Title	訴訟上の和解の効力と承継人への拡張 (3・完)
Sub Title	Res judicata of the judicial settlement : expansion of the effect of the judicial settlement over the successors of the parties (3. end)
Author	岡, 伸浩(Oka, Nobuhiro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2022
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.47 (2022. 1) ,p.143- 168
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20220117-0143

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.

訴訟上の和解の効力と承継人への 拡張（3・完）

岡 伸 浩

- 第1 はじめに
- 第2 東京地判平成15年1月21日判時1828号59頁
 - 1 事案
 - 2 判旨
 - 3 小括
- 第3 訴訟上の和解の法的性質
 - 1 法的性質論の位置づけ
 - 2 学説の諸相
 - 3 裁判例の概観
 - 4 考察（以上、第44号）
- 第4 訴訟上の和解の効力
 - 1 問題の所在
 - 2 裁判例
 - 3 学説の概観と検討
 - 4 制限的既判力説に関する考察
 - 5 小括（以上、第45号）
- 第5 訴訟上の和解と口頭弁論終結後の承継人
 - 1 「承継人」の意義をめぐる議論
 - 2 考察
- 第6 口頭弁論終結後の承継人への判決効拡張
 - 1 既判力の正当化根拠
 - 2 口頭弁論終結後の承継人に対する判決効拡張の根拠
 - 3 東京地判平成15年との関係
- 第7 承継の対象となる権利の性質を考慮することの当否
 - 1 はじめに
 - 2 学説の概観
 - 3 考察
- 第8 東京地判平成15年の検討
 - 1 はじめに
 - 2 訴訟上の和解と既判力
 - 3 承継人に該当するか否かの判断と権利の性質

- 4 承継人の主観的事情を考慮することの当否
- 5 承継人の実質的手続保障を考慮することの当否
- 6 小括
- 第9 新たな法的構成に向けた試論
 - 1 はじめに
 - 2 既判力否定説からのアプローチ
 - 3 訴訟上の和解における承継人の主観的事情を考慮するアプローチ
 - 4 承継人に固有の主張として位置づけるアプローチ
 - 5 既判力拡張の範囲からのアプローチ
- 第10 まとめに代えて（以上、本号）

（承前）

第5 訴訟上の和解と口頭弁論終結後の承継人

1 「承継人」の意義をめぐる議論

口頭弁論終結後の承継人の範囲をめぐって、「承継人」の意義が問題となる。この問題に関する主な学説を概観すると次のとおりである¹⁾。

(1) 依存関係説²⁾

この見解は、前主との実体法上の依存関係の有無を基準として、承継人の範囲を決定すべきであると、前訴で訴訟物となった実体法上の権利および義務を承継した者が承継人であるとする。承継人は、前主の有する実体法上の地位を承継したという意味で前主に依存していると、このことを理由に前主が受けた確定判決の既判力に拘束されるとする³⁾。承継人は、前主が有した権利義

1) 口頭弁論終結後の承継人をめぐる学説史全般につき小山昇「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—日本民事訴訟法学説史の一断面」（判決効の研究）『小山昇著作集第2巻』180頁以下。（信山社・1990年）（北大法学論集31巻3・4合併号・1981年）。

2) 三ヶ月章『民事訴訟法〔第三版〕』214頁以下（弘文堂・1992年）は、「201条1項の承継人にあたるか否かは、究極的にはその者の法的地位が当事者に由来するとみられるかどうか、換言すれば当事者と依存関係にあるとみられるかの利益衡量によって決せられるのであるが、それが肯定される限り、狭義の実体法上の承継、たとえば権利の譲渡に基づく場合に限られず、受益権の設定を受けた者も承継人とみられることがあるし、その承継の生じた原因も問題にならない。」と説明する。

務以上のものを承継できず、前主が服した負担にも従わなければならない。こうした理解から依存関係説と呼ばれているが、承継人の範囲を訴訟物と第三者との実体法上の従属関係に求めることから従属関係説とも呼ばれる⁴⁾。

しかし、訴訟物たる権利義務自体の承継とはいえない場合、たとえば、前訴の確定判決によって建物収去土地明渡義務を負う者から訴訟物たる土地の明渡義務自体ではなく、当該土地上の建物を譲り受けた者にも紛争解決の実効性確保の要請から前訴の判決効の拡張を認める必要があるが、その場合、実体法上の依存関係では十分に説明できないといった批判がある。

(2) 適格承継説⁵⁾

この見解は、訴訟物の内容をなす権利または義務自体の承継人以外にも判決効の拡張を認めて紛争解決の実効性を確保すべきであるとして、前訴の当事者から伝来的に当事者適格を取得した者を承継人とする。当事者適格という訴訟法的な観点を取り込み、承継人に該当するか否かを決定する基準を当該訴訟の当事者適格の移転があったか否かに求め⁶⁾、原告の請求を争うことができる地位を前主から承継した者をもって承継人と理解する⁷⁾。

しかし、元来、当事者適格とは、特定の訴訟物について訴訟追行権者が誰かを決定する訴訟要件であり、当事者適格の承継があれば、なぜ承継人が被承継人の追行した訴訟結果を承認しなければならないのかが明らかでない、前訴と後訴の訴訟物が異なる場合について当事者適格の移転では説明できない、といった批判がある⁸⁾。

3) 木川統一郎ほか『民事訴訟法重要問題講義（下巻）〔第2版〕』415頁以下（成文堂・2019年）。

4) 吉野正三郎『民事訴訟法のアポリア』103頁（成文堂・1995年）。

5) 小山昇「口頭弁論終結後の承継人について」（前掲注1）著作集第2巻168頁以下。（北大法学論集10巻・1960年）。特に174頁以下では、「被告適格の移転と見ることができる実体関係があった場合」に新適格者は「承継人」に該当するという。

6) 木川ほか・前掲注3）145頁参照。

7) 吉野・前掲注4）104頁参照。

(3) 紛争主体たる地位の移転説⁹⁾

この見解は、承継人の基準を「紛争主体たる地位の移転」に求め、「前訴で解決された紛争およびそれから派生した紛争の主体たる地位を、基準時後に取得した者」¹⁰⁾であるとか、「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しないし派生したと見られる場合」に承継を認める¹¹⁾。適格承継説と同様の発想に立ちつつも前訴と後訴の訴訟物が異なる場面では、当事者適格の承継という基準では説明できないことから、紛争解決の実効性を確保するため紛争主体たる地位の移転があったか否かによるべきであると主張する。

しかし、紛争主体たる地位とは何か、いかなる場合がこれに該当するかにつき必ずしも明らかでなく、承継人の範囲を決定する基準としての明確性に欠けるといった批判がある¹²⁾。

2 考察

依存関係説は、実体法上の権利を重視する点で旧訴訟物理論と親和性を有し、基準としては明確である。しかし、すでに批判があるように、前訴の訴訟物自体を承継したわけではなく、また、実体法上の依存関係は認められないが紛争解決の実効性確保の要請から既判力を拡張すべき場面において、この見解では

8) 松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第8版〕』652頁（弘文堂・2015年）は、実体適格の承継であるとする立場から、口頭弁論終結後の承継人は係争法律関係の帰属主体たる地位の承継人やそれに関連する法的地位の取得者であり、従来の学説は、実体適格をも当事者適格と呼び、また訴訟追行権をも当事者適格と称し、概念的混乱を招いてきたと指摘する。

9) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』703頁（弘文堂・2019年）、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）』690頁（有斐閣・2013年）・高橋宏志『民事訴訟法概論』280頁（有斐閣・2016年）。

10) 新堂・前掲注9) 705頁。

11) 新堂幸司「訴訟当事者から登記を得た者の地位」判評152号116頁以下。なお、新堂・前掲注9) 705頁は、承継人とは、「前訴で解決された紛争およびそれから派生した紛争の主体たる地位を、基準時後に取得した者である」と表現する。

12) 三木浩一ほか『リーガルクエスト民事訴訟法〔第2版〕』452頁（有斐閣・2015年）。

結論として「承継人」の範囲に含まれないこととなる。しかし、それでは判決効拡張の範囲として狭いと解される場面が生じ得る。実体法上の依存関係を考慮するとしても、紛争解決機能を確保すべき要請から一定の範囲で判決効を及ぼす必要があると考える。

適格承継説は、依存関係説が実体法上の依存関係という実体法的観点から説明しようとするのに対して、承継人概念に当事者適格という訴訟法的観点を持ち込み、訴訟物たる権利関係について当事者適格を取得した者が「承継人」であると説明する。この点で新訴訟物理論と親和性があるともいえる¹³⁾。しかし、元来、当事者適格概念は、訴訟要件として特定の訴訟物について訴訟追行権者を決定するための基準であり、前訴と後訴の訴訟物が異なる場合には、これを「当事者適格の承継人」というのは妥当でないと解される。なお、これらの依存関係説と適格承継説の対立に関しては、適格承継説をとったとしても適格承継の有無の判断は通常は実体法上の地位との関係で決定され、その判断にあたっては当事者と第三者の実体法上の法的地位の依存関係の有無が決定的基準となるので適格承継説と依存関係説の実質的差異は大きくないといった指摘がある¹⁴⁾。

紛争主体たる地位の移転説は、依存関係説や適格承継説への批判を踏まえ、紛争解決の実効性を確保し、具体的妥当性を志向する見解と評することができ

13) 吉野・前掲注4) 104頁は、これらの議論と訴訟物論争との関係につき、「学説における依存関係説から適格承継説への転換は、訴訟物に関するいわゆる実体法つまり旧訴訟物理論の枠組みを取り払い、新訴訟物理論を展開する過程の中で行われた点に注意をする必要がある。」と指摘する。もっとも訴訟物理論との関係につき、いずれの立場を採るかによって、論理必然的に導かれる問題ではないとの指摘がある（梅本吉彦『民事訴訟法〔第4版〕』940頁（信山社・2009年）。

14) 上田徹一郎『民事訴訟法〔第7版〕』484頁（法学書院・2011年）。なお、高橋宏志教授は、「訴訟法技術的な当事者適格の問題というよりも、だれに権利が帰属しだれが義務を負うか、だれを相手にすれば勝訴することができるかという、より実体法的な関係を意識していたものと思われる。」と分析されたうえで、「詰まるところ、当事者適格の移転、紛争の主体たる地位の移転、実体的依存関係と表現は違うものの、考えていることは大きくは異ならないであろう。」と説明する（高橋重点・前掲注9）697頁注114参照）。

る。しかし、従来の議論においては、実体法を基準とする依存関係や訴訟法的観点で踏まえた当事者適格といった一応の基準が存在していたのに対し、「紛争主体たる地位」とは何かが必ずしも明らかでなく、承継人に該当するか否かの判断基準としては、明確性に欠けるという批判が妥当するであろう。

以上に対して、こうした議論自体に疑問を提起する見解も有力に主張されている。伊藤眞教授は、「かつての通説および近時の多数説は、当事者適格や紛争の主体たる地位の移転があるとするが、これらは主として訴訟承継を念頭においたものであり¹⁵⁾、弁論終結後の承継人に対する既判力拡張の根拠として妥当な説明かどうか疑わしい。」とする¹⁶⁾。訴訟承継論と口頭弁論終結後の承継人概念を統一的に理解しようとしたことへ再考を迫り、口頭弁論終結後の承継人に既判力が拡張されることの根拠について改めて考察する必要を促す指摘である。

また、第三者への既判力拡張の場面として、民事訴訟法 115 条 1 項 2 号、3 号、4 号が規定する各場面を「当事者型」と「承継人型」に分類し考察する見解も主張されている。上野泰男教授は、「当事者型」では、訴訟当事者間の権利関係と別個独立の権利は存在せず、これらの者へ拡張される既判力は、訴訟当事者が受ける既判力と同一であるのに対し、「承継人型」では、これと異なり前訴の訴訟当事者間で確定された権利関係と既判力の拡張を受ける第三者の権利関係は同一でない指摘し、「当事者型」には、訴訟担当の場合の利益帰属主体（民事訴訟法 115 条 1 項 2 号）、請求の目的物の所持人（同 4 号）が該当し、口頭弁論終結後の承継人（同 3 号）は、「承継人型」に属するとする¹⁷⁾。同じく既判力の主観的範囲の拡張の場面（民事訴訟法 115 条 1 項）であっても、

15) 当事者適格の移転をもって口頭弁論終結後の承継人該当性の基準とする考え方は、元来、訴訟承継と既判力の主観的範囲を統一的に理論構成しようとした兼子一博士の考え方から発達した考え方であることの指摘につき、伊藤眞『民事訴訟法〔第7版〕』579頁注234（有斐閣・2020年）。

16) 伊藤・前掲注15）581頁。

17) 上野泰男「既判力の主観的範囲に関する一考察」関西大学法学論集 41 卷 3 号 395 頁以下。

前主である当事者と拡張を受ける第三者の關係に着目して類型化することによって、既判力が拡張される側の利益状況の違いを浮き彫りにする有用な指摘であると考え¹⁸⁾。こうした指摘に応答するためにも、承継人に対する既判力拡張の根拠について、より立ち入って考察しなければならない¹⁹⁾。

第6 口頭弁論終結後の承継人への判決効拡張

1 既判力の正当化根拠

口頭弁論終結後の承継人へ当事者間での既判力が拡張される根拠を考察するに際して、まずは、当事者間（民事訴訟法115条1項1号）に判決効としての既判力が認められる根拠を確認する。当事者に既判力という拘束力が不利に生じることを正当化する理由を探索するという点で既判力の正当化根拠が問題となる²⁰⁾。

民事訴訟における判決効（既判力）の根拠につき、本稿は、紛争解決の実効性確保に向けた法的安定要求と当事者の自己責任原理に基づき自己の利益主張と地位が与えられたという手続保障要求²¹⁾の二元的に理解する見解を支持す

18) 伊藤・前掲注15) 574頁注216は、「既判力の作用を整理するためには有用な概念と思われる。」と指摘する。なお、中野貞一郎『民事訴訟法の論点I』222頁以下（判例タイムズ社・1994年）は、こうした分類に疑問を呈する。

19) 伊藤・前掲注15) 581頁。

20) 新堂・前掲注9) 301頁は、判決効拡張を正当化する手段として、「なによりも、まず、当該紛争にとってもっとも強い利害關係をもつ対立した關係者を当事者に選択することによって、充実した訴訟追行を期待することである」と指摘し、口頭弁論終結後の承継人に既判力を及ぼすことを正当化する理由の一つとして指摘する。

21) 民事訴訟における手続保障の意義に関し、手続保障自体が民事訴訟の目的であるとする立場に対し、手続保障を自己目的化することになると裁判所の判断が紛争解決にもつ意味が失われるし、紛争解決基準としての実体法もその意味を失うとして批判したうえで、「両当事者に公平に主張・立証の機会が与えられるべきであるという手続保障の理念は、訴訟法規の解釈および訴訟手続の運用にあたって、常に念頭におかれるべき指導理念である。」と説く（伊藤・前掲注15) 25頁）。なお、伊藤眞「学説史からみた手続保障」新堂幸司編著『特別講義民事訴訟法』51頁以下（有斐閣・1988年）。

る²²⁾。すなわち、争いのある法的紛争につき裁判所の判決の蒸し返しを防ぎ、紛争解決基準としての判決の通用性を確保し、裁判所による紛争解決の実効性を確保すべきとする要請が働く（法的安定要求）。この法的安定要求は、判決効（既判力）概念の必要性を支える。

また、民事訴訟における当事者には、憲法 32 条の裁判を受ける権利から導かれるデュー・プロセスの要請のもと訴訟手続に参加し²³⁾、自己の利益主張の地位と機会を与えられるという手続保障が付与される²⁴⁾。この手続保障の根底には、自己の利益を主張する地位と機会を付与されたことから導かれる自己決定権²⁵⁾とそこから導かれる自己責任原理が存在する。ある法的利益の主体が自己決定権を前提に自己の利益主張の地位と機会が保障されて手続保障を

22) 上田・前掲注 14) 482 頁、伊藤・前掲注 15) 535 頁。

23) 憲法 32 条の裁判を受ける権利を日本国憲法の手続的デュー・プロセスの権利保障の全体構造の中に位置付け、非刑事裁判手続（刑事手続以外の裁判手続）に関する手続的デュー・プロセスの総則規定とする立場として、松井茂記『裁判を受ける権利』（日本評論社・1993 年）148 頁以下。伊藤眞教授は、既判力の根拠としての手続保障の理念を、憲法上保障されている裁判を受ける権利の内容から導く（伊藤・前掲注 15) 546 頁以下）。

24) 近代立憲主義における自己決定の原則とデュー・プロセスの思想につき、佐藤幸司『憲法〔第 3 版〕』295 頁以下（青林書院・1995 年）。民事訴訟におけるデュー・プロセスと自己責任原理の構造につき、新堂・前掲注 9) 246 頁は、司法作用の特質からくる審判権の限界として具体的争訟性の要件に関連し、「近代立憲主義においては、国民は、選挙で選ばれたその代表者を通じて立法過程に参加するとともに、そこで作られた法のもとでの各自の権利義務関係の形成は各自の決定に任される（自己決定の原則）とともに、各自の権利義務関係については、自己が適正に代表されていない手続によって拘束的に決定されることは不公正であるとのデュー・プロセスの思想によって保護されている」とする。同 687 頁は、当事者が既判力を不利に受けることを正当化する根拠を手続保障と自己責任に求める。また、実質的保障という概念を提唱し、「形式的な手続保障から実質的手続保障」という方向性を説き、当事者に十分な主張立証を展開することが現実、実質的にみても可能となるような環境整備の重要性を指摘する見解として、山本和彦「手続保障再考—実質的手続保障と迅速訴訟手続」『民事訴訟法の現代的課題』107 頁以下（有斐閣・2016 年）。伊藤眞「実態解明と秘匿特権との調和を求めて—課徴金賦課手続における実質的手続保障の必要性」77 頁以下（伊藤眞古稀後著作集『民事司法の地平に向かって』（有斐閣・2021 年）は、主張立証の機会を与えられた名宛人がその機会を活用する手段を保障されていることを実質的手続保障とし、実質的手続保障の視点を持つことの不可欠性を説く。

充足した場合、その結果としての判決効（既判力）が当該主体に及ぶことが正当化される。この意味で紛争解決基準としての判決効が当事者を拘束することを許容する正当化根拠として手続保障の充足が挙げられる（手続保障要求）²⁶⁾。こうした法的安定要求と手続保障要求が相まって当事者に判決効を及ぼす正当化根拠となると解されるのである²⁷⁾。

2 口頭弁論終結後の承継人に対する判決効拡張の根拠

(1) 代替的手続保障と「立法の決断」

先の当事者間における既判力の正当化根拠に照らし、既判力が第三者に拡張

25) 民事訴訟と自己決定権につき、松本博之「民事訴訟における自己決定権」松本博之＝西谷敏編『現代社会と自己決定権』383頁以下（信山社・1997年）。なお、「自己決定権」といった概念を便宜上総称することは可能であるが、あらためて創設することへの積極的必要性につき疑問を呈する立場として、梅本・前掲注13）7頁注I参照。

26) 敗訴当事者を判決に拘束するために必要な条件として、手続保障を観念する理解に対して、山本和彦教授は、「仮にそのような形で問題を設定するとすれば、そこで要求される手続保障の内容・水準は必然的に必要最小限度のものに限定されることにならざるをえない。」としたうえで、「手続保障論の射程は、単に必要最小限度の手続保障の付与に満足すべきではないとし、更に民事訴訟手続・制度の正統性を可能な限り高めていくために、より高度の手続保障（実質的手続保障）が当事者に付与されることの必要性を指摘する（山本・前掲注24）「手続保障再考」112頁）。

27) こうした見解を二元説と呼ぶことがあるが、手続保障要求は法的安定要求と並んでその充足が判決効を基礎づける基準であると解される（上田徹一郎「判決効と当事者平等原則」『当事者平等原則の展開』202頁注1（有斐閣・1997年）。また、上田徹一郎教授は、手続保障要求の位置付けにつき、「法的安定要求との緊張関係の中で、審判対象につき、自己責任を問うだけの攻撃防御を展開する訴訟上の地位の保障が実現されたか、を問題とする評価基準である」と位置付ける（同200頁以下、特に203頁）。なお、制度的効力と手続保障の二元論は、並列させた二元論ではなく、手続保障・自己責任の方は既判力の正当化根拠として位置付けているとの指摘につき、高橋重点・前掲注9）590頁。伊藤眞教授は、既判力の目的として紛争解決基準を挙げ、かつ、その根拠として当事者に対する手続保障を挙げた上、「この考え方は、二元説などと呼ばれることがあるが、既判力の目的と拘束力の正当化根拠を並列するものではない。」と説く。法的安定要求との緊張関係で判決効を基礎づけるものとして手続保障要求のほか当事者平等原則（特に実質的当事者平等原則）を掲げる見解として、上田・同205頁。

される場面においても拡張の根拠が探求されるべきである。

まず、民訴法 115 条 1 項 3 号が定める口頭弁論終結後の承継人に対する既判力の拡張は、既判力による紛争解決機能の確保という法的安定要求に基づく²⁸⁾。他方で、既判力を拡張される側の第三者の手續保障要求を考慮すべきところ、承継人は、前訴当時、前訴に関与していなかった以上、前訴における独自の手續保障を考慮することはできない。そこで、前訴において最も利害関係を有する当事者が手續保障を充足している以上、承継人は、これによって代替的に手續保障を充足すると説明されている。承継人の手續保障は、前訴において最も利害関係を有する当事者（被承継人）に対する手續保障に代替されていると理解するのである（代替の手續保障）²⁹⁾。

代替の手續保障という概念は、承継人が訴訟物についての主張・立証の機会としての手續保障が現実に与えられていたか否かを問わないことを含意し³⁰⁾、承継人の手續保障は前主である被承継人の手續保障によって代替されていると擬制することによって承継人の手續保障要求を充足したと評価する。この意味で、一種の説明概念として機能している。口頭弁論終結後の承継人には、本来的な手續保障を観念できないことを前提にしつつも、承継人の手續保障を犠牲にしても、前訴における判決効を拡張することによって紛争解決の実効性を確保することを選択した立法態度の現れであるといえる。こうした点を捉えて民事訴訟法 115 条 1 項 3 号による口頭弁論終結後の承継人への既判力拡張は、「立法者の決断」などと説明されている³¹⁾。

28) 高橋重点・前掲注 9) 691 頁は、「口頭弁論終結後の承継人に既判力が拡張されるのは、紛争解決の実効性の維持のため（権利関係安定のため）だと考えられる。」とする。

29) 伊藤・前掲注 15) 573 頁。

30) 新堂・前掲注 9) 705 頁は、「これらの者に対して既判力の拡張を正当化する理由としては、紛争解決の実効性の確保のほか、その権利義務については原則として被承継人が手續保障をすでに享受したものと考えるところにある。」と説く。

31) 高橋重点・前掲注 9) 691 頁は、既判力を拡張される承継人の側の手續保障について、「少なくとも、判決された権利関係の安定のためには、この程度の手續保障で我慢しなければならない。そのような意味では、立法者の決断と言ってもよいであろう。」とする。

（2）実体法上の依存関係性

以上のような法的安定要求と手続保障要求（代替的手続保障）の二元的な判断枠組みを維持しつつ、承継人への判決効拡張を正当化する根拠は、承継人が前主から実体法上の権利を引き継いだことにより、一定の依存関係が存在することに求められるべきであると考え³²⁾。

かかる観点から上田徹一郎教授は、判決効の拡張を認めないと法的安定要求を害する場合で、かつ、前訴当時、当該権利関係につき最も密接な利害関係を有し充実した訴訟追行の期待される前主によって訴訟が追行される（代替的手続保障）とともに、その権利関係をめぐる実体法上の法的地位を引き継いだこと（依存関係）を基準とすべきであるとする³³⁾。紛争解決の必要性和手続保障要求の二元的理解を背景に、実体法上の依存関係をベースに紛争の基礎となる実体法上の権利関係の承継に着目した見解といえ、本稿は、賛成する。

（3）口頭弁論終結後の承継人の意義

口頭弁論終結後の承継人への判決効拡張の趣旨に照らし、承継人の意義は実体法上の依存関係を軸に考察すべきこととなる。従来の見解はいずれも本稿では口頭弁論終結後の承継人の意義につき、①実体法上の訴訟物を承継した者、②訴訟物の基礎をなす権利を承継した者、③これら①②から派生する権利義務を承継した者、という3つの観点から、当該第三者が口頭弁論終結後の承継人に該当するか否かを決定すべきであると解する³⁴⁾。

こうした基準の中で、③における①②から「派生する権利義務」とは何か、

32) 伊藤眞教授は、「口頭弁論終結後の承継人に既判力が拡張される根拠は、従来から議論されてきた当事者適格の移転や紛争主体たる地位の移転の基礎となる実体法上の権利関係の承継そのものに着目し、それが口頭弁論終結後に行われたことをもって、立法者が法的安定の要請、および当事者と第三者との公平を考慮して既判力の拡張を認めたと解するのが正当である。」と指摘する（伊藤・前掲注15）581頁参照）。三木ほか・前掲注12）451頁。

33) 上田・前掲14）505頁。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保障との緊張関係と調和点」判タ281号47頁以下。

「派生」とはどの範囲を意味するのかという点は、前訴の当事者の紛争解決の実効性確保の要請と拡張される第三者の手續保障要求の緊張関係が顕在化する問題であるといえる。

従来の依存関係説から当事者適格説、そして紛争主体たる地位の移転説への学説の展開は、主に既判力拡張の要請にいかに応え、これをいかに説明するかという観点が重視されてきた。しかし「派生する権利義務」といった基準については、これでは不明確であり、曖昧であるといった批判があることは先に指摘したとおりである。

他方で、代替的手續保障といういわば擬制された手續保障³⁵⁾しか享受していない承継人への既判力の拡張の問題は、承継人の利益にも配慮したうえで考察すべきであると考ええる。

かかる観点から、承継人に対する既判力拡張の根拠を、紛争解決の実効性確保の要請（法的安定要求）とともに、承継人が前主に対して実体法上依存する法的地位にあることに求めたうえで³⁶⁾、承継人に該当するか否かの判断においては、法的安定要求を重視しつつも前訴当事者と承継人の側との公平の観点から、既判力の拡張を受ける承継人（代替的手續保障を充足すると認められる者）は、合理的な範囲において認められるべきであると解する³⁷⁾。伊藤眞教授は、「第三者が訴訟物たる権利関係そのものを承継した場合に限らず、その基礎たる権利、またはそれから法律上派生する権利を承継した場合にも、第三者の法的地位にかかわる紛争は、合理的通常人からみて、派生的紛争とみなされるの

34) 梅本・前掲注 13) 940 頁。梅本教授は口頭弁論終結後の承継人に既判力を及ぼす趣旨は、「公平の理念と判決の実効性にある」としたうえで、こうした視点から、統一的な概念を決めるのではなく、「類型的に捉えるのがその趣旨に合致する。」としたうえで、承継人とは、第一に実体法上の訴訟物を承継した者、第二に訴訟物を法律要件として生じる権利関係を承継した者、第三に訴訟物を基礎付ける権利関係を承継した者をいうとする（同 940 頁参照）。

35) 高橋重点・前掲注 9) 691 頁は、「辛うじて手續保障はあった、と言えるのである」とする。

36) 伊藤・前掲注 15) 581 頁、三木ほか・前掲注 12) 452 頁。

37) 上田・前掲注 14) 506 頁参照。

で、その内容となっている前訴の訴訟物の範囲内において既判力の拡張を認めることが合理的範囲内で判決の紛争解決機能を維持するものといえる。」と説明される³⁸⁾。「合理的通常人」からみて、派生的紛争とみなされるかという視座を取り込み、「合理的範囲内」における既判力拡張を志向する見解として理解することができる。

以上から口頭弁論終結後の承継人の範囲は、承継人の前訴当事者に対する依存関係を前提に、①実体法上の訴訟物そのものを承継した者、②訴訟物の基礎をなす権利関係を承継した者、③これらの①②から派生する権利義務を承継した者という3つの類型をもとに決定すべきであると解する³⁹⁾。そのうえで、とりわけ③の「派生する権利義務」の範囲を策定するにあたっては、紛争解決の実効性確保の要請（法的安定要求）とともに判決効拡張を受ける承継人側との公平を踏まえ、実体法上の訴訟物から合理的な範囲において拡張を認めるべきであると解する⁴⁰⁾。

3 東京地判平成15年との関係

本稿で考察の対象としている東京地判平成15年は、仮処分手続中の和解が訴訟上の和解の規律を受けて、既判力が認められた事案である（民事保全法7

38) 伊藤・前掲注15) 582頁。

39) 伊藤・前掲注15) 585頁は、承継の対象につき、訴訟物たる権利関係、それを直接に基礎付ける権利ないしそれから派生する権利と解すべきであるとす。なお、類型的に基準を定立する見解として、梅本・前掲注13) 940頁。

40) ここにいう公平とは、私見によれば、一方で前訴の当事者側（特に勝訴した場合）からの、前訴の確定判決において認められた利益を相手方の事情によって奪われることはないという期待と、他方で、承継人の側からの実体法上の依存関係を前提としつつも一定の合理的範囲を超えてまで既判力の拡張によって拘束されないとの要請を衡量したうえで、紛争解決の実効性確保を図るべき基準として理解すべきである。なお、松浦馨ほか『条解民事訴訟法』573頁〔竹下守夫〕（弘文堂・平成23年）は、「前主がすでに主張しえなくなった利益の帰属すべき法的地位の承継、前主と承継人との間の実体法上の依存関係の存在、および勝訴当事者の取得した利益保持の期待を保護する必要性、の三つの要素を基礎とする公平の理念が、敗訴当事者の承継人に対する既判力拡張の正当性の根拠である。」とする。

条・民事訴訟法 267 条)。承継人への既判力の拡張には、前訴当事者と承継人の側の公平も考慮して、上記の観点から合理的な範囲で既判力の拡張について検討する余地が生ずるものとする。この点については、法的構成の試論として後に詳述する。

第 7 承継の対象となる権利の性質を考慮することの当否

1 はじめに

承継の対象である権利の法的性質が訴訟物たる権利関係の実体法的性質、すなわち、物権的請求権か債権的請求権かによって、承継人に該当するか否かの判断が異なるかが問題となる。この点は、たとえば、「家屋賃貸人が賃料不払いにもとづいて賃貸借契約を解除したと主張して、賃借人に対して家屋明渡請求訴訟を提起し、請求認容の確定判決を得たところ、当該訴訟の口頭弁論終結後に被告が第三者に対して当該家屋を転貸したとする。賃貸人がこの転借人を被告として所有権にもとづく引渡しを求める後訴を提起したとき、前訴判決の既判力が後訴被告たる転借人に対して及ぶかどうか議論される。」⁴¹⁾とか、「所有者が被告に賃貸または使用貸した物の返還を訴求したところ、口頭弁論終結後に被告がこれを第三者に転貸した場合、物の返還命令が所有権に基づくか、それとも使用貸借の終了に基づくかによって承継人の範囲が左右されるかどうか問題となる」として問題提起されている⁴²⁾。この問題について、かねてより、特定承継については、承継人となるか否か、あるいは、承継人に不利に作用することを認め得るか否かは、権利関係の実体法的性格によって異なるとし、対人的な債権に基づく物の引渡請求であれば、被告から目的物の引渡しを受けた者を被告の承継人と取り扱うことはできないとする見解が主張されている⁴³⁾。

旧訴訟物理論では、訴訟物を実体法上認められた請求権ごとに理解するため、

41) 伊藤・前掲注 15) 583 頁。

42) 松本=上野・前掲注 8) 652 頁。

訴訟物たる請求権の実体法的性質を「承継人」の範囲の問題に反映するという立場（肯定説）と親和性がある。他方、新訴訟物理論では、実体法上の請求権を包括した上位概念としての給付等を求める1個の法的地位を訴訟物と捉えるため、請求権の実体法的性質は問題とならないと解する立場（否定説）と親和性があるといえる。もっとも、旧訴訟物理論に立ちつつ承継人に対する既判力の拡張を考えるかぎり訴訟物たる権利関係の性質を基準とする考え方には合理性が認められないとし、旧訴訟物理論と新訴訟物理論の対立は、この点に影響を及ぼすものではないとする立場⁴⁴⁾も有力に主張されている。なお、判例は承継人の範囲について、訴訟物たる権利関係の性質を問題にしていないと位置づけられている⁴⁵⁾。

2 学説の概観

この問題をめぐる学説を概観すると次のとおりである。

(1) 肯定説⁴⁶⁾

この見解は、訴訟物が物権的請求権ならば、被告から目的物の占有を承継した者は「承継人」に該当するが、債権的請求権では「承継人」にあたらないと主張する。たとえば、被告から目的物の占有を承継した者は所有権に基づく引渡請求においては「承継人」にあたるが、債権に基づく引渡請求においては「承継人」にあたらないこととなる。この理由は、物権は対世的な権利であるが、債権は相対的な権利であるから債務者に対してしか主張できないとするも

43) 兼子一『民事訴訟法体系』345頁（酒井書店・1983年）は、特定承継の場合、承継人となるか否かは実体法的性格によって異なるとする。なお、この見解につき、伊藤・前掲注15) 583頁は、「旧訴訟物理論の論者の中には、」として訴訟物理論との関係で位置付ける。松本＝上野・前掲注8) 632頁は、所有権に基づき返還が命じられる場合には当該第三者は承継人に当たるが、使用貸借の終了によって返還が命じられる場合には第三者は承継人に当たらないとする理由は、「必ずしも明らかでない。」と指摘する。

44) 伊藤・前掲注15) 508頁

45) 伊藤・前掲注15) 509頁

46) 兼子・前掲注43) 345頁

のであり、旧訴訟物理論との親和性を指摘できる⁴⁷⁾。しかし、このように解することについて対世的なのは物権であり、そこから二次的に派生する物権的請求権まで対世的であるとみる必要はない、といった批判が妥当する⁴⁸⁾。

(2) 否定説⁴⁹⁾

訴訟物たる物の引渡請求権が物権的か債権的かを問わず、目的物の占有承継人は一律に「承継人」にあたるとする見解である。特に特定物の引渡請求では、現在の占有者を捉えこれを被告とするのでなければ無意味であり、請求権が物権的か債権的かを問うべきでないといった点を根拠とする。

3 考察

もともと承継人に対する既判力の拡張を考えるのは、拡張を認めることによって紛争解決の実効性を確保するためである。よって、紛争解決の実効性確保(法的安定要求)が認められれば、拡張を受ける者の手続保障を考慮したうえで(手続保障要求)、実体法上の依存関係の有無を基準に拡張を認めるべきであり、訴訟物たる権利関係の性質を基準とする考え方には合理性が認められないと考える⁵⁰⁾。また、この問題は、旧訴訟物理論と新訴訟物理論との対立の影響を受けるものではなく、「承継人」の範囲は、訴訟物たる権利関係の性質

47) この点から、旧訴訟物理論の立場から依存関係説では、必要な場合に承継人といえず、既判力が拡張されないことの不都合性を克服するための試みであるとの指摘がある(吉野・前掲注4) 105頁)。

48) こうした視点から、三ヶ月章博士は、「物権が対世的であるということは、すべての人に対して対人的な物権的請求権を生ぜしめる地位であるというに止まり、これを向けられる者からみれば、物権的請求権とても債権的請求権と性質的に異なるものではないからである。」と指摘する(三ヶ月・前掲注2) 215頁)。なお、三ヶ月博士は、物権を背後に控えない純粋な債権的請求権を交付請求権、背後に物権が控える債権的請求権を取戻請求権として区別し、両者の区別を承継人への既判力の拡張の違いに反映し、交付請求権の場合は、係争物が譲渡されても譲受人は承継人には該当せず、既判力の拡張を受けないとする(三ヶ月・前掲注2) 215頁から216頁)。

49) 三ヶ月・前掲注2) 214頁以下、新堂・前掲注9) 637頁。

によって左右されるものではないと解する⁵¹⁾。

第8 東京地判平成15年の検討

1 はじめに

東京地判平成15年は、仮処分手続中に行われた和解（訴訟上の和解と同様に扱われる。民事保全法7条）に関し、和解の対象となった係争目的物の買主を口頭弁論終結後の承継人（正確には、訴訟上の和解の効力発生後の承継人とでもいうべき場合）に該当するとしたうえで、和解の存在や内容を知らされていなかった事実、仮処分において実質的に何らの手続保障を受けていなかった事実、本件マンションの一部の撤去請求は、不相当な労力及び費用並びに社会的・経済的不利益をもたらす結果となるといった諸般の事情を総合して、当該一部撤去請求を権利の濫用にあたるものとして許さないと判示した。本稿は、この結論自体には賛成するものであるが、口頭弁論終結後の承継人に関する以上の考察を前提に東京地裁平成15年の判断枠組みを検証すると、次のとおり、いくつかの問題点を指摘できる⁵²⁾。

2 訴訟上の和解と既判力

すでに考察したとおり、訴訟上の和解における「確定判決と同一の効力」（民訴法267条）とは、和解における意思表示に瑕疵のないことを前提にした既

50) なお、物権的請求権などにつき、後訴における前訴判決既判力の作用という観点から分析する論考として、森宏司「後訴審からみた既判力の作用と口頭弁論終結後の承継人への拡張」三木浩一ほか編『民事裁判の法理と実践—加藤新太郎先生古稀祝賀論文集』295頁以下（弘文堂・2020年）。

51) 伊藤・前掲注15) 584頁。

52) 同判決につき畑宏樹「訴訟上の和解の効力と係争物の承継人への拡張について—東京地判平成15年1月21日判例時報1828号59頁を素材として」法学研究（明治学院大学）74号147頁以下は、訴訟上の和解の効力として既判力否定説に立ちつつ、本判決の持つ問題点につき有用な考察を展開する。なお、同165頁注28は、「訴訟上の和解の効力発生後の承継人」と表現する。

判力であると解すべきである（制限的既判力説）。訴訟上の和解をした当事者の一方から訴訟上の和解の対象となった目的物の所有権を譲り受けた第三者は、口頭弁論終結後の「承継人」（民訴法115条1項3号）として訴訟上の和解によって成立した既判力に拘束される。よって、この点に関する判断は正当であると考えられる。

3 承継人に該当するか否かの判断と権利の性質

次に「承継人」に該当するか否かの判断に際しては、先に考察したとおり、第三者への承継の対象となった権利の性質が物権的権利か、債権的権利かは問わないと解すべきである。ところが、東京地判平成15年は、「被告区分所有者らは本件和解成立後に本件マンションの区分所有権を取得したと認められ、これは上記当事者の口頭弁論終結後の承継人に該当すると解されること」として、被告区分所有者らが口頭弁論終結後の承継人に該当することを明らかにした。そのうえで、「本件仮処分において原告が請求の根拠としたのは、原告宅の土地及び建物所有権又は人格権（日照権）に基づく妨害予防請求権としての、建物を一定の高さに建てないという不作為請求権であるが、これらは物権的権利であると認められることからすれば、既判力を含めた本件和解の効力は、被告区分所有者らに及ぶものと解するのが相当である。」と判示するが、承継の対象たる不作為請求権が物権的権利であることを承継の根拠とする点は、必要とは言えないと解する。

4 承継人の主観的事情を考慮することの当否

本判決の争点2の判示事項では、「本件において、原告から本件マンションの一部撤去を請求されている被告区分所有者らは……、そのほとんどが、本件仮処分手続中に既に被告2社との間の取引関係に入っていたのに、原告と被告2社との間で本件和解が成立した事実やその内容について全く知らずに（下線部は、筆者による。以下同様）、本件マンションの区分所有権を取得し、本件仮処分において、実質的に何らの手続保障を受けることのないまま……」とし、

承継人が本件和解が成立した事実やその内容について全く知らなかったことを以って、実質的な手続保障がなかったことの重要な事実としている。このように東京地判平成15年は、訴訟上の和解に既判力を認めた点、和解の係争目的物の区分所有権を取得した第三者らをして口頭弁論終結後の承継人に該当すると認めたとあわせて、承継人が訴訟上の和解の成立やその内容を知らなかったことにつき実質的な手続保障を欠くとして権利濫用の一事情として考慮する。

しかし、口頭弁論終結後の承継人に該当するか否かは、拡張の中心的な趣旨が紛争解決の実効性確保にあることに照らし、承継人の知不知といった主観的事情を問題とするものではないとするのが通説的見解である⁵³⁾。本判決は承継人に該当するか否かの段階ではないものの、その後の権利濫用の判断において承継人の主観的事情をもって実質的な手続保障を欠くことの根拠としている点は疑問である⁵⁴⁾。

5 承継人の実質的な手続保障を考慮することの当否

また、東京地判平成15年が、当該第三者をして一旦、口頭弁論終結後の承継人に該当するとした以上、改めて承継人自身の実質的な手続保障が欠けていたことを権利濫用の一事情として考慮して結論を導いていることは疑問である。すなわち、本件では、①本件仮処分手続中に既に被告2社との間で取引関係に入っていたのに、原告と被告2社の間で本件和解が成立した事実やその内容について全く知らずに、本件マンションの区分所有権を取得し、実質的な手続保障を受けることがなかったこと、②本件マンションの一部の撤去請求が被告区分所有者らに対し、不相当な労力及び費用並びに社会的・経済的不利益をもたらすことを考慮して、「承継人」に該当するとしつつも、承継人に「実質的に何

53) 伊藤・前掲注15) 582頁、高橋重点・前掲注9) 690頁。

54) 石川明「訴訟上の和解の効力と承継人」『訴訟上の和解』97頁（信山社・2012年）。民事訴訟法115条は、承継人が和解について知っていたか否かによって判決効の承継人に対する拡張に差を設けているわけではないとして、承継人が和解について知っていたか否かによって権利濫用の原因とすることに疑問を呈する。

らの手続保障をうけることのないまま……」、[民訴法 267 条及び 115 条の規定により、既判力を含めた本件和解の効力を承継し、本件和解に基づく債務を負担するに至ったもの]であることを「諸事情」として、これを踏まえて、「以上の諸般の事情を総合すれば、被告区分所有者らに対し、不相当な労力及び費用並びに社会的・経済的不利益をもたらす結果となる本件マンションの一部の撤去請求は、権利の濫用に当たるものとして、許されないものと解するのが相当である。」と結論付けている。

しかし、すでに考察したように口頭弁論終結後の「承継人」に判決効が拡張されるのは、承継人に独自の手続保障が認められるからではなく、承継の前提としての前訴の当事者に与えられた手続保障が代替的に充足されていることに基づく（代替的手続保障）。従来の口頭弁論終結後の承継人に該当するか否かの判断は、代替的手続保障論で包括されており承継人自身の手続保障を問うことなく既判力の拡張が肯定されている。よって、本件判旨が承継人自身の手続保障を持ち出すこと自体、合理的ではないと解さざるを得ない⁵⁵⁾。口頭弁論終結後の承継人に関する判断枠組みからすれば、口頭弁論終結後の承継人（民訴法 115 条 1 項 3 号）に該当するか否かの判断に際して、承継人に独自の手続保障を考慮する必要性は認められない。こうした理解からすれば本判決が承継人に実質的に手続保障が付与されなかったことをもって権利濫用の一事情として考慮したことは論理的一貫性を欠くものであり、この点について疑問がある。

6 小括

以上のとおり、東京地判平成 15 年の判断は、従来の口頭弁論終結後の承継人への既判力拡張に関する議論からは、いくつかの疑問点が生じると言わざるを得ない⁵⁶⁾。もっとも、仮処分中の和解であること、前主がこれに違反したこと、承継人が和解の存在や内容を知らなかったこと、マンションの一部撤去

55) 石川・前掲注 54) 97 頁。

56) 畑・前掲注 52) は、理論的一貫性という観点からは大いに疑問の残るところであると指摘する。

という問題であったこと等を踏まえれば、承継人に対して一部撤去を認めることは合理的でなかったと評価し得るであろう。この点で裁判所が事案の具体的な妥当性のある解決を志向したうえで、承継人に該当するとしたうえで権利濫用法理を用いて判断したことは、結論としての妥当性を認めることができる。問題はこの結論を従来の議論の枠組みの中で導いた点にあったといえよう。そこで以下では、新たな法的構成を導く解釈論の可能性を検討することにしたい。

第9 新たな法的構成に向けた試論

1 はじめに

本件における合理的解決を実現するための新たな法的構成については、以下のようにいくつかのアプローチが考えられる⁵⁷⁾。

2 既判力否定説からのアプローチ

まず、訴訟上の和解における「確定判決と同一の効力」（民訴法267条）に既判力を含まないという既判力否定説を出発点とする構成が考えられる⁵⁸⁾。この見解によれば、口頭弁論終了後の承継人に対して拡張すべき既判力自体が生じない以上、係争目的物の取得者たる第三者との関係では、執行力の問題が生じることとなる⁵⁹⁾。もっとも、本稿は、すでに考察したとおり訴訟上の和解の効力について既判力否定説を採用しない。

3 訴訟上の和解における承継人の主観的事情を考慮するアプローチ

次に、訴訟上の和解における既判力拡張の場面では、和解の成立やその内容について善意で和解の対象となった係争目的物を譲り受けた第三者は、口頭弁

57) 畑・前掲注52)は、訴権の濫用も掲げて考察する。

58) 既判力否定説からの考察として、石川・前掲注54) 87頁以下、畑・前掲注52) 167頁以下。

59) 石川・前掲注54) 102頁以下。

論終結後の承継人（民訴法115条1項3号）に該当しないという構成が考えられる。すでに実体法である民法696条の解釈論を媒介に、訴訟上の和解の効力は、和解の存在につき悪意の承継人へののみ及ぶという解釈論の可能性を指摘する見解が主張されている⁶⁰⁾。問題となるのは、こうした結論を導くため、いかなる法的構成が可能かという点であろう。

本稿ではこの根拠として、訴訟上の和解の生成過程が判決の場合と異なる点を前提に、代替的手続保障論との関係で承継人の主観的事情が拡張の有無に影響を及ぼすという構成があり得るのではないかと考える。すでに考察したように口頭弁論終結後の承継人への判決効拡張は、紛争解決の実効性確保という法的安定要求と前訴における被承継人への手続保障によって、承継人の手続保障が代替されていた点（代替的手続保障）の緊張関係によって決せられる。紛争解決の実効性確保という法的安定要求を実現するため、代替的手続保障を付与された者と評価されたうえで⁶¹⁾、判決効拡張を肯定したのが口頭弁論終結後の承継人概念である。代替的手続保障という発想は、訴訟の対象となった権利または法律関係について最も深い利害関係を有する前訴当事者が口頭弁論において自己の利益主張の地位と機会を与えられた以上、承継人の手続保障はこれに代替されるという発想のもと、主に口頭弁論における主張立証とそれにもとづく裁判所の判断としての判決が下された場合を想定している。ところが、訴訟上の和解が成立する契機は多種多様であり、互譲の範囲など私的自治の原則に基づく当事者の意思といった人的要素が大きく影響する。そこでは、口頭弁論と同様の利益主張の地位が与えられ、これに基づく攻撃防御が繰り返され前訴当事者の手続保障が充足されたかといえ、そうした事案ばかりではない。

60) 高橋重点・前掲注9) 788頁以下。

61) 高橋重点・前掲注9) 691頁は、不利益に既判力を拡張される場合の承継人の手続保障が十分かという点につき、「前訴当時には存在していなかった承継人のためにも前主は訴訟をしたと事後的にも評価することもできるし、前訴のときには紛争主体たる地位を持っていた者が争った果として出された判決なのであるからその内容的正当性は高いということもでき、辛うじて手続保障はあった、と言えるのである。」とし、判決された権利関係の安定のためには、「この程度の手続保障で我慢しなければならない。」と説明する。

この点で果たして代替的手続保障という概念が訴訟上の和解における承継人の場面でも妥当するかは慎重に考慮すべきであるといえよう。むしろ口頭弁論を経ての確定判決の場合における前訴当事者により承継人の手続保障が代替されるとの議論は、訴訟上の和解の場合には必ずしも妥当せず、承継される係争の範囲や承継人に与える影響、知不知などを、一定の範囲で考慮して、紛争解決の実効性を確保しつつも、前訴当事者と承継人の公平を考慮することが必要な場面も生じうる。とりわけ本件は仮処分手続という迅速性が求められる保全手続中に和解が成立したという特殊性を有する。この点で承継人への手続保障への配慮はより慎重に考慮されるべき事案であったとも評価し得る。こうした場面での法律構成としては和解の成立およびその内容につき善意であることをもって承継人に固有の抗弁として位置づけ、承継人の側が和解の成立および内容について自らが善意であること（知らなかったこと）を主張し立証をすれば、既判力の拡張を受けないと解することも可能であると考えられる。

4 承継人に固有の主張として位置づけるアプローチ

次に承継人による権利濫用の主張を承継人に固有の抗弁として捉え、従来の形式説と実質説の判断枠組のなかに位置付ける法的構成も検討できよう。ここで問題となるのは、権利濫用の主張は、はたして承継人に固有の抗弁といえるかという点であるが、この点は、前主においても権利濫用の主張が可能であるかによることになろう。前主は、原告との間で一定以上の高さのマンションを構築しないとの不作為義務を負う和解を締結している立場にある当事者であることからすれば、当該不作為義務に違反した以上、違反部分についての撤去請求に対して違反者自らは、もはや権利濫用の抗弁を主張できる立場にないと解するのが合理的であろう。こうした理解に立てば、権利濫用の主張自体は、その評価根拠事実の内容によっては前主が主張することができず、承継人に固有の抗弁であると解することもできると考える。ただし、権利濫用の判断要素として承継人の実質的手続保障の有無や和解についての認識などは考慮事情とせず、前主の違反の事実やマンションの一部撤去自体に着目して、社会的効用、

物理的負担などを考慮事情として判断することになろう⁶²⁾。

5 既判力拡張の範囲からのアプローチ

口頭弁論終結後の承継人に既判力が拡張されることの意味は、既判力拡張によって第三者が負担すべき義務の存在を確定するものではなく、あくまでも既判力が拡張される結果、第三者は前主と相手方との間で確定した権利義務の存在を争えないという意味にすぎない。前主の相手方と自己の間の請求につき、前訴における当事者間の確定判決であれば主文の判断を争えないに止まり、承継人がこれを前提にしたうえで、矛盾しない限度で独自の主張を行うことは可能である⁶³⁾。東京地判平成15年の事案では、仮処分手続中における和解によってマンションの買主（第三者）が承継した義務は、和解の成立によって調書に記載された時点での和解内容、すなわち、本和解調書で確定した一定の高さ以上の建物を建設しないという不作為義務である。さらに訴訟上の和解の既判力が承継人に拡張される結果として、承継人は前主が相手方との間で訴訟上の和解によって確定した権利義務を争えないこととなる。もっとも、承継人が

62) 承継人が固有の攻撃防御方法の主張ができることについて争いはないが、固有の攻撃防御方法を有する第三者を承継人としたうえで、当該主張を認めるのか、それとも固有の攻撃防御方法を有する第三者については、そもそも承継人の範囲から排除すべきものかが、いわゆる形式説と実質説の対立として議論されている。実質説につき、兼子・前掲注43) 345頁。この立場は、承継人に該当するか否かを実質的に審理したうえで決定することになるため実質説と呼ばれる（新堂・前掲注9) 639頁参照）。なお、判決は実質説に立つと解されている（最判昭41・6・2判時464号25頁。民法94条2項の「第三者」との関係では、最判昭48・6・21民集27巻6号712頁・百選〔3版〕93事件）。この判例は実質説に立つと解されている（伊藤・前掲注15) 586頁）。形式説につき、新堂・前掲注9) 638頁、日比野泰久「口頭弁論終結後の承継人」『基本問題セミナー民事訴訟法』334頁参照。近時は、こうした形式説と実質説という概念構成自体に疑問が呈されている（伊藤・前掲注15) 586頁以下、中野・前掲注18) 213頁以下。特に実質説の実体につき220頁以下参照）。

63) この点につき、新堂・前掲注9) 706頁は、「たとえば、敗訴者たる被告の承継人は、敗訴者が義務を負うことを承継人も争えないというにすぎず、承継人に固有の防御方法を提出することは許される。」とする。

これを前提にしつつ、これと矛盾しない限度で独自の主張を行うことは依然として可能である⁶⁴⁾。かかる前提に立てば、訴訟上の和解の内容は一定の高さ以上の建築物を構築しないという不作為義務の存在を確定したものであり、承継人は、この不作為義務の存在を争えないという意味で訴訟上の和解の既判力の拡張を受けることとなる⁶⁵⁾。しかし、本件では訴訟上の和解が成立した後に前訴の和解当事者が当該不作為義務に違反しているが、そのことによって生じた違反構築物の撤去義務自体を承継人が争えなくなるかについては、より立ち入って考察すべきであると考えられる。本件で承継人は係争目的物の区分所有権を取得した。この場合争えなくなるのは、和解成立時の和解条項における不作為義務である。ところが、本件では和解成立後、当該不作為条項に前主が違反しており、これにより義務違反としての一部の撤去請求（一部撤去義務）が発生した。素直に考えれば不作為義務に違反した結果生じた一部撤去義務は、従来の承継人の意義に関する紛争主体たる地位の移転説にいう「派生的紛争」に該当し、承継人に承継されると解することとなろう。この点について東京地判平成15年は、「したがって、被告区分所有者らは、被告二社が本件和解に基づいて負担した、一定以上の高さの本件マンションを建築しないという不作為債務、さらに、当然にその債務から発生することになる違反結果除去義務、すなわち、本件マンションのうち、本件和解に違反して建築された部分を撤去する義務を承継して負担することになると解するのが相当である」（下線は、筆者に

64) 越山和広教授は、「既判力が拡張される結果、第三者は前主と相手方との間で確定した権利義務の存否を争えないにすぎず、第三者が負うべき明渡義務について和解合意と矛盾しない限度で独自の主張が可能となる。」と指摘するが賛成である（越山和広「裁判上の和解の既判力及び和解成立後に係争目的物を取得した第三者に対する既判力の承継の有無（積極）」私法判例リマックス29・120頁以下（2004・〈下〉。特に123頁参照）。

65) 斎藤哲「裁判上の和解の既判力と和解成立後の係争物の承継人に対する効力」法学セミナーNo.589・126頁は、「本件では、日影ラインの決定と、建物の高さ制限について、当事者および後訴裁判所を拘束する」とする。これに対して越山・前掲注64)123頁は、建物の一部撤去義務は、承継人が区分所有権を取得したことによって発生する物権的な義務であるとし、承継人に対し承継されることを説き、この点を前提に承継人該当性を認めた判断自体につき目新しいものではないとする。

よる）と判示して承継の対象とする。

しかし、不作為義務に違反した場合の撤去義務までは和解条項に含まれておらず、訴訟上の和解の内容それ自体ではない。これに違反した場合の撤去は社会的効用、物理的負担といった観点からみれば、不作為義務に比して係争利益に大きな違いがある。係争利益を量的・質的にみて、元々の訴訟物と大きな違いがあればもはや承継人に拡張される既判力の範囲には含まれず、本件では不作為義務そのものではなく和解成立後に前主がこれに違反したことによって発生した一部撤去義務は、もはや派生する権利義務の合理的な範囲を越えそもそも承継の対象外であると解することも可能であると考ええる。

第 10 まとめに代えて

本稿は、訴訟上の和解の効力と承継人への拡張について判断した東京地判平成 15 年を考察の対象とした。同判決については、結論において賛成するものの、従来の訴訟上の和解や口頭弁論終結後の承継人をめぐる判断枠組みに照らし理論的一貫性という点では問題があり、いくつかの疑問を提起せざるを得ない。もっとも、他面において東京地判平成 15 年は、今後の解釈論に対して一定の問題を提起する意義のある裁判例として受けとめるべき側面を見い出すことができる。本稿はこうした観点から、口頭弁論終結後の承継人の範囲をめぐる諸問題につき再考し、新たな法的構成に向けた、いくつかの試論を提示したものである。

以上

〔追記〕 本稿の執筆に際し、伊藤眞東京大学名誉教授より、教授の体系書（『民事訴訟法〔第7版〕』〔有斐閣・2021年〕）の記述に関し、お考えをご教示いただく機会を頂戴いたしました。ここに記して御礼申し上げます。