

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(3・完)

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
 - 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 (以上 50 卷 4 号)
 - 2 鳩山説の登場と大審院判例の確立 (以下本号)
 - (1) B G B 1011 条の代替手段としての保存行為
 - (2) 鳩山説登場直後における判例法理の確立
 - 3 支配的見解の確立
 - (1) 前提 — 大正 15 年民事訴訟法における共同訴訟の必要性の判断基準
 - (2) 訴訟結果の利益状況に応じて保存行為か否かを決する見解
 - (3) 支配的見解の形成
 - 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
 - (1) 共有物全体に対する不実登記の抹消請求
 - (2) 共有持分権の確認訴訟
 - (3) 債権的請求権に基づく共有物の明渡請求
 - (4) 共有権確認訴訟および共有権移転登記請求
 - (5) 共有地とその隣接地との境界確定訴訟

* 福岡大学法学部講師

(6) 他の共有者の持分についての不実登記の抹消請求

6 まとめ — 判例および支配的見解の特徴

終章

1 判例および支配的見解の形成過程

2 本来の実体法説による共有者の共同訴訟の必要性

3 今後の課題

2 鳩山説の登場と大審院判例の確立

(1) BGB 1011 条の代替手段としての保存行為

民法学説におけるドイツ法全盛期が終わりにさしかかった大正9年(1920年)に、鳩山秀夫博士が、「所有権より生ずる物上請求権」というタイトルの論文の中で、各共有者が保存行為に基づき第三者に対して共有権に基づく共有物全体の返還請求権を主張できることを以下のように詳論した⁽¹⁹⁵⁾。

鳩山博士は、まず、ドイツ民法985条は「所有者は占有者に対して物の引渡を請求することを得」と規定し、かつ、1011条は「各共有者は全部の物に付て第三者に対し所有権より生ずる請求権を行使することを得、引渡の請求に付ては第四三二条の規定に従ふ」と規定しているから、ドイツ民法がこれらの規定を根拠に単独所有者および各共有者が物の返還請求権を有していることは明らかであるが、日本の民法には同様の規定が存在しないために解釈上の疑義が生じる、と述べている⁽¹⁹⁶⁾。このように鳩山博士は、まず最初にドイツ法を参照して、その後日本民法の解釈論を展開するという方法で論述を進めていく。

次に、鳩山博士は、共有者は各分数的所有権を有し、各共有者の有する権

(195) 鳩山秀夫「所有権より生ずる物上請求権」『民法研究第二卷(物権)』(昭和5年=1930年〔初出大正9年~大正10年=1920年~1921年〕、岩波書店)125頁以下。なお、この論文は、鳩山秀夫『債権法における信義誠実の原則』(昭和30年=1955年、有斐閣)353頁にも収められている。

(196) 鳩山・前掲注(195)125頁以下。

利は所有権に他ならないから、他人が違法に所有物を占有または所持することは所有権の侵害であり、それゆえ所有物返還請求が生じるのは疑いないが、他方で各共有者は単独所有権を有するのではなく、分数的所有権を有するにすぎないから、各共有者が全部の物すなわち物自体の返還を請求できるのか、あるいは物の占有の一部の返還すなわち共同占有者の一人となるべき旨の請求をできるにすぎないのかが問題となると述べる⁽¹⁹⁷⁾。このように、鳩山博士は、従来の民法学説すなわちドイツ法に依拠した共有原則に従って、共有者による共有物の返還請求の可否における問題の所在を明快に指摘する。

さらに鳩山博士は、この問題を解決する際に、次の2つのケースを区別する。一つは、共有者の一人が他の共有者に対して自己の持分に依拠してのみ使用させ、または自己を共同占有者とすべきことのみを請求する場合である。この場合彼は各共有者が当然にそのような請求を行うことができるとする。その理由として、彼は、この場合に各共有者が物全部の返還を求めることができる」と、他の共有者の権利を侵害することになることを挙げている⁽¹⁹⁸⁾。

もう一つは、各共有者が第三者に対して共有物の返還を求める場合である。まず鳩山博士は、共有者の一人が、第三者に対して、自己の持分に基づいて、持分に依拠して共有物を使用することまたは自らが共同占有者になることを求めることができると述べるが⁽¹⁹⁹⁾、さらに彼は、全共有者の権利に基づいて物自体の返還を求めることができるとする⁽²⁰⁰⁾。鳩山博士は後者の根拠として、保存行為の規定(民法252条但書)と不可分債権の規定(民法428条)を挙げる。

(197) 鳩山・前掲注(195)126頁。

(198) 鳩山・前掲注(195)126頁以下。

(199) 鳩山・前掲注(195)125頁以下。なお、鳩山博士は、共有物の返還は不可分給付であることから直ちに共有物の一部の返還は不能にはならないと述べ、共有物の一部返還を認めない中村博士の見解を批判する。鳩山・前掲注(195)127頁以下。

(200) 鳩山・前掲注(195)127頁。

鳩山博士が最初に掲げたのは、保存行為の規定である。彼は、保存行為の規定に基づいて各共有者が第三者に対して共有物全体の給付請求権を主張できるとするために様々な理由を挙げている。

まず、鳩山博士によれば、保存行為とは財産の現状を維持する行為を言い、また所有物の返還請求は所有権の円満な状態を回復することをのみを目的とするものであるから、実体法上の問題としては所有物返還請求権の行使が共有物の保存行為に属することは「多く疑いを容れぬ所である」とする⁽²⁰¹⁾。

鳩山博士は、次に、訴訟上の問題としても、明治23年民事訴訟法50条（現行民事訴訟法40条）は、共有者が共同して提訴した場合には合一確定の必要から必要的共同訴訟になると規定するに過ぎず、合一確定の必要からただちに共有者の共同訴訟の必要が導かれるわけではないと述べる⁽²⁰²⁾。

鳩山博士は、さらに、大審院の判例【裁判例1】が、共有権全体の確認訴訟は、所有権を否定した敗訴判決により他の共有者が事実上不利益を受けるために、保存行為に当たらないとする点を批判する⁽²⁰³⁾。まず、鳩山博士は、判決の既判力は訴訟当事者およびその承継人にのみ及び、第三者には及ばないから、共有者の一人が共有権の確認訴訟に敗訴しても、他の共有者が再び確認訴訟を提起することができるので、他の共有者は法律上の不利益を受けないと述べる⁽²⁰⁴⁾。加えて彼は、行為の性質上は保存行為に属するものであってもその事実上の結果が時として他の共有者に不利益を及ぼすときは保存行為にはならないとすること自体に疑問を提起する。その理由として彼は、保存行為に属することが疑いないものであってもその事実上の結果は他の共有者に必ずしも利益のみをもたらすものではないことを挙げる。詳しく引用すれば、鳩山博士は次のように述べている。

(201) 鳩山・前掲注（195）129頁以下。

(202) 鳩山・前掲注（195）130頁。

(203) 鳩山・前掲注（195）130頁以下。

(204) 鳩山・前掲注（195）132頁。

「例へば共有の牛馬に飼料を与ふることは固より保存行為であるが、不当に高価なる飼料を与へたる場合、過分に多量なる飼料を与へたる場合には事実上に於ては他の共有者に不利益を及ぼすであらう。又時効中断の為に催告を為すことは之れ亦保存行為として殆ど総ての学者の例として示す所であるが、電報を要せざる場合に電報を用ひ又電文簡單にて足る場合に長文の電報を發し為めに不必要なる費用を支出したるときは他の共有者に事実上不利益を及ぼすことあり得べきである。併しながら之が為に何人も其時効中断が無効なりといふ者は無からうと思ふ」⁽²⁰⁵⁾。

このように、鳩山博士は、ある行為が保存行為であるかどうかは、その行為の性質により定めるべきであるとする。

最後に、鳩山博士は、ヘルヴィヒが共有者の一人による所有権確認訴訟を不適法とすることにも言及する⁽²⁰⁶⁾。鳩山博士は、B G B 1011 条が存在するため、ヘルヴィヒも各共有者が総共有者の所有権に基づいて所有物返還請求をすることについて当事者適格を欠くとは言わないであろうと述べる。なぜなら、確認訴訟における訴訟の内容は総共有権者の所有権の確認であるが、所有物返還請求の訴えにおける訴訟の内容は返還行為であって、総共有者の権利そのものではないからであるとする⁽²⁰⁷⁾。

以上のように、鳩山博士は、各共有者による共有物全体の返還請求権の主張を根拠づけるために、保存行為の規定の適用を主張する。しかし、鳩山博士は、前述の通り、保存行為のみならず不可分債権の規定(428条)の類推適用も挙げる。しかし、これについての論拠は保存行為の場合と比較して非常に簡単である。彼は、民法428条を類推する理由として、所有物返還請求権

(205) 鳩山・前掲注(195)132頁以下。引用箇所は133頁。

(206) この点については、鶴田・前掲注(2)203頁以下を参照。正確には、ヘルヴィヒは、共有者の一人による所有権確認訴訟にB G B 1011条は適用されないと述べている。

(207) 鳩山・前掲注(195)133頁以下。

が物上請求権であり債権そのものではないこと、および、物の返還は普通の場合分割によっては請求権の目的が達することができない不可分の行為であることを挙げるにすぎない⁽²⁰⁸⁾。

ところで、鳩山博士は、ドイツ法を参照して、共有者の1人による共有物返還請求訴訟における挙証責任の問題についても言及する。共有者の1人が自己の持分に応じた返還を求める場合には、その共有者は自己の権利を証明すれば足りるが、各共有者が共有物自体の返還を求める場合には、その基礎となる権利が完全な所有権であるため、共有者全員の所有権について挙証責任を負うとする⁽²⁰⁹⁾。

なお、この鳩山論文は、共有物の返還請求のみを考察の対象とし、共有物の妨害排除請求をも考察の対象とするわけではない。しかし、【裁判例5】に言及した際に、各共有者が共有物全体の妨害を排斥できることが「正当なるは疑いな」とされている⁽²¹⁰⁾。

以上が鳩山博士の見解である。この見解は、ドイツ法における共有の理解を前提に、B G B 1011 条に規定されるような各共有者による共有物全体の返還請求権の主張をどのようにして日本法でも承認するか、ということに腐心している点に特徴がある。とりわけ、鳩山博士が、おそらくB G B 744 条2項の解釈論に影響を受けて、各共有者が保存行為に基づいて共有物全体の返還を主張できるとしたこと、さらに、保存行為に当たるかどうかはその行為の性質により決まるのであり、その行為の結果により他の共有者に不利益が及ぶかどうかにより決まるのではないと主張した点が重要であろう。なぜなら、これらの点は、共同訴訟の必要性の判断基準に「広義の管理権」すなわち処分権を用いる雫本博士の見解を根底から覆すものだからである。

(208) 鳩山・前掲注 (195) 134頁以下。

(209) 鳩山・前掲注 (195) 135頁以下。

(210) 鳩山・前掲注 (195) 130頁以下。

このように鳩山博士は、日本法においてもBGB 1011条と同じ帰結を導くために、BGB 1011条は共有者全員の共同処分の原則に例外を承認するために設けられた特別規定であるという同条の起草趣旨を無視して、自らの解釈論を展開する。この点で、ドイツ法理論はまさに表面的にのみ日本法に継受されたのである。

なお、鳩山博士は、各共有者が保存行為に基づく共有物全体の返還請求訴訟について自己の名で訴訟追行でき、かつ、請求認容判決を得るためには共有者全員の所有権を証明しなければならないと述べているにもかかわらず、その共有者に対する判決の効力は他の共有者には及ばないと述べていた。このことは、現在の理論状況からすれば、各共有者は共有者全員のために訴訟担当者として訴訟追行しているにもかかわらず、その判決の効力は他の共有者に及ばないという、首尾一貫しない見解が主張されているように見える。しかし、鳩山博士がこの論文を書いた時代(大正9年=1920年)は大正15年(1926年)の民事訴訟法改正前で、訴訟担当における権利主体への既判力拡張の規定(大正15年民事訴訟法201条2項=現行民事訴訟法115条1項2号)はまだ存在しなかったし、訴訟担当に関する議論もまだそれほど深化していなかったと思われる⁽²¹¹⁾。そのため、訴訟追行する共有者が訴訟担当者に当たるかどうか、さらにはその共有者に対する判決の効力が他の共有者にも拡張されるのかという問題が、議論されなかったと考えられる。

最後に、鳩山博士が保存行為論を展開したのと同じ大正9年(1920年)に、民事訴訟法の領域においても、保存行為に基づいて各共有者が共有物に関する訴訟を単独で提起できることを承認する見解が現れていることを付言しておきたい。細野長良博士は、財産の処分権または管理権が実体法上共同にの

(211) 筆者が確認できる限りでは、ドイツにおいても、BGB1011条に基づいて訴訟追行する共有者を訴訟担当者と解するようになったのは、1927年以降のことである。これについては、鶴田・前掲注(2)205頁を参照。

み属する場合には、その数人が共同してのみ訴訟を進行する権能を有すると述べる⁽²¹²⁾。細野博士は、その例として「共有権ニ関スル訴訟」を挙げるが、同時に、「保存行為ハ此限リニアラス」と述べている⁽²¹³⁾。しかし、ここに言う保存行為が具体的に何を指すのかということや、なぜ保存行為であれば各共有者が単独で提訴できるのかについて詳細に述べられていない。ただし、細野博士は、必要的共同訴訟について論じるに当たり様々なドイツ文献を引用しているため⁽²¹⁴⁾、当時のライヒ裁判所やヘルヴィヒの見解などを参照した可能性がある⁽²¹⁵⁾。このように、大正14年(1925年)以降大審院判事を務めることになる細野博士が、保存行為に基づく各共有者の個別訴訟の可能性を承認する見解を主張していたことは、注目に値する⁽²¹⁶⁾。

(2) 鳩山説登場直後における判例法理の確立

(a) ドイツ法学全盛期の頂点に立っていたと言われる鳩山博士の見解は⁽²¹⁷⁾、紹介した論文の公刊直後に下された判例に影響を与えたようである。

(b) まず、共有物の返還請求訴訟に関して、次の裁判例が登場した。

【裁判例6】大審院(第1民事部)大正10年(1921年)3月18日判決民録

(212) 細野長良著『民事訴訟法要義(第二巻)』(大正9年=1920年、巖松堂書店)76頁。

(213) 細野・前掲注(212)77頁。

(214) 細野・前掲注(212)74頁以下。

(215) B G B 744条2項に基づき、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たライヒ裁判所の見解、B G B 2038条1項2文後段に基づき、各共同相続人による共有物全体に関する給付請求権の主張を承認する民事訴訟法コンメンタールの見解や、仮処分や仮差押えに関しては各共有者による訴訟追行権を承認するヘルヴィヒの見解については、鶴田・前掲注(2)219頁以下を参照。

(216) 細野長良博士の略歴については、秦郁彦編『日本近現代人物略歴事典』(2002年、東京大学出版会)458頁。

(217) 星野英一「日本民法学史(2)」法学教室9号(1981年)15頁。

27 輯 547 頁、法律新聞 1834 号 19 頁

貸金債権者である X ら（3 名）と A が、その債務者である Y と Y 所有の動産について売渡担保契約を締結した。その後、X らおよび A は、Y の債務不履行に基づいて X らおよび A は当該動産の所有権を取得したとして Y に対して本件動産の引渡しを求めた。第 1 審は X らおよび A の請求を認容した。原審は、A の有する貸金債権は B に譲渡されていたことを理由に、第 1 審を破棄して A の請求を棄却したが、X らの請求については控訴を棄却した。これに対して、Y は、当該動産は不可分であり、しかも X らは当該動産について完全な所有権を有していないから執行不可能であり、当該動産の一部について所有権を有しないにもかかわらず X らへの物全部の引渡しを命じるのは不法であるとして上告した。しかし、大審院は以下の理由から Y の上告を棄却した。

「然レトモ所有権ニ基キ第三者ニ対シテ共有物ノ引渡ヲ請求スヘキ場合ニ於テハ数人ノ債権者アル不可分債権ニ在テ各債権者カ单独ニテ債務ノ履行ヲ請求シ得ルカ如ク各共有者ハ総共有者ノ為メニ单独ニテ引渡ヲ請求スルコトヲ得ヘク総共有者共同ニテ之ヲ請求スルヲ要セサレハ本件動産ノ共有者中被上告人三名ノミカ上告人ニ対シテ共有物全部ノ引渡ヲ請求スルハ至当ニシテ之ヲ是認シタル原判決ハ間然スル所ナシ」（下線筆者）⁽²¹⁸⁾。

【裁判例 7】大審院（第 2 民事部）大正 10 年（1921 年）6 月 13 日判決民録 27 輯 1155 頁

X は A とともに本件土地を共有していたが、自己の財産を隠匿するために、

(218) この判決を担当した裁判官は、田部芳裁判長、榊原幾久若判事、尾古初一郎判事、鈴木英太郎判事および鬼澤蔵之助判事であった。しかし、この裁判例の重要性にもかかわらず、これらの裁判官の当該裁判例への影響を知ることは困難である。

Yに本件の土地の持分を仮装譲渡して、当該持分についてYに移転登記した。その後、XはYに対して本件土地の持分権についての移転登記と本件土地全部の自己への引渡しを求めて訴えを提起した。原審はXの請求を認容した。これに対して、Yは、共有者は共有物を単独で占有する権利を有しないので共有物全体のXへの引渡しは不能であるとして上告した。しかし、大審院は、以下の理由から原審の判断を維持し、Yの上告を棄却した。

「然レトモ被上告人ハ本訴ノ不動産…ニ付き共有者ノ一人トシテ共有者全員ノ為メ上告人ニ対シ其引渡ヲ請求スルモノニシテ斯カル請求ハ民法第二百五十二条但書ニ所謂保存行為トシテ各共有者単独ニ之ヲ為シ得ルコトハ本院判例ノ認ムル所ナルヲ以テ（大正七年（オ）第九四号大正七年四月十九日判決参照）原院カ右被上告人ノ請求ヲ是認シタルハ相当ニシテ上告論旨ハ理由ナシ」（下線筆者）⁽²¹⁹⁾。

なお、この裁判例は【裁判例4】を引用するが、【裁判例4】は共有物全体の引渡しを求めた事件ではなく、また保存行為を根拠に挙げたわけでもない。したがって、この裁判例が、保存行為に基づく各共有者による共有物全体の給付請求権の主張をはじめて承認したと言える。

以上のように、鳩山論文に共鳴するかのよう、判例は各共有者による共有物全体の返還請求権の主張を、保存行為または不可分債権を理由に承認した。

(219) 法律新聞1870号22頁によれば、【裁判例7】と同日に大審院民事第2部で下された別の判決の裁判官は、馬場愿治裁判長、尾古初一郎判事、鬼澤蔵之助判事、成道斎次郎判事および岩本勇太郎判事であった。彼らのうち岩本判事は、後に三ヶ尻好人博士と大正15年民事訴訟法の教科書を執筆している。しかし、残念ながらこの教科書には、共有者が保存行為として訴えを提起する場合には固有の必要的共同訴訟は成立しない旨の記述は存在しなかった。この教科書における固有の必要的共同訴訟の成立範囲については、岩本勇次郎＝三ヶ尻好人『新民事訴訟法要論〔下巻〕（第4版）』（昭和4年〔初出・昭和3年＝1928年〕、巖松堂書店）1313頁以下を参照。

(c) 各共有者による共有物全体の給付請求権の主張を、保存行為や不可分債権の規定を根拠に承認するという判例の傾向は、さらに各共有者による共有物全体の妨害排除請求権の主張にも拡大される。

【裁判例 8】大審院（第 2 民事部）大正 10 年（1921 年）7 月 18 日判決民録 27 輯 1392 頁、法律新聞 1897 号 11 頁

他の共有者 A（16 名）とともに用水専用権を共有する X ら（30 名）が、X らが用水専用権を有すると主張する地点から引水する Y（10 名）に対して、当該用水専用権が共有者全員に帰属することの確認と、妨害排除を求めて訴えを提起した。原審は、当該用水専用権に関する権利関係は合一に確定する必要があるので、用水専用権の確認についても妨害排除についても、共有者全員が共同して訴えを提起する必要があるので当該訴えは不適法であると判示した。これに対して、X らは、必要的共同訴訟は 2 種類存在するにもかかわらず、固有必要的共同訴訟に当たるかどうかについて何も判断していないことなどを理由に上告した。大審院は、以下の理由から、共有権の確認については原審の判断を維持したが、妨害排除については原判決を破棄し原審に差し戻した。

「上告人（控訴人原告）カ本訴ニ於テ求ムル確認ハ上告人カ訴外 A 外十六名ト共有スル用水専用権其物ニシテ其持分ニアラサルコトハ本件記録上明ナルトコロナリ然ラハ上告人ハ他ノ共有者即チ A 外十六名ト共ニ原告トナリテ本訴ヲ提起スヘキモノ（大正四年（オ）第千八十三号大正五年六月十三日言渡事件ノ判決参照）ナルニ拘ラス共有者ノ一部ナル上告人ノミ原告トナリテ提起シタル本訴中確認ノ請求ハ其理由ナキモノトス然レトモ共有権ニ妨害ヲ加フル者アル場合ニ於テハ各共有者ハ之カ排除ヲ求ムルコトヲ得ヘク共有者全員ヨリ之ヲ求ムルコトヲ要セサルモノトス蓋シ其妨害ノ排除ヲ求ムルハ保

存行為ニ属スレハナリ而シテ其妨害ノ排除ハ妨害者ノ全員ヲ相手方トシテ之ヲ求ムルコトヲ要セサルコト勿論ナリ」(下線筆者)⁽²²⁰⁾。

この裁判例は、各共有者による共有物全体の妨害排除請求権の主張を保存行為に基づいてはじめて承認したことに最も大きな意義がある。これも鳩山論文の影響と見てよいだろう。ただし、鳩山博士自身は、各共有者が自己の持分権に基づいて共有物全体に対する妨害排除を請求できると考えていたことに注意されたい。

保存行為に基づいて各共有者が共有物全体の妨害排除請求権を主張することを承認する判例法理は、次の裁判例においても維持されている。

【裁判例 9】大審院（第 2 民事部）大正 12 年（1923 年）4 月 16 日判決民集 2 卷 243 頁

X と A は鉱業権を共有するが、A は、X の持分については契約書を偽造して、Y に鉱業権全部を譲渡し、鉱業権の移転登記を行った。その後、X は Y に対して鉱業権移転登記の全部を抹消することを求めて訴えを提起した。原審は、X Y 間の鉱業権譲渡契約は成立しておらず、また鉱業法 7 条 3 項により鉱業権の共有者は組合契約を締結したものと見なされるので民法 676 条により X の承諾がない A の持分の Y への譲渡も X に対抗できず、それゆえ鉱業権の共有関係は登録以前の状態と同一であると判断した。さらに、原審は、鉱業権の共有者の 1 人である X は、保存行為に基づき Y に対して単独で移転登録の抹消を請求できるとして、X の請求を認容した。これに対して、Y は移転登録の抹消は保存行為に当たらないことなどを理由に上告したが、大審院は以下の理由から Y の上告を棄却した。

(220) この判決を担当した裁判官は、馬場愿治裁判長、東亀五郎判事、鬼沢蔵之助判事、成道齊次郎判事および岩本勇次郎判事であった。

「然レトモ其ノ登録ノ存在ハ鉱業権ノ行使ニ対スル妨害ニ外ナラサルヲ以テ各共有者ハ民法第二百六十四条第二百五十二条ニ依リ単独ニテ鉱業権ノ保存行為トシテ其ノ妨害タル移転登録ノ抹消手續ヲ請求スル権利ヲ有スルモノナリ其ノ保存行為ハ共有者全員ノ利益ニ帰スルモノニシテ其ノ一部分ノ者カ之ヲ希望スルト否トヲ問ハス適当ト認メタル他ノ共有者ハ一人ニテモ其ノ行為ヲ為スコトヲ得ルモノトス從テ其ノ移転登録ノ抹消手續ヲ請求スル訴訟ハ必要的共同訴訟ニ非スシテ各共有者カ単独ニテ提起シ得ルモノト謂ハサルヘカラス」(下線筆者)。

(d) 以上のように、大審院の判例は、各共有者による共有物全体の給付請求権の主張を保存行為または不可分債権に基づいて一般的に承認したかのように見える。しかし、【裁判例9】が下される1年前にすでにこれと全く逆の立場の裁判例が現れていた。

【裁判例10】大審院(第2民事部)大正11年(1922年)7月10日判決民集1巻386頁

Yは、XらおよびYの23名が共有する不動産についてのYの持分を、Xらを含む他の共有者全員に譲渡した。その後、Yの持分を譲り受けた共有者の一部(19名)は、Yに対して共有者全員の持分の移転登記を求めて訴えを提起した。原審は、当該移転登記請求は保存行為に属するとしてXの請求を認容した。これに対して、Yは「保存行為トハ保存登記他人ノ不法占有ニ因ル妨害ヲ排除スル如キ場合ヲ云フモノ」であり、「本件ノ如キ場合ニ被告等カ敗訴シタリトセンカ訴訟ノ当事者トナラサル共有者ハ権利ヲ喪失シ保存行為ノ費用ナリトシテ敗訴ノ訴訟費用訴訟代理人ニ支払フ著手金ヲ負担スル等ノ結果ヲ生スルモノト云ハサルヲ得ス」と主張して上告した。大審院は、以

下の理由から原審を破棄し原審に差し戻した。

「数人カ共同シテ或不動産ニ対スル他人所有ノ持分ヲ其ノ者ヨリ買受ケタル場合ニ於テ其ノ売買ノ目的タル持分全部ニ付キ権利取得ノ登記手續ヲ請求スル訴ヲ提起スルニハ買主全員カ共同シテ之ヲ為スコトヲ要シ若買主ノ一部カ訴ノ提起ニ共同セサルトキハ其ノ請求ヲ棄却スヘキモノトス蓋売買ノ目的タル持分全部ハ共同ノ買主全員カ取得シタルモノナレハ持分全部ノ登記手續ヲ目的トスル請求ハ他ニ特別ノ規定ナキ限り権利者全体ノ共同行為ニ依ルニ非サレハ之ヲ為スコトヲ得サルモノニシテ所謂必要の共同訴訟ニ属スルモノト解スルヲ相当トスレハナリ民法第二百五十二条ハ共有物自体ノ管理ノ方法権限ヲ規定シタルモノニシテ数人カ其ノ物ニ関スル共有者ノ持分ヲ買受ケタルコトヲ理由トシテ其ノ持分全部ニ付キ権利取得ノ登記手續ヲ請求スルカ如キハ共有物ノ管理行為ニ属セサレハ各買受人ハ同条ニ依リ他ノ買受人ト共同セスシテ持分全部ノ取得登記手續ヲ請求スル権利ヲ有スルモノト謂フヲ得ス」(下線筆者)⁽²²¹⁾。

(e) このように、判例は共有者全員の共有権の移転登記請求については共有者全員の共同訴訟を必要とした。次いで判例は、共有者間の事件でかつ傍論で述べられたにすぎないが、共有者全員の共有権確認訴訟についても従来判例を変更せず、共有者全員の共同訴訟を必要とした。

【裁判例 11】大審院(民事第2部)大正13年(1924年)5月19日判決民集3巻211頁

本件は、Xら(13名)がYに対して、Xら、Yおよび訴外Aの15名が本件

(221) この判決を担当した裁判官は、馬場裁判長、大倉判事、東判事、鬼沢判事および岩本判事であった。

山林を共有していると主張して、Xらそれぞれが自己の持分権の存在確認の訴えを提起したものである。原審は、共有権の確認訴訟は共有者全員が共同してのみ提起できるとして、Xらの訴えを却下した。これに対してXらは自己の持分権の確認を求めているから、各自が単独で当該訴えを提起できると主張して上告した。大審院はXらの主張を容れ、原審の判決を破棄した。この裁判例は、以上の判断をする前提として、次のような準則を掲げている。

「共有ハ数人カ共同シテ一ノ所有権ヲ有スル状態ニシテ各共有者ハ物ノ全部ニ付所有権ヲ有シ他ノ共有者ノ同一ノ権利ニヨリテ減縮セラルルニ過キス從テ共有者ノ有スル権利ハ単独所有権者ノ権利ト性質内容ヲ同フシ唯其ノ分量及範圍ニ広狭ノ差異アルニ過キササルモノトス (大正八年 (オ) 第四八五号同年十一月三日言渡第二民事部判決参照) 然ラハ共有権ノ確認ノ訴ニハ数人カ共同シテ有スル一ノ所有権ノ確認ノ訴ト各共有者カ物ノ全部ニ付他ノ共有者ノ権利ニヨリテ減縮セラルル範圍ニ於テ有スル権利即持分権ノ確認ノ訴トアリ前者ハ共有者全員ノ権利關係ノ確認ヲ求ムルモノナルヲ以テ共有者全員ニ於テ之ヲ提起スルコトヲ要シ各共有者単独ニ之ヲ提起スルコトヲ得サレトモ (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及大正八年 (オ) 第三四五号同年五月三十一日第三民事部判決参照) 後者ハ各共有者ノ有スル権利ノ確認ヲ求ムルモノナルヲ以テ各共有者ハ単独ニ第三者又ハ他ノ共有者全員若ハ其ノ一員ヲ相手方トシテ之ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス (大正五年 (オ) 第六七四号大正六年二月二十八日第三民事部判決及大正十年 (オ) 第八三六号大正十一年二月二十日第二民事部判決)」(下線筆者)。

(f) これまでに紹介したように、大審院の判例は、一方では鳩山論文の影響を受けて、各共有者による共有物全体の引渡や妨害排除を保存行為または不可分債権に基づいて承認するのに、他方で共有者全員の共有権の移転登記

請求や確認訴訟については、従来通り、訴訟追行権の基礎を実体法上の「広義の管理権」すなわち処分権能にあると解する雉本博士の影響を受けて、共有者全員の共同訴訟を必要とする⁽²²²⁾。したがって、大審院の判例は明らかに一貫性を欠いていると言えるだろう。

3 支配的見解の確立

(1) 前提 — 大正 15 年民事訴訟法における共同訴訟の必要性の判断基準

このような判例法理が確立した直後の大正 15 年 (1926 年) に、民事訴訟法が大幅に改正された⁽²²³⁾。必要的共同訴訟の成立要件に関する規定は次の通りとなった⁽²²⁴⁾。

大正 15 年民事訴訟法 62 条 1 項 「訴訟ノ目的カ共同訴訟人ノ全員ニ付合一

(222) 大審院判例の傾向は、昭和の年代になっても維持されている。たとえば、次の裁判例が存在する。まず、大審院 (民事第 1 部) 昭和 3 年 (1928 年) 12 月 17 日判決民集 7 卷 1095 頁は、各共有者が自己の持分権の確認を単独で訴求できるとした。大審院 (民事第 5 部) 昭和 15 年 (1940 年) 5 月 14 日判決民集 19 卷 840 頁は、第 2 抵当権の共有者の 1 人が第 1 抵当権者に対して保存行為として登記の抹消を求めることができるとした。さらに、大審院 (民事第 1 部) 昭和 5 年 11 月 20 日判決大審院裁判例 1 卷 113 頁は、共有者が第三者に対して湧水共有使用权を有することの確認を求めて訴えを提起する場合、共有者全員の共同訴訟を必要とするので、共有者の一部による訴えは不適法であるとした。ただし、この裁判例は、自らの結論を理由づけるために、「蓋若此ノ場合ニ於テモ共有者個々ニ此ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトセンカ時トシテハ其ノ判決ハ相互ニ抵触スルノ虞アリテ共有ノ性質ニ反スルニ至レハナリ」と述べている。これは、従来の大審院判例の理由付けと若干異なっている。

なお、大判昭和 5 年 12 月 13 日法律新聞 3213 号 13 頁は、遺産相続により「共有権即各持分ノ全部」を取得した 3 名による不法登記の抹消登記手続請求は、合一に確定すべき必要的共同訴訟であるとする。しかし、これは共同訴訟の必要性が問題となった事案ではない。

(223) 大正 15 年民事訴訟法の改正のための資料は、松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 12～16 民事訴訟法 (1)～(5) [大正改正編]』(1993 年～、信山社) に収められている。この文献は、以下では「松本他・前掲注 (223) 大正改正編 (巻数)」と表記する。

(224) 「民事訴訟法中改正法律正文」松本他・前掲注 (223) 大正改正編 (2) 503 頁。

ニノミ確定スヘキ場合ニ於テハ其ノ一人ノ訴訟行為ハ全員ノ利益ニ於テノミ其ノ効力ヲ生ス」

起草委員の松岡義正博士は、大正11年(1922年)4月4日に開かれた民事訴訟法改正調査委員会の委員総会において、審議のたたき台となった「民事訴訟法改正案(起草委員会案)」57条1項に言う「訴訟ノ目的カ共同訴訟人ノ全員ニ付キ合一ニノミ確定スヘキ場合」⁽²²⁵⁾は法律関係の性質により定まると述べている。これは大審院の判例の見解でありこれを松岡博士自身も支持するとする。さらに彼は、合一確定が必要な場合とは2つ存在し、ひとつは、必ず多数当事者を原告または被告としなければならないことが法律により定められている場合であり、もう一つは、法律に規定がなくとも複数の当事者が存在する場合に、各人に対して矛盾した裁判をすることができない法律関係の場合であると述べている⁽²²⁶⁾。

大正15年民事訴訟法の成立過程を通じて、必要的共同訴訟の成立要件はほとんど議論の対象とならなかったため⁽²²⁷⁾、前述の松岡博士の見解はそのまま

(225) 「民事訴訟法改正案(起草委員会案)」57条1項については、松本他・前掲注(223)大正改正編(2)148頁を参照。

(226) 以上の松岡博士の発言については、「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第九回(大正一一年[一九二二年]四月四日)」松本他・前掲注(223)大正改正編(3)126頁。なお、松岡義正博士が民事訴訟法改正調査委員会の起草委員であったことについては、松本博之「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録について」前掲書6頁を参照。

(227) 参考までに、大正15年民事訴訟法改正の経緯に沿って、必要的共同訴訟の成立要件に関する議論状況を見てみよう(大正15年法の成立経緯については、松本博之「大正一五年改正の経過」松本他・前掲注(223)大正改正編(1)4頁以下を参照した)。

(a) 明治40年(1907年)に設置された法律取調委員会は、明治44年(1911年)5月から民事訴訟法の審議を開始した。まず起草委員により構成された起草委員会が明治45年(1912年)から大正3年(1914年)まで合計109回審議を重ねて、立法事項を決定した。ここでは明治36年(1903年)に旧法典調査会が作成した民事訴訟改正案などを素材にして審議された。

なお、起草委員会は、個別の法文の起草を始める前に、重要な基本的事項24点を主査委員会に提出し、それは決議されている。ただしこの議案は法律取調

支持されたと見てよいだろう。したがって、大正15年民事訴訟法62条も、従来の明治23年民事訴訟法の起草趣旨および当時の大審院の見解と同様に、共同訴訟が必要な場合にも必要的共同訴訟が成立すること、および共同訴訟の必要性は法律とりわけ実体法により決められることを確認したと言える。

加えて、大正15年民事訴訟法改正後に公刊された民事訴訟法の注釈書などでは、大正15年民事訴訟法62条に言う必要的共同訴訟には、固有必要的共同訴訟と類似必要的共同訴訟の2種があるとしていた。さらに前者に該当するのは、訴訟物の管理処分権が複数の者に共同して帰属する場合と訴訟物が

委員会委員総会では審議未了に終わっている。

その後、起草委員会は、大正4年(1915年)3月8日より法文の起草に取りかかることになる。ここでの審議により起草されたのが、「民事訴訟法改正起草委員会決議案(第一案・決議案)」と呼ばれるものである。

ところが大正8年(1919年)に法律取調委員会は廃止され、民事訴訟法の改正作業は同年司法省に設けられた「民事訴訟法改正調査委員会」に引き継がれることになる。ここでは起草委員による起案会が決定した「起案会決定案」を起草委員会が審議し、その結果「民事訴訟法改正案(起草委員会案)」が起草される。この草案の修正案である「民事訴訟法改正案(第一案・議案)」が民事訴訟法改正調査委員会委員総会に提出され、総会における審議の対象となった。総会では大正10年(1921年)12月15日から大正12年(1923年)5月1日までの44回会議が行われた〔第1読会〕。この後、起草委員会は、第2読会のために「民事訴訟法改正案(第一案・議案)」を第1読会の結果に従って修正した「民事訴訟法改正案(第二案)」と「民事訴訟法改正案(第三案)」を用意した。大正14年(1925年)4月23日から7月24日まで行われた総会の第2読会では、これらの草案に基づいて議論された。この後に行われた起草委員による法案整理の結果を、調査委員総会が大正14年(1925年)10月15日に審議議了した結果、民事訴訟法改正案が確定した(これが「改正民事訴訟法案(第四案)」である)。

この民事訴訟法改正案は、「民事訴訟法中改正法律案(議会提出・第五案)」として大正15年(1926年)2月に第51回帝国議会に提出され、若干の修正を受け、帝国議会を通過し、大正15年(1926年)4月24日法律第61号として公布された。

(b) 以上の経緯により大正15年改正法が成立したのだが、必要的共同訴訟の成立要件についてはほとんど議論されていない。

まず、法律取調委員会においては、必要的共同訴訟の成立要件について議論されておらず(必要的共同訴訟が成立する場合の効果についてのみ、明治45年(1912年)1月17日および19日に議論されている。松本他・前掲注(223)大正改正編(2)368頁以下)、これについての規定は必要的共同訴訟の成立要件については明治36年草案から変更されずに決議されている(松本他・前掲注(223)大

形成権の場合であるとする⁽²²⁸⁾。

このように、大正15年民事訴訟法改正の担当者の見解およびその後の学説によれば、共同訴訟の必要性の判断基準は変更されなかったことを確認した

正改正編(2)584頁)。

次に、法律取調委員会の起草委員が主査委員会に提出した、改正の基本事項に関する議案にも必要的共同訴訟の成立要件に関する事項は存在しない(「議民乙第一号問題 民事訴訟法改正に関する問題」第2巻619頁以下。ただし、この原案には「多数ノ当事者アル特種ノ法律関係ニ付キ一人又ハ数人ノ当事者カ自己ノ名義ニ於テ総当事者ノ為メニ訴訟ヲ為スコトヲ許スヘキヤ」という検討課題が存在したがその後脱落したことは注目に値する〔松本他・前掲注(223)大正改正編(2)620頁〕)。

さらに、民事訴訟法改正調査委員会の委員総会における2度の読会においても、必要的共同訴訟の成立要件については全く議論されなかった(第1読会については、「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第八回〔大正一一年三月七日〕」松本他・前掲注(223)大正改正編(3)103頁、第2読会については、「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第四九回〔大正一四年六月二日〕」松本他・前掲注(223)大正改正編(4)24頁を参照)。

(c) 最後に、必要的共同訴訟の成立要件について法文の変遷を挙げておく。大正15年法の成立までほとんど変更がない。

民事訴訟法改正起草委員会決議案(第一案・決議案)第56条1項(松本他・前掲注(223)大正改正編(2)105頁以下) 「訴訟ノ目的カ共同訴訟人ノ全員ニ付キ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ於テハ其一人ノ行為ハ全員ノ利益ニ於テノミ其効力ヲ生ス」

民事訴訟法改正案(起草委員会案)第57条1項(松本他・前掲注(223)大正改正編(2)148頁)、民事訴訟法改正案(第一案・議案)第57条1項(松本他・前掲注(223)大正改正編(2)186頁)、および、民事訴訟法改正案(第二案)第57条1項(松本他・前掲注(223)大正改正編(2)247頁)も、民事訴訟法改正起草委員会決議案(第一案・決議案)第56条1項と全く同じ文言である。

民事訴訟法改正案(第三案)第60条1項(松本他・前掲注(223)大正改正編(2)288頁) 「訴訟ノ目的カ共同訴訟人ノ全員ニ付合一ニノミ確定スヘキ場合ニ於テハ其ノ一人ノ行為ハ全員ノ利益ニ於テノミ其ノ効力ヲ生ス」

その後の改正民事訴訟法案(第四案)第62条1項(松本他・前掲注(223)大正改正編(2)364頁)は、民事訴訟法改正案(第三案)第60条1項から全く変更されていないが、民事訴訟法中改正法律案(議会提出・第五案)第62条1項は次の通りとなった(松本他・前掲注(223)大正改正編(2)406頁)。

民事訴訟法中改正法律案(議会提出・第五案)第62条1項「訴訟ノ目的カ共同訴訟人ノ全員ニ付合一ニノミ確定スヘキ場合ニ於テハ其ノ一人ノ訴訟行為ハ全員ノ利益ニ於テノミ其ノ効力ヲ生ス」

(228) 菰淵清雄『改正民事訴訟法註解』(昭和4年=1929年、清水書店)97頁以下、勅使河原直三郎『改正民事訴訟法概論〔第5版〕』(昭和5年〔初出・昭和3年=

上で、以下では支配的見解の形成過程を見ることにしよう。

(2) 訴訟結果の利益状況に応じて保存行為か否かを決する見解

大正15年民事訴訟法改正前ではあるが、大正12年(1923年)に、判例法理を真っ向から批判する見解が現れた。それは加藤正治博士の見解である⁽²²⁹⁾。彼は【裁判例8】の判例批評において、判例のように共有権確認訴訟において共有者全員の共同訴訟を必要とすると、共有者間で提訴するかどうか意見が一致しない場合や、共有者の中に「不在者、逃亡者、無能力者等」が存在する場合に、どのような方法で共有者に訴えを提起させるかが困難な問題となると述べる⁽²³⁰⁾。

そこで彼は、共有権確認の訴えであれ、妨害排除請求の訴えであれ、従来の判例および学説のように、訴えの提起そのものがただちに民法上の管理行為、保存行為または処分行為のいずれかに当たるかどうかを問題とすべきではなく、訴訟を進行しその判決の結果いかんによりその行為がいずれの行為であるかを判断すべきであると主張する⁽²³¹⁾。すなわち、彼は、従来の判例

1928年]、巖松堂書店) 190頁以下、岩本=三ヶ尻・前掲注(219) 1313頁以下、竹野竹三郎『新民事訴訟法積義 上巻』(昭和5年=1930年、有斐閣) 188頁、松岡・前掲注(192) 363頁、山田正三『改正民事訴訟法 第参卷』(昭和5年=1930年、弘文堂書房) 549頁以下、兼子一『民事訴訟法概論』(昭和13年=1938年、岩波書店) 426頁以下、河本喜與之『民事訴訟法提要〔第8版〕』(昭和15年〔初出・昭和9年=1934年〕、南郊社) 261頁、森田豊次郎『民事訴訟法概要〔第9版〕』(昭和17年〔初出・昭和11年=1936年〕、巖松堂書店) 67頁。ただし、共有者の共同訴訟の必要性に関する、確立した判例法理に言及する見解は非常に少ない。確立した判例法理を引用して、共有権の確認訴訟は共有者全員の共同訴訟を要するが、保存行為による訴えの場合には各共有者の個別訴訟を許すと述べているのは、勅使河原・前掲書191頁だけである。その他の見解は、保存行為や不可分債権に基づいて各共有者が単独で提訴できることについては言及がない。

(229) 加藤正治『民事訴訟法判例批評集第一巻』(大正15年〔初出・大正12年=1923年〕、有斐閣) 47頁以下。

(230) 加藤・前掲注(229) 52頁注、59頁。

(231) 加藤・前掲注(229) 53頁。

および学説が民法上の保存行為に当たるかどうかを共同訴訟の必要性の判断基準として用いていることに反対して、前に述べた実質的な必要性から各共有者は共有権確認訴訟や妨害排除請求訴訟を単独で提起できるとした上で、民法上の保存行為に当たるかどうかの問題を、別の場面における判断基準にすり替えた。この別の場面とは、提訴した共有者に対する判決の効力が他の共有者へ拡張されるかどうかという場面である。具体的に彼は次のように述べる。

まず、共有権確認訴訟において、各共有者が保存行為として「訴訟管理権 (Processführungsrecht)」を行使することを主観的に主張し、その訴訟の結果共有権確認の認容判決を得る場合には、客観的にも共有者全員のためにする保存行為となるため、その訴訟行為は共有者全員のためにする代表者としての訴訟行為を行ったことになるとする。そのため、その判決の既判力が共有者全員に及ぶとする⁽²³²⁾。

これに対して、各共有者が保存行為として「訴訟管理権」を主観的に主張し共有者全員のために共有権確認訴訟を提起したが彼が敗訴した場合、その共有者の行為は、客観的に見て、他の共有者に悪影響を与えるので、保存行為にも管理行為にも当たらないとする。したがって、その訴訟結果から、提訴した共有者が他の共有者全員のために訴訟を行う権能すなわち「訴訟管理権」を有せず、そのため、その判決の既判力は他の共有者に拡張されないとする⁽²³³⁾。

なお、加藤博士は、評釈の対象である【裁判例8】の事案、すなわち共有物全体の妨害排除請求訴訟についても、共有権確認訴訟におけるのと同じ論理で、各共有者の個別訴訟と、提訴した共有者に対する判決の既判力の片面

(232) 加藤・前掲注 (229) 55頁以下。

(233) 加藤・前掲注 (229) 56頁以下。

的拡張を承認する⁽²³⁴⁾。

以上の加藤博士の見解は、彼自身も認めるように、当時の日本の判例および学説のみならず当時のドイツ法学にも見られないものであった⁽²³⁵⁾。そのため、彼の見解は、行為の結果が不利益に終わったことをもってそもそもそのような行為の権能がなかったと見ることはできないとか⁽²³⁶⁾、「訴訟管理権 (Processführungsrecht)」を欠く場合には請求棄却ではなく訴え却下となるべきである⁽²³⁷⁾などの批判を受け、学説の支持を得ることはできなかった。

しかし、この評釈は、従来の諸学説とは異なり、利害関係人間の利益考量が緻密に展開されている点で非常に重要である。具体的には次の3つの利益考量が重要である。第1点は、共有者の共同訴訟を必要とすれば、共有者間で提訴するかどうかにつき意見が異なる場合や、共有者の一部に不在者などが存在する場合に、提訴する意思のある共有者が適法な訴えを提起できないことになるため、各共有者による個別訴訟を承認する必要がある、ということである。第2点は、共有者の共同訴訟を必要とする利点は、共有者間の判断に矛盾を生じさせないことであるから、仮に各共有者による個別訴訟を許容したとしても、できる限り、既判力の拡張によって、合一確定をはかる必要があることである。最後に、第3点は、合一確定のために既判力を拡張する必要がある場合でも、手続に関与しない共有者の処分権を剥奪しないよう配慮する必要があることである。

以上の利益考量は、後の支配的見解の形成に大きな影響を与えることになる。

(234) 加藤・前掲注 (229) 60頁以下。

(235) 加藤・前掲注 (229) 49頁以下。

(236) 我妻栄「五六事件」民法判例研究会『判例民法大正一一年度』（大正11年＝1921年、弘文堂）240頁。

(237) 山田正三『判例批評民事訴訟法一卷』（大正11年＝1921年、弘文堂）412頁。

(3) 支配的見解の形成

我妻栄博士は、昭和7年(1932年)に『物権法(民法講義Ⅱ)』において、判例の結論を支持する立場を表明した。我妻博士は具体的には以下のように主張した⁽²³⁸⁾。

我妻博士は、「共有の外部関係」という項目の中で、「持分権の対外的主張」と「共有関係の対外的主張」を区別して説明する。

前者においては、持分権は対外的にも所有権と同一の性質を有するので、各共有者は第三者に対して単独で自己の持分権を主張できるとする。たとえば、第三者が持分権を争うときはこの者に対して持分権の確認や持分権の登記を請求できるとし、さらに各共有者は自己の持分権に基づいて物全部に対する妨害の除去を請求できるとする。その理由として、持分権の円満な状態の回復のためには物全部に対する妨害を除去しなければならないことが挙げられている。さらに我妻博士は、各共有者が共有物の占有を剥奪する第三者に対して、自己の共有持分の割合だけの占有の返還を求めることができるが、さらに進んで、不可分債権の規定(民法428条)の類推により、共有者全員のために共有物全体の自己への返還を請求することができるとする。これは実質的には保存行為(民法252条但書)に当たるために妥当であるとする⁽²³⁹⁾。

これに対して、我妻博士は、後者すなわち「共有関係の対外的主張」においては以下のように述べる。まず、各共有者が共有関係そのものつまり数名で同一物を共有することの確認や共有者全員の持分権移転登記を請求できるとすることには「多少の疑を抱く」。たしかに、これらの場合に各共有者の個別訴訟を許すならば、全員のために時効を中断したり、全員の共有関係の登記ができるため便利であるとする。とりわけ共有者のうちの数人が共同行為

(238) 我妻栄『物権法(民法講義Ⅱ)』(昭和7年=1932年、岩波書店)188頁以下。

(239) 以上については、我妻・前掲注(228)189頁以下。

を拒絶する場合にはとくに有益であるとする。しかし、①判例理論の不都合は部落の共有のような場合に現れるが、この場合はむしろ部落としての「訴訟能力」を認めることが正道である、②民法の共有の場合は、共有者間に不和が生じて共同の訴訟が不能となった場合は共有の終了を望むべきである、③仮に各共有者が共有関係の主張をすることができるとしても、その判決の既判力が共有者全員に及ばなければその実益は必ずしも大きくない、と述べた。そして、最後に「訴訟法理論と関連して一層研究せらるべきである」と述べる⁽²⁴⁰⁾。

以上が、我妻博士の見解である。我妻博士は、共有物全体に対する妨害排除請求は各共有者の持分権により可能であるとする。そして、共有物全体の引渡請求は、各共有者の持分権に基づいて不可分債権の規定の類推により共有者全員のために各共有者が行うことができるとする。しかし、共有関係の確認や共有権の移転登記請求においては、不可分債権の規定などを類推せず、共有者全員の共同訴訟を必要とする。このように我妻博士は、「持分権の対外的主張」と「共有関係の対外的主張」を区別し、前者においては各共有者の個別訴訟が可能であり、後者においては共有者の共同訴訟が必要であるとして、判例と同じ結論を導き出している点に特徴がある。

このように、我妻博士の見解は、従来の判例を整理し、判例法理が妥当する根拠を整合的に説明しているように見える。しかし、以上の説明だけでは次の疑問が残る。まず、我妻博士は、「持分権の対外的主張」と「共有関係の対外的主張」をどのような基準で区別しているのであろうか。たとえば、鳩山博士は、共有物の返還請求は、共有者全員の権利に基づいて行われるべきだと主張しているのに、我妻博士は、各共有者の権利に基づいて行われるべきだと主張する。また、我妻博士は、なぜ「持分権の対外的主張」の場合に

(240) 以上については、我妻・前掲注(228)190頁以下。

は各共有者による個別訴訟を許容し、「共有関係の対外的主張」の場合には共有者の共同訴訟を必要とするのだろうか。そこで、以下では、我妻博士がこれらの疑問点につきどのような説明をしているのかを考察する。

まず、後者の問題、すなわち、我妻博士が「持分権の対外的主張」の場合には各共有者による個別訴訟を許容し、「共有関係の対外的主張」の場合には共有者の共同訴訟を必要とする根拠について考察する。この点を考察するためには、我妻博士が前述の見解を持つに至った経緯を見ることが重要である。なぜなら、実は、我妻博士の見解に変遷があるからである。

我妻博士は、物権法については、前に紹介した『民法講義Ⅱ』のわずか2年前の昭和5年(1930年)に、『現代法学全集』の一部として教科書を執筆しており、そこで彼は共有関係の対外的主張について『民法講義Ⅱ』とは異なる見解を主張していた⁽²⁴¹⁾。

我妻博士は、『現代法学全集』においては、前述の鳩山博士の見解を全面的に支持して、共有関係確認訴訟において共有者全員の共同訴訟を必要とする判例の見解に反対していた⁽²⁴²⁾。その理由として、①判例は各共有者の個別訴訟を承認するとこれによって他の共有者が事実上不利益を被るおそれがあると述べるが(【裁判例1】)、事実上の損害のおそれは、持分権の確認や持分権に基づく妨害排除または引渡請求においても常に生じるため、共有関係の主張の場合のみこの理由をもって共同訴訟を必要とするのは首尾一貫しないこと、および、②判例によると共有関係が不当に個人主義的になり、共有がますます不便な制度になることが挙げられている⁽²⁴³⁾。

このように、当時の我妻博士は、「持分権の対外的主張」の場合も、「共有

(241) 共有については、我妻栄「物権法」『現代法学全集30巻』(昭和5年=1930年、日本評論社)227頁以下を参照。

(242) 我妻・前掲注(241)235頁。

(243) 我妻・前掲注(241)235頁。

関係の対外的主張」の場合も、各共有者による個別訴訟を承認すると他の共有者に事実上の不利益が生じることには変わらないと述べ、両者のケースを区別して扱う必要性はないと主張していた。つまり、共有物全体の妨害排除請求訴訟の場合も、共有権確認訴訟の場合も、各共有者が保存行為に基づいて単独で訴えを提起できると主張していたと考えられる⁽²⁴⁴⁾。

ところが、前述の通り、我妻博士はその2年後の『民法講義Ⅱ』で自説を改めた。その理由はすでに紹介したが、我妻博士は昭和27年(1952年)に公表された『民法講義Ⅱ』の改版で⁽²⁴⁵⁾、さらに詳細に次のように述べている。

各共有者が共有関係そのものを主張しうるかどうかの「問題は、右のような一部の者の主張を認める場合に、それによって得られた判決の効力(既判力)が他の者に及ぶかどうか、と密接な関係をもつ。即ち、既判力が及ぶとすると、勝訴した場合はよいが、敗訴したときは、他の者に不当に不利益を及ぼすおそれがある。また、既判力が及ばないとすると、一部の者で主張することができるといっても、その実益はあまり多くない。さればといって、勝訴のときは既判力が及び、敗訴のときは及ばないと解することも困難である」⁽²⁴⁶⁾。

我妻博士は、以上のように利害関係人間の利益を詳細に考量して、すなわち共有者間の判決に矛盾が生じないようにすべきかどうか(合一確定の必要があるか否か)を判断して、共有関係の主張における共有者全員の共同訴訟の必要を主張する。この見解は、鳩山説を支持し、訴えが保存行為に該当す

(244) たしかに、我妻博士は、共有権確認訴訟および共有物全体の給付請求訴訟を各共有者が保存行為に基づいて追行することができるということを、明示的に主張しているわけではない。しかし、『現代法学全集』では、鳩山博士の見解が引用されていたこと(我妻・前掲注(241)236頁注(四))、さらに、『民法講義Ⅱ』では、以前は鳩山博士の見解を支持していたと記されていること(我妻・前掲注(238)220頁)を根拠に、本文のような記述をした。

(245) 我妻栄『物権法(民法講義Ⅱ)』(改版)(昭和27年=1952年、岩波書店)

(246) 我妻・前掲注(245)219頁。

るか否かを基準に共有者の共同訴訟の必要性を判断していた前説と全く異なっている。

したがって、改説後の我妻博士の見解は、表面上は、共有者の主張する権利の実体法的性質の違いに着目して、「持分権の対外的主張」の場合には各共有者による個別訴訟の許容し、「共有関係の対外的主張」の場合には共有者の共同訴訟を必要するという図式が、演繹的に導かれているように見えるが、実際は、利害関係人間の利益考量、とりわけ共有者それぞれに対する判断に矛盾を生じさせない必要性があるかどうかという実質的な要素によって、共有者の共同訴訟の必要性を判断していたと考えられる。

なお、このように我妻博士が利害関係人間の利益考量や事案における実質的妥当性を重視する傾向は、前述の加藤博士の見解に影響を受けていることは間違いないだろう。このことは、我妻博士が、加藤「博士の説明はその結果に於て極めて好都合なるものであることは何人も否むまい」と述べていることから裏付けられる⁽²⁴⁷⁾。

それでは、次に、我妻博士の見解に対するもう1つの疑問点、すなわち、「持分権の対外的主張」と「共有関係の対外的主張」の区別の基準、とりわけ、我妻博士が、共有物全体の返還請求は各共有者の持分権に基づいて行われるべきだと主張する理由を明らかにしたい。

ところで、共有権または共有関係確認訴訟における共同訴訟の必要性について、我妻説には変遷があることは前に述べたとおりである。実は、共有物全体の返還請求についても、我妻説には変遷がある。

前述の通り、我妻博士は、『現代法学全集』においては、鳩山博士の見解を全面的に支持していた。したがって、この段階での我妻説は、「各共有者は共有関係そのもの(判例の所謂一箇の所有権を数人にて有する状態そのもの)

(247) 我妻・前掲注(236)240頁。

を理由として、共有者の為[・]に引渡を請求し得る」とする判例を、「共有関係に関し共同管理・共同責任の思想を加へるものであり極めて至当なるもの」と評価していた⁽²⁴⁸⁾。つまり、我妻博士は、共有物全体の返還請求を共有関係または共有権に基づくものだと理解していたのである。ところが、我妻博士は、『民法講義Ⅱ』の初版では、前述の通り、共有物全体の返還を各共有者の持分に基づくものと評価して、自らの見解を変更した。

それでは、我妻博士は、なぜあえて共有関係ではなく持分権に基づいて共有物全体の返還を請求することができるとして、自らの見解を変更したのであろうか。

前述の通り、とりわけ『民法講義Ⅱ』以降における我妻説の特徴は、表面的には論理一貫性を重視しているが、実際には実質的妥当性を重視しているという点にある。このような我妻博士の見解の特徴を用いて、次のように説明することはできないだろうか。すなわち、我妻博士の演繹的な基準によれば、共有物全体の返還請求権を共有関係の主張と理解すると、共有者全員の共同訴訟が必要になる。しかし、共有物の返還の場合は共有関係の確認訴訟ほど合一確定の必要はない。そこで、我妻博士は、各共有者の個別訴訟を可能にするために、共有物全体の返還を各共有者の持分権を理由に請求できると述べた、と評価できる⁽²⁴⁹⁾。

(248) 我妻・前掲注(241) 234頁。

(249) もっとも、この問題については、次のような説明も一応は可能である。すなわち、我妻博士は、共有の法的性質について、いわゆる所有権説(複数説)を採用しており、各共有者は各自1個の所有権を有していると解するので、各共有者は自己の持分権に基づいて当然に共有物全体の返還を請求できる(鷹巢信孝『財産法における権利の構造』(1996年、成文堂) 23頁、111頁。埼玉弁護士会編著『共有をめぐる法律と実務』(2001年、ぎょうせい) 9頁以下も参照)。我妻博士が保存行為の規定を引用するのは、共有物の返還方法を明示するためであり、各共有者が共有者全員のための訴訟担当者として訴訟追行することの根拠を示すためではない(福永有利「共同所有関係と固有必要的共同訴訟—原告側の場合—」民事訴訟雑誌21号(1975年) 19頁以下を参照)、と。

以上から、我妻博士は、鳩山博士と雉本博士の見解にそれぞれ影響を受けて形成された首尾一貫しない判例法理を、利害関係人間の利益考量の結果としては妥当だと評価し、かつ、その判例法理をできる限り矛盾しないように説明することを試みたと評価できる。しかし、この試みが成功したとは言い難い。なぜなら、ある事件を「持分権の対外的主張」または「共有関係の対外的主張」に振り分ける根拠・基準が不明確であるし、また、仮に合一確定の必要性により共同訴訟の必要性を判断できると解しても、なぜ共有物の返還請求や妨害排除請求のケースに限って合一確定の必要がないとするのかが明らかでないからである。

なお、この我妻博士の見解は、その直後に公刊された柚木馨博士、田島順博士、末川博博士の体系書にそのまま採用されている⁽²⁵⁰⁾。そのため、我妻博士の見解はたちまち支配的見解となり、現在でもそれが継続している⁽²⁵¹⁾。

しかし、このような理解には疑問がある。なぜなら、我妻博士は、共有の法的性質について一貫した立場をとってきたわけではないからである。たしかに、我妻博士は、当初、昭和5年(1930年)の『現代法学全集』(我妻・前掲注(241)229頁)においては、所有権説に立っていた。しかし、その2年後の『民法講義Ⅱ』の初版(我妻・前掲注(238)184頁)においては、分量説(共有を、1個の所有権が共有者に量的に分属した状態と捉える見解)に改説した。さらに、昭和27年(1952年)に公表された『民法講義Ⅱ』の改版(我妻・前掲注(245)213頁)では、所有権説に再び戻っている。以上のような共有の法的性質についての考え方の変遷があったにもかかわらず、我妻博士は、各共有者が自己の持分権に基づいて共有物の保存行為として共有物全体の返還を単独で請求できるという見解を変更していない。さらに、我妻博士自身が、『民法講義Ⅱ』の改版において、共有の法的性質についての争いは具体的な解釈論とは関係がないとさえ述べている(我妻・前掲注(245)213頁)。

以上の叙述からすると、我妻博士が、共有の法的性質から演繹的に自己の見解を主張したと評価することは困難であると考ええる。

(250) 柚木馨『判例物権法総論』(昭和9年=1934年、巖松堂書店)267頁以下、275頁以下、田島順『物権法』(昭和10年=1935年、弘文堂書房)188頁、191頁以下、末川博『物権法』新法学全集(昭和12年=1937年、日本評論社)349頁以下、353頁以下。なお、石田文次郎博士は、判例理論に全面的に賛成する。石田文次郎『物権法論』(昭和7年=1932年、有斐閣)494頁以下を参照。

(251) 第2次大戦後に公刊された文献で、我妻博士とほぼ同じ見解を採る主なものは、次の通りである。勝本正晃『物権法』(昭和25年=1950年、弘文堂)151頁

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

前節では、支配的見解が、共有者の共同訴訟の必要性に関する事件を、利害関係人間の利益考量に基づく不明確な基準に従って、「持分権の対外的主張」と「共有関係の対外的主張」という2つの類型に振り分け、後者の場合にのみ共有者の共同訴訟の必要があると主張していたことを明らかにした。そこで、この基準の不明確さを解消するために、共有者の共同訴訟の必要性が問題となる事案すべてを各共有者の持分権の主張のみで説明しようとする見解が現れた。その代表的見解は兼子一博士によるものである。

兼子博士は、昭和27年(1952年)に加藤正治博士の追悼論文として、いわゆる共有権の確認訴訟と共有物全体に対する妨害排除請求における共有者全員の共同訴訟の必要性について次のように論じている⁽²⁵²⁾。

(ただしこの見解は、各共有者は保存行為の一種として全共有者のために物の返還請求権または妨害排除請求権を主張できるとする)、林良平『物権法』(昭和26年=1951年、有斐閣)135頁以下、137頁以下、柚木馨=高木多喜男『判例物権法総論(新版)』(昭和30年=1955年、有斐閣)471頁以下、484頁以下、末川博『物権法』(昭和31年=1956年、青林書院新社)311頁以下、315頁以下、三ヶ月章『民事訴訟法』(昭和34年=1959年、有斐閣)218頁、舟橋諄一『物権法』(昭和35年=1960年、有斐閣)379頁以下、石田喜久夫『物権法』(昭和52年=1977年、日本評論社)78頁、80頁(ただし、舟橋、石田両教授は、共有関係に基づく物権的請求権の主張における共有者の共同訴訟の必要をも認める。舟橋・前掲書386頁、石田・前掲書80頁以下)、松坂佐一『民法提要 物権法(第四版)』(昭和55年=1980年、有斐閣)171頁以下、我妻栄[有泉亨補訂]『新訂物権法(民法講義Ⅱ)』(昭和58年=1983年、岩波書店)327頁以下、鈴木祿弥『物権法講義 四訂版』(平成6年=1994年、創文社)31頁以下(しかし、鈴木教授は、共有関係確認訴訟の必要性について疑念を抱いている。同32頁)、内田貴『民法Ⅰ〔第3版〕』(平成17年=2005年、有斐閣)393頁、大村敦志『基本民法Ⅰ〔第2版〕』(平成17年=2005年、有斐閣)306頁以下、加藤雅信『新民法体系Ⅱ物権法〔第2版〕』(平成17年=2005年、有斐閣)288頁、292頁、伊藤眞『民事訴訟法(第3版再訂版)』(平成18年=2006年、有斐閣)592頁以下、梅本吉彦『民事訴訟法(新版)』(平成18年=2006年、信山社)年629頁注(2)(ただし、最近の体系書・教科書は、我妻説に影響を受けた判例に従っていると評価することも可能である)。

(252) 兼子一「共有関係の訴訟」『民事法研究Ⅱ』(1954年〔初出昭和27年=1952年〕、弘文堂)149頁以下。

まず通常の共有は、各共有者の持分権としての所有権が同一物上に競合し併存する状態であるので、各共有者が第三者に対してその共有関係そのものを主張する利益も必要もないとする。したがって、各共有者が第三者に主張するのは各自の持分権であるから、通説および判例のように、全員が共同原告になる必要はないし、共同原告となった場合でも必要的共同訴訟として扱うべきではないとする⁽²⁵³⁾。

さらに兼子博士は共有物全体に対する妨害排除請求についても判例および通説を批判する。兼子博士によれば、判例および通説は、各共有者は保存行為として共有物に対する妨害排除請求権を主張できるとするが、これに対して兼子博士は次のように述べる。すなわち、「民法二五二条但書に、保存行為は各共有者ができるとあることから、全員のためにする妨害排除の請求は当然に保存行為であるとして、その訴訟追行権を認めれば、その共有者は他人のために原告となったものとして、訴訟の判決は、全員がやったのと同様勝訴敗訴に拘らず、全員に対して効力を及ぼすことになる（民事訴訟法二〇一条二項〔現行民事訴訟法一一五条一項二号：引用者〕）。そうなると敗訴した場合に、他の共有者も自ら妨害排除を請求することができなくなってしまい、保存行為の目的を逸脱し、却って処分行為をしたのと同じことになって矛盾ではないか」と⁽²⁵⁴⁾。

この見解の趣旨は次の点にある。すなわち、①保存行為を根拠とすると、各共有者は共有物の保存のために共有者全員の請求権を主張することになる、②そうすると、提訴する共有者は、訴訟担当者として他の共有者のために単独で訴訟追行することになる、③それでは、提訴した共有者が敗訴した場合、他の共有者に既判力が及ぶため、提訴した共有者は、保存行為として単独で訴えたはずであるにもかかわらず、共有物を単独で処分したことになり、矛

(253) 兼子・前掲注 (252) 151頁以下。

(254) 兼子・前掲注 (252) 153頁。

盾が生じる、という点にある。つまり、兼子博士は、判例が、提訴する共有者が訴訟担当者として共有者全員の権利（または共有権）を主張できるとすることの根拠に、保存行為の規定を挙げる点を批判したのである。

そこで、兼子博士は、保存行為の規定を使わずに各共有者による個別訴訟を承認するために、共有物全体が第三者から侵害された場合、共有者全員の持分権（または共有権）が侵害されていると言わなくても、各共有者の持分権または持分に応じた使用权（民法 249 条）が侵害されていることになるから、各共有者は自己の持分権に基づいてその妨害の排除や相手方の権利を否認する消極的確認の訴えを提起できると主張する。したがって、当事者適格を論じる上で、訴えの提起や訴訟進行が保存行為に当たるか否かを問題にする必要はないと主張する⁽²⁵⁵⁾。

以上、兼子博士は、共有の対外的主張をめぐる訴訟においては、共有権または共有関係に関する訴訟を想定する必要はなく、各共有者の持分権に基づく訴訟を承認すれば足りると主張する。

この傾向は、『注釈民法』における川井健教授の見解においてさらに徹底される。川井教授は、兼子博士と同様に、各共有者の持分権に基づく共有物全体に対する妨害排除請求権を承認し⁽²⁵⁶⁾、いわゆる共有権または共有関係の主張を承認する必要はないとする⁽²⁵⁷⁾。さらに、川井教授は、共有物全体の引渡しについても、各共有者の持分権に基づいて自己への引渡しを求めることができるとする⁽²⁵⁸⁾。

このように兼子博士の見解はその後の民法学説にも影響を及ぼしたが、こ

(255) 兼子・前掲注 (252) 155頁。

(256) 川島武宜編『注釈民法(7)物権(2)』（昭和43年＝1968年、有斐閣）313頁（川井健執筆）、川井健『民法概論2（物権）〔第2版〕』（平成17年＝2005年、有斐閣）175頁。

(257) 注釈民法・前掲注 (256) 315頁以下、川井・前掲注 (256) 179頁。

(258) 注釈民法・前掲注 (256) 314頁、川井・前掲注 (256) 175頁。

れが現在の民法学説において支配的見解の地位を占めるには至っていない⁽²⁵⁹⁾。しかし、兼子博士の見解は、判例や支配的見解の重大な問題点を指摘している点で意義を有する。それは、各共有者が保存行為として共有物全体の妨害排除請求権を主張する場合、その者は訴訟担当者として訴訟追行することが兼子博士によって日本で最初に言及されたことである。この見解の登場により、従来の民法学説がそれほど重視していなかった問題、すなわち、共有者が保存行為や不可分債権に基づいて共有物に関する訴えを提起する場合、彼が持分権に基づく自己固有の請求権を主張するのか、それとも共有者全員の持分権（または共有権）に基づく請求権を全員のために主張するのかという

(259) 兼子博士、川井教授の見解を支持するのは、広中俊雄『物権法〔第二版増補〕』（昭和62年＝1987年・青林書院）437頁以下、田山輝明『物権法〔第2版〕』（平成16年＝2004年、弘文堂）235頁以下である。ただし、これらの見解は、我妻説および判例に従って、共有権または共有関係の主張の可能性を承認する。

しかし、兼子博士による批判にもかかわらず、保存行為に基づいて各共有者による個別訴訟を積極的に承認する見解は依然として多く見られる。最近の主な見解は次の通りである。

北川教授は、加藤博士の見解を支持し、各共有者による共有権確認訴訟を保存行為を根拠に承認し、提訴した共有者勝訴の場合にのみ他の共有者へ判決の効力が及ぶとする。北川善太郎『物権(民法講要Ⅱ)〔第3版〕』（平成16年＝2004年）120頁以下。

山野目教授も、各共有者による共有物全体の妨害排除請求を保存行為を根拠に承認し、かつ、提訴した共有者の敗訴判決の既判力が他の共有者へも及ぶとする。手続関与の機会を失った他の共有者の不利益は、提訴した共有者への損害賠償請求などによって解消されるべきだとする。山野目章夫『物権法(第3版)』（平成17年＝2005年、日本評論社）143頁以下。七戸教授も山野目教授と同様の見解を主張する。ただし、七戸教授は、①他の共有者あるいは共有者全員の利益になる行為、②他の共有者あるいは第三者に不利益を及ぼさない行為、および、③緊急性その他の理由から他の共有者の同意を省略しても差し支えないと解される行為、というこれら3つの要素すべてを満たす行為のみが保存行為に当たるとして、保存行為概念を限定的に捉えている。以上については、七戸・前掲注(162)「(2・完)」民商法雑誌131巻3号(平成16年＝2004年)429頁以下。

その他、吉野・前掲注(159)の2論文では、各共有者が保存行為として共有物全体に関する登記申請を単独ですることができると主張されている。

なお、支配的見解の状況については、前掲注(251)を参照。

問題が認識されるようになった。

しかし、兼子博士や川井教授が、各共有者は自己の持分権に基づいて当然に共有物全体の給付請求権を主張できるとした結果、共有者の共同訴訟の必要性をめぐる議論状況がさらに混迷することにもなった。なぜなら、兼子博士や川井教授の見解は、共有者の共同訴訟の必要性をめぐる論争の出発点、すなわち、各共有者は自己の持分権の範囲でのみ権利を処分でき、共有者全員が共同してのみ共有物全体を処分できるという原則が妥当しているからこそ、共有関係の対外的主張における共有者の共同訴訟の必要性が争いになることを、見失わせるものだからである。

5 最高裁判例の展開

それでは、前節までに紹介した、大審院判例や、それをもとに展開された諸学説は、最高裁判例にどのような影響を与えたのであろうか。本節では、共有者の共同訴訟の必要性に関する最高裁判例を年代順に紹介し、最高裁判所調査官による判例解説を参考にしながら、大審院判例や支配的見解等が最高裁判例に与えた影響について考察する⁽²⁶⁰⁾。なお、平成8年に現行民事訴訟法が成立したが、必要的共同訴訟の要件に関する現行法40条1項は、大正15年民事訴訟法62条1項を現代語化しただけで、大正15年法を実質的に変更していないことを付言しておく。

(260) 最高裁判所調査官による判例解説は、たしかに当該調査官個人の立場で書かれたものである。しかし、判例解説を執筆する調査官は、原則として、当該事件を担当しており、最高裁判所裁判官による評議に先立って、記録を調査し、論点を明らかにし、それに関係する判例・学説などを調べ、その調査した結果を書面にまとめて裁判官に報告する役割を担っている（以上については、中野次雄編『判例とその読み方（改訂版）』（2002年、有斐閣）99頁以下、107頁以下を参照）。このことは、担当調査官による判例・学説等の調査結果が、最高裁判官による評議のたたき台となっていることを意味する。したがって、従前の判例・学説が当該最高裁判例に及ぼした影響を見るために、調査官による判例解説を参照することは、極めて重要であると考えられる。

(1) 共有物全体に対する不実登記の抹消請求

【裁判例 12】最高裁(第1小法廷)昭和31年(1956年)5月10日判決民集10巻5号487頁

訴外Aは昭和21年9月31日に訴外Bより本件不動産を買い受けたが、公課公租が多くなるのを恐れて登記上はあたかも当該不動産をYがBから買い受けたかのように仮装して同年10月16日Yに対して移転登記した。その後昭和24年2月8日にAが死亡したのでその妻Xが相続により当該不動産を取得した。そこで、XはYに対して前述の本件不動産についての所有権移転登記の抹消を求めて訴えを提起した。第1審は原告の請求を認容した。原審において、Yは、YはAから本件不動産の贈与を受けたと主張し、さらにこの贈与がなかったとしてもXはAの実母Cと当該不動産を共同相続しているため、XはCと共同してこの訴えを提起しなければならないと述べた。原審は、当該不動産を相続によりXとAが共同して所有していることを認定したが、本件のような登記の抹消は保存行為に属するので、Xは単独で当該訴えを提起することを適法として、Yの控訴を棄却した。Yは「所有権移転登記抹消登記手続の訴における権利関係は、共同相続人全員に合一にのみ確定すべきものであつて、共同相続人の一員より単独に提起しうるものではない」として上告したが、最高裁は以下の理由からYの上告を棄却した。

「ある不動産の共有権者の一人がその持分に基き当該不動産につき登記簿上所有名義者たるものに対してその登記の抹消を求めることは、妨害排除の請求に外ならずいわゆる保存行為に属するものというべく、従つて、共同相続人の一人が単独で本件不動産に対する所有権移転登記の全部の抹消を求めうる旨の原判示は正当であると認められる」(下線筆者)。

このように、【裁判例 12】は、大審院時代の判例の結論を踏襲して、各共有者が単独で共有物全体に対する妨害の排除を請求できるとした。しかし、この裁判例は、「共有権者の一人がその持分に基き」保存行為として共有物に対する妨害排除を求めることができるとする。この「持分に基つき」という文言は、大審院時代の判例およびこれに影響を与えた鳩山博士の見解には見られなかった。このため、【裁判例 12】は、共有物全体の返還請求について当該裁判例と全く同じ主張をする我妻博士の見解に影響を受けていると考えられる。このことは、長谷部調査官（当時）による本判決の評釈が、共有者各自が単独で共有物全体に対する妨害の除去を請求しうるとする通説の例として、我妻博士の見解を真っ先に挙げ、本判決はその通説に従ったと評価していることから裏付けられる⁽²⁶¹⁾。したがって、最高裁判例も、我妻説が有していた問題点、すなわち、各共有者の持分権に基づく共有物全体に対する物権的請求権の主張を承認するにもかかわらず、なぜ保存行為の規定を根拠にする必要があるのか、という問題を内包することになった⁽²⁶²⁾。

なお、【裁判例 12】において初めて言及された、【各共有者は自己の持分権に基つき、共有物の保存行為として共有物全体に関する物権的請求権を主張することができる】という法理は、その後、組合財産である共有不動産に対する登記抹消請求訴訟に関する昭和 33 年の最高裁判例⁽²⁶³⁾や、要役地共有の場合の地役権設定登記手続請求訴訟に関する平成 7 年の最高裁判例にも受け

(261) 『最高裁判所判例解説民事篇昭和31年度』（昭和39年＝1964年増刷、法曹会）68頁（長谷部執筆）。

(262) なお、我妻博士自身は、各共有者による共有物全体に対する妨害排除請求を、保存行為ではなく、持分権に基づいて承認していることを付言しておく（これについては、前掲注（239）に対応する本文を参照）。この点だけを見ると、判例は、我妻博士の見解ではなく、大審院判例に全面的に賛成する石田文次郎博士の見解に従っていると評価できる（石田博士の見解については、前掲注（249）を参照）。なぜなら、調査官解説は、我妻博士と並んで、石田博士の見解をも引用しているからである。長谷部・前掲注（261）68頁。

(263) 最判昭和33年7月22日民集12巻12号1805頁。

継がれている⁽²⁶⁴⁾。

(2) 共有持分権の確認訴訟

【裁判例 13】最高裁(第1小法廷)昭和40年(1965年)5月20日判決民集19巻4号859頁

この事件はもともと、Xら(4名)が、自らと他数名の共有に属する山林にある立木をYが無断伐採し製炭して売却したと主張して、Yらに対して不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起したものである。第1審はXらの請求を認容した。本件ではXらの他数名が共有する山林とYの他3名が共有する山林との境界線が争いになったため、原審において、Xらは自らの持分権の範囲の確認を求める訴えを追加的に変更した。原審はXらの請求を認容した(損害賠償請求については損害賠償の金額につき変更があった)。Yは、持分の範囲は共有物の範囲に他ならないから共有者全員の共同訴訟を必要とするなどと主張して上告したが、最高裁はこれを次の理由から棄却した。

「共有持分権の及ぶ範囲は、共有地の全部にわたる(民法二四九条)のであるから、各共有者は、その持分権にもとづき、その土地の一部が自己の所有に属すると主張する第三者に対し、単独で、係争地が自己の共有持分権に属することの確認を訴求することができるのは当然である(昭和三年一二月一七日大審院判決、民集七巻一〇九五頁参照)」。

(264) 最判平成7年7月18日民集49巻7号2684頁。同様に、保存行為を根拠にして各共有者による個別訴訟を許容する最近の最高裁判例として、最判平成14年2月22日民集56巻2号384頁、最判平成14年2月28日判時1779号81頁・判タ1087号89頁、および、最判平成14年3月25日民集56巻3号574頁がある。ただし、これらの判例には、「持分に基づき」という文言はない。なお、これらの判例のうち、前2者は、商標権の共有者の一人による当該商標登録の無効審決取消訴訟であり、最後の事例は、特許権の共有者の一人による当該特許取消決定の取消訴訟である。

【裁判例 13】は、自身が引用するように、大審院時代の判例を踏襲して、各共有者は第三者に対して自己の持分権の確認訴訟を提起できるとした。瀬戸調査官(当時)の解説にも、【裁判例 13】は大審院時代の判例に従ったとある⁽²⁶⁵⁾。この問題については、すでに大審院判例を確立しており、かつ、当時の学説においても争いがなかったため、【裁判例 13】は、各共有者による持分権確認訴訟を当然に承認したと言えるだろう。

(3) 債権的請求権に基づく共有物の明渡請求

【裁判例 14】最高裁(第2小法廷)昭和42年(1967年)8月25日判決民集21巻7号1740頁

Xは、Xほか3名がAの所有する建物をAの死亡により相続し、さらに当該建物を占有するYとの使用貸借契約は終了したと主張して、Yに対して当該建物のXへの引渡しを求めて訴えを提起した。第1審および原審はXの請求を認容した。これに対して、Yは、当該建物は4名により共有するから、XはYに対して本件建物の4分の1までの明渡しを命じるべきであるとして上告した。最高裁はYの上告を次のように棄却した。

「被上告人らの上告人らに対する本件家屋の明渡請求は使用貸借契約の終了を原因とするものであることは原判文上明らかであるから、本件家屋の明渡を求める権利は債権的請求権であるが、性質上の不可分給付と見るべきものであるから、各明渡請求権者は、総明渡請求権者のため本件家屋全部の明渡を請求することができると解すべきである。」

【裁判例 14】は、不可分債権者の一人が、債権的請求権である建物明渡請

(265) 『最高裁判所判例解説民事篇昭和40年度』(昭和43年=1968年、法曹会)175頁以下(瀬戸正二執筆)。

求権を単独で主張できるとしたにすぎない。したがって、本判決は、本来であれば、共有持分権の対外的主張または共有権（共有関係）の対外的主張を扱う本稿の対象から外れるものである。しかし、鈴木調査官（当時）による本判決の解説には、次のような興味深い記述がある⁽²⁶⁶⁾。

「共有者中のある者のみが、総共有者のために、第三者に対して所有権（共有権）に基づいて共有物の引渡を請求し得べきことは、既に大審院判例の認めるところであり、大審院はその理由として、共有者の第三者に対する目的物引渡請求権の不可分債権（民法四二八条）であることを挙げ（大判大正一〇年三月一八日民録二七輯五四七頁）、あるいは、共有者の一人として共有者全員のため自己に対して引渡を請求するには民法二五二条但書にいわゆる保存行為として各共有者単独になすことができることを挙げる（大判大正一〇年六月一三日民録二七輯一一五五頁）。このように共有者側の共有物引渡請求については右いずれの理由もなりたち得るものと考えられる。…ところで、本件では本件家屋の明渡請求は使用貸借契約の終了を原因とするものであるが、目的物の不可分債権性を考えるうえには物権的請求権に基づく場合と区別すべき理由は何もない。…したがって、本最高裁判決が本件家屋の明渡を求める権利を性質上の不可分給付と見るべきものであるとして、各明渡請求権者は総明渡請求権者のため本件家屋全部の明渡を請求することができると判断したことは正当であろう」（下線筆者）。

このように、鈴木調査官は、共有家屋の引渡が不可分給付であることを論証するために、大審院時代から、各共有者による共有物の所有権に基づく引渡請求権の主張が不可分債権を根拠に承認されていることを引用したのである。

ところで、本稿にとって上の記述が重要なのは、少なくとも鈴木調査官は、各共有者は「所有権（共有権）に基づいて」共有物全体の物権的請求権を主張できると考えていたという点である。この限りでは、鈴木調査官は、持分

(266) 『最高裁判所判例解説民事篇昭和42年度』（昭和48年=1973年、法曹会）383頁（鈴木重信執筆）。

権に基づく主張を認める我妻説の影響を受けていないことになる。この時代では、このケースが持分権の対外的主張にあたるのか、それとも共有関係の対外的主張にあたるのかという、微妙な（しかし重大な）差異は、未だ十分に認識されていなかったと評価すべきであろう。

(4) 共有権確認訴訟および共有権移転登記請求

【裁判例 15】最高裁（第 1 小法廷）昭和 46 年（1971 年）10 月 7 日判決民集 25 卷 7 号 885 頁

本件土地を共同で購入した X_1 と X_2 （夫婦）は、便宜上 Y （ X 夫婦の子）の名義で所有権移転登記をしたところ、 Y が自らが真の所有者であるように振る舞うので、 X_1 、 X_2 は Y に対して、当該土地が X_1 、 X_2 の共有にあることの確認と X_1 、 X_2 への所有権移転登記を求めて訴えを提起した。第 1 審は X_1 、 X_2 の請求を認容した。原審では、 X_2 は第 1 審係属中に訴えを取り下げていたためその効力が争いになったが、原審はその取下げを無効とし控訴を棄却した。 Y は、 X_2 の訴え取下げは有効であり、その場合他の共有者の持分権の確認および登記手続を求める請求が存在するとすべきなどと主張して上告した。最高裁は次の理由から Y の上告を棄却した。

「思うに、一個の物を共有する数名の者全員が、共同原告となり、いわゆる共有権（数人が共同して有する一個の所有権）に基づき、その共有権を争う第三者を相手方として、共有権の確認を求めているときは、その訴訟の形態はいわゆる固有の共同訴訟と解するのが相当である（大審院大正一一年（オ）第八二一号同一三年五月一九日判決、民集三卷二一一頁参照）。けだし、この場合には、共有者全員の有する一個の所有権そのものが紛争の対象となつていたのであつて、共有者全員が共同して訴訟追行権を有し、その紛争の解決いかんについては共有者全員が法律上利害関係を有するから、その判決

による解決は全員に矛盾なくなされることが要請され、かつ、紛争の合理的解決をはかるべき訴訟制度のたてまえからするも、共有者全員につき合一に確定する必要があるというべきだからである。また、これと同様に、一個の不動産を共有する数名の者全員が、共同原告となつて、共有権に基づき所有権移転登記手続を求めているときは、その訴訟の形態も固有必要的共同訴訟と解するのが相当であり(大審院大正一一年(オ)第二五六号同年七月一〇日判決、民集一卷三八六頁参照)、その移転登記請求が真正な所有名義の回復の目的に出たものであつたとしても、その理は異ならない。

それゆえ、このような訴訟の係属中に共同原告の一人が訴の取下げをしても、その取下げは効力を生じないものというべきである」(下線筆者)。

以上のように、【裁判例 15】は、共有権確認訴訟および共有権移転登記請求訴訟においては共有者全員の共同訴訟が必要であると判示した。その結論については、【裁判例 15】は大審院時代の判例を踏襲したと評価できるであろう。しかし、この裁判例は、大審院時代の判例のように、共有権確認の訴えが処分行為であるために、共有者の共同訴訟を必要とする、とは述べていない。それでは【裁判例 15】は、どのような理由から共有者の共同訴訟を必要としたのであろうか。この理由を明らかにするための手がかりとして、ここでも、小倉最高裁調査官(当時)による判例解説を参考にしたい。

まず、小倉調査官は、【裁判例 15】を、「共有者全員が共同原告となっているときには、共有権確認を求める利益があることを肯定し、この場合には固有必要的共同訴訟であると解したものと評価したうえで⁽²⁶⁷⁾、さらに次のように述べている⁽²⁶⁸⁾。

(267) 『最高裁判所判例解説民事篇昭和46年度』(昭和47年=1972年、法曹会) 591頁(小倉頭執筆)。

(268) 小倉・前掲注(267) 592頁。

「共有者の一人からの訴は、持分権に基づく請求として目的が達せられるかぎり、実務上あえて共有権に基づく請求と構成したうで却下する事態はほとんど起こらないであろう。それゆえ、問題は、共有者全員が共同原告となっているときに、この訴訟形態をどう解すべきかにかかわるといってよい。いいかえれば、このときにも各共有者の持分権に基づく請求の単なる併合とみれば足りるか、あるいは、これと別に共有権に基づく請求をする法律上の利益があるとみるか、である。これは、実体法上の共同所有関係をどのように理解するかにかかわる問題である。本判決は、おそらく、単なる持分権の競合、併存としてだけでは解決できないもの、すなわち共有者全員で一つの所有権を有するという共同関係の成立する以上、訴訟上もこの権利の共同関係そのものの確認を求める利益を否定してしまうべきではない（従来の判例、通説がかかる訴訟を認めているのもその利益を否定しがたいとの認識があるからであろう。）と解したからだと思われる。そうすると、その訴訟追行権は共有者が共同して行使すべきものであるから、これを固有必要的共同訴訟と解することになる。このことによって、共同原告となった共有者と相手方間に矛盾のない判決が期待される。」

以上の小倉調査官の解説は、次の2つの点に特徴がある。

第一の特徴は、この判例が、ここでの問題を複数の共有者全員が共同原告となっているときの共同訴訟の形態に限定した、と評価することである。すなわち、本判決は、共有者の一部が共有権確認訴訟を提起した場合に訴えが却下されるかどうかを問題としなかったと評価するのである。結局のところ、この判例は、通常共同訴訟と対比されるところの必要的共同訴訟、すなわち、共同訴訟人間の判決が矛盾することが許されない共同訴訟形態であることを判示するためだけに、共有権確認訴訟が固有必要的共同訴訟であると判断した。

第二の特徴は、【裁判例 15】が、実体法上一個の共有権すなわち共有関係が存在することが判例・通説により認められている以上、訴訟上もその確認の訴えの利益は否定されないと述べている、と評価することである。ただし、

小倉調査官の解説には、なぜ判例・通説が共有権確認の訴えの利益を認めているかについては言及がない。

ところで、前述の通り、当時の支配的見解である我妻説は、共有者全員と相手方との間で共有権の存在（または不存在）が矛盾なく確定する必要があるからこそ、共有関係確認訴訟を適法としていた。

したがって、小倉調査官の解説によれば、【裁判例 15】は、共有者間の権利関係に矛盾が生じないようにするために、共有権確認訴訟を適法として、かつこれを固有必要的共同訴訟と解したことになる。

以上から、【裁判例 15】は、「共有者全員の有する一個の所有権そのものが紛争の対象となつている」と述べて、一見すると、実体法的基準により共同訴訟の必要性を判断しているようであるが、実際は、当時の支配的見解であった我妻説に従って、合一確定の必要性から、共有権確認訴訟が固有必要的共同訴訟であることを導き出していると言えよう⁽²⁶⁹⁾。したがって、【裁判例 15】も、我妻説の影響を受けて、大審院時代の判例の理由付けを変更したと言えるであろう。

(5) 共有地とその隣接地との境界確定訴訟

【裁判例 16】最高裁（第 1 小法廷）昭和 46 年（1971 年）12 月 9 日判決民集 25 卷 9 号 1457 頁

本件は、ある土地（山林）の共有者 14 名のうち 13 名 $X_1 \sim X_{13}$ が、その土地に隣接する土地の所有者 Y に対して土地境界確定の訴えを提起したものである（原告は共有者ののこり 1 名に対して訴訟告知をしたが、彼は訴訟参加

(269) さらに、小倉調査官は、共有者全員の共有権移転登記請求を固有必要的共同訴訟とする理由に、「持分権の移転登記請求の併合と見た場合には、合一確定の保証がない」ことを挙げている。その他、登記実務上の問題もあげて、この事件を固有必要的共同訴訟とする必要性があるとする。前掲注（267）594頁。

しなかった)。第2審は、共有者の提起する境界確定訴訟は固有必要的共同訴訟であるので、共有者の一部による訴えは不適法であるとして、その訴えを適法とした第1審の判決を取り消した。X₁～X₁₂が上告。最高裁は、次の理由から原告らの上告を棄却した。

「土地の境界は、土地の所有権と密接な関係を有するものであり、かつ、隣接する土地の所有者全員について合一に確定すべきものであるから、境界の確定を求める訴は、隣接する土地の一方または双方が数名の共有に属する場合には、共有者全員が共同してのみ訴えまたは訴えられることを要する固有必要的共同訴訟と解するのが相当である」（下線筆者）。

【裁判例16】は、隣接する土地が数名の者の共有に属する場合の境界確定訴訟においては、共有者全員の共同訴訟を必要とすることを明らかにした初めての最高裁判例である。この裁判例も、大審院時代の判例のように、訴えが処分行為であるために共有者の共同訴訟が必要であると述べておらず、合一確定が必要であるために共同訴訟が必要であると述べている。ところが、柴田最高裁調査官（当時）による判例解説には、次の記述がある⁽²⁷⁰⁾。

「土地の所有者が地番と地番との境界そのものについて管理処分権を有しないことは明らかである…。しかし、境界確定訴訟を私人間の訴訟として認めるかぎり、最も密接な利害関係を有し、社会的にも紛争の当事者であり、その者に対し判決をすればその紛争を解決しうる者に当事者適格を与えるべきであり…、かかる者として相隣接する地番の土地の所有者に当事者適格を認めるべきである。けだし、地番と地番との境界が不明である場合に、境界確定訴訟によって境界が確定されるときは、その直接的効果として、隣接する各地番の土地の範囲が確定されると同一の結果が生じ、確定された境界を越えて相手方の地番の土地に自己の所有権を主張する

(270) 『最高裁判所判例解説民事篇昭和46年度』（昭和47年＝1972年、法曹会）412頁（柴田保幸執筆）

者は、取得時効等物権変動によってその所有権の取得を理由づけなければならなくなるから、相隣接する土地の所有者が最も密接な利害関係を有することは明らかだからである。そして、土地が数名の共有に属する場合には、境界の確定につき共有者全員が共同の利害関係を有すると解され(民法 251 条参照)、また地番と地番との境界は共有者全員について合一に確定すべきものであるから、共有者全員が訴訟共同を要する固有必要的共同訴訟に属するものと解すべきであろう。」

以上の記述を見る限り、柴田調査官は、【裁判例 16】は、公法上の地番の境界を確定する境界確定訴訟の特殊性から、共同訴訟の必要性の判断基準に実体法上の処分権能を持ち出さなかったにすぎないと考えているようである。なぜなら、境界確定について相隣接する土地の所有者に当事者適格を認める根拠に、自己に不利な境界が確定された場合には自己の所有権が事実上処分されてしまうのでその土地の所有者が最も密接な利害関係を有することが挙げられ、さらに、境界確定について共有者全員が共同の利害関係を有することの根拠に、共有物の変更または処分は共有者全員の同意を要すると定められた民法 251 条が挙げられているからである。境界を共有者全員に合一に確定すべきことは、共同訴訟の必要性を認めるための二次的な根拠にすぎないようである。しかし、次に紹介する裁判例は、事情を異にする。

【裁判例 17】最高裁判所(第 3 小法廷)平成 11 年(1999 年)11 月 9 日判決民集 53 卷 8 号 1421 頁

本件は、ある土地(甲地)を共有する 4 人のうちの 3 人($X_1 \sim X_3$)が、隣接する土地(乙地および丙地)の所有者である Y_1 および Y_2 、ならびに、甲地の残りの共有者 Y_3 を被告として、甲地と乙地および丙地との間の境界確定の訴えを提起したものである。 Y_3 を被告としたのは、 Y_3 が当該境界確定の訴えを $X_1 \sim X_3$ と共同して提起することを拒絶したからである。

第一審は、原告等の主張通りの境界を確定すべきものとした。これに対して、 Y_2 が、 X らを被控訴人として、 $X_1 \sim X_3$ と Y_3 が当該境界確定の訴えを

共同して提起すべきであるから当該訴えは不適法であると主張して控訴した。原審は、これに対して、 $X_1 \sim X_3$ は、 Y_1 および Y_2 を本来の被告として、さらに被同調者 Y_3 を二次被告として境界確定の訴えを提起できるので、本件訴えは適法であるとして、本件控訴を棄却した。その後 Y_2 は上告。これに対して、最高裁は次のように述べ、 Y_2 の上告を棄却した。

「境界の確定を求める訴えは、隣接する土地の一方又は双方が数名の共有に属する場合には、共有者全員が共同してのみ訴え、又は訴えられることを要する固有必要的共同訴訟と解される（最高裁昭和四四年（オ）第二七九号同四六年一月九日第一小法廷判決・民集二五卷九号一四五七頁参照）。したがって、共有者が右の訴えを提起するには、本来、その全員が原告となって訴えを提起すべきものであるということが出来る。しかし、共有者のうちに右の訴えを提起することに同調しない者がいるときには、その余の共有者は、隣接する土地の所有者と共に右の訴えを提起することに同調しない者を被告にして訴えを提起することができるものと解するのが相当である。

けだし、境界確定の訴えは、所有権の目的となるべき公簿上特定の地番により表示される相隣接する土地の境界に争いがある場合に、裁判によってその境界を定めることを求める訴えであって、所有権の目的となる土地の範囲を確定するものとして共有地については共有者全員につき判決の効力を及ぼすべきものであるから、右共有者は、共通の利益を有する者として共同して訴え、又は訴えられることが必要となる。しかし、共有者のうちに右の訴えを提起することに同調しない者がいる場合であっても、隣接する土地との境界に争いがあるときにはこれを確定する必要があることを否定することはできないところ、右の訴えにおいては、裁判所は、当事者の主張に拘束されないうで、自らその正当と認めるところに従って境界を定めるべきであって、当事者の主張しない境界線を確定しても民訴法二四六条の規定に違反するもの

ではないのである(最高裁昭和三七年(オ)第九三八号同三八年一〇月一五日第三小法廷判決・民集一七卷九号一二二〇頁参照)。このような右の訴えの特質に照らせば、共有者全員が必ず共同歩調をとることを要するとまで解する必要はなく、共有者の全員が原告又は被告いずれかの立場で当事者として訴訟に関与していれば足りると解すべきであり、このように解しても訴訟手続に支障を来すこともないからである」(下線筆者)。

【裁判例17】は、土地の共有者の提起する境界確定訴訟は、共有者全員の共同訴訟を必要とするが、共有者の一部に提訴を拒絶する者がある場合には、その者を被告にすることができると判示したものである。本判決は、このことを判示する前提として、「所有権の目的となる土地の範囲を確定するものとして共有地については共有者全員につき判決の効力を及ぼすべきものであるから」、土地の共有者を原告とする境界確定訴訟においては、共有者全員の共同訴訟が必要であると判示した。ここでは、明らかに、合一確定の必要性が、共同訴訟の必要性の根拠となっている⁽²⁷¹⁾。したがって、この判例も、共有者の共同訴訟の必要性の根拠を実体法上の処分権能に見ていた大審院時代の判例から離れて、我妻説を代表とする支配的見解に接近していると評価することができる。

(6) 他の共有者の持分についての不実登記の抹消請求

【裁判例18】最高裁判所(第2小法廷)平成15年(2003年)7月11日判決
民集57卷7号787頁

本件土地を訴外甲が所有していたが、平成5年1月18日に甲が死亡したこ

(271) ただし、佐久間最高裁調査官(当時)による【裁判例17】の解説には、共有者の共同訴訟の必要性の根拠について言及がない。『最高裁判所判例解説民事篇平成11年度(下)』(平成14年=2002年、法曹会)696頁以下(佐久間邦夫執筆)を参照。

とにより、甲の子である、原告 $X_1 \cdot X_2$ 、乙および丙の4名が本件土地を共同相続した。その後、被告Yより多額の債務を負っていた乙は、平成5年1月25日付けで、相続を原因として、原告 $X_1 \cdot X_2$ 、乙および丙の各持分を4分の1とする所有権移転登記を行い、さらに、Yに対して、代物弁済を原因とする乙持分全部移転登記を行った。そこで、 $X_1 \cdot X_2$ はYを被告として、乙とYの代物弁済契約は通謀虚偽表示または公序良俗違反により無効であることを理由に、「被告Yは、乙に対し、本件土地の共有持分四分の一につき、平成五年一月二五日付乙持分全部移転登記の抹消手続をせよ」との判決を求めて訴えを提起した。

これに対して、第1審は、乙Y間の代物弁済契約は通報虚偽表示または公序良俗違反により無効とした上で、「原告らは、本件土地の共有持分権に基づく保存行為として、無効な登記を有する被告Yに対し、抹消登記請求を行うことができる」と述べ、原告らの請求を認容する判決を下した。原審は、仮に原告らの主張する不法登記が存在するとしても、原告らの共有持分権は何ら侵害されていないとして、被告の控訴を容れ、第1審判決を破棄し、原告らの請求を棄却する判決を下した。これに対して、原告らは上告受理申立てを行ったが、最高裁判所は、次の理由から、原判決を破棄し、事件を名古屋高等裁判所へ差し戻した。

「不動産の共有者の一人は、その持分権に基づき、共有不動産に対して加えられた妨害を排除することができる。不実の持分移転登記がされている場合には、その登記によって共有不動産に対する妨害状態が生じているといえるから、共有不動産について全く実体上の権利を有しないのに持分移転登記を経由している者に対し、単独でその持分移転登記の抹消登記手続を請求することができる（最高裁昭和29年（オ）第4号同31年5月10日第一小法廷判決・民集10巻5号487頁、最高裁昭和31年（オ）第103

号同 33 年 7 月 22 日第三小法廷判決・民集 12 卷 12 号 1805 頁。なお、最高裁昭和 56 年(オ)第 817 号同 59 年 4 月 24 日第三小法廷判決・裁判集民事 141 号 603 頁は、本件とは事案を異にする。))」。

本件は、訴えを提起していない共有者の持分が第三者による不法登記により妨害されている事件である。しかし、本判決は、【裁判例 12】を引用して、このような妨害も共有物全体に対する妨害に当たると判示する。ところが、本判決は、共有物全体に対する妨害排除請求権の主張を承認するための根拠に関しては、【裁判例 12】が用いている「保存行為」の文言を削除して、端的に、各共有者の持分権に基づく主張を承認している。この点は、尾島最高裁調査官(当時)による本判決の評釈によっても明示されている⁽²⁷²⁾。したがって、少なくとも尾島調査官は、本判決は、【裁判例 12】の理由付けを変更して、共有物全体の妨害排除請求に関する支配的見解である我妻説に従って、各共有者の持分権に基づく共有物全体の妨害排除請求権の主張を承認した、と理解していることになる⁽²⁷³⁾。このように、本判決も、大審院時代からの判例と同様の結論を採りながらも、その理由付けについては我妻説の影響を受けたと評価できるであろう。

以上、判例は、①各共有者は自己の持分権の確認を単独で求めることができる(【裁判例 13】)、②共有権の確認の訴えや土地の共有者を原告とする境界

(272) 尾島明「時の判例」ジュリスト1261号(2004年)167頁、同「最高裁判所判例解説」法曹時報57巻9号(2005年)311頁。なお、尾島調査官は、「今後、保存行為と共有持分権に基づく妨害排除の関係をどのように考えるか等の理論的分析の深化が期待される」と述べる。尾島・前掲法曹時報57巻9号314頁注12。

(273) しかし、私見によれば、尾島調査官のような理解では、本判決と、従前の大審院および最高裁の判例との関係を整合的に説明できないと考える。詳細は、鶴田滋「民事手続判例研究」法政研究(九州大学)72巻4号(2006年)323頁以下を参照。

確定の訴えにおいては共有者の共同訴訟を必要とする（【裁判例 15】【裁判例 16】【裁判例 17】）、③各共有者は使用貸借契約終了を原因とする共有物の引渡請求権を不可分債権として単独で主張できる（【裁判例 14】）、④各共有者は自己の持分権に基づいて（保存行為として）共有物全体の妨害排除請求権を主張できる（【裁判例 12】【裁判例 18】）とした。

以上の考察から、これらの判例は、大審院時代の判例の結論を踏襲しているが、実際には、戦後間もない頃から実務により絶大な支持を受けていた我妻博士の見解に影響を受けていると評価してよいだろう。ところが、我妻博士の見解自体が、表面的には論理一貫性を重視しているが、実際には実質的妥当性を重視したものであった。そのため、現在の最高裁判例が、なぜ各共有者の個別訴訟を適法とするのか、または、共有者の共同訴訟を必要とするのかを首尾一貫して説明することは著しく困難になっていると言える。

6 まとめ — 判例および支配的見解の特徴

(1) 各共有者による単独権利主張を承認する民法上の規定の不存在

第1章で見たように、日本の民事訴訟法は、ドイツ民事訴訟法の影響の下に、実体法を基準に共同訴訟の必要性を定めるという立場であったにもかかわらず、日本民法は、BGB 1011 条のような、各共有者による共有物全体の物権的請求権の主張を許す規定を置かなかつた。保存行為の規定も、民法の起草段階では各共有者による物権的請求権の主張の根拠としては挙げられていなかった。したがって、この問題は民法および民事訴訟法の解釈論に委ねられることになった。

(2) ドイツ法全盛期における判例および支配的見解の形成

共有者の共同訴訟の必要性に関する日本の判例が確立したのは、民法学におけるドイツ法全盛期と言われる大正年代である。したがって、当時の判例

は、ドイツ法学の影響を受けて主張された諸見解に影響を受けてその法理を確立させた。しかし大審院の判例は、共有権確認請求においては、共同処分が必要な場合に共同訴訟も必要であると主張する雉本博士の見解を支持し、共有物全体の給付請求については、B G B 1011 条の代わりに保存行為を根拠に掲げて各共有者の個別訴訟を許容する鳩山博士の見解を支持したため、明らかに一貫しないものとなった。なお、前述のように、保存行為の規定は、ドイツにおいては、各共有者による共有物全体の物権的主張の根拠としてはそれほど重視されていなかった。

(3) 利害関係人間の利益考量に基づいて共同訴訟の必要性を決する傾向

大審院時代の判例は論理的に一貫していなかったにもかかわらず、我妻博士により全面的に支持された。しかし、ここで我妻博士が重視したのは、論理的一貫性よりも実質的妥当性であった。したがって、利害関係人間の利益考量から合一確定が必要な場合、すなわち共有権確認請求などでは、共有者全員が共有関係の主張を共同して行わなければならないとするが、そうでない場合、すなわち共有物全体の返還や妨害排除請求の場合には、各共有者が自己の持分権に基づいて単独で提訴できるとした。この見解は、最高裁の判例によっても基本的に支持されることになった。したがって、現在の支配的見解および判例は、まさに表面的にのみ実体法的基準により共同訴訟の必要性を判断していると言える。

終 章

1 判例および支配的見解の形成過程

筆者の研究課題は、日本の判例および支配的見解が、共有者が共有物全体の物権的請求権を主張したり共有者全員の共有関係の確認の訴えを提起する場合に、どのような根拠および基準により共有者全員の共同訴訟の必要性を

決めているのかを確認することであった。そのためにまず第1論文および第2論文では、日本の判例および支配的見解の形成に大きな影響を与えた規定であるBGB 1011条がどのような経緯で成立したかを紹介することを通じて、ドイツ法において各共有者が共有物全体の物権的請求権を単独で主張できることがどのような理由から承認されたのかを明らかにした。これを前提に本稿では、日本の判例および支配的見解がドイツ法の影響を受けつつ形成される過程を紹介することを通じて、日本の判例および支配的見解が、共有の対外的主張における共同訴訟の必要性をどのような理由からどのような基準で決めているのかを明らかにした。以上の考察の結果得られたことは次の通りである（なお、次の(1)～(3)は、第1論文および第2論文において得られた結論である）。

(1) 1877年ドイツ民事訴訟法（CPO）の成立過程の考察で明らかになったのは、ドイツ法は共同訴訟の必要性の判断基準は実体法にあるとしたことである。この立場は、19世紀における普通法理論やプロイセン法から受け継がれたものであった。したがって、共有者が共有物全体の物権的請求権を訴えにより主張する場合に共有者全員の共同訴訟を要するかどうかは、BGBの起草者の判断に委ねられることになった。

(2) BGB 1011条は、各共有者が共有者全員に共同して帰属する所有権に基づいて共有物全体の物権的請求権を主張できることを規定する。しかしこの規定は、各共有者は自己の持分のみを自由に処分でき、共有者全員が共同してのみ共有物全体を処分できるという原則に例外を認めるために特別に設けられたものであった。たしかに19世紀ドイツ普通法学では、ローマ法に基づいて各共有者が単独で共有物全体に対する役権の否認の訴えを提起できることを許容していたが、この帰結が前述の共有原則とどのような関係にあるかを説明することは困難であった。19世紀のプロイセン法においても、各共同権利者が共同の権利を単独で主張することを許す判例法理が確立したが、こ

の根拠づけは薄弱で一貫性を欠くものであった。さらにB G Bの第2 読会においてB G B 1011 条が準用することになったB G B 432 条の規定も、各不可分債権者は自己の持分の範囲でのみ権利主張でき、不可分債権者全員は共同してのみ不可分の給付全体を請求できるという原則に例外を認めるために特別に設けられたものであった。以上から、B G B 1011 条は共有原則から理論的に導かれるのではなく、共同訴訟を必要とする場合に生じる不都合を解消するという実質的な理由から特別に設けられたのである。

(3) B G Bも日本民法と同様に、各持分者が単独で共同物の保存行為をなすことができる旨の規定をもっている(B G B 744 条2項)。しかしこの規定は、各共有者が第三者に対して共有物全体の物権的請求権を主張できることの根拠として存在するのではなかった。

(4) 日本の民事訴訟法は、その起草過程からドイツ法の影響を強く受けていた。そのため、明治23年法は明文の規定こそ置かなかつたものの、ドイツ民事訴訟法と同様に、共同訴訟の必要性の判断基準は実体法にあることを前提としていた。それにもかかわらず、日本の民法は、各共有者による共有物全体の物権的請求権の主張の可否の問題を念頭に置いた立法を行わなかつた。そのため、この問題の解決は後の解釈論に委ねられた。

(5) 日本の民法学におけるドイツ法学全盛期と呼ばれる大正年代に、現在の判例および支配的見解が形成された。したがって、判例および支配的見解はドイツ法の影響を受けて形成されたが、その受容過程は単純ではなかつた。大審院の判例は、一方では共有権(共有関係)確認訴訟において、共同処分を必要とする場合には共同訴訟も必要であると主張する雉本博士の見解を支持したが、他方で共有物全体の物権的給付請求においては、B G B 1011 条の代わりに保存行為の規定に基づいて各共有者の個別訴訟を許容する鳩山博士の見解を支持した。したがって、大審院の判例が首尾一貫しないのは明らかである。それにもかかわらず、我妻博士がこの大審院の判例の結論を支持し

たために、我妻博士の見解が支配的見解となり、大審院判例の結論が現在の最高裁にも基本的に踏襲されることになった。ところが、我妻博士の見解は、論理的一貫性よりも実質的妥当性を追求し、利害関係人間の利益考量に基づくものであった。

(6) 以上の考察の結果から、実体法説に立つと言われる現在の判例および支配的見解の共同訴訟の必要性の判断基準は論理的に一貫したものではなく、共同訴訟の必要性は利害関係人間の利益考量に基づいて個別のかつ具体的に決められていることが明らかになった。さらに、判例および支配的見解は、保存行為の規定を根拠に各共有者の個別訴訟を許容するが、これは日本およびドイツ民法の起草趣旨に合致しないことも明らかになった。

2 本来の実体法説による共有者の共同訴訟の必要性

(1) それでは、日本法が正確に継受できなかった本来の実体法説によれば、共有者の共同訴訟の必要性はどのように判断されるべきであろうか。

(2) まず、本来の実体法説に立っても、各共有者の第三者に対する持分権確認訴訟や、自己の持分のみでの登記抹消請求などの持分の範囲に応じた物権的請求権の主張においては、各共有者が単独で訴訟を進行できると解することができるであろう。なぜなら、訴訟追行権の基礎は実体法上の処分権能の有無にあり、かつ、各共有者は自己の持分のみを処分する権能を有するからである。上記のケースにおいては、各共有者は、自らの持分の範囲を超える権利を主張していないため、当然に各共有者が単独で訴訟追行権を有する。

(3) 次に、共有物全体に対する妨害排除請求や、共有物全体の返還請求などのような、共有物全体の給付請求権の主張の場合は、共有者の共同訴訟を必要とするであろうか。この場合、求める給付が不可分であるかどうかにかかわるであろう。給付が可分であるならば、各共有者が自己の持分の範囲のみの給付を求めることができることになろう（たとえば、各共有者は第三者に

対して物の共同占有を求めることができる)。これに対して、給付が不可分であるならば、各共有者が単独で当該不可分給付を請求することはできず、共有者全員が共同して請求する必要があるであろう。なぜなら、各共有者は自己の持分を有しているという理由だけから、共有物全体を処分することはできないからである(民法251条)。したがって、共有者の一人が、共有物全体の妨害排除を求めて訴えを提起した場合、その訴えは不適法として却下される(ただし、共有物全体の返還請求の場合は、共同占有の承認を命じる一部認容判決の可能性はある)。各共有者による単独訴訟を承認するために、保存行為の規定(民法252条但書)を用いるのが非常に困難であるのは、これまでの歴史的・比較法的考察から明らかであろう。

なお、境界確定訴訟においても、共有者の共同訴訟が必要であると解するべきだと考える。たしかに、判例および通説によると、土地の所有者が公法上の地番の境界そのものについて処分権を有するわけではない。しかし、共有者自身にとって不利な境界線が引かれた場合には、共有物全体を処分するのに類似する結果となる。したがって、境界確定訴訟においても、共有者全員の共同訴訟を必要とし、共有者の一人による訴えは不適法として却下されると解するべきである。

(4) 最後に、共有権または共有関係確認訴訟や、共有権に基づく移転登記請求訴訟における共有者の共同訴訟の必要性を問題とする。判例によれば、共有権とは「数人が共同して有する一個の所有権」であるから、共有権は不可分の権利であると考えられる。したがって、共有者は、不可分の権利を単独で処分できないため、不可分の権利である共有権、または、共有権に基づく請求権について訴訟追行する場合には、共有者の共同訴訟を必要とする。また、判例は、持分権と共有権の両者の存在を認めるので、共有者は単独で自己の持分権の確認訴訟を提起できるし、共有者全員が共同して共有権の確認訴訟も提起できることになる。そうすると、さらに、共有者の一人が共有権

確認訴訟を提起して、これに対して裁判所が持分権の確認判決を下すことができるかどうか問題となる。しかし、これは、(質的)一部認容判決の可否の問題であり、共有者の共同訴訟の必要性とは別個の問題である。

なお、一部の少数説のように、判例の言う共有権の存在を認めない場合には(こちらの理解の方が母国ドイツには忠実である)、共有権確認訴訟における共有者の共同訴訟の必要性は問題とならない。各共有者が自己の持分権の確認訴訟を提起できるに過ぎないことになるだろう。ただし、ある共有者が自己の持分権のみならず他の共有者の持分権の確認の訴えを提起することは、他人の権利関係の確認の訴えとして、または、他の共有者より訴訟追行の授權を受けた任意的訴訟担当に基づく訴えとして、適法とされる場合があるだろう。もちろん、これは、共有者の共同訴訟の必要性とは別の問題である。

(5) 以上のように、日本の民事訴訟法が共同訴訟の必要性を実体法の基準に従って判断し、かつ、日本の民法において、各共有者は自己の持分のみを処分でき、共有者全員が共同してのみ共有物全体を処分できるという共有の原則が妥当する限り、BGB 1011 条に相応する規定をもたない日本においては、各共有者が共有物全体の物権的請求権を単独で主張できるとすることや共有権確認訴訟を適法に提起できるとすることは非常に困難であると考ええる。

もっとも、日本の判例および支配的見解がドイツ法の影響を受けているのであれば、BGBの起草者が債権の規定は一般に物権的請求権に準用または類推適用できると考えていたことを理由に、日本法においても、不可分債権の規定を(類推)適用して、各共有者が共有者全員のために共有物全体の自己への返還などを請求できると解釈すべきであるとの反論は可能である。しかし、一部の民法学説により、日本民法の不可分債権の規定は、各債権者に強大な権限が与えられており、他の債権者にとって危険が大きいため、ある債権を安易に不可分債権として扱うことは不適當であると主張されている⁽²⁷⁴⁾。ある債権を不可分債権として扱うかどうかさえ慎重な態度がとられているか

ら、物権的請求権に不可分債権の規定を類推することはなおさら慎重にならなければならないだろう。したがって、各共有者が民法428条の適用または類推適用により、共有物全体の自己への給付請求を承認することは困難だと考える。

3 今後の課題

仮に本来の実体法説に立った場合でも、実体法上、共有者全員が共同してのみ係争権利を処分できるケースでは、いかなる場合でも共有者全員が共同して共有物全体に関する訴えを提起しなければならない、という帰結に至るわけではない。なぜなら、原則として実体法上の理由から共有者全員の共同訴訟が必要であることを前提として、提訴を拒絶する共有者が存在するなどの理由から提訴が困難となる他の共有者の救済方法が、実体法および手続法の解釈により考えられるからである。現実には、判例が共同訴訟を必要とする共有権確認訴訟や入会権確認訴訟において、共同訴訟の必要性に例外を認めるための試みが、多くの学説により主張されている⁽²⁷⁵⁾。さらに、日本の母国ドイツにおいても、共同権利者の共同訴訟を必要とすることを原則としつつ、この原則に例外を認めるために、固有必要的共同訴訟を柔構造化することが、判例および学説により試みられている⁽²⁷⁶⁾。したがって、この問題は、共同訴訟の必要性の判断基準を同じくする母国ドイツとの比較をしながら解決すべきであろう。この点は今後の課題とせざるを得ない。この意味では、これまでの3つの論文における考察すべてが、固有必要的共同訴訟の柔構造化を論じるための序論であったと言えるだろう。

(完)

(274) 椿寿夫「複数債権者と分割原則」『民法研究I』(1983年、第一法規出版)111頁以下、奥田昌道『債権総論 [増補版]』(1992年、悠々社)340頁以下。

- (275) 主なものを挙げると、①提訴拒絶者が存在する場合には、他の共同原告となるべき者が本来の被告と提訴拒絶者を被告として訴えを提起することを許し、その場合、原告、本来の被告、提訴拒絶者の三面訴訟が成立すると主張する見解（たとえば、高橋宏志『重点講義民事訴訟法〔下〕（補訂版）』（2006年、有斐閣）222頁新堂幸司『新民事訴訟法（第三版補正版）』（2005年、弘文堂）711頁）、②クラスアクションの理論を応用して、「十分な代表関係」を肯定できるだけの利害の一致と緊密な関係があれば、個別的授權がなくとも、選定当事者が訴訟を構成員全員のために追行できるとする見解（小島武司「共同所有をめぐる紛争とその集団的处理」同『訴訟制度改革の理論』（1977年〔初出1972年〕、弘文堂）128頁。なお、福永教授も、隣接地の一方が共有されている場合の境界確定訴訟の場合にも、クラスアクションの理論などを応用して弾力化を図るべきであると主張する。福永有利「共同所有関係と固有必要的共同訴訟」民事訴訟雑誌21号（1975年）61頁注7参照）、③原則として共有者全員が共同して提訴しなければならないが、全員で提訴できない相当の事情がある場合には、各共有者の単独提訴を許し、その場合提訴共有者に言い渡された判決の効力は他の共有者の有利にのみ作用するとする見解（松浦馨「環境権侵害仮処分訴訟における当事者適格と合一確定の必要性」山木戸教授還暦記念『実体法と手続法の交錯上』（1974年、有斐閣）292頁以下）、④提訴する意思のある者が、共同して訴えない者に共同訴訟の催告をし、これに不当に応じない場合には、その者の訴訟担当者としての地位を取得するとする見解（中野貞一郎編『現代民事訴訟法入門（新版）』（1998年、日本評論社）106頁（池田辰夫執筆）、池田辰夫「多数当事者紛争における代表適格についての覚え書」司法研修所論集1977年1 227頁以下）などが存在する。なお、工業所有権が共有に属する場合の審決取消訴訟は固有必要的共同訴訟であるが、行政庁の審判手続と訴訟手続には連続性があるという理由から、上訴を提起する場合と同様に、民事訴訟法40条を準用し、共有者の1人の提訴は他の共有者全員のためその効力を生じるとするもの（小室直人「審判手続と審決取消訴訟手続との関係」『執行・保全・特許訴訟 民事訴訟法論集（下）』（1999年〔初出1972年〕、信山社）など）も存在する。
- (276) ドイツでは、人的会社社員除名訴訟は、被除名者を被告とし、他の社員全員が共同原告とならなければ、当該訴えが不適法として却下される固有必要的共同訴訟とされている（ドイツ商法140条。人的会社社員の業務執行権・代表権剝奪を求める訴訟も同様である。同117条、127条）。したがって、ドイツにおいても、共同原告となるべき者の一部が提訴を拒絶した場合に、他の者の権利救済の途が絶たれることになるという、日本と同様の不都合を抱えていることになる。そこで、ドイツ連邦通常裁判所は、このケースで提訴拒絶者が存在する場合、他の社員は、提訴拒絶者を被告とする共同提訴への協力を求める訴えを、被除名者を被告とする除名訴訟と併合して提起できる、という措置を承認し、先の不都合を解消するに至っている（Urteil v. 28. 4. 1975, BGHZ 64, 253; Urteil v. 18. 10. 1976, BGHZ 68, 81）。ドイツ法と日本法は共同訴訟の必要性の判断基準について共通の基盤を有するため、上記のドイツ法の議論は、たとえそれが日本で問題となっているケースと異なる事例を素材としていても、十分に参考になるであろう。