

「入会裁判における恥知らずの判決」

中 尾 英 俊

まえがき

私は昭和四〇年ころ、川島武宜教授指導のもとに入会権、とくに入会判決の研究をはじめたが、一応の締め括りとして「入会権の解体」(岩波書店刊)を上梓した。その折、川島教授は、「入会の名判決といふべきものが少なくないが、判旨を示した裁判官にはもとより、その論理を組立てた弁護士にも深く敬意を表さずにはおられない。そして大部分の判決は勝訴した方はもとより、敗訴した側もなるほどと思わざるをえないような判示が多い。」と述べられたが、私も全く同じ思いであった。

それ以降四〇年、入会権にかんする多くの判決が出された。ほぼ同様のことがいえるけれども、平成一〇年代に入ると、逆

に敗訴した方はもとより勝訴した方も後味のわるい判決がいくつか見られるようになった。若い裁判官や弁護士の中には入会というものを実態として知らない人もおられると思うが、そのための理解不十分、誤解によるものであれば止むをえない、というのは第三者の云い分であつて、当事者にとってはそれではすまず、それによつて入会権の解体を来す例もあるので、その判断は十分慎重にする必要がある。

判決が入会権に対する理解のなさ（無理解）あるいは理解不十分、もしくは誤解にもとづくものであるならば、その誤解を説き、説明により理解を深めてもらえば（非常に困難な場合が多いが）正当な（当事者双方が納得せざるをえない）判決を得ることもできるであらう。ところが、判決が入会権に対する全くの無理解ないし曲解あるいは無智にもとづくものが、最近、とくに平成一〇年以降にあらわれている。敗訴した方も勝訴した方も後味がわるい判決とはこの種の判決であるが、それだけでなく結果として入会権が、正確には入会権として保全されている自然環境が奪われる、という結果を招くだけでなく、裁判に対する信頼にも影響を与えることになりかねないのである。

ごく最近、そのような判決、入会権に対する曲解もしくは無智にもとづくとしかいいないような判決が相次いであらわれた。以下に取上げる二判決であるが、一件とも入会集團構成員多数の意見で、集團外の第三者に対し一部の入会地を処分（売却、貸付）したことに對し、これに反対する入会権者（集團構成員）が、その第三者および他の（処分に賛成した）入会権者を相手として、売買、貸付の無効を理由に集團が入会権を有することの確認を求めた事件の控訴審判決で、第一審判決に反して入会地の処分を認めたものである。その判旨たるや誤解などというものでなく、全くの恥知らずのものとわざるをえないもの

であり、本稿はこの二判決の内容を検討するのが主たる目的であるが、あわせて最近の入会判決の中での位置づけをしたいと思います。

なおこの判決は一、二審を対象とするが公刊されていないものもあり、事実を明らかにするため、判示部分をやや多く掲載した。

判決の典抜中、「戦後入会」とあるのは、「戦後入会判例集」（中尾英俊編・信山社刊）の略表示である。

一.

〔1〕広島高裁平成一七年一〇月二〇日判決（判例時報一九三三号八四頁）

本件係争地は山口県瀬戸内側の東端に位置する上関町（ちなみに西端は下関市）の、本土に接する長島（面積は三五平方キロメートル）のほぼ南端にある四代という集落の共有入会地である。長島全体が海拔一〇〇メートル程の丘陵地で耕地に恵まれず、島民の大部分が漁業に従事していた。四代集落は世帯数一〇〇余、同じく住民のほとんどが漁業もしくは水産加工業に従事していた。

この四代集落背後の丘陵地は住民の入会地と個人有地とが交錯しているが、集落から二キロメートル余離れた海岸の一部に中国電力（株）が原子力発電所（以下「原発」と略称）の設置を計画し、既に所有していた山林と四代集落共有入会地との交

換および神社有入会地の買入れを申入れた。この原発設置計画に近隣の環境保護団体が反対を声明。住民も賛否をめぐって意見が分かれたが、周辺漁業協同組合の漁業権放棄に応じ、漁業補償が行なわれた。事実、当時長島沿岸の共同漁業権は住民の生活上決定的な意味をもつものではなかった。その後、集落入会地にも余り立入りしなくなったため交換止むなしの意見がようやくなり、平成一〇年一二月集落の代表者四代区長Yは役員会を開催、全員の同意を得て（集落住民全員の同意までは得ていない。このことはYが自認している）、中国電力との土地交換に応ずることになり、「四代組」と表示されている本件土地をY名義で所有権保存登記した上（この点の経緯不明）、交換契約を締結、これにより中国電力は所有権移転登記を完了した。なお神社有地（境内地ではない）は管理者たる宮司（宗教法人代表社員）が売却を拒否し、これと別個に争われることになった。原発設置に反対する住民十余名はこの措置に異を唱えたが、結局住民中Xら四名が平成一一年中国電力を相手として所有権移転登記の抹消登記を、中国電力およびXら四名を除く集落住民Yら約一〇〇名を相手として共有の性質を有する入会権の確認と、入会権にもとづく現状変更禁止を求める訴を提起した。

第一審③山口地裁岩国支部平成一五年三月二八日判決（戦後入会三卷四八一頁）は、次のように最高裁昭和四一年一月二五日判決を根拠に、入会権確認および移転登記各請求を却下したが、現状維持（保全請求）は部分的に認めた。

〔3〕「入会権は権利者である一定の部落民に総有的に帰属するものであるから、入会権の確認を求める訴えは、権利者全員が共同してのみ提起しうる固有の共同訴訟である（最高裁昭和四一年一月二五日判決）。また、入会権による妨害排除請求権に基づく所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えも……同様に固有の共同訴訟であると解される。

したがって、原告らの入会権を有することの確認を求める訴え、入会権による妨害排除請求権に基づく抹消登記手続請求の訴え並びに入会権による妨害予防請求権に基づく本件土地への立入り、立木伐採及び現状変更禁止を求める訴えは、いずれも入会権者全員によってのみ訴求できる固有の共同訴訟であるというべきところ、上記各訴えが入会団体とされている四代部落の世帯主全員によって提起されたものでなく、その一部の者によって提起されていることは弁論の全趣旨によって明らかであるから、上記各訴えは当事者適格を欠く不適法なものである。

Xらの有する上記入会権能は、本件各土地に立ち入って薪の採取等の収益行為を行うことができるというものとどまり、他の者が本件各土地に立ち入ったこと自体で侵害されるものではないから、これに基づき被告会社に対し立入禁止を求めることはできないというべきである。

一方、立木を伐採したり、整地等により現状を変更したりする行為は、薪採取のための立木や枯れ木を減少又は消滅させる行為であるから、Xらの上記権能を現実に侵害する行為に該当するので、Xらは、被告会社に対し、上記権能に基づき、被告会社が立木を伐採したり、整地等をして現状を変更することの禁止を求めることができる。

よって、XらのYらに対する入会権確認の訴え、中国電力に対する入会権に基づく抹消登記手続請求並びに同被告に対する入会権に基づく立入り、立木伐採及び現状変更禁止請求の各訴えは、いずれも当事者適格を欠く不適法なものである。」

(裁判官 能勢頭男 沼田幸雄 野口卓志)

集団として有する入会権確認の請求は入会権者全員でしなければならない、という最高裁昭和四一年判決の判旨はまことに

その通りであるが、この最高裁判決は入会権者中二六五名が土地所有者とされているY村を相手として、入会権者三三〇名が共有の性質を有する入会権（以下「共有入会権」という）を有することの確認と土地所有権の移転登記を求めた事件で、上告したのはそのうちの一二八名にすぎないのである。ところが本件では、原告以外の入会権者は入会権者全員によらない処分に賛成したのであるから本件土地が入会地であること（入会慣習）を否定したことになる。それ故にこれらの者を共同原告にすることはできない。しかし入会権者全員が同一訴訟に参加しなければならない、という要請によりこれらの者を被告にしているのである。この点について同旨の判決もあるので別に取上げることにする。こうしてこの判決は、Xらの入会権確認請求、中国電力に対する登記手続請求、同じく入会権にもとづく立入りおよび現状変更禁止の請求が認められない、としているが、登記請求はともかく、立入りや現状変更禁止請求が認められない、というのは明らかに判例の誤用である。なぜなら、Xらの中国電力に対するこれらの請求は、共有入会権の保全行為であり、当然権利者各自がすることができる（民法二五二条但書）からである。しかし、本判決は、右判示にかかわらず住民らがごく制限的であるが入会権能を有することを認め、中国電力に対し地上立木伐採など現状変更の禁止を認めた。

第一審被告中国電力（株）およびYら約一〇〇名は原判決の取消を求めて控訴した。

第二審広島高裁平成一七年一〇月二〇日判決は次のように判示した。

〔1〕「昭和三〇年代ころまでは、四代部落の住民は、海産加工品の生産、家庭用燃料等に利用するため、本件土地周辺で、薪炭を採取して利用していた事実を認めることができる。本件土地周辺には昭和四〇年ころに柵田が散在していたと認められ、

四代部落の者が一定の頻度で、本件土地周辺に立ち入っていたと認めることができるし、弁論の全趣旨によれば、急傾斜地ではあるが、人の出入りが不可能とまではいうことができない。

また、本件土地周辺の植生として、落葉広葉樹の割合が多く、広く萌芽樹が認められるのであって、これらは本件土地で入会的収益がかつて行われていた事実を補足する証拠といふことができる。

以上検討したところからすれば、明治期から昭和三〇年代ころまでに、四代部落の住民が、本件土地を入会地として利用したことが推認されるというべきである。

四代の集落は長島に存在し、明治二一年の町村制の施行により長島は明治二二年二月に八島、祝島とともに上関村として発足したことは前に判示したとおりであり、

ア 明治政府は、町村制の施行により、村落共同体としての部落、村を、行政上の公法人としての町村に移行する方針を採用した。ただし、従来の部落、村が所有する財産についての住民の利益保護のため、部落、村が保有する財産を町村に移行させない措置として、財産区の制度が設けられた(町村制一一四条)。

イ 上関村でも、財産区を設けるべく、明治二四年一〇月の村会で、区会制度を設け、区会条例を制定した。

ウ ところで、町村条例の設定には、内務大臣の許可が必要とされていた(町村制一二五条)。そこで、上関村は、明治二四年一月に熊毛郡長を通じて内務大臣に許可を求めたが、許可されなかった。

エ なお、これらに先だつて、上関村では、明治二二年五月の村会で、事務の促進をはか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となり、四代部落にも区長が置かれた。

オ 上関村での区会条例は内務大臣の許可を得ることはできなかったが、同村における区会、区長制度はその後も存続し、その内容に変化はあるものの、現在もなお継続している。

入会主体として公簿上扱われてきた「四代組」と本件交換契約の主体である「四代区」とが同一かどうかが問題となる。この点、「四代区」と「四代組」とは、いずれも四代部落の住民で組織される地縁で結ばれた団体である点で同一と考えるのが相当であり、その理由は次のとおりである。

ア 「四代区」は、前記イに記載のとおり、四代部落において特に所有する財産を管理する目的で設立されたのであり、四代区の設立により四代部落の保有していた財産は四代区の財産となったとすることができる。また、上関村の区会条例によれば、区会は「財産に関する事務」のために設置され（条例一条）、区会の議決事項として、「区有不動産の売買交換・譲受・譲渡並びに質入書入をなすこと」、「区有財産の処分に関すること」が挙げられている（条例六条）。そして、後記エ記載のとおり、現に四代区は財産を保有していたと認められる。この四代区の有する財産の起源は、四代部落（四代組）の有していた財産に求めるほかない。

イ また、Xらを含めた四代部落住民の意識の中でも、四代組と四代区とは同一の存在と理解されてきた。

(4) 以上検討したところによれば、四代区は法律上の財産区とはならなかったが、明治二四年一〇月ころに、四代部落の住民団体として権利能力のない社團である四代区が成立し、それが今日まで存続してきたと認められる。

三 本件各土地の権利関係

(1) 四代区成立前

四代区が成立する前までは、本件各土地が、四代部落住民の入会地として、四代組の所有とされてきたことは、前記一の認定のとおりである。この時点においては、実在的総合人である四代組と四代部落住民が共有の性質を有する入会権を有していたものと認められる。

(2) 四代区成立後の所有権

四代区は明治二四年一〇月ころに設立され、その後、公法人である財産区とはならなかったが、権利能力のない社団として現在まで存続してきたことは前記二で示したとおりである。また、明治四〇年四月の上関村村議会において四代区有の宅地を売却することが可決された事実を、大正二年二月の村議会で、四代区有の土地を競売により売却し、その代金は教育費に寄付する議案が可決された事実を、昭和四四年には四代組名義の土地を山口県に、平成八年二月には四代組名義の土地を道路用地として上関町に売却した事実をそれぞれ認めることができる。

このような四代区の部落有財産保持という設立目的、四代区がその財産を処分してきたという事実、その際部落の全住民の同意を経た形跡がうかがえないことなどの事実を総合すれば、四代区設立のときに、本件各土地を含む四代部落の土地を所有し、管理処分する権能は四代区に帰属したと解するのが相当である。

(3) 四代区成立後の入会権

四代部落の土地の所有権が四代区に帰属したとしても、四代部落住民の入会地を具体的に使用収益する権能が喪失するということにはならず、四代区が成立した後も、四代部落住民の入会収益権は存続したとみるべきである。ただ、四代区成立後は、四代区に所有権が帰属した以上、四代部落住民の有していた入会権は共有の性質を有する入会権から共有の性質

質を有しない地役の性質を有する入会権へと変化し、なお存続し続けたとみるのが相当である。

(4) 入会権の消滅

中国電力およびYらは、昭和前期まで入会権が存続していたとしても、本件各土地を入会地として使用収益せず既に四〇年以上が経過しているから、入会権は既に消滅した旨を主張する。この主張は、共有の性質を有する入会権については、所有権が時の経過では当然には消滅しないとの法理論から失当といわざるをえない。しかし、地役の性質を有する入会権は、地役権の法理に従うから、消滅時効の法理に服するといふべきであり、Yらの主張は、この地役の性質を有する入会権の消滅時効を援用する点では理由があるといふべきである。

そして、弁論の全趣旨によれば、本件土地については、昭和三〇年代までは入会の慣行があつたと認めることができるものの、昭和四〇年代以降は四代地区においても燃料革命の波が及び、入会慣行は徐々に行われなくなり、遅くとも昭和五〇年ころには使用収益する者がいなくなつたと認められるから、四代部落住民各人が有していた地役権の性質を有する入会権は現在では時効により消滅したといふべきである。」

(裁判官 草野芳郎 山本和人 山口浩司)

第一審判決はきわめて制限的であるが原告住民らの権利を認め、原発設置を足踏みさせることになつたが、第二審は足踏みをさせるべきでないと考えたのか、まず現地住民の権利主張のみならず権利を認めない、という信念ないし思い入れが根本にあつたと思われる。そのためには住民の入会権の存在を否定しなければならぬ、つまり入会権が消滅したという判示をする

必要がある。これが第二審判決の出発点であると、考えられる。

ところが共有の性質を有する入会権は土地の共同所有権の一形態であるから解体することはあつても消滅することはない。しかし共有の性質を有しない入会権（以下「地役の入会権」という）は用益物権の一種であるから消滅することがある。したがつて本件入会権を共有入会権でなく地役の入会権である、としてそれが消滅した、という判示をする必要がある——このような発想のもとに本判示においては、住民らの共有入会権を地役の入会権だというための、推理小説さながらのトリックが判示の名を借りて登場しているのである。

本件土地は土地台帳上「四代組」所有と記載されており、地租改正事業により四代組住民共有と認められたことは疑いない。ちなみに四代組は明治初年郡区町村制のもとでは熊毛郡長島（念のため長島村ではない）の内の一集落で、明治町村制施行後、同郡上関村大字長島の内の一組（集落）となつた。したがつて、明治町村制施行前の「長島」が郡区町村制において行政的機能を有する村に相当する集団であつたとしても、その長島（村）に属する土地ではなかつたから公有財産であつたとは云い難く、従つて明治町村制の施行によつて本件土地が財産区有土地とならなかつたのは当然である。

財産区については地方自治法第二九四条に市町村の一部で、「財産を有し若しくは公の施設を設けているもの……があるときは」これを財産区とする、と規定されているがその旧規定ともいうべき明治二二年町村制にも、「町村内ノ区又ハ町村内ノ一部若クハ合併町村ニシテ別ニ其区域ヲ有シテ一区ヲ為スモノ別ニ財産ヲ所有……スルトキハ郡参事会ハ其町村会ノ意見ヲ聞き条例ヲ発行シ財産及营造物ニ関スル事務ノ為メ区会ヲ設クルコトヲ得」と規定されており、財産区とは明治町村制施行の折

に行政体たる旧村所有の財産およびその管理財産のみが（現在は新たな市町村合併時における合併前の市町村および財産区の所有する財産も）財産区となるのであって新たに創設できるものではない。したがって明治二三年上関村誕生の折その村の一部が所有していたと見ることができない本件土地が財産区有とならなかったのは当然である。

判示によれば、上関村では明治二二年五月に四代集落ほか各集落に「事務の促進をはかり行政の円満な運営のため」区長が置かれ、同時に区会も設けられたが、この区会、区長とも行政上の便宜上設けられたものであることは明らかである。「四代区は、四代部落において特に所有する財産を管理する目的で設立された」というのは明らかで、「嘘」であり、「四代区の設立により四代部落の保有していた財産は四代区の財産となった」のであるとするならば、四代区は四代組住民の共同所有財産（入会地）を侵奪したことになるが、そのような事実はない。

この「四代区」と「四代組」がいずれも四代集落の住民で組織される地縁で結ばれた団体である、と判示はいうが、これは不当であるか、少くとも正当でない。四代組は本来の生活共同体であり、主として漁業共同体（採捕漁業のみならず水産加工、水産物運搬等を含む）であり、昭和四〇年頃までは、燃料採取等のための入会林野共同体で、このような集落共同体は法律上「実在的総合人」と呼ばれている。親族的つながりをもつと同時に地縁共同体であり四代組は四代地域に生活する人々（世帯）の共同体である。他方、四代区は行政上の区域ないし行政上の組織であり、すべての住民を含む組織であって、私法上の権利主体となるものではない。

一般に都市近郊地帯でない農山漁村集落においては一九四〇年ころまで、世帯（戸数）の変動は少なく（当集落では海外移住を含む転出や分家創設等の変動は若干あったが）組という地縁共同体の構成員と行政組織である四代区の構成員がほぼ同一

であったため、四代組と四代区が同一視もしくは混同されて別個の組織と明瞭には意識されなかった。

ところがこの判決は明治三四年一〇月ころに設けられた「四代区」が明治三四年一〇月ころ「権利能力のない社団」として成立した、というのである。(ちなみに、「権利能力のない」ものが権利を有することはありえないので以下これを「法人でない社団」の意味に解する)。地域住民団体を法人格なき社団であると解した判決は戦後あらわれたもので(東京高裁昭和二八年七月九日判決下民集四卷七号九九〇頁——ただしこれは入会集団ではない)、入会集団については比較的新しく(津地裁四日市支部昭和四二年六月一二日判決戦後入会二号七四頁——法人に非ざる社団)で最高裁判決平成六年五月三一日判決(民集四八卷五号一〇六五頁)は入会集落を「権利能力のない社団に当たる」と判示している。入会集団でない団体はさておき、入会集団が法人でない社団である、または社団に「当たる」というのはその集団・集落が訴訟当事者能力を有することを認めるためで、そのため民事訴訟法第二九条に「法人でない社団」で一定の要件を備えるものに訴訟当事者能力を認める、という規定がおかれているのである。

この現民法第二九条の規定は改正前の第四六条の規定を文体をかえて引ついだものであるが、この四六条の規定が設けられたのは大正一五年である。

法律(制定法)上、社団が出現したのは明治三〇年代、民法(社団法人)商法(株式会社)の制定当時からであって、民法、商法の編さん過程では法人でない社団については全く言及されていない。大正期に入って法人でない社団が生れ、取引活動が行なわれるようになってその必要性から大正末期に前記民事訴訟法の規定が設けられたのである。ということ、明治三〇年ころは、法人でない社団というものがほとんど存在していなかったかあるいは社会的活動をしていなかったことを示すものである。

社団とは、その構成員とは別個に存在する近代市民法的な団体である。その近代的な団体が都会地でもない、当地に明治二〇年代に出現したというのは全くの珍説でしかない。そうでないというならば、この四代以外に、社団という名に値する法人でない社団が各地に存在したことを証明すべきである。

つぎに「四代区は……公法人である財産区とはならなかったが、権利能力のない社団として現在まで存続してきた」とは何のことか。これが理解できる者はこの判示した当事者以外に在るであろうか。公法人である財産区とは、「市町村……の一部で財産を有し若しくは公の施設を設けているもの」（地方自治法第二九四条）で、疑いもなくその実体は「財産」である。つまり財団に相当するといつてよく、人々の集団である社団が財団になるはずがない。生活する人々の集体、共同体的集団を一個の財団と混同しているこの判示は荒唐無稽以外の何ものでもない。

このように本件土地は財産区財産とはならなかったし、また少なくとも明治期に法人でない社団の所有地となることもなく、地域生活共同体である四代組つまり組住民共有の入会地であった。

なお本判示は、四代区が財産を有していたこと（それによって本件土地が四代区の所有に帰すること）を根拠つけるためか、上関町の区会条例を取上げているが、本件土地は公有財産ではないのであるから、条例の関与すべきものではない。ただ、明治四〇年、大正二年、昭和四四年、平成八年にそれぞれ四代組所有地を売却することについて上関町議会の議決を経ているという事実を認定している。これらの事実は四代組持の財産（土地）処分的事实を示すものであり、もとより住民の総意にもとづいて（ほとんどすべてが公共目的で）の売却であるが、これらが上関村（町）議会の議決に付されたのはすべて所有権登記の必要からである。土地所有権を取得した者がその登記を求めるのは当然である。ところが、これら四代組持の土地はすべ

て所有権未登記であったため、四代組でなく四代区有とし、この四代区を町村の一部（つまり財産区）の有する財産とみなし、その管理者として町村長がこれを売却処分することとして、その是非を町村議会に問うたのである。このように未登記部落有地を処分するため、市町村（長）の名を籍りてする例はきわめて多く、そのために部落有、住民共有の土地が公有や社団たる区の土地となるわけではない。

本判決中に云うように、住民の有する共有入会権は土地の共同所有権である以上、消滅することはない（解体して通常の共有地となることはある）。そこで四代組住民の有する入会権を、消滅する可能性がある地役的入会権と仕立てる必要があった。それ故に共同体的入会集団とは別個に、法人でない社団としての「四代区」をつくりあげ、そしてその法人でない四代区が本件土地を所有し、住民集団が地上で草木採取等に使用収益するだけの地役的入会権を有する、——という物語りをつくりあげているのである。そのような創作により、四代組住民は本件入会地の共同所有権を失なつたことになるが、今回土地交換が問題となるまでそのような事実はない。

判決はこのようにして住民の入会権を地役的入会権と改変してその消滅を判示しようとしているのであり、その権利の消滅に時効を援用しているが、全くの誤りである。

地役的入会権は民法二九四条により地役権の規定を準用される。ちなみに地役権の規定の適用でなく準用とされたのは地役権は土地の便益に供する権利であるが、地役的入会権はある土地（集落）に住む人々の便益に供する権利だからである。一種の用益物権であることは疑いないが、土地を使用する権利、さらには草木等を採用する権利であるという規定はどこにもない。

仮に入会権が産物採取や植林等のため土地を使用する権利であるとするならば、民法に共有の性質を有しない入会権は地上権または永小作権の規定を準用する、と規定されたはずである。地役権が土地を使用収益するためのみの権利でないことは送電線地役権を見れば明らかであろう。地役的な入会権は一定の地域集団住民がその便益に供する権利で、その内容は作為を目的とする採薪、採草、育林あるいは利水（溜池）等のほか不作為を内容とする土地崩壊防止、防風等の災害防止等の役割をもつ（便益を得る）のであり、四代組住民は伐採あるいは開墾禁止、除伐や病虫害発生のための労役を供してきた。

現に本件土地のうち大半が保安林であり、保安林である以上、むしろ採取行為をしないのが当然であり、住民としてはそれを侵害されないように監視、保存してきたのである。保安林といっても指定者（県知事）が監視に当たるわけではなく、地元入会権者の保護協力があればこそ保持できるのである。従って、四代住民が本件山林の管理機能を放棄したことはない。

継続的に行使される地役権はその行使を妨げられる事実が発生したときが消滅時効の起算点とされる（民法二一九一条）。入会権は継続的に行使される権利であるから、たとえば入山停止期間が継続しても、そのことよって入会権は消滅しない。しかし、入会権者の権利行使を妨害するような事実が発生すれば、そのときが時効の起算点となるのである。原審ではきわめて限定的であるが、Xら住民の入会権の存在を認めている。したがって、仮に、住民らの入会権の行使が妨げられたとしても、本件土地の交換契約（平成一〇年）以後のことであり、時効の起算点の判断についても誤っている。本判決は全く無用、無理解の理くつ（論理ではない）をつみかさねた破廉恥の判決というほかはない。

本件は目下上告申立中である。

〔2〕福岡高裁宮崎支部平成一八年四月二八日判決（判例集未登載）

本件係争地は鹿児島県南西諸島のうち最も大きな島しよである奄美大島の、最南に位置する瀬戸内町網野子集落の入会地である。海拔約四〇〇メートル、南に風光明媚な瀬戸内の海を望む約二ヘクタールの土地に、瀬戸内町は塵芥処理場の設置を計画し、網野子集落到土地の貸付を申入れた。網野子集落（四〇余名）では集会を開き、多数決で貸付を決定したが、Xら九名はこれに反対した。町は集落代表者と賃貸借契約を締結し、施設設置のため土地の伐開をはじめたので、Xらは本件共有の性質を有する土地の貸付は共有物の処分変更行為に相当するので全員の同意が必要であるのにその同意を得ないため本件貸付契約は無効であるという理由で、施設建設の中止を求める本訴を提起した。瀬戸内町（Y）は、網野子集落の規約に多数決によるという規定があるのでその規定が入会における慣習に相当する、と抗弁した。

本件の争点は、住民の共有入会地の貸付に入会権者全員の同意が必要かそれとも多数決で可能か、であつて第一審判決は全員の同意が必要と判示したが第二審は多数決でよい、と異なつた判示をしている。ただ認定されている事実には異なるところがなく、それに対する判断、評価が異なるだけであると思われるので、事実関係を明らかにするため第一審判示をややくわしく見てゆくことにする。

第一審④鹿兒島地裁平成一六年二月二〇日判決（戦後入会三卷五五頁）は、次のように入会地の貸付には入会権者全員の同意を要するのに、本件ではその同意が得られてないので貸付契約は無効であり、瀬戸内町の施設建設は認められない、と判示した。

「特段の慣習が存在しない限り、入会地の処分行為に対する同意は、その性質上、入会権者全員の同意が必要であるが、ここでいう全員の同意とは、総会決議で反対した者、あるいは、総会には欠席したものの反対の意思を有していたことが明らかであった者が、総会后説得に応じ、あるいは、反対意思を表明しなくなったことにより、全員が同意したものと合理的に推認される場合を含むというべきであるから、全員の同意ではなく、総会の多数決で処理されたといえるためには、総会で決議に反対した者が存在し、その者が総会後も反対の意思を有していたことが明らかであつたにもかかわらず、その存在を無視して決議に従つた処理がなされたと評価できることが必要である。

してみると、網野子集落で過去に行われた本件土地上の立木の売却や本件土地の一部の土地の売却は、網野子集落の総会において、賛成多数の議決を経ているものではあるが、いずれも、反対者の存在を無視して、多数決による議決により処理した事例であるとははいえないというべきである。なぜならば、これらの売却事例は、反対者が最終的には多数決により議決に従わなければならないと考えて同意したものと推認される事例か、あるいは、反対者が最後まで反対意思を維持していたものか不明で、結局、反対者の存在を無視して、多数決で議決して処理したことが明確でない事例に関するものだからである。したがって、上記各事例を根拠に、重要事項を総会において多数決で処理する慣習があつたと推認することはできない。

「網野子部落会規約」が制定され、平成二年四月一日から施行された。本件規約には、左記の規定（抜粋）がある。

一一条（会議）

- 1 本会の会議は、総会と役員会とする。
- 3 会議は、その構成員の過半数の出席をもって成立する。
- 5 会議の議決は、出席者の過半数をもって決し、可否同数のときは、議長の決するところによる。

一二条（総会）

- 1 総会は本会の最高議決機関とし、構成員は各世帯の代表者とする。
- 2 定例総会は、毎年一回これを開き、次の事項を議決する。但し、必要に応じ臨時総会を開くことが出来る。
 - ① 規約の制定及び変更に関すること。
 - ② 事業計画等に関すること。
 - ③ 収支決算に関すること。
 - ④ 役員を選出に関すること。
 - ⑤ 役員の報酬及び費用弁償の決定に関すること。
 - ⑥ 会費（各家庭からの徴収金）の決定に関すること。
 - ⑦ その他総会に提案を必要と認める事項。

本件規約制定に至る経過にかんがみても、その制定の過程で、本件規約一二条二項七号に集落所有の山林（集落有財産）の処分が含まれるか否かにつき、全く議論がなされていない。

さらに、Y主張の解釈を前提にすると、入会地である集落所有の山林（集落有財産）の処分に関して、入会権者の過半数が出席し（本件規約一一条三項）、その過半数の賛成（同条五項）、つまり、全入会権者の四分の一強の人数が賛成すれば、その処分が可能となり、極めて不合理な結果を生ずることとなる。

上記のことに加えて、本件規約制定前後の集落有財産の処分事例をみても、必ずしも多数決で処理されてきたものか明確ではない点があることをも併せ考慮すると、本件規約一二条二項七号の「その他総会に提案を必要と認める事項」に集落所有の山林（集落有財産）の処分も含まれるとするYの主張は、採用し難いといわなければならない。

平成一〇年一月二九日の網野子集落において、本件施設の建設に反対する者が少なくとも五名はいたこと、同総会以降、Xらは、本件土地における立て看板掲出等により反対意思を明確に表明していたこと、平成一二年二月一四日の網野子集落の総会において、Xらが本件施設の建設に反対意見を表明して退席したこと、その後、同年三月一日、本件賃貸借契約が締結されたが、同年四月一六日の網野子集落の総会では、この点についての新たな決議はなされておらず、その総会の直後、Xらは、弁護士を通じて本件施設の建設計画の白紙撤回を求めていることが認められる。

前示のとおり、入会地の処分行為に対する入会権者全員の同意は、総会決議で反対した者、あるいは、総会には欠席したものの反対の意思を有していたことが明らかであった者が、総会後説得に応じ、あるいは、反対意思を表明しなくなったことに

より、同意したものと合理的に推認される場合を含むといふべきであるが、以上の事実にかんがみると、本件賃貸借契約締結の前後を通じて、Xらが本件賃貸借契約の締結（本件施設の設置）に反対していたことは明白であり、これに同意（追認）したことを推認判断することはできない。

入会権者全員の同意（追認）をいうYの主張は、以上の判断に反するものであり、採用することができない。」

（裁判官 河村浩 池谷泉 平井健一郎）

この第一審判決は共有入会地の貸付は共有物の処分行為に該当するから入会権者全員の合意が必要であると判示し、従来多数決で入会地を処分してきた慣習があるという瀬戸内町の主張に対して、従来多数決で財産を処分したのは、多数決に参加しなかつた者もその多数決の結果（貸付、売却など）を承認した、あるいはそれに反対しなかつた、つまり結果において全員が賛成した、反対者がいなかつたのであつて、反対者がいたにもかかわらず多数の意見で押切つたのではない、と判示している。そしてさらに、集落の総会における多数決、という主張に対して、総会が構成員の過半数で成立し、議事がその過半数の賛成で可能であるとするならば、最低限構成員の二分の一の二分の一以上、つまり四分の一を超える少数で決定することになり、それでは財産の処分はできない、ときわめて常識的でありかつ重要な判示を、そして、入会集団の財産処分は總會等会議の決定のみ決めるものではなく要は全員の同意を求めることが必要である、と判示している。

入会地等財産処分のみならず入会集団の意思決定についてきわめて周到な、正に名判決である。

瀬戸内町は、この判決に対し、原審における抗弁と同様の理由をもって控訴し、多数決による本件土地の貸付は本集落の慣習により認められるものであり、有効である、と主張した。

これに対し第二審福岡高裁宮崎支部平成一八年四月二八日判決は以下のように判示して第一審判決を取消した。

〔2〕「本件賃貸借契約の締結は、入会地である本件山林の変更又は処分行為に準じるものと解するのが相当である。本件入会権は、共有の性質を有する入会権であるから、本件山林の変更・処分は、原則として、共有者全員の同意を要する（民法二六一条）ものと解される。しかしながら、入会権は慣習上の権利であるから、この民法の原則とは異なり、これをすることについて、入会集落の最高意思決定たる集落総会において多数決により決定する旨の慣習が行われ、又は同趣旨を定める入会集落の集落規約がある場合には、当該慣習又は集落規約の定めにより、集落総会における多数決によつてこれを決定処分することができるものと解するのが相当である。

この点、Xらは、入会権は共有の性質を有する入会権であるから、その変更・処分には入会集落民全員の同意を要し、これを入会集落民の多数決によりすることができる旨の慣習又はその旨の入会集落民の合意（集落規定の定め）は、民法二五一条、二六三条の規定に反して無効である旨主張する。

しかしながら、民法二六三条は、入会権については、当該地方の慣習に従う旨定めているから、入会集落の基本財産の変更・処分を、入会集落の最高意思決定機関としての集落総会の多数決により決定する旨の慣習があれば、その慣習が第一次的法原とされることは蓋し当然であつて、これが民法二五一条に反して無効と解されるいわれはなく、また、入会集落の集落規約が多数決原理を採用しているのであれば、その規約の規定に従つてこの関係が処理されるべきものであることも同様である。

したがって、Yが主張する本件慣習の存在又は本件集落規約の規定をこれと同趣旨に解することができるのであれば、これを有効と認めるべきことに何らの妨げもない。

イ　ところで、本件集落は、本件集落規約制定前後において、網野子総会を本件集落の最高意思決定機関と位置付け、そこでは、多数決原理が採用され、本件集落民は、その構成員として、これに出席して特定の議題に対して賛否いずれかの意見を表明し、これに従って議決権を行使する権利を有するものであり、本件集落の意思は、所定の招集手続を経て開催されるこの網野子総会における決議により形成・決定されることが予定され、かつ、これを要するものであり、原則としてこれ以外に本件集落自体の意思の形成・決定の場があったことを認めるに足りる証拠はない。そもそも、集落が集落総会を設け、それを集落の最高意思決定機関として位置付けていること自体、その目的・理由が決議要件いかん（全員賛成、特別決議、普通決議か等々）は格別、集落の意思は、集落総会の決議により形成・決定されるものと認識され、かつ、そのように行われてきたことを意味するものと解さざるを得ないのであって、そのように解さなければ、本件集落が最高意思決定機関としての網野子総会を置いた意味が全くなく、しかるときは、網野子総会は、単に個々の本件集落民の意思確認の場、しかも、当該網野子総会開催時点における意思確認の場にしかすぎないことになり、ついには、本件集落としての意思が形成・決定されない弊に陥りかねないことになる。……棄権者や欠席者に対して改めて意見を聴き、その意見を先に開催された網野子総会における賛否数に加算して本件集落の意思を形成・決定することなどもあり得ない。そのために、本件集落規約においても網野子総会の定足数及び決議数が定められているのである。

本件山林を含む本件集落山林は、本件居住者全員にとって、それぞれ何代も前から世々代々受け継ぎ保全してきた誠に貴重な財産であり環境であろうから、本件基本財産を変更・処分するのであれば、出来れば全員一致の同意を得て行うことが誠に好ましく、それが、今後とも本件集落の運営を円滑に進めていくことにとって不可欠なことともいえる。しかし、このことは、本件集落自体の意思の形成・決定とは一応別個な事柄というべきである。

エ のみならず、上記三事例（これが本件基本財産の変更・処分に当たすることは明らかである。）について、これを、後日、反対者が賛成に回り、結局、本件集落民全員の同意があった事例と即断することも正当でない。そもそも、上記のとおり、多数決原理とは、一面、いったん団体内で形成・決定された案件については、その内容に従った行動をとることを、賛成者は無論、棄権者、欠席者のみならず反対者に対しても強制する原理でもあるから、爾後、反対者がそれ以上に反対意見の表明等をしなかった、又は翻意して賛成に回ったことを問題とすること自体、団体意思の形成・決定のあり方及び多数決原理とは明らかに背理する。網野子総会で賛成した者が後日翻意して反対の意思を明確に表示した場合を想定すれば、このようなことを議論すること自体承認し難いことは自明であろう。かくしては、網野子総会を本件集落の最高意思決定機関とした意味が全く損なわれ、遂には本件集落の団体としての意思を形成・決定することができなくなる道理である。因みに上記三事例のうち、A₂とA₃の上記各場面で見ると、同人らが網野子総会において立倒木の売却決議に反対した理由は、自ら隣地に植林したスギがこれにより風害を被ることを懸念したことにあつたのであるが、その売却を可決した網野子総会后、この懸念を払拭させるに足りる状況が生じたことを認めるに足りる証拠はないから、同人らがなおも積極的に反対行動をとったことがなかったとしても、賛成に回ったものと認めることはできず、それは立倒木等の売却処分が網野子総会の多数決により可決されたため、これ

は自己の意見・意思に反することであるが、それに従ったという多数決原理における団体所属構成員として当然とるべき行動をとったにすぎないとみるべきである。

以上いずれの観点からしても、本件集落には、本件集落規約の制定前において、本件基本財産を変更・処分する場合には、網野子総会の多数決による決議によつてこれを形成・決定するとする事実たる慣習である本件慣習が成立していたものと認めるのが相当である。

本件集落規約は、網野子総会において出席した本件集落民全員の同意をもつて制定され、網野子総会を、従前どおり、本件集落の最高意思決定機関と定めたものである。そうである以上、定足数や決議数は格別、本件集落規約において特に明文をもつて網野子総会の権限に属しないものとしてその権限から除外しない以上、本件基本財産の変更・処分を含めたすべての事項が、網野子総会の権限に属する事項と解するのが正当であり、これが網野子総会の権限から除外されるものと解することは正当でなく、このように解すべき根拠はない。

したがつて、本件集落規約上、本件基本財産の変更・処分は、網野子総会の決定権限に属し、それは、その一二条二項七号の本件概括規定がこれを認めているものと解するのが相当であり、本件集落規約が本件基本財産である本件集落山林の変更・処分を網野子総会の決定権限から除外する趣旨であると解することはできない。

なお、本件集落規約の制定過程において、本件概括規定に本件基本財産の変更・処分を網野子総会その他の権限に属せしめるか否かの議論を全く欠いていたことは、上記判断の妨げとは何らなり得ない。またXらは、この場合、極端な例を挙げて、

このように解すると、本件集落民全員の四分の一に一名を加えた者が議案に賛成すれば、本件基本財産である山林の変更・処分（本件集落規約の改廃も同様である。）が可能となつて不合理である旨主張するが、これは、本件集落規約の趣旨ないし会議体における決議の原則を甚だしく誤解するものである。本件集落規約は、議案に賛成する者が上記同数に達すれば、反対者がこれをたとえ一票でも上回つても当該議案が可決されることを定めている訳では無論なく、その場合は、当該議案は否決される道理である。網野子総会の開催通知を受けてこれに出席せず、また、出席したとしても棄権する者（中途退場者も同様である。）は、客観的には適式に成立した賛否いずれかの決議に従う意思を行動で表明したものとみなすのが当然であるから、これを不都合・不合理とする理由は何らない（ちなみに、国会の衆参両議院の場合は、いずれも定足数が三分の一、決議数が過半数と定められている（憲法五六条）から、Xらの主張によれば、網野子総会以上に極端に不合理とならうが、この憲法の規定を不合理とする者はなからう。無論、衆参両議院の場合も、反対が賛成を上回れば、当該議案が否決される道理であることは多言を要しない。）。

本件各請求は、本件各主位的請求については、入会集落である本件集落自体又はその構成員である本件集落民全員若しくはその大多数を当事者として提起すべき本件入会権の管理処分権自体に基づく請求であつて、これを、本件集落民の極く一部であるXらが提起したものとしてXらはその当事者適格を欠き不適法な訴えであるから、全部却下すべきであり、本件賃貸借契約は、本件集落の最高議決機関であり、本件集落民で構成され、本件集落として本件基本財産の変更・処分を決定する権限を有する網野子総会において、本件係争地を本件焼却施設用地として提供すべく、その締結が賛成多数で可決され、これに基づき、適法に締結された有効な契約と認められるから、請求はいずれも理由がない。」

第二審判決は、本件入会地の貸付が共有財産の変更もしくは処分行為にあたることは認めしたが、入会権は慣習上の（慣習にもとづく）権利であるから、多数決という入会慣習が優先し、共有物の変更処分にかんする民法（二五一条）の適用はなく、財産処分は集落総会等の多数決で決定できる、と国会の議決についての憲法の規定を援用して多数決が正しい、と権威づけ、したがって本件入会地の町への貸付は有効である、と第一審判決とは全く逆の判示をしている。

まず「入会権は慣習上の権利であるから、この民法の原則とは異なり」というが、これは基本的な誤りである。通常慣習上の物権とは制定法上規定のない、たとえば水利権など慣習上そして判例上物権として効力を認められた権利（慣習法上の物権）を云うが、入会権は疑いもなく民法上の物権である。そして本件土地のような共有入会地、共有の性質を有する入会権は共同所有権の一形態である。民法二六三条に「共有の性質を有する入会権は各地方の慣習に従うほか、この節（共有）の規定を適用する」と規定されており、このことは入会権は各地方の慣習を第一次法源とすることを示すものであつて、この点が他の物権（地上権、抵当権など）と異なる。そこでここにいる各地方の慣習は何か、その慣習は、共有物の変更について（共有者全員の同意を要する）の民法の強行規定（二五一条）の適用を排除するものであるか、が問題となる。

本判旨は、入会権における慣習とは何であるかについて検討することもなく、本件入会集落（集団）における総会の多数決の慣習であると単純に断定し、その多数決慣習は民法二五一条の適用も排除する、というのである。その根拠は本件集落の規約（二一条）であり、この規約は当集落における多数決による財産処分の慣習を成文化したものであるとして最近における多

数決決定の事例をあげている。

しかしながら入会権における第一次法源である慣習とは、集団構成員である個々の入会権者の持分を随意に譲渡、また分割請求することができない、という規範であることは民法の立法過程から明らかである。

明治二十七年、第三〇回法典調査会において民法法案につき次の条項が提出された。⁽¹⁾

第二六三条 共有カ入会ノ性質ヲ有スルトキハ各地方ノ慣習ニ従フ外本節ノ規定ヲ適用ス

この慣習について、「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カ出来ル然ウ云フ様ナコトハ皆畧ル方ノ規定テアルト思フ夫故ニ特別ノ規定カ必要ト考ヘマシタ」と起算委員から説明されており、かつ本条の審議過程で、入会権について唯一か条の規定では不十分であるからさらに本条を削除して別に一章なり一節を設けるべきだという修正削除説に対し、民法制定が急がれている当時（条約改正の必要上）、改めて審議改案する時間的余裕もなかつたので、起算委員の、本条が削除されれば、入会地が「共有デ何時デモ分別スルコトガ出来ルトシテハ大變⁽²⁾」という意見により本条が可決成立（のち条文の表現が現在のように修正された）したという経緯を見ても、入会権における慣習が各入会権者の持分の自由な譲渡、分割を請求し得ない、という慣習であることが明らかである。

なお、「各地方ノ」とあるのは、入会権の行使形態すなわち入会権の使用収益の形態、および持分権の得喪つまり入会権者としての地位の得喪は各地方、各集落によって異なるであろう、という認識のもとに各地方の慣習に従うとしたのである。

以上の経緯から民法二六三条は「共有の性質を有する入会権については、各共有者の持分を自由に譲渡しまたは分割請求をすることができない、という規範以外は本節共有の規定を適用する」ということになる。すなわち民法二五六条以下二六二条まで共有物の分別についての適用は排除されるがそれ以外はすべて二四九条以下の規定が適用されることになる。したがって共有財産たる入会地の処分・変更は二五一条の規定に従い、当然入会権者全員の同意を要する。共有入会権は共同所有権の一形態であるが、その共有持分の自由な分別や処分は民法の規定は適用されず、共有財産の処分は民法に規制される、ということになる。

ところがこの判旨は、入会権における多数決の原則は、財産の処分も含まれるが故に（財産の多数決で処分するという慣習が存在するとして）民法二五一条の規定は排除される、というのである。しかし、共有の規定中、二五六条以下はいわゆる任意規定であるのに対し二五一条は強行規定であつて性格を異にする。入会集団の入会権にかんする慣習でも、いわゆる公序良俗、強行法規に反するものであれば当然無効である。（世帯主が女であることを理由に入会権者たる資格を認めないのは違法であると最高裁平成一八年三月一七日判決（判時一九三二号二九頁）は判示している）したがって、入会権の処分・変更に相当する、本件土地の長期間の貸付が入会権者の多数決で決定しうる、という慣習があつたとしても、その慣習は強行法規に反し無効といわざるをえない。

問題は入会財産を多数決で処理した慣習事実があつたか否か、である。判旨中その事実として取上げられている三事例があるが、昭和四一年の第一事例、同四四年の第二事例においては、立倒木の売却処分についての総会の議決にごく一部の者が反対したが結局立木売却は行なわれ、昭和五九年の第三事例は林道開設のため入会地の一部売却についてであるがこれは総会で

の反対者なく承認されその後反対意見は出なかった。第一、第二事例につき、第一審は反対者も結局は立倒木の処分止むなしと考へ結局総会における処分決議を承認した——したがって結局全員賛成したことになる——と判示しているのに対し、第二審は、反対者はあくまでも反対であったが、(少数意見を否定する)多数決の結果に従っただけである、と判示している。

前記三事例のうち第三の土地売却は疑もなく入会財産の処分行為で全員の同意によつて行なわれているが、第一、第二の事例が入会財産の処分行為といえるであろうか。山林の立木は防風、防災的な役割をもつ保存木を除き、とくに人工植栽木は伐倒処分して金銭的収益を得るのが目的であるから、立木、倒木の売却処分は換金行為であり、したがって入会財産すなわち共有物の処分行為でなく管理行為といふべきであろう。管理行為であれば民法の規定により過半数の賛成(二五二条本文)でよいのである。

この判示に見られるかぎり、部落会規約施行の前後をつうじて、昭和五九年に林道用地として一部の土地を全員の同意を得て売却したこと以外、今回貸付が行なわれるまで、入会地の処分という事実はなかったのである。それ故に、平成二年に制定施行された部落会規約中過半数の取決めがこれまでの集落の入会慣習を成文化したものであるというこの判示は事実反する。

この部落会規約の内容を見ると、住民の意思決定機関を集落の総会と位置づけておりそれについて第一条に、総会は構成員の過半数で成立しその過半数で決定できる事項が同条2項に掲げられているが、そのうち②ないし⑥は入会地Ⅱ入会財産の管理にかんする事項である。①はやや問題はあがるが同様に解してよいと思われ、したがってここで多数決で処理しうる事項は入会集団にとつての管理事項である。そうであれば、⑦のその他に関する事項も当然入会財産の管理についての事項であつて、議会の多数決で処理しうる事項には本件土地の売却や長期的貸付等入会財産の処分事項は含まれない、といわざるをえない。

なお、集団構成員の過半数の出席による会議での過半数の決議は全体の半数の同意にもならないことがある、という原審判示に対する批判は全く意味不明である。

ちなみに当集落を含む南部大島一帯は土地の八割以上が山林でその八〇%以上が各集落の入会地であるが、昭和年代に地上立木の売却はそれぞれあつたけれども土地の処分は道路用地としての売却と、部分林もしくは分収造林設定のための貸付（地上権設定）があつたのみでその件数も少なく、そもそも入会権（地）の処分行為などほとんどなかった。立木の売却についても予めみな意見をきき、役員の間で必要な調整を行ない、総会で全員の同意を得て売却を決定するのであり、総会で少数の反対があれば総会後でも若干の修正を含めてそれらの者を説得し同意を得た上で売却するのが通常であつた。立木伐採などによる危険などを理由に反対する者があればそれなりに説得し、一応の合意を得て売却するのであつて、少数の反対を押し切つて、あるいはそれを無視して立木売却を、いわんや土地の処分などしたことがない。

本判旨は右と異なる実体のないことを述べているにすぎない。判旨は、当該集落において総会こそは集落運営の最高機関であり、そして、その機関における多数決原理こそ最高の原理であつて、それを明文化したのが、当集落の規約である。それが当集落における入会慣習にほかならない、というのである。要は集団意思決定の方法として多数決原理こそ最高の論理である、というのである。そしてそれを権威つけるためであろうか、憲法五六条を援用し、国会においても定足数が三分の一、決議数が過半数と定められている、という。本件の争点は共同所有財産の処分であつて多数決原理の是非ではない。憲法ならびに国会法によれば、議員全員の共有財産にかんする審議が行なわれることはないと思われるが、本判決の裁判官はそれが審議されると考えているのであろうか。あるいはさらに、国会の多数決で国民共同の財産である国土の一部、たとえば辺地の離島など

を第三者（外国）に貸付や売却できると考えているのであろうか。

事実そのように解されるので、本件判決は多数決こそ最善、という一つおぼえのため、そしてそれを権威つけるための憲法の規定を誤って援用した、無理解をさらけ出した恥知らずの判決といわざるをえない。

なお、この第二審は、Xらの保全請求の訴えは入会権者全員で提起すべきものであって本訴は不適法である、と判示しているが、入会権の保全行為の訴えは民法二五二条但書により当然入会権者各自が提起することができるので、これは明らかに誤りである。入会権の存在確認請求を入会権者全員で提起できるならばそもそも訴訟など必要はないことになる。

最高裁は平成一九年一月三〇日本件の上告不受理を決定した。なお、これに先立ち瀬戸内町は本件土地上の塵芥処理場建設を取り止めた。

あとがき

昨年、「入会権の判例総合解説」（信山社刊）の刊行にあたり、多くの入会権にかんする判決に目を通す（検討したとまでは云い難い）機会を得たが、一部の判決を除き、それぞれの入会紛争に対して裁判官が入会の実態にせまり適正な判断を示そうと努力しておられることが感ぜられる。それ故に当該訴訟で敗訴した方も納得せざるを得ないし、第三者としても判旨の結果には不服であつても、その裁判に対する裁判官の真摯さを認めざるをえないというのが実感である。

私は本誌三〇巻二・三合併号（平成一〇年）に「入会権と総有」という小論の中で、戦後入会権にかんする判決中とくに入

入会権についての適確な法理論を樹立したといつてもよいすぐれた判例（もしくは最高裁判決の基礎となつた下級審判決）を五件挙げておいた。同時に甚だ不当な、ここに掲げた二判決同様の恥ずべき判決も三件挙げておいたが、このような恥ずべき判決は外にはほとんどなく若干の誤解にもとづく不当と思われる判決もわずかにあるが、一方、入会理論を樹立したにひとしい判決は他にいくつもある。これが昭和年代から平成初期までの入会権にかんする判決の動向であつた。

ところがこの一〇年間、もとより入会理論確立に貢献したといふべき判決もあるが、逆に、本稿二判決のように恥知らずの判決もしくは誤解も甚しいと思われる判決が少なくないのである。

まず、入会理論を打立てたといふべきすぐれた判決は次のとおりである。

⑤ 大阪地裁堺支部平成八年二月二三日判決（戦後入会三卷二二二頁）。大字有地が底地として価値をもつようになっても土地の維持管理の労働に参加したことのない大字住民がその共有権を取得することはない、——入会権者の資格を明確にした。（裁判官 粕屋邦彦 森野俊彦 景山太郎）

次の最高裁判決は従来入会慣習中不明であつた事案につき判断を確立したといふべき判例である。

⑥ 最高裁平成一五年四月一日判決（判時一八二三号五五頁）共有入会財産たる土地の売却代金は入会権者全員に総有的に帰属し、各構成員は配分請求権を有しない。

⑦ 最高裁平成一八年三月一七日判決（判時一九三二号二九頁）入会権者は集落を構成する世帯の世帯主である。世帯主が女であるという理由で入会権者として認めないという慣習は公序良俗に反し違法である。

なおこのほか本稿〔2〕の、第一審④鹿兒島地裁名瀬支部平成一六年二月二〇日判決も、入会地の処分は入会権者集落総会にかかわらず入会権者同意を要することのほか、いわゆる会議における多数決が実際は権利の少数意見でしかないことがあることを明示した名判決といつてよい。

他方、判旨が単に不当というのではなく判決の理由づけが、本件二判決と類似した、恥知らずの判決があり、その数は多くないが、次の二件がその典型例である。

⑧大阪高裁平成一三年一〇月五日判決（戦後入会三卷三二六五頁） 入会組合の規定に、議事は多数で決しうるという規約があつて、その議事の中に土地財産の処分も含まれており、これまで多数決で入会地を処分してきた。（具体例は示されていない）から多数決による入会地の売却は有効である——第一審判旨を否定（裁判官 根本真 松田亨 高橋善久）

⑨大阪地裁平成一六年一月二〇日（戦後入会三卷五四〇頁）。組所有と表示登記されており、地租、固定資産税が賦課されてきた土地でも、その一部を第三者に処分するため財産区名義とした土地は財産区有財産といふべきである。（裁判官

川神裕 山田明 小泉満里子）

右の⑧は本稿の二件と同様の案件かつ同判旨であり、全く具体的事実Ⅱ案件を審理することなく、はじめから多数決処分有効という結論を前提として売却処分を認めている。他方、⑨は財産区有地か共有入会地か争われる案件の一つで、この種の判決は少なくとも^③一般に沿革等を審理した上で判示しているのに本判旨は処分のために一時財産区有名義とされた土地が財

産区といふべきであるという全く無定見な判示をしている。

なおこのほか、⑩福岡高裁宮崎支部平成一七年四月二八日判決（判例集未登載）も、本稿③と同様に、入会権者中多数の意見で入会地を業者に売却したことに對し、売却反対の権利者が業者および持分を売却した他の入会権者全員を相手として、売買無効、入会権存在確認を求めたもので、判旨も同様に入会権者全員が原告として提訴すべきである、という理由で訴を却下している。これも前記最高裁昭和四一年一月二五日判決に無条件に従つたものであるが、それが単に判例の誤つた援用といえるのであろうか。

この二件において、入会権者全員で訴を提起しなければならない、ということになるが、それができるならば裁判の必要はないことになる。また、多数で売却したものを取戻すには全員でなければならない、というのであるから、要するに全員の賛成がなくとも多数で売つてしまえば取戻す方法はない、結果としてそのように判示をしていることになる。そうである以上、これらの判決における前記最高裁判決の援用は単に誤つた判例の援用ということですむのであろうか。それとも本案審理をしない（入会の実態を理解しようとしな）ための手段であつたのか。

本稿の二判決はともに入会地の多数決による処分を有効と認めているが、その理由づけが単なる誤解にもとづくものでなく、全く初歩的な誤解と偏見にもとづいて判断をしているのである。すなわち

〔1〕においては、処分の当否を判断すべき権利の存在を否定した上、

1. 社団と財団との区別がついていない（人々の集団と財産とが同じものである）。

2. 消滅時効の援用が誤つている。（入会地は使用収益しなければ時効によつて消滅するというあやまり）

〔2〕にあつては、会議における多数決の原則は絶対に正しいといつたてまえを固持し、

1. 入会権における慣習は民法の強行規定（公序良俗）に反するものでもよい。

2. 憲法の規定は国会議員の共同所有財産についても審議する。

という理由づけをしているのであるが、これがいかに常識はずれの法律家として恥知らずのものであることはいうまでもない。問題はこれらの判決の結果がどうなるか、以後の入会裁判にどのような影響を与えるか、である。

これまでにあげた不当（と判断した）判決について云うならば、事実、敗訴した入会権者たちが、判決の結果にあきれて上訴しなかつた例があり、他方、勝訴した例も理由つけの意外さに手つかずの状態である、という例もある。もとよりすべて判決（判旨）のとおりになるものではなく、判決だけが入会権についての紛争を処理するものではないが、これまで入会権者は裁判に信頼をおきそして判決には当然のこととして従っていた。それはいうまでもなく、これまで多くの入会裁判担当の裁判官が予断偏見をもつことなく入会紛争の事実を審理し、真摯に取組まれたからである。

ところが本稿に取上げた判決のように独断と偏見にもとづいてともいふべきか、法律に対する初歩的な誤解にもとづいて事実を無視した判決が出されると、ひろく国民の裁判に対する信頼が失なわれることになる。それ故に、この二判決およびそれと同様な判決が、入会権者はもとより美しい環境を守ろうとする人々に裁判に対する信頼を失なわせるばかりでなく、入会紛争について適確な判示をした諸先達の顔に泥を塗るような結果を招きかねない、恥知らずの判決であることを、担当の裁判官は十分に自覚すべきであろう。

註

(1) 「法典調査会民法議事速記録二」(法務大臣官房司法法制調査部監修 商事法務研究会制) 一三三頁

(2) 同一五六頁

(3) 最近このように財産区有地か住民共有入会地かが争われる事件が多いが、一般に事案を十分に審理して、住民共有と判示している。代表的判決として、大阪高裁平成九年八月二八日判決(戦後入会三卷一六四頁) 福岡地裁小倉支部平成一二年一月二〇日判決(同三卷三二八頁)。いずれも区または大字名義の土地につき、当該集落の沿革、慣習等を十分審理しており單純に財産有財産などとはしていない。

(4) 最高裁昭和四一年一月二五日判決(民集二〇卷一九二二頁) はY村所有名義の土地がX集落住民三三〇名の共有入会地であることの確認を求めて、そのうちの二六五名が提訴(上告人は一二八名)したものであるが、訴訟提起参加しなかった者は單なる訴訟非参加者であるが、(3)も⑩も原告とならなかつた者は入会権の持分を第三者に処分した(これは本来無効である)者で、原告となる資格はなく被告とされて(したがって入会権者全員が訴訟参加して)いる。また④は入会権についての保存行為であり、これら(3)④⑩の判決におけるこの最高裁判決の援用はすべて正しくない。