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

Title	共同所有と共同訴訟について
Sub Title	Das Miteigentum und die Streitgenossenschaft
Author	河村, 好彦(Kawamura, Yoshihiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1996
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.69, No.8 (1996. 8) ,p.61- 89
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19960828-0061

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.

共同所有と共同訴訟について

河村好彦

一　問題の所在
二　判例の傾向
三　学説の動向
四　検討

一　問題の所在

わが民事訴訟法は、複数の利害関係人が当事者となって、当初からひとつの訴訟手続きに関与する場合として、第五九条以下において、共同訴訟に関する手続きを定めている。

この共同訴訟には、必要的共同訴訟、および通常共同訴訟がある。前者は、一般に、訴訟の目的である権利または法律関係についての判決の内容が、各共同訴訟人について法律上別々になってはならない場合に認められるとされる（第六二条）。後者は、合一確定が法律上強制されない結果として、判決が各当事者によって異なる内容となる可能性を

有する場合に認められる訴訟形態であるとされるのが一般である。また、必要的共同訴訟のなかにも、以下の二つの種類のものがあるとされる。第一は、固有必要的共同訴訟である。これは、紛争に関する利害関係人のすべてが共同して訴えを提起しなければ当事者適格を与えられないため、利害関係人が共同して原告または被告となることが本案判決を受けるために必要とされる訴訟形態である。第二は、類似必要的共同訴訟である。これは、各利害関係人が単独で訴えたり訴えられたりすることもできるが、複数の者が訴えまたは訴えられ、同一訴訟手続きで審理され、判決が下される場合には、その内容が合一的に確定される必要があるとされる場合である。(1)

ある紛争が、通常共同訴訟手続きによって解決されるべきであるか、必要的共同訴訟、特に固有必要的共同訴訟手続きによって解決されるべきであるかということについては、第五九条および第六二条が問題となる。第五九条は、ある事件が通常共同訴訟の手続きによって審理されるべき場合の一般的要件として、「訴訟ノ目的タル権利又ハ義務カ数人ニ付共通ナルトキ又ハ同一ノ事実上及法律上ノ原因ニ基クトキ」および、「訴訟ノ目的タル権利又ハ義務カ同種ニシテ事実上及法律上同種ノ原因ニ基クトキ」を挙げる。他方、第六二条は、事件が必要的共同訴訟とされる場合の要件として、「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」を挙げている。しかし、これらが具体的にどのような場合を指すのかということについては、この規定のみからは必ずしも明らかであるとはいえない。

このことは、複数の者が、あるひとつの物を所有しているときに、これについて紛争が生じる場合に、とりわけ問題となる。具体的には、第一に、共有者が原告となって、その物の所有権の確認を求める場合、これらの者が、第三者に対してその物の引渡しを求める場合、その物が不動産である場合には、これらの者が、第三者に対してその移転登記または不正登記の抹消登記を求める場合が考えられる。第二に、共有者が被告となって、これらの訴えを受ける場合がある。第三に、共有者間において、訴訟が遂行される場合がある。これらの各場合を通常共同訴訟ととして取り扱うべきか、固有必要的共同訴訟として取り扱うべきかということについては、さまざまに見解が錯綜している。(2)

この問題を解決するにあたっては、もちろん共同所有という権利形態の具体的な性質や、紛争の特質などを考慮する必要が生じる。しかし、さらにさかのぼって考えると、この問題の背後には、わが民事訴訟法において共同訴訟手続きをどのようなかたちで認めていくべきであるかという、共同訴訟制度の運営に関する基本的姿勢に関する見解の対立が潜んでいるものと思われる。

すなわち、紛争は利害関係人の間において一挙に解決されるべきであり、かつ統一的に解決されるべきであるということ、また、裁判所および一般国民の利益を考えても、審理の重複はできるだけ避けられるべきであることという点を重視するならば、固有必要的共同訴訟の範囲は広く認められるべきことになる。他面、このように考えた場合には、訴訟上の各当事者は、他の当事者の行為に影響を受けることになるし、また、当事者となるべき者が一人でも欠けるときには、訴えが不適法とされてしまう危険が生じる。これに対し、各当事者が、原則として他の当事者の行為の影響を受けずに、自由に訴訟追行をなすことができるということを重視するときには、固有必要的共同訴訟とすべき範囲はこれに応じて狭くなり、共同して訴えが提起された場合にも、これは通常共同訴訟として扱われるべきであるとされる場合が多くなる。この見解によれば、その反面として、紛争の統一的・一挙抜本的解決がはかれないおそれが生じる。これらのうちの、どちらの要素をより重視するかという考慮が、固有必要的共同訴訟として、判決による合一的な確定を要するとする紛争をどの範囲において、どの程度認めていくべきであるかということと密接に関連するのである。(3)

以上のような観点から、本稿は、この共同訴訟における基本的問題を解決する手がかりのひとつとして、共同所有に関する訴訟形態のあるべき姿について検討を加える。本稿においては、共同所有に関して最も問題となる場合の多い、共同所有を主張する者が原告となって、第三者に対して訴訟を遂行する場合をとりあげることとする。また、共同所有形態の実体法における伝統的な分類によれば、広義の共有には総有、合有および狭義の共有があるとされるが、(4)

本稿では基本的には狭義の共有を中心としてとり扱う。

以下においては、まず、判例の傾向を概観し、次に学説の動向をみたうえで、この問題についての検討を行なうこととしたい。

(1) たとえば、中野貞一郎ほか『民事訴訟法講義』五七五頁以下〔井上治典〕(有斐閣、第三版、平七)、新堂幸司『民事訴訟法』四七〇頁以下(弘文堂、第二版補正版、平二)、三ヶ月章『民事訴訟法』二五五頁以下(弘文堂、第三版、平四)など参照。

(2) 高橋宏志「必要的共同訴訟論の試み(三・完)」法学協会雑誌九二巻一〇号一二八二頁は、「共有関係の訴訟において、学説・判例の紛糾はその極に達すると言ってよい。」とする。

(3) この点を特に強調されるのは、たとえば小島武司「共同所有と訴訟共同の要否」小山昇ほか編『演習民事訴訟法(新演習法律学講座一二)』六八六頁以下(青林書院、昭六二)など。

(4) たとえば、我妻栄(有泉亨補訂)『物権法(民法講義二)』二〇九頁以下(岩波書店、新訂版、昭五八)参照。

二　判例の傾向

狭義の共有について、共同所有関係の存在を主張する者が原告となって、第三者に対して訴えを提起する場合についての訴訟形態は、固有必要的共同訴訟か、それとも通常共同訴訟か。この問題に関する主要な判例としては、以下のようなものがある。(5) 各訴訟形態ごとについて論じることとする。

一　共有物の所有権確認請求

判例は、一般に、共同所有関係に関する紛争を、共有者全員が共同して有する不可分かつ一個の所有権である、共有権ないしは共有関係に関するものと、そのひとつの所有権が分量的に分割されたもののうちの一部である、持分権

に関するものとの二つに分ける。そして、これを前提として、共有者が共有権そのものを根拠とする場合と、持分権を根拠とする場合を区別して扱うのである。

まず、共同所有関係の存在を主張する複数の者が、共同して、ひとつの物の所有権としての共有権の確認を求める訴えを提起する場合を考える。判例は、その訴訟は、共有者全員がはじめから原告となる固有必要的共同訴訟の形態をとらなければならないとする。すなわち、大判大正五年六月一三日[6]は、共有者のうちの一部の者が、第三者に対して立木の所有権の確認を求めたのに対し、「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ヲ要シ各共有者ハ単独ニ之ヲ為スコトヲ得ザルモノトス。」として訴えを却下した。

これに対し、共有者が持分権を主張する場合に関しては、大判大正一三年五月一九日[7]がある。この判決は、「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囲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関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」、「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」として、従来の判例を整理したうえで、共有者の各人による持分権の確認について、個別的な訴え提起を肯定する。

共有者が共有物についての所有権の確認を求める場合、全体としての共有権の確認を求めるときは固有必要的共同訴訟として共有者全員が原告とならなければならないのに対し、持分権の確認を求めるときは共有者が各自単独で確認を求めることができるとする判例理論は、最高裁においても承認された。まず、共有権そのものの確認については、最判昭和四六年一〇月七日[8]が、「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必要的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、民集三巻二一一頁参照）。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っているのであって、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。」とした。

また、持分権の確認については、最判昭和四〇年五月二〇日[9]が、「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。」としている。

二　共有物についての登記手続請求

登記手続きを求める場合としては、共有者が抹消登記手続きを求める場合と、移転登記手続きを求める場合がある。

まず、不正登記の抹消登記手続きを求める場合であるが、これについては、大判大正八年四月二日[10]は、「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」とした。判旨がここで述べている「自己ノ共有権」とは、持分権を示すものと考えられるため、この判決は、各共有者が自己の持分権にもとづいて各自単独で不正登記の抹消登記手続きを請求することを認めるものと解される。

そして、最判昭和三一年五月一〇日[11]もこの問題について同様の結論をとった。ただし、その理由づけとして、「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者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、従って、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」とし、抹消登記手続の請求を持分権にもとづいておこなうことが認められる理由として、抹消登記請求が保存行為にあたることを挙げている[12]。

これに対して、共有者が移転登記手続きを求める場合については、大判大正一一年七月一〇日[13]が反対の結論をとり、これは固有必要的共同訴訟によってなされるべきであるとする。すなわち、判決は、「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権利取得ノ登記手続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続ヲ目的トスル請求ハ他ニ特別ノ規定ナキ限リ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的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続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続ヲ請求スル権利ヲ有スルモノト謂フヲ得ス」として、移転登記請求が保存行為であることを否定し、共有者の各自が持分権にもとづいて単独で登記全部の引渡しを求めることはできないとするのである。

前述した最判昭和四六年一〇月七日[14]も、この大審院の立場をさらにおしすすめて、「一個の不動産を共有する数名の者全員が、共同原告となって、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」、「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ったとしても、その理は異ならない。」とした。これは、共有権にもとづく移転登記請求が固有必要的共同訴訟である旨を明確に述べるものである。

三　共有物の妨害排除請求および共有物の引渡しないし返還請求

まず、共有者が原告となって、第三者に対して妨害排除を求める場合に関しては、すでに大判大正七年四月一九日[15]が、共有者が単独で不法占有による妨害を排除し、その明渡しを請求することを認めていたが、その理由づけは必ずしも明らかではなかった。

その理由づけについては、大判大正一〇年七月一八日[16]が明らかにした。判旨は、「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」として、共有物の妨害排除もやはり民法二五二条但書きの保存行為として認められるとする。

他方、共有者が共有物の返還ないし引渡しを請求する場合についても、大判大正一〇年六月一三日[17]は、「(原告は)共有者ノ一人トシテ共有者全員ノ為(被告に対して)其引渡ヲ請求スルモノニシテ斯カル請求ハ民法第二五二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ベシ。」として、その根拠が保存行為にあたることを明らかにした。

これに対して、共有物の返還ないし引渡請求に関しては、単独請求を認めるについて、保存行為とは異なる根拠づけをなす判決も存在する。すなわち、大判大正一三年三月一八日[18]は、「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単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単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」しないとして、引

渡請求権が数人の債権者のある不可分債権に類似することから、これを類推することによって、各共有者は総共有者のために単独で引渡しを求めることができるとする。

これらの判例に対して、最判昭和四二年八月二五日[19]は、「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。」とし、不可分債権の規定の類推によって、単独での引渡しを肯定した。ただし、この最高裁の判決は、その訴訟物を契約終了にもとづく債権的請求権として構成している点で、共有関係にもとづく物権的請求権としての明渡請求権について直接的に論じたものではない。

また、民法上の共同所有形態には、狭義の共有のほかにも、入会権などに代表される総有、組合の財産関係などに代表される合有が講学上あるとされる。判例の多くは、総有および合有が全員が共同してのみ管理処分権を行使できる共同所有形態であるということを根拠に、これらに関する訴訟を固有必要的共同訴訟としている[20][21]。

以上の考察から、判例は、訴訟物を構成する権利または法律関係の実体法上の性質を重視することを基本としたうえで、固有必要的共同訴訟に該当する紛争の範囲を決定しているということができる。すなわち、原則として、実体法上の権利の管理処分権が数人に共同して帰属する場合には、訴訟は固有必要的共同訴訟となり、数人が共同して訴えなければ訴えは不適法となるとするのである。

ただし、判例も、実体法上の管理処分権の態様のみによって固有必要的共同訴訟の範囲を決定しているのではない。たとえば、持分権にもとづく請求については、各共有者について単独で訴えを提起する資格を認める。また、判例は、保存行為、あるいは不可分債権の規定の類推によっても、個別訴訟の提起の可能性を拡大しているということができる。

なお、共有関係にある原告が、当該紛争について、共有権にもとづいて当該主張を行なっているのか、持分権にもとづいて主張を行なっているのかが必ずしも明らかでない判例も少なからず存在していることも付言しておかなければならないであろう。(22)

(5) 判例の動向の分析については、五十部豊久「必要的共同訴訟と二つの紛争類型」民事訴訟雑誌第一二号一六五頁以下、林屋礼二「共有不動産に関する訴訟の当事者適格」中川善之助ほか監修『訴訟(不動産法大系第六巻)』六五頁以下(青林書院新社、昭四五)、小島武司「共有者の訴訟」小山昇ほか編『演習民事訴訟法下巻(演習法律学大系一一)』六四頁以下(青林書院新社、昭四八)、菊井ほか『民事訴訟法Ⅰ』三三三頁(日本評論社、第三版全訂版追補版、昭五九)、谷口安平ほか編『新・判例コンメンタール民事訴訟法第一巻』四〇二頁以下(福永有利・町村泰貴)(三省堂、平五)など参照。

(6) 民録二二輯一二〇〇頁。これと同様の見解に立脚する判決として、大判大正八年五月三一日民録二五輯九四六頁、大判大正一〇年七月一八日民録二七輯一三九二頁などがある。

(7) 民集三巻二一一頁。

(8) 民集二五巻七号八八五頁。

(9) 民集一九巻四号八五九頁。

(10) 民録二五輯六一三頁。

(11) 民集一〇巻五号四八七頁。

(12) その後の判決としては、最判昭和三三年七月二二日民集一二巻一二号一八〇五頁も、これと同じ立場に立っている。

(13) 民集一巻三八六頁。

(14) 前掲注(7)参照。

(15) 民録二四輯七三一頁。

(16) 民録二七輯一三九二頁。

(17) 民録二七輯一一五五頁。

(18) 民録二七輯五四七頁。

(19) 民集二一巻七号一七四〇頁。

(20) たとえば入会権について、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がある。ただし、最判昭和五七年七月一日民集三六巻六号八九一頁は、入会権者の有する使用収益権能が単独で行使できることから、各自が単独で使用収益権の確認または妨害排除請求ができるとする。

(21) 合有については、組合員の一人による、自己の持分権にもとづく所有権取得登記の全部の抹消請求を、保存行為に該当することを理由として認めたものとして、最判昭和三三年七月二二日民集一二巻一二号一八〇五頁がある。

(22) 福永有利「共同所有関係と必要的共同訴訟－原告側の場合－」民事訴訟雑誌二一号二二頁。

三　学説の動向

一　総説

以上のような判例の傾向に対して、共同所有関係と固有必要的共同訴訟の関係について、学説は、解決についての基本的な姿勢をめぐって、大別すると以下の三つの方向に分かれているといえる。[23] 第一は、権利または法律関係の実体法上の性質を重視し、ある紛争がどのような共同訴訟形態をとるべきかということは、これらの実体法上の性質によって大きく影響されるとする立場である。これは、判例の傾向とその考え方をおおむね同じくするものということができる。これに対して、第二のものは、ある紛争が、固有必要的共同訴訟として審理されるべきかどうかは、紛争の統一的な解決、裁判所および当事者の利益状況などの訴訟法上の考量を通して定められるべきであると主張する。第三の立場は、両者の中間に位置するものであり、権利の実体法上の性質と、訴訟法上の考慮の二つの要素をともに考慮していくべきであると主張する。

また、これに関連して、第一の見解は、固有必要的共同訴訟の成立範囲を比較的狭く解して、各共有者による単独の訴訟追行の可能性を広く認めていく方向を指向するのに対して、第二の見解は、これとは反対に、固有必要的共同

訴訟が成立する範囲を比較的広範囲に認めていこうとする。以下においては、これらの見解のそれぞれについて検討を加える。

二　権利の実体法上の性質を重視する見解

第一に、権利の実体法上の性質を重視して、固有必要的共同訴訟の範囲を決定しようとする見解が主張される。この見解が、現在でもなお、通説的見解であると一応いうことができるであろうか。

この見解は、まず、当事者適格についての一般論として、その者が管理処分権を有するか否かを基準として考えることを前提とする。たとえば、訴訟担当に関してではあるが、「実体法的にある権利財産の帰属主体であっても、これに対して管理処分権能を有しない状態におかれている者には、これを処分するのと同様な結果をもたらすかも知れないこれに関する訴訟を追行する資格としての当事者適格を認めるわけにはいかず、かかる場合むしろそれに代わって管理処分権能を有する者が、当事者として訴訟を担当すべきことになる。」とする。(24)

そして、この前提にもとづいて、固有必要的共同訴訟とされるべき紛争とは、その内容をなす権利または法律関係についての管理処分権が複数の者に共同的に帰属する場合であるとする。すなわち、たとえば、「ある財産権又はこれについての管理処分権能が、数人に合有的に帰属している場合は、その権利の処分や行使も数人共同してしなければならないから、訴訟上その権利関係について判決するには、その数人を共同訴訟人としてしない限り無意義となる。例えば、組合財産に属する権利については組合員全員が、分割前の相続財産に属する権利については、共同相続人全員が当事者とならなければならない。(25)」とするのである。そこで狭義の共有において、共有者が原告となって訴訟を追行する場合を固有必要的共同訴訟とすべきか否かを決定するについては、この見解によれば、その実体法上の性質が問題となる。ただし、この見解も、判例同様、管理処分権の各人への帰属の態様という点のみから固有必要的共同訴

訟となるかどうかについて結論を下しているわけではない。以下において、これを訴訟類型ごとに検討することとする。

まず、確認訴訟について。これについて、この見解は、共有の法的性質を、全体としての一個の所有権が、各共有者に量的に分割されて数人に属するものと解し、共有者全員が共同して有する不可分かつ一個の所有権である共有権という権利を認め、他方で、共有権とは別に、その分割された一部としての持分権という概念を肯定する。[26] そしてこれらを前提として、共有者が共有権そのものを根拠とする場合と、持分権を根拠とする場合を区別して取り扱う。すなわち、共有権は共有者が共同することによって、はじめてこれを行使することができる権利である。したがって、共有者が共有権そのものを根拠として所有権（共有権）確認訴訟を追行する場合には、これは固有必要的共同訴訟となるとするのが一般である。これに対し、持分権については、実体法は各共有者がこれを自由に単独で行使することを認めていると解される。したがって、持分権を根拠とする、共有者の自己の持分についての確認訴訟は、通常共同訴訟であり、原則として各人による個別の訴訟追行が認められることになる。[27]

これに対して、前提としてのこのような実体権の把握に反対して、持分権の他に、全体としての所有権としての共有権という概念を観念する必要はないとする、有力な主張がある。すなわち、この見解は、「単なる民法上の共有は、同一物に対する数人の所有権が持分の形で共存しているだけで、処分権が共同に屬するものではなく（数人による共同賣却も、各自の持分を譲渡する結果、譲受人の單獨所有の結果となるに止まる）、共有物に對する權利といっても、共有者各自の共有權を確定するだけでよいから、共有者全員が當事者となる必要はない」[28]として、民法の共有制度が個人主義的に構成されていることを根拠として、各人の有している持分権のみを観念すれば必要かつ充分であるとする。ただし、この見解も、固有必要的共同訴訟の範囲を決定するにあたって、実体法上の権利の性質を重視している点では、前者の見解と同一の前提に立脚しているといえる。

他方、民法二五二条の保存行為に該当することを根拠として、各共有者が単独で、全体としての共有権の確認を行なうことを認める見解も、少数ではあるが主張されている。このうちの第一の見解は、共有者が単独で行なった行為が保存行為として認められる場合には、その既判力は他の共有者にも及ばなければならないことを前提として、他の共有者を保護するために、保存行為となるかどうかは訴訟の結果によって判断すべきであるとする。このことから、共有権確認訴訟において、原告である共有者が勝訴した場合には、その者の訴え提起行為は保存行為となり、他の共有者にも既判力が及ぶとする反面、敗訴判決の既判力は、他の共有者に及ばないとする。[29] これに対して第二の見解は、訴訟の結果によって、同じ訴えの提起行為が保存行為になったりならなかったりするのは不当であるとして第一の見解を批判し、共有権の確認を求める訴えの提起行為は保存行為に該当するとして、共有者の単独請求を認めるが、その反面、他の共有者の利益などを考慮して、その訴訟の既判力は他の共有者に及ばないとする。[30]

次に、登記手続請求であるが、このうちの、自己の持分権にもとづく、持分権についての移転登記請求訴訟は、各人が単独で提起できる。これに対し、共有権そのものを根拠とする所有権移転登記請求訴訟は、共有者全員による固有必要的共同訴訟となるとするのが通説的見解である。[31] ただし、これに対しては、後述するように共有者がその占有を第三者によって奪われた場合には、各共有者が単独で共有物全部の返還を求めることが一般的に認められていることとの均衡からいって、これと同様の性質を有している、第三者の所有名義となっている不動産についての、全員の共有名義への移転登記請求もまた、各共有者が単独でこれをなしうると解すべきであるとする見解[32]や、不可分債権の規定の類推により単独で移転登記を求めうるとする見解[33]なども主張されている。

他方、不正登記の抹消登記請求については、各共有者には自己の共有持分に対応する割合についての不法登記の抹消請求しか認められないとする見解[34]も主張されるものの、通説的見解は、判例の結論と同様に、各共有者に対して、単独で共有目的物の全部についての抹消登記を請求することを肯定する。その根拠については、共有権確認について

述べたのと同様の理由から、判例と同様にこれが保存行為に該当するとする見解のほか、まず、不可分債権の規定の類推によるべきであるとするものがある。この見解は、たとえば、「各共有者それぞれ抹消登記請求権を持ち、そして、抹消登記をすることは性質上不可分と見られるから――不可分債権の規定の類推により、単独で訴を提起しうるものと解する[35]」とする。また、「自己の共有物につき他人の不正登記があったのでは、共有者の持分権の円満な行使が妨げられることは明らか」であるとして、持分権が他の持分権によって制約は受けるものの、その性質が所有権自体と同じものであり、共有物全体に及ぶため、保存行為、不可分債権などの理論を借りるまでもなく、持分権にもとづく抹消登記請求が実体法上可能であることを挙げる見解も主張されている[36]。

さらに、共有物の妨害排除請求、引渡しないし返還請求に関して。これらは目的物のすべてに関わるものであるため、各共有者が、自己の共有権にもとづいてこれらを請求できるかが問題となる。これを否定する見解もあるが、学説の多くはこれを認める。ただし、前述したのと同様の理由から、保存行為であることを理由とすることについては学説は一般に批判的である。すなわち、妨害排除請求については、「けだし、持分権は共有物の全部に及ぶものであり、その円満な状態を回復するためには、物の全部の上の妨害の全部を除去すべきだからである[37]」、あるいは、「持分権は、共有物全体に及ぶ所有権だからである[38]。」として、持分権の法的性質それ自体にもとづく妨害排除請求を認める見解が主張される。また、引渡しないし返還請求についても、持分権の性質自体を根拠とするもののほか[39]、不可分債権の規定の類推を主張して、たとえば、「持分権は、それぞれ一個独立の所有権であるから、その客体たる共有物が侵害された場合には、共有者各自が妨害排除を請求しうること疑いがない。そして、この理は、請求の内容が、妨害排除であろうと、返還請求であろうと異なるところはないはずである。ただ、特に返還の場合ついては、目的物が一個不可分であるから、共有者各自の有する返還請求権の行使について、一人だけでやれるか、それとも全員の共同を要するかということが問題となるのであって、まさにこの問題に答えるのが、不可分債権の規定を類推しようとする

考え方であり、正当であろう。」とする見解が多い。(40)

三　訴訟法上の要請を重視する見解

これに対しては、より訴訟法上の要請を重視すべきであるとする見解が主張される。

まず、共有に関する紛争は、総有、合有、狭義の共有を問わず、すべて固有必要的共同訴訟となると解すべきであるとし、訴えの提起に消極的な者がいる場合の不都合については、わが民事訴訟法において、訴えの共同提起を強制する手段がないことなどを理由として、その場合には、例外的に判決による紛争の解決を望む者のみによる訴えの提起を認める見解がある。(41)この見解は、各共有者に対して単独での訴訟追行しか認めないとすると、共有者と相手方との間の実質的に一個の紛争が数個の訴訟に分断されてしまう結果、被告は実質的に同じ紛争について数度の応訴を強いられることになり、不利益を受けるばかりか、裁判所の側からみても、このような裁判制度の利用の仕方は訴訟経済に反し、かつ紛争が統一的に解決されないおそれが生じるとする。そして、判例が、各共有者の単独での訴え提起を認めている場合とは、わが民事訴訟法が、訴えの共同提起を強制する訴訟上の手段を設けていないことによる、原告の権利の救済をはかるためのやむをえない例外であって、判例も原則としては、共有者の第三者に対する訴えを固有必要的共同訴訟としてとらえているとする。(42)

また、訴訟法上の考慮をさらに前面に押し進めて、「固有必要的共同訴訟の範囲は実体法理論によってではなく訴訟上の政策的考慮によって決定されなければならない。」とし、「実体法上の法律関係の性格が共同訴訟の必要性を決めるのではなくして、訴訟上の考慮が実体権や具体的紛争状態を素材として独自に共同訴訟の要否を決定すべきである」として、固有必要的共同訴訟とすべきか否かは、むしろ紛争解決の実効性、訴訟経済、不合理な判決の回避、相手方当事者や他の共有者の利害特質などによって決定されるべきであるとする見解が主張される。(43)この見解は、原告

の実質的目的を達成するためには、固有必要的共同訴訟を広く認めることによって、実質的な紛争と利害関係を有しているすべての者を当事者とするのが望ましいこと、このように解することによって、被告としても再度の応訴の煩をまぬがれることができること、多面的な主張や証拠が提出され、共通に審理が行なわれる結果として、適正かつ統一的な紛争解決が可能となり、国民の裁判所に対する信頼が確保されるうえ、裁判所としても、その審理の負担が軽減されることなどをその根拠として挙げる。前述したような、共同所有関係をめぐる紛争を固有必要的共同訴訟と解することによって生じる不都合については、この見解は、可能な限り、第四六条や任意的訴訟担当制度、あるいは選定当事者制度を緩やかに解することによって対処するとともに、共同所有者の範囲が不明な場合は、知り得る範囲内で訴訟を追行すればよいとする。また、上告審において脱漏が明らかになった場合には、その者との間の紛争は別訴で行なうこととし、部分的な解決で甘んじるか、差し戻して抜本的な解決をはかるかを上告審が裁量によって決定できるとする。さらに、一部の共有者が訴えの提起を拒んだ場合は、共同提訴を拒む者を被告側に加えれば、実質的な目的は達成されるとするのである。(44)

四　実体法および訴訟法上の要請をともに考慮すべきであるとする見解

これに対して、固有必要的共同訴訟の成立範囲は、実体法的観点と訴訟法的観点とを比較考量して決するべきであるとする見解も主張される。この見解は、「多数の者が関係する紛争は、これを一挙一律に解決することは望ましいことにちがいないが、各人がその訴訟物たる権利利益を単独で処分できる場合にまで、一律解決を訴訟上強制することは実体法のたてまえに反する。」として、実体法の側面からの考察を必要とする。しかし、それにとどまらず、「しかしこのような紛争でも関係者のなかに当事者にすることが容易でない者がいる場合には、その他の関係人または相手方な訴訟をすることを妨げる結果になり、これらの者の本案判決を受ける権利（訴権）を事実上否定することになりか

ねない」とし、また、「逆に関係人の一部の者による訴訟追行を許すならば、これらの者の本案判決を受ける権利の保護にはなろうが、一部の者が敗訴した折には、他の共通の関係人の利益を実質的に害するおそれが考えられるし、一部の者による訴えの提起の場合には、相手方がこの一部の原告に勝手もなお他の関係人から再訴される煩わしさを忍ばねばならなくなる。」として、これに訴訟法上の要請もあわせて考慮しようとするのである。(45)

このような前提にもとづいて、まず、共有者が共同所有関係そのものの確認を求める場合は、画一的処理の必要性が特に高いことから、これを固有必要的共同訴訟とする。また、移転登記請求についても、共有者が、自分一人に対して移転登記を求めることについては、他の共同所有者の承諾を要すると解すべきであるとして、共有者の全員が共同して訴訟を追行することを要するとする。

ただし、この見解は、固有必要的共同訴訟とされる場合に、原告となることを拒む者がいる場合には、その者の利害が、相手方の利害と共通するということを根拠として、他の共有者は、この者を被告に加えて訴えることができるとする。また、各共有者は単独で、全員のために目的物についての妨害排除を請求すること、および、目的物の自分一人への引渡しを請求することを保存行為に該当するとして肯定する。ただし、その反面、このように単独での訴え提起が認められる場合であっても、その具体的紛争が、全員を当事者とすることについて、さほど困難が予想されないものであり、かつ、当事者とされていない者との間で、共通の紛争がさらに生じる可能性がかなり高い場合には、紛争解決の実効性を確保するために、全員を当事者としなければならないとするのである。(46)

また、当事者適格の有無の判断が最終的には訴訟政策的判断であり、かつ、その判断が、関係人相互の関係や、共同追行を要求をした場合の利害特質などの利益衡量によって影響を受けることは認めながらも、実体法的観点を原則とし、これに訴訟法的観点からの修正を加えて判断すべきであると主張する見解がある。(47)この見解は、「当事者適格の一般理論としては、原告が、その訴訟によって、いかなる実体的な利益を保護ないしは獲得しようとしているかを考

え、その利益が原告に独立の訴訟を認めてでも保護すべき程度の重要なものであるか否かを基準として、正当な当事者か否かを判断すべき」であるとして、「実体法上重要な利益を有する者は単独で訴訟を追行しうるのが原則であり、本来単独訴訟ができるはずなのに、それにもかかわらず、他の者との共同訴訟を要求されるには、そのような要求をされても止むをえないというような事情が共同訴訟人間にあり、しかも合一確定の必要性がなければならない。」とする[48]。この見解は、共有権自体の確認については、これを求める必要性が実際に存在するかどうかについて疑いを抱いたうえで、もしその必要性があるとすれば、これを固有必要的共同訴訟とする[49]。共有物の所有権移転登記手続請求については、前述したように共有権の存在に懐疑的であることに加え、「各共有者は自己の持分権の登記請求が認められれば十分」であるとして、このような請求を認めない[50]。ただし、この見解は、共有関係自体の確認請求、妨害排除請求、および、返還請求などの、各共有者が独立に訴えを提起できるとする場合においても、全共有者が訴えを提起した場合には、これを固有必要的共同訴訟としてとらえる[51]。

なお、以上のような見解に対して、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のわくぐみを流動的にとらえようとする見解も主張されている[52]。すなわち、この見解は、訴訟を共同して行なわなければならないかということと、合一確定の必要性とを分けて考える。そして、訴訟共同については、原告の意思に完全にまかされるものと、完全な訴訟共同が要求されて一人の漏れも認めないものを両極端のものとしてとらえ、他方、合一確定の必要については、各共同訴訟人が完全に独立のものと、完全な合一確定が要求されるものを両極端とし、その間を連続するものととらえて、その中間形態を認める。これを前提として、具体的事件の類型と個性に応じて合一確定の必要と訴訟共同の必要とのそれぞれについて、最も適切な組み合わせを選びとるべきであるとするのである[53]。

(23) 学説については、たとえば、高橋・前掲注(2)一二七八頁以下、塩崎勤「共有物の保存・管理をめぐる諸問題」牧山ほか編『民事判例実務研究第一巻』一〇一頁(判例タイムズ社、昭五五)、菊井ほか・前掲注(5)三三七頁、徳田和幸「通常共同

訴訟と必要的共同訴訟―その境界と流動化」新堂ほか編『講座民事訴訟第三巻』二二七頁（弘文堂、昭五九）、兼子ほか『条解民事訴訟法』一六一頁〔新堂幸司〕（弘文堂、昭六一）、上田ほか編『注釈民事訴訟法第二巻』八二頁〔徳田和幸〕（有斐閣、平四）など参照。なお、共有者を被告とする場合に関してであるが、石川明「判批」ジュリスト臨時増刊四三三号一一八頁。

(24) 兼子一『実体法と訴訟法』（有斐閣、昭三二）九六頁。

(25) 兼子一『新修民事訴訟法体系』（酒井書店、増訂版、昭四〇）三八四頁。また、小山昇『民事訴訟法』（青林書院、五訂版、平元）四八五頁、斎藤秀夫『民事訴訟法概論』（有斐閣、新版、昭五七）四四八頁なども同旨。なお、この見解に対して影響を与えた、ドイツにおける学説として、Hellwig, System, des Deutschen Zivilprozeßrechts Teil I, S. 331, 332.

(26) この見解を代表するものとして、舟橋諄一『物権法』三七二頁以下（有斐閣、昭三五）、我妻・前掲注(4)三二七・三二八頁など。

(27) たとえば、我妻・前掲注(4)三二九頁、舟橋・前掲注(26)三八六頁、菊井ほか・前掲注(5)三三七頁など。

(28) 兼子・前掲注(25)三八四頁、なお、同「共有関係の訴訟」『民事法研究第二巻』（酒井書店、昭五二）一五一頁以下。同旨、岩村弘雄「共有関係訴訟と当事者適格」本井巽ほか編『民事実務ノート第二巻』八一頁（判例タイムズ社、昭四三）、川島武宜編『注釈民法第七巻』〔川井健〕三一七頁（有斐閣、昭四三）、栗原良扶「判批」判例タイムズ二七八号五三頁。

(29) 加藤正治『民事訴訟法判例批評集第一巻』五三頁以下、結論同旨、松浦馨「環境権侵害差止仮処分訴訟における当事者適格と合一確定の必要性」山木戸克己教授還暦記念『実体法と手続法の交錯上巻』三〇七頁（有斐閣、昭四九）。

(30) 鳩山秀夫「所有権より生ずる物上請求権」『民法研究第二巻』一三二頁（昭五）。

(31) 我妻・前掲注(4)三二七・三二九頁、舟橋・前掲注(26)三八四頁。

(32) 川島武宜『所有権法の理論』一三九頁（有斐閣、昭二四）。

(33) 岩村・前掲注(28)九三頁。

(34) 栗原・前掲注(28)五五頁。

(35) 舟橋・前掲注(26)三八〇頁。同旨、我妻・前掲注(4)三二八頁など。なお、ドイツ民法一〇一一条が準用する四三二条一項は、各共有者は、相手方に対し、全員に返還し、もしくは全員のために目的物を供託すべきこと、供託に不適当な物については、裁判所の選任する管理人にこれを引き渡すべきことを請求することができるとする。

(36) 中村英郎「共有関係の訴訟をめぐる若干の問題」『民事訴訟理論の諸問題』五九頁（成文堂、昭五〇）。同旨、川井・前掲

注(28)三一三頁。

(37) 我妻・前掲注(4)三二七頁。

(38) 舟橋・前掲注(26)三八一頁。

(39) 川井・前掲注(28)三一三頁。

(40) 舟橋・前掲注(26)三八一頁。

(41) 五十部・前掲注(5)一九〇頁。

(42) 五十部・前掲注(5)一七九頁。

(43) 小島武司「共同所有をめぐる紛争とその集団的処理」ジュリスト五〇〇号判例展望三三〇頁。

(44) 小島・前掲注(43)三三〇頁。また、同「判批」民商法雑誌六六巻六号一一六頁以下参照。なお、訴えの提起を拒んだ者を被告側に加えるという取扱方法は、アメリカ連邦地方裁判所民事訴訟規則が認めるところであるとされている。この点については、高橋宏志「必要的共同訴訟論の試み(一)」法学協会雑誌九二巻五号五二三頁以下参照。

(45) 新堂・前掲注(1)四七一頁。

(46) 新堂・前掲注(1)四七三―四七五頁。

(47) 福永・前掲注(22)二頁以下。同「当事者適格理論の再構成」山木戸克己教授還暦記念『実体法と手続法の交錯上巻』六〇頁(有斐閣、昭四九)。

(48) 福永・前掲注(22)二頁。

(49) 福永・前掲注(22)五七頁。

(50) 福永・前掲注(22)五九頁。

(51) 福永・前掲注(22)五八頁。

(52) 高橋宏志「必要的共同訴訟について」民事訴訟雑誌二三号四二頁。なお、小島武司「共同所有と訴訟共同の要否」小山ほか編『演習民事訴訟法(新演習法律学講座一二)』六八六頁以下(青林書院、昭六二)もこれに近い。

(53) 高橋・前掲注(2)一三二五頁。

四　検討

一　固有必要的共同訴訟の成立範囲についての基本的姿勢

では、共同所有関係と固有必要的共同訴訟との関係は、どのようにとらえられるべきであろうか。この問題について結論を下すためには、学説の動向において検討したように、その基本姿勢として、権利または法律関係の実体法上の性質を重視すべきであると考えるのか、紛争の統一的な解決、裁判所および当事者の利益状況などの訴訟法上の要請を重視すべきであるのか、あるいは、これらの両者の要請をともに考慮していくべきであるとするのかを定めておかなければならない。

この点について、まず、訴訟法的考慮を重視しようとする見解は、総有・合有・狭義の共有という、権利の実体法上の法的性質をあまり考慮せず、むしろそれよりも紛争の統一的、一回的解決という観点をより重視したうえで、固有必要的共同訴訟の成立範囲を広く認めようとする。たしかに、ある紛争の解決を、固有必要的共同訴訟の手続きによって行なうべきか否かということは、最終的には訴訟法に関する問題であり、固有必要的共同訴訟の成立範囲および当事者適格の有無は、訴訟法規によって決定されるべき問題であるということができる。この点において、実体法上の管理処分権の有無およびその帰属の態様のみを基準として、固有必要的共同訴訟の成立範囲を決定するという立場は、必ずしも正しくないということができるであろう。しかし、他方において、当事者間において、紛争の対象となっており、当事者が裁判所に対してその判断を求めているのは、実体法上の権利または法律関係の存否であり、したがって訴訟において審判の対象とされるものは、あくまで実体法上の権利または法律関係である。そうであるとすれば、権利の実体法上の法的性質が異なっていれば、あるべき訴訟の審判形態も、それにともなって異なってくるはずであり、したがって、全員が共同して訴えるべきか否かという固有必要的共同訴訟の成立範囲も、基本的には権利

の実体法上の法的性質によって定められるべきであると考えられる。すなわち、その者が単独でその権利を主張することが実体法上認められている場合には、その者は、原則として単独で訴訟追行を行なうことが認められると解すべきである反面、実体法が、各人による単独の権利行使を認めず、それらの者が共同してはじめてその権利の行使を認めている場合については、原則として、固有必要的共同訴訟による訴訟追行が要求されると解すべきである。(54) 訴訟法的考慮を重視しようとする見解は、紛争の統一的、一回的解決を主張するが、単独でその権利を主張することが実体法上認められている者が、単独で訴訟を追行して判決を受けた場合には、その者については紛争は完全に解決しているといえる。また、各共有者に単独での訴訟追行を認めたとしても、共有者の一人について判決がなされた場合には、実際には共有者の他の者もその結果に従うことが多いと考えられる。また、個別訴訟を認めた結果として、共有者の一人が敗訴した後になって、他の共有者が訴えを提起したとしても、前の判決は後の事件の審理に対して事実上の影響を与えると考えられるため、通常は同様の判決がなされるものと考えられる。(55) 以上のような理由から、固有必要的共同訴訟の成立範囲を決定するについての基本的姿勢としては、実体法上の権利および法律関係の法的性質およびその帰属の態様を基本として考え、これに依拠して考えたのでは、訴訟法上の要請からみて、どうしても不都合が生じると考えられる場合に、これに対して修正を加えていくという態度が妥当であると考える。

以上の見解を前提として考えると、固有必要的共同訴訟の成立範囲を決定するにあたっては、狭義の共有の実体法上の法的性質について検討することが必要となる。

二　狭義の共有の実体法上の法的性質

狭義の共有の実体法上の性質については、とりわけ、狭義の共有において、共有権という概念を認めることができるかどうか、また、仮にこれを認めるとすると、共有権と持分権の関係をどのように解するかということが問題とな

る。狭義の共有における各共有者の法的地位については、各共有者間の団体的結合はきわめて微弱であり、各共同所有者の権利はきわめて個人的なものであって、各共有者は相互にまったく独立に目的物を支配できるが、ただ、対象となる目的物が同一であるために、各共有者はその権利行使に制約を受けているにすぎないとされるのが一般的な見解である。[56] しかし、民法の共有に関する規定を検討すると、わが民法が、狭義の共有をここまで徹底して個人主義的なものとして解しているかどうかということについては疑問が生じる。[57] すなわち、民法は第二五一条で、各共有者は他の共有者の同意がなければ共有物に変更を加えることができない旨を規定して、各共有者の自由な権利行使に対して制限を加えている。また、第二五二条は、共有物の管理については、各共有者の持分の価額の過半数によってこれを決すべきものとする。たとえば、共有目的物を、誰が、どのように、いつ使用するのか、どのように保管または管理するかということは、この規定によって具体的に決定されることになるため、やはりこの場合にも、この決定により、各共有者は自由な権利に対して制約を受けることになる。さらには、第二五四条は、共有者の一人は、他の共有者に対して有する共有物に関する債権を、その特定承継人に対しても行使することができるとしている。これは、共有関係の維持、存続を望む共有者の地位を保護するために、特定承継人をも拘束することを認めた規定であるといえる。これに加えて、第二五六条一項但書きが、共有物の分割禁止の特約を一定範囲において認めており、この特約はその特定承継人にも受け継がれると解されていることから考えると、民法は狭義の共有を必ずしも純粋な個人主義的性格の面のみからとらえてはいないものと思われる。むしろ、全体としての法の規定の趣旨から考えると、狭義の共有においては、各共有者の有している持分権の内容はあくまでその目的物の支配についての抽象的な割合にすぎず、目的物についての使用、管理などの具体的内容は、他の共有者との協議によってはじめて具体化されるものであると解すべきである。第二四九条が、各共有者の使用できる範囲を、自己の持分に応じたものと規定しているのは、このような意味において解されるべきである。[58]

以上のように考えると、持分権を根拠として各共有者がなしうることがらには、一定の限界があるものと考えられる。すなわち、持分権の割合に関する実体法上の移転登記請求権、持分権の割合に対応する部分についての実体法上の抹消登記請求権、および、各共有者間における協議がなされた場合、これによって、自己が保存ないし管理すべき目的物の範囲が具体化した持分権にもとづく、その部分についての侵害の排除を求める物権的請求権などの主張は、これを持分権を根拠として主張できることがらであると解してよい。しかしながら、共有者の各人が有している持分権の割合を超える、共有物全体に関することがらについては、共有者全員が全体として共同して有する所有権である共有権を根拠としなければならないと解すべきである。たとえば、物権的請求権は、物権が目的物に対する直接の支配権であることを根拠として認められるものであると考えられるが[59]、持分権についての支配権能は、目的物のすべてに及んでいるとは考えられるものの、それはあくまで潜在的なものにとどまっている。持分権についての実際の支配権能は、他の共有者の持分権によって制約されたものであり、それは各共有者間における共有物に関する保存、管理についての協議を通じて、目的物の一定範囲について具体化されるものである。そうであるとすれば、共有物全体に関する妨害排除請求権、共有物全体の返還請求権などの物権的請求権は、持分権にもとづく主張を超えるものであり、その主張を全共有者によってなすべきことが、実体法上要請されていると解すべきである[60]。

三　訴訟における共有権と持分権の主張

持分権のほかに、共有権という概念を実体法が認めており、共有権と持分権が実体法上その守備範囲を異にする場合があると考えられる以上、このような持分権と共有権の関係は訴訟においても基本的には承認されなければならないと考える[61]。これを前提として、個々の訴訟形態について言及することとする。

まず確認の訴えについてであるが、持分権の確認が単独で請求できる点については疑問がない。問題は、共有権の

確認を求める利益が存在するかどうか、仮に存在するとして、これを共有者全員でなさなければならないかということである。思うに、共有権の確認を求めるということは、各共有者が自己の持分権の確認を求めるだけではなく、これに加えて、当該目的物を、自己およびある特定の者が共有していることについての確認も求めるものである。[62] これは、各共有者が持分権の確認を求めた場合とは異なったものである。たとえば、A、Bが持分権の確認をそれぞれ求めた場合には、A、Bがたとえ勝訴したとしても、被告が、Aに対してはBの持分権、Bに対してはAの持分権を争うことは既判力によっては遮断されない。これでは、共有者の人的範囲の確定はできないこととなってしまい、後の法律関係の処理が錯綜するおそれが生じる。これに対して、A、Bが、共有権の確認を求めた場合には、被告がこれらを争う余地はなくなるのである。[63] ただし、この場合には、A、Bは共同して訴えを提起することが必要とされることになるため、これは固有必要的共同訴訟となると解すべきである。共有者の全員が共同で訴えを提起した場合については、共有者は必ず共有権にもとづく主張をなさなければならないとする見解も主張されるが、[64] 訴訟物の選択はあくまで当事者の権能とされるべきである以上、共有者はどちらを根拠とすることもできると解すべきである。

次に、登記手続請求であるが、持分権にもとづく、持分の割合についての不正登記の抹消登記手続請求、および持分権についての移転登記請求は、目的物についての持分権の支配が当然に及ぶところであるから、これらについて、各共有者が単独で訴えを提起することは認められてよい。問題は、共有権にもとづく登記手続請求であるが、共有権はあくまで全共有者が共同して行使すべきものである以上、これについて各共有者が単独で訴えを提起することは認められず、固有必要的共同訴訟となると解すべきである。共有者のうちに提訴を拒む者がいる場合にも、各共有者は、少なくとも自己の持分についての支配の確保はなすことができる以上、持分権による訴えを提起すべきである。

妨害排除請求、目的物の引渡しないし返還請求については、まず、これらを共有権にもとづいて行なうことができると解すべきであり、これは固有必要的共同訴訟となると解すべきである。問題は、持分権にもとづくこれらの訴え

であるが、たとえば、期間を区切って、その期間内は、共有者が目的物を全面的に使用することを共有者が協議によって合意した場合のように、第二五二条によって、共有物の全体についての管理権が当該共有者に与えられている場合には、これにもとづいて、その共有者による単独でのこれらの請求を認めてよい。また、共有物の一部についての全面的な使用が、共有者の一部の者に認められた場合などにおいては、その部分に関する妨害排除はその者によってのみ認められるべきものと解される。ともに、その範囲において、持分権は共有物の全体についての支配権として具体化していると考えられるからである。これに対して、これらの合意がない場合には、持分権は依然として潜在的なものにとどまっているのであるから、持分権にもとづくこれらの訴えを認めることはできないと解すべきである。妨害排除請求などについて、協議がない場合には、これを固有必要的共同訴訟と解することについては、提訴を拒む者が存在する場合に、訴えによりこれらを請求できないことになり不都合であるとの批判が予想されるが、まず、共同所有者間においては、共有目的物の保存、管理について、なんらかの協議がなされているのが通常であり、少なくとも妨害排除については、単独で認められる場合が多いものと思われる。また、各共有者は、共有目的物について持分権しか有していないのであるから、それにもかかわらず、単独での目的物のすべてについての返還ないし引渡請求を認めるもことは、各人の有している権利を超えるものであるというべきであろう。民法の規定からすれば、このような場合には、実体法は、むしろ共有物の分割を請求して、共有関係から離脱し、そのうえでこれらの請求を行なうか、または、相手方に対する、持分に応じた価額による代償請求を行なうことによる処理を期待していると解すべきである。

最後に、共有権と持分権の双方を認めた場合における、両者の関係が問題となる。(65) 前述したように、共有権は、各共有者の持分権に加えて、共有目的物をある特定の範囲に属する者が共有していることを内容とする権利である以上、持分権をその内容として含むと解すべきである。このことを前提として考えると、まず、共有権確認の訴えが提起さ

れた場合において、共有者の一部が当事者となっていないことが判明した場合には、持分権確認の判決をなすことが一部認容として認められるものと解すべきである。また、共有権にもとづく移転登記、抹消登記請求において、持分についての移転登記および抹消登記を認めることもできるものと解される。次に、自己の持分権にもとづいて訴えを提起した共有者の一人は、共有権について別訴を提起することは、二重起訴の禁止に触れてできないと解すべきである。これに対して、持分権に関する訴訟の係属中に、共有権に関する訴えが提起された場合には、持分権に関する訴えの方が権利保護の利益を失って訴えが却下されるとする見解を正当と考える(66)。さらに、既判力に関してであるが、共有権にもとづいてなされた訴訟の判決の効力は、後に提起された持分権にもとづく訴訟に対して既判力を及ぼすと解すべきである。他方において、持分権にもとづいてなされた訴訟の判決の効力も、その範囲において共有権にもとづく後訴に対して既判力を及ぼすものと解すべきである(67)。

以上のように解することについては、おそらく実体法に傾きすぎた解釈であるとの批判がなされるものと思われる。しかし、訴訟は基本的にはあくまで実体法の実現としてとらえられるべきものであり、このためには、実体法のめざすところを検討し、確定したうえで、これを紛争の解決にあたって実現していくことをめざすこそが、訴訟法の重要な使命であると解さなければならないのではないだろうか(68)。

(54) 伊藤乾「判批」法学研究三八巻四号九二頁参照。

(55) 福永有利「判批」民商法雑誌五九巻五号八〇二頁以下、同「共同所有関係と必要的共同訴訟」ジュリスト増刊『民事訴訟法の争点』(旧版)一〇九頁。

(56) 我妻・前掲注(4)三一七頁、舟橋・前掲注(26)三七三頁など。

(57) 新田敏「共有の対外的関係についての一考察」法学研究五九巻一二号一四三頁以下。以下の論述は、この文献に負うところが大きい。

(58) 新田・前掲注(57)一五八頁。

(59) 我妻・前掲注(4)二二頁。物権的請求権の根拠については諸説あるが、ここではこれ以上言及しない。

(60) たとえば、新田・前掲注(57)一六三頁は、「仮に広い共有地を数人の共有者が協議により区分して使用しているときに、共有者には自分が使用していない区分の妨害排除の請求が許されているけれども、それはその者の持分権にもとづく物権的請求権によるというのは無理ではなかろうか。」とする。

(61) 小山昇「判批」判例評論一六〇号二七頁（判例時報六六四号一三三頁）。

(62) 小山・前掲注(61)二七頁（一三三頁）。

(63) 高橋宏志「共有の対外的主張」ジュリスト増刊『民法の争点Ⅰ』一四四頁。

(64) 福永・前掲注(22)二八頁。

(65) 両者の関係については、福永・前掲注(22)二八頁以下および木川統一郎「共有・合有訴訟（原告側）」『民事訴訟法重要問題講義下』五八二頁以下（成文堂、平五）による。

(66) 福永・前掲注(22)二九頁。

(67) 反対、福永・前掲注(22)二九頁。

(68) なお、単独での訴訟追行が許される場合について、これが共同して行なわれた場合の訴訟形態をどのように解すべきかということについては、紙幅の関係から論じることができなかった。この問題の検討については、他日に期すこととしたい。