

タイトル	<判例研究>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することの許否
著者	酒井，博行
引用	北海学園大学法学研究，44(3・4)：565-582
発行日	2009-03-31

〈判例研究〉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することの許否

最高裁判所平成一八年(受)第一八一八号、入会権確認請求事件、平成二〇年七月一七日第一小  
 法廷判決(民集六二巻七号一九九四頁、裁判所時報一四六四号一頁、判例時報二〇一九号二二頁、  
 判例タイムズ二二七九号一一五頁)

## 酒 井 博 行

### 【事実の概要】

X<sub>1</sub>、X<sub>26</sub>(原告、控訴人、上告人、計二六名) および Y<sub>2</sub>、Y<sub>42</sub>  
 (被告、被控訴人、被上告人、計四一名)は、鹿児島県西之表

市<sup>ちんまり</sup>瀬泊浦集落の住民である。また、Y<sub>1</sub>株式会社(被告、被控訴人、被上告人)は、同市に本店を置く株式会社である。

同市馬毛島に所在する本件(1)～(4)の各土地(以下、これらを併せて述べる場合には「本件各土地」と記し、個々の土地

料 について述べる場合には番号で記す) について、 $Y_1$ は、本件各土地を買い受けたことを原因として、本件土地(1)については、その登記名義人である $Y_2 \cdot Y_3$ から、また、本件土地(2)～(4)については、その登記名義人である $Y_4 \cdot Y_5$ から、共有持分移

転登記をそれぞれ経由した。

$X_1 \setminus X_{26}$ は、本件各土地は鹽泊浦集落の住民を構成員とする入会集団(以下、「本件入会集団」と記す)の入会地であり、 $X_1 \setminus X_{26}$ および $Y_2 \setminus Y_{42}$ は本件入会集団の構成員であると主張して、本件各土地の登記名義人である $Y_2 \cdot Y_3$ 、 $Y_4 \cdot Y_5$ と $Y_1$ との各売買契約はいずれも無効であると主張して、 $Y_1$ および本件訴えの提起に同調しなかった $Y_2 \setminus Y_{42}$ を被告として、 $X_1 \setminus X_{26}$ および $Y_2 \setminus Y_{42}$ が本件各土地につき共有の性質を有する入会権を有することの確認を求めて訴えを提起した。

第一審判決(鹿児島地判平成一七年四月一二日(民集六二卷七号二〇二頁参照))は、入会権の確認を求める訴えは入会権者全員が共同してのみ提起しうる固有の共同訴訟であるというべきところ、本件訴えは入会権者の一部によって提起されたものであるため、原告適格を欠き不適法である旨、また、民事訴訟法上、固有の共同訴訟で本来原告となるべき、訴え提起に同調しない者を被告に回すことを前提とし

た規定が存在せず、本件のような場合の訴え提起を認めると訴訟手続上種々の問題を伴ううえ、入会権の管理処分は入会集団構成員全員でなければ行使できず、構成員の一部による訴え提起を認めることは実体法と抵触する旨を判示し、本件訴えを却下した。

控訴審判決(福岡高宮崎支判平成一八年六月三〇日(民集六二卷七号二〇〇八頁参照))も、第一審判決を維持し、控訴を棄却した。これに対して、 $X_1 \setminus X_{26}$ が上告受理申立てを行った。

### 【判旨】 原判決破棄、第一審判決取消し、差戻し

「 $X_1$ らは、本件各土地について所有権を取得したと主張する $Y_1$ 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、 $Y_2$ 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 $X_1$ 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、 $Y_1$ だけでなく、 $Y_2$ 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な権利の共同訴訟である。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……四一年一月二五日第二小法廷判決・民集二〇卷九号一九二二頁は、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な権利の共同訴訟といふ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關するものであり、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、構成員全員が訴訟の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ふべきである」。

最高裁はこのように判示し、原判決を破棄し、第一審判決を取り消したうえで、X<sub>1</sub>らおよびY<sub>2</sub>ら以外の本件入会集団の構成員の有無を確認して本案につき審理を尽くさせるため、本件を第一審に差し戻した。

### 【評釈】

#### 一 はじめに

訴訟の目的が共同訴訟人の全員につき合一にのみ確定すべき場合である（合一確定の必要がある）必要共同訴訟（民事訴訟法四〇条）のうち、全員が共同して訴えまたは訴えられなければならない（訴訟共同の必要がある）ものが固有必要的共同訴訟である。固有必要的共同訴訟に該当するかどうかが問題となる主な場合として、訴訟物たる権利関係が共同所有関係にある場合が挙げられる。そして、権利者が共同所有関係自体（入会権、共有権など）に基づいて第三者に對外的に訴えを提起する場合、権利の処分や行使を共同で行わなければならない（民法二五一条）ことから、その訴訟は原告側についての固有必要的共同訴訟となる。

ところが、この考え方を貫徹すると、共同所有者の中に訴え提起に同調しない者がいる場合、あるいは、共同所有者の

一部が所在不明である場合、原告となるべき者（権利者）全員がそろっていないため、原告適格を欠くとして訴えが却下されることになる。そこで、このような結論を回避するため、学説等で様々な方法が議論されていた。

本判決<sup>1</sup>は、第三者に対する入会権確認の訴えにおいて訴え提起に同調しない者がいる場合に、非同調者を被告に回して訴えを提起することを最高裁判例として初めて認めたものであり、民事訴訟法理論および実務にとつて重要な意義を有するものであると考えられる。本稿では以下、共同所有関係を對外的に主張する原告側の固有必要的共同訴訟に関する従来最高裁判例の状況、および、原告側の固有必要的共同訴訟で非同調者・所在不明者がいる場合の処遇に関する学説等を概観し（↓二）、そのうえで、本判決の判旨の検討を行い（↓三）、残された問題について若干の検討を行う（↓四）。

#### 二 従来の最高裁判例・学説

##### (1) 入会権確認の訴えと固有必要的共同訴訟

入会権確認の訴えを原告側の固有必要的共同訴訟とした最初の最高裁判例として、本判決でも引用されている最（二小）判昭和四一年一月二五日（民集二〇巻九号一九二二頁）が

挙げられる。この事案では、A部落に所在する甲・乙両土地につき所有権移転登記を経由したY村に対し、A部落民であるXらが、甲・乙両土地につき入会権を有することの確認を求めた。ところで、A部落民の総数は三三〇名であったところ、上告審判決を受けたのは一二十八名であった。最高裁はXらの原告適格につき職権で調査し、「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ふべきである……」と判示して、原告適格を欠くとしてXらの入会権確認の訴えを却下した。

(2) 共有地の境界確定の訴えと非同調者・所在不明者の処遇  
共有地の境界確定の訴えを共有者が提起する場合、その訴えを原告側の固有必要的共同訴訟とした最初の最高裁判例として、最(一小)判昭和四六年一月九日(民集二五卷九号一四五七頁)が挙げられる。この事案は、Xらの共有に属する甲地と、Yの所有に属する乙地の境界について、XらがYを相手取り、境界確定の訴えを提起したものであるが、その際、甲地の共有者の一人である訴外Aが所在不明であったため、やむなくXらはAを除いて訴え提起に踏み切った。この

事案ではその後第一審係属中に、Xらのうちの一名からAに公示送達による訴訟告知がなされており、これによってXらの原告適格が補充されるかという点も問題となった。最高裁は、「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は、隣接する土地の一方また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または訴えられることを要する固有必要的共同訴訟と解するのが相当である」と判示し、Aを除いて提起されたXらの訴えを原告適格欠缺を理由に却下した控訴審判決を維持した。また、「訴訟告知を受けた者は、告知によつて当然当事者または補助参加人となるものではない」として、Aへの訴訟告知によるXらの原告適格の補充も否定した。

昭和四六年最判は、共有者が提起する共有地の境界確定の訴えを原告側の固有必要的共同訴訟としたが、この判断に実質的に変更を加えたのが、最(三小)判平成十一年一月九日(民集五三卷八号一四二二頁)である。この事案では、X<sub>1</sub>、X<sub>3</sub>およびY<sub>1</sub>の共有地と、Y<sub>2</sub>所有の土地との境界確定を求め、X<sub>1</sub>らがY<sub>2</sub>を被告として境界確定の訴えを提起しようとし

たが、 $Y_1$ が訴え提起に同調しなかったので、 $X_1$ らは $Y_1$ および $Y_2$ を被告として、境界確定の訴えを提起した。最高裁は、「……共有者が（境界確定の）訴えを提起するには、本来、その全員が原告となつて訴えを提起すべきものである……。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」<sup>①</sup>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であつても、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……。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<sup>②</sup>」いと判示し、 $X_1$ らの訴え提起を適法とした控訴審判決を維持した。そして、 $Y_2$ が $X_1$ らのみを相手方として上訴した場合には、民訴法四七条四項を類推して、同法四〇条二項の準用により、 $Y_1$ は被上訴人の地位に立つ旨を判示した。なお、この判決には千種秀夫裁判官の補足

意見が付されているが、その要旨は、非同調者を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こと、あるいは訴訟参加・訴訟告知を検討すべきであり、非同調者を被告とする措置が認められるのは、境界確定の訴えが実質的には非訟事件であることによるものであり、非同調者を被告とする措置が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るというものである。

### (3) 非同調者・所在不明者がいる場合の対応策

共同所有者が共同所有関係自体（入会権、共有権など）に基づいて第三者に対外的に訴えを提起する場合、非同調者・所在不明者がいると、原告適格欠缺を理由として訴え却下という結論となることが、昭和四一年最判・昭和四六年最判で判示されたが、このような結論を回避するために学説等で論じられてきた方法には、おおよそ以下のようなものがある。<sup>③</sup>

①まず、非同調者を被告に回しての訴え提起を認める見解がある。<sup>④</sup>②次に、非同調者・所在不明者に訴訟告知（民訴法五三条）を行い、その者に判決効を拡張することで問題を処理するとの見解がある。<sup>⑤</sup>③また、非同調者に提訴共同の催告をなし、これに不当に応じない場合には他の共同提訴者がその

者の訴訟担当としての地位を取得するとの見解がある。<sup>(6)</sup>④さらに、入会権関係訴訟について、原則として入会権者全員が共同で提訴しなければならないが、全員共同で提訴できない相当の理由がある場合には、一部の入会権者が当然に（法定訴訟担当として）入会権者全員のために訴訟追行が可能であると解すべきであり、その場合の判決効は、他の入会権者にとって有利な場合にのみこれに及ぶとする見解がある。<sup>(7)</sup>⑤また、米国のクラス・アクションの理論を応用して、「十分な代表関係」を肯定しうるだけの利害の一致と緊密な関係の存在があれば、個別の授権がなくても、共同所有者の一部が選定当事者（民訴法三〇条）として共同所有者全員のために訴訟を進行しうるとの見解がある。<sup>(8)</sup>⑥加えて、共同所有者の一部が所在不明である場合には、不在者の財産管理人の選任を求め、この管理人との訴訟共同をするべきとの見解がある。<sup>(9)</sup>

なお、平成八年民訴法改正の過程で、共同所有関係で原告側の固有の共同訴訟となる場合に、非同調者に対して裁判所が参加命令を発令し、これに応じない場合には非同調者に判決効を拡張するとの案が出されたが、<sup>(10)</sup>結局立法には至らなかったという経緯がある。<sup>(11)</sup>

### 三 本判決の検討

共同所有者が共同所有関係自体に基づいて第三者に対外的に訴えを提起する場合に、その訴えが原告側の固有の共同訴訟とされることから、共同所有者のうちに非同調者・所在不明者がいる場合に原告適格欠缺を理由に訴え却下という結論が導かれる点については、昭和四一年最判・昭和四六年最判を契機に、その問題性が学説等で議論されるようになり、<sup>(12)</sup>二(3)で挙げたような対応策が提案されることになったが、非同調者を被告に回す方法（二(3)①）については、境界確定の訴えに関する平成一一年最判ですでに認められている。ただ、平成一一年最判は、民訴法二四六条の処分権主義（申立主義）の適用がないという境界確定の訴えの特質をその根拠としていたため、非同調者を被告に回す方法が境界確定の訴え以外で認められるかという点については、議論もあつた。<sup>(13)</sup>このような議論状況の中で、本判決は、入会権確認の訴えという、処分権主義の適用のある訴えにおいて、最高裁として初めて、非同調者を被告に回す方法を認めたとという点で意義を有すると考えられる。<sup>(14)</sup>

本判決は、入会権確認の訴えで非同調者を被告に回すことを認める理由として、入会集団構成員の中に訴え提起につい

料  
ての非同調者がいる場合でも、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は否定で  
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  
ればならないという点を挙げる。この点は、入会権の存在を  
主張する者の法的救済・訴権保護の必要性から、解釈による  
手続創造を認める<sup>(14)</sup>という点で、高く評価できるものと筆者は  
考える。

また、本判決は、非同調者を被告に回す形での訴え提起を  
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から、構成員の利  
益は害されない旨を判示する。筆者は、結論としてはこの判  
示に賛成するが、この場合の訴えを提起する一部の共同所有  
者の原告適格・原告によって被告に回された非同調者の被告  
適格の具体的な根拠、その前提としての、非同調者を被告に  
回した入会権確認の訴えの手続構造、あるいは判決効につい  
ては、本判決の判示では未だ明らかになっていないように思  
われる。そこで、以下では、非同調者を被告に回す方法に関  
する学説の検討を通じて、これらの点を明らかにすることを  
試みる<sup>(15)</sup>。

共同所有者が共同所有関係自体に基づいて第三者に対外的

に訴えを提起する場合に非同調者を被告に回すことを認める  
見解については、肯定説・否定説の両方が存在する。まず、  
肯定説の中で、非同調者を被告に回した場合の手続構造・判  
決効を最も詳細に論じる高橋宏志教授の見解を整理すると、  
まず、非同調者を被告に回しての訴え提起を認める趣旨は、  
全関係者が訴訟に登場するから訴訟共同の必要は満たされる  
し、非同調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、場合によっては非同調者と本来の被告との利害  
状況が一致することもありうるという点に求められる<sup>(16)</sup>。ただ、  
第三者と非同調者の利害状況が常に一致するわけではない  
ので、非同調者を被告に回す訴訟の構造は、原告（提訴を主  
張する共同所有者）、本来的被告（第三者）、二次的被告（非  
同調者）の三面訴訟とされる<sup>(17)</sup>。この場合、原告と二次的被告  
との間では請求が立てられていると考えるのが伝統的思考と  
は整合するが、強いて請求を立てることなく二次的被告は当  
事者として訴訟に関与するというだけでよく、二次的被告は  
請求なき被告となり、判決の結果を後に争うことが既判力な  
いし争点効によって封ぜられるとされる<sup>(18)</sup>。原告は一種の訴訟  
担当として、原告自身の本来的被告に対する実体権のみなら  
ず、二次的被告の本来的被告に対する実体権も請求している

ものと解され、その反面、二次的被告は本来的被告への共同訴訟参加ないし共同訴訟的補助参加を強制されたような地位につくと解される。<sup>(20)</sup>原告の訴訟担当により、二次的被告からも本来的被告に請求が立てられていると観念されるから、二次的被告と本来的被告は、民訴法四〇条による共同被告となるのではなく、<sup>(21)</sup>三者間の手続の規律は利害状況に応じて弾力的に処理すべきであるという観点から、本来的被告の自白、請求の認諾を否定する必要はないとされ、<sup>(22)</sup>また、二次的被告も独立に自由に訴訟行為ができるとされる。<sup>(23)</sup>

これに対して、非同調者を被告に回す形での訴え提起を否定する見解として、福永有利教授の見解がある。<sup>(24)</sup>福永説の論旨のうち、高橋説との関係で重要な点としては、(イ)共同所有者の一部と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こと、(ロ)非同調者の被告適格の根拠(共同提訴を拒んでいること自体から認めてよいかどうか)、<sup>(25)</sup>(ハ)共同所有者が原告と被告とに分かれることの意味、(ニ)実体関係から言えば本来対立関係にある、被告とされた非同調者と本来的被告との関係、(ホ)原告が敗訴した場合の判決効の主観的範囲の問題(本来的被告と二次的被告との間での判決効の有無、判決効なしと解す

る場合の被告の再応訴の負担、裁判所の再度の審理・判決の負担など)についての疑問が挙げられる。<sup>(26)</sup>

ここまで、共同所有者が共同所有関係自体に基づいて第三者に対外的に訴えを提起する場合に非同調者を被告に回すことを認める見解についての、肯定説・否定説両方の議論を整理したが、これらを踏まえて、本判決に即して、共同所有関係の対外的確認の訴えで非同調者を被告に回す訴訟の構造を論じる見解として、名津井吉裕准教授の見解がある。<sup>(27)</sup>名津井説はまず、入会権の対外的確認の訴えで非同調者が被告の地位につくことを実体法的な利益・権限から説明することが困難であることを認めたいうえで、自ら訴訟に飛び込んだわけでもない非同調者を直ちに参加人と同様に扱って、当事者として判決効を及ぼす目的のためだけに被告適格を認めることには疑問がないではないこと、および、非同調者を被告に回す方法を選択するかどうか、ひとえに原告の意思にかかっているがゆえに、非同調者が共同提訴を拒否した理由が、現存証拠の評価に由来する提訴時期の判断のズレや、訴訟ではなく裁判外の和解を望むことであつたりする場合に、原告と非同調者のいずれを保護すべきかという点で困難な問題を生じることが理由に、非同調者を被告に回す方法を認めるにして

も、それには一定の制約が必要であるとの認識を示し、共同所有者の一部の者だけの提訴に原告適格を認める点や、非同調者の被告適格の捉え方を再検討せざるをえない旨を論じる<sup>30)</sup>。そして、共同所有関係の対外的確認の訴えで非同調者を被告に回す方法で懸念される原告適格・被告適格の脆弱さを、大審院判例以来固有の共同訴訟とされている共同所有関係の対内的確認の訴え<sup>31)</sup>における当事者適格の構造を借用することを通じて補充することを試みる<sup>32)</sup>。具体的には、共同所有者の一部が他の共同所有者を被告に回して訴訟追行すべき利益を持つかどうかを見極めるために、共同所有者間に当該共同所有関係の存否について争いがあるかどうかという指標を導入する必要があるとし、共同所有者間にかかる争いがある限り、一部の共同所有者は、残余の共同所有者の全てを被告とすることによって、その原告適格を基礎づけることができ、また、原告によって被告とされた残余の共同所有者の被告適格も問題なく認められるとされ、この場合の残余の共同所有者（非同調者）の被告適格は、二次的被告としてのものではなく、本来の意味での被告適格であるとされる<sup>33)</sup>。そして、名津井説に従うと、本判決の事案は、体裁上、 $X_1 \sim X_{26}$ の $Y_1$ および $Y_2 \sim Y_{42}$ に対する入会権確認の訴えであるが、理論的

にはこの一本の請求によって、 $X_1 \sim X_{26}$ （および $Y_2 \sim Y_{42}$ ）の $Y_1$ に対する対外的確認請求と、 $X_1 \sim X_{26}$ の $Y_2 \sim Y_{42}$ に対する対内的確認請求が重疊的に定立されていると解される<sup>34)</sup>。また、非同調者を被告に回した共同所有関係確認の訴えにおいて共同所有者の一部の提訴が実情に合わず、訴えを却下する必要があるとされる場合においても、原告と非同調者との間に共同所有関係の存否に関して争いがない場合には、確認の利益なしとして訴えを却下するという形で、明快に判断ができるとされる<sup>35)</sup>。なお、対外的被告（＝本来の被告）と対内的被告（＝非同調者）との関係については、高橋説の結論に従う旨が述べられている<sup>36)</sup>。

ここまで、原告側の固有の共同訴訟における非同調者を被告に回す方法での訴え提起に関する学説を概観したが、まず、高橋説は、非同調者を被告に回す訴訟の構造を詳細に論じている点で、本判決の分析に際しても示唆するところが大きいと考えられる。また、名津井説は、高橋説、および、非同調者を被告に回すことについて否定的な福永説の両方の議論を踏まえ、かつ、実体的な観点も加味して、共同所有者が共同所有関係自体に基づいて第三者に対外的に訴えを提起する場合の、非同調者を被告に回す方法での訴訟における

一部の共同所有者の原告適格・非同調者の被告適格の根拠を詳細に分析したものと評価できる。

ただ、名津井説は、共同所有者間に当該共同所有関係の存否について争いがあるかどうかという点を指標に、非同調者を被告に回す方法での訴訟における一部の共同所有者の原告適格・非同調者の被告適格を根拠付けるため、非同調者が裁判外の和解を望む場合、裁判所に名を出すのを嫌忌する場合、傍観者である場合などをどう考えるのかという疑問が残る。

この点につき、高橋説は、証拠評価に基づく提訴時期の判断のズレを理由とする提訴拒絶の場合に訴え却下の余地を認め、また、共同所有者のうちのごく少数の者による提訴であり裁判所が判断に迷うときは、訴え却下としてよいと考えているようであり、名津井説も、提訴拒絶の理由が提訴時期の判断のズレ、裁判外の和解を望むことである場合に原告の訴えを却下すべしとの判断が前提となっているようである<sup>38</sup>。しかし、共同所有関係に関して対外的に争いが存在する場合に、共同所有者の一部が当該共同所有関係を争っているわけではないが、裁判外の和解を望む場合、裁判所に名を出すのを嫌忌する場合、傍観者である場合、証拠評価の違いに基づく提訴時期についての判断が一致しない場合には、確かに、当該

共同所有関係に関する対内的な争いがあるとはいえないが、そのことと、提訴を主張する共同所有者の訴えを却下すると結論を導くことは、論理的には直接結びつかないのではないか。端的にいうと、名津井説に従えば、共同所有関係について対外的な争いがある場合でも、共同所有者間に当該共同所有関係の存否について争いがあるといえない場合には、確認の利益なしとして訴え却下という結論になるため、共同所有関係の存否について対内的な争いがなくとも原告の訴権を保護すべきと判断される場合が考慮から漏れるのではないかと考えられる。そして、訴権保護の観点を重視すれば、共同所有関係に関する対外的な争いがある場合には、共同所有関係に関する対内的な争いがない場合でも、提訴を主張する一部の間共同所有者の訴え提起については、できるだけ尊重するべきではないか。ところで、一般に入会権確認の訴えの被告適格は、原告の入会権の存在を争い、原告の法的位置を不安・危険に陥れている者に認められるべきということになる<sup>39</sup>。入会権確認の訴えの被告適格に関するこの説明は、実体法上の権利・利益の観点からは素直に肯定される。しかし、共同所有者の一部が当該共同所有関係を争っているわけではないが、裁判外の和解を望む場合、裁判所に名を出すのを嫌忌す

る場合、傍観者である場合、証拠評価の違いに基づく提訴時期についての判断が一致しない場合にも、非同調者が提訴を主張する一部の共同所有者の訴権という訴訟法上の権能・地位を不安・危険に陥れているといえ、この点から、非同調者の被告適格を根拠付けるといふ立論も考えられるのではないか。このような認識から、筆者の試論としては、原則として、当該共同所有関係に関する対外的紛争の存在、および、共同所有者間での「提訴の是非」をめぐる対内的紛争の存在があれば、共同所有者が共同所有関係自体に基づいて第三者に対外的に訴えを提起する場合の、非同調者を被告に回す方法での訴訟における一部の共同所有者の原告適格・非同調者の被告適格、および、訴えの利益が根拠付けられるとすべきではないかと考えている。

なお、この場合の手續構造・判決効については、筆者は現在のところ、大枠では名津井説、および、名津井説が従うとする高橋説を基本としつつ、修正を加える形で組み立てていくことを考えている。この点を主に本判決の事案に即して敷衍すると、まず、 $X_1 \setminus X_{26}$ の請求では、 $X_1 \setminus X_{26}$ および $Y_2 \setminus Y_{42}$ の $Y_1$ に対する入会権の対外的確認請求と、 $X_1 \setminus X_{26}$ の $Y_2 \setminus Y_{42}$ に対する入会権の対内的確認請求が、一本の請求の中で重畳的に

定立されていると解する<sup>(40)</sup>。そして、 $X_1 \setminus X_{26}$ は、 $Y_1$ に対する入会権の対外的確認請求について $Y_2 \setminus Y_{42}$ の訴訟担当としての立場にたつと解する。他方、 $X_1 \setminus X_{26}$ の訴訟担当により、 $Y_2 \setminus Y_{42}$ からも $Y_1$ に対する入会権の対外的確認請求が潜在的に立てられていると解する。ここで、入会権の対外的確認請求における $X_1 \setminus X_{26}$ による訴訟担当の根拠が問題となりうるが、採りうる考え方としては、二(3)③の見解(池田辰夫教授の見解)、二(3)④の見解(松浦警教授の見解)、二(3)⑤の見解(小島武司教授の見解)が考えられる(ただし、これらの見解は、入会権者の一部が第三者に対してのみ入会権確認請求をなす場合を念頭においているため、本判決のような、提訴を主張する入会権者( $X_1 \setminus X_{26}$ )が非同調者( $Y_2 \setminus Y_{42}$ )と第三者( $Y_1$ )とを被告として入会権確認請求をなす場合の $X_1 \setminus X_{26}$ の訴訟担当の根拠付けに応用する際には、注意が必要である)。このうち、池田説は、訴え提起前に $X_1 \setminus X_{26}$ から $Y_2 \setminus Y_{42}$ への共同提訴の催告を要求するため、 $Y_2 \setminus Y_{42}$ の手續保障への配慮という点では評価できるが、他方、 $X_1 \setminus X_{26}$ の訴権の迅速な保護という観点からは迂遠さを否めないのではないかと筆者は考える。そうすると、入会権者全員で提訴できない相当な理由がある場合に $X_1 \setminus X_{26}$ を法定訴訟担当と解する松浦説と、「十分な代表関

係」を肯定しうるだけの利害の一致と緊密な関係の存在があれば $X_1 \setminus X_{26}$ を個別の授権がなくても選定当事者（任意的訴訟担当）と解する小島説のいずれを採用かが問題となる。松浦説が法定訴訟担当構成を採用する理由としては、形式的理由としては、民法二五一条・二五二条等を合理的に解釈すれば、共有権に関する訴訟は共有権者の一部が提起できると解せられることを挙げうる点が挙げられ、実質的理由としては、共有権者の一部が共有権に関する訴訟を進行する場合は、債権者が債務者の権利について代位して訴訟進行する場合に近似している点が挙げられ、また、当事者とならなかつた共有権者への既判力の拡張を共有権者側勝訴の場合に限定することの根拠付けが比較的容易になると思われる点、具体的な事情次第ではごく一部の共有権者による訴訟進行を認めることが容易なようである点が挙げられている。<sup>(42)</sup>一方、小島説を本判決のような事案にあてはめて考えてみると、 $X_1 \setminus X_{26}$ と本件入会集団全員について、「十分な代表関係」を肯定しうるだけの利害の一致と緊密な関係があれば、 $X_1 \setminus X_{26}$ に選定当事者としての原告適格が認められることになるが、本判決のような事案では、 $X_1 \setminus X_{26}$ と $Y_2 \setminus Y_{42}$ との間に、入会権の存否に関する対内的紛争、もしくは、「提訴の是非」をめぐる対内的紛争が存在

するため、 $X_1 \setminus X_{26}$ と本件入会集団全員との間に前記のような利害の一致と緊密な関係を認めることは難しいと考えられる。そのため、本判決のような事案における $X_1 \setminus X_{26}$ の訴訟担当を小島説によつて根拠付けることには、無理があるのではないかと筆者は考える。そして、筆者は、本判決のような事案で $X_1 \setminus X_{26}$ が個別の授権なくして訴訟担当としての原告適格を取得することを無理なく説明できると思われる点、および、具体的な事情次第ではごく一部の（提訴を主張する）入会権者による訴訟進行を認めうる点から、入会権者全員で提訴できない相当な理由がある場合に $X_1 \setminus X_{26}$ を法定訴訟担当と解する松浦説の立場を採りたいと考える。ただし、本判決のような事案では、 $Y_2 \setminus Y_{42}$ が被告とされ、当事者として訴訟に関与することになるため、判決効の片面的拡張の問題は生じないと考えられる。

この訴訟では、 $X_1 \setminus X_{26} \cdot Y_2 \setminus Y_{42} \downarrow Y_1$ 請求、 $X_1 \setminus X_{26} \setminus Y_2 \setminus Y_{42}$ 請求、 $Y_2 \setminus Y_{42} \downarrow Y_1$ 請求（潜在的請求）により、（擬似的）三面訴訟が成立しているとして、審理の規律には、基本的には民法四七条四項の類推適用による同法四〇条一項・三項の準用がなされると解する。<sup>(43)</sup>しかし、この点を必ずしも厳格に解する必要はなく、当事者の一方の、あるいは二者間での訴訟

料 行為が具体的に他者に不利益を及ぼすか否かという点から、

微調整がなされてもよいのではないかと考える<sup>41)</sup>。

資

判決効については、まず、 $X_1 \setminus X_2$ の請求が棄却された場合、 $Y_2 \setminus Y_1$ による入会権の対外的確認請求の再訴が認められるかどうかの問題となるが、この場合、入会権の対外的確認請求の棄却判決の既判力は、民法法一一五条一項二号により $Y_2 \setminus Y_1$ にも及ぶため、 $Y_2 \setminus Y_1$ の再訴は遮断され、 $Y_1$ は再度の応訴負担から解放されると解する。また、 $X_1 \setminus X_2$ の請求が認容された場合、 $Y_1$ と $Y_2 \setminus Y_1$ との間で事後的に紛争が生じることが考えられる(たとえば、本件各土地に関する売買契約が無効であったことを理由に、 $Y_1$ が本件各土地の登記名義人であった $Y_2 \cdot Y_3$ 、 $Y_4 \cdot Y_5$ に対して、売買代金の返還、ないし、不当利得の返還を求めることなど)。この紛争についての後訴が提起された場合、前訴での入会権の対外的確認請求の認容判決の既判力が、民法法一一五条一項二号により $Y_1$ と $Y_2 \setminus Y_1$ との間にも及び、既判力の双面性から、本件入会権が本件各土地につき入会権を有するとの判断が $Y_2 \cdot Y_3$ 、 $Y_4 \cdot Y_5$ に不利に斟酌されると解する。また、争点効を認める立場を採れば、本件各土地についての売買契約が無効であるという判決理由中の判断に後訴での拘束力を認めると解する。

#### 四 残された問題

ここまでは主に、共同所有者の訴え提起の際に非同調者がいる場合の対応策を論じてきたが、本判決とは事案を異にするとはいえ重要な問題として、共同所有者が共同所有関係自体に基づいて対外的に訴え提起をする際に、共同所有者の一部が所在不明である場合の対応策をどう考えるかという問題がある。昭和四六年最判は、所在不明者への訴訟告知による原告適格の補充を否定したが、非同調者を被告に回す方法については、平成一年最判が非訟的性格の強い境界確定の訴えについて認め、本判決は処分権主義の適用がある入会権確認の訴えについても認めるに至っている。そのため、所在不明者についても被告に回す手法が認められるかどうかは次の問題になると思われる。この点については、民法二五条以下で規定されている不在者の財産管理人の選任を求め、訴訟共同を定めることができること、管理人を選任したほうが所在不明者の保護に厚いこと、財産管理人との共同歩調がとれないときには財産管理人を被告として訴えればよいことなどを理由に、消極に解する見解がある<sup>45)</sup>。しかし、筆者は、訴え提起を望む共同所有者の訴権の迅速な保護を重視すべきという点に鑑みて、この場合には、所在不明者を被告に回したう

で、公示送達の手続によって訴訟を進めていく方法を採用してもよいのではないかと考える。ただし、所在不明者の利益保護を図るといふ点から考えると、所在不明者が後に現れて、自らが関与せずに形成された判決の結果によって利益を害されたと主張する場合に、再審をある程度柔軟に認めること(民法訴訟法三三八条一項三号の解釈による)は必要ではないかと考える。この限りで、所在不明者が後に現れる可能性の如何によつては、所在不明者以外の者にとつての判決の合一確定は暫定的な性格を帯びざるをえないが、訴え提起を望む共同所有者の訴権と所在不明者の利益の両方について保護の必要性があることに鑑みると、この点についてはやむをえないのではないかと考える。

(付記)

本稿は、北海道大学大学院法学研究科民事法研究会(二〇〇九年一月九日開催)における報告を基礎とし、加筆・修正を加えたものである。研究会の席上で有益なご意見・ご批判を賜りましたことにつき、高見進教授をはじめ参加者の皆様に心より御礼申し上げます。なお、当然のことながら、本稿の記述等の誤りはすべて筆者の責に帰するものであります。

- (1) 本判決の評釈として、川嶋四郎「判批」法学セミナー六六号(二〇〇八年)一二四頁、名津井吉裕「判批」LEX/DB速報判例解説民事訴訟法(LEX/DB文献番号二八一四一七〇七、二〇〇八年一月七日掲載)、松尾弘「判批」LEX/DB速報判例解説民法(財産法)(LEX/DB文献番号二八一四一七〇七、二〇〇八年一月二六日掲載)。なお、本判決の第一審判決の評釈として、野村泰弘「判批」島根県立大学総合政策論叢一〇号(二〇〇五年)九一頁。
- (2) 瀬戸正二「判解(昭和四一年最判)法曹時報一九卷三号(一九六七年)一三六頁。
- (3) 学説のまとめとして、たとえば、新堂幸司「鈴木正裕」竹下守夫編集代表『注釈民事訴訟法(2)』(有斐閣、一九九二年)八一頁(徳田和幸)、三宅省三「塩崎勳」小林秀之編集代表『注釈民事訴訟法【I】』(青林書院、二〇〇二年)三八一頁(徳田和幸)、佐久間邦夫「判解(平成二一年最判)法曹時報五四卷一号(二〇〇二年)二〇二―二〇四頁、川嶋四郎「判批(平成二一年最判)民事訴訟法判例百選(第三版)(二〇〇三年)二〇八―二〇九頁、鶴田滋「共有者の共同訴訟の必要性に関する判例および支配的見解の形成過程(三・完)福岡大学法学論叢五一卷一―二号(二〇〇六年)五七頁、五八頁注(25)。
- (4) 井上治典「判批(昭和四六年最判)同」多数当事者の訴訟(信山社、一九九一年)二二四頁(初出一九七二年)、高橋宏志「必要的共同訴訟論の試み(三・完)法学協会雑誌九二卷

- 一〇号(一九七五年)七三頁注(二五六)、同「必要的共同訴訟について」民事訴訟雜誌二三号(一九七七年)四六〇四八頁、同「重点講義民事訴訟法(下)〔補訂版〕」(有斐閣、二〇〇六年)二二二〇二二三頁、二三〇〇二二三頁注(39)、小島武司「共同所有をめぐる紛争とその集团的処理」同「訴訟制度改革の理論——マクロ・ジャスティスを目ざして——」(弘文堂、一九七七年)二二四頁(初出一九七二年)、兼子一〇松浦馨〓新堂幸司〓竹下守夫「条解民事訴訟法」(弘文堂、一九八六年)一六八頁「新堂幸司」、新堂幸司「新民事訴訟法(第四版)」(弘文堂、二〇〇八年)七三七頁。
- (5) 小島・前掲注(4)一二四頁、井上・前掲注(4)二二五頁。
- (6) 中野貞一郎編『現代民事訴訟法入門(新版)』(法律文化社、一九九八年)一〇七頁「池田辰夫」。
- (7) 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確定の必要性」山本戸克巳教授還暦記念「実体法と手続法の交錯(上)」(有斐閣、一九七四年)三〇〇〇三〇二頁。
- (8) 小島・前掲注(4)一二八頁。
- (9) 柴田保幸「判解(昭和四十六年最判)」法曹時報二四卷七号(一九七二年)一三二頁。
- (10) 民事訴訟手続に関する改正要綱試案 当事者関係後注3参照。
- (11) この点の経緯については、たとえば、奈良次郎「共同所有関係と必要的共同訴訟」青山善充〓伊藤眞編『民事訴訟法の争点(第三版)』(有斐閣、一九九八年)九七頁、竹下守夫〓青山善充〓伊藤眞編集代表『研究会新民事訴訟法——立法・解釈・運用——』(ジュリスト増刊) (有斐閣、一九九九年)四六〇四九頁など。
- (12) 千種秀夫裁判官の補足意見参照。徳田和幸「判批(平成一年最判)」同『複雑訴訟の基礎理論』(信山社、二〇〇八年)四一八頁(初出二〇〇〇年)は、境界確定の訴えの特質を強調すると、共有者の一人による単独・個別訴訟も、残りの全員を被告とする限り差し支えないということになり疑問であるとして、平成一年最判が非同調者を被告に回すことを認めたのは、非同調者が別の境界確定の訴えの被告とされていたというこの事件の特殊事情によるものである旨を論じている。また、田邊誠「判批(平成二年最判)」私法判例リマックス二二号(二〇〇一年)一一七頁も、平成一年最判はあくまでも境界確定の訴えを念頭に置いたものであり、非同調者を被告に回す方法を固有の必要的共同訴訟一般に適用することには消極的であると解すべき旨を論じている。
- (13) 同旨、川嶋・前掲注(1)一二四頁、名津井・前掲注(1)三頁。
- (14) 川嶋・前掲注(1)一二四頁。
- (15) 以下の論述に際しては、名津井・前掲注(1)三頁以下より多くの示唆を得た。
- (16) 高橋・前掲注(4)民事訴訟雜誌二三号四六頁。
- (17) 高橋・前掲注(4)民事訴訟雜誌二三号四六頁。



請求と対内的確認請求の二本の請求が立てられていると解することになる。なお、固有の必要的共同訴訟における請求の個数の問題については、鶴田滋「固有の必要的共同訴訟の構造——共有の対外的主張を念頭に——」井上治典先生追悼論文集『民事紛争と手続理論の現在』（法律文化社、二〇〇八年）三二六頁。

(41) なお、この点については、小島説も同様の立場を採る。小島武司「共有者の訴訟」小山昇||中野貞一郎||松浦馨||竹下守夫編『演習民事訴訟法（下）』（青林書院新社、一九七三年）六九頁。

(42) 松浦・前掲注（7）三〇八頁注（20）。

(43) 高橋説は、 $X_1 \setminus X_{26}$ の訴訟担当により、 $Y_2 \setminus Y_{42}$ から $Y_1$ に対する請求が立てられていると観念されるとしながら、他方、 $Y_2 \setminus Y_{42}$ は $Y_1$ への共同訴訟参加ないし共同訴訟的補助参加を強制されたような地位につく旨を論じる（高橋・前掲注（4）『重点講義民事訴訟法（下）』（補訂版）一三二頁注（39））。しかし、実体権に関して $Y_2 \setminus Y_{42}$ は $Y_1$ と対立する立場にあると考えられるため、 $Y_2 \setminus Y_{42}$ が $Y_1$ への共同訴訟参加ないし共同訴訟的補助参加を強制されると、実体法上の関係との齟齬をきたすのではないか。

(44) 井上治典「独立当事者参加論の位相」同『多数当事者訴訟の法理』（弘文堂、一九八一年）二八四〜二八六頁（初出一九七七年）、高橋・前掲注（4）『重点講義民事訴訟法（下）』（補訂版）三八六〜三八八頁。本判決の事案に即していえば、た

とえば、 $Y_2 \setminus Y_{42}$ が傍観者にすぎない場合に、 $Y_1$ が $X_1 \setminus X_{26}$ の請求を認諾することが考えられる。

(45) 齋藤繁道「判批（平成一一年最判）」民事研修五一八号（二〇〇〇年）四四〜四五頁。なお、柴田・前掲注（9）一三二頁も参照。