

入会権確認訴訟における
非同調入会権者の被告適格

(最高裁第1小法廷判決平成20年7月17日、
平成18年(受)第1818号、民集62卷7号1994頁)

江 渕 武 彦

島大法学第56巻第1・2号抜刷〔判例研究〕

2012年7月

入会権確認訴訟における 非同調入会権者の被告適格

(最高裁第1小法廷判決平成20年7月17日、
平成18年(受)第1818号、民集62卷7号1994頁)

江 瀨 武 彦

〔事実〕 係争地は、A集落住民(62名)の共有入会地である。Y₁会社は、当該入会集団に係争地買取を申し入れたところ、入会権者が処分賛成派と反対派に二分した。

集団の幹部Y₂ら係争地の所有権登記名義人らは、賛成者の員数割合にもとづく共有持分(係争地の3分の2)登記をY₁に移転することは差し支えないと考え、その旨の登記を経由した。

反対派X_らは、Y₁ Y₂らを相手として、係争地売買及び所有権移転登記の無効確認、同登記抹消、妨害排除、入会権確認を訴求。最終的に、原告は処分反対派入会権者26名、被告はY₁ほか処分賛成派入会権者36名となった。第一審は、以下の理由でX_らの請求を却下。

- 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得る固有必要的共同訴訟である(最判昭和41年11月25日)。
- ② X_らによる入会集団構成員たる地位に基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。
- ③ X_らが、本来的被告Y₁に加え、本件訴訟に同調しない者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者がいる場合には、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判平成11年11月9日が存するため、原告らに当事者適格を認める余地もある。

- ④ しかしながら、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、固有の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原告らに当事者適格を認めることはできないし、また、訴訟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（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）ため、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。

*

Xら控訴。控訴審も、上記第一審判決理由を引用して控訴棄却。Xらは、判例違反を理由として、上告受理を申し立てた。同理由は以下の通り。

- ① 原判決が引用する最判昭和42年11月25日は、その第一審原告・入会権者330名中、上告人が128名に留まる上告に対する判決で、本件とは事案が異なり、引用に適さない。
- ② 本件ではむしろ、入会地の登記上の共有持分を部外者に移転した入会

権者と同部外者を被告として入会権者全員が入会権を理由にその移転登記無効確認を訴求した事案に関する最判昭和43年11月13日（同訴求を認容）を判例とすべきである。

- ③ Y₂ら入会権者らは、本来的相手方（被告）であり、訴訟提起に同調しない者と判断した原判決は誤りであって、土地境界確認についての最判平成11年11月9日を本件の判例として援用すべきではない。

〔判旨〕 破棄差戻。「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、Y₂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ため、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会社だけでなく、Y₂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、〈略〉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2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」

〔研究〕 1 本判決の意義確定に先立って

根拠が今ひとつはっきりしないにもかかわらず、入会権確認訴訟は、固有必要的共同訴訟であるとされ続けてきた。私がここで、「根拠がはっきりしない」と指摘した理由は、この問題のリーディングケースにおいて、本件下級審判決も引用する〔1〕最判昭和41年11月25日（民集20巻9号1921）が次のように「根拠」らしき判決理由を述べているからである（以下、同最高裁判決を〔1〕判決、このケースを〔1〕事例とし、この種の番号を付したこれ以降の判決も同様とする）。

「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」

〔1〕判決は、「入会権→総有→固有必要的共同訴訟」という論法を採るが、総有だからなぜ固有必要的共同訴訟なのか、その根拠が示されていない。したがって、私は、入会権確認訴訟が固有必要的共同訴訟であるとする説の根拠がはっきりしないと指摘したのである。

〔1〕判決がいう「総有」については、民法に規定がない。それにもかかわらず、この判決が「総有」の語を使用したのは何故か。結論からいえば、学説が随意にこの語を用いてかつての村持財産の法律関係を説明したからである。

「総有」の語を最初に用いた研究者は、中田 薫と思われる。中田は、大正9年・国家学会雑誌に「徳川時代に於ける村の人格」を發表し（34巻8号）、その中で、徳川期の村むらの法的位置付けを試みている（この論文及び後掲の中田の論文は、いずれも中田 薫『法制史論集』第2巻〔昭和13年、岩波書店〕に所収、以下、この著書を単に『法制史論集』と略称）。中田は、基本的には、史料・事実の積み重ねを基礎としてわが国の近代以前の法慣習を探究する法制史専門家としての適切な姿勢を見せている。

しかしなぜか、中田は、村の法主体性については、唐突に、これをローマ法的に理解するかゲルマン法的に理解するか、という洋学至上主義にもとづく観念論を持ち出している。中田は、この手法にもとづく考察の結果、この問題について、ローマ法ではなく、ゲルマン法に依拠することとし、この法体系下の *Gesamteigentum* の概念をわが国・徳川期の村における村持財産の理解のために転用しようとした。

この時に中田は、このドイツ語の単語に「総有」の訳語を当て、ギールケの理論を借りて、「総有」にかかる集団組織をもって団体の単一的総体権と構成員の複多的特別権とが組織的・有機的に結合したもの（実在的総合人）と説明している（『法制史論集』989頁）。

ただ中田は、この実在的総合人をもって個人法の原則では説明不能の概念

とし、「吾輩は今これ以上に、彼の説を紹介するの餘裕をもたない」として、その見識が十分でないことを率直に認めている。

次いで中田は、昭和2年・同志に「明治初年の村の人格」(41巻10号~12号)、昭和3年に「明治初年の入會權」を著し、明治以降21年町村制以前の村むらについて、同様の見解を示し、結果として中田は、この時期における入會林野等の村持財産をゲルマン法上の概念たる「総有」をもって論じている(『法制史論集』787頁)。そして中田は、この論文の中で、町村制がかかる「総有」集団たる村を法人としての地方行政団体へと改造し、これまでの「総有」財産がかかる団体財産へと変じたと判断している(『法制史論集』788頁)。

町村制が旧村持財産へ影響もたらしたとの、この見解に対しては、後に、戒能通孝が異を唱え、旧村持財産は町村制の影響を受けていないと指摘している(『入会の研究』〔昭和18年、日本評論社〕285頁)。

石田文次郎は、昭和2年に『土地總有權史論』(岩波書店)を上梓し、中田と同様の「総有」理論を示し、ゲルマン法上の「総有」の内容について、次のように解説している(同著203頁)。

- ① 総有地は、不分割地として村落住民全体に帰属する。
- ② 村落は、総有地の管理処分のために団体的組織を有する。
- ③ 村落住民は、その資格により総有地に対する利用権を取得する。

そして石田は、この「総有」の理解の下に、「(わが国の)入會權はこの村民の個別的權能と村落の團體的權能とが村の規則によつて組織的に結合せる總有權である」と述べている(『土地總有權史論』590頁)。しかし、そこには、ゲルマン村落共同体と日本の旧來からの村落が同一の組織体であるとして日本法制の中で評価するための根拠は、まったく示されていないのである。

それだけでなく、石田は、かかる「総有」理論を、入會集団とは異質な近代的組織体・法人格なき社団の財産関係を説明する道具としても転用した。これによって石田は、かような社団を非法人のゆえに權利義務主体とは認め

ないように装いつつ、当該社団が財産を所有しているという事実を法理的に説明するため、その構成員全体に該財産が帰属するという巧みな理論構成を採用した(以下、これを「社団財産総有説」とする)。「総有」理論は、そのための道具として、石田により使用された(石田文次郎『民法研究』第1巻〔昭和9年、弘文堂書房〕47頁から50頁にかけて参照)。

かような内容の「総有」理論、そしてこれを前提とした「入会=総有」論、さらには、「社団財産総有説」を日本民法学における解釈論の中で喧伝し、通説化させたのは、我妻榮であった(『物権法(民法講義Ⅱ)』〔昭和27年、岩波書店〕201頁)。その学識の傾向から推測すれば、とくに彼がゲルマン法における Gesamteigentum 法理に詳しくあつたわけでも、フィールドワークを通じて入会権に精通していたわけでもないように思われる。

また、我妻が石田の「社団財産総有説」を支持し始めた時期においては、まだ法人格なき社団に関する裁判例は豊富ではなかったであろうから、判例研究を通じてその実例を学んでいたとも思えない。それにもかかわらず、我妻は、石田の『土地總有権史論』を高く評価し、無批判に入会理論・社団理論の基礎たる「総有」理論を是とした。その我妻は、単なる大学教員ではなく、学説をリードする立場にあり、また彼の講義やその執筆にかかる教科書で学んだ若き法学徒が将来裁判官となって判決を言い渡すという、日本民法学の泰斗としての立場にあった。

その我妻による「総有」論修得の源泉は、おそらくは前述した石田の『土地總有権史論』と『民法研究』にすぎなかったのではないかと推測される。かような浅薄な経過により、上記「総有」理論が、今日に到るまで、泰斗・我妻に承認されたことにより、定説として民法学界で信奉され、法人格なき社団の財産や入会権に関する裁判に影響を与えたのである。

我妻は、中田の上記三論文を「最高の権威」と絶賛し(もっとも町村制と旧村持財産の関係については、中田ではなく戒能を支持している——前掲『物権法』298頁)、中田や石田のいう「総有」論を基礎として、わが国の入会権を論じている。いわく、「入会権においては、目的地の管理処分権能は、部

落自身に帰属し、収益の権能は、部落民各個に帰属する。権利は質的に分属する」「部落民各自は、持分権を有せず、また分割請求権もない。〈略〉従って、その関係は正に一の総有である〔三四一参照〕」（我妻・前掲『物権法』300頁、297頁）。この〔341〕項は、ほかでもない、ゲルマン村落共同体の所有形態を「総有」として解説した部分である（我妻・前掲210頁）。

〔1〕判決は、おそらくは、中田・石田・我妻の主張する「総有」論を基礎として、「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」と判示している。これらの研究者らは、明らかに、「総有」財産に関するある種の法主体性が、村落集団に帰属するものと見ている。それは、「総有」の客体たる財産の「管理処分」権能の主体性である。そして、とくに我妻が明言するところであるが、その集団構成員各自は、「総有」財産の所有権割合としての持分を有していないという（総有持分否定説）。

かような「総有」概念にもとづいて、〔1〕判決は、個々の入会権者は入会地の所有権割合としての持分を有せず、入会地という土地の1個の所有権は全入会権者に帰属していることを前提としている。したがって、全員でなければ入会権確認請求ができないと、〔1〕判決は考えているのであろう。

このような通説的な「総有」概念は、わが民法における解釈上、成り立たない。この点については、すでに拙稿で説明しているが（「社団財産総有説の功罪」〔平成17年〕島大法学49巻2号1頁以下、当該箇所は、35頁から38頁にかけて）、念のために、後に本稿でも指摘することとしたい。

2 本判決言渡までの裁判例と本判決の意義

〔1〕判決以後、同じく入会権確認訴訟において、〔2〕松江地判昭和43年2月7日（判時531号53頁）は、「入会権自体の管理処分権は個々の構成員の総体たる入会団体に帰属し、各構成員は入会権に基づく収益権を行使する権限を有するに過ぎないというべきである。従って、右収益権の行使と直接関連なく、専ら入会権の管理処分に関する事項については構成員全員で決すべきで、訴訟を進行する場合には入会権者全員で行う固有必要的共同訴訟でな

なければならない」と、〔1〕判決の趣旨をさらに詳しく述べ、一部の入会権者による入会権確認請求につき当事者適格を欠く不適法な訴えとして、その訴えを却下した。

一般論としては、当事者適格の問題は、主として確認訴訟で問題になり、給付訴訟では当事者適格問題は本案の中に解消される（伊藤 眞『民事訴訟の当事者』〔昭和53年、弘文堂〕145頁）。しかし、裁判所は、こと入会権訴訟において、給付請求にまで固有必要的共同訴訟論を及ぼし、却下判決を言い渡している。たとえば、〔3〕岡山地倉敷支判昭和51年9月24日（判時858号94頁）は、入会権者1名（他の入会権者は103名と見られる）が入会地の登記を取得した部外者（Y）に対して、総有権にもとづいて抹消登記を訴求したケースにおいて、「入会権の存在を請求原因としてYに対してその所有権取得登記の抹消を求める訴えは、〈略〉固有必要的共同訴訟というべきである」として訴えを却下した。ただこの判決は、次のような重要な傍論を示している。

「もつとも、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（相手方が団体の中のだれか一人でも買収し、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、彼らと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Ⅲ538頁以下、注釈民法（7）物権（2）552頁）との反対説があり、右説によると本訴も原告に当事者適格を認めるべきことになる。しかしながら、この説によると、被告は、仮に勝訴しても、他の者による別訴の危険にさらされる（本件では103回の応訴を強られる余地を残す）ばかりでなく、別訴において敗訴の可能性を否定することができないから、本来1個の所有権の総有的帰属形態である共有の

性質を有する入会権の存否について、個々の判決が両論に分かれるときは、紛争の統一的解決ができない事態を生じること明らかであること、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つ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」(傍点は引用者)

要するに、この傍論は、入会権確認請求とこれを前提とする給付請求を同一訴訟として追行するにあたり、提訴に加わらない入会権者を被告とする方法を示している。本稿では、便宜的にこれを「被告方式」としておきたい。

その後、森林管理を目的とした組織 Y (非法人) の構成員 80 名全員が特定入会地の入会権者である事例において、当事者適格が問題となっている。80 名中の 5 名が Y (民法 46 条 [現行 29 条] の社団) を相手に入会権確認を訴求したところ、当事者適格の問題につき、この事例に対する〔4〕広島地判昭和 60 年 5 月 21 日 (中尾英俊編『戦後入会判決集』2 巻 [平成 16 年、信山社] 353 頁) は、「他にその集団構成員が存在することは窺われないから、本件訴訟の判決の効力は右組織 Y の構成員全員に及ぶと解され (民事訴訟法 201 条 2 項 [現行 115 条 1 項 2 号・引用者註])、合一確定の要請に何ら反するところはない」としている (ただし本案審理の結果、裁判所は訴えを棄却している)。

入会権確認訴訟において、下級審レベルで被告方式を認めたものが、〔5〕広島地判平成 5 年 10 月 20 日 (前掲『戦後入会判決集』3 巻 111 頁) である。この判決は、当事者適格の問題については、次のように判示している。

「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も、合一的確定の要請を充たすことになることを鑑みると、これにより訴訟要件を充たすものと解して妨げない」

以上、〔4〕〔5〕判決は、固有必要的共同訴訟論の趣旨を、合一的確定の必要性に求めているところが特徴的である。

その一方で、同じく入会権確認訴訟において提訴に加わらない入会権者が被告となった事例において、〔6〕山口地岩国支判平成15年3月28日（前掲『戦後入会判決集』3巻481頁）は、「入会権は、入会団体の構成員全員に総有的に帰属するものであり、個々の構成員において共有における持分権又はこれに類する権限を有するものではないから、当該入会権が共有の性質を有するかどうかを問わず、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る。そして、その訴訟上の主張、行使は、入会権そのものの管理処分に関する事項であるから、構成員の一部のものとなし得るものではないので、訴えの提起が構成員の一部の者による以上、原告ら以外に入会権者全員を被告としても、適法な訴えとすることはできない」として被告方式を否定している。

〔6〕判決は、合一的確定の必要性という点ではなく、総有持分否定説を前提にした総有概念から固有必要的共同訴訟を論じ、被告方式を否定した。すなわち、入会権者各自は、持分を有していないから、入会権確認訴訟は固有必要的共同訴訟であると、この判決はいうのである。ここで、同判決が権利確認の訴えはその権利の処分に該当するとの理解を前提としていることを指摘しておきたい。

以下整理すると、被告方式を傍論として示した〔3〕判決以後、〔5〕判決が被告方式を認める一方で、〔6〕判決はこの方式を否定しており、下級審レベルでは、被告方式の是非につき判断が分かれていた。

これら〔3〕〔4〕〔5〕〔6〕の4判決によって、次の点が明確となった。すなわち、入会権確認訴訟を固有必要的共同訴訟とする裁判所の見地は、次

の2点のいずれか1つから導かれている。

- 【1】 各入会権者は持分を有しないために「入会権そのもの」を処分するには全員の合意が必要であるところ、入会権確認訴訟提起は、入会権処分に該当する。
- 【2】 入会権確認判決の効力を全入会権者に合一的に確定させるべきである。

この2点のうち、【1】から被告方式消極説（全入会権者の提訴が必要とする見地）が、また、【2】からその積極説が導かれる。

本事例における下級審判決は、いずれも【1】の見解で固有必要的共同訴訟を論じ、被告方式を排斥した。これに対して、その上告審たる本判決は【2】の見解にもとづいてこの方式を認容した。そして、本判決は、入会権確認訴訟＝固有必要的共同訴訟論のリーディングケースたる〔1〕判決が被告方式を許さないものではない、というのである。

本判決は、被告方式を認容して控訴審判決を破棄し、第一審へ審理を差し戻した。現在、鹿児島地裁にて差戻審が審理係属中である。

最高裁は、本判決以後、被告方式を踏襲した。〔7〕最判平成21年12月18日（判例集等未登載であるが『村落と環境』第7号〔平成23年、村落環境研究会〕6頁参照）がそれである。第一審は被告方式消極説にもとづいてその訴えを却下し、控訴審も同様の理由で第一審原告入会権者による控訴を棄却した。同入会権者らは上告したところ、被告方式を認容する本判決が言い渡されたために、この入会権者らはこれを判例として被告方式を主張する上告受理申立を行なった。上告審〔7〕判決は、これを認め、控訴審判決破棄、第一審判決を取消して、第一審に審理を差し戻した（同審で入会権者らが一部敗訴したので控訴中）。

3 総有持分否定説による入会権訴訟の障害

入会権確認訴訟が固有必要的共同訴訟であるとされるのは、なぜなのか。

入会権者による財産の共同所有を「総有」と呼び、あたかも民法263条以外の共有規定における個人的共有とは異質の形態であると、中田・石田・我妻説は考える。この論者らが説く総有の本質が固有必要的共同訴訟論の根拠なのか。それとも単に、入会権確認判決の効力を全入会権者に及ぼす必要があるという、合一確定の必要性が根拠なのか。

前者を根拠とするのが、前述の【1】であり、後者を根拠とするのが、【2】であった。そして、【1】から被告方式消極説が、【2】からその積極説が導かれることも前述の通りである。ここで仮に、【1】が前提とする「総有」論が崩れるとすると、被告方式消極説はその根拠を失い、残る【2】から導かれる被告方式積極説が正しいということになる。以下、このことを検証したいと思う。

私は、本稿1において、中田・石田・我妻説のいう「総有」概念が、わが民法上成り立たないと述べた。その理由を、これまでの拙稿における説明とはやや異なった形で(本質的には同じ内容であるが)、本稿でも説明しておきたい。

入会の歴史は古く、これまで、各歴史段階において様々に変遷してきたであろう。ただ忘れてはならないことは、明治29年に制定された明治民法の中に、入会権について2か条が置かれ、2種類の入会権が法定されたということである。263条と294条がそれぞれであり、前者が共有の性質を有する入会権、後者が共有の性質を有しない入会権である。

「共有の性質を有する」とは、入会権者が入会地を共有する場合をいう。これと違って、入会地所有権が入会権者以外の者に属する場合は、共有の性質を有しない入会権である。

そのいずれも、その地方の慣習を第一次的法源、入会権以外の共有権規定や地役権規定をその第二次的法源とする。

ここでいう慣習とは、入会地使用収益の事実を意味するのではない。民法典中、慣習の語は、つねに一定の規範を意味するものとして規定されている。入会権における慣習も同様であり、それは転出失権・入会地分割請求不許と

いった規範を意味している。

もとより、法適用通則法3条(旧法例2条)は、公序良俗に反しない慣習中、法令に規定のあるものとなないものの双方について(すなわち法令で禁止されている場合を除くの意味において)、法律と同一の効力を有することを認める。ここにうたう法令の例が、民法263条・294条である。

なぜ民法が、入会権について「慣習に従う」(慣習が民法における他の共有規定に優先する)との扱いをする必要があったのか。それは、わが国のすべての入会集団が有している普遍的慣習・転出失権の原則を、実定法の上で尊重する必要があったからである。

もし入会権を、共有権者らの組織を前提としない個人的共有規定に服せしめると、これまで入会集団が有してきた村社会の掟・転出失権の慣習は、公序違反として扱わざるをえなくなる。なぜなら、個人的共有においては、共有権者の居住地域は問題とされないからである。共有権者は、どこに在住しようと、その共有持分に影響はない。例外は、その共有権者が入会権者である場合である。共有入会権者が当該地域を転出すれば、入会地管理の義務をはたすことができなくなる。入会集団は、かような転出者を構成員として認めることはできない。

個人的共有権は、近代所有権としての観念性を保証されている。ゆえに、個人的共有権者は、どこに住もうと、他の共有権者と仲間付き合いを維持しようとしまいと、その共有持分を奪われることはない。

近代所有権における観念性——これと入会地管理のための義務の履行を入会権者の資格要件とする入会慣習は、相容れない。かような入会慣習を、共有権における例外として、入会集団における自治規範として認めることが、民法263条の目的である。

このような共有権規定の特則たる入会権規定を、経過措置とする解釈もありうる。かような古典的解釈が入会権の新たな成立を否定するが、今日、入会権の専門研究者でこの説に従う者は皆無であろう。というのは、民法263条に関する法典調査会での議論において、この権利はいずれ時の経過とともに

解消していくだろうから暫定的に認めてやれ、との議論はまったくなく、むしろ、もっとも詳細な規定を置くべしとの意見(磯部四郎)さえ認められるからである。すなわち、民法における入会権規定は、経過措置どころか、むしろ、入会公権論との確執の中で、その立法企画者(富井政章)が公権論者(穂積八束、都筑馨六)をなだめつつ、入会権を明確に私権として規定した(『法典調査会民法議事速記録2』132頁以下参照)。この時点の民法263条法案は、「共有カ入會權ノ性質ヲ有スルトキハ」となっている。この表現が、入会権を共有権の一種として扱う立法企画者の意図を如実に物語っている。

前述のように、共有の性質を有する入会権は、権利者間の組織(村落共同体＝入会集団)を前提とするのに対して、個人的共有においては、かような組織は前提となっていない。

すなわち、前者は、権利者が「その地方の慣習」という名の組織規範で拘束されるのに対して、後者にはかような拘束はない。民法263条の入会権が「共有の性質を有する」と規定されている以上、違いはただそれだけなのである。

中田・石田・我妻説が説くような「総有」概念は、入会権規定の中からは読み取れない。中田流に表現すれば、「ローマ法」的な原理で構築された日本民法の共有制の範囲から逸脱する特殊な(ゲルマン法的な)仕組みは入会権規定の中に認められず、むしろ263条は、前述のように入会権をもって「共有の性質を有する」と明言している。

このような入会権規定を含む共有は、まさに、共有権者の各持分の総和が一個の共有財産を組成する「ローマ法」的原理によって構築されている。入会権が民法典中に置かれことにより、この権利はそのように編成されたのである。中田・石田・我妻説は、この民法263条の文言に反するといわざるをえない。

むしろ、私とて文理解釈が解釈方法のすべてだとは思わない。ただ、実定法の文言に従わない解釈をするには、それなりの論理的及び現実的理由が必要なはずである。「ゲルマン法」における Gesamteigentum 制は村落住民に使用収益権を認めるのみで、「ローマ法」的意味での持分制を有しなかった、とい

う点をその根拠とするのは明らかにおかしい。

このように、入会権規定の立法の沿革、その文理解釈からして、総有持分否定説には疑問を禁じえない。それは、論理の問題だけではない。この説は、本件のごとき入会権確認訴訟において、被告方式を排斥し実質審理を妨げるという、入会権訴訟に現実的障害をもたらしてきたのである。

ところで、入会権研究を専門とする研究者は、入会持分（総有持分）をもって入会集団における構成員としての地位と位置付け、これを「成員権」と、また、集団に帰属する入会権を「集団権」と呼ぶ（中尾英俊『入会林野の法律問題〈新版〉』〔昭和59年、勁草書房〕96頁）。〔6〕判決が使用している「入会権そのもの」という用語は、この「集団権」の意味であろう。

入会権研究者は、共有の性質を有する入会権には構成員の共有に属するという面があるとして、成員権（入会持分権——入会権者としての地位）の総和が集団権であると位置付けている。以下、私もこれにならい、論を進めるにあたって、「成員権」「集団権」の用語を使用することとしたい。

4 入会権確認訴訟の二面性

① 対内紛争と対外紛争の違い

前述のように、裁判所は、いくつかの事例において、全入会権者が原告となっていない点を問題とし、固有必要的共同訴訟論をもって、その確認の訴えを（場合によっては給付の訴えすら）却下した。ただ、ここで指摘しなければならないことは、被告方式に積極的な判決の事例では、全入会権者が当事者となっている事実である。

〔7〕事例は、Y市名義となっている農業用溜池の所有権をY市が主張するため、この溜池を全面的に管理してきた溜池入会集団との間で紛議となり、同入会集団の構成員の多数の者が、Y市を被告として、入会権確認の訴えを提起したものである。この時、少数の入会権者が原告に加わっていない。この不参加者の一部は、Y市の職員であった。これが、この入会権訴訟の特徴である。われわれは、この事実を軽視してはならない。この事実を受け止めよう

としなかった下級審に問題があるが、ともかく、問題点を明らかにするために、入会権確認訴訟の二面性について説明しておきたい。

ひと口に入会権確認の訴えといっても、その訴訟の前提である紛争が、入会集団内の訴訟なのか、それとも、集団と部外者間の紛争であるか、という点で違いがある。以下、前者を「対内紛争」、後者を「対外紛争」としておこう。結論から言えば、「対内紛争」においては、入会権確認判決の合一確定の要請はない。その要請があるのは、「対外紛争」の場合に限られる。

② 成員権訴訟

入会集団の対内紛争の例として、高知地判平成3年9月18日（『戦後入会判決集』3巻54頁）の事例を見ておこう。このケースは、入会地の登記名義人の相続人（入会権者その他）を相手として、入会集団代表者が移転登記を訴求した事例である。この訴訟にあたり、原告（集団代表者）は、係争地が入会地である旨の主張をしていないものの、判決はこれが入会地であるとの前提で、原告の請求を認容した。この訴訟において、被告は、係争地が登記名義人の資産であると主張している。このタイプの入会裁判はありふれたもので、枚挙に暇がない。

このような入会集団の対内紛争というべき訴訟において、入会権者の一部が係争地を入会地と主張し、他の入会権者がそれを否認するために前者が後者を被告として入会権確認を訴求する（すなわち係争地が原被告を入会権者とする入会地であることの確認を求める）という場合、この確認訴訟は固有の共同訴訟ではない。なぜならば、この場合の原告主張の入会権は、地位としての成員権にほかならず、そこには合一確定の要請がないからである（最判昭和57年7月1日民集36巻6号891頁がこの理を認める）。

そもそも、この紛争において、全入会権者が原告となることは、論理上、ありえない。そしてこの場合には、裁判所は、全原告に同じ判決を言い渡す必要はない。というのは、入会権者としての資格要件は慣習で定めるところ、裁判所が慣習を審理した結果、排除された者の一部が成員権を有し、他の原告がこれを有していないと認定すれば、その旨の判決（ある原告の訴えは認

容するが、他の原告のそれは棄却するという判決)を言い渡さなければならぬからである。

すなわち、成員権訴訟は、固有必要的共同訴訟ではない。これが問題となるのは、集団権訴訟だけなのである。

③ 集団権訴訟

集団権確認訴訟を集団成員の共同訴訟という形態で行なうにあたって、原則としてなぜ全員が原告となる必要があるのか。前述のように、【1】は、権利確認訴訟はその権利の処分当たる、【2】は、入会権確認判決の全入会権者に対する合一確定の要請、という点を根拠とする。【1】は実体法的な根拠、【2】は手続法的な根拠といつてよいだろう。これらについて、さらに検討しておきたい。

まず【1】から検討しよう。便宜的に、この理論を「処分理論」と呼ぶこととする。所有権確認の訴えは、これに敗訴すると、当該所有権を実体法上処分したことと同じ結果を招来する。したがって、処分理論は、その訴えに関する当事者適格は当該所有権の処分権者に認められると考える。それが共有物である場合、民法251条における共有物の変更に準じ、原則として、共有持分の処分権を有する者全員が原告となる必要がある。その共有物が共有の性質を有する入会地である場合も同様である。集団権として入会権の確認訴訟を固有必要的共同訴訟とする理由の一つが、この処分理論である。

次に【2】を検討しよう。これを便宜的に、「合一確定要請論」としておきたい。共有の性質を有する入会権は、一種の共同所有権であり、集団構成員は入会持分権者であつて、その資格は、集団規範たる慣習で決定されている。前述のように、この持分権(成員権)の総和が集団権としての入会権を構成するから、集団権確認は、全ての持分権を確認することにつながる。

言い換えれば、集団権確認判決は、全入会権者に効力を及ぼすべき性質のものである。すなわち、この判決は、全入会権者について合一に確定されなければならないから、ここから、入会権(集団権)確認の訴えが固有必要的共同訴訟であるとの法理が導かれる。これが合一確定要請論である。

このように、集団権確認訴訟において、全入会権者を原告とすべきとはいえず、それが不可能な場合（すなわち一部の入会権者がこの訴訟に原告として加わらない場合）、つねにこの訴訟提起を不適法として却下すべきであろうか。この点を検討するにあたり、次で、一部の入会権者が集団権確認訴訟に加わらない事情を見ておきたい。

5 原告に加わらない入会権者

① 集団に対する背信者（入会地が入会地であることを否認する者）

解りやすい例として、入会権者の一人である甲が入会集団に対して背信行為をする（たとえば代表者としての登記名義人甲が恣意的に同登記を部外者乙に移転する）場合を想定しよう。集団と甲乙の間で紛争となった場合、これは、対外紛争と対内紛争の双方の性格を併せ持つ。これを「複合紛争」と名付けておこう。

この土地についての入会権確認の訴えを集団側が提起するにあたり、甲に共同原告となることを期待することは（甲が前非を悔いて態度を改める場合は別として）できない。この場合には、入会集団は、甲を背信者として除名することが認められよう。というのは、共同体的規範である入会慣習は、集団内での争いを避けようとする日本村社会の理念・和の原理を基礎とする規範であり、集団の明文の規約として背信者の除名をうたう文言が制定されていなくても、この原理の趣旨から、その扱いをすることは許されると思われる。

そのようにして、集団が背信者を排除すれば、残りの構成員のみが入会権者というべきであるから、全入会権者による提訴の合意は成立する。この場合には、複合的であった紛争が、対外紛争へと転化し、部外者へと転じた元入会権者である甲を乙とともに被告とすることに、何の問題もない。

ただ、慣習は、公序良俗に反するものであってはならない（法適用通則法3条）。したがって、一部の入会権者の除名は、明確な背信行為があった場合でなければ認められない。入会地処分の是非をめぐる集団内で意見が分かれるというケースがまま見られるが、少数の入会地処分反対者を多数の賛成

者が除名するなどということはできない。まして、意見が二分した場合、一方のグループがほぼ同数の他方のグループを除名することができるはずがない。

あるいは、入会地共有持分登記を有する多数の入会権者が、分家など同登記を有しない少数入会権者を排除するため、全入会地の入会権を否認し、この土地が登記名義を有する者の個人的共有地であると主張する事態に到っては、この多数派は入会集団の存在自体を否認しているから、入会権を主張する少数者を除名するとの集団意思を決定することがありえなくなる。

このように除名が成り立たず意見の相違が継続していても、入会権者において入会廃止の総意がなければ入会権は存続するから、その対立を抱えながら、集団が存続することとなる。

② 除名されない入会権者

入会権確認訴訟に加わらない入会権者が上記のような背信性を有しない場合には、同人の除名は公序良俗違反となる。〔7〕事例で見られた入会権確認訴訟に原告として加わらない入会権者（被告 Y 市の職員）においては、その理由がやむをえないものであり、私の同入会集団幹部からの聴き取りによれば、当該事例における入会集団もこの者の除名を考えたことは一度もない。

このような敵対者とはいえない入会権者を被告として当事者適格を充足する方法は適当であろうか。これが、被告方式における本質的な論点なのである。

前述のように、本事例及び〔7〕事例において、この入会集団は、背信者とはいえない入会権者につき被告方法を採用したが、当初、これら下級審は、この方法を認めなかった。これについて、本事例下級審判決は、最判平成11年11月9日（民集53巻8号1421頁——この判決を平成11年判決と略称）に付された千種秀夫判事による補足意見に配慮したと見えて、「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、被告方式を採用しえない理由を述べている。〔7〕事例下級審も同様の判断をしたのだろう。

そこで、この平成11年判決事例を検討しておきたい。

6 共有地境界確定訴訟に関する平成11年判決とその補足意見

この事例は、共有地とこれに隣接する土地との境界確定訴訟につき、一部の共有権者が同訴訟に原告として加わらないため、他の共有者が隣接地所有者とともに同人を被告として訴訟提起したものである。同判決は、共有地境界確定の訴えは共有権者による固有必要的共同訴訟であるところ、「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」としている。

この法廷意見に対して、担当裁判官の一人である千種秀夫判事は、結論としてはこの法廷意見を是としつつも、これは「境界確定の訴えの特殊性に由来」するもので、非同調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どこまで類推できるかは疑問であり、この種事案に限り便法として許容される（以下、「限定論」と略称）、とする補足意見を述べている。しかしながら、入会権確認訴訟においては、本判決やその後の〔7〕判決は、この被告方式を全面的に認めている。

千種判事は、なぜその法廷意見を是とするのか。そして、なぜ限定論をもってこの法廷意見に釘を刺したのか。この法廷意見は、純粋な法理論にもとづくものではない。千種補足意見が「便法として」と述べて当該法廷意見の結果を支持しているところに、それが端的に現れている。すなわち、この便法を認めなければ、裁判所は境界が確定できない。同法廷意見の理由はそれ以上でもそれ以下でもない。

この補足意見中、限定論は、前述のように、「境界確定の訴えの特殊性に由来」することを根拠とする。ここでいう「特殊性」とは、その実質的非訟事件性であろう。

境界確定訴訟が実質的に非訟事件であるとされるのは、これを争訟の基本

原則たる弁論主義に委ねると、当事者の主張する境界がいずれも誤っていることを裁判所が発見しても、その主張と異なる境界を定めることができないという問題が生じてしまうからである。すなわち、裁判所による当事者双方の主張の排斥可能性確保を目的に、境界確定訴訟の中から弁論主義を排除しなければならない。とすれば、この訴訟を、千種判事が指摘するように、実質的には非訟事件であると位置付けなければならない。

一般に、非訟事件は、訴訟手続の特徴である公開性・対審性を有することなく、簡易迅速・融通性という特徴を持つ。境界確定訴訟における融通性とは、弁論主義からの解放にほかならない。かかる特殊性から、共有地の境界確定訴訟において、当事者が原告・被告の名称で呼ばれても、これらの者は対審関係にないから原告に加わらない共有者は被告に、という柔軟な方法（便法）が許されるという見解は理解できる。したがって、かかる実質的非訟事件と性格が異なる、対審構造を基本とする訴訟への拡大を制限する見地（限定論）は理解できないわけではない。

しかし、境界確定訴訟においては、実質的には争訟的な場合もある。これが本質的に非訟事件であるというのは、前述のように、主として弁論主義排斥という目的にもとづくのであって、当事者間に対立がないからというわけでもない。千種判事が担当したこの裁判について、この辺りの事情を見てみよう。

上記事例は三面訴訟である。この事例では、X Y₁共有にかかる第一土地とY₁所有にかかる第二土地、第一土地とY₂所有にかかる第三土地の境界確定が、Xを原告、Y₁ Y₂を被告として訴求された。第一土地と第二土地の境界についてX Y₁の間に実質的対立があり、そのために、第一土地と第三土地の境界確定訴求につき、XとY₁が共同で原告となることが事実上不可能だったものと推測される。とすると、千種補足意見における限定論は、実質的には根拠が不確かというべきであろう。

もとより、裁判所は、不可分債権あるいは保存行為の理論などにより、多数当事者間の紛争でしばしば障害となる固有必要的共同訴訟論を乗り越えよ

うとする努力をしてきた（不可分債権につき最判昭和44年7月24日判時567号51頁、保存行為につき最判平成7年7月18日民集49巻7号2684頁、伊藤・前掲『民事訴訟の当事者』102頁）。この共有地境界確定訴訟における便法的方法も高く評価してよい。

限定論——すなわち、境界確定訴訟が実質的には非対審たる非訟事件だとの前提で、この便法を対審たる争訟において拡大すべきでないとする千種判事の補足意見は、同判事が担当した当該事件の実質的争訟性を考えると、どこか矛盾を感じざるをえない。

7 入会権確認訴訟提起は処分行為か

対外紛争としての入会権確認訴訟では、入会集団と部外者（乙）の利害は対立する。したがって、この乙の被告適格は疑いない。また、対内紛争においては、ある入会権者（たとえば入会地処分反対派）と別の入会権者（賛成派）の利害もまた対立する。これは、成員権訴訟であるから、同確認判決合一確定の要請はない。したがって、原告は一部の入会権者だけでよく、また、この者と対立する入会権者が被告となることにも問題はない。

複合紛争においては、部外者と呼応する背信的入会権者（甲）が除名措置を受ければ、甲は入会権を喪失して部外者となるから、この複合紛争は対外紛争に転化する。甲を除名した残りの者たちだけが入会権者であり、この者ら全員が原告となっていれば当事者適格に欠けるところはない。また甲は、かつては入会権者であったものの提訴時には部外者に転じており、乙とともに現入会権者と利害が対立するので、甲の被告適格にも疑いはない。ただ、この除名措置がなければ、甲は入会権を喪失せず、この紛争は複合紛争としての性格を保持し続ける。

ただし、甲は、係争地の入会地としての性格を否認するから、他の入会権者と利害が対立する。ことに、甲が入会地の登記名義を乙に移転するという背信行為を行なった場合には、その抹消登記を訴求する必要がある。そのような給付訴訟において、甲以外の入会権者らは、甲乙を被告とする必要性が

生ずる。その前提たる入会権確認の訴えにおいて甲を原告とすべきというのは、矛盾以外の何ものでもない。

そもそも、かように利害が対立する甲と他の入会権者との関係に限定（部外者乙と甲以外の入会権者との関係を捨象）して見れば、この間の争訟は、対内紛争である。したがって、原告（甲以外の入会権者）の被告（甲）に対する入会権確認訴訟は、成員権訴訟の性格を帯びる。すなわち、入会権を否認する入会権者（甲）に対して、他の入会権者がその持分（入会権者たる地位）の確認を求めていることになるのである。よって、この場合の甲とそれ以外の入会権者の訴訟において、当事者適格に欠けるところはない。

問題は、この場合、部外者たる乙と原告（一部の入会権者）との間の争訟である。この場合の入会権確認訴訟において、たしかに、全入会権者が原告とはなっていない。しかし残りの入会権者たる甲は被告となっているから、集団権としての入会権確認訴訟の判決の効力は甲にも及び、合一確定の要請に反することはない。そこで次に検討すべきは、処分理論である。

合一確定要請論は、前述のように、実務的・手続的な理由にもとづく一方で、処分理論は、理論的・実体法的なものである。ここで、入会地が入会地であることを否認する構成員も、入会権者である以上、入会地処分にあたりは同人の合意が必要であるといわざるをえない。

しかし、権利の確認訴訟の提起は、本当にその権利の処分行為と断じてよいのだろうか。入会権確認訴訟の提起は、入会集団がその財産を手放そうとしているのではなく、守ろうとしているのである。

もとより、入会財産ではない共有財産に関する論考だが、勝訴・敗訴の結果ごとに判決効を異にすべしとする解釈で、固有の必要的共同訴訟の扱いを避けようとする見解がある（三ヶ月章『民事訴訟法（補訂版）』〔昭和56年、弘文堂〕267頁以下）。

この説は、権利確認訴訟提起をこの権利の処分と解する見解に違和感をもつてのことではないかと思われる。また、伊藤教授は、「訴権の行使は、訴訟物たる権利を実体法上処分するのと類似の効果をもつ」（傍点は引用者）と慎重

な表現され（『民事訴訟法（第3版3訂版）』〔平成20年、有斐閣〕154頁）、訴権行使をもって処分行為とは断定されていない。

集団権としての入会権処分の実体法的効果は、いうまでもなく当該入会集団の入会地に関する入会権喪失であるのに対して、確認訴訟の提起は、判決の結果によっては必ずしも入会権消滅の効果に結びつかない。したがって、入会権確認訴訟提起は処分に「類似する」という、伊藤教授式の表現に留めなければならない。もとより、権利防衛を目的とした集団権確認訴訟が実体法的には処分に相当するとの論の理論的な詰めは、本当に済んでいるのであろうか。

原告たる入会権者と対立関係にあるために原告となりえない一部の入会権者（以下、「対立非同調者」と略称）を集団権訴訟において被告とするという便法にとって、処分理論は大きな障害であるように思われる。しかし一方で、この理論は、その本質において、便法たる被告方式を阻止するための強固さを持ち合わせていないようにも思われる。

このようにして見れば、合一確定の要請という手続的側面において不備がない点に鑑み、処分理論という（あまり強固とはいえない）実体法的側面よりも、便法を優先させてもよいのではないか。すなわち、除名されない背信の入会権者や対立非同調者を部外者とともに被告とすることは、対内紛争と対外紛争の二つの性格を併せ持つ複合訴訟において、当事者適格に欠けるところはないと解すべきである。

8 入会権確認訴訟に加わらない理由

それではさらに、〔7〕事例での集団内被告のように、原告入会権者と対立するものではないが単に裁判がいやだという、単純な理由で提訴に同調しない入会権者を被告にするという便法の適法性を検討しよう。かような対立的立場にない入会権者を便宜的に「単純非同調者」と呼ぶこととする。

一般に、訴状送達を受けた被告の対応は、いくつかに分かれよう。たとえば、被告が、①原告の請求を否認する書面を提出する場合、②原告の請求を

認諾（民訴法266条）する場合、③何ら書面を提出せず第一回公判に出廷しない場合などが考えられる。

②の場合には訴訟が終了し、③の場合には自白したものとみなされることになる（民訴法159条1項・2項）。おそらく、単純非同調者は、③の対応をする可能性が強いと思われる（むろん②の場合もありうる）。ここで、入会権確認訴訟において、被告となった入会権者が否認しない場合（②③）、その被告は単純非同調者であって原告と対立する者ではないから被告適格を認めないと解することができるだろうか。

本事例の控訴審判決は、そのように解していることにならないか。対審構造を本質とする争訟において、対立しない者を被告とすることの違和感は理解できないではないが、ある被告が主観的に原告と対立しているかどのようにして判断するのか。仮に被告方式が採りえないとすれば、〔3〕判決傍論が指摘するように、入会集団との争いで、入会権の存在を否認する部外者は、入会権者の中の一人を参加させないように謀れば、つねに入会権確認訴訟における裁判所の実質審理開始を妨げることができることとなる。

たとえば、部外者が入会権者の一人を買収したり、特定の関係にもとづいて威圧したりすれば、事実上、裁判を妨害できるのである。あるいは、部外者がそこまで悪質ではなくても、単純非同調者が生ずれば、同様の事態となってしまう。

ここで注意すべきは、この非同調者が対立非同調者であるのか、単純非同調者であるのか、判断できない場合がありうることなのである。以下、この点を検討するために、本事例と〔7〕事例の特徴を見ておこう。

本事例において、入会地の登記名義（共有持分登記）を有する一種の代表者としての入会権者が、部外者へ持分登記の一部を移転した。本件訴訟は、入会集団の存続を願う一部の入会権者が、当該土地に関する入会権確認を前提に、上記移転登記抹消を訴求したものである。被告は、移転登記した入会権者、この者を支持する入会権者、移転登記を受けた部外者である。ここで、この部外者に与する入会権者ら（処分賛成派）は、いずれも、当該土地につ

き入会権不存在を主張し、原告たる入会権者ら（処分反対派）と対立している。この訴訟における下級審は、この被告たる入会権者の位置付けを誤っている。部外者に与する入会権者は、単純非同調者ではないのである。

再び、平成11年判決の事例を見てみよう。このケースにおいて、控訴審は、当該事件において境界確定が必要な共有地の共有権者のうち提訴に同調しない者を「二次被告」、この共有地に隣接する土地の所有者を「本来の被告」と呼んでいる。本事例における第一審は、係争地が入会地であることを否認する入会権者を、この共有地境界確定事例における二次被告と同視しているのである（この「二次被告」なる用語は、私のいう「単純非同調者」と同義である）。

しかし、本事例において、部外者に恣意的に入会地の持分登記の一部を移転した入会権者は、二次被告ではなく、集団に敵対する本来の被告である。これら背信の入会権者を支持する入会権者も同様といわざるをえない。このことを、控訴審で敗訴した入会地処分反対の入会権者は、上告受理申立理由において主張している（本件受理申立理由③——87頁）。

二次被告というべきは、〔7〕事例における入会権者中、市職員としての立場にある者である。この溜池入会集団は、入会地の登記名義人たる市を被告として入会権確認を訴求した。この入会集団構成員の中に、被告たる市の職員がいる。かような入会権者は、入会集団に敵対する行為をしたのではなく、単に立場上の理由から訴訟に加わらなかった単純非同調者にすぎない。当該入会集団は、この者にも入会権確認判決の効力を及ぼすという（一回的合一的解決のために）、便法としてこれらの人びとを、情において忍びないながらも被告とせざるをえなかった。いわば「あなたは私たちの仲間である」という趣旨の訴訟を提起したのである。

対立関係にない単純非同調者を被告にするという方法は、前述のように、たしかに、非訟事件ではなく対審を本質とする入会権確認請求事件においては違和感を持たざるをえない。その一方で、入会権を守ろうとする構成員が、同じ構成員とはいえ入会権を否認する対立非同調者を被告とすることに、違

和感はない。本事例における処分賛成派たる入会権者は、提訴前において明確に係争地処分を是とし、入会集団存続を危機に陥れた。これこそ、入会集団に対する敵対行為である。かような集団存続に害を与える入会権者が、どうして、集団防衛を目的とした入会権確認訴訟における原告となりうるのか。

本件において、処分反対派たる入会権者は、前述のように、賛成派たる入会権者らが二次被告（単純非同調者）ではなく、本来の被告（対立非同調者）であるとの理由で上告受理申立をした。これを受理して原審を破棄した本件最高裁判決は、この申立にそのまま応答したのではない。その判決理由を、念のためもう一度、ここに掲載しておこう。

「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」

このように本判旨は、被告適格者を非同調者とするに留めており、対立・単純の別を明らかにしていない。すなわち、本判決は、当該上告受理申立より広く被告適格を認容しているといえよう。この判旨からすれば、当然に、〔7〕事例においても、単純非同調者も被告適格を有することになる。前述のように、本判決後の〔7〕判決は、本判旨を判例として原判決を破棄し、事件を第一審に差戻した。このようにして、両事例において、ようやく実質審理に入ることができたのである。

本判決が、非同調入会権者の被告適格を原告と対立する本来の被告に限定しなかったのは妥当である。というのは、ある非同調者が対立非同調者と単純非同調者のどちらにあたるか不明の場合があるためである。本事例では、一部の入会権者による集団への敵対行為が原因で、集団を防衛しようとする入会権者から入会権確認訴訟が提起された。したがって、本事例における集

団内被告が対立非同調者に該当することは明白である。一方で、入会権者の一部の者が部外者と通じて密かに敵対行為に携わることがありうる。

このように、一部の入会権者が対立非同調者に該当するものの、その事実(対立性)が明らかとならない危険性がある。とすれば、被告適格を本来の被告たる対立非同調者に限定する意味は失われる。おそらく本判決の判断は、これを踏まえて、本件第一審被告は単なる非同調者ではなく本来の被告であるとの上告受理申立に応答するという形を避け、あえて被告適格を「入会権確認の訴えを提起することに同調しない入会権者」という、単純非同調者を含むやや広い概念にもとづいて認容したのであろう。卓見といってよい。

*

それにしても、もし被告方式がもっと早く認められていたら、本事例にしる、その後の〔7〕事例にしる、入会権者がこれほど長期間、本案審理開始を待たされることはなかった。この問題から入会権者を解放した本判決にしても、やっと訴訟の入口を開いたにすぎない。延々と手続論が繰り返される、入会権者にとって空疎な裁判へのその苛立ちを、総有持分否定説を信ずる法学者は知る由もない。

