

Title	訴訟承継論における「訴訟状態の拘束力」について
Sub Title	A study of the succession of action
Author	金, 美紗(Kim, Misa)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2010
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.17 (2010. 10) ,p.95- 136
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	リサーチ・ペーパー
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20101025-0095">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20101025-0095</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 訴訟承継論における 「訴訟状態の拘束力」について

金 美 紗

- 一 はじめに
- 二 兼子博士の訴訟承継論
  - 1 訴訟状態説
  - 2 生成中の既判力
- 三 兼子説修正の機運
  - 1 兼子説と手続保障論の軋轢
  - 2 新堂論文とその評価
- 四 訴訟承継主義との訣別
  - 1 特定承継の意義
  - 2 当然承継の意義
- 五 おわりに

## 一 はじめに

現在の判例・通説は、民事訴訟法49条ないし51条、および124条以下が定める訴訟承継制度に関して、前主と相手方間で形成された訴訟状態の拘束力が承継人に及び、承継人の訴訟活動はその限りで内在的に制約されるという建前を支持しており、訴訟承継概念に関するこのような理解は、民事訴訟法学者の間で共有財産となっているとまで言われる<sup>1)</sup>。

ただ、承継人に対する訴訟状態の拘束力を認める旨の規定は、所定の条文のどこにも存在しないのであり、通説的見解の端緒となったのは、兼子一博士が1931年に法学協会雑誌に発表された『訴訟承継論』<sup>2)</sup> という論文である。兼子

博士は、同論文の中で、訴訟承継とは「訴訟の進行中において訴訟の関与者たる当事者の訴訟上の地位が全部的又は部分的に第三者に移転し、その後第三者が在来の当事者に代わり又はこれと並んで訴訟に関与するに至る現象」<sup>3)</sup>をいうと定義づけられ、続けて、そこでいう当事者の訴訟上の地位が訴訟状態を指すこと、承継人は、前主の作り上げた訴訟状態に拘束されることを提唱された。そして、係争物譲渡による訴訟承継（特定承継）において、承継人への訴訟状態の拘束力を本質とする訴訟承継の制度をとくに訴訟承継主義と呼び、1996年改正前の旧民事訴訟法73条及び74条は訴訟承継主義を採用しているとの解釈論を展開されたのである。それまで、旧法73条及び74条の解釈をめぐっては、ただ訴訟経済上の便宜によって参加を認めたものと説明するものが多く、訴訟状態の拘束力を効果として提唱する者はなかったにもかかわらず<sup>4)</sup>、兼子博士が同論文で示された見解が、またたく間に訴訟法学会に浸透するに至ったのであるから、訴訟承継主義は、まぎれもなく法解釈学の賜物であるといえる。

---

1) 中野貞一郎「訴訟承継と訴訟上の請求」同『民事訴訟法の論点Ⅰ』194頁（判例タイムズ社・2001年）、畑郁夫「承継参加と引受参加」小山昇ほか編『演習民事訴訟法』739頁（青林書院・1987年）、兼子一＝松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』215-218頁〔新堂〕（弘文堂・1986年）、三宅省三ほか編『注解民事訴訟法』304頁〔小室直人＝東孝行〕（青林書院・2002年）、上田徹一郎『民事訴訟法』560頁（法学書院・第4版・2004年）、秋山幹男＝伊藤眞＝加藤新太郎ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ』489頁以下（日本評論社・2006年）、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）』421-422頁（有斐閣・2004年）。判例では、大判昭和16年10月8日民集20巻1269頁や最判昭和52年3月18日金法837号34頁が訴訟状態の拘束力を認めている。

2) 兼子一「訴訟承継論」同『民事法研究1巻』1頁以下（酒井書店・再版・1950年）。

3) 兼子・前掲注2) 8頁。

4) 例えば、菰淵清雄『改正民事訴訟法注釈』125-126頁（清水書店・1929年）は、旧民事訴訟法73条及び74条に関し次のように説明している。「（係争物の譲渡があった場合には）……新訴を提起せざるを得ず。然れどもこのごときは訴訟経済上不利益なるをもって、本条はこの如き場合においては裁判所は当事者の申立により第三者をして甲乙間の訴訟を引受け、これを継続することを得る便法を設けたり。」また、勅使河原直三郎『改正民事訴訟法概論』82-86頁（巖松堂書店・1931年）は、旧法73条及び74条の規定を独立当事者参加の項で扱っている。その内容も、73条の定める時効中断効の遡及等が、承継人の権利を保護するために置かれていることと、74条の引受裁判の趣旨の説明にとどまっている。

しかし、近時、訴訟状態の拘束力を前提としながらも、その例外を比較的緩やかに認める見解が多様に見受けられるようになってきた。なかでも、訴訟状態の拘束力そのものを否定することには躊躇する構えが大勢を占める中で、ついに新堂幸司教授が、訴訟承継主義からの訣別を宣言した論稿『訴訟承継論よ、さようなら』<sup>5)</sup>を発表されたことは、訴訟状態の拘束力という法概念の普遍性を理論的に検証し直す契機となるものと思われる。本稿は、このような状況の中で、通説の支持する訴訟状態の拘束力の理論的根拠を批判的角度から分析し、訴訟承継主義を否定された新堂教授の見解に賛同するとともに、さらに一歩進んで、拘束力を否定した場合に予測される不具合の有無と程度を検証することを目的とするものである。なお、以下本稿では、特定承継に限らず当然承継も含んで、訴訟状態の拘束力を本質とする訴訟承継概念を、訴訟承継主義と呼ぶことにする。

## 二 兼子博士の訴訟承継論

### 1 訴訟状態説

はじめに述べたように、承継人に対する訴訟状態の拘束力を本質とする訴訟承継主義が提唱されたのは、兼子一博士の『訴訟承継論』の中においてである。同論文によれば、訴訟承継とは、訴訟係属中に訴訟における当事者の地位が第三者へ移転する現象をいい、ここでいう当事者の地位とは、「訴訟法律関係説がその主体として考える形式的な地位にあらずして、争いの当事者として自己の追行関与によって作り上げた利益状態、生成中の既判力における地位を指す」<sup>6)</sup>。ここから、訴訟法律関係説と対置された利益状態あるいは生成中の既判力という法概念が、兼子博士の訴訟承継主義の基調をなすことをくみとることができる。

---

5) 新堂幸司「訴訟承継論よ、さようなら」新堂ほか編『民事手続法と商事法務』357頁以下（商事法務・2006年）。

6) 兼子・前掲注2) 42-43頁。

では、そもそも、利益状態ないし訴訟状態とは何を意味するのか。法律学的考察の対象として訴訟の全体を把握しようとしたとき、兼子博士が、訴訟法律関係説ではなく訴訟状態説を支持されたことはよく知られている<sup>7)</sup>。兼子博士は、1957年に発表された『実体法と訴訟法』<sup>8)</sup>において、訴訟は、既判力獲得による紛争解決という目標に向かって進行するプロセスであることを何度も強調された。「訴訟は法律的手段であり、また訴訟の成立進行に伴って訴訟主体間に個々の訴訟法上の関係が生じようとも、全体としての訴訟を法律関係と観察することは無意義である」<sup>9)</sup>と訴訟法律関係説を批判する一方で、「訴訟が法的現象であるとするれば、それは訴訟法律関係説のというような訴訟主体間の法律関係である点にあるのではなく、実体法と訴訟法との具体的交渉の場として、訴訟の目的である紛争解決の結果を示す判決の既判力としての権利関係の実在性を形成する過程であることに求めるべき」であり、「この既判力の生成過程をば、紛争利益の主体としての当事者の置かれた立場から見たものが、ゴルトシュミットの訴訟状態ということになる」<sup>10)</sup>と述べ、ゴルトシュミットの訴訟状態説を高く評価されたのである。

ゴルトシュミットの訴訟状態説は、法の考察方法を区別して二重法律秩序を認めたところから始まる<sup>11)</sup>。ゴルトシュミットは、訴訟の場においては、実体法規を裁判官の判決行為のための規準とみる訴訟的法考察方法を用いるべきであると説き、訴訟内の全ての法律関係を、裁判官の主観的判断に対応する不確実なものとして把握した。訴訟的法考察方法にしたがえば、裁判官は法的関係

---

7) もともと、訴訟を一つの法的現象として把握する試みは、訴訟法学が実体法学に追隨していた状況から脱し、訴訟法学独自の領域を確立することを目的として始まったものである。その発端は、ビュローの著書『訴訟抗弁説および訴訟要件』で提唱された訴訟法律関係説にあったが、次第にヘルヴィヒ、シュタインらの権利保護請求権説などさまざまな見解が主張されるようになり、20世紀に入り徐々にその意義が薄れていくまで華々しく議論が展開された。

8) 兼子一『実体法と訴訟法』（有斐閣・1957年）。

9) 兼子・前掲注8）122頁。

10) 兼子・前掲注8）132頁。

の主体におさまらない判断権者と捉えられることになり、その判断には常に不確実性や主観性がともなう。そのため、訴訟当事者は、裁判官の判断規準として機能する実体法規に依拠しつつ、いずれ下される判決に対する期待と不安を錯綜させながら、訴訟活動を行うことになる。当事者は、請求に理由があると判断されて自己に有利な判決が出る「見込」を抱くこともあれば、反対に、理由がないと判断され不利な判決が出る「危惧」を覚え、危惧される結果をくつがえす訴訟活動を行わなければならないという意味で「負担」を負うこともあるが、こういった見込や危惧ないし負担といった利益状態こそ当事者の法的地位であり、その法的地位を予期されるべき判決との関係で客観化したものが訴訟状態である。これをまとめれば、「要するに、ゴルトシュミットは、訴訟をば裁判所の判決の既判力により原告の請求の当否の確定を目標とする手続とし、訴訟の開始進行に伴って、次第に当事者間に将来下される判決に対する予診として、勝訴に対する見込又は敗訴に対する危惧の利益状態が生成変転しつつ発展し、既判力に至ってそれが確定的な状態として凝結するのであり、この利益状態は単に事実上のものではなく、訴訟上の行為、現象に結び付けられた法的効果の複合として、当事者間の訴訟法上の期待権と負担との交錯による点で法的状態であるとするのである」<sup>12)</sup>。

兼子博士もまた、独自の視点から、実体法が裁判規範として機能するとの訴訟観に依拠された。兼子博士がローマ法時代にまで遡って考察するところによれば、実体法は、社会の構成員間で生じた一切の私的紛争を調整解決し平和を保持するという本能的要求に基づいた民事裁判制度の中において、裁判規範と

11) 中野貞一郎「訴訟関係と訴訟上の義務」同『訴訟関係と訴訟行為』1頁以下(弘文堂・1961年)。ここに述べたゴルトシュミットの訴訟状態説は、同論文中で中野教授が要約されたところを参考にしたもので、ゴルトシュミットの原文を筆者が通読したものではない。同9頁によれば、「訴訟法律状態説の核心をなすものは、訴訟的法考察方法の理論である」とされる。ただし中野教授自身は、「訴訟法的考察方法の適用範囲が明確でなく、また、この考察方法だけが訴訟法学にとって必然的に要請されるゆえんの論証が欠けている」点が訴訟状態説の難点であると批判された(同12-14頁)。

12) 兼子・前掲注8) 128頁。

して機能すべく生成・発展してきたのであり、現代の実体法規も、その発展の延長線上にあるものと位置づけられる。現代の実体法規は、立法技術の躍進により、訴訟法規定とは理路整然と区別された純粹に私人間の生活関係を規律する規定で成り立っているため、一見すると国民に対する生活上の権利義務を定めたもののように思えるが、実体法規が複雑立体的な構造を持つこと自体簡易明瞭な規律が理想とされる命令規範であることとは相容れないし、挙証責任に配慮した規定の仕方になっていることもまた、裁判規範として訴訟で適用される場面に配慮していることをうかがわせる。さらに、実体法規がその効力を余すところなく発揮するのは、紛争が生じて訴訟へと持ち込まれた段階のことであって、それ以前に国家が介入して法に反した市民に制裁を加えることなどもともと想定されていない<sup>13)</sup>。

以上をもって、兼子博士は、現代の実体法規もまた、訴訟を離れては存在意義を有しない、すなわち、実体法は、考察方法の相違によらずとも常に裁判規範であるとされた。この点で、二重法秩序を認めるゴルトシュミットと立場を異にするものの<sup>14)</sup>、基本的には、ゴルトシュミットの訴訟状態説に賛同されたのである。すなわち、兼子博士のいう利益状態ないし訴訟状態も、ゴルトシュミットと同様に、当事者の訴訟追行によって作り上げられた一切の法的状態を、判決に結実する過程にある裁判官の心証から把握したものとして、理解することができるのである。

---

13) 兼子・前掲注8) 第2章、第3章。なお、続く第4章で、兼子博士は、「裁判の適正公平また訴訟処理の迅速経済」を目的とした合目的な技術的法規定である訴訟法も、裁判規範であると論じられる。すなわち、訴訟法に反する訴訟活動や訴訟指揮は、責問権の喪失による瑕疵の治癒という猶予付きの場合はあるにせよ違法・無効とされるため、裁判所の終局的判断は、当事者が訴訟法を遵守してなした訴訟行為の集合体に対するものになるが、この意味で、訴訟法も裁判所の判断を拘束する裁判規範であり、訴訟は、実体法と訴訟法が交錯する場ということになるというのである。したがって兼子博士は、「訴訟状態は、訴訟当事者が紛争の解決という目的から見て重要な彼をとりまく事情であり、実体法と訴訟法といういわば次元を異にする考察によって評価される事象の複合として現れるものということができる（同132頁）」と論じられた。

## 2 生成中の既判力

さて、このように、訴訟内の法的関係を訴訟状態と捉えた場合でも、それが当然に承継人を拘束すると解すべき理由はどこにもない。訴訟状態の内容を明らかにしただけでは、訴訟状態が承継人を拘束するという訴訟承継主義の帰結を導くことはできないのであり、兼子博士の訴訟承継主義の理論的根拠は、訴訟状態を既判力概念と結びつけることで、訴訟状態に「生成中の既判力」としての意味を持たせた点に見いだすことができる。

兼子博士は、訴訟状態の同義異語として生成中の既判力という表現を用いており、その理由を、「訴訟状態を単なる事実状態からより法律的な概念へと転化せしめんとする意図と、訴訟の承継を論ずる際には特に既判力の観念が密接に働いてくることによる」<sup>15)</sup>と説明されている。そもそも訴訟状態の一語には、訴訟当事者の法的地位を動態的に把握する意義と、訴訟の終局点からみたある時点での状況を把握する意義の二つがあり、将棋に例えるならば、前者は棋士の視点から、勝利するには次の一手をどう打つべきかを考えるものであるのに対し、後者は、いわば解説者の視点から、その状態で何割程度勝敗を決めていたかを検証するようなものといえる。前者の視点が訴訟行為の定義や分類をす

14) 兼子・前掲注8) 128-129頁は、「彼 [ゴルトシュミット：筆者注] が実体的法考察方法と訴訟的考察方法の対立を認めるのは、単に同一事物に対する考察方法の相違によって本質が異なるものとするのならば、奇妙なことであるが、これは彼が実体法は訴訟と離れて妥当するもので、訴訟で裁判官を拘束する規準となるのは、彼のいわゆる実体司法法であるとする二重法律秩序を認めることに起因するのであ……る。しかし実体法の公権的終局的な妥当というの、訴訟を通じた裁判所の判決においてしか原則として考えられないのであって、その実体法的考察とは現実の具体的事物に対するものではなく、仮定的抽象的な考察というべきであり、現実的具体的な考察方法としては、彼のいわゆる訴訟的考察方法のみが唯一のものとするのが適当であろう」と論ずる。なお、『実体法と訴訟法』で示された兼子博士の体系論に関する評釈として、三ヶ月章「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」同『民事訴訟法研究1巻』251頁以下（有斐閣・1962年）があるが、同255頁は、「訴訟制度から一見切断されている如き構造を持つ現在の私法法規と雖も、訴訟＝紛争解決ということを前提としてその目的によって統制されているというのが著者 [兼子博士：筆者注] の主張である」と評しておられる。

15) 兼子・前掲注2) 41頁。



る上で有用であるのに対し、訴訟承継主義の概念に大きく寄与したのは疑いなく後者の視点であり、これを兼子博士は、「生成中の既判力」と呼ぶのである。ただ、生成中の既判力という用語は、既判力を訴訟の経過に伴い徐々に形成されていくものと理解してはじめて用いることができるものであり、これに反し、既判力を判決確定時に突如生ずる法的効果と解する実体法説や訴訟法説の立場からは、「生成中の」といった時間的幅を持たせた用語で既判力を表現することは支持できないことになる。この点、兼子博士は、既判力本質論においてフッサールの現象的考察を支持して、訴訟以前に既存の権利が存するとの考え方を否定し、「権利関係の実在性は、紛争を契機とし、訴訟を通じて始めて形成される」のであり、「訴訟の確定判決こそ、国家権力に基づく公的の通用力ある判断であり、その判断内容に基づく既判力が公的な意味での既判力の実在性を示すものというべきである」と論じられた<sup>16)</sup>。このような既判力本質論によることで、「訴訟は既判力を得んことを目的とする手続で、しかもこの既判力の実体の成果として、順次に形成せられてくるのであって、訴訟は実質的に観察すれば、生成過程中的の既判力そのものであると云うと思う<sup>17)</sup>」との考察を得ることが可能になったのである。

---

16) 兼子・前掲注8) 第8章。兼子博士は、「法も権利も、物質界における物の存在とは異なり、意味の世界に属する文化的実在であり、特に権利義務は、通常法律の適用という人間の思考作用の産物であり、常に人の判断において実在化される」とのフッサールの現象的考察に依拠される。そして、実体法説と訴訟法説の両者に対し、「判決は訴訟外の権利関係の存否を、法の適用によって模写認識するものであることを前提とし、その存在と認識とが食い違う場合に、実体法説は存在を認識に合わせて作り直すのであり、訴訟法説は存在はそのままにして、認識を裁判所の間だけに通用させようとするのである。この点で両説共にワッハのいわゆるメタフィジックな態度を採るものであるといえる（同157-158頁）」と批判した。ここで兼子博士がメタフィジック（形而上学的）な態度と批判するワッハの見解については、山木戸克己「訴訟法学における権利既存の観念」同『民事訴訟理論の基礎的研究』1頁以下（有斐閣・1961年）が詳しい。また、兼子博士の既判力論については、鈴木正裕「兼子博士の既判力論について」兼子博士還暦記念論文集『裁判法の諸問題（上）』317頁以下（有斐閣・1969年）、同「既判力論に対する一考察」中田淳一先生還暦記念論文集『民事訴訟の理論（上）』35頁以下（有斐閣・1969年）に詳しい。

こうして兼子博士の法体系論のもとで生まれた生成中の既判力概念に対し、博士はさらに、それが既判力の先駆であるとして、既判力に準じる効果を認められた。このことは、兼子博士が、「既判力は個人間の主観的判断を超越した社会の判断における法規の妥当として、争の当事者を拘束するのであって、この効力はその生成過程においても既に認められるべき」であると論ずるところから明らかである<sup>18)</sup>。兼子博士は、その実質的な根拠を、訴訟状態維持の要請に求められる。すなわち、「各当事者は、一回的な紛争解決過程としての訴訟状態の形成展開においては、既得的地位が与えられなければならないのであって、自己の意に反して訴訟状態上の利益を剥奪されるべきではない。……この当事者の訴訟状態上の既得的地位は、訴訟係属中の承継人である第三者との関係においても維持されなければならない。……承継人と相手方との紛争解決について、前主である当事者の訴訟状態上の地位を利益不利益に拘らず、これに引受けさせるのが、両者間の公平を図る所以である」<sup>19)</sup>と。これに対して形式的な根拠は、既に述べた兼子博士の既判力本質論に求められるものと思われる。兼子博士のように既判力を権利実在化過程の終着点として捉えるならば、既判力は当事者と裁判所のトライアングルな関係で徐々に生成されるものとしてイメージされやすく、したがって訴訟には常に生成途中の既判力が付着・浮遊しており、そのような訴訟に関与するにいたった承継人も、生成中の既判力が付着した状態から免れることはできないものと観念される。兼子博士が、「訴訟物の譲渡の承継人が参加する場合は、前当事者の利益を承継し争の主体となりしが故であって、他の場合のごとく独立の利益に基づくものでなく、随って在来の訴訟状態をそのまま承認しなければならぬのである。彼の承継する利益

17) 兼子・前掲注2) 34頁。

18) 兼子・前掲注2) 34頁。

19) 兼子・前掲注2) 135-136頁。同43頁もまた、「承継人に対する既判力の範囲に関してわが新民事訴訟法 [1996年改正前民事訴訟法を指す：筆者注] は『口頭弁論終結後の承継人』に限っているが、訴訟における当事者の利益状態を尊重し、これを前述のごとく既判力の先駆と考えるならば、苟訴訟係属後にあっては、これを何らかの方法で承継人のために及びこれに対して及ぼさせることは理論上当然の帰結でなければならない」と論ずる。

は要するに生成中の既判力の附着したものである。」<sup>20)</sup>と述べるところにこの意味を看取することができよう。

ここからわかるように、承継人に対する従前の訴訟状態の拘束力を本質とする訴訟承継主義は、既判力の効果が訴訟係属の時点から徐々に生じていること、それはその時々々の訴訟状態として把握されるものであることといった、兼子博士の依拠する既判力本質論のもとに成り立つ議論であったといえる。すなわち兼子博士は、自らの法体系論から演繹的に、訴訟状態の拘束力ひいては訴訟承継主義を導いたのである。

### 三 兼子説修正の機運

#### 1 兼子説と手続保障論の軋轢

さて、通説・判例に支持された兼子博士の訴訟承継主義であるが<sup>21)</sup>、兼子博士の訴訟状態説や既判力本質論が今日にいたってもなお、わずかな変容もなくそのまま受け入れられているかといえば、決してそうではない。兼子博士以後、民事訴訟法学においては、所与の事象から解釈論や立法論を演繹する方法を離れ、制度の機能や目的を中心にすえつつそれに適った解釈論・立法論を目指すべきであるとの意識が高まった<sup>22)</sup>。そのせいもあってか、現在では訴訟本質論を語る意義が薄れており、なかでも訴訟状態説を支持する者はほとんどない。博士の既判力本質論に関してもまた然りである<sup>23)</sup>。

---

20) 兼子・前掲注2) 141-142頁。なお、同44頁の注49)は、「既判力に関し訴訟法的効果説を採る学者は、承継人は既判力を承継によって受けるのではなくして、特別な法の規定によって既判力が当事者以外に例外的に拡張せられる場合であると為すのであるが、私はむしろ承継人は既判力の関係を承継するものと思うのである。けだし既判力はある意味において法律関係が積極的或いは消極的に明確にせられた、即ち法規の妥当の度合随って又権利の実在性の程度であると言えるからである。」と論ずる。

21) 1996年の民事訴訟法改正では、兼子・前掲注2) 136-137頁で説かれた解釈をもとに、義務承継人の参加承継と権利承継人の引受承継を定める法51条が新設されたのであるが、このこともまた、同論文の影響力の大きさを物語っている。

上述のとおり、兼子博士の提唱された訴訟承継主義の根幹が訴訟状態論と既判力論にあることからすれば、その両方が支持を失えば、訴訟承継主義もまた支持を失うのではないかと自然な憶測であるが、現実にはこれに反し訴訟承継主義が支持を集めていることは、一見逆説的な結果である。ただ現在の通説的見解は、訴訟状態の概念を、訴訟法律関係説と対峙した理論的支柱として用いるのではなく、また既判力と結び付けた視点から把握するのではなく、単に訴訟追行状況にある一定の時点で把握した場合の訴訟資料の提出状況と、それに基づく裁判所の心証という事実状態を意味する言葉として使用する。また、承継人に対する拘束力を肯定する根拠も再考を迫られる。訴訟終了後の既判力さえ承継人に対して効力を生じるのである、いわんや訴訟係属中をばといふかのごとき兼子博士の解釈は、訴訟承継においては、「(確定判決は、) 口頭弁論終結後の承継人 (に対してその効力を及ぼす。)」と規定する民事訴訟法115条1項3号を、「訴訟係属は、訴訟係属後の承継人に対してその効力を及ぼす。」と読み替えるものといえようが、博士の既判力論を維持しない立場からすれば、同法115条の柱書で「確定判決は」と判然と主語を規律しているにもかかわらず

---

22) 三ヶ月・前掲注14) 271頁は、兼子博士の体系論は「どちらかといえば、現象的考察もしくは観照的考察とでもいべきものの要素の比重の方が大きいことは明らかである」が、今後の民事訴訟法学は訴訟の機能的考察の態度を明瞭に打ち出して進むべきではないかとの提言を行っている。この提言は、おおむね好感を持って迎えられた。例えば、新堂幸司『新民事訴訟法』64-65頁(弘文堂・第4版・2008年)は、訴訟法の理論や学問が、社会に生じる紛争の増加・複雑化に対応した方策を採り入れるべきであるということを皆に認識させた点は高く評価されるべきであるという。また、中務俊昌「民事訴訟法学説100年史」ジュリスト400号154頁(1968年)は、「民事訴訟法規も民事訴訟法学上の諸概念も常にある時代ある社会の制約から超越したものであり得ないとの意識は、それらを所与の前提として演繹的統一的になされる議論への、従来は結実することの困難であった反省へとつながり、抽象的な本質論ではなくて、制度目的を、あるいは立法の経緯にまで遡り、あるいは外国学説史や外国の制度の客観的再認識の助けをかりて追及し、あるいは利益衡量の観点を交え、具体的事例のきめ細やかな再検討と合わせて理論を再構成する気運が醸成されてきた。」と論じており、三ヶ月博士の提言がその後の学説に浸透していることを感得できる。

23) 新堂・前掲注22) 642頁。

ずこれを「訴訟係属は」と読み替える解釈には、疑問を抱かざるをえないことになるからである。この点を解決するためか、通説は、兼子博士の生成中の既判力に代わる形式的根拠として民事訴訟法115条1項3号の類推適用を掲げた。すなわち、特定承継も口頭弁論終結後の係争物譲渡も、係争物の譲渡という場面にどう対処するかの問題である点では変わらないとして類推適用の基礎を見出し、訴訟状態の拘束力が承継人に及ぶのは、いわば既判力拡張の前倒しであると説明してきたのである<sup>24)</sup>。

こうして、兼子博士の訴訟状態説や既判力本質論とは乖離したまま、承継人に対する訴訟状態の拘束力を認める訴訟承継主義のみが現在の通説へと継承されたのであるが、昭和から平成にかけての手続保障概念の重要性の高まりを受けて<sup>25)</sup>、通説に対し、批判や疑問を投げかける学説が現れた。承継人に対して

24) 例えば、新堂・前掲注22) 814頁は、訴訟承継も口頭弁論終結後の承継人に対する既判力拡張も、「争いの主体たる地位が訴訟外で変動することに対応して、その争いについて既に形成された紛争解決の過程ないし結果を新たな主体との間の争いにも通用せしめ、これによって、主体の変動にもかかわらず訴訟による紛争解決の実効性を確保するとともに、当事者間の公平を図ろうとする制度である」と説明される。

25) 手続保障の重要性を説く一例として、伊藤眞『民事訴訟法』21頁（有斐閣・第3版補訂版・2005年）は、手続保障の理念は訴訟法規の解釈および訴訟手続の運用にあたって常に念頭に置かれるべき指導理念であると述べる。同様に、新堂・前掲注22) 56頁および62頁は、両当事者には公平に主張・立証の機会が与えられるべきであるとの手続保障の原理を、民事訴訟法の立法論や解釈論を試みる場合の基本的特色として挙げ、これは憲法で保障された地位であるとする。これに対し、兼子一『新修民事訴訟法体系』35頁（酒井書店・1965年）は、「利害関係人をできるだけ同等に取扱い、利益主張の機会を与え、主観的にも裁判の適正について危惧不信を抱かせないようにする必要がある。」として、一応、民事訴訟制度の理想として「公平」の意義を述べられるものの、「国家は一般的に民事紛争の解決調整に公共の必要性を認めて、民事訴訟を設営しているが、私人も個人的に自己の紛争が解決されることに利益を痛感し、民事訴訟による裁判や執行を要求するのであって、国家としても、この要求を容れてやることによって、制度の機能を果たすことができる」との記述もあるように、全体としては、私人の利用よりも公益性に民事訴訟制度の意義を見出し、手続保障を内容とする公平という基準も、公益性に劣後する二次的な理念にとどまるものと考えられる。この点で、新堂教授や伊藤教授が手続保障に与える位置づけと対照的である。なお、手続保障論台頭の経過は、井上典興「手続保障の第三の波」同『民事手続論』29頁以下（有斐閣・1993年）に詳しい。

訴訟状態の拘束力を認めることが承継人の手続保障を害さないかという問題提起がそれである<sup>26)</sup>。

訴訟承継論と手続保障論の関係でいえば、当初、手続保障論が既判力をめぐる議論に影響を与え、既判力本質論に代わり既判力の目的論と正当化根拠が区別して論じられるようになったこと、これにより、既判力の主観的範囲を定めた民事訴訟法115条1項各号の解釈論が活発に行われたことが重要である。たとえば、吉村徳重教授は、第三者の手続保障の重要性を前提にしつつ、「前訴の訴訟手続に関与し自己の法的地位について弁論をする機会をもたなかった第三者が、なぜ、他人間の訴訟追行の結果に拘束されなければならないのか」という問題意識を真正面から取り上げている。吉村教授によれば、「当事者は処分権主義・弁論主義のもとで審判の対象たる権利関係を特定し、これについての攻撃防御方法を自由に選択し提出する機会を保障されて訴訟を進行してきた以上は、その結果について自ら責任を負うのであって、……（攻防を展開した結果については）自己責任を問うことになり、そこに既判力を生ずる根拠がある」。そのため、自己責任を問い得ない第三者に対しては、既判力の効力が及ぶことなど基本的にはありえない。ただ、法115条1項各号の規定に関しては、「第三者の法的地位が訴訟物たる権利関係についての当事者の処分左右される実体的関係にある」ことを理由に、例外的に正当化することができる<sup>27)</sup>と論ずる。また竹下守夫教授も、既判力の目的を紛争解決に求める一方で正当化根拠を手続保障に求めながら、手続保障が不十分なし不可能なときにはそれ以

---

26) 手続保障の問題は、特に引受承継を念頭においてされてきている。承継人が自らのイニシアティブで（すなわちほとんどの場合自分に有利であることを見込んで）訴訟に参加していく参加承継とは異なり、引受承継では承継人が訴訟参加を強制されるので、「他人間の訴訟の影響を受けずに独自に裁判を受けられる訴権的利益」を侵害される恐れが生じやすいからである。この点につき、新堂幸司「訴訟当事者から登記を得た者の地位」同『訴訟物と争点効（下）』316頁（有斐閣・オンデマンド版・2002年）を参照。参加承継の場合に承継人の手続保障を全く顧みなくてもよいかのようなゆき過ぎた二分論的思考には問題があるが、現実には手続保障が問題となるケースの多くは引受承継の場合であるということについて疑問を呈する者はないようである。

外の論拠で既判力が及ぶ理由を正当化しようと試みている<sup>28)</sup>。

既判力の主観的範囲の分野で手続保障の問題が取り上げられるようになると、それと平行に論じられてきた訴訟承継論でも、必然的に同様の議論がされるようになった。訴訟状態の拘束力から承継人を解放するための解釈論は、大まかにいって二つに分かれる。一つは、手続保障が不十分な者を承継人概念から除外し、そもそも訴訟承継を認めないことで解決しようとする立場であり、もう一つは、承継は認めつつも訴訟状態の拘束力が及ぶのを制限することで解決しようとする立場である。かつて前者の立場を採られた新堂教授は、承継原因の有無は、「一方において、第三者の利益の保護と申立人のそれとの公平を考え、他方において、訴訟経済、紛争解決の実効性の効用と迅速・適切な訴訟進行の確保という諸要請の調和を図る比較考量」によって決せられるべきであると論じられた<sup>29)</sup>。引受承継では、他人間で形成された不利な訴訟状態に拘束されるという第三者の不利益がその重要な考慮要素となるのに対し、参加承継では第三者にこのような不利益は生じないから、もっぱら手続を不当に混乱させることにはならないかが主な考慮要素となる。つまり引受承継の場合は、引受を強制される第三者と引受申立人の公平にかんがみて、手続保障の不充足が予想される第三者をあらかじめ承継人の枠から外すべきだというのである。

---

27) 吉村徳重「既判力の第三者への拡張」吉村＝井上正三編『講座民事訴訟6』139頁以下（弘文堂・1998年）。なお、上田徹一郎「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」判タ281号47頁以下は、判決効の主観的範囲拡大の問題を「法的安定ないし紛争解決の一回性の要請と、手続保障との緊張関係の中で調和点をどこに求めるかの問題に他ならない」と端的に指摘している。同趣旨を述べるものに、河野正憲「判決効の主観的範囲」林屋礼二＝小島武司編『民事訴訟法ゼミナール』301頁（有斐閣・1985年）、新堂幸司「弁論終結後の承継人」同『訴訟物と争点効（下）』354頁（有斐閣・オンデマンド版・2002年）がある。伊藤眞「学説史からみた手続保障（2）」法学教室22号23頁（1982年）は、兼子博士の既判力論と吉村教授の既判力根拠論の記述を対比させながら、学説上一般に吉村教授のような考え方が浸透していく傾向にあると論ずる。ほかに、小山昇「口頭弁論終結後の承継人の基準に関する学説の展開について」北法31卷3＝4号1159頁以下（1981年）を参照。

28) 兼子ほか・前掲注1）593頁〔竹下守夫〕

29) 新堂・前掲注26）320頁。

これに対し、手続保障が不十分な承継人には訴訟状態の拘束力が及ぶことを否定する後者の立場を代表されたのは、井上治典教授である。井上治典教授は、訴訟引受責任と承継人に対する訴訟状態の拘束力は、要件論と効果論という異なる場面の問題であり、切り離して考えることができるという。つまり、承継人であれば常に訴訟状態の拘束力を承継する、と考へなければならぬ理由はないと。当該紛争の具体的な態様と前主が形成してきた具体的な手続経過によっては、訴訟状態の拘束力を緩めることを認める柔軟な解釈論が展開されてよいはずであり、引受承継にもかなり多くのヴァリエーションがあるから、引き込まれた第三者が従前の訴訟状態に拘束されるとは限らず、むしろ原則としては拘束されるべきではないと論じられたのである<sup>30)</sup>。

承継人の範囲を狭める第一の立場を採れば、手続保障の侵害が懸念される者に対しては訴訟状態の拘束力を及ぼさずに済む反面、いったん承継人として訴訟に関与した以上は訴訟状態の拘束力に与することになるから、承継人には訴訟状態の拘束力が及ぶという訴訟承継主義の建前自体は何ら変容をうけることなく維持されることができる。その意味では、第一の立場は、訴訟承継主義と抵触することなく手続保障論とのバランスをも確保しうる優れた見解であったと思えるが、参加承継と引受承継との間で承継人概念を相対的に用いているとの批判もあってか、その後の発展をみていない<sup>31)</sup>。これに対し後者の立場をめぐっては、原則として訴訟状態の拘束力を否定してよいのではないかと論じる井上治典教授の見解に対しては、一から訴訟追行のやり直しを迫られることになる相手方の利益にも配慮すべきであるとの批判が予想されるところであり<sup>32)</sup>、拘束力を一律に否定すべきであるとの結論に追随する者は他にいなかったものの、拘束力が承継人に及ぶ場面に制約を設けようとする考へは、多くの論者の賛同を集めた。池田辰夫教授や上北武男教授は、井上治典教授よりも前に、訴訟状態の拘束力が及ばないと解する余地を指摘されていた。池田教授は、原則として訴訟状態の拘束力を認めつつ、承継人の手続保障の観点からは、「新当

30) 井上治典「訴訟引受けについての手続上の問題点」同『多数当事者の訴訟』91頁以下（信山社・1995年）。



事者が旧当事者と緊密な実体的関係に立ち、しかも当該訴訟の係属を知り、あるいは知らないまでもそのことに過失が認められるといった新当事者側の事情がその際の拘束力を基礎づけることになる」といい<sup>33)</sup>、訴訟係属について善意・無過失であった承継人に対して訴訟状態の拘束力が及ぶことを否定される<sup>34)</sup>。

また、上北教授は、新旧当事者の間で訴訟物が同一と解される場合は原則として拘束力を肯定し、訴訟物が異別と解される場合は被承継人の行為と矛盾する主張も広く認めるべきであるとされる。さらに加波眞一教授は、従前の学説

---

31) 上田徹一郎＝井上治典編『注釈民事訴訟法（2）』251頁〔池田辰夫〕（有斐閣・1992年）、高橋・前掲注1）437-438頁、加波眞一「訴訟承継論覚書」撰南法学30号32頁（2003年）。

32) 三宅ほか編・前掲注1）287頁〔小室＝東〕は、「いたずらに承継を繰り返すことにより、弁論に関する諸種の制限を断ち切る濫用的現象が生じないとも限らない」と論じる。また、高橋・前掲注1）440頁は、概念の独自性という観点からは、訴訟承継を訴訟状態の拘束力を当然に内包するものとして整理すべきであると論じ、訴訟状態の拘束力そのものを一般的に否定することには懐疑的な姿勢を示している。また、訴訟状態の拘束力によって被る承継人の不利益は、前主に責任追及していくことで解決すべき問題であると論ずる。

33) 上田＝井上編・前掲注31）252頁〔池田〕。

34) 上北武男「当事者の交替」上田徹一郎＝福永有利編『講座民事訴訟3』321-322頁（弘文堂・1984年）。ただ、上北教授の議論は、承継人と相手方間の訴訟物が前主と相手方間の訴訟物と同一の場合を、双方の訴訟物が異なる場合と区別し、承継人に要求される手続保障の度合いを違える理論的根拠が明らかでない点で、疑問である。承継人の主観的事情をメルクマールとする池田教授の見解に対しても、手続保障の要請をおよそ主観的事情のみで把握するのは無理があるとの批判が考えられる。なお、池田教授の見解は、兼子博士の先見の明が示されたある指摘を想起させる。兼子博士は、承継人に対して訴訟状態の拘束力が及ぶ理由として、利益状態保持の要請と並び、「何人も自己の有した以上の権利を他人に移転することはできない」との実体法上の法諺を紹介していた。そして、ここからさらに一步思索を深め、「このことは逆にまた、この法諺の例外として、実体法的に取引上の善意取得者保護の制度が発達したことに対応して、訴訟係属又は既判力の承継についても、善意者保護を考慮しなければならないことを示唆することになる」と論じられたのである（兼子・前掲注8）139頁の注（27））。兼子博士のように、訴訟承継が実体法上の権利移転と関連する点に着目するのであれば、善意者保護という民法上の制度を訴訟法の解釈に応用することも理由があるが、手続保障という純粋な訴訟法上の要請から考えたときには、取引安全を趣旨とする善意者保護の制度を、訴訟法の解釈に応用する基盤をどこに求めるのか、その点を明らかにしない限り、実体法的な価値基準を解釈指針に持ち込むことは難しいのではなかろうか。

をふまえて訴訟状態の拘束力を否定すべき場合があることを認めたとうえで、訴訟状態の拘束力が承継人に対して生ずる場合のファクターを精緻に検討されている。加波教授によれば、訴訟状態の拘束力を正当化するには、二段階の考慮が必要である。第一は、承継人がいかなる実体法上の原因で係争物にかかわり合いを有するに至ったのかという実体法的要素であり、第二は、前主に対する手続保障が承継人に対する手続保障と同視できるかという純粋に手続法的要素である<sup>35)</sup>。例えば、売買代金請求訴訟係属中に当該売買代金債権が譲渡された場合、その譲受人である承継人は、前主と同様債務者に対して売買代金の支払いを求める地位にあるから、実体法上は前主から係争物に関する実体法的地位を引き継いだといえるが、債権譲渡がなされてから訴訟承継が生じるまでの間に前主がした訴訟行為は、もはや係争物に関する利害関係を失った者によるものであるから、この場合には、いくら前主に対して十分な手続保障が与えられていたとしても、それを承継人に対する手続保障と同視することはできず、承継人に対して訴訟状態の拘束力を認めるべきではないと論じられるのである<sup>36)</sup>。

井上治典教授を始め、上に掲げた池田教授、上北教授、加波教授の見解は、主に承継人側に存する手続保障に配慮すべき事情を拘束力否定のメルクマールにするものであったのに対し、山本和彦教授は、承継人の手続保障と相手方保護とのバランスを重視し、拘束力否定の主たる考慮要素としては、承継人側の事情よりもむしろ相手方の事情をすえるべきであると説く。山本和彦教授は、引受承継の事案に関して、「承継人の手続保障という観点からは、訴訟状態を承継させることに疑問が呈されることも確かに理解できる。」として、手続保障の重要性を認めておられるが、相手方がそれまで追行してきた訴訟状態を覆

35) 加波・前掲注31) 38-39頁には、「承継人が被承継人から係争物に関する実体法的地位を引き継ぐことで、当該係争物に関して形成された訴訟法上の結果を及ぼされる法的基礎が形成されたといえるが、それを完全に正当化するためには、被承継人に対してとられた手続保障が、承継人が自ら手続保障を受けたものと同視できると評価できる状況があるかどうか、ということが重要なもう一つの要素となる。」とある。

36) 加波・前掲注31) 39頁。

すことは相手方にとって著しく不利益になるとの理由から、原則として訴訟状態の拘束力は認めるべきであり、相手方が承継の原因に関与しており、引受人の新たな攻撃防御方法の提出を覚悟すべきときに限り、例外的に拘束力を否定すべきであるという構成を採られる。具体的には、金銭債権支払請求訴訟の提起中に、被告から第三者へ免責的債務引受けが行われた場合や、訴求債権が譲渡され、債務者が異議をとどめない承諾をした場合がこれにあたるという<sup>37)</sup>。

さらに、井上治典教授は、承継人に対する訴訟状態の拘束力を否定すべき理由の一つとして、承継人に固有の攻撃防御方法と前主自身の攻撃防御方法とはそれほど明確に区別できないことを挙げ、「訴訟中の訴訟状態の承継についても、承継人自身の利益を守るための手続の繰り返しや新主張が一定の範囲で認められる基盤は大いにある」と論じられたのであるが<sup>38)</sup>、このことは、通説が承継人に固有の攻撃防御方法の提出を認めることで、訴訟状態の拘束力が承継人に及ぶのを制限することと同様の帰結を得てきたことを示唆するものである。実際、承継人に固有の攻撃防御方法は、承継人の手続保障が問題となる引受承継の場合とはとくに、前主の訴訟状態の拘束力から承継人を解放する手段として論理構成されてきた感がある。たとえば井上正三教授は、承継人に固有の攻撃防御方法の提出を認めなければ不都合が生じる場合を見越して、「前主・相手方間の具体的訴訟経過に照らした配慮が、固有の攻撃防御方法を定める際にも行われなければならない」と早くから指摘されていた<sup>39)</sup>。また、中野貞一郎教授は、馴合的な訴訟が行われてきたことを知らずに係争物の譲渡を受けた者には、固有の攻撃防御方法の提出を認めるとされ、上北武男教授は、土地所有者であるXが、土地賃借人であるYに対して契約解除に基づく建物取去・土地明渡訴訟を提起し、その訴訟係属中に、Y所有家屋に抵当権を有するHが抵

37) 山本和彦「訴訟引受けについて」判例タイムズ107号63-64頁（2001年）。

38) 井上・前掲注30) 92頁。この他に、承継人に固有の攻撃防御方法と、前主自身の攻撃防御方法との区別の困難さを指摘するものとして、福永有利「参加承継と引受承継」三ヶ月章ほか編『新版・民事訴訟法演習』49頁（有斐閣・1983年）。

39) 井上正三「訴訟承継の意義と範囲」小室直人編『セミナー法学全集7民事訴訟法』163頁（日本評論社・1974年）。

当権を実行し競売で建物を買い受けたEは、建物と敷地の利用について実質的な利害関係を有するから、固有の攻撃防御方法を提出できるとされる<sup>40)</sup>。しかしここまでいくと、承継人・相手方間の訴訟物に関する攻撃防御方法だからこれを自由に提出できるのではなく、ただ、承継人は保護されてしかるべき立場にあるから、固有の攻撃防御方法を提出できると理論構成されているにひとしい。このようにして通説が承継人に固有の防御方法の範囲を決してきたのであれば、それ自体、承継人に訴訟状態の拘束力が及ぶ場面を制限しようとする一つの試みとして位置づけられよう。

以上のように、承継人の手続保障の観点から訴訟状態の拘束力に一定の譲歩を求める見解が増えており、手続保障論の高まりは、揺らぎのない通説たる地位を築いていた訴訟承継主義に対し、その内容の修正を迫っているといえる。もっとも、ここに掲げた諸学者の見解は、いずれも「訴訟状態の拘束力」というテーゼを否定したのではなく、むしろ承継人に対して拘束力が及ぶことを前提としつつ、そこから解放する理論をどう構築するかに眼目が置かれていた。その点に、後述する新堂論文との差がある。

## 2 新堂論文とその評価

新堂論文は、兼子説以後の訴訟承継制度をめぐる議論の進展をふまえたうえで、訴訟状態の拘束力を正面から否定する結論を出したものであり、その論拠は生成中の既判力概念の破綻と手続保障の重要性に求められている。手続保障を重視することで訴訟状態の拘束力が働く場面をできる限り限定的にしようとの論理は、上述の諸学説と基本的な出発点を同一にするもので、格別目新しいものではない。同論文について特筆すべきは、承継人に対して訴訟状態の拘束力を及ぼす理論的な根拠がないことを明らかにされたことにある。

新堂教授の論ずるところによれば、兼子博士の見解には次のような難点がある。兼子博士は、訴訟を既判力生成の過程であると捉え、訴訟が承継人に承継

40) 中野・前掲注1) 162頁、上北・前掲注34) 321頁。

されるということは、生成中の既判力が付着した訴訟状態に承継人が入っていくことであると論じられたが、前主のした自白の拘束力や時機に後れた攻撃防御方法の却下など生成中の既判力の効果として捉えられる現象は、全体としての訴訟状態を構成する個々の主張立証事項ごとに拘束力を認めるものであり、主文にのみ効力が生じる既判力とは構造的に矛盾する。生成中の既判力を根拠に承継人に対する訴訟状態の拘束力を認めることは、言ってみれば、「本来、判決主文にしか生じないはずの既判力を、各争点についての拘束力に拡大・転化するもので、既判力のお化けを認めるようなものである」<sup>41)</sup>。また、今日の通説は民事訴訟法115条1項3号の類推に拘束力の根拠を求めているが、これもはなはだ疑問な法解釈であるとされる。「生成中の」と言う以上、生成中の既判力はまだ既判力そのものではなく当事者以外の者を拘束する力を有していないはずであるのに、承継人に対する第三者拘束力を認めることは、民事訴訟法115条1項3号の既判力を不当に拡大することにひとしく、まして、訴訟状態というのは結局のところ裁判官の心証や証拠調べの結果に結実する浮動的なものであるから、拘束力を持つとしてみるでも、その結果は検証不可能であり、これを生成中の既判力という言葉で表現してみたところで、法律的な概念と言いうるかは微妙であるからである<sup>42)</sup>。こうして、新堂教授は、口頭弁論終結後の承継人への既判力拡張と平行に終結前の承継人に対する「生成中の既判力」拡張を論じてきたことは、その実、何の根拠にも基づかない、いわば単なる迷信であると結論づけられるのである。

このうち、生成中の既判力を既判力と比較したときに露呈する不可解さは、新堂教授以前にも察知されていたようである。井上正三教授は、次のような具体例を示して、生成中の既判力と既判力の機能的差異にふれている<sup>43)</sup>。XがYに対し土地の賃貸借契約終了に基づく建物取去土地明渡請求訴訟を提起した。その訴訟係属中にYが建物をZに対し賃貸したため、XがZに対し引受承継の

41) 新堂・前掲注5) 380頁。

42) 新堂・前掲注5) 387頁。

43) 井上・前掲注39) 163頁。

申立てをし、Zが訴訟に関与したとする。このとき、一方でX Y間の訴訟物は、賃貸借契約終了に基づく目的物返還請求権としての土地明渡請求権であり、他方でX Z間の訴訟物は所有権に基づく妨害排除請求権としての土地明渡請求権である。訴訟物は同一・先決・矛盾関係のいずれにもないから、たとえY Z間に実体法上の依存関係が認められたとしても、X Y訴訟での判断がX Z訴訟に影響を及ぼすことは、既判力の面からするとありえない。ところが、生成中の既判力という点からすれば、YがZとの間で賃貸借契約を締結するより前にYがXの所有権を認める旨の自白をしていた場合、Zはもはやこれを争えなくなるし、しかもX Y間の賃貸借契約の成立・終了という争点についての裁判所の心証もそのまま引き継がれることになる。井上正三教授は、本例をして、「もともと同一当事者間での既判力の作用場面を、後訴の訴訟物が前訴のそれと同一、または両者間に先決・後決関係のある場合に限ってきた伝統的見解の再検討を促し、さらに、いわゆる争点効などの『判決理由中の判断の拘束力』問題が、既判力の作用論と別個に論議されていることへの疑問にもつながる」として、既判力概念の変容を示唆するために用いるのであり、その逆を正とする新堂教授とは立場を異にするものの、生成中の既判力が既判力以上の効力を有していることを浮き彫りにしている点では、共通の認識をうかがうことができる。

新堂教授は、既判力の機能と生成中の既判力の機能が異なることを理由として、概念矛盾を指摘されたのであり、正鵠を射た批判であると思われる。そもそも、兼子博士の訴訟承継主義の要衝を占めた生成中の既判力概念は、博士が、「訴訟承継はこの訴訟状態維持のための一制度なのである」<sup>44)</sup>と述べられていることから明らかであるように、当事者間における訴訟の利益状態を保障することを目的とするものであった。それに対し、既判力は、訴訟制度の紛争解決機能を保障することを目的とした制度であり、両者はその目的を本来的に違えるものである。そして、訴訟の利益状態を維持するということは、判決主文に関する判断を超えて、個々の争点ごとに裁判所の心証形成へとつながる状態

---

44) 兼子・前掲注2) 42-43頁。

をそのまま保障することを意味するのに対し、既判力の紛争解決機能は、前訴・後訴が同一関係、先決関係又は矛盾関係にある場合のみ、判決主文の判断と矛盾する主張が許されないという方法で働くに過ぎず、争点ごとの裁判所の判断まで保護するものではないから、訴訟状態維持の要請を「生成中の」既判力の言葉で表現したのは、言葉のあやであったと言わざるをえない。

また、兼子博士のように既判力を漸次形成されていくものととらえない限り、民事訴訟法115条は判決確定後に初めて適用されるべきものであり、それ以前には類推適用されようがないはずであるから、新堂教授による現在の通説批判も正当である。筆者には、訴訟承継主義が、とくに兼子博士の既判力本質論に支えられた概念であったにもかかわらず、既判力本質論を否定しながら訴訟状態の拘束力のみを支持した通説は、本来的に論理破綻をきたしていたように思われる。先述のとおり、訴訟状態の拘束力は生成中の既判力概念と不可分の関係にあるが、訴訟状態を生成中の既判力と言い換えることは、兼子博士の既判力本質論を採った場合にのみ可能となるのであって、それ以外の既判力本質論を採る場合には、訴訟状態の言葉以上に生成中の既判力という新たな概念を持ち出す必要も、理由もなかったはずである。それでもなお通説が訴訟承継主義を維持しようとしたのは、結局のところ、承継人と相手方間の公平や訴訟経済を追求すべきであるとの制度趣旨に過度に依存していたからではなかろうか。

そこで、訴訟状態の拘束力の根拠を、兼子博士のように生成中の既判力でもなく、通説のように民事訴訟法115条1項3号の類推適用でもなく、それ以外の説明に求めることはできるかを検討するに<sup>45)</sup>、これを、民事訴訟法49条の趣旨に求めることも一つの方法ではあろう<sup>46)</sup>。しかし、法49条は、時効中断効・法律上の期間遵守効という実体法上の効果を訴訟係属の初めに遡って認める規

---

45) この点、新堂・前掲注5) 383-386頁は、民事訴訟法115条1項各号によっても、承継人に対する訴訟状態の拘束力を認める根拠としては十分でないことを論証されている。ただ筆者は、手続保障論の重要性にかんがみて、法115条の規定は、類推適用はおろか拡大解釈の余地すら認めるに難いのではないかと思う。そこで、検討を要すまでもなく、法115条を、承継人に訴訟状態の拘束力が及ぶ根拠とすることはできないと考える。

定にすぎないから、ここから、承継人は被承継人のした自白を撤回できないとか、被承継人ができなくなった証拠を提出することはできないなどの訴訟法上の効果を導くのは、解釈として無理があろう。中野貞一郎教授が、拡張解釈と見るには文言を外れすぎているように思えるつつと指摘される場所である<sup>47)</sup>。また、飯倉一郎教授は、「本人が原因を与えてそれがため他人の行為によって不利益を受けることは、本人としてはその不利益を甘受すべきであるが、そうでない場合においては、他人の行為によって不利益を受けることがないという近代法の基本原理」に根拠を見出そうとするが<sup>48)</sup>、この原理が何にも勝る価値基準であることを立証できていない点で、説得力に弱いと加波教授から批判されている<sup>49)</sup>。加波教授自身は、訴訟状態の拘束力を承継人に拡張する必要性として、従来と同様、訴訟経済および両当事者間の公平の確保を挙げ、その正当化根拠を手続保障に求めている<sup>50)</sup>。しかし、訴訟経済や両当事者間の公平というだけでは、本来当事者間でのみ機能すべき拘束力を第三者へ拡張する必要性としては弱いのではなからうか。現行民事訴訟法上、係争物を譲り受けた第三者への制約拡張を認める制度は、115条1項3号しかないのであり、ここで議

---

46) 兼子・前掲注2) 142頁を参照。「私はこの根拠を第73条〔現行民事訴訟法49条：筆者注〕の趣旨に求めたいと思う。本条は特に訴訟の係属中の権利の譲受人の参加した場合恰も参加人が最初から訴訟の当事者であったごとくに、時効中断、期間遵守等の効力の遡及を認めているのであるが、これ争いが既に問題とされてから後その主体たる地位を承継したために訴訟継続の私法的効果についてもこれを承継したるが如く見たのであって、訴訟承継の存在を承認しているのである。ゆえにかかる利益を承継する半面にその不利益の承継をも伴うのが当然であり、承継人は前者と同一の訴訟状態にその地位を見出すのである。したがって私は訴訟物の譲渡の場合の承継人の参加は常に第73条を通じて第71条の形式によるものとみたいのである。」

47) 中野・前掲注1) 161頁。

48) 飯倉一郎「係争物譲受人の訴訟上の地位」木川統一郎博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進(上)』361頁(判例タイムズ社・1994年)。

49) 加波・前掲注31) 23-24頁。

50) 加波・前掲注31) 38頁は、「……そのような失権的制約をもたらず効力を正当化できる根拠は、当事者に十分な手続保障があったと評価できる手続の存在ということになろう。」と述べる。



論されるほどの必要性が訴訟承継の場面でも認められるかが問われなければならない。

民事訴訟法115条1項3号で口頭弁論終結後の承継人に既判力が拡張される理由は、訴訟手続の崩壊防止にある。仮に口頭弁論終結後の承継人に対する既判力拡張の規定がないとすれば、敗訴当事者は係争物譲渡による判決効潜脱という手段を採ることによって簡単に執行を免れることができ、その結果それまでの訴訟手続は無駄に終わってしまう。このような状況を防ぎ、判決の実効性をあらしめるため、口頭弁論終結後の承継人への既判力拡張が定められている<sup>51)</sup>。確かに、訴訟係属後口頭弁論終結前の段階でも、負けを察知した当事者が係争物を秘密裏に譲渡し、譲受人の存在が明らかにならないことによって、それまでの手続が無駄になってしまう恐れはあるが、この恐れを徹底的に排除したいのであれば、法は、参加承継・引受承継のような制度を設けるのではなく、譲渡禁止主義（訴訟係属中の係争物の譲渡を禁止する制度）または当事者恒定主義（特定の移転がなされても訴訟上はこれを顧慮せず、逆に従前の当事者に新権利者のために訴訟追行をなしうる適格を与え、その判決の効力を承継人にも及ぼすという方式）を採用すべきであったはずである。譲渡禁止主義の下では、訴訟の最終段階で当事者の一方が負けを察知したとしても、係争物を譲渡することによって判決効を免れるという手段を採ることはできないし、当事者恒定主義の下では、係争物を譲渡したとしても、当該譲受人にも判決の効力が及ぶから、判決効の潜脱が生じる恐れはないからである。ところが、現行民事訴訟法はこのような取扱いをしていない。上田徹一郎教授の指摘するように、判決効拡張は強制的なものであって、公共的な法的安定要求も強く働くのに対して、ことに参加承継と引受承継は当事者の申立てによるもので、訴訟状態の拘束力が承継人に対して及ぶか否かは任意的なものであり、私的側面が強いという違いが見ら

---

51) 新堂・前掲注22) 661頁。河野・前掲注27) 298-299頁は、「判決効の相対性の原則を厳格に貫くと、せっかく多大の努力と出費をしてようやく獲得した給付判決の実効性が確保されず、訴訟制度に対する不信の念を生む」ことを、判決効拡張が必要とされる理由としている。

れるのである<sup>52)</sup>。これは、訴訟が判決という最終形態に結実される前の段階では、訴訟手続の崩壊防止という目的が、もともと一歩退いたものとして制度構築されているためと解される<sup>53)</sup>。経済取引上は、訴訟係属中の係争物譲渡を認めた方が経済の停滞にならず望ましいことも多いし、係争物が譲渡された以上、実質的な利害関係人である譲受人が当事者として訴訟に参与した場合にのみ既判力が生じるとする方が、譲渡人に訴訟追行を任せてその既判力を拡張するとさせるよりも実体になうから、譲渡禁止主義や当事者恒定主義を採用するよりもメリットは大きい。このような配慮から、法があえて参加承継及び引受承継という訴訟係属中の係争物譲渡を認める制度を規定したのだとすれば、既判力の必要性を担保した訴訟手続の崩壊防止と同等の必要性を、訴訟承継制度にも見いだすことはできないと言うべきであろう。

このように見てくると、結局、承継人への訴訟状態の拘束力を認めるべき理由ないし必要性を見いだすことができないため、拘束力拡張の正当化根拠を持ち出すまでもなく、承継人に対する訴訟状態の拘束力は否定されざるをえない<sup>54)</sup>。現行法によって説明ができるものでない以上、「生成中の既判力」を根拠とし

52) 上田・前掲注1) 561頁。

53) 新堂・前掲注26) 335頁は、既判力制度に関して、「既判力の拡張によって不利益を受ける第三者は、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ものであり、そのような者としては、判決によって示される権利関係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言えないという判断が先に立つ」としているが、これに対し、訴訟承継が問題となるのは判決に至る手前の段階であり、仮に承継が生じなくともまだ従前の当事者との間で弁論が続いてゆくべき状況にあったと言える。つまり、「もはや紛争が解決した後」に係争物が譲渡されたわけではない。そうであるとすれば、既判力拡張の場合ほど相手方の利益保護に傾斜する理由はないように思う。なお、大審院昭和11年9月26日民集15巻20号1741頁は、XY間で抵当権抹消登記請求訴訟の係属中に、Yから係争不動産を競落したZに対し訴訟引受を認めた事案において、Zを承継人として認めた理由について、「……順次同一ノ奸策ヲ施サザルトキハ、即チ終ニ救済ヲ得ルノ期ナキニ至ルナキヲ保スベカラズシテ、コノゴトキハ民事訴訟法ガ訴訟ノ引受ナル制度ヲ認メタル精神ニ離ルルコト遠クレバナリ」とするが、以上述べたところからすれば、訴訟承継制度にこのような政策的根拠を見いだすことは疑問である。

54) 新堂・前掲注22) 806頁。

た訴訟状態の拘束力は、本来的に法が予定したものではないと言うほかなく、その結果、訴訟状態の拘束力があるからこそ意義があった訴訟承継主義の概念も、不要であるとの帰結にいたる<sup>55)</sup>——以上が筆者の結論である。

## 四 訴訟承継主義との訣別

### 1 特定承継の意義

#### (1) 前主のした訴訟活動が承継人に与える影響

特定承継について、訴訟状態の拘束力を否定し、訴訟承継主義に離別を告げるとして、それでは、前主と相手方で追行された従前の訴訟は、承継人との関係では全く何の影響も与えないのであろうか。特定承継について訴訟承継主義を否定するのであれば、訴訟係属中の当事者の交代を新訴の提起と弁論の併合による一般的方法とは別に、係争物譲渡による当事者交代の場合にだけ、民事訴訟法49条ないし51条による格別の規定が置かれていることの意義と実益を探求する必要がある。

従前、訴訟状態の拘束力を認めた場合の効果としては、訴訟資料の流用、前主のした自白の拘束力、時機に後れた攻撃防御方法の却下、中間判決の効力の四点が挙げられていた<sup>56)</sup>。訴訟資料の流用を除く三点であるが、訴訟状態の拘束力を否定する限り、これらの効果が認められないことは、しごく当然といって良い。係属中の訴訟への第三者の関与が、弁論の併合によらずに認められるものとしては、訴訟承継以外に独立当事者参加、共同訴訟参加、補助参加があるが、このうち、第三者の訴訟活動が従前の当事者の訴訟追行によって制約を

---

55) 中野・前掲注1) 161頁は、「訴訟状態の全面的承継を認める点に訴訟承継制度の眼目がある」と論じる。同様に、上野泰男「当事者関連項目について」民商110巻4=5号689頁は、「理論的な枠組みとしては、原則としてこのような拘束力を認めなければならず、仮にこれが否定されるとすれば、訴訟承継制度そのものが否定されなければならないであろう。」という。

56) 兼子・前掲注2) 45-46頁。

受けるのは、補助参加人の従属性という視点から民事訴訟法45条1項・2項の規定が置かれている補助参加の場合だけであり、これを、承継人が当事者としての立場で訴訟に関与することになる特定承継の議論に適用することができないのは明白である。自白に限っていえば、参加承継の場合は、必要的共同訴訟の規律が準用されて共同訴訟人の一人がした不利な行為は全員が一致しない限りその効力を生じないため、承継人が当該主張事実を争う限り、前主の自白に効力は生じないことになるし<sup>57)</sup>、引受承継の場合は通常共同訴訟の規律が準用されて共同訴訟人の独立の原則が働くから、前主がした自白の効力が承継人にも及ぶということはない<sup>58)</sup>。民事訴訟法49条ないし51条の規定を素直に適用すれば、前主のした自白が承継人をも拘束するとの結論が認められるはずはないのである。

## (2) 弁論の併合との関係

では、訴訟資料の流用の点はどうか。新堂論文は、訴訟資料及び証拠資料は強制的に引き受けさせられるのではなく、新当事者の選択に委ねられると論じており、訴訟資料の流用は当事者が各別に援用しない限り認められないと考えておられるようである<sup>59)</sup>。主観的追加的併合でも訴訟資料の当然流用は認められないとするのが多数説であり、新堂論文の見解が自然な結論であるかもしれない<sup>60)</sup>。ただ、新堂論文は弁論の併合との関係性を明らかにしていない。参加承継か引受承継かを問わず、後発的に共同訴訟が実現される点で、理論的には特定承継は常に弁論の併合を伴うことになるため、弁論の併合の効果をいかに解するかは、特定承継の効果を論じる際に避けては通れない道となるはずである<sup>61)</sup>。

57) 新堂幸司「共同訴訟人の手続保障」同『訴訟物と争点効(下)』344頁(有斐閣・オンデマンド版・2002年)。

58) 木川統一郎「弁論の併合と証拠調の結果の援用」同『民事訴訟法重要問題講義(下)』476頁(成文堂・1992年)。

59) 新堂・前掲注5) 388頁。

従来、弁論の併合の効果については、援用を要さずとも証拠資料の流用を認めるべきか否かで学説上見解の対立があった。弁論の併合の趣旨が審理重複に

- 
- 60) 山木戸克巳「追加的共同訴訟」同『民事訴訟理論の基礎的研究』84頁（有斐閣・1961年）は、「……訴訟物の譲渡に基づくのでない限り、追加当事者は従前の訴訟状態を承継しない。……もっとも追加訴訟の当事者は、従前その相手方に対しなした自己の訴訟行為及び証拠調の結果を援用することができ、あるいはその共同訴訟人の従前の訴訟行為及び証拠調の結果を援用することはできるであろう」と述べ、当然流用の可能性を否定する。福永有利教授、谷口安平教授も山木戸教授の見解に賛同する。福永有利「訴えの主観的追加的併合理論の現状とその問題点」Law School47号27頁以下（1982年）、谷口安平「主観的追加的併合」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（上）』531頁（有斐閣・1995年）。なお、訴えの主観的追加的併合とは、狭義では、係属中の訴訟に後発的に第三者が当事者として加入し、かつその者が既存原告または被告と共同訴訟人になる場合で、法の明文に根拠を有しないものをいうとして定義されるのが一般的であり、引受承継との間に類似性がある。
- 61) ここで、「参加承継か引受承継かを問わず」としているのは、次のような考慮に基づく。民事訴訟法49条および50条の規定によると、参加承継の場合には独立当事者参加の規律が準用されているので、合一確定の要請から、従前の訴訟資料すべて（自白を除く）が流用される。そこに弁論の併合が介在する余地はなく、本文のように参加承継と引受承継を区別することなく議論を展開することはできないことになろう。しかし、参加承継の事実では、承継人の参加により前主が脱退するのがほとんどであると思われる。そしてその場合、承継人が参加した頃には承継人・相手方の二当事者対立構造になっているから、合一確定の要請の根拠を三面訴訟に求める伝統的見解からしても、本訴請求と参加請求との相互に矛盾した関係に求める有力説からしても、合一確定の要請を維持する必要は全くなくなってしまう。それにもかかわらず、引受承継と区別して、証拠資料の当然流用を認めるべき理由は見いだしがたいのであり、参加承継の場合も、基本的には引受承継と同様の議論を進めるべきであると考ええる。三木浩一「独立当事者参加における統一審判と合一確定」新堂幸司先生古稀祝賀論文集『民事訴訟法理論の新たな構築』839頁以下（有斐閣・2001年）は、合一確定の要請が働く理由を本訴請求と参加請求が互いに矛盾する関係にある点に求めるべきであると論じ、矛盾関係が消滅した場合にまで合一確定の要請を維持することに疑問を呈する。なお、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法』684-685頁（弘文堂・第5版・2008年）、高橋・前掲注1）431頁の注（10）は、独立当事者参加訴訟において従前の訴訟状態に参加人が拘束されるかという議論をされているが、ここで念頭に置かれているのは、自白や参加人に不利になる訴訟行為で本来であれば民事訴訟法40条適用により効力を有しなくなるはずであるのに、法40条は参加人の関与した後にしか適用されないことにかに対応すべきかという問題意識であり、訴訟資料の流用の点を問題とした議論ではない。

よる訴訟不経済や裁判の矛盾・抵触を避ける点にあることを重視する立場は、併合前の訴訟と併合後の訴訟を全く別個のものとするのは妥当でなく、あたかも当初から併合訴訟として提起された場合と同様に一個の訴訟として取り扱うべきだとして、証拠資料の流用に援用は不要であると主張するが、他方、併合前の訴訟と併合後の訴訟は別個の訴訟であることを強調する立場は、当事者の援用を要すると論じていた<sup>62)</sup>。最高裁は、最判昭和41年4月12日民集20巻第4号560頁において、「数個の事件の弁論が併合されて、同一訴訟手続内において審理されるべき場合には、併合前にそれぞれの事件においてされた証拠調の結果は、併合された事件の関係のすべてについて、当初の証拠調と同一の性質のまま、証拠資料となると解するのが相当である」との判断を示しており、援用不要説を採ったと解されている<sup>63)</sup>。ただ学説は、判例に賛成する論者でも従前の証拠調べに関与しなかった当事者の手続保障に配慮すべきであると注意を促すものが多く<sup>64)</sup>、また、援用不要説では、新当事者に職権で併合がなされた場合に当該証拠調の結果がある当事者に知られないまま証拠資料とされる危険もあることを理由に、援用必要説を支持する見解も依然として有力であった<sup>65)</sup>。こうしたなか、併合前にされた証人尋問への参加の機会が全くないまま当該尋問の結果をも証拠資料とされてしまう当事者の手続保障に配慮して、防御権を与えるべく、1996年改正で「裁判所は、当事者を異にする事件について口頭弁

62) 議論状況は、井口牧郎「証人尋問と弁論の併合分離」兼子一ほか編『実例法学全集民事訴訟法（上）』294頁（青林書院新社・1963年）、岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座・民事訴訟法第3巻第一審手続（2）』291頁（有斐閣・1959年）に詳しい。

63) 奈良次郎「判批」最高裁判所判例解説民事篇昭和41年度140頁。石川明「判批」民事訴訟法判例百選第2版197頁（有斐閣・1982年）。竹下守夫＝伊藤真編『注釈民事訴訟法（3）』206頁〔加藤新太郎〕（有斐閣・1993年）。

64) 奈良・前掲注63) 141-142頁は、新当事者の証拠申出の採否を決定する際には、新当事者に手続保障が与えられていない点に配慮すべきだろうと示唆する。木川・前掲注58) 478-479頁は、証人尋問は立会いが重要な意義を有する証拠調べであることを理由に、1996年改正前民事訴訟法187条3項（現行法249条3項）の弁論更新規定や、旧法294条（現行法202条）の証人尋問権保障規定を類推して、新当事者から証人尋問の申出があった場合には裁判所に再度の証拠調義務を認めるべきだと論ずる。

論の併合を命じた場合において、その前に尋問をした証人について、尋問の機会がなかった当事者が尋問の申出をしたときは、その尋問をしなければならない。」と定める民事訴訟法152条2項が新設されたのであり<sup>66)</sup>、判例をめぐる学説の評価や法改正の趣旨からは、新当事者の手続保障が、弁論の併合の効果を解釈する上で一つの重要な指針となっていたことがわかる。

ここで、一口に手続保障と言っても、そこには二つの異なる意味合いが含まれている点に注意を要する。一つは、併合後の訴訟において、新当事者が事実認定に用いられる証拠資料の範囲を認識できなければならないという不意打ち防止の意味であり、もう一つは、新当事者が関与せずに形成された証拠資料を、新当事者との関係における訴訟物の判断に利用してはならないという防御権保障の意味である。援用必要説と不要説の対立は、前者の不意打ち防止をめぐる議論ではありえても、後者の防御権保障への解決策を提示するものではない。援用は、従前の証拠資料の提出行為でありどちらの当事者もなしうるから、併合前の訴訟に関与していた当事者が併合前の証拠資料を提出する余地を排除することはできず、したがって新当事者の防御権が保障されていないままの証拠資料が併合後の訴訟において利用される可能性を常に伴うものだからである<sup>67)</sup>。これに対し、援用必要説を支持する論者のうちには、援用を証拠資料選択権の行使であると解し、防御権の問題も一挙に解決を図ろうとするものがある。たとえば井上治典教授は、「併合前の証拠資料を併合後の事件に流用できるのは、それについて当事者双方に異議のない個々の証拠資料に限るのが原則であ

65) 井上治典「訴訟資料の継続利用と共通利用」井上＝伊藤眞＝佐上善和著『これからの民事訴訟法』193-194頁（日本評論社・1984年）は、「弁論の併合によって共同訴訟になる場合には、もし資料の流用を認めれば、自己がまったく関与していない手続の結果を承認しなければならないことになってしまう」のであり、判例の立場は、証拠資料の提出権限を認められている当事者側の視点が全く無視された理論構成であると批判する。福永有利「任意的当事者変更」鈴木忠一＝三ヶ月章編『実務民事訴訟講座1』111-112頁（日本評論社・1969年）も、始めから通常共同訴訟であった場合とは異なり後発的に二個の訴訟関係が並列するにすぎない場合は、後の関与者は全く証拠調べ手続に関与し得ないのだから、当然流用を認めるのは新当事者の手続保障に欠けるといって証拠資料の当然流用に反対する。

66) 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』155頁（商事法務研究会・1996年）。

る」と論ずる<sup>68)</sup>。井上治典教授の見解によれば、一当事者が援用しても新当事者がこれに反対する限りは、併合後の訴訟における証拠資料にならないことになるから、新当事者の防御権は保障されることになろう。しかし、この見解は、「援用」の語が、民事訴訟法173条の弁論準備手続の結果の陳述や、249条2項の裁判官交代による口頭弁論の結果の陳述、296条2項の控訴審での第一審における口頭弁論の結果の陳述においても用いられていること、とくに裁判官交代の場合は、当事者双方の合意のもとで証拠資料を提出する権限を与えることなど本来的に予定されていないことを説明することができない。この難点を回避するには、「援用」概念を局面ごとに区別してとらえる必要が生じるが、筆者には、法概念の統一性を犠牲にする解決が望ましいものとは思われない。

今日では、1996年改正の趣旨からもわかるように、弁論の併合の効果における議論の焦点は、後者の防御権の問題へとシフトしている。また、とくに特定承継の場合は、承継人の関与は当事者の申立てにより行われるので、援用を認めないと承継人が併合のあったことを全く知らないまま新たな証拠資料を基礎として判決が下されるおそれがあるという批判はあたらない。つまり、承継人が証拠資料の範囲を知らず、不意打ちを受けるという点を問題にする必要は少

---

67) 援用の法的意義を証拠資料の提出行為と捉えるのは、奈良・前掲注63) 141頁。受命裁判官又は受託裁判官による証拠調の結果の援用につき検討したものであるが、西村宏一「証拠調の結果の援用」判タ40号12頁(1954年)は、「援用は既存の証拠資料を受訴裁判所に対して当事者から報告する意味をもつ行為にすぎない」とし、その報告はいずれの当事者によるも、また証拠調に立ち会わない当事者によるもさしつかえないと論ずる。斎藤秀夫編『注解民事訴訟法(4)』456-462頁〔斎藤秀夫〕(第一法規出版株式会社・1975年)も同旨である。証拠調の結果の援用に限らず、およそ口頭弁論の結果の陳述も含めて論じたものであるが、鈴木正裕「当事者による手続結果の陳述」石田喜久夫＝西原道雄＝高木多喜男先生還暦記念論文集『金融法の課題と展望』407頁以下(日本評論社・1990年)が参考になる。

68) 井上・前掲注65) 194頁・200-201頁。伊藤・前掲注25) 106頁も、「自己が当事者として関与した証拠調べの結果については、すでに手続保障が与えられているので、援用を要しない。これに対して併合の申立てをなしていない当事者については、援用の意思表示を要する……。従前の証人尋問の結果などについて双方または一方当事者が援用を拒絶するときには、その証人について証人尋問を再び実施することになる」として、同旨を述べる。



なく、援用が必要か不要かの議論をしてみても、承継人の手続保障という観点からは実益に乏しい。より本質的に、全ての証拠調べ手続について承継人の防御権保障が充足されているかを検討する必要があるのであって、仮にこれが否定されるのであれば、従前の前主・相手方間の証拠調べの結果は、すべて調書として提出されなければならないのである<sup>69)</sup>。

### (3) 証拠資料の流用の可否

そこでまず、人証について考える。証人尋問には、当事者の尋問方法が奏功するか否かで得られる証言内容がかなり左右されるという特徴があり、当事者の立会権が非常に重要な意義をもつ。また、宣誓という厳粛な過程を経て真実義務を負った者の供述について、裁判所が直接供述態度を観察することができるので、供述内容の真偽について新鮮な心証形成がされやすく、後に新当事者が調書を確認しただけでは、裁判所と同一の心証を得るのが難しい。そのため、承継人にも従前の証人尋問への関与を認める必要性が高いが、既に述べたとおり、承継人は再尋問の申出をすることにより尋問の機会を保障され（民事訴訟法152条2項）、その結果次第で裁判所の心証も再度左右されることになるから、防御権の保障は充足されているとことができよう。当事者尋問の場合も、

---

69) なお、訴訟上の請求の権利義務帰属主体である当事者に当該権利義務の存否を争う機会を付与するという意味での手続保障は、一切の証拠収集・提出活動に及ぶべきもので、証人尋問に限って認めればよいというものではない。防御の機会が与えられないままに形成された証拠資料が事実認定に用いられた結果、予期し得ない判決が下される危険は、程度の違いこそあれ人証に限らず物証にも存するから、民事訴訟法が規定する五つの証拠調べ手続全てにおいて新当事者の防御権が充足されていると見うる事情があるかを検討しなければならない。新堂・前掲注22) 491頁が、「……（法152条2項で証人尋問について防御権を保障した結果）、従来の援用の要否をめぐる対立のほとんどは解消したとみられる。今後も援用不用説でよいと思うが、併合審理にあたり裁判所としては、従来関与していなかった手続については、その当事者に主張立証の補充なり、再尋問の申出、従前の書証等に対する反論等を提出するかどうかを確かめ、必要ならば、審理計画の調整をして防御権の保障に留意すべきであろう。」と論ずるのも、この趣旨であろう。新堂教授の見解に賛成するものとして、小室直人＝賀集唱ほか編『基本法コンメンタール新民訴訟法2』76頁〔吉川慎一〕（日本評論社・2003年）。

本人の供述は第三者の供述に比べて信用性が低いと言われることがあるが、必ずしもそうとは言いきれず、新鮮な心証形成がもたらされる証拠調べである点で証人尋問と変わりはないから、同じ理由で152条2項の類推適用を認めるべきである<sup>70)</sup>。また、鑑定に関しては、承継人の防御権を問題にする必要がそもそもないので、従前の性質のまま証拠資料として良い<sup>71)</sup>。なぜなら、当事者には鑑定人に対して質問する権利（鑑定人質問という。民事訴訟法215条の2第2項）が認められているものの、鑑定人質問は単に裁判所の判断に必要な点について鑑定結果を補充するためになされるもので、当事者の質問の方法いかんによって、得られる結果が左右されるという性質のものではないからである。また、鑑定手続は、裁判所の判断に必要な専門的知見を補うもので、鑑定人の代替性を本質とすることに鑑みれば、従前の鑑定を無に帰してまで、再度同一の証拠資料が得られることが予想される証拠調べを実施する必要もなからう。さらに、鑑定の性質から、実務上ほとんどの場合は鑑定書による書面陳述の形で意見報告がされているが、承継人はこれを閲覧し、謄写をすることもできるので<sup>72)</sup>、鑑定の内容を知る機会は十分に保障されている。承継人はこの結果を踏まえ、鑑定結果と異なる意見を有する専門家の意見書を書証として提出するといった

---

70) 当事者の供述の信用性が低いとの一般論に疑問を呈するものとして、吉岡進「事実認定に関する二、三の問題」司法研修所論集1978年2号13頁、中野貞一郎「当事者尋問の補充性」判タ506号14頁以下（1983年）、一問一答・前掲注66）238頁。斎藤秀夫編『注解民事訴訟法（5）』300頁〔林屋礼二〕（第一法規出版株式会社・1977年）、河野信夫「当事者の尋問」竹下守夫＝石川明編『講座民事訴訟5』310-311頁（弘文堂・1983年）。筆者は、当事者尋問の補充性規定が削除された現行法の下では、証人尋問と当事者尋問を区別する意味合いますます薄れていると考える。とくに、民事訴訟法152条1項によって並存する二つの訴訟の弁論を併合する通常の主観的併合の場合と比べても、特定承継の場合は、承継人はその時点から初めて訴訟に関与したのであって、従前に別の訴訟で当事者尋問等によって意見を述べる機会を与えられていたわけでもないから、152条2項の類推によって発言の機会を与える必要は高いといえる。

71) 鑑定は、筆跡鑑定やDNA鑑定のほか、主として、医療過誤訴訟や建築関係訴訟など、「過失」や「瑕疵」といった規範的要件の事実認定に専門技術的な判断を要する場合に行われる。鑑定について、門口正人編『民事証拠法大系』3-40頁（青林書院・2005年）、谷口安平＝福永有利編『注釈民事訴訟法（6）』456頁以下〔井上繁規〕（有斐閣・1995年）。

方法により、鑑定意見の証明力を争うことができる。

次に、物証についてはどうか。まず、書証に関しては、新当事者の手続保障を考える必要がない。なぜなら、文書の証拠調べは通常、当事者から提出された原本またはその写しを、裁判所が判決をするまでの間留置・保管し（民事訴訟法227条）、いつでも必要な時に閲読することで行われており、当事者の立会権がそもそも問題にならないし、また、承継人は、提出された文書を閲覧・謄写することによって、証拠資料の内容を認知することが可能だからである<sup>73)</sup>。最後に検証であるが、検証は、裁判官が検証の目的物を直接認識して自己の判断能力により事実判断をし、これを証拠資料とする点に特色がある。検証に当事者が立会うとしても、それは指示説明たる性質を有するにすぎないから、承継人が検証に立ち会っていたかどうかは防御権保障との関係であり問題にならない。承継人の防御権保障は、検証調書を閲覧し、必要に応じて更なる証拠の申出を行うことでたりると思われる。

このようにみえてくると、前主・相手方間で形成された証拠資料の流用を認めても、承継人の防御権が害される危険は実際には生じにくいことがわかる。ここから、筆者は、援用があったものだけを証拠資料にすべきであると解する必要はなく、従前の証拠資料はすべて、当然に流用されて良いと考える。

#### （4） 狭義の訴訟資料の流用の可否

では、従前の弁論に顕れた当事者の主張はどのように扱われるだろうか。引

---

72) 秋山ほか・前掲注1) 223-224頁。民事訴訟法91条1項・2項の訴訟記録の閲覧申請には所定の手数料を納めなければならないが、当事者であれば手数料を納付しなくとも閲覧が可能である（民事訴訟費用法7条、別表第2の1の1項）。また謄写請求も、その事件の当事者が事件の係属中に記録の謄写を請求する場合は、手数料を納付しなくてよい（同法、別表第2の1ないし第2の3）。

73) 司法研修所編『民事訴訟第一審手続の解説』33頁（法曹会・4訂版・2009年）。吉村徳重=小島武司編『注釈民事訴訟法（7）』25-29頁〔吉村〕（有斐閣・1995年）。ただ、処分証書について前主が成立の真正を認めていた場合、裁判所は改めて承継人に対し真正の認否を確認し、形式的証拠力を争う機会を付与すべきである。

受承継の場合、弁論が併合されて当初から共同訴訟であったとみなされるにしても、共同訴訟人独立の原則が働く結果、一方がした主張は、他方がこれを援用しない限り、他方との間では主張したものとみなされない。相手方が前主に対してした主張を、承継人に対しても訴訟資料としたいのであれば、主張ごとに個別的な援用を要する。反面、承継人は主張の内容を把握できるから、援用されても承継人に格別の不都合はない。通常相手方は、既に前主に送付した準備書面を再度承継人にも送付し、改めて承継人参加後の弁論期日に、「準備書面の通り陳述する」と述べるようになるだろうが、いずれにせよ簡易な手続である。また、相手方は、承継人が同意するならば、従前の主張を一括して援用することも許される。さらに、これとは逆に、承継人自身が前主のした訴訟行為を一括して援用することは妨げられない。この場合、相手方は、手続保障が十分に与えられていたのだから、拒絶することはできない。一括援用の法的根拠は、弁論の更新についての法249条2項類推に求めることができよう<sup>74)</sup>。

#### (5) 民事訴訟法49条ないし51条の意義と実益

ここまで論じてきたところをまとめると、訴訟状態の拘束力を否定した場合であっても、証拠資料に関しては、訴訟承継主義と変わらない帰結をもたらすことができ、主張については、ごく簡単な手続で、流用を認めることが可能になることがわかる。証人尋問や当事者尋問につき、承継人による再尋問の申出の結果、訴訟が無用に長引くのではないかとの懸念もあろうが、再尋問の申出は承継人の正当な権利行使であるから、訴訟が長引くとの理由でこれを制限するほうがむしろ背理であるし、また、濫用的な再尋問の申出がされる可能性は否定できないとしても、それは弁論の併合一般に考えられる懸念材料であって

74) 法249条2項を根拠とする考えは、春日偉知郎教授のご示唆によるものである。春日教授はまた、訴訟状態の拘束力を否定した場合の訴訟資料の流用の可否について、論ずる方向性も示唆してくださった。なお、任意的当事者変更の場合についてであるが、一括援用との結論を採るものとして、福永・前掲注65) 110頁がある。ただし福永教授は一括援用の根拠を明らかにしておられない。

引受承継の場合に限られたことではないから、信義則の法理で一般的な対処をすれば良いと思われる。結局、訴訟状態の拘束力を否定したとしても、従前の訴訟が徒労に帰すことにはならないから、訴訟承継主義の根拠とされた承継人と相手方間の公平や訴訟経済という観点からみて、それに馴染むことはあっても、弊害が生じることは少ないのである。

ただし、唯一自白に関してだけは、たとえば自白の成立後、特定承継がされる前に、証人が死亡してしまった場合のように、取返しをつかない証拠散逸が起り、相手方からすれば予測に反して審理を強要されることになるおそれがある。ただ、ほとんどの場合、実務では相手方が任意に自白の撤回に同意することが多いと言われているから、自白の撤回により相手方に予測しがたい不利益が生ずる場合は稀であろう<sup>75)</sup>。さらに、このような場合でも、承継人が従前補助参加人として前主・相手方間の訴訟に関与し、提出された訴訟資料の内容を熟知していたときや、承継人が訴訟係属中であることを知りながら、相手方詐害の目的で前主と通謀し、係争物を譲り受けたときには、信義則を根拠に承継人との間でも自白の成立を認めることができるから、承継人が自白に反する主張をしたことで不都合が生じるのは、極めて特殊な例に限られるのである。ここで生ずる不都合は、証拠収集が相手方当事者の過失によらずにできなくなったという事情をも「弁論の全趣旨」として斟酌するか否かを含め、すべて最終的には裁判所の自由心証による処理にゆだねられる。場合によっては、相手方が不利益を被る可能性もあるが、それは、承継人の手続保障と相手方の訴訟状態維持という対立利益との衡量によって生じるやむをえない結果なのであって、甘受せざるをえないものと思われる。

以上を前提とすれば、新訴の提起では弁論併合が裁判官の裁量に委ねられているのに対し、特定承継は当事者または承継人に併合強制権能を付与し、かつ従前の証拠資料の流用を認めるという点で、新訴の提起には還元しえない効果を有すると解することができる。さらに、参加承継に関しては、民事訴訟法49条

---

75) 八木良一「当事者の死亡による当然承継」民事訴訟雑誌31巻46-47頁（1985年）。

の文言どおり、実体法上の時効や期間遵守による制約を受けずに済むという点に、引受承継に関しては、新訴の提起の場合に新たに手数料として印紙を貼用しなければならない額に比べ、より低額な審判の申立てが可能である点に、独立の意義を見出すことができる<sup>76)</sup>。これらの点で、訴訟状態の拘束力を否定したとしてもなお、特定承継を制度として法定する意味は十分にあると解されるのである。

## 2 当然承継の意義<sup>77)</sup>

ここまでは、特定承継の解釈論を詳細に述べてきた。訴訟係属中の係争物譲渡に関し、現行民事訴訟法が訴訟承継主義を採用したと解すべきではなく、法49条ないし51条については、訴訟状態の拘束力とは離れた解釈論を展開すべきであるというのが筆者の結論であり、その場合の従前の訴訟資料・証拠資料の取扱いについて、個別に検討を加えた。では他方で、当然承継についてはどう考えるべきか。

通説はこれまで、訴訟承継の承継原因を、包括的な当事者の地位の移転が生じる場合と、個別具体的な係争物との関係で当事者適格が移転する場合に区別し、前者を当然承継、後者を特定承継と呼び、前者は中断・受継の規定と関係させて議論されてきた。すなわち、当然承継の場合は、死亡や合併により当事者の地位が包括的に承継されるのであって、特定承継の場合に、承継の是非を審理するため、参加申出や引受申立てを要することとの間には本質的な差異があると考えるのである。中断・受継の手続が必要とされることはあるが、これは、双方審尋主義の要請に基づくもので、受継があつて初めて承継が認められるものではないと理解することになるから<sup>78)</sup>、旧当事者に代理人があつてお

---

76) 引受承継の申立手数料は500円である（民事訴訟費用法、別表第1、17項イ）。なお、参加承継の場合は訴えの提起と同額になっている（同法、別表第1、7項）。

77) 本節の結論は、三木浩一教授のご示唆に負うところが大きい。当初、特定承継と当然承継の違いを強調し、当然承継では訴訟状態の拘束力を維持すべきと考えていたが、手続保障の重要性を一貫させた方が論理的であろうとの指摘を受けた。

り、双方審尋主義が問題なく貫かれる場合には、中断・受継の手續を踏む必要はない（民事訴訟法124条2項）。

ところが、以上の通説的見解に対して、八木良一裁判官は、当然承継についての実務の取扱いを踏まえた「当事者の死亡による当然承継」という論文を発表され、通説的見解と実務に根本的な齟齬があることを指摘された<sup>79)</sup>。まず八木裁判官は、実務では、訴訟代理人が存在する場合であっても、受継類似の手續を行っていることに着目する。そしてこれは、訴訟物は当事者の交替によって交替するのが当然であり、そのことは請求原因事実の異同からしても明らかであるから、「受継なき当然承継の場合でも、新当事者を訴訟に登場させるからには、新請求の前提となる新当事者を確定しなければならないのはもちろんのこと、新請求の趣旨、原因を口頭弁論に現して、旧請求が新請求への切り替えをすることが、どうしても必要になるわけであり、そのために行われる手續であろうとの位置づけを与える。つまり、受継の申立てを、訴訟内における新訴の提起であると把握するのである。そして、新訴の提起である以上は、承継人には、独自の判断で訴訟を進行するかどうか、どのような方針で進行するかを決定する自由があるのが本則であり、従前の訴訟状態に拘束される根拠は見出しがたい、と論ずる<sup>80)</sup>。

八木論文をどう受けとめるか。受継申立てが新訴の提起であるとする考え方には、井上治典教授や中野貞一郎教授も同調されている<sup>81)</sup>。さらに、井上治典教授は、当然承継における手續保障の重要性に関し、「承継原因が係争物譲渡

---

78) 例えば、秋山ほか・前掲注1) 531頁は、「裁判所または当事者の一方に訴訟行為をすることが不可能又は困難な事情があるときになお訴訟手續を進行させることは、双方審尋主義という訴訟法の基本原則に反し、当事者の手續権を害する恐れがあるから、停止の制度を認めたものである。」と説明される。また、三ヶ月章『民事訴訟法』172頁（有斐閣・オンデマンド版・2004年）は、「双方審尋主義は訴訟の基本的な要請であり……、実質的にも保障されなければならない。訴訟手續の中断・中止の制度は双方審尋主義の実質的保障のための制度である……」としている。なお、同231頁では、「受継という概念の中には、従前の訴訟手續の効果を承継するという観念が内在的に含まれている」と説明される。

79) 八木・前掲注75) 32頁。

であろうと死亡などの当然承継であろうと、訴訟承継の本質において変わりはないのであるから、当然承継と参加承継・引受承継とで異別の考慮を働かせるのは、根拠に乏しいように思われる。』<sup>82)</sup>と指摘されており、このことからしても、特定承継で訴訟状態の拘束力を否定する以上、当然承継でもこれを否定することに、特別ためらう理由は見当たらないと思う。筆者も、八木裁判官の見解に賛成し、当然承継の場合にも、訴訟状態の拘束力は否定されて然るべきと考えるしだいである。

ただ、当然承継と特定承継とでは、承継人が従前の訴訟物から派生した権利

---

80) 八木・前掲注75) 47頁の注(24)を参照。なお八木裁判官は、後に自らが裁判長を務めた法廷で同論文に従った判示をしている。大阪地判平成12年2月10日判決がそれである。同判決は、医療過誤による損害賠償請求訴訟係属中に原告Xが死亡し、訴訟代理人が調査を尽くしても承継人が確定できなかった事案において、「右一のような本件訴訟の経過によると、当初原告であったXが、平成11年5月28日死亡したことにより、同人の権利義務を承継する相続人等の承継人が原告の地位を当然に承継し、原告訴訟代理人らは、その者の訴訟代理人になったものというべきである(民訴法58条1項1号、124条1項1号、同条2項)。そして、このような場合、右の承継人は、原告の変更に伴う新たな請求の趣旨、請求原因事実(実体法上の権利義務の承継の原因事実)を記載した書面を提出するなどして、新たな請求(訴訟物)を呈示する必要がある。……かような判断の下に、右一の本件訴訟の経過をみると、原告の訴訟代理人らは、努力したにも拘わらず、結局、承継人が誰であるのか、何人存在するのかについて、最早これ以上の調査は不能であって明らかにできないというのであって、それは、当事者の死亡に伴って変更された新請求(訴訟物)の内容が特定されておらず、裁判所としても、如何なる請求(訴訟物)について今後審理を進めるのか不明な状態にほかならない [傍線筆者]。このように、承継人の求める請求の趣旨が特定されておらず、それを補正することもできないのであるから、本件訴えについて、判決をもって却下するのが相当である。」と判示した。

81) 中野・前掲注1) 154頁。井上治典「第三者の訴訟引込み」同『多数当事者の訴訟』118頁(信山社・1995年)は、「(死亡等の原因によって当事者の交替は完了するのであり、中絶および受継は承継手続ではなく、ただ、当事者の変更を明確にするという意味を有するにすぎないという)理解は、やや観念的にすぎ、理論倒れの感がある。受継の申立てがあるまでは、前主に代って訴訟活動を行う当事者はなく、また、誰が受け継ぐべき適格者であるかも、受継の手続を通してはじめてはっきりするのであるから、受継手続によって新主体が当事者になると考えるほうが实际的である。」と指摘され、相手からの受継申立ては、実質的には当事者による第三者に対する新請求の定立と解すべきであると論ずる。

82) 井上治典「判批」民商法雑誌76巻5号116頁(1977年)。



関係を取得するにいたった利害状況に、著しい相違がみられる。それは、一言でいえば、特定承継の場合、承継人は、訴訟外で何らかの対価関係が存在することを前提として訴訟に関与するから、手続保障に配慮する必要性が高いのに対し、当然承継の場合は、合併の場合を除けば、承継は偶然の事情にすぎないから、手続保障に配慮する必要性は相対的に低い、という点に集約される。

右の点に関して、いくつか具体的な例を挙げて考察したい。たとえば、XY間で売買代金債権、請負代金債権、その他の債権に基づく金銭支払い請求訴訟が提起されている場合に、その権利を受け継いだとして参加してくるZは、Xとの間で債権譲渡契約を締結した者であろう。その契約が通謀虚偽表示のような形態でない限り（この場合は、Zは信義則上訴訟資料の援用を拒否することができない）、Zはその債権の対価を支払っていることが普通である。また逆に、ZがYから義務を譲り受けたとして引受承継を申し立てられたとする。その結果訴訟に関与することになったZは、XYZ間で免責的債務引受け契約、あるいはYZ間で重畳的債務引受け契約を締結しているはずである。この場合、Zは単純に自分の負担が増えるだけの契約を進んで結ぶことなどないわけで、普通は、ZがYに対し債務を負っていたからこれと相殺するつもりであるとか、ZY間に特殊な人間関係があって、その義務の引受によっても責任財産減少を避けることができると見込んでいるとかいう事情があるわけである。つまり、Zは、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。これはXY間の訴訟が物権的請求権の場合にも、同じことである。

そして、Zが権利又は義務の承継行為をした際に有していた正当な期待は、実体法上も訴訟法上も保護されてしかるべきである。訴訟上の保護をしないと（つまり、Zに訴訟状態の拘束力を認めるとなると）、Zの保護は、後々の被承継人に対する損害賠償請求によってしろと突き放すに等しく、称賛できるものではない。訴訟は新たに始めようとするとお金も時間もかかるものであるし、人間関係のもつれも引き起こすものであるから、Zはやむを得ず泣き寝入りするしかないこともよくあるのである。現に訴訟が進行している最中であれ

ば、この場を使ってそれを争わせた方が、よほどZの保護に資する。そこで、訴訟上もZが独自に訴訟行為をする機会を与えるべきだとする考え方が妥当するわけである。

これに対し当然承継の場合は、承継人の手続保障という点をそこまで考慮せずにすむ。当然承継の言葉が、実体法上の紛争主体の変動が自動的に訴訟承継を導くという意味で使われてきたことから分かるように、当然承継の場合、特定承継とは異なり、被承継人と承継人との間で、当該権利関係の譲渡について法律行為がされることはない。いうなれば、当事者の死亡や、破産手続開始決定という、任意には揺るがせない事情によって、当然に権利関係が移転するのである。とすれば、その権利あるいは義務の取得について、相当の対価の出捐を払っているわけでも、正当な期待を持っているわけでもない承継人の手続保障を独自に考える必要はないと思われる。すなわち、特定承継と当然承継とでは、承継人の手続保障を考慮すべき要請が異なるのであり、ここから、当然承継については、特定承継とは異なる解釈をすることも可能ということになる。

以上の相違点を反映させる一つの方法として、筆者は、当然承継の場合は特定承継に比べて、従前の当事者である相手方からの一括援用を緩やかに、即ち仮に承継人の同意が得られない場合にも認めて良いのではないかと考えている。ただ、これは承継人が右に述べたように承継にあたり個別的な利害関係を有していなかった場合に言えることであり、承継人が一括援用を拒絶する正当な理由——すなわち、包括承継に伴って対価的均衡を有する何かしらの出捐をしたこと——を立証した場合に認められないのはもちろんである。

## 五 おわりに

ここまで、訴訟承継主義を前提とせずに、訴訟承継制度に関する現行民事訴訟法規定の解釈を展開することはできないだろうかという観点から、本稿を論じてきた。訴訟承継を制度全体として扱うならば、承継原因の議論にも踏みこむべきであったろうし、承継人参加後の手続的規律を必要的共同訴訟と同時審

判申出共同訴訟とで区別して取扱うことの妥当性にもふれるべきであったろう。本稿では、そこまでは踏みこむことができず、主として効果論の解釈に終始している。

本稿は、結論として、特定承継たるや当然承継たるやを区別せず、訴訟状態の拘束力を否定してかまわないという新堂教授の先鋭な見解にしたがった。ただ、弁論の併合の効果を認め、証拠資料については流用を認めることができるのではないかと解することで、中道に落ち着いた感がある。訴訟状態の拘束力を否定するというと、一見ドラスチックに響き、通説・判例と乖離していて現実的でないと思われるかもしれないが、訴訟状態の拘束力を否定したとしても、従前の訴訟資料・証拠資料の効力をめぐる議論には諸々のヴァリエーションを想定できるのであり、一様に非現実的な議論だとはいえまい。本稿で、この点をわずかでも示すことができているら幸いと思う。