

入会権の存否と入会地の処分

— 入会権の環境保全機能 —

中 尾 英 俊

一、まえがき

美くしい緑と水は、日本人に与えられた貴重な資源である。それが高度成長経済という名の下での濫開発によって少なからず失われた。現在ではかつてほどではないけれども、公共、開発の名のもとに緑と水が奪われようとしている。緑と水の給源地の多くは山林原野、池沼等で、それもその多くがいわゆる共有地、入会地である。公共施設のためといえはある程度まとまった土地が必要であるから山林原野に限らず個人所有地でなくいわゆる共有地、入会地がその対象となりやすい。

そこで入会地の開発——宅地、工場用地としての土地開発、ダム、発電所、道路、塵芥処理場等のいわゆる公共施設、ゴルフ場等の休養娯楽施設あるいは駐車場としての土地使用——のためこれらの事業体たる企業に土地を売却、あるいは賃貸する

か、自前で施設をつくる（休養施設や駐車場等）ことについて問題を生ずることが少なくない。このような施設の設置、そのための土地の貸付や売却に、入会権者全員が賛成である場合には（法律上は）問題がない。ただしその設置によって周囲に悪影響をおよぼす、つまり環境の悪化をもたらすことが許されないことはいうまでもない（その許容の範囲がしばしば問題になる）。また入会権者全員が反対の場合も、原則として問題はない。ただ「原則として」というのは、入会権者と地盤所有者が異なる場合、つまり共有の性質を有しない入会地において入会権者は反対しているが地盤所有者がその設置を推進しようとするところがあるけれども、実際問題として入会権者全員が反対の場合地盤所有者といえども任意に土地を処分、変更することはできない。このような場合、後述のように、その土地が入会地であるか否か、すなわち入会権の存否が問題となる。さらに施設の設置に入会権者中多数の者が反対の場合にも問題にならない。入会地上の施設設置のための入会地の売買、あるいは貸借に入会権者の多数が賛成、少数の者が反対する場合にそれが可能かが問題となる。いいかえれば、多数決で入会地の売買や貸借が可能かが問題である。

また、その前提として、その土地が入会地であるのかどうか、すなわち入会権が存在するか否かが問題となることも少なくない。開発のため企業が取得しようとする土地が入会地でない場合にもそれなりに問題があるけれども、それは別個のこととして、本稿ではある土地が入会地であるか否か、すなわち入会権の存否にかんする問題と、その入会地の売買、貸付が多数決で可能か否か、この問題を検討する。

二、入会権の存否

(1) 問題の所在

ある土地が入会地であるか否か、入会権が存在するか、が争われるには次の二つの場合がある。

1. もともと入会地ではない。仮に入会地であるとすればいつ入会地になったか（いつどうして住民が入会権を取得したか）。

2. 仮に入会地であったとしても現在は入会権は消滅している。（消滅の理由としてもっとも多いのは入会地での収益行為のないということである。）

いうならば入会権の発生と消滅とにかんする争論なのであるが、その消滅を理由として入会権の不存在が主張されることは多い。ところが、そこで争われる入会権というものが正しく理解されていない場合が少なくないのである。そしてその故に入会権をいつ取得したかという質問が発せられることもある（仮に集落住民が当該土地に入会権を有していなかったとするならば、古くから集落住民が如何にして生活のかてを得ていたかを立証しなければならぬことになる）。

そこで本節では、まず入会権（能）発生^(能)の経緯を述べ、それが民法によって入会権として法認されたが、入会権とはいかなる権利であるのか、を明らかにし、その後で入会権の消滅とはいかなる事象をいうのか、を検討する。

(2) 入会地の形成過程

入会権の草分けともいふべき入会慣習は近世幕藩体制の確立以降発生したものである。

近世幕藩体制の編成原理は兵農分離と石高制とであった。石高制とは検地によって確定した石高の徴収権（知行権）を領主に与え、領主は村ごとに指定された石高の年貢を徴収しうる制度である。農民は年貢のみならず諸役（公役）を賦課されたが、それも個々の農民に対してではなく村に対して賦課されたのである（村請制）。村（むら）以下村落共同体をいう。自治体としての村ではない）は農耕の単位となり、用水を管理するばかりでなく、農耕に必要な秣草や生活に必要な薪材等の給源である林野（入会地）も管理することになった。

近世江戸期大名の領地はほとんど豊臣政権あるいは徳川政権によってその支配権能を与えられたものであって、自らその領地を占取した者はきわめて少ない。自らその土地を占取していたのは守護大名であった島津（薩摩藩）・宗（対馬藩）くらいのもので、戦国大名として自ら土地を闘い取ったのも毛利（長州藩）ただし中国八か国のうち防長二国以外は没収された）・伊達（仙台藩）などその数は少ない。

領主Ⅱ藩主は「村請制」によつて年貢の徴収権を確保し、村をつうじて土地、農民を支配したのであり、藩主はもとより家臣たる藩士も直接農民のところに出向いて貢租を取り立てたり人夫に引き立てたりすることはできなかつた。したがつて、領主Ⅱ藩主は領地に対して土地所有権（後述のように限定された意味においても）を有せず、有していたのは貢租徴収権だけであつた。もつとも藩によつては御留地、御立山などと称して藩の直轄地を有することもあつた。

近世社会に現在のような土地の排他的所有権が成立しなかつたことはいうまでもないが、天領や藩直轄地を除けば土地一般

に対する管理処分権能は「村」に属していた。このことを具体的に示すのが、「村請制」である。村が年貢、諸役負担の責任を負うものであったから、その負担を維持するための村独自の権能が認められていた。すなわち村内部における年貢、諸役の割付、算用は村が行ない、個々の百姓の未進が生じた場合に村として弁済しなければならなかったし、また村の荒地、荒蕪地の貢租も村の責任であったから村の惣作にするか農民に割付けて耕作させた。そして、百姓 \parallel 村人の負担をなるべく平等にするよう、村が割地の地ならしを行なった。

もとより貢租の基礎である稲作あるいはこれに準ずる穀類の耕作は各農民個々人の作業であったから、田畑に対しては村びとたる農民の排他的支配権能が認められていた。ただそれは村びとすべてではなく、本百姓に限られ、また開田、開畑等によって地主的土地支配が強まり、土地に対する貢租義務者は耕作者ではなく地主となって権利の重畳関係が成立するが、地主といえども村に対して貢租義務を負っていた。

一方、農耕や生活に必要な秣草や薪材等の給源としての山林原野、溜池、井泉などは村の管理支配するところであった。これらの土地には小物成、山年貢などが賦課された（ただし田畑のように生産物がつねにあるわけではないため、賦課されず免租の場合も少なくなかった）が、その貢納義務は同様に村が負っていた。

このように村の支配領域内の土地は、原則として村が管理支配権を握っていたのであり、領主は村請制をつうじてその貢租徴収権を有するにすぎなかったのである。村の管理支配する土地でも、農民が個々に所持進退する田畑・屋敷地などは村の支配権能と農民の所持権能が重畳する所有関係にあり、個々の農民の支配が成立しない山林原野では村の支配権が圧倒的に優位になる。このことは、明治の土地制度改革において顕著な差となってあらわれる。

明治六年の地租改正によって近代的所有権制度が導入され、個人的支配が成立していた宅地や田畑に対しては個人的所有権が早く成立した。しかし山林原野は主に村びとが採草採薪のために共同で支配進退してきた土地であったから、個人的支配権が確立しなかった。明治七年地所名称区別法改正により、いわゆる山林の土地官民有区分が行なわれ、藩の直轄地や貢租の事実がなかった林野などが官地Ⅱ国有とされた（中には政策的に国有に編入したところもある）が、一般的には管理主体である村持とされた。ただ山林原野には村限りが確定せず村々入会の土地も多く、それらは数村共有地とされた。

藩制時代から明治初期にかけて、村は貢租、賦役などを管理する公的な側面をもってはいたが、村びと総体とは別個の、いわば社团的な存在ではなかった。当時わが国では観念的な存在としての社团的団体の意識はなく、村や藩という行政体は存在しなかった（明治維新の功労者である志士たちも、○○家家臣であつて△△藩士ではなかった）。したがって、村持というのは村びと共有（みんな持ち）を意味するものであつたが、観念的な存在である社団概念の新たな成立と公私分離の理により、政府はこの村持財産を「町村ノ一部」有財産としてとらえ（町村制第一一四条）これを公有財産にくりこむ手を打った。これがのち明治四三年以降の部落有林野統一政策の法形式的な根拠となり、その結果全国的に市町村有林が形成されたことは周知のとおりである。

（3）民法上の権利としての入会権

近代的土地所有権を法的に確立した民法は個人主義的権利を基礎としていたから、個人的（単独、共同とも）所有でもなく社団（法人）的所有でもない、村持共有の権能をそのまま民法の規定にいれるわけにはいかなかった（事実明治二二年公布の

旧民法にはこのような共有地について何の規定もなかった。しかし村びとにとつて不可欠な村持共有、村持入会地の権利關係を保障する必要があつたから、新制民法（すなわち現民法）制定にあたり物権篇の中に次のような一か条を設けた。

「第二六三条 共有カ入会権ノ性質ヲ有スルトキハ各地方ノ慣習ニ従フ外本節ノ規定ヲ適用ス」

そしてその提案理由として次のように説明されている（富井政章委員）。

「此入会権ト云フモノノ性質ハ一様デナクシテ多クノ場合ニ於テハ共有ノ性質ヲ持ツテ居ルト思ハレマス夫故此前二掲ケテアル所ノ規制ヲ加ヘル当嵌マラヌトナツテハ余程困ツタ結果ニナラウト思フ例ハバ持分ヲ随意ニ譲渡スルコトガ出来ル何時モ請求スルコトガ出来ル然ウ云フ様ナコトハ皆嵌ル方ノ規定デアルト思フ夫故ニ此特別ノ規定ガ必要ト考ヘマシタ」（法典調査会民法議事記録第二条三〇、三一回一三二頁）

この条項は現在のように「共有ノ性質ヲ有スル入会権ニ付テハ各地方ノ慣習ニ従フ外本節ノ規定ヲ適用ス」と改められたが、最終的には次のように説明されている。

「入会権ニ付テ・・・共有ノ性質ヲ有スルモノハ本節（註、第三節共有）ノ説明ニ従フヘキカ如シト雖モ、入会権ヲ有スル村民ニシテ皆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其弊害極メテ大ナル可キヲ以テ主トシテ各地方ノ慣習ニ従フヘキモノトセリ」（民法修正案（前三編）の理由書・二二六頁）

つまり、村々入会地や村持共有地は村びとの共同所有財産であるが、それぞれの持分を譲渡することができずまた持分にもとづく分割請求することができない性質のものであるから、民法の共有の規定がそのまま適用されると、弊害極めて大きく混乱をまねくので、この一か条がおかれたのである。したがって、ここにいう慣習とは、持分譲渡も分割請求も認めない集団的

共同所有をいうものであることは明らかであろう。

なお、村びとの採草採薪の入会地が村びと共有でない場合、つまり入会地が自村持でなく他村持の場合もあるので、入会権について別個に、「共有ノ性質ヲ有セザル入会権ニ付テハ各地方ノ慣習に従フ外本章ノ規定ヲ準用ス」（第二九四条）と、共有の場合とほぼ同様の規定が設けられ、地役権類似の用益物権であるとされた。

民法第二六三条に規定する共有ノ性質ヲ有スル入会権（以下「共有入会権」と略称する）は疑もなく（主として土地の）共同所有権の一形態である。共有入会権は共同所有権の一形態であるが、まず持分譲渡禁止、分割禁止という慣習に従い、それ以外は第二節共有の規定を適用する（この規定に従うべきである）ということである。

従来入会権について誤まった認識が極めて多く、まず入会権の解説書には次のような説明が一般的であろう。

「入会権とは、主として農山村の人々が土地（主に山林原野）を共同的に利用することを内容とする慣習上の総有的物権である」あるいは、「農山村集落の人々が慣習に基づいて共同で土地から産物採取等のため利用する集団的な権利である。」

まず入会権をおしなべて「利用する権利」と解するのが誤であることは明らかであろう。共有入会権はあくまでも土地の所有権である。共有の性質を有しない入会権は一般の土地の共同利用権であるが、その内容は産物採取等に限られるものではない。

「慣習上の権利」という説明は不正確である。ときには慣習法上の物権などということがあがるが、慣習法上の権利とは制定法上規定のない水利権などをいうのであって、入会権は疑もなく民法上の物権である。ただ同じく物権である地上権等と異なる慣習を第一次法源とする権利である、ということである。その慣習とは持分譲渡と分割禁止の慣習をいうものであることは

いうまでもない。

なおこれに關して入会における共有（しばしば「総有」と呼ばれる）には持分がない、と考えられているが、これは誤りである。持分がないと考えられているのは、入会権者たる村びとの権利に持分が平等でかつその譲渡が認められていないからである。しかし株とか権利とか呼ばれてその権利が必ずしも平等でないことがあり、その差は入会地からの収益配分のときにあらわれる。また入会権者の内部で持分譲渡がおこなわれる（たとえば転出者が新入りの分家にゆずるなど）こともある。割地利用のときには持分は明らかになるし、仮に持分がないとすれば多数決などできるはずがない。

また、解説書の中には、このような総有つまり入会においては管理機能は集団に、使用収益機能は各構成員に分属する、と述べているものがあるけれども、これも誤りである。後述のように入会地の集団直轄（留山）利用は明らかに集団による使用収益機能にほかならないし、右のように説く解説書も集団直轄利用の存在を認めているのであるからその説明の誤りであることは明らかであろう。

（4）入会地の利用形態

入会権といえは山入りして薪や草を刈る権利と考えられていたように、入会地には山林原野が多く、かつて村びとは山入りして各自必要な薪材や採草を採っていた。山入りの時期や採取の道具などに制限はあったが、入会地の中ならどこにでも立ち入って採ることができた。このような利用の形態を古典的共同利用と呼ぶが、現在では採薪採草の必要もきわめて少なく、従つてこのような利用形態もほとんどなくなり大部分の入会地は留山（集団直轄）利用か、割地（個人分割）利用形態をとつて

いる。

割地利用とは、入会地（通常はその一部）を、各権利者個人ごとに割当てて独占的に使用させることで、個人仕立山（植林地）などがその典型である。割地を譲渡処分することはできないが、そこでの産物はその者の収益とされる。留山（集団直轄）利用とはその最も典型的な例として各人の自由な入山を差留めて集団が直接管理して天然生木を育成し、成木したときにこれを集団が各人に配分するか、あるいは入札して収益金を得る（集団の収入となる）形態である。一時はパルプ用材として売れたときもあつたが、天然木だけではなく、集落の入会権者全員で共同造林する場合も多い。ところが資力や労力の関係で第三者が造林する分収造林も多い。これは入会権利者集団が契約によって第三者に入会地を使用させるので契約利用形態とも呼ばれるが、実際は留山Ⅱ直轄利用の変形とみて差し支えない。

入会地での採草採薪の必要がなくなり、また森林としても農業用にも利用されず、原野ないし雑種地のような状態になり、その土地が平地状の土地であると、そこに集落の集会場が建てられその建物敷地になることがある。それでもその土地を入会集団が管理し所有しているかぎり、共有の性質を有する入会地であることには変わりはない。

共有の性質を有する入会権が村びと（村落集団）の土地に対する共同所有権であるから、その対象となる土地は何も山林原野に限ることはない。ほかに田畑、溜池、墓地、そのほか宅地、雑種地（駐車場等）にも、みな入会権は成立し、判例もこれを認めている（代表的な判例として最高裁判成六年五月三二日判決民集四八卷四号一〇六五頁）。さらに漁業法上の共同漁業権もその本質は共有入会権であり、河川の流水利用権も同様に入会権的性格をもっている。

なお入会地の態容、ないし地目、現況や利用目的によって利用形態や権利の得喪が異なることを附言しておく。集落集会場

の土地使用は集団直轄利用、墓地は割地利用である。溜池は古典的共同利用、田畑、宅地等は集団直轄（貸付）利用または個人割地利用である。そして同じ集落の中でも林野入会集団と水利集団、墓地集団は必ずしも構成員が同一でなく、またその権利（持分権）得喪の慣習も異なることが多い。

（5）入会権の存否—解体と消滅

1. 共有入会権の解体

共有入会権は土地の共同所有権であるから、共同所有者たる入会権者がその土地を処分（公用収用をも含む）しないかぎり消滅することはない。ただ入会権は（入会）集団が管理し、所有する権利であるから、集団が解体しあるいは管理機能を失えば、共有入会権は解体することになる。解体すれば、民法上の通常の共有地となる。これには入会権者の意思による積極的な解体と、自然な社会的事情によって解体する場合とがある。積極的な解体の典型的な例はいわゆる入会林野近代法（昭和四一年法一二六号）にもとづく入会林野整備事業による場合であるが、入会権者の協議、合意にもとづいて解体し各自持分処分の自由な共有地にすることも、さらに持分にもとづいて各個人有地に分割することも可能である。ただしいずれの場合も入会権者全員の同意が必要であることはいうまでもない（入会権者各自が分割請求権を有しないことは明らかである）。

共有入会権の解体が問題となるのは、入会地の割地利用が行なわれ、割地の権利が次第に個人的権利と観念されるようになること、記名共有入会地において登記に対する物神性から権利者が固定し、所有権登記があるために集団外に転出してもなお権利があると意識され、その結果、登記上持分が売買されるようになること、が主たる理由である。割地利用の場合、その土

地の権利が集団外に流出し、記名共有名義の共同植林地など（その持分）は金銭的価値を有するので集団外に流れやすい。最初はそれが例外的な行為で入会集団もこれを認めようとしませんが、次第にそのような持分権の売買が行なわれるようになると、入会集団も事実上これを認めざるをえなくなり、入会地に対する管理統制が次第に弛緩してくる。

右のように、持分譲渡禁止という入会権の本質が否定されてゆくこと共有入会権は民法上の共有権に解体せざるをえないのであるが、ではその入会地に対する管理統制がどの程度弛緩したら入会権が解体したといえるかについては明確な基準はない。ただ集団の地域外に持分権を有する（と集団が認めた）者が数名いるというだけでは、入会規範の弛緩ではあっても入会権の解体といえないことは明らかである。究極においては、入会権者全員の確認（分割の合意）によるべきであろうが、実際には、持分の集団外部への移転が止むをえないものとして認めたときには入会権は解体した、というべきであろう。

共有入会権かそれとも解体した民法上の共有権を争う裁判には二つの型がある。その一は、登記上共有権者である旧来の入会権者集団（いわゆる本戸）に対して同じ集落内の分家や外来者（いわゆる新戸）が自らも共有入会権者であることを主張する紛争において、本戸が新戸の要求を否認する理由として、登記上共有権者の共有地であって入会権は消滅した、と主張するのであるが、この種の裁判では実体として入会本戸集団が存在するので、入会権の解体を判示したものはなく、ほとんど新戸の入会権を認めている（たとえば、仙台高裁昭和五五年五月三〇日判決、タイムス四二二号一〇四頁）。他の一は、入会地の共有持分を取得した集団外の第三者が、入会慣習を理由にその持分取得の無効を主張する入会集団を相手として、その取得の有効を主張するために入会権の存在を否認するのであるが、この場合は入会権の解体、存否が正面から争いになる。しかし、この種の紛争においても、入会権の解体消滅を判示した判決はきわめて少なく、一般に判決は入会権の解体消滅にはきわめて

慎重である。この第二の型の紛争において入会権の解体の基準を判示したものとして次の判決がある。

それは最高裁判昭和三二年九月一三日判決（民集一一卷一五二一頁）で、「本件土地については、共有の性質を有する入会権が存在し、その一部について慣行として存する『分け地』（注：割地と同意義）……の部分、最近において自由に譲渡されて、その結果譲り受けた部落民が他の『分け地』を有する部落民より以上の利益を受けているというのである。しかし、入会地のある部分を部落民のうちの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、しかも、その『分け地』の部分は自由に譲渡することが許されるといふが如き慣行は、入会権の性質とは著しく相反するものと認めざるを得ない。してみれば、本件『分け地』と称せられる部分については、特段の事情のない限り入会権の存在を否定しなければならぬのかかわらず『分け地』の部分特定、除外せず、本件土地全部について入会権の存在を認め、Xの請求を排斥した原判決は、法令の解釈適用を誤つたもの」として入会権の解体を否定した原判決を破棄差戻したが、本判決には少数意見があり、差戻審では、分け地の権利を取得した集団外の第三者が、その権利を放棄する、旨の和解が成立した（東京高裁判昭和三二年一月三〇日）。本件では分け地の集団外への譲渡がただ一件だけであつて、分け地が「自由に譲渡することが許されるが如き」慣行はまだ発生していないのである。分け地の譲渡がごく一部に行なわれるのでなく、全く村びとからも異議なく認められる段階にならないかぎり入会権の解体消滅とはいえないであらう。

施設を設置するために入会地の取得を欲する者、すなわち企業の場合からいえば共有入会権の解体を主張することは余りない。入会地であれば集団の総意によつて土地の取得が可能であるが民法上の共有地の場合、個々の共有権者に同意を求めなければならぬからである。しかし、集団外の第三者が入会持分権者の数名からその持分権を取得した（いわば入会地の持分數口

を買受けた）場合、その有効を主張するため、入会権の消滅を主張することが多い。その土地が入会地であつて取得したはずの持分権が入会持分権であるならばその権利取得が無効となるからである。このような場合でも判決は一般に入会権の解体消滅に慎重であることにかわりない。

次に掲げる判決は、四五名の記名共有名義で割地利用が行なわれている山林について、登記名義人で部落から転出したAからその共有持分を買受けて移転登記をした集落外のXと、Aの割地利用権を譲受けたが所有権登記名義人でない集落住民Yとの間で、もとA支配の割地の帰属が争われその前提として入会権の存否が問題となつた事件で、最高裁昭和四〇年五月二〇日判決（民集一九卷八二二頁）は次のように判示している。

「甲部落民共同の平等的な使用収益の目的に供されていたが、明治初年頃右部落全戸を地域的に四組に分けて甲部落共有林の大部分を右各組に割当配分し、右各組においてはそれぞれ更にその割当区域中一部を組持の共同使用収益区域に残した上で、残余をすべて組所属の各部落民に分け地として配分したが、柴草の採取のためには分け地の制限はなく、毎年一定の禁止期間の終了をまつて、部落民一同はどこにでも自由に立入ることができたし、部落民が部落外に転出したときは分け地はもとより右共有林に対する一さいの権利を喪失し、反対に他から部落に転入し又は新たに分家して部落に一戸を構えたものは、組入りにすることにより右共有林について平等の権利を取得するならわしであつたこと、そして、明治三六年分け地の再分配を行なつたが、右共有林自体に対する部落民の前記権利について他の部落民又は部落民以外の者に対する売買譲渡その他の処分行為がなされた事例は、少なくとも大正六年頃までは認められないものである。しからば、原判決が右分け地の分配によつて入会権の性格を失つたものといふことはできないとした判断は、正当である」。本判決は原審判決（広島高裁昭和三八年六月一

九日判決・前掲民集）をほぼ認めたものでその原審判決は右判旨のほか、次のように、入会地の登記上共有権者であっても転出して入会権を失なえば実体上何ら権利を有するものでなく、したがってその者から登記上共有権を取得した集団外の者は何ら権利を取得するものでない、と判示している。

「Aが明治三六年前記分け地配分の際甲部落に居住していなかったものであることは弁論の全趣旨に照らして明らかである。従つて、同人が右配分により本件山林につき入会権者としての使用収益権を取得した事實はなく、もとより本件山林の所有権はおろか、甲共有林について共有持分を取得すべき筈もない。そうすると、(略) Aより更にXがこれを買受けて所有権を取得した旨のXの主張は採用しえない」ことが明らかである。つまり、入会権と登記とは直接関係ない、ことも判示したもので、これも上告審で認めており、本最高裁判決は入会権の形態変化および入会権と登記との関係を判示した、入会権についてきわめて重要な判例といふべきである。

右判例のように、入会権の解体は安易に容認すべきことでなく、たとえば登記上共有権者に集団外の者がいるとか、割地の一部を集団外の者が支配しているということは、入会権解体化の現象ではあるが、それをもつて入会権の解体とは云えないことに留意すべきである。

2. 共有の性質を有しない入会権の消滅

入会地が入会権者の共同所有地でない場合すなわち共有の性質を有しない入会権について民法は前述のように「各地方ノ慣習ニ従フ本章(地役権)ノ規定ヲ準用ス」(二九四条)と規定しこの入会権を他人の所有する土地上に成立する一種の用益

物権としてとらえている。従つて共有の性質を有する入会権と異なつてその権利が消滅することがあり、そのため権利の存否が問題となることも少なくない。また各地方の慣習に従う点は共有入会権の場合と同様であるから、集団の統制がなくなればその権利が解体消滅することも同様である。

共有の性質を有しない入会権（以下「地役権的入会権」と呼ぶ）はかつて他村持地入会が主であつたが、現在その大部分は市町村有地あるいは財産区有地上の入会権であろう。ただ財産区というものの法律上の性格がきわめて不明確で、行政庁によつてはいわゆる区有地、部落有地を財産区有地として取り扱ふところもある。また市町村有地も多くは前述のように明治末期から昭和初期にかけて行なわれた部落有財産統一政策により半強制的に部落有、区有地を市町村有に移転させられたものが少なくないので、真実市町村有か否かが明らかでなく、そのため入会地盤所有権の帰属が争われることが少なくない。ここでは入会地盤所有権の帰属についてふれる余地はないが、財産区有とされているもののほか社寺有名義の中には實際上住民共有の性質を有する入会地であるものが少なくないことに注意すべきである。

このような市町村有地など入会権者集団とその地盤所有者が異なる入会地では「以前は入会地であつたが今は草刈や薪取りなど山入りしていない。入会慣習がなくなつたから入会権は消滅した」といわれることがしばしばある。たしかに入会権を山林原野等から産物採取する権利あるいは植林等に利用する権利と考えるならば、採取や利用が行われなくなると、入会慣習はなくなるから入会権は消滅した、と考へても致し方ないかもしれない。

しかしながら民法は、この共有の性質を有しない入会権を、地役権の規定を「準用する」というだけで、その権利内容が山林原野等の土地で産物の採取やその他特定の目的で使用収益する権利であるという規定はどこにもない。仮にこの入会権が植

林や草木採取あるいは放牧等に限られるものであるならば、地上権又は永小作権の規定を準用す、と規定すればよかつたはずである。そうではなく地役権の規定を準用す、と規定したことが重要である。

地役権は「他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル」権利である（民法二八〇条）。その例として、通行地役権、送電線地役権、眺望地役権（実際には少ないが、いわゆる日照権はこれに該当する）および蔭打の権利（田畑から至近の距離に生立する木草を伐去しうる権利で農作物の日照権とも云うべき慣習法上の権利）がある。

このうち契約によつて設定され、かつ最も多く登記されているのは送電線地役権である。送電電所間を結ぶ送電線を他人の土地（承役地）上空に架設する権利であるが、この地役権は送電電所所在地（要役地）の便益のために地役権を設定すると登記されているが、実際は電気事業者の便益のために設定する、という方が適切である。従つてこの地役権は本質的に土地のためにする地的地役権ではなく「事業者」のためにする対人地役権といえるであらう。

共有の性質を有しない入会権について、民法上最初は地役権の章に次のように規定されていた。「共有ノ性質ヲ有セサル入会権ハ土地ノ便益ノ為メニセサルモノト雖モ各地方ノ慣習ニ従フ外本章ノ規定ニ依ル」（二七九条二項）（第三五回法典調査会議事速記録一九三頁）そして「入会権ト云フモノハ対人地役デアル」と認識されていたのである（同一九八頁）。このように共有の性質を有しない入会権は地役権的権能をその内容とするが、民法上の地役権が土地のために設定される地的地役権であるのと異なり対人地役権である。その故に地役権の規定の適用ではなく準用することとされたのである。そこで共有の性質を有しない入会権は「入会集団（構成員）が他人の土地を自己の便益に供する権利である」と規定することでできる。

そこでこの「便益」であるが、その内容は格別制限はない（もとより公序良俗、強行法規に反しないことは当然である）。

かつては入会権者たちの生活を支えるための採草、採薪等の産物採取行為が主であり、さらに造林や放牧等の収益行為が行われるようになった。このようにこの便益の中に使用収益行為が含まれることはいうまでもないが、それと並んで重要なのが、環境保全機能にほかならないのである。

入会地として最も多い入会林野が、水源涵養、保水、土砂崩壊（崖崩れ）防止、防風等の保安林的機能をもっていることはいうまでもない。保安林として指定されているか否かを問わず急傾斜地の多い集落ほど土地保全的機能は大きく、また海岸防風林が入会地である例は多い。入会権者たる村人たちは入会地のこれらの機能を保全しながら、採取使用収益行為を行ってきたのであり、そのために入会地の利用についての厳しい取り決め、すなわち慣習があったのである。

入会地に造林も行われず雑木林ばかりであり、あるいは雑草が繁茂している、といっても入会集団の人々はその管理権能を決して放棄し放任しているのではない。雑木林雑草地であっても害虫駆除、防火あるいは盗伐防止のために集団的な監視（見回りなど）を行っているのであり、ときには補修をすることもある。入会地である溜池についても同様であって、農用水供給源としての役割が減退しても、防火、防災（貯水池）用の機能をもっており、そのために、水漏れ防止、堤防補修等の管理労働が行われるのである。

このような対人地役権的、環境保全的機能は共有の性質を有する入会権においても全く同一である。ただこれらの機能は積極的な収益行為を伴わないため、権利の不行使と見られがちであり、地役権的入会権の場合その存否が問題となることが少なくないのである。仮に権利の不行使の状態が続いたら地役権的入会権は消滅するのであろうか。

地役権的入会権は地役権と同様にその存続期間に制限がない。入会権の解体はあっても、入会権の消滅はその権利を放棄し

ないかぎり消滅することはない。入会権の放棄とは、入会林野を伐開してゴルフ場にしたり、溜池を廃止して他の用に供したり、ダムやその他の施設設置のために従来の入会権の権利行使を廃止して土地を第三者（地役権的入会権の場合は地盤所有者を含む）に提供することである。入会集団の入会権能を失わず、あるいは権利行使を一時停止するような契約による第三者の使用は入会地の契約利用であつて放棄ではない。

地役権的入会権の消滅ないし不存在を判示した判決も数は少ないが、ここではその代表的な判決の理由づけを見ることにする。

その代表的な例は最高裁昭和四二年三月一七日判決（民集二二卷三八八頁）で財産区有地上の入会権の消滅を判示したものである。

「明治二二年町村制の施行から昭和二八年にいたる六五年間に、本件入会地に対する入会団体（甲部落）の統制が次第にX区会の統制に移行し、X区が従前の入会地の一部を処分し、全入会地を管理して使用収益方法を定め、この方法に従つて区民が本件土地の使用収益をするにいたり、以上の本件土地についての区会の処分・管理につき従前の入会権者からの異議もなく、また従前部落の入会権行使の統制機関であつた『春寄せ』も区会に対する意見具申の機関に変化したというのである。

徳川時代において農村経済の必要上広汎に認められていた入会権が、明治大正昭和と経過するにつれて、貨幣経済の発展と農耕技術の進歩との結果漸次変質、解体、消滅の過程をたどってきたことは顕著な現象である。もともと、入会権は慣習によつて発生し事実の上に成立している権利であるから、慣習の変化により入会地毛上の使用収益が入会集団の統制の下にあることをやめるにいたると、ここに入会権は解体消滅に帰したものと見做すべく、甲部落民が本件土地につき有していた地役の性質

を有する入会権は、前記事実には照らし、昭和二八年頃までの間漸次解体消滅したと認めるのが相当である。」

次の新潟地裁長岡支部平成二年七月一八日判決（判例時報一三六一号三頁）判決は市町村有地にかんするもので入会権の不在を判示している。

「一定地域の住民に入会権が認められるためには、当該住民らに、当該土地において使用収益するにつき各住民の使用収益を規制し、当該土地につき管理処分権能を有する各住民で構成される入会団体の存在が不可欠である。かかる入会団体の存在及びその規制の存しない以上、仮に一定の土地において附近の住民が各自長年にわたって、雑木等の採集等をしていたとしても、それはせいぜい当該土地が公共用物であれば自由使用の範囲において、またそれ以外の場合であればその所有者又は管理者からの異議のないままに事実上当該土地において右採集等をしているに過ぎず、このような事実上の利用は利用者各自がそれぞれの自由意思でいわば勝手にやっていることであり、これをもって入会権の行使と目すべきものではない。

(2) しかしるに本件においては、原告住民を含む集落住民の先祖が、本件土地において、原告住民主張の製塩、干鰯等をなすにつき、これを規律する入会団体の存在及び前記収益がこの入会団体の規制のもとに行われていたことを認めるに足る証拠は存しない」

ここで判決の内容には立入らないが、右最高裁判決のいうように、「入会地の使用収益が入会集団の統制の下にあることをやめるにいたると」入会権は消滅したと解すべきであろう（この判旨は早速、松江地裁昭和四三年二月七日判決（判例時報五三二号五三頁）に援用されている）。問題は何を以て入会集団の統制がなくなつたかの判断である（本件では区会の管理が強まった結果集団の統制機能が弱くないし消滅したと認定し、収益行為が消滅したとは認定していないのであるから、果して地

役的入会権が消滅したと云えるか疑問であり、基本的には入会権の理解が不適確である。また新潟地裁長岡支部判決も収益行為の有無ではなく集団の管理機能を問題にしている（本件係争地はもと地元総代個人所有名義であつたが明治三九年に村有名義に移転登記され現在市有地となつていたのであるから、もともと入会権が存在しなかつたという判断は是認し難い）。

右のように地役権的入会権の消滅ないし不存在を判示した判決は、その判断の基礎に収益行為の不存在があつたにせよ、そのことを直ちに理由とせずそのため入会集団の統制のないことをその理由として注目すべきであろう。

三、入会権の処分（売却、貸付）

すでに明らかのように、共有入会権は共同所有権の特殊形態であつて、持分譲渡、分割禁止という慣習に従うほかはすべて民法共有の規定を適用する（二六三条）、とされている。

民法は共有物の変更については共有権者全員の同意が必要である（二五一条）が、共有物の管理については共有者の持分に従つて多数決ですることができる（二五二条本文）、ただし共有物の保存行為は各権利者単独ですることができる（同条但書）と規定している。共有入会権は当然この規定に従うことになる。

共有物の保存行為とは、入会地の涸くずれ防止行為などのほか最も重要なのは第三者の妨害行為の差止め、予防がこれに相当する。何びとであれ入会集団の取り決めに反して入会地内の採取や開墾等土地の形状変更する者があれば、各入会権者は単独で——別に会議などの承認なしに——これを差止めることができる。従つて入会権者の多数決で貸付けを受けた第三者が

入会地の形状変更をするおそれがある場合、反対者は単独でもその工事による妨害予防を請求することができる。

共有物の管理行為とは、処分や形状変更を伴わない、主として維持管理に関する事項で、入会地の場合、入会地上産物採取の時期、方法、数量の決定（山林の下刈、原野の火入れ、溜池の水利、墓地での供養等）、産物（立木、山菜等）の処分や公役の割当て、負担金（いわゆる区費など）の決定、役員の選出等であつて、入会権者は通常持分平等であるから、これらの行為は多数決ですることができる。実際にはこれらの事項のうち集団の役員会などで決められていることが多く、構成員に多少の負担をかけるものであつても著しく不利益不平等をもたらすものでないかぎりそれで差支ないのである。

入会地を売却することは共有物の処分となるから共有権者すなわち入会権者全員の同意が必要であることはいうまでもない。入会地の第三者への貸付け、あるいは交換も共有物の処分行為と解してよい。もつとも入会地の貸付けは共有物の変更と解すべき場合もあるが、いずれにしても入会権者全員の同意が必要である。

入会地の売却、交換、貸付等には入会権利者（集団構成員）の全員の同意、すなわち全員一致の賛成が必要であるという命題に対して「一〇人や二〇人の入会集団ならともかく一〇〇人をこえる入会集団が全員総会に出席して全員が賛成するというのは無理だ」あるいは、「入会集団の慣習でこれまですべて多数決で決めてきた。これまで入会地の一部を道路用地として売ったり、分取造林契約を結んだときも、総会の多数決で決定したから多数決で良いのではないか」と言われることが少なくない。

まず、「これまでこの集落（入会集団）ではすべて多数決でやってきた」ということであるが、ほとんどの場合、事実その通りであろうと思われる。というのは多くの入会集団にとって全員一致の同意を必要とする入会地の処分や変更行為はほとん

どなかったからである。ただ、採草採薪利用から植林利用へと利用形態の変更の例は数多く見られるところであり、また入会地の一部を道路用地として売却したことがある集落も少なくない。入会地の変更、処分行為に該当するそれらの行為もこれまで多数決で行なわれてきた、と主張されることが多い。

しかし、全員一致ということは何も全会一致ということではない。入会権者全員が一同に会することができない場合はいくつかの小組ごとに分かれて審議するのが通常であろうし、また総会に出席しなくても前以て賛意を表し（委任状提出など）ても、仮に総会で賛成せずもしくは反対であったがあとから賛成してもよいのである。

さらに道路用地としての売却や分取造林の設定などを集団の総会の多数決で決めた例はあるかも知れない。しかし採草地を植林地にする場合には、それによって損失を蒙る者があればそれに必要な措置を講じて賛成を得たであろうし、また道路用地として売却する場合も、道路敷設は皆の利益になることであるという理由で、多少の不利益を忍んでもその売却に賛成したのである。これらの場合つまり、総会の多数決で決定したのではなく、多数で決めたことが全員によって承認されたことによって正式に決定したことになるのである。

全員の同意ということは反対者の意見を無視しない、ということである。全員の同意を得るためにはいわゆる根回しも行なわれるであろうし、多少脅迫じみた言辞が弄されるかも知れない。そのためやむなく賛成したということもかつてあったかと思われるが、いずれにしても反対の意見をそのまま押し切つて多数で決めたことはない、と言つてよい。

入会集団には入会地について成文の規約を設け、その規約の中に、集団の議事は最高機関ともいうべき総会で構成員の過半数が出席し、その過半数で決すると定めている場合が少なくない。その審議事項の中に入会財産の処分、貸付等を掲げている

ところもある。もつともこの定数が過半数でなくそれより以上のところもあり、入会財産の貸付や売却には特別多数決を定めているところも少なくない。いずれにせよこれらの条項を根拠に、入会地の貸付や売却等についても多数決がこの集団の慣習である、あるいはこの規定ができたときに集団の（全員一致という）慣習がかわった、新たな慣習として定められたというべきであるから、多数決でよい、という意見がある。

入会地について多数決の規定をおいた集落の効力についてふれた判決がある。それは岡山地裁倉敷支部昭和五一年九月二四日判決（判例時報八五八号九四頁）で、この判決は入会集団構成員中の一名の、入会地盤を買受けて所有権移転登記を経由した開発会社に対し、売却反対を理由とする所有権移転登記抹消請求に関するものであるが、その請求原因が係争地は入会地でなく四五名のみのも共有地であるとしていたため、その請求をしりぞけたものである。この判決中に、当該入会集団の規約について触れたところがある。ただしこの判示は前述の理由で傍論でしかない。

「もつとも、各地方の入会権に関する慣習上の一般原則によると、入会権の管理及び処分については、入会権者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もちろんであり、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。したがって、右会則一五条、一九条、二〇条の規定が、入会権の処分についても、総会出席会員の三分の二以上の賛成によりこれを行なうことができる旨多数決の原則を採用するにあたっては、右会則につき入会権者全員の同意がなければならないというべきであるが、右会則五条所定の会員の範囲は、本件土地の入会権者全員を含める趣旨に解することができるばかりでなく、前示七組合の各組合員全員が入会して会員となっているから、

右全員が入会した時点から右多数決の採用が本件入会権においては爾來慣習になつたといふことができる。」

この判示は一見もつともらしく見える。だが、自分たちの共同所有財産を、多数決ないし過半数で、つまりるときには自己の意思に反して（少数派の場合常にそうなる）売却したり貸付けたりすることに賛成する者がいるだろうか。入会地がごくわずかしかないか、あるいは格別利用価値がない場合、また特定の財産を処分する場合を除いて、共同に所有する財産を他人にまかせるといふことはありえないことである。仮に、前述のような多数決による規約を全員で了承したとしても、おそらくそこには全財産の処分等までは意識して行なわれたものでないといわざるをえない。

入会地の貸付、売却等入会地の変更、処分についての判決は昭和五〇年ころから多くなる。その先例ともいふべき判決は、東京高裁昭和五〇年九月一〇日判決（下民集二六卷七六九頁）である。

係争地は甲部落所在の海浜の一部で甲漁業会名義で所有権登記されているが、部落の管理統制のもとに部落住民の魚網や海藻等の干場として利用された防風目的で松の植林が行なわれてきた。甲部落代表者がY会社とホテルおよび関連施設建設のため右土地の一部につき賃貸借契約を締結したので、甲部落住民で入会権者たるXら三名はY会社を相手として、本件賃貸借は住民の有する入会権の内容を異質なものに変更するものであるから入会権者全員の同意を要するにかかわらず、全員の同意を得ていないから有効に成立していない、という理由で本件賃貸借権不存在の確認とYの係争地への立入禁止を求める本訴を提起した。

第一審判決は、入会権を消滅させるのではなく利用形態を変更するのはその入会集団の慣行による多数決でも差支ない、と判示したのでXらが控訴、第二審判決はこれを取消し次のように全員の賛成が必要である、と判示した。

「ホテル等の施設の建設のため土地を他に賃貸することはその入会的利用形態の変更を来たすものであるから、原則として、これにつき入会権者全員の同意が必要とされるのは入会権の性質上当然のことであり、そして、本件土地を含む浜の入会集団をふくむ甲区においては、入会地に関する事項のうち、常務的管理事務のような比較的重要でないものについては区長及び評議員らの役員（これらは、吉例と呼ばれる甲区の定時総会において選出され、実質的には入会団体の機関としての機能をもっている）がこれを決定処理しているけれども、その他の事項については入会権者である住民の全員の了承のもとにこれを決定実施しており、例えば、昭和三十二年二月に浜のうち本件土地に隣接する部分を乙会社に賃貸した際も、区長は、区内の各班の班長を通じて入会権者である住民に対する説明、説得を行い、ほぼその同意が得られる見通しがついたところで同年一月十五日開催された吉例において賃貸の件を付議したが、なお一部の反対者があったところから、更に説得を重ねて、これを納得してもらい、結局入会権者全員の同意を得ているのであって、従って、本件入会集団における慣習は前記原則を何ら修正、変更するものでなく、本件賃貸借契約の締結のような行為については入会権者全員の同意を必要とするものである。

しかるに、本件賃貸借契約の締結につき入会権者の全員の同意があったことは認められず、臨時総会のみならず吉例においても一部の反対者があったことが明らかであるから、本件賃貸借契約は無効である。」

本件は上告されることなく上記判決は確定したが、まことに理路整然としており、入会地の変更、処分についての判例もしくは先例といつてよい。その後入会地の貸付、処分を多数決でよい、とした判決はない。仮処分決定であるが、鹿児島地裁名瀬支部平成一三年五月一八日決定（判例時報一七八七号一三八頁）も山林たる入会地のゴミ焼却場としての賃貸借契約締結は全員の同意が得られないから効力を生じないと判示している。

入会権に付ては各地方の慣習に従うものであるが、この慣習は昔からの慣習だけを云うのではなく、皆の総意でその慣習は変わり、変えることができるのであるから、皆のとりきめで新たな慣習を定めてもよい、としばしばいわれる、そのこと自体に誤りはない。しかしたとえば、市町村議員候補者をその集落の中から推挙するということ、あるいは村八分に近い制裁規定が決議されあるいは規約に定められても、それが違法かつ無効であると同様に共同所有財産を多数で（共有持分権者の意思に反して）変更、処分できるといふ規約も民法の強行規定（二五一条）に反するから当然無効である。

これまで入会地の売却や貸付を認めた判決で多数決でよいとした例はない。集団がゴルフ場として賃貸した入会地（広島高裁平成八年三月二八日判決、本誌三〇巻二・三号二五五頁所収）、空港として売却した入会地（神戸地裁豊岡支部平成六年二月二一日判決同誌二四二頁所収）につき、売却あるいは貸付に反対して売却や貸付の無効を主張する入会権者中ごく少数の者に対して「総会議長の、全員賛成したものと認めて良いかとの発言に対し多数の拍手があつて……反対意見もなかつた」「決議事項について……だからからも反対意見がなかつたので、右承認があつたものと認める」などと反対しなかつた、という理由で（実はこの認定に疑問があるのだが）全員賛成と判断して売却や貸付を有効と判断している。

右の認定に対する疑問とは、果して本当に全員が賛成であつたか否かである。というのは、日本のむら社会のみならず社会一般に、多数の中で少数の反対意見を主張するのはきわめて難しいことだからである。むら社会で少数の反対意見を主張すれば制裁とまでいわずとも有形無形の圧迫を受けることは常識的であるとさえ云つてよい。入会地の処分反対する少数の者は、集団の集会の中では反対意見を主張することができず、自己意見主張の場合、そして権利救済の場を裁判所に求めるのである（もとより協力者や代理人をつうじて）。したがつて裁判所としては真実反対したか、賛成でなかつたかを——そして当然

その理由も——明らかにすべきである。仮に反対であったことが明らかになっても多数決だからという理由でそれを認めないとすればそれは少数意見の否定であつて民主主義に反することを銘記すべきであろう。

以上のように、入会地の開発、施設の設置に伴う入会地の売却や貸付等はいくまでも入会権者全員の総意によるべきである。しかし入会集団構成員の職種が多様化（とくに脱農化の進行）してきた現在、入会地をめぐる利害関係が一致しなくなる（入会地の売却や貸付によって利益を得る者もいれば、逆に利益を得ることなく被害を蒙る者もある）。そのため、入会地の売却や貸付すなわち処分や変更にも全員の同意を得ることが困難な場合が少なくない。それでも少数の反対意見を十分に聴いた上で処置すべきであろう。それでは少数の反対意見があるかぎりつねに処置を決定することができないかどうか。極論すれば反対意見はつねに認められなければならないか。これについて次のような判決がある。

それは、福島地裁会津若松支部昭和五〇年一〇月二九日判決（判例時報八一二号九六頁）および甲府地裁昭和六三年五月一六日判決（判例時報二二九四号一一八頁）で、前者は入会地の売却、後者は入会地の変更（道路の敷設）について数名の者が反対したのであるが、いずれも事前に賛成の意を表している、と認定している。そして前者は同意のとり方を問題にしたもので、「入会地の処分は全員の同意を要するが、それは特定の様式を要するものではなく総代会の決定を追認するなど実質的に全員同意があればよい」、後者は「入会地内の道路敷設に基本的に反対でなかったのに提示された案に反対することは経路の変更を必要とするが、それは著しく困難で、安全の点から問題があり、公共的見地から反対は権利の濫用とすべきである」と判示している。

両判決とも最初に売却や変更賛成したと認定し、後に態度を変更したことを不当としてその主張を却けている。ただ、後

者はそれだけでなく公共の見地からその主張が権利濫用になるとしている。

しかし、一旦売却や変更賛成したが、後に反対の態度をとることが必ずしも不当とはいえない。たとえば道路敷設や施設の設置に賛成であっても、具体的計画では自分の入会権能が侵害されたり、崖崩れや水が涸れるおそれのある場合には当然反対せざるをえない。いわば自らの生活を守り、環境を守るための反対であるから、当然のことであり、そのようなおそれに対する適切な処置なしにその反対を無視することはできない。

その反対が、逆に自分に余り利益にならない、あるいはその処分等によって得られる収益（たとえば補償金の分け前）が少ない、という理由での反対となると正当な理由の反対とは言い難い。このことは初めの賛成の有無とは関係がなく、上記のようないわゆる思惑はずれ、あるいは集団の事業の推進者に対する反感、その他理由のない反対は権利の濫用として認められるべきではない。

不当な理由による反対は、反対とはならないが、入会権の処分や変更によって権利侵害や環境悪化をもたらすという正当な理由での反対については、少数であってもこれを否定することは許されない。そのような少数意見にも、十分に耳を傾けて全員納得のいくように処理することが入会（集落）における慣習というべき全員一致の原則なのである。

あとがき

私は現役教授のときから入会権の研究を志し、各地をまわって入会権の実態、入会慣習を学んだ。ときには入会裁判に協

力を求められ、入会権についての鑑定書や意見書を提出したことも、また鑑定証人として出廷証言したこともある。そしてこの間数多くの入会地にかんする判決に接し、その研究をつづけてきた。

定年退職後は、「入会専科」の弁護士（入会権に関する相談〓コンサルタント、訴訟代理だけをやり他は例外的に家事事件を引受ける程度）として、入会裁判に必要な書面の作成、それに必要な入会地の現地調査等をつづけている。また入会裁判に訴訟代理人ではなく、鑑定書や意見書提出等の協力を求められることもある。もとより私がつねに入会権擁護、入会権を守る立場にあることはいうまでもない。

入会権を守る裁判をしているというと、何でそんな古い権利にこだわるのかとか、あるいは環境裁判で入会権を主張すると、何を今さら古い権利をもち出すのか、といわれることがある。しかしながら、入会権が環境保全に重要な役割を果たしていること、すぐれて現代的意味をもっていることは、以上に述べたことから明らかであろう。

このように重要な役割をもつ権利であるにもかかわらず、古いとか今さらなどといわれるのは、入会権に対する認識をあまり、正しい理解をもたないからである。そのためか、入会裁判でいわゆる開発側の弁護士が「係争地上に草も木もないからすでに入会権は消滅した」とか「部落（集落）」という人格のない団体の所有地だから構成員の多数決で処分できる」などという、入会権に対する無理解が曲解にもとづく主張がときに見られる。そのような曲解はともかく無理解や誤解の責任は、前述（七八頁）のように入会権の経緯や実態を無視した無責任な叙述をした解説書、教科書にある、といえるのであろう。

いままで多くの入会権についての判決に接して感ずることは、ごく少数の判決（それも、入会集団構成員の三分の一以上の者が入会権の解体を主張しているから共有入会権は解体したという広島地裁平成五年一〇月二〇日判決（本誌二六卷四号一四

頁所収「浅田登美子裁判官」、入会地の貸付にいったん反対しても次の総会の席上で反対の発言をしなかったから賛成したことになるという鹿児島地裁平成一四年六月二〇日決定・〈吉田肇裁判長〉前掲鹿児島地裁名瀬支部決定の異議審で、同年一月二日福岡高裁宮崎支部決定により取消された）などという、法的解釈というよりも市民感覚を疑うに十分な判決）を除けば、若干の異論はあるにせよ、おおむね適切な判決が多い。とくに、入会権の変化形態を判示した前掲広島高裁判決（河相格治裁判長）、山林原野ならぬ雑種地や宅地に入会権の存在を認めその解散、財産処分は全員の合意を必要とする判示した福岡高裁昭和五八年三月二三日判決（入会裁判の実証的研究三二九頁所収・西岡徳寿裁判長）は、事実を克明に認識しており、入会権に適切な判示をした名判決であり、これに類する判決は少なくない。

入会裁判に訴訟代理人たる弁護士として接したのはこれまで一〇件足らずであるが、そのほか協力を求められた裁判（弁論）を含めて感じたことは、一般に裁判官が入会権というものを理解しようとつとめておられることである。裁判官とて入会権にはなじみの少い方が多い（とくに若い裁判官——弁護士も含めて——には入会権そのものを知らない方もいる）ので、当然ともいえるがきわめて喜ばしいことである。その結果、おおむね適切な判決が出されるのであるが、おおむねというのは、不当ではないにせよ納得いきかねる判決がまゝあるからである。それも裁判官の無理解というより当事者の主張が十分かつ適切でないことによる方が多いように思われる。とくに入会権者たる住民自身が実感としては分つていても、理論的に、あるいは用語上入会権を正しく理解していないことがある。それだけに入会地についての訴訟のみならず紛争に対処するためには、まず入会権というものに対する正しい認識が必要であると、強く感ぜられる。