



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	共有者を被告とする建物収去土地明渡訴訟について ー実体法と訴訟法 その1
Author(s)	小山, 昇; KOYAMA, Noboru
Citation	北大法学論集, 27(3-4), 47-81
Issue Date	1977-03-30
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16213">https://hdl.handle.net/2115/16213</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	27(3-4)_p47-81.pdf



# 共有者を被告とする建物収去土地明渡訴訟について

—— 実体法と訴訟法その一 ——

小 山 昇

## 目 次

- 一 問題の設定
- 二 建物収去土地明渡債務の共同相続の効果
- 三 物権的請求権の相手方たる地位と共同相続の効果
- 四 共同相続建物収去土地明渡請求訴訟と必要的共同訴訟
- 五 私 見—まとめ

## 一 問題の設定

### 1 ある判決

最高裁判昭和四三年三月一五日第二小法廷判決は、  
「土地の所有者がその所有権に基づいて地上の建物の所有者である共同相続人を相手方とし、建物収去土地明渡を請求する訴訟は、いわゆる固有の必要的共同訴訟ではないと解すべき

である。ただし、右の場合、共同相続人らの義務はいわゆる不可分債務であるから、その請求において理由があるときは、同人らは土地所有者に対する関係では、各自係争物件の全部についてその侵害行為の全部を除去すべき義務を負うのであって、土地所有者は共同相続人ら各自に対し、順次その義務の履行を請求することができ、必ずしも全員に対して同時に訴を提起し、同時に判決を得ることを要しないからである。▽と述べた(民集二卷三頁、号六〇九頁)。

(一) この判決の事案は、原告東京都が、戦後都有地に建物を建てて居住していた被告三〇余名に対して、土地所有権に基づいて建物取去土地明渡の訴えを提起したものである。原告の請求を認容する一審判決の言渡後に、被告の一人が一審口頭弁論終結前に死亡していることが判明した。原告は死亡被告の子三名を相手方として受継の申立をした。右三名は控訴した。昭和四〇年一月一〇日に、死亡被告の右三名とは別の子が自分も右物件の共同相続者である旨を右控訴審裁判所に届出た(と上告理由は述べる)。控訴審裁判所はこの者を訴訟に關与させることなく、右三名に対して、建物取去土地明渡を命ずる判決をした(昭和四〇年一月一七日)。右三名は上告し、右三名のみでは、必要的共同訴訟の訴訟要件を欠缺しているので、原判決にはこれを看過した違法があると主張したのであった。なお、本判決は、本件訴訟を、たんに、固有必要的共同訴訟ではないと解しているだけでなく、通常の共同訴訟であると解しているのである(民集二卷三頁六一〇頁)。

この判決は、地上建物の共同相続人に対する建物取去土地明渡請求訴訟は必要的共同訴訟ではないとした点およびその理由を不可分債務であるとした点において、はじめての判決である。この判決が出るまでの下級審判例は、固有必要的共同訴訟であるとするものと通常共同訴訟であるとするものとにわかれていた。前者の判例のうち、福井地判昭和三五年一月七日(下民集一卷一〇号二二三八七頁)は、その理由を、取去すべき共同相続建物(共同相続による)に求め、東京高判昭和三七年一月二三日(下民集一三卷一〇号二二〇八頁)は、その理由を、取去すべき建物の(共同相続による)に求め、東京高判昭和三九年一月二五日(下民集一七卷七号五二二頁)は、《物権者に対する関係では、各自その全部につき責任を有し不可分的に右侵害行為全部を除去すべ

き義務を負う」と解しており、かつこの解釈を民法七一九条の精神にそうものとしている（建物共有が共同相続によるものでない場合とみられる事案につき）、宮地簡判昭和四〇年一〇月三〇日（訟務月報一巻二一頁一七九七頁）は、土地所有者に対する建物共有（共同相続でない）者の建物収去義務は、「不可分給付の一類型」であって、建物についての管理処分権能が共有者全員に合有的に帰属しているものではない、と解している。

右の最高裁判決の後、これを踏襲する最高裁判所第三小法廷の判決が出た（最判昭和四三年五月二八日判タ二三四号一三六頁）。

## 2 問題の設定

原告の被告に対するある請求の訴訟において、当事者適格の存否と請求を理由あらしめる権利ないし法律関係とのかかわりあいに関心をもつものの注意は、右判決において、いわゆる不可分債務であるから、いわゆる固有の必要的共同訴訟ではない、と断じられた点に、向けられる。

請求と当事者適格とのかかわりあいを、局面のすべてについて、（一例をあげれば、共有者に対する共有物に関する登記手続請求訴訟の局面）検討することは、本稿の目的ではない。本稿においては、右判決の事案に即するという限度において、右のかかわりあいを明らかにしてみるところとどめる。このような限定のもとでは、共同相続人が共同相続した建物を収去してその敷地を地主に明け渡す義務は不可分債務であるかという問題と、不可分債務である場合には共同相続人は訴訟において全員が被告とされる必要があるかという問題とに、焦点を絞ることができるといえる。以下において、まず、第一の問題を研究し、ついで、第二の問題についての学説状況を研究し、最後に、私見を述べることにする。

（一）この種の問題関心からの論文としてすでに、福永有利「特定物引渡請求の被告適格」関西大学法学論集一四卷二号一九六四年四三頁がある。

(2) 前掲判決は、訴訟係属中に被告が死亡した場合には、相続人は、当該事案においては、当然に被告の地位を承継し、建物収去土地明渡請求について当事者の地位を取得するとしつつも、受継手続を了した者のみについて手続を進行し、その者との関係においてのみ審理判決することを妨げる理由はない、としたのであった。

この問題は、通常共同訴訟であるとするならば、それを必然ならしめる法律関係はなにか、ということであって、その法律関係が多数当事者の法律関係の諸範疇のどれに該当するかということとは区別されるべきであろう。

## 二 建物収去土地明渡債務の共同相続の効果

### 1 建物収去土地明渡義務の不可分性

(1) 一般に建物収去土地明渡義務といわれているものは、単一の義務であるのか、建物収去義務と土地明渡義務との二つの義務が結合したものであるのか。建物収去と土地明渡とでは強制執行の方法において違いがある。<sup>(1)</sup> 土地明渡の債務名義でもって地上建物を除去することはできない。<sup>(2)</sup> 建物収去の債務名義の執行により土地の明渡までがなされるわけではない。<sup>(3)</sup> 土地所有権に基づくときは、建物収去請求は妨害排除請求権の行使であり、土地明渡請求は所有物返還請求権の行使である。ところで、実際には、建物収去と土地明渡の執行を同時に行なう需要が多い。そこで、「建物収去土地明渡」を求める訴えが提起される。そして、かかる訴えにおいて、訴訟物は一個であるかというかのように取り扱われている。<sup>(4)</sup> 請求権が一個であるか二個であるかにこだわらず訴訟物は一個であるかということ的前提として、論を進めることにする。

(1) 建物収去の強制執行は代替執行(民訴七三三条、民法四二四条二項)に親しみ、土地明渡の執行は民訴七三一条の定める方法による。地上に存する債務者所有の動産は土地明渡の執行官がこれを取り除く(民訴七三一条三項)。

(2) 民訴七三一条三項参照。兼子「増補強制執行法」一九四〇年三二八頁参照。執行行為の目的物として、土地と建物とは一体

をなさない別個の不動産である（民八六条一項参照）。

(3) ただし、建物所有によって土地を占有しているときに、建物を収去されてもなお建物の所有者が土地の占有を維持することは、實際上ほとんど考えられない（田尾桃二「買取請求権が行使された場合の判決本文の表示方法」〔昭和四三年三月〕民事実務ノート第三卷一九六九年七九頁）。

(4) 建物収去土地明渡請求訴訟の訴訟物がなにか、いかなる請求権であるか。この問題は、実務家によって研究されている（田尾桃二前掲、賀集唱「建物収去、土地明渡請求訴訟の訴訟物」不動産大系Ⅳ訴訟一九七〇年二〇頁以下、参照）。一般にはあまり論ぜられていない。学者では、中田淳一法学論叢六四卷六号七五頁（判例研究）が、訴訟物は、土地所有権に基づく明渡請求という一個の物権的請求権であり、家屋の収去は土地明渡義務の履行態様である、と述べている。本稿の目的にてらすと、この点に深入りする必要はない。

(2) 建物収去土地明渡請求については、義務の性質を確認しておく必要がある。それが給付義務であることについては問題はない。建物収去義務は作為義務である。作為義務の多くは事実上分割給付の不能なものであるといわれる。<sup>(1)</sup> 建物収去義務もこれに該当しよう。<sup>(2)</sup> この意味で、それは性質上、不可分給付を目的とするものである。土地明渡義務は土地の占有を移転する義務である。その債務は、為す債務ではなく与える債務に属する。土地明渡義務は、通説によれば、性質上の不可分給付を目的とするものである。<sup>(3)</sup>

こうして、以上における検討から、建物収去土地明渡を求める訴訟は、一個の不可分給付を求める訴訟であるということになる。

(1) 我妻栄「債権総論」新訂一九六四年〔五六七〕。

(2) 我妻前掲注(1)によれば、競業をしない債務、講演をする債務など、「為す債務」の多くは事実上給付の目的物を分割して給付することが不可能なものである。我妻前掲があげる例において、給付の目的物は、「不競業」「講演」をいうのであろう。講演の場合においては、給付の目的は一定の「内容」を「演述」することである。ここでは、作為（演述）の「内容」が不可分で作為

(演述)そのものが不可分である。そこで不可分というのは分割した内容の一部を演述するのでは「給付」に該当しないという評価を前提としている。分割給付が不能であるというのはこのような意味においてである。

建物収去債務は、為す債務に該当するが、講演をする債務、競争をしない債務とは異なり、代替執行ができる債務である。しかし、給付の目的物を分割して給付することは不可能であろう。給付の目的は「建物」を「収去」することである。建物の一部を収去することは、有効な債務の一部弁済とは評価されないであろう。この意味で、この場合には、収去の目的物たる建物が不可分であるのみならず、収去行為自体が同様に不可分である。収去行為のプロセスの一部のみが行なわれても「収去」とは評価されないであろう。

- (3) 物の占有を移転する債務においても、占有の目的物たる「物」の面と占有を移転する「行為」の面との両面が存する。すなわち、給付すべき対象物と給付の方法との両面である。馬一頭の引渡は不可分給付である(我妻前掲(二九))といわれるときは、給付すべき対象物の不可分な性質が念頭に置かれ、分割給付したのでは(生命あるものとしての引渡にはならないので)「給付」に該当しないという評価が根底に存する。一個の物を分割して給付することは絶対に不可能なのではない(我妻前掲(五六七))といわれるときは、給付の方法において可分であることが念頭におかれているのである。債務者が多数あるときは、各自の共同占有持分を逐次に移転することが可能である(我妻前掲(五六七))といわれているのは、給付の方法について語られているほかならない。給付の対象物が不可分で給付の方法が可分である場合に、「給付」を不可分とするのは、給付の対象物が不可分であるときには、対象物の占有も不可分のものと考えられているのが取引の実際である、という事実を根拠としている、と解される(我妻前掲(五六七)参照)。なお、土地は物理的には分割可能であり、分割された一部を給付の目的物とすることができ。しかし、本稿では、そうでない状況を前提とするものである。

## 2 建物収去土地明渡債務の共同相続の効果

- (1) 地上建物所有者が、土地賃貸借関係が終了したために地主に対し建物収去土地明渡をすべきであるという状態において、死亡し、相続人が数人存するときは、相続人は共同して建物収去土地明渡債務を相続するか。換言すれば、共同相続人が建物収去土地明渡義務を負うとするならば、その発生原因はかかる債務の相続にあるのか。

被相続人の債務は、一身専属のものを除き、相続人に承継される（民八九六条）。それが為す債務であると与える債務であることを問わず、作為債務であると不作為債務であるとを問わない。<sup>(1)</sup>かくて、被相続人の前記建物収去土地明渡（義務を内容とする債務法上の）債務は相続人に相続により承継されると結論される。<sup>(2)</sup>

(1) 戴重夫「債務の相続」家族法大系Ⅱ相続(1)一九六〇年二一九頁。物権的請求権に対応する引渡義務も、判例によれば、相続により、承継される。

(2) ただし、土地賃貸借終了にもとづき、原状回復義務として、地上建物収去土地明渡をなすべきときは、相続人が承継するのうべきなかもしれない。そうであっても、右債務は右法的地位の具体的内容を成すものであるから、この点は、本稿にとつては重要な争点ではない。

(2) 共同相続人が相続により承継した建物収去土地明渡債務の性質は、含有債務か共有的に帰属する債務か、不可分債務か、連帯債務か。被相続人の債務が不可分給付の債務であるときには、共同相続人も不可分債務を負うことは学説・判例上異論がない、といわれている。<sup>(1)</sup>これによるならば、建物収去土地明渡債務の場合には、これを相続した共同相続人の債務はとうぜんに不可分債務であることなるう。<sup>(2)</sup>

(1) 右近健男「注釈民法(2)」§八九六Ⅲ一九七〇年が、大判大正二一・一一・二四民集一卷一四号六七〇頁を引用してそのようにのべている。これは、賃借人たる母が死亡し、四人の子が共同相続をして引き続き居住していたが、家賃を滞納したので、賃借人は、長男一人に全額の支払いを催告して解除し、家屋の明渡しと延滞賃料及び解除後の賃料相当額の支払いを請求した事案である。判旨は、《数人が共同シテ賃借人タル地位ニ在ル場合ニハ賃料ノ債務ハ反対ノ事情ガ認メラレザル限り性質上之ヲ不可分債務ト認メザルベカラズ》と説き、賃料の請求は、全額について一人に対してすることができると判示したのであった。

判旨は、しかし、右賃料債務が不可分債務であることの根拠を明言しなかった。金銭の給付は可分給付である。よって、金銭

債務は、給付の目的物においても給付の方法においても、可分であるところの債務である。したがって、金銭債務を数人が共同して負担するときは、分割帰属が可能であるので、分割債務であることができる。そのような金銭債務が、相続が原因で数人が負担するときには不可分債務になるものであろうか。なるとするならば、その根拠はなにか。

普通金銭債務が共同訴訟人によって承継された場合に、以後当然に分割債務となるものかまたは不可分債務となるものか、については法律上の明文の規定はなかつた（今日でも、存しない）学説は当時（大正十一年）分れてゐた。判例は当時明瞭でなかつた。右判決以後、学説は、当時の多数説たる分割債務説が衰えて、不可分債務説が通説化して行つた。末弘毅太郎本判決評釈（判例民法大正十一年度一〇〇事件）は、既に満期となつた被相続人の債務は遺産分割に拘らず共同相続人の不可分的に——連帯にあらず——負担する所であると述べ、不可分債務となる根拠を共同相続に求めた。被相続人の権利義務は一括して相続人の共有になる。と述べ、被相続人「の義務」を分割することは出来ない。何故なれば、義務の処分は債権者の同意の協議なしに之を行うことを許すべきにあらざること勿論だから。と述べている。共有者の給付義務は不可分債務で、金銭債務の共有の場合にも同じである、と考えたのかどうかは不明である。さらに、末弘前掲は「既に満期となれる賃料債権の相続と賃借人としての契約当事者たる地位の承継」とを区別し、「契約当事者たるの地位はそれ自身性質上不可分であつて、相続人は常に共同的に之を承継するの外なく、従つて以後其地位から発生する個々の債務はすべて相続人全部によつて不可分的に負担せらるるものと解すべきである」と述べている。

これに対し、我妻「新訂債権総論」〔五六〇〕は、「相続開始までの延滞賃料は、金銭債務の共同相続理論に従う（含有的帰属）。相続開始後の賃料債務が不可分債務となるのは、共同相続人が共同に利用しているからである。」と述べて、「賃料債務の不可分性は共同利用の対価である点に求むべきである」としている。そして、我妻前掲は、相続開始後の賃料債務について、「末弘前掲評釈は共同相続に根拠を求めているが賛し難い」と述べている。

さて、賃貸借の相続の場合には、相続開始前弁済期到来の賃料債務と賃借人の地位の相続に基づく賃料債務とを区別すべきであるが、建物取去土地明渡債務の相続の場合にはこれと異なり、もともと、給付の目的物が給付義務者の単復にかかわらず不可分というものである。（ちなみに、建物取去土地明渡債務を数人の相続人が相続するときは含有的に帰属するとか共有的な帰属であるとかいう考え方はまだ見当らない。多数の主体ある債務の共有的帰属を觀念するとしても、我妻「新訂債権総論」〔五五一〕は、民法四二七条及び四三〇条ないし四六五条の規定の適用で充分であり、共有の規定の準用ないし類推適用をする必要

は、實際的にも理論的にもないと考えている。

債務自体が数人の共同相続人に合有的に帰属するとしても、共同相続人の数に応じた数個の債務が存するのであり、かつ、その内容は、各自について、その全部に及ぶのである（我妻栄「新訂債權総論」五四六）から、各自が全部義務を負う点では不可分債務と異ならない。

いづれにせよ、右の大判大一一の判例は、被相続人の債務が可分給付を目的とする金銭債務である場合の判例であって、不可分目的物給付を目的とする債務である場合の判例ではない。したがって、建物取去土地明渡義務についての先例とすることはできない。しかし、「いわんや」論法により、被相続人の債務が不可分物給付を目的とする場合には、共同相続人が承継しても依然として不可分物給付を目的とする不可分債務であるということができよう（ただ、その根拠の説明については、物の不可分、義務の処分の不可分、各自全部義務負担などいろいろな考え方がありうるように思われる）。

相続を原因とするものではないが、数人の共有者が性質上不可分の目的物を給付する債務を負う場合に、不可分債務であるか否かが問題となった事件について、これを不可分債務であるとした判例がある。大判大正一二年二月二三日である（民集二卷四号一二七頁）。給付すべき目的物の所有権を数人の相続人が相続により取得した場合（取去すべき建物の所有権である場合も同様である）に共有と性質つげるときは、右の判例はその点において参考にならう。

事案は、共有物たる松及び杉を売った売主らのうちの一部の者が買主から目的物の引渡を請求されたという事案である。判旨は「一ツノ物ノ引渡ト云フコトヲ数人ニ分割シ各自カ其ノ一部宛ヲ履行スト云フガ如キハ相像スルヲ得ザルガ故ニ物ノ引渡ハ性質上不可分債務ニ属スルモノナリ」と述べた。

右判決の末弘殿太郎評釈（判例民事法大正一二年度二五事件）は、「本訴売買の目的物たる共有持分権は売買成立と共に当然買主に移転したものと見るべきだから、現在売主に残されたる売買契約上の債務は目的物の引渡に過ぎない。而して売主たる共有者各自は当該売買の結果として実質上自己の持分に関してのみ義務を負担するに過ぎないけれども、共有の目的物が単一である以上各自共有者が目的物引渡の義務を履行するには其物全部に付いて不可分的に之を行ふの外ない。」と「いって、共有物引渡の義務が一種の不可分債務であることを認めた。目的物が不可分であるときには、目的物が不可分であるがゆえに、目的物の占有を移転する義務は不可分債務であるという趣旨であると解される。」

右判決の山田正三批評（法学論叢一〇巻四号一二四頁）は、共有物の売買契約に基く共有物引渡請求権は、共有権の譲渡また

は共有持分権の譲渡を求めたる権利であり、物の引渡行為自体の不可分を理由としてこれのみによって占有権の移転そのものを不可分であるということはできないのであって、持分の譲渡を主張するときは各共有者を相手方とすべく、共有権の譲渡を主張するときは共有者全員を相手方とするを要する、と考えている。占有すべき権原の移転と占有の移転とを不可分離のものとして見ていると解される。

(2) 給付の目的が不可分であるときは、かかる給付をすべき債務を数人が相続しても、給付の目的が可分になるものではない。当該債務が数人に相続により共同に帰属する場合に、それが合有的帰属であるときも、共有的帰属であるときも、共同相続人の各自に、全部義務が帰属するのである。たとえば、債務の合有的帰属につき、各構成員に応じた数個の債務が存在するとらえる説(我妻栄「新訂債権総論」〔五四六〕)がある。ところで「債権者は、全員に対して共同に請求することによってのみ、合有財産に対して執行することができる。▼(我妻前掲〔五四六〕)。これを裏からいえば、全員の同意を要することである。それは執行の対象財産が合有に属するからであり(我妻栄「物権法」〔三四三〕、債務自体の内容は「各員の数に応じて分割されたものではなく、いずれもその全部(傍点筆者)に及ぶ(我妻前掲債権総論〔五四六〕)からである。したがって、債権者は各一人に対して、全部の履行を請求することができることになる。各自が全部義務を負うが、義務たる給付の目的が不可分であるので「連帯債務」でなく、「不可分債務」(民四三〇条)に該当するのである。

### 三 物権的請求権の相手方たる地位と共同相続の効果

被相続人が建物所有者として建物を収去し敷地を明け渡すべき義務を負っているところ死亡したという場合に、被相続人が物権的請求権の相手方であったことと共同相続人が物権的請求権の相手方であることとの間に、関係があるか、いかなる関係があるか、その関係はなにが原因か。物権的請求権の相手方は、妨害物の所有およびまたは占有する者であり、返還の目的物の占有者である。そこで、建物収去土地明渡については、建物の所有と占有および土地の占有が関心の対象となる。これらについて、被相続人から共同相続人に相続により承継されるものであるかを確かめ

ておくことが有用であろう。建物所有権が相続により共同相続人に共同に移転することには疑いはない。よって、吟味すべきは、建物占有と土地占有とであろう。そこで、これらの占有の相続を分析の対象とする。この分析の前に、占有権の相続と占有の相続の関係を明らかにしておく。右の分析の後に、共同相続人に固有の占有を検討する。そして、物権的請求権の相手方として有する占有はいずれの占有かを明らかにする。

1 占有権の相続と占有の相続と固有の占有

(1) 被相続人が占有権を有した建物につき、相続人が占有権を相続により承継的に取得するか。通説はこれを肯定している。相続人について、占有権取得の要件が(民一八)存しなくても、相続人は前主の占有権を相続するか。「占有権の相続」に関する限り、相続人の心素を問題にする必要がないことは定説である、とのことである。「所持」については、所持は当然相続人に移転するという見解、占有権の相続による承継の場合には例外的に相続人の所持を必要としないという見解がある。以上のことは、建物の所有占有のためにその敷地(他人所有)を占有することにもとづき取得している土地占有権についても、あてはまるであろう。

占有権が共同相続により承継された場合、占有権の共同とはどういう関係か。共同相続の効果については、合有説と共有説の対立がある。合有説に立つならば、占有権の合有ということになる。共有説に立つならば、占有権の共有ということになる。それは準共有(民二六)であらう。

(1) 理論構成はさまであり、その根拠の説明もさまであるが。鈴木禄弥「占有権の相続」家族法大系Ⅵ相続(1)九四頁、石田喜久夫「占有権」注釈民法(2)§八九六Ⅷ参照。

(2) 鈴木禄弥前掲一〇三頁注(一〇)。

(3) 末弘敏太郎「占有権ノ相続」穂積陳重先生還暦祝賀論文集一九一五年一〇三頁。最判昭和四年一〇月三〇日(民集)三卷

一〇号一八八頁)は、被相続人の占有に属したものは当然相続人の占有に移るといつている。

(4) 大判大正四年二月二八日(民録二二輯三二八九頁)参照。学説については鈴木禄弥前掲、石田喜久夫前掲参照。

(5) 石田喜久夫前掲§八九六Ⅷ(7)参照。

(6) 鈴木禄弥前掲一〇〇頁。

(2) 占有権の相続が占有の相続をとまうかについては、占有が事実であるという点からは、事實は相続の対象でないので、相続は否定されるが、法關係的事実たる占有の相続の肯否は社会的評価により定まるとするならば、占有の相続を肯定することはできないことではない。通説・判例は占有の相続による承継を認める。<sup>(1)</sup>

占有の相続による承継が認められるならば、共同相続の場合には、占有の共同相続を認めることになろう。占有の共同相続により共同占有が成立するのである。<sup>(2)</sup>

他方において、今日では、相続人の占有は、一面承継した占有であると同時に他面において固有の占有であることが、判例によっても認められている。<sup>(3)</sup> このことは共同占有についても同様であろう。相続人の共同占有は、多く、遺産の共有を原因とする。<sup>(4)</sup>

(1) 舟橋諱一「物権法」一九六〇年三〇四頁。《被相続人の事實的支配の中にあつた物は、原則として、当然に、相続人の支配の中に承継されるとみるべきであるから、その結果として、占有権も承継され、被相続人が死亡して相続が開始するときは、特別の事情のないかぎり、従前その占有に属したものは、当然相続人の占有に移ると解すべきである。》(最判昭四四年一〇月三〇日民集二三卷一〇号一八八頁)。

(2) 占有の共同相続の効果については、占有は事実であるから、その共有の帰属や合有的帰属の余地はない。

(3) このことは、相続人の占有には被相続人の占有の瑕疵(たとえば悪意)が伴うかという問題と關係した。このいみで、民法一八七条一項が相続の場合にも適用されるかが問題であった。学説は早くから同条項の相続への適用を主張していた。判例ははじ

めはかかる適用を認めなかったが、最判昭和三七五年五月一日（民集一六卷五号一〇七三頁）は、これを認めた。以上のことについては、石田喜久夫前掲§八九六Ⅵ参照。

(4) 遺産建物を共有し共用する場合、賃借権を共同相続し賃借建物を共用する場合がその例である。遺産建物を共有するが占有使用していないという場合には、占有使用している共同相続人の直接占有を媒介として間接占有を有するといわれている（鈴木祿弥前掲一〇〇頁）。地上建物を占有する者は敷地をも占有するものである（最判昭和三四年四月一五日訟務月報五卷六号七三三頁。最判昭和三四年六月二五日民集一三卷六号七七九頁参照）。

## 2 共同相続人に対する物権的請求権

### (1) 敷地所有者の権利

敷地所有者は、所有地上に無権原で建物を所有する者に対し、所有権の効力として、建物取去土地明渡を請求することができる。この請求権の効力として、その相手方は建物取去土地明渡をなすべく義務づけられる。<sup>(1)</sup> この義務はいかなれば物権法上の義務づけの結果たる義務である。

被相続人が生前においてすでにかかる義務を負っていた場合には、その死亡により、相続人はかかる義務を相続するのであるか。所有物返還請求権の相手方は所有者に対する関係で占有する権原を有しないのに占有している者のすべである。<sup>(2)</sup> 所有物妨害排除請求権の相手方は妨害を生じさせている事実をその支配内に収めている者である。<sup>(3)</sup> 人がこのような相手方たる地位につくのは、その人が右のような事実を生じさせている場合である。義務の承継といったような法律関係はこれに該当しない。占有は承継されることができ（民一八七条参照）。妨害物の所有権も占有も承継されることができ。しかし、かかる承継は、承継者が物権的請求権の相手方占有者となる原因、<sup>(4)</sup> をなすものであって、前主にすでに存した義務の承継ではないのである。

(1) 建物取去が土地明渡の手段方法である場合においても、土地明渡の執行(民訴七三一条)のさいに債権者がみずから建物を取去るのを債務者が受忍するというのではなく、債務者が建物を取去することを強制する(代替執行)のであることは、物権的請求権の相手方が建物を取去ることを義務づけられていることに対応するものである。

(2) 星野英一「民法概論」Ⅱ第一分冊物権一九七三年二四頁。

(3) 我妻栄「物権法」一九五二年(三六一)

(4) これを要するに、物権的請求権の相手方に対する義務づけ自体は承継に親しまないものであると思われる。そうすると、被相続人が占有すべき権原なくして占有していた動産または不動産を相続人が占有していなかった場合には、被相続人の死亡により、所有物返還請求権の相手方は存在しないことになるのではないかと疑いがいちおう生ずる。「占有権の相続」の問題を肯定しようとする通説は肯定的に解することによって取得時効の問題と占有訴権の問題とが妥当に解決されることを狙ったものであった(鈴木禄弥前掲九六頁)のであるならば、その限りでのみ、占有権の相続を肯定すれば足りるのであるからである。かりに、占有の相続を肯定するとしても、それは、しょせん擬制である(鈴木禄弥前掲一〇一頁)から、擬制する必要のない場合には、擬制しないのが正当な解釈であろう(しかし、判例(後掲(2)注(1)(2)参照)はこの擬制を認めているらしい)。

(2) 共同相続人に対する物権的請求権

物権的請求権の相手方が負う義務は独り立ちして承継されるものではない。物権的請求権が認められるときは、その相手方が承継的に交替したように見えても、新旧の者それぞれに相手方たる要件が存したに過ぎない。その間に、たとえば占有の移転があっても、それは旧の者に対する物権的請求権と新の者に対する物権的請求権との間において時間の点において物権的請求権のない瞬間が存しなかったことをもたらすにとどまる。取去すべき建物の所有権を相続により取得した者は、相続開始時において建物の直接占有を有しないとときでも、建物占有を承継し、建物占有は土地占有なしではなしえないから、建物を占有する相続人は必然的に土地を占有することになる。土地占有の権原を有しない被相続人から、建物を相続し占有する者は土地所有者に対する関係で、建物を占有することにより右敷地を不

法に占有することになり、物権的請求権の相手方となる。<sup>(4)</sup>ところが、他方において、地上に建物を所有することは、その土地を占有することである。<sup>(4)</sup>そこで、地上建物所有者は敷地返還請求権の相手方である。<sup>(6)</sup>かくて、建物を所有しかつ占有することが相続によるときは相続が物権的請求権の相手方となる原因<sup>(6)</sup>である。以上のことは、建物の相続が共同相続である場合も変りはない。<sup>(6)</sup>

(1) 前掲1(2)注(1)。

(2) 最判昭和三四年四月一五日訟務月報五卷六号七三三頁参照。

(3) 最判昭和三四年六月二五日(民集一三卷六号七七九頁)は、敷地を占有する権限のない建物所有者から建物を借り受けて占有している者は、その建物を占有することにより右敷地を不法に占有するものであると述べている。

(4)(5) 大判昭和十三年二月二日民集一七卷二二号二二六九頁、最判昭和三五年六月一七日民集一四卷八号一三九六頁。

(6) 建物共同相続人はその敷地全部を共同占有する(広島高判昭和三九・一一・一九前掲参照)。遺産分割前においては、建物共同相続人が、物権的請求権の相手方となる。遺産分割により建物が共同相続人中の一人の者の所有に帰したときは、残余の者は物権的請求権の相手方でないものになる。

(3) 物権的請求権の相手方が数人存在して、その数人が、所有物返還請求権の目的物を相続により共同に占有し、または、所有権を妨害する物件を相続により共同所有しているときは、相手方として負う義務は、合有的か、共有的に帰属するものか、不可分債務的か、連帯債務的か。前述(1)のように、物権的請求権の相手方が負う義務が承継されるのではないから、義務の共同相続の態様としての、合有債務ないし共有債務は、問題にする余地がない。単一の目的物を引渡すことは、前述のように、性質上不可分の給付である。単一の建物を収去することも同様である。建物収去が土地明渡の履行の一態様であるとするならば、<sup>(1)</sup>これは不可分給付に吸収される。<sup>(2)</sup>ところで、不可分給付を義務づけられる者が数人存する場合には、その数人の給付義務はやはり不可分給付義務であらう。では、この不可分(物)給

付義務を数人の共同相続人（建物共有者、土地共同占有者）が負うのは「不可分債務」（民四三）に該当するの否か。

物権的請求権の相手方資格の性質（前述(1)）にかんがみると、物権的請求権の相手方は、一人が全部義務に義務づけられるべきものである。このいみで、数人の者が、物権的請求権の相手方として不可分目的物の給付を義務づけられることは、「不可分債務」に該当しよう。

(1) 中田淳一「判例研究」法学論叢六四卷六号七五頁以下。

(2) 所有物返還請求権の相手方が返還すべき目的物を共同占有している場合においては、これら数人の者が不可分給付義務を負うのは、前述(1)、2、(2)、注(2)のように、目的物を共同に占有していることによるのではなく、目的物が分割給付不能であることによるのである。

#### 四 共同相続建物収去土地明渡請求訴訟と必要的共同訴訟

共同相続建物収去土地明渡請求訴訟については、必要的共同訴訟説と通常共同訴訟説が対立している。本節においては対立の状況を——批判を加えつつ——分析する。対立の場は大別すれば、実体法の法規制が固有必要的共同訴訟を必然ならしめるかということ、固有必要的共同訴訟の手續で專案を処理すべしと考えるべきかということにわかれる。

##### 1 実体法の法規制と訴訟共同

(1) 前述(一)1注(1)のように、福井地判昭三五・一一・七は、共同相続建物は共同相続人の合有に属するから、これを収去して敷地の明渡を求める訴えは訴訟にかかる権利関係が合一にのみ確定すべき所謂固有の必要的共同訴訟に該当すること明らかである、と述べた。ところで、合有の内容のひとつとして、合有物の処分は合有者全員の同意

を要することがあげられているのである。<sup>(1)</sup>

同じく前述のように、東京高判昭三七・一〇・二三三は、〈建物が共有の場合には共有者の一人は民法第二五一条により他の共有者の同意を得なければ共有建物を収去できないわけである。〉ことを根拠として、〈建物収去土地明渡を求め訴は共有者全員を被告とすることを要する固有必要的共同訴訟と解するのが相当である。〉と結論した。

(1) 我妻栄「物権法」〔三四三〕。

(2) 建物収去土地明渡を他の者の同意なしにはなしえない、という点においては、合有も共有も変りはない。ところで、他の者の同意を得なければ建物を収去し土地を明渡することができないということは、他の者の共同作業（共同の収去、共同の占有移転）を得なければ建物を収去し土地を明渡することができないということとは異なるのである。そして、他の者の同意を得られれば、建物収去土地明渡を単独の行為としてすることができるのである。<sup>(1)</sup>

いうまでもなく、このことは、一人の者に対し建物収去土地明渡の全部履行を請求すること（民四三〇条）と両立する。この意味で、前掲広島高判昭三九・一一・一九が、〈他の共有者がその建物を占有している如き場合には、他の共有者をも相手として建物収去土地明渡の請求をしない限り、共同侵害行為全部の除去を求め得ないことになるが、このことは共同侵害者たる建物共有者各自が建物収去土地明渡の全部義務を負うことと矛盾するものとはいえない……〉と述べているのは正当である。<sup>(2)</sup>

(1) 他の者の同意は、物に「変更ヲ加フル」(民二五一条) ことについてだけに限るものではなく、物を処分することについても必要であり、逆に、他の者の同意があれば、単独で処分することができるが、建物収去行為を単独ですることができ、土地の占有を（単独占有に変えたうえ）地主に移転することができるのである。強制執行をするには他の者を含めた全員に対する債務名義が

必要であることは、右のことと抵触するものではない。

(2) 松浦馨判例評論一一五号三七頁は、民法二五一条の規定を共有者に共同的義務を課したものと解している。それが共同作業義務を意味するならば、正当な解釈とはいえない。共有者内部においては同意で足り、対外的に単独作業による履行をすることにつきさんの支障もないからである。

(3) 共同相続人の一人が他の者の同意を得れば単独で建物収去土地明渡行為をすることができるということは、建物収去土地明渡義務が履行行為共同を必要とするものではないことによるのである。すなわち、建物収去土地明渡義務は数人に帰属するが、明渡行為は（他の同意があれば）単一人<sup>(1)</sup>ですることができるのである。この義務の帰属という観点にたつときは、それが義務の合有的帰属ないし義務の共有的な帰属であっても、建物収去土地明渡義務は、前述<sup>(二)(2)</sup>（三）<sup>(3)</sup>のように不可分債務にあたる。それは、各自が全部義務を負う場合であって、債務（給付義務）の目的（給付すべき物）が不可分であったからであった。給付するのに他の者の同意を要するか否かによって左右されるものではないのである。<sup>(3)</sup>しかるに、訴訟共同の必要性の問題は、数人のうち一人にのみ給付義務の履行を訴求することができるかという問題である。この問題は、給付の目的物が不可分であるか可分であるかに左右されることなく、解決を見るべきものである。<sup>(4)</sup>以上の検討から、共同相続人の共同相続建物収去土地明渡義務の履行を求める訴訟を通常共同訴訟であると断ずるとしても、その理由を、義務が不可分債務であることに求めるべきではないことになるのである。<sup>(5)</sup>それが、固有必要的共同訴訟ではないと断ずることができるのは、一人が全部履行をすることができるような義務の履行を求める訴訟であるからであるといふべきではなからうか。ただし、義務が給付義務で、給付の目的物を給付するという履行が目的物の処分に該当する場合には他の者のすべての同意が必要であるのである。そこで、実体法上、一人の履行の可否が他の者の同意の有無に依存する、という法律関係と訴訟共同の必要性との関係を検討し

なければならない。

(1) 二(2)注(2)をみよ。

(2) 松浦馨判例評論一一五号三七頁は、地主の物権的請求権に対応する地上建物共同相続人の建物収去土地明渡義務を不具止止連帯債務ないし準不真正連帯債務(民七一九条)として認めるほうがより適当ではないかと思う、と述べている。

(3) 分割給付の不能な目的物を共有する数人が売主としてこれを引渡す場合と、一定額の金銭の支払いを意思表示により不可分のものとして、これを数人の者が支払うべき義務を負担した場合とを比べると、前者においては、他の者の同意を要するが、後者においては、他の者の同意を要しない。全額支払いは共有物の処分変更に該当しない。しかし、いずれも、不可分債務である。(4) いささか観念的すぎるが、給付の目的物が分割可能であるか不可分であるかの問題と義務の履行自体を数人が一体としてしなければならぬかどうかということは、次元が異なるのである。

(5) △訴訟の目的たる請求が不可分債務であるかどうかということだけでは、その請求が必要的共同訴訟であるかどうかということには直ちにはならない。▽(村松俊夫判例タイムズ二二四号五五頁)。義務が不可分債務でありかつ義務の現実の履行を数人一体としてしなければならないことはない観念することは背理ではないのである。

(4) 共同相続建物収去土地明渡の履行を共同相続人の一人が単独で行なうのに他の共同相続人全員の同意を要する場合において、同意の存在は、右一人の共同相続人の義務の発生、帰属の条件ではなく、履行態様の条件でもなく、履行の制約である。つぎに、この制約は、共同相続人の内部の相互の関係において課せられた制約であって、外部の第三者との関係において第三者に対して第三者の請求権を制限するものではない。第三者との関係では共同相続人の全員が各自全部義務履行をなすべきものである。すなわち、第三者は共同相続人の各自に対して全部義務の履行を請求することができる。<sup>(1)</sup>共同相続人の一人のみが訴求された場合に、この者は、他の共同相続人の同意がないことを根拠にして、義務を否定することはできず、履行を拒絶することもできない。<sup>(2)</sup>したがって、一人のみに

対して履行を命ずる判決をすることが出来る。すなわち、一人のみに対して、履行義務を確信的に宣言し、履行の債務名義を作成することが出来るのである。

(1) 債権は数人の債務者に対して分割されないかぎり、数人の債務者は各自が全部義務を負う。数人の債務者が存することは、債権の全部履行につき義務と責任を負う者が数人存することである。債権の内容が物の給付である場合において、給付すべき物につき債務者数人がこれを共有するときでも、物の全部につき給付することの妨げは存しない。共有者はその物につき持分権を有するにとどまるのであつても、これにより物の全範囲を支配することが出来るのであるからである。かりに、一個の全部義務を数人が共有すると観念するときは、一人は義務自体につき持分を有するにとどまることになるけれども、持分にもとづき義務の全範囲にわたり義務づけられるのであるから、けつきよく、物の全部につき給付すること（の全部）に義務づけられることにならう。

各自は、自分の同意なしには他の者が処分することはできないということに利益を有する。しかし、自分の処分には他の者の同意がないことを主張する利益を有するのではないのである。

他の者の同意なしには単独で処分することができないという制約は、前述のように、義務の内容・帰属の制限ではないから、義務を $\wedge$ 共同的債務の色彩を帯びた一個の義務 $\vee$ （松浦鑿判例評論一一五号三八頁）ととらえることはできない。

(2) 前注をみよ。実体法上、債権者に対し債務者は各自が履行を拒絶することができない。よつて、一人の債務者に対する債務名義にもとづきその債務者に強制執行をすることは、執行法上は違法でない。しかし、一人が他の者の同意を得ないで履行することとは債務者相互の間においては実体法上違法である。この違法を咎める利益は他の者にある。この者には右の利益を防衛するため第三者異議の訴えの手段が与えられている。なお、2(3)注(3)をみよ。

(5) 共同相続建物収去土地明渡訴訟は、各自が実体法上それぞれ全部義務を負うということから、各自が建物を共有する（ないしは合有する）という債務者の複数性および連結性にかかわらず、固有必要的共同訴訟ではないということになる。

## 2 訴訟共同・合一確定の願望

実体法の法規制が固有必要的共同訴訟を必然ならしめるかは別に、共同相続建物収去土地明渡請求につき、訴訟を共同にし合一判決をえられるような手続により処理すべきであるという見解が絶えない。それは、共同財産の処分につながる訴訟においては共同利益について防御の共同を確保すべきであるという理念が背後に存するようである。

この理念にもとづく訴訟共同・合一確定の願望があり、これをめぐっての論争は、①共同防御の必要性、②全員を被告とすることの困難性、③一部の者のみに対して判決することの功罪、を主題として行われている。

### (1) 共同防御の必要性

収去すべき建物を共同に所有するものは、収去を請求する者に対して共通の防御の利益を有する。そこで、防御において共同歩調をとることを確保すべきであるという見解がでてくる。しかし、これに対しては、防御は各人の自由であるという見解が対立する<sup>(1)</sup>。共同防御確保説は、争わないものを被告とする必要がないという攻撃に対して、争わないものは、他の者に訴訟追行権を委ねたものとみうるから、判決の執行力はその者にも及ぶと解することによって<sup>(2)</sup>妥協をはかり、全員が訴訟に関与させられることは訴訟手続として不都合が多いという攻撃に対しては、選定当事者の規定などの活用をすればよいと防御する<sup>(3)</sup>。

(1) この対立の様相については千種秀夫法曹時報二〇卷八号一八九一頁。

(2) 五十部豊久前掲一九一頁。しかし、争わない者の扱いに関する法的規制がなんであるかは、確認の訴え、給付の訴え、形成の訴えのそれぞれにおいて異なる。給付の訴えは、債務名義を得ることがその利益であるから、現に履行されていないことが訴えの利益を生ぜしめ、争わないことは訴えの利益を阻却するものではない。よって、争わない者を被告とする必要がないという攻撃は、訴えの利益という観点からの攻撃であるならば、当らないのである。

ところが、争わない者は訴えなくてもよいとすべきであるという攻撃が、費用や時間にかかる手続上の負担を軽減すべきだと

いう観点からもなされる（福永有利前掲法学論集五七頁）。しかし、この攻撃は、必要的共同訴訟であるか否かを決する根拠になるものではない。執行段階において費用や時間にかかる手続上の負担を負うことがありうるのである。

このことと任意的訴訟信託とは別のことである。争う者でも許された任意的訴訟信託をすることができる。建物収去土地明渡請求の相手方たる建物共同所有者が相互に訴訟信託をすることを適法視するかどうかは——肯定できるであろうと予想するが——なお検討を要する問題である。ただ、これを肯定しても、共同歩調をとることを強制しても法律上の障害は生じないという弁明ができるにとどまり、右のような強制の根拠とするには足りない。

(3) 五十部豊久前掲一九二頁。

(2) 全員を被告とすることの困難性

強制執行のためには（同意していない）全員に対し債務名義を得る必要がある。全員に対し債務名義を得るには全員を同一手続の被告とすることが最も近道である。しかし、全員を知ることが困難なことが事実として存しうる（稀であるとのことであるが。法曹時報二〇巻八号一八九一頁）。そこで、全員を同一手続の被告とすることを訴訟法上強制することについて、例外が稀であることを根拠として、強制することを躊躇すべきでないという見解があり、これと困難なことを強制すべきでないという見解とが対立する<sup>(1)</sup>。前者の見解は強制の弊の稀であることをもって強制することにつき寛容を説くものであって、強制の根拠となりうるかにつきなお検討を要しよう<sup>(2)</sup>。

(1) 福永有利前掲法学論集五七—六〇頁、前掲法曹時報二〇巻八号一八九一頁がこの対立を紹介している。なお、全員を被告とすることを求めることは、全員を被告とすべきケースであるという判断をすることを求めることであり、それは、全員を被告としなくてもよいケースであるのに全員を被告とすべく苦勞をってしまったという無駄骨と、全員を被告とすべきケースであるのにそう考えないで一部の者のみを被告としたために、——本裁判決に熟しているときでも——却下されるというリスクとを負わせることになり、原告に酷であり、訴訟不経済であることも指摘されている（福永有利法学論集五七頁）。

(2) 前者の見解は強制の弊を前提としつつもその蓋然性の小さいことに依拠して強制に踏切るものである。これを規範とするに

は、困難を課すべからずというのは小義であって、訴訟共同強制は大義であるという判断を経なければならぬと思うが、果してそういう判断が正当であるかはなお検討を要しよう。

(3) 一部の者のみに対して判決することの功罪

この主題については、①それは紛争の完全な解決であるといえるか、②それは無駄骨となり訴訟不経済になることではないか、③それは不当執行の危険があるのではないか、という点において、論争がある。

(4) 紛争の完全な解決

一部の者のみに対する判決について、それは紛争の完全な解決にはならないという見解と、それも完全な解決といふことができないわけではないという見解とが対立している。前者の見解は、要するに、一部の者のみに対する判決は、それだけでは原告の権利の事実的実現に役立つものでないという、権利実現への有用性を基準とする機能論である。後者の見解は、一個の法主体と一個の法主体との間の紛争が十全に解決することをもって完全な解決というべきであるという、近代法の基本構造論である。機能論と構造論とは噛み合って対立するものではない。基本構造の現状のままでは欲する機能が得られないときは、立法による修正を待つべきであろう。

(1) 五十部豊久「必要的共同訴訟と二つの紛争類型」民事訴訟雑誌一二号一九六六年一九〇頁。

(2) 福永有利民商法雑誌五九卷五号一九六九年八〇七頁。

(3) 前者の見解は、△実質的に一個の紛争關係を數個の訴訟に分断することを認める▽ことには、△原告の被告選択による紛争分断の自由を他の共同所有者および裁判所の犠牲において無制限に認めるといふ処分権主義の過大評価がありはしないか。▽（五十部豊久前掲注(1)）という評価を背景にもつ。

この評価は、実質的に一個の紛争を一回の訴訟で解決すべしという予断のもとで、個別訴訟が紛争の分断になることに對して、評価を下すものであるので、分断にならないことを前提とする評価に優るものではない。また、他方において、このような

批判に対して、このような批判を受けるケースは現実には起ることが稀であるという現実論による弁明がある（千種秀夫法曹時報二〇巻八号一八九一頁参照）。

(4) 一人対一人の一個の利益に関する紛争を一回の手続で解決することは現行法の建前とするところであるが、一人対数人の共通の利害関係に関する紛争については、対物訴訟が認められていると解されない現行法のもとでは、法主体ごとに紛争を解決することが現行法の建前であると解さざるをえない（一人対数人の一個の物についての所有権確認請求訴訟を想起せよ）。法主体ごとに各別に紛争を観念し各別に解決することにつき法律上とくだんの制約が存するときはこの限りではない。法主体が単独で全部給付義務を負うべき法律関係については各別に紛争を観念すべきものである。

### (四) 訴訟不経済

A 一部の者のみに対する判決は、他の者の同意がないときは、これに基づく強制執行は阻止されることができるといふこと<sup>(1)</sup>をめぐって、したがって、そのような判決を求めさせるべきでない、という見解<sup>(2)</sup>があり、これに対し、一部の者に対し判決があるときは他の者は同意するであろうから無益ではないという見解<sup>(3)</sup>が対立する。前者の見解は個別の訴えの利益を否定する見解であるが、後者の見解は現実の事実として起こる可能性についての見解である。後者の見解と対立するものとして適する見解は、他の者はそれでも同意しないであろうという見解であるべきである。同意するであろうか否かといふことは、解釈論の論拠たりうるかは疑わしい。よって、事実の起こる可能性と反対事実の起こる可能性を突きあわせることは、解釈論の是非のきめてとなるものではない。

(1) かかる見解は、法解釈上の通説である。

(2) そのような判決を求める訴えに訴えの利益がないのではないかという疑問がひき出されている（福永有利「特定物引渡請求訴訟の被告適格」四七頁の紹介参照）。また、同意がえられなかった場合には訴訟が無駄になり不経済であるといわれる。

(3) ▲一方他の共有者において右勝訴判決の結果を肯定し、原告の権利を争わない可能性もまたあり得る▼（前掲広島高判昭三九・一一・一九）。

B 一部の者のみに対する判決をしても、他の者に対する判決がこれと異なるときは、さきの判決は無益となり、訴訟不経済であるという見解<sup>1)</sup>があり、これに対し、現実には別訴で争われても判断が区々になることは稀であろうという見解<sup>2)</sup>がある。前者の見解は、法論理の展開としての必然の可能性を説くものである。後者の見解は現実の事実として起こる可能性を述べる。これに対する可能性は現実に区々の判決がされる可能性である。このような現実に起こることの可能性を法解釈論の根拠とすることは前述のように疑問である。区々の判決は稀であるという見解は、可能性にとどまらず、高度の蓋然性を述べるものである。しかし、現実に同旨の判決がなされる蓋然性が高いということ、一部の者のみに対する判決をすることを寛容有恕することの弁明にはなるが、これを規範として通用させることの根拠となしうるかはなお検討を要する。

(1) 五十部豊久前掲一九〇頁。

(2) 千種秀夫前掲一八九一頁。

#### ④ 不当執行

一部の者のみに対する判決があるときは、現実に不当執行が起こる可能性がある、と指摘されている。この執行は、法律上、他の者が自己の権利を主張して第三者異議の訴えを起こして阻止<sup>1)</sup>することができる。このことについて、《当事者とせられなかった他の共同所有者の利益保護を執行の段階においてのみ考慮することだけでは不十分である》とし、《訴が共同所有者全員に対し向けられないかぎり執行力を伴う債務名義を作出しないものとしなければ、共同所有者各自の利益保護は充分なものとなし難い。》とする見解<sup>2)</sup>がある。この見解の前段から後段を導出することには論理の飛躍がある。他の共同所有者の利益保護を後段と異なる方法で訴訟の段階で考慮することを検討すべ

きであるからである。また、執行の段階でのみ考慮することが現行法の建前であるのかも検討して見る必要がある。<sup>(3)</sup>

(1) 東京高判昭和三二年二月二七日東高民時報八卷二号五八頁参照。福永有利「特定物引渡請求訴訟の被告適格」(関西大学法学論集一四卷二号一九六四年)は、合有債務について各債務者に単独の被告適格を認め、執行においては、全員について債務名義があることを執行前に確認する必要があるとし、この確認を執行文付与の段階ですべきであろう(民訴五一八条二項準用)と述べている。

そうすると、それは敗訴債務者が執行文付与に対する異議の申立てをすることによることにならう(五十部豊久前掲一八九頁も福永説をこのように理解している)。しかしながら、前述四(4)注(一)のように、敗訴者は他の者について債務名義が存しないことを理由に自己への執行を阻止する利益はなく、他の者のほうで執行を阻止する利益があるのであり、この利益は敗訴者によって主張すべきものではないのである。

(2) 五十部豊久前掲一八九—一九〇頁。

不当執行が現実になされることがありうることは、一部の者に対する債務名義には他の者の同意を要する旨の記載がないので、他の者の同意の有無にかかわることなく、執行されることをいみする。そして、執行が完了した後は、第三者異議の訴えを提起することはできないので(最判昭三六・五・二六民集一五卷五号一三八九頁)、共同被告とされなかったものが第三者異議の訴えの機会を奪われることがありうるのである。

(3) もともと、他の共同所有者の利益は他の共同所有者のみならずから防衛すべきものであり、これをこの者を被告とする訴訟の原告の負担とすべきものではない。被告とされなかった他の共同所有者が自己の利益を訴訟の道で防衛することを現行法は排除していない。相手方に対する建物取去土地明渡義務不存確認の訴えという訴えの道があり、相手方がすでに他の者に建物取去土地明渡の訴えを提起しているときは、そのような相手方に対する右消極的確認の訴えの利益がある。具体的に建物取去土地明渡義務が存在することにつき争いが無いときは、自己に対する債務名義が存しないの一事をもって第三者異議の訴えを起すことはその利益を欠くというべきであろう。第三者異議の訴えにおいて、債務は認めるが債務名義のない執行は許さない、と述べる主張

は容れらるべきではないであらう。

## 五 私見—まとめ

1 人は各自法的人格を有する（民一条の三参照）。訴訟法上の法的効果も、実体法上の法的効果と同じく、その帰属点は人である。したがって、数人を被告とする訴訟においても、一人を被告とする訴訟と同じく、判決の名宛人は数人のそれぞれの者である。数人の者が、合有関係にあるか、共有関係にあるか、連帯関係にあるかを問わない。

2 固有必要的共同訴訟においても、訴訟共同の必要性も合一確定の必要性も、数人の当事者が各自判決の名宛人であることを変えるものではない。したがって、被告数人の必要的共同訴訟においては、一個の被告団を名宛人とするのではなく、各被告を名宛人とする判決がなされ、その内容は合一であるのである。そこで、共同訴訟が許される諸場合（民訴五九条）のうち、各被告宛の判決の内容が合一であるべきはどんな場合かが問題とされる。

（一）権制能力なき社団に当事者能力を認める規定（民訴四六条）が特別規定の性格をもつことは、本文に述べたことが基本であることを前提とするものである。

一個の手続の終局判決は一個の判決であるが、各当事者を名宛人とする判決を全部含むところの全部判決である。

3 法の規定は、合一確定判決をすべき場合があることを明示しているが、いかなる場合がこれに該当するかを明示していない。基準の明示も場合の例示もしていない。ただ、合一確定すべき場合であるか否かの問題が「訴訟目的」に関わるものであることを明示するのみである。しかも、「訴訟ノ目的」は多義的であり、これへのかかわりかたも一様であるとはいえない。

「訴訟ノ目的」と合一確定の必要（訴訟共同の必要を含む）とを連結する媒体はなにか。これを発見しなければならぬ。そのためには、これを発見する方法を発見しなければならない。

4 前掲（一）の最判昭四三・三・一五は、共同相続人らの義務がいわゆる《不可分債務》であることと、つぎのような点とに、訴訟共同の必要性の否定の基準を求めた。

△もし論旨のいうごとくこれを固有の共同訴訟であると解するならば、共同相続人の全部を共同の被告としなければ被告たる当事者適格を有しないことになるのであるが、そうだとすると、原告は、建物収去土地明渡の義務あることについて争う意思を全く有しない共同相続人をも被告としなければならないわけであり（①―筆者、以下同じ）、また被告たる共同相続人のうちで訴訟進行中に原告の主張を認めるにいたった者がある場合でも、当該被告がこれを認諾し、または原告がこれに対する訴を取り下げる等の手段に出ることができず、いたずらに無用の手續を重ねなければならないことになるのである（②）。のみならず、相続登記のない家屋を数人の共同相続人が所有してその敷地を不法に占拠しているような場合には、その所有者が果して何びとであるかを明らかにしえないことで稀ではない。そのような場合は、その一部の者を手續に加えなかつたために、既になされた訴訟手續ないし判決が無効に帰するおそれもあるのである（③）。以上のように、これを必要的共同訴訟と解するならば、手續上の不経済と不安定を招来するおそれなしとしないのであって（④）、これらの障害を避けるためにも、これを必要的共同訴訟と解しないのが相当である。また他面これを通常の共同訴訟であると解したとしても、……かく解することが、直ちに、被告の権利保護に欠けるものとはいえないのである。▽

すなわち、最高裁は、「訴訟ノ目的」と合一確定の必要とをつなぐ媒体を、被告らの実体法上の義務と手續追行上の原告と被告の負担に求めた。手續追行上の当事者の負担をも取り上げることには、目新しいことではなく、すでに、学説・判例もしていたところであった。

（一） 前掲四？をみよ。

（二） 前掲広島高判昭三九・一一・一九、前掲宮地簡判昭四〇・一〇・三〇参照。

5 当事者の手続上の負担は、合一確定手続の採否の基準になりうるものであろうか。実体法上の請求権との関係で異論なく訴訟共同の必要性があると認められる場合については、当事者の手続上の負担が、この必要性を阻却するものとして、顧慮されることはない。当事者の手続上の負担を顧慮することは、実体法上の請求権との関係では訴訟共同・合一確定の必要性が存しないにもかかわらず、なお訴訟共同をすべきか（六二条の類推適用）、という問題がある場合についてはじめてなされるべきことであろう。

つぎに、手続上の負担というものは、所詮相対的のものである。<sup>(1)</sup> 例に即しながら検討しよう。被告とすべき者がなびとであるかを全員につき明らかにするという負担を例にとろう。これが問題とされるのはそれが困難であるからである。現行法はこの負担を原告に課しているか課していないか。そのいずれかであろう。<sup>(2)</sup> いずれであるかを決定する基準として、困難であることが稀であるか否かを採る学説が、前述のように、存する。これは、事実認識の問題である。<sup>(3)</sup> とこが、全員を明らかにすることができない場合は稀であるという認識と稀でないという認識とが対立している。かりに、全員を明らかにすることが困難でない場合のほうが多いとしよう。かかる事実から、法は、訴訟共同を規範内容にしてこれを命じていると解することができるであろうか。<sup>(5)</sup> 右の事実は、それが起ることの蓋然性が高い専実である。専実<sup>(6)</sup>（困難なく全員を被告として）の蓋然性がいかに高くても、それは当為<sup>(7)</sup>（全員を被告とすべし）を基礎<sup>(8)</sup>（とすべし）にすることはできない。<sup>(6)</sup> 訴訟共同を命ずる規範があったとした場合に、これが不都合なく適用されるケースが多い、よって著しく不当な規範ではない、という消極的弁明になりうるにとどまる。したがって、実体法上の請求権との関係では訴訟共同が命じられていない場合において、訴訟共同を命ずる規範が成立するには、その旨の立法者のとくだん<sup>(7)</sup>の意思を必要とする。<sup>(7)</sup> 訴訟共同を命ずる規範が存しないことは、法のなかにおける法規の欠缺に該当することではない。<sup>(8)</sup> 法を修正する規範が存在しないということである。

- (1) 前掲最判の判旨に即して検討するとつぎのようになる。①については、争う意思を全く有しない共同相続人を被告とすることは、原告の特段の負担ではなく、将来争うことの可能性を閉ざす利点がある。②については、被告が認諾しなくても、原告が訴えを取り下げなくても、争わない被告は欠席しつづければ足るのであって、無用の手続を重ねることはさしたる負担ではない。
- ③については、既になされた判決が無効に帰するおそれに対して、既になされた有効な判決に基づいて執行することができずこの判決が役立たないものに終るおそれが相対する。④については、通常共同訴訟と解した場合に手続上の不経済を招来するおそれがあることが相対する。
- (2) 一般に、A(困難な負担を課しない)かB(困難な負担を課する)かという関係にある場合に、Aを規範化することはBを否定することを含む。
- (3) 前掲法曹時報二〇卷八号一八九一頁参照。
- (4) 最判前掲昭四三・三・一五参照。相続登記のない家屋の共同相続人について。相続登記のない家屋自体は稀ではないである。
- (5) 多数者が取引においてある行為をすることが慣行になっている場合に、これを規範内容にとりこみ、当該行為をすることが命ぜられていると解釈することはできないわけではない。同様に、ある型の訴訟につき多数人を全員被告とすることが慣行になっている場合に、これを規範内容にとりこみ、全員被告とすることが命ぜられていると解釈することもできないわけではない。しかし、全員被告とすることができる場合が実際上多いということはこれとは全く異なるのである。
- (6) 全員を被告とすべしと命ずることは、困難な場合にもそうすべしということにほかならない。このことは困難なく全員を被告としている事例が圧倒的に多いということからは導き出すことができない。一人が判決を受けた場合に、他の者が同意するにいたるか否かは、確率の問題であり、これについても同様のことがいえよう。
- (7) このような状況のもとで、立法者が、訴訟共同を命ずる規範をとくに制定したとするならば、それは、この規範が不都合なく適用されるケースが多いということを踏まえて、政策として制定したものであるから、この規範の適用が著しく不当な結果をもたらす場合には衡平法が救済を用意していると解釈すべきであろう。
- (8) 狭義の法規の欠缺は、ある法体系の存在を前提とし、その体系の中において、空白があり、その空白を埋める規範として複数と考えられる場合をいう。

6 以上述べたところから明らかであるように、固有必要的共同訴訟と仮定したならば手続上こうであるという論は、訴訟共同の必要性とはなにかという問いに答えるものではなく、具体的な特定の訴訟が固有必要的共同訴訟に該当するか否かの基準を示すものでもない。<sup>↑</sup>かくして、合一確定の必要の有無と「訴訟ノ目的」とをつなぐ媒体は実体法上の権利または義務のみに求めなければならないことになる。

前掲最判昭四三は、共同相続人らの義務に媒体を求めた。このこと自体は正当である。これが、合一確定の必要の有無の基準を発見する方法として正しい。判決内容は義務の肯否であり、これが数人につき合一であることを要するかが問題であるからである。ところが、前掲最判は合一確定の必要の有無の基準を右義務が不可分債務に該当すること（不可分債務該当性）に求めた。このことは当たっていないわけではない。しかし、その根拠を明らかにするべきである。

(1) 一定の場合を固有必要的共同訴訟とするかどうかという立法論の実質を六二条の類推適用という解釈論形式で論ずるものに過ぎない。

(1) 前述したところから、まず、建物収去土地明渡を求める訴訟は一個の不可分給付を求める訴訟であることが確認された(二一(2))。ついで、建物収去土地明渡の債務(不可分給付を目的とする債務)を数人が相続するとき、つまり、各自が全部義務を負い、義務の内容が給付で、給付の目的物が性質上不可分であることから、不可分債務を数人が負担する場合(民四三〇条)に該当することが確認された(二二(2))。ついで、物権的請求権の相手方として負うべき建物収去土地明渡義務の義務者が死亡したときは、被相続人の義務がそれとして相続承継されるのではなく、物権的請求権の相手方たる要件を具有するものとして相続人(または共同相続人)が固有の建物収去土地明渡義務を各

自全部的に土地所有者に対して負うものであることが確認された(三二(1)(2))。そして、共同相続人がかかる義務を負うことは数人が不可分債務を負担する場合に該当することが確認された(三二(3))。

(2) さて、法規上は、不可分債務は要件であり、債務者の一人に対し全部の履行を求めることができるとは、その効果である(民四三〇条、四三三条)ところで、最判前掲も明示しているように、合一確定を要しないという判断の根拠は、義務が、一人に対し全部の履行を求めうるものである点に求められる。義務がそういうものであれば、それが、不可分債務に該当するか否かを問うことなく、その義務の履行を求める訴訟をして合一確定の必要なものたらしめるのであると考える。義務者の相互の間に、給付の目的物を他の者の同意なしには処分することができないという制約は、義務者が各自給付判決を受けることを妨げるものではないことはすでに確認された(四一(4)参照)。

こうして、建物収去土地明渡の義務を共同相続人が負担する場合には、数人が建物を共同に相続した場合でも、数人が右義務を共同に相続した場合でも、各自がそれぞれ全部履行義務を負うのであるから、この点です、に、合一確定の必要がないところ、建物収去土地引渡(という給付)の目的は性質上不可分であるので、数人が不可分給付に義務づけられることになり、「不可分債務」に該当するに至る。かくして、債権者が一人に対し請求でき、請求できるのは、一面では、債務者が一人で全部義務を負うからであり、他面では、債務者が不可分債務の債務者であるからである。

(1) そういう場合こそ不可分債務であるという思考は、効果から要件該当性を推論するものである。ところで、実は、この点に、法哲学上の重要な問題が潜んでいるように感ずる。要件と効果とは規範の意味のなかでどんな関係にあるのかということである。

7 以上のような理論構成において、共同相続人を被告とする共同相続建物収去土地明渡請求訴訟は固有必要的共

同訴訟ではないと結論することができる。そこで、つぎに、数人を共同被告とした限りでは、数人に合一に確定する判決が必要であるのではないかという問題に対処しなければならぬ。<sup>1)</sup>

現行法は個別の法主体ごとに別に訴訟がなされることを基本とする（個人主義）。とくだんの必要がないかぎり、この基本は破るべきでない。とくだんの必要は明文によって明示されなければならない。数個の法主体が一個の訴訟手続において当事者となっている場合においても、右の基本精神は破られるものではない。すなわち、とくだんの必要がないかぎり、各法主体に対する判決の内容は合一である必要はない。

甲に対する判決の効力が乙に及び乙に対する判決の効力が甲に及ぶべき関係が法規上存する場合には、甲と乙を共同被告とする訴訟においては、甲に対する判決の内容と乙に対する判決の内容とが合一であることをとくに必要とする。数人に対する建物取去土地明渡請求訴訟においては、数人の間に右の如き関係が法規上存しない。実体法上相対的ではない法律関係でも、二当事者対立構造の個別訴訟を弁論主義のもとで許すことを基本とするシステムのもとでは、これを当事者間において相対的に解決することが許される。しかし、三当事者鼎立ともいふべき構造の訴訟が認められる場合には、その範囲の事件について、鼎立ということの性質上、三当事者間では相対的解決が許されないことになる（民訴七一条）。数人に対する建物取去土地明渡請求訴訟は二当事者対立の構造の訴訟である。

それでは、不可分の目的物の給付をすべき義務を数人が負担する場合に、義務の存否を数人につき合一に確定すべきとくだんの必要は、数人を同手続において被告としている場合にも、なお存しないのか。区々たる判決・相対的解決を許す場合にあたるものでありながら、なお、合一確定の希望を絶ちがたいのは、数人が共有・合有関係にあることを前提としながら、それらの数人に対する義務の存否が区々に判断されることが堪えがたいからであろう。かかる場合には、区々たる判断が下される原因は、判決理由中の判断において区々になることである。そのことの原因は、

訴訟資料の異別性にある。訴訟資料の異別の原因は、大別して、訴訟資料収集方途の異別（たとえば、一人は自白し他の者は否認する）と実体関係の異別にある。ところで、いずれも数人のそれぞれにおいて異別たりうるのが基本である。数人が建物収去土地明渡義務を負担する場合に、債権者がそのうちの一人の債務を免除した場合には（（民四三〇条参））、そのような実体関係は、数人に対する建物収去土地明渡請求訴訟において、免除された債務者に固有の免除の抗弁に基づき顧慮され、その結果、その債務者に対する判決と、他の債務者に対する判決とが内容において異なることになるのである。この一例をもってしても明らかであるように、実体法律関係の相対性が判決の相対性をもたらし得るのである。したがって、訴訟資料の合一性をはかることは——弁論主義の結果としてできないことを捨象してもなお——できないのである。かくして、数人を共同被告とした場合にすくなくともその限りにおいて合一確定を必要としたいという願望は、実体法秩序がこれを遂げさせてくれないのである。

(1) 数人を共同被告とした以上合一確定の必要があるということは、現行法上は独立当事者参加訴訟を認めるさいに認められていゝる。すなわち、このような種類の合一確定の必要というものは現行法の体系になじまないものではないのである。

(2) 建物収去土地明渡義務を数人が負担する場合においても、その一人の義務のみを免除することはできずである（（民四二九条））。もっとも、免除の効果は、債務を免除された者が他の共同債務者の履行に同意しないことを承認するといふものではないであらう。単なる土地明渡と異なり、建物収去を手段とする土地明渡の場合には、免除は、本人自身の履行の免除であつて、他の者が履行することを妨げることを許すものではないと解すべきであらう。したがって、他の債務者に対する強制執行に対し、免除された債務者が第三者異議の訴えを提起しても、債務の免除は執行を妨げるものでないという理由で、これを棄却することにならう。

8 以上のような次第で、共同相続人を被告とする共同相続建物収去土地明渡請求訴訟は、類似必要的共同訴訟でもなく、通常の共同訴訟であると結論することができるのである。本稿は、あくまでも、建物収去土地明渡請求訴訟

について検討した。不可分債務の履行請求訴訟一般、ないし合有債務または共有的帰属債務の履行請求訴訟一般を検討するものではない。建物取去土地明渡義務を数人が負担する場合に法規のいかなる法条が適用されるべきかを探究することが目的であったからである。したがって、共同相続人に対し、共同相続建物につき、所有権移転登記手続を求める訴訟または所有権登記抹消登記手続を求める訴訟の場合にはどうであるか、の問題に答えるものではない。ただこの問題についても、本稿で示された方法論によるならば、正当な解釈論的解答がえられるであろうと考えることができる。

(注) たとえば、まず、当該義務が実体法上のいかなる義務にあたるかを検討すべきである。それによって、結論がちがってくる。最判昭和三十六年二月一日(民集一五卷二八六五頁)と最判昭和三十八年三月二日(民集一七卷三一〇頁)の対立をみよ。村松俊夫前掲判例タイムズ二二四号は、不動産の売主の共同相続人の売買を原因とする所有権移転登記義務が不可分債務であるといえるかについて疑問を提出している。

本稿は、民法学の専門家が見れば、分りきったことを冗長に述べている箇所が多いであろう。しかしながら、筆者は民法学の専門家ではなく、また、本稿でなされた分析は、訴訟とのかかわりあいや正当にとらえるために必要な分析であると考える。ただ、筆者の民法理解が十分であるかを疑い思わぬ誤りがありはしないかとおそれている。読者の叱正を待つ次第である。

一九七六年一月二六日