

In April 2022, Osaka City University and Osaka Prefecture University merge to Osaka Metropolitan University

Title	共有者の共同訴訟の必要性と共有者の訴権の保障
Author	鶴田, 滋
Citation	大阪市立大学法学雑誌. 55 卷 3-4号, p.781-823.
Issue Date	2009-03
ISSN	0441-0351
Type	Departmental Bulletin Paper
Textversion	Publisher
Publisher	大阪市立大学法学会
Description	寺田正春教授、松本博之教授退任 惜別記念号
DOI	

Placed on: Osaka City University

Osaka Metropolitan University

共有者の共同訴訟の必要性と共有者の訴権の保障

鶴 田 滋

一 問題の所在

- 1 共有関係の対外的主張における共有者の共同訴訟の必要性
- 2 本稿の課題を論じる必要性
- 3 考察の視点

二 従来の学説の検討

- 1 特別の事情がある場合には各共同権利者の単独訴訟を適法とする方法
- 2 選定当事者による方法
- 3 提訴拒絶者に対する訴訟告知を他の者による訴えの適法要件とする方法
- 4 提訴拒絶者に対する共同提訴の催告を他の者による訴えの適法要件とする方法
- 5 一人の訴えを民事訴訟法四〇条の「全員の利益」となる訴訟行為に含める方法
- 6 提訴拒絶者を被告とする方法

三 私 見

- 1 ドイツ法からの示唆
 - 2 日本法における解釈論
- 四 おわりに

一 問題の所在

1 共有関係の対外的主張における共有者の共同訴訟の必要性

共有者が第三者に対して共有権または共有関係を主張する場合に、共有者が共同して原告とならなければ、訴えが不適法として却下されるケース、すなわち、共有者全員を原告とする固有必要的共同訴訟とは、いかなるケースにおいて、いかなる理由から存在しうるのだろうか。具体的な例を挙げると次のものが考えられよう。⁽¹⁾

【例1】 XYZの共有する土地の共有権の確認訴訟をAを被告として提起する場合。

【例2】 XYZの共有する土地にAが不法に小屋を建築した場合。

【例3】 XYZの共有する土地をAが不法に囲って占拠した場合。

【例4】 XYZが共同して、AからA所有の土地を購入して、その引渡を求める場合。

共有者の共同訴訟の必要性の判断基準に関する本来の実体法説、すなわち、共有者による共同訴訟の必要性の判断基準を係争権利関係についての実体法上の処分権能に求める私見によれば、⁽²⁾【例1】〜【例3】は、いずれも、XYZが共同で原告にならなければ、訴えが却下される固有必要的共同訴訟のケースであると考えられる。なぜなら、いずれの場合においても、各共有者は、共有権、もしくは、共有者全員の共有権または持分権に基づく請求権を単独で処分できないからである。これに対して、【例4】では、債権的請求権が問題となっているので、Aに対する給付が不可分給付にあたるならば、X・Y・Zが各自で民法四二七条の不可分債権の規定に基づいて、全員のために自己への引渡を請求できることになるであろう。なぜなら、民法四二七条は、不可分給付における不可分債権者全員の共同訴訟の必要性の原則に例外を認める明文の規定であるからである。

これに対して、判例は、【例2】、【例3】や【例4】など多くの事件において、共有者の持分権や共有物の保存行為であることを根拠に、各共有者による個別訴訟を承認するものの、【例1】のような共有者が第三者を被告とする共有権確認訴訟・共有権に基づく所有権移転登記請求訴訟⁽⁴⁾、および、共有地の境界確定訴訟⁽⁵⁾では、共有者全員が共同して原告にならないければ、訴えが不適法として却下される固有必要的共同訴訟であるとする。その他、入会権者が原告となる入会権（総有権）確認訴訟や入会権に基づく所有権取得登記抹消請求訴訟も、入会権を主張する共同権利者全員が共同して原告となる必要のある固有必要的共同訴訟であると解されている⁽⁶⁾。

以上のように、原告が第三者に対して共有関係を主張するケースにおいては、私見によっても、判例に従っても、一定の事件では、共有者全員が共同原告とならなければ訴えが不適法として却下されるという規律が妥当することになる。しかし、このような原告側の固有必要的共同訴訟においては、共同原告となるべき者の一部が、所在不明であったり、共同の訴えを拒絶したりすると、他の者は適法な訴えを提起できないことになる。このことは、他の者に本案判決を受ける権利を奪うことになり、裁判を受ける権利（憲法三三二条）という憲法上の権利に関わる重大な問題であることは、従来から指摘されているとおりである⁽⁷⁾。

そこで、本稿は、この問題に関する日本における諸学説を紹介し、それらを批判的に検討することを通じて、原告側の共同訴訟人の共同訴訟を必要とするケースにおいて共同原告となるべき者の一部が提訴を拒絶する場合に生じる不都合を解消するための日本法における解釈論を提示することを課題とする。

2 本稿の課題を論じる必要性

論

(1) 判例・実務による問題の解消？

もつとも、筆者が冒頭に提示した問題点は、もちろん従来から指摘されてきたものである。したがって、判例・実務により、この問題を解消するための様々な試みがすでに行われている。

まず、現在の最高裁判例の到達点を前提とすると、最も個人主義的な共有の対外的主張のケースでは、共有者の共同訴訟が必要な場合における共有者の訴権の保障という問題を論じる必要性は極めて少ないという考えも成り立ちうる。なぜなら、前述のように、最高裁は、多くの事例において、持分権や保存行為などを根拠に、各共有者による共有物全体の給付請求権の主張を承認しているし、さらに、最高裁調査官の解説によると、最高裁は、共有権確認訴訟や共有権に基づく所有権移転登記手続請求訴訟においても、共有者全員が共同原告となった場合にのみ、合一確定をはかるために、固有必要的共同訴訟とし、共有者全員が原告にならなかつた場合には持分権に基づく請求と解すれば目的が達せられるので、実務上あえて共有権に基づく請求と構成したうえで訴えを却下する事態はほとんど起らな⁽⁸⁾いと考えているからである。

次に、たとえば、入会権確認訴訟や共有者を原告とする土地境界確定訴訟などのように、判例の立場によれば、共同所有者の共同訴訟の必要な場合における各共同所有者の訴権の保障を論じる必要性がある事件においても、判例・実務では、この問題を解消するための方法が主張されている。

第一に、共同原告となるべき者の一部が不在の場合、その者の財産管理人を選任し、財産管理人が共同原告として加わることができるとする解釈論が、すでに最高裁調査官の判例解説において提示されている⁽⁹⁾。したがって、共同原告となるべき者の一部が不在の場合には、この方法により問題が解消されると言える。

第二に、共同原告となるべき者の一部が共同の訴えを拒絶することにより生じる不都合を解消する方法も、判例により承認されているものがある。たとえば、入会団体のように、共同所有者全員の構成する団体が、権利能力なき社団を構成する場合には、その社団に当事者能力および当事者適格（すなわち共同所有者全員のための訴訟担当資格）を付与することが、最高裁の判例により承認されている。⁽¹⁰⁾ 最高裁の別の判例は、共有者が原告となって提起する共有地と隣接地との境界確定訴訟においては、提訴を拒絶する共有者と相手方を被告として、他の共有者が境界確定の訴えを提起できるとしている。⁽¹¹⁾ さらに最近になって判例は、入会権確認訴訟についても、入会集団の一部の構成員が、訴えの提起に同調しない構成員を被告に加えて構成員全員が訴訟当事者となる形式で第三者に対する当該訴えを提起することができるとするに至った。⁽¹²⁾

(2) 問題解決の不十分性

しかし、これらの実務の試みによっても、共同所有者による共同訴訟の必要性を承認した場合に生じる不都合を完全に解消するには至っていないと思われる。

まず、共有関係または共有権の対外的主張のケースにおいて共有者全員が原告にならない場合には、持分権に基づく請求に切り替えたいうで、原告になった共有者のみによる訴訟追行を認めればよいとする見解に対しては、次の反論が考えられる。

このような見解が登場する原因は、判例が、持分権に基づく請求と共有権に基づく請求の両者を承認し、そのどちらを主張するのかを当事者の選択に委ねていることにあると考えられる（いわゆる二元説）。しかし、共有者全員に共同して帰属する共有権に基づく請求においては、共有者全員による共同訴訟を必要とするから、共有権に基づく請求

における共有権（に基づく請求権）の存否についての既判力は共有者全員に対して及ぶのに対して、持分権は各共有者に帰属するものである以上、仮に提訴した共有者のみが自らの持分権に基づく請求をしたとしても、提訴していない共有者の持分権（に基づく請求権）の存否は既判力により確定しないことになる。また、複数の共有者による持分権に基づく請求は、通常共同訴訟と解されているので、裁判所は各共有者の請求について弁論を分離して審判することも許されるし、各共有者の請求に対する判決内容を区々にすることも許されることになる。このように、共有権に基づく訴訟と持分権に基づく訴訟の取り扱いが大きく異なるにもかかわらず、裁判所が、共有権に基づく請求を望む共有者に対して、共有者全員が原告として揃っていないことを理由に、持分権に基づく請求に変更するよう釈明権を行使すれば実務上の不都合は生じないと評価するのは、当事者の意向を無視した便宜論に他ならないと思われる。当事者が、共有権に基づく請求を特定して争訟の包括的・終局的解決を望む以上、この意向に沿い、共有権に基づく請求を特定させた上でその訴えを却下に追い込まない方法を探るのが本筋であると考ええる。

次に、入会団体に総有権確認訴訟の当事者能力・当事者適格を認める判例法理は、学説により、実践的には妥当な解決を与えるが理論的には奇妙なものであると評価されている。⁽¹³⁾ また、この判例法理を、社団を形成することできないような入会権の場合や、典型的な共有の場合に適用することは困難であろう。

さらに、共有者を原告とする境界確定訴訟において提訴拒絶者を被告とする措置を承認する判例は、境界確定訴訟の実質的非訟性を根拠に当該訴訟に限定して承認しているに過ぎない。⁽¹⁴⁾ もともと、非同調者を被告として入会権確認訴訟を提起できるとした最近の判例には、前述の境界確定訴訟の判例のような限定は存在しない。しかし、この判例は、入会権者の一部による第三者への持分譲渡の有効性が争われた事案であり、この判例の及ぶ射程が問題となる。

さらに、この判例は、提訴拒絶者を被告にする措置を認める理由として、「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」とこと、「このような訴えを認めて、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」ことを挙げるに過ぎない。したがって、このような措置が、従来の判例における共同訴訟の必要性の根拠である係争権利関係についての実体法上の管理処分権の共同とどのように関係するのか、提訴拒絶者を被告にする場合の訴訟の構造はどのようなものになるのか（たとえば三面訴訟になるのか）、この判例の射程は共有権確認訴訟や共有権に基づく所有権移転登記手続請求訴訟にも及ぶのかなど、この判例の位置づけについて明らかにすべき課題が数多く存在するに思われる。⁽¹⁵⁾したがって、この判例が登場したからといって、共同所有者の共同訴訟の必要性の原則により生じる不都合が完全に解消されたとは言えないであろう。

その他、従来、判例は固有必要的共同訴訟の範囲を縮小させる傾向にあると解されていたが、最近の最高裁判例は、共有者間の内部紛争ではあるが、遺産確認の訴えや相続権不存在確認の訴えを、合一確定の必要性から、共有者全員を当事者とすべき固有必要的共同訴訟であるとした。⁽¹⁶⁾このように、共有関係の対外的主張のケースにおいても、今後様々な理由から、共有者全員を共同原告とすべき固有必要的共同訴訟とすべきケースが出てくる可能性がある。⁽¹⁷⁾このような場合に備えて、固有必要的共同訴訟において生じる不都合を解消するための方法を探求する必要性はあると思われる。

以上の理由から、現在においても、原告側の固有必要的共同訴訟において、提訴拒絶者がいる場合の不都合を解消する方法を検討する必要性が存在すると思われる。そこで、本稿においては、この問題を検討する。

もつとも、本稿において取り上げる課題について論じた文献は、これまでも多数存在する。そこで、筆者が、どのような視点から、原告側の共同訴訟を必要とする場合における提訴拒絶者の取り扱いについて新たに論じるのかについて述べることにする。

平成八年の現行民事訴訟法改正の際に、本稿において取り扱う問題を解消するための立法提案がなされていた。それは、参加命令の制度である。この制度は、「複数の者が共同所有関係にあるために原告側が固有必要的共同訴訟となる場合において、共同原告となるべき者のうち一部の者が訴えの提起を拒んだときは、その者に対して参加命令を発することにより、その余の者が訴えを提起できるものとする」ものであった。⁽¹⁸⁾ なお、提訴拒絶者がたとえば全体の四分の一未満の場合には参加命令が発せられ、その場合に提訴拒絶者が訴訟参加しなくとも、当該訴訟の判決の効力がその者に及ぶとされていた。⁽¹⁹⁾

この提案の意図は、「多数の者によって訴訟が起こされ、現実に参加命令を受けても、なお提訴を拒絶するというのであれば、それは共同所有物についての処分権を現実に訴訟進行している多数者に任せたとみなすことになつたとされる。⁽²⁰⁾

しかし、この立法提案は、「参加命令を出して、それに従わなかった者を原告に加えないまま、訴え提起の意思のある者だけで訴訟ができると言っても、それらの者だけでは、実体法上の処分権を有することにならないのではないか」という疑問があつたために、採用されなかつたとされている。⁽²¹⁾

このように、平成八年民事訴訟法の立法担当者は、共有者の共同訴訟の必要性の根拠を実体法上の処分権能と見たうえで、参加命令により提訴拒絶者の実体法上の処分権能を剥奪することを正当化できないという理由から、参加命

令の制度を採用しなかつたと言える。

そうであるならば、現行民事訴訟法の解釈論として、提訴拒絶者がいる場合の固有必要的共同訴訟の不都合を解消するための方法を提示する場合には、立法担当者の前述の疑念を解消するための根拠を明示する必要があると思われる。すなわち、提訴拒絶者以外の共有者による訴えを適法にするには、提訴拒絶者の訴訟追行権の基礎である係争権利関係についての実体法上の処分権能をどのような場合にどのような理由から剥奪することができるのかを明らかにする必要があると考えられる。

さらに、以上の視点は、参加命令に関する平成八年民事訴訟法の立法担当者の見解に合致するのみならず、明治二十三年に成立した民事訴訟法における、共同訴訟の必要性の判断基準に関する起草趣旨にも合致する。筆者は、これらで、共有関係の対外的主張のケース、すなわち、共有者が第三者に対して共有物全体の給付請求権を訴訟上主張したり、共有者全員に共同して帰属する共有権または共有関係の確認の訴えを提起する場合における、共有者の共同訴訟の必要性に関する判例および支配的見解がドイツ法の影響を受けて形成される過程を探究してきた。²² その結果、ドイツでは、一九世紀以降、共有者の共同訴訟の必要性の判断基準は係争権利関係についての実体法上の処分権能にあると理解され、この考え方が一八七七年に成立したドイツ民事訴訟法(CPO)に取り入れられたが、明治二十三年に成立した日本民事訴訟法も、CPOの考え方を継受しており、その後の民事訴訟法の改正においてもこの起草趣旨は変更されていないことが明らかになった。

したがって、明治二三年民事訴訟法の起草時以降の立法担当者の考え方に従っても、共有者の共同訴訟の必要性の根拠は、係争権利関係についての実体法上の処分権能にあるため、共有者の共同訴訟の必要性の原則に例外を認めるためには、提訴拒絶者の係争権利関係についての実体法上の処分権能をどのような理由から剥奪するのかを明らかに

する必要があると考える。

そこで、以下では、これまで本稿において論じられる課題について主張されてきた従来の学説が、提訴拒絶者の訴訟追行権の基礎である係争権利関係についての実体法上の処分権能を剥奪するための根拠や要件にどの程度目を配っていたのかという視点から、従来の学説を紹介・検討し(二)、さらにその検討結果をふまえた私見を提示することにする(三)。最後に、本稿のまとめと今後の課題を述べる(四)。

なお、前述の通り、最高裁判例によると、遺産確認訴訟や相続権不存在確認訴訟は共同相続人全員を当事者とすべき固有必要的共同訴訟であるとされている。たしかに、これらのケースは共有者を巡る紛争であるが、共有者間の内部紛争であり、共有者と第三者との紛争ではない。私見によれば、共有者の内部紛争における固有必要的共同訴訟は、共有の対外的主張における固有必要的共同訴訟とは異なる構造を有していると考ええる。したがって、本稿では、遺産確認の訴えや相続権不存在確認の訴えなどにおける固有必要的共同訴訟の構造や、この場合における共有者の訴権の保障に関する問題を扱わないことにする。

(1) 以下に掲げるケースは、小山昇北海道大学名誉教授が私宛に送って下さった二〇〇七年一月三二日付の手紙に書かれたものである。小山教授からは、書簡を通じて貴重なご意見を賜った。小山教授にはこの場を借りてお礼を申し上げます。

(2) 鶴田滋「共有者の共同訴訟の必要性に関する判例および支配的見解の形成過程(三・完)」福岡大学法学論叢五一巻一一号(二〇〇六年)七六頁以下。

(3) たとえば、各共有者は第三者を被告として持分権確認訴訟を提起できる(最判昭和四〇年五月二〇日民集一九卷四号八九頁)。各共有者は、第三者に対して、所有権移転登記抹消登記手続を、自己の持分に基づき共有物全体の保存行為として請求することができる(最判昭和三二年五月一〇日民集一〇卷五号四八七頁)。なお、最判平成一五年七月二一日民集五七卷七号七八七頁も参照。

(4) 最判昭和四六年一〇月七日民集二五卷七号八八五頁。

- (5) 最判昭和四六年一月九日民集二五卷九号一四五七頁。
- (6) 最判昭和四一年一月二五日民集二〇卷九号一九二二頁。
- (7) 新堂幸司「民事訴訟法理論は誰のためにあるのか」同「民事訴訟制度の役割」(一九九三年〔初出一九六八年〕、有斐閣)三八頁以下を参照。
- (8) 小倉顕「最高裁判所判例解説民事篇昭和四六年度」五九二頁。
- (9) 柴田保幸「最高裁判所判例解説民事篇昭和四六年度」四〇六頁。
- (10) 最判平成六年五月三二日民集四八卷四号一〇六五頁。
- (11) 最判平成一年一月九日民集五三卷八号一四二二頁。
- (12) 最判平成二〇年七月十七日民集六二卷七号一九九四頁。
- (13) たとえば、高橋宏志「重点講義民事訴訟法上」(二〇〇五年、有斐閣)一六四頁注(12)。
- (14) 前掲最判平成一年一月九日における千種秀夫判事による補足意見を参照。
- (15) 前掲最判平成二〇年七月十七日の位置づけ、理論上・実際上の問題点などについては、当然、詳細に検討されるべきであろう。しかし、本稿は、筆者の一連の研究成果を基に、後述の視点から、共有者の共同訴訟を必要とする事例において生じる不都合を解消するための解釈論を提示することを目的とするので、前掲平成二〇年判例の評釈は行わない。この点の検討は、別稿(ジュリスト増刊・平成二〇年度重要判例解説民事訴訟法2事件)で行う予定である。
- (16) 最判平成元年三月二八日民集四三卷三号一六七頁、最判平成一六年七月六日民集五八卷五号一三一九頁。
- (17) 保存行為などを根拠に各共有者の個別訴訟を承認する判例法理は、理論的には説得力あるものではなく、提訴拒絶者がいる場合に生じる不都合を解消するという実質的な理由から承認されたと、従来から言われている(五十部豊久「必要的共同訴訟と二つの紛争類型」民事訴訟雑誌二二号(一九六六年)一七〇頁)。そうであるならば、共有者の共同訴訟は必要であることを前提としつつ、その規律により生じる不都合を解消する方法を考えることにより、もともと理論上問題のある先の判例法理を承認する必要性を失わせることができるであろう。
- (18) 「民事訴訟手続に関する改正要綱試案」第一当事者(当事者関係後注) 3。
- (19) 「民事訴訟手続に関する検討事項」第二当事者二(四)(2)。
- (20) 竹下守夫ほか編集代表「研究会新民事訴訟法」(一九九一年、有斐閣)四七頁(竹下守夫発言)。

(21) 研究会・前掲注(20) 四七頁(竹下守夫発言)。

(22) 鶴田滋「一九世紀ドイツにおける共有者の共同訴訟の必要性」(一)〜(三・完) 大阪市立大学法学雑誌五一巻二二〇号(二〇〇四年) 六三頁、三〇九一頁、四〇四頁(二〇〇五年) 一〇六頁、同「共有者の共同訴訟の必要性に関する現行ドイツ法の沿革と現状」松本博之・徳田和幸責任編集「民事手続法研究創刊第一号」(二〇〇五年、信山社) 二二五頁、同「共有者の共同訴訟の必要性に関する判例および支配的見解の形成過程(一)〜(三・完)」福岡大学法学論叢五〇巻三三三九頁、四〇六頁、五三頁、五一巻一〜二合併号(二〇〇六年) 一三三頁。

二 従来の学説の検討

1 特別の事情がある場合には各共同権利者の単独訴訟を適法とする方法

共有のケースではなく、総有である入会権のケースを念頭に置いた見解ではあるが、共同権利者全員の共同訴訟を必要とすることを原則としつつ、入会権関係訴訟を単独でしか提起できない特別の事情あるいは全員の共同では提起できない相当の理由がある場合には、各入会権者による単独訴訟を承認する見解が存在する。⁽²³⁾

この見解によれば、共同訴訟をすることができない特別の事情は、入会権の共同権利性や入会権者の結束、入会権侵害の緊急性の度合いなどを考慮して判断される。たとえば、共有的性格の強い入会権である場合、入会権者が訴訟派と反訴訟派に別れている場合、入会権者の数が非常に多く、その全員を確認することが非常に困難である場合、急いで訴えを提起しないと重大な損害が生じる場合などが、共同訴訟をすることができない特別の事情に当たるとする。⁽²⁴⁾ そして、以上の結論は、「結局民法二二一条、二二二条等の合理的な解釈からでてくる」とされる。

なお、入会権者が共同訴訟をすることができない特別な事情がある場合に個別に訴訟を進行した入会権者の一部に對する判決の効力は、他の入会権者にとって有利な限りで及ぶとする。⁽²⁵⁾

以上の見解は、入会権保護の緊急性など、入会権者、すなわち、共同権利者の内部の事情を考慮した上で、例外的に各共同権利者の単独訴訟を承認する点で示唆に富むと思われる。

しかし、この見解は、各共同権利者の個別訴訟を、最終的には実体法を根拠に承認しようとしているにもかかわらず、肝心の実体法的な根拠付けがほとんど見あたらない点に問題があると考ええる。筆者のこれまでの研究によれば、民法の共有の規定とりわけ保存行為の規定から、各共同権利者の個別訴訟を例外的であれ承認することを根拠づけることは困難である。⁽²⁶⁾したがって、この見解を支持することはできない。

2 選定当事者による方法

クラス・アクションの理論を応用して、「十分な代表関係」を肯定できるだけの利害の一致と緊密な関係があれば、個別的授権がなくとも、選定当事者（旧民事訴訟法四七条・現行民事訴訟法三〇条）が訴訟を構成員全員のために追行できると主張する見解が存在する。⁽²⁷⁾この見解によれば、代表者を判定する際には、集団におけるその者の地位、代表者の割合、利益の典型性、訴訟追行能力などが考慮される。判決効の範囲は、代表関係の認められる限りで彈力的に決められるとする。また、潜在的な当事者に対する告知の程度も、団体的結合の強弱に応じて相關的に調整される⁽²⁸⁾とする。

しかし、この見解によれば、共同の訴えに反対する共同権利者が提訴の適否について争う機会が保障されないと思われる。すなわち、提訴拒絶者に自らの訴訟追行権の基礎である係争権利関係についての実体法上の処分権を剥奪するための機会が与えられていない。また、提訴する意思のある共有者が、他の共有者を十分に代表する資格があれば、なぜ他の共有者の処分権を剥奪し、提訴する共有者が他の共有者の処分権を取得することになるのかを説明すること

説ができない。さらに、共同所有関係訴訟のすべてが、クラス・アクションが想定している大規模な訴訟であるとは限

論

らない。たしかに、現行民事訴訟法三〇条三項において、選定当事者の制度が拡張され追加的選定が可能となったが、これは決してクラス・アクションとは同じではないことが確認されている。⁽²⁹⁾したがって、この見解も支持することはできない。

3 提訴拒絶者に対する訴訟告知を他の者による訴えの適法要件とする方法

共同の訴えを提起する意思のある者が、提訴拒絶者または共同提訴するかの態度をはっきりさせない者に対して訴訟告知をすれば、訴えを提起する意思のある者のみによる訴えが適法となり、かつ、被告知者が現実に当該訴訟に関与しなかつたとしても、その者にも判決効が及ぶとする見解がある。⁽³⁰⁾

この見解の特徴は、提訴拒絶者に対して、訴訟に関与し自らの利益を訴訟において十分に擁護するための機会、すなわち、手続保障を与えさえすれば、他の者による訴えの適法性、および、被告知者への判決効の拡張を正当化できると考えていることにある。

しかし、この方法には、平成八年民事訴訟法改正の際に提案された参加命令の方法と同様の問題がある。すなわち、この見解によれば、共有者全員の共同訴訟が必要となる根拠は、訴訟物となりうる権利を共有者全員が共同してのみ処分できることにあるが、なぜ提訴拒絶者に訴訟告知をただけで、提訴拒絶者の実体法上の処分権を剥奪することができるのかを説明することができない。

さらに、訴訟告知により判決効が生じるとしても、それは通説的見解によれば参加的効力に過ぎず、既判力や争点効ではない。したがって、たとえば共有者の一部が、提訴拒絶者に訴訟告知をした上で、訴えを提起したが敗訴した

場合、本来的には当事者として訴訟追行すべき提訴拒絶者に対して、参加的効力しか及ぼすことができないことになる。

以上から、提訴拒絶者に対する訴訟告知を残りの共有者による訴えの適法要件とする見解を支持することはできない。なお、訴訟告知を受けた者は、告知によって当然に当事者や補助参加人となるものではないことは、すでに最判昭和四六年一月九日民集二五卷九号一四五七頁において確認されている。

4 提訴拒絶者に対する共同提訴の催告を他の者による訴えの適法要件とする方法

共同の訴えを提起する意思のある者が、それを拒絶する者に共同提訴の催告を出し、これに不当に応じない場合には、その者の訴訟担当者としての地位を取得すると主張する見解も存在する。⁽³¹⁾

この見解は、株主代表訴訟や債権者代位訴訟において主張された「玉突き理論」を、原告側の共同訴訟を必要とする場面に転用したものである。⁽³²⁾したがって、この見解を理解するためには、「玉突き理論」をまず紹介しなければならない。

「玉突き理論」は、株主代表訴訟において株主に訴権が発生する構造を解明することから生まれている。池田教授は、株主代表訴訟の訴権構造を以下のように理解する。⁽³³⁾

個々の株主の実体的地位は、会社財産の信託受益者であり、この実体的地位を基礎に、株主は会社に対して取締役等に対する提訴を請求する権利を有する。それにもかかわらず、受託者の地位にある会社が株主に対して負うべき信託義務に反し不正不当に提訴を拒絶する場合には、株主訴権が発生する。以上のプロセスにより、株主に対する訴訟追行権の授権が擬制される。しかし、これだけでは、授権擬制により他の利害関係人に判決効が拡張されるのは不十

分であるので、他の利害関係人（会社および他の株主）に、提訴した株主が訴権を有することに対する異議権が保障されなければならない。異議権の行使により、旧担当者の代表適格が喪失し、新担当者が選任されることになる。「かくして授権擬制のガラス張り化によって真の授権に近づける手続保障を配慮し、よって授権擬制の正当性が担保されることとなる」とする⁽³⁴⁾。

池田教授は、以上の「玉突き理論」を用いて、判例が共同権利者による共同訴訟を必要とする、入会権確認訴訟、共有権確認訴訟、所有権移転登記手続請求訴訟、および、共有地境界確定訴訟において、共同権利者の一部に提訴拒絶者がいる場合の不都合解消方法を次のように提唱する。

まず、入会権確認訴訟では、次の解釈論が展開される⁽³⁵⁾。入会団体に代表者や管理者の定めがある場合には、旧民事訴訟法四六条（現行民事訴訟法二九条）により入会団体名で提訴できる。それにもかかわらず、代表者や管理者が提訴しないときは、入会権者はその実体的地位に基づいて代表者や管理者に提訴要求できる。この提訴要求が不当に拒絶された場合には、その入会権者は入会団体の代表適格者として提訴しうる。しかし、他の入会権者には異議権が認められ、その異議権行使の前提として他の入会権者に対する通知がなされなければならない、とする。なお、入会団体に代表者や管理者の定めがない場合には、提訴する意思のある入会権者が、他の入会権者に提訴要求しなければならぬとする。

次に、共有権確認訴訟、所有権移転登記手続請求訴訟および共有地境界確定訴訟では、次の解釈論が提示される⁽³⁶⁾。提訴する意思のある者は、提訴拒絶者に提訴要求をし、提訴拒絶者がそれを不当に拒否した場合には、提訴する意思のある者は他の者を代表して訴訟を進行できる。ただし、このような授権擬制および判決効拡張の正当化のために、提訴拒絶者には、訴訟進行過程において異議権が保障される、とする。

以上が池田教授の見解である。この見解は、提訴拒絶者が不当に提訴を拒絶した場合には、他の共有者が全員の訴権を取得する点で、示唆に富むと思われる。しかし、提訴拒絶者に、共同の訴えの応じないことが不当でないことを主張・立証するための機会がどのような方法で付与されることができるといって十分な説明がないと思われる。

さらに、池田教授の「玉突き理論」がそもそも共有権確認訴訟や入会権確認訴訟に適用できるのかという点にも疑問がある。

すなわち、「玉突き理論」は、会社が株主に対する信託義務に基づき会社財産に関する訴えを提起できるまたはしなければならぬにもかかわらず、会社がその訴権を不当に行使しないために、株主が会社に代位して代表訴権を取得するものである。したがって、この理論では、会社が会社財産に関して提訴ができるということが前提となっている。

しかし、共同所有関係訴訟では、共同権利者全員が共同の権利について共同して訴えを提起することが必要であることが前提となるはずである。したがって、「玉突き理論」を共同所有関係訴訟に適用しようとするならば、何よりもまず、提訴拒絶者がなぜ単独で共同所有関係全体について訴えを提起できるのかについて論じなければならないはずである。具体的に言うると、たとえば、各共有者がなぜ単独で共有権確認訴訟や共有地境界確定訴訟を提起できるかが、まず論じられなければならないことになる。この点について池田教授は、おそらく、各共有者が他の共有者の受託者の地位に立つからだと説明されるであろう。しかし、池田教授は、なぜ共有者間に会社と株主との間と同様の信託義務があるのかについてほとんど言及をしていない。さらに言うると、仮にこの問題が解消できたならば、今度は「玉突き理論」を用いる必要性がなくなることになる。なぜなら、この立場によれば、共同所有関係訴訟はそもそも

共同訴訟の必要な事件ではなくなるからである。

以上の理由から、池田教授の見解を支持することはできないと考える。

5 一人の訴えを民事訴訟法四〇条の「全員の利益」となる訴訟行為に含める方法

工業所有権の共有に関する事件において、行政庁の審判手続とその審決取消訴訟との実質的な連続性を強調して、共有者の審判請求は共有者全員が共同でしなければならぬけれども（特許法一三二条二項および三項）、この場合の審決取消訴訟は、訴訟手続の上訴の提起と同様に、旧民事訴訟法六二条（現行民事訴訟法四〇条）を準用して、共有者の一人の訴えは他の共有者全員のために効力を生じるとする見解がある。³⁷⁾

もっとも、この見解は、審決取消訴訟の第一審が行政庁の審判に対する実質的な上訴審であると考えて、民事訴訟法四〇条の準用を試みる見解であるので、実質的に見ても第一審である共有の対外的主張のケースにも、この見解がそのまま当てはまるとは言い難い。実際に、この見解は、本稿の考察対象である共有の対外的主張のケースにも応用できるとは述べていない。しかし、訴えも訴訟行為の一つであることは間違いないから、共同訴訟人になるべきものの一人の訴えの効力が、民事訴訟法四〇条の全員の利益になる行為として全員に及ぶと解する余地はあるように思われる。そこで、以下でこの点について検討したい。

ドイツでは、一般に、共同訴訟の必要性の判断基準は係争権利関係についての実体法上の処分権能にあると言われる。不当判決が下された場合や、当事者が稚拙な訴訟追行をした場合に、客観的には権利が存在するはずの当事者が敗訴することによって、当事者の権利が実質的に処分されたのと同じこととなるからである。³⁸⁾したがって、共同訴訟の必要性の規律、すなわち、共同訴訟人になるべき者の一部による訴えを却下するという規律は、共同訴訟人の一人

の稚拙な訴訟行為により、他の共同訴訟人の権利が処分されることを未然に防止するために存在する。それゆえ、共同訴訟人になるべき者それぞれに、訴えを提起しない自由が付与されており、その結果、権利の処分をもたらすような訴えを民事訴訟法四〇条の全員にとって利益となる訴訟行為に含めることはできないとされている、と説明できるであろう。

しかし、この説明に対しては、次の反論が考えられる。すなわち、仮に共同訴訟人の一人による訴えを民事訴訟法四〇条にいう全員にとって有利な行為に当たるという理由から適法とし、その後その共同訴訟人が請求の放棄などにより単独で共同訴訟人全員の権利を処分しようとしても、それは全員にとって不利な行為であるため、その効力が生じない。したがって、共同訴訟人の一人による訴えを適法としても、共同訴訟人全員の権利が処分される可能性は存在しない、と。

しかし、この反論にも次の問題点がある。たしかに、民訴法四〇条は、共同訴訟人が積極的に、請求の放棄や自白などの、全員にとって不利な行為をしてもその効力が生じないことを規律する。しかし、民訴法四〇条は、たとえば、訴えを提起した共同訴訟人が、訴訟物となりうる権利を基礎づける主要事実や重要な間接事実を主張しなかったり、要証事実についての証拠を提出しなかったりする場合にまで、他の共同訴訟人を保護する規定ではない。したがって、民訴法四〇条の規定があるからといって、訴えを提起した共同訴訟人の稚拙な訴訟追行により、共同訴訟人全員の権利が処分される可能性を完全に否定することはできない。

その他、実質的に見ても、共同訴訟人となるべき者の一人の訴えが民事訴訟法四〇条にいう全員にとって有利な行為と見られるならば、その者は、仮に他の者の反対があったとしても、無条件で訴えを提起できることになることにも問題がある。とりわけ、提訴拒絶者が当該共有権の帰属を争う場合や、現有証拠を評価した結果、訴え提起の時

説 期が早すぎると主張する場合に、提訴拒絶者のこれらの主張を斟酌する機会が失われてしまうことに問題があると考えられる。

論 以上から、共同訴訟人になるべき者の一人の訴えを民事訴訟法四〇条にいう、全員に有利な訴訟行為に含ませる方法にも従うことができない。

6 提訴拒絶者を被告とする方法

この見解は、共有者の所有権に基づく第三者に対する建物収去土地明渡請求訴訟を共有者全員を共同原告とすべき固有必要的共同訴訟であると解することを前提に、共有者の一人であるZが建物収去土地明渡しを拒絶する場合、XおよびYが共同原告となり、AとZを共同被告として、当該訴えを提起できるとするものである。この見解によれば、X・Yを原告、Aを本来的被告、Zを二次的被告とする三面訴訟が成立するとする。X・YとZとの間には、建物収去土地明渡請求権の確認請求が存在するとするのが伝統的思考と整合するが、強いてX・YとAとの間に請求を立てる必要はなく、Yは「請求なき被告」として訴訟に関与するといふだけでよいと考えられている。⁽³⁹⁾ 以上の扱いは、提訴拒絶者Zが、共有者には建物収去土地明渡請求権がないと主張するとき、裁判所に名前を出すのを嫌悪するときや、当該土地をZが単独所有していると主張するときになされる。

これに対して、X・YとZで現存証拠の評価が異なるために、いつ訴えを提起すべきかについて見解が異なる場合には、X・YとZの間に「協力義務のようなもの」を設定し、その違反に当たする場合だけ、すなわち、Zの共同提訴拒絶が不当の域を越え違法・権利濫用に近いと評価される場合にだけ、ZとAを被告とするX・Yの訴えが適法とされる。たとえば、重要証人が二年後に帰国する旨のZの主張が根拠のない言い逃れである場合には、XおよびYの

訴えは適法とされる。その他、提訴者が少数派であるという理由だけで訴えを却下すべきではないが、少数派の方が横暴であるときは、提訴する方が「協力義務的なもの」に反するとして、その訴えが却下される場合もあるとする。⁽⁴⁰⁾

以上が高橋教授の見解である。この見解は、これまでに紹介した諸見解の中でも最も緻密な利益考量を展開している点に特徴がある。すなわち、原則として提訴拒絶者を被告にして残りの共有者が訴えを提起することを認めつつも、共有者間で現存証拠の評価が異なるために、いつ提訴すべきかについて争いがある場合には、提訴拒絶者の提訴拒絶が違法・権利濫用に近い場合にだけ、提訴拒絶者を被告にして訴えを提起できるとする。また、提訴者が少数派であるという理由だけからその訴えを却下すべきでないと主張される点も示唆に富むと思われる。

しかし、この見解にも次のような問題点があると考ええる。

第一に、そもそもなぜ提訴拒絶者を被告として訴えを提起できるのかについて十分な説明がないと考える。もっとも、高橋教授の見解は、共同訴訟の必要性の判断基準について訴訟政策説を採用するので、紛争の一次的解決を図るために、このような措置が認められると主張されると思われる。しかし、このような理由では、なぜ、提訴する意思のある共有者が、提訴拒絶者の訴訟追行権の基礎である実体法上の処分権を取得することができるのかという、参加命令の立法提案が不採用となった理由を克服することができない。

第二に、提訴共有者と提訴拒絶者との間の請求を定立する必要がある点に問題がある。このような取扱いは伝統的な民事訴訟法理論と整合しないばかりか、提訴拒絶者を被告とする以上、提訴する共有者どのような権利について争い、さらにどのような権利関係について既判力を及ぼし紛争を解決するのが明らかにならないと思われる。第三に、提訴拒絶者を被告とした場合、提訴者、相手方および提訴拒絶者の三面訴訟が成立するとする点にも疑問がある。なぜなら、提訴拒絶者が共有者に当該請求権が帰属しないと考える場合や、裁判所に名前を出すことを嫌悪

説
 するだけの場合には、提訴拒絶者と相手方との間に対立関係はないからである。むしろこのような場合の対立関係は、
 提訴する意思のある共有者と提訴を拒絶する共有者との間にあると考えるべきである。

論
 第四に、提訴すべき時期に対立がある場合に、提訴しようとする共有者が横暴である場合には、共有者間に「協力義務のようなもの」あるいは「協力義務的なもの」を設定して、その違反を理由に、提訴拒絶者を被告にしたり、提訴者の訴えを却下したりする点にも疑問がある。なぜなら、「協力義務のようなもの」の性質や根拠が明らかになつていないのみならず、どのような要件が充たされれば、提訴拒絶者を被告にしたり提訴者の訴えを却下することができるのかも明確になっていないからである。

以上から、筆者は、高橋教授の見解を支持することはできないと考える。

(23) 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」山本戸克己教授還暦記念「実体法と手続法の交錯 上」(一九七四年・有斐閣)一九四頁以下、とりわけ一九九頁以下。

(24) 松浦・前掲注(23)三〇〇頁。

(25) 松浦・前掲注(23)三〇〇頁。

(26) 鶴田「共有者の共同訴訟の必要性に関する判例および支配的見解の形成過程(3・完)」福岡大学法学論叢五一巻一―二合併号(二〇〇六年)七六頁以下を参照。

(27) 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(一九七二年)三三三頁(同「訴訟制度改革の理論」(一九七七年、弘文堂)所収)。

(28) 小島・前掲注(27)三三三頁。

(29) 竹下守夫・青山善充・伊藤眞編集代表「研究会新民事訴訟法」(一九九九年、有斐閣)五〇頁以下(柳田幸三、鈴木正裕発言)。

(30) 小島・前掲注(27)三三三頁。なお、山本克己「遺産確認の訴えに関する若干の考察」判タ六五二号(一九八八年)二八頁注(33)も、遺産確認の訴えを考察対象とするものであるが、訴訟告知を用いた解決方法を提言している。

- (31) 池田辰夫「多数当事者紛争における代表適格についての覚え書」司法研修所論集一九七七年I二二〇頁（同）「新世代の民事裁判」（一九九六年、信山社）所収、中野貞一郎編「現代民事訴訟法入門（新版）」（一九九八年、日本評論社）一〇六頁（池田辰夫執筆）。
- (32) 池田辰夫「株主の代表訴訟の法構造」阪大法学一四九・一五〇号（一九八九年）二二六頁注1参照。
- (33) 池田・前掲注(31)二二〇頁以下。
- (34) 池田・前掲注(31)二二一頁。
- (35) 池田・前掲注(31)二二四頁。
- (36) 池田・前掲注(31)二二五頁。
- (37) 小室直人「審判手続と審決取消訴訟手続との関係」同「執行・保全・特許訴訟」（一九九九年、信山社）一三五頁以下（初出一九七二年）。
- (38) 以上については、鶴田・前掲注(22)民事手続法研究創刊第一号一九五頁以下を参照。
- (39) 高橋宏志「重点講義民事訴訟法下（補訂版）」（二〇〇六年、有斐閣）二三〇頁以下。
- (40) 以上について、高橋・前掲注(39)二三一頁以下。

三 私 見

これまでの考察によると、原告側の固有に必要な共同訴訟における提訴拒絶者の取扱いに関する従来の学説はいずれも、参加命令制度を不採用とした平成八年民事訴訟法の立法担当者による疑念を払拭するのに十分な根拠を持ち合わせていなかったことが明らかになった。そこで、以下に私見を提示することにした。

1 ドイツ法からの示唆

ところで、筆者が以前に別の論文において紹介したとおり、母国ドイツにおいては、人的会社社員の除名訴訟⁽⁴¹⁾

(ドイツ商法一四〇条)では、被除名社員以外の社員全員を共同原告とすることを必要とすることになっているため、この規律により生じる不都合を解消するための方法が検討され、次のような方法が、判例および支配的学説により承認されるに至っている。すなわち、判例および支配的見解は、除名訴訟への関与を拒絶する社員が存在する場合の救済措置として、① 除名が差し迫って必要な場合に、除名に反対する社員に対して訴えに同意または協力する義務を認める、② 除名を求める社員が反対する社員に対して除名の訴えに同意を求める給付訴訟を提起し、その認容判決により、反対社員が除名を求める社員に対して訴訟追行の権限を付与することを擬制する、③ 同意を求める訴えと除名を求める訴えを併合し、両者を同時に判決することができる、という三つの方法を承認する。⁽⁴²⁾

以上の判例および支配的見解の方法は、共同訴訟の必要性の原則が係争権利関係の共同処分の必要性にあることを前提に、提訴を拒絶する共同権利者の処分権を剥奪するための実体的要件と手続的要件を考慮したものであると筆者は評価している。具体的には、主に次の二点に特徴がある。第一に、共同訴訟の必要性の根拠が実体法上の処分権能にある以上、各共有者に、客観的に自己に権利があるにもかかわらず訴えを提起しない自由を認めざるを得ないが、この自由を剥奪するためには、さらに共同の権利の救済が差し迫って必要であるという要件が必要であるとしていることが挙げられる。もう一つは、訴えの提起に協力する実体法上の義務を觀念するために、提訴拒絶者に、自らが訴えを提起するかどうかの処分権を強制的に剥奪されるかどうかを審理するための機会を付与し、かつ、その手続について当事者(被告)たる地位を付与する点である。これらの点について、従来の日本法は十分な配慮をしてこなかったため、このドイツの方法は非常に示唆に富むものである。⁽⁴³⁾

2 日本法における解釈論

(1) 私 見

そこで、以上のドイツ法の示唆を得て、日本法における次のような解釈論を提示する。その際、最判昭和四六年一月七日民集二五卷七号八八五頁のケース、すなわち、XYがXYZの土地の共有権に基づく所有権移転登記手続請求訴訟をAを被告として提起したが、Zがその提訴を拒絶している場合を念頭に置く。

私見によれば、XまたはYが、① Zを被告として、「ZはX(またはY)に、XおよびYの提起するXYZの土地の共有権に基づく所有権移転登記手続請求訴訟についての訴訟追行を授權せよ、との判決を求めよ」という、訴訟追行の授權の訴えと、② Aを被告として、「Aは、XYZに対して本件土地につき移転登記手続をせよ、との判決を求めよ」という共有権に基づく所有権移転登記手続を求め訴えを、併合して提起できる、とすべきであると考ええる。

なお、以上の方法は、上記のケースのみならず、冒頭の【例1】～【例3】に掲げたような、共有権に基づく共有物全部の給付訴訟や、共有権確認訴訟にも適用することができると思われる。総有の場合も、さらに検討が必要であると考えられるが、同様の方法で解決することは可能であると考えている。

(2) 選定当事者の要件

まず、XYZの土地の共有権に基づく所有権移転登記手続請求訴訟において、共有者の一人であるZが他の共有者XまたはYに当該請求についての訴訟追行を授權することは、問題なく可能である。なぜなら、この場合は、選定当事者に関する民事訴訟法三〇条にある「共同の利益」を有する者に該当するからである。

なお、XまたはYに訴訟追行の授權をしたZは、当該訴訟において訴訟当事者とはならないが、当該訴訟の確定判

説 決の効力は、民事訴訟法一一五条一項二号に基づき、Zに拡張される。XYのAに対する訴訟の請求認容判決が確定した場合には、この債務名義に基づいて、XYのみでAに対する強制執行を行うことができる（民事執行法三三條一項一号）⁽⁴⁴⁾。

(3) 協力義務の根拠と要件

(a) 次に、どのような根拠・要件で、Zに訴訟追行の授權を強制するのが問題となる。あらかじめ共有者間で共同で訴え提起をする旨の合意があった場合には、この合意を根拠に提訴拒絶者Zに訴訟追行の授權を強制することは可能であろう。⁽⁴⁵⁾問題は、そのような合意がない場合である。私見によれば、XやYの訴え提起が「共有者全員にとつて利益となり緊急に必要な場合」には、権利濫用（民法一條三項）または信義則違反（民法一條二項）により、Zは他の共有者に対してAを被告とする訴えに協力する義務を負うと考えるべきである。

協力義務の具体的な要件は、次の二点にある。一つは、共有者間では共有者の第三者に対する権利が存在すること、すなわち、第三者との訴訟において勝訴する見込みが高いこと、もう一つは、現在第三者に対する訴えを提起することが有効、適切であること、である。共有者間で第三者に対する権利が存在するとされた場合は、通常は、提訴拒絶により共有物の価値が著しく減少することになる。もともと、証拠方法の収集、費用、和解交渉の進捗状況などから、提訴時期が適切でない場合もありえるので、提訴時期が有効、適切でない場合には、協力義務がないとする。

(b) 私見によれば、訴えは係争権利関係についての実体法上の処分権能に基づいて提起されていると考えるので、訴え提起行為が処分行為であることを前提としなければならない。したがって、提訴拒絶者に対する協力義務を認めるためには、共有物の処分行為に対する協力義務が観念できなければならないことになる。結論から述べると、筆者

は、共有物の処分行為に協力する義務は、権利濫用または信義則により根拠づけることができる。しかし、この結論に至るためには、まず、なぜ各共有者は、民法二五一条により、原則として、他の共有者による共有物全部の処分を拒絶できるのかを明らかにしなければならぬと考える。詳細は次の通りである。

ところで、日本の民法学説においては、通常、共有は、他の共同所有形態である総有や合有と比較して最も個人主義的な共同所有形態であるとされ、所有権が複数の担い手がいるために制限された状態を意味するに過ぎないと解されている。⁽⁴⁶⁾したがって、この見解によるならば、共有者間の法律関係は、物権法的に捉えられているということになるであろう。詳細には次のように考えることができる。

共有の性質について分量説と所有権説との対立があるが、そのどちらの見解に従ったとしても、各共有者は、完全な所有権の性質を有する持分権を行使できることには変わりはない。⁽⁴⁷⁾したがって、各共有者は、第三者に対して自己の持分権を根拠に所有権に基づく請求権を行使できることになる。それでは、各共有者は、他の共有者に対して同様の権利を行使できるのであるか。民法二四九条は、「各共有者は、共有物の全部について、その持分に応じた使用をすることができる」と規定されている。この規定は、所有権に基づく請求権の共有者の内部関係における修正であると理解できる。すなわち、各共有者は、民法二四九条の範囲内であれば、他の共有者の同意を必要とせず、自らの利用権を直接に行使できる、と理解するのである。⁽⁴⁸⁾

同様に、民法二五一条は、「各共有者は、他の共有者の同意を得なければ、共有物に変更を加えることはできない」と規定し、共有者の一人が共有物の変更や共有物全体の処分をすることを禁じているが、同条は、各共有者は、原則として、共有物の処分のような、他の共有者の持分を侵害する持分権の行使をすることはできないことを意味していると解することができる。⁽⁴⁹⁾したがって、共有者の一人が他の共有者の持分を無断で処分した場合は、相手方との関係

では他人の権利の売買となり、被処分者との関係では、不法行為が成立するとされている。⁽⁵¹⁾

さらに進んで、民法二五一条は、共有物の処分を欲しない共有者が、他の共有者による共有物全体の処分により、自らの持分が侵害されることをあらかじめ防ぐことができることをも意味すると思われる。最高裁の判例も、共有者の一部が他の共有者の同意を得ずに共有物を物理的に損傷したり改変するなど共有物に変更を加える行為をした場合、他の共有者は、自らの持分権に基づいて、共有者の一部の行為により生じた結果を除去して共有物を現状に回復することを請求することができるとするが、その前提として、他の共有者は、自らの持分権に基づいて、そのような行為の全部の禁止を求めることができるとする。⁽⁵²⁾

したがって、各共有者は、自己の持分権に基づく物権的請求権（妨害予防請求権）を具体化したものとして、民法二五一条に基づき、他の共有者による処分に同意することをあらかじめ拒絶する権利すなわち処分同意拒絶権を有していると考えられる。

ところで、ドイツ民法においては、「共同関係 (Gemeinschaft)」という章が債務法編に設けられており、共有者間の法律関係は、法定債務関係と捉えられている。⁽⁵³⁾ 実は、日本においても、現行民法の起草者の一人である富井博士は、「各共有者は共有物の上に存する他の共有者の同種の権利を尊重する義務を負うものとす。以上説明したる共有物の使用、収益、処分及び管理に関する各自の権利に制限あるは即ち此等の事項につき此義務の実現せるものに外ならざるなり」と述べ、⁽⁵⁴⁾ 日本民法にも共有者間に法定債務関係が認められていると考えていた可能性がある。それでは、共有者間に法定債務関係があることを前提とするならば、民法二五一条をはじめとする共有者間の法律関係を定めた民法の諸規定は、どのように位置づけられるであろうか。

まず、民法二五二条但書の規定は、共有者の一人が、共有者全員の利益になる共有物の保存行為を行う場合には、

その行為を欲しない共有者もその行為を受忍する義務を負うと考えることができる。⁽⁵⁵⁾ さらに、処分行為は全員の同意がないとすることができないという民法二五一条の規律は、たとえ共有者の一人が、共有物全部を処分したいと思っても、他の者が処分を拒絶する場合には、前者は、後者の処分拒絶を受忍する義務を負っていると考えることもできる。逆に言うと、処分に反対する共有者は、処分を欲する共有者に対して、処分拒絶受忍請求権を持つことになる。

以上から、共有者間の法律関係を物権法的に捉えるのであれ、債権法的に捉えるのであれ、民法二五一条の規定により、共有物全体の処分に反対する共有者は、原則として、処分を欲する共有者に対して、処分同意拒絶権、または、処分拒絶受忍請求権を有することが明らかになったと思われる。

しかし、共有者全員にとって利益となり緊急に必要な処分行為がなされる場合であっても、処分を欲しない共有者が、処分を欲する共有者に対して、処分同意拒絶権または処分拒絶受忍請求権を行使することできるとすることは、権利濫用または信義則に反するのではないだろうか。

持分権が所有権と同じ性質を有するものである以上、持分権に基づく請求権の行使が、その相手方が第三者であれ他の共有者であれ、権利濫用に当たることがあることは言うまでもないであろう。⁽⁵⁶⁾ したがって、処分を欲しない共有者が自己の持分権に基づいて共有物全部の処分同意拒絶権を行使することが、その権利の目的を逸脱する場合には、処分同意拒絶権の濫用に当たると解することができると思われる。

また、本件のような提訴拒絶権すなわち共有物の処分同意拒絶権・処分拒絶受忍請求権の行使は、信義則違反の一態様である、不相当な権利行使にあたると思われる。なぜなら、相手方に対して通常受忍すべき程度を越えて不利益を生じさせるような時期・方法・態様でなされる権利行使は、社会関係上あるいは取引上当然予定されている行為準則に違反し、相手方の利益に対する配慮を欠くために、信義則に違反するからである。⁽⁵⁷⁾

それゆえ、筆者は、各共有者は、他の共有者に対して、持分権に基づく共有物の処分同意拒絶権や、共有者間の法定債務関係に基づく共有物の処分拒絶受忍請求権を持っているが、それにもかかわらず、共有者全員にとって利益となり緊急に必要な場合にも、共有者がこれらの処分同意拒絶権や処分拒絶受忍請求権を行使することは、権利濫用または信義則違反に当たると考える。

(c) 以上の考えを前提に、私見は、処分行為に対する協力義務を基礎づけるための一般的要件として、「共有者全員にとって利益となり緊急に必要な場合」という要件を挙げ、さらにそれを具体化したものとして、① 共有者間では共有者の第三者に対する権利が存在すること、すなわち、第三者に対する訴訟において勝訴する見込みが高いこと（権利の客観的側面）、② 現在第三者に対する訴えを提起することが有効・適切であること（権利行使の時期の適切性）、という要件を挙げた。

もつとも、以上の私見に従っても、提訴する共有者（XまたはY）は、提訴拒絶者Zの権利について、選定当事者すなわち任意的訴訟担当者として訴訟追行することになるので、提訴する共有者の訴訟追行いかんによっては、提訴拒絶者の権利が処分される可能性があることになる。しかし、当該訴えは、あくまで第三者Aに対する請求認容判決が得られるならば、処分行為とならないし、しかも私見によれば、授權を求める訴えにおいて、共有者間で、共有者が第三者に対して勝訴する見込みが高いことが明らかになっており、かつ、第三者に対する訴えを提起するのが適切である場合に限り、協力義務を承認するのであるから、訴えを提起する共有者が提訴拒絶者の権利を処分する可能性はきわめて低いと考えられる。仮に、提訴する共有者が提訴拒絶者の権利について任意的訴訟担当者として訴訟追行することによって、提訴拒絶者が自己の権利を処分されるのを恐れるのであれば、提訴拒絶者は共同の訴え提起に応じれば足りる。それゆえ、この場合には、例外的に、処分行為に同意する義務を認めてよいと考える。

また、個別訴訟を処分行為を理由に否定する趣旨は、提訴をしていない共有者が訴訟に関わることなく、自分の持分権を処分されてしまう可能性を有していることにある。それゆえ、提訴拒絶者が、第三者を被告とする訴えを提起すべきかどうかについての訴訟に関与する機会が付与されており、かつ、その訴訟において、提訴拒絶者が、自分の権利が存在しかつそれを保全する必要性があるにもかかわらず、そのことを行わず、かつ、その結果、他の共有者の権利をも侵害していることが明らかになつた場合にまで、提訴拒絶者の処分権を尊重する必要はないと考える。したがって、この場合は、提訴拒絶者は、他の共有者による訴え提起（処分行為）に協力する義務がある。

(d) さらに、上記の協力義務の要件によれば、様々な理由から提訴を拒絶する共有者の提訴拒絶理由に応じた処理ができると考える。

第一に、提訴拒絶者が共有の存在自体を争う場合が考えられる。典型的には、提訴拒絶者Zが当該土地を単独で所有していると主張する場合である。その場合は、第一の要件、すなわち、「共有者の第三者に対する権利が存在すること」という要件が主に争われることになるであろう。第二の要件、すなわち、「現在第三者に対する訴えを提起することが有効・適切であること」という要件は、第一の要件が存在すればたいていの場合は満たされることになると思われる。なお、提訴拒絶者Zが、当該土地所有権を単独で有することを確定したいと思うのであれば、Zは、従前の訴訟に独立当事者参加（民事訴訟法四七条一項の権利主張参加）をすればよいと考える。

第二に、提訴拒絶者が、現存証拠の評価や、和解交渉の進捗状況などにより、提訴の時期が早いと主張する場合が考えられる。この場合、提訴拒絶者は、第一の要件については、自白するであろう。したがって、このようなケースでは、第二の要件のみが争われることになる。

第三に、提訴拒絶者が、単に訴訟に関わりたくない場合が考えられる。この場合には、提訴拒絶者は厳密には提訴

を拒絶しているとは言えないであろう。しかし、彼が提訴する意思のある共有者に積極的に訴訟追行の授權をしない以上、彼を被告にせざるをえないであろう。しかし、彼が当該訴訟に関心がない場合、通常は期日に出席しないであろうから、擬制自白により、裁判所は、彼に対する訴訟追行の授權を命じる判決を下して、訴訟追行の授權を強制することができることになる。

(4) 協力義務の実現方法とその根拠

以上の根拠および要件に基づいて、提訴拒絶者に訴訟追行の授權への協力義務を認めることができるならば、次に、その協力義務の実現をどのような方法で、またそれがどのような理由から正当化できるのかを検討する必要がある。

私見によれば、X（またはY）がZを被告として協力の訴えを提起して、審理の結果、X（またはY）の請求認容判決が下され、それが確定したならば、民事執行法一七四条に基づく意思表示の擬制により、Zが、X（またはY）に對して、Aを被告とする共有権に基づく所有権移転登記手続請求訴訟についての訴訟追行を授權したものと見なす、とする。なお、協力の訴えは、提訴を欲する共有者の一人が提訴拒絶者を被告として提起すれば足りる。提訴拒絶者以外の共有者が全員が共同原告となる必要はない。

私見は、共同提訴を欲する共有者の、提訴拒絶者に対する共同提訴協力請求権を観念する以上、本来であれば、提訴拒絶者Zは、協力請求を認容する確定判決をもって、共同の訴えを強制されることになるであろう。しかし、民事訴訟法四〇条の規定があるにせよ、もともと提訴を拒絶する共有者に對して、共同の訴訟追行を強制するのは望ましいことではない。仮に提訴拒絶者の訴えを強制したとしても、訴訟関係をいたずらに複雑にするだけであろう。

ところで、選定当事者（民事訴訟法三〇条）の制度は、多数者が当事者として訴訟に関与し、審理手続が複雑でそ

の運営のための費用もかさむ共同訴訟という訴訟形態の弊害を避け、訴訟手続を簡明なものにするために、選定された者(選定当事者)が、選定した者(選定者)のために訴訟進行するとともに、選定当事者のした訴訟行為の効果が選定者に帰属するものである。⁽⁵⁸⁾このように、選定当事者の制度は、選定者の権利関係についての訴訟の訴訟追行権を選定当事者が得ることにより、訴訟法律関係を単純化するためのものである。

本稿の対象としている共有の対外的主張のケースにおいては、提訴拒絶者Zが現実に共同提訴に協力せずとも、Zが提訴を欲する共有者X(またはY)に選定行為をしさえすれば、X(またはY)がZのために訴訟進行することになるので、XYZ全員が共同原告とならなければならないという共同訴訟の必要性の要件は充たされることになる。さらに、提訴を拒絶するZが現実に訴訟に関与しなくなるために、訴訟法律関係を単純化することにもなる。したがって、私見は、提訴拒絶者に対して、共同の訴え提起、および、現実の訴訟追行を強制するのではなく、選定行為を強制すれば足りるとした。⁽⁵⁹⁾

(5) 本来の訴えと授權の訴えとの併合の根拠・併合形態

(a) 私見によれば、提訴を欲する共有者XおよびYは、提訴拒絶者Zを被告とする授權の訴えと第三者Aを被告とする共有権確認の訴え(本来の訴え)を併合して提起できる。

まず、提訴を欲する共有者XおよびYが、提訴拒絶者Zを被告とする授權の訴えと、第三者Aを被告とする本来の訴えを併合して提起できることは説明可能であろう。なぜなら、下級審の判例ではあるが、共同訴訟の成立要件を定める民事訴訟法三八条にいう「訴訟の目的である権利又は義務が」「同一の事実上及び法律上の原因に基づくと」とは、「一方の請求たる権利関係の確定が他の請求たる権利関係判定の論理的前提となる場合を含む」と解されている

しかし、問題はこの先にある。すなわち、仮にXおよびYが、Zを被告とする訴えとAを被告とする訴えを併合して提起できるとしても、Aを被告とする本来の訴えの適法要件が、ZによるX（またはY）への訴訟追行の授権の意思表示の擬制、すなわち、Zを被告とする授権訴訟の請求認容判決が確定することである以上、二つの訴えについて同時に判決が下される限り、XおよびYは、常に、Aを被告とする本来の訴訟において訴え却下判決を得てしまうことになる。ここで、次に、なぜAを被告とする本来の訴えが、Zを被告とする授権の訴えと併合して提起する場合には適法とされ、授権訴訟についての請求が認容されるならば、本来の訴えについて本案判決が下されるのか、ということが問題となる。言い換えると、問題は、授権の訴えと本来の訴えが併合して提起された場合には、いわば授権の訴えの確定判決を先取りして、本来の訴えも適法となるのはなぜか、である。

ところで、このような「確定判決の先取り」を前提とした複数の請求の併合は、実は、現在の日本の立法や判例においても認められている。

まず、人事訴訟法三二条一項によれば、夫婦の一方は、他の一方に対して提起した婚姻の取消または離婚の訴えにおいて、同訴訟に子の監護及び財産分与に関する処分の併合審判を求めることができ、その場合に裁判所は、婚姻取消または離婚訴訟にかかる請求を認容する判決を下すときは、子の監護および財産分与に関する処分についての裁判をしなければならない、とされている。このような人事訴訟法三二条一項は、旧人事訴訟手続法一五条を基本的に引き継いだ規定であり、この規定は次の理由から設けられたとされる。⁽⁶¹⁾ 第一に、同規定が存在しなければ、婚姻取消訴訟や離婚訴訟の請求認容判決の確定により婚姻解消の効果が生じた後に、子の監護や財産分与に関する処分事項について当事者間で協議をし、さらにその協議が調わなかった場合には、家庭裁判所での家事審判手続によって当該処分

の内容が決まることになってしまい、婚姻関係の解消に伴う身分的または財産的な効果の決定が遅くなり、当事者の身分関係の不安定が続くことになることである。第二に、子の監護や財産分与に関する処分が婚姻取消原因または離婚原因の審理判断ともある程度密接な関係にあり、争点や証拠資料においても共通する部分があるので、併合することを可能にすることが、当事者の便宜に適い、訴訟経済に資することが挙げられている。

次に、最高裁の判例は、交通事故の被害者が、加害者に対する損害賠償請求と、加害者が自動車対人賠償保険契約を締結している保険会社に対して有する保険金請求権の代位行使による請求を併合することを認めている。⁽⁶²⁾

交通事故の加害者の保険会社に対する保険金請求権は加害者と被害者との損害賠償額が確定したときに発生しこれを行使用することができるといことが、自動車保険普通保険約款により規定されている場合、加害者と被害者との間の訴訟などで損害賠償額が確定して、はじめて加害者が保険会社に対して保険金の支払いを請求することができる。それゆえ、被害者による保険金請求権の代位行使も、本来は、被害者と加害者との間で損害賠償額が確定したあとになされるべきである。

しかし、判例によれば、被害者の加害者に対する損害賠償請求と、被害者が保険会社に対して加害者に代位して請求した保険金請求とを併合審判する場合には、裁判所は、加害者と保険会社が被害者に対する損害賠償義務、保険金支払義務を争っていること、被害者の速やかな救済が必要であることを理由に、被害者の加害者に対する損害賠償請求権を認容するとともに、被害者の加害者に代位してする保険金請求を将来の給付請求として認容することができる。(ただし、現在では、被害者による保険会社に対する直接請求権が承認されている)。

その他、訴えの客観的併合のケースではあるが、最高裁判例によれば、XがYを被告として第三者異議の訴えを提起した際に、Yが、Xが第三者異議の事由として主張する所有権の取得原因(贈与)を許害行為に当たるとする場合、

説 Yは詐害行為取消の反訴を提起することができ、その場合、裁判所は、第三者異議と詐害行為取消を併合審理した上で、詐害行為取消の要件が認められ、Xの所有権取得原因が否定されることが明らかとなった場合は、第三者異議請求を棄却することができる。⁽⁶³⁾

被告が詐害行為取消の抗弁を提出することはできないとされており、また、詐害行為取消の効果は取消を命じる判決の確定により生じるとされている。したがって、本来であれば、Yは、詐害行為取消の訴えを提起してその請求認容判決が確定して初めて、第三者異議の訴えにおいてXの所有権取得原因を否定することができることになる。しかし、第三者異議請求と詐害行為取消請求の併合を承認し、かつ、詐害行為取消請求について「確定判決の先取り」をすることは、後の判例解説においても、両請求が密接な関係にあり同時に解決するのが便宜であることや、訴訟経済に資することを理由に支持されている。⁽⁶⁵⁾

以上のように、人訴法三二条一項も、前述の二つの最高裁判例も、当事者の便宜、とりわけ当事者の迅速な権利救済、および、訴訟経済から根拠づけられている。したがって、授権の訴えと本来の訴えの併合もこのような理由から適法としてよいと考える。⁽⁶⁶⁾

(b) しかし、併合が適法であるとしても、次の問題が起こりうる。具体的には、第一に、本来の訴えと授権の訴えを併合したとしても、授権の訴えについて審判する前に本来の訴えが、共有者全員が揃っていないため当事者適格を欠くとして却下される可能性がある。第二に、裁判所が弁論を分離して授権の訴えについて請求認容判決を下す可能性がある。この場合、授権請求の被告（提訴拒絶者）が授権請求について独立して上訴できることとなる。第三に、仮に、裁判所が弁論を分離せずに、本来の訴えと授権の訴えについて同時に請求認容判決を下したとしても、授権の訴えの被告のみが上訴し、本来の訴えの被告が上訴しなかったならば、上訴審で授権の訴えについての判断が覆った

場合に、二つの訴訟に対する判断内容に矛盾が生じることとなる。以上の問題を解消するための手段はないだろうか。第一および第二の問題については、本来の訴えと授權の訴えを併合した訴訟を通常共同訴訟と解しても、裁判所に、弁論の分離をせず、また、同時に判決を下すことを要請すれば、問題は解決することになる。第三の問題についても、ドイツ連邦通常裁判所の判例が述べるように、⁽⁶⁷⁾授權の訴えの被告が本来の訴えの被告の側に補助参加をして本来の訴えについても上訴を提起すれば、問題は解決できるであろう。おそらく、実務上はこのような措置をとれば十分であろうと思われる。

しかし、通常共同訴訟である以上、弁論の分離や各請求についての判決の時期については、裁判所の裁量に委ねられる。もっとも、裁判所の裁量は無制限であるわけではないが、この方法では、前述の問題を完全に解決する方法ではない。授權訴訟の被告が本来の訴訟の被告の側に補助参加したとしても、本来の訴訟の被告が上訴権を積極的に放棄した場合には、両訴訟の判断内容の矛盾が生じる可能性を回避できないことになる。そこで、これらの問題を解消するための方法がないのかを検討する必要がある。

まず、本来の訴訟の被告と授權訴訟の被告は類似必要的共同訴訟の関係にあると解することが考えられる。しかし、一方の事件の判決効が他の事件に及ぶ関係にはないので、類似必要的共同訴訟の要件を満たさないであろう。また、本来の訴訟の被告と授權訴訟の被告の利害は必ずしも一致するわけではないから、民事訴訟法四〇条の規律を厳格に適用することは、事件の性質に合致しないと思われる。次に、民事訴訟法四一条の同時審判申出のある共同訴訟が成立すると解することが考えられる。たしかに、四一条の審判規律は、弁論の分離・一部判決のみを禁じ、かつ、控訴審においても同時審判を保障するから、四一条を適用することは、ここでの問題を解消するために有効な手段となりうる。しかし、四一条は、「共同被告の一方に対する訴訟の目的である権利と共同被告の他方に対する訴訟の目的で

説
ある権利とが法律上併存しない関係にある場合」のみ適用され、本件がこの要件に該当するとは思われないので、四
一条の適用も難しいと思われる。⁽⁶⁸⁾その他、通常共同訴訟であることを前提に当然の補助参加関係にあると解したり、⁽⁶⁹⁾
論理的な合一確定の必要があるとして、準必要的共同訴訟であると解する可能性もあるが、いずれも有力説または少
数説の地位を占めるにすぎず、判例によっても承認されていない。

したがって、現在主張されている方法では、本来の訴訟の被告と授權訴訟が併合された場合の審判規律をめぐる問
題を解決することは困難であるといえる。もつとも、最近では、民事訴訟法四〇条が適用されることの根拠に、敗訴判
決が先に確定すること自体により事実上の不利益が生じることを挙げる見解があらわれたため、⁽⁷¹⁾四〇条が適用される
範囲が拡大され、かつ、その場合の審判規律が従来の必要的共同訴訟における規律よりも緩やかに解する余地が生じ
たように思われる。⁽⁷²⁾また、通常共同訴訟であつても、保証人と主債務者を共同被告とするような関連性の強いケース
では、弁論の分離を違法とすべきとする見解もあり、⁽⁷³⁾これも検討の余地がある。しかし、これらの点は、共同訴訟
の成立要件と審判規律の関係をどのように理解するかという共同訴訟全体に関わる問題であるので、今後の課題とせ
ざるを得ない。

(41) 鶴田滋「ドイツにおける固有の必要的共同訴訟の柔構造化——人的会社社員除名訴訟における判例・支配的見解の紹介と検
討——」小島武司先生古稀祝賀「民事司法の法理と政策 上巻」(二〇〇八年、商事法務) 六五五頁以下。

(42) 鶴田・前掲注(41) 六六五頁以下。

(43) 鶴田・前掲注(41) 六七九頁以下。

(44) もつとも、この点については争いがある。本文のように、訴訟追行の授權さえあれば、強制執行についての授權は不要で
あるとする通説的見解(たとえば、中野貞一郎「民事執行法(増補新訂五版)」(二〇〇六年、青林書院) 一三七頁)と、さ
らに強制執行についての授權が必要とする少数説が対立する(伊藤眞「株主代表訴訟の原告株主と執行債権者適格(下)」

金融法務事情一四一五号（一九九五年）一五頁）。後者の見解の根拠に、選定当事者の訴訟追行権は、訴訟物たる権利の実体法上の管理権を伴うものではないことが挙げられる。しかし、後述のように、私見は、提訴拒絶者に、実体法上の処分行為をすることに協力する義務に基づいて、提訴者への訴訟追行の授權を強制するので、少なくともこのケースに限っては、少数説の根拠は当てはまらないように思われる。

(45) この点についてのドイツにおける議論は、鶴田・前掲注(41)六六二頁を参照。

(46) たとえば、川島武宜＝川井健編『新版注釈民法(7)』(二〇〇七年、有斐閣)四三三頁(川井健執筆)を参照。

(47) この点についての詳細は、たとえば、川島＝川井編・前掲注(46)四三三頁(川井健執筆)を参照。

(48) 最判平成一〇年二月二六日民集五二巻一五二五頁も、「共有者は、共有物につき持分に応じた使用をすることができるにとどまり、他の共有者の協議を経ずに当然に共有物を単独で使用する権限を有するものではない。」と述べる。ドイツにおいても、共有者間の法律関係を、共有者と第三者との法律関係と同様に、物権法的に解する見解が存在する。Schnorr, Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741-758 BGB), 2004. この見解も、BGB七四三条二項を本文と同様に理解する。Schnorr, a. a. O., S. 51 ff.

(49) Schnorrも、日本民法二五一条と同趣旨のBGB七四七条二文の趣旨を、本文と同様に理解している。Schnorr, a. a. O., S. 299. なお、この点については、川島＝川井編・前掲注(46)四三六頁(川井健執筆)を参照。

(50) 最判昭和四三年四月四日判時五二二号四七頁。

(51) 大判大正七年二月一九日民録二四輯二二六七頁。

(52) 最判平成一〇年三月二四日判時一六四一八〇頁、判タ九七四号九二頁。

(53) たゞよは、Gerd-Hinrich Langhein, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2001, § 741, Rn. 275; Karsten Schmidt, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl., 2004, § 741, Rn. 34 f.

(54) 富井政章『民法原論第二巻』(一九二二年、有斐閣)一七〇頁。

(55) Karsten Schmidtによれば、日本民法二五二条但書に相応するBGB七四四条二項は、持分権者の内部関係において行為権能とその範囲に対応する受忍請求権を承認したものであると説明される。Karsten Schmidt, a. a. O., N. 53, § 744, 745 Rn. 44.

(56) 共有者の一部が他の共有者の同意を得ずに共有物に変更を加える行為をした場合、他の共有者は共有物の現状回復請求権

を有するとした、前述注(52)の最高裁判例(最判平成一〇年三月二四日)も、「共有物に変更を加える行為の具体的態様及びその程度と妨害排除によって相手方の受ける社会的経済的損失の重大性との対比等に照らし」て、他の共有者による共有持分権に基づく妨害排除請求が権利の濫用にあたり許されない場合があることを述べている。

- (57) 竹下守夫「判決理由中の判断と信義則」山木戸克巳教授還暦記念「実体法と手続法の交錯(下)」(一九七八年、有斐閣)八一頁。谷口知平・石田喜久夫編「新版注釈民法(一)」[改訂版]「(二〇〇二年、有斐閣)九三頁以下(安永正昭執筆)も参照。

- (58) 菊井維大・村松俊夫原著・秋山幹男他著「コンメンタール民事訴訟法Ⅰ(第二版)」(二〇〇六年、日本評論社)三二―三頁。
 (59) しかし、以上の私見に対して次のような違和感があるかもしれない。一つは、民法三〇条に基づく授權行為、つまり、訴訟追行の授權は、訴訟行為であるにもかかわらず、実体法上の協力義務に基づいて、訴訟追行の授權(すなわち訴訟行為)を強制することができるのか、もう一つは、民事執行法一七四条が適用される典型例は、不動産登記の抹消登記手続請求における、被告の抹消登記申請などであり、訴訟追行の授權のような訴訟行為がそれに該当するのか、という点にあると思われる。

第一点については、次のように答えられる。たとえば、訴訟手続に関する当事者の合意の性質について、私法契約説、または、私法契約と訴訟契約との併存説を採用すれば、訴えを取り下げる旨の契約により、原告は、被告に対して訴え取下げという訴訟行為をなす私法上の義務を負担することになり、私法上の契約により、訴訟行為をする義務を発生させることは認められている(訴訟契約の学説状況については、竹下守夫・伊藤眞編「注釈民事訴訟法(3)」(一九九三年、有斐閣)三二頁以下(伊藤眞執筆)を参照。併存説については、伊藤眞「民事訴訟法(第三版三訂版)」(二〇〇八年、有斐閣)二九四頁以下。判例も、最判昭和四四年一〇月一七日本集二三卷一〇号一八二―五頁が、私法契約説を前提とした取扱いをしている)。したがって、訴訟行為の履行を強制するために、訴訟上の義務を持ち出す必要はなく、実体法上の義務を根拠とすることも可能であると思われる。

第二点については、次のように述べることができるであろう。たしかに、民事執行法一七四条の「意思表示」は、典型的には、一定の法律効果を意欲し外部に表示される法律行為の要素である意思表示のことを指す。しかし、判例および通説によれば、これのみならず、たとえば登記申請義務などの、私法上の意思表示ではない公法上の意思表示も、民事執行法一七四条の「意思表示」に含まれるとされている。その他、觀念の通知である債権譲渡通知や意思の通知である催告も、民事執

行法一七四条における「意思表示」含まれるとされ、ここでいう「意思表示」概念は、かなり広く捉えられている（以上について、中野貞一郎『民事執行法（増補新訂五版）』（二〇〇六年、青林書院）七八七頁）。

ところで、民法三〇条に基づく「選定」行為は、共同の利益を有する選定当事者に対し、選定者全員のための訴訟追行権を付与する行為である。それは、代理権の付与に類するものであり、選定するためには、訴訟能力があることを要する。また、単独行為であるとされている（以上の点については、菊井・村松原著・前掲注（58）三二七頁）。以上から、選定行為とは、選定者が、選定当事者に対し、自らの訴訟上の意思表示により、選定者全員のための訴訟追行権を授与するという訴訟上の効果を生じさせる、与効的訴訟行為であると言える。

このような訴訟上の意思表示を、民法一七四条の適用対象とされている公法上の意思表示や觀念・意思の通知と、あえて区別する理由はない。したがって、民事訴訟法三〇条に基づき、選定者が選定当事者に対し訴訟追行の授權をする訴訟上の意思表示は、民事執行法一七四条の「意思表示」に含まれると解される。

- (60) 東京地判昭和三十一年六月二十八日下民集七卷六号一六四九頁、一六五二頁以下。名古屋地決昭和四二年一月二二日判時五一号六六頁。これらの判例は、詐害行為取消権（民法四二四條）が問題となった事案である。たとえば、後者は、債権者Xが債務者Yと受益者Zを共同被告として訴えを提起した場合であるが、Xは、Yに対してはXの債権を取り立てるための給付請求を立て、Zに対しては、倒産状態にあるYがZのためにYの不動産に根抵当権設定登記をしたので、詐害行為取消権を行使して、Zを被告として登記抹消請求を立てているものである。この事案では、XがYに対して債権を有していることが、Xが詐害行為取消権を行使することができるための前提となり、それゆえXのZに対する請求の可否を判断することの論理的前提となっている。ただし、この場合は、XがZを被告として訴えを提起して、本案の終局判決を得るために、X・Y間の請求認容判決が確定される必要がないことに注意されたい。

(61) 松本博之『人事訴訟法（第二版）』（二〇〇七年、弘文堂）三〇八頁。

(62) 最判昭和五七年九月二十八日民集三六卷八号一六五二頁。

(63) 最判昭和四〇年三月二六日民集一九卷二号五〇八頁。

(64) 最判昭和三九年六月一二日民集一八卷五号七六四頁。

(65) 栗山忍「最高裁判所判例解説民事篇昭和四〇年度」六〇頁、新堂幸司『判例民事訴訟法』（一九九四年〔初出一九六六年〕、弘文堂）六九頁、高橋宏志『民事訴訟法判例百選Ⅱ（新法対応補正版）』（一九九八年、有斐閣）三五二頁。

- (66) 協力の訴えと本来の訴えの併合を適法とした場合の利害関係人間の利益状況の詳細については、鶴田・前掲注(41)六八二頁以下。
- (67) その詳細については、鶴田・前掲注(41)六七二頁を参照。
- (68) 筆者は、以前、このケースにおいて民事訴訟法四一条の類推適用を主張したことがあるが(九州法学会会報二〇〇七年二七頁以下)、本文に掲げた理由から、結論を留保したい。
- (69) 兼子一「新修民事訴訟法体系(増補版)」(一九六五年、酒井書店)三三九頁。
- (70) 中村英郎「特別共同訴訟理論の再構成」『民事訴訟論集第一巻』(一九七七年(初出一九六五年)、成文堂)二〇九頁、同「必要的共同訴訟」鈴木忠一ほか監修「新・実務民事訴訟講座(3)」(一九八二年、日本評論社)二四頁。
- (71) 高田裕成「いわゆる類似必要的共同訴訟関係における共同訴訟人の地位」新堂幸司先生古稀祝賀「民事訴訟理論の新たな構築(上)」(二〇〇一年、有斐閣)六六八頁。
- (72) 鶴田滋「通常共同訴訟と必要的共同訴訟の境界」伊藤眞・山本和彦編「民事訴訟法の争点」(二〇〇九年、有斐閣)七〇頁以下。
- (73) 兼子一・松浦馨・新堂幸司・竹下守夫「条解民事訴訟法」(一九八六年、弘文堂)三四〇頁(新堂幸司執筆)。

四 おわりに

本稿では、共有者による共同訴訟が必要であるケースにおいて生じる不都合、とりわけ、共有者の一部が共同の訴えを拒絶する場合に他の共有者が適法な訴えを提起できないという不都合を解消するための方法を、この問題に関する従来の学説、判例および立法提案を紹介しながら、日本法における解釈論により明らかにすることを目的としてきた。その結果得られた結論は次の通りである。

まず、平成八年民事訴訟法の改正作業の際に提案された参加命令の制度が不採用となった理由は、参加命令に従わなかった者がなぜそれによって自らの実体法上の処分権が剥奪されるのが明らかでないことにあった。この批判は、

伝統的な判例および学説が、共同訴訟の必要性の根拠を係争権利関係の実体法上の処分権能に見ることからすれば、理にかなったものであった。

しかし、従来の学説を検討した結果、これまでに主張された諸学説はこの問題に正面から答えてこなかったことが明らかとなった。そこで、筆者は、人的会社社員除名訴訟におけるドイツ法の判例および支配的見解に示唆を得て、提訴を欲する共有者は、提訴拒絶者を被告として第三者に対する共有権に基づく請求訴訟についての訴訟追行の授権を求める請求と、第三者を被告とする共有権に基づく請求を併合して訴えを提起できる、とする解釈論を提言した。

しかし、本稿では、とりわけ、協力義務の実体法上の根拠・要件や、授権訴訟と本来の訴訟との併合の根拠・審判規律について、十分な論拠を提示できなかったように思われる。これは、筆者が民法の議論を十分にフォローできていないことと、共同訴訟の全体像を十分に把握できていないことによる。これらの点についてさらに検討することが今後の課題である。

【付記】 本稿を執筆するに当たり、平成一九年六月に熊本大学法学部において行われた九州法学会にて、同年一二月に福岡地裁で行われた福岡高裁・地裁合同判例研究会にて報告の機会を得た。九州法学会にて司会を務めて下さった吉村徳重九州大
学名誉教授をはじめ、貴重なご意見を下さった福岡高裁および地裁の裁判官の先生方、九州一円の研究の先生方にお礼
を申し上げます。