

不動産所在地に関する国際裁判管轄研究の一環としての 「不動産に関する訴え」の歴史的考察

A historical perspective on Japanese courts jurisdiction to hear claims based on immovable property

西村 優子*

Yuko NISHIMURA

1 はじめに

平成23（2011）年の民事訴訟法改正で財産上の訴えについての国際裁判管轄（直接管轄）が規定された¹。その3条の3第11号では、「不動産に関する訴え」について国際裁判管轄として不動産所在地に任意管轄が定められる。この「不動産に関する訴え」には、不動産の物権的請求と債権的請求が含まれるため²、不動産登記請求以外の不動産の物権的請求について国際的な任意管轄が定められる。一方で、諸外国の条約³や国内法⁴においては、不動産の物権的請求に不動産所在地の専属管轄が定められている。

¹ 「民事訴訟法及び民事保全法の一部を改正する法律」（平成23年5月2日法律第36号）。国際的な要素を有する財産上の訴え及び保全命令事件に関して日本の裁判所が管轄権を有する場合等について定めている（佐藤達文＝小林康彦『一問一答平成23年民事訴訟法等改正－国際裁判管轄法制の整備』1頁（商事法務、2012））。

² 「不動産に関する訴え」とは、不動産に関する権利を目的とする訴えをいい、具体的には、不動産上の物権の確認請求、所有権に基づく返還請求、契約に基づく不動産の引渡請求の訴え等が含まれるが、不動産の売買代金請求、賃料請求の訴え等は含まない（佐藤＝小林・前掲注（1）78頁）。

³ ブリュッセル Ibis 規則24条1項、間接管轄ではあるが2023年9月1日に発効するハーグ判決条約6条等。ブリュッセル Ibis 規則（Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)）は、<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32012R1215>に、24条1項の翻訳は、法務省大臣官房司法法制部「欧州連合（EU）民事手続法」法務資料第464号65頁（2015）に記される。ハーグ判決条約（Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (HCCH 2019 Judgments Convention)）は、<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/judgments>に、6条の翻訳は、竹下啓介「外国判決の承認・執行に関する新しいハーグ条約（9）」JCA ジャーナル68巻7号50頁（2021）、西村優子「2019年ハーグ判決条約における不動産所在地の間接管轄」西南学院大学大学院研究論集第13号5頁（2021）に記される。

⁴ ドイツ民法（Zivilprozessordnung (ZPO)）24条、フランス新民事訴訟法典（Nouveau Code de Procédure civile (NCPC)）44条、スイス連邦国際私法（Bundesgesetz über das Internationales Privatrecht (IPRG)）97条等。それぞれの翻訳は、「参照条文（各国法）国際裁判管轄法制部会資料7」2頁、6頁、22頁 法制審議会国際裁判管轄法制部会第1回会議（平成20年10月17日開催）に記される。代表例として、ドイツ民事訴訟法24条を次に挙げる。

第24条〔不動産の専属裁判籍〕

1 所有権、物権的負担、又はその免除を主張する訴え、境界確定の訴え、分割の訴え、及び占有の訴えは、それが不動産に関するものである限りは当該不動産の存在する地の裁判所の専属管轄に属する。

2 地役権、物的負担又は先買権に関する訴えにあっては、承役地又は負担を受ける地の所在地による。

* にしむら ゆうこ 法学研究科法律学専攻博士後期課程

指導教員：多田 望

日本における国際裁判管轄（直接管轄）は、2011年民訴法改正前には特段の事情論のもと民訴法の国内土地管轄に依拠して判断されていた⁵。また、2011年民訴法改正前には国際裁判管轄についての明文の規定は存在しないとされているが⁶、明治民訴法（明治23年3月27日法律第29号）や大正民訴法（大正15年4月24日法律第61号）において、国内土地管轄は国際裁判管轄をも意識されたものであったとする見解もある⁷。このような国内土地管轄である5条12号「不動産に関する訴え」は不動産所在地の任意管轄を定める。その文言は大正民訴法からほぼ変わっていないが、大正民訴法は明治民訴法を改正したものであり、明治民訴法は不動産の物権的請求に不動産所在地の専属管轄を定めていた。また、国際裁判管轄の3条の3第11号「不動産に関する訴え」については、検討過程における参照条文として国内土地管轄の5条12号が提示され、その補足説明として前者の「不動産に関する訴え」の趣旨が後者の趣旨と同様であることから、5条12号と同内容の規律を不動産所在地の国際裁判管轄にすることが提案されていた⁸。これらの点から考えると、国際裁判管轄の3条の3第11号「不動産に関する訴え」は、国内土地管轄の5条12号「不動産に関する訴え」を起点とするものであり、そのルーツは明治民訴法まで遡ると考えることもできる。

そこで、本論文では「不動産に関する訴え」の歴史的経緯を手掛かりに、明治民訴法で定められている専属管轄が大正民訴法で任意管轄へと変更された理由を探求することによって、現行民訴法の国際裁判管轄の3条の3第11号「不動産に関する訴え」が不動産所在地の任意管轄であることの理解を深めることができると考える。なお、その過程において不動産登記請求の管轄に関しても、必要な限りで言及する。以下では、まず日本民訴法の沿革について概観する。次に2011年民訴法改正以前に国際裁判管轄の判断の基本とされていた国内土地管轄における「不動産に関する訴え」について、明治民訴法22条や大正民訴法17条の草案等とその注釈書を見ていく。明治・大正の民訴法の草案等は、『日本立法資料全集』⁹に集約されたものを資料とする。最後に大正民訴法改正において不動産の物権的請求が専属管轄から任意管轄へと変更された理由を歴史的に辿って考察し、国際裁判管轄の3条の3第11号のより深い理解を目指したい。

⁵ 基本的には民訴法の国内土地管轄の規定に依拠しつつ、各事件における個別の事情を考慮して、「特段の事情」がある場合には日本の裁判所の管轄権を否定するという枠組みで判断されてきた（佐藤=小林・前掲注（1）3頁）。最判昭和56年10月16日民集35巻7号1224頁（マレーシア航空事件）、最判平成9年11月11日民集51巻10号4055頁（ファミリー事件）。また、間接管轄について、2011年民訴法改正前は、民訴法の国内土地管轄の規定に準拠しつつ、具体的事情や条項に即して判断されるとされ（最判平成10年4月28日民集52巻3号853頁（サドワニ事件））、改正後は民訴法の国際裁判管轄（直接管轄）の規定が国内土地管轄の規定に代わることになる（最判平成26年4月24日民集68巻4号329頁（アナスタシア事件））。

⁶ 「国際裁判管轄法制の整備について 国際裁判管轄法制部会資料3」1頁 法制審議会国際裁判管轄法制部会第1回会議（平成20年10月17日開催）。

⁷ 石黒一憲『現代国際私法 上』264-265頁（東京大学出版会、1986）、藤田泰弘「国際的裁判管轄法規とその比較法的研究」判例タイムズ865号10-32頁（1994）等。

⁸ 「国際裁判管轄法制に関する検討事項(2) 国際裁判管轄法制部会資料9」6頁 法制審議会国際裁判管轄法制部会第3回会議（平成20年12月19日開催）。なお、この資料では参考として静岡地裁浜松支部平成3年7月5日判時1401号98頁も挙げられている。この判決では、「管轄に関する一般に承認された明確な国際法上の原則が確立しているとはいえない」とし、不動産の権利関係をめぐる訴訟について不動産所在地国が専属的管轄権を有するとする被告の主張は否定された。その上で、アメリカ合衆国所在の土地の売却義務の不存在の確認の訴えについて、当事者は全て日本人であるものの日本民訴法上の土地管轄規定における裁判籍が存在せず、被告の普通裁判籍等がアメリカ合衆国に存在することから、日本に国際裁判管轄は認められないとされた。

⁹ 草案の変遷に関して、『日本立法資料全集』（信山社）の中から、同全集191～193（『民事訴訟法（明治編）（1）～（3）』）、同全集194～198（『民事訴訟法（明治23年）（1）～（5）』）、同全集43～46（『民事訴訟法（明治36年草案）（1）～（4）』）、同全集10～14（『民事訴訟法（大正改正編）（1）～（5）』）を参照する。

2 日本民訴法の沿革

明治初期の日本において、欧米列強を含む17カ国と1858年から1873年にかけて締結された不平等な通商条約を改定することは、政府の最重要課題の1つであった¹⁰。治外法権の撤廃を含めて不平等条約の改定を求める明治政府は、欧米列強から日本の法制の近代化（西洋化）を求められ、民事訴訟法の起草も開始される¹¹。このように日本民訴法は明治初期において対外的要請から起草が開始された。

明治政府は民事訴訟法原案の作成について、1877年公布のドイツ民事訴訟法（CPO）に着目していたため、ドイツから教育部門の行政官として招聘されていたテヒョー（Herman Techow）にそれを依頼した¹²。テヒョーの民事訴訟法草案は1886年に司法大臣に提出された¹³。この草案は、オーストリア、ヴェルテンベルク、フランス、イギリス、イタリア、アメリカの法理原則だけでなく、日本の実務慣行にも配慮されていたとされる¹⁴。しかしながら、最終的には司法省に設置された法律取調委員会による審議によって、ドイツ民訴法の影響を大きく受けるものとなった¹⁵。

テヒョー帰国後は、法律取調委員に任命されたモッセ（Albert Mosse）が、ドイツのCPOに依拠して草案を作成したが、1888年に起草を断念した¹⁶。その後起草作業を引き継いだ日本人の報告委員（訴訟法組合）は、テヒョー案とCPOを参考とした¹⁷。民事訴訟法草案は1889年に内閣総理大臣に提出された後、元老院で審査された¹⁸。このような経緯をもって明治23（1890）年4月21日、日本で初めての近代的民事訴訟法が公布された。なお、不平等な通商条約の改正については、一部の例外を除き1899年には治外法権を廃止する新通商条約が発効した¹⁹。つまり、明治民訴法公布の後、大正民訴法改正作業が開始されたとされる1896年頃には、列強の治外法権は廃止されつつあった。

明治民訴法は、しかしながら、運用上の不便や同時並行的に法典化作業が行われていた民法、商法との齟齬のため、施行後すぐにその改正の要望が高まった²⁰。明治民訴法の改正、つまり大正民訴法の作成は国内的要請で開始された。最初に民事訴訟法調査委員会がおそらくは1896年から改正作業を開始した²¹。その後1900年に法典調査会で審議されることとなり、1903年頃までには改正案（明治36年改正案）がドイツ民事訴訟法に依拠して作成されたが、同年のうちに法典調査会は廃止された²²。1907年に法律取調委員会（第2部）が民訴法改正を再開したが、この委員会も1919年に一旦廃止された。同年、民事訴訟法改正調査委員会が改正作業を引き継ぎ、1925年に民事訴訟法改正案を確定した²³。この草案は、明治36年改正

¹⁰ 松本博之『民事訴訟法の立法史と解釈学』4頁（信山社、2015）、鈴木祥「明治期における領事裁判権と商人領事」外交史料官報31号61頁（2018）。

¹¹ 鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』117頁（有斐閣、2004）。

¹² 鈴木正裕・前掲注（11）49頁、松本・前掲注（10）6頁（信山社、2015）、本間靖規『日本における民事訴訟法の変遷と課題』比較法学50巻2号122頁（2016）。

¹³ 松本・前掲注（10）19頁。

¹⁴ 松本博之＝徳田和幸編著『民事訴訟法 [明治編] (1)テヒョー草案I（日本立法資料全集191）』6頁（信山社、2008）、本間・前掲注（12）122頁。

¹⁵ 本間・前掲注（12）122頁。

¹⁶ 松本・前掲注（10）34-36頁。

¹⁷ 松本・前掲注（10）37頁。

¹⁸ 松本・前掲注（10）44頁。

¹⁹ 鈴木祥・前掲注（10）61頁（2018）、木村時男「日本における条約改正の経緯」早稲田人文自然科学研究19号1頁（1981）。

²⁰ 松本・前掲注（10）51頁、本間・前掲注（12）125頁。

²¹ 松本・前掲注（10）56頁。

²² 松本・前掲注（10）59頁。

²³ 松本・前掲注（10）74頁。

案と異なり、オーストリアやハンガリーの民事訴訟法にも倣っていたとされる²⁴。この改正法（大正民法）は大正15（1926）年6月26日に公布された。大正民法は、戦後1948年に改正をみたが、1996年に民事訴訟法（平成8年6月26日法律第109号）が公布されるまで存続した。その後、さまざまな改正が行われ、2011年に財産事件における国際裁判管轄を整備する改正法が成立するに至った。

3 明治民法（1890）における不動産の物権的請求の管轄

この章では、まず、不動産の物権的請求の管轄について明治民法の制定過程における各草案を検証し、次に、制定された明治民法22条について同時代の注釈書を俯瞰する。明治民法においてどのような経緯で不動産の物権的請求が不動産所在地の専属管轄と定められたかをみていきたい。

3-1 明治民法草案の変遷

ここでは資料に存在する明治民法の草案等における不動産の物権的請求の管轄を定める条文の変遷を個々に検証し、明治民法正文までを辿る。

3-1-1 テヒョー「訴訟規則原按 完」（明治18年2月）²⁵

第27條 不動産ノ所有權ニ關スル訴訟、其貸借抵當等ニ關スル訴訟〔、〕其疆界面定其分割及其現有ニ關スル訴訟等ハ獨リ其不動産存在ノ地方ノ裁判所之ヲ管轄ス

この草案が、日本において不動産の物権的請求に不動産所在地を定める規定の原点である。

「不動産ノ所有權ニ關スル訴訟」とその他の訴えに不動産所在地の管轄が定められている。「獨リ」という文言から専属的な管轄と読むことができるため、不動産所有権に関する訴訟等について不動産所在地に専属管轄が定められていたと考えることができる。「不動産ノ所有權ニ關スル訴訟、其貸借抵當等ニ關スル訴訟〔、〕其疆界面定其分割及其現有ニ關スル訴訟等」は例示であるが、例示されている内容からすると、不動産の物権的請求であると推察され、少なくとも当初から不動産の物権的請求について専属管轄を定めていたと考えることができる。

3-1-2 「テヒヤウ氏訴訟規則修正原按」（訴訟規則委員会）²⁶

第16條 不動産ノ所有權ニ關スル訴訟、其貸借抵當等ニ關スル訴訟其疆界面定又ハ其分割及ヒ其占有ニ關スル訴訟等ハ獨リ其不動産存在ノ地方ノ裁判所之ヲ管轄ス
地役又ハ小作ニ關スル訴訟ハ益地又ハ負擔地所在地ノ裁判所之ヲ管轄ス
所有者又ハ占有者ニ對スル對人上ノ訴訟竝ニ土地損害ニ對スル訴訟ハ物件ノ管轄裁判所ニ之ヲ爲スコトヲ得（例ヘハ銃獵ニ關シ起ス訴訟）

27条から16条へと変更され、2項と3項が追加される。1項では、不動産の所有権等に関する訴訟と境

²⁴ 本間・前掲注（12）126頁。

²⁵ テヒョーが起案し、玉乃世履（大審院長）を委員長とする予備会議である訴訟規則取調委員会による検討を経て、明治18年（1885年）に完成した（松本＝徳田・前掲注（14）『明治編(1)』）6頁、19頁。第27条は松本＝徳田・前掲注（14）『明治編(1)』資料1、44頁に記載されている。

²⁶ 三好退蔵を委員長とする訴訟規則委員会が、先のテヒョー「訴訟規則原按 完」（明治18年2月）を修正したものである（松本＝徳田・前掲注（14）明治編(1)9頁）。16条は松本＝徳田・前掲注（14）『明治編(1)』130頁に記載されている。

界確定等に関する訴訟は、引き続き「獨り」という文言より専属管轄と読むことができる。「現有」が「占有」に置き換えられる。2項に関しては地役権、小作権に関する訴訟について、不動産所在地の任意管轄が定められる。3項の「對人上ノ訴訟」と「土地損害ニ對スル訴訟」は債権的請求と考えられる²⁷。

1項では不動産の物権的請求に不動産所在地の専属管轄が定められるが、2項では不動産物権であるにもかかわらず、地役権と小作権に関しては任意管轄を定めている。不動産についての請求について、1項と2項では物権的請求を、3項では債権的請求を定めていることから、ここでは債権的請求と物権的請求の区分がみられる。

3-1-3 「哲憑氏訴訟規則翻訳原案修正 完」²⁸

第16條 所有權、物件ノ負擔又ハ其負擔ノ解除ヲ申立ル訴訟〔、〕分界訴訟〔、〕分割訴訟及現有訴訟ニ付テハ不動産物件ニ關スル場合ニ限り其物件ノ所在地ヲ管轄スル裁判所特ニ權限ヲ有スルモノトス地所使用權又ハ地所負擔ニ關スル訴訟ニアリテハ使用セラルル地所又ハ負擔ヲ受ル地所ノ位地ニ依テ定マルモノトス
物件ノ裁判管轄ニ於テ之ニ對シ提起スル身上ノ訴訟竝ニ地所損害ニ付テノ訴訟（例ヘハ銃獵執行ニ關スル場合）ヲ提起スルコトヲ得

ここでは、全体として内容の修正はなく、形式の修正が行われているようである。「獨り」という文言は、「特ニ」という文言に置き換えられる。次の3-1-4では「専属ス」と変更されることから、専属管轄の表現の試みであると考えられる。「占有」の語が、再び「現有」となる。3項における「身上ノ訴訟」は、身分に関わる財産上の請求と考えられ²⁹、「地所損害ニ付テノ訴訟」は債権的請求と考えられる。物権的請求とその他の請求を区別して規定していると考えられる。

3-1-4 「訴訟規則會議員修正案 完」³⁰、「訴訟法案 第1卷」³¹、「民事訴訟法草案 完」（訴訟規則會議）³²

第34條 不動産ニ關スル訴訟ハ左ノ場合ニ於テ其不動産所在地ノ裁判所ノ管轄ニ専屬ス
1 所有權ノ回復若クハ移轉ニ係ル時
2 入額所得權使用權若クハ地役ニ係ル時
3 占有分割若クハ疆界ノ確定ニ係ル時
4 貸借質入書入若クハ小作ニ係ル時
不動産ニ關スル事件ニ付キ對人權ヲ施行セントスル時ハ其不動産所在地ノ裁判所ニ出訴スルコトヲ得

²⁷ 對人訴權が、「特ニ定マリタル人ニ對シテ、訴ヲ以テ義務ノ履行ヲ請求スルノ權ヲ云フ。（民法財産編143條）」（磯部四郎＝服部誠一『民法辭解：伊呂波引』351頁（八尾書店、1894））であることから、「對人上ノ訴訟」とは債権的請求と考えられる。

²⁸ 「テヒヤウ氏訴訟規則修正原按」の修正である（松本＝徳田・前掲注（14）『明治編(1)』21頁）。16条は、松本＝徳田・前掲注（14）『明治編(1)』資料4、277頁に記載されている。

²⁹ 身上の錯誤が、「身分ノ上ニ於テ誤解アリタルヲ云フ（民法財産編309條）」（磯部＝服部・前掲注（27）700頁）であることから、身上とは一般に身分をいうと考えられる。ただし、ここでは「對人」の代わりのように見受けられる。

³⁰ 三好退蔵を委員長とする訴訟規則委員会による修正である（松本＝徳田・前掲注（14）明治編(1) 25頁）。条文は、松本博之＝徳田和幸編著『民事訴訟法〔明治編〕(2)テヒョー草案Ⅱ（日本立法資料全集192）』（信山社、2008）資料7、6頁に記載される。

³¹ 松本＝徳田・前掲注（14）『明治編(1)』25頁。条文は松本＝徳田・前掲注（30）『明治編(2)』資料8、62頁に記載される。

³² 松本＝徳田・前掲注（14）『明治編(1)』26頁。条文は松本＝徳田・前掲注（30）『明治編(2)』資料10、135頁に記載される。

「訴訟規則会議員修正案 完」において16条から34条となり、大きく修正・整理される。その後の「訴訟法案 第1巻」、「民事訴訟法草案 完」では文言がそのまま維持される。

この修正では、「不動産ニ關スル訴訟」という文言が初めて現れる。この文言は、現行民事訴訟法5条12号や3条の3第11号「不動産に関する訴え」と類似のものであり、ここに起源があるともいえそうである。また、「専屬ス」という語により、専属管轄であることが明確になった。専属管轄の対象は、1項1号「所有權」の回復・移転、1項2号「入額所得權³³」、「使用權」、「地役」、1項3号「占有分割」、「疆界ノ確定」、1項4号の「貸借質入書入」、「小作」に関する請求である。さらに、ここでも2項において「對人權」という債権を表す語が用いられており、物権と債権の区別をしていることが窺われる。不動産に関する事件についての債権的請求については、不動産所在地管轄を定めるが、専属管轄とはされていない。

「日本訴訟規則修正案説明」³⁴では、上記34条は、20条（被告住所地）の例外であり、被告住所地がどこであっても目的不動産の所在地を管轄とし、被告住所地に出訴することはできないとする。また、専属管轄とする理由について、不動産を管轄する村役場の書類を点検し、その土地の習慣を探知し、実地の臨検をしなければ、判決を下すことができない点、ドイツやフランスも専属管轄を規定する点を挙げている。

3-1-5 「訴訟法草案 完」³⁵

第24條 不動産ニ關スル訴訟ハ左ノ場合ニ於テ其不動産所在地ノ裁判所ノ管轄ニ専屬ス

- 1 所有權ノ回復若クハ移轉ニ係ル時
- 2 入額所得權使用權若クハ地役ニ係ル時不動産ノ負擔スル義務ニ係ル時但地役ニ係ル場合ニ於テハ役地ノ裁判所管轄權ヲ有ス
- 3 占有分割若クハ疆界ノ確定分界若クハ分割ニ係ル時
- 4 貸借質入書入若クハ小作保有ニ係ル時

不動産ニ關スル事件ニ付キノ所有者若クハ保有者ニ對シ對人權ヲ施行セントスル時ハ其不動産所在地ノ裁判所ニ出訴スルコトヲ得

不動産ニ加ヘタル損害ノ賠償ヲ請求スル時亦同シ

34条から24条へと変更され、この修正では、1項2号で地役権について、「役地」に専属管轄が定められる。1項3号で「疆界ノ確定」が「分界」という文言へ変更される。また、3項において、不動産に加えられた損害の賠償請求の不動産所在地管轄を定める文言が再出する。

³³ 「ボアソナード氏起稿 民法草案財産篇講義物権之部 壹」（司法省、明治13（1880））によると、物権は所有權と入額所得權使用權及び住居權から成る。入額とは、「貸貸スル建物又ハ土地ノ借貸又ハ終身年金權ノ年金等ガ、拂渡スベキ期限己ニ滿チテ、當ニ入ルベキ金額アルヲ云フ（財産編第393條）」とされる（磯部＝服部・前掲注（27）178頁）。

³⁴ 訴訟規則委員会の書記であった深野達によって作成されたものであり、ある条文をなぜ削除し、なぜ修正しようとしたかを明らかにしようとする説明書である（松本＝徳田・前掲注（14）『明治編(1)』26頁）。説明文は、松本＝徳田・前掲注（30）『明治編(2)』資料11、266頁に記載される。

³⁵ 1886年6月作成のテヒョーによるドイツ語版確定稿の翻訳であるとされる（松本＝徳田・前掲注（14）『明治編(1)』27頁、28頁）。24条は、松本博之＝徳田和幸編著『民事訴訟法 [明治編] (3)テヒョー草案Ⅲ（日本立法資料全集193）』（信山社、2008）資料13、82-83頁に記載されている。

3-1-6 「民事訴訟法草案第1回」³⁶

第24條 不動産ニ關スル訴訟ハ左ノ場合ニ於テ其不動産所在地ノ裁判所ノ管轄ニ專屬ス
 第1 所有權ノ回復若クハ移轉伸長ニ係ル時モノ
 第2 不動産ノ負擔スル義務ニ係ル時モノ但地役ニ係ル場合ニ於テハ受役地ノ裁判所之ヲ管轄權ヲ有ス
 第3 分界若クハ分割ニ係ルモノ
 第4 保有ニ係ル時モノ
 不動産ノ所有者若クハ占有者ニ對シ〔スル?〕對人權ノ訴又ハ不動産ニ加ヘタル損害ニ係ル訴ヲ施行セントスル時ハ其不動産所在地ノ裁判所ニ出訴スル之ヲ起スコトヲ得
 不動産ニ加ヘタル損害ノ賠償ヲ請求スル時亦同シ

3-1-5のテヒョーによる確定稿は法律取調委員会によって修正され、「民事訴訟法草案第1回」となる。この草案においても、「不動産ニ關スル訴」は、専属管轄であることに変わりはない。ここでは、1項2号において地役権に関する請求について「益地」から「受益地」と修正され、「受益地」が管轄となるとはっきりと定める。3-1-5の第3項の損害賠償請求が2項に加えられ、3項が削除される。

3-1-7 「民事訴訟法新草案第1回（モッセ草案邦訳）」³⁷

第22條 不動産ニ關スル訴訟ハ左ノ場合ニ於テ付テハ其不動産所在地ノ裁判所ハ總テノ物上ノ訴殊ニ權原并ニ占有ノ訴及ヒ派分并ニ經界ノ訴ヲ專ラニノ管轄ニ專屬ス
 地役ニ關スル訴ニ付テハ受役地ノ所在地ニ依ル
 第1—所有權ノ伸長ニ係ル時モノ
 第2—不動産ノ負擔スル義務ニ係ルモノ但地役ニ係ル場合ニ於テハ受役地ノ裁判所之ヲ管轄ス
 第3—分界若クハ分割ニ係ルモノ
 第4—保有ニ係ルモノ
 不動産ノ所有者若クハ占有者ニ對シ〔スル?〕人權ノ訴又ハ不動産ニ加ヘタル損害ニ係ル訴ハ其不動産所在地ノ裁判所ニ之ヲ起スコトヲ得

24条から22条へと変更される。このモッセ草案翻訳では、「不動産ニ關スル訴訟」という文言は消える。1項において専属管轄は、用語が変わるが存続する。3-1-6「民事訴訟法草案第1回」の2項の不動産についての債権に関する請求と損害賠償請求が削除される。

3-1-7の規定は、民事訴訟法草案議事筆記第2回（第10条～第25条）（明治20年12月17日）において言及されるが、「派分」の意味が確認されたのみであり、「派分」とは、用収権からきたもので区別、分割すること、共有物を分けることと示された³⁸。

³⁶ テヒョーは自身の確定稿がすぐに法律として施行されることが望んでいたとされる。しかし、明治政府は、明治19(1886)年5月1日に始まった不平等条約の改正交渉の中で、日本の法律が西洋の法の諸原則に反しないかを調査することを求められた。この調査を行うために、明治19(1886)年法律取調委員会を外務省に設置した。テヒョーは帰国していたので、モッセが法律取調委員に任命され、起草を担当した。同委員会は、明治20(1887)年10月21日に司法省に移管し、同年12月16日から民事訴訟法に関する審議を開始した。テヒョーの確定稿は同委員会によって調査されることとなった（松本博之＝徳田和幸編著『民事訴訟法 [明治23年] (1) (日本立法資料全集194)』3-5頁（信山社、2014））。24条は 松本＝徳田・前掲注 (36)『明治23年(1)』資料1、33頁に記載されている。

³⁷ モッセによって提出されたドイツ語草案の翻訳であり、松本＝徳田・前掲注 (36)『明治23年(1)』資料2、36頁に記載されている。モッセは明治20(1887)年3月には民事訴訟法案の作業を完全に止めてしまったとされる（松本＝徳田・前掲注 (36)『明治23年(1)』7頁）。

³⁸ 明治20(1887)年12月16日から翌年10月11日までの法律取調委員会の審議の議事筆記である（松本＝徳田・前掲注 (36)『明治23年(1)』22頁）。22条は、12月17日第2回部分であり、松本博之＝徳田和幸編著『民事訴訟法 [明治23年] (2) (日本立法資料全集195)』（信山社、2014）71-72頁に記載されている。

3-1-8 修正民事訴訟法草案第1回（第1条～第152条）³⁹

第22條 不動産ニ付テハ其不動産所在地ノ裁判所ハ總テノ物上ノ訴殊ニ權原并竝ニ占有ノ訴及ヒ派分并竝ニ經界ノ訴ヲ專ラニ管轄ス
地役ニ關スル訴ニ付テハ受役地ノ所在地ニ依ル

この修正では、3-1-7において「并」であるところ、「竝」と置き換えられたのみである。

3-1-9 民事訴訟法再調査案（第1条～第86条）⁴⁰

第22條 不動産ニ付テハ其不動産所在地ノ裁判所ハ總テノ物不動産上ノ訴殊ニ權原竝ニ占有ノ訴及ヒ派分分割竝ニ經界ノ訴ヲ專ラニ管轄ス
地役ニ關スル付テノ訴ニ付テハ受役地ノ承役地所在地ノ裁判所ニ依ル專ラニ之ヲ管轄ス

これは法律取調委員会の再調査案である。ここでは、第1項において「派分」が「分割」という語に置き換えられ、第2項で地役権に関する請求についての管轄が「受益地」から「承役地」へと変更された。

3-1-10 民事訴訟法案（第1版）⁴¹、民事訴訟法草案（第1版）（再修正原本）⁴²、民事訴訟法（第2版）（元老院提出案）⁴³

第22條 不動産ニ付テハ其所在地ノ裁判所ハ總テ不動産上ノ訴殊ニ權原竝ニ占有ノ訴及ヒ分割竝ニ經界ノ訴ヲ專ラニ管轄ス
地役ニ付テノ訴ハ承役地所在地ノ裁判所專ラニ之ヲ管轄ス

ここでは、助詞の変更のみである。

3-1-11 民事訴訟法（第3版）（元老院通過案）＝正文⁴⁴

第22條 不動産ニ付テハ其所在地ノ裁判所ハ總テ不動産上ノ訴殊ニ權原本權竝ニ占有ノ訴及ヒ分割竝ニ經界ノ訴ヲ專ラニ管轄ス
地役ニ付テノ訴ハ承役地所在地ノ裁判所專ラニ之ヲ管轄ス

ここにおいては、1項で「權原」が「本權」に変更された。

³⁹ 法律取調委員会の審議結果を整理した文書であり、松本博之＝徳田和幸編著『民事訴訟法 [明治23年] (3) (日本立法資料全集196)』（信山社、2014）資料139、238頁に記載されている。

⁴⁰ 明治21年9月7日から始まった法律取調委員会の叩き台であり（松本＝徳田・前掲注（36）『明治23年(1)』22頁）、松本博之＝徳田和幸編著『民事訴訟法 [明治23年] (4)』日本立法資料全集197（信山社、2015）資料159、5頁に記載されている。

⁴¹ 先の民事訴訟法再調査案の修正を反映し、さらに文字の修正を行ったものである（松本＝徳田・前掲注（36）『明治23年(1)』22頁）。22条は、松本＝徳田・前掲注（40）『明治23年(4)』資料170、90頁に記載されている。

⁴² 民事訴訟法案（第1版）に欠けていた条文を追加したものである（松本＝徳田・前掲注（36）『明治23年(1)』24頁）。22条は、松本＝徳田・前掲注（40）『明治23年(4)』資料175、245頁に記載されている。

⁴³ 民事訴訟法草案（第1版）（再修正原本）の書き込みを本文に組み込んだもの（松本＝徳田・前掲注（36）『明治23年(1)』24頁）。松本＝徳田・前掲注（36）『明治23年(1)』22頁）であり、松本博之＝徳田和幸編著『民事訴訟法 [明治23年] (5) 日本立法資料全集198』（信山社、2015）資料176、7頁に記載されている。

⁴⁴ 民事訴訟法（第2版）（元老院提出案）を修正したものである（松本＝徳田・前掲注（36）『明治23年(1)』24頁）。条文は、松本＝徳田・前掲注（43）『明治23年(5)』資料177、109頁に記載されている。

3-1-12 小括

テヒョーによる3-1-1「訴訟規則原按 完」(明治18(1885)年2月)は1つの項からなり、不動産の物権的請求に不動産所在地の専属管轄を定めるものであったと考えられる。3-1-4「訴訟規則会議員修正案 完」等では現行民訴法5条12号や3条の3第11号における「不動産に関する訴え」という文言の起源と考えられる「不動産ニ關スル訴訟」という記載がみられる。専属管轄を規定した理由の1つとして、ドイツやフランスに倣ったこともここで示される。テヒョー案は、1886年6月に3-1-5「訴訟法草案 完」において確定稿となった。この確定稿は2つの項から成り、第2項では4つの号が置かれた。1項において不動産の物権的請求に専属管轄を定め、2項においていくつかの不動産の物権的請求に任意管轄を定めるものであった。しかし、この確定稿はモッセによってさらに変更される。3-1-7「民事訴訟法新草案第1回(モッセ草案邦訳)」は2つの項からなる。第1項において不動産の物権的請求について専属管轄を定め、第2項では地役権に関わる請求に承役地を管轄に定めた。それ以降の草案は、明治民訴法の正文とはほぼ同じである。

明治民訴法正文はテヒョーの原案と実質的にはほぼ変わらず、1877年ドイツ民訴法25条⁴⁵と類似する規定となった。それは、1項において不動産の物権的請求と債権的請求を区別し、物権的請求に不動産所在地の専属管轄を定め、不動産の物権的請求のうち地役権に関するものを2項において承役地に専属管轄を定めるといったものであった。

3-2 明治民訴法(1890)22条

明治民訴法正文

第22條

不動産ニ付テハ其所在地ノ裁判所ハ總テ不動産上ノ訴殊ニ本權竝ニ占有ノ訴及ヒ分割竝ニ經界ノ訴ヲ專ニ管轄ス
地役ニ付テノ訴ハ承役地所在地ノ裁判所專ニ之ヲ管轄ス

明治民訴法22条は、「不動産上ノ訴」を不動産所在地の専属管轄とする。1項は、不動産上の訴えの例として、本権、占有権、分割の訴え、境界の訴えを列挙する。このように不動産の物権的請求と境界の訴えに専属管轄が定められている。2項は、特に不動産上の訴えのうち地役権の訴えについて承役地を専属管轄とする。ここでは、明治民訴法制定当時の注釈書を参考に、専属管轄や「不動産上ノ訴」の意義について検討する。

3-2-1 「専ニ」一専属管轄

「専ニ」とは、不動産上の訴えについては不動産所在地の裁判所以外の裁判所に訴訟を提起することができないことをいう⁴⁶。また、この管轄は31条の合意管轄に優先し、当事者は必ず本条に従われなければな

⁴⁵ 1877年ドイツ民事訴訟法

第25條 所有權、物ノ負擔又ハ其負擔ノ免除ヲ主張スル訴、經界ノ訴、分割ノ訴及ヒ占有ノ訴ニ付テハ不動産ニ關スル限ハ其物ノ所在地ノ裁判所專ニ管轄ス

地役又ハ土地負擔ニ關スル訴ニ付テハ裁判籍ハ承役地又ハ義務ヲ負擔スル土地ノ位地ニ依リテ定マル

(ゾーフエルト原著 石渡敏一他訳述 『千八百七十七年一月三十日 獨逸帝国民事訴訟法同施行條例註釋(法曹会出版、1899)(日本立法資料全集 別卷488)』98-99頁(信山社、2008)。

⁴⁶ 本多康直=今村信行『民事訴訟法[明治23年]注解(1890)(日本立法資料全集152)』70頁(信山社、2000)、井上操『民事訴訟法術義(寶文館、1891)(日本立法資料全集 別卷75)』80頁(信山社、1996)、齋藤孝治=緩鹿實彰『民事訴訟提要 全(明法堂)(日本立法資料全集 別卷 1173)』13頁(信山社、2017)。

らないとされる⁴⁷。このような管轄は、「専属裁判籍」という語で説明される⁴⁸。

専属管轄の趣旨は、実際に臨検の必要があること、不動産所在地に管轄がないならば大いに不便であることにあるとされる⁴⁹。また、迅速な訴訟の解決も意識される⁵⁰。さらに、土地所有権の重要性も専属管轄の根拠としてあげられる⁵¹。ドイツとフランスに同一の規定があることも、この規定を設けた理由とされている⁵²。

3-2-2 「不動産上ノ訴」

「不動産」とは、実体法、すなわち民法⁵³財産編8条、9条、10条により⁵⁴、土地と家屋をいう⁵⁵。

1項「本権」とは、民法財産編36条以下をいう⁵⁶。「本権ニ關スル訴トハ所有權ノ基本ニ付キ其有無ヲ争フ訴ヲ云フ所有權回復ノ訴ノ如キ又ハ所有權ヲ確認セシメント訴フルカ是ナリ」⁵⁷とする。「本権」の訴えとは、所有者がその物の占有を妨げられ、又は奪われたとき、所持者に対し行う訴権である⁵⁸。「例へハ賣買ヲ為シタル土地引渡サレンコトヲ求ムルノ訴權ノゴトシ」⁵⁹とされる。

「占有」とは、民法財産編199条以下をいう⁶⁰。占有の訴えとは、不動産又はその物上権の占有を保護する訴え（保持訴権、新工事告発訴権、急害告発訴権、回収訴権）である⁶¹。例えば、自分が占有している土地を、侵奪又は妨害する者に対して、所有権を証明せずに、占有に基づいて返還、妨害排除を求める訴えである⁶²。保持訴権は妨害を排除し、賠償を得ることを目的とし、新工事告発訴権は占有の妨害となる隣地の新工事の廃止又は変更を目的とし、急害告発訴権は建物樹木その他の物の傾倒、提塘や水溜や水桶の破損、燃烧爆発物に必要な予防をしない使用によって隣地に生じる危害の予防処分を命令すること、又は未定の損害に対する賠償の保証人を立てることを目的とし、回収訴権は暴行脅迫又は詐術によって不動産の全部又は一部の占有を侵奪された占有者が其回復をすることを目的とする⁶³。

「分割」の訴えについては、共有物の分割の請求をする訴えと解説するものと⁶⁴、所有権の支分たる使用权、住居権、収益権に関する訴えと解説するものがある⁶⁵。

「経界」の訴えは、民法財産編239条以下で規定され⁶⁶、不動産の経界に関する訴えをいう⁶⁷。

⁴⁷ 井上・前掲注(46) 80-81頁、宮城浩蔵『民事訴訟法正義 上 第6版(新法註釋會出版、1892)(日本立法資料全集 別巻65)』114頁(信山社、1996)、三坂繁人『民事訴訟法釋要 上巻(金港堂、1890)(日本立法資料全集 別巻403)』193-194頁(信山社、2006)。

⁴⁸ 高木豊三『民事訴訟法論綱 第一巻(講法會、1895)(日本立法資料全集 別巻142)』126頁(信山社、1999)。

⁴⁹ 井上・前掲注(46) 81頁、宮城・前掲注(47) 114頁、本田=今村・前掲注(46) 71頁。

⁵⁰ 宮城・前掲注(47) 115頁。

⁵¹ 三坂・前掲注(47) 193頁。

⁵² 宮城・前掲注(47) 114頁、三坂・前掲注(47) 193頁。

⁵³ ここでいう民法とは明治23年4月21日法律第28號 民法財産編財産取得編債権担保編証拠編である。

⁵⁴ 高木・前掲注(48) 126頁。

⁵⁵ 樋山廣業『民事訴訟法釋義 上巻(寶文館、第3版、1891)(日本立法資料全集 別巻1278)』47頁(信山社、2020)。

⁵⁶ 高木・前掲注(48) 126頁。

⁵⁷ 宮城・前掲注(47) 113頁。

⁵⁸ 三坂・前掲注(47) 193頁。

⁵⁹ 樋山・前掲注(55) 47頁。

⁶⁰ 高木・前掲注(48) 126頁。

⁶¹ 宮城・前掲注(47) 113頁。

⁶² 樋山・前掲注(55) 47頁。

⁶³ 三坂・前掲注(47) 194頁。

⁶⁴ 樋山・前掲注(55) 48頁、高木・前掲注(48) 127頁。

⁶⁵ 宮城・前掲注(47) 113頁。

⁶⁶ 高木・前掲注(48) 127頁。

⁶⁷ 宮城・前掲注(47) 113頁。

「地役」とは、土地の便益のため他人の所有に属する不動産の上に設ける負担であり⁶⁸、通行権、水道を通す権利等をいう⁶⁹。民法財産編269条に要請訴権、拒却訴権が規定される⁷⁰。「承役地」はすなわち義務を負う土地の裁判所であり⁷¹、要役地より利害関係が大きいことから承役地の専属管轄とされる⁷²。

1つの不動産で2つの裁判所の管轄がある場合、明治民法26条によって上級裁判所の指定で定まる⁷³。本条と居住目的等の賃借人に対する不動産の債権的請求を定める16条2項⁷⁴を同一視してはいけないことも喚起されている⁷⁵。

3-2-3 小括

明治民法22条は、不動産の物権的請求に不動産所在地の専属管轄を定める。しかし、22条1項について、「殊に」という文言から、例示列举と考えられる。22条2項は、地役権に関する請求に承役地の専属管轄を定める。明治民法22条は1877年ドイツ民法25条と類似している。1877年ドイツ民法25条1項は、1898年ドイツ民法24条1項⁷⁶に相当し、後者の注釈書を参考にすると、不動産の物権的請求に不動産所在地の専属管轄を定めるが、限定列举であることが窺える⁷⁷。それは、不動産登記請求（登記簿の是正を求める訴え）も含む⁷⁸。

また、明治民法の注釈書は、物権的請求と境界の訴えを不動産所在地の専属管轄とする根拠としていくつかの点を挙げている。まず、ドイツとフランスに同様の規定があること、次に、実際の臨検の必要性があり、裁判所の便宜があることである。

さらに、明治民法22条が不動産の物権的請求を定め、同16条2項は居住用建物の賃借人に対する請求のような不動産の債権的請求を含むことから、物権的請求と債権的請求の管轄が区別されている。この区別は、現行民法5条12号や3条の3第11号「不動産に関する訴え」が物権的請求と一定の債権的請求を同じ条文で定める点と異なる。

4 大正民法（1926）における不動産の物権的請求の管轄

大正民法制定過程の各草案における不動産の物権的請求の管轄を定める規定と草案審議の速記録等を検証した後、大正民法17条について同時代の注釈書等をみる。

4-1 大正民法草案の変遷

ここでは、大正民法の草案や議事速記録等における不動産の物権的請求を定める条文の変遷を個々に

⁶⁸ 宮城・前掲注（47）113-114頁。

⁶⁹ 樋山・前掲注（55）48頁。

⁷⁰ 高木・前掲注（48）127頁、樋山・前掲注（55）48頁、本多＝今村・前掲注（46）71頁。

⁷¹ 樋山・前掲注（55）48頁。

⁷² 本多＝今村・前掲注（46）71頁。

⁷³ 高木・前掲注（48）127頁。

⁷⁴ 明治民事訴訟法

第16条 製造、商業其他ノ營業ニ付キ直接ニ取引ヲ為ス店舗ヲ有スル者ニ對シテハ其店舗所在地ノ裁判所ニ營業上ニ關スル訴ヲ起コスコトヲ得

前項ノ裁判籍ハ住家及ヒ農業用建物アル地所ヲ利用スル所有者、用役者又ハ賃借人ニ對スル訴ニ付テモ亦之ヲ適用ス但コノ訴カ地所ノ利用ニ付テノ權利關係ヲ有スルトキニ限ル

⁷⁵ 宮城・前掲注（47）114頁。

⁷⁶ 後掲注81参照。

⁷⁷ マルチン・ヨナス『注釋獨逸民事訴訟法 第1分冊 司法資料第289号』349頁（司法省調査課、1943）。

⁷⁸ ヨナス・前掲注（77）（1943）343頁。

検証し、大正民訴法正文が作成されるまでの経緯を辿る。不動産の物権的請求が任意管轄へ変更される時点や草案段階にみる変更理由を探求したい。

4-1-1 民事訴訟法調査委員会修正案⁷⁹

第26條 不動産ニ付テハ其所在地ノ裁判所ハ總テ不動産上ノ物權ノ訴殊ニ本權竝ニ占有ノ訴及ヒ分割竝ニ經界ノ訴ハヲ專ラニ管轄不動産所在地ノ裁判所ノ管轄ニ專屬ス
地役權ノニ付テノ訴ハ承役地所在地ノ裁判所專ラニ之ヲ管轄ニ專屬ス

この案は、明治民訴法正文と比較すると、「物権」の語を使用することが特徴的である。第1項が不動産の物権的請求を対象とし、専属管轄とすることが明確になった。文言上の変更では、「専ラニ」を「專屬ス」に、「地役」を「地役權」とする。

4-1-2 民訴甲第1號（明治33（1900）年9月11日配布）⁸⁰

第30條 不動産上ノニ關スル物權ノ訴及ヒ又ハ分割竝ニ若クハ經疆界ノ訴ハ不動産所在地ノ裁判所ノ管轄ニ專屬ス
地役權ノ訴ハ承役地所在地ノ裁判所ノ管轄ニ專屬ス

26条から30条へと変更される。この草案は、明治民訴法22条、1898年ドイツ民訴法24条⁸¹、1895年オーストリア司法裁判管轄法81条⁸²を参照したと記録される⁸³。ドイツ民訴法は不動産の物権的請求と境界の訴えに不動産所在地の専属管轄を定めるが、オーストリア司法裁判管轄法はそれを定めてはいない。この時点で、草案はドイツ民訴法に倣っていると考えられる。4-1-1調査委員会修正案では「不動産上ノ物権」であったところ、1項に「不動産ニ關スル」という、現行民訴法でも使用されている文言が現れる。その他の変更は、接続詞と字句の選択のみである。

⁷⁹ この案は、司法省に設置された民事訴訟法調査委員会によって明治32（1899）年頃に作成された（松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『民事訴訟法 [明治36年草案] (1) (日本立法資料全集43)』（信山社、1994）14頁。26条は松本＝河野＝徳田・前掲注（79）『明治36年(1)』資料2、128-129頁に記載される。

⁸⁰ 法典調査会は民法・商法を調査審議するためのものであったが、明治32年3月9日、法典調査会規則が変更された。そのため、司法省の民事訴訟法調査委員会が解消され、民事訴訟法の改正も法典調査会において審議されることとなった。法典調査会第2部がその審議を行った。その法典調査会第2部の起草委員によって、明治33年夏頃に前記の修正案に修正が加えられた（松本＝河野＝徳田・前掲注（79）『明治36年草案(1)』15頁）。30条は、松本＝河野＝徳田・前掲注（79）『明治36年草案(1)』資料3、199頁に記載される。

⁸¹ 獨逸民事訴訟法（1898年5月17日發布、1901年6月1日一部修正）（明治44年6月印刷）

第24條 所有權、物上負擔又ハ其負擔ノ免除ヲ主張スル訴、經界ノ訴、分割ノ訴及占有ノ訴ニ付テハ不動産ニ關スル限リハ其物ノ所在地ノ裁判所專屬ノ管轄ヲ有ス

地役、土地負擔又ハ先買權ニ關スル訴ニ付テハ承役地又ハ負擔ヲ受クル土地ノ所在ニ依リテ定マル

（松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『民事訴訟法 [明治36年草案] (3) (日本立法資料全集45)』363頁（信山社、1995。））

⁸² 澳国司法裁判管轄法（明治44年7月印刷）

第81條 不動産上ノ物權、物權ノ負擔ノ免除又ハ其消滅ヲ主張スル訴竝ニ不動産ノ分割境界ノ更正及ヒ占有妨害ニ關スル訴ハ不動産所在地ノ裁判所ノ管轄トス

地役權又ハ物上負擔ニ關スル訴ノ管轄ハ承役地又ハ負擔ヲ受クル地ノ位置ニ依リテ定マル

（松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『民事訴訟法 [明治36年草案] (4) (日本立法資料全集46)』258頁（信山社、1995。））

オーストリアでは、この時代1852年と1895年に管轄法が制定されたが（エナ・マルリス・パヨンス著（渡辺惺之訳）「オーストリーにおける国際裁判管轄の立法と判例の展開」立命館法学1号（317号）518-521頁（2008））、この法は印刷年である明治44（1911）年に近く、より新しい1895年法と推察される。

⁸³ 松本＝河野＝徳田・前掲注（79）『明治36年草案(1)』201頁。

4-1-3 法典調査会〔第2部〕民事訴訟法議事速記録—明治34（1901）年4月16日（第11回）⁸⁴

4-1-2「民訴甲第1號30条」に関する、起草委員による議事速記録の内容を専属管轄に関する部分を中心に要約すると次のとおりである。

初めに、「専属裁判籍専属管轄ト云フモノニ付テ此所デ規定シテアルノデ果シテ此種ノ訴ト云フモノニ付テ専属ノ規定ヲ置ク必要ガアルノカドウカト云フコトニ付テハ私共ハ非常に疑ヲオリマス」⁸⁵と専属管轄規定の存在への疑問から議論が促される。

これについて、専属管轄が原告だけの利益になることから原告被告双方の利益を考えるべきであり、また明治民訴法正文「不動産ニ付テハ」という文言もあることから賃借権もこの規定に追加すべきであるという意見が出る。この意見の前半は、専属管轄に否定的であると考えられる。賃借権の規定の追加について、専属管轄の範囲は広げないほうが良いこと、訴訟法を変更する場合は民法や商法をも考慮に入れる必要があること、変更するには重要な理由が必要であることから、現行の明治民訴法のままだが良いという意見が述べられる。しばらく専属管轄の議論は続くが、規定の変更を行わないという意見が概ね支持される。

また、明治民訴法正文「不動産ニ付テハ」の文言では不動産物権に限られないことから、「不動産上ノ物権ニ關スル訴」への変更が提案される。

最後の採決で、本条1項へ賃貸借を追加することは否決される。「不動産ニ關スル物権ノ訴」という文言への変更は可決される。

以上の議論から、議事開始時に専属管轄の是非について初めて言及された点が注視される。しかしながら、なぜ専属管轄規定の存在に疑問があるかという理由は記されていない。

4-1-4 民事訴訟法案（法典調査会第2部起草）⁸⁶

第27條 不動産ニ關スル上ノ物権ノニ關スル訴又ハ不動産ノ分割若クハ經界ノ訴ハ不動産所在地ノ裁判所ノ専屬管轄ニ專屬トス
地役權ノ訴ハ承役地所在地ノ裁判所ノ専屬管轄ニ專屬トス
前項ノ規定ハ所有權ノ限界ノ訴ニ之ヲ準用ス

30条から27条へと変更される。1項において「不動産ニ關スル物権ノ訴」が「不動産上ノ物権ニ關スル訴」へ、1項・2項において「専屬ス」が「専屬管轄トス」という文言に変更される。第3項に「所有權ノ限界ノ訴」が追加される。

4-1-5 民事訴訟法改正案—旧法典調査会案（明治36（1903）年）⁸⁷

第25條 不動産上ノ物権ニ關スル訴又ハ不動産ノ分割若クハ經界ノ訴ハ不動産所在地ノ裁判所ノ専屬管轄トス
地役權ノ訴ハ承役地所在地ノ裁判所ノ専屬管轄トス
前項ノ規定ハ所有權ノ限界ノ訴ニ之ヲ準用ス

⁸⁴ 明治33年から34年にかけての法典調査会第2部の第1回会議から36回会議までの議事速記録が残存する（松本＝河野＝徳田・前掲注（79）『明治36年草案(1)』15頁。30条の審議については松本＝河野＝徳田・前掲注（79）『明治36年草案(1)』455-473頁に記載される）。

⁸⁵ 法典調査会第2部の起草委員である前田考階による発言である（松本＝河野＝徳田・前掲注（79）『明治36年草案(1)』456頁）。

⁸⁶ 民訴甲第一號の修正を反映したものである（松本＝河野＝徳田・前掲注（79）『明治36年草案(1)』16頁）。27条は、松本＝河野＝徳田・前掲注（81）『明治36年草案(3)』資料41、7頁に記載されている。

⁸⁷ 明治36年に旧法典調査会が公表した民事訴訟法改正案である（松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『民事訴訟法〔大正改正編〕(1)（日本立法資料全集10）』11頁（信山社、1993））。25条は同資料1、34頁に記載されている。

ここでは、27条から25条への変更だけに留まる。

4-1-6 民事訴訟法改正案修正意見類聚（明治36（1903）年）⁸⁸

この意見集では、4-1-5「民事訴訟法改正案—旧法典調査会案」に対する修正が次のように提案された。

25条1項中「又は」以下「訴」迄の15字を削除する（廣島検事正）。同じく、1項「若くは疆界」を削除し、第3項の「所有權の限界」の次に「又は民法第267条に依る」との趣意を加える（大津辯）。また、3項へ民法第267条の訴にも準用の規定を加える（東京所長）。

不動産の物權的請求が専屬管轄である点に関する点について意見はない。なお、上記「民法267条」とは明治民法の地役權に関する規定である。

4-1-7 起第17號 民事訴訟法改正起草委員會問題 明治44（1911）年9月27日 横田幹事提出⁸⁹

第1 現行法第22條ノ専屬裁判籍ノ規定ハ削除スヘキヤ或ハ疆界ノ訴ニ限り之ヲ認ムヘキヤ
 第2 同條ノ専屬裁判籍ノ規定ヲ設クルモノトセハ改正案第25條ノ「又ハ不動産ノ分割若クハ疆界ノ訴」ナル文字ヲ削除シ同條ノ如キ規定ヲ設クヘキヤ

問題の第1では、4-1-5「民事訴訟法改正案—旧法典調査会案」25条について専屬管轄を削除すべきか、あるいは境界の訴えのみ専屬管轄とすべきかという問題が提起された。問題の第2では、専屬管轄を規定するとすれば、「又ハ不動産ノ分割若クハ疆界ノ訴」の文言を削除すべきかが問われた。

第1について、専屬管轄を削除すべき理由は記されていない。しかし、この時点で、不動産の物權的請求等について専屬管轄に否定的な問題が、4-1-3「法典調査会〔第2部〕民事訴訟法議事速記録—明治34（1901）年4月16日（第11回）」以来10年後に再び提起されたことを思い出したい。第2について、この言及された文言を削除すると、25条1項は、不動産上の物權に関する訴えについて不動産所在地の専屬管轄を定めることとなり、不動産の物權的請求に専屬管轄を定めることとなる。

4-1-8 起第17號問題二付キ（第19回—明治44（1911）年9月29日）⁹⁰

ここでは、4-1-7「起第17號 民事訴訟法改正起草委員會問題」の第1で提示された点について次のような審議がなされた。

境界の訴え以外の訴えについて治外法權者の有する日本所在の不動産に対して日本の裁判權が失われることを懸念する発言から始まり、不動産に関する訴えについて治外法權者であっても日本の裁判權に服すべきであるという意見も出る。少なくとも境界の訴えと限界の訴えについて専屬管轄を認めるべきであり、著しい不都合がない限り、「併せて」とあるのでその他の訴えについても専屬管轄を認めることを

⁸⁸ 上の民事訴訟法改正案—旧法典調査会案について各地の裁判所、弁護士会の意見等を収録したものである（松本＝河野＝徳田・前掲注（87）『大正改正編(1)』11頁）。この修正は松本＝河野＝徳田・前掲注（87）『大正改正編(1)』資料2、152頁に記載されている。

⁸⁹ 法典調査会は1903年のうちに廃止された。その後、法律取調委員会が1907年に設置され、1911年に法律取調委員会の下部にある起草委員会が審議に着手した（松本＝河野＝徳田・前掲注（87）『大正改正編(1)』4頁）。民事訴訟法の改正事項を決定するため、明治36年旧法典調査会案と並んで、起草委員会提出の検討事項も審議の対象とされた。その審議の過程で問題となった事項について条文の起案を委託した場合に、これに対応する当該委員からなされた提案も、民事訴訟法改正起草委員会問題として整理された（松本＝河野＝徳田・前掲注（87）『大正改正編(1)』12頁）。この部分は、松本＝河野＝徳田・前掲注（87）『大正改正編(1)』資料19、290頁に記載されている。

⁹⁰ 民事訴訟法改正起草委員会における起草委員の審議内容及び決議を速記したものである（松本＝河野＝徳田・前掲注（87）『大正改正編(1)』資料104、12頁）。この部分は、前述の起第17號 民事訴訟法改正起草委員會問題 明治44（1911）年9月27日横田幹事提出についての審議と考えられ、松本＝河野＝徳田・前掲注（87）『大正改正編(1)』資料104、330-331頁に記載されている。

肯定する意見も出た。決議において、第1の問題は否決され、第2の問題は留保された。

おそらく、起草委員は、この時点では4-1-5「民事訴訟法改正案—旧法典調査会案」に定められた専属管轄に反対していないと考えられる。不動産の物権的請求についての専属管轄を治外法権者との関係で考慮されている点には注意したい。治外法権者の有する日本の不動産について日本の裁判所の裁判権を及ぼしたいと考えていたことが推測される。治外法権を含む不平等条約は大正民法改正作業後まもなくの1899年には修正されており、ここでいう治外法権者の意味は裁判権免除の特権を有する外国領事等であると推測される。なお、この審議は1911年に行われており、1898年ドイツ民事訴訟法の注釈によると、不動産の物権的請求に専属管轄を定める24条は「治外法権すらをも打破する」と記されている⁹¹。審議の時点で、起草委員はこの注釈を読んでいることが推測され、専属管轄が治外法権に優先することを一応は認識していたと考えられる。

4-1-9 改正案第25条ニ付キ（第19回—明治44（1911）年9月29日）⁹²

この審議は、次のように要約できる。

登記した不動産賃借権と建物保護法によって第三者に対抗することができる賃借権についても、改正案25条を適用し専属管轄とすべきであるという意見が出た。一方、オーストリア司法裁判管轄法81条やハンガリー民事訴訟法41条における不動産賃借権が任意管轄であることも参照している。また共有物の分割を非訟事件とすべきかについて再考を要するとともに、境界の訴えを削除すべきかについて再考を要するという意見も出た。

決議では、改正案第25条第1項中「物権ニ關スル訴」を「物権ノ訴」に改め、第3項中「所有權ノ限界ノ訴」の後に「及ヒ民法267条ノ規定ニ因ル請求ノ訴」を加え同条のような規定を設けること、ただし同条1項中「又ハ不動産ノ分割若クハ境界ノ訴」を削除するか否かは留保し更に審議することとなった。

4-1-10 改正案第25条ノ留保問題ニ付キ（第84回—大正2（1913）年2月14日）⁹³

この審議における決議では、4-1-7「起第17号問題」の第2が否決された。また、改正案25条1項中「不動産ノ分割若クハ境界ノ訴」は存続することとなるが、不動産の分割及び境界の訴の訴訟手続に付き特別規定を設けることとされた。

4-1-11 民事訴訟法改正起草委員会決議（第1編第1章）（第1案）⁹⁴

4-1-5 民事訴訟法改正案—旧法典調査会案25条の最終的な決議が次のようになされた。

「左ノ如ク修正ス但第1項中「又ハ不動産ノ分割若クハ境界ノ訴」ハ削除スルヤ否ヤハ之ヲ留保ス（第19回）

不動産上ノ物権ノ訴又ハ不動産ノ分割若クハ境界ノ訴ハ不動産所在地ノ裁判所ノ専屬管轄トス

地役権ノ訴ハ承役地所在地ノ裁判所ノ専屬管轄トス

前項ノ規定ハ所有權ノ限界ノ訴及ヒ民法267条ノ規定ニ因ル請求ノ訴ニ之ヲ準用ス」

⁹¹ 司法省調査課『マルチン・ヨナス 註釈獨逸民事訴訟法（第1分冊）（1938）』337頁、司法資料第289号（1943）。

⁹² 民事訴訟法改正起草委員会における起草委員の審議内容及び決議を速記したものである（松本＝河野＝徳田・前掲注（87）『大正改正編』（1）12頁）。この部分は松本＝河野＝徳田・前掲注（87）『大正改正編』（1）資料105、331-332頁に記載されている。

⁹³ 民事訴訟法改正起草委員会における起草委員の審議内容及び決議を速記したものである（松本＝河野＝徳田・前掲注（87）『大正改正編（1）』12頁）。この部分は松本＝河野＝徳田・前掲注（87）『大正改正編』（1）資料262、488-489頁に記載されている。

⁹⁴ 審議録における決議をまとめたものである（松本＝河野＝徳田・前掲注（87）『大正改正編（1）』13頁）。この部分は、松本＝河野＝徳田・前掲注（87）『大正改正編（1）』資料360、556-557頁に記載されている。

ここにおいても、不動産の物権的請求は不動産所在地の専属管轄とされる。

4-1-12 民事訴訟法改正起案会決定案第1編総則（仮決定案）⁹⁵

第16條 不動産上ノ物權ニ關スル基ク訴又ハ不動産ノ分割若クハ經界ノ訴ハ不動産所在地ノ裁判所ノ専屬管轄トス

地役權ノ訴ハ承役地所在地ノ裁判所ノ専屬管轄トス

前項ノ規定ハ法令ノ規定ニ依ル土地ノ所有權及ヒ地上權ノ限界ノ制限ニ關スル訴ニ付キ之ヲ準用ス

第17條 不動産ノ登記ニ關スル訴ハ登記ヲ爲スヘキ地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得

（起案會決定案）

第17條 不動産上ノ物權ノ訴ニ牽連スル訴ハ其物權ノ訴ニ併合スルトキニ限り不動産所在地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得

第18條 不動産ノ所有者、占有者若クハ使用者ニ對シ其資格ニ基キテ提起スル債權ノ訴、不動産ニ加ヘタル損害ノ賠償ノ訴又ハ不動産ノ収用若クハ使用に因ル補償ノ訴ハ不動産所在地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得

第19條 不動産ノ登記ニ關スル訴ハ登記ヲ爲スヘキ地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得

「仮決定案」の17条と「起案會決定案」の19条に「不動産ノ登記ニ關スル訴」が初めて任意管轄として現れ、以後存続する。

「起案會決定案」の17条の内容は、明治民訴法23条、1898年ドイツ民訴法25条や現行ドイツ民訴法25条等で定められる不動産の物権的請求と併合された不動産関連の請求に不動産所在地の任意管轄を定める規定と類似する。「起案會決定案」の18条は不動産の債権的請求についてであり、不動産所在地に任意管轄が定められている。

特筆すべきは、「仮決定案」には16条の不動産の物権的請求について不動産所在地の専属管轄とする規定が存在するが、これに対して「起案會決定案」に不動産の物権的請求に不動産所在地の専属管轄を定める規定が存在しない点である。ここで喚起されるのは、1877年ドイツ民訴法では25条に不動産の物権的請求の専属管轄が規定され、これに対して1898年ドイツ民訴法では24条に不動産の物権的請求の専属管轄が、25条に不動産の物権的請求と関連請求との併合請求の任意管轄が規定されることである。つまり、不動産の物権的請求は、1877年ドイツ民訴法では25条に、1898年ドイツ民訴法では24条に規定される。仮に従前は1877年ドイツ民訴法を参照し、ここにおいては1898年ドイツ民訴法を参照して「起案會決定案」を作成したのであれば、不動産の物権的請求の管轄について、専属管轄を定める1898年ドイツ民訴法24条と取り違えて、任意管轄を定める同25条を参照した可能性があるとも考えられる。この「起案會決定案」が後にどの程度影響を及ぼしたかは不明であるが、約1年後、4-1-14において、不動産の物権的請求が任意管轄へと変更される点は興味深い。なお、大正民訴法や現行民訴法には、明治民訴法やドイツ民訴法に規定されるような不動産の物権的請求と関連請求との併合請求を不動産所在地の任意管轄とする規定はない。

⁹⁵ 大正4（1914）年3月2日から大正8年6月23日までの間に、起案會が順次起案した仮決定案の第1編総則と第4編再審から、不動産の物権的請求の管轄を定める部分を挙げたものである。仮決定案は、次の決定案の叩台と推測されているが、作成時も規定の対象も全く異なる条文案が同じ条文ナンバーのもとに起案されたものが含まれており、決議の順に掲載されている（松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『民事訴訟法〔大正改正編〕（2）（日本立法資料全集11）』12頁（信山社、1993））。この部分は、同資料473、24頁に記載されている。

4-1-13 民事訴訟法改正起案会決定案（410条まで）（起草委員会議案）⁹⁶

第16條 不動産上ノニ關スル物權ニ基テノ訴ハ不動産所在地ノ裁判所ノ專屬管轄トス
 地役權ノ訴ハ承役地所在地ノ裁判所ノ專屬管轄トス
 前項ノ規定ハ法令ノ規定ニ依ル土地ノ所有權及ヒ地上權ノ制限ニ關スル訴ニ付キ之ヲ準用ス
 第17條 不動産ノ登記ニ關スル訴ハ登記ヲ爲スヘキ地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得

（起案會決定案）

第17條 不動産上ノ物權ノ訴ニ牽連スル訴ハ其物權ノ訴ニ併合スルトキニ限り不動産所在地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得

第18條 不動産ノ所有者、占有者若クハ使用者ニ對シ其資格ニ基キテ提起スル債權ノ訴、不動産ニ加ヘタル損害ノ賠償ノ訴又ハ不動産ノ収用若クハ使用に因ル補償ノ訴ハ不動産所在地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得

第18條 不動産カ數個ノ裁判所ノ管轄区域内ニ跨カルトキハ前二條ノ適用ニ付テハ其登記ヲ為シタル地ニ在ルモノト見做ス

第19條 不動産ノ登記ニ關スル訴ハ登記ヲ爲スヘキ地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得

16条1項において不動産の物権的請求については專屬管轄が定められるが、4-1-12「仮決定案」16条2項の地役権についての規定が削除される。4-1-12「起案會決定案」17条の併合請求は削除されている。17条は、4-1-12「起案會決定案」18条における不動産の債権的請求の任意管轄と同様である。18条は、数個の区域に及ぶ不動産についてその不動産の登記地を管轄とみなすことを規定する。19条は、不動産の登記請求について4-1-12「起案會決定案」19条と同様に不動産所在地の任意管轄を定める⁹⁷。

4-1-14 民事訴訟法改正起草委員会決議案（第1案）（大正5（1916）年9月調整）⁹⁸

第1615條 不動産ニ關スル物權ノ訴ハ不動産所在地ノ裁判所ノ專屬管轄トスニ之ヲ提起スルコトヲ得
 土地収用法其他ノ法令ノ規定ニ依ル収用若クハ使用ニ因ル補償ノ訴亦同シ

第17條 不動産ノ所有者、占有者若クハ使用者ニ對シ其資格ニ基キテ提起スル債權ノ訴、不動産ニ加ヘタル損害ノ賠償ノ訴又ハ不動産ノ収用若クハ使用に因ル補償ノ訴ハ不動産所在地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得

第18條 不動産カ數個ノ裁判所ノ管轄区域内ニ跨カルトキハ前三條ノ適用ニ付テハ其登記ヲ為シタル地ニ在ルモノト見做ス

第1916條 不動産ノ登記ニ關スル訴ハ登記ヲ爲スヘキ地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得

まず、最も重要なこととして、この起草委員会による調整では、15条において不動産の物権的請求が任意管轄へと初めて変更された点を指摘したい。これについて理由の記された資料は見当たらない。また、土地収用法等による「補償ノ訴」が追加された。さらに、不動産に関する債権的請求についての条項が削除された。16条においては、不動産登記に関する訴えが、単なる登記に関する訴えへ変更された。なお、4-1-13「民事訴訟法改正起案会決定案（410条まで）」の「起草委員会議案」における18条は削除されている。

⁹⁶ 仮決定案に検討を加え作成されたもので、起草委員会の審議の対象となった（松本＝河野＝徳田・前掲注（95）大正改正編(2) 13頁）。この部分は、松本＝河野＝徳田・前掲注（95）『大正改正編(2)』資料475、58頁に記載されている。

⁹⁷ なお、この起案會決定案と4-1-12「起案會決定案」との前後関係に若干の疑問を呈したいとも考える。

⁹⁸ 起草委員会が修正したものである（松本＝河野＝徳田・前掲注（95）『大正改正編(2)』13頁）。この部分は、松本＝河野＝徳田・前掲注（95）『大正改正編(2)』資料476、102頁に記載されている。

4-1-15 民事訴訟法改正案（起草委員会案）⁹⁹

第1516條 不動産ニ關スル物權ノ訴ハ不動産所在地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得土地収用法其他ノ法令ノ規定ニ依ル収用若クハ使用に因ル補償ノ訴亦同シ

第1617條 登記又ハ登録ニ關スル訴ハ登記又ハ登録ヲ爲スヘキ地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得

16条において「物權」の語が削除されたことにより、前出の「不動産ニ關スル訴訟」ではなく、現行民法における「不動産に関する訴え」と全く同じ文言「不動産ニ關スル訴」が（「え」という送り仮名がないものの）出現した。不動産の債権的請求についての条文は削除されている。「不動産ニ關スル訴」は、任意管轄である。また、17条において「登録」の語が追加され、この条文の範囲が広がるが、この訴えについては任意管轄である。

4-1-16 民事訴訟法改正案（第1案・議案）¹⁰⁰

第16條 不動産ニ關スル訴ハ不動産所在地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得

第17條 登記又ハ登録ニ關スル訴ハ登記又ハ登録ヲ爲スヘキ地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得

この改正では、変更がない。以後の改正でも内容の変更は行われず、これが大正民法正文の内容となる。民事訴訟法案（第3案）（大正13（1924）年9月）の改正において条数の変更のみが行われ、16条が17条へ、17条が18条へと変更となる¹⁰¹。

4-1-17 民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第4回（大正11年1月24日）¹⁰²

この速記録では、16条が明治民法22条及び23条に該当する部分であり、専属管轄が任意管轄へ変更されたので、条文が変更されたと述べられている。任意管轄への変更理由は述べられていない。17条については、登記に関する訴えが多いことを理由に、実際上の便宜から不動産所在地の管轄を新設したと述べられている。

4-1-18 民事訴訟法中改正法律案理由書¹⁰³

第17條 不動産ニ關スル訴ハ不動産所在地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得

[理由] 本條ハ不動産ニ關スル訴ノ特別裁判籍ヲ定メタルモノニシテ此ノ訴ノ管轄ヲ專屬的ノモノト爲ササル點ニ於テ現行法第22條ト其ノ趣旨ヲ異ニス

第18條 登記又ハ登録ニ關スル訴ハ登記又ハ登録ヲ爲スヘキ地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得

[理由] 登記又ハ登録ニ關スル訴ハ登記又ハ登録ヲ爲スヘキ地ノ裁判所ニ提起スルコトヲ得ルモノト爲スヲ便宜ナリト認メ本條ヲ新設シタリ

⁹⁹ 民事訴訟法改正起草委員会決議案（第1案）（大正5（1916）年9月調整）へ修正を加えたものであるが、作成日付はない（松本＝河野＝徳田・前掲注（95）『大正改正編(2)』14頁）。この部分は、松本＝河野＝徳田・前掲注（95）『大正改正編(2)』資料478、144頁に記載されている。

¹⁰⁰ さらに、修正を加えたものである（松本＝河野＝徳田・前掲注（95）『大正改正編(2)』14頁）。この部分は松本＝河野＝徳田・前掲注（95）『大正改正編(2)』資料479、182-183頁に記載されている。

¹⁰¹ 松本＝河野＝徳田・前掲注（95）『大正改正編(2)』284頁。

¹⁰² この資料は、民事訴訟法改正調査委員会議事速記録である（松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『民事訴訟法『大正改正編』(3)（日本立法資料全集12）』3頁（信山社、1993））。この部分は、松本＝河野＝徳田・前掲注（102）『大正改正編(3)』資料582、29頁に記載される。

¹⁰³ この資料は、民事訴訟法改正調査委員会の委員総会における速記録である（松本＝河野＝徳田・前掲注（102）『大正改正編(3)』3頁）。理由書は、松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『民事訴訟法〔大正改正編〕(4)（日本立法資料全集13）』（信山社、1993）資料639、153頁に記載される。

16条が17条へ、17条が18条へと変更される。ここにおいても、17条「不動産ニ關スル訴」について任意管轄へ変更する理由は記載されていない。17条、18条ともに4-1-17「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第4回」の内容が繰り返されている。

これらの条文が、民事訴訟法中改正法律（大正15年4月24日法律第61号）正文となる¹⁰⁴。

4-1-19 小括

まず、不動産の物権的請求に定められた専属管轄が任意管轄へと変更された過程について述べる。

大正民訴法草案段階では、明治32（1899）年頃作成された4-1-1「民事訴訟法調査委員会修正案」において「不動産上ノ物権ノ訴」は専属管轄であった。4-1-2「民訴甲第1號（明治33（1900）年9月11日配布）」では、オーストリア司法裁判管轄法81条が参照された。オーストリア司法裁判管轄法81条は、不動産の物権的請求に、不動産所在地の任意管轄を定める。4-1-3「法典調査会〔第2部〕民事訴訟法議事速記録—明治34（1901）年4月16日（第11回）」では、初めて専属管轄を規定することへの疑問が提示された。その10年後、4-1-7「起第17號 民事訴訟法改正起草委員会問題 明治44（1911）年9月27日 横田幹事提出」において専属管轄への疑問が再び提示された。1914年の4-1-12「民事訴訟法改正起案会決定案第1編総則」の「仮決定案」と併記される「起案会決定案」において、不動産の物権的請求に対する専属管轄の規定が存在しない点、そして不動産の物権的請求と関連債権の併合請求に対する任意管轄が唐突に出現する点は興味深い、その理由は資料に記されていない。ここで、1877年ドイツ民訴法が1898年に改正されたことによる条文番号変更に伴う何らかの混乱があったと推測することもできる。4-1-12「民事訴訟法改正起案会決定案第1編総則（仮決定案）」では、不動産の物権的請求のうち不動産登記請求に不動産所在地の任意管轄も規定される。その約2年後、4-1-14「民事訴訟法改正起草委員会決議案（第1案）（大正5（1916）年9月調整）」において、「不動産上ノ物権ノ訴」は任意管轄へと修正された。日本立法資料全集では明治・大正の民事訴訟法の草案、議事録等について17冊が発行されているが、この時点における任意管轄への変更の明確な理由は記載されていない。「不動産上ノ物権ノ訴」における4-1-14「民事訴訟法改正起草委員会決議案（第1案）（大正5（1916）年9月調整）」での任意管轄への変更は、大正民訴法正文まで維持される。

したがって、1926年公布の大正民訴法においては、不動産登記を含めて不動産の物権的請求が任意管轄となったという点で、明治民訴法と比較すると顕著な変更があったといえる。変更時点は大正5（1916）年である。変更理由は、以上の資料には明確には記載されていなかったが、任意管轄を定めるオーストリア司法裁判管轄法81条を参照していることからその影響があったと推測することはできる。

次に、4-1-8「起第17號問題ニ付キ（第19回—明治44（1911）年9月29日）」において、治外法権者に言及がされている点を指摘したい。なお、前述の通り治外法権を定める不平等条約は大正民訴法公布前に改正されていた。そのため、4-1-8における治外法権者とは、外国領事等であると考えられる。しかし、治外法権という言葉への言及のみに着目すると、不平等条約上の治外法権が撤廃されたことは専属管轄規定が不要であるという方向へ議論が流れる素地になったと推測することはできる。

以上のように、大正民訴法の草案が不動産の物権的請求について不動産所在地の専属管轄から任意管轄へと変更された時期は、大正5（1916）年9月の4-1-14「民事訴訟法改正起草委員会決議案（第1案）」と特定された。また、オーストリア司法裁判管轄法81条や不平等条約改正による治外法権の撤廃をその変更の背景として推測することができる。と考える。

¹⁰⁴ 松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『民事訴訟法〔大正改正編〕（5）（日本立法資料全集14）』453頁（信山社、1993）。

4-2 大正民法（1926）17条、18条

大正民法正文

第17条 不動産ニ關スル訴ハ不動産所在地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得

第18条 登記又ハ登録ニ關スル訴ハ登記又ハ登録ヲ爲スヘキ地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得

大正民法17条は、不動産に関する訴えについて不動産所在地に任意管轄を定める。同18条は、登記又は登録に関する訴えについて、登記又は登録をなすべき地に任意管轄を定める。ここでは、大正民法について同時代の注釈書等を参考に、明治民法22条では不動産の物権的請求に専属管轄が定められていたのに対し、大正民法17条においては任意管轄が定められた理由を中心に検討する。

4-2-1 任意管轄への変更

まず、17条の根拠について、「不動産ニ關スル訴」は不動産所在地の裁判所が最も適正な裁判を行うことができるとする¹⁰⁵。18条を新設した根拠としては、登記・登録に関する訴えが多いことと、17条と必ずしも競合しないことが挙げられ¹⁰⁶、起訴を容易にすることにもあるとされる¹⁰⁷。ハンガリー民法39条でも、不動産登記抹消の訴えのみに、不動産所在地の専属管轄が定められ、全ての登記に関する訴えに専属管轄を定めていないことも言及される¹⁰⁸。また、稀に発生する不動産所在地の裁判所と登記を行う裁判所が異なる場合を想定しなければならないことから、不動産に関する特別裁判籍と登記登録に関する裁判籍を別に規定したとする記載もある¹⁰⁹。

次に、専属管轄から任意管轄への変更理由であるが、「寧ろ其ノ不動産所在地ニ選択裁判籍アルモノトシ不動産ニ關スル訴ノ提起ヲ容易ナラシムルヲ可トス」¹¹⁰とし、訴訟提起を容易にすることが理由に挙げられる。選択管轄（任意管轄）は、専属管轄と比較すると、当事者にとっては、複数の法廷地から訴訟提起する地を選ぶことができるということから容易に訴訟提起できるとされたと考えられる。また、当時その容易な訴訟提起が重視されていたことを窺うことができる。

加えて、専属管轄から任意管轄への変更について3つの理由が記載される。

1つ目の理由は、「不動産」が不動産という有体物だけでなく、漁業権、鉄道財団のような法律上不動産とされるみなされる無体物も含むことであり、有体物である不動産は所在地を定めることができるが、無体物については権利の性質に従って法律が所在地を定める点が指摘されている¹¹¹。これは、17条の文言が「不動産の所在地」であり、法律が定める不動産とみなされる無体物について法律上の所在地が無体物の実際の所在地と異なる場合もあることを問題としているようである。しかし、この問題は、17条の文言解釈であり、専属管轄を任意管轄へ変更する理由とはいい難いとも考えられる。

2つ目は、不動産が数個の管轄にまたがって位置する場合、明治民法では26条によって上級裁判所に管轄が定められることから、その上級裁判所による裁判所の指定が費用と時間を要するため訴訟経済に反

¹⁰⁵ 松岡義正『新民事訴訟法註釋 第1巻』168頁（清水書店、1929）。松本=河野=徳田・前掲注（87）『大正改正編(1)』16～28頁に記載される法律取調委員の任免によると、著者は大正2年6月22日に民事訴訟法改正起草委員法律取調委員、大正2年6月26日に民事訴訟法改正主査委員法律取調委員、大正8年9月23日に民事訴訟法改正起草委員会起草委員として任命されている。

¹⁰⁶ 松岡・前掲注（105）203-204頁。

¹⁰⁷ 松岡・前掲注（105）202-203頁。

¹⁰⁸ 松岡・前掲注（105）203頁。

¹⁰⁹ 山内確三郎『民事訴訟法の改正 [大正15年] 第一巻（法律新法社、1930）（日本立法資料全集 別巻 547）』32頁（信山社、2009）。

¹¹⁰ 松岡・前掲注（105）169頁。

¹¹¹ 松岡・前掲注（105）198頁。

することが指摘される¹¹²。専属管轄にはこのような訴訟経済上の問題があることを理由とするが、この点は、同26条そのものの改正で足りるとも考えられる。

3つ目は、地役権の場合、明治民訴法では22条2項により承役地に管轄が限定されていたが、大正民訴法17条では承役地でも要役地でも訴訟提起が可能で、移送も可能であるため、当事者にとって訴訟提起が容易になることを指摘する¹¹³。これは、専属管轄を廃止することが、当事者による法廷地の選択肢を増加させることを理由としている。しかし、地役権の場合、明治民訴法22条2項を削除することだけで足りると考えることもできる。

また、17条を任意管轄とした理由として、「斯の如く不動産に関する訴の管轄を二に分ち一は之を専属管轄とし一は之を専属管轄とはして居ない。然に新法は不動産に関する訴に付て専属管轄を認めないのである。是れは日本の裁判所に於ける管轄を分かつに付不動産なるが故に専属管轄を認むるの必要なしとしたからである。」¹¹⁴とする注釈書もある。不動産所在地の管轄を、専属管轄と非専属管轄に2分する必要がないことを任意管轄への変更理由としているように読める。しかし、なぜ2分する必要がないかは書かれていない。

さらに、17条について、「不動産裁判籍ヲ以テ専属裁判籍トシタルハ舊法ノ規定ニシテ新法ハ之ヲ一般ノ特別裁判籍ニ屬スルモノト爲シタリ」と記すのみで、18条についてはほとんど書かれていない注釈書もある¹¹⁵。そこでは任意管轄へ変更した理由も記されていない。

4-2-2 大正民訴法への批判

これに対して、大正民訴法が不動産の物権的請求について不動産所在地の専属管轄を廃止したことを批判する論稿もある。

明治民訴法について、「元来不動産に関する訴を以て不動産所在の裁判所の管轄に専属せしむるは、不動産上の訴えにつき外国裁判所の裁判権を除外するの意味を有するものなり」¹¹⁶とし、さらに、「一不動産につきは一管轄裁判所の存するのみにて、他に管轄裁判所の存在を許さざるが故に外国裁判所との関係に於ても亦當然其の裁判権を否認するの意義を有す、外国裁判所の之に関する裁判は内國に於て其の効力を有するを得ざるなり（新民訴200條第1號、現民訴515條第3號参照）、之不動産上の訴につきは外国大使公使等わが我國に於て治外法権を有するものと雖も、特に我國裁判権に服従すべきものとなす必要ある所以なり（独裁構、第20條参照）。」¹¹⁷と繰り返す。この論稿は、まず日本の不動産については日本の裁判所が裁判をしなければならないと強調している。次に、1897年までには、日本とイギリス、ドイツ、アメリカとの間では治外法権の撤廃を定める条約が調印されていたが裁判権免除を有する外国大使・公使等にも不動産に関する訴えについては日本の裁判権を及ぼすことを主張しているように読める。さらに、「新民事訴訟法は不動産上の訴につき其の専属管轄を廃止したりと雖も不動産上の訴につき外国裁判所の判決の効力を認むるものには非らざるべし、若し管轄の専属を廢し猶ほ且つ外国裁判所の裁判権を除外せんとせ

¹¹² 松岡・前掲注（105）199頁。

¹¹³ 松岡・前掲注（105）200頁。

¹¹⁴ 山内・前掲注（109）32頁。松本＝河野＝徳田・前掲注（87）『大正改正編(1)』16～28頁に記載される法律取調委員の任免によると、山内確三郎は、明治41年6月8日に検事として法律取調委員幹事に、大正2年6月26日に司法省参事官として法律取調委員会委員に、大正8年5月19日に法学博士として民事訴訟法改正起草委員法律取調委員に、大正8年7月18日に民事訴訟法改正調査委員会委員に、さらに大正8年9月23日に民事訴訟法改正起草委員会起草委員に松岡義正とともに任命されている。

¹¹⁵ 早川彌三郎『改正民事訴訟法要義 全（1935）（日本立法資料全集 別巻1314）』34頁（信山社、2021）。

¹¹⁶ 山田正三「改正民事訴訟法の認むる管轄と訴訟の移送（一）」法学論叢（京都大学）16巻2号109頁（1926）。独裁構とは獨逸裁判所構成法であり、後掲注118本文に記述がある。

¹¹⁷ 山田・前掲注（116）110頁。

ば特に不動産上の訴が内國裁判所の抽象的管轄に専屬することを明らかに示すべき規定を設くるを必要とす、獨逸裁判所構成法第20條の規定の如き新民事訴訟法の下に於ては殊に必要なる規定なりと謂ふべし¹¹⁸とする。専屬管轄を排除し、かつ外國裁判所の裁判権を除外するつもりであれば、新たな規定が必要であることも主張する。

この論稿の後にも、専屬管轄の廃止を批判する注釈書が現れる。「國家主要ノ財産ニシテ内國裁判所ノ裁判権ニノミ服スヘキモノトスルノ主義ヲ棄テ、競合的裁判籍ト為シタルハ、立法上ノ一大缺點ナリト云ハサルヘカラス」¹¹⁹とし、不動産が國家の主要な財産であることから日本の裁判所が管轄を有するべきであるとし、外國裁判所が日本所在の不動産に関する訴えについて管轄を有する場合もあることを懸念している。また、「唯、内國裁判所ニ於イテノ選択裁判籍ヲ生スルニ止マリ、外國裁判権ニ関スル點ニ付テハ専屬的ナリト説明スルヲ得ハ、結果極メテ良好ナリト雖モ、成文上ノ根拠ヲ缺クカ如シ。」¹²⁰とも記している。このように、専屬管轄規定が廃止されたことから、日本所在の不動産に関する訴えについて、外國裁判所に管轄が及ばないようにするためには、新たな規定が必要なことがここでも指摘されていた。

4-2-3 「不動産ニ關スル訴」

まず、1928年の注釈書によると¹²¹、「不動産ニ關スル訴」とは、不動産上の権利を訴訟物とする訴えであり、その権利が物権であっても債権であっても構わないとする。まず、不動産所有権、共有権、占有権、不動産抵当権、質権、永小作権、地役権、不動産留置権または先取特権等の不動産物権を訴訟物とする訴訟を挙げ、確認訴訟も含まれることが記される。債権であっても、不動産の賃借権、使用借権を訴訟物とする訴訟は含まれるとする。次に、不動産物権侵害を発生事実とする権利を訴訟物とする訴訟を挙げる。例えば、所有権侵害に基づく返還の訴訟、妨害排除の訴訟、地役権者が地役権の侵害者に対する侵害の除去を求める訴訟、不動産に関する占有保持保全または回収の訴訟を挙げる。しかし、不動産に加えられた損害の賠償を求める訴訟は、不動産に関する訴えではないとする。また、共有不動産の分割と不動産境界の訴えは、不動産に関する訴えとする。これらの訴えは非訟事件であることから、形式的形成訴訟として取り扱うことを示す規定が必要とも記す。さらに、不動産物権の設定や移転を目的とする債権に関する訴えを不動産に関する訴えとし、不動産売買契約の存否の確認訴訟、売買契約の履行請求である不動産の引渡の訴訟や所有権移転登記の訴訟を例とする。

次に、1940年に記された注釈書によると¹²²、大正民法17条の「不動産ニ關スル訴」とは、不動産上の訴え、不動産物権者としての資格によって負担する義務を訴訟物とする訴え、不動産に加えられた損害の賠償の訴え、不動産自体の権利に関する債権その他の権利を訴訟物とする訴えとすると記されている。不動産に加えられた損害の賠償の訴えが含まれる点が1928年の注釈書と異なる。また、大正民法18条「登記又ハ登録ニ關スル訴」についても、不動産に関する物上請求権としての不動産登記は17条の不動産所在地の管轄となり、債権法上の義務による不動産登記請求は5条の義務履行地の管轄となるため、不動産登記請求を含まないことも主張される。

どちらの注釈書によっても、大正民法「不動産ニ關スル訴」は物権的請求と債権的請求を含むこととされており、その点は現行民法の解釈に引き継がれている。不動産に加えられた損害の賠償請求については、17条に含まれるか否かで解釈に異なる点がある。また、不動産登記に関する訴えは17条に含まれ、18条「登記又ハ登録ニ關スル訴」に含まれないとする点は現行民法の解釈とは異なる。

¹¹⁸ 山田・前掲注(116)110頁。

¹¹⁹ 細野長良『民事訴訟法要義 第1巻』212頁(巖松堂書店、1940)。

¹²⁰ 細野・前掲注(119)213頁。

¹²¹ 山田正三『改正民事訴訟法 第壹巻』182-186頁(弘文堂、1928)。

¹²² 細野・前掲注(119)213-218頁。

いずれにしても、大正民訴法17条「不動産ニ關スル訴」と明治民訴法22条1項「不動産上ノ訴」は、不動産の物権的請求を含むという点で共通するが、前者が不動産賃借権等の債権的請求を含む点で異なることは明確である。

4-2-4 小括

大正民訴法17条は、不動産の物権的請求と不動産賃借権等の債権的請求に不動産所在地の任意管轄を定める。不動産の物権的請求の不動産所在地管轄は大正民訴法において専属管轄から任意管轄へ変更された。その変更理由に訴訟提起の容易性の重視を挙げる見解がある。大正民訴法は、明治民訴法が実務的に使い難いとされ、国内的要請によって改正が行われたという経緯があり¹²³、任意管轄とすれば不動産所在地以外でもその請求を提起することが可能になることから訴訟提起が容易になると考えられたのであろう。また、不動産の物権的請求を任意管轄とすることへの批判は、日本所在の不動産について外国裁判所が管轄を有する場合が生じることを問題とする。日本所在の不動産に外国裁判所の管轄が及ばないようにすべきである、つまり日本所在の不動産については日本の裁判所が裁判をすべきであるという考えが根底にある。

17条「不動産ニ關スル訴」には、債権的請求が含まれることも明治民訴法からの変更である。また、大正民訴法で初めて現れた18条の「登記又ハ登録ニ關スル訴」には不動産登記が含まれないという見解があるが、これも任意管轄である。

5 おわりに

現行民訴法3条の3第11号「不動産に関する訴え」は国際裁判管轄として不動産所在地に任意管轄を定めるが、2011年の民訴法の改正によって財産上の訴えについて国際裁判管轄が規定される前には、国内土地管轄5条12号「不動産に関する訴え」を基本に判断するとされていた。3条の3第11号「不動産に関する訴え」は不動産の物権的請求に任意管轄を定めるが、不動産の物権的請求に専属管轄を定める国も少なくない。そのような「不動産に関する訴え」を遡ると、大正民訴法17条「不動産ニ關スル訴」では不動産の物権的請求と債権的請求の双方に任意管轄を定めている。さらに遡ると明治民訴法22条1項「不動産上ノ訴」では不動産の物権的請求に専属管轄を定めている。本論文は、明治民訴法を改正した大正民訴法において不動産の物権的請求について専属管轄から任意管轄へ変更された理由を探究することを目的とし、明治・大正の民事訴訟法の草案、起草作業過程の記録、それらの制定当時の民事訴訟法の注釈等を検証した。

明治民訴法は、治外法権を定める不平等条約改正のため欧米列強の要請から制定され、ドイツ民事訴訟法に倣って不動産の物権的請求に不動産所在地の専属管轄を定めていた。大正民訴法は、明治民訴法が実務的に使い難いという国内的要請から改正が開始され、不動産の物権的請求の専属管轄は任意管轄へと変更された。

大正民訴法でのこのような変更は、草案作成過程の記録からみると、1895年オーストリア司法裁判管轄法81条を参照したことが1つの背景として考えられる。それは、不動産の物権的請求に不動産所在地の任意管轄を定めており、大正民訴法17条がこれを模倣した可能性はあるからである。また、大正民訴法の改正作業開始直後に不平等条約改正により治外法権が撤廃されたことも背景として考えられる。治外法権を定める不平等条約が締結されていた時代は、不動産所在地の専属管轄が必要と認識されていたことが推察され、治外法権が撤廃されれば、不動産の物権的請求に専属管轄が必要ないと判断された可能性もあるか

¹²³ 前掲注(20)参照。

らである。

大正民訴法制定当時の注釈書では、不動産の物権的請求について専属管轄から任意管轄へ変更した理由としては、訴訟提起の容易性を重要視したことが挙げられる。不動産の物権的請求は不動産所在地で提起されることがほとんどと考えられるが、任意管轄とすれば不動産所在地以外の管轄を選択できることとなるため訴訟提起が幾分容易になる可能性がある。これに対して、国内事件を念頭に置いてはいるが、日本所在の不動産については日本の裁判所が管轄を有するべきであるとするとして、この変更には国際的な観点から批判もあった。不動産の物権的請求を任意管轄とすると、日本所在の不動産について外国の裁判所が管轄権を有する場合があると考えられたからである。

したがって、不動産の物権的請求について大正民訴法で任意管轄へと変更されたのは、1895年オーストリア司法裁判管轄法81条の参照と不平等条約改正による治外法権の廃止という背景もあり、国内的要請である訴訟提起における容易性の重視が理由であることが示唆される。しかし、1895年オーストリア司法裁判管轄法81条に倣って変更を行ったという明確な記述は見当たらず、治外法権を破ることのみが専属管轄の役割ではない。また、訴訟提起の容易性といってもその効果は限定的であると考えられる。さらに、4-1-12で述べたような混乱があった可能性もないとはいえない。これらの点に留意すべきことをもって結論としたい。

以上のように、民訴法において国際裁判管轄を定める3条の3第11号「不動産に関する訴え」の沿革を遡ると、明治民訴法22条「不動産上ノ訴」へと導かれる。それぞれの管轄の事件類型は異なる部分があるものの、明治民訴法22条の定める専属管轄から大正民訴法17条の定める「不動産ニ關スル訴」の任意管轄への変更理由は合理性のみでは理解に難しい。その大正民訴法17条は、現行民訴法5条12号と文言、内容ともほぼ同じであり、その5条12号を起点に国際裁判管轄を定める3条の3第11号が作成されたということもできる。現行民訴法における不動産の物権的請求を専属管轄にすべきであるとする直近の論稿もあり¹²⁴、本論文も民訴法3条の3第11号について議論する機会を創出する一助となることができればと考える。

¹²⁴ 嶋拓也「「不動産の権利に関する訴訟」を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか? : 実効的な領土保全に向けた取組みとして」北大法学論集72巻5号1-47頁(2022)。