

〔論 説〕

入会理論の実証的再検討の必要性

—鹿児島市平川町五位野集落有墓地の紛争事例—

牧 洋 一 郎

- I はじめに
- II 五位野集落の入会慣行
- III 紛争の経緯（第一次訴訟・第二次訴訟を中心として）
- IV 第三次訴訟判決の紹介
 - 1 当事者の主張
 - (1) 請求の原因について原告らの主張
 - (2) 請求の原因に対する被告の主張
 - (3) 被告の本案前の主張
 - (4) 被告の本案前の主張に対する原告らの答弁
 - 2 裁判所の判断
 - (1) 第一審判決
 - (2) 控訴審判決
 - (3) 上告審判決
- V 私 見
 - 1 当事者適格と入会権確認請求訴訟
 - 2 入会訴訟の訴訟形態に関する判例の変遷
 - 3 入会集団，部落会（公民会）そして法人格なき社団
 - 4 墓地の権利と離村失権の原則
 - 5 入会権の定義を原点から
- VI 結びとして

I はじめに

総有権を巡る訴訟においては、権利者がその権利保護を司法に求めたがゆえに「あるべきはずの権利」が消滅したり、解決までに長年月の経済的負担や忍耐を強いられることも少なくない。このことは、裁判官や弁護士が総有権（入会権、慣行的農業水利権、旧慣温泉権等）についてよく理解していないことが

多く¹⁾、このことにより、入会理論の誤った理解がまかり通る原因となっている。つまり、法曹が入会理論を理解せず、法人格なき社団による所有、固有必要的共同訴訟といった、入会権と整合しない法理論を無理にあてはめて解決をはかった結果、入会権の本質に合致しない判例・訴訟活動がなされているのである。

これでは、「適正で迅速な裁判」は遠のくばかりである。今一度、入会理論を再検討し、生ける法²⁾ (lebendes Recht, Living Law) としての入会権を正確に理解して紛争の解決を図ることが法曹に求められねばならない。そこで、本稿では入会権に対する法曹の認識不足により、第一次、第二次及び第三次訴訟と紛争解決まで16年間の長きに亘る年月を費やした鹿児島市平川町五位野（以下「本集落」という）の集落有墓地の紛争事例（特に第三次訴訟）を取り上げてみたい。平成17年11月～19年12月までの現地調査（当時の集落役員らに対する聞き取り調査等）を踏まえて、訴訟の問題点（当事者の主張や判決内容）を検討する。そのことによって、今後「入会権研究に対し如何にあるべきか」をも併せて探ってみることにする。

なお、本論では、原告らは“法人格なき社団”という用語を用い、そして各審級裁判所と被告は“権利能力なき社団”という用語を用い、両者が混在して使われている³⁾が、両者を同義語と解し論を進めていく。

1) 江渕武彦「民訴法第29条における『社団』再論」島大法学 50 卷 1=2 号 1 頁以下 (2006 年)。

2) エールリッヒ (Ehrlich) は、E. エールリッヒ (河上倫逸=M. フーブリヒト共訳)『法社会学の基礎理論』495-496 頁 (みすず書房, 1984 年) の中で、生ける法の探求につき、次のように述べている。「まず最初に、それは、一般的なものではなく、具体的なものを対象とすることになろう。そもそも、具体的なものしか観察の対象にはなり得ないのである。解剖学者も、人間一般の組織を顕微鏡で観察しているのではなく、特定の人間の特定の組織をそうしているのであり、生理学者も、哺乳動物一般の肝臓の機能一般を研究しているのではなく、特定の哺乳動物の特定の肝臓の機能をそうしているのである。具体的な観察を終えて初めて、彼はそうした観察の成果が一般的に妥当しているかどうかを問題とし、一連の具体的な観察—そのために特別の方法を発見せねばならない—によってさらにそのことを確定しようと試みるものなのである。そして、法学者にとっても同様のことが言えるのである」。

3) 中尾教授は、「ほんらい『権利能力なき社団』というものが法の平面にあらわれること自体が奇怪である。法というものが権利義務を対象とする分野である以上、権利のない、あるいは権利を有することができない団体の存在を認める余地がないはずである。……民事訴訟法 46 条は『法人ニ非サル社団』に訴訟当事者能力を認めたのであり、また税法は『法人でない社団』(国税通則法 3 条)、『人格のない社団』(所得税法 4 条)に納税義務 (= 担税能力) を認めたのであって、権利能力なき社団にはいかなる権利を認めていないし、また認めるわけにもいかないのである」と述べ、“法人格なき社団”という用語はあるが“権利能力なき社団”

Ⅱ 五位野集落の入会慣行

鹿児島市のやや南部に位置する平川町は、約1,500世帯住民総数約4,000人（平成18年11月1日現在）で、その中の五位野集落は約300戸の集落である。旧谷山市（昭和42年に鹿児島市と合併）平川町内の本集落は、畑の中に住宅地が点在している準田園地帯である。

本集落の主な集落有財産として墓地2カ所（字木辻，字歩道）と山林1カ所がある。集落の管理機関として、会長1名，副会長2名，会計1名そして監事（監査役）2名が置かれ，また4～5年前から墓地管理委員が3名置かれ墓地の清掃等の管理を行っている。役員⁴⁾の任期は1年であるが，3～4年続けるのが通常である。そしてその外，連絡係として班長（13～14名）が置かれ，その任期は毎月ごとである。総会は年2回（夏，冬）で，会計報告は冬季に行う。出席率は約80%で，欠席者に対しては出席状況が悪いときだけ，ヒマ代（罰金）1,000円を徴収する⁴⁾。

墓地発生の起源は定かでないが，墓標に寛文・元禄のものがあり，墓地の集落所有は藩政時代に遡るといふ。墓地紛争以前は，集落住民であれば，空いているところどこでも墓碑を建ててよく，葬儀は「部落葬」で，埋葬は土葬であった。また，本集落での両墓地の墓碑所有者（戸数）は，現在約180戸である。そして，新たに墓地を使用するには加入時に50,000円の支払いを要する⁵⁾。

Ⅲ 紛争の経緯（第一次訴訟・第二次訴訟を中心として）

昭和48年9月，時代の流れ（住宅都市化）に従い本集落においても人口増加を生じ，墓地も超過密となった。木辻及び歩道の両墓地内には空地がほとんどなくなり，新たに本集落住民として他から移住してきた者は墓地を利用する

という用語は存在しないと指摘する。中尾英俊「入会集団の団体的性格」西南学院大学法学論集 27 卷 4 号 15 頁（1995 年）参照。

4) 平成 17 年 11 月 27 日，集落住民 T 氏談。

5) T 氏談・前掲注 4)。

ことができなくなり、そこで集落役員の提案により納骨堂建設の運びとなった。木辻墓地（面積436平方メートル、以下「本件墓地」という）の登記簿表題部はかつての本集落住民の一個人名義となっていたが、その子孫が同42年に所有権保存登記をしていた。同52年、鹿児島市への建築確認申請のため登記名義人の承諾を得る必要上、集落役員らは本件墓地の登記名義人に申請書への押印を求めたが、彼は相続による所有権の取得を主張しこれを拒否した。同53年6月、当該名義人を除く本集落住民全戸協議の結果、鹿児島地裁に調停を申し立てたが結論を出せなかった。そこで、翌7月、本集落より裁判交渉委員を選任し登記名義人を相手に訴え（第一次訴訟）を提起することになった⁶⁾。一方、歩道墓地についての登記は、別の個人所有名義となっていたが、その名義人は「部落の共同墓地として使用され……管理がなされてきた。部落のものと考えている」と墓地の集落所有を認めたため、これについては紛争が生じることはなかった。

第一次訴訟では、本件墓地内に墓碑を持つ被告を除く集落住民124人（両墓地の墓碑所有者の約3分の2）が登記名義人（被告）を相手とし、①本件墓地が共有であることの確認、②昭和42年10月16日付被告名義の保存登記の抹消、③表題部登記名義人を原告ら名義とする更正手続、を請求した。なお、原告は選定当事者4名、参加原告8名、選定者112名であった。これに対し、第一審裁判所（及びそれを支持した控訴審）では、本件墓地が共有であることの確認につき、旧来の総有が解体し民法上の共有へと変質したという具体的な立証がなされておらず、また各人共有の持分意識も明確でなく、よって総有であると判断し（但し、総有持分についての言及は無し）棄却した⁷⁾。総有であるとするならば、判例の流れとして一般に、固有必要的共同訴訟と解され、訴訟の入り口論として、この訴訟論が立ち塞がることになる。なお、本件請求では、構成員全員の訴訟参加でなく、訴訟要件を満たさないことになる。上告審も上告状に上告理由の記載がなく且つ上告理由書の提出もないままに却下決定となった⁸⁾。

6) 集落住民N氏の平成6年の記録より。

7) 鹿児島地判昭和56年7月30日判例集未登載、福岡高裁宮崎支判昭和59年3月26日判例集未登載（いずれも、編集委員によっては、判決本文を確認できなかった）。

8) 福岡高裁宮崎支決昭和59年6月13日判例集未登載（編集委員によっては、判決本文を確認できなかった）。

なお、この訴訟について付言すると、原告らが本件墓地につき、「総有の性質を有するが共有である」と主張して、民法（一般法）上の共有権で争ったことは不可解である。そのことにつき、原告らの主張に矛盾が見られ、また構成員全員が訴訟参加していないため登記申請適格も認められず棄却されたのは当然の結果とも受け取れる。上告審で上告人（原告）らは、上告理由として「総有が解体し共有（民法上の共有）へ変質したことを明記」すべきであったが、その記述がなされなかったことも上告人代理人の不手際によるものと考えられる。

次に第二次訴訟では、原告は集落住民124人ではなく、組織体としての「五位野部落」自体となり、部落構成員の総有に属することの確認などを求めた。なお、請求内容は①「本件墓地が共有であることの確認」から「部落民の総有に属することの確認」へと変更になり、②被告たる登記名義人の保存登記の抹消、③表題部所有者名義を原告代表者名義とする更正登記手続であった。第一審判決⁹⁾では、部落の当事者能力を認め、その構成員の総有に属すること、原告の登記請求を認めた。しかし、控訴審判決¹⁰⁾では、法人格なき社団たる集落の訴訟当事者能力は認めたが、その構成員が特定されてはならず、且つ構成員からの授権についての主張・立証がないという理由で原判決を取り消し、原告（被控訴人）の総有確認請求を却下した。また、被告名義の所有権保存登記の抹消については、法人格なき社団はその資産たる不動産について権利主体とはなり得ず、したがってその不動産につき登記請求権を有するものでもないということで棄却し、集落代表者への表題部所有者名義の変更も認められなかった。

さらに、第三次訴訟では、第二次訴訟において代表者名義での登記が認められなかったことも踏まえ、原告は「部落の代表者としての個人」すなわち部落会長となり、彼によって集落総有などを主張した。請求内容は①本件墓地が部落民の総有に属することの確認、②部落の代表者に対する真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続である。第一審判決¹¹⁾では原告の

9) 鹿児島地判昭和 60 年 10 月 31 日判例集未登載。

10) 福岡高裁宮崎支判昭和 62 年 4 月 13 日判タ 578 号 71 頁。

11) 鹿児島地判昭和 63 年 5 月 9 日判例集未登載。

請求認容、控訴審判決¹²⁾では控訴棄却、上告審判決¹³⁾でも上告棄却となった。

以上のように、五位野集落における本件紛争は、入会地を巡る所有形態そのものに関する齟齬や、総有を前提とした訴訟形態における要件、そもそも入会集団は権利主体性を持ち得ず法人格はないのかどうかなど、当事者の主張及びそれに対する裁判所の判断に多くの検討すべき課題が如実に現れた事案である。次章では特に第三次訴訟を詳しく紹介した上で、各問題点を検討していく。

表1 各訴訟における請求とそれに対する判断の推移

	第一次訴訟	第二次訴訟	第三次訴訟
原告	選定当事者4名, 参加原告8名, 選定者112名	五位野部落, 部落会代表	五位野部落会代表
所有権帰属に関する請求	墓地が住民(狭義)の共有であることの確認	墓地が集落総有であることの確認	墓地が集落総有であることの確認
裁判所による主な判断	共有ではなく総有であるとして棄却	第一審では認容。しかし, 控訴審では, 法人格なき社団として権利主体とならず登記請求棄却, 授権等もないとして総有権確認却下	当事者適格は認められ, 民法672条2項の準用により授権撤回も認められず, 請求認容

12) 福岡高裁宮崎支判平成2年3月19日戦後入会判決集2巻373頁(信山社, 2004年)。

13) 最判平成5年9月10日判例集未登載。

IV 第三次訴訟判決の紹介¹⁴⁾

1 当事者の主張

(1) 請求の原因について原告らの主張

原告五位野部落（以下「原告部落」という。）は、公民館として組織され、鹿児島市平川町五位野地区に居住し、会費を納入する世帯主をもって構成する地域の集団であり、会則を定め、総会において役員を選任し、かつ部落構成員共通の財産を有するいわゆる「法人格なき社団」であり、……原告部落は本件土地が原告部落構成員の総有に属することの確認を求め、……被告に対し、本件土地につき真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求める（2-3頁）。

(2) 請求の原因に対する被告の主張

本件土地は五位野方限財産目録に記載されているが、右財産目録は昭和33年12月当時の原告部落役員が被告の了解を得ることなく勝手に作成し、それに本件土地を記載したもので、右の記載があるからといって本件土地を部落の所有と認定する決め手となるものではない。しかも右記載には原告部落の所有との記載はなく納税義務者と記載されている。右の記載は部落の共同墓地として使用されている状況を表現したに過ぎないものと認めることも出来るのである（5頁）。

(3) 被告の本案前の主張

権利能力なき社団がその名において、ある財産がその構成員の総有に属することの確認を求めるためには、右構成員全員からのその旨の訴訟法上の特別の授権があってはじめて当事者適格を具備するものであるところ、本件においては、原告部落がその名において本件土地が原告部落構成員の総有に属することの確認を求めることができる特別の授権は原告部落構成員全員によってなされておらず……原告部落は当事者適格を具備したとはいえず、本件訴えは不適法である（3頁）。

14) 判決書からの引用（前掲注11）、12）、13）参照）。

(4) 被告の本案前の主張に対する原告らの答弁

原告部落所有の不動産は五位野公民館会則第2章第3節1条に定める財産目録に定めたものであり、その財産について権利を有する者は原告部落の構成員であり、原告部落の構成員は原告部落に居住する住民であって、しかも加入についてはその都度協議で認められた者である。部落構成員が部落外に移転したときはその構成員たる資格を失い又は家族が継承し、分家した者や転入者は部落の協議でその加入の可否を決定する（同会則第3節1条ないし6条）。本件口頭弁論終結時点で、右会則による要件に該当し、原告部落の構成員として認められた者全員が……本件訴えの提起につき、特別の授権をなしたものである（3-4頁）。

2 裁判所の判断

(1) 第一審判決

原告部落は……鹿児島市平川町の中の一つの集落となつたが、同部落は行政区画上の変動にもかかわらず古くから一つの集落団体として存続してきた。即ち、原告部落には各戸の世帯主で構成される「郷中」あるいは「部落会」と呼ばれる組織があつて、部落に籍を有する各戸の世帯主が構成員となり、その議決機関として「郷中寄」が、その執行に当たる代表機関として総代がそれぞれおかれ、集落内の問題の処理やその財産の管理にあたっていたものであり、また財産の管理のために「大帳面（うちよめん）」と呼ばれる帳簿が備付けられていた……その後、昭和20年代頃「五位野公民館¹⁵⁾」と呼ばれる組織に変わり、その代表者は行政の場に出るときは「公民館長」後に「公民会長」と呼ばれ、日常生活の場にあつては「部落会長」と呼ばれるようになり、昭和33年1月従前の慣行を規約化した「五位野公民館会則」が制定され……右会則に従って運営されてきた。以上の事実が認められ、他に右認定を左右するに足りる証拠はない。（8-9頁）

（構成員）A, B（実名を略し記号を付した）を除く全員の者から原告部落の名において本件土地がその構成員の総有に属することの確認を求めるための訴訟法上の特別の授権がなされたものであることが認められる。……右Aは本

15) 昭和25-26年の文部省による公民館運動による。

件墓地に対し同人の有する権利を放棄したこと、右Bは本件墓地内に墓を所有していないことが認められるのであって、かような者については、たとえ形式的に社団の構成員であっても、自己の意に反してその属する社団が総有財産の所有権を訴求して敗訴した場合にその財産に対する権利を失うという不利益を考慮する必要はない……。 (10頁)

本件墓地は部落住民全員の共同財産と認識されて共同墓地として使用され、原告部落所有の他の財産と共に同部落所有地として大帳面に記載されその後作成された五位野方限財産目録にも登載され……。本件墓地は部落所有地であって、C（表題部所有者名義人）名義で表示登記がなされてはいるが、それは部落住民の代表としてなされたものであると認めるのが相当である。(13-14頁)

(2) 控訴審判決

当裁判所も、原審と同じく、被控訴人五位野部落の本件訴えは適法であり、……。請求はいずれも理由があると判断する。(5頁)

(部落会長に対するA及びBの授権撤回について) 授権行為を撤回するには、授権の相手方に対する意思表示を要することは勿論、民法672条2項の準用により、組合契約において業務の執行を委任された組合員を解任する場合と同様、正当の事由の存在と他の構成員全員の一致を必要とするものと解するを相当とする¹⁶⁾。ところが前記兩名が被控訴人五位野部落の代表者に対して撤回の意思表示をしたことも、右撤回について正当の事由が存在することも、他の構成員全員の一致が存在することも認めるに足る証拠はないから、前記兩名の代表者に対する授権の撤回が有効ということとはでき(ない)。(6-7頁)

(3) 上告審判決

本件確認の訴えにつき被上告人に当事者適格を認めた原審の判断は、結論において是認することができる。(上告人の上告理由に対して)……。論旨は、原審の専権に属する証拠の取捨判断、事実認定を非難するか、又は独自の見解に立って原判決を論難するものに過ぎず、採用することができない。(2-3頁)

16) 組合と社団の相違について詳しくは、鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法』7-15頁（有斐閣，新版，1987年）参照。

V 私見

以上のような、一連の当事者の主張及びそれに対する裁判所の判断には、必ずしも入会集団・入会権の実態が正しく反映されているとはいえない。そこで、私見として入会の実態と本件訴訟における法的構成の乖離を分析し、入会問題への取り組みが如何にあるべきかを論じることとしたい。

1 当事者適格と入会権確認請求訴訟

当事者適格につき、被告は、①五位野方限財産目録を部落役員が勝手に作成した、②A、B兩名は墓地の権利を放棄し授権は撤回していると主張した。これに対し裁判所は、①証拠調べの結果、集落住民全員の同意があったことを認めた。また、②昭和63年1月頃、Aは原告に対し、墓地の権利（入会持分権）を放棄し今後は本件に関係ないとして本件書面による意思表示を取り消す旨を告げ、同62年12月頃、Bも原告に対し、本件書面による裁判を求める権限を放棄する旨を告げたとした上で、部落会長（原告）に対して、授権行為の撤回の意思表示はなかった、と判断した。

このうち②は結論として、本件（当該地裁、高裁及び最高裁）では、AB兩名が裁判を求める権限を放棄したことによっても原告は当事者適格を具備しているものと認めた。

つまり、本件各審級では、当事者双方が固有必要的共同訴訟を前提に争ったが、各審級判決は、この訴訟論の一権利者全員が共同しなければ当事者適格をもたないという一厳格な要件に拘泥せず適切な弾力的法解釈（類似必要的共同訴訟）により合一確定を図ったものといえる¹⁷⁾。

どういふ場合が固有必要的共同訴訟となるのか法律が明確な基準を示していないため、入会権確認請求訴訟は一般に、訴訟の入り口論としてこの訴訟

17) 入会権確認訴訟では、共同訴訟人全部の請求について判決内容の合一確定が要請され（必要的共同訴訟）、すべての請求につき判決内容の合一性を確保するために、訴訟資料及び証拠資料を含めて裁判資料を共通のものとせねばならず、且つ中断の効果なども統一する必要があるとされる。伊藤眞『民事訴訟法』558-559頁（有斐閣，1998年）、高橋宏志『重点講義民事訴訟法 下』262-266頁（有斐閣，補訂版，2006年）、林屋礼二『新民事訴訟法概要』120-125頁（有斐閣，2000年）参照。

論が立ち塞がっている。被告は本件でこの訴訟論を根拠に、原告（集落代表者）に対する委任に権利者2名が欠けていることを指摘しているが、この指摘は被告が入会権の存在（墓地が集落有財産であること）を承認しているとも解される。中尾教授が指摘する¹⁸⁾ように、入会権確認請求訴訟は、入会集団が提起すればよいのであって、その構成員が誰であろうと問うところではないというべきである。

渡辺教授は利益衡量の実質的判断から、固有必要的共同訴訟の不採用を主張している¹⁹⁾。すなわち、同教授によれば、この訴訟論は入会権者の一部による処分を容認し事実上訴訟の途を塞いでいると指摘している。例えば、一部の者が入会地を第三者に不当に売却した場合、権利者の内一人でも訴訟に参加しないならば、それを取り戻すには訴訟の途は塞がれ事実上その処分（売却）を容認することになる。また、中尾教授は、「入会権者全員でないからといって訴を斥けるのは判例の悪乗りである」と、入会権確認請求訴訟が固有必要的共同訴訟でないことを指摘する²⁰⁾。この中尾説を支持したい。入会集団構成員中で訴訟参加を拒む者につき、強制参加させる必要はないといえよう。なぜならば、訴訟不参加者は原告・被告のどちらが勝訴しようが関係ないと考える者で、訴訟参加しないからといって一本件第一審に判示されているように一権利を失うという不利益を考慮する必要のない者である。つまり、権利の上に眠る者を叩き起してまで保護する必要はないと考える。

2 入会訴訟の訴訟形態に関する判例の変遷

判例の流れとしては、最高裁はかつて、「入会権の確認を求める訴は……固有必要的共同訴訟というべきである」とした²¹⁾。総有財産を巡る第三者との紛争の場合に、構成員の一人と他の構成員との間で同一の権利についての判断に

18) 中尾教授は、「集落の住民が必ずしも入会集団構成員＝入会権者であるとは限らず、何びとが入会権者であるかは、当該入会集団が決定すべきことであるからである。

……相手方たる建設業者が、原告が……にすぎず権利者全員でない、と抗弁することは、とりもなおさず、入会集団の存在、したがって入会権の存在を承認することになり、裁判所といえども訴訟に参加していない者が入会権者か否かを判断する権能を有しない」と指摘する。中尾・前掲注3) 21頁以下参照。

19) 川島武宜他編『注釈民法(7)』552頁〔渡辺洋三〕(有斐閣、新版、1968年)。

20) 中尾・前掲注3) 21頁参照。

21) 最判昭和41年11月25日民集20巻9号1921頁。

くい違いがでることは法的に許されないから、総有者は必ず全員で当事者となる必要があるというものである²²⁾。この判例に従えば、構成員が多数にのぼる入会集団にあっては、構成員全員が原告となることは困難であり、入会権者から提訴権を事実上奪うものであるといえよう。

次に、最高裁は、「入会権の管理処分に係わるものの確認は固有必要的共同訴訟であるが、使用収益を行なう権能は各自が単独で行使することができる」とした²³⁾。この判例は、「原告適格の基礎となる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から、固有必要的共同訴訟の成立が認められる。これに対して、同じく入会権にかか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や、使用収益権にもとづく妨害排除請求をなす場合には、それらの権利についての当事者適格は、当該構成員自身に認められるものであるから、他の構成員を共同原告とする必要はない」と解されるものである²⁴⁾。しかし、この判例の援用では、昭和41年判例同様に、入会権者が第三者を被告として、入会権の確認を求めることについては、権利者のうち一人でも提訴を拒む者が存在すると訴えの提起は不可能である。

そして、最高裁は平成6年、「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には必要とされる総会の議決等の手続による授權を要するものと解するのが相当である」と判示²⁵⁾し、入会団体を民訴法第29条の代表者の定めある法人でない社団とみて当事者能力を認め、且つ授權を要件としてその代表者の訴訟行為を認めた。高橋教授はこの判例が、入会権確認請求訴訟が固有必要的共同訴訟であると解することの困難を緩和する試み

22) 林屋・前掲注17) 121頁参照。

23) 最判昭和57年7月1日民集36巻9号891頁。

24) 伊藤・前掲注17) 558-559頁参照。

25) 最判平成6年5月31日判時1498号75頁。

であったと評価する²⁶⁾。しかし、昭和57年判例同様に、入会集団を法人格なき（権利能力なき）社団と解していることは誤りである（このことについては「3 入会集団、部落会（公民会）そして法人格なき社団」の箇所の後述する）。それから、この事件で、代表者に対し構成員全員から授権はあったが、入会権の帰属する構成員各自と組合（入会集団）との関係を明らかにしていない。すなわち、入会権が総有的に帰属する村落住民と原告適格を有する組合とを、別人格としているか否か不明瞭である²⁷⁾。

さらに、最高裁は平成20年、「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事ができないときは、……訴えの提起に同調しない構成員も被告に加え、構成員全員が訴訟当事者となる形式で……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」と判示するに至った²⁸⁾。固有必要的共同訴訟の枠内ではあるが、入会権者全員が原告となることの困難を克服した画期的判例として、入会権法学者に注目されている²⁹⁾。また、この判例は、集団訴訟の門戸を大きく開いた画期的判決と評価され得るが、あくまで固有必要的共同訴訟の枠内での裁判上のテクニックによるものである。なお、この事件は、権利者全員参加という訴訟要件を満たさなかったために訴訟不参加者を被告にして争ったものであるが、訴訟に参加したくない権利者に対し一汝の味方を敵にせよという一敵対心を煽るという要素を孕むものといえる³⁰⁾。

判例の態度は、共同所有関係における固有必要的共同訴訟を前提としながら、この訴訟論の枠内で入会権者の権利救済をはかっている点で評価されるが、上記に見てきた通り、検討の余地を残すものである。そこで、共同訴訟論発展の一助として、現行法に規定がなく、検討されたものの立法に至っていない参加命令の制度（一部の者が訴えの提起を拒む時には、原告側が適法に提訴することができなくなるために、裁判所から、その一部の者に対する参加命令を得て、当該命令が

26) 高橋宏志「判批」法教 174 号 74 頁（1995 年）参照。

27) 高橋・前掲注 26) 75 頁参照。

28) 最判平成 20 年 7 月 17 日判時 2019 号 22 頁。

29) 江渕武彦教授，野村泰弘教授談。

30) 中尾・前掲注 3) 20-21 頁参照。

拒絶されたときは、その余の者だけで訴えを適法に提起することができるというもの)が、再検討されるべきではなかろうか。³¹⁾

なお、入会権訴訟における類似必要的共同訴訟論の採用は、入会権者が提訴権（憲法第32条）を制約なく十分に保護されるためにも、今後、さらに—採用の是非も含め—検討されるべき問題である。³²⁾現代の固有必要的共同訴訟論は、実体法理論へ全面的に依存したものである。すなわち、ある財産権またはこれについての管理処分権が複数人に帰属している場合には、その権利の処分や行使も複数人共同してしなければならないという実体法理論に基づいたものである。したがって、固有必要的共同訴訟の要否は実体法に決定づけられ、それが直ちに訴訟共同の要否を決定することになる。しかし、この理論は争いのない共同所有者を訴えねばならぬという問題を含むものである。このことを克服するために固有必要的共同訴訟論の再構成を必要としよう。実質的に争いのない共同所有者を訴える必要をなくすためにも、「実体法上の法律関係の性格が共同訴訟の必要性を決めるのではなく、訴訟上の政策的考慮が実体権や具体的紛争状態を素材として独自に共同訴訟の要否を決定すべきである」と主張する小島説³³⁾を支持したい。

31) 参加命令によって一部の者に当事者適格を認めることが、提訴拒絶者の実体法上の管理処分権とどのような関係に立つかが必ずしも明らかでなかったため、各界意見でも参加命令立法化の賛成意見が多かったにもかかわらず、立法化されなかったとされる。伊藤・前掲注17) 559頁参照。

32) 中尾教授は、「固有必要的共同訴訟論は開発業者、入会地を破壊する側にはきわめて有利な論理なのである」（中尾・前掲注3) 20頁）と指摘する。つまり、開発業者の側からいえば、入会権者のうち一人か二人でも買収しておけば、入会地の売却譲渡に反対する入会権者は提訴できないことになり、入会権者にとっては著しく不利な論理であるというものである。それから、高橋教授は、共同訴訟全体が流動的に位置付けられ理解されるのが本来の姿であるとしながらも、「ものの考え方として本来的には流動的に理解すべきものだとしても、いきなり流動的に考えたのでは判断の手掛かりが乏しいし、なされる判断も不安定になる。そのため、法律論としては、やはり通常共同訴訟・類似必要的共同訴訟・固有必要的共同訴訟という判断の範型を一応認め、それに合わせて解釈論を展開するのが建設的である」と主張する。高橋・前掲注17) 265-266頁参照。

33) 小島武司「共同所有をめぐる紛争とその集団的处理」ジュリ 500号 330-331頁（1972年）参照。また、小島教授は固有必要的共同訴訟の生い立ちについて、「ドイツ普通法の初期には、共同訴訟なるものは禁止されていた。この禁止の原則はゲルマン古来の合有団体をめぐる紛争の合理的解決を著しく阻害した。そこで、例外的に共同訴訟を許すために用いられたのが『統一体』の理論であった。のちに共同訴訟が許されるようになると、『部分とは訴訟はできない』という形で、これは『共同訴訟の抗弁』に転化した。ここに硬直した今日の固有必要的共同訴訟の萌芽がみられる。……このような歴史的な背景をもつ現代の固有必要的共同訴訟

判例の流れは、固有必要的共同訴訟の枠内で入会権者の権利救済をはかっているが、それに対し、本件訴訟の各判決は、この訴訟論の一権利者全員が揃って初めて当事者適格をもつという一要件に拘泥していない点で異なるものである。また、本件第一審判決では訴訟不参加につき、「（原告が敗訴した場合でも）その財産に対する不利益を考慮する必要はないというべきであるから、仮に口頭弁論終結時点で右兩名の授権がなかつたとしても、原告部落が当事者適格を具備しているというに妨げがなく、……」（第一審判決文10-11頁）と判示しており、殊に当該判決は、弾力的で適切な解釈（類似必要的共同訴訟）によるものと評価され得よう。

3 入会集団、部落会（公民会）そして法人格なき社団

本件では、「墓地所有者集団は法人格なき（権利能力なき）社団たる部落であり、本件墓地が構成員の総有に属する」ことは原告と裁判官の共通認識で、また「一般論として、法人格なき社団の財産が構成員の総有に属する」ことについては、当事者双方と裁判官の共通認識であると判断されるが、総有と法人格なき社団の関係は果たしてそうであるのか、明らかにされねばならぬ問題である。

本集落は、藩政期（墓標から推断すれば、寛文・元禄の頃）には行政機能と生活共同体機能を併せ持つ地域集団であったが、明治以後、前者は市町村に吸収されていくが、後者は入会集団として今日まで存続している地域集団である。単に、五位野部落会とは、当該地域に居住する人々（世帯）の単なる集合体であって、その居住者間では何ら共同体的繋がりを持たないものである。部落会の構成員と従来の入会集団の構成員が一致する場合もあるが、本集落内には入会集団構成員でない世帯も含まれており、入会集団と部落会とは、構成員が一致していない。集落への人口流入・流出が盛んになってくると、入会集団を構成する世帯の範囲と住民集団としての部落会（あるいは自治会、町内会）を構成する世帯の範囲との間に不一致・齟齬を生じるようになる。そして、法人格なき社団と入会集団は意思決定方法（多数決、全員一致）と資格要件（地域内居住者の可否）で異なり、実体法の面で峻別されなければならない。

訟論は管理处分権の共同帰属のドグマの上に構築されている」（同 329 頁）と論考している。

結論からいえば，入会集団は民法上の物権の主体として権利能力を有しており，権利能力なき社団でも法人格なき社団でもない。要するに，入会集団は，「住民ノ全体ヨリ成ル総合的実在的団体（実在的総合人³⁴⁾）すなわち「団体と個人の未分離と融合」を意味し，個人から離れて別個に独立して存在する法人格なき社団とは異なるものである。昭和3年12月24日の大審院判決（新聞2948号10頁）でも，「旧徳川幕府ノ頃ヨリ明治初年ニ至ル迄ニ於ケル我国ノ村並村内ノ部落ハ法人格ヲ有シタレトモ現時ノ法制ニ於ケル法人トハ多少其ノ性質觀念ヲ異ニシ其ノ住民ト全然分離シタル別個独立ノ人格ヲ有スルモノニ非スシテ其ノ住民ノ全体ヨリ成ル総合的実在団体タルニ外ナラサルモノト謂フヘク……従テ村又ハ部落ノ所有物ハ同時ニ其ノ住民ノ共有物タルモノニ係リ唯住民ニシテ其ノ地ヲ去ルトキハ之ヲ失ヒ他ヨリ入リテ新ニ其ノ住民トナル者ハ之ヲ取得スルニ過キサルモノト解スルヲ相当トス」と判示しているように，部落と住民との関係は，社団のように「団体とその構成員が対立した関係」にあるのではなく，団体の構成員が一つの集合体をなしているものである。つまり，部落と住民の関係は，部落という入会集団が入会権（集団権）を持ちその集団権は部落住民各自の入会持分権（個人権）の総和であるといえる。したがって，権利の帰属は入会集団たる部落にも部落住民各自にも同時に帰属するものである³⁵⁾。すでに戦前に，大審院判決で，入会集団の所有する地盤は同時に住民の共同所有地であると判示し，入会集団と構成員の関係を明示していることに注視すべきであろう。

入会集団は団体的側面と個人的側面を有し，手続法的には団体的側面に着目して，当事者能力を認められるといえる（当事者能力とは民事訴訟の当事者となることのできる一般的資格を言い，特定の訴訟上の請求との関係で考察される当事者適格とは異なる）。また，被告は「五位野方限財産目録に……部落の所有との記載はなく納税義務者と記載されている」と主張するが，固定資産税の納税義務者は，原則として，固定資産の所有者であり（地方税法第343条第1項），原告らは当財

34) 江淵教授は，「村落共同体の法律的側面こそ，入会集団である。この組織は，財産の所有形態，意思決定方法，といった面で社団と峻別しなければならない」と強調する。江淵武彦「登記原因としての委任の終了再論（1）」九州共立大学経済学部紀要 87 号 5 頁（2002 年）。

35) 中尾英俊「入会権と総有—最近の入会判決を中心に—」西南学院大学法學論集 30 卷 2=3 合併号 206-211 頁（1998 年）。

産目録記載の財産につき集落所有であるという意識により納税を行ってきたものである（但し、墓地は一所有者が有料で他人に貸付けた場合を除き一固定資産税が非課税とされる（同法第348条第2項第4号））。本件墓地は集落により管理・支配されてきたものであり、よって本件墓地の所有は入会集団及びその構成員に帰属するものといえる。なお、地域集団の財産（集落有財産）につき紛争を生じた場合、法人格なき社団という理論構成を行うことは当該財産を集団のものとして守るための一方法となり得るため³⁶⁾、本件では、法人格なき社団たる五位野部落の所有地の確認として訴えが提起されたが、正確には実在的総合人たる五位野部落（入会集団）による共有入会権の確認であるべきであったと認識せねばならない。

なお、江渕教授は「法人格なき社団は権利主体を有しない」という最高裁判決³⁷⁾が存在することを危惧しているが重視すべきである³⁸⁾。入会集団は法人格なき社団ではないが、入会権の法主体であることは疑いのない事実である。

五位野部落会（現在、五位野町内会）では、多数決決議が行われ、代表の選出方法・総会の運営・財産管理等主要な点が確定し、構成員の変更に関わらず団体そのものが存在し、したがって法人格なき社団の成立要件³⁹⁾を満たし、さらに鹿児島市の委任により下部組織（末端行政組織）の役割をも果している。それと同時に、旧来の地域集団（入会集団）とは重畳しているが必ずしも一致しておらず、このことを注視する必要がある。しかし、本件各訴訟ではそれがなされておらず、原告の主張に不備があったといわざるを得ない。また、

36) 江渕武彦「地域集団（部落会や町内会）の団体性とその財産の帰属」西南学院大学大学院法学研究論集1号21頁（1982年）参照。

37) 最判昭和55年2月8日判時961号69頁。

38) 江渕教授は、「社団法理の出発点は、法人格なき社団の実体に着目し、できる限り社団法人規定を類推すべきだということにあった。社団法人においては、その資産は法人たる団体の単独所有物であり、構成員の共有に属するのではない。したがって、共有に関する規定（とりわけ共有物の変更につき他の共有者の同意を必要とする民法251条）は、この場合には適用がない。となれば、当該社団法人の定款に、資産処分を社員の過半数の決議によるもの定めが置かれていた場合、その決議が成立すれば、少数の処分反対者はこれに従わざるをえない。社団が法人格を有しなくても、一般論としてはこの理は妥当するであろう。これが社団法理の一例である」と論考し（江渕・前掲注1）3-4頁）、入会集団と法人格なき社団を混同することの危うさを指摘する。なお、江渕武彦「社団財産総有説の功罪」島大法学49巻2号45頁（2005年）参照。

39) 最判昭和39年10月15日民集18巻8号1671頁。

各審級の裁判官は、入会（総有）集団と法人格なき（権利能力なき）社団との以上のような相違を区別して判断せず、当事者双方の論理を無批判的に受け入れ、判断してしまったのである。

4 墓地の権利と離村失権の原則

本件では、部落会と入会集団たる集落との相違を明確にする上で、本件墓地に墓碑を有する者が転出した場合、墓地の権利は消滅するのかということが問題である。以前は、区域外に転出した場合でも集落自体が墓地の使用を廃止しない以上、墓地として使用する権利は認められていたが、昭和47年8月7日の本集落の臨時総会で、転出者は墓地使用権を失うことを全員の同意で決議し、転出者に対する権利関係を明確化した。以前、土葬であった当時、転出と同時に遺骨を掘り起し失権扱いにすることは困難であり、土地の中でも墓地については例外を認めていたものといえよう。しかし、埋葬が火葬・納骨堂へと変化することによって墓碑の撤去がやや容易になることにつれて、総会で決議したものと思われる。墓地についての離村失権とは転出者が墓碑を撤去したことをもって権利喪失である⁴⁰⁾と判断される。つまり、墓碑を残したままの離村は、離村であっても帰村の可能性が高く一時的離村であると判断され、失権扱いにしないことである。

また、権利者は集落住民の協議により加入を認められた者であり、集落住民が即権利者ではない。入会集団と末端行政組織としての部落会の相違は、地域外住民（転出者）を例外的に権利者として認める場合があるか否かである。換言すれば、入会集団＝末端行政組織としての五位野部落会であれば、協議する必要はなく転入者に対して無条件に加入（墓地使用）を認めなければならず、逆に本集落から転出したときは無条件に失権扱いとなるはずである。そうならず例外的に認められており、このことは、本集落が入会集団としての部落—いわゆる“行政村”に対する“自然村”—であると解されるものである。したがって、この時点では—入会集団としての—集落代表が真正な登記名義人と解され、入会集団からの「委任」に基づき登記名義人になるのが妥

40) 江渕教授は、このような総会決議は共有物の変更（民法第251条）に関することであると指摘する（平成18年12月18日、同教授談）。

当であったといえよう（五位野部落会は、平成6年1月より、地域的な共同活動のための不動産又は不動産に関する権利等を保有するため認可地縁団体「五位野部落会」として市より認可され、その後「五位野町内会」となり、したがって本件墓地の登記名義は町内会名義となっている）。

5 入会権の定義を原点から

入会権は民法上の物権であって、通常、部落又は区などと呼ばれる一定の地域に居住する住民の集団が山林原野等（溜池、墓地等も含む）を共同で管理し利用する権利である。そして、それには、共有の性質を有する入会権（共有入会権）と共有の性質を有しない入会権（地役入会権）とがあり、両者共に、一持分を自由に譲渡したり分割請求することのできない—いわゆる入会についての慣習を第一次法源とする、前者は土地の共同所有権の、後者は土地の共同用益権の特殊形態である。そして、ここでいう「入会権における慣習」とは民法修正案（前三編）の理由書⁴¹⁾によれば、「入会権ヲ有スル村民ニシテ若自由ニ持分ヲ譲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多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従フヘキモノトナセリ」とあり、持分を自由に譲渡したり分割請求することのできないことを意味している。

また、民法制定の第30回法典調査会でも「第263条 共有カ入会権ノ性質ヲ有スルトキハ各地方ノ慣習ニ従フ⁴²⁾」と提案され、その理由として「入会権ト云フモノノ性質ハ一様デナクシテ多クノ場合ニ於テハ共有ノ性質ヲ持ツテ居ルト思ワレマス夫故此前ニ掲ゲテアル所ノ規則ヲ加ヘル当嵌マラヌトナツテハ余程困ツタ結果ニナラウト思フ例ヘバ持分ヲ随意ニ譲渡スルコトガ出来ル何時モ請求スルコトガ出来ル然ウ云フ様ナコトハ皆嵌ル方ノ規定デアルト思フ夫故ニ此特別ノ規定ガ必要ト考ヘマシタノデアリマス（富井政章）」（同132頁）と述べられていることから、共有入会権が共同所有権の特殊形態として捉えられていたことが明らかである。したがって、共同所有の一特殊形態である

41) 廣中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』276-277頁（有斐閣，1987年）。

42) 法務大臣官房司法法制調査部『日本近代立法資料叢書2 法典調査会 民法議事速記録二』132頁（商事法務研究会，1984年）。

共有入会権においては、必ずしも入会利用の有無が核心的要素ではなく、むしろ集団が地盤の所有者として慣習的に管理支配しているか否かが重要な要素といえよう。

そして、共有入会権の本質は、共同所有の特殊形態である総有（地役入会権の場合は準総有）にあり、総有とは「共同所有者が一つの集団の構成員としてのつながりを持ち、共同所有の財産ならびにその権利が集団の統制のもとにおかれている関係」⁴³⁾である。筆者は、有力説、過去の現地調査、そして民法の成立過程⁴⁴⁾についての記録を踏まえ、以上の通り入会権と総有につき定義したが、総有につき定説が明確でないことや各国でそれについての定義が異なる⁴⁵⁾ことも、裁判に反映されて拗れ（こじれ）現象を生み出す要因ともなっている。

本件は係争地の沿革から判断して明らかに入会権確認請求訴訟でありながら、原告は「入会権」を主張していないが⁴⁶⁾、入会財産とは、山林原野のみならず、ため池や墓地等も集落の管理するものであれば入会財産である。さらに、上告人（被告）代理人の上告理由に不可解な論理が見受けられる⁴⁷⁾。「入会的権利を越えて総有的所有権を認識したものとはみられない」（上告理由書12頁）、「部落が入会権を取得しているとの主張はできても、所有しているとの理由にはならない」（同13頁）、「その墓地が入会権にとどまろうと、総有的所有権であろうと、あまり関心がない」（同14頁）、「もともと入会的権利を越えて所有権を主張するのには無理があった」（同15頁）。これらの主張は、上告人

43) 中尾英俊『入会林野の法律問題』100頁（勁草書房，新版，1984年）参照。

44) 矢野達雄『法と地域と歴史と』58頁以下（創風社出版，2004年），北條浩『入会の法社会学 上』3-7頁（御茶の水書房，2000年），川島武宜＝川井健編『注釈民法（7）』489-577頁〔中尾英俊〕（有斐閣，新版，2007年），等参照。

45) スイス民法652条「多数人が、法律の規定または契約により結合して団体を構成し、団体として一物を所有するときには、彼らは総有権者であって、各人の権利は物の全部のうえにおよんでいる」（岩井萬亀『入会権—その債権性と近代化—』419頁（法律文化社，1976年），韓国民法第275条1項「法人でない社団の社員が集合体として物件を所有する場合は総有とする」（江渕武彦「農業水利権の法的地位」『日韓土地法学会研究大会研究報告資料』7頁（2000年）参照。）なお、上谷教授は、ギールケ（Gierke）に基づいて総有（Gesamteigentum）という概念を用いる場合でも、論者によってその内容に違いがあり、いま一度ギールケの理論に立ち帰らなければならないと指摘する。上谷均「共同体的所有の法的構成に関する一考察（一）」民商90巻3号223頁（1984年）参照。

46) 江渕・前掲注1）11頁。

47) 最判平成5年9月10日判例集未登載。

代理人が、共有入会権と総有との関係を如何に把握しているのか、理解に苦しむところである。以上の主張からして、双方の弁護士（特に被告の訴訟代理人）の入会権について認識不足が伺われるが、このことは、訴訟代理人たる弁護士の入会権に対する認識・理解が問われねばならぬ問題である。我が国における入会権とは何か、民法制定時の原点に立って入会の本質を明らかにすべきである。つまり、入会問題については、「明治初年の地租改正によって田畑、宅地等個人支配が成立していた土地は、所有権その他の個別的権利として承認されたが、個人支配の確立しない村中持、村支配であった山林原野に対する（共同）支配権能を一種の共同所有権（あるいは共同利用権）として保証する権利が入会権であった⁴⁸⁾」という基本的認識に立ち戻って再検討すべき問題であろう。

48) 中尾英俊『入会権の判例総合解説』3-4頁（信山社，2007年）参照。その際、より一層入会権研究を際立たせるために、研究の出発点を、「入会地総有権説批判」に求めた戒能説研究を併せて行うことも重要といえよう。戒能通孝『入会の研究』493-602頁（一粒社，1958年）参照。

表2 入会権学説の比較⁴⁹⁾

		我妻榮	川島武宜	中尾英俊
民法における入会権の定義・権利の性質		一定地域の住民団体が一定の山林原野などで草や木の下枝や薪炭用雑木や、時には自家用の建築用材などを、その団体の統制に従って、共同して採取し収益する慣習上の権利	村落共同体もしくはこれに準ずる共同体が土地に対して総有的に支配するところの慣習上の物権	通常、部落または区などとよばれる一定地域に居住する住民の集団（村落共同体）が土地を集団的に共同所有（あるいは利用）する権利
		慣習上の権利	慣習上の権利	民法上の権利
権能帰属の様態		使用・収益権は構成員に、管理・処分権は団体に帰属	使用・収益・管理・処分権は共に団体にも構成員各自にも帰属	使用・収益・管理・処分権は共に団体にも構成員各自にも帰属
入会（総有）持分		無し	有り（最初無しとしたが、後に有りと変更）	有り ----- 共同体規制に制約された持分
法源	第一次	慣習	慣習	慣習
	第二次	共有入会権は共有の規定の適用無し、地役入会権は地役権の規定の準用無し	共有入会権は共有の規定の適用無し、地役入会権は地役権の規定の準用無し	共有入会権は共有の規定の適用有り、地役入会権は地役権の規定の準用有り

49) 我妻榮＝有泉亨『新訂物権法』427-455頁（岩波書店，1983年），川島武宜『川島武宜著作集（8）』2-120頁（岩波書店，1983年），川島ほか編・前掲注44）489-577頁参照。

VI 結びとして

本件各訴訟は、法曹が総有権につき、基礎的諸概念や理論に関する一定の、またできる限り正確な予備知識なしに、錯雑をきわめた事実の森（事実関係）に分け入り、燈火なしに暗夜の道を行かんとしたものであったといえる。すなわち、当該紛争を巡る訴訟長期化の原因は、法（登記）制度の不備（我が国不動産登記法では、登記に公信の原則が採用されていない）を被告が誤信したことと、裁判官、双方の弁護士の入会権及び総有権の認識不足によるものである。また、総有権訴訟（中でも入会権訴訟）で、司法がきちんとした判断を示せない原因としては、そもそも研究者が少ないことが考えられる。さらに、研究者の中には現地調査の場数が少なく、したがって入会権の知識が乏しい者もおり、にもかかわらず彼らが現地調査も行わないままに入会権（あるいは総有権）に関する意見書を裁判所に提出することも入会理論の誤った理解が訴訟でまかり通ってしまう原因である。したがって、入会権研究において生ける法の探求は必須であり、研究者はそれを軽々に行ってはならず、慣習規範・共同体的諸規範については詳細に捉えきるべきである。

また、認可地縁団体（地方自治法第260条の2）と入会集団とを混同させないよう注意することが必要であろう。町内会・自治会は法人格が認められないため以前には登記ができなかったが、認可地縁団体制度の創設により、町内会・自治会を対象に集会所等の不動産を団体名で登記することができ、また訴訟では当事者適格を認められるようになった。しかし、この制度では、「世帯」を構成員とすることは認められず、その区域の住民であれば誰でも加入でき、団体の活動が著しく阻害される場合を除き、原則として加入希望者の加入を拒否できず、したがって入会集団を前提あるいは対象としていないといえよう。このことは、入会集団が世帯を単位（構成員）としていることと根本的

50) 地縁による団体は規約の範囲内で権利を有し義務を負い「当該認可を受けた団体を公共団体その他の行政組織の一部とすることを意味するものと解釈してはならない」（地方自治法第260条の2第6項）と明文の規定があることに留意する必要がある。松本英昭『要説地方自治法』124-125頁（ぎょうせい、第四次改訂版、2005年）、宇賀克也『地方自治法概説』60-62頁（有斐閣、2004年）参照。また、入会権と登記の関係については、現在、入会権の登記の処理として「委任の終了」という方法が認められており、この適用は登記名義人の専横を防

に異なる点である。

本件では集落有財産を集団のものとして守ることができたが、入会財産を巡る訴訟で法人格なき（権利能力なき）⁵¹⁾ 社団説、つまり、誤った理論構成に基づいたものである。今後は、実在的総合人（入会集団）と法人格なき社団との異同・比較、総有理論そして入会権確認請求訴訟における必要的共同訴訟論につき更なる検討を必要としよう。

止し、入会権であることを公示する一助となる方策として入会権法学者に期待されているもので、このことを支持したい。詳しくは、江渕・前掲注 34) 5 頁以下参照。

51) 社団財産総有説について「何のためにこの説（社団財産総有：執筆者挿入）が登場し、そこに、いかなる総有概念の誤解をばらみ、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、入会財産を巡る訴訟がどのように悪影響を受けているのか」といったことを論考している。そして、この説に基づき研究され尽くされたと思われる最高裁判決の再検討の必要性を主張している。江渕・前掲注 38) 4 頁以下参照。