HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	口頭弁論終結後の承継人の基準に関する学説の展開について　－日本民事訴訟法学説史の一断面－
Author(s)	小山, 昇
Citation	北大法学論集, 31(3-4上), 187-269
Issue Date	1981-03-25
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16329
Type	bulletin (article)
File Information	31(3-4)1_p187-269.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

口頭弁論終結後の承継人の基準に関する学説の展開について

——日本民事訴訟法学説史の一断面——

小山昇

まえがき
第一章　明治二三年法律第二九号
第二章　大正一五年法律第六一号
第三章　昭和二二年法律第六一号
第四章　承継人基準探求の歴史
あとがき

まえがき

わが国の民事訴訟法学の歴史は浅いが、それでも、明治二三年法律第二九号の制定から九〇年を経た今日においては、その間の学説の発展は歴史を形成していると見ることができないものではないように思われる。しかるに、民事訴訟法学の分野では、学説の発展を歴史学の対象とした研究が未だ出ていないといってよい。しかもこの種の研究は必要なものであると思われる。そのような研究それ自体が価値があるがゆえに必要であるのみならず、学問の進展がそこから出発するところの基盤を提供するという実益のゆえにも必要である。必要性を唱うだけでは足りないので、みずから、その一端を試みることにした。それが本稿である。学説としては、最広義に、立法のために人が考えたこと、法適用のために人—裁判官であれ学者であれ—が考えたことを採り上げた。

第一章　明治二三年法律第二九号

一　明治民訴五一九条の成立まで

1　明治民訴の規定　わが国の民事訴訟法は明治二三年法律第二九号に始まる。この法律は、判決の既判力の主観的範囲については規定を設けず、判決の執行力の主観的範囲について、執行力ある正本を付与することができる者の範囲を拡げた規定を設けたに止まっている。それは第五一九条である。

≪第五百十九条　執行力アル正本ハ判決ニ表示シタル債権者ノ承継人ノ為ニ之ヲ付与シ又ハ判決ニ表示シタル債務者ノ一般ノ承継人ニ対シ之ヲ付与スルコトヲ得但其承継カ裁判所ニ於テ明白ナルトキ又ハ証明書ヲ以テ之ヲ証スルトキニ限ル
此承継カ裁判所ニ於テ明白ナルトキハ之ヲ執行文ニ記載ス可シ≫

この規定の成立の経緯を調べてみよう。民事訴訟法典の成立・改正の経過については小山昇「独立当事者参加訴訟の控訴審の構造」（北大法学論集二六巻一号一九七五年）一一・一二頁に略述した。

2　「訴訟規則」の規定と「委員修正民事訴訟規則」の規定　「訴訟規則」は明治一八年七月のテヒョー訴訟規則修正原按であり、「委員修正民事訴訟規則」は、民事訴訟法取調委員会が「訴訟規則」を審議して明治一九年に完成したものである。以下、日本学術振興会版の写真本によって、右第五一九条の前身を調べる。

「訴訟規則」第四編初審手続第一章始審裁判所ノ通常手続第十一節判決
第二十六条　確定判決書ニ掲ケタル裁決ハ此法ニ於テ之ニ対シ不服ヲ唱フルヲ得ルコトヲ明許シタル場合ヲ除クノ外何人タルヲ問ハス原被告ノ間并ニ民法ノ原則ニ従ヒ原被告一方ニ因リ訴訟ニ於テ自己ノ権利ヲ代理セラレシ者及ヒ其相続人ノ間ニ於テ永久無根ノ準據トナルモノニシテ如何ナル口実ヲ以テスルモ之ヲ覆滅スルコトヲ許サス又其判決ヲ下シタル裁判所又ハ他ノ同等若クハ上級裁判所ニ於テ之ヲ廃棄シ又ハ変更スルコトヲ許ササルモノトス
〔第二項略〕〔以上、「民訴四ノ三ノ二〇」頁。「相続人」が当事者と同視されている――筆者。〕
「委員修正民事訴訟規則」第四編初審手続第一章始審裁判所第十節判決
第四百十八条　確定判決書ニ示明シタル判決ハ此法律ニ於テ特ニ之ニ対シ不服ノ申立ヲ許シタル場合ヲ除クノ外原被告及ヒ其相続人永久之ニ従フ可キモノトス
又其判決ヲ爲シタル裁判所又ハ他ノ同等若クハ上級スル裁判所ニ於テ之ヲ取消シ若クハ変更スルコトヲ得ス
〔以下略〕〔以上、「民訴四ノ三ノ二〇」頁。「相続人」が当事者と同視されている――筆者。〕
〔修正理由として次の文がある。〕

(㈣)「民法ノ原則云々」以下已ニ原被告ト云ヘハ自カラ包括ス故ニ之ヲ㈣リタリ〔「民訴四ノ三ノ二一」頁〕

「訴訟規則」第七編強迫執行第一章通則第一節強迫執行実施手続

第二十七条　執行命令状ハ裁判言渡書ニ明記シアル権利者及ヒ義務者ニ対シテノミ之ヲ発付スルモノトス

左ノ場合ハ此規則ノ例外トス

一　裁判言渡書ニ明記セル権利者又ハ義務者死亡シ且之ニ代ル相続人アル時執行命令状ハ其相続人ニ対シテ発布スルヲ得但相続人正ニ相続シタルコトニ付テハ請願人ニ於テ若シ又其事実ノ公然明カナラサルトキハ信據スヘキ証據ヲ挙テ之ヲ証明ス可シ〔「相続人」が当事者と同視されている――筆者。〕

二　裁判言渡書ニ記名スル権利者又ハ義務者ハ家長(戸主)ナリシモ後家長タルノ位地ヲ自退シ又ハ廃止セラレ更ニ新家長ヲ立タル場合ニ於テ執行命令状ハ其新家長ニ対シ発付スルヲ得但新家長ノ立チシコトニ付テハ執行申立人ヨリ之ヲ証明シ若シ其事実公然明晰ナラサルトキハ信據スヘキ証據ヲ挙テ之ヲ証明ス可シ

拘束中又ハ争證ノ後権利者ニ於テ其請求ヲ又ハ義務者ニ於テ其訴訟物件ヲ他人ニ譲與シタルトキハ執行命令状ハ権利相続人ニ対シ発付ス但義務者ノ相続人ニ対シテハ第四編第一節第十三条ノ規則ニ依リ執行申立人ヨリ其義務者ノ相続人ヲ信據ス可キ証據ヲ挙テ証明スル場合ニ限リ発付スルモノトス〔「民訴八ノ一ノ一七」頁。債権譲渡・債務引受の場合であろう――筆者。〕

「委員修正民事訴訟規則」第八編強制執行第一章通則第一節執行手続

第六百三十四条　執行命令書ハ判決書ニ記名アル義務者ニ対シ之ニ記名アル権利者ニ下付スルモノトス

左ノ場合ハ権利者若クハ義務者ノ相続買受人若クハ譲受人ノ氏名ヲ命令書ニ記載シテ之ヲ下付スル事ヲ得

一　判決書ニ記名アル権利者若クハ義務者死亡シ其相続人アル時

二　判決書ニ記名アル権利者若クハ義務者戸主タル分限ヲ失ヒ之ニ代ルヘキ其相続人定マリタル時

三　判決書ニ記名アル権利者其権利ヲ又義務者訴訟物件ヲ売渡シ若クハ譲渡シタル時

前項第一ヨリ第三マテノ場合ニ於テ相続売買若クハ譲與ノ事項ニ付テハ請願者之ヲ証明ス可シ〔以上「民訴八ノ一ノ一八」頁〕

なお、参考として、右規定に相応ずるドイツ民訴法の規定の邦訳が併記されている。

独訴訟法第六百六十五条

執行公製書ハ判決ニ載セタル債主ノ権利相続人ヲ利スル為メ并ニ負債者ノ普通権利相続人ヲ不利スル為メ交付シ及負債者ノ権利相続人ニシテ訴訟トナリタル物件ヲ其裁判関係中又ハ訴訟終結後買受ケタル者ヲ不利スル為メ第二百三十六条第二百三十八条ヲ斟酌シテ交付スル事ヲ得但其権利相続裁判所ニ判然スル時又ハ公製ノ証書ヲ以テ其権利相続ヲ證明スル時ニ限ル

其権利相続裁判所ニ判然スル時ハ之ヲ執行文ニ記載スヘキモノトス〔以上、「民訴八ノ一ノ一八」頁〕。

3　テヒョー「訴訟法草案」　テヒョーは「委員修正民事訴訟規則」にもとづき明治一九年六月ドイツ文の訴訟法草案を司法大臣に呈出して彼の任務を終えた。「訴訟法草案」には、判決の効力の主観的範囲に関する規定は存せず、「執行命令書」を与えることができる者の範囲に関する規定が存するに止まる。

「訴訟法草案」第五百九十九条

執行命令書ハ判決書ニ記名アル義務者ニ対シ之ニ記名アル権利者ニ下付スルモノトス

左ノ場合ハ権利者若クハ義務者ノ相続人ノ氏名ヲ命令書ニ記載シテ之ヲ下付スルコトヲ得

一　判決書ニ記名アル権利者若クハ義務者死亡シ其相続人アル時

二　判決書ニ記名アル権利者若クハ義務者戸主タル分限ヲ失ヒ其相続人定マリタル時

前項第一第二ノ場合ニ於テハ相続ノ事項ニ付請願者之ヲ證ス可シ〔債権譲渡・債務引受の場合が落されている――筆者〕

4　モッセ「訴訟法草案」（ドイツ文）　モッセの「訴訟法草案」は日本学術振興会版によりその一部を知ることができるが、筆者が知りえた当該の一部の中には判決の既判力・執行力の主観的範囲に関する規定が含まれていないので、まだ、どんな規定が存したのかを知らない。

5　「民事訴訟法議案」の規定　テヒョー草案は、法典調査会の一部門としての法律取調委員会において審議しなおすことになり、テヒョー草案を報告委員が修正したものを原案として、委員会の議に付された。この原案が「民事訴

訟法議案」または「民事訴訟法草案」あるいは「民事訴訟法草案議案」とよばれている。

日本学術振興会版「民事訴訟法議案」は表紙をめくると「民事訴訟法草案」となっており、条文は、テヒョー「訴訟法草案」と同じく、第十節判決が第三百七十一条から第三百九十三条までとなっていて、その中に、既判力の主観的範囲に関する規定は存せず、第五百九十九条は執行力の主観的範囲に関する規定となっている点もテヒョー草案と同じであるが、その文言は次のようになっている。

第五百九十九条　執行力アル正本ハ判決ニ表示シタル債権者ノ為メニノミ及ヒ判決ニ表示シタル債務者ニ対シテノミ之ヲ付與スル事ヲ得但シ左ノ場合ハ之ヲ例外トス

第一　判決ニ表示シタル債権者又ハ債務者カ死亡シ相続人之ニ代ハリタル時ハ執行力アル正本ハ相続人ノ為メ又ハ相続人ニ対シ之ヲ付與スル事ヲ得

第二　判決ニ表示シタル債権者又ハ債務者ニシテ戸主タリシ者カ其地位ヲ辞シ又ハ之ヲ失ヒ他ノ戸主之ニ代ハリタル時ハ執行力アル正本ハ新戸主ノ為メ又ハ新戸主ニ対シテ之ヲ付與スル事ヲ得

右ニ掲ケタル変更ハ其申立人信スルニ足ル可キ證明書ニ因リテ之ヲ證ス可シ〔以上、「民訴草ノ一三四」帖〕

右の第五百五十九条は、明治二一年七月一六日に庶務担任報告委員が同年同月一八日の会議の議案として送付したところの「民事訴訟法草案議案」第三五号（日本学術振興会版「民事訴訟法草案其二」の「民訴草ニノ二五四」帖）のなかでは、第五百十条となっており、その文言は、修正されて、次のようになっている。報告委員から呈出送付されたのが第五百五十九条であって、これが会議で修正され、その結果たる条文が右の第五百十条であると推認される。

第五百十条　執行力アル正本ハ判決ニ表示シタル債権者ノ承継人ノ為メニ及ヒ判決ニ表示シタル債務者ノ相続人ニ対シ之ヲ付與スル事ヲ得但其承継カ裁判所ニ於テ明白ナルトキ又ハ證明書ヲ以テ之ヲ証スルトキニ限ル〔債権者についてのみ、「相続人」のほ

かに特定承継人を含むかのようである―筆者〕

其承継カ裁判所ニ於テ明白ナルトキハ之ヲ執行文ニ記載ス可シ

（旧第五百九十九、独第六百六十五）〔以上、「民訴草二ノ二五六」帖及び、日本学術振興会版「民事訴訟法草案議案意見書」の「民訴議三五ノ二」帖〕

右第五百十条の文言の傍点の部分は右第五百九十九条を修正したところである。この修正には第五百九十九条の文言中削除したものも含まれる。この修正について「民事訴訟法草案其二」に次のような記述がある。

民事訴訟法草案議案第三十五号修正ノ理由〔「民訴草二ノ二五九」帖〕

第五百十条第一項中ニ「承継人」ノ三字及ヒ「ノ相続人」ノ四字ヲ加ヘ「ノミ」ノ二字及ヒ「テノミ」ノ三字ヲ削リ但書ヲ改メタルハ「シュルツェンスタイン」氏ノ意見ヲ容レ之ヲ修正シタリ〔「民訴草二ノ二六〇」帖、前掲「民訴議三五ノ六」帖〕

6　「修正民事訴訟法草案」の規定　「民事訴訟法議案」を法律取調委員会がなお修正してできたものが「修正民事訴訟法草案」である。「民事訴訟法議案」の第五百十条（「民訴草二ノ二五六」帖）はこれ以上修正されなかったようである。「修正民事訴訟法草案」の第五百十条（日本学術振興会版の「修訴草ノ一二六」帖）は「民事訴訟法議案」（＝「民事訴訟法草案其二」）の第五百十条と同文言である。

7　「民事訴訟法再調査案」の規定　「民事訴訟法再調査案」は「修正民事訴訟法草案」を基にしてできた。「民事訴訟法再調査案」の第七編強制執行第一章総則のなかの第五百七十九条の規定（日本学術振興会版、「民再ノ一一四」帖）は、次のとおりである。

第五百七十九条　執行力アル正本ハ判決ニ表示シタル債権者ノ承継人ノ為メニ之ヲ付與シ又ハ判決ニ表示シタル債務者ノ相続人

ニ対シ之ヲ付與スル事ヲ得但其承継カ裁判所ニ於テ明白ナルトキ又ハ證明書ヲ以テ之ヲ證スルトキニ限ル
其承継カ裁判所ニ於テ明白ナルトキハ之ヲ執行文ニ記載ス可シ

「民事訴訟法再調査案」は「民事訴訟法案」となり、「民事訴訟法案」が明治二三年法律第二九号民事訴訟法となった。再調査案の第五百七十九条に相当する規定は民事訴訟法第五百十九条である。文言は、前に掲げたものを対照すれば判明するとおり、再調査案における「債務者ノ相続人」が法律において「債務者ノ一般ノ承継人」となった点と、「其承継」が「此承継」になった点を除けば、彼此同文言である。

二　明治民訴五一九条の文理の射程

1　前述のように、テヒョー「訴訟規則」と「委員修正民事訴訟規則」とにおいては、判決の効力の主観的範囲に関し、「原被告」の「相続人」も従うべき旨の規定が存したが、テヒョー「訴訟法草案」にはこの種の規定はなく、その後、この種の規定が存しないことが続いて、明治民訴にもこの種の規定が存しない。もっとも、民法証拠編（明治二三年法律二八号）には次のような規定があった。

民法證據編第一部證據第三章間接證據第一節法律上ノ推定第一款公益ニ関スル完全ナル法律上ノ推定
第八一条　既判力ニ因ル不受理ノ理由ヲ以テ新請求又ハ新答弁ニ対抗スルコトヲ得ルニハ其請求又ハ答弁カ旧請求又ハ旧答弁ニ比較シテ左ノ諸件アルコトヲ要ス
第一　権利又ハ事実ニ関シ争ノ目的ノ同一ナルコト
第二　主張ノ原因ノ同一ナルコト

第三　原告、被告ノ権利上ノ資格ノ同一ナルコト

第八四条　当事者カ或ハ自身ニテ同一ノ資格ヲ以テ既ニ旧訴訟ニ出テタルトキ或ハ旧訴訟ニ於テ其前主若クハ代理人ニ因リテ代表セラレタルトキ或ハ利害関係人ノ結合カ暗ニ相互代理タルトキハ当事者ノ権利上ノ資格ハ同一ナリトス

2　執行文を付与する者の範囲については興味ある変遷を示している。㈠執行文の付与を受ける者を、テヒョー「訴訟法草案」までは「権利者」「義務者」と呼び、「民事訴訟法議案」以後は「債権者」「債務者」と呼ばれている。㈡そのいずれであれ、死亡したときは、その「相続人」に宛てて執行文が付与される、旨の規定はテヒョー「訴訟規則」以来、実質的に、明治民訴に至るまで、変りがなく、置かれてきた。㈢「民事訴訟法議案」においては、右「相続人ノ為メニノミ」又は「相続人ニ対シテノミ」となっている。それ以前の案においては、これよりも広かった。権利者が「権利」を譲渡した場合及び義務者が「訴訟物件」を譲渡した場合も規制の対象とされていた。「民事訴訟法議案」以後は再びより広くなった。「債権者ノ相続人」「債務者ノ相続人」が「債権者ノ承継人」「債務者ノ相続人」となり、さらに「債権者ノ承継人」「債務者ノ一般ノ承継人」となった。そこで、債務者の特定の承継人は文理上は含まれないことになったが絶対に排除されるのかが問題として残った。

3　判決の効力が民法証拠編と民事訴訟法とに分かれて規定されたことは、明治三六年一二月一〇日開会の第一九議会に提出のため（旧）法典調査会が起案したが同議会が翌日解散されたので提出されるに至らなかったところの民事訴訟法改正案においては、次のような規定により、変えられている。

第二百八十五条　確定判決ハ当事者及ヒ権利拘束ノ発生後ニ当事者ノ承継人ト為リタル者又ハ当事者若クハ其承継人ノ為メ請求ノ目的物ヲ占有シタル者ニ其効力ヲ及ホス〔たんに「当事者ノ承継人」としたのは債務引受を含ませるためか―筆者〕

第六百四十四条　執行正本ハ債権者ノ承継人ノ為メ又ハ第二百八十五条ノ規定ニ依リ判決ノ効力カ及フヘキ債務者ノ承継人若ク

ハ請求ノ目的物ノ占有者ニ対シテ之ヲ付與スルコトヲ得但其承継又ハ占有関係ハ裁判所ニ於テ顕著ナル場合ヲ除ク外之ヲ証スルコトヲ要ス

執行正本ニハ承継ノ證明アリタルコト又ハ承継カ顕著ナルコトヲ記載スヘシ

既判力の承継人への拡張と執行力の承継人への拡張との関係に関して、執行債務者の承継人に該当するか否かを、既判力が当事者の承継人に及ぶか否かに一致させていることが眼を惹く（前民訴四九七条ノ二と対照せよ）。

三　明治民訴に関する判例

1　明治民訴期においては、既判力が当事者の特定承継人に延長するかの問題に関する判例は若干存するが、執行文を当事者の特定承継人に付与することができるかの問題に関する判例は見当らない。前者の判例については、大審院の判例としては、大判明治三五・七・二（民録八輯七巻四頁）が最も古いと思われるが、これは、所有権確認請求棄却判決の既判力が、敗訴原告から転転して目的土地の所有権を取得した者に及ぶことを認めた。しかし、その後の大審院判例は、抽象論として、既判力は当事者の特定承継人には及ばないという見解を一貫させている。具体論としては、大判明治三六・七・三（民録九輯八三五頁）は、土地利用者が地主を被告として勝訴した（訴訟上の請求は地上権確認らしいが判例集からは明らかにしえない）判決の既判力は、地主から右土地を買い受けた者（基準時前に買ったのか基準時後に買ったのかは判例集の記載からは明らかでない）に及ばないとし、大判大正五・七・一七（民録二二輯一三八二頁）・大判大正八・一一・二四（民録二五輯二一〇三頁）は、金銭債権者が給付訴訟において請求棄却の確定判決を蒙った後に当該金銭債権を譲渡した場合につき、譲受人には右確定判決の既判効は及ばないとし、大判大正八・二・六（民録二五輯六一頁）は、不動産の

所有者と抵当権者との間の抵当権不存在確認請求を棄却した確定判決の効力を、その後に右不動産の所有権を譲り受けた者は否定する(＝抵当権不存在の主張をする)ことができるとした。給付請求棄却の確定判決を蒙った金銭債権者からこの債権をその後に譲り受けた者に右確定判決の既判力は及ばないという大審院の判旨は、東京控判大正一四・四・二一(新聞二四八号一二頁)・東京控判昭和二・三・三(新聞二六八三号九頁)において、同型の事案につき、踏襲されている。かくして、明治民訴期の判例は、既判効は当事者のほかは当事者の一般承継人に限って及ぶという見解で一貫したということができる。東京控判昭和二前掲は「民事訴訟法第五百十九条第五百二十一条ハ強制執行ニ付債権者ノ特定承継人ニ対シテモ執行力アル正本ヲ付與スヘキコトヲ規定シタルニ止マリ決シテ本件ノ如キ確定判決ノ既判力カ債権者ノ特定承継人ニ及フヘキ趣旨ノ規定ニアラス」といっている。しかし、これでは、勝訴の債務者は勝訴にもかかわらず、債権の譲受人の起訴に対し防禦を繰り返さなければならない。大正一五年法律第六一号の施行日である昭和四年一〇月一日をまたずに、京都地判昭和三・八・七(新聞二八七七号一六頁)が、大判大正五前掲と同型の事案につき、貸借関係なきことを理由とする給付請求棄却の確定判決を蒙った貸金債権者からその後に該金銭債権を譲り受けた者は、前主と「同一ノ地位ヲ有スルモノト謂フヘク被告ニ対スル右債権ノ不存在ヲ争フコトヲ得サルニ至リタルモノト謂ハサルヘカラス」と解した「「同一」性の基準はなんであったか?——筆者」。

2　想像するに、判決の効力の主観的範囲を承継人にまで延長することは、執行力について実際の必要があることであったから、確認判決または確認請求棄却・給付請求棄却の判決の既判力については、その主観的範囲を承継人にまで延長することについてはあまり考えることがなされなかったのかも知れない。しかし、そこが盲点であって、大審院の判決を要した事件は、敗訴者の権利が承継人によって蒸し返されたものであった。

四　明治民訴に関する学説

1　判決の既判力との関係における承継人について　判決の既判力は民法証拠編において権利の存否の法律上の推定の根拠であると扱われた（第七六条、我妻栄「旧法令集」一八九頁）。そこで、明治民訴では、既判力の主観的範囲に関する規定が存しない。すなわち、江木衷（「民事訴訟原論」明治二六年）によれば、「判決ノ実質的効力ニ就テハ訴訟法第二百四十四条ハ単ニ其物格的範囲ノミヲ規定シ」た（四二九頁）。つまり、人格的（？）範囲を規定しなかった。では、執行が判決に基づくことをどう解するか。江木は「判決ノ形式的効力ヨリシテ強制スルコトヲ得ヘキ請求ニ就テハ実質的効力ニ従タル強制執行ノ効力ヲ生スレトモ法律ハ之ヲ判決ノ効力トセスシテ単ニ之ヲ強制執行ノ一原因トセリ」と理解した。（四二八頁）明治民訴に関する概説書等は少なくない。だが、既判力の主観的範囲の拡大に触れるものは少ないのである（雉本朗造述「民事訴訟法」上・中・下大正六年にすらこの点の叙述がない）。

民法証拠編第七七条は「既判力ハ判決主文ニ包含スルモノニ存ス」と定め、民事訴訟法第二四四条は「判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有ス」と定めた。民法証拠編は「同一ノ争ヲ再ヒ訴フル」とき「既判力ニ依リテ之ヲ斥ク」ることを定めた（第七九条）。そして、判決が「公ノ秩序ニ関スル」ものでないときは、既判力によって同一の争いを斥けるには、「利害関係人ヨリ其不受理ノ理由ヲ以テ対抗スルコトヲ要ス」とした（第八〇条）。すなわち既判力を理由とする不受理の抗弁である。ところで、「同一ノ争」であるか否かの基準については、前記第八一条の規定を設け、その第三の基準（当事者の同一）に関してこれを拡張する規定を前記第八四条として定めた。すなわち、後訴の当事者の「前主」が前訴の当事者であって、後訴と前訴とが「請求」又は「答弁」において、前記第八一条の第一号及び

第二号に該当するときは、後訴の当事者は「不受理ノ理由ヲ以テ対抗」されるのである。

では何者が「前主」に該当するか。すでに、亀山貞義が「民事訴訟法正義」（下巻、私立明治法律学校講法会内、新法註釈会出版、明治二六年頃か？）において、判決の効力は「通常ノ場合ニ於テハ訴訟人ノ相続人及ヒ裁判言渡以後ニ其訴訟ニ関スル財産ヲ譲受ケタル者ノミ其効力ヲ及ホス可キモノトス」と一抽象的に止まったにせよ一述べていたが（八一二頁）、伊藤悌治は民法証拠編の規定に着目し、「民事訴訟法正解」において、「後ニ起リタル訴訟又ハ抗弁ヲ排斥」する条件として「目的ノ同一」・「原因ノ同一」・「原被告ノ同一」を挙げ、原被告の同一に関し、「茲ニ原被告ノ同一トハ其権利上ノ資格ノ同一ナルヲ云フナリ故ニ当初原告又ハ被告ハ代人ニ依リテ代表セラレ後ニ自ラ訴訟ヲ起スカ如キ又ハ財産ノ元所有主カ訴ヲ起セル後其財産ノ継承人カ再ヒ訴ヲ起ス場合ノ如キハ前後ノ訴訟ハ同一人ニ非ス然レトモ其権利上ノ資格ハ同一ナレハ此條件ヲ充タスモノトス」と説明した（下巻、三版、明治三五年三七〇一三七二頁）。伊藤悌治の説明は所有権の承継人が原告として訴えるケースにかかるもので、元所有者の前訴が確認の訴えか給付の訴えか、元所有者が前訴において勝訴したか敗訴したか、「財産ノ継承人」が一般承継人か特定承継人か、を区別するに至っていない。今村信行は「民事訴訟法第二編」（中央大学講述、明治三八年度）において、判決の確定力の主観的効力について言及してはいるが、当事者の承継人へのその延長については触れていない（二一五頁。早稲田大学講述、明治三九年度、二一二頁においても同じ）。岩田一郎は「民事訴訟法」（第二編、和仏法律学校講述、明治三六年度）においては判決の実体的確定力の主観的範囲に言及するところなく、「民事訴訟法原論」（上巻、明治大学出版部、明治四〇年）においては判決の確定力の主観的範囲に言及したが、当事者の承継人へのその延長には触れず、明治四二年のその訂正増補第三版においてはじめて、「判決ノ確定力ハ当事者ノ一般承継人ニ及ホスハ当然ナリ然レトモ判決アリタル訴訟物ノ特定承継人ニ対シテハ法律ニ特別ノ明文アル場合ニ非サレハ其効力ヲ及ホスヘキニ非ス」と書いた（四五四頁）。以後岩田一郎において

はこの点に関する進展はない（訂正改版第六版、大正二年、四五二頁をみよ。）。松岡義正は、後に紹介するように、執行文を付与しうべき承継人の範囲につき、もっとも詳細に叙述をした最初の人であると思われる。その松岡義正が「民事訴訟法」（自第六編至第八編、法政大学講述、明治三七年度）において、「民事訴訟法第五百十九条ハ訴訟ニ参與スルコトナクシテ判決ノ執行ヲ為シ又ハ之ヲ受クル人ノ限界ヲ規定シタルニ過キス随テ判決カ当事者以外ノ人ニ対シ確定力ヲ有スルヤノ問題ニ付キ何等ノ関係ナシ換言スレハ判決ノ執行力ト其確定力（実体的）ト其範囲ヲ同シウスルモノニ非ス」（二五〇―二五一頁）と述べているのが注目を惹く。

2　判決の執行力との関係における承継人について

（イ）　民訴五一九条は、債権者については「承継人」のために、債務者については「一般ノ承継人」に対して、執行力ある正本が付与されることを定めた。とうぜんのことながら、債権者は債務名義を有する者である。つまり給付請求を認容された勝訴者である。債務者は給付義務ありとされた敗訴者である。給付請求棄却判決は民訴五一九条がかかわるものではない。債権者の「承継人」が特定承継人（特定債権の承継人）を含むことについては、立法の経緯からも、明らかで、学説においても、当初から、争いがないとみてよい。債務者の「一般ノ承継人」が絶対に特定承継人を排除する趣旨なのかそれとも通例を例示したに止まるかは見解が分れうるところであった。本稿では、これより後は、給付を判決で命ぜられた債務者の「承継人」に該当するか否かの基準に関する学説を中心としてその発展を追跡したいと思う。

（ロ）　明治期　明治民訴の立案に法律取調報告委員として参画した本多康直と今村信行は明治民訴法公布後直ちに「民事訴訟法註解全十二冊」を共著として公刊した（第一冊は明治二三年八月一一日、第一二冊は明治三〇年二月二一日刊行）。その第五一九条の註解（第八冊、明治二六年一月一〇日刊、一五八一頁）は、債務者については「一般ノ承継人」に

限ったことを次のように説明している。

「債務者ニ特別ノ承継アル場合ニ於テハ前主カ生存スルトキハ通例其モノニ対シ強制執行ヲ為ス可キ途アリテ特別ノ承継人（譲受人）ニ対シ強制執行ヲ為スノ必要ナキノミナラス或ル場合ニ於テハ民法上特別ノ承継人ハ前主ノ債務ヲ辨済スルノ義務ナキコト之アル可ク又前主ノ死亡後ハ其一般ノ承継人ニ対シ強制執行ヲ為スヲ通例トスルカ故本條ニ於テハ一般ノ承継人ニ対シテノミ強制執行ヲ為シ得ヘキ規定ヲ設ケシモノナラン是ヲ以テ萬一債務者ノ特別ノ承継人ニ対シ義務ヲ負ハシム可キ特種ノ権利アリテ之ニ対シ強制執行ヲ為スノ必要アルモノナルトキハ債権者ハ新ニ訴ヲ起ササルヲ得サルナリ」

法典調査委員であった高木豊三は、「民事訴訟法論綱」（下第五版明治三一年―初版は明治二九年）において、第五一九条について、債務者の承継人を債権者のそれと区別して一般の承継人に限った理由を、「凡ソ債権ハ特剔ノ名義ヲ以テ他人ニ承継セシムルコトヲ得ルモ債務ニ至テハ一般ノ承継人ノ外法律上当然ニ承継スヘキモノニアラス乃チ此区別ヲ設クル所以ナリ」と説明している（九七五―九七六頁）。

亀山貞義（前掲）の第五一九条の義解においては、承継人に「特定ノ承継人ト一般ノ承継人トノ区別アリ」としてその違いを説明しているが、債務者の特定承継人に対し執行力ある正本を付与しうるかについての明らかな叙述は存しない（八五―八七頁）。今村信行は「民事訴訟法正解」（強制執行、公示催告、仲裁手続、再版、明治三六年）において、債務者の承継の場合には一般の承継人に限った理由を、「是レ権利ハ一般ノ承継及ヒ特別ノ承継ヲ以テ移転スルコトヲ得ルモ義務ニ至リテハ相続ノ如ク包括シテ権利義務ヲ承継スル場合ノ外ハ単ニ義務ノミ特別ニ承継スルカ如キハ極メテ変例ニ属スルモノナレハ直チニ之ニ対シテ執行ヲ許ササルノ趣旨ニ出テタルモノナリ」と説明した（六二頁）。この変例論は、板倉松太郎の攻撃を受けた。板倉は「民事訴訟法」（第六編以下、明治三八年度法政大学講述）において、変例であることは、債権者の特定承継人も同じであるから、債務者の特定承継を除外する理由にはならないと批判して、次のよ

うに自分の説明を展開した（三五頁）。

「予ノ信スル所ニ依レハ原則トシテハ判決ノ効力ハ特定承継人ノ為ニ又ハ特定承継人ニ対シテ及フヘキモノニ非ス如何トナレハ権利又ハ義務ノ特定承継アリタルトキハ債権譲渡債務引受ノ場合ヲ除キ其権利又ハ義務ハ其性質ヲ変ス換言スレハ民法ノ規定ニ依テ更改ヲ生スルナリ故ニ承継アリタル場合ニ承継人ノ有スル権利及承継人ニ対シテ有スル権利ハ判決ヲ受ケタル前ノ権利ト同一ノモノナリト云フヲ得ス然ラハ前ノ権利ニ付テ得タル執行名義ヲ以テ後ノ権利ニ付テ強制執行ヲ為スコトヲ得ス故ニ原則トシテ特定承継アル場合ニハ執行名義ヲ以テ効力ヲ失フトスルヲ正当トス唯法律ハ一ノ便宜規定トシテ権利者ニ特定承継アリタル場合ニ於テ既ニ生シタル執行名義ヲ用ユルコトヲ許シタルニ過キス」

当時すでに「確定力ヲ有スルコトト執行力ヲ有スルコトトハ同一ニ論スヘカラサルモノナレトモ原則トシテ執行力ハ確定力ヲ生スルニ依テ始テ生スルナリ」（板倉前掲明治三八年度三一頁）ということが自覚されていた。してみれば既判力が及ぶとされていない者には執行力が及ぶことはない。だから承継人に執行正本を付与しうるとするのは、債務名義をあらたに得ることを省く「一ノ便宜」（板倉前掲）にほかならない。便宜に過ぎない以上、前主の地位と承継人の地位が同一である場合であってそれが訴訟によらなくても証明書により明らかである場合（第五一九条一項但書）に限らなければならない。そうすると、相続、債権譲渡のほかに、債務引受もこれに該当することになろう。かくして、板倉は「唯債務引受ノ特定承継ノ場合ニ於テ前債務者ニ対スル執行名義ヲ此特定承継人ニ対シ効力アラシムルノ規定ヲ設ケサリシハ不備ナリ」と指摘した〔Gaup-Stein.zu §325の影響か——筆者〕。

松岡義正も、明治期には、一方で、「債務者ニ特定承継アリタルトキハ其承継人ニ対スル強制執行ノ為ニスル執行文ヲ付與スルコトナシ何トナレバ強制執行ハ被承継人ニ対シテ開始セラルヘキモノナレハナリ（特定承継人ハ権利ヲ承継シ義務ヲ承継セス）故ニ債権者カ斯ル承継人ニ対シ強制執行ヲ為サント欲セハ先ツ訴ヲ提起セサルヘカラス」と考え

た（前掲明治三七年度二五五頁、特定承継人ハ義務ヲ承継セスというのは、高木豊三前掲と同じ思想型かどうか）。しかし、他方では、「然レトモ権利拘束発生後債務者ノ承継人ト為リタル者例ヘハ訴訟物ヲ譲受ケタル特定承継人若クハ訴訟物ノ占有者例ヘハ受寄者、賃借人ニ対シテハ独逸民事訴訟法ニ於ケルカ如ク特ニ訴ヲ提起スルコトナク民事訴訟法第五百十九条第一項ノ執行文ヲ以テ強制執行ヲ開始スルコトヲ得ルモノト為スヲ立法上正当トス蓋シ這ハ費用、労力ノ節略ヲ主眼トスル民事訴訟法ノ原則ニ適スレハナリ（改正案第六四四条）」と述べている（二五五―二五六頁。係争物の譲渡に言及している――筆者）。

ちなみに、松岡は、この頃、「訴訟代理人ニ依リテ訴訟ヲ為ス場合ニ在リテハ当事者死亡ノ為メニ生シタル承継ノ有無ヲ調査スルコトナク判決ヲ言渡スコトアルヲ以テ（第一八三条）」という理由から、一般的に、「民事訴訟法第五百十九条ニハ判決言渡以前ニ於ケル当事者ノ承継ヲ包含セスト断言スルコト能ハス随テ訴ノ提起後当事者ノ承継アリタル以上ハ訴訟ノ繫属中ニ生シタルト其終局後ニ生シタルト又強制執行開始前ニ生シタルト強制執行続行中ニ生シタルトヲ問ハス強制執行ノ為メニ民事訴訟法第五百十九条第一項ニ規定シタル執行文ヲ必要トスト謂ハサルヲ得ス」（前掲明治三七年度二五〇頁）という見解をもっていた〔ガウプを読んだからであろうか〕。

そこで、債務引受と係争物の譲渡の場合に、引受人・譲受人が「承継人」に当るか否かの基準をその後の学説はどう考えたかを中心にして調べを進めよう。

（ハ）　大正期　判決の既判力及び執行力の主観的範囲の承継人への延長の学理的なまたは具体的な研究は著書の多くの扱うところではなかった。手許で筆者が閲覧できる著書の中では、後述の松岡義正「強制執行要論」（上巻大正一三年）を除くならば、板倉松太郎「強制執行法義海」（大正四年）に、執行名義は「債務者ノ特定承継人ニ対シテハ直チニ効力ヲ及ホスヲ得ス故ニ特定物ノ引渡ヲ命シタル判決ニ基キ其債務者ノ賃借人ニ対シテ同一ノ物件ノ引渡ヲ求ム

ル為メニ強制執行ヲ為スヲ得ス（第五六七条参照）」と具体例が一つだけ挙げられており（二四七頁）、佐伯兼次郎「民事訴訟法通義」（改訂第五版、大正六年―初版明治四二年）が、第五一九条の存在理由を、裁判が当事者にしか対抗しえないことを踏まえて、「然レドモ裁判ニ依リテ確定シタル権利関係ト雖モ移転シ得ヘキモノナレハ其権利関係ニ付キ承継アリタル場合ニ執行ヲ為スヘキ方法ヲ設クルニアラサレハ債権者ハ為メニ不測ノ損害ヲ被ルヘキヲ以テ法律ハ本条ノ如キ規定ヲ設ケテ其承継人ノ為メニモ執行文ヲ付與スルコトト為シタルナリ」と説明し、債務の承継が一般承継に限られたことについては、債務の承継は「普通ニハ一般ノ承継人ニ限ルヘケレハナリ」と述べるに止まっている（五七七頁）。つまり、債務の特定承継人を除外する学理上の理由は説明されていない。

この承継人問題が詳細に論じられることが全くなかったのではない。雉本朗造の論述が光っており、松岡義正の論述が細かい。

雉本朗造は、大判大正八・二・六（前掲）を批評する機会に既判力の主観的範囲を詳細に論じた（法学論叢三巻二号一〇二―一二六頁、大正九年）。主として、Hellwig の Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901 に依存して、次のようにまとめている。

「要之、確定判決の既判力は單に（1）訴訟の当事者のみならず、更に（2）該確定判決ありたる後に、（イ）該判決を以て裁判せられたる法律関係従て権利を一般承継又は特別承継に因りて承継したる第三者、並に（ロ）該判決を以て裁判せられたる債務若くは義務を一般承継若くは特別承継に因りて承継したる第三者に及ぶものなり。殊に（ハ）一定の義務若くは債務が一定の財産に対する所有権又は占有の取得に伴ふ場合には、該財産の所有権若くは占有を承継するものは当然其財産の負担たる義務若くは債務を承継するものなるが故に、確定判決を以て一定の財産の所有者又は占有者が、其資格に於て義務若くは負担を負ふことを認めたる場合には、該判決の既判力は其所有者又は占有者より該財産の所有権若くは占有を承継し、従て其義務若くは負担又は債務を承継したる第三者に及ぶものなり。」（一二四頁）。

雉本はまず、「判決は訴訟の当事者に対して為さるるものにして、判決が訴訟の当事者に対して其の効力を生ずるは固より当然」であるという論理に拠り、民訴第二四四条（判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有ス）は訴訟の当事者に対して既判力が生ずることをも定めたものと解した（一一五頁。前掲の江木衷解釈と異なる）。ついで、既判力の主観的範囲の拡張の根拠を「実体私法上の従属的関係」に求めた（一一二頁）。この論理の具体的展開として、「確定判決ありたる後に、該判決を以て存在若くは不存在を確認せられたる法律関係（従て又権利）を一般承継又は特別承継に依りて承継したる第三者の如きは、訴訟当事者との間に私法上の従属関係の存すること顕著なるものなるが故に、斯る第三者に對しては既判力の拡張を認めざるべからず。」（一一二頁）と説明し、いわゆる従属関係の実体としては、特定承継人は「私法上被承継人が有したると同一（identisch）の権利を有するに過ぎざる」ことを指摘している（一一三頁）。雉本はこの結論の実定法整合性を、民訴五一九条の規定の存在の中に、「爾く執行力の拡張を認むるは、其前提として執行すべき請求権の存在を認むる判決の既判力の拡張を認むるに因るものと解せざるべからず。」という論理を媒介として、見出している（一一五―一一六頁）。いわゆる義務承継については、一般承継人に既判力が拡張される根拠を、雉本は、「苟くも確定判決を以て訴訟の当事者が債務を負ふことが確定せられたる場合には、一般承継人は該債務を包含する財産若くは之を負担する財産を承継したるものなるが故に、該債務の存在を法律上有効に爭ふことを得ざるものと解さざるべからず（Hellwig, Rechtskraft §17 a. a. O.）」（一一〇頁）と説明し、民訴五一九条の規定を前同様の目的で援用した。

さて、民訴五一九条の規定に謂われていない場合はどうか。債務の引受の場合については、引受人に既判力が及ぶ根拠を、雉本は、「債務関係の消極的主体の変更に拘はらず債務関係は其同一を失はざる」（一一三頁）ことに求めている。雉本の前掲結論の（ハ）は、具体例としては、「地役権、相隣権、地上権、永小作権又は質権若くは抵当等を負担

せる財産の所有権」を承継した者または財産の占有者が「物的請求権に対する義務」をその資格において負担する場合にこの占有者からその財産の占有を承継した者を念頭においた叙述である（一二一頁）。前者に既判力が及ぶ根拠を、雉本は、「財産の所有権を承継したる者は、其財産の負担をも承継するもの」という実体私法上の関係に、求めている。後者に既判力が及ぶ根拠を、雉本は、財産の占有者が負担する「物的請求権に対する義務の如きは、其財産に対する占有の承継に伴ひて移転するものと解せざるべからず」（一二一頁）という実体私法上の関係に求めている。

右に紹介したように、雉本朗造は、民訴五一九条の規定をも拠りどころとして、既判力の主観的範囲が拡張せられるべきことを解釈として確定し、その範囲を、民訴五一九条の定める範囲を超えて認めた。かくして、既判力の主観的範囲の拡張は、執行力の主観的範囲の拡張が既判力により確定された権利義務の実体法上の承継原因事実（相続とか債権譲渡とか）の認定から直接に承継人であることを判断できる場合に限られていたことから離れて、そのような限定に縛られることなく考えられる道を辿ることになった。ただ、雉本は、訴訟係属発生後に訴訟物たる権利の譲渡があったにもかかわらず前主を当事者として確定判決がなされた場合については、訴訟追行権なき者が続行した訴訟の確定判決であるから、この確定判決の既判力に譲受人が服すべき理由はない、と述べている（譲渡人勝訴の場合にも同じと考えている。松岡（前掲大正一三年一九六頁）は、譲渡人勝訴の債務名義でもって譲受人のために執行力ある正本を付与しうるとする）。

こうして、雉本は、所有権の負担が物権である場合及び物の占有者に対する請求権が物的請求権である場合に、既判力の主観的範囲の拡張を認めたが、それ以上には出なかった。

加藤正治は大判大正一〇・六・七（録二七輯一六巻一〇七一頁）の判例批評の機会に既判力の主観的範囲についての一般論を一一頁にわたり展開した（法協四二巻七号一二二九頁大正一三年。民事訴訟法判例批評集第一巻二九七頁所収）。Hellwig と雉本（前掲）を参照し、大部分においてこれらと同趣旨である。問題点を明確にするのに役立つところの加藤理解の

部分を引用しておこう。

「例ヘハ地役権、隣地権、地上権、永小作権、質権、抵当権又ハ賃借権ノ存スル場合ニ於テ其ノ不動産所有権ヲ取得セル者ハ其ノ負担ノ状態ニ於テ之ヲ取得承継セルモノニシテ其ノ負担ノ存在ニ付旧所有者ト権利者トノ間ニ於テ既ニ確定判決アリタル場合ニ於テハ新所有者ハ其ノ負担存在ノ既判力ニ服従セサルヘカラス」（一二三三頁）。「例ヘハ占有者ニ対スル物的請求権（dinglicheAnsprüche）ヲ確定セル確定判決ノ存スル場合ニ於テハ占有権ヲ承継シタル者ハ自ラ其ノ物的請求権ヲモ承継シ其ノ判決ノ既判力ニ服従セサルヘカラサルナリ」（一二三三頁）。

なお動産負担の例として「未払込金額アル株式ヲ取得セル者ハ其ノ払込ノ義務ヲ当然承継スルモノニシテ其義務存在ノ既判力ニ当然服従セサルヘカラサルナリ」という例をあげているのが眼を惹く（一二三三頁）。

松岡義正は「強制執行要論」（上巻、大正一三年）において、民訴五一九条の承継人につき三二頁にわたり説明している（一八五―二一六頁）。類書の中では説明が最も具体的である。しかし、解釈論を、雉本を超えて、進展させたかというと、眼立つものは大きくない。雉本の影響か、ヘルビヒの影響かは判然としないが、松岡は、債務の特定承継の場合については、「従前ノ債務者ニ対シ執行ヲ為スコトヲ得ル」という持論を維持し、これを理由として、特定承継人に対しては、執行する実益がないから執行正本を付与することはできないのが原則であると結論しつつも（二〇七頁）、「然レトモ判決カ債務者ノ特別承継人ニ対シテモ効力ヲ有ス従テ執行力ヲ有スルトキハ例外トシテ民事訴訟法第五百十九條第一項ノ規定ニ従ヒ斯ル承継人ニ対スル執行力アル正本ノ付與ヲ受ケ以テ之ニ対シ執行ヲ開始シ又ハ之ヲ続行スルコトヲ得ヘシ」（二〇八頁）として、例外の具体例として、債務の引受と係争物の譲渡と占有の承継と営業の譲渡を挙げた。

債務引受人に対して執行正本を付与しうべき根拠を松岡は次のように説明する。

「確定判決ニ因リ確定シタル債務ノ移転的引受人ハ斯ル判決ノ効力ヲ受ク蓋シ斯ル判決ノ効力ト斯ル債務トハ不可分的関係ヲ有スレハナリ若シ然ラストセハ執行上ノ満足ヲ享有セントスル債権者ハ斯ル債務者ニ対シ新ニ訴ヲ提起セサルヲ得サルノ結果トシテ訴訟経済ノ原則ニ反スルノミナラス債権者ノ意思ニ反又又引受人ハ斯ル状態ニ在ル債務ヲ引受ケタルモノナリ故ニ判決ノ効力ヲ受ケシムルモ其意思ニ反スト云フヘカラス」（二一〇頁）「「不可分的関係」と「斯ル状態ニ在ル」債務という概念はなお説明を要しよう――筆者」。

係争物の譲受人に対して執行正本を付与しうべきことを松岡は次のように説明する。

「債務名義ニ表示セラレタル債務者カ係争物ヲ他人ニ譲渡シタル場合ニ於テ其ノ係争物ニ付物権的請求権ヲ有スル債権者ハ譲受人ヲ債務者ノ特別承継人トシテ民事訴訟法第五百十九条ノ規定ニ従ヒ執行力アル正本ノ付與ヲ受ケ以テ之ニ対シ執行ヲ開始シ又ハ之ヲ続行スルコトヲ得」（二一一頁。雉本同様、物権的請求権を有する債権者に限定する）。ところで、「係争物トハ物ニ対スル占有権、所有権等ノ如キ物権、物ニ対スル永小作権、地上権、質権、抵当権等ノ如キ定限物権及物ノ占有者ニ対シ其ノ資格ニ於テ有スル債権カ訴訟ノ直接ノ目的ト為ルノ謂ナリ」（二一三頁）。「故ニ物ニ関スル単純ナル債権ハ債権者カ民法ノ規定ニ従ヒ直接ニ譲受人ニ対シテ訴フルコトヲ得ルトキト雖モ係争物タル権利ニ適セス例ヘハ債権者カ債務者ニ対シ提起シタル取消ノ訴（民四二四）ニ基キ物ノ返還ヲ命シタル判決ハ訴ノ提起後債務者ヨリ物ヲ譲受ケタル者ニ対シ執行力ヲ有セサルカ如シ」（二一三頁、この例は適切であったか?）。松岡は、譲渡の対象物と物権的請求権の対象物とをともに「係争物」とよんでいる。他方で、前者を「係争物タル権利」とよび、後者を有体物・無体物のごとき「物」とよんでいる。そして、物について物権的請求権を有する債権者が、いわゆる譲受人に対し、執行正本を求めうる条件として、「第一ニ物ノ譲渡アルコトヲ要ス」とし、「第二ニ譲渡セラレタル物ハ係争物（der in Streit befangenen Sache）ナルコトヲ要ス」としている。

松岡は、「第三ニ物ノ譲渡ハ訴ノ提起後ナルコトヲ要ス」（二一三頁）として、訴えの提起前の譲渡とは区別したが、確定判決の（標準時の）後の譲渡を区別しなかった。なお、松岡は、「第四ニ物ノ譲受人カ民法ノ規定ニ従ヒ善意ノ譲受人トシテ保護ヲ受クルモノニ非サルコトヲ要ス（民一九二）」と指摘している（二一四頁）。

占有の承継人に対して執行正本を付与しうべきことにつき松岡は次のように説明している。

まず結論として、「債務名義ニ表示セラレタル債務者又ハ其ノ承継人カ係争物ノ占有ヲ他人ニ移転シ自己カ間接占有者ト為リタル場合ニ於テ（占有ノ承継）其ノ係争物ニ付物権的請求権ヲ有スル債権者ハ占有ノ移転ヲ受ケタル直接占有者即チ占有承継人（Besitznachfolger）ニ対シ民事訴訟法第五百十九条ノ規定ニ従ヒ執行力アル正本ノ付與ヲ受ケ執行ヲ開始シ又ハ之ヲ続行スルコトヲ得」（二一四頁）と述べる。その根拠を、「斯ル占有者ハ之ヲ係争物ノ特別承継人ト同視スルヲ條理上正当トス蓋シ斯ル占有者ノ占有権ハ当事者又ハ其ノ承継人ノ権利ニ基因スルヲ以テ斯ル占有者カ訴ノ提起後ニ当事者又ハ其ノ承継人ヨリ占有ヲ取得シタル以上ハ訴ノ提起後係争物ニ付當事者ヨリ権利ヲ譲受ケタル特別承継人ト同シク判決ノ効力及執行力ヲ受クルヲ当然トスレハナリ」（二一四頁）と述べている。

例として、「債務者又ハ其ノ承継人カ係争物ノ間接占有者ト為リ又占有承継人カ係争物ノ質権者、賃借人、受寄者等ノ如キ直接占有者ト為リタルコトヲ要ス」（二一五頁）と述べ、「占有輔助者（Besitzdiener）」を除外すべきものとしている。また、「賃借人ニ対シ明渡ヲ命シタル判決ニ付テハ債権者ニ於テ訴ノ提起後係争物ノ転借ヲ為シタル者ニ対シ」執行正本を付与しうるとしている（二一五頁）。なお、「占有承継人カ民法ノ規定ニ従ヒ善意ノ直接占有者トシテ保護ヲ受クルモノニ非サルコトヲ要ス」（二一五頁）という指摘を、占有の承継についても、している。

営業の譲受人に対して執行正本を付与しうべき根拠を、松岡は、「営業ノ譲渡ハ商人ノ営業ニ関スル一切ノ権利及義務ノ一括処分ニシテ譲受人ハ権利ヲ取得シ又義務ヲ引受クルニ他ナラス故ニ譲受人ハ営業上ノ債務ニ関シ移転的債務ノ引受ケタルノ要件ヲ備フル限リハ（（二））特別ノ承継参照）譲渡人ノ営業上ノ債務ニ付テノ特別承継人ナリ」と説明している（二一五頁）。

附　ここで花岡敏夫「えすとっぺるノ法理ヨリ観タル判決ノ既判力」大正五年が、記録禁反言の効力が当事者の承継人に及ぶかの問題について叙述していることを指摘しておく（一三四―一四四頁）。

3　明治民訴の学説の限界

以上において一瞥したところの、明治民訴における「承継人」該当性の基準に関する学説は、確定判決の主文においてその存否の判断が宣言されたところの、権利または義務に私法上の承継があった場合につき論ずるに止まらず、物権がその上に存する不動産の所有権の承継があった場合、所有者がその動産につき（たとえば金銭支払いの）債務を負う動産（たとえば株金未払込の株式）の所有権の承継があった場合、財産の占有者が占有物につき物的請求権を満足させなければならない場合に占有権の承継があった場合を論じ、これらの場合につき、承継人該当性の根拠を、実体私法上、不動産所有権が「負担付」であること、動産所有権が「債務付」であること、占有権の目的物たる財物が「物権的請求権の目的物」であることという形で説明した。そこでは、たとえば、土地所有者に対して収去すべき地上建物の所有権の譲受人、あるいは土地賃借人に対して収去すべき地上建物の所有権の譲受人、ないしは、これらの者に対して収去すべき建物の賃借人などに右の基準が適用されるか、いずれの基準が適用されるか、ということにまでは考えが及んでいなかったようである。そこに、明治民訴の学説が対象とした事例と承継人該当性の根拠の説明とに限界が存した。しかも、実体私法上の密着性からする同一視という評価に、処分権主義・弁論主義に起因する判決効の相対性（当事者にのみ生ずる原則）からする訴訟法上の異別視という評価からの吟味を加えることがなかった。さらにまた、承継人該当の結果の根拠を、評価判断を媒介として、分類して説明するにとどまり、その論理的必然性を明らかにすることはなかった「ドイツ的法実証主義的説明手法を直輸入したからであろうか」。

第二章　大正一五年法律第六一号

一　大正民訴二〇一条の成立

1　大正八年に司法省に設けられた民事訴訟法改正調査委員会は、大正一二年二月一三日の第三七回会議において、起草委員会提出の民事訴訟法案の既判力の主観的範囲を規定した条文を審議した（同委員会速記録）。それは次のような条文である。

第三百二十四条　確定判決ハ当事者、口頭弁論終結後ノ承継人又ハ其者ノ為メ請求ノ目的物ヲ占有スル者ニ対シテ其効力ヲ生ス
前項ノ規定ハ仮執行ノ宣言ニ付キ之ヲ準用ス

起草委員の一人である松岡義正が右条文の設置理由を「矢張り外国にもある通り其範囲といふものは明かにして置いた方が実際上宜しいと云ふ所からして」新設したと説明した。「口頭弁論終結後」の承継人としたことについては、「我々の考としましては訴の提起後口頭弁論の終結迄に訴訟の目的たる権利の承継があったならば之は前の訴訟を進行するのでなくして訴訟参加の手続に依って其者が訴訟を引受けてさうして進行すると云ふことにして居るのでありますから、訴の提起後口頭弁論の終結前に於ける承継人を茲に挙げる必要がなくなった」と説明した（七二三頁）。承継人の範囲については、岩田宙造が「此承継人と云ふのは特別承継人だけの意味でありますか」と質問し、松岡義正が「之は一般承継人も総て這入って居る訳であります」と答えたに止まっている（七二五頁）。

2　右調査委員会は大正一二年五月一日に最終条文の審議を終えた。その後、起草委員会が、調査委員会の審議の結果を踏まえて、修正案を起草した。第三二四条は、その結果、次のようになった。

第三百二十四条　確定判決ハ当事者、口頭弁論終結後ノ承継人又ハ其者ノ為メ請求ノ目的物ヲ所持スル者ニ対シテ其効力ヲ有ス
他人ノ為原告又ハ被告ト為リタル者ニ対スル確定判決ハ其ノ他人ニ対シテモ効力ヲ有ス
前二項ノ規定ハ仮執行ノ宣言ニ付キ之ヲ準用ス

起草委員の手に成る修正案は大正一四年四月二三日から調査委員会によって審議された。この審議において議論があった条文は、再度起草委員から修正案が出て、これが審議された。だが、第三二四条についてはそのようなことが行なわれた記録がない（速記録、一八三―一八四頁）。調査委員会は大正一四年一二月一七日の第六〇回総会で民事訴訟法改正案を議決した。これが、民事訴訟法中改正法律案として議会に提出された。その際、条文の整理が行なわれ、右第三二四条は、文言を変えることなく、法律案第二〇一条となった。政府の、第二〇一条の、提案理由は次のとおりである。

〔理由〕本条ハ判決ノ効力ヲ及ホスヘキ者ノ範囲ヲ定ム即チ所謂既判力ノ主観的限界ヲ規定ス此ノ点ニ関シ現行法ハ強制執行ノ手続ヲ定ムル第五百十九条ニ於テ僅カニ其ノ趣旨ヲ窺フコトヲ得ルニ止マリ規定頗ル不備ナルヲ以テ本条ノ原則ヲ定メ同時ニ現行法ノ趣旨ヲ補充シタリ
又第二項ハ他人ノ為メニ訴訟ノ当事者ト為リタル者（第四十七条、第八十六条参照）ニ対スル判決ハ其ノ他人ニ対シテモ効力ヲ及ホスヘキコトヲ規定シタルモノニシテ斯ル訴訟ノ性質上蓋シ当然ノコトナリ（司法省編纂民事訴訟法中改正法律案理由書、大正一五年、一〇九頁）。

3　右法律案は、まず、貴族院特別委員会で審議され、これが終ってから、衆議院委員会で審議された（法曹会、第五

十一帝国議会民事訴訟法改正法律案委員会速記録（抄）、昭和四年）。

貴族院特別委員会はまず小委員会をつくりまずそこで審議した。小委員会ではまず政府委員の池田寅二郎が型どおりの提案理由を述べた後、承継人については、佐竹三吾が、請求の目的物の所持者について、それは「或は信託会社とか倉庫会社とか或は又代理人とかさう云ふやうな委託を受けて、其物の占有をして居ると云ふ意味でありますか」と確かめ、池田が「左様であります」と答えると、すかさず佐竹は「さう致しますると、他の原因に依って其目的物の所有権を取得したものには、若しそれが適法な理由であれば及ばぬ訳でありますか」と問い、これに池田が「それは承継人と云ふ中に這入る積りであります」と答えて、重心が承継人に移り、次のようなやりとりになった。

○佐竹三吾君　承継人と云へば譲渡しとか或は相続とか云ふ、さう云ふ所謂承継的取得者の場合であって、原始的に其権利を取得したものを此中に含まないと云ふ、斯ふ云ふ承継人と云ふことの意味が厳格なる其権利が其人からして移転された人と云ふものと限る意味でありますか〔原始取得者を含まないことがすでに考えられていた——筆者〕

○政府委員（池田寅二郎君）　先づさう云ふことに相成ることだらうと思ひます

○佐竹三吾君　さうすると実際其物の所有権に付て争ひがあった時には、其物を以て例へば所謂物的効果として誰にでも及ぶと云ふさう云ふ広い意味ぢゃないのですね

○政府委員（池田寅二郎君）　此口頭弁論終結後に其物の権利を譲り受けたと云ふことが茲にありますれば、それにも此判決は及ぶと、併ながら其譲り受けた者が自己の固有の権利に基きまして、此債権者が即ち原告側に対する何か抗弁がありますれば、それは執行に対する異議の訴へである、と斯ふ云ふことになって居ります〔固有の権利ということもすでに考えられていた——筆者〕

この程度のやりとり以外に、承継人の範囲を具体的に明らかにするやりとりは記録されていない。右第二〇一条はこうして小委員会においては修正を受けることなく、親委員会においても原案のまま可決された。衆議院特別委員会にお

いても、小委員会をつくって、まずそこで審議することになったが、小委員会は懇談会として審議し、速記はされなかったので、そこでどんな論議があったかを知る資料が手に入らない。いずれにせよ、右第二〇一条の原案は衆議院特別委員会においても可決された（八六〇頁）。

4　大正民訴二〇一条の新設に伴い、既判力が拡張して及ぶ者に対して強制執行をすることができる趣旨を明示する四九七条ノ二が新設された。立法に参与した者の一人である加藤正治は、「改正民事訴訟案概説」（昭和一二年。これは、法協四四巻二号三号五号に掲載したものをまとめたものである）において、二〇一条の新設について次のように述べている。

一二　次は著しき改正であるが、確定判決の所謂主観的効力の問題である。主観的効力として判決はどういふ人々達の間に効力が及ぶかと云ふ問題、此の問題に付ては従来は無論学説に任して居ったので明文はなかった。即ち従来は当事者にのみ及ぶと云ふ様に先づ説かれてあった。然るに新法は明文を以て此の点を瞭っきりさせ、且つ確定力の及ぶ範囲を拡張させた。新法第二〇一条がそれである。之に依れば確定判決は当事者の外口頭弁論終結後の承継人又は其の者の為め、請求の目的物を所持する者に対し其の効力を有すとし、請求の目的物を占有して居る者に対してもずんずん強制執行もして行けると云ふことにした。従来は判決は確定しても請求の目的物を他人に渡し所持せしむるといふと、直ぐ強制執行が出来なくなって困ると云ふ状態に在る。仍て新法は承継人に対しては無論だし、又目的物を所持して居る者に対しても確定判決は効力あると云ふことにして、強制執行が出来ることにした（六一―六二頁）。

この叙述は二〇一条第一項に関するものであるが、四九七条の二の立法趣旨をも説明しているものである。司法省民事局長長島毅と司法書記官森田豊次郎の共著「改正民事訴訟法解釈」は逐条解釈なので、二〇一条と四九七条の二とがそれぞれ次のように解釈されている。

（第二〇一条について）本条ハ新設ノ規定ナリ。判決ノ既判力カ如何ナルモノニ及フカノ問題ヲ解決ス。口頭弁論終結後ノ承

継人ノ中ニハ一般承継人ハ勿論、請求ノ目的ノ特定承継人ヲモ包含ス。……〔中略〕。当事者（弁論終結後ノ承継人ヲ含ム）等ノ為ニ請求ノ目的物ヲ所持スル者ハ口頭弁論ノ終結前ヨリ所持ヲ始メタルモノト雖モ判決ノ効力ヲ受ク、目的物ノ受寄者ノ如シ。善意ニテ請求ノ目的物ヲ賃借セルモノハ当事者ノ為ニ物ヲ所持スル者ニアラス。然レトモ執行ヲ免ルル為当事者カ第三者ニ目的物ヲ賃貸シ其ノ者カ此ノ事実ヲ知リテ賃借シタル場合ニ於テハ其ノ第三者ハ当事者ノ為ニ目的物ヲ所持スル者ト解スルコトヲ得ヘシ。蓋シ善意ノ賃借人ハ自己ノ為ニ物ヲ所持スルモノニシテ前述悪意ノ賃借人ハ当事者ノ為ニ物ヲ所持スル者ト解シ得ヘシ。……〔以下略〕（二二九―二三〇頁）。

（第四九七条ノ二について）判決カ之ニ表示セラレタル当事者以外ノ者ノ為ニ効力ヲ有スル場合ニ於テハ此等ノ者ハ其ノ判決ニ基キテ強制執行ヲ為シ得ヘク又判決カ之ニ表示シタル当事者以外ノ者ニ対シ効力ヲ有スル場合ニ於テハ其ノ判決ハ此等ノ者ニ対シ執行シ得サルヘカラス、本条ハ其ノ趣旨ヲ明白ニスルト同時ニ其ノ執行力アル正本ノ付与ニ関スル手続ヲ規定シタルモノナリ。……〔以下略〕（四六七頁）。

執行力の拡張は給付を命ずる判決につき考えられるべきものであるところ、執行力が拡張すべき場合を、給付判決の既判力が拡張される場合に依らせたのである。こうして、二〇一条の「承継人」に、判決に表示した債務者の特定承継人が含まれると解釈される限りにおいて、五一九条にいう「債務者ノ一般ノ承継人」は制限的に解釈されることはできないこととなった（兼子一判例研究五巻一号一一一頁参照）。

二　承継人の範囲に関する戦前の判例

1　承継人の範囲に関する判例であって、大正一五年法律第六一号の施行以後新憲法制定までに公刊誌に掲載されたものは多くなく、手許の資料で数えると二〇例ほどである。その大部分は三つの型に分類されることができる。①その

存否が確定された債権が譲渡された事例、②土地所有者に対し建物収去土地明渡義務が確定された者から建物所有権が譲渡された事例、③抹消の当否が確定された登記の登記名義人から登記された権利を譲り受け登記を経た事例である。

2　その存在が確定された債権が譲渡された事例　（イ）金銭債権者の債務者に対する金銭給付請求の訴えにおいて請求棄却の確定判決があった場合に、その基準時後に原告から該債権を譲り受けた者について、債務者に対して債権を主張しえないという意味で、原告の「承継人」にあたる、というのが判例である（東京控判昭和一一・一一・五新聞四〇九七号一一頁、名古屋地判昭和一四・二・二八新聞四四二六号七頁。明治民訴期の大審院判例の線上にある）。（ロ）石炭採掘権上に抵当権を有する債権者二名のうち一方が他方に対して起こした抵当権無効確認及び自己の抵当権の優先の確認の訴えにおいて請求棄却の確定判決があった場合に、その基準時後に原告から原告の債権・抵当権を譲り受けた者は、相手方の「抵当権ヲ否認シ自己ノ抵当権ノ之ニ優先スル趣旨ヲ主張スルコト」ができないという意味で、原告の承継人にあたる、という判例（大決昭和七・九・一〇新聞三四六〇号一五頁）は（イ）の判例の亜型であろう。（ハ）金銭債権の譲受人の債務者に対する金銭給付請求の訴えにおいて請求放棄の調書ないし請求棄却の確定判決があった場合に、その基準時後に債権譲渡の解除があって債権が復帰した譲渡人について、これを原告の承継人にあたるとする判例（請求放棄事例は大判昭和一九・三・一四民集二三巻五号一五五頁―この判例は承継人と「同視スヘキモノ」であるといっている。請求棄却事例は大判昭和一九・一二・二七民集二三巻二〇号六三九頁―この判例は、債権譲渡契約によって「右債権ニ関シ訴訟当事者タルヘキ法律上ノ地位カ一旦譲受人ニ移転シ譲受人ニ於テ既ニ確定判決ヲ受ケタル事実ノ効果ヲ全然消滅セシムルモノニ非ス」と解しないと、「斯ル合意解除ニ依リテ自己ニ不利益ナル判決ノ既判力ヲ容易ニ免ルルヲ得ルカ如キ不当ノ結果ヲ生スレハナリ」といっている）は、（イ）の判例の延長であろう。

3　土地所有者に対し建物収去土地明渡義務が確定された者から建物所有権が譲渡された事例

（イ）　建物収去土地明渡の請求認容の確定判決の基準時後に建物所有権を譲り受けた者は建物の承継取得により係争地の占有を承継するから承継人にあたるというのが判例である（東京地決昭和六・六・二九新聞三二八四号四頁―この判例は、本来の承継人と見ることはできないが、建物所有とその敷地の使用とは不可分離の関係にあるから、承継人に準じて取扱うのが相当であると評価を加える。東京地決昭和八・一二・九評論二三巻民訴二二八頁―この判例は建物譲受の仮登記が基準時前であっても本登記が基準時後であるときは承継人にあたるとした。横浜地決昭和一一・六・二四新聞四〇三七号五頁―この判例も本登記が基準時後であるときには承継人にあたるとした。東京控決昭和九・一一・六評論二四巻民訴一二五頁―この判例は、建物譲受人の判決についての「善意悪意ヲ問ハサルモノ」といっている。）。（ロ）建物収去土地明渡の義務を定めた裁判上の和解に基づく右義務の発生後に建物の所有権を譲り受けた者は承継人に当るとする判例（東京控決昭和八・一一・一六新聞三六五九号五頁）は（イ）の判例の亜型であろう。（ハ）建物収去土地明渡の請求認容の確定判決の基準時後に義務者から建物の占有を承継して居住した者を、これによって係争敷地をも占有した点において承継人に当るとした判例（東京控決昭和八・六・二四新聞三五八号七頁―建物収去土地明渡の義務者と判決前から同居していた長男を、義務者が判決の任意の履行として家屋から退去したことによって、義務者から家屋の占有を承継したものとした）は（イ）の判例の、建物所有の承継事例から建物占有の承継事例への展開であろう。

以上はすべて請求認容事例である。ところで、請求棄却事例を一件見つけた。土地所有者が建物収去土地明渡の訴えにおいて被告の法定地上権を認められて請求棄却の確定判決を蒙った場合に、その基準時後に該土地の所有権を譲り受けた者について、この者は相手方の「法定地上権設定ノ事実ヲ否認シ得サル」者という意味で、承継人に当るとした判例がある（朝高院判昭和五・五・三〇判例体系二二―3巻一一六二の五頁―この判例は、法定地上権はしかしその登記なくしては土地の譲受人に対抗できないとしたのであった）。

3α　3における土地所有者が土地賃借人である事例

大決昭和五・四・二四（民集九巻四一五頁）は、土地賃借人と地上建物所有者の間に成立した裁判上の和解に基づく建物収去土地明渡義務の発生後に右建物の所有権を譲り受けた者を、これにより係争地に対する占有を承継したものとして、承継人に当るとした。この判例は、後述するように、承継人の延長の基準に関する学説の進展を促したことになった。

4　抹消の当否が確定された登記の登記名義人から登記された権利を譲り受けて登記を経た事例

（イ）　不動産所有者が抵当権設定登記名義を有する者に対し起こした登記抹消請求を認容する確定判決の基準時後に右抵当権を譲り受けた者を承継人に当るとした判例がある（朝高院決昭和四・一一・二八評論一九巻民訴七六頁―この判例は、A名義の抵当権登記の抹消を命ずる確定判決があり、これによる抹消がされないうちに名義がAからBに移転し、移転後に右A名義が抹消され、Bから抵当権を譲り受けたCが所有者に対し抵当権の登記を訴求したのに対し、Cは承継人にあたり抵当権を主張しえない、としたものである）。（ロ）　所有者が抵当権設定登記名義を有する者に対し起こした抵当権不存在確認及び登記抹消の請求を棄却する確定判決の基準時後に右抵当権及びその被担保債権譲受けの附記登記を経た（譲受自体は基準時前）者を承継人に当るとした判例（大判昭和一七・五・二六民集二一巻一一号五九二頁）がある。（ハ）　土地所有者が所有権移転登記により登記名義を有する者に対し登記原因の無効を理由に起こした抹消請求を棄却する確定判決の基準時後に、右登記名義人から所有権を譲り受けてその登記を経た者は、原告と右登記名義人の間の登記の無効を理由として右登記名義人と新登記名義人との間の登記もまた無効であると主張することができないという意味において、承継人に当るとする判例がある（朝高院判昭和一八・五・一四判例体系二二―3巻一一六二の六頁―この判例は、抹消請求を所有権に基づく妨害排除請求と解し、承継人に当ると解する理由を、「逐次ノ登記ハ各所有名義者ヲ異ニシ個別的ニ抹消セラルヘキモノナ

リト雖モ真ノ所有権者ニ対シテハ各所有名義者ハ何レモ同一ノ地位ニ立チ一様ニ所有権ノ行使ヲ妨ケサル義務ヲ負担スルモノナレハ結局訴訟ノ目的ハ同一ナルモノト解スルヲ相当トスレハナリ」と説明した)。この判例の思想型は(ロ)のそれと同じと見てよいだろう。(ニ)(ハ)の型の事案で登記名義人からの所有権の譲受けと譲受人への移転登記が訴訟係属中に存した事例において、譲受人に対して訴訟引受の申立ができるとする判例がある(大判昭和一一・九・二六民集一五巻二〇号一七四一頁)。

以上はすべて、登記抹消請求の事案である。ところで、移転登記請求の事例を一件見つけた。所有権の移転登記をなすことを定めた裁判上の和解の調書成立後に義務者が第三者に所有権を譲渡しその移転登記を経た事例について、譲受人を承継人に当らないとした判例がある(朝高院判昭和一一・一一・一七判例体系二二―3巻一一六二の一二頁―この判例は、その理由を「甲カ売買ニ因リテ乙ニ負担セル不動産ノ移転登記義務ハ甲ヨリ当該不動産ヲ買受ケタル丙ニ於テ承継スルコトナク丙カ乙ノ登記欠缺ヲ主張スルニ付正当ノ利益ヲ有スル第三者タル地位ハ丙カ甲トノ売買契約ニ因テ始メテ取得セルモノト謂フ」べきであるからであるという)。

三　承継人の基準に関する戦前の学説

1　大正一五年民訴法二〇一条の制定により、既判力の主観的範囲の承継に因る拡張は明文の規定をもち、その射程が抽象的ではあるが明らかにされたので、その細目的な論議は民訴五一九条についてよりも民訴二〇一条についての論議に比重が移った。しかし、民訴二〇一条がもともと当時の学説(雉本、加藤)を反映したものであるので、大正一五年民訴法施行の直前直後における、口頭弁論終結後の承継人の概念の範囲は雉本・加藤の線を出ていない(たとえば、菊井

維大「民事訴訟法」現代法律学全集第三八巻昭和六年三九七頁、細野長良「民事訴訟法要義」第四巻昭和九年二〇一―二〇七頁)。ただ、係争物の譲受人は物権的請求権の目的物件の所有権の譲受人である場合に承継人に当るという雉本・加藤解釈の反対解釈として、「債権的請求例ヘバ土地ニ対スル賃貸借終了ヲ原因トシテ家屋ヲ収去シテ其ノ土地ノ明渡ヲ求ムル場合ニ於テ債務者ガ其家屋ノ所有権ヲ他人ニ譲渡シタルガ為土地ノ占有ヲ喪ヒタル場合ニ承継人ニ対シ執行シ得ルカト謂フニ消極ニ解スルヲ正当トスル」という解釈が明示されている(前野順一「新民事訴訟法強制執行手続」昭和六年一一一頁)。このような状況の下で、大決昭和五・四・二四が現われた。すなわち、土地賃借人に対し建物収去土地明渡の義務を負う者から建物の所有権を譲り受けた者が民訴二〇一条にいう承継人に当るかという問題が論じられるに至ったのである。逆にいえば、判例が存しないときには、より細目的な論もなかったのである。したがって、以下において、きっかけとなった判例を中心として、これをきっかけとして展開された学説の発展を追跡してみる。

附　大正一五年民訴施行直前の文献の中には、判決の既判力は特定承継人には及ばずとするもの(早川弼三郎「民事訴訟法論」全再版大正一三年四一一頁、文信社編輯部編「民事訴訟法便覧」上巻八版大正一四年二四〇頁)、特定承継人は債権者の承継人に限るとするもの(前田直之助「民事訴訟法講義」第六編五版大正一五年八〇頁)、特定承継人には債務引受人をも含むとするもの(日本法律研究会「民事訴訟法通論」中編大正一五年二七一頁、勅使河原直三郎「改正民事訴訟法概論」昭和三年三一八頁、岩本勇次郎・三ケ尻好人「新民事訴訟法要論」下巻昭和三年一〇八三頁、菰渕清雄「改正民事訴訟法註解」昭和四年二七七頁)、一定の場合における係争物の譲受人も承継人にあたるとするもの(勅使河原前掲、菰渕前掲)がある。

2　大決昭和五・四・二四の原審は、建物譲受人を「家屋明渡義務ノ特別承継人ナリト解シ難」いとした。大審院は、係争地に対する前主の占有を承継したから承継人に当るとした。この大決の結論は学説(兼子一批評法協四九巻九号一七〇三頁昭和六年、山田正三批評法学論叢二四巻四号一五四頁昭和六年)により支持された。学説は、雉本・加藤の路線上にあ

って、右事案を、係争物の占有の承継であって、係争物が物権的請求権の目的物である事例に属すると見たからである。たとえば、兼子一は「物権的請求権に対応する義務は、該妨害物自体に固着したもの」という認識を前提とし、「該妨害物件に対する権利が第三者に譲渡せられた時は、該第三者は、之に伴うて収去義務の負担者としての地位を前主から承継」するという実体の承継を承継人該当性の根拠とし、このことから、「之に関する訴訟状態上の利益不利益又は判決の既判力執行力を受くべきが当然である」と結論した。この限りでは、雉本・加藤の線の上での議論である。しかし、なぜ既判力ある判断のあることが実体法上の収去義務の負担の固着になるかを明らかにする必要があった。この点に、兼子一が、初めて、言及した。曰く、「単に実体法的にのみ考へれば此の場合第三者は妨害物件の取得者として新に独立に収去義務の負担者となるのであって、前主の義務を承継すると考へる必要はない様であるが、訴訟状態の考慮を実体上の法律関係に反映せしめる時は、訴訟上の利益負担を一括して実体法上の地位と考ふべきであって、此の場合も義務の承継ありと解すべきである。」既判力を実体法律関係に反映させたのである。既判力は当事者限りという原則が破られるのか否かの説明はされていない。しかし、「但し第三者が妨害物に対する権利を前主と別個独立の権原に基き取得せる場合は承継人ではない」という限界を指摘している。

3　大決昭和九・一〇・四（民集一三巻二一号一八六四頁）は、延滞賃料を期限までに支払わないときは建物収去土地明渡の執行ができるとの裁判上の和解が成立した後に、地上建物及び土地賃借権の譲渡があり、譲受人が賃借権の譲渡の承諾が得られない間に、譲渡人が延滞賃料を期限までに支払わなかったので、明渡執行の承継執行文が譲受人に対して付与された事案につき、譲受人を敷地の占有権を承継したことを根拠にして承継人に当るとした。この判例の川島武宜評釈（判例民事法昭和九年度一三二事件）は、地上物件譲受人は土地賃貸人の承諾を条件とする土地賃借権譲受人であり、したがって、土地賃借権譲渡人の地位の承継者である、ということを根拠にして、二〇一条の承継人に当るとする判旨

の結論を支持した。これは土地賃借人の義務に着眼してその承継をもって承継人該当性の根拠としている点において、事案を債務引受の型に依って思考する型に属するということができる。ちなみに、右大決は、事案を大決昭和五・四・二四の事例の応用型と見ているといってよい。延滞賃料の履行遅滞が譲渡後に生じたケースに譲渡前に生じた場合の効果を応用したのである。

4　つぎに、抹消請求の対象となった登記の名義が登記された権利の譲渡に伴い移転した場合に新名義人が承継人に該当するかという問題については、前掲大判昭和一一・九・二六と前掲大判昭和一七・五・二六との判例批評の中に見られる学説が学説史の素材となる。

（イ）　大判昭和一一・九・二六の事案の問題点は、訴訟係属中の係争物の譲受人に訴訟引受が認められるかというにあったが、口頭弁論終結後ならば承継人に当るかという問題と性質を同じくするものと考えられた。兼子一は、判例批評（判例民事法昭和一一年度一一八事件）において、つぎのように述べる。

「本訴は不動産の所有権に基き登記簿上之と相容れぬ所有名義人に対し其の名義の返還を請求する訴で、それが登記の技術上から抹消請求といふ外形を採って現はれたものに過ぎず、一種の物上返還請求権の主張である。故に該不動産に関する登記名義が係争物を為すもので、訴訟係属中に第三者が被告から移転登記を受ければ（所有権取得登記のみならず、他物権の設定登記の場合も含まれる）係争物の譲受人として之をして被告の地位を承継せしめる為、之に対して訴訟引受を許すのが当然である。」「若し本件移転登記が口頭弁論終結後に為されたのであれば」右のいみの係争物の譲受人「に対する執行文の付与を受けて（同四九七条ノ二・五一九条）登記官署に提出して移転登記の抹消を求め得ると解すべきである。」

つまり、兼子一は、建物収去土地明渡の請求中に被告から妨害建物を譲り受けた例と同例であると見ているのである。

（ロ）　大判昭和一七・五・二六の事案は、抵当権の登記抹消請求棄却の確定判決の基準時前に抵当権の譲渡があり基準時後に抵当権の譲渡の附記登記があった事案で、判決は、抵当権の譲受人を承継人に当るとしたのであった。

右の場合に抵当権の譲受人が承継人に当るとの結論を学説は支持した（菊井維大法協六〇巻一二号一六六頁昭和一七年、山木戸克己民商一六巻五号二一一頁昭和一七年、河本喜與之日本法学八巻一一号五五頁昭和一七年）。ある者は支持理由を譲渡人勝訴の判決は抹消の理由なきことを明かにしたもので譲受人のためにも効力あることはいうまでもないと述べた（菊井前掲）。抹消請求認容の場合に抵当権の譲受人が承継人に当ることと均一にすべきであるとも説かれた（河本前掲）。抵当権の承継と抹消義務の承継とは区別さるべきことを自覚したものがあった（山木戸前掲）。山木戸前掲は右事案の登記抹消請求権に所有権妨害排除の物権的請求権の性質を認め、登記名義取得者が独自に登記抹消義務を負うことを認めつつ、妨害排除紛争についての承継を観念し、これを媒介として、右登記名義取得者の承継人該当性を承認する（兼子説とニュアンスが少し異なる。また、抵当権譲受を捨象して、抵当権登記名義の取得のみに着眼しているようにも見える）。

（ハ）　大判昭和一七・五・二六の事案における争点は、しかし、承継の基準時を抵当権譲渡時と見るか譲受抵当権登記時と見るかにあった。右判決は後者であるとし、学説（前掲の三者）はこれを支持した。かくて、口頭弁論終結前に抵当権の譲渡があり、終結後に抵当権移転の登記（附記登記）があった場合には、判例学説ともに、抵当権譲受人を終結後の承継人と見ることとなった。終結前には登記なくしては（土地所有者の申立による訴訟引受は認められるとしても）抵当権の譲受けを主張して訴訟に参加・承継することは許されないというのであった（河本前掲）。しかし、譲受人として実質的に被告たるべきものが、登記がないという一事で、抹消請求訴訟において自分の権利を防禦する機会が得られないまま、口頭弁論終結となり、その後に登記してももはや防禦の機会はない、というほどに、登記が抵当権の発生要件であるかのように、抵当権の譲渡人と譲受人の間で争いがない抵当権譲渡を訴訟の相手方に主張できないとする理由の

説明はされなかった。

山田正三法学論叢四八巻二号一二九頁昭和一八年二月は、民訴二〇一条一項の承継は民法上における承継であるとし、山木戸大判昭和一七・五・二六の事案における訴訟係属中の抵当権の譲受人は、譲渡後の譲渡人は名は抵当権者として訴訟の当事者であるが実は訴外譲受人のため訴訟の当事者として訴訟をなす権能を有するものであるから、民訴二〇一条二項にいう「他人」に該当し、譲渡人の勝訴敗訴を問わず、抵当権移転登記の有無にかかわらず、その判決の効力を及ぼされるものであるとして、大審院の理由づけに反対した。ちなみに山田前掲は抵当権の譲受人が登記を得なくてもこの者に民訴七四条の引受をさせることができると考えた。

5　債権譲渡の事例については、譲受人を当事者とし当該債権の存否が既判力をもって裁判された訴訟の口頭弁論終結後に該債権の譲渡契約が解除された場合に譲渡人は承継人に当るかが論ぜられた。きっかけとなった判例は、大判昭和一九・一二・二七（前掲）である。判決は、請求棄却の判決の基準時後に、原告であった債権譲受人と債権譲渡の合意解除をした譲渡人は承継人に当るとした。その理由は前に紹介したとおりである（二、2、(ハ)）。

つまり、実体法上遡及効ある解除の効果も確定判決の効力を消滅させることにまでは至らないというのである。判決の結論は学説の支持を得た（菊井維大判例民事法昭和一九年度五三事件、中田淳一民商法雑誌二三巻一号昭和二三年四二頁。中田淳一は、確定判決の効力が消滅しない理由を既判力の存在理由が法的安定にあることに求めている、と解されるが、承継人該当性については、「既判力の標準時点後に訴訟物について当事者たる適格（訴訟追行権）の承継」というふうに兼子一「民事訴訟法講義案」（昭和一〇年二九六頁）とほとんど同一の一般基準を述べるに止まり、判旨全く正当で多くの註釈を必要としないとのべているが、菊井維大は、つぎのようにいう。

債権譲渡契約解除の遡及的効果は「譲渡契約がもっていた法律要件としての意味を失はれるに止まり、契約そのもの又それに伴ふ債権の移転と一挙に抹殺し、すべてなかりしものとするものではない。従って、一旦譲受人に移転した債権が移転しなかったことになるのでなく、当然に譲渡人に「復帰」するものである。この債権の復帰は債権の移転の一種と見ることができる以上、承継の場合に準じて考へることも筋違ひとは言へない」「譲受人としての行為は有効と解すべきであるから（民五四五条一項参照）、譲受人が確定判決を受けたとすれば、その効果も亦消滅すべき理由はないのである。」「逆に譲受人に有利な判決であった場合に」これを利用できなくなるのは正当でない。

債権譲渡契約についても、その解除により債権が復帰するのは解除時か解除通知時かの問題がある。大判昭和一九・三・一四（民集二三巻五号一五五頁）は、債権譲渡契約の解除が請求の放棄前であっても、その通知が請求の放棄後であったときは、債権が復帰する譲渡人は口頭弁論終結後の承継人となるとした。この結論は、菊井評釈（判例民事法昭和一九年度一〇事件）の支持を受けた。

6　確認訴訟の当事者の承継人については、大判昭和一七・五・二六（前掲）がある。この判決は抵当権の譲受人を抵当権不存在確認請求棄却の判決につき、被告の承継人に当るとした。この結論は前記のように学説の支持を受けた。しかし、山木戸前掲のみが、実体法上の地位の承継に訴訟上当事者間に存した訴訟状態（既判力も含む）の承継を伴わせるのが民訴二〇一条の立法趣旨であるという趣旨の理由づけをしている。ただそれが「便宜且つ必要である」とみられうるという根拠しか挙げていない。

7　これを要するに、承継人該当の基準に関する戦前の学説は、雉本・加藤の路線上に止まったもので、わずかに兼子一が既判力＝権利・義務の実在化の思想を基盤として、既判力を含めて実体上の地位を観念し、その承継をもって承継人該当の基準としたのが際立っている。

付記　物上請求権に基く建物収去土地明渡請求権の義務者から建物所有権を譲り受けるなどして建物を占有することを通して土地を占有するに至った者が口頭弁論終結後の承継人に当る根拠を、阿部剛一は前主と「同一ノ地位」に立つといい（「民事訴訟法二〇一条一項の承継人について」司法協会雑誌九巻一〇号昭和五年―中島憲二「実例手続強制執行法綜攬統編上巻昭和八年からの孫引）、野間繁は前主から「占有承継の結果其の義務を負担した」ことに見出している（「所謂承継人に関する若干の考察㈠法律論叢一四巻八号昭和一〇年）。なお、阿部前掲は、目的家屋を買い受けた買主が売主に対し売買契約による家屋明渡義務の履行を求め勝訴したのち売主が第三者に売却して明け渡した場合には、その第三者は「承継人」に当らないといっている（岩松三郎・兼子一編法律実務講座民事訴訟編第六巻六二頁からの孫引）。

特異なのは、宮崎澄夫が、右の如き建物の土地占有者を、「請求ノ目的物ヲ所持スル者」に当るとしていたことである（「既判力の主観的範囲に就て」訴訟法学会編「訴訟法学の諸問題」第一輯昭和一三年）。高根義三郎「既判力の主観的範囲」法学志林四三巻二号一一頁昭和一六年は、ドイツの学説の簡略の紹介である。

第三章　昭和二二年法律第六一号

昭和二一年憲法の制定に基いて、多くの法律が改正された。民事訴訟法も、昭和二二年法律第六一号により改正された。しかし、第二〇一条と第四九七条ノ二と第五一九条はそのまま存続した条文の中に入った。

一　学説史の資料の概観

学説史の資料の主なものは概説書と論文である。裁判官の学理上の見解も学説の一種と筆者は見るから、裁判理由をも学説史の資料として扱うことにする。また、判例批評は学説の反映であるから、これも学説史の資料として扱うこと

にする。

既判力の主観的範囲にかかわりをもつ論文・解説・判例批評の類いは、戦後は、一九五五年あたりから急に出はじめた。それまでは、概説書に依存するほかはない。概説書については、三ケ月章「民事訴訟法」（一九五九年）を期を画するものと扱ってよいであろう。口頭弁論終結後の承継人の基準に関する学説の曲り角を予言したものであるからである。そこで三ケ月章以前の概説書をひとまとめにしてみる。それは、論文等が現われない間隙を埋めるものである。

戦後十年ほどに世に出た概説書で手許で見ることができたものを初版の発行年月順に列挙すると次のようになる（筆者が初版のすべてを見たわけではない）。

①加藤正治「民事訴訟法要論」（一九四六年八月）、②長尾章「新民事訴訟法概論」（一九四九年一月）、③小野木常「民事訴訟法及調停法講義」（一九四九年一月）、④兼子一「民事訴訟法㈠」（一九四九年三月）、⑤河本喜與之「新訂民事訴訟法提要」（一九四九年三月）、⑥小野木常「民事訴訟法」（一九四九年九月）、⑦野間繁「民事訴訟法学概説」（一九五〇年二月）、⑧中村宗雄「訂正民事訴訟法下巻」（一九五〇年四月）⑨菊井維大「民事訴訟法㈡」（一九五〇年二月）、⑩小野木常「民事訴訟法講義」（一九五一年八月）、⑪兼子一「条解民事訴訟法Ⅱ」（一九五一年一〇月）、⑫前野順一「改正強制執行法総論篇」（一九五二年）、⑬兼子一「民事訴訟法体系」（一九五四年六月）、⑭山木戸克己「民事訴訟法講義」（一九五四年七月）、⑮菊井維大「民事訴訟法講義」（一九五五年一一月）、⑯染野義信「民事訴訟法原論」（一九五七年）、⑰野間繁「民事訴訟法要論」（一九五八年）。中田淳一「民事訴訟法講義上巻」（一九五四年）は手許になく参照しなかった。

概説書はその性格上まとめを記述するに止まるものである。ところで、右に列挙した概説書のなかで、口頭弁論終結後における所謂係争物の譲渡の場合について、譲受人が口頭弁論終結後の承継人に当る基準をまとめて記述したものは数少ない。なにかを承継した者が口頭弁論終結後の「承継人」に該当するのであるが、なにをこの「なにか」と考えた

か。大別すると、実体法上の地位ととらえるものと訴訟法上の地位ととらえるものに分かれるようである。前者に属すると見られるものは、「前主の法律上の地位」(①)、「紛争の対象たる利益即ち訴訟物である権利関係についての地位」(⑬)、「紛争の対象たる権利関係の主体たる地位」(⑯)であり。、後者に属すると見られるものは、「当事者たる地位、正確には、訴訟追行権の承継」(③⑥)、「訴訟物に関する当事者の地位」(④)、「訴訟の目的に関する当事者の地位」(⑦⑰)である。この区別はしかし、絶対的なものではない。まとめるために、「地位」という表現をしたのであるに止まり、それ以上の具体的な区別までをも表現するものではないからである。

論文・解説・判例評釈等については、その総括は後に述べることとし、その目録を、口頭弁論終結後の承継人を扱う文献に引用されるものを拾って、作成し、発表年月順に並べると、次のようになる。いうまでもなく、これらのなかには口頭弁論終結後の承継人について直接には触れていないものも含まれている。

①伊東乾「既判力の範囲」民事訴訟法講座第三巻七一三頁一九五五年四月、②兼子一判例研究五巻一号一〇八頁一九五五年六月(判例⑰の批評)、③中田淳一民商三三巻一号一九五六年五月(判例⑰の批評)、④中田淳一判評五号(判時七六号)一九五六年六月(大阪地判昭三〇・八・二四下民集六巻八号一六九二頁—判例⑫と同型の事件につき反射効を認めた判例—の批評)、⑤三宅多大法曹時報八巻一〇号一九五六年一〇月(判例⑫の解説)、⑥沢田直也民商三五巻二号一二三頁一九五七年五月(判例⑫の批評)、⑦兼子一法協七四巻五・六号八七頁一九五八年七月(判例⑫の批評)、⑧山木戸克己「訴訟物たる実体法上の関係の承継」法七三〇号四四頁一九五八年九月、⑨三ケ月章「訴訟物をめぐる戦後の判例の動向とその問題」民訴雑誌五号一五七頁(とくに二二五頁)一九五八年、⑩新堂幸司「訴訟物の再構成」(三・完)法協七五巻五号四二頁一九五九年一月、⑪上田徹一郎「形式的当事者概念と既判力の主観的範囲の理論」法と政治一〇巻一号一九五九年三月、⑫上田徹一郎法と政治一〇巻二号一九五九年六月(判例㉗の批評)、⑬上田徹一郎「原始取得と既判力の主観的範囲拡張の限界」法と政治一〇巻三号一九五九年一〇月、⑭木川統一郎新報六六巻一二号一九五九年一二月(判例⑰の批評)、⑮鈴木正裕「既判力の拡張と反射的効果」神法九巻四号一九六〇年三月同一〇巻一号一九六〇年六月、⑯吉村徳重「既判力拡張における依存関係」法政研究九二六巻四号一九六〇年三月同

二七巻一号一九六〇年同二八巻一号一九六一年九月、⑰小山昇「口頭弁論終結後の承継人について」北大法学会論集一〇巻合併号一九六〇年三月、⑱吉村徳重「既判力拡張と執行力拡張」法政研究二七巻二・三・四号一九六一年、⑲倉田卓次法曹時報一三巻五号八〇頁一九六一年五月（判例⑭の批評）、⑳三ケ月章「特定物引渡訴訟における占有承継人の地位」法曹時報一三巻六号一九六一年六月、㉑村松俊夫「訴訟と執行からみた占有の承継」新報六八巻七号一九六一年七月、㉒新堂幸司「既判力・執行力を受ける口頭弁論終結後の承継人とはいかなる範囲のものか」法学教室1一九六一年七月、㉓中野貞一郎民商四五巻三号一九六一年一二月（判例⑭の批評）、㉔平良「既判力の主観的範囲」綜法五一号一九六二年（筆者未見）、㉕上田徹一郎「条件附譲渡と訴訟追行権—判決効拡張の限界」法と政治一二巻四号一九六二年一月同一三巻四号一九六三年一月、㉖中田淳一「既判力（執行力）の主観的範囲」民事訴訟法演習I一九六三年四月、㉗内藤正久「土地明渡請求訴訟の被告適格」兼子一編実例法学全集民事訴訟法上巻一〇三頁一九六三年一一月、㉘「既判力の主観的範囲」岩松三郎・兼子一編法律実務講座民事訴訟編第六巻五四頁一九六三年一二月、㉙白川和雄「既判力・執行力を受ける『口頭弁論終結後の承継人』の範囲」ジュリ三〇〇号学説展望一九六四年六月、㉚江藤价泰判例百選第二版別冊ジュリスト№2一九六五年三月（大決昭五・四・二四民集九巻六号四一五頁の解説）、㉛上田徹一郎「条件附譲渡と既判力拡張」民商五二巻三号一九六五年六月、㉜江藤价泰判評一〇〇号（判時四七四号）一九六七年四月（判例㉖の批評）、㉝荒島正「承継執行文付与における問題点」（全国書協会報二四号一九六八年（筆者未見）㉞江藤价泰「既判力概念の展開」法セ「民事訴訟における市民と国家」のうち、一四四号一九六八年三月一四六号同五月一四八号同七月一五〇号同九月一五三号同一二月一五四号一九六九年一月一五五号同二月一五六号同三月、㉟中務俊昌・川村俊雄「口頭弁論終結後の承継人と判決の効力」実務民事訴訟講座Ⅱ五一頁一九六九年六月、㊱谷口安平「判決効の拡張と当事者適格」中田淳一還暦記念民事訴訟の理論下巻一九七〇年一〇月、㊲上田徹一郎ジュリ四八二号昭和四五年度重要判例解説一九七一年六月（判例㊹の解説）、㊳新堂幸司「訴訟当事者から登記を得た者の地位—争点効の主観的範囲に関する試論（その二）をかねて」判評一五二号（判時六四〇号）一九七一年一〇月判評一五三号（判時六四三号）同一一月、㊴吉村徳重判評一五三号（判時六四三号）一九七一年一一月（判例㉜の批評）、㊵上田徹一郎判タ二七〇号九〇頁一九七二年二月（判例㉜の批評）、㊶新堂幸司続民事訴訟法判例百選〔82〕一九七二年三月（判例㉜の解説）、㊷上田徹一郎続民事訴訟法判例百選〔81〕一九七二年三月（判例㉖の解説）、㊸上田徹一郎「判決効の主観的拡大における法的安定と手続権保障との緊張関係と調和点—既判力と反射効・参加的効力」判タ二八一号一九七二年一一月、㊹上田徹一郎「既判力の主観的範囲の理論の再構成」民訴雑誌二〇号一九七四年。

二　戦後の判例

1　不動産の明渡

（イ）　建物の明渡　①建物賃借人に（賃貸借契約解除に基づき）建物明渡を命じた確定判決の標準時後に該建物を転借した者は「承継人」に当る（大阪高判昭三九・一・三一下民集一五巻一号一七二頁）。その基準は建物の「占有の承継」である。その転借権をもって当然には建物賃貸人（案件では、建物所有者であることは主張も判断もされていなかった）に対抗することができるものではない転借人は、「実体法上の占有承継」により「債務名義の義務者の地位の訴訟法的承継人ともなったもの」である。この「義務者の地位」がどんなものであるかにつき、右判決は興味ある思想を展開しているので、要約して紹介しておく。

給付判決の給付命令により≪義務者に対して強制する新たな国家権力に基く訴訟法的（公法的）義務≫が設定される。この設定された義務は≪その原因となった債権的又は物権的の実体法上の権利義務を素材としてこれを捨象して構成せられたもので、実体上の権利義務は、ここでは公法上の権限（執行権限）、公法上の義務（執行受忍義務）とな≫る。特定物の占有の移転を命ずる債務名義ある場合の≪義務者の地位は、その者が「その特定の占有目的物の占有に関して」義務を負担した地位と解するを相当とする。≫だから、占有の承継人はこの負担をも承継する。しかし、≪第三者に対抗し得べき権利を取得した占有承継人の利益を害することは許されない。≫

②和解調書上の無断転貸・解除などを条件とする建物明渡義務が無断転貸・解除により確定的となった場合には、建物転借人は「承継人」に当る（東京高判昭四八・四・一八下民集二四巻一―四合併号二一三頁）。明渡請求権は債権的請求権

であるが、権利者が建物の所有者である場合には《物権的請求権の性質も兼有》し《現在の占有者が右物権的請求権に対する責任者としての適格を有する者として明渡義務を承継している》と説明する〔兼子説に属するもの——筆者〕。

③和解調書上の賃料不払を条件とする建物明渡義務が条件成就して確定的となった後に、建物明渡義務者たる賃借人から建物を転借した者は「承継人」に当る（大阪高決昭三四・六・一二下民集一〇巻六号一二三〇頁、建物賃貸人は建物所有者であった。）。転借人は賃借人の「明渡義務を荷った占有を特定承継したもの」であるからであるという。④和解調書上の条件付建物明渡義務を負う建物賃借人から条件成就前に該建物を転借した者はその後条件が成就したときは「承継人」に当る（京都地決昭四七・一・一〇判タ二七五号二二九頁、建物賃貸人は建物所有者であった。）。転借人に対する執行力の拡張を否定してこれを保護しなければならない事情がないというに止まっている。⑤確定判決により建物所有者に建物を明渡すことを命じられた建物占有者が建物から退去した後に該建物を占有した者は、債務者と意思の連絡なくして占有を取得したときは、「承継人」に当らない（東京高決昭四四・三・三一判タ二三八号二二三頁）〔村松㉑と反対の考えである〕。

これを要するに、判例は、建物所有者の明渡請求については、明渡しの「目的物」たる建物の「占有」に「承継」がある場合に、占有承継人に「明渡義務の承継」を実質的に認めている〔兼子説の拡張的な影響と見られる〕。

（ロ）　土地の明渡　土地明渡は地上建物収去土地明渡という場合が多い。

A　判決により土地所有者に明け渡すべき場合

（i）　地上建物の所有権の承継取得の場合

⑥建物収去土地明渡が土地賃貸借契約終了を理由とするときでも、競落により建物を取得して「土地の占有を承継した」者は「承継人」に当る（東京高決昭四一・四・一二下民集一七巻三・四合併号二三六頁、土地賃貸人は土地所有者であった。）。⑦賃貸借終了を原因とし建物収去土地明渡を命ずる判決の口頭弁論終結後に該建物の所有権移転の本登記を経た

者は、口頭弁論終結前に停止条件付所有権移転請求権保全の仮登記をしたことをもって、「承継人」に当らないとはいえない（甲府地都留支判昭四一・一一・二五下民集一七巻一一・一二合併号一一七五頁、土地賃貸人は土地所有者であった）。対抗力自体は本登記の時から生ずるというのが近時の多数有力説であるというのである。⑧建物所有権の移転が（停止条件付きでなく）建物収去土地明渡請求の訴えの提起前に存し、その登記が右請求の認諾調書成立後になされたときは、この者は「承継人」に当らない（東京地判昭四六・一〇・一四判時六五六号七六頁）。問題たるべき「土地の占有の承継」は、土地「所有権の移転の時期」をもって判断すべきで、対抗要件の有無の問題ではないというのである。判例⑦においては、代物弁済契約の完結時と口頭弁論終結時とが同じ頃であったようである。判例⑧によれば、収去明渡請求の訴えの被告適格は未だ登記なき建物譲受人に本来あったことになる。⑨（土地所有権に基づく）建物収去土地明渡請求を認容した確定判決の基準時前に該建物の所有権を譲り受け仮登記を経た者は、基準時後に本登記をしたときでも、「承継人」に当らない（最判昭四九・一〇・二四判時七六〇号五六頁）。建物譲渡人は「所有権を侵害する家屋を所有することによって土地を占拠する者」でなくなっているから、建物譲渡人に対しては物上請求権を行使して地上家屋の収去を求めることは許されなかったものであって、右基準時前に譲受人が被告たるべき者になっていたというのである。判例⑨は第一小法廷で三対二の多数により決せられた。少数説は、譲渡人は登記名義人である間は建物収去土地明渡の義務を負い得べき者であり、譲受人は基準時後に「確定判決に基づく建物収去土地明渡義務を承継したもの」として、収去明渡の執行を受忍すべきものである、というのであった（むしろ、多数説の物上請求権訴訟の当事者適格論から、少数説の承継人該当の結論を出すことができそうに思える）。⑩判例⑨と同一の事件につき、建物の所有権の移転の時は代金完済の時とする旨の特約が存したことと代金完済が基準時後であったこととが認定され、このように、所有権取得が基準時後であったときは、建物収去土地明渡義務を譲受人が譲渡人から承継し、建物譲受人は「承継人」に当るとされた（最判昭五二・

一二・二三判時八八一号一〇五頁、第二小法廷)。

(ii) 地上建物の賃借権の承継取得の場合

⑪建物収去土地明渡を命ずる確定判決の基準時後に右建物を賃借した者は、右債務名義の強制執行の「債務者となる」ものである(大阪高判昭三五・三・三〇高刑集一三巻三号二四〇頁、土地賃貸人は土地所有者であった)。⑫右基準時前に右土地を転借し建物を所有する者から転借権・建物所有権を譲り受けた者もしくは建物を賃借した者に右確定判決の反射効が及ぶとする法理上の根拠は乏しい(最判昭三一・七・二〇民集一〇巻八号九六五頁)。⑬土地賃貸借終了を理由とする建物収去土地明渡請求訴訟の係属中に右建物を賃借した者は、民訴法七四条の「債務ヲ承継シタル」者に当る(最判昭四一・三・二二民集二〇巻三号四八四頁、土地賃貸人は土地所有者であった)。この者は《当該紛争の主体たる地位を土地賃借人から承継したものと解されるから》であるというのである。そのように解する根拠は、建物所有者は建物収去義務を負い、収去義務は「建物から立ち退く義務」を包含し、収去義務の存否に関する紛争のうち建物からの退去にかかる部分は、建物賃借人が建物及び建物敷地の占有を承継することによって、建物賃借人の土地所有者に対する退去義務の存否に関する紛争という型態をとって、土地所有者と建物賃借人の間に移行する、ということにある、というのである。この判例⑬は、右訴訟の請求認容の確定判決の基準時後に右建物を賃借した者があるときは、承継執行文により退去の執行をすることを認めるであろうと予測することを許すものであろうか〔兼子説に思考構造が似ている〕。

(iii) 土地所有権の承継取得の場合

⑭建物収去土地明渡を命ずる確定判決の基準時後に土地所有権を共同相続した者は、「承継人」として、右訴訟の被告が他の共同相続人の持分を取得したときでも、この者に対して右判決の執行ができる(最判昭三六・三・二民集一五巻三号三三七頁)。この者は、共有権者であると同時に建物収去土地明渡請求権という不可分債権の準共有者であって、この

両権利はこの場合混同を生ぜず、民法四二九条の法意に従うというのである。⑮建物収去・退去敷地明渡請求棄却の確定判決（土地転借権あることを理由とする）の基準時後に敷地所有権を買い受けた者は「承継人」に当らない（東京地判昭四三・二・二六判タ二二一号一八五頁）。所有物返還請求権の成立要件は㈠物の所有権者であること、㈡相手方が物を占有すること、㈢物の占有者が所有者に対抗できる占有権原を有しないことであるところ、敷地所有権譲受人は、㈠の要件を承継し、㈡の要件に変動がなく、㈢の要件については、土地賃貸借関係は対人的な債権関係であるから、土地譲渡人と賃借人の間とは別個に土地譲受人と賃借人の間にこの要件の存否が紛争の対象になるのであって、従ってこの点については右確定判決は解決基準にならないので、譲渡人と「同視すべき地位」を承継したものと見ることはできないというのである〔賃借権が譲渡人には対抗できても譲受人には対抗できない場合を併せおもんぱかっているのであろう――筆者〕。

B　和解・調停の調書上土地所有者に明け渡すべき場合

和解調書・調停調書上の建物収去土地明渡義務は期限付または条件付の場合が多い。

(i)　地上建物の所有権の承継取得の場合

⑯土地所有者と土地賃借人の間の和解調書に定める建物収去土地明渡の期限経過後に該建物を譲り受けた者は「承継人」に当る（東京高判昭二八・七・一四東高民時報四巻三号八八頁）。和解当事者たる前主の建物収去義務には影響がない、と付け加えている。⑰和解の当事者（土地所有者と土地賃借人であった）から地上建物の所有権並びに土地賃借権を転譲り受けた者が土地賃料を滞納して明渡義務の条件が成就したときは、その前主から建物を賃借した者に対しても、承継執行文の付与を求めることができる（最判昭二六・四・一三民集五巻五号二四二頁）。右建物賃借人は前主から建物を賃借して居住することによりその敷地を占有するものであるから、その敷地占有は前主の敷地占有に基き取得されるものであって、これは一種の承継であり、建物賃借人が和解調書の存在を知っていたか否かにかかわりはない、というので

ある。条件成就前の承継でも「承継人」に当るとした点が眼を惹く。⑱土地所有者と土地賃借人との間の建物収去土地明渡の期限を一定日まで猶予する旨を定めた調停調書の成立後期限到来前に建物が競落され、この競落人から建物を買い受けた者は「承継人」に当らない（横浜地判昭三六・三・二三下民集一二巻三号五八三頁）。≪調停後建物の所有者の変動というような新たな事実関係が生じたときは、もはや既判力の問題の生ずる余地なく建物の新所有者と土地所有者との法律関係は、建物の旧所有者と土地所有者との関係とはまた別個に考えらるべきものであり、当然同一関係が引きつがれるものではないのである。≫というのである。⑲賃料不払・解除という調停調書上の収去明渡義務の条件が目的建物の所有権の譲渡後に成就した場合、調書上に権利者が土地所有者である旨の記載が存しないときは、建物譲受人は「承継人」に当らない（大阪地判昭四六・四・二三判タ二七四号二六一頁）。明渡請求権が賃貸借解除による原状回復請求のような債権的請求権である場合には、相手方となる資格のあるのは賃貸借の借主に限られ、借主が現在目的物を占有しているか否かは関係はないので、建物譲受人は「承継人」に当らないというのである〔中田㉖と同じ思考である〕。⑳判例⑲の場合には、条件成就前の所有権の譲受けであるから、調停調書執行力発生前の承継の問題である（大阪高判昭四六・一一・三〇判時六六一号五三頁、判タ二七七号一五九頁―破棄差戻。この判決はいう。調停調書の場合にはその執行力の承継の範囲の判定のために訴訟物的基準を用いることはおよそ不適当である。一般論としても、請求権が物権的か債権的かで区別することには問題があり、≪給付命令のもつ効力の性格は、もはや訴訟物たる私権が本来実体法関係で持つ効力とは同視し得るものではない。≫≪すでにその執行目的物が特定された場合においては、その後右目的物が債務者から離脱し、第三者の手に帰したときでも、なおその第三者に対して執行力の追及が強制的に実現されるのであって、右の執行力自体が前記のように私権そのままの効力でなく、その目的のためには何時でも絶対関係への発展の力を秘めたものと見られ得る以上、この追及効にも、一種の絶対的効力を想定してもよく、第三者がこれを免れ得るのは、金銭や動産等の場合に、それについて何ものにも拘束されない原始的権利取得をする場合に限られるといっても

過言でない。≫)。㉑土地所有者と土地賃借人の間の建物収去土地明渡の和解調書成立後の明渡期限到来前の建物譲受人は、和解成立前に設定・登記された抵当権の実行たる競売において競落した者であるときは、「承継人」に当らない(東京地決昭四七・一・二五判タ二七七号二七八頁)。≪競落人は、建物所有者として土地所有者の建物収去土地明渡請求を争うことのできる地位を、建物所有者たる和解当事者から、該所有権の取得とともに「承継」したわけである≫が他面抵当権者が和解により対抗を受けない地位をも「承継」しているものといえるからである、と説明するのである。

(ii)　地上建物の賃借権の承継取得の場合

㉒和解調書が定める建物収去土地明渡の期限経過後に該建物を賃借した者は「承継人」に当たる(判例⑯)。建物の「占有を承継」したからであるという。㉓土地所有者と土地賃借人の間の調停調書が定める建物収去土地明渡の期限経過前調書成立後に建物賃借権を譲り受けた者は、調停成立前に調停当事者から建物を賃借していた者から賃借権を譲り受けたものであるときは、「承継人」に当らない(札幌地判昭三九・一二・一八判タ一七四号一六一頁。この判決は、調停成立後に建物の占有を債務者から取得した場合については、≪これによりその敷地の占有をも債務者から承継したものにほかならないから、債務者の負担する建物収去土地明渡義務の範囲内での債務名義の効力を受け、占有建物から退去してその敷地明渡義務を債権者に対し負担することとなる≫と述べている)。

C　土地賃借人に明け渡すべき場合

㉔建物収去転借土地明渡を命ずる確定判決の基準時後に転借人からその所有する地上建物を譲り受けた者から該建物を譲り受けた者及びこの者から該建物を賃借した者は「承継人」に当らない(大阪地判昭四七・九・一一判時七〇一号九三頁)。土地賃借人の土地明渡請求権は債権的請求権に属し、土地転借人の明渡義務は土地借主たる地位に伴い、賃貸目的物の占有者が何人であるかを問わず、特段の事情なき限り、明渡請求の被告適格は賃貸借契約の借主に限られ、転借

人は土地借主たる地位を建物譲受人に移転していないから、土地の占有を移転しているからといって、建物譲受人及び建物賃借人に既判力が当然に及ぶものではないというのである（そして、賃借人は土地所有者に代位して所有権に基づく土地明渡請求を土地転借人に対してすることができることを指摘した）。

2　登記の移転・抹消

（イ）　登記の移転

㉕売買を原因とする所有権移転登記を命ずる確定判決の基準時前に目的不動産を買い受け基準時後に所有権移転登記を経た者は「承継人」に当る（京都地判昭三八・二・二五金融法務三四二号八頁）。右判決事件の勝訴原告は確定判決を得ただけでは登記と同じ対抗力をもつわけではなく、二重売買の後の買受人は右判決の基準時には登記を得ていなかったのであるからその所有権を先の買受人に対抗することはできないから、つまるところ、後の買受人は、前の先の買受人に対する「登記義務をも承継」したものであるというのである。だが、最判によれば、㉖右の如き場合においては、≪ひっきょう不動産の二重売買に基づく紛争に外ならず≫≪いずれがその所有権取得を相手方に対抗できるかは登記の先後によって決すべきである≫（最判昭四一・六・二判時四六四号二五頁）。㉗所有権移転登記請求認諾調書上の登記義務者から相続による移転登記を経た者から買受を原因とする移転登記を得た者は「承継人」に当らない（広島高判昭三二・九・一八判時一三四号二三頁）。認諾調書上の登記権利者は登記なくしては右買受人に対して対抗できず、登記権利者から所有権を譲り受けた者も、登記を経ずしては、右買受人が「承継人」たることを主張しえないというのである。㉘買戻しを原因とする所有権移転登記を命ずる確定判決の基準時前に目的不動産に仮差押えの登記がありこれが本差押えに移行した場合は、右判決の基準時後の強制競売の申立登記に基づく強制競売の手続において目的不動産を競落し登記を得た者でも、その者が右確定判決による移転登記義務者であっても、「承継人」に当らない（東京高判昭四八・五・三一判時七〇

八号三八頁）。この者は移転登記義務を承継するものではなく、買戻しの特約は対抗要件を備えていなかったから、買戻しによる所有権の取得は仮差押えの後であったから、右確定判決による登記権利者の所有権取得はこの者に対抗できない、と説明している。㉙所有権移転（本）登記を命ずる確定判決の基準時後に目的不動産を被告から買い受け登記を経た者は、右判決による登記権利者が所有権移転請求権保全の仮登記を有していたときでも、「承継人」に当らない（大阪高判昭三七・五・三一下民集一三巻五号一一四九頁）。第一の譲受人は登記なくして第二の譲受人にその所有権取得を対抗できないから、第二の譲受人は第一の譲受人の所有権取得を承認しない限り、譲渡人の承継人とはなし得ないというのである（ところで、この判決は、仮登記権利者が確定判決に基づき本登記を申請するについて後順位登記権利者たる第二の譲受人に対し同意を命ずる判決を求めた請求を理由ありと認めている）。㉚所有権移転（本）登記をなすことを定めた和解調書成立後に目的不動産につき所有権移転請求権保全の仮登記を得た者は和解調書上の登記義務者の「承継人」と解するのが相当である（京都地決昭三七・三・六下民集一三巻三号三六〇頁）。この者は登記権利者のために本登記をする義務を負うものではなく、右本登記につき承諾を与える義務を負うに止まるものであるが、登記義務につき債務名義が成立した後に、登記義務者からその不動産についての登記を受けたことにより、承諾義務が発生するのであり、その義務の本質は仮登記の効力のゆえに中間処分が排除されるところから生ずるもの即ち仮登記を本登記に改める際に障害となる自己の権利を排除すべき義務であって、かかる義務は、登記義務者から所有権移転登記を受けた者には、あるいは本登記をする義務、あるいは自分の登記を抹消する義務としてあらわれ、所有権移転請求権保全の仮登記を受けた者には承諾義務としてあらわれるからであるというのである。㉛代物弁済を原因とする所有権移転登記を命ずる確定判決に基づき移転登記を経た者から目的不動産を買い受けて登記を得た者は「承継人」に当らない（大阪高判昭四五・五・一四高民集二三巻二号二五九頁）。この者は所有権移転登記請求権を承継するものでないからというのである（そこで、確定判決による登記義務者

がこの者に対してこの者の得た登記の抹消を求めることは、右確定判決の既判力により妨げられることはないと述べる)。㉜売買を原因とする所有権移転登記を命ずる確定判決があった訴訟の基準時前に登記義務者から贈与を原因とする所有権移転登記を得た者は、登記名義が全く外形のものに過ぎないことを了承し、登記義務者敗訴の結果を甘受するつもりでいたときは、単に前訴の当事者のために登記名義人になっているに過ぎず、請求の目的物の所持者に準じ、これに既判力を及ぼす類推解釈が可能である(大阪高判昭四六・四・八判時六三三号七三頁。既判力を及ぼすとは、右の形式上の登記名義人は、前訴の当事者間の売買を否定して、確定判決による登記権利者が求める移転登記請求を拒むことができないということであると述べる)「事案が基準時後の贈与であった場合に、やはり、請求の目的物の所持者に準じるというであろうか、それとも「承継人」に当るというのであろうか」。

(ロ) 登記の抹消

所有権移転登記抹消請求訴訟はしばしば所有権確認請求訴訟と併合提起される。㉝土地所有権者が非所有者の名義の登記の抹消を求める請求を認容した確定判決の基準時後に該土地を登記名義人から買い受け移転登記を得た者は「承継人」たる地位を免れない(大阪高判昭四七・八・二下民二三巻五―八合併号四一四頁)。すなわち、登記名義人から移転を受けた登記を抹消すべき義務を否認することはできない(同上)。ただし≪承継の原因となった契約その他法律関係変動の原因事実の実体法的性質上、第三者として、被承継人の有しない独自の地位を取得する関係にある者については、その独自の地位にもとづく法律効果の主張までも既判力によって封じられるものではない≫(同上四二一頁。事案については、承継人が民法九四条第二項にいう善意の第三者に当ることを主張して既判力を免れることを認めた)。㉞土地所有権者が非所有者の名義の登記の移転を求める請求を認容した確定判決の基準時後に該土地を強制競売で競落しその登記を経た者は、非所有者の登記名義が通謀虚偽表示によるものであったことにつき善意であったときは、「承継人」に当らない(最判昭四

八・六・二一民集二七巻六号七一二頁)。この者は実体法上所有権を取得し、右非所有者の登記移転義務を承継するものでないというのである(事案については、承継執行文により執行された移転登記を無効とし、善意取得者の真正の名義回復のための善意取得者への移転登記を認めた)。㉟新築建物所有者が建物保存登記の名義を貸してくれた者の名義の保存登記の抹消を求める請求を認容した確定判決の基準後に保存登記名義人から該建物を買い受け所有権移転の登記を得た者は、保存登記名義人が無権利者であったことにつき善意であったといえないときは、「承継人」に当る(最判昭五四・一・三〇判時九一八号六七頁。事案については、承継執行文の付与を受けて承継人名義の登記を抹消し、さらに、保存登記を抹消しても、直接に真の権利者の所有名義が登記簿上実現されるわけではないことにかんがみ、真正の登記名義の回復を原因とする所有権移転登記請求をする訴えの利益は右確定判決の存在により欠けることにはならないとした)。

3　確認訴訟の判決

㊱家屋登記名義人に対する家屋所有権確認請求を認容する確定判決の基準時前に該家屋を右名義人から代物弁済により取得し基準時後に所有権移転登記を得た者は「承継人」に当る(大阪地判昭四一・四・二七判タ一九一号一二一頁)。その意味は、前主敗訴の確定判決の効力を受け、既判力を是認するほかなく、自己の所有権を右判決を得た原告に対して主張することは許されないというのである。㊲土地所有権者の非所有者たる登記名義人に対する所有権確認請求を認容した確定判決の基準時後に該土地を登記名義人から買い受け移転登記を得た者は「承継人」たる地位を免れない(判例㉝の判決)。その意味は、この者は右判決の原告が該土地の所有権を有することを否定できないということである(同上四二〇頁)。ただし、自己の独自の地位にもとづく法律効果の主張までも既判力によって封じられるものではないという(同上四二一頁)。㊳新築建物所有者の建物保存登記の名義を貸してくれた者に対する所有権確認請求を認容した確定判決の基準時後に保存登記名義人から該建物を買い受け所有権移転の登記を得た者は、保存登記名義人が無権利者であったこ

とにつき善意であったといえないときは、「承継人」に当る（判例㉟の判決）。

4　その他

（イ）　債権譲渡・債務引受　㊴約束手形金七五万円を支払うことを定めた和解調書の上の債権者から該債権を譲り受けた者は「承継人」に当る（東京地判昭四〇・三・二九判時四一四号四〇頁）。承継執行文を得て執行することができるから債務者に対し給付の訴えを起こす利益がないというのである。㊵売掛代金の仮執行宣言付支払命令の確定後に該債務を重畳的に引き受けた者は「承継人」に当らない（長崎地判昭三一・一二・三判時一一三号二四頁）。重畳的債務引受は基本債務を承継するものではないからであるというのである。

（ロ）　抵当権の負担　㊶抵当権を設定することを定めた即決和解に基づき仮登記仮処分による抵当権設定仮登記がなされた後に目的不動産につき売買を原因とする所有権移転(本)登記を得た者は、和解成立前に売買予約に基づく所有権移転請求権保全の仮登記を得ているときは、「承継人」に当らない（大阪地決昭三二・二・七下民集八巻二号二三五頁）。民法一七七条の問題であるというのである。㊷抵当権を設定することを定めた即決和解に基づき抵当権の仮登記がなされた後に目的不動産につき売買を原因とする所有権移転（本）登記を得た者は、抵当権設定前の売買契約に基づく所有権移転請求権保全の仮登記を抵当権仮登記前に得ているときは、「承継人」に当らない（大阪高決昭三二・八・一三高民集一〇巻一一号五八五頁、下民集八巻八号一四九九頁）。

（ハ）　建物退去　㊸一定日までに地上建物所有権を敷地所有者に移転し建物から退去して敷地を明け渡すことを定めた和解調書の成立後、期限到来前に建物所有者に金員を貸し付け代物弁済予約をし所有権移転請求権保全の仮登記を得て右期限到来後に予約を完結し所有権移転の本登記を得た者に、和解調書たる債務名義の効力は、少なくとも仮登記によってすでにその順位を保全されていた所有権を侵害する限度においては、及ばない（東京地判昭四〇・九・二七下民

集一六巻九号一四四九頁)。

(二)　動産引渡　㊹貸金の担保として機械につき代物弁済予約が存しこれが完結したことを原因とする機械引渡請求を認容する確定判決の訴訟の以前に、右訴訟の被告に該機械を売った者が代金完済まで所有権を留保しており、代金が完済されないので右判決の基準時後に右機械を引き上げたときは、右売主は「承継人」に当らない(東京地判昭四五・一・八判時五九二号七九頁)。機械の所有権は売主にあり、右訴訟の原告の占有は占有改定によるものだからこの者に即時取得は成立せず、この者は被告に対する関係での機械所有権を右売主に対しては主張できない、というのである。

5　まとめ

戦後の判例はそれ自体判例研究の対象にするに値する。しかし、本稿はこれを目的とするものではない。ここでは、「承継人」に当るか否かが訴訟において争われた場合に、承継人に当ると主張された者が、原始取得とか、物権変動の対抗要件を具備しているとか、前主の相手方に対して前主とは全く別の債権関係にあるといったような、いわゆる固有の攻撃防禦の方法を有するか否か、が問題とされたことが着目すべき点ではなかろうか、ということを指摘するにとどめる。

三　戦後の学説

1　明治期においては、判例も学説も、既判力は当事者にのみ及ぶのが原則であると考えられた(例えば、大審院判決録二輯三巻四七頁、同三輯一一巻二二頁、今村信行「民事訴訟法第二編」二一五頁、岩田一郎「民事訴訟法原論」四四二頁)。例外

として補助参加人、訴訟告知を受けたものに生ずること及び人事訴訟における形成判決が挙げられていた。大正一五年法律第六一号は二〇一条を新設した。そこでは、確定判決が効力を有する人的範囲を当事者に限っていない。しかも、人的範囲に属する者の中で原則と例外の区別を文言上は設けていない。かくて、すくなくとも二〇一条第一項に掲げられた者に確定判決がその効力を有することを統一的に説明する学理を見出すことが課題となる運命にあった。より各論的には、つぎのことも課題となる運命にあった。二〇一条の「承継人」は一方では「確定判決が効力を有する者」であり他方では「その者に対しまたはその者のためにも確定判決を執行することができる者」(四九七条の二)でもあるが、(イ)何を承継したことにより、(ロ)いかなる根拠により、(ハ)いかなる意味で、既判力に拘束され、(ニ)いかなる場合に承継執行(その者に対するまたはその者のためにする執行―以下同じ)が許されるか、という課題である。そして、このような問題が課される運命にあったからには、当然のことながら、承継人に該当するか否かの争いが起こることが予想されるところであり、(ホ)この争いは何者の起訴負担により裁判上解決されるべきかという問題も課されることになるはずであった。

2　戦後の学説の展開は兼子説の検討から出発したといってよいであろう。兼子説は、前述のように、戦前に、法協四九巻九号及び判例民事法昭和一一年度においてすでに披露されているが、戦後は、兼子②(前掲論文リストの中の第二番目に掲げたもの―以下同様)に若干のニュアンスの変化をした上で表明されている。要約すれば、建物収去土地明渡請求認容の確定判決の基準時後に建物所有権を譲り受けた者もしくは建物を賃借した者は、(イ)敷地占有の承継により、(ロ)妨害物件の占有者として負うところの収去明渡義務もしくは土地立退義務(の負担者としての地位)を前主から承継するがゆえに、(ハ)当事者であったかの如くに(――と筆者は解する)、(ニ)妨害物件に対する権利を前主と別個独立の権原に基づき取得した場合を除き、既判力・執行力を受ける、というのである。なぜ、土地占有の承継が土地

明渡立退義務の承継になるのかという問題に対しては、物権的請求権に対応する義務は、該妨害物自体に固着したものとして、該物件に対し現在支配権（所有権ないし占有権）を有する者がこれを負うから、物件の所有の移転に因る土地占有の移転により収去明渡義務が承継され、収去明渡義務は土地立退義務を包含するから、妨害物件の賃借により妨害物件所有者の収去義務の内容たる立退義務を承継するのであると答える。そして、そのような義務は実体法上妨害物件の取得者もしくは占有者として独自に負うもので、承継すると考える必要はないのではないかと自問して、訴訟状態の考慮を実体上の法律関係に反映させると（既判力は訴訟状態が結晶して権利の実在化したもの——これが兼子説の核心にあると筆者は理解する）、義務の承継ありと解すべきであると自答する。そうすると単なる債権的請求権の場合にも訴訟状態の考慮を実体上の法律関係に反映させるのかと筆者は問いたくなるのであるが、兼子説はこれは物権的請求権と同一に論じられないとあらかじめ区別している。そして、和解調書により建物収去土地明渡義務を定めた場合は、明渡請求権が物権的か債権的かは調書上明らかでないが、この場合に該義務が物権的請求権に対応するといえないではないかという問題を予想して、明渡請求権者が所有権者であるときは、明渡請求権は潜在的には物権的な性質をも兼有すると答えている。

兼子説は雉本・加藤の路線を補強したものと学説史上位置づけることができる。この路線は、負担付所有権の承継の場合と義務を負う占有者の占有の承継の場合とを念頭に置き、承継は負担もしくは義務を伴うというものであった。後者については占有者が「占有」者という資格において負担する義務は占有の承継に伴って移転するというのであった。この場合義務の例として物権的請求権に対する義務が念頭におかれていた。そこでは、右の義務は占有者という資格において負担するものであるから、前主からの承継というものではないのではないかという問題と、占有の承継により、当事者でなかった承継人に既判力が及ぶのをどう説明するかの問題が、未解答であった。なお、雉本において

は、当事者と第三者の間に実体私法上の従属的関係がある場合に訴訟法上既判力の拡張を認めるという大前提があり、確定判決により存否が確認された権利・法律関係を一般承継または特定承継により承継した第三者は訴訟当事者との間に私法上の従属関係があるから既判力がこの者に拡張されるというふうに「従属関係」をとらえているが、建物占有の承継に止まり、建物収去土地明渡義務を実体法上承継しているわけではない場合に前占有者が負担した（確定判決が認めた）建物収去または立退土地明渡義務が新占有者に移転することの根拠をも「従属関係」に見出すために、占有者の資格において負う義務が占有の承継を媒介として承継されると思考したのであったが、その根拠はなにかが未解答で、これが兼子説における自問自答を惹きおこした。兼子説は、右に指摘した未解答の問題に、既判力は訴訟物たる権利（義務）・法律関係の実在化を示すものであるから、権利・義務の実体私法上の承継があった場合には、当該権利・義務の存在につき確定判決が存するときは、承継されたものは実在するに至った権利・義務（＝既判力）であるという説明と、これを前提として、占有の承継は物権的請求権に対する責任者―妨害排除請求に関する訴訟及び執行は妨害物件につき現在所有権ないし占有権を有する者を相手方としなければその目的を達しえないから、右所有権者または占有権者―の適格の承継〔これが訴訟法的観点であるかはいまひとつ明らかでない〕であり、前責任者が義務を負いその義務が既判力により実在となっている場合には、前責任者の適格者たる地位の承継はすなわち義務（＝既判力）の承継であるという説明によって、答えたものとわたくしは理解する。既判力をもって確定された義務の承継という狭義の「従属関係」が存しない右設例のごとき場合につき、物権的請求権に対応する責任者の地位の承継という観念によって、「従属関係」によっては説明できずに残されていた空白を、埋めた。

〔しかし、建物収去土地明渡義務を確定する判決があっても、その義務が物権的請求権に対応するものであることまでは既判力により確定されていない。そこで、承継された責任者の地位が物権的請求権に対応する義務の義務者の地位であるか否かは、争

いの対象として残存することになる。そこで、その争いは、なにものの起訴負担により、いかなる手続で、いかなる立証責任の分配のもとで、解決さるべきかの問題に答えることを兼子説は残していた。〕

3　兼子説は、追従者（例、伊東①、中田③）をもったが、山木戸⑧は別の道に歩を踏み出したものとわたくしは位置づける。山木戸⑧は兼子説と同様に口頭弁論終結後の承継を訴訟物たる実体法上の「関係」の承継と観念する。だが「関係」の内容が兼子説のそれともはや同じではない。土地所有権妨害物件の占有者を、兼子説は、物権的請求権に対する責任者ととらえたが、山木戸⑧は物権的請求を争うべき地位にある者ととらえている。兼子説は実体関係に着眼し、山木戸⑧は訴訟上の地位の側面を見ている。訴訟物たる実体法上の関係の承継と観念されてきたものを、訴訟物たる権利関係についての当事者適格の承継と、いわば純訴訟法的に、観念している。この兼子説とのちがいは承継人が前主の相手方に対して前主が有しない独自の権原を有する場合に顕われる。兼子説においては承継人該当基準は実体私法上の権利・義務に求められるから右の場合には「承継人」に当らないことになるが、山木戸⑧においては、占有承継により当事者適格承継が存するから、「承継人」に当ることになる。ただし、「承継人」に当るというのは、前主が訴訟上提出を遮断される攻撃防禦方法を承継人も提出することができないということに止まる。したがって、承継人が右のごとき独自の権原を有するときは、承継人は前主の相手方が承継人に対して主張する—承継を理由とする—権利を独自に否定することができる。しかし、山木戸⑧は右の独自の権原の主張の許容の根拠を、基準時後に生じた事実に基づくことに見出している。

〔なお、山木戸⑧においては、確認訴訟につき、所有権確認請求認容の確定判決の基準時後に敗訴の被告から所有権の目的物の占有を承継した者につき同じ考え方が適用されている。また、家屋明渡請求認容の確定判決の基準時後に、敗訴の被告が任意

に家屋から退去した後に、無断で該家屋に入居した者は承継人に当らないとして、菊井＝村松「民事訴訟法」一九五七年一一月六七四頁と反対の結論に至っている。山木戸⑧においては、相手方の権利を争う地位とはどういう地位かを明確にすることが残っていた。〕

4　三ケ月⑨及びその補強たる「民事訴訟法」（一九五九年一月、一七四頁）も兼子説とは別の道を歩む。三ケ月⑨は物権的請求権も債権的請求権も実体法上請求権として対人的であり性質的に異なるものではないと指摘し、兼子説が右の両者の区別を承継人該当の有無に反映させることに根拠がないことを明らかにし、承継人該当根拠は前主に対するその相手方の請求権の実体法的性質に依存させるべきでないことを唱えた。しかし、山木戸⑧が承継人が独自の権原を有する例として取りあげたところの、承継人が占有を承継したけれども即時取得が成立する事例については、山木戸⑧が「承継人」に当るとしたのとは反対に、「承継」に当らずとしており、この限りでは、実体法上の関係を承継人非該当根拠として認めた〔三ケ月⑨は、口頭弁論終結後の承継人の承継人該当基準を主題としたものではないので、「承継人」について語ることが部分的であるに止まったのはむしろとうぜんである〕。

5　新堂⑩は、家屋の明渡請求が賃貸借終了にもとづいて認容された後、被告がその家屋をさらに第三者に転貸した場合に、原告は、その家屋の所有者たることを主張して、前の訴訟で確定された受給権は、所有権にもとづく明渡請求権としても評価しうるから、この第三者に対する承継執行文を付与せよと要求することができると解した。給付判決は、常に一つの実体法的評価を提示するに止まるから、給付判決によって確定された受給権がその理由となった請求権以外の請求権としても評価されると主張することは妨げない、ということをその根拠とするのである。

兼子説における、潜在的に兼有する物権的な性質の第三者に対する顕在化という思想に代えるに、実体法的にはいずれにも評

価されることができる受給権の第三者に対する場合の評価という思想をもってして、承継執行文付与許容という結論の妥当であることを、よりよく理由づけようとするものであった。

6　上田⑫⑬は、動産所有権確認請求認容の確定判決の基準時後に敗訴の被告からその占有する動産を買い受けて即時取得をした者を、山木戸⑧に反対に、既判力を受けないもの、すなわち口頭弁論終結後の承継人に当らないものであると結論し、その根拠を、実体的な地位の依存関係（Abhängigkeit）の切断により、実体法上の権利義務の承継に伴ない既判力の主体たる訴訟上の地位が承継されるということの基礎を欠く、と説明する。

上田⑫⑬は、「従属関係」（Abhängigkeit）を既判力の拡張基準とする雉本の考え方と兼子式訴訟承継本質論とを基盤として構築されている。上田⑬は、既判力を適格者が訴訟を追行した結果その者に附与される一つの訴訟上の地位であるととらえ、かかる地位は適格の移転とともに第三者に承継されるとし、その結果、適格の承継人は前主の既判力の主体たる地位を引き継いでみずからが既判力の主体となる、と結論する。しかし、即時取得者が既判力の主体となることを認めることはしない。実体法上の「依存関係」を承継人該当基準とするかぎり、そして、依存関係ある第三者がみずから既判力の主体となるとするかぎり、即時取得者を既判力の主体たらしめないためには、「依存関係」の切断を観念せざるを得なかったのであろう。山木戸⑧は、依存関係＝承継をむしろ訴訟法的な観念としてとらえ、適格承継人が既判力を受けることの内実を、（既判力を争うためにする）前主の攻撃防禦方法の遮断に止めた。だから、山木戸⑧における適格承継人は上田⑬がいうような意味での既判力の主体とはならない。したがって、依存関係の切断なる観念を創造する必要はなかった。

「上田⑫⑬も雉本が解答を与えずに残した前記の問題に解答を与えていない。のみならず、①所有権確認並びに所有権に基づく

返還請求を認容する確定判決の基準時後に所有権の目的動産を敗訴の被告から買い受け即時取得をした者については、民法五五五条等の要件事実たる依存関係事実と民法一九二条の要件事実たる依存関係切断事実とが証明されて依存関係の有無が判断されることになろう。承継執行文の付与が、前者の証明書だけでなしうるならば、依存関係説は無視されたことになり、後者の証明を必要とするならば、その機会（法律上の手続）がなければならないが、それはなにかを説明することが残されている。

立証責任の分配からは、民法一九二条の要件事実については目的物買受人が、立証責任を負うであろう。「承継人」に該当するか否かが争いとなるとき、右の債務名義の債権者が買受人を被告として別に訴えを起こすことは「承継人」該当性の紛争の直接の解決を放棄するものであり、これは認められないであろう。たまたま、民法五五五条等の要件事実を証明書により証明できない場合に、承継執行文付与の訴えが起こされるが、この機会が、買受人が民法一九二条の要件事実を主張することができる唯一の機会であろう。しかし、このようなことに至るためには、承継執行文の付与を、前主からの基準時後の買受けという事実のみにもとづくときでも、適式であるということを前提にしなければなるまい。即時取得でないならば「承継人」に該当し、即時取得であるならば「承継人」に該当しないという立場に立つ者は、承継執行文付与の訴えで原告はなにを請求原因とすべきかを明らかにしなければならないであろう。

②依存関係を承継人該当基準とする者は、実体法上の権利義務の承継がなにゆえに既判力を附加しての承継となるかを説明する仕事を残している。基本的には、実体法上の権利義務の承継があった場合、承継人は前主の相手方に対して、または承継人に対して前主の相手方が、権利義務の存否につき、訴訟上は、前主とは別個独立に、攻撃防禦をすることができるものである。それが、該権利義務の存在を確定する判決が存するときに、なぜ、そうでないことになるのか。これを説明することが残されている。依存関係があるからであるという説明は、実体法上の承継だからであるという説明と同旨であり、実体法上の承継だからという理由は、実体法上の承継の場合になぜ訴訟法上の既判力が及ぶかという問いに対する答にならないものである。あるいは、確定判決により該権利義務は既判力により不可争の権利義務に変質しそういうものとして承継されたものであると説明されるかも知れない。だが、これは、既判力を当事者でなかった者が争うことができないという結果をいいかえただけで、その根拠を説明するものではない。既判力は訴訟の当事者にのみ生ずるというのが原則で他は例外であるというのではなく、上田⑪が指摘するように、そもそも実質的な当事者に生ずるものであるととらえるとしても、私法上の承継人が実質的当事者に該当するときは、その者は前訴の（形式的）当事者でなかったのにその者に既判力が及ぶのであるから、やはり、右と同様に、実体法的に実

質的に当事者であることと、訴訟法上既判力が当事者でなかった者に及ぶこととの間に論理による架橋が必要であろう。依存関係は、実体法上のものとしては、実体法上前主の権利義務の存在と内容を前提とし基礎とするというものである。前主の権利義務は判決の判断の対象たりうる。それは私法上承継される。私法上承継される権利義務は私法上の権利義務であって訴訟法上の効果が私法上の承継にかかわるとするには、明文の定め（たとえば、民一七四条ノ二）が存する場合を除き、論理による架橋を要しよう。二〇一条の定めがその明文であるということはできないであろう。

③口頭弁論終結後の承継人に当ると解される事例の中には、承継人と前主との間に実体法上の依存関係が認められる場合が多い。しかし、このことから、依存関係が承継人該当性の基準になると結論することには論理の飛躍があるから、この点説明をもって架橋することが残されている。」

7　木川⑭は判例⑰の事案に即しつつ、建物収去土地明渡義務を条件付きで定めた和解調書成立後該建物を賃借した者が口頭弁論終結後の承継人に当るという結論をつぎのように理由づけた。前主に土地賃借権が存すること、六ケ月前主が賃料を支払わないときは当然土地賃貸借が解除となること、解除になれば前主は建物収去土地明渡義務を負うことを前提とし、その後の実体的事実（おそらく、前主が六ケ月以上賃料を支払わなかったこと、建物を賃貸したこと、建物賃借人の土地転借権が土地所有者に対抗できる事実の存することまたは存しないこと――筆者）の全体によって建物賃借人の（実体法上の）地位が決せられる。これを実体的法律要件の連鎖関係ととらえる。そして、かかる連鎖関係が存する場合には、前主の法的地位を確定する判決の存在そのものを後主の法的地位の構成要件事実と目する。その意味は、前主の法的地位について、後主の実体的地位を判定する後訴裁判所は、その成否を審理することなく、右判決の確定したところを前提とする。ただし、連鎖関係における後主にかかる環において、独自性を実体法上承認すべき場合は、右判決の構成要件的効果は後主につき否定される。かかる判決の構成要件的効果は、連鎖関係が存するかぎり、明文の規定がなくても、認められるべきである。この実体法理上の法律要件の連鎖関係はいわゆる実体的依存関係（Abhängigkeit）に類する。

木川⑭は判決を構成要件事実と見た。判決が既判力をもって確定した権利義務は判決により発生しその存在を立証することを要しない既定のものとして扱われ、これに他の要件事実が加わるときにある法律効果を認めることができるということのようである。設例における収去すべき建物の賃借人が建物退去＝土地退去義務が附着した建物・土地の占有を承継したと説明することによって、既判力が物の占有者に及ぶことを結論するにはなお論理の飛躍があった。木川⑭は、既判力を建物賃借人に関係させるために、判決を建物賃借人の地位発生の要件事実の連鎖系列の先行事実に位置づけ、もって、残されたところを補顕しようとしたものと学説史上位置づけることができる。右の意味の依存関係が存しない場合について、要件事実（判決）→法律効果（収去明渡義務）＋要件事実（建物賃借）→法律効果（賃借人の土地立退義務）＋この法律効果発生障害事実（土地転借を土地所有者が否定できない事実）→法律効果の不発生（土地立退義務の不発生）を実体法論理上連鎖するものと見て、「連鎖関係」の観念の導入により、依存関係により説明できたところと説明できなかったところとの双方を統一的に説明できると考えたと筆者は理解する。なお、木川⑭においては、判決の存在は前主の義務の発生要件事実であるかのごとくに扱われているが、その確定力を前主の義務の存在の証拠として利用することを基礎としているのではないかと思われる。また、その背景に、既判力＝具体的権利義務の創定という思想があったのであろうと推測する。

8　小山⑰は、特定物引渡請求認容の確定判決の基準時後に敗訴の被告から特定物の支配権（所有権ないし占有権）を取得した者が口頭弁論終結後の承継人に当るという結論を次のように理由づけた。Ⓐ特定物引渡請求の目的物の所持者（直接占有者）は被告適格を有する。強制執行のためには、この者を被告としなければ意味がない（この点兼子説の準用）。Ⓑかくて、目的物の占有の承継は被告適格の承継となる。Ⓒ確定判決の基準時後の被告適格の承継人は、前適格者が受けた確定判決の主文の判断を争うために前適格者が前訴で主張したまたは主張できたはずの防禦方法を主張することができない（この点、山木戸⑧を採用）。Ⓓ右承継人はしかし前適格者に帰属せず自分に固有に帰属する防禦方法を有するときはこれを主張することは妨げられない。Ⓔこれを主張する機会は、承継執行文付与の訴えまたは承継執行文付与に対する異議もしくは異議の訴えである。Ⓕ以上のすべては、㋑前訴の訴訟物が物権的請求であるか債権的請求であ

るかにはかかわりない。すなわち、いずれであっても通用する。㈡前訴の訴訟物でないものが、口頭弁論終結後に承継された場合、たとえば家屋収去土地明渡請求の訴えの口頭弁論終結後に該家屋の占有が承継された場合にも、妥当する。㈠原告適格の地位の承継の場合にも妥当する。

小山⑰は、特定物に関する給付判決を念頭において問題を論じている。登記を命ずる判決に反して登記が別の者に移転された事例を念頭に置いたものではない。また、確認判決の場合を論じたものではない。なお、小山⑰の前述©は、山木戸⑧と同じく、承継人に既判力が及ぶことの内実を示したものであるが、当事者でなかった者が既判力に拘束される論理上の根拠を示したものではなく宿題を残したものである（この点後に再び触れる）。また、当時は、承継執行文付与の訴えにおいて、債務名義上の義務についての実体的異議の提出をも認めてこれを審理することができるというのが通説であったとみられる。

9　吉村⑱は、小山⑰のうちとくに前述Ⓐに反対する。小山⑰は、前訴の訴訟物が債権的請求であっても被告適格の地位を承継したものに対して前訴の判決が効力を有することがある場合の例として、建物賃借人の建物転借人に対する転貸借終了を理由とする自己への明渡の請求訴訟の口頭弁論終結後に転借人が無断で該建物を転転貸し転転借人が該建物を占有するに至った場合を挙げた。吉村⑱は、この場合に転転借人が「承継人」に当ることを肯定し、その根拠を―賃借人に対する転借権が消滅すれば転々借権は存在の基礎を失い返還義務を生じ、この債権法上の返還義務は前主のそれに完全に依存しているという意味の―依存関係に求める。結論として承継人に当ると認められるいくつかの事例のなかに、依存関係が認められる場合が含まれることは否定できない。しかし、吉村⑱は、逆に、依存関係が認められない場合には「承継人」に当らないという結論をこれから引き出した。すなわち、たとえば、賃貸借契約を結びすでに賃料等を支払った賃借人が債務の履行を求めて賃借物の引渡を請求して勝訴した後に、目的物が第三者に賃貸された場合に

は、占有承継人は適格承継人ではなく、この者に既判力・執行力の拡張も認めえない、という。右の占有承継人が適格承継人でないのは、占有承継人に対し前訴の原告から主張される何らの権利も予定されず、前主の被告適格と同一性を比較すべき被告適格すら占有承継人には生じないからであるという。

〔転々借人は転々借を原因として転借人の明渡義務を承継するとは実体法上とうぜんであるとはいえない。転借権が消滅したときに転々借権を賃貸人に対抗できなくなることも事情のいかんによる。確定判決で確定された義務が承継の対象であるときに承継（＝依存関係）のゆえに既判力が承継人に及ぶというのが依存関係が承継人該当性の基準たりうるとされた根拠であった。そこで、依存関係の存否の争いは「承継人」該当の有無の争いとなるが、この争いはいかなる手続により解決されるかが解明を要するものとして残された。

また、吉村⑱は二重賃貸の例を挙げる。二重賃貸においては後の賃借人が前の賃借人に対し自己の賃借権を主張できる場合と主張できない場合（無効、詐害賃貸など）とがある。前者の場合には承継執行は許されない。後者の場合はどうか。これを説明することが残されている。後者の場合に承継執行文による執行を許すならば、それは「依存関係」があるからと説明するのか。これを説明することが残されている。後者の場合に、前の賃借人は、賃貸人に対し未だ引渡を命ずる確定判決を得ていないときは、賃貸人に対し引渡しを求める訴えを起こすことができるとともに、後の賃借人に対しても引渡しを求める訴えを起こすことができるであろう。つまり、後の賃借人は被告適格を有する。そしてこの場合は、建物を占有しているからである。そしてその占有は賃貸人の占有の移転である。この場合でもなお、被告適格がないというならば、その説明が必要であろうが、これは残された。〕

10　三ケ月⑳は、特定物引渡請求認容判決の基準時後に該特定物の占有を取得した者はⒶ占有を取得したという一事で（執行文付与の訴えの）被告適格が肯定され、Ⓑ占有を取得した点（おそらく、基準時後に占有の移転があったことを意味するのであろう――筆者）だけ立証すればこれを承継人として執行文の付与を求めうるし、Ⓒ必要ならばこの者に対し執

行文付与の訴えを適式に起しうるし、Ⓓ新占有者が自己に執行力が及ぶのは不当であるとするならば、その事実を、執行文付与の訴えにおける本案の抗弁として、または執行文付与に対する異議の訴えにおける請求原因として、新占有者が、立証責任を負って、主張することができ、Ⓔ右の事実の例としては、新占有者の即時取得を発生せしめる事実、新占有者の占有権原たる権利が対抗要件を充足している事実のほかに、相手方の請求権が「交付」請求権に過ぎないことを示す事実があげられる、と述べる。「交付」請求権は、債権的請求権を「取戻」請求権と「交付」請求権に二分した後者である。「取戻」とか「交付」とかは請求権の属性の区別である。物権的請求権及び背後に物権を控えた債権的請求権（所有者が貸借関係の終了を原因として原状回復を求める請求権のごとき）は「取戻」の属性を有する。債権的請求権でも、「取戻」の属性を有するものについては、引渡の目的物の占有の基準時後の承継人に執行力が拡張され、「交付」の属性しか有しない債権的請求権（借主が貸主に目的物の引渡しを求める場合のごとく、相手方に物権が存することを認めている引渡請求権）については、右承継人に執行力が拡張されない。この意味では「承継人」でない。だが、承継執行文がこの者にも適式に付与されうるという意味では「承継人」である。後の意味の承継人は前の意味の承継人でないことを承継執行文の付与をめぐる訴訟の場で主張・立証することができる。三ケ月⑳の論旨をこのように要約することができると考える。

判決で確定された義務の承継には該当しないところの承継が存する場合において、かかる承継人を結論的に二〇一条の承継人に該当するとすることが正当であると結論されるいくつかの場合がある。三ケ月⑳は、山木戸⑧、小山⑰を踏まえて、その上に、「取戻」と「交付」の区別を導入して、これをもって、承継人該当性の実質的な基準とした。「交付」請求認容判決の基準時後の目的物の占有承継人は、吉村⑱においては「承継人」たりえないのであったが、三ケ月⑳においては、手続上「承継人」たりうるが実体上「承継人」ではないのであった。吉村⑱においては、上田⑬におけるごとく、「承継人」に当るか否かの紛争の

場を示す仕事が残されていたが、三ケ月⑳においては、実体上「承継人」であるかないかの争いを解決する手続が明示された。なお、三ケ月⑳は、小山⑰が、「交付」請求権たるを問わないことを行き過ぎと考えて、妥当と考える結果を導く理論を立てたものである。

11　村松㉑は、甲所有の家屋を乙が不法に占有し乙に対し家屋明渡を命ずる判決が確定した後に、乙がその家屋から退去し、その後丙が乙と法律上無関係にその家屋に入居した事例においても、丙に対し承継執行文を受けて明渡の執行ができると結論し、つぎのように説明する。Ⓐ同一家屋の占有という関係から見れば丙の占有は社会観念上乙の占有との間に同一性を認めることは不可能でない。Ⓑ家屋明渡請求という観点からみれば、給付を求める利益または権利は乙に対するのと丙に対するのと全く同一である。Ⓒ丙に対し承継執行文を付与することを認め、丙が自己の利益を守るためには丙の方から請求異議の訴えを起こさねばならぬとするのと、丙に対し甲が別訴を起こし新たな債務名義を得ねばならぬとするのと比べると、丙が固有の異議を有することは稀有だから、前者を採るべきである。

設例は、所有権に基く不法占有者に対する明渡請求であるので、承継人該当という結論を認める必要性を感じた村松㉑は結論を正当ならしめる評価論を用いて解釈論としても結論が成立つことを示そうとした。設例の場合にはいわゆる依存関係は存しないであろう。占有の承継も意思連絡あるものとしては存しないであろう。だから、物権的請求権に対応する明渡義務を観念しても、それは乙と丙にそれぞれ別々に成立し、乙から丙への承継を観念することはできない。村松㉑は、甲が占有を回復していない状態の継続に着眼して、かかる「継続」を社会観念上「承継」と見ることができると考えたのであると筆者は解する。この理解が正しいならば、二〇一条の承継人の該当基準は、何を承継したかにあるのではないかという反省をすべきことを村松㉑は示唆する。そうすると、既判力・執行力が及ぶか及ばないかは、及ばないとするための防禦方法を有するか否かに集約され、主張・立証の責任の分配は、既判力・執行力が拡張されることを妨げる根拠を有する者にそれにつき主張・立証の責任を負わせ、既判力ある判決を有する者に、これが拡張することを妨げる根拠がないことの主張・立証の負担を負わせるべきではない。何と

なれば、基準時後にはじめて前訴の当事者と法律上の関係をもつに至った者は、基準時前に前訴の当事者間において判決により確定された権利義務の存否につきこれを争うべき根拠を全く有しないからであり、既判力の拡張を妨ぐべき特別の事情はかならず前訴の当事者と法律関係をもった時に存するものであるからである、という発想を触発される。

12　以上で、口頭弁論終結後の承継人ブームは下火となり、約十年間は重要な噴火は見られない。

中田㉖は、兼子説の枠から外には踏み出さず、かえって、特定物の引渡・明渡義務が賃貸借の解除その他契約関係の終了によるものである場合には、これを確定する判決の基準時後に特定物の占有を取得した第三者には、借主に対する判決の効力は及ばないと断言する。兼子説は賃貸人が同時に所有権者の場合に明渡請求権が潜在的に物権的な性質を兼有することを認めたが、中田㉖はこれを認めないようである。また、賃借人の転借人に対する家屋明渡請求を認容する確定判決の基準時後に家屋を転々借した者について、吉村⑱は依存関係を認め（てこの者に転借人に対する判決の効力が及ぶことを認め）たのであるが、中田㉖は、この者に判決の効力が及ぶことを認めない。中田㉖は、賃貸借終了に基づく明渡請求訴訟の被告適格を契約上借主が負う債務を基準としてのみ構成し、明渡は占有の移転であるから明渡請求は占有者に向けられるという兼子説における着眼点には眼もくれなかったのである。

内藤㉗は中田㉖と同旨であるといってよい。例の転々借人について、吉村⑱は賃貸人の請求は転々借人に対して実体法上理由づけうると見ているのに、内藤㉗は転々借人に対しては実体法上理由づけえないことがすでに自明であるという。内藤㉗は、小山⑰が訴訟物ないしは当事者適格の問題を実体法上の具体的法律関係から遮断したととらえこの遮断に疑問を提出する。だが、当事者適格は存在する実体法上の法律関係（それは確定判決によってはじめて確定される）に基づいて定まるものではないし、実体法上の法律関係は家屋の明渡（それは請求権が物権的か債権的かにかかわらず給付を受ける権利として把握しうべきものである）を理由あらしめるところの、当事者適格ありとされたものの間の家屋明渡紛争の解決のために法規の適用により認識されるものである、という意味の遮断がなぜ不当であるのかを説明することを残した。法律実務講座㉘は従前の諸学説に新しい思想を付け加えることをしていない。白川㉙も、江藤㉚も、中務・川村㉟も、同様である。

13　登記の移転を受けた者が口頭弁論終結後の承継人に当るかという問題について判断を下した判例であって筆者の眼に止まったものは、大正民訴成立後昭和二二年改正までの間のものは五件（第二章、二、4）であり、昭和二二年改正後のものは一一件（判例㉕から判例㉟まで）である。前者のなかでどれが判例批評の対象となり、判例批評の機会にどんな学説が述べられたかはすでに紹介した。後者について同様の作業をするならば、まず、判例㉖についての解説・批評が眼に止まる。

安倍正三解説（判タ一九九号六五頁一九六七年二月）は、一方において、登記請求が債権的請求権を理由とするときは敗訴の被告から移転登記を得た者は「承継人」に当らず、物権的請求権を理由とするときは「承継人」に当るとするが、他方において、物権変動の対抗の問題は民訴二〇一条の解釈適用の範疇をこえたところにあるとして、勝訴の原告は登記なくしては登記の欠缺を主張する正当の利益を有する者に対しては物権的請求権を行使することができないところ、事案における移転登記を受けた者は右の正当の利益を有する者に該当するとした原判決（仙台高判昭和三八・八・二八）の理由づけが最判の理由づけになっていると解説した。

江藤㉜は、民訴二〇一条一項の承継の意義を山木戸⑧に倣ってとらえるが、事案の前訴判決が債権的請求権を認めたものであるとするならば、「承継人」に当らず、物権的請求権を認めたものであるならば「承継人」に当ると考えており、しかも、事案については、いずれにせよ問題は既判力の標準時に帰着するととらえて、登記の移転により対抗要件を備えたことを標準時後に生じた新たな事実として登記を得た者は主張できるから、結論に変りはないとした。〔山木戸⑧で述べられたことを登記取得事例に応用したものである。物権的請求権が認められた場合にも既判力の標準時の問題として処理することができるかどうかの説明はされずに残された。〕

上田㊷は文字どおりの解説であり、自説の表明は見られない。

一九七〇年までは、判例をきっかけとした学説の表明は右に挙げたもののほかに眼に止まるものはなく、登記の移転

と「承継人」を主題とする論文もない。そういう状態で判例㉛に触発されて新堂㊳が顕われ、判例㉜についてその批評として吉村㊴・上田㊵・新堂㊶が出た。以上で、目下のところ、学説史の素材とするものは終ったこととする。すなわち、上田㊸㊹は現代に属せしめることにしよう。

新堂㊳にみられる基本思想はつぎのとおりである。㈠「紛争の主体たる地位」の移転を受けた者を「承継人」ととらえる。㈡「承継人」に既判力が及ぶというのは、前訴の当事者間で争いえない点は承継人と被承継人の相手方の間でも争いえないということである。㈢承継人の固有の利益は保護され、その点の判断は、既判力が及ぶかどうかの判断の後に、承継人に対する請求の実体審理のなかで行なうものである。

新堂㊳は、「紛争の主体たる地位」の移転に当るか否かの基準を、≪第三者と相手方当事者との紛争の対象たる権利義務関係が当事者間の前訴の訴訟物たる権利義務関係から口頭弁論終結後に発展ないし派生したとみられる関係にある≫ことと、要約する。この基準の妥当なことを次のように根拠づける。Ⓐ一つの紛争が判決によって解決された後にその紛争関係に利害関係をもつに至った者は判決によって示される権利関係（前紛争の解決内容）を当然の前提として自らの地位を規律されても不公平とはいえないし、Ⓑ右の者の固有の利益の保護は、既判力問題の外で考慮される道が常に確保されている。

新堂㊳は、既判力の拡張の問題は、後訴の本案審理において、当事者が、前訴判決の結論を争いうる者か争いえない者かという前提問題であり、執行力拡張の問題は相手方と承継人の間の新紛争（後訴）に対する解決内容を示すことと同義である問題である、ととらえる。後訴では、承継人に固有の防禦方法の有無・成否が審理される。そこで前民訴五一九条五二〇条により承継執行文を付与するにさいしては右の点の予測が必要である。固有の防禦方法の存在の確率が

低いときは五一九条五二〇条の手続で承継執行文を付与し、右の確率が高いときは承継執行文付与を拒絶して付与の訴えを待つべきである。前者の場合が固有の意味の執行力の拡張である。新堂㊳は以上のようにいい、登記の移転を受けた者の諸事例につきその適用を明らかにしている。なお、新堂㊳は、争点効の承継人のための及びこれに対する拡張を登記訴訟について論じた。

〔新堂㊳は、山木戸⑧及び小山⑰を踏まえて、そこで明らかにされていなかったことを明らかにした。例えば、既判力拡張の作用と執行力拡張の作用の違いを明らかにした。だが、「承継人」該当基準については、「依存関係」を「発展ないし派生」におきかえたことにより、結論に至る筋道の説明の可能性をより広くしたけれども、それが基準として妥当する根拠は依然として明らかにされないままに残った。むしろ前記のⒶ及びⒷの判断を理由づけるものの中に右の根拠が言語的表現を見ないまま潜んでいるように思える。また、固有の防禦方法の存在の確率については、木川⑭におけるとは異なった意味で、前主の防禦方法と承継人の防禦方法との関係に前記Ⓐの観点から検討のメスを入れることが残されたように思われる。（新堂㊳に対する住吉博批判（判時六九一号六九四号）を分析することは省略する。）〕。

判例㉜は、土地所有者に対する売買を理由とする所有権移転登記請求を認容する確定判決の基準時前に、後に敗訴が確定したところの被告から贈与を原因とする所有権移転登記を得た者が、贈与が名義のみでもっぱら右被告のために登記名義人になっているに止まるときは、前訴の係属中に所有権移転登記が行なわれたにしても、この者は請求の目的物の所持者に準じ、かかる形式上の登記名義人に対しても、実質的当事者の受けた確定判決の効力（既判力）を拡張して及ぼす類推解釈が許されるとした。右の移転登記が基準時後である場合にそうであることを前提として、たとい前訴の係属中に行なわれたにしてもといっている。本稿は基準時後の移転を問題にする。

吉村㊴は、判例㉜の結論に賛成し、次のように理由づける。買主の所有権移転登記請求の訴訟係属中に、売主から当該不動産につき虚偽表示による所有権移転登記を受け、売主のために登記名義人となった者は、㋑請求の目的物が当該不動産についての登記名義自体に他ならないとみることができるから、「目的物の所持人」に準ずる者とすることができるのであり、㋺この者に

既判力が拡張されるのは、登記名義人が前訴被告売主との了解（合意）によって実体法上も登記名義に関して前訴被告の処分に従うべき依存的な地位にあって自己のために登記名義を保持すべき何らの利益もないので、前訴判決の効力をそのまま甘受するとしても何ら不当とはいえないからであるのであり、㈠もし右のような了解・虚偽表示の特別事情が存しないならば、買主の所有権移転登記請求権も（物権の完全な実現を図るための）登記名義の移転を目的とする請求権であるとみられるので（ここで「ここでは、さしあたり物権的請求権か債権的請求権かにかかわらず」と注をいれていることが眼を惹く―筆者）、適格承継の通説的理解に従って、「登記名義の移転」だけによって訴訟承継や既判力拡張を認める結果を肯定すべきであり、このことは登記名義人に有利ではあっても不利ではなく、㈡登記名義人が有効な登記原因により登記を得たことを、基準時後に生じた事由とみるのは問題であり、自己固有の権限として主張しうべきものとすべきである。

上田㊵は、右登記名義の移転を受けた者を民訴二〇一条一項の前訴当事者のため請求の目的物を所持する者に当るとし、その理由を、民訴二〇一条の立法根拠が「専ら当事者の利益のため登記名義人となっている者」についてもあてはまることに見出す。そして、「所持者」の地位は、「第三者」の地位とは異なり、その訴訟上の地位は当事者の訴訟上の地位と合致するとみることにより、前主に対する請求が債権的請求であるときでも、所持者に既判力が及ぶとする。〔吉村㊴は前述のように依存を認めた。上田㊵は合致を認める。合致しているから「第三者」としての独自の法的地位は無視されると上田㊵はいう。形式的名義にすぎないときは「当事者の地位」に「合致」し、有効な登記原因に基づく移転登記の場合には「第三者」に当（り、債権的請求か物権的請求かにより「承継人」に当るか否かが左右され）るとするのであるならば、「当事者との合致」か「第三者」かの争いを解決するのは、いずれの申立によるいかなる手続においてであるかを明示する必要があるが、これは残された。なお、上田㊵は、四九七条ノ二、五一九条・五二〇条による承継執行文付与は受けられず、承継執行文付与の訴えを起こすことができるという。〕

新堂㊶も、判例㉜の結論に賛成し、その理由を、前訴の勝訴の原告の立場が敗訴の被告から登記名義を移転された者に対して実体関係上優位にあるとの判断とこの者の抗争が前訴と同一の争いのむし返しであるという認識に見出している。実質的当事者は敗訴の被告であって、登記名義の移転を受けたものが前訴の被告の売買を争うことは当事者がみずから前訴の争点であった売買を再び争うことと同じであるというのであろう。〔新堂㊶においては、実体法上優位にあるか否かの争いを解決するのは、承継執行文付与異議の訴えによってであることになろう。しかし、新堂㊶は、民訴法四九七条ノ二、五一九条・五二〇条による承継執行文付与が許されるかの問題に答えることを残している。〕

第四章　承継人基準探求の歴史

1　口頭弁論終結後の承継人にいかなる者が該当するかについての学説の積重ねを時の前後に意味を持たせて観察するときに学説史が成立する。学説は主題について何かを語るものであるが、多くの場合、語り尽くしているものではなく、語らないものを残すものである。そして、この残されたところが時の経過によって補充されていくもののようである。

2　実体法上の包括承継人が「承継人」に当ることについては疑いがかけられなかった。むしろ「承継人」は実体法上の包括承継人を指すということが立法の当初から前提とされていた。それでも、実体法上の包括承継人が「承継人」に当るという思考がすでに存した。つまり実体法上の承継人の概念と訴訟法規が定める承継人の概念とは区別されて、前者が後者にあてはまるという思惟構造が存していたように思われる。では、このあてはめを正しいとする理論の構造はどんなものであったか。訴訟法には「既判力は当事者に限る」という原理と「人格が異なるときは当事者は異なる」という原理がある。実体法上承継人と被承継人とは別人格であるから、形式的には、被承継人を名宛人とする判決の既判力は承継人には及ばないことになる。では、既判力が包括承継人に及ぶことを―その実際上の必要性からではなく―理論により裏付けることはできないのか。包括承継人を被承継人と同一の地位にあると視るという法的評価によって裏付けられた。この「同一視」を媒介として当事者でなかった包括承継人に既判力が及ぶことの説明が可能になった。だが、「同一視」を可能にしたのは承継が「包括」的であったからである。〔だが、この擬制を結果する法的評価論は、既判力拡張の必要性に法的な表現を与えたものであって、拡張を定めた法規の成立可能の論理を提供したものではないのではないかと思う。

必要だから法規が認められるということと、該法規の成立は――その必要の有無を捨象しても――論理上可能であるということとは別のことであると考える。」

3　特定の債権の承継人が「承継人」に当るかについては、判例は当初は否定したが、学説の反対に遭い、これを肯定するに至った。この肯定を学説の展開第一と呼ぶことにする。学説は、特定の債権の承継人に該債権の存否を確定する判決の既判力が及ぶことの根拠を、承継人の債権が被承継人の債権に依存するという「従属関係」「依存関係」に見出した。包括承継人と同じ意味の「同一性」を特定承継人に「視る」のは困難であると自覚されたのであろうか。しかし、実体法上の従属性がなぜ訴訟法上の「既判力は当事者に限る」の原理を破ることが許されるのか。特定債権の承継人を「承継人」に評価すべきであるとか、特定債権の承継においては「従属関係」が見られるということは説かれた。そしてそのこと自体にはほとんど異論はなかった。しかし、そこに「従属関係」が見られるということと「従属関係」が見られることがなぜ論理上既判力の拡張の原因であるのかとは別の問題である。後者については説かれることなく従属関係説が現われたのであった。また「従属関係」がそこに見られるということから「従属関係」が見られる場合にのみ既判力の拡張があると結論することは論理必然的ではないのであった。

4　特定の債務の承継人が「承継人」に当るかについては、これを否定する学説からこれを肯定する学説に変り後者が通説となった。これを学説の展開第二と呼ぶことにする。人的債務は債務者の人格を異にするときは債務そのものを異にするという理論は、特定債務の承継の場合には前債務者の債務と承継人の債務とは同一と評価されるという同一視により克服された。この「債務の同一視」（債務者の人格の異別が捨象される）を媒介として債務の被承継人と承継人の間に「従属関係」が認識された。こうして、特定の債務の承継人に該債務の存否を確定する判決の既判力が及ぶことの根拠が「従属関係」に求められた。しかし、特定の債権の承継人につき前述したのと同じ問題が残存し、これは未だ答え

られなかったものであった。

5　既判力をもって確定された権利義務の承継は実体法上存しないけれども右権利義務の対象物件の所有または占有の承継は存するという場合には、そこに、狭義の意味での「従属関係」を見ることは困難である。しかし右の承継人がいわゆる「承継人」に当るとする必要性が存する場合があることが認識された。それは所有または占有が承継された物件を、地上から収去することまたは明渡して地上から退去することが、既判力をもって確定された義務の内容であって、しかもその義務が物権的請求権に対応するものである場合であった。「従属関係」をこの場合にも見出すために、物権的請求権に対応する「義務」は「物件」に「附着」するということを思弁が産出した。〔このようなことは、実定法の定めがないにもかかわらず観念することはできるものではない、と思われるが〕。かくして、「義務」を実体法上承継しなくても、「物件」（の所有または占有）を承継することにより「義務」を承継することとなり、この意味で、「従属関係」が存することを認識することも可能になったのである。だが、直接には、承継人は「物件」の承継人である。それがなぜ当事者の「承継人」であるのか。この点については、物件を所有または占有することが、その物件を対象物とする物権的請求権に対する責任者の適格ある地位にあることであるから、右所有または占有の承継が適格ある当事者の地位の承継をもたらす、と説かれた。これを展開第三と呼ぶことにする。展開第三においては、しかし、物件に附着した実体法上の義務が要するに承継される場合において、右義務が既判力をもって確定されているときには、承継人に既判力が拡張することを認めるとしても、それは「義務」が物権的請求権に対応する義務であるからであるが、「義務」が物権的請求権に対応することについてまでは既判力は生じていない（と解するのが一般であった）のであるから、「義務」が既判力をもって確定されても、これが附着する物件についての請求が物権的請求権に基づくことが既判力により確定されているわけではないので、物件の承継のみでは「承継人」該当の有無を定めることはできないはずであった。

6　「物権的請求権に対する責任者の適格」という観念は請求権が物権的請求権であることと当事者適格とを結びつけたものである。それは、当事者適格の承継の原因が既判力をもって確定された義務の承継ではなくてその対象物たる物件の所有または占有であるにもかかわらず、義務の承継の場合と同じ効果＝既判力の拡張を、物件への「附着」という観念を媒介として、認めたのである。これは当事者適格の承継という観念を導入した点で着目すべきものであった。「承継人」該当基準が訴訟法的視点からも考えられたのである。このような視点がひとたび成立すると、従前「承継人」該当基準として考えられたところの既判力をもって確定された権利義務の承継をも当事者適格の移転としてとらえられるに至った。この把握により、所有権確認請求認容の確定判決の基準時後に敗訴の被告から目的物の占有を承継した者が「承継人」に当ることを説明することがより容易になった。これを展開第四と呼ぶことにする。当事者適格の移転を受けた者を「承継人」に当るととらえることは、当事者適格の有無は主張された法律関係を素材として定まるから、既判力により確定されたということをはずして「承継人」に当るととらえることにほかならない。したがって、新適格者が前適格者の実体法上の権利・義務の承継人であるか否かの問題を（後に解決さるべきものとして）残したまま「承継人」に当るとするものである。この残された問題は「承継人」を当事者の一方とする後の手続において裁判の対象となることになる。この裁判手続において、新適格者といえども自己の攻撃防禦方法の提出を妨げられることはない。しかし、前提問題であるところの旧適格者とその相手方との間の権利義務については、旧適格者として既判力により遮断される攻撃防禦方法を新適格者として自己のために提出することが遮断される。これが既判力が新適格者（＝「承継人」）に及ぶことの実内容であることになる。展開第四においては、既判力が承継人に及ぶということの意味が従前の説と異なっている。従前の説は、承継人を被承継人と同一視し、承継人が被承継人の地位にあるかのごとくに、承継人が既判力に拘束されることを、前提としていた。

7　当事者適格の移転が「承継」であるということになると、当事者適格の概念が拡げられると「承継人」に当る範囲が拡がることになる。展開第三においては、物権的請求権に対する責任者の適格の承継はつまるところ引渡しの目的物の占有の承継が原因であった。しかし、引渡しの目的物の占有の承継が当事者適格の移転の原因であるのは、引渡請求の被告適格が引渡しの目的物を占有することに基づくからであって、そうであるならば、引渡請求権が物権的であるか債権的であるかを問うことなく、占有の移転により当事者適格が移転するというのが論理上の帰結である（ちなみに直接占有を移転した場合にはかならず前主は当事者適格を喪失するというものではない。建物収去土地明渡義務者が建物を賃貸して建物の占有を賃借人に移転しこれにより土地の直接占有を得させても、なお建物収去土地明渡請求の被告適格を失なうものではないことを想起せよ。）「物件」に「物権的請求権に対応する義務」が「附着」することを承認し、このような義務の義務者であると主張されることが当事者適格ありとされるゆえんであると考えるとしても、そのことは引渡請求の被告適格を―引渡しとは占有の移転であるから―引渡しの目的物を占有する者に認めることの妨げにならない。かくして、右にいう論理上の帰結はひとつの展開である。これを展開第五と呼ぶことにする。

8　展開第五においては、債権的請求の目的物の占有の承継の場合にも、占有承継人は民訴二〇一条の承継人に当るとされた。かかる占有承継人が被承継人の相手方に対してその固有の攻撃防禦方法を主張することができることは、物権的請求の目的物の占有の承継の場合（これにより即時取得が成立する場合を想起せよ）と異ならない。物権的請求権は目的物の占有者が何者であってもその者に対して向けられる。債権的請求は目的物の占有者が債務者である場合にのみその者に向けられる。このゆえに、被告適格を（実体法上の）義務の名宛人とのみ解する立場からは債権的請求の目的物の占有の承継によっては名宛人の（義務者たる）地位の連続が存しないから、適格の承継を認識する余地がないことになる。ここにおいて、債権的請求の目的物の占有の承継であっても、その債権的請求権が物権を背後に控えた「取戻」の

属性を有するときは、そこに適格の承継を認識することができるという説が現われ、被告適格を義務の名宛人とのみ解する立場に立ってもなお「承継人」に当るといえる場合を（ある種の債権的請求につき）認めることを可能にした。これもひとつの展開である。これを展開第六と呼ぶことにする。展開第六は、展開第三が債権的請求権の場合は物権的請求権の場合と同一に論じられないとしたことからの、展開である。反面、それは、（物の引渡請求の）当事者適格の判断基準への（請求を理由あらしめる）請求権の実体法上の属性の反映を払拭しきれなかった点において、むしろ展開第五から見れば、後退であった。

9　物権的請求権の目的物の占有者に対してはその者が何者であってもその者に物権的請求権が向けられる。第一の占有者は被告適格を有したものであり、第二の占有者は被告適格を有するものである。第二の占有者の占有が、第一の占有者との間に占有についての意思連絡が存して、第一の占有者の占有に依存した場合に占有の承継が認識される。右の意思連絡が存しないときは占有の承継は認識されない。しかし、そこに不法占有の継続が存するときは第二の占有者に既判力が及ぶ必要性が感じられる。この場合に既判力拡張を理由づけることは、しかし、従前の学説をもってしては困難である。ここにおいて、既判力の拡張を認めない場合において第一の占有者の相手方（勝訴者）が蒙る不利益と既判力の拡張を認める場合において第二の占有者が蒙る不利益を比較衡量することが説かれた。これはすべての場合についてなされることが可能なことである。そして、比較衡量の結果第二の占有者に既判力を及ぼさしむべしと評価される場合については、承継の有無の問題は給付の利益または権利の対象物の同一性に基づく占有の社会観念上の同一性という観点から承継ありと評価されると説かれた。こういう説はひとつの展開を示すものである。これを展開第七と呼ぶことにする。占有の承継があるとは認識されないところで占有の承継ありと評価して既判力を及ぼさせ、問題の最終的な決着は第二の占有者が起訴負担を負う訴えの手続においてなされるものとするという考え方は、「承継」を単純な「相

次」に置き換えて、「承継」の比重を零とし、比重を訴訟における両者の攻撃防禦方法の優劣に置くものである。換言すれば、確定判決の一方当事者と基準時後になんらかのかかわりをもった者に既判力を及ぼすか否かは終局的には訴訟において既判力の援用の効果を遮断する固有の防禦方法を有するか否かによって定まることを踏まえて、承継人がいかなる攻撃防禦方法を遮断されずに有するか、それを主張する訴訟の場を開かせる起訴負担の分配の基準はなにか、を明らかにすることがこれからの展開であるのではないかと思わせるものがある。

10　展開第一から展開第七までの展開は、登記の移転を受けた者が「承継人」に当るかという問題を解くために、登記の特質に応じた若干の変容を見せながら、応用された。かくして、歴史と現在とが接触する時間帯において、来るべき展開第八がどういう形でなされようとしているかが見えはじめているようである。

それは、上田㊸論文の表題である「判決効の主観的範囲拡大における法的安定と手続権保障との緊張関係と調和点」という表現が展開のために模索さるべきものを抽象的ながら示していること、に象徴される。本稿の主題である口頭弁論終結後の承継人に既判力が及ぶということも判決効の主観的範囲拡大のひとつの型である。いうまでもなく、判決効の主観的範囲の拡大にはこのほかに―形成力を除いても―なお種々の型がある。これらの型のすべてに共通する問題点がようやく明らかにされはじめたようである。ここに至るまでには、反射効に関する学説・訴訟承継に関する学説等の展開と相まって、口頭弁論終結後の承継人についての学説の右に要約した展開を待たなければならなかったのであった。これらの学説は、いうならば、口頭弁論終結後の承継人に当るべきであると評価される個々の事例型について、被承継人と承継人の間に共通の要素を発見し、これでもって右の評価結果を説明しようとしたものであった。しかし、法解釈学といえども、体系を志向し、共通概念を発見しそれによって整序分類をするものである。既判力の主観的範囲の拡張の問題はもともと拡張の必要性と拡張により相対効を破ることとの対立の問題であった。拡張の実際の必要性を拡

張さるべきものと評価することの当然性に置き換えることが従来の法解釈学の仕事であったと思われる。だが、拡張されることが形式論理上必然であるということにより裏打ちすることも法解釈学の仕事であろう。承継が問題になる前主と後主につき、前主の相手方の利益と後主の利益との比較衡量をあらゆる事例型について試みる努力は前者の仕事に属するものとして今後も続けられるであろう。（前訴の当事者でなかった）後主の手続権の保障は要するに後主にいかなる攻撃防禦方法が留保されているかという問題であるから（小山昇民商七六巻三号一九七七年六月、一八―一九頁参照）攻撃防禦方法の取得・喪失の要件を研究することは後者の仕事に属するものであろう。上田㊹論文にあるように、「実質的当事者」の概念を上位概念として諸事例型を研究することは、単に思弁的なものに終らないならば、右のいずれの仕事に属するかは目下のところこれを明らかにする資料は公表されていないが、展開第八に属するもののひとつの萌芽であろう。

あとがき

初めての学説史の素描は困難であった。人の学説を正解することは容易でない。ドイツ人の学説か当該日本人の学説かを判別することも難しかった。だが誤解を虞れていては前に進めなかった。学説は単類型ではなく複類の主題に関する学説の組合わせから成る。筆者は、人の説くところから、本稿の主題に関する叙述のみを取り上げ、しかも、その理論構成の構造のみに着目した。それで十分であると考えたのではない。それにしか手が廻らなかったのである。訴訟係属中の承継との関連も同様の理由でこれに触れなかった。いうまでもなく、口頭弁論終結後の承継人に当る当らないの結論に至る論理過程の構造は、既判力本質論、当事者適格論、訴訟物論などを前提としこれと絡みあってできている。

諸学説のコンテツクストの中にあるこれらのものを理解するのに正確を期することは諦めざるを得なかった。歴史は所詮人が歴史と思うところであって素材そのものが歴史であるのではない。筆者は、みずから制限的にしか集めなかった素材ながら、素材（第一章四、第二章三、第三章三）から筆者が歴史と感ずるものを描いた（第四章）に過ぎない。この口頭弁論終結後の承継人の該当基準に関する学説の発展史の中で、筆者の説もその一里塚をなしていることを見たように思う。しかし、反面、一里塚にしか過ぎず、しかも、人はまたたくまにこれを乗り越えて前進したことも見た。そして人は、口頭弁論終結後の承継人をボーリングし、反射効・訴訟承継などのボーリングとともに、既判力の主観的範囲に関する共通の水脈に行きあたったように思われる。この水脈から、新しい発見が続いて展開されることが期待される。

附　昭和二二年に北大に奉職してから三十三年が過ぎた。その間に多くの論文を発表した。しかし、民事訴訟法学の進展に貢献したと思える論文は多くない。そのような論文を主題によって数えると、五本の指で数えるに足りるほどの数の主題に止まる。口頭弁論終結後の承継人という主題はその一つである。本稿はこの主題に関する学説の展開に筆者がどの程度の役割を果たしたかを見定めようとしたものである。本稿の第四章は筆者の北大における講義の最終のものになる予定である。

（一九八〇年八月三〇日）

Vol. 31 No. 3-4・I (1981)

Histoire du développement théorique de la notion du "successeur" après la clôture du débat oral dans l'article 201

Noboru KOYAMA*

L'alinéa 1 de l'article 201 du Code de procédure civile du Japon prescrit: le jugement sans appel a l'autorité de la chose jugée vis-à-vis des parties, des successeurs des parties après la clôture du débat oral ou de ceux qui ont la possession de l'objet de la demande.

Qu'est ce qu'on entend par le "successeur"? Sur ce sujet on n'était pas toujours à l'unanimité. A présent c'est de même. J'ai poursuivi le développement historique des théories sur ce sujet.

Le premier chapitre est consacré à connaître comment on a discuté sur ce sujet dans l'étape de la législation de l'article 519 de la loi du 27 mars 1890 sur la procédure civile et l'exécution forcée.

L'article 519, qui restait même dans la loi 1926, concernait ceux auxquels on fait l'exécution, parmi lesquels le "successeur" se trouvait, tandis que l'article qui correspond à l'article 201 de la loi 1926 ne se trouvait pas dans la loi 1890.

Le deuxième chapitre est consacré à présenter les discussions théoriques et la jurisprudence sur ce sujet depuis la mise en vigueur de la loi 1890 jusqu'à la mise en vigueur de l'article 201 de la loi du 24 avril 1926.

Le troisième chapitre est consacré à présenter les discussions théoriques et la jurisprudence sur ce sujet depuis la mise en vigueur de la loi 1926 jusqu'aujourd'hui.

Le quatrième chapitre se consacre à faire une esquisse du développement des pensées juridiques sur la notion du "successeur".

* Professeur à la faculté de droit de l'Université de Hokkaido

Dans l'épilogue j'ai constaté que j'avais participé avec une contribution au développement théorique sur ce sujet, que dans ce domaine une avancement rapide s'est fait pour laisser ma dernière théorie bien loin derrière et que cependant un nouveau germe d'une idée que je conçois actuellement va marcher à la tête de nouveau développement théorique.