

## 民事訴訟法判例研究 (一)

清田明夫

債権者代位訴訟と債務者による独立当事者参加の適否——二  
重起訴の禁止ならびに訴訟追行権の消長——

民事訴訟法第七一条・二〇一条二項

昭和四八年四月二四日第三小法廷判決（昭和四七年（内）第九〇八号、中谷恒夫外一名対根本フミ、参加人・橋本修三、建物明渡等請求事件）民集二七卷三号五九六頁

〔事実〕 X（原告・被控訴人・被上告人）は、Y（被告・控訴人・上告人）に対して、XがZ（参加人）より賃借している土地の一部である本件係争土地に関し、その地上にあるYの建物の収去と土地明渡の請求を債権者代位権に基づき行使し、これに加え、係争土地に隣接する借地上に存する建物の明渡とその明渡しによるまでの損害金の支払を求めて訴を提起した。ところが本訴が第一審に係属中、Z（参加人・被控訴人・被上告人）は独立当事者参加をし、Xに対しては、本件係争土地につき、Xの賃借権

不存在確認を、Yに対しては同土地上のYの建物収去と土地明渡を求めた。

第一審は、以下に記述する本案前の申立の却下と事実認定及び理由の下に前記Zの請求を全部認容し、Xの請求を棄却した。そこで先ず、本案前の問題としてZの参加申立に関し、一つには参加人による独立当事者参加の適否が、次には、Xによる代位訴訟とZによる参加訴訟の重複起訴の成否が問題となった。第一の点について、第一審は、本件係争土地部分に関するXよりYへの転貸がZの承諾を得られず、しかも、この無断転貸を理由に、その土地賃貸借契約を解除された時点に於ては、Xは債権者としての地位を喪失し、従って、Zは有効に本件参加訴訟を進行できるとし、これに加えて、Xが実体法上、本件土地につき、真に賃借権を有するか否かは、参加申立許否に際して斟酌すべきことではないとした。次に第二の点についても、もしXの代位行使を求める地位が容認されたいうえ、さらにZが同一の本訴請求に及んだのであれば、右申立は再訴禁止に該当す

るが、これと異り、本件の場合、ZがXの本件係争土地部分の賃借権を否定しており、あるいは他の理由で、Zの請求がXの請求とは別個に紛争解決の利益を有する場合も想定されるから再訴の禁止にふれないとして本案前のYの申立をいずれも却下し、Zの参加の適法性を認めた。そして、次に本訴請求のうち、土件土地明渡請求部分については、Xは、本件係争土地を含む土地を、建物所有の目的でZより賃借し、その後、本件（係争）土地部分をYに転貸し、Yがそこに建物を所有し、その敷地を占有していることは争いが無い。として、Xの請求を棄却し、その理由を次のように展開する。

賃貸人は賃借人の目的物件の使用収益につき積極的に協力する義務があるので、第三者がその使用収益を妨害しているときは、賃借人は、賃貸人に対し右妨害を排除すべきことを請求する権利があり、又、賃貸人はこれを排除すべき義務あるこというまでもないが、本件の場合、XがYに対し、自ら本件土地を転貸したものであるから、Yによる本件土地の占有使用は一面Xによるそれと同視することができ、Xにおいて使用収益を妨げられているということはできない。従ってXは本件土地の賃貸人であるZに対しYによる本件土地の占有使用をもってXの賃借権を妨害するものとして、その排除を請求する権利なく、又ZはXの為にこれをなす義務なく、結局、XはZに属する権利を代位行使してYに対し本件土地の明渡を求めることは許されないとした。そしてその他のXの請求を棄却して終局的にZ

の請求に関してのみ全部認容した。

第二審はXの請求に関して、次のように一審判決を変更した。第一に、本件係争土地上のYの建物収去と同地の明渡を求めるXの訴を却下し、第二に、係争土地に隣接する借地上の建物の明渡をYに命じた。即ち本訴に対する判断として、第一審摘示の事実認定を引用して、債権者代位訴訟に基づく訴訟に於ては、Xが債権を有すること（本件においては右係争敷地たる土地につき賃借権を有すること）が前提要件であるが、本件土地の賃借権はZの解除により消滅したものであるからXは代位権行使の前提要件である債権を有しなく、従ってXはこの点の請求について当事者適格を有しないものであるから、右代位訴訟は不適法として却下すべきとした。更に、参加訴訟が二重起訴に当るとのYの主張につき、前記の如く、Xの債権者代位訴訟が不適法却下される場合には、同一訴訟物に関する債務者自身の提起する訴訟は二重起訴に該当しないとされた。いずれも他の点については一審判決が維持された。

これに対して、Yが上告し、Yに対するXの請求とZの各請求は、係争土地上のYの建物収去と同地の明渡を求めるものであり、訴訟物を同じくし、二重起訴の禁止にふれると主張した。

#### 〔判旨〕 棄却

「債権者が民法四二三条一項の規定により代位権を行使して第三債務者に対し訴を提起した場合であっても、債務者が民訴

法七一条により右代位訴訟に参加し第三債務者に対し右代位訴訟と訴訟物を同じくする訴を提起することは、民法法二二一条の重複起訴の禁止にふれるものではないと解するのが相当である。ただし、この場合は、同一訴訟物を目的とする訴訟の係属にかかわらず債務者の利益擁護のため訴を提起する特別の必要を認めることができるのであり、また、債務者の提起した訴と右代位訴訟とは併合審理が強制され、訴訟の目的は合一に確定されるのであるから、重複起訴禁止の理由である審判の重複による不経済、既判力抵触の可能性および被告の応訴の煩という弊害がないからである。したがって、債務者の右訴は、債権者の代位訴訟が係属しているというだけでただちに不適法として排斥されるべきものと解すべきではない。もっとも、債権者が適法に代位権行使に着手した場合において、債務者に対しその事実を通知するかまたは債務者がこれを了知したときは、債務者は代位の目的となした権利につき債権者の代位権行使を妨げるような処分をする権能を失い、したがって、右処分行為と目される訴を提起することができなくなる(大審院昭和二三年(イ)第一九〇一号同一四年五月一六日判決・民集一八巻九号五五七頁参照)のであって、この理由は、債務者の訴提起が前記参加による場合であっても異なるものではない。したがって審理の結果債権者の代位権行使が適法であること、すなわち、債権者が代位の目的となった権利につき訴訟追行権を有していることが判明したときは、債務者は右権利につき訴訟追行権を有せず、当事者適

格を欠くものとして、その訴は不適法といわざるをえない反面、債権者が右訴訟追行権を有しないことが判明したときは、債務者はその訴訟追行権を失っていないものとして、その訴は適法といふことができる。原判決が適法に確定した事実関係によれば、原告の代位原因たる本件土地の賃借権は、その発生原因である賃貸借契約がXにおいてYに対してした無断転貸を理由としてZにより解除されたため消滅したものであるといふことができるから、Xの代位訴訟はその代位原因を欠くものとして却下を免れず、したがって、Zが本訴に参加しYに対して所有権にもとづいて本件建物収去本件土地明渡を求めた訴は適法といふべき」とした。

【評釈】 一 債権者代位訴訟の基本的把握に関する判旨の態度には疑問なしとしない。ただ、少くとも、債権者代位訴訟係属中における債務者よりの独立当事者参加を、結果的に認められた判旨の結論は正当と思われる。

二 (イ) 本判決が現出するに至る迄の、我国における債権者代位訴訟(action subrogatoire)の基本的問題性についてみると、一つには、債務者への判決効の拡張の問題と、二つには、債権者の競合をめぐる二重起訴の禁止の問題に、明確にその議論の焦点が向けられてきているのが現況である。しかも、この両者に共通する問題は、究極のところ債務者の訴訟追行権(当事者適格)の消長の問題につきると思料するのである。即ち、代位訴訟における債務者の訴訟追行権ないし当事者適格を如何に把

握するかによって、そのより具体的な効果として、債務者への判決効の拡張の可否、そして手続保障としての債務者の参加形態の選定、さらには、競合債権者間の訴訟追行権の調整に大きな影響を持ちうると思われるからである。なお、これ等は、最終的に本判旨に対する筆者の基本的態度に関連するので後記三以下で詳細に検討することを留保し、以下に於ては、これらを検討する前提として先ず、前記の債権者代位訴訟法の二つの問題性に関する日本に於ける学説の簡略な動勢を見ることから始めたい。

(四) 我国における債権者代位訴訟の位置づけ、とりわけ、訴訟の結果の既判力の債務者への拡張(民法二〇一条二項)の問題については、従来、何らその帰結が怪しまれることなく定着して来た日本の通説に対し、つとにその疑義を唱える三ヶ月教授は、先ず第一に、既判力の主観的範囲(三ヶ月・別冊民事訴訟法判例百選一五六ページ・昭和四四年)に於て、大審院昭和一五年三月一五五第五民事部判決(民集一九卷八号五八六頁)を解説するに際し、初めて、その判決効の拡張につき若干の比較法的見地から、これを疑問視することに端初を得て、そこで留保された系譜的・比較法的素材による精緻な議論の展開は、第二に、わが国の代位訴訟・取立訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲——法定訴訟担当及び判決効の理論の深化のために——(同著・民事訴訟法研究第六卷一ページ・昭和四四年)に於て開花させたと云える。ここでの理論の骨子は、あくまでも日本民法の生

い立ちに戻るも、その立法作業過程に於て参酌されたフランス法・ドイツ法にも存しない、全く新たな債権者代位制度とその判決の拡張効の設定がなされたということの指摘の後、二〇一条二項の判決効拡張の基本形態につき、これを吸収型(破産管財人と破産者の関係等)と対向型(本件のように債権者代位訴訟における債権者と債務者の関係)に分類し、前者は訴訟追行権の喪失する地位がイコールこれを賦与される地位への移行という法律関係であり、判決効拡張の典型の場合と首肯されるとしながらも、後者については、それぞれの当事者は訴訟追行権が他者に吸収され喪失されるという関係ではなく、あくまで相対立した訴訟が前提されるが故に、判決効の拡張の範疇には包摂されぬ関係だとした。そして、結論的に、実体私法上の債権者代位訴訟(民法四二三条)制度が近時フランスに於ても、総括執行の中に解消されるべき旨の動向を指摘して、我国に於ても、その本来機能すべき制度として、取立訴訟ないし、保全処分に移行・解消すべきと結んだ。そして更に、ごく最近、同教授は現在、その改正作業が進行中である強制執行法における債権者代位訴訟の位置づけにつき、その解釈論と立法論的調整の下に、果敢に提言をされた。即ち、取立訴訟と代位訴訟の解釈論的・立法論的調整——フランス型執行制度とドイツ型執行制度の混淆の克服の方向——(法学協会雑誌九一巻一頁一ページ・昭和四九年)に於てである。ここでは、昭和四五年の最高裁判例(民集二四卷六号四四七ページ、宮脇・続民事訴訟法判例百選四八ページ)を契機に、取立訴訟と代

位訴訟の立法論的施策にその多くの意が用いられ、その具体的施策として、債権者代位訴訟の根本的改廃を留保しながらも、少くとも、現時点においては、異質な制度の段階的配置の思想の先例——破産法八六条——に倣って、一つには、後行の取立訴訟係属による先行代位訴訟の中断と、二つには、取立権者の意思に基づく先行取立訴訟の受継の可能性の新設規定の設置を提唱し、しかも、これらの趣旨を盛り込んだ規定の位置づけにつき、現在の改正作業が代位訴訟の再確認を行ったと認識されることを回避する趣旨からもあくまで、強制執行法本文に定着させた型でなく、せいぜい付則の中に置くべき旨の立法論を展開する。かくして、今までに見たように、債権者代位訴訟に関する二つの問題性、一つは、先にみた代位権者と同列の地位にあると目される取立権者の両者の訴訟的調整の具体策が現出している反面、今一つの問題であるところの判決効の拡張、つまり代位権者と債務者の両者の調整については、未だ前者ほど議論の定着が存しないという時点で、本件判例が現出するに至ったのが実情である。

三 既述の如く、債権者代位訴訟に関する二つの問題性即ち、一つには代位訴訟の判決効の債務者への拡張の問題と、今一つの、競合債権者の訴訟上の救済の調整の問題は、判例史の展開とも相呼応して、前者の理論的展開の基礎は、大審院昭和一五年の判例の現出によってもたらされたのに反し、後者の理論的展開には最高裁昭和四五年の判例がすぐれて、その基礎を提供

するものであった。しかし、この二つの問題性に共通する原理として、私は先に二(イ)で留保したように、訴訟追行権Ⅱ当事者適格に関する問題認識が極めて重要であることを指摘した。以下に於て、これを起点として考察して行くことにする。

(イ) 先ず、競合債権者の訴訟法的救済の調整の問題は、訴訟追行権ないし当事者適格の変動を反映させる大きな方向として、第一に共同訴訟ないしは諸参加形態のうちいずれを取立権者に容認するかの方向と、第二に、それぞれの法的救済の併存、即ち代位訴訟と取立訴訟の吸収・併存・排斥かの方向に分類される。そして第一の方向の共同訴訟ないしは諸参加形態のうちいずれを取立権者に認めるかは、次の三つの方法に更に分類される。即ち(a)類似必要的共同訴訟と把握する立場(最高裁昭和四五年の判旨及び原審)(b)共同訴訟参加形態と把握する立場(兼子・条解二〇〇ページ、菊井Ⅱ村松・民事訴訟法コンメンタール(1)二六一ページ)、(c)第三に独立当事者参加及び訴訟承継として把握する立場(竹下・週刊金融商事判例三三七号二ページでの例示、および官協・前掲・四九ページ)である。そのいずれが理論的に優越性を有するかは、立ち入らないが、そのいずれもが、訴訟追行権の複数的存在をほぼ当然に前提としていることである。これに対し、第二の方向としての後行の取立訴訟の係属による先行代位訴訟の中断の立法論的施策を唱える立場(三ヶ月・前掲・調整・六六ページ)では、この点、微妙である。ここでは、破産法八六条に倣った中断・受継の規定を設置すべしとされ、特に取立

権者の意思による受継まで提唱されることからすれば、受継つまり当事者適格の移転にウェイトを置かれており、代位訴訟の中断（破産法八六条にいう凍結状態）を如何に考慮されるのか明らかでないが、もし、この点を除外しての提言とすれば、少くとも受継概念では、代位権者と取立権者の当事者適格の移転・吸収が想定されている場合と思路でできる（むろん中断までストリートに考えられているのであれば当事者適格の併存があることになり、当事者適格は複数存在することになる）ので、第一の方向とは若干ニュアンスを持つ結果となる。この両者の相違は、第一の方向は、債務者に対する競合債権者の地位は少くとも、その独自の訴訟追行権を有すると構成するのに反し、第二の方向は、代位権者と取立権者の訴訟法的見地からの地位の優劣（即ち後者は債務名義によって担保された地位）にその根拠を求めるのであろうが、いずれにせよ、債権者の競合の場合の債権者の地位の調整に於けると同様、否、それ以上に、これから扱う、債務者への判決効の拡張の場合には、顯つて、当事者適格の変動は大きく意義を持つと思われる。

(ロ) 債務者への判決効の拡張、更に発展してその参加形態の選択に際しては訴訟追行権（当事者適格）の変動は顯つた形で現われるとしたのは、まず第一に諸参加形態を考察するに当っては、代位権者の訴訟追行権と債務者の訴訟追行権の関連を、いかに把握するかによりこれは決定的に債務者の参加形態を規制することになるということである。つまり、二〇一条二項の通説的

把握からは、代位権者による訴訟追行は、イコール債務者の訴訟追行権能の喪失に結びつき、債務者による代位訴訟への参加は、(a)共同訴訟的補参加形態とならざるを得ぬ（兼子・条解・一七五ページ、新堂講義ノートも同旨）。更に、通説的把握に立つ場合、債務者の地位は代位者に対して従たる当事者に該当するか明確ではないが、(b)補助参加形態による参加が考えられる。特に、一般論として共同訴訟的補助参加を補助参加の形態に解消すべしとする立場が存在することからあえて可能な参加形態として掲記しうる。そして最後には、(c)独立当事者参加による参加形態である（本件判旨及び原審・一審の取扱）。ただ、本件判旨を、このカテゴリーに含ましめることについては若干問題がないわけではない。本判旨はあくまで、代位権者の訴訟追行権

当事者適格の喪失を前提にして、債務者による訴訟追行を認めるといっているのであるから、典型的な形態としての独立当事者参加といえぬかもしれない。が、しかし、この形態を結果的に容認する立場と見られるからである。これに対し代位訴訟につき通説に對峙する三ヶ月・前掲（特異性五八ページ）の帰結からすれば、債務者の訴訟追行権には何らの消長もきたさなく、憶測であるが、独立的な当事者参加形態は最も強い法的救済として留保されることにならうか。この点、今少し、その態度を明確に読みとれるのが、第二に、片面的判決効の拡張（II勝訴判決の援用）の理論である（三ヶ月・前掲・特異性・五八ページ以下）。ここでは、参加というアクティブな訴訟への関与でなく、代位権者

による訴訟の結果（勝訴判決）の自己に有利的援用であり、判決効に関する弾力的思考の一場合とされる。かくして、債務者に対する判決効の拡張の可否、あるいは、当事者適格の変動・移行を前提にしての参加形態については、通説は、共同訴訟的補助参加形態、これに対峙する学説は独立当事者参加に代表される独自の当事者適格を前提にした参加形態更には片面的判決効の拡張による救済ということになる。ところで本判旨は先の分類によれば、留保つきながら、独立当事者参加を認めるカテゴリーに包括しうるが、その果して問題性如何、次にその判旨の検討を行う。

四 (イ) 先ず判旨の論理構成は二段に分れる、第一段では、債務者による七一条の独立当事者参加は、債務者の利益擁護のため訴を提起する特別の必要を認めることが出来る場合とし、更に、加えて、訴訟目的の合一確定、更に重複提訴禁止の理由である審判の重複による不経済・既判力抵触の回避・被告の応訴の煩の弊害の除去に資するとする。確かに、上述の主として訴訟法的観点から判旨が列記する利点は確かに、正鵠を得たものであるが、それ等は、たかだか、独立当事者参加及び重複起訴の禁止の法目的を記述するに過ぎないものである、何故、代位訴訟中に債務者が独立当事者参加できるのか、その特別の必要を認めることが出来る場合の論理的説明がない。しかも判旨は代位訴訟が係属しているという事実を前提にしても参加は不適法ではないとする。判例及び通説が、債務者への判決効の拡張

(二〇一条二項)、更には、代位訴訟係属による債務者の当事者適格の喪失を前提するのであれば、何故、この時点に於て当事者適格を持たぬ債務者に新訴の提起に等しい独立当事者参加を可能とさせるのか、論理の飛躍であろう。そこで、判旨は第二段で恐らくその踏襲する判例理論を一貫させるべく次のように論理構成する。確かに、債権者が代位行使に着手した場合に於て、この旨、債務者に通知・又は債務者が了知した場合は、債務者の当該権利の処分権能は喪失し、これは参加の場合（債務者の了知と解するのか）も同様である。とした後、あくまでも、通説・判例的把握に立って、訴訟追行権の単一性につき吟味している。つまり、債権者に訴訟追行権が存在すれば、債務者の参加は、その訴訟追行権を有せず、不適法であり、債権者に訴訟追行権が存しないときは、債務者は訴訟追行権を失っていないものとして、参加は適法という。こうした当事者適格の変動（移行）を前提とする債務者の参加の可否の立論は、法定訴訟担当の際に一義的に当事者適格が帰属せしめられている者（例えば破産管財人）と喪失した者（破産者）との関係を律する理論としては相容れないことは明白である。法定訴訟担当の場合は、まさしく、当事者適格が誰に帰属せしめられているかが、明白に了知できることの意味があるのであり、もし、本判旨の如く、当事者適格が法定訴訟担当においてその変動移転を伴うものであるとすれば、当事者適格の裏返し効力としての判決効の受認の効力は全く効を奏しない結果となるからである。この点に於て判旨

は、一つには、法定訴訟担当に於ける当事者適格の内部的変動を前提にした議論であることに問題があることは言うまでもなく、つきつめて云えば、こうした理論的究明の行きつくところは、単一なる当事者適格の変動・移行の問題ではなくして、本来より、それぞれが有する当事者適格の専属性が見通されねばならないことになると思われる。本件に於ては、債務者（賃借人）の当事者適格と、債権者（賃借人）の当事者適格とは相対峙するものと前提しなければ、論旨が一貫しないことになる。しかも更に代位訴訟に於て重要なことは、債権者の当事者適格よりも、債務者による訴訟追行権の行使、つまり、当事者適格である。この点に於ける判旨の帰結が、先ず債権者の訴訟追行権を出発点としているところに、未だ、代位訴訟の通説・判例に追従する機械的な帰結が結果されていることは明確に指摘できる訳である、かくして、判旨は、法定訴訟担当の場合における当事者適格の単一帰属性を貫くことにより、その権利救済の手段保障を阻却される虞れのある場合に限って、その変動・移行を前提にし、おおよそ、通説・判例の立場からは相容れぬと思われる独立当事者参加を容認するのは、その理論的崩壊を示すものである。このことは、本事例が果して、本来、債権者代位訴訟の予定するカテゴリーに入るものか否か（この点第一審は債権者Xと第二債務者Yとの地位の同一性を想定する口吻をもらしている。判旨・六一二ページ参照）の問題も含めて、あるいは、今や、法定訴訟担当の中に本件の如き場合を想定すること自体が改め

て問われねばならないであろう。

(ロ) こうした、代位訴訟の基本的把握、とりわけ、債務者の訴訟追行権の把握に関して多くの問題を含む本判旨に対する学説の評価をみると、次のごとくに分類されうる。(a)代位権者と債務者の訴訟追行権は択一的関係にあると前提し、その訴訟要件の判断は、実体的判断（本件ではZのXに対する賃借権不存在）と独立してでなく、全体として合一確定が計らるべきとする川口・本件判批（法曹時報二六卷三号一九七ページ）。さらに(b)債務者は如何なる理由で当事者参加できるのかの問題について、本判旨は何らこの問題に解決を与えていないとの確に看破して、只訴訟追行の帰属を主張する参加は、七一条後段の場合の問題情況に近似しているので、この限りでは、本判旨の結論に賛成される上北・本件判批（判例評論一七九号二三ページ）は、更に、本判旨の意義を債務者の代位訴訟への当事者参加の肯定とさらに適法な代位権の行使か否かは訴訟追行権Ⅱ当事者適格の關係とした点に求めている。(c)最後に、私見と、一面では共通認識に立つ福永・本件判批（民商七〇卷一号二三〇ページおよび福永・当事者適格の再構成・山木戸還暦記念所収）は、七一条の参加の要件として、当事者適格の存在を必ずしも前提しなくとも訴訟当事者に紛争解決が必要な限りで、参加を許す余地があるのではないかとされる。しかも、代位権者、債務者の両者に当事者適格を容認し、判決効の片面的拡張にまで論及されている。これ等をみると、代位訴訟の把握にしる、七一条の参加にしる、顯



って債務者の訴訟追行権の消長の問題にその起点があるものと予測されているようである。このように、福永教授が、代位権者と債務者に、共に当事者適格を容認する点では、私見と同様な認識に立つのであるが、教授の主張される如く七一条の独立当事者参加の場合に必ずしも当事者適格を必要としなくとも参加を認めてよいかは、まだ検討の余地ありと思われる。確かに通説(兼子・民事訴訟法体系四五ページ、三ヶ月・法律学全集二二二ページ以下)においては、七一条の参加に当事者適格を必要とするに明確に指摘はしていない。しかし独立当事者参加の「権利侵害」を、通説の如く「補助参加の利益」より狭い意味で把握するにせよ、又、この参加につき作為訴訟的色彩を強調するにせよ(三ヶ月・全集・二二二ページ)、その基底に存するのは訴訟の追行権であろう。参加の形態をとるとは云え、これは、新訴の提起に等しい参加形態であり、当事者適格を前提にするからこそ、本参加による判決の効力は、補助参加の場合の参加的効力とは明確に対峙する「既判力」を生ずるのである。そして、この当事者適格の再認識こそ、現在、各参加形態において、その類型化を構築することの有用性に疑義を持たれている局面(例えば井上岡・補助参加の利益・民事訴訟雑法一六号、奈良・独立当事者参加構造(1)~(8)・判例時報五三三八号以下参照)にとっては大きな解決の糸口になりうるのではなからうか。いずれにせよ、訴訟追行権に当事者適格の問題は、極めて、実体法上の解釈論的成果とその判例による確認に多くを期待しなければならぬ概念であ

ることもさることながら、更に問題を発展させれば、訴訟法的にも、反射効(Retlexwirkung)・争点効に関する主観的範囲の問題、更に若干当事者適格の減縮された形の問題としての当然の補助参加関係、あるいは共同訴訟的補助参加論の適否などの諸問題につき、その基本的な認識が大きく関連してくることを率直に認めなくてはなるまい。これ等は、ここでは、その指摘のみに止めておきたい。

Ⅱ 最後に、七一条に関する本件判旨、特に事実審としての原審の取扱について一言ふれておきたい。特に三当事者対立の際のあるべき判決の内容については、小山・民訴七一条の参加訴訟における判決の内容と効力に関する試論(中田還暦記念「民事訴訟の理論」(昭四四年))では、特に独立当事者参加訴訟における㊸あるべき判決内容と㊹判決の脱退者に有する効力のあるべき内容を明確にし、しかも網羅的に分析され、既判力を正文の不可争性に求める見地から、これを行われている。こうした学説の動勢からみて、原審の取扱いは、一審の取扱いに比べて、よりの確な形で紛争解決の順序とその解決がなされている点は特に指摘してよい。とりわけ一審の判決を変更して、Xの当事者適格を欠く旨の却下は議論の余地ありうるも、Xの他の請求に関し、これを認容している点と相まって紛争解決の明確な整序として特筆されうる。

Ⅲ 以上、冒頭に指摘した如く本判旨の結論を正当としながらも、代位訴訟をめぐる、最近の学説・判例の動勢の中に、当

事者適格なる概念の再吟味をせまられる契機をみたが故に、あえて、代位訴訟の基本的把握に関して判旨疑問とした所以である。しかし、今までに見たように、訴訟追行権ないし当事者適格をリジッドに把握する方向と、無論これを前提としつつ、訴訟法上の諸原則との調和の中に、訴訟追行権の稀釈を結果する方向とは、なお、その理論的対峙は維持されねばならないことは確かである。とりわけ、当事者適格の専属性は、手続保障とも相まって、民事訴訟における処分権主義発露の出発点でもあり、また終局点でもあるからである。(一九七四、九、一稿)