

共有者の共同訴訟の必要性に関する 判例および支配的見解の形成過程 (2)

鶴 田 滋*

序 章

- I 共有者の共同訴訟の必要性に関する民事訴訟法および民法の規定の起草趣旨
 - 1 本章の目的および考察方法
 - 2 共同訴訟の必要性の判断基準 (以上 50 卷 3 号)
 - 3 共有者の第三者に対する物権的請求権の主張
 - (1) 旧民法および現行民法成立経緯概観
 - (2) 共有者の第三者に対する物権的請求権の主張
 - (3) 保存行為に関する規定の成立過程
 - (a) 旧民法成立まで
 - (aa) 『再閣修正民法草案註釈』におけるボワソナードの見解
 - (bb) 法律取調委員会における審議
 - (cc) 旧民法成立直後の注釈書
 - (dd) まとめ
 - (b) 現行民法成立まで
 - (aa) 法典調査会審議
 - (bb) 現行民法成立直後の注釈書
 - (cc) 考察
 - 4 本章のまとめ
- II 判例および支配的見解の形成過程
 - 1 ドイツ法的解釈論の登場
 - (1) 雉本博士による当事者適格基準と共有権確認訴訟における共同訴訟の必要

* 福岡大学法学部講師

- (a) 当事者適格の判断基準
 - (b) 共有権確認訴訟における共有者全員の共同訴訟の必要
 - (2) 民法学説—各共有者による共有物全体の給付請求権の主張
 - (3) 学説の判例への影響（以上本号）
 - 2 鳩山説の登場と大審院判例の確立
 - 3 支配的見解の確立
 - 4 各共有者の持分権の主張による一元的説明を試みる見解
 - 5 最高裁判例の展開
 - 6 まとめ—判例および支配的見解の特徴
- 終章

3 共有者の第三者に対する物権的請求権の主張

(1) 旧民法および現行民法成立経緯概観

明治12年（1879年）、ボワソナードは当時の司法卿であった大木喬任から民法典起草を付託された⁽⁸⁸⁾。その後明治13年（1880年）に元老院中に民法編纂局が設置され⁽⁸⁹⁾、ここで民法典の起草が進められた。民法編纂局では、まずボワソナードがフランス語で起草した草案を翻訳、修正し、さらにその草案について審議検討する作業が行われた⁽⁹⁰⁾。その後、民法編纂局は、その閉局の際に、審議の成果である民法典草案を明治19年（1886年）3月31日に内閣に上申した⁽⁹¹⁾。この草案は元老院に下付されたが、その後、条約改正上の必要から、法典編纂全体を主導する法律取調委員会が外務省に設置されたのに伴い、民法編纂局上申案は返上されることになった⁽⁹²⁾。

(88) 大久保＝高橋・前掲注(6)17頁以下、とりわけ22頁以下。

(89) 大久保＝高橋・前掲注(6)33頁以下。

(90) 大久保＝高橋・前掲注(6)42頁。

(91) 大久保＝高橋・前掲注(6)57頁以下。

(92) 大久保＝高橋・前掲注(6)72頁。ところが、その後この上申案は、法律取調委員会が外務省から司法省に移管される際に再び下付されている。しかし結局、この上申案は、法律取調委員会の上申案が下付されるのに伴い再び返上されている。以上の経緯については、大久保＝高橋・前掲注(6)72頁以下。

法律取調委員会が外務省に設置された後の旧民法起草過程は、明治23年民事訴訟法起草過程とほぼ同じである。すなわち、法律取調委員会は、それが司法省へ移管された後、ボワソナード草案の翻訳をたたき台に、明治20年(1887年)12月3(もしくは4)日から民法について審議(第1読会)を開始し翌年9月25日まで行った。これと平行して再調査(第2読会)も明治21年(1888年)7月3日から同年12月25日まで行われた⁽⁹³⁾。この結果成立した上申案は、法制局では審議されず、元老院および枢密院で審議された結果、若干修正され、明治23年(1890年)4月21日に民法典として公布されることになる⁽⁹⁴⁾。

ところが、この明治23年民法(旧民法)は、いわゆる法典論争の結果、明治25年(1892年)6月の第3回帝国議会における議決により、その施行を無期延期されることになる。そして翌26年(1893年)4月28日に新たに設置された法典調査会が開かれた。そこで共有に関する規定は、法典調査会と整理会において2度審議された⁽⁹⁵⁾。その結果、共有に関する規定を含む前3編は、旧民法の修正案として、明治29年(1896年)に開かれた第9回帝国議会に提出され、可決成立し、同年4月27日に公布されるに至った⁽⁹⁶⁾。

以上の成立経緯を前提として、共有者の第三者に対する物権的請求権の主張に関する民法の規定の起草過程を明らかにしたい。

(2) 共有者の第三者に対する物権的請求権の主張

(93) 以上について、大久保＝高橋・前掲注(6)170頁以下。

(94) 以上の経緯についての詳細は、大久保＝高橋・前掲注(6)197頁以下を参照。

(95) 法典調査会は、当初主査会と総会の2段階で審議されていたが(原案99条〔現行法98条の2〕まで)、その後両者は統合されている。したがって、共有に関する規定は、統合後に審議されている。この点については、七戸克彦「旧民法・現行民法の条文対照」法学研究(慶応大学)69巻1号(1996年)145頁を参照。

(96) 以上の経緯については、広中・前掲論文注(7)137頁以下、とくに141頁以下の略年表を参照。

ここでの考察において最初に述べられなければならないのは、旧民法および現行民法の起草過程においては、B G B 1011 条のような、各共有者が共有物全体について物権的請求権を主張できることを定めた明文の規定は全く登場しなかったことである。

その理由に関連すると思われる記述は、ボワソナードが民法の起草に着手した直後の明治 13 年（1880 年）に公刊された、司法省法学校における彼の講義の邦文による講義録にある。それによると、共有者は他人との関係では通常の所有者と同様に扱われるため、これについての規定を設ける必要はないとある⁽⁹⁷⁾。

しかし、これだけの記述をもって、ボワソナードが各共有者による共有物全体の給付請求権の主張を承認していると評価することはできないであろう。なぜなら、ボワソナードは、共有者が第三者に対して物権的請求権を主張する場合をも念頭に置いてこのような記述をしているのか定かでないし、さらに、明治 13 年（1880 年）に公刊された講義録以降、旧民法および現行民法の起草過程においてこのような記述を発見できないからである。

そこで、次に、各共有者による共有物全体についての物権的請求権の主張の可否に関する、旧民法及び現行民法の起草者の考えを知るための手がかりとして、保存行為に関する規定の起草過程を探ることが必要となる。なぜなら、現在の日本の判例が各共有者による共有物全体の給付請求権の主張を承認する根拠として保存行為の規定を挙げることから、起草者も現在の日本の判例と同じ考えを有していたことが推測可能だからである。そこで以下では、保存行為に関する規定がどのような趣旨で設けられたのか、さらには旧民法または現行民法の起草者が保存行為に共有物全体の給付請求権の主張を含むと考えていたのかを確認することにしたい。

(97) 加太邦憲＝一瀬勇三郎＝藤林忠良訳『ボワソナード氏起稿 日本民法草案講義 財産編之部』（明治 13 年＝1880 年）186 頁。

(3) 保存行為に関する規定の成立過程

(a) 旧民法成立まで

(aa) 『再閣修正民法草案註釈』におけるボワソナードの見解

まず、法律取調委員会における審議の際に日本人委員により参照されたと言われる⁽⁹⁸⁾『ボワソナード氏起稿 再閣修正民法草案註釈第二編物権之部』⁽⁹⁹⁾の中にある共有物の保存行為に関するボワソナードの見解を見てみよう。ボワソナードは538条と539条に共有者間の法律関係について次の規定を置いていた。

再閣修正民法草案第538条⁽¹⁰⁰⁾ 「数人一物ヲ共有シ部分ノ均不均ニ拘ラス

(98) この点については、池田真朗＝七戸克彦「『再閣修正民法草案註釈』について」『ボワソナード氏起稿 再閣修正民法草案註釈第二編物権之部』ボワソナード民法典研究会編『ボワソナード民法典資料集成 後期Ⅰ－Ⅱ』(2000年、雄松堂書店) lix頁を参照。これによれば、第2編物権之部に関する『再閣修正民法草案註釈』は、法律取調委員会の第1次草案審議に間に合うように出版されており、同書に基づいて法律取調委員会審議がなされたと述べて差し支えないとする。前掲論文 lx頁参照。

なお、従来の研究においてボワソナード草案を紹介する場合、いわゆる『プロジェ第二版』をまず参照するのが一般的であった(池田＝七戸・前掲論文 xxxii頁)。しかし、大久保教授および七戸教授によれば、『プロジェ第二版』第1巻・第2巻の刊行と法律取調委員会審議との間に4年もの開きがあり、さらにその間にボワソナードが草案を修正しているため、法律取調委員会審議の基礎となった仏文草案が『プロジェ第二版』そのものであるとは考えにくいとする(大久保泰甫＝七戸克彦「『プロジェ初版』について」G. Boissonade, *Projet de Code civil pour le (l'Empire du) Japon accompagné d'un commentaire*. [Première édition.] Tomes 1-2 Tokio, 1880. ボワソナード民法典研究会編『ボワソナード民法典資料集成 前期Ⅰ』(1999年、雄松堂書店) xxxix頁注(33))。

そこで本稿では、以上の指摘に示唆を得て、現存する資料の中で旧民法の成立に最も影響を与えていると思われる『再閣修正民法草案註釈』をボワソナードの見解として本文で紹介した。

(99) ボワソナード民法典研究会編『ボワソナード民法典資料集成 後期Ⅰ－Ⅱ』(2000年、雄松堂書店)に収められているものを参照した。

(100) 前掲書注(99)100頁。なお、538条2項は、『ボワソナード氏起稿 再閣修正民法草案註釈第三編』ボワソナード研究会編『ボワソナード民法典資料集成 後期Ⅰ－Ⅱ』(2000年、雄松堂書店)の末尾にある増補改正において追加され

其未分中ハ各共有者其物ノ全部ヲ使用スルコトヲ得但其用方ニ從ヒテ他ノ共有者ノ使用ヲ妨ク可カラス

各共有者ノ部分ハ相均シト看做ス但反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス

其物ノ果実及ヒ産物ハ各共有者其權利ノ分度ニ應シテ定期ニ分配ス

各共有者ハ其物ノ保存ニ必要ナル管理ノ所為ヲ行フコトヲ得

共有物ニ關スル負担ハ各自其部分ニ應シテ分任ス可シ

但本条ノ規則ハ仮り分配其他ノ方法ヲ以テ使用、収益又ハ管理ノコトヲ規定スル合意ヲ妨ケス」

同第 539 条⁽¹⁰¹⁾ 「処置權ニ就テハ各共有者ハ他ノ共有者ノ承諾ナクシテ其物ノ形狀ヲ変更スルコトヲ得ス又自己ノ未分ノ部分ヲ越テ他人ノ為メ其物ニ物權ヲ設クルコトヲ得ス

共有者中ノ一人其未分ノ部分ヲ讓渡ストキハ讓受人ハ他ノ共有者ニ對シ讓渡人ノ地位ヲ有スヘシ但第五百十五條ニ掲ケタル分配ノ効力ヲ妨ケス」

ボワソナードは、538 条 4 項について次のように注釈する。動産または不動産は注意して扱わないと毀損することがあるので、共有者は各々「善良ノ景状」に物を保存する利益を有し、そのために必要な管理行為をすることができるとする。もしこれらの行為によって費用が生じた場合には、その費用（とくに租税）は各共有者が持分に應じて負担するとする。しかし、軽率で無謀な改良行為の場合にも他の共有者に持分に應じた費用の負担を強いることはできないため、各共有者の管理権は物を改良する行為までは及ばないとする⁽¹⁰²⁾。

ている。同書 1119 頁。

(101) 前掲書注 (99) 103 頁。

(102) 前掲書注 (99) 102 頁以下。

さらにボワソナードは、539条1項について次のように注釈する。各共有者は処置権（処分権）を有するが、それによって他の共有者の権利を害することはできないため、他の共有者の承諾がない限り物の形状を変えることはできないとする。各共有者の権利は物全体に及ぶため、物の一部の変更も許されないとする⁽¹⁰³⁾。

以上から、ボワソナードは、各共有者は、共有者全員の利益になるために、共有物の保存のための行為を単独ですることができ、さらに、その行為により生じた費用を他の共有者もその持分に応じて負担しなければならないと考えていた。なお、同項に言う共有物の保存に必要な管理行為とは、共有物の賃貸や、期間が満了した賃貸借を同じ条件で継続することなどを指すとされていた⁽¹⁰⁴⁾。

(bb) 法律取調委員会における審議

明治20年（1887年）12月6日において行われた法典取調委員会第1読会において、次の取調委員会原案が提出された。

取調委員会原案第538条⁽¹⁰⁵⁾ 「数人一物ヲ不分ニテ共有スルトキハ部分ノ均不均ニ拘ハラズ各共有者其物ノ全部ヲ使用スルコトヲ得但其用方ニ従ヒ且他ノ共有者ノ使用ヲ妨ケサルコトヲ要ス
各共有者ノ部分ハ相均シト看做ス但反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス
果实及ヒ産物ハ各共有者ノ権利ノ分度ニ応シテ定期ニ之ヲ派分ス
各共有者ハ其物ノ保存ニ必要ナル管理ノ行為及ヒ其他ノ行為ヲ為スコトヲ得
各共有者ハ其部分ニ応シテ負担ニ任ス

(103) 前掲書注(99)103頁。

(104) 前掲書注(99)103頁。

(105) 前掲注(28)8-②（法律取調委員会 民法草案第2編物権ノ部議事筆記 自第一回至第十回）71頁。

右ハ之ト異ナリテ使用収益又ハ管理ヲ定メ殊ニ仮派分ヲ以テ之ヲ定ムルノ合意ヲ妨ケス（伊民第六百七十三條乃至第六百八十四條）」

同第 539 條⁽¹⁰⁶⁾ 「処分權ニ付テハ各共有者ハ他ノ共有者ノ承諾ナクシテ其物ノ実況ヲ改容スルコトヲ得ス又其物ニ付キ自己ノ不分ノ部分外ニ物權ヲ設クルコトヲ得ス

共有者中ノ一人其不分ノ部分ヲ移付スルトキハ讓受人ハ他ノ共有者ニ對シ讓渡人ノ地位ヲ有ス但第五百十五條ニ掲ケタル派分ノ効力ヲ妨ケス（伊民第六百七十六條）」

提出された原案 538 條 4 項には、「物ノ保存ニ必要ナル管理ノ行為」の後に「及ヒ其他ノ行為」という文言が新たに加わっているので、この文言を加えるのが必要かどうかについて若干審議された。栗塚報告委員によると、保存に必要な行為でかつ管理でない行為が存在するかもしれないためにこのような文言を設けたと述べている⁽¹⁰⁷⁾。結局、538 條 4 項は原案どおり確定した。

その後の法律取調委員会の再調査（第 2 読会）では、保存行為に関する規定に変更はなく、その他の規定についても若干の文言の変更がなされただけで⁽¹⁰⁸⁾、結果として旧民法財産編物權 37 條及び 38 條は次の通りとなった。

(106) 前掲注 (28) 8-②（法律取調委員会 民法草案第二編物權ノ部議事筆記 自第一回至第十回）72 頁。

(107) 以上について、前掲注 (28) 8-②（法律取調委員会 民法草案第二編物權ノ部議事筆記 自第一回至第十回）71 頁。

(108) 再調査委員会原案（前掲注 (28) 11-②（法律取調委員会 民法草案財産編再調査案議事筆記 自第一回至第十三回）45 頁）

第 38 條 「數人一物ヲ不分ニテ共有スルトキハ持分ノ均不均ニ拘ハラズ各共有者其物ノ全部ヲ使用スル事ヲ得但其用方ニ從ヒ且他ノ共有者ノ使用ヲ妨ケサル事ヲ要ス

各共有者ノ持分ハ相均シキモノト推定ス但反對ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス天然又ハ法定ノ果実及ヒ產出物ハ各共有者ノ權利ノ限度ニ應シ定期ニ於テ之ヲ分割ス

旧民法財産編物権 37 条 「数人一物ヲ共有スルトキハ持分ノ均不均ニ拘ハラ
ス各共有者其物ノ全部ヲ使用スルコトヲ得但其用方ニ従ヒ且他ノ共有者ノ使
用ヲ妨ケサルコトヲ要ス

各共有者ノ持分ハ之ヲ相均シキモノト推定ス但反対ノ証拠アルトキハ此限ニ
在ラス

天然又ハ法定ノ果実及ヒ産出物ハ各共有者ノ権利ノ限度ニ応シ定期ニ於テ之
ヲ分割ス

各共有者ハ其物ノ保存ニ必要ナル管理其他ノ行為ヲ為スコトヲ得

各共有者ハ其持分ニ応シテ諸般ノ負担ニ任ス

右規定ハ使用、収益又ハ管理ヲ格別ニ定ムル合意ヲ妨ケス」

同 38 条 「処分権ニ付テハ各共有者ハ他ノ共有者ノ承諾アルニ非サレハ其物
ノ形様ヲ変スルコトヲ得ス又自己ノ持分外ニ物権ヲ付スルコトヲ得ス

共有者ノ一人其持分ヲ譲渡シタルトキハ譲受人ハ他ノ共有者ニ対シ譲渡人ニ
代ハリ其地位ヲ有ス」

(cc) 旧民法成立直後の注釈書

旧民法起草直後の解説書は、旧民法財産編物権 37 条および 38 条の趣旨、
とりわけ保存行為と処分行為の関係を次のように理解していた。なお、当時
この問題について解釈上の争いはほとんど存在しなかったため、この問題に
ついての最も詳細な注釈書であるポアソナード訓定・富井政章校閲・本野一

各共有者ハ其物ノ保存ニ必要ナル管理其他ノ行為ヲ為ス事ヲ得

各共有者ハ其持分ニ応シテ諸般ノ負担ニ任ス

右規定ハ使用、収益又ハ管理ヲ各別ニ定ムルノ約束ヲ妨ケス」

第 39 条 「処分権ニ付テハ各共有者ハ他ノ共有者ノ承諾アルニ非サレハ其物
ノ形体ヲ変スル事ヲ得ス又自己ノ持分外ニ物権ヲ付スル事ヲ得ス

共有者ノ一人其持分ヲ譲渡シタルトキハ譲受人ハ他ノ共有者ニ対シ譲渡人ニ
代ハリ其地位ヲ有ス但シ第十五条ニ掲ケタル分割ノ効力ヲ妨ケス」

郎＝城数馬＝森順正＝寺尾亨合著『日本民法〔明治23年〕義解 財産編第一卷 総則物権（上）』の見解を中心に、複数の注釈書における見解を以下にまとめて紹介する。

当時の注釈書によれば、所有権は排他的な性質を有するので同一物の上に同時に2個以上の所有権が存在することはできないが、1個の所有権が数人に属することは可能であるとされている。その場合の各個の所有者は共有者、さらにその権利は共有権と呼ばれている。この場合、各共有者は、目的物の一部について所有権を有するのではなく、全体について所有権を有するがただ単独で目的物を専有することはできないとする⁽¹⁰⁹⁾。

共有者は共同で1個の所有権を有するため、全員の協議が調べば、その物について単独所有の場合と同じ行為をすることができるが、共有者全員の承諾がなくても各共有者が単独で行うことができる行為も存在する。このことを、共有物の使用権および収益権については37条が、共有物の処分権については38条が規定する⁽¹¹⁰⁾。

37条4項は、各共有者が共有物の保存の目的を達する一切の行為をすることができ、その場合、他の共有者の同意を得る必要がないことを規定する。なぜなら、いかなる物でも多少の修理や補繕を加えなければ損壊、頽廃するため、物の保存は各共有者の権利に直接利害を及ぼすことがあるからである⁽¹¹¹⁾。なお、各共有者が単独で保存行為をするのに要した費用は、共有者全員により負担されなければならない。なぜなら、保存行為によって利益を享受するのは、保存行為をした共有者のみならず共有者全員であるからである⁽¹¹²⁾。

(109) ボアソナード訓定・富井政章校閲・本野一郎＝城数馬＝森順正＝寺尾亨合著『日本民法〔明治23年〕義解 財産編第一卷 総則物権（上）』（出版年不明〔明治23年～25年？＝1890年～1892年？〕、信山社〔復刻版〕）75頁以下。

(110) ボアソナード＝富井・前掲注(109)79頁。

(111) ボアソナード＝富井・前掲注(109)85頁。

(112) ボアソナード＝富井・前掲注(109)87頁以下。

保存行為の具体例は様々なものが挙げられている。たとえば、家屋の修繕が保存行為の典型例であるが⁽¹¹³⁾、家屋の装飾や改良は保存行為には当たらないとされている。なぜなら、これらの場合まで各共有者が単独でできるとすると保存行為の範囲が際限なく広がってしまい、また、これらの場合にまで各共有者がその行為のために要した費用を共有者全員が共同して負担しなければならないとするのは妥当でないからである⁽¹¹⁴⁾。これに対して各共有者は、共有物の収益に関する管理行為、たとえば共有物の賃貸や果実の売却については、その物の保存に必要な限り行うことができる。たとえば、金員の紛失を恐れてこれを預ける行為や、共有に属する金銭を収受する行為、さらに、果実が腐敗しやすいために貯蔵して分割できない場合に、その果実を売却する行為などが保存行為に当たるとする⁽¹¹⁵⁾。このように、保存行為に当たるとかは、あらかじめ行為の種類によって定めることはできず、「裁判官ノ認定権内ニ属スル事実ノ問題」であるとされている⁽¹¹⁶⁾。その他、共有物に関する租税やその他公費の支払い⁽¹¹⁷⁾や、「訴訟ヲ為スコト」⁽¹¹⁸⁾も保存行為に当たるとする見解が存在する。ただし、その訴えの具体的内容は述べられていない。

これに対して、38条1項は、共有者は処分権については共有者全員の承諾がなければいかなる行為もすることはできないと定めている。ここに言う処分とは他の共有者の権利を侵害することを言う。たとえば共有物を滅失させること⁽¹¹⁹⁾、宅地に代えて水田とすること、金銀の器に代えて金銀塊とするこ

(113) ボアソナード=富井・前掲注(109)85頁。井上操『民法〔明治23年〕詳解物権之部』(明治23年=1890年、信山社〔復刻版〕)143頁、今村和郎=亀山貞義『民法〔明治23年〕正義 財産編第一部卷之壱』(明治24年=1891年、信山社〔復刻版〕)339頁。

(114) ボアソナード=富井・前掲注(109)85頁以下。

(115) ボアソナード=富井・前掲注(109)86頁以下。

(116) ボアソナード=富井・前掲注(109)87頁。

(117) 井上・前掲注(113)143頁、今村=亀山・前掲注(113)339頁。

(118) 今村=亀山・前掲注(113)339頁。

(119) ボアソナード=富井・前掲注(109)92頁以下。

と⁽¹²⁰⁾などが処分にあたる。共有物の形状を変更しなくとも、共有物全体を他人に譲渡することや、抵当権や質権を自己の権利の程度を超えて設定することも処分行為にあたる⁽¹²¹⁾。なお、共有者は互いに代理委任関係にあることが推定されるから、共有者が自己の持分を超えて共有物を賃貸する行為は保存行為として有効であると説明する文献もある⁽¹²²⁾。

(dd) まとめ

以上、旧民法の共有に関する規定の起草趣旨から、各共有者による共有物の保存行為の意義と具体例は、次のように明らかになった。

① 保存行為について定められた旧民法財産編物権 37 条 4 項と、処分行為について定められた同 38 条 1 項は、共有物に対する行為を各共有者が単独で行うことができるのか、あるいは、共有者全員が共同して行わなければならないかを規定する。そして前者の場合には、保存行為をした共有者がその行為にかかった費用の償還を他の共有者に求めることができるとされていた。

② 保存行為は、共有物の損壊や頽廃を防ぎ他の共有者の利益になる行為を指し、処分行為は、他の共有者の権利を侵害する行為を指す。すなわち、保存行為であるかどうかは、他の共有者にとっても利益になるかどうかによって判断されていた。

③ 保存行為の典型例として挙げられていたのは、家屋の修繕などであり、共有物全体の妨害排除や引渡などではなかった。訴訟を行うことも保存行為にあたるとする学説が存在したが、具体的にどのような訴えを提起できるかについては言及がなかった。

(120) ボアソナード＝富井・前掲注(109) 94 頁以下。

(121) ボアソナード＝富井・前掲注(109) 96 頁以下、今村＝亀山・前掲注(113) 342 頁。井上・前掲注(113) 145 頁以下。

(122) 今村＝亀山・前掲注(113) 342 頁。

(b) 現行民法成立まで

(aa) 法典調査会審議

現行民法成立のための法典調査会において、起草委員である富井政章博士が、共有物の保存、管理および処分に関して次の規定を提案した⁽¹²³⁾。

調査委員会原案(甲号議案)第250条 「各共有者ハ他ノ共有者ノ同意アルニ非サレハ共有物ニ変更ヲ加フルコトヲ得ス」

同第251条 「共有物ノ管理ハ各共有者ノ持分ノ価格ニ從ヒ其過半数ヲ以テ之ヲ決ス但保存行為ハ各共有者之ヲ為スコトヲ得」

※参考

同第252条 「各共有者ハ其持分ニ應シテ管理ノ費用ヲ払ヒ其他共有物ノ負担ニ任ス

共有者カ三箇月内ニ前項ノ義務ヲ履行セサルトキハ他ノ共有者ハ相当ノ償金ヲ払ヒテ其者ノ持分ヲ取得スルコトヲ得」

明治27年(1894年)9月18日の調査委員会において、富井博士は、まず250条の起草趣旨を次のように述べた。すなわち、この規定は、旧民法財産編38条1項前段と同趣旨の規定である。厳密に言えばこの規定は必要ないが、249条が各共有者は共有物全体を使用できると定め、251条が共有物の管理は共有者の過半数により行うことができるとするため、疑いが生じないとも言えないので規定した。たとえば、共有物の変更の典型例は「田畑ヲ宅地トスル」ことであるが、これも広い意味で管理と解釈されかねないので、この規

(123) 前掲注(28)13-②(民法第一議案)148頁。なお、現行民法の諸草案に関する資料の所在を知るには、七戸・前掲注(95)145頁以下が非常に有益である。

定を置いた、と⁽¹²⁴⁾。以上の趣旨の250条は、原案どおり承認された⁽¹²⁵⁾。

次に、富井博士は251条について次のように述べた。すなわち、この規定は旧民法財産編37条4項に対応する。旧民法の規定は保存行為を除く管理はすべて共有者全員により共同して行わなければならないとされているが、それでは甚だ不便であり、管理が妨げられると全員にとって不利益であるから、持分の価額に応じた過半数の意見によって管理行為を行うことができるように変更したと述べる⁽¹²⁶⁾。結局この規定は、「共有物ノ管理」が「共有物ノ管理ニ関スル事項」に修正され確定した⁽¹²⁷⁾。

もっとも、具体的な場面においてある行為が保存行為に当たるかどうかを判断できるのかについては、この調査委員会における審議の段階から疑問視されていた。箕作議長が、管理行為と保存行為の区別は難しいと述べたのに対して、梅謙次郎委員が、家の壁を塗ったり障子を貼ったりすることは保存行為であり、家を人に貸す場合はそうではないと説明したところ、箕作議長は「然ウ云フ判然トシタノハ宜イガ、、、」と疑念を抱いている。これに対して梅委員も「尤モ實際ニハ六ケシイ問題カ起ラウト思ヒマス」と同調している⁽¹²⁸⁾。

なお、富井博士は、一方で、252条1項に言う「管理ノ費用」には保存行為の費用も含まれると述べ、他方で、過半数の意見によらない管理行為は他の共有者に対して無効であると述べている⁽¹²⁹⁾。このことは、他の共有者に費用負担を求めることができる管理行為が存在することを意味する。したがって、富井博士は、各共有者による行為が保存行為に当たるかどうかを他の共有者

(124) 前掲注(28)2(法典調査会 民法議事速記録二)76頁。

(125) 前掲注(28)2(法典調査会 民法議事速記録二)77頁。

(126) 前掲注(28)2(法典調査会 民法議事速記録二)77頁。

(127) 前掲注(28)2(法典調査会 民法議事速記録二)78頁。

(128) 前掲注(28)2(法典調査会 民法議事速記録二)78頁。

(129) 前掲注(28)2(法典調査会 民法議事速記録二)77頁。

の費用負担の基準としていた旧民法の立場を放棄し、保存行為であることを各共有者の行為の有効要件とした。

その後、明治28年(1895年)12月24日に開かれた第8回法典調査会民法整理会において、法典調査会案251条と同じ文言の規定が整理会案250条として提案された⁽¹³⁰⁾。ここでは同案に「前条ノ場合ヲ除ク外」の文言を挿入することが承認された。これは、条文の内容を変更するために挿入されたのではなく、管理という文言がかなり広い意味で用いられる恐れがあるために、管理を共有物の変更ではない場合に限定する目的で挿入された⁽¹³¹⁾。なお、整理会においては、法典調査会案250条と同じ文言の整理会案249条が提案されたが⁽¹³²⁾、そこでは何も議論されることなくそのまま承認された⁽¹³³⁾。

その結果、明治29年(1896年)1月に配布された法典調査会確定案251条および252条は次の通りとなった⁽¹³⁴⁾。

法典調査会確定案第251条 「各共有者ハ他ノ共有者ノ同意アルニ非サレハ共有物ニ変更ヲ加フルコトヲ得ス」

同第252条 「共有物ノ管理ニ関スル事項ハ前条ノ場合ヲ除ク外各共有者ノ持分ノ価格ニ従ヒ其過半数ヲ以テ之ヲ決ス但保存行為ハ各共有者之ヲ為スコトヲ得」

(130) 整理会原案(前掲注(28)14-②(法典調査会 民法整理案)25頁)第250条 「共有物ノ管理ニ関スル事項ハ各共有者ノ持分ノ価格ニ従ヒ其過半数ヲ以テ之ヲ決ス但保存行為ハ各共有者之ヲ為スコトヲ得」

(131) 以上について、前掲注(28)14-①(法典調査会 民法整理会議事筆記録)194頁。

(132) 整理会原案(前掲注(28)14-②(法典調査会 民法整理案)25頁)第249条 「各共有者ハ他ノ共有者ノ同意アルニ非サレハ共有物ニ変更ヲ加フルコトヲ得ス」

(133) 前掲注(28)14-①(法典調査会 民法整理会議事速記録)194頁参照。

(134) 前掲注(28)15-①(民法修正案 第一編総則 第二編物権 第三編債権)31頁。

これらの規定と全く同じ文言の条文が、民法中修正案 251 条および 252 条として、政府から衆議院に提出された。この条文は第 9 回帝国議会では議論されないままそのまま可決された。参議院でも同様である。以上の経過を経て、現行民法 251 条および 252 条が前述の規定から変更されないまま成立した⁽¹³⁵⁾。これらの規定は次の通りである。

現行民法⁽¹³⁶⁾ 251 条 「各共有者ハ他ノ共有者ノ同意アルニ非サレハ共有物ニ変更ヲ加フルコトヲ得ス」

同 252 条 「共有物ノ管理ニ関スル事項ハ前条ノ場合ヲ除ク外各共有者ノ持分ノ価格ニ従ヒ其過半数ヲ以テ之ヲ決ス但保存行為ハ各共有者之ヲ為スコトヲ得」

(bb) 現行民法成立直後の注釈書

現行民法成立直後の注釈書などは、共有者間の法律関係、とりわけ共有物の保存、管理および処分に関する規定の趣旨を次のように理解していた。なお、旧民法起草直後の注釈書の場合と同様に、ここでも当時公刊されている注釈書の見解に大きな相違がないので、現行民法起草者である富井政章博士と梅謙次郎博士の見解、および、法典調査会民法起草委員補助であった松波仁一郎博士、仁保亀松博士、仁井田益太郎博士の 3 氏による注釈書の見解を中心に以下にまとめて紹介することにする。

(イ) 共有の定義、適用範囲 まず共有とは、「数人共同ニテノ所有権ヲ

(135) 第 9 回帝国議会の民法審議の意義及びその経過については、広中・前掲注(7)『第九回帝国議会の民法審議』1 頁以下を参照。また、第 9 回帝国議会での衆議院における共有に関する規定の審議（明治 29 年〔1896 年〕3 月 6 日）については、同書 169 頁以下を参照。

(136) もっとも、現行民法典は 2004 年に現代語化されている。しかし、改正法 251 条・252 条は、内容的に変更されていない。したがって、改正された現行民法 251 条・252 条の文言の表記は省略する。

有スル状態」を言う⁽¹³⁷⁾。共有は、複数の者が共同して契約により取得した共同の財産、複数当事者間で組合契約を締結した場合の組合財産や、会社解散後の会社財産、夫婦財産契約を締結した場合の夫婦財産、分割前の相続財産、埋蔵物の発見、附合、混和など様々な原因によって生じうるが、いったん共有関係が生じた場合の共有者間の権利義務関係は、民法 249 条以下により定められるのが原則である⁽¹³⁸⁾。

(ロ) 共有持分 共有は数人が一定の分け前をもって所有権を有する状態を言うので、各共有者の分け前すなわち持分は各共有者に属する所有権の分量に他ならない。それゆえ、各共有者はその持分をもってその物権的性質を何人に対しても主張でき、また共有者間ではその権利義務の範囲を定める基礎となる⁽¹³⁹⁾。さらに、各共有者は自己の持分を他の共有者の同意がなくとも処分することができる⁽¹⁴⁰⁾。

(ハ) 共有物の使用、収益 各共有者は共有物の全体の上に所有権を有するので、共有物の使用権も共有物全体について有する。ただし、その使用権は他の共有者の権利を害さない範囲内でのみ行使できる(民法 249 条)⁽¹⁴¹⁾。

同様に、各共有者は共有物の収益権も自己の持分の割合で有する。したがって、ある共有者が自己の持分を超過して果実を収集した場合、超過した果実

(137) 梅謙次郎『民法要義 卷之二物権編』(明治 41 年〔初版明治 29 年=1896 年〕・有斐閣書房他) 191 頁、富井政章『民法原論 第二巻物権上〔第二版〕』(明治 40 年〔初版明治 39 年=1906 年〕、有斐閣書房) 156 頁、松波仁一郎=仁保亀松=仁井田益太郎『帝国民法〔明治 29 年〕正解 第四巻物権』(明治 29 年=1896 年、信山社〔復刻版〕) 638 頁、岡松参太郎『注釈民法理由 物権編』(明治 30 年=1897 年、有斐閣書房) 217 頁。なお、富井・前掲書 156 頁は、一物一権主義に反するため、「共有権ナル一種特別ノ所有権」の存在を認めない。

(138) 梅・前掲注(137) 191 頁、富井・前掲注(137) 160 頁、松波=仁保=仁井田・前掲注(137) 638 頁以下、岡松・前掲注(137) 220 頁以下。

(139) 富井・前掲注(137) 161 頁。

(140) 富井・前掲注(137) 162 頁。

(141) 富井・前掲注(137) 165 頁、梅・前掲注(137) 192 頁、岡松・前掲注(137) 221 頁以下。

を他の共有者に償還する義務を負う。これは民法に明文の規定がないが当然のことである⁽¹⁴²⁾。

(二) 共有物の管理、処分 民法 252 条は、共有物の管理について定められた規定である。物の管理とは、物の利用、改良および保存を言う。物の利用とは水車を動かして精米を製することなどを言い、物の改良とは、車軸に用いていた鉄棒を鋼棒に換えることなどを言い、物の保存とは、物の廃頽を防ぐことを言う⁽¹⁴³⁾。共有物の管理に関する事項は持分の過半数によって決められる（民法 252 条本文）。なぜなら、共有物も適当な方法により管理しなければ破壊、消耗する恐れがあるため、共有物の管理についてはあえて共有者全員の同意を必要とすべきではないからである⁽¹⁴⁴⁾。しかし、この原則の例外として、次の規定が存在する。それは、共有物の利用および改良であっても、共有物の変更に当たる場合には、各共有者がそれを行うには共有者全員の同意を必要とする規定（民法 251 条）と、各共有者は共有物の保存行為を単独でできるとする規定である（民法 252 条但書）。

共有物に変更を加えることは共有者全員に大きく関係し、時には物の全体の消滅に等しい結果を生むことがあるために、共有物の変更は共有者全員の同意を要するとされている（民法 251 条）⁽¹⁴⁵⁾。なお、ここに言う「変更」とは、水田を畑にすること、畑を宅地にすること、宅地を水田にすること、材木をもって家屋を建築すること、角形の物を変形にすること、住宅を倉庫にすることなど、共有物の形状、性質や用法を変更することを言う⁽¹⁴⁶⁾。

民法 251 条は、その文言上、各共有者による共有物の変更を禁止するだけで

(142) 富井・前掲注 (137) 166 頁以下。岡松・前掲注 (137) 226 頁は、不当利得の原則により当然であると述べる。

(143) 松波＝仁保＝仁井田・前掲注 (137) 648 頁。

(144) 梅・前掲注 (137) 195 頁。

(145) 松波＝仁保＝仁井田・前掲注 (137) 645 頁。岡松・前掲注 (137) 223 頁も同旨。

(146) 梅・前掲注 (137) 195 頁、松波＝仁保＝仁井田・前掲注 (137) 644 頁以下。

あるが、本条により、各共有者が共有物に質権や抵当権などの物権を設定することや、共有物を譲渡、譲与、破壊することも禁じられる。なぜなら、共有者は所有者ではなく単にひとつの持分を有する者にすぎないからである⁽¹⁴⁷⁾。その他、処分行為が共有者全員の同意を必要とする理由としては、各共有者は各部について所有権を有し、したがってその処分権を有するが、共有者間に意見の衝突が生じた場合、甲の意見によれば乙の処分権を害し、乙の意見に従えば甲の処分権を害することになることが挙げられていた⁽¹⁴⁸⁾。

民法 252 条但書によれば、各共有者は単独で共有物の保存行為をすることができ、さらに、民法 253 条 1 項によれば、他の共有者はその費用を自己の持分にに応じて負担しなければならないとされている。この理由として、次の 3 点が挙げられていた。まず、①保存行為は、常に明らかに総共有者を益するものであり、共有者の誰も異論を唱えないであろうということ⁽¹⁴⁹⁾、②物または権利を保存するに欠くことのできない行為は他の共有者にも利益となること、および、保存行為は迅速を要することが多いためその場合に他の共有者の同意を求めるのは甚だ妥当ではないこと⁽¹⁵⁰⁾、さらに、③物の維持に不可欠な行為は、第三者によっても事務管理に基づいて行うことができるから、共有者のように共有物全体の保存について直接の利害を有する者が保存行為をすることができるのは当然であること⁽¹⁵¹⁾、である。

保存行為に当たる行為の具体例としては、家屋の小修繕、損廃しやすい物の売却⁽¹⁵²⁾、家屋の破壊を防ぐ行為⁽¹⁵³⁾、家畜の死亡を止める行為⁽¹⁵⁴⁾、租税滞

(147) 松波＝仁保＝仁井田・前掲注(137) 645 頁以下。

(148) 梅・前掲注(137) 194 頁以下。富井・前掲注(137) 167 頁も同旨。

(149) 松波＝仁保＝仁井田・前掲注(137) 650 頁以下。

(150) 富井・前掲注(137) 168 頁以下。

(151) 岡松・前掲注(137) 224 頁。

(152) 梅・前掲注(137) 196 頁。

(153) 松波＝仁保＝仁井田・前掲注(137) 651 頁。

(154) 松波＝仁保＝仁井田・前掲注(137) 651 頁。

納のために土地建物を徴収されようとするときに租税を納める行為⁽¹⁵⁵⁾などが挙げられている。これらは、旧民法時代の学説とほとんど同じである。

最後に、注目に値するのは、現行民法の起草者の1人である富井博士が、保存行為として「第三者ニ対スル所有権上ノ訴及ヒ占有訴権ノ如キモ各共有者単独ニ之ヲ実行スルコトヲ得ヘキハ勿論トス」と述べていることである⁽¹⁵⁶⁾。残念ながら、富井博士がなぜ民法起草からしばらく経った明治39年(1906年)にこのようなことを述べているのか明らかでない。しかし、起草者である富井博士が、各共有者による保存行為に基づく物権的請求権の主張を、自らの注釈書に記していることは、少なくとも次のいずれかの事実が存在した可能性を推測させる。ひとつは、現行民法の起草過程に関する資料には現れなかったものの、富井博士は現行民法の起草段階から、保存行為に基づいて各共有者が物権的請求権を主張できることをすでに想定していたという事実である。もうひとつは、富井博士が、現行民法の起草後に、各共有者による物権的請求権の主張の可否に関する規定が民法に存在しないことに気づいて、自らの注釈書を記す段階で、BGB744条2項を参照して各共有者による物権的請求権の主張を252条但書の解釈として承認したという事実である。

たしかに、旧民法起草直後の注釈書には、各共有者は保存行為に基づいて訴えを提起できるとするものが存在する。そのため、旧民法の段階からフランス法の影響を受けて、各共有者が保存行為に基づいて共有物全体に関する物権的請求権を主張できると解されていたと考えることもできるかもしれない。

しかし、私見によると、富井博士は、現行民法起草後に、保存行為として各共有者が物権的請求権を主張することを現行民法252条但書の解釈論により承認した可能性の方が高いと思われる。その理由は次の3点にあると考える。

第1点は、富井博士は民法典の解釈においてドイツ法学的な解釈を採るこ

(155) 松波=仁保=仁井田・前掲注(137)652頁。

(156) 富井・前掲注(137)169頁。

とが多いとされていることにある⁽¹⁵⁷⁾。

第2点は、富井博士が注釈書を記す前年の1905年に、ライヒ裁判所が保存行為の規定(BGB744条2項)に基づいて各共有者による共有物全体の物権的請求権の主張を承認していることである⁽¹⁵⁸⁾。

第3点は、フランスでは、1976年になって初めて、各共有者が単独で共有物に関する保存行為をなしうることが立法により明文化され、その保存行為に、共有物全体に関する物権的請求権を主張することが含まれるとされたことである⁽¹⁵⁹⁾。また、山田誠一教授の詳細なフランス法研究によれば、フランスでは、各共有者が共有物について行った保存行為が他の共有者に対しても効力を生じるという規律は、20世紀に入ってから初めて、学説・判例により承認され始めたとされている⁽¹⁶⁰⁾。

しかしながら、仮に富井博士の見解がドイツ法の影響を強く受けたと解することができたとしても、富井博士が参照したと推測できるライヒ裁判所の見解は、ドイツにおける保存行為の規定であるBGB744条2項の起草趣旨に反す

(157) 星野英一「日本民法学史(1)」法学教室8号(1981年)38頁。

(158) このライヒ裁判所の裁判例については、鶴田・前掲注(2)219頁を参照。

(159) この点については、吉野衛「民法252条但書による登記申請」登記インターネット3巻12号(2001年)44頁、同「(再論)共有物の保存行為」登記インターネット4巻11号(2002年)12頁を参照。

(160) 20世紀におけるフランス共有法の状況については、山田誠一「共有者間の法律関係(3)」法学協会雑誌102巻3号(1985年)529頁以下、とりわけ530頁を参照。19世紀フランスの共有に関する法典、学説および判例の状況については、同論文494頁以下を参照。若林安雄教授は、このようなフランスにおける議論状況に示唆を得て、各共有者は、その占有権に基づいて、共有物の保存行為として、回収・妨害排除・妨害予防を請求できると主張されている。若林安雄「本権の訴えと占有の訴え—日本法の場合—」『日仏民事訴訟法研究』(1995年、信山社)147頁以下〔初出、1978年〕。なお、丸山茂教授の研究によれば、19世紀のフランスにおいても、相続人不確定の期間における遺産管理権であるセージュヌを有する相続人は、被相続人の有していたすべての訴権(占有訴権、所有物返還訴権など)を、遺産の管理のために行使できたとされる。この点については、丸山茂「共同相続財産の包括性に関する一考察」九大法学42号(1981年)163頁、とりわけ174頁以下を参照。

るものであった⁽¹⁶¹⁾。したがって、富井博士が従ったと見ることのできるドイツ法の見解は、それ自体もともと説得力を有するものではなかったのである。

さらに言えば、富井博士の見解が、フランス法、ドイツ法のどちらの影響を強く受けたのかという問題は、本稿にとっては実はそれほど重要でない。なぜなら、後に述べるように、日本の判例および支配的見解は、富井博士の見解に直接の影響を受けて形成されたわけではないからである。

(cc) 考察

以上の現行民法の起草過程から明らかになったことは次の点である。

① 現行民法における保存行為に関する規定も、旧民法と同様に、共有者間の法律関係に関するものであった。しかし、旧民法の規定によれば、共有物の管理に関する行為は、原則として共有者全員により行われなければならないが、共有物の保存に必要な管理行為をすることだけが各共有者に許されていたのに対して、現行民法によれば、共有物についての管理行為は、原則として共有者の持分の大きさに基づく過半数によってなすことができるとされた。すなわち、現行民法の下では、共有者は旧民法によるよりも、共有物の管理行為を容易に行うことができるようになった。したがって、共有物の管理は共有者の持分の過半数により行うことができるのが原則であるが、他の共有者の権利を侵害する変更・処分は共有者全員によって行われなければならないが、明らかに共有者全員の利益となる保存行為は各共有者により単独で行われうるとした。ただし、具体的な場面において、ある行為が共有物の保存、管理または変更のいずれかであるのかを判別することは、起草者自身も非常に困難だと考えていた。

② 現行民法の起草者は、保存行為の具体例として、家屋の小修繕、損廃し

(161) この点については、鶴田・前掲注(2)219頁以下。

やすい物の売却、家屋の破壊を防ぐ行為などを挙げていた。これは旧民法時代からほとんど変更されていない。したがって、現行民法の起草過程でも、共有者が第三者に対して物権的請求権を主張する場合の規律についてほとんど議論されなかったと言える。しかし、現行民法の起草者の1人である富井博士が、現行民法起草後しばらく経ってから、自らの注釈書に、第三者に対する所有権に基づく訴えも保存行為に含まれると述べていることは注目に値する。

4 本章のまとめ

明治23年民事訴訟法は、①共同訴訟の必要性は実体法により定められること、および、②共同訴訟が必要な場合には共同訴訟人独立の原則が修正されることを承認していた。それにもかかわらず、旧民法および現行民法の起草過程では、共有者が第三者に対して物権的請求権を主張する場合の規律についてほとんど議論されなかった。

したがって、共有者が第三者に対して共有物全体の給付訴訟を提起する場合などに、共有者全員の共同訴訟が必要かどうかの判断は、民法および民事訴訟法の解釈に委ねられることになった。そこで次章では、今日の判例および支配的見解の形成過程を辿り、その特徴を明らかにする⁽¹⁶²⁾。

II 判例および支配的見解の形成過程

1 ドイツ法的解釈論の登場

(1) 雉本博士による当事者適格基準と共有権確認訴訟における共同訴訟の必要

(162) なお、本稿のテーマに関する日本の判例および学説の状況を詳細に紹介した最近の研究として、すでに、吉野・前掲注(159)の2論文や、七戸克彦「共有者の一人による不実登記の抹消登記請求(1)(2・完)」民商法雑誌131巻2号(2004年)225頁、3号(2004年)418頁が存在する。しかし、本稿では、ドイツ法が日本法に及ぼした影響を見るという新たな視点から、共有者の共同訴訟の必要性に関する判例および支配的見解の形成過程を紹介する。

鈴木正裕博士によれば、明治 23 年民事訴訟法が成立して十数年経った明治期の終わり頃から、民事訴訟法を紹介・解説する時代から法律を取り込んで理論を構築し体系化する時代へと移行した。この時期に最も活躍した民事訴訟法学者の 1 人が雫本朗造博士である⁽¹⁶³⁾。雫本博士により、明治 23 年民事訴訟法成立時には等閑視されていた、共有者の共同訴訟の必要性の問題が詳細に議論されるようになる。

(a) 当事者適格の判断基準

まず、雫本博士は明治 42 年（1909 年）に「民事訴訟ニ於ケル『正当ナル当事者』ナル觀念及ヒ其訴訟上ノ地位ヲ論ス」と題する論文を公表し⁽¹⁶⁴⁾、ドイツとりわけヘルヴィヒ（Hellwig）の当事者適格論に依拠して⁽¹⁶⁵⁾、正当な当事者の判断基準を次のように主張した。

まず、一般原則として、訴訟物をなす私法上の請求権または法律関係について訴訟を行う権能を有するのは、当該請求権または法律関係の主体であるとする。その理由として、①当該請求権または法律関係が財産上のものであるときは、その主体がそれについて管理権を有するのは当然であるが、当該権利関係について訴訟を行うのは当該権利関係を管理することに他ならないこと、および、②当該権利関係が財産上のものではない場合もその主体はそれについて管理権を有するわけではないが、その権利関係の保護を求めるこ

(163) 以上につき、鈴木正裕「民事訴訟法の学説史」ジュリスト 971 号（1991 年）13 頁。

(164) この論文は 4 回連載で、法学新報 19 卷 2 号 1 頁、5 号 31 頁、7 号 8 頁、11 号 27 頁に公表された。またこれは、雫本朗造『民事訴訟法の諸問題』（1955 年、有斐閣）31 頁以下に収められている。

(165) この点については、松原弘信「当事者適格論の展開と現代型訴訟における変容」新堂古稀『民事訴訟法理論の新たな構築 上巻』（2001 年、有斐閣）803 頁。その他、鈴木教授によると、雫本博士は、ドイツ留学の間、ヴァッハ（Wach）の講義を聴き、ヘルヴィヒのゼミナールに参加したとされる。鈴木・前掲注(163) 13 頁。

とができるのは当然であることが挙げられている⁽¹⁶⁶⁾。

なお、雉本博士によれば、ここで言う「管理権 (Verwaltungsrecht)」は、①事実上の行為、たとえば管理する物の使用、収益などを行う権能を包含するのみならず、②「法律上重要ナル適法行為 (Rechtshandlung)」を行う権能をも包含する。それゆえ、単独で私法上の法律行為 (たとえば処分行為) をすることができるのみならず、訴訟行為をもすることができるとする。たしかに、訴訟が稚拙に追行された場合には当事者処分権主義の結果として私法上の権利を有する場合にも敗訴することがあり、また、いわゆる不当判決の可能性もあるから、訴訟により私法上の権利を創設または消滅することはある。しかし、それは偶然の現象であるため、訴訟物たる権利関係について訴訟を追行することは処分行為ではなく管理行為であるとする。それゆえ、訴訟物たる権利関係について管理権を有する者は訴訟追行権を有するとする⁽¹⁶⁷⁾。

雉本博士は、以上の一般原則を掲げた後、正当な原告を定める基準についてさらに具体的に述べる。博士によれば、財産法上の請求権または法律関係の主体が、これについて管理権を有すると同時に訴訟を追行する権能を有する。したがって、主体が1人である場合のみならず2人以上であるときでも、管理権を主体の1人または各主体が行使できる場合には、訴訟追行も主体の1人が行うことができるとする。逆に、主体が2人以上存在する場合でかつ彼が共同してのみ管理権を行使できる場合には、彼らが共同してのみ訴訟追行できるとする。たとえば、共有関係すなわち共有物を訴訟物とする訴訟において誰が訴訟追行権を得るかについては、民法 252 条により答えられ、訴訟物をなす不可分債権の各債権者がこれについて訴訟追行権を有するかどうかは、民法 428 条の規定によるとする⁽¹⁶⁸⁾。

(166) 以上について、雉本・前掲注(164) 36 頁以下。

(167) 以上について、雉本・前掲注(164) 37 頁。

(168) 以上について、雉本・前掲注(164) 38 頁以下。

この論文により、訴訟物たる権利関係の主体が訴訟追行権を有するという、現在でも妥当する当事者適格の判断基準が、日本の民事訴訟法学においてはじめて明確にされた。しかし、雫本博士は、共同訴訟の必要性の判断基準については詳細には述べていない。しかも、この当時は、訴訟追行権の根拠としての管理権と民法 252 条における共有物の管理とを同義に解していたようである。しかし、この点については後の判例評釈において修正されることになる。

(b) 共有権確認訴訟における共有者全員の共同訴訟の必要

雫本博士は、大正 3 年（1914 年）に公表された判例評釈において、各共有者が共有権の確認訴訟を単独で進行できるかどうかについて論じている⁽¹⁶⁹⁾。

雫本博士は、日本の民法は共有物の処分に関する規定を置いていないが、共有の性質に鑑みると、各共有者は自己の持分を自由に処分できるが、他の共有者の持分を処分することはできないため、共有者全員が共同してのみ共有所有権（共有物）を処分できないとする⁽¹⁷⁰⁾。そして、共有所有権について訴訟を行う権能を有するかどうかはその権利を処分する権能を有するかどうかにより決まるということは、一般の場合と異ならないので、共有所有権の

(169) 雫本朗造『判例批評録 第一巻』（大正 6 年＝1916 年、弘文堂・有斐閣）87 頁以下。評釈判例は、大判大正 2 年（1913 年）4 月 25 日判決録 19 輯 268 頁である。本件は、溜池の用水権を共有すると主張する者（共同原告）が、第三者たる被告に対して用水権の存在確認の訴えを提起したケースである。大審院は、このケースは合一確定を要する共同訴訟であるから、共同訴訟人の一人に死亡により、他の共同訴訟人の訴訟手続も中断される、と判示した。したがって、本件では、共有者の共同訴訟の必要性そのものが問題となったわけではない。しかし、雫本博士は、このケースにおいて合一確定を必要とした判例の理由付けに問題があるとして、本件評釈において、共有権確認訴訟においては、共有者の共同訴訟が必要性であるから、合一確定も必要であると主張される（詳細は、同書 89 頁以下を参照）。そこで、本文では、共有権確認訴訟においては共有者の共同訴訟が必要であると主張される点に限定して、雫本博士の見解を紹介することにした。

(170) 雫本・前掲注(169) 92 頁。

存在の確認訴訟を進行できる者は、その権利を処分する権能を有する者でなければならぬとする。以上から、雉本博士は、ヘルヴィヒの見解を引用して⁽¹⁷¹⁾、共有者全員が共同して訴訟を進行しなければ、共有所有権確認訴訟を進行できず、その訴訟の原告たる適格 (Sachlegitimation) を有しないと述べた⁽¹⁷²⁾。

これが雉本博士が共同訴訟の必要性の判断基準について詳細に説明した最初の文献である。博士は当事者適格の一般原則から共同訴訟の必要性の判断基準を導いている。しかし雉本博士は、この評釈において、訴訟進行権の基礎は係争権利の実体法上の処分権能にあると述べており、係争権利の実体法上の管理権が訴訟進行権の基礎となると述べた前稿の見解を改めたように見える⁽¹⁷³⁾。そこで雉本博士は、この点を矛盾なく説明することを試みた判例評釈を後の大正10年(1921年)に執筆する⁽¹⁷⁴⁾。そこで彼は次のように主張した。

彼によれば、共有物全体について提起する共有権確認訴訟は、共有物に対する共有権の存在の確認に他ならず、しかもこの訴訟について請求棄却判決が確定すれば、既判力の効果により当該所有権の存在を有効に主張できなくなるため、実際の結果についてみると当該所有権について処分行為をしたの

(171) 雉本・前掲注(169)93頁では、Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 1900, S, 813が引用されている。同書の総頁は510頁であるため、雉本博士が同書の183頁を引用したものと思われる。

(172) 雉本・前掲注(169)93頁。

(173) なお、ヘルヴィヒの見解自体も、雉本博士により当事者適格の一般基準と示されたときと、共有権確認訴訟における共有者の共同訴訟の必要性が主張されたときでは、若干変化していることに注意されたい。たしかにヘルヴィヒは一貫して訴訟進行権の基礎を管理権に求めている。しかし、ヘルヴィヒが訴訟進行権の基礎を管理権であるとする根拠に、不当判決により権利が処分されるのに等しいことを持ち出したのは、1912年に公刊された『体系』が初めてである(この点については、鶴田・前掲注(2)196頁以下を参照)。したがって、雉本博士の見解も、ヘルヴィヒの見解の変化にあわせて変化した可能性がある。

(174) 雉本朗造「民事訴訟法判例批評(六四)」法学論叢6巻4号(大正10年=1921年)114頁。評釈判例は、大審院大正8年(1919年)5月31日判決民録25輯948頁である。この裁判例の詳細は、後に【裁判例3】として紹介する。

と同じになるとする。これをもって所有権確認訴訟を迫行することを処分行為と言うことはできないが、処分行為と同一の効果を生じうべき行為、すなわち「広義の管理行為 (Verwaltungsakt)」と言うべきであるとする。したがって、民法 252 条但書に言う保存行為は、純然たる保存行為に限られ、保存されるべき権利の喪失を来す可能性のある行為、すなわちその権利について訴訟迫行する行為を包含しないとす。以上から、当該共有物について「広義の管理権」すなわち処分権能を有する者だけが当該訴訟について訴訟迫行権を得るから、共有者全員が共同して訴えを提起しなければ原告適格は得られないとする⁽¹⁷⁵⁾。

これまでに紹介した雫本博士の見解の変遷をまとめると、彼は最終的に次の見解を主張するに至ったと評価できる。すなわち、彼は、当事者が訴訟迫行することは、敗訴すれば権利を処分することになる「広義の管理行為」であるので、ある者が訴訟迫行権を有するかどうかの基準は、その者が当該権利について実体法上の処分権能を有するかどうかにあり、したがって、共有権の確認訴訟においては、実体法上共同してのみ処分権能を有する共有者全員が共同してのみ訴訟迫行権を有する、と説明した。

以上のような雫本博士の見解は、ドイツ法、とりわけヘルヴィヒの見解に影響を受けて形成されている。したがって、雫本博士の見解は、共同訴訟の必要性の判断基準は実体法上の処分権能にあるとする、ドイツの当時の支配的見解に従っていると言える⁽¹⁷⁶⁾。

ただし、ヘルヴィヒ自身は、各共有者の持分権の確認訴訟を許容するだけで⁽¹⁷⁷⁾、いわゆる共有権の確認訴訟において、共有者の共同訴訟を必要とすべきだとまでは述べていないことは、注意されるべきであろう。雫本博士が、共

(175) 以上について、雫本・前掲注 (174) 116 頁以下。

(176) この点については、鶴田・前掲注 (2) 195 頁以下を参照。

(177) この点については、鶴田・前掲注 (2) 204 頁。

有権確認訴訟における共有者の共同訴訟の必要性を根拠づけるために引用した、ヘルヴィヒによるモノグラフィーの該当箇所には、以下の叙述がある⁽¹⁷⁸⁾。

「彼（共有者の1人：訳者）が単独所有権を主張した場合、彼の訴えは、たしかに全部についてではないが、彼に帰属しない持分（Eigentumsquote）に関しては、理由がないとして棄却される。仮に、彼が権利全体を自己の名で主張する旨の同意を、仲間（他の共有者：訳者）が彼に付与した場合でもそうである。彼は他の共有者の持分（Quote）を他の共有者の名でのみ追行することができるが、そのためには訴訟代理権が必要である。彼がこの方法で（一部は自己の名で、他の一部は他人の名で）訴えた場合、仲間の訴訟代理権なく提起された訴えは、後者に関しては、この訴訟上の理由から却下される。」

この記述を見る限り、ヘルヴィヒは、自らは単独所有者であると主張した者に所有権（共有持分）が帰属しない部分については、その限りで請求は棄却され、他の共有者の持分の主張について、提訴した共有者が訴訟代理権を有しない場合には、その限りで訴えが却下されると述べるに過ぎない。つまり、ヘルヴィヒは、仮に、提訴した共有者が自己の持分のみならず他の共有者の持分についても訴求した場合でも、裁判所は、提訴した共有者自身の持分の帰属については本案判決を下さなければならないと主張しているのである。したがって、ヘルヴィヒは、雉本博士が主張するように、共有権確認訴訟を共有者が単独で提起した場合、その訴えはすべて不適法として却下されるとまでは述べていない。

以上から、共有権確認訴訟における共有者の共同訴訟の必要という規律は、たしかに、雉本博士により、ドイツ法の影響を受けてはじめて主張されたも

(178) Hellwig, a. a. O. (N. 171), S. 183.

のであるが、実は、ドイツ法が日本に正確に継受されなかった結果、形成されたことが明らかとなった。

なお、雫本博士の諸論考は、共同訴訟の必要性の判断基準と、共有権確認訴訟における共有者の共同訴訟の必要性についてだけを考察対象としている。したがって、雫本博士は、共有者が共有物全体の給付請求訴訟を進行する場合の共同訴訟の必要性については言及していない。この点も重要であろう。

(2) 民法学説—各共有者による共有物全体の給付請求権の主張

星野英一教授によれば、明治43年(1910年)から大正10年(1921年)までは、民法学におけるドイツ法学全盛時代と呼ばれている⁽¹⁷⁹⁾。この時期の民法学説は、民法典の文言や起草者の考え方をあまり顧慮することなく、ドイツ民法典またはドイツ民法学上の概念や体系を持ち込んで、日本民法をドイツ式に解釈し体系化しようとした。共有に関する規定の解釈においても、この傾向が当てはまる。

この傾向を最もよく示しているのは、川名兼四郎博士の見解である⁽¹⁸⁰⁾。まず彼は、共有を「数人カ同一物ニ付キテ分数的ニ所有権ヲ有スル状態」と定義し、その各自の所有権を共有権と定義する⁽¹⁸¹⁾。共有権とは、一つの物の上の一個の所有権が分数的に分割されたものであり、所有権に類似する特別の権利ではないと述べる。つまり、ここでは共有権は持分のことを指している⁽¹⁸²⁾。さらに、ここで言う共有は、「Gemeinschaft nach Bruchtheilen 即チ Miteigentum」であり、甲も乙も一部の所有権を有せず「甲乙相合シテ始メテ所有権ヲ有スル」場合すなわち「Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand」

(179) 星野・前掲注(157)39頁。

(180) 川名兼四郎『物権法要論』(大正4年=1917年、金刺芳流堂)113頁以下。

(181) 川名・前掲注(180)113頁。

(182) 川名・前掲注(180)113頁。

ではないとする⁽¹⁸³⁾。以上の説明は明らかにドイツ法における理解に影響を受けている。

さらに注目すべきであるのは、川名博士が、共有者による所有権に基づく請求権の主張について言及していることである。まず、共有権は所有権であるため、各共有者は、その相互間においてまたは第三者に対して所有権上の請求権を有するとする。たとえば、共有者の1人が共有物を占有する場合には、その者に対して他の共有者は自己にも占有を与えることを請求することができ、共有者の1人が他の共有者の使用を妨害する場合には、他の共有者はその妨害の排除を請求することができ、さらに共有者の1人が、第三者に対して共有物の妨害の排斥を請求できるのはもちろん、所有物を占有する第三者に対して自己にも占有を与えるべきことを請求することができるとする。さらに、不可分債権の規定である民法428条を引用して、各共有者は共有物全体の取戻しを請求できるとする⁽¹⁸⁴⁾。

(183) 川名・前掲注(180)114頁。ただし、原典には *gesamnitzen* とある。明らかに誤植であろう。

(184) 以上について、川名・前掲注(180)114頁。なお、川名博士は、民法428条については以下のように説明する(川名兼四郎『債権法要論』〔大正4年=1915年、金刺芳流堂〕293頁以下)。

数人が一つの不可分な給付を請求することができる場合を不可分債権という。この場合、各債権者は一定の割合に応じて分数的債権を有する。したがって、各共有者は、その持分つまり分数的債権そのものを他人に譲渡することができるが、給付の分数的履行を請求することはできない。それゆえ、どのようにして不可分債権を行使するかが問題となる。一方で数人は各自債権者であり、他方で各債権者がその全体の給付を要求することは各債権者の有する権利以上のものを行使する結果になる。これらのことを総合すると、理論上は各債権者は彼が債権者であっても各自でその債権を行使することができず、債権者全員が共同してのみその債権を行使できることになる。そこで、各債権者が自己の債権を行使できるようにするという実際上の便宜から特別の規定が必要となる。そこで日本の民法は、各共有者は自己に全体の給付をすることを請求でき、かつその効果はすべての債権者のための生じるとした(民法428条)。それゆえ、各共有者が債務の履行を請求したときはその効力は他の共有者に及ぶ。たとえば債務者が遅滞に陥ったときはその効果は他の共有者に及ぶ。この点を見れば、各共有者は相互に代理権を有するかのように見えるが、各共有者

以上の解釈は、各共有者は、他の共有者のみならず第三者に対しても自己の持分の範囲だけ所有権に基づく請求権を行使できるが、例外的に各共有者は、不可分債権の規定（BGB432条）に従って共有物全体の返還を求めることができる（BGB1011条）とするドイツ法の立場とほぼ合致する。このことは、川名博士が当時のドイツ法の影響を受けていたことを明らかに示している。

次に、中村玉吉博士の見解も、ドイツ法に強く影響を受けている。まず中村博士も、民法249条以下に規定されている共有は、所有権全体は数人に分属するがその持分は各共有者に専属する状態を指し⁽¹⁸⁵⁾、いわゆる *Gemeinschaft zur gesamten Hand* とは異なると述べる⁽¹⁸⁶⁾。また、共有者の1人が自己の持分の範囲を超えて共有物を使用または専有する場合には、他の共有者は自己の持分に相応した共同占有を請求することができ、共有者の1人が共有物を侵害したり他の共有者の持分に応じた使用を妨害したときは、他の共有者はその停止を請求することができるとする⁽¹⁸⁷⁾。

さらに、中村博士は、共有物を占有する第三者に対する返還請求の場合、共有物の返還は不可分の行為であるから、持分に応じた返還（たとえば2分の1の返還）は不可能であり、それゆえ各共有者が共有物全体の返還を求めることができなければならないとする⁽¹⁸⁸⁾。中村博士は、第三者が共有物の侵害行

はただ自己の債権を行使できるのであり、共有物が不可分であるという理由からやむを得ずそのような効果を認めるにすぎない。したがって、各共有者が自己へ全体給付を求めて訴える場合、他の共有者は原告ではなく証人になるに過ぎない。また訴訟係属は訴求債権者の債権についてのみ生じ、したがって他の共有者にはその既判力は及ばない。

以上の説明は、鶴田・前掲注(2)177頁以下において紹介したBGB432条の起草趣旨と類似する点が多い。したがって、不可分債権についての説明においても、川名博士がドイツ法の影響を強く受けていることが裏付けられるであろう。

(185) 中島玉吉『民法積義 卷之二上』（大正3年=1916年、金刺芳流堂）437頁、さらに436頁も参照。

(186) 中島・前掲注(185)434頁。

(187) 中島・前掲注(185)438頁。

(188) 中島・前掲注(185)438頁以下。なお、ここで民法252条が引用される。

為をする場合にも、各共有者は単独でその停止や除去を請求することができると述べる。なぜなら、共有者の権利は物の全体に及ぶために物のいかなる部分に対する侵害でも共有者の権利を侵害することになるからであるとする。たしかに、共有者は一部の権利を有するにすぎないので、妨害の一部の停止のみを請求できるとすることも考えられるが、一部の停止はなお他の一部の停止を残すため停止にならないから、全体の停止を求めることができるとしなければならないとする⁽¹⁸⁹⁾。

その他、横田秀雄博士や三瀧信三博士も、各共有者は共有物全体について所有権に固有の権能を行使できるので、第三者の共有物に対する干渉を排斥したり、第三者から共有物の返還を求めることができるとする⁽¹⁹⁰⁾。

以上のように、この時代の民法学説は、ドイツ法の影響を受けて、各共有者が第三者に対して所有権に基づく請求権を主張できるかどうかについて言及し始めている。この時代の民法学説の特徴は、各共有者は自己の所有権を自己の持分の範囲でのみ有するという原則を意識していることにある。たとえば、中村博士は、各共有者は共有物全体に対する妨害排除や共有物全体の返還を当然に請求できるとは述べておらず、一部の返還や妨害排除では目的を達成できないという実質的な理由を述べて、各共有者による共有物全体の返還請求権や妨害排除請求権の主張を正当化する。また、川名博士は、各共有者は共有物の自己の持分に応じた返還を求めることは当然できるが、各共有者は共有物全体の返還を不可分債権の規定によってのみ求めることができるとする。

なお、この当時の民法学説は、共同訴訟の必要性の判断基準との関係を意識して論じていなかったし、さらには共有権（または共有関係）の確認訴訟に

(189) 中島・前掲注(185) 439頁。

(190) 横田秀雄『物権法』(明治38年=1905年、清水書店) 280頁、横田秀雄『物権法論(前編)』(大正5年=1917年、巖松堂書店) 240頁。三瀧信三『物権法提要 第1冊』(大正5年=1917年、有斐閣) 143頁。

についても言及していなかった。

(3) 学説の判例への影響

(a) 当時の判例は、ドイツ法的な解釈論を主張する学説に影響を受けていたと考えられる⁽¹⁹¹⁾。

(b) まず、共有者が第三者に対して提起する共有権確認の訴えについては、次の裁判例がある。

【裁判例 1】大審院（第 1 民事部）大正 5 年（1916 年）6 月 13 日判決民録 22 輯 1200 頁、法律新聞 1051 号 28 頁

本件は、6 名の原告が、係争立木および丸太を原告を含む 8 名が共有することの確認を求めて訴えたものである。第 1 審はこの訴えを却下したが、原審は第 1 審判決を破棄し原告の請求を認容した。それに対して、大審院は、以下の理由から原判決を破棄し、原告の控訴を棄却した。

「按スルニ共有物ノ所有権ハ総共有者ニ属スルヲ以テ其確認ノ訴ヲ提起スルニハ共有者全員ニ於テスルコトヲ要シ各共有者ハ単独ニ之ヲ為スコトヲ得サルモノトス原判決ハ各共有者ハ保存行為トシテ単独ニテ所有権確認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシト説明スレトモ単独ニテ其訴ヲ提起シタル結果時トシテハ其所有権ヲ否定シタル敗訴ノ判決ヲ受ケ事実上他ノ共有者ニ不利益ヲ及ス

(191) もっとも、北川善太郎教授によれば、法学者による学説継受を通じてドイツ理論が日本の判例に何らかの影響を与えた場合よりも、裁判官自身がドイツ理論を摂取した場合の方が多かったと推測できるとされている（北川善太郎『日本法学の歴史と理論』〔1968 年、日本評論社〕245 頁）。しかし、これから詳論するように、ドイツ理論を継受した学説の登場後に、これに対応する判例が登場していることは単なる偶然ではないように思われる。そこで本文のような叙述をした。もっとも、北川教授によっても述べられているように、両者のどちらが正しいかどうかの確定は不可能に近いであろう。そこで以下では、判例法理の形成にとってとくに重要だと思われる裁判例を担当した裁判官を挙げ、担当裁判官によるドイツ学説の継受の可能性にもできる限り言及したい。

場合アリ得ヘキヲ以テ右ノ訴ノ提起ヲ以テ保存行為ト云フコトヲ得サルモノ
トス」⁽¹⁹²⁾ (下線筆者)。

【裁判例 2】大審院 (第 1 民事部) 大正 6 年 (1917 年) 12 月 28 日判決民録
23 輯 2273 頁

Xら 5 名で共有する山林に隣接する土地の所有者 Y が、X に対して所有権
の確認の訴えを提起して両土地の境界を画定しようとした。それに対して、
X も Y に対して所有権確認の反訴を提起した。原審は、X の反訴提起は共有
者の 1 人による訴訟であるとしてその反訴を却下した。それに対して、X は、
訴訟行為は常に処分行為の性質を有するものではなく、本件のような反訴の
提起は、Y が他の共有者の有する権利を侵害しようとする本訴に対する防御
方法であるから、保存行為として単独で訴えを提起できるという理由から上
告した。しかし、大審院は X の上告を以下の理由から棄却した。

「然レトモ訴ヲ提起スル目的ハ那邊ニアルニモセヨ一旦判決カ確定スル以上
既判力ヲ生シ為メニ客観的ニハ存在セサル権利関係モ存在シ客観的ニハ存在
スル権利関係モ存在セサルニ至ルト同一結果ヲ呈スルカ故ニ訴ノ提起ハ之ヲ
処分行為ト云ワサルヘカラス原裁判所カ之ト同趣旨ノ見解ヲ前提トシテ為シ
タル判断ハ正當ニシテ論旨ハ理由無シ」 (下線筆者)。

(192) 法律新聞 1051 号 28 頁によれば、この判決を下した裁判官は、田部芳裁判長、
榊原幾久若判事、松岡義正判事、柳川勝二判事、成道齋次郎判事であった。こ
のうち松岡義正判事は、後に大正 15 年改正の起草委員を務め、大正 15 年改正
法の注釈書を記すことになる、民事訴訟法学にとって重要な人物の 1 人であつ
た。したがって、松岡判事がこの判決の形成に影響を与えたと推測することは
可能である。しかし、昭和 5 年 (1930 年) に記された彼の注釈書には、共有権
確認訴訟が共有者全員の共同訴訟を必要とするとは記されていない。彼の注釈
書における記述については、松岡義正『新民事訴訟法註解 第 2 巻』(昭和 5
年=1930 年、清水書店) 360 頁以下を参照。

【裁判例 3】大審院（第 3 民事部）大正 8 年（1919 年）5 月 31 日判決民録 25 輯 946 頁

X（22 名）が、本件共有物を X と他の共有者と合わせて 231 名が共有することを主張して、Y に対して共有物の所有権確認の訴えを提起した。原審は、共有者が他人に対して共有物の所有権確認の訴えを提起することは保存行為でないと判断した。これに対して、X は、一方では、占有者に対して所有権の確認の訴えを提起することは権利者が他人の取得時効を中断するために最も有効で簡便な方法であり、他方では、共有権が他人の取得時効により消滅しようとする場合に、各共有者は共有物に関する保存行為をすることができから、共有者は単独で保存行為として共有権の確認訴訟を提起できなければならない、等と主張して上告した。しかし、大審院は以下の理由から X の上告を棄却した。

「然レトモ共有者カ他人ニ対シ共有物ノ全体ニ付キ提起スル共有権確認ノ訴ハ民法第二百五十二条ニ所謂保存行為ニ属セサルコト当院ノ判例トスル所ナリ（大正四年（オ）第一〇八三号大正五年六月十三日第一民事部判決）而シテ各共有者ハ随意ニ其持分ヲ処分スルコトヲ得ルヲ以テ各自其持分ニ付キ裁判上ノ主張ヲ為シ因テ以テ自己ノ持分ニ関スル時効ノ中断ヲ為スコトヲ得ヘシ」（下線筆者）。

これらの裁判例の中で重要なのは、【裁判例 1】と【裁判例 2】であろう。なぜなら、【裁判例 1】は、各共有者が単独で共有権確認の訴えを提起して敗訴した場合、この判決により他の共有者に事実上の不利益が及ぶため、共有権確認の訴えは処分行為に当たると述べているし、【裁判例 2】も、既判力により客観的には存在する権利関係も存在しないのと同様に扱われるので、訴えは処分行為にあたと述べているからである。これらの理由づけは、雉本

博士の見解に類似する。したがって、これらの裁判例は、雉本博士の見解の影響の下に形成されたと考えられる。

(c) 次に、この時代の判例には、各共有者が共有物に対する妨害の排除を求めることができるとするものも存在した。

【裁判例4】大審院（第1民事部）大正7年（1918年）4月19日判決民録24輯731頁

Xは、彼とその他1名と共有する土地を占有するYに対して当該土地の明渡しを求めた。原審はXの請求を認容した。これに対して、Yは、所有権に基づく土地の明渡し請求権は処分行為に属するので、共有者全員の共同訴訟を要すると主張して上告した。しかし、大審院は以下の理由から原審の判決を維持した。

「然レトモ原判決事実摘示及ヒ之ニ引用シアル第一審判決事実摘示ニ依レハ被上告人ハ本訴ニ於テ本件土地ノ共有者ノ一人トシテ上告人ニ対シ其不法占有ニ因ル妨害ヲ排除シ之カ明渡しヲ請求スルモノニシテ共有地ノ所有権確認ノ訴ヲ起シタルニアラス斯ル請求ハ各共有者单独ニテ之ヲ為スコトヲ得ルヲ以テ原判決カ其請求ヲ是認シタルハ相当ニシテ上告論旨ハ理由ナシ」⁽¹⁹³⁾（下線筆者）。

【裁判例5】大審院（第3民事部）大正8年（1919年）4月2日判決民録25輯613頁

(193) 法律新聞1422号20頁によれば、大審院民事第1部は【裁判例4】が下されたのと全く同日に別の判決を下している。その判決を下した裁判官は、田部芳裁判長、榊原幾久若判事、尾古初一郎判事、柳川勝二判事、成道斎次郎判事であった。

相続によりXら6名が当該土地を共有しているにもかかわらず、共有者の1人であるAが被相続人の売買証書を偽造して当該土地を自己名義に所有権移転登記し、さらにYに地上権設定登記をさせた。そこで、XはYに対して、共有権の確認と地上権の設定登記抹消を求めて訴えを提起した。原審は、共有権確認訴訟は必要的共同訴訟であり、またこれを前提とする地上権設定登記抹消請求訴訟も必要的共同訴訟であるから、共有者の1人であるXにより提起された訴えは排斥されるとした。これに対して、Xは、共有権確認の訴えは必要的共同訴訟であるとしても、【裁判例4】を引用して、地上権登記抹消請求は必要的共同訴訟に当たらず、各共有者が単独で提起できると主張し上告した。これに対して、大審院は、以下の理由から原審を破棄し、原審へ差し戻した。

「抑モ斯クノ如ク共有者ノ一人ト称スル上告人カ共有者以外ナル被上告人ニ対シテ自己ノ共有権ヲ主張シテ其権利ノ確認ヲ求メ且被上告人ノ為シタル不法登記ノ抹消ヲ請求スル場合ニハ上告人単独ニテ其訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク必スシモ他ノ共有者ト共同シテ之ヲ為スコトヲ要スルモノニ非ス然ルニ原裁判所ハ本件ハ権利関係カ合一ニノミ確定スヘキ必要的共同訴訟ナルヲ以テ上告人単独ニテ為シタル本訴請求ハ失当ナリトノ理由ヲ以テ上告人ノ請求ヲ棄却シタルハ必要的共同訴訟ノ性質ヲ誤解シタルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレサルモノトス」（下線筆者）。

これらの裁判例のうち、まず、【裁判例4】は、所有権に基づく土地の明渡請求訴訟は共有権確認訴訟ではないから各共有者が個別に訴えを提起できると述べているにすぎない。次に、【裁判例5】も、各共有者による個別訴訟を許容する根拠について何も述べていない。しかし、この時期の大審院民事第2部の部長で【裁判例5】の裁判長であったのは、横田秀雄博士であったこ

とからしても⁽¹⁹⁴⁾、これらの裁判例が、当時のドイツ法に影響を受けた学説を無批判に受け入れたと評価することは十分可能であろう。

なお、【裁判例5】では、各共有者による共有権確認訴訟が承認されているかのように見える。しかし、この判決は、各共有者による「自己ノ共有権」すなわち自己の持分権の確認訴訟を承認したのであり、【裁判例1】～【裁判例3】と矛盾しないと考えられる。

(d) 以上、この時期の大審院判決により、判例は、共有権の確認訴訟は共有者全員の共同訴訟を要すること、および、各共有者は自己の所有権（共有持分権）に基づいて第三者に対して共有物全体の妨害排除を求めることができることを承認したと言える。これらの判例は、共有権の確認訴訟における共同訴訟の必要については当時の民事訴訟法学説に、共有物全体の妨害排除請求における各共有者の個別訴訟の許容については当時の民法学説に影響されていることは間違いのないであろう。しかし、以上の判例は、共有権確認訴訟においては共有者全員の共同訴訟が必要であるとするにもかかわらず、共有物全体に対する妨害排除請求訴訟においてはなぜ各共有者の個別訴訟が許されるとするのかについて言及していない。これは、当時の判例が、当時別々に主張されていた民法および民事訴訟法学説をそのまま受け入れた結果であると推測できる。

(未完)

(194) 法律新聞 1568 号 21 頁および 1559 号 26 頁によれば、大正 8 年（1919 年）3 月 12 日と同年 4 月 23 日に下された大審院民事第 3 部の判決の裁判長は横田博士であった。したがって、その中間に下された【裁判例 5】の裁判長も横田博士であると推定可能である。