

入会団体における団体意思

——全員一致原則との関係を中心に——

上 谷 均

- 1 問題の所在
- 2 入会団体の「団体」性
- 3 入会権の消滅と入会団体の意思
- 4 おわりに

1 問題の所在

入会権は、近時のいわゆるコモンズ論¹⁾において再評価の対象とされているものの、裁判では、入会権の消滅の有無の判断、入会権者の有する権利の性質など基本的なところで困難な問題に直面しているように思われる。そして、この問題は、入会団体とは何かということと密接に結びついている。2で検討するように、川島武宜を中心に形成された今日の入会理論においては、入会権に関する中核的概念は、その法的性質を実在的総人として説明される入会団体であって、入会権の消滅の有無や入会権者の権利関係もこの入会団体の存在を抜きにして語ることはできない構造になっている。

1) コモンズ論における入会の位置づけについては、宇沢弘文・茂木愛一郎『社会的共通資本 コモンズと都市』（東京大学出版会、1994年）のうちとくに第4章、間宮陽介「コモンズと資源・環境問題」『岩波講座 環境経済・政策学 第1巻 環境の経済理論』（岩波書店、2002年）、室田武・三俣学『入会林野とコモンズ』（日本評論社、2004年）のうちとくに第1章、井上真『コモンズの思想を求めて』（岩波書店、2004年）のうちとくに第2章などを参照。コモンズ論において、民法・法社会学で形成されてきた入会理論をどう位置づけるかという問題は、入会理論の基礎ともいえる私権論をどう評価するかということとの関わりで検討が必要であると考えており、別稿を予定している。

ところが、この肝心の入会団体の法的性格が必ずしも明確であるとはいえない。入会団体の法的性格と表裏一体の関係にある総有概念は、周知のように、わが国の判例通説において、権利能力なき社団の財産関係の説明に用いられるとともに²⁾、入会権に関してはその性質を説明するためのいわば本質的な概念として用いられているが³⁾、他方で、法概念としての根本的な問題点も指摘されつづけている⁴⁾。私は、かつて、わが国において総有概念がわかりにくいものになっている一因にこの概念のわが国への継受の過程における問題点があることを指摘したことがある⁵⁾。この観点は、現在も基本的に修正の必要はないと考えているが、ただ、総有概念の基礎にある団体の性格をどのように捉えるのかという点に関して、団体の意思形成すなわち入会団体における全員一致原則と多数決原理との関係を問題とする視点が欠落していた。

本稿は、入会団体における団体意思という視点から、入会団体の法的性格の問題を検討し直してみようとするものである。この視点は、法人理論における社団と組合の峻別論のとらえ方にも関わると考えられるものであり⁶⁾、本来は、ギールケを中心とするドイツ団体法論の検討が不可欠である。

2) 最高裁昭和39年10月15日民集18巻8号1671頁，最高裁昭和47年6月2日判決民集26巻5号957頁，最高裁昭和48年10月9日判決民集27巻9号1129頁など。

3) 代表的なものは、いうまでもなく川島武宜編『注釈民法（7）』（有斐閣，1968年）510頁以下〔川島武宜〕（⇒「入会権の基礎理論」川島武宜著作集第8巻（岩波書店，1983年）67頁以下）である。以下、川島理論については原則として著作集による。

4) 星野英一「いわゆる『権利能力なき社団』について」民法論集第1巻（有斐閣，1970）307頁以下。内田貴『民法Ⅰ 総則・物権総論〔第3版〕』（東大出版会，2005年）218頁は、社団と組合の峻別論およびそれと結びついた総有・合有理論は、「今日では理論としてほとんど維持し難いとさえいえる」という。

5) 上谷「共同体的所有の法的構成に関する一考察（一）（二・完）」民商法雑誌90巻2号・3号（1984年），上谷「入会権の『解体』と『消滅』—地役入会権の場合」修道法学第18巻第1号35頁以下（1995年）。

6) 加藤雅信教授が「総有論，合有論は，法技術的には法人とはなっていない団体の，法人的実質を確保するためのミニ法人論的機能を，共同所有論の形をとりながら，果たすもの」（加藤雅信「総有論，合有論のミニ法人論的構造」『日本民法

しかし、これは大変困難な課題であり、現段階では十分に展開することができない。したがって、本稿では、対象を大幅に限定して、わが国の入会理論における全員一致をめぐる議論の検討と、最近の入会訴訟の若干の検討にとどまらざるをえない⁷⁾。

2 入会団体の「団体」性

(1) 川島武宜によれば、「民法が入会権の法源として承認しているところの『慣習』は、特定の土地についての入会の慣行の存在を内容とするものであることを要せず、入会主体—すなわち総有的法律関係の主体—としての適格を有する仲間の共同体の存在を内容とするものであれば足る、と解すべきである」⁸⁾ という。この考え方によれば、たとえば、入会権の消滅の有無の判断は、その利用形態によるのではなく、入会団体の慣習上の存否というメルクマールによるということになる。したがって、入会権をめぐる権利関係にとって入会団体の存在とその性格が決定的に重要な意味を持つことになるはずである⁹⁾。では、この入会団体の「団体」としての性

学¹⁾の形成と課題 上』(有斐閣、1996年)155頁)とされることが、総有・合有概念は法人論に位置づけられるべきだということを意味するのであれば、その通りであると考ええる。私は、総有・合有の分析に法人論の視点が不可欠であることは当然の前提であると考えている(前掲注(5)民商法雑誌論文参照)。加藤雅信『「所有権」の誕生』(三省堂、2001年)131頁以下(「総有論のミニ公法人論としての性格」)も参照。

7) 入会団体の当事者能力に関して、権利能力なき社団との関係が訴訟上は重要な意味を持っていることはいうまでもないが、実体法上の入会団体の法的性質論と訴訟法上の取り扱いの関係をどのように処理するべきかについては、今後の課題としたい。この点に関する、入会研究者による最近のまとまった研究として、野村泰弘(島根県立大学)「入会権と固有必要的共同訴訟(一)(二)」埼玉工業大学人間社会学部紀要第2号41頁以下(2004年)・第3号59頁以下(2005年)を挙げておく。

8) 川島・前掲注(3)著作集「入会権の基礎理論」84～85頁。

9) たとえば、「分け地」に関する最高裁昭和40年5月20日判決民集19巻4号822頁は、入会権の消滅を否定するに際して、この考え方の影響を受けていると考えられる。

格はどのようなものとして説明されているのであろうか。

川島武宜は、入会団体の法律関係のうち、内部関係は、「団体としての入会集団は多数者構成員の相互関係にほかならず、その相互関係は彼らの集会…において一つの現実的外形をとるのであり、そうしてその集会は、独立・平等な仲間の構成員全員の一致によって決定を行なうのを原則とする。…この法律関係を、総入会権者以外に存在する『入会集団そのもの』という概念を用いて構成する必要はない」のであり、外部関係も、「入会集団が他の者と権利義務の關係に立つ場合…には、入会集団は一つの統一体として権利関係を主張するように見えるが、多数入会権者の共同の主張以外の法律関係を観念する必要はない」という¹⁰⁾。つまり、入会権者の集合とは区別された団体固有の存在を否定するこのような関係こそが、入会団体の特質たる実在的総合人の関係であると説明するのである。

(2) 実在的総合人概念をわが国の入会権の説明に取り入れた中田薫は、わが国の村および入会の法的性質を、ギールケに依拠して実在的総合人および総有の概念によって説明した。その要点は、徳川時代および明治初年の村は法人であること、法人とはゲルマン法の実在的総合人であること、実在的総合人における総有とは、法人たる村とそれを構成する村民の共同所有関係であり、村総体と構成員に所有権の内容である管理処分権能と使用収益権能が分属する関係であること、総有と合有は概念的に峻別されること、などであった¹¹⁾。

10) 川島・前掲注(3) 著作集「入会権の基礎理論」70～71頁(傍点原文)。

11) 上谷「総有概念の継受について」法制史研究46(1996年)385頁に簡単なまとめがある。そこでは、町村制による実在的総合人から近代的擬制人への変化と入会権の変質という重要な結論も挙げている。この点は、私権論と公権論の関係をどう評価するかという難問にもつながる点であるが、紙幅の関係で、中田博士の理論の詳細は、上谷・前掲注(5)90巻2号205頁以下にゆずり、本文に挙げた要点の根拠となると考える若干の文章を挙げるにとどめる。引用は、中田薫『法制史論集第2巻』(岩波書店、1970年)からである。

① 「徳川時代に於ける村の人格」(1920年)

985頁「第一に徳川時代の村は一の獨立せる人格者である。第二に然れども此

通説とされる我妻栄の説明も、これにしたがっていると考えられる。すなわち、実在的総合人とされる「村落団体の所有においては、この団体結合がそのまま反映し、管理権能は、もっぱら村落そのものに帰属し、村落共同生活を規律する社会規範によって規律され、収益権能だけが、各村落住民（Genosse）に分属した。したがって、総有における各共同所有者の権利は、単なる収益権であって、近代法における所有権の実をもたない」の

人格は羅馬寺院法の法人の如く擬制人（persona ficta）では無くして、日耳曼獨逸法の（Genossenschaft）の如き實在的總合人（reale Gesamtperson）であると云ふべきである。」

987頁「かくて Genossenschaft の多くは中世の後半以来、所謂 Körperschaft の性質を示すにいたつたのであるが、此等 Körperschaft の人格は羅馬法の法人の如くに、組合員の人格と全然分離し獨立して居るものでは無くして、依然彼の前身たる Genossenschaft に特有なりし、單一性と複多性との両面を持て居た。即 Körperschaft は總體の人格と組合員の人格とが、互に不即不離の關係を保持して居る所の總合人である。總體の單一的總體權と、組合員の複多的特別權との、結合を許す所の團體である。從て又 Körperschaft の財産も、其總體に專屬するものでは無くして、總體と組合員との間に、其所有權の内容が或關係に於て分屬して居るのである。即此處には學者の所謂團體的總有權（körperschaftliches Gesamteigentum）が存在して居るのである。」

989頁「Gierkeの説に據ると獨逸の Körperschaft は、擬制人では無く實在的總合人であつて、各組合員に於て支持され彼等に附屬する共同體である（Die deutsche Körperschaft ist als Gesamtperson das von den verbundenen Einzelpersonen getragene und zugehörige Gemeinwesen）。其特徴は genossenschaftliches Prinzip を骨子とすることに存する。即總合體と其構成分子たる組合員とが全然分離獨立せずして、或種の人法的連鎖（ein personenrechtlicher Band）に依て結合され、團體の單一的總體權と組合員の複多的特別權とが、組織的に有機的に相結合することに在る。」

990頁「當時の村が日耳曼法系の Genossenschaft（Körperschaft）に全然一致しない迄も、最之に近似して居る法人であると言うこと丈は斷言し得ると思ふ。」

②「明治初年に於ける村の人格」（1927年）

1051頁注（61）「獨逸の総有には兩種を分ち得る、一は未だ法人格を有せざる時代の Genossenschaft に屬するもので、二は法人格享有後の Genossenschaft（Körperschaft）に屬するものである。Gierke は前者を altes Gesamteigentum 後者を neues Gesamteigentum と称したことがあるが、Hübner に至ては前者を genossenschaftliches Gesamteigentum 後者を korporatives Gesamteigentum と稱して居る、…我村共有は korporatives Gesamteigentum である、…」

であって、「総有においては、所有権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。最も団体的色彩の強い共同所有形態である」¹²⁾ というものである。ここで総有の特質として強調されているのは、実在的総合人という団体における権限の分属関係である。

ところが川島武宜は、実在的総合人の「意味は中田博士の著作とともに理解されているはずであるのに、十分に理解されて」いないと嘆き、権限の分属論を説く通説の見解に対して、これがわが国の入会の実体に反するのみならず、ギールケの説明とも違うという趣旨の批判を展開して¹³⁾、先に引用したように、「総入会権者以外に存在する『入会集団そのもの』という概念」を否定する見解を提示することになる¹⁴⁾。この批判からすれば、通説の説明は、ギールケに依拠した中田薫による実在的総合人ないし総有の説明とも食い違っているということになるはずである。しかし、通説の説明が現在のわが国の入会の実態に反している、という点はともかく、実在的総合人ないし総有の説明自体がおかしいのだという批判点については、中田薫の説明と対比すると疑問が残る。すなわち、ギールケが、「…所有権に関して、古いゲノッセンシャフトに古い総有が対応していたように、新しいゲノッセンシャフト概念は、新しい総有の概念に反映される。しかし、

12) 我妻栄著・有泉亨補訂『新訂物権法』（岩波書店、1983年）316頁。

13) 「『ゲルマン的共同体』における『形式的平等性』の原理について」川島・前掲注（3）著作集58頁注（34）。なお、私は、別稿（判例評論531号（判例時報1812号）186～187頁）で、川島は初出の段階（初出は川島武宜・松田智雄編『国民経済の諸類型』（岩波書店、1968年）である）では実在的総合人概念に消極的態度を示していたが、著作集では積極的な位置づけに変更する書き換えが行われていることを指摘した。この点は、川島武宜の入会理論における「変化」の問題として位置づけるべきではないかと考えている。

14) 川島武宜と同様の説明として、中尾英俊「入会集団の団体的性格」西南学院大学法学論集第27巻4号（1995年）14～16頁参照。ただし、「入会集団は国家法上権利能力を有する団体である」（同前）とする点が、団体固有の存在を観念することを肯定する意味であるか否かは検討の余地がある。中尾英俊『新版 入会林野の法律問題』（勁草書房、1984年）92～95頁も参照。

この新しい総有は、…一定の所有権の権限が総体人格に集中し、他の所有権の権限が仲間の複多性のもとに分配され、両方の権限領域がゲノッセンシャフト体制によって有機的に結びつけられている、という形で存在する」¹⁵⁾と、権限の分属論を語るとき、これは中田薫の議論と結びつくものであると考えられるのである。

川島武宜は、いわゆる法人学説における法人実在説に関して、「otto・ギールケは、そのような法人の社会的実体を、団体（彼のいわゆる *reale Gesamtperson*）であるとし、その中では個人は団体法的原理（*gesamte Hand*）（ローマ法的な孤立至高の個人の関係ではなく）によって相互に拘束され、その結果自体は自分の固有の意思と行為とをもつ有機体 *Organismus* であり、法人の法的人格は、その社会的実体がこのように現実社会生活において主体者であるという事実にもとづくのだ、と主張する」¹⁶⁾と説明している。これによると、実在的総合人（*reale Gesamtperson*）概念がギールケの法人論において重要な役割を有するものとして理解されていることがわかる¹⁷⁾。にもかかわらず、川島武宜が、入

15) O. v. Gierke, *Das deutsche Genossenschaftrecht*, Bd. 2 (1873) S. 908. ギールケは、古いゲノッセンシャフト概念、古い総有概念と区別して、「今日のケルパーシャフトの概念の外側はローマの *universitas* で覆われている。すなわち、全体として、構成員の集合とは区別された人である社団。しかし、内側にあるわれわれのケルパーシャフトの本質はローマの *universitas* の本質とは違う。ドイツのケルパーシャフトは、実在的総合人として、結合した個人によって担われ、かつ、彼らに属している共同組織である。実在人と個人の間は、相互にギブアンドテイクのように影響しあいながら、人法上のきずなで結ばれており、それはケルパーシャフトの外側で生じるのとは違う」のであり、「我々はローマ式の対立の代わりに、ケルパーシャフトの結合とゲゼルシャフトの結合というドイツ式の対立を基礎に置かなければならない。二つの型を概念的に厳しく区別しなければならない。なぜなら、法によって認められた独立した団体人を一方には肯定し、他方には否定しなければならないからである」と述べている（*Deutsches Privatrecht*, Bd. 1 (1895) S. 479, 481）。そして、ケルパーシャフトにおける意思決定は原則として多数決による（a.a.O., S. 501）

16) 川島武宜『民法総則』（有斐閣、1969年）90頁。

17) 川島武宜は、権利能力なき社団に関して、「社団は、構成員の共同の事業を行うための統一体であって、単なる構成員間の契約関係ではないのであるから、その

会団体を実在的総合人と説明するとき、法人論との係わりは希薄なものとなる¹⁸⁾。この理由は、入会権について、入会権者各自が有する私権としての性格を強調する考え方と密接に結びついているといつてよい。すなわち、入会権について、全員一致でしか処分することができない共同所有関係としての側面を強調する限り、構成員とは別の団体独自の存在を肯定することは難しいと考えられたのではないだろうか。

(3) 入会団体における全員一致原則と団体の意思という問題に関して、法社会学の立場から興味ある指摘が行われている¹⁹⁾。これによると、全員一致を原則とする入会団体においては構成員と区別された団体の意思は観念することはできない、とする川島武宜の議論に対して、「多数決という意思決定プロセスは現実には一体いかなる現象として確認されるのか」と問題提起し、全員一致の現実のあり方を検討した上で、「少なくとも全員一致と多数決との間には、截然たる区別があるというよりは、両者の理念型の間にさまざまなケースがスライディング・スケールをなして連なっていると考えるのが、実証研究にとっては有益ではないか」²⁰⁾との認識を前提として、「純然たる全員一致の場合でさえも…、なおその全員一致の意思は、その後の集団構成員の行動を規制する（あとで翻意しても異議を唱えるこ

財産は構成員の個人財産から分別されたものであることを要する。したがって、社団財産に対する構成員の共同所有は、構成員に合手的に *zur gesamten Hand* 帰属すると解すべきである（合有）」（川島・前掲注（16）139頁）と説明する。この説明では、実在的総合人と権利能力なき社団の関係、総有と合有の区別は必ずしも明確ではない。

18) 川島・前掲注（13）著作集（『「ゲルマン的共同体」における『形式的平等性』の原理について』59頁注（36）で、実在的総合人の説明に際して、ギールケの団体法論の引用から「独立した法人格をもった社団（*ein Verein mit selbständiger Rechtspersönlichkeit*）」という表現を省略していることについて、上谷・前掲注（13）（「判例評論」）で指摘している。

19) 榎澤能生・名和田是彦「地域中間集団の法社会学—都市と農村における住民集団の公共的社会形成とその制度的基盤」利谷信義・吉井蒼生夫・水林彪編『法における近代と現代』（日本評論社、1993年）。名和田是彦『コミュニティの法理論』（創文社、1998年）そのうちとくに第四章五。

20) 榎澤・名和田・前掲注（19）442頁。

とはできない) のであってみれば、当該人間集団の固有の意思として固有存在性をもつのであって、単なる個々の意思の総和とは異なるのではないか」とする。つまり、「川島のいう全員一致集団においても集団の意思の固有存在性が確認しうる」というのである²¹⁾。

この論者が、川島武宜の議論は「入会権の・共同体的規制に埋没しない・私権性…を論証したいという実践的意図に基づくのではないか」²²⁾と指摘する点や、全員一致原則と多数決原理が二者択一的な関係として捉えられるものではないとする点はその通りであると考ええる。また、これによって、全員一致を原則とする団体にもなお「当該地域の公共的意思の担い手」としての位置づけを与えようとする実践的意図も十分理解できる。しかし、この論者自らが、「全員の一致を意思決定や事業の前提においている組織は、集団的力において弱いと評価されてよい」²³⁾と指摘するように、全員一致原則は、団体の「公共的」意思の形成を阻害する（そのことがプラスに評価される場合も、マイナスに評価される場合もあるであろう）ものとして機能する可能性が高いという側面を有することは明らかである。そして、このことは、形式的に全員一致決議がなされた場合にも、それへの拘束が機能せず、問題が顕在化する可能性を常に孕んでいることになる。この例を入会権の消滅決議に関する判決例を手がかりに検討してみたい。

3 入会権の消滅と入会団体の意思

(1) 入会権の消滅原因として、入会団体の意思による入会権の放棄と入会団体による規制の消滅があげられる²⁴⁾。後者の場合の消滅とは、団体による規制が消滅して個別的な権利関係に移行することであるとされている

21) 同前443頁。

22) 名和田・前掲注(19) 128頁。「入会権は共同体のものではなく各個人のものだというわけである」と指摘する。

23) 同前129頁。

24) 川島・前掲注(3) (注釈民法) 575頁以下〔中尾英俊〕、中尾・前掲注(14) (『新版 入会林野の法律問題』) 311頁以下参照。

から²⁵⁾、通常の共有（あるいは準共有）の段階を経ることになるとすると、団体の意思をとりたてて観念する必要はないということになるであろう（通常の共有で、共有者の団体意思を観念する必要はないと考えられる）。

これに対して、入会団体の意思による入会権の放棄の場合は、入会団体がそのような意思を形成することができるものとして存在し、全員一致原則が行われていることが前提とされていると考えることができる。全員一致決議について紛争が生じなければ、団体意思が形成されていると表現することもできよう。しかし、形式的に全員一致決議がなされたとしても、内部対立の要素を抱えている場合には、その有効性は不安定なものであり、団体意思を観念すること自体に疑問を感じさせる場合もある。このような事態は多数決の場合よりも問題は深刻であろう。以下では、形式的な全員一致決議の存在を前提としつつも、その実質的な内容が問われたケースをとりあげてみることにする。

(2) 那覇地裁石垣支部平成2年9月26日判決判例タイムズ767号149頁は、入会権を消滅させて入会地を入会権者各自の単独所有とする旨の入会団体の決議の効力を否定したものである²⁶⁾。判決は、「現に共有の性質を有する入会地としてこれを利用する慣行が継続しているのにもかかわらず、当該入会権を決議により消滅させ、特定の者の共有に移行させるため」の要件と

25) 川島・前掲注(3)(注釈民法)579頁以下〔中尾〕は、共有入会地では「純然たる民法上の共有地」となり、地役入会地では「土地所有者との純然たる契約利用地ないしは地上権もしくは賃借権等の準共有地となる」と説明する。共有入会地については所有権の問題だから比較的理解しやすいが、地役入会地の場合、地役入会権が変化した権利は、まったく利用していなくても、消滅時効が完成するまでは存続し続けることになるのであろうか。

26) 事案の詳細については、中尾英俊「決議による入会権の解体消滅と入会権利者の範囲（新加入者の権利）——最近の判決を中心として——」判例評論414号（判例時報1458号）（1993年）174頁以下参照。本件の原告は、入会権者であることを主張するいわゆる新戸であり、決議には加わっていない。しかし、判決はそれを理由に全員一致決議の効力を否定したわけではない。また、本判決は、被告である入会団体が権利能力なき社団にあたるとして当事者能力および当事者適格を肯定しているが、全員一致原則との関係はとくに触れていない。

して三点挙げている。第一は、「入会権者全員の合意」であり、この合意があると言えるためには「入会権消滅についての法的な意味」、「総有との基本的な違いについて十分に理解してなされるべき」であるとする。第二は、「入会財産の処分方法について決議すること」である。第三は、離村などのために資格を喪失している者について「入会権を回復する慣行上の期待権が存在する」場合に、「本来的な権利者に持分の取得を主張する機会を与えること」である。

このうち、「入会権消滅についての法的な意味」、「総有との基本的な違い」について、判決は次のように述べる。すなわち、「他に特別に決議がない限り、通常の共有になれば、家の物ではなく戸主名義人の個人財産となり、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、本件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者が現れても、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、共有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真栄里入会地の現況は大きく変化することもあり得、これを防止することはできなくなること、共有者の一人が現物分割を主張すれば、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総有との基本的な違い」があり、このことを理解した上でなされる「入会権者全員の実質的な合意及び追認」が必要であるというのである。控訴審判決である福岡高裁那覇支部平成6年3月1日判決判例タイムズ880号216頁も、同様に、第一と第二の要件に基づいて消滅決議を無効としているが、第二の要件を必要とする理由はとくに述べておらず、第三の要件には全く触れていない。

このうち、第二の要件については議論があるが、第一の要件と第二の要

件はそもそも一体のものであると理解すれば足りるのではないだろうか²⁷⁾。つまり、入会権消滅決議における提案事項がその決議によって自分たちの財産が一体どうなるのかということを十分理解できるようなものであることが必要で、それを理解した上での合意でなければならないということになる。したがって、積極的に反対しなかったからということで安易に合意あるいは追認を認定することはできないということになる。このように、判決は、全員一致原則の内容をかなり厳格にとらえているものであると評価することができるが、そのことは同時に、全員一致の合意が実質的にはかなり困難であること、また、一度形式的になされた全員一致合意もその実質的内容を問題にすることにより、容易に覆えされる可能性の高いものであることを示唆するものである²⁸⁾。

(3) 最高裁判平成15年4月11日判決判例時報1823号55頁は、入会権全部の消滅決議とは異なり、入会団体の管理する一部の入会地について入会権を放棄する決議がおこなわれた場合の決議内容が問題となったケースである²⁹⁾。

27) 長井秀典「平成3年度主要民事判例解説」判例タイムズ790号(1992年)30頁は第2の要件について「入会財産の処分方法に関する決議については、なぜこのような決議が必要なのか理解しにくいところがある」とした上で、この決議がないことを「入会権者らが入会権を通常の共有関係に移行させる意思を有していなかったことを強く窺わせる事情」であるとする。中尾・前掲注(26)175頁参照。

28) ただし、本件では、決議後の関係も実質的には従前の入会関係と変わるものではないとも考えられ、入会権消滅決議の狙いは何であったかという点も含めて複雑な背景事情があるようであるから、全員一致合意に関する判旨をどこまで一般化することが可能であるか検討の余地がありそうである。

29) 本判決については、上谷「入会地売却代金債権の総有的帰属(判例紹介)」民商法雑誌129巻3号406～410頁(2003年)で事実の紹介と簡単な検討を行っている。その後、次に列挙する判例評釈が相次いで公にされたので、それらを踏まえて、若干付け加えておきたい点がある。山田誠一「入会地の売却代金債権が、入会権者らに総有的に帰属するとされた事例」月刊法学教室279号130～131頁(「時の判例」)(2003年)、原田剛「入会地の売却代金債権が入会権者らに総有的に帰属するとされた事例」法学セミナー592号116頁(「最新判例演習室」)(2004年)、島田佳子「入会地の売却代金債権が入会権者らに総有的に帰属するとされた事例」平成15年度主要民事判例解説・判例タイムズ1154号40～41頁(2004年)、鎌野邦樹「入会地の売却代金債権と総有的帰属」私法判例リマークス29号(2004年)18～21頁。

本判決は、「入会地の一部が売却され当該入会地の入会権が消滅しても、入会団体が存続している場合には、入会地の売却代金は入会団体の総有に属する」旨を判示したものと取り上げられ、入会地の売却代金の権利関係が中心的課題となっている。しかし、当然のことであるが、そのことを考える前提として、入会権の放棄による消滅とはどういうことか、その決議内容は何かという点が問題となる。

本件は、入会団体が管理する土地（山林原野5筆からなる入会地の一部）が売却され、入会団体の構成員の一部に代金が分配されたところ、構成員である原告Xが、入会団体の代表者であった被告Yに対して、売却代金をXに分配しなかったことにより不当利得が生じたとしてその返還を請求した事案である³⁰⁾。しかし、土地所有権をめぐる経緯は複雑であり、当事者の主張と入会権の関係もそれほど明確なものではない。すなわち、本件土地は、いわゆる部落有財産から財産区有を経て町有財産になった後、地域住民に贈与され、一部の者による共有登記が経由された。しかし、この登記を不当とするXの請求により登記が抹消され、入会地を管理する財産管理会の代表者名義で登記が行われている。そして、第一審では、原告が共有を、Yらが単独所有を主張しており、当事者の主張に入会権は現れていない。

しかし、第一審判決が、両者の主張を排斥して「一種の入会権」を認めた結果、原審では、Xは、本件土地の入会権は総会で売却が決議された時点で消滅し、本件土地が通常の共有関係に転化したことにより、売却代金について共有持分に応じた権利を取得したと主張し、Yは、入会団体である管理会が権利能力なき社団であり総有的に帰属すると主張するに至っている。

原審判決（仙台高裁秋田支部平成13年1月22日判決）は、本件土地への共有入会権の存在、および、決議による本件土地の入会権の消滅を認め、

30) 事案の詳細は、上谷・前掲注（29）406～408頁。

それによって入会権が「民法上の共有権に変質」した結果、Xが売却代金について持分に応じた可分債権を取得したとして、入会団体の統制下における総有を否定したのである。

これに対して、最高裁は、「本件入会地は、上記老人ホームの敷地として売却されたというのであるから、その目的達成のために、本件入会地について、本件権利者らが入会権の放棄をしたものと認めるのが相当である」としつつ、「本件入会地が従前から本件権利者らの総有に属し、本件権利者らが本件入会地を含む入会地の管理運営等のために本件管理会を結成し、その規約において入会地の処分等をも本件管理会の事業とし（7条）、本件入会地の売却が本件管理会の決議に基づいて行われ、売却後も本件権利者らの有する他の入会地が残存し、本件管理会も存続している」のであるから、「入会権の放棄によって本件管理会の本件入会地に対する管理が失われたということ」にはならない。したがって、「放棄によって本件入会地に対する本件権利者らの権利関係が総有から通常の共有に変化したものと解する根拠はない」ということになり、「本件入会地の売却代金債権は、本件権利者らに総有的に帰属するものと解すべき」であるという結論に達している³¹⁾。

入会地の一部について入会権を放棄しても他に入会地が存在する以上、入会団体は存続するという結論に異論はない。しかし、本件の総会の決議の内容をどのように解するかという問題は残る。最高裁が「入会権の放棄

31) 山田・前掲注(29)は、「本判決が、本件管理会を権利能力なき社団であると判断している」とする。管理会の規約には多数決原則が定められているが、判決がこのことを根拠にしているか否かは不明である。管理会の規約は1976年に制定されているようだが、管理会結成の経緯など詳細は不明である。判決は、入会団体としての総有と権利能力なき社団としての総有をとくに区別していないと考えることができそうである。本件判決についてではないが、長井・前掲注(27)19頁は、「判例が社団財産を総有であるという意味は、決して、ドイツ法上の『総有』概念を採用したものとは考えられず、単に、社団財産が社団構成員全員の共同所有に属するのだということと、しかし、個々の社団構成員は社団財産に対して共有持分を持たないということをいっているに過ぎないと思われる」とする。

によって本件管理会の本件入会地に対する管理が失われたということはできない」とするのは、放棄決議から売却まではまだ総有関係が継続しているという趣旨であろうか³²⁾。鎌野教授は、決議の意味について、「本件入会地の売却に当たり、その売却代金については入会集団構成員に持分にに応じて分割する旨の合意を本件事案から見て取ることはできないか」と問題提起した上で、「入会地の売却代金を構成員に分配するためにはその旨の明確な合意が必要であると思われるところ（各構成員の持分および分割額を明らかにした上での合意が必要とされよう）、本件においてこのような明確な合意を見て取ることはできないのではないか」とし、「判決時において、23名に分配されたまま33名の総有の状態にある」と説明する³³⁾。最高裁の結論はこのように解さざるをえないであろうが、代金が一部の者に分配されていても、なお総有関係であるという場合、分配を受けた者はその金銭に対してどのような権利を有することになるのであろうか。また、当事者はこのことの意味を理解して決議をしたのかについては疑問が残る³⁴⁾。本件では、全員一致の合意は入会地の売却という点で維持されているものの、それを含めた統一的な「意思」の存在は実質的には観念しえない状況であるとも評価することができるのではなかろうか。

4 お わ り に

以上の検討から明らかであるように、全員一致原則のもとに、入会団体の固有の存在、その固有の意思を観念することはかなりの困難を伴う。この点では、団体固有の存在を否定する川島武宜の認識を肯定することがで

32) この点は上谷・前掲注(29)でも、「本件の総会の決議が、入会権を消滅させて共有物として売却することを認めた趣旨であると解するのか、そうではなくて、入会団体の財産として売却し、入会団体の財産となる売却代金の一部を特定の者に分配することを認めた趣旨であると解するのか」と疑問を提起し、後者の趣旨ではないかとしたが、売却代金の分配の意味は必ずしも明確ではない。

33) 鎌野・前掲注(29) 21頁。

34) 入会地を売却した結果がどうなるのかについて、実質的な合意が成立していないとも考えられるが、当事者が、決議の無効を主張しているわけではない。

きる。それにもかかわらず、川島武宜が実在的総合人概念にこだわったがゆえに、その理論構造はわかりにくいものになったといわざるをえない。入会団体における権利関係について、共同所有の側面を強調し「団体」としての独自の存在、その固有意思の存在を否定するならば、全員一致原則と問題なく結びつく。そして、このような論理が、入会地を開発から守るという場面では威力を発揮することは疑いが無い。しかし、他方で、入会団体に由来する組織が明確な団体組織として存在する場合には、全員一致原則は、団体としての活動にとっては常に矛盾をはらんだものとなり、その結果として、権利能力なき社団の法理との違いは曖昧にされる³⁵⁾。入会団体の存在の仕方に、ヴァリエーションがあるとすれば、それらを共通に実在的総合人および総有という概念でひとくくりにするところに問題はないのだろうか。この問いでは、入会権とは何かという出発点に戻ってしまうだけかもしれない。しかし、全員一致原則と多数決原理の関係を一つの軸とした共同所有と団体の関係の解明は、決して入会権に限った問題ではないのであり³⁶⁾、今後に残された大きな課題である。

35) 上谷・前掲注(13)の判例評釈参照。また、いわゆる上関原発訴訟の控訴審判決である広島高裁平成17年10月20日判決は、入会地の地盤所有権が入会団体から権利能力なき社団に移行することにより、共有入会権が地役入会権に変化し、その入会権が時効により消滅したとの結論を導き出している(原告敗訴の逆転判決。判決文は、現時点では公刊されておらず、島根県立大学・野村泰弘教授のご好意により入手したものである)。そもそも入会権は消滅時効にかからないとする見解が有力であるが(中尾・前掲注(14)(『新版 入会林野の法律問題』)316頁)、私は、地役入会権の時効消滅を肯定してもよいと考えている。しかし、広島高裁判決については、そもそも地役入会権と構成することの問題点を検討する必要がある。

36) 入会権と直接関係はないが、共同所有と団体との関係については、建物区分所有法における多数決による建替え決議をめぐる議論に示唆を受けるところがある。十分に検討を深めているわけではないが、上谷「区分所有建物の建替え決議に基づく売渡し請求における『時価』の算定事例」判例評論562号(判例時報1906号)(2005年)207頁以下を参照。