

(要約)

口頭弁論終結後の承継人に対する遮断効とその正当化根拠に関する考察

盧 惟揚

序章

本論文は、題目で示したように、「口頭弁論終結後の承継人に対する遮断効」(第一課題)と「その遮断効の正当化根拠」(第二課題)を扱っている。まず両課題の問題意識を説明し、そしてそれぞれのアプローチを論じる。

第一課題の問題意識について、いわゆる物権的請求権に基づく請求の認容判決の既判力が被告側から目的物の占有を譲り受けた特定承継人に対して拡張されるかどうかという論争については、日本の学説において、積極説と消極説が対立している。両説は、民訴法115条1項3号の立法趣旨を敷衍して、口頭弁論終結後の承継人に対して後訴において前訴口頭弁論終結前の攻撃防御方法を制限しないと、相手方の既得的地位(法的安定性の要請)を保護することができないという遮断の必要性を共有している。他方、両説は、既判力の作用する局面のいずれにも当たらないにもかかわらず、相手方の既得的地位の保護だけによって、承継人への遮断効拡張が基礎付けられるかについて、非常に異なる価値判断を持っている。これは現時点で論争の中核であると思われる。

本論文の価値判断を先に言うと、物権的請求権には継続性がないという実体法上の規律と既判力の作用する局面(同一関係・先決関係・矛盾関係)という訴訟法上の規律のいずれも遵守されるべきであることを前提とすれば、相手方の既得的地位の保護だけで既判力による実体法の書き換えを正当化することはできないとする消極説の考えを支持すべきだと思われる。しかし、消極説が提唱している解決策たる物権の確認請求に対して積極説から提起される疑問も傾聴に値する。特に、物権的義務の存否のみを争い、所有権の帰属

に関する争いがない場合には、一般的に確認の利益が認められないので、消極説のいう解決策が通じないことになる」と説かれる。さらに、不動産利用権不存在確認という包括的な請求の趣旨を立てることができないため、たとえ前訴の争点になった占有権原がないことについて既判力を取得しても、後訴において承継人のその他の占有権原に基づく主張を禁じることができない、という。これらは、消極説にとって未解決の課題である。

そして、本論文の第二課題の問題意識は、承継人への前訴確定判決の（特に不利益な）拘束力の拡張の正当化根拠を明らかにする作業である。周知のように、日本の通説は既判力の根拠を制度的効力と手続保障の二元論と捉える。それを貫徹すれば、前訴の勝訴側である相手方の「法的安定要求」のみによって承継人への判決効拡張の根拠を論じる見解は、確かに制度的効力のレベルで承継人への判決効拡張の根拠を説明しうるが、手続保障のレベルでその正当化根拠を何も説明しないと云々ざるを得ない。本論文の考察によると、現時点で日本法において挙げられる口頭弁論終結後の承継人への判決効拡張の正当化根拠については、主に前主の訴訟追行による内容的な正当性を担保する代替的手続保障の擬制を挙げる見解と、承継人の手続保障にほぼ言及せず、前訴判決結果の維持・紛争解決の実効性など法的安定の要請を強調する見解とに分かれる。なお、少数説であるが、係争物を譲り受けたとき取引上の注意義務を果たしても前主敗訴の事実を知ることができなかった特定承継人の直接的な手続保障を念頭に置いて、既判力の不利益な拘束を除外すべきとする見解も見られる。それらの見解において、形式的に同じく代替的手続保障の概念ないし詐欺再審の許容性を共有しても、前主の訴訟追行による代替的手続保障の充実度を事後的に判断することによって正当化根拠が欠缺する確定判決の判決効を否定するという後訴裁判所（給付の訴え、請求異議の訴えあるいは第三者再審を問わず）の権限を認める見解（以下は「具体的な代替的手続保障説」という）とこれを認めない見解（以下は「抽象的な代替的手続保障説」という）

が分かれる。現時点で多数説は承継人の手続保障より相手方の法的安定要請を重視するので抽象的な代替的手続保障説を採ると考えられる。それに対して、同じく代替的手続保障によって不利益な判決効の拡張を正当化する会社組織に関する判決の対世効の場面において、自己の利益確保者たる被告会社の著しく信義則に反する訴訟追行による代替的手続保障の不足を第三者である株主の再審事由として認める裁判例（最決平成 25 年 11 月 21 日民集 67 卷 8 号 1686 頁、以下「平成 25 年決定」という）が登場した。平成 25 年決定の射程を口頭弁論終結後の承継人の場面にも拡大できれば、具体的な代替的手続保障を採る道が開かれうる。更に、実体法上の善意（固有抗弁）及び訴訟法上の善意（前訴の訴訟係属の事実または前訴判決の不知）を有する承継人への判決効拡張を排除するドイツ法（§ 325 Abs.2 ZPO）と、自己の責めに帰することができない事由によって訴訟に関与しえなかったため、訴訟結果に影響を及ぼすことができる攻撃又は防御方法を提出できない承継人の第三者取消訴訟制度を設ける台湾法（台民訴法 507 条の 1）など比較法上の知見にも参照すれば、承継人への判決効拡張を正当化するための「手続保障」はあらゆる場面で常に同じものではないことがわかる。したがって、日本法制度の下で、口頭弁論終結後の承継人は、一律に前主の代替的手続保障で我慢しなければならないか、あるいはケースバイケースで代替的手続保障の欠缺を補足するための事後的な直接的手続保障が図られるべきかかという論点を解明することが、本論文の第二課題である。

第一課題について、本論文は、消極説の核心のテーゼ（①物権的請求権の実体法上の性質、②既判力の消極的作用は既判力の積極的作用を前提にしなければならないこと）に抵触しないと同時に、積極説からの疑問を念頭において、積極説が想定している物権的請求権の既判力の遮断効に取って代わる遮断効の構築を試している。本論文は、承継執行ができる場合に、新たに給付請求をする訴えの利益を否定し、請求異議の訴えこそ前訴判決効

が作用する現実性がある場面であると指摘した笠井正俊教授の示唆を念頭に置いて、民事執行法 35 条 2 項の異議事由の時的限界による遮断を用いて、物権的請求権の既判力が後訴に作用しないという問題の解決策の構成を試している。このアプローチは、比較法上、確定判決の既判力によって遮断できない基準時後の形成権行使という伝統的な論点においてすでに見られる。具体的には、民事執行法 35 条 2 項に相当する § 767 Abs.2 ZPO の遮断効の再構成を提唱する有力説が参考になる。他方で、日本と台湾の実務において、物権的請求権に基づく請求の認容判決による承継執行に対して、被告側の係争物の占有を譲り受けた特定承継人が提起する請求異議の訴えにおいて、異議事由の時的限界の適用によって基準時前の攻撃防御方法を制限する裁判例が見られる。これらの比較法の知見からの示唆を受けて、本論文は、ドイツ法における基準時後の形成権行使の先行研究を口頭弁論終結後の承継人の問題に援用して、既判力の消極的作用と別個の効力を有する異議事由の時的限界による遮断効によって、第一課題の解決策の構築を試している。

第二課題については、口頭弁論終結後の承継人に係る先行研究だけでなく、その他の判決効の拡張が及ぶ第三者に関する先行研究（会社の組織に関する訴えと人事訴訟）にも目配りを要する。なぜなら、代替的手続保障の概念は、最初には谷口安平博士が会社の組織に関する判決の対世効の正当化根拠を説明するためにアメリカ法を参照して創造したものであり、なお、近日の実務と学説においても、会社の組織に関する訴えと人事訴訟において援用されつつあるからである。そして、比較法として、ドイツ法の考察は、特に 325 Abs.2 ZPO に係る固有抗弁の取り扱いないし口頭弁論終結前の承継人の事前的な手続保障（補助参加）の充足度に係る論争が傾聴に値する。台湾法の考察は、当事者恒定主義を採る以上、口頭弁論終結前と口頭弁論終結後の承継人を併せて取り扱う実務見解 と 2000 年以降の法改正（特に口頭弁論終結前の承継人に対する職権通知、訴訟係属の事実の登記

と第三者取消訴訟など手続保障と関連する法制度）に基づく現行通説を対象に行われる。

第 1 章

素材たるドイツ法と台湾法の立法例を概要的に整理する。本論文の研究対象は「口頭弁論終結後の承継人」に限定されるが、比較法の素材たるドイツ法と台湾法は、日本法と異なり、当事者恒定主義（§ 265 ZPO、台民訴法 254 条）を採るので、確定判決の主観的範囲を定める条文（§ 325 Abs.1 ZPO、台民訴法 401 条 1 項）は口頭弁論終結前の承継人をも含む「訴訟係属後」の承継人という文言を使う。それに応じて、ドイツ法と台湾法に基づく口頭弁論終結後の承継人の解釈論は、口頭弁論終結前の承継人との平行な取扱いを念頭において展開されている傾向が見える。したがって、本章は、口頭弁論終結後の承継人だけでなく、口頭弁論終結前の承継人に係る法制度をも視野に入れて制度的な比較を行う比較法の準備的作業として、ドイツ法と台湾法の承継人に関連する諸制度を考察し、日本法との比較を取り上げる。その過程は、承継人の範囲、判決効の承継人への及び方、及び承継人に値する手続保障を中心に行われる。

考察の結果として、日・独・台法制度の相違点は、（第 1 款）承継の時期、（第 2 款）遮断効の口頭弁論終結後の承継人への及び方、（第 3 款）承継人への遮断効拡張の正当化根拠、と（第 4 款）特定物の特定承継人の典型例とその占有権原に関する実体法上の相違に現れる。①承継の時期について、訴訟承継主義を採る日本法は口頭弁論終結時を採るのに対して、当事者恒定主義を採るドイツ法と台湾法は訴訟係属時を採る。②遮断効の口頭弁論終結後の承継人への及び方について、既判力の本質論の拘束説を採る日本法と一事不再理説を採るドイツ法・台湾法の下で、相違点は前訴・後訴の訴訟物が同一関係に立つ場合にのみ生じる。そして、既判力を伴わない債務名義は異議事由の時的限界による遮断の適用対象になるかどうかについて、民事執行法 35 条 1 項かっこ書によって排除される日本法と、実務上

認められるドイツ法と台湾法という相違点が見られる。③承継人への判決効拡張の正当化根拠について、日本法の具体的な代替的手続保障説は台湾法の通説に親和するのに対して、抽象的な代替的手続保障はドイツ法の通説に親和する。④実体法上の規律について、土地と建物が別個の不動産として取り扱われる立法例を採らないドイツ法（§ 94 BGB）の下で、それを採る日本法（民法 86 条 1 項）・台湾法（民法 66 条 1 項）の下で論争されている建物収去土地明渡請求訴訟は発生しない。そして、同じ建物収去土地明渡請求訴訟の口頭弁論終結後の承継人に関わる後訴において、土地賃借権の処分の自由を認めない日本法（民法 612 条、借地借家法 14 条・19 条）とそれを認める台湾法（民法 426 条の 1）とでは、後訴での攻撃防御方法は若干異なるが、いずれにせよ後訴において承継人は前主が相手方に対して占有権原を有したことを主張するインセンティブを持っている。

第 2 章

物権的請求権が争われた前訴の確定判決が後訴においてどのように口頭弁論終結後の承継人に及ぶかについての諸見解を整理する。本論文の分類は、物権的請求権の判決効が後訴で作用するかどうかという帰結について対立している積極説と消極説の壁を越えて、各学説が後訴において承継人の基準時前の攻撃防御方法を制限する「手段」を基準に、既判力の消極的作用説（第 1 節）、既判力の積極的作用説（第 2 節）と既判力以外の効力説（第 3 節）に分ける。それぞれの見解を検討した後に、本論文がドイツ法からの示唆を受けて提出する解決策の構築を論じる（第 4 節）。

第 1 節において、時系列に沿って、（第 1 款）同一性擬制の理論構成を代表する上野説と越山説（旧説）を、（第 2 款）先決関係擬制の理論構成を代表する中西説と越山説（新説）を、（第 3 款）前訴・後訴の訴訟物の間に既判力が作用する局面のいずれかに擬制する作業を採らず、代わりに民訴法 115 条 1 項 3 号が定める口頭弁論終結後の承継人の要件の該当性から遮断効の理論構成を採る鶴田説、笠井説と池田説を取り上げる。結論とし

て、いずれも既判力による実体法の書き換えの批判を浴びる理論構成であるので、本論文の第一課題を解決することができない。

第 2 節において、(第 1 款) 消極説が想定している物権的請求権の性質の変遷を把握するために、時系列に沿って、丹野説、山本弘説と山本克己説を取り上げる。更に、(第 2 款) 従来の分類によると、既判力遮断効肯定説の陣営に属するものであるが、承継人に対する遮断効の由来について、明らかに物権的請求権の既判力の消極的作用による遮断と異なる理論構成を採る松本説を取り上げる。最後に、(第 3 款) 消極説が提唱している確認請求という解決策に対して、積極説からの非難を検討した上で、既判力の積極的作用による遮断の限界を論じる。いわゆる物権自体に争いがない場合には、確認請求の適法性を説明し難い。特に本章第 4 節で詳しく取り上げるように、従来の通説と異なる民事執行法 35 条 2 項の捉え方、つまり既判力の消極的作用と区別する独立の機能を認めた上で、物権的請求権の既判力は後訴(請求異議の訴え)において作用しなくても、35 条 2 項の適用を妨げないという帰結を前提にすれば、前訴において争いがない法律関係に対する確認請求の訴えの利益は否定されるべきであろう。

第 3 節において、(第 1 款) 争点効の拡張による遮断の理論構成を採る新堂説と稲葉説を、(第 2 款) 信義則の拡張による遮断の理論構成を採る永井説と川嶋説を取り上げる。結論として、いずれも本論文が設定した第一課題を解決することができない。

第 4 節において、本論文の第一課題に対する解決策を論じる。具体例として、基準時後の形成権行使という論点を手掛かりに、民事執行法 35 条 2 項による遮断を再構成する。第 1 款において、民事執行法 35 条 2 項に相当する § 767 Abs.2 ZPO に係る考察を行う。

本論文の考察によると、(第 1 款) ドイツの判例は、従来から一貫して形成権の成立時を基準として、原則として一律に基準時後のあらゆる形成権行使を許さず、唯一の例外と

して、当事者の契約関係で設定される契約上の形成権が § 767 Abs.2 ZPO によって遮断されないとする。通説（少なくとも支配的な多数説）は Lent の見解に従って、形成権の実体法上の性質を念頭に置いて、基準時前に行使されなかった形成権は一律に § 767 Abs.2 ZPO によって遮断されないとする。これに対して、Otto 説以降の有力説（その他、Weinzierl 説、Thomale 説が見られる）は、§ 767 Abs.2 ZPO の沿革とライヒ裁判所の判例に基づいて、異議事由の時的限界による遮断と既判力による遮断を区別して、既判力の消極的作用と別個の効力を有する § 767 Abs.2 ZPO の遮断効を提唱している（第 2 款）。

第 2 項において、本論文は、日本法の下で、解釈論として異議事由の時的限界による遮断（民執 35 条 2 項）＝既判力によらない遮断効という理論構成を正当化するために、まず民事執行法 35 条 2 項の沿革を考察する（第 1 款）。そして、現行民事執行法 35 条 2 項の法文のみに鑑みると、異議事由の時的限界による遮断効＝既判力の消極的作用という通説のテーゼは確かに論理上の間違いがあると言えない。しかし、旧々民訴法 545 条 2 項の法継受ないし法改正の沿革に鑑みると、異議事由の時的限界による遮断効は執行遅滞を防止するために設けられているものであり、既判力を伴うかどうかは必ずしもその機能の必要条件とも言えない。そして、基準時後の形成権行使という論点に係る日本の判例（第 2 款第 1 目）・学説（第 2 目）を取り上げる。本章の目的は基準時後の形成権行使のあらゆる論点の解明ではなく、口頭弁論終結後の承継人に対する遮断効の理論構成にある。そのため、本論文の見解の構築に重要な示唆を与える中野説、上田説と新堂説のみを取り上げるにとどまる。

第 3 項において、前掲考察を踏まえて、本論文が把握している民事執行法 35 条 2 項の理論構成を論じる。結論として、「執行債権を妨害するかどうか」という客観的な基準を提出し、上田博士のいう「提出責任」ないし新堂名誉教授のいう「正当な決着期待争点」を

具体化する意味を持つ。ただし、既判力による遮断との整合性を求める上田説と新堂説の方向性と異なり、私見は民事執行法 35 条 2 項と既判力による遮断効とを異なるものと把握するので、上田説ないし新堂説の延長線上の見解とはいえない。このテーゼは、基準時後の形成権の行使という試金石を克服した上で、物権的請求権の既判力が作用しない請求異議の訴えにおいても援用することができる。係争物を譲り受けた時点での承継人の主観的要件を問わず、承継人は、承継執行文の付与に基づく強制執行を知らされた場合に、承継執行が確定判決に基づく債務名義の執行力に由来することを認識した上で、基準時前の異議事由を用いて執行力を排除するために請求異議の訴えを提起することは、同じく制度的な効力たる民事執行法 35 条 2 項の異議事由の時的限界による遮断効の対象である執行妨害に当てはまると評価される。従って、物権的請求権の既判力が請求異議の訴えにおいて作用しないにもかかわらず、民事執行法 35 条 2 項によって基準時前の異議事由を遮断することができる。

第 3 章

本章において本論文の第二課題である口頭弁論終結後の承継人に対する遮断効の正当化根拠を論じる。

第 1 節において、判決効が第三者に及ぶ必要性和許容性を区別する必要性を明らかにする。この点について、まず谷口安平博士の論述を援用して最も明らかにすることができる。谷口博士は、アメリカ合衆国憲法修正案 14 条・デュー・プロセスに基づく「何人も正当な防御の機会を与えられることなくして不利益を課せられない、というのは最も初歩的な正義の要請である」という命題は、日本国憲法 31 条（適正手続条項）、32 条（裁判を受ける権利）からも導き出される、という。この憲法上の要請から、谷口博士は、単に「必要である」との理由で何ら具体的な手続的保障を伴うことなくして判決の効力を一般第三者

に拡張することを躊躇なく行いがちな従来の学説の捉え方を疑問視し、「単に法律で判決効の拡張を規定しただけでは不十分である。従って、その場合には解釈で手続的保障を補なわねばならない」と説かれる。つまり、民訴法 115 条の判決効の主観的範囲は、もちろん立法者がそれらへの拡張の必要性を認めた上で定められるものであるが、それらへの拡張を正当化するために、解釈論で正当化根拠たる手続保障を補足することは、まさに訴訟法学者の使命と言えよう。単に拡張の必要性とか、立法者の決断とかを理由付けとして、承継人への判決効拡張を正当化する言い方は、正に谷口博士の指摘するように「説明を放棄したもの」に過ぎないと思われる。従って、正面から承継人への判決効拡張の正当化根拠たる「代替的手続保障」の内実を検討しなければならない。

第 2 節において、代替的手続保障によって第三者への判決効拡張を正当化する諸場면을検討する。代替的手続保障概念がはじめに援用された時系列に従って、第 1 款において、会社の組織に関する判決の対世効を、第 2 款において、人事訴訟の判決の対世効を、第 3 款において、口頭弁論終結後の承継人への判決効拡張を取り上げる。

第 1 款において、まず代替的手続保障概念の嚆矢たる谷口説を考察し（第 1 項）、そして最決平成 25 年 11 月 21 日（民集 67 卷 8 号 1686 頁）の判旨（第 2 項）と当該裁判例に対する学説の見解（杉山説、坂田説、岡田説と畑説）を取り上げる。論点になるのは、独立当事者参加と共に提起される第三者再審の要件として、共謀性の要否である。

第 2 款において、吉村説、高田説と菱田説の見解を取り上げることを通じて、手続保障が足りない第三者への対世効を否定しようとする場合、第三者再審の要否は口頭弁論終結後の承継人の場面でも共通する論点であることがわかる。

第 3 款において、代替的手続保障の欠缺を理由に承継人に事後的な手続保障を与えるべきとする「具体的な代替的手続保障説」（第 1 項）と、勝訴した相手方の法的安定性の要

請をより重視した上で、抽象的な代替的手続保障を念頭に置いて、共謀性がない限り、代替的手続保障の欠缺を再審事由とすることを認めない「抽象的な代替的手続保障」（第 2 項）を取り上げる。

そして、第 3 節において、承継人の主観的要件を用いて、（特に訴訟上の善意を有しない場面で）判決効拡張を説明する見解を取り上げる。日本法において、承継人の取引上の注意義務を用いて判決効拡張を正当化する高見説（第 1 款）が見られる。比較法として、ドイツ法の通説が把握している § 325 Abs.2 ZPO の解釈論（第 2 款）と台湾民訴法 507 条の 1 で定められる第三者取消訴訟制度（第 3 款）は注目に値する。

最後に、第 4 節において、論本文の第二課題の帰結として、承継人に図られるべき手続保障を念頭において、第三者再審との連動性を論じる。承継人への判決効拡張の正当化根拠は、日本法の下で、原則として前主による訴訟追行に基づく代替的手続保障しかないと思われる。ただし、その代替的手続保障は、単に抽象的な擬制で足りるか、または判決内容の正当性の高さを確保する具体的な代替的手続保障まで要するかについては、比較法の考察に鑑みると、承継人の主観的要件がその鍵である。確かに、平成 25 年決定の判旨によると、第三者再審の後訴裁判所は、第三者の主観的要件を問わずに、当該第三者の利益保護に務める前訴当事者の訴訟追行のみを視野に入れて、代替的手続保障の充足度を判断する。しかし、遮断効が及ぶ承継人が訴訟法上の善意を有しない場合には抽象的な代替的手続保障以上の手続保障の要請は働かないという価値判断について、比較法上の考察から普遍的な妥当性が認められるのであれば、日本法の下で、特定承継人による再審訴訟において、裁判所は、再審事由を否定するための一つのファクターとして、特定承継人の悪意を考慮する余地があると考えられる。要するに、特定承継人は訴訟法上の善意を有する場合にのみ、前主による代替的手続保障が明らかに足りないと評価されることを要件とし

て、平成 25 年決定の判旨を援用して、民事執行法 35 条 2 項による遮断効を排除することが許されるべきであろう。

救済のルートについて、本論文の第一課題の帰結として、既判力から切り離されても、35 条 2 項による遮断効は依然として判決効の一部として制度的な効力の属性を持つ。したがって、当該効力を排除しようとする場合に、従来既判力を否定するために必須な救済手続（いわゆる第三者再審）が参考になる。なぜなら、私見によると、相手方と承継人が実際に関与しうる後訴は請求異議の訴えであると想定されたとすれば、債務名義が確定判決である場合に 35 条 2 項の文言に従って、基準時前に既に生じた異議事由を遮断すべきであるからである。もし第三者再審によらず、請求異議の訴えにおいて元々第三者再審の第一段階（再審開始決定）で判断される事由を審理すれば、民事執行法 35 条 2 項の趣旨に反して、執行遅延をもたらす（つまり請求異議の訴えの提起と共に執行停止が許容される場合）。この虞を念頭において、やはり一般論を維持して、第三者再審による方がよいと思われる。

終章

第 1 節において、本論文の結論をまとめる。第一課題は民事執行法 35 条 2 項による遮断効の再構成（既判力によらない遮断効）によって克服される。第二課題は、口頭弁論終結後の承継人への判決効拡張が原則として前主の代替的手続保障によって正当化される。例外的にその代替的手続保障が極めて足りないと評価される場合に、平成 25 年決定の判旨を念頭に置いて、承継人による第三者再審を認めざるを得ない。しかし、ドイツ法と台湾法の知見に鑑みると、承継人が訴訟法上の善意を有しない場合には、代替的手続保障の欠缺を再審事由とする第三者再審を許されるべきではない。

第 2 節において、残された課題を提示する。①本論文が想定している後訴は請求異議の訴えに限定されるので、本論文の射程は執行力を有しない棄却判決の前訴口頭弁論終結後

の承継人の場面に及ばない。②基準時後の形成権行使の可否、会社の組織に関する判決の対世効及び身分判決の対世効の正当化根拠とその事後的な救済などの論点については、本論文の都合により最小限の考察を行ったにとどまるので、帰結をまだ導き出すことができない。