

社団財産総有説の功罪

江
渕
武
彦

目次

- 一 問題の所在
- 二 裁判所による総有説の採用
 - 〔1〕 最判昭和三二年一月一日（民集一一卷一二号一九四三頁）
 - 〔2〕 最判昭和三九年一〇月一日（民集一八卷八号一六七頁）
 - 〔3〕 最判昭和四七年六月二日（民集二六卷五号九五七頁）
 - 〔4〕 最判昭和五五年二月八日（民集三四卷二号一三八頁、判時九六一号六九頁）
 - 〔5〕 最判昭和五五年二月二三日（判例集等未登載・鳥大法学四九卷一号四九頁）
- 三 最高裁判決の検討
 - 1 判決の分析
 - (1) 当事者
 - (2) 社団保護の姿勢
 - (3) 判例の転換
 - 2 〔4〕事件の検討
 - (1) 当事者による請求内容と判示
 - (2) 裁判官の見解対立
- 四 総有概念の検討

社団財産総有説の功罪（江渕）

1 伝統的「総有」概念

2 総有に関する戦前の裁判例と学説

(1) 裁判例

(2) 学説によるゲルマン法上の総有の紹介

五 非総有説とその背景

1 入会的共有としての総有概念と社団論

2 総有持分否定説の誤謬

六 総有説判決の判例性

1 総有説判決の「功」

(1) 「1」判決における総有説採用の真の理由

(2) 総有説による事実上の社団権利主体性は認

2 総有説判決の「罪」

(1) 「4」事例における控訴審・上告審判決の矛盾

(2) 司法と行政の齟齬回避

(3) 入会財産訴訟への悪影響

(4) 社団財産として争われた別の入会地訴訟

(5) 入会集団を訴訟当事者とする事例

(6) 総有説は判例か

(7) 社団の当事者能力と権利主体性

七 若干の提言

1 「社団的総有」概念の定立

2 総有権の確認へ

八 結び

一 問題の所在

法人としての資格を有しない社团は、民法学や判決の上で、「権利能力なき社团」と呼ばれることが多い（以下、他からの引用および一部の例外を別として、本稿では、この団体を単に「社团」と呼びたい）。この用語は、ドイツ民法五四条の直訳に由来するが、同条は、かかる社团に対して組合規定を適用し、文字通り、権利能力を認めない。ところで、わが国の学説や、これに影響を受けたと見られる最高裁判決を始めとした多くの判決が、「社团の財産は構成員の総有に属する」としている（私は、後述の通り、あえて最高裁判決のこの部分を判例とは呼ばない）。この立場を本稿では単に「総有説」と呼ぶこととしよう。

自然人もしくは法人でなければ権利主体たりえないとの理解が、学説としては一般的であろう。しかし、社团を主体とした人々の活動が社会の中に存在する事実を見て見ぬ振りをするわけにもいかなないところから、学説によつて総有説が考案され、それが裁判所により採用されたという経緯がある。

社会の中の法現象としての社团の存在につき、見て見ぬ振りができないことには私も同感だが、それにしても、入会権を学ぶ立場からは、総有説に対しては異議をとなえざるをえない。ただ、この説が、総有という入会権にもとづく共有関係を正確に把握した上で、結果として社团の財産関係を適切に処理し、かつ、入会財産をめぐる訴訟に悪影響を及ぼさないのであれば、私などがここで異議をとなえる必要性は少ない。

しかし、総有説は、右の点について、ことごとく問題を抱えている。すなわち裁判所が、誤った総有概念にもとづき、社团財産訴訟について合理的とはいえない処理をなし、かつ、これを入会財産をめぐる訴訟に飛び火させ、この

訴訟についての適切な紛争処理を回避するに到った。

裁判例における総有説の出発点において、この説は、かかる混乱した状況を生み出すことを目的としていたわけではない。裁判所は、総有説を採用にあたり、ある積極的な意図を持っていた。それが、ある時期から、初志が忘れ去られてこの説が変質し、これが社団法理そのものを混乱状態に陥れた。

本稿は、何のためにこの説が登場し、そこに、いかなる総有概念の誤解をほらみ、どのような過程を経てこの説が変質し、現在、この変質によって社団法理そのものがどのような状況にあるのか、また、入会財産をめぐる訴訟がどのように悪影響を受けているのか、といった点を明らかにすることを目的とする。ここでは、すでに研究し尽くされたと思われる最高裁判決も、再検討する必要がある。そのために、今更と思えるほどの最高裁の古典的裁判例を取り上げなければならない。

二 裁判所による総有説の採用

ここでは、社団財産の帰属に関する五つの最高裁判決に触れたい。いずれも総有説に依拠しているが、各事実関係を前提に検討すれば、その位置づけに違いがあることがわかる。なお、これらの事例について、当事者、争点などを別表1にまとめてあるので、参照されたい。

〔1〕最判昭和三年十一月四日（民集一一卷一二号一九四三頁）

Y（品川煉瓦岡山工場労働組合）は、法人としての登記をしていなかった。昭和二五年頃、この組合内部で政治路線について対立があり、執行部と政治的立場を異にする組合員五一名が五ヶ月に亘って脱退し、組合員数六一一名

別表 1

番号	団 体	原 告	被 告	主たる争点	判決	団体保護
[1]	労働組合	脱退組合員	労働組合	組合預金資産分割の是非	棄却	○
[2]	市場店舗経営者の組織	株式会社	店舗経営者	会社設立前の会社施設敷地賃借権の帰属	認容	○
[3]	在日中国人の団体	団体新代表者	団体旧代表者	新代表者登記請求権の是非	認容	○
[4]	沖縄における血縁集団	集団	集団資産の登記名義人等	土地所有権の帰属	棄却	×
[5]	村落(入会)集団	村落集団	村落集団	土地共有権の帰属	棄却	×

[1] においては「原告」は仮差押債権者、「被告」は同債務者

であったものが、最終的に一〇〇名を残すのみとなった。同脱退者らは別組合を組織し、Y組合の資産の分割を求めたが、Yはこれに応じなかった。そこで、脱退者のうち選定当事者Xは、Y組合のA銀行に対する預金債権の処分禁止仮処分を申請し、昭和二五年一〇月にこれを認める決定があった。Yが同仮処分に異議を申立ててその取消を求めるのに対し、Xがその認可を求めたのがこの事件である。

第一審は、Y組合を「権利能力なき社団」とし、その「財産は実質的には社団そのものの財産にして総社員の所謂総有に属し、総社員の同意を以て総有の廃止を為さば格別然らざる限り現各社員は勿論元各社員も社団財産上に共有の持分を有せず又分割請求権を有せざるものと解するを相当とする」として、Y勝訴。X控訴して、通常の組合員脱退の場合には社団財産の分割請求が認められないとしても、本件のような組合分裂の場合には通常の脱退と同じ取り扱いをすべきではないと主張。

控訴審は、「五カ月余に亘る期間の逐次脱退を一体として観察しこれをいわゆる組合分裂の現象として把握しようというのはいさ、か行き過ぎの観があり、到底その主張には賛成することができない」とし、Y組合が分裂したとの前提に立つXの主張を容れなかった。Xは、本件を組合分裂と認めない原審は経験則違反として上告。その上告審判決は、以

下の理由で上告を棄却した。

「権利能力なき社団の財産は、実質的には社団を構成する総社員の所謂総有に属するものであるから、総社員の同意をもつて、総有の廃止その他右財産の処分に関する定めのない限り、現社員及び元社員は、当然には、右財産に關し、共有の持分権又は分割請求権を有するものではないと解するのが相当である」

Xの上告理由たる組合分裂の主張に対しては、同判決は、たとえ解散に準ずるような分裂があつたとしても総有廃止の意思決定がない、と応えている。

〔2〕最判昭和三九年一〇月一五日（民集一八卷八号一六七頁）

この事件では、社団ではなく、株式会社が当事者となっている。A（引揚者更生生活協同連盟杉並支部）は、構成員各人が個別的に店舗を構えるマーケットの運営を目的に組織された法人でない団体で、社団法人Bの支部の形式をとり、また、Bの定款を準用していた。Aは、マーケット敷地をCより賃借してその上に建物を建設し、区分された店舗を構成員に使用させていた。その後、このマーケットを全面的に改築することとなり、Aの臨時総会が開かれて、一部の構成員であるYらの店舗を撤去させることとなった。Yらはこれを不満としてAを離脱し、店舗の経営を続けた。昭和二九年、Yら以外のA構成員らによつて、X株式会社が組織された。Xは、Aから係争地賃借権その他を承継したとして、Yらを相手に、Yらが店舗を構える土地の部分の明渡しを求める訴えを提起した。Yらは、Aの権利主体性を争い、係争地賃借権は個別的店舗経営者らに帰属すると主張。

第一審は、Aが独自の定款を有しないことを理由にその権利主体性を否定し、Aが賃借権を取得するに由なく、したがつてXが同賃借権をAから取得したとするXの主張を容れなかつた。控訴審は、第一審を取り消し、「Aは、社団法人たるその本部とは別に、法人格こそ有しないが、社会生活上独立せる組織体として、その名で法律行為をし、

かつ権利を取得し、義務を負担することができたものである、と認めるのが相当」とした上で、定款準用について総会決議を経ていないからAの規約たる効力がないとのYの主張に対して、「人格なき社団の規約の成立について、株式会社や社団法人の定款のそのように厳格な形式の遵守を要求されていると解すべき何らの根拠がない」と判示した。Yらは、Aの権利主体性を争って上告。その上告審判決は、以下の理由で上告を棄却した。

「法人格を有しない社団すなわち権利能力のない社団については、民訴四六条がこれについて規定するほか実定法上何ら明文がないけれども、権利能力のない社団というためには、団体としての組織をそなえ、そこには多数決の原則が行なわれ、構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続し、しかしてその組織によつて代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確定しているものでなければならぬのである。

しかして、このような権利能力のない社団の資産は構成員に総有的に帰属する。そして権利能力のない社団は「権利能力のない」社団でありながら、その代表者によつてその社団の名において構成員全体のため権利を取得し、義務を負担するのであるが、社団の名において行なわれるのは、一々すべての構成員の氏名を列挙することの煩を避けるために外ならない（従つて登記の場合、権利者自体の名を登記することを要し、権利能力なき社団においては、その実質的権利者たる構成員全部の名を登記できない結果として、その代表者名義をもつて不動産登記簿に登記するよりほかに方法がないのである。）」

「(Aは)それ自体の組織を有し、そこには多数決の原則が行なわれ構成員の変更に拘らず存続をつづけ、(略)権利能力のない社団としての実体をそなえていたものと認められるのである。従つて、訴外Cと右権利能力のない社団であるAの代表者との間で締結された本件土地賃貸借契約により、いわゆるAの構成員全体はAの名の下に本件土地の賃借権を取得したものとよく、右と同趣旨の原判決は正当である」

〔3〕 最判昭和四七年六月二日（民集二六卷五号九五七頁）

法人でないA団体（留日華僑北省同郷連合会）は、その不動産資産（土地建物）を代表者Yの登記名義としていたところ、A団体内部で政治的立場の違いによる紛争を生じ、Yが代表者の地位を失って、Xが新代表者として就任した。XがYを相手として、次の理由を持って、同不動産につき所有権移転登記を求める訴えを提起した。

- ① Aは法人格なき社団であり、係争財産は、Aの構成員の総有に属する。
 - ② Yはかつて代表者であったが辞任し、Xが新代表者に就任した。
 - ③ よって、Yは、新代表者たるXに係争財産の所有権移転登記をなす義務を負う。
- Yの抗弁は以下の通り。

① 本案前の問題として、本件においては、XではなくAが原告として「Xへ移転登記せよ」との訴訟を提起すべきであり、したがって、Xは原告適格を有しない。

② Yが代表者としての地位を失ったというXの主張は否認する。Yは、なおAの代表者としての地位にある。第一審判決は、法人でない社団の財産につき社団の代表者個人の名義をもって登記する以外に適当な手段はなく、この場合、新代表者は旧代表者に対し移転登記請求権を有するとの理由で、Xの請求を認容した。控訴審審理中、Xが死亡。その後を継いで代表者となったXは、新代表者として訴訟を承継したが、Yは、代表者の資格は承継に親まないから、本件訴訟はXの死亡により当事者の實在を欠くに到ったと主張した。

控訴審判決は、本件所有権移転登記請求権はA団体の代表者たる資格に随伴し、その当事者たる地位は代表者の異動に応じて承継されるから代表者死亡により訴訟は終了しない、Xの代表者就任は適法として、控訴棄却。Yは、Xの原告適格を争って上告した。上告審は、次の理由で上告を棄却した。

「権利能力なき社団の資産はその社団の構成員全員に総有的に帰属しているのであつて、社団自身が私法上の権利義務の主体となることはないから、社団の資産たる不動産についても、社団はその権利主体となり得るものではなく、したがつて、登記請求権を有するものではないと解すべきである。不動産登記法が、権利能力なき社団に対してその名において登記申請をする資格を認める規定を設けていないことも、この趣旨において理解できるのである。したがつて、権利能力なき社団が不動産登記の申請人となることは許されず、また、かかる社団について前記法条の規定を準用することもできないものといわなければならない。

ところで、右のように権利能力なき社団の構成員全員の総有に属する社団の資産たる不動産については、従来から、その公示方法として、本件のように社団の代表者個人の名義で所有権の登記をすることが行なわれているのである。これは、不動産登記法が社団自身を当事者とする登記を許さないこと、社団構成員全員の名において登記をすることは、構成員の変動が予想される場合に常時真実の権利関係を公示することが困難であることなどの事情に由来するわけであるが、本来、社団構成員の総有に属する不動産は、右構成員全員のために信託的に社団代表者個人の所有とされるものであるから、代表者は、右の趣旨における受託者たるの地位において右不動産につき自己の名義をもつて登記をすることができるものと解すべきであり、したがつて、登記上の所有名義人となつた権利能力なき社団の代表者はその地位を失つてこれに代る新代表者が選任されたときは、旧代表者は右の受託者たる地位をも失ひ、新代表者においてその地位を取得し、新代表者は、信託法の信託における受託者の更迭の場合に準じ、旧代表者に対して、当該不動産につき自己の個人名義に所有権移転登記手続をすることの協力を求め、これを訴求することができるものと解するのが相当である。

所論は、右の場合においても、登記簿上、たんに代表者個人名義の記載をするにとどめるのは相当でなく、社団の

代表者である旨の肩書を付した記載を認めるべきであつて、判決においてもその趣旨の登記をなすことを命ずべきものと主張する。

しかしながら、かりに、そのような方法が代表者個人の固有の権利と區別し社団の資産であることを明らかにする手段としては適當であるとしても、かような登記を許すことは、實質において社団を権利者とする登記を許容することにはかならないものであるところ、不動産登記法は、権利者として登記せらるべき者を実体法上権利能力を有する者に限定し、みだりに拡張を許さないと解すべきであるから、所論のような登記は許されないものといふべきである」

〔4〕 最判昭和五五年二月八日（昭和五〇年（オ）七〇一号——民集三四卷二号一三八頁、判時九六一号六四頁）（昭和五〇年（オ）七〇二号——判時九六一号六九頁）

法人でないZ（蔡氏門中）は、沖繩所在の伝統的血縁集団であり、複数の家によつて構成されている。係争地は、これらの家の祖先を祀る祠堂の敷地であり、その登記は、有力な家の者Y₁、Y₂の名義となつていた。昭和二七年から二九年にかけて、係争地に米軍施設が置かれ使用料が一族の一員であるY₃に支払われた。Zの代表者Xは、係争地がY₁らの名義となつてゐること、および同使用料をY₃が取得したことを不当として、Y₁らを相手に、係争地がZの所有物であることの確認、Y₁ら名義の登記の抹消、Y₁とXの共有名義にもとづく保存登記、Y₃が受領した使用料のZへの不当利得返還をもとめる訴えを提起。Zは、XのY₁らに対する訴えの判決はZにも効力を及ぼすとの理由で共同訴訟参加した。Y₁らは、Zの当事者能力を、また本案においては、係争地がZの所有に属することを争つた。第一審審理中、Y₁が死亡したので、相続人が訴訟を承継した。

第一審は、Xによる抹消登記請求、XZによる係争地がZの所有物であることの確認請求、Zによる不当利得返還

請求を認めたが、X Zのその余の請求を棄却。よつてZによる抹消登記請求、Xによる不当利得返還請求は認容されていない。また、XY名義による保存登記請求についても認容されていないが、棄却されたのかどうかは不明である。Y控訴。

控訴審は、Xの抹消登記請求のみ認容し、Zが私法上の権利主体性を有しないことを理由に、Zの係争地所有権確認請求、Zへの不当利得返還の請求を棄却した。

Yらは、Zの当事者能力を争い、また原判決はZ構成員の範囲の特定を欠いているとの理由でXによる所有権確認請求・不当利得返還請求を棄却したが同じ理由で抹消登記請求を棄却しないのは不合理との理由で上告（これを七〇一号事件とする）。X Zは、敗訴部分につき、Zに私法上の権利主体性がないとの控訴審の判断を不当として上告した（同様に七〇二号事件とする）。その他、控訴されず第一審で確定したXへの不当利得返還請求の敗訴部分についても上告。上告審判決は、以下の理由でいずれの上告も棄却した。

【七〇一号事件】「Zは代表者の定めのある権利能力なき社団であつて、民訴法四六条により当事者能力を有するものであり、XはZを代表する資格があるとした原審の判断は、正当として首肯することができ（る）」

【七〇二号事件】「Zの名による同請求は、本件各土地がZの構成員の総有に属するとの右のような事実を前提とした請求ではなく、Z自体が本件各土地所有権の主体であることを前提とするものであるところ、権利能力なき社団自体は右のような財産について私法上所有権等の主体となることができないのであるから、その点において右請求はすでに失当である。」

「次に、X（略）の名による所有権確認請求も、その趣旨はZの右請求と同じものであるから、右同様の理由により失当である。ただ、Zの請求ととくに別に別にXの請求がされていることなどをみれば、Xの名による請求は、本件各

土地が構成員の総有に属することを前提とし、構成員から委ねられたXの財産管理権限に基づいて、本件各土地につき構成員の総有権確認を求める趣旨を含むものと解する余地がまったくないではない。しかし、かりにそう解することができたとしても、右のような総有権確認請求は、その請求についてされる確定判決の効力が構成員に及ぶものであり、代表者が敗訴すると構成員の総有権を失わせる処分をしたのと同じ結果をまねくことになる点において、本件各土地についての構成員の総有権そのものを失わせてしまう実体上の処分行為と同視すべきものであるところ、原審の適法に確定した事実関係のもとでは、Zの各代表者が構成員から信託的に委ねられた財産管理権限に基づいて本件各土地についてなしているのは、本件各土地の価値を維持、増加するための保存、管理行為、本件各土地を利用して収益をはかる行為など、代表者に委ねられた通常の業務運営の範囲に属し又はこれに準ずる行為（第一審判決が認容した無効の所有権登記の抹消登記手続請求、又は本件各土地に対する侵害の排除若しくはその侵害によって生じた被害の回復、賠償請求などは、右行為のうちに含まれる。）に限られるものであり、Zにとって重要な資産である本件各土地についての構成員の総有権そのものを失わせてしまうような処分行為は、本来、構成員全員の特別の合意がなければこれをすることができず、かりにその行為をする権限まで代表者に委ねられているとしても、本件各土地についてされた前記登記が代表者四名の共有名義のものであって登記上各代表者単独では有効に売却その他の重要な処分行為をすることができないようにされていたことなどからみて、代表者四名全員の合意に基づくのであればこれをすることができないものと解するのが相当であるから、Xは自己のみの意思に基づくだけでは右請求をする権限を有しないというべきである。ところが、本件においては、記録によれば、Zの代表者のうちに本件各土地が構成員の総有に属することを否定する者がいるためXが右請求をするにつき他の代表者三名全員の同意を得ることがおよそ期待することのできないことが明らかであるから、右Xは右請求をする権限を欠いているものというほかない。もつとも、

右Xが、自己と対立する代表者及び同代表者に同調する者を除く構成員全員から特別の授權を受ければ、右請求をすることができると解すべきであるが、記録及び上告人らの上告理由書に徴すると、右のごとき特別の授權を受けているとはいえないのみか、これを得ることはできないことを自認していることが明らかであつて、結局、右Xが右請求をする権限を欠いていることに變りはない」

「Zは、本件各土地についてされた所有權登記の抹消登記手続を請求したところ、その請求は第一審判決において棄却されたが、Zは控訴又は附帶控訴により右第一審判決に対して不服の申立をせず、したがつてZの右請求は原審の審理判断の対象とはされていないのであるから、Zの右請求が原審において審理判断の対象となつていたことを前提とする所論は、理由がない。この点に関する論旨は、採用することができない（なお、Xも右同様抹消登記手続を請求し、その請求は認容されたところ、本件各土地がZの資産であつてその構成員の總有に属することをあらわすためには、右抹消登記だけでは足りず、かつての前記共有名義の登記にならつて代表者四名の共有名義による登記をすの必要の生ずることが考えられるが、その登記は民法二五二条但書の規定により各代表者が単独でもこれをすることができるものと解される。）」

「Zの名による不当利得金返還請求は、權利能力なき社団である同上告人自体が私法上不当利得金返還請求權の主体であることを前提とするものであるから、前記上告理由一に対する（一）の同上告人の所有權確認請求についての判断と同様の理由により、失当といふべきであり、したがつて、右上告人の右請求を棄却した原審の判断は、正当として是認することができ、その過程に所論の違法はない。この点に関する論旨は、採用することができない」

「Xの名による不当利得金返還請求は、第一審判決において棄却されたところ、右上告人は控訴又は附帶控訴により右判決に対して不服の申立をせず、したがつて右上告人の右請求は原審の審理判断の対象とはされていないのであ

るから、右上告人の右請求が原審において審理判断の対象となっていたことを前提とする所論は、理由がない」

〔5〕最判昭和五五年二月二三日（島大法学四九卷一号四九頁）

この事件における法人でない団体は、三重県多度町（平成一六年に桑名市に合併）所在の入会集団であり、係争財産は、三集団の数村入会地である。それぞれ同市所在の大字を区域とするX₁X₂Yの三部落入会地において、Yが植林をした山林内の岩石をYのみが売却して収益を得たので、他の二部落との間で対立を生み、結局、X₁X₂が、Yを相手として、係争山林が三部落の共有に属することの確認、岩石売却代金の配分、係争地の三部落による平等の分割を求める訴えを提起。Yは、三部落の当事者能力や所有権確認請求における当事者適格を争うほか、本案については、係争地がY部落住民の総有に属すること、X₁X₂部落住民は地役的入会権を有するにすぎないこと、入会部落住民全員の合意がないので係争地分割ができない、との理由で争った。なお、X₁らは、共有の性質を有する入会権の主張をしていない。

第一審・津地四日市支判昭和四二年六月一二日（戦後入会判決集二卷七三頁¹）は、三部落の当事者能力および当事者適格を認め、係争地が三部落共有であることの確認、岩石売却代金の配分を認めた。ただし、かかる共有は、所属住民の収益権確保を目的としたものだから住民が収益権を放棄するか分割に同意しない以上、分割請求は許されないと判示した。Y控訴。

控訴審・名古屋高判昭和五三年七月三一日（戦後入会判決集二卷七八頁）は、係争地に対する三部落の関係について判断を避け、三部落を「権利能力なき社団」として、その資産は構成員の総有に属するとした上で、右の社団自体が私法上の権利義務の主体となるものでなく右資産についての権利確認等の請求は社団構成員全員からの出訴（固有必要的共同訴訟）にまつほかはない、として第一審判決を取消した。X₁らは、同控訴審判決が民法四六条（当時）

に違反する等の理由をもって上告。上告審は、次の理由で上告を棄却した。

「原審が適法に確定した事実関係のもとにおいて上告人らはいずれも権利能力なき社団であるとした原審の判断は肯認することができ、また、権利能力なき社団の資産はその社団の構成員に総有的に帰属しているのであつて、社団自体が私法上の権利義務の主体とはなりえないものであるから（最高裁昭和二十七年(オ)第九六号同三二年一月一四日第一小法廷判決・民集一一卷二二号一九四三頁、同昭和三五年(オ)第一〇二九号同三九年一月一五日第一小法廷判決・民集一八卷八号一六七一号、同昭和四五年(オ)第三三二号同昭和四七年六月二日第二小法廷判決・民集二六卷五号九五七頁参照）、上告人ら自体が本件山林共有権及び本件山林の岩石売却代金の分配請求権の主体であることを前提とする本件各請求は、失当といふべきである。したがつて、右上告人らの本訴請求を棄却した原審の判断は、正当として是認することができ、原判決に判例違反等所論の違法はない」

三 最高裁判決の検討

1 判決の分析

(1) 当事者

以上見てきた最高裁判例において、団体が当事者となったケースは、「1」「4」「5」である。いずれの事例においても最高裁は、すべて旧民法四六条（現行二九条）の適用を認め、当事者能力ありとする。

「2」においては、当該社団が法人成りし、当該法人（株式会社）が、また、「3」においては、代表者が当事者（第一審原告）として訴訟を提起している。この二例において、いずれも財産（貸借権を含め）が当該社団財産かど

うかが争点となっている。

最高裁は、これら五件の事例において、すべて総有説に依拠して審理している。

(2) 社団保護の姿勢

右五つの最高裁判決のうち、「1」「2」「3」は、総有説によって次の結論に到っている。

〔1〕 脱退した元構成員による社団財産分割請求の不許。

〔2〕 法人が法人格取得以前に有していた事実上の賃借権の主体であることの認容。

〔3〕 代表者を原告とする社団財産の登記訴訟における同人の当事者適格の認容。

これらの結論は、すべて上告理由に対する答えであり、したがって最高裁判例として、先例的意義を有する部分である。すなわち最高裁判例は、この三ケースに関する限り、社団が法人格を有しなくても、事実上、これを有すると同様に保護する立場にあるといつてよい。総有に関する判示部分は、右結論を導くための論理前提として位置づけることができる。

(3) 判例の転換

以上のような、事実上、社団を保護しようとする判例の流れが突然に変わる。それが、「4」であり、旧民法四六条によって当事者となった社団による不動産所有権確認請求、および不当利得返還請求を失当として、当該社団を保護しなかった。この判決と同年に、同じく不動産所有権（正確には共有権）確認請求に対して、これを否認する〔5〕が言い渡されている。要するに、社団の当事者能力を認めても所有権確認請求は認容しないのが、「4」をリーディング・ケースとする最高裁判例の立場なのである。

ここで、「5」の判旨に、問題点が認められる。それは、過去の最高裁判決の引用についてである。まず、「5」が

引用する〔1〕〔2〕は、「社団自体が私法上の権利義務の主体とはなりえない」とは判示していない。また双方とも、土地所有権確認請求事例ではなく、〔5〕とは明らかに事実関係異なるので、引用に適さない。〔5〕はむしろ〔4〕を引用すべきであった。それをしていないのは、何故なのか。

一般に、最高裁が判決を言い渡すにあたって過去の最高裁判決を「判例」として引用する場合、最高裁判所（民・刑事）判例集に公刊されたものを選択する。川島武宜博士は、同判例集への判決例の掲載を最高裁自身の「公認」と認識している。²〔4〕判決は、判例時報に掲載されたのみで、右の「公認」を経していない。〔5〕が〔4〕の引用を避けたのは、これが理由だと思われる。ここで、〔4〕事例において、最高裁判例委員会が民集掲載判決として、本案前の判断に関する七〇一号事件判決のみ選択し、その本案に関する一定問題のリーディング・ケースたる七〇二号事件判決を掲載からはずした理由に、何か特別のものがあるのだろうか。私は、当該団体に当事者能力を認容したその判旨より、事実上社団資産であっても、これについての社団による所有権確認請求、ならびに不当利得返還請求は許されないとの判旨の方がよほど社会に与える影響が大きく、「判例」として重要だと思う。これを民集に掲載しないという意図は何か。まさか、外部に公表したくないとの思惑があったとまでは考えたくないが。ただ少なくとも、右委員会が〔4〕事例七〇二号事件判決、および〔5〕判決を「判例」として「公認」しないとの判断としたということはいえるであろう。

2 〔4〕事例の検討

(1) 当事者による請求内容と判示

ここでもう一度、〔4〕事例（沖縄門中事件）について、第一審から上告審（七〇二号事件）にかけての第一審原

別表 2

当事者	請求の趣旨	1 審判 判決	Y 控訴 事項	2 審判 判決	X 上告 事項	上告 審判 判決
X (代表者)	Z 所有権確認	○	○	×	○	×
	抹消登記	○	○	○	—	—
	X 名義による 1/2 保存登記	×	—	—	—	—
	X への不当利得返還	×	—	×	○	×
Z (門中)	Z 所有権確認	○	○	×	○	×
	抹消登記	×	—	×	○	×
	X 名義による 1/2 保存登記	×	—	—	—	—
	Z への不当利得返還	○	○	×	○	×

告 X (団体代表者) ならびに参加人 Z (団体) の請求の趣旨と判決による認容の是非を整理しておこう。その結果を別表 2 にまとめられているので参照されたい。まず、この表について説明を加えておこう。

まず、最上列中、「一審判決」以下の縦列における○は、同裁判所が認容した X および Z の請求であり、×は、認容されていないものである。「確定」とは、敗訴した X Z がその部分について控訴しなかったことを意味する。「二審判決」以下の縦列は、控訴裁判所の判断を示しており、○は X による請求の認容を、×はこれを認容しなかったことを表している。

同じく、最上列中、「X 上告事項」は、X Z によって上告された項目である。上告審判決は、係争地が Z 所有物たることの確認請求を Z に権利能力がないとの理由で棄却、X による X への不当利得返還と、Z による抹消登記請求については、控訴されていないことが理由で上告棄却となっている。

この二項目については、確かに控訴されていない。これは、第一審において、不当利得返還については Z の請求が、抹消登記については X の請求が認容されているためで、この部分については第一審では X Z が実質勝訴していた(敗訴部分は形式面にすぎない)からであろう。ただ控訴審は、Z に私法上の権利主体性がないとの理由で、「被控訴人 X、同 Z の、各所有権確認請求および各不当利得返還請求は、いずれも棄却すべきである」と、また「権利能力なき社団

たる右Zは右の（抹消登記）請求をすることはできない」と判示している。要するに控訴審は、控訴されていない事項について判示しているわけである。したがって、控訴審判決による、Xへの不当利得返還請求不認容、ならびに、Zの抹消登記請求不認容の各判断部分は傍論とでもいふべきであろう。XZの上告事項の中に、第一審で確定したはずの項目が入ったのは、このことが原因だと推測される。この部分について、控訴されていないことが理由で上告棄却となるのは致し方ない。

(2) 裁判官の見解対立

上告審におけるZの不当利得返還請求を不適法とする判断については、塚本重頼裁判官の反対意見が付されている。その骨子は、次の通りである。

① 本件係争地がZの構成員の総有に属することの確認請求は、少なくとも代表者全員の合意が必要である。それはZの存立および運営の基本にふれる資産処分行為と同視すべきで、本来、構成員全員の特別な授權がなければ、することができないからである。

② これに対し、日常業務の管理運営は、構成員全員から、大宗家、中宗家の当主たるZの代表者に一任されていた。

③ 本件不当利得返還請求にかかる金額は、Zの存立、運営の基本方針にふれるほど重要な資産ではなく、代表者が右金額程度の金員の回収を図ることは、各代表者に一任された日常業務の運営の範囲内である。

塚本裁判官は、かかる見地から、不当利得の成否に関する審理のために、原審に差し戻すべきだとする。

この反対意見に対して、大塚喜一郎裁判官は補足意見を付し、本件におけるZの請求は、「右のようなものではなく、同請求権がZ自体に属することを前提とするものであり、その前提は誤っているから棄却するほかはない、と

述べている。

不当利得返還請求に関する塚本裁判官の見解については、金額が些少であることが根拠となつているところに違和感を禁じえないが、それでも、大塚裁判官による、社団に権利主体性なしという概念先行型の見解より、よほど説得力がある。両裁判官のこの対立は問題の本質と関わるので、後に再び検討したい。ここでは、審理過程で、裁判官の間に対立を生むほどの問題がこの判決の中に存していたことを指摘するに留めたい。

四 総有概念の検討

1 伝統的「総有」概念

社団による所有権確認請求を退ける最高裁のリーディング・ケースは、前述のように、「4」判決である。この判決は、その結論を次の三段論法により導いている。

- ① 社団財産は構成員の総有に属する（総有説）。
 - ② 構成員が総有する財産について社団が権利主体性を有するとはいえない（社団主体性否定説）。
 - ③ 権利主体性のない社団が所有権確認請求することはできない（社団による所有権確認請求不許説）。
- すなわち、①が成り立てば必然的に②が、さらに②が成り立てば③が成り立つとの三段論法が「4」判決によって示されているのである。本稿の課題は、その正当性を追究するところにあるが、その前に、そもそもこの論法の出発点たる総有説において使用されている「総有」概念が正当なのかどうかを検討する必要がある。そのためには、当然に、総有説のリーディング・ケースたる「1」判決における「総有」概念の正当性を考えなければならない。そこで、

今一度、「1」判決の判示を確認しておこう。この判決は、次の点を述べている。

- ① 社団財産は、構成員の総有に属する。
- ② 総有の廃止その他総有財産の処分については、総構成員の同意が必要である。
- ③ 右同意による定めがなされない限り、構成員各人（脱退者を含め）は、共有の持分権、または分割請求権を有しない。

以上三点のうち、総有廃止や総有財産処分にあたっては、全総有権者の同意が必要であるから、②は誤っていない。③における、構成員は「共有の持分権」を有しない、という判示を見れば、「1」判決が「総有に持分がない」という見地に立っているようにも見える。この見解に対し、入会権に熟知した立場から批判があり、これについては後に詳述したい。ただ、個人的共有における持分と、右立場が主張する「総有持分（入会持分）」との間には機能的な違いがあり、したがって「1」判決が、総有において「共有の持分権がない」というのは、結果としては、正当といえなくもない。この点についても、後に触れることとしたい。さらに、「1」事例の中心的争点である、脱退員の財産分割請求権を同判決が否定するのも正当である。後述のように、総有において、総有集団構成員は財産分割請求権を有しないからである。「1」判決は、この結論を導くために、①すなわち総有説に拠ったといつてよい。

〔2〕判決も、総有説に依拠する。その目的はどこにあったのか。前述のように、係争の対象であった土地賃借権が訴訟当事者たる株式会社に帰属することを認めるためには、同会社の前身たる社団にこの権利が帰属していたと認定しなければならぬ。この認定の手段として、同判決は総有説を採用したというべきであろう。そして、この判決は、「権利能力のない社団の資産は構成員に総有的に帰属する」というのみで、ここでいう「総有」の内容については、とくに触れていない。

〔3〕判決も、総有説を採り、かつ、前述のように、この判決において初めて「社団自身が私法上の権利義務の主体となることはない」との判示が述べられる。これとて、訴訟当事者たる代表者の当事者適格を認容する（そのことによつて結果として社団を保護する）ための手段なのだが、ここにおいて初めて、総有説に社団主体性否定という内容が付加された。

さて、総有説のリーディング・ケースたる〔1〕事例において、この説は、すでに第一審（岡山地判昭和二六年三月一二日）が採用していた。控訴審はこの説に触れていないが、最終的に上告審が第一審のこの見解を支持した。

総有という語は、わが国の実定法の中に存しない。それにも拘わらず右第一審がこの語を使用したのは、それ以前の研究論文や裁判例の中に総有の語が記述されていたからである。以下、まず、戦前の総有に関する裁判例を見ておきたい。

2 総有に関する戦前の裁判例と学説

(1) 裁判例

〔1〕函館地判昭和八年一〇月二日（法律新聞三六四四号九一一五頁）

漁業権共有者のうちの一部の者が自己持分について他者と分与契約を結んだところ、他の共有者が漁業法一五条に定める同意がないことを理由に、その無効を主張する訴訟を提起したのがこの事件である。これに対する判決は、以下の通りである。

「漁業法第十五条ノ規定ニ依レハ、漁業権ノ各共有者ハ他ノ共有者ノ同意アルニ非サレハ其ノ持分ヲ処分スルコト得サルハ明ナレトモ、漁業権ノ共有関係ハ主トシテ慣行又ハ地理的關係ニ因リ同一部落ノ多数ノ個人又ハ同一地方ノ

數個ノ漁業組合ノ間ニ存シ、旧來ノ慣習上綫有的色彩ヲ有スルモノ多キヲ以テ、共有關係ノ円満ヲ害スルヲ避クル行
政取締上ノ見地ヨリ斯ル規定ヲ設ケタルモノナレハ、予メ自己ノ持分ノ分与契約ヲ為スモ、私法上何ラノ妨ケアルコ
トナク、唯、行政官庁ニ対シ認可申請ヲ為スニ際リ、他ノ共有者ノ同意ヲ得テ之カ証明ヲ添付スルヲ要スルノ法意ナ
リト解スルヲ相当トス」

〔2〕岡山地判昭和一一一年三月六日（法律新聞三九七〇号一一頁）

係争山林原野は、岡山県阿哲郡Y町大字小阪部内の四部落共有地で、部落住民の入会地として管理されていた。こ
の土地が昭和六年に部落有林野統一事業の対象となり、登記上Y町名義となったが、同事業に対する全入会権者の同
意は得られていなかった。昭和八年に、Y町が官行造林事業等を計画するので、入会権者たるXら住民が入会権確認
の訴えを提起。Yは、Xらの権利が町村制九〇条における公法上の権利であり、林野統一の際、町会の議決により消
滅したと主張。裁判所は、右の理由をもって、Xらの訴えを認容した。

〔四部落ノ住民カ本件山林原野ヲ利用シ来リタルハ単ニ該部落ノ住民タル資格ニ伴フ公法上ノ権利ニ非ス古來ノ慣
習ニ因リ右四部落ノ住民カ其住民タルコトヲ要件トシテ綫有スル私法上ノ入会権ニ基クモノニシテ該権利ノ処分、変
更、制限等ニ付テハ四部落ノ住民全員ノ同意ヲ要スルモノナ（リ）〕

〔3〕東京控判昭和一五年七月一九日（法律新聞四六四〇号五頁）

昭和一一年、行政村たるY村域内で河川工事が実施されたが、隣村たるX村内において利水してきた部落において
取水量が減少するとして紛争となった。Xは、Yを相手に、減少前の水量にもとづく優先的水利権の確認を求め訴
えを提起した。第一審でX敗訴。控訴審は、次の理由で控訴を棄却した。

「河川法ノ適用又ハ準用アルト否トヲ問ハス河川ノ流水ヲ使用スル永年ノ慣習ニ因リ私權トシテ保護セラルヘキ何

等カノ用水権の發生スルコトアルハ論ヲ俟タサルトコロニシテヘ略々本件ノ如ク他村内即チ各自ノ住居スル部落外ニ於テ自然ノ河川ノ流水ヲ分水シ堰ニ取入レ長キ水路ニ依リテ共同的ニ引水スル用水権ハ其ノ引水ヲ使用スル者全体ノ総有ニ属スルモノト做スヲ相当ト解スヘ略々明治初年ニ於ケル町村ハ村民ノ全体ヨリ成ル統一的団体ヲ構成シ居リ村民ノ総有的關係アル權利義務ハ即チ町村自体ノ權利義務ナリシモノト解スヘキモノナルガ故ニ右深沢部落住民ノ総有的水利権ハ即チ旧深沢村ニ属シタルモノト為スヲ相当トスヘ略々当時ノ町村カ合併テ新町村ト為リタル場合ニハ前示ノ如ク永年ノ慣習ニ因リ旧村住民ノ全体カ総有的關係ニテ有シタル引水水利権ノ如キハ特別ノ事情ノ認ムヘキモノナキ限り当然ニハ新町村ニ移転スルコトナキモノト解スヘキ(也)〔

以上の裁判例は、【1】が漁業権、【2】が入会権、【3】が水利権に関するもので、判決は、いずれもそれぞれ集団的色彩を帯びていることを認めている。その上で、判決は、各権利の総有的帰属を明言しているのである。そして、これが、入会権が一定地域住民の総有に属するとする最判昭和四一年一月二五日(民集二〇卷九号一九二二頁)に受け継がれる。

これらの事例において、総有権者の集団は、いずれも部落と呼ばれる地域的集団である。わが国におけるこのような集団は、明治二二年制定の町村制以前は独立した村であり、村落共同の生産や生活に必要な山林原野、魚場、溜池や河川における水利、墓地、温泉などの村持財産を管理していた。明治二二年における町村制施行後も、その管理の実体には変化はない。そうして、明治二九年制定の民法の中に、入会権に関する規定(二六三条、二九四条)が置かれ、旧村持財産は、原則として入会権の客体として、第一次的には慣習、第二次的には、共有権や地役権の規定が法源として位置づけられるに到った。

(2) 学説によるゲルマン法上の総有の紹介

中田薫博士は、大正八年に「徳川時代における村の人格」を発表し、その中で、ゲルマン法のもとにおける団体について、次のように述べている。⁽³⁾ (傍点は原典のまま)

獨逸の Genossenschaft に於て、其總體が組合員に對して有する獨立の程度が、次第に高まつて來て、遂に法律上の人格者と認めらるゝに至つたのは、第十三世紀以來都市が政治上に於て、市民各自と異なつた獨立の目的と、生存とを有して居る團體であること云ふことを自覺した結果で、此思想は都市より漸次他の諸團體に傳播し、かくて Genossenschaft の多くは中世の後半以來、所謂 Körperschaft の性質を示すに至つたのであるが、此等 Körperschaft の人格は羅馬法の法人の如くに、組合員の人格と全然分離し獨立して居るものでは無くして、依然彼の前身たる Genossenschaft に特有なりし、單一性と複多性の兩面を持って居た。即 Körperschaft は總體の人格と組合員の人格とが、互いに不即不離の關係を保持して居る所の總合人である。總體の單一的總體權と、組合員の複多的特別權との、結合を許す所の團體である。從て又 Körperschaft の財産も、其總體に專屬するものでは無くして、總體と組合員との間に、其所有權の内容が或關係に於て分屬して居るのである。即此處には學者の所謂團體的總有權 (Körperschaftliches Gesamteigentum) が存在して居るのである。

その上で、中田博士は、わが国の前記旧村について、次のような考えを示している。⁽⁴⁾

徳川時代に於ける村の人格に關する吾輩の研究は、もとより不十分の點が多いであらう。乍併少なくとも前に列記した資料の範圍内に於ては、當時の村が日耳曼法系の Genossenschaft (Körperschaft) に全然一致しない迄も、最之に近似して居る法人であると云ふこと又は斷言し得ると思ふ。

総有に關しては、大正一三年『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想』の中で、平野義太郎博士によつてもまた、次のように記されている。⁽⁵⁾

總有とは共有と異なり多數者が自由に處分し得べき持分を有することなく、所有權が全體として其の多數者に歸屬するを謂ふ。

さらに中田博士は、昭和一三年「明治初年の入會權」の中で、次のように指摘している。⁽⁶⁾

徳川時代以來明治二十一年迄各地方に存在した諸種の入會中、村中入會は總合人たる一村の總有に屬する山野に、其組織員たる村民各自が入り會ふものであるから、其入會權は村と村民とに共屬する總有權の、一分派に他ならない。

石田文次郎博士は、昭和二年に『土地總有權史論』を著し、いわば總有に關する權威としての地位を築いている。博士は、同書の中で、ゲルマン法のもとにおける總有の説明として、次のように記述している。⁽⁷⁾

總有地は不分割地として村民全體に屬し、村落は總有地の管理處分の為に團體的組織を有し、団体として單一的活動を爲し、住民も亦住民たる資格によつて總有地に對する利用權を取得し、住民は總有地に對する利用權を自己の私有財の從物として私有財と共に相續した。

この「総有」概念が、とりわけ戦後、我妻博士によって定着することとなる。博士は、この概念による「総有」を、日本民法学を講ずる著作の中で共同所有形態の一種として普遍化し、次のように解説している（傍点は原典のまま）。

總有は、ゲルマンの村落共同体の所有形態にその典型を示すものである。ゲルマンの村落共同体は、村民がその「個」たる地位を失わずそのまま「全一體」として結合した團體すなわちいわゆる實在的綜合人（*Genossenschaft*）だといわれる。そして、その村落團體の所有においては、この團體結合官關係がそのまま反映し、管理權能は、専ら村落そのものに歸屬し、村落共同生活を規律する社會規範によって規律され、收益權能だけが、各村落住民に分屬した。従って、總有における各共同所有者の權利は、單なる收益權であつて、近代法における所有權の實をもたない。

この「総有」概念を徹底するために、我妻博士は、さらに次のように指摘している⁽⁹⁾。

要するに、總有においては、所有權に含まれる管理權能と收益權能とは全く分離し、各共同所有者は、共有における持分權をもたない。最も團體的色彩の強い共同所有形態である。

我妻博士は、この「総有」概念を前提として、社団財産につき、次のように述べている⁽¹⁰⁾。

社団の資産は、社団員の総有に属し、社団員各自は、總會を通じてその管理に参画するだけで、個々の財産について、持分權をもつものではない。

〔1〕事例で裁判所が述べている「総有」は、学説（とりわけ我妻説）が講ずるこのような「総有」概念を基礎として、疑いがない。すなわち、総有説を初めて採用した〔1〕の第一審に影響を与えたのは、ゲルマン法上の *Gesamteigentum* に「総有」の訳語をあてて我が国に紹介した学説であった。そして、この「総有」概念においては、構成員各自が持分を有しないと、権威ある民法学の基本書に明言されていたのである。

五 非総有説とその背景

1 入会的共有としての総有概念と社団論

川島武宜博士と中尾英俊教授は、社団財産の帰属の問題につき、総有説に依拠しない。たとえば、川島博士は、この問題について、次のように述べている。⁽¹¹⁾

社団は、構成員の共同の事業を行うための統一体であつて、単なる構成員間の契約関係ではないのであるから、その財産は構成員の個人財産から分別されたものであることを要する。したがつて、社団財産に対する構成員の共同所有は、構成員に合手的に *zur gesamten Hand* 帰属すると解すべきである（合有）。

また、中尾教授は、次のよう指摘する（傍点は原典のまま）。

社団とは、その団体を構成する人々とは全く別個に独立して存在する団体です。その財産は社団という団体の単独所有の財

産であつて構成員の共有財産ではなく、したがつてその社団の借金も個々の構成員の借金ではありません。(略)

具体的な例でいいますと、たとえば青年団は法人でない社団ですが、一応青年団員とは別個の存在で、青年団の集会所などの建物や器具は青年団という団体が単独で所有する財産であつて青年団員の共有財産ではありません。もしそれが団員の共有財産であるならば、団員が青年団から脱退するときにその持分を分けて戻せ、といえるはずですが、実際は団体の共有ではないからそれができません。また、青年団の借金が各青年団員の借金ではないことも当然のことです。

このように、農協も青年団と同じように社団で、団体としての性格にちがいはなく、ただ一方は法人であり他は法人ではない、という点がちがうだけです。(略)

*

個人の単独所有の場合を除き、財産所有関係を個人主体別にみると、個人的共有、組合的共有、入会的共有、となるが、団体の側から見ると、社団的単独所有、組合的共同所有、入会的共同所有となる。組合的共有は組合という団体の財産であるが、組合に所有権はなく、その構成員(組合員)の共同所有に属する(六六八条)。入会的共有はなかも共同体(実在的総合人)所有の財産であると同時に構成員の共同所有に属する(団体も構成員も権利を有する)。これに対して社団の財産は社団のみが所有権を有し、その社団構成員は共有持分権を有しないので、その財産は社団の単独所有に属する。

川島博士は合有説を、中尾教授は社団単独所有説をとなえており、いずれも総有説に依拠しないが、両論者に共通点がある。それは、ともに入会権に熟知した立場から入会権に持分がないという説に反対している点である。たとえば、川島博士は、入会持分権について、次のように指摘している。⁽¹³⁾

入会権者が有する右のような権利は、彼らが、仲間的共同体という共同関係において有する権利であり、しかもその権利客体は個々の権利者に分割されていないのであるから、これは一種の持分として構成されるべきものである(ギールケはこれをAntheilと称す⁽²⁾)。

（略）入会権者が個別的な権利としての持分を有すると解すべきは当然であり、これを否定することは、入会権の私有財産的性格をあいまいにする結果となるのである。

このように川島博士は、入会集団構成員が持分を有することを明確に認めている。ただ、その処分権能に制限があるのだという。

中尾教授も、入会権において持分が存在することを認め、次のように記述している。⁽¹⁴⁾

ここでは、部落集団としての入会権を、**集団権**とよび、部落住民がもつ入会権を、**持分権**とよぶことにします。もつとも持分権といっても個人的共有（略）のような持分権があるというわけではありません。この持分権は集団の構成員としてもつ権利であるから構成員としての権利すなわち**成員権**、あるいは部落住民としてもつ権利であるから**住民権**とよんでもよいと思います。

これに対して、我妻説は、総有に持分なしとの論を徹底し、入会権については、以下のように断定している。⁽¹⁵⁾

（民法二六三条に規定する入会権が）「共有の性質を有する」と言っても、部落民各自は、慣習上例外なく入会地について持分権を認められず、また分割請求権もない。かえって、部落の共同生活を規律する規範に従って、部落民たる資格を得たり失つたりすることによって当然に入会権を取得したり喪失したりする（略）。そして、部落という団体を構成し、その一員として入会地の管理等に参与する。その意味では入会権は部落（入会集団）に属する。ただ、収益という面で各部落民は個人的な権利を有する。したがって、その関係は正に一の総有である（略）。

昭和四九年に実施された入会慣行調査⁽¹⁶⁾によれば、調査対象となった全国一四四〇集團のうち、持分の有無を問う質問に対して「有」を回答した件数は、四一三となつてゐる。⁽¹⁷⁾この他、権利譲渡の是非に対して、「是」を返答した集團が四三三、「非」を返答した集團が九八四、転出により失権すると返答した件数は、一二二にのぼる。⁽¹⁸⁾単純な持分有無の質問に対しては、三割弱が「有」を答えるのみだが、持分の存在を前提にした他の質問に対しては、ほとんどがその前提で回答している。通常は持分について明確な意識を有しないにも拘わらず、実は、持分に関する慣習を潜在的に有しているケースが、これほどに多いのである。

我妻博士（もしくは補訂者）が「慣習上例外なく入会地について持分権を認められず」とするについて、何か客観的データにもとづいているのかどうかわからないが、少なくとも、博士のこの記述は、右調査結果とは明らかに異なる。

もとより、我妻博士の記述には、矛盾めいた部分がある。博士は、「部落民たる資格を得たり失つたりすることによつて当然に入会権を取得したり喪失したりする」というが、ここでは、部落民としての資格たる「入会権」を問題にしており、この「入会権」こそが、中尾教授のいう持分権（成員権、住民権）である。つまり、我妻博士は、「ない」と断定している入会持分権の得喪に言及しているのである。博士がこの点を説明するとすれば、持分としての入会権（中尾教授のいう成員権）が、所有権割合ではなく、入会地の使用収益権にすぎないとする以外にない。しかし、この点については、川島博士は、次のように記述している⁽¹⁹⁾（傍点は原典のまま）。

その構成員は、その共同の所有し利用権の持分を処分する権能を——全く、或はその集團の限界内ではか——有せず、それらの権利客体の分割請求権を有せず、また、その地域（ムラ）から他へ転出移住したときは構成員たる地位——したがって共

同財産に対する持分——を喪失するにかかわらずその償還請求権を有しない。

川島博士は、入会持分権について、はっきりと、「共同の所有 \parallel 利用権の持分」とされている。すなわち、博士のいう持分権が、入会地所有権の割合であることは明らかである。

さらに、中尾教授は次のようにいう。⁽²⁰⁾

そこで集団権と持分権（住民権）との関係は次のようになります。

集団権とは、持分権の総和であつて、入会林野全体の所有ならびに管理運用する権利である。

持分権とは、集団権の統制のもとに、入会林野を個々に管理運用し一定の限度でこれを所有する権利である。

このように、入会権は集団権と持分権に分けて考えることができます。もちろんこの両者はきりはなして存在することはできないわけで、一方だけの権利があつて他方の権利がないということはありません。集団権がなければ持分権はないし、また持分権のない集団権ありません。ただし、集団権は個々の持分権の発生や消滅にかかわりなく存続してゆきます。

右のように、中尾教授も、川島博士と同様に、入会持分権を「所有する権利」と位置づけている。そして、両論者は、このような入会権の認識をもつて、入会権者による集団的共同所有こそ総有であるとしているのである。

ここで、中尾教授は、社団財産が構成員の共有ではない、としていることに注目したい。これは、同教授が、社団と入会集団を明確に区別していることを意味している。中尾教授が社団財産の帰属につき総有説に依拠しない理由がここにあると推測される。おそらく、川島博士の場合も同様であろう。

2 総有持分否定説の誤謬

入会権は、旧民法には規定がない。その後、修正案二六三条に共有の性質を有する入会権の規定が置かれ、立法理由として、次の説明が付されている。⁽²¹⁾

一 入會權ニ付テハ各地方廳及ヒ裁判所ニ照會シ其回答トシテ得タル書類ヲ閱スルニ慣例區區一定セスト雖モ要スルニ地役ノ性質ヲ有スルニ非サレハ共有ノ性質ヲ有スルモノノ如シ而シテ其共有ノ性質ヲ有スル者ハ本節ノ規定ニ從フヘキカ如シト雖モ入會權ヲ有スル村民ニシテ若シ自由ニ持分ヲ讓渡シ又ハ何時ニテモ分割ヲ請求スルコトヲ得ルモノトセハ各地方ノ慣習ニ背キ其弊害極メテ大ナルヘキヲ以テ主トシテ各地方ノ慣習ニ從フヘキモノトナセリ

立法者が、共有の性質を有する入会権をもって、共有権の一種として修正案の中に規定を置いたことに注意すべきである。これは、この権利が民法上の共有と別次元の権利とは位置づけられていないことを意味する。

入会とは、明治二年・町村制以前の旧村（またはその中の組）における村びとの共同体的財産支配（村持）を意味する。もしこれを、共有権とは別次元の権利として暫定的に保護しようというのであれば、立法者は、これを共有の節に置くことをしなかつたであろう。暫定保護のためであれば、民法施行法の中に慣習的権利として位置づけ、「山林原野、秣場、墓地、溜池等旧村持支配地ニ付テハ當分ノ間民法中共有ノ規定ニ拘ハラス従前ノ慣習ニ依ル」といった程度の経過措置を構じればよかつた。あるいは、水利権のように実定法の中に規定を置かないという方法もあった。そのような方法をとつたとしても、山論（入会林野をめぐる争い）については、法例二条の解釈により、訴訟による最低限度の処理は可能で（水論についてはこの方法がとられたといつてよい）、旧村持が歴史的役割を終えて近

代社会の中に解消すれば、いずれその暫定保護も必要なくなるとの考え方もあつたはずである。しかし、立法者はそのような考え方をしなかつた。財産法中、所有権という強力な権利の規定の中に入会権を位置づけるといふ、永続的、原則的な形で規定を置いたのには、旧村持を暫定的に扱うのではなく、共有の性質を有する入会権として民法の下で再編成する意図があつたと理解せざるをえない。

ただし立法者は、この入会権を、「主トシテ」(第一次的には)慣習に従うべきものとした。入会権者たる村びとが自由に持分を譲渡したり、分割請求できるものとしたら、各地方の慣習に背いて大きな弊害をもたらす、というのがその理由である。立法者は、共同体の中に過度の近代個人主義を導入することは訴訟の頻発につながると見ていたのである。

右の立法理由から、立法者が、持分譲渡制限・禁止や持分にもとづく分割請求不許という入会慣習の存在を把握していたことがわかる。その尊重のため、立法者は、共有の性質を有する入会権を共有権の一種としつつも、持分自由譲渡性や分割請求の原則に関しては、共有権原理の範疇外とした。立法者の意図は、ここまでである。

それ以上の、殊更に入会権を民法上の共有とは異なつた特別の形態の、持分がない概念として扱おうとする意図は、微塵も認められない。むしろ、その説明は、入会権に持分概念が存在していることを前提としている。入会権に *Gesamteigentum* 概念を付し、民法上の共有とは別次元の異質なものとして理解し始めたのは、後世の民法学者である。 *Gesamteigentum* に総有の訳語を充て、その概念をわが国の民法学界に紹介したのは、前述のように、その後の、中田、平野、石田博士の論文であつた。そして、所有権割合としての持分がないという通説的総有概念確立のための決定打は、我妻説であつたといつてよい。

ここで、持分否定説の出発点たる *Gesamteigentum* をもつてわが国の現代入会集団を論ずるためには、ゲルマン法原

理にもとづく、その土地およびその時代の村落集団と、現代日本の入会集団が同一のものであることが論証されなければならぬ。

中田博士は、その試みとして、徳川時代から明治初期にかけての村の性格について論究した。もとより、博士の研究は、当時の日本の村落が強固な集団性を有していたことの論証を目的としていた。それは決して、日本の村落と、土地も時代も生産の在り方も異なるゲルマン村落共同体が同じものであるとする、牽強付会を主張するものではなかつたように思われる。

博士は、当時の洋学至上主義の傾向に沿って、わが国のかつての村持^{II}入会を *Gesamteigentum* になぞらえようとしただけではなかるうか。中田博士によるこの単なる擬制に過剰に注目し、現代日本の入会集団において、所有権割合としての入会持分が存在しないなどということができるのであるうか。そのようにいうためには、現代日本の入会集団が、中田博士が研究対象とした前近代社会における村落と変わらないことの論証とともに、ゲルマン法の *Gesamteigentum* にもとづいていふことの論証が必要となる。

総有における通説的見解は、現代日本の村落と入会の中に生きる法を説明することはできない。それだけではなく、そのような説明が必要だとも考えていないふしがある。かかる姿勢から、入会に対する偏見と誤解が生み出されている。以下、この点について、私見を述べておきたい。

まず、総有において、所有権割合としての持分がないのであれば、全体としての共同所有者集団内で意思決定（決議）することができない。

これに反論するとすれば、総有集団の意思決定として、個別的使用収益権としての入会権者の地位の割合によって決議することができる、と主張しなければならない。なるほど、株式会社を例にとれば、株主は会社財産に対して所

有権割合としての持分を有しないにも拘わらず、株式に応じた議決権を有する。

入会権もこれと同様だというのなら、株式会社と入会集団が同質の組織だということを経主張しなければならない。しかし、これは不可能である。たとえば、会社は株主に対して、株式譲渡を禁止することはできない。譲渡性（商法二〇四条本文）は株式の本質であるから、譲渡にあたっては取締役会の承認を必要とするとの制限を会社定款に設けることはできても（同但書）、譲渡の禁止まで定めることはできないのである。これこそ、株式会社における社団としての近代性であるが、その一方で、入会集団は、集団構成員に対して、入会持分権の譲渡禁止、あるいは譲渡先を集団内に限るとする制約、地域外転出を原因とする無償失権を慣習として定めることができる。これが近代法の中に特例とした認められた入会権の非近代的ともいべき特性である。このこと一つとっても、社団としての株式会社と入会集団の間に、質的な違いがあることは明らかである。

そもそもが、総有持分否定説は、市民法原理になじまない。構成員が所有権割合としての持分を有しないのなら、構成員の権利をいくら足し合わせても、全体の一個の所有権は成立しないはずだからである。

ここで、その論に反対するとすれば、入会権は市民法原理ではなく、ゲルマン法的慣習原理のみに支配されることを主張しなければならない。しかし、この主張は、入会権が慣習の他、共有の節の適用・地役権の章を準用する（すなわち入会権といえど、一定限度市民法原理に服することを明言する）二六三条・二九四条を無視しなければ不可能である。およそ、民法に規定をもたない慣習法的権利であればそれも可能かもしれないが（ただしそれも怪しい）、日本民法に明文の規定をもつ日本の入会権について、土地も時代も異なるゲルマン法原理をもって解釈することは不可能といわざるをえない。

さらに、通説の見解は、次のように反論するかもしれない。持分がないといっているのではなく、持分に所有権割

合としての性格がないとされているだけであって、使用収益権としての構成員としての権能と、集団全体に帰属する管理処分権としての権能を総合すれば、全体の一個の財産権が成立する、と。

しかしそれは、入会集団を構成している入会権者が、個々的には入会財産については近代市民法的人格（管理処分権能と使用収益権能の総体たる所有権についての主体性）を有しないとされていることになる。そのためには、入会権者らにおいては全員の人格が融合し合っており、近代個人主義など農山漁村には存在しないとの前提が必要となる。

ところで、入会林野近代化法は、総有財産の一形態たる入会林野について、入会（総有）関係が解消すればそれが通常の共有へと変化することを前提とする。さらにその前提として、この法律は、入会権者らが所有権割合としての持分を有することを前提にしているふしがある。この法律の適用のもとに全入会権者らが入会関係解消の意思決定をした場合、都道府県知事の囑託にもとづいて共有登記が行なわれるからである。この段階において、かつての入会権者は、この財産については入会関係を解消した共有持分権者へと転換する。ここで、総有に持分がないとすれば、この段階の共有持分権はどこから生ずるのであろうか。入会関係の解消によって、旧入会権者らの権利について、突然、これまで存在しなかった所有権割合としての性格が発生するというのは不自然といわざるをえない。当該共有持分は、かつての総有持分に由来する、言い換えれば、各人の総有持分について共同体的拘束が消滅し、個人的共有持分へと転換するとの理解が自然であろう。

さて、前述の通り我妻説は、総有持分否定説の決定打である。ただ戦前の論文を読めば、たとえば、前述の平野博士は、「總有とは共有と異なり多數者が自由に處分し得べき持分を有することなく」と、慎重な表現をしている。この部分だけ読めば、「持分が存在していない」というのか、「持分は存在するが通常の共有のように自由讓渡性がない」というのか分からない。

この点、「[一]」判決も同様で、「共有の持分権又は分割請求権を有するものではない」と表現する。これを、総有には持分があるにしてもそれは「共有の持分権」とは性格が異なる、と読めないこともない。総有に所有権割合としての持分そのものが存在していないと明確に断定しているのは、我妻博士なのである。

ともかくも、総有に所有権割合としての持分がないとの説は、前述のように、理論的に成り立たない。もともと、総有に持分がないという実定法上の根拠は、全く存在しないのである。⁽²²⁾

総有とは、集团的・共同体的組織を前提とした共同所有概念であり、集団構成員が有する所有権割合としての総有持分（成員権）の総和が、集団に帰属する総有権（集団権）に他ならない。⁽²³⁾ 総有集団が実在的総合人と呼ばれるゆえんであり、それは社団としての組織とは異なる概念である。したがって、入会集団と社団とは、民法二九条の適用⁽²⁴⁾など、共通した取り扱いをなすべき場合もあるが、一般論としては区別しては検討すべきであろう。

総有説に依拠しようとする最高裁が前提とする総有概念は、構成員が持分を有しない形の団体所有概念であり、それは結局のところ、事実上は社団概念に他ならない。ここで、かかる総有概念が崩れるとすれば、それは、総有説の破綻を意味する。

六 総有説判決の判例性

1 総有説判決の「功」

(1) 「[一]」判決における総有説採用の真の理由

総有説のリーディング・ケースたる「[一]」判決（およびその第一審判決）は、何ゆえに、社団財産総有という判示

をしたのであろうか。ここでもう一度、「1」事例における争点を振り返ってみよう。

この事件は、前述のように、労働組合Yにおける内紛が原因で、執行部の政治路線に対する組合員の不満が背景にあったようである。すなわち、脱退員Xらに共通の脱退理由があり、かつ、脱退員により別組合が組織されている。

Xらは、第一審では、労働組合Yの財産の分割を求めている。その理由は、Y財産は構成員（組合員）の共有物だということである。

第一審判決は、総有説にもとづいてこれを退けたが、同審における争点は、結局、Y組合財産が構成員による共有に属するものかどうか、というところにあつたといつてよい。裁判所はX主張の前提たるY組合財産共有説を否定したが、このことは、Y組合財産について、共有物に対する共有権者の分割請求権を定めた民法二五六条一項本文の適用を認めなかつたということを意味する。ここで、仮に裁判所が、Y組合財産が構成員の総有であるという判断ではなく、合有であるとの前提に立つたとしても、民法上の組合財産につき清算前の分割請求を禁ずる民法六七六条二項により、Xの主張を退けることができただけである。この点から、総有概念が脱退員による分割請求を退けるための道具として使用されていることがわかる。

法人格のない社団とは、総有説を普及させた我妻博士自身が説明されている通り、「団体であつて、その実体が社団であるにも拘わらず法人格を持たないもの」⁽²⁸⁾を指す。ここで、社団法人においては、脱退員による社団財産分割請求を認める余地はない。そしてこの理は、法人格なき社団においても等しく認める必要がある。そうでなければ、およそ、かかる社団の団体としての維持は不可能となる。だからこそ、「1」事件における第一審は、総有概念を道具として、脱退員XらによるY財産の分割請求を退けたのである。

控訴審において、Xらは、第一審におけるものとは異なつた主張を出している。前述のように、この紛争の実体は、

労働組合Y内の政治的対立にもとづく紛争であった。Xらは、本件においてはもとの組合が分裂したというべきで、したがって、財産を分裂後の二つの組合で分けるべきだという。ここにおいて、初めて、この紛争の右実体が裁判所で浮き彫りになった。Xら五一一名が意見を異にしてY組合から離脱し、組合には一〇〇名を残すのみとなった。控訴審における争点は、この離脱が単なる脱退なのか、それとも組合分裂という特殊現象なのか、というところにある。この争いに対して、控訴審は次のようにいう。

「控訴人外五百十名の被控訴人組合からの脱退離脱の態様は単純な個々人の脱退の場合とはその趣を異にする或る程度集団的脱退の様相を呈してはいるけれども、さればといつて、その前後五カ月余に亘る期間の逐次脱退を一体として観察しこれをいわゆる組合分裂の現象として把握しようというのはいさ、か行き過ぎの観があり、到底その主張には賛成することができない」

判決は、単純脱退とは趣が違うとはいふものの、さればとて本件Xら離脱を特別視せずに、結局は、単純脱退と認定した。単純脱退であれば、脱退員XらのY組合財産分割請求は認容できない。これが、控訴審の判旨なのであり、分裂か単純脱退かを争点とする訴訟において、控訴審は、総有概念を用いることなく、単純脱退との認定の上で、第一審と同様の結論に到っている。これは、第一審判決における総有説が、単なる道具としての意味しか有しなかったことの傍証である。

さて、上告審たる〔1〕判決は、「組合の組合員全員により組合財産の処分に関し何らの決議をしたことのないことは当事者間に争がない」ことに着目している。同判決は、「たとえ、所論のような解散に準ずる分裂の場合であつたとしても、その残余財産を脱退した元組合員に帰属せしめることについては、すくなくとも分裂当時における総組合員の意思に基づくことが必要」として、Xらの上告を棄却している。

Xらの上告理由は、Xらによる離脱が五ヶ月に亘る逐次脱退であったことを理由とする控訴審の単純脱退認定に対する非難に主点がある。確かに、Xらの離脱には、前述のように、共通の理由があり、かつ離脱者により別組合組織が行なわれている。控訴審が単純脱退とは「趣を異にする」ことを認めたのは、これが理由である。それでも控訴審は、同離脱が長期間にわたることを理由に、結局はこれらを単純脱退だと認定した。ここに、控訴審判決の不徹底さが認められ、それに対する非難が、Xらの上告理由における本質部分なのである。

これに対する上告審判決は、たとえ分裂があつたとしても、という形で、組合財産処分についての決議がなかつたことを指摘して、この上告に否定的に応答している。このような指摘は、民法における社団法人規定を基礎としている。

労働組合法一二条二項は、法人たる労働組合について、民法七二条を準用するが、本件上告審判決は、Xらの主張する分裂概念を、「所論のような解散に準ずる分裂の場合であつたとしても」として、強いて解散の問題に帰着させている。その上で、Y組合において全員の決議がなかつた、との理由で、XらがY組合財産について分割請求権を有しないと判示したのである。ただXらは、Y組合から大量離脱者が出たことをもって、解散したも同様だと主張しているのではない。組合が二つに分裂した、と主張しているのである。だがそうはいっても、労働組合法も、民法における社団法人規定も、かような分裂現象を想定していない。そこで、最高裁は、本件のような分裂の主張に対し、解散に関する民法の規定（七二条二項）の趣旨を援用したものとみてよい。

今一度、この事件における争点を整理し、単純化して述べてみよう。XらY組合における多数派は、少数派たるY組合執行部と政治的に対立し離脱して別組合を組織した。そのXらが、Y組合に対して、組合が分かれたのだから財産も分けよ、と主張した。最高裁〔一〕判決は、その点について事前に協議し財産分与について決議をした上で別

たのではないから、後になつての分与要求は認められないとする。これが〔一〕判決の趣旨であり、これこそ、同判決の先例的意義を有する部分、いいかえれば、判例としての部分である。

このようにして、〔一〕事例を見ると、最高裁の右判例部分がきわめて常識的であることがわかる。およそ、社団内において主流派と反主流派の間に紛争を生じた場合、反主流派が一方的に数を頼んで組織を分裂させるべきではない。もし、反主流派が主流派と袂を別ち財産を分別すべきだと考えて離脱するのならば、当初からその旗を立てて、相手方グループと財産に関する協議を経た上でそうすべきである。反主流派がその手続きを踏むことなく、一方的に脱退して敵対組織をつくり、財産分与の請求すべきではない。

主流派には、反主流派構成員の脱退をとどめる権限はない。反主流派がこれを利用し、奇襲的な脱退と財産分別による敵対組織構築の方法が法的に認容されるというのであれば、何のために、当該社団に総会等の最高意思決定機関が設けられるのかわからなくなってしまう。ここでは、組織の民主的運営など望みもない。最高裁〔一〕判決は、離脱した反主流派に対して、この民主的な手続きを踏んだ上で、袂を別つべきであったというのである。

総有説は、この結論を導くための道具であった。それではなぜ、裁判所は、かような道具を必要としたのであろうか。

(2) 総有説による事実上の社団主体性は認

脱退員により社団財産分割請求がなされた場合、まず、その団体が社団法人であれば、明らかにその請求は認容できない。その理由は次の通りである。

- ① 同財産は当該社団法人の単独所有物であつて、社員員の共有に属するものではない。
- ② これを認めると、当該社団法人の維持が不可能となる。

次に、脱退員の社団財産分割請求不許というこの結論は、当該社団が法人格を有しなくても、維持せざるをえない。法人ではないとはいえ、実体が社団法人と同一である以上、やはり民主的運営が望まれるからである。

右の理由のうち、①は理論的なもの、②は現実的なものである。このうち、法人格を有しない社団の場合、①について問題視されてきた。当該財産が、いくらその実体が社団資産であるとはいえ、当該社団の単独所有物といいくい面が、民法学における法理論の問題として存在したからである。それは、法人法定主義に関する解釈論であった。

民法学においては、権利能力者を、自然人と法人に限定してきた。そして、民法上の公益法人については、主務官庁の許可を設立効力発生要件とし、これが法人法定主義という団体の権利能力制限制度の概念を構築してきたのである。ところが、社会的実体として、右許可Ⅱ「法人格」という資格の付与を受けていない社団が存在する。このような団体については、大正一五年の民事訴訟法改正において四六条が設けられた。しかし、あくまでそれは訴訟便宜という裁判実務上の手続法的要請に應えるためで、必ずしも、法人格を有しない社団に積極的に権利能力を認めるという実体的な効果が意識されていたわけではない。

そこで、民法学者により、法人法定主義という実体的制限と、法人格なき社団の实在を調和させる巧みな理論が構築された。それが総有説である。

昭和二年に、『土地総有権史論』を上梓した石田博士は、さらに、昭和九年の「権利能力なき社団」の中で、社団財産を構成員の共有とする説に反対して、次のように主張している。⁽²⁷⁾

惟ふに、権利能力なき社団が社団として組織的單一性を有する以上、其の當然の結果として権利義務の歸屬について不可分性が認められねばならぬ。それを社団として把握しながら権利義務の分割を認めることは理論上に矛盾がある。従つて私は權

利能力なき社團の財産を構成してある一切の權利義務は組織的單一體としての社團そのものに歸屬すると解したい。(略)それ等の權利義務は權利能力なき社團の財産を構成する社團自身の權利義務である。(略)

權利能力なき社團の財産は實質上社團そのものに歸屬する事は以上の通りであるが、然らば、其の所有の形態は如何なるものであるか。私は其の所有の形態は團體所有の形態であり、總有權 *Gesamteigentum* であると思ふ。即ち結合せる社員全體が獨立した團體として所有權を有し、所有權の内容は團體内部の組織法の反映によつて質的に分解し、客體に對する管理處分の權能は團體が團體の權利として之を有し、客體に對する使用収益の權能は各社員が社員たる資格に於て之を有し、團體の總有權と各社員の個別權が組織的に結合して完全な所有關係を實現するものと見るのが事實の真相に符合してゐる。

總有說の最初の提唱者と思われる石田博士は、*Gesamteigentum* の概念を社團財産の歸屬論へと転用するにあたり、決して、社團の權利主体性を否定する意味において、それをしているのではない。博士は明確に、「一切の權利義務は組織的單一體としての社團そのものに歸屬する」と考へていたのである。これこそが、總有說の出発点であつた。

このようにして、法人でなければ団体(社團)に權利能力がないとするにも拘わらず、その団体をあたかも權利主体として扱ふ方法が、總有說にほかならなかつた。すなわち、社員が總體としての權利主体性をもつ、という巧みな理論である。この方法によれば、「1」事例のように、脱退員が社團財産の分割を求めた場合、總有において合意にもとづかなければ分割請求權が存しないとの論をもつて、同請求を退けることができる。そのようにして、法人格なき社團において、權利能力を認めないように装いつつ、これを認めたことと同様の結果をもたらすことができる。これこそ、總有說がとえられた理由なのである。「1」判決は、このような方法(道具)によつて、脱退員による社團財産分割請求を退け、社團財産を事實上、当該社團の資産として保護した。「1」判決は、この結果において、合格点に達している。これが總有說の「功」にほかならない。

2 総有説判決の「罪」

(1) 「4」事例における控訴審・上告審判決の矛盾

総有説による社団財産保護の流れが、前述のように、突然に変わる。これが「4」である。ここで、もう一度、「4」事例における下級審から最高裁までの判決の動向を確認しておきたい。まず第一審は、Zの所有権確認請求、不当利得返還請求ともに認容している。しかし、控訴審は、法人でないZ（蔡氏門中）の当事者能力（旧民法四六条）を認めながらも、権利主体性の欠如を指摘して、第一審を取消した。上告審「4」判決は、第一審ではなく、控訴審におけるこの判断を採用したのである。

ここで、同控訴審判決に大きな問題がある。同判決は以下のように判示しているのである。

「本件各土地は、成化八年（一四七三年）、蔡氏二世譲の女亜佳度により、本件祠堂とともに蔡氏門中に寄附されて以来、蔡氏大宗家の固有財産とは完全に分離され、門中財産として、蔡氏門中の独自の管理に服し、本件各土地上の山林から生ずる収益は祠堂の管理費用に充てられており、特に明治時代以降、本件各土地は、土地台帳上および登記簿上、蔡氏門中の代表者たる大宗家および中宗家三家の各当主計四名の共有名義とされ、また、同人らの名義をもつて本件各土地の一部を他人に賃貸し、あるいは地上権設定をしたが、このことにつき、大宗家の当主である儀間常誠および同亘はなんら異議をとどめず、本件各土地の管理および処分は、長老の集りによつて決定され、アタイ（当番員）が実際の業務にあたり、本件各土地の一部の売却金、前記賃料その他の収益はすべて被控訴人門中の収入として計上され、門中の諸経費に充てられてきたというのであり、これを法的にみれば、本件各土地は、亜佳度から権利能力なき社団たる被控訴人門中に贈与され、同門中の構成員全員に総有的に帰属するに至つたものであるが、同門中は法人格を有しなかつたところから、不動産登記の便宜上、信託的にその代表者たる被控訴人具志ほか三名の共有名

「義で登記されていたものと認めるのが相当である」

このように控訴審は、係争地の歴史的経緯を詳細に究め、Zによる所有権確認請求の前提たる事実を、その主張通り認定している。それにも拘らずZに「私法上の権利主体性」がないから、この請求を認めないとしているのである。しかし、前述の事実認定においては、この判決は、係争地を「門中財産」であると表現し、Zが「私法上の権利主体性」を有することを事実上認めている。まことに、前後矛盾する判断といわざるをえない。

私は、言葉尻のみをとらえて、同控訴審判決を非難してはいくのではない。なるほど、この判決は、右引用部分の後半において、門中財産という意味を、法的に説明すれば、門中構成員への総有的帰属たることを述べている。したがって、同判決による「門中財産」の表現は、「門中構成員の総有財産」という意味なのだ、と説明すれば、前述の前後矛盾するとの非難を、一見かわしうろがごとくである。同判決が、右引用部分前半において「門中財産」なる表現を用いたのは便宜にすぎないともいえる。しかし、そのような反論に対しては、この判決が、「門中財産」を「門中構成員の総有財産」の同義語として使用しており、それは同時に、構成員総体が法主体たることを前提にしていることを指摘しなければならない。

総有は、入会権者による入会財産の共有形態であり、一部分、近代市民法原理とは異なる共同体的規範で規律されることを意味する。それは、全面的な市民法的組織形態であって共同体的規範を前提としない団体の財産所有概念とは明らかに異なっている。より具体的にいえば、総有は全員一致原則を前提とし、多数決を前提とする社団法理とは異質の法システムなのである。

右控訴審判決が、係争地を門中構成員の総有に属するとしたのは、門中を入会集団に準ずる共同体的組織と判断したからではなく、社団財産を総有とする〔1〕ないし〔3〕の最高裁判決の見解に従ったからであろう。それはとも

かくとして、入会権については、明らかに入会集団が法主体であるといつて差し支えない。この観点から、総有財産については、総有権者が総体として法主体性を有するとの理解に帰結する。

このようにして、右控訴審判決が、「門中財産」を「門中構成員の総有財産」の同義語として使用しているのは、実は正しいことがわかる。ここで、もう一度、総有概念を正確に定義すれば、それは、一定集団による、一部、非市民法的・共同体的規範にもとづく財産の共有概念であり、構成員の法主体性の総和たる集団の法主体性を特徴とする、ということになる。その典型が、共有の性質を有する入会権なのである。

右の入会権は、民法二六三条に規定をもつ。そこには、前述した共同体的規範(慣習)を第一次的法源、共有の規定を第二次的法源とすることがうたわれており、したがって、この入会権が共有権(すなわち所有権)の一種であることが明らかである。この入会的共有こそが総有であると定義するとき、この総有概念が所有権の一部をなすものであり、かつ、総有集団がその法主体たることに帰結する。つまり、実体法の面では、総有集団は所有権の法主体である、というべきことになるのである。

〔4〕事例におけるZ(蔡氏門中)が入会集団に準ずる共同体的組織と評価しうるかどうかは、すぐれて法社会学の課題である。前述のように、右控訴審判決が、そこまで踏み込んで、総有に関する判示をしたかどうかは疑わしい。しかし、どのような論拠にもとづくにしても、この事例において、仮に係争地が総有であるというのなら、実体法的にはZをもつて係争地所有権主体と認めることとなるのである。それにも拘らず、Zに権利主体性がないとするのは、まさに矛盾以外の何ものでもない。もし、控訴審がこの矛盾に気付かなかつたとしたら、それは総有概念に対する正しい理解を欠いていたからである。

ただ、私は、同控訴審判決も、そして、上告審〔4〕判決も、この矛盾を微妙に認識しつつも、あえて、Zによる

所有権確認請求を退けたのではないかと推測している。

(2) 司法と行政の齟齬回避

私は、〔4〕事例における控訴審と上告審がZの所有権確認請求を退けた真の理由は、別にあるのではないかと考えている。

不動産登記法は、法人でない団体による登記申請について、民訴法二九条（旧四六条）のごとき規定をもたない。そのため、法務省は、かかる団体による登記申請を認めていない。登記官が団体の実在確認をすることができないからである。

そもそも、ある者が公的な手続きをとる場合、その者の実在確認はいかなる方法でなされるのか。訴訟においては、本案前の審理の中で、裁判所の職権調査によって、具体的に行なわれる。民訴法二九条にもとづいて、法人でない団体を当事者とする訴訟提起があつた場合、当事者能力は裁判所の職権調査事項であるから、同団体について、裁判所がその調査により実在を確認するのである。この場合、団体が自己の存在証明のためにいかなる証拠を裁判所に提出するかは、裁判所が当該事件の本案前審理の中で個別的に決定すればよく、そのためにあえて、かかる証拠についての詳細な規定が置かれていない。民訴法二九条は、裁判所の個別的審理による当事者の実在確認を前提としているわけである。

登記官による不動産登記申請人の実在確認については、どうであろうか（平成一七年三月七日より、旧来の書面申請に加えて、オンライン申請を前提とする新不動産登記法が施行されたが、これまでの社団財産に関する判決を検討するために、以下では旧法制度を前提に論を進めたい）。

表示登記申請・権利登記申請ともに、所有者・登記権利者の住所を証する市町村長もしくは区長の書面等（住所証

明書)の提出が求められる(不動産登記法施行細則四一条)。法人の場合には、これが法人登記簿謄本等となる。そして、法人でない団体の場合には、その規定がない。もとより、登記官には、表示登記事項を除き、調査権が認められず、登記申請に対する審査は、書面により形式的になされることを原則とする。したがって、たとえば、法人でない団体名義による所有権についての登記申請が当該団体によって行なわれた場合、当然に住所証明書が提出されないから、登記官は、同申請を却下することになる。住所証明書の制度は、実在しない者の名義による登記を防止することを目的の一つにしているが、その証明書の提出に代えて、登記官が調査をして当該団体の実在を確認する、というわけにはいかないのである。法務省民事局は、早い時期から、法人でない団体名義での登記不許、肩書付き代表者名義による登記の不許、といった取扱いを明らかにしていたが、結局これは、登記申請における形式審査主義という法の限界があったからである。

さて、このような登記行政上の限界に拘らず、裁判所が、社団主体の所有権確認請求を認容し、それが確定するかどうかであるだろうか。この場合、社団の実在が裁判所によって確認されているから、登記官に社団名義での所有権登記申請を受理させてよいともいえそうである。しかし、将来、この社団が登記義務者として登記申請しようとしても、印鑑証明の提出が不可能といわざるをえない。法人同様に、法人でない団体についての印鑑証明制度を新設しこれを登記所で扱おうにも、設立登記を経ない団体については、登記官においてその実在が確認できない。結局、社団名義による登記の道を開くためには、解決すべき課題が多く、不動産登記法や登記実務の面から、実現の見通しは立たない。それにも拘らず、裁判所が社団所有権を確認する判決を言い渡しそれが確定した場合、その判決書を登記原因証書として社団名義での登記申請が行なわれるという事態を想定しておかなければならない。

しかし、①不動産登記法二七条(新法六三条一項)にいう「判決」は登記手続を命ずる給付判決であり、権利を確

認するに留まる判決による登記申請はできないこと、⁽²⁹⁾ ②本来、社団は登記能力を有しないこと、を理由に、登記官が同申請を却下するであろうことは目に見えている。そうすると、法人でない団体による所有権確認を認容した司法判断と、行政判断（登記実務）が齟齬しているとの印象を社会に与えることとなる。「4」判決の背景には、かような事態を避けたいとの配慮があったのではないかと推測されるのである。しかしながら、「4」判決はきわめて危うい。だからこそ、塚本裁判官の反対意見が付されたのである。

門中Zの所有権主体性を否定するのなら、不当利得返還請求権の主体性もまた否定しなければ首尾一貫しない。これが「4」判決における大塚補足意見の立場である。

ただ、司法と登記行政の齟齬回避への配慮が社団による所有権確認請求不許の本音だとするなら、登記とは無関係の不当利得返還請求までも退けた最高裁の判断は行き過ぎだといわざるをえないだろう。塚本裁判官の反対意見については、前述のように、金額が大きいものではないことを理由にしている点で、違和感を禁じえない。しかし、この反対意見は、最高裁が社団主体性否定という建前論を貫徹するためにあえて行き過ぎまで厭わなかったことに対する非難であったと受け取る余地がある。この反対意見こそが、「4」判決の危うさの証左である。

社団主体性の否定を初めて述べた「3」判決における判例としての意義は、社団に登記能力なしとする行政判断の追認と、それを理由とする代表者当事者適格の是認にある。社団主体性否定説は、この結論を導く道具にすぎないが、この道具は相当に疑わしい。登記行政が社団の登記能力を認めないのは、社団に権利主体性がないからというより、登記官がその権利主体性の実在を確認できないからである。⁽³⁰⁾

(3) 入会財産訴訟への悪影響

「4」判決と同年に、「5」判決が言い渡されている。この事例の問題点は、旧民訴法四六条で当事者能力を認め

られた「社団」（原被告）が、いずれも入会権の主体たる集団（入会集団）であったところにある。³¹この訴訟の本質は、いわゆる数村入会における集団相互の紛争であり、その争点は、各集団の入会権が平等であるのかどうか、というところにあった。前述のように、X₁X₂集団がY集団を相手として、係争地が三集団の平等の管理地であることを主張しているが、この事例における最大の問題は、X₁らが係争地が三集団の共有地であると主張し、共有の性質を有する入会地であるとは主張していないところにある。第一審は、この主張を受けて、詳細に三集団の権利の割合について審理しているが、控訴審と上告審は、X₁らの請求が共有権確認であることを理由に、X₁らが権利主体性を有しないとして訴えを退け、実質審理を避けているのである。

結局は、〔5〕事例においては、控訴審・上告審判決は、入会権者が入会地について所有権の主張をすることが誤っているとしていることになる。しかし、前述のように、共有の性質を有する入会権は、共有権の特殊形態なのであり、入会権者は入会地の所有権者以外の何ものでもない。入会権を熟知した川島博士や中尾教授の説によれば、個々の入会権者の持分の総和が集団に帰属する入会権を構成するのであり、したがって、集団が入会権の法主体であることは疑いない。

私は、このことをもって、入会集団が法人であると言っているのではない。法人主義から入会集団が法人でないことは疑いない。それにも拘わらず、入会集団は、法例二条、民法二六三条・二九四条にもとづき、慣習の効力により、入会権の法主体としての資格を有する。法人概念と団体の権利主体概念とは必ずしも一致しないという実例が、この入会集団を主体とする入会権である。この入会権が共有の性質を有する（民法二六三条）ときは、入会集団を入会地の所有者として評価することとなる。したがって、〔5〕事例において、X₁ら入会集団が、入会地たる係争地について所有権の確認を請求することは、実体法的観点からは誤っていないはずである。この意味においては、同事例

の第一審の姿勢こそ正しい。

控訴審・上告審によるX₁らの訴えの棄却は、〔4〕の場合同様に、むしろ、不動産登記法という手続法上の制約が根本的理由であろう。ここで、かかる観点から〔5〕事例をみれば、もし、X₁らが、係争地がX₁X₂Yという三集団の共有の性質を有する入会地であることの確認を求めたなら、右手続法的制約は解消する。入会権は、不動産登記法上、登記できる権利とはされていないから（旧法一条・新法三条参照）、仮に裁判所が、法人でない入会集団による入会権確認請求を認容しても、その確定した判決書が登記原因証書となりえないことはないからである。

結局、〔5〕事例においては、裁判所だけでなく、入会権の主張をしなかったX₁ら訴訟代理人にも（というよりむしろ代理人の方に第一次的な）問題があったように思われる。むしろ、前述のように、所有権の主張が誤りであったというわけではないが、この所有権が共有の性質を有する入会権であることを明らかにして争う方がより正確なのであり、〔4〕判決のごとき先例があることを代理人が熟知していれば避けられたかもしれない敗訴だったといわざるをえない（したがって、かかる社会的影響の大きい判決を民集に登載して「公認」することをしなかった最高裁判例委員会にも問題なしとはいえない）。このことは、入会地をめぐる訴訟において、入会集団が単に所有権の主張をし、その所有権についてより正確な主張（共有の性質を有する入会権の主張）をしなければ、決定的に不利となる危険性があることを示している。

私の聞取調査によれば、入会集団X₁の関係者は、敗訴した真の理由を理解していない。〔5〕判決は、第一審とは異なり、事実上、実質審理を回避している。この最高裁判決は、結局、集団の名による所有権主張を形式論で排斥しているだけであって、X₁らとYとの関係において、係争地にX₁らの権利が存在していない（Y部落の一村入会地である）とまでは言っていない。しかし、現地の入会権者は、いずれも、最高裁によってX₁らの権利が否定された、と認

識している。このことで、勝訴した方は裁判所のお墨付きを得たと主張し、敗訴した方は、歴史的に顕著な自分たちの権利が一片の判決によって否定されるのは不当だと考える。結局、裁判所の判断が、当事者の紛争を沈静化させるどころか、さらに紛糾させ、事態を混乱に陥れてしまったという事実がある。裁判所が当事者に対する思いやりを欠いていたといえ、この表現は俗に過ぎるであろうか。

この事例は、入会権に関する訴訟の勝敗の行方が、訴訟代理人たる弁護士の本質と大いに関係することを教える。およそ、弁護士が入会権に無知であれば、入会集団がいかに入会地を守ろうとしても、〔5〕事例のごとき憂き目に会うことを意味する。したがって、この事例では、前述のように、X₁らの訴訟代理人に問題があったといふべきかもしれないが、X₁らによる係争地所有権主張は、実体的には誤っていないのである。それでは何が問題で、右のような混乱を招いたのだろうか。結局は、総有説Ⅱ社団主体性否定説が原因だとしかいいようがない。

(4) 社団財産として争われた別の入会地訴訟

ここで、〔5〕事例と同じタイプの、社団財産として争われた実質入会地についてのもう一つの事例を紹介したい。係争地は、沖縄県中頭郡北中城村字渡口の地域内にあるが、字熟田所在の地域集団Y（自治会）によって管理されてきた。震災による登記簿滅失に対処するために実施された戦後の沖縄における土地所有権認定事業により、土地所有権証明書は字熟田名義で交付され、その名で所有権保存登記が行なわれた。字渡口所在のX入会組合が、係争地はXが入会権の対象として所有するに到ったとして、その所有権確認を求めたのがこの訴訟である。

この訴訟の争点は、沖縄における土地整理事業（本土の地租改正に相当）により、係争地がX・Yいずれ財産として認められたか、というところにある。審理中、入会権の問題として扱うべきだとの論が出たようである。しかしXは、共有の性質を有する入会権がXの構成員総員に帰属しているといおうが、所有権が入会集団であるXに帰属している

というが、事の性質は同一であると主張し、あえてXによる所有権確認請求の姿勢を変えていない。

第一審・那覇地冲縄支判令成二年二月二〇日（戦後入会判決集三卷二三頁）は、最高裁〔2〕〔3〕判決を引用し、社団主体性否定説にもとづいて、Xの訴えを棄却した。

控訴審・福岡高那覇支判令平成七年一月三〇日（戦後入会判決集三卷二六頁）は、右一審判決とは異なり、詳細な事実認定の下に、土地整理事業によりX部落住民に本件土地の総有権が認められた証拠がないとして、Xによる控訴を棄却した。

この事例において、第一審と控訴審は、結論としてはXの請求を棄却した点では同一である。ただ、控訴審は、右争点について正面から検討しているのに対し、第一審は、社団主体性否定という形式論を述べるだけで、事実上は、実質審理を回避したといわざるをえない。裁判所がXの主張を退ける上で、どちらの判決が優れているか、いうまでもない。

(5) 入会集団を訴訟当事者とする事例

入会地について、「所有権」としてではなく、正確に共有の性質を有する入会権として、しかも個々の入会権者ではなく、入会集団が原告として争った事例において、裁判所はどのように対応するであろうか。このタイプの事例において、最高裁がきわめて注目すべき判断をしているので、紹介しておきたい。

係争地は、入会集団（構成員五三名）Xの共有の性質を有する入会地である。その登記は、かつての構成員二四名の名義とされていた。Aは、入会権者の一人としてその登記上の共有持分権を有していたが、昭和四九年に、部外者（Y）³に持分全部移転請求権仮登記を許容し、また抵当権登記を取得させた。昭和五七年にA死亡。その相続人Y₁Y₂は、係争地が登記名義人二四名の共有地であり入会地ではないとしてXと争うので、X₁X₂（Xは構成員の一人）が、

Y₁Y₂を相手に、係争地がX₁の構成員の総有に属することの確認、X₂への真正な登記名義の回復を原因とした持分移転登記、Y₃を相手として仮登記および抵当権登記の抹消登記を求める訴えを提起。

第一審はX₁らの請求をいずれも認容。控訴審は、①本件土地の総有確認請求は入会権者五三名全員が共同してのみ提起し得る固有の共同訴訟である、②X₂による登記請求は、訴訟信託を禁止した信託法一条に抵触し、また、構成員らは使用収益権しか有せず、したがって抹消登記請求権を有しないのでX₂がこれらの者から抹消登記請求訴訟遂行権の委託を受けても無効との理由で、第一審を取り消し、X₁X₂の当事者適格なしとして、訴えを却下。X₁らは、①X₁は、部外者を相手として権利確認を求める訴訟において当事者適格を有する、②社団財産については代表者名義で登記するしか方法がないから、本訴請求は信託法一条に抵触しない等の理由で上告。上告審（最判平成六年五月三十一日民集四八巻四号一〇六五頁）は次の理由で控訴審を破棄し差し戻した。

「入会権は権利者である一定の村落住民の総有に属するものであるが（最高裁昭和三四年（オ）第六五〇号同四一年一月二五日第二小法廷判決・民集二〇巻九号一九二二頁）、村落住民が入会団体を形成し、それが権利能力のない社団に当たる場合には、当該入会団体は、構成員全員の総有に属する不動産につき、これを争う者を被告とする総有権確認請求訴訟を進行する原告適格を有するものと解するのが相当である」

「権利能力のない社団である入会団体において、規約等に定められた手続により、構成員全員の総有に属する不動産につきある構成員個人を登記名義人とすることとされた場合には、当該構成員は、入会団体の代表者でなくても、自己の名で右不動産についての登記手続請求訴訟を進行する原告適格を有するものと解するのが相当である」

ここで重要なことは、第一に、係争地がX₁の構成員の総有との判断にあたって、最高裁は、正確に入会権からこれを導いていることである。この判決は、当時の民訴法四六条を適用しつつも、社団財産総有説に依拠していない。第

二に、判決は、原審が構成員の総有に属する財産についてX₁が当事者適格を有しないとすのりに対し、明確にこれを破棄している点である。

原審は、次のように考えたようである。第一審原告として訴えを提起したのは、あくまで、「社団」たるX₁であつて構成員ではない。そのX₁が、係争地を自己所有物としてではなく、構成員の総有物と主張している。一見、ある者(甲)が他人(乙)の所有財産につき、これが乙の所有に属することの確認を求めているかのようである。そこで、原審は、この訴訟では甲ではなく乙を原告とすべきだと考えた。この場合、乙は個々の入会権者である。そこで、原審は、これら入会権者全員の提訴が必要だという。これに対して、最高裁は、甲が係争地を乙財産として争う当事者適格があると判断した。これは一体なげなのだろうか。

前述のように、総有とは、共同所有者らが共同体的規範をもつて集団を組織している特殊な共有形態である。近代法的な意味における社団とは異なり、個々の総有権者の総体が全体の総有集団(實在的総合人)にはかならない。これを右の例でいえば、甲と乙は別人格なのではなく、乙の集合体が甲という主体なのである。したがつて、入会権者が部外者を被告として共有の性質を有する入会権の確認を求めめる場合、入会権者らによる共同訴訟でもよいが、入会権者の集合体たる入会集団(集団としての入会権者)を原告とする訴訟を提起してもよいこととなる。その場合、集団が別に他人の財産を争っていることにはならないのである。右最高裁判決は、この理を認める。入会集団が入会権について法主体性を有することを、当事者適格ありとの訴訟法的表現によつて認容した、重要な判決といふべきである。

(6) 総有説は判例か

総有説は判例であるといわれる。しかし、そうであろうか。これほどに問題を抱えて、社団法理を、そして、訴訟

を提起した当事者を混乱に陥れる総有説に対して、そのような評価を与えるべきなのか。ここでもう一度、これまで本稿で検討してきた五つの最高裁判決における先例的部分を検討してみよう。

〔1〕は、社団からの脱退員の財産分割請求を退け、事実上、社団を保護した。〔2〕は、当事者たる会社が係争地の賃借権主体たることを認めるために、会社設立以前にその実体があったことを事実上認めた。〔3〕は、旧代表者に対する新代表者の社団財産所有権移転登記請求を認容した。〔4〕〔5〕は、社団による所有権確認請求を不可とし、それによって司法と行政の不一致を避けた。

総有説は、すべてこれらの結論を導くための道具として機能した。道具とは、交換可能性を具有する概念であり、したがって、他に合理的な道具があれば、そちらへ交換できるはずである。もとより、〔1〕ないし〔5〕の結論が左右されなければ、道具は何でもよい。その道具が判例だというのは、判例研究の姿勢としては、あまりに安易ではないだろうか。

わが国において、諸判決の中に認められる非実定法的規範をもって法規範といえるかどうか、言い換えれば、判例法の存在を認めるべきかどうかについては議論がある。ただ、法人格なき社団のように、民法に規定のない問題について、諸判決の中に一定規範が存在している場合、事実上、これが実定法に近い効力を有することは否定できない。そのような力をもつ規範としての判例とは、何なのだろうか。穂積重遠博士や末弘巖太郎博士に次いで、戦後、この問題を最も強く意識していた川島博士は、次のように指摘する⁽³³⁾（傍点は原典のまま）。

「裁判は先例に従うべきである」という要請は、抽象的に言えば、法秩序の動揺をふせぎ権利関係を安定させることを目標とするものであり、したがってそこでの実質的問題は、裁判官がどう考えたか、またどういう考えを述べたか、にあるのでは

なく、当該の裁判をおして、どのような事実についてどのような権利がどのように保護されたか、されなかったか、という客観的な事実であるはずである。というのは、当該の判決の中で裁判官がどのような論理で判決を正当化しているか、どのような理由でその判決の結論に到達するに至ったかにかかわりなく、ともかくも当該の事実関係のもとで当該の権利が当該のしかたで保護された、或いはされなかった、という事実こそが、社会生活の現実の秩序の中で生活している人々にとって決定的に重要なできごとであるからである。したがって、当該の判決における先例的要素は、当該の事件の事実関係とそれに対して与えられた判決の結論という客観的事実からのみ導き出されるべきである。

博士の主張を言い換えれば、判例は、対立する当事者の主張（争点）に対して、当該当事者を拘束するために、裁判所が応答し示した判決理由の中にのみ存在する（したがって、傍論部分には先例的意味はない）。井上判事のことばを借りれば、「実体法に基づき主文を導く法理論的過程」⁽³⁴⁾の中にしか、それは存在しないのである。

川島博士の右の主張を、「1」事例を通して具体的に検討してみよう。「1」判決は、脱退員による社団財産分割請求不許という結論を、総有説によって「正当化」している。博士は、権利保護（または不保護）がどのような論理で正当化されたのが問題ではなく、いかなる事実関係の下に、何が保護されたのか（されなかったのか）が重要なのだ、という。この観点からすれば、「1」判決の判例としての意味は、脱退員による社団財産分割請求不許、という部分にあり、その正当化理論である総有説に判例としての意味はないということになる。

総有説は、一見すると、井上判事のいう「主文を導く法理論的過程」の中にあるがごとくである。だがしかし、社団財産が構成員の総有であるとする実定法は存在しない。したがって、総有説は、「実体法に基づき主文を導く法理論的過程」の中にはない。このような、主文の結論に到るための単なる「道具」たる論理前提に判例として意味があるかどうか疑わしいのである。

この意味に限定して、「判例」ということばを使うとき、あえて繰り返すが、社団の問題について、「1」ないし「3」から、判例として、次の規範が導かれる。

〔1〕 脱退員は社団財産について（脱退時にこれについての意思決定が社団においてなされていなければ）、分割請求できない。

〔2〕 会社設立以前に社団組織が形成されその組織の中で財産が管理されていた場合、会社設立以後は、その財産は会社財産となる。

〔3〕 社団財産に関する移転登記請求訴訟においては、代表者個人に当事者資格が存する。

さらにここで、「2」と「3」における総有についての無理解から生じた上告審判決の過誤を指摘しておこう。まず、「2」事例において、賃借地たる係争地においてYら（構成員）が他の構成員とともに店舗を経営していたが、Yらが所属するA団体（X会社の前身）で、Yらの店舗撤去が議決された。Yらはこれに抵抗するために、自己の店舗の敷地部分に自ら賃借権を有すると主張した。このようにして、「2」事例の争点は、X会社設立以前においては、係争地賃借権がA団体に属するのか、Yら構成員が共同してこれを有するのか、というところにある。「2」判決は、総有説にもとづいて、「本件土地賃貸借契約により、いわゆるAの構成員全体はAの名の下に本件土地の賃借権を取得した」という。ここでいう「Aの構成員」の中にYらが含まれており、したがって「2」判決は右の判示により、Yらを賃借権者の一部と認めたことになる。

もとより、「2」事例において、真実、係争地賃借権がYらの総有に属していたのなら、Yらを含めて全員の合意がなければ総有財産の変更はできない。いわんや、総有権者の一部であるYらの権利を、多数決で奪うことはできないはずである。それにも拘わらず、裁判所はYらの賃借権の主張を排斥した。総有説は、じつはこの事件ではその結

論を正当化することすらできていない。

〔1〕判決は、「総社員の同意のない限り」と全員一致原則をいう。一方で、〔2〕判決は、多数決原理を示す。最高裁において、総有概念に関する見地が一定していないと指摘せざるをえない。

さらに、〔3〕判決は、次の二つの過誤を犯している。

① 総有説から社団主体性否定説を導いたこと。

② 社団主体性否定説から、代表者の登記請求当事者適格を導いたこと。

総有説は、前述のように、学説においても、また、最高裁の総有説リーディング・ケースたる〔1〕においても、事实上、構成員全体としての法主体性を認めようとしたもので、総有説から社団主体性否定の結論を導くのであれば、社団財産を構成員の共有と解する古典的な立場とまったく変わらなくなってしまう。これでは、総有における集団的法主体性を見落としているとしかいいようがない。

さらに、代表者個人に旧代表者に対する移転登記請求当事者適格が存するとの見地を、「社団に権利主体性がない」登記請求権がない」ことから導くのは正しくない。登記訴訟における当事者適格とこれを前提とした本案における請求で勝訴できる地位は、原則としては、登記申請実務上の登記権利者としての資格に由来するのである。

たとえば、甲所有の不動産が乙（いずれも法人格者とする）に譲渡されたにも拘わらず甲が乙に移転登記をしないので、乙が甲を相手に移転登記請求訴訟を提起するという場合を考えよう。同訴訟における乙の当事者適格（同時それを前提に本案で勝訴できる地位）は、その確定判決をもってする将来の登記申請における登記権利者としての資格に由来する。そのために、登記権利者たりえない者は、原則としては、当事者適格を有しないというより、本案で勝訴できないのである。⁽³⁶⁾

さて、代表者（甲）名義となっている社団資産について代表者が甲から乙へ交替したという場合、登記実務上、甲から乙へ「委任の終了」を原因として移転登記が行なわれる。³⁷〔3〕判決は、乙（X）が甲（Y）に対して移転登記請求権を取得すると判断しているが、これは、右の登記実務を追認したものである。最高裁は、まさにこのことを理由にXの当事者適格を認めるべきであった。ただこれは、「社団に権利主体性がない」という道具を使うか、「新代表者が旧代表者に対する登記権利者たる資格を有する」との登記実務上の理由を使うかだけの話であって、いずれにしても、争点たる代表者の当事者適格を認容する前提にすぎない。

このようにして、〔3〕判決が述べた社団主体性否定説は、右の結論を正当化するための道具的前提であり、判例としての意義が疑わしいのである。そうなると、社団主体性否定説を根拠として、その所有権確認請求または不当利得返還請求を否定する〔4〕〔5〕判決の根拠もまた、疑わざるをえなくなる。

(7) 社団の当事者能力と権利主体性

旧民法四六条は、前述のように大正一五年に新設された。その趣旨は、「法人でない社団」（旧規定では「法人ニ非サル社団」）の多数の構成員が当事者となることの煩雑さの回避にある。〔4〕〔5〕事例において、最高裁はこの適用を認めて本案審理に入ったにも拘わらず、当該社団に権利主体性がないと判断した。この論を徹底すると、法人でない団体（社団、財団、入会集団）には、すべて権利主体性が認められないこととなり、一切の法律効果を認容できないことになる。そうすると、これまで団体の当事者能力と権利主体性を前提に審理し、ほぼ妥当な結論をもたらしてきた多くの下級審判決は誤りだったということになる。それでは、団体財産に関する訴訟の道が閉ざされることとなる。要するに、民法二九条の適用は認めるが私法上の権利主体性は認めないとの判断のどこかが誤っているのである。

〔4〕事例の上告審における塚本裁判官の、乙による不当利得返還請求を認めるべきだとの主張は、結論としては正当である。しかし、この塚本反対意見に抗する大塚裁判官の補足意見は、社団に私法上の権利主体性がないから不当利得返還請求も認められないという。前述のように、不動産所有権確認請求を認めるべきではないとの論は、登記実務との関係でまだ理解できないのではないのだが、登記とは何の関係もない金銭の問題までも切り捨てようとする立場は、概念法学以外の何ものでもない。

このような総有説に社団主体性否定説が最高裁「判例」だというのなら、法人でない団体を当事者とする訴訟を提起すれば、裁判所は、ほぼ、団体の権利主体性を否定し、訴えを棄却するということになる。そうすると、かかる団体に關する訴訟においては、構成員を当事者とすべしということになる。さらに、当該団体が財団である場合、ほぼ、訴訟の道が閉ざされることとなる。

この状況下においては、民訴法二九条の存在は、無益というだけでなく、有害といわざるをえない。先ほど、弁護士の資質を問題にしたが、かかる状況をよく認識していない訴訟代理人が、たとえば団体が他へ金銭を貸しつけたことを原因とする債務の履行請求訴訟を提起するにあたり、団体を原告とするのは、民訴法二九条の規定があれば当然である。しかし、この形態の訴訟は、前記最高裁「判例」からは、つねに敗訴することとなる。この事態は、民訴法二九条が存在するがために生ずるもので、この規定がなければ、訴訟代理人は団体ではなく、当然に構成員を原告として提訴するしか道はない。そうすれば、団体に権利主体性がないとの理由で、裁判所から事実上実質審理を拒否されることはないわけである。ただ、この団体が財団であれば、貸付金返還訴訟等において、財団が原告として請求する場合も、財団を被告として請求する場合も、構成員を当事者とするという方法で争う道は閉ざされることとなる。

ただし、かかる状況下においても、入会集団にとっては、民訴法二九条の存在意義は大きい。集団が原告として入

会権確認請求をした場合、総有説³⁹ Ⅱ 社団主体性否定説をもってしても、前記最判平成六月五日三一日の見地からすれば、入会集団が入会権の法主体性を有しないと判示することは不可能だからである。

このようにして、総有説³⁹ Ⅱ 社団主体性否定説を判例として位置づける場合、民訴法二九条は、入会集団以外の法人でない団体において、存在意義を喪失する。要するに、最高裁は、法人でない社団においては、民訴法二九条を避けて、つねに、構成員を当事者とする訴訟を提起せよ、と言っていることになる。さらに、財団に関しては、訴訟の道を与えないことも最高裁の立場ということになる。

〔4〕〔5〕は、棄却判決であり、当事者能力不認容を理由とする却下とは異なる。つまり、形の上では、本案審理が行なわれたことになっている。しかし、裁判所は、判決にあたって、当該事件における事実を確定し、かつ、それを基礎として判断したものではない。このことは、〔4〕〔5〕と同旨の前記那覇地沖繩支判平成二年二月二〇日と、その控訴審判決を比較してみれば、よくわかるであろう。社団の権利主体性否定を理由とする棄却判決は、実質的には当事者能力を認めない却下判決と同一なのである。

この問題は、実体法のみならず、民訴法二九条の視点からも検討しなければならないが、それを詳細にここで論ずるには紙数の余裕がない。同規定上の「社団」概念については、すでに昭和六二年に、不十分ながら拙稿で見解を明らかにした。³⁹ ただその後、裁判例も蓄積しているので、改めて、この問題を含めて別稿で論じたいと思う。

ともかく、最高裁「判例」の立場からするならば、法人でない団体は、社会の中で活動すべきではない。人々は、社団的結合を避け、つねに烏合の衆として活動せよ。近年、法人設立が容易になってきているので、活動しなかったらつねに法人格を取得せよ。財団にあつては法人格取得まで活動してはならない。これが、総有説³⁹ Ⅱ 社団主体性否定説の最終到達点である。

七 若干の提言

1 「社团的総有」概念の定立

前述のように、総有とは入会的共有を指す概念であり、かかる総有権（入会権）者の組織は、明らかに近代的多数決原理を前提とする社団とは異質である。そもそも、入会集団において、一部、市民法原理とは異質な共同体的規範（入会慣習）による組織規律・財産管理が可能なのは、民法が明文の規定をもってそれを許しているからである。とすれば、入会財産の主体とはいえない社团的団体については、基本的には専ら市民法的規範によって規律されなければならない。したがって、入会集団とそうでない組織体は、明確に区別して考えなければならない。

社団の創立は、権利主体創出行為としての法律行為（定款の作成）にもとづく。その効果として、権利主体としての社団が、法人たる資格を有しない姿で成立する。この社団組織が現に財産を所有するものとして運営されれば、その実績（慣習）に対し、法例二条が法的効力を付与する。ここで、かかる社団創立が民法三三条という「公ノ秩序」に違反するるのであれば、むしろ、法例二条の反対解釈により、その慣習の法的効力は否定されるが、そこまで実定法万能主義の立場を貫くのはいかなるものであろうか。

私は、総有とは入会的な共有形態であるという観点と、右のような社団主体性肯定の立場から、社団財産を総有する見地は誤りだと思ふ。ただ最高裁が、社団資産につき社团的单独所有と称するのが不都合であり、どうしても総有の語を使用しなければならないというのであれば、私としてもその現実を直視せざるをえない。

そこでまず、次の提言をしたい。それは、本来の総有（入会的共有）とは別概念の「社团的総有」概念の定立であ

る。この方法により、社団と入会集団が異質な組織体であるという実体論に矛盾せず、何とか、社団財産の法律関係を説明できないではない。

歴史的にみれば、前述のように、総有の語が裁判例の中で使用されたのは戦前からであり、それは入会という共同体的財産管理を前提にする共同所有形態を指した。したがって、これをまず「本来の総有」として位置づけるべきである。

戦後に、裁判例の中で、我妻博士が理解した形の（持分がないことを前提とした）総有概念が、社団財産の帰属を説明する道具として使用された。これは、明らかに入会とは異質の概念をもって使用され始めているのである。

『土地総有権史論』の著者である石田博士は、入会集団が社団とは異質であることを十分承知していたのではないだろうか。博士は、同書の中で、次のように述べている。⁽⁴⁰⁾

既に説明した如く、村民は住民たる資格によつて入會林野に對する使用収益の權能を有し、村落は住民の總合體として入會林野に對する管理處分の權能を有した。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。

一方で、その後の前記論文「權利能力なき社団」の中で、石田博士は次のようにも論じている。⁽⁴¹⁾

例へば、或學友會がボートを所有してゐたとする。其のボートに對する管理權及び處分權は學友會そのものに屬し、學友會員總會の決議によつて管理方法なり處分方法なりを決定する。反之、ボートの利用は各會員が會員たる資格に於て当然之を爲

すことが出来るけれども、その利用の方法は學友會の定めた利用規則に従つて之を爲さねばならぬのが、實際の關係である。これは即總有關係であつて、個人所有型たる共有關係とは根本的に異つてゐる。

石田博士は、入會權の主体たる村落集團と、社團の例として引いた「學友會」の双方の財産關係を總有だといふ。これは、博士が、兩組織を同質のものとして解していたというより、社團財産共有説の否定のため、あえて入會權に関する財産管理概念をそれ以外の分野へと転用したにすぎないのではなからうか。その目的は、共有説から生ずる分割請求權の封殺にあつたと推測される。博士が主張する社團財産の總有とは、実は、仮面をかぶつた社團單獨所有説に他ならないのである。

そこで、私は、入會的共有とは異なつてゐることを明確にした上でならば、「總有」の語を使用してもよいと思う。これが「社團的總有」概念である。この新・總有概念においては、社員は所有權割合としての持分を有しない。社員各自の權利の實體は、議決權を本質とする社員權に他ならない。このようにして總有説は、石田博士という原點に帰るべきなのである。

ただし、この方法では、法人格のない団体全体を統一的に理論づけることができないことを肝に銘じておくべきである。財團の場合には、構成員が存在せず、總有による理論構成が不可能であり、ここに到つて總有説は最終破綻する。ただそれでも、とりあえず、社團財産のみ視野におけばよいというのであれば、「社團的總有」論でなんとか急場は凌げないではない。どのみち、總有説は、一定結論を導くためのプラグマティックな道具にすぎないから、財團の説明はまた別の方法を考へるとするのによいだろう。

以上は、入會權を学ぶ立場からの提言であり、この「社團的總有」概念と「本来の總有」を混同し、入會權に持分

がない、と決め付けないでもらいたいのである。

2 総有権の確認へ

六2(4)で検討した沖繩県中城村における入会地訴訟を振り返ってみれば、第一審が興味深い指摘をしているので、ここで、紹介しておきたい。それは、前述のように、団体Xによる所有権確認請求に対して、第一審判決が、「本訴請求には、本件各土地がXの構成員の総有に属すること（本件各土地につきXの構成員全員が総有権を有すること）を前提に、その確認を求める趣旨を含むものと解する余地が全くないわけではない」としている点である。この判決は、そのように解したとしても、構成員ではなく団体たるXが訴えるのは当事者適格を欠くことになる点と述べている。前述のように、総有概念は、構成員全体の集団的主体性を前提とするので、その後の最判平成六年五月三十一日（前述）からしても当事者適格の欠如の指摘は筋違いである。ただ、この那覇地裁沖繩支部判決が、傍論ながらも、Xによる所有権確認請求を総有権確認請求と解する余地があることを明らかにしている点に注目すべきである。そこで、「社団的総有」概念を前提として、さらに次の提言を試みたい。

まず、下級審は、法人でない団体を主体とする所有権確認請求に対しては、「総有説が最高裁『判例』である」とことを根拠に、その訴えを棄却するよりむしろ、訴訟代理人に対し、総有権確認請求へと表現の訂正を非公式に示唆すべきである。もちろん、社団による所有権確認請求が民法一三七条一項にいう「不備」であると解しうるなら、裁判長の補正命令の対象となろう。ただ、裁判長による訴状審査は必要的記載事項の充足等、形式的な点を対象とするので、この解釈は、実務的には難しいように思われる。ただそれでも、裁判長が事実上の訂正示唆を与えてもよいのではないか。

ここで訴訟代理人は、民訴法二九条により団体を原告として所有権確認請求をすれば、裁判所の逆鱗に触れることを肝に銘ずるべきであろう。

次に、その訂正がなくても、裁判所は、前述の那覇地裁沖繩支部判決がその姿勢を見せようとしたように、所有権確認の訴えを総有権確認請求と解釈し、実質審理へと入るべきである。その上で事実上団体資産と認めうるとの心証を得たら、総有権を確認する旨の判決を言い渡すべきである。この場合、「社団の総有権」と表現しようが、「社団構成員の総有権」と表現しようが、同じことであるからどちらでもよい。

あえて繰り返すが、総有とは構成員による共有であると同時に、集団としての構成員総体の所有をも意味する概念である。社団財産に関する総有説は、社団を構成員の総体とみる理論に他ならないから、右二つの表現に本質的な違いはない。そして、総有権とは、共同所有権の特殊形態であつて、所有権概念の一部をなすものであるから、総有権確認の訴えは、本質的に所有権確認の訴えなのである。

よつて、原告たる社団が所有権確認を求めのに対して、裁判所が「社団の総有に属する」または「社団構成員の総有に属する」と判示しても、当事者が申し立てていない事項について判決をしたことにはならないのではないか。そのようにして総有権確認判決が言い渡されても、総有という登記方法はないから、まちがつてもこの判決で総有権登記申請がなされる虞はない。よつて、この司法判断が社団の登記能力を否定する行政実務と齟齬をきたすことにはならない。

問題は、社団が受けた判決の効力が構成員に及ぶかどうかである。これは、団体を原告とする所有権確認請求訴訟より、団体を被告とする給付訴訟において注意を要する⁽²⁾。

入会権を学ぶ立場からは、社団財産を総有とする説は不当という他はない。そしてまた、研究者・実務家を問わず、

総有に対しては、持分がないと理解し、また総有集団の法主体性を見落とすなど、誤解が多い。総有説はこの誤解の上に成立しているのだが、今後、最高裁が誤解を改め、適切な判断をするようになるかどうかはわからない。したがって、私は、この現実をとりあえず受け止め、「社団を主体とする所有権確認請求を総有権確認請求と解釈すべし」との提言を試みるものである。ただ、欲をいえば、社団が当事者として所有権確認のみを請求した場合、同確認判決が不動産登記法六三条（旧法二七条）における「判決」に該当しない（社団所有権登記申請はできない）との釘を刺して、それを認容する判決が言い渡せないものだろうか。また、当事者が社団名義での登記という給付判決をも求めた場合には、その部分だけ棄却すれば足りるのではないかと思うのだが。

八 結び

法人でない団体資産たる不動産の登記の問題につき、司法判断と行政判断の齟齬を避けたいとの配慮は、よく理解できる。ここで、あえて、権力分立がないがしろにされているではないか、との青臭い議論をするのは差し控えよう。もちろん、行政による判断とは必ずしも一致しない判断をした水保病認定に関する最判平成一六年一〇月一五日（判例地方自治二五九号四八頁）のように、あえて裁判所が行政とは異なった立場をとることも必要な場合がある。けれども、これほどの深刻さを持たない、法人でない団体の資産に関する登記という、法実務の問題について、最高裁と法務省の間に大きな隔たりがあるのは考えものなのである。やはり、両者が統一した立場にあるに越したことはない。しかし、この配慮のために、当事者能力は認めるが権利主体性は認めない、というよくわからない形式論を前面に出すのはいかがなものであろうか。裁判所は、登記実務だけでなく、法人でない団体による財産所有という実体にも

配慮すべきである。

権利主体性は、自然人と法人に認められ、法人でない団体はこれを有しないとの論は、あきらかに、民法が法人でない団体に関する規定を欠いているところから出ている。しかしそれは、民法がかかる団体の問題を予定していないというだけのことであつて、民法がこのような団体の権利主体性を否定する趣旨を有しているともいえないのである。そのために、「1」「2」のように、事実上は法人格なき社団の権利主体性を認容する結論を導く判決が言い渡されている。「3」はその権利主体性を否定しつつも、じつは、それが社団代表者の当事者適格を是認するための道具となつていたのであつた。さらに、「4」は、法人でない団体による登記申請不許、同団体名義による所有権登記不許といった行政実務を追認する道具として、総有説¹¹社団主体性否定説を使用したと思われるのであつた。

民法という実体法のレベルでは、総有説を歴史的にみれば、前述のように、事実上、法人格なき社団の権利主体性を認める道具としての意味があつた（少なくともかつてはそうであつた）。しかし、不動産登記法のレベルにおいては、法人でない団体などというものは、原則としては存在しない。ここで、手続法が実体法に従属せず独自に自己主張していると非難しても始まらない。

法人でない団体が登記能力を欠く問題点について、長い間、議論が交わされてきた。法務省民事局が怠慢だとさえ非難されてきたように思う。ただ、その登記能力の道を開くについては様々に難しい問題があり、この点について同局を責めるのも無理のような気がする。法務省はむしろ、法人化を容易にする方向で、解決を図ろうとしたきたように思える。しかし、それで問題が完全に解決するわけではない。

民法学者は、そろそろ、この現実を受け入れざるをえないようである。ただ、そうだとしても、法人格なき社団は権利主体性を有しないとの危うい理論には修正が必要に思う。

平成一五年の日本私法学会におけるシンポジウムの一つは、『団体論・法人論の現代的課題』であつた。とりわけ戦後に活発に議論されたこのテーマについて、いくつかの法人化立法を経て、一時代が過ぎたとの認識から、同シンポジウムの開催となつたようである。

この席で、私は、「権利能力なき社団」というドイツ民法直訳式の表現を改めるべき提言をした。⁽⁴³⁾「権利能力なき社団の権利能力」という表現自体、矛盾以外の何ものでもないからである。もともと、「権利能力なき社団」論は、法人格を有しないにも拘らずどのような形で社団の権利能力を認めていくか、という議論ではなかつたかと思う。そのため、法人論そのものが再検討されたのだと、私は認識していた。しかし、その認識も少々甘かつたようである。ただ、石田博士を始めとした「権利能力なき社団」という呼び方をする研究者においても、決して「権利能力がない」から存在しないものとして扱え、と主張しているわけではない。「権利能力なき社団」の語がすでに固有名詞化し、論者によっては、「権利能力なき社団の権利能力」という表現にこだわりを感じていない場合もある。⁽⁴⁴⁾用語の問題にすぎないから、これはこれでよい。ただ、この用語が、⁽⁴⁵⁾「4」「5」のごとき危うい判決につながるふしがあることだけには、注意が必要である。

註

- (1) 中尾英俊編〔平成一六年、信山社〕。
- (2) 川島武宜『法律学』の現代的問題点 川島武宜著作集五卷〔昭和五七年、岩波書店〕三二一頁。
- (3) 中田薫「徳川時代における村の人格」法制史論集二卷〔昭和一三年、岩波書店〕九八七頁。
- (4) 中田・註(3) 文献九九〇頁。
- (5) 平野義太郎『民法におけるローマ思想とゲルマン思想』〔大正一三年、有斐閣〕一六五頁。

- (6) 中田・註(3) 文献七八七頁
- (7) 石田文次郎『土地総有権史論』(昭和二年、岩波書店)二〇三頁。
- (8) 我妻栄『物権法』(昭和二十七年、岩波書店)二〇一頁。
- (9) 我妻・註(8) 文献同頁。
- (10) 我妻『新訂民法総則』(昭和四〇年、岩波書店)一三三頁以下。
- (11) 川島武宜『民法総則』(昭和四〇年、有斐閣)一三九頁。
- (12) 中尾英俊①『入会林野の法律問題へ新版』(昭和五九年、勁草書房)九二頁。②『物権法』(昭和五三年、青甲社)一三一頁以下。
- (13) 川島「入会権の基礎理論」川島武宜著作集八卷(昭和五八年、岩波書店)七三頁〜七五頁。
- (14) 中尾・註(12) ①文献九六頁。
- (15) 我妻『新訂物権法』(有泉亭補訂)(昭和五八年、岩波書店)四三八頁。
- (16) 黒木三郎・熊谷開作・中尾英俊編『昭和四九年全国山林原野入会慣行調査』(昭和五〇年、青甲社)。
- (17) 註(16) 文献三八頁。
- (18) 註(16) 文献三九頁。
- (19) 川島『部落会』と『部落』Ⅱ入会団体との関係について註(14) 文献三三三頁。
- (20) 中尾・註(12) ①文献九六頁、九七頁。
- (21) 廣中俊雄編著『民法修正案(前三篇)の理由書』(昭和六二年、有斐閣)二七六頁。
- (22) 渡辺教授は、総有持分否定説を批判し、次のように指摘している。「たとえば入会権は総有であつて個人の持分がないという解釈は、今日持分ある入会権が広汎に発生している、という事実を説明することができず、そのように持分ある権利はもはや入会権ではないという安易な理論的結論におちいらざるをえない」(渡辺洋三『入会と法』(昭和四七年、東京大学出版会)一九二頁。他に総有持分に肯定的な立場として、米山隆「総有の本質について」奈良法学会雑誌(平成九年)一頁。
- (23) 中田薫・註(3) 文献九六三頁。戒能通孝『入会の研究』(昭和一八年、日本評論社)二七四頁以下。川島・註(13)

文献七〇頁。中尾・註(12) ①文献九四頁。

- (24) 入会集団にも民訴法二九条における当事者能力を認めるべきであり、判例(本文で触れた最判平成六年五月三十一日民集四八巻四号一〇六五頁)もこれを認容する。ただ、これを認めるからといって、本案で同集団に社団法理(たとえば多数決原理)を適用すべきではない。当事者能力認容の是非は、あくまで本案前における訴訟要件の問題であり、本案とは切り離して考えなければならない。くわしくは、江淵「民訴法四六条の適用範囲——訴訟法上の『社団』の意義」西南学院大学大学院法学研究論集第五号(昭和六二年)一一三頁以下。

- (25) 我妻・註(10) 文献一三三頁。

- (26) 大正一五年に民訴法旧規定四六条が新設されるに際し、議会における立法趣旨の説明として、池田寅一郎政府委員は、「訴訟となつたならば、頗る錯雜したる關係を生じて困るであらう、先づそれ等のものには四十六條は直ちに適用されるものと思ひます訴訟の關係を簡約にして、さうして迅速に解決を圖ると云ふ爲に、斯う云ふ一つの當事者資格を認めたいのであります」と述べている(第五十一回帝國議會議事訴訟法改正法律案委員會速記録一九一頁)。

- (27) 石田「權利能力なき社団」民法研究I(昭和九年、弘文堂書房)四七頁。

- (28) 昭和三年六月二一日民事甲一八九七号民事局長回答(登記研究一〇号二六頁)、昭和三六年七月二一日民事三六六二五号民事局長第三課長回答(登記研究一六七号二八頁)。

- (29) 大判明治四四年二月二二日民録一七輯八七七頁。

- (30) 香川氏は、社団名義による登記が認められない理由として、社団の權利主体性がないからとの理論的な理由と、虚偽団名義の登記の危険性や代表者権限の公証不能という実務的な理由の双方を指摘している(香川保一「人格なき社団の成立要件とその財産の帰属關係及び登記方法」登記研究二二一号〔昭和四〇年〕一二頁以下)。この二つの理由につき、香川氏の論述を比較すれば、明らかに、実務的な理由の方に比重が置かれている。

- (31) 昭和五七年に「5」事例における集団の一つにつき現地調査を実施し、係争地が数村人会地であることを確認した(江淵「入会権確認請求を伴わない地域集団財産訴訟」島大法学四九巻一号〔平成一七年〕一頁参照)。

- (32) 「5」事例における調査結果については、註(31) 文献二七頁ないし三〇頁参照。

- (33) 川島「判例研究の方法」註(2) 文献一五二頁以下。

- (34) 井上薫「司法のしゃべりすぎ」〔平成一七年、新潮社〈新潮新書一〇三三〉二四頁〕。
- (35) 菅原脊二「権利能力なき社団(二)」論叢九卷〔大正一二年〕六号五三頁以下。
- (36) その例外は、法人でない社団や入会集団である。これら法人格を有しない団体は、自己の代表者への移転登記請求訴訟で勝訴しても、登記権利者たりえない。当該代表者へ移転登記を命ずる判決をもってする登記申請においては、当該代表者が登記権利者となる(この点については、註(38)③の前者判決参照)。このように、団体には申請資格は、登記実務上認められていない。それでも、団体代表者名義へ登記せよとの給付訴訟について、団体自身にその給付を求め正当な利益ありとってよい。これは、団体と代表者との間の委任契約を基礎とする。
- (37) 昭和四一年四月一八日民事甲一一二六号民事局長回答(登記研究二二四号四五頁)。この問題については、香川・註(30)文献一六頁。江測「非法人団体資産の登記と『委任の終了』(上)(下)」登記研究五〇八号〔平成二年〕二七頁・五〇九号〔平成二年〕一頁。同「登記原因としての『委任の終了』再論(1)(2)」九州共立大学経済学部紀要八七号〔平成一四年〕一頁・八八号〔平成一四年〕一頁。
- (38) ① 所有権主体性を認めたもの…東京地判昭和三七年四月二日下民集一三卷四号六三三頁。東京地判平成元年六月二八日判時一三四三三六八頁。
- ② 所有権にもとづく家屋明渡請求を認めたもの…神戸地昭和三〇年一月二九日下民集六卷一号一三三三頁。
- ③ 代表者への移転登記請求を認めたもの…大阪高判昭和四八年一月一六日判時七五〇号六〇頁(この判決は、傍論として、社団の請求にもとづく代表者個人へ登記をなすべき判決が確定したときは代表者が登記申請人となることを述べる)。東京地判平成元年六月二八日判時一三四三三六八頁。
- ④ 水利権主体性を認めたもの…広島地尾道支判昭和二五年一月一三日下民集一卷一五頁(ただしこの集団は、入会集団類似の共同体組織であり、社団組織ではないと推測される)。
- ⑤ 占有訴権主体性を認めたもの…横浜地判平成三年一月二九日判タ七六八号二三二頁。
- ⑥ 貸付金返還請求権主体性を認めたもの…東京地昭和四四年一〇月六日判時五九三三五五頁。
- ⑦ 請負契約主体性を認めたもの…東京高昭和二八年七月九日下民集四卷九号九九〇頁。
- ⑧ 名誉権侵害を原因とする損害賠償請求主体性を認めたもの…東京地判昭和四三年一月三一日判時五〇七号七頁。東京

- 地判昭和四四年一二月一六日判時五七九号二九頁。水戸地判平成二年六月二九日判時一三六四号八〇頁。
- (39) 江測・註(24) 文献。
- (40) 石田・註(7) 文献五九〇頁。
- (41) 石田・註(27) 文献四九頁。
- (42) 江測・註(24) 文献一四〇頁以下。
- (43) 『私法』六六号〔平成一六年〕三九頁以下。
- (44) 森泉章『新版注釈民法(2)』〔平成三年、有斐閣〕七九頁。
- (45) 〔4〕判決に対する批判として、上原敏夫・判時九九二号(判例評論二六六号)一六四頁。