

特別寄稿

## 共有関係事件と共同訴訟

中村英郎

- I はじめに
- II 歴史的概観
  - 1 裁判所実務が確定するまで
  - 2 判例に続く学説の展開
- III 問題の所在—民事訴訟における二つの型
- IV 共有関係事件における訴訟当事者の構成
- V 必要的共同訴訟理論の再検討
  - 1 合一確定概念の新しい解釈
  - 2 準必要的共同訴訟理論の提唱
- VI おわりに

### I はじめに

たとえば、A、B、C 三名が共同で所有する不動産をめぐる紛争が生じたばあい、A、B、C 三名は共同で原告または被告となり、共同で訴訟を遂行する。訴訟の審理は三当事者につき齊一に進行し、同一の判決が言い渡される。これが模範例である。

しかし、たとえば、A と B がその共有権に基づき訴えを提起しようとしたが、C が A・B と共同で原告になることを拒んだとき、あるいは、C の居場所が不明のときはどうなるのだろうか。数名の者が共有する物件をめぐる訴えは、すべての共有者が合同してのみ起こすことができるのであ

り、共有者の一人が欠けるときは、この訴えは不適法になるという見解がある。しかし、A と B は、C を代理して訴訟を遂行できるという考え方もある。そしてさらに、共有者はそれぞれ持分権をもっており、各人は、その持分権に基づき訴訟を遂行すればよいという考え方もある（この場合は三個の訴訟、A 対相手方、B 対相手方、C 対相手方の訴訟 によって解決される）。

以上の問題をどのように解決すべきかについては、日本・ギリシャを含むドイツ法系（大陸法系）民事訴訟法の下で長年争われてきたところであるが、1968年に制定されたギリシャ民事訴訟法は、この問題に関連し、以下のような規定を設けた。

#### ギリシャ民事訴訟法 第76条 1 項

争いある法律関係が合一にのみ規制されうる場合、または、下されるべき判決の効果がすべての共同訴訟人に及ぶ場合、または、共同訴訟人が共同してのみ訴えもしくは訴えられることができる場合、事情が重なり合うために共同訴訟人に対して矛盾する判決を下すことができない場合には、共同訴訟人のいずれか一人のした行為は、他の共同訴訟人の利益にも不利益にも作用し、かつ、適式に訴訟に参加しまたは引き込まれた共同訴訟人は、期日を欠席したときは、期日に出廷した共同訴訟人によって代理されたものとみなされる。

#### ギリシャ民事訴訟法 第86条

第76条に定めるそれぞれの場合において、共同訴訟人のうちの一名もしくは数名のみが訴えを提起し、残りの共同訴訟人がそれに加わらないときは、訴えを提起した共同訴訟人は、残りの共同訴訟人を当該共同訴訟に参加させるべく引き込むことができる。共同訴訟人の一名もしくは数名が被告に対し訴えを提起し、または原告が共同訴訟人の一名もしくは

は数名に対し訴えを提起したときは、被告もまた同一の権利をもつ。

以上の規定により、ギリシャでは冒頭に掲げた問題の重要な部分は解決された。このような規定をもたないドイツそして日本では、この問題をどのように解決したら良いのであろうか。

本稿では、まず、日本において、共有関係事件が共同訴訟との関係でどのように取り扱われたかを明らかにする（II参照）。ついで、ギリシャの民事訴訟法のもつ意味を検討する。裁判は、争いある事実を認定しそれに法律を適用することであるとも言われるが、訴訟・裁判には事実と規範の二つの要素がある。大陸法系の民事訴訟は規範から出発して訴訟を捉え、原告の主張する権利の存否を明らかにするのをその任務とする。英米法系民事訴訟は事実から出発して訴訟を捉え、その事件について行われるべき正義（法）を発見するのが民事訴訟の役割だとする。共有関係事件の取り扱いについても、大陸法系の民事訴訟は複数の共有者がもつ権利から出発して問題を見ており、英米法系民事訴訟は、複数人がある物を共有しているという事実からから出発して問題を見ている。ギリシャの民事訴訟法は基本的には大陸法系に属し、規範出発型であるが、複数人の関係する共有関係事件では、事件について具体的妥当な解決を目指して、英米法系の事実出発型思考に歩み寄っている。（III参照）。つぎに、共有関係事件が、日本の民事訴訟法の下で、どのように規律されているかを概観する。共有関係事件は、共有者全員について齊一に訴訟を進行し、同じ判決が言い渡される必要的共同訴訟がその基本形態となる。必要的共同訴訟人の一人が欠けたばあいでも、残りの共同訴訟人の訴訟はこれを必要的共同訴訟として扱い、訴訟資料を齊一に収集し、同じ判決を言い渡すのが適当だろう。しかし、通説・判例は、これを通常共同訴訟として扱かつている（IV参照）。この支配的見解は、必要的共同訴訟における「合一確定」の範囲を、ヘルウィックに従い、既判力の合一確定と狭く解するようになったことに由来

している。筆者は、必要的共同訴訟の理論を再検討し、「合一確定」について新しい考え方を示し（V・1参照）、また、「準必要的共同訴訟」の類型を認めることを提唱する（V・2参照）。これにより、共有関係事件の処理が、現在より適切に行われることを期待している。

## II 歴史的概観

### 1 裁判所実務が確定するまで

共有物をめぐり共同所有者と第三者との間で争いが生じた場合、その争いは各共有者につき合一に決められて然るべきであろう。たとえば、A、B二人の共有物につき第三者Cがその所有権を争い、そのためA、BがCを被告として共有権存在確認の訴えを起こしたような場合、AがCに勝訴すれば、その結果はBについても同じはずである。A,C間とB,C間の判決の矛盾を避けるため、日本で民事訴訟法が行われた当初、共有関係の訴訟はいずれも必要的共同訴訟だとされた<sup>(1)</sup>。ところで当時の必要的共同訴訟には、現在のような固有必要的共同訴訟と類似必要的共同訴訟の概念上の区別はなく、すべて現在いうところの固有必要的共同訴訟、すなわち全員が共同してはじめて訴訟適格をもつ場合と解されていた。

#### 〔必要的共同訴訟に関する規定〕

日本民事訴訟法の必要的共同訴訟に関する規定は、1877年のドイツ民事訴訟法を模範とし1891年に施行されたものであるが、ドイツ法とはいくらか異なるところがある。ドイツ民事訴訟法は「争いある法律関係が共同訴訟人の全員につき合一にのみ確定されうる場合、または共同訴訟がその他の理由から必要である場合」（独民訴旧59条、現62条）を必要的共同訴訟と規定した。前者が類似必要的共同訴訟、後者が固有必要的共同訴訟を表現

---

(1) 例えば、高木豊三・民事訴訟法論綱 2 卷 (1895) 430頁。

している。日本の民事訴訟法の起草者は、固有必要的共同訴訟と類似必要的共同訴訟の区別を特に意識していなかったためか、両者を併せて「総テノ共同訴訟人ニ対シ訴訟ニ係ル権利関係カ合一ニノミ確定ス可キトキ」（日民訴旧50条）<sup>(2)</sup>と規定し、これを必要的共同訴訟とした。この規定によれば、共有の法律関係はすべての共有者につき合一に確定しなければならないから、必要的共同訴訟であり、しかもそれはすべての共有者が訴訟当事者として裁判所に出頭しなければならない固有必要的共同訴訟だとされた。しかし必要的共同訴訟をこのように解すると、共有関係の訴訟では、共有者全員がそろわなければその訴訟は不適法となり、著しい不便を伴うことになる。他方、学説は、ドイツ民事訴訟法学の影響の下、既に明治期の終わりの頃には、必要的共同訴訟には全員がそろわなければ訴えが不適法になる固有必要的共同訴訟と、全員がそろわなくても訴え提起が可能な類似必要的共同訴訟とがあることを認め、また判例も学説に続き、大正期に入ると必要的共同訴訟に二つの類型のあることを認めて<sup>(3)</sup>、共有をめぐる訴訟の多くを類似必要的共同訴訟だとした。

〔必要的共同訴訟から個別訴訟の可能性へ〕

訴訟法の面における以上のような展開とともに、一方、実体法の面でも、—ここでもドイツ法の影響をうけているのであるが—共有の法律関係については、共有者全員に関する全体的なもの、共有者個人の部分的なものがあることが認められるようになった。例えば共有権確認の訴えについていえば、数人が共同で有する一つの所有権の確認を求める訴えと、各共有者が他の共有者の権利により制約を受ける範囲で有する持分権の確認を求める訴えのあることが認められた<sup>(4)</sup>。前者は固有必要的共同訴訟であるが、後者は単独で訴えを起こすことが可能であり、また、共同で

(2) この規定が「訴訟の目的が共同訴訟人の全員について合一にのみ確定すべき場合」として旧民訴62条、現民訴40条に伝えられた。

(3) 例えば、大判大正8年(1918)12月26日民録25輯2424頁。ただし、類似必要的共同訴訟という用語はまだ用いていない。

(4) 例えば、大判大正2年(1913)4月24日民録19輯269頁。

訴えを起こしたときも通常共同訴訟となるという理論である。

大正期以降の判例は、この持分権の理論により、これまで必要的共同訴訟とされた共有関係訴訟の多くを通常共同訴訟と解するようになった。そのほか判例は、保存行為、不可分債権・債務の理論を用いている。すなわち、共有物に対する妨害排除の訴えは保存行為（民252条）であるとし、共有者各自が単独で訴えを提起できるものとし、また、共有者中の一部の者が第三者に対し、共有物の引渡しを求める場合、それは不可分債権に該当する、あるいはまた保存行為になるとし、個別訴訟を認めた。

#### 〔合一確定概念の転換〕

問題は、しかし、これで全面的に解決したわけではない。共有をめぐる紛争は、関係者全員が揃わなくてもよい類似必要的共同訴訟だとされ、また、その頃台頭した実体法理論に基づき共有者一人の訴えも可能だとされると、同じ共有物に関する事件が、共有者各人につき、それぞれ別個の訴訟として係属するという事態が生じてきた。しかしそれらの訴訟においては、弁論主義の支配するところ、訴訟資料はそれぞれ独自に収集され、個別に判決されることになる。このように個別訴訟によれば、共有者はその相互間の拘束から開放されるが、共同訴訟とした場合には相互に拘束され、斉一な訴訟資料の収集と合一な判決が要求される。これではアンバランスではないかというわけで、共有をめぐる共同訴訟を類似必要的共同訴訟とはいえ、必要的共同訴訟とすることが妥当か否か、が問題とされることになった。

日本の民事訴訟法が必要的共同訴訟の要件として規定する「合一確定」の概念は、ドイツ法の理論に従い発展してきた。「合一確定」の範囲はそれはじめドイツでも広いものとして捉えられていた。しかし、それを広く捉えると、多くの訴訟が必要的共同訴訟となり、実務において問題が生じることが明らかとなってからは、合一確定の範囲を狭く解するようになった。ドイツでは、論争の結果、必要的共同訴訟の範囲を訴訟対象からではなく、判決の対象という面から考察する見解が生じた。ヘルウィックはこ

の立場から、ドイツ民事訴訟法が必要的共同訴訟として規定する「争いある法律関係が共同訴訟人の全員につき合一にのみ確定される場合」（独民訴62条，旧59条前段）とは、共同訴訟人の全員につき、法律上合一の判決をなす必要のある関係を指す、しかし、同条後段「共同訴訟がその他の理由から必要である場合」と異なり、共同訴訟人たるべき者の個別訴訟を不適法とはしないが、その判決の効力が、他の共同訴訟人となりうるはずの者と、相手方との間の第二訴訟に及ぶ関係のあることを必要とするとした<sup>(5)</sup>—これは判決の既判力の客体的範囲によって類似必要的共同訴訟を限界づけるものである。この見解はその後のドイツの学説判例に大きな影響を与え<sup>(6)</sup>、それがドイツの通説となった。日本の民事訴訟法学もこの理論に従い<sup>(7)</sup>、その後いくらか遅れて、判例もこれに従った。このとき以来、それまで必要共同訴訟とされた多くの訴訟が、各共有者が個別に訴えを起こせる通常共同訴訟として扱われるようになった。この見解は、現在においても支配的見解となっている。

共有関係事件が個別の訴訟で解決できるという可能性は、一つの事件が、いくつかの訴訟に分断して審理され、そして時には、その間矛盾した判決がなされることもあるという結果をもたらした。また、場合によっては、一つの事件を解決するため、複数の判決を必要とするという事態を招くことになった。

---

(5) Hellwig, K., Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 3, 1909, S. 173., Derselbe, System des deutschen Zivilprozessrechts, Teil 1, 1912, S. 346. この考え方はヘルウィック以前、すでに1895年のオーストリー民事訴訟法14条に規定されており、またいくつかの文献にも見られた (z.B. Schmidt, R., Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1898, S. 870)。ヘルウィックの理論は、それらの考え方に理論的な基礎を与えたものといえることができる。

(6) Z.B. Stein-Jonas-Schönke, Kommentar zur Z.P.O. 17. Aufl. 1953, §62 II., Rosenberg, Lehrbuch des deut. Zivilprozessrechts, 9 Aufl., 1961, S. 468 f., Lent-Jauernig, Zivilprozessrecht, 1961, S. 229 f. usw.

(7) 例えば、兼子一・民事訴訟体系（1954）386頁など。

## 2 判例に続く学説の展開

戦後間もなく、訴訟対象の問題をめぐり、ドイツでハーブシャイド等が訴訟的訴訟対象論を説くと、日本でもその影響の下、訴訟対象の範囲を従来より広く解するいわゆる新訴訟物理論がもてはやされるようになった<sup>(8)</sup>。その際この理論は、訴訟対象の範囲をこの理論のように広く解することにより、事件を一個の訴訟で解決できるとし、「事件の一回的解決」をその理論の利点として標榜した。1970年代になるとこの評語は訴訟当事者の分野でも重要視されるようになり、複数人にかかわる事件は、複数の訴訟によってではなく、一個の訴訟、一個の判決で解決すべきだという考え方が次第に広まった<sup>(9)</sup>。かくして、これまで通常共同訴訟として扱われてきた共有をめぐる争いは、全ての関係者が参加しなければならない固有必要的共同訴訟として扱うべきだとの主張が説かれるようになった<sup>(10)</sup>。

固有必要的共同訴訟の概念は、ドイツ民事訴訟法62条1項後段の「共同

- 
- (8) 例えば、三ヶ月章・民事訴訟法(1959)80頁以下など。日本の学説は、常にドイツの学説の後について発展してきた。訴訟対象についてもこの新しい考え方(訴訟的訴訟対象論、いわゆる新訴訟物理論)が、いずれは日本で支配的見解になると考えたのであろう、三ヶ月、新堂、小山など多数の学者がこの見解に与し、一時は多数説となった。ドイツ民事訴訟法は訴えの変更を原則として禁止しており、訴訟対象の範囲を初めから広く採っておくほうが便利である。訴訟的訴訟対象論(いわゆる新訴訟物理論)がドイツにおいて行われた理由である。日本は、訴えの変更を許しており、訴訟対象を広げる必要がなく、また従来の見解、実体法的訴訟対象論による方がその範囲が明確である。裁判所の実務は三ヶ月等の学説に与せず、実体法的訴訟対象論(いわゆる旧訴訟物理論)を維持した。
- (9) この考え方の背後には、戦後、日本において影響力を増大してきたアメリカ法の考え方がある(中村「日本の民事訴訟法に与えたアメリカ法の影響」早法82巻2号〔2007〕1頁以下参照)。
- (10) 例えば、五十部豊久・判例評釈、法協83巻2号(1996)236頁以下、小島武司・共同所有をめぐる紛争とその集团的処理、ジュリ500号(1972)328頁以下、谷口安平・共同訴訟、判例演習(1973)53頁以下、高橋宏志・必要的共同訴訟について、民訴23号(1977)36頁以下等。

訴訟がその他の理由により必要である場合」という規定に由来している。共同訴訟に関する長い歴史を背景とするこの規定の意味は、ドイツ民事訴訟法の下では、よく理解され、その範囲は明確に決まっている。それに対し、日本でいう固有必要的共同訴訟は、法律の規定に基づくものではなく、学問上の理論にとどまっており、その範囲は不明確である。ある学説は、固有必要的共同訴訟を、共同訴訟人に対する判決が合一に確定すべき共同訴訟であるといい、あるいは、訴え提起の際、すべての共同訴訟人が参加しなければならない訴訟が固有必要的共同訴訟だとしている。そして、戦後活発に説かれた学説は、法律上の根拠の無いまま、共有の法律関係をめぐる訴訟は固有必要的共同訴訟だと主張した。

ある紛争の全ての関係人が訴訟に参加し、事件が一つの判決で、実体的にも統一して解決できればそれに越したことはない。この意味で1970年代から強調されているこの考え方は十分な理由がある。問題は関係者の一人が訴訟に参加を拒んだ場合どうするかということである。これについてはいくつかの見解が主張されている。

1) ある見解は、法律にそれを強制する規定の無いことを理由として、共同で訴えを提起することを拒んだ者がいるときは、例外として、それ以外の者だけで訴訟を遂行することができるとする<sup>(11)</sup>。しかしそれでは、共有物に関する訴訟は共有者全員の固有必要的共同訴訟であるという出発点の原則は、意味を失うことになる<sup>(12)</sup>。

2) 別の見解は、共同原告たるべき者が共同で訴えを提起することを拒んだ場合、この拒む者を被告に加えて訴えを提起すればよいとしている<sup>(13)</sup>。現にアメリカ連邦民事訴訟規則19条aの認めるところである。この措置によりすべての関係者は訴訟に参加することができる。しかし最初

---

(11) 五十部・前掲243頁。

(12) この非難を避けるため、固有必要的共同訴訟の概念を再構成し、訴え提起に際しては関係者全員の参加を要求するが、差し支えのあるときは全員揃わなくてもよいとする見解も説かれている。

(13) 小島・前掲331頁、高橋・前掲46頁、新堂幸司・民事訴訟法（1990）474頁な

から被告であった者と、本来は原告であるべき被告との関係を、どのように捉えるのかについては明らかでない<sup>(14)</sup>。

3) 第3の見解によれば、参加拒否の場合には、原告として登場した当事者が、すべての関係人の利益において訴訟を遂行できるとする。1968年のギリシャの民事訴訟法は、本稿の冒頭に紹介したようにこの考え方を条文上規定している（ギ民訴76, 86条）。日本にはこのような規定はないので、これについて理論的な説明がされなければならない。それについては二つの考え方が示されている。

3-a) 一つの見解は、日本の選定当事者制度の延長線上にアメリカのクラス・アクション制度を想定し、この考え方を導入することにより問題を解決しようというものである<sup>(15)</sup>。しかし、選定当事者の制度は選定者本人の実体的権利から出発した規範出発型の制度であり、クラス・アクションは集団的紛争解決を目指す事実出発型の制度であって、この本質を異にする二つの制度を組み合わせることは困難である。

3-b) さらに別の見解は、いわゆる実体法説の論者によって説かれている<sup>(16)</sup>。この見解によれば、共有関係訴訟において、判例は、共有権、持分権の二元的構成を認め、ある場合には当該事件を共有権の主張とみて固有必要的共同訴訟であるとし、また他の場合には、持分権の主張を認めて個別訴訟を許すが、この両者はその審理の内容において変わりはなく、また判決の効力も変わりはない。したがって、原告がいずれを主張しても両者間に変わりはなく、一部の共有者による共有権確認の訴えを認めても

---

ど。元来、原告であるべき者を被告とすればよいとするこの考え方は、事実出発型のアメリカの民事訴訟法の考え方であり、規範出発型の日本の民事訴訟法の下では通用しない考え方である。この提案を受け入れることはできない。

(14) 規範出発型の日本の民事訴訟法は、訴訟法上の請求について、原告に主張立証責任があるものとしている。原告であるべき者を被告とした場合、立証責任の問題はどのように処理するのであろうか。

(15) 小島・前掲332頁。

(16) 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」山本戸選暦・上（1974）283頁以下。

不都合はないと主張する。

以上の見解は、いずれも学説の域にとどまっており、判例はこれを認めていない。

### III 問題の所在 — 民事訴訟における二つの型

共有関係事件をめぐる共同訴訟が問題とされた当初、それは、全ての共有者が参加しなければならない固有必要的共同訴訟と考えられた。しかし、それでは動きが取れないので、類似必要的共同訴訟だとし、また持分権、保存行為、不可分債権・債務の理論を駆使して共有者個人の単独訴訟を認めるようになった。しかし、戦後、いわゆる新訴訟物理論が学界を風靡し、「事件の一回的解決」を強調すると、学説の方向は再びその発展の歴史の出発点に立ち戻り、共有関係事件ではすべての事件の関係人が訴訟当事者となり、事件を一つの判決で解決すべきだという理論が有力に主張されるようになった。共有関係事件の取り扱いについてのこの二つの考え方の相克は、どのように理解したらよいのであろうか。

民事訴訟には大陸法系と英米法系の二つのタイプがある<sup>(17)</sup>。裁判とは何かという問いに対し、一般的に「裁判とは、争いのある事実を認定し、それに法を適用することである」という答えが返ってくるが、そこからも明らかであるように、訴訟あるいは裁判には「事実」と「規範」の二つの要素がある。訴訟はこれを事実から出発して捉えることもできるし、また規範から出発して捉えることもできる。規範から出発して訴訟を把握するのが大陸法系の民事訴訟である（規範出発型訴訟）。大陸法系の民事訴訟の源流であるローマ法は、紀元前5世紀、既に十二表法という成文法をもつ

(17) 中村「民事訴訟における二つの型」比較法学22巻1号（1988）1頁以下。

ており、その訴訟制度は成文法の存在を前提として構成されている。裁判所における裁判は、原告により成文法に基づき主張された権利が存在するか否かを判断することであり、ここでの訴訟当事者は、当該事件の権利者と義務者の二当事者である。これとは反対に、英米法系民事訴訟は事実から出発して訴訟を把握している（事実出発型訴訟）。英米法系民事訴訟の源流となったゲルマンの社会には、ローマ法と較べるような法は存在しなかった。そこには先祖から代々伝えられた、正義と平和の秩序とその回復を目指す不文の慣習法が存在したのであり、裁判所の役割は、裁判所に持ち出された事件について、その事件について行われるべき正義を発見することであった。ここでは、事件の関係者全員が裁判所に出頭することを求められ、紛争はただ一つの判決により解決された。

ドイツ、日本の民事訴訟は大陸法系に属しており、裁判所の任務は、原告の主張する権利が存在するか否かについて裁判することである。訴訟当事者は、原告と原告により被告とされた二当事者であり、事件に関係があっても、自ら原告とならず、また被告とされなかった者は当事者とはならない。共有をめぐる事件では、共有者全員が原告となり、紛争の相手方全員を被告として訴訟を遂行し、事件の全面的解決を求めるのが通常であろう。しかし、複数の共有者のうち一部の者が共同原告となることを拒否した場合、共有権を主張して訴えを提起することはできない（持分権を主張して訴訟を遂行するのはまた別の問題である）。これは規範出発型民事訴訟の宿命というべきである。すべての関係人を訴訟に引き込むみ、そして事件を一回の判決で解決しようという考えは、大陸法系民事訴訟には存在しない。

事実から出発する英米法系民事訴訟においては、この問題を関係者の権利からではなく、事件そのものからみている。英米法系民事訴訟では生じた事件そのものが訴訟対象であり、その事件について行われるべき正義は何か、を発見するのが裁判の目的である。当該事件がそのまま訴訟対象になるのであり、そのため、事件の関係人すべてが訴訟当事者となる。もし

当事者となるべき者が訴訟に参加していないときは、裁判所はその者に当事者となることを命じる（アメリカ連邦民事訴訟規則19条 a）。事件の関係者全員が裁判所に出頭し、攻撃・防御の方法を尽くし、その上で出た判決により事件は全面的に解決する。以上が英米法系民事訴訟の考え方である。

ギリシャの民事訴訟は、ドイツ、日本とともに規範出発型の大陸法系民事訴訟であるから、原告の主張した権利の存否について裁判するのがその任務である。ところで、共同原告たるべき者の一部が訴訟に参加しない場合、その訴訟は成立しない。しかし、それでは事件が解決しないので、ギリシャ民事訴訟法は、事実出発型の英米法系民事訴訟に範をもとめて、「共同訴訟人のうちの一名もしくは数名のみが訴えを提起し、残りの共同訴訟人がそれに加わらないときは、訴えを提起した共同訴訟人は、残りの共同訴訟人を当該共同訴訟に参加させるべく引き込むことができる。」（ギ民訴86条）とし、また、「(前提文省略) 共同訴訟人のいずれか一人のした行為は、他の共同訴訟人の利益にも不利益にも作用する」（ギ民訴76条1項）と規定して、共同訴訟人たるべき者の一部が訴え提起に参加しなかった場合でも、訴訟を完結できるよう規定を設けた。この規定は、当事者の権利から出発し、当事者の意思を尊重する規範出発型の大陸法系民事訴訟が、英米法系の事実出発型民事訴訟に一步近づき、事件の方から訴訟を捉え解決をはかるものとみることができる。この規定により、これまで当事者個人の意思に阻まれて解決できなかった多くの事件が解決するであろう。

問題は、この規定が実務においてどの程度適用されているかである。条文の文言に従えば、本稿冒頭に掲げた事例、A、B、C三名がある不動産の共同所有者であり、訴えを提起するときは必要的共同訴訟人になる関係にある事例において、Aが訴えを提起し、B、Cが訴えの提起に反対して訴訟に加わらなかった場合、AはB、Cを訴訟に引き込むことができ

るものとされている（ギ民訴86条）。ところで、B、Cは訴訟に引き込まれたが、訴えの提起に反対する立場から、そこで積極的に行動しなかった場合、訴訟はAの訴訟行為だけで裁判されることになる。一見するとこのような結果は条文上当然のことであるが、はたしてそれでよいのだろうか。この規定の考え方の背後には、英米法系の事実出発型思考がある。しかし、ギリシャの民事訴訟法は全体として、大陸法系の規範出発型のものであり、従って、この英米法系の考え方も、大陸法系の規範出発型思考（当事者の意思を尊重する思考）の範囲内で考えられるべきであろう。A、B 2名が共有者であり、Aが訴えを提起し、Bは訴えを提起しなかったという場合、AはBを訴訟に引き込み、Bに代わって訴訟行為をすることができるが、この場合、当事者の数から考え、この結論を認めることに躊躇を感じない。しかし、訴えを提起しなかった者の数が、訴えを提起した者の数を上回る場合には、少し考慮を必要とするように思う。この規定の適用は、代表される者の数が代表者より多い場合、実務ではかなり慎重であって然るべきであろう。事実出発型の英米法系民事訴訟の下では、事件の関係者が全て裁判所に出てくることが重要であり、それが裁判の正当性の前提となっている。しかし、規範出発型の大陸法系民事訴訟の下では、原告の主張する権利の存否が問題とされるのであり、原告A、B、C、それぞれの意思が慎重に配慮されなければならない。明確に訴え提起に反対する人を原告の地位に据えるということは、ヨーロッパ大陸法圏に通用する「訴え無ければ判事なし」（*nemo iudex sine actore*）の原則にも反することになる。

ギリシャ民事訴訟法76、86条の規定が、現在のギリシャの実務においてどのように適用されているのかは明らかでない。しかし、実際の事件処理には疑いも無く役立っていると思われる。いずれにしても、ギリシャ法の定める前記の規定は、比較法上重要な画期的な規定であり、大陸法系民事訴訟法の改正に際しては、その導入が検討されて然るべき問題である。

#### IV 共有関係事件における訴訟当事者の構成

共有関係事件の訴訟当事者の問題は、ギリシャ法のように特別の規定のない日本の民事訴訟法のもとでは、以下のように扱われる。

共有の法律関係には、共有者全員でもつ共有権の面と、共有者各人のもつ持分権などの個別的権利の面がある。共有は、複数の共有者が共同である物を所有している法律関係であるから、共有物をめぐって争いが生じた場合、すべての共有者が共同で訴えを提起し、あるいはすべての共有者を被告とし、共有者間の足並みを揃えて訴訟を遂行し、合一一個の判決により事件を解決するのがその基本的な形態である（固有必要的共同訴訟）。しかし、共有に関する事件でも、共有者の一部の者を当事者とする訴訟で事件を解決できる場合もある。例えば共有者の一人が持分権を主張し、それによって事件の解決を図る場合などそれである。この場合には当該共有者の単独一個の訴えとなる。しかし、

a) 共有者数人がそれぞれその持分権を主張し、同じ目的のため共同で訴訟を遂行する場合、この共同訴訟はどのような形態の共同訴訟になるのであろうか。通説判例はこれを通常共同訴訟としている。しかし、このケースにおいて、各共同訴訟人の持分権は同一の目的物を共有していることに由来するのであり、これは、各共同訴訟人の間に何の関係もない通常共同訴訟とは異なる。筆者はこのような、必要的共同訴訟と通常共同訴訟の中間に位置する訴訟を準必要的共同訴訟とし、民訴40条を準用し、特別に扱うことを提案している（V,2参照）。また、

b) 固有必要的共同訴訟として、共有者全員が揃って開始した訴訟において、そのうち一部の者が欠け、残りの数名で遂行する共同訴訟を、どのような共同訴訟として扱うのであろうか。多数説および判例はこのような共同訴訟を通常共同訴訟だとしている。その理由として、このような共同訴訟において、各共有者はそれぞれその持分権を主張しているからだ

説明している。しかし、共有関係事件では、いわゆる新実体法説の論者も説くように、共有者が共有権を主張する場合も持分権を主張する場合もその実体は変わらないのであり、この主張は理由とならない。また、共有者の一人に対する判決は、他の共有者の持分権をめぐる事件に既判力を及ぼさないから「合一確定」の場合に当たらない（ヘルウィック理論）、したがって必要的共同訴訟にならないとしている。しかし、ヘルウィックの理論が正しいか否かがまず検討されなければならない問題であり（後述）、何よりも、共有者全員が訴訟当事者となる場合には必要的共同訴訟となり、訴訟資料が全ての共有者に合一的に収集されるが、共有者の一部が欠けた場合、残りの共有者の共同訴訟は通常共同訴訟となり、訴訟資料は各共同訴訟人につき個別に収集するという考え方は承認できない。共同訴訟人たるべき者の一部が欠けた場合でも、残った共同訴訟人については齊一に訴訟資料を収集し、合一な判決がされなければならない。筆者はその故に、この共同訴訟を類似必要的共同訴訟<sup>(18)</sup>として扱うべきものと考えている（V,1 参照）。

## V 必要的共同訴訟理論の再検討

### 1 合一確定概念の新しい解釈

20世紀の初め、ヘルウィックは、必要的共同訴訟の基準である「合一確定」の範囲につき、共同訴訟人の一部の者に対する判決の既判力が、残りの共同訴訟人全てに及ぶという関係があり、その間矛盾した判決をなし得ない場合であるとした<sup>(19)</sup>。この考え方はその後のドイツの学説・判例を

---

(18) このような考え方は、既に大正時代の判例に存在した（注3参照）。しかし、どの範囲のものを類似必要的共同訴訟とするか、特に後述（V,2）する準必要的共同訴訟との関係をどのように考えるかは、なお検討を要する問題である。

(19) 注5参照。

支配し、またそれが日本に入って、わが国の支配的見解となった。しかし、この理論が正しいか否かについては改めて検討する必要がある。

ヘルウィックは、訴訟対象の「合一確定」を訴訟終了の時点より振り返って考察し、既判力の抵触回避という専ら訴訟法的な視点からこれを見ている。しかし、訴訟は実体法と訴訟法の総合の場であり、実体法の面を抜きにして考えるのは妥当ではない。合一確定を実体法の側面も併せて考えるならば、それは訴訟対象が共同訴訟人全員について実体法上合一に裁判されなければならない場合だというべきである — 既判力の合一確定ではなく、裁判の合一画定。詳言すれば、訴訟が係属しているその段階において考察し、訴訟対象が実体法上、一般的に合一に確定すべき場合、ということになる<sup>(20)</sup>。このように考えると、類似必要的共同訴訟の範囲は従来のもので幅の広いものになる。前段IV, bにおいて考察した、共有者全員が参加し、固有必要的共同訴訟として進行した訴訟において、一部の者が欠けた場合でも、残った共同訴訟人について、合一な判決がされなければならない関係にあるから、存続する共同訴訟は類似必要的共同訴訟として扱うべきである。また、相続人、遺言執行者、受遺者を共同被告として遺言無効確認の訴えを起す場合などもこれに該当する。この事件では、共同訴訟人の一人に対する判決の既判力が他に及ぶということはないから、ヘルウィックの理論に従えば、通常共同訴訟ということになる。しかし、この事件における訴訟上の請求はすべての共同訴訟人について同じであり、すべての共同訴訟人について合一な裁判のみが可能である。このような訴訟については民訴40条を適用し、訴訟資料を斉一に収集して合一な裁判をするのが妥当であろう。下級裁判所の判例の中にはすでにそのような見解を示したものもある<sup>(21)</sup>。その他、賃貸人、借入人を共同被告として

(20) 支配的見解は、このような考え方を認めない。しかし、筆者は1965年以来この考え方を提案している（中村英郎「特別共同訴訟理論の再検討」中村宗雄先生古稀祝賀記念論集・民事訴訟の法理〔1965〕200頁以下。後に中村英郎・民事訴訟論集1巻〔1977〕207頁以下に収録）。

(21) 高松高判昭和31年（1956）7月5日下裁民集7巻7号1764頁。なお、支配的

なすその間の賃貸借契約無効確認請求訴訟，数人の者を共同被告としてなすある物についての所有権存在確認請求訴訟など，いずれも類似必要的共同訴訟の関係ということになる。

## 2 準必要的共同訴訟理論の提唱

筆者の提唱する必要的共同訴訟の範囲は，支配的見解よりも広い。にもかかわらず，たとえば連帯債務，不可分債権・債務，主たる債務者およびその保証人に対する請求など，広く論理上合一に確定すべき場合といわれているものを，この範疇に入れることはできない。けだし，これらにおいては，訴訟上の請求は論理的に関連しているが別個であり，共同訴訟人はそれぞれ自己のもつ異議の原因を主張することができ，この場合の裁判は個々別々になりうるからである。

支配的見解および判例は，ここに挙げたような事例を通常共同訴訟として扱っている。しかしこの場合には，当事者の請求の間に密接な関係があり，請求の基礎については統一して確定しなければならない関係がある。このような事件を，共同訴訟人の請求の間に特に密接な関係のない訴訟，たとえば，電力会社が，料金未払いの多数の需要家に対し未払い料金の支払を請求をする場合と同じように，通常の共同訴訟として扱うのは適当ではない。

「訴訟対象の合一的確定」（独民訴62条，日民訴40条）は，その当初においては，訴訟進行の出発点において考察し，訴訟対象の不可分，従って不可分の審理，不可分の判決という発想において考えられたものであった。そのため連帯債務や不可分債務など，審理の段階で共通の審理，共通の判断を要するものはすべて必要的共同訴訟だとされた。しかし，それでは範囲が余りに広いので，学説はそれを狭める方向に転じ，ヘルウィックが出

---

見解に従えば通常共同訴訟とされるものを，実務上の必要から，類似必要的共同訴訟として扱ったものもある。名古屋高判昭和31年（1956）8月18日高裁民集9巻8号483頁，千葉地判昭和35年（1960）8月18日下裁民集11巻8号1721頁。

で以来、それは訴訟の終結点、判決を基準として、その既判力の合一確定の面から考えられるようになった。そのため合一確定の範囲は極度に限定されたものとなり、連帯債務や不可分債務をめぐる訴訟などは必要的共同訴訟ではないことになり、したがって通常共同訴訟として扱われることになった。しかし、連帯債務や不可分債務など論理的に合一に確定すべき訴訟は、元来、通常共同訴訟ではない。それらは必要的共同訴訟と通常共同訴訟の中間に位置するものである。

1931年のドイツ民事訴訟法草案は、論理的に合一に確定すべき場合を必要的共同訴訟に準じて取り扱うことを提案した（草案65条）<sup>(22)(23)</sup>。この草案は、当時、ドイツにおいてナチスが政権を獲得し、政情が安定しなかったという国内事情とも相まって、ついに成案となるに至らなかった。しかし、筆者はこの考え方を正しいと考え、1965年以来、通常共同訴訟（民訴39条）と必要的共同訴訟（民訴40条）の中間領域の訴訟を準必要的共同訴訟と名称し、これに必要的共同訴訟の規定を準用すべきだと提案している<sup>(24)</sup>。準必要的共同訴訟は、共同訴訟人の訴訟上の請求が、法律上必ずしも同一に確定することを必要としないが、論理的理由に基づき統一した確定が求められる場合である。例えば、数人の連帯債務者、数人の不可分債務者に対し債務の弁済を求め、主たる債務者とその保証人を共同被告としてそれぞれ債務の履行を求め、あるいはまた、真の所有者が登記簿上の

---

(22) ドイツ民訴法改正草案65条は以下のように規定する。「すべての共同訴訟人が共同してのみ訴え、または訴えられることをうる場合、または、争いにかかる法律関係がすべての共同訴訟人に対し合一にのみ確定することができるときは、共同訴訟となる。案件の状況上、共同訴訟人に対する矛盾した裁判が不合理となるおそれのある場合も、前段と同じとする」。

(23) わが国では、当時山田正三がこの見解に賛成した（山田「準必要的共同訴訟」法学論叢28巻1号〔1932〕1頁以下）。しかし、この草案はドイツの議会を通過せず、また当時支配的であったヘルウィックの学説に反するため、学界もこれに批判的であったので、山田は後にこの見解を捨てた（山田「民事訴訟に所謂請求の意義」法学論叢41巻1号〔1939〕15頁以下）。

(24) 注20記載の文献参照。

所有名義人、およびこれより抵当権の設定を受けた者を共同被告として、所有者に対しては所有権登記の抹消を、抵当権者に対しては抵当権登記の抹消を求める、等々の場合がこれである。この場合、共同訴訟人はそれぞれ別個の請求をし、または請求を受けるのであるが、それは、一個の法律関係の上に成立している。したがって、例えば一つの契約で成立した連帯債務についていえば、一方に対しては連帯債務契約の成立を肯定し、他方に対してはそれを否定するような論理的に矛盾した判断がなされてはならない。勿論、各債務者は、実体法上それぞれ別個独立であるから、連帯債務が成立した後に、その一人につき債務が免除されたというような事情があるときは、その者に対しては債務の存在を否定する判決を、また、他の者に対しては債務の弁済を命じる判決のなされることのあるのは当然である。しかし、連帯債務の成立自体については合一に判断されなければならない。

共有関係事件に例をとれば、たとえばある不動産の共有者数人が、それぞれその持分権を主張してその持分権の存在確認を求めるような場合である。各人の請求はそれぞれ別個であるが、同一の目的不動産について、共同で所有権をもっている事実については合一な判断がされなければならない。このような場合も、通常共同訴訟として各個別に扱うのではなく、準必要的共同訴訟として民事訴訟法40条の規定を準用し、論理的に合一な判決を獲得するのが適切であろう。

## VI おわりに

以上、共有関係事件が、日本および外国の民事訴訟法においてどのように扱われてきたかを概観した。

共有の法律関係は二つの面をもっている。一つは、すべての共有者が共同でもつ統一的な権利であり、他は各共有者がもつ持分権である。どの面から考察するかにより、訴訟における事件の取り扱い異なる。日本で近

代的民事訴訟が始まった当初、共有をめぐる争いは、共有者全員のもつ所有権の面から扱われ、共有関係事件は共有者全員の参加する必要的共同訴訟として扱われた。しかし、共有関係事件で共有者全員が集まって訴訟するのがかなり面倒なことが明らかになってからは、共有者各人のもつ持分権等を中心として事件を捉え、個別訴訟で事件の解決を図るのが主流となっている。しかし、それでは事件の全面的解決を図るのに、数個の訴訟を必要とすることにもなり、かえって面倒である。そこで、学説として、共有関係事件は一つの訴訟、一つの判決で解決すべきだだとする主張が台頭しているというのが現状である。

しかし、以上のような問題は、規範出発型の、原告の主張する権利の存否を明らかにしようとする大陸法系民事訴訟の下で生じる問題である。事実から出発し、事件の中からそこに行われるべき正義の発見することを訴訟の目的とする事実出発型の英米法系民事訴訟のもとでは、このような問題は発生しない。ここでは共有関係事件が裁判所に持ち出されると、事件に関係のある者全てが裁判所に呼び出され、事件についての審理が行われ、一つの判決で事件は一挙に解決する。

ギリシャ民事訴訟法は、基本的には、規範出発型の、原告の主張する権利の存否を明らかにする大陸法系に属しているが、多数の当事者間の足並みの揃わない事件については、英米法系の実事出発型の考え方を採り入れ、事件の解決をはかった（ギ民訴76, 86条）。問題は、基本的には当事者の意思を尊重する規範出発型のギリシャ民事訴訟法のもとで、事実出発型のこの規定の考え方をどのよう調和させるかということである。いずれにしてもギリシャ法のこの考え方は、大陸法系民事訴訟法の下では画期的な注目すべき規定であり、将来の法律改正に際しては検討されて然るべきテーマである。

共有関係事件をめぐる訴訟でもう一つ問題になるのは、共同訴訟の形態についてである。ドイツの民事訴訟法が、共同訴訟を規定した頃、必要的共同訴訟の範囲は極めて広がった。しかし、その後「合一確定」について

ヘルウィックの理論が説かれてから、それは限定して考えられるようになり、共同訴訟人間に密接な関係のある多数の共同訴訟が、通常共同訴訟とされた。そしてその考え方がそのまま現在のドイツ、日本の学説判例を支配している。この状態が不都合なことは、既に述べた通りである（V参照）。

日本の民事訴訟法が範としたドイツ民事訴訟法が成立してから、今年（2007年）で130年になる。ヘルウィック理論が説かれてからも、既に一世紀近く経過している。その後の変化に応じた、新しい理論が検討されて然るべきであろう。筆者は約40年前、必要的共同訴訟における「合一確定」の範囲と、準必要的共同訴訟について、新しい考え方を提案した<sup>(25)</sup>。本稿においてもその提案を再び繰り返している。この論文が、この問題の新たな検討を促す切っ掛けになれば幸いである。

〔付記〕 本稿の独訳論文“Miteigentum und Streitgenossenschaft”は、アテネ大学ケラメウス教授（Professor Konstantinos D. Kerameus）の記念論文集に献呈する予定である。

---

(25) 注20, 24およびその本文参照。