

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—

野 村 泰 弘

はじめに

1. 上関原発用地入会権訴訟の概要
2. 1 審判決（山口地岩国支判平成15年 3 月28日）
3. 控訴審判決（広島高判平成17年10月20日）
4. 両判決の比較
5. 控訴審判決の疑問点
 - (1) 共有入会権から地役入会権への転化
 - (2) 地役入会権の時効消滅
 - (3) 役員会の決定による交換契約の有効性
 - (4) 入会権の消滅と固有必要的共同訴訟

結び

はじめに

入会地を対象とする開発行為に対して、入会権の主張をもって阻止しようとして提起される訴訟は入会訴訟の新しい形として定着してきているように思われるが、そこでは、開発を阻止しようとする側が、係争地は入会地であり、入会地の処分には全員の同意がなければならないとして、入会地の処分の無効を主張し、あるいは、入会権に基く妨害排除請求をすることが多い。もともと入会林野の多くはこのような制約——譲渡および移転登記の困難さ——があるために手付かずできたという面があるが、いまだに手付かずのまとまった広い面積の土地が残っているということは開発側にとって魅力的であることは間違いなく、また、広い面積を確保しようとした場合に、結果的に開発区域内に入会地がはいってしまうということも少なくない。そうした場合に、入会権者全員の賛成を得られる場合はともかく、入会権者の一部でも反対すれば、入会地であることの上記制約は開発側にとっては大きな障害ともなるが、環境を守ろうとする側からは環境保全の砦¹⁾として期待されることになる。

本件は原子力発電所建設と入会権の問題であり、筆者は平成12年に本件を素材として「共有入会地の処分と慣習」という小論を書いた。このときはまだ1 審判決が出る前で、争点について私見を示したのみであったが、その後、平成15年 3 月28日に山口地裁岩国支部の判決が出て、さらに平成17年10月20日には広島高裁の判決が出た。上告が不受理となることの多い今日、控訴審判決のもつ意味は非常に重い。その控訴審判決は原審判決を取り消し、後述のように入会権の変質（性質の転化）が生じたとしたうえで、地役入会権は時効

消滅し、交換契約は有効に締結されたという結論を述べている。しかし、この控訴審判決は従来の入会理論にも、また、判例理論にも依拠しないもので、容易には理解しがたいところがある。そこで本稿では、この二つの判決（とくに控訴審判決）を素材としつつ、本件の問題点を明らかにしたい。なお、本件訴訟は、全体としてみれば上関原発建設阻止の一連の訴訟の一つと位置付けることができ、本件訴訟のほかにも、神社の宮司の解任および神社地の処分の有効無効をめぐる訴訟、および対岸の祝島の住民の漁業権訴訟²⁾が同時進行しているが、これらについては他の研究に委ねたい。

1. 上関原発用地入会権訴訟の概要

山口県熊毛郡上関町（明治21年に市制、町村制が公布され、上関地方では、長島、八島、祝島の3島が合併して上関村として明治22年2月に発足した。その後、昭和33年2月、上関村が室津村を編入して上関町となった）は人口の減少に伴う過疎化の対策として、中国電力の原子力発電所を誘致することについて、昭和59年6月29日、町議会において賛成の請願を採択し、その候補地を大字長島四代地区とし、昭和63年9月、上関町は正式に中国電力に誘致を申し入れた。しかし、これについては全町民がこぞって賛成したわけではなく、とくに原発建設予定地の対岸3キロメートルにある祝島は島民のほとんどが漁業に依存していることもあり、その抵抗は強く、町議選や町長選において原発推進派と反対派が町を二分する争いを展開するという状況にあった（その票数の拮抗からみると隠れ反対派の者が少なくないことがうかがえる）。

原発建設予定地のうち、個人有地については予定通り買収が進められたが、計画地の中に「四代組」名義の土地が4筆（以下、「本件各土地」という。なお、本件土地（4）は現地で確認することはできない）あり、その買収については、その所有者とされる四代区住民約110名の中にも反対者があり、そのため、何年間も買収交渉はとんざするという状況にあった。しかし、用地の取得ができなくなると計画そのものの見直しにもつながりかねず、原発建設のタイムスケジュールの関係から早く譲渡を決める必要があり、そこで、四代区長は、権利者の意思を問うために総会（四代区ではこれを常会と称している）を平成10年12月12日に開催することとしたが、当日、会場を反対住民が取り囲むなどの状況から、直前にこれを中止した。そして、その3時間後に役員会を開催し³⁾、役員全員一致の議決をもって決定したとして、同日、本件各土地の交換契約⁴⁾を中国電力との間で交わした。その後、本件各土地は中国電力への移転登記手続のため、まず、平成10年12月14日付で右表題部所有者欄の「四代組」という記載を「所有者錯誤」を原因としてY2（四代区の区長）へと変更され、同日、同名義にて所有権保存登記がなされたうえ、同年12月12日付で中国電力（Y1）に対して交換を原因とする所有権移転登記がなされた。

そこで、四代区住民118名中4名⁵⁾は中国電力（Y1）を被告として、本件各土地が原告らを含む四代住民の共有入会地であることの確認および交換契約に基づく所有権移転登記の抹消登記手続を求め、また予備的に、個々の入会権者の有する使用収益権に基づいて本件土地（1）～（3）への立入、立木伐採、現状変更の各禁止並びに所有権移転登記の抹消登記手続を求めて本訴（平成11年（ワ）第9号・所有権移転登記抹消登記手続等請求事件）に及んだ⁶⁾（その後、被告中国電力（Y1）の、本件は固有必要的共同訴訟の要件を満たさない不適法な訴えであるから却下されるべきとの主張に応じるかたちで、本件原告に名を連

ねることに同意しない残りの四代区入会権者114名を被告として訴えを提起したが（平成11年6月10日（ワ）第69号）、訴訟代理上の問題からこのうち8名（第2事件被告）については別途訴えを提起した（平成11年8月26日（ワ）第112号）。

これに対して被告らは、まず当事者適格について、入会権の確認を求める訴えや入会権の存在を原因とする所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えは固有必要的共同訴訟であり、本件は当事者適格を欠いた不適法な訴えであるから却下されるべきであると主張し、また、本件各土地については、各土地の位置、形状などをみると共同で利用したり何らかの収益を享受したりすることができる土地ではない。過去において四代区の住民が本件各土地を利用したり、本件土地から収益をあげたりした事実はない。また入会団体なるものは存在せず、住民間で本件各土地の利用調整が図られたという事実もない。したがって入会権なるものは存在せず、四代区はいわゆる権利能力なき社団と解すべきであると、権利能力なき社団の財産の処分は構成員全員の同意を要するものではなく、権限ある機関の決定で可能であり、四代区の場合、その機関は右の役員会であり、本件各土地を被告 Y1 会社の土地と交換することについては役員会の議決によって決定され、この決定に基づいて代表者たる区長 Y2 と被告会社 Y1 との間で交換契約が締結されたものであるから交換契約は当然有効である、と主張した⁷⁾。

2. 1 審判決

山口地裁岩国支部平成15年3月28日判決（平成11年（ワ）第9号 所有権移転登記抹消登記手続等請求事件、平成11年（ワ）第69号、第112号、入会権確認請求事件）中尾英俊編『戦後入会判決集3巻481頁』

【判旨】

- 「一 争点(1)（入会権ないし総有権に基づく訴えの原告適格について）〈略〉
- 二 争点(2)（原告らを含む四代地区の世帯主が、本件各土地につき、共有の性質を有する入会権を有するか。）について
- 1 四代部落の生活実態等〈略〉
 - 2 本件各土地の客観的状況等
- 証拠〈略〉によると、以下の事実が認められる。
- ア 本件土地(1)ないし(3)の位置は、別紙図面の通りである。
 - イ 本件土地(1)は、海岸に面した標高約57メートルまでの急峻な土地であり、海に面した部分は断崖絶壁である。また、雑木等が自然植生（群集）しているが、用材木となり得るものはなく、植林していた形跡もない。同土地の海岸には一般の漁船の接岸は困難である。
 - ウ 本件土地(2)は、標高約33メートル、周囲約150メートルの小島で、急傾斜の岩山である。島の上部にかん木の自然植生が見られるが、用材木となり得るものはなく、植林していた形跡もない。なお、干潮時には長島と陸続きとなり、また、干潮時には離れ小島となるが、一般の漁船の接岸は困難である。
 - エ 本件土地(3)は、海岸に面した標高約48メートルまでの急峻な土地であり、海に面した部分は断崖絶壁である。また、雑木等が自然植生（群集）しているが、用材木となりうるものはなく、植林していた形跡もない。同土地の海岸には一般の漁船の接岸は困難である。
 - オ 本件土地(4)は、昭和42年当時の国土調査時に、所在が確認できなかった土地であり、現在においても登記簿はあるが、不動産登記法17条に基く地図に図示されていない。

3 本件各土地の土地台帳

本件各土地の土地台帳（以下「本件各土地台帳」という。）の記載は次のとおりである。これは、明治22年から明治25年にかけて調整されたことが認められる（証拠略）。

ア 本件土地(1)の土地台帳（甲9）

字欄には「前田ノ浦」、地番欄には「2100番 薪炭材 上下等」、所有・質取主姓名欄には、「四代組惣代福永平右エ門」、地目欄には「山林」の記載がある。

イ 本件土地(2)の土地台帳（甲10）

字欄には「田子ノ浦」、地番欄には「2099番 薪炭材、下上等」、所有・質取主姓名欄には、「四代組惣代福永平右エ門」、地目欄には「山林」の記載がある。

ウ 本件土地(3)の土地台帳（甲11）

字欄には「田ノ浦」、地番欄には「798番第4」、所有・質取主姓名欄には、「四代組」、地目欄には「山林 薪炭材」の記載がある。

エ 本件土地(4)の土地台帳（甲12）

字欄には「田子ノ浦」、地番欄には「2096番 薪炭材 本地三四 下上等」、所有・質取主姓名欄には、「四代組福永平右エ門」、地目欄には「山林」の記載がある。

4 官民有区分及び土地台帳等の歴史的経緯 <略>

5 市制町村制及び財産区

証拠（略）及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認められる。

ア 明治21年4月17日法律第1号が公布され、明治22年4月1日から市制及び町村制が施行された。これは、近代的な地方制度の実現に相応した規模を有する市町村の作出のために、町村を強制的に合併するというものであり、これにより、町村数はそれまでの7万余から1万3348となった。

この合併により、旧来の村は、新市町村の一部（大字、字、部落又は区）となるが、この合併される村に、従来からの固有の財産があれば、この権利を保持させる必要があり、これらの権利の保護等のために、「財産を有する市町村の一部」（いわゆる旧財産区）の制度が設けられた。そして、この財産及び営造物に関する事務ため区会又は区総会を設けることができるとされた（町村制114条）。

イ 町村制の施行に伴い、上関地方においては、長島・祝島・八島の三島を合併して上関村とされ、室津村はそのまま室津村とされた。熊毛郡参事会は、上関村の意見を聞き、明治24年、「上関村大字祝島・八島並大字長島各部落、上関、戸津、蒲井、四代、白井田ニ所有スル財産及営造物ニ関スル事務ノ為メ各大字各部落ニ区会ヲ設ク」事とする区会条例を制定し、内務大臣にこれの認可を上申した。しかし、「特別区会ヲ設ケ部落限り財産ヲ処理スルノ必要ヲ発見スル能ハス」との理由で、この条例設置申請は許可されなかった。

ウ 昭和22年5月3日、新憲法と同日に施行された地方自治法により、市制町村制は廃止された。また、同法により、市町村並びに特別市及び特別区の一部で財産を有し又は営造物を設けているものを財産区とし、その財産又は営造物の管理及び処分については、同法中地方公共団体の財産又は営造物の管理及び処分に関する規定によるとされた（同法294条）。

6 検討

ア 地券発行の名宛人

本件各土地につき本件土地台帳が作成された事実からすれば、明治政府のした官民有区分において本件各土地がいずれも民有地と認定されたことは明らかである。

ところで、前記のとおり、山口県内の土地に関する官民有区分は明治14年に終了し、その

後の明治22年から明治25年にかけて本件土地台帳は調整されたものであるが、本件土地台帳の所有主欄は「四代組」と記載されていること、本件土地台帳とほぼ同時期に調整された土地台帳には、所有主を「四代組」としている土地が少なくとも28筆存在しており、〈証拠略〉明治前期時代の農漁村であった四代部落がこれらの多数の薪炭林等を官民有区分の終了の後に他の者から買い取ったとはにわかに考え難いこと等の点を総合すると、格別の反証のない限り、本件各土地については、官民有区分の時点で、四代組宛てに地券が発行されたものと推認されるところ、本件において上記格別の反証はない。

イ 官民有区分の内容

前記のとおり、明治9年の地所名称区別布告の改正により、従前の民有地第2種が第1種に合わせられたところ、山口県内の土地に関する官民有区分は明治10年から開始されたのであるから、本件各土地は上記改正後の区分でいう民有地第1種に区別されたことが推認され、その名宛人は個人名義ではなく団体名義であったことからすれば、本件各土地は上記改正前の区分でいえば民有地第2種に該当するものといえる。

そうすると、前記のとおり、民有地第2種として区別されるためには、①検地帳水図帳名寄帳の公簿に人民名受の旨が記載されていること、②その土地を村で出金買得した証拠のあること、③その他人民所有地と認める成跡（従来甲乙村入会等の証拠）のあることが必要であったのであるから、本件各土地は上記のいずれかに該当するものであったこと、いずれの場合も四代部落の住民団体が共同利用の目的で保有していたことが推認される。

ウ 「薪炭林」の意味

証拠〈略〉によれば、民有林野の地価算定のため、山林原野調査法細目（明治9年3月10日地租改正事務局別報第16号達）が定められたこと、これでは、「民有林野については、土地丈量が終わってから地位等級を分かち、その確定の上で地価を算定するものとし、土地の用途につき、用材山、薪炭山、柴山、草山、竹林、萱草生地等に分類する。たとえば、薪炭山は成木年間の一期を認め、その期限までに生育する立木売買代金から一期年間の費用を引き去った残額を、その年間に配分しておよそ1年の収利を見積もって地価を算出する。」旨定められ、地価算定の基準もその類別に応じて定められていたこと、実際に山口県でも用材林、薪炭林、秣場、柴草山、萱野山、竹林などに類別され、その各々が18等級に分けられ、それぞれの地価が決定されたことが認められる。

上記の事実、特に山林の類別は地価算定の基準であったこと、地価算定は現地における土地丈量（測量）の上でなされるものであったこと等に加えて土地台帳が地租改正事業を通じて作成されていったことを併せ考えると、山林の土地台帳に記載された類別は、現地における当時の利用状況を反映したものとみることができる。そして、前記のとおり、本件土地台帳ではいずれも地目が山林とされ、その類別として「薪炭材」と記載されている事実を併せ考慮すると、本件土地は、本件土地台帳が調整された明治20年代前半の頃、実際に薪炭林として薪を採取するために利用されていたことが推認される。

7 原告 X2 の供述

ア 本件各土地の入会的利用に関する同原告本人（大正7年生まれ）の供述の要旨（以下「X2 供述」という）は次のとおりである（同原告本人尋問の結果、甲13）。

本件各土地は、古くから四代部落の住民から「地下山」（じげやま）と呼ばれて、部落住民のための山であると認識されており、本件土地(1)は「田の浦」、本件土地(2)は「ダイノコシ」、本件土地(3)は「どう人」（どうにん）、本件土地(4)は「タコの浦」という通称で呼ばれていた。四代の人ならば誰が入ってもよかったが、自分の山林を持っている者はあまり利用

せず、自分で山林を持っていない者がよく利用していた。決まりは、生きている木は切つてはいけなく、枯れている木だったら大きな木でも切つてよい、ということだった。海岸との崖になっている土地の場合は、内陸部から入って行き、坂の上で木を細かく切つて磯に落とし、浜辺で割つて積み上げて乾かしてから、船で持って帰るようにしていた。地下山は点在しているが、ある程度まんべんなく使われていた。船持ちの人は海岸付近で木を切るし、船を持っていない人は、負い子を背負って木を運んだ。

長島における本件土地(2)の南東方向に陸地が突き出た先端あたりに原告 X 2 ら所有の土地があり、これを取り囲むようにして、「八幡山」と呼ばれる四代八幡宮所有の土地がある。そして、「タコの浦」(本件土地(4))は、おおよそ、「八幡山」の東側に位置する。自分が若かったころ、「田子の浦」に植林したことを覚えている。植林は四代部落の人の義務であった。

イ 被告 Y 1 本人(昭和27年生まれ)の供述(以下「Y 1 供述」という)の要旨は次のとおりである<証拠略>。

3つの地下山に四代部落の人が薪を取りに入ったりしたことを、自分は見たことがない。3箇所とも海に面した急傾斜地で、危険なところという印象を持っており、薪等をとっている人を見たことはなく、また、取りに行ったことがあるという話や誰かが立ち入っているのを見たという話も聞いたことがない。

ウ 検討

原告 X 2 は、大正 7 年生まれで、尋常高等小学校を卒業してから約 9 年間大阪で働いていた期間を除いては、出生後現在に至るまで四代部落に居住し、先祖伝来の田畑で農業を営み、船大工の夫の収入と合わせて生計を維持してきた者であり<証拠略>、古い時期の四代部落の実情に詳しいこと、本件各土地が地下山と呼ばれ、固有の通称名が付けられ、四代部落住民のための山と認識されていたなど具体性に富んでいること、四代部落住民のための山であれば、薪がほぼ唯一の燃料であった時代、住民が本件各土地に植生するかん木の枯れ木などを採取していたとみるのが自然であること、本件土地(4)は、昭和42年の国土調査時に所在が特定できなかったものであるけれども、通称名が付けられて部落住民から地下山と認識され、少なくとも神社所有地である「八幡山」と呼ばれていた土地の隣に位置していると認められること等の点にかんがみると、X 2 供述の信用性は高いというべきである。もっとも、前記認定のとおり、本件土地(1)ないし(3)は立ち入るにはやや危険を伴う急峻な小島や急傾斜地であり、これを根拠に、被告会社は、本件土地(1)ないし(3)が薪採取のために利用された事実はなく、X 2 供述は信用できない旨主張している。しかしながら、四代部落は半農半漁の集落であり、山林の占める割合は高く、薪が生活の必需品であった時代、住民が多少の急傾斜地であっても利用できる土地はすべて利用して薪を採取しようとしたとみることに何ら不自然な点はないこと、X 2 供述にあるとおり、斜面の上から薪を海に落とし、海で船に積んで薪を運ぶということは陸路による運搬よりもむしろ容易ともいい得ること等の点に照らすと、本件土地(1)ないし(3)の前記のような地形等は X 2 供述の信用性に影響を及ぼすものではないというべきである。

また、被告 Y 1 が、その年齢からみて、本件各土地の使用に関する古い時期の実情を知らないのは当然であるから、Y 1 供述もまた X 2 供述の信用性を左右するものではない。

8 入会権取得に関する結論

本件各土地については、官民有区分の時点で、四代組宛に地券が発行されたこと、本件各土地は、明治 9 年の地所名称区分布告改正前の基準でいうと、民有地第 2 種に該当する土地であり、四代部落の住民団体が共同利用の目的で本件各土地を保有していたこと、本件各土地は、本件

土地台帳が調整された明治20年代前半のころ、実際に薪炭林として薪を採取するために利用されていたことに加えて、X2 供述を併せ考慮すると、四代部落の住民は、遅くとも、本件各土地について官民有区分がなされ地券が発行された明治10年代前半のころ、本件各土地を、薪の採取等のため入会的に利用し、団体として、共有の性質を有する入会権を原始的に取得し、以降、本件土地台帳調整がなされた明治20年代前半のころも同様の利用を継続し、このような利用実態は昭和30年代のころまで続いたものと推認される。①

9 町村制による影響

明治21年公布、明治22年施行の町村制114条に基き、合併前の旧町村の特有財産管理のため区会が設置されたときは、旧町村に属していた財産の所有権は区に帰属すると解せられる（昭和42年3月17日付最高裁判決参照）。

ところで、同条は、「旧町村又は旧町村内の一部が特別に財産を所有するときは、郡参事会は町村会の意見を聞き条例を発行し、財産に関する事務のため区会又は区総会を設置することができる。」旨規定し、同法125条1項1号は、「町村条例の制定・改正には内務大臣の許可を受けることを要する。」旨規定している。

思うに、同法及びこれとほぼ同時期に公布された市制は、当時おびただしい数にのぼっていた市町村を統合し、近代的な地方制度の実現に相応した規模を有する市町村の作出を目的としたものであり、当然、合併される旧市町村が所有していた財産は合併によって成立した新市町村に帰属するのが原則であり、前記114条はその例外規定の性格を有すると解される。一方、旧市町村の一部の部落は私的団体であって、その所有する財産が市町村の合併によって新市町村に帰属することはなく、従前の私的所有形態がそのまま継続するのが原則であるが、同条は、これを前提とした上で、この場合についても、郡参事会は条例により当該部落に財産の管理事務のため区会又は区総会を設置する事ができると規定したのである。上記法の趣旨及び同法の文言上旧市町村の一部の部落が特別の財産を有する場合は当然に公法人である財産区が成立しこれに財産が帰属するとの明確な規定はないことにかんがみれば、このような場合には、区会条例が制定され、この制定に関する内務大臣の許可を受けて当該部落に区会又は区総会が設置されたときにはじめて、公法人としての財産区が成立し、当該部落に帰属していた財産の所有権が、住民集団に総会的に帰属していたものも含めて、当該財産区に帰属すると解するのが相当である。②

そこで、これを本件についてみると、前記のとおり、四代部落は、長島の一部の部落であったが、長島、祝島、八島が統合されて上関村が成立したこと、郡参事会は、上関村の意見を聞き、明治24年10月、村内各部落が特に所有する財産等に伴う事務のために、町村制114条に基く区会条例を制定し、熊毛郡長は内務大臣に対し同条例の許可を申請したが、「特別区会ヲ設ケ部落限り財産ヲ処理スルノ必要ヲ発見スル能ハス」との理由で、この許可を受けることができなかったことが認められるから、四代部落において財産区は成立しなかったものであり、したがって、本件各土地の所有権が財産区に帰属したことはなかったといえる。③

10 入会権消滅の有無

被告ら（ただし、第二事件被告〈略〉を除く）は、本件各土地に対する利用実態は全くない旨主張し、それは入会権の消滅の主張と善解されなくもないので、昭和30年代以降、本件各土地の利用状況の変化により入会権が消滅したかどうかについて検討する。

ところで、入会権が解体したものと認めるかどうかは、入会地の使用収益等につき単なる共有関係を超えた入会団体の統制が存在するか否か、具体的には、部落民たる資格の得喪と使用収益権の得喪が結びついているか、使用収益権の譲渡が許されているのか等の諸事情により判

断すべきである。

これを本件についてみると、昭和30年代以降、プロパンガスの普及に伴い、四代部落住民が本件各土地において薪を採取するなどという現実の利用形態は漸次みられなくなったことは当事者間に争いが無いが、弁論の全趣旨によると、現在においても、本件各土地については持分譲渡が否定され、他所へ転出すればその共同所有権を喪失するとされているものと認められ、四代部落構成員たる資格の得喪が本件各土地の管理権、使用収益権の得喪と結びついているといえる。したがって、四代部落構成員の本件各土地に対する共同所有関係は、未だ入会権（総有）としての性格を失っていないというべきである。④

11 入会部落の構成員たる地位に基づく請求について

四代部落住民が本件各土地について共有の性質を有する入会権を有していることは前示のとおりであり、原告 X2、X3、X4 が四代部落の構成員であることは当事者間に争いが無い。また、証拠及び弁論の全趣旨によれば、原告 X1 は、四代部落で生まれ育ち、これに先祖伝来の土地および居宅を有し、四代地区に住民登録をしていること、そして、船舶を所有し、海運業を営んで生計を立て、主に宇部炭鉱から物資を各地に運送する業務に従事していたため、生活の大半を船舶での寝泊りで過ごし、最近では宇部市に居住する長男宅で寝泊りすることも多いが、1 か月 1 回程度、四代地区の自宅に帰宅していることが認められ、上記事実にかんがみれば、船舶での寝泊り等は就労のために居所に過ぎず、原告 X1 もまた、四代部落に生活の本拠を有し、四代部落の構成員であるというべきである。そうすると、原告らは、本件各土地について、四代部落の構成員たる地位に基く使用収益権を有するといえる。

したがって、原告らは、被告会社に対し、本件各土地について、四代部落の構成員たる地位に基く使用収益権を主張できるが、その権能は、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のできる権能にとどまるものであり、このような権能の行使自体は、「特段の事情」のない限り、単に所有権移転登記が存在することのみによっては格別の妨害を受けることはない（昭和57年7月1日付最高裁判決）。この点について、原告らは、被告会社が本件入会地につき、本件所有権移転登記の本登記を得てしまっていることを奇貨として、本件各土地につき、被告会社が既に所有権を取得した土地であるとし、原子力発電所を建設すべく国の電源開発調整審議会に上程しているのであり、この事情は、原告ら入会権者の本件入会地についての使用収益権能を根こそぎ侵奪する事態を招来するものであるから「特段の事情」があると主張する。しかしながら、上記使用収益権は事実的なものであるのに対し、登記の存在は観念的なものであって、両者は直接に交錯するものではないから、登記の存在が直ちに使用収益権能に対する直接的、現実的な侵害となるものではなく、原告らの主張する点をもってしても、登記の存在そのものが使用収益権能の妨害となるような特段の事情に該当するとはいえないから、原告らの上記主張は採用できない。

また、原告らの有する上記権能は、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、原告らの上記権能を現実侵害する行為に該当するので、原告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。⑤

四 結論

よって、原告らの被告らに対する入会権確認の訴え、被告会社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。

原告らの被告に対する総有権確認の訴え、被告会社に対する総有権に基づく抹消登記手続請求並びに被告会社に対する総有権に基づく立入り、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。

原告らの第2事件被告<略>に対する、入会部落の構成員たる地位に基づく使用収益権を有することの確認を求める訴え及び総有団体の構成員たる地位に基づく使用収益権を有することの確認を求める訴えは、いずれも訴えの利益を欠く不適法なものである。

原告らの被告ら（第2事件被告<略>を除く。）に対する入会部落の構成員たる地位に基づく使用収益権の確認請求並びに被告会社に対する立木伐採及び整地等による現状変更禁止の請求は、いずれも理由がある。原告らの被告会社に対するその余の請求は、いずれも理由がない。」

この判決に対して原告被告とも双方が控訴した（控訴理由については、以下の控訴審判決中「第2 事案の概要等 3 控訴（不服の範囲）」を参照されたい）。

3. 控訴審判決

広島高等裁判所平成17年10月20日判決（平成15年（ネ）第195号 所有権移転登記抹消登記手続等（第1事件）、入会権確認（第2事件）、入会権確認（第3事件）請求控訴事件）判例集等未登載

【判旨】

「第1 控訴の趣旨<略>

第2 事案の概要等1～2<略>

3 控訴（不服の範囲）

これに対し、1審被告らは、入会権の入会部落の構成員たる地位に基づく入会収益権の確認請求を認容したことに対し請求の棄却を求め（却下しなかった点に不服は述べていない）、1審被告中国電力は、同被告に対して入会収益権に基づいて本件土地(1)ないし(3)について、立木伐採、整地等による現状変更の各禁止を命じた点を不服として控訴した。他方、1審原告らも、所有権移転登記の抹消登記手続の訴えを却下し或いは棄却した点を不服として、控訴した。なお、原審で被告とされた者のうち11名は控訴を提起しなかった。これらの者との関係では却下部分について固有必要的共同訴訟の問題が生ずるが、1審原告らと1審被告らは、平成15年8月1日の進行協議期日で、固有必要的共同訴訟となる部分は、不服の対象になっていないことを確認した。【1】

4 争いのない事実等<略>

5 主要な争点

(1) 四代部落の世帯主で構成される四代組が本件各土地に入会権又は総有権を有するか。

（1審原告らの主張）

土地台帳等の記載、土地の利用状況からして、四代組が本件各土地に入会権又は総有権を有してきたと認めることができ、1審原告らは四代部落の世帯主である。仮に本件各土地の入会地性が否定されたとしても、本件各土地は四代部落の世帯主の総有に属する土地である。

ア 土地台帳等の記載

本件各土地の土地台帳の地番又は地目欄には「薪炭林」と記載され、その所有者名は、「四代組」と記載されている。これは、明治5年に開始された地租改正事業の際に発行された地

券の記載が、官民区分を経て、明治22年の土地台帳制度に引き継がれたものである。

イ 土地の利用状況

四代部落は、ほとんど平野のない島の入江に存在する部落であり、住民は農地の耕作のみで生計を立てることができず、地下山と呼ばれた入会地の利用によって生計を立ててきた。現在は、薪炭林としてはほとんど利用されていないが、昭和30年代半ばころまで、四代部落の住民は、イリコ、ワカメ、ヒジキ等の海産物を大釜で煮て加工し、これを販売して現金収入を得、その生計を維持していた者もあり、この加工用の燃料として大量の薪を必要としたため、地下山から採取した薪をこれに利用していたし、これら薪を日常の家庭用燃料にも使用していた。なお、本件各土地のような海岸べりに位置する地下山では、崖上から海岸に薪を落とし、これを船に揚げて村まで運ぶといった方法が採られていた。また、本件各土地の植生を調査すると、萌芽樹が随所に観察されるが、これは人間の手による間伐がされたことを表している。

(1 審被告らの主張)

1 審原告らが入会権を有していること、1 審原告 X1、X2 が四代部落の住民であることは否認する。

1 審原告らは、本件各土地の土地台帳の地番又は地目欄に「薪炭林」との記載のあることを根拠とするが、これは、地価を決定するために、山林原野を「用材木」、「薪炭林」、「抹場」、「柴草山」、「萱野山」、「竹林」等に分摸したことに由来するもので、本件各土地に当時薪炭用の入会的な使用収益の実態があったことを明らかにするものではない。この土地台帳の記載からは、それが調製されたときに本件各土地が四代組の財産であり現況が雑木の林であったことを推認しうるに過ぎない。また、公有地の官民区分から入会地であったとはいえない。

入会権は慣習により認められる権利であり、入会権が成立するためには、当該土地について使用収益の慣行及び使用収益に対する団体的規制の存在が不可欠である。しかし、本件各土地の位置、形状などからみると共同で利用、収益することができる土地ではなく、過去において四代区の住民が本件各土地を利用し、収益をあげた事実はない。また、入会団体は存在せず、住民間で本件各土地の利用調整が図られた事実もない。本件土地(1)ないし(3)は、立ち入るには危険を伴う急峻な小島や急傾斜地であり、耕作、薪炭の製造等をして使用収益できる土地ではないこと、本件土地(4)は公図にさえ図示されていない土地であること、1 審原告らは平成9年の末ころに初めて本件各土地が四代区の財産であることを知ったのであって、それまではこの事実を知らなかったこと等からすると、四代区の住民が本件各土地につき入会的な利用を行っていた事実はない。

また、仮に昭和前期まで入会権が存続していたとしても、四代部落住民が本件各土地を入会地として使用収益する実態も団体的規制もなく40年以上が経過しているから、入会権は既に消滅している。

(2) 四代区の性質について

(1 審原告らの主張)

四代組と四代区とは別の組織である。

1 審被告らは、明治24年の区会条例により「四代区」が設置され、本件各土地は四代区の所有となった旨主張するが、上記区会条例は内務大臣によって不認可となり、発効しておらず、財産区としての四代区は成立していない。

(1 審被告らの主張)

町村制の施行に伴い、町村制114条に基づき、町村内の一部が特別に所有する財産を管理する

ため、町村内の一部に区会条例による区会が設置されたときは、旧村に属していた財産の所有権は、区に帰属する。上関村は、明治24年10月、村内各部落が所有する財産等に伴う事務のために、町村制114条に基づく区会条例を制定して村内各部落に区会を設置し、区会は、区有財産の処分等を議決事項としたのであるから、四代組に属していた本件各土地の所有権は四代区に帰属した。したがって、本件各土地に共有の性質を有する入会権が存在することはあり得ない。仮に、上記区会が成立しなかったとしても、四代区は、本件各土地のほか多数の山林等の財産を有していたから、町村制施行により、財産区として、本件各土地を所有するに至った。【2】

(3) 本件各土地の処分権限について

(1 審原告らの主張)

本件各土地が入会地であるにせよ、四代部落の世帯主の総有に属するにせよ、その処分行為は、権利者全員の同意が必要であるが、1 審原告らは、本件交換契約に同意をしていない。

(1 審被告らの主張)

上関村は、明治24年10月、村内各部落に区会を設置したのであるから、本件各土地の所有権は区に帰属した。したがって、区会設置後も本件各土地が四代組構成員が総有する土地であったという1 審原告らの主張は成り立たない。

四代区的意思決定機関である役員会は、区常会において選挙で選出される区長、副区長と各小区ごとの選挙で選出される役員とで構成され、四代区所有財産の管理、処分も含めて、これを決定、処理した上、区常会に報告している。以上のような組織及び運営の実態からみると、四代区は権利能力なき社団であるから、四代区の所有する本件各土地の処分は、権利能力なき社団内の規制によることになる。したがって、本件交換契約は有効である。【3】

(4) 入会権、総有権を有する者が単独で保存行為として所有権移転登記の抹消登記手続を求めることができるか。

(1 審原告らの主張)

入会権、総有権を有する者は、当該共有地について不実の登記を有する者に対して民法252条但書により保存行為として、単独で、その登記の抹消を請求することができる。

(1 審被告らの主張)

入会部落の個々の構成員は、入会権の管理処分については入会部落の一員として参与する資格を有するだけで、共有におけるような持分権又はこれに類する権限を有さないから、構成員各自において保存行為と称して入会権自体に対する妨害排除としての抹消登記を請求することはできない。

(5) 入会権の主張の権利濫用該当性について

(1 審被告らの主張)

1 審原告らは、四代区の約100世帯のうちの4名であるが、本件各土地で薪採取利用をしたこともないのに、近年になって四代区所有地であることを知り、これを奇貨として、1 審被告中国電力が計画している原子力発電所建設を妨害することを目的として入会権を主張しているものであり、明らかに権利の濫用である。

(1 審原告らの主張)

原子力発電所建設に反対することは、建設による自然環境の破壊を防ぐことになるし、原子力発電所が稼働すると事故や環境汚染等の危険があり、もっとも影響を受ける祝島の住民のことも考えると、四代区の中では少数派であっても、1 審原告らの入会権の行使が権利濫用となることはない。

第3 当裁判所の判断

1 入会権の成否

(1) はじめに

土地について入会権の成立を認定するためには、当該土地に対する入会的使用収益の事実とその内部規律とが必要と解されるので、以下その点について検討する。

(2) 入会的使用収益の慣行について

本件各土地には、四代組又は四代区による入会的使用収益の慣行が認められることは、次のとおりである。【4】

ア 土地台帳、登記簿の記載

証拠<略>及び弁論の全趣旨によれば、明治22年ころから25年ころにかけて作製された土地台帳において、本件土地(3)は「四代組」の、本件土地(1)、(2)、(4)はいずれも「四代組惣代福永平石工門」の所有とされ、その地番欄又は地目欄には「薪炭林」と記載されていること、その後、本件各土地の登記簿の表題部の所有者欄に「四代組」、地目欄に「山林」又は「保安林」と記載された事実を認定することができ、それが部落の所有とされていたこと、その用途が薪炭林とされていたことからすると、明治22年ころから25年ころにかけては本件各土地について、四代部落住民の入会的使用収益の慣行が存在したと推認するのが相当である。以下、補足する。

(ア) 部落の所有

本件各土地の土地台帳、登記簿の所有者欄に四代組の記載がされていたことは当事者間に争いが無い。

この点、1審被告らは、地券大帳のときに四代組の所有であったとは限らないとか、官民区分のときに民有地第1種に編入されたからといって、本件各土地が必ずしも入会地であったとはいえないと主張する。しかし、地券大帳の発行から土地台帳が調製されるまでの期間が短いこと、土地の所在位置が村落から離れていること、当時の漁村での土地取引が活発であったとは思えないことなどを考え併せると、土地所有権の移転があったとか、その用途が変更したとは考えにくく、1審被告らの反論は採用できない。

(イ) 薪炭林 <略>

イ 現実の収益の痕跡

(ア) 幕藩体制下から明治時代初期の土地利用の形態

証拠<略>及び弁論の全趣旨によれば、上関町周辺は、幕藩時代は長州藩の統治下にあったが、藩は公租徴収権を有するだけであったこと、その課税の責任は村に向けられていたこと、一般的に田畑以外のいわゆる里山は部落住民の共同利用の対象とされ、重要な役割を果たしていたこと、その後明治維新政府の成立により近代的土地所有権確立のための努力がされ、地租改正（明治6年）、地券台帳制度、官民区分などの制度が導入されて、入会地の公地への編入が目指され、ときに紛争が発生したが、多く入会地として残存したこと、四代部落周辺で公地への編入を巡っての紛争が起きたことを窺わせる事情はないこと、各事実を認めることができる。これらによれば、四代部落の所有とされた山林は、幕藩時代以降継続して入会地として利用されていた可能性は十分あると認めることができる。

(イ) 昭和30年代ころまでの土地利用

証拠<略>及び弁論の全趣旨によれば、昭和30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(1)ないし(3)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。

1 審被告らは、本件土地(1)ないし(3)が四代部落からは遠い位置に所在する上、急傾斜地であり、このような土地で入会的収益をする者がいたとは考え難い旨主張する。しかし、証拠<略>によれば、本件土地(1)ないし(3)周辺には昭和40年ころに棚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(1)ないし(3)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から、上記1 審被告らの反論は理由がない。

(ウ) 現在に残る植生

また、証拠<略>によれば、本件土地(1)ないし(3)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(1)ないし(3)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うことができる(前記広辞苑の説明にもこれに沿う部分がある)。この点、1 審被告らは、風雪により幹が折れたり、調査段階での伐採により萌芽樹が生じた可能性を主張するが、前掲証拠によれば、本件土地(1)ないし(3)周辺で見られる萌芽樹は枝の分岐する高さが地上約40cm以下の場所にほぼ集中していると認められるのであって、上記補足を覆すものではない。

以上(ア)から(ウ)で検討したところからすれば、明治期から昭和30年代ころまでに、四代部落の住民が、本件土地(1)ないし(3)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。

(3) 入会的使用の内部規律

本件土地(1)ないし(3)に関する入会的使用の内部規律については、原審における1 審原告 X2の「生木は伐ってはいけない、枯れている木なら大きな木でもよい」旨の供述があるだけで、これを裏付ける客観的証拠は乏しいといわなければならない。しかし、100名を超えるものによる集団的利用について、何の規律もなかったとは考えにくく、内容は明確ではないが一定の規律が存在していたと推認するのが相当である。

2 四代区について

(1) 四代区の沿革

四代の集落は長島に存在し、明治21年の町村制の施行により長島は明治22年2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、証拠<略>及び弁論の全趣旨によれば、次の各事実を認めることができ、同認定に反する証拠はない。

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114条)。

イ 上関村でも、財産区を設けるべく、明治24年10月の村会で、区会制度を設け、区会条例を制定した。次のウに述べる内務大臣宛ての許可申請書に付された文書には、区会の設立目的について、「上関村は長島、祝島、八島の三か島を合併し一村となしたるを以て各島(長島を除く)に所有する財産及び営造物あり。又長島の内各部落において特に所有する財産及び営造物あり。随て之に伴う事務あるは言を俟たず。依て該村の請求を容れ区会を設くる所以なり」とされていた。

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125条)。そこで、上関村は、明治24年11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、これらに先だって、上関村では、明治22年5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。昭和63年3月に上関町史編纂委員会が編集し発行された「上関町史」には、明治22年5月から昭和50年までの歴代の四代区区長の氏名が記載されている。【5】

(2) 四代区と四代組の関係

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」とが同一かどうかの問題となる。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【6】その理由は次のとおりである。

ア 「四代区」は、前記(1)のイに記載のとおり、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いえることができる。【7】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1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6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。【8】

イ また、1審原告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存在と理解されてきた。たとえば、1審原告らは、本件訴訟における準備書面において、四代区と四代組の関係について、「伝統的には『四代組』と称されてきたようであるが、いつの頃からか『四代区』とも称されている。四代部落では伝統的な村落共同体と、自治会的な団体とで構成員が一致しているのでその集団としての別異性は特に意識されているものではない。」「本件入会団体は、江戸期以来、今日まで存続してきている四代部落であり、これは実在的総合人である村落共同体を核とし、今日では自治会的機能も兼有するに至った『四代区』でもある。」と主張している（平成12年5月9日付け準備書面）。さらに、乙5、6によれば、かつて四代部落が保有する通称大久保山が元区長の名義であったことから、その個人財産と区別するために提起された仮処分申請書には、「こうした慣行上形成された各部落は一つの行政単位と捉えられ、各地区に区長がおかれてきた（なお現在、各区長は議会選出ではなく各部落の常会で選出されている）。」「四代部落の世帯を構成員とする四代区または四代地区という名称の自治会が構成され、役員として区長、副区長等が選任されてその運営にあっている。」「大久保山は『四代区』とも表記されており、こうした呼称からしても四代部落住民の共有の山であることが明確に示されている。」との記載があることが認められる。

ウ 弁論の全趣旨によれば、四代区と四代組はいずれも四代部落の住民を構成員とし（ただし、各戸の世帯主を構成員とした）、その範囲は一致すると認められるし、また、四代区とは別に、四代組という団体が存在することを窺わせる証拠はない。【9】さらに、四代区が四代組名義の本件各土地の固定資産税を納付していたことは前判示のとおりであるのに対し、「四代組」が納税していたと認めるに足りる証拠はない。

エ 乙54、56によれば、明治時代の上関村村議会で、「四代区有」財産の処分に関し議決がされた事実を認めることができるし、また、＜証拠略＞によれば、平成8年2月26日付けで作成された契約書には、売主は「四代組」となっているが、その印影には「四代区長」の印が押捺されている事実を認めることができる。【10】

(3) 財産区について

四代区が内務大臣の許可が得られなかったため公法人としての財産区とならなかったことは前に説示したとおりであるが、以下の事実によれば、四代区は財産区でないし、上関町からも財産区として扱われていないと認めることができる。【11】

ア 財産区は、市町村の一部である。四代区は、その規約によれば、区域内の住民相互の連絡等の地域的な共同活動を行うことにより、良好な地域社会の維持及び形成に資することを目的としており、町の一部ではないから、財産区には当たらない。【12】

イ 財産区は市町村とは別の独立の法人格を有し、その名で登記名義人となりうるので、本件各土地を1審被告 Y1 名義に所有権保存登記するまでもなく、四代区名で登記すれば済むものに、同被告はそのような手続をしていない。

ウ 財産区であれば固定資産税は課税除外となるが（地方税法348条1項）、本件各土地には課税されている。これは上関町が四代区を財産区と扱っていないことを示している。

エ 本件各土地を1審被告 Y1 名義に所有権保存登記するに際し、昭和22年政令第15号により四代区が上関町に帰属したものでない旨の上関町長の証明書を添付して登記申請している。

オ 山口県内の財産区は、山口市宮野財産区と柳井市伊保庄財産区の2箇所しかないとされている（甲82）。

(4) 以上に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24年10月ころに、四代部落の住民団体として権利能力のない社団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。【13】

3 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1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。【14】

(2) 四代区成立後の所有権

四代区は明治24年10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2で判示したとおりである。また、証拠<略>によれば、明治40年4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2年2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44年には四代組名義の土地を山口県に、平成8年2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。【15】

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。【16】

(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。【17】

(4) 入会権の消滅

1 審被告らは、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に既に40年以上が経過しているから、入会権は既に消滅した旨主張する。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うべきであり【18】、1 審被告らの主張は、この地役の性質を有する入会権の消滅時効を援用する【19】点では理由があるというべきである。そして、弁論の全趣旨によれば、本件土地(1)ないし(3)については、昭和30年代までは入会の慣行があったと認めることができるものの、昭和40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るし、本件土地(4)は所在さえ明らかでないから、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うべきである。【20】

(5) そうすると、本件各土地について入会権は現在では消滅しているから、入会権を根拠とする1 審原告らの請求はいずれも理由がない。

4 本件交換契約の有効性

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。

【21】

四代組名義の土地を平成8年2月に道路用地として上関町に売却したときは、役員会の決議に基づいて実行したことを認めることができ（乙12、25ないし27、原審における1 審被告 Y1）、それ以前の譲渡においても住民全員の同意を得てなされたことを窺わせる証拠はなく、四代区所有の財産を処分するには役員会の決議によることが慣行であったと認められる。そして、本件各土地を1 審被告中国電力と交換するについては、四代区の代表者である1 審被告 Y1が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を締結したのであるから<証拠略>、本件交換契約は有効であるといわなければならない。【22】

なお、証拠<略>及び弁論の全趣旨によれば、かつて昭和30年代に、四代区有の天田島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ことが認められる。しかし、証拠<略>及び弁論の全趣旨によれば、天田島の開発計画が実現しなかったのは、多くの住民が反対したという理由によると認められるのであって、前記認定を妨げるものではない。【23】

5 結論

以上のとおり、1 審原告らの請求はすべて理由がないから、原判決のうち1 審原告らの請求を認容した部分は失当であり、棄却した部分は相当である。よって、1 審被告らの控訴に基づき、1 審被告らが敗訴した部分（原判決主文第1項、第2項）を取り消したうえ、取消部分につき1 審原告らの請求を棄却し、1 審原告らの請求を棄却した部分の原判決は相当であるから、1 審原告らの控訴を棄却することとし、主文のとおり判決する。』

4. 両判決の比較

本件訴訟は、係争地が共有入会地であるか否か、係争地の交換契約が有効か無効か、移転登記抹消登記請求の可否、妨害排除請求の可否を中心に争われたもので、要約すれば、1 審判決は、共有入会権の確認、総有権確認、移転登記抹消登記手続の各請求については

不適法として訴えを却下しつつも、入会権者が個々に有する使用収益権に基づく妨害排除請求のうち立木伐採、現状変更禁止については認容した。これに対して控訴審判決は、原判決を取消し、共有入会権は地役入会権へ転化したのち時効消滅し、交換契約は四代区の慣行に従ったもので有効であると判断した。

争点ごとにみていくと、固有必要的共同訴訟に関しては、1審では従来の判例理論に従い、1審原告の入会権そのものに基く各請求は固有必要的共同訴訟であり、権利者中の一部の者による訴えは不適法であるとして却下したが、控訴審では、1審原告が控訴にあたり、入会権の確認については不服申し立てをせず、移転登記抹消手続請求に絞って不服申し立てをなしたこともあり、この点はとくに争点とはならず、入会権の存否を含めて内容に立ち入って判断がなされている。

入会権の性質については、1審判決が、下線部①において、四代部落の住民が遅くとも明治10年代前半の頃共有入会権を原始的に取得し、このような利用実態が昭和30年代頃まで続いたと推認されるとしているのに対して、控訴審判決は、下線部【16】【17】のように、四代区が成立したのにもない、以後、入会地盤の所有権はこの四代区に移り、従来の共有の性質を有する入会権（263条）は共有の性質を有しない入会権（294条）に変じたとしている。

また、入会権の消滅については、1審判決が下線部④のように、「入会権が解体したものと認めるかどうかは、入会地の使用収益等につき単なる共有関係を超えた入会団体の統制が存在するか否か、具体的には、部落民たる資格の得喪と使用収益権の得喪が結びついているか、使用収益権の譲渡が許されているのか等の諸事情により判断すべきである。」という入会権の解体消滅の判断基準を示した上で、「現在においても、本件各土地については持分譲渡が否定され、他所へ転出すればその共同所有権を喪失するとされているものと認められ、四代部落構成員たる資格の得喪が本件各土地の管理権、使用収益権の得喪と結びついているといえる。したがって、四代部落構成員の本件各土地に対する共同所有関係は、未だ入会権（総有）としての性格を失っていないというべきである。」として共有入会権は消滅することなく存続しているとしたのに対して、控訴審判決は、解体消滅の法理にはよらず、下線部【18】【19】【20】のように、「地役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うべきであり」として、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るとして、地役入会権は時効により消滅したと判示している。

入会権に基く妨害排除請求については、1審判決が下線部⑤のように、「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、原告らの上記権能を現実に侵害する行為に該当するので、原告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。」として、その一部を認容したのに対して、控訴審判決は、入会権が消滅したとしている関係上、これらを認めていない。

1審判決が判断を避けた移転登記の抹消登記手続請求の前提としての交換契約の有効無効の問題については、【21】【22】のように、「四代区所有の財産を処分するには役員会の決議によることが慣行であったと認められる。そして、本件各土地を1審被告中国電力と交換するについては、四代区の代表者である1審被告 Y1 が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を締結したのであるから、本件交換契約は有効である」と判示している。

このように控訴審判決は1審判決と多くの部分で判断を異にし、結論的には1審被告の逆転勝訴というべき内容になっている。しかし、1審判決が従来判例理論にしたがって結論を導いていると考えられるのに対して（固有必要的共同訴訟であることを理由に訴えの門前払いをしている点は疑問であるが⁸⁾）、控訴審判決は従来判例とも学説とも異なる独自の見解に立ってその結論を導いており、非常に問題の多い判決である。そこで以下では、控訴審判決の疑問点を指摘しておきたい。

5. 控訴審判決の疑問点

ここでは控訴審判決の疑問点を、(1)共有入会権から地役入会権への転化について、(2)地役入会権の時効消滅、(3)役員会の決定による交換契約の有効性について、(4)入会権の消滅と固有必要的共同訴訟、に分けて示したいと思う。

(1) 共有入会権から地役入会権への転化

1) 判決の疑問点

下線部【14】において控訴審判決は、「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」と認めている。入会権者たる資格は集団の構成員として認められることによって得られ、その権利は集団の統制の下に行使されるものであるから、そこに入会権者を束ねその総意を実現する組織＝入会集団（団体）というものを観念することは必要であろう。この団体を土地台帳上の所有者として記載されている四代組として議論の出発点とすることには賛成である。ところが、控訴審判決においては、四代組がその後どうなったかについては判然とししない。下線部【9】において、「四代区とは別に四代組という団体が存在すること窺わせる証拠はない」としていることからすれば、1審原告の主張するように、四代組が四代区と呼ばれるようになったという主張を認めているかのようでもあるが、そうであるならば、地盤所有権と入会権が同一の団体に帰属することになり、共有入会権が地役入会権に変じるということはないから（控訴審判決の結論と矛盾することになるから）、この点は否定しているのであろう。しかし、控訴審判決がいうように、四代区成立後は四代区に地盤所有権が帰属し四代部落住民の入会権は地役入会権に変じたというのであれば、従前に入会集団たる四代組は依然、地役入会集団として存続しているものと考えられるが、以後、入会権の主体としては「四代部落住民」が出てくるだけで「四代組」は判決文には登場してこない。共有入会権であったときにはその主体として四代組という入会集団が存在しながら、地役入会権に変われば、部落住民個人が入会権を有しているだけで権利主体たる団体は消滅したというのであろうか。実に釈然としぬ説示である。ここには控訴審判決の論理構成上の矛盾、すなわち、共有入会権が地役入会権に転化したというためには、四代組が四代区と名を変えて今日まで存続してきたことを否定せざるを得ない一方で、四代組なる集団がその後存在していた事実はないので、その存在も否定せざるを得ず、結果的に四代組が宙に浮いてしまうという矛盾を指摘できよう。

また下線部【17】において、控訴審判決は「入会権」とせず、「入会収益権」としているが、これは個々の入会権者には管理処分権はなく、使用収益権しかないという判例理論

に由来するものとも思われるが、では、集団権としての入会権はどこに帰属するというのであろうか。本件ではまさに団体としての入会権の帰属が問題となっているのであり、この点をあいまいにしては議論が進まないと思われるが、控訴審判決はこの点をあえてあいまいにぼかしているように思われる。

入会権の使用収益の慣行について、控訴審判決が、下線部【4】において「四代組又は四代区による入会的使用収益の慣行が認められる」としているのは意外である。四代組はともかく、四代区についてこれを認めるということは、四代区が入会集団であることを前提としていることになるのではなからうか。そうであれば、四代区は入会地盤を所有しているというのであるから、それはすなわち四代区は共有入会権を有しているということになろう。それにもかかわらず控訴審判決が、地盤所有権は四代区に帰属し、従来の入会権は共有入会権から地役入会権に転じたとすることには、論理的矛盾があると思われる。

次に、下線部【6】において、四代区と四代組の関係について言及し、そこでは、「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る」として、その理由が後に【7】【8】【9】において述べられているのであるが、いささか理解しにくいところがある。まず、奇異に感じられるのは、「地縁で結ばれた団体である点で同一」という表現であり、四代組＝四代区とは必ずしも明言してはいない点である。理由の一つとして挙げられる下線部【9】のように、構成員が同一であり、四代区成立以後に四代組が存在した事実は窺えないと認定するのであれば、1審原告が主張しているように、四代組が四代区と名称を改めたもの、となるものと思われるが、その点については否定しているようなのである。これは、四代組と四代区が同一のものであるならば、地盤所有権のみが四代組から四代区へ移転するといういわれはなく、四代組が有していた共有入会権はそのまま四代区に継承されたことになってしまうので、それを避けたいがためなのか、微妙な言い回しである。しかし、前述したように、下線部【4】で「四代組および四代区の入会的使用収益の慣行」といっているのであるから、四代区を、四代組の延長線上にある入会集団と認めるほかはないであろう。そして、そう考えなければ、それまで共有入会集団として存在し、(控訴審判決によれば四代区設置以後は地役入会権に変じたとされる入会権の権利主体たる)四代組がどこへ消えたのか説明できなくなってしまうであろう。

下線部【7】では、四代区が成立したことにより、四代部落の保有していた財産が四代区の財産となったと述べ、下線部【16】でも、設立目的、四代区がその財産を処分してきたという事実、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、地盤所有権および管理処分権能が四代区に帰属したとしているが、これは、上関村が設置した公法人たる財産区の論理を任意団体である権利能力なき社団にあてはめるもので、このような解釈が認められるものとは思われない。これが認められるのであれば、市町村が地域住民に自治会を作らせた場合、それまでの共有入会地の地盤所有権は当然に自治会に移転するということになってしまうであろう。たしかに、町村制114条はいわゆる部落有林野を町村の管理下におくことを目的としたものであるが(それゆえ仮にもし財産区が成立していたとすれば、1審判決の下線部②のような所有権帰属の論理も考えられようが)、上関村の制定した区会条例は内務大臣の許可が得られなかったことにより発効することなく、かつ現実にも財産区として取り扱われたという実態もないから、結局、区会の設置は、

財産区としての効果を生じることにはなかつたものと考えられる。そのことは、控訴審判決も後述下線部【11】において認定しているところである。それにもかかわらず控訴審判決は、この四代区の設立によってそれまで四代組の所有とされていた入会地盤の所有権が（入会権とは分離して）四代区に移転したと判示するのであるが、なにゆえにそういう結論が導かれるのが理解できないところである。この点については1審判決下線部③のように、「四代部落において財産区は成立しなかつたのであり、したがって、本件各土地の所有権が財産区に帰属したことはなかつたといえる。」（すなわち従来の権利関係に何ら変動は認められない）とみるべきであろう。

下線部【8】では、区会条例における四代区の目的を引用して、四代区が財産の所有管理を目的とする団体であることを述べ、また、「現に四代区は財産を保有していたと認められる。」という点から、それはすなわち、「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。」としているのであるが、この論理はあまりにも強引であろう。控訴審判決は、明治24年に設置された四代区と現在の四代区が同一のものであるという前提に立つものと思われるが、一種の公法人たる財産区がどのようにして権利能力なき社団たる四代区にその性質を変じたのかをまず説明する必要がある。また、控訴審判決は、いかにも四代区が財産区であり、したがって地盤所有権を有するに至ったというような論理を展開しておきながら、一転、下線部【12】においては、四代区（自治会）規約を引用して財産区ではないことを述べるもので、控訴審判決の論理には、入会団体たる四代区と財産区たる四代区と自治会たる四代区について、意図的とさえ思われるような混乱があるように思われる。

下線部【5】について、たしかに、「上関町史」には明治22年から昭和50年までの区長名が記されているが、上関村が任命した区長と、四代区住民自らが選任した区長を同列にしている点で問題がある。この『上関町史』の編纂者は、区会条例が内務大臣の許可を得られなかったことについては言及しておらず、そのことに気づかず記述したものと思われる。従ってこの記載はその点を割り引いて考えるべきであろう。なお、上関村が区長を任命していた当時は、区長のほかに区長代理も置かれており、この区長代理は四代区住民が自ら選出するものとされていたが、その記載はない。もしあれば、その中に土地台帳の所有者欄に記載のある「四代組惣代福永平石工門」の名も出てきたかもしれない。そうであれば、四代区の行政の補助機関たる側面と、入会団体としての側面が明らかになったものと思われる。

下線部【13】において、控訴審判決は明治24年10月に四代区が成立したとしているが、前述のように『上関町史』に明治22年5月から昭和50年までの歴代の四代区区長の氏名が記載されていることからすれば、四代区は、控訴審判決のいうような明治24年10月ではなく、まず明治22年5月頃の村会の決定に基き、行政の補助機関として置かれ、かつ、区長が任命されたものであると考えられる。

この四代区の誕生について、控訴審判決は、前記【7】にもみられるように、四代区が成立したと述べ、上関村が設置したという表現を避けているが、この表現では、四代区住民が自ら明治24年10月に四代区という権利能力なき社団を組織したというように受け止められるが、四代部落住民をしてそれまでの入会団体たる四代組のほかにあえて四代区を自ら設立しなければならないという理由はなく、またそのような記録も残っていないから、四

代住民自ら権利能力なき社団たる四代区を成立させたとみることは困難であり、四代区を設置したのはやはり上関村であるとみるべきであろう。控訴審判決が、あくまでも区会条例が成立した明治24年10月頃に四代区という権利能力なき社団が有効に成立したと認定するのであれば、いつ誰が設立し、誰が構成員なのかという点を明らかにすべきであろう。いずれにしても、共有入会権から地役入会権への転化を認める控訴審判決の論旨はきわめて不明瞭である。

2) 補論

以上の疑問点に加えて、本件で問題となっている点について若干補足しておきたい。

① 四代組

四代組とは、地名の「四代」に「組」がついたものであるが、組についてはとくに法制上の位置づけはなされていない。ただ、地租改正当時、村持山の地券上の表示について、地租改正事務局明治9年7月13日指令（岐阜県）によると、「共有地は権利者各自の氏名を記入するのが当然であるが、旧部落共有地で数十人共有のような大人数では、券状台帳にいちいち記入できないものは、券状台帳書式として何村ノ内何組（旧部落限）と認めたい。」との伺いに対して、「伺ノ通」と回答しており⁹⁾、山口県での部落有林の名義に何組とあるのはこの指令に準拠しているとみられる。もっとも、「組」という呼称がかつて当該地域で用いられた形跡がなく、町村制施行以後、たとえば、「○○区」というように呼ばれていたものだとすれば、「○○組」という土地台帳上の記載（ちなみに「四代組」という名称は土地台帳と部落有林野の関係資料（「明治32年山林原野取調一件」）に記録が残るだけで、四代部落住民がその部落組織を四代組と自ら称していたという記録はない）は、登記の上での便宜的な名称として用いられたものと考えられ¹⁰⁾、すなわち、四代組の場合、所有者の表示上、部落住民共有という意味で用いられているのではないかと考えられる。

② 四代区

町村制（明治21年4月17日・法1号）が施行されたのが明治22年4月1日であり、上関村で、区長制度を採ることを決定したのは明治22年5月の村議会であるが、その根拠となったのは町村制64条であると考えられる。

この点につき参考になる判決として福島地裁会津若松支判昭和35年3月16日（同32年（ワ）45号、同33年（ワ）66号（＝最判昭和42年3月17日の第1審判決）戦後入会判決集第1巻135頁（信山社、2004））があり、それによれば、「同法第64条第1項は『町村ノ区域広濶ナルトキ又ハ人口稠密ナルトキハ処務便宜ノ為メ町村会ノ議決ニ依リ之ヲ数区二分チ毎区区長及其代理者各1名ヲ置クコトヲ得』と規定し、同条第3項は区長およびその代理者は同法第114条による区会の設置された区においては当該区会において選挙するものとして、町村長の事務を補助執行する町村の機関（第73条）としての区長の設置を認め、他方第114条は第64条の区または町村内の一部が特別に財産を所有しもしくは営造物を設けその一区限り特に費用を負担するときは郡参事会は町村会の意見を聞き条例をもつて財産および営造物に関する事務のため区会を設置しうることを規定し、第115条はみぎの事務の管理は町村長が町村の行政に関する規則により行なうことを定め、同法附則第220条は郡参事会を開設するまでの間郡長が郡参事会の職務を代行することを規定したが<以下略>」とあり、このように、○○区という場合に、「行政事務処理のための区割り」と区長任命制（町村制64条）と「財産区」としての区（同114条）の二種類があると考えられる。この後者

の財産区の背景にあるのは、いわゆる部落有林野とされる山林原野は地域の財産であり、公共経済に寄与する公有財産であり、それは本来、市町村財産に含まれるべきものであるという考え方であり（この地盤公有概念は入会公権論につながる）、財産区というのは、合併により新市町村の一部となり、またはそれ以前から町村の一部地域の財産とされていた山林原野等については、新市町村または全町村の財産とするのは当該地域のこれまでの既得権益を奪うこととなりしのでないのびないで関係地区限りの財産として利益を享受できるように、区会を設置して管理させ、利用収益させようとしたものである（もっとも実際には、いわゆる村持ちの入会地を町村有地として取り込む意図であったことはつとに指摘されているところである）。

上関村が合併により誕生した明治22年4月頃については、1審判決を引用すれば、「町村制の施行に伴い、上関地方においては、長島・祝島・八島の三島を合併して上関村とされ、室津村はそのまま室津村とされた。熊毛郡参事会は、上関村の意見を聞き、明治24年、『上関村大字祝島・八島並大字長島各部落、上関、戸津、蒲井、四代、白井田ニ所有スル財産及営造物ニ関スル事務ノ為メ各大字各部落ニ区会ヲ設ク』事とする区会条例を制定し、内務大臣にこれの認可を上申した。しかし、『特別区会ヲ設ケ部落限り財産ヲ処理スルノ必要ヲ発見スル能ハス』との理由で、この条例設置申請は許可されなかった」とされる。これを併せて考えるに四代部落のある長島には他に上関、戸津、蒲井、白井田の各部落があり、これらの集落は点在する形であったので、明治22年5月の村会の決定を受けて区割りが行われ、行政の補助機関として区長が任命されたと考えられる。そして、明治24年10月の村会の制定した区会条例に基き財産区としての取扱いがなされようとしたが、この区会条例が不許可となったために、財産区としての取扱いを断念し、ただ、行政の補助機関としての区制度と区長が形式的に残ったものと考えられる。

③四代組と四代区

町村制施行はそれまでの村、部落を根幹から改編するもので、四代部落も区・区長制度の影響を受けて、四代部落は共有入会集団という実態の上に、区長という行政の補助機関を有することになり、これ以後、四代区と称するようになったと考えられる。そして、明治24年10月の村会において区会条例を制定し、上関村は村内にあるいくつかのいわゆる部落有林野を財産区としてその管理下に置こうとしたが、区会条例が内務大臣の許可を得られなかったことにより、財産区としての取扱いの根拠は失われ、一時的には財産区としての取扱いがなされた可能性もあるものの、遅くとも上関村が区長を任命することをやめた頃には完全にこれを断念するに至ったものと考えられ、四代部落は四代区設置以前の状態に復帰したものと考えられる。すなわち四代部落は、行政の補助機関としての区長を擁しながらその実態は共有入会集団として、区会設置以前の四代組と地域も構成員も同じくし法的にも同一の存在として、その頃から四代区と呼ばれるようになり、これが今日まで続いているものと考えられる。

この点、控訴審判決は、明治24年10月の区会制度の下の区会がそのまま今日まで存在してきたとしているようであるが、現在の四代区は財産区のような公設の組織ではなく、区長ほか役員も住民自ら選任しており、区会条例とは異なる入会慣習規約に則りその財産を管理収益する団体であり、四代組と同じく共有入会集団である。仮にもし明治24年10月に設置された四代区がそのまま存続してきたものであるとするならば、明治43年からの部落

有林野統一政策の影響を免れることはできなかつたであろうし、今日では地方自治法上の財産区となっているものと考えられる。

補足すれば、1審原告が、四代組と四代区は同一のものであるというときの四代区は、今日における四代区であり、これは、たんに四代組が名称を変えたものと捉えているからである。また、四代組と四代区とは別物であるというときの四代区とは、区会制度上（財産区）の四代区のことであり、これと、入会集団たる四代組とは別個の存在であるという意味である。それが、1審原告の原審での、「伝統的には『四代組』と称されてきたようであるが、いつの頃からか『四代区』とも称されている。四代部落では伝統的な村落共同体と、自治会的な団体とで構成員が一致しているのでその集団としての別異性は特に意識されているものではない。」および「本件入会団体は、江戸期以来、今日まで存続してきている四代部落であり、これは実在的総合人である村落共同体を核とし、今日では自治会的機能も兼有するに至った『四代区』でもある。」（平成12年5月9日付け準備書面）という主張にもなっているのである。つまり四代区にも二つあり、現在の四代区は、設置主体からしても、上関村が明治22年5月に置いた区（および区長）とも、明治24年10月頃に企図されながらも挫折した財産区たる四代区とも異なる存在であり、むしろ、それまでの四代組が、区制度の影響を受けて四代区と称するようになったものと考えられる。

④共有入会権から地役入会権への転化

入会権は、地盤所有権の取得と喪失によりその性質を転じる。すなわち、従来、共有入会権であったものが、その地盤所有権を譲渡することにより地役入会権に転化し、逆に、地役入会権であったものが、その地盤所有権を取得することにより共有入会権に転化する。前者の例としては、部落有林野統一政策に応じて市町村へ共有入会地の地盤所有権を寄付する等があり、このように地盤所有権を寄付した場合、入会権は当然に消滅するものではなく、入会権の消滅について全員の同意がある場合には消滅するが、その同意がみられない場合には、入会権を留保したものとして、入会権はそれまでの共有入会権から地役入会権に転化して存続するものと考えられる。逆に、後者の例としては、入会集団がそれまでも入会利用をしていた土地を払下等により取得する場合がある。この場合に、地役入会権と地盤所有権という二つの権利を有することになるのではなく、従来の地役入会権は共有入会権に性質を転じるのである。わが国で共有入会権が多く生まれるに至った原因はここにあるものと考えられる。

以上は地盤所有権が法律行為により移転した場合であるが、これに対して町村制114条のいわゆる財産区の成立にともなう地盤所有権の帰属については問題がある。1審判決は下線部②において、「旧市町村の一部の部落は私的団体であって、その所有する財産が市町村の合併によって新市町村に帰属することはなく、従前の私的所有形態がそのまま継続するのが原則であるが、同条は、これを前提とした上で、この場合についても、郡参事は条例により当該部落に財産の管理事務のため区会又は区総会を設置する事ができると規定したのである。……このような場合には、区会条例が制定され、この制定に関する内務大臣の許可を受けて当該部落に区会または区総会が設置されたときにはじめて、公法人としての財産区が成立し、当該部落に帰属していた財産の所有権が、住民集団に総有的に帰属していたものも含めて、当該財産区に帰属すると解するのが相当である。」と述べているが、これは民法成立前に施行された市制・町村制が、部落有財産＝公有財産という考え

に立っているからで、その後の入会公権・私権論の対立をふまえた今日における解釈としてはいかにも苦しいものであり、渡辺洋三教授の、「慣習を法源とする入会権の裁判において、慣習と沿革を重視し、詳細な慣習事実の認定を基礎にした諸判決は、部落有財産を入会財産として把握する正しい結論に達しているのに対し、これを財産区財産として把握する諸判決は、慣習と沿革の実態把握をおろそかにし、政府の政策に無批判にしたがい、あるいは概念法学的観念論ないし形式論で簡単に割り切って、入会権の実体を正しく反映しない結果となっている、といえるであろう。」との批判が当たるであろう¹¹⁾。

3)小括

控訴審判決は、明治24年10月頃権利能力なき社団たる四代区が成立し、これによって従来四代組の所有であった入会地盤が四代区に帰属したとしている。しかし、なぜ、四代組の所有（すなわち共有入会権）であったものが、四代区に所有権が移転するものかは説示していない（もっとも、正確には判決は、「移転した」ではなく「帰属した」としているが）。一般論として、ある団体からある団体へ所有権が移転したというならば、そこに何らかの法律上の原因（および、入会権においては一般にはそれについての入会権者全員の同意）がなければならぬと思われるが、それが本件では何なのかについて、また、共有入会権という権利のうちなぜ地盤所有権だけが切り離されて移転するのか、という点について控訴審判決は何ら説示するところがないのである。もっとも、このような論理は、1審判決が下線部②において述べるように、旧財産区¹²⁾の解釈として一部にみられるが¹³⁾、少なくとも財産区でない以上（控訴審判決は四代区を権利能力なき社団であるとしている）、このような解釈はとり得ないはずである。にもかかわらず、控訴審判決は、同様な論理をもって、従来入会集団たる四代組から権利能力なき社団たる四代区への入会地盤の所有権の移転を認めており、不可解というほかない。

町村制施行以前において、四代部落はその有する山林等につき民有第2種の地券の交付を受け、共有入会集団（四代組）として存在していたが、町村制施行以後、上関村はこれを上関村の基本財産として組み入れるために、第一段階として、町村制64条、114条により、区および区長制度を敷き、上関村により四代部落には四代区という区割りが与えられ、上関村の任命した区長が行政の補助機関として置かれ、区長代理には従来の四代部落の代表者を当てた。ところが、第二段階として、区会制度の根拠となるべく区会条例を明治24年10月頃制定したところ、これが内務大臣の許可が得られなかったために、法的に効力のないものとなり、64条の区長制度は残ったものの、114条の区会（＝財産区）は設置の時に遡り無効となった。もっとも、区会条例が制定されなくても財産区として維持されてきた例もなくはないが、四代の場合は継続的に上関村議会の会計報告にあがったことはなく、財産区たる実態はなかったものといえる。

結局、上関村では、町村制第114条に基き財産区として管理すべく区会制度を設けたが、区会条例が内務大臣の許可を得ることができなかったために、この財産区の構想自体を断念せざるを得なかったものであるから、従来の権利関係（四代組の共有入会権）に何ら変化を来すいわれはないといわざるを得ない（1審判決はそのように解している＝下線部③）。また、財産区としての四代区は不成立に終わったが権利能力なき社団としての四代区が残ったという構成も、上関村が設置しようとした以外に住民自らが任意団体としての四代区を設立したという事実もないから、無理であろうし、そもそもこの場合には地盤所

有権のみが移転するという説明がつかなくなるであろう。

控訴審判決のいうように、かつての四代部落住民（＝四代組）の共有入会権が、明治24年10月頃、地盤所有権のみは四代区に移り、地役入会権に転化したとするのであれば、四代区とは別に四代組が少なくとも（控訴審判決が使用収益がなくなったという）昭和50年頃までは併存していたということになると考えられるが、四代組という存在がその時代まで存在したという記録はなく、他方、財産区たる上関村の設置した四代区は不成立に帰したこと、および、四代組の構成員であった者はすべて四代区の構成員となっているものと考えられるから、結局、両団体は同一のもの、たんに四代組が四代区に名称を変えただけとみるのが自然であり、そのようにみれば、地盤所有権のみ四代区に帰属するということはあり得ず、したがって共有入会権は地役入会権に転化することなく、四代組と同一性を有する四代区にそのまま継承されたものとみるべきであろう。

以上のように、かつて共有入会権であったものが、地役入会権に転化すべき法律上の原因があったものとは認められないから、かつては四代組、現在では四代区と称する団体が、明治24年10月頃の区会条例をめぐる混乱はあるものの、依然今日まで共有入会権を有してきたものと考えられる。控訴審判決は、従来の判例のみならず学説にも依拠しない独自の見解を振り回し共有入会権から地役入会権への転化を導くもので、容認できないものである。

(2) 地役入会権の時効消滅

この点については、(1)で述べたように、明治24年10月以降も四代組から四代区に継承された入会権は共有入会権のまま存続してきたとすればもはや論じる必要もないが、控訴審判決が「地役入会権は時効によって消滅する」と明示している点は従来の判例にはない判断ということができ、この点について入会権の研究者の間では驚きをもって受けとめられているので言及しておきたい。

1) 判決の疑問点

控訴審判決は、下線部【18】において、地役入会権（民法294条）は地役権の法理に従い、消滅時効の法理に服すると述べるが、地役入会権を地役権と同視するこのような論理はいったいどこから導かれるものであろうか。1審判決は下線部④において、解体消滅の法理に従って入会権の消滅のいかんを判断しており（結論としては解体消滅はしてないとする）、この考えが最判昭和42年3月17日をはじめとする従来の判例の考え方であり、控訴審判決がこれによらず新たな基準によるのであれば、それなりの理由付けが必要であろう。

控訴審判決は、下線部【19】において、1審被告の主張を消滅時効の援用とみているが、1審被告は、明示的に地役権の消滅時効として入会権の消滅を主張しているものではなく、たんに本件各土地を入会地として使用収益せずすでに40年以上が経過しているから入会権はすでに消滅した旨主張しているものであり、地役権の消滅時効として主張されているものでも債権や所有権以外の財産権の消滅時効として主張されているものでもない（起算点を明示していないことからすればやはり解体消滅の法理による主張と考えられる）。それが、なにゆえ当然に消滅時効の援用ということになるのであろうか。裁判は当事者の主張に基づいてなされるべきであり、時効の効果は援用があってはじめて認められるもの（民法145条）であるから（それは相手方に攻撃防御の機会を与えるためのものでもあるから）、援用があるというためには、明示的に時効を援用するか、あるいは裁判所は1審被告に釈明を求

めるなりして、少なくとも相手方の攻撃防御が取れる程度に明確に主張されることが必要ではあるまいか。1審原告は、裁判所のそのような意図を知り得ないまま結審を迎えているのである。

控訴審判決は結論として、下線部【20】に述べるように四代部落住民の地役入会権の時効消滅を認めるものであるが、その根拠条文はいずれであろうか。また、その起算点はいつなのであるか。そしてその間、時効の中断はなかったということなのであるか。時効の要件を充たすか否かは、通常、起算点をもとに考えられるが、控訴審判決はごくあいまいに「遅くとも昭和50年ころには」としているのみで、時効の要件に照らして論じているものとはいいがたい。地役権の法理に従えば、このように漠然とした要件の具備でも消滅時効は完成するものなのであるか、おおいに疑問の残るところである。

2) 補論

① 入会権の消滅原因

一般に、入会権の消滅の理由としてあげられるのは、①土地の滅失、②公用徴収、③収益不能、④入会的規制の消滅、⑤権利の放棄、⑥入会林野整備事業による権利の近代化、であり、そのうち、①-④は事実行為であり、⑤⑥は入会権者の意思により入会権を消滅させる場合であるとされる¹⁴⁾。いわゆる入会権の解体消滅というのは、このうち④のほか、入会集団そのものが存在しなくなった場合を含んだものと考えられる。

② 入会権と消滅時効

入会権と消滅時効については、二種類ある入会権のうち、共有入会権（民法263条）については、共同所有権の一形態であるから、控訴審判決も下線部【18】で判示するように時効により消滅することはない。共有入会権について問題となるのは入会権の解体が進み、従来の共有入会権が民法上の共有に変わったか否かである¹⁵⁾。

これに対して地役入会権（294条）の場合は、これが用益物権とされることから、時効により消滅するのではないかと考えられなくはない。たとえば、かつては入会権があったとされる市町村有の山林原野において、永く入会利用がなされておらず、過去の入会利用の事実を知る者もいなくなり、そのような権利意識もないというような場合には、入会権の消滅を認めることが妥当であろう。ただ、そのような場合であっても、これを入会権の時効消滅と構成するか、それとも入会権の解体による消滅と構成するか、はたまた、入会権の推定的放棄と構成するか、についてはなお議論の余地がある¹⁶⁾。従来、判例・学説においては入会権の解体消滅の理論¹⁷⁾にしたがって論じられてきたが、そこには、入会権が時効消滅に馴染まないという考えがあったからではなかろうか。すなわち、入会権は集団的権利であり、個人のみならず団体としての権利の不公使と消滅を考えなければならないこと（各入会権者において個別に消滅するものではなく（これについては各入会権者の入会権の喪失として把握される）、集団的に消滅するものであること）、加えてその行使についても、利用収益という事実のみならず管理の事実をも含めて行使の有無を考慮すべきものであること、さらには、起算点についても、最後の一人が利用収益を終えるまでは全員のために利用収益が行われているとみるべきであり、その特定が困難であること、等により時効の要件には馴染みにくい、という見方があったからではないかと思われる。

ところで、民法第167条2項は、「債権又は所有権以外の財産権は、20年間行使しないときは、消滅する。」と規定するが、この「債権又は所有権以外の財産権」にはどのような

ものがあるのかについて、内田貴教授は、地上権や地役権がある¹⁸⁾、とされるが、地役入会権がこれに含まれるかについてはふれられていない。これに関して上谷均教授は、諸説を検討しつつ、結論としては稲本教授の説を引用して、「やはり理論的には入会権も他の物権と同様に考えて、「他山入会において、植林等による継続的占有の事実がなく入会権者によるいっさいの収益行為も管理行為もないまま20年を経過した場合には、時効による消滅を認めるべきであろう」（稲本洋之助『物権法』408頁（1983年）と考える。』¹⁹⁾と肯定されている。これに対して、中尾英俊教授は、「地役入会権は制限物権であり、民法の消滅時効には地役入会を除外する旨の規定はありませんが、入会権が時効によって消滅したとはいえないでしょう。なぜなら、入会地を長期にわたって使用しないのは権利の行使を一時停止したにすぎず、入会集団がその管理権を放棄したのではないからです。土地所有者である市町村の直轄的使用にまったく異議を述べない場合は、すでに入会権を放棄しているとみることができますから、入会権は消滅しているわけで、何も時効をもち出す必要はないわけです。』²⁰⁾と主張され、とくに時効消滅という法律構成によって入会権の消滅を認める必要性はないとの考えを示されている。

③入会権の不行使

入会権の時効消滅を考える上で問題となるのは、入会権の不行使をどのように概念付けるか、たんに使用収益の事実がないことをもってその不行使とどういうかという点である。入会林野はそれぞれの時代の要請にしたがって、古典的共同利用から分割利用、団体直轄利用、さらには契約利用と利用形態を変容させながら収益に供してきたものであり、契約利用においては自らは利用しなくても他に利用させることによって管理収益を行っており、また、団体直轄利用においては一般的な利用が制限され（いわゆる留め山）、造林においては植林、枝打ち、間伐等、ある時期は集中的な労働投下が行われるが、ある程度育った段階ではそれほど手入れが必要なわけではないとされるように、管理はあっても利用収益はないという状態が考えられるものである。さらに今日では、保安林指定を受ければ一部の利用が制限されることになる²¹⁾ほか、森林の保水、湛水能力が注目されるに至り、消極的な利用すなわち利用を控えることによって山の機能を維持するという管理利用も考えられるようになっており、たんに使用収益の事実がないことをもってその不行使といえるのは古典的な利用形態における入会権についてのみではないかと考えられる。

次に、従来、地役入会権においては利用収益の点に重点をおいて捉えられる傾向があったが、稲本教授も「収益行為も管理行為もないままに」と指摘されるように、利用収益の必要性がほとんどなくなった今日においては、利用収益のみならず管理行為の面も考慮すべきであろう。すなわち、利用収益がなくなっても管理が及んでいる以上、必要に応じて利用収益が再びなされることもありうるから、放棄と推定しうる場合を除き、入会権の行使はなされているとみるのである。前述の上谷教授の「利用行為の自然消滅」というのは、おそらく何十年も利用されていない（しかも復活の考えられない）ということを念頭においてのものと思われ、これに対して中尾教授のいわれる「入会収益行為の中止」というのは、自らの意思による中止すなわち管理行為としての休止を念頭においたものであり、入会利用の復活もあり得る場合であって、両者の考えは一見反対の立場に立つようであるが、実は結論的にはそれほど差はないものではないかと思われるのである。

かつての国有地上の入会紛争においては、行使しなければ潰されるという意識から、入

会権の行使こそが入会権の対抗要件となるという見解²²⁾もみられたが、これは、入会権者と地盤の所有者との間に入山を制限する等の対立関係が生じている場合にいえることであろう。本件の場合は何ら敵対するものがなく（あるとすれば共有地の交換契約以後であろう）。自分たちの共有地という意識で維持管理してきたものであり、同一に論じることはできないものと思われる。こうした点に関して川島博士は、「入会者は入会客体に対し何らかの『手入れ』をしないで放置しておくことは、客体に対する明確な権利意識がないということを推測ないし推定してよい、という議論は成り立つかどうか。『もし或る物に対して『権利』の意識をもっているなら、人はその物に対して何らかの保存管理の方法を講ずるはずだ』という考えから出発して、入会者には植栽・培養という行為があるはずだと推論するのだとすれば、それは論理の飛躍である。というのは、植栽・培養のみが『客体の保存管理』の方法であるわけではなく、たとえそれがなくても、もし入会者以外の者が客体に対する入会者の利用ないし収益を侵犯した場合（たとえば、無断に立ち入って小柴・下草等を採取した場合）には、入会者は力をあわせてその『犯人』を捕え、謝罪や賠償等を要求するのを常としたのであり、これこそは最も明確な権利意識の徴表であるからである。」²³⁾といわれ、また、「たとえ入会地盤所有者が入会権者の『立ち入りを制限』したとしても、現実に入会権者が入会地に立ち入って利用している場合はもちろんのこと、彼らが立ち入ろうとして立ち入り制限者との間に紛争を生じている場合にも、慣習規範は『消滅』してはいないのである。また、入会地盤所有者の立ち入り制限に対し直ちに抵抗しなくても、『立ち入り制限を受諾し入会権を放棄した』と認められる事実がないかぎり、入会権者が後になって入会権を主張した場合には、入会権の慣習規範は消滅していないと認められるべきである。」²⁴⁾とされ、入会権の消滅については、利用が妨げられたという事実だけでは足りず、これに加えて入会権を放棄したと認められる事実が存在することが必要であるとされる。このように、入会権者は地役入会権であっても（毛上に対する支配を有しているものであり）所有者と同じように、外敵が現れるまではとくに自衛のための利用を意識することはなく、ただ、いざ外敵が現れば入会権を死守せんとして初めて入会権の行使をするというものであるから、現に利用していない（山に入って採取行為をしていない）ことをもって直ちに入会権の行使がないというのは誤りで、入会権行使を妨げるような原因事実が存在するのにこれを容認するような状態が続いた場合にはじめて入会権の不行使と観念すべきものとする。このようにみえてくると、入会権の不行使状態が20年間継続するということは観念論としては理解しうるものの、利用収益の事実のみならず管理収益の点も含めてみると、現実には、どのような状態が入会権の不行使といえるのかは困難な問題を含んでいるといえる。

④消滅時効の起算点

以上の入会権の不行使の概念に関連して、仮に、地役入会権の時効消滅を認めるという見解に立ったとしても、その起算点は、侵害的な脅威が生じた時点と解すべきと考えられる。先に引用した最判昭和42年3月17日の控訴審判決（仙台高裁昭和37年8月22日）においても、「大正年間に自由な入山を禁止され、旧戸新戸の区別なく入山料を支払って柴、薪を採取し、貸地料を納入して植樹、耕作目的で借り受けるなど、土地の使用方法が一変し、その後、区の住民は区の管理統制のもとに係争山林を使用してきたが、昭和28、9年頃まで住民は右の使用方法に異議がなく、かつ、入会権に関する決定機関であった「春寄

合」も本町区会に意見具申するための機能しか有しなくなっている以上、本町部落住民は係争山林にたいする入会権を放棄したと認めるのが相当である。」(傍点筆者)と判示し、同様に、松江地判昭和43年2月7日(判時531号53頁)も、「以上の事実を照すと明治22年、町村制施行後昭和28年に至るまでの間、入会団体たるA1ら3部落の本件山林(但し蔭伐地を除く)に対する統制は次第にY村に移行し、土地の使用収益の方法も内容も一変し、昭和29年に至る頃までの間、A1ら3部落民からの異議もなかったのであるから、慣習の変化により、入会地毛上の使用収益が入会団体の統制の下にあることをやめるに至ったといわざるを得ない。してみると、A1ら3部落民が、本件山林につき有していた地役の性質を有する入会権は蔭伐地を除き昭和28年頃までの間に漸次解体消滅したものと認めるのが相当である。」(傍点筆者)と判示し、入会権の放棄と解体消滅の違いはあるが、いずれも、異議なく入会権に反する事実状態を容認したことを入会権消滅の要件としている。

加えて、地役権の消滅時効の起算点について民法291条は、「第167条2項に規定する消滅時効の期間は、継続的でなく行使される地役権については最後の行使の時から起算し、継続的に行使される地役権についてはその行使を妨げる事実が生じた時から起算する。」(傍点筆者)と規定しており、地役入会権は継続的に行使されるものと考えられるから、この規定からも地役入会権の消滅時効の起算点は妨害事実の発生した時と解すべきであろう。

3)小括

入会権の消滅については、従来、時効消滅という構成によることなく、もっぱら解体消滅の法理によっていた²⁵⁾。すなわち、入会権の解体過程において入会慣習があいまいになり、集団の統制も弛緩し、入会権に反するような事実が蓄積され、もはや入会権としての権利関係に復帰できないような状態に至った場合(および入会集団の存在さえ不明になったような場合)には、法律上も入会権は消滅したものと認められるというものであり、共有入会権においてはこれが民法上の共有等に転化し、地役入会権においては制約のない地盤所有権が残るという考えである。いわば入会権の内からの崩壊とでもいうべき現象である。控訴審判決ではこうした理論によらず、時効消滅を真正面から認めるものとして注目される。それによれば、「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うべきであり、1審被告らの主張は、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うべきである。」として、消滅時効の援用があったと解して、起算点を特定することなく、ただ、入会権を行使しなくなって少なくとも30年以上経過してことをもって、地役入会権は時効により消滅したと判断するものである。

たしかに民法294条の規定上は、共有の性質を有しない入会権については、各地方の慣習に従うほか、この章<地役権>の規定を準用するとはされているが、294条の入会権は、地役権のように要役地と承役地の間に生じる用益権ではなく、人(集団)とある土地の関係において生ずる権利であり、質的に異なるものであるから、實際上地役権の規定が準用される例はないとされている²⁶⁾。それがためか従来、民法167条2項の消滅時効の対象となる見解はあったが、地役権の消滅として捉えるという見解はなかったように思われる。地役入会権の場合、団体自らの意思で消滅させ、あるいは放棄する以外にも、たとえば入会地が長く利用もされずに放置されている等の状況にある場合など、入会権の消滅を認めなければならないと考えられる場合がないわけではないが、それを時効消滅と捉えるべきかは

疑問であり、そのような場合、多くは入会集団そのものも集団的な統制を失っている場合が多く、解体消滅という基準によっても入会権の消滅が認められる場合が多いであろう（入会権の放棄の推定もこれに含めてよいと思われる）。

仮りに、控訴審判決がいうように地役権の法理に従い、消滅時効に服するとしても、その消滅時効の起算点はいつなのかということが問題になる。控訴審判決はこれについて特定しないで、遅くとも昭和50年頃には入会利用の事実がなくなっているから現在においては時効消滅した（20年の期間要件は充たしているということか）としているが、すでに述べたように地役権に関する民法291条は、「第167条第2項に規定する消滅時効の期間は、継続的でなく行使される地役権については最後の行使の時から起算し、継続的に行使される地役権についてはその行使を妨げる事実が生じた時から起算する。」と規定していることからすると、入会権の行使を妨げる状況がない限り消滅時効は進行しないのではないかと考えられ、加えて判例においても、入会権に反するような状況を異議なく容認している等の事実があってはじめて入会権の消滅を認めていることからすると、「その行使を妨げる事実が生じた時」すなわち本件においては、交換契約により中国電力が立地調査に入った時点をもって起算点とすべきものと考えられる。

その他、地役権の消滅時効に従うのであれば、要役地が共有であるときには消滅時効は全共有者について完成した場合にだけ効力を生じる（292条）とされ、また、地役権者が地役権の内容の一部分だけを行使するとき、その不行使の部分だけが時効によって消滅する（293条）とされていることからすると、漠然と係争地全体の時効消滅を認めるということは許されないものと考えられるが（1審において被告は四代区有地は47筆にのぼると主張しており、そうすると係争地に含まれない土地については既判力的にはなお入会権は消滅していないと解する余地もあることになろう）、控訴審判決はこれらの点については何ら説示するところがなく、たんに20年以上の期間が経過しているという一点をもって本件各土地全体について時効消滅を認めているのである。さらにいえば、時効の援用についても若干問題がある。援用権者が数人いる場合、1人が援用しても、その効果は他の者には及ばないとされるから²⁷⁾、共同権利者が原告被告に分れている場合に、一方の援用ははたして四代部落住民全体としての入会権の消滅としての効果を生じるものかという問題も生じることになろう。

以上のように、控訴審判決が、遅くとも昭和50年代には入会利用はなくなったとして、その時効期間のみをもって地役入会権の消滅時効を認めたことは理解しがたいところである。控訴審判決が、従来の判例のように解体消滅の法理ではなく、地役権の消滅時効という考えによってその消滅を認めたのは、従来の解体消滅の法理に従えば、四代区という団体が現在もなお慣習規約のもとに存在していることから、（1審判決同様に）入会権の存続を認めざるを得なかったからとも考えられる。そう考えるとなおさら、控訴審判決は何としてでも入会権は消滅したという結論を導きたかったのではないかと思えてくるのである。

(3) 役員会の決定による交換契約の有効性

1) 判決の疑問点

控訴審判決は、下線部【21】において、「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。」という原則論を示した上で、下線部【22】において、「四代組名義の土地を平成8年2月に道路用地として上関町に売却したときは、役員会の決議に基づいて実行したことを認めることができ、それ以前の譲渡においても住民全員の同意を得てなされたことを窺わせる証拠はなく、四代区所有の財産を処分するには役員会の決議によることが慣行であったと認められる。」とし、本件交換契約については、「四代区の代表者である1審被告Y1が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を締結したのであるから、本件交換契約は有効であるといわなければならない。」との判断を示し、その一方で控訴審判決は、原告が全員の同意がなければ処分できないと主張する根拠として引用した天田島の売却の件については、下線部【23】において、「四代区有の天田島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ことが認められる。しかし、天田島の開発計画が実現しなかったのは、多くの住民が反対したという理由によると認められるのであって、前記認定を妨げるものではない」とする。

しかし、これはいささか強引ではなからうか。常会において反対する者が出たために計画が頓挫したということは、それはすなわち、常会が最高意思決定機関であることの証ではなからうか。議案はおそらく役員会が提出したものであろうが、それが常会において権利者の反対にあって流れた（否決された）わけであるから、役員会ではなく常会が決定権を握っているということであり、かつ、少数者の反対でも否決されるのであるから、まさに天田島の例は、役員会の決議がどうであれ、全員の同意がなければ処分できないということの表れであろう（報告案件であるならば多数が反対しても役員会の結論を押し通すことができたであろう）。

控訴審判決は、「それ以前の譲渡においても住民全員の同意を得てなされたことを窺わせる証拠はなく」というが、それは同様に、役員会の決議のみによって処分が決められたという証拠にもならないのである。たとえば、それ以前の譲渡の例として下線部【15】において挙げられる4つの例をみても、このうち前2例は、財産区財産として取り扱われた例であり、後2例は、共有入会権としての処分例であると考えられ、前者の、明治40年4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という事例、および大正2年2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という事例については、結局、財産区は成立しなかったのであるから、はたしてこのような処理が妥当であったかどうかとも問題である。このような取扱いが行われたのは、上関村議会が財産区が有効なものとして誤解したからからと考えられるが、移転登記手続の便法としてこのような方法が用いられたという可能性も否定できない。すなわち、四代組名義の土地を売却しても現に四代組という法人格のある団体が存在するわけではないからその移転登記は困難であり、他方、これを財産区財産として処理すれば移転登記等の手続が容易にすすめるからである²⁸⁾。それを窺わせるように、このような手続がとられたのは処分がなされた土地についてのみであり、それ以外のいわゆる区有地について登記の整備が行われようとしたことも、現になされたこともないのである。ともあれ、この2例は、財産区財産であったと主張する場合の証拠とはなりえても、1審被告や控訴審判決がいうように権利能力なき社団に所有権があり、その処分が役員会のみによる

てなされたということの証明になるものではない（四代区が私的な権利能力なき社団であるならば、その財産処分を村議会で議決することは管理処分権的にも矛盾するものであろう）。

また、昭和44年には四代組名義の土地を山口県に、平成8年2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という事例があるが、これは、当時の上関町が何ら関与せず四代区のみ決定によりなされたものであり、登記名義をいったん（錯誤訂正により）区長名義に変えて移転登記がなされたものである。この事例の場合、道路という地域の利便のために所有地を提供するものであり（それゆえ反対者がいたことも想定しにくい）、反対者がいたが役員会の決定が優先するという理由で押し切ったというケースではないから、役員会の決議がなされた事実があったとしても、そのことのみをもって当然に、役員会の決議によるのが慣習であり、入会権者全員の同意を要するという慣習はなかったという証明にはならないであろう。

2)小括

本件交換契約の有効無効については、1審では、原告が本件各土地の所有権の移転登記の抹消手続請求の前提としてその無効を主張したが、裁判所は、一部の者による移転登記抹消登記手続請求は不適法であるとし、当該契約の有効無効の判断もなされなかった。そして控訴においてもとくに不服の対象とはされず、審理の過程でも争点となっていなかったにもかかわらず、なぜこの点に踏み込んで広島高裁は判断をなしたのかという感じがしないではない。

それはともかく、本件交換契約の有効無効については、当該契約が四代区の慣習規約に則ったものであるかどうか焦点になるが、控訴審判決がいうように、四代区有地（1審原告によれば共有入会地）の処分において、役員会全員一致の決議によって行うということが四代区の団体的規制にまで高められていたとみることはできず、また、これとほぼ同じ内容を定めている四代区の慣習規約²⁹⁾が成文化されたのは平成10年11月30日であり、交換契約、移転登記のわずか約10日前であり、この規約なるものはその制定および内容について総会で承認されたものではなく、むしろ、交換契約締結を正当化するために、かつ、移転登記手続上の必要のために作られたものと考えられ、この規約を根拠とすることもまた是認できないものである。

四代区の機関としては役員会と常会（総会）があり、日々の細かい決定事項等は役員会に一任（授権）されていたとしても、入会地の処分のような入会権の消長に関するものについてまで一任（授権）されていたといえるかは疑問であり、これについては役員会はたんに議題決定の機関でしかなかったのではないかと考えられる。また、前記過去の処分の例も、「入会地の処分には全員の同意を要する」という立場に立っても説明することができ、むしろ、反対があったために役員会の提案が流れたケース（天田島の売却の件）をみれば、本件各土地の処分のような議案については、最高意思決定機関は常会（総会）であり、かつ、全員の同意もってするというのが四代区の慣習規約であり、役員会は提出する議案を決定し、常会の運営機関たる権能を有するにとどまるものとみるべきであろう。したがって、役員会の全員一致の議決はあるものの、入会権者全員の同意のない本件交換契約は無効であると考えられ、これを有効であるとした控訴審判決には賛成し得ない。

(4) 入会権の消滅と固有必要的共同訴訟

当事者適格の問題として、仮に（1審判決のように）一部の者による入会権の確認の訴えが不適法であるとされるのであれば、同様に、一部の者による（権利者全員によらない）入会権の不存在の確認についても不適法とされ、裁判所は実体的判断をなしえないのではないと思われるが、この点について控訴審判決は何もふれることなく入会権の消滅を認めている。しかし、管理処分権は入会集団に帰属するという判例の立場³⁰⁾からすれば、入会権の不存在の確認に限らず入会権の消滅の主張についても入会権の存否に関する判断として、それが一部の者による主張であるならば、勝訴した場合には結果的に一部の者による入会権の処分を認めたのと同じことになるから、このような判断を示すことは認められないのではなかろうか。

これに関連して、下線部【1】では、「固有必要的共同訴訟となる部分は、不服の対象になっていないことを確認した。」と判示するが、これは、上訴における一部脱落者に関するもので、これと入会権の存否についての当事者適格の問題は別に考える必要があるのでなかろうか。たしかに控訴審においては固有必要的共同訴訟の点は具体的な争点となっていないが、1審判決においてはこれがために訴えが却下されているのであるから、争点として承継されているとみるべきで、控訴審判決が入会権は消滅したと判断する以上は、その前提として固有必要的共同訴訟の問題、すなわち本件のように共同権利者が原告と被告に分かれている場合における訴訟共同および合一確定の要請について、控訴審判決がいかなる見解に立っているのかを明らかにすべきであろう。

結び

以上みてきたように、1審判決と控訴審判決は全面的に対立する内容となっており、同一事案に対してこうも裁判官の捉え方が違うものかと驚かされる。控訴審判決後の記者会見で、1審原告弁護団はこの判決を「不意打ち的判決」と述べた。たしかに控訴審判決のこの結論は控訴審での審理内容からすると予想しにくいものであった。審理の多くは入会利用はなされていたか否かという事実論に費やされ³¹⁾、控訴審判決を構成する重要な柱である「共有入会権から地役入会権への転化」および「地役入会権の時効消滅」については、具体的な主張・立証もないままに結審を迎えたからである。

1審被告は原審において、四代区の性質について下線部【2】のように、町村制114条の財産区の財産であるとして四代区に地盤所有権が帰属したことを主張しつつ（これは山口県古文書館所蔵の記録から内務大臣の許可がなく区会条例は不許可になったことが明らかとなった）、他方、本件各土地の処分権限については下線部【3】のように、四代区が権利能力なき社団であるとしてその規約に従った管理方法によるべきことを主張している（現に1審被告らは交換契約後の移転登記手続の際は自治会規約をもって区長名義で登記をしている）。このように1審被告は、財産区と権利能力なき社団の都合のいい部分のみを取り上げて整合性のない論理を展開してきたのであり³²⁾、1審被告がこのような不可解な主張をするのは入会権、財産区、権利能力なき社団について誤認があるからか、あるいは1審被告はただ単に入会権を否定できればいいと考えて、その場しのぎの主張を展開したためか、いずれにしても、このような主張でも勝訴につながるというのはなんとも納得しがたいところである。

加えて、共有入会権が地役入会権に転化したという点、および地役入会権の時効消滅の点についても1審被告が具体的に主張・立証したものではないにもかかわらず、控訴審判決はこれを好意的にとらえてその主張を認める判決につなげている。たしかに1審被告も、共有入会地の地盤所有権は財産区の成立とともにこれに帰属したと主張しているが、その財産区がなにゆえに自治会という権利能力なき社団になるものかの立証はなく、また、たしかに入会権の消滅を主張して入会利用の有無が争われてはいるが、それは「時効」を明示してのものではなかった。裁判所はこれを時効消滅の判断につなげる意図であったのかもしれないが、訴訟の進行の中ではそれは1審原告には伝わっていない。このように控訴審判決の重要な支柱をなしている点について、釈明権を行使するでもなく、争点として明示することなく、この点に関して正面からの攻撃防御が展開されることのないままに結審したものであり、こうした裁判所の姿勢は、争点の明確化、当事者弁論主義という点で問題がありはしないかと思われる。むしろ控訴審の裁判官においてははじめに結論ありきで、これを確認するためのだけの審理であったのではないか、そのためにあえて争点をぼかしたのではないかとさえ思われるのである。

控訴審判決の構成は、「共有入会権から地役入会権への転化」を前提として、「地役入会権の時効消滅」を認めるものであり、入会権の転化の論理が崩れれば（筆者はこの点についてはすでに述べたように転化はありえないと考えるが）、「地役入会権の時効消滅」の主張もまた崩れ、したがって固有必要的共同訴訟の壁があったとしても、少なくとも1審判決のように、入会権者が個々に有する使用収益権を根拠として立木の伐採および現状変更を禁じる判決は得られたものと思われる³³⁾。1審判決が、先例を駆使して明快な論理で組み立てられているのに対して、控訴審判決は先例に依拠せず独自の見解を展開するもので、その論理もまやかしの、かつ確信犯的³⁴⁾な判決であると感じられる。ことに控訴審判決には共有入会権から地役入会権への転化についての解釈に誤りがあり、この誤りは判決に影響を与えるものであるから、上告が受理され、控訴審判決は破棄されるべきものと考えられる。

注

- 1) 矢野達雄「リゾート開発と慣習的権利—高知県大岐浜林訴訟を中心に—」愛媛法学会雑誌第20巻第3・4号合併号（1982年）86頁、104頁、107頁参照。
- 2) 山口地裁岩国支部判決平成18年3月23日は、漁業補償契約の無効の主張に対しては棄却したが、この補償契約は許可漁業権、自由漁業権までも対象としたものではなく、これらの権利を有する者は上関原発建設による漁業損失に対して損害を受忍する義務はない、と判示した。このことは、実質的には原発施設の建設を鈍らせるものとなろう（現在、控訴審に係属中）。
- 3) 中国新聞・平成10年12月13日によれば、区長は、「住民からは個別に売却の賛否を確認しており、今後の対応は役員会で決める。」と説明している。
- 4) 四代区内に配布された印刷物によれば、売却ではなく交換契約としたのは、共有地の減少を来たさないですむから反対住民にも理解してもらえらるであろう、と説明されている。
- 5) 反対派は当初はもっと多かったが、説得工作等により訴訟提起時点では4名に減少した。このように原告の数が少ないのは、118戸（訴訟提起当時。現在では約110戸ほどになっている）のうち約60戸は四代漁業協同組合の組合員であり、原発が建設されれば漁業補償（8漁協合計で125億5000万円）が入るということとも影響しているものと思われる。

- 6) 原告訴状（山口地裁岩国支部平成11年2月5日付・(ワ)第9号）より。
- 7) 被告答弁書（第1審・平成11年3月18日付）より。これによれば、役員会の権能について、「常会（毎年3月開催）において、区全体の選挙で選出される区長および副区長、各小区（四代区は地域によって四代1区から5区に分かれている）で選挙で選出される役員（いずれも任期は2年）とで役員会を構成し、四代区に関わる諸事項を処理している。団体の財産の管理・処分なども役員会で決定され、区長によって処理されている。その財産の管理・処分については定例総会（区常会・毎年3月開催）において報告がなされている」とされる。
- 8) この点に関しては、拙稿「入会権と固有必要的共同訴訟（一）」埼玉工業大学人間社会学部紀要第2号（2004年）58-62頁において述べたので、ここでは紙幅の関係で省略する。
- 9) 福島正夫『福島正夫著作集第三巻土地制度』344~345頁（勁草書房、1993）。
- 10) 松原功・野村泰弘「山口県における部落有林野の沿革と『組』名義」徳山大学総合経済研究所紀要第25号88-89頁（2003）。
- 11) 川島武宜編『注釈民法（7）物権（2）』554-555頁〔渡辺洋三〕（有斐閣、昭和43年）。
- 12) 旧財産区とは、町村制第114条（「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存シテ一区を為スモノ別ニ財産ヲ所有シ若クハ营造物ヲ設ケ其一区限り特ニ其費用ヲ負担スルトキハ郡参事会ハ其町村会ノ意見ヲ聞キ条例ヲ発行シ財産及ビ营造物ニ関スル事務ノ為メ区会又ハ総会ヲ設クルコトヲ得其会議ハ町村会ノ例ヲ適用スルコトヲ得」）に基づいて区会又ハ総会が設置されたものをいう。町村制の条文には財産区という文言は存在せず、地方自治法上規定されている財産区との対比でこう呼ばれている。ただし本稿の記述においては、判決の用語にあわせて「旧財産区」も「財産区」とした。
- 13) ①最判昭和42年3月17日民集21巻2号388頁、②松江地判昭和43年2月7日（判時531号53頁）、③広島地判平成12年5月30日（中尾英俊編『戦後入会判決集第3巻』368頁（信山社、2004））はいずれも財産区が成立することにより、以後、地盤所有権は財産区に帰属し、従来の共有入会権は地役入会権に転化すると判示する。しかし、なにゆえにそうなるのかについて詳しくは論じられていない（なお、この最判昭和42年3月17日を批判するものとして、川島武宜「判例研究1 入会権の『解体消滅』—共有入会地の財産区財産への転化」『川島武宜著作集第8巻 慣習上の権利1 入会権』138頁以下（147-148頁）（初出「法学協会雑誌」85巻3号1968年）がある）。
しかし、一方では、共有入会地に対する町村制の適用を否定する判決もあり、たとえば、①広島高判平成14年3月27日（中尾英俊編『戦後入会判決集第3巻』409頁。前記広島地判平成12年5月30日の控訴審判決）は、「しかし、共有入会権は私法上の権利であり私有財産であって、権利者による格別の処分行為もなしに、失われることはないところ、財産区発足の際、南原村の住民が、村落共同体として、地盤所有権の移転について何らかの意思決定をしたとの証拠はない。その後住民に、従前山林を総有しているとの認識があったとはいえないからといって、処分行為を推定することもできない。そうであれば、たんに行政組織たる区会が設けられて財産区が設置されただけで、地区住民が有していた共有入会権のうち地盤所有権が財産区に移転し、地区住民の権利が地役入会権に変質したと解することはできない。」とし、また、②千葉地判昭和35年8月18日（下民集11巻8号1721頁）は、「当時町村は未だ自治体たる町村と右町村住民団体とに明白に分かれる以前であり……町村合併により右四財産区の共有名義に変更せられたこと、右林野も財産区に属する財産として取扱われ、財産区名義をもって右林野に対する公租公課が賦課せられ、納入されてきたことは当事者間に争いがない。しかし原告等は右林野は元来財産区に属せしめられるべき性質の財産ではなく、財産区に属せしめられ、財産区が納税等の事務を行ったのは単に形式上に止まり住民等が財産区を信託して行わせていたにすぎない旨を主張す

るので考えるに……右林野についての権利は正に「民法上の権利」と云わなくてはならないから、右財産は町村の合併には関係なく、これについては財産区は設定すべきものではなかったと云わなくてはならない。……明治初年の町村なる言葉のうちに自治体たる町村の外に部落住民団体なるものを認める必要があるとされるが、右必要は町村制が実施せられたことによって毫も減少するものではなく、民法施行後現在に至っても全く同一である。とすると少なくとも第一次に慣習に従うべき入会権に関する限り民法施行前は勿論民法施行後現在においても部落住民団体の存在を認めるのを相当とすべく、町村制施行後右団体の存在及び右団体の所有なる観念は認められず右団体の所有とされたものは法制の変遷に伴い自然に自治体たる町村の所有と観念されるに至ったとなす被告の採用する見解には賛同することができない。」とし、また、③長野地上田支判昭和58年5月18日（中尾英俊編『戦後入会判決集2巻』274頁）は、「町村制114条即ち財産区制度創設の実質的背景は徳川時代以来の入会財産の処理にあったものであるが、右から明らかなおと、同条は単に同条所定の区（部落）が財産を所有し云々のときはと規定するのみであり、市制町村制理由書も部落の利益ないし権利を侵害しないように配慮した旨説明していることからすると、部落の財産に関する事務のため区会を設置するとの同条、右事務は町村長が管理するとの次条を考慮に入れても、右114条は入会団体に属していた財産の所有権を財産区に帰属させる趣旨の規定と解することはできず、他に町村制上その旨の規定は存しない。」とするものがある。

思うに、町村制の規定は入会財産および入会権を公的な権利として規定しているが、これに遅れること9年、民法が制定され、その中に入会権の規定、なかでも共同所有権の一種として共有入会権が規定が置かれたことによって、部落有林野について共有入会権が成立する余地が生じたのであり、部落有林野が住民共有ではなく市町村の一部が有する公有地であることを当然の前提としたそれまでの町村制の解釈はあらためて問い直されるべきであり、共有入会地の収奪とみられるような解釈は慎むべきであろう。

- 14) 川島武宜編『注釈民法(7)物権(2)』576頁〔中尾英俊〕(有斐閣、昭和43年)。
- 15) 中尾英俊・前掲注(14)580頁は、「かくのごとく入会集団の規制が失われた場合には、入会地ではなく共有地に転化したというべく、したがって入会権は解体し消滅した、というべきである。」とされる。
- 16) 中尾英俊『入会林野の法律問題』348頁（勁草書房、新版、1984）は、「地役入会権は他人の土地を使用する権利ですから、土地所有者との間でその管理権について問題を生じます。具体的には、入会林野を長い間使用せず放っておけば、土地所有者からは入会集団が林野の管理権を放棄したように見えるし、あるいは現に使用していても土地所有者がその使用についてあれこれ注文をつけ林野の管理をすると、入会集団の発言権ないし管理権は弱まり、管理権すなわち集団権を失った、とみられるようになります。入会集団が林野の管理権を放棄しなくとも、入会集団の管理権よりも土地所有者の権利のほうが強くなればその反射として入会集団の管理権は弱まり、ついに解体消滅する、ということになります」とされる。
- 17) もっとも、この入会権の解体の理論を説かれた川島博士は、この語を入会権の変容という意味で用いられたのであり、解体=消滅という主旨ではなく、むしろそれは判例理論により形成されたものであるとされる（川島武宜・前掲注(13)「判例研究1 入会権の解体消滅」161-163頁参照）。
- 18) 内田貴『民法I』306頁（東京大学出版会、第2版補訂版、2000）。
- 19) 上谷均「入会権の『解体』と『消滅』—地役入会権の場合」修道法学18巻1号35頁以下（1995年）において次のように述べられる。「このように地役入会権において利用行為が自然消滅して

いる場合、その入会権としての性質はどのように説明されることになるのであろうか。……この点は、議論が必ずしも明確であるとはいえない。我妻栄博士は、入会地が収益不能になった場合に地役入会権は消滅するかという問題について、「地盤が他人の所有である入会においては、消滅することはもちろんである。……地盤をも所有する場合には、各住民の収益権たる入会権は消滅するが、地盤にたいする総有関係は残存するとみななければならない」（我妻栄・物権法補訂版（1983年）450頁）とされている。この当然消滅論は、すでに検討した最高裁昭和42年判決の「入会権は慣習によって発生し事実の上に成立している権利」というとらえかたと共通するものがある。これに対して、中尾英俊教授は、「入会林野に草や木がなくなつたため利用することができなくなり、全く山人りしなくなった場合も、……入会権は消滅しません。入会集団が山人りをせず利用しないのは、単にその入会権の行使を停止しているにすぎないのであって、決して入会権を放棄したとはいえません」（中尾・前掲・入会林野の法律問題315頁）として入会権の消滅を否定されている。さらに、利用不能の場合に限らず、「単なる入会権の不行使、すなわち入会収益行為の中止は入会権の放棄を意味しない。それは入会収益行為の一時中止にすぎず入会権の消滅を来たすものではない」（前掲・注釈民法(7)581頁（中尾））と説明されるのである。この見解は、入会権の行使不能（目的の消滅）と入会集団による規制としての利用停止とを同列において説明し、利用の自然消滅を後者に含めているように思われるが、はたして利用行為の自然消滅をも入会集団による規制としての利用停止と説明することができるのかという点に疑問が残る。さらにこの見解は「……入会集団が入会権を10年や20年行使しなくとも、入会権が消滅することはありません。」として入会権の消滅時効を否定されている。その理由として、共有入会権について「共有入会権は所有権の一種の共同形態ですから、時効によって消滅するはずがありません」とされるのは所有権の消滅時効の問題であるから当然であるとしても、地役入会権について「入会地を長期にわたって使用しないのは権利の行使を一時停止したにすぎず、入会集団がその管理権を放棄したのではないからです」（中尾・前掲・入会林野の法律問題315～316頁）とされる点は、なぜ管理権を放棄していなければ時効が進行しないのかという点や、利用行為の自然消滅をも「権利の行使の一時停止」として説明することができるであろうかという点で疑問である。やはり理論的には入会権も他の物権と同様に考えて、「他山入会において、植林等による継続的占有の事実がなく入会権者によるいっさいの収益行為も管理行為もないまま20年を経過した場合には、時効による消滅を認めるべきであろう」（稲本洋之助『物権法』408頁（1983年））と考える。「入会権は廃絶せぬかぎり永久に続きうる性質をもつ」（『入会と財産区』90頁〔武井〕）との説明は、はたして古典的利用形態における地役入会権にも妥当すべきものであろうか。この点は、利用権としての入会権の位置づけをどのように理解すべきかという根本的な問題につながる問題であると考えられる。」

筆者も以前は同様の考えに立っていたが、現在では本文中のような考えに変わっている。

- 20) 中尾英俊・前掲注(16)317頁。
- 21) 森林法第34条は「保安林においては、政令で定めるところにより、都道府県知事の許可を受けなければ、立木を伐採してはならない。ただし、次の各号のいずれかに該当する場合は、この限りでない。」と規定するが、芝草刈りや一部の伐木は認められている。大判明治38年4月26日民録11輯589頁。
- 22) 戒能通孝博士は、その著書『民法学概論』において「入会的労働自体」を対抗要件として唱えられているとされる（小林三衛「入会権と登記」『ジュリ増刊・不動産物権変動の法理』166頁（有斐閣、1983）より）。しかし、小林教授は「入会的労働自体」というものがなければ入会権は消滅するという結論には賛成しがたいとされている（同167頁）。

- 23) 川島武宜「国有地上の入会権—最高裁判所昭和48年3月13日第三小法廷判決を中心として—」『川島武宜著作集第8巻 慣習法上の権利1 入会権』199-200頁（岩波書店、1983年、初出ジュリスト553号1974年）。
- 24) 川島武宜・前掲注(23)189-199頁。
- 25) ①最判昭和42年3月17日民集21巻1365頁は、「入会権は慣習によって発生し事実の上に成立している権利であるから、慣習の変化により入会地毛上の使用収益が入会集団の統制の下にあることをやめるにいたると、ここに入会権は解体消滅に帰したものとこのべく、甲部落民が本件土地につき有していた地役の性質を有する入会権は、前記事実に照らし、昭和28年頃までの間漸次解体消滅したと認めるのが相当である。」として、解体による消滅を認める（なお、控訴審判決（仙台高裁昭和37年8月22日）は、「本町住民中旧戸は係争山林に入会権を有していたが、大正年間に自由な入山を禁止され、旧戸新戸の区別なく入山料を支払って柴、薪を採取し、賃地料を納入して植樹、耕作目的で借り受けるなど、土地の使用方法が一変し、その後、区の住民は区の管理統制のもとに係争山林を使用してきたが、昭和28、9年頃まで住民は右の使用方法に異議がなく、かつ、入会権に関する決定機関であった「春寄合」も本町区会に意見具申するための機能しか有しなくなっている以上、本町部落住民は係争山林にたいする入会権を放棄したと認めるのが相当である。」として入会権の推定的放棄を認める）。
- ②松江地判昭和43年2月7日（判時531号53頁）「以上の事実を照すと明治22年、町村制施行後昭和28年に至るまでの間、入会団体たるA1ら3部落の本件山林（但し蔭伐地を除く）に対する統制は次第にY村に移行し、土地の使用収益の方法も内容も一変し、昭和29年に至る頃までの間、A1ら3部落民からの異議もなかったのであるから、慣習の変化により、入会地毛上の使用収益が入会団体の統制の下にあることをやめるに至ったといわざるを得ない。してみると、A1ら3部落民が、本件山林につき有していた地役の性質を有する入会権は蔭伐地を除き昭和28年頃までの間に漸次解体消滅したものと認めるのが相当である。」と判示するが、いずれも、異議なく入会権に反する事実状態を容認したことを入会権消滅の要件としている。
- 26) 判例の中には、たとえば、「共有の性質を有しない入会権はまず慣習に従うのを本則とし、それ以外の事項については地役権に関する規定を準用する。」（大判明治36年11月27日民録9輯1313頁）、「入会権者の権利が他人の所有に属する地盤を目的とする場合には本来地役権ではないが、地役権と性質を同じくするから、慣習があるときはこれに準拠するが、もし慣習がないときは地役権の規定を準用する。」（大判大正9年6月26日民録26輯933頁）のように、一般論として地役入会権には地役権の規定が準用されることを述べるものはあるが、他方、不動産登記という具体的な場面において、「294条の規定は共有を有しない入会権と地役権とは相類似するので設けられたものであるが、この規定があるからといってただちに地役権と入会権と同一視することはできず、不動産登記法における地役権に関する規定は入会権に準用することはできない。」（大判明治36年6月19日民録9輯759頁）として否定するものもあり、少なくとも、控訴審判決のように、具体的に地役権の規定を準用するとした判決はなかったように思われる。
- 学説においても、民法起草者の一人である富井政章『民法原論第2巻』289頁（有斐閣、明治39年）は、「然ルニ此種ノ入会権ト雖モ純然タル地役権ト見ルヘキニハ非ス蓋其多数ハ一定ノ土地ニ住スル人ノ利益ノ為メニ存スルモノニシテ地役権ノ如ク直接ニ其土地ノ便益ノ為メニ存スルモノニ非サレハナリ故ニ民法ニ於テモ決シテ之レヲ地役権ト称セス『共有ノ性質ヲ有セサル入会権ニ付テハ各地方ノ慣習ニ従フ外本章ノ規定ヲ準用ス』ト為スノミ（294条）曩キニ『共有ノ性質ヲ有スル入会権ニ付テハ各地方ノ慣習ニ従フ外共有ノ規定ヲ適用ス』ト曰ヒ（263条）此ニハ単ニ、『用ス』ト書キ分タルハ即純然タル地役権ト見サル確証ト謂フヘシ」とされ、地役入

会権は、土地の便益のためのものではなく、住民の利益のために存在するものであるから、純然たる地役権とみるべきものではないという解釈を示されている。このように、人役権的な捉え方をされるものとして、原島教授は、「むしろ、役権でいうなら、人役権といったほうがわかりやすい気がしますよね。」とされる（前掲注(22)「入会権と登記」171頁の討論参照）。

また、舟橋諄一『物権法』〈法律学全集18〉447頁（岩波書店、昭和35年）も、「しかし、実をいうと、入会関係は、もっぱら旧来の慣習ないし慣行的法社会規範によって成立し維持され、その後の変遷・解体も、慣習に淵源しながらそれに代わる、入会団体内のいわゆる制定法的法社会規範にもとづいて行われているのであって、民法の「共有」ないし「地役権」に関する規定が、「適用」ないし「準用」される余地は、絶無だといわなければならない（たまたま入会権の解体過程において、「共有」な意思「地役」に近接する形態をとることはありうるにしても、すべての入会が、かような形態に変化するとは限らず、また、その変化も、「慣習」ないしその代用たる制定的法社会規範にもとづくのであって、民法の共有ないし地役の規定が、適用ないし準用せられたためではない。）」とされ、川島博士も、「当該の入会権の具体的問題に関する具体的な慣習が確認されない場合には、総有的権利関係の一般原則や、多くの入会権に共通する一般的な慣習等を顧慮して判断すべきであり、入会権とは異質的な権利たる共有や地役権についての規定を適用ないし準用してはならない、と解すべきである。……実際には共有並びに地役権の規定を入会権に「適用」或は「準用すべき場合は考えられないのであり、この意味において、入会権は純粋に慣習法上の権利である、ということが出来る。」（川島武宜編『注釈民法（7）』525-523頁〔川島武宜〕（有斐閣、1968））とされるように、入会権はもっぱら慣習に従うものであり、地役入会権について、具体的に地役権の規定が準用されるべき場合はないと解されている。

27) 内田貴・前掲注(18)324頁。

28) 川島武宜・前掲注(23)190-191頁は、「明白な「部落有」（『共有の性質を有する入会権』すなわち総有的ゲンマインデの総有）の山林を処分する場合に、当該部落の属する町や村が当該山林を「町村有」だとか或いは地方自治法上の「財産区」だとかを主張してその賃貸借とか売買の契約証書に際して賃貸人とか売主とかの資格で顕名する（「何町長何某」と署名捺印する）例は、私個人の知見の範囲でもいくつも見出されるのであって、それらは、一つには、入会権者の法律上の知識ないしその知識についての自信の欠缺に起因し、また一つには、事実上の圧力に屈して町村ないしそれを「指導」する府県の「顔を立て」つつ、経済上の実益を図る（たとえば、当該部落「住民」は賃借権設定ないし売却の対価とか、賃料とか、を手に入れるすなわち実質的に入会権能の行使による利益を得る）ための手段なのであって、ただそれだけの事実が存在したからと言って「入会権は消滅した」と解することは許されないはずである。そうして、まさにこのようなことを証明するものとして、次のごとき事実があることに注意すべきである。すなわち、町や村が右のごとく部落共有地の取引に権利者として顕名していながら、その取引によって得られた対価は当該部落の住民団体が取得しており、それが「当該部落による町村財産の横領」として問題にされたことは、私の知っているかぎり未だかつて存在しない（当該対価は、その町や村の収入として記帳もされない）のである（兵庫県の或る町長は私に、「法律的にはわけの分らないことですがね……」といったことがある。）」とされる。今日でもやむを得ずこのようにいったん市町村有地扱いにして登記処理をする場合があることを、筆者もある市役所の職員や登記官から聞いたことがある。

29) 四代区の規約によれば、「区長は、本区の代表であり、納税、不動産登記等財産管理上必要な場合は、この名義人となる。」とされ、役員会の機能については、「役員会では、次のことを決する。〈略〉(2)財産の運営、管理、費用負担、処分について」とされ、一方、総会（常会）

の機能については、「<略> (2) 役員会決議事項の報告 (3) 構成員からの意見収集」と定められている。

この規約にはいろいろと疑問が多い。たとえば、この規約が作成されたのは平成10年11月30日で、保存登記および移転登記のわずか12日前であり、また、「相違ありません」という文言およびその規約の内容をあわせて考えると、この規約は区長名義で保存登記をすべく、その資料として提出するために作成されたものと考えられる。しかし、この規約の存在および内容については、少なくとも原告の4人はまったく承知しておらず、また、規約の内容をみても一般の自治会の規約と比較すると不自然な点が多い。たとえば、この規約には、「本区は、本区区域内に永住する意志を持って居住する者を構成員とし、世帯主を代表とする各戸を構成単位とする。」という部分、および「構成員の死亡、もしくは、構成員が本区区域外に居住地を転じた場合、構成員の資格を喪失する。」という部分は、まさに入会権の一般的な原則である「一戸一権の原則」、「離村失権の原則」そのものあり、この「慣行規約」とされるものが、実は入会慣習を下敷きにしたものであるのではないかと推測させ、四代区がその実は入会集団ではないかと思わせる。なお、拙稿「共有入会地の処分と慣習——山口県上関町四代原発用地を素材として——」徳山大学論叢53号19-25頁（2000）。

- 30) 最判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁は、「けだし、右の総有権確認請求訴訟についてなされた確定判決の効力は構成員全員に対して入会団体が敗訴した場合には構成員全員の総有権を失わせる処分をしたのと事実上同じ結果をもたらすことになる上……」として、このような考えを示されている。これに対して昭和52年1月26日広島高松江支判判時841号3頁は、「右見解は、もし敗訴すれば訴えの提起について委任しなかった構成員に対しても、入会権の処分に匹敵する重大な損失を被らせる結果となるという事実上の不都合を主たる理由とするものと思われるが、右見解は採用しがたい。」としている。

なお、これまでみてきた判決から筆者の感じるところでは、固有必要的共同訴訟の要件を満たすか否かについて裁判所は、入会権が認められる場合は固有必要的共同訴訟を厳格に解し、反面、入会権を否定する場合にはこれを緩やかに解する傾向があるように思われる。

- 31) 控訴審においては、ゆっくりとしたペースで審理が進み、中心論点も、岩国支部判決が原告の使用収益権を認め（現状変更の禁止を命じた）たことを受けて、中国電力側の主張に沿って、使用収益の事実の有無＝「入会利用が現実に行われていたか、また、行い得るか」という事実論の点にあった。1審被告の中国電力側からは、「とうてい入会利用できるような土地ではない」ということを証明するために、係争地の状況を写したビデオテープと、約28名の陳述書が証拠として提出された。また、平成17年2月には、山田卓生日本大学教授（横浜国大名誉教授）の意見書が提出されている。これに対して原告側は、法律論が争点とならないことをいぶかしがりつつも、当面は、中国電力側の主張を否定するために、滋賀県立大学環境科学部環境生態学部の野間直彦講師と山口大学の安溪貴子非常勤講師に四代の植生の調査を依頼し、その結果、切り株の状況や年輪から、4筆の係争地のみならず神社地についても、少なくとも30年前までは人の手が加わっていることが明らかになった。このことは逆に、最近の入会利用がないということ認めることにもつながりかねないが、1審原告側としては中国電力側の提出した陳述書の信憑性を否定するという法廷戦術によったものと考えられる。

- 32) しかし、町村制114条の財産区は少なくとも形式上、もともと（町村の一部が有する）公有財産であるがゆえに当然に行政の一部たる区が有する財産とされ、その会計報告等が町村長の名により町村議会でおこなわれるのである。仮にもし、財産区の財産であると認められるならば、交換契約の当事者も四代区長ではなく上関町長であり、町議会で承認決定されることになり、

権利能力なき社団としての管理処分方法とは矛盾することになろう。なお、控訴審においてこれらいずれの主張も撤回していない。

- 33) 環境権訴訟として捉えた場合は、これのみでも現実に工事を進める上において障害となるから十分に勝訴判決といえるであろう。ただし共有入会権および入会地の交換契約の無効の確認および移転登記の抹消登記手続を求めた訴訟と捉えた場合には、「却下」は原告にとって敗訴に等しいものといえよう（拙稿・前掲注(8)60頁）。
- 34) ここ最近、入会権の主張を認めなかったり（却下を含む）、その消滅をいとも簡単に認める判決が多くなっているように感じられるが（たとえば、鹿児島地判平成17年4月12日（平成14年（ワ）第785号入会権確認請求事件など）、その背景には、入会権は前世紀の遺物であり、地域住民のためにもこの機会に消滅を認めたほうがいいのだという確信が裁判官にあるのではないかとさえ感じられる。

キーワード：入会権 共有入会権 地役入会権 消滅時効 固有必要的共同訴訟
慣習 上関

(NOMURA Yasuhiro)