

東北山村における村有地入会権訴訟と当事者適格

江 渕 武 彦

目 次

- 一 まえがき
- 二 六部落による入会地の沿革
 - 1 六部落の変遷及び土地官民有区分における官有地編入処分
 - 2 下戻以後
 - 3 部落有林野統一
- 三 入会地をめぐる訴訟
 - 1 第一審
 - (1) 請求の趣旨等
 - (2) 第一審判決
 - 2 第二審
 - (1) 控訴の趣旨等
 - (2) 控訴審判決
- 四 検討
 - 1 第一審における問題点
 - 2 第二審における問題点
- 五 固有必要的共同訴訟論について
 - 1 裁判所のいう固有必要的共同訴訟論

東北山村における村有地入会権訴訟と当事者適格 (江渕)

- 2 共有の性質を有する入会権の所有関係は「総有」か
 - 3 入会権における持分否定説の誤謬
 - 4 入会持分否定説から導く固有必要的共同訴訟論の不当性
 - 5 入会地の管理行為について全員の合意が必要か
 - 6 控訴審における給付請求の性格
 - 7 入会慣習による入会権者決定と固有必要的共同訴訟論
- 六 結び

一 まえがき

小林三衛教授の『国有地入会権の研究』⁽¹⁾によれば、明治七年・地租改正の前提である土地官民有区分において、山林原野が官有地に編入された割合は、全国において一律ではない。ほぼ一〇〇パーセントに上る北海道と沖縄県は特殊ケースとして除き、概ね、東北・中部が高率で、近畿・山陰は低率となっている。意外にも、明治政府に多く官員を出した旧西南雄藩の地域も低くない。高率地域の東北において、山形県も例外ではなく、官有地編入率は全国第八位（前述の通り北海道・沖縄県を除く）となっている。⁽²⁾

官有地編入処分を受けた土地を対象に、国有土地森林原野下戻法が明治三三年に制定される。山形県内で、この法律にもとづいて下戻申請が一〇〇九件提出されるが、そのうち下戻処分により地元山林原野が返還されたケースは、わずか九〇件しかない。⁽³⁾この稀なケースの中に、現在の鶴岡市（その旧朝日村村域）所在の六大字住民による数村入会地と見られる山林がある。

一八大字を村域とする旧朝日村は、山形県東田川郡に所属する山村で、平成一七年一〇月一日に、それまでの鶴岡市、藤島町、羽黒町、櫛引町、朝日村、温海町が合併し、新・鶴岡市となった。右一八大字においては、概ね、それぞれに部落と呼ばれる村落集団が形成されており、そのうちの六大字（大針、行沢、砂川、本郷、上名川、下名川）は、四二〇〇ヘクタールに上る数村入会地を有していた。昭和七年・部落有林野統一により、この土地の所有権を当時の本郷村が取得した。この入会地の一部に、建設省（当時）により多目的ダムが建設されたが（着工・昭和五年、完成・平成一三年）、この土地における入会権の存否や補償金等をめぐって訴訟が行なわれ、第一審（山形地裁鶴岡支部）を経て、控訴審（仙台高裁）において、平成一二年五月二二日に、入会権の主張を退け、かつ当時の朝日村が取得した補償金等を不当利得とする返還請求を却下する判決が言渡された。この事件は上告されたが、最高裁は、平成一五年一〇月二八日に上告不受理の決定をした。

私は、右第一審及び控訴審判決⁴を入手された中尾英俊教授からその全文の写しを頂き、検討した結果、入会権の法理論上、判旨部分に見過ごし難い誤りがあることに注目した。そこで、平成一六年と二〇年に、中尾教授とともに現地を訪れ、国を除く当事者双方からの聞き取りを主とした若干の調査に参加した。本稿は、その成果にもとづいて、同判決の持つ問題点を指摘し、合わせて入会権に関する法解釈上の論点につき、若干の理論的な考察を試みるものである。なお、本調査にご協力頂いた現地住民関係者及び旧朝日村職員の方々に、この場を借りて御礼を申し上げます。

二 六部落による入会地の沿革

1 六部落の変遷及び土地官民有区分における官有地編入処分

右の六部落は、旧庄内藩時代においては独立した村で、廃藩置県により山形県が設置された後も、その性格に変化はない。明治二二年・町村制施行にあたり、この六か村と熊出村が合併して新・本郷村が設けられ、七か村は、この新村下の大字となる。昭和二九年に、この本郷村と大泉村、東村の三か村が合併して朝日村となり、前述の六市町村合併まで行政体として存続する。この間、六大字の村落集団としての性格に変化は見られない。

右の六部落村々入会林野については、昭和五年の全国山林原野入会慣行調査資料⁽⁵⁾（以下、単に「資料」とする）は、慶長年間に地元の村びとによる入会稼ぎが始まったといい、次の事実を記録している。

土地ノ沿革

旧藩時代ノ記録ハ旧大庄屋及各村ノ役宅□ニ数回ノ火災ニ罹リ煙滅セルヲ以テ沿革不詳（原文のまま・不詳の誤りか）ナルモ改租前迄ハ貢米ヲ納メ八ヶ村（現在ノ大字大針外五ヶ大字）ノ入會稼株山トシテ住民ノ自由ニシ來リタルモノ、如ク而シテ明治九年地租改正ニ際シ官林ニ編入セラレ明治三十一年四月五日附ヲ以テ民有林地ニ引戻シノ申請ヲナシ同三十六年十二月十二日附ヲ以テ官林下戻ノ指令ヲ受ケ今日ニ至リタルモノナリ

すなわち、この六か村持山林は、明治七年から実施された地租改正に際し、その前提たる土地官民有区分にあたり、

明治九年に官有地に編入されたというのである。右資料は、これらの山林につき貢米納付があったという。しかし、当時、地租改正事務局は、秣永、山役、下草錢、冥加永などを納めてきた事実を民有の証拠として扱わない方針があったといわれており、この六か村持山林も、官有地編入の憂き目に遭っている。山形県においては、官有地編入の割合は七四・八パーセントと高率で、六か村持山林の官有地編入は、稀な事例ではなかったようである。

2 下戻以後

六か村は、これら入会地の取り戻しのため、明治三年に下戻申請を行なっている。国有土地森林原野下戻法は、明治三二年に制定され、その施行から一年以内の下戻申請に対応する時限立法であった。その施行前にすでに六か村持山林につき返還の申請が行なわれていることは、この法律制定の経緯を象徴する。⁽⁷⁾

同法制定から四年近く経って下戻指令が出されたについては、この法律に関する明治政府の姿勢がそれほどに消極的であったことを示している。この間、地方官による申請たなざらし扱いが続いたとも推測されるが、ともかくも国から入会地所有権を取り戻した後の状況につき、右資料は次のように記している。⁽⁸⁾

（略）下戻後ハ管理費其他ノ諸經費ハ賦課セス立木其他副産物等ノ拂下ニヨル収入ヲ以テ支辨シ來レリ

右でいう「諸經費」のうち代表的なものは、地租であろう。資料が「下戻後ハ」と断っているところを見ると、官没の明治九年以前には、入会稼ぎをする村びとが入山料を所属村に納付していたことが窺える。前述のように、資料は、官没以前に村びと各自の自由な入会稼ぎの状況を示している。ただ自由だといっても入山料納付は必要であった

わけで、所属村による統制の下での使用収益だったのである。そして、官没後については、資料は次のようにいう。⁽⁹⁾

明治九年改租ノ際官有地ニ編入セラレ其筋ノ支配ヲ受ケタリ

「其筋ノ支配」とは、いうまでもなく国家による管理という意味であろう。ただ、これによって村びとの入会利用が途絶えたとは考えにくい。それだからこそ、この入会林野取戻運動が村々によって実施されたのである。そして下戻後の山林支配につき、資料は次のように記している。⁽¹⁰⁾

明治三十六年十二月十二日附ヲ以テ部落有ニ歸シタル後ハ六大字協議ノ上入會ヲ禁シ更ニ大正十年部落有山林取扱規則（別紙）ヲ制定シ村長之ヲ管理シ町村制ニ基キ處理シ來レリ

さて前述のように、資料は、「下戻後ハ管理費其他ノ諸經費ハ賦課セス」といい、「立木其他副産物等ノ拂下ニヨル収入ヲ以テ支辨シ來」たとするが、これは、明治三六年の入会林野取戻後、一定の収入がこれらの山林から得られていたことを意味する。この点についての資料の記述は、次の通りである。⁽¹¹⁾

下戻後ハ入會ヲ禁シ現在ハ立木桑葉萱蓐等ニ関シ拂下制度トセリ

この資料で使われている「入會」の語は、すべて村びとによる入会稼ぎ（古典的入会利用）を示している。すなわ

ち資料は、村びとの自由な古典的利用を禁止して、林産物を村びとに払い下げるようになった、というのである。問題は、右禁止及び払下げの主体は誰か、という点にあるが、資料が「村長之ヲ管理シ町村制ニ基キ處理シ來レリ」と記載しているところから見て、おそらく、本郷村村長であったと考えるべきであろう。

小林教授は、「国有林野の下戻し申請のなかには、農民の自主的要求にもとづいてなされたとはいえないものもある。政治家、弁護士、林業資本家、地主などによって国有土地森林原野下戻法が利用された場合も、少なくとも「ある」と指摘している。⁽¹²⁾ 本件山林の下戻し申請も同様に、現に利用している村びとではなく、地元の有きな政治家等、地域の政治的指導層によって実施されたものと推測される。したがって、下戻以後、これら山林の管理につき、六部落の住民ではなく、本郷村当局が全面的に介入することとなったのである。そして、資料は次のようにいう。⁽¹³⁾

部落住民間ニ於ケル慣行ニヨル土地使用權ノ贈與讓渡ハ認ムルモ賣買等ニヨル所有權ノ移轉ハ大正十年部落有山林規則制定後ハ之ニ基キ（別紙）嚴守シ來レリ

ここで注目すべきは、個人間で「賣買等ニヨル所有權ノ移轉」の慣行があったことである。このような慣行は、自由に立ち入りが認められている土地ではなく、分割利用地が対象であったと思われる。このことは、当該入会地内において、一部、分割利用が定着していた（ただし林野面積が広大なため全面的にはなかったろう）ことを意味している。そして下戻後は、それが、所有權讓渡ではなく、「土地使用權ノ贈與讓渡」であることが確認されたものと推測される。おそらく、本郷村当局は、下戻による土地所有權の取得は、住民共有としてではなく、一種の公法人たる部落（いわゆる旧財産区）によるものと考えていたようである。しかし、この解釈には問題があるう。というのは、

当該下戻が実施された明治三六年当時、町村制下の「町村内ノ一部」は、町村制施行当時すでに財産を所有していた部落の権利主体性を認めたものであり、同施行後に新たに財産を取得することは認められないと解されていたからである。⁽¹⁴⁾

むしろ、当時すでに制定されていた国有林野法（明治三三年法律八五号）一八条は、「市町村内ノ一部」に林野保護を委託して産物を譲与することを認めていたので、明治三六年当時、かかる部落の財産新規取得がまったく不可能であったともいえないかもしれない。ただ、右のような産物にとどまらず、国有土地森林原野下戻法にもとづいて、「町村内ノ一部」が大規模な土地を国から取得しようという解釈は、当時の実務としては難しかったのではないか。しかしながら、それを知ってか知らずか、本郷村当局は、下戻されたこの山林につき、「町村内ノ一部」たる六部落による所有に属すると解していたふしがある。そのことは、資料の次の記載からもうかがうことができる。⁽¹⁵⁾

下戻後ハ大字協議ノ上入會ヲ禁シ大正十年五月ニ別紙部落有山林取扱規則ヲ制定シ爾來之ニ基キ嚴守シ來レリ故ニ正規ノ手續ヲ経テ入會ヲ解消シタルニアラサルモ目下入會停止ノ状態ナリ

右にいう「正規ノ手續ヲ経テ入會ヲ解消シタルニアラサル」とは、町村制上の手續のことを指していると思われる。おそらく、この資料執筆のための調査は、政府の地方官が本郷村当局を対象として行なったものであろう。ここで、村当局も執筆者も、六部落有入会地につき、町村制を意識するのみで、民法における入会権の規定をまったく問題にしていなかったようである。福島正夫博士は、この問題について次のように述べている。⁽¹⁶⁾

即ち、町村制施行のための町村合併は、今日において町村合併促進法と称しているものとケースが非常に類似しているのですが、合併した場合において、もとの村で現在部落になっているものの入会の林野はどうするかこれを町村制の上で規定したわけなのであります。持っている財産に対しての部落民の権利は、町村制第八十三条若しくは第百十四条、百十五条によるところの使用権となったわけであり、しかも部落有財産の規定は内容があまり明確ではありません。郡参事会がこれについて条例を発行し、財産に対して規制することができるということになったのですが、郡参事会は、郡制の施行がずっとおくれられてなされたので、なかなか設置されず、いささか空文の感があつたのであります。

このように福島博士は、町村制の規定が入会林野に及び、住民の入会権がかかる規定上の使用権となつたとしていゝる。ただ、博士は、次のような複雑な記述もしている。¹⁷⁾

公法上の部落（財産區）と、共同體としての部落と入會團體（入會權の主體）とは、あい重なる輪であつて、その關係はしばしばきわめて複雑である。

*

町村制にいう「民法上の權利」（第六・八二・八四・八六條）は、部落農民の入會權をふくまず、私法的契約による權利をさすものである。戒能通孝・入會の研究三九七頁。しかるに、訓令第三五二號にいう「民法上の權利」は舊村限り所有する共有地等の共有財産であつて、その間明かにくいちがひのあることに、注意する必要がある。現に、町村合併の協議書には、しばしばこの語を使用して部落有財産の權利を表明している。私は、このくいちがひは、政府當局が意圖して行つた「すりかえ」であつて、政府は農民を安心して合併させる一方、町村制實施では、部落農民の私法的權利を否認する、手品師を演じたものであると考へる。元老院會議では、議員側は入會林場の權利を「民法上の權利」にふくめて解釋しようとするに對し、政府委員は一貫してこの見解を否定するのである。

福島博士は、「部落有財産」という用語を「公法上の部落（財産區）」が所有する財産、すなわち、一種の公有財産という意味で使用する一方で、「民法上の権利」たる入会権の主体としての部落集団の存在も視野に入れ、それらは「あい重なる輪」であるという。それは、入会権公私重畳論とでもいべき立場なのだろうか。その論は、入会権私権論を前提とする戒能博士の立場とは異なるが、当時の国の入会権に関するダブルスタンダードを端的に表わしている。

一方で、当時の本郷村の立場は、右ようなダブルスタンダードですらない。それは、私権としての二種類の入会権の存在を否定しようというより、その知識すらもなかったことを示しているように思われる。⁽¹⁸⁾

右の町村制上の規定は、かかる財産につき郡参事会に対して、町村会の意見を聞いて条例を発行し、事務遂行のために区会又は区総会を設けることができる旨を定めている。この規定の趣旨からすれば、区会又は区総会が設置されていれば、当該財産についての利用に変更をきたす場合には同区会等における決議を経ることが必要との解釈となる。

しかし、右の六部落有財産について区会や区総会が町村制一一四条にもとづいて設置された事実を資料は記録しておらず、同設置の形跡はまったく見られない。もとより、右財産が町村内の一部が所有する一種の公有財産であるとの根拠はない。それにもかかわらず、資料執筆者は、留山措置について本来ならば「正規ノ手続」（公法的な手続）が必要であると解しており、その手続きを踏んだ上でのことではないから、「正規ノ手続ヲ経テ入會ヲ解消シタルニアラサル」と記述したのである。

本郷村当局が右執筆者と同じ解釈をしていた（というより、執筆者にそのような説明をしていた）と考える理由は、大正一〇年五月二〇日に制定されたという規則にある。以下、この規則を掲げておこう。

東田川郡本郷村大字大針砂川本郷行澤上名川下名川部落有山林取扱規則

第一條 本規則ニ於テ部落有山林ト稱スルハ明治三拾六年拾弍月拾弍日本郷村大字大針砂川本郷行澤上名川下名川二下戻ヲ

受ケタル山林ヲ謂フ

第二條 部落有山林ハ村長之ヲ管理スル

第三條 部落有山林ノ交換及貸付ハ特別ノ規定アルモノヲ除クノ外總テ本規則ニ依ルベシ

第四條 本規則ニ於テ縁故者と稱スルハ下戻前部落有山林ニ樹木ヲ所有シ及植付ヲ爲シ若シクハ萱肥草刈取等ノ縁故ヲ有ス

ル者（死亡者ハ其相續人）ヲ云フ

但部落内ニ於テ縁故ヲ移轉シタル時ハ繼承者ヲ以テ縁故者ト見做ス又部落外ト雖モ下戻前ヨリ貸付縁故ヲ有スル者

ハ本條ニ準ス

第五條 部落有山林下戻後立木ヲ乱伐又ハ賣却シタルモノハ其賠償金ヲ徵収ス

第六條 前條ノ賠償金ニ関シ特別ノ事情アルモノハ其ノ事實ヲ調査シ村會ノ議決ニヨリ減額シ免除シ若クハ權利ヲ拋棄スル

コトヲ得

第七條 部落有山林ヲ整理スル爲メ整理員弍拾五名ヲ置ク其區域及人員左ノ如シ

但整理員ハ部落内住民ニシテ公民權ヲ有スル男子ニ管理村長之ヲ囑託ス

大針 五名 砂川 四名 本郷上區 四名 下區 參名 行澤 弍名

上名川 參名 下名川 四名

第八條 整理員ハ管理村長ノ指揮監督ヲ受ケ左ノ事項ヲ調査スルモノトス

一、 境界ヲ査定スルコト

二、 山林測量及部落民ノ縁故面積ヲ調査スル事

三、 貸付ヲ爲スベキ土地並其區画ヲ調査スル事

四、 地上產物ノ價格ヲ調査評定スル事

五、 貸付料ヲ徴収セントスルトキハ其貸付地毎ノ徴収見込額ヲ調査スル事

前各號ノ事項ハ前條整理員中六名（各大字ヨリ一名ツツ）ヲシテ常時服務セシムル事ヲ得

第九條

管理村長ハ必要ニ應シ隨時整理員會ヲ召集スル事ヲ得整理員會ノ議長ハ管理村長トシ村長事故アル時ハ助役ヲ代理シ共ニ故障アルトキハ整理員互選ノ上之ヲ定ム

整理員會ハ整理員拾名ノ請求アル時ハ之ヲ召集スルモノトス

整理員會ハ半数以上出席スルニアラザレハ議事ヲ開ク事ヲ得ス

整理員會ノ議事ハ本村會議規則ノ例ニ依ル

第十條

整理員ニハ出席日數ニ應シ壹日金一圓五拾錢ノ日當ヲ給ス

但村内出張ニハ旅費ヲ支給セズ其ノ宿泊ヲ要シタルトキハ委員宿泊料ヲ給ス

第十一條

部落有山林ハ部落ニ於テ基本財産造成ノ爲メ必要ナル土地及公共ノ利益上必要ナル土地ヲ除クノ外ハ部落内住民中從來縁故ヲ有スルモノ及部落内一般住民ニ貸付クル事ヲ得但少部分ノ残地ヲ生ゼザル如ク連接スルモノトス

第十二條

前條ニ依リ土地ノ貸付ヲ爲サントスルトキハ其ノ願出ニヨリ面積貸付方法貸付料金地上產物ノ價格等ニ付豫メ之ヲ調査スルモノトス

第十三條

縁故貸付ハ其ノ土地ノ多寡ヲ斟酌シ之ニ比例シ可成其縁故地域ニ依ルヘシ但縁故地壹町歩ニ滿タザル時ハ壹町歩ニ至ルマデ増加スル事ヲ得新規貸付ハ壹戸ニツキ壹町歩ヲ限度トス僅少ナル縁故地又ハ境界査定ニ不便ナル箇所ハ管理者ニ於テ適宜之ヲ組換貸付クルコトヲ得

貸付スベキ地上ノ產物ハ借受人ニ於テ拂下クベキ義務アルモノトス

貸付地ハ管理者ノ承認ヲ得ルニ非ザレバ其ノ土地ヲ他人ニ轉貸スル事ヲ得ス

貸付期間ハ七拾年以内トシ更新スルコトヲ妨ケズ

第十四條

部落直接管理ニ屬スル土地ニシテ植林其他土地ノ利用ヲ妨ケサル範圍ニ於テ部落住民草根菌蕈野菜果物類ヲ無料ニ採取スル事ヲ得

但管理上必要ト認メタルトキハ料金ヲ徴収シ又ハ採取ヲ禁止スルコトアルヘシ

第十五條 部落山林貸付期限中部落ノ使用ニ供スル必要アルトキハ交換貸付又ハ貸付ノ契約ヲ解キ之ヲ返還セシメ植栽物等ハ

借受人ニ於テ管理者命令期間内に除去スルモノトス

前項ノ場合ニ於テ借受人ハ其ノ直接ニ受ケタル損失ニ付賠償ヲ求ムルコトヲ得

第十六條 借受人ニシテ管理者ノ許可ヲ得ス其ノ原形ヲ變ジ若クハ故意怠慢ニ由リ之ヲ荒廢ニ歸シ又ハ之カ爲メニ毀損亡失シ

タルトキハ管理者ハ其ノ損失ヲ賠償セシム

第十七條 部落有山林ノ貸付地ヲ交換スル場合ニ於テ其財産ヲ管理シ若クハ其取扱ヲ爲ス吏員ハ之ヲ自己ノ借受地ト交換スル

ヲ得ス

第十八條 部落有山林ヲ開田スル爲メ土地ノ貸付ヲ出願スル者アル時ハ此隣土地關係者承諾水利ノ便否等現況ヲ調査シ整理員

會ノ意見ヲ聞キ許可スルコトアルベシ

第十九條 貸付土地ノ協會査定ニハ其ノ境界線ニ標識ヲ建設スルモノトス

但境界査定ニ要スル人夫賃及標識費ハ借受人ノ負擔トス

第二十條 貸付金ノ納付ハ管理者ノ發スル告知書ニヨリ納付（貸付料金ハ壹年毎ニ）スベキモノトス

若シ納付期限ヲ怠タリタルトキハ貸付ヲ取消スコトアルベシ

第二十一條 土石鉞物ノ採取其他本規則以外ノ出願者アリタルトキハ管理者ニ於テ豫メ其ノ方法及料金等ニ付之ヲ調査決定ス

ルモノトス

第二十二條 貸付地ハ地上權設定若クハ賃貸借契約ニヨリ成立ス

第二十三條 本規則施行前ニ部落有山林ノ貸付契約ヲ爲シタルモノハ其ノ契約ノ満期マデ總テ舊契約ニ依ルベシ

第二十四條 本規則中管理及處分ニ関スル事項ノ整理會ノ意見ヲ聽キ村會ノ議決ヲ經施行前監督官庁ノ許可ヲ受クルモノトス

附 則

本規則ハ發布ノ日ヨリ之ヲ施行ス

東田川郡本郷村大字大針砂川行澤上名川下名川部落有山林管理規則及同部落有山林整理規則ニ抵觸スル規定ハ本

規則施行ノ日ヨリ廢止ス

大正十年五月十八日提出 同月二十日修正議決 同年五月二十五日別紙郡衛依命通牒ニヨリ同月二十六日告示第十八號ヲ以テ公示ス

本郷村当局が六部落有入会地を町村制下の「町村内ノ一部」による一種の公有財産として理解していたと考えられる理由は、次の通りである。

- ① 当該山林原野の管理者を村長と定めていること（二一条）。
 - ② 乱伐者に対する制裁（賠償請求）について、その減額・免除・権利放棄の決定が村議会議決により行なわれ（六一条）、管理及び処分については整理員会の意見を聴くとされているが、村会議決を経て監督行政庁（郡参事会か）の許可を受けるとされていること（二四一条）。
 - ③ 六部落より選出される「整理員」は、村長の指揮監督を受けること（八一条）。
 - ④ 貸付については、すべて地上権設定契約もしくは賃借権設定契約にもとづくこととされ、地元住民を土地の共有者として認識していないこと。
 - ⑤ この規則が村議会に提出されてその議決を受け、行政的な公示が行なわれたと思われること（附則）。
- この規則は、後述する訴訟の過程で、「六部落有山林取扱規則」として、議論の対象となる。

3 部落有林野統一

明治四三年に、農商務省・内務省次官通牒により、全国の部落有林野を明治二二年以降の新町村の所有へと整理統

一すべき指示が発される。これがいわゆる部落有林野統一事業であり、昭和一四年まで実施された。⁽¹⁹⁾

昭和七年、六部落有林も、ここにいう部落有林野として、本郷村への統一を余儀なくされる。もつとも、この時期にはすでに、地元住民の抵抗を和らげるため、無条件統一の方針は改められ、その利用継続を許容する条件付統一が認められていた。本郷村における昭和七年・部落有林野統一においても、村議会で次のような議決が行なわれている。

本議第一號ノ一

部落有財産寄附ニ関スル件

本郷村大字大針同砂川同本郷同行澤同上名川同下名川部落有ノ別紙第一表記載ノ財産ハ部落有財産整理統一ノ爲林野ニ関スル一切ノ入會關係ヲ廃止シ左記ノ通り條件ヲ附シ本郷村ニ寄附スルモノトス

昭和七年三月十八日提出

同 十九日議決

東田川郡本郷村大字大針同砂川同本郷同行澤同上名川同下名川部落有財産管理者

東田川郡本郷村長 齊 藤 茂 藤 治

記

一 本郷村大字上名川字東山一番保安林外三十筆合計（台帳面積八百四十三町四反廿七歩ノ内）見込面積二千三百三町七畝廿四歩二生立スル雑木ハ大字大針同砂川同本郷同行澤同上名川同下名川部落住民ニ特賣スルコト

但シ住民トハ大針同砂川同本郷同行澤同上名川同下名川部落有ニ居住スル寄留者ヲ除ク世帯主ヲ指称ス

二 従来ヨリ縁故地ハ縁故者ニ貸付クルコト

三 保安林及施業方法指定地並ニ砂防指定地ニ於テ爾後解除セラレタル箇所アリタル場合ニハ該地ハ大字大針同砂川同本郷同行澤同上名川同下名川部落住民ニ公訴公課ニ管理費ヲ加ヘタル金額ニテ貸付クルコト

東北山村における村有地入会権訴訟と当事者適格（江潤）

四 第一項ノ雜木ノ特賣ニヨリ生ズル昭和八年度乃至昭和十二年度ニ至ル五ケ年間ノ純収益金ハ該年度ニ大字大針同砂川同本郷同行澤同上名川同下名川部落住民ノ特別税戸数割ニ於テ輕減スルコトトシ大字熊出住民ハ外純収益金ノ費途ニ付テハ權利ヲ放棄シ統一加入ノ代償トシテ右期間中ニ相当金額ヲ特別税戸数割ニ於テ負担スルコト

以上

本議第一號ノ二

部落有財産寄附ニ關スル件

本郷村大字大針同砂川同本郷同行澤同上名川同下名川部落有ノ別紙第二表記載ノ財産ハ部落有財産整理統一ノ爲林野ニ關スル一切ノ入會關係ヲ廢止シ左記ノ通り條件ヲ附シ本郷村ニ寄附スルモノトス

昭和七年三月十八日提出

同 十九日議決

東田川郡本郷村大字大針同砂川同本郷同行澤同上名川同下名川部落有財産管理者

東田川郡本郷村長 齊 藤 茂 藤 治

記

- 一 本郷村大字本郷字湯之沢參番ノ二山林外百八十五筆合計（台帳面積七百六十五町三反一畝十歩ノ内）見込面積九百十六町
- 二 反六畝廿七歩ハ大字大針同砂川同本郷同行澤同上名川同下名川ノ部落住民ニ貸付クルコト
- 但シ貸付料ハ公租公課ニ加ヘタル金額ヲ一ケ年ノ料金標準トシ左ノ通り貸付クルコト
- イ 既ニ貸付セル土地ハ其儘貸付クルコト
- ロ 現ニ貸付セザルモ従來ヨリノ縁故地ハ縁故者ニ貸付クルコト
- ハ イ及口以外ノ林野ハ大字大針同砂川同本郷同行澤同上名川同下名川部落住民ノ稼穡団地總代ニ貸付クルコト

以上

本議第一號ノ三

部落有財産寄附ニ関スル件

本郷村大字大針同砂川同本郷同行澤同上名川同下名川部落有ノ金拾壹万式千八百四拾五圓拾銭ハ部落有財産整理統一ノ爲左記ノ通り條件ヲ附シ本郷村ニ寄附スルモノトス

昭和七年三月十八日提出

同 十九日議決

東田川郡本郷村大字大針同砂川同本郷同行澤同上名川同下名川部落有財産管理者

東田川郡本郷村長 齊 藤 茂 藤 治

記

一 村ノ特定財産トシテ寄附シ其ノ大部ハ大字大針同砂川同本郷同行澤同上名川同下名川部落ノ公共事業ノ必要ヲ生ジタル場合ニ之ヲ充当スルコト、シ一部ハ社寺ヘノ寄附金一部ハ公有財産整理費ニ充当スルコト

以上

本議第一號ノ四

部落有財産寄附ニ関スル件

本郷村大字大針同砂川同本郷同行澤同上名川同下名川部落有ノ別紙第三表記載ノ財産ハ部落有財産整理統一ノ爲林野ニ關スル一切ノ入會關係ヲ廢止シ左記ノ通り條件ヲ附シ本郷村ニ寄附スルモノトス

昭和七年三月十八日提出

同 十九日議決

東田川郡本郷村大字大針同砂川同本郷同行澤同上名川同下名川部落有財産管理者

東田川郡本郷村長 齊 藤 茂 藤 治

東北山村における村有地入会権訴訟と当事者適格（江瀨）

記

一 縣ハ東田川郡ヨリ引繼ヲ受ケタル模範林ノ契約書（大正三年二月二十七日東田川郡長ト六大字有財産管理者本郷村長トノ間ニ締結シタル地上権設定契約）第七條ノ「収益中立木賣却代金ノ拾分ノ弐ヲ土地所有者ニ交付ス」トアルヲ「収益中立木賣却代金ノ拾分ノ弐ヲ大字大針同砂川同本郷同行澤同上名川同下名川部落住民ノ総代人ニ交付ス」ニ改ムルコト

以上

右一号の一から四までの四つの議案のうち、一、二、四は山林、三は一一万円余りの金銭である。

本郷村における六部落有林について地元民の統一に対する抵抗の実態はよくわからない。むしろ、明治九年官没に対する取戻運動を考えると、それが地域の指導層主導の下に実施されたとしても、地元民が無抵抗であったとは思われない。しかし、前述のように、明治三六年下戻以降、本郷村当局は、六部落をもつて前述の町村制下の「町村内ノ一部」として扱っていた。すなわち村当局は、部落有林が地元民の共同所有財産であるとの認識をまったく持つていなかった。そのため、村当局が地元民に対し、これまで述べてきたように、六部落有林が一種の公有財産であるとの前提で対処してきた歴史がうかがえる。右規則が、地元入会権者による利用慣行を「縁故」と呼び、その権原を地上権や賃借権として扱っていることがその傍証である。

このような村当局が、地元民に対して、部落有林野統一事業の実施にあたり、公有財産としての当該林野につき、「部落有という公有」を本郷村有という別の形式の公有へと改めるに過ぎないと説明し、同時に、これまでの「縁故地」は従前通り縁故を有する者の利用に任せるから実質的には何の変更もないとして抵抗を和らげたについては想像に難くない。そもそも、この統一にあたっての争点は、六部落住民が本郷村に利益を奪われるかどうかという、村対六部落の対立という図式ではなく、これまで同山林に所縁を持たなかった熊出部落と六部落との間の利害の調節が中

心だったのである。この調節の成功により、統一は一気に進み始める。

ここで、右議案からうかがえることを指摘しておきたい。

① 大字上名川所在の保安林（実測二三〇〇町余り）については、六大字住民がこの山林から生活に必要な薪炭材を得ていたこと、また、特定の住民による「縁故地」と呼ばれる分割利用地が設けられていたこと。

② 大字本郷内の山林（実測九〇〇町余り）についても、六大字住民の一部が以前より収益してきた事実があり、あるいは、今後、貸付けを受けるといふ形式で利用に供すべき土地があること。また、この土地の中に、共同植林地があると思われること。

③ 六部落有山林から得られた収益金は、これまで、地域の共益費として支出されてきたと思われること。

④ 東田川郡が地上権者として植林した分収造林地があり、その分収金（一〇分の二）は、土地所有者たる六部落が取得することとなっていたところ、同土地所有権が部落有林野統一により本郷村へ引き継がれても、右分収金は従前通り、六部落が取得することとされたこと。

このようにして、部落有林野統一事業により、それまでの六部落有山林（四二〇〇町）は、一応は本郷村有財産へと帰したように見える。しかし、右で見たように、六部落住民による山林の使用収益権能は明確に留保されており、若干の管理形態に変化は認められるが、事実上は何も変わっていない。ただ、土地所有権の実体法的变化に着目するならば、かつての共有の性質を有する入会地が、共有の性質を有しない入会地へと転換したといふことはいえよう。そうして、この統一に伴い、本郷村と六部落との間で、次のような協定が結ばれている。

本郷村部落有財産整理統一協定書

東北山村における村有地入会権訴訟と当事者適格（江溯）

一条 保安林及び施業方法指定地並ニ砂防指定地ハ村ニ寄附シ村ノ収益財産トスル
但シ

イ 右土地ニ成立スル雑木ヲ売却スル際ハ六大字ノ住民ニ特賣スルコト

ロ 本項保安林及施業方法指定地及砂防指定地ハ統一後ニ於テ解除セラレタル場合ハ二ニ準ジ貸付クルコト

ハ 是迄及今后借地願ヲ提出セルモノ、内縁故地ナラバ其ノ出願者ニ貸付クルコト

二条 保安林及施業方法指定地以外ノ林野其ノ他ノ不動産ハ村ニ寄附スルモ村ヨリ六大字ノ住民ニ公課公租ニ管理費ヲ加ヘタル金額ニテ貸付クルコト

其ノ内譯

イ 既ニ貸付セル土地ハ其ノ借受人ニ貸付クルコト

ロ 是迄及今后借地願ヲ提出セルモノ、内縁故地ナラバ其ノ出願者ニ貸付クルコト

ハ イ、及ロ以外ノ林野ハ六大字ノ住民誰外何名ニ貸付クルコト

三条 金員ハ村ノ特定財産トシテ寄付シ其ノ大部ハ六大字ノ公共事業ノ必要ヲ生シタル場合ニ之ヲ充當スルコト、シ一部ハ社寺
ヘ寄付金ニ一部ハ公有財産整理費ニ充當スルコト

四条 各大字單獨所有林其ノ他ノ財産ハ公租公課ニ管理費ヲ加ヘタル金額ニテ貸付クルコト

五条 縣ハ東田川郡ヨリ引継ヲ受ケタル模範林ノ契約書（大正三年二月二十七日東田川郡長ト六大字有財産管理者本郷村長ト
ノ間ニ締結シタル地上權設定契約）第七條ノ「收益中立木賣却代金ノ拾分ノ貳ヲ土地所有者ニ交付ス」トアルヲ「收益中

立木賣却代金ノ拾分ノ貳ヲ六大字住民何之誰外何名ニ交付ス」ニ改ムルコト

六条 昭和八年ヨリ全一ニ年度ニ至ル五ヶ年間ハ統一ニヨリ生ジタル村ヘノ純収入金ハ六大字住民ノ特別税戸數割ニ於テ輕減
スルコト

七条 大字熊出住民ハ前項ノ期間中ハ其ノ収入金ノ權利ヲ放棄シ又加入代償トシテ一般村費統一前本村税賦課ノ例ニ依リ特別
税戸數割ニ於テ負擔スルコト

要するに、この協定は、保安林等の山林については六部落住民が立木買受権を取得し、かつ借地願提出者がその土地に「縁故」を有する者ならば村は貸し付けを拒否できず、それ以外の土地についても六部落住民に定額で貸し付けるよう、村に義務を負わせている。

同時に、本郷村は、次のような条例を設置している。

山形縣東田川郡本郷村有林野加入條例

第一條 新二旧慣アル本村有林野ノ使用ヲ為サントスルモノヨリ本條例ノ定ムル所ニ依リ加入金ヲ徴収ス

第二條 本村有林野加入金ハ左ノ區分ニヨリ之ヲ徴収スルモノトス

一 昭和七年三月三十日以後他町村ヨリ移住セルモノ金拾五円

二 昭和七年三月三十日以後大字大針同砂川同本郷同行沢同上名川同下名川ニ移住シ来レルモノハ更ニ金拾円ヲ増徴ス

三 昭和七年四月一日現在ニ於テ大字熊出ニ住所ヲ有スル本村住民ハ昭和八年度ヨリ昭和十二年度マデ昭和七年三月十九

日議決本議第一号ノ一部落有林野処分ニ関スル山形縣知事許可条件第四項ニ定ムル加入金ヲ納付スベシ

但シ毎年度ノ加入金額及其ノ徴収方法ハ其都度村会ノ議決ヲ經テ之ヲ定ム

第三條 前條ノ第一号第二号ノ加入金ハ三ヶ年ニ分納スベシ

第四條 明治三十六年六月十二日以前本郷村大字大針同砂川同本郷同行沢同上名川同下名川部落内ニ居住セシモノニシテ其後

村外ニ移住シ再ヒ本村ニ復帰シタルモノヨリ加入金ヲ徴収セズ

附則

第五條 本條例中住民ト称スルハ寄留者ヲ除ク世帯主ヲ指称ス

本條例ハ昭和八年四月一日ヨリ之ヲ施行ス

昭和八年二月二十七日議決昭和八年三月二十三日告示第十二号

この条例は、外来者の部落有林野統一後の村有林利用について、所定の「加入金」徴収をうたっている。そして、六部落に復帰する元の住民による加入金納入を免じている。要するに、これまで六部落に所縁のなかった住民による新規利用に対しては、部落住民とは異なった負担を求めている。しかも、六大字域内への転入者に対しては、その負担が増額されている。あきらかに、昭和七年の部落有林野統一が、寄附主体の六部落のこれまでの権利を重視して行なわれたというべきであろう。

前述のように、昭和二九年に、この本郷村と他の二か村（大泉村、東村）が合併して朝日村となり、これが平成一七年・鶴岡市との合併まで継続する。右統一事業により本郷村有林へと帰したかつての六部落有林は、これにより朝日村有財産へと引き継がれた。この間、六部落の村落集団としての性格に変化は見られず、六部落の規制の下に、住民による製炭などの山林の利用が行なわれた。山林面積が広大なので、かつてはあまり強い統制は実施されず、利用規則にもとづいて明確に部落毎の利用区域が定められるということはなかった。ただ、各部落の位置による利用の不適の關係上、事実上、大雑把に利用区域が固定する傾向にあった。このように、あまり強い統制はなかったため、製炭材採取のために濫伐傾向があった。そこで、一定以上の農地所有者は製炭のための立木伐採を禁止する取り決りもあったという。

昭和四四年に、入会地四二〇〇町のうち、昭和七年部落有林野統一以前から縁故地等の名目で地元住民が使用収益していた山林一八〇〇町について、町より六部落が返還を受け、入会林野整備事業が実施されて個人分割された。なお、多少の山業採取は、適地においては現在でも行なわれている。

昭和四八年頃、国・建設省は、旧六部落有林たる朝日村有林内の梵字川（一級河川である赤川水系の支川）を堰き止め、治水及び鶴岡市を始めとする庄内地方南部一円への生活用水供給を目的とした多目的の月山ダム築造を計画し

た。以降、建設省は、地元ダム建設計画のための事務所を設け、住民らによって組織された赤川ダム（月山ダム）対策同盟との協議を行なうようになった。同事務所は、事業計画の全体、用地の調査、必要補償額等について住民と協議を重ねた。この間、住民の指導層の中に反対意見があったことは否めない。しかし、地域挙げての組織的反対運動は見られず、また、地元住民の共有の性質を有しない入会権に関する補償についての明確な意思も示されなかった。村レベルにおいては、昭和五八年三月二五日に、ダム建設用地として当該山林の国への譲渡が議会において議決されている。

国は、山形県土地開発公社（公有地拡大推進法により昭和四八年に設立）を通じて、右議決の翌日に、ダム予定敷地所有権を取得した（法形式上は、民法五三七条にもとづく、朝日村と同公社の間で第三者たる国に村が当該土地所有権を譲渡する旨の契約が締結され、国が朝日村に対して同契約の利益を享受する意思を表示してこの所有権の移転が行なわれた）。国は、この日から平成七年六月三〇日までの間に、これらの土地の売却代金その他の補償金・合計六億二三四三万円余りを朝日村に支払っている。

三 入会地をめぐる訴訟

1 第一審

(1) 請求の趣旨等

昭和五八年段階で朝日村が国より取得した用地売却代金について、六部落と村との間で協議が行なわれた。しかし村は、同代金について地元部落に交付しないとするので、これら部落住民が態度を硬化させ、ダム建設を認めるべき

ではないとする意見さえ出るようになった。これら部落住民の一部である二九九名は、このうち九名を選定当事者として、国及び朝日村を被告とし、昭和六二年に、以下の趣旨の請求をする訴えを山形地裁鶴岡支部に提起した（昭和六二年(ワ)第四号山林使用収益権確認等請求事件）。

① ダム建設予定地において、原告らが山菜や茸、枝木・立木などの産物採取する使用収益権を有することの確認。

② ダム建設工事のための道路設置、立木伐採など、原告らの右使用収益権行使の妨害禁止。
その理由は、次の通りである。

i 四二〇〇町に上る本件六部落有山林は、もと共有の性質を有する入会地であったが、明治九年に官有地に編入され、その後、下戻しを受けた。当時の本郷村長は、これを公有財産であるとの考えにもとづき、一方的に六部落有山林取扱規則を制定してこれらの山林の管理を始めた。六部落において、これは部落住民の利害調整、統制のために、管理の一部を同村長に委託したにすぎない。この土地の実体は、六部落における共有の性質を有する入会地である。

ii 部落有林野統一については、六部落住民全員がこれに依じて入会権を放棄するという同意をしていないので、その手続きは住民を拘束しない。

iii 個人分割を目的に、本件六部落有山林について入会林野整備事業が実施されたが、その際に、対象地については、当時の朝日村より無償譲渡された。本件山林を含むその他の山林については、共有入会地として残すこととした。

iv 仮に、右の土地について朝日村が所有権を有するとしても、六部落及びその住民が地役入会権を有する。

これに対して、被告・国及び朝日村は、入会権にもとづく使用収益権の存在の確認を求める訴えは固有の共同訴訟であるとの抗弁を提出し、本案については、次のように主張した。

i 入会権は、林産物採取を内容とするものであるから、入会地は入会集落の近辺に限られる。本件山林は、六部落から遠隔地にあり、地形も急峻で、原告が主張するような入会権が存在したとは認めがたい。それは、朝日村の直轄林であり、六部落住民が入り会った事実はない。

ii 被告・朝日村は、昭和二九年以降、村有林の一部を団地貸付地として六部落に賃貸したが、この土地については、各部落で自主的に管理運営してきた。しかし、その他の土地については、部落総会で話し合つて決定した事実はなく、部落が入会統制機構の役割を果たしたことはない。

iii 仮に、本件山林に入会慣行が存在していたとしても、明治九年の官有地編入により、同慣行は存在しなくなり、入会統制機構も機能を停止した。また、下戻後、本件山林は本郷村長が管理を行ない、六部落の個々の住民の入会権行使は停止した。

iv 原告らは、共有の性質を有する入会権を主張しているが、部落有林野統一時に入会権放棄が明言されているから、入会権は放棄されたものというべきである。

(2) 第一審判決

これら当事者の主張に対して、第一審は次の理由をもって原告・六部落住民の請求を棄却する判決を言渡した（山形地裁鶴岡支部平成一〇年一月三〇日判決・戦後入会判決集第三卷二六二頁）。

「入会部落の構成員たる個人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、本来各自が単独で行使することができるも

のである。したがって、右使用収益権を争い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、入会部落の構成員各自が、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とあり、かかる使用収益権の確認又は妨害の排除を求め訴えは、いわゆる固有必要的共同訴訟でないとして解するのが相当である（最高裁判所昭和五十一年(オ)第四二四号同五十七年七月一日第一小法廷判決・民集第三六卷六号八九一頁参照）。

本件における原告らの請求は、本件三里を含む東山等について入会権を有する六部落の構成員の一部である原告ら各人が本件山林において入会権に基づきその内容である山菜の採取、自然生の茸の採取等を行う使用収益権を有していることの確認及び右使用収益権の行使に対する妨害の排除を求めるものであるから、固有必要的共同訴訟ではない」

「六部落住民は、本件山林を含む六部落有山林において、江戸時代から本件整理統一手続まで入会権を有し、それに基づいて一定の使用収益をしていたことが認められる」

「六部落住民らの間で、本件整理統一手続により本件六部落有山林を本郷村に寄付し、本件六部落有山林における六部落住民の入会権を放棄することについて協議がなされ、同意がなされたということを示す部落総会の議事録等の証拠はなく(へ略)、少なくとも大針部落は、本件整理統一手続の前年においてもこれに反対しているのであって、六部落住民の全員の同意があったと認めることは出来ず、ほかに六部落住民の全員の同意があったことを認めるに足る証拠はない」

「六部落住民は、本件整理統一手続後、本郷村ないし被告朝日村から、本件整理統一手続により本件六部落有山林が六部落から本郷村へ寄付され、村有となったことを前提として、その貸付を受けたり、産物の払下げを受け、無償譲渡を受けるなどしているのであって、このような事実関係を総合すれば、遅くとも、月山ダ建設のための地元住民

への説明が開始された昭和五十一年頃までには、六部落住民は、本件整理統一手続による本件六部落有山林の本郷村への寄付、同山林における入会権の放棄を追認（無権代理行為の追認の法理の類推適用）したものと認めることができる。」

「以上の次第で、原告らが、本件山林に入会権を有していることを前提とする本訴各請求は、いずれも理由がない」

2 第二審

(1) 控訴の趣旨等

原告住民らは、朝日村のみ相手として、仙台高等裁判所秋田支部に控訴した（平成一〇年（ネ）第一四号山林使用収益権確認等請求控訴事件）。

この頃、月山ダム工事は進行し、その完成は間近となっていた。そのため、第一審原告である六部落住民らは、控訴方針を見直さざるをえなくなった。まず、国を相手とする妨害排除請求については、事実上、勝訴の見込みが立たないため見送ることとし、国を被控訴人から外すこととなった。ダム工事計画を阻止するよりはむしろ、本件山林が六部落有財産であること、したがって国がその対価を支払うべき相手は朝日村ではなく六部落であることを裁判所に認めさせるという方向へ控訴方針がシフトしたのである。その方法として、朝日村が国より取得した金銭を不当利得として請求することとなった。なお、第一審における選定者のうち一部の者が訴えを取り下げたのでその者らを選定者から外し、反面、新たな訴訟参加希望者を選定者として追加、また、係争物件たる山林を追加して控訴が行なわれた。選定当事者に変更はない。

控訴人たる住民は、第一審における請求（使用収益権確認、妨害排除）と、控訴審における新請求たる不当利得返

還請求等の交換的な変更を申し述べた。しかし、被控訴人・朝日村側が異議をとなえたので、住民側は、右新請求を第一審請求内容に追加した。ここで注目すべきは、その請求金額が、いわゆる不当利得金額の一部（五五〇分の三一五）に留まっていることである（この点については次に述べたい）。

控訴理由は以下の通りである。

① 六部落有山林は、江戸時代からの住民共同の入会地で、地租改正の際の官有地編入により共有の性質を有しない入会地となったが、下戻により共有の性質を有する入会地となった。この間、利用形態に変化はない。

② いわゆる部落有林野統一にあたり、当時の本郷村長が寄付主体とされる六部落と、これを受ける本郷村の双方を代理したもので、六部落住民はこれを承認していないから同寄付は無効である。したがって、本件六部落有林は、これらの部落における住民の共有の性質を有する入会地である。

③ 被控訴人・朝日村が国より取得した本件山林売却代金及び補償金は、入会権者たる六部落住民に帰属するものである。平成一一年三月三一日現在の入会権者数は五三〇名であり、選定者は三一五名であるから、控訴人は、朝日村による取得金の五三〇分の三一五及び遅延損害金の支払いを求める（この請求権は分割金銭債権に転化している）。

④ 整理統一協定により、本件山林につき、六部落住民を信託者、旧本郷村を受託者とする公益（保安林等の維持）を目的とした信託契約が成立した。同受託者においては、これを売却する権原を有せず、同人がこれを固有財産として国に売却する行為は信託契約に反するので、六部落住民はこれを原因とする金銭を求める。

⑤ 朝日村は、「朝日村財産管理処分の特例に関する条例」により、村有林野を関係部落以外の者に譲渡することはできなかつたにもかかわらず、保安林解除等を受けてこれを国に売却した。同解除により、これらの土地は整

理統一協定二条に定める保安林等指定地以外の財産になったのであるから、その売却代金は六部落住民に引き渡されるべきである。

これに対して、朝日村は、本案前の抗弁として、入会権にもとづく使用収益権の存在の確認を訴えは固有な必要的共同訴訟であると主張、また、入会権にもとづく金銭請求は、係争山林の所有権が六部落住民に総有的に帰属していることを前提とするもので、同様に固有な必要的共同訴訟であり、六部落住民の一部による同請求は当事者適格を欠くと主張した。本案については、第一審におけると同様に消滅又は放棄を理由に入会権の存在を否認、また、信託契約成立等も同じく否認し、金銭請求について一〇年の消滅時効を援用した。

(2) 控訴審判決

控訴審判決は、当審における新たな請求（不当利得返還請求）を不適法として却下し、入会権にもとづく使用収益権確認請求等を棄却した（仙台高裁判決・戦後入会判決集第三卷二七七頁）。以下は、その理由である。

「当裁判所もまた、控訴人らの入会権に基づく使用収益権の確認を訴え及び妨害排除を訴えは、いずれも固有な必要的共同訴訟ではないと判断する」

「控訴人らの金銭請求のうち主位敵請求は、選定者らを含む六大字住民がそれぞれ構成する入会団体が一の山林に有すると主張する共有の性質を有する入会権を前提として、被控訴人が取得した月山ダムの補償金等を不当利得としてその一部の支払を求めるものである。しかし、共有の性質を有する入会権であっても、その所有の形態はいわゆる総有であつて、入会団体の個々の構成員は、通常の共有におけるように入会地に対して割合的持分権あるいはその類の権限を有するものではない。個々の構成員は入会権の内容たる使用収益権能を個別的に有しており、その行使はそ

の性質上、単独でできるものであるが、入会権それ自体の管理処分に関する権能について、個々の構成員単独で行使することはできず、入会団体を構成する構成員全員が共同して行使することを要するものと解される。したがって、また、これを訴訟上行使するためには、入会団体を構成する構成員全員が訴訟当事者となることを要するいわゆる固有必要的共同訴訟による必要がある。

本件請求は、入会権者が単独に行使しうる使用収益権能に基づくものではなく、一の山林に存する入会権それ自体の管理処分に関する事項にほかならないが、選定者らが、入会団体と主張する六大字住民の一部にすぎないことは、控訴人らにおいて自認するところである。したがって、控訴人らの不当利得返還請求は、当事者適格を欠く不適法なものである。なお、控訴人らは、入会権が金銭債権に転化した場合は当然分割されるなどと主張するが、独自の見解であって採用することができない。

「整理統一協定書は、その一条及び二条において、対象財産である六部落有財産を村に寄付する旨明確に定めており、その文言上も、実質所有権が六大字に留保されたものと解する余地はない（略）。また信託法三条は、登記又は登録すべき財産については、信託はその登記又は登録をしない限り第三者に対抗できないことを定めているが、六部落有山林につき信託登記はされていない（証拠略、弁論の全趣旨）。さらに、信託法六八条により、公益目的の信託を引き受ける際には受託者は主務官庁の許可を受けることを要するが、本郷村がこの許可を得たことを窺わせる事情は存在しない。公益信託を設定されたとして、地方公共団体である本郷村が、受託者として信託法に定められたこれらの手続を行わなかったことに合理的な理由もなく、結局のところ、本件整理統一協定により信託契約が成立したもとのと認めがたいといわねばならない（控訴人らが指摘する本件整理統一協定書中の条項は寄付された財産の管理に関する運用指針にすぎないと解される。）。

更に、前記のとおり、大正時代においては、六部落有山林が本郷村の財産になることにより、本来右山林に権利を有しない熊出部落が利益を享受することとなることを理由とする反対があつたため、六部落有山林の統一等が実現されず、その後、熊出部落が本郷村に対し相応の寄付をすることで、六大字においても六部落有山林が整理統一され村有財産になることに同意したものであるが、右のような経緯からして、当時の六大字住民において実質的所有権が六大字に留保されると考えていたとは到底言えない。

そして、本件整理統一手続後に六部落有山林の管理のために定められた管理規則及び管理条例では、旧来の慣行を尊重する立場から、縁故者や従来から使用してきた者の使用を認めることとされたが、その場合においても、村長の許可を要するものとされ、さらにその権利は関係住民に対してのみ譲渡することができるとされたものの、村長の許可を要するとされている。その後、昭和三年の改正によって、管理規則に關係住民に対する無償譲渡を定めた一〇条が山林の返還を受けるのではなく、被控訴人に所有権が存在することを前提として關係住民が譲渡を受けるものとされている。右改正後に控訴人菅原や原審選定当事者上野源治らが被控訴人に対して行った請願の文言上も、六部落有山林の所有権が被控訴人に属することを前提としたものになっている。しかも、月山ダム建設に伴う補償に関する交渉の過程で、六大字住民から本件山林が六大字の所有であると主張されたことはなかったのである（控訴人菅原が説明会の場で、住民に対する補償をすべきであるとの発言をした際にも、本件山林の所有権の帰属に關しては何ら言及しなかつたことは前示のとおりである。）。

以上に加え、旧土地台帳上、昭和八年二月八日付けで本件山林を含む六部落有山林の所有権が六大字から本郷村に移転されており、整理統一協定書二条に「村ヨリ六大字ノ住民ニ公租公課ニ管理費ヲ加ヘタル金額ニテ貸付クルコト」と定められているように、六大字住民が六部落有山林の公租公課を納めていたわけではないこと、整理統一手続後に

六部落有山林から産物を採取する際に支払われた払下げ代金は村の一般会計に入れられていたことなどからしても、本件整理統一手続に置いては六部落有山林の所有権を実質的にも本郷村に移転する趣旨であつたと解され、信託契約の成立を認めることはできない」

「控訴人らは、六部落住民全員の同意がないなどと寄付の有効性を争うが、以下の事実関係によると、寄付は有効と認めることができる。すなわち、本件整理統一手続の際の第三回本郷村会議録の本議第三号「部落有財産寄附採納ノ件」の理由欄には、「本村大字大針同砂川同本郷同行澤同上名川同下名川ノ部落ニ於テ何滿場一致ノ賛同ヲ得テ寄附申出アリタルハ……」と部落民全員の同意があつたことを窺わせる記載があり、昭和七年の大針部落の總會議事録には、整理統一や寄付を問題にした形跡がない（証拠略）。これらの事実に原判決が六二頁九行目から七〇頁八行目において入会権放棄の追認を裏付ける事情としてではあるが指摘しているように、六大字住民は、本件整理統一手続後、六部落有山林が六大字から本郷村に寄付され、村有になつたことを前提にして、貸付け、産物の払下げ、無償譲渡を受けるなどしていることを併せ考えると、本件寄付は当初から有効であつたものと認めることができる。〈証拠略〉によると、大針部落では、昭和六年まで熊出部落との統一に反対してきたことが認められるが、昭和七年に至つて熊出部落が本郷村に寄付金を出すことで話し合いが付いていたのであつて（証拠略）、大針部落が反対のまま本件整理統一がなされたとは認めがたい。また、〈証拠略〉によると、大針部落においては、昭和七年九月三〇日の区總會では、本件六部落有山林は六大字の所有であるとして扱われているように解されないでもないが、この時点では、管理規則等の諸規定の整備もなされておらず（証拠略）、本郷村への所有権移転登記もなされていなかったのであるから、異とするに足りない。

控訴人らは、莫大な価値を有する六部落有山林を寄付するはずはないなどと主張するが〈略〉、住民の共有として

ではなく、部落有として下戻しされ、その後永らく村長が管理してきたこと、寄付に際しても、種々部落民の利便が計られていることなどを考慮すると、一概に控訴人らの主張のようにはいえない。なお、前記事情からすると、村長が六大字住民と本郷村の双方を代理することについても各本人の了解、同意を得ているものと認められることができる。以上によれば、本件整理統一以降、六部落有山林の所有権は実質的にも本郷村に移転したものと認められる。したがって、六大字住民が地盤所有権を共有していることに変わりはないとの控訴人らの主張も理由がない」

「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、入会権を認めるためには、土地の利用状態について明確な入会慣行（地域住民が、当該場所において、反復継続して産物を採取する事実）と入会統制機構が存在することが必要である。本件山林に六部落住民による入会慣行及び入会統制機構が存在するという控訴人らの主張に副う証拠はいずれも採用できず、結局のところ、本件記録上、六大字住民による本件山林に対する入会慣行及び入会統制機構のいずれについても、その存在を認めるに足る証拠は存在しないといわざるを得ない」

四 検討

1 第一審における問題点

まず、第一審における当事者の本案に関する主張と、これに対する判旨を整理確認しておこう。

住民による請求の趣旨は、係争山林における林産物採取のための使用収益権確認及び妨害排除であり、請求原因は、主位的に共有の性質を有する入会権、予備的に共有の性質を有しない入会権である。

前述のように、係争山林を含めた六部落有（旧村持）財産は、地租改正を前提とした土地官民有区分に際して、明

治九年に官有地に編入されたが、その後、明治三六年に、国有土地森林原野下戻法にもとづいて六部落に返還された。明治二二年町村制にもとづく本郷村は、大正一〇年に、これらの山林に関する取扱規則を設けたが、そこには、同山林について、町村制下の「町村内ノ一部」が「特別ニ財産ヲ所有シ」ている場合である、との誤解があった。これ以降、本郷村による六部落有財産への介入が始まる。

この状況の下で、昭和七年に、これら山林が部落有林野統一事業の対象となる。原告・六部落住民は、この事業については全入会権者が合意していないとの理由でその無効を主張し、当時の本郷村による係争山林の所有権取得を否認し、仮にそうでなくて、この時に共有の性質を有しない入会権を留保した、というのである。

被告・国及び朝日村は、係争山林について、入会権は当初から存在しなかった、そうでなくても明治九年・官有地編入によって入会権は機能を停止した、昭和七年・部落有林野統一の際の入会権放棄により村直轄林となったとして、住民側と全面的に争っている。

第一審判決は、原告・六部落住民による入会権にもとづく使用収益権確認請求が固有必要的共同訴訟ではないとの前提で、本案での主張を退けているが、その要点は次の通りである。

① 六部落住民は、江戸時代から部落有林野統一まで入会権を有しており、また、同統一事業に対して、全員が合意していない。

② 右統一後、六部落住民は、六部落有山林が村有であることを前提とする対応をしているから、入会権放棄を追認した。

右の追認については、裁判所は、無権代理行為の追認を類推適用するとしている。私は、そこに若干の牽強付会を感じるのであるが、それを置くことにしても、この判決には重要な欠陥がある。それは、原告・六部落住民による予

備的な主張を、裁判所は一顧だにしていなないことである。

原告の主張をもう一度確認することにより、第一審における争点を明らかにしよう。原告は、部落有林野統一は入会権者全員の合意がないから無効であり、朝日村の前身である本郷村は、これら山林の所有権を取得していないと主張する。すなわち、原告は、この土地につき部落有林野統一が行なわれたという昭和七年以降も、なお、その所有権が六部落住民に帰属する共有の性質を有する入会地であると主張するのである。被告・朝日村は、これを全面的に争い、当時の本郷村による当該山林の所有権取得が有効であることを前提として、これを村の直轄林であると主張している。つまり、係争山林は六部落による共有の性質を有する入会地なのか、それとも朝日村の村有財産であるのか、この裁判の第一義的争点なのである。

この両者の争いに対して、第一審裁判所は、部落有林野統一については全員の合意が得られていないので無効であり、当時の本郷村村長の行為を六部落を本人とする無権代理と判断している。その上で、裁判所は、六部落住民は係争山林が村有であることを前提とした対応をしたから、この無権代理にもとづいた本郷村による所有権取得・六部落住民の入会権放棄を追認したと判断したのである。とすると、判決がここで示した「入会権放棄」とは、所有権としての入会権の放棄、すなわち、民法二六三条における共有の性質を有する入会権の放棄を示していることになる。

原告・六部落住民は、共有の性質を有する入会権の主張のほか、もう一つ、仮定的な主張をしている。それは、民法二九四条における共有の性質を有しない入会権である。すなわち、住民側は、仮に部落有林野統一が有効で本郷村が係争山林の所有権を取得したとしても、自分たちは他物権としての入会権（共有の性質を有しない入会権）を留保した、と主張している。この予備的な主張に裁判所がまったく応えない理由は何なのか。

部落有林野統一事業は、前述のように、明治四三年・内務省及び農商務省次官通牒にもとづく、旧村持財産を明治

二二年町村制にもとづく純然たる地方行政機関たる新町村の公有財産に取り込めという、全国町村宛の指示である。その目的は、地方行政の財政基盤を充実させようとするものであるが、地元住民の私的財産たる入会地のいわば収奪を企てる、多分に身勝手な政策であつた。当初は、無条件統一が原則とされていたが、全国的に地元住民による抵抗が厳しく、統一が難しかった。そのため、国は、大正八年に、条件付統一（すなわち、一応はこれまで通り住民による使用収益を認め、暫時、これを縮小させるといふ）へ方針を転換せざるをえなかつた。

結局、多くの部落有林野統一事業においては、地盤所有権だけが新町村に移転し、住民の権利が、共有の性質を有する入会権から共有の性質を有しない入会権へと転換した、というにすぎない。

右第一審判決の注目すべき点は、統一事業が全入会権者の合意なくして、いわば見切り発車された事実を正面から認めたとある。本郷村長は、六部落有財産をもつて、本郷村の一部たる部落（という公法的組織）が「特ニ財産ヲ所有シ」ている場合に該当すると確信しており、住民全員の合意がなければこの財産の処分ができないという入会権の法理論については、当然に無知であつたらう。その村長が、双方代理人として、地元住民の反対を押し切つて強引に手続きを進めたといふところであらう。

判決は、六部落住民を本人、村長を無権代理人と構成し、住民による村の規則に従つた山林利用をもつて、本人が無権代理行為を追認した場合に準ずる状態であると判示する。前述のように、これは牽強付会である。

無権代理行為に対する本人の追認は、それが積極的であるか、あるいは消極的であるかともかく、つねに本人・相手方間の対等性及び本人の自由意思を前提とする。裁判所がこの前提に立っているとしたら、それはまったくの虚構である。

六部落住民の規則に従つた山林利用をもつて、住民が自由意思によつて村長の無権代理を追認したというのは、事

実に反する。住民は、六部落有財産の利用ができなければこの地で生きて行くことはできなかった。それにもかかわらず、本郷村は、村長の強引な囲い込みにより、これらの山林を村有へと取り込んだ。そして、自らが制定した利用規則にもとづかなければ利用を認めないとした。裁判所は、この行政の立場と住民の立場が対等であることを前提としている。かかる裁判所の見識は、市民法のみ学んで社会学の無知ゆえに形式的平等論を振り回す初学者のそれとしかいいようがない。そうでなければ、国のダム建設に抵抗する六部落住民を初めから敗訴させようという偏った心証にもとづき、裁判所は、民法一一三条一項を道具として、住民の訴え棄却という判決を言渡したというべきであろう。仮に、いま私が述べたような虚構性を住民側が指摘していたら、裁判所は、部落有林野統一にあたっては最終的に全住民の同意が成立したと判示したと思われる（後述のように、控訴審がこの方法に依っている）。

2 第二審における問題点

控訴審においては、前述のように、第一審原告（控訴人）・六部落住民は方針を転換し、朝日村のみを相手に、同村が国より取得したダム補償金等を不当利得として、総額の五三〇分の三一五の返還を求めた。六部落における総入会権者数が五三〇名であるのに対して、選定者及び選定当事者として訴訟に参加した者が三一五名に留まるのが、控訴人が総額を請求しなかった理由である。この点が請求却下の決定的要因であるが、ともかく、控訴審判決の要点を次に掲げよう。

- ① 入会権にもとづく使用収益権確認請求及び妨害排除請求は固有必要的共同訴訟ではないが、ダム補償金等に關する不当利得返還請求は固有必要的共同訴訟である。したがって、一部の入会権者による後者の請求は当事者適格を欠く。

② 本件山林につき、部落有林野統一に際して六部落が実質所有権を留保したとは考えられず、同事業にもとづく六部落から本郷村への寄付は有効と認められる。

③ 入会権を認めるには、明確な入会慣行（産物採取）と入会統制機構が必要であるところ、そのいずれについても証拠はない。

この控訴審判決に不可解な部分がある。それは、国有土地森林原野下戻法にもとづく下戻に関する次の部分である。「控訴人らは、莫大な価値を有する六部落有山林を寄付するはずはないなどと主張するが（略）、住民の共有としてではなく、部落有として下戻しされ、その後永らく村長が管理してきたこと、寄付に際しても、種々部落民の利便が計られていることなどを考慮すると、一概に控訴人らの主張のようにはいえない」

本件山林が国から六部落へ下戻されたのは、前述のように明治三六年で、この時、すでに民法は施行されている。その二六三条に、「共有ノ性質ヲ有スル入会権」の規定が置かれたことはいうまでもない。明治三二年・国有土地森林原野下戻法は、所有の事実を証する書面を添付して申請する者に対してこれを下戻す（すなわち、元に戻す）ための法律である。民有地たる共有の性質を有する入会地が誤って官有地に編入され、これが同法にもとづいて下戻された場合、当然に、この土地は共有の性質を有する入会地へととしての性格を回復することになる。官有地編入前の本件六部落有地の性格については、第一審判決は、前述のように、次のように明確に認定している。

「六部落住民は、本件山林を含む六部落有山林において、江戸時代から本件整理統一手続まで入会権を有し、それに基づいて一定の使用収益をしていたことが認められる」

この判示部分は、明治九年から三六年までの官没時代に触れていないが、官有地編入という一種の行政行為の公定力から、この時代、これら山林の所有権は、実体法上、国が取得していたといわざるをえないであろう。それを前提

に、右第一審判決の判示部分をより詳しく説明すれば、本件山林の官有時代、少なくとも民法施行後においては、六部落住民は二九四条における共有の性質を有しない入会権をこの土地に有しており、下戻により、この入会権が二六三条における共有の性質を有するそれへと復帰した、ということになる。

控訴審判決は、この問題について、前述のように「住民の共有としてではなく、部落有として下戻しされ」という。理論的にいえば、同判決は、明治三六年のこれら山林の下戻以後の法的性格は、明治九年以前のそれとは異なる」と判示したことになる。しかし、控訴審は、その根拠をまったく示していない。この判示部分は、国有土地森林原野下戻法の性格の無理解を示しているのである。

そもそも、控訴審は、すでに民法が施行された法制下において「部落有」という所有形態をどのようなものとして、理解しているのだろうか。同判決は「部落有」と「住民の共有」を異なる概念として提示しているが、そうすると、同判決は、ここでいう「部落有」をもって町村制下の「町村内ノ一部」と理解しているのであるか。いずれにしても、この控訴審判決の特徴は、第一審判決とは異なり、入会権の存在を一顧だにしていないうことである。

本件のように当事者が訴訟上、入会権の主張をし、裁判所がその本案審理をする場合、裁判所は、民法二六三条又は二九四条に拘束され、入会慣習の存否につき審理しなければならない。ここでいう入会慣習とは、控訴審判決が触れているような入会慣行（土地の使用収益という事実）ではなく、法源としての慣習である。

慣習の法源性をうたう第一次の実定法は、法適用通則法三条（旧法例二条）であり、その第二次の実定法である民法二六三条及び二九四条が、入会慣習に法源としての性格を付与している。したがって、ある土地についての入会権の存否判断にあたっては、裁判官は、法源たる入会慣習の存否についての審理をしなければならないのである。それにもかかわらず、控訴審は、その審理をまったくしていない。

控訴審は、入会慣行及び入会統制機構が存在しないという。これを理由に、入会権の存在を否定している。この判断は不当である。

まず、入会権に関する民法上の二箇条は、入会権の規律を「その地方の慣習」に委ねているが、入会慣行（産物採取）の事実が必要である旨を規定していない。ここでいう慣習は、あくまで、転出失権、分割請求権の不存在、変更・処分に関する全員一致原則などの規範を指すのであり、利用内容や利用の有無についての慣行（事実）を意味しない。したがって、入会地の利用がないことを理由に入会権が存在しないと解することはできない。

次に、本件において、入会統制機構が存在しないという事実認定は、利用の有無が入会権の存否と関わらないという入会権の規定における解釈上、不当である。一般に、入会集団は、大字域又はその中の一定地域を範囲として設置された、部落や区、又は地域名を冠した財産組合等の名称で呼ばれる地域住民組織であり、この組織の中で、管理や処分が決定される。ただ、かかる組織は、入会財産管理のみを目的としたものではなく、それを超える地域内の共益的な目的をも有していることが普通で、この組織において、ある時期、入会財産についての協議が行なわれなかった、ということもありうる。とりわけ、燃料事情の変化により入会地の利用が少なくなり、またかかる財産からの現金収入もないために、それに関する話し合いの必要がなくなるといふこともある。その場合、入会統制機構が存在しないといえないことは明らかであろう。

本件控訴審において、六部落住民は、明確に入会権の主張をしているのだから、裁判所は、産物採取といった入会慣行（事実）についてはなく、法源としての入会慣習（規範）について審理しなければならない。その上で、たとえば、転出者の権利を無制限に認めるようになってきているなど、入会慣習が崩壊しているので入会権は消滅した、との裁判所の判断はありうる。しかし、古典的利用を中心とした入会地において、燃料事情の変化により入会慣行が

消滅したという場合であっても、入会慣習は存続しうるのであり、この場合に、入会権が存在しないとすることはできないのである。この意味で、判決の指摘する「入会権は」「事実の上に成立している権利である」という部分は、完全に誤っている。この誤謬が原因で、同判決は、入会慣習に関する審理を怠ったといわざるをえない。

思うに、控訴審判決は、かつての本郷村と同様に、六部落の入会地をもって「町村内ノ一部」、今日の用語でいう財産区（地方自治法二九四条）の所有する財産であると見ている。そして、住民による入会権の主張に対し、この入会権をもって林産物採取の権利であるとしか見ていない。したがって、入会稼ぎ（古典的入会利用）が見られないとして、これが消滅したと扱った。担当裁判官が入会権に関する専門的な文献を読んでいたら、ありえない判決である。

五 固有必要的共同訴訟論について

1 裁判所のいう固有必要的共同訴訟論

さて、第一審から控訴審にかけて問題とされた固有必要的共同訴訟論⁽²⁰⁾について述べておきたい。

まず、両審において、使用収益権の確認請求は入会権者各自ができる（固有必要的共同訴訟ではない）ことが明らかにされている。この法理を明らかにしたのは、最判昭和五七年七月一日（民集三六卷六号八九一頁）である。

この事案は、入会権者のうち一部の者（当事者参加人）が、部外者（上告人）及び入会地の地盤所有権登記名義人（神社）を相手として使用収益権の確認及び部外者が取得した地上権仮登記の抹消登記を求めたもので、本件朝日村有林訴訟と類似したケースである。右最高裁判決は、次のように判示して、一部の入会権者の当事者適格を認容している。

「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、右使用収益権を争い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。これを本件についてみると、原審が適法に確定したところによれば、当事者参加人らは、本件山林について入会権を有するA部落の構成員の一部であつて、各自が本件山林において入会権に基づきその内容である立木の小柴刈り、下草刈り及び転石の採取を行う使用収益権を有しているというのであり、右使用収益権の行使について特別の制限のあることは原審のなから認定しないところであるから、当事者参加人らの上告人及び被告上告人神社に対する右使用収益権の確認請求については、当事者参加人らは当然各自が当事者適格を有するものというべく、また、上告人に対する地上権設定仮登記の抹消登記手続請求についても、それが当事者参加人らの右使用収益権に基づく妨害排除の請求として主張されるものである限り、当事者参加人ら各自が当事者適格を有するものと解すべきである」

この事案における原審は、右のように、入会権にもとづく使用収益権確認請求をもって入会地の保存行為であるという。そうであれば、民法上の（個人的）共有におけると同様に、固有の必要的共同訴訟論の余地はなく、民法二五二条但書にもとづき、各人会権者が単独でできることとなる。右最高裁判決は、この理を確認したものと解してよい。本件朝日村有林訴訟において、すべて裁判所はこれを踏襲するもので、この点については問題ない。

問題点は、本件控訴審における六部落住民の村を相手としたダム補償金等の一部（五三〇分の三一五）の請求にあ

る。前述のように、この訴訟に加わった入会権者が三一五名に留まるところからかかる請求金額となったのであるが、控訴審判決は、この請求については固有必要的共同訴訟論にもとづき、その当事者適格を認めなかった。以下に、その判示部分の論拠を整理しておきたい。

- ① 共有の性質を有する入会権の所有形態は「総有」である。
- ② 「総有」権者たる入会集団構成員は、入会地に対して所有権割合としての持分権を有せず、使用収益権を有するだけである。

- ③ 本件ダム補償金等を不当利得とするその返還請求は、右使用収益権にもとづくものではないから、一部の入会権者による同請求は当事者適格を欠く。

この三段論法により、控訴審判決は、一部の入会権者によるダム補償金等総額のうち五三〇分の三一五の請求を却下したのである。そこで、この三段論法が正しいかどうか検討しよう。

2 共有の性質を有する入会権の所有関係は「総有」か。

「総有」の語は、民法を始めとした実定法の中ではまったく使用されていない。これが裁判例の中で最初に現われたのは、函館地判昭和八年一〇月二日（法律新聞三六四四号九一一五頁）であろうと思われる。

この判決は、当時の漁業法一五条が漁業権の共有者において各共有者は他の共有者の同意がなければその持分の処分ができないと規定していたところ、漁業権共有者の一部の者が他者と分与契約を結び、これを無効と主張する他の漁業権共有者のその提訴に対する判決である。同判決は、当時の漁業権共有関係をもって「総有的色彩ヲ有スルモノ多キ」という。その上でこの判決は、右漁業法一五条の法意をもって、「共有関係ノ円満ヲ害スルヲ避クル行政取締

上ノ見地ヨリ斯ル規定ヲ設ケタルモノナレハ、予メ自己ノ持分ノ分与契約ヲ為スモ、私法上何ラノ妨ケアルコトナク、唯、行政官庁ニ対シ認可申請ヲ為スニ際リ、他ノ共有者ノ同意ヲ得テ之カ証明ヲ添付スルヲ要スル」というものにならざるという。

右持分分与契約の効力発生要件としての行政官庁の認可を前提として、契約当事者間の私法上の効力は妨げられないと、この判決はいう。当時の漁業権共有者の関係が総有であるとすれば、漁業総有集団（言い換えれば他の共有者）の承認が必要であり、かつ、分与先が集団内構成員でなければならぬ（この事案ではそれが不明）ということになる。右判決が指摘する「私法上何ラノ妨ケアルコトナク」とは、分与契約の効力が生じないために分与者が負う被分与者に対する債務不履行責任を意味するのであれば、同判決は正当であらう。その問題はともかくとして、同判決は、総有において持分が存在することを前提とする。

このような事例に続いて、岡山地判昭和十一年三月六日（法律新聞三九七〇号一頁）が入会権について、さらに東京控判昭和十一年七月一九日（法律新聞四六四〇号五頁）が部落集団を主体とする水利権について、総有の語を使用している。そして、戦後に到り、最判昭和四一年一月二五日（民集二〇巻九号一九二頁）が、「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」とした上で、村有名義となつて入会地についての地域住民による同村を相手とした入会権確認請求訴訟が「権利者全員が共同してのみ提起しうる固有の共同訴訟といふべきである」と判示している。

入会権については、民法二六三条の立法者も総有の語を立法理由⁽²⁾の中で使用しておらず、私の知る限りでは、明治期から認められる大審院の入会権判決の中にもこの語は現われてこない。総有の語が裁判所によって使用され始めるのは、昭和初期からであると思われるのである。そこで疑問となるのは、総有の語は、誰によって、いかなる意味を

もって使用され始めたのか、である。私の知る限り、総有の語が使用された最も古い文献は、中田薫博士の大正九年「徳川時代における村の人格」である。⁽²³⁾ 次いで、大正一三年に、平野義太郎博士の『民法におけるローマ思想とゲルマン思想』⁽²⁴⁾ にこの語が現われる。その後、昭和二年に、石田文次郎博士により、『土地總有權史論』が上梓され、これにより博士は総有論の權威者としての地位を築く。その序に、博士は次のように記述している。⁽²⁵⁾

現今の私法は個人意思の領域である。私法關係の中心點は個人意思であり、私法上の人格も個人々格を基調としてゐる。故に若し、人の團體が法律關係の主體として現出する場合には、其團體は個人々格に還元された抽象的人格を有せねばならぬ。私法的法律取引の終局點である所有權の觀念も亦個人主義的理念に基づいて定められてゐる。即ち所有權は物に對する完全圓滿な排他的支配力であり、所有者は物に對する管理處分使用収益等の全權能を自己の手中に収めてゐる。實に所有權は現今私法域内に於ける唯一の支配力として輝いてゐる。若し、一物が多數人の所有に屬する場合に於ては一個の完全な所有權が所有者の數に應じて分量的に分割され、各共有者は各自完全な所有權の一部を有するとされてゐる。各共有者は單獨所有者と同じく各自の有する持分權を自由に處分することが出来る。單獨所有權と共有權との差異は、權利の性質に在るのではなく、單分量に在るに過ぎない。共有權も個人所有權の形態を失はないのである。

然し、人の團體は組織を具有する實在體である。團體は其意思機關及執行機關を通じて團體自身の單一的生活を營んでゐる。人の團體が團體として社會生活上の一單位をなす以上團體に對し團體自身の獨立した法律上の人格を承認すべき必要と價値を見るのである。又人の團體が團體として物を所有する場合にも、單獨所有か又は各個人の共有かの形態の外に團體的所有權の獨立した形態がなくてはならぬ。其所有權は個人所有權とは異なる形態であり、又個人主義的法制の不知な所有權の觀念である。この團體的所有權を私は總有權 *Gesamteigentum* と呼んだ。本書の目的はこの總有權を究明するに在る。

本件朝日村訴訟において、控訴審判決が示した「個々の構成員は入會權の内容たる使用収益權能を個別的に有し

（略）入会権それ自体の管理処分に関する権能について、個々の構成員単独で行使することはできず、入会団体を構成する構成員全員が共同して行使することを要する」という総有概念が、まさに、中田・平野・石田博士らの記した文献の中でうたわれているのである。そして、とりわけ総有論の権威としての石田博士は、この総有概念を、以下のように、ゲルマン法研究によつて築いたことを明らかにしている。⁽²⁶⁾

私は先づ土地總有権の源泉地と思はれるゲルマン古代の土地制度殊にマルク團體の土地所有の關係から研究の足を進めた。文献の少いゲルマン古代の土地制度の研究は吾人には至難であり、ともすれば獨斷に陥り易い。私は出来るだけ基本的文献に就いて考察しようと努力したが、涉獵の至らないのは私の微力の致すところである。所有權殊に土地所有權の上には社會狀態殊に經濟狀態が最も良く反映する。故にゲルマン法に於ける土地總有權の研究のためにはゲルマン法の團體殊にマルク共產體の研究を共にせねばならぬ。兩者は同一の運命に終始した。土地總有團體の組織と土地總有權の形態とは交互的關係に立つたのである。又土地所有權の觀念竝に形態を理解するためには、ゲルマン法における所有權の觀念が現今の個人主義的所有權の觀念といかに異なるかを理解することによつて始めて土地總有權の觀念も其形態も明に捉へ得るのである。

石田博士は、ゲルマン法における所有權制が（ローマ法的な）個人主義法制とは異質であることを指摘している。その上で、博士は、次のような重大な記述をしている。⁽²⁷⁾

外國の法制の研究だけが本書の目的ではない。私は比較研究のために我が國土地制度の史的研究に歸らねばならなかつた。而して我法制上の林野に對する村民の入會權がゲルマン法の土地總有權と符合することを發見した。茲に於てか、私はゲルマン法の土地總有權の觀念と形態とに依て我が國の入會關係を整理し、入會權を法的に構成することが出來たのである。明治維新以後の西歐法制の輸入による入會權の變遷は恰もローマ法繼受によるゲルマン法の総有權の變遷に類似してゐた。私は徐々

に入會權の變遷の跡を辿りながら現行民法の入會權の解釋にまで到達したのである。ドイツの現行民法に於ては總有權は殆ど消失してゐるに反し、我國の現行民法に於ては入會權が認められてゐる。滔々たる個人主義指導のために我國の入會權も亦當然消失すべき運命に在るか否かが私のために殘された一つの問題であつた。この問題の解決のために私は入會權の利害得失を考へ、森林に対する所有權の正しい形態を反省せねばならなかつた。而して森林に対する所有權の正しい形態は入會權であるとの結論に到達したのである。

石田博士は、「我法制上の林野に對する村民の入會權がゲルマン法の土地總有權と符合する」と断定し、「私はゲルマン法の土地總有權の觀念と形態とに依て我が國の入會關係を整理し、入會權を法的に構成することが出來た」という。具体的には、博士は入會權について、どのように法的に構成してあるのであろうか。これを知るために、まず、博士のゲルマン法上の總有權に関する説明を見てみよう。博士は、次のようにい⁽²⁸⁾う。

總有地は不分割地として村民全體に屬し、村落は總有地の管理處分の為に團體的組織を有し、団体として單一的活動を爲し、住民も亦住民たる資格によつて總有地に對する利用權を取得し、住民は總有地に對する利用權を自己の私有財の從物として私有財と共に相續した。

管理處分の權能は村落集団に帰屬し、住民は總有地に對する利用權を自己の「私有財」の從物として「私有財と共に相續」するのだという。ここでいう「私有財」とは、總有財産に含まれない財産で、その中心は、おそらくは個人が支配する農地であつたろう。集団構成員たる住民が有する總有地利用權は、この農地の維持を目的としていたと思われる。ここで語られている總有概念は、明らかに、ローマ法における個人主義的共有制とは異なり、構成員の權

利は所有権割合としての性格のない使用収益権に留まる。石田博士は、この総有概念をもつて、「我が國の入會關係を整理し、入會權を法的に構成することが出来た」とする。なるほど、博士は、この著書の第四章（我が國に於ける土地總有權）の第七節（現行民法における入會權）で、次のように記述している。⁽²⁸⁾

既に説明したごとく、村民は住民たる資格によつて入會林野に對する使用収益の權能を有し、村落は住民の總合體として入會林野に對する管理處分の權能を有した。入會權はこの村民の個別的權能と村落の團體的權能とが村の規則によつて組織的に結合せる總有權である。入會權はローマ法流の個人的所有權の形態に服すべきものでなく、寧ろゲルマン法の團體的所有權の形態を有するものである。沿革に徴して入會權を見るときに、入會權の性質が總有權である以上、所有權の觀念を以て入會權を共有の性質を有する入會權と然らざるものと區別し去ることは正当でない。現行民法が入會權を共有の性質を有する入會權と然らざるものと區別するは個人主義的所有權の觀念にもとづく區別であり、それは單なる形式的の意義しか持たない。それは入會權の内容に即した實質的の區別といふことは出来ないのである。

ところで、昭和二七年に刊行された我妻榮博士による民法講義シリーズの第二卷『物權法（民法講義Ⅱ）』は、かつて司法試験受験生必携書の一つであつた。その第二章第四節（共有）に次の記述がある。⁽³⁰⁾（傍点は原典のまま）。

總有は、ゲルマンの村落共同體の所有形態にその典型を示すものである。ゲルマンの村落共同體は、村民がその「個」たる地位を失わずそのまま「全一體」として結合した團體すなわちいわゆる實在的綜合人（Genossenschaft）だといわれる。そして、その村落團體の所有においては、この團體結合關係がそのまま反映し、管理權能は、専ら村落そのものに歸屬し、村落共同生活を規律する社會規範によつて規律され、収益權能だけが、各村落住民に分屬した。従つて、總有における各共同所有者の權利は、單なる収益權であつて、近代法における所有權の實をもたない。〈略〉要するに、總有においては、所有權に含まれる

管理権能と収益権能とは全く分離し、各共同所有者は、共有における持分権をもたない。最も團體的色彩の強い共同所有形態である。

かような共同所有形態は、近代的所有権の成立する前は、農村共同生活においてむしろ普通であったと想像されるが、現在でも、各國に残存するであろう。わが國の入會權もこの性質のものだといわれている（「略」なお石田「土地總有權史論」は詳細な研究である）。

我妻博士は、その著書においてゲルマン法上の總有を説明するにあたり、右のように、石田博士と同様の記述をしている。かつ、日本の入會權もこれと同じであるといわれているとした後に、石田博士の右著作を高く評価してその書名を掲げている。石田博士のゲルマン法における總有概念をそのまま受け入れ、「ゲルマン法におけるマルク共同体＝現代日本の入會集團」の図式を、無批判に引用しているのである。

3 入會權における持分否定説の誤謬

石田博士の説く總有論概念を整理すると、次の通りである。

- ① 個々の入會權者は、使用収益権能を有する。
- ② 個々の入會權者の總合体が、管理処分権能を有する。

問題は、個々の入會權者の権能が使用収益権に留まっておりそれ以上ではない、と石田博士が考えていたのかどうかである。この点については、何ともいえないのだが、しかし、我妻博士は、個々人が有するのは使用収益権以上のものではないとの前提で、次のように入會權に持分がないとの論を徹底している。⁽³¹⁾

(共有の性質を有する入会権においては) 部落民各自は、持分権を有せず、また分割請求権もない。

我妻博士は、この記述に先立って、「各地の慣習については、なお調査すべき餘地が少なくない」と述べているが、博士自身がフィールドワークに従事したことはないもようで、あくまで、文献にもとづいて、入会権について記述していたにすぎないと推測される。

調査にもとづく入会権の実体の把握に努めたのは、川島武宜博士であった。博士は、個々の入会権者の有する権利の性格について、昭和四三年・注釈民法の中で、次のように指摘している。⁽²⁰⁾ 長くなるが、ポピュラーな文献の中のあまりにも重要な指摘であるにもかかわらず、民法学者や法曹人から無視され続けている記述なので、そのまま引用したい(文中、判決年月日を表わす算用数字は漢数字に改めている)。

〈略〉個々の入会権者が共同して有するのは、入会客体に対する利用権能だけではない。それに対する管理及び処分の権能も入会権者に属する。多数の学説は、入会客体に対する管理および処分の権能は入会権者の団体そのものに属すると説くのであるが(略)、管理および処分——特に、処分のみならず、入会権者の利用権能に変更を及ぼすような管理——については、入会権者の総員の同意を要するというのが徳川時代以来の慣習であり(略)、そうして、ギールケの言うように、究極において団体の構成員総員の意思によつて決定されるということが、構成員の共同的権利以外に「団体そのもの」の権利概念構成する必要がないゆえんなのである(略)。

〈略〉入会権者の有する上のような権利は、彼らが、仲間の共同体という共同関係において有する権利であり、しかもその権利客体は個々の入会権者分割されていないのであるから、これを二種の持分として概念構成されるべきものである(略)(ギールケはこれをAnellと称する)。しかし、わが国のほとんどすべての学説は、個々の入会権者は持分を有しないこと、そうしてまさにその点に入会権の特質が存在するのだ、と説いてきた(略)。その言おうとする趣旨は、組合などの合有にあつ

ては、個々の合有権者が合有関係から脱退した場合にはその持分について補償をうける権利を有するが、入会においてはそれとは異なり、個々の入会権者が当該の村落共的体の地域から他へ転出してその構成員たる資格を失つた場合には従来有していた入会権について補償を受ける権利を有しない、ということの説明するためであつたように思われる。しかし、入会権者が他に転出した場合に入会権につき補償を受ける権利があるとするとる慣習は決して少なくなく(略)、また入会地もしくは入会地の産物等を販売した場合にその代金を分配するのを原則とする入会集団は甚だ多い(略)のであつて、入会権者の有する権利を持分と概念構成しないことが不当であることは、明らかである。のみならず、あえて推測するならば、入会権者の権利を「持分」として構成しないことの背後には、入会権についての次のような思想があるのではないかと考えられる。すなわち、入会権者一般の財産権とこととなり、地域住民がそこに居住することの単なる反射として事実上均霑するところの・共同の利益にすぎず、あたかも一定の土地に居住するとそこに存在する道路を利用しうると同様だ、という思想がそれである。入会権を公権たる「旧慣上の使用権」と概念構成しその客体たる地盤を町村財産だと考える入会権公権論者ないし行政庁や、軽々に入会権の解体消滅を認定する判決(最判昭四二・三三・一七民集二一・二・三八八)は、その背後にこのような思想を有するのではないかと、と思われるのである。もしそうだとしたら、これは重大な誤りである。何故かと言うと、明治初年の官民有区分の際に官有として没収されることを免れたり、あるいは一たん官有として没収されたのちに「民有」として払下処分をうけたりして、「入会地」として存続したものは、特に私有財産的性質の強かつたものに限られたのであつて(略)、入会権の私有財産的性質はきわめて明らかなのであつたのである。したがつて、これに対して入会権者が個別的な権利としての持分を有すると解すべきは当然であり、これを否定することは、入会権の私有財産的性格をあいまいにする結果となるのである。

我妻博士の前記『物權法』は、昭和五八年に有泉亨教授によつて補訂され、現在も刊行されているが、同教授によつて、入会権を解説した部分に、次のような記述が行なわれた。⁽³³⁾

昭和三〇年前後から入会慣行、特に社会経済の發展に伴うその解体現象が法社会学者の関心を呼び、他方でその解体過程で

の紛争が世の注目をあびることになった。その結果、各地の入会慣行の実態調査が行われ、その成果が多数発表された（それらの文献については、注民(7)の「入会権」五〇一頁以下に詳しい）。それらの調査研究を基礎に、入会権について新しい理論的解明も行われるに至っている（注民(7)における川島・潮見・中尾・渡辺の諸氏分担の論議は必読の文献である。この章の記述はこれらの労作に負うところが大きい）。

有泉教授は、このように川島博士を始めとした入会権研究の専門家による注釈民法・入会権の部分を重視している。しかしながら、教授は、何ゆえか、川島博士による入会持分（＝総有持分）肯定説を次のように否定している。⁽³⁴⁾

（民法二六三条に規定する入会権が）「共有の性質を有する」と言っても、部落民各自は、慣習上例外なく入会地について持分権を認められず、また分割請求権もない。かえって、部落の共同生活を規律する規範に従って、部落民たる資格を得たり失ったりすることによって当然に入会権を取得したり喪失したりする（略）。そして、部落という団体を構成し、その一員として入会地の管理等に参与する。その意味では入会権は部落（入会集団）に属する。ただ、収益という面で各部落民は個人的な権利を有する。したがって、その関係は正に一の総有である（略）。

有泉教授がなぜ専門家による「入会権に持分あり」との指摘に対応しなかったのか、教授が逝去された現在では確認のしようがない。推測するに、総有概念は、我妻博士において、入会権のみならず、法人格なき社団の財産を説明する道具として使用されているからであろう。⁽³⁵⁾ この理論は、かかる社団に法主体性を認めないように装いつつ、その財産について、社団構成員の総有に属するとの論法により、結果としては、社団に法主体性を認めたことと同様の結論を導く巧妙なテクニクである。その総有概念は、いうまでもなく、川島博士が持分の存在を説く意味での総有で

はなく、持分が存在しない通説的なそれである。

実は、川島博士は、法人格なき社團の財産については、総有説に立っていない⁽³⁶⁾。右専門家グループのメンバーである中尾英俊教授も同様なのである。川島博士の総有説回避の理由は、総有概念が非近代的組織たる共同体の財産共有概念である（それは個人主義法を前提とした社團法理に整合しない）ところにあると思われる。中尾教授においては、そのような理念の問題のみならず、社團構成員に財産の持分概念を認めると社團法理が崩壊するという具体的解釈論に理由があるものと思われる⁽³⁸⁾。

著者である我妻博士本人であれば、かかる体系の修正は可能であろうが、あくまで補訂者たる立場の有泉教授がこの部分までの訂正に踏み込めばそれは補訂の限界を超える、そのような判断があつたのであろう。右『新訂物權法』における通説的総有概念の継続は、有泉教授としては、やむをえないものであつたと思われる。

しかし、そうはいっても、所有權割合としての持分を否定する通説的総有論は、誤りである。その理由については、私見を既に述べているが⁽³⁹⁾、あえて本稿で再確認しておきたい。

第一に、ゲルマン法上の総有概念を現代日本の入会集団にあてはめて考えることは非常識である。古代ゲルマン社会と現代の日本の農村社会を対比すれば、その法律制度・社会経済的在り方が異なることはいうまでもなからう。現代日本社会の入会権にゲルマン法原理が働くと考えることは、理解に苦しむ。

第二に、立法者は入会持分を前提とした立法理由を説明しているし⁽⁴⁰⁾、前述の函館地判昭和八年一〇月二日も当時の漁業法一五条における漁業権共有について総有的色彩が強いつつ、その持分の存在を前提にしている。これは、戦前の村落共同体において、総有財産につき構成員が持分を有していた実体を直視してのことである。

第三に、日本の入会権は、日本民法典の中に規定されることにより、私権の公共性、公序良俗等、民法原理の下に

編成されている。この法体系下において、民法二六三条は、入会権者らが入会地所有権者である場合をもって、「共有の性質を有する」と明言している。このことは、かかる入会権者が土地の共有権者であることを意味しているにもかかわらず、どうしてそこに、入会権においては個人的共有と異なって所有権割合を意味する持分が存在しないという解釈が入ってくるのか。第一次の法源たる入会慣習が個々人の持分を奪っているというのか。それなら、現実には、持分・持口・株などと呼んで、集団内での取引さえ是認する入会集団が存在している現実をどのように説明するのか。もとより、現行所有権法体系のもとで、入会集団構成員が持分を有しないというのなら、何ゆえに入会財産全体の一個の所有権が成立するのか説明できない。構成員の使用収益権と集団に帰属する管理権・処分権を合わせれば全体の一個の所有権が成立するというのなら、何ゆえに、完結した法人格体である個別的構成員が管理権・処分権を有していないのか（なぜ全員でないと管理権・処分権が成立しないのか）説明ができない。

第四に、入会林野近代化法の適用を受けて入会（総有）関係を解消した旧入会権者は、個人的共有者として所有権割合としての持分を有するものとされる（そうでなければ、その現物出資による生産森林組合等の法人設立が不可能である）。入会持分否定説は、入会関係解消後の個人的共有持分が何に由来するのか説明することが難しい。

4 入会持分否定説から導く固有必要的共同訴訟論の不当性

前述のように、本件控訴審判決は、入会権にもとづく使用収益権の確認は固有必要的共同訴訟ではないと判断した。入会持分権の中に、このような権能が含まれていることは疑いない。すなわち、使用収益権能は、個々的な入会権者に分属するから、一人でも入会地妨害者を被告として排除請求できるのである。

そもそも、共有物が妨害された場合の共有者による排除請求は保存行為にあたる。⁽¹¹⁾したがって、一人の共有者がこ

の訴訟について当事者適格を有する。前述のように、入会権者らが地盤所有権を有している場合、民法二六三条はその入会権をもって「共有の性質を有する」と規定しているのであり、入会地妨害について集団がとくに慣習を定めていない場合には（通常はそのような定めを有する入会慣習は存在しない）、共有の性質を有するからこそ、二五二条但書が適用されることとなるはずである。

本件控訴審判決が、固有必要的共同訴訟論をもって訴訟に加わった三二五名の六部落住民の当事者適格を認めなかったのは、前述のように、不当利得返還請求に關してであった。そして、同判決は、その理由を「入会権において持分がない」ところに求めている。明らかに、判決は過てる通説的総有概念に依拠しているのである。本件不当利得返還請求において、全入会権者による提訴が必要かどうかについては、右抽象論からではなく、より具体的な観点から判断が必要に思われる。

ダム施設敷地について、ダムが完成した後も六部落住民の入会権が継続していると解することができないとしても、本件ダム補償金等のうち、少なくともその一部は共有の性質を有しない入会権消滅の対価としての性格を持つている可能性がある。仮にそうであるとした場合、朝日村による同補償金等の全額取得は、不当利得を含んでいることとなる。問題は、一部の入会権者がその持分相当額の返還請求をすることが許されるか、というところにある。控訴審において、住民側は、不当利得返還請求権を分割債権として行使しているので、裁判所は、ダム建設Ⅱ土地に対する入会権消滅時点で、当該補償金等が個人的共有物に分解したのか、それとも入会の関係が継続しているのかどうかの判断が必要になる。仮に前者であるとしたら、控訴審は、当該六部落住民による同請求につき、当事者適格を否定することはできなくなる。

入会地売却の対価たる金銭がなお総有関係にあるかどうかについては、最判平成一五年四月二一日（判時一八二三

号五五頁）は、他に入会地が残存してこれを管理する組織が現存し、この組織の規約（慣習）により当該金銭の管理が定められているという事実関係を前提として、これを肯定している。ただ、かかる財産について入会関係の廃止が全員の合意で決定された場合には、同財産についてその関係が解消する道をたどることとなる。

入会林野がダム建設により完全に姿を変えた場合、入会権が、その消滅の可能性を含め、大きく影響を受けるであろうことは想像に難くない。ただ、入会権消滅の対価たる金銭についてなお入会関係が継続するかどうかは、集団がその継続の意思を有しているか、あるいは、個人的共有関係に分解させて最終的に財産分割をする意思があるかどうかに関わる。それこそ、これについて裁判所の判断が必要であろう。六部落住民の一部が、入会持分権の割合による右対価の請求しているところから、集団全体において、すでに土地が処分されているために入会権の消滅につき事後的に同意し、金銭については入会関係を継続しないという意思決定をしている可能性もないではない。裁判所は、この点についての判断をしたかどうか（この不当利得返還請求の性格についてはさらに後述する）。

当事者適格という訴訟要件の問題は、本案前の問題でありながら、実は、本案における争点と関係している場合がある。その場合には、裁判所が、事実上本案の問題を検討した上で当事者適格欠缺を発見することとなる。裁判所が当事者適格欠缺を理由に訴えを却下しても、実は、事実上、本案について判断をしている場合がありうるのである。しかし、本件控訴審の場合、ダム施設用地についての入会権の存在については、前述のように否定的であり、固有の必要的共同訴訟論による不当利得返還請求の却下も、当該金銭の入会関係継続の是非という点にまで踏み込んだ上で判断とは思えないのである（この点についても後述する）。

5 入会地の管理行為について全員の合意が必要か

本件控訴審判決は、朝日村によるダム補償金等取得を不当利得とする返還請求について、前述のように、「山林に存する入会権それ自体の管理処分に関する事項にほかならない」ことを理由に、一部の入会権者による同請求を却下した。すなわち控訴審は、処分行為はもとより、管理行為についても、全入会権者による請求が必要だといふのである。まず、右でいう「入会権それ自体」とは、何を意味しているのであろうか。

入会権主体としての集団の性格について、川島博士は、次のように述べている(傍点は原典のまま)。

入会権の主体(入会権者)は、(略)仲間共同体を構成している構成員である(略)。入会権は、そのような構成員の多数者が、そのような共同体という団体関係において共同して有する権利である。したがって、入会権は、仲間共同体の物権的側面にすぎないと言ふこともできる(ギールケ)。多くの学説は、それ以外に、共同体が団体として有する入会権というものを概念構成しているが、それは不必要であるのみならず、誤解を生ずるといふおそれがある。

川島博士は、入会権をもって「団体関係において共同して有する権利」としながらも、「それ以外」の「団体として有する入会権」という概念を否定している。一見、矛盾するがごとくであるが、そうではない。「それ以外」とは、共有の性質を有する入会権の場合には、「構成員の共同所有権以外の」という意味である。すなわち、博士は、共有の性質を有する入会権の法律関係においては、入会地が入会権者の共同所有物であること以上の概念を不必要とし、構成員から独立した主体性の概念(単一性(certain))という概念が入る余地がないことを強調している。博士によれば、共有の性質を有する入会権者各自が有する持分権(所有権割合)の総和が、入会地全体の所有権としての入会権

を構成する。中尾教授は、この入会持分権の総和たる入会権を「集団権」と呼ぶ。⁽⁴³⁾

この意味で、入会権者は一種の共有権者にほかならないが、個人的共有関係と異なるのは、全員が慣習という規約を設けて組織化し、入会地の変更・処分にあたっては、全員の合意を必要とするところにある。この意思決定は、入会権者各自が個別的に行なうのではない。それは、集団組織の中で共同で行なわれる。したがって、総意にもとづく入会地変更・処分の意思決定は、集団がこれを行なったと表現してもよい。構成員の持分の総和が、全体の入会権であることと同じく、総意による変更・処分の意思の総和が、集団全体の意思を構成する。ここには、右単一性の概念が入る余地はない。

本件控訴審判決のいう「入会権それ自体」とは、中尾教授のいう「集団権」にほかならない。ただ、この「集団権」は、一種の共有権としての性格を有するから、処分にあって総意が必要であるのは正しいとしても、管理行為にまでそれが必要とされるのかどうか問題となる。本件控訴審判決は、管理行為であつてもこれが必要である旨をいうが、このような考え方は、前述の最判昭和五七年七月一日の判決理由の中に出てくる。それは、一部の入会権者による部外者を相手とした地上権設定仮登記抹消登記請求に対する部分である。同判決は、この請求に対して次のようにいう。

「かかる地上権設定に関する登記の存在は、入会権自体に対しては侵害的性質をもつといえるから、入会権自体に基づいて右登記の抹消請求をすることは可能であるが、かかる妨害排除請求権の訴訟上の主張、行使は、入会権そのものの管理処分に関する事項であつて、入会部落の個々の構成員は、右の管理処分については入会部落の一員として参与しう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するものではないから、構成員各自においてかかる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」

この判決は、入会権自体（中尾教授のいう「集団権」）にもとづいてすべき妨害排除請求は、管理処分に関する事

項であるから個々の入会権者各自がすることができない、言い換えれば、全入会権者の同意が必要である、というのである。これは、次の二点において問題となる。

① 共有の性質を有する入会権においては、所有権割合としての持分の存在を前提とすべきであり、そのように解した場合、地上権設定仮登記が侵害だというのなら、当該地上権仮登記取得者に対しては、入会権者各自が抹消登記請求できるはずである。

② 入会権が共有の性質を有する場合、処分行為について入会権者の総意が必要であることは、慣習又は民法二五一条より明らかであるが、同二五二条は、管理行為を処分行為とは区別して扱い、持分価格の過半数により決する（総意ではなく多数決でよい）とする。よって、管理行為について、総意を必要とする右判示は明文の規定に反する。（共有の性質を有する入会権について共有の規定が慣習に次ぐ法源であることに注意）。

本件控訴審判決は、右最高裁判決とまったく同じ誤りを犯しているが、ここで、本件朝日村有入会権訴訟において、まず次の点が問題となる。それは、入会権者が朝日村の取得したダム補償金等を共有の性質を有しない入会権放棄の対価として不当利得返還請求する行為が変更・処分行為といえるかどうか、である。

ここで、入会慣習の基本を整理しておこう。中心となるのは、次の三点である。

- ① 入会権者の地域外転出による持分失権
 - ② 入会権者各自による集団に対する入会地分割請求の不許
 - ③ 入会地の変更・処分、その他、入会権の存続に支障をきたすような行為に関する全員一致の原則
- 右のうち、③の入会地の変更・処分の典型は、その売却である。これについて、入会権者の総意を必要とするのが入会慣習の基本であり、多数決でこのような変更・処分を可能とするような集団においては、入会集団としての性格

が疑われる。ただ、次のような事項については、必ずしも全員一致で決定されているとは限らない。

① 代表者その他の役職者の決定

② 公役（入会林野等の維持のための作業参加義務）の日程決定

③ 現状を大きく変更しない程度の入会地の短期貸付

④ 入会地以外の財産の管理（金融機関への預金の出し入れ、地元自治会などへの少額の金銭の寄附など）

右のような行為を全員一致で決定しない慣習があっても、それは公序良俗に反しない。そのために、かかる事項に關しては、多数決慣習は有効である。⁽⁴⁴⁾

本件入会地における大規模な処分例は、前述の昭和四四年における入会林野整備事業の実施である。これは、全員の合意において行なわれている（かかる合意がないと知事は同事業を認可しない）。六部落において、昭和七年の部落有林野統一以外に入会地を部外者に売却した例はない。財産変更・処分の例がない入会集団においては、通常は変更・処分のための規約を設けておらず、六部落の場合もその例外ではない。このような場合、変更・処分に關する慣習不存在として、第二次的法源たる共有の規定が適用されることとなる⁽⁴⁵⁾（もつとも、いずれの場合も全員一致が必要であることには変わりない）。

昭和七年・部落有林野統一が有効であるとした場合、全国的な例におけると同様に、六部落の入会権は、共有の性質を有するものから、有しないものへと轉換したということになろう。

六部落の共有の性質を有しない入会権がダム建設により最終的に放棄されたと解した場合、補償金等に対する不当利得返還請求権は、これについて入会関係廃止の総意がない限り、六部落住民の総有財産として存続していることになる。かつ、かかる入会権放棄については、現地において過去に例がないことから慣習が存在しない場合に相当する。

よって、ダム補償金等に関する六部落の対応は、民法二五一条か二五二条のどちらかが準拠法となる。問題は、六部落住民による不当利得返還請求が、当該財産の変更（民法二五一条）又はそれに準ずる処分といえるかどうかである。

入会権確認訴訟の提起は、入会財産の変更・処分行為にあたる。というのは、入会権確認請求を棄却する判決が確定すると、この財産が入会権の客体ではないことが裁判所によって示されることになるからである。ここで、この訴訟に原告として加わっていない入会権者が他にいた場合、判決の効力はその者に及ばない。とすると、同人は、さらにこの財産に関する入会権確認訴訟を提起することができることとなる。この訴訟において、前の確定判決と矛盾する判決が言渡された場合、この財産の性格につき、法律的な扱いが困難となる。たとえば、都道府県知事は、これについて入会林野整備事業認可に関する申請が提出された場合、同認可の適否の審査（入会林野近代化法六条一項）をすることが困難となるのである。したがって、入会権の確認を求める訴えについては、敗訴した場合に入会権が否定されることとなることから、入会地の変更・処分行為として、総員による提訴の意思決定が必要である。これが共同訴訟による場合には、総員が原告あるいは選定者又は選定当事者となり、民訴法二九条にもとづいて入会集団を原告とする場合には、代表者への授權がその者を除く総入会権者によって行なわれることが必要となろう。

一方で、入会権者が入会財産処分の対価を債務者に請求するにあたり、入会権確認訴訟を含まない単なる給付訴訟を提起する場合、これを入会財産変更・処分行為と解すべきであろうか。ここで注意しておくべきことは、入会地が処分されて金銭債権に転化しても、そのことで当然に入会関係が解消するという効果が生ずるものではないことである。すなわち、前述のように、同債権につき入会関係廃止の総意がない限り、その債権は入会財産としての性格を保ち続けていることとなる。

ここで、右のような債権につき一部の入会権者によって買主を被告とした弁済請求訴訟が提起されたらしよう。この

ケースにおいて、たとえ、入会権者の総意にもとづく入会地処分決議が成立していない場合、この売却には無効原因があるということになる。裁判所がこれを理由に買主に代金債務なしとして、右弁済請求を棄却する判決が言渡され確定したら、全員でない入会権者による入会権確認訴訟において生ずると同じ問題が発生するだろうか。

一部の入会権者が受けた右のような敗訴判決は、当該財産が入会権の客体ではないとする趣旨を含んでいるわけではないから、同訴訟に原告として加わらなかった入会権者に判決の効力を及ぼす必要はない。かかる入会権者が買主に対して弁済を求める別訴を提起し、これを認容する判決が確定しても、入会権確認訴訟の場合のような困難な問題は生じないのである。

このような観点からするならば、入会財産に関する給付訴訟提起をもって同財産の変更・処分行為であるとする根拠はない。それは、入会財産の管理行為にほかならない。

そうすると、本件控訴審において、六部落住民三一五名は、全入会権者五三〇名の過半数を超えているから、朝日村に対する不当利得返還請求については当事者適格は満たされているのではないだろうか。次項で、この問題を検討しよう。

6 控訴審における給付請求の性格

控訴審は、「控訴人らの請求は）共有の性質を有する入会権を前提として、被控訴人が取得した月山ダムの補償金を不当利得としてその一部の支払いを求めるものである」として、不当利得返還請求という給付請求が入会財産に関する請求であることを前提としており、これについて何の疑いも持っていない。

控訴人たる六部落住民三一五名は、なぜ、五三〇名分の金額を請求しなかったのだろうか。それは、固有必要的共

同訴訟論を封殺するためではなかったかと思われる。すなわち、この給付請求の背後には、不当利得返還請求権が入会財産ではなく、個人的準共有物たる可分債権であるとの前提があるように思われる。そうだとすると、この請求は、入会権にもとづいて行なわれているとはいえない。控訴審は、この給付請求に対して、「入会権それ自体の管理処分に関する事項にほかならない」と判示して、全入会権者による提訴でないことを理由に当事者適格なしとして訴えを却下しているが、これは、当事者の主張しない事実を基礎として審理したことにならないのか。

六部落住民のダム敷地におけるかつての入会権が個人的準共有物たる可分債権に変わったという右前提は、前述のように正しいとはいえない。しかし、そのように請求するのであれば、これは入会権を前提にしない主張であり、自らはおかかるといえる地位にあると控訴人が主張しているわけだから、当然に、当該給付訴訟における当事者適格は認容される。

もとより、給付訴訟においては、確認訴訟とは異なり、当事者適格の問題は、本案の問題の中に解消されるのであるから、三一五名は、不当利得返還請求につき当事者適格を有するはずである。⁽⁴⁶⁾

このことを明らかにするために、入会権確認訴訟と本件給付訴訟を対比してみよう。まず、確認訴訟における当事者適格の問題には複雑さが存する。三ヶ月教授は、この問題について、次のように述べている。⁽⁴⁷⁾

確認訴訟では、原告と被告との間で確認判決をすることにつき確認の利益があるかどうかの判断が当事者適格の有無を導き出すという関係にあり、ここに確認訴訟における当事者適格の問題の一つの特異性がみられる。

この問題を入会権について考えてみよう。中尾教授のいう「集団権」としての入会権の確認訴訟提起が変更・処分

行為となることは前述したが、本件控訴審における給付請求との違いを明確にするために、この問題を今一度、詳述したい。

まず、入会権者三〇名の共有の性質を有する入会地において、一部の入会権者Yら一〇名がその入会地につき、所有権登記名義を有することを理由に、これを名義人のみの個人的共有物であるとして、登記名義を有しない入会権者Xら二〇名を排除するという場合を想定しよう。⁽⁴⁸⁾

X一名のみ、入会権者としての地位（入会持分権）の確認を求める訴えを提起することができるが、Xは、この訴えの本案において係争地が入会地である（入会権は地盤所有権登記の影響を受けないから登記名義を有する者だけが権利者であることにはならない）という主張をする必要がある。ここでXは、彼の入会権者としての地位の主張を否定していることが明らかかなYら一〇名全員を被告として自己の入会権者としての地位の確認を求める必要がある。もし、このうちの一名が被告からもれていたにもかかわらず、Xの訴えが認容された場合、この一名に同判決の効力が及ばないこととなり、X勝訴の意味がなくなってしまう（この一名は、判決の効力は自分に及ばないから自分はXを権利者とは認めないと主張して差し支えない）。このような場合、裁判所は、Xの提起した地位確認訴訟において確認の利益がないとして却下する以外にない。却下判決であるから、Xは、右一名を追加して、新たに地位確認訴訟を提起せざるをえない（提起することができる）ということになる。

右の紛争において、Yら一〇名が地域内の有力者であることから、X以外の被排除者一九名がこの一〇名を恐れてXに同調しないという場合がありうる。この場合はどうかであろうか。Xの請求は、係争地における彼の入会権者としての地位確認であるから、当然に係争地が入会地であるかどうかがこの訴訟の本案における中心的争点となる。Xから係争地が入会地であるとの主張が提出されたことから、裁判所は、民法二六三条に拘束され、入会慣習と呼ぶべ

き規範がその地方に存在するかどうかの審理をしなければならなくなる。そして、かかる審理においては、入会持分権の得喪に関する慣習を調べる必要があるとなる。Xの主張を認容するには、Xが入会権者としての資格要件を満たしているかどうかの判断をしなければならぬからである。このことは、入会権が集団の存在を前提とする特殊な共有権であることから、誰が入会権者なのかという事実認定の必要性を意味している。入会権が集団的共有権である以上、Xを入会持分権者と認容する判決が言い渡されるとすれば、Yら一〇名だけでなく、右一九名にも判決の効力を及ぼす必要があるということである。とすると、右紛争において、X以外の全入会権者一九名がXの主張に賛同しないという場合には、Xが入会権者たる地位確認判決を得るためには、結局、この二九名全員を被告とせざるをえない。ただ実際には、右のように、排除された入会権者のうちXのみが孤立して二九名と対立するということはなく、多くの被排除者がXとともに排除者一〇名と争うというのが普通である。固有必要的共同訴訟論において問題となるのは、被排除者のごく一部の者が訴訟を嫌って参加しないという点なのである。なお、右一〇名が組織を形成し代表者を定めており、Xら二〇名は登記上の共有持分を有しないからこの組織の構成員としての資格がないと主張する場合には、Xは、単独で民訴法二九条にもとづいて、この組織を被告として構成員としての地位確認を求めうるであろう。⁽⁴⁹⁾ 入会集団の内紛は、通常はこのようなケースである。

右のような対内的紛争とは異なり、対外的なその場合はどうかであろうか。たとえば、右のような構成員三〇名の入会集団において、登記名義人一〇名が部外者Zに対して自分たちだけで全入会地を売り渡し、その旨の所有権移転登記を経由したのに対して、登記名義を有しない入会権者Xらがその抹消登記請求をする場合、⁽⁵⁰⁾ 誰を当事者とすべきであろうか。まず、その確定勝訴判決にもとづいて右登記申請をする場合、一〇名より移転登記を受けたZを登記義務者とする必要があるから、当然に、Zを被告とする必要がある。ただ、この抹消登記請求の前提として、Yら一〇

名とZの間の法律行為の無効確認が必要であるから、当然に、Yら一〇名も被告としなければならない。この無効確認判決を得るためには、係争地がYら元登記名義人一〇名だけの財産ではなく、Xら二〇名を含む三〇名の入会地であるとの確認が必要であるから、前述の傍点を付した必要性から、原則としては、登記名義を有しない入会権者二〇名を原告とする必要がある。

三ヶ月教授が指摘される確認訴訟の特異性は、入会権確認訴訟において、このようにして発現する。その一方で、給付訴訟においては、給付を受ける地位にあると主張する者に当事者（原告）適格が認められるから、確認訴訟におけるような特異性がない。本件控訴審においては、朝日村を相手とする不当利得返還の求めは、入会権確認を前提としない単純な給付訴訟として提起されているように見受けられるから、入会権が前提であるとして当事者適格を否定するのは誤りということになる。

さて、変更・処分行為として総意が必要な場合の典型は、入会地の相当規模の売却である。その一方で、当該売却代金を買主に請求する行為は、前述のように、それ自体としては変更・処分行為とはいえない。

共有の性質を有しない入会地が処分されてそれが金銭債権に転化し、それ以後も入会の関係が継続している場合、前述のように、それは、この債権を客体とした共有の性質を有する入会権となる。ここで、入会権が「共有の性質を有する」とはどういうことであろうか。それは、この入会権が共有権の一種であることを意味する。これを、特殊な共有権と言ひ換えてもよい。特殊であるとは、具体的には、この共有権者が組織化されており、この組織の規約（慣習）が個人主義法理を基礎とする共有の規定に優先する（すなわち、慣習は必ずしも個人主義法理に拘束されない）ことを意味する。慣習が存在しない場合には、共有の規定が適用されることとなる。

前述のように、六部落において、対外的入会地処分については部落有林野統一以外に前例はない。そして、この統

一事業は、当時の本郷村の強力な働きかけによる入会地地盤所有権の無償譲渡であり、事実上は、入会権者の利益をそのまま留保する特殊な処分であった。よつて、入会地の通常の処分における例と同様に考えることができない。それゆゑに、ダム建設時において、六部落には、入会地処分の際の第一次的法源たる慣習が存在しなかつたということになる。ということは、本件控訴審においていわゆる不当利得返還請求権につき、なお入会関係が継続しているとするなら、同請求権を行使する提訴については、入会権における第二次的法源たる民法二五一条か又は二五二条のどちらかが適用されることとなる。ただ、前述のように、この提訴を変更・処分行為とはとらえることはできないから、二五一条ではなく、二五二条が適用されるべきことは明らかであろう。仮に六部落住民による本件不当利得返還請求権が入会権を前提にするものであるとしても、この点からして、本件控訴審における給付請求は固有必要的共同訴訟ではない。

もとより、入会権確認ではなく、共有財産の給付を共有権者が持分にもとづいて求める訴訟をもつて、同財産の変更・処分行為と解するのは無理である。⁽²⁾もし、控訴審がこの請求が入会権の主張を前提としていふと考えるのなら、事実上本案における争点を判断をし、その中で、この請求権がまず入会財産といえるかどうかを検討すべきであつた。かつ、控訴審が、この請求権につき入会廃止の総意不存在と認定し、かつこの請求が入会財産の変更・処分行為にあつたと解釈するのなら（むろん、変更・処分だとすることの正当性も明らかにされねばならない）、本案前に遡つてこの請求を固有必要的共同訴訟として全入会権者によらないことを理由に却下するものも致し方ない（前述のように、当事者適格の判断が本案に関する争点と密接に係している場合があることを想起すべきである）。そのようなプロセスを経た形跡のない本件控訴審判決は審理不_レ尽としかいようがない。

六部落住民によるダム補償金等の五三〇分の三一五の請求は、それが保存行為としてではなく、各自の持分にもと

づいて行なわれたことを意味している（保存行為として行なうとすれば、総額請求することとなる）。たとえば、共有地上の立木が隣地所有者Yによって伐採され、Xら共有者の一部の者がこれに対する損害賠償全額を請求した事例において、広島高岡山支部判昭和四一年一〇月一四日（高民集一九卷六号四七六頁）は、次のように判示している。

「Yの伐採にかかる立木は共有に属するものであるから、これに関する保存行為は共有者各自これをなしうる（民二五二）が、共有立木の伐採による損害賠償債権の行使は、右にいう『保存行為』に該当せず。また不可分債権（民四二八）にも当たらない。共有者は各自その持分に応じてこれを行使すべきである」

六部落住民の不当利得返還請求権が個人的共有関係にもとづく可分債権であるとの前提で、これら住民がその請求をするとすれば、右判旨からするなら、ダム補償金等の全額請求は困難であろう。五三〇分の三一五という請求は、このような判断から採用されたものと思われる。

しかし、前述のように、最判平成一五年四月一日の趣旨からすれば、本件ダム補償金等についても、いまだ入会関係が継続していると見る必要がある。共有財産に関する損害賠償請求は保存行為に当たらないとする下級審裁判例⁽³³⁾も見られることから、本件不当利得返還請求は管理行為と考えるべきなのである。そうすると、本件ダム補償金等については、六部落住民三一五名は、むしろ全入会権者五三〇名分の持分相当額を請求すべきではなかったかと思われる。

ただ、ダム補償金等の総額が朝日村の不当利得額と考えることについては問題があるので、便宜的にここで、この問題について述べておきたい。

六部落住民は、昭和七年の本郷村への部落有林野統一が無効であるとしているが、同村による時効取得の問題とも関連して、この主張は難しいのではないかと思われる。本郷村時代から朝日村時代にかけて、村は六部落入会地を村

有財産として扱い、規程を設けるなどの措置を採っている。それについては、当然に経費も必要であったろうし、もとより、住民が利用していない土地については（村有として租税が賦課できないこともあって）収入が得られていない。よって、ダム補償金等の一部を朝日村が取得し、他を共有の性質を有しない入会権者が取得するというのが最も衡平な方法である。裁判所は、この点にまで踏み込んで、本案に関する判断した上で、当事者適格の問題を検討すべきであった。

7 入会慣習による入会権者決定と固有必要的共同訴訟論

ここで、本稿の解釈論的な課題から若干逸れるかもしれないが、補論的に、入会権訴訟を固有必要的共同訴訟とする理論について、ほとんどの実務家や民訴学者が意識していない問題をここで指摘しておきたい。それは、入会権者の決定に関する法理論である。これは、当事者適格の問題に直結する。ここで、かような補論を述べるのは、本件訴訟において、原告に加わらない入会権者が存在しているからである。

入会権者の範囲は、いうまでもなく、慣習によって定まる。一般に、山村に転入すれば誰でも里山に入り会うことができる、と思われているふしがあるが、まったく誤解である。入会地は集団によって管理される私的財産である。したがって、集団構成員でない者の立ち入りは許されていない。もとより、地域に居住するだけでは構成員として認められるわけではなく、一定の加入手続が存在する。通常は、その集団の規約を遵守することが明示・黙示で求められ、これについての同意が手続きの一つとなる。この規約こそ、民法二六三条及び二九四条にいう「その地方の慣習」にはかならない。そして、規約違反が甚だしければ、最終的には集団から排除され、入会権を喪失することとなる。

入会慣習といえば、通常は、旧慣を想像する（また旧慣であることが多い）が、必ずしも、そうではない。前述の

ように、入会慣習をもって産物採取を中心とした入会慣行と理解する向きが多いが、そうではなく、国（という団体）における憲法や会社における定款に相当する基本ルールである。したがって、入会慣習は入会権者の合意によって定立されるものであり、その定立行為は法律行為にほかならない（よって慣習は公序良俗の範囲内でなければならぬ）。そのために、入会慣習の変更も可能なのである。その場合、もちろん、慣習の変更が共有物たる入会財産の変更をもたらすのであれば全員の合意が必要となる。

さて、入会慣習の変更は、あまり頻繁に行なわれるものではない。たとえば、古典的入会利用地について構成員による利用につきこれまであまり制限を設けていなかったが、集団の自力や部外者との契約による植林のため、立ち入りを禁止するといった制限が設けられることがある。これは入会慣習の変更というべきで、このような変更が毎年行なわれるということはない。しかし、かかる変更が集団において全員の合意で意思決定されたなら、日常的な現象ではないとはいえ、新たな慣習が成立することとなる。

入会地につき部外者に対する訴訟が必要である場合、非常事態として慣習が変更されることはありうる。たとえば、入会地の所有権登記が集団代表者名義となっていたところ、同名義人が恣意的に部外者に同土地を売渡し所有権移転登記を経由したという場合を想定しよう。その場合、入会集団側が同代表者と部外者を相手として売買無効確認及び抹消登記を請求することになるが、この場合、前述のように、次の二通りの方法が存する。

- ① 個々の入会権者を原告とする共同訴訟
 - ② 民訴法二九条にもとづいた入会集団を原告とする単独訴訟
- それぞれの方法において、次のような実務的障害がありうる（固有必要的共同訴訟かどうかの問題が直接関係するのは①の場合であるが、便宜的に、②についてもいっしょに述べておきたい）。

① 被告たる部外者が一部の入会権者を買収し、あるいは、特定の人的関係に乗じて、原告として訴訟に参加しないように圧力をかける場合がある。

② 集団を「法人でない社団」として訴訟提起する前提として、代表者を定め、かつ訴訟提起の議決をする必要がある。この提訴が保存行為や管理行為であれば、その決定にあたって全員の合意は必要なかろうが（管理行為について全入会権者の合意が必要ない点については後述）、この提訴が入会地の変更・処分行為に該当すると裁判所が考える場合には、全員の合意にもとづいて提訴の意思決定をし、代表者に授権する必要が出てくる。この場合、部外者への移転登記を行なった代表者がこの提訴に抵抗し、また、この部外者が買収等により、提訴・代表者への授権の議決に反対あるいは参加しないように圧力をかける場合がある。

このような実務的障害に対処するため、集団内で次の措置が必要となる。それは、①の場合には、訴訟不参加を利敵行為としてその者を除名（入会持分権剥奪）する措置である。また、②の場合には、部外者への移転登記を行なった代表者を解任し、新代表者を選出してこの者に授権するという措置である。解任された元代表者が新代表者への授権を拒否する場合には、同様に利敵行為者として除名することが許されよう。

ここで、以上の措置について、入会権者全員の合意を必要とするかどうかが問題となろう。というのは、前述のように、最判昭和五七年七月一日や本件控訴審判決が、入会地の管理処分権は集団自体に帰属するとするからである。

共有の性質を有する入会権を例にとろう。この入会権については、民法二六三条にもとづき、慣習が第一次的源泉、共有の規定（ただし入会権の本質に反しないもの）が第二次的法源となる。前述のように、集団に対する背信者の取り扱いについて、明確に措置を定めている入会集団はほとんどない。一般に、農村社会には「村八分」という慣習が存在すると信じられているふしがあるが、正しくない。村八分扱いをせざるをえないほどの背信者が生じた時に、非

常事態に対処するためのやむをえない慣習として、その前例が生ずるといふにすぎない。背信者の措置については、ほとんどの入会集団が慣習を持たないということである。

民法二六三条が第二次的法源として明認している共有の規定は、慣習が存在しない場合の共有入会集団における問題処理の基準である。ここで、ある入会権者の行為により入会地に損害が及ぶがごとき場合、集団による当該入会権者の排除は、入会地の管理行為に相当するのであって、変更・処分行為とはいえない。通説のいう「使用収益権能は個々の入会権者に、管理処分権能は集団全体に帰属する」という総有概念に従ったとしても、管理行為について全員の合意が必要であるということにはならないのである。管理行為とは、入会地に変更をきたさない程度の措置であり、入会権者の範囲の変更（たとえば、今後は入会持分権の新規取得は認めないなど）、反規範者の排除、代表者の交替、入会地の現状を変えない内容の短期賃借権の設定といった意思決定がこれに該当する。背信者の排除については、民法二五二条本文により、入会持分権の割合における過半数で決定しようというべきである。

以上の観点から、右で想定した入会地登記名義人による部外者への所有権移転登記の抹消登記請求訴訟については、民法の点を指摘することができる。

① 個々の入会権者による共同訴訟として抹消登記請求をする場合、利敵行為者除名という新慣習の定立により、被告から買収や圧力を受けて利敵行為をする入会権者につき、その持分を剥奪して提訴しうる。

② 民法法二九条にもとづいた集団を原告とする訴訟提起において、その前提として原因を作った代表者を解任し、新代表者を選任するという行為は、管理行為にほかならないから、その意思決定について全員の合意は必要ではない。ただ、提訴の意思決定・新代表者への授權については、変更・処分行為に準ずるといふ可能性があろう。この場合であっても、利敵行為者を排除して意思決定できると解すべきである。

このようにして、利敵行為者排除により、①②の双方とも、排除後の入会権者全員の統一された意思により対処する。

多くの入会権訴訟において、入会集団と対立する当事者は、同訴訟をもって固有の共同訴訟であるとの前提で、この訴訟に原告として加わっていない入会権者が存在するから当事者適格を欠くと抗弁する。しかし、とりわけ同当事者が部外者である場合、この抗弁は奇妙である。入会権者の範囲は入会慣習によって定まるのであり、部外者が関与すべき問題ではない。このような抗弁に対して、入会集団は否認するだけでよく、訴訟参加者が入会権者全員ではないと自認してはならない。利敵行為者を新慣習によって排除したので、訴訟に参加した者だけが入会権者であると主張すればよい。後は、裁判所の職権による調査に待てばよい。そして、裁判所は、かかる排除が公序良俗に反しないかどうかを審理し、反しないのであれば、当事者適格を認めて、本案審理に入るべきである。

六 結び

本件朝日村村有林訴訟において、前述のように、裁判に選定者として加わらなかった入会権者がかなり存在する。入会持分否定説を根拠とする固有の共同訴訟論が誤りであるにしても、入会権訴訟においては、全入会権者に判決の効力を及ぼすべき場合がある。この場合には、入会権者全員が訴訟に加わる必要がある。本稿では、利敵行為として、入会権者の一部が訴訟に加わらない場合の当事者適格の問題にも言及したところであるが、本件訴訟不参加者の事情は、必ずしも利敵行為としてとらえることができない。

六部落住民の中には、被告たる朝日村の職員、公共工事を請負う建設事業者など、参加したくてもできないという

入会権者が多数存在する。このようなケースが入会権訴訟において、最も困難である。むろん、訴訟に加わらない入会権者を被告とする方法も考えられなくはないが、地域の共同生活という点からこれがはばかれることは、当然にありうる。かような場合の訴訟方法を検討することが、入会権訴訟における手続法的な課題である。

入会持分否定説を始めとする過てる入会理論が、目を疑うような入会権に関する判決を生み出している。そのような謬説は、大正から昭和初期にかけて、学者の誤解によりもたらされた。それでも、戒能通孝博士による軌道修正が功を奏し、少なくとも入会権の専門家の間においては、正確な法理論が築き上げられた。しかしそれは、その人びとの間に限定されていたのか。

この訴訟における判決の誤りは、入会持分否定説に裁判所が何の疑いも持つこともなく、観念的に固有必要的共同訴訟論を用いて本案審理を回避したところに、その出発点がある。この説を厳しく批判してきた渡辺洋三教授は、「わたくしは、現在の民法教科書の入会権に関する説明は全面的に書き改められるべきであると思う」とまで述べている。⁽⁵⁶⁾だが、そのいさどおりにもかかわらず、民法の教科書は書き改められることはなかった。その権威は保たれつつ、法曹人に対して影響を与え続けた。そして、渡辺教授によるこの指摘から、五〇年が過ぎようとしている。

いま、本稿で検討した判決を含め、裁判所は、相も変わらず、過てる入会権理論を繰り返している。多分、今後も繰り返し、我国のコモンズを、そして地域社会を（意図してとまではいうつもりはないが）、葬り去ろうとすることだろう。

これらの判決を言渡した裁判官たちは、おそらくは、入会権の専門家による文献を、裁判所の資料室にも備えられているであろう注釈民法における入会権の記述を、まったく読んでいない。川島博士や渡辺教授が逝去した今日、かかる碩学の努力を振り返れば、それは壁に卵を投げつけるようなものだったのだろうか。

註

- (1) 小林三衛『国有地入会権の研究』〔昭和四三年、東京大学出版会〕。
- (2) 註(1) 文献三四頁ないし三六頁。
- (3) 註(1) 文献九五頁。
- (4) 一・二審判決における判旨は、中尾英俊編『戦後入会判決第三卷』〔平成一六年、信山社〕二六二頁以下。
- (5) 小林已智次監修『昭和五年全国山林原野入会慣行調査資料』(福島正夫Ⅱ北條浩編・昭和四四年、徳川林政史研究所) 第六卷。
- (6) 註(1) 文献二四頁。
- (7) できる限り入会林野を官有に編入しようとする明治政府に対して、維新前からこれを村持として支配してきた農民は強く抵抗し、早くから相次いで返還を求める申請や訴訟を行なったといわれている。本件山林についての返還申請もその一つである。一年間の時限立法である国有土地森林原野下戻法の制定は、かかる運動に応える姿勢を形式的に示そうとしたものである。この期間中に行なわれた返還申請に対してはなるべく応じず、その後の申請には期間経過を理由に門前払いするという方針がこの立法の背後に立てられていたのである(註(1) 文献七五頁以下、中尾英俊『林業法律』〔昭和六二年、日本林業調査会〕二四頁ないし二六頁参照)。
- (8) 註(5) 文献一五一頁。
- (9) 註(5) 文献一五二頁。
- (10) 註(5) 文献一五二頁。
- (11) 註(5) 文献一五三頁。
- (12) 註(1) 九七頁ないし九八頁。
- (13) 註(5) 一五一頁ないし一五二頁。
- (14) 渡辺洋三『入会と財産区』〔昭和四九年、勁草書房〕一五頁。
- (15) 註(5) 文献一五三頁。
- (16) 福島正夫「入会林野の法と権利意識」『福島正夫著作集三卷』〔平成五年、勁草書房〕三八八頁以下。

- (17) 福島「部落有林野の形成」『土地所有の史的研究』(昭和三二年、東京大学東洋文化研究所) 五八〇頁ないし五八一頁
 (同文献中註釈(12)及び(15)参照)。この論文は、註(16)文献四四三頁以下にも収録されている。
- (18) 現在の地方自治体の中にも、このような見解がある。詳しくは、江瀨「表示登記における旧村等名義の性格——地方行政下の財産区問題に関連して——」島大法学四八巻三号(平成一六年) 二頁以下 参照。
- (19) 矢野達雄「愛媛県における公有林野政策の展開——部落有林野統一を中心として——」愛媛法学会雑誌八巻二号(昭和五七年) 九〇頁。
- (20) 入会権訴訟における固有の必要的共同訴訟論に関する論文等として、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) 三七四頁。
 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) 四一頁・三号(平成一七年) 五九頁、野村泰弘「入会権の確認を求める訴えは固有の必要的共同訴訟であり、たとえ非同調者を被告として加えたとしても不適法な訴えであるとして却下された事例」——鹿児島地判平成一七年四月二日(平成一四年(ワ)第七八五 号入会権確認請求事件)——(判例集等未搭載) 島根県立大学総合政策学会『総合政策論叢』10号(平成一七年) 九一頁。
- (21) この判決には、以下の判例研究等がある。太田豊・ジュリスト七七九号六六頁(昭和五七年)、太田豊・季刊実務民法一号(昭和五八年) 二二六頁。太田豊・法曹時報三三六巻三号(昭和五九年) 一九五頁。石渡哲・法学研究五六巻九号(昭和五八年) 一〇一頁。甲斐道太郎Ⅱ上谷均・民商法雑誌八八巻五号(昭和五八年) 八三頁。山田誠一・法学協会雑誌一〇三巻六号(昭和六一年) 二一四頁、同・民法の基本判例(別冊法学教室・基本判例シリーズ2) (昭和六一年) 七九頁。中村忠・判例タイムズ五〇五号(昭和五八年) 四〇頁。中尾英俊・昭和五七年度重要判例解説(ジュリスト臨時増刊七九二)(昭和五八年) 一八五頁。中尾英俊・判例評論二九一号(判例時報一〇七〇号)(昭和五八年) 一八五頁。東松文雄・民事研修三三四号(昭和五九年) 二七頁。富樫貞夫・民事訴訟法判例百選(2)(新法対応補正版・別冊ジュリスト一四六号)(平成一〇年) 三五八頁。林修三・時の法令一一六九号(昭和五八年) 五六頁。
- (22) 廣中俊雄編著『民法修正案(前三篇)の理由書』(昭和六二年、有斐閣) 二七六頁。
- (23) 中田薫「徳川時代における村の人格」法制史論集二巻(昭和一三年、岩波書店) 九八七頁。この論文の初出は、『國

家學會雜誌」三四卷八号（大正九年）である。

- (24) 平野義太郎『民法におけるローマ思想とゲルマン思想』（大正一三年、有斐閣）一六五頁。
- (25) 石田文次郎『土地總有權史論』（昭和二年、岩波書店）一頁以下（本稿では初版本を使用）。
- (26) 石田・註（25）文獻三頁以下。
- (27) 石田・註（25）文獻五頁以下。
- (28) 石田・註（25）文獻二〇三頁以下。
- (29) 石田・註（25）文獻五七九頁以下。
- (30) 我妻榮『物權法（民法講義Ⅱ）』（昭和二七年、岩波書店）二一〇頁。
- (31) 我妻・註（30）二九七頁。
- (32) 川島武宜『注釈民法（7）物權（2）』（昭和四三年、有斐閣）五一四頁以下。
- (33) 我妻（有泉亨補訂）『新訂物權法（民法講義Ⅱ）』四二八頁。
- (34) 我妻・註（33）文獻四三八頁。
- (35) 我妻『新訂民法總則（民法講義Ⅰ）』（昭和四〇年、岩波書店）一三三頁以下。
- (36) 川島『民法總則』（昭和四〇年、有斐閣）一三九頁。
- (37) 中尾『物權法』（昭和五三年、青甲社）一三一頁以下。
- (38) この点に關しては、江測武彦「社団財産総有説の功罪」島大法学四九卷二号〔平成一七年〕二八頁以下参照。
- (39) 江測・註（38）文獻三三三頁以下。
- (40) 註（22）に同じ。
- (41) 共有地の不法占拠者に対する妨害排除・明渡請求を保存行為とする判決として、大判大正七年四月一九日民録二四輯七三一頁、大判大正一〇年七月一八日民録二七輯一三九二頁。共有建物の所有權登記名義人に対する抹消登記請求を保存行為とする判決として、最判昭和三年五月一〇日民集一〇卷五号四八七頁。民法上の組合における組合財産たる建物の所有權登記名義人に対する抹消登記請求を保存行為とする判決として、最判昭和三年七月二二日民集一二卷一二号一八〇五頁。その他、妨害排除の事例ではないが、要役地の共有権者による承役地に対する地役權設定登記請求を保

存行為とする判決として、最判平成七年七月一八日民集四九巻七号二六八四頁。

(42) 川島・註(32)「文献五一四頁」。

(43) 中尾『入会林野の法律問題(新版)』〔平成五九年、勁草書房〕九二頁。

(44) 入会地の変更・処分につき多数決慣習が成立したとする判決(福岡高宮崎支判平成一八年四月八日判例集等未搭載)があるが、仮にそのような慣習があったとしてもこれは公序良俗に反する。あくまで変更・処分に反対する少数入会権者の地位(通説的総有概念における「使用収益権」、川島説における「入会持分権」)を侵害するからである。法適用通則法三条は、慣習が法源たるにはそれが公序良俗に反しないことを要件としているので、右判決は不当である。この点については、江溯「総意によらない共有入会地変更の適法性」島大法学五〇巻三・四号〔平成一九年〕一〇五頁(右判決に関する判例研究)参照。

(45) 川島博士は、民法の共有の規定は入会権について適用がないとされる(「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〕八六頁以下)。むしろ、共有物分割請求権を認める民法二五六条や、これを前提にした二五八条ないし二六二条は、一般的入会慣習と矛盾するので、入会権に適用がないのは明らかであろう。しかし、それ以外の入会権とは矛盾しない規定の適用を排斥する理由はない。第一次的法源としての慣習が存在しない場合には、第二次的法源として、入会権に矛盾しない共有の規定は入会権について適用ありと解するのが、民法二六三条の率直な解釈である。

(46) 伊藤眞『民事訴訟の当事者』〔昭和五三年、弘文堂〕一四五頁。

(47) 三ヶ月章『民事訴訟法』〔昭和五四年、弘文堂〕一三七頁。

(48) この型の紛争は、中尾英俊『入会裁判の実証的研究』〔昭和五八年、法律文化社〕に記録されている。岩手県気仙郡住田町世田米中沢郷、長野県南佐久郡小海町稲子、広島県庄原市西城町三坂、福岡県飯塚市忠隈、鹿児島県熊毛郡中種子町美座における入会紛争がそれである。

(49) 註(48)文献における福岡県飯塚市忠隈における入会権訴訟がこのケースである(同書二五五頁以下参照、なお当時忠隈地区は嘉穂郡穂波町に属していた)。

(50) この型の紛争は、鹿児島県西之表市邊泊における入会権訴訟がその典型である。これは、註(17)の野村教授による

判例研究対象判決（鹿児島地判平成一七年四月一二日）の事案である。その他、山口県熊毛郡上関町四代における上関原発用地入会権訴訟も同様である。これについては、野村教授と①「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——」徳山大学論叢五三卷〔平成一二年〕八六頁、②「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『総合政策論争』一二号〔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②三七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——）愛媛法学会雑誌三三三三・四合併号〔平成一九年〕一頁）がある。

(51) この想定ケースで、二〇名のうち、Xに同調しない入会権者が生じた場合、Xはこの非同調者を被告として訴訟を提起し、固有必要的共同訴訟論の持つ問題点を解決しようと思われる。岡山地倉敷支判昭和五一年九月二四日（判時八五八号九四頁）は、傍論としてこれを指摘する。ただし、鹿児島地判平成一七年四月一二日（註(20)における野村教授の判例研究対象判決）は、この方法を明確に否定している。ただ、かかる非同調が明らかに利敵行為であるという場合には、本註釈以降の本文で述べる通り、Xの所属する入会集団の管理行為として集団による非同調者排除は許されるべきであろう。

(52) これが共有財産そのものの引渡請求であれば、保存行為として、共有者各自がこれを行うことができる（大判大正一〇年三月一八日民録二七輯五四七頁、大判大正一〇年六月一三日民録二七輯一一五五頁、広島高米子支判昭和二七年一月七日高民集五卷一三三六四五頁）。

(53) 東京地判平成四年七月二九日判タ八〇一号二二六頁。

(54) 註(51)に同じ。

(55) 渡辺洋三「慣習法と国家法——入会権理論の再検討を中心に——」『入会と法』〔昭和四七年、東京大学出版会〕二〇二頁（この論文の初出は『私法』二〇号〔一九五八年〕）。