

Title	〔最高裁民訴事例研究 二一二〕
Sub Title	
Author	石渡, 哲 (Ishiwata, Satoshi) 民事訴訟法研究会 (Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1983
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.56, No.9 (1983. 9) ,p.101- 108
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19830928-0101

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

Feststellung für Alfred Heuck, S. 284f.)。そしてまた、取消権を有しない会社に追認の可能性を認めることについても、追認を取消権の放棄と観念する概念構成上の例外として、これを認めてさしつかえないと解する (Caemmerer, a. a. O., SS. 285 f., 288, 292)。この点も概念構成上の問題ではなく、実質的理由があるとする考え方もあるが (大野「株主総会による取消しうべき決議の追認について」法研三八卷一二号一八二頁)、取消はもともと法律行為によつて生じた不確定な効力をそれによつて確定することなのであるから、これを認めてもさしつかえないように思われるのである。

法は、決議の成立過程に瑕疵ある株主総会決議を取消しうべき行為とし、取消されるまでは有効としているので、このことから、先

〔最高裁判事例研究 二二二〕

昭五七 七 (最高民集三六卷
六号八九二頁)

一 入会部落の構成員が有する使用収益権の確認又はこれに基づく妨害排除の請求と右構成員の当事者適格

二 入会部落の構成員が有する使用収益権に基づく地上権設定仮登記抹消登記手続請求の可否

地上権存在確認、地上権設定登記手続、土地引渡請求事件 (昭和五七・

判例研究

の決議の存在を肯定して、後に同一内容の適法な決議をした場合も、それは、先の決議の取消を条件とした予備的決議と解し、先の決議になされた取消の訴の利益を肯定することも理解できるが、決議取消の訴を認めた立法趣旨を考えると、このような考え方は迂遠であり、妥当とは思われない。

以上のような考え方に立つて、本件を見ると、Y会社は、本件株主総会の後に、適法な株主総会を開催して、本件総会における決議と同一事項について重ねて決議したのであるから、Y会社の瑕疵ある決議は追認され、爾後、原告Xは、Y会社の取締役たる資格を有さず、本件訴の利益は有しないと解する余地があつたと考える。

米津 昭子

七・一第一小法廷判決)

本件土地は明治以前からA部落の村持ちの入会地とされ、A部落民は共有の性質を有する入会権を有していたが、明治初めの官有地編入後の私下運動が実を結んで、払下げが行われることになつた際、便宜上A部落民の氏神であるY神社 (被告、被控訴人、被上告人) の所有地として登記された。A部落民は、部落内で確立された資格要件を具備するかぎり、入会権の内容として、(1)下草を刈り、飼料および堆肥とすること、(2)立木を刈り、自家用とすること、(3)転石を採取し、井戸石、塀石およ

び土台石等に使用すること、(4)養蚕用のやともやを採取することを認められていた。これらのうち、やともやの採取は戦後養蚕の廃止ともに行われなくなつていたが、その他は実際に行われていた。ところが昭和三十六年にいたり、登記簿上の所有者であるY神社が、X(原告、控訴人、上告人)との間で、本件土地につき期間三〇年の地上権設定契約を締結し、その旨の地上権設定仮登記を経由したことから、A部落民から異議が出され、本件紛争が発生した。

かような状況のもとでXはYを相手取り、(1)期間三〇年の地上権の確認、(2)本件土地につき經由してある地上権設定仮登記の本登記をすること、(3)本件土地の引渡しを請求して、訴えを提起した。訴えが第一審に係属中に、A部落民中の大部分であるZ等(当事者参加人、被控訴人・附帯控訴人、被上告人)が本件訴訟に独立当事者参加し、XおよびY神社に対して、(1)Z等が本件土地につき下草刈り、立木の小柴刈り、やともやおよび転石の採取を内容とする使用収益権を有することの確認を、Xのみに対して、(2)Z等が本件土地に立ち入り、右使用収益を行うのを妨害しないこと、および、(3)本件土地につき經由してある地上権設定仮登記の抹消登記をすることを、請求した。

第一審は本件土地をめぐる権利関係につき詳細な検討を行つたうえ、本件土地は実在的綜合人たるA部落の所有に属し、A部落民は共有の性質を有する入会権者としてやともやの採取を除く使用収益権を有することを認め、Y神社とXの間の地上権設定契約は処分権限のない者が締結した無効なものであるとして、Xの三つの請求を全部棄却した。また、Z等の請求について第一審は次のように判断した。Z等の有する使用収益権はA部落の有する所有権の一内容としての性格も兼ね備えたもので、各個人に分属した固有権ともいえるものであり、右使用収益権は内容的に限定されているとはいへ、本件土地全部にその効力を及ぼして

いる。したがつてZ等の有する入会権(使用収益権)は、その法的効力において内容的に限定を受けた持分権もしくは地上権と同様の性質をもつ。かような理解に基づいて第一審は、Z等の請求中、(1)の使用収益権の確認請求(やともやの採取を除く)および(3)の地上権設定仮登記の抹消登記請求を認容した。しかし、(2)の土地立入りと使用収益の妨害をしないことの請求については、原告の請求が否定されるいじよう、使用収益権に対する妨害のおそれはないとして、これを棄却した。Xは控訴して、本案につき、Xの請求が認容されるべき旨、および、Z等の請求が棄却されるべき旨を主張するとともに、本案前の主張として、入会権の存在を主張する訴訟は入会権者全員を当事者とすべき固有の共同訴訟であるが、本件では入会権者全員が揃つて参加していないので、Z等の参加は当事者適格を欠くものである、と主張した。また、Z等も、その請求の棄却された部分につき附帯控訴した。控訴審は、Xの本案前の抗弁については、入会権成員が「入会権の支分権として有する使用収益権につき争がある場合においては対外的又は対内的にその存在の確認を求める利益ないし必要のあることは共有権における持分の確認と何ら異なるところがなく、Z等の請求は「右入会権に基づく使用収益権の確認並びに保存行為としての地上権設定仮登記の抹消を求めるものと解しえられないではない」として、Xの主張を退けた。本案については、第一審の判断を維持して、控訴および附帯控訴を棄却した。

そこでXが上告した。上告由理中判示事項(第一点)と関連するのは、以下の点である。「入会権は権利者である一定の部落民に総會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の共同訴訟といふべきである(最高裁判所昭和四一年一月二五日判決、大審院明治三九年二月五日判決)。従つて、本件において被上告人当事者参加人の『本件使用収益権を有することの

『確認請求』は、その前提として入会権自体の存在を主張しているのであつて、結局入会権の確認と同視すべきものであるから入会権者全員が当事者となつていない本件当事者参加人の本訴は、当事者適格を欠く不適法なものであるから却下を免れない。……入会権の内容を団体の権能たる管理処分権能と個人の権能たる使用収益権とに区別すること自体、入会団体の総手的性格に反する構成であり、入会理論として取るべきでない。……各入会構成員の使用収益権に対する外部よりの侵害は、実在的綜合人たる部落の入会権自体に対する侵害であり、この場合各個人に別々に訴訟を提起することを許し、各別の判決を得たとすれば、各個人間の使用収益権の内容につきバラツキを生じ、入会の運営統制を紊ることになる恐れなしとしないから、入会部落自身すなわち、部落民全員が外部に対し、入会権の帰属者として、侵害行為の排除をすることが最も適当である。」

なお、本件当事者参加人側は第一審以来選定当事者の制度を利用して来た。また、第一審判決理由中には、A部落の戸数は約三九〇戸であり、そのうち約二九〇戸が入会権者の資格を有しているが、本件訴訟に参加していないのは五戸だけであるとの記載がある。判例集中の第一審、控訴審および上告審判決の選定者の欄の表示からは、第一審および控訴審における選定者は二八四名であり、上告審におけるそれは二八三名であつたことが判明する。なぜ一名が脱落したのかは、判例集の記載だけからでは分らない。

最高裁第一小法廷は、裁判官全員の一致で、Z等の請求中、地上権設定仮登記の抹消登記手続請求については、原判決を破棄し、第一審判決を取り消して、請求を棄却し（判示事項第二点）、その余の上告は棄却した（判示事項第一点）。

判示事項第一点に関する理由は以下のとおりである。「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つて、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へ、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、右使用収益権を争ひ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。……所論引用の判例は、入会部落の構成員の一部の者が入会部落民に総会的に帰属する入会権そのものの確認及びこれに基づく妨害排除としての抹消登記手続を求めた場合に関するものであつて、事案を異にし本件に適切でない。」

判示事項第二点に関する理由は以下のとおりである。「しかしながら、職権をもつて、当事者参加人らの請求中本件山林について經由された地上権設定仮登記の抹消登記手続請求の可否について検討するに、当事者参加人らがある使用収益権を根拠にしては右抹消登記手続を請求することはできないものと解するのが相当である。……もつとも、かかる地上権設定に関する登記の存在は、入会権自体に対しては侵害的性質をもつといえるから、入会権自体に基づいて右登記の抹消請求をすることは可能であるが、かかる妨害排除請求権の訴訟上の主張、行使は、入会権そのものの管理処分に関する事項であつて、……構成員各自においてかかる入会権自体に対する妨害排除としての抹消登記を請求することはできないのである。……したがつて……原審が当事者参加人らの請求中本件山林について經由された地上権設定仮登記の抹消手続請求を認容したことは失当である……。」

一、広義の(含有・総有関係を含む)共有関係訴訟が固有必要的共同訴訟であるか否かは、伝統的(当事者適格)理論によれば、実体法上、関係者全員がそろわなければ訴訟物たる財産権の処分をなしえないとされているか(処分権の含有的帰属)否かにより、決せられる⁽¹⁾。この伝統的理論に対しては、近時二つの相異なる方向を志向する異説が唱えられている⁽²⁾。しかし、これらのうちのいずれにしたがうべきかという問題は、当事者適格論の基本にかかわるものであり、判例批評として与えられたわく内での問題を検討することは難しいので、本稿ではさしあたり右の伝統的理論を前提として論述を進めたい。

二、本判旨は、Z等による使用収益権確認訴訟については、これを固有必要的共同訴訟ではないとして、各入会権者の単独の当事者適格を肯定した。最高裁は、昭和四一年の判決で、入会権自体の確認訴訟および入会権(総有権)を請求原因とする所有権移転登記抹消請求訴訟は固有必要的共同訴訟であるとして⁽³⁾。本判旨も、判示事項第一点に関する理由中で、この考え方を否定していないし、また、判示事項第二点に関する判決理由は、入会権自体に基づく地上権設定仮登記抹消請求訴訟が固有必要的共同訴訟であることを前提にして立論されたものと、推測される。したがって最高裁は、昭和四一年の判決と本判決によつて、入会権自体の確認訴訟や入会権を請求原因とする訴訟は固有必要的共同訴訟であり、使用収益権の確認訴訟については入会権者各自の個別的訴訟追行を是認するという態度——それは従前の判例においても採用されたものであるが——

をとることを、明らかにしたといえよう。

入会権は入会権者に総有的に帰属するものであるから、前述の伝統的(当事者適格)理論を前提にするかぎり、入会権確認訴訟や入会権を請求原因とする訴訟は固有必要的共同訴訟になる⁽⁵⁾。しかし、そうすると、入会権成員のように多数の者を当事者として揃えることが、とくに、たとえば、入会権成員中に訴提起を拒む者がいるときに、困難であるために、訴訟による入会権者の権利保護の実現が不可能になるとの危険が指摘され、さらには、この危険の回避のための理論的方策が学説、判例上講じられている。訴提起を拒む者を被告にするとか、民訴法四六条の適用により入会住民団体を当事者とすることを認めるとか、訴提起を保存行為とみなすとか、民訴法五六条を準用して、入会団体を代表する特別代理人を選任せしめるといのが、その例である(本稿では、判示事項第二点との関連で、保存行為の理論については、後に検討するが、その他の方策についての検討は割愛する)。本判決が採用した、使用収益権確認訴訟については個別的訴訟追行を是認するという構成も、右の理論的方策の一つといえない。しかしこの構成は、以下の検討から明らかのように、結論的には必ずしも採用しえないものではないが、いくつか注意を払うべき点を含むものである。

第一に、この構成は、(含有や総有でない通常の)共有関係において、共有者が共同して有する一個の所有権たる共有権と、各共有者が物の全部につき他の共有者の権利によつて減縮せられる範囲において有する持分権とが併存し、前者の確認訴訟は固有必要的共同訴訟

訟であるが、後者の確認訴訟については各共有者の個別的訴訟追行を許容するという、多数説、判例が採用する理論を入会関係に当てはめたものとも推測される。もつとも、最高裁はこのことを明言していないが、第一審および控訴審は判決理由中でこの点を明言して、当事者参加人の当事者適格を肯定した。しかし、共有関係にあつては、かように持分権のほかには共有権を認めることは、屋上屋を架すことである。また、共有権者には、持分権の対外的主張のほかに共有権の対外的主張を許す必要もない。それゆえ共有権者は共有権確認の訴えを提起することはできず、持分権確認の訴えを提起できるのみである。そしてそれについては個別的訴訟追行が許される⁽¹²⁾。したがつて、判旨が、入会関係における使用収益権を共有関係における持分権と同様なものと解したうえで、本件における当事者参加人の当事者適格を肯定したとすれば、判旨の前提に問題がある。

第二に、かりに共有関係では右の共有権と持分権の二重構造を認めうるとしても、この二重構造を入会関係に持ち込むことには、問題の余地がある。けだし、共有の性質を有する入会権において入会権者が持分権を有するか否かが、そもそも問題であり、実体法學上の多数説はこれを消極的に解している⁽¹³⁾ので、入会関係では持分権に相応する概念を想定できないと考える余地があるからである。

もつとも、入会構成員は現実に入会地に立ち入りこれから収益をあげるといふ利益を享受している。この利益を法的な権利であると構成し、収益権と名付けることも理論上不可能ではない。ただし、

古典的な意味での入会、すなわち総有関係においては、入会構成員は入会構成員たる身分に基づいてかかる収益権を有するのであつて、これを処分する権限を有していない。それゆえ入会構成員は単独でこれを対外的に主張できないはずである。しかしながら、諸家の指摘によれば、入会の法的性質や入会地の使用形態は時代とともに変化しており、団体的色彩が弱まり個人主義的権利関係に移行するのが一般的傾向であるとのことである⁽¹⁵⁾。かように個人主義的権利関係に移行した入会地においては入会構成員各自による収益権の処分も、それゆえまたその対外的主張も可能である。判旨は入会構成員全員によらない収益権確認請求訴訟の当事者適格を肯定したが、それが、本件入会が古典的なものであるか個人主義的権利関係に移行したものであるかを、十分に検討し、後者であると判定したうえでの措置であれば、問題ないが、そうでなければこの措置は問題である。

三、本判決が、収益権に基づく地上権設定仮登記の抹消登記手続請求は認められないとした点、および、入会権自体に基づく右抹消登記手続の請求は認められるが、これを請求する訴訟は固有の必要的共同訴訟であると判断した点は、理論上賛成できる。原審は、抹消登記手続請求を保存行為とみなすことによつて、本件当事者参加人らの当事者適格を肯定した。保存行為の理論は（広義の）共有関係訴訟を固有の必要的共同訴訟とすることにより生じる手続の硬直化を緩和するために、一部の学説、判例によつて援用されている⁽¹⁷⁾。しかし、敗訴の可能性があることを考えると、訴提起を保存行為とみな

すことには賛成できない。⁽¹⁸⁾

四、本件で最高裁は、当事者参加人は入会構成員全員が揃わないままに独立当事者参加を申し立てたということを前提に、判決を下した。また本稿のこれまでの論述も、同じ前提の上に立ってなされたものである。実際に本件訴訟においては入会権者中五名の者が参加していない。しかし、入会権をめぐる訴訟のように、極めて多数の者が当事者となるべき訴訟が固有の共同訴訟であるという場合には、極少数の者が当事者から漏れていても、訴提起者（当事者参加申立人）において当事者を揃えるための期待しうるかぎりの努力をしたうえで、当事者となるべき者のうちの大多数を揃えていれば、当事者適格を肯定してもいいのではなからうか。なぜならば、すでにしばしば指摘されているとおり、非常に多数の者をすべて当事者とするのは、実際上不可能に近いが、およそ法は何びとに対しても不可能を強いることはできないからである。本件において当事者参加人側は第一審において二八四名が選定者になっており（上告審においては一名減っている）、参加申立をしなかったのは五名であった。すなわち、二八九名（戸）のうち二八四名（戸）が参加を申し立てたのであるから、右の考えが成り立つならば、本件において当事者参加人は、訴訟が固有の共同訴訟であっても、当事者適格を有していたとみなす余地、したがって地上権設定仮登記抹消請求訴訟を認容する余地もあつたかもしれない。

ただし右の考え方には次のような問題がある。一つは、全当事者を揃えるための期待しうるかぎりの努力がなされたか否かという

点、および、大多数の者が当事者となつていて漏れた者が極少数であるか否かという点、当事者適格の有無の基準になるが、それは基準としては不明確であり、問題であるという点である。さらにまた、当事者にならなかつた者にも判決の効力が及ぶか否かという点、問題にならう。効力が及ばないとすれば、当事者適格を肯定して本案判決を下す利益の存在が疑われよう。他方、効力を及ばせるとすれば、その理由付けが問題になる。私自身は、かような問題も、理論構成を精緻化することにより、克服できる余地もあると考えている。しかし、すでに与えられた紙幅を超過しているので、本稿ではただ試論を提示するにとどめ、本格的な立論は後日の課題としたい。⁽¹⁹⁾

(1) たえば、兼子・体系三八四頁、伊東「判批」法学研究三八巻四頁九四頁。

(2) 一つは、小島教授が主張されるところで、紛争の一回的解決が望ましいとの、訴訟政策的考慮から、固有の共同訴訟の拡大を志向する理論である。ただし、固有の共同訴訟であるがために生じる困難な問題（共有者の一部に訴提起を拒む者がいる場合や、上級審で共有者中に脱漏した者がいることが判明した場合）に対しては柔軟な対処方法が講じられている（小島「共同所有をめぐる紛争とその集団的処理」判例展望八ジュリ五〇〇号√三二八頁以下。五十部「必要的共同訴訟と二つの紛争類型」民訴雑誌一一号一六五頁以下にも同様の発想が看取できるが、五十部教授は結論においてはむしろ訴訟の個別化を是認される）。

もう一つの異説は、福永教授の主張されるところで、実体法上重要な利益を有する者は、原則として単独で訴訟を進行できるが、他の者との共同訴訟を要求される事情と合一確定の必要があるときには、固有の必要

的共同訴訟になるという、見解である(福永「共同所有関係と必要的共同訴訟」民訴雜誌二一頁以下)。

(3) 最判昭和四一年一月二五日民集二〇卷九号一九二一頁。なお、大審院の判例はこの点につき一貫性を欠いている。すなわち、大判明治三九年二月五日民録一二輯一六五頁、同明治四四年五月二九日民録一七輯三四八頁は、入会権確認訴訟において合一確定の必要性を肯定したが、同訴訟が固有の必要的共同訴訟であるまでは、判示していない(右の昭和四一年の最高裁判決は前者を同旨の判例として引用しているが、正確な引用ではない)。大判大正一五年六月一日新聞二五六〇号五頁、同昭和一五年五月一日新聞四五八〇号八頁は、共有の性質を有しない入会権の確認訴訟が固有の必要的共同訴訟でないことを明言している。

(4) 千葉地判昭和五年八月一八日下民集一一卷八号一七二一頁(ただし、部落住民団体に代表者がいる場合には、住民団体名による訴訟進行も認めている)。また、東京地判昭和四一年四月二七日下民集一七卷三二四号三五三頁も、入会権確認訴訟は固有の必要的共同訴訟であるが、収益権の行使を妨げる者に対する妨害排除請求訴訟については入会構成員各自の個別的訴訟進行が許容されるとしている。大判昭和九年二月三日法学三卷六号六七〇頁は使用収益権の確認訴訟について個別的訴訟進行を認めている。

(5) 松坂・民法提要物権法〔第四版〕二一八頁、福永「判批」民商五六卷六号一〇二頁、小室「判批」判例評論一〇三号五頁、大原「判批」法学研究四一巻七号一二三頁。

(6) 星野五十部「判批」法協八四巻一一号一三二頁は、入会構成員全員が揃うことを要求することにより、入会の解体、廃止が促進されると述べている。

(7) 小島・前掲論文三三三頁、同「判解」続民訴判例百選四一頁。高橋判例研究

「必要的共同訴訟について」民訴雜誌二三号四六頁・五三頁。

(8) 舟橋・物権法〔法律学全集〕四五三頁(ただし舟橋教授は、訴提起のためには全入会権者の同意が必要であるとされる)、兼子「共有関係の訴訟」民事法研究Ⅱ一五二頁、小山「必要的共同訴訟」民訴講座Ⅱ二五七頁、大原・前掲判批一二三頁、福永・前掲判批一〇三頁、大判昭和一七年九月二九日法学一二巻六号五一七頁、大阪高判昭和三〇年一〇月三一日高民集八巻九号六三四頁、福岡高判昭和三三年六月五日日下民集九巻六号九九七頁、前掲千葉地判昭和三五年八月一八日、前掲東京地判昭和四一年四月二七日、東京地判昭和四五年一月二二日判時六二八号六一頁。なお、伊藤・民事訴訟の当事者八五頁注二五参照。

(9) 川島編・注釈民法(7)五〇頁以下、とくに五五二頁(渡辺)、秋田地裁大曲支判昭和三六年四月二二日日下民集一二巻四号七九四頁。

(10) 福永・前掲共同所有関係と必要的共同訴訟六三頁。

(11) 我妻・物権法〔民法講義Ⅱ〕二一八頁・二一九―二二〇頁、舟橋・前掲書二五七頁、松坂・前掲書一七一―一七二頁、三ヶ月・民法〔法律学全集〕二一八頁、小山・前掲論文二五七頁、同「判批」判例評論一六〇号一三〇頁以下など、大判大正一三年五月一九日民集三巻二二一頁、大判昭和三年一月二七日民集七巻一〇九五頁など。

(12) 兼子・前掲論文一五一頁。福永・前掲共同所有関係と必要的共同訴訟二三頁以下、高橋・前掲論文三九頁参照。

(13) 我妻・前掲書二九七頁、舟橋・前掲書四九三頁、松坂・前掲書二一六頁、そのほか、瀬戸「判解」判解民昭和四一年度五一二頁、大原・前掲判批一二四頁。この点についてはまた、川島編・注釈民法(7)五一―五一六頁(川島)参照。ただし川島名誉教授自身は持分権の存在を肯定される。

(14) 舟橋・前掲書四五三頁、福永・前掲判批一〇五一―一〇六頁。

(15) たとえば、川島「潮見」渡辺「入会の解体Ⅰ、渡辺「入会権の実態と性格」社会科学研究九巻三号二頁以下(星野「五十部、前掲判批一三二頁からの引用)、同「慣習法と国家法」私法二〇号八二頁以下、舟橋・前掲書四三八頁以下、松坂・前掲書二一六頁など。

(16) 舟橋・前掲書四五三頁、福永・前掲判批一〇五一—一〇六頁。

(17) 入会関係の訴訟に関しては、注(9)に引用したもの。共有に関し
ては、加藤「判批」民訴判例批評集一五〇頁。

(18) 兼子・前掲論文一五一頁以下、大原・前掲判批一二三頁、福永・前掲共有関係と固有の共同訴訟一頁など。

(19) 福岡高判昭和三年六月五日日民集九巻九号九九七頁にも、本文で私が示した試論と同様な考えがみられる。また、集団を代表するに足る者が当事者となつていれば、これに当事者適格を認め、判決の効力も集団全員に及ぶとする、小島教授の所説(小島・前掲判解四一頁)も私の試論とやや類似したものとみられるかもしれない。しかし、小島教授の所説は集団訴訟、代表訴訟の導入をめざすものであるのに対して、私の試論は、伝統的な共同訴訟理論のわく内で、多数の者が関与する訴訟が固有の共同訴訟であるとされる場合の、手続の硬直化の緩和を意図するものである(なお、小島理論に対する評価として、福永・前掲共同所有関係と固有の共同訴訟四〇頁・六三頁参照)。

なお、前掲最判昭和四一年一月二五日においては、入会構成者三三〇名中三一六名が入会権確認の訴え等を提起したが、途中で訴取下げによる脱落者があいつぎ、上告審判決を受けた者は、一二八名である。最高裁は、訴えを固有の共同訴訟であると解したうえで、当事者適格を否定したが、私の試論を前提にした場合、訴提起者の数からすれば、当事者適格が肯定される余地はあつたと思われる。そして、そうである

とすれば、さらに、固有の共同訴訟における訴取下げの効力も問題になりえた(この点につき、小室・前掲判批一〇五一—一〇六頁参照)。
〔追記〕 本件については、太田調査官の解説が、季刊実務民事法一号二
三六頁に掲載されている。

石渡 哲