

入会権の全員一致原則について ——最高裁平成20年4月14日判決を契機に——

采女博文

- 1 はじめに
- 2 最高裁平成20年4月14日判決
- 3 考察
 - (1) 多数意見と少数意見との分岐点
 - (2) 総有概念を媒介にして入会集団と権利能力なき社団とを同視することができるか
 - (3) 利用形態の変化が入会権の多数決処分を正当化するか
- 4 おわりに

1 はじめに

農村社会の変容に伴って入会地の生活必需性が失われる状況が進行し、入会権をめぐる紛争も小繋事件のような村人の生存権をかけた闘いから、都市資本による開発への反対、地域環境を守るための入会権の主張へと変化している。⁽¹⁾「戦後、とくに昭和40年代、社会経済事情の変化が著しく、入会集落住民（入会権者）の生活様式（職業）の多様化、とくに脱・離農化が著しく、また入会地（のみならず土地一般）の利用状況も変化し、それに伴って、入会地に対する入会権者の意識も必ずしも一様でなくなり、ときには利害関係が相反することも稀ではない。入会地が現に育林その他に利用されていないため、地盤所有者またはそれ以外の第三者（主として公共団体を含む土木業者）からその使用を求められた場合などが問題になる。」⁽²⁾

入会権は、共有の性質を有する入会権についていえば、共同所有権である。⁽³⁾「共同所有財産については、特にその処分の決定権を何びとかに委ねたのでないかぎり、自分の意思に反して共同所有財産が処分されることに対して共同所有権者が異議を唱え得るものとすべきは、私有財産に関する一般原則上当然である」。⁽⁴⁾入会地の処分、その利用方法の決定等は全員の合意が必要であ

り、したがってその決定は満場一致が原則である。⁽⁵⁾しかし、裁判例をみると、入会集団の意思決定における全員一致原則も揺らいでいるようにみえる。東京高判昭和50年9月10日下民集26巻9～12号769頁、那覇地（石垣支部）判平成2年9月26日判時1396号123頁、福岡高（那覇支部）判平成6年3月1日判タ880号216頁、鹿児島地（名瀬支部）判平成16年2月20日（『戦後入会判決集』第3巻555頁）などは全員一致原則を前提としている。しかし、近年、全員一致原則から目をそらす傾向にある裁判例、大阪高判平成13年10月5日（『戦後入会判決集』第3巻373頁）、福岡高（宮崎支部）判平成18年4月28日（西南法学論集40巻3・4合併号146頁）なども現れている。⁽⁶⁾最高裁平成20（2008）年4月14日判決（民集62巻5号909頁）は、「民法263条は、共有の性質を有する入会権について、各地方の慣習に従う旨を定めており、慣習は民法の共有に関する規定に優先して適用されるところ、慣習の効力は、入会権の処分についても及び、慣習が入会権の処分につき入会集団の構成員全員の同意を要件としないものであっても、公序良俗に反するなどその効力を否定すべき特段の事情が認められない限り、その効力を有するものと解すべきである。」と判示したうえ、当該事案で、全員の同意を要しない入会財産の処分についての慣習を認めた。⁽⁷⁾本判決に対して危惧の念を表明する論調⁽⁸⁾と共に、判決（多数意見）を支持する論調も散見されるのには驚きを覚えた。

この状況をみると、改めて、入会権とは何かを再考してみる必要があるように思う。とりわけ、共有の性質を有する入会権が利用権としてのみ理解されたり、入会集団が権利能力なき社団と同視されたりすることに問題があるように感じる。

本稿では、最高裁平成20（2008）年4月14日判決に関してなされた論評を主な素材にして全員一致原則をめぐる状況を考えてみたい。⁽⁹⁾その際、特に、1）最高裁平成20年4月14日判決の多数意見と少数意見との分岐点、2）総有概念を媒介にして入会集団と権利能力なき社団とを同視することができるか、3）利用形態の変化（農山村における入会権の意義の喪失）が入会権の多数決処分を正当化するか、という視点から考察したい。

2 最高裁平成20年4月14日判決

1) 事実の概要

(1) 山口県熊毛郡上関町の長島は、本州（室津半島）と陸路（上関大橋）で結ばれている島であり、少ない平地に上関、戸津、蒲井、白井田、四代（しだい）の各部落が形成されている。長島南部に所在する四代部落には、約100世帯が居住している。上告人Xらは、いずれも、四代部落に属する一家の世帯主（以下「四代部落の世帯主」という。）であると主張する者である。被上告人Y1（中国電力株式会社。以下「Y1」という。）を除く被上告人ら（以下、「Y2ら」という。Y2は、四代区の代表者区長である。）は、いずれも四代部落の世帯主である。

(2) Y1は、長島の四代地区に上関原子力発電所を建設することを計画し、平成10年9月、建設用地の取得を始めた。原判決別紙物件目録記載（1）～（4）の土地（以下、同目録記載の土地を、その番号に従い「本件土地1」などといい、併せて「本件各土地」という。）は、その建設用地の一部であるが、本件各土地の不動産登記簿の表題部の所有者欄には、いずれも「四代組」と記載されていた。

(3) 四代組とは、古くから四代部落の世帯主を構成員として存在する入会集団を意味し、本件各土地は、明治24年10月の時点において、四代組の入会地としてその構成員である四代部落の世帯主全員の総有に属しており、四代部落の世帯主が有していた本件各土地についての入会権（以下「本件入会権」という。）は、共有の性質を有するもの（民法263条）であった。

四代部落には、現在、四代組と同じく、四代部落の世帯主で構成される「四代区」という団体が存在する。四代区は、上関町（昭和33年2月発足）の前身である上関村（明治22年2月発足）の村会が明治24年10月に議決した区会条例により設けられた区会の一つであり、同月ころ、権利能力なき社団として成立したものであって、固有の財産を有し、その管理処分をしている。四代区は、四代部落が保有する財産を管理するための財産区とすることを企図して設けられたものであるが、同条例につき町村制所定の内務大臣の許可を得ることができなかつたため、結局、財産区とはされずに、今日まで権利能力なき社団として存続しており、四代区の財産はすべて四代区の構成員全員の総有に属する。

四代区の構成員は四代組の構成員と一致しており、四代組の有していた財産（以下「旧四代組財産」という。）は、その成立により四代区の財産とすることとされたので、四代部落民は四代組と四代区を同一のもののように意識してきた。四代区は、四代組名義の固定資産を管理し、その固定資産税を納付しており、本件各土地の固定資産税も四代区が納付してきた。四代区は、昭和44年ころ、不動産登記簿の表題部の所有者欄に「四代組」と記載されていた土地を山口県に売却しており、平成8年2月には、上関町との間で、同様に不動産登記簿の表題部の所有者欄に「四代組」と記載されていた土地を、四代区の役員会の決議に基づき、四代組の名義をもって道路用地として売却する旨の契約を締結した。

(4) 本件土地1～3は、昭和30年代ころまでは四代部落民がそこで海産加工品の生産、家庭用燃料等に利用するための薪炭用雑木を採取するなど、入会地として利用されていたが、昭和40年代以降は徐々に利用されなくなり、遅くとも昭和50年ころには使用収益する者はいなくなった。また、本件土地4は、現地を確認することができず、その所在が明らかではない。

(5) 四代区の代表者区長であるY2は、平成10年11月30日付けで、四代区の財産の管理処分に関する慣行を含むそれまでの四代区の運営に係る慣行を明文化したものととして四代区規約を作成した。その当時、四代区の財産の処分については、四代区の役員会の全員一致の決議による旨の慣行があり、四代区規約には、四代区の財産の処分は四代区役員の総意により決する旨記載された。

(6) Y2は、平成10年12月12日、四代区の代表者区長として、四代区の役員会の全員一致の決議に基づき、Y1との間で、本件各土地を何らの権利の負担のないものとしてY1所有の土地（山林）と交換する旨の契約（以下「本件交換契約」という。）を締結した。

本件各土地については、同月14日、山口地方法務局柳井出張所により、不動産登記簿の表題部の所有者欄にあった「四代組」の記載が所有者錯誤を原因として抹消され、同欄に新たにY2の住所氏名が記載されてその旨の登記がされた。そして、同日、Y2によって所有権保存登記がされた上、Y2からY1に対し、同月12日付けの交換を原因とする所有権移転登記手続がされた。

(7) 本件交換契約に先立って四代区の臨時総会が開催されることはなかった

が、Y 2 は、本件交換契約締結後の平成10年12月14日付けで、四代区民に対し、「Y 1 への区有地の交換譲渡について（ご報告）」と題する書面を送付して、同月12日に役員会の全員一致の決議に基づき本件交換契約を締結したことを通知した。

本件は、上関原子力発電所の建設に反対するXらが、本件入会権の対象となっている本件各土地の処分には、入会権者全員の同意が必要であり、Xらの同意なしにされた本件交換契約は無効であるなどとして、〔1〕Yらに対し、第1次的にXらが本件土地1～3について共有の性質を有する本件入会権の内容である使用収益権を有することの確認を求め、第2次的にXらが本件土地1～3について総有集団の構成員として使用収益権を有することの確認を求めるとともに、〔2〕Y 1 に対し、第1次的に共有の性質を有する本件入会権の内容である使用収益権に基づき、第2次的に総有集団の構成員として有する使用収益権に基づき、本件各土地についてされた所有権移転登記の抹消登記手続、本件土地1～3についての立木伐採及び現状変更の禁止を求める事案である。

2) 原審判断（広島高裁平成17年10月20日判決，判時1933号84頁）

最高裁は、原審判断を次のように整理している。(1) 本件各土地については、四代区が成立する前までは、四代組とその構成員である四代部落の世帯主が共有の性質を有する入会権（本件入会権）を有していたところ、明治24年10月ころに権利能力なき社団である四代区が成立した際に、本件各土地を所有し、管理処分する権能は四代区に帰属し、それに伴って、四代部落の世帯主が有していた本件入会権は、共有の性質を有しない入会権（民法294条）へ変化し、その後も存続し続けたものと認められる。共有の性質を有しない入会権は、消滅時効の法理に服するというべきであり、「本件各土地は入会地として使用されずに40年以上が経過したから入会権は既に消滅した」旨のYらの主張は、共有の性質を有しない入会権についての消滅時効を援用するものと解することができる。本件土地1～3については、昭和30年代ころまでは四代部落民が入会地として利用していたが、遅くとも昭和50年ころには使用収益する者がいなくなったと認められ、本件土地4については、所在さえ明らかではないから、四代部落の世帯主が有していた本件入会権は、現在では時効により消滅したというべきである。

(2) 権利能力なき社団においては、その所有財産は社団構成員の総有に属するが、当該財産について、その管理処分方法を定めた規約や慣行が存在する場合には、当該財産の管理処分は、それによるものと解するのが相当である。そして、本件各土地は、権利能力なき社団である四代区の成立後は、四代区の構成員の総有に属していたと認められるところ、四代区においては、その所有する財産の処分について四代区の役員会の全員一致の決議による旨の慣行が存在していたから、本件各土地は、本件交換契約によって有効に処分され、Y 1は何ら権利の負担のない本件各土地の所有権を取得した。

3) 判旨

多数意見（甲斐中辰夫，才口千晴，涌井紀夫）の判断は次の通りである。原審の上記（1）の判断は是認することができないが、上記（2）の判断は結論において是認することができるとして上告を棄却した。

「(1) 本件入会権の性質

原審は、四代区の成立によって、本件各土地を所有し、管理処分する権能が四代区に帰属することとなり、それに伴って本件入会権の性質が共有の性質を有するものから共有の性質を有しないものに変化した旨判示している。しかし、前記事実関係によれば、四代区は権利能力なき社団であり、本件各土地が四代部落の世帯主の総有に属するものであることは、四代区の成立の前後を通じて変わらないことが明らかであるから、本件各土地を管理処分する権能が四代区に帰属することになったとしても、四代部落の世帯主が有していた本件入会権が共有の性質を有しないもの、すなわち、他人の所有に属する土地を目的とするものになったということとはできない。したがって、四代区の成立後も、本件入会権は共有の性質を有するものであったというべきであり、原審の上記(1)の消滅時効の判断は、前提を欠くことになる。

(2) 本件入会権の処分についての慣習

前記事実関係によれば、〔1〕本件各土地は、明治24年10月の時点において、四代部落の世帯主を構成員とする入会集団である四代組の入会地として、その構成員である四代部落の世帯主全員の総有に属し、四代部落の世帯主が有する入会権（本件入会権）は、共有の性質を有するものであったこと、〔2〕同月、四代組と構成員を同じくする権利能力なき社団である四代区が成立し、本件各

土地を含む旧四代組財産は四代区の財産とされ、以後、四代区の管理するところとなったが、四代部落民は、四代組と四代区を同一のもののように意識してきたこと、〔3〕四代区は、本件各土地を含む四代組名義の固定資産の固定資産税を納付してきたほか、昭和44年ころには、四代組の所有名義の土地を山口県に売却し、平成8年2月には、役員会の決議により、上関町との間で四代組の所有名義の土地を売却する旨の契約を締結したこと、〔4〕四代区の区長であるY2は、平成10年11月30日付けで、四代区の財産の管理処分に関する慣行を含むそれまでの四代区の運営に係る慣行を明文化して四代区規約を作成したが、その当時、四代区の財産の処分については四代区の役員会の全員一致の決議による旨の慣行があり、四代区規約には、四代区の財産の処分は四代区役員会の総意により決する旨記載されたこと、〔5〕本件土地1～3は昭和30年代ころまでは入会地として利用されていたが、昭和40年代以降は徐々に利用されなくなり、遅くとも昭和50年ころには使用収益する者はいなくなったこと、以上の事実が明らかであり、経験則に照らしてその認定が不合理なものとはいえない。

これらの事実を総合考慮すると、四代区の成立後も、本件各土地が四代部落の世帯主全員の総有に属し、共有の性質を有する本件入会権が存続していたことには変わりはないが、その管理は四代区の成立後は他の旧四代組財産と同じく四代区にゆだねられ、その処分も、遅くとも平成8年ころまでには、他の旧四代組財産と同じく四代区の役員会の全員一致の決議にゆだねられていたものと解される。そして、四代部落の世帯主の総有に帰属する本件各土地の処分は、当然に共有の性質を有する本件入会権の処分を意味することになる。そうすると、四代部落においては、本件各土地の管理形態や利用状況の変化等を経て、Y2が四代区規約を作成した平成10年ころには、既に本件各土地の処分、すなわち、本件入会権の処分については、他の旧四代組財産と同じく四代区の役員会の全員一致の決議にゆだねる旨の慣習（以下「本件慣習」という。）が成立していたものと解するのが相当である。

そこで、本件慣習の効力について検討すると、民法263条は、共有の性質を有する入会権について、各地方の慣習に従う旨を定めており、慣習は民法の共有に関する規定に優先して適用されるところ、慣習の効力は、入会権の処分についても及び、慣習が入会権の処分につき入会集団の構成員全員の同意を要件

としないものであっても、公序良俗に反するなどその効力を否定すべき特段の事情が認められない限り、その効力を有するものと解すべきである。そして、本件慣習については、本件土地1～3の利用状況等にかんがみても、公序良俗に反するなどその効力を否定すべき特段の事情が存在することはうかがわれないので、その効力を有するものというべきである。

(3) 本件入会権の喪失等

前記事実関係によれば、本件各土地については、平成10年12月12日に、四代区の役員会の全員一致の決議に基づいて本件交換契約が締結され、同契約を登記原因としてY1に対して所有権移転登記手続がされたというのであるから、本件交換契約は本件慣習に基づくものとして有効であり、Y1は何らの権利の負担のない本件各土地の所有権を取得し、四代部落の世帯主はY1所有の土地と引換えに本件入会権を喪失したものである。そして、本件入会権とは別に総有集団の構成員として有する使用収益権が成立する余地がないことは、これまで説示したところにより明らかである。原審の上記3(2)の判断は、結論において是認することができる。」

これに対し、少数意見(横尾和子、泉徳治)は、「四代部落においては、世帯主全員の総有に属する土地等の処分について、権利能力なき社団である四代区の役員会の全員一致の決議にゆだねる旨の慣行があった」との原判決の認定は、経験則に違反するから、本件交換契約の有効性を認めることができないとして原判決を破棄し、本件各土地に対する入会権が解体消滅したか否か、Xらが上記入会集団から離脱したか否か、Xらの入会権の主張が権利の濫用に当たるか否か等について更に審理する必要があるため、本件を原審に差し戻すべきであるとした。

3 考察

(1) 多数意見と少数意見との分岐点

中吉調査官解説は、本判決は、入会権の処分に関する慣習の効力についての基本的な法理を示したものとして、おおきな意義を有する、と述べる。⁽¹⁰⁾ 民集掲載「判決要旨」は、「共有の性質を有する入会権に関する各地方の慣習の効力は、入会権の処分についても及び、入会集団の構成員全員の同意を要件とし

ないで同処分の認める慣習であっても、公序良俗に反するなどその効力を否定すべき特段の事情が認められない限り、有効である。」とされており、中吉調査官解説によれば、この点で法廷の意見は一致しているとされている。

まず、表層上の争点である「役員会の決議によって入会権を処分する慣行の存在」が認められるか否かの議論をみたい。多数意見は慣行の存在を肯定したが、少数意見は否定した。なお、多数意見と異なり、少数意見は四代区という権利能力なき社団の成立について疑問を呈しているが、これについては後にみることにしたい。

この慣行の存在（主要事実）の証明の場面をみてみよう。原審は、「四代部落においては、世帯主全員の総有に属する土地等の処分について、権利能力なき社団である四代区の役員会の全員一致の決議にゆだねる旨の慣行があった」との慣行の存在を認定した。多数意見はこの原審認定を追認した。しかし、少数意見は、この慣行の存在の認定を経験則に反すると考えた。

少数意見は、主要事実を推認し、あるいは推認を妨げる間接事実を細かく検討したうえで総合評価をしている。間接事実による主要事実の推認のあり方について学ぶべきものがある。まず、原審によって慣行の存在を推認させる間接事実として挙げられている3点について、それぞれどの程度重要視できるかを検討している箇所をみたい。

原審は、慣行の存在を推認させる間接事実として3点を挙げる。①「昭和44年に四代組名義の土地が山口県に売却されているが、その際に部落の全住民の同意を経た形跡がうかがえない」。②「平成8年2月に四代組名義の土地が道路用地として上関町に売却されているが、この売却は役員会の決議に基づいて実行されたものであり、部落の全住民の同意を経た形跡がうかがえない」。③平成10年11月30日付け「四代区規約」には、末尾に、「以上の慣行規約により四代区の自治会組織を運営していることに相違ありません。」との記載がある。

原審は上の3つの間接事実から慣行の存在という主要事実を認定した。これに対し、少数意見は、3つの間接事実を次のように評価した。①については、「原判決は、山口県への売却について、役員会の全員一致の決議によって行われたことや、四代部落の世帯主の総会に諮ることなく行われたことを積極的に認定

するものではないから、原判決の上記認定事実を、前記慣行の存在を証明する間接事実として重要視することはできない。」と評価している。②については、「原判決は、上関町への売却について、四代部落の世帯主の中に反対者がいたにもかかわらず、役員会の決議のみで行われたことを積極的に認定するものではない。そして、道路用地としての売却であるから、四代部落の世帯主の全員が明示的又は黙示的に同意していた可能性を否定しきれない。原判決の上記認定事実も、前記慣行の存在を証明する間接事実としてそれほど重要視できるものではない。」と評価している。③については、原審が四代区規約について認定しながら、重視しなかった2つの事実、④「Y2は、本件各土地をY1へ譲渡することへの理解を得るため、平成10年12月12日に四代区の臨時総会を開催する旨の通知を発したが、上関原子力発電所建設に反対する勢力の反発が強く予想されたため、臨時総会の開催を断念した」と⑤「Y2は、司法書士の指導の下、それまでには存在しなかった四代区規約を作成し、Y1に対する本件各土地の所有権移転登記手続を実行した」から、「四代区規約は、四代部落の世帯主全員の決議や確認の下に作成されたものではなく、臨時総会の開催を断念したY2が、上記登記のため司法書士の指導の下に急ぎょ作成したものにすぎない」との評価を加えううえで、「四代区規約の上記記載から、四代区の財産の処分については四代区の役員会の全員一致の決議による旨の慣行があると認定するのは相当でない。」と、間接事実③から慣行の存在を推認できないとしている。

さらに、少数意見は、原審が認定した事実のなかから慣行の存在の推認を妨げる間接事実として2つを拾い上げている。⑥「昭和30年代に、四代区有のHの入会地に開発計画が持ち上がった際に、四代区の常会が開かれて、その計画に反対する者が出て計画が頓挫したことがあった」、⑦「Y2が、本件各土地をY1へ譲渡するに当たり、四代区の臨時総会を開催しようとしたこと」。少数意見は、この2つの間接事実から、「四代部落の最高意思決定機関は常会（総会）ではないかとの疑いを抱かせるものである。」との評価をしている。

さて、主要事実の存在を推認させる間接事実と推認を妨げる間接事実とがある場合、総合評価によって主要事実が存在するか否かを判断しなければならない。少数意見は、役員会の一致によって入会財産を処分するとの慣習の存在の

認定を経験則に違反する不合理なものともみた。多数意見は不合理とみななかった。中吉徹郎調査官解説は、多数意見を擁護して次のように述べる。「成文の規約が急きょ作成されたからといって、それに記載された内容の慣行が従前から存在していたとの認定が不合理であるということにはならない」し、「四代区が昭和44年ころ及び平成8年2月に四代組所有名義の土地を売買した事実は、四代区規約に記載された内容の慣習が存在することを裏付ける客観的な事情として捉えることができ、上記の慣行の存在に係る認定に、経験則違反に当たるような不合理なところは認められない」。(11)

結論を左右したのは、事件全体をみる視点（基本的視点）の違いである。少数意見の場合、総合評価をする場合の基本的視点は、「総有に属する土地について、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、構成員全員の特別な合意がなければならぬものであり（最高裁昭和50年(オ)第702号同55年2月8日第2小法廷判決・裁判集民事129号173頁参照）、同処分行為を役員会の決議にゆだねるというのは例外的事柄に属する」という認識である。最高裁昭和55年2月8日判決は、「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、構成員全員の特別な合意がなければこれを行うことができず、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行う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なければこれを行うことができない」と判示し、原則と例外とを取り違えてはいない。この認識に立てば、「慣行が存在するというためには、これを相当として首肯するに足りる合理的根拠を必要とする。」との判断になる。

これに対して、原審は、「四代区は権利能力のない社団であり、権利義務の主体とはなりえず、その所有する財産は社団構成員の総有に属すると解されるが、当該社団においてその所有財産の管理処分方法を規約や慣行等で定めている場合、その管理処分は、その定めるところによると解するのが相当である。」というところから出発する。「共有の性質を有する入会権に関する各地方の慣習の効力は、入会権の処分についても及び、入会集団の構成員全員の同意を要件としないで同処分の認める慣習であっても、公序良俗に反するなどその効力

を否定すべき特段の事情が認められない限り、有効である。」(民集掲載「判決要旨」)と少数意見の認識との間には根本的認識の差異があると思われる。

多数意見の事実認定はずさんというほかない。川島武宜が指摘しているように、構成員全員の同意を要するとの慣習が存在するか否かは、慣習違反の処分に対してサンクションが現実に存在するか否かによって決まる。重要なのは、「独断的な取引行為がなされた場合に、入会権者の中にこれを是認しない者がいて、『規則違反』を主張した場合である。この場合には、そのような主張によって規範の存在が明確となるのであり、特にその主張者が訴訟という手段に訴える場合には、一そう明確である。もしそうでないとしたら、違反しさえすれば、慣習規範は消滅してしまうことになり、そもそも『規範の存在』という観念が自己矛盾となってしまう」⁽¹²⁾ 池田恒男は、「総有という講学上の概念は、歴史的・社会的実在である経験的な実体から観察された事実を根拠として形成されてきた概念であるにもかかわらず、せいぜい数十年間の村を取り仕切ってきた人々による運営に関わる曖昧さを否認ないあれこれのなし崩し的な諸現象によって、全員一致という村落共同体の成り立ちの核心に関わる決定方法を村人の法的確信をもって覆したと簡単に断定できるものであろうか。…処分の決定方法という財産権の根幹の変更が、旧来の決定方法(全員一致の決議)を伴わずしてそう簡単に部落民全員の『法的確信』をもってなされたといえるのだろうか?あるいは四代区なる存在がなぜ従前の入会団体に入会地の所有レベルで取って替わってしまうのであろうか?」⁽¹³⁾と厳しい評価を下している。

(2) 総有概念を媒介にして入会集団と権利能力なき社団とを同視することができるか

多数意見の論理構造は、[1] 四代部落の世帯主は、入会集団を構成し、本件交換契約の締結当時、共有の性質を有する入会権の入会地として本件各土地を総有していた、[2] 明治24年10月に四代部落の世帯主を構成員とする権利能力なき社団「四代区」が成立した、[3] 四代部落においては、本件交換契約の締結当時、本件各土地の処分、すなわち本件入会権の処分については、四代区の役員会の全員一致の決議にゆだねる旨の本件慣習が成立していた、[4] 本件交換契約は、本件慣習に基づき、四代区の役員会の全員一致の決議により締結さ

れたものであるから、有効である、というものである。

しかし、四代区が明治24年10月に四代部落の住民団体である権利能力なき社団として成立したとする認定は、少数意見が指摘するように不合理なのではないか。

「原判決は、『上関村の村会は、明治24年10月に区会条例を議決し、財産区とすることを企図して四代区を設けたが、同条例についての内務大臣の許可が得られなかったため、四代区は、財産区とはならなかったものの、四代部落の住民団体である権利能力なき社団として成立した』と認定している。しかし、明治24年10月に四代区が権利能力なき社団として成立したという事実は、当事者も主張していない事実である。また、四代部落の世帯主が決議をしたというのであればともかく、村会が区会条例を議決したことから四代区が権利能力なき社団として成立したと認定するのは、著しく合理性に欠ける。さらに、原判決は、『上関村では、明治22年5月の村会で、事務の促進を図り行政の円満な運営のため各地区に区長が置かれることになり、四代部落にも区長が置かれた』と認定しながら、この四代区長と明治24年に成立したという権利能力なき社団の四代区との関係を明らかにしておらず、四代組が明治22年ころから四代区と称されるようになったにすぎないのではないかとの疑いも存する。以上のように、四代区が明治24年10月に権利能力なき社団として成立したとする認定は不合理であり、四代区が権利能力なき社団として成立したのか否か、いついかなる経緯で成立したのか、不明であるといわざるを得ない。」（少数意見）

少数意見が説得的であるにもかかわらず、多数意見が、「権利能力なき社団が明治24年10月に成立した」との原審の認定を追認したのはなぜだろうか。権利能力のない社団（法人格のない社団）の場合、業務執行は「多数決の原理」に基づいて行われる。最高裁昭和39年10月15日判決（民集18巻8号1671頁）は、権利能力なき社団を次のように説明する。「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46条【現29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いうるためには、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

のでなければならないのである。しかし、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。

そうすると、入会集団の財産は総有であるし、入会集団が権利能力なき社団であるとすれば、入会集団の場合にも入会権の変更・処分を構成員の多数決で行う慣習の成立を認めることができるという論理展開をすることができるようにみえる。そのような伏線として無理な事実認定が行われているのではないか。

確かに、判例は入会集団を権利能力なき社団に「当たる」と述べている。たとえば、最高裁平成6年5月31日判決(民集48巻5号1065頁)はこう述べる。「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34年(オ)第650号同41年11月25日第二小法廷判決・民集20巻9号1921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。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進行し、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進行し、本案判決を受けることを認めるのが、このような紛争を複雑化、長期化させることなく解決するために適切であるからである。」

しかし、訴訟上の技術を超えて、入会集団を権利能力なき社団と捉える判例の考え方は問題を含む。

入会集団と権利能力なき社団とを総有概念でひとくくりにするのことに對して

は既に批判がある。中尾は次のように述べる。「総有は共同所有の一形態である。…法人でない社団の財産を総有すなわち共同所有と称することが誤りである。法人である社団も、また法人でない社団も一般に多数決の原理によって運営される。…その社団が法人格を有しない場合、その実質的所有財産は構成員の共同財産であり、全員の同意がなければ処分できない、などとまともに考えている者はいないであろう。法人である社団の財産は社団の所有に属することは自明であるが、法人でない社団の財産も同様に解すべきである。社団の財産が、社団が法人でないときは構成員の総有（共同所有）に属し、法人になると同時に総有でなくなり社団の単独所有になると考える者がいるとすれば、それは法律家の独りよがりといわざるをえない」。⁽¹⁴⁾

逆に、権利能力なき社団を総有概念で把握すれば、入会集団を除く他の権利能力なき社団の理解にも混乱をもたらすだろう。権利能力なき社団・財団の総合的な研究を行っている河内は、最判昭和32年11月14日民集11巻12号1943頁の解説の箇所で次のように述べる。「総有という概念は、伝統的な入会集団の財産関係をモデルにして作られたのであるが、入会団体では、全構成員の同意がなければ、入会を廃止できないので、総有概念が有用であるかもしれないが、労働組合などのような近代的団体に、このような概念を用いることは、むしろ誤解を招き、妥当とはいえないのではあるまいか」。⁽¹⁵⁾

また、構成員は持分を有しないということでもって、入会集団と権利能力なき社団とをひとくりにするのも間違いである。入会権者は入会財産に対して持分を有しないという考え方は実態をみない観念的ドグマでしかない。今日の入会権研究の到達点は持分権を承認している。組合のように脱退に際して持分の払戻請求（民法681条）、共有物分割請求（民法256条）が認められないというだけにすぎない。『昭和49年全国山林原野入会慣行調査』の解題（中尾英俊）によれば、「入会権者に持分があるという集団は全体の約3割弱の413集団であって、持分は、株、口、権利等地方によって種々の呼び名で呼ばれている。」とされ、権利譲渡（持分譲渡）と併せた分析から、「持分がある集団は約600近くあり、そのうち約400余りの集団で持分譲渡がみとめられる、と解するのが適当であろう」し、「入会権の持分の有無というけれども、入会権にもともと持分が存在しないのではなく、古典的利用秩序のもとではそれが潜在的にしか

存在せず、入会地の利用形態の変化や地盤所有意識の強化等によりそれが顕在化するものであるから、持分顕在化の程度、という方が正確であろう」と記述されている。⁽¹⁶⁾

「権利能力なき社団」の財産に対する構成員の財産関係を総有と表現するとすれば、川島以降の入会権論の到達点から理解される入会集団の総有とは異質のものであろう。池田恒男も次のように述べる。「『権利能力なき社団』の構成員の財産関係が『総有』だとするのは最判昭和32年11月14日民集11巻12号1943頁以来繰り返し判決例に現れる判例『理論』であり、) 本判決でも通奏低音のようで推論過程で底流となったばかりでなく、表層に現われ出て結論に至る論理的道筋の一部になっているように思われるが、はたして、このような共通意思的結合による団体 (Association) における『総有』は、村落共同体の伝統的な共同所有財産をめぐる人々の伝統的な共同所有財産をめぐる人々の法関係を指す総有 (入会権の総有) と同一概念なのであろうか。」⁽¹⁷⁾

既に多くの指摘があるように、団体の実体レベルで入会集団を権利能力なき社団と捉えるという理解は不必要だし、誤解を招きかねない。権利能力なき社団の財産は、社団の財産は社団の単独所有とみることが十分に可能なものである。このような権利能力なき社団の代表者の代表権は、各構成員の特別な授権を要することなく、一切の裁判上又は裁判外の行使に及ぶ、と解することが可能であろう。⁽¹⁸⁾ 今日、社団論にとって、総有概念はすでに桎梏となっている。⁽¹⁹⁾ このように解する場合には、入会集団の財産の帰属、処分は、権利能力なき社団とは異質なものであることが明らかになる。

なお、中吉調査官解説は「入会集団自体がその依って立つ慣習の変化により近代的な団体形態に移行し社団化することもあり得る」と述べる。「最高裁判平成6年5月31日第三小法廷判決・民集48巻4号1065頁も入会集団が権利能力なき社団であるという場合を肯定している。そのような近代的な団体形態に移行した入会集団においては、入会権自体の解体にまでは至らなくても、従前の入会集団特有の団体的規制とは異なる団体的規制が妥当するようになり、その限りにおいて入会権の内容にも変容を来し、その結果、構成員全員の総有に属する不動産の処分に関する入会団体の意思決定方法につき多数決が許容されるということも十分に考えられよう。」⁽²⁰⁾ しかし、最高裁判平成6年5月31日判決の

事例は、利用形態が直轄利用形態から契約利用形態に移行しているにすぎないし、誰を土地の登記名義人とするかについても総会における構成員全員一致の議決によっている。近代的な団体形態を入会権と区別するなら、構成員総体とは区別された団体性を観念することができるものであり、その論理的帰結として団体財産を多数決で処分できる団体であろう。近代的な団体形態に移行している事例とは読めない。入会集団に入会権確認請求訴訟の当事者能力を認めるために、入会集団に権利能力なき社団の衣をまといわせているだけにすぎないだろう。⁽²¹⁾

(3) 利用形態の変化が入会権の多数決処分を正当化するか

利用形態の変化（農山村における入会権の意義の喪失）を援用して多数決処分の肯定に傾く所説を見ておこう。

昭和30年以降の農村入会権の意義の喪失が語られることがある。加藤雅信は次のように述べる。「昭和30年頃からいわゆる『燃料革命』により、家庭でも薪や炭の代わりに石油やプロパンガスが用いられるようになった。そのうえ、農業でも『肥料革命』がおこり、化学肥料が用いられ、草刈りや落ち葉等に依存した堆肥や柴木を燃やしてつくる木灰等は用いられなくなった。農家の建築が現代的なものになれば、里山の木材を使用することもなくなる。また、カヤぶき屋根から瓦ぶき屋根に変われば、カヤの採草地を入会地として共同利用する必要もなくなる」。⁽²²⁾

たとえば、上原由起夫は、加藤の意図するところとは異なると思われるが、この加藤の叙述を引用してこう述べる。「農村入会権は、昭和30年代以降、燃料革命、肥料革命により、ほぼその意義を失ったのであるが、環境問題に関する紛争においては、本件のように入会権が主張されることがある。しかし、冷静に考えれば、これは権利濫用である」。⁽²³⁾ 上原は、この叙述に加えて、さらに「地球温暖化防止のために、火力発電所より、原子力発電所の方が優れているという見解もある。原子力発電推進は国策であり、訴訟に要する時間と費用を考慮するならば、上告受理申し立て理由を鵜呑みにした反対意見こそ批判されるべきである。」と述べる。

古積健三郎のつぎの叙述も、同様の趣旨と思われる。「入会権の性質が部落

構成員の総有と解され、またその処分に権利者全員の同意を要するというのは、部落民が目的地を共同で支配し収益をあげ、それが各部落民の生存にとって重要な要素となっている事実を基礎としてものである。そのような事実が慣習化している状況であるからこそ、各部落構成員の意思に反した処分は許されない。しかし長期にわたってこのような共同支配の事実がなくなっているならば、もはや全員の同意を要するという原則を支える事実・慣習も脱落したものといえよう」。(24)

後藤元伸は、「雑草・まぐさ・雑木採取という収益形態が消滅した今日では、理論的にも実際的にも入会権の処分を全構成員の同意を原則とすることの当否が問われている（少なくとも権利能力なき社団たる入会団体では管理処分全般を団体法理に従わせるべきである）」と述べる。(25)

坂野征四郎は、「本判決を社会経済的に見れば、本件土地のように、永年に亘り事実上収益権を行使されていないが、明瞭に放棄もされず、消滅したとはいえない入会権の対象地を、別の目的で利用することに対する手続き上の障害を減少させる方向の判例であると位置付けることもできる。」と述べ、本判決の射程距離について、「本判決が、反公序良俗性の判断要素として入会地の利用状況等を挙げていることから、現に入会権が行使されている土地については本判決の射程距離外であると解する余地がある」とする。(26)

さて、使用目的・利用形態の変容が入会権の管理処分のあり方に影響を及ぼすものであろうか。中尾は、入会地の利用目的が変わってくると、その利用形態も変化していくが、入会地の法的性格が変わるわけではないことを強調している。「入会地での採草採薪の必要性がなくなり、また森林としても農業用にも利用されず、原野ないし雑種地のような状態になり、その土地が平地状の土地であると、そこに集落の集会場が建てられその建物敷地になることがある。それでもその土地を入会集団が管理し所有しているかぎり、共有の性質を有する入会地であることにはかわりはない。」(27)

この問題は、入会権の定義、法的性格の把握にも関わる。我妻＝有泉は、「入会権は、一般に一定の地域の住民が、一定の山林原野などにおいて、共同して収益一主として雑草・秣草・薪炭用雑木等の伐採—をする慣習法上の権利である」、あるいは「重点を共同体による土地支配において、村落共同体もしくは

これに準ずる共同体が、土地、主として山林原野に対して総有的に支配するところの慣習上の物権である」⁽²⁸⁾と定義している。最高裁平成20年4月14日判決の中吉調査官解説も「入会権は、一般に、一定の地域の住民が一定の山林原野等において共同して雑草、まぐさ（牛馬の飼料にする草）、薪炭用雑木等の採取をする慣習上の権利である」と述べる。

これに対し、中尾は、「民法263条は共同所有権である入会権であって、単に『採取する』だけの権利ではない。かつてはそのような収益行為が入会権用益機能の主たるものであったが、現在そのような草木採取が主となる入会地はほとんどないといってよい。」と述べて、最高裁平成18年3月17日判決（民集60巻3号773頁）が「入会権は、一般に一定の地域の住民が一定の山林原野において共同して雑草、まぐさ、薪炭用雑木等の採取をする慣習法上の権利であり（民法263条、294条）」と判示したのを、きわめて不正確な表現であると指摘している。⁽²⁹⁾

最高裁平成18年3月17日判決は、この入会権の定義に続けて、「この権利〔入会権〕は、権利者である入会部落の構成員全員の総有に属し、個々の構成員は、共有におけるような持分権を有するものではなく（最高裁昭和34年（オ）第650号同41年11月25日第二小法廷判決・民集20巻9号1921頁，最高裁平成3年（オ）第1724号同6年5月31日第三小法廷判決・民集48巻4号1065頁参照），入会権そのものの管理処分については入会部落の一員として参与し得る資格を有するのみである（最高裁昭和51年（オ）第424号同57年7月1日第一小法廷判決・民集36巻6号891頁参照）。他方，入会権の内容である使用収益を行う権能は，入会部落内で定められた規律に従わなければならないという拘束を受けるものの，構成員各自が単独で行使用することができる（前掲第一小法廷判決参照）」と述べている。しかし、「権利者が入会地自体の共同利用に代えて入会地を第三者に使用させてその対価を分配するという収益形態をとるようになった場合」には、判決の持分権の否定にもかかわらず、持分権が顕在化しているとみる方が素直であろう。いずれにせよ、持分権の否定、管理処分権が団体に帰属するとの理解は、川島武宜以来の入会権研究の到達点から外れている。川島は、「（入会権者が有する権利は）仲間の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概念構成されるべきである。」とし、持分権の否定を入会権の私有財産的性格をあいまいにする結果になる、という。⁽³⁰⁾ また、団体は、構成員とは別の権利主体であるのではなく、多数構成員の集合それ自体にほかならないし、「(入会客体に対する) 管理および処分—特に、処分のみならず、入会権者の利用権能に変更を及ぼすような管理について—については、入会権者の総員の同意を要する、というのが徳川時代以来の慣習であり、そうして、ギールケの言うように、究極において団体の構成員総員の意思によって決定されるということが、構成員の共同的権利以外に『団体そのもの』の権利を概念構成する必要がないゆえんなのである。」⁽³¹⁾ と述べる。

川島武宣の入会権論に今少し立ち戻ってみたい。「民法の用語法によれば、入会権は、利用の機能のみを含むものではなく、『一種の共同所有』たる総有権の内容として権利客体の管理および処分の機能をも含む」と述べた上で、入会権という民法上の概念の要素を次のように述べる。(1) 権利主体が、一定の地域集団たる「共同体 (Gemeinde)」であること。(2) 入会主体が一定の地域または水域を共同して支配していること。共同支配ということばは、地域の構成員が各個人独立してでなく総員一致して—その結果、集団構成員が同時に集団的統一体として—、権利内容たる行為 (権能) を意味する。このような地域集団の Gesamthand 的支配を、オットー・ギールケの概念スキームに依拠して、川島は総手制と呼ぶ。(3) 入会主体が入会客体の上に及ぼす支配の権能は、かならずしも利用に限られない。「有体物の上に使用・収益・処分等の支配を全面的包括的に及ぼし得ることを内容とする近代的私所有権制度が成立する以前の社会においては—明治の近代的私所有権制度導入以前、特に徳川時代においては—、外界の有体物、特に不動産に対する支配は、その現実の利用形態にもとづいて観念され規制されたから、入会のもっぱらその利用の形態を中心として観念されていたが、それにもかかわらず、その管理や処分の権利関係も問題となっていた。すなわち、入会地上に定着する産出物 (毛上) に対する総手的支配のみならず、毛上の定着する地盤そのものに対する総手的支配も存在していたのである。」⁽³²⁾

川島は、「(入会地) の主体は、地域集団たる村落共同体であるが、それは伝統的な集団規制を伴う団体であり、……その集団規制には多数決原則は妥当せ

ず、全員一致による決定がその基本原則である」⁽³³⁾ という。ここでは、入会団体における全員一致原則（多数決原理の否定）は「入会集団の構造的特質の一つのあらわれ」として把握されている。「入会集団においては、集団としての統一性 *Einheit* と構成員の多数性（複数性） *Vielheit* とが分化しておらず、集団としての統一性は集団構成員の全員の意思決定そのものにほかならない」。これと対置される近代法的団体では、多数決原理による団体の意思決定のゆえに団体の意思決定とその個々の構成員の意思決定とが分化対立し得る。この近代法的団体と対立する特質に着目して入会集団を実在的綜合人と呼ぶ。⁽³⁴⁾ 別の箇所、ギールケの所説を説明して、「多数決原理による仲間集会の決議は、団体の単一性の優越性の表現であり、これに反し、各共同体構成員の異議権は、団体の多数性（団体の主体が団体構成員の多数者の権利にほかならないということ）の表現である」という。⁽³⁵⁾

川島は、全員一致原則を入会集団の構造的特質の1つの現れとして捉えている。したがって、「入会権者の全員の同意なしには入会権ないし入会地の処分をすることができないことは、入会権の最も基本的な原則である。全員一致の決定を欠く入会権ないし入会地の処分は法律上無効である。「民法は、入会権については『各地方の慣習』を第一次の法源とする旨を疑問の余地のない明文の規定で定めている。……『伝統的な入会集団——入会権者の総体とは別の独立の統一体たる集団として存在するものと認めることができないような・入会権者の集団（すなわち、いわゆる『実在的綜合人』）——が変質して、「多数決という近代的原則によって団体意思が決定され団体が構成員とは別個独立の自己固有の権利関係をもつような集団」に転化しているという事実（「当該地方ノ慣習」）の立証がない以上、全員一致の決定を欠く入会権ないし入会地の処分は法律上無効であるというべきである」。⁽³⁶⁾

最近、このような川島の研究によって確立された入会集団の全員一致原則は、コモンズ論からの批判にさらされているように思われる。なかでも、入会集団の内発的發展をキーワードにして、入会集団（全員一致原則）と近代的団体（多数決原理）との区別をフエジーにし、「入会権の『私権性』と入会集団による規制の理論的關係についても再考の余地」があるとする榎澤能生＝名和田是彦論文⁽³⁷⁾ が注目される。全員一致集団と多数決団体との区別を否定するわけで

はないが、「全員一致と多数決との間には、截然たる区別があるというよりは、両者の理念型の間にさまざまなケースがスライディング・スケールをなして連なっていると考える」。一方で、全員一致集団においても、その全員一致の意思は、その後の集団構成員の行動を規制する（あとで翻意しても異議を唱えることはできない）のであってみれば、当該人間集団の固有の意思として固有存在性をもつのであって、単なる個々の意思の総和とは異なると理解し、他方で、「多数決を団体意思の固有存在性の不可欠の条件とみる団体理論」に懐疑的な姿勢をとる。⁽³⁸⁾

しかし、入会集団の団体意思の固有存在性を認めることはできないのではない。中尾は後からの翻意を認める。「一旦売却や変更に賛成したが、後に反対の態度をとることが必ずしも不当とはいえない。たとえば道路敷設や施設の設置に賛成であっても、具体的計画では自分の入会権能が侵害されたり、崖崩れや水が涸れるおそれのある場合には当然反対せざるをえない。いわば自らの生活を守り、環境を守るための反対であるから、当然のことであり、そのようなおそれに対する適切な処置なしにその反対を無視することはできない。」⁽³⁹⁾ また、少数意見の裁判での掘り起こしすら認める。「日本のむら社会のみならず社会一般に、多数の中で少数の反対意見を主張するのはきわめて難しいことだからである。むら社会で少数の反対意見を主張すれば制裁とまでいわなくとも有形無形の圧迫を受けることは常識的であるとさえ云ってよい。入会地の処分に反対する少数の者は、集団の集会の中では反対意見を主張することができず、自己意見主張の場、そして権利救済の場を裁判所に求めるのである。したがって裁判所としては真実反対したか、賛成ではなかったかを——そして当然その理由も——明らかにすべきである。」⁽⁴⁰⁾

また、上谷均も、入会団体の団体固有の存在を否定する川島を肯定する。しかし、上谷は、「入会団体に由来する組織が明確な団体組織として存在する場合には、全員一致原則は団体としての活動にとっては常に矛盾をはらんだものとなり、その結果として、権利能力なき社団の法理との違いは曖昧にされる。入会集団の存在の仕方に、ヴァリエーションがあるとすれば、それらを共通に実在的総合人および総有という概念でひとくくりするところに問題はないだろうか」⁽⁴¹⁾とも述べる。

さて、棚澤＝名和田は、川島法学が課題としたのは「前近代としての共同体から近代的個人が自立すること」であったと措定したうえで、自らの立論をそれとは異質な課題に応えるものであると主張する。棚澤＝名和田は「村落の共同性が、内発的發展に果たしている積極的機能」⁽⁴²⁾に注目する。その内発的發展の例として、石内区＝関山部落（新潟県南魚沼群塩尻町石内：地役権の入会権）の入会集団の發展を紹介して述べる。「多くの地域で大手観光資本による開発が展開され、地元は開発の主体たりえないという状況のなかで、(省略)、入会集団としての結束と規制を梃子として、スキー場経営の主体性を確保してきた。…集団的規制をかけ、入会財産の利用上の平等性を担保し、入会財産の非集約的＝エコロジー的利用を維持しようとするものとみることもできる。『共同態規制』は消滅するどころか根強く残存し、地域の内発的發展に必要な社会的・物的基礎を提供しているのである」。「人々にとって入会財産と観念されている民有地の一部が、…多数決を意思決定の基本原則とする、還元すれば構成員とは区別された団体性を観念できる公的団体＝石内区の財産に転化されたのである。…ここでの区有財産化は、自立的な地域社会形成に不可欠の物的基盤を提供するものといってよい。」⁽⁴³⁾

しかし、内発的發展に着目して「団体」をみれば、当然に、全員一致原則には消極的な評価を与えることになる。棚澤＝名和田は、地域中間団体の意思決定における全員一致に消極的な評価を与えている。「全員一致というものが常に得られる保障がない以上、全員の一致を事業の前提においている組織は、集団的力において弱いと評価される」。⁽⁴⁴⁾

今日、川島の時代と異なり、「入会権の・共同体的規制に埋没しない・私権性(日本国憲法体制の下では国家権力によっても恣意的に剥奪できない私有財産としての性格)」を強調しなくていい時代になったのであろうか。

コモンズ論からの入会権へのアプローチに対しては、北條浩＝村田彰⁽⁴⁵⁾が、入会権の私権的性格およびその団体的性格を無視して入会権を論ずるコモンズ論に危惧の念を表している。「コモンズ論者は、入会権が存在しないと明確に指摘しうるところでは自然環境論、開発論、地域社会論を自由に展開してもよいが、入会集団の存在が明らかなどころでは、入会権の歴史や入会集団の基本的性格と構造を明らかにすべきであろう」。いわゆる町内会・部落会とよばれ

てきた地域中間集団のなかに入会集団を混入して議論すべきではないだろう。

4 終わりに

川島は、『川島武宜著作集第8巻』所収の「入会権の解体」(初出, 1961)の解題において、「総有入会権の解体」という用語が意味するところは「古典的利用形態たる入会稼ぎを内容とする入会権の形態変化」と説明した後に、本稿そのものはきわめて簡単なものであるが、「入会権についての常識を破るものであった。それゆえ、本稿ないしそのシンポジウムの後にも、入会権を『入会稼』を目的とする権利としてのみ説明する民法教科書は数多く存在してきたのである。」と記述し、同じ箇所、川島は、「入会権の基礎理論」において、種々の総有的利用形態を含む統一的権利として明確な形で理論構成したと記述している。⁽⁴⁶⁾「入会権の基礎理論」において、川島は、入会権を「村落共同体もしくはこれに準ずる地域共同体が土地一従来は主として山林原野(ただし、これに限らない)一に対して総有的に支配するところの・慣習上の物権である」⁽⁴⁷⁾と定義し、入会権の権利の構造上の特質を次のように述べる。「(1) 入会権の主体(入会権者)は、上述のごとき仲間の共同体を構成している構成員である。入会権は、そのような構成員の多数者が、そのような共同体という団体関係において共同して有する権利である。……多くの学説は、それ以外に、「共同体が団体として有する入会権」というものを概念構成しているが、それは不必要であるのみならず、理論上誤りである」。「(2) 個々の入会権者が共同して有するのは、入会客体に対する利用権能だけではない。それに対する管理および処分の権能も入会権者に属する。多数の学説は、『入会客体に対する管理および処分の権能は入会権者の団体そのものに属する』と説くのであるが、管理および処分一特に、処分のみならず、入会権者の利用権能に変更を及ぼすような管理一については、入会権者の総員の同意を要する、というのが徳川時代以来の慣習であり、そうして、ギールケの言うように、究極において団体の構成員の意思によって決定されるということが、構成員の共同的権利以外に『団体そのもの』の権利を概念構成する必要がないゆえんなのである」。「(3) 入会権者が有する右のような権利は、彼らが、仲間の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概念構成されるべきものである（ギールケはこれをAnteilと称する）。しかしわが国のほとんどすべての学説は、個々の入会権者は持分を有しないこと、そうしてまさにその点に入会権の特質が存在するのだ、と説いてきた。⁽⁴⁸⁾

今日、入会権を私有財産として理解する限り、入会権者の持分権を簡単に否定したり⁽⁴⁹⁾、あたかも近代的団体と同様に多数決で財産を処分できると考えたりすることはできないはずである。慣習の効力が入会権の処分に及ばないことも幾多の史的研究が明らかにしている。⁽⁵⁰⁾ 多数決による共有財産の処分を肯定的に評価するのであれば、川島以降の入会権研究に誠実に向き合う必要があるのではないだろうか。「『総有』という法律関係の構造から論理必然的に、処分に関する全員一致の原則が導かれるわけではない。」⁽⁵¹⁾ と簡単にいえるのだろうか。

原審＝多数意見のように、入会団体＝権利能力なき社団と直結すると、多数決原理との親和性が生まれ、共有財産の変更処分に関する民法251条との緊張関係は薄れていく。共有の性質を有する入会権は、入会集団構成員の共同所有である。共同所有であれば、当然に民法251条が適用されるはずである。入会集団が近代的団体に脱皮して、権利能力なき社団や法人になる、あるいは入会権が解体されるという場合には、入会権者全員の同意が必要である。⁽⁵²⁾

入会権についての膨大な実態調査・理論研究を前にすれば、民集掲載の〔判決要旨〕「共有の性質を有する入会権に関する各地方の慣習の効力は、入会権の処分についても及び、入会集団の構成員全員の同意を要件としないで同処分を認める慣習であっても、公序良俗に反するなどその効力を否定すべき特段の事情が認められない限り、有効である。」にとうてい賛成できない。

(1) 末弘厳太郎『農村法律問題』（改造社版、1924）が、「（入会権）は、農村生活の必需品であり農村細民の『生存』を確保するものである」という理解から、総有概念でもって国家（農村有力者の機関たる「町村会の議決」）による入会権の篡奪に対峙した時代とは社会背景が異なる。入会権が失われても、生活が根底から脅かされるということは少ない。しかし、総有という道具概念でもつ

て多数決処分の慣習なるものが認められるとは、『生産』と『理智』とを迫る
獵師が兎角『分配』と『人間性』を顧みない」ことを戒めた末弘には思いも
よらないだろう。入会権の篡奪については、北條浩「入会権解体の行政的要
因一部落有林野統一政策と入会近代化法政策」戒能通厚＝原田純孝＝広渡清
吾編『日本社会と法律学—歴史、現状、展望』（日本評論社、2009）471頁以下。
総有概念の変質については、江渕武彦「社団財産総有説の功罪」島大法学49
巻2号1頁以下（2005）参照。

- (2) 中尾英俊『新版注釈民法（7）』（有斐閣、2007）562頁。入会地の変容については、
山下詠子『入会林野の変容と現代的意義』（東京大学出版、2011）、中尾『平成
日本歩き録 入会と環境保全』（海鳴社、2012）、室田武＝三俣学『入会林野
とコモンズ』（日本評論社、2004）など参照。
- (3) 富井政章『民法原論第二巻物権（復刻版）』（有斐閣、1985）158頁は、共有の
性質を有する入会権を「森林、原野ノ共有者タル一定地域ノ住民カ共同シテ
其森林、原野ニ於テ収益ヲ為ス権利ヲ謂フ即土地共有権ノ行使ニ外ナラス」と
説明する。民法の起草者にとっても、当時の村寄合の決議方法が全員一致で
あったこと（戒能通孝『入会の研究』（一粒社、1958）344頁以下、360頁以下
参照。）から、入会地の変更・処分については全員の同意を要することは自明
だったのではないか。
- (4) 川島武宜「最近における入会紛争の特質」『川島武宜著作集第8巻』（岩波書店、
1983年）220頁（初出、1972）。
- (5) 黒木三郎＝熊谷開作＝中尾英俊『昭和49年全国山林原野入会慣行調査』（青甲
社、1975）の解題（中尾英俊）は、次のように述べていた。「問題は、土地の
処分など重要な事項の決定方法ないし手続である。例えば、土地の売却など
総会の多数決できめていると報告している集団がかなりある（東北・関東の
報告参照）。入会権は入会権者が共同で有する権利であるから土地の処分、そ
の利用方法の決定等は全員の合意が必要であり、したがってその決定は満場
一致が原則である。ところが、その決定が多数決によるという回答が約4割
近くある。これは右の事項が総会等の会合においてほぼ全員または大多数の
意思によって決定されて、かならずしも個々人全員につき意思の確認をする
ことがないために、満場一致でなく多数決による、と回答したものと思われる。

その事情を考えずに、多数決によると回答したものが少なくないことから、入会に関する満場一致の原則がくずれて多数決に変容したと解すべきではない。仮に入会が多数決で決定され、そのことが慣習法として認められるというならば、個々の入会権者は、自ら使用する土地が団体の多数の意思によって処分されることになり、それに対して異議の申立もできず法的な救済を求めえない、というきわめて不当な結果を招くことになる。」(13頁)。

- (6) 中尾『戦後入会判決集第3巻』(信山社, 2004) 593頁の整理参照。
- (7) 最判平成20年4月14日の評釈・研究に、古積健三郎「入会権の処分の限界と慣習」速報判例解説(法学セミナー増刊)3号71頁以下(2008), 上谷均「共有の性質を有する入会権の処分についての慣習の効力」ジュリスト臨時増刊(平成20年度重要判例解説)1376号77頁以下(2009), 上谷均「共有の性質を有する入会権の処分につき構成員全員の同意を要件としない慣習の効力」私法判例リマークス39号14頁以下(2009), 坂野征四郎「共有の性質を有する入会権の処分につき入会団体の構成員全員の同意を要件としない慣習の効力」別冊判タ25号(平成20年度主要民事判例解説)32頁以下(2009), 石田剛「共有の性質を有する入会権の処分につき入会団体の構成員全員の同意を要件としない慣習の効力」判タ1284号129頁以下(2009), 中吉徹郎「共有の性質を有する入会権の処分につき入会団体の構成員全員の同意を要件としない慣習の効力」法曹時報63巻5号59頁以下(2011), 中吉徹郎「共有の性質を有する入会権の処分につき入会団体の構成員全員の同意を要件としない慣習の効力」『最高裁判所判例解説民事篇平成20年度』181頁以下(2011), 野村泰弘「上関原発共有入会地訴訟最高裁判決について」島大法学52巻1号23頁以下(2008), 後藤元伸「上関原発用地入会権訴訟最高裁判決」判例セレクト別冊342号16頁(2009), 上原由起夫「入会権の処分につき入会団体の構成員全員の同意を要件としない慣習の効力」判時2027号170頁以下(判例評論601号8頁以下)(2009), 池田恒男「今期の主な裁判例〔不動産〕」判タ1284号108頁以下(2009), 石尾賢二「入会権と団体的規制について—最判平成20年4月14日民集62巻5号909頁」静岡法務雑誌2号153頁以下(2009)など。原審についての研究に、野村泰弘「入会権の性質の転化と消滅—上関原発用地入会権訴訟を素材として」島根県立大学総合政策論叢12号29頁以下(2006), 矢野達雄「山口県上関原原子力発電

所予定地訴訟控訴審判決の批判的検討—入会権の処分をめぐる問題を中心に— 愛媛法学33巻3・4合併号1頁以下（2007）、松尾弘「入会権の時効消滅が認められた事例—広島高判平成17.10.20判時1933号84頁」判タ1226号41頁以下（2007）、中尾英俊「入会裁判における恥知らずの判決 [広島高裁平成17.10.20判決福岡高裁宮崎支部平成18.4.28判決]」西南学院大学法学論集40巻3・4合併号125頁以下（2008）など。

- (8) 野村泰弘「上関原発共有入会地訴訟最高裁判決について」島大法学52巻1号23頁以下（2008）など。たとえば、吉田邦彦は、居住福祉法学から見た「弱者包括的災害復興」のあり方を論じる箇所で、本判決で「無造作に入会地全会一致原則の慣行による緩和が認められたのは、その政策的意味合いに鑑みても遺憾であろう（泉徳治裁判長、横尾裁判官の反対意見の方が説得的である）」と述べる（吉田邦彦『都市居住・災害復興・戦後補償と批判的「法の支配」』（有斐閣，2011）141頁）。
- (9) 采女「入会権の全会一致原則の機能—奄美大島瀬戸内町の入会権—」鹿児島大学法学論集38巻1・2合併号27頁以下（2004）と併せて参照してほしい。
- (10) 中吉・前掲（注7）208頁。
- (11) 中吉・同前206頁以下。しかし、多数意見の事実認定には批判が多い。民法251条に慣習が優先するという解釈を一般論として是認する石田剛・前掲（注7）137頁も、原審における認定手法へ疑問を呈している。
- (12) 川島「最近における入会紛争の特質」『著作集第8巻』229頁。
- (13) 池田恒男・前掲（注7）108頁。
- (14) 中尾『入会権—その本質と現代的課題』（勁草書房，2009）33頁。
- (15) 河内宏『権利能力なき社団・財団の判例総合解説』（信山社，2004）57頁。
- (16) 『昭和49年全国山林原野入会慣行調査』8頁以下。
- (17) 池田・前掲（注7）108頁。
- (18) 河内・前掲（注15）58頁，86頁参照。
- (19) 江渕・前掲（注1）44頁は、石田文次郎を総有説の最初の提唱者としたうえで、石田が「一切の権利義務は組織的単一体としての社団そのものに帰属する」と考えていたとし、総有説は、社団員が総体として権利主体性をもつ、ことを説明する理論であったという。

- (20) 中吉・前掲（注7）201頁。
- (21) 田中豊『最高裁判所判例解説民事篇平成6年度』406頁は、「入会権者である一定の村落住民が規約を作成するなどして判例の示した基準に合致する権利能力なき社団を形成している場合（歴史的に成立した村落共同体である入会集団が権利能力のない社団の衣を纏っている場合、と言った方が正確なのかも知れない。）」と表現する。
- (22) 加藤雅信「戦後の判例にみる『入会権』の解体の法理・序説」『民法学における法と政策：平井宜雄先生古稀記念』（有斐閣，2007）197頁以下，205頁。なお，加藤の入会権概念は拡散しており，入会権の本質を「入会権はひとつの社会的必要性のうえに必然的に成立した私有と無主の中間形態」として把握する（同「現代の『入会』」ジュリスト増刊『民法の争点』129頁以下〔2007〕。）。
- (23) 上原由起夫・前掲（注7）170頁以下，173頁。
- (24) 古積健三郎・前掲（注7）71頁。
- (25) 後藤元伸・前掲（注7）16頁。
- (26) 坂野征四郎・前掲（注7）33頁。
- (27) 中尾「入会権の存否と入会地の処分—入会権の環境保全機能」西南学院大学法学論集35巻3・4合併号80頁（2003）。
- (28) 我妻栄＝有泉亨『新訂物権法』（岩波書店，1983）427頁。
- (29) 中尾『入会権—その本質と現代的課題』98頁。
- (30) 川島「入会権の基礎理論」『著作集第8巻』73頁以下（初出，1968）。
- (31) 川島・同前72頁。
- (32) 川島「山中部落（山梨県）の入会権」『川島武宜著作集第9巻』10頁以下，12頁（岩波書店，1986年）（初出，1969）。
- (33) 川島「最近における入会紛争の特質」『著作集第8巻』217頁以下。
- (34) 川島・同前218頁。
- (35) 川島「入会権の基礎理論」『著作集第8巻』57頁。
- (36) 川島「最近における入会紛争の特質」『著作集第8巻』228頁。
- (37) 榎澤能生＝名和田是彦「地域中間団体の法社会学—都市と農村における住民集団の公共的社会形成とその制度的基礎」利谷信義＝吉井蒼生夫＝水林彪編『法における近代と現代』（日本評論社，1993）405頁以下。

- (38) 棚澤＝名和田・同前442頁以下。
- (39) 中尾「入会権の存否と入会地の処分」(注27) 99頁。
- (40) 中尾・同前97頁以下。
- (41) 上谷均「入会団体における団体意思—全員一致原則との関係を中心に—」修道法学28巻2号1頁以下, 16頁(2006)。上谷は, 建物区分所有法における多数決による建替え決議をめぐる議論に示唆を受けるところがあるとも述べる。
- (42) 棚澤＝名和田・前掲(注37) 447頁。
- (43) 棚澤＝名和田・同前440頁。
- (44) 棚澤＝名和田・同前441頁以下。
- (45) 北條浩＝村田彰『「コモンズ」論と入会権論との接合—入会権論の検討をとおして—』流経法学11巻1号73頁以下, 88頁(2011)。
- (46) 川島「解題」『著作集第8巻』326頁以下。
- (47) 川島「入会権の基礎理論」『著作集第8巻』67頁以下。
- (48) 川島・同前72頁以下。
- (49) 入会権者の入会団体に対する補償金(軍用地賃料)の分配請求は, 持分権を前提にしていよう(最判平成18年3月17日民集60巻3号773頁)。
- (50) 中尾は次のように述べる。「入会権は『各地方の慣習に従う』という, その慣習とは, 民法の立法過程で明らかかなように, 入会権者が入会地に対する自分の持分を自由に他に譲渡したり持分にもとづく分割請求をしない, それらのことをしない, それらのことをすることができない, というしきたり, 取り決めである。」(『入会権』16頁, 中尾『新版注釈民法(7)』545頁。), 福島正夫＝北條浩『民法成立過程と入会権』(宗文館書店, 1986), 中尾英俊「入会権における慣習—入会慣習と民法の規定—」戒能通厚＝原田純孝＝広渡清吾編『日本社会と法律学—歴史, 現状, 展望』(日本評論社, 2009) 401頁以下, 江瀨武彦「溜池入会権と地域住民団体—その所有権をめぐる裁判事例の法社会学的検討」島大法学53巻4号1頁以下, 9頁以下(2010)の史的検討の箇所など参照。
- (51) 石田・前掲(注7) 136頁。
- (52) 私権主体としての入会集団はそれ自体としては公共性を代表しえない。入会地をどのように利用するか, 自然環境の保全という価値を選択するか否かは,

入会権の全員一致原則について

入会集団の選択しだいである。公共性を代表しえないという点については、
榑澤「持続的生産活動を通じた自然資源の維持管理」法社会学73号（有斐閣、
2010）225頁も認めている。