

<判例研究>

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

—鹿児島地判平成17年4月12日（平成14年（ワ）第785号入会権確認請求事件）—
（判例集等未登載）

野 村 泰 弘

【事実の概要】

1. 係争地の概況・紛争の経緯
2. 争点
 - (1)原告適格の有無
 - (2)壺泊浦集落住民が本件土地1ないし4についての入会権を有するか

【判旨】却下

1. 原告適格の有無（争点(1)）について
2. 結論

【研究】

1. 従来判例と本判決
 - (1)従来判例
 - (2)従来判例からみた位置付け
2. 学説
3. 私見
 - (1)最判平成11年と本判決
 - (2)本件判旨の検討
 - (3)結び

【事実の概要】

1. 係争地の概況・紛争の経緯

本件係争地（本件土地1ないし4、合計約2万2千平方メートル）は、鹿児島県西之表市の中心から西に約12キロメートルの海上に位置する面積約8平方キロメートルの馬毛島にあり（行政区分上は西之表市に属している）、Xらは西之表市の中心から約3キロメートル南の戸数約200戸の西之表市大字西之表の壺泊（あまどまり）集落に居住し、古くから本件係争地を漁業のための基地として利用してきた。本件土地のうち2～4は、かつては西之表市の壺泊浦、住吉浦、池田浦、州之崎浦の4か浦（この地方では集落のことを「浦」と呼んでいる）の共有入会地とされていたが、その後本件係争地は壺泊浦の一村共有地となり、大正15年5月10日、2名の代表者名義で登記された後、若干の変遷を経て、

昭和55年4月26日、各物件土地はすべて真正な登記名義の回復を原因としてA、Bの名前で登記された。また、本件土地1は昭和初期に埋め立てによって造成されたもので、昭和12年3月23日に熊毛郡西之表町名義で所有権登記され、同日付で3名の共有名義に移転登記された後、昭和54年にC、D2名の名義で登記されていた。

本件紛争は被告Y₁開発による馬毛島の買収に端を発するものであり、Y₁開発は平成13年5月29日、本件土地2ないし4についてはその登記名義人である被告AおよびBから、また、本件土地1についてはその登記名義人である被告CおよびDから、いずれも売買を原因とする共有持分移転登記をそれぞれ経由した（譲渡されたのは譲渡に賛成する約3分の2の持分である）。これに対して原告Xら（訴訟提起当時は22名であったが、その後増えて26名となった）は、本件土地1ないし4の各土地はいずれも、Xらおよび本件訴訟に同調しない権利者Y₂らを構成員とする遡泊浦集落住民（計62名）の共有の性質を有する入会地であるとして、Y₁開発およびY₂（これには積極的に売却にかかわった者のほか売却の分配を受けた者が含まれるが、これも訴訟提起時から増えて36名となった）をともに被告として、その確認を求めたのが本件訴訟である。

なお、本件訴訟は、順次提起された3つの訴訟（平成13年（ワ）第1065号・売買契約等無効確認等請求事件（これはのちに訴えの取下げにより妨害排除を求める訴えとなった→甲事件）、平成14年（ワ）第307号・土地所有権移転登記抹消登記手続請求事件（→乙事件）、平成14年（ワ）第785号・入会権確認請求事件）のうちの最後に提訴されたものであり、前二件については請求の併合がなされ、甲事件、乙事件として本件と同じ日に判決が下されている（鹿児島地裁平成17年4月12日判決。甲事件については、「いまだ社会通念上受忍が要請される範囲内といえ、原告らは、その差し止めを求めることができないというべきである。」とし、また、乙事件については、「原告らが有する使用収益権を根拠としては、被告に対する各持分権移転登記の各抹消登記手続を請求することはできないというべきである。」として、いずれも棄却した）¹⁾。

2. 争点

(1) 原告適格の有無

原告適格の問題は被告側から提出されたものであり、Y₁開発は、本件のような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うるいわゆる固有必要的共同訴訟であり、一部の権利者によって提起されたことが明らかなY₁開発に対する本件訴訟は、原告適格を欠く不適法なものであり、却下されるべきである、なお、本件訴訟ではXら主張の入会権者のうち、Xら以外の入会権者を被告Y₂として訴えが提起されており、これは、固有必要的共同訴訟と解されている共有地の土地境界確定訴訟の事案において、非同調者を被告とする訴訟提起を認めた最高裁判決に倣ったものと思われるが、かかる判決は境界確定訴訟の特殊性から例外的に認められるものであり、境界確定訴訟以外の固有必要的共同訴訟にあてはまるものではない、と主張したのに対して、Xらは、岡山地倉敷支判昭和51年9月24日を引用して、本件は、集団の対外的訴訟と対内的訴訟とが一体となったものであり、対外的にはY₁開発を、対内的にはY₂を被告としているのであるから、訴訟要件に欠けるところはない、と主張した。

(2) 埴泊浦集落住民が本件土地1ないし4についての入会権を有するか

Xらが、埴泊浦集落住民は、本件土地1を網干場、潮待ち場所、休憩場所および漁具倉庫などに、本件土地2を季節小屋を建てて漁業のための宿泊などに、そして、本件土地3及び4を生活薪材等の採取地および採草地などに利用してきたのであり、現在でも本件土地1を利用している。また、埴泊浦集落住民らは、本件土地1ないし4を現在でも自分たちの共同所有地（浦持地すなわち共有入会地）として意識しており、これまでに上記各土地の売買が集落と全く関係なく自由に行われた事実は存しないのであって、同各土地は、その登記名義人たる被告A、B、C及びDの共有地ではない。被告Eは入会権を否定するが、本件土地1が埋め立てられた頃、Fが多額の寄付をし、同土地が埴泊浦の排他的支配地ではなかったとしても、その後同土地は、4か浦の協議により埴泊浦専用の単独所有地となったのであるから、上記主張は理由がないと主張したのに対し、Y₁開発、Y₂は本件土地1ないし4についての入会権を有するとの事実については否認した。

【判旨】却下

「1. 原告適格の有無（争点(1)）について

(1) 入会権は権利者である一定の入会集団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うる固有必要的共同訴訟である（最高裁昭和41年11月25日判決・民集20巻9号1291頁）。

したがって、原告らが、本件土地1ないし4の各土地につき、①入会集団たる埴泊浦集落住民の構成員たる地位にもとづく使用収益権の確認ではなく、共有の性質を有する入会権自体の確認を求めている本件訴訟は、入会権者全員によってのみ提起できる固有必要的共同訴訟であるというべきところ、本件訴訟が、入会権者と主張されている入会集団構成員全員によって提起されたものではなく、その一部の者によって提起されたものであることに争いはないため、本件における訴えは、原告適格を欠く不適法なものであるといわざるを得ない。

(2) これに対し、Xらは、入会権者らによる訴訟上の救済の道が事実上閉ざされてしまう旨主張し、入会権者保護の観点からはかかる主張もよく理解し得るところであり、また、原告らが、本来的被告である被告Y₁開発に加え、入会集団とする埴泊浦集落住民のうち、本件訴訟に同調しないY₂らをも被告として本件訴訟を提起しており、土地共有者のうちに境界確定の訴えを提起することに同調しないものがある場合には、その余の共有者は、隣接する土地の所有者と訴えを提起することに同調しない者とを被告として当該訴えを提起することができるとする最高裁判決が存するため、Xらに当事者適格を認め、訴訟提起が可能とする余地が存するのではないかとも思料されるところである。

しかしながら、②上記判決は、形式的形成訴訟である境界確定の訴えの処分権主義・弁論主義が妥当しない特質に着目したものであって、固有必要的共同訴訟とされる場合につき一般的に非同調者らを被告として訴訟提起することができるとしたものではないと解され、これにより本件においてXらに当事者適格を認めることはできないし、また、③訴訟提起に同調しない者は本来原告となるべきであって、民事訴訟法には、かかる者を被告に回すことを前提とした規定が存しないため（現行民事訴訟法の立法の際検討されたいわゆる参加命令の制度も、導入が見送られている。）、本件のような場合に非同調者らを被告と

して訴訟提起することを認めることは、非同調者の被告適格、非同調者に対する主文等、種々の問題を伴うものであり、訴訟手続き的には困難というべきである上、④入会権は、入会集団の構成員全員に総有的に帰属し、構成員の一部によって管理処分できないという性質のものであって、入会権の管理処分は構成員全員でなければ行使できないのであるから、構成員の一部の者による訴訟提起を認めることは実体法と抵触することにもなり、原告らに当事者適格を認めることはできない。

なお、湊泊浦集落住民が⑤権利能力なき社団にあ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迫行し得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ものが多数おり、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迫行の方法を変更することもできない。

2. 結論

よって、その余の点について判断するまでもなく、原告らの本件各訴えはいずれも不適法である。」

（文中、下線部および番号は筆者）

【研究】

1. 従来の判例と本判決

本判決は、入会権の確認を求める訴えは固有必要的共同訴訟にあたるとしたうえで、一部の者によってなされた本件訴えは不適法として却下したものである。その理由を、本判決は比較的詳細に述べているが、まず、これが従来の判例のなかでどのように位置づけられるかという点をみていきたい。

(1) 従来の判例

1) 入会権の確認訴訟が固有必要的共同訴訟であるということを明らかにした代表的な判決として、本判決も引用している最（二小）判昭和41年11月25日民集20巻1921頁（昭和34年（オ）650号—所有権移転登記手続請求事件）がある。この判決は、「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、入会権の確認を求める訴は、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である（明治39年2月5日大審院判決・民録12輯165頁参照）。この理は、入会権が共有の性質を有するものであると、共有の性質を有しないものであるとで異なるところがない。したがって、上告人らが原審において訴えの変更により訴求した『本件土地に付き共有の性質を有する入会権を有することを確認する。若し右請求が理由がないときは、共有の性質を有しない入会権を有することを確認する』旨の第4、5次請求は、入会権者全員によってのみ訴求できる固有必要的共同訴訟であるというべきところ、本件右請求が入会権者と主張されている部落民全員によって提起されたものでなく、その一部の者によって提起されていることは弁論の全趣旨によって明らかであるから、右請求は当事者適格を欠く不適法なものである。」として、いわゆる総有理論に立って、入会権の確認を求める訴えは固有必要的共同訴訟であるとして訴えを却下したものである。

2) しかし、この判決は、入会権者の一部でも反対すれば判決への途が閉ざされるとして学説の批判を受けることとなり、そこで、これに応える形で、最（小一）判昭和57年7

月1日民集36巻6号891頁（昭和51年（オ）425号—地上権存在確認、地上権設定登記手続、土地引渡請求事件）は、入会権そのものの確認等と、入会権に基づく個々の権利者の有する使用収益権の確認等とに分け、前者においては固有必要的共同訴訟であるとの原則論を維持しつつも、後者においては、「入会部落の構成員が入会権の対象である山林原野において入会権の内容である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、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、右使用収益権を争い又はその行使を妨害する者がある場合には、その者が入会部落の構成員であるかどうかを問わず、各自が単独で、その者を相手方として自己の使用収益権の確認又は妨害の排除を請求することができるものと解するのが相当である。」と判示して、固有必要的共同訴訟にはあたらないとした（そのほか、この事案では地上権の仮登記の抹消登記請求もなされているが、これについては、使用収益権の行使にとって地上権の仮登記の存在は障害になるものではないとし、また、入会権そのものにとっては障害となりうるが、これについては全員が訴えを提起しなければならないとして却下した）。このように、個々の入会権者が入会権にもとづく使用収益権の確認を求める訴えは固有必要的共同訴訟ではないとする下級審判決は以前からみられ²⁾、また、地役入会権については固有必要的共同訴訟にあたらないとする大審院判決はあったが（大判昭和15年5月10日新聞4580号8頁（昭和13年（オ）1384号—入会権確認請求事件）、最判昭和57年は入会権一般についてこの構成をとることを明らかにした最初の最高裁判決といえ、この昭和57年判決とさきの昭和41年判決とによって示された法律構成が今日に至るまで最高裁の判例理論として定着している。

3)さらにその後、最高裁は、最（三小）判平成6年5月31日（平成3年（オ）1724号—所有権確認等請求事件）民集48巻4号1065頁において、「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、「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」と判示して、入会団体を民訴法29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、授權を要件としてその代表者の訴訟追行を認めた。また、登記手続請求権については、「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してとされた場合には、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。」として、代表者でなくても登記名義人に指名された者に任意的訴訟担当として訴訟追行権を認め、これにより権利者の異動等に伴う原告の訂正等の煩雑さを解消し、入会団体の訴えを容易にした。

4)争点(2)に関するものとして、本件訴訟で原告側が主張するように、非同調者を被告とすることによって適法な訴えとしている最高裁の判決として、入会権ではなく境界確定訴訟の事案であるが、最（三小）判平成11年11月9日民集53巻8号1421頁（平成9年（オ）第873号—土地境界確定請求事件）がある。事案は、境界確定訴訟において共有者の一人

が訴え提起に同調しないためこれをも被告として訴えたというもので、「境界の確定を求める訴えは、隣接する土地の一方又は双方が数名の共有に属する場合には、共有者全員が共同してのみ訴え、又は訴えられることを要する固有必要的共同訴訟と解される（最高裁昭和44年（オ）第279号同46年12月9日第一小法廷判決・民集25巻9号1457頁参照）。したがって、共有者が右の訴えを提起するには、本来、その全員が原告となって訴えを提起すべきものであるといえることができる。しかし、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ときには、その余の共有者は、隣接する土地の所有者と共に右の訴えを提起することに同調しない者を被告にして訴えを提起することができるものと解するのが相当である。けだし、境界確定の訴えは、所有権の目的となるべき公簿上特定の地番により表示される相隣接する土地の境界に争いがある場合に、裁判によってその境界を定めることを求める訴えであって、所有権の目的となる土地の範囲を確定するものとして共有地については共有者全員につき判決の効力を及ぼすべきものであるから、右共有者は、共通の利益を有する者として共同して訴え、又は訴えられることが必要となる。しかし、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246条の規定に違反するものではないのである（最高裁昭和37年（オ）第938号同38年10月15日第三小法廷判決・民集17巻9号1220頁参照）。このような右の訴えの特質に照らせば、共有者全員が必ず共同歩調をとることを要するとまで解する必要はなく、共有者の全員が原告又は被告いずれかの立場で当事者として訴訟に関与していれば足りると解すべきであり、このように解しても訴訟手続に支障を来すこともないからである。そして、共有者が原告と被告とに分かれることになった場合には、この共有者間には公簿上特定の地番により表示されている共有地の範囲に関する対立があるというべきであるとともに、隣地の所有者は、相隣接する土地の境界をめぐる、右共有者全員と対立関係にあるから、隣地の所有者が共有者のうちの原告となっている者のみを相手方として上訴した場合には、民訴法47条4項を類推して、同法40条2項の準用により、この上訴の提起は、共有者のうちの被告となっている者に対しても効力を生じ、右の者は、被上訴人としての地位に立つものと解するのが相当である。右に説示したところによれば、本件訴えを適法なものであるとし、被上告人Aも被控訴人の地位に立つとした原審の判断は、正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。＜以下、略＞」と判示して、境界確定訴訟は本来であれば固有必要的共同訴訟であるとしつつも、その特殊性から、共同原告とならない者を被告にすることによって（共有者の全員が原告又は被告いずれかの立場で当事者として訴訟に関与していれば足りるとして）適法な訴えとなることを明らかにした。

なお、これには千種判事の補足意見があり、「私は、境界確定の訴えにおいて、共有者の一部の者が原告として訴えを提起することに同調しない場合、この者を本来の被告と共に被告として訴えを提起することができるとする法廷意見の結論に賛成するものであるが、これは、あくまで、境界確定の訴えの特殊性に由来する便法であって、右の者に独立した被告適格を与えるものではなく、他の必要的共同訴訟に直ちに類推適用し得るものでないことを一言付言しておきたい。すなわち、判示引用の最高裁判例の判示するとおり、土地

の境界は、土地の所有権と密接な関係を有するものであり、かつ、隣接する土地の所有者全員について合一に確定すべきものであるから、境界の確定を求める訴えは、隣接する土地の一方又は双方が数名の共有に属する場合には、共有者全員が共同してのみ訴え、又は訴えられるのが原則である。したがって、共有者の一人が原告として訴えを提起することに同調しないからといって、その者が右の意味で被告となるべき者と同じ立場で訴えられるべき理由はない。もし、当事者に加える必要があれば、原告の一員として訴訟に引き込む途を考えることが筋であり、また、自ら原告となることを肯じない場合、参加人又は訴訟被告知者として、訴訟に参加し、あるいはその判決の効力を及ぼす途を検討すべきであろう。事実、共有者間に隣地との境界について見解が一致せず、あるいは隣地所有者との争いを好まぬ者が居たからといって、他の共有者らがその者のみを相手に訴えを起こし得るものではなく、その意味では、その者は、他の共有者らの提起する境界確定の訴えについては、当然には被告適格を有しないのである。したがって、仮に判示のとおり便宜その者を被告として訴訟に関与させたとしても、その者が、訴訟の過程で、原告となった他の共有者の死亡等によりその原告たる地位を承継すれば、当初被告であった者が原告の地位も承継することになるであろうし、判決の結果、双方が控訴し、当の被告がいずれにも同調しない場合、双方の被控訴人として取り扱うのかといった問題も生じないわけではない。かように、そのような非同調者は、これを被告とするといっても、隣地所有者とは立場が異なり、原審が「二次被告」と称したように特別な立場にある者として理解せざるを得ない。にもかかわらず、これを被告として取り扱うことを是とするのは、判示もいうとおり、境界確定の訴えが本質的には非訟事件であって、訴訟に関与していれば、その申立てや主張に拘らず、裁判所が判断を下しうるという訴えの性格によるものだからである。しかしながら、当事者適格は実体法上の権利関係と密接な関係を有するものであるから、本件の解釈・取扱いを他の必要的共同訴訟にどこまで類推できるのかには問題もあり、今後、立法的解決を含めて検討を要するところである。」と述べられている。

(2) 従来の判例からみた位置付け

以上みたように、本判決は、その判旨(1)すなわち原告適格については最判昭和41年を踏襲したものであり、かつ、下線部①の「入会集団たる壺泊浦集落住民の構成員たる地位にもとづく使用収益権の確認ではなく」と述べているところは最判昭和57年を念頭に置いたものといえ、また、下線部⑤において、団体の代表者の当事者適格の問題にもふれ、「なお、壺泊浦集落住民が権利能力なき社団にあ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追行し得る特別の授権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ものが多数おり、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追行の方法を変更することもできない。」と判示しているのは最判平成6年を受けてのものということができよう。次に、判旨(2)については、このように被同調者を被告とする訴えを不適法とする判決は以前にも存在したが、下線部②③④において、最判平成11年の法廷意見および補足意見に立脚しつつ、加えて従来からの総有理論に基づく入会権の管理処分権能を根拠として、入会権についてはこの考えが妥当しないことを比較的詳細に論じている点で注目される（たとえば山口地岩国支判平成13年3月28日（戦後入会判決集3巻481頁）はたんにこの考えを採用できないことを述べるにとどまる）。このように、

本判決は、従来の判例理論を網羅しつつ訴えの却下という結論を導き出した（その当否は別として）ものといえることができる。

2. 学説

学説においては、入会権の実証的研究者のほとんどは、こうした判例理論は不可能を強い、裁判を受ける権利さえ奪うものとして批判する（その多くは固有必要的共同訴訟とされること自体に対する批判といってよい）。また、民訴法学者においても、固有必要的共同訴訟であること自体は承認しつつも、それにより訴えが不適法とされ、実体判決が得られないことについては批判があり、これを打開すべく理論構成を試みるものが多い。

その中で、本件でも原告が主張したように、原告に加わることに同調しない者を被告とし、全員が当事者として参加することによって訴訟要件を充たすという考え方を提唱されているのが新堂幸司教授である。それによれば、「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。」として、固有必要的共同訴訟であることを前提としつつ、「ただし、共同所有者全員が原告にならないとすると、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。）³⁾と説かれる。同様の見解を示されるものとしては、他に、小島武司教授⁴⁾、高橋宏志教授⁵⁾のほか、この考えを支持する学説は少なくない⁶⁾。もっとも、この考えに対しては、本判決がいうように、本来原告になるべき者がなぜ被告とされるのかという批判もあり⁷⁾、本判決が、非同調者の被告適格を問題としているのも、この点に留意したものと思われる。

3. 私見

以上みてきたように、本判決は、これまでの判例理論に従い理路整然と訴えの却下という結論を導き出しているようにみえるが、その論理に落とし穴はないものであろうか。以下では、本件において訴えの却下が合理的なものであったかを検討してみたい。

(1) 最判平成11年と本判決

本件訴訟で原告側は、原告となることを拒んだ者をも被告として、入会権の確認を求める訴えを提起したものであるが、その論理的支柱となったのは、小島説、新堂説をはじめとする民訴学説と下級審の判決であろう。たとえば、岡山地倉敷支判昭和51年9月24日（判タ351号300頁）は、「職権をもって調査するに、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、入会権の存在を請求原因として被告に対しその所有権取得登記の抹消を求める訴えは、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というべきである。……もっとも、入会紛争について固有必要的共同訴訟の名の下に入会団体の一部の者の訴の提起を認めないことは、きわめて不合理な結果を招く（相手が団体内の誰か一人でも買収し、あるいは圧力を加え、訴訟に参加させないよう手を打てば、ほかのすべての入会権者の権利は救済されない）から、入会団体の一部の者が提起した入会権確認訴訟については、その原告適格を承認すべきである、原告が入会団体の構成員と

しての資格において確認を求めているのは、彼らがその構成員であるところの入会団体の権利そのものにほかならず、当該入会団体の権利を保有する権能が、共同権利者としての入会団体構成員に認められるべきであることは、共有の場合におけるのと異ならない（川島武宜・潮見俊隆・渡辺洋三編『入会権の解体Ⅲ』538頁）との反対説があり、……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。」と判示し、共同提訴を拒んだ者を被告とする方法を示唆している。

同様に、広島地判平成5年10月20日（昭和59年（ワ）736号 戦後入会判決集2巻111頁）は、「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）。……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、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、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満たすものと解して妨げないものというべきである。」と判示し、訴訟提起の途が閉ざされてしまうという訴訟政策的な配慮をもって、訴訟共同の要件を緩和して実体判決につなげている。

このように、入会権の確認訴訟において、非同調者を被告として訴えることは以前からみられたものであり、最判平成11年がその契機となったものではない。本件でも、原告側はこの岡山地倉敷支判昭和51年9月24日を引用して、非同調者（本件では集団が譲渡賛成派と反対派にはっきり分かれており、明らかに利害が対立し、「非同調者」という括りがはたして妥当かどうかとも問題であるが）を被告とすることにより訴えは適法なものとなると主張したものであって、最判平成11年についてはふれていない。むしろこれを引用したのは被告側で、この考えは非訟事件ともいえるべき境界確定訴訟ゆえに認められたものであり入会権には妥当しないと主張し、これに対して本判決は、原告の引用する岡山地倉敷支判については何ら言及することなく、もっぱら最判平成11年について論じ、境界確定訴訟の特殊性ゆえに認めれる方法であるとの被告側の主張をほぼ認め、訴えの却下により原告の主張を退けている。

被告とすることによって固有必要的共同訴訟に風穴を開けた最判平成11年が、入会権の確認訴訟においては、同様に実体判決への途を開くのではなく、逆に、これを否定する方向で引用されているのである。しかし、以前からこの方法を提唱される新堂教授は、とくに境界確定訴訟を念頭においてこの説を唱えられたものではなく、共同所有関係一般について述べられているところであり、とくに境界確定訴訟についてのみ認められ、入会権の確認訴訟については妥当しないとする本判決の理由が合理的なものであるかどうかは疑問である。

（2）本件判旨の検討

以下、本判決の最判平成11年に関する判示部分についてあらためて検討してみたい。

1) 下線部②——「上記判決は、形式的形成訴訟である境界確定の訴えの処分権主義・弁論主義が妥当しない特質に着目したものであって、固有必要的共同訴訟とされる場合に付き一般的に非同調者らを被告として訴訟提起することができるとしたものではないと解され」

最判平成11年は境界確定訴訟の事案であり、従来は固有必要的共同訴訟であるとして訴えが却下されるべきところ（最（一小）判昭和46年10月7日民集25巻7号885頁）、この判決においてはじめて最高裁として、権利者全員が原告とならずとも、非同調者を被告とすることにより、「共有者の全員が原告又は被告いずれかの立場で当事者として訴訟に関与していれば」訴えは適法なものとなることを明らかにしたものである。そして、それは境界確定訴訟の特殊性、すなわち、境界争いがある以上、その確定をする必要があり、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ことにしたがって境界を定めるべきという非訟事件性に根拠づけられたものだとされる。

しかし、法廷意見に示された境界確定訴訟の特殊性は、判決中にもあるように民訴法246条の規定（「裁判所は、当事者が申し立てていない事項について、判決をすることができない。」）に関し、当事者の主張に拘束されないで、自らその正当と認めること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246条の規定に違反するものではないとするもので、それは訴訟がいったん係属した後の問題であり、そのことから、なぜ直ちに、入り口論ともいえる当事者適格の問題について、従来の「権利者全員が原告として」という原則論から、「共有者の全員が原告又は被告いずれかの立場で当事者として訴訟に関与していれば足りる」という解釈の変更が導かれるのか容易には理解できないところである。境界確定訴訟の本質がそれまでと変わったわけではなく、むしろ実のところは、訴訟政策的配慮から、これまでの厳格な固有必要的共同訴訟の適用よりも、判決による解決の必要性を優先し、固有必要的共同訴訟の枠組み自体ははずさずに、「原告とならなければならない」から「（原告であれ被告であれ）当事者となっていればよい」という解釈をとったものではないかと思われる。ただ、この非同調者を被告にする方法は境界確定訴訟に限定して提案されたものではなく、共同所有関係一般について提案されたものであることから、この方法がこの判決を機として他の訴訟にも伝播していくことを防ぎたいという思いもあり、これが千種判事の「これは、あくまで、境界確定の訴えの特殊性に由来する便法であって、右の者に独立した被告適格を与えるものではなく、他の必要的共同訴訟に直ちに類推適用し得るものでないことを一言付言しておきたい。」という補足意見につながったのではないかと考えられる（そしてこれが本判決において入会権確認訴訟への適用を否定的に解する論拠ともなっているように思われる）。

しかし、判事は一方で、「当事者適格は実体法上の権利関係と密接な関係を有するものであるから、本件の解釈・取扱いを他の必要的共同訴訟にどこまで類推できるのかには問題もあり、今後、立法的解決を含めて検討を要するところである。」と述べられているように、必ずしも境界確定訴訟のみにこの方法がとられるものとされているわけではなく、したがってこの最判平成11年から必然的に、入会権確認訴訟においてはこの方法がとれないという結論が導かれるわけではなく、境界確定訴訟においてこの方法が認められた背景

に訴訟政策的な配慮が働いているとすれば、かえって、入会集団内部における対立構造やその被告適格を考慮した場合には、判決でしか解決の途のない入会権の確認訴訟においては、なおその余地はあるものと考えられる。

2) 下線部③——「訴訟提起に同調しない者は本来原告となるべきであって、民事訴訟法には、かかる者を被告に回すことを前提とした規定が存しないため（現行民事訴訟法の立法の際検討されたいわゆる参加命令の制度も、導入が見送られている。）、本件のような場合に非同調者らを被告として訴訟提起することを認めることは、非同調者の被告適格、非同調者に対する主文等、種々の問題を伴うものであり、訴訟手続き的には困難というべきである。」

たしかに、本来原告となるべき者を被告とすることは、法の予定していないことであろう。しかし、本件のような事案における「訴訟提起に同調しない者」がそもそも「本来原告となるべき」者かどうかは疑問である。判決がいう「本来原告となるべき」というのは、共同権利者であれば同じく原告になるべきという実体法上の権利関係に基づく考えであろうが、本件においては、ことはそれほど単純ではなく、実体法上の権利関係を同じくする者であっても、そもそも、その「実体法上の権利関係」が何であるかの争い（共有入会地か民法上の共有地かの争い）が存在し、なおかつ、被告Y₁開発を含めた利害の対立構造にねじれが見られるのであり、それらを踏まえた議論が必要であると思われる。

これは被告適格の問題とも関連するが、「本来原告となるべき」者というのは、入会権の確認訴訟においては、たとえば、入会集団が市町村に対して当該入会地盤が市町村有ではなく入会集団の所有になるものと主張する場合のような対外的主張の場合、すなわち、二面的な対立構造においていえるものであり、それに対して本件事案の場合は、対内的主張と対外的主張が合わさったものであり、三面的な対立構造が存在するのである。すなわち、入会集団内部が割れ、一方（原告）は、共有の性質を有する入会権であると主張し、他方、二次被告とされた者（厳密に言えばその一部であるが）は民法上の共有地であると主張して、現に共有持分をY₁開発に売却しているのであって、いわば二次被告とされた者が外部と手を組んでいるといえ、原告と二次被告とされた者とは権利は同一のものであっても利害は一致しておらず、逆に、二次被告の主張は一次被告（本来的被告）の主張そのものであり、かつ、利害もまた同じくするものであって、このように内外に二つの敵を抱えた複合的（三面的）な対立構造のもとでは、同じく原告となるということは（法が強制するものでないかぎり）そもそも不可能といわざるを得ないのである。また、本件訴訟において共同権利者でありながら被告とされた者たちは、たんなる非同調者ではなく、ある時を境として、権利そのものについての見解を異にするに至った内部対立者ということができ、対立構造的には被告適格を有するといえるであろう。新堂教授が「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。」といわれるのはこのような対立構造を指してのものと思われる。共同権利者が原告と被告に分かれるのは不可解という考えは、こうした入会紛争における複合的対立構造——内部紛争を抱えながら対外的主張するという対立構造——を見落としているものといえる（対内的な訴えとしては、新戸と旧戸の争いである最判昭和58年2月8日（判時1092号62頁）⁸⁾がある。ただしこの判決では、この種の訴えは集団権としての入会権の確認ではなく入会権の内容である使用収益権の確認を求めるものとして

いる)。

もっとも、原告とならない理由が、主張は争わないが積極的に原告に加わることは人間関係上できない、あるいは、訴訟嫌いで話し合いでの解決を望む、というようなものである場合、これらの者をどう位置付けるかという問題があるが、このような共同訴訟においては、共同提訴に応じないということだけでも、実体判決すら受けられないという不利益を原告に与えることになるから、これらの者も共同提訴に応じないということによってすでに原告と争っているものとみることができ、被告に含めることが妥当といえよう。また、既判力の面からも、争わない者にも判決の効果を及ぼす必要があるから、「訴訟の当事者」として訴訟に引っぱり込む方法として、現行法制上他に有効な方法がない以上、被告とすることによって訴訟という同じ土俵に乗せることを容認すべきものと考えられる。そして判決主文としては、「原告と二次被告を合わせた当該地域住民が共有の性質を有する入会権を有する」とすればよいことであって、合一確定の要請上も、とくに問題はないと思われる。

本判決もふれている参加命令の制度すなわち、一部の者が訴えの提起を拒むときには、原告側が適法に提訴することができなくなるために、裁判所から、その一部の者に対する参加命令を得て、当該命令が拒絶されたときは、その余の者だけで訴えを適法に提起することができるとするというものの、については現在の民訴法には規定がなく、検討はされたものの立法には至っておらず⁹⁾、今後の立法論としては検討に値するものの、現状の法解釈としては困難であろうし、また、本件のような対内的にも対外的にも権利を争うものがある事案において、これを対立構造的にみた場合に、はたして原告側に位置付ける参加命令の制度がふさわしいのかも議論の余地がある。

本判決は訴訟手続き的な問題があるとするが、同じく被告でも、本件において一次被告(本来的被告)とされているY₁開発と全く同じものではないから、その意味でこれは三面訴訟というべきものであろう¹⁰⁾。これについては、かりに第一審で被告とする方法によって実体判決に至り、共有の性質を有する入会権であることが認められたとして、その後、被告側から控訴がなされた場合には、最判平成11年が言及しているような上訴の問題があるが、これについて最判平成11年は、「民訴法47条4項を類推して、同法40条2項の準用により、この上訴の提起は、共有者のうちの被告となっている者に対しても効力を生じ、右の者は、被上訴人としての地位に立つものと解するのが相当である。」としているが、本件の場合は、二次被告は本来被告の共同歩調者とも考えられるから、そうみた場合には40条1項によるということになろうか¹¹⁾。

ところで、本件訴訟は順次提起された三つの訴訟の一つであるが、全体として求めているのは、まず、①入会集団内部の反対派に対して、共有入会権であること、および、全員の同意がなければ処分できないという入会慣習が存在することの確認を求め、これが認められた後、②当該入会地の処分には権利者全員の同意がないので無効であるとして入会集団と外部者との間に結ばれた売買契約の無効確認を求め、この無効確認を受けて、③入会集団から外部へなされた移転登記の抹消登記手続を求める、④それが認められない場合でも少なくとも妨害排除請求は認めてもらう、というものであろう。このうち、①については内部の問題であり、反対派である二次被告がここでは本来被告とみることができ、Y₁開発を被告とする必要はないのではないかと考えられる。これに対して、②については、

その判決効を外部者にも及ぼす必要があることから、Y₁開発に当事者参加の機会を与えるか、被告とする必要があろう。そして、仕上げとしての③については、被告はY₁開発のみということになり、内部の反対派を二次被告とするか、すでに①②により実体的権利関係については結論が出ているものとして保存行為として一部の者の訴えを認めるか、入会集団内部の反対派を強制的に原告に加える制度が求められることになる。ただ、このように順次別訴として訴えを提起すると訴訟が長引き、紛争の一回的解決、既判力という点からは問題があり、そのために内部反対者を二次被告として被告に加えるというやや特殊な二面訴訟とならざるを得ない点も、訴訟手続き上考慮されるべきであろう。

3) 下線部④——「入会権は、入会集団の構成員全員に総有的に帰属し、構成員の一部によって管理処分できないという性質のものであって、入会権の管理処分は構成員全員でなければ行使できないのであるから、構成員の一部の者による訴訟提起を認めることは実体法と抵触することにもなり、原告らに当事者適格を認めることはできない。」

この考えはいわゆる管理処分権説によるもので、その言わんとすることは、入会権の権利構造はいわゆる総有的なものであり、入会権の管理処分は構成員全員でなければできないものであり、訴訟行為も敗訴すれば処分したことと同じことになるから、一部の者による訴えは不適法というものであろう。しかし、判例はその一方では、管理処分とは異なり、入会権に基づいて個々の入会権者が有する使用収益権については単独で行使しうるものであり、したがって、その確認を求める訴えもまた一部の者によっても提起できるとしており、結局、入会権の権能を管理処分権と使用収益権とに分け、後者については実体判決への途を開くことで、一部の者でも訴えの提起に反対すれば判決を得ることができないという批判をかわそうとしている。

しかし、こうした二分説的な考えは入会権の研究者たちからはそろって批判を受けているところである。たとえば、中尾英俊教授は、「入会権の行使形態を管理処分行為と使用収益行為とに区分することは適当であっても、この二つを異種の権能と考えるのは入会権の本質に反する……入会権における管理処分権能も使用収益権能もひとしく集団構成員に総有的に帰属しているものであって、この二つの権能の帰属に相違はない。」¹²⁾とされ、同様に、渡辺洋三教授も、「入会権の内容を、団体の権能たる管理処分権と個人の権能たる使用収益権とに区別すること自体が、入会団体の総手的性格に反する構成であり、入会理論としてとるべきでない。判例の上述の考え方は、入会団体の有する『入会権』を、個々の入会権者の有する権能とは別の独立の権利と考える考え方に由来するのであろうが、それは入会団体をその構成員とは別の法的主体と考える誤りに陥っている。」¹³⁾と批判されているところであり、また、使用収益権についても、判例は個々の入会権者には使用収益権があるとするが、川島博士の指摘されるように、「自由に使用収益することができるという意味での権利は実は存せず、それは制約された使用収益権であり、その制約は入会権者総員すなわち集団の決定によるものであり、その意味では使用収益権もまた入会集団にあるといえる」¹⁴⁾のである。このように管理処分権と使用収益権は明確に分けることができないものといえ、これは、判例がいまだに入会権をたんに使用収益権としてしか捉えていないことの表れともいえるが、判例がこのような技巧を用いて、一つの途を開けるかわりに本来の途を閉ざすというのは、入会権の本質を見誤ったものといえよう。

また、本件訴訟において原告が主張しているのは、無効な処分行為に対する原状回復請

求であり、これを将来に向って処分するのとは異なり、敗訴しても現状が肯定されるだけであり、勝訴してもそれ以前に戻るに過ぎず、それによって被告とされた共同権利者に不利益が生じるものとは思われない。したがって、敗訴すれば処分したのと同じ状態になるから構成員の一部だけで訴訟を進行することは否定されるべきという理屈はここではあてはまらないように思われる。

逆に、本件事案のように、実体法と抵触する入会地の処分の無効の確認を求める場合においても入会権者全員が共同原告とならなければならないとすることは、全員によらない処分を不問に付すことにつながるものであり、それもまた矛盾であろう。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、権利者の一部が、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）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、裁判所は本来の使命を果たせないことになる（この点についてふれた判決はいまだない）。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とするものではなく、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。

（3）結び

本件訴えに対する却下という結論は、判例理論とくに最判昭和57年にしたがって個々の構成員が有する使用収益権の確認を求めるものではなく、集団権としていわゆる入会権そのものの確認を求めたからだといえる。あえて、このような訴えを第三の訴えとして追加したのは、あくまでも入会理論に沿った形での請求を貫こうとしたからと思われる。すなわち、原告らとしては、本件土地は民法263条の共有入会地であること、および、それゆえ全員の同意のない登記名義人の処分は無効であることの確認を求め、最終的には、Y₁開発に対してなされた移転登記の抹消登記手続を求める、という一連の原状回復へ向けられた主張をしていかなければならないのであり、そのためには、集団権（判例のいうところの入会権そのもの）としての民法263条の「共有の性質を有する入会権」（すなわち「入会権の性質を有する共同所有権」¹⁵⁾）の確認を求める必要があったのである。判例理論が誘導する個々の使用収益権の確認では、たとえそれが認められたとしても、全員の同意がないから入会地の処分は無効であるという確認にはつながらない。また、使用収益権に基づいて認められる妨害排除は本来の主張が認められない場合の応急策であって根本的解決とはならない。原告としてはあくまでも所有権移転登記の抹消登記手続を求めて、所有権の問題としての主張を展開していかなければならないのである。このように、入会理論に立った場合は原告の主張はむしろまっとうな主張といえ、入会権における管理処分権は個々の入会権者にはないことのみを根拠として、権利者全員によらない入会権の確認請求は不適法であるとして実体判決への扉を開かなかった本判決の当否こそが問われるべきと思われる。

すでに述べたような本件事案の対立構造において、権利者全員が原告に揃わなければならないということは、本件土地を処分した者やこれに賛同した者がその過ちを認めて、共同提訴者となるのを待つしかないが、その可能性はほとんどないといってよい。また、それが可能になったときには、権利者全員が入会権であることを認めるということであるか

ら、そうした訴えを起こす必要すらなくなるであろう（あるとすれば、売却譲渡して移転登記もしたが、代金の支払がないために土地を取り戻そうとする場合くらいであろうか）。そう考えると、いかに、この権利者全員が原告に揃わなければならないという訴訟共同の要請が紛争の実態を無視した要求であるかが理解できよう。

本判決は、判例理論に形式的に追従するもので、ながく入会訴訟に対して向けられてきたこうした批判には何ら答えていない。それは、対外的主張においては入会集団は一体となって訴訟を提起すべきという二面訴訟の観念論に立つばかりで、そこに内包された入会集団内部の対立構造には目を向けていないからであろう。本件事案のように、入会集団内部に権利の性質そのものについての見解の対立が生じ、現実に入会慣習に反する処分行為が行われると、「権利は同一でも利害は不一致」の関係が生じ、このような場合、原告は、外部に対して主張するとともに、内部に対して同様の主張をする必要に迫られるのであり、そうした対立構造に目を向ければ、仲直りしてから一緒に訴えを提起してきなさいといわんばかりの従来の厳格な固有必要的共同訴訟論ではもはや対応できない事案であることがわかるであろう。

訴えの却下はゼロではなく、マイナスである。それにより訴えの途が閉ざされ、無効な権利状態が放置され、既成事実化し、もはや回復しがたい状態に至ることが多いからである。本件の場合でも、法律上は訴訟の門を閉ざしただけであり、内容についての判断はなされていないのであるからゼロといえるが、現実には、Y₁開発へ持分移転された現在の権利関係を争う訴えが拒絶されたことにより、判決がこれを追認したかのような状況を生み出しかねないのである。関係者の心理面においても、一般人にとって棄却と却下を明確に区別できるものではなく、被告関係者等によりこの却下という結論は意図的に原告敗訴として喧伝され、原告の結束は弱まり、訴訟の追行すら危ぶまれることにもつながりかねない。その意味で、この「訴え却下」は原告にとって敗訴判決にも等しいのである。

こうした先例が続けば、「入会地は全員の同意がないと処分できないとされているが、代表者格の者を味方につけ、強引に数で押し切ってもともかく所有権移転登記まで行い、あとは工事を進めればよい。それで一部の者が訴え出たとしても、門前払いなのだ」ということになりかねない。入会地の処分には入会権者全員の同意を要するとされるが、その入会慣習に反して一部の権利者が入会地の処分を強行したような場合に、これを阻止するには、当該行為が無効であるとの判決を得るよりほかないのであり、その訴えを門前払いして、これを覆す機会を与えないというのは、「全員でなければ訴えを提起できない」ことをもって、「全員でなされたものでない入会地の処分」を事実上有効と認めるようなものであり¹⁶⁾、その意味で、本判決は、訴えの却下という不作為によって被告らに助力していることになる。そこに、厳格な固有必要的共同訴訟論の重大な問題点、矛盾点があるといえる。

以上のように、本判決はこれまでの最高裁の判例理論からすれば優等生的な判決といえるであろうが、入会権の現場からみれば司法に託された信頼を裏切るものといえよう（なお、本件ではたった数回の審理だけで「却下」に至っており、裁判官は問題の特殊性を考慮することなく当初から訴えの却下という結論をもっていたものと思われる。しかし、下級審においては、法律論に拘泥することなくもっと紛争の実態に目を向けた自由な判断が示されてもいいように思われる。そうでなければ事案の特殊性すら明らかにならず、最高

裁の新たな法律判断も生まれ得ないであろう)。本件訴訟が提起されるに至ったのは、入会慣習に反する処分がなされたことを判決でもって明らかにするためであり、現実問題として、裁判でしか白黒の決着はつかず、判決が最後の拠り所なのである。本件事案のような対立構造と争点を持ち、現実問題として共同権利者全員が共同原告となることが不可能といえる場合には、固有必要的共同訴訟の訴訟共同の要件を緩和して、権利者全員が共同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訴訟の当事者になっていればよいとして、非同調者を被告とすることによっても固有必要的共同訴訟の要請を充たすものとして実体判決へ至ることが求められよう。

注

- 1) 馬毛島の紛争の経緯・現況等を詳しく記したものととして、牧洋一郎「馬毛島の概況」、同「遼泊漁民らの闘い—入会権訴訟」まちづくり県民会議編『マゲの島から吹く風』3-4頁、9-10頁（馬毛島を守る鹿児島島の会、2002）、同「馬毛島・種子島の『ウラ』制度と漁撈小屋」鹿児島県民具第17号51-56頁（鹿児島県民具学会、2005）がある。
- 牧氏は、Y₁開発が馬毛島を何の目的で手に入れようとしているのかについて環境保全の観点から疑問をもたれているが、筆者も現地を見てきて、同様の思いに至ったものであり、牧氏の懸念が現実のものとならないことを願うものである。
- 2) たとえば、東京地判昭和41年4月27日下民集17巻4号353頁。
- 3) 新堂幸司『新民事訴訟法』662-663頁（弘文堂、1998）。
- 4) 小島武司「共同所有をめぐる紛争とその集団的处理」ジュリ500号331頁（1972）。
- 5) 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）。
- 6) 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「最高裁判事判例研究」法協84巻11号1579頁（1984）。
- 7) 福永有利「多数当事者紛争における利害関係者の訴訟上の地位」『講座民事訴訟3』199頁（1984）および同「共同所有関係と固有必要的共同訴訟—原告側の場合—」民訴雑誌21号39頁（1975）。
- 8) 「入会権の目的である山林につき、入会権を有し入会団体の構成員であると主張する者が、その構成員である入会権者との間において、入会権を有することの確認を求める訴えは、入会団体の構成員に総会的に帰属する入会権そのものの存否を確定するものではなく、右主張者が入会団体の構成員たる地位もしくはこれに基づく入会権の内容である当該山林に対する使用収益権を有するかどうかを確定するにとどまるのであって、入会権を有すると主張する者全員と入会権者との間において合一に確定する必要のないものであるから、いわゆる固有必要的共同訴訟と解すべきものではなく」と判示する。
- 9) 奈良次郎「共同所有関係と必要的共同訴訟」民事訴訟法の争点第3版97頁（1998）は、「この案が検討され、各界意見でも賛成意見が多かったが、結局、管理処分権等の実体法及び訴訟上関連事項について煮詰めるに至らず、立法化されなかった」とされる。なお、伊藤眞『民事訴訟法』559頁参照（有斐閣、1998）。
- 10) 新堂・前掲注3）666-667頁。高橋宏志「必要的共同訴訟論の試み（三・完）」1331頁（注156）は、「彼の被告適格を根拠付けるのは、共同提訴拒否の事実であるが、共通の利害状況にある者の間に一種の協力義務を想定し、その履行請求訴訟と相手方への訴訟が組み合わせられた

ものとして説明することもできようか」とされたうえで、「もっとも、利害関係が常に一致するわけではないので、訴訟の実質は、原告、本来の被告、拒否によって被告とされた者（以下これを「二次被告」と呼ぶことにする）の三者間の三面訴訟となる。」とされる。

- 11) これらの点につき、八田卓也「土地の共有者が提起する境界確定の訴えの原告適格」平成11年度重要判例解説126－127頁参照。
- 12) 中尾英俊「入会権確認訴訟は固有必要的共同訴訟か」『内山尚三・黒木三郎・石川利夫先生還暦記念（上）現代民法学の基本問題』384－386頁（第一法規、1983）。
- 13) 川島武宜ほか編『注釈民法（7）物権』550頁以下〔渡辺洋三〕（有斐閣、昭和43年）。
- 14) 川島武宜ほか編『入会権の解体Ⅲ』540頁〔川島武宜、中尾英俊〕（岩波書店、1968）は、「要するに、入会権の収益権能は、個々の入会権者に属する個人的権利ではなく、入会権者全員によって共同的に行使されるべき団体的権能であり、その点では入会権の管理処分権能と異なるところはない。」とされる。
- 15) この条文の原案が「共有カ入会権ノ性質ヲ有スルトキ」とされていたことと、この条文が共有の節にあることからすれば、このように解してもあながち間違いではなかろう。地盤の処分が無効を主張するためには地盤所有権を入会集団が有していることが前提となるが、用益物権たる294条の入会権ではそれはできず、共同所有権である263条の入会権でなければならない。従来、入会権といえば、用益物権たる民法294条の入会権を中心ににおいて観念されることが多かったが、それではこの種の問題を適確に捉えることはできない。両者の区別をはっきりさせ、民法263条の入会権については共同所有権の一形態としての認識に立つことが必要であろう。
- 16) 野村泰弘「入会権と固有必要的共同訴訟（二）」77頁（埼玉工業大学人間社会学部紀要3号、2005）。なお、「同（一）」（埼玉工業大学人間社会学部紀要2号41－68頁、2004）。

付記：訴訟の資料については中尾英俊弁護士（西南学院大学名誉教授）より頂戴した。
ここに記して感謝申し上げたい。

キーワード：入会権 馬毛島 固有必要的共同訴訟

(NOMURA Yasuhiro)