

# 入会権の全員一致原則の機能

— 奄美大島瀬戸内町の入会権 —

采女博文

- 1 はじめに
- 2 事件の経緯と裁判所の判断
- 3 裁判例の動向
- 4 学説の検討
  - 4-1 川島武宜の見解
  - 4-2 武井正臣の見解
  - 4-3 中尾英俊の見解
- 5 小括

## 1 はじめに

今日、廃棄物処理場・処分場の建設をめぐることは、生活環境の維持、生命・健康の保全を求める意識の高まりを反映して紛争が多発している。<sup>(1)</sup>環境保全をめぐる自治体と住民の合意形成のプロセスを、鹿児島県大島郡瀬戸内町網野子の一般廃棄物処理場の建設をめぐる事例を素材に検討する（鹿児島地〔名瀬支部〕決平成13年5月18日判例時報1787号138頁<sup>(3)</sup>）。島嶼圏でも町部とその周辺部との利害対立という様相を帯びる。商工会などは建設促進だが、建築予定地（嘉徳川の最上流部に位置する）の川下にある嘉徳地区住民の多数は反対している。<sup>(4)</sup>過疎化がより進行すると共に、逆に先祖伝来の美しい環境が保存されている周辺部にいわば町場のゴミを処理するための処理場が建設されることも読める。

この事例では、建設予定地がたまたま入会地であるがゆえに、入会権の変更・処分<sup>(5)</sup>の全員一致原則の壁により建設工事が止まった。本事例の結果をみると、地租改正後も個人的支配が確立することなく、村人共有（みんな持ち）

とされてきた入会権が環境保全の機能を果たしたと<sup>15)</sup>いい。従来、入会権は財産権であることが強調されてきたが、環境保全の機能との関係では考え抜かれてこ<sup>16)</sup>なかつた。今日、地域社会における入会権の機能、社会的な意味を評価しな<sup>17)</sup>おす時期が来ているように思う。

また、共有の性質を有する入会権（民法263条）は、入会地の支配・利用が集団の規制に服し、持分の譲渡、分割請求ができないという特殊性のある共有（共同所有）であるとして、総有（権）とよばれる<sup>18)</sup>。しかし入会地が共有物である以上、民法251条から単純に演繹しても入会地の利用形態の変更については全員の同意が必要であることは自明であるし、<sup>19)</sup>そう安易に全員の同意があったと認定されてよいはずがない。ところが全員の同意があったと安易に認定する裁判例が少数ながら登場している。入会権の理解に関する最高裁判例の混沌<sup>10)</sup>、漁業法（昭和24年法律第267号）、建物の区分所有等に関する法律の改正（昭和58年法律第51号<sup>11)</sup>）といった特別法の登場、さらには「近代化された団体」の多数決原理への漠然としたなじみ等を考慮すると、全員一致原則への疑問、揺らぎが生じているようにも思う。この機会に改めてこの原則の意味をめぐる学問の到達点を確認直しておきたい。

## 2 事件の経緯と裁判所の判断

### 2-1 事件の経緯

鹿児島県大島郡の瀬戸内町（債務者）は、一般廃棄物処理施設（仮称「瀬戸内クリーンセンター」）として、分別施設、焼却施設、埋立処分場などの建設を計画した。

1998（平10）年9月18日、一般廃棄物処理施設建設調査特別委員会第1回委員会が開催され、当初は、節子ヨング地区を設置候補地として検討した。同年10月9日、第4回委員会において、節子集落から反対意見が提出される。同年11月5日の第8回委員会において、第2候補地であった網野子字亥ノ川の現地踏査、審査がされた。同月18日の第9回委員会において、町長は、節子地区については、説得に努めたが、絶対に反対とのことで断念し、網野子地区との折衝を開始したとの説明をした。質疑終了後、節子地区を断念し、

網野子地区へ場所を変更することにつき、同意された。同月21日、網野子集落で説明会が開催され、その場で、ダイオキシンに関する説明会の開催の要請があった。同月26日、専門家を招へいし、ダイオキシンに関する研修会が開催された。

同月29日、網野子集落の総会が開催され（出席者45名、委任者4名）、本件土地に一般廃棄物処理施設を設置することについての決議がなされ、賛成44票、反対5票で可決した（町議会議事録によると、47世帯中反対5世帯、賛成42世帯〔保全抗告状から〕）。同月30日、網野子集落区長は、建設同意書に署名した。

2000（平12）年2月14日、網野子集落の総会が開催され（全戸数59戸、出席者38名、委任者4名）、本件賃貸借契約の内容について決議された。賃料を1平方メートルあたり22円から25円、立木補償費を1平方メートルあたり94円から100円の範囲で折衝すること、契約については、役員に一任することなどを可決した。この総会の途中、債権者Tは、このような問題を多数決で決められるはずはないなどと発言した後退席し、また債権者Fは反対の意見を述べた。

同年3月1日、債務者は、網野子集落区長との間で、本件土地に関し、使用目的を本件施設の用途に使用、期間を25年（協議の上で更新できる）、賃料年額113万3216円などとする賃貸借契約を締結した。

同年4月16日、網野子集落の総会が開催され（全戸数60戸、出席者47名、委任者3名）、前年度の収支報告がされたほか、本件賃貸借契約について、賃料を1平方メートルあたり24円、立木補償費を1平方メートルあたり94円とすることなどが記載された資料が配付され、その内容に関する報告がされた。

同年5月24日付けと同年6月21日付けで、債権者ら代理人弁護士は、債務者に対し、債務者は本件土地に本件施設の建設を計画しているが、入会権者全員の同意がないから、違法な計画であるので、計画の白紙撤回を求める旨の文書を送付した。

2001（平13）年1月26日、網野子集落に居住し、本件土地の入会権者であると主張する債権者ら9名が、債務者（瀬戸内町）に対し、「入会権者全員

の同意がない以上、本件土地上に本件施設を建設することは違法であり、本件施設の建設のために造成工事等が行われて現状が変更されると、原状復帰は困難であって、取り返しのつかない損害が生じる」として入会権に基づき、建設工事の差止め仮処分を申し立てた。裁判では、債権者らが被保全権利として入会権を有しているか否か（全員の同意を得たか否か）、保全の必要性があるか否か（土地の現状変更を仮に差し止める必要があるか否か）が争われた（民事保全法13条参照）。

2001年5月18日、鹿児島地裁名瀬支部は被保全権利の存在と保全の必要性を認め、債権者の申立を認めた。

これに対し、町側は異議申し立てをし、02年6月19日、鹿児島地裁は名瀬支部の仮処分決定を取り消し、債権者らの仮処分命令の申立てを却下した（異議審決定、判例地方自治241号77頁）。

この決定を受けて住民側は福岡高裁宮崎支部に抗告した。02年12月10日、福岡高裁宮崎支部は、鹿児島地裁の決定を取り消し、あらためて工事禁止を命じる決定をした（抗告審<sup>(13)</sup>決定）。

## 2-2 3つの決定の特徴

3つの決定とも、①本件共有地が入会地であること、②賃借権の設定は共有地の利用形態の変更を来すものであるから、本件土地の変更・処分に当たること、③共有地の変更・処分については全員一致が原則であること、④本件入会集団には入会地の変更を多数決で行う慣習はないこと、については一致した判断を示した。

判断が分かれたのは、⑤全員の一致があったか否かについてである。異議審のみが本件賃貸借は入会権者全員の同意が得られたものとして有効であり、被保全権利の疎明がないとして仮処分命令の申立てを却下した。

これに対し、名瀬支部決定と抗告審は全員の一致がなかったとして賃貸借を無効とし、被保全権利を認めた。また保全の必要性も認めた。「本件仮処分により、本件施設の建設が妨げられ、債務者に本件施設の建設が遅延することによる損害が生じるおそれがあることは認められる。しかしながら、他方、このまま債務者による本件施設の建設がなされれば、本件土地につき、

債権者らの入会権者としての使用収益が不可能となる上、その後の権利回復も困難となることも認められ、本件土地の現状を変更させないようにする必要がある」(名瀬支部決定、抗告審も同様の文言)。この保全の必要性に関する判断のなかで2つの裁判所が、当該施設の公共性の高さは「手続の慎重さ」「説得、交渉」を要求するなど指摘した点については、法律論を超えて、地域社会での合意形成のあり方への警鐘を含んでいるように思う。

なお本事例の名瀬支部決定については、すでに上谷均による<sup>(14)</sup>評釈があり、異議審決定と対比しつつ丹念な分析がなされている。ここでは特に、異議審決定と抗告審決定とを対照しながら判断を支える論理と価値基準を明らかにするように努めたい。

2-2-1 入会権の成立要件 — 本件土地は、入会集団である網野子集落の入会地であるか否か。

債権者側は本件土地は網野子集落の入会地であると主張した。これに対し、債務者側は網野子集落という法人格なき社団の単独所有地である旨の主張をした。

最初に、名瀬支部決定から「網野子集落の概況」をみておきたい。網野子集落は、2001(平13)年1月末日現在、人口1102人、世帯数59世帯の、債務者の中で東側に位置する集落である。網野子集落には、古くから、集落民によって組織される集落会があった。最高議決機関として総会(定期総会が年1回、そのほか臨時総会が開かれることがある)があり、役員を選出、予算決算の承認等が決議され、日常的なことがらについては、不定期に開かれる役員会で決定されていた。集落内の決まり事については、口伝えによる規約があったが、1990(平2)年4月1日に、「網野子部落会規約」という明文の規約が成立した。この規約中には、「網野子部落に住所を有し、かつ居住する者で組織される。」「総会は構成員の過半数の出席によって成立し、その議決は出席者の過半数をもって議決する。」などの規定がある。

また「本件土地の登記」は、1958(昭33)年に発生した火災により、登記簿等が滅失してしまったため、1959(昭34)年9月30日以前の内容については、不明である。1959年9月30日受付の回復登記によると、本件土地の所有者は、Tほか8名とされている。これらの者は、1959年当時の網野子集落の

役員である。

(1) 網野子集落の入会地との認定

ア) 入会権の成立要件に関しては、名瀬支部決定と異議審は「入会地と認められるためには、官民有区分以前から集落民が入会慣行を有しており、官民有区分以後現在までのその入会慣行が存続していること、入会地の利用収益について入会集団の共同体的統制が存在することが必要である」と同一の判断をする。これに対し抗告審は、慣習の発生時期を入会権の成立要件からはずした。「入会集団たる集落民が入会地を総有的に支配するという入会慣習的事実（入会慣行と入会集団の統制）が存すれば足り、慣習の発生時期は成立要件としては問題にすべきではない（すなわち、官民有区分以前からの慣習である必要は必ずしもない。）と解すべきである。」

債務者は、入会権がいつ発生したか、発生した当時の慣習が総有といえるかを主張せよと述べるが、入会地か否かの判定にとって、慣習の発生時期が官民有区分の前か後かはもちろん不必要な要件である。官民有区分の前から入会慣行があったということは、官有地編入処分後もなお入会権が存続しているという議論のなかで強調されているにすぎない。<sup>115)</sup>

イ) 名瀬支部は、a 網野子集落の概況、b 本件土地の登記、c 本件土地の利用、管理形態についての事実認定の後、本件土地が入会地か否かを検討し、入会集団である網野子集落の入会地であると認めた。

名瀬支部は、まず①本件土地が公有地か民有地かを論じている。「(歴史的な経緯のなかで) 本件土地の登記名義が網野子集落の役員の共有名義に回復登記されていること」から、本件土地が登記名義人らの個人共有地でないことを確認した上で、「本件土地が官有地や町有地でなく、民有地とされた」とする。

つぎに②この民有地が入会地であったか否かを検討している。先の入会権の成立要件を確認した後、入会慣行と共同体的統制を問題にする。

「本件土地の利用及びその管理の実態は、証拠上、必ずしも、具体的かつ明確なものは認められないが、本件土地について、網野子集落の集落民が、立木を伐採したり、山菜を採取するなどした入会慣行があり、そして、売却のために立木を伐採するときは、許可を受けた上、山税を納める必要があっ

たなど、それが共同体的統制のもとにあったこと、すなわち、入会慣行と入会集団の統制があること、そして、網野子集落に居住していることがこの入会権の主体としての条件となっていることとはうかがえる。」

異議審も同様の事実認定をし、本件土地は網野子集落の入会地であると認めた。「本件土地が官民有区分において民有とされたことに鑑みれば、本件土地は、官民有区分以前から網野子集落の集落民が支配進退していたことが窺われ、また、本件土地について、網野子集落の集落民が、古来、立木を伐採したり、山菜を採取するなどした入会慣行があり、そして、本件土地に限らず、網野子集落所有の財産について管理処分を行うには、その重要性に応じて区長、役員会、総会において協議決定がなされ、本件土地のような山林については、売却のために立木を伐採するときは、許可を受けた上、山税を納める必要があったなど、それが共同体的統制のもとにあったこと、すなわち、入会慣行と入会集団の統制があることが認められる。そして、網野子集落に住所を有し、かつ、居住していること（規約3条）がこの入会権の主体としての資格条件となっていることがうかがえる。」「現在では、本件土地の入会地としての使用は限られたものとなったが、なお、入会慣行と網野子集落の共同体的統制は失われてはいない。」

抗告審は、入会権の主体の資格条件の部分のうち「居住していること（規約3条）」を「居住している世帯主（規約3条、審尋の全趣旨）」と改めている。入会権の権利主体は「家」単位であり、1つの家が1票を持つものであるから、より適切な表現であろう。なお債務者は、「集落に居住するものは誰でも権利者である、等という入会慣行はみたことがない」と主張しているが、入会権者の資格については、「地区の住民中或る資格を備へたもののみが権利者たる場合と然らざる場合とある<sup>16)</sup>」ことは言うまでもない。

なお、3つの決定とも、本件土地が網野子集落の所有、民有地であることは争われていないにもかかわらず、①公有地か民有地か、②民有地が入会地か否かと二分して検討しているが、区別して論じる意味があるとは思えない。

ウ) なお、「c 本件土地の利用、管理形態」については名瀬支部は次の事実認定をしている。異議審、抗告審ともほぼ同じである。

i) 歴史的経緯

明治40（1907）年3月16日勅令第46号により「沖縄県及島嶼町村制」が施行され、奄美大島においても町村制が施行されることになり、10か村に統合された。これにより、当時の網野子村は、東方村の一部となった（なお、東方村は、昭和11年の町制施行により古仁屋町となり、昭和31年9月1日、町村合併促進法により、他の3村と合併し、瀬戸内町となった。）。

この島嶼町村制の施行にともない、鹿児島県は、明治41年4月1日、県令第30号をもって、「旧町村ノ所有財産ハ総テ新町村ノ基本財産ト為ス可シ」とし、旧村持林野は新町村の財産とするとされたが、本件土地が東方村有となったと認めるに足る証拠<sup>(17)</sup>はない。

#### ii) 本件土地の利用状況

網野子集落民は、次のように、本件土地に立ち入って、本件土地を利用してきた。すなわち、〔1〕昭和30年代ころまで、黒糖を詰めるための樽木用資材として、椎の木、アサゴロ、松の木などを切り出した。〔2〕昭和40年代ころまで、イジュ、イスノキ、モッコク、椎の木を切り出し、集落民の家屋建築用資材として利用してきた。〔3〕昭和30年ころ、町が造林奨励事業として杉の植林に補助金を出したため、他の集落民の同意を得た上で、杉の木を植林した者もいた。〔4〕リュウキュウアイを植栽し、藍染め染色原料を生産していた時期があった。〔5〕椎の木、檜の木を切り出し、スルッパと呼ばれる長さ6尺、幅7寸5分、厚さ5寸程度の角材を生産し、鉄道軌道用の材木用材として移出していた時期があった。〔6〕昭和40年代ころまで、パルプ用の木材を伐採し、搬出していた。〔7〕薪炭材として立木を切り出し、利用していた。〔8〕萱やススキその他の草木を牛馬の飼料として利用したり、茅葺き屋根の家屋資材として利用していた。〔9〕椎茸栽培用の椎の木やタブノキ、ホルトノキを切り出した。〔10〕茶を栽培していた時期もあった。

現在では、木材価格の下落のため、営利目的のパルプ材の採取はなされていないが、なお、自家用として、雑木の採取、山菜取りをするなどして利用されている。

#### iii) 本件土地の利用に関する共同体的統制

網野子集落においては、入会地の利用、管理等について、直接明文で定めた規約は存在しない。なお、前記の「網野子部落会規約」にも、集落内の入



会地の利用、管理等について定めた規定はない。

本件土地については、網野子集落に住所を置く者であれば、誰でも利用でき、その利用する時期等に格別の制限はない。

ただし、土地内の立木を自家用で使用するには許可は必要なかったが、それを販売したり、それを利用して商売する場合には、許可が必要であった。また、木材を伐採した集落民は、それを販売して得た利益の一部を、山税として集落に納めていた。

現在も、ツワブキやヨモギを採集したり、枯れ木を集めて薪にしたり、イノシシ狩りをするのは自由である。ただし、サルスベリの木については許可が必要である。

## (2) 法人格なき社団の単独所有地であるという債務者の主張

債務者の主張によれば、「網野子集落には、網野子集落に住所を有しかつ居住する者全員で組織された網野子部落会が存在し、網野子部落会規約に基づき網野子集落の組織運営及び財産管理等を行っているから」、網野子集落は法人格なき社団である。社団は構成員の従属性を特徴とするから、網野子集落が構成員の独立性を特徴とする入会団体であることはありえない。

債務者は「集団の単一性と構成員の従属性を特徴とする社団」を入会集団と対置させつつ、この社団による本件土地の「単独所有」を主張する。主張の意味はわかりにくいだが、いわゆる総有説から権利能力なき社団の財産関係を説明する考え方と決別し、社団自体の権利主体性を正面から認め、個人財産と団体財産とを構成員の意識の上でも完全に分別されたものと解する考え方に基づいているものと推測される。このような社団なら、土地の利用形態の変更・処分も多数決で行えるという論理であろう。しかしこのような社団であるとの論証を債務者は行っていない。限りない色合いを持っている団体が法人格なき社団としてひとくくりにされている<sup>118</sup>。そこで生じる諸問題を観念的に理解された「法人格なき社団」についての特殊な理解、概念から演繹して多数決原則を導き出すのは法的な思考方法として賛成できない。

また薩摩藩などによる過酷な収奪のため村落自治体は育たず、明治20(1887)年以降に当初から近代的社団として成立したというのはいかにも説得力に乏しい<sup>119</sup>。個人財産から分別された団体財産を所有する「社団」が突如

生まれたというのは、入会権についての知識が多少ともあるなら、理解しがたいものである。

名瀬支部決定は債務者が法人格なき社団の所有地を主張するのであるならば、別の形での事実の主張がありえたところ論している。〔1〕本件土地は「歴史的経緯からみて、網野子集落 A〔記号は采女が付した〕の入会地であったことがうかがえる」。〔2〕そうすると、本件土地が「網野子集落という法人格なき社団 B」の単独所有地であるためには、「網野子集落という法人格なき社団 B が社団性を具備した後、あるいはその形成過程において、入会集団である網野子集落 A の構成員全員の同意に基づき、入会集団である網野子集落 A から法人格なき社団である網野子集落 B に対し、その所有権を移転した事実」が認められなければならない。

さらに名瀬支部は、上記の所有権の移転の議論を入会権の変容という視点からこう言い換えてもいる。仮に「入会集団である網野子集落 A と法人格なき社団である網野子集落 B が実質的には同一のものである」とみよう。そうすると、入会権は集落という集団の所有としての性質とその集団の個々の構成員の所有の総和としての性質という二面的な性質を具備する権利であるから、「入会権の変容により」、「個々の構成員の所有の総和としての性質の喪失、いわゆる『入会権の解体、消滅』があった事実」（すなわち集団の所有としての性質のみへの純化ということ）が認められると、法人格なき社団である網野子集落 B の単独所有になったとすることができる。しかし債務者はこの事実の主張、証拠の提出をしていない。

しかし異議審の審尋でも債務者は、名瀬支部の示唆した法律構成にそった対処はできていない。したがって異議審は集落は当初から近代的社団として出発したとの主張を簡単に斥けたにとどまっている。「確かに、奄美諸島においては、長年薩摩藩による苛れん誅求に苦しめられてきた歴史的経緯はあったが、そのこと故に村落共同体の発達が遅れていたことを示すに足りる疎明資料はなく、網野子集落が当初から近代的社団として組織されたと認めることは困難である。かえって、奄美諸島において、昭和30年代まで農村共同体（入会地）が広範に残っていたことを示す調査資料が存する」。

2-2-2 全員一致原則と異なる慣習の存否——入会地を集落総会の多数決によって処分するとの慣習があるか。

本賃貸借契約に基づいて本件土地に本施設が設置されると、入会権者の使用収益行為は不可能となる。3つの決定とも、これは土地の利用形態の変更、処分にあたりとし、こう述べる。「入会地の処分については、原則として、これにつき入会権者全員の同意が必要とされるのは、共有の性質を有する入会権の性質からして、当然のことである」。

3つの決定がいう「当然のこと」という表現のなかに実際には危うさが潜んでいる。共有の性質を有する入会権の性質と全員の同意の必要性とがおそらくは単純に直結されており（民法263条→民法251条）、入会権・入会集団の構造的特質についての考察に支えられているわけではない。このあたりに、逆に、全員の同意があったと安易な認定をする裁判を生み出す素地があるように思う。

(1) では、3つの決定は全員一致原則をどう理解しているか。「同意は、必ずしも、総会において全員一致の決議がされることを必要とするものではない」という点は共通している。名瀬支部は、「事後的な追認」を媒介にした「同意」をいい、かなり厳格な姿勢をとっているように思える。「総会后、決議事項が実施されるまでの間に、総会において反対した者が、説得等に応じて、事後的に追認した場合についても、同意があったものと認めるべきである。」（名瀬支部決定）

これに対し、異議審と抗告審はほぼ同じ表現をした。ただし抗告審は文言を追加することにより異議審の表現を改めた。「総会后に説得に応じ、あるいは自己の主張をあきらめ、結果的に長期にわたり沈黙し、反対の意思を表明しなかった場合であっても消極的黙示的に同意があったものと認めるべきである」。下線部分が抗告審により追加挿入された部分である。

抗告審は「沈黙し」という表現を「長期にわたり沈黙し」と改めることにより、全員の同意が形成される過程を慎重にみるという態度をとった。この態度は後の事実認定の違いとなって現れてくる。

(2) 次に問題となるのは、この全員一致原則を修正、変更する慣習が網野子集落に存在するか否かである。債務者は、網野子集落では、規約に基づ

いて運営されており，財産の処分についても，定めはないが，総会における多数決によって運営されてきたと主張し，具体例として，昭和41年，42年，43年に，本件土地上の立木の一部を売却したが，その際，これを総会で付議したところ，一部に反対者があったことを挙げた。しかし3つの決定はともに多数決原理への慣行の変更を認めなかった。

名瀬支部は過去の事例をこうみた。これらの事例では「総会で反対意見を述べた者も，最終的には同意し，結局，入会権者全員の同意があったもの」である。当該の総会においては，結局，付議事項に賛成する旨の決議がされており，そして，その後，その付議事項が実施されるに至るまでの間においても，その反対者から，再度総会を開くべきであるとの提案や申し出があったこともなく，これについて反対する運動があったり，訴訟提起などの法的手段がとられたこともない。

異議審も多数決の例として持ち出されている例，立木の売買の例についてこう述べる。「総会において，反対者を押し切って賛成多数により売却の決定がなされたものの，その後反対者は自己の主張をあきらめ，反対の意思を表明しなかったことが認められる」から，これらについては，結局，全員の同意があったものと認めるのが相当である。また，中央林道開設のための本件土地の一部売却の例でも，「中央林道のルートの変更を瀬戸内町に申し入れるなど，反対者の意見も採り入れた上で決議が行われており，全員の同意を得る努力がなされていることが窺われるのであり，決議後も反対者が，あくまで反対の意思を貫い（てはいない）」と認定している。

抗告審は新たに次の記述を加えている。「また，仮に，入会地の処分につき，全員の同意が得られたとまでいえない事例があったとしても，結果的に多数意見に押し切られて処分したとみる余地もあり，全員同意の原則から多数決（過半数）の原則にその慣行が変更されたとまではいい難い。」

2-2-3 全員一致の有無——本件賃貸借契約につき，入会権者全員の同意があったといえるか否か。

(1) 認定された事実の違い

まず異議審と抗告審との事実認定の違いをみよう。下線部は抗告審で訂正，削除された部分である。

「a 平成10年11月29日、網野子集落の総会が開催され（出席者45名、委任者4名）、本件土地に一般廃棄物処理施設を設置することについての決議がなされ、賛成44票、反対5票で可決した（なお、無記名投票のため、反対者の氏名は不明である。）。また、施設用地を売却するか、賃貸とするかについては、賃貸とすることを出席者全員一致〔→賛成多数〕で決定した。

b なお、その後、平成12年2月14日の総会まで、本件一般廃棄物処理施設建設について、特段反対意見等が出されたことはなかった。〔削除〕

c 平成12年2月14日、網野子集落の総会が開催され（全戸数59戸、出席者38名、委任者4名）、本件賃貸借契約の内容について決議された。同総会において、債務者から示された契約書案（賃料額、賃貸期間、立木補償額等）について説明したところ、本件一般廃棄物処理施設の建設に反対する数名が、『平成10年11月29日の議決は無効であり、白紙撤回すべきである。』旨の意見を述べたため、網野子集落役員と議論となり、結局、債権者Tらは、『このような問題を多数決で決められるはずはない。』などと発言した後、退席した。

その後、総会の場に残った集落民で、賃料を1平方メートルあたり22円から25円、立木補償費を1平方メートルあたり94円から100円の範囲で折衝すること、契約については、役員に一任することなどを全員一致〔→賛成多数〕で可決した。なお、債権者Fは、本件賃貸借契約を5年ごとに見直す旨の意見を出したが、上記議案に賛成した。

上記2月14日の総会以降、後記eに記載する文書の送付までの間、債権者らが本件賃貸借契約に反対であることを明示的に意思表示したと認めるに足りる疎明資料はない。〔削除〕

d 平成12年4月16日、網野子集落の総会が開催され（全戸数60戸）、出席者47名、委任者3名）、前年度の収支報告がされたほか、平成12年3月1日に締結された本件賃貸借契約について、賃料を1平方メートルあたり24円、立木補償費を1平方メートルあたり94円とすることなどが記載された資料（乙38）が配付され、その内容に関する報告がなされ、質問を促したところ、特に質問もなかったほか、反対の意見を述べたり、異議を申し立てたりする者もいなかった。そのため、同報告は了承されたものと扱われた（なお、同総

会には、債権者（またはその妻）らは、委任状を提出した者を含め、全員出席している）。

e 債権者ら代理人弁護士は、債務者に対し、平成12年5月24日付け及び同年6月21日付けで、債務者は本件土地に本件施設の建設を計画しているが、入会権者全員の同意がないから、違法な計画であるので、計画の白紙撤回を求める旨の文書を送付した。」

(2) 判断の違い

ア) 異議審の論理からみよう。異議審は、本件賃貸借契約は結果的に本件土地の入会権者全員の同意が得られたものとして有効と解し、本件仮処分申立ては、被保全権利の疎明がないとした。その論理は次のとおりである（便宜上、采女が記号を付した）。

a) 「入会地の処分についての同意は、必ずしも集落総会に全員出席した上で、全員一致の議決がなされる必要はなく、総会後に説得に応じ、あるいは自己の主張をあきらめ、特段の反対の意思を表明しなかった場合には、黙示の同意があったものと認める余地がある。」

b) そして、上記のとおり、

i) 平成10年11月29日の総会では、本件施設を設置するため、本件土地を債務者に賃貸することについては全員一致で賛成していること、

ii) 平成12年2月14日の総会は、本件賃貸条件に関する細目を協議する重要な総会であったが、同総会において、債権者Tらは、「多数決で決められるはずはない。」などとして退席し、結果的に総会出席者は、本件賃貸借契約の条件等について、役員会に一任することに全員一致で賛成していること、

iii) また、本件賃貸借契約締結後の平成12年4月16日の総会において、本件賃貸借契約について資料配付の上、報告がなされ、質疑応答がなされたにもかかわらず、本件賃貸借契約締結について、債権者らを含め反対の意見を述べた者はいなかった（こと。）

「結局、本件賃貸借契約締結については、平成10年11月29日の時点においては、5名の誘致反対者がいたものの、その後、集落民の意見の大勢は本件施設の誘致について積極的ないし消極的賛成に傾き、反対の意思を表明するものはいなくなると認められるから、平成12年4月16日の総会までに、本

件賃貸借契約締結に関し，入会権者全員の同意があったものと認めるのが相当である。」

c) 「この点に関し，債権者らは，平成12年4月16日の総会においては，本件賃貸借契約に関する議決はなされていないこと，債権者らは，同総会后，債権者ら代理人弁護士を通じて，債務者の建設計画は違法なものである旨を通知している点などからすると，本件賃貸借契約について全員の同意があったとはいえない旨主張する。」

d) 「しかしながら，上記のとおり，同総会に至るまでの経過に鑑み，本件賃貸借契約について，全員の同意があったと認めることができ，全員の同意が得られた同日の総会の後に，翻意し，反対の意見を通知したからといって，上記同意を撤回することはできないというべきである。」

イ) 逆に，名瀬支部と抗告審は全員の同意を否定した。名瀬支部は，「本件賃貸借契約については，網野子集落においては，平成10年11月29日の総会における決議が存在するものの，その時点で反対者が少なくとも5名はいたものであり，また，その後の総会においても，全員の同意を得たことを認めるに足りる疎明はない。債務者は，平成12年4月16日の総会において，本件賃貸借契約についての議案を上程し，質疑応答がされたところ，反対意見がなかったことから，全員の同意があった旨主張するが，上記総会の時点では，本件賃貸借契約はすでに締結されており，この総会においては，もっぱら賃貸条件についての報告，質疑がなされたにすぎないこと，その約1か月後には，債権者らは，代理人弁護士を通じて，債務者に対し，全員の同意がないから，債務者の建設計画は違法なものである旨を通知していることなどからすれば，上記総会の決議があることをもって債権者らの同意があったと認めることはできない」と判示した。

抗告審は，下記③権利濫用に関する記述を加えて全員の同意を否定した。

① 「平成10年11月29日の網野子集落の総会において，本件土地に本件一般廃棄物処理施設を設置することについて反対者が少なくとも5名いたこと，平成12年2月14日の網野子集落の総会において，本件一般処理廃棄物処理施設の建設に反対する数名が反対意見を述べていたことが認められ，その後の総会などで本件賃貸借契約締結までに，入会権者全員の同意を得たこと（な

いしは黙示の同意が得られたこと)を認めるに足りる疎明はない。」

②「相手方は、平成12年4月16日の総会で本件賃貸借契約について質疑応答があり、反対意見がなかったことから、全員の同意があると主張するが、この時点においてはすでに本件賃貸借契約は締結されているし、その後抗告人らは弁護士を通じて計画の白紙撤回を求めているのであるから、相手方の主張は採用できない。」

③反対は権利濫用には当たらない。

「相手方は、本件施設の公共性・必要性・緊急性が高いことに比べて、抗告人らの入会権行使の必要性が乏しいことを理由に、抗告人らが入会権の存在を主張することは権利の濫用に当たると主張するが、入会権の法律的性質は入会地の総有（土地共同所有権の一形態）であるから、本件施設の設置は抗告人らの共同所有権を侵害するものであること、一件記録によっても、本件施設を本件土地に建設しなければ、瀬戸内町から排出する廃棄物処理が不可能になって住民の生活に著しい影響を及ぼすものとは認められないから、前記のとおり本件土地からの入会権に基づく使用収益行為が従前と比べ格段に乏しくなっていることを考慮しても、抗告人らの主張が権利の濫用に当たるものとは認められない。」

上記③の議論は、債務者の権利濫用の主張に応えたものである。「入会権は、多数の国民の生活にとって致命的な重要性を持つものであるから民法に取り入れられたものであるが、債権者らが有するという入会権は、債権者らの生活に全く価値を持たなくなっており、今後もその生活に必要となることもないから、入会を入会権として保護した目的を逸脱し、その保護に値しない。うえ、網野子集落民の大多数が賛成して入会権行使の制限を承諾しているから、その入会権侵害を理由とする差し止め請求は権利の濫用である」。(異議審決定15頁)

ウ) 異議審が平成12年4月16日の総会を最重要視し、本件賃貸借契約について反対意見がでなかったことを捉えて立論したのに対し、抗告審は「この時点においてはすでに本件賃貸借契約は締結されている」ことを指摘し、「その後抗告人らは弁護士を通じて計画の白紙撤回を求めている」ことを重視した。



異議審による全員の同意があったという事実認定、事実の評価は非常識である。2月総会で席を立てて反対の意思を表明し、4月総会で同意し、1か月後には弁護士を依頼して計画に反対の旨の通知というのは不自然である。少なくとも自然な流れではない。そう考えるとすれば、名瀬支部が全員の同意を否定していることでもあり、「4月16日の総会」については熟考しなければならなかったはずである。この4月総会での沈黙は同意であろうか。抗告審が指摘するように、この総会の時点ではすでに債権者らが激しく反対した賃貸借契約は締結された後である。この契約への賛否が議題となったわけではないし、事後的に追認するか否かがはかられたわけでもない。賃貸借料等が話題となったとしても、契約自体に反対の者がとやかく口を挟まなければならないわけではない。そうだとすれば、沈黙は同意（追認）ではありえない<sup>20</sup>。全員の同意が得られていない段階での契約締結は無効であるから、同意があった（無効行為の追認）という論理を通すためには異議審は追認の事実を丁寧に捨てるべきであったろう。

この総会場で、激しく反対意見を述べたにもかかわらず多数が賛成であるとして締結された契約の内容が報告された場で、自らの権利を守るために裁判という方法を選択するという発言をする必要があるだろうか、そのような発言をしなければならないような「場」ではない。また異議審が「全員の同意が得られた同日の総会の後に、翻意し、反対の意見を通知したからといって、上記同意を撤回することはできない」と片丈高にいう論拠も不明である。

確かに、債務者は、「集落集会における賛否の意思表示は、集落総会の席上でなされるべきであり、……総会后、1か月余りを経過した後に上記文書（＝入会権者全員の同意がないから、計画の白紙撤回を求める旨の5月24日と6月21日付文書）を送付しても、既に成立した全員一致を撤回することはできない」（異議審決定13頁）と主張していたから、異議審はこれをそのまま採用したのであろう。しかし異議審は一方で、多数決原理への慣行の変更があったか否かの事実認定の箇所では、多数決で決めたかにみえる先例を「①全員の同意を得る努力がなされていることが窺われるのであり、②決議後も反対者が、あくまで反対の意思を貫き（てはいない）」（記号は采女が付した）と入会集団の合意形成の過程を丹念にみているかにみえる。今回、全

員の同意があったと判断する際、上記①同意を得るための努力がなされたか否か、②決議後も反対者が反対意見を貫いていないかどうかには目配りがなされていない。ここには違和感がある。

一般論としても、「同意は、必ずしも、総会において全員一致の決議がされることを必要とするものではない」（3つの決定の共通認識）ということとは、総会後にじっくり考えた結果、反対との態度を表明しても差し支えない、ということをも含むと考えるべきである。総会の場で反対であった者が後で同意をしてもよいということは、逆に総会の場で賛成あるいは沈黙した者が反対に変わってもよいのである。同意の撤回を認めないのは、通常の市民間の取引には、いえたとしても、あるいは矛盾した振る舞いの禁止（相手方の信頼の保護）の法理を持ち出せるとしても、入会集団の意思決定過程の場を考えるならば、場違いの見解であろう。これは異議審が入会集団というものを全く理解しなかったことの証明でもある。

#### 2-2-4 本件施設の公共性・必要性・緊急性 — 保全の必要性

最後に、保全の必要性に関わって論じられた施設の公共性の問題に触れておきたい。本件施設の公共性が高いとの債務者側の主張に対し、名瀬支部は「そうであるならばこそ、その手続は、慎重に行われるべきであった。本件土地に本件施設を建設する必要があるのであれば、本件土地の権利関係について、より慎重に調査をし、その調査結果に基づき、本件土地の権利者である入会権者らに対し、賛同を得るための説得、交渉をし、その全員の合意をとるべく措置を講ずるべきであった」と指摘する。「このような場合（全員について合意をとるべく説得、交渉をしていない場合）、債務者に債務者主張のような損害が生じたとしても、それは、債務者自身に帰責されるべきことがらである」。

抗告審は、公共性・必要性・緊急性が高いとの債務者側の主張に対し、2つの指摘をしている。①「本件施設は本件土地に設置しなければ設置の目的が達成できないものではない」。②「本件土地の権利関係について慎重に調査した上で、抗告人らとの間において賃貸借契約を締結することの同意を得るべく交渉すべきものである」から、これを欠いたことで相手方に生じる損害は自ら甘受すべきであり、抗告人らにこれを転嫁すべきではない。抗告

審は、本件施設の公共性などが低いという評価にまで踏み込んで論理を組み立てている。そのため逆に、仮に施設の公共性が高い場合にどうなるのか、上記②の論理だけで保全の必要性を認めるのか不透明になっている。抗告審決定は、②の論理だけで保全の必要性を認めると読むべきであろう。

### 3 裁判例の動向

裁判例は、本件3つの決定例と同様に、入会地の変更・処分に関しては全員の同意を要するとの立場を堅持しているといえる。なかでも裁判例【5】は、入会地の売却、利用権の設定の例ではないが、入会地を共有地にする同意につき、同意の実質を厳格に問い、無効な決議の追認についても厳格な見地に立つ。入会権の消滅についての法的な意味、総有と共有との違いを理解した上での全員の同意が要求されている。消滅決議に賛成した総会出席者の意思の内容にまで立ち入った点に大きな特徴がある。

しかし、弓ヶ浜入会訴訟第1審判決【1】は、「総会の出席者の過半数の多数決による議決」の慣習を認めた。この訴訟の第2審判決【2】は川島らの鑑定意見などに依拠しながら、多数決による決定という慣習の存在を否定した。この訴訟については川島武宜が調査分析の対象としている<sup>21</sup>。

裁判例【3】は、権利者が多数の場合は、代表者による間接的な意思決定が「各権利者の意思が自由にかつ確実に反映される限り」権利者全体の意思決定となる旨を判示している。事後的な同意に関し、無権代理行為の追認の法理に言及している。

裁判例【4】は、「所有権利者全員の同意は、やむを得ない事由により総寄合に出席することのできない者が事前に反対の意思を表示していた等の特段の事情がない限り、総寄合に出席した所有権利者全員の同意を持って足りる」として全員一致原則をやや緩和している。中尾が権利濫用法理の適用事例としては肯定的に評価しているものである。また北條浩、川島武宜らがこの入会集団の規約作成に関与している点で注目したい。

なお判例集・判例雑誌類に掲載されたもののほか、中尾英俊の論稿中には多数の事例が採録されている。全員の同意を安易に認めた裁判例（神戸地

〔豊岡支部〕判平成6・2・21西南学院大学法学論集30巻2・3号242頁，広島高判平成8・3・28西南学院大学法学論集30巻2・3号255頁），入会団構成員の3分の1以上が入会権の解体を主張しているから入会権は解体したとする裁判例，広島地判平成5・10・20西南学院大学法学論集26巻4号14頁，入会地の処分には全員の同意が必要であるとした福岡高判昭和58・3・23『入会裁判の実証的研究』319頁（法律文化社，1984年）など。

以下，裁判例【1】～【5】の事案の概要と判決の論理をみておきたい。

【1】弓ヶ浜入会訴訟第1審判決・東京地判昭和43・5・10下民集19巻5・6号247頁（棄却）<sup>(22)</sup>

浜一体の土地につき，南伊豆町湊地区の住民によって湊区という団体が作られ，湊区は浜の入会を管理規制してきた。昭和39年11月21日の臨時総会で，土地の一部をホテル建設を目的として被告（南伊豆観光株式会社）に賃貸する案が議決された。総会には，165名出席し，賛成者152名，反対者13名であった。湊区長と被告とは昭和40年1月13日本件土地につき賃貸借契約を締結した。昭和40年1月15日の吉例（定期総会）において本件土地賃貸借契約の締結が報告された。出席者の一部にはなお契約締結を承認しない旨の意見が出されたが，総会の議長は特に決を取る必要を認めず総会が契約締結を承認したものとみなした。入会権者の一部が全員の同意が得られていないから賃貸借は無効として賃借権の不存在の確認を求めた。地裁は，湊区には浜の利用および管理に関する事項は総会の出席者の過半数の多数決による議決にもとづいて区長が執行する慣わしがあり，本件賃貸借契約については，総会の過半数の出席者によって議決および承認されたのであるから，賃貸借は有効であるとした。

判決の特徴は，まず，入会権の解体と入会地の利用形態の変更とを区別したことにある。「入会権を全く消滅させてしまうのでない限り，入会団体が入会地の利用形態を変更するについては入会権の性質上当然にその構成員全員の同意を要すると解すべきではな（い）」から，当該入会団体の管理処分についての慣習にもとづいてなされた団体の意思決定によって有効にその利用形態を変更できる。

つぎに，出席者の過半数による決定という「慣習」があるとした。「湊区

には最高の意思決定機関として総会があり、毎年1月15日に開かれる総会は特に吉例総会と呼ばれる通常総会であり、このほか適宜に臨時総会が開かれること、構成員は全員議決権があること、総会は区長を選出し、区長が執行機関として事務を処理すること、総会には定足数の定めはなく、また、出席者の過半数の多数決により決定していたことが認められ(る)。」

この判決は、昭和32年レストハウス建設用地として浜の一部を東海バスに賃貸したときの例を「総会終了後区の執行部が反対者10名余に対し個別的に説得したこと」は「総会の決議とは関係なく部落内の意思連絡をはかったもの」と解した。この理解は第2審判決によって改められることになる。

【2】弓ヶ浜入会訴訟第2審判決・東京高判昭和50・9・10下民集26巻9～12号769頁、判時799号46頁、判タ335号218頁（原判決取消、確定）。

第2審は、賃貸借契約の締結には入会権者の全員の同意が必要であるが、一部の反対者があったことは明確であり、契約は無効と判示した。「ホテル等の施設の建設のため本件土地を他に賃貸することはその入会的利用形態の変更を来たすものであるから、原則として、これにつき入会権者全員の同意が必要とされるのは入会権の性質上当然のことである(る)」。

つぎに、入会地の管理と変更とを区別したうえで、原則と異なる慣習の存在を否定した。「本件土地を含む浜の入会集団を包摂する港区においては、入会地に関する事項のうち、常務的管理事務のような比較的重要でないものについては区長及び評議員らの役員（これらは、吉例と呼ばれる港区の定時総会において選出されるものであるが、実質的には入会団体の機関としての機能をも併有している。）がこれを決定処理しているけれども、その他の事項については入会権者である住民の全員の了承のもとにこれを決定実施している(る)」。

先の昭和32年の賃貸借の例も、第1審とは異なった理解をした。「区長は、区内の各班の班長を通じて入会権者である住民に対する説明、説得を行い、ほぼその同意が得られる見通しがついたところで同年1月15日開催された吉例において右賃貸の件を付議したが、なお一部の反対者があつたところから、更に同人らに対する説得を重ねて、これを納得してもらい、結局入会権者全員の同意を得ている」。従って、本件入会集団における慣習は、前記原則を

何ら修正，変更するものでなく，本件賃貸借契約の締結のような行為については入会権者全員の同意を必要とするものであることが認められる。

【3】福島地（会津若松支部）判昭和50・10・29判時812号96頁（棄却，控訴）。

入会団体（大野原組合）においては，総会は開催されず，組合同約に従い総会に代わる総代会において土地に関する処分を行う慣行が存していた。この慣行により同組合が総代会の決議に基づき土地をYらに売り渡したところ，同組合員のXらが売買契約は全員の同意がないから無効であるとして所有権の移転登記の抹消等を求めた事案である。

判決はまず，総有関係にある財産の処分については原則として権利者全員の同意を要するという。従って，「財産の処分に際し権利者全員が一堂に会した上全員の同意を得ることが望ましい」が，「本件のように権利者が996名という多数にのぼる場合においては全権利者が一堂に会するいわゆる総会を開催することは社会的物理的に困難なものであり，また構成員全員の同意は必ずしも権利者が一堂に会した上でなされることを要しない」。そうすると，「次善の策として各権利者を代表する者による間接的な形での一定の意思決定について各権利者が事前又は事後に同意するという形式で各権利者の意思が自由にかつ確実に反映される限り権利者全体の意思決定があったものということができる」。総代会で土地の処分を行うという慣行が，少なくとも上の要件を満している限りにおいては売買契約の効力を否定すべきではない。この場合，「事後における権利者の同意は民法113条1項の無権代理行為の追認の法理が準用ないし類推適用されるものと解されよう。」

上の一般的な論理の下で，裁判所は土地売買行為につきXらはいずれも追認しており，売買行為はいずれも有効である，とした。Xらは，「いずれも遅くとも配分金が公会堂の基金に充当された時点において黙示的に右措置ひいては右売買につき同意をしたものと認められる」とか，「配分金及び時計を受領しているのであるから仮に右売買につき若干不満の念を抱いていたとしても遅くとも右配分金の受領のときには右売買行為に同意したものと認められる」とかと認定している。

【4】甲府地判昭和63・5・16判時1294号118頁（却下，控訴）

Y（債務者、日本道路公団）が山中部落浅間神社有地入会管理組合から東富士道路用地として買い受けた。同組合の規約31条1項には所有権の譲渡等の処分をするには、「組合長は所有権利者全員の同意と、全共同権利者5分の4以上が出席した総寄合でその5分の4以上の同意を得なければならない」との規定がある。住宅密集地から離れた富士山寄りの路線を求める同組合とYとの交渉の結果、路線がまとまった。しかしこの路線に反対する同組合員のXら15名（債権者）が、全員の同意がないから売買契約は無効であるとしてYに対し道路建設工事の中止等の仮処分を求めた。

裁判所は、まず、総寄合に出席した所有権利者全員の同意でもって足りるとの立場をとった。「総有関係においては共有と異なり構成員からの分割請求は認められないこと、個人の権利意識が向上し民主主義の理念が浸透した現代において、総有財産の処分の具体的内容につき、190名にのぼる所有権利者（しかも、前記所有権利者の一部には部落との関係が希薄な者も含まれることは前記のとおりである。）の文字どおりの全員一致を得ることは不可能に近いことを総合すると、組合規約31条1項は、財産処分について従前の山中部落の慣行以上に厳格な要件を定めたものでなく、同項の規定にいう『所有権利者全員の同意』は、やむを得ない事由により総寄合に出席することのできない者が事前に反対の意思を表示していた等の特段の事情がない限り、総寄合に出席した所有権利者全員の同意を持って足りると解すべきである。」

さらに、本事案では、5回にわたる総寄合での決議がなされたが、最終総寄合（総出席者261名）ではXらのうち4名と他1名が反対の意思を表明し退席していたため、裁判所は所有権利者全員の同意があったとはいえないとした。しかし、裁判所は、4名の所有権利者が契約締結につき同意を拒んだことは、所有権利者としての権利を濫用する、という構成を通して、総寄合において全員の同意があったものと同視すると判示した。

本事案での権利濫用の判断基準を確かめておきたい。判決が「総合考慮」した内容は次のとおりである。

〈1〉「道路用地の買収は、路線の決定、測量に基づく対象土地の確定、代金額の交渉と、順次段階をふんで売買契約に至るものであり、買収の相手方

としても、これらの段階に応じ順次意思決定をすべきこと」になる。そこで総寄合の経緯をみる。①昭和57年12月16日〔第2回〕の総寄合は、そこに債務者の路線案の承認が諮られることが事前に有力新聞各紙に報道された中で開催され、同総寄合においては、議事の過程において反対論もあったものの、最終的には全員一致で東富士道路の路線を承認し、用地の処分に同意したこと、②従って、管理組合としては、神社有地の一部を道路用地として債務者に売却することに関しては、その範囲・面積の確定及び代金額の交渉・決定をすべき段階になり、右総寄合において、以後の設計協議については東富士道路対策協議会に交渉を一任する旨の決議がされたこと、③右総寄合後に右路線に対する反対行動をとった債権者 X1, X2, X3は、いずれも総寄合には出席せず、債権者 X4は、代理人を出席させたにとどまったこと、④右債権者らはいずれも東富士道路の建設自体には賛成し、またその反対の理由が、代金額等、昭和59年11月12日の総寄合〔第5回〕において初めて明らかにされた事項に関するものではないこと。

〈2〉他方、⑤昭和58年又は59年の時点において、東富士道路の位置を、神社有地付近において前記路線より更に富上山寄りに変更することは、全く不可能とはいえないとしても、極めて困難であった。〔具体的叙述は引用略〕

〈3〉組合規約作成の経緯。

昭和36年に山中部落の一部の者が神社有地につき浅間神社の名で第三者と地上権設定契約を締結したことから、訴訟となった。<sup>(23)</sup>

このような中で、山中部落民は、再びこのような争いが起こることを防止することを目的に、神社有地に関する従来の慣行を明文化し、その管理等の<sup>(21)</sup>手続を明確にする規約を制定することとし、右訴訟が最高裁判所に係属中であった昭和51年ころ、起草委員を選出した。

起草委員から規約原案の起草依頼を受けた北條浩は、当初、財産処分については従前の慣行を緩和し、総寄合における5分の4の同意を要件とする規約を立案した。しかし、「神社有地裁判が最高裁判所に係属中の段階で処分の要件を緩和するのは望ましくなく、理由のない少数の反対は権利濫用の法理で処理すればよいとの民法学者川島武宜の<sup>(25)</sup>意見により、結局、財産処分については、現行組合規約31条1項どおりの原案が作成され」、浅間神社有財



産権利者総会で原案どおり承認された。「承認された組合規約の一条は、規約の目的として、共同権利者の権利義務及び神社有地の管理運営に関する基本原則を、山中部落の慣習に基づき明確にし、以て、これに関する紛争の発生を防止することを謳っている。」

以上を単純化すると、〈3〉組合規約作成の経緯から同規約31条1項は権利濫用法理での調整を予め予定していることを前提に、〈1〉数次の総寄合での合意内容に沿って相手方と交渉がなされ売り渡す道路予定地が決定したことと、〈2〉反対者の希望どおりに道路位置を変更することが種々の事情から極めて困難であることが総合考慮された内容といつてよいであろう。〈1〉が決定的な要素ということであろうか。

【5】真栄里入会権訴訟・福岡高（那覇支部）判平成6・3・1判タ880号216頁（控訴棄却，上告）。

石垣市真栄里部落には古くから入会地があり、部落会が管理してきていたが、昭和51年1月に真栄里入会組合が結成され、土地賃料等の会計処理も部落会から引き継がれた。昭和61年3月16日、入会組合の臨時総会が開催され、本件入会地を消滅させ、60名の者（本件原告6名のうち4名を含む）の共有とする旨の決議をした。出席者は41名、その他委任状による出席者7名であった。同年10月下旬、土地の登記簿上の所有者を60名とする登記が経由され、同年12月22日、60名を構成員とする三原共有者組合Yが設立された。その後、本件入会地の売却話が出たのを機会に組合員資格の拡大を求めるXら6名が先の入会権消滅決議の無効を主張し入会権の確認を求めた。

第1審（那覇地〔石垣支部〕判平成2・9・26判時1396号123頁<sup>26</sup>）も、控訴審も入会権消滅決議を無効とした。

控訴審判決は「入会権を部落の決議により消滅させ、特定の者による共有の形態に移行させるため」には2つの要件が必要という<sup>27</sup>。第1には、入会権者全員の同意が必要であり、第2には、その後の入会地の利用その他入会財産の処分等について取決めがなされることが必要である。これを昭和60年3月16日の本件消滅決議についてみると、第1、第2の要件を欠くものであり、入会権は消滅しない。

特に注目したいのは、第1の要件に関して、法的な意味を理解した上での

同意を必要という点である。「その同意は、入会権の消滅についての法的な意味、すなわち、他に特別の決議がない限り、民法上の共有になれば、その持分は家の物ではなく、戸主名義人の個人資産となり、同じ家で部落のために労力を提供してきた者には全く帰属しないこと、その収益を部落のために提供する義務は消滅し、入会地からの収益を持分の割合に応じて個人で取得できるから、部落のために提供しない者が現れても、これを拘束できないこと、保存行為を除き、入会地の利用は過半数の同意がないとできないことになること、持分権を自由に譲渡できるようになり、その結果、過半数の者が譲渡し、譲受人らが管理方法について異なる決議をすれば入会地の現況は大きく変化すること、共有者の一人が現物分割を主張すれば、これに対応しなければならなくなること、その後の共有者組合に加入するか否かは全く個人の自由であることなど共有と総有との基本的な違いについて十分に理解したうえでなされなければなら」ない。

(2) 消滅決議の安易な追認も認めなかった。本件消滅決議の瑕疵の大きさ（臨時総会に欠席していた12名に対し、個別に説明をしその同意を得た事実もないなど）を考えると、それについて事後の追認があり得るのかどうか議論の余地があり、これを否定して改めて入会権消滅の決議をする必要があるとするのが入会権の法理に沿う。「仮に追認を肯定するとしても、それが成立するための要件としては、その後の事情を実質的に考察して、本件消滅決議の欠席者のみならず組合員全員において、本件入会権が消滅し組合員全員の共有に移行することの法的意味を認識したうえで入会権の消滅に同意し、かつ、入会財産の処分等に関する取決めがなされたと認めるに足りる事由がなければならない」。

真栄里入会権訴訟では、裁判所は入会権の消滅という重大な結果をもたらす集団の合意形成に関して表面的な同意ではなくて、実質的な同意を求めたといっている。

## 4 学説の検討

### 4-1 川島武宜の見解

#### 4-1-1 入会集団の構造的特質の一つのあらわれ

##### ①実在的総合人としての入会集団

川島は、民法起草者の見解とは異なり、「共有および地役権に関する規定は、仲間的地域共同体の総有的法律関係を全く含んでいないのであり、補充的に入会権に『適用』または『準用』される余地は全くない」との見解である<sup>28</sup>。したがって全員一致原則も総有関係の一般原則、多くの入会に共通する一般的な慣習から取り出されることになる。民法251条から全員一致原則を取り出すわけではない。

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<sup>29</sup>」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総合人と呼ぶ<sup>30</sup>。

したがって、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し、全員一致の決定を欠く入会権の処分が有効となるためには、「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『実在的総合人』)」が変質して、「多数決という近代的原则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」)の立証が必要であるということになる<sup>31</sup>。

この川島の論理のなかでは、「実在的綜合人（Otto von Gierke のいわゆる“Genossenschaft”〔仲間的共同体〕）」という観念が鍵になっている。しかしこの観念から何かを演繹的に導き出せるものではない。<sup>132)</sup>実際には具体的な法律関係の捉え方が問題になる。川島はこれをどう捉えているのだろうか。「利用権能は個々の構成員に属するが、管理および処分の権能は団体としての『入会集団そのもの』に属する」という説明を批判する文脈の中で、こう説明する。

「内部関係においては、団体としての入会集団は多数者構成員の相互関係にはかならず、その相互関係は彼らの集会（多くの土地で『よりあい』と呼ばれる）において一つの現実的外形をとるのであり、そうしてその集会は、独立・平等な仲間的構成員全員の一致によって決定を行なうのを原則とする」。「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——については、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」。<sup>133)</sup>

この議論のなかで川島は、入会財産の利用および管理——たとえば古典的利用形態（いわゆる入会稼）の開始日（通常「口あけ」と呼ばれる）および終了日（「口どめ」と呼ばれる）の決定——が入会集団の管理者によって旧来の慣行に従って決定・執行されていることも、管理権能が入会権者の総体以外の『入会集団そのもの』に属することを意味しないという。この場合は、総入会権者が管理者にその管理事務を委託していると捉える。したがって、この法律関係を、総入会権者以外に存在する『入会集団そのもの』という概念を用いて構成する必要はないのである。

ここでは、個々の入会権者の総体と別個に入会団体を観念すべきではないこと、したがってまた入会地の利用権能だけではなく管理および処分の権能も個々の入会権者に属すること、また全員一致原則は入会集団の多数者構成員の相互関係そのものから取り出されていることを確認するだけにとどめた<sup>134)</sup>い。

## ②紛争の多発と全員一致の慣習規範

ところで、入会権者全員の同意を得ない入会権処分契約による紛争の多発を川島はどうみているか。そのような慣習規範が存在しないのではという疑問に川島はこう答える。違反があれば慣習規範は消滅してしまうとすれば、そもそも「規範の存在」という観念が自己矛盾となる。「或る社会規範が現実存在するかどうか」は、「違反に対し社会の中に何らかのサンクション（違反を認容しないという意味をもつ反応）が現実存在するかどうか」によってきまる。入会管理者が独断的に入会権に関し処分行為をした場合に、これを是認しない入会権者によって「規則違反」の主張がなされることによって、規範の存在が明確となる。特にその主張者が訴訟という手段に訴える場合には、いっそう明確である。

川島は、紛争の存在特に訴訟事件への移行という事実、「慣習規範というものは、当該の社会における人々の反応的行為の存在と相関関係にある」という理解を介して、全員一致原則という規範の存在の何よりも重要な現実的証拠を<sup>35)</sup>みる。

### ③慣習規範の国家法体系への組み込みの意味

川島は、民法263条、294条によって、そのような慣習規範が今日の国家法（財産法）の体系の中に組みこまれている意味をこう強調する。「慣習規範自身は、本来は社会の中の現実の — 習俗の次元での — サンクションによって維持されているのであるが、それは私人対私人の現実の力関係に帰着する。もし、現実の力関係において優位に在る者が慣習規範に対する違反を行ったり違反を支持したりして、違反に対する消極的サンクション（不認容）を抑圧することができるなら、慣習規範はそのかぎりでの現実力の行使によって消滅させられてしまう」。しかし民法は、入会権に関してはそのようなことを認めず、「入会権に関する慣習規範が現実の力の行使による違反というものの存在によっては消滅しない」ことを保障したのである。川島は、慣習規範の国家法体系への組み込みの意味を「現実の力の強弱による解決」ではなく、「法による解決」の<sup>36)</sup>選択にみている。

#### 4-1-2 弓ヶ浜（静岡県南伊豆町）の例

川島は、「弓ヶ浜に対する入会権」（鑑定書）のなかで、合意形成のプロセ

スをこう説明している。

### ①象徴的儀式としての総会「決議」

入会権者全員の出席する総会での全員一致の決議によるというのは実際には現実的ではない。むしろ多くの場合には、総会決議に代わる手続が行なわれている。「総会の『議決』という方式は、全員の同意ないし意思表示の成立を示す象徴的儀式としての性質を有する」<sup>37</sup>、「実質的には全員の同意ないし意思表示は総会の議決のみならず総会外での実質的同意によって成立する」。

### ②合意形成のプロセス

「まず、入会集団の管理者（多くの入会集団では「区長」と呼ばれる）が、その下部組織の長（「組長」とか「班長」等と呼ばれる）をとおして、入会権者全員の同意を得べき事項を全入会権者に伝達し、彼らの反応を徴する。すると、各組ないし班ではそれぞれその構成員が集まってその事項について協議する。もし、すべての組から異議が出ないときは、区長は総会でその事項を議題として出席者の同意を求める。しかし、もし異議があることが判明すれば、通常は組長ないし班長をして説得させ、不同意者の同意を得ることができたときにはじめて、総会で議決を求める。」<sup>37</sup>

このプロセスのなかでの村落共同体の「和」の結合を川島は高く評価しているように思える。「元来わが国の村落共同体においては、昔からこの全員一致に到達するために、村の『オモダチ』とか『指導者』ないし『有力者』が長い時間をかけて説得するのが、当然視されてきており、それによって村落共同体の『和』の結合が維持されてきた」<sup>38</sup>。

もちろん、この全員一致原則には別の顔がある。寄合相談の方法による全員一致によって重要事項を決定してきた総合的実在人たる「生活共同体としての村」の本体は、主として有力者の支配する専制的性格をまじえた支配的組織である<sup>39</sup>。しかし、全員一致主義が貫かれているならば、村人にとって致命的なことはまたできない<sup>40</sup>。

川島も、農村の現実を無視しているわけではない。むしろ逆に実態を厳しくみている。ただこの議論の平面では、全員一致原則に希望を見いだしているとも感じ取れる。総有における平等性、すなわち共同体構成員の帰属（財産的支配を及ぼすこと）が形式的に平等であるということ、つまり権利とし

て平等であることは、「現実の社会的力の強弱とは関係ない」、むしろ「現実の社会的力の弱さを補い助けることを、その機能とする」と川島は強調する。<sup>12)</sup>

さて、この合意形成のプロセスがふまれたとしても、少数の反対が残る場合があろう。その場合は、現状がそのまま固定されることになるのであろうか。川島は権利濫用法理での処理を考えているようである。<sup>13)</sup>

この少数者の不同意、拒否権の問題に立ち入って議論しているのが武井正臣、中尾英俊である。以下は、これらの所説をみる。

## 4-2 武井正臣の見解

### 4-2-1 「入会集団から除名」の事例

武井は、入会地の利用形態の変更や処分を総会の多数決で行うことは違法であると明瞭に述べる。「部落総会の多数決によって入会地の利用形態の変更や第三者への賃貸などの管理方法の変更を行なっている例は少なくないが、それは総会の多数決によってのみ有効となるのではない。総会の席上で反対した少数の者や総会に欠席した者も最終的にはこれを承認することによって有効となるのである。すなわち、総会の決定に反対する者に対しては部落の役員たちが説得して了解を得、総会に欠席した者はその決定を事後承認し、結局は、全員がその総会の決定を積極的にせよ消極的にせよ賛成することによって、はじめて管理方法の変更につき全員の合意が得られたことになり、その決定が有効となるのである。仮に、管理方法の変更にあくまで反対する者がいるのに、多数決によるという理由でその変更を強行した場合、反対者は裁判上、異義の申立や変更の中止あるいはその変更によって受けた損害の賠償を請求することができる。それを、総会の多数決だから有効と解することは、それらの者が裁判上救済を受ける権利を奪うことになり、許されないところである。」<sup>15)</sup>

そのうえで、武井は反対者を除名（入会権剥奪）した例に即して全員一致原則の意味と限界を考察する。<sup>16)</sup> 福島県の入会集団がその多数の発意によって「入会林野整備」を計画したところ1名の反対によって進捗が頓挫したため、入会集団は反対者を除名した。反対者は、除名の不当、入会整備の手続は無効と主張し訴訟を起こしたが敗訴した。

この事件では、反対者の財産を確保した上で、反対者を外した形で整備計画書の修正が行われ、認可申請され生産森林組合設立の認可処分がなされた。

武井によれば、この時の入会集団・県側の対応には、次の考え方が基本にあるという。それは、入会林野近代化研究会編『入会林野近代化問答集』（林野弘済会、1971年）103頁以下（黒木三郎）に記載された考え方である。少し長いがその箇所を抜粋する。

「【問96】 部落の中に一人でも近代化に反対する者があれば、整備計画をたてることはできないか

（答）『近代化法』のたてまえは、入会権者全員の合意によって整備計画をたてることになっている。したがって、入会権者のうち一人でも反対があれば、整備計画をたてることはできないし、また知事の認可はえられない。そこで、あくまで全員の合意に達するまで協議を重ねることが必要であり、それを押しつけて近代化を急がねばならぬ理由はないであろう。一部のリーダーにひきずられて十分納得のいかないまま近代化を行ない、かえってその効果に疑問を生じたり、従来の入会権者が不測の損害を受けたりすることがあってはならない。しかしまた逆に、部落や市町村の有力者が入会林野整備を以て山林解放と誤解し、入会林野は部落の公有地であるから私権化には反対だ、とする見解を固執する場合には、一般の入会権者が近代化を望んでも、その整備計画に支障を来たすおそれがある。ことに、従来入会林野の利用が高度化され、しかも収益を個人分配したことなく共益費用にのみ当ててきた部落では、一般にこの傾向がつよい。入会林野を従来そのまま維持するか、近代的私権に転化させるかは、全く入会集団自身の自主的判断によるべきであるし、いかなる強制も加えられてはならない。したがって、入会集団のなかで意見の対立がある場合には、誤解による附和雷同または頑強な反対論に低迷することなく、『近代化法』の趣旨をよく理解し徹底させるために、行政機関を通してコンサルタントの指導を受けることが望ましい。ただ、いわゆるつむじ曲りによる反対論者のために多くの入会権者の意思が実現できないという事態を防ぐためには、反対者の持分を区画し除外して整備したり、持分を評価して金銭による補償をすることなどが考えられる場合もあるであろう。」

この事例の場合、入会集団側が大幅な譲歩をしたので、反対者は経済的損



失を受けなかったと武井は推測している<sup>17)</sup>。この事例は實際上、反対者の持分につき現物分割がなされたものといえる。

#### 4-2-2 権利濫用禁止の法理の活用

武井は、理不尽な動機によって入会集団の方針に反対する入会権者に対する多数の入会権者の対抗手段としての除名を肯定する。「問題はこの拒否権の行使が、入会権者によって、客観的に納得しうるような理由なくして行なわれた時……。拒否権行使が違法性をおびるばあいには、……除名処分も可能であり一つの方法である<sup>18)</sup>。」

もちろん、武井の除名論は排除される者に対する財産上の利益の分配を前提としていると思われる。たとえば除名処分の効力が争われた事例、甲府地判平成5・8・9判例地方自治123号75頁で除名を肯定するわけではもちろんないだろう。

この事例では、組合規約に「本組合及び入会権の存立を危うくするなど、組合員が著しく本規約に反した場合には、組合長は総会の同意を得て除名をすることができる。」(20条2項)という規定がある。判決はまずこの規定を「組合員の除名は対象組合員から入会権を剥奪することであるから除名が有効となるには本件組合規約違反の程度が著しく重大であり、かつ、除名しなければ組合及び入会権の存立が危うくなる場合でなければならぬと解され、右条項は右の場合にのみ除名できることを規定する趣旨」と解した。そのうえで、「(当時の組合長に対する)刑事告発は、当初の忍草入会組合の闘争の孤立化ないし過激化を憂慮し、かつ、個々の組合員が本件入会権行使の代償として受領すべき林雑補償金の使途に対する疑念を持ったため行われたものと認めることができ、むしろ、組合運営の適正化を求める行動ということが出来るから、右行動が除名しなければ組合及び入会権の存立を危うくする行為に該当するものとはいえない」などとして、仮に適法な手続に基づく除名決議があったとしても、除名決議は無効と判示した。

武井の特徴は、権利濫用の禁止という一般原則を使って理不尽な拒否権行使を否定する方法も考え、その利点をいう点にある。「利点は、反対する入会権者の地位はそのままにして拒否権だけを封ずることができるという点にある。実際に、入会集団——即ち村落共同体——の内部構成は血縁・地縁そ

の他の人間関係が複雑にからみあっているものであるから、たとえ理不尽な入会権者の反対（拒否権行使）があったとしても、他の権利者全員の一致を以って除名決議をするということは甚だ困難である。<sup>(19)</sup>」

武井は、一般法理としての権利濫用禁止の法理を「理不尽な」拒否権に対置し、この法理を深めたといえる。しかし権利濫用論に関しては、かつて「権利の濫用という言葉の濫用」現象も生じたという経験もある。<sup>(50)</sup>したがって反対理由が正当か否か、「客観的に納得しうるような理由」か否かの分岐点を可能な限り明瞭にすべきであろう。この点は武井の権利濫用論の課題として残る。

### 4-3 中尾英俊の見解

#### 4-3-1 中尾の権利濫用論

中尾もまた、全員の総意を徹底して強調する。中尾は、川島と同様に、入会地の利用形態の変更のためには全員の同意を必要とすることは「入会集団は入会集団構成員の総体とは別個に存在する社団の如き団体ではないことの必然的な帰結である<sup>(51)</sup>」と説明する。ただ中尾の場合、その根拠として実定法をも出す点に特徴がある。入会権については各地方の慣習に従うものであるから、皆の総意でその慣習は変わり、変えることができるのだから、皆のとりきめで新たな慣習を定めてよいという議論に一応賛同しつつ、こう述べる。「共同所有財産を多数で（共有持分権者の意思に反して）変更、処分できるという規約も民法の強行規定（251条）に反するから当然無効である<sup>(52)</sup>」。民法251条（さらには憲法29条）がある以上、入会地の変更には当然に全員の同意が必要となるという主張である。ここでは、「市町村議員候補者をその集落の中から推挙すること、あるいは村八分に近い制裁規定が決議されあるいは規約に定められても、それが違法かつ無効であると同様に」というレベルで強調されている。川島も中尾も入会権の私有財産性（共有財産）を徹底して強調する。川島の場合、民法の規定に依拠しないから、集団の財産処分を多数決で行うように慣習が変わると、入会集団は「社団」へと変質するということになるのではないだろうか。

さて中尾は、総会の場で多数決で決めた、と表現される場合の実質的な内

容，入会集団の慣習の内容をこう捉える。「全員一致ということは何も全会一致ということではない。入会権者全員が一同に会することができない場合はいくつかの小组ごとに分かれて審議するのが通常であろうし，また総会に出席しなくても前以て賛意を表し（委任状提出など）でも，仮に総会で賛成せずもしくは反対であったがあとから賛成してもよいのである。さらに道路用地としての売却や分収造林の設定などを集団の総会の多数決で決めた例はあるかも知れない。しかし採草地を植林地にする場合には，それによって損失を蒙る者があればそれに必要な措置を講じて賛成を得たであろうし，また道路用地として売却する場合も，道路敷設は皆の利益になることであるという理由で，多少の不利益を忍んでもその売却に賛成したのである。」<sup>33</sup>

この「総会の場での多数決」が全員に承認されるプロセスを中尾は別稿でこういう。「その承認には通常2つの過程がある。すなわち，第一は，一応総会の多数決で利用の変更を決めたが，その決定に参加しなかったりあるいは賛成しなかった入会権者もその変更を当然のこととして承認し，あるいはこれを止むをえぬこととして従うという場合であり，第二は，その変更の決定に異存を唱える者がいる場合，総代等の役員がこれを説得して承認させる，という場合である。結局，利用形態の変更という動議に賛成しなかった者も，当然のこととして，あるいは止むをえず，という相違はありながらその変更に同意をするのであって，いわばその変更を追認するのである。このいわゆる追認によって，その変更は全員の同意が得られることになり，それによって利用形態の変更が合法的かつ可能になるのである。積極的にせよ消極的にせよ変更の動議に賛成せず，これに反対する者があれば，その変更は決して合法的なものではなく，従ってその者の異議権が消滅するものではない。」<sup>34</sup>

中尾もまた，川島と同様に，入会集団の全員一致原則に積極面をみる。反対者の意見を無視しない，という一点が重視されている。「全員の同意を得るためにはいわゆる根回しも行なわれるであろうし，多少脅迫じみた言辞が弄されるかも知れない。そのためやむなく賛成したということもかつてあったかと思われる」。としても，反対の意見をそのまま押し切って多数で決めない，ということの中尾は評価する。<sup>35</sup>

入会集団の変容を無視しているわけでもない。「入会集団構成員の職種が

多様化（とくに脱農化の進行）してきた現在，入会地をめぐる利害関係が一致しなくなる（入会地の売却や貸付によって利益を得る者もいれば，逆に利益を得ることなく被害を蒙る者もある）。そのため，入会地の売却や貸付すなわち処分や変更<sup>(56)</sup>に全員の同意を得ることが困難な場合が少なくない」。中尾は，それでも少数の反対意見を十分に聴くことを主張している。

入会集団の総意を徹底的に強調したうえで，中尾は，少数の反対意見があるかぎりつねに入会集団は何も決定することができないとの反論に対し，権利濫用構成を対置する。

「自分に余り利益にならない，あるいはその処分等によって得られる収益（たとえば補償金の分け前）が少ない，という理由での反対となると正当な理由の反対とは言い難い。……いわゆる思惑はずれ，あるいは集団の事業の推進者に対する反感，その他理由のない反対は権利の濫用として認められるべきではない。<sup>(57)</sup>」

なお中尾が理由のない反対は権利濫用となって認められないとして具体的に挙げるのは，甲府地判昭和63・5・16判時1294号118頁の例である。<sup>(58)</sup>

これに対し，正当な理由での反対をこういう。「入会権の処分や変更によって権利侵害や環境悪化をもたらすという正当な理由での反対については，少数であってもこれを否定することは許されない。そのような少数意見にも，十分に耳を傾けて全員納得のいくように処理することが入会（集落）における慣習というべき全員一致の原則なのである。<sup>(59)</sup>」

なお，中尾は，一旦売却や変更賛成したが，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という。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つたりす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。<sup>(60)</sup>

中尾の立場では，「重要なのは反対の意思表示の方法いかんではなくて，その反対の理由であり，その理由を確認して反対の是非を判断すべき」である。<sup>(61)</sup> 処分（売却，貸付）に関する総会で処分の動議に賛成もしなかったが明確に反対の意思表示をしなかった，という理由で処分は有効だとした判決

(神戸地〔豊岡支部〕判平成6・2・21西南学院大学法学論集30巻2・3号242頁, 広島高判平成8・3・28西南学院大学法学論集30巻2・3号<sup>(62)</sup>255頁)を中尾はこう批判する。

「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(もとより協力者や代理人をつうじて)。したがって裁判所としては真実反対したか、賛成でなかったかを——そして当然その理由も——明らかにすべきである。仮に反対であったことが明らかになっても多数決だからという理由でそれを認めないとすればそれは少数意見の否定であって民主主義に反することを銘記すべきであろう。<sup>(63)</sup>」

中尾は別稿で同趣旨をこう述べる。「共同体的な集団の会合で、大多数に対してごく少数の者が反対意見を述べるのはたいへん勇気を要することである。総会で賛成の意思表示をせず、総会外で反対意見を述べることならまだ可能である。自分達の重要な財産の処分でありそれによって周囲の環境変化を来すこともあるのだから、短時間には決定できないことが多い」。だから総会の後で反対の意見を述べてもよい。総会で「決まったことだから」という理由で反対意見を無視する先の2つの判旨は不当である。<sup>(64)</sup>

ここでは中尾は、入会集団の意思決定過程の実態をふまえたうえで、権利濫用論(信義則論)の禁反言、矛盾した振る舞いの禁止といった価値基準の安易な適用を厳しく諫めていると読める。

#### 4-3-2 環境保全機能の権利内容への組み込み

中尾の議論のなかで刮目すべき部分は、入会権の環境保全機能を入会権の権利内容に組み込もうとする点である。

中尾は、共有の性質を有しない入会権(用益入会権)を「入会集団(構成員)が他人の土地を自己の便益に供する権利である」と規定し、この便益につき、その内容には格別制限はないとして、環境保全の便益をいう。とりわけ便益としての使用収益行為の論理的な前提としての環境保全機能に言及す

る点に注目したい。

「この便益の中に使用収益行為〔＝採草・採薪等，造林や放牧等〕が含まれることはいうまでもないが，それと並んで重要なのが，環境保全機能にはかならない」。入会地として最も多い入会林野は，水源涵養，保水，土砂崩壊（崖崩れ）防止，防風等の保安林的機能をもっている。保安林として指定されているか否かを問わず急傾斜地の多い集落ほど土地保全的機能は大きく，また海岸防風林が入会地である例は多い。「入会権者たる村人たちは入会地のこれらの機能を保全しながら，採取使用収益行為を行ってきたのであり，そのために入会地の利用についての厳しい取り決め，すなわち慣習があったのである」。雑木林雑草地であっても害虫駆除，防火あるいは盗伐防止のために集団的な監視（見回りなど）を行い，ときには補修をする。入会地である溜池についても同様である。農業用水供給源としての役割が減退しても，防火，防災（貯水池）用の機能をもっているから，水漏れ防止，堤防補修等の管理労働が行われている<sup>66</sup>。

この役権の議論を中尾の別稿でもう少しみよう<sup>67</sup>。中尾は地役権的入会権の機能，内容をこう考える。「他人所有の土地に樹木を所有しそのため使用する物権は地上権であるから，他村持入会の権利を，地上権の章にいれてもよかつたのである。しかし，それを地上権の性質を有する入会権としなかつたのは，単に入会利益が農耕用にも供されるということだけでなく，この権利をもう少し広汎な機能を有する権利と考えられていたからである。このことは立法当事者の意図に明らかである。すなわち次のように云っている。『共有ノ性質ヲ有セサル入会権ハ概ネ人的地役ノ一種ニ外ナラサルカ故ニ民法ハ特別ノ慣習アル場合ノ外地役権ノ規定ヲ準用スヘキモノトセリ……此種ノ入会権カ我民法上ノ純然タル地役権即チ地的地役ニ非サルコトハ勿論ナリト雖モ本来純然タル地役ト其性質ヲ異ニスルカ故ニ法律カ地役権ノ規定ヲ適用スト言ハスシテ準用スト言ヒ又之ヲ地役ノ性質ヲ有スル入会権ト言ハスシテ共有ノ性質ヲ有セサル入会権ト言ヘルニ外ナラス』（梅謙次郎，法典質疑録物権篇八一頁）。」

この起草者の見解をひもときながら，中尾は「役権としての入会権」を強く打ち出す。「重要なことは入会権を採取の権利としてではなくさらにひろ

い機能を有する役権としてとらえられていることである。役権とは他人の土地を自己又は自己の土地の便益に供する権利で、日本民法は『土地の便益』に供する地的地役権のみ認め、自己の便益に供する人的地役権または人役権を認めていない。しかし登記された地役権で圧倒的に多い電線路地役権は発電所または送変電所のある土地を要役地としているが、実際はその土地ではなく、発送変電施設さらには電気事業者のために設定される地役権である。……実質的に人的な地役権が認められていると解してよいのではなかろうか。役権の内容をなす『便益』については何の制限もない。……役権としての入会権はいわゆる採取、植栽等の利用行為のほか狩猟、引水、分湯（温泉の場合）、墓地使用、通行（林産物等の搬出）、入会地管理のための集会場の設置等が含まれる。このように役権の機能は広範囲におよび、したがって共有の性質を有しない入会権は一種の上土（うわつち）権あるいは地盤に対する全面的な支配権ということができるであろう。もとよりその支配（便益）の範囲、内容等は地方、慣習によって異なる。」<sup>68</sup>

用益入会権の便益の議論に環境保全の役割を組み込むと、用益入会権であってもそう容易に消滅するものではないという主張もでてくる。「入山する者がいなくなってもそれで入会権が消滅するわけではない。入会地が森林である場合、その入会地は入会集団あるいは集落にとって保水（水流地）、防災（土砂崩壊、流出防止）、防風その他環境保全の役割を果たしているのである。集団は入会地のこれらの機能を果たさせるために入会地を保全しなければならない。たとえそれが森林でなく全くの雑種地であっても、入会集団構成員にとって何らかの便益に供されており現在使用されていなくても後日（たとえば燃料不足）に備えて、集団としてはその入会地の管理を維持していかざるをえない。」<sup>69</sup>

中尾は、この用益入会権の便益の議論を共有入会権の議論に持ち込む。「このような対人地役権的、環境保全的機能は共有の性質を有する入会権においても全く同一である」<sup>70</sup>。入会地の環境保全の役割を強調するこの中尾の主張は、入会権の本来の姿との親和性が高い。たとえば川島は入会的共有の「歴史上の本来の姿」をこう表現している。「『入会的共有』は、地域共同体の共同の利益のために存在するのであって、その構成員の個別的な私的利益

を基礎とするところの共同の所有（＝合有，共有）ではない<sup>(71)</sup>。

中尾は，財産権（収益活動）として理解されてきた入会権者の権利内容のなかに「便益としての環境保全」という構成を通して入会権の権利内容に「環境保全の利益」を組み込んだ。この組み込みにより「環境保全」を根拠とする少数者の「反対＝拒否権」に正当性を付与した点に画期性がある。

入会権の権利性を強調するため従来強調されてきた「財産権」としての入会権のレベルでのみ議論するとすれば，海の入会という実態のある共同漁業権の変更・消滅をめぐる行われている議論などに飲み込まれるように思う。

たとえば中山充は，「共同漁業権は，このように多数の組合員による同一水面を客体にする同一内容の漁業を営む権利を確保するための権利であり，その存続と行使は関係地区の組合員の全員の意思に基づくものでなければならないものである」ことを強調したうえで，以下のような議論をする。「共同漁業権の存続と行使は関係地区の組合員の全員の意思に基づくものでなければならないといっても，それらの組合員全員の一致を必要とするわけではない。もし全員一致を必要とするならば，ごく少数者の意思で合理性のない現状固定を強いられるという事態が生じるおそれ大きい。また，協議が調わない場合は裁判所が決定するとなれば，当事者の意思に必ずしも適合しない国家意思の介入を奨励することにもなる。社会経済の変動に漁村が適切に対応するためには，しかも，漁村内部の複雑な利害調整が当事者によって十分な検討を経て行われるようになるためには，関係組合員の圧倒的多数の賛成を得ることができれば，共同漁業権を変更又は消滅させることができることを認めなければならない」。「事前書面同意の必要割合が3分の2以上という程度では，漁業を継続する意思と能力がある漁民が少数ではあれ合理的な理由で漁業権の消滅に反対する場合に，その主張が尊重されることになるようには機能し難いように思われ，もっと多数の割合の賛成が必要であろう。それを明示する規定を設けるように法改正すべきであり，建物区分所有権法で，使用禁止請求（58条）と建物の復旧（61条）について集会で区分所有者及び議決権の4分の3以上，立替（62条）で5分の4以上の賛成が必要とされているのが参考になる<sup>(72)</sup>。」

入会権の全員一致原則をめぐる議論は，海の入会権である共同漁業権をめ



ぐる議論と理論上の緊張関係にある。そこで田平紀男が書面同意の要件は「入会団体の通常的意思決定要件である全員同意に近づけるべき」との主張をしているのに注目したい。「入会団体たる漁民集団の意思決定は、漁業法8条などでは、構成員の3分の2以上の書面同意でなされることになっているが、これで十分かという問題がある。また、漁業権行使規則の制定改廃などについては、入会団体での意思決定（書面同意）の後に、法人たる漁協の総会等の議決も行われることになっているが、その場合の議決要件である『総組合員（准組合員を除く。）の半数以上が出席し、その議決権の3分の2以上の多数による議決』で十分かという問題もある（漁業法8条3項～5項・7項、水産業協同組合法50条4号5号参照）。少なくとも書面同意の要件は、加重して、入会団体の通常的意思決定要件である全員同意に近づけるべきであろう。」田平は、共同漁業権を漁民の人権保障の具体化とみる。生存権的財産権と沿岸漁業の総合的な利用との調和が意識されている。かつての入会権には生存権的財産権という色彩が濃厚であった。福島正夫・北条浩『民法成立過程と入会権』（宗文館書店、1968年）をみると、「入会地ハ一同協議ノ上ニアラサレハ一人又ハ数人ニ於テ開墾交換其他土地ノ形質ヲ変スルコトヲ得ス」（134頁）という記述などのほか、「資料十・入会権ノ利益及弊害」の箇所には、「細民ヲ救護スルノ利益アルモ弊害ナシ」の類の表現が随所に登場する。

さて、共同漁業権の変更・消滅のためには5分の4程度以上の特別多数の賛成が必要であると読める主張は、漁業法という特別法の存在を前提としたものである。しかし全員の同意に拘泥すると「合理性のない現状固定を強いられるという事態」が生じるという論理を特別法の存在しない、逆に慣習が第一次的な法源として認められている入会権の変更消滅の場面で5分の1未満の少数意見は権利濫用となるという論理に組み替えられるものではない。書面同意の要件をめぐる中山の議論もそのような文脈で読まれるべきではないだろう。むしろ「少数ではあれ合理的な理由で漁業権の消滅に反対する場合に、その主張が尊重される」という中山の主張は入会地の利用形態の変更において全員の同意を要求する考え方と親和性がある。

## 5 小 括

本稿では、全員一致原則の淵源を意識しながら、少数者の不同意・拒否権の問題を権利濫用論を媒介に妥当な解決を目指す諸学説の素描を試みた。

確かに「全員一致原則はごく少数者の意思で合理性のない現状固定を強いる」という事態を発生させるといことがないとはいえない。全員一致原則の下でこの事態を回避するとすれば、権利濫用法理による調整という道筋しかないだろう。しかし権利濫用論は客観的な利益衡量に陥る傾向を内在させている。<sup>175)</sup>この傾向を極端にまで推し進めると、「入会地としての使用は限られたもの」であり、経済上効率的な利用として年間賃料113万円余りで貸与するという判断は合理的であり、権利者の5分の1未満の少数者による賃貸借契約締結の拒否は権利濫用である、という経済効率至上主義の権利濫用論が登場しかねない。

入会権の法分野で権利濫用論を用いるとすれば、少数者の権利（共有権、持分権）が理不尽に奪われてしまうような危惧にあらかじめ対応しうる論理、価値基準を提示することが必要である。「入会権の権利内容に環境保全利益を組み込む」中尾の見解は、環境の保全を重視する者がたとえ少数であっても、合理性のある反対意思の表明として法的な評価を受ける、すなわち権利濫用として排斥される余地を残さない理論枠組みを提供するものと評価できる。また中尾の見解は、農村社会が大きな変貌を遂げたなかで、入会権の研究の伝統的な共通姿勢によって裏打ちされた新たな入会権論の提示、入会権の再生とも感じられる。<sup>176)</sup>

稀とはいえ、共有財産の変更が多数決でよいとか、全員一致原則と異なる慣習を安易に認定したり、むりやり全員の合意があったと認定するような本件異議審のような裁判例がなぜ登場するのだろうか。異議審の事実認定はざさんという印象をぬぐえないし、全員の同意があったという評価は常識的な感覚からずれている。<sup>177)</sup>

まず、裁判例に共通する印象からいうと、全員一致原則が入会の実態すなわち入会権・入会集団の構造的性質についての理解に支えられていないからではないか。全員一致原則を民法251条から導き出すにしろ、思考の迂回を

経るという作業が必要と思う。この作業を経ていないから、多数決原理への漠然とした慣れ・志向が、裁判官の事実認定・評価を揺らしてしまうのではないだろうか。

また異議審についていうと、事実認定・評価のプロセスのなかに「公共施設＝高い公共性」というドグマ的価値判断が密かに潜り込んでいる疑いがある。そうだとすると、それは裁判官による法的判断の放棄というほかはない。無効な賃貸借契約を有効と解することによって、「無効な契約を媒介とした事実上の強制収容」が容認されるとすれば、土地収用法の潜脱でもある。「公共の利益となる事業に必要な土地等」を権利者の意思を無視して取得または使用する必要があるとすれば、土地収用法の定める要件の下で、その手続に則ってのみかろうじて法的に許されるのである。

さらにこの事案での裁判の筋からみても異議審の判断は疑問である。保全抗告状が指摘するように、債務者側は、本件土地は法人格なき社団、権利能力なき社団の所有地であり、構成員の多数決によって賃貸借の締結が可能であるとの論理を全面に立てた。実際、圧倒的多数が賛成であるとして区長と賃貸借を締結するという行動をとった町側にしてみれば、そのような主張をするほかなかった。町側が全員の同意が得られていたと考えていたのであるならば、入会権の成立要件などを全面的に争う必要もなかつた<sup>78</sup>だろう。裁判の筋からすれば、近代的な社団であるとの主張が崩された段階で町側の敗訴は必然的であった。ところが、異議審はこれを無理して、全員の同意があったと事実認定をし、賃貸借契約は有効であるから被保全権利の疎明はないとの結論を導き出した。

異議審には「はじめから何かをもくろむのではなくて、目の前の事実そのものをしっかり見る<sup>79</sup>」という態度が欠けているのではないか。その結果、異議審の判断は品位を失った。「すべての個人と同じ普遍的なことのみを行おうとする意識の態度<sup>80</sup>」が品位ある態度である<sup>81</sup>。

## 注

- (1) 廃棄物の焼却至上主義に対し資源循環型社会の創出を対置する政策形成型訴訟ということになる。鹿児島県内の事案に、建設工事禁止仮処分命令申立事件(管理型産業廃棄物最終処分場)・鹿児島地決平成12・3・31判例タイムズ1044

号252頁（一部認容，起訴命令申立）がある。「人格権として生存及び健康を維持するのに十分な飲用水及び生活用水を確保及び使用する権利」が一旦侵害された場合には，その被害の回復は極めて困難又は不可能であるなどとして，処分場の建設自体の差し止めを認めた。

- (2) 瀬戸内町は奄美大島の西南端（本島），加計呂麻島，請島，与路島からなる。面積239.89平方キロメートル，総人口11,617，世帯数5,691〔02年12月末日現在〕。

瀬戸内町の入会林野については，中尾英俊が県から依頼を受けて行った調査報告書（『奄美大島における入会林野Ⅰ』，1967年）に詳細な記録がある（149頁～183頁）。報告書は，昭和40年国勢調査での総人口120,366人，世帯数5,837，全土地総面積のうち85％を林野が占め，耕地は5％と伝える。

『瀬戸内町誌（民俗編）』（瀬戸内町，1977年）第2章「生業と生活」には，農業（15頁分その内，畑作〔焼畑〕9頁），林業（1頁），狩猟（3頁），漁業（17頁）の記載がある。畑作（焼畑）の箇所には，「町における主食は従来芋（甘藷）であって，それに豊かな海の幸が組み合わせられて食生活は成立していた。この芋を作る場所が焼畑であった。各シマ（集落）の背後の山が焼畑の主要な場所であった。この焼畑は昭和30年前半位までは耕作されていた」との趣旨の記載がある（47頁以下）。狩猟の箇所では，「タマス（分配）」について記載があり，「猪がとれたらシマの人々共同で食べるものであったということ」を嘉徳では伝承している」との記載もみえる（57頁以下）。

- (3) 本決定についての債権者側の評価は，高橋謙一「奄美大島瀬戸内町焼却施設反対闘争の経過と今後」『環境と正義』45号12頁以下，2001年参照。高橋弁護士は，「反対者が1割程度しかいないこと，公共事業に提供されていること，現に工事がどんどん進捗していたこと，などから，『現実』が『理論』を覆い隠し，たとえば『権利濫用』とされたり，あるいはでたらめな事実認定をされたりして負けるのではないかという懸念が強かった。そこで私たちは『本件事業が必要ではないこと』について，相当の時間と労力を費やした。すなわち，①現在の国のごみ行政から見て，ごみは減るから，焼却施設は必要ではないこと，②そもそも本件計画は大型化を進める国のごみ行政に反していること，③本来ごみ減量の努力をまず行い，その次に施設を作るべきであること，④具体的な減量のためのシステムを提示した上で，それらを実行すれば新しい焼却施設は要らないこと，⑤町の本音は補助金をもらって『工事をする』自体にあること，⑥そして，一定の努力を怠って安易に他人の土地を奪うことは絶対に許されないこと，などを主張・立証した」と報告している。
- (4) たとえば，新聞記事は次のように伝える。「瀬戸内町が，同町網野子峠に計画しているごみ処理施設建設問題で，同町商工会（富田福常会長）など町内11団体は5日，義永秀親町長と同町議会の保芳男議長に対し，一般廃棄物処理施設早期建設の要望書を提出した。要望書では，ほとんどの町民が建設に賛成，早

期建設を要望▽建設予算を議会が議決▽国から補助金の交付決定、内示を得ている — などをあげ、『町は周辺の環境に十分配慮し、1日も早くごみ処理施設を完成させ、町民が安心して日常生活を送れるように』と要望している」（毎日新聞鹿児島版2000年9月6日）。「瀬戸内町が嘉徳川上流の同町網野子峠東北側の沢に一般廃棄物焼却場の建設を予定していることに反対する同町嘉徳集落の吉川好弘区長らが2日、県庁を訪れ『建設場所を再検討するよう町を指導してほしい』とする申し入れ書を県環境整備課に提出した。申し入れ書などによると、町は宇検村との広域焼却施設づくりを進めてきたが、難航したため町単独で焼却場建設を計画。昨年12月に網野子地区を新たな建設予定地と決めた。下流の嘉徳集落では18世帯のうち16世帯が反対。しかし、2月の臨時町議会は町の方針を賛成多数で受け入れた。申し入れ書は『地域住民の反対を押し切って建設を強行しようとしている』と指摘。『嘉徳集落一帯は手つかずの自然が残っている数少ない地域。嘉徳川周辺には国の特別天然記念物アマミノクロウサギなどが生息している』として県に対し『建設場所を白紙に戻すよう町を指導してほしい』と求めた」（毎日新聞鹿児島版1999年3月3日）。

- (5) 牧洋一郎「環境保全における入会権及び水利権——鹿児島県大島郡龍郷町のゴルフ場問題を手がかりに」法学政治学論究44号1頁以下、2000年。神田嘉延「奄美における住民運動の環境学習的役割——自然の権利訴訟と入会権問題を中心にして」鹿児島大学教育学部教育実践研究紀要12巻23頁以下、2002年。清水幸夫・奥田進「入会権の環境保全機能とその展望」清和研究4号21頁以下、1998年。
- (6) 入会権に関して、わが国では、一般に私的権利性を無視ないし軽視し、共同体住民の私有財産である入会地が広範に町村の財産に編入され、裁判所も入会権の私有財産性を無視して軽々にその消滅を認定したり、その処分についての個々の権利者の同意という要素を軽視し一部管理者の専断による処分行為を有効と認めたりする判決もある。このような歴史的現状からいうと、入会権の財産権性を強調する意味がある。川島『『ゲルマン的共同体』における『形式的平等性』の原理について』『川島武宜著作集第8巻』54頁（岩波書店、1983年）など参照。

本稿で扱う事件でも債務者（町）は入会権は私有財産であるという意識を欠落させた主張をしている。「債権者らが有するという入会権は、債権者らの生活に全く価値を持たなくなっており、今後もその生活に必要なこともないから、入会を入会権として保護した目的を逸脱し、その保護に値しない」（異議審決定15頁）。したがって今日でも財産権性を強調する意味は消えていない。

- (7) 入会地の生産力の維持という視点からではあるが、環境保全の問題が意識されていなかったわけではない。たとえば、末川博『物権法』401頁（日本評論社、1956年）では、団体的な統制、訓練、制裁の必要性が、「草の種を絶やし木を根こそぎにするといふやうなことで土地を荒廃せしめ、やがて洪水の因を作る

といふ如き結果を招く」ことを理由に説かれている。

- (8) 法典調査会民法議事速記録の民法263条の箇所をみると、入会権は共有の性質を有するものが多いこと、いつでも分割請求ができるということでは困ることなど、かなり議論が尽くされている（法典調査会第30回，31回，法務図書館版『法典調査会 民法議事速記録四』66頁以下，80頁以下）。ただ、「共有」である以上、入会地の変更は全員一致であることは自明であり、この原則についての特別な言及はない。民法251条（原案250条）の箇所の説明でも、富井政章は「厳密ニ言ヘハ無クテモ宜イ」と思うと述べている（法典調査会第29回，前掲書8頁以下）。
- (9) 入会権の研究者は、入会権の性格から全員一致原則を取り出す。たとえば、渡辺洋三「入会権の実態と性格」『入会と法』157頁（東京大学出版会，1972年：初出1957年）はこう表現する。「団体の意思とは、全権利者の意思の総体以外のなにものでもない。そしてそれは全権利者の集会である『村』寄合によって決定される」。後述の川島武宜の見解の箇所をも参照。
- (10) 最高裁は、入会地は構成員全員の総有に属し、入会集団を権利能力なき社団に当たるという（最判平成6・5・31民集48巻4号1065頁，最判昭和41・11・25民集20巻9号1921頁）。権利能力のない社団を「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」（最判昭和39・10・15民集18巻8号1671頁）と定義する。ここには混乱があるのではないか。入会地の実態調査を行った研究者たちが指摘するように、入会集団を「社団」と解したり、構成員各自の持分を否定したりすべきではないだろう。持分に関していえば、学説は1960年代には持分の観念を肯定するようになっている。たとえば渡辺洋三は、1958年（私法20号）の段階で持分権を肯定している（「慣習法と国家法」『入会と法』192頁所収）。川島武宜は、『所有権法の理論』202頁（岩波書店，1949年）では入会権者の持分を否定していたが、「もし共同的権利への参加権を持分と呼ぶなら入会権にも持分があり、ただ高度に特定個人的で処分ができない、と言うべきである」『民法Ⅰ総論・物権』261頁（有斐閣，1960年）と改説している。
- (11) 海の入会権である第一種共同漁業権の放棄等について、漁業法（31条，8条）では、構成員の3分の2以上の書面同意が要求されているにすぎない。本稿の問題意識との関係では、特に中山充「漁業権による水産資源の保護と環境権」香川法学13巻4号1頁以下，1994，田平紀男「共同漁業権の入会権的性質」法の科学33号147頁以下，2003年，田平「共同漁業権と沿岸漁業管理」立命館法学250号102頁以下，1997年，田平「農漁民の人権と漁業権」地域漁業研究38巻2号131頁以下，1998年など参照。
- (12) 多数の区分所有権者の所有と管理を規律するこの法律は、使用禁止請求（58条）

と建物の復旧（61条）について集会で区分所有権者及び議決権の4分の3以上、立替（62条）で5分の4以上の賛成があればよいとする。この分野の研究動向がわかる文献に、新田敏「区分所有法六三條四項の売渡請求権—近時の裁判上の共有物分割の方法論の視点から—」杏林社会科学研究15巻3号47頁以下、1999年、鎌野邦樹「改正区分所有法の解釈上の諸問題」千葉大学法学論集18巻2号19頁以下、2003年などがある。この分野では、ねばり強い説得による合意形成への懐疑感が支配的になりつつあるとともに、高齢者や経済的弱者の問題は区分所有法の外に出す傾向が強まっているようである。

- (13) 町側は、入会慣習の発生時期を入会権の成立要件とするか否かにつき判例が分かれているとして解釈の統一を求めていたが（民訴337条参照）、最高裁第3小法廷（金谷利廣裁判長）は8日までに、抗告の論旨は、決定の結論に影響を及ぼさない部分について、その判断の違法を言うにすぎず、高裁決定を破棄すべき理由とはならないとして抗告を棄却した（04年1月9日付け南海日日新聞ほか各紙）。
- (14) 上谷「判批」判例時報1812号183頁以下、2003年。上谷の学説史研究に、「共同体的所有の法的構成に関する一考察—我国の総有理論の批判的検討（1）（2完）」民商法雑誌90巻2号191頁以下、3号375頁以下、1984年。
- (15) 官民有区分の議論については、戒能通孝「入会地に対する官民所有区別の進行過程」「官有地入会権の発生とその存続」『入会（戒能通孝著作集V）』（日本評論社、1977年）23頁以下、99頁以下参照。
- (16) 末弘巖太郎『物権法 下巻第一分冊』678頁（有斐閣、1922年）など参照。
- (17) 県令第30号を根拠として旧村持林野を自動的に新町村有と取り扱うことはできない。島嶼町村制施行前の村は、施行後の町村と異なり、住民とは別個独立した行政団体ではなかったから、土地台帳上は村有と搭載されていても住民の総有地であり、県令第30号にいう「町村ノ財産」ではそもそもない。仮に行政団体たる旧村有であったとしても協議、形式上の合意は必要である。中尾『奄美大島における入会林野I』11頁以下、175頁参照。
- (18) 法人格なき社団の多様性については、星野英一『民法論集第一巻』（有斐閣、1970年）、河内宏「権利能力なき社団について（再論）」法政研究47巻2～4合併号391頁以下、1981年、阿久澤利明「権利能力なき社団」『民法講座1』237頁以下（有斐閣、1984年）など参照。
- (19) 異議審では、債務者は「権利能力なき社団としての網野子集落の形成過程」をこう主張している。奄美諸島においては、「中世琉球との交流により緩い村落共同体の出現が窺われるものの、慶長16（1611）年以降の薩摩藩の占領により奉行（後に代官）の手先である諸種の島役人に生活の隅々までを規律せられ、住民自治の発達の余地など到底なく」、明治維新後も、薩摩藩や本土の高利前貸資本により、島民がその苛斂誅求に呻吟することになった。「このように、奄美諸島においては、この段階まで島民は生死の境を彷徨し、自村に村落自治

体を育成する余裕がなかった。明治20年鹿児島県の県令による糖業組合の撤廃運動のため有志総代会を組織し、『三方法運動』の成功によってようやく債務奴隷の状態を抜け出すことができたが、奄美各村の自治組織は、その過程で作られたものと考えられる。したがって、奄美五島の村落自治体は、中世の『惣』、近世の『惣村』から転化したものではなく、当初から近代的社団として組織されたものと考えられる。」

また「網野子集落が本件土地を取得した経過」について、「薩摩藩は、慶長16年奄美諸島を占領し、全土を藩主の私領とした。したがって、この時代は、農耕地の所有権すら認められず、島役人の指図により人口比で高割りや割替が自在に行われていた程であり、山林について民有を認めた痕跡はない。……結局、奄美大島における深山は、明治41年の島嶼町村制施行後、大正9年の普通町村制実施までの間に、林野の利用管理状況に関係なく、国有、県有地の余りを適宜新村と旧村に仕分けられたと思われ、その混乱の中で、本件土地は網野子集落の代表者名による登記自体で同集落の所有権が確立するに至ったものである。」と主張した。(異議審決定9頁～11頁)

- (20) 沈黙の法的意味については、原島重義「契約の拘束力」法学セミナー1983年10月号32頁以下、特に46頁以下、同『法的判断とは何か』125頁以下(創文社、2002年)参照。たんなる沈黙と黙示の意思表示とは峻別しなければならない。簡単にいうと、すべての事情を考慮しても、その意思を疑うに足る合理的な理由を一切残さない行為による意思の表示が黙示の意思表示である。
- (21) 川島武宜「最近における入会紛争の特質—入会慣行における全員一致の原則に焦点をおいて—」(初出：現代法ジャーナル創刊5月号、1972年)『川島武宜著作集第8巻』212頁以下。「ワケ浜(静岡県南伊豆町)に対する入会権」『川島武宜著作集第9巻』69頁以下(岩波書店、1986年)。
- (22) 評釈に、中尾英俊・西南学院大学法学論集2巻3号140頁、1969年があり、厳しい批判がなされている。
- (23) 山中浅間神社土地訴訟、甲府地判昭和43・7・19判タ224号96頁、東京高判昭和50・12・26、最判昭和57・7・1民集36巻6号891頁、判時1054号69頁。
- (24) 「従前、山中部落には、意思決定機関として、有力者で構成される有志会、地域毎に分かれた組(常会)及び構成員全員の総会(総寄り、区民大会)があったが、財産処分等の重要な案件は、総会又は少なくとも常会に諮られたうえ、出席者の全員一致で決せられ、この全員一致が得られないために財産の処分ができなかった例もあった。他方、総会等の欠席者については、特段の意思表示のない限り、これらの者につき別途同意を求める手続はとられなかった」。なお山中部落の入会慣行については、渡辺洋三・北條浩編著『林野入会と村落構造』第二部山中部落の入会(東京大学出版会、1975年)に詳しい。
- (25) 川島は、後述するけれども、全員一致原則を入会集団の本質論から導き出すから、北條案への反対は「神社有地裁判が最高裁判所に係属中の段階で処分の要



件を緩和するのは望ましくな（い）」ということだけではなかったであろう。

- (26) この判決については、中尾英俊「決議による入会権の解体消滅と入会権利者の範囲（新加入者の権利）—最近の判決を中心として—」判時1458号174頁（判例評論414号12頁）以下で詳細な検討がなされ、いわゆる新戸の権利を否定した点には厳しい評価がなされている。
- (27) なお第1審は、入会権消滅決議の有効要件として第3の要件「入会権を回復する慣行上の期待権者への手続的保障」をあげている。「少なくとも将来部落に戻れば入会権者となることが慣行上期待できる場合には、当該期待権が慣習法上存在すると言うことができ、右の期待権は法的保護に値するというべきである。すなわち、通常入会慣行には、入会権を人為的に消滅させることは予定されておらず、本来入会権者であっても、入会地から離れば、入会地に対する義務の履行及びその利用ができなくなる結果として入会権を失い、戻れば、可能になるので入会権を回復するという慣行の背景には、本来は権利者であるという認識が存在すると解されるのであり、そうだとすれば共有の性質を有する入会権を合意により消滅させるには、そうした本来的な権利者に持分の取得を主張する機会を与えなくともよいと解される入会慣行がある場合は別として、原則として、入会権を回復する慣行上の期待権が存在すると言うべきであり、右の期待権を有する者にその機会を全く与えずに共有権者の範囲を限定して入会権を消滅させることはできないというべきである。」
- (28) 川島「入会権の基礎理論」（初出：1968年）『著作集第8巻』86頁以下。
- (29) 川島『著作集第8巻』217頁以下。
- (30) 同前218頁。別の箇所では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（「入会権の基礎理論」同前57頁）。
- (31) 同前228頁。
- (32) 川島武宜・潮見俊隆・渡辺洋三『入会権の解体I』10頁（岩波書店、1959年）など参照。なお実在的総合人という用語は中田薫（「徳川時代に於ける村の人格」〔初出：1920年〕『法制史論集第2巻』963頁以下〔岩波書店、1938年〕参照）に始まるが、戒能通孝の『入会の研究』（日本評論社、1943年）以後、学問的精神の上で中田説とは決別した形で、入会権の研究は進んだ。
- (33) 「入会権の基礎理論」『著作集第8巻』71頁以下。
- (34) この実在的総合人の意思決定の意味を、川島の議論から離れて、戒能通孝の説明を借りて注記しておきたい。徳川時代の村落そのものも単純に総合的実在人もしくは「生活共同体としての村」の一面だけでなく、抽象的公法人もしくは「行政単位としての村」の一面が相当顕著に現れつつあった。入会地も、形式上の村とは必ずしもその範囲を同じくしない「生活共同体としての村」に属するのが通常であった。これがさらに、明治13年、17年、21年といたる町村制の

変革により、「行政単位としての村」と「生活共同体としての村」とに急速に分解していった。しかしこの変革は、要するに「行政単位としての町村」に対する変革であり、「生活共同体としての町村」に対する変革ではありえなかった。明治初年の法制が、町村内部の問題を、旧来の寄合相談の方法による人民全員一致の原理から、総代の協議、町村会の決議という過程を経て、代議的多数決主義の適用に移した程度に比例して、町村自体と町村人民の権利義務が分離され、町村がますますその後の法令を通じて抽象的公法人たる自治団体に転化する反面に、町村人民の総体がいよいよますます総合的実在人たる「生活共同体としての村」に還元し、両者は相交わらざる平行線のごとく隔たった無縁の機構と化した。町村会制の発展は、寄合慣習原理の揚棄をもその目的としていた。「旧来に於ける寄合の態容が、本質に於いて全員的一致——もちろんそれは自発的な承認とともに、不承々々の承認をも含んではいるが——を要求・前提する村民総体の自然的意思決定手続であったと反対に、近代的代議制度の外形をまとった町村会の内容は、村民個々の意思とは無関係に独立し、一定任期期間固有の権限を行使する、町村会議の多数決に基づく、いわば擬制的意思決定手続であってその間に性格上相容れ得ないもの」がある（166頁）。町村持財産の類も町村公共用財産と、町村私共有財産とに分裂し、前者は町村会の決議（多数決）によって左右され、後者は町村人民総体の意思によってのみ分配・争訟・管理・処分されるようになる。旧村持私有財産は、村の「重立」（オモダチ）その他有力者を首脳とする部落人民総体の手を離れなかった。『入会』128頁以下、166頁以下、170頁、183頁、205頁以下。

- (35) 川島『著作集第8巻』229頁。
- (36) 同前229頁以下。
- (37) 川島『著作集第9巻』124頁。
- (38) 川島『著作集第8巻』219頁。
- (39) 戒能通孝『入会の研究』332頁以下。
- (40) 戒能『小繫事件』45頁（岩波新書、1964年）参照。
- (41) 川島「入会慣習の実態」『著作集第9巻』2頁以下参照。
- (42) 川島「『ゲルマン的共同体』における『形式的平等性』の原理について」（初出：1968年）『著作集8巻』47頁。
- (43) 川島は、「一人前の構成員」の平等性を問題にしている。「形式的平等性の原則は、共同体の地域に共同体の構成員でない『単なる居住者』が存在することと両立し得ないものでなく、また時の経過とともに共同体構成員の中に権利の大小の差異が発生し、その結果そのような差異を一種のヴァリエーションとして含みつつ存在した」（川島『著作集第8巻』48頁以下）。「山中部落（山梨県）の入会権」『著作集第9巻』2頁以下でも、部落の居住者・構成員、入会権者、入会利用権者・入会管理権者と区分してその差異を詳細に論じている。
- (44) 甲府地判昭和63・5・16判時1294号118頁の判決理由中に川島見解に言及があ

- る（前出，裁判例【4】）。
- (45) 武井正臣「入会林野整備と全員の合意 — 判例による検討」武井他編『林野入会権：その整備と課題』89頁以下（一粒社，1989年）。
  - (46) 武井「入会林野整備と全員の合意」89頁以下，武井正臣「入会権における全員一致の原則 — 入会整備無効確認請求訴訟の問題点」名城法学41巻別冊323頁以下，1991年。
  - (47) 武井「入会権における全員一致の原則」349頁。
  - (48) 同前345頁。
  - (49) 同前346頁。
  - (50) 最判昭和40・3・9民集19巻2号233頁など。原島重義「軍事基地用地の『賃貸借』と民法規範—とくに最高裁『板付』判決を中心として」法政研究32巻2～6合併号279頁以下，末川博「判批」民商法雑誌53巻4号627頁以下。中尾「駐留軍基地の明渡請求と権利の濫用」佐賀大学法経論集8巻1号69頁以下。
  - (51) 中尾英俊「判批（弓ヶ浜入会訴訟第1審判決）」西南学院大学法学論集2巻3号140頁以下，145頁，1969年。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71頁以下，79頁，2003年など参照。
  - (52) 中尾「入会権の存否と入会地の処分」97頁。
  - (53) 同前93頁。
  - (54) 中尾「判批」西南学院大学法学論集2巻3号140頁以下，146頁，1969年。
  - (55) 中尾「入会権の存否と入会地の処分」93頁。
  - (56) 同前98頁。
  - (57) 同前99頁。
  - (58) 中尾「入会権と総有 — 最近の入会判決を中心に」西南学院大学法学論集30巻2・3合併号185頁以下，215頁，1998年。
  - (59) 中尾「入会権の存否と入会地の処分」98頁以下。
  - (60) 同前99頁。
  - (61) 中尾「入会権と総有」215頁。
  - (62) 中尾が採録している広島高裁平成8年3月28日判決の要旨は次のとおりである。

〔判旨〕「Xらは，入会権者全員の同意を得ていないから本件賃貸借契約は無効である旨主張する。〔改行〕たしかに，拍手によって全員の賛成あるものと扱う決議方法は，全員の同意を確認する方法としては適切とはいえない面が残っていると見える。〔改行〕しかしながら，前掲各証拠及び弁論の全趣旨によれば，前認定（原判決引用）のとおり，平成元年一月二八日の総会では，ゴルフ場建設に伴う水害への対策，農薬による公害への懸念，固定資産税に〔の？〕負担増等の質疑応答が行われたが，ゴルフ場との賃貸借契約締結への反対意見はなく，Aから再度検討すべきであるとの発言はあったが議事として採用されることなく進行し，出席者の『質疑なし』との声を受けた議長の『質疑がない

ようですから、決をとりますが、全員賛成したものと認めてよろしいでしょうか』との趣旨の発言に対し多数の拍手があつてその日の議事を終え、欠席者に対しては役員がその日の総会の議事の結果を説明し、欠席者からの異議や反対意見等もなかったこと、その後は再度総会を開くべきであるとの提案や申し出も、ゴルフ場建設に反対する動きもないまま翌平成二年五月三日に本件賃貸借契約が結ばれるに至ったことが認められ、右の経緯によれば、本件賃貸借契約締結については入会権〔者〕全員の同意があつたと認定するのが相当である。」

- (63) 中尾「入会権の存否と入会地の処分」97頁以下。
- (64) 中尾「入会権と総有」215頁。
- (65) 中尾「入会権の存否と入会地の処分」87頁。
- (66) 同前88頁。
- (67) 中尾「入会権と総有」225頁。
- (68) 同前226頁。
- (69) 同前227頁。
- (70) 「入会権の存否と入会地の処分」88頁。なお中尾はこの用益入会権に対人地役権という表現も与えている。送電線地役権の例示や法典調査会議事速記録を引証しつつ、民法上の地役権（土地のためにする地的地役権）と対比して、入会集団（＝事業者）のためにする対人地役権であり、それゆえ地役権の規定が適用ではなく、準用されていると解する（87頁）。
- (71) 川島『著作集第9巻』676頁。
- (72) 中山充「漁業権による水産資源の保護と環境権」59頁以下。ただし平成13年法90号による漁業法改正以前の共同漁業権に関する叙述である。
- (73) 田平紀男「共同漁業権の入会権的性質」法の科学33号154頁。
- (74) 田平「農漁民の人権と漁業権」131頁以下参照。
- (75) 磯村哲「シカーネ禁止より客観的利益衡量への発展—ドイツにおける『二二六条・八二六条から二四二条への展開』の意義—」末川先生古希記念『権利濫用(上)』60頁以下（有斐閣，1962年）など参照。
- (76) たとえば、末弘巖太郎『農村法律問題』（農山漁村文化協会，1977年〔改造社，1924年〕）は、執筆の動機を「農村の人々の為に又農村を憂ふる人々の為に」（自序）と語り、「私は世の公有林野整理問題を考へる人々、之が実施に当る人々に言ひたい。……諸君自らの眼を以て現実を直視して自ら事実を考えなければならぬ。然らずして慢りに他人の『生活』の根底を破壊せむとするが如きは甚だしき罪悪である」（75頁）と警鐘を鳴らした。時代は大きく変わり、農村社会も変貌した。その変容のなかで執筆された中尾の諸論稿には末弘と同じ心性が流れている。また中尾の入会権論は、「協同経済社会システム論」を提唱する宮本憲一『日本社会の可能性』（岩波書店，2000年）189頁以下が、「協同的所有」，「コミュニティーに根ざして、地域の技術・経営や文化を伝承しながら、自発的意思によって働く組織」として思い浮かべている「入会権」論とも共鳴

している。

- (77) 保全抗告状（02年7月1日：高橋謙一，中尾英俊，馬奈木昭雄各弁護士）は，異議審の事実認定と事実評価の誤りを厳しく指摘している。すでにみたように抗告審決定はこれらの指摘をほぼ全面的に受け入れた。
- (78) 保全抗告状はこう指摘している。「本件訴訟自体も，基本的には被抗告人は『入会権であること』『全員の同意が必要であること』を争っているのであり，全員の同意をもらっていないことは事実上認めているのである。ただ訴訟技術上，全員の同意があったという主張を申し添えていたに過ぎない。」
- (79) 原島重義『法的判断とは何か』80頁。
- (80) ヘーゲルがアリストテレスとともに意識の選びとるふるまいの価値は，「特殊な思いこみや意見を捨て，事柄をして語らしめるところにある」と述べる箇所を原島が表現し直している。ヘーゲルはこう表現している。「考えること（思考）は自由なくしてはなりたたない。なぜなら思考は一般原理を求める活動であり，自分を抽象化していく自己関係であり，主観性を脱色していくとともに，内容となるものごとのうちに身を浸し，その色に染まることなのだから。……思考が内容からして真の思考となるのは，思考が対象となる事柄に沈潜し，主観の特別の存在や行為を形式としてふりかざすのではなく，対象にむきあう際に，抽象的な自我として——特定の性格や境遇のすべてから自由な自我として——ふるまい，あらゆる個人に等しく可能な一般理念の追求のみを事とする場合にかぎられる」。（第1部論理学第23節）長谷川宏訳『論理学』（作品社，2002年）から。
- (81) 原島重義『法的判断とは何か』80頁，60頁参照。

（付記） 裁判資料の入手につき高橋謙一弁護士（福岡県弁護士会）のご厚意を得た。

なお，02年8月7日に提訴された，入会権に基づいて工事の差止めを求める本訴について，鹿児島地裁名瀬支部は04年2月20日に判決を言い渡す。