



Title	最高裁判所破棄判例研究(六)
Author(s)	北海道大学法学会; Law and Political Science Association, Hokkaido University
Description	資料
Citation	北海道大學 法學會論集, 9(2), 54-66
Issue Date	1958-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27776
Type	departmental bulletin paper
File Information	9(2)_P54-66.pdf



最高裁判所破棄判例研究

(六)

北海道大学法学会

民事判例

「分け地」の慣習と入金権の存否

昭和三年九月一三日第二小法廷判決（昭和二九年（オ）第七六九号、山林立入および立木伐採権確認事件）最高裁判集一一卷九号一五一八頁

〔事實及び判旨〕 原告X（控訴人、上告人）は訴外Aから新潟県東蒲原郡下条件にある山林原野の共有持分権を買受け、昭和二一年二月一九日その移転登記を行った。本件山林原野はこれまで同村取上部落の部落民である訴外A及び被告Y等（被控訴人、被告上告人）の共有に属する土地として登記されていたものであったが、この土地には柴山、売り山、分け地とよばれる三つの部分があり、それぞれについて次のような慣習が行われてきている。すなわ

ち、(一) まず「柴山」（八町九反の雑木林）については、毎年雪融けの後部落居住者が協議の上入山し、自家燃料用の雑木を伐採して、これを共有権の有無にかかわらずなく戸数別に平等に分配する、ただし、いわゆる「おつとめ」（祭りの費用を出したり使役に出たりすること）をしない非共有権者や、共有権利者であつても離村などにより部落外に居住する者は分配を受け得ない、その代り土地に対する公租公課は現実に分配を受ける者のみが負担する、(二) 次に「売り山」（柴山以外の山林原野約一二町八反余）については、立木が成長した際、部落居住の共有権者が協議の上入札方法により部落民に限り売却し、その代金は必要諸経費を差引いた後、部落外居住の者をも含め全権利者にその持分に応じて分配される、そして公租公課は部落居住の共有権者が負担する、(三) 最後に「分け地」は、約三、四〇年前土地の共有権者（当時は全部部落居住者）が相談して右「柴山」「売り山」中間墾に適した部分を

各権利者に分配した土地をいうのであるが、ここでは各人に独占的な使用収益権（桑、桐などの植林栽培）が認められている、という慣習があつた。ところでXは、部落民Y等に対し、右共有地に立入つて燃料用の雑木を伐採しその配分に加しようべきことを求めたけれども、Y等がこれを拒絶したので、本件土地に立入り立木を伐採する権利の確認を訴求した。Yは、右山林は取上部落の部落民に限つて立入ることの許される入会地であるから、部落に居住するXが持分権を買受けたとしても山林に立入つたりその収益の分配をうけることはできないと主張したが、更にXが、「分け地」が自由に譲渡され譲受けた部落民が他の部落民より以上の利益をうけている事実のあることを指摘して、これは「分け地」が入会権の内容であるという趣旨に反するものであるとのべているのに対し、他部落居住の共有権利者は「分け地」をうける権利がなく、又「分け地」の権利者が他の部落に転出した場合には、その土地は「分け地」たる性質を失つて「柴山」又は「売り山」の旧状態に復帰するのだと答えた。第一審新潟地裁は、前記の慣習を認定した上で入会権の存在を肯定し、たとえ「分け地」の部分に最近において、自由に譲渡され、その結果譲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うけ………ていたとするものことは何等前認定の入会権と抵触するもので

なく又このことがあつたからとて入会権は消滅するものでもない」と判示してXの請求を棄却したが、第二審東京高裁も、「Xが本件山林に立入り、立木を伐採する権利を有しないことは、原判決理由に説明のとおりである」として控訴を棄却した。Xは上告し、第一審以来の主張を更にくり返した。最高裁は、多数意見（藤田、池田、河村、奥野）をもつてXの主張を認め、次のように判示して原判決を破棄差戻した。

「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うが如き慣行は、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にかかわらず「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」である。

これに対し、小谷裁判官は次のような少数意見をのべている。
「持分の譲渡により「分け地」に対する収益に不平等の結果が発生したとしても、それは入会権者たる取上部落民相互の間だけのことであつて、他部落民たる譲受入は取上部落民とならない限

りは何らの収益権をも取得しない慣習が行われて来たというのであるから、この「分け地」の部分のみが独立して、本件入会権の外に存立する権利であるとは到底解することはできない……。

入会権の収益は入会権者平等であることが普通であるけれども、収益の平等は必ずしも入会権の発生存続の要件ではない……。

すなわち入会林野のうち……開墾に適する部分だけを入会権者全員に事実上の分配をして、主として桑等の栽培を許すこととしただけの関係の外は、当該部分を独立分筆したとか、またはそれを権利者各自の所有名義に分筆登記をしたとか、或いは各自使用収益の方法を無制限にしたとか、若しくは持分の譲渡をした場合その譲受入が他部落民であつてもその使用収益権を認めた事実若しくはその慣習が存在したとか、要するに該「分け地」の部分が他の「柴山」「売り山」とは別個独立した権利の目的となつたものと認められる関係が存在しない以上、ただ入会権者である取上部落民間における譲渡の場合、その持分及び収益の割合に不平等の結果が発生するという一事だけでは未だもつて該部分が「柴山」「売り山」の入会権とは別異の権利となつたものとは解し得られなくし。

〔評釈〕 本件のように山林利用形態の性格如何が問題となつてゐる事件においては、何よりも先ずその村及びその附近で行われ

ている慣習の内容を詳らかにすることが判断の不可欠の前提とされなければならない。にも拘らず、多数意見は、入会慣行の内容を明確に把握するという努力をしないで、ただ暗黙のうちに抽象的な入会権概念を措定し、これを本件取上部落の慣習と比較することにより、両者の性質が相反しているという理由で、「分け地」の部分につき入会権の存在を否定している。この態度はきわめて疑問であるといわなければならない。そればかりでなく、最高裁の判決の基礎となつているところの、本件入会慣行に関する原審の認定自体にも、杜撰な点が少なくないように思われる。

最近の法社会学の成果によれば、旧幕時代、すなわち、山の利用が農民の日常生活と結びつき、その再生産を保障する自給的秩序の不可分の一環を構成していた時代に普遍的であつた古典的共同体形態（共同体の権利は各構成員の権利行使としてのみ現象し、各構成員の権利行使はこの集団の権利の発現形態の中でのみ自己を実現するという、いわば集団 (Gemeinschaft) と構成員 (Vielheit) との矛盾なき統一体としての入会利用形態）は、明治以降、農村外部からの急速な資本主義経済の発展が、農民の生活や経営の自給的秩序を商品交換的秩序へと転換させていつた過程の中で、多少少ななれ次第に解体変質を余儀なくされてきたといわれる（渡辺洋三「入会権の実態と性格」(一) 社会科学研究所九卷三号)。

その結果、わが国の入会関係においては、従来の古典的利用形態と並んで、「留山」と呼ばれる団体直轄利用形態（構成員個人の自由な入山を禁止し、権利者集団としての団体が直轄して山を支配している形態、ここでは、入会山はもはや農業再生産のための不可欠の補充物であることをやめ、利用の目的は、もっぱら用材の売却による団体の貨幣収入におかれる）や「割山」などと称せられる個人的分割利用形態（各権利者ごとに一定の利用区域が劃され、各人は自分に割当てられた土地についてしか利用ができないが、その範囲内では排他的独占的利用権を行使するという形態）が現われるに至っている。そして、各部落における現実の利用関係では、これらの諸形態がさまざまに組合わされ、それらが相互に関連をもちつつ、ひとつの利用秩序を構成しているわけであるが、一般的傾向として、従来の共同入会利用形態は次第に影をひそめ、それに代つて直轄利用、分割利用の占める比重が大きくなつてきているといわれる。こうした入会権の一般的解体现象のうち、いま本件の山林利用関係の性格を位置づけてみるならば、一応「柴山」の利用形態は古典的利用形態に、「売り山」のそれは団体直轄利用形態に、そして「分け地」の利用は個人的分割利用形態に該当するとみることができよう。ところで、これらのうち、団体 (Einkauf) と個人 (Verkauf) との分裂過程が最も顕

著にすすんでいるものは、いうまでもなく「分け地」にみられる利用形態にはかならないが、しかし、ひとしく個人的分割利用とよばれるものであつても、その実態は必ずしも一様ではなく、例えば、(一) 分割利用の内容が特定の目的の範囲内に制限されているものと制限されていないもの、(二) 一、二年から五年ごとに割りかえが行われるものやその期間が一〇年とか二〇年、さらに五〇年と長期間にわたるもの、或いは割りかえの規則もなく永代利用が行われるもの、(三) 分割利用権の処分が原則として許されないものと同じ団体内部においてのみ許されるもの、或いは全く自由なものなど、共同体所有の解体の程度ないし共同体規制の強弱の度合に対応して、さまざまな形態が存するのである（渡辺前掲一四頁以下参照）。このようにして、本件の「分け地」の利用が入会権の性格を有するか否かという問題も、これを一般的、抽象的に決定しようというものではなく、解体しつつある共同体所有としての、本件「分け地」における共同体規制の程度を、その具体的な実態に即しつつ分析することによつて、はじめて明らかにすることができるものであると考える。なお、この点に関する原審の認定は、さきにものべたように、きわめて不完分なものであるけれども、本件の慣習につき何等直接の知識を有しない私としては、一応認定事実だけを手がかりとしつつ、その実態を分析して

ゆくよりほかはない。

まず、本件「分け地」の成立の態様をみると、やや不明確ではあるが、約三、四〇年前当時はその全部が部落居住者であつた共有権者の協議により各自に分配されたものであるから、一応全部落民に、その団体構成員としての資格に基づき当然に、したがつて無償且つ平等に土地が配分されたものと推測することが許されるであろう。してみれば、本件「分け地」の分配は、部落共同体がみずからの権能に基づいて各部落民に排他的利用権を附与する行為であつたのであり、この意味において本件の分割利用権は、当初は、存在の基礎そのものが共同体所有によつて制約されたものであつたといふ。次に、その利用権の内容をみると、原審は「桑の栽培などが許されて」とのべており、この表現だけからすれば、そこに何らかの共同体的制約が存しているかの如き印象をうけないでもない。しかし、Xが「桑、桐、杉等を移植して……」といい、Yも「主として桑、桐を植え利用する……」とのべているところを総合してみると「……」(こうした利用が当初から認められてきたのか、それとも、はじめは桑の栽培だけに制限され、後になつて桐、杉などの植林も黙認されるに至つたのか、は不明確だとしても)、現在は「分け地」について殆んど無制限に近い利用が行われていると考へて差支えないのである。

うのみならず、本件のように植林を目的とする利用にあつては、その利用期間は数十年の長期にわたつて保障されなければならない、そのためでもあろうか、本件「分け地」については割りかえの規則もなく、利用権の存続期間は制限されていないようである。そうだとすれば、本件の分割利用権は、分割に至る過程や方式において、かなり団体と個人との未分離的性格を前提としたものであつたとはいへ、分割によつて団体と個人との分裂現象が強まり、その結果、使用収益という側面に關する限り、共同体的規制は殆んど完全に排除され、自由な排他的私権としての性格を明確に有するに至つていふことができる。

しからば、その処分権的性格はどのようなものとしてとらえられるべきか。実は、これが本件「分け地」について入会権の存否を決定すべき最も重要な点であるといわなければならない。だが、この点に關して原審は「分け地」の部分が最近において自由に移渡されて」いることをのべているに止まり、その自由が団体内部においてのみ許される自由であるか、団体外部の者に対しても譲渡することが認められるという自由であるかを何等明らかにしていない。にもかかわらず、多数意見がこうした村撰な認定(曖昧な実態)を基礎として入会権の存在を否定しているのは、むしろ滑稽であるとさえいえる。のみならず、小多数意見が前提として

いるところの「持分の譲渡……は……部落民相互の間だけのことであつて、他部落民たる譲受人は……何らの収益権をも取得しない慣習が行われて来た」という事実も、単にYが主張している事実であるにすぎず、原審の何ら明らかにはしていないところである。この意味において、本件はそもそも審理不盡を理由として破棄差戻されるべきものであつたと考へる。

だが、それはそれとして、少しく補足的な批評をつけ加へるならば、多数意見に比して少数意見の方がはるかに正当な解釈を展開しているといふであらう。さきにのべた如く、個人的分割利用権が共同体所有の解体過程を示すものとしても、それは直ちに共同体所有の質的変化（完全な共有持分化―私的所有化）を意味するものではない。それは、資本主義の発展に対応して生ずるに至つた旧入会権の形態変化なのであり、したがつて、むしろ一般には、共同体所有としての性格を多かれ少なかれとどめているのである。この意味において、個人的分割利用権については、通常共同体所有の残存が推定されるべきであり、共同体規制があらゆる側面にわたつて完全に排除されるに至つていふという事実の認められない限り、軽々にその入会権の性格を否定すべきではないと考へる。だが本件において、「分け地」の利用権が団体外部の者に対しても自由に譲渡されているといふこと（―処分権能

の側面における共同体規制の完全な消滅）を積極的に裏づけるに足る事実は存するであらうか。むしろ、X自身がそうした事実を何ら主張していないところからみても、逆に、部落外の譲受人に利用権を認めた事実もしくはその慣習が存在しなかつたことを推測するに難くないように思われる。かくして、本件「分け地」の処分は、同じ団体内部においてのみ許されているにすぎないものの如くである。勿論、こうした利用権―処分権は、処分が原則として許されない場合のそれに比して、はるかに商品的、持分権的性質をもつものには違いないが、この商品的性質は一箇の団体的内部秩序のわく中でしか通用しないものである。この意味において、その本質は近代的共有持分のそれではなく、むしろ旧入会権の単なる形態変化にすぎないものであり、したがつて、その共同体所有としての性格には質的な変りがないといふべきである。

本件については、民商法雑誌三七卷三号に戒能教授、政経学会雑誌四号に小林助教授の批評がある。

（藪 重夫）

民法上の組合に類似するものとしてその財産に対し持分を肯定したことが違法とされた事例

昭和三年一〇月三十一日第一小法廷判決（昭和三〇年（オ）第七二九号持分確認請求事件）最高裁判集一一卷一〇号一七九六頁

〔事實及び判旨〕 瀬戸内海中の一小島、愛媛県温泉郡神和村字津和地で鰹網漁業を営む柳網の社内X（原告・控訴人・被上告人）等一二名は、網元であるY（被告・被控訴人・上告人）と網を共同経営してきた。この柳網は、約五十年前X・Yの先代及び先々代により共同事業として始められ、今日に至っているが、その経営内容は次のようなものである。すなわち、「経理に関する事項は社内全員が宿に集合して協議決定し、漁業に必要な施設、資材は通常網元に保管せしめまた外部に対しては通常網元をして網を代表せしめている」。「水揚の分配方法は、まずこれより漁業に必要な通常経費を控除し、その残額の二割を歩金として更に控除し、八割を社内」等に対し、「日役金として現実の労働日数に応じて分配するが、網元に対しては世話料として特に一人分の日役金を加算支払っている」。「社内は出漁の前後にも漁具の整理、格納等の労務に服」し、「漁業経営に必要な施設、資材を設備、修理してこれを整備維持する」共同責任を負担し、これに要する「費用は、前記二割の歩金中から支出し、余剰あるときは社内（網元を含む）全員に平等の割合をもつて分配せられる」。「当初網を設立する際、特定の社内が金銭、或いは漁業に必要な設備資材を出資したか否かに関係なく、設立後においては、漁業経営に必要な施設及び資材は社内（網元を含む）全員の権利（持分は平等）

に属するものとされている」。「特定の者が社内となる場合には他の社内全員の承認あれば足り、金銭その他の財産を出資することを要せず、また社内を辞任し脱退する場合にも他の社内全員の承認あれば足り、脱退と同時に漁業経営に必要な施設、資材に対する権利を当然喪失し、その際持分を金銭に評価してこれを払戻す等のことをしていない」（括弧内は原審認定事実）。ところが、昭和二十年九月の大風水害により、網、舟、設備が殆んど流失或いは大破したため、社内の決議により社内全員が連帯して融資をうけ、昭和二十二年四月に網、漁舟、建物を新調、新造、修理し、借入金は社内への分配金によつて逐次返済し経営を継続してきた。しかるに、X等は、経理担当者Yの金銭収支に関する不正を発見したので、その解決をYに求めたがYはこれに応じようとはしなかつた。そこで、Yに対して組合解散による財産分配を提議したところ、Yは、網はYの個人企業であり、網の財産はY個人の財産であつて組合財産は存在しないと主張し、これまた応じようとしなかつた。そこで、X等はYを相手方として、本件網の財産について共有持分権を有することの確認を求め訴を提起した。第一審松山地裁はXの請求を棄却したが、控訴審高松高裁は、前述の事実を津和地に存する池田網、若島網、玉井網についてこれを認定し、「本件柳網の組織、社内の権利義務」等も、「前記三統の網

におけると同様なるものと推認すべ」きである、として「本件柳網及び前記三統の網は何れも組合に類似するものであつて、民法中組合に関する規定と前記認定の津和地における慣習とによつて規律せられるものと解するを相当とすべく、従つて漁業経営に必要なる施設、資材等の財産は各社内(網元を含む)の共有(厳密なる意味においては合有)に属し、その持分は平等なるものといわなければならない」と判示した。Yは、「原判示の如く本件は組合なりと考えると解散による精算の際拾数年前から引続き社内の地位にあつた者も解散直前に社内となつた者も平等の持分権に従つて清算することとなる。かかる不条理は何人も承認し得ぬ処であり、この点において当判決は条理違反であり破棄を免れぬ」として上告した。最高裁は、全員一致を以てつぎのごとく判示し原判決を破棄差戻した。すなわち、「原判決は、本件柳網を民法上の組合に類似するものと判断し且つ本件津和地における池田網、若島網、玉井網なる三統の鰯網に関する前記認定事実を以つて津和地における慣習と判断したものであるという外はない。しかしながら、原判決の判示するように本件柳網の外右三統の鰯網に関する原判決の前記認定事実を以つて直ちに同地における慣習であるとすることは、後に判示するところと相俟つて、到底是認し難いものといわなければならない。されば、論旨第三は結局その理由があ

つて原判決はこの点において破棄を免れない。」「原判決認定のように本件柳網が「当初網を設立する際特定の社内が金銭、或いは漁業に必要な設備、資材を出資したか否かに関係なく、設立後においては漁業経営に必要な施設及び資材は社内全員の権利(持分は平等)に属するものとされており、また、特定の者が社内となる場合には他の社内全員の承認あれば足り、金銭その他の財産を出資することを要せず、また社内を辞任し脱退する場合にも他の社内全員の承認を得れば足り脱退と同時に漁業経営に必要な施設、資材に対する権利を当然喪失しその際持分を金銭に評価してこれを払戻す等のことをしていない」ものとすれば、著しく組合の性質に反するものといわなければならない。それ故、原判決が、本件柳網をもつて組合に類似するものとし、X等がこれに対して原判示の如き持分を有することを肯定したのは失当であつて」破棄を免れない。

〔評 釈〕 判旨には疑問がある。

一、本件は第一に、慣習の認定及びその適用は如何にあるべきか。第二に、本件柳網は個人経営であるのか、或いは網元と社内による共同経営であるのか。社内は、網において如何なる地位を占めているのか、すなわち、それは単なる労務者としての地位にとどまるものなのか、或いは共同漁業経営の経営主体としての一

員であるのか。網には、その法律関係の処理上、如何なる規定が適用されるべき実質があるのか。以上が本件における問題点であろう（本稿は、後者に議論を集中せしめるために、前者についての考察はこれを割愛した）。

二、網は個人経営か共同経営か、社内は労働者が経営者かについて結論を先に示すならば、原審の認定事実を前提にする限り、本件柳網を個人経営の漁業形態と解し、社内を労働者なりと解する判旨の立場は採り難い。

なんとすれば、原審の認定事実を前提にして柳網の実体を分析し、これを総合的に考察するならば、判旨の如き結論を導き出すことは困難であるからである。すなわち、柳網創設の当初（約六十五年前）においては、Yの父祖が網の経営に必要な施設、資材を出資している事実を徴すると、それは網元の個人経営であり、社内は共同経営者の一員ではなく、せいぜい網元と地縁的な関係で結ばれた漁撈経験のある労働者としての地位にとどまっていたと解さざるを得ない。したがって、むしろ、そこには網元、網子関係においてみられるが如き網元支配の関係が存したとみるべきであろう。しかし、沿岸漁業の特殊性（低生産性——漁業資本主義の未発達・未成熟・原始性。不安定性——季節性・非定着性・後退性）は、網元支配による漁業経営の経済的基礎の確立維持を

困難にし、且つ企業危険の労働者への転嫁乃至分担の手段としての歩合制の採用は、網元対労働者としての社内の対抗関係を明確にし、逆に、社内は経費を網元と共同負担することによつて、共同経営者の意識乃至は網に対する株仲間的な意識の形成を容易にしたであろうことが推測される。更に、そこにはかような意識の形成が一層促進される地理的条件の存在、並びに時代の変遷が網元と社内との関係に影響を与えている事実を看過し得ないであろう。すなわち、網元と社内との関係が当初の段階においては単なる雇傭関係以上の従属的關係であつたとしても、その支配従属關係は発展的解消の途を歩み、且つ社内での地位は「単なる労働者」から「特殊労働者」へと変質をみせ、更に網への固定に伴う網元との地縁的結合乃至人情的結合關係等により「共同経営者」としての地位へと漸次接近し、他方、当初においては、網元から社内に与えられていた余剰歩金には網元の社内に対する恩恵的性格が濃厚であつたとしても（すなわち、その前提として、当初においては、天引された歩金の全部は網元に帰属していたものと考えられる）、次第にそれが社内の労働力によつて形成せられたものとして意識せられ、且つ、現に水場から天引された歩金の一部が実質的に網の財産を構成すること、及び社内での網に対する寄与、或いは風水害に伴なう損失補填に対する経費——債務負担等によつて、

共同経営者としての地位を確立してきたことを看取できよう。そこに、社内（網元を含む）相互の仲間的結合関係による団体的共同漁業形態としての柳網を見出し得るのである。かような網における社内の地位は、近代資本主義的な発展段階を経て形成せられたものとみることが難しく、多分に前近代的な要素によつて基礎づけられ確立してきたものではあるが、このことは共同経営者としての社内の地位を否定する理由にはならない。

三、以上の如く、原審認定事実を前提として本件柳網を共同漁業経営を目的とする社内の仲間的結合関係―団体と解する限り、それが「著しく組合の性質に反するもの」という理由で、網に対する社内の持分を否定した判旨には賛し難い。

しからは、かような実体を有する本件柳網の法律関係に対して如何なる規定が適用されるべきであろうか（そもそも或る契約が特定の典型契約の概念に包摂されるということの確定は、そのみでは当契約の法律関係処理の上においていたし意味をもたない。重要なのは、当の契約が典型契約の何れに該当するかの特異性ではない。それが具体的に如何なる事実かの確定である。次いで、特定の典型契約の規定が如何なる事実に着眼して設けられたかを見究める必要がある。そして或る契約が特定の典型契約に属するとしても、その典型契約の規定の前提とする事実が存しないときはそ

の規定を適用すべきでなく、逆に他の典型契約の規定の前提する事実が存するときはその規定を適用すべきである——問題の契約の事実を個々の具体的な場合につき正確に調べ、他方民法の規定はどういう事実に着眼しているのかその趣旨をはつきりと知ることが必要である（米栖「債権各論」一七二頁以下参照）。思うに、本件柳網はそれが典型契約としての民法上の組合であるとは云い得ないにしても、認定事実からすれば、そこには社内（網元を含む）相互による共同漁業経営を目的とする団体的契約の存在が認められると共に、それには民法上の組合契約に酷似する実質が具備されており、且つ社内には網の財産に対して持分が認められるべき事情が存する。すなわち、網の実体は組合的性格が濃厚であり、その組合的性格に妥当する範囲において民法上の組合に関する規定が適用されて然るべきである。ここに、網の財産の帰属については、組合財産の共有（公有）に関する規定、民法第六六八条が適用されるべきであると解される。

なんとすれば、第一に、そこには社内が網を構成することにより共同漁業経営を目的とする意思表示の合致、すなわち、組合契約類似の契約の成立を認め得るからである。言いかえるならば、社内として網に加入した事実、加入した社内が互いに共同して漁業経営をなす意思表示、及び反対の意思表示なき限り網の規律

慣例に従う黙示の意思表示の存在を推認せしめ、且つ、特定の者が社内となる場合に於ける他の総社内の承認は、新加入社内と共に共同の漁業経営をなす意思表示であることを認め得べく、且つそこに相互の意思表示の合致——組合契約類似の契約関係の存在を認め得るからである（原審は「本件柳網においても社内は網元に雇傭せられたる労働者ではなく、網元と共同して事業を営むものであることが認められ、また社内として加入するに際し労働を出資することを約し、網の財産に対する持分は平等とせられることは前記認定の通りであつて」と認定している。すなわち、そこにおいて、労働出資が事実上なされていることから、仮に明示の意思表示が認められないにしても、黙示の意思表示による承諾乃至意思表示による契約の成立を認定すべき場合にあたると解される——「(双務) 契約ニ関スル一般規定ハ組合ニ関スル特別規定並ニ組合ノ本質ニ反セザル限り又之ヲ組合ニ適用シ得ルモノ」(未弘「債権各論」八一七頁)と解されるところから、組合契約乃至組合契約類似の契約にのみかような方法による契約の成立を認めぬ理由がない。ドイツ民法第七〇五条の組合契約の締結は形式上自由であり、黙示にてもこれをなし得ると解されている (Vgl. K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts II. 1956 S. 228, Einneckerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, II. 1954 S. 704)。

第二に、網の経済的基礎たる財産が各社内(網元を含む)の共同経営によつて形成されてきた事実及びその財産が各社内の組合的共有に属している事実を認めるに難くないからである。すなわち、前述した如く、認定事実によるならば、網の財産は各社内の漁撈への従事によつて生み出された分配金たる歩金の一部が蓄積されたものであり、それはむしろ組合における労働出資としての性格をもち得るものであり、また風水害によつて網の施設等が流失した際に、社内が連帯して債務を負担することによりその再建に寄与した事実が認められ、そこには網の財産は各社内の組合的共有に属すると認むべき事情があるからである。

第三に、網からの脱退に伴なう持分権の喪失、並びに持分の金銭評価による払戻をしていない事實は、本件網が組合に類似するものであるとすることを否定するものでなく、そこには、網の財産的基礎が弱体であるという特殊性により、網の維持のために任意脱退に際して、持分の分割請求はもとより各社内の間には暗黙の間に価値による持分の払戻しすらこれを請求しないとすの合意、すなわち持分払戻請求権の放棄、及び脱退社内の負担すべき債務の残存社内による引受が慣習化していたとみることができるところである。沿岸漁業の生産力の停滞性が網においても如実に表われ、「持分を払戻したら経営に支障を来す」というぎりぎりの線に

において社内を網に結合せしめ、且つ社内の脱退に際して持分払戻請求権放棄の慣行を生み、それが普遍化した一事例として理解される。また、新社内は網への加入に際して、その網には脱退に伴う持分の金銭評価による払戻をしない約定、或いは慣習が存することの承認、すなわち黙示の承諾のもとに任意に加入したものとみうるからである。

ところで、かような約定、慣習は有効であろうか。これを民法上の組合についてみるならば、組合員の脱退に際して組合員は、その出資額に応じて民法第六八一条の計算に従い組合に利益あるときはその払戻を請求し、また損失あるときはこれを負担すべきことになる。この原則は、脱退の効果としての組合と脱退者間の財産関係整理に関する民法の準則である。しかし、この準則が任意規定であるならば、組合員——団体構成員——の自由な契約によつてその適用を排除することができるのである。

そこで、一般に、組合員が組合財産に対して如何なる権利を有するかは、その人的結合関係の内部秩序に依存するものであるからといって、総組合員の合意、若しくは慣習によつて、組合員の脱退に伴う持分払戻請求権の放棄、或いは絶対的不行使を約定し、これを慣習化し、この約定、慣習に組合員を拘束する規範的効力を認めることができるかどうか問題になるのである。

私は、かような約定、慣習は有効であり組合員を拘束する効力を認め得ると解する。なんとなれば、かような約定、慣習は、むしろ組合における共同目的の達成の理念、或いは組合の団体性維持の理念に奉仕するものであり、またそれは強行法規、公序良俗に反するものではないからである。(1)組合的共有(合有)にとつて、組合の共同目的の達成、団体性の維持の理念に基づく拘束としての清算前の持分の不分割は本質的な要素であり、他の共有関係に対する特殊性がここに求められる。しかし、この組合にとつて本質的な要素である清算前の持分の不分割すら総組合員の合意によれば排除し得る(大判大正二年六月二六日民録一九輯五七三頁。我妻・有泉「債権法・コンメンタール」四七四頁。勝本「債権法概論(各論)」一七六頁。宗宮「債権各論」三一二頁。服部「合手制と民法の組合」同志社法学第七号五五頁。)。すなわち、総組合員の合意は組合の内部秩序の確定に絶対的な役割を有していることを知り得る。(2)通説は組合に関する規定を任意規定と解している。例えば我妻「債権総論」一二頁及び「債権各論上巻」四六頁。來栖「債権各論」一六八頁及び二〇四頁。宗宮「新訂民法総論」一三三頁。山中「民法総則講義」二三四頁。)

したがつて、或る組合が組合契約により「組合員は組合員となることによつて財産出資をなすことなくして(労務出資はする)

資 料

当然組合財産に対する共有持分を取得し、脱退と共に当然これを失い、持分払戻請求権を有しない」と定めてもその契約は有効であり、かような組合契約を締結したからといって、その組合が組合たるの性格を失つてしまうものではない。同様に、共同漁業経営を目的とする社内仲間の結合関係にある本件柳網の社内が前述した約定を相互に締結し、或いはそこにかような慣習が存在したとしても、それらはもとより有効であり、且つその故に柳網自体が組合類似の性格を失なつてしまうものではない。またかような事実のみをもつて、社内の経営関与、損失の分担、持分権の存する実質を無視し、その網が組合類似のものではないとして、民法上の組合に関する規定の適用を否定することは妥当でない。したがつて、網元の不正行為により網としての団体的結合の維持が困難になり、ここに共同漁業経営という網本来の共同目的を終了せしめざるをえないという事態に直面して、網元を除く全社内が、その網に対して有する仲間の持分の分割を請求するに至つたことは、きわめて当然なことであり、これを排斥する何らの理由もないといえよう。

なお、本判決については、福地俊雄教授の批評（判旨反対）が民商法雑誌三七卷四号八四頁以下に、金山正信教授の批評（判旨賛成）が同志社法学四七号一〇一頁以下に、王田弘毅講師の批評

（判旨賛成）が法律論叢三三卷二号一〇五頁以下にある。

（石川恒夫）