

固有必要的共同訴訟論に関する覚書

—— 戦前における学説の検討を中心として ——

伊 東 俊 明

【目次】

- 第1章 はじめに
- 第2章 準備作業
 - 第1節 固有必要的共同訴訟の類型
 - 第2節 「訴訟共同の必要」の根拠に関する理解
 - 第3節 「訴訟共同の必要」と「共同処分の必要性」の関係
- 第3章 伝統的通説の形成過程
 - 第1節 明治民訴法制定直後の学説
 - 第2節 雄本説の台頭
 - 第3節 雄本説をめぐる学説の状況
 - 第4節 兼子説
- 第4章 おわりに

第1章 はじめに

本稿は、「固有必要的共同訴訟」（複数人が共同原告として訴えを提起すること、または、複数人を共同被告として訴えを提起することが要請される訴訟類型）をめぐる議論の基底にある考え方について一定の検討を施すものである⁽¹⁾。具体的には、共同原告（または、共同被告）となるべき者全員が「当事者」として訴えを提起しない限り（または、訴えを提起されない限り）、当

四
四
八

(1) 日本法における固有必要的共同訴訟論を分析する近時の文献として、鶴田滋『共有者の共同訴訟の必要性』（有斐閣、2009）〔以下、「鶴田・共有者」と引用する〕、同『必要的共同訴訟の研究』（有斐閣、2020）〔以下、「鶴田・必要的共同訴訟」と引用する〕、岡成玄太「固有必要的共同訴訟の成立範囲について(1)」法学雑誌65巻3・4号（2019）27頁がある。

該訴えが、「当事者適格」という訴訟要件を欠くことを理由として不適法却下される、という（明文の規定に基づかない）規律（以下では、この規律を「訴訟共同の必要」という）の形成過程における議論を跡づけることによって、訴訟物たる権利義務の「共同処分の必要性」が、（主として原告側の）「訴訟共同の必要」を基礎づける、という一般に承認されている命題に依拠する「伝統的通説（ないし伝統理論）」⁽²⁾の再検討を行うものである。

本稿では、伝統的通説とそれ以外の見解との対立が最も色濃くあらわれる、共同所有関係の対外的主張がなされる局面のうち、共同所有関係（「共有権」および「総有権」）の対外的確認訴訟に照準を絞って検討を行うこととする。現在においても、共有権の対外的確認訴訟に関しては、判例法理と伝統的通説とは概ね軌を一にしているが、総有権の対外的確認訴訟に関しては、判例法理は伝統的通説と袂を分かつこととなった。具体的には、総有権（入会権）の対外的確認訴訟を提訴することに同調しない総有団体（入会団体）の構成員（以下、「提訴非同調者」という）を当該訴訟の被告とすることを許容する最高裁判例の登場である。このような判例法理の状況を前提としてもなお伝統的通説を維持すべきであるとする見解⁽³⁾も有力であり、本稿は、このような議論に対する分析視角を提示することをも視野に入れて検討を行うものである。

以上の問題に取り組むために、本稿では、伝統的通説に分類される兼子一の見解（以下、「兼子説」という）が確立するまでの我が国の学説を中心に分析を行うこととする。戦前における学説を検討の対象とした理由を挙げると、以下のとおりである。まず、「共有権」の対外的確認訴訟に関する大審院の判例法理の形成に影響を与えた雫本朗造の見解（以下、「雫本説」という）に関しては、既に先行研究があるものの⁽⁴⁾、雫本説が台頭するまでの学説の議論状況を整理して、雫本説の意義とその射程範囲を今一度確認しておく必要が

(2) 「伝統的通説」ないし「伝統理論」という表現とその内容については、岡成・前掲注

(1)28頁以下、鶴田・必要的共同訴訟19頁以下参照。

(3) 代表的な見解として、鶴田・必要的共同訴訟134頁以下がある。

(4) 鶴田・共有者250頁以下。

あると考えたからである。また、雫本説から兼子説が確立するまでの学説の議論状況は、その概略の整理はなれているものの⁽⁵⁾、各学説の内容を仔細に検討する作業は不十分であり、さらに、伝統的通説に分類される雫本説と兼子説との間にも径庭があり、その相違点を明らかにすることが、固有必要的共同訴訟論を深めるために有益であると考えたからである。

第2章 準備作業

戦前における学説の検討の見通しを立てるために、本章では、固有必要的共同訴訟の類型を整理したうえで、共有関係の対外的確認訴訟における「訴訟共同の必要」と「共同処分の必要性」の関係を明らかにしておく。

第1節 固有必要的共同訴訟の類型

代表的な体系書では、固有必要的共同訴訟に該当する訴訟類型は、次のように整理されるのが、一般的である⁽⁶⁾。すなわち、他人間の法律関係に変動を生じさせる訴訟類型（以下、【類型①】という。主として形成の訴えであり、当該法律関係の主体に判決の効力が及ぶ場合であるが、確認の訴えの場合もある。とりわけ、被告側での「訴訟共同の必要」が問題となる）、複数人で管理処分ないし職務執行をすることになっている財産について、当該複数人が当事者となる訴訟類型（以下、【類型②】という。破産管財人や選定当事者が複数人選任されている場合が典型例である。信託の受託者を除くと、訴訟担当資格者が複数人選任されている場合である）、共同所有関係にある複数人が当事者となる訴訟類型（以下、【類型③】という。本稿の検討対象である

(5) 岡成・前掲注(1)28頁以下、鶴田・共有者275頁以下参照。

(6) 高橋宏志『重点講義 民事訴訟法【下】(第2版補訂版)』(有斐閣, 2014) 329頁以下、伊藤眞『民事訴訟法【第7版】』(有斐閣, 2020) 670頁以下、新堂幸司『新民事訴訟法【第6版】』(弘文堂, 2019) 782頁以下、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法【第8版】』(弘文堂, 2015) 761頁以下等。

共有権の対外的確認訴訟が典型例である)である⁽⁷⁾。

固有必要的共同訴訟の成立範囲をめぐって、【類型①】と【類型②】に関しては、学説・判例において目立った議論がないのに対して、【類型③】に関しては、学説・判例において議論の蓄積があるのは、周知のとおりである。固有必要的共同訴訟の成立範囲をめぐる問題はさしあたり脇に置き、ここでは、いずれの類型においても、訴えの不適法却下という効果を伴う「訴訟共同の必要」が一律に適用される、と考えるのが伝統的通説であること、および、【類型①】と【類型②】に属する訴訟では、「訴訟共同の必要」に係る当事者適格の審理と本案の審理とを明確に区別することができるのに対して、【類型③】に属する多くの訴訟では、両者の審理・判断が実質的に重なりうるという点で、【類型③】と【類型①】【類型②】とを区別できることを確認しておく⁽⁸⁾。

敷衍すれば、以下のとおりである。【類型①】の典型例とされる、第三者が提起する婚姻取消しの訴えの場合には、当該婚姻関係の主体である夫婦の双方を被告としなければならない(人訴12条2項)。この訴えにおける当事者適格(被告適格)の存否は、共同被告が取消しの対象とされる婚姻関係の主体であるか否かによって判断されることになり、取消事由の存否の判断とは明確に区別することができる。また、【類型②】の典型例とされる、破産手続において破産管財人が複数選任された場合には、選任された破産管財人全員が共同原告となり、破産財団に関する訴えを提起しなければならない(破76

(7) 【類型③】は、さらに、共有者間における内部紛争と、共有者と隣接地所有者との間における境界(筆界)をめぐる紛争とに細分化することができる。以上の類型化について、青木哲「固有必要的共同訴訟」法教468号(2019)102頁以下参照。畑瑞穂「演習」法教306号(2006)116頁も参照。

(8) 【類型①】と【類型②】における当事者適格が肯定されるためには、原告ないし被告が法定の実体法規範の要件を充たす者である、という原告の主張だけでは足りず、原告ないし被告が当該要件を充たす者であることが証明される必要がある(山本克己「兼子一『訴訟承継論』における実体法的思考と訴訟法的思考」松本博之先生古稀記念『民事手続法制の展開と手続原則』(弘文堂、2016)177頁以下、特に180頁以下では、形成訴訟における固有適格に関しては、「訴訟法的思考」ではなく、「実体法的思考」が妥当することが示されている)。

条)。この訴えにおける当事者適格（原告適格）は、本案要件とは関係なく、共同原告が複数選任された破産管財人であるか否かによって判断されることになる。それに対して、【類型③】については、ある土地の共有権（共有関係）の対外的確認訴訟を想定すると、この訴訟における訴訟要件たる当事者適格（原告適格）の判断は、（当事者適格の存否に係る判断を、原告の主張のみに依拠させるか、裁判所の判断に依拠させるかは問題となるが⁽⁹⁾、いずれにしても、）訴訟物たる共有権の帰属主体が誰であるのか、という本案要件の判断と重なることになる。なお、詳細は次章で検討することになるが、ここでは、明治期の学説は、【類型③】に属する訴訟に対して「訴訟共同の必要」が適用されるとは考えていなかったことを指摘しておく。

第3節 「訴訟共同の必要」の根拠に関する理解

各類型における「訴訟共同の必要」の根拠に関する理解を整理すると、以下のとおりである。

【類型①】における「訴訟共同の必要」の根拠は、「各人が強く利害関係を持つ法律関係なのであるから、一人ずつ別々に訴訟をさせることは適当ではないからである」、より具体的には、婚姻取消しの訴えを例として、（婚姻関係の）「一方を被告とするのみで、婚姻取消しという効果を他方に及ぼすことは手続保障無しで不利益を与えることを意味し、反面、他方に婚姻取消しということ効果が及ばないとすれば、そもそも本案判決をする実益を欠く」という説明がなされる⁽¹⁰⁾。【類型①】における「訴訟共同の必要」は、判決効が作用する訴訟物たる権利義務の主体に対する実質的手続保障の要請（訴訟物たる権利義務の主体に「当事者」の地位を付与すべきであること）によって根拠づけられている。

【類型②】に関しては、本来単独で管理処分権を行使すべき者を選任する

(9) 鶴田・必要的共同訴訟218頁以下は、原告の主張を基準に固有必要的共同訴訟の当事者適格の存否を判断すべきであるとする。

(10) 高橋・前掲注(6)329頁。畑・前掲注(7)116頁も参照。

ことができたにもかかわらず、複数人に管理処分権の行使を委ねたのは、「互いに牽制させて管理処分を適正にさせようとしたことであるから、訴訟共同も必要というのがその趣旨に適うからである」⁽¹¹⁾との説明がなされるのが、一般的である。「訴訟共同の必要」は、管理処分権の共同行使を命ずる規定（破76条1項本文、信託66条2項本文、同79条、同125条等。民訴30条1項等）の各趣旨によって根拠づけられることになる。

【類型③】のうち、特に、「共有権」の対外的確認訴訟における「訴訟共同の必要」の根拠は、訴訟物たる権利義務に係る管理処分権に着目する伝統的通説によると、次のような論理によるものと考えられる。すなわち、共有権の対外的確認訴訟を提起する行為は、共有者各自が単独でできる「保存行為」（民252条但書）、ないし、共有者の過半数をもってすることができる「管理行為」（民252条本文）ではなく、「処分行為」（民251条）に該当するという評価に立ったうえで、共有者全員の「同意」がなければ各共有者は単独では提訴権の行使ができないため、共有者全員による提訴権の行使（提訴権の行使に係る全員一致原則）⁽¹²⁾が必須となる、というロジックである。

【類型①】と【類型②】における根拠づけについても検討の余地はあるものの、本稿では、【類型③】における根拠づけとして援用される、「訴えの提起（提訴権の行使）＝処分行為」という思考に依拠する「共同処分の必要性」に照準を合わせることにする。

次節では、【類型③】における「訴訟共同の必要」と「共同処分の必要性」の関係を明らかにするために、固有必要的共同訴訟における「訴訟共同の必要」と「合一確定の必要」（共同訴訟人に対する判決内容の統一化）を実現するための規律である民訴法40条との関係を確認しておくこととする（以下では、平成8年〔1996年〕改正法を「民訴法」ないし「現行民訴法」と表記する）。

(11) 高橋・前掲注(6)329頁。

(12) 山本弘『民事訴訟法・倒産法の研究』（有斐閣、2019）104頁は、このことを「固有必要的共同訴訟においては、共同所有者各自が提訴につき拒否権を持つ」と表現する。

第4節 「訴訟共同の必要」と「共同処分の必要性」との関係

民訴法40条は、「合一確定の必要」を実現するために、裁判資料と手続進行の統一化を図る規律であり、通説によると、「類似必要的共同訴訟」と「固有必要的共同訴訟」に対して適用されることになる。とりわけ、共同訴訟人の訴訟行為を規制する民訴法40条1項は、弁論主義および処分権主義によって保障されている当事者の訴訟追行に係る自由を制約することになる。

民訴法40条1項は、各共同訴訟人が固有の「訴訟追行権」⁽¹³⁾を有すること、別の言い方をすると、各共同訴訟人は、他の共同訴訟人の同意を得ることなく、有効に訴訟追行ができることを前提とし、当該訴訟追行の「不利益性」を基準として、共同訴訟人間における訴訟追行の抵触を調整するための規律である。もっとも、訴訟追行の「不利益性」のみを基準として、共同訴訟人の訴訟行為を無効とすることは、「合一確定の必要」という目的を超えた規制とすることができる。共同訴訟人の一部による請求の処分行為（原告側であれば、請求の放棄⁽¹⁴⁾、被告側であれば、請求の認諾）は無効である、という帰結は、実体法における「共同処分の必要性」(処分行為についての全員一致原則)から根拠づけることもできそうであるが、共同訴訟人の一部による請求の放棄・認諾に対して、他の共同訴訟人が「異議権」(請求の放棄・認諾を否定する旨の意思を表明する権限)を積極的に行使しないときには、請求の放棄・認諾の効力を維持する、という規制もありうると考えられる。異議権の不行使を（黙示の）請求の放棄・認諾と捉えることができるとすると、結論

(13) 本稿では、「訴訟追行権」という用語を、「当事者適格」を意味するものとしてではなく、「訴訟開始権限」(提訴権)・「訴訟追行権限」(主張・立証や上訴等の訴訟行為をする権限)・「訴訟終結権限」(裁判によらずに訴訟係属効を消滅させる訴訟行為をする権限)を包括する権限を意味するものとして用いる。固有の「訴訟追行権」を有する者は、「当事者」に限られないからである。補助参加人も、被参加人たる当事者との関係では従属的な地位にあるものの、(制約された)固有の「訴訟追行権」を有しているといえよう。訴訟参加人の地位と権限については、伊東俊明「訴訟参加人の地位・権限に関する覚書」岡山大学法学会雑誌66巻3・4号(2017)819頁以下参照。

(14) なお、固有必要的共同訴訟における一部の当事者による「訴え取下げ」の有効性は、別途検討する必要がある。この問題に関する分析として、鶴田・必要的共同訴訟223頁以下参照。

的には「共同処分の必要性」に基づく規制と違いはないが、後者の規制は、請求の放棄・認諾を、その訴訟追行の「不利益性」のみを理由に直ちに無効とするのではなく、（他の共同訴訟人が異議権を行使しない限り、）共同訴訟人が有効に訴訟終結権能を行使できることを前提とする点に、違いを見出すことができる⁽¹⁵⁾。

民訴法40条1項は、共同訴訟人間で積極的な抵触行為がなされることを想定した規律であり、（固有必要的共同訴訟関係にある）共同訴訟人であっても、他の共同訴訟人全員の同意を得ることなく、各自の「訴訟追行権限」と「訴訟終結権限」を行使できることを前提とするものである。そして、このことは、「訴訟追行権限」と「訴訟終結権限」を行使する局面では、「訴訟共同の必要」（全員一致原則）の適用がないことを含意するとともに、「訴訟共同の必要」が適用される訴訟行為は、「訴訟開始権能」（提訴権）の行使に限定されることを示している⁽¹⁶⁾。

処分権主義の下では、本来、原告が共同訴訟を提起する否かを決定する権能を有している。「訴訟共同の必要」という規制は、原告のこの権能を制約するものである。とりわけ、「訴訟共同の必要」が原告側に適用される場合には、提訴権の行使に対する制約は深刻なものとなり、その制約の正当化根拠

(15) 以上の議論は、「不利益性」を有する「訴訟追行権限」の行使、具体的には、「裁判上の自白」（以下、「自白」という）にも妥当する。自白を直ちに無効とする必要はなく、他の共同訴訟人による積極的な抵触行為がない場合（具体的には、他の共同訴訟人が「否認」をしない場合）には、自白の効力を認めてもよいように思われる。

(16) 以上のことは、「訴訟共同の必要」と「合一確定の必要」とを連関させることについて疑義を呈するものである。高田裕成『いわゆる『訴訟共同の必要』についての覚え書』三ヶ月章先生古稀記念『民事手続法学の革新（中）』（有斐閣、1991）185頁は、「画一的処理の必要性はいわゆる合一確定という規制を導きうるものの、すべての利害関係人を共同訴訟人とすることを要求する訴訟共同という規律を必ずしも導き出すものではない」という。この指摘も、「訴訟共同の必要」と「合一確定の必要」とは、別の根拠に基づく規制であることを示すものである。なお、民法上の組合に関する文脈であるが、岡成玄太「いわゆる財産管理人の訴訟上の地位（6・完）」法協136巻4号（2019）868頁注(16)は、「〔総組合員の同意〕を要求する同項〔*筆者注：民法670条4項〕と、共同訴訟人独立の原則（民訴39条）を一定の範囲で修正する（に過ぎない）必要的共同訴訟の規律（民訴40条）との間には、根本的な発想の相違が存在するように思われる」とする。

が何に求められるかが、より強く問われることになる。伝統的通説は、【類型③】を念頭におき、この正当化根拠として、「提訴権の行使＝処分行為」という考え方に依拠する「共同処分の必要性」を掲げるものである。

本稿では、以上のような位置にある「共同処分の必要性」という命題の妥当性について再考を試みる。以下では、「訴訟共同の必要」による規制の形成過程をめぐる我が国の学説における議論を分析する。具体的には、明治23年（1890年）に制定された旧々民事訴訟法（以下、「明治民訴法」と表記する）における学説の状況を、伝統的通説の嚆矢となった雉本説を一つの区切りとしてまとめたうえで、大正15年（1926年）の民事訴訟法改正（以下、昭和4年〔1929年〕に施行された大正15年改正法を「旧民訴法」と表記する）を経て、兼子説が確立するまでの学説の議論状況を検討することとする。

第3章 伝統的通説の形成過程

明治民訴法には、現行民訴法と同様に、必要的共同訴訟に関して、「訴訟共同の必要」を直截に定めた条文は存在せず、「合一確定の必要」を定める条文（明治民訴50条）が存在するだけである⁽¹⁷⁾。以下では、まず、明治民訴法制定直後の学説をとりあげる（第1節）。具体的には、深野達、前田考階、高木豊三、仁井田益太郎の見解を中心に検討を行う。次に、雉本説の内容を明らかにした後（第2節）、雉本説をめぐる学説の議論状況を整理する（第3節）⁽¹⁸⁾。そのうえで、伝統的通説とされる兼子説と雉本説の関係を検討する（第4節）。

(17) 明治民訴法50条の成立過程は、鶴田・共有者207頁以下が詳細に論じる。同条をめぐる学説については、高橋宏志「必要的共同訴訟論の試み（3・完）」法協92巻10号（1975）92頁以下参照。

(18) 明治民訴法の下における学説の状況については、鶴田・共有者228頁以下も参照。なお、文献の引用に際しては、できる限り、原文に忠実に引用することとするが、便宜上、旧字体を新字体に改めて引用する箇所もある。

第1節 明治民訴法制定直後の学説

第1款 深野達

深野達⁽¹⁹⁾は、明治民訴法が制定された明治23年に出版された『日本民事訴訟法釋説 上巻』（秀英舎、1890）の改訂版である『民事訴訟法改訂講義』（八尾書店、1894）において、次のように論じる。

深野は、「訴訟共同の必要」が適用される共同訴訟を、明治民訴法48条（現行民訴法38条に照応）によって成立する共同訴訟と区別し、「特定ノ共同」と称したうえで、その内容を「他ノ各條ノ明文ニ依リテ共同訴訟人トナルモノヲ謂フ」（104頁）とする。その具体例として、「主参加訴訟」（明治民訴51条）における「本訴訟ノ原告被告」（共同被告）、「強制執行ノ目的物ニ關スル異議訴訟」（明治民訴549条）における「債権者債務者」（共同被告）、「債権ニ對スル強制執行上第三債務者カ取立手續ニ對シテ義務ヲ履行セラルニ因リ差押債権者カ訴ヲ以テ之ヲ履行セシムル場合」（明治民訴623条）における「各債権者」（共同原告）を挙げる⁽²⁰⁾。

そして、「合一確定の必要」が適用される共同訴訟を「本然ノ共同」（具体例として、明治民訴法48条1号「訴訟物が共通のとき。現行民訴法38条前段に照応」に該当する場合が挙げられる）と「必然共同」とに区別する（109頁）。「必然共同」の場合には、「皆悉ク共同原告ト為リテ請求シ又被告タルヘキトキハ皆悉ク之ヲ共同被告ト為シテ請求スヘキモノニシテ若シ其一人若クハ数人ヲ欠クトキハ其請求ハ遂ニ貫徹ス可カラス」として、具体例として、「共有地所ノ地役ニ関スル訴訟（民財二六八）其他不可分義務ノ履行ヲ求ムル訴訟（民財四四一）」⁽²¹⁾を挙げる⁽²²⁾。

(19) テヒョー草案の起草過程における深野の果たした役割については、鈴木正裕『近代民事訴訟法立法史・日本』（有斐閣、2004）82頁以下参照（なお、深野の経歴等については、同書233頁注(2)参照）。

(20) 深野は、「特定ノ共同」に「訴訟共同の必要」が適用される論拠を明示していないが、おそらく、「訴訟共同の必要」を定める各実定法の趣旨によって根拠づけられると考えていたと思われる。

(21) 「旧民法」（1890年民法）における不可分債務の規律については、大村敦志『民法読解 旧民法財産編Ⅰ人権』（有斐閣、2020）165頁以下参照。

(22) なお、深野は、（許害行為廢罷の訴えに債務者を参加させなければならない旨を定め

深野によると、「訴訟共同の必要」が適用される訴訟類型は、「特定ノ共同」であるが、その場合に、「合一確定の必要」が適用されるとは解されていない。「必然共同」に分類される複数の不可分債務者や共有地の地役権者が当事者となる訴訟類型に対して、「皆悉ク」という表現から一見すると、「訴訟共同の必要」が適用されるかのように読めるが、その趣旨は、それらの者全員が当事者として請求認容判決を受けない限り、実体法上権利の実現が貫徹されないことを意味しているものと思われる。このような理解を前提とすると、深野は、不可分債務者等の一部による訴えの提起も適法であることを前提とし、それらの者の訴えに対しては「合一確定の必要」が適用されるべきことを述べていることになる。

さらに、深野は、「必然共同ノ場合ニ於テ数人ノ原告カ其ノ一人若クハ数人ヲ遣シテ自己ノ権利ノミニ付キ出訴シタルトキ又ハ前同位置ノ関係ヲ以テ共同被告人ト為ルヘキ者ノ一人若クハ数人ノミノ義務ニ付キ出訴シタル者アルトキハ被告ハ之ニ對シテ訴訟却下ノ抗辯ヲ為スコトヲ得ヘシ」としたうえで、当該抗弁は、「妨訴ノ抗辯」（明治民訴206条2項1号～7号）ではなく、「本案抗辯中ノ一種ノ抗辯」であり、当該抗弁が認められて「裁判所カ其訴ヲ却下スルトキハ原告ハ全員ノ権利若クハ義務ニ付キ全員ノ共同訴訟ニ依リ更ニ訴ヲ起スコトヲ得ルハ當然ナリ」（110頁以下）という。

すなわち、深野は、「必然共同」に分類される訴訟において「訴訟共同の必要」が適用されるか否か（換言すれば、不可分債務者ないし共有者の全員が当事者となっていないことのみを理由とする「訴ヲ却下」判決がなされるか否か）を、被告の判断に委ねていたことになる。この理解によると、被告が「訴訟却下ノ抗辯」を提出しない限り、原告は請求認容判決を受けることが

る）旧民法341条3項の「参加」を「当事者」と解釈すべきであると述べる（100頁。旧民法341条については、大村・前掲注②162頁、特に67頁以下参照）。深野は、債権者と受益者間における詐害行為廢罷の訴えに係る判決の既判力が債務者には及ばないことを前提として、「詐害行為廢罷ノ訴ニ於ケル被告即チ該行為ノ債権者債務者ハ必ズ其權利關係カ合一ニノミ確定ス可キモノニシテ性質上必然共同訴訟人タラサル可ラス」と解するからである。旧民法の規律は、2017年改正民法の下での詐害行為取消訴訟における債務者の訴訟上の地位を検討するうえでも参考となる。

できることになる⁽²³⁾。深野のいう「訴訟却下ノ抗辯」と明治民訴法の起草過程⁽²⁴⁾で提案されていた「共同訴訟の抗弁」⁽²⁵⁾との関係については検討の余地はあるものの、少なくとも、前掲体系書の記述によると、深野は、「必然共同」における「訴訟共同の必要」を、本案の問題として位置づけていたことを窺い知ることができる。

第2款 前田考階

前田考階⁽²⁶⁾は、『民事訴訟法（第一編）完』（東京法學院，出版年不明）において、次のように論じる。「訴ヲ起スニ當テ或ハ共同原告ト為リ或ハ共同被告ト為スハ全ク原告ノ意思ニ一任」しているとしたうえで、「被告ハ之〔＊筆者注：原告の訴え〕ニ對シテ原告ハ訴訟手續上共同訴訟ヲ起スヘキモノナリトノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ス但民法ノ規定上原告カ共同訴訟ヲ起ササルトキハ其請求ヲ貫徹セシムルヲ得サルコトアラン此場合ニ於テハ裁判所ハ唯原告ノ請求ヲ棄却スルニ過キスシテ訴訟手續上原告ハ必スシモ共同訴訟ヲ起スヘキ義務ヲ有スルモノニアラス」(152頁～153頁)という。そして、「合一確定の必要」は、実体法（民法）によって定まるとして、その具体例として、「共同訴訟人間ニ於テ各自ノ自由ニ放任スルコトヲ得サル法律關係ノ確認ニ關スル場合」(檢察官が夫婦を被告として提起する婚姻取消の訴え等)と「不可分義務ニ關スル場合」が挙げられる。

そのうえで、前田は、「必ス共同訴訟ヲ為スコトヲ要スル」という意味での

(23) 深野は、「共有権」が訴訟物となる対外的訴訟は、「本然ノ共同」(明治民訴48条1号)に該当するという(102頁)。深野によると、共有権確認訴訟は、複数の共有者が共同提訴した場合には、「合一確定の必要」が適用される訴訟類型に該当するが、「訴訟共同の必要」は適用されないことになる。

(24) テヒョー草案の起草過程の議論については、鶴田・共有者208頁以下参照。

(25) テヒョー草案の中間案第76条(「共同訴訟人共ニ訴ヲ起サス又共ニ訴ヲ受ケサル時被告ニ於テ其ノ答弁ヲ拒ムコトヲ得ルヤ否ハ民法ニ従フ」)に関する深野の理解については、鶴田・共有者212頁以下参照。

(26) 前田考階(東京控訴院部長判事)は、明治28年12月21日に司法省内に設置した民事訴訟法調査委員会の委員のひとりである(鈴木・前掲注99234頁参照)。その経歴等については、鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本2』(有斐閣、2006)17頁以下参照。

「必要的共同訴訟」という用語は、「穩當ヲ欲クノ嫌ナキニアラス」(162頁)とする。その理由として、類似必要的共同訴訟の場合には単独提訴(個別訴訟)が許容されていることに加えて、「必要的共同訴訟ノ中ニハ權利關係カ合一ノミ確定スヘキ場合ノミナラス其他ノ場合ヲモ亦包含セラルルモノナリ即チ我民事訴訟法上ニ於ケル主参加及ヒ執行参加ノ場合是ナリ此等ノ場合ヲ稱シテ必要的共同訴訟ト爲スコトヲ亦妥當ナラス」(163頁)、すなわち、「訴訟共同の必要」は適用されるが、「合一確定の必要」は適用されない訴訟類型が存在し、この訴訟類型を「必要的共同訴訟」と捉えるのは妥当ではないことを挙げる。前田は、当該訴訟類型(主参加と執行参加の場合)に対しては、「合一確定の必要」を充足するための規律(明治民訴50条。現行民訴40条に照応)が適用されないだけでなく、被告は「必要的共同訴訟ノ効辯」を提出することもできないとする(163頁)⁽²⁷⁾。前田は、深野とは異なり、「共同訴訟ヲ為ササリシカ爲ニ原告カ其ノ請求ヲ全ウスルヲ得サル場合」であっても、被告には何ら「抗辯權」は認められず、原告が請求の貫徹を欲するのであれば、「共同訴訟ヲ起スノ必要」が生ずるにすぎないという(163頁以下)。

以上のように、前田は、原告が共同訴訟を提起する義務を負わないことを強調するとともに、「合一確定の必要」と「訴訟共同の必要」を明確に区別する考え方に立っていたといえる。

第3款 高木豊三

高木豊三⁽²⁸⁾は、『民事訴訟法論綱 上』(講法會出版, 1896)(本稿では同年に発行された再版を参照した)において、次のように論じる。

高木は、「合一確定の必要」が要請される必要的共同訴訟には、「実体上共同ノ必要ナルモノ」と「単ニ形式上共同ノ必要ナルモノ」の二つの種類があ

⁽²⁷⁾ なお、前田は、原告が一方の当事者のみを被告とする主参加訴訟を提起した場合に、「裁判所カ其訴訟ノ審理ノ結果トシテ共同被告ニ對スルコトニアラサレハ實體法上其請求ヲ認ムルヲ得サルコトヲ發見スルトイハ其請求ヲ棄却スヘキナリ」とする(166頁)。

この点は、次款でみる高木の理解と異なる。

⁽²⁸⁾ 高木豊三の経歴等については、鈴木・前掲注⑥12頁参照。

るとする(429頁)。そのうえで、前者は、「訴訟ノ目的物タル權利關係カ合一ニノミ確定ス可キ」場合であり、具体例として、「民法上數人ニ共通ナル目的物ノ不可分ナル場合」(「不可分の權利確定ノ訴」や「地役ニ関スル權利義務ノ存否若クハ其範圍ヲ確定」する訴え等)を挙げ、「合一確定の必要」が要請される訴訟類型は、「極メテ狭小トス」と述べる。

それに対して、後者については、「權利關係ノ如何ニ拘ハラス訴訟手續上共同訴訟ト為スノ必要アル」場合であるとして、具体例として、「婚姻無効ノ訴」(旧民〔人事編〕56条2項)、「主参加ノ場合」(明治民訴51条)、「詐害行為廢罷ノ訴並ニ同上ノ目的ヲ以テ受ケタル判決ニ對スル原狀回復ノ訴」(明治民訴483条)、「第三者カ強制執行ノ目的物ニ付キ債権者及ヒ債務者ニ對シテ訴ヲ起ストキ」(明治民訴549条2項)、「執行参加」(明治民訴623条)を挙げる。そのうえで、「共同權利者ノ總員カ共ニ訴フルマテ若クハ共同義務者ノ總員カ共ニ訴ヘラルルマテ辯論ヲ拒ムノ權所謂(Exceptio plurium litis consoritium)即チ共同訴訟必要ノ抗弁ハ苟シクモ法律上共同ノ必要ヲ命スル規定ナキ限りハ之ヲ提出スルコトヲ得サルモノトス」として、それを提出することができるのは、後者(のうちの一部。執行参加は除かれている)に限られるとする(432頁)。高木のいう「共同訴訟必要ノ抗弁」は、深野の「訴訟却下ノ抗辯」とは異なり、本案に対する抗弁とは捉えられていなかった。

以上のように、高木は、「訴訟共同の必要」が、訴訟物たる權利義務の実体的性質によって基礎づけられるとは考えていなかった。高木によると、「訴訟共同の必要」が適用されるのは、実定法が明文をもって規定する場合に限定されることになり、この点に関する理解は、深野・前田と共通している。

第4款 仁井田益太郎

仁井田益太郎⁽²⁹⁾は、『民事訴訟法要論 中巻』(有斐閣書房, 1909再版)において、「原告カ共同訴訟ヲ起スト否トハ自由ニ決スルコトヲ得ルモノニシテ原

(29) 仁井田の経歴等については、斎藤秀夫＝鈴木正裕＝林屋礼二＝河野正憲『逸話で語る民訴学者の面影』(第一法規, 1997) 16頁以下、鈴木・前掲注26161頁注69参照。

告ノ之ヲ起スコトヲ強制スル規定アラサルナリ又被告ハ共同権利者又ハ共同義務者ヲシテ訴訟ニ加ラシムル権利ヲ有スルモノニ非ス且ツ被告ハ原告カ共同権利者又ハ共同義務者ヲ訴訟ニ加ハラシムルマテ應訴ヲ拒ムコトヲ得ル権利ヲ有スルモノニ非サルナリ」(638頁以下) という。

また、仁井田は、『民事訴訟法大綱 全』(有斐閣、1920第3版)では、「共同訴訟ヲ起スコトヲ得ヘキ場合ニ於テ之ヲ起スト否トハ原告ノ意思ニ因リテ定マルモノトス」としたうえで、「原告ハ時トシテ共同訴訟ヲ起スコトヲ要スル場合有り」として、具体例として、第三者の提起する婚姻無効・取消の訴え(旧人訴2条2項)と第三者異議の訴え(明治民訴549条2項)を挙げる(267頁)。

以上のことから、仁井田は、前田と同様に、共同訴訟を提起するか否かに係る原告の決定権能を重視していたことが窺える。

第5款 その他の学説

本款では、その他の学説の状況を整理しておく。網羅的ではないが、「訴訟共同の必要」について言及する学説のうち、目に付いたものを挙げると、以下のとおりである。

岩田一郎⁽³⁰⁾は、『民事訴訟法原論上巻』(明治大学出版部、1907)において、次のように論じる。「必要的共同訴訟ト法律カ共同訴訟ヲ必要トスル訴訟トヲ混同スヘカラス必要的共同訴訟トハ訴訟物カ各共同訴訟人ニ對シ合一ニノミ確定スヘキモノヲ謂ヒ法律カ共同訴訟ヲ必要トスルモノトハ法律ノ規定若クハ實體法上ノ法律関係ヨリ共同訴訟ヲ強制シタルモノヲ謂フ法律カ共同訴訟ヲ必要トスル訴訟ニシテ訴訟物カ各共同訴訟人ニ對シ合一ニノミ確定セサルモノアリトス法律カ共同訴訟ヲ必要トスル場合ハ左ノ如シ」として、「主参加訴訟」、「第三者カ提起スル執行異議ノ訴」、「準再審ノ訴」、「第三者若ク

(30) 岩田一郎(東京控訴院判事。後に大審院判事)については、鈴木・前掲注(19)272頁注(50)参照。

「ハ子又ハ検事ノ提起スル人事訴訟」を挙げ⁽³¹⁾、これらの場合については、「被告ハ共同訴訟必要ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘク裁判所ハ訴ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ却下スヘキモトス」(295頁以下)という。

また、岩田は、訴訟物たる権利義務によって「合一確定の必要」が要請される場合には(具体例として、「共有者ノ各人ニ對シ共有権ノ存否ヲ定ムル訴」や「多數ノ當事者ニ對シテ不可分債務ノ履行ヲ求ムル訴」が挙げられる。286頁)、「各當事者ヲ共同原告若クハ共同被告タラシムルコトヲ必要トシ同時ニ辯論裁判ヲ為スコトヲ強制シ訴訟ノ結果ヲ同一ニ歸セシムル必要アリトス」(287頁)という。その一方で、岩田一郎『民事訴訟法講義 第一編』(明治法律学校出版、出版年不明)200頁では、実体法上の理由により「合一確定の必要」が要請される訴訟(共有地の地役権に係る訴訟、不可分債務に係る訴訟が例として挙げられる)⁽³²⁾であっても、「共同訴訟ヲ為スヘキコトヲ強制スルモノニアラス故ニ數人中ノ一人ニ對シ訴ヲ起シ判決確定ノ後更ニ他ノ者ニ對シ訴ヲ起スコトヲ妨ケス」として、「訴訟共同の必要」の適用がないことを明示する。この理解によると、本款の冒頭で挙げた文献における「各當事者ヲ共同原告若クハ共同被告タラシムルコトヲ必要トシ」という説明は、共同提訴(訴訟共同)が必要となる、という意味ではなく、一旦成立した共同

(31) その他、明文の規定はないものの、条文の解釈によって、「詐害行為廢罷ノ訴」(1896年民法242条。債務者と受益者とを共同被告としなければならない)と「親族會ノ決議ニ對スル不服ノ訴」(1898年民法〔第四編〕951条。親族会の全員を被告としなければならない)も「法律カ共同訴訟ヲ必要トスル訴訟」に該当するという(296頁)。

(32) この時期の学説は、「合一確定の必要」が適用される訴訟類型として、共有地の地役権に係る訴訟と不可分債務に係る訴訟を挙げるのが一般的であった。前款で挙げた学説も同様である。その他の学説として、以下のものがある。

井上操『民事訴訟法〔明治23年〕述義(第一編)』(信山社〔復刻版〕, 1996〔原書1891〕)171頁は、「訴訟ノ權利關係カ合一ニ確定スルトハ地役其他總テ不可分義務ニ係ル請求ノ場合ヲ云フ是等ノ請求ハ假令ヒ各別ニ訴ヲ為スモ結局合一ナラサレハ執行スルヲ得ス…」という。井上操の経歴等については、鈴木・前掲注2645頁参照)。

宮城浩藏『民事訴訟法〔明治23年〕正義 上-I』(信山社〔復刻版〕, 1996〔原書1891〕)255頁は、「權利義務ノ本體ニシテ分ツ可ラサルモノナルトキハ法律ノ規定ニ從テ共同訴訟人トシタルニアラス本體上共同訴訟人ト為ラサルヲ得サルモノナリ例ヘハ不可分義務ニ關スル場合、地役ノ訴訟ニ關スル場合等ニ於テハ其權利義務ハ合一ニノミ確定ス可キモノナルヲ以テ其原則ヲ異ニセサル」という。

訴訟関係を解消してはならない、という意味で理解するのが整合的であるように思われる。

今村信行⁽³³⁾『増訂再版 民事訴訟法註解 第壹巻』(講法會, 1903)は、「訴訟共同の必要」が適用される共同訴訟を、「必要的換言スレハ強制的共同訴訟」と称して、明治民訴法が規定する具体例として、主参加訴訟における共同被告(51条)、強制執行に関する第三者の異議の訴えにおける共同被告(549条2項)、詐害再審の訴えにおける共同被告(483条)、人事訴訟手続法が規定する具体例として、婚姻無効・取消の訴えにおける共同被告等を挙げる(109頁)⁽³⁴⁾。そのうえで、今村は、「合一確定の必要」が適用される共同訴訟(明治民訴法50条が適用されるべき訴訟)とは、「権利関係カ共通ナラサルヲ得サル事件」に係る訴訟であり、具体例として、「共有者数人アル場合ニ於ケル地役権ノ行使」(民284条)や「数人ノ不可分債務ノ履行」(民428条以下)に係る訴え、人事訴訟手続法における婚姻無効・取消の訴え等であるという。今村によると、「訴訟共同の必要」と「合一確定の必要」とは互いに独立した規律であり、少なくとも、「合一確定の必要」があるから、「訴訟共同の必要」が適用されるとは考えられていなかった⁽³⁵⁾。

板倉松太郎⁽³⁶⁾『民事訴訟法綱要』(巖松堂書店, 3版1918)は、「合一確定の必要」が要請される共同訴訟を、「實體法上ノ必要的共同訴訟」(具体例として、共有地の地役権に係る訴訟や不可分債務に係る訴訟が挙げられる)と「形式法上ノ必要的共同訴訟」(具体例として、主参加訴訟や準再審等が挙

(33) 今村は、岡山始審裁判所長を経て、東京控訴院評定官を勤めた後、明治27年(1894年)4月に、大審院判事となった(鈴木・前掲注1967頁および233頁参照)。

(34) 今村は、詐害行為取消訴訟では、明文の規定がなくても、「性質上債務者ト第三者ヲ必要的共同被告」とすべきであるという(109頁)。

(35) なお、本多康直=今村信行『民事訴訟法〔明治23年〕註解 第一分冊』(信山社〔復刻版〕, 2000〔原書1890〕)160頁以下では、「権利関係カ合一ニノミ確定ス可キコトアルモノハ民法及ヒ其他ノ法律ニ規定アル可シ今一二ノ例ヲ擧ケレハ不可分ナル債務ノ履行(民法財産編第四百四十一條以下)又ハ地役ノ訴等ハ其権利関係ヲ合一ニノミ確定セサルヲ得ス」とするが、「訴訟共同の必要」についての言及はなされていない。

(36) 板倉は、大審院検事として大逆事件に関与し、その後、大審院部長となった(鈴木・前掲注2651頁参照)。

げられる)の二つの類型に分けた上で、前者に関しては、「原告ノ意思ニ依リテ必要的共同訴訟ヲ成立セシムルコトヲ得ルモノニシテ法律ノ之ヲ成立セシムルコトヲ強制セサルモノヲ謂フ」(146頁)という⁽³⁷⁾。「合一確定の必要」が適用される権利義務を訴訟物とする訴訟について、共同訴訟を提起するか否かを原告の意思に委ねる点は、提訴権の行使に係る原告の決定権能を重視するという意味で、前田や仁井田等の理解と共通している。

第6款 小 括

以上が、明治民訴法制定直後の時期における学説の素描である。ここから得られる示唆をまとめておく。

第一は、原告が共同訴訟を提起する否かの決定権能を有することを強調する見解(前田、仁井田、板倉等)が少なからずあったことである。この理解によると、「訴訟共同の必要」は、処分権主義の下で原告に保障されている提訴権行使の自由を制約する規律として位置づけられることになる⁽³⁸⁾。

第二は、「合一確定の必要」と「訴訟共同の必要」とを連結させる思考を見出すことができないことである。両者は異なる規律として位置づけられ、その結果、「訴訟共同の必要」は適用されるが、「合一確定の必要」は要請されない共同訴訟の類型も当然に認められていた。

「合一確定の必要」が要請される訴訟類型として、共有地の地役権に係る訴訟、不可分債務に係る訴訟が典型例とされるが、その他に、人事訴訟(【類型①】の訴訟)、共有権に係る訴訟、さらには、共同訴訟人の請求が共通である訴訟(現行民訴法38条前段の要件に該当する共同訴訟)にも「合一確定の必要」が要請されると解されていた。これらの訴訟類型では、共同訴訟人間で訴訟物についての実体的な判断が画一的になされるべきであること

(37) なお、同様の説明は、大正民訴法改正後に公開された、板倉松太郎『新訂民事訴訟法綱要』(巖松堂書店、15版1933)138頁以下でも維持されている。

(38) この時期における学説は、固有必要的共同訴訟の成立範囲を、「紛争の主体的範囲に關して原告にどれほどの決定権を保障すべきかという問題」に着目して検討すべきである、とする岡成・前掲注146頁以下の議論と軌を一にする。

が、「合一確定の必要」の要請を根拠づけると解されていた。必要的共同訴訟の成立範囲（民訴法40条の適用範囲）に関する現在の通説的理解と比べると、この時期における「合一確定の必要」が要請される領域は広範であったことを窺い知ることができる。

一方、「訴訟共同の必要」が適用される訴訟類型としては、共同提訴が条文で規定されている場合、具体的には、主参加訴訟、準再審、人事訴訟（【類型①】の場合）等が挙げられる。これらの訴訟類型における「訴訟共同の必要」は、各実定法の趣旨に基づいて根拠づけられることになり、その具体的な内容は明らかではないものの、少なくとも、「合一確定の必要」から「訴訟共同の必要」を直截に導き出す思考には基づいていなかった⁽³⁹⁾。この時期において、「訴訟共同の必要」と「合一確定の必要」のいずれも妥当する訴訟類型は、【類型①】の訴訟（人事訴訟）にとどまることになる。

第三は、「合一確定の必要」が要請される訴訟類型のうちの一部（共有地の地役権に係る訴訟と不可分債務に係る訴訟）について、当事者となるべき者の欠缺を理由として、原告の訴えを排斥できる（実体法上の）権能（以下、「共同訴訟の抗弁」を行使する権能という）を被告に付与する見解（深野・前田）があったことである。この理解によると、訴訟物たる権利義務の主体の欠缺は本案の問題となり、被告が当該権能を行使した場合には、（訴訟物たる権利義務の存否の判断が留保された暫定的）請求棄却判決⁽⁴⁰⁾がなされることになる。また、この理解を前提とすると、被告が当該権能を行使しない限り、訴訟物たる権利義務の主体が欠缺している場合であっても、裁判所は請求認容判決をすることができることになる。

(39) 不可分債務に係る訴訟は単独提訴が可能であり、共同訴訟を提起した場合には、必要的共同訴訟ではなく、通常共同訴訟に該当する、というのが現在の通説・判例の理解であるが、この当時の議論によると、不可分債務を負う者が共同被告（ないし共同原告）となった場合には、民訴法40条が適用される必要的共同訴訟が成立することになる。「準必要的共同訴訟」をめぐる議論（高橋・前掲注(6)365頁以下参照）とも関連するが、民訴法40条の適否を共同訴訟という権利保護方式を選択した当事者の意思決定と連関させる議論もありうるのではなかろうか。

(40) 次節でみる雑本説における「請求棄却（請求却下）」判決に照応すると考えられる。

第四は、「共同処分の必要性」という命題により「訴訟共同の必要」を根拠づける見解を見出すことができなかったことである。

ここで、明治民法制定直後にあらわれた（引用されることは少ないが）注目すべき裁判例を挙げておく。大判明治28年（1895年）7月1日民録1輯1巻16頁である。

大判明治28年は、「共有権ヲ主張スル訴ニ付テハ假令共有者ノ一人カ其訴訟ニ興カラサリシニモセヨ他ノ共有者カ判決上得タル權利ニ當然他ノ一人ニ於テ享有シ得ヘキ道理ナル」として、訴訟当事者となっていない者を含めた共有者全員名義への登記書換を命じる判決を認容することを適法とする旨の判断を示した⁽⁴¹⁾。

同判決は、（被告が「共同訴訟の抗弁」を行使したかは明らかでないが、仮にその行使がなかったとすると）共有者の一部による共有権に基づく登記請求権に係る訴えを適法とする考え方に立ったうえで、提訴権を行使していない共有者であっても、当該訴えにおける確定認容判決の効力を援用することができることを認めるものである。

第2節 雑本説の台頭

本節では、固有必要的共同訴訟論の伝統的通説の嚆矢となった雑本説の内容を整理したうえで（第一款）、大審院の判例法理の内容を確認することとする（第二款）。

(41) 伊藤悌司『民事訴訟法正解』（有斐閣書房、5版1903）147頁は、訴えを提起した原告たる共有者間において「合一確定の必要」が要請される具体例として、大判明治28年を挙げる。伊藤の理解に基づく、共有名義への移転登記（登記書換）を求める訴えは、「訴訟共同の必要」は適用されないが、複数共有者が訴えを提起した場合には、「合一確定の必要」が適用される訴訟となり、この訴訟における請求認容判決の効力（その性質を既判力と捉えていたか定かではない）は、提訴権を行使しない共有者にも及ぶ、という規律が想定されていたことになる。なお、請求棄却判決の場合の処理は不分明である。

第1款 雫本説

雫本朗造は、明治42年（1909年）に公表された「民事訴訟ニ於ケル『正當ナル當事者』ナル觀念及ヒ其訴訟法上ノ地位ヲ論ス」と題する論文（同論文は、雫本朗造『民事訴訟法の諸問題』（有斐閣、1955）31頁以下に収録されている。本稿では、同書の該当頁を引用する）⁽⁴²⁾において、「財産上ノ請求權又ハ法律關係ノ主體ハ、之ニツキテ管理權ヲ有スルト同時ニ、訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコト」を前提として、「主體カ二人以上ニシテ、且共同ニ於テノミ管理權ヲ行フヲ得ル場合ニ於テハ、又共同ニ於テノミ訴訟ヲ爲スノ權能ヲ有スルナリ。而シテ管理權カー主體又ハ各主體ニ屬スルカ、若クハ數人ノ主體ニ共同ニノミ屬スルカハ、私法ノ規定ニ依リテ判定ス可キナリ」として、「私法ノ規定」の具体例として、共有物が訴訟物となる場合には民法252条、不可分債權が訴訟物となる場合には民法428条を挙げる。そのうえで、「私法上ノ形成權カ、裁判外ニ於テ達スルト同様ナル目的ヲ達スルカ爲メニ、存スル法律關係變更ノ訴」にも、數人が共同で「訴訟ヲ爲スノ權能」を有する場合に該当すると述べる（38頁以下）。同論文では固有必要的共同訴訟に関する詳細な検討はなされていないが、訴訟追行權を共同で行使すべき場合を大きく二つに分けるといふ枠組み自体は既に示されていた。

雫本が、固有必要的共同訴訟を本格的に論じたのは、大正3年（1914年）に公表された大判大正2年（1913年）4月24日民録19輯11卷268頁⁽⁴³⁾の判例評釈（雫本朗造『判例批評録 第一卷』（弘文堂書房・有斐閣書房、1916）87頁以下所収。以下、「雫本①」とする）である。

雫本①は、判旨における「訴ヲ適法ナラシムル必要上」という文言を、「訴ノ適法要件ト爲サス、本案ニ關スル要件即權利保護要件ナリトス」と解したうえで、「吾人ハ固有必要的共同訴訟ヲ定義シテ、原告カ本案ノ勝訴判決ヲ受クル必要上、共同シテ訴訟ヲ爲スコトヲ要スル場合ナリ」（89頁）とする。こ

(42) 同論文における「正當なる當事者」と「當事者適格」との關係を検討する近時の論攷として、中本香織「わが国における當事者適格概念の生成過程」早法94卷2号（2019）47頁がある。

(43) 大判大正2年については、鶴田・共有者251頁注(7)参照。

れは、雫本説における一般の当事者適格に関する理解⁽⁴⁴⁾に沿うものである。

そのうえで、「我民法ハ共有所有權ノ處分ニ關スル特別ノ規定ヲ設クルコトナシ。然レトモ、共有ノ性質ニ顧ミルトキハ、各共有者ハ自由ニ自己ノ持分ヲ處分スルコトヲ得ト雖モ、他ノ共有者ノ持分ハ之ヲ處分スル權能ヲ有セサルカ故ニ、共有者ノ全員カ共同スルニ非サレハ、共有所有權（即共有物）ヲ處分スルコトヲ得サルモノト解ササルヘカラス」（92頁）とし、「共有所有權ニ付キ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルヤ否ヤハ、其權利ヲ處分スル權能ヲ有スルヤ否ヤニ決スヘキモノナルコトハ、一般ノ場合ニ於ケルト異ナルコトナシ。故ニ共有所有權ノ存在確認訴訟ハ、其權利ヲ處分スル權能ヲ有スル者ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス。換言セハ、共有者ノ全員カ共同スルニ非サレハ、共有所有權ノ存在確認訴訟ヲ爲ス權能ヲ有セス、即其訴訟ノ原告タル適格（Sachlegitimation）ヲ有セサルモノト解ササルヘカラス」として、「共有者ノ全員カ共同スルニ非サレハ、原告タル適格（Sachlegitimation）ノ欠缺ノ爲メ請求棄却（Hellwig ノ所謂請求却下）ヲ免レス、從テ本案ノ勝訴判決ヲ受ケントセハ、共有者ノ全員カ共同シテ訴訟ヲ爲スコトヲ絶對ニ必要トスル場合（固有必要的共同訴訟）」（93頁）と述べる。

雫本①は、訴え提起を処分行為と位置づけたうえで、処分行為をする権限を有する者に原告適格が認められるという考え方にに基づき、「共有権（共有所有権）」の処分権能は共有者全員に（のみ）帰属するという理解を介して、共有権の対外的確認訴訟の原告適格が肯定されるためには、共有者全員が原告（当事者）とならなければならない、という規律を示した。ここに、我が国の固有必要的共同訴訟論の基底をなす、「共同処分の必要性」という命題が各共有者の共有権に係る提訴権を制約する、という規制が顕れたことになる。

(44) 当事者適格に関する雫本の理解は、大判大正2年（1913年）6月13日民録19輯15卷432頁の判例評釈（雫本朗造『判例批評録 第一卷』（弘文堂書房・有斐閣書房、1916）116頁、特に119頁以下）において示されている。そこでは、Hellwig による「三分説」が参照されている（中本・前掲注4267頁参照）。

雫本は、大判大正8年(1919年)5月31日民録25輯15卷946頁⁽⁴⁵⁾の判例評釈(雫本朗造「民事訴訟法判例批評(六四)」法学論叢(1921)114頁以下。以下、「雫本②」とする)において、自身の固有の必要の共同訴訟論を展開した。

雫本②は、「共有者カ他人ニ對シ共有物ノ全體ニ付キ提起スル共有權確認ノ訴ハ民法第二百五十二條ニ所謂保存行為ニ屬セラルコト當院ノ判例トスル所ナリ」とする判旨に対して、以下のように論じる。基本的には、雫本①と同様であるが、訴え提起の処分行為性をより明確に示した内容となっている。

「共有物の全體に付き提起する共有權確認の訴とは、共有物に對する所有權の存在を確認する判決を請求する訴訟に外ならず、而も該訴訟に於て請求棄却の確認判決を受けんか其が確定したる場合には、既判力の効果として該所有權の存在は國法上有効に之を主張することを得ざるに至り、實際の結果より觀るときは、該所有權に付き處分行為(Verfügung)を為したると異なることなきが故に、共有物に對する所有權確認訴訟を為すこと」⁴⁵⁾は、之を以て直ちに處分行為とは云ふことを得ざるも、處分行為と同一の効果を生じ得べき行為、換言せば所謂『廣義の管理行為』(Verwaltungsakt)を為すものと云はざるべからず」(116頁以下)として、訴え提起は、保存行為には含まれないとする。そのうえで、共有權確認訴訟の原告適格について、訴訟物たる共有物について「處分權能を有するものなることを必要とするもの」として、「我民法上共有者は其全員の一一致に因るに非ざれば、共有物に付き處分權能を有せざるものと解するべきが故に、共有者の全員が共同して提起するに非ざれば、確認判決を求むるに必要な權利保護中、原告たる適格を有せざる者即ち正當ならざる原告が提起した訴訟となり、此一事のみに因るも請求却下の判決⁽⁴⁶⁾を免がるることを得ず」(117頁)という。

さらに、雫本②は、総有權の對外的確認訴訟の原告適格について、以下のように論じる。

「『共有關係あり、從て共有者の全員が共同して訴を起すことを要す』と考え

(45) 大判大正8年については、鶴田・共有者259頁参照。

(46) 「請求却下」判決については、雫本・前掲注(44)121頁以下参照。

られつつある場合に付き、中には共有関係には非ずして、日耳曼法[*筆者注：ゲルマン法]上の合有(又總有と云ふ)團體(Gesellschaft zur Gesamthand)に類似する、日本固用法上の合有團體を為す場合存せざるやを疑ふものなり」としたうえで、入会権の主体である「某字若しくは某村の住民なるもの」は、「法人に非ざるも法人たると等しく、其村又は字の住民たる資格に於て其水利権、入会権等を有するもの」とし、「原告若くは被告たる當事者能力を有し、又訴訟物たる法律關係に付き廣義の管理權を有する限りは、當事者たる適格(Sachlegitimation)をも有するものと解すべきは論を俟たず」(118頁)と述べる。そして、このような理解に立たず、入会集落等について「共有」の法理を適用すると、「某村、某字の現在の住民の全員が共同するに非ざれば民事訴訟を爲すを得ざること」となり、「實際上の不便を乗ずるを免れず」(119頁)と述べる。そのうえで、雫本②は、入会集落等について通常の「共有」の法理を適用すると、訴えを提起した某村の住民に既判力が及ぶことになるのが、そのように解すると、当該住民が他の村に引っ越した場合にも既判力の作用を受けることになる一方で、新たに某村に引っ越してきた住民は既判力の作用を受けない、という「不可解の奇現象」が生じることになるという(120頁)⁽⁴⁷⁾⁽⁴⁸⁾。

以上のように、雫本②では、「共同処分の必要性」に基づく規律は「共有」に限定して適用されるべきであること、すなわち、「合有」(「総有」)に対応する共同所有関係⁽⁴⁹⁾には、「共同処分の必要性」は適用されるべきでないことが示されている。この点が、雫本説(が依拠する「共同処分の必要性」という命題)の射程範囲を考えるうえで、要点となる。

最後に、この時期になされた雫本の講義録の内容を確認しておく。本稿では、雫本②が公表された後に発行された『民事訴訟法 中巻(大正十年度京大

(47) 雫本②の判例評釈の対象である大判大正8年の事案は、231人の共有者のうち、22名が訴えを提起した事案であり、雫本は、231人の共有者の関係が「合有團體」に該当するか否かを精査する必要があったと述べる(120頁)。

(48) Hellwig と雫本説との相違点については、鶴田・共有者235頁以下の分析が示唆に富む。

(49) 兼子・共有関係153頁(後掲注91)も、雫本説における「合有團體」は「総有関係」を示すものとして理解すべきであるという。

講義』(1921, 文信社。以下,「雉本③」とする)を参照する(なお,大正5年度(1916年度)の講義録にもほぼ同じの内容の説明が記されている)。

雉本は,固有必要的共同訴訟が成立する場合を,「私法又ハ訴訟法ニヨリ数人カ共同ニヨリテノミ訴訟物タル法律関係ニ関シ訴訟ヲ為ス権能ヲ有スル場合ナリ,換言セハ数人カ共同スルニ非サレハ当事者タル適格ヲ有セサル場合ナリ」(268頁以下)としたうえで,それを,「(I)形成権カ数人共同ニ於テノミ行使スルコトヲ得,又ハ共同ノ数人ニ対シテノミ行使サルルコトヲ得ル場合ニ於テ法律上ノ効果ノ形成カ判決ヲ要スル場合」(268頁以下)⁽⁵⁰⁾と「(II)財産ノ処分権又ハ管理権カ数人共同ニノミ属シ,従テ訴訟法ニ於テハ数人カ共同ニ於テノミ其ノ財産ニ関スル訴訟ヲナス権能ヲ有スル場合」(271頁以下)に類型化する⁽⁵¹⁾。

そして,(II)の類型に該当する具体例について,「多数ノ学説ノ一致スル所ノ主ナルモノ」として,「合有ニ基ク団体ニ属スル財産ヲ訴訟物トナシ原告トシテ訴訟ヲナス場合」(民法上の組合における組合員と共同相続人が例として挙げられる)と「共有者カ共有物ニ関シテ訴訟ヲ為サントスル場合」とを挙げ,後者に関しては,共有者全員が当事者となる必要があるかについては,「共有者ノ一人ニ於テ他ノ共有者ノ合意ヲ得タル時ハ其ノ一人ノ共有者ノミカ原告トナリテ訴訟ヲ為スコトヲ得ル」という見解と「共有者ノ全員カ原告トナリテ訴訟ヲ為スコトヲ要スル」という見解の対立がある。雉本は,「普国一般州法」は後者の見解に従うものであるが,「吾民法」は前者の見解に従っているとしたうえで,「実体法ニ於テモ共有者ノ全員カ一致スルニ非サレハ共有物ヲ処分スルヲ得スト云フニ非ラス。他ノ共有者ノ全意アラハ一人ニテモ処分ス

(50) 具体例として, 抵当権者が抵当物件に係る質貸人と賃借人を被告として提起する質貸借の解除を求める訴え(民395条), 第三者が夫婦を被告として提起する婚姻取消の訴え(旧人訴2条)等が挙げられる。なお, 各人が単独で形成権を行使できる場合や形成の効果の発生のために形成判決を必要としない場合(民540条参照)は, 固有必要的共同訴訟には該当しないという。

(51) 雉本による固有必要的共同訴訟の分類は, Hellwig の見解(Konrad Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivlprozesrechts, Bd.3., 1909.S.101ff.)に従ったものである。この類型化が, その後の学説のスタンダードとなったことについて, 岡成・前掲注(1)28頁, 鶴田・共有者278頁参照。

ルコトヲ得トナスカ故ナリ」として、「共有者カ其ノ財産ニ関スル訴訟ノ原告トナル場合ニハ共同原告ヲ絶対ニ必要トスルニ非ラス」(273頁)と述べる⁽⁵²⁾。この記述に鑑みると、雑本③では、「訴え提起について共有者全員の同意を得ること」と「共有者全員が当事者となること」とは別の規律であり、「同意」をどのように理解するかにかかわるが、前者の規律による訴え提起も適法となる余地があると解されていたと考えられる。もっとも、このように解すると、後者の規律による訴え提起（のみ）を許容する雑本①・雑本②との整合性が問題となる。

第2款 大審院判例

以上のような雑本説の影響を受け、固有必要的共同訴訟論の指針となる判例法理が、大審院において確立されることとなった。共有権（および共有権に基づく請求権）の対外的主張に係る訴訟における「訴訟共同の必要」に関する判例法理として引用されるのは、次の二つの大審院判例である⁽⁵³⁾。すなわち、大判大正5年(1916年)6月13日民録22輯1200頁（6名の共有者が原告となり、係争立木および丸太の所有権が原告を含む8名の共有に属する旨の確認を求める訴えを提起した事案）と大判大正6年(1917年)12月28日民録23輯2273頁（本訴被告である共有者の1人が、係争土地の所有権が本訴被告を含む5名の共有に属する旨の確認を求める反訴を提起した事案）である。

大判大正5年は、「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」「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場合アリ得ヘキヲ以テ右訴ノ提起ヲ以テ保存行為ト云フコトヲ得サルモノトス」と判示した。

大判大正6年は、「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

(52) 第三者が共有者を被告として共有権に係る訴訟を提起する場合には、当該第三者は、共有者の一人に対して、他の共有者の同意を受けることを要求することができないため、共有者全員を被告とする必要があるという。

(53) 鶴田・共有者258頁以下参照。

存在セラ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ラ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フサルヘカラス」と判示した。

いずれの判例も、雉本説からの影響を強く受けていることが窺える（なお、大判明治28年に対する言及はない）。大判大正5年は、提訴権を行使しない共有者に及びうる請求棄却判決の事実上の不利益に着目するのに対し、大判大正6年は、訴訟当事者間に生じる既判力を重視する。もっとも、大判大正6年が、一部の共有者による訴えにおける請求棄却判決の既判力が提訴権を行使しない共有者にも作用すると考えていたか否かは、明らかではない。

第3款 小 括

雉本説における「訴訟共同の必要」による規制は、訴訟物たる権利義務に係る実体法上の管理処分権の帰属形態と原告適格とを連関させるものである⁽⁵⁴⁾。これは、原告が自己に単独で帰属する（と主張する）権利義務を訴訟物とする訴えに妥当する規律を、共有関係の対外的確認訴訟にそのまま適用したものである。雉本説によつてはじめて、「訴訟共同の必要」が適用される訴訟類型として、【類型②】と【類型③】の存在がクローズアップされることとなり、実定法の条文がなくとも、「訴訟共同の必要」が適用される訴訟類型が存在することが認識されることとなった⁽⁵⁵⁾。

もっとも、前節でみた一部の学説によると、共有者の一部（1人ではなく、複数人であることを想定する）が提起した共有権確認訴訟は、「合一確定の必要」が要請される訴訟であるものの、被告が「共同訴訟の抗弁」を行使しない限り、裁判所は請求認容判決をすることができるのに対して、雉本説によ

(54) 雉本説における当事者適格論については、中本・前掲注4252頁以下参照。

(55) なお、前田直之助『民事訴訟法 第一編（前田先生講述 大正九年度）』（出版社不明、1921）（本稿では、国立国会図書館デジタルコレクションに収録された文献を参照した）187頁以下は、「共有者カ共有ノ確認ノ訴ヲ起ス場合」は「権利義務ノ主張ノ一ノ場合ナルヲ以テ」、（合一確定の必要が適用される）「必要的共同訴訟」に該当するとしううえで、「必要的共同訴訟」の場合であつても、「直接ニ共同訴訟ヲ強制セラルルト云フ意味ニ於テ必要的ト云フニアラサルコトヲ注意セラルヘカラス」という。

ると、このような処理は否定されることになる。雑本の理解は、請求棄却判決がなされたとすると、提訴権を行使しない共有者の権利までも処分されたのと同様の効果が生ずることになるため、そのような事態を防ぐために、被告の対応いかんにかかわらず、裁判所は（本案の存否の判断を留保した暫定的な）請求棄却判決をすべきである、という考え方に立つものと推察される。しかし、この考え方が成立するためには、請求棄却判決の既判力が提訴権を行使しない共有者にも作用することが前提となるはずであるが、この点に対する雑本説の立場は不明瞭であり、大審院の判例法理でも明らかにされないままであった⁽⁵⁶⁾。

また、雑本説が、「訴訟共同の必要」が適用される射程範囲を、通常の「共有」に限定していたことは、強調されるべきである。この点に鑑みると、「共同処分の必要性」という命題に依拠する「訴訟共同の必要」を、「総有」に適用した最高裁の判例法理は問題を内包しているといえよう。

第3節 雑本説をめぐる学説の状況

本節では、雑本説をめぐる学説の状況を検討する。雑本説（および大審院の判例法理）を承継しない学説をみた後に、雑本説を継承する学説を整理し、それらの学説と雑本説との相違点を明らかにする。

第1款 雑本説を継承しない見解

加藤正治は、大正民法改正前の大正12年（1923年）に公表された大判大正10年（1921年）7月18日民録27輯1393頁⁽⁵⁷⁾の判例評釈（同『民事訴訟法判例批評集 第1巻』（有斐閣、1926）47頁以下所収）において、次のように論じる⁽⁵⁸⁾。

加藤は、共有権確認訴訟を、①「共有者全員カ共有権全部ヲ訴訟物トシ共

⁽⁵⁶⁾ 大審院の判例法理をめぐる民法学説については、鶴田・共有者262頁以下参照。

⁽⁵⁷⁾ 大判大正10年については、鶴田・共有者269頁以下参照。

⁽⁵⁸⁾ 加藤説については、鶴田・共有者278頁以下の検討が有益である。

同原告トナリ訴ヲ提起スル場合」, ②「共有者中一人若クハ数人若クハ過半数ノ者ヨリ共有者全體ノ為メニ共有権全部ニ付キ提起スル場合」, ③「共有者各自カ其共有持分ニ付提起スル場合」という3つの類型に区別したうえで, ①の場合には, 明治民訴法50条(現行民訴法40条)が適用され, 「其既判力モ亦全員ニ及フコトハ論無キ」として, 特に問題が生じるのは②であるという(50頁)。②で原告となった共有者は, 「共有者全體ノ為メニ代表的ノ意味ニ於テ」⁽⁵⁹⁾, 「確認ノ訴ヲ提起シ共有権ノ全體ニ付キ判決ヲ得既判力ヲ共有者全員ニ得セシメントスル場合」という(51頁)。この場合について, 大審院の判例(大判大正5年等が挙げられる)は, 共有者全員が原告として訴えを提起しなければ, 「訴提起ノ適格(Sachlegitimation)ヲ缺クモノトシテ何レモ直ニ本訴ヲ理由無シトシテ棄却スヘシ」と判示するが, 加藤は, 妨害排除請求は「保存行為」(民252条但書)に該当し, 保存行為であれば, 各共有者が単独で妨害排除請求訴訟を提起できるはずであり, 共有権確認訴訟も, 判決の結果によっては, 保存行為として性質決定をすることができるとする⁽⁶⁰⁾。

加藤は, 共有権確認訴訟に関して, 訴え提起それ自体によっては, その行為が共有法上の「処分行為」「管理行為」「保存行為」のうちのいずれに該当するかを判断することができず, 「判決ノ結果如何ニ依リテ始メテ民法上ノ見地ヨリ之ヲ見テ其行為カ保存行為タリ將タ處分行為タルカヲ判断スヘキモノトス」(53頁)という考え方を示す。そして, この考え方によると, 裁判所は, 共有者の一部の者が共有権確認訴訟を提起した場合に, 「裁判所ハ直ニ或ハ不適法トシテ訴ヲ却下シ或ハ訴提起ノ当事者タル適格(Sachlegitimation)ヲ缺クモノトシテ其請求ヲ理由ナシトシ請求棄却ノ判決」をすべきではなく,

(59) ここでいう「代表的」の意味について, 加藤は, 「單ニ共有者全員ニ判決ノ効力ヲ及ホス為メノ意味ニ外ナラス」という(51頁)。

(60) さらに, 加藤は, 共有者全員が原告となる必要があるとする判例法理や共有者の同意を要するという見解に対して, 「共有者カ皆同意ヲ與ヘ又ハ代理ノ委任ヲ與ヘ一人ノ共有者ニ訴訟ヲ擔當セシムルトキハ問題ヲ生セラルナリ實際上問題トナル多クハ多數共有者ノ意見カ起訴ニ付キ一致セス又ハ然ラストスルモ共有者中ニ不在者, 逃亡者, 無能力者等多ク之レアル場合」には, 訴え提起が困難となることを指摘する(51頁(註))。59頁も参照)。

「實體上ノ辯論ニ入り共有権存否ノ實體上ノ審理ヲ為スヘキモノ」とし、共有権が存在するとの判断に至った場合には、訴え提起は客観的には保存行為に該当し、「確認訴訟ニ在リテハ確認判決ヲ得ル為メノ即時ノ利益」が存することが必要となり（55頁）、それが肯定される場合には、共有者の一部による共有権確認請求を認容する判決がなされ、その「判決ノ既判力（Rechtskraft）ハ共有者全員ニ及フモノトス」（56頁）という。提訴権を行使しない共有者に対しては既判力が拡張される根拠について、加藤は、訴え提起が保存行為に該当するため、一部の共有者のなした「訴訟行為カ共有者全員ノ為メニスル代表的ノ意味ニ於ケル訴訟行為トナルモノトス換言スレハ一人ニテ全員ノ為メニ訴訟ヲ為ス管理権（Processführungsrecht）ヲ行ヒタルコトノ結果ニ歸着ス」（56頁）と述べる。

以上は共有権の存在が認定された場合の処理であるが、共有権の存在が否定された場合については、次のように述べる。「敗訴」という「訴訟ノ結果ハ保存行為ニモ管理行為ニモ非サルコトトナリタルカ故ニ他ノ共有者全員ノ為メニスル訴訟ヲ為ス権限即チ訴訟管理権（Processführungsrecht）ヲ欠キタルコト明瞭トナリ其判決ノ既判力ハ訴訟當事者間ニ限り他ノ共有者ニ對シテハ毫モ既判力ヲ及ホスコトナキモノトス從テ他ノ共有者ニ對シテハ共有権不存在ノ確定的効力ヲ生スルコトナシ」（57頁）という⁽⁶¹⁾。そのうえで、「他ノ共有者カ悉ク皆箇箇ノ單獨訴訟ニ於テ敗訴シ否定的確認判決ヲ受クルトキハ共有権ハ始メテ共有者全員ニ對シ消極的ニ確定スルモノトス之ニ反シ若シ一人タリトモ勝訴シ共有権存在ノ肯定的確定判決ヲ受クルトキハ」（58頁）、「其訴訟行為タルヤ私法上ヨリ見テ全員ノ為メニスル保存行為トナリ其判決ノ既判力ハ共有者全員ニ及ヒ全員ノ為メニ共有権存在ノ確定的効力ヲ發揮スルニ至ルモノトス」（59頁）と述べる⁽⁶²⁾。

(61) 提訴権を行使しない共有者に対して、敗訴判決は事実上の「悪影響」を及ぶにすぎないという。なお、加藤は、共同原告となった共有者間では「合一確定の必要」が要請され、同一内容の判決を受けることになるとも指摘する（58頁。これは、前節でみた学説の理解に沿うものである）。

(62) 加藤は、妨害排除請求について、共有者が単独提訴できるという判旨には賛成するが、

加藤説に対しては、山田正三から批判がなされた⁽⁶³⁾。山田の批判をまとめると、以下の2点である⁽⁶⁴⁾。すなわち、①訴え提起をもって直ちに民法上の処分行為とみなすことができないとする点には賛同できるが、請求棄却判決を処分行為と捉えれば、共有者の一部の者が提起した共有権確認訴訟における請求棄却判決が、共有者全員が当事者となっていないことではなく、共有権が不存在であることを理由とする場合であっても、当該判決の既判力は提訴権を行使しない共有者には及ばないことになるが、後者を理由とする請求棄却判決の既判力は全ての共有者に作用すると解すべきではないか、という批判、および、②加藤説によると、共有者の提起した訴訟が必要的共同訴訟であるか否かは、当該訴訟の結果を待たなければ判断することができない、換言すれば、共有者全員が当事者となる場合に明治民訴法50条（現行民訴法40条）が適用されることを説明することができないのではないか、という批判である⁽⁶⁵⁾。加藤は、①に対しては、訴え提起の性質決定の判断は、「原告ノ主観的ノ主張」ではなく、「判決ノ結果ニ依リテ客観的ニ確定シタル照準ニ依リテ決定スルヲ至當トスヘキ」とし、②に対しては、明治民訴法50条の適否は、既判力の作用とは異なり、原告の主張に基づく判断がなされるべきであると反論するが（71頁以下）、①に対する反論は、山田の批判と噛み合っているとはいえない。

「原告ノ主張ヲ速信」して、「訴ノ提起ヲ以テ直ニ保存行為ナイトスハ速斷ニ失スルモノト謂フヘキナリ」という（61頁）。なお、加藤は、「持分ニ對スル單獨訴訟ニ於テ敗訴セシ共有者ト雖モ共有権全體ニ對スル共同訴訟ニ於テ勝訴スルコトアルモノ」として、共有持分権を共有権に係る既判力が作用する関係に立たない全く別の訴訟物と捉える（64頁）。
 (63) 山田正三『判例批評民事訴訟法 第一卷』（弘文堂書店、1923）409頁、特に412頁以下（大判大正11年7月10日判決民集1巻386頁〔共有権に基づく移転登記請求訴訟について共有者全員による訴訟共同の必要があることを明示した裁判例〕の判例評釈である。大判大正11年については、鶴田・共有者271頁以下参照）。

(64) 加藤自身が山田から批判の内容を整理している（70頁以下）。

(65) 加藤説に対しては、我妻栄からの批判もある（『判例民法 大正十一年度』（有斐閣、1924）237頁以下）。我妻は、大判大正11年の判例評釈において、「権能ありや否やを行為の種類によって分つことなく、行為をなした後の結果によって分つこと、換言すれば、行為の結果が不利益に終わったとき、これを以て権能の誤れる行為となさず権能がなかったのだと考ふること」は、是認することができないという（同書240頁）。

加藤説の狙いは、自身が述べるように、「實際上及ヒ理論上共ニ共有者ノ権利保護ニ満足ナル解決ヲ與フルコト」(59頁)にあり、それは、原告たる共有者による提訴権行使の自由は保障されるべきであり、雉本説および大審院の判例法理のように、共有権に係る訴訟に対して「訴訟共同の必要」を適用することは、原告の提訴権を不当に制約するものであるとの問題意識に基づくものである。加藤説は、共有者による提訴権行使の自由を確保する一方で、原告とならない共有者の提訴権行使の機会を保障するための手立てとして、既判力というツールを持ち出す点で示唆に富むが、請求認容判決と請求棄却判決とで既判力の作用に差異をつける点で、検討されるべき理論的な問題を含有している。また、加藤説は、既判力の作用を論じる際に、(提訴権を行使しうる)共有者間の関係のみに焦点が合わせられており、被告たる相手方当事者の利益状況が等閑に付されている点でも問題がある。つめるべき問題を含んでいるとしても、「訴訟共同の必要」による規制と既判力の作用とを理論的に連関させた点で、加藤説の意義は大きいと考えられる⁽⁶⁶⁾。

第2款 雉本説を継承する見解

共有権の対外的確認訴訟における「訴訟共同の必要」を、「共同処分の必要性」によって根拠づける雉本説を忠実に引き継いだのは、菰渕清雄、森田豊次郎、勅使河原直三郎である⁽⁶⁷⁾。

以上の他に、基本的には雉本説を継承するものの、「訴訟共同の必要」につ

(66) なお、戦後に公開された加藤正治『民事訴訟法要論』(有斐閣、1946)142頁では、固有必要的共同訴訟とは、「數人が共同してのみ訴訟追行権を行使し得る場合」とであるとされ、具体例としては、【類型1】と【類型2】に該当する訴訟のみが挙げられる。同書142頁注(一)では、「訴訟の目的は合一に確定することを要せず、単に數人が共同原告又は共同被告たることを法律が必要とする場合もある」とし、具体例として、主参加訴訟(旧民訴60条)、異議ある債権者と破産者を共同被告とする場合(旧破産244条2項)が挙げられたうえで、「斯る場合は必要的共同訴訟といふ名稱には文字上當て嵌まるやうであるが、茲に謂ふ必要的共同訴訟ではない」と述べられている。

(67) 菰渕清雄『改正民事訴訟法註解』(清水書店、1929)97頁、森田豊次郎『民事訴訟法概要』(巖松堂書店、第10版1943、初版1936)67頁、勅使河原直三郎『改正民事訴訟法』(巖松堂書店、第3版1928、初版1928)191頁以下。

いて、興味深い指摘をする見解がある。以下では、細野長良の議論をみたうえで、その他の学説を整理する。

第1目 細野長良

細野長良⁽⁶⁸⁾は、大正民法改正前に公刊された『民事訴訟法要義〔第二卷〕』（巖松堂書店、1920）において、以下のように論じる。

細野は、ドイツ法の学説に依拠して、必要的共同訴訟を、「固有ノ必要的共同訴訟」と「類似的必要的共同訴訟」に区別する。そのうえで、「固有ノ必要的共同訴訟」とは「原告ニシテ勝訴ノ本案ノ判決ヲ得ルニハ少クトモ原告タル可キモノカ数人ニシテ訴ヘ又ハ数人ノ被告ニ對シ訴フルコトヲ必要トシ若シ之ヲ為ササルトキハ此理由ニヨリ少クトモ訴ハ理由ナキモノトシテ排斥セラルル場合ニ於ケル共同訴訟」であり、「法律ノ規定ニヨリ数人カー箇トシテ法律上ノ活動ヲ為シ数人ヨリ又ハ数人ニ對シテ為スニアラサレハ請求権其他ノ権利ヲ有セラルカ如キ場合」として、これに該当する類型は、「形成権ヲ数人共同ニテ行使シ若クハ共同ノ数人ニ對シテノミ行使シ得可キ訴ニシテ法律上ノ効果ノ形成カ判決ヲ必要トスルトキ」と「財産ノ處分権又ハ管理権カ實體法上数人ノ共同ニノミ属シ從テ其数人共同ニ於テノミ訴訟ヲ為シ得ル権能ヲ有スル場合」とに区別できるとする（76頁）。後者の具体例としては、「全部債権関係ニ於ケル訴訟、共有權ニ関スル訴訟（民二五一條、保存行為ハ此限りニアラス）、遺産相続人数人アル場合ニ於ケル遺産分割前相続財産ニ對シテ為ス訴訟（民一〇〇二條）」等を挙げ、これらの場合には、「合一確定の必要」も当然に適用されるという。さらに、「原告カ訴ニ際シ共同訴訟トステ訴フルノ要件ヲ缺キタルトキハ訴ヲ不適法トシテ却下ス可キニアラス訴ヲ理由ナシトシテ棄却ス可キモノトス」とする（77頁）。

以上の点に関しては、細野説は雉本説を概ね踏襲しており、ここで示された固有必要的共同訴訟の規律は、その他の学説によって承認されることとなった⁽⁶⁹⁾⁽⁷⁰⁾。

(68) 細野長良の経歴等について、斎藤他・前掲注2964頁以下参照。

(69) 学説の状況については、岡成・前掲注(1)28頁参照。

大正民法改正後に出版された『民事訴訟法要義〔第二卷〕上冊』（巖松堂書店、全部改訂7版、1930）においても、細野説における固有必要的共同訴訟の基本的な理解に違いはないが、「訴訟実施権」という概念を新たに用いて、固有必要的共同訴訟における「原告ハ訴訟実施権ヲ他人ト共同シテ之ヲ行使スルニアラサレハ権利保護ノ請求ヲ為スコトヲ得サル」とする（130頁）。

細野は、固有必要的共同訴訟における「実質上ノ訴権ハ一個ナルコトヲ前提」として、共同訴訟人は「共同シテ一個ノ訴訟実施権ヲ有スルニ過キサル」とする「通説」に対して、以下の疑問を呈示する（141頁以下）⁽⁷¹⁾。

第一は、通説のように、共同訴訟人が一個の訴訟実施権を共同して行使すると解すと、訴訟の開始だけではなく、「訴訟ニ於ケル發展ニ付キ共同訴訟人カ共同ニ同一内容ノ訴訟行為ヲ為スコトヲ得ルニ止マリ共同訴訟人ノ或ル者ノミノ爲シタル訴訟行為ハ當然無効ナリト論セラルヲ得ス然ルニ民事訴訟法第六二條ノ共同訴訟人カ各別ニ有効ナル訴訟行為ヲ為シ得ルコトヲ前提トシテ規定シタル」ことと矛盾することになる、という疑問である。

第二は、訴権は「私法上ノ権利又ハ法律關係ニ付キ吾人ノ有スル利益カ危害ヲ受ケ又ハ受クルノ恐アル場合ニ國家ニ對シ之カ保護ヲ要求シ得ル意思ノ力ナリ數人カ共同ニテ私法上ノ権利又ハ法律關係ヲ有シ共同ニテ其ノ關係ニ於ケル全利益ヲ享有シ得ルモノナルコト勿論ナリト雖モ此場合ニハ共同人ノ各自カ其私法上ノ關係ニ付キ利益ヲ有スルモノナレハ此利益ハ権利又ハ法律關係ノ全體ノ安全ニ因リ得ルヘキヲ以テ之ニ對シ保護ヲ拒否スル理由毫モ存在セス、果シテ各自ニ對シ権利保護ノ利益アルモノトセハ之ニ訴権ヲ認メサルヲ得ス」として、通説によると、「各自ハ訴権ヲ有セサルモノト解セサルヲ得ス」との帰結になるのではないか（142頁）、という疑問である。

以上の疑問を呈示したうえで、細野は、「共同者各自モ共同利益ヲ害セラレ

(70) もっとも、細野は、民法251条を引用するにとどまり、「共同処分の必要性」という命題によって「訴訟共同の必要」を根拠づける趣旨であるかは、必ずしも明らかでない。

(71) 細野のいう「通説」が具体的にどの見解を意味するかは、引用文献が付されていないため、明らかでない。なお、細野は、「訴権」の共有を認めることは、「不完全状態ニシテ其相互ノ關係複雑ヲ極ムル」という点でも、「通説」は妥当ではないという。

又ハ害セラルル恐アルトキハ之カ保護ノ請求権ヲ有スルモノニシテ他ト獨立シテ訴権ヲ有スルモノト解ス」ことができるが、その「訴権」は、「他ノ共同人ノ利益保護ヲ條件トシテ之ヲ要求シ得ルモノト云フヘク各共同人ハ相互ノ條件附訴権即チ制限附訴権ヲ有スルモノト解スルコトヲ得ヘシ」(143頁)と主張する。細野は、このように解してはじめて、固有必要的共同訴訟において、共同原告となるべき者が訴えを提起した場合でも、その者が共同訴訟参加することによって訴えが適法となること、および、共同被告とすべき者を脱漏している場合でも、その者に対する訴えを提起し、裁判所が事件を併合することによって訴えが適法となることを説明することができるという(144頁)。

以上のように、固有必要的共同訴訟関係にある当事者であっても、各人が固有の訴訟追行権を有していること、および、訴訟追行権の内容としての提訴権(訴権)の行使は、各人の「権利保護ノ利益」(訴えの利益)によって根拠づけうることを主張する点で、細野説は雉本説とは異なる視座に立つものである。原告の「権利保護ノ利益」を保障すべきであるという細野説の問題意識は、加藤説のそれと共通しているといえよう。

第2目 その他の学説

その他の学説を文献が公開された年代順に整理すると、網羅的ではないが、以下のとおりである。

岩本勇次郎＝三ヶ尻好人⁽⁷²⁾『新民事訴訟法要論〔下巻〕』(巖松堂書店、1928)は、固有必要的共同訴訟が成立する訴訟類型について、「訴訟物タル法律関係カ合一ニノミ確定スルコトヲ要シ且ツ數人カ共同ニ依リテノミ其ノ訴訟物タル法律関係ニ付キ訴訟ヲ爲スノ権限ヲ有スルコトヲ必要トスルモノニシテ換言スレハ數人カ共同スルニ非サレハ正當ナル訴訟當事者タルノ適格ヲ

(72) 岩本勇次郎は、東京地裁部長を経て、後に、大審院判事、明治大学教授を務めた(鈴木・前掲注(19)272頁注(60)参照)。なお、同書の公開時における三ヶ尻の肩書は、弁護士であった。

有セサル場合ナリ」(1313頁)としたうえで、「形成権ヲ訴訟物ト為ス場合」と「訴訟物タル財産ノ處分権又ハ管理権カ數人ノ共同權限ニ属スル場合」とに区別する(1314頁以下)。この類型化は雫本説に従うものであるが、後者について仔細にみると、雫本説とは異なる点がある。具体的に、後者に属する場合として、「信託法上ノ共有」(信託財産について数人の受託者が選任されている場合。旧信託法24条)、「任務ニ依リ當事者タル地位ヲ有スル者數人アル場合ニ於テ其ノ任務ノ執行カ其ノ共同ニ属スルトキ」(数人の遺言執行者が選任されている場合〔改正前民法1119条〕や数人の破産管財人が選任されている場合〔旧破産法163条〕等)、「第三者カ共有者ヲ被告トシテ共有物ニ關スル訴訟ヲ提起スルトキ」を挙げるにとどまり、共有者が原告となり共有権に係る訴訟を提起する場合を除いている点である。岩本＝三ヶ尻は、「共有者カ共有物ニ關シ訴訟ヲ爲サントスル場合ニ於テハ他ノ共有者ノ同意ヲ得テ一人ニテ原告ト為ルコトヲ得ヘシ」(1318頁)と解すからである。これは、雫本③における理解と共通しているが、「同意」の具体的な内容や「同意」が得られなかった場合の処理についての説明はなされていない。

松岡義正⁽⁷³⁾『新民事訴訟法註釋 第二卷』(清水書店、1930)は、「數人カ共ニ訴ヘ又ハ訴ヘラルルニ非サレハ原告又ハ被告ヲシテ訴訟實施權(Active oder passive Legitimation)ナキニ至ル事由ニ因リテ本案ニ付敗訴ノ裁判ヲ受クルノ危險ヲ避クルカ爲ニ必要ナル共同訴訟」を「固有ノ必要的共同訴訟」と捉える(361頁)。そのうえで、松岡は、必要的共同訴訟に該当するのは、「訴訟ノ目的タル法律關係カ唯一ニノミ確定スヘキ場合」と「法律ノ規定ニ依リ數人カ共ニ訴ヘ又ハ訴ヘラルルコトヲ要スル場合」であり、前者を類似必要的共同訴訟(具体例として、複数株主が共同原告として提起する株主総会決議無効の訴え〔昭和13年改正前商法163条〕が挙げられる)、後者を固有必要的共同訴訟(具体例として、第三者が提起する婚姻取消の訴えが挙げられる)と位置づける(362頁以下)⁽⁷⁴⁾。

(73) 松岡義正は、大正10年(1921年)から昭和3年(1928年)まで、大審院部長を務めた。

(74) このことから、松岡は、「合一確定の必要」と「訴訟共同の必要」とを連結させていな

さらに、松岡は、固有必要的共同訴訟の場合には、「裁判所ハ職權ヲ以テ訴訟實施權ノ有無ヲ調査シ又被告ハ原告ニ對シ共同訴訟人タルコトヲ得ヘキ一切ノ利害關係人ヲ訴訟ニ参加セシムヘキ者ヲ強要スルノ抗辯權 (Exceptio pliverium litis consortium) ヲ提出スルコトヲ得」とし、その結果、「訴訟實施權ナキコト明白ナルトキハ理由ナキトシテ原告ノ訴ヲ棄却スル實體判決ヲ為ス」(363頁)とする⁽⁷⁵⁾。

以上のように、松岡は、雉本説とは異なり、「共同処分の必要性」という命題によって「訴訟共同の必要」を基礎づけるという考え方に立つことを明示していない。このことは、共有権の対外的確認訴訟を固有必要的共同訴訟の具体例として挙げていないことから推知することができる。また、松岡は、「請求ノ認諾、其ノ拋棄及和解等ノ如キ訴訟行為タルト同時ニ法律行為ナル行為」(訴訟終結行為)については、「共同訴訟人中ノ一人ニシテ民法ノ規定ニ從ヒ單獨ニテ請求權ヲ處分スルノ權ヲ有スルニ於テハ他ノ共同訴訟人ニ對シテ効力ヲ有スルモノトス」(372頁)と述べる点に鑑みると⁽⁷⁶⁾、松岡は、「共同処分の必要性」という命題を、訴訟終結権限の行使に限って適用する(換言すれば、提訴権の行使には適用されない)との見解に立っていたと考えられる。

かったことを窺い知ることができる。松岡は、大正11年(1922年)4月4日開催の第9回民事訴訟法改調査委員会(同委員会の審議の対象は共同訴訟参加等の規定であった)においても、同様の説明をしている(松本博之=河野正憲=徳田和幸編『日本立法資料全集14 民事訴訟法(3) [大正改正編]』(信山社, 1994)125頁以下。鶴田・共有者275頁以下も参照)。なお、同委員会に出席した委員の間で、「合一確定の必要」と「訴訟共同の必要」の関係についての理解が不明瞭であったことは、岡野敬次郎と松岡のやりとりからもみてとることができる。両者の議論が噛み合わなかった要因は、「法律の規定」によって要求されるのが、「合一確定の必要」と「訴訟共同の必要」のいずれであるか、ということの理解の相違にあるように思われる。

(75) なお、松岡は、数人が提起する同一証書の真否確認の訴えや要役地の共有者が共に承役地の所有者に対して提起する地役権に係る訴訟は、証書の真否ないし地役権の存否に関する判断が、「事物ノ性質上又ハ法律上ノ原因ニ因リ内容ヲ異ニスル裁判ヲ爲スコト能ハサル」として、「合一確定の必要」が要請される類似必要的共同訴訟とする(363頁以下)。

(76) 松岡は、共同訴訟人における訴訟行為が抵触した場合に、「各共同訴訟人ノ共同ナキノ一事ヲ以テ無効ナリトスヘキニ非ス」としたうえで、共同訴訟人の一人がなした実体法上の法律行為を包含する訴訟行為(請求の放棄・認諾、和解等)の効力が、他の共同訴訟人にも及ぶかは、「實體法ニ從ヒ之ヲ定ムヘキモノ」という(372頁)。

山田正三⁽⁷⁷⁾『日本民事訴訟法論 第二卷』(弘文堂書房, 1934) は、次のように論じる⁽⁷⁸⁾。山田は、固有必要的共同訴訟を、「判決カ共同当事者ニ付キ單一不可分(訴訟物タル権利カ一個ナルモ訴訟ノ判決ハ共同当事者ニ付キ觀念上複數ナルコトアリ、例ヘハ數人ヲ共同被告トスル所有權存在確認訴訟ニ於ケルカ如シ、此ノ種ノ共同訴訟ハ吾人ノ所謂準必要的共同訴訟ナリ)ニシテ原告ハ共同訴訟ヲ選フニアラサレハ其ノ事ノミニ依リ勝訴ノ判決ヲ受クル能ハサル場合ノ共同訴訟」と捉えて、「原告カ單一訴訟ヲ選ヒタルトキハ被告ハ共同ニテ訴ヘ又ハ訴ヘラルヘキコトノ抗辯(Die Rüge Unzulässigkeit der Einzelklage. exception plurium litis consortium)ヲ爲スコトヲ得ヘク其ノ請求(共同訴訟ニ依ラサル請求)ハ理由ナキモノトシテ却下セラルヘキナリ」(164頁)としたうえで、その類型を、「管理ノ共同」の場合(164頁以下)と「訴訟物ノ特別ノ性質即訴訟物カ形成權ナル」場合(167頁以下。第三者が提起する婚姻取消の訴えが具体例として挙げられる)とに区別する。

そのうえで、前者の類型について、「財産ノ管理行爲殊ニ處分カ私法上有効ニ行ハルル爲メニハ數人ノ共同ナルコトヲ要スル場合」(「共同処分の必要性」という命題が適用されるべき場合)があり、この場合には「財産ニ關スル訴訟行爲殊ニ訴ノ提起ヲ爲スコトハ實際ニ於テ管理殊ニ處分スルト等シキ私法上ノ結果ヲ生スヘケレハナリ」とし、「管理權從テ訴訟ヲ爲ス權能」が「數人共同ニ属スル場合」を、「合有權者」(共同相続人と民法上の組合の組合員等)、「任務ニ依リ當事者タル地位ヲ有スルモノ數人アル場合ニ於テ其ノ任務ノ執行カ共同(過半数ニ依リ決スル場合亦同シ)ニ属スルトキ」(遺言執行者や受託者が複數選任されている場合等)、「被告トシテノ共有者」に細分して整理する(165頁以下)。

以上のように、「共同処分の必要性」という命題を援用する山田説は、基本的には雉本説を忠実に継承するが、雉本説とは異なり、共有者が原告として

(77) 山田正三の経歴等については、斎藤他・前掲注2929頁以下参照。

(78) 大正民法改正前に刊行された山田正三『民事訴訟法 第貳卷』(弘文堂書房, 1922) 437頁以下における説明を踏襲している。

提起する共有権に係る訴訟に対しては、「訴訟共同の必要」を適用しない⁽⁷⁹⁾。この点では、岩本＝三ヶ尻と同様の理解に立っている。もっとも、山田は、別の文献では、「共有者ノ同意ナキ限り共有者全員共同ニ於テノミ當事者タル適格ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス」と述べており⁽⁸⁰⁾、この点を顧慮すると、山田は、他の共有者の同意が得られない場合に限って、「訴訟共同の必要」の適用を肯定するという考え方に立っていたものと推察できる。

なお、山田は、「合有権者」が訴えを提起する場合には、選定当事者による権利保護方式を選択すべきである、という規律を呈示する(166頁)⁽⁸¹⁾。通常の「共有」とは異なる共同所有関係に対して特別な規律を設定する必要があることを指摘する点で、雫本説と共通している。

中島弘道⁽⁸²⁾『日本民事訴訟法(第二編乃至第五編)』(松華堂書店、初版1934)1201頁は、「多數當事者ノ請求中或種ノモノハ其ノ目的タル法律關係カ其ノ性質上數人ノ當事者ニ對シ各別ニ確定スルヲ許サス必ス合一ニ確定スルヲ要スルモノナルカ爲原告ハ必ス數人共同シテ訴ヘ又ハ數人ヲ共同被告トシテ訴フルコトヲ要シ、隨テ其ノ數人悉ク共同訴訟人ニ加フルニ非サレハ原告ノ請求ヲ認容スルニ故ナキ場合アリ」として、「數人全部ヲ共同訴訟人ニ加フルニ非サレハ當事者適格ヲ缺ク訴トナル共同訴訟」を「固有必要的共同訴訟」と捉える。

中島は、固有必要的共同訴訟が成立する場合を、「訴訟物カ數人ノ共同管理ニ属スル場合」(1202頁以下)と「訴訟物ノ特別ノ性質ニ因リ固有必要的共同訴訟ノ成立スル場合」(1205頁以下。第三者が提起する婚姻無効の訴え等を具体例として挙げる)とに区別し、前者に関して、「財産ノ管理権(處分、利

(79) 山田は、「同意」(民251条)を得た複数の共有者が共有権に関する訴訟を提起する場合は、「訴訟ヲ爲ス權能ニ基キ他人ノ受ケタル判決カ當事者タラサル本人ニ對シ効力ヲ生スル場合」に該当するため、その共同訴訟は「類似必要的共同訴訟」であるとする(172頁)。山田は、他の共有者の「同意」(民251条)を得たうえで提起した訴訟における判決の既判力は、同意を与えた共有者にも及ぶとの理解に立っている。

(80) 山田・前掲注63412頁。

(81) 山田は、選定の協議が調わなかった場合と「合有権者」を被告とする場合に限って、「訴訟共同の必要」を適用すべきであるという(166頁)。

(82) 中島弘道の経歴等については、斎藤他・前掲注2969頁以下参照。

用、改良、保存ヲ爲ス權能）ハ通常一人ニ屬スルモ稀ニハ之カ數人ニ分屬シ其ノ數人共同スルニ非サレハ財産ヲ有効ニ管理（殊ニ處分）スルコト能ハサル場合アリ」とし、「其ノ財産ニ関シ訴ヲ提起シ且其ノ後ノ訴訟追行行為ヲ爲スコトハ即チ財産ヲ管理スルモノニ外ハラサレハナリ」（1203頁）として、具体例として、「合有権者」（受託者が複数人定められている場合。旧信託法24条）、「共同管理任務負擔者」（遺言執行者や破産管財人が複数人定められている場合）、「選定当事者」、「共有者」を挙げる（1204頁）。中島は、固有必要的共同訴訟の類型化に関しては雫本説に忠実に従うものの、「共有者」については、雫本説と異なる説明を行う。すなわち、共有者が原告となる対外的確認訴訟に関して、中島は、「共有者中ノ一人ヨリ提起スルコトヲ得ヘク必スシモ他ノ共有者全員共同シテ之ヲ爲スヲ用セス」として、「訴訟共同の必要」の適用を否定する。そのうえで、訴えを提起した共有者は「訴訟中訴訟物ノ處分（例ヘハ和解、認諾、放棄）ヲ為スニハ他ノ共有者ノ同意ヲ要スルモノトス（民法二五一條）」（1204頁）とする。提訴権の行使それ自体は処分行為に該当しないと捉えたうえで、民法251条の適用がある訴訟行為を訴訟終結行為に限定する点は、松岡の理解と共通している⁽⁸³⁾⁽⁸⁴⁾。なお、中島は、細野説と同

(83) 中島は、「處分的性質ヲ有スル訴ハ共有者全員ヨリ爲スコトヲ要ス」とする。具体的には、民法上の組合が第三者から土地の所有権を取得した場合における当該第三者に対する移転登記請求訴訟は、組合員全員が原告とならなければならないとする。その理由として、各組合員による単独提訴を許容すると、その者が敗訴した場合には、「既判力ノ爲永久ニ登記請求ヲ爲スコトヲ得サルニ至ル虞アレハナリ」（1204頁以下）とする。共有権確認訴訟における請求棄却判決の既判力と（共有権に基づく）移転登記請求訴訟における請求棄却判決の既判力を区別することができるかは検討の余地があるとしても、訴え提起が常に処分行為に該当するとはいえないことを示唆する点は興味深い。

(84) 中島は、共有者を被告とする共有権に係る訴訟（具体的には、共有建物取去請求訴訟、共有物引渡訴訟、共有権不存在確認訴訟が想定されている）は、共有者全員を共同被告としなければならないとする（1205頁）。この結論は、岩本＝三ヶ尻や山田と同じであるが、その根拠づけが異なる。岩本＝三ヶ尻等は、原告は被告たる共有者から民法251条に定める「同意」を得ることができないことを根拠とする。それに対して、中島は、当該訴訟に関する既判力は共有者間では作用しないことを前提として、一部の共有者のみを被告とする判決と残りの共有者を被告とする判決とは矛盾すべきでなく、「合一確定の必要」を実現するために、「訴訟共同の必要」が適用されるべきであるという。もっとも、一部の共有者が受けた判決の既判力の他の共有者に対する作用に対する中島の立場は不明である。

様に、固有必要的共同訴訟における当事者適格の欠缺について事後的な補正がなされること〔共同訴訟参加、新訴提起+弁論の併合〕を許容する(1219頁)。

以上に挙げた見解には、厳密にみると、雫本説を継承しているとはいえないものも含まれるが、固有必要的共同訴訟論の大枠は雫本説に依拠しているといえよう⁽⁸⁵⁾。

第3款 小 括

以上が我が国の固有必要的共同訴訟論を開拓し、伝統的通説の端緒となった雫本説をめぐる学説の素描である。ここから得られる示唆を、雫本説を中心に整理すると、以下のとおりである。

第一は、繰り返しになるが、「共同処分の必要性」という命題によって「訴訟共同の必要」を根拠づける雫本説の判断枠組みは、大審院の判例法理によって採用されることとなったが、雫本説自身は、その射程範囲を通常の「共有」に限定していたことである。

第二は、雫本説の理解を盤石なものとするためには、既判力に関する理論的な補強が必要となることである。雫本説(および当時の学説の大勢)によると、「訴訟共同の必要」を充足しない訴えに対しては、そのことのみを理由とする「請求棄却(ないし請求却下)」判決がなされることになる。この判決は、(名称の点はおくとして、)訴訟物たる権利義務の存否に係る判断が留保された「暫定的請求棄却判決」ということができる。この点について、現在

(85) その他、前野順一『民事訴訟法論(第二編乃至第五編)』(松華堂書店、再版1939、初版1937)916頁以下は、雫本説に依拠するものの、「共同管理者中の訴を提起せんとする者は債権者代位権(民四二三)に依り自己個人たる資格と代位者たる資格に基き訴を提起し得る」、すなわち、「訴を提起せんとする者は他の共同管理者に対する協力請求権保全の爲其の者が相手方に對し自己と共同して爲す権利の行使を代位して爲し得るものであって而も其の訴に於ては原告に對し總ての給付を求むることが出来る」とする点で、独創的である。この時期に、提訴非同調者をめぐる問題に対して、債権者代位権を介する法定訴訟担当構成を説く見解が唱えられていたことは興味深い事実である。なお、同様の方向性を追究する論攷として、古積健三郎「入会権をめぐる訴訟の形態について」加藤雅信先生古稀記念『21世紀民事法学の挑戦(上巻)』(信山社、2018)587頁以下がある。

の通説・判例によると、「訴訟共同の必要」を充足しない訴えに対しては、当事者適格の欠缺を理由とする「訴え却下判決」がなされることになる。判決の形式に差異はあるものの、各々の確定判決に生ずる既判力の内容とその作用をどのように捉えるかが要点となるが、これに関する雫本説の理解は不明であり、この点が、加藤説からの批判的となっている⁽⁸⁶⁾。

第三は、共有権の対外的確認訴訟における「訴訟共同の必要」を、「共同処分の必要性」という命題によって根拠づける考え方が、当時の学説において一般的に受容されていたとはいえないことである。雫本説に最も近いスタンスをとる山田も、他の共有者から「同意」を得たうえで提訴するという権利保護方式を一次的なものとして位置づけていた^{(87) (88)}。

(86) この時期、共有権の対外的主張に係る訴訟における既判力の作用に着目していたのは、我妻栄である（共有者による第三者に対する物権的請求権の主張に関する民法学説の変遷については、鶴田・共有者230頁以下、280頁以下参照）。

我妻栄『物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店、1932）190頁以下は、共有権の対外的主張に係る訴訟について、「訴訟共同の必要」の適用を肯定する（なお、我妻栄『現代法律學全集30巻 物権法』（日本評論社、1930）403頁では、大判大正5年を批判し、「訴訟共同の必要」の適用を否定する旨の見解を示していた）。我妻説の狙いは、共有者全員に既判力を作用させることにある。すなわち、我妻説は、共有者全員を既判力が作用する「当事者」の地位に据えるべきことが、「訴訟共同の必要」を根拠づけるとの理解に立っていると考えられる。この理解は、共有者の一部が提起した共有権の対外的主張に係る訴訟における確定判決の既判力は、提訴権の行使しない共有者には作用しないことを前提とするものである。従って、共有者全員に既判力を作用させる規律が整っている制度を前提とするのであれば、「訴訟共同の必要」の適用を肯定する必要はないとの結論に至ることになりそうである。いずれにしても、我妻説は、「訴訟共同の必要」に起因する提訴非同調者の処遇をめぐる問題が生じない状況を前提としていたことには、留意を要する。我妻は、「総有」については、総有団体（部落）に当事者能力（我妻は「訴訟能力」とする）を肯定することによって、また、「共有」については、提訴非同調者がいる場合には、共有関係を解消することによって、「訴訟共同の必要」の適用を回避することができると考えていた。

(87) もっとも、「同意」を要求する権利保護方式の規律内容は必ずしも明らかではない。現在の議論状況からみると、「同意」を、任意的訴訟担当資格の根拠となる訴訟追行権（ないし管理処分権）の授与と位置づけることができそうであるが、そうであるとなると、民法251条における「同意」ではなく、民訴法30条における「選定」の解釈をめぐる問題として検討すべきであるようにも思われる。いずれにしても、「同意」を得たうえで提訴権を行使した共有者の受けた判決の既判力が、「同意」をした共有者にも作用するのか、また、作用するとして、それをどのように根拠づけるかが問われることになろう。

第四は、第三点と関連するが、提訴権の行使それ自体を「処分行為」と捉えることに対しては、雫本説に親和的な見解（山田・中島・細野等）からも異論が呈されていたことである⁽⁸⁹⁾。【類型③】において、「訴え提起」を「処分行為」として位置づける雫本説によると、原告の特定した訴訟物たる権利義務（共有権）の主体（共有者全員）と原告となった者とを照合し、それらが一致しない場合（共有者の一部のみが原告となっている場合）には、被告の応答いかんにかかわらず、直ちに「請求棄却（請求却下）」判決がなされることになる。このような処理は、一見明瞭ではあるが、「訴えの利益」の存否や「訴訟担当資格」の有無に関する審理がなされる余地がないことに加え⁽⁹⁰⁾、当事者適格の欠缺を事後的に補正する可能性が否定される点でも、原告の提訴権行使に対する過剰規制となるように思われる。

以上のような問題点を内包する雫本説であるが、我が国における固有必要的共同訴訟論の方向性を定めたことを否定することはできない。次節では、伝統的通説に位置づけられる兼子説を整理し、雫本説との関係を明らかにする。

(88) 民法251条の「同意」について、小粥太郎編『新注釈民法(5)物権(2)』（有斐閣、2020）569頁〔小粥〕は、「同意の語は、民法典においては、おおむね、ある者の行為に対して別の者から与えられる意思表示であって、それによって当該行為の効力を確定的なものとするものを意味している」という。この理解によると、民法251条は、実体法上の効力の帰属に関する規律であって、実体法上の権利の行使方法に関する規律ではなく、その内容に「訴訟追行権」ないし「管理法上の権利」の授権までも含めることは、少なくとも、実体法上は想定されていないといえそうである（「共有」という議論のねらいに関して、高田・前掲注⑥183頁参照）。

(89) 給付訴訟を念頭におく議論であるが、山本克己『『保存行為』（民法252条但書）と給付訴訟の原告適格』民商155巻3号（2019）456頁は、「請求の「処分行為」性が原告側の訴訟共同の必要性を基礎付けるという一般に承認されている命題の可否も問題にされなければならない」という。

(90) 雫本説を基調とする鶴田説は、「原告が特定した係争権利主体と、原告になった者が異なる場合、原告となった者が、係争権利主体となっているが原告となっていない者のための訴訟担当者としての資格が認められない限り、訴訟判決（訴えの全部却下または一部却下）をすべきである」という（鶴田・必要的共同訴訟219頁）。「訴訟担当者としての資格」をどのように認定するかが、鶴田説の核心をなすものと考えられる。

第4節 兼子説

固有必要的共同訴訟に関する兼子説は、若干の変遷を経たうえで、最終的には、雑本説を換骨奪胎し、固有必要的共同訴訟の成立要件とそれに付随する独自の規律を呈示した⁽⁹¹⁾⁽⁹²⁾。

兼子は、「固有必要的共同訴訟」を「数人が共同してのみ、その権利関係を訴訟上主張し又は争う適格が認められ、個別的に訴え又は訴えられたのでは、本案判決を與えることのできない場合」として、この場合には、「当事者が数人でも、相手方の請求は一個しか存在しない」(兼子・体系384頁)という⁽⁹³⁾。

(91) 本稿で参照する主要な文献は、兼子一『民事訴訟法講義案』(精興社、1935)(以下、「兼子・講義案」と引用する)、同『民事訴訟法概論〔下冊〕』(岩波書店、1938)(以下、「兼子・概論」と引用する)、同『民事訴訟法体系』(酒井書店、初版1954)(以下、「兼子・体系」と引用する)、同「共有関係の訴訟」同『民事法研究第二巻』(酒井書店、1954)149頁以下所収(初出1952)(以下、「兼子・共有関係」と引用する)である。

(92) ここで、兼子説における「合一確定の必要」の理解を確認しておく。これは、「類似必要的共同訴訟」の成立範囲とも関わることになる。兼子は、「合一確定の必要」を「同一人に對する判決の効力の衝突を避けなければならない法律的要求のある場合を指す」(兼子・体系386頁)と捉え、「類似必要的共同訴訟」を、そのような意味での「合一確定の必要」(を実現するための規律としての民訴法40条)が適用される共同訴訟、すなわち、共同訴訟人間において「既判力」ないし「一種の反射的効力」が作用し合う関係にある場合に成立する共同訴訟として位置づける(兼子・体系385頁)。これは、現在の通説的な理解と一致している。「合一確定の必要」を既判力(ないし反射的効力)の抵触という公益的な要請と結合させた結果、「同一の権利の主張である」場合や「原告にとって、数人の被告に對する請求が、目的手段の関係にあるため、全員に對して勝訴の判決を得ないと目的が達げられない」場合(兼子・体系386頁。兼子・概論428頁では「全員に對して勝訴せねば當面の目的を達げ難い場合」と表現される)等に対しては、「合一確定の必要」は適用されないことになった。しかし、これらの場合は、明治民法制定直後の学説が、「合一確定の必要」が要請されると考えた典型例であった。「合一確定の必要」の要否は、既判力の抵触という観点だけでなく、実体法〔の解釈〕によっても定まる、というのが、当時の学説における有力説であった。

兼子説は、処分権主義および弁論主義によって保障される当事者の自由の制約を伴う民訴法40条の適用範囲は限定されるべきである、という考え方に基づくものと推察できる。もっとも、当事者がその制約を甘受し、一回の訴訟における画一的な解決を求めるのであれば、既判力(ないし反射的効力)の抵触がない場合であっても、民訴法40条(ただし、同条1項～3項の全てであるかは検討の余地がある)の適用を認める方向での議論(民訴法40条の適用を当事者の申出に係らしめる議論)もありうるように思われる。いずれにしても、「類似必要的共同訴訟」の成立範囲に関する理解の変遷過程を跡づけることが必要となろう。

(93) 岡成・前掲注(1)29頁は、「請求の単一性」を「訴訟共同の必要」と「合一確定の必要」とを連結させるための根拠と捉える。たしかに、兼子・概論426頁では、固有必要的共同

そのうえで、固有必要的共同訴訟が成立する類型を、「A ある財産権又はこれについての管理處分権能が、數人に合有的に歸属している場合は、その権利の處分や行使も數人共同してしなければならないから、訴訟上その權利關係について判決するには、その數人を共同訴訟人としてしない限り無意味となる」場合と「B 他人間の權利關係について、その變更を招來する形成の訴は、原則としてその權利關係の主体を共同被告とする必要がある」場合とに區別する（兼子・体系384頁以下）。「A」に該当する場合として想定されているのは、組合財産に属する權利について組合員全員が当事者となる場合と分割前の相続財産に属する權利について共同相続人全員が当事者となる場合（【類型③】）の訴訟）、および、複数の受託者・破産管財人・選定当事者等が選任されている場合（【類型②】の訴訟）である。また、「B」に該当する場合として想定されているのは、もっぱら被告側の共同訴訟であり、具体例として、「第三者の婚姻の無効又は取消請求」（【類型①】の訴訟）等が挙げられる。

兼子説による固有必要的共同訴訟の類型化の大枠は、雉本説のそれと一致しているが、兼子説と雉本説の間には、【類型①】で「訴訟共同の必要」が適用される場合を被告側に限定する他にも、とりわけ、【類型③】の処理に関して違いを見出すことができる。【類型③】に関する兼子説の理解を、共同所有關係の類型に応じて整理すると、以下のとおりである⁹⁴⁾。

「共有」については、「同一物に對する數人の所有權が持分の形で共存しているだけで處分權が共同に属するものではない」（兼子・体系384頁以下）として、「共有權」を確認対象とする訴えを否定し、確認対象となる權利を「共有持分權」に一元化することによって、「訴訟共同の必要」の適否に関する問

訴訟において「相手方との間の請求は単一である」と説明されるが（兼子・体系384頁は、「訴訟の客体によって數主體の一體化が要求される現象である」という）、類似必要的共同訴訟についても、兼子・概論428頁は、「共同訴訟人と相手方との間の請求は本来別個であるが、共同訴訟となった場合は互いに融合し單一の請求と同視すべき状態となるもの」とする。兼子説が「請求の單一性」を援用するのは、「訴訟共同の必要」よりも、「合一確定の必要」との關係を意識していたとの理解も成り立ちそうである。いずれにしても、請求の個数の捉え方と「訴訟共同の必要」とを連結させる必然性は小さいと考えられる。

94) 兼子説の基本構想については、岡成・前掲注(1)843頁以下の整理が有益である。

題の発生を回避する⁽⁹⁵⁾⁽⁹⁶⁾。

(95) なお、兼子・講義案320頁と兼子・概論426頁では、共有関係の主張に係る訴訟を固有必要的共同訴訟と位置づけていた。

(96) ここで、共有者の一人が提起した共有物に対する妨害排除請求訴訟の判決の効力が、(提訴権を行使していない)他の共有者にも及ぶか、という問題についての兼子説のスタンスを明らかにしておく(兼子・共有関係153頁以下)。まず、兼子説は、妨害排除請求を「保存行為」(民252条但書)と捉え、妨害排除請求訴訟を提起した「共有者は他人のため原告となったものとして、訴訟の判決は、全員がやっとな同様勝訴敗訴に拘らず、全員に對して効力を及ぼすことになる(民訴二〇一條二項)」という。この理解を前提すると、共有者の一人が敗訴した場合には、提訴非同調者は同じ被告に對して同一の妨害排除請求をすることができなくなる(妨害排除請求訴訟を提起しても、既判力によって請求が棄却されることになる)。これは、「保存行為の目的」を逸脱し、「処分行為」をしたのと同様の効果が生じることを意味する。この問題を解消するために、加藤説は、訴え提起は、勝訴した場合には保存行為であり、その既判力は提訴非同調者にも及ぶが、敗訴した場合には保存行為でなく、その既判力は提訴非同調者には及ばない、という規律を呈示した。兼子説は、加藤説を「訴訟適格を本案の勝訴の結果によって判定するのは、論理が逆で、先生の見解を俗にいう『勝てば官軍』という常識論であるというに歸する」と評する。兼子説のねらいは、妨害排除請求を保存行為と捉えると、「訴訟担当」(兼子の表現によると「他人の爲にする訴訟適格」)構成を採らざるを得なくなるのに対し、妨害排除請求を自己の共有持分権に基づくものと捉えるのであれば、既判力の主観的範囲の拡張に関する問題を回避できることを論証することにある(鶴田・共有者288頁参照。なお、兼子・共有関係156頁では、共有持分権に基づく妨害排除請求訴訟における請求認容判決の反射的効力は、他の共有者にも及ぶと解されている点には留意を要する)。

ここで検討されるべきであるのは、「訴訟担当」構成を採ると当然に、旧民訴法201条2項(現行民訴法115条1項2号)の適用が肯定されると解することが、果たして妥当といえるかである。これは、民訴法115条1項2号の適用範囲とその根拠に関する問題であり、近年議論の俎上に載せられている(中本香織「訴訟担当概念の比較法的考察と民事訴訟法115条1項2号の適用範囲に関する一考察」早稲田法学93巻1号(2017)117頁、松村和徳「執行担当と訴訟担当」加藤哲夫先生古稀祝賀『民事手続法の発展』(成文堂、2020)271頁、特に281頁以下等)。なお、共有者(と主張する者)が単独で所有権(共有権)に基づく請求権を訴訟物とする訴えを提起することを許容するBGB1011条に関して、同条を法定訴訟担当資格を付与する規定と位置づけたうえで、原告たる共有者(訴訟担当者)の受けた判決の既判力は他の共有者(被担当者)には拡張されない、と解するのが、ドイツ法における判例・有力説であることは、既に紹介されているところである(鶴田・共有者175頁以下参照)。これも、訴訟担当構成と既判力の拡張とが当然に連結するものではないことを示す一事例といえることができる。

民訴法115条1項2号の実質的な根拠を、同一の訴訟物に関する再度の訴訟が提起されないことに対する相手方当事者の信頼保護にあると捉えると、相手方当事者が再度の訴訟が提起されることを予期できる場合(原告の他にも、訴訟物たる権利義務に係る管理処分権ないし訴訟追行権を有する者が存在しうる場合)には、既判力を拡張する必要はないともいえそうである(「排他的訴訟担当」と「並存的訴訟担当」という類型化の下で、民訴法115条1項2号の適用範囲を検討する中本・前掲本注157頁以下の議論が参考

「合有」については、具体的には、民法上の組合の組合財産に属する権利と分割前の相続財産に属する権利を訴訟物とする訴えが提起された場合を想定し、それらの訴訟では組合員全員ないし共同相続人全員が当事者（原告）としなければならないとする（兼子・体系384頁。なお、組合債務ないし相続債務を訴訟物とする訴えの被告となる場合には、「訴訟共同の必要」の適用を否定する）。その根拠について、兼子説は、「合有の場合は個々の物についての持分の概念はないので、その管理処分権が数人について一體として與えられるのであるから、合有物の権利の主張は、必ず合有者全員によってされなければならないのである」（兼子・共有関係152頁）と説明する⁽⁹⁷⁾。「共同処

となる。被担当者に対する判決効に関する議論については、高田裕成「株主代表訴訟における原告株主の地位」民商115巻4・5号（1997）537頁、特に571頁以下の分析が示唆に富む。）。大正民訴法改正で導入された旧民訴法201条2項が、「訴訟担当」（のみ）を適用対象とする規律であったかは検討の余地があると思われる。たしかに、大正民訴法改正の議論において、当該規律の適用対象として念頭に置かれていたのが、「選定当事者」であったことは、立法資料を見る限り、否定することはできない。問題とすべきは、立法担当者が構想していた「選定当事者」が、（現在の議論が前提とするところの）「任意的訴訟担当」という法律構成に基づくものであったといえるか、ということである（伊東俊明「任意的訴訟担当論について」岡山大学法学会雑誌68巻1号（2018）1頁、特に29頁以下参照）。なお、選定当事者を含む「訴訟担当」と既判力の主観的範囲の拡張をめぐる問題についての検討は別途行う予定である（大正民訴法改正における議論については、伊東・前掲本注6頁以下参照）。

(97) 兼子・体系384頁では、組合財産に属する権利について「判決する」には、組合員全員を「共同訴訟人としてしない限り無意義となる」と説明されている。「無意義」の意味をどのように理解するかが問題となる。組合員の一部による訴えにおける確定判決の効力は訴訟当事者とならなかった組合員には及ばないと解すると、訴訟当事者とならなかった組合員は再訴を提起することによって、実質的に、当該確定判決の効力を否定できることになる。処分類似の効果を伴う敗訴判決の効力を受けるのは、提訴権を行使した組合員に限定されるからである。以上とは異なり、組合員の一部による訴えにおける確定判決の効力は、訴訟当事者とならなかった組合員にも及びうるが、それは「無効」（当然無効と捉える必要がないことについては、高田・前掲注①6190頁注①5参照）であると解した場合にも、訴訟当事者とならなかった組合員は再訴を提起することができる。いずれにしても、訴訟当事者とならなかった者による再訴が可能となるような「暫定的な」判決をする必要性は小さい、という意味での「無意義」であったとすると、兼子説における「訴訟共同の必要」の実質的な根拠は、管理処分権の共同帰属形態ではなく、再訴によって確定判決の効力が否定される事態を回避すべきである、という訴訟政策的なものであったと捉えることもできそうである。なお、組合員の一部による訴えにおける確定判決の効力が訴訟当事者とならなかった組合員にも有効に及ぶと解するのであれば、少なくとも、そのような判決を「無意義」と評することはできないように思われる。

分の必要性」という命題ではなく、訴訟物たる権利義務に係る管理処分権の帰属形態に着目した根拠づけがなされている。この点に鑑みると、兼子説によると、管理処分権の「共有」の事例に対しては、【類型②】に準じた規制がなされることが想定されていたと捉えることができる。

「総有」について、兼子説は、「この場合はむしろ所有者の方が社團を構成しているので、その権利関係についての訴訟は、若し代表者又は管理人の定めがあれば、その團體の名で当事者となるべきである」が、「その社團的組織のゆるい場合は、組合的な共有に近い場合も生じるであろうから、この場合は全員が当事者とならなければならない」（兼子・共有関係152頁。「入会権」や「専用水利権」が具体例として挙げられる）という。兼子説によると、総有を構成する団体に当事者能力（旧民訴46条。現行民訴29条）が肯定される場合には、「訴訟共同の必要」が適用される余地はないことになる。

以上のように、兼子説によると、「訴訟共同の必要」が適用されるのは、訴訟物たる実体権が複数人に合有的に帰属するときに、当該複数人の全員が原告として訴えを提起する場合と、総有団体に当事者能力が肯定されないため、当該総有団体の構成員の全員が原告として訴えを提起する場合に限定されることになる⁽⁹⁸⁾。

そのうえで、兼子説は、「訴訟共同の必要」を充足しない訴えが提起された場合（共同原告ないし共同被告たるべき者の全てが当事者とならない訴えが提起された場合）の補正方法として、「主観的追加的併合」を適法とする。す

(98) 管理処分権の帰属に着目する兼子説によると、組合財産に関する訴えについて、業務執行者の定めがある場合には、組合同員全員による固有必要的共同訴訟という権利保護方式を認める余地はない、と解することもできるように思われる（なお、兼子説は、民法上の組合は当事者能力を有しないという理解に立つ。兼子・体系110頁以下参照）。組合財産に関する管理処分権が各組合同員から業務執行者に移譲されているといえるからである。岡成玄太「いわゆる財産管理人の訴訟上の地位(一)」法協135巻10号（2018）26頁以下参照。任意的訴訟担当の許容要件に関する理解と連関するが、「正当業務説」と称される兼子説によっても、業務執行者に任意的訴訟担当資格を肯定する余地はあるように思われる（兼子説における任意的訴訟担当論については、伊東・前掲注9618頁以下参照）。

なお、「総有」について、我妻説も、兼子説と同様に、総有団体に当事者能力を肯定することを一次的な権利保護方式とする見解に立っていた（我妻説『物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店、1952）220頁。前掲注96も参照）。

なわち、「固有必要的共同訴訟で、最初共同訴訟人となるべき者が脱落している場合は、原告側被告側何れの場合でも、この方法〔*筆者注：主観的追加的併合〕で追加的に起訴することによって、その不適法を補正することができる」（兼子・体系388頁）という見解に立つ。被告が共同原告となるべき者を当事者として追加することも許容される趣旨と捉えることもでき⁽⁹⁹⁾、その

(99) 被告による原告の追加は、いわゆる「第三者反訴」の許容性をめぐる議論と密接に関係する。ドイツ法では、近年、「第三者反訴 (Drittwiderklage)」の許容範囲を拡大する方向での判例変更がなされ、その許容性をめぐる議論が展開されているところである。

ドイツ法の下でも、わが国と同様に、「反訴」は、本訴被告が本訴原告を相手方として提起する訴えであり、本訴原告を被告としない反訴は、原則として、不適法と解されている。しかし、ドイツ法では、例外的に、本訴原告でない第三者を相手方とする「第三者反訴」も適法とされる場合があり、その許容性をめぐって、従来から議論がある（井上治典「第三者の訴訟引込み」小山昇他編『演習民事訴訟法（下）』（青林書院，1973）113頁，特に122頁以下，佐野裕志「第三者に対する反訴」法学論集（鹿児島大学法文学部紀要）17巻1・2号（1982）181頁参照）。

ドイツ法では、「第三者反訴」の許容性は、管轄（ZPO33条）と訴えの変更（ZPO263条）の規律との関係で問題となり、ドイツ連邦通常裁判所（BGH）1963年10月17日判決は、本訴原告と共同訴訟関係に立つ訴外第三者を共同被告とする反訴を提起することを許容した（BGHZ40,185ff. なお、共有者の単独提訴を許容するBGB1011条に基づき提起された訴訟における被告が、提訴権を行使しない共有者を相手方とする反訴を提起することが許容されるか、という問題は、BGBの起草過程で議論の対象となっていた。鶴田・共有者138頁以下参照）。この類型の「第三者反訴」は、「当事者拡張的反訴 (Die parteierweiternde Widerklage)」あるいは、「共同訴訟的第三者反訴 (Die streitgenössische Drittwiderklage)」と称される。

さらに、近年、BGH 2007年3月13日判決は、訴外第三者のみを反诉被告とする「第三者反訴」も適法とする旨の判断を示した（BGH NJW 2007, 1753f）。この類型の「第三者反訴」は、「独立的反訴 (Die isolierte Widerklage)」と称される（Dauner-Lieb は、BGHの判例によって、第三者反訴の許容要件について「裁判所による法形成」がなされたと捉える。本注後掲参照）。BGH が適法とした「独立的反訴」とは、抽象的に示すと、AB債権の譲渡を受けたCがBを被告として提起した債権支払請求訴訟において、BがAのみを相手方として提起する反訴（反訴請求としては、AB債権の不存在確認請求が定立される場合が多い。BGH NJW2008,2852; NJW2011,460）である。「独立的反訴」が許容される根拠について、BGH では、共通する事実関係に起因する訴訟の重複と細分化を回避し、関連する請求については共通の審理と統一的な判決がなされるべきである、という意味での訴訟経済的な理由が重視されている。

BGHの判例法理に批判的な学説もあるが、「第三者反訴」の許容範囲を拡張する方向での議論に賛同する学説が大勢を占めている（学説の議論は多岐にわたる。とりわけ、第三者反訴を当事者のイニシアチブに基づく「歴史的な事実関係を消耗するための手段 (Mittel zur Ausschöpfung des historischen Sachverhalts)」として位置づける Mantzouranis の議論が興味深い。本注後掲参照。なお、Mantzouranis は、必要的共同訴訟に関するモノグラフィー〔Die notwendige Streitgenossenschaft im Zivilprozess, Diss., 2013〕を執

ように解すと、被告のイニシアチブによって、訴え却下判決がなされること（その結果、同一の訴訟物について再度訴えが提起されること）を回避することができることになる。兼子説は、原告のみならず、被告も、一回の訴訟によって解決すべき紛争の人的範囲に関する決定権能を有していることを承認しているといえよう。

筆している。同書では、既判力の人的範囲に関する規律や共同訴訟人の地位の二面性「当事者」の地位と「〔共同訴訟的〕補助参加人」の地位」という観点から、ドイツ法における必要的共同訴訟の再構築が試みられている。なお、ドイツ法において「独立的反訴」が提起される実践的な理由は、訴外第三者を反诉被告（当事者）の地位に据えることにより、当該第三者の「証言排除 (Zeugenausschalten)」(証人資格の剥奪)を実現することにある(当事者尋問と証人尋問に関する規律の違いが大きいことに基因する問題である。Foersteの議論が参考となる。本注後掲参照)。

ドイツ法における「第三者反訴」をめぐる議論についての詳細な検討は他日を期すこととし、以下では、現時点で参照し得た文献のうち、議論状況を俯瞰するために有益と考えられるものを挙げておく。

〈モノグラフィー〉

- ・ Annalena Hanke, Besondere Typen der Widerklage, Diss., 2019
- ・ Norbert Baumstrark, Drittwiderklage, Diss., 2008
- ・ Rüdiger Ackermann, Die Drittwiderklage, Diss., 2005
- ・ Dirk Uhlmannsiek, Die Zulässigkeit der Drittwiderklage, Diss., 1995

〈論文〉

- ・ Thomas Riehms/Stefanie Bucher, Die Drittwiderklage, ZP123 (2010), S. 347-361.
 - ・ Stefan Arnold, Regulatives Verfahrensrecht am Beispiel der Drittwiderklage, in: Arnord Stefan/Lorenz Stehan (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, 2015, S. 1-17
 - ・ Ioannis Mantzouranis, Die Widerklage mit Drittbeteiligung als Mittel zur Ausschöpfung des historischen Sachverhalts, ZP127 (2014) S. 375-399
 - ・ Barbara Dauner-Lieb, Die sog. Drittwiderklage-Ein beispiel gelungener richterlicher Rechtsfortbildung, in: Becker-Eberhard/Gaul/Lutz (Hrsg.), Rechtslage-Rechtserkenntnis Rechtsdurchsetzung-Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, 2015, S. 223-234
 - ・ Janis Leifeld, Die parteibezogene Konnexität als Kriterium für die Zulässigkeit der isolierten Drittwiderklage, ZP126 (2013), S. 509-521
 - ・ Ulrich Foerste, »Zeugenausschalten« durch prozesstaktische Klage, in: Joachim Münch (Hrsg.), Prozessrecht und materielles Recht, Lieber Amicorum für Wolfram Henckel aus Anlass seines 90. Geburtstages, 2015, S. 103-117
- 〈体系書・コンメンタール〉
- ・ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018, S. 575ff.
 - ・ Johann Braun, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 2014, 547ff.
 - ・ Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, 14. Aufl., 2018, 224ff.
 - ・ Stein/Jonas/Herbert Roth, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., Bd.1, 2014, S. 764ff.

以上のように、兼子説も、雫本説と同様に、訴訟物たる実体法上の権利義務の「管理処分権」の帰属形態に着目するが、雫本説とは異なり、「訴訟共同の必要」の根拠として、「共同処分の必要性」という命題を（少なくとも、明示的には）援用しない。兼子説は「訴訟共同の必要」が適用されるべき訴訟類型を、通常の「共有」に関しては、雫本説よりも限定的に捉えるスタンスをとっている。その一方で、「総有」に属する実体権（入会権等）を訴訟物とする訴えに関しては、「訴訟共同の必要」の適用を否定する雫本説とは異なり、兼子説によると、総有団体に当事者能力が肯定できない場合には、「訴訟共同の必要」が適用されることになる。この点では、「訴訟共同の必要」の適用範囲は、雫本説よりも兼子説の方が広範なものとなりうる。もっとも、兼子説によっても、「総有」に「訴訟共同の必要」の適用を肯定することは、いわば次善の策であり、少なくとも、「共同処分の必要性」という命題から演繹的に導き出されるとは考えられていなかった。

以上のような雫本説と兼子説の違いを顧慮することなく、両者を形式的に結合させた結果、最高裁において、〈「総有」に対して、「共同処分の必要性」とう命題によって根拠づけられる「訴訟共同の必要」が、原則として適用される〉、という雫本説も兼子説も想定していなかった規律が図らずも確立した、と把握することができると考えられる⁽¹⁰⁰⁾。

第3章 おわりに

本稿での問題関心は、既に指摘されているところではあるが^{§(101)}、共同所有

⁽¹⁰⁰⁾ なお、岡成・前掲注(1)29頁でも指摘されているように、兼子説は、「訴訟共同の必要」の適用はあるが、「合一確定の必要」は要請されない共同訴訟の類型があることを肯定する（兼子・体系384頁）。兼子が念頭に置いているのは、破産債権確定の訴えにおいて複数の異議者を共同被告とすべきことを要求する規定（旧破産244条2項）等である。なお、加藤も体系書において同趣旨の内容を説いている（前注(66)参照）。

⁽¹⁰¹⁾ 高田・前掲注(16)188頁は、「いわゆる訴訟経済を強調する立場を採用しない限り、実体権の性質論によって訴訟共同の必要性に関する規律を割り切る伝統的議論は論理必然的なものではないということが可能である」という。

関係の対外的確認訴訟（【類型③】）における「訴訟共同の必要」による規制（提訴権の行使に係る全員一致原則）を、「共同処分の必要性」という命題によって根拠づけるのは困難であることを確認することにあった⁽¹⁰²⁾。本稿の検

(102) 共有者が被告となる局面を想定してみると、「共同処分の必要性」によって「訴訟共同の必要」を根拠づけることに支障が生じることが、より明確になると思われる。

以下では、「Yが、甲地を共同所有している（と主張する） $X_1 \cdot X_2$ のうち、 X_1 のみを被告として、甲地がYの所有に属することの確認を求める訴えを提起する」という〔事例〕を使って考えてみる。

X_1 のみを被告とするYの訴えに関して、確認の利益が肯定されることには問題ないとして、 X_1 のみに被告適格が認められるか、別言すれば、被告側に「訴訟共同の必要」が適用されるかが問題となる。訴訟物であるY所有権に係る管理処分権の帰属形態から固有必要的共同訴訟の成否を判断する伝統的通説によると、 X_1 のみでも当然に被告適格が肯定され、被告適格の欠缺を理由として、Yの訴えが不適法却下されることはない、すなわち、被告側に「訴訟共同の必要」は適用されない（固有必要的共同訴訟は成立しない）、という帰結となりそうである。

この帰結を前提として、さらに問題となるのは、被告である X_1 が、甲地が $X_1 \cdot X_2$ の共有に属する旨の確認を求める反訴を提起する場合である。 X_1 が、本訴被告ではない訴外 X_2 と共に反訴を提起することは、反訴要件に関する判例・通説を前提とする限り、許容されないことになろう。その一方で、伝統的通説によると、共有権の対外的確認訴訟は「訴訟共同の必要」が適用される固有必要的共同訴訟であり、 X_1 が単独で提起する $X_1 \cdot X_2$ 共有権の確認を求める訴え（反訴）は不適法として却下されることになりそうである。以上によると、 X_1 としては、共有持分権の確認を求める反訴を提起できるとどまることになるが、そうであるとする、仮に X_1 は反訴で勝訴したとしても、Y・ X_2 間で、残りの共有持分に係る再訴が提起されることを防ぐことはできないことになる。 X_1 と X_2 が共同原告となって、甲地について $X_1 \cdot X_2$ 共有権の確認を求める別訴を提起することも考えられるが、Yの訴えが係属している限り、その訴訟係属効としての重複訴訟禁止の規律（民訴142条）が適用されることになりそうである。

そうすると翻って、 X_1 が、甲地が $X_1 \cdot X_2$ の共有に属することを中心主張して争っている場合には、Yは、 X_1 と X_2 を共同被告として訴えを提起しなければならない、すなわち、被告側での固有必要的共同訴訟の成立を肯定すべきであるようにも思われる。前章でみたように、そのように解する見解（岩本＝三ヶ尻、山田等）もかつては存在したところである。もっとも、この見解によると、固有必要的共同訴訟の成否が当事者の争い方に依拠することになり、その成否の判断が不安定なものとならざるを得ない。

以上を前提として、〔事例〕をどのように処理すべきかである。反訴に関する通説的理解や「訴訟共同の必要」に関する伝統的通説と真っ向から対立することになるが、 X_2 が反訴原告に加わることを許容する、あるいは、 X_1 が単独で提起した $X_1 X_2$ 共有権の確認を求める訴えを適法とする、という方向での処理が適切であるように思われる。

いずれにしても、〔事例〕では、共有者は提訴権を共同で行使することが制度的ないし理論的に困難な状況にある。「共同処分の必要性」によって「訴訟共同の必要」を基礎づける理解は、共有者の全てが提訴権を自由に行使できる状況にあることを暗黙の前提としており、その前提があてはまらない状況の下では、別の根拠によって「訴訟共同の必要」を根拠づけることが必要となるといえよう。

討は、「共有権」の対外的確認訴訟において、「訴訟共同の必要」、換言すれば、訴えの不適法却下という効果を伴う規制を課すことは過剰規制となること、さらに、「共有権」の対外的確認訴訟における「訴訟共同の必要」による規制を「総有権」の対外的確認訴訟に適用した判例法理は、過剰規制となりうる「訴訟共同の必要」を元来その適用が想定されていなかった訴訟類型にあてはめたという意味で、複合的な問題を内包することを示唆するものである⁽¹⁰³⁾⁽¹⁰⁴⁾。【類型③】に関しては、「共同処分の必要性」によって根拠づけら

103) ここで、最高裁における判例法理の現状をまとめておく。本稿でとりあげる判例は、

【類型③】に関する判例法理として引用される、以下の3件にとどめる。なお、必要的共同訴訟に関する裁判例について包括的な検討を行う近時の文献として、井上繁規『必要的共同訴訟の理論と判例』(第一法規, 2016)がある。少し古いが、小山昇『総合判例研究叢書 民事訴訟法(7)』(有斐閣, 1963)の分析が有益である。

【裁判例①】最判昭和46年10月7日民集25巻7号885頁(『最高裁判例解説 民事篇昭和46年度』(法曹会, 1972) 591頁以下〔小倉顯〕参照)

〈事案の概要〉 X_1 (Yの父)と X_2 (Yの母)は共同で、Aから本件土地を買い受けたが、便宜上、Y(X_1X_2 の長男)名義で所有権移転登記を経由していたところ、Yは自分が真の所有者であると主張するに至った。そこで、 X_1 と X_2 が共同原告となり、Yを被告として、本件土地が $X_1 \cdot X_2$ の共有に属する旨(X_1X_2 の共有権)の確認と $X_1 \cdot X_2$ への本件土地の所有権移転登記を求める訴えを提起した。 X_1 は、第一審係属中に本訴の訴えの取下書を提出し、Yはそれに対する同意書を提出していたが、第一審は、 X_1 の取下げの効力に触れることなく、 $X_1 \cdot X_2$ を当事者としたまま、 X_1 と X_2 の請求を全部認容する旨の判決をした。原審では、 X_1 の訴え取下げを無効としたうえで、本案について判断し、Yの控訴を棄却した。Yは、 X_1 の訴え取下げは有効であり、 X_1 とYとの訴訟は終了したものと取り扱うべきであり、原審は民訴法62条(現行民訴法40条)の解釈適用を誤った違法がある等として、上告した。

〈判旨〉「…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)第八二一〇号同一三年五月一九日判決、民集三巻二一〇一頁参照)。ただし、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に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めまえからするも、共有者全員につき合一に確定する必要があるといふべきだからである。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。これと同趣旨の原判決に所論の違法はなく、所論引用の判例は、いずれも本件と事案を異にして適切ではない。したがって、論旨は採用することができない。」

【裁判例②】最判昭和41年11月25日民集25巻7号885頁（『最高裁判例解説 民事篇昭和41年度』（法曹会、1966）509頁以下〔瀬戸正二〕参照）

〈事案の概要〉A部落の部落民であるXらが原告となり、本件原野の所有権移転登記を有するY村に対して、本件原野についてXらも共有持分権を有すると主張し、Xらの共有持分権の移転登記手続を求め、仮にXらの共有に属しないとしたら、本件原野はA部落民の総有財産又はA部落の財産に属すると主張し、本件原野についてのYの所有権移転登記の抹消とXらが本件原野について（共有の性質を有しない）入会権を有することの確認等を求める訴えを提起した。控訴審は、Xらの請求をいずれも棄却し、Xらが上告した。

〈判旨〉「職権をもつて調査するに、入会権は権利者である一定の部落民に総有的に帰属するものであるから、入会権の確認を求める訴は、権利者全員が共同してのみ提起しうる固有必要的共同訴訟というべきである（明治三十九年二月五日大審院判決・民録一二輯一六五頁参照）。この理は、入会権が共有の性質を有するものであると、共有の性質を有しないものであるとで異なるところがない。したがって、上告人らが原審において訴の変更により訴求した「本件土地につき共有の性質を有する入会権を有することを確認する。若し右請求が理由がないときは、共有の性質を有しない入会権を有することを確認する」旨の第四、五次請求は、入会権者全員によつてのみ訴求できる固有必要的共同訴訟であるというべきところ、本件右請求が入会権者と主張されている部落民全員によつて提起されたものでなく、その一部の者によつて提起されていることは弁論の全趣旨によつて明らかであるから、右請求は当事者適格を欠く不適法なものである。」

【裁判例③】最判平成20年7月17日民集62巻7号1994頁（『最高裁判例解説 民事篇平成20年度』（法曹会、2008）404頁以下〔高橋譲〕）

〈事実概要〉入会集落の構成員であるX（原告・控訴人・上告人）らが、本件土地が同集落の入会地であると主張して、Y₁（被告・被控訴人・被上告人。本件土地の現在の登記名義人）とXらを除くY₂ら（同集落の構成員）を被告として、本件土地について、XらおよびY₂らが本件土地について入会権を有することの確認を求める訴えを提起した。第一審と原審は訴えを却下した。

〈判旨〉「特定の土地が入会地であることの確認を求める訴えは、……入会集団の構成員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固有必要的共同訴訟である。そして、入会集団の構成員のうちに入会権の確認を求める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、入会権の存否について争いのあるときは、民事訴訟を通じてこれを確定する必要があることは否定することができず、入会権の存在を主張する構成員の訴権は保護されなければならない。そこで、入会集団の構成員のうちに入会権確認の訴えを提起することに同調しない者がいる場合には、入会権の存在を主張する構成員が原告となり、同訴えを提起することに同調しない者を被告に加えて、同訴えを提起することも許されるものと解するのが相当である。このような訴えの提起

を認めて、判決の効力を入会集団の構成員全員に及ぼしても、構成員全員が訴訟の当事者として関与するのであるから、構成員の利益が害されることはないというべきである。

……したがって、特定の土地が入会地であるのか第三者の所有地であるのかについて争いがあり、入会集団の一部の構成員が、当該第三者を被告として、訴訟によって当該土地が入会地であることの確認を求めたいと考えた場合において、訴えの提起に同調しない構成員がいるために構成員全員で訴えを提起することができないときは、上記一部の構成員は、訴えの提起に同調しない構成員も被告に加え、構成員全員が訴訟当事者となる形式で当該土地が入会地であること、すなわち、入会集団の構成員全員が当該土地について入会権を有することの確認を求める訴えを提起することが許され、構成員全員による訴えの提起ではないことを理由に当事者適格を否定されることはないというべきである。」

【裁判例①】は、共同原告の一部による訴え取下げの効力が直接の論点となった裁判例であるが、その前提として、共有権の対外的確認訴訟が固有必要的共同訴訟に該当することを判示する。結論的には、大審院の判例法理を継承するものであるが、「訴訟共同の必要」の論拠とされる「共同処分の必要性」という命題を、少なくとも判決文では明示されていない。

「共同処分の必要性」が共有者の提訴権の制約を根拠づけるという理解は、「処分行為」の効果としての敗訴判決を回避することを欲する共有者の判断を優先すべきである、という考え方に基づくものである（山本・前掲注②104頁参照）。訴えの取下げをする当事者は、「処分行為」の効果の発生（敗訴判決）を回避することを欲している者と捉えることができ、そうであるならば、被告が同意する限り、訴え取下げの効力を認めることが、提訴権行使の制約の根拠として「共同処分の必要性」を援用する理解とは整合しているように思われる。訴え取下げを有効とみなすと、「訴訟共同の必要」によって、残りの原告による訴えは不適法として却下されることになる。この帰結に違和感があるとするとき、「訴え取下げ」という訴訟行為には「共同処分の必要性」という命題が妥当しないと考える、換言すれば、訴えの取下げは「共同処分の必要性」とは異なる根拠（例えば、禁反言に基づく信義則違反）によって規制されると解する、あるいは、共同原告の一部による「訴え取下げ」を「選定行為」を伴う脱退（民訴30条2項）と捉えることによって、「共同処分の必要性」を依然として充足していると解する（鶴田・必要的共同訴訟223頁以下、特に245頁以下参照）といった理論構成を施す必要がある。いずれにしても、「共同処分の必要性」という命題のみによる根拠づけが盤石ではないことが示されているといえよう（以上は、高田裕成「判批」リマックス10号（1995）144頁以下の分析に依拠するものである）。

【裁判例②】が引用する大審院判例は、「訴訟共同の必要」を説示した判例ではなく（共同原告の一部に口頭弁論期日の呼出状を送付しなかったことは、権利関係の合一確定を阻むことになるため、違法であるとの判断がなされた事案である）、「合一確定の必要」の要請を示した判例である（瀬戸・前掲本注512頁は、「訴訟共同の必要」についての「大審院の態度は必ずしも明確ではなかった」という）。総有権の対外的確認訴訟に対して、共有権の対外的確認訴訟における「訴訟共同の必要」が適用されることの実質的な根拠づけがなされた形跡はなく、この点で、総有権の対外的確認訴訟に関するリーディングケースとされる【裁判例②】は問題を孕んでいたといえよう。

【裁判例③】は、総有権の対外的確認訴訟に「訴訟共同の必要」が適用されることを前提としつつ、それに起因する問題（提訴権行使の困難性）を解消するための手立てと

して、「提訴非同調者の被告化」という規律を提示した。【裁判例③】によると、少なくとも、提訴非同調者が係争総有財産の帰属主体であることを争わない状況の下では、総有権の対外的確認訴訟における「訴訟共同の必要」を「共同処分の必要性」によって根拠づけることは困難である。総有者全員が原告として提訴権を行使しているとはいえないからである（なお、提訴非同調者が係争総有財産の帰属主体であることを否定する状況の下で提起される確認訴訟は、総有権の対内的確認訴訟と捉えることができるため、遺産確認の訴えを「固有必要的共同訴訟」とした最判平成元年3月29日民集43巻3号167頁の射程範囲に属することになろう。共同所有者間の内部紛争における「訴訟共同の必要」については、別途検討する必要がある。勅使川原和彦『「訴訟共同の必要」に関する判例法理の現在」 梅善夫先生＝遠藤賢治先生古稀祝賀『民事手続における法と実践』（成文堂、2014）639頁以下の検討が有益である）。そして、【裁判例③】の示した「提訴非同調者の被告化」という規律が、共有権の対外的確認訴訟にも適用されるのであれば、共有権の対外的確認訴訟においても「共同処分の必要性」という命題は妥当しないことになりそうである。

以上に鑑みると、最高裁の判例法理の現状では、共有権および総有権の対外的確認訴訟における「訴訟共同の必要」を「共同処分の必要性」という命題によって根拠づけるという考え方が堅持されているとはいえない、と評価することもできよう。

- (104) 提訴非同調者がいる場合の処理について、判例法理とは異なり、「共同処分の必要性」という命題を堅持する見解も有力である（鶴田・必要的共同訴訟134頁以下、特に153頁以下参照）。鶴田説は、共有者間に「協力義務」を設定したうえで、共有者（の一部）による処分行為を有効とするための要件である「同意」（民251条）に「訴訟追行の授権」が含まれるとの理解に立ち、「共同処分の必要性」という命題を維持するために、一定の要件の下で、提訴非同調者に「訴訟追行の授権」を強制する考え方に立つものと捉えることができる（以下、「授権強制論」と称する。その他、三木浩一＝山本和彦編『ジュリスト増刊 民事訴訟法の改正課題』（有斐閣、2012）24頁以下も、法律構成に違いはあるが、同方向での立法提案を示す）。

授権強制論が「共同処分の必要性」という命題と整合的であることについては異論はない。しかし、「共同処分の必要性」を維持するとしても、授権強制論に対しては、以下の疑問が生ずることになる（なお、伊東・前掲注9664頁注⑬）で指摘した疑問に対する応答は、鶴田・必要的共同訴訟189頁以下でなされているため、以下では、それ以外の点を挙げることとする）。

まず、共同所有者間に実体法上の協力義務を肯定できるとしても、その義務が、訴訟追行の授権をなす義務までも包含するものといえるか、ということである。これは、（通常の）「共有」と「総有」とを同一レベルの問題として位置づける点にも関わる疑問である。この点に関して、民法学説から、授権強制論が設定する共同所有者間の「提訴協力請求権」について、「諍う共有者たちがその共有関係を維持したまま第三者との間の紛争を訴訟で解決することは、実体法上、それほど望まれていない可能性がある」としたうえで、「少なくとも、共有一般と入会権の事案とは、区別して検討する必要がある」との指摘がなされている（小粥・前掲注88557頁）。これは、「提訴協力請求権」を仮に想定できるとしても、それは総有関係に限定されるとの指摘である（古積・前掲注85610頁以下も参照）。

また、提訴非同調者を授権の訴えの「被告」の地位に据えるとして、提訴非同調者が複数人の場合に、当該訴えについて生じる共同訴訟の類型が、通常共同訴訟であるか、必要的共同訴訟であるかが不明確である。この点をさしおいても、実体法上の協力義務の要件の捉え方とも関連するが、提訴を拒絶する理由は提訴非同調者ごと様々ありえて、

れる「訴訟共同の必要」による規制をかけることは妥当性に欠けるのではないか、というのが、本稿の暫定的な結論である⁽¹⁰⁵⁾。

「訴訟共同の必要」に代わる規制としては、これも既に指摘されているところではあるが⁽¹⁰⁶⁾、「訴えの利益」という訴訟要件による規制が有望であると考えている。【類型③】に属する訴訟のうち、「共有権」の対外的確認訴訟と「総有権」の対外的確認訴訟に関しては、個別訴訟の提起という権利保護方式を選択した原告の訴えについて「訴えの利益」が肯定される限り、当該訴えを適法とする方向での議論がなされるべきである。その際、「訴えの利益」の内容の明確化ないし準則化に向けた作業が必須となるのは当然であるとして、個別訴訟を適法した場合に生じうる相手方当事者（被告）の重複応訴の負担をなくすための方策と提訴権を行使しない共同所有者の利益を保護するための方策を立てることが必要となる⁽¹⁰⁷⁾。さしあたり、「共有権」の対外的確認訴訟に関しては、その方策として、提訴権を行使した共有者に対して、提訴非同調者への訴訟告知を義務づけるとともに、被告の申立てにより提訴非同

そのうちの一人に対する提訴協力請求が棄却されることによって、対外的な共有権確認訴訟（本来の訴え）が不適法として却下されるとなると、授權の訴えと併合される本来の訴えの被告が極めて不安定な地位に立たされることになりそうである。

さらに、より基底的な疑問は、【類型③】における「訴訟共同の必要」の根拠としての「共同処分の必要性」という命題は、そもそも確然たるものとはいえないのではないか、ということである。

⁽¹⁰⁵⁾ 【類型①】と【類型②】については、依然として「訴訟共同の必要」による規制は有効であるように思われる。「訴訟共同の必要」を適用すべき根拠を、具体的事例ごとに明らかにすることが必要となるが、今後の検討課題とする。

⁽¹⁰⁶⁾ 高田・前掲注(6)194頁は、「原告に訴えの利益のある限り、個別訴訟の提起を許すという議論の可能性」があることを指摘する。谷口安平「共同所有関係と必要的共同訴訟」同『多数当事者訴訟・会社訴訟〔民事手続法論集第二巻〕』（信山社、2013）〔初出1988〕369頁、特に378頁も参照。岡成・前掲注(1)48頁以下は、「実際、谷口説、高田説は、『訴えの利益』という概念を基礎に据えたドグマティックを構築する可能性を示唆していたと見るからである」という。なお、細野説も同様の方向性を示す見解として位置づけることができる。

⁽¹⁰⁷⁾ 我が国の民訴法の下では、同一の（ないし関連する）権利義務に係る訴えが繰り返し提起されることを予防する、という意味での「訴訟経済（司法資源の効率的利用）」という公益的な視点は、あまり重視されていないと考えられる（民訴法142条の規律は別論である）。高田・前掲注(6)198頁は、多数当事者紛争では訴訟経済という視点を抽象的に考慮すべきではないという。

調者を原告の側に引き込む主観的追加的併合を許容する、という規律を設けることが考えられるが⁽¹⁰⁸⁾、この規律を盤石なものとするためには、既に指摘したように、適法とされた個別訴訟における確定判決の判決効（既判力）の内容とその作用を明らかにすることが先決問題となろう⁽¹⁰⁹⁾⁽¹¹⁰⁾。

(108) 提訴非同調者に対する訴訟関与の機会付与のツールとして、訴訟告知の利用に注目する、八田卓也「原告側固有必要的共同訴訟において提訴に同調しない者がいる場合の扱いについて」民訴雑誌62号（2016）93頁以下の分析が示唆に富む。

(109) 以下では、「甲地を共有している（と主張する） $X_1 \cdot X_2$ が、 Y に対して、甲地が $X_1 \cdot X_2$ の共有関係に属すること（甲地について $X_1 \cdot X_2$ が共有権を有すること）の確認を求める訴えを提起する」という「事例」を使って考えてみる。

〔事例〕は、判例・通説によると、固有必要的共同訴訟に該当し、 X_1 と X_2 による共同提訴が要請される。伝統的通説によると、訴訟物たる $X_1 \cdot X_2$ の共有権を処分する権能を有するのは $X_1 \cdot X_2$ であり、このことは、 X_1 ないし X_2 は単独では処分権能を有せず、その結果、単独提訴する権能も有しないため、 X_1 ないし X_2 のみが訴えを提起した場合には、当事者適格（実体法上管理処分権を有する者に付与される資格）を有しないことになり、その欠缺が補正されない限り（ X_1 ないし X_2 による共同訴訟参加）、訴えは不適法として却下されることになる。

本稿の理解を前提によると、〔事例〕は、以下のように、規制されることになる。 X_1 のみが共有権確認の訴えを提起したとしても、個別訴訟を提起することについて X_1 について「訴えの利益」が肯定される限り、 X_1 の訴えは適法となる。この限りでは、第三者の権利関係を対象とする確認の訴えに関する規律と同様であるが、以下の点で、異なる規制がなされることになる。

提訴権を行使した X_1 は、 X_2 に対して訴訟告知をすることが義務づけられる。訴訟告知によって、 X_2 には共同訴訟参加をする機会が保障されることになる。その一方で、 Y には、 X_2 が共同訴訟参加するか否かにかかわらず、 X_2 （および X_1 ）を相手方として、 X_1 が訴訟物として設定する $X_1 \cdot X_2$ の共有権が存在であることの確認を求める訴えを、 X_1 ・ Y 訴訟に併合して提起する権能が付与されるべきである（兼子説が許容する「主観的追加的併合」の一類型である。ドイツ法の下では、「第三者反訴」として許容されることになる。日本法でも、「反訴」は、主観的追加的併合を許容する実定法の手がかりとなりうるであろう。前掲注99参照）。 Y は、訴状における請求の趣旨・原因の記載から X_2 の存在を認識することができると考えられる。

X_2 が共同訴訟参加した場合、あるいは、 Y による主観的追加的併合がなされた場合に成立する共同訴訟の類型は、訴訟物たる権利関係が共通しているため、「合一確定の必要」が要請される必要的共同訴訟となると解すべきであろう（民訴法40条の適用について、当事者の申出を必要とするかは別途問題となる。前掲注92参照）。個別訴訟を許容することが、「合一確定の必要」の放棄を意味するものではないことは、明治民訴法制定直後の学説からもみてとることができる。

問題となるのは、訴訟告知がなされたにもかかわらず、 X_2 が共同訴訟参加をしない場合や Y が X_2 を相手方とする主観的追加的併合の申立てをしない場合の処理である。これは、 $X_1 \cdot Y$ 訴訟における確定判決の既判力と関連する問題である。 X_1 の訴えが第三者の

権利関係の確認の訴えであることを顧慮すると、まずは、当該確定判決の既判力は、 X_2 には作用しないことを前提とするのが穏当であると考えられる。

そのうえで、既判力と訴訟告知の効力をどのようにリンクさせるかが問題となる。請求認容判決と請求棄却判決とに区別して考えてみる。請求認容判決の場合には、当該判決の反射的効力として、 X_2 にYに対して共有権を主張できる地位を認める余地もありそうである（兼子・共有関係156頁参照）。この帰結は、Yが X_2 について主観的追加的併合の申立てをしたうえで、 X_1 の請求が認容された場合（ $X_1 \cdot X_2$ が甲地について共有権を有するという実体判断がなされた場合）と同様であり、消極的な行動選択をしたYに対して特段の不利益を課すものとはいえないように思われる。それに対して、請求棄却判決の場合には、 X_2 による再訴提起を認めるべきか、それとも、再度の応訴を強いられるYの利益を重視すべきか、が問われることになる。これは、 X_2 に訴訟参加をする負担を課すか、それとも、Yに主観的追加併合の申出をする負担を課すか、という問題である。 X_2 が X_1 との共有関係にあることを認めている状況の下では、訴訟告知の効果として、 X_2 の再訴提起を否定する（ X_2 に訴訟参加をする負担を課す）帰結が妥当であるように思われるが、さらに検討を要する。なお、 X_2 が X_1 との共有関係を否定している場合（例えば、甲地は X_2 の単独所有に属すると考えている場合）には、訴訟告知を受けた X_2 が、 $X_1 \cdot Y$ 訴訟に独立当事者参加（権利主張参加）をする途を講ずる必要があるようである。

以上の規律は、請求棄却判決と請求認容判決とで、確定判決の効力（既判力）の作用について差異を設けるものである。この点についても、さらなる検討を要する（この問題については、債権譲渡における債務者保護の方策として、譲渡人が敗訴した場合（債務者が勝訴した場合）に限って、譲受人に対する既判力の拡張を肯定する BGB407条2項をめぐる議論が参考となりそうである。議論状況については、Hanke, aaO., (Fn.99), S.202ff. 参照）。

以上に述べたことは、共有権の対外的確認訴訟にとまらず、共有権に基づく登記請求権や明渡請求権を訴訟物とする給付の訴えにも妥当するものと考えるが（大判明治28年参照）、詳細な検討は他日を期す。

なお、「合有」、とりわけ、組合財産に係る訴訟に関しては、民法上の規律を踏まえたうえでの検討がなされる必要がある。その検討も本稿ではなしえないが（民法上の組合の訴訟上の地位に関しては、山本・前掲注②122頁以下参照）、業務執行者の定めがある民法上の組合の場合には、組合財産に関する管理処分権は業務執行者のみが有する（組合員は管理処分権を有しない）という理解を前提とすると、組合員全員による共同提訴という権利保護方式を選択する余地はないと解するのが整合的であるように思われる（岡成・前掲注9827頁参照）。なお、業務執行者の定めのない民法上の組合について「訴訟共同の必要」の適用を肯定する見解として、福永有利「共同所有関係と固有必要の共同訴訟」民訴雑誌21号（1975）49頁以下参照。

- (110) 具体的な解釈論を提示する準備は整っていないが、「総有権」の対外的確認訴訟に関しては、以下の方向で考えている。

ある財産に係る総有権の帰属主体が総有団体の構成員の全員であるとしても、当該財産の管理処分権は（構成員全員から成る）総有団体に帰属する、という理解を前提とすると、構成員全員が原告として訴えを提起する、という権利保護方式（①方式）ではなく、雫本説や兼子説が想定していたように、総有団体が原告として訴えを提起する、という権利保護方式（②方式）をデフォルトして考えるべきではなかろうか。すなわち、構成員の一部が総有財産に係る訴えを提起する場合には、①方式ではなく、②方式を原則とする規制を構築すべきではないかと考える（提訴非同調者の被告化を許容する

【裁判例③】によって、少なくとも、総有権の対外的確認訴訟に関しては、①方式以外の方式も適法とされる途が開かれた。もっとも、提訴非同調者を「当事者（被告）」の地位に据えることを要求する限りで、①方式の残滓を見出すことができる。

②方式を選択した場合には、まず、総有団体が民訴法29条の要件をみたす団体であるかが問われることとなり、総有団体に当事者能力が肯定されるのであれば、次に、提訴権を行使した構成員が総有団体を代表する権限（代表権）を有する地位にあるかが問われることになる。②方式の場合には、総有団体が「当事者」となり、（代表権を有する構成員も含む）全ての構成員は「第三者」の地位に据えられることになる。なお、総有団体に民訴法29条の適用が肯定される場合には、（法人格ある）社団と同様に、総有財産に関する管理処分権は、構成員全員ではなく、総有団体のみに帰属すると構成すべきであろう。このように考えると、民訴法29条の適用が肯定される場合には、①方式を選択する余地はないことになろう（岡成・前掲注9832頁参照）。

総有団体が民訴法29条の要件を充たさない場合には、民訴法30条の適用が検討されるべきであろう。総有団体における構成員間の関係は、民訴法30条の規定する「共同の利益を有する多数の者」（以下、「共同利益体」という）に該当すると考えられる。この場合には、訴えを提起した構成員が「選定当事者」の地位にあるかが問われることになり、その際、当該構成員に対する「選定行為」を認定できるかが要点となる。訴訟追行に係る明示的な授權が認定できる場合には、その授權を選定行為と解釈できるかが問題となる（要式性〔民訴規則15条〕も問題となりうるが、この点はさておくこととする）。それに対して、明示的な授權が認定できない場合には、提訴非同調者に対して（事後的な）選定行為を求めるか、もしくは、当該総有団体の構成員間における提訴に関する協議の有無やその内容、および、構成員の一部が提訴権を行使するに至った理由などを主張・立証させることによって、（黙示の）選定行為を認定する、といったプロセス（実質的には、「訴えの利益」の存否に係る審理と重なることになる）と考えられる）を踏む必要がある。選定行為の存在が認定できる場合には、通説的な理解によると、訴えを提起した構成員が（選定当事者として）「当事者」の地位に立ち、選定者たる構成員は「第三者」の地位に据えられるとともに、当該訴訟において「共同利益体」は独立した主体としては把握されないことになる。もっとも、民訴法30条を民訴法29条の代替と捉えるのであれば、構成員間の関係が固有必要的共同訴訟関係に該当しう場合には、「共同利益体」（＝構成員全員）を「当事者」、「選定当事者」を「代表者」（前掲注69参照）して位置づける、という法律構成もありうるのではなかろうか。この理解が成り立つためには、「選定行為」をどのように捉えるかがポイントとなる。選定者による選定行為は、訴訟物たる総有財産に係る「管理処分権」に基因する「訴訟追行権」の授權と捉えることができるが、着目すべきなのは、選定当事者たる構成員は、選定行為がなくとも、総有財産について、自らの管理処分権に基因する訴訟追行権を既に有しているといえることである。この点を重視すると、この局面における選定行為とは、選定当事者に対して、選定者による制約を受けることなく、訴訟追行権を行使することができる地位を付与する訴訟行為と捉えることができる。そして、このことは、選定者たる構成員の訴訟追行権を選定当事者に移譲する必要があることを意味するとともに、選定行為がなされた後であっても、選定当事者以外の全ての構成員（選定者たる構成員、および、選定行為をしなかった構成員）には、固有の訴訟追行権が留保されていることを示唆している。選定当事者以外の構成員が各自の訴訟追行権を適時に行使することができる環境が整っているのであれば（そのためには、共同訴訟参加や共同訴訟的補助参加といった訴訟参加制度を拡充する必要がある）、構成員の全員が一致して、ある構成員を選定当事者として選定する必要はな

本稿は、「訴訟共同の必要」を「共同処分の必要性」という命題から解放することを目論んで、我が国の固有必要的共同訴訟論における伝統的通説の形成過程を跡づける作業を行ったものである。そこから得られた示唆は、特に目新しいものではなく、既に指摘されていたことの再確認とありうる分析視角の提示にとどまったものの、【類型③】における「訴訟共同の必要」による規制を検討することは、共同訴訟論にとどまらず、訴訟参加や訴訟引込みも視野に入れた多数当事者訴訟論を再構築するための基盤形成に寄与することになると思われる。検討すべき問題は多く残されているが、今後の研究課題とする。

[後記] 本稿は、JSPS 科研費（課題番号18K01364）に基づく研究成果である。

く、例えば、多数決による選定もありうるのではなかろうか（その他にも、多数決によって一人の選定当事者を選定するのではなく、選定者たる構成員の意思を重視し、各構成員によって選任された者の全てを選定当事者とするという方法も考えられる。この方法によって、複数の構成員が選定当事者として選定される場合には、【類型②】に準じた規制がなされることになろう）。このような理解を前提とすると、例えば、構成員の一部が提訴に反対している場合であっても、選定行為の存在が認定され、選定当事者による訴え提起が適法となりうることになる。もっとも、以上の規律は、選定当事者制度に関する通説的理解とはかけ離れたものであり、それを議論の俎上に載せるためには、選定当事者制度の趣旨に遡った基礎的な考察が必要不可欠となろう（その考察の一端として、伊東・前掲注9629頁以下参照）。

以上のような意味における選定行為が認定できない場合であってもなお、構成員の一部による訴えを適法とする必要があるかは、検討の余地があるといえよう。