

入会権の主体と権利帰属の法的構造についての一考察

—入会権の主体論を中心に—

中 村 忠

One Consideration about The Subject of The Common Right, and The Legal Structure of The Right Attribution

Nakamura Tadashi

目次

- 一、はじめに
- 二、入会権の主体についての原告・被告の見解と判決要旨
- 三、入会権の主体と権利帰属形態についての判例・学説の動向
- 四、終わりに

一、はじめに

小生は、ここ2年程、沖縄県金武村「杣山」（現在、金武町および宣野座村）の事案における判決を素材にして入会権の今日的課題に関する論稿をしたためている。

最初の論稿は、「判例時報社」からの依頼による平成16・9・7日福岡高等裁判所沖縄支部における判例注釈である^(注1)。本事案は、入会団体である「権利能力なき社団」への入会資格について男子孫と女子孫とで相違のある会則は、例え、それが入会慣習によるものであっても差別であるから、憲法14条の法の下での平等に違反し、かつ法の適用に関する民法2条（旧法1条の2）の趣旨ないし民法90条の「公序良俗」に違反して無効であるとして原告女子孫らが提訴したものである。第一審の沖縄地裁平成15・11・19日^(注2)の判決では、原告の主張を認め、被告団体が敗訴した。その後、被告団体が控訴し、福岡高裁においては原告（被控訴人）が逆転敗訴した。そこで、更に、原告らが上告し、その上告審である平成18・3・17日最高裁判決^(注3)では、一部破棄差し戻し、一部棄却の決定を見たものである。本事案では専ら入会慣習をもって第一次規範とする「慣習法」と「国家法」であり強行規定である「公序良俗規定」のいずれが優位性を有するのかが争点となり、先の最高裁においては、例え、「慣習」をもって第一次規範とする入会権（民法263条・294条、旧法例2条「現行法の適用に関する通則法3条」等参照）においても、それが社会において「法的確信」を得るだけの「合理性」を有していなければ、「公序良俗」に違反するとの方向性が示された

最初の事案となったものである^(注4)。ところで、本事案の争点は多様である。最も中心となる争点は、上記説示の通り、「入会慣習と公序良俗違反の有無」にあったが、その他には、入会権の主体に関わる「入会団体と権利能力なき社団の関係」、「入会権の帰属主体と入会構成員の関係（世帯主要件や男性要件）」、「入会財産と財産区有財産が合併した場合の団体の性格と権利の帰属の関係」、そして「入会権の存否やその取得要件の問題」等などが横たわっているといつてよい。本件事案は、門中制度に代表される^(注5)男尊中心の社会風土を伝統的に有している沖縄の事案といえども本件のようなケースが登場してくる背景には、やはり、入会権をめぐる社会的経済的变化という問題が根底に横たわっていることは否定できない。よって、今後もこのような事案が沖縄に限らず全国的に多発することは避けられないといえる。特に、今日の問題で言えば、戦後最大の町村合併が其の要因となることは容易に想像できることであるが^(注6)、その他に、今日の社会変化、とりわけ入会慣習の弛緩や伝統的な入会慣習の崩壊の過程にあって、かつての極めて村落共同体の団体的規制の強かった入会利用の形態が団体直轄利用形態から入会権者らが直接入会地を利用せず他のものに利用させ地代收集権能的に利用する契約利用形態などに移行する度合いが強まるに従い、入会権の法的性質も「総有的性質の形態」から「合有的性質の形態」へ、更には「共有的性質の形態」^(注7)へと現象的に変化するに伴い、入会権利者らの権利意識にも変化が芽生え、入会権に対する権利意識が多様化してきていることが大きな要因となっているといえる。本件事案は、入会権の解体傾向や崩壊という狭間にある問題ということができるのである。特に、それぞれの狭間にある入会利用の形態変化を法的にどのように理論化すべきかの問題が提起されているのである^(注8)。そして、そのことは当然の如く研究者の入会権に対する認識にも反映するところとなっているが、特に、関係権利者の入会意識に対する変化は大きいといえる。そして、そこに、本件事案発生の原因が存在し、更には、小生が先に紹介した福岡高裁判決に於ける「判例注釈」以来、本件事案についての論稿が多岐にわたっていることも其の証左といえることができる^(注9)。しかしながら、その多くの論稿は、今日、わが国社会のあらゆる領域で問題になっている「男女差別」という視点から本事案の当否を論ずるものが多いのが特徴的であるといえる^(注10)。それは、先に指摘したように事案が多様な法律関係を内包していることがその要因となって多くの研究者の興味をそそり本件判決の持つ意義について論じている傾向にある。しかしながら、そこには必ずしもそれぞれの地方の慣習上の権利である入会権が一体如何なる慣習に基づいた権利なのかについての本質的議論や入会権（入会慣習）の置かれている今日的様相という視点から論じられたものが少ないのは残念なことでもある^(注11)。本事案は、沖縄という極めて限定された地域の事案という側面を除けば、当に、本件事案は入会権の本質的理解に係わる問題であると同時に、入会権の極めて今日の様相に関する事案でもあるので、実証的基礎に基づく議論が必要であるといえる。

そこで、今回は、先に指摘した本件事案の抱える多様な課題の中でも、入会権の本質に係わる、そして、本事案にとって最も本質的で中心的争点といつてよい「入会権の権利主体と権利の帰属のあり方」の問題をテーマとして、地裁、高裁、最高裁における原告・被告双方の主張を整理し、かつ従来類似の判決あるいは先達の研究者の学説の幾つかを媒介にして、当該判決の妥当性を論じて見ることとした。なお、本件事案に関して、多くの研究者が問題にしている「入会慣習と公序良俗」に関する問題については、小生の先の判例時報の論稿や高崎経済大学創立50周年記念号で検討

させていただいたので併せて参照願いたい^(注12)。

二、入会権の主体についての原告・被告の見解と判決要旨^(注13)

1、第一審（事実審）における原告・被告主張の権利主体論^(注14)

第一審における原告・被告双方の入会権の主体に関する見解は以下の如くである。原告は、「旧慣では、本件入会権が部落の構成員である家の家長に属するとするが、そもそも、入会権が部落に総的に帰属する場合、その部落民であれば原則として誰でも入会権者として入会地を使用収益する権能を有するものであり、被告の主張するような本件入会権が家に帰属するという旧慣はない」（一拙者）としている。

対して、被告団体は、「一般に入会権は、旧慣に従い長年にわたって管理・処分されてきたものである。本件入会権についても、金武部落における旧慣に従って管理、処分されることについて合理的理由を有する」。「本件入会権は、本件土地払い下げ当時の部落民で、且つ、其の使用収益権を有していた者が保有していた。当時の使用収益権承継の旧慣においては、入会地使用収益権を有する者の男子孫がこれを承継していた」。「本件入会権は、金武部落に総的に帰属すると解されるが、ここでいう金武部落とは、本件土地払い下げ当時の金武部落に居住していた部落民全員をさすものではなく、当時の金武部落を構成する社会単位となっていた家により構成される部落であった」。したがって、「他部落出身者は、金武部落内に居住していても入会権の帰属主体となる部落の構成員とはされなかったし、金武部落民であっても他部落の男性と婚姻した女性は金武部落の構成員とはされなかった。部落の構成員は家を単位とされ、且つ、家の家長たる男性が構成員としての権利を有し、家の家族は金武部落が定める規則及び部落の慣行に従って使用収益権を行使するものとされ、入会権の帰属者と入会地の使用収益とは異なるものとして扱われてきた」（一拙者）と反論した。なお、第一審判決は以下の通りである。

2、第一審判決要旨

第一審沖縄地方裁判所は、「なるほど、入会権は、各地方の旧慣に従って管理・処分されるものであるところ（民法263条、294条）、被告は、明治39年の本件土地払い下げ当時の住民等の子孫で現に金武区域内に住所を有し居住している者により構成される権利能力なき社団であり、旧慣による使用権（入会権）の設定されている公有財産及び個人名義で登記されている部落有地である本件土地の管理・処分等を活動の目的とするものであるから、被告が金武部落の旧慣に基づいて其の会則を定め、本件土地の管理・処分等を行うことには相応の合理性が認められる」。

上記認定事実によると、金武部落（金武区域）においては、「本件入会権について、基本的には男性を中心とする『家（世帯）』単位に帰属するものとして取り扱う旧慣が存在するものと認められ、かかる旧慣が存在するという限度では、一応、被告団体の主張に符号する。そうすると、かかる旧慣に従って、被告団体の会員資格を本件土地払い下げ当時の住民の男子孫に限定する規定が設けられたとしての被告団体の主張はあながち否定できるものではない」（一拙者）。

しかしながら、「当該規定部分が被告団体の主張するような入会権の帰属する主体を『家の家長

とする』との金武部落の旧慣に従って定められたものであると解したとしても、そもそも、そのような旧慣自体が『入会権の帰属主体とされる家の家長は、男性である』との旧慣を前提とするものであって、合理的な理由はなく（一拙者）女性を男性と差別するものであるから、結局、当該規定部分は、男性が入会権の帰属する主体である家の家長の中心的存在として扱う一方で、情勢が入会権の帰属する主体としての家の家長として扱われることを原則として否定するものにほかならず、女性を女性であるが故に合理的理由なく男性と差別する規定であるといわざるを得ない。したがって、被告が、旧慣が存在することを持って、当該規定部分の合理性を主張することは失当というべきであり、採用することはできない。」と判示した。

3、第二審における控訴人主張の内容^(注15)

第二審判決は、第一審の争点（1）（被控訴人らが入会権者たる資格を取得したか、否か）についてのみ争点として判示している。

なお、第一審で敗訴した被告（控訴人＝被告団体）は、原審判決の不当性を以下の第一審の弁論理由をもって反論している。

すなわち、金武部落には、入会権は、男子孫が継承するという慣習があり、「控訴人に関する諸会則」は、その慣習に基づいて正会員たる資格を原則男子孫に限るとした。その理由は、①本件入会権は金武部落に総有的に帰属するものであるが、ここでいう「金武部落」とは本件土地払い下げ当時の「金武部落に居住していた部落民全員」ではなく、「当時の金武部落を構成する社会単位としての『家』を基準に構成されたもの」であって、其の「家」の「家長である男性」が構成員として入会権を有したものであること（一拙者）、②よって他部落出身者は、金武部落に住んでいても入会権の帰属主体となる金武部落の構成員とはなれなかったこと等を理由として掲げ、「会員資格規則」の「合理性」を主張した。

4、第一審・第二審における原告・被告の入会権の主体に関する見解の相違とその意義

さて、本件事案における入会会則の主体は、現行民法上でいう「権利能力なき社団」である。しかし、原告・被告双方においては、この主体である団体の法律的性質については、言及がない。だが、被告団体側は、入会団体であるといい、原告は、近代的な法人としての性質を有する「権利能力なき社団」であるといっている。又、その団体の有する土地は、住民全体によるもので法律的には「総有権」であるという点については当事者双方異論はない。そうすると、或る団体が有する財産を総有的性質を有するものだとすると、その財産は、誰にどのように帰属するかが問題となる。これについては、被告団体は、それを原告側が「権利能力なき社団」と称しているものであっても、それは入会団体であり入会権の対象となるものであるから、「権利の帰属」は、その主体である『家ないし家の代表』ないし、『世帯主』に帰属するものであると主張しているのに対して、原告は、例えば、それが旧来の慣習に基づくものであって、入会権の対象となるものであるといっても、その権利は、その団体の構成員全員（部落住民）に帰属し、それは、その地域に居住することによって「住民すべてに与えられるもの」であると主張する。要するに、この問題は、共同財産が総有的に帰属する場合の権利の帰属のあり方について、双方の受け止め方に相違があることが問題となって

いるということが出来る。

さて、以上のような第一審・第二審での原告・被告の見解に対して、福岡高裁は、「入会権が家の代表ないし世帯主としての部落民に帰属する権利であって、当該入会権の後継者に承継されてきたという歴史的沿革を有すること、歴史的社会的に見て、家の代表ないし跡取りと目されてきたのは多くの場合男子（特に長男）であって、現代においても、長男が生存している場合に次男以下又は女子が後継者となったり、婚姻等に依って独立の世帯を構えた場合に女子が家の代表ないし世帯主となるのは比較的まれな事態であることは公知の事実といえること、Y団体以外の入会団体の中にも会員資格（入会権者たる資格）を原則として男子孫に限定する取扱いをしているところが少なからず存在することなどに照らせば、家の代表ないし世帯主として入会権者たる資格要件を定めるに際して男子と女子とで同一の取扱いをすべきことが現代社会における公序を形成しているとは認められない」と判示したことは、「世帯主」を「男子孫要件」としたことを除けば妥当な判決であったということができた（小生の先に紹介した福岡高裁判決に対する注釈を参照されたい。「判例時報」1888号177頁以下参照）。

そこで、次に、それに対する上告審である最高裁第二小法廷は、どのような判断を下したのだろうか。以下に、其の要旨を述べて置きたい。

5、最高裁の見解^(注16)

最高裁は、一部破棄差し戻し、一部棄却とした。この結果は、小生が、先に行った福岡高裁判決の注釈で述べた見解と類似したものとなったことは先述の通りである。最高裁は、先例を挙げつつ入会権の存否、入会権の権能などについて言及し、次のように判示した。

つまり、「このような入会権の内容、性質等や、原審も説示する通り、本件入会地の入会権が家の代表ないし世帯主としての部落民に帰属する権利として当該入会権者から其の後継者に継承されてきたという歴史的沿革を有するものである……各世帯の構成員の人数にかかわらず各世帯の代表者にのみ入会権の地位を認めるという慣習は、入会団体の団体としての統制の維持という点からも、不合理ということとはできず、現在においても、本件慣習のうち、世帯主要要件を公序良俗に反するものということとはできない」（一拙者）と判示した。

さて、以上の結果、最高裁の総有的入会権の法律的判断に基づくと、入会権の権利主体は、被告主張の通り、「入会地の入会権が家の代表ないし世帯主として部落に帰属する権利として当該入会権者から其の後継者に承継される」ものであって、決して、「其の部落の住民であることを前提として、住民個人に帰属するものではない」というものであって、従来の通説に従った見解を示して（一拙者） いるということができ、妥当な判断であったということが出来る。よって、以下に、本判決の理解が本当に通説の見解と受け止めてよいのか。また、原告らは、如何なる根拠に基づいて、入会権は、総有権であるとしても、そこに住んでいる住民すべてに帰属するとの見解が生じたのか。其の意味するところは何であるのかについて、従来の判例・学説を通して検証し本件最高裁の判決の妥当性を検証することとしたい。

三、入会権の主体と権利帰属形態についての判例・学説の動向

ところで、入会権の主体が誰であるかについては、かつて、入会権私権論者と入会権公権論者との間で議論の展開が見られた^(注17)。それは入会権が、古典的な団体直轄利用形態から官民有区分処分や町村合併によって官有地化される昭和23年を境に盛んに問題とされ、今日まで尾を引いているといえる^(注18)。特に、本件事案のように払い下げ入会地が、一部が市町村有（官有）化され、それが後に合併されて利用されるような場合や完全に入会地が官有地化された場合等を契機として、その土地の権利者の権利のあり方の問題として議論された問題である。しかし、本件がそのような事案であるか否かはともかくとして、一般的には、入会権が私権であるのが通説であり、その帰属のあり方は、総有概念の理解をもって処理されてきたところである^(注19)。よって、入会権の総有的帰属のあり方に対する理解で十分であるといえることができる。但し、入会権が、今日、その様相を変えつつあり、入会権の解体が問題となっている状況においては、入会権のあり方が、従来のように全てが総有的性質を有するものではなく、合有や共有的性質を強くしてきている傾向にあるときには、そのような状況に視点を置き捉え直さなければならない問題でもあるといえる^(注20)。ところで、入会権が公有権化された場合の権利のあり方はどうかといえば、一般には、その地域の住民であって、議会の承認を得ることによって誰でも権利者になれると解されている。しかし、そこにはもう入会権ではないという議論もある。しかしながら、かつて入会地であって、そこに入会権が存在した場合には、たとえそれが公有権化しても、地域住民の土地利用のあり方が従来と異なる場合は、そこに入会権が存在することは通説とするところであり問題とはならない^(注21)。しかし、関係者においては、入会権の権利内容について理解が異なっているのも確かな傾向である。本事案において、原告らが、入会権は、その地域に住所を有するすべての住民に帰属するとの理由が、本件は入会権でなく、公有財産であるという公権論に立ってのそれか、それとも単に入会権の総有概念の理解の相違ないし誤解があつたのことは立証・主張がないので定かでない。だが、本事案は、特に、昭和57年に合併条例が制定され、かつ併せて新しい会則の制定がなされ、部落有財産と町村有財産の合併によって、「権利能力なき社団」が設立されたことに本質的原因があるように思える^(注22)。

よって、本件事案では、「権利能力なき社団」の性格規定は重要であるが、原告は、その点については先述した通り、言及していない。本件事案の被告が、「入会の性質を有する団体＝入会団体」なのか、それとも団体構成員が契約によって設立した近代的法団体として「権利能力なき社団」と捉えているのか否かは、構成員（会員）が団体の収益に対する權益を有するか否かにとって重要な問題である。この点について、原告と被告の主張に相違があることは弁論主義違反の疑いがある事案でもある^(注23)。

それでは、以下に、原告・被告双方に於いて著しく見解を異にし、本件の中心的争点である「入会権の主体と入会構成員との法的関係（帰属構造）」について、これまでの判例や学説の動向を検証し、原告・被告主張のいずれが妥当かを探ってみたいと思う。

（一）判例における入会権主体論（注24）

入会権の主体が誰であるのかについての先例判決についての最初の事案は、小生が参考にした資料による限り（注25）、①大審院明治33・6・29日の判決に見ることが出来る。

当該事案では、入会権の主体は「部落」であるという理由で入会権者の入会権妨害排除請求を棄却した原判決に対して、大審院判決は「元来わが国における秣山等の入会権は……住民等個人がその地上に対する権利として入会権を有することはわが国慣習として認めるところなり……」との判断の下、入会権の主体が「部落」にあるとした原審に対して、住民個人にある（一拙者）との判断を示している（注26）。しかし、ここにいう住民個人が、「家」ないし「世帯」を前提として「住民個人」と判示しているのかは定かではないが、おそらく、その部落に居住する住民個人ということであろう。本件事案における原告の主張と類似の判断があったものといえる。

次に、②大審院明治40・12・18日判決では、ある大字（部落）が他の大字に対して入会権確認を請求した事案において、被告は、大字が入会権の主体たり得ない旨の抗弁に対して、原判決は、大字たる原告が入会権の主体たることを認めた。

そこで、被告が上告し、原審が、徳川時代の文書では部落名の表示は部落住民を表示しているものであるとの見解を示したのに対して、大審院判決は、「村駅の名を以って表示し又は村駅（部落一拙者）の用係が契約した入会権は全てその村駅の住民に属する入会権であるということを得ず、何となれば村駅そのものが入会権を有することは又古来の慣習の是認する所である」（一拙者）として上告を棄却した。ここでは、①の事案と異なり、「部落そのもの」を入会権の主体であると判断している。

更に、③大審院昭和3・12・25日判決では、ある部落から他の部落に対して入会権確認を請求した事案において、徳川時代の村を入会権の主体と見て、「その住民と全然分離したる独立の人格を有するものにあらずして、その住民全体より成る総合的実在的団体（一拙者）たるに外ならざるものを謂う（ママ）べく、……従って村又は部落の所有物は同時にその住民の共有物たるものに係わり……故に原院が一面において本件係争地の地盤は被上告人桑原部落の単独所有なりと認定しながら他の一面においてこれを上桑原住民の共有地なりと判断したるは矛盾したるものにあらず」と判示している。ここでは、入会権の主体はあくまで「村駅」という「部落」にあると述べている。

しかし、同時に、部落住民も権利があると認定したものであるが、この場合の部落住民の権利とは、いうまでもなく管理処分権限ではなく使用収益権限をさしているものと推測する（一拙者）。この判決の趣旨は、当該地の地盤の所有権が部落住民にある場合（民法263条の共有の性質を有する入会権）であって、その権利者は、共有の性質を有する入会権の主体者であるから、住民の共有地であり、よって、その構成員である部落住民が入会権の主体者であると判断したものと見えよう。しかし、入会権の主体は、住民を基盤として、その全体によって成り立つ「総合的実在団体」と判断したものである。よって、ここでの主体は、入会構成員である「住民個人」がそれぞれ主体者ということになる。

ところで、本件は、上記判示の通り、入会権は、部落住民を構成員とする「総合的実在的団体」にあるというが、それは必ずしもギールケのいう構成員から分離した「実在的総合人」を想定したのではなく、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」（注27）権

利であるから、住民個人にも権利が存在していると判断したものとえよう。

次に、④大審院昭和10・8・9日の判決では、入会権の内容に関する事案において、「永年の慣行に従い各戸生活の必要性に応じ定まりたるところをもって限度とするという原判決を支持して、権利者の資格を戸主もしくは世帯主（一拙者）に限定したことは不当ではない」と判示したものがあつた。ここではいうまでもなく「戸主」もしくは「世帯主」をもって権利者としているものであり、本件事案における最高裁の判断に類似した事例といふことができる。

なお、その他としては、下級審では、⑤盛岡地裁昭和5・7・9判決において、上記④と同様に、入会権の主体を一戸を構える「戸主」もしくは「世帯主たる資格」を有する者にあるとか、⑥青森地裁昭和32・1・18日で、上記同様に「戸を構える戸主たる資格」を有するもの。更には⑦千葉地裁昭和35・8・18日では、入会権者としての地位は、「各家」ないし「世帯」の代表者から代表者へと継承されていくものである等の判決が見られる。

さて、以上の点から入会権の主体に関する、これまでの判決の傾向としては、①と③の事案を除き、概ね、その家の「戸主」ないし「世帯主」あるいは「家」や部落ないし地域住民の構成員による、いわゆる「実在的総合人」に帰属するものであるという認識が多数を占めており、この事実をもって通説的見解といつてよいであろう。

次に、学説はどうであろうか。若干の代表的な研究者の見解を概観してみたいと思う。なお、ここでは一応、先述の前提認識に立つて「入会権私権論」の立場と「入会権公権論」の立場に区別して考察してみたいと思う。

更に、学説の紹介については、小生とは別な問題意識で、中田薫博士の研究評価に関連して、中田博士以降のわが国の代表的な入会研究者の評価を行なつた上谷教授の研究論文に依拠しつつ紹介することをお断りしておきたい^(注28)。

(二) 学説における入会権主体論

徳川時代の古典的な入会権を「総有権」と概念規定したのは中田薫博士である。博士は、徳川時代における「村」の研究において^(注29)、村の性格は、「ゲルマン法系の団体理論に於いて有名な実在的総合人 (Gesamtperson)」^(注30)であると評価し、その村が所有している入会山野等は、「村と村民との共同所有地即ちゲルマン法の『総有』 (Gesamteigentum) に属する土地であつた」^(注31)と分析している。ここから、わが国の入会権は、法律の意味において「総有」的な性質を有するものと観念されるところとなり、その後のわが国を代表する入会研究者に多大な影響を与え^(注32)、今日の通説的見解として受け止められている。ところで、博士は、その研究において、徳川時代の「村」をどのような性格を有するものと捉えたのであろうか。

博士は、まず、「徳川時代に於いて村の一つの総合体として、法律上に活動した最顕著なる場合があるが、吾輩は此れ等の各場合を総合的に観察することに拮って、次の四個の断案を下し得る」^(注33)として次のように分析している。

それは、第一に、「徳川時代の村は、仮想的若しくは擬制的なものでは無くして、実在的なものである。即ち実態は『村役人総百姓の総体』 (Gesamtheit) である」。第二に、「然れども此総体たるや、単に法律上の利益若しくは権利を共同にする多数人の結合と云う丈に止まるものでは無く、

各村落民に対して或る程度の独立を示し、而も自ら権利義務の主体たる単一体（Gesamteinheit）である」。即ち、「村として公課を負担し村として訴訟を為し、村として財産を所有し、村として法律行為を為し得る所の、独立の人格者である」。第三に、然れども又此単一体たるや、各村民の人格と全然分離独立し各村民と両々相対立するが如き、抽象的人格者では無くして、各村民の人格に依って組成され、各村民の人格に依て支持されて居る所の、総合人（Gesamtperson）である。各村民の人格は、村なる単一体の外に存在するのでは無くして、村なる単一体の中に存在するのである。然し其中に全然吸収され融化されたるにあらずして、其人格の一部として、依然自己の存在を保存して居るのである。此点から云うと村は、一の複多的全体（Gesamtvielheit）である」。第四に、「従って又村に属する単一的権利義務の傍に於いて、各村民が村民として有する権利義務が存在し、而も両者は組織的有機的に相結合して居るものである。即村の公租は同時に各村民の共同負担であり、村の出入は同時に各村民の共同訴訟であり、村の持地は同時に各村民の共同利用地であり、村の債務は同時に各村民の共同債務である」。換言すれば、「村の権利義務が、村と村民との間に、或る関係に於いて分属することが即村の組織の一特徴である」と説明している。そして、そこから徳川時代の「村」は、第一に、「独立せる人格者」である。しかし、第二には、「此人格は羅馬寺院的法人の如く擬制人（Personficta）では無く、日耳曼独逸法（Genossenschaft）の如き実在的総合人（real Gesamtperson）であると云うべきである」^{（注34）}と説いている。この博士の研究は、必ずしも徳川時代の入会権の性質を対象としたものではなかったが、しかし、この研究によりわが国入会の基本形態である村中入会の法的性質の解明に道を開いたことは確かであり、誰もが認めるところである。そして、博士は、更に、その後の研究において、わが国の入会権の原型を「総有的性質」の有する権利として位置づけたことは申すまでもないことである。

さて、以上の内容を簡単に要約すると、博士は、わが国の入会は、徳川時代の遺制であり、その主体は、「村」であり、その性格は、中世ゲルマンの村落共同体（Dorfgemeinde）と同様な、いわゆる Otto von Gierke のいう「仲間的共同体」（Genossenschaft）＝実在的総合人（real Gesamtperson）^{（注35）}としてのそれであるというものである。そして、その実在的総合人としての団体における財産は、団体それ自体とその構成員とに分属して帰属する。そして、その共同的財産の所有関係をもって「総有的」共同所有関係（「団体的総有」körperschaftliche 又は Gesamteigentum）^{（注36）}であるという。

つまり、博士は、「村民の総体」（実在的総合人）が近代的な意味でいう法人ではないがそれに近い性質を有した「独立した人格者」を構成し、それが入会権の主体となり、かつその構成員である「村民」として権能を分属する形態がゲルマン法にいう「総有」であると捉えているのである。そして、その権能の帰属形態については、その権能を権利の帰属の面と権利の行使の面から捉える必要があり^{（注37）}、その視点で権利の帰属のあり方を見ると、権能のうち、入会村民全体の共同財産の管理・処分権能は、入会権の主体である「村民全体の総合体」（実在的総合人）に帰属し、その使用収益権能は、「村民」（入会団体の構成員）に分属して帰属するとの理解が一般的である。つまり、その様な理解が、入会権の「総有的性質」への理解というのが通説であることはいうまでもないことである。唯、博士の説明だと、「村民」と「村民の総合体」が極めて一体化している場合には、「村民」も「村民の総合体」も入会権の主体ということになり、徳川時代の『村』と『入会』の関

係は正にそのような形態を有しているということになる。なお、この場合、「村民の総合体」を構成している「村民」とは、そこに居住している住民個人ではなく、社会の基本単位としての「家」であり「家の代表者」あるいは「家の世帯主」を意味していることは言うまでもないことである(拙著「前掲」判例時報1888号参照)。しかしながら、博士は、そのような関係は、明治21年の町村制まで続き、それ以降は、「従来の総合人としての村を一挙にして近代的擬制人たる地方団体に改造し、従来の町村総有財産を挙げて町村専有財産に変じてしまった」といい、よって、ここでは「入会権の性質も又、自ら一変せざるを得なくなった」(注38) いている。そうすると、博士の見解によれば、明治21年の町村制施行以前とそれ以降では、「村」の形態も「入会」の形態も異なり、「村民」と「村民の総合体」の権利関係が異なるということになるが、果たして、博士の見解の意図はどこに或るといふべきであろうか。つまり、我々が、入会権は「総有権」であるというとき、それはあくまでも町村制以前の徳川時代に見られる古典的な意味の権利内容であって、それ以降、つまり、入会利用形態が、例えば、団体的規制の弛緩やそれによる解体化傾向にある入会については、「総有権」としての性格を有するものとしては把握できないものであるというのであろうか。大いに疑問とせざるを得ないところである。そこで、そのような疑問については、中田博士が、ギールケのドイツゲルマン法に対する研究に基づいて性格付けした「総有」概念が、果たして如何なる内容を有しているものであったのかについてあらためて考察しなければならないということになる。現に、若手の有能な入会研究者である上谷教授は、博士の理解に疑問を投げかけている(注39)。また、唐突ではあるが、その辺に、本件事案のような入会権に対する理解の相違が生じる所以があることも確かである。そして、そこに入会権公権論者の出現を許す所以ともなっている。しかし、今日、入会公権論は、入会権の本質的性質、つまり中田博士の分析した入会権は「総有的性質」を有する権利であるという見解は、入会権が旧慣に基づく限り変らないといふべきであり、通説といって間違いないところである。しかし、如何なる社会制度も時代とともに変革を遂げるものであることは歴史の示すところであり、それは入会権においても同じであるといえる。よって、その形態の変化が、その内容や性質を変えることは否定できない事実である。しかし、それはどのような性質を有するものと概念規定すべきかは、その置かれた状況によるといふべきであろう。今後の課題とするところである。

次に、入会権公権論者の見解について、若干触れておきたい。学者で最初に入会権公権論を主張したのは、林政学者である川瀬善太郎博士である。

博士は、村民が住んでい山野に住民が立入り樹木や柴草を収益する権利について大審院が入会権と判示したことに対して(注40)、入会権は民法上の権利であって、行政法上其の村有財産に対して使用収益する権利は入会権ではない。よって、各村民が入会権の主体となることはない主張した。唯、博士の見解では、入会権の主体は村落全体であって、住民個人ではないという前提に立って、町村合併によって、町村有となった林野は、「町村長之を管理し其の収益を以て町村公共の費用に充つ只旧来の慣行により其町村住民中使用の権利を有せるものある」(注41) 場合は、可能であるが、そうでない場合には許されないという見解にたっていた。

次に、川瀬博士の公権論を継承したのが、植村恒三郎博士(注42) である。博士は、町村が有する林野は町村が特定の権限によって町村民に使用収益させているもので、それは住民権に付随した公法関係から生じるものであって私法上の権利である入会権には該当しないものと捉えている。植村

博士は、入会団体は私法上の法人であるから私法人である。よって、町村有という公有財産、つまり公法上の財産には権利は生じないとしている。つまり、町村が所有する財産は、公物であって、町村民が町村民であることによって使用収益が許される権利は公権であるから、それが慣習によって許されたものであっても入会権とはならないとの見解を示すものである。そして、これらの見解は、比較的新しい研究者である遠藤治一郎博士においても同様であった^(注43)。ところで、入会権公権論者がその学説の拠り所とする根拠は、一つは、市町村有地は、普通地方公共団体である市町村の財産であり公有財産とされる地方自治法238条1項（これは財産区有財産も同様、同294条1項）と、二つは、地方自治法に云う「旧来の慣行により市町村の住民中特に公有財産を有する者があるときは、その旧慣による。その旧慣を変更し、又は廃止しようとするときは、市町村議会の議決を経なければならない」（同238条の6の1）とあることによっている。この規定は、市制や町村制にそのまま受けつがれたことによって公権論が、それらを根拠にした。そして、その権利は、次のような権利となる。

一つは、地方自治法上のいわゆる旧慣使用権は市町村の住民たることによって認められる権利、住民であれば当然に認められるものであるという点（一拙者）（本事案の、原告らは、そのような意識で使用収益権を主張しているのか否か不明）。二つには、旧慣により市町村有林野を使用する権利は、一応尊重されるが、その権利は市町村の議決で変更または廃止が可能、よって、私権ではなく公法上の権利たる旧慣使用権であるという点による（一拙者）。だが、そのような考えは、今日、入会権公権論に対して、批判的であった末弘博士や奈良正路博士ら^(注44)によって悉く覆され、現在では、その後の私権論を採用する判決の出現などによって、次第に論じられなくなっているのが現状である。しかるに、本件事案において、入会団体である「権利能力なき社団」が維持管理する財産には、その地域に居住する住民であれば誰にでも権利が帰属するとの判断は、如何なる根拠に基づくものか疑問とするところである。

四、終わりに

さて、本論稿では、平成18・3・17日の最高裁第二小法廷の判決の妥当性を検証するために、本件事案では直接争点とはされなかった入会権の主体について論じてきた。それは、本件事案においては、誰に入会権が帰属するのかについて、原告・被告双方が著しく見解を異にしており、その見解の相違はどこから発生しているのかについて疑問が生じたからである。この入会権の主体が誰であるのかという問題は、基本的には入会権の法律的性質に関わる問題である。よって、入会権についての通説の見解に従って解釈すれば容易に理解できる問題であるということが出来るはずであるが、しかしながら、原告主張の、入会権は、その「地域に居住している住民」であれば誰にでも認められるという見解が、どのような根拠と理由から主張されたのかを明らかにし、本件最高裁判決の妥当性に迫ろうとしたものである。本件最高裁の判断は、入会権の主体は、「家」ないし「家の代表である世帯主」であるというこれまでの通説的立場に立って見解を示されたものであって妥当なものであると認識しているが、しかし、その妥当性を探るためにも、これまでの判例・学説においては如何なる傾向にあったのかの検証が必要であった。

さて、以上の問題意識から、本論稿では、これまでの判例・学説の動向を探ってきたが、上記の通り、最高裁の判断は、慣習上の権利である入会権の主体を含めた権利の帰属のあり方については、従来の通説的立場で「このような入会権の内容、性質等や、原審も説示するとおり、本件入会地の入会権が家の代表ないし世帯主として部落民に帰属する権利として当該入会権者からその後継者に継承されてきたという歴史的沿革を有するものであることにかんがみると、各世帯の構成員の人数にかかわらず各世帯の代表者にのみ入会権者の地位を認めるといふ慣習は、入会団体の団体としての統制の維持という点からも、入会権行使における各世帯間の平等という点からも、不合理ということではできず、現在においても、本件慣習のうち、世帯主要要件を公序良俗に反するものということではできない」とした判決は妥当であったといえる。

なお、本事案では、昭和57年の合併を機縁にした会則の作成に問題があるように思えることに疑問を抱かず、その会則が、正しく、入会慣習を踏襲したものであったのか否かについて問題にしなかったことは不備の誇りは免れないという点については、先の福岡高裁判決の注釈において指摘したところである。しかしながら、本件事案は、男性中心の沖縄の風土にもとづいた慣習の存在に意義を見出しているが、実際は、女性世帯への道を閉ざすものであり、男子孫から女子孫へ移行した段階で権利を失うことになり、不平等感は拭い切れない。場合によっては、極めて財産権の侵害に近いものがあり、憲法29条違反の可能性もある慣習ということになる。この点についても先の判例注釈で触れておいたが、本件最高裁判決は、今日の入会の現状から問題ありとの判断をしている。よって、原告の主張の当否は別として、今日の入会の現状や権利の公平性という市民法理念から考えて会則そのものの存在は、90条違反といわざるを得ず、妥当な結論であったと評価できるものである。

なお、原告らは、他村に嫁いだり、帰村しても入会手続きを経ていない等のことを考慮すれば、権利を主張する立場にない。よって、判決の方向性はやむを得ないというべきかと思う。しかし、離村失権の原則と当該地の慣習との関係、帰村した場合の入会手続きについての慣習に言及していないのは訴訟指揮の観点から問題のある判決であるといえる。これ等の慣習のあり方によっては、被控訴人に入会権が認められる要素があり、最高裁は、そのことを差し戻しにおいて立証する必要を指摘しているものといえよう。本稿は、先輩同僚の退職を記念したためのものであるが、準備不足で当初考えていた内容とならなかったことに悔いが残るものとなった。後日、稿を改めて、入会権の法律的性質論ないし入会権学説論という視点から挑戦するつもりである。

(なかむら ただし・本学経済学部教授)

「注釈」

(注1)「判例時報」平成17・6・1日号、No1888—175頁以下参照

(注2)「判例時報」平成15・11・19日号、No1845—122頁以下参照

(注3)「判例時報」平成18・8・1日号、No1931—29頁以下参照

(注4)「法的確信」が慣習法の妥当根拠とされていることについては、拙者の論稿「高崎経済大学論集」50巻66頁の(注9)参照

(注5)本件事案が沖縄の「門中」制度に連なるトートメー慣行に基づいた女性蔑視の思想によるものであって「柚山(そまやま)」の入会慣習を正しく反映しているものではないとの批判がある。関連論文として小川竹一「入会権者の女子孫の入会権継承および取得—沖縄県の事例」地域研究1号18頁、長谷川曾乃江「入会慣習と男女平等」法学新報113巻1・2号403頁、同「日本における男女平等—トートメーと女性の権利」比較法雑誌36巻1号61頁以下参照、なお、トートメー慣行に関しては、江守五夫

- 「トートメーをめぐる諸問題」日弁連研修叢書・現代法律実務の諸問題・平成4年度版（下）参照
- (注6) 町村合併移行、入会権の所有主体が町村という地方自治体である法人に移行しそれは自由主義的個人主義的色彩を有し、古典的な所有形態である総有的性質がなくなったのでその地域に住む住民すべてに入会権が帰属するという誤った認識が横行した事実を証明するものである。現に、一昨年、岐阜の関が原地方の町村合併にともなって、入会権が入会権をもたなかった合併後の町村の住民にも権利が移行するかという問い合わせが小生にあったが、裁判沙汰になって合併が進行していない理由ともなっている。注釈民法（7）553頁、武井正臣「入会権における私権と公権との交錯」名城法学第33巻2号1頁以下参照
- (注7) 土地所有形態としては、総有的形態、合有的形態、共有の形態があるが、全体的な統制が弛緩してくると総有から合有、そして共有へ移行することになるが、しかし、それぞれの狭間の共同所有関係を法律的にどのように理論構成するかは困難な問題であるが、その必要性もあるという視点から今日の入会権の法律的性質について「合有」的形態としてみる必要があるのではないかとの問題提起をしたことがある。この点については、小生の論稿「総有的入会権の法律的性質に関する一考察」高崎経済大学論集第29巻2号242頁以下参照
- (注8) このような指摘について、北大の吉田克己教授も、「入会集団としての村落共同体という実態と、それが用いる形式との間にズレが生じる。このズレにどのように対処していくか。これが、入会権法学の一貫して重要な課題の一つであった」と述べている。同「入会部落の慣習に基づく入会集団の会則のうち入会権者の資格を原則として男子孫に限定し同入会部落の部落民以外の男性と婚姻した女子孫は離婚して旧姓に復しない限り入会権者の資格を認めないとする部分が民法90条の規定により無効とされた事例その他」判例時報1968号192頁参照
- (注9) 本件事案に関して、福岡高裁平成16・9・7日判決、最高裁平成18・3・17日判決以来、多数の論文が社会学者、民俗学者、政治学者、法律学者の間に見られる。小生の論稿との関係で主なものを挙げると、（注4）掲載の論文の外に、吉田氏の「判例時報」掲載の論稿、大村敦志教授「入会集団の慣習と公序良俗」ジュリストNo1332号64頁、佐々木雅寿教授「入会権者の資格要件と平等原則」ジュリストNo1332号12頁、吉田邦彦教授・セレクト2006・17頁、中村肇・ひろば59巻12号51頁、徳永賢治「金武町金武の入会裁判とシマの法文化の変容」沖縄法政研究8号149頁など等を参照されたい。
- (注10) 上記論稿は、いずれも男女平等の視点から言及しているものが多く、沖縄の入会慣習を実証的視点から分析検討し問題提起しているものは少ないといえる。
- (注11) 当該係争地の入会沿革については上記（注9）に掲載の徳永氏の論考を参照されたい。
- (注12) 拙者「入会権と公序良俗違反についての一考察」高崎経済大学論集50巻1・2合併号55頁以下参照
- (注13) 本件の事実関係については、小生の先の論稿「判例時報」No1888号175頁以下参照、なお、前掲・長谷川氏の論文や徳永氏の論文は、当該地の入会慣習の実態と其の沿革について詳細に紹介している。
- (注14) 第一審地位確認等請求事件、沖縄地裁平14（ワ）1195号、なお、本件事案に関する文献としては、判例時報1845号119頁以下参照、中尾英俊編『戦後入会判決集第3巻』（信山社、2004年刊行）502頁以下参照
- (注15) 控訴審地位確認等請求事件、福岡高裁沖縄支部平16（ネ）16号、福岡高裁沖縄支部判決平16・9・7日判例時報1870号39頁参照、沖縄タイムス2004年9月7日夕刊参照
- (注16) 上告審地位確認等請求上告事件、最高裁平16（受）第1968号、最高裁第二小法廷平18・3・17日判決、判例時報1931号29頁以下参照、なお、上記（注9）に紹介の論文は、いずれも最高裁判決に関するものである。また、小生の論文・高崎経済大学論集50巻1・2合併号「入会慣習と公序良俗違反についての一考察」を併せて参照されたい。
- (注17) 渡辺洋三『入会と法』10頁以下、注釈民法（7）528頁以下参照
- (注18) 明治22年2月の町村制施行以前の段階では、入会財産について政府の方針は必ずしも統一されていなかった。よって、従来慣習に基づいて村落民全体の私的な総有財産として位置づけられていたといえる。（明治11年太政官布告による三新法一郡区町村編成法、府県会規則、地方税規則）では、入会財産は私有財産とされていた）しかし、その後、明治21年6月の内務省訓令、明治22年1月14日の内務省令第一号、同1月26日の内務省県道局長通牒などの発令を契機に入会財産を公有財産として扱う傾向が強まり、上記町村制の施行とともに、「町村行政の面における入会林野の法的地位については、まさに画期的変化」が見られるようになってとされている。渡辺洋三・『入会と財産区』12頁参照、福島正夫・渡辺洋三「入会権の法律問題」法律時報28巻7号13頁参照、「前掲」注釈民法539頁参照

- (注19) 下記紹介の研究者のうち、入会権公権論者以外のその殆どが入会権私権論者であり、今日通説であるといつてよい。
- (注20) 川島・潮見・渡辺編『入会権の解体Ⅲ』293頁以下参照、吉田克己「前掲」194頁参照、本件事例も同様な問題を提起しているものといえよう。
- (注21) 渡辺洋三氏も、「学者も、ほとんど大部分私権論を支持してきたのであり、理論的には、私権論の方が正しい解釈であることは、うたがいをいれない」ところであると指摘している。渡辺「前掲」12頁参照
- (注22) 本件事案において、原告・被告の間で入会権の帰属のあり方に意見の相違が生じるのは、基本的には「総有の入会権」の法律的性質の解釈にかかわるが、本件事案では、会則に関する団体を「権利能力なき社団」としていることに原因が存在している。よって、其の団体の性格付けが重要である。しかし、原告・被告双方の訴訟代理人は、其のことを争点としていないことが問題であることは、小生の論文・判例時報1888号178頁で指摘しておいた。なお、同様な認識は、吉田「前掲」論文でも指摘している参照されたい。
- (注23) 吉田「前掲」198頁参照
- (注24) 中尾英俊教授（現在弁護士でもある）は、其の著書『入会権（1）』46頁において、「入会地は明治初期までは村持または村の内の組持（単独所有と共同所有）とされ村又は組が入会権主体であったが、明治町村制の実施（明治22年）より、その村は合併によって新たな町村となるが、旧村持財産がすべて当然に新たな町村となったわけではなく、旧村持のまま、いわゆる部落有として、あるいは市町村の一部たる区（財産区）財産としてのこることが多かった。いわゆる部落有、大字有がいかなる性格のものか、それが市町村の一部たる区の所有を意味するのか、……入会権に関する争訟でその主体がなんであるか問題になることが少なくなかった。」と説明している。
- (注25) 参考資料として、専ら、中尾英俊著『入会権（1）』同『入会権（2）』と『注釈民法（7）』を使用した。
- (注26) 前掲・注釈民法514頁参照
- (注27) 前掲・注釈民法514頁参照
- (注28) 上谷均「共同的所有の法的構成に関する一考察」民商法雑誌88巻5号191頁参照
- (注29) 中田薫著『法制度論集』2巻671頁参照
- (注30) 中田『村及び入会の研究』1頁参照
- (注31) 中田「前掲」985頁参照
- (注32) 中田学説に依拠しその後の入会の研究に貢献した研究者としては、石田文次郎著『土地総有権史論』、末弘巖太郎著『物権法（上）』、同『農村法律問題』同『民法雑記帖』、戒能通孝『入会の研究』、同『土地法研究の覚書』『法律社会学の諸問題』同「入会」『戒能通孝著作集V』、川島武宣『著作集八巻』、渡辺洋三著『入会と法』等等参照
- (注33) 中田「前掲」984頁参照
- (注34) 中田「前掲」984頁以下、石井良助著『日本団体法史』4頁以下参照
- (注35) 川島『注釈民法（7）』511頁参照、Otto von Gierke、『das Deutsche Genossenschaft』Bd、I、Leipzig、1895参照
- (注36) 中田「前掲」988頁参照
- (注37) 石田「前掲」514頁参照
- (注38) 中田「前掲」1105頁参照
- (注39) 上谷「前掲」208頁以下参照
- (注40) 川瀬善太郎著『公有林及び共同林役』246頁参照、中尾英俊「入会権」『注釈民法（7）』543頁参照
- (注41) 川瀬「前掲」48頁参照
- (注42) 植村恒三郎著『本邦林野の入会関係と入会権』91頁参照
- (注43) 遠藤浩一郎著『日本林野入会権論』97頁以下参照
- (注44) 末弘『物権法（下）』679頁参照、奈良正路著『入会権論』120頁参照

平成19年11月5日脱稿