

# 田辺市市有地における共有の性質を 有しない入会権の消滅を認定した事例

大阪高裁平成 22 年 6 月 30 日判決

(平成 20 年(ネ)第 1277 号入会権確認請求控訴事件,  
原審・和歌山地方裁判所田辺支部平成 17 年(ワ)第 27 号,  
判例集未登載)

小 川 竹 一

## 判例研究

# 田辺市市有地における共有の性質を有しない入会権の消滅を認定した事例

大阪高裁平成 22 年 6 月 30 日判決

(平成 20 年(ネ)第 1277 号入会権確認請求控訴事件,  
原審・和歌山地方裁判所田辺支部平成 17 年(ワ)第 27 号,  
判例集未掲載)

小 川 竹 一

### 1. 本件紛争の概要

#### (1) 本件紛争の経緯

原告入会集団は、熊野本宮に近い山村である、三重県田辺市の上切原自治会（認可地縁団体）である。原告は、明治 22 年町村制施行前は、上切原村であった。本件山林を含む周辺の山林につき、官民有区分において、民有地とされ、旧土地台帳には、「上切原村中」と登記されていた。町村制施行後は、三里村上切原区（部落）となり、本件山林は、記名共有名義の「部落有土地」となった。本件山林は、大正 15 年条件付き部落有林野統一事業により三里村に無償贈与され、町村合併により本宮町有地となり、さらに平成の合併により、田辺市に承継された。以後、原告は、条件つき統一時の三里村との協定で定められた方法で、本件山林に「共有の性質を有しない入会権」を行使してきた。

一方、本件山林の第三者の利用による補償金の配分について、本宮町が、上切原区の権利を否定し、応じなかったために、承継者である田辺市に対して、共有の性質を有しない入会権の確認を求めて訴訟提起した。

## (2) 原告の状況

上切原自治会の前身は、明治初期までは上切原村であり、土地所有の主体であったが、町村制施行により、上切原部落となり、部落有林野統一前は、部落の代表者による記名共有として登記されていた。

住民の世帯のほとんどが遅くとも明治初期からこの地区に定住し、当時の上切原村住民であった者（世帯）の後継者あるいは分家である。その他、地区外から入村して独立して1戸を構えて一定期間定住し、いわゆる「村入り」を認められ、集落としてのつとめを果たしている者も少数存在する。

その構成員には変動があり、大正15年当時は83戸であったが、平成21年11月時点で49戸になっている。

訴訟当時の上切原地区の世帯数・人口は、市の統計によれば、以下のようである。

平成8年から平成18年の間に、世帯が3戸増加しているのは、新たな移住者が、地区に世帯を構えたためである。

平成21年11月現在の世帯数は、独居世帯主の死亡により、49世帯になっている。

## (3) 入会集団の構成員と意思決定

上切原自治会の構成員であることが、入会集団の構成員となるための前提条件である。入会権者となる資格については、次のような慣習が存在している。

- ① 林野統一事業当時の83名の世帯後継者で入会集団構成員の世帯の継承者
- ② 権利者の分家した世帯主で独立後10年を経過した者
- ③ 集落外から移住して1戸を構え10年を経過した者
- ④ 上記に該当する者でも集落外に一家挙げて転出すればその資格を失う。

平成22年当時、移住者のうち、10年を経過した者が1戸である。

ただし、移住してから、5-7年、7-10年の場合には、電源開発からの（林産物）補償金について、10年以上経過した者より低い額を配分している。配分については、自治会総会の場合をかりて、入会権者全員の同意で決定している。

また、住民は、入会権者として、年2回の道普請への参加。（参加しなかった場合は不参金を支払う）年1,200円（1ヶ月100円）の区費支払い、である。

## 田辺市市有地における共有の性質を有しない入会権の消滅を認定した事例

入会地の管理・処分については、上切原自治会の総会において1戸1票の議決により決定されている。総会において、山道整備（道普請）の作業、松茸の採取時期の決定、植林者の選定、臨時的補償金（送電線の敷設時に原告らの立木等に対する損害補償によるもの）の用途等、入会地の管理・処分が決定されている。

なお、原告入会集団は、平成13年に地方自治法による認可地縁団体となっているが、移住者も入会集団構成員となることを認め、入会集団構成員と地縁団体の構成員とが一致している（注1）。

### (4) 本件入会紛争の内容

日本宮町の時代に本件山林の一部に電源開発(株)が設置する高圧電線が敷設され、本宮町、田辺市は、町有地に対する線下補償金を受け取っている。原告の補償金配分請求にも関わらず、配分を拒否してきたために、田辺市を被告として共有の性質を有しない入会権（民法293条）の存在を主張している。

原告は、本件山林を含む入会山林全体につき、「条件つき統一」による三里村との「協定」に従った、入会地の管理を行ってきた。

本件土地は、「協定」により、区民の希望者に植林と伐採木売買による収益を認める土地となっていた。原告は、今日にいたるまで、入会地全域にわたり、年2回の道普請、松茸など林産物類採取の規制を行うほか、本件山林を植林地とし、植林者を選定し、分割の利用を認める等、入会地の管理統制を行ってきた。「協定」による変更は、植林者と村との間での「地上権」設定、伐採木の代価の2割を村へ納付することであった。

主たる争点は、①部落有林野統一以前において、上切原区の部落有地だった時期において、入会権が存在していたか、②統一以後において、本件土地が村有地となり、本件土地の使用収益方法について、村と区との間に「協定」が定められたことにより、入会権が消滅したか、③現在において、上切原に入会集団が存在し、維持管理を担っているか、であるべきであった。

入会地の権利関係の変遷、「協定」による使用収益の変化を正しく認識することが必要であるので、次の章で検討する。

## 2. 本件山林の権利関係の変遷

### (1) 明治政府による官民有区分

官民有区分により、上切原村の民有地に区分され、土地台帳に「上切原村中」と登記されていた。村持ち民有林とされるための根拠は、明治以前から、山林利用の実態があり、領主に対する負担を収め、山林の維持のための労力と費用をもって村が行っていたことを示すものである。

### (2) 大正15年の部落有林野統一による「協定」

部落有地を、村に贈与させる全国的な政策により、上切原部は、三里村に本件山林を贈与し、本件土地は、三里村有地となった。ただし、部落有で贈与を行わない土地と贈与地とを定め、さらに贈与した本件山林については、旧来の部落の利用慣行の存続を認めさせた（注2）。

表 上切原部落有山林の所有関係の変遷

山林名	面積	所有権者				
		明治22年	大正15年	昭和32年	昭和36年	平成17年
寺山	1町2反5畝	上切原村中	寺	寺	寺	上切原自治会
株山	150町2反5畝	上切原村中	区民83名共有地	共有者(増減あり)	共有者(増減あり)	共有者(増減あり)
区山 永代使用地	88町6反余	上切原村中	三里村	三里財産区	三里財産区	上切原自治会
式分口山林	(本件山林)	上切原村中	三里村	三里財産区	本宮町	田辺市
	(廣野)	同	三里村	三里財産区	三里財産区	上切原自治会
	(多和谷)	同	三里村	三里財産区	三里財産区	上切原自治会

三里村と上切原部落との協定の内容は以下の通りである。

- I, 区有地を①社寺有地（寺山）②特売地（当時の集落世帯83戸に売却し83名の共有地とする株山）③植林地（村有地、式分口山林）④永代使用地（村有地、区山）に区分して所有権を確定する。
- II, 植林地においては、造林を従来通り認め、区（部落）の慣習によるほか、村が地上権を設定し、伐採木価額の2割の「分収金」を受受する。④においては、公租公課相当額を区が負担するが、使用収益は従前どおり集落が自由に行う。

### (3) 本件「式分口山林」の管理

条件つき統一以前は、本件山林は、部落住民が部落の管理のもとに、植林を行う場所として維持されてきた。統一後になっても、部落の植林地としての使用収益を行うことが維持できた。変化は、伐採木の代価評価額の2割（式分口料）を村側が、所得することになった。このために、植林者の権利と村の式分口料を確保するために、部落の管理に加えて、（旧）三里村が制定した「三里村分口山林貸奥管理規程」（その後の「本宮町分収造林地の貸付及び管理に関する条例」）による管理が加わった。

式分口山林の関係は以下のようなものである。

#### ①植林候補者の選定

上切原部落側では、抽選をして植林候補者を選定し、選定された者は、被告に、区長の証明書を添付して「式分口山林植込申請書」を提出し、これを受けて本宮町は当該候補者を植林者（地上権者）と決定し、「式分口登記台帳」に記載する。

#### ②伐採後の再植林

伐採跡地について、部落住民に優先的に地上権の取得を認められ、希望者がいないときは、本宮町側が植林者を選定できる。

#### ③地上権の得喪、変更の把握

相続、売買、贈与による地上権の移転が発生した場合、本宮町は、権利者及び義務者の連名で「地上権移転申請書」により申請させ、「式分口登記台帳」に記載する。

#### ④植林者の移動の式分口登記台帳への記載

「式分口登記台帳」は、その所有者異動欄に、大正15年の前後を通じて、地上権の異動（得喪、変更、新地上権者）がその由とともに記載されている。

⑤原告保管の「上切原区有山林式分口登記蓋帳」には、統一以前での地上権の得喪、変更に関する記載がある。

#### ⑥立木の伐採及び式分口料の徴収

立木の伐採の際には、地上権者から「式分口山林伐採調査申請書」を提出させ、被告において調査委員に委嘱して立木の評価をさせて分口料を決定し、立木の売却後に分口料を納付させている。

### 3. 和歌山地裁田辺支部平成 20 年 3 月 19 日判決（判例集未登載）

#### 3.1 一審判決の内容

##### (1) 明治・大正期における共有の性質を有する入会権の存在

明治 22 年の土地台帳における本件山林を含む一帯の山林につき、「上切原村中」との記載があり、大正 15 年部落有林野統一事業により、条件つき統一のために村と部落間で、「協定」がなされ、部落の使用収益権が保持された歴史的経緯が明らかであった。

判決は、これらの歴史上の意義について、全く理解せず、入会権の存在について明確に認定しなかった。

##### (2) 入会集団による入会地利用としての松茸等の地被類の採取

松茸採取の規制等について、自治会議事録に記載があるが、それが「区山」等の他の山林に関するものか、本件山林に関するものかは明確ではない。また被告は、松茸採取について、恩恵的に放置しているだけで、入会行為として認めているのではないと主張している。

本件山林における松茸採取が入会権の行使とは認められない。

##### (3) 入会集団による入会地管理としての道普請

原告が本件山林について林道の補修である道普請しているとの主張に対し、「周辺一帯のほかの山林ではなく本件山林について入会慣行として道普請していることを的確に裏付ける証拠は見当たらず（…）、本件山林の大部分は山の頂上付近の尾根に位置し、しかも本件山林は、多数の植林者がいる山林であることからすれば、区民総出で道普請をしているとは考え難い」として、入会地の管理行為の存在を認定しなかった。

##### (4) 「式分口」山林の管理

「…本件山林は、本協定書（大正 15 年部落有林野統一協定書）により M 村に所有権が移転された大正 15 年以降、被告が本件管理規定と本件条例に基づきその全体を管理し、地上権の得喪、変更を把握した上で、地上権を設定している部分については植栽者から式分口料を徴収し、地上権を設定しない部分については立木を売却処分しているのに対し、原告は、一部に地上権を有し、また、優先的に地上権の設定を受けられる地区住民の集団として、地上権の設定を受ける候補者の選定を、被告による前期

管理の一環として、ここに組み込まれる形で行っているにとどまるとみるのが相当である。」

### (5) 判決の結論

「この点山林の管理、利用に関して、自然産物の採取や管理保全行為等を見ても、周辺山林と区別して、また、地上権と別に本件山林における入会慣行の存在を明確に認定するに足りる的確な証拠が見当たらないことは既に判示したとおりであり、前期判断を左右するような事情は認められない。

とすれば、大正15年から現在までの間において本件山林について入会慣行としての入会団体の統制はなく入会権は存在しないか、かつては存在していたとしても消滅しているべきであって、本件山林に入会権が存続し、原告がこれを引き継いだと認めることはできない…」

以上のごとく、統一前に入会権の存在については、あいまいにし、存在していたとしても消滅していると判断した。

## 3.2 判決の問題点

### (1) 明治・大正期における共有の性質を有する入会権の存在

明治22年「土地台帳」に「上切原村中」として、原告の所有権が認められているのは、官民有区分において、部落住民による林野の利用、管理、領主への諸負担を行っていた事実から、民有地として認定区分されたものであるから、部落有地とされたものであり、当然に入会地であった。

また、大正15年「条件付き統一地」となったのは、地盤所有は、村有となったが、林野の利用、管理について、部落の権利を留保したのであり、入会権が存続したことが明らかな歴史的事実であった。

判決は、重大な歴史的事実から、何も読み取れなかった。

入会権の存在が明確であったのであるから、統一後において、入会権が消滅したという事実を、被告側に明確に立証させなければならず、安易に、入会権の消滅を認定してはならなかった。

### (2) 入会的利用としての松茸の採取

入会集団は、入会地全体について、自由にその利用方法を決定できるのであり、本件山林を含む原告が権利を有する山林において、松茸採取ができるのであれば、特に

本件山林において明示的に規定する必要はない。本件山林に関する規制であると明示していないから、認定できないというのは、本末転倒の認識である。

また判決は、被告が地被類の採取は、市有地での恩恵的な利用に過ぎないと主張していることを否定判断の根拠にしている。これも、統一協定の意義の無理解であり、従前の部落有地に対して、部落は排他的に地被類の採取権を有し、部落民は、慣習に従い自由に採取できた（古典的利用形態）。統一協定によりそれが制限されていない限り、依然として部落に権利が存するのである。

### (3) 「式分口」山林における分割的利用形態

「式分口」山林の管理について、原告の関与について被告の管理の一環に過ぎないとして、入会権の行使として認めなかった。一環に過ぎないという独断的な判断が示されているだけで、論理的な説明はない。

植林行為の根幹となるのは、入会集団の中で誰が入会地の一部を一定期間、分割的利用として独占的に利用することができるかである。統一以前から、入会地を集団の特定の者に独占的に利用させるのは、分割的利用形態という典型的な利用形態の一つである（注3）。

町有地なのに、なぜ、その使用収益について、①特定の部落の住民中の希望者で、②部落が選定する者であるということが、手続きとして、部落有地統一に際して、「協定」としてわざわざ明文化されたのか、という一番大事な問題に何らの問題意識を持つことなく、切り捨ててしまった。

植林者と町との間で、「地上権」設定がなされるのは、植林者が土地使用权を新たに取得するためではなく、協定上の「分口料」の支払いを確保するためである。この「分口料」を当時の村が取得者になったのは、上切原部落と三里村との妥協の産物であった。従って協定や条例に言う「地上権」を、民法上の地上権と理解することは間違いである。「協定」の意義は、部落の「共有の性質を有しない入会権」が存続を認めたことに他ならないから、本件山林の使用収益権は、部落に属する。部落が、その住民に「分割的利用権」を与え、仮に、「伐採権」が、部落外の者に譲渡されたとしても、伐採が終わればその分割地は、再び、部落が回収し、植林者を選定することが繰り返されるのである。

植林後に、生育途中の立木を部外者に売買したときの権利関係は、植林者の「分け地利用権」が、「立木売買」に付随して部落外の者に移転したに過ぎない。一方、村

田辺市市有地における共有の性質を有しない入会権の消滅を認定した事例

(町)は、「分口料」を確保するために、「地上権」移転を登録するという形式をとつたにすぎない。

地上権の用語につき、入会紛争においては法律用語のうわべの理解に判断が惑わされないように、入会権の本質にしたがった理解をすることが必要である。今回の場合には入会権と地上権との関係について実態に立ち入った解釈が必要であった。

#### (4) 入会地の管理（道普請）

原告は、本件山林を含む一帯の山林について、部落の統制のもと道普請を行っていることを主張した。判決は、地形が急峻な山林部分である奥山（植林を行っていない土地）について、地形上から、部落民が総出で道普請を行っていると思像できないという理由で、入会権に基づく管理行為が行われていないとした。

判決は、原告が道普請を行っているとしても、それが、この奥山において、部落民総出で行っていることを立証しなければならないとした。

入会団体が存在し、入会地の一部においても管理行為が行われていれば、入会権の存在を認め、これを否定する側が、不存在を立証しなければならないのが、立証の原則である。

判決は、入会地の一部について、部落総出の道普請を行ったことを具体的に立証しなければならないとした。

ここから、判決の入会権理解が、入会権が部落民全体の権利であるから、道普請も部落民総出で行わなければならないという無知蒙昧な理解を前提に、総出での道普請が困難であるとの想像に基づいた「事実認定」を行い、入会権不存在の認定に結びつけた。

この判決は、さらに不存在を裏付ける証拠として、「全国入会原野慣行調査」報告中に、記載されていないことをもって、入会権の不存在を推測させるとする。この調査は、悉皆調査ではなく、ごく一部のサンプル調査に過ぎない。

## 4. 大阪高裁平成 22 年 6 月 30 日判決（判例集未登載）

### 4.1 控訴審判決の内容

#### (1) 控訴審判決の入会権の認識

「地域共同体としての団体等（入会団体となるべき地縁団体等）が、特定の山林原

野等（入会権の対象となる土地等）について入会権を有するものと認められるためには、当該山林原野等の管理に当該団体等の意思が反映され、当該団体等を構成する住民全員ないし全世帯が、当該団体等による一定の統制ないし秩序の下で、上記山林原野等の維持管理及び環境保全等のために相互協力し、排他的な使用収益を行ってきた又は独占的に利益を享受してきたという慣習ないし歴史的事実が認められることを要するものと解する」。(判決書 14 p)

## (2) 条件付統一以前における入会権の存在

「仮に、旧土地台帳において、本件山林の所有者が「上切原村中」と記載されていたことをもって、上切原区がかつて本件山林の入会権を有していたことを認める余地があるとしても」(23 p)、統一事業による三里村の「式分口山林」が行われたことにより、「大正 15 年ころから遅くとも上記規程が制定された昭和 4 年ころまでには、上切原区による一定の統制ないし秩序の下でその構成員である住民全員ないし全世帯が互に協力して排他的な使用収益を行ったり又は独占的に利益享受するという慣習は失われ」たとする。(24 p)

## (3) 本件山林の奥山部分における入会行為不存在の認定

「前記認定事実によれば、本件山林は、旧本宮町の最北東部に位置し、上切原地区の中心部から林道を数 km 北上した先にその甫西端部あり、同所から北東方向に深い谷と多数の険しい尾根が連なる広大な山林であって、その北端部付近は海拔 730 m を超えており、本件山林の南西端部からその奥に進入するには、傾斜地に生い茂る樹木の間を山道として登っていく必要がある上、上切原地区の中心部と本件山林との間には、明治 22 年の合併以前から上切原区（当時上切原村）の所有とされた多数の山林が存在している（大正 15 年の協定において上切原区の住民らの共有名義とされた「株山」や永代使用地とされた「区山」も、本件山林より上切原地区の中心部の近くに所在している。）ところ」上切原区の住民らが、はたしてこのような地理的条件にある本件山林を薪炭用の雑木や野草等（稜、羊歯 1 類、地被類等）の採取地として日常的に利用していたということには大きな疑問があるといわざるを得ない。なお、上切原区の住民の一部が、いわゆる地元住民による自由な個人的行動の一環として、時に、本件山林まで足を伸ばして雑木野草等を採取（する）…。利用状況が、上切原区全体としての入会的利用になるものでないことは当然である (15 p)。

#### (4) 「分口」山林の管理

「…大正 15 年の協定の第 5 項によれば、上切原区の住民らの共有名義とされた「株山」や、永代使用地とされた「区山」とは異なる条項が設けられ、…「本件山林の植林者は、一代限りの地上権を有し、伐採時には分口料として売却代金の 2 割を三里村に支払わなければならないものとされたというのである。このように、わざわざ本件山林に限って、上記のような条項が設けられたことからすると、本件山林は、上切原区の住民全員ないし全世帯による相互協力の下で日常的に利用されていた山林ではなく、立木伐採後にその売却代金の 2 割相当額を納めるという契約関係の下で上切原区から一個人的に借り受けて植林を行ってきた山林であり、そのような利用関係を明文化したのが大正 15 年の協定の第 5 項であったと解するのが相当である。もっとも、本件山林において植林を行っていたのが、上切原区の一部の住民にとどまっているとしても、明治 22 年の合併および昭和 31 年の合併による行政主体の変動に関係なく、本件山林の植林者（地上権者）から納められた分口料が上切原区の住民らに分配されていたとか、あるいは共益費用に充てられていたなどの事情があれば、実質的に上切原区の住民全員ないし全世帯の相互協力のもとに、排他的に使用収益されてきたものと解する余地がないではない。しかしながら、前記認定事実によれば、上記分口料は、明治 22 年の合併及び昭和 31 年の合併などに伴って、上切原区ではなく、三里村、三里財産区、旧本宮町、そして現在では被控訴人の歳入とされてきたのであり、また、分口料以外の木材代金は各植林者の個人的利益とされていたというのであるから、結局本件山林は、上切原区の住民の一部が植林を行うための個人的な事業用地として利用されたにすぎないというべきである。」

#### (5) 入会集団による入会地利用としての松茸等の地被類の採取

1 審判決は、以下のように認定した。

松茸採取の規制等について、自治会議事録に記載があるが、それが「区山」等の他の山林に関するものか、本件山林に関するものかは明確ではない。また被告によれば、松茸採取について、恩恵的に放置しているだけであり、松茸などの採取は、入会行為としては認められない。

控訴審判決は、以下のように認定し、判断した。

本件山林での松茸採取について、原告住民の陳述には、「本件訴訟では本件山林における入会権の存否が争点になっているにもかかわらず、本件山林と「株山」及び「区

山」を明確に区別することなく、漫然と「古くから『本件山林』や『株山』で松茸等の林産物を採取してきました。」との陳述記載に終始しており、かかる陳述記載をもって上記認定説示を覆すことは極めて困難というほかない（本件山林、株山、区山が、大正15年の協定において、それぞれ異なる条項をもって規定された山林である以上、慣習上、それらを区別する必要があることは明らかである。）」（22p）

#### (6) 結論

「仮に、本件山林について上切原区の入会権が存在していたとしても、当該入会権はすでに消滅したものと認められるところ、上切原自治会の住民らによる本件山林の現在の利用状況は、およそ入会権に基づく使用収益と同視することができるものではないから、結局、控訴人が、現時点において、本件山林について、共有の性質を有するか否かを問わず、何らの入会権も有していないことに変わりはないものというべきである。」（25p）

## 4.2 控訴審判決の問題点

### (1) 入会権の認識

控訴審判決は、入会権が構成員全員に属する権利であることから、その行使を全員で行い、全員で使用収益を行うという認識なのではないかと疑われる。これは、上に示したように、「式分口山林」の分口料の収益が、原告に帰属しないことから、入会権の存在を否定する。このことから、控訴審判決の入会権理解の歪みが推測できる。入会集団の意思決定は、全員が関与しなければならないが、具体的な利用行為は、一部の者でなされることがあり、「分割的利用形態」においては、収益が特定の利用者だけに帰属するのは当然であることへの理解不足であった（注4）。

この入会権の規範を「集団全員への収益の帰属」に求めることから、事実認定の面で、「分口料」や「立木伐採売買代金」が、集団へ帰属しないと認定して、入会権の存在の否定を導きだした。

### (2) 本件山林の「奥山」部分での入会利用不存在の事実認定

本件土地「奥山」部分が、集落からの距離が遠いこと、地形が険しいことなどの地理的条件から、日常的な入会行為がなかったと認定している。この認定は、証拠によるものではなく、想像である。

しかも、薪炭用の雑木採取などを例示しているから、過去にさかのぼって入会行為

を否定しているのである。また、住民の利用があったとしても、一部では「自由な個人的行動」で、全体としての入会的利用とは認定しないとす。

本件土地は、もともと部落有地であったのが、条件つき統一により区の入会地となったものであり、歴史的にも入会権の存在を否定することはできない。

入会地であったか否か不明な場合に、入会的利用の存在の事実認定から、その不存在を認定することはあり得る。そうだとすても、本件は、入会権を否定する側が、その不存在を立証しなければならない。

入会地において、入会集団がどのように利用するかは、利用しないことを含めて集団が決定することであるから、入会権を集団が放棄したなどの事情がない限り、入会権が消滅することはない（注5）。

判決は、入会権が部落全員あるいは全世帯で行使するものという定義を勝手に誤解して、意思決定の場ではない、実際の利用行為も全員で行うものとして、現在における住民の個別的な入会利用の存在を否定している。

また、入会権の古典的な自由利用形態とは、集団が定めた規制があればそれに従って個別に入会利用ができることであり、利用してもしなくても良いのである。

### (3) 「式分口」山林における「分割的利用形態」の否定

控訴審判決も、「分割的利用形態」の意義を理解できなかったことを示した。

一審判決批判で述べたように、「式分口」山林は、条件付き統一で部落有地所有権を贈与という形で奪われたが、交渉と闘争の結果、上切原区の「共有の性質を有しない入会権」を留保した山林であり、その利用形態も従前の区の管理を確保しながら、「分口料」のみを三里村に渡すという妥協をした。

この歴史的事実の上に、本件山林における「地上権」設定の意義を理解しなければならない。

「式分口」山林の入会権の利用形態は、「分割的利用形態」である。

判決は、「分割的利用形態」の意義を理解せず、統一以前においても、分割的利用形態であったことを否定している。

判決は、条件付き統一に際して、本件山林だけが、「区山」などとは異なる利用形態を協定において規定したのかと自問して、それは、従前から住民全体の利用を排して個人の事業用地とするものであったからであり、それを「協定」が受け継いだととらえている。

これは、このような住民の一部に入会地を分割して利用を認めているが、それが、集団の管理統制のもとに行われている点で、入会権の利用形態の一つとして把握されるのである。

原告の住民だけが植林希望者となり、これを原告が選定し、伐採が終われば、原告がこの植林場所を回収し、再び同じ手続き過程が繰り返され、住民全員が植林できる可能性が維持されている。この過程の中で、立木の生育過程が30-50年と長いために、伐採権を譲渡する必要が生じる場合があり、このような権利を確認しておくために、土地所有者である村との間で、「地上権」設定を行ったものであり、これは植林者の譲渡権の確保に役立つものであった(注6)。

統一以前の慣行と統一後の管理とではどこが異なるのか。

異なるのは、入会地所有権が、三里村に移転したに伴い、分口料の収益が、村に移ったことであり、この村の分口料の権利を明確にするため、村が「地上権」設定者となったことである。この「地上権」は、地上権設定登記を行うものでなく、正確な測量を経たものでもない。

村の管理は、この「地上権」の設定、譲渡の台帳の管理に過ぎない。植林地の管理に必要なのは、植林者の選定の他に、植林場所の指定、立木生育場所の見回り、伐採後の土地回収であり、これらは、すべて原告が行っているものであり、台帳管理は、被告の「分口料」収受のための便宜にすぎない。

1審・控訴審判決とも、管理の主導権が村に移ったと解しているが、一番重要な点は、誰が使用収益できるかすなわち、植林、伐採する者の特定であり、それが、集団構成員のうちから集団が選定するというのであるから、管理の主要部分は、原告に属している。

判決は、分轄的利用の山林について、住民全員の協力のもとにあるのではなく、「住民の一部の者」の利用にすぎないとする。まさに、分轄的利用形態は、集団の一部の者に入会地からの収益を排他的に帰属させる形態であり、判決は、不当な言いがかりである。植林は、住民の希望者の中から選定されるのであり、長い時間の中では、住民誰もが植林をできる可能性があるものであり、集団が植林地の回収を行うことからしても、全くの個人的利用とは異なる。

また、判決は、統一以前から個人的利用に過ぎないと断じ、統一以前においても、「分割的利用」であったことを否定する。判決は、一方では、「分口料」あるいは「伐

採利益」の一部でも、集団のために利用されるのであれば、入会的利用であると認める余地があるとする。

判決のこの理解は、「入会権は、その使用は全員で行い、収益も全員に帰属する」という思い込みによるものであるが、その判決基準によっても、統一前は、「分口料」は、上切原部落に属していたのであるから、入会権の存在を認めるべきであった。

#### (4) 本件山林での植林以外の管理

判決は、本件山林についての原告の管理が及んでいないとする事例を挙げている。

①本件山林の管理、本件山林のうち地上権の設定されていない山林部分の伐採及び売却、②三里小学校の建築工事に伴う本件山林の旧本宮町への贈与、③本件山林中の一部の土地について、電源開発への鉄塔敷地の売却及び森林開発公団への地上権設定等につき、本件山林の管理に関しては、上切原村の意思が全く反映されていないとする。

①は、原告の関心が、植林地にあったのであり、自然生の雑木の処分について利害の関心がなければ、関与する必要がなく、②上切原部落もその一員となる三里財産区による処分であり、しかも部落の子弟が通う公益的な小学校建築に関わるものに、反対する必要もなく、③地盤所有権の処分が、入会権者たる上切原部落の不利益にならなければ、反対する必要もない。

以上の事実から、原告が入会権の主張をしてこなかったなどとの事実を認定し、これを入会権の不存在あるいは消滅事実に結び付けるのは極めて恣意的な事実認定と解釈である。

#### (5) 判決の入会権の否定の論理

判決は、「仮に、本件山林について上切原区の入会権が存在していたとしても、当該入会権はすでに消滅したものと認められる」と結論した。

判決が「仮に…存在していたとしても」という論理に大きな誤りがある。本来ならば、旧土地台帳により「上切原村中」という所有名義、大正15年条件付統一を示す「協定書」の存在によって、「共有の性質を有する入会権」の存在を認めなければならなかった。本件係争地には、入会権が存在したという認定を行ったうえで、入会権の存否を判断するために、これを否定する市側に、入会権の消滅を立証させなければならなかった。

判決はむしろ、「本宮町史」などの文献資料に入会権の存在の記述がないことから、入会権の存在が明らかでないとし、「協定書」が、入会慣行の存在を前提にして「協定」によるその確認という事実を否定してしまった。

部落有統一事業以後に、入会権が消滅したとする。そうすると、統一以前に、共有の性質を有する入会権が存在したことを明らかにし、これを尊重した解釈をしなければならなかった。権利の消滅を論じるためには、集団の統制が消滅し、統制のないまま利用がなされたり、あるいは利用がなくなった事実、そして維持管理行為がまったくなされなくなったことを被告側に積極的に立証させる必要があった。ところが、奥山部分の地形等を理由に、入会行為の不存在を推定してしまった。

判決は、統一以前の入会権の規範形態をあいまいにしたために、統一後の共有の性質を有しない入会権に変化したことの意義を捉えず、地盤土地所有者になった村の関与が加わったために、上切原部落が「分口料」の徴収をしなくなってきたことなどをもって、入会権者としての管理が存在しないとした。条件付統一がなされた歴史的意義を理解すれば、式分口山林での旧来の慣行を、村が承認しなければならなかった事情を読み取ることができたはずであった。

重要なのは、協定で認められた原告の権利は、行使できるものであり、集団の事情により行使しなくてもただちに権利が失われるのではない。

入会権の存続は、統一以前からの上切原区が入会集団であり、その構成員の子孫から成り立っている上切原自治会が入会団体として、旧来からの入会地管理全体の意思決定を行っていることが基本的に認定すべき事実であった。入会集団は、共有の性質を有しない入会権であっても、土地の処分権は有しないものの、包括的な支配権であることは同一である。包括的な支配権であるために、「協定」により、いくつかの条件が付けられたのであった。また、包括的な支配権であることは、利用する必要もないのであった。

したがって、集団の意思決定により、式分口山林のように一部の者に収益を帰属させたり、集団の構成員の一部の者が道普請等の維持管理を自主的に行っているのもそれが、集団の一員として行われていれば、それは入会権の維持管理行為にはかならないのである。

以上のように、判決は、実態から遊離した入会権の姿を、かならず全員で一度に一緒に維持管理行為をし、使用収益は、どんなものであっても例外なく、共同で用いなけ

田辺市市有地における共有の性質を有しない入会権の消滅を認定した事例

ればならないとして描いたことは、上記の入会権の否定した判断から明らかである。

本判決の最大の問題点は、住民がどのように入会権の実態を立証しようとも、裁判官が、このような硬直した認識しかしえなかったことで、法的な論議以前の問題である。

## 5. 最高裁への上告

### 5.1 上告不受理

上切原住民は、ただちに上告し、上告受理申立書を最高裁判所に提出した。

原告弁護士には、控訴審の結審近くになって、中尾英俊弁護士（元西南学院大学名誉教授）が加わっており、入会権理論を踏まえて申立てが行われた。しかし、最高裁は、上告を不受理とし、控訴審判決が確定した。

以下、上告受理申立理由を検討する。

### 5.2 統一以前の入会権存在に関する判例違反

(1) 統一以前における上切原区の共有の性質を有する入会権の存在を明確に認定しなかったことは、最高裁昭和48年3月13日判決（民集27巻2号271頁）の判断に相反するものである。

最高裁48年判決は、係争地が、明治の官民有区分において民有地に区分されたことは、「村持入会」（「共有の性質を有する入会権」）の存在を認める判断を含むものであることを認めた。これに対して、控訴審判決は、本件土地が官民有区分によって民有地区分されたことの意義を考慮せず、「共有の性質を有する入会権」の存在を認めなかった。

本件「式分口」山林が民有地とされたのであるから、本昭和48年判決が官民有区分の実施過程における諸法令の変遷の中から、民有山林が、「村持入会地」であると判断した。すなわち、「明治七年太政官布告第一式〇号地所名称区別による「民有地」とされる土地について、「培養の労費」を行っていたのであった。この「培養の労費」とは、「草木をつちかひやしなうことに労力と費用を掛ける」、つまり入会地の維持管理行為そのものである。

まさに上切原村中と土地台帳に記載されたことは、上の事実を示すものである。

受理申立人は、本件山林は、明治期以前から、上切原部落住民による天然産物の採取が行われていただけでなく、部落住民により、植林地（式分口山林）として利用され、手入れが行われてきたこと、また、道普請が行われてきたことを主張してきたのであり、こうした植林地としての利用・手入れ及び道普請ということは「培養の労費」そのものである。控訴審判決は、48年判決が示したような歴史的事情を汲み取ることなく、統一以前における入会権の存在を明確に認定しなかった。本来ならば、入会権の存在を否定する側に立証責任を課すべきものであったのに、一審原告の立証不十分としたのであった。

### 5.3 「分け地」（「分割的利用」）についての判例違反

最高裁昭和40年5月20日判決（民集19巻4号822頁）は、共有の性質の有する入会地の事案につき、「入会地のある部分を部落民のうち特定の個人に分配し、その分配を受けた個人がこれを独占的に使用、収益し」ている土地であっても、入会集団の統制（入会権者の資格決定、離村失権）がなされ、その「分け地」の部分は自由に譲渡することが許されていない場合には、入会権の性格は失われていない、と判示した。

「分け地」が、部落民の一部あるいは全部に一定の入会地を独占的に使用収益させるものであることは、それ以前の「分け地」についての最高裁判例（昭和32年9月13日判決民集11巻9号1518頁など）の当然の前提になっていたのであり、「分け地」の産物は、「分け地」権者に帰属することも、また、当然の前提であった。

したがって、産物処分の対価が集団に配分されないことだけをもって、入会集団の統制が及ばないとすることはできないことは当然の帰結であった。

したがって、控訴審判決は、以下の点において、上記最高裁判例に相反する。

- ① 本件「式分口山林」は、上切原部落住民の特定の者が、「分け地」に植林し、立木を処分して売却代金を自己の物とすることができる、ただし、田辺市に売却代金の2割を納付する、というものである。これは、部落有林野統一事業の際の、部落と村との協定によるものであり、入会権者としての部落が、取り決めたことであり、2割の納付は、入会権たる性格を何ら弱めるものではない。
- ② 原判決は、分け地権者が収益を、部落に納めず、独占的に収益することをもって入会権の性格が失われたとしたが（16～17頁）、こうした判示内容は、「分け

地」とは、「入会地のある部分を部落民のうち特定の個人に分配し、その分配を受けた個人がこれを独占的に使用、収益する権利である」とする、上記最高裁判例に相反する。

## 6. 本件判決の意義と入会訴訟の課題

### (1) 本件事件判決の意義

原告上切原自治会は、田辺市市有地に、江戸時代からの村持林野の維持管理に努めてきた。これは、「共有の性質を有しない入会権」の権利行使であり、集団に統制された義務でもあった。本件紛争のきっかけは、電源開発株による送電線の線下補償の配分を旧本宮町が拒否し、原告の入会権を認めなかったことにあった。

本件で本質的に問われているのは、奥深い山林などにおいても、維持管理の主体となっていた原告のような部落が、時代や社会状況の変遷の中で可能な限り行ってきた入会地の管理行為の意義をどのように評価するということが問われたものであった。

判決は、原告の維持管理行為を入会権に基づく権利行使とは認めなかった。それでは、元々の部落有地を無償で取得した市町村は、本件山林にどのような維持管理行為を行ってきたのだろうか。

判決は、本件山林での重要な維持管理行為は、植林地部分は、電源開発による年2回の巡回であり、市の行為は、植林に伴う「地上権」設定の文書管理であるとする。電源開発による林道の維持は、非植林地である奥山に及ばず、「地上権」管理は、「地上権」設定登記を行うものではない。厳密な測量による位置、地積の確定を行うものではなく、植林の申請登録を「地上権」設定という名目で行いその台帳管理をし、伐採立木の価額を評価しその2割を収受するだけである。

これに対して、現実の植林場所の指定、植林者の選定、普段の見回りは、原告が行ってきたものであった。判決は、これは、市の「地上権」管理に実質的に意味のある入会権者としての行為ではないという。

入会権は、何よりも現実的な行為に基礎をおく。今日では、積極的利用行為はなくても、現状を保全する日常的な行為（倒木の処分）による環境保全行為が、入会地の保全として評価されるべきである。

入会権は、単なる権利ではなく、入会地の維持管理が構成員の義務行為としても認

識されてきた。それ故、市町村有地であっても、市町村が管理をしなくても、地元部落の行為によって維持されてきたのであった。

判決が、これまでの部落住民の行為を、権利に付随する行為として認めなかった。

住民がこれにより、山林の維持管理を行わなくなったら、市が代替して行うのであろうか。

それは不可能なことは明らかである。

本件判決は、山林を維持管理するインセンティブを住民から奪い、山林が荒廃する可能性をもたらすことになる。

## (2) 入会訴訟の課題

上告受理申立てが最高裁に受け入れられなかった原因に、控訴審判決の事実認定があった。

本件控訴審判決は、入会権の権利内容を二つの面で曲解し、恣意的な事実認定を行い入会権行使に関わる事実の不存在という論理で不当な判断を導きだした。しかも、その曲解による規範を明確にすることなく、解釈を行っているので、入会権規範の解釈適用の不当性が覆い隠されてしまっていた。

第1は、集団全員の関与のもとに統制され、集団全員が使用収益を行うことができるという定義を曲解した。入会権の統制は、全員の関与のもとに行われるが、個々の維持管理行為は、参加の態様に相違があってもよいし、使用収益形態も差異があってもよい。特に、道普請について全員が同じように参加して行わなければ、集団の行為ではないという規範を恣意的に設け、地形、構成員の年齢等から、全員が道普請に参加したとは考え難いと認定した。

第2は、入会集団は、入会地のすべての土地について、維持管理、利用行為を行わなければならない、一部の土地について行われていなければ、入会権が不存在あるいは消滅していると認定したことである。

入会権は、入会地全体についての包括的な支配権であり、すべての土地に維持管理、利用行為が義務付けられている訳でなく、利用しないという権利行使形態も存在する。

判決は、奥山部分の維持管理行為がないという認定から、本件係争地全体に、入会権の存在を否定する判断を導きだした。

本件一審および控訴審判決は、入会権の基本的理解が欠如し、その解釈適用が極め

て恣意的であることを示すものであった。入会訴訟においては、本件のごとき裁判所の現状があることを踏まえ、恣意的な事実認定に基づく判断を防止する立論の展開が必要である（注7）。

## 注

- 1) 認可地縁団体が入会権を保持できるかは、本来は、大きな法律問題となりうるが、本件訴訟においては、問題にならなかった。旧来の住民からなる入会集団が、移住者等の新住民を入会集団に受け入れない場合には、認可地縁団体財産が、自治会の一部の者の利益となり、認可地縁団体の要件に反するからである。

本件では、自治会構成員と入会集団構成員とが一致しているので、実質的には、問題が生じない。なお、平成の本宮町と田辺市の合併時に、本宮町域にあった財産区を解散し、その所有地の一部を原告に戻す方途として、認可地縁団体となった。

- 2) 『(旧版)注釈民法7巻』の「後注(1)入会権（潮見俊隆）」(539p)は、統一政策について以下のように述べている。

国は、区有林統一政策を、明治43年以降推し進めてきたが、人民の私有財産の取り上げに対して抵抗が生じ、政府も妥協をした結果、条件付統一をみとめざるを得なかった。

大正8年5月「公有林野整理促進ニ関スル件」（林870号農商務内務両次官ヨリ各府県知事へ依命通牒）が出し、地元部落との妥協条件が示された。

「政府の認めた条件とは、①適度の分割を認める、②産物を採取させる、③造林収益を分与する、④地上権ないし部分林の方法により造林させる、などであった」。

「統一政策の結果、旧部落有地は、無条件統一地、条件付統一地、未統一地の三つの類型に区別されるにいたった。…条件付統一地は、入会地の所有名義を形式的に市町村に移すかわりに、実質的な林野支配権を部落が留保する」ものであった。

また『(新版)注釈民法7巻』「263条V」（中尾英俊）542pも参照。

- 3) 本件における条件つき統一と同じような分割的利用形態が存在した統一事例につき、入会権の存続を認めたのが、最判昭和37年11月2日（最高裁裁判集63号21頁）である。この事例と本件判決との事実認定の在り方の落差は、あまりにも大きい。

この事案は、統一協定において、部落有地を、①特売地、②地上権設定地、③貸付地等に区分していたが、控訴審も最高裁も一貫して、このような区分を行ったのは、従来の部落民の権利を維持しようとする前提で行われたのであったこと、従来の入会慣習の存続を図ったものであったと認定し、「前記貸付地、地上権設定地については、白沢部落の各戸主はその必要とする立木、薪炭材の伐採、製炭や秣草、蕨、茸、栗等の産出物を採取し得る権限が慣習として存続し」ている、として、入会慣行の存続を認めたのであった。最判37年事例での①特売地は、本件の「株山」に、②地上権設定地は、本件の「式分口山林」に、③貸付地は、本件の「区山」に相当する。

## 判例研究

原審仙台高裁昭和35年8月22日判決は、統一事業と入会慣習の存続について次のように認定した。

・伊南村と白沢部落が所有する山林との統一事業での協定では、部落有地を、特売地、地上権設定地、貸付地等に区分し、それぞれに入会慣習の存続を認めていた。本件と同様に地上権設定地を設けたが、判決は、入会慣習の存続を認定した。

「二、被控訴人村においては、統一山林に関する従来の部落の利用状況等を考慮し、その山林を一部直営地とするほか、各部落…のため貸付地、地上権設定地、特売地等として処理することとしたのであるが右統一、処理のためには従来の入会等の慣習で廃止し得るものは一応これを廃止することを便宜とした…白沢部落に関しても同様部落民と協議し、承認を得て、特売地については部落民の入山収益することを廃止（した。）

「三、ただ従来部落の各戸において入山し収益してきた慣習はこれを無視し得ないものがあり、これを全部廃止することは困難であったため、前示の立木、薪炭材の伐採、製炭や地上産出物の採取等のため特に貸付地と地上権設定地を設け、この土地については従来の慣習を存続させることとし（た）」。

「…大正13年3月本件山林が被控訴人の所有地に帰した後においても、前記貸付地、地上権設定地については、白沢部落の各戸主はその必要とする立木、薪炭材の伐採、製炭や秣草、蕨、茸、栗等の産出物を採取し得る権限が慣習として存続し、また前記直営地についても、秣草、木の実、茸等の産出物を採取し得る権限が慣習として存続していたものであり、結局本件土地全部につき白沢部落の各戸主は、前記の借受に基く権限や地上権に基く権限などのほかに、土地により態様は異にするも、共有の性質を有しない入会権を有していたものと推認するのを相当とする。」（中尾英俊編『戦後入会判決集第1巻』（信山社、34p）

この判例の意義については、控訴審における筆者の「意見書」において指摘し検討したが、判決は応接しなかった。

昭和37年事例では、「地上権」設定地は、各家に固定されたようである点が本件とは異なる。本判決の基準によると、昭和37年の事例の方が、個人に収益が専属する度合いが高く、入会権を否定しなければならなくなる。この点からも、本判決は、判例に反しているのである。

なお地上権非設定地の管理、すなわち本件山林のうち、植林がされていない土地の立木（雑木）については、被告が処分したことがある。（昭和27、29、33年）との事実も、原告の管理が及んでない事情の一つとして認定している。不当な判断であり、雑木について、原告が関心がなければ、かえって町が処分した方が都合がよいということもありうる。

入会集団は、地盤所有者の行為について、自己に利害関係がなければ、関わる必要がない。

- 4) 判例は、一般論として「分け地」が自由に譲渡、処分できるようになったとき、入会権の解体が生じるとしているのであって、「分け地」の収益が利用者に帰属することを、入会権解体の理由にあげていない。最判昭32.9.13民集11.9.1518)

5) 地上権設定の意味について、単純には、民法上の物権である「地上権」の設定であると理解するのに慎重でなければならない。一般的な民法教科書においても、「地上権」という言葉から使われているとしても、直ちに、民法上の地上権と理解すべきでなく、当事者が与えようとした法的効果からその趣旨を判断する必要があるとされている。(『民法Ⅱ(2版)』(有斐閣Sシリーズ)174p)

本件入会地で植林者は、割当地使用権を有しているのだから、「地上権」の設定は、条件付統一における上切原住民の権利確認と生育中の立木の伐採権の譲渡権限確認のためであった。そうすると、入会権とは別個の権利を設定する趣旨ではなく、分け地使用権であり、部落外への「地上権」譲渡も、分け地使用権の譲渡であると解すれば十分である。

それでは、本件における「地上権」はどのような意義を有しているのか。統一時の協定の目的に沿って、当事者がどのような法的効果を与えられたものであったかを客観的に判断しなければならない。

植林者は、統一以前からの慣習により行って、統一以後も特に、新たな権原を得る必要はなかった。植林者側から見れば、「地上権」の設定は、伐採前の立木の売買に伴うものであった。「地上権」契約は、村が分収金の収受を確保するために、植林者に対し、直接分収金を請求することができる権限を得るために機能した。

植林者の土地に対する権利は、集団に対する「分け地」利用権である。この「地上権」の譲受人が得る権利は、分け地利用権の転借であり、立木の伐採権以上のものを得るものではない。

6) 中尾英俊は、以下のように指摘している。地盤所有者や第三者が、入会地を占拠して入会地の利用ができないのならともかく、山入しなくても入会権は消えることはない。「山入しないから入会権はない」というこの不勉強きわまりない裁判官の判断は捨ててはおけない。」「山入できないところに入会権はない?」「『平成日本歩き録』129p(海鳥社, 2013)」

7) 本件判決のような認識は、法律研究者・実務家の中の一部に共通する気分であろう。

荒木新五(弁護士・法科大学院教授)は、入会権は、今日の市民社会の一般の「共有」認識にそぐわず、混乱をもたらしているので、入会権を消滅させるべき時期になっているとする。「不動産の流動化の現状と課題」吉田邦彦編『財の多様化と民法学』256p, (商事法務, 2015)。おそらく念頭にあるのは、市場的価値のある土地について、であろう。入会権が担ってきたのは、土地の市場的価値とはかかわりなく、山林の維持管理を義務として行い、国土の維持管理を200年かそれ以上担ってきた。入会権を消滅させたら誰が山林の維持管理を担うのかということには、関心が無いのであろう。

後記 本稿は、本件事件控訴審において、上切原自治会の依頼で裁判所に提出した「意見書」を発展させたものである。執筆時に、故中尾英俊先生、江角健一、辻芳廣弁護士にお世話になった。また、区世話役であった中村昭雄氏が「小繋事件」を学習され、高い問題意識をもたれていたことに感銘をうけた。