

<研究ノート>

共有入会地の慣習に反する処分に対する訴訟

野 村 泰 弘

1. はじめに—問題の所在—
2. 本類型紛争における従来の訴え
3. 判例理論の整理
4. ではどうすればいいのか—訴訟上の対応策—
5. 結びにかえて

1. はじめに—問題の所在—

入会紛争の解決を裁判に委ねた時、固有必要的共同訴訟¹⁾の要請が大きな壁となって立ちだかることが少なくない。最判昭和41年および最判昭和57年で確立されたといえる判例理論により、入会権訴訟のうち、入会権の確認請求や入会地の所有権の移転登記等の抹消登記手続請求は、権利者全員が共同で訴えを提起すべき固有必要的共同訴訟であるとして、権利者の一部による訴えは不適法とされるが、入会集団を構成する入会権者の数は数十人から多くは数百人にまで達し、その全員が訴えの提起に名を連ねることは現実には困難といえ、そのため、入会権の訴訟において固有必要的共同訴訟を理由とする訴えの却下により門前払いとなるケースは少なくない。

とくに深刻なのは、共有入会権において、入会集団の一部が入会慣習に基づかない処分(入会権者の全員の同意を得ない処分等)により当該入会地を売買等の処分した場合において、これに反対する権利者が、その無効を主張して訴えを提起する場合である(以下、この種の入会紛争を「本類型」という)²⁾。本類型の場合になぜ深刻かといえは、そもそも本類型のような紛争が生じるのは、集団内部に外部資本と手を組んだ勢力(売却推進派=多くは入会集団の長、役員などの有力者を中心とするグループ)が生まれ、入会慣習を無視した方法で売却を決定し、譲渡先に移転登記をなし、なおかつ、工事着工等の既成事実を積み上げようとするために、反対派はもはや話し合いによる解決を期待できず、これを阻止するには裁判において決着をつけるしかなく、やむを得ず訴えの提起をするのに、その処分行為の無効を主張する裁判の共同原告に売却推進派の構成員が名を連ねるわけがなく、判例理論の求めるような共同権利者の訴えの共同提起(訴訟共同)が不可能といえるからである³⁾。こうした閉塞状況の中で、本類型のような紛争の解決を訴訟に委ねるにはどのような訴訟の方法があるのだろうか。それを考えるのが本研究ノートの目的である。

2. 本類型紛争における従来の訴え

本類型の訴訟は、従来、譲渡先(移転登記先)を被告として、請求の趣旨として、(1)

入会権の確認を求め、かつ、(2) 移転登記抹消手続を求めるものが多く（たとえば、上関原発入会訴訟〔山口地岩国支判平成15年3月28日・広島高判平成17年10月20日戦後入会判決集3巻481頁〕、生田谷入会訴訟〔広島地判平成5年10月20日戦後入会判決集3巻111頁〕）、そして請求原因において、原告らが当該地について共有入会権を有しており、当該売買契約が入会慣習に反し無効であり、したがって移転登記は抹消されるべきであると主張されることが多かった。

ところがこのような原告の主張に対して、被告は、入会権の確認をを求める訴えは固有必要的共同訴訟であり、権利者全員が原告として訴えなければならないのに、本件訴えは全員によらない訴訟提起であるので不適法であり却下されるべきである、と抗弁するのが一般的であった（そのほか、個別に原告の一部に対して権利者ではなく当事者適格を有しない旨主張する場合もある。この問題は訴訟要件として職権でもこれを備えているか否かを判断することができるが、ほとんどの入会訴訟において被告側の抗弁としてこのような主張がなされる）。

これに対して裁判所は、一部の者による訴えであることが明らかになれば判例理論上「却下」せざるを得ないため、原告に対して訴訟要件を備えることを促すが、そこで原告は、そのままの主張を押し通すか、それとも何らかの対応策をとるかの選択を迫られることになる。多くの訴訟では後者を選択し、(1) 原告以外の入会権者を二次被告⁴⁾として追加する、あるいは、(2) 最判昭和57年の理論に従った形で入会権そのものの確認を求めるのではなく、個々の入会権者が有する使用収益権に基づく請求を予備的に追加する、という対応をとることが多かった（実際には主位的請求として(1)を主張し、予備的主張として(2)をあげている場合が多い）。

このうち、前者の方法は、民訴学説において以前から提唱されていたところであり⁵⁾、すでに多くの入会権訴訟でとられているものであるが、これによって固有必要的共同訴訟の要請を満たすとした判決は1、2例⁶⁾みつけることができるものの、大部分は否定的である。この方法による訴えを境界確定訴訟の事案で適法と認めた平成11年11月5日の判決も、補足意見で境界確定訴訟の特殊性ゆえと示唆している（千種判事によればそれは当事者の主張いかんにかかわらず、境界を確定することが裁判所の責務であるという非訟事件性を根拠とするとされている）。また、後者については、たしかに、訴訟が直ちに打ち切られることはなく、また、予備的主張についての判断は受けることができるが、それは、原告にとって本来期待していた判決とは質的に異なる判断を受けることになるのであり、結果的には訴訟の変質を招くことになってしまう⁷⁾。すなわち、入会権に基づく妨害排除請求は認められても、入会地の処分の無効確認と移転登記の抹消という目的を達することはできないのである。

3. 判例理論の整理

従来の判例理論を簡単に整理しておくとして、まず判例は、①「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、入会権の確認をを求める訴えは、共有入会権であれ地役入会権であれ、固有必要的共同訴訟であり、権利者全員によらない訴えは不適法である」（最判（二小）昭和41年11月25日民集20巻1921頁＝事案は、X部落住民が古くから入会利用し、明治42年以後は学区有財産として管理維持されてきた係争地が、その後

昭和30年に昭和16年付けでY村に移転登記されたために、X住民がその移転登記の抹消登記手続を求めたもので、控訴審からXらは請求の趣旨を拡大し、共有入会権の確認および、予備的に地役入会権の確認を求めたものとするが、その後、②「個々の入会権者が有する使用収益権に基づく訴えは、使用収益を行う権能は、入会部落の構成員たる資格に基づいて個別的に認められる権能であって、入会権そのものについての管理処分の権能とは異なり、部落内で定められた規律に従わなければならないという拘束を受けるものであるとはいえず、本来、各自が単独で行使することができるものであるから固有必要的共同訴訟ではない」（最判（一小）昭和57年7月1日民集36巻6号891頁＝事案は、払下に際して神社名義で所有権移転登記が経由された係争地につき、地上権設定の仮登記がなされたのに対して入会部落民が異議を唱えたため、地上権の仮登記権者が神社を被告として地上権の確認等を求めて訴えを提起したのに対して、入会部落民が当事者参加して入会権の確認および妨害禁止、地上権の仮登記の抹消を求めたもの）として、入会権そのものと入会権の支分権ともいえる個々の入会権者が有する使用収益権とに分けて、後者については一部の者による訴えを適法であるとする。そして、③「対内的に入会権を有することの確認を求め訴えは、『入会権そのもの』の確認を求めたものではなく、『使用収益権』の確認を求めたものであるから、単独でできる」（最判昭和58年2月8日判時1092号62頁＝事案は、新規加入者が従来からの入会権者に対して彼らと同等の入会権を有することの確認を求めたもの）として、最判昭和57年を補足する。さらに団体の代表者による訴訟追行については、④「入会権の帰属する村落住民が権利能力のない社団である入会団体を形成している場合には、当該入会団体が当事者として入会権の帰属に関する訴訟を追行し、本案判決を受けることを認めるのが、このような紛争を複雑化、長期化させることなく解決するために適切である」として、入会団体を民訴法29条（旧46条）の代表者の定めのある法人でない社団とみて当事者能力を認め、かつ、「総有権確認請求訴訟を原告の代表者として追行するには、当該入会団体の規約等において当該不動産を処分するのに必要とされる総会の議決等の手続による授權を要する」として、授權を要件としてその代表者の訴訟追行を認めている。また、登記手続請求権についても、「権利能力のない社団である入会団体において、規約等に定められた手続により、構成員全員の総有に属する不動産につきある構成員個人を登記名義人とする」とされた場合には、当該構成員は、入会団体の代表者でなくても、自己の名で右不動産についての登記手続請求訴訟を追行する原告適格を有するものと解するのが相当である。」（最判（三小）平成6年5月31日民集48巻4号1065頁＝事案は、記名共有で登記されたX₁組合の共有入会地について、その名義人の相続人Y₁・Y₂がすでに入会権は消滅して民法上の共有になったとして、その持分の上にY₃のために抵当権設定登記等をしたのに対して、X₁組合がY₁₋₃を被告として、X₁組合が定めた登記名義人X₂に対して真正な登記名義の回復を原因とする持分移転登記手続ならびに持分移転請求権仮登記と抵当権設定登記の抹消登記手続を求めたもの）として、代表者でなくても登記名義人に選任された者につき任意的訴訟担当として訴訟追行権を認めている。

このうち本類型に直接関係があるのは①②③の判決であるが（④については入会団体が一つにまとまっていることが前提で、本類型のように内部対立がある場合はこれによることできない）、これにより不適法とされる訴えは、①入会権そのもの確認を求めたこと、②所有権等の登記の抹消登記手続を求めたことで、他方、適法とされるものは、(a)

入会権者が個々に有する使用収益権の確認請求であり、(b)入会権者が個々に有する使用収益権に基づく妨害排除請求、(c)対内的に入会権の確認を求める訴え（最判昭和58年2月8日は、対内的に入会権の確認を求める訴えは入会権そのものの確認を求める訴えではなく、入会権者個々の有する使用収益権の確認であるとする）、である。

4. ではどうすればいいのか—訴訟上の対応策—

(1) 訴え提起に同調しない共同権利者（入会慣習に反する処分を行った者および原告となることに同意しない者）を被告（二次被告）に加える方法

これは、あくまでも、被告にする方法によって固有必要的共同訴訟の要件をクリアしようとするもので、それも一つの考えであろう。入会権そのものの確認や移転登記抹消登記手続の請求においては、やはりこの原告に加わらない者を被告にするという方法によることがもっとも妥当と考えられるが、そのような判決を得るためにはまずそうした主張を続けていかなければならない。訴えを提起する側が変わるのではなく、最判（三小）平成11年11月9日民集53巻8号1421頁が境界確定訴訟で認めたように、判例理論が変わるのを待つというものである。

そもそも、合一確定の要請とともに訴訟共同の要請がなされるのは、前出の広島地判平成5年10月20日が述べるように、たんに訴訟に参加した共同権利者の中での合一確定では足りず、共同権利者全員について合一確定が求められるためであるから、そうであるならば、原告であれ被告であれ当事者として訴訟に参加していればよいはずであり、必ずしも原告に共同権利者の全員が揃っている必要はないはずである。権利者全員が原告に揃うことを求めた最判昭和41年の事例も最判昭和57年の事例もともに、対外的に入会権の存在を主張したものであり、内部的な対立構造を抱えた本類型とは同一には論じられないと思われる。本類型の場合、共同権利者間に利害の不一致からくる権利そのものについての争いがあり、利害関係からみれば、対立する共同権利者は一次被告と共通の利益を有するものであり、被告とすることの方がむしろ自然といえる。そして、最判昭和41年の事例も最判昭和57年の事例も、いわゆる「非同調者」の問題であったが、それは対外的主張（二者間の対立構造）を前提としたもので、これに対して本類型では内部的対立が存在する三者間の対立構造といってよく（それゆえ三面訴訟といわれる）、「非同調者」というよりも「対立共同権利者」というほうが適切であろう。非同調者を被告にするのは便宜上であるが、入会地の処分に関して明らかに考えが違ふ反対派を被告にするのはむしろ当然ともいえる（被告適格を有するといえる）。厳密には、「対立共同権利者」のほかたしかに中立派たる「非同調者」がいることが考えられるが、それらの者も原告に加わらないことによって原告に「却下」という不利益をもたらすものであるから、その意味では原告と争う立場にあり、二次被告として被告とされてもやむを得ない立場にあると考えられる。

ただ、この方法のみで押し通そうとすることは、現在の判例理論上は冒険に過ぎるともいえ、他の方法も考えなければならぬだろう。はじめはこの方法で訴えを起こしても、当該裁判官の考えは訴訟指揮等によってある程度予測できることであろうから、被告とする方法が受容られないようであれば、別の訴えを追加するなり、訴えの変更を行うことも考えなければならぬだろう⁸⁾。それが次の(2)である。

(2) 判例理論上却下される請求をはずす方法

これは、従来の判例理論を前提として、訴えが却下されず、かつ、勝訴につながる訴えのみを選択して提起していこうという考えである。その意味では判例理論に対する妥協の産物ともいえるが、現実には「却下」となれば、その後、原告は入会集団の中で敗訴に等しい厳しい状況に置かれるから、裁判所の固有必要的共同訴訟についての考えが変わらない以上はそれもやむを得ないといえよう。この方法は訴訟経済的には問題があるが、部分的な勝訴であっても、それにより妨害排除が認められ、売却推進派の翻意を促し、切り崩すという希望を持たせるものである（もっとも、すでにお金をもらったり、利益に目が眩んでしまっている者に対してどれだけの効果があるかという疑問はある。そのうえ、上訴があれば、その判決が確定するまでは翻意などは期待できないのではないかという現実論もある）。

前述の判例理論からは、まず、入会権そのものの確認を求める訴えおよび移転登記抹消登記手続を求める訴えは提起しても「却下」となる可能性が高い（被告にする方法が認められるのであれば別であるが）のに対して、①入会権に基づく個々の入会権者の使用収益権の確認を求める訴え、②対内的な入会権の確認請求、は一部の権利者による訴えでも適法なものとする（それぞれ、最判昭和57年、最判昭和58年）。それゆえ、処分先を被告として入会権そのものの確認を求める訴えを提起することに躊躇するのみならず、そもそも、入会権の確認を求めることが本類型訴訟において必須のことなのだろうかという疑問もわいてくる。

従来の入会訴訟において、入会権の確認請求が中心におかれていたのは、たとえば、市町村に対して入会権の確認を求める場合のように、それ自体が目的であったり、あるいは、入会権の確認を前提として妨害排除の請求につながるものであったり、さらには、入会権の確認を求めて、その実体関係と異なる登記の抹消登記手続や移転登記手続や真正なる登記名義の回復等を求めるためと考えられるが、本類型の場合はこれと異なり、入会権の確認を求めるのは、入会地の処分が入会慣習に反して無効であることの確認を求めること的前提であって、入会権の確認そのものは最終的な目的ではなく、目的はあくまでも処分の無効確認および移転登記の抹消登記手続等である。係争地が共有入会地であることの確認を求めて、たとえこれが認められたとしても、その後この共有入会地は適法に譲渡されたものであると判断されることもあり、それが直ちに移転登記の抹消手続請求が認められることにはつながらないであろう（あくまでも売買等の登記原因が無効であることを主張しなければならないのではなかろうか）。また、原告の主張する共有入会権は入会地の譲渡に伴い地役入会権に転化したという判断がなされれば、結局、登記の抹消という訴えの目的は達せられないことになるのではなかろうか。そう考えれば、入会権の確認を請求の趣旨からはずしてもとくに問題はないように思われる。むしろ、直接、売買等の処分無効確認、移転登記抹消登記手続の請求をすべきではないのかとも考えられる。

では、対外的に入会権そのものの確認を求めることを請求の趣旨からはずした場合には、どのような訴えになるであろうか。ここであらためて確認しておきたいのは、本類型において原告が終局的に求めているのは入会地の処分が慣習規約に反し無効であり、移転登記は抹消されるべきという点であるということである。これにつながる訴えとしては、大きく分けて、(ア) 入会権の確認請求ははずすものの、やはり入会権であることを前提とす

る主張と、(イ) 入会権を前提としない主張、が考えられる。

(ア) 入会権を前提とした主張

これには請求の趣旨により以下の4つが考えられよう。

(a) 請求の趣旨＝（個々の入会権者が有する）使用収益権に基づく妨害排除請求

入会権を前提とした主張の中でも、先の入会権そのものの確認請求および入会権そのものに基づく移転登記抹消請求をはずしたものである。これには、まず、これまで予備的主張としてなされていた、個々の有する入会権に基づく使用収益権に基づく請求（妨害排除請求）を行う、という考えが浮かんでくる。予備的ではなく、主位的な主張としてこれのみを請求するのは、「却下」となる請求をあらかじめ除外する意味からである（判決の中に却下の部分があれば、それだけで敗訴の印象が強く残る）。しかし、この方法の問題点は勝訴して使用収益権の確認が得られたとしても、それだけでは問題の根本的解決にはならないという点である。しかしそれでも、原告の主張が正しいことが明らかになれば、その後の集団内の動きは変わってくることは期待できる。ただやはり消極的な策であることには変わりない。

(b) 請求の趣旨＝（対立的共同権利者のみを被告として）入会権の確認請求

対内的に入会権そのものの確認を求めるものである。これは、対外的な訴訟において入会権の確認を求める訴えは固有必要的共同訴訟とされるが、最判昭和58年が、対内的に入会権の確認を求める訴えは個々の入会権者の使用収益権の確認を求める訴えであるから適法であるとしていることから、この訴えを提起するものである。

最判昭和58年は、対内的な入会権確認訴訟を上記のように解しているが、個々の入会権者の入会権に基づく権利内容の確認を求めることは、その前提として集団が有する権利の内容そのものについても実質的には判断している（判決理由中の判断）。このこと自体には既判力は及ばないが、それでも、集団内部での原告の立場は強まるであろう。

(c) 請求の趣旨＝処分無効確認の訴え

これは入会権を出発点とせず、直接、無効の主張をするものである。ただ、その請求原因として入会慣習に反することを主張するものである。譲受人を被告としない訴えであり、これに対しては譲受人から当事者参加がなされることもあるだろうが、それは原告にとっては好都合といえる。そうなった場合には譲受人を含めた関係者全員について既判力も認められることになるのではなかろうか。その確定判決を受けて、別訴としてさらに譲受人を被告として無効な処分に基づく移転登記の抹消登記手続を求めることも考えられる（この場合においても、訴訟共同の要請があるが、原告になることを拒むことは権利の濫用となろう）。

(d) 請求の趣旨＝（譲受人を被告として）移転登記の抹消登記手続請求

入会権の確認そのものは請求の趣旨からははずし、請求の趣旨としては、終極的な目的である移転登記の抹消登記請求をするものである。その請求原因として、係争地が入会地であり全員の同意がないゆえ無効な処分であることを主張するものである。

(イ) 入会権を前提としない主張

これは、実体は入会権でありながら入会権としての主張をせず、共有として主張するものである。請求の趣旨においても請求原因においても、入会慣習に反することを主張せず、共有の規定、ないしは権利能力なき団体の規約に反する処分であることを主張するものである（もっとも、権利能力なき団体の財産と主張する場合、全員の同意を処分の要件とし

ないという余地も残すことになり、また、当事者適格の問題も生じる)。そうすることによって勝訴判決を得られれば、入会権であることが認められなくてもよいというものである。共有に基く訴えも、多数当事者の訴訟としてその確認を求める訴えは固有必要的共同訴訟とされるが、持分がないとされる入会権と異なり、民法上の共有には持分があることにより（民法249条以下）、持分に基づく妨害排除請求も認められるほか⁹⁾、その持分に基づいて保存行為として移転登記の抹消を求めることができるという違いがある¹⁰⁾。

これに関して江溯教授は、こうした入会権でありながら他の権利としての訴えをするものには、入会権であることを知っていながらそうするものと、知らないでそうするものがあるとされる¹¹⁾。入会権でありながらこのような訴えをすることによって後に問題を残すことにならないかという疑問もなきにしもあらずだが、真っ向から入会権を主張しても却下という結果しか得られないのであれば、それも検討の余地はあるのではなかろうか（本末転倒だが、本末転倒の論理にならざるを得ないところに追い込んだのはほかならぬ最高裁であり、現在の民訴理論ではなかろうか）。

5. 結びにかえて

以上、本研究ノートでは、入会権と固有必要的共同訴訟に関する判例理論を前提として、訴えの却下にならずに勝訴を得る方法として、2、3の方法を考えてみた。しかし、これらの方法論、すなわち回り道的な訴えをなし、あるいは、入会権であるにもかかわらず入会権を主張しないというのは正攻法ではない。のみならず、あらためて被告にする方法の妥当性を浮き彫りにするものである。こうした主張を考えざるを得ないのは、判例理論が入会紛争の事例に応じた現実的かつ訴訟経済的な解決方法を示し得ていないからであり、それは裁判所の責任放棄ゆえといってもよく、それもたんなる責任放棄ではなく、実体的な判断をしないという不作為によって、違法処分に加担する結果を招いているのである。

入会権の確認を求める訴えは固有必要的共同訴訟であり、たとえ、非同調者を被告としたとしても適法な訴えとなるものではないという論理は二面訴訟においては妥当するかもしれないが、本類型のような三面訴訟においてはもはや維持できないものと考えられる。違法な処分が一部の者によってなされたことに対して、その無効を主張して争うにはその一部の者を含めた全員で提起しなければならないことというのはいかにも奇異である。この点こそ本類型の特徴があるのであり、その点を汲み取った訴訟理論の構築がのぞまれる。

従来の判例理論によれば、こうした入会訴訟においては、いずれが提訴しても（たとえば、逆に、入会権は消滅し民法上の共有となったことの確認を求める場合においても）、入会権そのものの存否に関する判断を仰ぐ以上、全員によらない提訴となり、実体判決に至ることができず、ある意味で裁判所は本来の使命を果たせないことになる。さらに、このような判決が続くならば、入会権者の一部でも抱き込めば違法な開発行為も止めることができないということになる。それを見越してむしろ被告となることを望むかのように事を起こすことも入会紛争ではみられる。そうした矛盾を回避するには、固有必要的共同訴訟という前提を維持するとしても、全員が原告になることを要するものではなく、原告であれ被告であれ権利者全員が訴訟の当事者として加わっていればよいと解すべきであろう。

入会権の確認請求は固有必要的共同訴訟であるという判例理論は、訴訟の入り口におけ

るあまりに高い壁であり、それゆえ、抜け道的な解釈をもって、訴訟の道を開いていかなければならなかった。最判昭和57年以降の入会権と固有必要的共同訴訟に関する最高裁の判断（最判昭和58年2月8日、最判平成6年）は、いずれも、原則（最判昭和41年）の修正という形で道を開いている。すなわち、使用収益権であり（もっともこれは誤った方法により解決の道を開いたといい得るであろう）、代表者のある法人格なき社団であり、任意的訴訟担当という方法で、適法な訴えの範囲を拡大してきたのである。このように入会権訴訟は、事案に応じて解決の道を探ってきたのであり、現在までの判例理論はいまだ完成されたものではなくお通過点であるともいえなくはない。判例理論が滞っているのは、本類型のような事案について裁判所がその問題の深刻さを理解していないことによるものと考えられ¹²⁾、それが理解されれば、平成11年判決と同様に（境界確定訴訟においても、それ以前には固有必要的共同訴訟であることを理由として却下されてきたものが、その特殊性——非訟事件性を考慮して、被告とする方法によって適法な訴えとなるとした）門戸が開かれるものと考えられる。もっとも、この平成11年判決のいう非訟事件性という概念自体はあいまいなものであり、それを強調しすぎると、当事者が主張しない境界確定さえもなし得ることになり問題が残るのではなからうか。むしろ、固有必要的共同訴訟という原則を超えてでも判断を示す必要があったからこそ、このような方法を認めざるを得なかったのであり、そうして事案の特殊性を考慮することによって原審がこのような判断をなし、最高裁もこれを認めたものと考えられる。事案の特殊性という点では本類型の事案についても同様のことがいえるのであり、三面訴訟という特殊性を根拠に実体判決への道を開くことはできないものであろうか。裁判所は、固有必要的共同訴訟であることを自明の理として、原告がそれに沿わない訴えを提起するからそうした不利益を受けるのだ、として何の解決策も示さず門前払いするのはいかがなものか。本類型において原告が最終的な解決を得るためにはどのような方法があるのか、その道を示す必要があるのではなからうか。境界紛争において共同権利者を被告とすることによって適法な訴えと認めた最判平成11年の事例でも、地裁、高裁はともに当事者適格を肯定して固有必要的共同訴訟の障壁を突破したのであり、まずは下級審の勇氣ある判決を期待したい。

なお、本類型を含む入会権訴訟においては、いったん適法に係属した訴えが上訴において、原告からの一部離脱および一部に対する訴えの取り下げがあった場合に、固有必要的共同訴訟との関係でいかなる影響を与えるかについての問題もあるが、その場合も、いったん適法に係属した以上は、上級審に移審するものとして訴訟要件には影響を与えないと考える¹³⁾。

最後に、本研究ノートにおいて当初は冒険的な提言を目指したものの、結局これといった対策は示すことができなかったが、それでもあえて活字にしたのは、事はそれほど深刻であるということを示したかったからでもある。これから先も入会地の処分の有効無効が争点となる紛争は多くなっていくであろう。それに対してどのような訴えを提起すればいいのか、この種の紛争の構造に合致した民事訴訟のあり方について、いろいろのご教示をいただければと願う次第である。

注

- 1) 民訴法上は、第40条1項が「訴訟の目的が共同訴訟人の全員について合一にのみ確定すべき場合には、その一人の訴訟行為は、全員の利益においてのみその効力を生ずる」と規定し、ここから固有必要的共同訴訟が導かれるとされる。
- 2) 今日では本類型のような入会紛争が増えている。多くは外部から入会地の買取話がもちかけられ、それに呼応する形で売却話が進むものであるが、とくに代表者ら有力者がその話に取り込まれると、多数派工作が行われ、これに賛成するグループが次第に勢力を増してきて強引にでも売却してしまおうという行動にうつる。その背景には、現実の入会利用が減少する中で入会地として維持していこうという意識が弱まること、脱農化、少子高齢化の中で、子供たちが集落外で生活している世帯が増え、今は権利者であってもいずれは離村失権のおそれがあること、利用の必要のない入会地がお金に換わるなら、権利者であるうちにそうしておきたいという意識があるものと考えられる。
 私がこれまで扱ってきた、①生田谷（「入会権の解体と権利意識（一）」徳山大学論叢第41号221頁以下（1994）、「入会権の解体と権利意識（二）」徳山大学論叢第42号113頁以下（1994））、②上関（「共有入会地の処分と慣習—山口県上関町四代原発用地を素材として—」徳山大学論叢第53号39頁以下（2000）、「入会権の性質の転化と消滅」島根県立大学総合政策論叢第12号29—69頁（2006））、③馬毛島（「判批 入会権の確認を求める訴えは固有必要的共同訴訟であり、たとえ非同調者を被告として加えたとしても不適法な訴えであるとして却下された事例」島根県立大学総合政策論叢第10号91—107頁（2005））のケースもこれに当たるものであり、利益がからんでいるせいか、入会権を守ろうという勢力が売却推進派（開発推進派）よりもむしろ少数派であることが多い（②③の事例）。なお、本類型は、拙稿「入会権と固有必要的共同訴訟（二）」埼玉工業大学人間社会学部論集3号594頁以下（2005）において述べた第2類型である。なお、本稿は過去に私が述べてきたことと重複する部分も多いが、それらを整理しつつ新たな方策を模索するものである。
- 3) この点についてはすでに前掲注2) ③「判批」で指摘したように、本類型の紛争において共同原告となることが可能であるならば、そもそもこの種の紛争は生じないであろうし、これが可能になるためには、共同原告にならない者が却下後に外部と契約を締結した権利者すらも含めて改心し、その無効を主張して共同原告となるということだが、そのようなことが現実期待できるはずがないのであり、こうした内部的な対立構造がある以上は、むしろ被告になるべき者というべく、判例の訴訟共同の要請は現実を無視したものといえる。
- 4) 最高裁判所平成11年11月9日第三小法廷判決（平成9年（オ）第873号土地境界確定請求事件）民集53巻8号1421頁や高橋宏志「必要的共同訴訟について」民訴23号36頁以下（昭和52年）46—47頁（同「必要的共同訴訟論の試み（三・完）」1331頁（注156））では二次被告としているので、本稿でも、共同権利者中原告に加わらず被告とされる者を「二次被告」という。もっとも、途中で加えるのではなく、訴え提起の時点からこのように二次被告とする訴えも少なくない。
- 5) この方法を主唱されるのが新堂幸司教授であり、新堂幸司『新民事訴訟法』661頁（弘文堂、1998）は、「共同所有関係そのものの確認を対外的に請求する場合には、共同所有関係の画一的処理の必要性がとくに高いから、判例のいうように、共同所有者全員が当事者になることを要すると考えるべきである。ただし、共同所有者全員が原告にならなければならないとすると、共同所有者の一部の者が訴え提起に反対するかぎり、他の者の訴権が実質的に否定されることになるから、原告なることを拒んだ者を被告にして訴えることができると解すべきである（原

告になることを拒んだ者の利害は相手方の利害と共通するといえるから、これを被告とすることは利害の分布状況にかえって一致する。）」とされ、高橋宏志「必要的共同訴訟について」民訴雑誌23号46-47頁（1977）も最判昭和41年に関して、「結局、原告は共同提訴を拒む者を被告側にまわして訴えを提起できるとすることが妥当であろう。」とされるほか、林屋礼二『新民事訴訟法概要』131頁（有斐閣、2001）。星野英一・五十部豊久「最高裁民事判例研究」法協84巻11号1579頁（1984）。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500号331頁（1972）等、この考えを支持する学説は少なくない。

6) 広島地判平成5年10月20日（戦後入会判決集第3巻111頁）は、記名共有地につき、入会権者の約3分の2が原告となり、①登記簿上記名共有の権利者として公示されてはいるが離村失権した者および②これらの者から共有持分を譲り受けた開発会社、さらには③共同原告となることを拒んだ者（すでに入会権は消滅したと主張する者）を被告として、本件土地が共有入会地であることの確認および離村失権により無権利者となった者からの譲渡であるから持分譲渡は無効であるとして、離村失権者および開発会社の登記を入会権者全員に移転登記せよ、これが認められなければ持分移転登記の抹消登記をせよと主張して訴えを提起したという事案につき、「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、入会権確認の訴えは、権利者全員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いうべきである（最判昭和41・11・25民集20・9・1921）。これを本件についてみると、原告らが主張する本件入会権の主体は、原告らのほかに被告目録9ないし24の者らをも含むというものであり、したがって本件訴えは、権利者全員が共同して訴えを提起していないことになる。原告らは、入会部落の構成員である原告らが、すでに部落を出る等して入会権を喪失したとする被告ら（被告目録2ないし8の者）及び新たに所有権を取得したとする被告（被告目録1の者）に対して、入会権の存否の確認及びこれに基づく所有権移転登記（予備的に抹消登記）を訴求しようとしたが、被告目録9ないし24の被告らは、すでに入会権は消滅したと主張して、被告目録1ないし8の被告らに対する原告らの訴えの提起には加わらなかったため、これらの者を被告に加えることによってその要件を充足させようとしているのである。思うに、入会権確認の訴訟において、権利者全員が共同して原告となって訴えを提起しなければ当事者適格がないとすると、本件のように入会権者の一部が訴訟に加わらない場合は、訴えを提起する途が閉ざされることになるところ、入会権確認の訴えが必要共同訴訟であるとされる所以は、入会権は権利者である一定の部落民に総有的に（全一体として）帰属するものであるから、その訴訟の結果も全員に合一にのみ確定させるべきものであるというにあるから、これらの者を被告として当事者に加えることによっても、合一確定の要請を満たすことになることに鑑みると、これにより訴訟要件を充たすものと解して妨げないものというべきである。」（下線は筆者）と判示している。また、直接認めただけではないが可能性を指摘したものとして、岡山地倉敷支判昭和51年9月24日（判タ351号300頁、戦後入会判決集2巻369頁。最判昭和53年6月6日より確定）があり、「右反対説が指摘するような共同権利者の一部が提訴を拒んだりした場合には、その者をも被告として訴え、共同権利関係の確認請求とともに共同権利関係に対する妨害者に対する排除請求を同一訴訟をもって追行することが可能であることを指摘することができ、紛争の一回的合一的確定の要請を重視する固有必要的共同訴訟に該当すると解する立場に拠るべきものと解する。」と判示する。

7) これについては、拙稿「入会権と固有必要的共同訴訟（一）」埼玉工業大学人間社会学部論集2号58頁以下（2004）で指摘したところであり、すなわち、最判昭和57年以来、本類型のような入会訴訟においては、門前払いを回避しようとして、本来の主張である、入会権の確認お

よび移転登記の抹消登記手続の請求のほかに、予備的に使用収益権に基づく各請求を主張することを余儀なくされ、そして、本来の主張である入会権そのものに基づく各請求は却下され、予備的主張である使用収益権に基づく各請求についてのみ判断がなされることになり、結果的には、原告が本来望んでいない争点（入会権そのものではなく使用収益権の主張）へ誘導され、最終的な解決につながらない判決を得ることになるのである。

- 8) 結局、入会裁判というのは、いかに裁判官を説得するかという問題に尽きるといえる。入会権についての深い理解が裁判官に欠けている場合には、結論もまた悲観的にならざるを得ない。その意味では、原告と被告の闘いというよりも、裁判官との闘いというべきかもしれない。
- 9) 最判平成10年3月24日判時1641号80頁。
- 10) 相続財産につき最判（一小）昭和31年5月10日民集10巻5号487頁、組合財産につき最判（三小）昭和33年7月22日民集12巻12号1805頁。なお、この点に関して山田誠一教授は、「共有者の持分は、組合財産については制限があるものの…譲渡することができ、さらに、より重要な点として、共有者の持分は、それを登記することができる点に着目しなければならない。すると、これに対して、入会団体の構成員が有する使用収益権は、自由に譲渡することができず、しかも、それを登記することができないのであり、このことが、入会団体構成員の使用収益権は、登記の存在によっては、妨害を受けることはないとする本判決の判断の基礎にあると推測することができる。」（平井宜雄編『別冊法学教室民法の基本判例』79-83頁（有斐閣、昭61））と指摘される。傾聴すべき見解であるが、現実には、共有入会権の持分は全員の記名共有という形で登記できないわけではなく、また、共有入会権の持分の譲渡も部落内であれば（部落の承認を得て）認められるというのも多く、組合財産や相続財産とどれほど明確な違いがあるかはなお検討の余地があると考えられる。
- 11) 江溯武彦「入会権確認請求を伴わない地域集団財産訴訟」島大法学第49巻第1号1-52頁。
- 12) 思うに、入会権についてのこの問題の議論の停滞は、入会権の権利構造の誤認と、入会紛争の事例の問題の深刻さが理解されていないからではないかと思われる。入会権の権利構造については、団体と個々の権利者の関係について、個々の権利者の総体が団体であって、役員会等の機関のみがその方向性を決定していくものではなく、全員が権利者として参画していくものであって、個々の入会権者も、使用収益権のみならず管理処分権を分数的に有しているのである。入会集団の機関は、議事提出等の取り纏め役としての機関であって、また、対外的な交渉当事者であって、個々の入会権者から超越して存在するものではなく、惣代の強いリーダーシップで運営されるものでもない。役員会等の機関の決定は、あらかじめ授権がなされている場合を除き、総員の同意があってはじめて有効なものとなるのである。したがって、管理処分権は団体にあり、個々の入会権者は使用収益権しか有しないという考えは正確ではない。したがってまた、入会権そのものと入会権に基づく個々の使用収益権を分けて考えることも妥当ではない。
- 13) ①遺産確認請求事件における最判（三小）平成6年1月25日（判時1504号91頁）は、「共同相続人間における遺産確認の訴えは、共同相続人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いわゆる固有必要的共同訴訟と解すべきところ（最高裁昭和60年（オ）第727号平成元年3月28日第三小法廷判決・民集43巻3号167頁参照）、記録によれば、亡Aは昭和50年3月26日に死亡し、その遺産を妻である被上告人B、兄であるC及び妹である被上告人Dが共同相続し、その後、Cが昭和56年8月3日に死亡し、その遺産を妻である選定者E、長男であるF、長女であるG、次男である上告人H及び三男であるIが共同相続したことが認められる。そして、上告人Hの主張によれば、亡Aの遺産について遺産分割が未了であり、

上告人、選定者E、被上告人兩名及びFら3名の合計7名がその共同相続人（共同相続人の相続人を含む。以下同じ。）であるというのであるから、上告人の本件訴えは、共同相続人全員を当事者として適法に提起され、第一審裁判所に係属したものとすべきである。ところが、上告人は、本件訴えが右のとおり適法に係属した後に、Fら3名に対する訴えの取下げをしたものであるが、このような固有必要的共同訴訟の係属中にした共同被告の一部に対する訴えの取下げは、効力を生じないものというべきである。けだし、いわゆる固有必要的共同訴訟においては、共同訴訟人全員について判決による紛争の解決が矛盾なくされることが要請されるが故に、共同訴訟人全員が当事者として関与することが必要とされるのであって、このような訴訟の係属中に一部の者に対してする訴えの取下げの効力を認めることは、右訴訟の本質と相いれないからである（最高裁昭和42年（オ）第535号同46年10月7日第一小法廷判決・民集25巻7号885頁参照。）」と判示する。

また、②大阪高判平成9年2月13日（民集53巻8号1437頁 判時1606号51頁 判タ964号273頁一最判平成11年の境界確定訴訟の控訴審判決）は、「ところで、土地の共有者が隣地との境界確定を求める訴えは、固有必要的共同訴訟であり、共有者全員が原告となってこれを提起すべきものであるが、共有者のうち、右訴え提起に同調しない者があるときは、その余の共有者（以下「原告」という。）は、隣地所有者（以下「本来の被告」という。）のほか、非同調共有者（以下「二次被告」という。）をも被告として右訴えを提起することができ、この場合、訴訟の実質は、原告、本来の被告、二次被告の三者間の三面訴訟となると解すべきである。そして、この三者の手續の規律は、利害関係に応じて弾力的に処理されるべきであり、たとえば、本来の被告の自白を否定する理由はないと解される。そして、二次被告は、右訴訟で決まったことを、原告及び本来の被告に対してもはや争えないと解すべきである。これを本件についてみると、本訴は、被控訴人甲野五郎を除く被控訴人らを原告、控訴人を本来の被告、被控訴人甲野五郎を二次被告とする実質三面訴訟であるといえることができる。そして、一般に、三面訴訟においては、当事者の一人が他の当事者のうちの一人に対してのみ上訴しても、事件の全部について確定が妨止され、事件はその全部が上訴審に移審するが、この場合、残りの当事者は、民訴法62条2項の準用により、被上訴人としての地位に立つと解するのが相当であるから、本来の被告のみが控訴した本件において、二次被告たる甲野五郎は被控訴人としての地位に立つというべきである。」と判示する。

キーワード：入会権 固有必要的共同訴訟 二次被告 入会権確認請求
抹消登記手續請求

(NOMURA Yasuhiro)