慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究二七九〕 共同相続人間における遺産確認の訴と固有必要的共同訴訟 (最高裁平成元年三月二八日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	宗田, 親彦(Soda, Chikahiko) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1990
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.63, No.4 (1990. 4) ,p.110- 118
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19900428-0110

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ちうるのであって、少なくともこの限りにおいて折衷説をとることはできない。

したがって、二八〇条ノ一五の新株発行無効の訴の原因の解釈に関しては、判決の立場をとるべきではなく、有効な取締役会決議を経ないで代表取締役が行った新株発行については、無効説をとるべきと考える。

鈴木　千佳子

〔最高裁民訴事例研究　二七九〕

平成一1（金融商事判例八二四号三頁）

共同相続人間における遺産確認の訴と固有必要的共同訴訟

遺産帰属確認請求事件（平成元年三月二八日第三小法廷判決）

1、Xらは、被相続人甲（昭和三四年六月二七日死亡）とYの夫婦の次男であるA（昭和四二年一一月一七日死亡）の妻X_1及び子ら（X_2ないしX_9）である。甲の死亡当時の相続人は、妻Y、次男Aのほか、長女B、次女C三女D長男E及び養女Fであった。本件土地については、昭和三八年一月二一日付をもって、Yを所有権者とする所有権保存登記がされている。

Xらは、次男Aの相続人として甲の遺産について相続権を有する者であるところ、本件土地は、甲に売り渡されたが、当時甲は、既に死亡していたため、便宜上Y名義で所有権保存登記がされたもので、甲の遺産に属するものであり、Xらは法定相続分に応じた共有持分権を有するとして、Yに対し、右本件土地の遺産帰属確認及び右各持分の移転登記手続を求めた（前記B、C、D、E、F、の各相続人は本件訴訟に関与していない）。

2、第一審は、本件土地はYが売渡しを受けたものであるとして、右請求をいずれも棄却したが、原審は、遺産に属することの確認を求める訴は、共同相続人の全員につき合一に確定すべき固有必要的共同訴訟と解すべきであり、本件遺産帰属確認の訴は、共同相続人の全員によって訴訟追行されていないから不適法であるとして、当該部分に係る第一審判決を取消し、その余の部分については、本件土地がYの所有であることを認めて、第一審判決を支持した。控訴審判決後Y死亡、C、Dが訴訟承継人となった。

3、Xらの上告に対し、上告審は、つぎのとおり判示して、上告を棄却した。

「遺産確認の訴えは、当該財産が現に共同相続人による遺産分割前の共有関係にあることの確認を求める訴えであり、その原告勝訴の確定判決は、当該財産が遺産分割の対象である財産であることを既判力をもって確定し、これに続く遺産分割審判の手続及び右審判の確定後において、当該財産の遺産帰属性を争うことを許さないとすることによって共同相続人間の紛争の解決に資することができるのであって、この点に右訴えの適法性を肯定する実質的根拠があるのであるから（最高裁昭和五七年(オ)第一八四号同六一年三月一三日第

一小法廷判決・民集四〇巻二号三八九頁参照)、右訴えは、共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要するいわゆる固有必要的共同訴訟と解するのが相当である。これと同旨の原審の判断は正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。」と。

判旨の結論に賛成する。

一、本判決は、最判(一小)昭和六一年三月一三日(民集四〇巻二号三八九頁)が、共同相続人間において特定の財産が被相続人の遺産に属することの確認を求める訴は適法である旨判示したのにつづいて、その判決で残された部分として(もっとも右最判昭和六一年は本件と同様固有必要的共同訴訟と扱った上での処理とみられる。また通常の共有については後掲最判昭和四六年が固有必要的共同訴訟であるとしている)、この訴訟は固有必要的共同訴訟であるか否かについて、本判決はこれを固有必要的共同訴訟であるとしたものである。この点に関する初の最高裁判決として意義がある。

二、これらに関する学説と判例をみると以下のとおりである。

(一)、複数人が共同して所有する物につき、共同所有者は全員共同して訴えまたは訴えられる必要があるか、またその場合に合一確定の必要があるかについて、財産権に関する訴訟については、実体法上その財産権を行使し処分しうる権限すなわち管理処分権を有する者が正当な当事者であり、これが数人に帰属するときは、その数人は共同して訴えもしくは訴えられなければならず、その判決は合一に確定すべきものであると解されてきた。これが通説・判例であり、実体法上の管理処分権の数人への帰属、すなわち当事者適格が共同的に帰属する場合が固有必要的共同訴訟であるとしてきたのである(実体法説)。

(二)、通説・判例によれば、共同所有形態のうち合有は、合有物の管理処分権は合有者全員に共同的に帰属するから、それに関する訴訟は合有者全員による固有必要的共同訴訟であるとする(兼子・体系三八四頁、小山「必要的共同訴訟」民訴法講座一巻二五四頁)。また、これを原告と被告とに分け、合有者が原告のときは全員でなければ合有という観念を共有と区別したことと矛盾するとし、合有者が被告のときは全員でするのは相手方の起訴を困難にするため一人に対して訴えてよいとする見解もある(三ケ月・民事訴訟法二六七頁)。

総有についても固有必要的共同訴訟とする(最判昭和四一年一一月二五日民集二〇巻九号一九二一頁、判批として大原誠三郎・法学研究四一巻七号一一一四頁、最判昭和五七年七月一日民集三六巻六号八九一頁、この判批として石渡哲・法学研究五六巻九号一七一九頁)。

共有については、原告が共有の場合と被告が共有の場合に分けてみると、原告共有では、共有者全員が共同して有する一個の所有権たる共有権(共有関係)と、各共有者が共有物全部について他の共有者の権利によって減縮される範囲において認められる持分権に分け、確認訴訟についてみれば共有権の確認訴訟

は全共有者による固有必要的共同訴訟であるとし（最判昭和四六年一〇月七日民集二五巻七号八八五頁、この判批として石渡哲・法学研究四五巻一〇号一九三二頁）、持分権の確認訴訟は各共有者が単独で提起しうる（最判昭和四〇年五月二〇日民集一九巻四号八五九頁、この判批として清水暁・法学研究四〇巻五号七〇〇頁）として共有権と持分権を分けて取り扱っている。つぎに給付訴訟についてみると判例は、共有権に基づく共有物の所有権移転登記請求訴訟は固有必要的共同訴訟であるとし（最判昭和四六年一〇月七日民集二五巻七号八八五頁、これについてはこの場合のみ後述の保存行為や不可分債権論によらない点が批判されている。山木戸・判例研究・法律時報三四巻九号九七頁）、共有者の一人のする持分権による第三者の登記の抹消請求訴訟を適法としている（大判大正八年四月二日民録二五輯六一三頁）。しかし多くの判例は訴訟物が共有権か持分権によるかという点によらずに、保存行為（民法二五二条但書）によるという点により妨害排除（大判大正一〇年七月一八日民録二七輯一三九二頁）や引渡請求（最判昭和三一年三月一〇日民集一〇巻五号四八七頁）を個別訴訟として認め、また不可分債権として同様に単独訴訟を認めている（引渡請求につき、最判昭和四二年八月二五日民集二一巻七号一七四〇頁）。

つぎに被告が共有者の場合は、判例は流動的であったが不可分債務として共有者の一人を単独被告として訴訟を認めるのが判例の主流である（引渡、明渡請求について最判昭和四三年三月一五日民集二二巻三号六〇七頁、所有権移転につき最判昭和三六年一二月一五日民集一五巻一一号二八六五頁、最判昭和四四年四月一七日民集二三巻四号七八五頁、農地移転の許可につき最判昭和三八年一〇月一日民集一七巻九号一一〇六頁、判批として伊東乾・法学研究三八巻四号五八四頁）。これに関する学説も同様にいう（兼子・体系三八四頁、福永有利「特定物引渡請求訴訟の被告適格」関西大学法学論集一四巻二号一五七頁、学説の分類については、福永「共同所有関係と必要的共同訴訟」民事訴訟法の争点一〇六頁以下参照）。

通説・判例は、持分権、保存行為、不可分債権・債務理論を用いて、共有物に関する各種の紛争類型のうちの若干のものを除き、各共有者に単独適格を認め、個別訴訟を許すという結論を採るに至った。こうした傾向は固有必要的共同訴訟が厳格であるためによるとみられる。

㈢、このような傾向を批判し必要的共同訴訟の積極的活用を主張する学説がある（高橋宏志「必要的共同訴訟論の試み（一）～（三）」法学協会雑誌九二巻五号五〇〇頁、六号六二五頁、一〇号一二五九頁）。これは、裁判外では、自己の権利を行使するか否かを自由に決定できる場合でも、その権利関係を訴訟に持ち出す場合には、実体法上の権利行使の原則がそのまま妥当するとはいえず、むしろ訴訟経済や矛盾する判決の回避といった裁判所の利益や、訴訟の相手方や他の共有者の利害得失を比較衡量して、単独で訴えうるか否かを決定すべきであるとする（訴訟法説）。また、総有・合有・共有を問わず、共同所有者は全員が共同で訴え、あるいは訴えられねばならないが、共同提訴を拒む者があると

きは、訴えることを強制する手段がないから、そのときは例外的に個別訴訟が許され、また争わない者は被告としなくてもよいと説く見解もある（五十部「必要的共同訴訟と二つの紛争類型」民訴雑誌一二号一六五頁以下）。さらに共同所有をめぐる紛争は、共同訴訟方式で全員につき一回的解決をはかるべきであり、共同提訴を拒む者があるときは、可能なかぎり民訴法四六条や任意的訴訟担当の制度を活用し、あるいは選定当事者として個別的に授権がなくても、「十分な代表関係」を肯定しうるだけの利害の一致と緊密な関係の存在を前提として、その者に訴訟担当を認め、以上のような手段のないときは、共同提訴を拒む者を被告に加えて訴えるべきであり、共同所有者の範囲が不明な場合は、知りうる範囲内で訴訟を追行すれば足りるとするものもある（小島武司「共同所有をめぐる紛争とその集団的処理」判例展望（ジュリスト五〇〇号）三二八頁以下）。

四、これに対して以下の見解がある。すなわち、訴訟法的な考慮をも加味して決定すべきであるが、原則はあくまでも当事者の実体法上の地位に置くべきであるとして、訴訟上の請求についての判断に重大な利害関係を有する者は単独で訴えうるのが原則であり、訴訟共同を要求されるには、共同所有者間にそのような拘束を受けることも止むをえないという関係がなければならないというものである（福永前掲）。また折衷的に固有必要的共同訴訟の範囲は実体法的観点と訴訟法的観点を衡量して判定する必要があるとし、各人がその訴訟物たる権利を単独で処分できる場合にまで一挙一律の解決を強制することは、実体法の建前に反するから、個別訴訟を原則とするが、全員を当事者とするのが容易であり、かつ当事者とならなかった者との間で共通の紛争が起こる可能性が高いような場合は、全員を当事者とすべきであり、また単独では処分できないような利益に関する紛争についてはこの共同訴訟形態によるべきであるが、このときでも、当事者とするのが容易でない者がいる場合は、これを考慮すべきであり、個別訴訟が許される場合でも、複数人が共同して訴え、または訴えられているときは、合一確定の要請を容れて、類似必要的共同訴訟を認めるべきであるという（新堂幸司・民事訴訟法四七一頁以下、折衷説）。

三、共同相続人間の遺産確認の訴が固有必要的共同訴訟であるか否かに関する直接の学説は、いずれもこれを固有必要的共同訴訟であるとしている。すなわち、共有権の対外的主張でなく対内的主張であるから、原告であれ被告であれ、共有者全員が当事者となっていさえすれば、固有必要的共同訴訟の要件（合一確定の必要）を充たす、とし（田中恒朗「遺産分割の前提問題と民事訴訟(上)」ジュリスト六〇八号九二頁以下九三頁）、「特定の財産が被相続人の遺産であることの確認を求める利益は、……遺産分割を予定してその先決問題たる遺産帰属性を確定することにある。遺産分割は相続人の全員につきなされるべきものであるから、当該財産が被相続人の遺産であることは、全相続人の全員につき合一に確定されなければならない。」（田中・「遺産分割手

続の前提問題」現代家族法大系5三六頁以下、五〇頁）とする（同様に説くものに小山昇「遺産の範囲確定のための民事訴訟」新版相続法の基礎（実用編）一五四頁以下、一五五頁、一五六頁。そこでは民法七一条の亜型として民訴法六二条を準用するとされる。なお山本克己「遺産確認の訴に関する若干の問題」判例タイムズ六五二号二〇頁以下、二三頁、二四頁は後述の訴訟政策説を採る）。これらの見解は後述のように実体権とその帰属によって判断するのではなく、遺産分割は全員でするということを根拠とする。「遺産分割は全員でしなければならない。」というのは、遺産分割請求をする際の各相続人の権利行使方法であって、これは後述の権利の属性でもあり、かつ権利の帰属状態としても、そのように各法主体が強固に結合して帰属している状態ということになる。

四、通説は固有必要的共同訴訟となる根拠について二つ挙げ、ひとつは当の権利関係についての実体法上の管理処分権が共同帰属状態である場合（これは当事者適格を決定する方法によるものである。）と、他は他人間の法律関係に変動を生じさせる訴訟はその他人双方を被告としなければならない場合（たとえば第三者の提起する婚姻取消、無効訴訟（人訴二条三項）、短期賃貸借解除請求（民法三九五条）、取締役解任の訴（商法二五七条）等である。この両者は当事者適格の点では共通であっても性質が異ると考えられる。すなわち前者は実体法により、後者は権利関係の存否の判断から独立して訴訟要件とされるもの（人訴二条三項の場合）も含まれる。すなわち固有必要的共同訴訟となるか否かのきめ手には実体法のみによらないものも組み入れているわけである（後者と訴の目的からみて訴の利益の問題とするのは谷口「共有関係と共同訴訟」新版・民事訴訟法演習2二六頁以下三〇頁）。

共同訴訟は、訴訟共同の必要と合一確定の必要の二つの観点から、通常共同訴訟、類似必要的共同訴訟および固有必要的共同訴訟に分けられ、固有必要的共同訴訟では訴訟共同も合一確定もともに必要とされてきた。そこで合一確定の必要があるから訴訟共同が必要であるのか、訴訟共同の必要から合一確定が必要であるのかについては、後者とする見解もあるが（谷口・前掲二九頁）、訴訟を共同にして、その結果判決が合一に確定するとするのも、かつまた判決を合一に確定する必要があるために訴訟は共同でするとするのも共に合理的である。理論上は者両は必然的に結合するものではないといえる（訴訟が非共同でも判決効は合一に（類似必要的共同訴訟）というパターンと、また訴訟は共同に判決は不合一にというのも理論上は考えられる）。

五、本件は相続による共有であり、かつ相続人相互間の特定の遺産の確認訴訟であるが、相続による共有は通常の共有とは異る遺産分割前の状態における共同所有形態として一種の合有と考えられるが、通常の共有と解する見解も有力であり、判例は一貫して共有とする。民法九〇九条に但書を設けたことから共有説が妥当のようにみえるが、合有説でも全体財産に対する持分は譲渡可能、個々の財産における持分は譲渡不可能と解すると、譲渡可能な部分についてのみ民法九〇九条但書は適用され

るとも解せるし、かつ双方について第三者に対する配慮からの特則として理解もでき、民法九〇五条、九〇六条、九〇九条本文等は合有説に、八九八条、九〇九条但書等は共有説に有利となろうが、遺産の共同所有形態は純粋な共有、合有とは異なる遺産共同所有独得の状態といえ（相続人全員での遺産分割を前提とするものであり、これは過渡的なものであること、債権者側の見地をも考慮に入れるべきであること、また遺産分割は個々の物の分割ではなく全体的な分割であることからすると合有的色彩が強いといえる。）、その意味から一種の合有と解する。

遺産共有を合有とみれば、管理処分権が共同相続人に合有的に帰属するので、特定の財産についての遺産帰属確認訴訟は固有必要的共同訴訟となるが、共有とみて、それを一個の所有権たる共有権とみたときには、共有者全員が共同して訴訟追行権を持つとして固有必要的共同訴訟とするべきか否かを検討する必要がある。

六、通説のように実体法上管理処分権の帰属形態（単独か共同か）によって固有必要的共同訴訟か否か決するといっても、共有としたときに、すでにこれとは別の保存行為、不可分債務、不可分債権という権利の性質を活用して、保存行為は共同して分属する管理権に基づいているのに、また不可分債権・債務もこれの管理権は共同相続人に共同に分属しているのに、いずれも相続人の一人は単独で権利行使ができるとする。当事者適格の有無の判定については、保存行為（管理権の発現形態である）や不可分債権・債務という権利の性質による当事者適格の判定方法に加えて、さらに権利の帰属状態によって判断する必要がある。すなわち、権利の性質と並んで権利の分属状態が決め手なのであって、この帰属状態が個別行使も許す程度であるのか、共同でのみ行使しうるのかに当事者適格の有無がかかるのである。なぜなら権利はすべて権利の性質と権利権主体への帰属状態の両者により特定できるのであるから、権利の性質だけではだれにどのように帰属しているかが判明せず、この逆もまたそういえるから、この両者により他と区別でき、とくに訴訟という当事者の行為があってはじめて成立する場面ではこのようにいえるのである。

オーソドックスには権利の性質と権利の帰属状態とがそれぞれ当事者適格を決定する（当事者適格の問題を確認訴訟以外で訴の利益に吸収してしまう見解は直ちには採りえない。）とみていたのであり、そこで従来は、この権利の帰属状態によらずに権利の性質にのみ着眼して単独行使の可否を決していたが、これだけでは不充分であり、もうひとつの基準たる権利の帰属状態をも検討して解決すべきであった。そこで共有については合有よりも権利帰属主体間の結合状態は緩るく、単独で処分等できるのを原則とするから、共有では当事者適格が個々の者に認められるので固有必要的訴訟から脱却できるが、合有では権利帰属の結合状態が強いため全員によって訴訟が進められなければならないことになる。

たしかに、判決の効力が対世的であるときに固有必要的共同訴訟とすることや人事訴訟法第二条第三項の場合も同様であることはすでに当事者適格が実体法上の管理処分権およびその帰属形態によってのみ決せられるものでないことを示しているが、しかし、これらは例外措置であるから基本理論は独自に検討する必要があるといえる。そこで実体権と法主体のかかわり方、すなわち実体権の法主体への帰属形態によって当事者適格の有無を判定できるのである。

すなわち共同相続を合有とみると、A、B、C、Dの四人の相続人がいてAがB・C・Dを被告としてある財産につき遺産確認訴訟を提起したときに、一個の所有権を数人が合有するとみた場合（最判昭和四六年からは合有についてもこうみるべきである。）も、究極的な遺産分割のためには本来はAとB・C・D間で確認されればよいのではなくて、AとB、AとC、AとD、BとD、BとC、CとD間も確認されなければ充分ではない。しかし現在のところ直接AがBとC、CとD、BとDの間をも一挙に解決する訴訟構造はない。またこれらの者相互間の紛争を作り出すこともできないのであり、たかだか独立当事者参加（民事訴訟法第七一条）を類推するよりほかはない。またこの訴訟はB・C・Dの共同相続ではなく、A・B・C・D相互による共同相続なのである。そのため固有必要的共同訴訟の民事訴訟法第六二条は準用されるにとどまる。共同相続を共有とみたときは、たとえばAがBしか被告とせず、AはBとの間である財産がA・B・C・Dの共有にあるということを確認することは訴の利益があると考えられる。当事者間でこの点が解決すれば他の者との間の解決をまたなくても解決できる状態にある場合には、共同して有する一個の所有権（共有権）があることをAがBとの間で確定することは、丁度AがBとの間で第三者たるC、Dの共有権を確認することが許されるようにこれも許されると考えられる。しかし、合有であるときには実体権たる所有権が複数の相続人に共同でしか行使できないという強い結合力（利益共同、これに対して総有は目的共同があり、さらに強く結合する。）をもっているため、AはBのみを相手に遺産確認の訴を提起できないことになる。

問題は共有において当事者適格は共同でしか行使できないものとして共有者に分属しているか否かであるが、共有権による当事者適格を一個の所有権の分属状態の強弱できめ、合有的帰属では結合状態が強固であるところから単独の行使は許されないが、共有的帰属の場合は結合状態が弱いので単独で共有権の行使が認められるところから、共有の場合は当事者適格は各人が単独に有すると解する。

ちなみに共有者相互間での給付訴訟は、所有権としては一個であって共有権は所有権そのものではないので、これは認められないようにみえるが、しかし一個の所有権の分属状態の強弱できめるのであるから、共有であるときは各自が単独に共有権（持分権ではない。）を行使できるので給付訴訟も可能である。

これの具体的処理が民法二五二条、二五三条、二五九条に現われているとみることができる。共有では明渡請求（たとえば相続人の一人がある遺産たる家屋から立退かない場合）や金銭支払請求（相続後の立替え管理費債権の回収の場合（当然原告の負担分に応じる負担額は請求できないと解する）はなお単独で給付訴訟も可能であると解する。共有とするときは相続開始前の管理費は第三者（対外的）との間の処理同様に一人で全額回収できる（不可分債権）。これを分属状態が合有であるとみたときは対内関係も全員共同でなければならないとするのが理論的である（ドイツ法二〇三八条II、七四三条、七四八条参照）。

共有権を一個の所有権の法主体への帰属状態レベルでとらえると、これは共有関係という一個の所有権の法主体へのかかわり方ということができる。またこれは生成中の権利ではなくて実体権の帰属の問題であり、実体権そのものの問題といえる。そうして実体権と法主体のかかわり方如何によって（たとえば単独、総有、合有、共有）訴訟における当事者としてのかかわり方がきまるのである。そうであるのに従来は実体権が共同的に帰属しているということから、直ちに共有でも合有でも共同的行使しか許されないとしたり、逆に権利の性質でのみ決めたりしていたことになる。従来の判例もこの点で妥当でない。共有であれば個別訴訟が許されるのである。

七、訴訟法説は、実体法によって当事者適格をきめずに紛争の実効性、当事者間の相対的関係、利害関係人たる第三者への影響の程度、訴訟手続の進行状況、訴訟状態の帰すうなど（小島「共同所有と訴訟共同の要否」新演習民事訴訟法講座2六八六頁以下、六九〇頁）を基準として固有必要的共同訴訟か否かを決するとする（訴訟法説の登場は、共同相続が共有か合有かを一律に決しえない事情を物語っている）。

ただ訴訟法説は説く者により内容と要件に相違があり確定的ではない。この見解は、実体法によってのみ決定することが妥当でないとして登場したのであるが、立論の根拠を「裁判上の権利行使は実体法上の権利行使の原則がそのまま妥当するとはいえず」（高橋・前掲）とするのみでは充分な論拠とはいえず、訴訟法説は結局利益衡量に帰することになるが、利益衡量は副次的な調整原理であることと、ややもすれば場当りになりがちであって安定性がない。折衷説もこの訴訟法説を採り入れるのであるからこの批判が妥当する。

八、固有必要的共同訴訟か否かを実体権とその帰属状態によって判断するとしても、常に具体的事件においてそれぞれの事案毎のファクターを検討する必要がある。そこで本件について実質的な検討をすると、全員でなければ行えない遺産分割を前提としていること、同じ当事者間の四件の訴訟のうちの一件であり本件が落着してもスムーズな遺産分割協議ができるとは例外を別とすれば認められないので結局遺産分割の審判の必要があると考えられるが、遺産分割審判では既判力を得られないこと（なお、それを判決手続では行えない。最判昭和六二年九月四日判例

時報一二五一号一〇一頁）、また本件訴訟は不適法として却下されたわけだが、折角上告審まできた本件訴訟が不適法となることによる当事者及関係者の不利益を考えれば、本件を共有持分確認訴訟と評価替えしてやれば救済できたのではないかとも考えられるが、本件は持分権による別件訴訟が提起されて本件と併合され、そちらではY（母）の所有であるとして棄却されていること、また持分権確認訴訟によったときは、判決主文に相続による遺産という点は現われず、この点に既判力を得られないこと、訴訟当事者たる者以外の長女、次女、三女、長男、養女（三女の子）はいずれもYと同じ姿勢であったので被告に加えても不合理とはいえないこと、またこれらの者の所在が判明しないわけでもないこと、一般の共有物分割訴訟も固有必要的共同訴訟とされており（大判明四一年九月二五日民録一四輯九三頁、学説として菊井＝村松・全訂民事訴訟法Ⅰ三三三頁）、制度として、遺産確認訴訟はこれと遺産分割審判とで共有物分割訴訟と同じ効果を発揮しているが、この遺産分割審判でも固有必要的共有訴訟に類似した方法（脱落当事者は家事審判法一二条で利害関係人として参加させているのが実務での取り扱いである。）で解決していること、また遺産分割は前述のように分割協議でも法的手続によるときでも相続人全員が必要なこと等から本件判旨に賛成する。すなわち共同相続を純粋な合有と解せないまでも分割前の相続財産という独得な合有とみるので、その点からして本件は固有必要的共有訴訟となるが、それ以外にも具体的な右にみた諸々の事情を実質的に検討して、これらからしても固有必要的共同訴訟としてよいと解する。従来の判例の流れのように分割前の共同相続財産を共有とみるときは、すでにみたように法主体への帰属状態から、共有では個別訴訟を許すことになるのに、それでもなお本件訴訟を固有必要的とするのは、右にみた実質的な根拠に基づくことになろうが、それでは訴訟法説と区別がなくなろう。この点が共有説に課せられた問題である。たしかに共有か合有か一律に割り切れない点はあるものの、訴訟法説を採りえないので、これを共同相続独得の合有として、右の点をその実質的根拠とみるのが妥当である。判旨の結論部分に賛成する所以である。

（平成元年一〇月三一日稿）

宗田　親彦