六条が必ずしも保険契約者の利益のみではなくて、保険会社の経営上の利益をも目的とするものであると主張するもののようである。しかしながら、いずれにしても猶予期間中にアフ・ロスのモラル・リスクがあるものと解するかぎり、保険会社の本件特約五条の援用が信義則違反にあたるということはありえない。

むしろ問題になるのは、理論的に、分割保険料が未払の間は、その期間をカバーすべき保険料の払込がないことになるのか、という点である。というのは、いわゆる保険料不可分の原則からすれば、一保険料期間の保険料はその全額が一体として全期間をカバーすべきものであって、保険料の分割払が約されている場合であっても、一回分の分割保険料がカバーすべき期間という観念は成り立たないものだからである。したがって、本件のように結局は保険料の全額が支払われ、契約の効力が継続したときには、あらためて本件特約五条の理論的な妥当性が検討されるべきことになろう。

ただ、特に自動車保険において保険料の分割払の実務が今日定着しており、実際にアフ・ロスのモラル・リスクがある以上、技術的な実務処理として本件特約五条・六条の効力を認めざるをえない。

倉澤康一郎

〔最高裁民訴事例研究 三二一〕

平六・4（最高民集四八巻四号一〇六五頁）

一　総有権確認請求訴訟における入会団体の原告適格

二　権利能力のない社団である入会団体の代表者が、総有権確認請求訴訟を原告たる入会団体の代表者として追行するための要件

三　権利能力のない社団である入会団体の代表者でない構成員が、総有不動産についての登記手続請求訴訟の原告適格を有する場合

所有権確認等請求事件（平成六年五月三一日第三小法廷判決）

本件の事案の概要は、次の通りである。

A部落の部落有財産管理組合であるX_1は、本件土地がA部落民の入

会地であり、A部落民が本件土地について共有の性質を有する入会権を有しているので、その所有形態は総有であること、またX₁は、入会権者であるA部落民によって構成された法人格なき社団であるところ、登記簿上本件土地の共有持分を有するY₁Y₂が本件土地の共有持分を有すると主張してX₁組合構成員全員の総有を争っていること、を主張してY₁Y₂を相手に本件土地がX₁の構成員全員の総有に属することの確認を求めた。また、X₁の構成員であるX₂は、これに併せて、Y₁Y₂の共有持分のX₂への移転登記と、同共有持分につき抵当権登記を有しているY₃に対して抵当権の抹消を求めた。なお、X側の主張によれば、X₁代表者DがX₁を代表して訴訟を提起すること及びX₂かX₁構成員の総有する不動産につき登記名義を持つこと、については訴訟に先立ってX₁の全構成員の同意を得ているとのことである。

第一審　X側の請求を全部認容

控訴審　Y側の本案前の主張をとりいれて原判決を取消し訴え却下。

理由は次のとおりである。

本件土地の総有確認請求は、A部落有財産の入会権者であるX₁組合の組合員五三名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解さざるを得ない（最高裁昭和四一年一一月二五日判決・二小・民集二〇巻九号一九二一頁参照）。けだし、右の訴えて請求されている入会権は、権利者であるB町の一定の部落民即ち組合員に総有的に帰属するものであるから、その権利の確認を、対外的に非権利者である控訴人Y₁Y₂に対して請求するには、権利者全員が共同して行うことか当然であり、かつ必要であること、一部の権利者によって提起された確認訴訟の確定判決の効力が、団体的権利である入会権の性質上当事者とならなかった他の権利者にも及ぶこととなり、特に敗訴判決の場合には甘受し難い不利益を蒙る結果となるからである。この理は、被控訴人組合に組合規約があり、意思決定機関である総会、代表者たる組合長が置かれ、かつ総会において本件総有確認の訴えの提起につき組合員全員の一致による議決があった場合でもなお同様て、X₁組合には当事者適格はないものと解される。

本件土地についてはC他二三名の共有名義の所有権移転登記が経由されているが、その権利の実体は、入会部落である大畑町の部落民たる構成員五三名全体に帰属する入会権であるから、各構成員はもともと持分を有せず、これを処分することもできないものである。そして入会部落の構成員である右五三名は、本件土地について使用収益権を有するにすぎないから、右収益権と無関係な本件土地の持分登記の移転、抹消を求める登記請求権は、入会権者たる右構成員全員に総有的に帰属するものというべく、従ってこれを訴訟上行使する右各請求も右構成員全員において提起することを要する固有必要的共同訴訟であるといわなければならない。X₂は、被控訴人組合の組合員の一人であり、一時期その組合長、大畑部落の区長を務めた者であるか、昭和五二年八月一四日の総会において組合員全員の同意を以て処分禁止の仮処分申請の申請人となってこれを提起遂行することの委託を受けた者にすぎないから、もとより右登記請求権に基づく本件訴訟の提起遂行につき当事者適格を有するものではない。けだし、組合員総会における本件訴訟の提起遂行の権限の委託は形式的にみれば、信託法一一法条で禁止している訴訟信託の禁止に抵触するものであり、実質的にみれば、入会権自体に基づいてのみ可能な管理処分に関する事項について、入会部落の一員として参与し得る資格を有するだけて共有におけるような持分権を有しない各構成員は、構成員各自において、使用収益権に基づく抹消登記手続を求めることができない（最高裁昭和五七年七月一日判決・一小・民集三六巻六号八九一頁参照）から、各構成

員がX_2に委託すべき権限を元来有しないものと言うべく、各構成員による訴訟遂行権の委託の議決はそれ自体無意味であるからである。

〔判　旨〕破棄差戻

一　上告理由第一点について

1　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一一月二五日第二小法廷判決・民集二〇巻九号一九二一頁）、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追行する原告適格を有するものと解するのが相当である。けだし、訴訟における当事者適格は、特定の訴訟物について、誰が当事者として訴訟を追行し、また、誰に対して本案判決をするのが紛争の解決のために必要で有意義であるかという観点から決せられるべき事柄であるところ、入会権は、村落住民各自が共有におけるような持分権を有するものではなく、村落において形成されてきた慣習等の規律に服する団体的色彩の濃い共同所有の権利形態であることに鑑み、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追行し、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からである。

2　そして、権利能力のない社団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者として追行するには、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による授権を要するものと解するのが相当である。けだし、右の総有権確認請求訴訟についてされた確定判決の効力は構成員全員に対して及ぶものであり、入会団体が敗訴した場合には構成員全員の総有権を失わせる処分をしたのと事実上同じ結果をもたらすことになる上、入会団体の代表者の有する代表権の範囲は、団体ごとに異なり、当然に一切の裁判上又は裁判外の行為に及ぶものとは考えられないからである。

3　以上を本件についてみるのに、記録によると、上告人A部落有財産管理組合X_1は、B町の地域に居住する一定の資格を有する者によって構成される入会団体であって、規約により代表の方法、総会の運営、財産の管理等団体としての主要な点が確定しており、組織を備え、多数決の原則が行われ、構成員の変更にかかわらず存続することが認められるから、右上告人は権利能力のない社団に当たるというべきである。したがって、右上告人は、本件各土地が右上告人の構成員全員の総有に属することの確認を求める訴えの原告適格を有することになる。また、右上告人の代表者である組合長Dは、訴えの提起に先立って、本件訴訟を追行することにつき、財産処分をするのに規約上必要とされる総会における議決による承認を得たことが記録上明らかであるから、前記の授権の要件をも満たしているものということができる。前記判例は、村落住民の一部の者のみが全員の総有に属する入会権確認の訴え等を提起した場合に関するものであって、事案を異にし本件に適切でない。

そうすると、右と異なる見解に立ち、右上告人が原告適格を欠くとして本件総有権確認の訴えを却下した原判決には、法令の解釈適用を誤った違法があり、論旨には理由がある。

二　同第二点について

1　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追行する原告適格を有するものと解するのが相当である。けだし、権利能力のない社団である入会団体において右のような措置を採ることが必要になるのは入会団体の名義をもって登記をすることができないためであるか、任期の定めのある代表者を登記名義人として表示し、その交代に伴って所有名義を変更するという手続を採ることなく、別途、当該入会団体において適切であるとされた構成員を所有者として登記簿上表示する場合であっても、そのような登記か公示の機能を果たさないとはいえないのであって、右構成員は構成員全員のために登記名義人になることができるのであり、右のような措置が採られた場合には、右構成員は、入会団体から、登記名義人になることを委ねられるとともに登記手続請求訴訟を追行する権限を授与されたものとみるのが当事者の意思にそうものと解されるからである。このように解したとしても、民訴法が訴訟代理人を原則として弁護士に限り、信託法一一条が訴訟行為をさせることを主たる目的とする信託を禁止している趣旨を潜脱するものということはできない。

2　これを本件についてみるのに、記録によると、上告人X_2は、訴えの提起に先立って、上告人X_1の総会における構成員全員一致の議決によって本件各土地の登記名義人とすることとされたことが認められるから、本件登記手続請求訴訟の原告適格を有するものというべきである。

そうすると、右と異なる見解に立ち、上告人X_2か原告適格を欠くとして本件登記手続請求の訴えを却下した原判決には、法令の解釈適用を誤った違法があり、論旨は理由がある。

三　結論

以上の次第で、原判決は破棄を免れず、更に本件を審理させるためこれを原審に差し戻すこととする。

〔評　釈〕

判旨に賛成する。

一　本判決は、共有の性質を有する入会権(1)の権利者である村落住民が権利能力なき社団としての入会団体を構成している場合において、①総有権確認訴訟についての入会団体の原告適格、②入会団体の代表者が総有権確認請求訴訟を原告たる入会団体の代表者として追行するための要件、③入会団体の代表者でない構成員が、総有不動産についての登記手続請求訴訟の原告適格を有する場合、について判断したものである。

本件では、X_1の権利が入会権にあたるかどうか、また、X_1が権利能力なき社団にあたるかどうか(2)という点にも当事者間に争いがあり、これらについては、特に第一審での詳細な事実認定を基に肯定的な判断がなされているが、これらの判断自体は、従前の判例理論に認定した事実を当て嵌めた結果であり、別段新たな法的判断を提供するものではない。

そこで以下、権利能力なき社団にあたる入会団体であることを前提として、本件での最上級審としての新たな判断である①②③の点について順次検討することとする(3)。

二　総有権確認訴訟についての入会団体の原告適格について

本判例以前の入会権の確認請求に関する最高裁判例としては、

本判決も引用する最判二小昭和四一年一一月二五日民集二〇巻九号一九二一頁があり、この判例は、入会権を有する村落住民の一部が入会権の確認等を求めた事案について、「入会権は権利者である一定の部落民に総有的に帰属するものであるから、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得る固有必要的共同訴訟というべきである。」として、実体判断をした原判決を破棄して訴えを却下した。

この昭和四一年最判については、通常の共有に関しても、共有者から第三者に対して全体としての共有関係の確認を求める訴訟は固有必要的共同訴訟であると解されていること[4]との比較からみても、一部の村落住民を原告とする訴えを不適法とした判断自体は正当として一般に支持されている。しかしながら、通常の共有であれば、共有者間に足並みの乱れがある場合には共有物分割（民法二五六条以下）により共有関係の終了をはかることにより個人レベルでは一応の解決が望める[5]のに対して、総有関係である入会権の場合には分割が許されないから、常に全員一致の提訴を必要とすると、相手方が入会権者の一人でも自分の側につければ他の入会権者は提訴ができないことにもなり、入会権者に対する裁判による救済を事実上閉ざすことになりかねない。そのため、学説においては右昭和四一年最判を支持しつつも、裁判上の解決を欲する村落住民の立場をどのように保護すべきかという議論がなされてきた[6]。その方策としては、訴えの提起に同意しない者を被告とすることを認める方法や、村落住民各自の権利として妨害行為の排除を求めることにより実質的な目的を達するという方法が検討されてきたが[7]、より直接的かつ現実的なものとして、入会団体に代表者または管理人の定めがあるときは権利能力なき社団に準じて入会団体が当事者として訴えまたは訴えられるとの考えが主張されていた[8]。裁判例としても広島高裁松江支判昭和五二年一月二六日（下民集二八巻一号一五頁）が、代表者の定めのある入会団体は、その名において入会権確認の訴えを提起しうる、としていた。

このような議論の流れの中で、本件の原判決は、前記昭和四一年最判の〝固有必要的共同訴訟論〟を入会団体が権利能力なき社団にあたる場合にも適用して入会団体の訴えを却下したが、本判例はかかる原判決を破棄し、「訴訟における当事者適格は、特定の訴訟物について、誰が当事者として訴訟を追行し、また、誰に対して本案判決をするのが紛争の解決のために必要で有意義であるかという観点から決せられるべき事柄であるところ、入会権は、村落住民各自が共有におけるような持分権を有するものではなく、村落において形成されてきた慣習等の規律に服する団体的色彩の濃い共同所有の権利形態であることに鑑み、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追行し、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から」と述べて正面から入会団体の当事

者適格を認めた。

かかる本判例の判断は、従前からの議論の流れに沿うものであるし、また、適切な紛争解決という観点からもできるだけ入会団体を当事者とするべきだと思われるので、これに賛成すべきものと考える。(9)

なお、議論の延長として、入会団体が被告になる場合はどうか、また、入会団体が権利能力なき社団を構成しているにもかかわらずなお構成員全員が一致して固有必要的共同訴訟としての提訴をすることが可能か、ということが問題となろう。前者については、本判例の趣旨からして被告になる場合も同様に入会団体の当事者適格は認められると解する。(10)後者については、本判例が前記最判昭和四一年を変更したものではないこと、民訴法四六条は「訴えることを『得』」として権利能力なき社団に例外的に当事者能力を認めたものであること、権利能力なき社団にあたるがゆえに構成員全員からの訴えを却下とするのはいかにも不当であること、などの点からみて、構成員の全員参加による固有必要的共同訴訟という方法も許容するべきであると考える。(11)

三　入会団体の代表者が総有権確認訴訟を原告たる入会団体の代表者として追行するための要件

権利能力なき社団たる入会団体に原告適格を認めた場合、次に問題となるのが代表者の訴訟追行権限である。この点、本件第一審では、入会団体の当事者適格と、その代表者の訴訟追行権限とを混然と論じているようであるが、両者は明らかに異なる問題であり、これらを明確に区別した本判例の立場は妥当である。

本判例は、訴訟追行権限について「総有権確認請求訴訟についてされた確定判決の効力は構成員全員に対して及ぶものであり、入会団体が敗訴した場合には構成員全員の総有権を失わせる処分をしたのと事実上同じ結果をもたらすことになる上、入会団体の代表者の有する代表権の範囲は、団体ごとに異なり、当然に一切の裁判上又は裁判外の行為に及ぶものとは考えられない」との理由の下に、代表者が総有権確認請求訴訟を原告の代表者として追行するには、「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による授権を要するものと解するのが相当である。」とした。

代表者の訴訟追行権限ついては、全員一致の授権を要するとの立場も考えられるが、(12)それでは代表者が選定当事者的な役割を果たすというだけで、本件原審のような構成員全員による固有必要的共同訴訟のみを認める考えとほとんど変わらず、入会団体に当事者適格を認めた意味が失われてしまうのではなかろうか。従って、全員一致の授権を要するという立場は採り得ないものと考える。しかしながら、他方、全く特別の授権を要しないとするのも、本判例が指摘するように、構成員全員が判決効を受けることや、各団体によって代表者の代表権の範囲が異

なることを考えると、妥当でなかろう。従って、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による授権を要する、とする本判例の立場は少なくとも一般論としては適切であり、支持すべきものと考える。

なお、本件ではいずれにしても全員一致の賛成があったので問題はないのであるが、事案によっては右の「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」が履践されたかどうかが争われるケースもあろう。特に、入会権は慣習に基づく権利であり、合意によって入会権者の集団が形成されているわけではないから[13]規約等が一義的に定まっていない場合も予想される上、入会権者の範囲それ自体も慣習で決められるとされているから[14]、右手続を履践したかどうかの点が、何が規約であるかという点を含めて本格的に争われる可能性もある。しかしながら、これら規約の内容や構成員の範囲の問題は、基本的には(一定の法的評価を含む)事実認定の問題ということになるのであろう[15]か。

四　入会団体の代表者でない構成員が、総有不動産についての登記手続請求訴訟の原告適格を有する場合について

権利能力なき社団に属する不動産の登記方法については、団体名での登記や、団体代表者の肩書つきの個人登記[16]を認めるべしとの主張も根強いが、実務的には認められていなかった上、最判二小昭和四七年六月二日民集二六巻五号九五七頁が「権利能力なき社団の資産たる不動産については、社団の代表者が、社団の構成員全員の受託者たる地位において、個人の名義で所有権の登記をすることができるにすぎず、社団を権利者とする登記をし、または、社団の代表者である旨の肩書を付した代表者個人名義の登記をすることは、許されないものと解すべきである。」(判例集冒頭に要約された判決要旨一)と明確にこれを否定したため[17]、この問題については、少なくとも実務的には決着がついたと言える。社団に法人格がない以上権利者として公示するのは適切でないから、この判例・実務の立場は支持できると考える。

そこで、個人名義の登記しかできないとして、次に登記名義人になりうるのは当該社団の代表者に限られるかどうかという点が問題となる。この点については、従前の議論は分かれていたが[18]、本判例は、「任期の定めのある代表者を登記名義人として表示し、その交代に伴って所有名義を変更するという手続を採ることなく、別途、当該入会団体において適切であるとされた構成員を所有者として登記簿上表示する場合であっても、そのような登記が公示の機能を果たさないとはいえない」との理由で代表者でない構成員が構成員全員のために登記名義人になることを認めた。そして、「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追行

する原告適格を有するものと解するのが相当である」「けだし……右のような措置が採られた場合には、右構成員は、入会団体から、登記名義人になることを委ねられるとともに登記手続請求訴訟を追行する権限を授与されたものとみるのが当事者の意思にそうものと解されるからである」として当該構成員個人の登記手続請求訴訟における当事者適格を認めた。

この判例の判断のうち、まず、代表者以外の構成員が名義人になることを認めた点は支持すべきであると考える。けだし、①従前から許容されてきた代表者の個人名義の登記も、肩書つきの登記が認められていない以上、少なくとも公示制度という観点からみる限り、実体を正確に反映していない便宜的な登記という外はないが、そうであれば、代表者以外の個人名義の登記であっても公示という意味での便宜性は殆ど変わらないし、また、②本判例が指摘するように任期で交代する代表者に名義人を限定すると、代表者の交代に合わせた移転登記が必要となり、著しく不便だと考えられるからである。(19)

次に、本判例が右構成員に原告適格を認めた点を検討する。まず、権利能力なき社団の財産は構成員に総有的に帰属すると解する以上、総有不動産についての登記請求権もまた構成員全員に総有的に帰属するということについては殆ど争いがない。従って、かかる登記請求の訴訟を構成員全員が固有必要的共同訴訟として提起しうることは明らかであろう。(20) 問題は、それに加えて、規約等に定められた手続により名義人になることとされた特定の構成員が原告として訴訟を追行する資格すなわち原告適格を有するかということである。これについて、本判例は、右構成員は、入会団体から（登記名義人になることを委ねられるとともに）登記手続請求訴訟を追行する権限を授与されたものとみるべしと判示しており、任意的訴訟担当（任意的訴訟信託）として右構成員が原告適格を有する旨を示した。この本判例の判断も、支持することができると考える。けだし、①特定の構成員が社団財産の名義人となることを認める以上、当該構成員自らが登記請求訴訟を追行することを認めるのが自然であり、かつ本判例がいうように関係当事者の意思にも沿うと考えられるし、また、②任意的訴訟担当を認めた最大判昭和四五年一一月一一日民集二四巻一二号一八五四頁の示す「任意的訴訟信託は、民訴法が訴訟代理人を原則として弁護士に限り、また、信託法一一条が訴訟行為を為さしめることを主たる目的とする信託を禁止している趣旨に照らし、一般に無制限にこれを許容することはできないが、当該訴訟信託がこのような制限を回避、潜脱するおそれがなく、かつ、これを認める合理的必要がある場合には許容するに妨げないと解すべきである。」という基準に照らしても問題がないと解されるからである。(21)

五 以上のように、評釈冒頭に掲げた①②③についての本判例の判断は、いずれも支持すべきものと考える。

（1） 入会権は、一定の地域の村落住民（部落民。判例や論文により

言い回しが異なるが、村落住民と部落民は同義と解される。）が一定の山林原野などで雑草・秣草・薪炭用雑木等を採取するなど共同して収益する慣習上の権利である、と定義されるのが一般である。入会権は、民法上、二六三条と二九四条で物権として規定されているが、その権利内容が基本的に慣習に委ねられているため、実体法の観点からは曖昧模糊とした部分が多い。加えて、入会権は不動産登記の手段がなく、登記なしに権利の得喪を第三者に対抗できるとされている（大判明治三六年六月一九日民録九輯七五九頁、大判大正六年一一月二八日民録二三輯二〇一八頁、大判大正一〇年一一月二八日民録二七輯二〇四五頁など）ことから、取引の安全を害する結果となる場合もある。

入会権とそれに関する諸問題については、中尾英俊・入会林野の法律問題新版（昭和五九年）が、入会権を積極的に評価する立場から詳しくかつ平易に論じている。

なお、本件では、共有の性質を有する入会権（民法二六三条）が問題となっているが、共有の性質を有しない入会権（民法二九四条）についても、登記請求以外の問題点は共通である。

(2) 権利能力なき社団の当事者能力については、民訴法四六条に規定があるが、最判一小昭和三九年一〇月一五日民集一八巻八号一六七一頁は、かかる権利能力なき社団の成立要件として、「法人に非ざる社団が成立するためには、団体としての組織をそなえ、多数決の原則が行なわれ、構成員の変更にかかわらず団体が存続し、その組織において代表の方法、総会の運営、財産の管理等団体としての主要な点が確定していることを要する。」と判示し、学説も概ねこれを支持している。本判例も同様の立場に立つものである。

なお、伊藤真・民事訴訟の当事者（昭和五三年）二八頁以下によると、社団性の要素としては、対内的独立性、財産的独立性、対外的独立性、内部組織性の四つがあるとされている。

判例上権利能力なき社団として認められたものには、商人会（大阪高判平成元年六月二三日判例タイムズ七〇八号二六〇頁）、マンションの管理組合（東京地判昭和五四年四月二三日判例時報九三八号六八頁）、沖縄の門中（最判二小昭和五五年二月八日民集三四巻二号一三八頁）、日本共産党地区委員会（大阪地裁堺支昭和四五年一月一二日労裁集二一巻一号一頁）などがある。具体例については、菊井維大＝村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅰ追補版（昭和五九年）二三四頁以下が詳しい。

(3) 本件では、村落住民で構成される入会団体が権利能力なき社団にあたる場合が問題となっているが、入会権は、入会団体が権利能力なき社団にあたるかどうかを問わず構成員たる村落住民に総有的に属するとされているし（最判二小昭和四一年一一月二五日民集二〇巻九号一九二一頁）、また、権利能力なき社団の財産は構成員に総有的に帰属するとされている（資産につき前掲最判一小昭和三九年一〇月一五日、最判二小昭和四七年六月二日民集二六巻五号九五七頁、負債につき最判三小昭和四八年一〇月九日民集二七巻九号一一二九頁。但し後者については議論がある）。従って、本件での入会権は、二重の意味で構成員たる村落住民に総有的に帰属していることになる。

本判例は、具体的には入会権をめぐる紛争について判断したものであるが、入会団体が権利能力なき社団にあたるとの前提で論を進めているし、その判示内容は別段入会団体に限って当て嵌まるとみるべき理由もないから、本判例の考え方は権利能力なき社団一般に適用しうるものと解される。

（4）最判一小昭和四六年一〇月七日民集二五巻七号八八五頁など判例多数。菊井＝村松・前掲三三七頁によれば、学説も概ね賛成している。

（5）我妻栄・物権法（昭和二七年）二二〇頁は、これを示唆する。

（6）星野英一＝五十部豊久・法学協会雑誌八四巻一五七四頁以下、福永有利・民商法雑誌五六巻六号九九頁以下、五十部豊久・判例評論二二八号二八頁など。

（7）田中豊・ジュリスト一〇五二号一〇九頁。

（8）福永・前掲九八六頁、舟橋諄一・物権法（昭和三五年）四五三頁など。

（9）なお、入会権を将来的にどのように扱うべきかという政策的議論があるが、それはそれで別個に慎重に考えるべき問題である。

内容が慣習に依存する上に登記なくして対抗できる入会権については、取引の安全を害する危険があるから、将来的に解体・廃止を促進すべしとの議論も根強い（中尾・前掲はこれに反対する）。確かに、星野＝五十部・前掲一五八〇頁が、昭和四一年最判は消極的な形ではあるが入会の解体・廃止を促進する作用を客観的には営むことになろう、と評しているように、本件原判決のような立場は、右解体・廃止論に沿うものとなろう。しかし、提訴の道を困難にして入会権の解体・廃止を促進させるというのは本末転倒であり、かかる政策論は、当事者適格の議論とは無関係に検討されるべきであろう。

（10）田中・前掲一一〇頁。

（11）長井秀典・総有適所有権に基づく登記請求権（判例タイムズ六五〇号一八頁以下）二一頁も同旨。

（12）舟橋・前掲四五三頁はそのような考えを示唆する。但し、同所の記述では入会権の処分にも匹敵するということが理由とされているので、基本的な考えは本判例の考えに近いのではなかろうか。

（13）長井・前掲一九頁は、私的自治の原則の下では、構成員個人に対する団体的拘束を認める以上、権利能力なき社団の成立要件として、社団の設立を目的とする法律行為（社団設立行為）を掲けるへしとする。そして、右社団設立行為がない点で入会団体は社団ではありえないとする。この考え自体はやや異説的であるか、入会団体が意思に基づく団体でないことには留意しておく必要がある。

（14）中尾・前掲一一四頁以下。

（15）例えば不動産の処分に総会の議決は不要との規約か認定された場合はどうなるのであろうか。「代表権の範囲は団体ごとに異なる」とする本判例の記述に照らすと、本判例はこのような規約も許容しているものと解される。従ってそのような規約の下では、訴訟提起に際しての特別の授権は不要ということになろう。

但し、あまりに独裁的な規約が認定された場合には、前掲昭和三九年最判の示す要件に照らして、そもそも権利能力なき社団にあたらないと判断されることもありえよう。

（16）例えば、四宮和夫・民法総則第三版（昭和五七年）九六頁。

（17）なお、この昭和四七年最判の事案は、権利能力なき社団の現代表者と旧代表者のみが当事者で、現代表者か旧代表者に対して所有権移転登記手続を求めた事案である。最高裁は、一、二審で敗訴した旧代表者が、登記請求権は社団に属するから現代表者個人その個人名義の登記を請求するのは失当であると主張して上告したのを、本文で述べた理由により棄却したものである。その意味で、具体的な案件としては社団側に好意的な判断がなされている点に留意するべきである。

(18) 代表者に限られるとするものに長井・前掲二一頁、構成員全員から委託を受けた特定の個人でよいとするものに吉野衛・判例評論一九九号二三頁。新堂幸司・民事訴訟法(昭和四九年)九六頁も、あるメンバーの個人名義への登記請求を認める。

(19) さらに発展させて、構成員以外の第三者は名義人になりうるであろうか。本判例は構成員に限る趣旨とみられるし、吉野・前掲も民訴法四七条の趣旨から代表者以外の構成員名義の登記を認めるべきことを示唆しているので、構成員に限る趣旨と解される。検討するに、この問題は、社団名義の登記ができないことから出発して、(名義人となるべき者から提訴する際に当事者適格の問題として顕在化するところの)訴訟信託の禁止や弁護士代理の制度をも視野に置きつつ、如何に現実の必要性と公示の正確性とを調和させるかという点にあると思われる。その意味で、首肯しうる現実の必要性が認められる場合に限って構成員全員に代わる特定の個人名義での登記を許容していくというのが基本的な視点であるべきである。このように考えると、任期のある代表者の名義に限るというのではその都度登記名義の移転の問題が生じて極めて不便であるとの現実の必要性を首肯して代表者以外の構成員名義での登記を認めるとしても、それを越えて、構成員以外の第三者を名義人にしなければならないとの合理的な理由は見いだし難いように思われる。従って、名義人になりうるのは構成員に限ると解する。

(20) 長井・前掲二一頁。構成員全員が固有必要的共同訴訟として提訴する場合、移転登記については、原則に戻って構成員全員の共有名義への登記を請求することも、本判例か肯定した受け皿としての特定の構成員名義への登記を請求することも、いずれも可能であると解される。

(21) 長井・前掲二一頁以下は、代表者のみが名義人となりうるとの前提で、登記請求訴訟における当該代表者の原告適格を認めるが、文脈からみて、仮に、代表者以外の構成員が名義人になりうるとした場合には、当該構成員の原告適格を認めるものと解される。

なお、田中・前掲一一一頁や判例時報一四九八号七七頁の解説などによると、前記昭和四七年最判は信託的に代表者個人の所有とされることを代表者が登記請求できることの理由としたが、本判例では任意的訴訟担当を理由に当該構成員が登記請求できるとしていて、両判例間に理由づけの変更があるとされている。確かに、右昭和四七年最判には「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」という部分があるが、他方、社団の財産は社団構成員全員総有的に帰属すると述べ、また、代表者の交代の場合は信託法における受託者の更迭の場合に「準じる」としている等の前後の文脈からみると、同最判は、当該不動産の所有権そのものが(信託的に)代表者に移ることまでを認めたものではなく、そこにいう「代表者個人の所有」とは「代表者個人の所有名義」の意ではないかと解される。そうだとすれば、〝信託された登記名義を獲得するために担当訴訟を提起する〟という形で両判例は相互補完的に両立し得るものであり、筆者としては、両判例の間に理由づけの変更があるわけではないと考えたい。

髙﨑英雄