（逆に承継人から別訴を提起するのか）の選択権が、承継人にも相手方にもあるということを、本判決は当然の前提としているようである。本件の場合、承継人Zとしては、XのYに対する訴訟がYに不利な形勢であると判断して、その不利な状態を引き継ぐことを嫌って、あえてXに対する別訴を提起したのかもしれない。

本判決は、①承継原因がある場合も別訴は適法であり、②別訴では、当然、XY間の従前の訴訟状態とは無関係に審理されることを前提としていると理解できる。もっとも、Zからの別訴提起に対してXが応訴せず、訴訟引受けの申立てをして、引受決定がされた場合の別訴の扱いについてどのように解するのかは不明である。

なお、直接この問題について判示するものではないが、参考になるもの

---

7) 本判決は、後掲注17)のコンメンタールで池田辰夫博士が引用されている。

8) 本判決は、東京簡裁からの控訴事件であり、原審が承継の時期を明確に認定しなかったようで、承継が前訴口頭弁論終結前であった場合と口頭弁論終結後であった場合に分けて論じられているが、本稿との関係では前者の場合についてのみ紹介する。

9) 河村秀子の判決評釈（ジュリ158号49頁）は「X（筆者注：本文中のZ）が前诉被告（筆者注：本文中のY）の承継人であるとしても、判旨に述べる如く、重複起訴の問題を生じる余地はな」と簡潔に判旨に賛成する。

として大判昭和16年10月8日民集20巻1269頁がある。この判決は「原審が民事訴訟法第73条（筆者注：現行法49条に相当）の規定を転付命令により債権を取得したる第三者が従来の訴訟に参加せず独立の給付訴訟を提起したる場合にまで拡張して其の準用ありと為し、恰も前債権者の訴の取下の場合にも其の訴の係属の初に遡りて時効中断の効力存するものの如く説示したるはその当を得ざる」（原文は旧仮名遣い、カタカナ文）と判示している。承継人による別訴提起自体の適法性は問題とせず、ただその場合は、時効中断効（現時効完成猶予効）は別訴には引き継がれないと述べているので、承継原因がある場合も別訴提起自体は適法とする立場と理解できる。もっともこの場合も、相手方から承継手続が取られた場合の扱いは不明であるが、旧訴提起から別訴提起までの間に時効期間が満了している場合には、相手方は別訴に応訴して消滅時効の抗弁を提出する方を選択することが多いであろう。

### 3 学 説

次に、学説上はどのように論じられているかをみてみる。

#### (1) 別訴不適法説

まず、承継原因がある場合に、訴訟承継によらずに別訴が提起された場合、別訴は不適法とする見解がある。

##### ア 訴えの利益がないと考える見解

川嶋四郎教授は、教科書で「承継原因が生じたときに、参加の申し出または引受申立てに代えて、別訴を提起することは許されない」と記述されている<sup>10)</sup>。その趣旨について、それ以上の詳細な記載はないが、川嶋教授に確認させていただいたところ、以下のような見解とのことであった。

---

10) 川嶋四郎『民事訴訟法概説〔第4版〕』（弘文堂、2024）464頁。

従前の訴訟状態を承継人に引き継がせることで、相手方の既存の地位を保護するとともに、訴訟不経済を防止するという訴訟承継の制度趣旨を、別訴提起によって潜脱することは許されない<sup>11)</sup>。したがって、従来の訴訟を承継する手段があるのに、承継人から、あるいは承継人に対して提起された別訴には、その訴訟によって紛争を解決することによる訴えの利益がない。よって、別訴は却下し、従前の訴訟の承継によって紛争解決を図るべきである。

従前の訴訟を承継するというすでに準備された解決ルートがあるのであれば、そのルートを用いて紛争解決を図るべきであるとの考え方と理解できる<sup>12)</sup>。

#### イ 重複訴訟に当たると考える見解

承継原因がある場合に、訴訟承継をせずに提起された承継人に対する、あるいは承継人による別訴は重複訴訟にあたり、当然に不適法となるという見解を明確に述べる学説は見当たらなかった。ただし、上記東京地判昭和30年4月18日の原審である東京簡裁判決(判例集未登載、判決年月日不詳)はこの立場に立って、別訴を却下したものと推測できる。この立場の根拠として考えられるのは、訴訟の対象となる権利・法律関係について実体法上の承継があった以上、その訴訟を承継せずに、別訴を提起することは、同一の権利・法律関係について2つの訴訟が同時に係属することになり、重複訴訟になるという趣旨と考えられる。

#### (2) 別訴条件付き適法説

承継原因がある場合に、訴訟承継の手続をとらずに提起された別訴は一応適法であるとしつつ、訴訟承継がなされたときには不適法になるという

---

11) 川嶋・前掲注10) 462頁。

12) ちなみに、本稿執筆中に、この問題について話し合った際、和田吉弘教授も別訴は不適法であるとのご意見であった。

見解がある。訴訟承継がなされないことという条件付きで別訴を適法と考えるものとして「別訴条件付き適法説」と呼ぶことにする。

#### ア 兼子説

明確に別訴条件付き適法説に分類できるものとしては、兼子博士の見解がある。兼子博士は、承継原因が発生し、訴訟承継が行われる前に、「同一の争いに関し別訴の提起が企てられることがある」が、これによって「一方を他の意思に依らずして以前の訴訟状態の負担より免脱するを得しめるは、甚だ不当」であるから、別訴提起後に訴訟承継の手続が取られれば、「新訴に対しては二重訴提起の禁止を理由として訴却下を求めることが出来る」とする<sup>13)</sup>。

#### イ 新堂説

兼子説と異なり、承継効を否定する新堂幸司博士もこの点は兼子説を継承している。やや長くなるが、新堂博士の見解を引用する。

「訴訟係属中に係争物たる権利義務の承継があった後、その権利義務の承継人が相手方当事者に対してその権利義務について新訴を提起した場合は、相手方の地位——前の訴訟を承継して承継人に対する関係でも併合審理を求められるという相手方の地位（訴訟承継主義に基づく地位）<sup>14)</sup>——を保護するために、相手方は訴訟引受けの申立てができ、これによって相手方と承継人との間で前訴訟を承継すると、承継人の相手方に対する先の訴えは二重起訴となる。相手方が訴訟引受けの申立てをしないうで承継人の新訴に応訴したときは、相手方は引受申立権を失うと解すべきであろう（ただ裁判所は、承継人による新訴を先行訴訟に併合できると解すべきである）。相手方が承継人に対して新訴を提起した場合も、同様に、承継人の訴訟承継の利

---

13) 兼子・前掲注1) 146頁。

14) 新堂博士の見解では、「訴訟上の地位」は承継されるが、訴訟状態承認義務は否定されるので、このような注記がされている。

益を保護するために、承継人は、相手方の新訴に対して応訴せず、訴訟参加の申立てができる。<sup>15)</sup>」<sup>16)</sup>

もっとも、新堂博士の立場は、訴訟承継がなされたとしても、訴訟状態は引き継がれないというものであるから、訴訟承継によってもとの訴訟における被承継人の訴訟上の地位（原告または被告）に承継人が就いた場合も、承継人による、または承継人に対する別訴が提起された場合も、それまでの訴訟状態と関わりなく、新たな審理が行われるという実質にはあまり変わらないことになる。したがって、別訴提起と訴訟承継のいずれの手段であっても審理に大きな違いは生じない（時効完成猶予効と期間遵守の引継ぎを除けば、いわば相撲の取組みの最中に、一方の力士が交代して、最初から仕切り直しをするに当たって、新しい土俵で取るか、もとの土俵で取るかという違いにすぎない）。

## ウ 池田 説

次に、池田辰夫博士は、「従前の当事者が訴訟引受けの申立てをせずに、別訴により承継人となるべき者に対して債務不存在確認訴訟等を提起したとしても、当事者の同一性の要件を満たしているわけでもなく、そのことだけで重複訴訟（二重起訴）禁止に触れるわけではないが（東京地判昭和30・4・18下民6巻4号742頁）、その場合にあっては事件ないし弁論の併合がなされるのが望ましい<sup>17)</sup>」とされる。これは別訴提起そのものは重複訴訟にはならず、適法であり、2つの訴訟が併存することを許容する立場と解される。もっとも、「そのことだけで」という言い回しからすると、この別訴

---

15) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』（弘文堂、2019）226頁。

16) この見解が、三宅省三ほか編『注解民事訴訟法Ⅰ』（青林書院、2002）506頁〔日比野泰久〕、兼子一ほか編『条解民事訴訟法〔第2版〕』（弘文堂、2011）271頁〔新堂幸司＝高橋宏志＝高田裕成〕でも引用されている。また『新基本法コンメンタール民事訴訟法Ⅰ』（日本評論社、2018）167頁〔菱田雄郷〕も、「引受申立人（筆者注：承継の相手方）としては承継人に対して別訴を提起することも妨げられない」とする。

17) 上田徹一郎ほか編『注釈民事訴訟法（2）』（有斐閣、1992）264頁〔池田辰夫〕。

に承継人が応訴せず、訴訟承継手続を取ってきた結果、当事者の同一性が満たされる場合には、重複訴訟にあたるように思われる。

池田博士の承継効についての立場は不明であるが、新堂説とは異なり、承継効を原則として認める通説的な立場であれば、別訴提起に対して応訴があると承継効を排除することができることになる。その場合、別訴が従来の訴訟に弁論併合されれば、訴訟資料は流用できることになるが、別訴は、旧訴とは別な当事者による別な訴訟である以上、被承継人の自白などの効果が承継人に引き継がれることはないはずである。このように考えると、上記の不適法説の根拠である別訴提起によって承継効を潜脱することは不公平で、訴訟不経済であるという問題が顕在化するが、この点について池田博士がどのように考えるのかは不明である。

## エ 高橋 説

高橋宏志博士は、「訴訟承継とは訴訟状態の引継ぎを当然に内包するものとし」つつ、「その外側に引継ぎのない」「主観的追加的併合または任意的当事者変更の理論があり」、さらに「別訴提起プラス弁論の併合のルートもある」とされている<sup>18)</sup>。この叙述からすると、訴訟承継を選択した場合には訴訟状態が引き継がれるが、「その外側」にある訴訟上の手段では訴訟状態の引継ぎはなく、そのなかに別訴提起という手段も含まれることになりそうである。すなわち、別訴提起という解決ルートも選択可能であり、それを選んだ場合は、訴訟状態は引き継がれないことを容認する趣旨に理解できる。そうだとすると、訴訟承継が可能な場合でも別訴提起を選択することは可能で、それ自体は不適法ではない、という見解のように受け取れる。高橋教授は、承継効を肯定する立場であるから<sup>19)</sup>、やはり別訴提起による承継効潜脱問題が生じる。

もっとも、別訴提起後に、旧訴について承継手続がとられた場合に、別

---

18) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法・下〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2014）585頁。

19) 同上586頁注28)。

訴と旧訴が重複訴訟に当たることになるのかについては明確な叙述はない。そのため、高橋説を「別訴条件付き適法説」に分類できるかは、必ずしも明らかとはいえない。

## オ 上 野 説

上野泰男博士は、体系書本文では「承継原因が生じたときに、参加の申出または引受申立てにかえて、別訴を提起することは許されない」と川嶋教授同様の記述をされているが<sup>20)</sup>、それは別訴が提訴時から当然に不適法になるという趣旨では必ずしもないようにも解される。なぜなら、「多くの場合、相手方からの引受申立てが認められた段階で、別訴は重複起訴として不適法となるが、引受申立てがなされないときは、別訴は適法と解さざるを得ない」と注記されているからである<sup>21)</sup>。この注記からすると、上野説は「別訴条件付き不適法説」といえそうである。

ただし、この点については、和田吉弘教授から、「多くの場合」という留保が付けられていることから、これは法律論というより「事実上」の取扱いを述べているもので、引受申立てがなされないときは、承継すべき訴訟があることが裁判所には分からないために適法と扱わざるを得ない、という趣旨であり、法律上は別訴は不適法と解する立場、すなわち川嶋説同様に不適法説と解すべきではないかとの指摘をいただいた。たしかにそのような読み方も可能であり、上野説がいずれの立場かは判然としない。

## 4 私 見

### (1) 訴えの利益がないかどうか

まず、承継可能な訴訟が係属している場合、別訴には訴えの利益がないと考える上記3(1)アの見解について検討する。

---

20) 松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第7版〕』（弘文堂、2012）768頁。

21) 同上769頁注11)。

ある紛争についてすでに解決のための訴訟が係属しているのであれば、紛争の主体に変更があったとしてもその訴訟手続を新たな主体との関係でも利用することが、承継の相手方の訴訟上の既得の地位を保護することにつながり、訴訟経済的な合理性もあるというこの見解の趣旨は理解できる。しかし、承継人にとっては、従前の訴訟経過は被承継人という「他人」による訴訟追行の結果であり、なんの手続保障もなく実体法上の承継関係だけを根拠に、承継人が新たな手続によって紛争解決を求める利益が奪われるのは酷な面がある。さらに、承継人による別訴提起を適法とすると、相手方の既得の地位が奪われて不公平であるという点については、相手方にも、訴訟承継によらず、別訴を提起する自由を認めることで公平を確保することができる。

実体法上の承継人が、係争物について係属中の訴訟を承継するのか、別訴を提起するのかは、紛争解決手段の選択の問題であり、私的紛争をどのように解決するかに関する処分権主義（民訴法246条）によって、その選択権は保護されると考える。承継人または相手方のいずれかが、別訴提起を選択した場合、その別訴に対する応訴がなされれば、双方が従来の訴訟によらずに別訴によって紛争を解決する選択をしたのであるから、その当事者双方による一致した選択を裁判所としては尊重すべきであり、その別訴を不適法とするほどの公益的な必要性はない。そして、この選択権が、承継人側だけではなく、承継の相手方にも保障されると解することで、紛争解決方法についての対等原則を守ることができる。

結論として、承継を機に、別訴によるやり直しの機会を承継人にも相手方にも認め、その別訴は、承継人と相手方の間の新たな紛争であるから訴えの利益を認めてよいと考える。訴訟経済の問題は重複訴訟該当性で検討することで足りる。

## (2) 重複訴訟に当たるかどうか

次に、別訴は無条件で重複訴訟に該当し、不適法であるとする上記3(1)イ

の見解については、以下のように考える。

池田博士が、従前の訴訟と別訴では「当事者の同一性の要件を満たしているわけで」はないと述べられる点は、そのとおりである。また、「承継」の対象について「紛争の主体たる地位」のように、訴訟物に限定しない通説的な立場をとれば、審理の対象となる請求が被承継人と承継人で異なる場合も少なくないので、別訴が直ちに旧訴との関係で重複訴訟に当たるとは言いがたい。したがって、3(1)イの立場は採用できないし、実際にそのような学説はないようである。

ただし、従前の訴訟について訴訟承継の手続がとられ、被承継人の訴訟上の地位(原告・被告)に承継人が就いた場合には、別訴と旧訴は、当事者が同一ということになる。そして、承継後の訴訟物が従前の訴訟と同一の場合はもちろん、異なる場合であっても、旧訴の承継手続に際して、承継人に対して、または承継人から立てられる請求は別訴と同一またはその反対形相になるはずであるから、請求の同一性の要件を満たすことになる。このような場合には、別訴が不適法になると考えるのが、次に検討する「別訴条件付き適法説」である。

### (3) 別訴条件付き適法説

#### ア 承継効は誰のためのものか

別訴条件付き適法説について検討する前に、承継効が誰のためのものかについて再検討する。

従来、承継効は、主に承継の相手方の保護のためのものと解されることが多かった。例えば、高橋教授は「訴訟状態を引き継ぐのは、その訴訟状態を形成せしめていた既存当事者の保護のためであり、当事者間の公平に基づく」と述べ<sup>22)</sup>、瀬木比呂志教授は、さらに詳細に、「①訴訟係属中に訴訟物等の譲渡を受けた者とその相手方のいずれを保護すべきかといえ、公

---

22) 高橋・前掲注18) 569頁。

平の観点から相手方の方であろうし、また②（中略）承継人は実体法上の権利を引き継いだ以上すでに形成された訴訟状態をも承認すべきであり、かつその手続保障についても前主のそれによって一定程度は代替されていたとみることができる<sup>23)</sup>と理由をあげる<sup>24)</sup>。

このように承継効により利益を享受するのは、もっぱら既存の訴訟状態を利用したい承継の相手方であるとの解釈が通説的である。承継の相手方は提訴時から労力をかけて築き上げてきた「既得の地位」を有し、これは保護に値するのに対し、新たに訴訟上の地位を取得する承継人にはこのような保護すべき地位はないと考えられるからであろうと思われる。

しかし、当事者間の公平の観点からは、被承継人の「既得の地位」が有利なものであると承継人が考えた場合には、承継人にも承継効による利益を享受する機会を与えるべきである。もっとも、これは改めて私が述べるまでもなく、すでに兼子博士が「訴訟引受及び其の強制の目的が、承継人或は相手方の訴訟状態上の利益を保障するにあるならば<sup>25)</sup>」と、「承継人」の利益保護も訴訟承継の目的に挙げられている。また、菱田雄郷教授も「相手方による承継人に対する別訴の提起が先行した場合、承継人による参加の申出は142条により不適法になるか」という問題について、「承継人は別訴に応訴しないで訴訟参加の申出をすることができる」という兼子説を支持し、「相手方としても、従前の訴訟状態からの拘束を免れた形で訴訟追行をする利益はな」と述べている<sup>26)</sup>。

23) 瀬木比呂志『民事訴訟法〔第3版〕』（日本評論社、2025）691頁。

24) 中野貞一郎ほか『新民事訴訟法講義〔第3版〕』（有斐閣、2018）623頁の、当事者「双方とも訴訟状態上の既得の地位が保障されており、また口頭弁論終結後の承継人には判決の既判力等が及ぶのであるから（115条1項3項）、その中間過程ともいべき訴訟係属中に死亡・係争物の譲渡等があった場合にも、既判力の形成過程である訴訟状態上の有利もしくは不利の地位を相続人等に引き継がせるのが合理的である」との説明も概ね同旨といえよう。

25) 兼子・前掲注1）146頁。

26) 菱田・前掲注16）163頁。菱田教授は、兼子説の立場を「有力説」としており、通説は、承継効の意義を相手方の保護を中心に考えていると理解されているようである。

## イ 別訴提起と旧訴の承継の選択権

このように、承継効は、承継の相手方と承継人のいずれからも利用可能であり、かつ、承継原因がある場合であっても、別訴が直ちに、訴えの利益の欠如や重複訴訟に該当するとして不適法になるわけではないと考ええると、別訴による紛争解決を求める選択肢は、承継人・相手方双方に処分権主義に基づいて開かれていることになる。他方、別訴の相手方(承継人からの提訴の場合は旧訴の相手方、旧訴の相手方からの提訴の場合は承継人)には従前の訴訟による解決を求める選択権がある。

たしかに、承継原因がある場合に、別訴提起の選択肢を認めず、訴訟承継しか認めず、さらに承継効を認めれば、従前の訴訟状態や訴訟資料を承継人との間でも流用でき、訴訟経済に資する。しかし、八木良一判事が指摘するように、承継効を認めなくても、従来の訴訟資料のうち必要なものを複製して別訴で提出すれば、「事実上、簡単に『訴訟状態上の地位』を引き継がせることができる」のである<sup>27)</sup>。まして、今後、訴訟資料がデジタル化すれば、別訴で、旧訴の訴訟資料を提出するための手間も費用も大幅に節約できる。したがって、別訴を認めず、訴訟承継を強制することによる訴訟経済上のメリットはそれほど大きいとはいえない。

すると、訴訟承継を用いるか、別訴を用いるかの最大の違いは、訴訟資料の流用を超えた、被承継人と相手方の間で生じている自白の拘束力(民訴法179条)、時機に後れた攻撃防御方法の制限(同157条)、中間判決(同245条)の拘束力が、承継人と相手方の間にも及ぶか否かである<sup>28)</sup>。承継効を肯定する立場の論拠は、これらの拘束力や制限の効果によって、承継の相手方に有利な地位が生じている場合に、それを別訴によって一方的に奪われるのは不当であるということである。しかし、この立場を前提としても、承

---

27) 八木良一「当事者の死亡による当然承継」民訴雑誌31号(1985)47頁。

28) 別訴は、別手続であるから旧訴でなされた自白などの効果は及ばないというのが一般的な見解と思われる。例として笠井正俊＝越山和広編『新・コンメンタール民事訴訟法』(日本評論社、2011)185頁〔堀野出〕。

継人からの別訴に相手方が応訴したのであれば、もはや相手方の保護のために訴訟承継制度の利用を強制する必要はない。

また、相手方自身が、承継人に対して別訴を提起した場合も、承継効による保護を自ら放棄しているわけであり、これに承継人が応訴するなら、同様に訴訟承継の利用を強制する必要はない。

これに対して、承継人から提訴された相手方が、別訴に対して応訴せず、引受承継または参加承継の手続を選択した場合は、承継効を利用したいという相手方の意思の表れであり、別訴による解決について当事者間で意思の一致が見られない。この場合には、従来訴訟状態を利用したいという相手方の選択が優先されるべきである。承継人としては、係争物を承継する際に不利な訴訟状態が付着していることは、いわば制限の付いた権利を譲り受けたのと同様に甘受すべきであり、それを引き受けることは不当な不利益とはいえず、逆に相手方からすると従来訴訟上の既得の地位を奪われる理由はないからである。

逆に承継人が係争物を承継する際に、被承継人が形成した訴訟状態が有利であることを考慮に入れている可能性もあり、その期待は保護に値する<sup>29)</sup>。したがって、相手方が承継人に対して別訴を提起した場合に、承継人が訴訟承継の手続を取ったときは、承継手続が優先されるべきである。相手方からすると承継があったことにより、棚ぼた式に自らの不利な訴訟状態がリセットされるのは不当な利益といえるからである。

以上述べたことをまとめると、別訴で解決することに承継人と相手方に一致がある場合、紛争解決手段についての当事者の意思の尊重という観点

---

29) この点、金美沙「訴訟承継論における『訴訟状態の拘束力』について」慶應法学17号(2010)134頁は、承継人は、承継の際に「自分の出捐を訴訟で回復できるはずだとか、自分が必要以上に負担を負わずに済むはずだという期待があってこそ、権利又は義務を承継するのである」から、この「正当な期待」を保護するために、承継効を否定するべきであると論じるが、本文で述べたように、承継人は従来の有利な訴訟状態を引き継ぐことを期待して承継する場合もあり得、この期待を保護する必要性もある。

から別訴は適法と解すべきである<sup>30)</sup>。しかし、別訴が提起されても、その相手方から、訴訟承継手続がとられた場合には、従前の訴訟状態から生じる承継効を活用することについての選択権を保護すべきである。

このように解すると、それぞれの立場で有利不利を判断して手続を選択する機会があることになる。もっとも、前掲大判昭和16年10月8日のケースでは、承継人としては旧訴を承継した方が、少なくとも消滅時効の点では有利と思われるにもかかわらず、あえて別訴を提起しているなど、有利か不利かの判断は、一つだけの理由でできるものではない。喩えていえば、将棋で先手が犬駒を捨てて大局を有利に運ぼうとしたところ、後手がその誘いに乗らずに別な局面の手を指すこともあるように複雑な情勢判断が求められるので、別訴提起の一手に対して、相手が応じるか、それとも訴訟承継という手を指すかは、ケースバイケースということになろう。

#### ウ 重複訴訟該当性

このように、旧訴を承継するか、別訴を提起するかを選択肢が、承継人にも相手方にあるとして、別訴提起が選択された場合の旧訴との関係が問題となる。

別訴提起後に、別訴の相手方が別訴に応訴せず、訴訟承継を選択した場合、別訴は従前から係属している旧訴と重複訴訟(民訴法142条)の関係となる。別訴の訴訟物が従前の被承継人との間の訴訟物と同一の場合はもちろん、それとは異なる場合も、承継がなされる際には別訴の訴訟物と同様の請求が承継人と相手方の間に定立される(あるいは定立が擬制される)から、結局、当事者と請求の同一性が満たされることになるからである。重複訴訟ということになれば、承継された従前の訴訟の提起の方が、別訴の提起に先んじるため、別訴が却下されることになるのが原則である(ただし、後

---

30) この場合には双方の意思の一致があるので、兼子博士が指摘された「一方を他の意思に依らずして以前の訴訟状態の負担より免脱するを得しめるは、甚だ不当」(前掲注13)という状況ではないということである。

述のように、場合分けをして検討すると、重複訴訟に該当するという理由で却下になる場合と、それ以前に確認の利益が欠如とするという理由で却下される場合がある。

もっとも、承継手続はいつまでもできるわけではなく、別訴を提起された側が別訴に応訴したら、別訴により紛争解決を図ることへの期待が別訴を提起した側に生じるし、別訴に応訴しながら旧訴の承継手続を取るとは矛盾挙動ともいえるので、訴訟上の信義則（民訴法2条）により、承継手続を取る権利を喪失すると解すべきである。そうでなければ、別訴に応訴しておいて、別訴の形勢が承継前の状態より不利になったら承継手続を取ることによって、別訴を不適法却下にできることになり、不公平かつ訴訟不経済だからである。

## エ 小 括

以上のとおり、承継原因があるとしても、別訴には、紛争を従前の訴訟によらずに解決する機会を作出するという訴えの利益があり、直ちに不適法となるわけではないと解する。ただし、別訴提起後に、提訴の相手方が応訴せずに、旧訴について承継手続を取った場合は、別訴は、承継された旧訴と同一事件となるため、重複訴訟の禁止に抵触して不適法となる（ただし、後述のとおり別訴の確認の利益がなくなる場合もある）。

承継手続が取られずに、別訴に対する応訴がなされた場合には、被承継人と相手方の間の旧訴と承継人と相手方の間の別訴が併存する。なお、両事件に関連性があることは明らかなので、弁論の併合（民訴法152条1項）をして、旧訴の訴訟資料を別訴で活用することが訴訟経済的には望ましい。また、承継人との間の別訴の係属により、被承継人との間の旧訴を維持することに意味がなくなるのであれば、旧訴は訴えの取下げがなされ、別訴のみが残るということもあるだろう。

なお、別訴不適法説の懸念する別訴提起による承継効の潜脱問題は、私見によれば、旧訴を承継したくない側が別訴を提起しても、承継させたい側が応訴せずに、承継手続を取れば防御でき、そもそも潜脱はできないた

め、問題は生じない。

### オ 新堂説と私見の比較

新堂説と私見を比較すると、別訴提起の選択権を承継人にも相手方にも認める反面、別訴を提起された側が応訴せずに訴訟承継手続を取って従来の訴訟手続による解決を求める防御権を認めるという結論は同じであるが、私見は訴訟承継が行われた場合には承継効を認めるので、これを認めない新堂説と前提が異なる。新堂説では、別訴に応訴がなされた場合はもちろん、旧訴が承継された場合も承継効が生じる場面はないことになるが、私見では当事者のいずれかが承継効を用いたいと考え、承継手続をとった場合、旧訴により審理がなされ、そこには承継効が及ぶことになる。先ほどの相撲の喩えを使うと、私見では、交代した力士ともとの相手方の力士の双方が新しい土俵で取り直すことを選べば、仕切り直して、最初から取り直すのが、どちらかの力士がもとの土俵で取り直したいと言えば、交代後の力士が、交代前の力士と同じ態勢で相手の力士と組んで続きを取り直す「水入り後の再開」になるということである。

## 5 場合分け

以上の私見を前提に、もともとの訴訟が債権者から債務者に対する給付訴訟だった場合を想定して、場合分けをして具体的な対応を検討する。

(1) 権利者(原告)側に承継が生じ、ア 承継人が旧訴の被告に対して、給付を求める別訴を提起した場合、イ 義務者(被告)側が承継人に対して、債務不存在確認の別訴を提起した場合、(2) 義務者(被告)側に承継が生じ、ア 承継人が旧訴の原告に対して、債務不存在確認の別訴を提起した場合、イ 権利者(原告)側が承継人に対して、給付を求める別訴を提起した場合の4つのパターンにつき、それぞれ別訴に応訴があったときと、応訴がなく訴訟承継手続がとられたときがあるので、合計8パターンについて検討す

る。以下、もとの訴訟の原告を X、被告を Y、権利者側の承継人を Z 1、義務者側の承継人を Z 2 と称する。

(1) 権利者側の承継

ア 承継人が旧訴の被告に対して、給付を求める別訴を提起した場合

A) 応訴があった場合

X からの承継人 Z 1 が Y に対して提起した給付訴訟に Y が応訴すると、Y は引受申立権（民訴法51条後段）を失い、Z 1 から Y に対する別訴と、X から Y に対する旧訴が併存することになる。この場合、Z 1 も Y も、別訴によって紛争解決することを選択しているため、それが尊重される。

両訴は、当事者はもちろん、訴訟物（旧訴は X の Y に対する請求権、別訴は Z 1 の Y に対する請求権）も異なるため、重複訴訟には該当せず、適法に併存する。別訴は旧訴とは原則として別々に審理されるが、弁論が併合されると旧訴の訴訟資料は、別訴でも利用できる（最判昭和41年4月12日民集20巻第4号560頁）。ただし、併合されたとしても別な訴訟である以上、併合前に X のした自白の効果、時機に後れた攻撃防御方法の制限、X Y 間の中間判決の効力は、Z 1 には及ばない。権利承継について、X Z 1 間で争いがなければ、X は Y に対する訴訟追行の必要性を感じないであろうから、Y の同意があれば旧訴を取り下げることができる。

B) 応訴がなく、引受承継が申し立てられた場合

Y が、Z 1 からの別訴に応訴せず、Z 1 に対して旧訴についての引受けを申し立て、引受決定がなされた場合、Z 1 と Y の間にどのように請求が定立されるかについては諸説がある。① Y は Z 1 に対して、債務不存在確認請求を定立しなければならないという見解<sup>31)</sup>、② 引受けの申立てに債務不存在確認請求の申立てが包含されているという見解<sup>32)</sup>、③ Z 1 から Y へ

---

31) 松本 = 上野・前掲注20) 770頁、伊藤真『民事訴訟法第8版』（有斐閣、2023）756頁。

32) 新堂・前掲注15) 870頁。

の請求が擬制されるという見解<sup>33)</sup>などであるが、いずれにしても別訴請求の反対形相になる債務不存在確認請求か(①、②)、別訴請求と同一の請求(③)が、Z1とYの間に係属していることになる。③の見解では、両訴は同一請求で、旧訴が先行訴訟となるので、別訴は重複訴訟として却下されることになる。

これに対して、①と②の見解による帰結はやや複雑である。一見すると、給付訴訟(別訴)が係属している以上、これに比べて執行力が生じない債務不存在確認請求は、紛争解決効果が小さいため、確認の利益を欠き、却下される<sup>34)</sup>ことになりそうである。しかし、承継が認められれば、債務不存在確認請求は、旧訴係属時から係属していたことになる。すると、債務不存在確認請求の係属中に、給付請求の別訴を提起することは重複訴訟に該当するので、別訴が重複訴訟として却下されることになる<sup>35)</sup>。思考過程としてはやや複雑であるが、承継された旧訴のみが適法に存続するという結論は、③の見解と同じである。

いずれにせよ別訴は、却下されることになるので、通常はYが引受申立てをした段階で、Z1は別訴を取り下げることが多いであろう。そのうえで、①と②の見解では、Z1が反訴を提起すれば、YからZ1に対する債務不存在確認請求が確認の利益を失って却下されることになる(最判平成16年3月25日民集58巻3号753頁)。

イ 義務者側が承継人に対して、債務不存在確認の別訴を提起した場合

A) 応訴があった場合

YがZ1に対して提起した債務不存在確認請求に対して、Z1が応訴し

---

33) 中野貞一郎『民事訴訟法の論点I』(判例タイムズ社、1994)165頁、川嶋四郎『民事訴訟法』(日本評論社、2013)868頁。

34) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法・上〔第2版補訂版〕』(有斐閣、2013)131頁。

35) 別訴を適法と解する見解もあるが(松本=上野・前掲注20)216頁)、本文で述べた解釈が通説、実務である。高橋(上)・前掲注34)131頁。

た場合である。通常、Z1は応訴したうえで、反訴として給付訴訟を提起するであろう。そうなると、別訴は、反訴との関係で確認の利益を失い、却下される（前掲最判平成16年3月25日）。同一債権についての債務不存在確認請求の本訴と給付請求の反訴は訴訟物が共通で、紛争解決機能は執行力がプラスされる分、後者の方が高いから、給付の反訴が提起された以上、本訴の審判は不要になるからである。実務上は、反訴提起がなされれば、Yは本訴を取り下げることが多いと思われる。この場合も、旧訴と別訴に対する反訴が併存し、両訴は当事者が異なるため（旧訴は原告X、別訴に対する反訴は原告Z1）、事件の同一性を欠くので、重複訴訟には該当しない。弁論併合などに関しては、上記アA）と同様である。

#### B) 応訴がなく、参加承継がなされた場合

Z1がYの別訴に応訴せず、自らYに対する給付請求を立てて旧訴に参加承継（民訴法49条1項）をしてきた場合、別訴とZ1からYに対する請求は原告と被告が入れ違っているものの、同一債権を対象とする消極請求と積極請求なので、同一事件となる。しかし、重複訴訟の問題以前に、XからZ1に承継される給付請求が、別訴である債務不存在確認に先行するので、別訴は確認の利益を欠くために却下される<sup>36)</sup>。すでに給付訴訟が係属中の債権について不存在確認請求をすることは方法選択として不適切だからである（給付訴訟で請求棄却判決を得れば足りる）。

### (2) 義務者側の承継

ア 承継人が旧訴の原告に対して、債務不存在確認の別訴を提起した場合

#### A) 応訴があった場合

Z2がXに対して、債務不存在確認の別訴を提起した場合、Xが応訴するとXは、Z2に対する引受申立権を喪失する。この場合、通常は、Xは

---

36) 高橋（上）・前掲注34）131頁。

Z2に対して給付請求の反訴を提起するであろうから、それによりZ2の別訴は確認の利益を喪失して却下される(前掲最判平成16年3月25日)。そして、XのYに対する旧訴と、XのZ2に対する反訴が併存することになる。

弁論の併合が望ましいことと、旧訴維持の必要がなければXはYの同意を得て取り下げればよいことは(1)アA)同様である。

#### B) 応訴がなく、引受承継が申し立てられた場合

XがZ2からの不存在確認請求に応訴せず、Z2に対する給付請求を定立して引受申立てをして、それが認められると(民訴法50条1項)、XからZ2に対する給付請求が、旧訴提起時から係属していたことになるので、給付訴訟係属中の債務不存在確認請求である別訴は、確認の利益を欠き、却下される。

#### イ 権利者側が承継人に対して、給付を求める別訴を提起した場合

##### A) 応訴があった場合

XがZ2に対して、給付請求の別訴を提起して、それにZ2が応訴してきた場合、XのYに対する旧訴とは事件の同一性がない(旧訴は被告Y、別訴は被告Z2)ので、重複訴訟には当たらない。したがって、両訴が併存することになる。別訴に対する応訴により、Z2は参加承継をする権利を失う。

##### B) 応訴がなく、参加承継がなされた場合

この場合は、やや複雑である<sup>37)</sup>。Z2が、Xからの給付訴訟に応訴せず、債務不存在確認請求を定立して参加承継をした場合(民訴法51条前段)、承継が別訴に優先する。すると、Z2からXへの債務不存在確認請求は、XのYに対する旧訴と同じ時点で係属したものとみなされる。すると、債務不存在確認訴訟係属中に、給付訴訟が別訴で提起されたことになる。この

---

37) この場合については、本稿執筆中に加波眞一博士にご教示いただいた内容におおいに示唆を受けている。

場合は、事件の同一性があるため、重複起訴の禁止に抵触し、別訴である給付訴訟が却下される<sup>38)</sup>。この場合、給付請求の反訴が提起されれば、債務不存在確認の本訴の確認の利益がなくなると解するのが判例（最判平成16年3月25日）であることは前述のとおりである。

すると、Xの給付訴訟（別訴）は重複訴訟を理由に却下されるものの、Z2が参加承継で定立した債務不存在確認請求に対してXが反訴を提起すれば、今度はZ2の債務不存在確認請求が確認の利益を喪失して却下されることになる。

そもそもZ2がXからの給付請求に応訴せず、参加承継をしたねらいは、XY間の旧訴の承継効を利用したいという点にある。この場面では、XY間の旧訴の訴訟状態は、債務不存在確認請求を定立したZ2の参加承継を経由して、最終的にはXのZ2に対する反訴に引き継がれることになる。すなわち、Z2の参加承継に際して定立される債務不存在確認請求は、反訴提起によって却下されることを見越しつつ、別訴を却下に持ち込み、さらに旧訴から反訴へと承継効を経由する役割を果たすことに意味がある。いわば、自らはアウトになることを覚悟して行う犠牲バントのような役割を果たす。これにより、例えば、旧訴でXがYの抗弁に対して自白をしていたとすると、その自白の効果はXとZ2の間の反訴に引き継がれ、Z2の承継効を活用するという目的が達成される。

### (3) 小 括

以上の検討を整理する。

#### ア 別訴提起がされ、応訴があった場合

まず、旧訴と別訴が併存する場合がある。

- ① 権利者側の承継で、承継人が義務者に対して給付の別訴を提起した場合（(1)アA）

---

38) 高橋（上）・前掲注34）131頁。

② 義務者側の承継で、権利者が承継人に対して給付の別訴を提起した場合 ((2)イA))

次に、旧訴と別訴に対する反訴が併存する場合がある。

③ 権利者側の承継で、義務者が承継人に対して債務不存在確認請求の別訴を提起し、それに対する反訴が提起された場合 ((1)イA))

④ 義務者側の承継で、承継人が権利者に対して債務不存在確認請求の別訴を提起し、それに対する反訴が提起された場合 ((2)アA))

いずれの場合も、被承継人対相手方の旧訴と、承継人対相手方の別訴またはそれに対する反訴が併存するという結論となる。この場合は、別訴またはそれに対する反訴には承継効が及ばない。

#### イ 別訴提起に対して、応訴がなく、訴訟承継の手続が取られた場合

この場合、以下の場面では、訴訟承継手続がとられることで別訴の確認の利益は失われる。

⑤ 権利者側の承継で、義務者が承継人に対して債務不存在確認請求の別訴を提起した場合 ((1)イB))

⑥ 義務者側の承継で、承継人が権利者に対して債務不存在確認請求の別訴を提起した場合 ((2)アB))

また、以下の場面では、訴訟承継手続がとられることで別訴は旧訴に対して重複訴訟に該当することになる。

⑦ 権利者側の承継で、承継人が義務者に対して給付を求める別訴を提起した場合 ((1)アB))

⑧ 義務者側の承継で、権利者が承継人に対して給付を求める別訴を提起した場合 ((2)イB))

いずれの場合も、別訴は、旧訴について承継手続がとられることにより不適法となり、承継された旧訴のみが本案審理判断の対象として残るという結論となる。この場合、承継後の訴訟に承継効が及ぶ。

## 6 おわりに

まとめると、訴訟係属中に実体法上の承継が生じた場合に、承継人でも承継の相手方でも、承継効を引き継ぎたくないとする者は別訴を提起する選択肢があり、相手が応訴をしてくれば別訴と旧訴が併存し、承継効の及ばない別訴で争うことができる。この場合は、双方が別訴による紛争解決を選んでいるので、裁判所としてはそれを尊重すべきである。

これに対して、別訴を提起された側が、旧訴の承継効を利用したいという場合には応訴せずに、訴訟承継の手続をとって防御すれば、別訴は確認の利益の欠如または重複訴訟に該当するという理由で却下され、旧訴の承継効が承継人と相手方に引き継がれることになる。

以上のとおり、本稿は、少なくとも実務的には常識的な結論と考えられているのではないかということを確認したにすぎないともいえるが、このような形で場合分けをした分析は見当たらず、また、重複訴訟だけではなく、最判平成16年3月25日との関係や確認の利益も視野に入れて論じたものもないようであるから、いささかなりとも実務の理論的な整理に寄与できたとすれば望外の喜びである。

和田吉弘先生と私の最初のコンタクトは、私が先生の『基礎からわかる民事訴訟法（初版）』（商事法務、2012）を拝読し、その分かりやすさに感銘を受け、お手紙を差し上げたことにある。その後、紆余曲折を経て、2016年度から立命館大学法科大学院で民事訴訟法をお教えいただけることになった。本稿のテーマについても、和田先生に貴重なヒントを多くいただいた。不十分なできで、お恥ずかしい限りであるが、ご退職の記念に捧げたいと思う。

また松岡久和先生には、私が2002年に裁判官を退官し、初めて龍谷大学で講義をすることになったときに、松岡先生が京都大学から非常勤で教え

にいらしていた担保物権法の講義を聴講させていただいて以来、お世話になっている。その後、立命館大学で同僚となり、私の教える民事執行法が担保物権法との縁が深いこともあり、折に触れ、教えを受けた。また、ある取得時効に関する事件で最高裁に提出する意見書を共同執筆する機会にも恵まれた<sup>39)</sup>。

両先生のこれまでの温かいご指導に感謝しつつ、さらなるご活躍を祈念して筆を擱くこととしたい。

---

39) 松岡久和＝平野哲郎「土地建物の使用借人の建替えによる取得時効の成否——所有の意思とその表示——」立命館法学381＝382号(2019)229頁。