

〔最高裁判事例研究 四二一〕

平成二〇四 (民集登載予定)

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入会権確認の訴えを提起できることの許可

入会権確認請求事件 最高裁判平成二〇年七月一七日第一小法
廷判決 (最高裁判平成一八年 (受) 第一八一八号) 民集六二卷
七号一九九四頁

〔事 実〕

X₁ら (本件原告、控訴人、上告人) 二六名および、Y₂ら (本件被告、被控訴人、被上告人) 三六名は、いずれも、鹿児島県西之表市A集落の住民を構成員とする入会集団 (以下「本件入会集団」という) に属しており、A集落に近接するB島に所在する土地を使用していた。Y₁ (本件被告、被控訴人、被上告人) は、B島の開発を事業とする株式会社である。Y₁は、入会地に占める四筆の土地 (以下「本件各土地」という) につき、売買を原因として、平成一三年五月二九日、そ

の登記名義人であるY₂らのうちの四名から、共有持分移転登記をそれぞれ経由した。そこで、X₁らは、当該売買契約は無効であるとして、Y₁と、本件訴えに同調しなかったY₂らを被告として、本件各土地について、X₁とY₁を合わせた六二名が共有の性質を有する入会権 (以下「本件入会権」という) を有することの確認を求める訴えを提起した。

第一審 (鹿児島地裁平成一七年四月一二日判決) は、入会権は権利者である入会集団の構成員に総有的に帰属するものであるから、入会権の確認を求める訴えは、権利者全員が共同してのみ提起し得る固有の共同訴訟であり、入会権者の一部の者によつて提起された本件訴えは、原告適格を欠くものとして不適法である旨の判断をし、この訴えを却下した。そこで、X₁らが控訴に及んだところ、第二審 (福岡高裁宮崎支部平成一八年六月三〇日判決) も、第一審と同旨の判断をし、本件訴えはいずれも不適法であり却下を免れないものとして、X₁らの各控訴をいずれも棄却した。これに対し、X₁らが上告受理申立てをしたのが本件である。

〔判旨〕

原判決破棄自判

「Xらは、本件各土地について所有権を取得したと主張するY₁に対し、本件各土地が本件入会集団の入会地であることの確認を求めたいと考えたが、本件入会集団の内部においても本件各土地の帰属について争いがあり、Y₂らは上記確認を求める訴えを提起することについて同調しなかったので、対内的にも対外的にも本件各土地が本件入会集団の入会地であること、すなわちXらを含む本件入会集団の構成員全員が本件各土地について共有の性質を有する入会権を有することを合一的に確定するため、Y₁だけでなく、Y₂らも被告として本件訴訟を提起したものと解される。

特定の土地が入会地であることの確認を求める訴えは、原審の……説示のとおり、入会集団の構成員全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要する固有必要的共同訴訟である。そして、入会集団の構成員のうちに入会権の確認を求める訴えを提起することに同調しない者がいる場合であっても、入会権の存否について争いのあるときは、民事訴訟を通じてこれを確定する必要があることは否定することができず、入会権の存在を主張する構成員の訴権は保護されなければならない。そこで、入会集団の構成員のうちに入会権確認の訴えを提起することに同調しない者がいる場合には、入会権の存在を主張する構成員が原告となり、同訴え

を提起することに同調しない者を被告に加えて、同訴えを提起することも許されるものと解するのが相当である。このような訴えの提起を認めて、判決の効力を入会集団の構成員全員に及ぼしても、構成員全員が訴訟の当事者として関与するのであるから、構成員の利益が害されることはないというべきである。

最高裁昭和三四年(オ)第六五〇号同四一年一月二五日第二小法廷判決・民集二〇巻九号一九二一頁は、入会権の確認を求める訴えは権利者全員が共同してのみ提起し得る固有必要的共同訴訟というべきであると判示しているが、上記判示は、土地の登記名義人である村を被告として、入会集団の一部の構成員が当該土地につき入会権を有することの確認を求めて提起した訴えに関するものであり、入会集団の一部の構成員が、前記のような形式で、当該土地につき入会集団の構成員全員が入会権を有することの確認を求める訴えを提起することを許さないとするものではないと解するのが相当である。

したがって、特定の土地が入会地であるのか第三者の所有地であるのかについて争いがあり、入会集団の一部の構成員が、当該第三者を被告として、訴訟によって当該土地が入会地であることの確認を求めたいと考えた場合において、訴えの提起に同調しない構成員がいるために構成員全員で訴えを提起することができないときは、上記一部の構成員は、訴えの提起に同調しない構成員も被告に加え、構成員全員が訴訟

当事者となる形式で当該土地が入会地であること、すなわち、入会集団の構成員全員が当該土地について入会権を有することの確認を求める訴えを提起することが許され、構成員全員による訴えの提起ではないことを理由に当事者適格を否定されることはないというべきである。

以上によれば、XらとY入会権者ら以外に本件入会集団の構成員がいないのであれば、Xらによる本件訴えの提起は許容されるべきであり、Xらが本件入会集団の構成員の一部であることを理由に当事者適格を否定されることはない。」

〔評 釈〕

判旨の結論に賛成するが、理由につき十分でないと考えらる。

一 本判決の意義

固有の必要的共同訴訟においては、当事者となるべき者全員が原告となり、あるいは全員を被告としなければ当事者適格を欠き不適法な訴えとして却下される、という規律（訴訟共同の必要）が存する。しかし、このような固有の必要的共同訴訟の規律を厳格に解すると、当事者を一人でも欠いた場合に、訴訟による権利救済の途が閉ざされてしまうことになるため、この規律を緩やかに解すべきか否かが、

従来から解釈論で問題となっていた。とくに、本件のような入会権確認の訴えにおいては、構成員の人数が膨大に及ぶことも珍しくないことから、固有の必要的共同訴訟であると判示した最高裁昭和四一年一月二五日判決民集二〇巻九号一九二二頁（以下「昭和四一年判決」という）^①を契機に、訴訟共同の必要をどの程度の要件として理解すべきかが議論されていた^②。このような状況において、本判決は、入会集団の一部の構成員が原告となり、第三者に対して入会権の確認を求める訴訟について、訴えを提起することに同調しない構成員がいた場合に、非同調者を原告側ではなく被告に回すことで訴えを適法と認める旨を明らかにした。この理は、他の固有の必要的共同訴訟の事案においても同様に通用する可能性があり、紛争主体の権利救済という観点で本判決の意義は非常に大きいと考えられる^③。

しかし、本判決の位置付けについては、これまでの判例・学説との関係で、どのように理解すべきか、詳細な検討が必要である。まず、本判決は、先の昭和四一年判決を引用していることから、両者はどのような関係に立つと考えるべきか。つぎに、本判決の採った手法は、後述するように、従来学説において有力に主張されていた理論と近似しているが、その要件や判決の拘束力について、どのよう

に理解すべきか。とくに、本判決と同様の手法を採ったとされる最高裁判平成一一一年一月九日民集五三巻八号一四二頁（以下「平成一一一年判決」という⁽⁴⁾）は、妥当する事案を限定していたと解されるので、この判決との関係が問題である。加えて、本判決の採用した解決手法の他に考えられ得る手法との優劣についても検討すべきである。以下、順に述べる。

二 共同所有関係についての判例の検討

1 昭和四一年判決の意義

共同所有関係の訴訟の当事者適格を決める場合、財産についての実体法上の管理権（処分権を含む）をもつ者が正当な当事者でなければならぬ、とする考えが、学説上古くから主張されていた。⁽⁵⁾それは、当事者が敗訴判決を受けると、財産の帰属が否定されることになり、判決の効力からみれば、財産を処分したのと同じになってしまうためであると説明される（このような考えを便宜上、管理権説と呼ぶ）。このような考えを前提とすれば、実体法上の分類である、共有、合有、総有が訴訟上も意味を持ち、入会権は、いわゆる総有と分類され、入会団体が管理処分をなしているのみで、構成員は収益権を有するにとどまるとされる⁽⁶⁾。

昭和四一年判決は、入会団体の構成員の一部が第三者に対し対外的に共有の性質を有する入会権の確認を求めた事案において、管理権説に従い「入会権は権利者である一定の部落民に総有的に帰属するものである」から、「権利者のみが共同してのみ提起しうる」固有必要的共同訴訟であるとして、訴えを却下した。この判例理論の特色は、共同権利者全員が「原告側」で提訴しなければならないという準則にある。ただし、昭和四一年判決の事例は、入会権者が膨大にいたことから、判例の見解に従えば、事実上は本案判決を得ることは不可能に近い事案であった。⁽⁷⁾同事件の判例評釈では、一般論については賛成するものの、⁽⁸⁾なんらかの救済策を思考するものがほとんどである。

2 管理権説からの帰結

それでは、共有関係をめぐる他の判例を通じて、昭和四一年判決の例外を認めることができるだろうか。

判例は、一貫して管理権説に立ち、固有必要的共同訴訟の範囲を決めているように思われる。狭義の共有が問題となる場面においては、現在、おおよその判例理論が固まりつつある。整理すると、以下のとおりである。⁽⁹⁾まず、共有者相互間で行われる内部型訴訟と、共同所有者と第三者との間で行われる外部型訴訟とに分かれる。内部型訴訟にお

いては、共有権そのものないし共有関係の確認を求める訴えは固有の必要的共同訴訟であり、共有持分権の確認を求める訴えは必要的共同訴訟であることを否定する。⁽¹¹⁾さらに、外部型訴訟においては、共同訴訟人が原告側で訴えを提起する場合（能動訴訟型）と被告側で訴えを受ける場合（受動訴訟型）とに分かれる。能動型訴訟においては、共有権の確認を求める訴えは固有の必要的共同訴訟になるのに対し、共有持分権の確認を求める訴えは必要的共同訴訟ではない⁽¹²⁾。また、能動型給付訴訟においては、不可分債権あるいは保存行為であるという理由で、共同所有権に基づく訴えでも個別の訴えを許容する⁽¹³⁾。受動型訴訟は、本判決と関係が薄いので割愛する。他方、入会権に関する判例は数は少ないものの、判例の傾向は狭義の共有の場合と共通しており、固有の必要的共同訴訟でないとする判例として、たとえば、入会団体の構成員が有する使用収益権の確認、またはこれに基づく妨害排除請求について、構成員各自に当事者適格が認められるとするものがある⁽¹⁴⁾。これは、狭義の共有における持分権のように、入会権においても使用収益権が観念できるとして、固有の必要的共同訴訟の範囲を狭めたものである。ただし、使用収益権は、狭義の共有の持分権とは異なり、共有者各自が譲渡できる性質のものではないため、

その論理には多少無理があるように思われる。⁽¹⁶⁾

このように見てくると、実体法上の管理権に根拠を求める判例の解釈論においては、訴訟物や訴訟類型が定まるとある程度硬直的な結論にならざるをえず、昭和四一年判決の定立した準則の例外は、上記の稀少な例に限られることになる。

3 本判決の評価

本件事案においては、入会団体の構成員が本件入会権が構成員全員に存することの確認を求めている対外的訴訟であると考えると、従来の判例理論からすれば、構成員全員が「原告として」共同で訴えを提起しなければならない事案だということになる。この点において、昭和四一年判決の準則と背理するように見える。しかし、本判決は、昭和四一年判決の「判示は、土地の登記名義人である村を被告として、入会集団の一部の構成員が当該土地につき入会権を有することの確認を求めて提起した訴えに関するものである、入会集団の一部の構成員が、前記のような形式で、当該土地につき入会集団の構成員全員が入会権を有することの確認を求める訴えを提起することを許さないとするものではない」と述べて、両判決は矛盾しないことを説明する。このような判示部分から考えると、本判決を機に、昭

和四一年判決の準則の方に、ゆるやかな解釈が取り入れられたと見るべきである。すなわち、昭和四一年判決は、入会団体の構成員全員が原告たる地位に立つことを要求しているのではなく、構成員全員が「当事者たる地位」に立つことを要求していると解すべきことになる。

三 「訴訟共同の必要」の緩和

これまで述べた判例および伝統的な見解の採る管理権説に対し、一部の者の反対があつて他の者の権利救済の手段がなくなるような場合にまで、画一的処理を貫かねばならないかは疑問であり、画一的処理の要請を充たす方法は固有必要の共同訴訟を認めること以外にないかどうかをも検討すべきとの立場が、学説上有力である。この立場は、一般的に言えば、「訴訟の結果との関係で要求される利益（実体権）」のほかに、実体法上、または手続法上の何らかの理由から、加重された要件が要求される場合には、それらの特別な要求の内容・強弱を考慮して、適切な手続を決定すべきだといふ⁽¹⁷⁾（このような考えを、便宜上訴訟政策説と呼ぶ）。入会権確認訴訟においては、原告側で共同原告となることを拒む者がいた場合、提訴者に権利救済の途を

閉ざすことになるという点、入会団体は膨大な構成員がいることが多く、また住居移転等で構成員の出入りが激しいため、原告の正確な人数を把握できない点などが手続上の負担加重要素として挙げられよう。

本判決は、原告とすべき入会団体の構成員を被告に回す手法によって、入会権確認訴訟における訴訟共同の必要の要件を充足した。この方策は、入会権の実体法的性格から演繹することは困難であり、何らかの比較衡量に立つて導かれたものである。そこで、以下に、訴訟政策説からの入会権確認訴訟の処理のあり方を整理し、検討する。

1 入会権の確認は通常共同訴訟であるとする立場

入会集団中一人でも不参加な者があれば、提訴ができなくなるのだから、入会権を否認する者にとっては入会権者一人でも買収して訴訟に参加させなければ入会権否認が可能になってしまう、という実態を重視する。そして、入会権の実態を見れば、入会団体の構成員は集団の入会権の持分権を有しているとする。各構成員は、入会持分権に基づき、持分権の確認ではなく、集合体たる入会権の確認ができる⁽¹⁸⁾とし、入会権確認訴訟は、固有必要の共同訴訟でないと主張する。

2 非同調者を被告に回すことを認める立場

原告側で共同被告となることに同調しない者がいる場合、被告に回して提訴を許すのが適當であるとする考えである。⁽¹⁹⁾

全関係者が訴訟に登場するのであるから訴訟共同の必要は満たされるし、拒否者を除外して訴訟をするよりも紛争解決の効率が高く、また、場合によっては拒否者と本来の被告の利害状況が一致していることもありうるからであるとする。⁽²⁰⁾ もっとも、利害状況が常に一致するわけではないので、訴訟の実質は、原告、本来の原告、許否によって被告とされた者（以下、便宜上「二次被告」と呼ぶ）の三者間の三面訴訟となる。⁽²¹⁾ なお、平成一一年判決の原審は、この立場によっていると考えられる。⁽²²⁾

この見解には、以下の批判がある。⁽²³⁾ ①本来の被告と二次的被告は、元来対立関係にあるはずであり、固有必要的共同訴訟人とは考えられない。三面訴訟ではなく二面訴訟である。②もし、原告が敗訴した場合、判決の効力は、二次的被告にも及ぶのか。③被告の再度の手続負担の危険を考えると、②の効力は及ぶと考えざるをえないが、被告間に請求が立てられていない。④一緒に訴えないということは訴訟物たる権利の存在や帰属を争っていることと同じではない。たとえば、十人による共有において、一人だけが返還訴訟を提起しようという、他の九名は和解を望んでいる

ときはどうするか。以上の諸点である。

また、平成一一年判決は、共有地の境界確定の訴えについて、固有必要的共同訴訟であるとしつつ、共同提訴に同調しない者の処理について、上記学説と同様、被告に回して訴えを提起することを適法とした。ただし、判旨は「共有者のうちに右の訴えを提起することに同調しない者がいる場合であっても、隣接する土地との境界に争いがあるときにはこれを確定する必要があることを否定することはできないところ、右の訴えにおいては、裁判所は、当事者の主張に拘束されないで、自らその正当と認めるところに従って境界を定めるべきであって、当事者の主張しない境界線を確定しても民訴法二四六条の規定に違反するものではないのである」と述べていることから、平成一一年判決の射程については、非訟事件である境界確定訴訟に限定すべきであるとの解釈が一般的である。⁽²⁴⁾ この点で、本判決との関係をどう解するかは、重要な検討事項である。

3 非同調者以外の者のみによる提訴を許す解理論

上記2との対比では、非同調者個人が名義上の当事者ともならない点で、訴訟共同の必要はきわめて緩和されている。

(1) やむをえない場合には、非同調者以外の者のみの提訴

を適法と扱うとする考えがある。⁽²⁵⁾ この考えによれば、入会権に関する訴訟において、入会権の共同権利性を重視して、共同を要するということを原則とし、単独できるとしないうと不都合を生じるような特別な事情があるときにのみ単独の行使が許されるとする。そして、その「特別の事情」は、当該入会権の共同権利性や入会権者の結末、入会権侵害の緊急性の度合いなどから判断されるとする。⁽²⁶⁾ この見解は、当該入会権関係訴訟が固有の共同訴訟であるという法的性格を自覚している点で、上記1との理論上の違いである。

(2) 入会権者の中で全体を代表するにふさわしい者が訴訟を提起しているのであれば、当事者にその適格を認めてよいとする考えがある。⁽²⁷⁾ この考えは、クラスアクションの考え方に発想をおき、選定当事者制度(三〇条)を再構成しようとする。すなわち、個別的授權ではなく、客観的な代表関係の存否が判断基準となるとする。具体的には、集団におけるその者の地位、代表する者の割合、利益の典型性、訴訟追行能力等が考慮される。⁽²⁸⁾

(3) 二九条により入会団体に当事者能力が認められた場合、当該入会団体が、入会団体構成員全員の総有に属することの確認を求める訴えの当事者適格を有するとする見解であ

る。⁽²⁹⁾ この場合の入会団体は第三者の訴訟担当となる。この点、最高裁判平成六年五月三十一日判決民集四八巻四号一〇六五頁は同様の立場を支持した。同判決は、入会団体の中で多数決等によつて選ばれた代表者が訴訟追行することを認める。

(4) 非同調者に対して提訴共同の催告ないしは訴訟告知をなし、これに不当に応じない場合には、提訴原告は、非同調者の訴訟担当としての地位を取得するとする考えがある。⁽³¹⁾ この見解は、非同調者との間で統一の解決を図るため、提訴共同の催告ないしは訴訟告知により、非同調者に訴訟への参加の機会を与えるとともに、判決効を拡張しようとする考えであり、債権者代位訴訟における債務者へ判決効を拡張するための議論と共通する利益状況があると考えられる。

4 検討

上記のように、訴訟政策説は、原告に非同調者がいる固有の共同訴訟における「訴訟共同の必要」を様々な視点で緩和するが、各説のねらいは、(i)提訴原告の権利救済と、(ii)同調しない者との間の合一確定および手続保障であると思われる。本判決の判示部分においても、まさにこの二点が理由として挙がっている。

(1) まず、本判決が採用した手法に最も近い上記 2 の非同調者を被告に回す考え方につき、考えてみることにする。この考え方によれば、(i) 提訴原告にとっては、それほどの手続負担も無く、訴訟を進行することができ、権利救済の途が閉ざされる不安は解消する。問題は、(ii) である。この点、上記の批判②および③について、非同調者を被告に回す考え方の代表的論者である高橋教授は、②については、一種の訴訟担当とみることにより、二次的被告は本来的被告との間で判決の結果につき争わせないと構成する。³²⁾ ③については、あえて提訴原告から二次的被告に請求を立てることはせず、二次的被告は「請求なき被告」となり、共同訴訟参加ないしは共同訴訟的補助参加を強制されたような地位に就くとする。³³⁾ すなわち、二次的被告は形式上は、本来的被告と共同被告のような形になるが、実質は、二次的被告から本来的被告に請求が観念されていると見ることになる。このような理論構成は、片面的参加が認められた現行法四七条の下では、破綻はないと思われる。では、この被告に回すという手法が支持できるとして、①と④の批判にはどう答えるのだろうか。この点、①については、上記の高橋教授のように原告から二次的被告への請求を立てないとはせずに、請求を定立することによって解消できると

思われる。たとえば、入会権の確認を求める訴えにおいては、原告から二次的被告に対して、構成員全体のための入会権の存在確認の訴えを提起する。これは、共有者間における内部型訴訟と同一である。³⁴⁾ そうすると、三面訴訟ではなく、二面訴訟が二つ（原告の本来的被告に対する請求と、原告の二次的被告に対する請求）とが複合されていると考えるべきことになる。このうち、原告の本来的被告に対する請求は、原告本人の請求と二次的被告の訴訟担当としての請求を含んでいると見るため、理念的には、合計三つの訴えが提起されていることになる。また、④については、このような非同調者を被告に回す手法の適用範囲の問題であると考ええる。すなわち、先に述べた原告の第二次被告に対する請求は、形式的なものではなく、紛争の実体を備えた内部型訴訟の訴訟物である。そうだとすれば、たとえば、十人による共有において、一人だけが返還訴訟を提起しようといい、他の九名は和解を望んでいるような場合には、紛争解決の選択について足並みが揃わないだけであり、共有者同士で権利義務の争いがある訳ではない。このような場合には、原告の第二次被告に対する請求は訴えの利益を欠くことになり、全ての訴えを却下すべきである。翻ってまとめると、この非同調者を被告に回す手法を使い、適法

な訴えを提起する要件として、提訴原告と非同調者との間に内部紛争が想定できることが必要であると解する。

(2) つぎに、上記2以外の考え方につき、検討する。第一に、上記1の通常共同訴訟と解する考え方である。持分権の処分権で入会権そのものを処分できるかという問題もあるが、通常共同訴訟と解する以上、判決の効力は相対的に生じるというべきであり、上に掲げたねらいの(ii)を達成することができないため、有効な手段ではない。第二に、上記3(1)の考え方は、提訴原告が単独で訴訟進行できる「特別な事情」の判断が非常に難しいことに加えて、ねらい(ii)を達成するには、やはり、提訴原告を非同調者の訴訟担当と構成することが必要となり、具体的な検討は3(2)ないし(3)の考え方に吸収されるものと思われる。第三に、上記3(2)の考え方は、授権の無い選定当事者をどのように決めるかがあいまいであり、これも実質的な検討は3(3)の考え方に近似すると考える。第四に、上記3(3)の考え方については、社団性が強い入会団体等においては、訴訟の利用が容易になり、かつ統一的解決が実現可能となることから大変有効な手段である。第五に、上記3(4)の考え方は、非同調者を被告に回すよりも、端的で分かりやすい手段であると考ええる。平成八年の民訴法改正の際にも、四分の三の多数

者が提訴すれば残りに対して裁判所が参加命令を出し、訴え提起を適法にするという案が検討されていたが、⁽³⁵⁾見送られた現在において、参加命令に変わりうる手段の有用性は高いものと考ええる。なお、債権者代位訴訟における債権者への提訴共同の催告（訴訟告知）について、これを債権者に義務づけ、これを欠いた場合には却下するという考え方に対し、債務者を強制的に参加させる手段の是非が問われることがあるが、⁽³⁶⁾固有必要的共同訴訟の場面においては、よりはるは認し易くなると思われる。さらに、この提訴共同の催告（訴訟告知）は、上記で検討した、非同調者を被告に回す考え方でカバーしきれなかった部分を補完する役割も担っていると考える。すなわち、前述したように、内部紛争が存在しなければ、非同調者を被告に回す訴え自体は却下されることになるが、紛争に無関心な非同調者には、提訴共同の催告（訴訟告知）の方法で、提訴原告が非同調者の訴訟担当者になることができるというメリットがある。

以上の検討から、筆者は、入会権確認訴訟のような固有必要的共同訴訟の原告の中に提訴を望まない非同調者がいる場合の処理としては、被同調者を被告に回す手法、二九条により団体に当事者適格を認める手法、提訴共同の催告

(訴訟告知) により被同調者に判決効を及ぼす手法の三つを選択的に用いるべきと考える。

四 本判決の分析

1 平成一一年判決との関係

すでに紹介したとおり、平成一一年判決は、被同調者を被告に回す手法を肯定する理由について境界確定訴訟が非訟事件たる性質をもつことのみを挙げる。すなわち、平成一一年判決は、上述の「(ii)同調しない者との間の合一確定および手続保障への配慮」について、境界確定訴訟では処分権主義が制限される結果、そもそもこのような配慮自体が後退するとの立場に立っていると解される。これに対し、本件は、まさに(ii)の要請が求められている事案であり、そのための理論構成が必要である。本判決に平成一一年判決と連続性を認めることは困難である。したがって、本判決は、平成一一年判決の判例理論の射程外に置かれるべきであり、(ii)の要請への回答部分である「このような訴えの提起を認めて、判決の効力を入会集団の構成員全員に及ぼしても、構成員全員が訴訟の当事者として関与するのであるから、構成員の利益が害されることはない」との判示に、独自の意義を見出すことができる。本判決が平成一一年判

決を引用していないのも、このためであろう。

2 説示部分の評価

まず、本件入会権確認訴訟において、被同調者を被告に回すことは是非についていかに解すべきか。前述したように、この理論は、全ての固有必要的共同訴訟において一般的に通用するルールではなく、提訴原告と被同調者との間に内部的な紛争があることを要件とすべきである。本件では、登記名義を移転した四名は、Xらの提起しようとしている訴訟にできるだけ協力しようとする主体であるとは考えにくい。むしろ、この四名においては、Y₁との売買契約を前提として、共有の性質を有する入会権が四名を含む入会団体の構成員全員に帰属していないと主張しうる紛争上の地位にあると推測できる。その意味で、Xらには、内部的に入会権の確認を求める利益を十分認めることができる。本判決が、「本件入会集団の内部においても本件各土地の帰属について争いがあり、……対内的にも対外的にも……Xらを含む本件入会集団の構成員全員が本件各土地について共有の性質を有する入会権を有することを合一的に確定する」ための訴えであることを明らかにした説示部分は、筆者の見解における要件解釈の部分に該当する。ただし、単に団体内部にも対立関係があることを示すにと

どまり、提訴原告が被同調者を被告に回す手法を採った場合の理論的な批判、とくに(ii)の要請のうち、上記の「①本来の被告と二次的被告は、元来対立関係にあるはずであり、固有の必要的共同訴訟人とは考えられない」ことについて十分に説明していない点には不満が残る。³⁷⁾

最後に、本件は二九条により団体に当事者を認める手法は採れなかったのか、解釈論の可能性に付言しておく。この点、本件第一審の判決文を読むに、「なお、A集落住民が権利能力なき杜団に当たる入会団体を形成し、その代表者に総有権確認請求訴訟を進行しうる特別の授權が総会の議決等によりなされているなどの事実を認めるに足る証拠も存しない以上（本件訴訟に同調しないために被告とされた者が多数おり、そのような議決を得ることは不可能であると推認される）、入会団体の代表者による訴訟進行の方法へ変更することもできない。」³⁸⁾との事実が認められる。すなわち、本件入会団体は杜団性が弱い団体であって、二九条の適用が難しい事案であったことが推測できる。

(1) 判例評釈として、五十部豊久「星野英一「判批」法協八四卷一一号一二六頁（一九六七）、小山昇「判批」ジュリ三九八号三九一頁（一九六八）、小室直人「判批」判評

一〇三号二二頁（一九六七）、小島武司「判批」別ジュリ三六号（統民事訴訟法判例百選）四〇頁（一九七二）、大原誠三郎「判批」法研四一卷七号一二〇頁（一九六八）、福永有利「判批」民商五六卷六号九九頁（一九六七）、判例解説として、瀬戸正二・最高裁判所判例解説民事篇昭和四一年度五〇九頁がある。

(2) 兼子一「松浦馨ほか『条解民事訴訟法』一六六頁（弘文堂、一九八六）（新堂幸司）、菊井維大「村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅰ』三三四頁（日本評論社、一九八四）、齋藤秀夫編著『注解民事訴訟法（一）』三四五頁（第一法規、一九七五）、上田徹一郎「井上治典編著『注釈民事訴訟法（二）』一八五頁（有斐閣、一九九二）（徳田和幸）、三宅省三「塩崎勤ほか編『注解民事訴訟法』三八四頁（青林書院、二〇〇二）、小室直人「賀集唱ほか編『基本法コンメンタール（第二版）新民事訴訟法Ⅰ』一〇〇頁（日本評論社、二〇〇三）、秋山幹男「伊藤眞ほか編『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ（第二版）』三九七頁（日本評論社、二〇〇六）など。

(3) 判例評釈として、川嶋四郎「判批」法セミ六四六号一二四頁（二〇〇八）、名津井吉裕「判批」法セミ増刊速報判例解説 Vol.4 一二七頁（二〇〇九）、松尾弘「判批」判例タイムズ一二九号五八頁（二〇〇九）、鶴田滋「判批」ジュリ臨増一三七六号一四三頁（二〇〇九）がある。

- (4) 判例評釈として、河野正憲「判批」判評五〇〇号二二九頁(二〇〇〇)、徳田和幸「判批」民商一二三卷三号一二二頁(二〇〇〇)、八田卓也「判批」ジュリ臨増一一七九号(平成一一年度重要判例解説)一二六頁(二〇〇〇)、川嶋四郎「判批」法セミ四五卷六号一一八頁(二〇〇〇)、同「判批」別ジュリ一六九号(民事訴訟法判例百選第3版)二〇八頁(二〇〇三)、原啓一郎「判批」判タ臨増一〇六五号(平成12年度主要民事判例解説)二四〇頁(二〇〇二)、佐久間邦夫「判批」ジュリ一一九四号一一四頁(二〇〇二)、田邊誠「判批」リマークス二二号一一四頁(二〇〇二)が、判例解説として、佐久間邦夫・最高裁判所判例解説民事篇平成一一年度(下)六九六頁がある。
- なお、原審(大阪高判平成九年二月一三日判決判時一六〇六号五一頁)の判例評釈として、徳田和幸「判批」判評四六九号一九二頁(一九九八)、福永有利「判批」リマークス一八号一三三頁(一九九九)がある。
- (5) 兼子一『実体法と訴訟法』九四頁(有斐閣、一九五七)、同「共有関係の確認」『民事法研究』二卷一一一頁(酒井書店、一九五六)。
- (6) 我妻栄『民法講義Ⅱ物権法』二九八頁(岩波書店、一九五二)など伝統的見解である。
- (7) 入会権三二九名のうち、提訴に及んだのが三二六名、結局、上告審で判決を受けたのは、一二八名であった。
- (8) 五十部『星野・前掲注(1)』二三一頁、小山・前掲注(1)七〇頁、福永・前掲注(1)一〇三頁、小島・前掲注(1)四〇頁。なお、過去の判例から、通常共同訴訟に当たる事案を分析したものととして、五十部豊久「必要的共同訴訟と二つの紛争類型」民訴雑誌二二号一六七頁(一九九六)。
- (9) 判例については、秋山・伊藤ほか・前掲注(2)三九七頁の整理に従った。
- (10) 大判大正二年七月一日民禄一九輯六六二頁、共同相続人間における遺産確認の訴えについて、最判平成元年三月二八日民集四三卷三号一六七頁。
- (11) 最判昭和五六年九月一日民集三五卷六号一〇一三頁など。
- (12) 最判昭和四六年一〇月七日民集二五卷七号八八五頁など。
- (13) 最判昭和四〇年五月二〇日民集一九卷四号八五九頁など。
- (14) 共同所有権に基づく共有物の引渡しの訴えについて、最判昭和四二年八月二五日民集二一巻七号一七四〇頁、共同所有権に基づく登記抹消の訴えについて、最判昭和三一年五月一〇日民集一〇巻五号四八七頁、最判昭和三三年七月二二日民集一二巻一二号一八〇五頁など。
- (15) 最判昭和五七年七月一日民集三六卷六号八九一頁、最

判昭和五八年二月八日判時一〇九二号六二頁。

- (16) この点、端的に入会持分権を認めるべきものとして、中尾英俊「判批（最判昭和五七年七月一日民集三六卷六号八九一頁）」『ジュリ臨増七九二号（昭和57年度重要判例解説）』六四頁（一九八三）。

(17) 福永有利「当事者適格理論の再構成」『実体法と手続法の交錯上』山木戸還暦六〇頁（有斐閣、一九七四）。

(18) 中尾・前掲注(16)六六頁、遠藤浩『川井健ほか編『民法(2)有斐閣双書(第三版)』二六七頁（有斐閣、一九八七）（中尾英俊）（のちに改説）、川島武宜編『注釈民法(7)物権(2)』五五二頁（有斐閣、一九六八）（渡辺洋三）。

(19) 高橋宏志「必要的共同訴訟の試み」法協九二卷一〇号八頁（一九七五）、同「必要的共同訴訟について」民訴二三号四六頁（一九七七）、同「重点講義民事訴訟法下（補訂版）」二三三頁（有斐閣、二〇〇六）、兼子『松浦・前掲注(2)一六八頁（新堂）、小島武司「共同所有をめぐる紛争とその集団的处理」『訴訟制度改革の理論』一二四頁（弘文堂、一九七七）、井上治典「判批（最判昭和四六年一月九日判タ二七七号一五一頁）」判タ二七九号二七九号八七頁（一九七二）、中尾英俊「入会権」その本質と現代的課題』三二五頁（勁草書房、二〇〇九）。

(20) 高橋・前掲注(19)民訴二三号四六頁。

(21) 高橋・前掲注(19)民訴二三号四六頁。

(22) 大阪高判平成九年二月一三日判決判時一六〇六号五一頁。なお、前掲注(4)も参照。

(23) 福永有利「共同所有関係と固有必要的共同訴訟」民訴二二号三九頁（一九七五）、中村英郎「必要的共同訴訟」『新実務民訴講座3』一四頁（日本評論社、一九八二）。

(24) 河野・前掲注(4)二三三頁、徳田・前掲注(4)四二八頁、原・前掲注(4)二四一頁、佐久間邦夫「判批」ジュリ一九四号一一四頁（二〇〇一）、田邊誠・前掲注(4)一七頁、佐久間・前掲注(4)判例解説二〇九頁。

(25) 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」『実体法と手続法の交錯上』山木戸還暦二九八頁（有斐閣、一九七四）、井上・前掲注(19)八六頁。

(26) 松浦・前掲注(25)二九八頁。

(27) 小島・前掲注(19)二二五頁。

(28) 小島・前掲注(19)二二五頁。

(29) 小山昇「必要的共同訴訟」民訴講座一卷二五七頁（有斐閣、一九五四）、五十部『星野・前掲注(1)一五七八頁、福永有利・前掲注(1)二〇〇頁。

(30) 判例評釈として、高橋宏志「判批」法教一七四号七四頁（一九九五）、高崎英雄「判批」法研六八卷八号一八二頁（一九九五）、山本克己「判批」ジュリ臨増（平成六年度重要判例解説）一一八頁（一九九五）、小島武司「判批」

リマークス一一号一二九頁(一九九五)、鈴木經夫「判批」判タ臨増(平成六年度主要民事判例解説)二四四頁(一九九五)、上原敏夫「判批」NB L五七五号五八頁(一九九五)、福永有利「判批」民商一一三卷六号八九七頁(一九九六)、林屋礼二「判批」判例評論四三三号二〇五頁(一九九五)、上野泰男「判批」別ジュリ一六九号(民事訴訟法判例百選第3版)三三頁(二〇〇三)がある。

(31) 小島・前掲注(19)一二四頁、中野貞一郎編『現代民事訴訟法入門』一〇六頁(法律文化社、一九八五)〔池田辰夫〕。なお、高田裕成「いわゆる『訴訟共同の必要』についての覚え書」『民事手続法学の革新・中』三ヶ月古稀一九七頁(有斐閣、一九九二)は、共同訴訟が訴訟に関係する者の自主的な規律の下に成り立つという前提で、判決効の拡張を伴わない訴訟係属の通知を活用すべきだとしている。

(32) 高橋・前掲注(19)『重点講義民事訴訟法下(補訂版)』二二二頁。

(33) 高橋・前掲注(19)『重点講義民事訴訟法下(補訂版)』二二二頁。

(34) 名津井・前掲注(3)は、一本の請求によって、対外的確認請求と、対内的確認請求とが、重疊的に定立されるとと解する。この考えに賛成である。

(35) 青山善充『伊藤眞ほか「研究会新民事訴訟法をめぐっ

て(第四回)』ジュリ一一〇五号七〇頁(一九九七)〔竹下発言〕

(36) 坂原正夫「民事訴訟における既判力の研究」二七一頁注(二四)(慶應通信、一九九三)参照。

(37) あるいは、平成一二年判決原審のように、三面訴訟であることを明らかにしていないことに、意義を見出すべきなのかもしれない。

(38) TKCデータベース【文献番号】25420407

渡辺 森児