

固有必要的共同訴訟と当事者適格

——馬毛島事件を契機として——

河 村 基 予

はじめに

従来の伝統的な見解である、いわゆる実体法説⁽¹⁾（管理処分権説⁽²⁾）によれば、固有必要的共同訴訟の範囲は訴訟物たる権利関係についての実体法上の管理処分権の性質を基準に決定される。したがって、原告側において、共同所有形態のうち、総有、合有については、権利の処分や行使を共同して行わなければならない、共同してのみ、その権利を訴訟上主張しまたは争う適格が認められるとして、固有必要的共同訴訟となり、共有については、持分の単独処分が可能な範囲において通常共同訴訟（各人の個別訴訟が認められる）となる。そして、入会権をめぐっては、その管理処分権は入会権者全員に総有的に帰属するものであり、第三者に対して、ある土地をめぐり入会地か否かについて確認を求め

-
- (1) 兼子一『民事訴訟法体系』（酒井書店・1954年）384頁以下、三ヶ月章『民事訴訟法（法律学全集）』（有斐閣・1959年）218頁、伊東乾『判例研究』法学研究（慶応大学）38巻4号（1965年）94頁、齊藤秀夫『民事訴訟法概論』（有斐閣・1982年）448頁、齊藤秀夫ほか編著『注解民事訴訟法（2）[第2版]』（第一法規・1991年）163頁〔小室直人＝東孝行執筆〕、小山昇『民事訴訟法[新版]』（青林書院・2001年）263頁以下、伊藤眞『民事訴訟法[第3版4訂版]』（有斐閣・2010年）590頁など。
- (2) 「管理処分権説」という表現は、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法[第3版]』（弘文堂・2003年）564頁による。「管理権説」と表現するものとして、福永有利「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（1975年）1頁。

る入会権の確認の訴えは、その管理処分権行使の一形態であることから、入会権者全員が原告となって提起されなければならない固有必要的共同訴訟と解するのが通説・判例の立場であった。多くの判例においては、学説の実体法説と同様に、実体法を主に基準としつつ、入会権をめぐる訴えについては一部の入会権者による使用収益権の対外的確認や（入会権ではなく）使用収益権に基づく妨害排除請求を認めることで、可能な限り個別訴訟による途を開き、固有必要的共同訴訟によらない方向での解決を図ってきたのであるが、一部の入会権者による入会権の確認の訴えについては、「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……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」とし、当事者適格を欠くとして、不適法却下とされた⁽³⁾。

しかし、このような考え方によると、提訴を拒む入会権者がいる場合や入会権者の一部に所在不明者がいる場合などにおいては常に当事者適格を欠くこととなり、実質的に一部の入会権者による提訴が不可能となることから、その対応をめぐるのは学説上、様々な議論が展開されてきた。固有必要的共同訴訟の範囲について、紛争解決の一回性や実効性、判決の矛盾回避、関係者の利害状況、手続の進行状況などといった訴訟法的観点から決定しようとする訴訟政策⁽⁴⁾が提唱され、この立場からは提訴拒絶者を被告に据えることで原告適格の瑕

(3) 最判昭和41年11月25日民集20巻9号1921頁。

(4) この表現は、松本=上野・前掲注(2)564頁による。対して、福永・前掲注(2)2頁によれば、「利益衡量説」と表現されている。主要なものとして、小島武司「共同所有をめぐる紛争とその集団的処理」(初出・1972年)『訴訟制度改革の理論』(弘文堂・1977年)117頁、同「判例批評」民商66巻6号(1972年)1116頁、同「最判判例批評」判評142号(判時609号)(1970年)123頁など。小島武司教授は、「実体法上の法律関係の性格のみが共同訴訟の必要性を決めるのではなくして、訴訟上の考慮が実体権や具体的紛争状態を素材として独自に共同訴訟の要否を決定すべきである」とする(小島・上掲「共同所有をめぐる紛争とその集団的処理」123頁)。なお、固有必要的共同訴訟の基準をめぐるのは、このほかにも、本文中で紹介した訴訟政策説における訴訟法的観点のみならず、訴訟物たる権利の性質も判断材料に含め、訴訟法的観点と実体法的観

疵が治癒されるとする考え方や訴訟告知などの方法が提案されてきた。また、判例においても、法定訴訟担当者として入会団体の総構成員のために入会権確認の訴えを起す請求についての原告適格を権利能力なき社団である入会団体に認めることで、この問題に対する一つの解決策を示したとされる⁽⁵⁾。

このような状況下において、入会権の確認の訴えにつき、提訴拒絶者を被告に加えることで、構成員全員が訴訟の当事者となる形での提訴を認めるとする最高裁判例が平成20年に出された。馬毛島事件である⁽⁶⁾。なお、馬毛島事件と同様に固有必要的共同訴訟において訴訟提起に同調しない共有者を被告にして訴えを提起してよいとした先行の判例として最判平成11年11月9日民集53巻8号1421頁（以下「平成11年判決」という。）があるが、この事例では処分権主義や弁論主義などの訴訟諸原則が適用にならない境界確定訴訟の特質（非訟性）

点の両方から考えるべきであるとする折衷的な見解（新堂幸司『新民事訴訟法〔第4版〕』（弘文堂・2008年）733頁）や、原則は当事者の実体法上の地位を基準とすべきであるとしながら、訴訟法的な考慮をも加味しつつ、訴訟の結果にかかる重要な利益を基準に判断すべきであるとする考え方（福永有利「共同所有関係と必要的共同訴訟」民事訴訟法の争点（有斐閣・1979年）109頁、同・前掲注（2）1頁以下）、原則としては訴訟共同を必要的とするが、相当な理由が認められる場合には、単独での訴訟進行が許されるとする説（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」『山木戸克己教授還暦記念・実体法と手続法の交錯（上）』293頁以下、同・「最新判例批評」判評115号（判時522号）（1968年）136頁）など、多数の見解が存在する。いずれも、基本的な発想は異なるものの、「固有必要的共同訴訟の成否を綿密な利益衡量によって決定しようとしている点では共通」していると評されている（上田徹一郎ほか編『注釈民事訴訟法（2）』（有斐閣・1992年）83頁〔徳田和幸執筆〕）。

(5) 最判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁。なお、高橋宏志教授によれば、平成8年の民事訴訟法改正時にも、共同提訴拒絶者の措置をめぐっては、4分の3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、提訴を適法とする案が出されていたが、入会団体に原告適格を認めるこの判例が出たことで、「入会権紛争はほぼこれで賄えるということから立法担当者の熱意は急速に冷めてしまった感がある」という（高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）〔補訂第2版〕』（有斐閣・2010年）242頁）。

(6) 最判平成20年7月17日民集62巻7号1994頁。

を理由として、「共有者全員が原告又は被告の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」としたものであり、共同提訴に同調しない者を被告にすることを一般的に認めたものではないと解されている⁽⁷⁾。しかし、馬毛島事件では判決理由中においてもそのような限定的な表現は一切なく、平成11年判決を実質的には変更し、非同調者の被告化を訴訟一般に認めたと解することができる⁽⁸⁾点で、非常に画期的な判例といえよう。

本稿は、馬毛島事件を契機として、固有必要的共同訴訟と当事者適格の問題について再考を試みるものである。固有必要的共同訴訟の類型は多岐にわたるが、共同所有形態における紛争、とりわけ入会権確認の訴えに射程を絞って論じることとしたい。入会権確認の訴えにおける当事者適格をどのように考えるべきか。結論としては、馬毛島事件の結論を支持し、提訴拒絶者については、原告側、被告側のいずれを問わず、当事者とすればよく、当事者としての地位を確保することで、提訴拒絶者の手続保障も确实となることから、当然に判決効が及び、固有必要的共同訴訟の二つの要請である合一確定と訴訟共同のいずれも充たされると考える。あくまでも固有必要的共同訴訟の枠組みの中でいかに紛争を解決するかという視点から、固有必要的共同訴訟の枠組み自体も柔軟に捉え、弾力的な解決を図っていくべきではないだろうか。

(7) 本判決の評釈として、徳田和幸「判例批評」民商123巻3号（2000年）419頁、八田卓也「判例解説」平成11年度重要判例解説（1999年）126頁など参照。なお、本判決については千種秀夫裁判官による補足意見が出されており、これによれば、非同調者を被告として訴えを提起することは、「飽くまで、境界確定の訴えの特殊性に由来する便法」であって、「他の必要的共同訴訟に直ちに類推適用し得るものではない」とし、「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、……境界確定の訴えが本質的に非訟事件であって、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ふ訴えの性格によるものだからである。」として、被告化を一般的に認めたわけではないとする立場を明確に示している。

(8) 高橋・前掲注（5）243頁。

そこで、まず、第1章では、馬毛島事件以前における入会権確認の訴えをめぐる従来の判例と学説を整理し、続く第2章では、馬毛島事件における提訴拒絶者の被告化の妥当性について考えてみたいと思う。最終的には、固有必要的共同訴訟の枠組みについて、実体法を基準とする考え方から少し離れて、訴訟法的観点から捉え直すこととしたい。

第1章 入会権確認の訴えをめぐる従来の判例と学説

1 入会権確認の訴えをめぐる従来の判例

入会権をめぐる訴えについては、入会権の権能を処分権能と管理権能とに分け、前者については入会団体の各構成員に属するとして、一部の入会権者による使用収益権の対外的確認や使用収益権に基づく妨害排除請求などについては可能な限り個別訴訟による途を開き、固有必要的共同訴訟の範囲を縮小する傾向にあった。しかし、後者に基づく、一部の入会権者による入会権の確認の訴えについては、入会団体の構成員全員が共同して提訴しない限り、原告適格を欠くとして不適法却下とされた。

入会権確認の訴えにつき入会団体の構成員全員が当事者として関与し、その間で合一確定することを要する固有必要的共同訴訟であるか否かをめぐって争われた判例に最判昭和41年11月25日民集20巻9号1921頁（以下「昭和41年判決」という。）がある。この事案では、青森地方の三戸郡倉石村大字又重の入会部落民らが、同大字所在の土地2筆合計約47町歩の登記名義を有する倉石村に対し、第一次的に、本件土地は又重入会部落民らの共有に属するとして、本件土地につき、それぞれ持分の移転登記手続を、第二次的に、本件土地は部落民の総有財産であって又重入会部落民らは総有権者として権利を有するとして、第三次的に、本件土地は又重部落有財産であって、財産区有であるから原告らは部落民としての権利を有するとして、抹消登記手続を、控訴審になってから、さらに訴えを拡張し、第四・第五次的に、入会権を有することの確認を求めた。最高裁は、入会権の確認を求める訴えについて、入会権が共有の性質

を有するかどうかを問わず、「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うる固有必要的共同訴訟というべきである（明治三十九年二月五日大審院判決・民録一二輯一六五頁参照）。」とし、部落民数330名のうち、上告人となったのは128名であったことから、「第四、五次請求は、入会権者全員によつ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つて提起されたものでなく、その一部の者によつて提起されていることは弁論の全趣旨によつ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、本件訴えを却下した。すなわち、入会権は総有的に入会権者全員に共同で帰属するものであり、その確認を求める場合には、原告適格の基礎となる入会権についての管理処分権についても入会団体の構成員全員に共同で帰属することとなるため、固有必要的共同訴訟と解したのであった。しかし、この判決によれば、つまるところ、入会権者と主張されている部落民のうち、一人でも提訴を拒む者がいれば、常に原告適格を欠くこととなり、訴えの提起は事実上不可能となるため、入会権者の提訴権を事実上奪うことになるとする批判がなされた。このような問題をどのように解決すべきかにつき複数の方策が提唱されているが、主要な方策については、それらに対する批判も含め、すでに多くの文献において紹介されているので、本稿では関連する範囲で検討することとしたい。

2 入会権確認の訴えを拒絶する構成員がいる場合の提訴方法をめぐる学説の状況

入会権確認の訴えを拒む構成員がいる場合の取り扱いについて、学説上は

(9) この事件では、訴状では原告は316名いたが、その後取下げが続き、一審判決を受けたのは265名、控訴審判決を受けたのは216名、そして最終的に上告判決を受けたのは128名であった。

(10) 新堂幸司「民事訴訟法理論はだれのためにあるか」同『民事訴訟制度の役割』（有斐閣・1993年）1頁以下など。

様々な方策が提示されている。主要な見解の骨子は以下のとおりである。

- 1 共同提訴拒絶者を被告として訴える方法⁽¹¹⁾
- 2 権利能力なき社団である入会団体を法定訴訟担当者として入会団体の総構成員のために入会権確認の訴えを起こす請求についての原告適格を認める方法⁽¹²⁾
- 3 一部の入会権者にも入会権確認の訴えの原告適格を認め、その訴訟に参加しなかった他の入会権者には判決の効力は及ばず、別訴で同一の問題を争うとする見解⁽¹³⁾
- 4 保存行為（民法252条但書）と解し、または不可分債権の規定（民428条）の類推適用により⁽¹⁴⁾、一部の入会権者による入会権の確認の対外的請求が可能と解する見解
- 5 共同提訴拒絶者に対し訴訟告知（53条）をする方法⁽¹⁶⁾
- 6 共同提訴拒絶者に対し提訴請求し（提訴共同の催告）、不当に拒絶したことをもって授權擬制が正当化され、その者の訴訟担当者としての地位を提訴請求した者（催告者・原告）が有する⁽¹⁷⁾とする見解

(11) 小島・前掲注（4）「共同所有をめぐる紛争とその集団的処理」124頁、高橋宏志「必要的共同訴訟について」民訴雑誌23号（1977年）46頁、新堂・前掲注（4）737頁、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔第2版補訂2版〕』（有斐閣・2008年）538頁（井上治典〔補訂・松浦馨〕執筆）、川島武宜＝川井健編『新版注釈民法（7）』（有斐閣・2007年）566頁〔中尾英俊執筆〕など。

(12) 前掲注（5）最判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁。

(13) 川島武宜＝潮見俊隆＝渡辺洋三編『入会権の解体Ⅲ』（岩波書店・1968年）548頁-549頁〔川島武宜＝中尾英俊執筆〕。

(14) 勝本正晃『物権法』（創文社・1952年）256頁、石田穰『物権法』（信山社・2008年）499頁。

(15) 末弘巖太郎『物権法（下）（1）』（有斐閣・1932年）701頁。

(16) 井上治典『多数当事者の訴訟』（信山社・1992年）215頁、中野貞一郎編『現代民事訴訟法入門〔新版〕』（法律文化社・2001年）107頁〔池田辰夫執筆〕。

(17) 池田辰夫「多数当事者紛争における代表適格についての覚え書」『新世代の民事裁判』

- 7 共同提訴拒絶者に対し、原告らが裁判所を通じて参加命令の申し立てる方法⁽¹⁸⁾
- 8 共同提訴拒絶者に対して、共同の訴えについての訴訟追行の他の共有者への授權（民事訴訟法30条に基づく選定当事者への選定行為）を強制すれば足りるとする見解⁽¹⁹⁾

入会権確認の訴えを拒絶する構成員がいる場合の提訴方法をめぐっては、大きく実体法的アプローチと訴訟法的アプローチの二つに分けることができる。上述の3、4、8などは、あくまでも実体法説を出発点として、実体権の構造に合わせて原告・被告を配置することを基本とする、実体法的アプローチによるものと解される。対して、それ以外の見解は、必ずしも実体権にとらわれることなく、紛争の一回的解決・合一的解決の要請や手続保障といった訴訟法的視点から、誰を当事者に据えるべきかという当事者適格の問題や固有必要的共同訴訟についての新たな枠組みを提示するものである。1と2については、すでに最高裁で採用されている方策であるが、1については、後述の馬毛島事件以前においては、境界確定訴訟の特性を理由として例外的に承認されたにすぎず、訴訟一般には認められないと解する向きも少なくなく、その射程をめぐっ

（信山社・1996年）104頁。

(18) 民事訴訟手続に関する要綱試案第二 当事者（当事者関係後注）3。

(19) 鶴田滋会員による第80回2010年日本民事訴訟法学会個別報告レジュメ「共有者の共同訴訟の必要性と共有者の訴権の保障」4頁参照。鶴田准教授の見解の詳細については、鶴田滋「共有者の共同訴訟の必要性と共有者の訴権の保障」大阪市立大学法学雑誌55巻3・4号（2009年）781頁、同「通常共同訴訟と必要的共同訴訟との境界」伊藤眞・山本和彦編『民事訴訟法の争点』（有斐閣・2009年）70頁、同「固有必要的共同訴訟の構造」井上治典先生追悼『民事紛争と手続理論の現在』（法律文化社・2008年）326頁、同「ドイツにおける固有必要的共同訴訟の柔構造化」小島武司先生古稀祝賀『民事司法の法理と政策 [上]』（商事法務・2008年）655頁、同『共有者の共同訴訟の必要性—歴史的・比較法的考察—』（有斐閣・2009年）など参照。

(20) 前掲注（7）参照。なお、下級審裁判例であるが、提訴拒絶者を被告として訴えることで原告適格の問題を解決した事例として、①岡山地裁倉敷支部判昭和51年9月24日と

ては議論が分かれるところであった。2についても、「実践的には妥当な解決を与えるが理論的には奇妙なもの」との評価もあり⁽²¹⁾、また、当該入会団体が権利能力なき社団の実質を備えていることが前提となるため、あらゆる入会団体について適用し得る方策ではない。

固有必要的共同訴訟における伝統的な見解の不具合について訴訟法的なアプローチによって解決を試みるという流れの中で、近時実体法的アプローチからの新しい見解が提示されるに至っている。上述8で示した、鶴田滋准教授による見解である。少し詳しく検討することとしたい。

鶴田准教授は、ドイツ法の人的会社社員の除名訴訟に着想を得て、共有者による共同訴訟を必要とする判例および伝統的な学説（実体法説）、すなわち、共有者の共同訴訟の必要性の存否の判断基準を係争権利関係についての実体法上の処分権能に求めるとする考え方と整合性を保ちつつ、提訴拒絶者がいるために他の共有者が提訴できなくなるという、他の共有者の訴権の保障の問題について、解釈論による新たな方策を提示しておられる⁽²²⁾。結論としては、提訴拒

②広島地判平成5年10月20日がある。①においては、「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」とした。さらに②においては、当事者適格に関して、「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こと、入会権確認の訴えが必要的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れ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、合一的確定の要請を充たすものと解して妨げない」とした。

(21) 高橋・前掲注(5)242頁、同『重点講義民事訴訟法[上]』（有斐閣・2005年）164頁注(12)など。

(22) 鶴田・前掲注(19)「共有者の共同訴訟の必要性と共有者の訴権の保障」781頁以下。鶴田准教授は、実体権として任意的訴訟担当への授權請求権を観念することで、伝統的

絶者に対して、共同の提訴や現実の訴訟追行を強制するのではなく、選定行為を強制すれば足りるとして、「提訴を欲する共有者は、提訴拒絶者を被告として第三者に対する共有権に基づく請求訴訟についての訴訟追行の授権（選定行為：筆者加筆）を求める請求と、第三者を被告とする共有権に基づく請求を併合して訴えを提起できる⁽²³⁾」とする。授権の訴えが認容され、確定することが本来の訴え（第三者に対する共有権に基づく請求）の適法要件であるが、授権の訴えと本来の訴えが併合して提起された場合には、いわば授権の訴えの確定判決を先取りして、本来の訴えも適法となるという⁽²⁴⁾。

この場合、授権の訴えの認容判決確定により、本来の訴えにおいて、提訴拒絶者の権利について、提訴を欲する共有者が提訴拒絶者の選定当事者（任意的訴訟担当者）として訴訟追行することになる。よって、共有者全員が共同原告とならなければならないという共同訴訟の必要性の要件は充たされることになる。そして、選定した提訴拒絶者自身は訴訟当事者とはならないものの、第二請求の確定判決の効力は、民事訴訟法115条1項2号に基づき、提訴拒絶者に拡張されるとする。

具体的な方法については、最判昭和46年10月7日民集25巻7号885頁の事例を念頭に、土地の共有権に基づく所有権移転登記手続請求訴訟を例として説明がなされている⁽²⁵⁾。事例を簡略化すると以下のとおりである。

提訴者をX、提訴拒絶者をZ、被告をYとすると、Xは、Zを被告として「ZはXに、Xが提起するXYの土地の共有権に基づく移転登記手続請求訴訟についての訴訟追行権を授権せよ、との判決を求める」という訴訟追行の請求

な実体法に軸足を置く考え方との整合性を図りながらも、共有者の訴権の保護の必要性の観点から、例外をみとめる途を模索する。

(23) 鶴田・前掲注(19)「共有者の共同訴訟の必要性と共有者の訴権の保障」823頁。

(24) 鶴田・前掲注(19)「共有者の共同訴訟の必要性と共有者の訴権の保障」814頁。

(25) 事例については、鶴田・前掲注(19)第80回2010年日本民事訴訟法学会個別報告レジュメ「共有者の共同訴訟の必要性と共有者の訴権の保障」および同・前掲注(19)「共有者の共同訴訟の必要性と共有者の訴権の保障」805頁など参照。

と、Yを被告として「Yは、XZに対し、本件土地につき移転登記手続をせよ、との判決を求むる」という共有権に基づく所有権移転登記手続を求むる訴えを併合して提起できるとすべきである、とする。鶴田准教授によれば、この方法は総有の場合にも妥当するという。

ポイントは、提訴拒絶者については提訴拒絶権を認めるが、一定の要件のもとでその剥奪を認める、とする点である。一定の要件とは、共有者間で、共有者の第三者に対する権利が存在すること（つまり、第三者に対する訴訟において勝訴の見込みが高いこと）および現在第三者に対する訴えを提起することが適切・有効であること、であるとする。そして、提訴拒絶者に対する提訴協力義務を觀念し、第三者への提訴を欲する共有者は、提訴拒絶者に対して、共有物全体に関する訴えに協力を求める訴え（共有物全体に関する請求についての訴訟追行の授權を求むる訴え）を提起し、共同の訴えについての訴訟追行の（第三者への提訴を欲する）他の共有者への授權（民訴30条に基づく選定当事者への選定行為）を強制できるとする。持分権に基づく妨害排除請求権（提訴拒絶が例外的に他の共有者への妨害行為に当たる）が請求の根拠となるという。この訴えにおいて、提訴拒絶者は提訴拒絶権の有無について当事者として争う機会が確保される。なお、本来の訴え（第三者に対する共有権に基づく訴え）とは併合され、通常共同訴訟の関係になるとする。

このように、入会権確認の訴えを拒絶する構成員がいる場合の提訴方法をめぐっては、実体法的アプローチと訴訟法的アプローチの両面において、複数の提案がなされているなかで、提訴拒絶者を被告に加えることで、構成員全員が訴訟の当事者となる形での提訴を認めるとする最高裁判例（馬毛島事件）が出された。続く第2章では、馬毛島事件を紹介しながら、本事案における提訴拒絶者の被告化という方法の妥当性について考えてみることにする。

第2章 固有必要的共同訴訟と当事者適格

1 馬毛島事件（最高裁判所第一小法廷平成18年（受）第1818号、入会権確認請求事件、平成20年7月17日判決⁽²⁶⁾）の概要

本件は、鹿児島県西之表市馬毛島（まげしま）に所在する、同島の表玄関である葉山港一帯の約6千坪の土地（以下、「本件土地」という。なお、本件土地は、後述する通り、4つの土地で構成されている。）をめぐって、種子島の北西岸に位置する同市遼泊（あまどまり）浦集落（以下、「A集落」という。）の一部の住民（26名）（以下、「Xら」という。）が、本件訴えの提起に同調しない同集落の住民（36名。以下、「Y2ら」という。）と本件土地を買い受けた採石業者（馬毛島開発株式会社。以下、「Y1開発」という。）に対して、本件土地は同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。）の入会地であることの確認を求めた事案である。馬毛島は、種子島の西方12kmの東シナ海上に浮かぶ、人口わずか9名⁽²⁷⁾の島であり、近時耳目を集める米軍普天間飛行場（沖縄県宜野湾市）移設問題をめぐり、昨年12月には防衛省内で日米合意のキャンプ・シュワブ沿岸部（名護市）に代わる候補地の一つとして検討されていた場所である。同島は、「トビウオの島」と評され、A集落の住民は古くから漁業のための基地として本件土地を利用してきた。Y1開

(26) 本判決の評釈として、名津井吉裕「判例解説」速報判例解説4号（2009年）130頁、松尾弘「判例解説」速報判例解説4号（2009年）69頁、鶴田滋「判例解説」平成20年度重要判例解説（2009年）143頁、酒井博行「判例研究」北海学園大学法学研究44巻3・4号（2009年）565頁以下、川嶋四郎「最新判例演習室」法学セミナー646号（2008年）124頁、八田卓也「判例批評」司法判例リマックス39号（2009年）106頁以下、我妻学「民事判例研究」法律のひろば62巻9号（2009年）57頁以下、高橋讓「時の判例」ジュリスト1399号（2010年）146頁以下など参照。このほか、本判決に言及するものとして、雨宮洋美「入会権確認請求と入会の裁判所理解をめぐる考察」（2009年）55頁以下、牧洋一郎「開発と地域住民—馬毛島浦持入会地裁判を中心として」地域総合研究第37巻第2号（2010年）61頁以下など。

(27) MAPPLE 人口統計データ（2006年4月現在）に基づく。

発は、採石工事を目的として本件土地の登記名義人から登記を取得したが、Xらは採石工事に反対し、入会権の確認のほか、自然環境の保全、漁場の確保を主張、本件訴訟を提起するにいたった。

以下、事件の詳細についてみていくことにする。

本件土地は、第1審判決別紙物件目録記載1～4の各土地（以下、同目録記載の土地につき、その番号に従って「本件土地1」などという。）で構成され、Y1開発は、本件土地1についてはその登記名義人である被上告人Y2及び同Y3から、本件土地2～4についてはその登記名義人である被上告人Y4及び同Y5から、それぞれ買い受け、その所有権を取得したとして、平成13年5月29日、共有持分移転登記を完了した。このような状況の中、本件土地がA集落の住民を構成員とする本件入会団体の入会地であるか否かについて団体内部で争いとなり、入会権の確認を求めて提訴することになったが、当然ながら訴え提起において本件入会団体の構成員の足並みはそろわず、Xらは、Y1開発のほか、提訴に同調しない構成員Y2～Y42も被告に据える形で本件訴訟を提起した。

第一審では、「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得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1921頁参照）。」とし、「本件……各土地につき、……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」ため、「原告適格を欠く不適法なもの」であり、本件のような場合において、「訴訟

(28) 本事件の第一審判決の判例研究として、野村泰弘「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）—」鳥根県立大学総合政策学会『総合政策論叢』第10号（2005年12月）91頁以下参照。

提起に同調しない者は本来原告となるべき者であって、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、……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、訴訟手続的には困難というべきである上、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することが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。」と判示し、本件訴えを却下した。

控訴審においても、原告適格については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、控訴を棄却した。

最高裁は、Xらの上告受理の申立てに対して、次の通り判示して、原判決を破棄し、第一審判決を取り消し、鹿児島地方裁判所に差し戻した。

「上告人らは、本件各土地について所有権を取得したと主張する被上告会社に対し、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、被上告人入会権者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、すなわち上告人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、被上告会社だけでなく、被上告人入会権者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、原審の上記3（1）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34年（オ）第650号同41年11月25日第二小法廷判決・民集20巻9号1921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。」

2 検討

このように、馬毛島事件では、入会権の確認の訴えにつき、提訴拒絶者を被告に加えることで、構成員全員が訴訟の当事者となる形での提訴を適法とした。その理由として、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、入会権の存否をめぐる紛争における民事訴訟による法的救済が必要であることと、入会権を主張する構成員の訴権の保護の要請を挙げている。そして、判決効については、「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」と判示した。

この事案における提訴拒絶者の被告化という方法の妥当性について検討してみるに、まず、本件入会団体の内部において、XらとY2らとの間に利害の対立構造があったことに留意しなければならない。実体法を基準とする従来の伝統的な考え方からすれば、XらとY2らは実体法上の権利関係を同じくする者として、当然に原告として入会権の確認を求めて提訴することが求められることになる。しかし、Y2らにしてみれば、そもそも入会権の確認は求めておらず、逆に入会権の存在を否定し、当該土地は民法上の共有地であると主張し、共有部分のY1への譲渡の有効性を認める判断を望んでいたというのが実態であろう。したがって、提訴を拒絶したY2らの利害は(Xらとではなく)Y1と一致していたといえることができる。このような実態を踏まえるならば、Y2らは原告となるべき者であったといえるかは疑問であるし、そもそもY2らの意思からすれば原告になること自体現実としてありえなかったであろう。馬毛島事件において、Xら、Y1、そしてY2らは、入会権につき、従来の、実体法に整合する形でのXら・Y2ら対Y1という二面的な対立構造ではなく、Xら対Y1・Y2らという二面に近い形での三面的な対立構造にあったといえることができる。三面的と考えるのは、Y1とY2らとの立場の違い(Y1は本件各土地の売買契約の相手方当事者であり、所有者であるのに対して、Y2ら

は入会権者である）と両者が潜在的に利害対立が生じ得る関係にあること（Xらの請求が認容されれば、Y 1はY 2らに対して、追奪担保責任を追及する可能性がある）による。内部対立を抱えつつ対外的にもその存在を主張するという意味では、複合的対立構造にもあるということができ⁽²⁹⁾る。したがって、こうした対立構造をもつ馬毛島事件においては、Y 2らを被告に据えることのほうが自然であろう。

入会権確認の訴えを拒絶する構成員がいる場合の提訴方法をめぐっては、すでに前述した通り、複数の提案がなされているが、たとえば、鶴田説のように、提訴拒絶者への授権の訴えを併合する形で第三者への入会権の確認の訴えという方法をとったとしても、結論的には提訴拒絶者は選定者として原告側にまわることになる。この方法は、提訴拒絶の理由が提訴時期の不適切さにある場合や、入会権の有無にかかわらず、とにかく訴訟にかかわりたくないといった場合は妥当するであろうが、三面的あるいは複合的対立構造にある事案においては、実体法上の権利関係とは一致しつつも、紛争の実態とは合致せず、適当とはいえないであろう。訴訟担当や参加命令などの方策も実質的には同様である。入会団体について当事者適格を認める方法については、馬毛島事件の第一審⁽³⁰⁾において、その当否について判断がなされており、この方法によることはできないと判示されている。馬毛島事件では、本件各土地が本件入会団体の入会地であることにつき、XらからY 2らに対する対内的確認請求訴訟とXらから第三者Y 1に対する対外的確認請求訴訟とを併合して提起できるとしたものと解されるが、本件においては、提訴拒絶者を原告に据えるよりも、被告化す

(29) 野村・前掲注(28)101頁。

(30) 鹿児島地裁での第一審判決（鹿児島地判平成17年4月12日）では、「その代表者に総有権確認請求訴訟を進行しうる特別な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、入会団体の代表者による訴訟追行の方法へ変更することもできない。」と判示されている。なお、本件では、非同調者の数が提訴を欲する構成員を上回っており、その後もこのような議決が採択される可能性はない事案であったと推測される。

ることで対内的な利害対立という紛争の実態を反映している点で評価できよう。

判決効との関係から考えても、被告であっても当事者としての地位を確保することで、Y 2らの手続保障も確実となることから、当然に及ぼすことができ、合一確定の要請も充たされ、結論としては妥当であったと考える。問題はだれとだれとの間に判決効を認めるべきかであるが、XらとY 1との間と、XらとY 2らとの間については当然に認められるとして、Y 1とY 2らとの間に認めるべきか。伝統的な、いわゆる「矢印構成」的発想によれば、請求の立っていない当事者間では判決効は生じないとされる。さらに、本件では、入会権の存在を否定し、本件各土地の売買契約も有効のほうがいよとする点でY 1とY 2らとの間に対立はない。このような考え方に立てば、Y 1とY 2ら間に判決効を認める必要はないということになる⁽³¹⁾。ただし、判決効を認めないとすると、Xらによる請求が認容され、入会権の存在が認められた場合には、Y 1とY 2らの間で利害関係の対立が生じ、新たな訴えに発展する可能性は否定できない。たとえば、後訴において、Y 1がY 2らに対して、本件各土地についてY 1の所有権確認の訴えを提起したり、あるいは、本件各土地の売買代金の返還を求めて追奪担保責任訴訟を提起することが想定されうる。いずれの場合においても前訴の判断と矛盾する主張がなされる可能性がある。

最後に、提訴拒絶者を被告に回した場合の審判規律をどのように考えるかで

(31) 同様の立場をとるものとして、我妻・前掲注(26)64頁。対して、Y 1とY 2の間にも判決効(既判力)を認める見解として長谷部由起子・山本弘・笠井正俊編著『基礎演習民事訴訟法』(弘文堂・2010年)225頁以下[山本克己執筆]。山本克己教授によれば、馬毛島事件にあてはめて考えてみるに、Y 2らのY 1に対する「Y 2らとY 1との間で、本件各土地について、XらおよびY 2らが共有の性質を有する入会権を有することを確認する」との判決を求める旨の請求を擬制することで、民訴法47条4項の類推適用により、同法40条が準用される結果、XらのY 1に対する請求が認容される場合には、Y 2らのY 1に対する擬制された請求も判決主文において認容されることになり、両判決の確定により、Y 1とY 2の間にも既判力が生ずるとする。

あるが、馬毛島事件のような事件については、潜在的に利害対立が生じ得る関係にあることから、二面に近い形での片面的独立当事者参加に類似する三面訴訟ととらえ、必要的共同訴訟に関する民事訴訟法第40条1項から3項（必要的共同訴訟人連合の原則）⁽³²⁾を準用することが、訴訟全体の審判の統一を図るためにも⁽³³⁾適当ではないだろうか。

おわりに

近時の入会権をめぐる争いにおいては、馬毛島事件の一審での原告らの主張にみられるように、入会団体構成員の職業等の多様化に伴い、構成員相互間での利害関係の不一致から、入会地の管理や処分等につき団体内部で意見対立が生じ、団体としての統一的な意思決定が困難な場合が少なくないであろう。こうした時代背景を考慮するならば、固有必要的共同訴訟における当事者適格の基準についても柔軟に解し、実体法を基準とする伝統的な考え方に固執するのではなく、提訴拒絶者の被告化も含め、実際の利害対立構造を踏まえた新たな解釈（方法論）を積極的に認めていく必要があるものとする。

平成11年の境界確定訴訟に続き、馬毛島事件では、入会権の対外的確認請求訴訟において入会権者の一人でも欠ければ原告適格を認めないとする昭和41年判決の考え方を緩和し、固有必要的共同訴訟における当事者適格の硬直性を打破するために、提訴拒絶者の被告化という方法を採用した。入会権の解体が進む時代に適した方法といえよう。

馬毛島事件では、被告に加えられた入会権者らは入会慣習に反して自己の持分権を売却しており、入会権の存在を否認している。このように、対立構造的

(32) 長谷部ほか・前掲注(31) 225頁。

(33) 高橋宏志教授も三面訴訟になるとの見解にたっており、40条は妥当せず、本来の被告と二次的被告（馬毛島事件を例にすれば、Y1とY2ら）は必要的共同訴訟における共同被告の關係に立たないとされる点で私見とは異なっている（高橋・前掲注(5) 251頁）。

にみると、提訴を拒絶する入会権者にとって実際には原告側よりも被告側と利害が共通しているような事例においては、従来の実体法を基準とする厳格な考え方（いわゆる「矢印構成」的発想）から離れて、固有の必要的共同訴訟の枠組み自体を柔軟に捉え、提訴拒絶者を被告にまわし、被告適格も認めるという方向での弾力的な解決が、紛争の実態にも合致し、望ましいのではないだろうか。

このような考え方は近時の立法の方向性からも肯定しうるものと考ええる。たとえば、2009年3月に民法（債権法）改正検討委員会⁽³⁴⁾によってとりまとめられた「債権法改正の基本方針」によれば、詐害行為取消訴訟において、詐害行為取消しによる返還請求等の相手方である受益者または転得者に加え、債務者も被告に加えなければならないとする提案がなされている（[3.1.2.19]⁽³⁵⁾）。従来の通説・判例⁽³⁶⁾とは異なる方向での改正であるが、取り消しの効果が実際には債務者に及ぶことにかんがみ、債務者の手続保障および受益者（相手方）の保護の観点等によるものと説明されている。また、当事者としてではなく補助参加の例ではあるが、株主代表訴訟において、会社は、従来原告側（株主側）に必ず立たなければならないとされていたのに対して、会社法の改正により、被告の取締役の側に補助参加できるようになった（会社法849条1項⁽³⁷⁾）。こうした立法動向を踏まえるならば、馬毛島事件での最高裁の考え方は格別特殊ともいえないであろう。民法改正や会社法の改正に表れているように、訴訟では本来

(34) 民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』（別冊 NBL126号）（商事法務・2009年）173頁以下。

(35) 詐害行為取消訴訟をめぐる改正提案の詳細については、民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ—契約および債権一般（1）』（商事法務・2009年）449頁以下、内田貴『債権法の新時代—「債権法改正の基本方針」の概要—』（商事法務・2009年）119頁以下など参照。

(36) 大（連）判明治44年3月24日民録17輯117頁。

(37) 株主代表訴訟における補助参加については、神田秀樹『会社法〔第12版〕』（弘文堂・2010年）241頁参照。

の利害対立構造に従って考えるべきであって、利害対立がある場合には、固有必要的共同訴訟であっても、原告あるいは被告として共同訴訟人とならなければならないとするのではなく、要は当事者になっていればよいのであって、同じ立場でなければならないとする必要はないのではないだろうか。

比較法的にみても、多数当事者訴訟においては、アメリカ法的な発想によれば、二当事者対立構造をこえて、四面、五面といった訴訟が認められ、利害関係人全員を参加させることによって、関係人全員が主張、立証できる場が提供されている。我が国についても同じ流れで理解できるかもしれない。従来、入会権確認の訴えについては原告適格の適否の問題としか論じられてこなかった。しかし、平成11年判決や馬毛島事件において提訴拒絶者の被告化という方法が認められたことで、当事者適格の適否の問題へと移ってきたという見方も可能であろう。馬毛島事件にみられるように、共同権利者間に利害対立が生じており、全員での訴訟共同が不可能とされる場合においては、固有必要的共同訴訟の要件を緩和し、原告あるいは被告として同じ側に立たなくてはならないとする「当事者適格における実体法的志向」から離れて、原告、被告という区別にこだわらない「渦巻き志向」による解決もありえてよいのではないだろうか。⁽³⁸⁾

このように考えるならば、判決効については、従来の実体法的志向によれば矢印がない（請求が立っていない）限り生じないのに対して、渦巻き志向に立つならば、矢印がなくとも、利害関係人全員について、参加的効力などを含めた形で、なんらかの判決効が生じるということになるだろうか。

(38) 谷口安平「多数当事者訴訟について考える」法学教室86号（1987年）20頁。