

判例研究

総意によらない共有入会地変更の適法性

(福岡高裁宮崎支部判決平成一八年四月二八日、平成一八年(ホ)第六七号一般廃棄物焼却施設建設差止請求控訴事件判例集等未登載)

江 淵 武 彦

〔事実〕 係争地(約四・七ヘクタール)は、鹿児島県大島郡Y町A部落(約六 世帯)の共有の性質を有する入会地(山林)の一部である。この部落には、平成二年四月一日から施行された成文の「A部落会規約」がある。

平成一年、Y町は、塵芥処理場用地として、A部落に對して係争地を貸し付けるよう申し入れた。

同部落総会においてこれが審議されたところ、部落住民でかつ入会権者であるXら五名が環境悪化を理由に貸付に反対し、多数決による決定に反対して別の四名が退席するなか、同総会において多数決で貸付決議が行なわれた(平成一年一月二九日)。

その翌日、A部落代表者は建設同意書に署名した。同代表者は、部落総会において係争地貸付の合意が成立したも

のとして、Y町との間で係争地賃貸借契約を結び(平成二年三月一日)、塵芥処理場建設のため、係争地上の立木の伐採を開始した。

同施設建設に反対するXら九名は、Yを債務者とする工事中止仮処分命令の申立をするとともに、Yを相手として、主位的に共有の性質を有する入会権による管理処分権にもとづき、予備的に同使用収益権にもとづき、同施設建設差止めを求める本訴を提起した。

仮処分申立については、鹿児島地名瀬支決平成一三年五月二一日(判時一七八七号一三八頁)が認容した。異議審・鹿児島地決平成一四年六月二 日(判例地方自治二四一号七七頁)がこれを取消したものの、抗告審・福岡高宮崎支決平成一四年二月二二日が再び同仮処分申立を認め

総意によらない共有入会地変更の適法性 (江淵)

た。

本訴・第一審でのXらの主張は次の通りである。

本件入会権は、共有の性質を有するから、入会権者は共有持分を有し、各自がそれにもとづく管理処分権を有するから、各自が当事者適格を有する。のみならず、本件差止請求は管理処分行為ではなく保存行為であるから、Xらが各自これを行使しうる。また、各自が入会権と一体としての使用収益権を有するから、この権利にもとづく予備的請求も適法である。

係争地は、A部落住民による共有の性質を有する入会地であるところ、本件施設の建設・利用によって係争地の形質に回復不能な現状変更がもたらされるので、本件賃貸借締結は、入会地の変更・処分に当る。したがって、入会権者全員の合意のない係争地貸付は無効である。

本件入会権においては、財産処分を多数決によるとする慣習は存在しない。少なくとも、反対者を無視して多数決で処分した事例はない。多数決で処理されてきたのは、部落の管理・運営及び財産の管理に限られる。よって、本件多数決による処分は、強行法規たる民法二五一条に反する。

A部落会規約は、基本財産の変更・処分につき多数

決原理を採用していると解することはできない。

入会権については、民法九四条二項の適用又は類推適用は認められていない。同様に、一一条の類推適用もありえない。また、Yは、係争地が入会地であることを事前に指摘を受けて知っていたのであり、本件賃貸借締結について、A区長に権限がないことを知らないことにつき重過失があったといふべきである。

*

これに対する、Yの主張は以下の通りである。

Xらによる主位的請求は、集団権たる管理処分権を一部の者が行使するというのであるから、当事者適格を欠く。また、予備的請求には、集団的管理処分権と個別的収益権を区別せずにこれを一体のものとする前提があるから、同請求は集団的管理処分権による主位的請求と同一であり、当事者適格を欠く。

入会権は、かつても現在も存在しない。A部落は、法人格なき社团であり、係争地はその単独所有物である。よって多数決原理が働く。仮に係争地が入会地であるとしても、団体直轄利用形態でありXらが使用収益権を有するものではないから、Xの使用収益権が妨げられているという関係にはない。また、A部落が法人格なき社团である以上、多数決原理が働く。

係争地は、本件山林全体の面積からすると二五パーセントに過ぎないので、本件賃貸借契約締結は、変更・処分に応じない。

入会権においては慣習が第一次の法源であり、A部落の近隣部落において、多数決で処分する慣習が成立していた。したがって、民法二五一条準用の余地はない。

A部落会規約は財産処分を多数決による趣旨にもとづくことと解することができ、明文の規定のないことをもって、全員の同意が必要であることはできない。

Y代表者は、Aの代表者が第二回総会における賃貸借同意決議により賃貸借契約締結権限の委任を受けたことを確認の上で同契約を締結した。この委任が無効である場合、民法一一一条類推適用により、AないしXらからYに対して本件賃貸借無効を主張できない。

団体直轄利用下のXらの収益権は希薄であり、他方で、本件ゴミ処理施設は必要性・緊急性が高い。よって、Xらの本訴請求は権利の濫用である。

* 第一審判決（鹿児島地名瀬支判平成一六年二月二日 中尾英俊編『戦後入会判決集』「平成一六年、信山社」三巻五五五頁）はXらの請求を認容。その理由は、次の通りで

総意によらない共有入会地変更の適法性（江淵）

ある。

Xらは、共同所有権ないしこれと一体をなす個別的使用収益権という一個の実体法上の権利に基づく請求をしているにすぎず（その意味で、主位的・予備的という語句に法的意味合いはない）、集団入会権にもとづく請求をしているものではないから、Xらの原告適格を争うYの主張は理由がない。

現在では、A部落民による本件土地の利用は限られたものとなったが、本件土地について、いまなお、かかる入会慣習が存続しているものと認めることができ

る。本件賃貸借契約の締結は、入会地としての係争地の変更・処分に当る。

A部落の成文規約には、部落所有山林処分について直接の規定がない。ここで、同規約の各規定の解釈上、同処分が部落総会の多数決で処理しうると解する余地もある。しかし、A部落にとって最も基本的かつ重要な事項である部落所有山林処分につき、明文の規定を置かなかつたということは、そのような事項は、別途慣習に委ねる趣旨があつたと解するのが自然である。A部落において、これまで、反対者の存在を無視して、多数決による議決で財産を処分したことはない。

仮に、入会地の処分につき、入会権者全員の同意が得られたとまではいえない事例が存在したとしても、結果的に多数意見に押し切られて処分したとみる余地があり、全員同意の原則から多数決（過半数）の原則にその慣習が変更されたとまでは認めがたい。

本件賃貸借契約締結に関して、民法一一 条の基本代理権に相当する要件事実が主張されていないから、同条類推適用の基礎を欠く。

*
Y 控訴。

「判旨」 取消。「入会権は、個々の入会集落民全員に総有的に帰属する権利であり、したがって、個々の入会集落民は、入会地に対する共有持分を有しない。これを、入会集落民の集合としての入会集落からみれば、入会集落自体に帰属する権利とみることができるとのであるが（入会権が複数ある、又は一個の入会権が入会集落と入会集落民全員に分属する関係にあるものではない。）、この場合、入会権自体の管理及び変更・処分権は、入会集落（集落民全員）に帰属し、個々の入会集落民は、専ら入会地における使用収益をする権利を有するだけであつて、入会地の管理及び変更・処分権は、入会集落を通じてのみこれを行使するに

すぎないものと解される。

そして、第三者による入会権の侵害に対する妨害排除請求又は損害賠償請求は、この入会権の性格、訴訟構造及び訴訟における権利関係の合一的確定の要請等から、原則として入会集落自体又は入会集落民全員を当事者として訴求することを要し、他方、個々の入会集落民の有する使用収益の侵害については、入会権の性格及び上記変更・処分権の行使における場合のような考慮を要しないと考えられることから、個々の入会集落民が単独でこれを訴求することができるものと解される（最高裁昭和五七年七月一日第一小法廷判決・民集三六卷六号八九一頁等参照）。」

「これを本件についてみるに、Xらは、入会権による妨害排除請求権に基づき、本件焼却施設の建設差止を求めるものである。

しかし、そのうち、主位的請求とするものは、Xらが各自有すると主張する「本件入会権（共同所有権）」の侵害（あるいは本件山林に各自が有すると主張する共有持分権の侵害）を理由として上記差止めを求めるといふものであるが、これは、入会権の法的性格を誤解するものであるのみならず、訴訟上、入会集落自体又は入会集落民全員が当事者として行使し得る入会権自体の管理処分権に属する妨害排除請求権を、入会集落民たる本件集落民、しかも、そ

のごく一部の者であるXらだけで行使するものといわざるを得ないから、本件各主位的請求は、いずれも当事者適格を欠き不適法であるというべきである（Xらは、本件各主位的請求が保存行為であることを理由として、これが適法である旨主張するが、本件集落民は、本件山林に対して共有持分を有するものではないから、主張自体失当である。）。

しかし、本件各予備的請求については、Xらの主張に措辞いささか適切を欠くところがあるが、その趣旨は、要するに個々の本件集落民がその有する本件収益権による妨害排除請求権に基づく請求と善解されるべきであるから、その限りにおいて適法な訴えと解するのが相当である（入会集落の有する入会権と個々の入会集落民の有する入会権は一体のものであつてこれを分離して論じることができない旨の主張は、その範囲では当裁判所の説示した上記入会権の本質論と軌を一にしていて不相当とは思われないが、そのことと、管理及び変更・処分権の帰属主体いかんの問題とは、自ずから別個の事柄と解されるから、Xらの主張は、この点を誤解するものである。）。

原判決は、本件においてXらが主位的請求といひ予備的請求というのも、結局、入会権たる共同所有権ないしこれと一体をなす個別的使用収益権という一個の実体法上の権利に基づく請求をしているにすぎず、その意味で、主位的・

予備的という語句は単なる言葉のあやであつてその間に法的な意味合いの相違はない旨判示して、本件各請求を全体として適法な訴えとして認めた。しかしながら、Xらは、上記のとおり主張し、あえて主位的請求及び予備的請求に分けて本件各訴えを提起したものであるから、入会権が入会集落民に総有的に帰属する一個の管理処分権と個々の入会集落民に帰属する使用収益権に分けて觀念されるものとされることからすれば、本件各主位的請求と本件各予備的請求は、両者それぞれ独立別個の訴訟物と解すべきである。

したがつて、本件各請求は、両者それぞれに訴えの適否が検討されるべきであり、原判決のようにこれをない交ぜにして検討することは、本件各請求の趣旨とするところ並びに入会権の本質及び訴訟上の考慮等に照らして正当でない。」「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（民法二五一条）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。略 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源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。(編集の都合上、本稿での判決引用にあつては横書を縦書としたため、算用数字を漢数字に改めた)

〔研究〕 一 本件訴訟の特色と論点

入会権に関する訴訟は、集団構成員相互の意見の相違によつて生ずる集団内紛争と、転出者やその相続人などの部外者と集団の間で争われる対外紛争に分かれる。

本件は、集団構成員の一部の者(Xら)が部外者たる町(Y)を相手とした訴訟であり、一見、対外紛争のごとくである。しかし、その本質は、A部落の入会地の四分の一にあたる山林を塵芥処理場建設のために地元町に貸し付けるかどうかを、約六 世帯という構成員のうち九世帯が反対するなか多数決で決定できるか、という集団内紛争といつ

てよい。

本件における法解釈上の主論点は、次の二点である。

入会権者の一部の者は、入会権にもとづく妨害予防請求について原告適格を有するか。

入会地変更・処分を多数決によるとする慣習はありうるか。

以下、この二点を中心として検討を進めたい。

二 当事者適格について

一部の入会権者が提起した入会権確認請求につき、同請求は固有の必要的共同訴訟であるとの理由で訴えを却下した判決として、最判昭和四一年一月二五日(民集二 卷一九二一頁)が挙げられる(以下、この判決を「昭和年四一判決」と略称)。これが、入会権訴訟に固有の必要的共同訴訟論のリーディング・ケースとされる判決である。

本件においてXらは、主位的に入会権の管理処分権にもとづき、予備的に各自の使用収益権にもとづき、本訴請求をしている。この予備的請求は、受訴裁判所が昭和四一年判決における固有の必要的共同訴訟論により本訴を却下する危険性に対処して行なわれたものと推測される。

使用収益権を原因とするこの予備的請求は、最判昭和五七年七月一日(民集三六卷六号八九一頁)の立場に依拠す

るものである（以下、この判決を「昭和五七年判決」と略称）。この事例は、神社名義となつている入会地につき地上権設定仮登記を有する部外者に対して、入会権者ら（当事者参加人）が入会権にもとづく使用収益権の確認、妨害禁止、地上権設定仮登記抹消手続を訴求したものであるが、全入会権者が参加していない点について、昭和五七年判決は、次のようにいつ。

「入会部落の構成員が入会権の対象である山林原野において入会権の内容である使用収益を行う権能は、入会部落の構成員たる資格に基づいて個別的に認められる権能であつて、入会権そのものについての管理処分権能とは異なり、部落内で定められた規律に従わなければならないという拘束を受けるものであるとはいへ、本来、各自が単独で行使することができるものであるから、右使用収益権を争ひ又はその行使を妨害する者がある場合には、その者が入会部落の構成員であるかどうかを問わず、各自が単独で、その者を相手方として自己の使用収益権の確認又は妨害の排除を請求することができるものと解するのが相当である」

昭和四一判決は、入会権者による財産の共同所有形態をもつて総有と表現とした、戦後初めての判決でもある。

総有に関する通説的な説明は、「財産の管理処分権能は集団全体に、使用収益権能は構成員各自に帰属する」とい

うものである（本判決もこの説に依る）。昭和五七年判決は、総有の語を使用していないが、かかる通説的総有概念をもつて入会権を論じていることは疑いない。昭和四一年判決においては、総有概念を定義する判示がないものの、おそらくは、このような通説的な立場に依拠するものであつた。

また、記名共有名義にもとづく入会地において、登記上の共有持分権を有しない入会権者がこれを有する入会権者から排除され、前者の一部が後者を相手に入会権確認、登記上の共有持分権移転登記手続を訴求した事例で、当事者適格の問題につき、最判昭和五八年二月八日（判時一九二号六二頁）は、次のように判示している（以下、この判決を「昭和五八年判決」と略称）。

「入会権の目的である山林につき、入会権を有し入会団体の構成員であると主張する者が、その構成員である入会権者との間において、入会権を有することの確認を求め訴えは、入会団体の構成員に総有的に帰属する入会権そのものの存否を確定するものではなく、右主張者が入会団体の構成員たる地位若しくはこれに基づく入会権の内容である当該山林に対する使用収益権を有するかどうかを確定するにとどまるのであつて、入会権を有すると主張する者全員と入会権者との間において合一に確定する必要のないも

のであるから、いわゆる固有の必要的共同訴訟と解すべきものではなく、入会権を有すると主張する者が、各自単独で、入会権者に対して提起することが許されるものと解すべきである。

要するにこの昭和五八年判決は、昭和五七年判決のいう「入会権そのものについての管理処分権能」の確認を一部の入会権者だけで訴求するのは不合法であるが、「使用収益権」あるいは「構成員たる地位」にもとづく訴え（その確認請求や妨害排除請求）は、入会権者各人が単独で提起することができるというのである。

前述のように、入会権については、管理処分権能と使用収益権能を分けて考えるのが通説的総論である。この立場は、総有においては共有持分に相当する所有権割合としての持分は存在しないという（以下、この立場を「総有持分否定説」と称する）。昭和四一年判決が、入会権確認請求をもって固有の必要的共同訴訟であるとするのは、この説を背景にしているのではないかと推測される。

我々は、講学上、入会権をもって集団権と成員権に分けて考察するが、最高裁がいう「入会権そのものについての管理処分の権能」は前者に、「使用収益権」「構成員たる地位」は後者に近い概念のようである。

入会権確認訴訟がなぜ固有の必要的共同訴訟であるのか

（その問題点の指摘は、中尾英俊「入会権確認訴訟は固有の必要的共同訴訟か」内山尚三・黒木三郎・石川利夫先生還暦記念（上）現代民法学の基本問題「昭和五三年、第一法規出版」三八頁、野村泰弘「入会権と固有の必要的共同訴訟」（一）（二）埼玉工業大学人間社会学部紀要二号「平成一六年」四二頁、三号「平成一七年」五九頁）。

昭和四一年判決は、その理由について、「入会権者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」としか語っていない。

この判決が引用する大判明治三九年二月五日（民録二二輯一六五頁）は、「原裁判所力本件第一審ノ共同訴訟人タル原告 氏名略 外十六名ニ対シ口頭弁論期日ノ呼出状ヲ発セスシテ裁判シタルハ違法」と判示している（以下、この判決を「明治三九年判決」と略称）。

すなわち、この大審院判決は、昭和四一年判決事件と同一の事例（一部の入会権者による入会権確認請求が行なわれたもの）における判決ではない。それにもかかわらず、昭和四一年判決が明治三九年判決を入会権確認訴訟「固有の必要的共同訴訟とする先例としているのは、明治三九年判決が、一部の共同訴訟人への呼出状を発しなかつた違法を指摘するにあたり、「原告タル共同訴訟人ニ対シテハ其権利関係ノ合ニノミ確定スヘキ事件タル」ことを理由とし

ているからである。

明治三十九年判決の事例で、原審が何故に一部（一七名）の共同訴訟人に対して呼出状を発しなかったのかは不明だが、入会権確認訴訟が「其権利関係ノ合一ニノミ確定スヘキ事件」であるかどうかにかかわらず、この原審判決は違法たることを免れないであろう。したがって、「其権利関係ノ合一ニノミ確定スヘキ事件」であるとの明治三十九年判決のこの判示部分は、判決の結論を正当化するための道具にすぎず、判例としての意味を見出すことはできない。

結局、「二部の入会権者による入会権確認訴訟は当事者適格を欠く不適法な訴訟である」との判例は、明治三十九年判決ではなく、昭和四一年判決であり、その理由は、どこのつまりが、「入会権者は権利者である一定の部落民に總有的に帰属するものであるから」という点に集約される。そして、前述のように、ここでいう總有においては、各入会権者が所有権割合としての持分を有しない（その地位は使用収益権を基礎とする）との通説的概念を前提にしている。

私が先ほど、「入会権確認訴訟」固有必要的共同訴訟論が總有持分否定説を背景にしていると推測したのは、このような事情にもとづいている。

ここで、通説的總有概念（＝總有持分否定説）の立場で、

総意によらない共有入会地変更の適法性（江淵）

入会集団と構成員たる入会権者らの性格を考えてみよう。

入会地の管理処分権能は、通説がいうように、構成員全体（集団）に全一体として帰属し構成員各自は使用収益権能を有するのみとした場合、入会集団において、構成員は、財産管理処分権能については「個人」として評価することができない。すなわち、入会権者らは、入会財産については、近代市民法的独立人格を有しないとしていることとなるだろう。

このことは、入会地管理処分権能については、構成員全員の人格が不可分に融合していると解していることとなる（この考え方を本稿では便宜的に「入会権者人格融合説」としておこう）。

部外者に対して入会権確認訴訟を提起する場合、敗訴すれば入会地を処分したと同様の結果となるが、入会権者人格融合説からするなら、同確認訴訟では入会権者一名でも欠ければ原告適格が失われる。これが、昭和四一年判決の根底に流れる思想なのではなからうか。

ところで、最判昭和三一年五月一日（民集一 巻五号 四八七頁）は、「不動産の共有権者の一人がその持分に基き当該不動産につき登記簿上所有名義者たるものに対してその登記の抹消を求めることは、妨害排除の請求に外ならざりしゆるる保存行為に属するものというべく、従つて、共

同相続人の一人が単独で本件不動産に対する所有権移転登記の全部の抹消を求めうる」として、共同相続人の一人による抹消登記請求（妨害排除請求）が固有の必要的共同訴訟であることを明確に否定している（以下、この判決を「昭和三一年判決」と略称）。

もとより、所有権割合としての持分を有する共有権者は、その持分に応じて共有物の全部について使用することができる（民法二四九条）。ここで、共有物の一部が非共有権者から妨害されれば、全共有者が自己の所有物を侵害されたこととなる。したがって、これを排除する請求は、各自がすることができることとなる。昭和三一年判決が、共有者の一人がする妨害排除請求を保存行為だというのは、このような観点からである。

ここで仮に、総有持分否定説が誤っているとしたら、昭和四一年判決の立場は崩壊し、むしろ、入会権については、昭和三一年判決が判例としての意味を持つということになる。

かつて拙稿で、この通説的総有概念が理論的に破綻している点を論及したので、詳細は、この論文を参照していただきたい（江淵「社団財産総有説の功罪」島大法学四九巻二号「平成一七年」一頁、当該箇所は三五頁から三八頁にかけて）。

総有持分肯定説の立場から、本件における第一審判決を検討すると、この判決が、実は、所有権割合としての総有持分権の存在を前提にしているように見える。それは同判決が、Xらによる入会権の管理処分権を原因とする主位的請求と使用収益権を原因とする予備的請求を一括し、これを保存行為として一部の入会権者であるXらの原告適格を認容しているからである。

これに対して控訴審は、明らかに通説的総有概念に依拠している。本判決は、入会地管理処分権は個々の入会権者にはなく、集団全体に帰属するから固有の必要的共同訴訟であるとの理解から、一部の入会権者による提訴を不適法として認めなかったものである。

ここで、控訴審がXらによる使用収益権を原因とする予備的請求を却下しなかったのは、昭和五七年・五八年判決の立場に沿ったものといえよう。

三 多数決慣習について

入会権の変更・処分については、入会権者全員の合意が必要であることはいうまでもない（青森地判昭和三三年二月二五日日下民集九巻三 八頁、東京高判昭和五年九月一日下民集二六巻七六九頁）。本件控訴審判決は、総意によらない入会地変更を適法とした点で、過去に例がない。

さて、A部落の成文規約は、部落有財産の処分に関する規定を欠いている。第一審は、この点の規定欠缺をそのままに受け入れ、これを前提として、財産処分・変更の意思決定については、別途慣習に委ねられていくと解している。これに対して控訴審は、財産処分の多数決慣習が成立していたことを前提に、同規約のその他の多数決規定を根拠として、この規約が財産処分多数決の趣旨を有していたとしている。

A部落成文規約は、総会に関する規定をもつ。問題となるのは、入会財産処分にあたっての総会の位置付けである。第一審は、その位置付けについては比較的緩やかに、控訴審はこれを厳格に解している。

国や株式会社を例に取れば、国会や株主総会については、憲法並びに会社法に厳格な規定が設けられている。これらは国や株式会社の最高意思決定機関であり、憲法五六条・会社法三九条に、定足数と表決・決議に関する定めが設けられている。そして、これらの意思決定機関において表決・決議が成立した場合、出席しなかつた議員・株主は、当然にこれに異をとることはできない。

本件控訴審は、A部落総会をこのような厳格な意思決定機関として位置付け、一方で第一審は、そのような見方をしていない。

総意によらない共有入会地変更の適法性（江淵）

第一審は、A部落において財産処分が多数決で行なわれたことはないという。これまでの財産処分の是非を問う議事において、ある特定の日時における処分を是とする決議が多数決であつても、意思表示をしなかつた者も、その後、積極的か消極的かはともかく結果として多数意見に従い最終的に全員一致に達している、というのである。これを根拠に、第一審は、全員一致から多数決へと慣習が変更されたと認めがたいという。

これに対して、控訴審は、A部落総会を国政レベルのものと同じだという。本稿の冒頭における判旨紹介においてこの部分を引用していないので、左にこれを掲げておきたい。

「Yは、欠席者は、A総会で決議された内容に賛成したものとする慣習があつた旨主張するが、欠席者や棄権者が後日、決議された事項に対して反対意見を表明したところで、既にいったん成立した本件部落の意思を左右するものではあり得ない。これらの者を含めて、本件部落民のみならず本件居住者全員がA総会において可決されたところに従う義務が生じるといっただけであつて、これは多数決原理の当然の帰結であり、これに従つて行動することをもって、欠席者や棄権者がA総会の決議に従う慣習があつたと解することは正当ではない。以上の理は、大は国政レベルから

小は部落、町内会、親睦団体等の類に至るまで、およそ団体の意思決定機関たる会議体を有する団体である以上自明のことである」

この立場からするならば、特定日時に実施された部落總會での決議のみがA部落の意思だということになり、その後、少数意見の者が多数派に懐柔されて最終的に全員が同意となっても、あるいは、少数者が反対の意思を貫いても、それは法的に何の意味もないこととなる。

意思決定機関としての總會が成文規約で定められている以上、その總會において多数決で財産を処分した経緯があれば、入会集団としてのA部落は多数決慣習へと転じたというのが、控訴審の判断なのである。

四 多数決慣習を認容する控訴審判決の問題点

控訴審は、總會決議がすべてであるという理論が、大は国政レベルから小は部落に至るまで同じだという。それは自明であるとして、その論証を拒否している。

しかし、国会における議決と、財産の共有者における意思決定方法との間には、厳然とした差が存在する。控訴審が入会集団における意思決定の問題を「国政レベル」の問題と同列に扱うという過ちを犯しているので、あえてここで、この問題について触れておきたい。

憲法五六条一項は、衆参両議院において、各々総議員の三分の一以上の出席がなければ、議事を開き議決することができない旨を定める。

両議院の最高会議は、国会法第六章に定める会議（いわゆる本会議）であるが、上記憲法の条項は、この会議の定足数を定めているわけである。

ここにおける定足数は、衆参両議院議長による予めの議事日程報告（国会法五五条一項）とともに、各本会議を成立させるための要件であり、これを欠けば、本会議が成立しない。

そして、かかる要件が整い本会議が成立した場合、議決することができ、当該議案を可とする議員が出席議員の過半数に達した場合、憲法五六条二項により同本会議での当該議事が決せられる。

この本会議を欠席した議員は、自己が当該議事を可とする票を投じていないことをもって異議を申立てることはできない。要するに、議員による本会議欠席は、議決権の放棄を意味する。

このような本会議の性格は、定足数に関する憲法五六条一項を始めとして、本会議成立要件が法定されているところから導かれる。

かかる仕組みは、国のごとき組織体のみならず、私法人

たる株式会社にも認められる。たとえば会社法三一九条一項は、株主総会における定足数と議決権における過半数主義を法定しており、従って、総会に欠席した株主は、当該株主総会での決議に異議を申立てることはできない。

このようにして、定足数など、会議体の成立要件が法定されている組織体においては、欠席者や少数の反対者の意思を無視することができるのが原則（以下、これを「多数決主義」とする）である。

民法上の共有者、あるいは民法上の組合を組織した者ら（民法六六八条により組合財産は総組合員の共有とされる）においてはどつてあろうか。

共有の規定（二四九条ないし二六二条）や、組合の規定（六六七条ないし六八八条）の中には、会議体やその定足数に関する規定は置かれていない。そのために、これらの者らによる会議体設置は任意であり、その成立要件が法定されていないということになる。

ここで、かかる共有者らや組合員らが、任意で会議体を設ける取決めを結び、加えて同会議体での意思決定につき「多数決主義」を規約として定めた場合、この規約の効力はどうであるか。またこの規約にもとづき、少数反対者の意思を無視して共有物変更の決議をした場合、それは有効なのだろうか。

総意によらない共有入会地変更の適法性（江淵）

まず、「多数決主義」の規約は、仮にその制定を全員の合意で行なったとしても、共有物変更に関しては無効といわざるをえない。というのは、共有物の変更につき他の共有者の同意を必要とする（以下、これを「全員一致主義」とする）旨の民法二五一条は強行規定だからであり、「多数決主義」の合意は、共有物変更に関しては公序良俗違反として、民法九条により無効となるからである。

仮にこのような方式で事実上の意思決定をしてきた実績があったとしても、法適用通則法三条（旧法例二条）は、慣習が法律と同一の効力を有するについて、それが公序良俗に反しないことを要件としているから、かかる実績をもって法的効力を持つ慣習が成立したということもできない。

したがって、このような「多数決主義」規約によつてなされた特定の共有物変更決定も、民法九条違反として無効であることはいうまでもない。

要するに、共有者や組合員らは、民法二五一条に於ける「全員一致主義」を「多数決主義」へと変更することはできない。すなわち、共有者らが会議体を設け、一堂に会して共有物変更の決定をするにしても、その場を欠席した共有者がそれに拘束されることを意味しない。この場に出席しなかった者におけるその後の意思表示も当然に有効なのである。

「多数決主義」による共有物変更は、その反対者の共有持分を侵害することとなる。民法二五一条が強行法規として「全員一致主義」を採用する所以である。

問題は、入会集団内部の規則（慣習）で、会議における定足数を決定し、全員の合意によらず多数決で（反対者を無視して）入会財産の変更・処分をすることができるものと定めることができるか、というところにある。共有の性質を有する入会権の場合、慣習が共有規定に先立つ。ここで、入会集団が民法二五一条の趣旨に反する「多数決慣習」を定めることができるか、というのが、この事件の最大の論点である。

前述のように、入会権（総有権）においては、共有におけるような持分が存在しないのが通説である。ここで、入会権については民法の共有規定に慣習が優先し、かつ、侵害に対する保護法益たる持分が存在しないとすると、一見、民法二五一条に反するような多数決慣習が設けられても差し支えないという理論が成立しそつである。

たしかに、入会権における集団構成員としての権利（地位）は、共有持分のように自由譲渡性が保障されたものではない。ただ、この権利が共有持分のように所有権割合としての性格がない（＝使用収益権にすぎない）とする通説は、単に、中田薫、石田文次郎、平野義太郎、我妻栄といつ

た研究者らが、ゲルマン法上の *Gesamtheitsbegriff* 概念に「総有」の訳語を充ててわが国の入会的共同所有に持ち込んで成立しただけの話なのであつて、とくにそれ以外の法的根拠があるわけではないのである。

むしろ、現行二六三条立法者の意思は、持分概念を前提にしているし（廣中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』「昭和六二年、有斐閣」二七六頁における民法二六三条の立法理由を見よ）、もとより、通説的総有論は、前述のように、入会集団構成員について市民法的人格を否定する（入会権者人格融合説）がごとき無理をしなければ成立しない。このように、通説的総有論には大きな問題がある。

そこで、総有持分肯定説に依つた場合、総有物変更賛成者が反対者を服従させることができるかとなれば、反対者の総有持分を侵害することとなる。この点、民法二六三条に規定する入会権が共有の性質を有する以上、共有も総有も同じことなのである。

ただ、通説的総有論に呪縛された判決例（それは「判例」ではない）の現状について、私としては如何ともしがたいので、以後、かかる通説を前提にして議論を進めたい。

さて今一度、通説的総有論を定義しておこう。この立場における総有概念においては、財産の管理処分権能が総有

(入会) 権者らに全一として帰属し、各人は所有権割合としての持分を有せず使用収益権を有するにとどまる。

ここで本件の論点を再確認すると、民法二六三条は慣習を第一次的法源としているから、「多数決慣習」を入会権者が設けている場合にその慣習が効力を有するか、ということである。

民法二六三条は入会権について、第一次的に慣習を法源としているが、仮に個々の入会権者が所有権割合としての持分を有しないと、これに相当する地位(控訴審判決がいうところの使用収益権)を有することは疑いない。そして同条は、入会地変更や管理について、二五一条や二五二条と同様に、入会権者らによる意思決定の場における定足数について何ら規定していない。

言い換えれば、入会権について会議体成立要件が法定されていない。ということは、共有の性質を有する入会権者も、財産の変更・処分、管理については、入会権者ではない民法上の共有権者と法的な事情は同じということである。そうすると、入会権者も、「多数決主義」にもとづいて財産変更・処分をすれば、反対した入会権者の地位(使用収益権)を侵害するといわざるをえない。

ここで視点を変え、株式会社との対比において、この問題を検討してみよう。株主総会成立要件(定足数)や決議

総意によらない共有入会地変更の適法性(江淵)

方法に関する会社法三九条一項は、実は、共有の性質を有する入会権の規定・民法二六三条と同一の構造を有する。

この会社法規定は、議決権を有する株主の議決権過半数をもって定足数とし、出席した当該株主の議決権の過半数をもって決議方法と法定する。しかし、この法定要件に先立ち、同条項は、別段の定款の定めを掲げている。そのため、たとえば、定款で議決権の全てによる決議を必要とする旨が定められている場合、これが過半数という法定要件に優先するのである。

このことは、株式会社の総会決議においては、定款が第一次的法源であり、過半数という法定要件規定は、第二次的法源にとどまることを意味する。

一方で、共有の性質を有する入会権の規定・民法二六三条は、慣習を第一次的法源とし、共有の規定を第二次的法源とする。私が先ほど、会社法三九条一項と民法二六三条が同一の構造であると述べたのは、このような意味においてである。

さてこのことを踏まえて、入会集団における財産変更・処分に関する「多数決主義」慣習が民法二五一条に優先しうるかどうかの本件論点を、今一度考えてみよう。

もしこれが是であるというなら、株式会社において、第一次的法源たる定款で、第二次的法源における過半数によ

る会社の意思決定という規範を破り、半数に満たない議決権で決議することができるという、奇妙な結果となる。

会社法三九条一項が「定款に別段の定めがある場合を除き」という趣旨は、過半数という法定要件を破ることを認めるところにはなく、これより厳格な多数決の方法を任意に採用してよいとするところにあることはいうまでもない。そうでなければ、会社法は全てを定款に委ねねばよく、あえて、過半数の法定要件を定める必要はないはずである。

このような観点からしても、民法二六三条における入会慣習は、民法二五一条という制約を否定して「多数決主義」を採用することはできないという結論に帰着する。

以上、A部落総会において、変更・処分に対した者や欠席者が同総会決議に拘束されるという控訴審判決の判断は不当としかいいようがない。もしこの判断が正しいとすると、A部落の成文規約は、総会決議に参加して入会地変更・処分に参加しなかつた入会権者の地位（使用収益権）を侵害することを認めていることになる。

仮に控訴審判決がいうように、A部落成文規約が財産処分を多数決による（反対者はこれに従う義務がある）と解釈できるとした場合、この規約はその部分について、公序良俗に反するといわざるをえない。結局、総有持分否定説に従うとしても、多数決による処理は違法であるということ

となる。

法適用通則法三条は、慣習に法律と同一の効力を認めるためには、それが公序良俗に反しないことを要件としている。したがって、入会慣習は、公序良俗の範囲内でなければならぬのである。これを逸脱する慣習が入会集団において定められていても、当然に、法適用通則法三条・民法九条の趣旨から、無効となる。

以上のように、本件において、控訴審判決がいうように、財産処分を多数決によるとする慣習が仮に成立したとしても、その慣習は少数入会権者の地位を侵害する公序良俗に反するものといわざるをえないが、この点を控訴審はまったく考慮していない。同判決が、この点を公序良俗に關しない慣習（民法九二条）を意味する用語たる「事実たる慣習」と呼んでいることが、その証左である。

財産処分について、慣習を有しない（あるいは明らかでない）入会集団はないではない。それは、これまで入会財産の処分をしたことがない集団である。多数決慣習を定めている入会集団は、かかる集団と同様に、財産処分に関する慣習を定めていないものとして扱わなければならない。

民法二六三条は、共有の性質を有する入会権について、第一次的に慣習、第二次的に共有の規定を法源とすることを定めている。

慣習がない（あるいは明らかでない）場合や、慣習が公序良俗に反する場合には、全国における原則的な入会慣習に反しない限度において、第二次的に共有の規定が適用されると解すべきである。民法の共有規定は入会権に適用なしというのが、入会権の専門家たる川島博士の説であるが（「入会権の基礎理論」川島武宜著作集八巻「昭和五八年、岩波書店」一八六頁以下）、疑問である。

民法二五一条と、かかる入会財産処分に関する原則的慣習（全員一致主義）は完全に一致しているので、本件において、仮に多数決慣習がA部落で成立したとした場合、その無効と、第二次的法源たる民法二五一条の適用から、物件賃借契約の有効性は否定せざるをえないであろう。

ここでもう一度、通説的総有概念を振り返ろう。この立場は、入会権者人格融合説ともいうべき思考法であり、近代個人主義法思想否定の考え方であった。それは、現実の入会集団を知らずして概念的に創設された謬説にすぎないが、しかし、多くの民法学者や裁判官がこれに呪縛されてきた。

それならそれで徹底すればよいものを、本件控訴審は何を感ったのか、近代個人主義団体法のルールであるはずの多数決主義を入会集団に適用した。ここに潜在する矛盾に、控訴審はまったく気付いていない。

総意によらない共有入会地変更の適法性（江淵）

民法学者や裁判官が、現代日本における入会集団の中に個人主義法ルールがまったく存在しないと思っているとすれば、それは誤解である。

しかし、入会権において、共有規定より慣習が優先するからといって、慣習により入会集団に個人主義団体法規範を持ち込みうると考えることも、また誤りである。

共有規定に先立つ慣習規範とは、たとえば入会権者の地域外転出による持分失権であり、あるいは、分割請求の不許という共同法規範にほかならない。

もし、本件控訴審の考え方を許すとすると、たとえば入会集団は、慣習の中から転出失権原則を捨て去り、分割請求を全面的に認めうる（そのような状態に帰しても入会権たることに変わりない）こととなる。まさに、自家撞着以外の何ものでもない。ここにまで至れば、それは入会権の解体を意味する。

入会権が慣習に従うといつても、この権利が民法典中に規定されたものである以上、その慣習は信義則・権利濫用禁止・公序良俗の遵守という民法原則を逸脱することは許されない。そして、とりわけ共有の性質を有する入会権は、民法二五一条という共有権原理から完全に自由であるはずがない。

共有の性質を有する入会権が、慣習という非実定法的共

団体規範を第一次的法源としつつも、共同所有権の一種であるという原点を忘れてはならない。入会権は、近代的部分と非近代的部分の双方を併せ持つ、というべきなのである。

右の観点から本件控訴審判決を評価すれば、この判決がいう多数決慣習は、非実定法的規範たる入会慣習の一般原則からしても、また、共有権原理という市民法的ルールからしても、誤っているといわざるをえないだろう。

五 結び

入会集団において慣習が成文化されている場合、意思決定を過半数等の多数決と記述されていることがある。ただ、私の調査経験からいえば、大規模な入会財産処分についての入会権者への質問に対し、「多数決主義」が我々の規範でありその実例もある、との入会権者からの回答を聞いたことは一度もない。

この質問に対しては、むしろ、実例がないのでなんともしえないとの回答が多かった。この場合には、一部の立木の処分などは別として、まとまった面積の入会地を売却するなど大規模な財産処分の経験が入会権者になじいことから、入会地変更に関する慣習（第一次的法源）が存在しない、と位置付けなければならない。そうすると、かかる入会権

者らは、第二次的法源たる民法二五一一条に拘束されることとなる。

このような入会集団において、あえて大規模財産処分の場合にどのような意思決定方法を探るかとの仮定的質問をすれば、通常は全て、最後までよく話し合つて決めるとしきれないような回答を受ける。

このことは、入会権者において、通常、持分（株）の意識が（顕著であるか潜在的であるかは別として）存在しており、少数者の持分を多数者の意思で奪うことができないという規範意識が存在することを意味する。

それは、少数者を排除して重大な決定をすれば後々にしこりを残すことになるから好ましくない、との農村社会の知恵といつてよい。

〔付記〕 本件はXらによつて上告されたところ、これが受理され、現在、最高裁において審理中である。

この紛争の仮処分事件の第一審・鹿児島地名瀬支決平成一三年五月二一日（判時一七八七号一三八頁）については、上谷均教授の判例評釈がある（判時一八二二号一八三頁〔判評五三二二号二二頁〕）。

本件と同様に、地域集団資産が処分されたところ、処分に反対する一部の集団構成員が入会権を主張して全員の合

意不存在を理由として争った事例（上関原発用地入会権訴訟）に対する判決として、広島高判平成一七年一月二日が挙げられる。

この判決は、結果として入会権の主張を認めず、多数決による処分を有効と判断した。しかし、入会権の主張を認容しなかったその判決理由には、事実認定と法解釈の双方に相当の問題がある。

本件控訴審判決といい、右広島高裁判決といい、近年、眼を疑うような入会権判決が言い渡されているので、注意を要するところである。

上関原発用地入会権訴訟については、野村泰弘教授と（「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——」徳山大学論叢五三巻「平成二二年」八六頁、「入会権の性質の転化と消滅——上関原発用地入会権訴訟を素材として——」島根県立大学総合政策学会『総合政策論叢』一一号「平成一八年」二九頁、右広島高裁判決は判例集等未掲載であるが、論文三七頁以下に判旨が掲載されている）、矢野達雄教授の研究（「山口県上関原子力発電所予定地訴訟控訴審判決の批判的検討——入会地の処分をめぐる問題を中心に——」愛媛法学会雑誌三三三巻三・四合併号「平成一九年」一頁）がある。