

〔研究ノート〕

## 入会権確認請求と入会の裁判所理解をめぐる考察

雨宮洋美

キーワード：入会権 総有 自然資源管理

目次

はじめに

- I. 入会権確認請求と固有必要的共同訴訟制度の沿革
- II. 裁判所による固有必要的共同訴訟の理解
- III. II. 判例の意義と判例にみる入会に対する理解の位置付け
- IV. II. 判例にみる裁判所による入会の理解
- V. 今後の入会権確認請求訴訟のゆくえ— II. 判例上告審より—  
おわりに

はじめに

昨今、入会地を対象とする開発に対し、入会権の存在を主張し阻止を提起される訴訟が多く見られるようになってきている<sup>1</sup>。係争地が入会地である場合に、入会権の主張により訴訟を提起する側は、同地が入会地であること、そして入会地の処分においては入会権者全員の同意が必要であるということを理由とし入会地処分の無効を主張するということが多い。入会権に基づく妨害排除請求の提起も一般的に見られることである。

---

1 例えば近年では、原子力発電所の建設に反対する入会集団の上告審である最判(一小)平成20年4月14日(平成18年(受)336号)所有権移転登記抹消登記手続等, 入会権確認請求事件), 大分地判平成19年3月26日(平成15年(行ウ)第6号)公有水面埋立免許処分取消請求事件など多数の判例が見られる。

一般的に財産権としての入会権は法学—特に解釈法学—の世界で、注目されているトピックとはいえない。しかし、限りある自然資源の効率的管理、そして環境保護に対する寄与という観点からの入会権およびコモンズ<sup>2</sup> 理解は、法学以外で分野をまたぎ極めて現代的な課題である社会的共通資本として、また土地管理・自然管理機能において注目されている。

なお、自然資源の効率的管理を経済学の視点から見た場合、コモンズは否定的に論じられてきた。アルチャン・デムセッツは、コモンズのような共同体的な権利はフリーライダーの問題をはらむため取引費用が高くなることから<sup>3</sup>、経済的効率化のためには私的所有への転換をすべきであると論じ共同体的な権利が残る可能性を否定した<sup>4</sup>。

入会は全員一致でなければ処分が出来ない原則であるため、環境保護に寄与する可能性は高い。しかしまた、環境・自然資源の破壊を阻止することが目的となる入会権訴訟提起においても入会の全員一致の原則が働くのである。

入会権の主張によりその地域の開発が再考されることがあるとすれば、コモンズの多くが自然資源の持続的利用・管理という点で重要な役割を果たしてきた<sup>5</sup> とする見方があるとおりに、環境問題の深刻化がさげばれて久しい今日における環境保護の役割を果たしている。

---

2 コモンズという言葉は多義的に用いられている。井上真は資源にアクセスできる権利が一定の集団に限定されないコモンズを「グローバル・コモンズ」とし、権利が一定の集団に限定されるものを「ローカル・コモンズ」と分類している。さらにローカル・コモンズは、集団内である規律が定められ利用にあたり種々の権利・義務関係が伴っているものを「タイトなコモンズ」、利用規制が存在せず集団のメンバーならば自由に利用できるものを「ルーズなコモンズ」と分け定義される（井上真「コモンズとしての熱帯林—カリマントンでの実証調査をもとにして—」環境社会学研究3. (1997) 16-17頁）。法社会学では、入会はタイトなローカル・コモンズとして性格付けられている（榎澤能生「共同体・自然・所有と法社会学」『法社会学の新地平』185頁（2004年、有斐閣）。

3 Armen Alchian and Harold Demsetz, *The Property Right Paradigm*, *The Journal of Economic History* Volume XXXIII, 1 Number, 1973, at 21.

4 *Id.*, at 24.

5 宇沢弘文「社会的共通資本の概念 社会的共通資本—コモンズと都市—」[宇沢弘文・茂木愛一郎編] 17頁（東京大学出版会、2004年）。

本稿の中で例示する判例のように、入会権者の一部からでも反対があれば訴訟手続上当事者適格を欠くことになり、それを原因として不適法な訴として却下されてしまうケースが多くみられる。

本稿では、そのような入会権訴訟における固有必要的共同訴訟の必要性についてその立法趣旨から、そして入会を総有とする論拠の双方から、いくつかの判例を題材として検討したい。主として鹿児島地判平成17年4月12日訴訟(最判平成20年7月17日)を中心として入会権確認請求事件の判例の動向を分析し、入会権確認請求事件の把握のされ方と今後の同種の事件に対する課題を導き出すことを目的とする。

## I. 入会権確認請求と固有必要的共同訴訟制度の沿革

I. においては、固有必要的共同訴訟制度の沿革を把握する。1. において固有必要的共同訴訟と入会の関係を概観し、2. において入会権者の一部のものによる入会権確認請求において入会権者全員が参加すべき固有必要的共同訴訟であると判事した従来の最高裁判決と総有論の関係を把握する。3. において民事訴訟法改正の過程において検討された入会権確認の訴訟において一部の者でも当事者適格を認める案について確認し、なぜ改正項目として取り入れられなかったのかについて触れまとめる。

### 1. 固有必要的共同訴訟と入会権

固有必要的共同訴訟は、共同訴訟人たるべき者全員が当事者となってはじめて訴訟追行権が認められる<sup>6</sup>。当事者適格の基礎となる管理処分権や法律上の利益が多数人に共同で帰属し、その帰属の態様から判決内容の合一性が要請される場合、共同承認がなす訴訟行為の間の相互に矛盾を生じることは許されず、その結果として判決の内容の合一性が確保される、というものである<sup>7</sup>。従って、共同訴訟人の一部を欠く場合には固有必要的共同訴訟となりえず、そのような

---

6 伊藤眞『民事訴訟法』587頁（有斐閣、第3版再訂版、2006）。

7 伊藤・前掲注587頁。

訴えは不適法とされることになる。

入会権における訴訟は、総有・合有の場合の固有必要的訴訟に分類される。従来入会権については、総有、つまり共同所有者としての持分が存在せず、各共同所有者は、物の利用権を有するのみである、とされてきた<sup>8</sup>。しかし、2007年に出版された新版注釈民法（7）において中尾教授は「入会に持分のない」とすることは民法263条が規定された経緯から「誤りである」と述べ<sup>9</sup>、入会が総有であるとする意味を「集団として有する財産はその構成員の共同所有であり、各持分は自由に譲渡処分できず、かつ分割請求も認められない関係をいう」とする<sup>10</sup>。

旧来からの入会の総有論では、入会権は集団的な権利であり各入会権者には持分権がなく入会権についての管理処分権は入会権者全員に共同で帰属するので、その権利主張も集団ですべきであるということから、入会権に関わる訴訟は固有必要的共同訴訟でなければならない、とする意見が支配的であった。そこで、入会権者が原告となる際に入会権者全員が原告として揃っていない場合に原告の訴訟当事者適格が問題になったのである。

## 2. 従来の最高裁判決と総有論

①最（二小）判昭和41年11月25日民集20巻9号1921頁（昭和34年（オ）650号—所有権移転登記手続き請求事件）と入会権訴訟

入会権者の一部の者による入会権確認請求において入会権者全員が参加すべき固有必要的共同訴訟であると判示した最初の最高裁判決<sup>11</sup>は、最（二小）判昭和41年11月25日民集20巻9号1921頁（昭和34年（オ）650号—所有権移転登記手続き請求事件）である。本件は、係争原野について村（被告）が大

---

8 川井健『注釈民法第7巻 物権(2)占有権・所有権・用益物権』[川島武宜編]302および517頁（有斐閣、1968年）。

9 中尾英俊「新版注釈民法第7巻 物権(2)占有権・所有権・用益物権」[川島武宜編]506頁（有斐閣、2007年）。

10 中尾・前掲注511頁。

11 中尾英俊「戦後入会判決集 第一巻」395頁（信山社、2004年）。

字名義の保存登記をした上で所有権移転登記を経由し村名義の登記としたのに対し、住民がその所有権を争った事例である。これについて一審・二審では住民の原告適格は争点となっていなかったが、最高裁においては明治39年2月5日大審院民録11輯165頁を引用し「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うべきである」として、原告適格を否定したのである。

これに対し中尾英俊教授は、昭和41年11月25日判決がその判示の根拠としている前記明治39年2月5日判決について、同判決は入会権確認訴訟は訴訟当事者となっている者に権利関係を合一に確定すべきであると判示しているに過ぎず入会権者全員でなければ入会権の訴訟自体を提起できないなどとは言っていない、としてその引用根拠を批判している<sup>12</sup>。

以上、判例から入会権の確認請求は固有必要的共同訴訟であるという意見が支配的であることがわかる。なお、同じ入会権に関わる訴訟であっても入会団体の構成員がその使用収益権の確認、使用収益権にもとづく妨害排除請求をする場合にはそれらの権利の当事者適格は入会団体構成員の個々人に認められるものである所以他の構成員を共同原告としなくても提訴できるという考えが支配的である。

つまり、同じ入会権に関する訴訟であっても入会権そのものの存在確認に限り固有必要的共同訴訟となり、入会団体構成員の一人でも提訴に加わらない者がいると提訴は不可能になるということが判例上支配的な結論であった。

②最判（二小）昭和41年11月25日民集20巻9号1921頁からみる入会権と総有論

本判決理由は、本係争地が入会権者の部落民に「総有的に帰属する」ことをもって、入会権の確認請求を行う場合には権利者全員が共同で提起する固有必

---

12 中尾・前掲注395頁。

要的共同訴訟でなければならない、という論旨展開で結論付けられている。この判決の理由付けは総有には持分がないとする従来の通説<sup>13</sup>に従ったものであると考えられるが、上谷均教授は、この判決理由について「総有的に帰属する」ということの内容が明かでない<sup>14</sup>ことを批判している。上谷教授は「総有関係を形成する団体の法的性質については論じられていない。・・・団体的権利としての総有の特質を持分の有無という点に帰着させることが妥当であるかということが問題なのであり、この点を論ずることなく借定された総有概念からの演繹は十分な説得力を有さない」と述べ、総有的権利ということだけを理由とし固有必要的共同訴訟に結びつけた判決は不十分であることを指摘している。

戦後の下級審判決では、入会権確認訴訟につき固有必要的共同訴訟とするか否かについての結論はわかれていたが、前記昭和41年11月25日判決以降から、固有必要的共同訴訟と判示すること、入会権を総有とする構成が用いられるようになる<sup>15</sup>。

入会権は総有であるという図式、総有であり持分権がないので固有必要的共同訴訟をとるべきであるという判決の流れはII.において題材として扱う鹿児島地判平成17年4月12日判決にそのまま受け継がれている。しかし、判例において入会権が総有であるということの意味は明確に語られてはいない。

なお、判例が依拠していると思われる通説たる総有論<sup>16</sup>では、川島武宜博士の総有の定義における持分について「共同所有者の持分が否定されるか、ある

---

13 川井・前掲(注8)302頁(有斐閣, 1968)。

14 上谷均「共同体的所有の法的構成に関する一考察(一)」民商法雑誌第90巻1号(1984年)194頁。

15 上谷・前掲注194-195頁。

16 大正から昭和初期にかけて、中田薫博士・石田文次郎博士により総有持分否定説が主張されるようになり、その後我妻榮博士は個々人が有するのは使用収益以上のものではないとの前提で、入会権に持分がないとの論を徹底された(江瀨武彦「東北山村における村有地入会権訴訟と当事者適格」島大法学第51巻第3・4号(2008年)44-49頁)。江瀨教授は、調査にもとづく入会権の実態把握につとめられた川島武宜博士と対比し、我妻博士が通説総有概念の創設者の一人である石田博士の学説を無批判に引用している事実を指摘されている(江瀨・前掲注50頁)。

いは不明確なものとして潜在的なものにとどまるとみられ」る、とされるように団体としての権利については触れられていない。なお、川島博士はこうした古典的形態と呼べる入会概念について「明治初年の入会の支配的な現象については正しかった。」が、明治以降は「入会権の古典的形態たる『総有』は解体し、より個別的な権利形態へと移行してきた。」として、現在の入会権は古典的な形態の入会権ではないことを述べている<sup>17</sup>。また後には「入会権者の権利は持分として構成すべき」<sup>18</sup>と端的に述べているとおり、川島博士の定義する入会権の態様、持分に対する考え方も少しずつ変容してきているのである。それにも関わらず裁判所が引用する入会の総有論は古典的な入会権のままである、というところに問題があろう。

また、川島博士は入会権訴訟において「入会権自体を処分する結果を生ずる訴訟（傍点原著者）」や「(被告名義の)登記の抹消登記手続を求める(訴訟)」が入会権者全員が原告となることが必要とされる「管理処分権能(傍点原著者)」とそうではない「収益権能(傍点原著者)」とに区別されることを「入会権の性質上成り立ち得ない」とする<sup>19</sup>。そして「権能が共同に属しているということ、権利者全員が権能を共同に行使しなければならないということは、管理処分権能であると収益権能であるによって違いがない(傍点原著者)」<sup>20</sup>とも述べられている。

従って、判例が示すように、通説的な総有論に基づき入会持分否定説を根拠とすることにより入会権の確認訴訟を固有必要的共同訴訟とする結論を導き出せない。

### ③現地調査に基づく入会の実態

入会権の状況について述べるに当たっては、本来は現地調査に基づくことが

---

17 川島武宜・潮見俊隆・渡辺洋三編著『入会権の解体I』4頁(岩波書店, 1959)。

18 川島武宜『著作集八巻 入会慣習法の実態』74頁(岩波書店, 1983)。

19 川島武宜・中尾英俊「戦後の判例」川島武宜編『入会権の解体III』538頁(岩波書店, 1968)。

20 川島・中尾・前掲注539頁。

必要である。そこで、江溯武彦教授が中尾英俊教授とともにされた東北山村における総有地入会権において当事者適格の問題を扱った訴訟（最高裁平成15年10月28日決定（平成12年（オ）1292号，同年（受）1122号）<sup>21</sup>）に関する現地調査の結果から、入会権の実態を理解したい。

本件山林は山形県東田川郡朝日村大字大針等六大字の入会地であったが、昭和初期に部落有林野統一が行なわれ朝日村有地として所有権登記がなされた。昭和55年に当該係争地にダムが建設されることになり国は係争地の所有権を朝日村から取得しダム建設工事に着手した。これに対し、入会部落であった大字大針等六部落の住民代表X1ら9名（選定者290名）が国および朝日村を相手として、住民の立木等を採取する入会収益権を有することの確認およびダム建設工事のための同収益権行使の妨害排除を求めた事件である<sup>22</sup>。第一審判決は、入会収益権の確認請求は固有必要的共同訴訟ではないという前提に立ちながらも、昭和51年頃までに部落住民が入会権放棄をしたものと認めると判示し訴を棄却した。その後住民らは朝日村のみを相手として控訴し、係争地に住民らが入会収益権を有することの確認とダム建設工事のため収益権の行使妨害中止を請求したほか、朝日村が係争地の一部を国に売却したことにより取得したダム補償金等の支払い額の550分の315（本件控訴人が全入会権者550名中の315名であるため）に相当する額を請求した。第二審判決は金銭賠償請求であるので山林の管理処分にあたる事項であるために入会権者全員でなされる固有必要的共同訴訟であるべきところ、X1らが六大字住民の一部に過ぎないことを理由に当該請求は不適法なものとして却下された。X1らは上告したが、最高裁は約3年半後に上告不受理の決定<sup>23</sup>をしている。

江溯教授は現地調査に基づき、X1らが当該係争地を六部落による共有の性質を有する入会権と理解しているのに対し、村は部落有林野統一による村有財

---

21 中尾英俊編『戦後入会判決第三巻』262-301頁。

22 中尾・前掲注262-263頁。

23 中尾・前掲注263-264頁。

産と解しているところにそもそも第一義的な争点があることを指摘されている<sup>24</sup>。江渕教授は、第一審判決は村有財産であれば六部落民の規則に従った山林利用により、村長の無権代理行為を追認したということに依拠しているが、住民は当該山林を利用しなければ生きていくことができない状態にあったので、実際には村長の強引な囲い込みによる村有化が行われた事実があったことを明らかにされている<sup>25</sup>。なお、第二審では、第一審における六部落民が共有の性質を有しない入会権を有していたとする解釈から、一転し根拠なく部落有として下戻しされたと解する判示をしている。

江渕教授は、第一審では原告側の地役入会権の留保という予備的主張に全く応えていないこと<sup>26</sup>、第二審では確認訴訟と異なる給付請求である不当利得返還請求について本案審理の必要性があるにも関わらず、総有の入会財産に関する請求として審理していること、という問題点を指摘している<sup>27</sup>。同訴訟は、後述最判平成11年11月9日と同様に、固有必要的共同訴訟を理由に当事者適格を否定された判決であるが、判決の判断は入会権の実態という事実の評価に基づくものとなっていない。また、判決が通説的な総有概念に依拠し入会権における持分否定説による固有必要的共同訴訟論をもって六部落民の当事者適格を認めていないことは明らかであり、江渕教授はこの扱いについてより具体的な観点からの判断が必要であることを述べられる<sup>28</sup>。

入会権確認請求は固有必要的共同訴訟であり、総有持分否定説から入会権において持分がないという前提に導かれていることに対する不当性が指摘できる。

入会権の内容はもとより、それが統一化によりどのような変遷をたどり実際に消滅したといえる権利であるのか否かは、常に個々の入会慣習に基づいて判断されなければならない。個別具体的な実情に基づかなければ入会権の存在、

---

24 江渕・前掲(注16)35頁。

25 江渕・前掲注36-37頁。

26 江渕・前掲注35頁。

27 江渕・前掲注62-63頁。

28 江渕・前掲注55頁。

得喪などということは決して述べられることではない。そのような入会権の性質がある以上一般的な近代化プロセスに基づき判断することはできないからである。従って、実態調査からも総有論を拠り所とし入会持分否定説を根拠とすることにより入会権の確認訴訟を固有必要的共同訴訟とする結論を導き出す判決は誤りである、といえる。

### 3. 一部の者でも入会権確認の当事者適格を認める立法の検討

平成8年度に行われた大正15年制定以来の大規模な民事訴訟法改正に至る過程において改正要綱試案の段階まで検討の対象とされながら最終的に将来の課題とされた点の一つが、「固有必要的共同訴訟における一部の提訴拒絶者に対する参加命令」である。要綱試案の段階では、原告側の固有必要的共同訴訟の事例で、共同原告となるべき者の一定割合に達する者が訴を提起したいと言っているが他のものが応じない場合に、裁判所が参加命令を出しそれに従わなかったら、訴えを提起する意思のある者だけが原告となり訴訟ができる、という規定をおくことが提案された<sup>29</sup>。参加命令により命令を受けた者が明確に参加を拒否しなければ共有者全員が訴訟を進行しているものとして訴訟を進行させることができる制度を作ることにも検討され、参加命令を許す場合の要件として審議の上4分の3の賛成さえあればよいとする案も出た<sup>30</sup>ほど具体的に検討されていた。

なお、この提案は参加命令を出してもそれに従わなかった者を原告に加えず訴え提起の意思のある者だけで訴訟ができるといっても、それらの者だけでは実態法上の処分権を有することにはならないのではないかと、という疑問の声があったため最終的に認められていない。

民法の総有・合有概念には団体の権利行使も、権利行使の結果も常に一緒に

---

29 竹下守夫他編「研究会新民事訴訟法 立法・解釈・運用」ジュリスト増刊46頁（1999年）。

30 破産法の強制和議および和議法の和議にならい、出席数の過半数の賛成かつ賛成者の債権額が総債権額の4分の3さえみたとおけば十分とする根拠による。改正法審議の過程ではこれらの法によると4分の3の賛成があればあとの人の権利は和議どおりに処分されてしまうことになる（竹下・前掲注48頁）のであるが、結局見送られた。

なければならないという固い前提があるように思われる。民法の概念と手続法との関係を見直す必要性が示唆されている<sup>31</sup>が、権利行使の結果訴訟で判決が全てのメンバーに対して同じであるということによくと、そこへ至る権利行使まで全員が揃ってやらなければならないわけではないのでないか。

## II. 裁判所による固有必要的共同訴訟の理解

一鹿児島地判平成17年4月12日(平成14年(ワ)第785号入会権確認請求事件)  
(判例集未登載)を事例として一

本章では入会権訴訟の事案を通じ、裁判所による固有必要的訴訟の理解のされ方を概観する。

### 1. 事実の概要

本件は、鹿児島県西之表市の馬毛島(西表中心から西に約12キロメートルの海上に位置し面積約8平方キロメートル)内の合計約22,000平方メートルの4筆(本件土地1ないし4)の土地<sup>32</sup>についての所有権の帰属をめぐる争いである。

原告は西表市壠泊(あまどり)浦<sup>33</sup>集落住民Xら(26名)であり、被告は①本件各土地につき共有持分移転登記をしたY1開発(野毛島開発)および、②本件訴訟提起に同調しなかった壠泊浦住民Y2-Y37(36名)である。原告は壠泊浦集落住民(計62名)の入会地について、同各土地の登記名義人およびY1開発間の売買契約が無効であると主張して、同各土地につき共有持分移転登記をそれぞれ経由したY1およびY2に対し、入会権の確認を求めた事案で

---

31 竹下・前掲注46頁。

32 物件目録によると本件土地1は西之表市馬毛島宇葉山6番の3、本件土地2は西之表市馬毛島宇蟹泊小屋7番、本件土地3は西之表市馬毛島宇八重石9番839、本件土地4は西之表市馬毛島宇八重石9番840、とされている。

33 この地方では集落のことを「浦」と呼んでいる。

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」島根県立大学総合政策学会第10号(2005)90頁。

ある。

当該係争地は壟泊集落に居住する住民により、古くから漁業のため一現在でも本件土地1について漁業用の網干場、潮待ち場所、休憩場所および漁具倉庫などに利用されてきている<sup>34</sup>。

## 2. 第一審判決から最高裁判決まで

第一審判決（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）（判例集未掲載）は、次の理由で原告らの訴えを却下した。(1) 原告らの請求は共有の性質を有する入会権の確認請求であるから、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。(2) 固有必要的共同訴訟の場合、非同調者を被告とする訴訟提起を認めるとすると、非同調者の被告適格、非同調者に対する主文等の問題を伴い、訴訟手続的に困難、(3) 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、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舐触する、(4) 壟泊浦住民が権利能力なき社団に当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進行する特別の授権をする総会決議等がなされれば別であるが、そのような事実は認められず、入会弾劾の代表者による訴訟追行の方法へと変更することもできない。これに対し、Xらは控訴した。

しかし、第二審判決（福岡高裁宮崎支部 18年6月30日判決・平成17年（ネ）第119号 入会権確認請求控訴事件、判例集未掲載）でも原判決と同じ争点および理由により棄却されている。その後、最高裁では、破棄自判により第一審差戻しとなっている（後述V）。

## III. 判例（鹿児島地判平成17年4月12日）の意義と判例にみる入会に対する理解の位置付け

鹿児島地判平成17年4月12日は、入会権の確認を求める訴えは、権利者全員

---

34 野村・前掲（注33）91頁。

が共同してのみ提起し得る固有必要的共同訴訟であるという前提に基づき、入会集団の一部のものにより提起された本件訴えを不適法として却下している。ここでは、この判断がIで概観した制度の趣旨、入会の捉え方、および従来の判例からどのように位置づけることができるのかを理解したい。

1. として鹿児島地判平成17年4月12日と主たる判例の関係を把握し、次いで2. として前記最判平成11年11月9日判決民集53巻8号1421頁と本判決に対する見方を把握する。

## 1. 最判平成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）と鹿児島地判平成17年4月12日

### (1) 争点である原告適格について

鹿児島地判平成17年4月12日が引用している入会権の確認訴訟が固有必要的共同訴訟であることを明確化した判決は、前出の昭和41年11月25日判決<sup>35</sup>である。この判決は、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という明治39年2月5日大審院判決民録12輯165頁の大審院判決を踏襲している。前記明治39年2月5日大審院判決は「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。」<sup>36</sup>としており、共有の性質を有する入会権または共有の性質を有しない入会権を有することの確認請求は固有必要的共同訴訟であることを理由に訴を却下したものである。

これ以降、前記昭和41年11月25日判決を機軸として判例が積み重ねられることになるが、他方、これでは事実上訴の道を塞ぐことになるとして多くの批判が浴びせられ<sup>37</sup>、それに対応する形で最（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

---

35 I.2.を参照されたい。

36 明治39年2月5日大審院判決・民録12輯165頁。

37 例えば高橋宏志「必要的共同訴訟について民事訴訟雑誌」23号37頁（1977年）、新堂幸司「民事訴訟法理論は誰のためにあるのか」判例タイムズ221号（2000）31-2頁、など。

登記手続、土地引渡請求事件)が出された。同判決は、入会権を管理処分権と使用収益権とにわけ、前者は固有必要的共同訴訟であるが、後者は固有必要的共同訴訟にはあたらないという構成を打ち出した。最高裁としてこの構成をとることを明かにしたのは同判決が初めてであり、前記昭和41年11月25日判決を前提としつつも、入会権についての実体的判断を可能とする途を開くものとして一応の評価を受け、この昭和41年判決と昭和57年判決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<sup>38</sup>。

さらにその後には、「部落財産として管理されてきた共有の性質を有する入会林野である係争地について部落の構成員の総有に属することの確認請求」である名古屋地判平成元年3月24日民集第48巻4号1075頁が出ている。平成元年3月24日判決は、最判平成6年5月31日判決の第一審判決である。平成元年3月24日判決において、部落の当事者能力について、総会、理事会、財産管理規約の存在の事実にもとづき「民訴法46条<sup>39</sup>の法人にあらざる社団であ」ることを認容し、原告である入会団体の請求を認めている。なお、控訴審では原告側の当事者適格を理由として第一審を取消して却下しているが、上告審においては控訴審を取消して当事者適格を認容している<sup>40</sup>。最高裁では「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進行し、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「権利能力のない者である入会団体の代表者が構成員全員の総有に属する不動産について総有権確認請求訴訟を原告の代表として進行するには、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きによる授權を要する」ことを判

---

38 野村泰弘「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紀要第2号(2004年)43、45頁。

39 現在の民事訴訟法第29条の前身である。

40 最(三小)判平成6年5月31日(平成3年(オ)1724号-所有権確認等請求訴訟)民集第48巻4号、1065頁。

示<sup>41</sup>した。同判決は入会団体を民訴法 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た場合、入会団体そのものに授權を要件として代  
表者の訴訟追行を認め当事者適格（原告適格）を認めたものである。

なお江溯武彦教授は前記平成元年 3 月 24 日判決を入会集団に当事者能力を  
認めた重要な判決とし、上告審である前述最判平成 6 年 5 月 31 日を入会集団  
に当事者能力が認められることを前提とした最高裁判決と位置づけている<sup>42</sup>。  
また、民訴法 29 条について、主体性に着目し、「権利能力者という実態的法的  
有資格者以外に当事者能力を認める制度」とし、権利能力のような「概念」で  
はなく慣習的権利主体といえる「事実」<sup>43</sup>に着目し、権利主体と認めることを  
評価されている。

## (2) 争点である入会権の存在について

原告適格の問題であるが、これは原告側が主張するとおり入会権についてで  
はなく、境界確定訴訟の事案において原告に加わらない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（前述平成 11 年 11 月 9 日判決）を  
踏襲しようとするものである。同最高裁判決は、遺産分割協議の前提として隣  
接土地所有者に対する境界確定を求める訴えであり、原告となることに同調し  
なかつた共同相続人の一人を被告に加えたという事案である。この判決は、「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または訴えられることを要する固有  
必要的訴訟と解される。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であるものといえることができる。し  
かし、共有者のうち右の訴えを提起することに同調しないものがあるときは、  
その余の共有者は、隣接する土地の所有者とともに右の訴を提起すること  
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

---

41 前掲注 1067 頁。

42 江溯武彦「民訴法 29 条における「社団」再論」鳥大法学第 50 巻第一・二号（2006）32 頁。

43 江溯・前掲注 54 頁。

相当である。(中略) 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るべきであり、このように解しても訴訟手続きに支障を来すこともないからである。」として、本来、境界確定訴訟は固有必要的共同訴訟であることを前提としながらも、共同原告とならない者を被告にすることにより適法な訴になる、ということを明示した。これは、それまで不適法として斥けていた従来判例を実質的に変更するものである。しかしながら、千種秀夫判事が補足意見として「本判決はあくまで境界線確定訴訟の特殊性に由来するものであり、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」、「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するところである。」<sup>44</sup>と述べられている。

本判決は境界確定訴訟は原則的に固有必要的共同訴訟であるが、境界線確定という特殊性に鑑み共有者の中に提訴不同調者がいる場合にはその者を被告として提訴しうることを明確化しつつも、従来判例理論に沿いながら訴の棄却という結論を下したものである。

## 2. 最判平成 11 年 11 月 9 日と鹿児島地判平成 17 年 4 月 12 日に対する見方

判例理論に見られる入会権訴訟を固有必要的共同訴訟とすることに対しては、入会権の研究者からの批判の声が多い。そうした批判の声については「その多くが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もよい」とも評され<sup>45</sup>、入会の権利者全員が原告参加できない場合には彼らが裁判を受ける機会さえも奪うことを危惧するものである。訴訟が固有必要的共同訴訟であることを理由に不適法とされた場合について、野村教授は「権利者全員が結集して再び訴えを提起することは現実には困難であり、とくに入会集団内部の対立がある場合にはそれは不可能といえよう。」としている。より端的には昭

---

44 平成 11 年 11 月 9 日判決民集 53 卷 8 号 1426-7 頁。

45 野村・前掲(注 33) 98 頁。

和 41 年判決について高橋宏志教授が「訴えを却下された原告には、再び入会権を結集して再訴を提起できる現実の可能性が全くないこと」<sup>46</sup> を述べ事実上の敗訴と変わらないことを指摘している。

新堂幸司教授は原告が主張したように、「原告に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るべきである」<sup>47</sup> と述べ原告に加わることを拒む者を被告とし全員が訴訟の当事者となることで訴訟要件を充たすという考え方を提案しており、小島武司教授、高橋宏志教授などもこの考えを支持している。

鹿児島地判平成 17 年 4 月 12 日が引用する最（二小）判昭和 41 年 11 月 25 日民集 20 卷 1923 頁（昭和 34 年（オ）650 号—所有権移転登記手続き請求事件）については、次のような批判がされている。同判決が根拠とする明治 39 年の大審院判決について、野村教授は「事実上の訴えの道を塞ぐことになるので多くの批判が浴びせられている」、「入会団体の場合は一般にその権利者数が多く、権利者であるかどうかあいまいな場合もあり、そのほか切り崩し等の諸種の事情から原告に権利者全員が名を連ねることが困難である場合が多い」と述べられている<sup>48</sup>。

鹿児島地判平成 17 年 4 月 12 日における原告適格の問題について関連する最高裁の判決（平成 11 年 11 月 9 日判決）との関係においては、野村泰弘教授は「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」とし、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<sup>49</sup> と述べられる。原告に加わらない

---

46 高橋宏志「必要的共同訴訟について」民事訴訟法雑誌第 23 卷（1977 年）46 頁。

47 新堂幸司「新民事訴訟法学」（有斐閣、2005）711 頁。

48 野村・前掲（注 48）43 頁。

49 野村・前掲（注 33）99 頁。

者を被告にすることによって適法にするという考えに対しては、共同の権利を有するとされる者がなぜ被告になるのかという疑問が呈される。これについて、野村教授は「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る。しかしあくまでも、固有必要的共同訴訟（訴訟共同）の要請と実体判決の要請の中で、立法等の有効な打開策がないがための苦肉の策であることを考慮する必要がある。」と述べ「この種の訴訟が固有必要的共同訴訟であるという前提に立った場合に、現実に種々の理由から共同権利者でありながら共同原告となることを拒む者がいることは入会権のような多数人の集団的権利をめぐる訴訟においては往々にしてありうることであり、訴訟共同の要請を厳格に貫くと、それはいわば不可能を強いる障壁とな」ることを指摘している<sup>50</sup>。そして野村教授は「固有必要的共同訴訟という前提を維持するとしても、全員が被告と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るべきであろう」と述べ考えを明確に打ち出されている。この考えは、権利者全員が原告として参加しなければならないという訴訟共同の要請が紛争の実体を無視したものであるという主張に基づく。

鹿児島地判平成17年4月12日の考え方（II.2.で示した却下の理由）は、従来の判例にみられる入会地の管理処分権と個々の入会権者が有する使用収益権とを分ける考えのもとに成り立つ。つまり、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るので、使用収益権の確認を求める訴えは一部の者により提起できる、とする入会権の管理処分権と使用収益権を二分する二分説的な考え方である。入会権の権利構造をいわゆる総有的なものと捉え入会権の管理処分は構成員全員でなければできないが、管理処分権と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とする考えである。野村教授はこうした考え

---

50 野村泰弘「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紀要第2号(2005)63頁。

について「結局、入会権の権能を管理処分と使用収益権に分け、後者については実体判決の途を開くことで、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」と批判する。このような二分説的な考え方は、川島博士・中尾教授も「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おちいつている」<sup>51</sup>と批判する。判例が個々の入会権者にあるとする使用収益権については、「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。」<sup>52</sup>と述べられる。川島博士が述べられるように管理処分権と使用収益権は明確に分けることはできないのにも関わらず、判例が入会権を単なる使用収益権とのみ捉えることについては、入会権の本質を見誤ったもの、と非難されよう。

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る。入会権における管理処分権は個々の入会権者で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が問われる<sup>53</sup>ものと野村教授は厳しく批判されている。

#### IV. 鹿児島地判（平成 17 年 4 月 12 日）にみる裁判所による入会の理解

##### —入会権の確認訴訟は固有必要的共同訴訟でなければならないのか—

本章においては、前章で取り上げた鹿児島地判平成 17 年 4 月 12 日（入会権確認訴訟）が固有必要的共同訴訟と扱われなければならなかったのか、またはそれ以外の解決の道があったのかについて I. II. III. 章を踏まえて 1. 制度面の趣旨と判例、2. 民訴法等 29 条による可能性、および 3. 入会権と総有の関係

---

51 川島・中尾・前掲注（注19）541頁以下。

52 川島・中尾・前掲注（注18）540頁。

53 野村・前掲（注33）、104頁。

から論じ、4. 立法的手段による解決の可能性に触れたい。なお、先頃出された鹿児島地裁平成17年4月12日判決の最高裁判決（最判（一小）平成20年7月17日（平成18年（受）1818 入会権確認請求事件）では、高裁までの判断とは異なり、訴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入会権確認の訴を提起することが許され当事者適格を否定されることはない、としている。この最高裁判決についてはV. で概観する。

### 1. 固有必要的共同訴訟の制度趣旨と判例から

共同訴訟人たるべき者全員が当事者となってはじめて訴訟追行権が認められるのが、固有必要的共同訴訟である。合一的な確定を法律上保証する必要がある場合に求められる訴訟形態であるが、入会権の確認訴訟が必ず固有必要的共同訴訟でなければならないかという疑問が依然として残る。

この点について、前述のように（I.2.）鹿児島地裁平成17年4月12日判決が引用する前述最裁昭和41年11月25日判決は入会権確認訴訟は訴訟当事者となっている者に権利関係を合一にすべきであると判示しているのみであり、入会権者全員でなければ入会権の訴訟自体を提起できないということではない。

実質的に訴訟の道を閉ざすことに対する前述昭和41年11月25日判決への対応とみられる前述最裁昭和57年7月1日判決（III. 1）は、入会権に関する訴訟のうち入会団体の構成員がその使用収益権の確認、使用収益権にもとづく請求をする場合には当事者適格が入会団体構成員の個々人に認められ他の構成員を原告としなくても提訴できるという区分を示した判決である。しかし、依然として入会権そのものの確認については固有必要的共同訴訟であると明確に区別されることから、鹿児島地裁平成17年4月12日判決の場合は原告適格を欠く不適法なもの扱われることになる。

中尾教授、上谷教授、高橋教授、新堂教授をはじめとする多くの研究者が、それ以降の判例がとる昭和41年11月25日を入会権確認訴訟は固有必要的共同訴訟であることを明確化したものとする見方に対して批判しているにもか

ならず、こうした見方が定説となり採用されている。

## 2. 民訴法 29 条にあたる「いわゆる権利能力なき社団」から

入会団体であっても固有の必要的共同訴訟以外の道が全くないわけではない。前述名古屋地判平成元年 3 月 24 日判決およびその後の最高裁判決（III.1(1)）からは、入会権の帰属する団体が民訴法 29 条規定の団体と認められた場合には当事者適格（原告適格）を認める判示がなされている。従って、民訴法規定上の「法人でない社団」と認められた場合には、本判決においても原告適格を有することは可能であったといえよう。しかし、第一審である鹿児島地裁平成 17 年 4 月 12 日判決の決定要旨にあるように「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被告とされた者が多数おり、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へ変更することもできない。」と述べられており民訴法 29 条にもとづき入会集団を原告とする提訴の可能性は閉ざされている。

## 3. 入会権と総有

従来入会権は、総有、つまり共同所有者としての持分がないと解釈され、総有論から入会権の管理処分権は入会権者全員に共同で帰属することとなることから権利主張も集団ですべきであるということになり、入会権に関わる訴訟は固有の必要的共同訴訟でなければならぬとする意見が支配的である。本判決が拠り所とする前記昭和 41 年 11 月 25 年判決に関しては、団体の法的性質について論じられないまま、入会権を総有的権利としてとらえることから飛躍的に固有の必要的共同訴訟を前提とするという論旨展開がみられることから、これは十分な理由となっていない。前記昭和 41 年判決以降、入会権を総有とする構成が用いられ、入会権訴訟を固有の必要的共同訴訟とすることが判例とされるようになるが、今日に至るまで入会権が総有であるという意味は明確化されていない。

従来の判例および本判決も川島博士の総有論を拠り所とし入会権の確認訴訟を固有必要的共同訴訟としているが、川島博士が入会権の収益権能と処分権能とを峻別しては入会権は性質上成立し得ないと述べていることから、判例のいうように川島博士の総有論を拠り所とし入会権の確認訴訟を固有必要的共同訴訟とするという結論は導き出されないことになる。

従って、前記昭和41年11月25年判決を踏襲する鹿児島地判平成17年4月12日判決についても、入会権の総有とは当該事案ではどのような内容であるのかという具体的検討が必要である。さらに、固有必要的共同訴訟の採用については入会権擁護に致命的打撃を与える場合－鹿児島地裁平成17年4月12日判決の場合もそうであるが－もあり、「利益衡量の実質的判断からみて、入会権者の一部の者が提起した入会権確認請求について、その原告適格を承認すべきである」<sup>54</sup>といえよう。

#### 4. 立法的手段による解決

民事訴訟法改正における検討過程で議論され最終的に将来の課題とされた「固有必要的共同訴訟における一部の提訴拒絶者に対する参加命令」のアイデア（I.3.）が採用されていれば、入会権者の一部の者だけによる入会権確認請求が提訴できることになるので本判決は原告適格の問題を問われることはなかった。

民法の総有概念には団体の権利行使も権利行使の結果も常に一緒になければならないという固い前提があるように思われることから手続法に対する影響がある。民法の概念と手続法の概念の関係を見直すことのみならず、3.と同様に民法上の入会の総有の概念を再確認し正しい解釈が導き出されることを求める。

従って、手続法として、「固有必要的共同訴訟における一部の提訴拒絶者に対する参加命令」を制定法化することは、民法との関係および総有の解釈の確

---

54 川島・中尾・前掲（注19）547-548頁。

認という課題を残すものの、現在原告適格に不適法という理由で門前払いされている多くの入会確認請求権訴訟に対し迅速に解決の道を開く手段の一つとなりうる。

## V. 今後の入会権確認請求訴訟のゆくえ— II. 判例上告審より—

[最判(一小)平成20年7月17日(平成18年(受)1818入会権確認請求事件)(民集第62巻7号1994頁)]

入会権確認についての判例が変遷していると捉えられる前述(II)鹿児島地判平成17年4月12日の上告審判決となる最高裁判決が、平成20年7月17日に出されている。

### 1. 最判平成20年7月17日概要

原審では、被上告人会社が、本件土地1について登記名義人である被上告人Y3及び同Y4から、本件土地2～4については登記名義人である被上告人Y5及び同Y6からそれぞれ買受け、その所有権を取得したとして平成13年5月29日に共有持分移転登記を了したことが確定された事実とされている。これについて、原審は主として以下の二つの判断を根拠とし本件訴を却下している。その理由の①は、入会権は権利者である入会集団の構成員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、ということである。理由の②は、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は、本件入会集団の構成員全員によって提起されたものでなく、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るといわざるを得ず、従って、このような場合には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、民訴法にはかかる者を被告にすることを前提として規定が存しないため、同調しない者を被告として訴えの提起を認めることは訴訟手続的に困難といふべきである、というものである。従って、入会権は入会集団の構成員全員に総有的に帰属するものであり、その管理処分については構成員全員でなけ

ればすることができないのであって、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舐触することになるので上告人らに当事者適格を認めることはできない、としている。

最高裁は、原審の判断のうち理由②については、最判昭和41年11月25日を引用し、入会集団の一部の構成員が入会権の確認の訴えを提起する場合にも、入会権の存在を主張する構成員の訴権は保護されるべきなので、構成員全員が訴訟の当事者として関与している場合には構成員の利益が害されることはない、としている。従って、「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には、上記一部の構成員は、訴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」(下線原著者)としている。つまり、上告人らと被告人入会権者ら以外に本件入会集団の構成員がなく、全員が原告か被告という立場で訴訟に係っている本件訴えの提起は許容されるべきであるとし、上告人らが本件入会集団の一部であることを理由に当事者適格を否定されることはない、と結論付けている。この結論付けと異なる原審の判決を明らかな法令の違反とし、原判決の破棄、本件の鹿児島地裁への差戻しを決定している。

## 2. 最判平成20年7月17日の意義と位置づけ

川嶋四郎教授は本判決について、「近時の最高裁における救済志向の傾向を看取する事例の付加と新たな判例準則の定立という意味で意義深い」とし、入会判例法理の展開上の意義を評価する<sup>55</sup>。なお、松尾弘教授は「権利能力なき社団の一部構成員が第三者に対して権利主張する際に非同調構成員をただちに

---

55 川嶋四郎「入会権確認訴訟におけり提訴非同調者の被告化の適否」法学セミナー 646号 124頁(2008年)。

被告に加えて提訴することを認めたとみるよりは、ある程度限定的に解すべき」とされ、私見として「団体内部での利害調整や統一的意思決定を期待することが困難であるが、入会権の存在を主張する構成員の訴権を保護することを必要とする特段の事情があると認められる場合に限られると解する。」と述べられている<sup>56</sup>ように、本判決のもつ射程を限定的に捉えられている。また松尾教授は、共有の性質を有する入会権の解体・消滅の認定は特に慎重になされるべきであること、各土地の利用方法については周辺海域等における漁業活動との関係を視野に入れ詳細な調査が必要であり、入会地の存否と内容は十分な調査に基づいて慎重に判断されるべきであることも指摘されている<sup>57</sup>。

平成20年7月17日判決は、入会集団の一部構成員が第三者を被告とする入会権確認訴訟において訴えの提起に同調しない構成員がいる場合、当該訴訟に参加しない入会権者を被告に加え提訴することが許され、当事者適格を否定されることはない、ということを確認させた意義がある。

また同判決は、入会権の対外的主張が固有の必要的共同訴訟であるという原則を維持しつつも、団体内部での意思統一に問題があり入会権の存在を主張する構成員の訴権保護の必要性という事情のある場合に限定し、提訴要件を緩和させたという意味を持つ。

今後の同種の判決に対する影響については、注視することが必要である。

## おわりに

鹿児島地判平成17年4月12日の結論は、最判平成20年7月17日以前の判例理論に従ったものである。従来の判例の流れを追うと入会権確認訴訟は固有の必要的共同訴訟として扱われる以外に道がなかった。しかし、野村教授は本来

---

56 松尾弘「入会権確認請求に同調しない構成員を被告に加える提訴方法の可否」TKC速報判例解説第4号4頁（2009年）。

57 松尾・前掲注4頁。

原告となる者で同調しない者がいても被告として当事者に加えていけば固有の必要的共同訴訟の要請を満たす、とすることは現実的な射程にあると提案されていた。そして、平成20年7月17日判決はこの考えを一定の範囲で採用したものであろう。

野村批判以外に、前述のように（IV.1～4）鹿児島地判平成17年4月12日の依拠する判例には批判があることから、入会権者が訴の道を閉ざされないための方策を考える行程として、いくつかの今後の課題があろう。入会権の確認請求訴訟イコール固有の必要的共同訴訟であるという帰結には常に疑問が残っていた。その論旨の根幹として、判例が拠り所とする入会権を総有とする解釈の内容に問題があり、根本的には入会権に対する実態の理解が不足しているように見受けられる。川島博士の総有論として認識されている、近時まで判例が主として採用する固有の必要的共同訴訟へと帰結する論理には乖離があるにも関わらず、古典的な総有論に立脚した筋を通そうとしているところに問題があろう。

なお、野村教授が「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ものやこれに賛同したもの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。」と述べられるように、権利者全員が原告として参加しなければならないという訴訟共同の要請は入会紛争の実態を無視したものである。権利者全員が入会権を認めるということは、すなわち争いがない状態ということであり訴訟提起が必要でない、ということにさえなる。同判決と同旨の判断により訴えがいずれも不合法であり却下を免れないものとして各控訴を棄却した控訴審判決については、入会訴訟において棄却は原告にとって敗訴判決に等しいことに鑑み、本判決と同様に入会権者の司法に対する信頼を裏切り続けてきたものであった。そのような流れの中で、今後の訴訟当事者に影響を与えると思われる最判平成20年7月17日の下した決定には一定の意義がある。

なお、本稿を通じて扱った鹿児島地判平成17年4月12日は原告の生業であ

る漁業を営むために不可欠な入会権の確認を求める内容であった。

入会権の本質は固定的なものではなく、その実態は変わっていくものである。元来は権利者である村落共同体の住民が山林・原野等を食料用や家畜用の採草・木材利用・農業等の目的において共同利用してきたものが主であり、農民の衣食住の根幹に関わるような生活基盤として機能してきた。

現代では入会の利用形態は変化しており、古典的な共同利用形態以外の団体直轄利用や個人分割利用、第三者に貸与する契約的利用などの形態が出現している。しかしながら、現在でも鹿児島地判平成17年4月12日の原告が、生業である漁業を営むために不可欠な入会権の確認を求め提訴したことから見られるように、古典的な入会形態の実態に立ち返り着目することは、今後の同種の事件に際し求められることであると、筆者は考える。

自然資源は共同体の住民全てで管理・利用することが、環境資源の持続的利用・自然景観の保全のために有用とされることであろう。環境資源の持続的利用・自然景観の保全のためには、「私」有化ではなく、「共」有化の方向にこそ入会の現代的な意義を見出すことが可能<sup>58</sup>ではないか。そして、その意義において、境界線確定訴訟以外において最判平成20年7月17日が示すような、一定の条件を付した上で訴えの提起に同調しない構成員がいる場合でも入会権確認請求の当事者適格を否定しないことを認める可能性の道を明確化させたことは意味のあることである。

---

58 榎澤・前掲注(2)186頁。

本稿を、恩師・浅井尚子先生に謹呈させていただきます。先生には、学部生時代から今日に至るまで、公私にわたって親身にご指導いただき、学問的にも人間的にも多大の薫陶を受けました。この場をお借りして心から御礼を申し上げます。なお、この度は、私の不手際から、ご退職記念号への掲載が叶いませんでした。深くお詫び申し上げますとともに、なお一層の精進をお誓いし、今後ともご指導賜らんことを衷心よりお願い申し上げます次第です。

付記：訴訟の資料（鹿児島地裁判決および福岡高裁判決）について、江渕武彦教授（島根大学）のご協力により入手いたしましたことに心より御礼を申し上げます。また、初稿段階でのアドバイスを榎澤能生教授（早稲田大学）からいただきましたことをここに付して、深く御礼申し上げます。ありがとうございました。

提出年月日：2009年5月18日

（脱稿：2009年3月31日）