

云つて居る。横田氏物權四九七頁、中島氏物權五三八頁。

### 五 地役權の不可分性〔註一四〕

「地役權は不可分である」と謂ふことは羅馬法以來唱へられた所で、吾民法の解釋としても學者は一般に同じことを説いて居り、現に第二百八十二條及び第二百八十四條は其原則の適用であると謂はれて居る。併し其原則の根據及び意義如何に付いては學者の説が一致して居ない〔註一五〕。けれども、第二百八十二條及び第二百八十四條には夫々立法理由もあり特別の意義がある。又地役權の成立には、他の用益物權に於けると異なつて、要役地承役地なる二個の土地の存在を必要とするから、其等の土地の共有・一部乃至複數・分割等に關聯して、他の場合がない特別に複雑な關係が生ずるだけのこと、之を一括して不可分性なる名稱を附し、強ひて統一的理論の下に説明せむとするが如きは、單に無用なるのみならず、反つて誤解を惹起す原因となるに過ぎない。私は此意味に於てかかる包括的にして且漠然たる名稱の廢止を提議したく思ふ。

〔註一四〕 三瀆氏「地役權不可分論」法協三四卷六乃至八號。

〔註一五〕 三瀆氏前掲論文、梅氏要義物權二四四頁、富井氏物權二五九頁以下、横田氏物權五〇六頁等。

## 第二節 地役權の種類

- 第一 作爲の地役權と不作爲の地役權 六三六頁
- 第二 繼續地役權と不繼續地役權 六三八頁
- 第三 表現地役權と不表現地役權 六三九頁

地役權の内容は設定行爲を以て任意に之を定めることが出来る。従つて其種類は多種萬様である。

けれども、之を各種の標準に依つて大別すると、大體次の如き分類を認めることが出来る。

### 第一 作爲の地役權と不作爲の地役權

一 作爲の地役權とは地役權者が承役地に於て何等か積極的の行爲を爲し得る場合を謂ふ。之に對して承役地所有者は其行爲を忍容する消極的義務を負擔する。例へば、

通行地役權・汲水地役權等の如し。

二 不作爲の地役權とは承役地が一定の目的に使用せられざることに依つて要役地が便益を受ける場合を謂ふ。従つて此場合に承役地所有者の負擔する義務は純正不作爲義務である。例へば、一定の高さ以上の建物を建築せざること、遠望を妨ぐべき樹木を植えざること、穿井を爲さざること〔註一〕等を内容とする場合を謂ふ。

〔註一〕要役地の温泉を保護する爲め承役地に穿井を爲さざる地役權（大審三七・三・六刑二錄一〇輯四二九頁）。

不作爲の地役權も亦之を物權の一種と認め得べきこと上述の通りだが（一七頁）<sup>（参照）</sup>、承役地をして負擔せしめ得べき不作爲義務の範圍は必ずしも無制限ではなく、曩に説明した諸種の制限（六二七頁以下）を守らねばならぬこと此場合に付て殊に顯著である。要役地の要求する便益と承役地が受くべき不便とを較量した上、合理的並公益的見地から考へて、其許否を決すべきである。

又承役地所有者の負擔すべき不作爲義務は承役地夫れ自身を一定の目的に使用せざることに存せねばならぬ。反之例へば甲地の使用より生ずる烟害鑛毒が乙地に及むても乙地所有者賠償請求を爲さざるべしと云ふが如き内容の地役権は現行法の認めざる所である。

## 第二 繼續地役権と不繼續地役権

一 繼續地役権とは其行使が間斷なく繼續するものを謂ふ。例へば觀望地役権・引水地役権・特設の通路を以てする通行地役権の如し。

二 不繼續地役権とは其行使が繼續的事實として現はれざる場合を謂ふ。例へば、汲水地役権・特に通路を設けざる通行地役権〔註二〕の如し。

尙排水地役権の如く、必ずしも常住排水せず、而かも要役地に必要起る毎に自然に排水を生ずるが如き場合を不繼續地役と稱し得べきや否やは困難な問題であるが、單に常住排水せずとの事實のみを根據として「不繼續」なりと謂ふを得ざるは勿論である

かゝる場合には排水の爲特別の永續的設備の施されたりや否や等を參酌せねばならぬ

【註二】。

〔註二〕 東京地元・九・二五法律新聞八二四號二四頁、大阪地二・四・七法律新聞八七二號二三頁、京都地三・五・

三〇法律新聞九五七號二七頁、大審三一・六・一七民二錄四輯六卷八一頁議論等。此等は何れも「特ニ道路ヲ開設」せざる地役権は不繼續的だと謂ふて、其時效取得を否認して（二八三條參照）（六五五頁參照）。

〔註三〕 排水地役権に付いては大審三一・六・一七民二錄四輯六卷八一頁參照。尙六五六頁註七末段參照。

## 第三 表現地役権と不表現地役権

此區別は地役権の行使が一般第三者に依りて認識せらるべき外形的事實を必要とするや否やに依る區別であつて、例へば、通行地役権・汲水地役権・地表を利用する引水地役権の如きは前者に屬し、各種の不作爲地役権・暗渠を利用する引水地役権の如きは後者に屬する。

### 第三節 地役權の效力

第一 地役權者の爲し得べき行爲の種類及び範圍 六四〇頁

一 行爲の種類及び範圍 一 承役地の利益寛容義務

第二 優先的效力 六四四頁

一 承役地所有權に優先する效力 一 地役權者

相互間の優先關係

第三 承役地所有者の義務

一 不作爲義務 一 二 作爲義務の特約 六四七頁

地役權の内容は千種萬様なること上述の通りである。従つて其效力も自ら種々多様である。以下には唯其中比較的普遍的にして且重要なるものだけを説明する。

#### 第一 地役權者の爲し得べき行爲の種類並に範圍

一 地役權者は當該の權利の内容を實現するに必要な一切の行爲を爲す權利を有する。行爲の種類及び範圍は當該地役權の内容如何に依つて定まるのであるが、此點に付いては特に次の諸點に注意するを要する。

イ 地役權設定行爲又は其後の特約を以て權利行使の程度を明定せる場合には、一に其定むる所に従ふべく、従つて其後に至つて要役地に於ける需要増加するも、素より約定の程度を超えることは出来ぬ。

ロ かゝる特約がなくとも、別段の慣習があれば、之に依つて權利行使の程度の定まるべきこと勿論である。

ハ かゝる特約も又慣習もない場合には、各場合に於ける要役地の需要を限度として權利を行使し得る。従つて要役地の需要が増減すれば權利行使の程度も自ら之に應じて増減するものと解すべきである。但し次の二點に注意するを要する。

1 要役地の需要増加の程度甚しくして、之に應ずる承役地の使用を要求すること

地役權の效力—地役權者の爲し得る行爲

は、設定行為の精神に違背し又は地役権制度の合理的基礎に違反すと認むべき場合には、需要増加に拘らず使用は合法的に許さるべき其限度を越えてはならぬ。

2 殊に要役地の需要増加が其土地の性質の——自然的原因に因らざる——變化に基因するときは、之に應ずべき權利行使の擴張を主張し得ざること勿論である。例へば従來乙地に通行地役権を有した甲地が住宅地から變じて小學校となつた場合に、乙地は従來の程度を越えた多數小學生徒の通行を忍容する義務はない。反之甲地の住居者が單に増加したければ、特別の反對事情なき限り、之に應ずべき權利行使の擴張を爲し得べきこと勿論である。

二 權利行使の程度並に方法は權利者の爲め必要にして承役地所有者の爲め損害最少きものなることを要する。

法律が地役権を認むる理由は、承役地に一定の制限を附するに因りて受くべき要役地の便益が、承役地の之に因つて受くべき損害に比して著しく大きい、従つてそれは

公益上寧ろ望ましい、と謂ふ點にある(以下六頁参照)。従つて地役権者の爲し得べき行為の程度は、地役権者の需要だけを一方的に觀察して固定的に之を定むべきではなく、常に其需要と承役地の迷惑とを較量して、相對的且流動的に之を定めねばならぬ。此が地役権の特色であり、又最も大切な點でもある(註一)。

〔註一〕此事はローマ法以來認められた原則で、現に獨逸民法一〇二〇條の如きは「地役権ノ行使ニ際シテハ權利者ハ成ルベク承役地所有者ノ利益ヲ寛容スベシ」なる明文を設けて居る。

従つて

イ 地役権者は其權利の行使に際し常に承役地所有者の利益を考慮すべきであつて、然らざれば權利の濫用となる。

ロ 承役地所有者が土地利用の必要上土地又は其工作物に多少の變更を加へても、之が爲め地役権者に重要な不便を生ぜざるに於ては、之に對して妨害除去の請求を爲すを得ない。

地役権の效力—承役地所有者の利益を寛容する義務

ハ 地役権者が其権利の「行使ノ爲メニ承役地ノ上ニ設ケタル工作物」は「地役権ノ行使ヲ妨ゲザル範圍内ニ於テ」承役地所有者も亦之を使用することが出来る（二八七條一項）。尤も此場合には「承役地ノ所有者ハ其利益ヲ受クル割合ニ應ジテ工作物ノ設置及ビ保存ノ費用ヲ分擔スルコトヲ要ス」るのは勿論である（同二項）。

## 第二 地役権の優先的效力

### 一 承役地所有權に優先する效力

地役権は承役地の物的負擔として承役地所有權に優先する效力を有する。

從て其權利の限度に於て承役地所有權の行使を妨げ得べきは勿論である。併し其限度を犯さざる限りに於ては承役地所有者も亦其土地を使用し得べきは素よりである。

此場合に兩者の爲し得べき權利行使の割合は、各場合の特約其他の特殊事情に依りて定まるものであるが、殊に兩者の具體的需要を較量して流動的且協調的に其割合を定むるやう注意せねばならぬ。

此點に關し、民法は特に用水地役權に付てのみ、次の如き特別の規定を設けて居る。

イ 「用水地役權ノ承役地ニ於テ水ガ要役地及ビ承役地ノ需要ノ爲メニ不足ナルトキハ其各地ノ需要ニ應ジ先ヅ之ヲ家用ニ供シ其殘餘ヲ他ノ用ニ供スルモノトス」（二八五條一項）。但し設定行爲を以て「別段ノ定」を爲して、或は使用量の割合を確定し、或は使用目的の順位を變じても差支ない（同但書）。而してかゝる「別段ノ定」は之を登記するにあらざれば第三者に對抗し得ざること勿論である（不動産記法二一三條）。

ロ 「同一ノ承役地ノ上ニ數個ノ用水地役權ヲ設定シタルトキハ後ノ地役權者ハ前ノ地役權者ノ水ノ使用ヲ妨グルコトヲ得ズ」（二八五條二項）。從つて「前ノ地役權者」が上記第一項に從つて其需用に應ずる使用を爲したる結果として承役地所有者に歸すべき餘水に付てのみ「後ノ地役權者」は上記第一項に從つて使用を爲し得るに過ぎぬ。何故なれば既に一の用水地役權を設定した以上其後に於て承役地所有者の處分し得るは單に自己に歸すべき部分のみに限るからである。

地役權の效力—承役地所有權に優先する效力

本條に所謂「用水地役權」は溝渠其他永續的設備に依りて行使せらるゝものなるも單純なる汲水地役權なるを問はぬ。けれども單に物を洗ふが爲め水を使用するが如き地役權は本條の適用を受くべき限でない。何故なれば、本條は單に使用し得べき水の分量のみに着眼して規定せられて居るから。

## 二 地役權者相互間の優先關係

承役地上に既に一個の地役權が成立して居る以上實質上之と相妨ぐべき内容の第二の地役權成立するを得ぬ。故に承役地の供する或る種の利益を獨占することが地役權の内容になつてゐる以上、其同じ利益を目的とする第二の地役權は最早成立する餘地がない(一八頁以下  
四九頁參照)。

けれども、

イ 第二の地役權が、(一)第一の地役權の目的となれる土地利益とは別種の利益を目的とせる場合、及び、(二)縱合同種の利益を目的とするけれども第一の地役權の内容

が其利益の全部を獨占することに存せざるが爲め尙第二の地役權の目的たり得べき利益の殘部ある場合には、有効に第二の地役權の成立を來すべきこと勿論である。例へば通行地役・汲水地役等の場合に屢々見る例である。無論此場合第二の地役權は第一の地役權を害せざる範圍に於てのみ之を行ひ得るに過ぎぬ(二八五條  
二項參照)。

□ 不作爲の地役權は縱合同一内容のものと雖も二個以上同時に同一承役地に成立することを妨げぬ。不作爲の性質より生ずる事物當然の結果にして物權の特質たる排他性の例外を爲すものにあらざること上述の如し(一九頁註  
三參照)。

## 第三 承役地所有者の義務

### 一 不作爲義務

承役地所有者は地役權の内容に應じて義務を負擔する。其義務の内容は、地役權が作爲地役權なるときは地役權者の行爲に對する忍容なるべく、又不作爲地役權なるときは地役權に依つて禁せられたる行爲を爲さざるべき純正不作爲なるべきこと、上述

の通りであるが(六三一頁参照)、何れにするも不作爲義務である。作爲義務は原則として承役地所有者の負擔せざる所である。

承役地所有者はかゝる不作爲義務を負ふ結果として、地役権の内容が——例へば承役地の井戸水を汲むが如く——承役地に於ける或る既存の工作物を使用することに存する場合には、承役地所有者は濫りに其工作物を破壊し又は廢止するを得ない。但し、更に一步進んで積極的に工作物を修繕する義務は、特約なき限り存在せざること、以下に述ぶるが如し。

## 二 作爲義務を負擔せしむべき特約の效力

然らば特に作爲義務を負擔せしむる旨の特約は有效であらうか。無論單なる債權的效力を有するものとして有效なることに付いては何等の疑ひもないが、それでは第三者殊に承役地の特定承繼人には對抗出来ないから、地役権の種類に依つては不便であらう。是れ民法(二八六條)が特に「設定行爲又ハ特別契約ニ因リ承役地ノ所有者ガ其費用ヲ

以テ地役權ノ行使ノ爲メニ工作物ヲ設ケ又ハ其修繕ヲ爲ス義務ヲ負擔シタルトキハ其義務ハ承役地ノ所有者ノ特定承繼人モ亦之ヲ負擔ス」と定めた所以である。此特約は不動産登記法(三一條)に依つて之を登記すれば第三者に對しても亦其效力を生ずる。

尤もかゝる「工作物ヲ設ケ又ハ其修繕ヲ爲ス義務」を負擔した「承役地ノ所有者ハ何時ニテモ地役權ニ必要ナル土地ノ部分ノ所有權ヲ地役權者ニ委棄シテ前條ノ負擔ヲ免ルルコトヲ得」る(七二八條)。「委棄」は土地所有權を地役權者に讓渡す旨の一方的意思表示であつて、地役權者の意思如何に拘らず其效力を生ずる。従つて地役權者は「委棄」を拒絶して負擔の存續を主張するを得ない。無論其取得せしめられた所有權を拋棄することは差支ないけれども、それが爲め一旦消滅した負擔が復活することはない。尙「委棄」の結果地役權者土地所有權を取得せるときは地役權は混同に因つて消滅するものと解せねばならぬ(一七九條一項)。



### 第四節 地役權の變動

第一項 地役權の取得	六五〇頁
第二項 地役權の消滅	六五九頁

#### 第一項 地役權の取得

第一 法律行為	六五〇頁
第二 要役地所有權の取得	六五四頁
第三 時效	六五四頁
一 要件 — 二 效果	

地役權は次の如き諸種の原因に因つて取得される。

#### 第一 法律行為

地役權は法律行為に因つて之を設定するを原則とする。而して其法律行為は契約なるを通例とするが、承役地所有者の遺言たることもあり得る。

一 設定行為中には、因つて設定せむとする地役權の物體たるべき承役地——若し其一部に付てのみ權利を設定せむとするに於ては其「範圍」——其地役權に因つて「便益」を受くべき要役地及び地役權の内容——「目的」・程度・範圍・存續期間——等當該地役權の成立に必要な法定要件の全部を定むることを要するは勿論、第二百八十一條第一項但書、第二百八十五條第一項但書及び第二百八十六條の特約を附加することも出来る。

二 設定行為の當事者は要役地及び承役地の所有者なるを原則とする。然らば、地上權者又は永小作人は自己の使用する土地の爲めに又は其土地の上に地役權を設定し得るであらうか。

民法上此點に關して何等の明文なきのみならず、法條も凡て土地所有者を標準とし

て立言されて居る所から考へると、消極説〔註一〕を至當とするかの如くに見えるけれども、元來此等の権利は直接土地を使用し得る権利だから、自己の権利の範圍内に於て、其使用する土地の爲めに地役權を設定し得るは勿論、自己の土地を承役地として地役權を設定しても差支ないと思ふ〔註二〕。

〔註一〕 三浦氏物權二二六頁、横田氏物權四九五頁、但し立法論としては兩氏共に積極説。

〔註二〕 同説中島氏物權五三九頁、富井氏物權二六六頁。

三 設定契約は有償でも無償でも差支ない。定期金の支拂を以て報酬と爲したる場合には〔註三〕其義務は地役權の内容を成すに至るべく、之を登記すれば第三者にも對抗し得るに至る。

遺言に因る設定行爲は有償たるを得ないけれども、遺言と雖も尙之に「負擔」を附し得るから（一一〇四條）、事實に於ては有償に近い結果を生ぜしむることが出来る。

〔註三〕 耕地整理法二三條、一九條、二〇條は此種の場合を豫想して、之が報酬の増減を請求し得べき場合を

認めて居る。

三 設定の登記は不動産登記法第百十三條に依つて承役地たる不動産の登記用紙中に之を爲す。又「設定ノ登記ヲ爲シタルトキハ要役地タル不動産ノ登記用紙中」にも其旨を記載すべきである（四條）。但し此記載の有無は「設定ノ登記」の效力を左右するものでない〔註四〕〔註五〕。

〔註四〕 大審一〇・一・二四民二錄二七輯二二二頁（法協三九卷一〇號一五二頁所載）は通行地役權を登記しなかつた爲め之を以て承役地の新所有者に對抗し得ない場合の法律問題を取扱つて居る。

〔註五〕 民法施行前には、地役權の設定は——地上權・永小作權等と同様（大審四〇・六・一七民二錄二一輯六五三頁、同八・一〇・二七民二錄二五輯一八四八頁參照）——登記なくとも第三者に對抗することが出来た。併し民法施行後は之をも亦登記せしめなければならないので、民施三七條は、「(前略)民法施行ノ日ヨリ一年内ニ之ヲ登記スルニアラザレバ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ」と定めた（一一二頁註七參照）。従つて、かゝる登記を怠つた爲め第三者に對抗し得べからざるに至つた地役權を承繼した者も、其權利を以て第三者——例へば地役權を設定した承役地舊所有者から其土地を買受けた者——に對抗するを得ない（大審一〇・六・二四民二錄二七輯一二三三頁）。

地役權の取得—法律行爲に因る設定

## 第二 要役地所有權の取得

「地役權ハ要役地ノ所有權ノ從トシテ之ト共に移轉」するを原則とする〔註六〕。併し設定行為ニ別段ノ定アルトキハ此限ニアラズ〔二八一〕(條一項)。

尙地役權の承繼的取得は必ず此方法に依ることを必要とし、「要役地ヨリ分離シテ之ヲ讓渡」することは出来ない(同二)。

〔註六〕「要役地ノ所有權」ニハ取得すれば、特に地役權を移轉する旨の意思表示がなくとも「從トシテ」當然に移轉することに付いては大審一〇・三・二三民三錄二七輯五八六頁參照。

## 第三 時効

## 一 要件

時効に因つて地役權を取得するには、取得時効に關する一般的要件(一六三)の具備を必要とすること勿論であるが、民法は特に地役權に關して其外次の如き特別の要件を定めて居る。

イ 時効に因つて取得せらるべき地役權は「繼續且表現ノモノ」に限る(二八)。不繼續地役は承役地所有者に對して損害を與ふることが少い。従つて他人が不繼續地役に相當する行為を爲したとしても土地所有者は寧ろ之を默認して置くのが世間の通例でもあり、又喜ぶべき事柄でもある。然るに其事實的狀態が多年續いたからと謂ふて地役權を取得せしむるのは、明かに土地所有者にとつて酷である〔註七〕〔註八〕。又不表現地役の行使は外部から之を知り得ざることが多い。従つてかゝる權利の行使に相當する行為が多年繼續したのに、土地所有者が之を妨げなかつたと謂ふだけの理由で、地役權を發生せしむるのは、彼にとつて酷に失する。是れ第二百八十三條の存する所以である。

〔註七〕 東京地元・九・二五法律新聞八二四號二四頁參照。本判決其他大阪地二・四・七法律新聞八七二號二三頁、京都地三・五・三〇法律新聞九五七號二七頁等は何れも「特ニ道路ヲ開設」せずして行使せらるゝ通行地役權は不繼續地役權だから時効に因つて之を取得すること能はずと謂ふて居る。

地役權の取得—時効

尙大審三一・六・一七民二錄四輯六卷八一頁も通行地役權に關し議論として右と全く同じ理窟を認めて居る。併し本判決が主題として取扱つて居る所は、排水の爲め他人の所有地を溜地として利用する權利は時效に因つて之を取得し得べきや否やに關する。而して大審院は偶々「臨檢ノ際池水乾涸シ居タル事實其他「係争地全體ノ實況ヲ推究シ」て當該の權利は「繼續ノ性質」を有するものと認め得ぬと謂ふた事實審の認定を基礎として、時效取得を否定した。けれども、假令排水の事實は不絶繼續せずとも、例へば排水の爲め特別の永續的設備が施してあり而して必要ある毎に排水されるやうな事實があれば尙之を「繼續」的のものとして認めればならぬ。

〔註八〕 大審二九・三・二七民一錄二輯三卷一一一頁は「地下浸潤ノ水利ヲ隣地又ハ近傍地ノ所有者ニ於テ幾年間利用シ來リタル慣行アルトスルモ爲ニ地役權ヲ生ズルノ道理ナシ」と謂つて居るが、此理は其後の判例の認めざる所で、今日では「他人ノ所有地ヨリ湧出スル流水ヲ永年自己ノ田地ニ灌漑スルノ慣行アルトキハ之ニ因リテ其田地所有者ニ流水使用權ヲ生ジ水源ノ所有者ト雖モ之ヲ侵スコトヲ得ズ」(大審六・二・六民一錄二三輯二〇二頁)と謂はれて居る。但し此種の流水使用權に關する判例は何れも單に永年の慣行を援用するだけで、時效に因る地役權取得を理由として居ない。併し右明治二九年並に大正六年事件の如き場合には地役權の時效取得を主張することも出来ると思ふ。但し「繼續且表現」なる要件を備ふる場合に限り、こゝ勿論である。

#### □ 土地共有者が時效に因つて地役權を取得する場合(四條)の特別要件

土地共有者は互に代理關係を有するものではないから、其一人に付て地役權時效取得の要件が具備しても、他の共有者までが當然に其利益に均霑する譯はない。所が其一人だけが自己の持分に付いて地役權を取得することの不可能なことも既に上述した通りである(六二四頁参照)。従つて特に規定がなければ共有者の一人のみに付いて地役權時效取得の要件が具はつても、何等の效力をも生ぜぬものと謂はねばならぬ。けれども、元來地役權は之に依つて要役地の受ける便益が承役地の受ける負擔に比較して遙かに大きいと謂ふ點を根據とするのだから、共有者の一人に付いて時效完成した以上其利益を他の共有者に及ばしめても大して差支はない。是れ民法(二八四條一項)が「共有者ノ一人ガ時效ニ因リテ地役權ヲ取得シタルトキハ他ノ共有者モ亦之を取得ス」と定めた所以である。従つて共有者數人の爲めに時效進行中、其一人に對してのみ中斷を爲すも、他の者に付いては時效進行し且完成すべく、而して其完成は同時に共有者全部の利益に歸するから、「共有者ニ對スル時效中斷ハ地役權ヲ行使スル各共有者ニ對シテ之ヲ爲スニ非

ザレバ其效力ヲ生ゼズ」(項二)。又「地役權ヲ行使スル共有者數人アル場合に於テ其一人に對シテ時効停止ノ原因アルモ時効ハ各共有者ノ爲メニ進行」して(項三)、其完成は同じく共有者全部の利益に歸する。

## 二 效果

時効の完成に因つて取得される地役權の内容は、時効期間中取得者の爲し來りたる行爲——權利の「行使」(一六三條參照)——の内容如何に依つて定まる。

従つて、例へば從來無償にて權利行使を繼續し來りたる結果として地役權を取得する場合の如き、依つて取得せらるゝ地役權は無償なるを原則とする。けれども常に必ずしもそうだとは限らない。承役地所有者をして謂はしむれば恐らく「從來は唯の仕來たりとして無償で認めて居た、けれども權利としてならば償金を拂はねばならぬ」と主張する場合が少くなからう。而して民法が隣地者相互間の所謂法定地役に付いて多數の場合に「償金」の請求を認めたこと及び判例が借地關係に付いて相當の地代値上

請求を認めたこと等から推論すると、事情に依り承役地所有者のかゝる主張を認めても差支ない場合があるやうに思はれる。

## 第二項 地役權の消滅

地役權は左記の諸原因に因つて消滅する。

### 第一 要役地又は承役地の滅失

#### 第二 承役地の收用(土地收用) (法六三條)

之に反し、要役地が收用されると、收用者が土地所有權と共に地役權をも取得する。

### 第三 耕地整理

「整理施行地ノ上ニ存スル地役權ハ耕地整理施行ノ後仍従前ノ土地ノ上ニ存ス」るを原則とするけれども、「耕地整理施行ノ爲地役權者ガ其ノ權利ヲ行使スル利益ヲ受クルコトヲ要セザルニ至リタルトキハ其ノ地役權ハ消滅ス」る。又整理施行の爲め單に

「従前ト同一ノ利益ヲ受クルコト能ハザルニ至リタル」ときは、從來の地役権は消滅するけれども、「地役権者ハ其利益ヲ保存スル範圍内ニ於テ一新に―地役権ノ設定ヲ請求スルコトヲ得」る(耕地整理法二二條)。

**第四** 地役権の存続をして不合理・不適法又は不必要ならしむべき事由の發生

例へば、引水地役権の承役地に於ける湧泉が自然且永續的に涸渇すれば其権利は消滅する〔註一〕。

尙又地役権設定後法律が改正されて、其権利の内容に相當する事柄が土地所有權の效力として法律上當然に認められることになると、其地役権は消滅する〔註二〕。

〔註一〕 前に引いた耕地整理法二二條一項の事例も地役権の存続が不必要になる場合の一に屬する。

〔註二〕 大審九・三・六民三錄二六輯二六一頁(六一八頁註一参照)。

**第五** 拋棄

承役地所有者に對する意思表示を以て之を爲さねばならぬ(一〇六頁参照)。

**第六** 混同(一七九條)〔註三〕

但し要役地又は承役地が數人の共有に屬する場合には、其一人が他の土地の所有權を取得しても、地役権の消滅を來さない。何故なれば「土地ノ共有者ノ一人ハ其持分ニ付キ其土地ノ爲メニ又ハ其土地ノ上ニ存スル地役権ヲ消滅セシムルコト」を得ない(二八二條一項)からである。

〔註三〕 尙第二八七條の委棄も混同に因つて地役権の消滅を來す場合の一である。

**第七** 存続期間の満了又は約定消滅事由の發生

**第八** 消滅時効(一六七條)

消滅時効に關する一般原則の適用を受くるの外、別に左の如き特則がある。

- 一 時効期間の起算點 「第六十七條第二項ニ規定セル消滅時効ノ期間ハ(イ)不繼續地役権ニ付テハ最後ノ行使ノ時ヨリ之ヲ起算シ〔註四〕、(ロ)繼續地役権ニ付テハ其行使ヲ妨グベキ事實ノ生ジタル時ヨリ之ヲ起算ス」(二九條)。

〔註四〕 但し例へば、水道断水の場合には隣地の井戸水を使用し得べしと謂ふが如き内容の地役権にあつては、久しきに亘つて断水の事實なく、従つて地役権行使の必要もなく又其行使も出来ない爲め之を行使せざるこゝと二十年に及ぶも地役権の消滅を來すべきではない。かゝる必要ありたるに拘らず之を行使せざりし事ありたる時が初めて時効の起算點となるのである。

二 中斷又は停止 「要役地が數人ノ共有ニ屬スル場合ニ於テ其一人ノ爲メニ時効ノ中斷又ハ停止アルトキハ其中斷又ハ停止ハ他ノ共有者ノ爲メニモ其效力ヲ生ズ」(二九條)。共有者の一人は「自己ノ持分ニ關スル時効ノ中斷ヲ爲スコトヲ得」〔註五〕る。併し其效力が當然他の共有者にも及ぶや否やに付いては疑ひがある。それを少くとも、要役地共有者相互の關係に付いて解決したのが本條である。是れ第二百八十四條が共有者の一人に付いて地役権の取得時効が完成すると其效力は當然他の共有者にも及ぶ旨を認めたと同一精神に基くものである〔註五〕。

〔註五〕 大審八・五・三一民三錄二五輯九四六頁。

〔註六〕 六五七頁の説明参照。

三 權利の一部消滅 「地役権者が其權利ノ一部ヲ行使セザルトキ——例へば車馬を以てする通行地役権を有した者が永年月に亘り徒歩のみにて通行したとき——ハ其部分ノミ時効ニ因リテ消滅ス」(三九條)。

第九 第三者が時効に因つて承役地を取得したること

「承役地ノ占有者が取得時効ニ必要ナル條件ヲ具備セル占有ヲ爲シタルトキハ地役権ハ之ニ因リテ消滅ス」(二八條)。民法は同様の規定を抵當權に付いても設けて居る(三七條)。而して學者は一般に之を説明して時効取得は原始取得だからと謂ふて居る。無論原則としては之を認め得る。けれども例へば承役地の占有者が地役権の存在を認めつゝ占有を繼續したとすれば、土地所有權は取得出来るけれども、地役権の負擔だけは尙依然として存続するものと解すべきだと思ふ。尙民法は「地役権者——が右の時効進行中に——其權利ヲ行使ス」れば「消滅時効」は之「ニ因リテ中斷ス」るものと定めて居るけれども(二九條)、此場合中斷せらるゝは承役地の取得時効の結果として地役権が消滅

することのみに関り、承役地の取得時効そのものは中断されるのではない。本條に所謂「消滅時効」とは右取得時効の結果として地役權が消滅することを意味するものと解すべきである。

## 第八章 入會權



## 第一節 序 説

六六六

第一 入會權の社會的意義

六六六頁

第二 入會權の沿革

六七二頁

### 第一 入會權の社會的意義

一 農村の富豪は耕すべき田畑を有すると同時に、薪炭を採り秣草を刈るべき山林原野をも私有して居る。自家の諸用は此等の田畑山林原野の收穫物を以て充分に之をみたすことが出来る。所が、僅かに一家を支ふるに足るべき耕地を有するに過ぎない小地主・他人の土地を借りて耕作に従事して居る小作人等農民の大多數は耕作に使用する以外何等餘分の土地を有せざるを通例とする。彼等は、炊事用の薪炭、屋根を葺き・田を培ひ・家畜を飼ふべき秣草類其他農民日常生活の必需品を自己の所有地から採取する

ことが出来ない。而かも貧困な彼等が金錢を以てそれを買ふことの出来ないのは明かである。然らば彼等は何所にそれを得べきであらうか。彼等が權利なしに濫りに富豪の山林原野を犯し得ざるは素よりである。

田舎に行つて見ると、到る所に入會地・入會山・立合山・入付場・入稼場・稼山・請山・野山・差圖山などと謂はれて居る土地がある。村民は、或は時を定め或は隨時に、其土地に來つて木を伐り草を刈る。そうして自家の雜用に充てる。彼等一人々々が其土地から得る所の收益額は、絶對的に見れば極めて僅少なものであらう。けれども、それは彼等の生活必需品である。貧困な彼等は、それなしには生活することが出来ないのである。従つて此種の収益を爲し得る權利の存否は彼等にとつては生計上の大問題である。之れから説明しやうとする「入會權」は、こゝに實に此重要な權利に關するのである。

二 村民は誰彼の區別なく共同して入會山を利用する。昔「淳風美俗」の行はれた頃な

入會權の社會的意義

六六七

らば兎に角、今日の如く世智辛い世の中になれば、かくして共同的に利用される山林が濫伐濫穫の爲めに荒れるのは當然である。今日入會地の多數が樹木のない荒れた土地になつてゐるのは事實である。土地を荒れたまゝに放置するのは獨り國家經濟上不利なるのみならず、惹いては洪水の原因ともなる。従つて専ら土地の使用能率の發揮生産の増加のみを念とする自由主義經濟思想より謂へば、入會位厄介なものはない。一日も早く入會を止めて、造林を施せば、一方には林産物の増加を來し、他方には洪水を防止し得て一舉兩得である。獨逸に於て第十八世紀の中葉以來漸次に村落共有の林野を分割し、英國に於ても第十七世紀以降同様の事を實行したのは、實に此思想の實現に外ならぬ。

我國に於ても、維新以來政府は一方に於て森林政策・治水政策の見地から入會の整理に苦心すると同時に町村自治團體の基本財産として森林を所有開發することを奨勵した爲め、各地方に於て入會が廢止又は整理されたことは決して其例に乏しくない。

而して此政策は今日も尙其まゝ續行せられつつある。

成程、それは林野の利用を合理的ならしめ、其能率を増進すると謂ふ目的だけから謂ふと、極めて喜ぶべき現象である。けれども、入會地の採取物を以て生活の必需品として居る農村の細民は入會の廢止に因つて如何なる影響を受けるであらうか。今後は、或は大地主の私有林の山掃除を請負つて多少の収益を許して貰ふとか、或は金を出して薪炭類を買ふとかするより外に仕方がない。併し前者は到底廣く行き亘らず後者は實際上到底行はれ難い。耕作に依る收穫物の外には、僅かに入會地の収益を得て漸く生活を營むで居る——謂はば自足經濟、實物經濟を營むで居る——農村の細民には、到底金を出して薪炭其他を買ふだけの餘裕はないのである。

故に、細民の生活需要を全く度外視して、入會の廢止のみに熱中する結果は、或は農村人口の減少となり、或は農村生活の貨幣經濟化を惹起すであらう。何故なれば、入會の廢止は當然に農村細民の生活を困難ならしめるから、彼等は自ら其業を棄てる

ことになるであらうし、又其業を棄てないまでも従來の如く小作人として獨立の經營者たることが困難になる爲め、自然大農場の賃銀労働者になつて普通の工業労働者と同じく貨幣經濟を營むものにならねばならないから。所が、かくの如きことは何れも農業政策上の大問題である。一方に於て農村人口の維持に苦心し、自作農の創定に努力する當局者が、林野の合理的利用・町村自治團體の收入増加と云ふが如きことだけに注目して、無暗に入會の廢止を獎勵することは、甚しい矛盾である。

殊に入會の廢止に因つて損害を蒙るものは農村の細民なるに反し、町村有林野の開發に依る町村稅廢止に因つて主たる利益を受ける者は——従來の擔稅者たる——富豪其他有産者であることを考へると、濫りに入會を廢止することは近來政府の實行しつゝある貧富緩和の策と全く相容れない矛盾の政策だと謂はねばならぬ。

私は、入會存續の爲め、林野の荒廢甚しき幾多の事例を知る。故に之を整理して、入會の縮少を計り収益の方法を整頓するの必要は大に之を認める。けれども、之が爲

め農村細民の生活が如何なる影響を受けるか、又惹いては農業組織の上に如何なる影響を及ぼすであらうか等の諸點を考慮せずに、唯單純な自由主義經濟理論のみに盲從し又は自治團體の財政改善と云ふやうな目前の小策にのみ捉はれて、入會の廢止を獎勵するを以て、極めて危険な政策だと考へる。將來我國の農業が大組織的に且工業的に經營されるやうになるとすれば兎に角、今日の如き小農制小作制を維持する限り入會の存續——従つて之に因る林野の荒廢——は農業政策の大局から見て必要已むを得ざる事柄である。無論如何なる程度に之を存續せしむべきかは具體的研究と計算とを俟つて初めて明かになるのであつて、事柄は結局「如何程の油を差せば機械の運轉上最も經濟的なるべきか」と同じ問題に歸着するのである。油を差すのは不經濟だからと云ふて、全く油を差さずに機械を圓滑に運轉せしめむとするも事は全く不可能である。

## 第二 入會權の沿革〔註一〕

入會權の沿革

〔註一〕 川瀬氏公有林及共同地役殊に二〇〇頁以下、中田氏「徳川時代に於ける村の人格」國家學會雜誌三四卷八號一頁以下。

我國現在の入會關係は總て徳川時代からの遺物であるから、其性質を理解するが爲めには、是非其沿革を知らねばならぬ。

徳川時代に於ける「村」の法律的性質如何は一の疑問である。けれども、それが——今日の町村自治團體の如く——法律上之を組織する村民とはかけ離れた獨立の抽象的乃至思想的の實在でなかつたことだけは確かである。中田博士は之を説明して、我國の村は獨逸中世の *Genossenschaft* に似たもので、村なる人格者は即ち村民の全體であつて、村と村民とは相對立する觀念ではなかつた。従つて村は村として訴訟を爲し財産を有し法律行爲を爲し得ると同時に、村の負擔する公課は當然村民全體の共同負擔であり、村の債務は同時に村民全體の共同債務であり、村持の土地は同時に各村民の共同利用地であつた、と謂つて居られる〔註二〕。私は今此說の正否を判斷するだけの

正確な材料を持たない。けれども、今日一般に行はれつつあるやうな羅馬法寺院法流の法人觀念よりは日耳曼系の *Genossenschaft* 思想の方が一般人には寧ろ自然に思はれること及び中田博士の援用された幾多の資料は今日の法人思想を以てしては到底説明出來ないことから考へて、私は差當り此說に賛成するの外ないと思ふ。

〔註二〕 中田氏前掲殊に二八頁以下。

徳川時代に於ける村の法律的性質が斯くの如きものであつたとすれば、村持の林野の如きも今日の法律に所謂町村所有地とは全く異なつて、村持たることは同時に當然村民全體の共同利用地、即ち其總有地——「總持」 *Gesamteigentum* ——なりしものと推論せざるを得ない。而して當時の村は——此觀念を基礎として——或は「村中總百姓入會」乃至「總村入會」の林野を有し、或は數箇村入會にて共同の收益林野を有し、或は一村より他村持の原野へ入會して共同収益を許されて居た。

所が明治維新以來、政府は地租徵收の目的を以て官有地民有地の別を明かにせむと

企てた。けれども、此區別は入會林野に付いては殊に困難であつた爲め、當時の當局者は餘程此點に付いて苦心をしたらしい。が兎に角、明治八年六月地租改正事務局乙第三號達に於ては「從來數村入會又ハ一村持等積年ノ慣行存在スル地所ハ假令簿冊ニ明記ナキモ其慣行ヲ以テ民有ノ證ト認メ之ヲ民有地ニ編入スベシ」と定め、又明治九年一月地租改正事務局議定山林原野等官民所有區分處分方法に於ては「口碑ト雖何村持ト唱ヘ樹本草茅等其村ニテ自由ニシ來リタルガ如キ山野ノ類ハ舊慣ニ依リ其村持ト定メ民有地ニ編入スベシ」と、「從來村山林ト唱ヘ樹木植村或ハ燒拂等其村所有地ノ如ク進退シ他ノ普通其地ヲ利用シテ天生ノ草木等伐採シ來リタルモノト異ル類ハ從前租稅ノ有無ト簿冊ノ記否トニ拘ラズ前顯ノ成績ヲ視認シ民有地ト定ムベシ」、反之「從前秣永山永下草錢冥加永等ヲ納ムルモ曾テ培養ノ勞費ナク全ク自然生ノ草木ヲ採伐シ來リタルノミナルモノハ官有地ト定ムベシ」〔註三〕と定めて、此區別を實行した。其結果從來村民の共同收益地たりし林野の或るものは官有となり、或るものは民有——多

數は村有乃至區有——となつた。

而して、一方に於ては村の法律的性質が次第に羅馬法寺院法流の法人となり、他方に於ては町村の分合がしきりに行はれた結果、村民の林野に於ける共同收益權は極めて複雑なものになり、或は一村又は數村の住民が國有地に入會する場合あり、或は村有地に其村の住民が——單獨又は他村民と共同に——入會ふ場合あり、或は數箇町村の共有地上に其等の町村民が入會ふ場合あり、其他私人の共有地上に其共有者が入會ひ、又は私人の所有地上に一定地區の住民が入會ふ等其他色々の場合を生じたのである。併し、かくして整理されたものは、入會の目的たる土地の所有權の歸屬に過ぎない。其上に存する入會關係は此等の變革に拘らず、土地所有權が何人の手に移らうとも、舊慣のまま存続したのであつて、入會の本體を捉へるに付いては此點に注目することが最も大切である。

〔註三〕 併し此處分が實際上幾多の難問を惹起したことは六八七頁註一九に引用する幾多の行政裁判所判例に

依つて之を窺ひ知るこゝが出来る。

## 第二節 入會權の意義及び性質

### 第一 入會權の内容

六七七頁

一 入會權の主體 — 二 入會權の物體 — 三 共同收益

第二 入會權の種類及び其法律的性質 六九〇頁

一 「共有ノ性質ヲ有スル入會權」ニ「共有ノ性質ヲ有セザル入會權」との區別 — 二 入會權の實體

### 第一 入會權の内容〔註一〕

〔註一〕 田多井氏「入會權ノ性質ヲ論ズ」辯護士協會録事二四卷三號五頁以下、川瀬善太郎氏公有林及共同林役殊に二三三頁以下参照。

入會權とは、或る地區の住民が一定の場所に於て共同的に収益を爲し得る慣行上の權利を謂ふ。

此權利に付いては、民法中僅かに第二六三條及び第二九四條の二規定あるに過ぎず

入會權の意義及び性質

又其等の規定すら問題の大部分は總て之を「各地方ノ慣習」に一任して居るに過ぎぬ。従つて之が法律關係を一括して精細に説明することは極めて困難である。

一 入會權の主體〔註二〕

〔註二〕 田多井氏「入會權ノ主體ヲ論ズ」辯護士協會錄事二四卷六號三〇頁以下。

入會權の主體は、或る地區の住民である。其地區は或は現在の自治團體たる「村」と一致することあり、或は其一部たる字、區等に止まることあり、又或は數箇村〔註三〕に亘ることもある。尙其地區の住民中或る資格を備へたもののみが權利者たる場合〔註四〕と然らざる場合とある。

〔註三〕 例へば大審三九・一・一九民二錄一二輯五七頁の事件に於ける入會關係は二十六箇村に跨つて居る。

〔註四〕 例へば、農民に限り又は本籍者に限つて共同收益を爲し得る例がある。

けれども其地區の住民各個が個人として入會權の主體たるのではなく、或は住民全體として入會權を總有し、或は其居住する部落を通して入會權を總有する。

イ 部落民が其共有又は部落有の林野〔註五〕に入會ふ場合は即ち前者の例に屬する。町村の法律的性質が今日の如くに變つた以上、最早町村の所有地は同時に村民全體の共同利用地だと謂ふやうな考は維持出來ない。而して、昔一部落として獨立の入會地區を成して居た土地が、今日の法律に於ては最早獨立の人格者たる村でもなく、又獨立して「財産ヲ有シ」得べき「町村ノ一部」——「區」——でもなくなつた例が少くないこと、又既に一言した通り入會地の所屬關係も昔とは全く變つて仕舞つたこと等を考へ合せると、法人觀念の變革に因る「村」と「村民」との分離は、入會關係に付いても亦入會地所有權と入會權との分離を來さしめたもので、所有權が何者に歸屬したかに全く關係なく、入會權は昔のまゝ、部落民全部の權利として存續してゐるものと解するのが、最も自然な考へ方である。

〔註五〕 川瀬氏前掲二四六頁は、村民が自村所有の林野に共同收益權を有する場合は、入會權にあらずして町村制九〇條に所謂「舊來ノ慣行ニ依リ町村住民中特ニ財産又ハ營造物ヲ使用スル權利ヲ有スル者アルトキ」

に該當し、全く行政法上の權に過ぎぬと説て居る(前掲二四六頁)。

反之、大審三九・二・五民二録一二輯一六五頁は「町村制ニ掲グル町村又ハ區ノ造營物其他ノ財産ニ對スル行政法上ノ共用又ハ使用ノ權利ニ關スル規定中ニハ住民ガ其山林ノ天產物即チ樹木柴草等ヲ各自採收スル權利ハ之ヲ包含セズ」と解して「自村ノ山林ト雖モ固ヨリ入會權ヲ設定シ得ル旨を説いて居る。

川瀬氏の主たる論據は、此場合に於ける村民の權利を入會權なりとするときは、村民の集合體を以て其主體なりと解せざるべからず、其結果「町村法人中ニ町村夫レ自身ノ法人格ト町村ニ住居スル住民團體ノ法人格ト二様ノ法人存在スルコト」となるべしとするにある(前掲二四四頁)。けれども、先に一言した通り、徳川時代の村が今日の如き村に變つた以上、入會地の所有權は村に屬し、村民は全體として其上に入會權を有するを謂ふ關係を認めることは少しも變ではない。而して其場合村民は全體として入會權を總有 *Gesamtheitigentum* するので、無理に之を法人だと考へる必要は少しもない。尙徳川時代にも、村民が自村の山野に於て共同收益を爲す場合をも「入會」と稱して居たことは、中田氏前掲一二頁以下にも記されて居る。川瀬氏自らも其記載あることを認むるに拘らず、何等特別の理由を示さずに「之レ只普通ニ入會ト稱シタルニ過ギズシテ之ヲ以テ直ニ現時ノ入會權ノ性質ヲ斷定スルコト能ハザルベシ」と謂つて居るのは(前掲二四五頁)、自家の理論に捉はれ過ぎて事實を否認せむとするものである。

尙川瀬氏の議論は町村制九〇條の文字のみより云へば、正當のやうであるが、元來現在の制度の下に於て入會地が町村自らに屬するや又は住民の共有に屬するやの區別は、維新以後の土地制度改革及び町村改廢等偶

然の出來事に起源するので、之を根據として入會權の存否並性質如何を區別するは極めて不可なるのみならず、若し氏の説に従ふときは町村會の多數を占むる有産者は本來無産者生活の必需物にして——有産者には用少き——入會を單なる「町村會ノ議決」に依つて廢止し得るに至るべく(町村制九〇條一項)、其結果は極めて不都合である。故に私は大審院の見解を正當なりと解したい。

□ 以上と異なつて、數箇町村が共同に入會する場合及び一部落が他部落の所有地上に入會權を有する場合には、入會權は部落民自らが全體として之を總有して居るが、他部落に對する對外關係に於ては部落自らが其代表者に依つて入會關係に關する法律行爲、訴訟行爲を爲すべきである(註六)(註七)。何故なれば、かゝる場合には昔から部落と部落とが代表者に依つて相對したものであるから、町村の性質及び代表方法の變つた今日に於ても——現時の——法定代表者に依つて相對すべきものと解するのが至當だから(註八)。

〔註六〕 大審三一・五・一八民二録四輯五卷三五頁が舊時に於ては町村驛の住民全體に關係する入會權は「其性質各個住民ノ權利ニ屬スベキモノナルニ拘ラズ契約ノ如キ訴訟ノ如キ法律行爲ハ村町驛自體ニ屬スル權利關



係ト等シク總テ其村町驛ノ庄屋若クハ田掛ニ於テ外部ニ對シ住民全體ヲ代表シ來レル地方ノ慣習アリト謂  
つてゐるのは正に此關係を明かにしたものである。同旨大審三六・六・一九民二錄九輯七五九頁。尙大審四〇・  
一二・二八民二錄一三輯一二四一頁も實質上同旨を認む、但し部落民が権利者たる場合と部落自らが権利者た  
る場合との別あるが如くに説いてゐるのは正確を欠く。権利者は部落民だが對外關係に於ては部落自らが代表  
するものと解すべきである。

〔註七〕 川瀬氏前掲殊に二五〇頁は註五の見解を執る關係上此場合だけが眞の入會だと謂つて居る。

〔註八〕 けれども、其部落が町村分合の結果今日では法定代表者を有せざる地區になつて仕舞つて居るやうな  
場合があれば、外部に對する關係に於ても部落民自らを直接の入會権者と見るの外ない。

## 二 入會權の物體

### イ 物體の種類

入會權の物體は山林原野なるを常とする。併し入會漁業權の如く水面を物體とする  
ものもないではない〔註九〕。

〔註九〕 舊漁業法施行規則(明治三五・五・七農令七號)二五條は「從來ノ慣行又ハ契約ニ因リ共有ノ性質ヲ有ス  
ル入會ヲ爲シタル者が從來ノ慣行ニ因リ專業漁業ノ免許ヲ受ケムトスルトキハ入會漁業者連印シテ出願ス

ベシ旨を規定し、又同二六條は「從來ノ慣行又ハ契約ニ因リ他人ノ專用漁場ニ入漁シタル者ハ入會其ノ他何  
等ノ名義ヲ以テスルニ拘ラズ專用漁業ノ免許ニ因リテ其權利及義務ニ變更ヲ生ズルコトナレシ旨を規定して  
居る。其結果、前者は今日に於ては純粹の專用漁業權となり、後者は入漁權となつたのである。尙入漁權の  
性質に付ては大審四四・一・一七民二錄一七輯六六九頁、大審五・六・五民二錄二二輯一一六五頁等参照。

### ロ 物體の所屬

#### 1 入會地が入會權者の共有に屬する場合

入會地が入會權者自らの所有——共有——に屬することが屢々ある。嘗て大審院は  
明治三十七年以來「民法第二百六十三條ニ所謂共有ノ性質ヲ有スル入會權トハ、地盤  
毛上トモニ入會權者ニ屬スル場合ヲ指シタルモノニアラズシテ、地盤ハ第三者若クハ  
入會權利者中一二ノ者ニ屬シ、其ノ毛上ノミ入會權利者が共有シテ共同収益スル場合  
ヲ指シタルモノト解セラルベキ旨を主張し〔註一〇〕、爾來學者實際家の非難相次ぐに拘  
らず〔註一一〕、同じ判例を繰返へして居た〔註一二〕。併し、大正九年遂に多年の判例を翻  
して、「共有ノ性質ヲ有スル入會權」と「共有ノ性質ヲ有セザル入會權」とを「區別ス

ル標準ハ入會權者ノ權利ガ其共有ノ地盤ヲ目的トスルヤ若クハ他人ノ所有ニ屬スル地盤ヲ目的トスルヤニ存」する旨を判示するに至つた爲め〔註一三〕、今日では、入會地が入會權者の共有に屬する場合あることが判例上も亦明白になつた。

〔註一〇〕大審三七・二二・二六民二錄一〇輯一六八三頁。此判決は、民法實施前ニ在リテハ多數ノ者が共同シテ林野ニ於テ收益ヲ爲ストキハ其地盤及ビ毛上トモニ共同收益者ノ共有ニ屬スル場合ト地盤ハ第三者若クハ共同收益者ノ一二ノ者ノ所有ニ屬スル場合トナ間ハズ齊シク其收益者ヲ入會權利者ト云ヒ其權利ヲ區別ナク入會權ト稱セシコトハ當院判例ニ於テモ亦屢散見スル所ナリ」と謂ふに拘らず、民法施行後は民法二六三條に依つて右の法制は全く改廢せられたるものとなし、而かも若し「地盤毛上共ニ入會權利者ニ屬スル場合」をも「共有ノ性質ヲ有スル入會權」の一種なりと解するにせざば、「純然タル共有」と何等區別なきに至るべく、而してかかる場合は寧ろ「直接ニ共有ニ關スル規定ノ適用ヲ受ク可キモノニシテ右第二六三條ニ依ルベキモノニアラズ」と説いて居る。

〔註一一〕田多井氏前掲二四卷三號二二頁以下、中島氏物權五八四頁、宮井氏物權二八六頁、横田氏物權四二六頁、梅氏物權二二二頁、川名氏物權一三二頁、三瀆氏物權二六六頁、川瀨氏前掲殊に二四八頁以下。

〔註一二〕大審三九・一・一九民二錄一二輯五七頁、大審四〇・二・二〇民二錄一三輯一二一七頁等。

〔註一三〕大審九・六・二六民聯二六輯九三二頁。

## 2 入會地が他人の所有に屬する場合

入會地が、他の個人又は町村の所有に屬することも、實際上其例に乏しくない〔註一四〕〔註一五〕。但し此場合には所有者側でも同時に其土地に入會ふのが通例である〔註一六〕。

尙或る村の所有地上に村民全體が入會權を有する場合も、今日の法律的形式から云ふと、此場合の一に屬するやうであるが、沿革的觀察よりすれば、かゝる入會權は村民全體の共有地上に行はれて居る入會權に準じて取扱ふのが至當だと思ふ。

〔註一四〕川瀨氏前掲二二〇頁以下。尙例へば、大審三九・二・五民二錄一二輯一六五頁は入會權の目的たる土地が「他ノ町村ノ所有ニ屬スル」場合あることを認めて居る。

〔註一五〕入會地が或る個人に屬する場合の中には、それが入會權者の權利にあらずして、地主の恩恵に過ぎずと認むべき事例もないではない。併し、外觀上恩恵に過ぎざるが如くに見えても、多年の慣行上既に權利になつて居ると認むべきものも多いし、殊に例へば收益の一部分を地主に納入するが如く、報酬を拂つて居る

ものは、反對の事實なき限り、權利を認めて差支ないやうに思はれる。

〔註一六〕「一村ニ專屬シテ其村民だけが收益する林野を「内山」と稱するに對し「他村ノ入會ヲ許スモノヲ外山ト稱シタ」例が多い(行政三九・一一・一五錄一七輯六二七)。

### 3 官有地は入會權の目的となるか

古い判例には官有地が入會權の目的たる場合を認められたものがある〔註一七〕。けれども大正四年三月十六日の大審院判決〔註一八〕は之と全く反對に明治初年地租改正處分の際官有地に編入された土地に付いては其編入と同時に入會權は當然消滅したのだと謂ふて居る。

けれども、行政裁判所は古くから、屢々村民が入會權の存在を理由として入會地の自己に屬することを主張せる訴に對し、「入會ノ事實アルモ直チニ所有權アリト云フヲ得ズ」と答へて、廣く官有地上に入會權の存在することを認めて居る〔註一九〕。之を以て見れば、右大審院判決は現在の實際には適合しないやうに思はれる。

〔註一七〕大審三一・五・八民二錄四輯五卷四〇頁。此判決は千葉縣の事件に關するが、川瀬氏前 二二〇頁に

も千葉縣には官有地入會を許可した例が多いと記してある。

〔註一八〕大審四・三・一六民一錄二一輯三二八頁。其理由次の如し。明治七年乃至九年ノ地租改正處分ニ關スル諸法令ニ依レバ其改租處分ニ於テハ一般ノ土地ヲ官有ト民有トニ區分シテたのもので「從來村民入會利用ノ慣行アリタル土地モ亦總テ之ヲ官民有ニ區分シ其慣行ヲ證據ニ照シテ、(一)實質上之ヲ村ノ所有地ト同視スルニ足ルモノ又ハ村民ガ之ニ付テ樹木等ヲ自由ニスルコト土地ノ所有者ト異ナラザルガ如キ重キ關係ヲ有シタルモノハ悉ク之ヲ民有地ト定メ、(二)村民ガ之ニ付テ單ニ天生草木等ノ伐採ノミヲ爲スガ如キ輕キ關係ヲ有シタルモノハ皆之ヲ官有地ト定メ、(三)既ニ之ヲ官有地ト定メテ編入シタルトキハ從前其土地ニ於テ慣行上村民ガ草木等ヲ伐採シ來リタル關係ハ當然廢止セラル、ヲ以テ之ガ爲メ其村民ニ忽チ支吾ヲ生ジ損害ヲ及ボスベキコトヲ慮リ特ニ其村民ニ地所拂下又ハ貸渡等ヲ許ス趣旨ヲ以テ改租處分ノ行ハレタルコトヲ知ルベク」從つて、(四)地租改正處分ニ於テ官有地ニ編入セラレタル土地ニ對シ從前慣行ニ依リ村民ノ有シタル入會權ノ如キ私權關係ハ改租處分ニ依リ官有地編入ト同時ニ當然消滅ニ歸シタ」ものである。

〔註一九〕行政二四・五・九錄一卷一二三頁、同三四・一〇・四錄四八卷一一〇頁、同三六・六・一〇錄一四輯五一八頁、同三九・一一・一五錄一七輯六二七頁、同四一・一二・二三錄一九輯一四九〇頁、同四二・一一・一五錄二〇輯一三八七頁。

## 4 御料地

入會權の物體

右に述べた大審院の論法を以てすれば、一見御料地を目的とする入會權もあり得ないやうであるが、事實は之に反し、現に御料地拂下規程(明治四一・二二八)第二條に於ても御料地上に「草木刈伐ノ爲入會ノ慣行アル」ことが認められて居る。

### 5 保安林

「入會權ノ目的タル森林ガ保安林ニ編入セラル、モ其權利ガ直チニ消滅スルモノニアラズ」(註二〇)。

(註二〇) 大審三八・四・二六民二録一輯五八九頁。森林法第十九條に「保安林ニ於テハ皆伐及ビ開墾ヲ爲スコトヲ得ズ」とあり其他第二〇條第二一條にも同様の制限があるから、一見保安林に入會の存續することは許されないやうであるが、「芝草及ビ一部ノ伐木ノ如キハ絶對ニ禁止されてる譯でもないから、保安林に編入されたこと云ふ一事を以て直に入會權消滅したりとの論斷をしてはならぬ。

### 三 共同收益

入會權は一定地區の住民が入會地に於て共同的に收益する權利である。而して收益行爲の種類は種々雑多であるが、其

イ 最も普通なるは、山林原野に樹木を伐り、薪芝を採り、秣草を刈り、葛根山蕨を掘るの類である(註二一)。

(註二一) 川瀬氏前掲二三〇頁に各種の實例を掲ぐ。

□ けれども「入會權ノ目的ニ付テハ民法ニ於テ別ニ制限シタル所ナキヲ以テ」例へば或る山の「石材豊富ニシテ附近部落ノ住民ガ永續的收益トシテ之ヲ採取スルニ足ル場合ニ於テ地理ノ關係上其石材採取ヲ以テ生活資料ト爲スガ爲メ山ノ所有者ニ非ラザルニ拘ラズ各自自由ニ採石シ得ル慣習發達シタルトキハ亦石材採取ヲ目的トスル入會權ノ存スルヲ妨ゲザルモノトス」(註二二)。

(註二二) 大審六・一・二八民三録二四輯二〇一八頁。

ハ 入會漁業權 「從來ノ慣行又ハ契約ニ因リ共有ノ性質ヲ有スル入會——漁業——ヲ爲シ」又は「他人ノ専用漁場ニ入漁」する實例は古來澤山あつた。此中、前者は今日では法規上専用漁業權に化し、後者は入漁權になつたけれども(註二三)、殊に後

入會權の内容たる共同收益

者の如きは今日尙本來の入會たる性質を失つて居ないものと考へることが出来る〔註二四〕。

〔註二三〕 舊漁業法施行規則(明治三五・五・七農令七號)二五條、二六條參照。

〔註二四〕 大審四四・一一・一七民二錄一七輯六六九頁。

## 第二 入會權の種類及び其法律的性質

入會權は以上の如き沿革と構成とを有するものである。然らば其法律的性質は果して何であらうか。

民法は此點に付て「共有ノ性質ヲ有スル入會權ニ付テハ各地方ノ慣習ニ從テ外本節ノ規定ヲ適用ス」(三條)及び「共有ノ性質ヲ有セザル入會權ニ付テハ各地方ノ慣習ニ從テ外本章ノ規定ヲ準用ス」(四條)なる規定を設けてる爲め、學者は一般に入會權を分つて「共有ノ性質ヲ有スル入會權」及び「共有ノ性質ヲ有セザル入會權」——即ち學者の所謂「地役ノ性質ヲ有スル入會權」——の二種とし、前者は尙之を共有の一種なりと

解し、後者は地役權にはあらざれども尙之に類似するが故に地役に關する規定の「準用」を受くるものと云ふて居る。

一 「共有ノ性質ヲ有スル入會權」と「共有ノ性質ヲ有セザル入會權」との區別

大審院は嘗て「共有ノ性質ヲ有スル入會權トハ地盤毛上トモニ入會權利者ニ屬スル場合ヲ指シタルモノニアラズシテ、地盤ハ第三者若クハ入會權利者中一二ノ者ニ屬シ其毛上ノミ入會權利者が共有シテ共同收益スル場合ヲ指シタルモノ」と解して居た〔註二五〕。

けれども若し此說に従へば、「共有ノ性質ヲ有スル入會權」なるものは實際上殆どあり得なくなるのみならず、入會の實情と甚しく矛盾牴觸するので、學者は筆を揃へて之に反對して居た(六八四頁註一一參照)。

其結果、大審院は遂に去る大正九年說を改めて「此二者ヲ區別スル標準ハ入會權者ノ權利ガ其共有ノ地盤ヲ目的トスルヤ若クハ他人ノ所有ニ屬スル地盤ヲ目的トスルヤニ

入會權の法律的性質——共有の性質を有するもの否と

存シ、(一)入會權者ガ地盤ヲ共有スル場合ハ本來共有ノ規定ニ依リテ其效力ヲ定ムベキモノナレドモ入會權ニ付テハ各地其慣習ヲ異ニスルモノアルヲ以テ先ヅ其慣習ニ準據スベク慣習ナキ場合ニ於テ共有ノ規定ニ依ルベキモノトス(中略)。(二)之ニ反シテ入會權者ノ權利ガ他人ノ所有ニ屬スル地盤ヲ目的トスル場合ハ本來地役權ニ非ザルモ他人ノ所有地ヲ目的トスル地役權ト其性質ヲ同フスルヲ以テ慣習アルトキハ之ニ準據スベキモ若シ慣習ナキトキハ地役權ノ規定ヲ準用シテ其ノ效力ヲ定メザルベカラズ」と謂ふに至リ(註二六)、入會權の性質及び區別は之に依つて稍や明瞭となつたのである。

〔註二五〕 大審三七・二二・二六民二錄一〇輯一六八二頁(註一〇参照)。

〔註二六〕 大審九・六・二六民聯錄二六輯九三二頁(註一三参照)。

イ 入會地が入會權者自らの共有に屬するときは、其權利は他物權ではない。従つて對地主の法律問題を生ずるの餘地なく、唯入會權者相互の持分・收益の程度・其他入會地の分割・處分等に關して、問題が起り得るに過ぎない。反之、入會地が第三者に

屬するときは、入會權者相互間の問題と同時に、地主對入會權者の問題が起る。此意味に於て二の場合は區別せらるべき實益と必要とがある。

□ 入會地が他人若くは他部落の所有に屬するときは、入會權者と土地所有者との間に次の如き色々の法律問題を生ずる。

イ 入會料〔註二七〕此種の場合には、入會權者に於て入會料支拂の義務あるを通例とし、其の支拂は米を以て爲さるるを最も通例とし、金錢麥等之に次ぎ、稀には酒類牛などにて拂はるる例もある(註二八)。而して此種の場合に直接土地所有者に對すべき者は部落夫れ自身なるが故に、入會料債務も部落に於て之を負擔すべきである。反之、かゝる場合でも、部落民自らが直接對外關係に於ても入會權者だと認め得べき場合があれば、其債務は部落民の不可分的に負擔する所だと謂はねばならぬ。

〔註二七〕 入會料の名稱は地方に依つて色々異なつて居るが、川瀬氏の記載に依ると、山手米又は山手前なる名稱が最も普通であると謂ふ(同氏前掲二一八頁)。

入會權の法律的性質―共有の性質を有するものと否と

〔註二八〕 川瀬氏前掲二一七頁参照。

六九四

2 使用収益關係 他人の土地が入會權の目的になつてゐる場合に、土地所有者——部落——も亦同じく其土地を使用収益するを通例とする。此場合には、所有部落民の權利も亦——「共有ノ性質ヲ有スル」——入會權と見るべきであるが之と入會部落民の權利との間には、行使の方法・程度などに差等のある例が少くない〔註二九〕。

〔註二九〕 例へば、入會部落民は稜草のみを採取し、所有部落民は薪をも採集し得るが如し。

3 所有者の土地處分權 入會地の所有者が其土地を他人に譲渡し又は之を抵當に入れても入會權其のものには何等の影響をも及ぼさぬ。其土地が競賣の結果他人に歸した場合も亦同じである〔註三〇〕。

〔註三〇〕 大審一〇・一・二八民二録二七輯二〇四五頁。

かくの如く、入會地所有者と入會權者との間には、色々の法律關係を生ずるが故に學者は一般に之を稱して「地役ノ性質ヲ有スル」入會權と謂つて居る。併し此種の入會權

は部落民たるが故に之を有するので、部落の土地所有者たるが故に有するのではないから寧ろ集合的人役權の一場合と見るべきである。

## 二 入會權の實體

入會權が「共有ノ性質ヲ有スル」や否やの區別は、結局入會地が入會權者の所有に屬するや否やに存し、従つて實質上地主對入會權者の法律問題を生ずるや否やの差異に歸着すること上述の通りである。

故に其問題を別除して、入會權の全體に通ずる本質如何を考へると、それは結局「一定の部落民が一定の地區に於て共同収益をする權利」だと謂ふことに歸着する。而して其權利は部落民全體の總有 *Gesamteigentum* に屬するものと解すべきである。蓋し、個々の部落民は——各々自己の収益し得る割合は定まつて居るけれども——共有の場合の如く（四一三頁殊に二以下）各自獨立した持分を有する譯ではなく、従つて其權利は法律上當然に部落民たる資格と終始するもので、他人に譲渡し得べきものではないから。

入會權の實體

六九五

イ 學者は一般に、「共有ノ性質ヲ有スル入會權」に於ける權利者相互の關係は、共有 *Miteigentum* であると説いて居る。けれども、「共有ノ性質ヲ有スル入會權」とは入會地が入會權者自らの共有に屬する場合を意味するに過ぎない。其場合、土地の所有權は普通の共有であるかも知れない。併し、土地所有權の移轉其他處分は毫も入會權に影響を及ぼすものでないから、縱令共有地の分割又は讓渡があつても——同時に入會關係の廢止が決議せられざる限り——入會權に對しては何等の影響を及ぼさざるものと解すべきである〔註三一〕。加之更に進むでは、此場合に於ける土地の「共有」夫れ自身が入會の目的たる關係上普通の共有たる性質を失つて「總有」になつてゐるものとも考へることが出来る。此考に依れば入會權と共にするにあらざれば土地共有權の分割又は讓渡も出来ないことになる〔註三二〕。

〔註三一〕 田多井氏「入會權の效力を論ず」辯護士協會錄事二四卷八號四一頁は入會權だけを留保して地盤の共有權だけを他へ賣却した實例を掲げて居る。

〔註三二〕 組合財産が組合の目的に供されて居る關係上總有的取扱を受けて居ること(民六七六條)參照。

□ 「共有ノ性質ヲ有セザル入會權」にあつては、入會權者と地主との間に上述の如き法律關係を生ずるけれども、入會權者たる部落の内部に於ける部落民相互間の共同收益關係は、「共有ノ性質ヲ有スル入會權」の場合と全く同様に、總有關係を有するものと解せねばならぬ。

而して、此場合部落は唯外部に對して部落民を代表する關係上入會權者たるに過ぎないのだから、實質上の入會權者は部落民全體である。對外關係に於て部落が入會權者なるが故に、内部に於ける部落民の權利は入會權にあらずして行政法上の公有財産使用權に過ぎぬと説くのは當らない。



### 第三節 入會權の效力

#### 第一 共同收益權

六九八頁

#### 第二 權利侵害に對する救濟手段

六九九頁

#### 第三 訴訟當事者としての入會權者

七〇一頁

#### 第一 共同收益權

入會權者は、入會地に於て共同的に收益行爲を爲し得る。

一 如何なる收益行爲を爲し得べきかは、慣習又は規約に依つて定まつて居る〔註一〕。例へば山林の入會の中にも、「秣薪炭ノミヲ取得スルニ止マル所謂制限ヲ以テ入會スルモノ」もあれば「又或ハ等ク無制限ニ入會スルモノ」もある。而して大審院は「制限アルモノハ普通ニシテ制限ナキモノハ變態ナリト認ムルニ足ルベキ一般ノ慣行」がないから、「入會權ニ付制限アルヤ將タ制限ナキヤヲ相争フ争訟ニ於テハ制限アリト主張スル」者に於て其事實を立證せねばならぬと云ふて居る〔註二〕。

〔註一〕 (一)一時に入會地に入り得る人員を限るもの、(二)収益の時期を限定するもの、(三)他村よりの雇人をして収益を爲さしめてはならぬこととして居るもの、(四)採取器具又は運搬具を制限せるもの等、色々の例がある。川瀬氏前掲二二二頁以下、二五五頁参照。

〔註二〕 大審三四・二・一民二録七輯二卷一頁。

二 入會權者各自の爲し得る收益行爲の種類及び程度は平等なるを原則とするも、場合に依り部落民中に一定の資格を限つて差等を設けてる例もある。又一部落の住民が他部落の所有地へ入會つて居る場合には、所有部落民の入會ふ權利と入會部落民の權利との間に差等のある例が多いこと上述の通りである。

#### 第二 權利侵害に對する救濟手段

##### 一 入會權者相互間の侵害

イ 入會權者の或る者が其權利の程度を超えて收益行爲を爲したるときは、他の入會權者は各自總入會權者の爲めに其行爲の停止を請求し得るは勿論、損害賠償を請求し得る〔註三〕。入會關係は之を一種の總有關係なりと解すべきこと上述の如くなるが故

入會權の效力―共同收益權―權利侵害に對する救濟手段

に、各入會權者は總入會權者の爲めにかかる請求を爲し得べきこと、不可分債權に關する民法第四百二十八條より之を推論し得る。

〔註三〕 尤も所謂「地役ノ性質ヲ有スル入會權」に於て、「或者等が入會權者トシテ有スル範圍ヲ超脱シ根本ニ寸以上ノ樹木ヲ木炭原料トシテ伐採シタルトスルモ——それが爲め事實上他の入會權者が其權利の範圍に屬する收益行爲を爲すの妨げとなるべき何等か——特別ナル事情存セザル限り是レ入會權ニ屬セザル權利ヲ行使シ土地所有者ノ權利ヲ侵害シタルコト爲ルニ止」るが故に——土地所有者自らならば兎も角——他の入會權者に於て權利侵害の主張を爲し得べきでない（大審七・三・九民三錄二五輯四三四頁）。

□ 入會權者中の或る者が、（一）事實上他の權利者の收益行爲を妨害すべき行爲を爲した場合にも右と同一の結果を生ずる。（二）反之、法律上他の權利者の權利を制限又は廢止せしむべき行爲をしても、それは無効である。何故なれば、總有者の或る者のみにて總有に屬する權利を處分すべき法律行爲を爲し得ないから。

二 第三者の侵害

第三者が入會權を侵害したるときは、各入會權者は總入會權者の爲めに、侵害の除

去停止を請求し得べく又損害の賠償をも請求し得る。此場合の請求權も亦不可分債權なりと解すべきであるから、各入會權者は「總債權者ノ爲メニ履行ヲ請求シ」得るものと謂はねばならぬ（四二八條參照）。

入會地所有者と雖も、入會權者の承諾を得ずして、入會權に影響を及ぼすべき變更を其土地に加へてはならぬ。若し之を爲したるときは、賠償は勿論原狀回復の義務を負擔せねばならぬ〔註四〕。

〔註四〕 川瀬氏前掲二六六頁に依ると、「舊時の慣習に依るも往往原狀回復を爲さしめたる例あり」と謂ふ。

第三 訴訟當事者としての入會權者

イ 入會權者が、他の入會權者又は第三者の權利侵害を原因として妨害除去又は損害賠償を請求する權利は不可分債權と見るべきこと上述の通りだから、各入會權者は單獨にても他の「總債權者ノ爲メニ履行ヲ請求」する訴を提起し得るものと解せねばならぬ。

入會權の効力—訴訟當事者としての入會權者

尙二箇以上の部落が入會する場合には、對外關係に於ては部落自らを權利者と見るべきだから、一方より他方に對する訴は部落自らが其代表者を以て提起すべきである〔註五〕。けれども其部落が町村を成さず其他法定の代表者を有せざるときは部落民全部が直接訴訟當事者になるものと解せねばならぬ〔註六〕。

〔註五〕 六八二頁註六に引いた大審四〇・二二・一八民二錄一三輯一二三七頁參照。

〔註六〕 大審三三・六・二九民二錄六輯六卷一六八頁は此種の場合に關し部落民全部が個人として訴訟當事者たり得ることを認めて居る。併し判決中に當該の「部落」が如何なる程度のものなるかに付いて何等の記載がない。

□ 入會權者中の或る者が他の者の同意を得ずに、入會關係の廢止等其他入會權の處分を目的とする法律行爲をしても、無効であることは上述の通りであるが、其場合には他の入會權者——の全部又は一部——から無効確認の訴を提起し得べきこと勿論で必要的共同訴訟にはならない。

ハ 反之或る部落の住民が「村民ノ資格ヲ以テ係争山林ニ對シ古來入會權ヲ有スル

コトヲ主張スル——確認——訴訟ハ民事訴訟法第五十條ニ所謂權利關係ガ合一ニノミ確定スベキ事件ニ該當ス——るから、必要的共同訴訟になると云ふのが大審院の考である〔註七〕。

〔註七〕 大審三九・二・五民二錄一二輯一六五頁。此判決は普通の共有の場合に共有者中の或る者だけから確認の訴を提起することを許さない大審五・六・一三民一錄二二輯一二〇〇頁、同八・五・三一民三錄二五輯九四六頁と聯絡して研究されればならぬ。四一四頁末段參照。

田多井氏前掲二四卷六號三四頁は此判旨に反對して居る。

## 第四節 入會權の變動

第一 入會關係の發生消滅

七〇四頁

第二 入會權の取得喪失

七〇八頁

第三 公示方法

七〇九頁

### 第一 入會關係の發生消滅

入會關係全部の發生消滅と各入會權者の權利得喪とは全然之を區別して考へねばならぬ。

#### 一 入會關係の發生

入會關係の發生は大部分古來の慣習に起因する。

契約を以て新に入會關係を發生せしむることも理論上考へられないことはない。けれども民法の精神は單に從來の入會關係をそのまま認容することのみに存し、之が新

設は寧ろ其豫想せざりし所であらうと考へる。無論從來明瞭ならざりし入會關係を新に確認すべき契約を爲し得べきは素よりであるが〔註一〕。尙時効に因る入會關係の發生は今後と雖も可能であらう〔註二〕。

〔註一〕 同說川瀬氏前掲二六七頁、田多井氏辯護士協會錄事二四卷三號一二頁一三頁。

〔註二〕 反對川瀬氏前掲二六八頁。

#### 二 入會關係の消滅

イ 入會關係の廢止は別段の慣習ある場合の外、入會權者全部の同意を以てするにあらざれば之を爲し得ない。

1 「共有ノ性質ヲ有スル入會權」に於ても——權利者全部の同意を以てするは兎も角〔註三〕——個々の入會權者より「分割」の請求を爲し得ざるは勿論、多數決を以てするも「分割」を強行し得ない。第二百六十三條及び第二百五十六條第一項の規定だけから考へると、かゝる「分割」請求を許し得るやうに見えるけれども〔註四〕、第二百六十

三條の主旨は先づ「各地方ノ慣習」を適用した上初めて共有に關する民法の規定を適用すべしとするにあり、而して從來一般の慣習はかゝる分割請求を認めて居ない點〔註五〕から考へると、かゝる解釋を容るゝ餘地はないと思ふ〔註六〕。

〔註三〕 徳川時代には村民の合意を以て「村中入會いたし來候山林秣場等」を分割する場合にも、領主代官の許可が必要であつたと謂はれてゐる（中田氏前掲一八頁）。

〔註四〕 學者間の通説は此解釋に従ふ。けれども、第二六三條は成るべく從來の入會關係を其まゝ認容存續せしむるの主旨だと解釋せねばならぬ。従つて從來の總有關係が此一片の——寧ろ「各地方ノ慣習ニ從フ」べきことに重きを置いて居る——規定に依つて、直に普通の共有關係に變つたものと考へることは極めて不合理である。

〔註五〕 川瀬氏前掲二二九頁にも民法施行前の慣例なりとして「入會地の分割賣却等は其例頗る少し賣却に就きての規約はあれども賣却せし實例を見ず」と記してある。

〔註六〕 大審三六・一・二七民二錄九輯一三一三頁は、先づ慣習を調査すべきであるのに單に共有だと謂ふことだけを認めて分割を許してはならぬと謂つて居る。

入會地が町村の所有地なるときは、一見入會權者の意思に關係なく「町村會ノ議決」

のみを以て廢止を爲し得るやうであるが（町村制）<sup>（九〇條）</sup>、其然らざること上述の通りである〔註七〕。

〔註七〕 六七九頁註五參照。

尙多數部落が入會つてゐる場合には、其部落相互の對外關係に於ては各部落が入會權の主體なること上述の通りだから<sup>（六六一頁參照）</sup>、其部落全部の協議を以て入會地を分割し得る。けれども、かくして各部落に割當てられた入會地は其部落民全部の入會權の目的となるが故に、更に其入會關係を廢止せむとせば、住民全部の同意を得ねばならぬ。

2 「共有ノ性質ヲ有セザル入會權」も——別段の慣習乃至規約ある場合を除く外——土地所有者一方の意思を以て之を廢止し得ざるは勿論、入會權者中の或る者のみの意思を以て之を拋棄し得ない。

かくの如く現行法上入會權の廢止は通常入會權者全部の同意がなければ出來ない。それは入會權者自身にとつては極めて利益だけれども、先にも一言した通り、現在の

入會地中には整理を要するものも少くないのだから、速に法規を設けて公平且合理的な廢止方法を設ける必要があると思ふ。併し町村會の決議のみを以て之を廢止せしむることは絶對的にいけないと思ふ。

□ 入會地が——事實上又は法律上の理由に因つて——入會に適しなくなると、入會權は消滅する。けれども、例へば山火事の爲め入會地の生産物が減少し又は皆無となるも、入會權は之が爲め消滅することなく、林野の復舊と共に再び權利を行使し得るに至るものと解せねばならぬ。又入會地が保安林に編入されても必ずしも入會權は消滅するものでないこと上述の通りである(六七八頁参照)。

## 第二 入會權の取得喪失

入會權は部落民全部の總有に屬する。故に

一 部落民たる資格を取得したる者は當然に入會權を取得し、其資格を失つた者は又當然に入會權を失ふのを原則とする〔註八〕。勿論別段の慣習に依つて、移住民又は分

家には權利なしとするが如き例もないではない。

従つて、入會權を部落民以外に讓渡するを得ず、又其等の者に依つて相續されることもないのが原則である。

〔註八〕 大審三三・六・二九民二錄六輯六卷一六八頁。

二 又入會權は入會權者の總有に屬するが故に、各個の入會權者は——「使用收益の割合」の意味に於ける「持分」を有するけれども——獨立の持分權を有しない。従つて入會權者相互間に於ても「持分」の讓渡を爲し得ず、又之を相續するを得ない。各入會權者は部落民たるの故を以て當然に各自共同收益を爲し得るだけのことである〔註九〕。

〔註九〕 同說田多井氏「入會權の效力を論ず」辯護士協會錄事二四卷八號三八頁以下四六頁。

## 第三 公示方法

入會關係の發生存在は、入會の榜示を建てる等の方法で公示する例もあるけれども、法律上は何等の公示方法も要求されて居ない。登記も亦必要がないのである〔註九〕。從

つて入會權の附着して居ることを知らずに林野の所有權を取得した者でも、入會權の存在を否定し得ない〔註一〇〕。

〔註九〕 大審三六・六・一九民二錄九輯七五九頁、大審六・一一・二八民三錄二三輯二〇一八頁、大審一〇・一一・二八民二錄二七輯二〇四五頁。尙一二〇頁註六參照。  
〔註一〇〕 前註大審一〇・一一・二八は競賣に因る競落人雖も入會權の存在を否定し得ない、競賣の公告中にも入會權の存在を記載する必要がない、と謂つて居る。

大正十一年二月十六日印刷 (宋弘物權法下卷ノ一奥附)  
 定價金壹圓六拾錢

大正十一年二月二十日發行

禁 著 作  
 漢 著 作  
 譯 所 有

發 行 所  
 發 賣 所  
 賣 捌 所

著 作 者 末 弘 嚴 太 郎  
 發 行 者 江 草 重 忠  
 印 刷 者 松 澤 重 忠

東京市神田區一ツ橋通町五番地  
 電話九段三三三番一三三三番  
 振替貯金口座東京三三七〇番  
 東京市神田區南神保町十三番地  
 振替口座東京五四〇六番  
 東京市本郷區森川町一番地

有 斐 閣 雜 誌  
 有 斐 閣 書 房  
 有 終 閣 書 房



(金勞印) (九六三九話電) 地番七十町番六下區町總市京東 所刷印)

502  
69



終