

係争物の譲渡と特定承継人の地位(一)

——比較法的研究(一)・フランス法——

堤 龍 彌

序 論

第一章 訴訟の不変性の原則について

第二章 係争物の譲渡と訴訟追行権の帰すう

——当事者適格論——

一 問題の所在

二 フランスの判例の紹介・検討

三 フランスの学説

第三章 係争物の譲渡と特定承継人の地位

——判決効の拡張(その主観的範囲)の問題——

一 問題の所在

二 フランスの判例の紹介・検討

三 フランスの学説

結 び

係争物の譲渡と特定承継人の地位(一) 堤

序論

訴訟中に係争物が当事者の一方から第三者に譲渡されてしまったような場合、いったい両当事者及び第三者の地位は、訴訟法上いかに考慮されるべきことになるのであろうか。このいわゆる係争物譲渡の問題については、「古くから各種の立法及び学説によって取扱われて来ているのであって長き沿革を有している」問題であることは周知のところであろう。

もちろん、わが国においても、この問題については、既に故兼子博士の有名な「訴訟承継論」を初めとしていくつかの貴重な論考を有するわけであるが、他面で、この問題の全般的考察、とりわけ訴訟承継主義の限界と対策といった角度からこの問題を論じたものは意外に少ないように思われる。⁽²⁾一つには、現行法の枠の中の可能な解釈論的テクニックは、既に上記の文献中においてその大部分が論じ尽されており、立法論ならばともかく、改めて解釈論としての新たなアイディアが出難い状況にあるからであらうか。さらに言えば、係争物譲渡の問題は、その性質上その内包する諸要素それ自体において、既にそれぞれの大論文を必要とするほどの深さと広がり有していると言っても過言ではなく、それ故、この問題全般に対するち密なるピラミッド的作業を目指せば、何よりも「先ず訴訟当事者の概念及び何人が現実⁽¹⁾に当該訴訟の当事者であるかの問題を研究しなければならぬ」ことにならうが、この問題の究明に伴うこのような難渋さがその他因をなしているのであろうか。いずれにしても、係争物譲渡をめぐる諸問題を周到に取り扱おうとすれば、まずその前提問題の究明を伴わざるを得ぬところに、この問題の研究を

難しくしている一因が存することは確かであろう。

ともあれ、この係争物譲渡の問題は、かようにその前提作業として究明すべき種々の問題点を含んでいるのであるが、その中でも、これまでは、譲受人の参加をめぐる訴訟状態の承継等の問題が、その議論の中心であったように思われる。⁽⁴⁾そして、その反面で、「係争物譲渡があつたにもかかわらず、従来の当事者（譲渡人）がそのまま訴訟追行したるのちに受けた確定判決の譲受人に及ぼす効力の有無及びその内容」の考察については、いわゆる自明のものとして、不当に等閑視されてきた嫌いがなかったとは言えないであろう。もちろん、前述のように参加があることを当然の前提に、関係当事者の立場及びその手続保障を考察、研究することの重要性は、これを否定するものではないが、それに加えて、参加がない場合のそれをも等しく論じるのでなければ、この問題の研究としては、なお不十分なものと言わざるを得ないのではなからうか。

本稿は、かような立場から、係争物譲渡における譲受人不参加の場合の法律関係をその主たる考察対象とするものであるが、その意図するところは、相手方当事者の立場をも考慮したうえでの、係争物譲渡による訴訟追行権の帰すうと譲受人の訴訟法上の地位の解明にある。⁽⁵⁾そして、それを具体的に実現する作業の一つとして、本稿では、比較法的考察方法を採用と共に、さらに、その(一)として、その対象を専らフランス法に限って、この問題を考察、研究しようとするものである。⁽⁶⁾⁽⁷⁾

(1) 兼子一「訴訟承継論」民事法研究第一卷一〇六頁（一九三二）。この分野での先駆的業績とも言える右論文中において、故兼子博士は、この問題を次のように要約している。すなわち、「訴訟物譲渡の現象は、争いの主体の利益が訴訟中に移転

せられ得ることが当事者の一方へ与える実体上の利益、更にこれをひろく制度的にみて一般取引界の要求と、この現象を承認する事が他の当事者に生ずる不利益、及び訴訟制度に与える影響との衝突拮抗する為に、極めて取扱いに困難な問題とせられるのである」(兼子・前掲一〇六頁)。

- (2) 兼子・前掲一頁以下、新堂幸司「訴訟承継主義の限界とその対策」判例タイムズ二九五号六三頁以下(一九七三)、上北武男「訴訟承継主義の功罪」法学教室八第二期√6一四二—三頁(一九七四)、高見進「訴訟承継主義の限界」民事訴訟法の争点一三四頁以下(一九七九)。

なお、高見進「登記請求権保全の仮処分効力」法学協会雑誌九三卷九号一頁以下(一九七六)は、このような観点からドイツ法の研究を試みている数少い文献の一つである。

- (3) 兼子・前掲一〇頁注(五)。故兼子博士自身、それに続けて、「此等の点はここには一先ず自明のものと仮定して議論を進める事とする」との立場を採っていたことが、その辺りの事情を暗示しているようにも思われるのである。そして、これら(当事者論、当事者適格論)に加えて、当然のことながら、参加論及び判決効の拡張(その主観的範囲)の問題が、訴訟承継論の内包する他の重要な諸要素となるであろう。

- (4) この問題は、故兼子博士以来かなり論じられてきており、ただ承継人が現実に入ってくるまでの間の、換言すれば実体法上の承継と訴訟上の承継との間に存する時間的間隙の処理のみが、未解決といえれば未解決の問題である。しかしながら、後者は、その延長線上に必ずや私の関心事たる後記テーマ(譲受人不参加の場合の取扱い)が出てくる問題故、むしろこの問題は、そこで取り扱う方がより適切であろうと考えている。

- (5) いわゆる当事者適格の問題と判決効の拡張—主観的範囲の問題とは、互いに密接に関連しながらも(そういう意味では、後者の問題を考察するに当たっては、前者の検討が必要不可欠となる)それぞれ別の考慮を要するところにこの問題の複雑さがあるように思われる。以下において、本稿が、その主たるテーマの考察(第三章)に先立って、まず当事者適格の問題を

独立に(第二章で)取り扱おうとするゆえんである。

(6) この問題に対するドイツ法の研究については、法典継受の経緯からか割合いになされており、一応の理解をみるに至っているのに比して、フランス法及び英米法の研究が手薄なのは否めない事実であろう。英米法については、本稿に引き続き比較法的研究(二)を予定している。

なお、この問題に関するドイツの文献については、Grunsky (w.), *Die Veräußerung der streitbefangenen Sache*, 1968, §. 99 f. に詳しいので参照されたい。本書については、上北武男教授の紹介がある(民事訴訟雑誌一六号三四八頁以下(一九七〇))。

わが国では、近時、上北武男「係争物仮処分」の当事者恒定の効力にかんする一考察」吉川大二郎博士追悼論集・手続法の理論と実践(下巻四五二頁以下(一九八一))が、ドイツにおける当事者恒定主義について、わが国の仮処分の効力と絡ませながら、紹介を試みている。

(7) なお、本稿の問題を考えるに当って、若干問題点として指摘しておきたいのは、一般に、訴訟承継の問題は、わが国では故兼子博士の提唱以来、法定当事者変更の一つとして相続等の場合の当然承継と同様、前主の訴訟状態を譲受人にそのまま引き継がせることが当事者間の公平及び訴訟経済等の見地から妥当なものとされて怪しまれないわけであるが、当事者の手続保障を、より実質的に相手方当事者及び承継人のそれぞれにおいて相対的に考察すれば、それほど一律、単純には処理し得ないのではなからうか(例えば、許害訴訟)。論者によれば、任意的当事者変更及び通常の(訴訟承継によらない)独立当事者参加の場合は、従来の当事者との関連性(適格承継、依存関係等)がないことを理由に、前主あるいは被参加人の訴訟状態との切断を当然視するがごとくであるが、その具体的妥当性のほどは問題である。訴訟承継という範ちゅうに入れば、すべて前主あるいは被承継人の訴訟状態を全面的に承継人に引き継がせ、任意的当事者変更という範ちゅうに入れ、全く前主との関連が切断されると解して省みないのは、あまりにも概念的、演繹的な解釈態度であろう。すなわち、口頭弁

論終結後の承継人が、詐害訴訟を理由に、被承継人と相手方間の訴訟を取り消す可能性が解釈論上残されていると同様、否それ以上に、訴訟中の承継の場合も、それまでの訴訟状態を承継人に全面的に引き継がせ得るほどに、前主が妥当な訴訟追行をしたかどうか、詐害的訴訟追行がなされていないかどうかを、個別的に訴訟内で検討(不利益な訴訟状態を引き継ぐ承継人にその点について主張・証明)し是正し得る余地を残しておくべきである⁽¹⁾と考える。これは、結果的には、従来の訴訟承継と任意的当事者変更との流動化・相対化をもたらす考察方法であると思うが、近時、このように柔軟な解釈態度をとろうとする試みが注目されている。同様の指摘をしている文献として、上野泰男「法定当事者変更総論上」判例タイムズ三二三号二六頁以下(一九七四)、中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編「民事訴訟法講義(補訂版)五六一頁以下〔松浦執筆〕(一九七六)、新堂幸司「民事訴訟法第二版五二六頁(一九七四)、福永有利「任意的当事者変更」実務民事訴訟講座1一〇八頁(一九六九)、井上正三「訴訟承継の意義と範囲」セミナー法学全集・民事訴訟法一六三頁(一九七四)。

第一章 訴訟の不変性の原則について

フランスにおいては、伝統的に、「訴訟の不変性の原則 *principe de l'immutabilité du litige*」というものが存在している。フランスにおける係争物の譲渡と特定承継人の地位の問題を明らかにするために、まずこの原則との関係を論ずる必要があるように思われる。何故なら、本稿で扱おうとする当事者又は当事者適格の変更の問題も、言わば訴訟の主観的要素の変更として形式的にはこの原則の適用範囲内にある問題と考えられるからである。ところで、フランスにおいて、一般的に訴訟の不変性の原則とは、一度訴訟が開始されれば、当事者も裁判官もその主観的、客観的要素すなわちその訴訟の枠組みを変更することができない、との原則である、とされている。⁽¹⁾

例えば、第三者が当事者の一方に取って替ったり、当事者の資格 *qualite* を変更したり、請求の趣旨や原因を変更したり又は新たな訴えを追加したりすることができないことになり、それ故、この原則によれば、訴訟関係は主観的にも客観的にも訴訟開始時に固定されてしまうことになるわけである。

もっとも、伝統的には、初期のローマ法が争点決定 *litis contestatio* の効果として認めていたところの不変性の原則が、王令時代に召換 *ajournement* の効果として転用され、以後フランス法においてもかような不変性の原則が形成されたとみられるのである。すなわち、François 一世による一五三九年の Villers-Cotterets 王令(一六条)によって、召換状に請求の趣旨、原因を明記する義務が原告に課せられるに至り、そのときから、召換は、それ以前のような単なる出頭の催告ではなく弁論の要約として考えられるようになり、召換状が送達されると、そこに記されている以外の請求は以後受理されなくなるといふようになった、と解されているのである。それが、さらに一五六三年の Roussillon 王令、Louis 一四世の一六六七年の王令にも引き継がれ、それを元にして作られたとされている一八〇六年の旧民法においても、その六一条によってこの義務が再び採用され、一九六五年一月二六日のデクレによる改正の際にもそれは維持されたのである。⁽³⁾⁽⁴⁾

また、この原則は、処分権主義 *principe dispositif* とも密接な関係があるとされている。すなわち、当事者は訴訟の枠組みを形成する自由を有しているが、一度それが形成されると以後訴訟の終りに至るまでその枠組みが保護されなければならないとされるのである。しかし、このことは専ら裁判官に課される義務であって、当事者は必

ずしもそれに拘束されるわけではないと思われる。むしろ、当事者に対する訴訟関係の変更禁止原則の根拠は、むやみに当事者が交替したり、新たな請求を提出したりすることにより訴訟が複雑化し遅延することを可及的に防止することによって、相手方当事者の防御権を保護する必要性に由来するものと考えられているのである。⁽⁵⁾

旧法ほど厳格でないとはいえ、現行法も、法文上は、一応原則的には、一審及び控訴審における新たな請求を禁ずる傾向にあるかのように思われる(新民訴訟法七〇条、五六三―五六六条)⁽⁶⁾。しかしながら、實際上、当事者に課される不変性の原則はそれほど厳格なものではなく、訴訟の多発性を避ける趣旨から、「十分なつながり lien suffisant」によって元の申立てに関連する付帯請求 demande incident」をすることは、それによって訴訟が甚しく遅延する恐れ risque de retarder à l'excès がない限り許容されているのである(新民訴訟法四条二項、七〇条、三二五―三二七条)。そして、このように付帯請求には、反訴 demande reconventionnelle、付加的請求 demande additionnelle だけでなく、参加 intervention⁽⁸⁾ も含まれている(新民訴訟法六三条)。以上のことをわが民訴訟法に置き換えて考えてみると、若干許容要件は異なるものの、ほぼわが国の反訴、訴えの変更及び参加に対応するものが、フランスにおいても認められていることが明らかとなる。それ故、今日では、フランス民訴訟法の伝統的な原則とされてきた訴訟の不変性も、その実体はかなり緩和されているというのが実状であるように思われる。

さて、以上の理解から本稿との関係で問題とすべきは、このようにしてフランスにおいても認められている第三者の参加が、それが任意的なものであれ強制的なものであれ、わが国でいう民訴訟法七三条、七四条の訴訟承継的な態様のものまでも含めて観念されているかどうかということである。言い換えれば、フランスにおいては、訴訟

中における係争物の譲渡が係属中の訴訟にいかなる影響（訴訟承継を認めるか否かでそれが大きく変わってくる）を与えるのがまさに問題となってくるのである。⁽⁹⁾ もちろん、このような場合、わが国でいう通常の独立当事者参加（七一条）的な形で譲渡人・相手方間の訴訟に譲受人が参加してくることは恐らく可能であろうかと考えられるが、それによって、それまで譲渡人により形成されてきた訴訟状態を、有利不利にかかわらず譲受人が全面的に引き継ぐ効果までも当然に認める趣旨であるかは、なお問題の存するところであるように思われる。同様のことは、相手方が強制的に譲受人を訴訟に引き込む場合にも問題となり得よう。もし、以上のことを肯定的に解することができるならば、フランス法においてもわが国と同様、一応訴訟承継主義を採っていると考えることができるわけであるが、⁽¹⁰⁾ 他方、訴訟中に係争物の譲渡があっても依然従来の当事者のみそのまま訴訟進行し得る（当事者適格を保持する）と解することができるならば、それによって得た判決は、一応（すなわち、当事者適格のある者によって訴訟追行されたものとして、その理論構成はともかく）譲受人にもその効力を及ぼし得るとの結論を導くことも可能であろう。すなわち、この限りでドイツ法流の当事者恒定主義を採っていると考えることもできるわけであるが、ドイツ法のように判決効拡張の明文（§§ 265, 325 ZPO）がないフランス法の下で果してそのような解釈論が有力たり得るかは、これまた非常に問題の存するところであるように思われる。

かように新法の下においても、訴訟中における係争物譲渡の場合に対処した明文規定のないフランス法においては、旧法下における同様多様な解釈論が成り立ち得るのであるが、本稿では、できるだけそのような実益の乏しい観念的、仮定的な議論は避け、むしろ實際上、フランスの判例・学説（とくに判例）においては、この問題に

これまでどう対処し考察を加えてきたのかを探究することに努力を傾注しようと考えるのである。

- (1) Vincent (J.), *Procédure civile*, 20^e éd., 1981, n° 406, pp. 435—437; Vincent (J.), *Rép. pr. civ.*, 2^e éd., 1978, v° Action, n°s 297—299, p. 22; Morel (R.), *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., 1949, n°s 349, 350 et 363, pp. 288, 289 et 297; Mignet (J.), *Immutabilité et évolution du litige*, 1977 (この論文については、民事訴訟雑誌二五号二五九頁以下(一九七九)に、徳田和幸助教授の簡にして要を得た紹介があり、本章の説明も専らそれに負うところが多い)。なお、未見ではあるが、本稿との関係が重要と思われる文献として、Azard, *L'immutabilité de la demande en Droit judiciaire Français*, Thèse, Paris, 1936.
- (2) 同王令第二章第一条(掲浩訳・ルイ一四世民事訴訟王令(一六六七年四月)) (神戸法学雑誌二四卷二号一七二頁(一九七四)参照)。
- (3) フランス民事訴訟法典翻訳委員会訳「フランス民事訴訟法典の翻訳(一)法学協会雑誌七八卷一七七八頁〔江藤价泰(一九六一)参照。以下、本稿において引用するフランス旧民法典の邦訳及びその注釈については、この訳書を参照されたい。』
- (4) Vincent, *op. cit.*, n° 406, p. 435; Mignet, *op. cit.*, nos 6 et s.
- (5) Vincent, *loc. cit.*; Mignet, *op. cit.*, n° 17, p. 27; Normand (J.), *Le juge et le litige*, 1965, nos 108 et 180, pp. 102 et 172.
- (6) 谷口安平・若林安雄・上北武男・徳田和幸「注釈フランス新民事訴訟法典」法務資料第四三四号九八頁、三三三頁(一九七八)参照。以下、本稿において引用するフランス新民法典の邦訳及びその注釈については、この訳書を参照されたい。
- (7) Wiederkehr (G.), *Rép. pr. civ.* 2^e éd., 1979, v° Intervention, n° 5, p. 1 (「時間と労力の無駄を省き、判断の抵触を避ける意味からか……」)。

(8) フランスにおける訴訟参加の問題を論じたものとしては、以下の文献がある。Wiederkehr, op. cit.; Gassin (R.), J.-Cl. pr. civ., 1962, Art. 339—341, v° Des Incidents; Martin (R.), J.-Cl. pr. civ., 1980, Fascicule 127-1, v° Intervention; Bertin (P.), le grand noël du procédurier, 1976, p. 9; Blanc (E.) et Viatte (J.), Nouveau code de procédure civile commenté dans l'ordre des articles, 1977—79, pp. 237 et s. 及び Wiederkehr, op. cit. の文献欄参照、木川統一郎「フランス民事訴訟法における参加制度」民事訴訟政策序説三五頁以下（一九五三）、若林安雄「フランス民事訴訟法における強制参加」山木戸克己教授還暦記念・実体法と手続法の交錯上二二頁以下（一九七三）、江藤价泰「強制参加と審級の利益」フランス判例百選一八四頁以下（一九六九）、前掲・注釈フランス新民訴訟法典二一八頁以下。

(9) わが国の当然承継に該当するものについては、フランスにおいても、中断・受継という観点から、同じような規定が存在する（新民訴訟法三七〇条参照）。

(10) もっとも、訴訟承継主義を採っていると仮定しても、そこから直ちに本稿のテーマである「訴訟中に係争物の譲渡があったにもかかわらず、それが訴訟に現れずに従来の当事者間で訴訟が終了してしまった場合の当該譲受人に与える訴訟法上の効果の有無」についての結論まで引き出すことは、必ずしもできないのではないかと思われる。すなわち、訴訟承継主義は、あくまでも訴訟中に係争物の譲渡があった場合に、譲受人が直ちに譲渡人に替って訴訟を引き継ぐことを予定しているのみであって、譲渡にもかかわらず交替のなかった場合等についてまで一定の結果を予想しているものではないと考えられるからである。この点、まさにわが国では、訴訟承継主義を採っているとされながらも、本稿のテーマのような場合には、従来の当事者間でなされた判決は、（事実効はともかく）何らの制度的効力をも譲受人には及ぼさないものとされ、そこにこの主義の限界があると指摘されてきたことは周知のところである。私は、わが国でのかような解決も、あくまで可能な一つの解釈論にすぎないと考えるわけである。

第二章 係争物の譲渡と訴訟追行権の帰すう

——当事者適格論——

一 問題の所在

さて、前章のような考慮に基づいて、以下では右の問題に関連する（解決の糸口になり得るであろう）と思われるフランスの判例・学説を可能な限りで紹介することに努め、その検討を通じて帰納的にこの問題に対するフランスの判例理論及び学説の傾向を私なりに推測してみたいと考えている。⁽¹⁾

ところで、前章でも見たように、伝統的な訴訟の不変性の原則によれば、訴訟開始時に適格が固定されることになる結果、その時に当事者適格を有した者が以後ずっと（上訴審においても）訴訟の終結に至るまでそれを保持し続けることになるように思われる。それ故、訴訟中に係争物が譲渡された場合においても、なお従来の当事者（譲渡人）がその訴訟における正当な当事者としての地位を維持し、その譲渡後も有効に訴訟を進行して行くことができることなるうか、と一応は考えられる。しかしながら、これも既に見たように、この伝統的な原則自体、既に各方面から徐々に緩和されつつあるのが現状である。實際上、以下に紹介するように、フランスの判例は、その状況においても理由付けにおいても、様々な方法でこの問題を解決してきたと言えよう。

以下の検討に供した判例を概観してみるに、当事者適格の帰すうという観点からみて（判決効の拡張については、さらに別の考慮を要するものと思われるが）、大別して理念的には次の三つの立場に分類できるように思われる。⁽²⁾

① 第一類型……あくまでも譲渡人のみが、引き続き有効に訴訟追行権を有する正当な当事者であるとする立場（一種の当事者恒定を認める。なお、譲受人自身が独自の立場で自己の権利義務の存否を主張して参加することは妨げないが、わが国で言うところの適格承継を認めない）

② 第二類型……譲渡後は、譲渡人と共に、譲受人も、従前の訴訟についての訴訟追行権を有するに至るとする立場（わが国の訴訟承継主義に近い）

③ 第三類型……譲渡後は、専ら譲受人のみが、従前の訴訟についての訴訟追行権を有する正当な当事者となる。従って、譲渡人は当然に訴訟追行権を失うに至るとする立場（訴訟上の承継を實體法上の承継と同視する）³⁾

補足すると、右の第二類型及び第三類型は、第一類型とは異なり、いずれも譲渡時（又は対抗要件具備時）までの訴訟状態の譲受人への承継（参加してきた場合）を認める点では一致するものの、（意識するか否かはともかく）わが国でいう当事者適格というものに対する理解の相違から、第二類型が、譲渡人の訴訟追行権を引き続き認めるのに対し、第三類型は、実体法上の承継と同視するために、譲渡人の譲渡後の訴訟追行を不適法として排斥すべきものとし、さらに譲受人が参加せずに譲渡人のみが追行して下された判決は、適格を欠く当事者に対してなされた判決として無効な又は第三者に対しては効力を有しないものとして処理しようとするのである。

一応、理念的、理論的には、このように三つに分類できるわけであるが、それでは現実には、ある判例がこれらのどれに属するかの分類作業に直面すると、その現象面においては、譲受人の参加、譲渡人の脱退等を認める限度で、なお不透明な部分が残らざるを得ないことを留保しておきたい。

(1) なお、判例の考察方法としては、原告側に承継があった場合と被告側に承継があった場合、権利の承継と義務の承継等、理論的にはいろいろなパターンが考えられ、それに応じて処理方法にも差異が生じてくるであろうとの予測も可能であるが、本稿においては、不正確ながら、ひとまず、関連すると思われる判例を右のような基準では分類することなく、それらの諸場合を一括して「係争物の譲渡」として考察、検討しようとするものであることを、予めお断わりしておきたい。

(2) Mignet, *op. cit.*, nos 270—271, pp. 328—331 参照。

(3) 適格の欠缺は、訴訟不受理事由 *fin de non-recevoir* となる (新民訴訟一三二条。なお、同一二六条参照)。従って、この場合、それを看過してなされた判決の効力が問題となる。これについては、とくに Omar (M.A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, 1967, nos 310—327, pp. 148—160 参照。

二 フランスの判例の紹介・検討

本節では、まず初めに、旧法下における判例を紹介、検討する。これら考察の対象とした判例の選定については、一応この問題を取り扱った文献中にしばしば引用されている判例の中から、私が本章のテーマに適切と判断したものを選び出した。

次に、新法下 (一九七六年以降) の判例を紹介、検討する。本稿のテーマに関し新法施行後に発表された文献が見当たらないため、これらの判例の選定については、私が、直接公撰判例集 (*Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière civile*) 及び私撰判例集 (*Recueil Dalloz, Semaine Juridique, Gazette du Palais*) に当り、その中から本章に適切と判断したものを選び出した。

最後に、以上の旧法下及び新法下における判例の紹介、検討を踏まえたうえで、それらについての簡単なまとめと考察を行うこととする。

(一) フランスの判例の紹介

〔1〕 Civ. 15 mars 1847, D.P. 1847. 1. 155.

【事実】 事実の詳細は不明であるが、第一審判決後に係争債権の譲渡があり、それに基づいて譲受人が控訴を提起した事案のようである。

【判旨】 「……理論上、譲受人は、反対の約定がない限り、譲り受けた債権に付随する諸権利とともに、訴権 *action* をも付与せられるのである。もし、債権の存否が訴訟の対象となり判決の結論を導くものだとすれば、その債権の譲受人は、その譲渡人に相当するものとして、係属中の訴訟を引き受け、追行し、その判決を利用し又は法の認める方法によりそれに対して不服を申し立てることができるのである。それ故、何人も、彼「譲受人」筆者注、以下同様」がその訴訟において当事者ではなかったとの理由で、それらの諸権利の行使を拒むことはできないのである。そこから、次のことが結論される。すなわち、その譲渡人の諸権利の譲受人として、彼に替って訴訟追行しようとする Z「譲受人」の控訴を、彼「Z」が第一審訴訟中においても、その判決においても当事者ではなかったとの理由で、不受理 *non recevable* と宣言「不適法却下」した原審は、民法四四三條並びに民法一六八九條及び一六九〇條「いづれも債権譲渡の對抗要件に関する規定」に違反したものである」と判示して、係争債権の譲受人による控訴を適法なものと認めた。

【分析】 本判決は、一見すると、訴訟の主観的側面において不変性の原則を排除し、譲受人への訴訟承継（当事者交替）を承認しているかの印象を与える。その理由として、そもそも債権が訴訟物となるときは、まさにその有無が訴訟の帰すを左右するものであるが故に、それを有する者（債権譲渡があった場合は、その譲受人）が正当な当事者として訴訟追行し

得るものと解しているようである。従って、その権利を譲渡した者は、(条件付譲渡又は訴訟担当的特約がない限り)当然そこに含まれている訴権をも譲渡したものとして訴訟追行権を欠くに至ると解する趣旨であろうか。

もっとも、言うまでもなく、これらは、本来あくまで観念的、一義的な真実の目でみた(言い換えれば、実体法上の)取り扱えというべきであつて、実際には(訴訟上は)、譲渡人が素直に譲渡の事実を認めれば、相手方当事者の同意を得たうえで、訴えを取り下げるか譲受人と交替して訴訟から脱退することになろうか(あるいは、訴え却下という処理方法も考えられよう)、相手方当事者が譲渡の事実を争つたり、譲渡人がそれを否定してあくまで訴訟を追行しようとするような場合には、ひとまずそのまま譲渡人に訴訟追行を許さざるを得ないであろう。その結果、譲受人をも混えた三面訴訟(又は共同訴訟)として、(その当否はともかく)まず譲渡の事実の有無を審理してその事実が認定されれば譲渡人の又はこれに対する訴えは却下ということになるか^{***}、(こう解すると、本件は第三類型に属するといえよう)、あるいは譲渡の事実、当事者適格を左右するものではなく、まさに本案の裁判の内容として判断される(第二類型)ことになろう。

* 以下の判例の紹介においては、原則として、原告をX、被告をY、参加人(譲受人)をZとして表示することにする。

** フランス旧民法四四三条。「一定の事項について法律によって定められた反対の規定がない限り、裁判所による裁判についての控訴は、以下の規定に従う。」(前掲・法協九〇巻八号六八頁(野田))

*** このような場合、わが国では、本案の判断(債権そのものが不存在)が先に出れば、請求棄却し得るとする考え方も有力である(鈴木正裕「訴訟要件と本案要件との審理順序」民商法雑誌五七巻四号五〇七頁以下(一九六八))。

[2] Civ. 1^{er} déc. 1856, D.P. 1856. 1. 439.

【事実】 X (Yの娘婿)は、Yを相手に、貸金(四〇〇〇フラン、年利五分)返還請求の訴えを提起。一八五二年八月二二日、Bastia民事裁判所は、Xの請求を認め、そのとき既に総額六六三三三フランにのぼっていた債務の支払いをYに命じた。

Y控訴。事件が控訴審に係属中、訴訟外で、X Y間に次のような合意が成立した。すなわち、Xの債権は五二〇〇フランに減額されること、そのうち三〇〇〇フランはXに個人的に支払われ、残りの二二〇〇フランはその債権の譲受人となった代訴士

のZに支払われるべきこと、というものであった。そして、この合意に基づき、Xは、彼に支払われるべき三〇〇〇フランをYより受領した。それにもかかわらず、その後も、Xは、Yによって提起された控訴を続行せしめ、一八五三年三月三日、第一審判決を支持した控訴人(Y)敗訴の欠席判決を取得した。この判決書の送達により右事実を知ったYは、直ちにこの欠席判決に対して異議を申し立て、その正当事由として、彼は、第一審判決により認められたXの債権額はその後の当事者間の訴訟外の合意により五二〇〇フランに減額されたこと、このうちXは既に三〇〇〇フランを受領しており、残りの二二〇〇フランについてはこの債権の譲受人となったZのみがその支払いを請求する資格を有するものである、と主張した。そして、以上の結果、Xにより獲取された欠席判決は当然取り消されるべきであり、また、Xは一八五二年八月二日の判決により取得した給付命令の執行を遂行する資格を欠くに至った旨宣言されるべきである、と主張した。これに対し、Xは、合意の存在及び三〇〇〇フランの受領は認められたものの、残りの二二〇〇フランについては、なお自己がそれに関する訴訟を進行する資格を有する旨主張して、残額の支払いを求めた。これらの各主張に対し、一八五五年五月九日、*Bastia*控訴院は、Yの主張する合意の存在を認定したうえで、欠席判決を取り消し、Xの請求を斥けた。Xによる破毀申立て。

【判旨】 「……Xは、認定された合意により、あるいはその債権の一部の支払い故に、あるいはさらに債務者「Y」の協力、承認を伴ったZへの債権譲渡故に、第一審判決により宣言された給付命令の執行を遂行する資格を欠くに至った」と判示して、Xの破毀申立てを棄却した。

【分析】 本件は、引用を略させていただいたが、日仏裁判形式の相違に由来すると思われる不明確な判示部分が散見し、若干不正確な紹介に終らざるを得ないが、本稿に関連する部分については、要するに、訴訟中有効な債権譲渡があれば、爾後債務者は、譲受人のみを相手にすればよく、訴訟においてもその事実を援用して従来の債権者(譲渡人)の支払い請求(訴訟追行?)を阻止できることを判示した点で、一応第三類型に属するのではないかと考えられる。^{**}

* 原語は、(tribunal civil)。現在のフランスにおける大審裁判所 *tribunal de grand instance*、わが国の地方裁判所に相当する。

* * * もっとも、譲渡人の支払い請求が、債権譲渡の結果、もはやその理由を欠くに至ったものとして棄却したとも考えられ、必ずしも譲渡人の譲渡後の訴訟追行権を否定したものとはいえないかも知れないことを留保しておきたい。

[c] Civ. 30 mars 1858, D.P. 1858. 1. 164.

【事実】 一八五五年一〇月六日、Xは、Yに対し、Y所有土地に通行地役権を有することの確認、及びYによるその権利行使の妨害によって被った損害の賠償請求の訴えを、Mehun-sur-Yèvreの治安判事に提起した。訴訟が係属中、Yは、係争中の土地をZ₁及びZ₂に売却した。にもかかわらず、訴訟は、Yとの間で続行され、証人尋問を経た後、一八五六年二月一四日、第一審判決は、原告Xの請求を認容し、Yに対して訴訟費用の支払いを命じた。Yは、この判決に対して控訴を提起し、Z₁及びZ₂が、この訴訟に参加を申し立てた。Xは、このYの控訴に対して、Yはもはや本件訴訟の対象たる地役権の負担を受けた土地の所有者ではないが故に、控訴を提起する適格を有しないとして、不受理の抗弁を提出した。さらに、Xは、それ故Z₁、Z₂の参加もまた受理されるべきでない旨主張した。これに対し、Bourges民事裁判所の判決は、以下のように判示して、このXの抗弁を認容した。すなわち、「控訴人たるYは、もはや本件Marmagneの土地の所有者ではない。Yは、一八五五年一〇月二七日及び十一月二日に、それをZ₁及びZ₂に売却したのである。そして、治安判事の判決が、一八五六年二月一四日に下されたのである。かくして、Yが控訴を提起したときには、もはや彼は、それをなす適格を有していなかったことは明らかである。従って、Yの控訴は不受理と言わざるを得ないが故に、Z₁及びZ₂の参加も、無効な行為を有効とすることを得ないであろう。さらに、Z₁及びZ₂は、Yが有していたより以上の権利を取得し得ないが故に、一八五六年二月一四日の判決に対して *terce opposition* を提起する権利を何ら有しないであろう。かくして、彼らの参加は、これを認めることができない。」

Y及びZ₁、Z₂から、一方で民訴法四四三条、他方で同四六六条及び四七四条違反を理由として、破毀申立て。すなわち、1° 原判決が、たとえ係争不動産の所有者でなくなつたとはいへ、少くとも訴訟を進行し当事者として判決を受けたところのYによる控訴の提起を不受理と宣言したのは違法である。さらに、Yは、あるいは訴訟費用に関する事項について、あるいはこの

判決の維持が、Yをしてその買主であるZ₁、Z₂に対して負わせしめることの担保責任を理由として、原判決を取り消してもらう利益を有している。2°控訴の受理可能性は、Z₁及びZ₂の参加の受理可能性を導く。従って、たとえこの参加が控訴審において初めて申し立てられたとしても、控訴により不服の申立てられている判決に対しZ₁及びZ₂からの *tierce opposition* の提起が認められる限り、さらには、彼らがまったくの第三者であったこの判決以前に買受けがなされている以上、その参加は認められるべきである。

【判旨】 「……Yは、既にこの通行地役権の対象たる土地の所有者ではなくなっているとはいえ、この判決に対し控訴を提起する適格を有している。すなわち、Yは、この判決に対し、その訴訟費用の裁判を取り消してもらうためのみ、独自に控訴を提起する利益を有しているのである。それ故、Xの抗弁は、認容されるべきではない。また、訴訟は、この控訴により、XとYとの間に生じており、Z₁及びZ₂は、民法四六六条及び四七四条に従って、それへの参加を申し立てることができるのである。実際、Yは、通行地役権をめぐる訴訟に関して下された判決以前に係争土地上の諸権利を既に譲渡しており、従って、あらゆる他の方法と同様、裁判契約によっても、Yは、それらを譲渡した者達「Z₁、Z₂」を害して、それらを処分する権利を有していないのである。それ故、後者も、彼らが買い受けた土地上にXは通行地役権を保持し得ない旨判決せしめ得る利益及び適格を有しているのである。従って、*Bourges* 裁判所が、Yの控訴及びZ₁、Z₂の参加申立てを不受理と宣言したのは、上記各法律に違反するものである。……原判決破毀。」

【分析】 本件は、この問題に関するリーディング・ケースとも言うべきものである。以下、順次検討してゆこう。

まず、譲渡人による控訴を認容した点であるが、その理由として、(1)譲渡人は、その係争不動産の譲渡後も引き続き訴訟を進行し、第一審判決時における当事者であったこと、(2)譲渡人は、譲受人に対する追奪担保責任を免れるために、引き続き訴訟を進行する（控訴を提起して、第一審判決を取り消してもらおう）利益を有していること、さらに、(3)譲渡人は、第一審での自己に不利な訴訟費用の裁判を取り消してもらうためにも、控訴を提起する利益を有すること、の三点を挙げている。(1)は、

控訴提起権を第一審判決時における当事者に認めるといふ一般原則の適用であろう。(2)は、後にも述べるように、われわれの理解では、訴訟担当の根拠とはなり得ても、そのままでは自ら当事者として当然に訴訟追行し得る資格を彼に付与する理由とは、し難いであらうと思われる。そして、(3)は、本判決掲載の注釈によれば、否定的な見解 (Talandier, de l'Appel, n°7) も存するものの、大多数の判例・学説は、かような理由に基づく控訴の提起を認めていたのである (Req. 8 août 1808, D.A. 12. 165; Req. 12 avr. 1820, D.A. 9. 676; Rennes, 2 juill. 1810, D.A. 9. 592, n° 15; Bourges, 25 nov. 1822, D.P. 1824. 2. 36; Bordeaux, 14 août 1829, D.P. 1830. 2. 30; Colmar, 27 mai 1833, D.P. 1834. 2. 195; Poncet, Jugem., t.I, p. 474, n° 293; Berriat-Saint-Prix, Procédure, t.I, p. 412, note 32; Chauveau, sur Carré, Lois de la procédure, § 556 quat., et Jur. gén., v° Appel civil, nos 453 et s.)。これらの点については、この以上触れなうが、述べたとしても、係争物の譲渡後においても、譲渡人の訴訟追行権を認めた点及び当事者恒定に基づく判決効の譲受人への拡張を否定した点において、本判決は、前述の第一類型に属するものと言えよう。

次に、譲受人の参加を認めた点についてであるが、その理由づけとして、譲渡人は、その係争物の譲渡後にはもはや譲受人を害するような行為を何らなし得ないこと、従って、以後の譲受人に不利な譲渡人の訴訟行為及び判決に対しては、譲受人は、係属中の訴訟手続に参加してその諸権利を防御し、他方、terce opposition を提起し得る (参加しなかった場合) と判示した点が注目される。この点について本判決の採った解決も、本判決掲載の注釈によれば、当時のほぼ確立した判例理論に基づいてのものと、当時の学説もまた、同様な立場を表明して来たものとである (Civ. 8 mai 1810, D.A. 9. 322; Civ. 27 juin 1810, D.A. 9. 583; Civ. 21 fév. 1816, D.A. 12. 653; Civ. 19 août 1818, D.A. 12. 654, n° 24; Req. 11 mars 1834, D.A. 1834. 1. 155; Req. 26 mars 1838, D.P. 1838. 1. 157; Req. 5 janv. 1846, D.P. 1846. 1. 355; Grenoble, 12 avr. 1808, D.A. 12. 652, n°22; Douai, 5 juin 1820, D.A. 12. 654; Merlin, Rép., v° Chose jugée, § 12; Berriat-Saint-Prix, Procédure, p. 498, note 2; Chauveau, sur Carré, op. cit., § 1710; Bonnier, Preuves, n° 696; Favard, Rép., t.

5, p. 602. 但し、反対の見解として Pigeau, Comment., t. 2, p. 62. の問題については Jur. gén., v. Tierce opposition に詳しい)。ただし、譲渡以前に判決が下されたときは、譲受人は、まさに譲渡人の承継人とみなされ、もはやその判決に対し、tierce opposition を提起することはできない。この場合、彼は、いわゆるその判決に関しては譲渡人によって代理されていたものとして、上訴を提起し得るのみである (Jur. gén., v. Appel civil, n. 543)。

* 原語は (Juge de paix)。現在のフランスにおける小審裁判所 tribunal d'instance。わが国の簡易裁判所に相当する。

** tierce opposition の訳語として、[第三者の故障申立] (前掲・フランス民訴法典の翻訳 44・法務九〇巻八号六二頁 [野田])、[第三者異議] (後掲・吉野論文・五頁) あるいは [第三者異議の訴え] (後掲・江藤論文)、[第三者による判決取消しの訴え] (前掲・木川論文三五八頁) 等多岐にわたるが、原語の正確な直訳を重視すれば、[第三者異議] (の訴え) が適当かと思われるが、これは、わが民訴法二八条のそれと紛らわしく、その意味からすれば、[第三者による判決取消しの訴え] が適当ではなからうかと考えているが、わが国には存在しない制度ゆえ、あえて邦語に直すよりも、本稿では、原語で用いておくことにしたい。

なお、フランスの tierce opposition については、判決効の拡張との関係で、次章において、より詳しく取り扱うことを予定している。それ故、とりあえず、ここでは、主な参考文献を列挙するに止めておく。

Roland (H.), Chose jugée et tierce opposition, 1958 (本稿との関係では、v. 78, pp. 102—105; n. 89, pp. 118—119; n. 323—332 bis, pp. 377—388) ; Donnier (M.) et Brunt (F.), J.-Cl. pr. civ., 1977, Fascicule 738 (v. 116—131) ; Raynaud (P.), Rev. trim. dr. civ., 1967, observation, pp. 886—887 ; Naquet (M. E.), Caractères de la tierce opposition, Rev. Critique de législation et de Jurisprudence, 1872—73, t. 2, pp. 351 et s. ; Blanc et Viatte, op. cit., pp. 395 et s. 及び Roland, op. cit. の文献欄参照、江藤价泰「フランス民事訴訟法における第三者異議の訴」人文学報一一号八六頁以下 (一九五四)、木川統一郎「判決の第三者に及ぼす影響」法学新報六四卷二二号一頁以下 (一九五八)、吉野衛「不動産の二重譲渡と独立当事者参加の許否」民事法の諸問題Ⅱ卷三三〇頁以下 (一九六三)、船越隆司「詐書判決論」法学新報七四卷四・五合併号一六六頁以下 (一九六七)、徳田和幸「フランス法における Tierce-Opposition の機能と判決効」前掲・実体法と手続法の交錯下一九八頁以下 (一九六七) 係争物の譲渡と特定承継人の地位 (一) 堤

下(一九七四)、前掲・注釈フランス新民法典三二九頁以下。

*** フランス旧民法四六六条。「利害があることを証明する者は、すべて控訴事件に参加することができる。」(前掲・法協九〇巻八号六三頁)。

同四七四条。「判決により自己の権利を害され、かつ、判決をするに当り自己又は自己を代理する者が呼び出されなかった者は、その判決に対し、*terce opposition* を提起することができる。」(前掲・同六三頁)。

[4] Aix, 14 nov. 1865, D.P. 1866. 2. 47.

【事実】 Aの死後、その息子の一人Yとその他の相続人Xらとの間で、Marseille 所在の家の所有権をめぐる争いが生じた。Yは、自分が買ったものだと主張し、Xらは、それは相続財産として分配されるべきものであると主張した。Xらより、Yを相手に、訴えが提起され、一八六三年七月三日、Marseille 民事裁判所並びに一八六四年五月七日の Aix 控訴院は、いずれもXら勝訴の判決を言い渡した。これに対して、一八六四年七月四日、Zが、Aの相続財産分割請求に基づく同手続開始後、一八六二年六月二日付公正証書により、Yから係争家屋を買受けたと主張して、一八六三年七月三日の Marseille 民事裁判所の判決に対して *terce opposition* を提起した。これに対し、同裁判所は、一八六四年二月二日の裁判によって、このZによる *terce opposition* は本来一八六四年五月七日の Aix 控訴院判決に対してなされるべきものであるとして、職権で事件を管轄裁判所に移送した。Zから上訴。なお、彼は、予備的に、一八六四年五月七日の Aix 控訴院判決に対して *terce opposition* を提起する旨主張した。

【判旨】 Aix 控訴院は、原審の裁判理由を引用してこの上訴を棄却したうえで、Zが、一八六四年五月七日の同控訴院判決に対して、予備的に提起した *terce opposition* について、次のように判示した。「……Zは、「Xらより」その売主であるYに対して提起された訴訟中に係争家屋を買受けたこと、及び右の訴訟は、Yが係争家屋の正当なる所有者ではない旨を宣言せしめることを意図したものであったことは明らかである。このような場合は、売主たるYが、彼に対して既に開始された訴訟において、防御し続ける資格を有するのである。実際、Xらは、先の訴訟において彼らに不知の買主Zに対して、改め

て訴えを提起するには及ばない。そして、彼らの有効かつ唯一の相手方に対して訴訟追行した結果、XらがYを相手に獲得した裁判は、すべての者に対して、彼らの有利に効力を及ぼすことにならう。すなわち、もし、買主Zが、売買の時に、売主Yに対する訴訟の存在を知っていれば、彼は、参加しなかった誤りの責めを自ら負うべきであるし、反対に、彼が、その事実を知らなければ、彼は、その事実を彼に知らせなかったことにより彼を騙した売主に対して損害賠償の訴えを提起し得るのである。かように、売主Yが、譲渡後も、彼に対し開始された訴訟を追行する資格を有するものとすれば、彼はそこで買主Zを代理したものとして、民法四七四条により、後者による *terce opposition* は不適用と言わざるを得ない。従って、本院は、本案に関する結論を下すまでもなく、Zによる *terce opposition* を不受理と宣言するものである。」

【分析】 本件は、その判旨から、第一類型の判例に属するものと思われる。すなわち、売主は、その譲渡後も係争物に関する訴訟追行権を失わず、むしろ、訴訟上は、買主を代理しているものとみなして、その判決効を買主にも及ぼし得るものと解している。しかしながら、譲渡後も売主が訴訟追行権を失わずとする点はともかく、判決効の買主に対する拡張を認めている点については、この立場はどちらかと言えば、少数説であって、本判決に付された注釈の指摘するところによると、先にもみたように、当時の有力学説及び破毀院判決（前掲・判例〔3〕）及びその【分析】中に引用の学説・判例参照）は、このような場合の買主への判決効の拡張を否定し、この者による *terce opposition* の提起を認めていたのである。もっとも、本判決も、買主による参加を必ずしも否定する趣旨ではなく、ただ第二類型のような訴訟承継ではなく、買主独自の立場で自己の権利を防御するような参加形態のみを認める趣旨のように思われる。

[5] *Pottiers*, 7 *Janv.* 1885, *D.P.* 1886. 2. 72.

【事実】 事実の詳細は不明である。ただ、その判文中より推測すれば、本件は、Xが、その所有地を通行するYを相手に、地役権不存在確認の訴えを提起した事案のようである。一八八四年三月一〇日、*Saintes* 民事裁判所は、このXの請求を認容し、Yに対して訴訟費用の支払いを言い渡した。これに対し、Yから控訴が提起されたのが本件であるが、そこで争点となっ

たのは、第一審判決後、Yがその所有の要役地をZに譲渡したことが当該訴訟にいかなる影響(Yの控訴及びZの参加、*terce opposition*の適否等)を及ぼすか、という点であった。

【判旨】 *Potiers* 控訴院は、問題の要役地が原審係属中Yの所有に属していたことを認定したうえで、Yの提起した控訴の適否に触れ、仮に、その後、その要役地をZに譲渡した事実があったとしても、なお、Yは有効に控訴を提起することができると判示し、他方で、Zの参加及び *terce opposition* 提起の可能性にも触れ、いずれも肯定的な判断を示した。「……判決時に当事者であった者はすべて、彼の不利になされた判決に対して控訴を提起し得るのが原則である。従って、Yによる控訴を否定し得るためには、明確な条文を必要とするであろう。彼がその要役地の所有者としての資格を失ったということを理由に、彼の控訴に反対することは無理であろう。すなわち、被告の適格は依然存続しており、そして、控訴は第一審の続きでしかなく新たな訴訟ではないが故に、彼の不利に言い渡された訴訟費用の裁判に対する上訴を受理するよう控訴院に申し立てることを、彼に対し、拒絶することはできない。そして、この訴訟費用の裁判を取り消すためには、ぜひとも本案に関する審理をしなければならぬ。Xにより裁判所に提起された申立てが理由があるか否かを認定する問題を解決しないで、訴訟費用について裁判することは不可能である。……〔次に〕Xの主張に対して、Zが、彼自身の資格で争い、その権利を害する恐れのある状態の存続を阻止する利益を有しないかが問題となる。そして、この点については、議論の余地がない。それ故、Zは、この控訴院判決に対し *terce opposition* を提起することができ〔参加しなかった場合〕、その結果、民法四六六条により、彼は本院の手續に参加する権利を有する。」

【分析】 本件は、前掲〔3〕と類似の事案で、ほぼ同様の見解を示したものとして参考にならう。そして、本判決は、仮に、第一審判決後に係争物の譲渡があったとしても、譲渡人は自らの資格で控訴することができるとし(恐らくは、控訴審での訴訟追行をも許す趣旨であろう)、その理由として当事者適格の不変性の原則らしきものをあげ、さらに、不利な訴訟費用の裁判を取り消してもらおう利益を強調している点など、いずれも前出判例〔3〕と同様である。ところで、当事者適格の不変性の原

則を強調するならば、(訴訟費用の裁判に対して独立の上訴を認めるかどうかはともかく) にも付随的な訴訟費用の裁判に對する不服の利益を持ち出してその適格を理由づける必要はなく、直接不利な本案の裁判に對するそれを理由に控訴を許せば十分であつたろうと思われる。それを、このような形で理由づけた背後には、恐らく係争物の譲渡後は、譲渡人にはもはや本案についての訴訟追行権は存せず、単に、第一審での、従つて譲渡以前に存した係争物に對する権利を争うためのみ、その限りで控訴して不利な訴訟費用の裁判を取り消してもらへる利益(その限りでの訴訟追行権)を、彼に認める趣旨ではなかつたろうかとも推測されるのである。ただ、その理由でも述べているように、この付随的な訴訟費用の裁判の是非を判断するためには、必然的に本案についての審理が伴わざるを得ず、その限りでまた本案についての訴訟追行権をもこの者に認め得ると考えていたのであろうか。いずれにしても(その当否及びフランスのかつての控訴審の構造はともかくとして)、本判決は、前掲・判例〔3〕と同様、一応第二類型に属するものとみてよいであらう。

他方、上述のごとく、本判決は、譲受人の地位をも考慮したうえで、「その権利の害される恐れのある」限り、譲受人にも譲渡人・相手方間の訴訟に参加して、自己の権利の防御を図り得る手段を認めている。もっとも、これが単なる補助参加的なものを認める趣旨にすぎないのか、わが民法がその七一条で認めている独立当事者参加的なものを考えているのか(その結果、形式的には三面訴訟を惹起する)、さらには、七三条でいう参加承継的なものまでをも考えているのかは、必ずしも明確ではない。

最後に、本判決は、譲受人は、参加しなかつた場合には、譲渡人・相手方間でなされた判決に對して *terce opposition* を提起し得るとして譲受人の権利の保護を厚くしている。ただ、上述の参加形態とも関連して、譲渡人・相手方間でなされた判決が譲受人に對しどのような影響を及ぼし得ると考えているのか(例えば、わが国でいう既判力が及ぶのか、単なる事実効が及ぶにすぎないのか)、*terce opposition* の行使要件とも関連して興味の残るところであらう。この問題については、次章で詳しく検討しようと考えている。

[9] Nimes, 27 mai 1890, D.P. 1891. 2. 38.

【事実】 本判決の認定したところによると、事実関係は、次のとおりである。すなわち、「Marseille」にあるX会社の技術者兼取締役であるAは、右会社の取締役会の承認に基づいて、彼がその資格において Marseille 在任のZから、流通の正貨で受領したことを承認、表明している一五〇〇〇〇フランの借入金¹の代物弁済として、右会社がY会社に対し契約上有している五〇〇〇〇〇フランの支払債権を、その債権の存在以外の保証をすることなく、同じく Marseille の公証人であるB作成の一八八九年六月一日付公正証書によって、Zに譲渡、移転した。さらに、Aは、右のようにZに債権を譲渡したうえで、X会社が本来その譲渡債権と共に有していたところのY'会社に対するあらゆる諸権利、訴権、利益及び担保権等を、これらの保証を持たない譲受人に代って、代理行使した。それ故、かような譲渡にもかかわらず、X会社は、なおその提起したY会社〔Y会社と同一視し得る会社なのか、又はその債務引受人あるいは債務保証人なのか等は不明〕に対する訴訟を進行する権利がある」と主張した。

【判旨】 「……しかしながら、前述の譲渡行為により、かつその債権総額の〔代物弁済による〕満足により、X会社は、結局のところ、上記控訴申立書に列挙された諸権利を失ったのである。ひとりその譲受人であるZのみが、形式上その権利を追行し得る適格を有する。……以上の理由により、X会社は、一八八九年六月一日付でなされたZに対するその権利の譲渡によって、現在は、……当院に係属する控訴を進行する適格を失ったものと宣言し、その控訴を不適法として却下する。」

【分析】 本件は、債権の支払いをしない債務者に業を煮やした債権者が、訴えを提起した後、その係争債権を自己が債務を負っている第三者に代物弁済としてその債権額の三分の一以下で譲渡した結果、その事実が、相手方当事者（債務者）により、訴訟不受理事由（適格の欠缺）^{*}に当るとして争われた事件である。

判決は、結論的には、この抗弁を容れて、譲渡人の控訴を却下した。従って、本判決は、明示的に、係争物の譲渡は係属中の訴訟に影響を与え、その事実が裁判所に明らかになった場合には、もはや係争物に対する権利を喪失した譲渡人は、訴訟追

行適格をも失ったものとして取り扱われ（その訴え又は控訴を却下して訴訟から排除）、その反面、この適格は、係争物の譲渡と共にその譲受人に移転したものと解して、この者の訴訟承継を期待したもののように思われる（本件では、参加、引き込みはなかったようである。）かくして、本件は、一応第三類型に属する判例といえるであろう。これは、まさに、実体法上の関係をそのまま訴訟法上の適格概念と結び付けた解決ということができ、かつての実体的当事者概念の影響が何えそうな判例である。

* 訴訟不受理事由に関する旧法上の取り扱いについては、旧民法二一九二条（前掲・フランス民法典の翻訳四・法協八一巻四号一〇三頁、注(1)〔高橋康之〕）を、現行法上のそれについては、新民訴訟法二二二条以下（前掲・注釈フランス民法典一三二頁以下）を参照されたい。

[7] Pau, 7 dec. 1891, D.P. 1892. 2. 587.

【事実】 事実の詳細は不明であるが、大略は、次のとおりである。Xは、Yを相手に、その有する債権に基づく支払い請求の訴えを提起、訴訟中、その係争債権をZに譲渡した。かようにして、係争債権の譲受人となったZは、代訴士間の行為により、一八九一年四月二四日付で、X・Y間に係属中の訴訟の追行を望んでいる旨通知した。ところが、この代訴士による通知が、形式上、参加申立てとしてではなく、訴訟手続受継の申立てとしてなされた点で、その有効性が問題となった。

【判旨】 「……この通知が、Zにより、訴訟手続受継の申立てとしてなされたのは誤りである。すなわち、当事者の一方の死亡又は代訴士の一方の死亡、辞任あるいは解任による訴訟手続の中断がある場合にのみ、訴訟手続を受継する必要があるにすぎない。本件の場合、当事者のいずれも死亡していないし、すべての代訴士はなおその任務遂行中である。他方で、被告が原告の身分の変動又は死亡の前に代訴士を選任していないときは、その変動等の事実を被告に通知することを〔原告側に〕要求している民法三四五条の規定は、従来の原告がなお生きているが故に、控訴人〔被告〕により有効に援用され得なかった。また、従来の原告自身においては、身分の変動はなく、単なる資格の変動〔所有者ではなくなったこと〕が存在するにす

ぎない。しかしながら、たとえ、かような申立てが、訴訟手続受継の申立てとしては認められ得ないとしても、他面では訴訟に関与していない第三者によって提起されたものとみゆるが故に、それは参加を求め付帯請求と構成し得る。かような理由で、その有効性については、それほど問題とはならないであろう。Zの代訴士は、實際上、適法に送達された方式に適った証書により、Zが係争債権の譲受人であることを相手方の代訴士に通知した。Zが、その譲渡人の行為及びその地位を援用して、譲渡人が開始した訴訟手続を続行することを望んでおり、また、彼が、そのような訴訟追行権を有していることは争いない。……さらに、相手方当事者たるYの方も、従来の当事者Xとよりも、むしろZとの訴訟続行を望んでいるのである。……そして、Zの参加は、Xにより対審的に追行されてきた訴訟の様相(状態)を変更するものではなく、付帯的な方法によって、譲渡人を譲受人に交替せしめるだけである。原則として、そのような状態が生じ、かつ何ら積極的(攻撃的)な性格を持たないこのような参加は、参加人をして、単にその訴訟における「新たな」当事者とするのみならず、さらに、彼に、その申立てが送達された時点において存した訴訟状態でその訴訟事件を承継すべき権利義務を付与するものである。以上の理由により、Zの参加を、正当かつ有効なものと宣言する。」

【分析】 新民訴法三六九条、三七〇条にも訴訟手続の中断事由が限定的に列挙されているが、やはり係争物の譲渡が訴訟手続の中断をもたらすとの規定は存在しない。それ故、わが国で、このような場合に、主として譲受人保護の目的で、立法論上あるいは解釈論上主張されている中断というテクニクは、^{**}本判旨でみる限り、フランスにおいても機能し得ない論法と言えさうである。それに、この場合の中断というテクニクは、そもそも係争物の譲渡があれば、(全面的に、又は譲受人との関係では)従来の当事者すなわち譲渡人は、訴訟追行権(当事者適格)を喪失するということをその前提とするものであろう。本判旨によれば、明文規定のないことが中断を認めない主たる理由となっているようであるが、その根底には、係争物の譲渡があっても譲渡人の訴訟追行権は喪失されないと認識が潜んでいるのではないだろうか。ここでは、この問題はこれ位にして、この判決が、付随的にではあるが、その理由中で述べた当事者交替の点に注目したいと思う。本判決は、この当事者交替を認

める理由として、次の四点を挙げている。すなわち、(1) 譲受人の代訴士により、適法適式にその相手方代訴士に、係争債権の譲渡通知がなされたこと、(2) 譲受人が、その前主たる譲渡人の行った行為、それによって形成された訴訟状態を、そのまま引き継ぐ意思を表明していること、(3) 譲受人自身が、譲渡人・相手方間で開始された訴訟につき訴訟追行権を有していること、(4) 相手方当事者が、譲渡人との間の従来の訴訟を続行する利益を有する限り、その利益の放棄が必要であり、本件では、この点につき、相手方は専ら譲受人との訴訟の続行を求めているが故に、右の利益の放棄があるものと認定できること、がそれである。このうち、(1) は、わが国とは若干手続方式が異なるものの、それほど問題はないと考えられるが、重要なのは、(2) と(4) の要件であろう。(3) は、このような係争物の譲渡がある場合、当然譲受人にも訴訟追行権を認める趣旨を表明している点で、あえてこのような場合の当事者交替を認める要件とするまでのことはなからうかと思われる。さて、(2) の要件であるが、要するに、本判旨の口ぶりからすると、係争物の譲渡があり譲受人が従来の訴訟に参加してくる場合であっても、それだけでは当然に前主の訴訟状態を引き継ぐものではなく、その援用が必要であるということになりそうであるが、判旨後段の部分からすれば、本件のような場合は、原則として前主の作出した訴訟状態を引き継ぐものと解しているように読みとれるのである。次に、(4) を当事者交替の要件としていることに鑑みると、係争物の譲渡があり譲受人が参加してきた場合であっても、当然には譲渡人との当事者交替は生ぜず、そのためには、少くとも相手方当事者の同意を要するという点である。このようなやり方は、わが国での民訴法七三条に規定されている参加承継と非常に近いように思われる。もっとも、わが国の参加承継は、その援用の有無にかかわらず、参加してあげればそのまま前主の訴訟状態を承継するものと考えられている点で若干異なるが、その趣旨とするところは、ほぼ同じであるように思われる。かくして、本判決は、ほぼ前述の第二類型に属するものと言えるであろう。

なお、係争物が不動産の場合であるが、本件と同様に譲受人から訴訟手続の受継を申し立てた事案で、結論的には、本判決とは逆に、譲受人の参加、当事者交替を認めなかったものの、それらの可否を考慮するに際し、右と同じような利益衡量を行

らうるものゝし、Civ. 23 nov. 1898, D.P. 1899. 1. 103 を挙ぐるべしとせらる。

* 原語は「(acte d'avoué à avoué)」。代訴士間の行為とは、訴訟当事者の一方の代訴士によって作製され、執行吏を通じて、相手方当事者の代訴士に送達される行為(書面)である。〔前掲・フランス民法典の翻訳(四)・法務八一卷四号一〇五頁(高橋)〕。

** 兼子・前掲民法法研究第一巻一四九頁参照。

[8] Civ. 22 janv. 1900, D.P. 1900. 1. 351.

【事案】「Paris において地主であり卸商人であるYは、予めその共有権を買い受けることなく、X所有の牆壁に接して建造物を建て始めた。これに対し、一八九四年一〇月二六日付の送達証書により、Xは、Seine 民事裁判所に訴えを提起し、Yに対しその建造物を取り壊し又は牆壁の共有権「の価額」を「Xに」支払うよう命じられるべきである旨主張した。これに対して、Yは、その共有権の買い受けを希望し、二〇〇〇フランの価額を申し出たのに対し、Xは、直ちに取り壊すべきこと又はその共有権の価額として二八一八フラン支払うべき旨を申し立てた。一八九五年二月二日付の判決により、裁判所は、Yに対して、一ヶ月以内に二四二五フラン支払うべきこと、さもなければその建造物を取り壊すべき旨命じた。Yは、一八九五年三月二七日、控訴を提起し、取り壊しを命じた部分の取り消しと、二四二五フランの価額を二〇〇〇フランに減額するように申し立てた。それに続く一八九五年四月九日に至り、Xがその係争不動産を売却したが、それは、共有権の決着を留保した特約付のものであった。その後、Yは破産を宣告され、その所有不動産は、一八九六年一月一九日、Zに競落されるに至った。そこで、一八九六年二月一八日、Xは、付帯控訴を提起し、その取り壊しを命じた限りで前記判決が維持されるべきこと、及び二四二五フランの価額を二八一八フランに増額されるべきことを申し立てるとともに、判決共通を目的として控訴審へのZの強制参加を申し立てた。一八九七年二月二五日付の判決により、Paris 控訴院は、XのZに対する強制参加の申立てを不受理と宣言し、XY間の争訟に関しては、「一方で、Xの付帯控訴を一部認容して」共有権の価額を二八一八フランに増額し、「他方で、Yの主たる控訴を一部認容して」取り壊しを命じるには及ばない、と判示した。」このうち、とくに強制参加の申

立て及び取り壊しの点については、次のように判示した。「……訴訟資料より次のことが明らかになる。すなわち、Xは、Zに対する訴訟への参加申立てよりずっと以前、一八九五年四月九日以来、彼の所有する不動産を売却していた。彼が行使しようとする訴権は、その侵害がなされた係争物の所有者にのみ属し得るものなのである。Xは、もはやその物の所有者ではないが故に、Zに対し何らの権利をも有していない。従って、その申立ては不受理である。彼がYと解決すべきことを主張し、その事件を個人的なものとしなければならぬところの共有権の考慮については、その不動産の売買契約書において、彼が挿入せしめた留保条項は、何らこのような状況を変更するものではなく、また何ら彼が意図した訴えをZに対し行使し得る権利を彼に付与するものでもないのである。……実際、Yはもはや上記牆壁に接した建造物の所有者ではなく、又Xも、その侵害がなされた牆壁の所有者ではない。従って、後者は、これら二重の理由によって、もはやその取り壊しを要求することはできないのである。」Xより破毀申立て。「……控訴院判決は、XがZを訴訟に参加させる前に牆壁の所有者ではなくなったことを理由に、Zに対する強制参加の申立てを不受理と宣言したが、この場合、訴訟がXよりYに対して開始された時点では、Xが問題の牆壁の所有者であったこと、さらに、訴訟中は、係争物に関するすべての権利は不動産の売買契約書において明示的にXに留保されていたことを理由に、民法六六一条違反」を主張した。

【判旨】 「……一方で、隣人の牆壁に接して建造物を建てることは、それ自体何らかの合意のない限り共有権のいかなる讓渡をもたらさない単なる事実上の侵害行為を構成するにすぎない。他方で、司法上の判断は、確認的であって、権利を付与するものではない。……従って、Yによる「牆壁の」単純なる占有取得は、彼に何らの権利を付与するものではなく、共有権の価額の支払いがない以上、建造物の取り壊しは、「讓渡にもかかわらず、売買契約書において」その諸権利を明示的に留保したXのために、Yの責任として命じられなければならない。この点につき、その効果として、訴訟はその開始時に遡る。Zに関して、彼は、支払い又は取り壊しについては、言わばY自身又はその所持者として考慮されるべきYの承継人にすぎない。」と判示して、Xによる破毀申立てを容れ、原判決を破毀して、事件を *Amiens* 控訴院に差し戻した。

【分析】 本件は、土地の境界線上の牆壁の共有権をめぐる、一方の当事者がその牆壁に接して建造物を建てたのに対し、その牆壁を所有する他方の当事者が、その共有権の価額の支払い又はその建造物の取り壊しを求めて、訴えが提起された事案である。適用条文は、フランス民法六六一一条とされており、それによると、「牆壁に接したる土地所有者はすべて、牆壁の所有者にその価額の半分又は共有せんと欲する部分の価額の半分及び牆壁の設置せられたる地価の半分の償還して、その全部又は一部を共有となす権利を有する。」^{***}と規定されている。しかし、われわれが本件で問題とすべきは、六六一一条の解釈ではない。本件では、両当事者の隣接する不動産及び問題の牆壁と建造物が、それぞれ訴訟中第三者に譲渡されたことにより、従来の訴訟が何ら影響を受けないかが問題となったのである。すなわち、まず原告所有の不動産が、控訴提起後の一八九五年四月九日、第三者に譲渡され、ついで被告破産による被告所有の不動産競売の結果、一八九六年一月一九日、その不動産の所有権が、これまた第三者に移転されてしまったのである。以上に対し、本判決は、各譲渡人の訴訟追行権を承認したうえで、原告による被告所有の不動産の競落人に対する強制参加の申立てにつき、競落人は、この場合、被告と同視し得るか又は被告所有の不動産の単なる所持者にすぎない、と判示した。従って、本件は、第一類型の判例に属するものと言えようか。

もっとも、本判決は、その主たる理由として、判決の確認的効果が訴訟開始時に遡ることを挙げている。これは、既判力の基準時を事実審の口頭弁論終結時と解するわが国の民法法理論とは異質なものであるが、ここでは疑問点として指摘するに止め、その検討については、後日に留保しておきたい。^{***}

* 神戸大学外国法研究会編・現代外国法典叢書・仏蘭西民法〔Ⅱ〕財産取得法(1)一三七頁「木村健助」(一九五〇)参照。

** もっとも、譲渡後の原告Xの訴訟追行権の承認については、売買契約書中におけるその譲受人との間の訴訟担当的特約に基づく配慮とも解することができようか。

*** 仮に、既判力の基準時を訴訟開始時におくと、これまで論じてきた訴訟の不変性の原則、係争物譲渡後の譲渡人の訴訟追行権、判決効の譲受人への拡張等の問題は、一応その当然の帰結として理解され得るであろう。もっとも、とくに判決効の拡張については、譲受人の地位の保護、取引の安全という観点から別の考慮(判決効の制限、*terce opposition*の許容等)が働き得る余地は、立法政策上、

解釈上、当然認められ得るであろう。このように、係争物の譲渡が訴訟に及ぼす影響は、判決効の基準時の問題とも密接な関係を有するものであることに改めて思いを致してみる必要があるかもしれない。

[6] *Limoges*, 5 juill. 1901, D.P. 1903. 2. 306.

【事実】 事実の詳細は不明である。Xは、Yに対し、後者の所有地上に地役権を有する旨主張して訴訟を起した。第一審は、このXの請求を棄却。これに対して、Xの控訴があった後、彼は、その所有地を、Z₁及びZ₂に売却した。それ故、Yは、これら二人の買主を相手に強制参加の申立てを行った。これに対し、*Limoges* 控訴院は、以下に引用するような判断を示したのである。

【判旨】 「……一般に、売買時又はその登記時までの、売主との間で対審的に追行されてきた手続が、その買主に対しても効力を持ち得るとしても、この時点以後の売主による手続は、もはや買主にはその効力を及ぼし得ないものと言わなければならない。けだし、その売却後は、売主は、係争不動産〔要役地〕の管理处分権を喪失するからである。すなわち、売主は、もはや裁判契約その他のいかなる方法によっても、その譲受人（買主）を害するような売却不動産の処分行為をする権利を有しないのである。それ故、買主は、あるいはXの主たる控訴に基づいて、あるいは同じくZ₂に関してはYの付帯控訴に基づいて、その出席外で下された判決に対して、*terce opposition* を提起し得るであろう。従って、また、彼ら〔Z₁及びZ₂〕は、控訴手続に参加することも許容されるであろう。そして、彼らが任意に参加し得るであろうと同様、Yが、強制参加の方法によって、彼らを判決共通のため訴訟に関与させることもまた許容されるのである。さらに、*terce opposition* を提起する権利を有するような第三者に対する強制参加の申立てについては、とりわけこの第三者の権利が、本件の場合のように、第一審判決後に生じたようなときには、控訴審において初めてなされることも可能なのである。ところで、Z₁は、この申立てに同意したのに対し、Z₂は、自己の諸権利の保持は主張しつつも、訴訟の途中で参加させられることを拒否し、Yによる強制参加の申立てには応じられない旨主張した。しかし、もし訴訟に呼び出された第三者が、一定の場合には、参加及び彼の関与しなかった

訴訟行為の承認を拒否できるとしても、彼がその前主によってこれらの訴訟行為に関し代理されていた場合には、事情は別なのである。売買時までになされた売主の訴訟行為は、買主にも効力を及ぼす。さらに、Z₂による買受けとその訴訟への強制参加との間に、彼を書し得る行為は、何らなされなかった。従って、この場合、Z₂が譲り受けた物権に関して、YがZ₂に対してなす判決共通のための強制参加の申立てを排斥すべき理由は何ら存在しないのである。」

【分析】 本件は、右に見たように、相手方当事者による譲受人への強制参加の申立てがなされた事案であるが、本判決は、控訴審において初めてなされたそれを有効と判示することにより、一見第一審で前主（譲渡人）によって形成された訴訟状態を譲受人がそのまま引き継ぐことを認めたかの印象を与え、暗黙裡に訴訟承継主義を採ったものではないかとの推測を生ぜしめる。その背後には、判旨も述べているように、第一審においては譲受人は譲渡人により代理されていたのであり、その効果を引き継ぐのは当然との考慮が働いているものとも解されよう。もっとも、本判旨も留保しているように、これには一定の制限があるのであって、売買時又はその登記時以後に譲渡人・相手方間でなされた行為及び判決に対しては、譲受人に、*terce opposition* の行使を認め（参加しなかった場合）、他方で、それらの不利な判断形成を阻止すべく参加することをも認めている（この場合、売買又は登記後、参加時までに譲渡人によって追行されてきた訴訟行為の効果については、参加人（譲受人）は争い得る（当然には不利な効果を受けない）ものと解しているように思われる）本判決は、この判決掲載の注釈でも指摘されているように一部反対説（Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. 8, § 769, p. 373; Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, t. 5, n° 328 bis-XVII; Chauveau, sur Carré, op. cit., § 1710 ter.; Dutruc, *Supplément aux lois de la procédure*, t. 4, v° *Tierce opposition*, nos 49 à 53; Aix, 14 nov. 1865, D.P. 1866. 2. 47—前掲・判例〔4〕）はあきらかに、言わば当時の大多数の学説及び破毀院判例（*Demolombe, Cours de code civil*, t. 30, nos 352 à 354; Rousseau et Laisney, *Dictionnaire de procédure*, v° *Tierce opposition*, n° 79; Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, 1^{re} éd., t. 5, § 1168, et note 55, p. 762; Tissier, *Théorie et*

pratique de la tierce opposition, n°101, p. 171; Civ. 30 mars 1858, D.P. 1858. 1. 164—前掲・判例(c))に沿ったものと言ふことができるであらう。従つて本判決は、第二類型に属せしめるのが最も適當であらう。

以上の理を、わが国の民訴法理論で言い換えてみるならば、(1)まさに口頭弁論終結後の承継人は判決効を受けるが、(2)訴訟中の承継人は、積極的に参加承継して自ら譲り受けた自己の権利を擁護することができる一方、(3)また、相手方当事者も、この譲受人を強制的に訴訟に参加させることを得べく、かような意味では、わが国の七三条・七四条コンビによる訴訟承継主義をまさに採っているものと解することができる(もっとも、譲受け又はその登記後、参加時までには生じた譲受人に不利な効果については、前主の訴訟状態に拘束されずに争い得る)、(4)他方で、参加しなかった場合又は引き込まれなかった場合には、譲受人は、もはや判決効を受けることなく、*terce opposition* を提起し得ることになるものと一応要約し得ようか。もっとも、その基準となる譲渡の時点を、契約時と解するか、對抗要件をも具備した時と解するかについては、なお議論があるようであり、これらについては、次章でより詳しく検討することにする。

* フランスでは、わが国とは異なり、確定以前の判決の効力を問題とする傾向があることに留意すべきである(例えば、既判事項の権威 *autorité de la chose jugée*)。

[10] *Chambery*, 15 juill. 1901, D.P. 1903. 2. 341.

【事実】 事実の詳細は不明であるが、判旨から推測するに、X・Y間で債権をめぐる訴訟が提起され、訴訟中、その係争債権をXがZに譲渡したことにより、その事実を捉えたYが、Xによる控訴の受理可能性(適法性)について争つた事実案のようである。

【判旨】 本判決は、Zの参加を適法なもの認めたるうえで、Xによる控訴については、次のように判断した。「……被控訴人〔Y〕は、本控訴はXがその債権をZに譲渡した結果もはや本件訴訟に何ら利益を有しなくなったが故に受理されるべきでない旨、及び他方でZもその控訴期間を徒過せしめた旨主張するので判断するに、原審において当事者でなかったZは、そも

係争物の譲渡と特定承継人の地位(一) 堤

(六七) 六七

そも控訴を提起する資格を有せず、ひとりXのみが控訴を提起することができるのであり、また、彼は、そのZへの債権譲渡につきZに対し担保責任を負っているが故に、まさにそのような利益を有しているのである。……以上の理由により、Xの控訴に対して提出されたYによる不受理の抗弁は、これを排斥する。」と判示した後、本案について判断し、Xの控訴を認容、原判決を取り消して、Yに対し、X又はZへの金銭の支払いを命ずる判決を言い渡した。

【分析】 本判決は、訴訟中の係争物(本件では債権)の譲渡につき、一方で譲渡人の控訴権・訴訟追行権を認め、他方で譲受人の参加を認める解決を示した。まず前者であるが、それを認める理由として、譲渡人が第一審において当事者(判決の名宛人)であったこと、彼が譲受人に対して売主としての担保責任を負っていることを挙げている。係争物の譲渡後でも譲渡人が依然として従来の訴訟追行権を失わない理由として、彼が第一審における当事者であったことを挙げているのは、訴訟の不変性の原則に由来する理由づけであろうか。他方、譲渡人がその譲受人に対して、売主としての担保責任を負っていることをもって、譲渡人が、係争物の譲渡後も依然訴訟追行権を保持し得る理由としているのを、われわれはどのように理解すればよいのだろうか。これは、前述・判例〔3〕の分析においても指摘したように、われわれの感覚では、訴訟追行の利益を基礎づけ得ても、そのままではその適格付与の根拠とは考え難いように思われる。考え得る法的構成としては、譲受人の黙示的な意に基づき一種の訴訟担当のようなものでも解してその適格を基礎づけざるを得ないであろう。^{**}

次に、譲受人の参加についてであるが、本判決は、これをそれほど問題視することなく認容している。問題点は、むしろ本判旨の付随的な意見の中に見出し得る。すなわち、本判決は、譲受人の控訴を認めない趣旨のようであるが、その判旨は十分であるように思われる。本判決掲載の評釈者の言葉を借りれば、当時の有力学説・判例によると、判決において代理されたものとみなされ、従って既判力を受けることになるような買主、受贈者その他の特定承継人は、譲渡人とともに、控訴を提起することができるのである(譲渡人が控訴を提起しない場合にその実益がある)(Jur. gén., v. Appel civil, nos 543 et s., 552; Supplément, n° 106; Garsonnet, op. cit., § 928, pp. 121—122; Civ. 15 mars 1847, D.P. 1847. 1. 155—前

掲・判例〔1〕：Orléans, 16 déc. 1868, D.P. 1869. 2. 22)。もともと、係争物を、元来の申立て（訴え、上訴）以前に取得した特定承継人については、話は別である。すなわち、この場合、譲受人は、もはや係属中の訴訟（第一審、上訴審）において、当然譲渡人により代理されているものとみなすことはできず、従って、このような場合、譲受人は、彼らを害する判決に對し、あるいは tierce opposition を提起し、あるいは譲渡人により開始された訴訟手続に参加する権利を有する（フランス旧民訴法四六六条、四七四條）（Jur. gén., v° Appel civil, n°543 ; v° Intervention, n°95 ; v° Tierce opposition, n°146 et s. ; Supplément, v° Appel civil, n°72 ; v° Intervention, n°46 ; v° Tierce opposition, nos 76 et s., 82 et 85 ; Garsonnet, op. cit., § 928, p. 123 ; § 974, p. 278 et s. ; § 1168, p. 762 ; Civ. 30 mars 1858, D.P. 1858. 1. 164——前掲・判例〔3〕；Poitiers, 7 janv. 1885, D.P. 1886. 2. 72——前掲・判例〔5〕）が故に、本来不利な判決を受けた当事者にのみ認められている上訴権を、譲受人にも認めてやる必要は、前者ほど切実なものとは言えないであろう（もっとも、わが国では、この場合も、控訴の提起と共に参加することを譲受人に認めている）。従って、本判決は、すべからず（對抗要件の点はともかく）その譲渡が、第一審判決後か、あるいはそれ以前であったのかを明らかにし、もし判決後であれば、理論的には、譲受人の控訴をも認める判示をすべきであったように思われる（もっとも、本件において仮にその譲渡が第一審判決後であったとしても、実際には、譲渡人による控訴の提起があり、それが認容されているので、具体的妥当性に欠けるということはないであろう）。

以上により、本判決は、判例の傾向としては、第一類型よりもむしろ第二類型に属せしめるのが適當であろうか。

* 同旨の判例として、Paris, 12 août 1850, D.P. 1851. 5. 526 ; Civ. 30 mars D.P. 1858. 1. 164——前掲・判例〔3〕；Poitiers, 7 janv. 1885, D.P. 1886. 2. 72——前掲・判例〔5〕。

* わが国でも、譲渡人・譲受人間にこのような関係がある場合には、任意的訴訟担当を許容しようとする考え方が有力である（中野・松浦・鈴木編・前掲書一七七一七八頁「福永」参照）。但し、黙示又は当然の訴訟担当を認め得るかは問題の存するところであろう。（この項未完）