

〔論 説〕

「入会権の現在」論序説

牧 洋 一 郎

- I はじめに
- II 入会権の歴史
 - 1 明治以前
 - 2 明治以降
- III 入会権の現在
 - 1 入会権を巡る現況
 - 2 実体法上の問題点
 - (1) 入会権は慣習上の権利か、それとも民法上の権利か
 - (2) 入会持分権の有無
 - (3) 入会地の管理行為と処分行為
 - (4) 入会集団，人格なき（権利能力なき）社団及び認可地縁団体の異同
 - (5) 入会権の解体・消滅
 - 3 手続法上の問題点
 - (1) 固有必要的共同訴訟論の限界
 - (2) 参加命令制度及び類似必要的共同訴訟論の検討の必要性
- IV 今後の課題と展望
- V 結 び

I はじめに

入会権について、現在「慣習（法）上の権利である」「山入りして柴草などを採取する権利である」などと記述した民法の教科書や入会権の解説書¹⁾が多々見受けられる。そして、このような理解（以下、便宜上「旧説」という）に基づき、慣習の希薄化や入山（入会稼）事実の不存在を根拠に、「林野には現在入山の事実がないから入会権は消滅している」などと入会権の存在を否定（解体・消滅）した判決²⁾が下されることがある。つまり、訴訟代理人（弁護士）がそのような

¹⁾ 我妻榮『新訂物権法』427頁（岩波書店，新訂/有泉亨補訂，1983年），舟橋諄一『物権法』436頁（有斐閣，1960年），松坂佐一『民法提要』150頁（有斐閣，1955年）等参照。

²⁾ 東京地判昭和41年4月27日下民17巻3=4号353頁，広島地判平成5年10月20日中尾英

理解に基づいて、入会権の不存在を主張した結果、それが裁判に反映され、入会権は存在しないという誤った判決が下されるのである。なお、そのような旧説に基づく入会権の理解では、集落住民ら（入会権者）が司法に権利保護を求め、逆にあるべきはずの権利を失うという由々しき問題にもなりかねず、このことに対し、入会権法学の第一人者たる中尾教授は、現実には妥当性・即応性を欠くものであると重大な問題として憂えている³⁾。

現在、入会林野について慣習は希薄化し、さらに集落住民らが入山せず、柴草・林産物などの採取をしなくなったところが少なくないのは確かである。そうではあるが、慣習の希薄化や入山事実の不存在が必ずしも入会権の消滅原因ではなく、入会集団による管理の事実がある限り入会権は消滅しないとする見解⁴⁾（以下、便宜上「新説」という）を支持したい。なぜならば、共有の性質を有する入会権は、所有権の章・共有の節の中に置かれていることから、明らかに共同所有権の一（特殊）形態であり、所有権は土地を利用するだけの権利ではないのである。したがって、入会権とは、民法上の物権であって、通常、部落又は区などと呼ばれる一定の地域に居住する住民の集団が山林原野等（溜池・墓地等も含む）を共同で管理し利用する権利である⁵⁾と概念を広く捉えるべきである。つまり、新説によれば、入会集団による集団管理の事実がある限り入会（集団）権の存在が否定されることはなく⁶⁾、裁判官がこの見解に立つならば、集落住民らの権利（入会権）は保護されることになるだろう。

そこで、過去 20 年に亘る農漁村等における入会地の現地調査⁷⁾や文献・裁判

俊編『戦後入会判決集第3巻』111頁（信山社、2004年）等。

³⁾ 川島武宜=川井健編『新版注釈民法（7）』490頁以下〔中尾英俊〕（有斐閣、2007年）参照。

⁴⁾ 中尾英俊『入会林野の法律問題新版』311-358頁（勁草書房、1984年）。また、川島教授は、入会権を慣習法上の権利と定義しているが、その内容は入山・採取行為に限定していない。川島武宜『川島武宜著作集第八巻—慣習法上の権利1』83頁以下（岩波書店、1983年）参照。

⁵⁾ 中尾英俊『日本社会と法』56-57頁（日本評論社、1994年）参照。

⁶⁾ 入会権の解体・消滅を認めなかった下級審裁判例として、福岡高判昭和58年3月23日中尾英俊編『戦後入会判決集第2巻』239頁（信山社、2004年）等参照。

⁷⁾ 筆者の主な調査地とその研究報告は、次の通りである。鹿児島県西之表市の能野三集落の塩屋牧（「種子島の入会とマキ制度の研究」『法学政治学論究12号』41-75頁（法学政治学論究刊行会、1992年））、奄美大島の龍郷町市理原のゴルフ場建設問題（「環境保全における入会権及び水利権」『法学政治学論究44号』2-33頁（2000年））、同じく瀬戸内町網野子のごみ処理場問題（「塵芥処理施設建設を巡る入会紛争」『都市問題』99巻6号100-107頁（東京市政調査会、2008年））、鹿児島市五位野集落有墓地（「入会理論の実証的再検討の必要性」*Law&Practice*3号131-154頁（2009年））、そして西之表市壱泊浦の浦持地（「開発と地域住民」『地域総合研究』37巻2号61-69頁（鹿児島国際大学、2010年））。

資料等を踏まえて、我が国の入会権について考察したい。そして、戦後になって新たな形の入会紛争も生起している⁸⁾が、この紛争解決の一助となるためにも、入会権をより正確に把握したい。そのためには、我が国の入会権とは如何なる権利であるのか、を次章より述べていくことにしたい。なお、入会地は村落の歴史とその構造が不可分の関係にあるが、判決の中には歴史的経緯を無視したものもある⁹⁾。よって、次章では、入会権の歴史的経緯について述べることにする。

II 入会権の歴史

1 明治以前

中田博士の研究¹⁰⁾によれば、古代律令制（養老律令雑令の国内条）の中で「山川藪沢之利公私共之」とあり、このことが事実上入会に相当すると論考している。すなわち、古代には口分田として農民に分け与えられる田地以外の、山林原野・池沼などは、誰でも共同で利用できるきまりになっていた。つまり、「公私共に利す」の原則が、当時、現実を規制する原則として生きていたといえよう。

古代律令制下では、山野河海は無主のものとして扱われ、公私共に利すことが定めであったが、平安中期に入ると荘園制的な私的大土地所有が発達し、これに伴い領主的支配の進展とともに、その無主の土地の分割が進行した。また、奈良時代以来の寺社などの権門勢家は林野を独占していたが、農民にはその林野使用を認めていた。しかし、水源地のような特別の場所の林野は「禁処、禁野」と農民の使用外にしていた¹¹⁾。そして、古代から引き継いできた慣習により、中世（鎌倉期～戦国期）の村落でも、付近の山林原野・池沼で、村民が自由に薪を集めたり、牛馬の飼料を刈り取ったり、獣や魚を採ることが許されていた。

⁸⁾ 地域開発を巡って、集落内部で開発反対派と開発賛成派に分かれ、反対派住民が第三者（開発業者）と賛成派を訴える事例が典型例である。牧・前掲注7)「開発と地域住民」参照。

⁹⁾ 「村落共同体は認めるものの、入会団体の機能を持たなかった」という下級審裁判例として、東京高判昭和53年3月22日判時882号14頁参照。

¹⁰⁾ 中田薫=石井良助『日本法制史講義』237頁（創文社、1983年）。

¹¹⁾ 中田博士や石井教授は、解説書の中で「民要地」が事実上の入会地であると論考しているが、民要地とは、特定人の占有を成立せしめない民衆の共同利用地である。中田=石井・前掲注10)237-238頁、石井良助編『日本法制史』338頁（青林書院、1958年）参照。

よって、そのような歴史的経緯から入会権は、歴史的に古い起源を有する権利であるといわれてきた。

そして、鎌倉末期から室町・戦国期には、村落の自治的結合組織である惣（惣村あるいは郷村）が次第に形成されていった。つまり、地侍や中小名主・小作人などを含む惣百姓が、戦乱からの自衛や領主あるいは国人らの非法に抗して、自治的・地縁的組織を形成していった。そのことが村落住民の結びつきを強め、農業の進歩・生産の増大を高め、農村の仕組みを大きく変えていった。なお、住民らの活動は村持地（入会地）や用水の管理、鎮守の田畑の共同耕作、防犯、自検断の実施等に及んだ。その自治組織としては、惣の指導者（乙名・年寄・沙汰人等）を中心に、惣百姓の参加による最高決議機関である寄合を開き、惣の規約（地下掟など）を制定し、それに基づき入会活動などが行われた¹²⁾。つまり、鎌倉末期から戦国大名の割拠に至る——約 2 世紀にわたる——絶え間ない動乱が、農民らの地域的結合を進行させた。それは同時に農業の発展を伴ったが、その農業生産の給源地の確保として村持地（入会地）の管理・利用が重要であった¹³⁾。鎌倉期には、所領を単位とする入会の形態の他、自村持地の山野入会、他村持地に山手¹⁴⁾を支払って入り会う他村入会、数村持地の入会の形態が存在した。しかし、室町期以降、村落制度が発達するとともに、村落を単位とする入会形態が支配的になるに至った¹⁵⁾。一村入会が多く登場するのは藩政期のことであるが、中世の惣は一般に、村落共同体を取り込んだ地域連合組織で、近世の村よりも広範囲の組織で、数村入会が多いことが特徴であろう。

¹²⁾ 岡本貞次他編『図説日本史』78頁（啓隆社、1998年）。

¹³⁾ 井上教授は、自営農の成長と農業の発達を、戦国・室町時代の特色であると論述している。井上清『日本の歴史 上』157-206頁（岩波書店、1963年）参照。

¹⁴⁾ 地盤を所有する地元村に対する使用料・入山料で、山手米・野手米・草札銭・山札銭などとも呼ばれている。石井・前掲注11) 339頁参照。

¹⁵⁾ 種子島では、1352-1901年の約550年がマキ（放牧場、村持地、牧人共同体）発展の盛時とされ、マキ制度に因む入会牧は概ね一村入会で、特異的歴史を辿ってきたと評されている。種子島家第6代当主時充は、1352年頃、それ以前の「自然発生的原始共同体的牧場」に対し、さらに一段と目的意識なる塩の生産拡充の方策を講じて、種子島家の直営の牧を初めて（現南種子町の）立石に設け、「一面摸範に供した」といわれている。このことにより、散在していた農家が塩屋牧（製塩のために領主より下賜された放牧場）ごとに結集し、牧畜農耕の拡充が図られた。当時は、製塩の拡充を急務として、本島の沿岸牧場経営は何よりも製塩に重点を置いていた。したがって、入会牧は公式には最初「塩屋牧」として発足したとみてよく、製塩活動が行われなくなった今日も、集落の入会林野として現存しているものが多々みられる。大山彦一『南西諸島の家族制度の研究』15-203頁（関書院、1960年）参照。

以上のことからして、鎌倉期から戦国期には既に村落（村）単位の入会活動が行われていたことが見て取れる。そして、近世（藩政期）の村は、一つの課税単位であり、村として訴訟能力を有しており、他の村と協約を成すことができ、財産を所有する能力を有していた¹⁶⁾。藩政期には、農民にとって、入会林野は動力源として飼育する家畜の飼料の供給地で、肥料の生産地でもあり、さらに燃料・建築用材の供給源として不可欠の存在であったが、その形成は中世に遡るものである。したがって、我が国の入会の具体的成立期を近世幕藩体制の確立以降と見るよりも中世（鎌倉末期～室町前期）とみるべきである¹⁷⁾といえよう。つまり、近世の村は、領主が行政機構として設定したものであったが、その村は内部にいくつもの「ムラ」（小地域、下部単位）¹⁸⁾を含んでおり、そのムラは近世以前からのもので、それは村人の生活基盤としての機能を持っていたということである。

2 明治以降

明治初期に一連の土地制度改革が行われたが、このことは我が国の近代的土地所有権制度の出発点であった。まず1869（明治2）年の版籍奉還によって領主の貢租徴収権は廃止された。そして、林野所有制度が再編成されたのは、1873（同6）年の地租改正に基づく翌1874（同7）年の官民土地所有区分によってであった。藩政期における主な村有財産は村持ちの土地であったが、村持ちの土地であるが故に、維新後政府が官民土地所有区分によって村に地券を発行し、よって土地所有権を村が確保することになった。そして、民有地になった山林原野は、集落の代表者（あるいは有力者）所有の名義で民有の地券を授与されたものも多かったが、その所有の帰属を巡って地券受取人と集落住民との間で、後になって紛争を生ずることにもなる¹⁹⁾。なぜならば、地券を授与された者が必ずしも所有権者ではなかったためである。

¹⁶⁾ 中田薫「徳川時代に於ける村の人格」『法制史論集第二巻』963-974頁（岩波書店、1938年）。

¹⁷⁾ 木村礎『近世の村』148-150頁（教育社、1980年）参照。なお、江渕教授は、「『村』は幕藩期から続いてきた農民組織であり…」と論述している（江渕武彦「入会権の近代性と前近代性」黒木三郎ほか編『社会と法——法社会学への接近』87頁（法律文化社、1995年））が、正確には中世から続いてきた農民組織と見るべきであろう。

¹⁸⁾ 村の中の「ムラ」は、藩政期には、組、垣内、門などと呼ばれ、ムラは農業上の共同労働や冠婚葬祭、日常生活全般についての最小単位であった。木村・前掲注17) 110-118頁参照。

¹⁹⁾ 戒能通孝『小繫事件』34頁以下（岩波書店、1964年）参照。

また、官民土地所有区分の際、村民が相当の証拠をもって積極的に所有権を主張しなかった多くの山林原野は、官有地に編入（いわゆる官没）されることになった。つまり、藩政期の山林原野は、田畑のように必ずしも年貢の負担を伴うものではなかったため、帰属未定のものが多く、村や個人の所有の根拠がない、という理由で官有地に編入されてしまった。そして、もう一つの理由は、納税が金納となったので、地租が重いとみて、村民が進んで手放したところも少なくなかった。しかし、農民が農民として生きていくためには、入会林野は必要不可欠であり、明治の中期から—国有地引戻し運動（下戻し運動）によって—政府と激しく抗争して、官有地を集落有地すなわち入会地へと引き戻した集落も見受けられる²⁰⁾。

さて、我が国における現行の民法典（平成 16 年に口語化）は、1898（明治 31）年に施行されたものであるが、ローマ法流の近代的所有権制度（近代市民法）を成立させながらも、農業生産においては市民社会成立以前の「封建的生産様式」を概ねそのまま承継した。つまり、山林原野は明治期においては農民の草肥や燃料の給源地としての農用林的存在であり、しかも農地のように私的土地利用が展開せず、依然として村落共同体の支配下にあったが、この土地支配を民法典では「入会権」として承認した。このことにより、一応農民らの伝統的権利は国家法体系の中で保護（村落共同体等の諸規範は国家法秩序の中で担保）されることになった。つまり、一定の集落に住む者（世帯）が持ち、相続されず、譲渡は制限を受ける、等の制約を受ける権利すなわち集落住民が村持地を村の規則に基づいて共同で管理・利用するという概ね明治以前からの慣習が、民法典において権利として法認されることになった。そしてその後、入会権は、部落有林野統一事業、戦後の入会林野近代化法²¹⁾の成立・施行などの影響を受けて現在に至っている。

²⁰⁾ 明治 31-36 年に亘る種子島の能野三集落の入会紛争は、国有林野下げ戻しを巡って激しく展開された典型的な事例である。牧・前掲注 7)「種子島の入会とマキ制度の研究」51-60 頁参照。

²¹⁾ 入会林野等に係る権利関係の近代化の助長に関する法律（1966 年、法律 126 号）。

Ⅲ 入会権の現在

1 入会権を巡る現況

近年、土地の開発，農山漁村の人口の流動化により，入会地に関する紛争が少なくない。そして，現在の入会裁判の多くは，入会地の変化と入会村落の変容に起因するものである。

入会権は，歴史的に古い起源を有し，その内容も各地方の慣習により，それぞれ特異的な変化を遂げており，また民法には第 263 条と第 294 条の僅か 2 ヶ条にしか規定がないため，民法学者も入会権についての法解釈がまちまちであるが，このことを検討しておく必要がある。なぜならば，裁判官が古い学説あるいは間違った学説に基づいて判断を下すことが少なくなく，入会権者は司法に権利救済を求めたがために，あるべきはずの財産が逆に剥奪されるという不当な結果に晒される恐れがあるためである。そこで，下記の代表的学説を検討し，それらが判決にどのような影響をもたらしているのかを考察する。また，1991（平成 3）年の地方自治法の一部改正による認可地縁団体（地方自治法第 260 条の 2）の創出によって，入会集団と認可地縁団体の混同も生じているが，このことを注視する必要がある。

入会権学説の比較

		我妻榮	川島武宜	中尾英俊
民法における入会権の定義・権利の性質		一定地域の住民団体が一定の山林原野などで草や木の下枝や薪炭用雑木や、時には自家用の建築用材などを、その団体の統制に従って、共同して採取し収益する慣習上の権利	村落共同体もしくはこれに準ずる共同体が土地に対して総有的に支配するところの慣習上の物権	通常、部落または区などとよばれる一定地域に居住する住民の集団（村落共同体）が土地を集团的に共同所有（あるいは利用）する権利
		慣習上の権利	慣習上の権利	民法上の権利
権能帰属の態様		使用・収益権は構成員に、管理・処分権は団体に帰属	使用・収益・管理・処分権は共に団体にも構成員各自にも帰属	使用・収益・管理・処分権は共に団体にも構成員各自にも帰属
入会（総有）持分		無し	有り（最初無しとしたが、後に有りに変更）	有り
				共同体規制に制約された持分
法源	第一次	慣習	慣習	慣習
	第二次	共有の規定の適用無し	共有の規定の適用無し	共有入会権は共有の規定の適用有り、地役入会権は地役権の規定準用有り
		地役権の規定の準用無し	地役権の規定の準用無し	

2 実体法上の問題点

(1) 入会権は慣習上の権利か、それとも民法上の権利か

我妻教授は、「共有や地役権の規定中、入會權に適用又は準用されるものは殆ど絶無である」²²⁾と指摘し、また川島教授は、「入会権の具体的問題に関する具体的な慣習が確認されない場合には、総有的権利関係の一般原則や、多くの入会権に共通する一般的な慣習等を顧慮すべきであり、異質な権利たる共有や地役権の規定を適用ないし準用してはならない」²³⁾と指摘しているが、両教授は共に、慣習のみを第一次法源とし第二次法源としての共有規定の適用（民法第 263 条）及び地役権規定の準用（同 294 条）を拒否している。入会権を慣習上の権利と定義し第二次法源を法適用通則法第 3 条（旧法例第 2 条）の「法律と同一の効力を有する慣習」に求めた川島説及び我妻説は、入会慣習における慣習とは何であるかを検討したものではなく支持できない学説である。それに対し、中尾教授は共有の性質を有する入会地の処分につき、「入会財産は共有財産であるゆえ、一般の共有財産や合有財産同様、他の権利者の同意が必要であり、『共有物の変更』に相当するから民法第 251 条にその根拠を求めるという解釈が成り立ち、持分の自由な譲渡と分割請求の禁止を除いて、強行法規たる民法第 249～第 255 条は適用される」²⁴⁾と第二次法源として共有規定の適用（民法第 263 条）を指摘する。結論として、入会権は民法上の権利であると定義し、民法における入会慣習とは「入会権者が入会地に対する自分の持分を自由に他に譲渡したり持分にもとづく分割請求をしない、それらのことをすることができない、というしきたり、取り決めである」と明言している中尾説²⁵⁾を支持したい。

そこで、共有の規定の適用について述べる。民法修正案前三編の理由書²⁶⁾を見るならば、入会権につき「自由ニ持分ヲ譲渡シ又ハ何時ニテモ分割ヲ請求スルコトヲ得ルモノトセバ各地方ノ慣習ニ背キ」と記載されている。ここでいう民法における入会慣習とは、入会持分権（持分権については後述する）の譲渡・分割請求を自由に認めないという——共同体規制に制約された——慣習である。また、大審院判決にも見られる通り、共有の性質を有する入会権（以下「共有入会権」と

²²⁾ 我妻榮=有泉亨『民法総則・物権法』381 頁（日本評論社、1950 年）。

²³⁾ 川島・前掲注 4) 86-87 頁。

²⁴⁾ 中尾・前掲注 3) 545 頁。

²⁵⁾ 中尾英俊『入会権——その本質と現代的課題』16 頁（勁草書房、2009 年）参照。

²⁶⁾ 廣中俊雄編著『民法の修正案（前三編）の理由書』276-277 頁（有斐閣、1987 年）。

いう)とは、共同体が有する土地所有権であると同時に共同体構成員が有する土地共同所有権である²⁷⁾。以上より、民法でいう入会権とは「総有的支配秩序(共同体規制)に基づいた土地に対する共同所有権あるいは共同利用権」であると定義しうる。

そして、入会地の利用形態には、①共同利用、②集団直轄(留山)利用、③分割(割地)利用、④契約利用の四形態がある²⁸⁾。その中の古典的と呼ばれている共同利用は、入会地を個々の構成員の利用のために割り当てることなく、構成員が入会地のどこにでも立ち入ってどこでも下草や小柴などを自由に採取して自分の個人的所有にできる、という形態であるが、採取時期や採取できる産物、採取量などには集団による制限が加わる。よって、入会権は、管理処分権が集団に、利用収益権が構成員に帰属すると解されがちである。しかし、割地利用の場合には、通常管理(=保全)は自らしなければならず、その産物の処分を自由にできない(集団に制約される)場合もある。すなわち、構成員も持分の範囲内で使用収益権のみならず、管理処分権を有するものである²⁹⁾。よって、持分権者(構成員)は各々、使用・収益・管理・処分の権能を有し、その総和が入会集団権であると解される。そうすると、「使用収益権は構成員に、管理処分権は団体に帰属する」という学説(我妻説など)³⁰⁾は、団体と構成員を分離し団体と構成員を別個に観念したもので誤りといえる。

結論として、民法第263条の「共有の性質を有する入会権については、各地方の慣習に従うほか、本節の規定を適用する」という規定は、第一次法源としては「持分譲渡も分割請求も自由にできないという慣習」に従い、第二次法源としては「自由な持分譲渡・分割請求以外は共有の規定によって処理すべきである」という趣旨であると解されよう。

次いで、地役権の規定の準用について述べる。地役権(民法第280条)は、自己の土地の便益のために設定されるものであって、自己(=人)の便益のために

²⁷⁾ 大判昭和3年12月24日新聞2948号10頁。

²⁸⁾ 中尾・前掲注25)98-113頁参照。

²⁹⁾ 中尾教授は漁業を例として、「漁業の場合においても漁業権の管理機関である漁業協同組合が漁業を自営することがあり、法も一定の制約のもとにこれを認めている(水産業協同組合法17条)。したがって総有集団=団体が自ら使用収益しないという、規定はもとより、事実も存しないのである。」と指摘する。中尾英俊「『総有権』——判決を通じての考察」『現代法社会学の諸問題(上)』333頁(民事法研究会、1992年)参照。

³⁰⁾ 我妻説の他、舟橋・前掲注1)448頁、松坂・前掲注1)152頁等参照。

設定することはできない。すなわち、我が国の地役権は、地的地役権であって対人地役権ではない。よって、共有の性質を有しない入会権（以下「地役入会権」という）は、入会権者（入会集団）という人（人々）のために必要な権利であるから、地役権の規定を適用ではなく準用することにしたのである。中尾教授が指摘する通り、地役入会権の場合、目的（実体）を具体的に規定することができず、そのため民法上用益物権の一つである地役権の規定を準用する、と規定せざるをえなかったのである³¹⁾。したがって、地役入会権にいう便益³²⁾については特に制限はなく、また集団的統制（共同体的規制）が及ばなくなれば、地役入会権は消滅するが、消滅した時には必ずしも地役権になるとは限らず、地上権等に転換することもありえよう。

入会地は一般に、水源涵養機能、保水、土砂崩壊（崖くずれ）防止、防風等の保安的な機能すなわち環境保全機能をもっていることが多いが、その機能こそ——入会集落（住民ら）の土地の便益ではなく——入会集落（住民ら）の便益に供している、ということができる。これは、他人の土地を使用はしないが一定の制限「稲の生育に妨げになるような草木を育成してはならない、自生した草木は伐採してよい等」を加えること（不作為）を内容とする地役権の準用である³³⁾といえよう。

したがって、入会権は、共有の規定の適用、地役権の規定の準用の余地を残しているものと解される。「第二次法源として共有の規定を適用、地役権の規定を準用の余地はない」というような説明は、現実に横たわっている入会の実態について妥当性を欠くものであり、このような説明は不完全で認識不足によるものである。そして、我妻教授らの見解（柴草などを採取する権利）では、天然産物の採取のみが入会権の内容のように受け取られ、そして利用するだけの権利のように解される。つまり、入会権の中には土地の地盤所有権と融合した入会権（共有入会権）を有する場合もあることが明確にされていないのである。

慣習上の権利とは通常、制定法上規定のない権利で水利権や旧慣温泉権等慣習上そして判例上物権として効力を認められた権利をいい、入会権は、民法上の——共有の規定の適用あるいは地役権の規定の準用を受ける——権利である。

³¹⁾ 中尾・前掲注 25) 20-21 頁参照。

³²⁾ 実体は様々で、採草、採薪、放牧、利水のほか、立木伐採、農作物の作付け、採石、養魚等きわめて多種多様である。中尾・前掲注 25) 21 頁参照。

³³⁾ 中尾・前掲注 25) 13 頁参照。

それゆえ、慣習上の権利（慣行的農業水利権や旧慣温泉権等）と民法上の権利（入会権）は区別して把握されるべきである³⁴⁾。中尾教授はそのことにつき、次のように述べている。「共有の性質を有する入会権は、民法所有権の中に共有に関する規定の中の一ヶ条（263条）に規定されているように、（主に土地の）共同所有権の特殊形態である。使用収益については何も規定していない。一般の共有権は各共有者がその共有持分を自由に譲渡・処分することも、持分に基づく分割請求をすることもできる。しかしながら、共有入会権は（共同体的）集団構成員としての共同所有権であるから、その共有持分を自由に譲渡・処分することもまた持分に基づく分割請求もできない——これが歴史的に入会集団の規範（とりきめ）であった。このとりきめがここにいう慣習である。ただ、共有持分の得喪・変更（新たな加入を認めるか否か、共有持分の譲渡——同族間、あるいは他の集落住民に対して——のとりきめ）は集落によって異なるので、各地方の慣習に従うと規定したのである。入会権は…慣習に従うほか本節の規定＝共有を適用する。各入会権者は他の共有者の同意を得なければ、入会地の変更はできない(251条)。また、各自の共有持分を本人の意思に反して処分（売却など）することもできない——これをすれば他人の財産権の侵害になる。入会地など入会財産の変更・処分すなわち貸付・売却などに全員の同意を要するというは必ずしも会合等における全会一致を意味するものではなく、要は反対がなければよいのである。共有入会地の利用行為（変更行為と区別のつきにくいことが少なくない）…たとえば入山の時期方法、産物の売却など…は、持分の過半数で決することができる、と規定されているので、持分平等とされる。共有入会の場合は、通常の数決でも可能であるが、数決の慣習——これは入会地の管理に関する事項を数決で処理してきた事実をいうのであって、少数の者が反対しているにもかかわらず入会地の処分・変更したことが慣習的に何回もあった、という集団はおそらく絶無と考えられる」。要するに、一般に、民法における入会慣習とは何であるかを認識することなしに理論を展開するところに問題があるといえよう。

(2) 入会持分権の有無

入会権に持分は存在しないという見解³⁵⁾があるが、この見解によれば、構成員として有する入会権（持分権）の確認請求訴訟において、構成員の資格が裁判の

³⁴⁾ 江渕・前掲注17) 91-93頁参照。

³⁵⁾ 我妻・前掲注1) 427頁以下、舟橋・前掲注1) 436頁以下等参照。

平面で認められず、訴訟の入口で門前払いされるという極めて不合理な結果を生むことがある。中尾教授は入会権には持分がないという見解につき、次のように嘆じている。「民法では、共同財産の管理事項は共同所有者の持分の過半数で決することになっているが、仮に持分がないとすれば、入会地の貸付の解除や口明けの時期の決定や産物の処分等入会地に関する事業も、持分がない以上過半数ではできず、必ず全員の同意を要することになり、現実には即しない、きわめて不都合な結果を招くことになる」³⁶⁾。なお、前述の民法修正案前三篇の理由書には、「自由ニ持分ヲ譲渡シ又ハ…」と持分の存在が明記されており、民法典は、持分があることを前提に入会権を規定したことが窺われる。

そして、入会持分権は株あるいは持口などと呼ばれ、持分権は原則として平等であるが、常に平等であるとは限らない³⁷⁾。また、判例は入会持分権について、「共有におけるような持分」すなわち譲渡処分が自由な、分割請求が可能な持分はない³⁸⁾といているのであり、共同体的規制に制約された持分がないといっているのではないことに注視すべきである。

川島教授は、最初に、入会持分権がないと主張していた³⁹⁾が、後になって持分権が隠岐島における現地調査の結果、（地下前と呼ばれ）存在していたと改説⁴⁰⁾したことは注視すべきことであろう。すなわち、入会地における実態調査の重要性が窺えるのである。筆者も種子島能野^{ヨキノ}三集落の入会牧の調査において、入会持分権が、牧の株、山の株あるいは牧場の株などと呼ばれ現存していることを確認している⁴¹⁾。その牧の株すなわち土地に対する支配の割合は、今では時代の変化により、一人一株で男女共に平等となっているが、以前は、女世帯の場合は半人ボシ（半人株）であった。そして、この持分に基づき、使用収益や通常管理（改良行為や保全行為等）が行われているのも事実である。入会持分権とは、共同体規制を伴う土地支配割合である。

³⁶⁾ 中尾・前掲注 29) 332 頁参照。

³⁷⁾ 二株の権利を認定した判決として広島高松江支判昭和 52 年 1 月 26 日下民 28 卷 1 号 15 頁、半株の権利を認定した判決として、前掲注 6) の福岡高判昭和 58 年 3 月 23 日。

³⁸⁾ 最判平成 18 年 3 月 17 日民集 60 卷 3 号 773 頁。

³⁹⁾ 川島武宜『所有権法の理論』203 頁（岩波書店、1949 年）。

⁴⁰⁾ 川島教授著作集（の注書き）に、「かつて私自身も、入会権について『持分』の観念を否定する誤りをおかしていたのである（川島『所有権法の理論』203 頁（岩波書店、1949 年））。ただし…」との記載がある。川島・前掲注 4) 54 頁。

⁴¹⁾ 牧・前掲注 7) 「種子島の入会とマキ制度の研究」等参照。

(3) 入会地の管理行為と処分行為

従来、入会地についての管理行為と処分行為は「管理処分」と一括りに論じられてきたが、管理行為と処分行為は同列には扱われ得ないものといえよう。つまり、入会財産を何に使うかということ（管理）と処分をしてしまうことでは意味が違うのである。野村教授が指摘する通り⁴²⁾、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授權がある場合を除き、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、改めて全員の同意を要するものと解すべきであろう。最高裁平成 20 年 4 月 14 日（上関原発共有入会地訴訟）判決⁴³⁾で、管理行為と処分行為が分けて解されたことは、判例理論の発展であるといえる。

土地の処分を多数決決議で行うことは、憲法第 29 条の規定からしても、個人の財産権を無視する多数決制は法認され得ないものである。すなわち、多数決制を認めた慣習は違憲である。共有財産の処分に対する多数決決議は、少数派の財産権を多数派が剥奪する違法行為であり、「無効」と判断されるべきである。つまり、日常的な業務といえる通常管理行為は権利者の多数決によることが許されるが、入会権の消長に係わる処分行為は権利者全員の同意を要するものである。よって、通常管理と処分は分けて考えるべきである。

(4) 入会集団、人格なき（権利能力なき）社団及び認可地縁団体の異同

入会集団と人格なき（権利能力なき）社団の関係を混同した判例⁴⁴⁾も少なくない。この関係について言及しておきたい。入会地が人格なき社団としての村（集落）の単独所有財産であるならば、住民（権利者）が離村した場合、離村者は直ちに権利を失い、また転入者は集落の承認を受けることなく転入と同時に無条件に権利を取得することになる。しかし、入会集団はそうではない。帰村の意思のない離村者だけが村持山に対する権利を失い一時的な離村者は権利を喪失しない。そして、権利者が近隣に転出した場合、総会での評決や出役義務すなわち管理を果すことが可能である故、例外的に失権せず、逆に永住の意思がなく一時的駐留者（学校の教師等）は集落内に住居を構えても、村持山などの管理

⁴²⁾ 野村泰弘「上関原発共有入会地訴訟最高裁判決について」島法 52 卷 1 号 43-44 頁（2008 年）参照。

⁴³⁾ 判時 2007 号 58 頁。

⁴⁴⁾ 最判平成 6 年 5 月 31 日判時 1498 号 75 頁，神戸地判平成 8 年 9 月 4 日判タ 939 号 155 頁等参照。

に関し総会出席も要請されず出役義務の負担もなく無権利者である。つまり、集落は元来、林野管理集団と地域集団が重畳しており、その林野管理集団が入会集団たる集落である。集落は藩政期には、生活単位としての機能（入会集団）と行政単位としての機能（末端行政単位）が融合していたが、明治以降はこれが次第に分離し、生活単位としての側面は行政改革とは別個に存続してきたものである。入会集団は、民訴法第29条の適用（当事者能力・訴訟能力）など、人格なき社団と共通の取り扱いを受ける場合もあるが、団体と個人が未分離・融合した入会集団（実在的総合人、総有集団）と多数決原理に基づき共同目的のために結合した人の団体である人格なき（権利能力なき）社団は明確に区別されるべきである。

また、認可地縁団体と入会集団とを混同させないように注意することが必要であろう。町内会・自治会は法人格が認められないため以前には登記ができなかったが、認可地縁団体制度の創設により、町内会・自治会を対象に集会所等の不動産を団体名で登記することができ、そして訴訟では当事者適格を認められるようになった。しかし、この制度では、「世帯」を構成員とすることは認められず、その区域の住民であれば誰でも加入でき、団体の活動が著しく阻害される場合を除き、原則として加入希望者の加入を拒否できず、したがって入会集団を前提あるいは対象としていない。このことは、入会集団が世帯を単位（構成員）としていることと根本的に異なる点である。

(5) 入会権の解体・消滅

入会権は慣習から認められてきたものであるから、入会慣習（中でも、全員一致の原則及び離村失権の原則）が、どの程度生きているかが、入会権の解体（共有入会権から狭義の共有権への変質）・消滅を判定する指標であり、このことを見しておく必要がある。最高裁判決で「地役入会権が解体消滅したことを認めた」ものがある⁴⁵⁾が、明確な決議や権利者の同意もなく単に入会権の行使及び管理方法を巡る慣習の推移によって解体消滅が認定された判決である。「入会権は消滅している」というならば、構成員の有する使用収益権（持分権）が自由に売買譲渡されるようになったという事実、構成員が団体とは全く関係なく第三者（開発業者など）との契約により使用収益させているという事実、これらを確認する必要がある。

⁴⁵⁾ 最判昭和42年3月17日判時480号27頁、黒木三郎『現代農業法と入会権の近代化』215-228頁（敬文堂、1971年）参照。

その上で、団体の統制が及ばなくなっているか否かを判断すべきである。

また、裁判官が、入会権につき貨幣経済の発展と農耕技術の進歩によって暫次変質、解体、消滅の過程を辿る現象を認めていることは正確な判断であるとしても、権利者の同意を確認し権利者の権利侵害が生ずることのないよう慎重な判断が必要である⁴⁶⁾。なお、共有入会権についていうならば、この権利は共同所有権の一特殊形態であり、利用の事実よりも地盤に対して権利者が如何なる権利意識を有しているかが問題である⁴⁷⁾。入会権の成立は利用が要件であるが、集団による継続的な管理がなされている限り、入会権は消滅しないのである。したがって、共有入会権については、成立要件（利用）、存続要件（管理継続の存在）そして解体・消滅要件（管理の不存在）は詳細に分けて論ぜられるべきである。

3 手続法上の問題点

(1) 固有必要的共同訴訟論の限界

入会権の確認訴訟では、本案前の問題として、構成員全員が訴訟参加しているか否か、が問題となることが多い。判例の流れとしては、最高裁昭和41年11月25日判決（民集20巻9号1921頁）では「入会権の確認を求める訴は…固有必要的共同訴訟」であるとされた。総有財産を巡る第三者との紛争の場合に、構成員の一人と他の構成員との間で同一の権利についての判断にくい違いがでることは法的に許されないから、総有者は必ず全員で当事者となる必要があるというものである。この判例に従えば、構成員が多数にのぼる入会集団にあっては、構成員全員が原告となることは困難であり、入会権者から提訴権を事実上奪うものであるといえよう。

次に、最高裁昭和57年7月1日判決（民集36巻1号891頁）では入会権の管理処分に係わるものの確認は固有必要的共同訴訟であるが、使用収益を行なう権能は各自が単独で行使することができることとされた。この判例は、原告適格の基礎となる入会権の管理処分権は入会権者全員に帰属するから、固有必要的共同訴訟の成立が認められる。これに対して、入会権に係わる訴訟であっても、入会団体

⁴⁶⁾ 裁判官の入会権についての無理解による不当な判決の代表例「三分の一の少数権利者の意見を偏重して、入会権消滅という判断をしたもの」として、前掲注2)の広島地判平成5年10月20日がある。

⁴⁷⁾ 野村泰弘「共有入会地の処分と慣習」徳山大学論叢53号60頁（2000年）参照。

の構成員がその使用収益権の確認や、使用収益権に基づく妨害排除請求をなす場合には、それらの権利についての当事者適格は、構成員各自に認められるものであるから、他の構成員を共同原告とする必要はないと解されるものである。しかし、この判例の援用では、昭和41年判例同様に、入会権者が第三者を被告として、入会権の確認を求めることについては、権利者のうち一人でも提訴を拒む者が存在すると訴えの提起は不可能である。

そして、最高裁平成6年5月31日判決（判時1498号75頁）では「村落住民が入会団体を形成し、それが権利能力のない社団に当たる場合には、当該入会団体は、構成員全員の総有に属する不動産につき、これを争う者を被告とする総有権確認請求訴訟を迫行する原告適格を有するものと解するのが相当である。…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訴訟を原告の代表として迫行するには、当該入会団体の規約等において当該不動産を処分するには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」と判示し、入会団体を民訴法第29条の代表者の定めある法人でない社団とみて当事者能力を認め、且つ授權を要件としてその代表者の訴訟行為を認めた。この判例は、入会権確認請求訴訟が固有必要的共同訴訟であると解することの困難を緩和する試みであったと評価され得る。しかし、昭和57年判例同様に、入会集団を法人格なき（権利能力なき）社団と解していることは誤りである。それから、この事件では、代表者に対し構成員全員から授權はあったが、入会権の帰属する構成員各自と組合（入会集団）の関係が明らかにされていない。

さらに、最高裁平成20年7月17日判決（判時2019号22頁）は、「訴えの提起に同調しない構成員がいるために構成員全員で訴えを提起する事ができないときは、…訴えの提起に同調しない構成員も被告に加え、構成員全員が訴訟当事者となる形式で…入会権を有することの確認を求める訴えを提起することが許され、構成員全員による訴えの提起でないことを理由に当事者適格を否定されることはないというべきである」と判示していることからして、—固有必要的共同訴訟の枠内ではあるが—入会権者全員が原告となることの困難を克服した、画期的判例として、入会権法学者の野村泰弘教授や江渕武彦教授らに注目されている。しかし、この判例は、集団訴訟の門戸を大きく開いた画期的判決と評価され得るが、あくまで固有必要的共同訴訟の枠内での裁判上のテクニックによる

ものである。また、この事件は、権利者全員参加という訴訟要件を満たさざるがために訴訟不参加者を被告にして争ったものであるが、訴訟に参加したくない権利者に対し——汝の味方を敵にせよという——敵対心を煽るという要素を孕むものといえる。

(2) 参加命令制度及び類似必要的共同訴訟論の検討の必要性

判例の態度は、共同所有関係における固有必要的共同訴訟を前提としながら、固有必要的訴訟論の枠内で入会権者の権利救済をはかっている点で評価されるが、訴訟に参加したくない者を無理に訴訟参加させるなどの検討の余地を残すものである。それは、判例が固有必要的共同訴訟に固執しているからであるが、その——権利者全員が揃って初めて当事者適格をもつという——要件に拘泥してはならないといえよう。

そこで、固有必要的共同訴訟論の問題点の解決策として参加命令制度と類似必要的共同訴訟の検討がなされるべきであろう。まず、共同訴訟論発展の一助として、現行法に規定がなく、検討されたものの立法に至っていない参加命令⁴⁸⁾の制度（一部の者が訴えの提起を拒む時には、原告側が適法に提訴することができなくなるために、裁判所から、その一部の者に対する参加命令を得て、当該命令が拒絶されたときは、その余の者だけで訴えを適法に提起することができるというもの）が、再検討されるべきではなかろうか。それから、敢えて訴訟に参加しない者は、「（原告が敗訴した場合でも）その財産に対する不利益を考慮する必要はない」というべき者であり、入会権確認訴訟においては、弾力的で適切な解釈（類似必要的共同訴訟）によることも検討されるべきである。要するに、入会権確認訴訟における類似必要的共同訴訟論も、入会権者が提訴権（憲法第32条）を制約なく十分に保護されるためにも、今後、さらに——採用の是非も含めて——検討されるべき問題と考える。

現代の固有必要的共同訴訟論は、実体法理論へ全面的に依存したものであり、ある財産権またはこれについての管理処分権が複数人に帰属している場合には、その権利の処分や行使も複数人共同してしなければならないという実体法理論に基づいたものである⁴⁹⁾。したがって、固有必要的共同訴訟の要否は実体法に決

⁴⁸⁾ 参加命令によって一部の者に当事者適格を認めることが、提訴拒絶者の実体法上の管理処分権とどのような関係に立つかが必ずしも明らかでなかったため、各界意見でも参加命令立法化の賛成意見が多かったにもかかわらず、立法化されなかったとされる。伊藤真『民事訴訟法』559頁（有斐閣、1998年）参照。

⁴⁹⁾ 小島武司「共同所有をめぐる紛争とその集団的处理」ジュリ 500号 330-331頁（1972年）参

定づけられ、それが直ちに訴訟共同の要否を決定することになる。しかし、この理論は争いのない共同所有者を訴えねばならぬという問題を含むものである。このことを克服するために固有必要的共同訴訟論の再構成をも必要としよう。実質的に争いのない共同所有者を訴える必要をなくすためにも、「実体法上の法律関係の性格が共同訴訟の必要性を決めるのではなく、訴訟上の政策的考慮が実体権や具体的紛争状態を素材として独自に共同訴訟の要否を決定すべきである」と主張する小島説⁵⁰⁾を支持したい⁵¹⁾。

また、入会権確認訴訟において、当事者として誰々が抜けており訴訟要件を満たさない、と被告となった開発業者などが主張することがあるが、「何びとが入会権者（構成員）であるか」は、「入会権については各地方の慣習に従う」という民法の規定どおり各入会集団が自主的に決めるべきことであって、第三者（開発業者など）が、誰が権利者であるかなどとやかかいうべきことはできないのである。中尾教授が指摘⁵²⁾する通り、被告業者が構成員の地位等に言及することは入会集団の存在を承認したことになる。裁判官からこのことを指摘することもあるが、裁判官のそのような姿勢は、誤判を引き起こす要因にも繋がるといわざるをえない。裁判官も「誰が権利者であるか」ということに介入する権能を有していないのである⁵³⁾。

IV 今後の課題と展望

現代社会に適応しない古い入会権理論による学説・判例がまかり通っている

照。

⁵⁰⁾ 小島教授は固有必要的共同訴訟の生い立ちについて、「ドイツ普通法の初期には、共同訴訟なるものは禁止されていた。この禁止の原則はゲルマン古来の合有団体をめぐる紛争の合理的解決を著しく阻害した。そこで、例外的に共同訴訟を許すために用いられたのが『統一体』の理論であった。のちに共同訴訟が許されるようになると、『部分とは訴訟はできない』という形で、これは『共同訴訟の抗弁』に転化した。ここに硬直した今日の固有必要的共同訴訟の萌芽がみられる。…このような歴史的な背景をもつ現代の固有必要的共同訴訟論は管理处分権の共同帰属のドグマの上に構築されている」（小島・前掲注50）329頁）と論考している。

⁵¹⁾ 牧・前掲注7）「入会理論の実証的再検討の必要性」144頁参照。

⁵²⁾ 中尾英俊「入会集団の団体的性格」西南27巻4号20-21頁（1995年）参照。

⁵³⁾ 江渕武彦「東北山村における村有地入会権訴訟と当事者適格」島法51巻3=4号73頁（2008年）、中尾・前掲注5）198頁参照。

が、迅速で適正な裁判の確立のためにも、裁判官はこれらを根拠に判断してはならないのである。そして、明らかに誤りである入会権理論も多々見受けられる。例えば、「入会集団は人格なき（権利能力なき）社団である」、「入会権には持分権は存在しない」などであるが、誤判の根拠は、このような誤った要因に基づくもので、入会権理論についての極めて甚だしい認識不足・無理解によるものである。

入会権の本質は、共同体的規制を伴う共同所有（あるいは共同利用）すなわち総有（あるいは準総有）にあると解されるが、総有についての定義が、我が国ばかりでなく各国でまちまちである⁵⁴⁾。その異同を明らかにすると共に、我が国の入会は果して総有によるものか、もしくは我が国固有の権利であるのか、をもう一度原点に立ち戻って究明する必要があるだろう。また、中尾教授が、我が国の入会権は村張り（縄張り）の権利である⁵⁵⁾と述べていることは注視すべきであり、我が国の入会権法学を際立たせるためにも、この村張りの権利についても視野に入れた研究が望まれる。さらに、総有を「ゲルマン社会の総有(Gezamteigentum)」と「我が国の惣有」とに区分しての研究も必要ではなかろうか。つまり、1502（文亀2）年の近江今掘の村民が作った惣掟（釈文）には、「定条々之事…一 惣私森林事、手折木葉寄土者、可為百文咎、カマキリハ二百文、ナタハ三百文、マサカリハ五百文咎たるへく候⁵⁶⁾とあり、ここでは中世の入会林野を「惣私林」と呼んでおり、このような史実を踏まえて、我が国の共同所有の特殊形態を惣有と定義してはいかなものであろうか。なお、我が国の「入会地総有権説批判」を唯一主張している戒能説⁵⁷⁾を併せて検討することも必要であろう。

⁵⁴⁾ 「多数人が、法律の規定または契約により結合して団体を構成し、団体として一物を所有するときには、彼らは総有権者であって、各人の権利は物の全部のうえにおよんでいる（スイス民法 652 条）」岩井萬亀『入会権——その債権性と近代化——』419 頁（法律文化社、1976 年）、「法人でない社団の社員が集合体として物件を所有する場合は総有とする（韓国民法 275 条 1 項）」江渕武彦「農業水利権の法的地位」『日韓土地法学会研究大会研究報告資料』7 頁（2000 年）。なお、上谷教授は、ギールケ（Gierke）に基づいて総有という概念を用いる場合でも、論者によってその内容に違いがあり、いま一度ギールケの理論に立ち帰らなければならないと指摘する。上谷均「共同体的所有の法的構成に関する一考察（一）」民商 90 巻 2 号 223 頁（1984 年）参照。

⁵⁵⁾ 「入会という用語は文字どおり『入り会い』、いわばなわばりであり、土地に対する支配権能を意味するものである。」中尾・前掲注 25) 15 頁参照。

⁵⁶⁾ 笠原一男「動乱の世紀」藤木久志『図説日本の歴史——8.戦国の世』138 頁（集英社、1975 年）。

⁵⁷⁾ 戒能博士の見解は次の通りである。「私の言いたい事柄は、明治初年地租改正前の状態を基

入会集団内部の争いによる裁判が多いのが実情であるが、その紛争解決のために、村落の構造・親族関係等の実態調査が重要な役割を果たしており、入会裁判の経緯・法律上の争点のみならず、村落構造・親族関係についても更に詳細な調査が必要とされよう。我が国の入会権研究を促進させ入会理論を発展させるには、法社会学上の現地調査が基礎であるが、それと併せて、郷土史家及び民俗学者など他の研究分野の研究者と連携してパイオニアスピリット（pioneer spirit）をもって相互に利益となる研究を行うことが望まれる。

今後は、実在的総合人（入会集団）、法人格なき社団そして認可地縁団体との異同・比較、ゲルマン（German）社会の総有と我が国入会権（史）における総有（惣有）の異同、そして入会権確認訴訟における必要的共同訴訟論につき更なる検討を必要としよう。

また、入会権は主体たる入会集団の名で登記することができないので、通常、集団の代表者（単独もしくは複数）名義で所有権登記するのが一般的であるが、登記名義人が登記制度の過信に基づき所有権を主張することがある。つまり、法（登記）制度の不備（我が国不動産登記法では、登記に公信の原則が採用されていない）に基づく入会紛争も多々見受けられるが、不動産登記法上の問題すなわち入会権と登記の関係については、現在、江渕教授が入会権の登記の処理として「委任の終了」との関係⁵⁸⁾を検討（提案）している。この適用は登記名義人の専横を防止し、入会権であることを公示する一助となる方策として入会権法学者に期待されているもので、このことを支持したい。

準とする一般入会地支配関係の内容は、たとえ『総有』なる形態に於てにせよ、所有権を暗示するが如き意味における支配形態であったのではなく、むしろ『進退』・『支配』もしくは『占有』なる事実的収益行為を中心とする入会地支配様式が、その中枢をなしていたのであるという点であった」戒能通孝『入会の研究』493頁（一粒社、1958年）。なお、戒能説（入会地総有権説批判）の批評につき、大野博実「入会紛争の一考察——千葉県成田市江弁須の事例を素材として——」早誌32巻112頁（1982年）参照。

⁵⁸⁾ 詳しくは、江渕武彦「『委任の終了』に対する不動産登記法改正の影響」『村落と環境3号』1-3頁（村落環境研究会、2007年）、同「『委任の終了』と不動産登記法改正——登記原因の推定力及び入会権推認機能との関係において——」島法51巻1号1-64頁（2007年）参照。

V 結 び

以上述べてきたとおり、旧説は現実の入会の実態を無視した古い入会権理論あるいは入会権を正確に定義していない不完全な理論である、といっても過言ではあるまい。裁判官、弁護士といった法曹のみならず、法学（民法）研究者には、このような現在の実態に適応しない古い入会権の定義（誤った定義ともいえる）に固執している者が少なくないが、そのような定義が実態にそぐわなく法解釈の妥当性の大半を失っていることを認識すべきである。そして、不正確な入会権記述の入会権解説書や民法教科書に基づいて、誤った入会権理論の主張が訴訟代理人によって行われ、その結果明らかに誤りというべき判決⁵⁹⁾が言い渡されることは、憲法（第29条、財産権の保障）上も問題であろう。裁判官は、民事裁判で誤判を下しても許されるのか、いやそれは許されるべきではないのである。なお、裁判官の入会権についての認識不足（誤判）により、紛争解決までに長年月を費やすことも希ではない⁶⁰⁾。誤判を防止し適正で迅速な裁判のためにも、もう一度、民法制定時の原点に立ち戻って、民法にいう入会権の認識を新たにすべきである。そして、入会権の本質は、慣習の存在や採取行為の存在にあるのではなく、共同体的支配秩序（総有あるいは準総有）にあるということを念頭に置かねばならないであろう。なお、それ以前の問題として、入会権存否の鍵は、地域住民（入会権者）の権利意識と慣習の中にあるため、その地域で「住民が如何なる権利意識を持っているのか、そして如何なる慣習が横たわっているのか」という入会についての実態調査は必須である。

また、入会権は環境保全を直接規定していないが、環境保全機能の権利根拠として入会権の基本原則（全員一致の原則）が、際立つ今日でもある。入会権問題は普段は潜在しているが、買収されたり、開発されようとしたときなど、顕在化してくるのである。入会権が全国的に解体・消滅に向かう中、係争地の地域住民（入会権者）らが権利意識を高揚させ、そして入会権（の全員一致の原則）

⁵⁹⁾ 入会権につき、入会権は慣習上の権利で山林原野に収益する権利であると判示した下級審裁判例として、福岡地飯塚支判昭和31年11月8日下民7巻11号3169頁。

⁶⁰⁾ 牧洋一郎「地域開発と入会紛争——馬毛島入会権確認請求訴訟事件」『都市問題』102巻6号126-135頁（東京市政調査会、2011年）、牧・前掲注7）「入会理論の実証的再検討の必要性」131-154頁、等参照。

が、乱開発を阻止するための歯止めになっているのも事実である⁶¹⁾。つまり、入会地を売却譲渡する場合は、入会権者全員の同意が必要であり、開発業者などへの多数決に基づく売買契約は無効であるというものである。そのような点からみて、入会権が土地についての優れて現代的権利であることを指摘しておきたい。また、入会林野を利用した環境教育としての子供の森林体験を実施している地域もある。入会権の存在が地域住民のアメニティーライフや福利増進に貢献している点⁶²⁾を見逃してはならないであろう。入会権は古い歴史を有する権利であるが、現代社会に適応（変化）して生きている権利である。

環境問題につき地域住民（入会権者）らが——土地処分については権利者全員の同意を要しそのことが環境保全の砦になり得るとい——入会権を盾に自然環境の悪化及び破壊を阻止することも多くなっている⁶³⁾。今後は従来の村落法研究の延長のみならず、環境保全の権利根拠⁶⁴⁾としての入会権へと、視点を変えたより一層の入会権研究も重視されるべきであろう。

⁶¹⁾ 牧・前掲注7)「環境保全における入会権及び水利権」1-33頁、同「塵芥処理施設建設を巡る入会紛争」100-107頁等参照。

⁶²⁾ 山下詠子『入会林野の変容と現代的意義』（東京大学出版会、2011年）240頁参照。また、入会権行使の現代的形態として「入会の森キャンプ場」を主張した下級審裁判例として、東京高判平成8年12月2日判時1601号112頁参照。

⁶³⁾ 牧・前掲注7)「地域開発と入会紛争」126-135頁、中尾英俊「入会権の存否と入会地の処分——入会権の環境保全機能——」西南35巻3=4号71-101頁（2003年）等参照。

⁶⁴⁾ 環境保全の権利根拠について、中尾・前掲注25)352頁等参照。

