九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

既判力拡張と執行力拡張 : 占有承継の法的評価を契機として

吉村, 徳重
九州大学法学部助教授

https://doi.org/10.15017/1392

出版情報：法政研究. 27 (2/4), pp.99-120, 1961-03-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

既判力拡張と執行力拡張

――占有承継の法的評価を契機として――

吉村徳重

目　次

第一、占有承継の法的評価――判例と学説
第二、既判力拡張における依存関係と適格承継
第三、執行力拡張における依存関係
第四、請求権競合にけける占有承継

第一、占有承継の法的評価――判例と学説

一　判例によると、裁判上の和解により、建物収去土地明渡の義務を負う者から、その調書作成後に当該敷地の占有を承継した者は、和解調書の執行力をうける。「建物賃借人の敷地に対する占有は、（宅地）賃借人の敷地に対する占有に基き取得せられたものであるから、占有の関係から見ると一種の承継があるとみとめることができ……この種の占有の承継を認めることを妨げず」、民訴二〇一条の承継人に該当するとして、承継執行文を付与した（大決昭和五年四月二四日民集九巻四一五頁、最判昭和二六年四月一三日集五巻二四二頁）。

多くの問題を内包するこの判例のいう占有の承継は何故に執行力拡張の根拠となるのであろうか。いかなる意味で

執行力拡張の理由たる「承継人」に該当するのであろうか。判例自体は、占有承継があるという以上に何ら説明を与えていない（下級審裁判、例えば大阪高裁、昭三四年六月一二日決定、下民集一〇巻一二三〇頁には、「明渡義務を荷った占有を特定承継したもの」との説明がある）。

もっとも、占有権もしくは所有権に基く建物収去土地明渡の訴訟において、訴訟係属中に占有が承継された場合に、訴訟承継を認めた判例の説示からこの根拠をうかがうことはできる（大決昭和五年八月六日民集九巻七七二頁、は義務の承継ありとし、最高判昭和三二年九月一七日民集一一巻一五四〇頁は義務の承継ありとする）。

二　そして学説もまた、かかる物権的請求権による引渡請求訴訟においては、係争物件の占有の承継は物の占有に基いて生ずる引渡義務の承継を意味すると解した（Hellwig, Rechtskraft, S. 333 f.）。「請求権はもっぱら物の占有によって理由づけられ、前占有者と新占有者の占有関係は同一の法律関係として……取扱われるとすれば、同一関係によって理由づけられる同じ内容の請求権も同一物として妥当せねばならぬ」。

占有承継においては前主の占有をも自己の占有と併せて主張でき（民法一八七BGB二二一）、前占有者の有利に初まった時効により請求権に付される特性は、新占有者の占有承継によって継続される。ここに請求権が譲渡される根拠があるとされた。

ここでは占有の承継ではなくて、これに基づく実体法上の権利義務の承継が考えられ、これを実体法上の依存関係として既判力拡張の根拠とした。つまり、第一に、権利承継人は実体法上前主のもつ以上の権利を承継しないし、前主が承継のときに服した負担には従わねばならぬ、既判力もまたかかる瑕疵と見うる。第二に、既判力拡張を認めねば、係争物が判決後譲渡され繰返し訴訟の対象とされうるため、これを防ぐという立法目的。純粋に訴訟法上の拘束力である既判力が、実体法上の権利義務の承継によって当然に承継されるわけはなく、既判力拡張にはこれだけの正当化理由を要する（Vgl. Hellwig, a. a. O. SS. 127 f. 131 ff）。

これに対し、兼子博士を中心とする我国の通説によれば、物権的請求権に基く訴訟における占有承継は、実体法上の権利義務の承継は生じないが（第三者は新に独立に収去義務を負担するにすぎぬ）、原告の請求を争うべき当事者適格の承継を生ずる。適格承継人は訴訟状態上の利益不利益、既判力として実在化された権利関係、及び執行力を承継する。しかし、債権的請求権の訴訟における占有承継は、かかる適格承継を生じない（兼子、判例民訴法三〇〇頁、山木戸、法学セミナー三〇号四五頁）。

三　これに反対する新請求論によれば、判決理由にすぎない実体法上の請求権が、物的か人的かによって、訴訟物たる給付を求める地位は色づけられない。特定物引渡訴訟一般に（物的請求たると、人的たるとを問わず）占有の承継あれば適格承継があり、既判力執行力の拡張ありとされたのである（三ケ月、民訴法一七四頁）。殊に、小山教授はこれを敷衍して、被告の地位と被告適格の地位を区別する興味ある見解を示された。つまり、占有承継は被告適格の承継であり、これは、訴訟物につき訴訟追行の資格あるものの移転である。これは目的物の所持によって決まり、物権的請求権か債権的請求権かにかかわらない（小山「口頭論終結後の承継人について」法学会論集、一〇巻合併号二八頁以下）。

そこで先ず、右の学説の検討を通して、そこに現われた既判力拡張理由としての依存関係と適格承継の相互関係を吟味する必要がある。その中で、私が別稿でその概念形成の跡をたどった実体法上の依存関係の位置付けをしようと思う。

第二、既判力拡張における依存関係と適格承継

一　既判力の拡張について、訴訟法的既判力説は実体法上の依存関係を根拠としたのに対し、我国の通説は適格承継を理由とした。これは既判力という訴訟上の制度を実体法上の依存関係によって説明せずに、訴訟法上の概念によって説明しようという趣旨であった。兼子博士は、訴訟係属中の事象である適格承継及び判決基準時後の既判力拡張

は、共に訴訟上の生成物である訴訟状態を承継する現象であるとされたのである。しかし当事者適格は訴訟法上の概念であったが、その反面、実体権自体が訴訟において形成される権利の実在性として既判力と同視されたために、訴訟状態の承継が逆に実体関係の承継と把握され、適格承継は逆の意味で実体的依存関係と結びつくのである。これは、殊に給付訴訟においては、結果的には訴訟法的既判力学説の述べた実体法上の依存関係と殆んど異ならない結論に達するということができる。

二　そもそも実体法上の依存関係なる概念が既判力拡張の根拠として主張されたのは、既判力の本質を判決内容たる権利関係の確定のもつ、後訴裁判所に対する拘束力と解したところにあった。かかる積極的効果によって確定された権利関係を基準にできたからである。(二) 実体法上の依存関係あれば既判力拡張を生じ、承継人は前主について確定された法律関係にだけ拘束される。(三)

訴訟法的既判力説はこう主張し、更にここから前判決の拘束力は判決の基準時に存した前主の異議を排除するだけであり、専ら承継人にのみ存する異議を排除しないとした。承継人は自己に固有の反対債権などの抗弁であればすべて口頭弁論終結時までに存したものをも含めて提出できる。かかる抗弁は、前訴では全く対象とされず、且つされ得なかったためである。(三)

ここでは既判力の本質は、判決内容の後訴裁判官への拘束力であり、その結果として、これを維持するための当事者の不可抗争性（排除作用）という効果であった。(四) そしてそれは既判力拡張においても同様の関係で受け継がれたのである。

この訴訟法的既判力学説に対する最も痛烈な批判者として登場したのがベチヘルであったことは周知の通りである。(五) 即ち、判決内容に従った拘束力として、後訴に対する積極的効果を認めることは、結局、再度の実体審判を認めるこ

とであり、実体法的な観点に止まることである（Bötticher, S. 144ff, 190ff）。訴訟法的に既判力を把えるためには、これを「再度の審判禁止」と解すべきである。再度の実体審判を拒否、回避することから当事者の不可抗争性（排除作用）を生じ、その帰結として、判決内容をも積極的に保障することになり、いわゆる既判力の積極的作用と消極的作用は何ら対立しないのである（Bötticher, S. 198ff.）。

既判力の本質を一事不再理とし、その本質的な効果を排除作用とするとき、実体法上の依存関係はその位置を失うのではないか。しかし、前訴の判決内容は再度審判の禁止されることによって、結局は判決内容の確定を生ずるという点においては、結論を異にしないことになる。(六) 従って、実体法上の権利を基準にして訴訟物を特定すれば、一事不再理を主張するベッテルマンのように、いずれの見解に立っても実体法上の依存関係を問題にできる。(七)

三　ところが小山教授のように、判決によって確定するのは生活利益の主張の当否とすれば、既判力もまた純粋に訴訟上の制度として何ら実体法上の権利関係を基準とはしない。そこで占有承継者についても実体法上の明渡義務の承継は問題にならず、既判力の効果もまた、もっぱら判決の排除的作用の拡張の問題として論ぜられる。(八) 従って、かかる既判力拡張の根拠には実体法上の依存関係を基準とはなしえない。訴訟法的に評価された適格承継のみがその根拠として主張される。

その趣旨とするところは、口頭弁論終結後、実体法上の債務の引受ある場合も、占有承継ある場合も、共に訴訟法上の適格承継なのだから、訴訟法上の判決効が承継人に生ずるにすぎない。即ち、承継人は前主が前訴で主張できたはずの防禦方法を、前主が主張できぬと同様に主張できないだけで、自己固有の防禦方法を妨げない。被告適格の承継が被告の地位の承継と異なるのはこの点にあるとされる。

しかし、ここで二つの疑問点を提出したい。第一に少くとも給付訴訟では実体法的観点なしに適格承継の判断が可

能であろうか。そして第二に適格承継人への既判力拡張の内容は排除的効果に関する限り従来の見解と異ならず、兼子博士のいわゆる現占有者の「責任者の適格」に対しては、むしろ執行力拡張の持殊性の面からの検討が必要ではないのか（後述第三参照）。

そもそも当事者適格概念は、本案である請求について実体判決をする要件であり、国家利益の見地から評価される訴訟法上の要件である。(九) 当事者適格は、訴訟担当の場合を除き、(一〇) 給付訴訟では自己の権利義務として請求を主張する場合には、特に法の定めなき限り認められる。他人の権利義務についての訴訟は、例え主張が正しくとも給付を認める余地がなく、訴訟法的に評価しても適格を認めるべきではあるまい。(一一)

訴訟物について新説をとっても事情は異ならず、当事者適格の有無の判断も、請求の理由たりうる実体法上の法的観点に照らさざるを得ない。たしかに当事者適格の有無は訴訟物について判断されねばならず、原告の請求がその判断の資料である。しかし、そこから直ちに新請求概念においては、特定物引渡請求は目的物の所持者に向けなければ意味がないという理由で、目的物の所持者が被告適格者になるのだろうか。

債権的請求権のみに基づく引渡請求の場合はどうであろうか。具体例を考えよう。

通常の場合、たとえば、賃貸借契約を結び、既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を考えよう。占有承継人には、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生じない、と解すべきである。適格承継は問題にならず、既判力、執行力拡張も認め得ない。しかも、他方本来かかる人的債務を負担する前主については、占有の移転により、特定物引渡訴訟の被告適格がなくなるとはいえないであろう。

設例された、建物賃借人の転借人に対する転貸借終了を理由に明渡請求訴訟の口頭弁論終結後、転借人が無断で該建物を転々貸した場合を考えよう。確かに債権関係ではあるが占有承継人の転々借人としての地位は実体法上完全に前主、転借人の法的地位に

依存し、実体法的依存関係ある場合である（民法六一三条、BGB§556 III）。つまり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、返還義務を生ずる。しかも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のである。(二)

従って占有承継人が適格者たるためには彼自身に対する権利が請求の法的観点として予定されうる必要がある。かくてこの被告適格と前占有者の被告適格との間を同一視できるためには、請求の同一性が失われないこと、つまり請求の法的観点の間に実体法上の依存関係の存することが必要である。かかる基準なしに適格相互の同一性を問題にしてもその内容を明確に規定できないであろう。

（一）実体法上の依存関係概念が前訴と後訴の対象とする法律関係相互の関連の中から生じたことにつき、拙稿「既判力拡張における依存関係」㈠法政研究二六巻四号二七頁以下。

（二）Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft (1901) S. 129; Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgrl. Recht und Zivilprozess II (1916) S. 134

（三）Hellwig, Rechtskraft, SS. 47 anm 4, 135; Vgl. Bettermann, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft (1948) S. 47 f.

（四）Stein-Jonas, ZPO 18 Aufl. § 322 II, 2, は「いわゆる不可抗争性とは裁判官が異なった判決ができないということの結果にすぎない」といい、Hellwig. Rechtskraft, S. 13 anm. 34.) によれば、「不可抗争性は、Stein も私も判決効とする裁判官の拘束力の反面にすぎぬ」。

（五）Bötticher, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess (1930) なお、新堂、「民事訴訟における一事不再理」民訴雑誌六巻二二一頁参照。

（六）既判力の本質を一事不再理だと解し、前訴で確定されたものと同じ法的効果については後訴での前提問題としての主張も不適法であり、これ自体の訴も不適法として却下すべきとする Rosenberg, Lehrb. 7Aufl. § 148 II 3, もその結果確定判決の既判力は判決内容の基準性(Massgeblichkeit)となり、これが後訴の判決の基礎となるとしている(aa. O. § 148 I, III)。た

だ新訴訟物論ではこの基準性は判決された請求の法的効果を不可変のものと確定するのだから、(a.a.O.§150Ⅲ)その理由たる請求の実体法的観点について生ずるのではない。この点は後述第四注（一二）参照。

（七）Vgl. Bettermann, Rechtshängigkeit und Rechtschutzform,(1949) S. 30f. は、既判力を再度審判の禁止とするが、Derselbe, Rechtskraft S. 38f. はいずれの見解でも、給付判決が請求権を確定する点では異ならないという。

（八）小山「請求について」岩松論文集一七五頁以下では、既判力についての私の考えはまだ定っていないとされるが、訴訟効果説（岩松説）にひかれるとされる。従って当事者は判決の確定した内容に反する主張をなしえない、ことになる。そして、小山「口頭弁論終結後の承継人について」、前掲三六頁以下はもっぱら排除的効力のみを問題にしている。

（九）Bley, Klagrecht und rechtlicche Interesse (1923) S. 96ff.

（一〇）Bley, a. a. O. S. 93ff. は訴訟法的見地から、当事者適格を第三者の権利関係についての訴訟追行権と同視して説明した。共に、国家制度たる訴訟を利用するのを認める法的利益であり、訴訟要件だとする点では異ならない。しかし、殊に適格承継については、自づからの権利義務として主張している場合の当事者適格と他人の権利義務について他人に既判力を及ぼすための訴訟追行権とを同様に理解することはできない。第一に、Bötticher, Rechtsnachfolge in der Prozessführungsbefugnis, Festschrift zur R. Laun, (1948) S. 296ff. もいうように、訴訟追行権限の消滅の場合は、中断後に利益帰属主体が承継するが、これは権利承継ではなく本来の適格の回復にすぎない。承継による既判力拡張も問題にならない。第二に、判決によって確定されるのは利益主体の請求権であって、訴訟当事者の請求権ではないため、執行も判決された債務につきなされる。承継人への既判力拡張の場合と異なる。Bettermann, Rechtskraft, S. 48.

（一一）Vgl. Bley, a. a. O. S. 98f. 国家的利益の見地からは勿論、当事者についても原告の主張から何らの実体的権利も予定されない訴訟に関与させらるべきではない。被告適格なしとして却下し、訴訟から解放すべきである。

（一二）Bettermann, Rechtskraft, S. 217ff. によれば賃借人と転借人の地位を上位占有権と下位占有権との関係で、賃貸人に対する転借人の占有権は賃借人（転貸人）の占有権に依存し、前者の明渡義務もまた後者のそれに依存する。EGB. §556

;§604はかかる依存関係を定めたもので、これを根拠に既判力が拡張される。しかし、Bettermann, Rechtskraft, S. 246f. はこの依存関係は、下位権限者の異議の可能性が大きいため執行力拡張を生じない、とする。

第三、執行力拡張における依存関係

一　既判力拡張においては、前主の法律関係についての確定の拘束力が拡張されるだけで、承継人の法律関係は確定されていないのに反して、執行力拡張においては、事情はやや異ってくる。というのは、この場合に執行されるのは、確定された前主に対する請求権ではなく、未だ確定されない承継人自身に対する請求権であり、承継人自身に対しての執行力が生ずるからである。(一)従って通常の執行手続の如く、執行する前に判決手続によって自己の請求権が確定され、執行力が与えられることを前提とするならば、(二)承継執行手続においても、その前提として、判決手続による承継人自身に対する請求権の確定と執行力の取得が前提となろう。

ところで法は、これに代えて、単に実体法上の債務の承継だけを理由にして、つまり、実体法上の依存関係を要件として、承継人自身について執行力の拡張を認めたのである（二〇一条四九七ノ二条）。而も、具体的な執行手続においては、権利承継の証明にかからせた承継執行文付与の手続を認めたのである。つまり、承継が明白なとき、又は証明書により証明されるときは、執行文付与の申立（五一九条五二〇条）、そうでないときは、執行文付与の訴（五二一条）を認めた。

そこで、実体法上の権利義務の承継つまり依存関係が証明されただけで、前訴で確定した債務名義を承継できるとして執行力拡張が認められる。これは、前主に対する確定された請求権を実体法上承継したことが確認されれば、承継人についての請求権の存在が推定され、前主の執行力が承継人にも及ぶとされたものと解せざるを得ない。従って権利義務の承継は執行力拡張の要件であり、承継執行文付与手続はかかる要件の存否を吟味し、これを確認する手続

だということになる。一般に、承継執行文付与の訴が訴訟法上の確認訴訟といわれている所以である。(三)

二　しかしながら、そもそも何故に執行債権者、債務者は自からの請求権の確定がないのにいわゆる執行力拡張を主張でき、あるいは是認せねばならぬのか。法は何故にかかる確定されざる請求権の執行を認めたのか。

これは執行力拡張のみならず、一般の執行手続においても、請求権確定の基準時と執行時の間に間隙ある限り請求権の消滅の可能性あることから、根本的に請求権と執行権の関係として問題になる。(四) ここでその点を詳論する余裕はない。ただ執行力拡張に関しては、執行時には消滅の可能性ある請求権の実現を認める現象をいかに概念的に把握するかというよりも、むしろ、これを認める実質的根拠の所在はどこであるかを問いたい。その方がより実益があるからである。勿論その第一の根拠は、執行の能率的合目的々な実現という行政作用的な要請にあることは明らかである。(五) しかしこれは、他方において権利なければ執行なしという正当性の要請といかに調和されるだろうか。

ヘルウィッヒは、承継人が債権者から給付の訴をうけた場合に、前主に対する確定判決の既判力を基礎に、執行判決をうけねばならず、これに異議がいえぬことが、承継執行文付与手続でも、請求権を無条件に存在するものと主張されざるをえぬことの理由であるとした。(六) ベッテルマンは更にこれを敷衍して、執行力拡張が既判力拡張と同じ実体法上の依存関係を条件に認められるのは、第一に、既判力拡張の結果承継人もまた前訴において判決基準時までに前主の主張できた異議を後訴で前主が主張できないと同様に主張できないということ、そして第二に、前主との間に実体法上の依存関係が存し、これが密接である場合には、承継人固有の異議が稀有であることを挙げた。かかる異議のまれな場合にのみ、先ず執行を始めさせ、次いで債務者の負担による請求異議を認めることが、手続の簡易迅速、訴訟経済の要請から是認される。実体的真実と正当性の要請は、事後的な調整で充分であるとした。(七) しかしこれに対しては、執行力拡張が必ずしも既判力拡張を前提としない場合のあることから、反論を免れないであろう。(八)

ベッテルマンは公正証書や裁判上の和解においては、債務者がそもそも裁判による請求権の確定を放棄した場合であって、予め確定する必要のない場合だとして既判力のない執行力の根拠を説明する。[九] しかしこの場合には、承継人にも既判力拡張はなく、執行力の拡張が存するが、承継人は何ら自ら請求権の確定による保護を放棄したとはいえないであろう。しかし他方、ヨナスのように、執行力拡張は既判力拡張とは全く別個の立法上の考慮に基くとしただけでは、[一〇] 何が立法上の考慮の基準となるのかは明かでない。そうかといって逆に、既判力拡張なければ執行力拡張を認めないとしたのでは不合理でもあり、現実にも則しない場合が考えられる。執行証書も和解調書もむしろ執行力取得のための制度であるし、[一一] そもそも給付訴訟は執行力作出を目的とするものだから、既判力はこの執行力を支える副次的な意味しかもたない。副次的なものによって本来の効力拡張を終局的に左右するのは正当でない。そこでこのような場合にも執行力拡張を認め、ただ承継執行文付与手続において、予め異議を考慮する余地を認めるという規制をすべきであろう。これは承継執行文付与手続の特殊性に対応するものである。

三　承継執行文付与の訴は、執行文付与の要件を確定するだけだから、形式上の異議を審理しても債務名義に表示された実体権に関する異議は請求異議の訴によるべきだとの見解が有力である。[一二] しかしながら、執行力は常に実体法上の請求権の存在を前提し、権利承継による執行力拡張も承継人についての請求権の推定を基礎にした制度である。[一三] 従って、承継執行文付与の訴においては、既に受訴裁判所が判決手続によって、権利承継という実体的判断を通じて現存の執行力を審理するのであるから、更に進んで債務名義上の義務についての実体的異議の提出も認めてこれを審理すべきであるとする通説に[一四]賛成する。既に実体権の消滅した場合には、執行文付与もできるだけ避くべきだし、別訴によって執行に関する手続を繰返して認めるよりも一律に解決した方が合理的だからである。

とすれば、執行文付与の訴は、先ず権利承継の確認を通じて、更に承継人についての現存の請求権を確認し、執行

力の取得を目的とする、むしろ給付訴訟に類した特殊の訴訟法上の訴と解すべきことになろう。(一五) そして、権利承継により執行力拡張をうける承継人の執行力についての異議が予想される場合には、むしろこの訴によるべきことを要求すべきだと思う。それは前述の如き実質的理由のみならず、いわゆる裁判長の命による執行文付与（五一九条、五二〇条）を以ていわば、例外的な略式訴訟の一種と解するからである。この手続が相手方の異議を考慮しないこと（証書訴訟や手形訴訟との対比）、及び相手方を審理する必要がないこと（差押手続や仮処分手続（Verfügungs-verfahren）との対比）において、他の略式手続に類するからである。(一六) あるいは仮執行宣言と同様、債権者の危険に於てのみ許すべきであったとされ、(一七) あるいは相手方の審訊を義務的とし、異議を認めるべきだとして批判される所以である。(一八)(一九) 従って、実体法上の依存関係によって執行力拡張を認めても、なお承継人の異議が充分予想さるべき場合（既判力拡張なき場合など）には、本手続によらず承継執行文付与の訴によるべきだと解する。実体法上の依存関係は、一方前主の執行手続における適格を承継し、他方執行力拡張を生ずるというのは右のような意味をもっている。

(一) Bettermann, Rechtskraft, SS. 37, 47f. 訴訟担当の場合の既判力拡張執行力拡張においては確定された請求権が執行される (a. a. O. S. 48)。

(二) Bettermann, Rechtskraft, S. 41 は、執行前に請求権が確定されると共に、執行力の確定をも必要だとする。これが給付判決の確認判決と異る特質である。しかし執行力は請求権が確認された上でこれに国家的救助を与える力であり、これは単なる確認的性質ではないと解する。

(三) 兼子「強制執行法」(昭二七) 一一五頁、吉川「強制執行法」(昭二七) 一三四頁、菊井「民事訴訟法」㈡ (昭三五) 四七頁小野木・中野、「強制執行法・破産法講義」(昭三二) 一三九頁、ドイツでも、Vgl. Rosenberg, Lehrb. 7 Aufl. S. 877. Schöncke- Bauer, Zwangsvollstreckungsrecht (1956) S. 63

(四) 抽象的執行権説、具体的執行権説を招介批判したものとして兼子「請求権と債務名義」研究Ⅰ一五七頁参照。

(五) かかる要請から、他方慎重、公平を期する裁判機関と別に執行機関が設けられ、これに判断作用の負担をかけないとする所から、執行手続の特殊性の生ずることにつき、三ケ月「執行に関する救済」民訴講座Ⅳ一一〇三頁以下参照。

(六) Hellwig, Rechtskraft, S. 49 附随訴訟や追加訴訟とされる執行文付与の訴では、訴の認容によって、承継があり既判力を拡張する点につき争いえなくなる。Vgl. a. a. O. 47f.

(七) Bettermann, Rechtskraft, S. 46f. 彼はかくて通説に反対して「既判力の拡張なければ執行力拡張なし」との原則を定立する。そして他方、既判力拡張あるも執行力拡張なき場合を通説と共に承認し、これを実質的に説明できるとする。Vgl. a. a. O. 44f.

(八) ドイツでは、ZPO §§. 729, 732 が特に執行力拡張を認め既判力拡張を否定していることに関して執行力の規定からは既判力拡張を引き出すことはできぬことになる。Vgl. Stein-Jonas, Z. P. O. 18 Aufl. §729 I. §325 Ⅲ 3. dazu Vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, 25 Aufl. §729, そして一般的にも既判力拡張と執行力拡張が無関係なことがいわれている Vgl. Mendelssohn, Grenzen der Rechtskraft, (1900), S. 368, Stein-Jonas, ZPO. 18 Aufl. §325 I 3

(九) Vgl. Bettermann, Rechtskraft, S. 41 執行の前には請求権の確定が必要だとの要請は債務者保護を目的としていることから、保護の必要なき場合とする。公正証書は裁判の放棄であり、裁判上の和解は判決及び異議の放棄である。

(一〇) Stein-Jonas, ZPO, 18 Aufl. §. 727 I「執行が既判力を前提とせず、既判力が執行力を前提としないのだから既判力拡張と執行力拡張は無関係だ」とする。Vgl. a. a. O. §325 I

(一一) 三ケ月「民訴法」四四二頁以下、岩松「民事訴訟における判断の限界」法曹雑誌三巻二八八頁以下が、訴訟上の和解の既判力を否定し執行力を認めるのもその趣旨を含む。

(一二) 菊井、民事訴訟法㈡四九頁、三ケ月「執行に関する救済」前掲二一七頁。

(一三) 兼子、前掲研究Ⅰ一八四頁は Weismann が「強制執行は請求権が理があるとの推測から出発する」(Lehrbuch II S I) とする

のは、執行権が訴訟上或程度形成せられた請求権の強制力の現われだとする兼子説と同様の思想だが平面的だとされる。実体権が執行力に常に反映すべきだとする点では妥当だが、当然に反映するのではなく裁判機関による一定の汲み上げ行為が必要である。その意味で必ずしも立体的に説明する必要はないと解する。

（一四）加藤正治「強制執行法」（昭二六）七八頁、兼子「強制執行法」（昭二七）一一五頁、共にこれを通説とされる。吉川「強制執行法」一三五頁参照。

（一五）承継執行文付与の訴の性質については、私法的か訴訟法的か、確認、給付、形成いずれかなど争いがあるが（Vgl. Bettermann, Rechtskraft, S. 57ff）、三ケ月教授「執行に関する救済」前掲一一一四頁以下が訴訟法上の訴について、従来の伝統的な訴の類型の三分類の何れかに属せしめる必要はないとされることがここにも妥当する。ただ、むしろ給付訴訟に類する訴であるからこそ、通説が給付訴訟の別訴を認めるべきでないという結果になる解とすべきである。兼子「強制執行法」一一五頁、三ケ月「民訴法」六一頁参照。但し、大判昭和八年六月一五日民集一二巻一四九八頁は別訴を認める。

（一六）Vgl. Sieg, Rechtskrafterstreckung bei Rechtsnachfolge und ihre Bedeutung für die Vollstreckung nach § 883 ZPO, ZZP 66 (1953) S. 31f.

（一七）Hellwig, Rechtskraft, S. 133 anm. 14. もっとも、ヘルウィッヒは、承継執行文付与の場合だけでなく、通常の執行文付与の場合についても批判している。

（一八）Sieg, a. a. O. S 31f. は殊に、承継人が全く知らぬ間に承継執行文が付与され、執行が終了して了って異議を述べる余地がなくなることを批判する。そして、差押や仮処分手続より、遙かに迅速性の要請は少く、且つ、差押、仮処分が執行の保全に止まるのに、承継執行文では満足まで達するのだからより深刻であるとする。（Vgl. a. a. O. anm. 30）

（一九）もっとも、ここでの異議には、承継執行文付与の形式的阻止事由として権利承継人の善意が問題にされ、承継人が善意を異議として主張せねばならぬとする（挙証責任が転換されている。Sieg, a. a. O. S. 30）。善意取得については、これを

伝来的取得における負担排除（Vgl. Bettermann, Rechtskraft, S. 90）とするか、あるいは占有承継の抽象性を認めて（Vgl. Hellwig. Rechtskraft, S. 247）占有承継に基き一旦承継された請求権に対する承継人固有の対抗権源とするかによって結論が異なると解する。前者であれば、執行文付与要件たる権利承継の要件となるが、後者であれば、債務名義上の請求権についての承継人固有の実体法上の異議になる。後者と解して、適格承継を認め、善意は実体的異議として承継人の主張事項とする方が妥当である。同旨、山木戸、前掲、法学セミナー三〇号四五頁以下、菊井＝村松、註解二五七頁、反対、上田「原始取得と既判力の主観的限界」法と政治一〇巻三号一八一頁。小山「口頭弁論終結後の承継人について」前掲四〇頁註(1)は一方で適格移転を認め、他方で「承継人」でないとする。

第四、請求権競合における占有承継

一　ここで、冒頭に引用した土地明渡の判例に立ち帰ろう。兼子博士の評釈（判例研究、五巻一〇八頁）も認めるように本件和解に基く賃貸借解除による明渡請求権は、債権的請求権であった。ところが、既述の如く占有の承継が訴訟法上適格承継とされ、実体法上依存関係を生ずるには原則として訴訟物が物権的請求権であることを要するとすれば、本件の如く債権的請求権の場合には、適格承継及び既判力、執行力拡張を認め得ないことになろうか。

兼子博士の解決策はこうである。「賃貸借解除による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、――所有権に基く不法占拠の明渡請求権が契約関係によっ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」。

しかし、実体法上の個々の請求権によって訴訟物を特定する旧説の立場からは、甚だ無理な結論が承認されたといわねばならない。けだし、旧派によれば、これは、物権的請求権と債権的請求権という別個の請求が選択的に併合さ

れた場合（無意識でよい）であろうが、その内債権的請求権が判決（この場合は裁判上の和解）により認められた以上、これを解除条件とする物権的請求権の申立は取下げられあるいは審理されなかったであろう（兼子、「体系」三六七頁、一六六頁）からである。取下げられ、或は審理されなかった物権的請求権が第三者との関係で現実化し、且つ主張されうるためには少くとも判決された債権的請求権との間に同一請求に属する如き（そのためには新請求概念に立つ必要がある）連続性がなければなるまい。もっとも、これが訴訟係属中に第三者に譲渡された場合であれば、併合された請求の内、物権的請求権についてだけは第三者に適格承継が認められる。そこで、同様の関係を弁論終結後にも認めようとされたのであろう。しかし、既判力を判決された権利の実在性とすれば、判決により人的請求権が確定された場合には、その目的物につき占有を承継しても、既判力を拡張する余地はない。(一) けだし、仮にかかる人的債務が原告主張の通りでも占有承継人の債務とはならず、よって適格を生ずる余地もない。又適格承継及び既判力拡張も問題にならない。そこで、この点について占有承継による適格承継を認める判例の立場を肯定し妥当な結論に達するには、新請求概念をとる必要がある。

二　新請求概念によれば、この場合には占有の承継あれば適格の承継ありとされる。訴訟物が物権的請求であるか債権的請求であるかにかかわらず、占有承継人は適格承継人であり、二〇一条にいわゆる承継人に当る（三ケ月、小山）。

ローゼンベルクもまたかかる場合に引渡請求をうけた特定物については、訴が人的関係に基くか物的関係に基くかを問わず、ZPO三二五条を類推して係争物と見做し、転借人を承継人とした。給付判決をするにつき、所有権によるか債権関係によるかは、法的視点として裁判官の自由な選択に委ねる以上、いずれを選択したかによって既判力拡張を異にするのは不合理だとする点に理由があった。(二)

事実、所有権者が賃貸借終了による賃借物の返還請求をする設例の如く、債権的請求権と物権的請求権が競合する場合には、結論的には妥当な結果に達する。しかし、債権的請求権のみが予定される特定物引渡訴訟においてはこの結

論の維持し難いことは既に述べた。

ローゼンベルクが、特定物については、これをその占有承継が前主の適格喪失を生ずることを要件とする「係争物」(ZOP二六五条参照、Vgl. Rosenberg. Lb. 7 A. S. 474)と見做すことを類推的に認めたのも、少くも適格の移転の存しうる物権関係が請求の一法的視点たりうる場合に限る趣旨と解して初めて肯定できる。

結局、占有承継が、債権的請求権を理由とする判決ある場合でも適格承継と評価されるのは、これが、物権的請求権と競合する請求の場合に限ることになる。従って適格承継を認めるためには、請求の法的性質決定が債権的である場合には、前請求につき、物権的な法的視点からも評価できたのかを吟味する必要が生ずるのである。

三　そこで新請求論の立場から、かかる場合には請求の法的性質決定について、改めて他の見地から法的評価を下しうるという極めて巧妙なテクニックが提案されたのである。三ケ月教授によって請求の法的性質決定が時効や相殺適否にとって決定的である場合につき述べられたこの取扱は、(三)新堂助教授によって占有を承継した第三者に対する承継執行文付与の場合にも主張された。(四)家屋明渡請求において、賃貸借終了を理由に確定した「受給権」は所有権に基く明渡請求としても評価しうるから、第三者に対する承継執行文を付与せよと要求できるというのである。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。だ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を妨げない。

それにしても、法的視点によって色づけられないとする新訴訟物論が、請求の実体法的評価のこのような役割を承認せざるを得ないのはなぜであろうか。事実、既に請求についての当事者適格、適格承継の判断、更には既判力拡張及び執行力拡張についても、常に請求の実体法的評価が、その存否判断の視点を提供せざるを得ないことを見てきた。実体法上の依存関係の役割と位置はまさにここにあった。

訴訟が請求の当否を実体法に照らして判断する制度である以上、実体法上の関係の訴訟上にもつ機能を承認する必要がある。請求の法的視点たりうる実体権を予定できることが請求についての適格を定め、こうして仮定された実体権の承継が請求についての適格承継を生ずる。引渡請求をうけた特定物の占有承継が適格承継を生ずるのも、かかる見地から判断されるであろう。従って、前主についての請求の法的性質決定が債権的であれば、新占有者の請求についての適格が前主との間で適格承継ありといいうるためには、前主の請求が更に物権的請求権をも法的視点となしえたことを要する。訴訟係属中の適格承継の場合と全く同列に論じうる。そしてこの適格承継が、前訴において確定した執行力を新適格者に承継させるとするのである。

しかし、ここでは、前訴で確定されたのは債権的請求権とこれに支えられた執行力だけであることに注意しなければならぬ。適格承継は、未確定の物権関係を視点として判断されたにすぎない。未確定の物権関係に関し依存関係のあることは、物権的請求権を一つの法的視点とする請求について争いうる適格承継を生ずるが、これはいかにして、債権的請求権に基いて確定された執行力を承継する根拠となるであろうか。

もちろん、ローゼンベルクの指摘する如く、給付判決の効力が裁判官による法的視点の自由な選択によって左右されるのは不合理である。この批判は、実際的には旧説が請求権競合において選択的併合説に立って説明した場合にも同様に当てはまる。選択的併合という原告の意思によって事態を説明せんとはされるが、現実の意思を必要とするわけではない。(五)事情はそれほど異ならない。そこで、この解決策は訴訟物を一つと見る方向にしかないことは既に指摘した。結論を先ず述べるならば、給付判決の本来の効力である執行力について、つまり、執行力拡張手続たる執行文付与の訴においては、判決手続における裁判官の自由な法的視点の選択によって結論を左右されない取扱いをすれば足る、ということである。

そもそも法が特別の法的保護の形式として夫々異った訴訟の類型を認めているのは、夫々異った訴訟目的の追及を認め、夫々の訴訟類型が実現する異った機能を評価したためである。(六) 従って給付訴訟は執行力を取得して強制執行を達成するための訴訟類型であり、一部の学説のように、(七) 既判力の取得を目的とするものではない。(八) 訴訟物論争の最大の副産物とされるこの認識は極めて正当であり、(九) 給付判決の効力拡張を決定するにも同様にいえることであると思う。そこで、給付訴訟についての適格承継者には一律に執行力拡張を生じ、執行文付与手続に関与させることが要請される。

執行力拡張の特殊構造の故に、承継執行文付与の訴が、承継人の適格承継を確認すると共に、実体的な異議の提出をも認めるところの、承継人についての現存の執行力取得のための特殊な訴訟類型であることは既に述べた（第三参照）。競合する請求権を法的視点とする訴訟の場合、未確定の請求権を視点として適格承継を認められた占有承継人については次のことがいえる。つまり、承継執行文付与の訴において、先ず適格承継の根拠として未確定の請求権についての依存関係（ここでは、物権関係の主張と占有の承継）が確認され、適格承継（＝執行力推定＝執行力拡張）を生ずると共に、更に債務者＝占有承継人の異議（否認）に基いて現存の執行力の前提問題として、前主についての未確定の請求権の確認（主張だけでなく）をも必要とするのである。(一〇) 未確定の物権的請求権については、依存関係は認められても、物権的請求権という性質決定は確定しておらず、従ってその拘束力の拡張は問題にならないからである。二〇一条の承継人はかかる意味で適格承継人を指すが、これはいわば承継人についての現在の執行力取得という意味における承継執行文付与の訴の適格承継であるということができる。(一一)

この場合、物権的請求権につき既に前訴においてその法的性質決定があり、適格承継によりその拘束力を承継する場合であれば、後は承継人に固有の異議及び判決基準時後の前主の異議だけが問題となりうる。この場合にのみ五一

九条の略式の承継執行文付与の申立を認めるべきであろう。けだし、前訴において性質決定された権利関係の承継ある場合にのみ、法的性質決定の拘束力の拡張(一二)があり、既に第三で述べた執行力拡張の実質的理由(異議の稀有なこと)を充すと共に、承継が明らかな場合といえるからである。

(一) 兼子「体系」(昭二九)三四五頁、Vgl. Hellwig, Rechtskraft, S. 134

(二) Rosenberg, Lehrbuch, 7 Aufl. SS. 729, 731　拙稿「既判力拡張における依存関係」㈡法政研究二七巻五八頁参照。

(三) 三ケ月「法条競合論の訴訟法的評価」我妻還暦論文集(中)七三〇頁以下参照。

(四) 新堂「訴訟物の再構成」㈢法協七五巻六〇九―六二〇頁参照。

(五) 兼子「体系」一六六頁、選択的併合説の趣旨を貫けば所有権に基いて承継人に対し再起訴せねばならない筈である。なお、選択的併合説に対する一般的批判として三ケ月「民訴法」九一頁以下参照。

(六) Nikisch. Der Streitgegenstand im Zivilprozess. (1935) S. 5f.

(七) Goldschmidt, Der Prozess als Rechtslage (1923) S. 150f. 兼子「訴訟承継論」研究I、二四頁以下参照。

(八) ニキッシュと同様の観点に立たれる三ケ月「法条競合の訴訟法的評価」前掲論文七四四頁、七四八頁註㈥、同「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」法協七五巻一二〇頁以下参照。

(九) 中野「訴訟物」法学セミナー三九号三〇頁参照。

(一〇) 井上「既判力の対象と裁判所の選択権」㈠立命館法学三二号九九頁は債権的請求権を理由とした明渡請求認容判決後、原告側に所有権の移転あった場合につき「恐らくは執行文付与の訴を場として行われる第二の訴は、全く新たな明渡訴訟を追行する場合と変わりない費用、労力、時間を必要とする」という。しかし、この訴の管轄は第一審の受訴裁判所であり、適格承継により前訴の資料を受け継ぎ利用できるとすれば、事実資料は殆んど共通する場合が多いのだからこの批判は当らないと解する。

（一一）　小山「口頭弁論終結後の承継人について」前掲論文三四頁以下が二〇一条の承継人を適格承継人とするのに賛成する。ただ適格承継人とは承継人の現存の請求権の存否、いわゆる「被告の地位」を争いうる資格を承継した者である。その要件は請求の法的視点たる権利関係の実体法上の承継であり、承継人はこの依存関係によって前主の適格と同一の適格を取得する。つまり、判決基準時の判決効に服し、前主が争えなくなった点だけを争いえなくなる。勿論、実体法上の自己に固有の異議及び基準時後の前主の異議を留保するのである。既述の如き、執行力拡張及び承継執行文付与手続の特殊構造の故に、適格承継は、執行文付与の要件としての実体的権利関係の承継を争う地位の承継ではない。小山説には両者の同一視がある。

（一二）　前訴で確定した請求の性質決定の拘束力の役割をこのように大きく評価すると、その性質をどう解するかが問題となる。既に与えられた紙数を超過したので、最後に註の中で私の考えを述べてみたい。

法的性質決定の拘束力を認めない見解は（Nikisch, S. 150f.）、実体法の予定する規定（BGB §218 I §393）に答えず、他方既判力類似の拘束力を認めれば（Rosenberg, Lb. 407; Habscheid, S.121f; Zeuner, S.175ff.）、裁判所の法的視点の自由選択を認めながら、偶然に裁判所の選んだ法的性質決定にしばられるのはおかしいとの批判を免れない。この見解が他の見地からの法的評価を許さない意味で拘束力を認めるのは不当だからである。

しからば他の見地からの法的評価の余地を認めながらもなお既に確定された法的性質決定については一種の拘束力を認めるのは如何なる根拠によるのか。三ケ月教授（我妻論文（中）七三一頁）によれば、結局法律適用の職責をもつ裁判官の有権的な評価たることにあるようである。しかし、この拘束力がいかなる訴訟法上の制度的効果であるかは明かでない。確定判決の既判力（既判力で確定されたのではないとされる）乃至執行力なのか、あるいはその事実的効果なのか。法はこれらの制度的効果以外には判決の恣意的な効果を認めないであろう。

新堂助教授（法協七五巻六一一頁）は、他の請求権としての評価が考えられないときは、給付判決の理由の提示する内容がその性質決定機関に対して拘束力をもつ如く見えるが、これは受給権の存在の判断が既判力により争いえないとされることの事実的な効果にす

ぎないとされる。しかし他の請求権にも評価できる場合は、少くもこの請求権は確定されたという拘束力を否定されるのだろうか。又「確定されたもの」と見做しうるという主張は（Schwab, S. 141f）見做されなくともよいという趣旨なのか。そうであれば、共に法的性質決定に全く拘束力を認めない見解と同様の批判にさらされよう。

いずれにしても、法的再評価の余地を認めるにしても、少くも請求の法的性質決定につき後訴裁判所に対する拘束力を認めるには、これを既判力の一つの積極的作用として構成する必要があると思う。判決理由にすぎない判断に既判力を認めることになるとの批判に対しては、給付訴訟における既判力の特殊性という三ケ月教授（前掲、一四四頁七四八頁註(六)）の返答で充分であると思う。給付訴訟においては既判力は執行力を支え、これが実現されるまでの過渡的制度にすぎない。ニキッシュ（a. a. O. S. 5f.）もいうように給付訴訟の目的は給付命令の取得であって既判力の取得ではなく、一旦確定された権利が後訴で疑われなくなるのは原告のもつ訴訟目的とは関係のない一つの制度である。そうであれば、いわゆる請求の法的性質決定の拘束力は執行力を支える限りで、つまり執行手続においてのみ認めうる既判力の積極的作用とすることができる。

従って、同一請求が執行手続でなく別訴を以って訴えられたときは、既に一事不再理説が強調してきた既判力の消極的作用たる排除的効力を、訴訟係属の抗弁と同列に認めれば足るのではあるまいか。そしてこの積極的効果、消極的効果はいずれも適格承継によって承継人に拡張される。

あとがき――本稿は拙稿「既判力拡張における依存関係」（法政研究二六巻四号、二七巻一号）の続稿の一部を書き改めたものである。九州法学会において既判力拡張につき報告したときに、本稿の捧げらるべき舟橋教授に御指摘頂いた利益衡量の概念が常に導きの星となった。先生の学恩に報いるために今後の研鑽を自づからに誓いたい。