

上関原発共有入会地訴訟最高裁判決について

野村 泰弘

1. はじめに

平成20年4月14日、最高裁第一小法廷（泉徳治裁判長・横尾和子・甲斐中辰夫・才口千晴・涌井紀夫 各裁判官）は、上関原発共有地訴訟の上告提起及び上告受理申立に対して、上告棄却を言渡した。控訴審判決（広島高判平成17年10月20日）から2年半を経てのことであった。その内容は概略、原審の地役入会権は時効消滅した旨の判示部分は、共有入会権は地役入会権に変化していないからその前提を欠くとして否定しつつも、明治24年10月頃に四代区が成立し、四代区に管理処分権が帰属し、四代区においては入会地の処分は役員会の全員一致で決定されるというのが慣習であったとする原判決を支持し、本件土地のY₁電力との交換契約はこの慣習に則ったもので有効であり、原告らは入会権を喪失したとして、上告人らの請求をいずれも棄却すべきものとした原審の判断は、結論において是認することができるとした。

しかし、これには泉徳治裁判長と横尾和子裁判官の反対意見が付されている。この反対意見は、まず、権利能力なき社団としての四代区が成立したということに疑問を呈し、入会慣習についても、四代部落において原判決が認定するような慣習が成立していたとはいえず、したがって本件交換契約は本件慣習に基づくものではなく有効とはいえないとし、さらに3点について審理すべき必要があるとして、原判決を破棄し差し戻すべきとしている。

このように、多数意見と反対意見は、四代部落住民は共有の性質を有する入会権を有していたという、本件のいわば出発点ともいうべき点については判断が一致しているが、それ以外の点、すなわち四代区の成立、慣習、入会

権の喪失等についてはことごとく判断を異にしているのである。これほど明確な見解の相違がありながら、しかも3対2という僅差にもかかわらず、上告が棄却され、本件訴訟が終結するというのはなんとも納得しがたいところである。そこで本稿では、本判決の反対意見に影響を与えたと思われる上告人の「上告受理申立理由」をもとに、多数意見と反対意見を対比させつつ、若干の私見を述べてみたい。

2. 本最高裁判決

最高裁判所第一小法廷平成20年4月14日判決（平成18年（受）第336号・広島高等裁判所平成15年（ネ）第195号所有権移転登記抹消登記手続等、入会権確認請求事件）判例時報2007号58頁

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人らの負担とする。

理 由

上告代理人吉川五男ほかの上告受理申立て理由第3及び第5について⁽¹⁾

1 原審の適法に確定した事実関係の概要は、次のとおりである。

(1) 山口県熊毛郡上関町の長島は、本州（室津半島）と陸路（上関大橋）で結ばれている島であり、少ない平地に上関、戸津、蒲井、白井田、四代の各部落が形成されている。長島南部に所在する四代部落には、約100世帯が居住している。上告人らは、いずれも、四代部落に属する一家の世帯主（以下「四代部落の世帯主」という。）であると主張する者である。被上告人Y₁電力株式会社（以下「被上告人Y₁電力」という。）を除く被上告人らは、いずれも四代部落の世帯主である。

(2) 被上告人Y₁電力は、長島の四代地区に上関原子力発電所を建設することを計画し、平成10年9月、建設用地の取得を始めた。原判決別紙物件目録記載(1)～(4)の土地（以下、同目録記載の土地を、その番号に従い「本件土地1」などといい、併せて「本件各土地」という。）は、その建設用地の一部であるが、本件各土地の不動産登記簿の表題部の所有者欄には、いずれも「四代組」と記載されて

いた。

(3) 四代組とは、古くから四代部落の世帯主を構成員として存在する入会集団を意味し、本件各土地は、明治24年10月の時点において、四代組の入会地としてその構成員である四代部落の世帯主全員の総有に属しており、四代部落の世帯主が有していた本件各土地についての入会権（以下「本件入会権」という。）は、共有の性質を有するもの（民法263条）であった。

四代部落には、現在、四代組と同じく、四代部落の世帯主で構成される「四代区」という団体が存在する。四代区は、上関町（昭和33年2月発足）の前身である上関村（明治22年2月発足）の村会が明治24年10月に議決した区会条例により設けられた区会の一つであり、同月ころ、権利能力なき社団として成立したものであって、固有の財産を有し、その管理処分をしている。四代区は、四代部落が保有する財産を管理するための財産区とすることを企図して設けられたものであるが、同条例につき町村制所定の内務大臣の許可を得ることができなかつたため、結局、財産区とはされずに、今日まで権利能力なき社団として存続しており、四代区の財産はすべて四代組の構成員全員の総有に属する。

四代組の構成員は四代組の構成員と一致しており、四代組の有していた財産（以下「旧四代組財産」という。）は、その成立により四代区の財産とすることとされたので、四代部落民は四代組と四代区を同一のもののように意識してきた。四代区は、四代組名義の固定資産を管理し、その固定資産税を納付しており、本件各土地の固定資産税も四代区が納付してきた。四代区は、昭和44年ころ、不動産登記簿の表題部の所有者欄に「四代組」と記載されていた土地を山口県に売却しており、平成8年2月には、上関町との間で、同様に不動産登記簿の表題部の所有者欄に「四代組」と記載されていた土地を、四代区の役員会の決議に基づき、四代組の名義をもって道路用地として売却する旨の契約を締結した。

(4) 本件土地1～3は、昭和30年代ころまでは四代部落民がそこで海産加工品の生産、家庭用燃料等に利用するための薪炭用雑木を採取するなど、入会地として利用されていたが、昭和40年代以降は徐々に利用されなくなり、遅くとも昭和50年ころには使用収益する者はいなくなった。また、本件土地4は、現地で確認することができず、その所在が明らかではない。

(5) 四代区の代表者区長である被上告人Y₂良数（以下「被上告人Y₂」という。）は、平成10年11月30日付けで、四代区の財産の管理処分に関する慣行を含むそれまでの四代区の運営に係る慣行を明文化したものとして四代区規約を作成した。その当時、四代区の財産の処分については、四代区の役員会の全員一致の決議による旨の慣行があり、四代区規約には、四代区の財産の処分は四代区役員会の総意により決する旨記載された。

(6) 被上告人Y₂は、平成10年12月12日、四代区の代表者区長として、四代区の

役員会の全員一致の決議に基づき、被上告人 Y_1 電力との間で、本件各土地を何らの権利の負担のないものとして被上告人 Y_1 電力所有の土地（山林）と交換する旨の契約（以下「本件交換契約」という。）を締結した。

本件各土地については、同月14日、山口地方務局柳井出張所により、不動産登記簿の表題部の所有者欄にあった「四代組」の記載が所有者錯誤を原因として抹消され、同欄に新たに被上告人 Y_2 の住所氏名が記載されてその旨の登記がされた。そして、同日、被上告人 Y_2 によって所有権保存登記がされた上、同被上告人から被上告人 Y_1 電力に対し、同月12日付けの交換を原因とする所有権移転登記手続がされた。

(7) 本件交換契約に先立って四代区の臨時総会が開催されることはなかったが、被上告人 Y_2 は、本件交換契約締結後の平成10年12月14日付けで、四代区民に対し、「 Y_1 電力への区有地の交換譲渡について（ご報告）」と題する書面を送付して、同月12日に役員会の全員一致の決議に基づき本件交換契約を締結したことを通知した。

2 本件は、上関原子力発電所の建設に反対する上告人らが、本件入会権の対象となっている本件各土地の処分には、入会権者全員の同意が必要であり、上告人らの同意なしにされた本件交換契約は無効であるなどとして、①被上告人らに対し、第1次的に上告人らが本件土地1～3について共有の性質を有する本件入会権の内容である使用収益権を有することの確認を求め、第2次的に上告人らが本件土地1～3について総有集団の構成員として使用収益権を有することの確認を求めるとともに、②被上告人 Y_1 電力に対し、第1次的に共有の性質を有する本件入会権の内容である使用収益権に基づき、第2次的に総有集団の構成員として有する使用収益権に基づき、本件各土地についてされた所有権移転登記の抹消登記手続、本件土地1～3についての立木伐採及び現状変更の禁止を求める事案である。

3 原審は、次のとおり判断して、上告人らの請求をいずれも棄却すべきものとした。

(1) 本件各土地については、四代区が成立する前までは、四代組とその構成員である四代部落の世帯主が共有の性質を有する入会権（本件入会権）を有していたところ、明治24年10月ごろに権利能力なき社団である四代区が成立した際に、本件各土地を所有し、管理処分する権能は四代区に帰属し、それに伴って、四代部落の世帯主が有していた本件入会権は、共有の性質を有しない入会権（民法294条）へ変化し、その後も存続し続けたものと認められる。共有の性質を有しない入会権は、消滅時効の法理に服するというべきであり、「本件各土地は入会地として使用されずに40年以上が経過したから入会権は既に消滅した」旨の被上告人らの主張は、共有の性質を有しない入会権についての消滅時効を援用するものと

解することができる。本件土地1～3については、昭和30年代ころまでは四代部落民が入会地として利用していたが、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、本件土地4については、所在さえ明らかではないから、四代部落の世帯主が有していた本件入会権は、現在では時効により消滅したというべきである。

(2) 権利能力なき社団においては、その所有財産は社団構成員の総有に属するが、当該財産について、その管理処分方法を定めた規約や慣行が存在する場合には、当該財産の管理処分は、それによるものと解するのが相当である。そして、本件各土地は、権利能力なき社団である四代区の成立後は、四代区の構成員の総有に属していたと認められるところ、四代区においては、その所有する財産の処分について四代区の役員会の全員一致の決議による旨の慣行が存在していたから、本件各土地は本件交換契約によって有効に処分され、被上告人Y、電力は何ら権利の負担のない本件各土地の所有権を取得した。

4 原審の上記3(1)の判断は是認することができないが、上記3(2)の判断は結論において是認することができる。その理由は、次のとおりである。

(1) 本件入会権の性質

原審は、四代区の成立によって、本件各土地を所有し、管理処分する権能が四代区に帰属することとなり、それに伴って本件入会権の性質が共有の性質を有するものから共有の性質を有しないものに変化した旨判示している。しかし、前記事実関係によれば、四代区は権利能力なき社団であり、本件各土地が四代部落の世帯主の総有に属するものであることは、四代区の成立の前後を通じて変わらないことが明らかであるから (a)、本件各土地を管理処分する権能が四代区に帰属することになったとしても、四代部落の世帯主が有していた本件入会権が共有の性質を有しないもの、すなわち、他人の所有に属する土地を目的とするものになったということはできない。したがって、四代区の成立後も、本件入会権は共有の性質を有するものであったというべきであり、原審の上記3(1)の消滅時効の判断は、前提を欠くことになる。

(2) 本件入会権の処分についての慣習

前記事実関係によれば、①本件各土地は、明治24年10月の時点において、四代部落の世帯主を構成員とする入会集団である四代組の入会地として、その構成員である四代部落の世帯主全員の総有に属し、四代部落の世帯主が有する入会権（本件入会権）は、共有の性質を有するものであったこと、②同月、四代組と構成員を同じくする権利能力なき社団である四代区が成立し (b)、本件各土地を含む旧四代組財産は四代区の財産とされ、以後、四代区の管理するところとなったが、四代部落民は、四代組と四代区を同一のもののように意識してきたこと、③四代区は、本件各土地を含む四代組名義の固定資産の固定資産税を納付してき

たほか、昭和44年ころには、四代組の所有名義の土地を山口県に売却し、平成8年2月には、役員会の決議により、上関町との間で四代組の所有名義の土地を売却する旨の契約を締結したこと、④四代区の区長である被上告人Y₂は、平成10年11月30日付けで、四代区の財産の管理処分に関する慣行を含むそれまでの四代区の運営に係る慣行を明文化して四代区規約を作成したが、その当時、四代区の財産の処分については四代区の役員会の全員一致の決議による旨の慣行があり、四代区規約には、四代区の財産の処分は四代区役員の総意により決する旨記載されたこと、⑤本件土地1～3は昭和30年代ころまでは入会地として利用されていたが、昭和40年代以降は徐々に利用されなくなり、遅くとも昭和50年ころには使用収益する者はいなくなったこと、以上の事実が明らかであり、経験則に照らしてその認定が不合理なものであるとはいえない。

これらの事実を総合考慮すると、四代区の成立後も、本件各土地が四代部落の世帯主全員の総有に属し、共有の性質を有する本件入会権が存続していたことには変わりはないが、その管理は四代区の成立後は他の旧四代組財産と同じく四代区にゆだねられ、その処分も、遅くとも平成8年ころまでには、他の旧四代組財産と同じく四代区の役員会の全員一致の決議にゆだねられていたものと解される。そして、四代部落の世帯主の総有に帰属する本件各土地の処分は、当然に共有の性質を有する本件入会権の処分を意味することになる。そうすると、四代部落においては、本件各土地の管理形態や利用状況の変化等を経て、被上告人Y₂が四代区規約を作成した平成10年ころには、既に本件各土地の処分、すなわち、本件入会権の処分については、他の旧四代組財産と同じく四代区の役員会の全員一致の決議にゆだねる旨の慣習（以下「本件慣習」という。）が成立していたものと解するのが相当である。

そこで、本件慣習の効力について検討すると、民法263条は、共有の性質を有する入会権について、各地方の慣習に従う旨を定めており、慣習は民法の共有に関する規定に優先して適用されるところ、慣習の効力は、入会権の処分についても及び、慣習が入会権の処分につき入会集団の構成員全員の同意を要件としないものであっても、公序良俗に反するなどその効力を否定すべき特段の事情が認められない限り、その効力を有するものと解すべきである。そして、本件慣習については、本件土地1～3の利用状況等にかんがみても（c）、公序良俗に反するなどその効力を否定すべき特段の事情が存在することはうかがわれないので、その効力を有するものというべきである。

(3) 本件入会権の喪失等

前記事実関係によれば、本件各土地については、平成10年12月12日に、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が締結され、同契約を登記原因として被上告人Y₁電力に対して所有権移転登記手続がされたというのである

から、本件交換契約は本件慣習に基づくものとして有効であり、被告人Y₁電力は何らの権利の負担のない本件各土地の所有権を取得し、四代部落の世帯主は被告人Y₁電力所有の土地と引換えに本件入会権を喪失したものである。そして、本件入会権とは別に総有集団の構成員として有する使用収益権が成立する余地がないことは、これまで説示したところにより明らかである。原審の上記3(2)の判断は、結論において是認することができる。

5 以上によれば、原告人らの請求をいずれも棄却すべきものとした原審の判断は、結論において是認することができる。論旨は採用することができない。

よって、裁判官横尾和子、同泉徳治の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

裁判官横尾和子、同泉徳治の反対意見は、次のとおりである。

私たちは、原判決を破棄し、本件を原審に差し戻すべきであると考えている。その理由は、次のとおりである。

1 多数意見は、① 四代部落の世帯主は、入会集団を構成し、本件交換契約の締結当時、共有の性質を有する入会権の入会地として本件各土地を総有していた、② 明治24年10月に四代部落の世帯主を構成員とする権利能力なき社团「四代区」が成立した、③ 四代部落においては、本件交換契約の締結当時、本件各土地の処分、すなわち本件入会権の処分については、四代区の役員会の全員一致の決議にゆだねる旨の本件慣習が成立していた、④ 本件交換契約は、本件慣習に基づき、四代区の役員会の全員一致の決議により締結されたものであるから、有効である、と判断している。

四代部落において本件慣習が成立していたとの上記多数意見の判断は、「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」との原判決の認定に依拠するものである。原判決が「四代区所有の財産」というのは、四代部落の世帯主全員の総有に属する土地等の財産を意味しており、原判決は、結局、「四代部落においては、世帯主全員の総有に属する土地等の処分について、権利能力なき社团である四代区の役員会の全員一致の決議にゆだねる旨の慣行があった」と認定しているものである。

2 しかしながら、前記慣行の存在に関する原判決の認定は、経験則に違反すると考える。

(1) まず、原判決は、「上関村の村会は、明治24年10月に区会条例を議決し、財産区とすることを企図して四代区を設けたが、同条例についての内務大臣の許可が得られなかったため、四代区は、財産区とはならなかったものの、四代部落の住民団体である権利能力なき社团として成立した」と認定している。しかし、明治24年10月に四代区が権利能力なき社团として成立したという事実は、当事者も主張していない事実である。また、四代部落の世帯主が決議をしたというのであ

ればともかく、村会が区会条例を議決したことから四代区が権利能力なき社団として成立したと認定するのは、著しく合理性に欠ける。さらに、原判決は、「上関村では、明治22年5月の村会で、事務の促進を図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になり、四代部落にも区長が置かれた」と認定しながら、この四代区長と明治24年に成立したという権利能力なき社団の四代区との関係を明らかにしておらず、四代組が明治22年ころから四代区と称されるようになったにすぎないのではないかとの疑いも存する。以上のように、四代区が明治24年10月に権利能力なき社団として成立したとする認定は不合理であり、四代区が権利能力なき社団として成立したのか否か、いついかなる経緯で成立したのか、不明であるといわざるを得ない。

(2) 原判決は、「昭和44年に四代組名義の土地が山口県に売却されているが、その際に部落の全住民の同意を経た形跡がうかがえない」旨を認定している。しかし、原判決は、山口県への売却について、役員会の全員一致の決議によって行われたことや、四代部落の世帯主の総会に諮ることなく行われたことを積極的に認定するものではないから、原判決の上記認定事実を、前記慣行の存在を証明する間接事実として重要視することはできない。

(3) 原判決は、「平成8年2月に四代組名義の土地が道路用地として上関町に売却されているが、この売却は役員会の決議に基づいて実行されたものであり、部落の全住民の同意を経た形跡がうかがえない」旨を認定している。しかし、原判決は、上関町への売却について、四代部落の世帯主の中に反対者がいたにもかかわらず、役員会の決議のみで行われたことを積極的に認定するものではない。そして、道路用地としての売却であるから、四代部落の世帯主の全員が明示的又は黙示的に同意していた可能性を否定しきれない。原判決の上記認定事実も、前記慣行の存在を証明する間接事実としてそれほど重要視できるものではない。

(4) 原判決が引用する乙第24号証の平成10年11月30日付け「四代区規約」には、末尾に「以上の慣行規約により四代区の自治会組織を運営していることに相違ありません。」との記載がある。この四代区規約について、原判決は、「被上告人Y₂は、本件各土地を被上告人Y₁電力へ譲渡することへの理解を得るため、平成10年12月12日に四代区の臨時総会を開催する旨の通知を發したが、上関原子力発電所建設に反対する勢力の反発が強く予想されたため、臨時総会の開催を断念した」及び「被上告人Y₂は、司法書士の指導の下、それまでには存在しなかった四代区規約を作成し、被上告人Y₁電力に対する本件各土地の所有権移転登記手続を実行した」旨を認定している。すなわち、四代区規約は、四代部落の世帯主全員の決議や確認の下に作成されたものではなく、臨時総会の開催を断念した被上告人Y₂が、上記登記のため司法書士の指導の下に急きよ作成したものにすぎないのであって (d)、四代区規約の上記記載から、四代区の財産の処分につ

いては四代区の役員会の全員一致の決議による旨の慣行があると認定するのは相当でない。

(5) 一方、原判決は、「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」と認定し、また、前記のとおり、被上告人Y₂が、本件各土地を被上告人Y₁電力へ譲渡するに当たり、四代区の臨時総会を開催しようとしたことを認定している。この認定事実は、四代部落の最高意思決定機関は常会（総会）ではないかとの疑いを抱かせるものである。

(6) 総有に属する土地について、構成員の総有権そのものを失わせてしまうような処分行為は、本来、構成員全員の特別な合意がなければならぬものであり（最高裁昭和50年（オ）第702号同55年2月8日第二小法廷判決・裁判集民事129号173頁参照）、同処分行為を役員会の決議にゆだねるといふのは例外的事柄に属するから、その旨の慣行が存在するというためには、これを相当として首肯するに足りる合理的根拠を必要とする。

(7) 以上に述べたことを総合して考慮すると、原判決がその挙示する事実から前記慣行が存在するとした認定は、経験則に違反する不合理なものといわざるを得ない。したがって、四代部落において、本件慣習が成立していたとすることはできないのである。

3 私たちは、四代部落の世帯主は、入会集団を構成し、本件交換契約の締結当時、共有の性質を有する入会権の入会地として本件各土地を総有していたとする点については、多数意見に同調するものであるが、本件交換契約が本件慣習に基づくものとして有効であるということとはできないから、原判決を破棄すべきものとする。そして、被上告人らの主張に基づき、本件各土地に対する入会権が解体消滅したか否か、上告人らが上記入会集団から離脱したか否か、上告人らの入会権の主張が権利の濫用に当たるか否か等について更に審理する必要があるため、本件を原審に差し戻すのが相当であると考えらる。

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官	泉	徳	治
裁判官	横	尾	和子
裁判官	甲	斐	中辰夫
裁判官	才	口	千晴
裁判官	涌	井	紀夫

（下線部および記号は筆者による）

3. 本判決についての私見

本判決は、上告受理申立理由第1（総論）、第2（権利能力なき社団成立論）、第3（地役入会権への変化論）、第4（消滅時効論）、第5（役員会限りの処分権論）、第6（弁論主義違反）のうち、第3と第5に対して判断を示したものであるが、反対意見は、それ以外についても踏み込んだ意見を述べている。そこで、以下では、総論部分を除く上告受理申立理由第2～第6にそって検討してみたい。

(1) 上告受理申立理由第2（権利能力なき社団成立論）、第3（地役入会権への変化論）、第4（消滅時効論）

上告受理申立理由の第2、第3、第4は、第2の点が前提となり第3、第4が導かれるという関係にあると思われるので、ここで併せて検討する。

まず、本判決は、原判決の3(1)の判断（地役入会権への転化と消滅時効）については、四代部落の共有入会権は地役入会権に変じておらず、したがって時効消滅の前提を欠くから認められないとしてこれを斥けた。これは当然ともいえる判断で、原判決のこのような法律構成にはもともと無理があったといえる。すなわち、入会権の時効消滅については、共同所有権でもある共有入会権は時効消滅する由なく、地役入会権でなければそもそもその議論の対象ともならないが⁽²⁾、本件の場合、それまで四代組が共有入会権を有していたことについては争いがなく、原判決である控訴審判決において、1審判断とは異なり、これが地役入会権に転化したとされ、かつ、これが時効消滅したという判断が示されたのであるが、従前の共有入会権が地役入会権に転化するには、共有入会地の地盤所有権がそれまでの権利主体である入会集団と異なる者または団体に移転する必要がある。しかし本件の場合、従前の四代組と四代区はいずれも構成員を同じくし、その権利関係もいわゆる総有であるというのであるから、地盤所有権が移転したとは考えられず、したがって、入会権の性質が従前の共有入会権から地役入会権に転化するはずもなく、原判決の地役入会権が時効消滅したという結論はその前提を欠くこと

になるのである。

この点は多数意見、反対意見ともに認めるところである。ただ、多数意見は、(上告受理申立理由第2について)あくまでもあらたに四代区の成立があったという前提に立つもので、この点で多数意見と反対意見は見解を異にする(のみならず、この判断の違いが慣習についての判断にも影響を与えているように思われる)。すなわち、多数意見は、判決理由中の「4(1)本件入会権の性質および(2)本件入会権の処分についての慣習」において、原審の判断を是認し、「以上の事実が明らかであり、経験則に照らしてその認定が不合理なものであるとはいえない」として、四代区の成立を当然のように認めている。これに対し反対意見は、「四代部落の世帯主が決議をしたというのであればともかく、村会が区会条例を議決したことから四代区が権利能力なき社団として成立したと認定するのは、著しく合理性に欠ける。さらに、原判決は、『上関村では、明治22年5月の村会で、事務の促進を図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になり、四代部落にも区長が置かれた』と認定しながら、この四代区長と明治24年に成立したという権利能力なき社団の四代区との関係を明らかにしておらず、四代組が明治22年ころから四代区と称されるようになったにすぎないのではないかとの疑いも存する。」として、「四代区が明治24年10月に権利能力なき社団として成立したとする認定は不合理であり、四代区が権利能力なき社団として成立したのか否か、いついかなる経緯で成立したのか、不明であるといわざるを得ない。」と真っ向から対立している。加えて、この点は、「当事者も主張していない事実である。」として、原判決がこのような認定をしたことにつき、弁論主義違反であることを暗ににじませる。

いずれが妥当か。思うに、本件の場合、団体の構成員とその権利関係に違いがあるならばともかく、違いがないのであるから(下線部(a)参照。なお、本判決では、「四代区の成立の前後を通じて(構成員について)変わりが無いと述べ、また、四代組と構成員を同じくする権利能力なき社団である四代区が成立し」(下線部(b))とも述べる)、反対意見も示唆するように、

名称が変わっただけとみるのが自然であろう。

もともと四代組という名称は、四代という地域名称に「組」という小集団を表わす語がついたもので（一つの大まとまりの地域集団がいくつかの小組に分かれたものであることが多い）、それが土地台帳上に権利主体として記載されていたものであるが、これは四代部落共有と言い換えることもできるものである。同様に四代区も四代に「区」という地域の区画（およびその住民）を表わす語がついたものであるから、名称は変わっても、それをただちに別の性格のものとみることは妥当ではない。また、原判決および多数意見が明治24年10月ころに成立したと認定する四代区は、上関村の区会条例に基づいていわゆる旧財産区として設置されたというのであるから、住民自身が設立したものではなく、そして区会条例は結局内務大臣の許可が得られなかったことにより発効しなかったのであるから、従前の四代組の権利関係に変更を来すような要因は何もなくなったはずである（1審判決もこのように捉えている）。そして、それ以外に、四代部落住民が自ら四代区を設立したという事実も認定されておらず、かえって、のちの明治31年の山口県の調査編集による「山林原野取調一件」にも山林原野の権利主体（名受人）として四代組の名が記載されているのであるから、新たに四代区が成立したという認定は何も根拠のないものといえる。

加えて、権利能力なき社団たる四代区が成立したという認定自体、反対意見もいうように、当事者の主張もしていない事実である（この点は、上告受理申立理由の第5「弁論主義違反」において主張されている⁽³⁾）。にもかかわらず、なぜ、多数意見が四代区の成立にこだわるのかが理解できないところである。たんに原審の判断を是としたいのか、それとも別の意図があったのか。この点、多数意見が、「本件各土地を管理処分する権能が四代区に帰属することになったとしても」、あるいは、「以後、四代区の管理するところとなったが」とし、一方で、本件土地の利用が現在ではなされていないという利用状況にふれていることからすると（下線部（c））、そこに、入会集団四代組であった頃とは異なる、新たな権利構造の変化（処分権能の帰属

の変化)があったとみているようにも思われる。すなわち、入会地の処分等には全員の同意を要するという原則からはなれ、総有集団たる権利能力なき社団として、その機関である役員会への権限委譲がなされ、役員会の全員一致で処分できるようになり、以後、そのような慣習が定着した、という論理展開を描いているのではなからうか⁴。

しかし、繰り返し述べるが、原判決もこの最高裁の多数意見も、四代住民自身がどのような目的で、どのような手続を経て、いつ四代区を設立し⁵、さらには役員会への権限委譲がどのように行われたか、それにつき全員の同意があったか否かという点について、何ひとつ明らかにしないままこれを既定の事実のごとく認定しているのである。たとえば、原判決は、「四代区の部落有財産保持という設立目的」として、その目的をさも既定のこのように述べているが、その権能およびその意思決定の定めは四代組においても当然あったと思われ、あらためてこれを四代区に委ねる必要などないのではなからうか。それとも入会集団たることをやめ新たに総有集団としての四代区を設立したというのであろうか。しかし、そもそも共有入会集団である四代組自体、権利能力なき社団の範疇にある団体といえ、なんのために同じ構成員をもって新たに権利能力なき社団を設立する必要があったのか、理解しがたいところである。四代区となってもその構成員は旧四代組と同一であり、入会集団たることに変わりがないのであるから、入会集団の名称を変え、規約を変更することで足りるはずである。その意味で、原判決の論理と説示の杜撰さは多数意見に引き継がれてしまったといってもよいであろう。

(2) 上告受理申立理由第5（役員会限りの処分権論）

ア. 多数意見と反対意見の相違

本件のもう一つの大きな争点として、四代部落において、入会権の処分について役員会の全員一致の賛成による決定という慣習が有効に成立しているか、という点がある。

これについて、多数意見は、原判決と同じく、四代部落においては、四代

区の役員会の全員一致の決議に委ねる旨の慣習が成立していたとし、さらに、民法263条の規定上、各地方の慣習に従う旨を定められていることから、慣習は民法の規定に優先して適用され、その慣習の効力は入会権の処分にも及び、慣習が入会権の処分につき入会集団の構成員全員の同意を要件としないものであっても、公序良俗に反するなどその効力を否定すべき特段の事情が認められない限り、その効力を有するものと解すべきであると述べたうえで¹⁶、本件の場合、本件土地1～3の利用状況等にかんがみても、公序良俗に反するなどその効力を否定すべき特段の事情が存在することはうかがわれないので、役員会全員一致の決定という慣習はその効力を有するというべき、としている。

これに対して反対意見は、このような慣習が存在していたとみることに否定的で、むしろ、「四代部落の最高意思決定機関は常会（総会）ではないかとの疑いを抱かせるものである。」とし、かつまた、総有に属する土地について、「構成員の総有権そのものを失わせてしまうような処分行為は、本来、構成員全員の特別な合意がなければならないものであり（最高裁昭和50年（オ）第702号同55年2月8日第二小法廷判決・裁判集民事129号173頁参照）、同処分行為を役員会の決議にゆだねるとするのは例外的事柄に属するから、その旨の慣行が存在するというためには、これを相当として首肯するに足りる合理的根拠を必要とする。」と述べ、「以上に述べたことを総合して考慮すると、原判決がその挙示する事実から前記慣行が存在するとした認定は、経験則に違反する不合理なものといわざるを得ない。」としている。

このように、四代の慣習について両意見は対照的な判断を示しているが、ここには2つの問題がある。すなわち、第1は、事実として、役員会の全員一致の決議による入会権の処分が四代部落において慣習として成立し、機能していたかという点であり、第2は、慣習が法律上有効とされるための要件を備えているか、という点である。そこで、この2点について以下で検討していきたい。

イ．事実としての慣習の存在 — 役員会全員一致による決定は四代部落において慣習であったといえるか。

前述したように、多数意見は、昭和44年ころには、四代組の所有名義の土地を山口県に売却し、平成8年2月には、役員会の決議により、上関町との間で四代組の所有名義の土地を売却する旨の契約を締結したこと、の2例を挙げ、(i) 同月、四代組と構成員を同じくする権利能力なき社団である四代区が成立し、本件各土地を含む旧四代組財産は四代区の財産とされ、以後、四代区の管理するところとなったが、四代部落民は、四代組と四代区を同一のもののように意識してきたこと、(ii) 四代区は、本件各土地を含む四代組名義の固定資産の固定資産税を納付してきたほか、(iii) 四代区の区長である被上告人Y₂は、平成10年11月30日付けで、四代区の財産の管理処分に関する慣行を含むそれまでの四代区の運営に係る慣行を明文化して四代区規約を作成したが、その当時、四代区の財産の処分については四代区の役員会の全員一致の決議による旨の慣行があり、四代区規約には、四代区の財産の処分は四代区役員の総意により決する旨記載されたこと、(iv) 本件土地1～3は昭和30年代ころまでは入会地として利用されていたが、昭和40年代以降は徐々に利用されなくなり、遅くとも昭和50年ころには使用収益する者はいなくなったこと、をあげ、四代部落においては役員会全員一致の決定により処分しようとする慣習であったと認定している。この2例は、原判決が慣習を認める根拠となるものとして挙げていた4例に対して2例削られているが、これは、もともとこの2例が（後述のように）その根拠として挙げるには適さないものであったからといえる。

ちなみに、原判決は、①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、②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、③昭和44年には四代組名義の土地を山口県に売却した事実、④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挙げて、「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。……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のが慣行であったと認められる。」と判示するものであるが、これに対して、上告人が上告受理申立書において、これらは、構成員らの反対があったにもかかわらず、役員会の全員一致で処分を決定したものではない、逆に、昭和30年代の天田島の入会地の処分に関しては、総会で反対者がいたために処分できなかったのであり、役員会限りの処分権原を導き出すに足る処分例はまったく存在せず、経験則違反がはなはだしいと主張したものである¹⁷。

このように、多数意見が、上告受理申立書の主張を一部認めつつも結論においては役員会全員一致の賛成で処分できると認定したのに対して、反対意見は、上告受理申立書の主張をかなり汲み取ったものといつてよいと思われるが、③の事例についても、「役員会の全員一致の決議によって行われたことや、四代部落の世帯主の総会に諮ることなく行われたことを積極的に認定するものではないから、原判決の上記認定事実を、前記慣行の存在を証明する間接事実として重要視することはできない。」とし、また、④の事例についても、「四代部落の世帯主の中に反対者がいたにもかかわらず、役員会の決議のみで行われたことを積極的に認定するものではない。そして、道路用地としての売却であるから、四代部落の世帯主の全員が明示的又は黙示的に同意していた可能性を否定しきれない。原判決の上記認定事実も、前記慣行の存在を証明する間接事実としてそれほど重要視できるものではない。」とし、さらには、原判決が引用する「四代区規約」についても、「四代区規約は、四代部落の世帯主全員の決議や確認の下に作成されたものではなく、臨時総会の開催を断念した被上告人Y₂が、上記登記のため司法書士の指導の

下に急きょ作成したものにすぎないのであって、四代区規約の上記記載から、四代区の財産の処分については四代区の役員会の全員一致の決議による旨の慣行があると認定するのは相当でない。」とし、かえて、「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」ということ、および、本件各土地を被上告人Y₁電力へ譲渡するに当たり、四代区の臨時総会を開催しようとしたことから、「四代部落の最高意思決定機関は常会（総会）ではないかとの疑いを抱かせるものである。」としている。

思うに、原判決の列挙する事例はどれも、総会（構成員全員）と役員会の権能をはっきり示すものではなく、とくに、①②の2例はいずれも上関村議会において決定されたもので、役員会が関与したのではなく、ただ単に、「全員の同意を要する」ことを否定するためのものでしかない。また、③昭和44年の例および④平成8年2月の例も、仮に、役員会の全員一致の議決がなされたものであるとしても、構成員の反対を押し切ってまで役員会が決定したというのではなく、その議案の性質上、全員の同意があったとも考えられるものである。多数意見は、平成10年に作成された規約を拠り所として、全員の同意を得てなされたことをうかがわせる証拠がないことから、その反射として役員会の全員一致の決定で処分するというのが慣習であったと認定するもので、非常に安易な結論づけといえる。本件のように慣習いかがが判決を左右するような事例にあっては、過去の事例を慎重に精査し、反対者はあったが役員会の全員一致の決定を押し通したという明白な例が最低1例は必要であろう。しかしそのような例はなく、逆に、天田島の売却の件では、構成員全員の同意がなかったために提案が流れたというのであるから、また、それまでも重要な決定においては決定に先立って総会が開かれていたのであり、本件の場合においても、本件交換契約の締結後ではなく、締結以前に四代区の臨時総会を開催しようとしたことからすれば、総会は単なる報告の場ではなく決定機関であったと考えられる。かつ、平成10年の規約自体その有効性が疑問視されるものであるから（下線部（d）参照）、反対意見のいう

ように、この規約に示された慣習に疑いを向け、むしろ四代部落の最高意思決定機関は常会（総会）とみるが自然な帰結といえよう。

ウ．全員の同意によらない処分が有効とされるための要件

事実として存在する慣習が、法律上有効に成立しているというためには、多数意見が述べるように、公序良俗に反するなどその効力を否定すべき特段の事情が認められないことが必要であるという点はそのとおりであるとしても、それは、まず内部的に慣習として有効に成立していることが前提となろう。すなわち、反対意見が述べるように、全員の同意によらない入会権の処分の慣習が有効であるためには、その慣習が入会集団全員によって支持、容認（換言すれば授權）されていることが必要であろう。しかし多数意見はこの点についての検討をなさないままに、内部的に成立したという前提で、有効無効の要件論の検討に入っている。

入会地等の入会財産の処分については、入会権者全員の同意を要するというのが入会集団一般に認められる慣習であり、判例通説もそう解している⁽⁸⁾。その根拠については、共有の規定が適用されるとするものや、入会持分に求めるものがあるが、反対意見は、この点につき、「総有に属する土地について、構成員の総有権そのものを失わせてしまうような処分行為は、本来、構成員全員の特別な合意がなければならないものであり（最高裁昭和50年（オ）第702号同55年2月8日第二小法廷判決・裁判集民事129号173頁参照）、同処分行為を役員会の決議にゆだねるというのは例外的事柄に属するから、その旨の慣行が存在するというためには、これを相当として首肯するに足りる合理的根拠を必要とする。」と述べ、本件の場合には、全員の同意によらず役員会全員一致の決定で処分ができる旨の慣行があったとする原判決の認定は（特別な合意があったと認めうる根拠がなく）経験則に反する不合理なものと断じている。

ちなみに、反対意見が引用する最（2小）判55年2月8日の事実は、沖縄の門中という権利能力なき社団について、原告が総有財産を有することの確

認を求め、その当事者適格が争われたものであるが、これは、上告人側が2005年12月28日付上告受理申立理由書において、①最高裁第2小法廷昭和41年11月25日判決・民集20巻9号1921頁、②最高裁第2小法廷昭和55年2月8日判決・裁判集民事129号173頁、③最高裁第3小法廷平成6年5月31日・民集48巻4号1065頁の判決を挙げ、当事者適格（固有必要的共同訴訟）の判断の根拠とされる「一部の者の訴えを認めれば、仮にこれが敗訴になれば、結果的に他の権利者の権利をも失わせることになる」という点から逆算して、「つまり、入会権、総有権の処分についての最高裁判例の立場は、入会権者総有権者の全員の同意が、何らかの形で必要であるというものである。」と主張した⁹ことに答えたものといえる。

小括

前述したように、入会権の処分については全員の同意を要するというのが一般的な慣習であり、当該地方の慣習がそれと異なる方法を採用する場合に、慣習であるから無条件に優先するというものではなく、慣習として法源性が認められるためには、それが、構成員全員の授権を得たものであること、さらには、法の一般原則が容認するものでなくてはならない。この点につき、本判決の反対意見は新しい見解を示したといえる。すなわち、入会権は構成員全員にかかわる総有的な権利であり、もし敗訴でもすれば訴訟当事者にならなかった者の権利を本人不在のうちに消滅させることにもなり、したがって、全員が原告に名を連ねていなければ当事者適格を満たさず、訴えは却下されるしかないという、管理処分権に由来する固有必要的共同訴訟の理論から逆算したところに、入会権の少なくとも処分に関しては、全員の同意ないしは授権がなければ処分できないという原則論が見えてくるのである。

これに対して多数意見は、慣習をいささか慎重さを欠く論理で肯定している。おそらく多数意見は、四代区成立を認定することによって、権利能力なき社団（というよりもその機関である役員会そのものに）に財産の管理処分権が委ねられたとして、入会集団から総有集団への変質を念頭に描きながら、

四代区の役員会全員一致という機関決定を慣行として是認したものではないだろうか。入会利用がほとんどなされなくなったという理由をとくに挙げているのも（下線部（c）参照）、それゆえであろう（それ以外に、入会利用がなくなったということをあえて挙げる理由が見当たらない）。

また、多数意見は、突如成文化された規約⁽¹⁰⁾（成文化されたのは平成10年11月30日であり、交換契約と移転登記の約10日前であり、内容については総会で報告されることも承認もされていない）に対する評価もいささかずさんである。たとえば、原判決および多数意見は、四代区の規約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。）において、このことが明記されていることを一つの根拠と見ているものと思われるが、これとて、反対意見のいうように、「四代区規約は、四代部落の世帯主全員の決議や確認の下に作成されたものではなく、臨時総会の開催を断念した被上告人Y₂が、上記登記のため司法書士の指導の下に急きょ作成したものにすぎないのであって、四代区規約の上記記載から、四代区の財産の処分については四代区の役員会の全員一致の決議による旨の慣行があると認定するのは相当でない。」のである。これは、交換契約の有効性と移転登記の適法性を認める結論のためにあえて目をつぶっているとしか思えない。その四代区規約は実は自治会規約として成立しているのであり、自治会と入会集団はどういう関係にあるのかについても何の説示もない。これはいわば移転登記のための便法としてこの規約が作られたものであり、この規約は他の書類とともに移転登記の際に法務局に提出され、これをもって、土地台帳上の所有者欄の記載を錯誤訂正により区長名義に改めたうえで移転登記がなされているのである。そしてその後、この自治会規約が総会で承認を得たこともないのである（これは良くいって無権代理行為であり、構成員全員の同意がなけれ

ば背任にもあたる行為であろう)。これに対して反対意見は、なお入会権という視点をもって、全員の同意を要するという原則から発して、個々の権利者の権利主体性に配慮した判断をなしていると評価できる。

旧稿⁽¹⁾でも述べたが、授権も同意も追認も得られていないこの規約は有効なものとはいえず、役員会の全員一致による決定という慣習は成立していなかったものと考えられる。たしかに、一般論としては、入会権は慣習を第一法源とする権利であり、したがって当該地域の慣習がどのようなものであったかが問題となるが、当該地域において慣習が成立しているというためには、例外のない相当な事実の蓄積があることが必要であろうし、成文化された規約等がある場合でも、それに全員の署名がある等、全員がそれを承認したものであることすなわち、全員の授権があるということが必要であろう。とくに管理行為ではなく処分行為については厳格に要求されるものとする。

(3) 管理権と処分権

多数意見が原判決および従来判決と異なる点として注目されるのは、本来性質の異なる管理権と処分権を原判決のように管理処分権として一緒に論じるのではなく、分けて論じている点である。すなわち、多数意見は、「その管理は四代区の成立後は他の旧四代組財産と同じ。四代区にゆだねられ、その処分も、遅くとも平成8年ころまでには、他の旧四代組財産と同じく四代区の役員会の全員一致の決議にゆだねられていたものと解される。そして、四代部落の世帯主の総有に帰属する本件各土地の処分は、当然に共有の性質を有する本件入会権の処分を意味することになる。そうすると、四代部落においては、本件各土地の管理形態や利用状況の変化等を経て、被上告人Y₂が四代区規約を作成した平成10年ころには、既に本件各土地の処分、すなわち、本件入会権の処分については、他の旧四代組財産と同じく四代区の役員会の全員一致の決議にゆだねる旨の慣習（以下「本件慣習」という。）が成立していたものと解するのが相当である。」と判示する。

これは、上告人の上告受理申立理由書・第5（役員会限りの処分権論）に

挙げられた主張が影響しているものと考えられる。すなわち、同理由書は、「(3)イ。原判決は、『当該社団において、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解するのが相当である』とし、四代区においては、『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』（原判決20頁）と判示する。この原判決は、総有物の管理行為と処分行為の質的な相違については、特に意識せず、同一に簡単に並べて説示したり、明文の規約と慣行とでは、大いに構成員の認識状況に差があることについて、頓着していないことを指摘しておく」と述べていることに答えたものと考えられる。

この点は妥当なもので、本来、日常的な業務といえる管理行為と入会権そのものの消長に関するような処分行為は同列には扱われないものであり、従来の判例の多くが管理処分権としてひとまとめにして論じていたことからすれば、判例理論の一つの進展といえるであろう。そしてそれは当該慣習が管理行為についての慣習なのか、それとも処分行為についての慣習なのかを分けて考えることのきっかけとなる。付言すれば、規約等により全員の同意によらず決定できるとされていても、たとえば、多数決による決定や機関委任が包括的に行われていたとしても、特に明示的に全員からの授権がある場合を除き、それは管理行為に関するもので、処分行為については、原則に立ち返り、あらためて全員の同意を要するものと解すべきであろう。

(4) 入会権の喪失

多数意見は、原審の判断である、共有入会権から地役入会権へ入会権の性質が変じ、その地役入会権の時効消滅という構成を（時効消滅の前提を欠くとして）否定しつつも、あらたに、入会権の喪失を理由として、いわゆる入会権（個々の入会権が有する使用収益権）に基づく妨害排除請求を斥けた。しかし、この法律構成はこれまでの判例にはみられなかったもので、疑問である。

まづもって、用語上の問題として、入会理論上、入会権の喪失というのは、

従来、個々の入会権者が（離村失権や権利の放棄により）その資格を喪失するという意味に用いられてきたものであり、集団が入会権を失うということとは異なる。むしろ、集団権としての入会権が存在することを前提として、特定の者が入会（持分）権を失うという意味において用いられるのが一般である⁽¹²⁾。

そして、本件の場合、被上告人においても、かつてこのような主張をしたことはなく、弁論主義違反の疑いもある。最高裁の多数意見はなぜ、このような法律構成で上告人が求めていた使用収益権に基づく妨害排除請求を排斥したのであろうか。従来の入会理論からすれば、まず集団権としての入会権を否定し、そのことをもって、当該構成員の使用収益権を否定し、立木の伐採や現状変更を禁止することを求める訴えを斥けるというのがスジ論ではなかったか。すなわち、交換契約により本件各土地における四代部落住民の入会権は消滅し、したがって、その構成員である原告らは、その請求の前提となる使用収益権を有しないのであるから本件訴えは斥けられるべきと述べるべきであろう。

もっとも、多数意見は、慣習に則った有効な交換契約に基づき、Y₁電力は何らの権利の負担のない本件各土地の所有権を取得し、他方、四代部落の世帯主は、Y₁電力所有の土地と引き換えに本権入会権を喪失した、としており、上述と同趣旨のものとも思われるが、入会理論上は、入会権の消滅と喪失を混同したものと指摘できよう。この点について反対意見は、「本件各土地に対する入会権が解体消滅したか否か、上告人らが上記入会集団から離脱したか否か」⁽¹³⁾を再審理すべきとしているが、この指摘は妥当なものといえる。

付言すれば、そもそも、本件のような入会地の交換譲渡により地盤所有権の譲渡があったとしても当然には集団としての入会権を消滅させ、また、個々の入会権者の入会権を喪失させるものではない。たとえば明治43年から昭和14年にかけて行われた部落有林野の統一政策において、共有入会地を市町村に寄付統一した場合でも、無条件統一ならばともかく、条件付統一が行われ

た場合は、統一後もなお入会地（地役入会地）として残ったものが少なくない。すなわち、共有入会地の地盤所有権を譲渡しても入会権を留保することはありえ、本件の場合でも、仮に交換譲渡が有効だとしても、その契約内容において、入会権の留保や消滅についての取決めがなされていたかどうか問題になろう（おそらくはこれについての取り決めはなされていないと思われるが、そうであれば、地役入会権として存続していることも理論上はありうるのである）。

本件の場合、たしかに、原発施設の建設予定地に本件各土地がひっかかっており、そのため、交換譲渡されればその目的のために従来の使用収益が不可能になることから、その障害となる入会権も消滅することを当然の前提としているとも解されなくはないが、逆に、建設予定地ではあっても直接そこに建物が建つというのでなければ、あるいは立ち入り禁止となるものでなければ、その範囲では入会利用の可能性も残されているといえるであろう¹⁴。また、仮に入会地である本件土地をY₁電力所有の土地と交換し、それについて従前どおりの権利関係が存続しているものであるとすれば、入会権は本件土地において消滅するのと引換えに、その交換取得された土地に存続しているものとみることができようが、本判決はそのことについてはふれていない。思うに、多数意見の論理は、使用収益権に基づく妨害排除請求を排斥するための窮余の論理であろう。

(5) 権利の濫用

反対意見は、「上告人らの入会権の主張が権利の濫用に当たるか否か」という点についても、差戻審において審理する必要があると指摘しているので、これについても一言ふれておきたい。

これについては、私が以前の論稿で、「ところで、118名中たった4人の不賛成によって、公共性を有する原子力発電所の建設ができなくなるのは4名による権利の濫用ではないか」という問題が提起されるかもしれないが、この4名が反対するのは環境汚染を心配してのことであり、害意は毛頭なく、失

われる利益と得られる利益の衡量においても、前者が勝っているとはいえない。したがって、権利濫用にはあたらないと考えられる。」と述べ⁽¹⁵⁾、現在でもそのように考えているが、ただ、反対意見がこのことに言及していることについては、同じく四代の入会訴訟である神社地をめぐる訴訟の1審判決で、こうした考えに由来すると思われる判断が示されたこととの関係で気になる点ではある。すなわち、同判決では、原告3名に対して被告は91名で、そのうちの83名はY₁電力に訴訟委任していることを考慮に入れてのものと推察されるが、仮に真実入会権があるとしても妨害排除を認めた場合に原告の得られる利益と被告側の失われる利益との比較衡量によっては妨害排除請求が許されないとされる場合もあるのであるから、入会権の確認が認められたとしても抜本的な解決につながるものではないとして、入会権の確認を求める訴えについては確認の利益もない、と述べて訴を斥けているのである（山口地岩国支判平成19年3月29日）。

原告が極めて少数であるということによってこのような判断を招くおそれはある。とくに相手は電力事業という公共事業である。原子力発電に対しては賛否両論があろうが、国策に配慮すれば、公共の利益に反する主張として、強引にそれに結びつけるおそれはある。しかし、たしかに本件訴訟における原告は当初4名、現在は1名に減っているが、それが四代部落住民の意思をそのままに反映したものであるとは必ずしもいえない。日本人の多くはいまだに訴訟の原告となることに抵抗を感じるといわれる。ましてや、とくに狭い集落の中で、Y₁電力のみを被告にするならばともかく、固有の必要的共同訴訟との兼ね合いから、原告にならない部落住民までも被告とせざるを得ないというのであれば、躊躇するのが当然ともいえよう。誘致賛成派と反対派に分かれての町長選の激しさ等をみれば明らかなように、上関町全体としては賛成・反対は拮抗しており、それが、神社地訴訟や漁業権訴訟や株主代表訴訟という訴訟提起にもつながっているのである。

本件訴えは、たった4人が、他の構成員の利益を害するために、また不当な利益を得るがための要求をしているわけではない。1審原告らは環境保全

を求め一心で本件交換契約の無効を主張しているのである。すなわち、被告Y₂を始めとする役員がそれまでの慣習を破り、いわば役員としての権限を濫用して契約に至ったことが背景にあり、それに対する唯一の抵抗手段としての法廷闘争において、法律論として慣習によらない処分は無効だと主張しているのである。仮に上告人のこの主張が認められたとしても、あらためて慣習にのっとった議決をすればよいだけのことであり、それによって失われるものが大きいわけではない。そうした背景および1審原告となった者の真意等を考慮すれば、権利の濫用であるとはいえない。なお、入会地の処分についてこれに反対した者について権利の濫用と認めたものとして甲府地判昭和63年5月16日(判例時報1294号118頁)があるが、これは、それまで何度も会合(総寄合)があり、意見発表の場がありながら明確な反対の意思表示をせず、もはや道路の位置を変更することが極めて困難な状況になった時点で、不同意、退席した者についてのものであり、本件の1審原告らは当時もっと多くいた反対者とともに始めから反対の意思を表明していたのであり、禁反言の法理に反するものでもなく、権利の濫用にはあたらないと解される。

4. むすび

本最高裁判決は裁判官が多数意見3対反対意見2に割れるという微妙な判決であった。2人の裁判官の反対意見は、入会理論に則ったもので、原判決のずさんな論理を指摘し、入会権が解体消滅したか否か、上告人らが上記入会集団から離脱したか否か、上告人らの入会権の主張が権利の濫用に当たるか否か等について更に審理する必要があるとして、原審判決を破棄し、差戻すべきとの考えを示している。この反対意見において上告人の主張がほぼ認められたことは喜ばしいがこれが多数意見とならなかったことは残念といわざるをえない¹⁶⁾。反対意見のこのような明快な論理がなぜ他の3人の裁判官を動かしえなかったのか不可解である。一方の多数意見は、原審の入会権

の性質の転化および入会権の消滅時効という陳腐な論理は排除しつつも、原判決の認定事実を下敷きにした論理構成であり、上告受理申立理由や反対意見の指摘する点については何の回答も与えておらず、かつ結論から逆に組立てられたような論理と映るもので、その説得力のなさは控訴審判決と共通するものといえる。

本件は、この最高裁判決をもって終結を迎えた。しかし、この3対2という意見の対立に見られるように、勝訴であっても内容的には薄氷の勝利である。共有入会権訴訟は終わったが、四代の入会訴訟はまだ完全に終わったわけではない。神社地をめぐる争訟はまだ一審判決が出たばかりで、なお継続中である（平成19年12月13日の判決言い渡し後、控訴の申立をしているが、執筆段階ではまだ受理されていない）。本判決とくに反対意見が控訴審判決について疑義を呈したことで、この神社地訴訟の今後の展開が注目される。係争地である神社地（境外地）は登記上は四代八幡宮の所有地とされ、これが被告のY₁電力へ売却譲渡されたが、四代八幡宮の名義になった経緯やその実際の管理状況からは、実質的には本件各土地と同じく、四代組（四代区）の共有の性質を有する入会地ではないかとみられるからである。それにもかかわらずこの神社地は氏子代表役員と新たに任命された官司司だけで売却決定され、移転登記も完了している。そこで、本件と同様に、この売買は入会権者全員の同意がないために無効ではないか、仮にそうでなくとも、神社地は四代地区の中で民家に近い場所にあり、比較的平坦なことから地役入会権が行使されてきたもので、地役入会権に基づく個々の入会権者が有する使用収益権に基づく妨害排除請求が認められるべきではないかという問題を含んでいるのである。この訴訟においてもこの反対意見がもつ意味は小さくないと思われる。

また、四代において今後留意されるべきは、本判決は四代区が有する本件各土地以外の山林等について入会権が消滅したと述べるものではなく、四代区の入会地の処分については、役員会の全員一致によるのが入会慣習であるとして、本件各土地の交換契約を有効とし、そして上告人らは本件各土地に

ついて使用収益権を喪失したとしているだけで、それ以上のことは言っていないのである。したがって今後、四代区はどのように入会地を運営していくのか、今後もこのような役員会による処分を無条件に認めるのか、総会へは単なる報告案件で済むのか、という点について、どのような答えを出していくのかをひきつづき見つけていく必要があるように思われる。

付記：本稿の執筆にあたって、上告側の主任弁護士である吉川五男弁護士から、本判決、上告受理申立書、同補充書(1)(2)(3)の訴訟資料をいただいた。ここに記して感謝申し上げたい。

- (1) 上告理由第3は地役入会権への変化論、第5は役員会限りの処分権論である。その他、上告理由として挙げられているものは、第1は総論、第2は権利能力なき社団成立論、第4は消滅時効論、第6は弁論主義違反である。

上告受理申立理由書(2005年12月28日)は次のように述べる。「上記①②③の最高裁判例は、いずれも、総有財産の処分権について直接に判示したのではなく、入会権なり、総有権なり、最高裁判所第1小法廷 昭和57年7月1日判決(民集36巻6号、891頁)にいう、いわゆる入会権そのもの(あるいは、総有権そのもの)についての確認請求についての当事者適格の問題について判断したものである(②判決は傍論的判示でもある)。しかし、入会権そのもの(総有権そのもの)の確認を求める訴えは、敗訴すれば、入会権そのもの(総有権そのもの)を失わせる処分をしたのと同じ結果を招くことになる点において、構成員の総有権そのものを失わせてしまう実体上の処分行為と同視すべきものであると②の最高裁判決は判示し、このことを理由として、総有団体の代表者が総有権確認請求をなすについては構成員全員の特別の合意がなければすることができず、このような合意がない総有団体の代表者の総有権確認訴訟の当事者適格は否定されるべきである旨を説示している。又、上記③の最高裁判決も『権利能力のない社団である入会団体の代表者が構成員全員の総有に属する不動産について総有権確認請求訴訟を原告の代表者として追行するには、当該入会団体の規約等において当該不動産を処分するのに必要とされる総会の議決等の手続による授權を要するものと解するのが相当である。けだし、右の総有権確認請求訴訟について為された確定判決の効力は構成員全員に対して及ぶものであり、入会団体が敗訴した場合には構成員全員が総有権を失わせる処分をしたの事実上同じ結果をもた

らす…」と判示している。……総有権確認訴訟の当事者適格について判示した上記①、②、③の各最高裁判例は、その前提として、入会権等、総有権の処分権について判示したのもであると理解されるのである。……上記①、②、③の最高裁判例を通じて、入会権そのもの、総有権そのものの確認請求の当事者適格については、原則的には、入会権者全員、総有権者全員が共同して提起しなければならないものである（①の最高裁判例）。

入会集団が権利能力のない社団性を有していたとしても、その代表者が総有権確認訴訟の当事者適格を有するに到るためには、構成員全員の特別の合意によって訴訟追行を授権されていなければ、当事者適格を有しない（上記②の最高裁判例）。

入会集団が、入会地を管理するために別個に規約を定め、入会権者をその構成員として明確に参加させたりし、組織を整備し、多数決原則によって運営される等の、最高裁第1小法廷 昭和39年10月15日判決（民集18巻8号167頁）による、権利能力のない社団としての、いわゆる四要件を整備した団体を結成しているものであるときは、この権利能力のない社団の定める、財産処分の手続に従った特別授権が為されていれば当事者適格が認められる（上記③の最高裁判例）というものである。

この統一的な最高裁判例の立場を入会権、総有権の処分権という視点から整理してみると、次の如くいえるであろう。即ち、入会権、総有権の処分は、権利者全員の同意によって為されなければならない（前記①の最高裁判例）。入会集団が権利能力のない社団性を有していたとしても、団体の機関等による多数決での処分はできず、権利者全員の同意が必要である（上記②の最高裁判例）。入会集団が、別個に団体を結成し、規約を定め、組織を整備し、入会権者全員を、その自由意思によって加入を得、多数決原理で運営される等をし、入会権を、その団体の管理下においたりした場合には、その規約の定める方法によって入会権、総有権を処分できるようになる（上記③の最高裁判例）。

このように、③の最高裁判例では、総有権者の共同所有財産を、規約に基づく多数決原理で処分できるとの①、②の最高裁判例から一步踏み出した処分権原則へと踏み出した判示が為されたのは、総有権者全員が、その総有物について、総会の議決等、多数決によって処分できるとする明文の規約を承認して、別個に結成された権利能力のない社団たる総有物管理団体に加盟するとの意思行為が存在したという点に基づいているのである（なお、下級審判決ではあるが、岡山地方裁判所倉敷支部昭和51年9月24日判決一判例タイムズ351号300頁、判例時報858号94頁一も、上記③の最高裁と同じようなケースであるといえる）。つまり、入会権、総有権の処分についての最高裁判例

の立場は、入会権者総有権者の全員の同意が、何らかの形で必要であるというものである。前記①、②の最高裁判例は、処分については直接に全員の同意が必要だとしていると見るべきである。前記③の最高裁判例は、総会による多数決の議決にて総有物は処分できるとの明文の規約を承認して、総有物の管理団体たる権利能力のない社団に、総有権者の全員が加入したという点に、総有権者全員の総有物処分についての同意を見て取っているのである。

(2)イ。これに対して、原判決は、総有物の処分について、上告受理申立人らの明確なる不同意の存在にもかかわらず、役員会が総有権についての処分権を有すると認定してしまったものである。上記①、②、③の最高裁判例のいずれにも相反するし、これら①、②、③の最高裁判例を統一的に貫通する見解にも明確に相反している判断を行ったものである。原判決によると、四代区という権利能力のない社団の財産である本件各土地は、その構成員（即ち、上告受理申立人らを含む四代部落住民全員一但し、世帯主のみ）の総有物であるとするが、その総有物の処分については、総有権者たる四代部落住民の同意の有無は一切考慮されないうで、役員会による処分が出来るとするのであり、上記①、②、③の最高裁判例に明白に違反する。ロ。なお上記①②③の最高裁判例はあくまでも総有物に関する訴えの当事者適格についての判例であり、入会権、総有権についての処分に関する判例ではないという見解もあり得る。しかるときは、入会権、総有権についての処分権についての最高裁判所としての明確な判断をなすべきであり、そのためにも本件上告受理をなして判断をなすべきものと考ええる。」

(3)イ。原判決は、「当該社団において、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解するのが相当である」とし、四代区においては、「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」（原判決20頁）と判示する。

この原判決は、総有物の管理行為と処分行為の質的な相違については、特に意識せず、同一に簡単に並べて説示したり、明文の規約と慣行とでは、大いに構成員の認識状況に差があることについて、頓着していないことを指摘しておくとともに、以下、原判決の判示する慣行の存在を認定することは、全く経験則に反する法令違反の判示であることを論ずる。

(4) 原判決も説示する如く、四代区には、明文の規約は存在せず、乙24号証の四代区規約は四代区の区長が、Y₁電力への本件各土地の交換登記を担当した司法書士の指導に従って、平成10年に急速作成したものである。

(5) また、原判決の慣行の存在を認定した部分は事実認定の問題ではない。四代区の構成員の総有に属するとする土地について、過去の処分例から、こ

の処分例を通じて財産処分権は役員会に存在したとの一定の法的評価を引き出してきたものである。これは、個々の処分例から経験則による評価を加えて、役員会に処分権が存在した処分例があったという法的判断をなしてきたものである。

そして、個々の処分例の集積結果に基づき、これらに法的評価を加えて、四代区にはその財産処分権は、権利者の反対の有無にかかわらず、役員会に処分権が存在するとの構成員全員の確信に基づく慣行として上記慣行が存在したという判断をしたものである。個々の処分例に対して帰納的に一定の法則を導き出し、これらが安定した確信に支えられた法則であったという判断の適否の問題である。

(イ) 過去の処分例から、原判決の認定する如き役員会に財産処分権が存在したとの慣行の存在を導き出すポイントとしては

(i) 構成員らの反対があるにもかかわらず

(ii) 役員会にて処分がなされていった

という要素が積み重ねられたのか否かという点である。

各処分例からどんな慣行が導き出されたといえるであろうか。

この場合には、構成員らの反対があるにもかかわらず、役員会が財産の処分を行ってきたといえるか、否か、が原判決の認定した慣行が成立するとしたかのポイントである。

(二)① 明治40年、大正2年の処分例（乙54号証、乙56号証）

これは、上関村議会が議決したというものである。四代区の役員会が処分をしたという処分例ではあり得ない。この処分例が原判決の認定するような役員会に処分権があったという処分例であったとするならば、それは明白な経験則の適用違反である。

② 昭和43年の県道敷地への売却事例

これは形としては役員会が処分を行なったものではある。しかし、これは四代部落の入口にあたる県道が拡幅されるという四代部落住民にとっては歓迎こそすれ、反対者がいたという形跡は全くない処分例である。この買収対象となった入会地は墓地であり、住民ら皆が骨を拾って移転していることからわかるように、住民ら皆が賛成したケースである。Aの証言でも「仏場と呼ばれる地下山を墓場にしてしたが、それを一部道路に改修したところがあり（A証言18頁）、仏場（甲29号証で仏場を特定している。昭和43年の売却土地のことである）の一部が県道用地に買収されたが（A証言47頁）、県道用地に売られた際に常会は開催しなかったこと、その理由については「あれは常会は開きませんでしたね。道路をつくるんだからというんでね（A証言55頁）」「報告は受け取ったことはある（A証言55頁）。」「事前か事後か、

どっちですか。一つくるのに部落の人がみんな回り回りで出ましたから、それには私も骨を拾いに出ましたよ。道路をつくるのに、墓場ですから、墓場を通らなきゃ道路はつくれんのだから。そのときには私は回り番が来て、私の番になったときには骨を拾いに出ました（A証言56頁）」と証言する。

A証言からは、部落総出で、骨を拾いに出たことが認められ、住民らの反対にもかかわらず、役員会が入会地を処分したという処分例ではあり得ない。このケースから原判決が認定するような役員会限りでの入会地の処分権を導き出せるような慣行は認められない。こうしたケースから原判決が認定するような慣行を導き出すこうした判断は、明確に経験則の適用を誤ったものである。

③ 平成8年の上関町への町道としての売却例

これも、町道への売却であり、住民らの反対がなかった処分例である。この処分例から原判決判示の慣行を導き出すということは経験則の適用を誤ったものである。

④ 昭和30年代の天田島の入会地の処分に関するケース

これは、原判決も認めるとおり、反対者がいたから処分に進めなかった処分例である。原判決が判示する慣行とは相反する処分例である。

結局、役員会限りの処分権限を導き出すに足りる処分例は全く存在しない。にもかかわらず、原判決は経験則の適用を誤り、四代区の財産については役員会限りでの処分権があるとの慣行を認定しまった。百歩譲って、②③のケースが役員会限りの処分を導き出せるケースだとしても、④のケースはそれへの反対のケースである。肯定例が2つで否定例が1つという状況で慣行があったと認定してしまうのは、あまりにも経験則の違反がはなはだしい。（下線は筆者）

- (2) 私見では、反対意見もふれているように、地役入会権もあえて時効消滅の論理に従う必要はなく、従来の解体消滅の入会理論に従えばよいと考える。
- (3) 被上告人らは第一審において、はじめ財産区と主張し、のちには自治会規約にもとづき自治会と主張したりという一貫性のない主張を展開していたもので、加えて、地役入会権への転化、入会権の消滅、慣習の内容についても、いずれも原審では審理の対象とされることはなく、いきなり判決において権利能力なき社団の成立→地役入会権への転化→地役入会権の時効消滅の結論に結びつけたもので、上告人側弁護団がこれを「不意打ち的判決」と非難するのもむべなるかなである。
- (4) 原判決の法律構成は、①四代区の成立、②共有入会権から地役入会権への転化→地役入会権の消滅、③役員会による全員一致による決定の慣習→交換契約の有効、がワンセットになった論理であり、最高裁の多数意見は、さす

がに②の共有入会権から地役入会権への転化についてはありえないものとして斥けざるをえなかったが、①と③は肯定したものである。

- (5) 本判決も原判決も、四代区は「成立」したものであるとしている。しかし原判決中において、上関村が旧財産区たる四代区を設置しようとしたことについては「設立」としており、微妙な使い分けがなされているように思われる。これは四代住民自らが設立したものではないということ暗に認めているのではなかろうか。
- (6) これは、男子孫要件は不合理な差別として民法90条により無効であると解するのが相当として破棄差し戻した最（2小）判平成18年3月17日を意識したものであろう。同判決は、入会権者の資格と男女差別男子孫限定入会権者の資格を男子孫に限ると言う規約は、性別のみによる不合理な差別として民法90条の規定により無効である、としたが、これには、まず、男子孫がどのように扱われているのかについて検討を要するという2名の補足意見が付けられている。
- (7) これについては筆者も、同様な点を「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論叢第12号29—69頁（2006年10月）（以下「拙稿②」という）において指摘した。
- (8) 判例としては本判決反対意見が引用する最高裁昭和50年（オ）第702号同55年2月8日第二小法廷判決・裁判集民事129号173頁のほか（これまで入会地の処分には全員の同意を要すると明確に判示した最高裁判決はなかったが、これを実質的に認めたという点で意義を有するものといえる）、下級審ではあるが、岡山地判昭和11年3月6日（新聞3970号11頁）は、「私法上ノ入会権ニ基ツクモノニシテ該権利ノ処分、変更、制限等ニツイテハ四部落ノ住民全員ノ同意ヲ要スルモノナルトコロ」と述べ、この全員の同意について、福島地会津若松支判昭和50年10月29日判時812号96頁は、「必ずしも権利者が一堂に会した上でなされることを要しないものと考えられる。…各権利者が事前又は事後に同意するという形式で各権利者の意思が自由かつ確実に反映される限り権利者全体の意思決定があったものといえることができる」と述べる。入会権の消滅の事例で、福岡高那覇支判平成6年3月1日（判タ880号216頁）は、「したがって、この入会権を部落の決議により消滅させ、特定のものによる共有の形態に移行させるためには、まず第一に、入会権者全員の同意が必要であり、しかも、その同意は、入会権の消滅についての法的な意味、すなわち、他に特別の決議がない限り、民法上の共有になれば、その持分は家のものではなく、戸主主義人の個人資産となり、同じ家で部落のために労力を提供してきた者には全く帰属しないこと、その収益を部落のために提供する義務は消滅し、入会地からの収益を持分の割合に応じて個人で取得できる

から、部落のために提供しないものが現れても、これを拘束できないこと、保存行為を除き、入会地の利用は過半数の同意がないとできないことになること、持分権を自由に譲渡できるようになり、その結果、過半数の者が譲渡し、譲受人らが管理方法について異なる決議をすれば、これに対応しなければならなくなること、その後の共有者組合に加入するか否かは全く個人の自由であることなど共有と総有との基本的な違いについて十分に理解したうえでなされなければならない、第二には、その後の入会地の利用その他入会財産の処分等について取決めがなされることが必要というべきである。」と詳細に述べる。

なお、岡山地倉敷支判昭和51年9月24日（法律時報858号94頁・判タ351号300頁）は、「もともと、各地方の入会権に関する慣習上の一般原則によると、入会権の管理および処分については、入会権者の総員の同意を要するのであり、この要件を変更し、入会権者中一定の者（本件でいえば総会や管理委員会）の同意さえあれば利用形態を変更したり、入会権を処分したりすることができるものとするにも入会権者全員の同意を要することもろんであり、本件入会権についても在来の慣習は同様であったと認められる。」と述べ、本件反対意見と同様の見解をとる。

なお、学説は、中尾英俊『入会林野の法律問題』〈新版〉324頁、328頁（勁草書房、1984）。川島武宜・川井健編『新版・注釈民法(7)物権(2)』545—550頁〔中尾英俊〕（有斐閣、平成19年）。

(9) 前掲注(1) 下線部においてその主張がなされている。

(10) 四代区規約には以下のように記されている。

四代区規約

1. 総則

(目的)

本区は、以下に掲げる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および形成に資することを目的とする。

- (1) 区域内の住民相互の連絡
- (2) 美化・清掃等区域内の環境の整備
- (3) 集会施設の維持管理
- (4) 財産の管理及び処分
- (5) その他、目的達成に必要と認められる事項

(名称)

本区は、四代区と称する。

(区域)

本区の区域は、山口県熊毛郡上関町大字長島のうちの四代地区（四代1区

から四代5区）で構成する。

（事務所）

事務所は、区長の自宅とする。

2. 構成員

（構成員となる資格）

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。

（構成員資格の喪失）

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。

（区費）

構成員は、区費を納める義務を負うものとする。

3. 役員

（役員）

区には、次の役員を置く。

- (1) 区長1名
- (2) 副区長（会計兼務）1名
- (3) 各区役員5名（1区～5区各1名）

（役員を選出）

役員を選出は、次の方法により行う。

- (1) 区長および副区長

区常会における出席構成員の選挙（投票権は、1戸1票）により選出する。

- (2) 各区役員

各区（1区～5区）の構成員が選挙（投票権は、1戸1票）を行い、自区の区役員を選出する。

（役員の任期）

役員の任期は、区長、副区長、各区役員とも2年とする。ただし、再任は妨げないものとする。

（役員地位）

- (1) 区長

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。

- (2) 副区長

副区長は、区長を補佐し、区長に事故あるときは、これを代行する。

- (3) 各区役員

各区役員は、区長を補佐するとともに、町の委任事務（町の一般通知文書

等の配布、各種調査等)を行う区駐在員を兼務する。

4. 役員会

(役員会の開催)

本区役員を以て構成する役員会は、区長が必要と認めた場合に開催する。

(役員会の機能)

役員会では、次のことを決する。

その意思決定は、通常は役員総意により決定し、これによりがたい場合は、区長が決議方法を提起し、これにより決する。

- (1) 行事の開催および運営について
- (2) 財産の運営、管理、費用負担、処分について
- (3) 収入支出について
- (4) 常会の開催について
- (5) その他必要な事項

5. 常会

本区の総会は、常会と称しており、通常毎年3月に開催する。役員会において、臨時常会の開催が決定されたときは、その都度開催する。

(常会の定足数)

常会は構成員の1/2の出席を定足数とする。

(常会の機能)

常会では、次のことを行う。

- (1) 区長、副区長の選任
- (2) 役員会決議事項の報告
- (3) 構成員からの意見収集
- (4) その他必要な事項

以上の慣行規約により四代区の自治会組織を運営していることに相違ありません。

平成10年11月30日

山口県熊毛郡上関町大字長島2138番地
四代区区長
山谷良数

- (11) 筆者は、「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－」徳山大学論叢第53号39頁－86頁(2000年6月)、で次のように述べた。

4 授権と同意

入会集団の最高議決機関である総会の授権（全員の同意による）の下に、その下部組織（たとえば役員会、班長会）に日常の業務を委任することはありうる。総会は通常年一回であり、そこで年間の大まかなことは決せられるのが普通であり、通常の業務決定の度に臨時総会を開くことは繁雑であり、それほど意味もないからである。ただし、それはあくまでも日常業務の範囲に限られ、かつ、役員会の独断・専横を許すものではなく、構成員の総意に従ったものであることを要し、かつ重大な案件が生じた場合には、臨時総会を開いて協議することを要するものといえよう。この場合、入会権の消長に関わらない日常的な業務については事前に包括的な授権をなしえ、その役員会の決定・執行が報告事項として総会に提出されても、授権された際の方向性と大筋で異なる限り、全員の同意を得たものといえよう。これに対して、入会権の消長に関わる重要事項については、事前の授権にはなじまず、その都度総会を開き、全員の同意を得ることが必要であろう。

その同意の形式については、この授権が構成員全員の同意によってなされた場合には問題はないが、間接的な授権すなわち規約によってなされる場合には問題がある。この点について最判平成六年五月三十一日民集四八巻四号一〇六五頁は、「当該入会団体の規約等において当該不動産を処分するのに必要とされる総会の議決等の手続による授権を要するものと解するのが相当である。」（傍点筆者）と判示するが、この事案においては規約上、総会の議決は多数決でよいとされており、その前提として、当該規約自体が全員の同意によって成立していることを要すると解する（注42）。

ただ問題は、仮に、その規約自体が全員の同意によって作成されたものであったとしても、その全員の同意が得られた時点で、このような入会地の処分というものを想定していたかどうか問題となろう。こうした多数決の議決方法を採用した規定が想定しているのは入会権の存続を前提とした上での一般的な日常業務と考えられ、入会権の消滅についてはその対象外と考えるべきではないと思われる。多数決で決することによって、これに賛成しない入会権者の権利（入会的持分）が損なわれることまでも予想して授権がなされたとは考えることはできまい。それらを考慮すれば、入会権の消長に関わる重要事項については、たとえ規約上は多数決でよいとされていても、やはり個々の案件について、あらためて全員の同意を得ることが必要であると考える。

5 四代の場合

本件訴訟で、その有効性が問題となっているのは、入会地の交換契約であり、これは入会地の処分にあたる（交換によって入会地は減少しないからといってそれが処分にあたらないということにはならない）。したがって、こ

れが有効になされるためには入会権者全員の同意を要すると考えられる。これに対して、四代の山谷区長は、「共有地の譲渡は、公共工事や防災関係のため、役員会で決定した実績がある」（注43）とし、「従来から慣習が存在し、民法の規定を見ても、入会権は慣習を第一法源とすると規定していることから、この役員会での決定は有効である」と取材に対して答えている（注44）。その前例としてあげるのは、県に道路用地として売却したこと（四代への入口にあたる字浦村五〇三番の土地で、分筆された後に売却された）を指すものであろうが、この場合は、県に公共用地として売却するものであり、それは結局、部落の利益にも通じるものであるから、仮に役員会で決定が先行していたとしても、最後まで反対する者がいたということもなく、入会権者全員の同意によってなされた入会地の処分とみてさしつかえないように思われる。なお、本件に関して被告が主張しているような慣習が存在していたとすれば不自然な事実がある。まず、中国電力に対する譲渡についてすでに意見の聴取を行いながら、その後もながらく常会を開き、売却問題を決しようとしてきたのはなぜか。それは、本件各土地が共有入会地であり、全員の同意を得てはじめて共有地の売却がなしうるものとの従来からの慣習が存在し、そうした共通認識があったからではないのか。役員会で決定できる事項という認識があったならば、当然、役員会を臨時の常会（ここでは報告すればよいのであるから）に先立って開き、決定を行った上で、臨時の常会を開催しようとしたはずであろう。」

その他、上関原発に関するものとして、「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論叢第12号29—69頁（2006年10月）、「神社地の帰属と入会権」島根県立大学総合政策論叢第12号29—69頁（2008年2月）。

- (12) 中尾・前掲注(8) 512頁以下参照。
- (13) 川島武宜編『注釈民法(7)物権(2)』〔旧版〕560頁〔渡辺洋三〕(有斐閣、昭和43年)。
- (14) 中尾英俊『入会権の判例総合解説』205—206頁(信山社、2007)は、「しかし、売買のように対価を伴う場合は土地の買主も何らかの使用する目的での買い受けであろうから、従来に入会権行使機能がまったくそのままということはないであろう。ダム、発電所、工場、空港など固定的な施設のためであればまず入会権は放棄したと解すべきであるし、浸冠水池、狩猟場にするための売買であれば、それらの使用に支障のない範囲での入会権の行使は可能である。したがって土地売買の目的、条件によって入会権の全面放棄か一部放棄が決定される。」と述べる。
- (15) 前掲注(11)「共有入会地の処分と慣習」46—47頁。

- (16) ただ、たとえ敗訴であっても、この反対意見によって、最高裁にも自分たちの主張を認めてくれる裁判官がいたということで、1審原告4人はある意味では救われた思いがしたのではなかろうか。真実の主張が勝訴につながるには限らない。また、目的のためには手段を選ばないということに対して裁判は歯止めにはならないということが実証されたことは悲しいことである。しかし、1審原告は真実を貫いた。そのことに胸を張れるであろう。

〔追記〕

本稿脱稿後の平成20年7月17日、最高裁第一小法廷は、入会権訴訟のうえで画期的な判決を出すに至った。すなわち、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るとしつつも、「入会集団の構成員のうちに入会権確認の訴えを提起することに同調しない者がいる場合には、入会権の存在を主張する構成員が原告となり、同訴えを提起することに同調しない者を被告に加えて、同訴えを提起することも許されるものと解するのが相当である。このような訴えの提起を認めて、判決の効力を入会集団の構成員全員に及ぼしても、構成員全員が訴訟の当事者として関与するのであるから、構成員の利益が害されることはないというべきである。」と判示するものである。

従来、入会権の確認を求める訴えについては、判例は、最（2小）判昭和41年11月25日民集20巻1921頁以来一貫して、固有の必要的共同訴訟であるとして、全員が原告として訴えを提起しなければならないとされてきたが（そのために多くの訴訟が門前払いされ、本稿で取り上げた上関原発共有地訴訟の1審でも、入会権（そのもの）の確認を求める訴えについては「却下」され、予備的請求である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が一部認容されたという経緯がある）、この最（1小）判平成20年7月17日は、全員が（原告なり被告なり）当事者として参加していればよいとするもので、入会権の確認を求める訴えにおいて非同調者がいる場合、これを被告として訴えを提起すれば適法な訴えとなることを最高裁として初めて認めたもので、境界確定訴訟の事案においてこの論理をはじめて採用した最（3小）判平成11年11月9日民集53巻8号1421頁では、非訟事件性ゆえに認められる

方法であるとの補足意見もあったが、この論理の射程を入会権確認訴訟にまで拡大したことに意義があるといえる。のみならず、この論理を敷衍すれば、移転登記抹消登記手続請求についても実体判決に至ることが期待できよう。（なおこの最判平成20年7月17日の1審判決についての判例研究として、野村泰弘「判批・入会権の確認を求める訴えは固有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17年4月12日（平成14年（ワ）第785号—入会権確認請求事件）判例集等未登載」島根県立大学総合政策論叢第10号91－107頁（2005年12月）がある）。