

〔論 説〕

「共有入会地」と「旧財産区有地」の区別基準について

岡 本 常 雄

- I 問題の所在
 - 1 沿 革
 - (1) 部落有財産と地租改正
 - (2) 町村制施行
 - 2 「共有入会地」と「旧財産区有地」の区別が問題となる理由
 - 3 補 説
 - (1) 「入会地」について
 - (2) 「財産区」について
- II 共有入会地と旧財産区有地の区別基準の検討
 - 1 主な学説
 - (1) 渡辺洋三教授（旧説）
 - (2) 渡辺洋三教授（新説）
 - (3) 中尾英俊教授
 - 2 判 例
 - (1) 「旧財産区有」であると判示した判決
 - (2) 「共有入会地」であると判示した判決
 - 3 学説と判例の検討
 - (1) 基本的視点
 - (2) 旧財産区の成立要件
- III 結 語

I 問題の所在

土地台帳¹⁾や登記簿（ただし、表題部）の所有者（主）欄に、「大字」，「区」，「村」，「部落」，「組」のほか、「大字〇〇部落共有」，「〇〇共有」など団体名義で記載された土地がある。これらの名義だけではそれらの土地の所有

¹⁾ 「元来地租徴収のための課税台帳であったが、その後の税体系の変遷…（略）…により、課税台帳から土地の表示に関する事項を登録する台帳へと役割を変えて機能した。」（友次英樹『土地台帳の沿革と読み方』1頁（日本加除出版，初版，1997年））。

者は具体的に誰なのか判然としない。本稿は、これらの名義は、具体的にだれを指し示すものなのかを検討しようとするものである。

これらの土地の所有者を具体的に明らかにするには、これらの名義が生じた沿革及び理由を確認する必要がある。

1 沿革

(1) 部落有財産と地租改正

これらの名義となっている土地は、旧幕時代からの「村」や「部落」等の入会地（部落有財産）である。「部落有財産」とは、「部落」、すなわち、旧村＝町村制²⁾によって成立する以前の「村」（の構成員）が集団として所有する財産をいう³⁾。

明治政府は、明治初年、納税義務者の確定等を目的として地租改正を行ったが、その際、納税義務者＝土地所有者と認められた者に対し、地券を交付した。

ところが、部落有財産である土地のうち、「地租改正で官没をまぬかれ、民有地となった入会山がどのような名義で地券を取得したかは、それぞれの農村内部の歴史的事情によって規定されていた。」⁴⁾、つまり、地券の所有名義のつけ方については、申請者次第で異なり、明治政府は、確定した基準を示さなかったため、これらの名義が発生したと考えられている。

このように、これらの名義の土地は、元々、旧幕時代からの「村」や「部落」等の入会地（部落有財産）であったということを、先ず、確認しておく必要がある。

(2) 町村制施行

明治政府は、明治22年の町村制施行によって、従来、「村」や「部落」という集団が所有する部落有財産（入会地）を、合併によって新たにできる町村の公

²⁾ 明治時代の地方制度の基本法律で、「市制町村制」（明治21年法律1号）として制定された。「明治四十四年（一九一一年）四月法律第六十八号および同第六十九号をもって、それぞれ市制と町村制が公布され、それと同時に、明治二十一年に公布された市制町村制が廃止された。」（亀卦川浩『地方制度小史』125頁（勁草書房、第1版、1986年））。「昭和二十二年（一九四七年）四月法律第六十七号を以て公布された地方自治法は、…（略）…日本国憲法の施行の日（昭和二十二年五月三日）から施行された。この法律の施行とともに、…（略）…市制および町村制は廃止された。」（同書215頁）。

³⁾ 北條浩『部落・部落有財産と近代化』13-14頁（御茶の水書房、2002年）。

⁴⁾ 川島武宜ほか編著『入会権の解体Ⅲ』610頁〔渡辺洋三〕（岩波書店、1968年）。

有地に編入しようとしたが、農民の強力な抵抗にあい、その抵抗を和らげるため、一定の範囲で農民の使用権を認める旧慣使用権（町村制 83 条）及び町村内の区又は町村内の一部等を財産権の主体と認める旧財産区（町村制 114 条, 115 条）の制度を設けた。すなわち、旧財産区制度は、旧村が所有していた財産を新たにできる町村に引き継ぐことなく、新たにできる町村の一部となった旧村に権利を留保しようとする制度である。現行地方自治法は、町村制をほぼそのまま引き継ぎ、市町村の一部が財産を有している場合、これを特別地方公共団体たる財産区（294 条）と規定している。

旧財産区は、旧幕以来の部落有財産（入会財産）の処理を目的として創設された制度であるから、町村制の施行によって、すべての部落有財産は旧財産区有となったのではないか、という疑問が生じうる。

2 「共有入会地」と「旧財産区有地」の区別が問題となる理由

しかし、以下に述べるとおり、行政官庁及び判例は、町村制の施行によって部落有財産のすべてが財産区有となったとは考えていない。

「町村制の施行にあたって政府が明治 21 年内務大臣訓令 352 号を發し、『民法上ノ権利ハ町村ノ合併ニ就キ關係ヲ有セサルモノトス即各町村ニ於テ若シ町村タル資格ヲ以テ共有スルニ非スシテ町村住民又ハ土地所有者ニ於テ共同シテ所有シ又ハ維持共同セシ營造物又ハ山林原野田畑アルトキハ従来ノ儘タルヘシ』と規定したところからみるならば、部落有林野は入会団体たる『部落』の山であり、町村制と関係なく入会財産として従来のままに扱うのが政府の方針であつたとも考えられる。」⁵⁾こと、中央官庁（自治省）の見解も、「部落有財産のすべてが財産区財産でない」⁶⁾と理解しうるものであることから、行政官庁は、「村持」等で表示されている部落有財産すべてを財産区有であるとは解していないのは明らかである。

判例も、「町村制施行により、直ちに、旧村の総有に属した財産が町村の公有財産に編入されたものとするのは妥当でない。」（松江地判昭和 43 年 2 月 7 日判時 531 号 53 頁）、「入会林野のすべてが町村有または財産区有のいずれかに二分されたわけではなく、部落の私有財産と異なる形態で存続したものも存

⁵⁾ 川島武宜編著『（旧版）注釈民法（7）物権（2）』553 頁〔渡辺洋三〕（有斐閣，1968 年）。

⁶⁾ 渡辺洋三編著『入会と財産区』43 頁〔武井正臣〕（勁草書房，1974 年）。

した。」(大阪高判平成9年8月28日中尾英俊編『戦後入会判決集』第3巻164頁(信山社, 2004年)), 「町村制の施行に伴い, 旧『村』が有していた入会地は, 全てが法律上当然に行政村に移行し, あるいは財産区財産となったのではなく, 入会集団の総有に属する財産として残ったものがある」(福岡地裁小倉支判平成12年1月20日判決中尾英俊編『戦後入会判決集』第3巻328頁(信山社, 2004年)), などと判示しており, 「町村制施行とともに旧『村』の入会財産がすべて財産区の所有に移ったという解釈をとっていないことは明かである」⁷⁾。

このような背景の下, 明治31年, 入会権は, 正式に民法上の物権としての地位を得たことから, 「入会財産たる部落有財産は, 市町村の一部が所有する町村制上の公有財産すなわち財産区有財産なのか, それとも民法が保障している私有財産なのかという法律論の争いが生じ」⁸⁾ることになった。その原因として, 法律が具体的に両者の区別基準を設けていない点を指摘することができる。現に, 両者の区別基準について, 中央官庁(自治省)側が, 「どういふものが財産区であるかということ(自治法, 旧町村制で)定義されていないわけです。ですから現実の山林なら山林を見て, それに法律の規定を適用する場合には, まず事実認定が必要なわけです。具体の山林が財産区有であるのか, それともいわゆる, 共有者集団による共有(入会集団—筆者〔原著者〕)なのかということについては, 法律自体はなにもきめていない」⁹⁾, と述べているとおりである。

以上のとおり, 町村制の施行によって, 入会財産たる部落有財産すべてが財産区有となったわけではなく, 旧財産区有となったもの, 及び, 共有入会地のまま残ったものがある。この点が, まさしく, 本稿が掲げる問題点が発生する理由である。

では, いかなる問題点が発生するのか。ある土地が仮に財産区有であれば, その管理または処分は地方自治法の規定によらなければならない。反対に, 共有入会地であれば, 民法の規定によらなければならない。ところが, 仮に, 「共有入会地」を「財産区有地」として取り扱うようなことがあれば, 財産権の侵害になるし, 反対に, 「財産区有地」を「共有入会地」として取り扱えば, 違法な公有財産の管理, 処分となる。

⁷⁾ 渡辺編著・前掲注6) 32頁〔武井正臣〕。

⁸⁾ 渡辺編著・前掲注6) 15頁。

⁹⁾ 渡辺編著・前掲注6) 43頁〔武井正臣〕。

ある土地が、「共有入会地」か「旧財産区有地」かについては、現在も、各地で裁判上争われており、したがって、両者の区別基準の定立は、今日においても重要な課題といえる。

本稿は、判例、学説等をふまえ、「共有入会地」と「財産区有地」（地方自治法 294 条 1 項）の区別基準を提供し、もって、「大字」等の名義が具体的にだれを指し示すのかを明らかにしようとするものである。

3 補 説

なお、本稿において、検討の対象を「共有入会」及び「旧財産区」に限っている。その理由は、以下のとおりである。

(1) 「入会地」について

入会地とは、入会権の対象地をいい、入会権には、共有入会権（民法 263 条）と地役入会権（民法 294 条）の二種類がある。本稿の論点に関しては、両者を分けて論ずる実益が乏しい。そのため、本稿では、前者に絞って検討する。

ところで、「入会権は、一般に一定の地域の住民が、一定の山林原野などにおいて、共同して収益一主として雑草、秣草、薪炭用雑木等の採取一をする慣習上の権利であると定義されている」¹⁰⁾が、明治 31 年民法施行により正式に民法上の物権として保障されており、したがって、慣習法上の権利ではなく、実定法上の物権であることは明らかであること、また、共有入会権の場合、部落の人々がその対象である入会地を共同で所有していることから、その権利の内容は単に土地の収益権だけではなく、共同所有権をも含むことに注意する必要がある。

(2) 「財産区」について

財産区には、「市町村の一部で財産を有しもしくは公の施設を設けているもの」と「市町村の廃置分合、境界変更の場合において協議にもとづき市町村の一部が財産を有し、もしくは公の施設を設けるもの」（地方自治法 294 条 1 項）の二種類があり、一般に、前者は「旧財産区」、後者は「新財産区」とよばれている。そのうち、旧財産区は、明治 22 年の町村制によって導入された制度である。「新財産区」は、主に昭和 28 年町村合併促進法以後の町村合併あるいはこ

¹⁰⁾ 我妻榮=有泉亨『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』427 頁（有斐閣，新訂版，1993 年）。

れに伴う分離，境界変更によって生まれたものであり，その前身は，合併前の町村有であったこと，そして，合併町村の協議に基づいて設置されることになっているため，その成立等について問題となることはあまり多くない。

これに対し，「旧財産区」は，明治22年に施行された町村制により，「町村内ノ区」等で，「特別ニ財産」を所有する等一定の要件を満たすものをいい，「旧財産区」に関して多くの紛争が発生している。そこで，本稿においては，財産区のうち，「旧財産区」を対象とする。

なお，本稿において，「財産区」とは，特に断りが無い限り「旧財産区」をいう。

Ⅱ 共有入会地と旧財産区有地の区別基準の検討

共有入会地と旧財産区有地の区別基準に関し，説明の便宜のため，先ず主な学説を，その後で判例を概観したうえで，これらを検討しつつ私見を述べる。

1 主な学説

「共有入会地」と「旧財産区有地」の区別に関し，主な学説として渡辺洋三教授及び中尾英俊教授の両説を概観する。なお，両説の該当箇所は長文であるが，判例を検討し，自説を展開するに当たり重要であるため，できるだけ原文をそのまま引用する。

(1) 渡辺洋三教授（旧説）

渡辺洋三教授は，当初，「財産区有か否かの認定は，その実態にもとづき，次の基準で処理すべきものとする」として，次の基準を列挙されていた。

「(一)かつての部落有統一政策のときに統一に強固に反対し結局統一されなかった部落有地は，人民共有の思想の強かったところであり，原則として共有地と推定されること

(二)登記簿上ないし土地台帳のあるところでは土地台帳上共有名義の土地は，これまた共有地と推定されること

(三)未登記で土地台帳上団体名義（組，旧村，部落，区等）の土地は，現実の実態に即して判定すべきこと

この場合の基準は次のとおりである。

- (1) 当該団体の実質的内容が「市町村の一部」としての団体たる性格をもつかあるいは、むしろ民法上の入会集団たる性格をもつか（たとえば、その部落に住む住民の間に権利者と非権利者との区別があるような場合、その団体が地方公共団体といえないことは明らかであろう）。
- (2) 当該土地の管理処分使用収益がこれまで人民に任されてきたか、それとも市町村長、市町村議会の規制が現実に及んでいたか（及んでいなければ、共有として扱うべきであろう）。
- (四) なお税金を当該部落団体ないし人民が支払ってきた場合には、一応共有として推定される根拠となる。
- (五) 最後に、当該部落の住民の意思が尊重されるべきである。住民が、これを共有地として確保し、そのかわり税金を負担する意思があるか、あるいは財産区有として自治法のコントロールのもとに入ることを欲するか、そのいずれであるかをたしかめて、その意思を尊重するたてまえで処理すべきである。」¹¹⁾

(2) 渡辺洋三教授（新説）

渡辺教授は、その後改説され、「結論的に整理すればこうなる。部落有財産はその実質的判断からすれば、原則としてすべて入会財産である。そのうち、第一類型（注：「実質入会・形式旧財産区」をさす（筆者））と第三類型（注：「実質入会・形式新財産区」をさす（筆者））はそれが法形式的に財産区有財産の形態をとっているものであり、第二類型（注：「純粹入会」をさす（筆者））は、名実ともに入会財産であって、これを財産区財産に入れる余地はない。ここで法形式的に財産区有財産の形態をとるということの具体的メルクマールは、次の二つの基準による。一つの基準は、地方自治法の規定にしたがって財産区固有の機関（区総会、区議会、財産区管理会）が存在しているということである。今一つの基準は、自治法二九四条の規定にもとづく協議が存在するということである。このどちらかのメルクマールがある場合には、入会財産は法形式的に財産区財産といえる。…（略）…右の二つの基準のいずれにも該当しない部落有財産はこれを財産区有財産とみなすべきでない」¹²⁾と主張されている。

¹¹⁾ 川島ほか編著・前掲注4) 647-648頁〔渡辺洋三〕。

¹²⁾ 渡辺編著・前掲注6) 22頁。

(3) 中尾英俊教授

中尾英俊教授は、「次のどれかにあたる林野は特別に反対の証拠がないかぎり財産区有の林野であると考えられます。」として、次の基準を列挙されている。「① 土地台帳又は不動産登記簿上、〇〇財産区有と記載又は登記されているもの（ただし、ただ〇〇区と記載されているものを含まない）。② 市町村の合併協定書によりその林野につき財産区を設けることが決められているもの。③ その財産（部落有林野）につき、地方自治法に定める財産区議会又は総会あるいは財産区管理会が設けられているもの。④ その財産の処分、管理について市町村の条例、規則等が制定されているもの。⑤ その財産に関する毎年度の予算、決算が市町村議会の議決を経て実行されているもの。⑥ その財産に対する固定資産税およびその財産から生ずる収益に対する市町村民税が公有財産であることを理由として賦課されていないもの。」¹³⁾

中尾教授は、さらに、「ある林野が財産区有の林野であるか、それとも大字（部落）住民共同所有の林野であるかを具体的に決定するいくつかの基準をあげることになります。」と述べたうえで、「① 以前部落有林野であったものがすべて市町村有林野となり、その結果部落有財産がなくなり、その後その林野が部落に売払われてふたたび部落有の林野となったものは、部落住民共有の入会林野であって財産区有の林野ではありません。」「② 財産区に対しては固定資産税を賦課することはできません（地方税法第三四八条第一項）から、その林野に対して固定資産税が賦課されていれば、その林野は財産区有ではなく住民共有です。」、「③ 部落有林野を売買したり、あるいは個人に分割するときに、市町村長名義ですることがしばしばあります。財産区財産の管理者は市町村長ですが、市町村長の名で財産の処分（売買など）をするから財産区の財産だとは必ずしもいえません。…（略）…市町村長の名で部落有林野を処分するのはいわば便法にすぎないのであって、市町村長がその財産を処分していることは財産区の財産であることの証拠にはなりません。」¹⁴⁾等と指摘されている。

渡辺教授の旧説と中尾説は、「共有入会地」と「旧財産区有地」の区別基準を個別具体的に列挙されている点が共通する。しかし、渡辺教授の旧説は、いわば、両者を同一平面におき、同次元で両者を区別しようとされているよう

¹³⁾ 中尾英俊『入会林野の法律問題 新版』176-177頁（勁草書房，新版，1984年）。

¹⁴⁾ 中尾・前掲注13) 177-181頁。

である。ところが、渡辺教授の新説は、部落有財産は、原則としてすべて共有入会地であり、旧財産区有地となるのは、例外と位置づけられている。中尾説は、先ず、財産区の成立要件たる事実を検討され、それ以外は共有入会地であると主張されており、渡辺教授の新説とほぼ同一の立場であるといえるのではなかろうか。

2 判例

「共有入会地」か、又は「旧財産区有地」か、を争点とした判決について、以下、(1)「旧財産区有地」であると判示した判決、(2)「共有入会地」であると判示した判決に分けて、検討する。

なお、これらの判決はいずれも、係争地が元、部落有財産（入会地）であったとの認識は共通しているが、ただし、共有入会地と旧財産区有地の区別に関する理解の相違が、結論の違いをもたらしているといえよう。すなわち、「共有入会地」と判示した判決は、部落有財産の管理、処分、使用及び収益等に関する事実を詳細に精査したうえで結論を導いているが、「旧財産区有地」と判示した判決は、これらの点をあまり精査せずに結論を出している、といえよう。

(1) 「旧財産区有」であると判示した判決

(i) 【判決1】 仙台高裁平成8年6月27日判決（中尾英俊編『戦後入会判決集』第3巻218-220頁（信山社、2004年））

本件は、明治時代の土地台帳の最初の所有主氏名欄に「甲町大字乙」と記載され、その後「大字乙」で保存登記された土地について、同町が「財産区有地」であることを前提に、売買を原因として所有権移転登記を受けたことから、同町住民が「大字有」の土地は、原則として部落住民の共有地である等を理由に、同町長が売主である「財産区」に支払った売買代金は違法公金支出にあたる等と主張して争った住民訴訟である。

本判決は、「大字は、旧村或いは町村内の部落を表すものと考えられるところ、市制、町村制下において、当該大字自体に法人格が認められたのは、『財産を有する市町村の一部』としてのみであるから、このように旧大字名義で保存登記された土地は、特段の事情、すなわち、その実体が、当該大字の部落民全体の共有であったにもかかわらず、登記手続の便宜上、大字名義で登記されたにすぎないなどの事情の認められない限りは、当該大字の表す旧村或いは町

村内の部落、つまり、旧財産区の所有であると認めるのが相当である。」と判示した。上告棄却により本判決は確定した。

本判決は、「旧大字名義で保存登記された」ことから、「大字自体に法人格が認められた」、したがって、旧大字名義は、「旧財産区」を意味すると解している。不動産登記能力は、自然人又は法人として、法人格が認められる場合に限り、保有しうる。そこで、町村制の施行によって、「大字」に法人格が認められたといえるか、問題となる。

まず、「大字」とはなにか。大字とは、明治22年の町村制施行直前に行われた町村合併によって新町村の中に吸収された旧町村の呼称である。他に、「区」とか「部落」等とも呼ばれる¹⁵⁾。すなわち、大字とは、明治22年の町村合併により吸収され消滅した旧村を意味し、その実体は、部落、すなわち、字などという場所の名称や地名としてでなく、権利者集団としてとらえられるべきものである¹⁶⁾。

このように、「大字」は、「部落」と同様、その実体は、権利者集団であり、その実体は、旧村、すなわち、幕藩体制下以来、町村制施行までの間の村を意味する。

そして、旧村すなわち、「徳川時代中頃からのわが国の村は、現在のように抽象的な法人格を有するものでなく住民総体と同様で、学問上の用語でいう実在的综合人（多数人の団体であって、その構成員の変化によって同一性を失わないことは法人とは同じだが、法人のように構成員と別個の人格を有するものでなく、構成員の総体がすなわち単一体と認められるもの）の性質をもつものであり…（略）…その財産に関しては村の所有は村民総体で所有するのと同様と観念されていたのである。すなわち当時の法律思想においては『一村所有』とは『一村共有』で、しかも『一村人民共有』と同様に解されていたので」¹⁷⁾ある。

つまり、市制・町村制下において、「大字」そのものがその構成員とは別個独立に法人格を有していたわけではなく、その権利者集団たる部落が個々の構成員の総体として、法人格を有していたのであり、したがって、旧大字名義の登記は、個々の構成員の総体を意味すると解すべきである。「旧大字名義で保

¹⁵⁾ 川島ほか編著・前掲注4) 298頁。

¹⁶⁾ 北條・前掲注3) 13-14頁。

¹⁷⁾ 渡辺編著・前掲注6) 45頁〔武井正臣〕。

存登記された」ことから、「大字自体に法人格が認められた」とみる本判決は失当といわざるを得ない。

また、本判決は、「その実体が、当該大字の部落民全体の共有であったにもかかわらず、登記手続の便宜上、大字名義で登記されたにすぎないなどの事情の認められない限り」「旧財産区の所有であると認めるのが相当である」と述べているが、前述したとおり、「大字」等の名義を付された土地は、明治初期の地租改正で官没をまぬかれ、民有地となった入会地をさすこと、さらに、渡辺教授が述べるとおり、部落有財産はその実質的判断からすれば、原則としてすべて入会財産であること、以上から、本件係争地は、民有の入会地と推定すべきであり、その推定を破る事情が認められない限り、財産区有地とみなすべきではない。

(ii) 【判決2】大阪高裁昭和37年9月25日判決（判決時報90号1719頁）

本件は、甲村が明治23年に区会条例を制定し、区会を設け、区会で「区共有山地管理規約書」を作成し、この規約に基づいて区有林を管理してきたところ、同村長が、同財産区の代表者として、同管理規約に基づき、財産区住民以外のXに、植林を目的とする地上権を設定した。これに対し、同区住民であるYらは、その地上権設定は住民の入会権を侵害するとして、Xの植栽木を無断伐採した。そこで、XはYらを相手として地上権及び立木所有権を有することの確認を請求した事案である。

入会権者Y等は、係争地が桃俣部落住民の共有地であり、財産区有地ではないから、甲村長がその管理者としてXのために行った植林のための地上権設定は無効等と主張した。

本判決は、①明治22年（原文では明治21年）町村制の施行により、区有林とされ、②郡参事会において、町村制24条により区会条例を制定し、③それぞれ区会が設けられ、④区民一致をもって区共有山地管理規約書を作成され、④右規約に基づいて本件山林を管理処分されてきたこと、以上をふまえ、係争地が財産区有財産にあると解し、原告の請求を認容した。

本判決は、町村制所定の手続の履践及び機関の設置を理由に財産区と判断したものと解される。ただ、③区民一致をもって区共有山地管理規約書を作成され、④右規約に基づいて本件山林が管理処分されてきた事実は、区民が管理処

分の規範を定立し実施していたとも解され、それらの事実は財産区有の財産管理のあり方と相容れないのではないかと疑問が残る。

(iii) 【判決3】大阪地裁平成16年1月20日判決（中尾英俊編『戦後入会判決集』第3巻540-554頁（信山社，2004年））

本件は、土地台帳上、「村持」、「共有地」等と記載されていた土地について、平成元年以降、「小野原財産区」名義で登記されたが、その後、その登記が誤りであるとして、小野原財産区の代表者である同市長が「小野原財産区」名義を抹消したところ、同区の住民が、箕面市長を相手に、「財産区」名義の抹消は違法等として争った住民訴訟である。

本件係争地が「共有入会地」か「旧財産区有地」かが争点である。

本判決は、財産区の生成過程や財産区と共有入会地の判断基準について、「当該財産が財産区財産か共有入会地であるかは判然としない場合が多いところ、法律上、それらを区別する基準もなく、当該財産が財産区財産であるか共有地であるかは、歴史的沿革、登記や旧土地台帳の状況、固定資産税の課税状況、財産区議会・総会や財産区管理会の有無、財産の管理処分例、住民意思等を総合的に検討し、その実態によって認定判断せざるを得ない」とその判断基準を定立しているが、結果的には、これらの判断基準を全く斟酌することなく、昭和42年以降の大阪府の指導、昭和47年以降の箕面市と旧小野原村住民の意向と対応をことさら問題にして結論づけている点が注目される。本判決に対し、被告は一旦控訴したが後にこれを取り下げ、本判決は確定した。

(2) 「共有入会地」であると判示した判決

(i) 【判決4】千葉地裁昭和35年8月18日判決（下民集11巻8号1721頁）

本件は、Y村等5カ村が共同で入り会っていた林野が、一旦、民有地として地券を交付する旨の示達があったにもかかわらず、関係町村間に紛争があったため、官有地に編入され、その後、4カ村で国から払い下げを受け、町村制施行により、旧村ごとに財産区が設けられ、4財産区の共有となった後、関係財産区間で分割された結果、Y財産区有地となった林野を対象に、Y区住民が、Y財産区を相手として、共有入会地であること等の確認を請求した事案である。

本件では財産区有地か住民総有（共有入会地）に属するかが正面から争われているが、係争地は財産区有として登記され、かつ財産区議会がおかれている（条例については不明）にもかかわらず、財産区有ではなく住民総有に属する、と判示

している。その理由は、係争地が一旦官有地に編入され、①その売払いを受けるにあたり住民が共同で代金を負担し、当時の町村（明治町村制施行以前の町村）がこれに関与していないこと、にある。②その後財産区がおかれ財産区により納税等の事務が執行されたけれども、旧町村有の財産ではなく住民から町村有に移転するという決議も手続もないのであるから財産区の財産となるべきものではない、と判示しているので、区会がおかれるなど形式上財産区有と推定される事実があるにもかかわらず、係争地の沿革的事実に立ち入って検討した上、林野が財産区有財産でなく住民総有に属すると判示した本判決は極めて重要な意義をもつ。

本判決は、渡辺教授が指摘する第一類型（実質入会・形式旧財産区）の例といえよう。

（ii）【判決5】大阪地裁昭和61年7月14日判決（判タ620号108頁）

本判決の係争地は、別所村、兎田村及び上之郷村の三部落の住民らが共有する入会地であったが、その後、これらの三部落をそれぞれ財産区とし、これら三財産区を共有者とする保存登記がなされたところ、別所村から共有持分権を譲り受けたと称する被告が大字別所財産区から共有持分三分の一の移転登記を受けた。そこで、別所村・兎田村両部落の代表者ら被告に対して共有持分権の更正を求めた事件である。

本判決は、「①本件土地は、明治初年頃以前より別所村（現別所部落）、兎田村（現兎田部落）及び上之郷村（現上之郷部落）の三部落住民…（略）…による入会地であったこと、②遅くとも明治四十二年頃には右三部落の住民全員の合意により『共有山取締申合規約』なる規約を設けていたこと、③右住民らは右規約及び慣習の規制の下に本件土地に自由に立ち入って雑木、下草等を採取していたこと、④各部落の住民らは各々その総会において管理委員を選任し、右管理委員らは各々各部落固有の他の入会地を管理するほか共同して本件土地を管理し、本件土地に生成する立木、まつたけ等を売却し、本件土地に対し植林を行う等の業務を執行していたこと、⑤明治初年頃に明治政府から右管理委員らに交付された本件土地の地券には本件土地の共同所有者として「別所村、兎田村、上之郷村」と記載され、本件土地の土地台帳には本件土地の共同所有者として「大字別所、大字兎田、上之郷村」と記載されていること、⑥本件土地の地租又は固定資産税は右管理委員らが立木売却代金等の本件土地から得られる

収益の中から支出して納入していたこと（番号は筆者による）」、以上を総合して三部落の住民の総有に帰属すると認めた。

(iii) 【判決 6】鳥取地裁昭和 38 年 9 月 27 日（下民集 14 卷 1881 頁）

本件は、公共団体の一部で、しかも、財産区でない私法人としての人格を有する原告法花寺区及び被告三代寺区が本件係争地を共有することを前提に、原告が、被告に対し、共有物の分割を求めた事案である。結論として、原告・被告とも地方公共団体の一部として存続する余地がなく、また、財産区でもないから、当事者能力を欠く、として不適法却下となった。

本判決は、旧財産区の成立要件として、「旧町村制施行当時より存する所謂『旧財産区』たるためには原、被告である法花寺区、三代寺区が旧町村制施行以前より当時の公共団体たる独立行政単位としての所謂『旧村』として財産又は営造物を所有していた事実が認められなければならない。」と判示し、そして、①地域住民が各地域毎に集団を形成し農業協同生活を営み、両大字間には権益の差なく世帯単位で第一物件に慣行的に入会して来た、②右住民は夫々長年月の共同生活を通じて形成された各地域単位の規約に基き、住民総会で役員を選任し、農事等の各種事項を決定し、右両地区民が自らこれを守り、右入会に関して両部落で交渉の必要な場合には各団体の区長、伍長が団体構成員を代表して交渉に当り、③集団的農耕入会地の管理に要する費用及び租税は通常入会収益や諸種の入札収入の積立金でまかない、必要に応じ戸数割で徴収してきた。④地租を前記の如く古くより前記のような農民協同体の出捐において納めて来たこと、⑤入会山畑の賃貸…（略）…による宛口米（賃料）は両区で戸数割に分配したこと、⑥その他入会地所に関しては両部落民は『住民みんなもち』の意識を有し、⑦入札せり売境界確定、立木窃取者に対する科金決定、山番設置等を実施して今日に至ったこと（反面⑧公共団体たる旧時代の村、旧町村制時代の村、自治法施行後現在に至るまでの村、又は町の各法制上の行政機関たる村会、町会、村長、町長等が旧村時代では公共団体の財産としてその後は旧町村制 124 条、地方自治法 294 条に基づいて、第一物件を管理して来るに至った事が証拠上全く認められない。）が認められるとし、以上をふまえ、旧町村制施行前の独立行政単位たる原、被告の前身である法花寺村及び三代寺村は、財産又は営造物を有しなかったのであるから、「旧財産区」ではないと結論づけた。

(iv) 【判決 7】神戸地裁昭和 41 年 8 月 16 日判決（判時 458 号 449 頁）

本件は、徳川時代以降、村と称していた十三部落の共有名義で所有権の登記がなされていた山林について、これを十三部落から買い受けたとして主張する X が、登記名義人である Y（神戸市）を相手に、所有権確認等を請求したところ、Y は、町村制実施により、財産区有地となったと争った事案である。

本判決は、①本件土地は明治二二年から大正四年にかけて訴外十三部落の共有名義で所有権の登記がなされ、土地台帳に右十三部落の共有する物件として記載された。②十三部落の各部落は、右の如き資格を有する住民の会議（参会と称する）によってその代表者（組長と称し、多くの場合同一人物が町村長の囑託による区長を兼ねていた）を選び、各部落の組長十三名が連合体を組織し、これを庄内会と称した。③右庄内会は、規約を作成し、収益権者の資格、本件土地の利用、管理、処分の方法、採取しうる毛上の範囲を決定し、庄内会を組織する組長のうち一名が任期一年で順次庄内会の会長となった。庄内会年番は外部に対し十三部落を代表し、後記認定の如く私人を相手として契約を締結し、部落の会計を主宰していた。④十三部落の住民が、本件土地においてなしうる収益行為は、芝草、諸花類、浮石、用材、薪炭用雑木、土、松茸等の採取行為であったが、右の採取については規約の定めによって制限が加えられる場合もあり、一般的に部落民のなす毛上の採取は自家用のものについては無償となっていたが営利を目的とするものは入山料を支払うことが要求されていた。⑤年番は部落住民以外の者に対して用材を売却し、入山料を徴収して本件土地における諸花類、シキビ、青菜の伐取を許可し、更に本件土地を他に賃貸し、或は地代を徴して地上権を設定し、土地を売却する等の収益行為をなしていた。⑥更に十三部落が右の如き収益行為によって得た金額は年番がこれを保管し、これをもって十三部落に対する公租公課、監視人の報酬等の所謂管理費用の支払に宛て、或いは学校の建投資金にこれを寄附するなどの用途に支出し、残金がある場合には各部落に分配することもあった。そして、年番は十三部落の収支の計算をなし、庄内会に決算の報告をなし、その承認を受けていた。

⑦右の如き十三部落の本件土地に対する管理行為は十三部落自身（庄内会）の意思に基づいて行なっていたもので、⑧右部落の所在する町村長はこれに指示を与え或いは干渉することはなかった。尤も大正一二、三年頃から右町村長等が土地の賃貸、地上権の設定、地上権譲渡の承認、一部土地の売買契約等につ

いて契約の締結や登記手続等に関与したことはあるが、これもたゞ十三部落が不動産登記を要する法律行為をなした場合又は第三者がこれを希望する等の事情がある場合に、右町村長が、すでに決定された部落の意思にもとづき、本件土地の財産管理者としての資格で町村会の議決を経て登記手続をなし又は契約の当事者となることがあるにすぎなかった。

前項までの事実関係によれば、本件土地を含む前記長峰山、中一里山の土地は徳川時代から訴外十三部落の総有する入会地であり、右入会地において慣習に従い芝草、諸花類、用材、浮石等を採取する収益権は右部落民に帰属し、右収益権の管理は明治二二年の町村制の実施に至るまで住民の生活協同体（住民団体）たる十三部落に帰属する関係（数村持地入会）にあったものと認められる、と判示した。

(v) 【判決 8】大阪高裁平成 9 年 8 月 28 日判決（中尾英俊編「戦後入会判決集」第 3 巻 162-181 頁（信山社，2004 年））

本件は、兵庫県温泉町越坂財産区管理者（温泉町長）が係争地は財産区有に属するとして、本件係争地の所有名義を有する被告（Y 会社＝共有入会権者から係争地を承継取得した会社）を相手として、その所有権移転登記等抹消登記手続を請求した事件である。

本判決は、本件係争地のみならず、関連する土地の土地台帳や行政資料（土地分筆届、公有林野整理簿、合併議決書、財産区管理会設置条例、土地課税台帳等）その他の資料をふまえ、それらの所有権移転や登記の沿革、固定資産税の賦課状況、財産区管理会の設置等地方自治法の措置がとられていないこと、本件土地の管理処分等は、部落の住民がおこなっていたこと、これに対し、温泉町長は売却等の手続のほか、殆ど管理といえる程のことはしていないこと等を理由に、共有入会地であると結論づけている。

その後、最高裁で上告棄却（最判 12 年 7 月 11 日判例集未搭載）となり、本控訴審判決は確定している。

(vi) 【判決 9】福岡地裁小倉支部平成 12 年 1 月 20 日判決（中尾英俊編『戦後入会判決集』第 3 巻 328-354 頁（信山社，2004 年））

本件係争地は福岡県北九州市小倉南区大字貫所在の山林で、このいわゆる貫共有林のうち一部につき、それが共有入会地かそれとも財産区有地であるか、が争われた事件である。

本判決は、共有入会地か財産区有かを区別する基準として、①土地台帳ないし不動産登記簿の記載、②町村制施行前後の入会地の管理状態、③区会ないし区総会の設置の有無等を総合して判断されるべきであるとした上で、④土地台帳の最初の所有主欄に無記名で単に共有と記載されている場合は共有入会地と推認されること、⑤入会権者が地租・固定資産税等を分担して支払っていたこと、⑥町村制施行前後を通じ入会権者において管理等を継続していること、等の事実を挙げている（中尾編・前掲『戦後入会判決集』を一部改変）。

そのうえで、本件においては、町村制施行にあたり区会や区総会が設けられた証拠はないこと、地租や固定資産税が賦課徴収されていたことを認定した上で、「以上の事実を総合すると、本件係争地を含む貫山林野は、町村制施行前から一貫して、貫地区の入会団体によって管理されてきたと認められるのに対し、被告が財産区財産としてこれを管理してきたと認めるに足りる証拠はなく、右管理状況及び本件係争他の土地台帳の記載に照らし、本件係争地の地盤所有権は貫地区の入会団体の構成員たる入会権者が総有の形で共同所有し、『貫入会林野組合』の構成員である原告らは、本件係争地につき、共有の性質を有する入会権を有しているものと認められる。」と判示した。

なお、本件土地が造林契約や市の内部手続において財産区として取り扱われた事実に対しては、地上権設定登記の必要上形式を整えたものである、換言すれば、名義の借用としての便法であると推認している。

本判決は、控訴申立がなかったため、確定している。

(vii) 【判決 10】最高裁平成 20 年 4 月 14 日判決（民集 62 卷 7 号 1994 頁）

本件は、土地台帳、登記簿の所有者欄に「四代組」と記載された山林について、共有入会地であると主張する住民が、中国電力等を相手として、共有入会権の確認等を請求したのに対し、町村制施行により、財産区としての「四代区」の所有となったと争った事案である。

本判決は、「四代区は、四代部落が保有する財産を管理するための財産区とすることを企図して設けられたものである、同条例につき町村制所定の内務大臣の許可を得ることができなかつたため、結局、財産区とはされずに、今日まで権利能力なき社団として存続しており、四代区の財産はすべて四代区の構成員全員の総有に属する。」、すなわち、係争地は、旧財産区有ではなく、部落構成員全員の総有＝共有入会地であると判示した。

3 学説と判例の検討

(1) 基本的視点

先に見たとおり、共有入会地か、旧財産区有地か、の区別が問題となる土地には、①地租改正による官没をまぬかれた入会地（部落有財産）であったこと、②明治22年施行の町村制施行により旧財産区制度が創設されたことにより、部落有財産のすべてが財産区有になったわけではなく、私有財産のまま残ったものがある。この歴史的沿革に照らせば、部落有財産のうち、旧財産区、すなわち、明治22年の町村制114条の要件を充足したもののだけが旧財産区有財産となり、その要件を充足しないものは、従前どおり、共有入会地のままであると考えるべきであろう。その意味で、渡辺教授の「部落有財産はその実質的判断からすれば、原則としてすべて入会財産である」¹⁸⁾（新説）との主張は支持されるべきである。

すなわち、共有入会地か旧財産区有地か、の区別の問題は、町村制の施行によって、部落有財産（共有入会地）が旧財産区有地となったかどうか、換言すれば、旧財産区の成立要件を充足したかどうかの問題であり、その要件を満たしたものは旧財産区有地、そうでないものは共有入会地ということになる。中尾英俊教授が、前掲のとおり、「次のどれかにあたる林野は特別に反対の証拠がない限り財産区有の林野であると考えられます。」¹⁹⁾として、財産区有であるための積極的な要件を基準として列挙されているのは、その趣旨であろう。

ここで、両者の区別基準を考える上で留意すべき2点を挙げておく。

その一、旧財産区は、特別地方公共団体という公法人であるということである。旧財産区は、公法人であり、特別地方公共団体であるから、法令、すなわち、その根拠法である明治22年施行の町村制114条の要件を充たさない限り、「任意に設立し得るものではない」²⁰⁾のである。

その二、「財産区は、町村制施行当時すでに財産をもっていた部落の権利主体性をみとめたものであるから、町村制施行後に新たに財産を取得することを否認する趣旨であると解されており、その線に沿って行政実例も出されてい

¹⁸⁾ 渡辺編著・前掲注6) 22頁。

¹⁹⁾ 中尾・前掲注13) 176頁。

²⁰⁾ 松本英昭『要説 地方自治法』609頁（ぎょうせい、第二次改訂版、2003年）。

た。」²¹⁾こと、すなわち、明治22年の町村制施行時にすでに財産を有していた部落だけが旧財産区になりうるものであり、町村制施行時以後に財産を取得したとしても財産区とはなり得ない、換言すれば、事後的に旧財産区を創設することはできないのである。

(2) 旧財産区の成立要件

旧財産区の根拠規定である、明治22年施行の町村制114条を確認する。同条は、「町村内ノ区（第六十四条）又ハ町村内ノ一部若クハ合併町村（第四条）ニシテ別ニ其区域ヲ存シテ一區ヲ為スモノ特別ニ財産ヲ所有シ若クハ営造物ヲ設ケ其一區限り特ニ其費用（第九十九条）ヲ負担スルトキハ郡参事会ハ其町村会ノ意見ヲ聞キ条例ヲ発効シ財産及営造物ニ関スル事務ノ為メ区会又ハ区總會ヲ設クルコトヲ得其會議ハ町村会ノ例ヲ適用スルコトヲ得」と規定している。

(i) 主体（財産区財産の主体となりうるもの）

旧財産区財産の主体となりうるものは、「町村内ノ区（第六十四条）又ハ町村内ノ一部若クハ合併町村（第四条）ニシテ別ニ其区域ヲ存シテ一區ヲ為スモノ」である。

ここでいう、「町村内ノ区（第六十四条）」又ハ「町村内ノ一部」若クハ「合併町村（第四条）ニシテ別ニ其区域ヲ存シテ一區ヲ為スモノ」とは、町村制施行によって合併してできた新町村の一部で、区域があり、一区としての存在が認められるものをいうと解される。

では、町村制によって合併した旧村は、財産区の主体たる「町村の一部」にあたるか。

「町村内ノ区」の根拠規定である町村制64条は、「第三章 町村行政」「第一款 町村吏員ノ組織選任」に規定されており、その内容は「町村ノ区域広濶ナルトキ又ハ人口稠密ナルトキハ処務便宜ノ為メ町村会ノ議決ニ依リ此ヲ数区ニ分チ每区区長及び其代理者各一名ヲ置クコトヲ得…（略）…」と規定する。また、「合併町村」の根拠規定である4条は、「第一章 総則」「第一款 町村及び其区域」に規定されており、その内容は、「町村の廢置分合ヲ要スルトキハ關係アル市町村会及び郡参事会ノ意見ヲ聞キ府県参事会之ヲ議決シ内務大臣ノ許可ヲ受ク可シ…（略）…」と規定する。

²¹⁾ 渡辺編著・前掲注6) 15頁。

以上から、財産区の主体たる「町村内ノ区」等は、町村制によって創設された行政機関としての新町村を意味すると解される。すなわち、明治22年の町村制施行の時点における地方行政機関としての「区」等が財産区の主体となりうるものであり、そうでない旧村、すなわち、生活共同体としての村はそもそも財産区の主体とはなりえないことを意味するものと解される。【判決6】は、旧財産区の成立要件として、「旧町村制施行当時より存する所謂『旧財産区』たるためには原、被告である法花寺区、三代寺区が旧町村制施行以前より当時の公共団体たる独立行政単位としての所謂『旧村』として財産又は営造物を所有していた事実が認められなければならない。」と判示している。

(ii) 客体

旧財産区の主体となりうるもの、すなわち、地方行政機関としての「区」等が、「特別ニ財産ヲ所有シ若クハ営造物ヲ設ケ其一区限り特ニ其費用（第九十九条）ヲ負担スル」ことが必要である。

すなわち、旧財産区となるためには、地方行政機関としての「区」等が、特別に財産を所有するか、もしくは、営造物を設けていること、及び、それらの「区」等が其一区限りにおいて特に其費用（第99条）を負担することが必要である。

したがって、地方行政機関としての「区」にあたらぬ、生活共同体としての村が財産を所有していても、旧財産区とはならない（【判決6】参照）。

次に、財産区の主体が町村制114条の客体である財産を所有し、または営造物を設置する時期はいつか問題となる。この点について、旧財産区は、町村制施行時を基準に、その時点で財産を保有していなければならない、すなわち、事後的には設立できないことに注意する必要がある。

すなわち、「財産区は、町村制施行当時すでに財産をもっていた部落の権利主体性をみとめたものであるから、町村制施行後に新たに財産を取得することを否認する趣旨であると解されており、その線に沿って行政実例も出されていた（下線筆者）」²²⁾し、判例も「本件各土地が旧財産区所有の土地といえるためには、旧来の村…（略）…が、明治22年の…（略）…村発足以前から取得して

²²⁾ 渡辺編著・前掲注6) 15頁。

いた土地でなければならない」（神戸地裁平成14年3月14日判決（判例地方自治241号64頁））と判示している（【判決6】も同旨）。

次に、財産帰属の判定基準として、渡辺教授（旧説）及び中尾教授は、登記簿、土地台帳等の名義を基準に挙げられており、判決も、これに従っている（【判決1】，【判決3】～【判決5】，【判決7】～【判決9】）。また、渡辺教授（旧説）及び中尾教授は、共有入会地の基準として納税の状況を挙げられており、判決もまたこれに従っている（【判決3】～【判決9】）。

（iii）区会又は区総会の設置

町村制114条は、「郡参事会ハ其町村会ノ意見ヲ聞キ条例ヲ発効シ財産及営造物ニ関スル事務ノ為メ区会又ハ区総会ヲ設クルコトヲ得」と規定しており、条例の制定、区会又は区総会の設置は、旧財産区の成立要件かどうか明らかではない。

この点について、「行政庁は、町村制以来なるべく固有の管理機関をもたせず、直接市町村会の統制の下におく方針をとった（たとえば明治二四・四・二五内務省通牒）。現行の地方自治法において現行法上も、財産区議会又は総会を設置しうるのは、知事が『必要と認めるとき』に限定している（二九五条）」²³⁾ことから、区会等の設置は財産区の成立要件ではないと解することは可能であろう。

しかし、「かならずしも市町村議会の議決に服さず、財産区の管理運営にはその住民の意思を反映させるのが財産区制度をみとめた本来の趣旨」²⁴⁾であることから、財産区の管理運営に関する区会または区総会は財産区の必須不可欠な機関であると考えらるべきではなかろうか。現に、明治期における判決に、「町村長が区の代表として訴を提起するには区会の決議を必要とする」²⁵⁾と判示しており、区会の決議がなければ提訴できないということは、区会設置が要件と解される。その意味で、区会または区総会の設置は、財産区の成立要件であると考えるのが妥当ではなかろうか。

中尾教授、渡辺教授は、地方自治法の規定にしたがって財産区固有の機関（区総会、区議会、財産区管理会）が存在しているということを財産区のメルクマールにあげられているのは、そのような意味を込められているのではなかろうか。

²³⁾ 渡辺編著・前掲注6) 62頁〔武井正臣〕。

²⁴⁾ 中尾・前掲注13) 181頁。

²⁵⁾ 渡辺編著・前掲注6) 121-122頁。

ところで、地方自治法に則り財産区固有の機関が設置されていれば、(形式的には)財産区であるといいうるが、これらの機関が設置されていない場合は、形式的にも財産区とは言い難いのである。【判決2】は、町村制114条所定の機関の設置及び手続が履践されたこと等を理由に財産区である、【判決8】及び【判決9】は、これらの機関が設置されていないことを理由に、財産区でない、それぞれ結論づけているのは、これらの判決は、法所定の機関の設置を旧財産区成立の要件と理解しているのではなかろうか。

では、条例設置も要件か。町村制によれば、町村条例を設けるには内務大臣の許可が必要であった(町村制125条1号)、【判決10】は、「同条例につき町村制所定の内務大臣の許可を得ることができなかった」ことを理由に「構成員全員の総有に属する。」と判示しており、これは、町村制所定の条例の制定も旧財産区の成立要件ととらえていると解される。

(iv) 区域、人的要素

財産区は、町村制施行によって合併してできた新町村の一部で、区域があり、一区としての存在が認められる特別地方公共団体であるから、区域及び住民の存在を要件とする。

渡辺教授は、区別基準(旧説)として、「(三)未登記で土地台帳上団体名義(組、旧村、部落、区等)の土地は、現実の実態に即して判定すべきこと」として、その判断基準を「(1)当該団体の実質的内容が『市町村の一部』としての団体たる性格をもつか、あるいは、むしろ民法上の入会集団たる性格をもつか(たとえば、その部落に住む住民の間に権利者と非権利者との区別があるような場合、その団体が地方公共団体といえないことは明らかであろう)。」²⁶⁾と指摘されている。

すなわち、財産区は、公法上の特別地方公共団体として、すべての地区住民が構成員となるが、入会権の場合は、住民間に権利者と非権利者の区別があり得る。

このように、同一の地区住民間に資格を有する者と有しない者がある場合は、その部落有財産は、旧財産区有ではありえないのである。

ところが、【判決3】は、「小野原財産管理委員会規約には、『この規約は、大字小野原部落有財産として、別紙共有者名簿記載の者が旧来から引継ぎ共有

²⁶⁾ 川島ほか編著・前掲注4) 647頁〔渡辺洋三〕。

する本規約附属書財産目録に掲げる土地、建物（以下共有物件という。）の財産管理を適正に行うために定める』」との規定の存在事実を認定し、さらに、本件係争地に関し、権利者、非権利者の区別がある点を認定しながら、財産区であると結論づけている。不当といわざるをえない。

（v）管理、処分、使用及び収益

財産区財産の管理主体は、管理者であり、したがって、財産区有であれば、その管理処分使用収益については、管理者である市町村長や市町村議会等の法定の機関の規制が及んでいるはずである。

そこで、中尾教授は、「③ その財産（部落有林野）につき、地方自治法に定める財産区議会又は総会あるいは財産区管理会が設けられているもの。④ その財産の処分、管理について市町村の条例、規則等が制定されているもの。⑤ その財産に関する毎年度の予算、決算が市町村議会の議決を経て実行されているもの。」²⁷⁾を挙げておられる。

渡辺教授も（旧説）「(2)当該土地の管理処分使用収益がこれまで人民に任されてきたか、それとも市町村長、市町村議会の規制が現実に及んでいたか（及んでいなければ、共有として扱うべきであろう）。」²⁸⁾と述べておられるのと同様の趣旨であると解される。

判決も、それを基準としている（【判決2】，【判決3】，【判決5】～【判決8】）。

ところで、中尾教授は、「③ 部落有林野を売買したり、あるいは個人に分割するとき、市町村長名義ですることがしばしばあります。財産区財産の管理者は市町村長ですが、市町村長の名で財産の処分（売買など）をするから財産区の財産だとは必ずしもいえません。…（略）…市町村長の名で部落有林野を処分するのはいわば便法にすぎないのであって、市町村長がその財産を処分していることは財産区の財産であることの証拠にはなりません。」²⁹⁾と指摘されている。

【判決9】は、本件土地が造林契約や市の内部手続において財産区として取り扱われた事実に関し、地上権設定登記の必要上形式を整えたものである、換言すれば、名義の借用としての便法であると推認している。また、【判決7】は、

²⁷⁾ 中尾・前掲注13) 177頁。

²⁸⁾ 川島ほか編著・前掲注4) 647頁〔渡辺洋三〕。

²⁹⁾ 中尾・前掲注13) 180頁。

「右部落の所在する町村長はこれに指示を与え或は干渉することはなかった。尤も大正一二、三年頃から右町村長等が土地の賃貸、地上権の設定、地上権譲渡の承認、一部土地の売買契約等について契約の締結や登記手続等に関与した事はあるが、これもたゞ十三部落が不動産登記を要する法律行為をなした場合又は第三者がこれを希望する等の事情がある場合に、右町村長が、すでに決定された部落の意思にもとづき、本件土地の財産管理者としての資格で町村会の議決を経て登記手続をなし又は契約の当事者となることがあるにすぎなかった。」と判示している。

すなわち、町村長が管理処分等に関与したとしても、直ちに財産区有であることを意味しない点に注意すべきである。

(vi) 住民意思

渡辺教授(旧説)は、「住民意思」を判断基準に挙げておられる。【判決3】及び【判決6】もこれを基準に挙げている。しかし、先に述べたとおり、財産区は、特別地方公共団体として公的機関であり、したがって、法律所定の成立要件を具備する場合に限り設立しうることを、換言すれば、財産区の存否は、法律所定の要件を具備するか否かによってのみ決せられるべきであり、これ以外に、任意に、または、事後的に設立しうるものではない。すなわち、所定の要件の具備いかんにかかわらず、関係者の主観、態度または対応いかんによって、財産区の存否が決定されるものではないはずである。その意味で、住民意思を基準に挙げるのは妥当でないのではなからうか。

そこで、渡辺教授が基準として挙げておられる「住民意思」をどのようにとらえるか、問題となる。思うに、渡辺教授は、積極的に財産区を認定する基準として、住民意思を尊重すべき旨を主張されている、換言すれば、住民の意思に反して積極的に財産区有とすることを抑制する基準として挙げておられると解されないか。もし、そうであれば、【判決3】が、共有者である旧小野原村の住民全員がこぞって、被告箕面市側に補助参加し、「共有入会地」である旨主張し、財産区有であることに反対したにもかかわらず、財産区有と判示したのは、渡辺教授(旧説)の指摘される基準を曲解したものといえよう。

Ⅲ 結 語

以上述べたとおり、土地台帳及び登記簿（表題部）に、個人名義のみならず「村持」等の団体名義で記載されているものを含め、部落有財産は、原則として、共有入会地であり、旧財産区有地ではない。すなわち、部落有財産はその実質的判断からすれば、原則として、すべて共有入会地である。

旧財産区は、法律所定の要件を充足する場合に限って創設しうる。この点について、中尾教授や渡辺教授（新説）が指摘されるとおり、①地方自治法の規定にしたがって財産区固有の機関（区総会、区議会、財産区管理会）が存在しているということ、②今一つの基準は、自治法 294 条の規定にもとづく協議が存在するということが、これらのどちらかのメルクマールがある場合には、入会地は法形式的には旧財産区有地といえるが、実質的には必ずしも旧財産区有地とはいえないこと、反対に、いずれのメルクマールもない場合は、そもそも、旧財産区有地とはいえない。したがって、いずれのメルクマールがない場合はもちろん、いずれかのメルクマールがある場合も、実質に照らし改めて旧財産区の成立要件の具備を精査しなければならない。その結果、共有入会地であると判断できれば、その入会集団の構成員の共有（総有）という結論になる。

渡辺教授は、「現行憲法下の解釈論としては、町村制の本来の趣旨とは全く逆に、部落有財産はすべて入会財産であって、財産区有財産ではないと解することが『正しい』解釈である。地方行政当局は、これを地方自治法の規制のワクの中に取りこむことを考えるべきでなく、すべてを民法に任せばよいのである。また、それが財産区有財産か入会財産かの認定が困難であるといって悩む必要もない。公権力は、私有財産についてそういう認定をする立場にないからである。」³⁰⁾と述べておられるが、これは、私見と軌を一にする。

³⁰⁾ 渡辺編著・前掲注 6) 253 頁。