HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	口頭弁論終結後の承継人について
Author(s)	小山, 昇
Citation	北海道大學 法學會論集, 10(1-4), 28-41
Issue Date	1960-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27781
Type	departmental bulletin paper
File Information	10(1_4)_P28-41.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

口頭弁論終結後の承継人について

小山昇

本稿は一九五九年十月十一日に立命館大学で開かれた民事訴訟法学会での報告を補つてまとめたものである。その時の諸先輩諸同僚の好意ある批判に対し感謝の念を捧げる。
（一九六〇年一月二十九日）

一　問題のおこり

一　例えば、家屋の明渡が請求されて所有権に基き返還を要求する旨と賃貸借期間満了を理由として返還を要求する旨とが主張されている場合には、いわゆる旧訴訟物理論によれば、これは二個の明渡請求権が併合されて主張されている場合であつて請求の（選択的）併合の場合に該るが、いわゆる新訴訟物理論によれば、訴訟物は一個の明渡請求であり、所有権に基くとか賃貸借期間満了とかいう主張は明渡請求を理由づける攻撃方法である。この新理論による結論に対し旧理論から次のような質問が出される。すなわち、新理論は物権的請求と債権的請求の区別を訴訟物の構成において反映させない。ところで、民訴二〇一条の承継人となるかどうかは特定承継については権利の実体法的性格によつて異なる。したがつて物権的請求権と債権的請求権の区別がされない場合には承継人となるかどうかを定

める根拠を失わせることになる、と（例えば、兼子・民事訴訟法体系三四五頁参照）。

二　また例えば、ある有体物の返還が請求されて、所有権に基くことと占有権に基くことが主張された場合、旧理論によれば二個の返還請求権が主張される場合であつて訴の（選択的）併合の場合に該るが、新理論によれば訴訟物は一個（の有体物の返還の主張）であつて所有権とか占有権とかは請求を理由づける法的根拠である。この新理論による結論に対し旧理論から次のような批判が出される。すなわち、新理論は訴訟物の構成においてある物権的請求権と他の物権的請求権とを区別しない。ところで単に占有権に基く回収請求については被告から目的物の占有を取得したものには訴訟係属について悪意でないかぎり既判力を及ぼすことができない（民二〇〇条二項参照）。したがつて、所有権に基くか占有権に基くかを訴訟物の構成において区別しないことは、承継人となるかどうかを定める根拠を失わせることになる、と（例えば、兼子前掲をみよ）。

三　筆者は新理論を支持するものである。従つて右の旧理論からの批判に答えなければならない。しかしすでに新理論の側からあるていど答えられている（例えば、三ヵ月・民事訴訟法一七四頁をみよ）。そこでこれを継承してさらに積極的に答えることが望ましい。ここではまず、旧理論の批判が批判として十分に成り立つかを吟味し、ついで新理論の側ではこの問題をどう解決するかを明らかにしてみたいと思う。

二　旧理論が行なう批判の検討

一　旧理論のひとつとして兼子一・民事訴訟法体系三四五頁と判例研究五巻一号一一〇頁兼子評釈とを俎上にのせよう。

既判力が口頭弁論終結後の承継人に対して及ぶ場合に、その及ぶということを、兼子説は、ある実体的な承継関係を基礎としてこれが原因となつて既判力ある判決で確定された権利義務が承継されると理解しているようである。(1)

(1)　権利義務が承継されることが原因となつて既判力が及ぶというのではないようである。既判力が及ぶということを別の言葉でいえば権利義務が承継されるということになるというのであるようである。例えば兼子説によれば「土地所有者に対する地上家屋の賃借人の立退義務は妨害物件の占有者として負うものでその占有の移転に伴なつて承継されると考えられる」（判研一一〇頁）。つまり、「占有の移転」が既判力が及ぶことの原因たる実体的な基礎関係であり、これが原因となつて、判決で確定された「賃借人の立退義務が承継され」、このことをいいかえれば妨害物件の占有者に既判力が及ぶということになるのである。

二　それでは、ある実体的な承継関係を基礎としこれが原因となつて既判力ある判決で確定された権利義務が承継される場合に、承継されるのはどんな理由を根拠とするのであろうか。家屋収去土地明渡を命ずる確定判決の既判力の基準時後に被告がその家屋を他に売却し占有を買主に移転した場合を例にとろう。この場合、兼子説によれば、「占有の移転に伴つて引渡又は明渡の義務が承継されるのは、何人にも対抗できる所有権に基く物権的請求権に対する責任者の適格が現在の占有者にあることに基くのであり」「単に引渡又は明渡を求める債権的請求権の場合は同一には論じられない」(1)（判研一一〇頁）。

(1)　ただし、訴訟上の和解に基づく賃貸借の解除による明渡請求の場合には、この「明渡請求権は債権的であるが、賃貸人が同時に所有権者の場合は、潜在的には物権的な性質をも兼有し——所有権に基づく不法占拠の明渡請求権が契約関係によつて蔽われている意味において——第三者に対する関係ではそれが現実化すると認められるから占有の承継人に対しても主張できる関係にある」。

三　この兼子説の理由づけに対し、何人にも対抗できるのは所有権なのであり、それから派生する物権的請求権ではないという批判がすでになされている（三カ月前掲をみよ）。この批判のほかに、さらに、占有の移転に伴つて物権的

請求権に対する責任者の適格が現在の占有者にあることになぜなるのかという質問がなされうるであろう。この質問に対する答はやさしい。明渡とは占有を移転することであり占有を移転することを求める場合に相手方たる適格を有するものは占有者にほかならないからである。しかしここで直ちに第二の質問が提出される。すなわち、口頭弁論終結前に占有の移転があつた場合には新占有者に被告適格があるにとどまり彼は原告に対し自己固有の権源に基づいて防禦をすることができるのに口頭弁論終結後に占有の移転があつた場合には新占有者に責任者の適格があることになり前訴の原告に対しては何事も争うことができないのはなぜか、と。これに対して兼子説は、責任者の適格が物権的請求権に対するものであるからであると答える（つまり、責任者とは確定判決ある物権的（請求権に対応する）義務者ということと理解してよいであろうか）。

この場合新占有者に対して確定判決が効力を有するということは、どういうことであろうか。新占有者は確定判決に前訴の原告と被告が拘束されることを争うことができないことを意味しはしない。なんとなればそれは新占有者だけでなく一般に第三者もこれを争うことができないからである。これはいわば事実上の効果である。新占有者に対して判決が効力を有するというのは、いうまでもなく、判決における判断を新占有者が自己の地位を前訴の被告の地位と同一視して前訴の被告に対する関係で争うことができないということである。(1) しかし前訴の被告の地位と新占有者の地位とは同一であるとは当然にはいえない。これを同一視するためには根拠が必要である。前訴の被告の地位が物権的請求権に対する責任者の適格という地位であることはその根拠になるだろうか。

(1) この場合、争うことができないということの内容として、新占有者は前主が前訴において提出することができたはずであるところの前主の利益になる防禦方法を主張して判決の拘束力を自己に有利に否定することができないことがあげられることはいうまで

もない。しかし、新占有者が自己に固有の防禦方法を主張することができないかは疑問である。この点に関し、筆者は既判力の本質についてどう考えるか、という民訴学会での山木戸発言は、本稿を理解する重要な鍵を指摘するものであつて、まことに適切であつた。

四　具体的に考えてみよう。

設例の場合において確定判決が新占有者に対して効力を有するということは、新占有者が前訴の原告に対して建物を収去して土地を明渡すべきことを新占有者が前訴の原告に対する関係で争いえないということであり、かつ、前訴の原告は新占有者に対する債務名義を必要とせず前訴の確定判決を債務名義として新占有者に対し承継執行文により明渡の執行ができることを意味する。

ところで設例の場合に、新占有者は、執行文付与の訴において、または、執行文付与異議の訴によつて、確定判決がその効力を自己に対して有することを争うことはできないであろうか。占有の移転が事実である場合にはもはや占有の承継を争うことはできないであろうが、これを原因として――兼子説の表現を借りるならば――「明渡の義務が承継される」とされることはこれを争うことはできないであろうか。いいかえれば、前訴の被告の地位と同一視されることを争うことはできないであろうか。

前訴の被告は自分が原告に土地を明渡すべきことを争うことはできないが、原告の土地所有権を争うことはできる。物権的請求の訴の判決の既判力は物権の存在については生じないというのが通説であるからである。従つて新占有者もまた前訴の原告の所有権を争うことができるであろう。そして、原告の所有権を争うことができる以上は所有権に基づく明渡請求権をも争うことができなければならない（明渡を争うことができないということはすなわち明渡請求権を

争うことができないことであるとしても、その明渡請求権が所有権に基づくことはこれを争うことができるのではあるまいか。所有権を争うことがかりにできるとしても、明渡請求権が物権的請求権であることを争うことはできない、という考え方はできないか、という伊東発言が民訴学会であった。)。前訴の被告が、原告の所有権を争うことができるにもかかわらず、原告の明渡請求を争うことができないのは、明渡を命ずる確定判決が求められた訴訟における被告であつたからである。そうでない新占有者までが原告の明渡請求について被告と全く同一視されることは、当然には結論されるものではない。被告と同一視されるためには、別の独立の理由がなお存在することが必要である。明渡請求が物権的請求に基づくということは右の同一視の理由とはなりえない。その理由を示そう。物権的請求権の何人にも対抗できる性格は民法上の性格である。この性格は、訴訟においては、何人を被告としても(その被告が適格者であるかぎり)このものに対して主張されることができるという機能を果すことにおいて、現われる。しかしいうまでもなく、右の主張が訴訟上是認されるのは被告適格者が原告の物権的請求権に対抗しうる占有の権源を有しない場合である。ところで、占有の移転により(占有の移転のゆえに)新占有者が被告適格者の地位につくが、新適格者は前訴の原告の物権的請求権(ここでは明渡請求権)に対抗しうる占有の権源を当然に有しないとはいえない。従つて旧適格者は、敗訴したのであるから、「物権的請求権に対する責任者」であるが、新適格者までが責任者であるとは当然にはいえない。新適格者もまた責任者であるためには、前述のように、旧適格者と同じく前訴の原告の物権的請求権に対抗することができないことが必要である。

このように考えてくると、前訴の被告の地位が物権的請求権に対する責任者の適格という地位であるということはそのことだけでは、新占有者の地位を前訴の被告の地位と同一視する根拠とはなりえないと思われる。従つて、それ

では、新占有者が「口頭弁論終結後の承継人」に該当するかどうかを判定する基準とはなりえない。そうすると、旧理論の側からの批判は、一方で基準になりえない基準をたてて、他方で新理論ではその基準が貫ぬけないからという理由で新理論を批判したことになりはしないだろうか。

五　また一般論として、いわゆる訴訟物の譲渡があつた場合に、それが口頭弁論終結前ならば訴訟の承継の問題となり、口頭弁論終結後ならば、既判力の（いわば）承継の問題となると考えられるのであるが、物権的請求の区別が後者において決定的機能を果すならば、前者の場合においても同様なのか、同様でないならば、後者の場合を前者の場合と区別するのはどんな理由に基づくかという反対質問が旧理論の側に向つて出されるであろう（民訴学会における三カ月発言のヒント）。

三　民訴二〇一条の承継人の意義

一　前述一において紹介された旧理論の側からの批判は批判として成り立たないことが前述二において述べられた。しかし、それならば新理論は民訴二〇一条にいわゆる承継人をどう解釈するかという質問が出されるであろう。この点について、つぎに、筆者の個人的な見解をひろげてみたい。

二　二〇一条によれば確定判決は口頭弁論終結後の当事者の承継人に対してその効力を有する。これは弁論終結後に承継があつた場合には前主たる当事者とともに承継人も確定判決の効力を受けることを意味する(1)。ところでここで承継とは――つまり確定判決の効力を受ける要件としての承継とは何の承継であろうか。一般に「承継は、一般承継であると、特別承継であるとを問わない。又権利承継、義務承継の別を問わない」といわれている。従つて承継とは

一般にいわれているところに従えば権利又は義務の承継であるといわれている。しかし、次の点が注意される必要がある。すなわち、承継の原因が、相続・債権譲渡契約・債務引受契約・転付命令などの場合には、承継されたものは権利または義務であり、しかも、前訴の判決の主文における判断の対象になつたものである（前訴の判決の主文中の判断は権利によって表現された利益の帰属をその対象とするが、それを権利といつてもここでは大差はない。）。ところが、承継の原因が例えば設例のように地上建物の売買契約である場合には、承継されたものは土地の占有（建物の占有を通して）であり、前訴の被告の明渡義務ではない。すなわち前訴の判決の主文における判断の対象になつたものではない。従つて、前訴の訴訟物がいわば承継された場合に承継人に対して確定判決が効力を有する根拠と前訴の訴訟物でないものが承継された場合に承継人に対して確定判決が効力を有する根拠とを統一的に探し求める必要がある。

(1) これを既判力を承継人が承継するというのは実は、正確ではないであろう。承継によって判決の効力が前主に対する関係で消滅するわけではないからである。

三　さて前訴の訴訟物がいわばその口頭弁論終結後に承継された場合、すなわち、例えば貸金請求の訴の被告の債務がその訴の口頭弁論終結後に引き受けられた場合に、その訴の判決が引受人に対して効力を有するのはどんな根拠によるか。それは、そういうことにしないと前訴の確定判決が無意味になるからである。例えば債権者は被告に対し、強制執行をすることができたのは、債務引き受けがあつたために、強制執行をするためにはさらに引受人に対する債務名義が必要となりそのために訴訟を起さなければならないことになるからである。

このような結果を防ぐためには、引受人はその債務に関し前訴の被告と同一の地位にあると擬制することが必要である。しかしその地位はいうまでもなく訴訟法上の地位である。なるほど、債務引受契約によって債務が前訴の被告

から引受人に承継されるであろう。しかも口頭弁論終結後の引き受けの場合には、判決によつてその給付義務が確定された債務が承継されるであろう。しかし、このいみの承継はいわば民法上の義務の承継である。このことは前訴の被告に対する判決が引受人に対し効力を有することを意味しない。判決の効力という訴訟法上の効力が引受人に対して生ずるということは、引受人が、前主が前訴で主張することができたはずの防禦方法を、前主がもはやこれを主張することができないと同じように、自分もまた主張することができないことを意味する。これは被告適格者たる地位という観点で前主と引受人の訴訟法上の地位を同一視したものである。(1)

(1) 民法上の義務者の地位という観点で、前主の地位と引受人の地位を同一視することは、前主に対する判決が引受人に対してその効力を有することの説明にならない。もし前主の地位と引受人の地位を同一視することを、引受人が判決で確定された民法上の債務の債務者の地位につくと理解するならば、民法上は、債務引受人は、債務引受前に債務が時効により消滅したことを主張することができるはずであるから、引受人は右の主張ができないという説明ができなくなり、従つて、前主に対する判決は引受人に対してその効力を有するとはいえなくなるからである。債権譲渡の場合に関しては判例がある。すなわち、債務者は債権の口頭弁論終結後の譲受人に対してその債権が前訴の口頭弁論終結前に時効により消滅したことを主張できない（大判昭和一四年三月二九日民集三七〇頁）。

四　このように、判決が承継人に対してその効力を有するということは、承継人が被告適格を有しその適格が前主の被告適格と同一視されるということを予想しているということができる。(1) してみれば、逆に一応、被告適格の移転と見ることができる実体関係があつた場合には、新適格者は、民訴二〇一条の承継人であるとすることができよう。

しかし、被告適格の地位の移転と被告の地位の移転とは同じではない。前主と承継人とで共通の点は、前訴がなかつたならば承継人が被告とされたであろうという意味において、訴訟物についての被告たる適格の地位にあつたまた

はあることである。しかし前主と承継人とで共通しない点は、訴訟における防禦方法が異なりうるという点である。訴訟においては、訴訟物を権利又は義務の主張であるとしても、それは争ある権利又は義務の主張であり、それが存在するかしないかが訴訟における当事者の攻撃防禦のいかんによるような権利義務であり、従つて、例えば債権者と前主との間で争われる場合と債権者と承継人との間で争われる場合とでは、防禦方法が異なりうるのであり、従つて被告適格の地位はあるという点では同じであるにもかかわらず、前主に対してと承継人に対してとでは判決が異なるということがありうるのである。

これを要するに、判決が承継人に対してその効力を有するとは、被告適格の地位をいわば承継したものは、前訴の訴訟物につき——訴訟物を旧理論的に構成しようと新理論的に構成しようと——前主が主張することができたはずの防禦方法を主張することができない、という意味に理解するべきものであろう。それは、前訴の訴訟物が物権的請求であるか債権的請求であるかにはかかわりはない。この理は原告適格の地位の承継の場合にも妥当する。

(1) なぜ一応としたか。それは、判決が承継人に対してその効力を有するということの意味が、前主が前訴で主張できたはずの防禦方法を承継人が自分のために主張できないことを意味し、承継人が自己に固有の防禦方法を主張することができないことを意味しないからである。この点について、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、一〇巻三号はその見解を明らかにしていない。筆者はこの点については、山木戸「訴訟物たる実体法上の関係の承継」、法学セミナー、三〇号、四七頁に示された考え方に賛成する。

五 この理は、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、例えば家屋収去土地明渡請求の訴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。すなわち、右訴においては、被告適格の地位を有するものは該家屋の占有者である。従つて占有が承継された場合には、承継人が被告適格を有する。従つて彼は民

訴二〇一条一項の承継人である。従つて彼は前主が前訴の原告に対して主張できたはずの防禦方法を主張することはできない。しかし、前訴の判決が彼に対して有する効力（の内容）はその限度に止まる。彼は前主には帰属せず自分にだけ帰属する固有の防禦方法を有するときは、それを主張することは妨げられない。彼は前訴の被告適格の地位を承継したが、前訴の被告の地位を承継したとはかぎらない。

六　以上において、ある人が、民訴二〇一条一項にいわゆる承継人にあたるかどうかは、前訴の訴訟物が物権的請求であるか債権的請求であるかにはかかわりがないこと、(1)訴訟物概念の理論的構成の差異により結論を異にするものではないこと、被告適格の承継の有無によつて定まること、及び判決の効力が承継人に対して及ぶということは承継人が自己に固有の防禦方法を主張することを妨げるものではないことが明らかにされたと思う。（このようにみてくると民訴二〇一条一項は――承継人を被告適格の承継人と理解することを前提として――承継人に既判力が及ぶことを推定した――つまり承継人に固有の防禦方法なしと推定した――規定であると理解することになろうか。）

(1)　このことは、前訴の訴訟物が物権的請求であつ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ものではない場合の例、及び前訴の訴訟物が債権的請求であつ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をあげることによつていつそう明らかにされるであろう。

前者の例としては、家屋収去土地明渡請求訴訟の口頭弁論終結後に被告から該家屋を譲受けこれを占有したものが該土地について自分が所有権者であると主張する場合が挙げられる。

後者の例としては、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つた場合が挙げられることができるであろう。

七　以上において述べられた基本的な考え方は、ある人が承継人にあたるかどうかの問題に民法二〇〇条二項がど

んな機能を果すかをも明らかにすると思われる。占有回収の訴の被告が口頭弁論終結後に目的物の所持を第三者に移した場合、第三者は被告適格の地位につかないかにみえる。所有物返還の訴の被告が目的物の占有を口頭弁論終結後に第三者に移した場合には第三者は被告適格の地位につく。承継人にあたるかどうかは被告適格の地位にあるかどうかによつて定まる（この点では上田前掲に賛成する）。そうするとそれはこの場合には前訴が所有物返還か占有回収かによつて定まるかのようにみえる。したがつて訴訟物の構成において所有物返還と占有回収とを区別する必要があるかにみえる。

しかし、ここで、次のことが注意されなければならない。まず、当事者適格は訴訟物ときりはなしては考えられないということである。例えば、被告適格の有無はその訴訟物について訴訟を追行する資格のあるものは何者かという問題であるからである。つぎに、適格の有無はそれ自身判断の対象であり、これを判断するためには一定の資料と一定の基準ないし視点がなければならないことである。適格の有無の判断の資料は原告の請求そのものである。適格の有無は訴訟物について判断さるべきであるからである。ところで、新理論によれば、訴訟物は、給付請求については給付を求める利益または地位または権利（受給権）の主張である。従つて、占有回収の訴においては、訴訟物は、回収さるべき目的物の引渡の主張である。ある特定の目的物の引渡が求められ、そのために訴が提起される場合には、訴の相手方は引渡要求が向けられた相手方である。ところで引渡要求は目的物の所持者に対し向けられなければ意味がない。このような視点からみれば、従つて訴の相手方も目的物の所持者でなければならないということになる。すなわち目的物の所持者が被告適格を有するというべきである[1]（この点は上田前掲と異る）。このようにして、何者が被告適格を有するかは、占有権に基づくかどうかを問わないで定まるのである。

そうすると、占有回収の訴の被告が口頭弁論終結後に目的物の所持を第三者に移した場合に、その第三者はまさに被告適格の地位につくのである。したがつて、彼は一応承継人である。それでは民法二〇〇条二項はいかなる意味をもつのか。これは、例えば、該第三者が、承継執行文付与の訴において、または承継執行文付与異議またはその訴によつて、自己への承継執行文の付与を争うために役立つのである。すなわち、彼は前訴の請求が占有回収請求であつたことを主張し立証すれば民法二〇〇条二項が適用され承継執行文の付与は否定されるのである。すなわち、民法二〇〇条二項は右のような場合に裁判所が判断するための裁判基準たる意味を有するのである。(2)

(1) 註上田前掲（とくに一九三頁）によれば、例えば有体動産の所有権確認訴訟の敗訴の被告からその口頭弁論終結後に目的物を買得した第三者が善意である場合には、その第三者には前訴の被告の適格は移転しない。従つて彼は「口頭弁論終結後の承継人」でない。ところで、善意であることは訴訟上いかなる意味をもつか。それは所有権を主張してその物の返還を求めてきたものに対し自己の所有権（反訴で主張することもできる）をもつて対抗するために自己の所有権を理由づける事由として意味をもつ。すなわち自己の（請求または）抗弁を理由づけるものである。逆にいえば所有権を主張して物の返還を求めてきたものの請求を理由なからしめるものである。従つて上田前掲の考え方の前提に、適格の有無は、請求又は抗弁を理由あらしめる事由により定まるという命題があるように思われる。すなわち、第三者が善意取得者である場合には前訴の勝訴の原告はこの第三者に対し、自己の請求を理由づけることができないがゆえに第三者には被告たる適格は移転しないということになる。しかし、右原告が右第三者に対し自己の請求を理由づけることができるかどうかは、審理を終えてはじめて確定される。そうすると適格の有無も審理を終えてはじめて確定されることになる。そうすると、原告が敗訴すべき場合に適格がなかつたことになり、原告が勝訴すべき場合に適格があつたことになる。適格とはそういうものであろうか。適格の移転については、筆者は山木戸「訴訟物たる実体法上の関係の承継」、法学セミナー三〇号四五・四六頁に傾くのである。

善意取得者は「口頭弁論終結後の承継人」でないとする上田前掲の結論に筆者は部分的に賛成する。しかしその理由ずけに同調することにはためらいを感ずる。それは以上の理由による。この問題はしかし、本稿が直接にとりあつかうものではない。他日に譲ろう。

(2) このことは口頭弁論終結前に被告が目的物の所持を第三者に移した場合も変りはない。この場合には、被告は訴訟を承継しても原告の主張を否認するだけで足り、現在の訴が占有回収の訴であることを主張する必要がない。裁判所は、原告が、二〇〇条二項但書に該当する事実を主張立証しないかぎり、同本文を適用するだけのことである。ここでも、民法二〇〇条二項はいわゆる裁判規範である。