

## 入会権論と「コモンズ」論の接点

——入会の「近代化」との関連において——

村 田 彰  
北 條 浩

一

近時、「コモンズ」(Commons)論が活発に議論されている。その一つの集成として、二〇〇九年にノーベル経済学賞を受賞したエリノア・オストロム教授の「コモンズ」論をあげることができよう。<sup>①</sup>日本においては、「コモンズ」論、とくに「ローカル・コモンズ」論は、「コモンズ」における自然と人間との関係のあり方を研究テーマとして取り上げ、重要な研究対象の一つとして入会をあげている。<sup>②</sup>そこで、従来の入会研究をみると、入会の権利関係については法律学者が研究してきたが、法律学者の入会研究は主として入会判決例の分析・検討であり、入会の実態を具体的に調査して入会の権利関係を理論化する作業は一部の法律学者に限られていた。これにたいして、「コモンズ」論者は、入会を「コモンズ」と位置づけた上で、法律学者が論究し

なかった——あるいは論究しえなかった——自然環境や天然資源の保護・保全や管理のあり方を学際的に論じている。こうした問題に取り組んでいる「コモンズ」論者の姿勢にたいしては積極的に評価しなければならぬが、そもそも入会権論と「コモンズ」論者とは、入会にたいする理解を異にしている側面があるように思われる。そこで、本稿では、入会権を考える上で不可避の論点の一つである入会の「近代化」と関連させつつ、入会権論と「コモンズ」論との接点を探ることにする。

## 二

入会研究は、民法学や法社会学にとって重要な研究テーマの一つである。しかし、法解釈学においては、権利義務関係についての紛争を解決することが目的であるために、学際的なアプローチは、必要とされず、むしろ不要とすらみなされてきた。そのためであろうか、多くの法解釈学者や法実務家は、入会の実態や入会の果たす様々な役割を十分に理解することなく、民法二六三条・二九四条（以下では、民法の条文を引用する場合には「民法」を省略する）に規定されている「各地方の慣習」の意味内容について、「徳川時代からの慣習」とか「明治民法制定以前の慣習」ということばからのみ出発し、入会権の内容として「小柴・下草」や「薪炭材」の採取という収益行為を念頭におき、しかも、このような収益行為を共同で作業するものと考えている。すなわち、法解釈学者・法実務家は、入会権を封建時代に特徴的な前近代的権利である、と解した上で、団体の統制に従って小柴・下草、ときには薪炭材を共同して採取することを入会の慣習的行為（権利）として捉えているのである。しかし、今日、小柴・下草等の採取を主として行なっている入会地は、国内に存在する入会地のわずか一部にすぎず、入会をこのようにのみ捉えるのは、今日の入会の実態にたいする理解として不正確である。

また、草刈りはともかくとしても、小柴・下草や薪炭材を共同で採取するのは一般的でないであろう。しかも、そもそも入会権を封建時代に成立した前近代的な権利であると解しているので、入会権は土地（林野）の近代的な利用を図るために解体・消滅されるべきである、として、入会（権）にたいして敵対的ないし消極的な態度をとるのである。

しかし、一八九三（明治二六）年に設置された法典調査会において民法の起草を担当した民法起草委員は、入会権にたいする法解釈学者・法実務家の右の理解とは異なる理解を示している。まず、民法起草委員の一人である梅謙次郎氏の著書である『民法要義卷之二 物権篇』（初版は一八九六〔明治二九〕年）は、入会権について次のように述べている。

「入會權ニシテ共有ノ性質ヲ有スルモノハ果シテ如何ナルモノカ曰ク例ヘハ入會權者ノ共有ニ屬スル山林ニ於テ各入會權ハ相當ノ條件ヲ以テ或ハ樹木ヲ伐採シ或ハ落葉ヲ拾取シ或ハ下草ヲ刈取ル等ノ權是ナリ此種ノ入會權ハ甚タ頻繁ナラスト雖モ時ニ全ク之ナキニ非ス」<sup>③</sup>。

このように、梅謙次郎氏は、共有の性質を有する入会権を説明するに際して、「例ヘハ入會權者ノ共有ニ屬スル山林ニ於テ」とした上で、「或ハ樹木ヲ伐採シ」、「或ハ落葉ヲ拾取シ」、「或ハ下草ヲ刈取ル等」の「權」（權利）をあげ（傍点は引用者）、「例ヘハ」とか「或ハ」と述べるだけで、入会権行使の具体例を幾つか示しているにすぎない。しかし、入会権行使の内容について矮小的に限定することなく具体的に述べているのは、入会の多様性を示唆するものであり、入会の実態に即したものである。しかも、「共有ニ屬スル山林」を例としてあげていることから、主に山林の共同所有を前提にしているものと思われる。

次に、同じく民法起草委員の一人である富井政章氏が著した『民法原論第二卷物権上』（初版は一九〇六〔明治三九〕年）をみることにする。入会権について次のように述べている。

「入會權トハ、定ノ、土地、ニ住スル人カ、一定ノ森林、原野、ニ於テ共同シテ收益ヲ爲ス權利ヲ謂フ」<sup>(4)</sup>、「要スルニ入會權ハ所有權、地上權又ハ地役權ト云フ如キ特種ノ物權ニ非スシテ一ノ包括名稱ノ下ニ一定ノ性質、要件ヲ具ヘタル種多ノ財産權ヲ總稱スルモノト謂フヘシ」<sup>(5)</sup>、「物權ノ部類ニ屬スル入會權ハ共有ノ性質ヲ有スルモノ(二二三條)ト地役權ニ準スヘキモノ(二二四條)トノ二種トス所謂共有ノ性質ヲ有スル入會權トハ森林、原野ノ共有者カ其森林、原野ニ於テ入會シテ其權利ヲ行使スルコトヲ謂フ故ニ其ノ本質タルヤ畢竟森林、原野ノ共有權ノ行使ニ外ナラス之ニ入會權ナル特別ノ名稱ヲ附スル所以ハ唯其共有者タル人、共有ノ目的、共有權行使ノ方法等カ普通ノ場合ト趣ヲ異ニスル所アルニ由ルノミ毫モ其所有權タル性質ニ差異アルニ非サルナリ故ニ此ノ種ノ入會權ハ其内容、範圍最モ廣ク土地ノ副産物ヲ採取スル外地盤ノ利用(土地ノ開拓、植林等)及ヒ主産物ノ收益(立木ノ伐採、炭燒等)ヲモ包含スルモノトス唯共有者間ノ規約、土地ノ慣習及ヒ法律ノ規定ニ從ヒ各共有者ハ他ノ共有者ノ權利ヲ侵害セサル範圍内ニ於テ其權利ヲ行使スヘキノミ」<sup>(6)</sup>(圈点・傍点とも原文、と述べている)。

富井政章氏は、入會權について、「一定地域ノ住民カ共同シテ有スル權利」<sup>(7)</sup>であり、「森林、原野ノ上ニ行ハルル權利」である、と説明している。そして、入會權の範圍については、「一定セルニ非ス或ハ地盤、毛上ニ及フコトアリ或ハ單ニ毛上ノミヲ目的トスルコトアリ又土地ノ主産物ニ及フモノト其副産物ノ採取ニ止マルモノトアリ最多數ノ場合ニ於テハ秣、肥料、薪等ノ副産物ヲ採取スルヲ目的ト爲スモノナリ……少クモ民法上に於ケル入會權ハ専ラ森林、原野ノ上ニ行ハルル收益權ノ一部類ト見ルヲ至当トス」<sup>(7)</sup>と述べている。このことから、富井政章氏は、一見すると、入會權を收益權の一種として捉えているかのようにみえる。しかし、「共有ノ性質ヲ有スル入會權」について、「森林、原野ノ共有者」が「其權利ヲ行使スルコト」、すなわち、「森林、原野ノ共有權ノ行使」であると説明し、その性質について、「毫モ其所有權タル性質ニ差異アルニ非サルナ

り」と述べて、所有権との同質性を強調している。

梅謙次郎氏や富井政章氏はどのようにして入会の実態を認識し、また、富井政章氏はどのようにして入会権を正確に理解するようになったのであろうか。この当時に入会慣行を調査した資料は幾つかあったが、本稿との関係で重要なのは、『明治二十六年全国山林原野入会慣行調査資料』<sup>8</sup>である。これは、明治二三年公布の旧民法（いわゆるボアソナード民法）に入会権の規定を欠いていることが重大な理由の一つとされて旧民法の実施が延期されて新たに民法が起草されることになったが、入会の実態についての知識が法典調査会の民法起草委員に乏しかったために、立法目的のために全国的規模で実施した入会慣行調査の報告書である。しかし、この『資料』は、膨大な量であるとともに、内容が複雑であるために、民法起草委員は、収集された資料のすべてに目を通して入会の実態を詳細に分析することがなく、補助委員の報告でもって入会権の規定を草案している。このことから、おそらく、民法起草委員は、入会の実態について当初は十分に熟知しているわけではなかったが、法典調査会において論議する過程で入会の実態を次第に正解に理解するようになり、富井政章氏にいたっては、最終的に共有の性質を有する入会権を所有権と同質の権利と解するに至ったのである。

しかし、富井政章氏の入会権論は、『民法原論』以後の標準的な民法概説書をみる限り、その後の学説に十分に継承されていないようである。むしろ、そこでは入会権の所有権的性質から離れて説明されている。すなわち、多くの標準的な民法概説書によれば、入会の慣習的権利とは、小柴・下草の採取というような使用・収益行為を内容とする、と説明されているのである。しかし、それにしても、小柴・下草がどのようなものであるのか、その有用性がどのようなものであるのか、入会の実態がどのようなものであるのか、についての説明はほとんどみられない。さらに、入会権がいかなる社会構成を基礎にしているのか、また、入会権がいかなる権利であるのか、ということについては、民法の概説書ということもあり、全くといっていいほど取り上げら

れていないのである。もちろん、入会の調査・研究が今日までなされなかったわけではなく、第二次世界大戦後に本格的な入会の調査・研究が行なわれたことがある。例えば、川島武宜氏が主宰した「入会権研究会」および「温泉権研究会」による入会のフィールドワーク研究をあげることができる。しかし、こうした研究成果もまた、多くの標準的な民法概説書においてほとんど引用・参照されていないのである。

標準的な民法概説書の及ぼす影響は、法学の内部にとどまらないであろう。かつて川島武宜氏は、規範の構造を把握して分析するために、法社会学と民俗学との間の学際的研究 (interdisciplinary study) の必要性を力説したことがあるが、入会(権)<sup>⑩</sup>についてのこのような不十分な説明では、「コモンズ」研究者が入会(権)について正確に理解することは困難であろうし、「コモンズ」研究者がフィールドワークをする際に入会(権)にたいして誤解しかねないであろう。

### 三二

そこで、入会権についてここで少しく詳しく述べておくことにする。

入会権には「共有の性質を有する入会権」(二六三条)と「共有の性質を有しない入会権」(二九四条)とがある。そうして、前者は、民法物権編第三章所有権中の第三節共有の中に規定され、第三節共有中に規定されている準共有(二六四条)の規定とは別に規定されている。これには理由があり、富井政章氏が『民法原論』において述べているように、共有の性質を有する入会権は、所有権の一種である「共同所有権」であって、所有権以外の財産権を数人で有している状態を意味する準共有でないものであり、しかも、特殊的——共有権の一般的概念とは異なる——包括的共同所有権とみることができるところである。したがって、共有の性質を有する入会権

の効力は、土地所有権の一般的効力と同じく、「その土地の上下に及ぶ」(二〇七条)ことになる。

入会権を所有権の一態様として把握しているのは川島武宜氏である。川島武宜氏は、『注釈民法(7)物権(2)』(一九六八〔昭和四三〕年)において、入会権についての従来の学説が「入会権にもとづく収益行為の一部分(入会権と呼ばれる)しか視野に入れていない」と批判し、「そのような特定の収益行為がなくなると入会権は消滅するとか、入会権者たる農民が貨幣経済に移行したり農業をやめたりした場合には入会権は消滅する、と解する誤れる法律論さえ生じている」、と述べて最高裁判所の判決を批判し、「民法上の入会権は特定の収益行為を要素とする権利ではない」とか、「広汎な権利を包含し・収益行為をしない場合もありうるところの共同所有の一形態であることは、多くの実態調査から明らかである」(傍点は原文、と述べている)。

入会権の本質を説明するに際して、富井政章氏は「共有権」という概念を用い、川島武宜氏は「共同所有」という概念を用いているが、両者は同義であるとみてよいであろう。更に、川島武宜氏はこれを一歩進め、マックス・ヴェーバー(Max Weber)に依拠して“Gemeinde”の“Appropriation”の基本的特徴である“formale Gleichheit”(形式的平等性)概念を用い、ドイツの法学者ギールケ(Otto von Gierke)のいわゆる“Genossenschaft”(仲間の共同体)による“Gesamthand”(総手)を入会権論の基礎におき、入会の共同関係の性格を説明している。<sup>13)</sup>このように、川島武宜氏の入会権論は、ギールケとヴェーバーの分析概念が二重構造となつてあらわれている。しかし、川島武宜氏にとっては、この両概念は、あくまで自己の入会理論を比較法的に説明するための道具概念にすぎないのである。

そこで、「仲間の共同体」を日本の入会ないし村落の歴史・現実から説明しておく、と、「仲間の共同体」とは入会権利者の集団(以下、権利者集団、入会集団ということがある)によって構成される地域社会ということができる。徳川時代においては、この地域社会は外枠として村という行政単位をもつが、総村民が権利者集団

よって構成されている場合と、総村民の中核（村民編成の大部分）が権利者集団であって、その外部に権利者集団外の一般的概念としての村民をもつ場合とがある。しかし、外部に権利者外の者が存在するか否かにかかわらず、他の村々に対峙する意味での村は、一つの地域社会として構成される。村民の再生産を基本的に保障するのは、この村落共同体という社会構成にほかならない。明治政府の成立とともに、明治初年（明治四〇・七八年頃）までになされた合村（村合併）<sup>(14)</sup>によって村の権能を失った地域社会は、部落（村落共同体）として独立の権利者集団としての社会構成となる。権利者集団である「仲間的共同体」は、その外枠をかたちづくる単位とされ、その財産はすべて、権利者集団の私有財産となる。これがいわゆる「部落有財産」といわれるものである。

以上のとおり、入会権の規定（二六三条・二九四条）は、この集团的（団体的）財産について権利主体の有する権利に関する規定である。川島武宜氏が入会権の主体を「仲間的共同体を構成している構成員である」と概念構成するとき、この「仲間的共同体」（という集団・団体）は、法人格を實質的に有する団体にほかならない。「仲間的共同体」が法人格を取得することにならなかったのは、登記制度の欠陥によるものであろうが、むしろ、法典調査会において民法起草委員が述べているように、民法の起草に際して入会権に関する章ないし節を設けてこの点について詳細に規定しなかったからであろう。また、二六三条・二九四条にいう「慣習」とは、入会権利主体の規範のことであって、収益行為でない。すなわち、共有の性質を有する入会権（二六三条）は、前述したように、所有権の一態様なのであるから、土地を所有している場合と同様に、土地をどのように利用するかは原則として入会権利者の自由であり、入会地を処分することも入会権利者の自由である。ただし、入会権利者がその地方の「慣習」である権利者集団の規範に従わなければならないことはいうまでもない。また、入会権には登記をする途がないので、入会集団が入会地の所有者であっても、入会集団名義で入会の登記

をすることはできない。そこで、このような場合には登記名義が仮装されることになる。渡辺洋三氏は、国や山梨県が入会権を否定ないし制限しようとしたために、山梨県富士北麓における入会集団の招きで『入会権の公権論と私権論』と題しておこなった講演において、仮装された形式上の名義の例として、一部事務組合、財産区、神社、公益法人、生産森林組合をあげている<sup>(16)</sup>。入会地の所有実態と法形式とを異にするこのような入会地は国内に少なからず存在し、この場合の入会権は、共有の性質を有しない入会権(二九四条)であるとみることもし一応できようが、入会集団が実質的に入会地を所有しているのだから、実質的には共有の性質を有する入会権(二六三条)である。また、入会集団が入会地の地盤こそ共同所有していなくとも、入会地から生じた林産物を共同に所有している場合もある。そして、この場合には、入会集団が林産物について共同所有の性質を有する入会権を有しているとみることでもできよう。それはともかく、入会集団が所有するものは、動産と不動産とを問わず、すべて入会集団の財産なのであるから、入会的共同所有を財産支配(所有)という広いことばで“Gesamteigentum”(総有)とよんでも、それが権利内容を的確に示しているならば、法技術的概念として用いてもよいであろう。もともと、“Gesamteigentum”という概念は、特殊ヨーロッパドイツにおける法制的な意味をもつ概念であるから、この概念を用いる場合には地理的歴史的な法制的特殊性に注意を払う必要がある。そうして、このように考えることが許されるとするならば、日本の入会権についてゲルマン・ドイツの法制史上の概念をそのまま用いる必要性は必ずしもないように思われる。いずれにせよ、日本の入会権を説明する際にしばしば用いられる総有的権利とは、所有権であり、しかも、共同の団体的権利にほかならない。したがって、たとえ入会権利者が林野に立ち入らなくとも、入会権が消滅することはない。すなわち、入会林野を使用・収益しなくとも、林野を維持・管理をすることによって入会権は明認することができるのである。小柴・下草・林木を刈つていなければ入会権が消滅するというのは、所有物を使用・収益しなければ所有

権が消滅するというのと同様に誤った理解である。例えば、留山（止め山）とすることによって、林野への立ち入りを禁止し、小柴・下草の採取などが行なわれないようにすることがある。しかし、それでも入会地にほかならないのである。むしろ、入会地であるがゆえに留山とすることができるのである。

#### 四

以上のとおり、二六三条・二九四条にいう「慣習」を徳川時代から一部の入会地で行なわれている特定の収益行為に限定することは、入会にたいする理解として不正確である。これにたいして、富井政章氏は入会権を所有権の一形態として位置づけ、川島武宜氏は、入会の実態調査を踏まえた上で、入会権の主体を「仲間の共同体を構成している構成員」と捉えるに至っている、ということもすでに指摘したとおりである。しかし、政府・行政庁はこのように理解しないのである。例えば、明治政府は、部落有林野の統一および公有林野の整理に際して、入会地で行なわれている慣習が小柴・下草の採取であると意図的に限定し、小柴・下草の採取行為を粗放的・非生産的で反国家的だと位置づけ、入会地を公有財産として再編し、入会権の解体・消滅を企図した。この部落有林野の統一・公有林野の整理では、「近代化」ということばこそ用いていないものの、徳川時代の旧慣習による粗放な経営であるから、封建的であるというのであろう。このことから導かれる——あるいはその根底にある——のは、前「近代的」な入会権の解体・消滅にほかならない。政府のこの政策はその後も一貫して続けられ、近時では、「入会林野近代化法」（入会林野等に係る権利関係の近代化の助長に関する法律〔昭和四一（一九六六）年七月九日法律第二二六号〕）による入会林野等整備事業をあげることができる。

広大な林野——あるいは水——が地域とのかかわりにおいて村民によって支配されている場合、その土地

(林野) は一般的にいつて入会地である。同じように広大な林野を個人で所有している場合も僅かながらあるが、この場合には、山林地主が地域とかかわりをもつことなく財貨を生むもの(営林)として林木を個人的に所有しているにすぎない。これにたいして、入会林野の場合には、村民(権利者)の再生産と密接なかかわりをもって存在している。すなわち、入会林野に存在する林木等を大量に伐採し、それによって得た利益を分配する目的で林木等を育成しているという例はほとんどなく、あっても、それは営林としての育林によるものではないのである。

入会林野は、入会権利者の生活や生業に直接にかかわっているだけではない。村落生活——そしてその再生産——を前提として、自然環境の保護・保全や生態系の維持・保全という重要な役割を担っているのである。そのために、山見(山看)が監視員として置かれ、多くの場合、不文律の規範が存在する。自然環境の保護・保全が村落生活を再生産するための絶対的条件であったからにはほかならない。ただし、この場合の自然環境の保護・保全は、村落——徳川時代では村、明治以降においては部落——の入会権利者にとっては、生活と生業を維持するためであるから、今日でいうところの自然環境の保護・保全とは次元を異にする、ということに留意すべきであろう。

部落有林野(財産等)は、権利者総体に帰属し、権利者の共同の財産にはほかならない。この財産から利益を享受するのは権利者(入会権利者)にほかならないが、権利者以外の者(居住者)も環境等について間接的に利益を享受している。また、部落を基本として催される民俗的行事等にも居住者は参加することができる。「コモンズ」論者が入会のこうした実態を踏まえて「コモンズ」論を展開するのであれば、入会と合同する私たちをとり、これまで法律学者——とくに民法解釈学者——が行なってきた入会の概念よりも、一層現実的に入会を把握することができることになる。

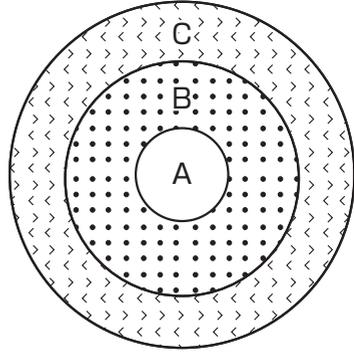


図1

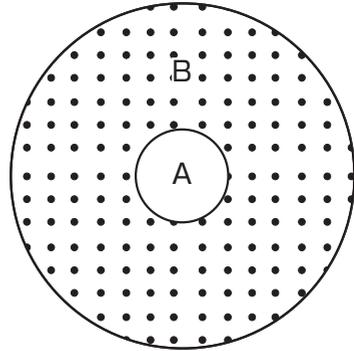


図2

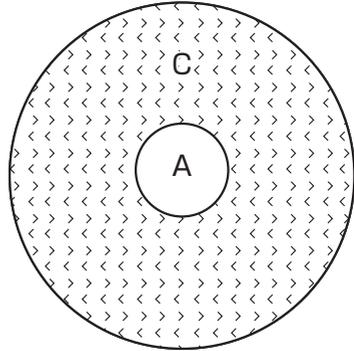


図3

部落は、一般的にいつて、その区域が旧村であると同時に村落共同体でもあり、その区域（テリトリー）は歴史的に規定されたものであり、他の区域とは権利関係と居住とにおいて区別されている。その一例を概念的な図で示すことにする。

まず、外円は、部落ないし地域社会を示している。同心円の真中の白い部分（A）は権利者集団である。権利者が集団的にまとまって居住しているとは限らない（もちろん、集団的にまとまって居住している例もある）。図1は、権利者集団（A）のほかに権利者となることができる準権利者集団（B）が存在し、残余は権利者となることができない居住者（C）であることを示している。これらの者によって、地域社会が構成される。図2は、権利者集団（A）と準権利者集団（B）とによって地域社会が構成されていることを示している。ここでは、権利資格が全く付与されることのない居住者（C）の存在をみない。図3では、権利者集団（A）と居住者である非権利者（C）とによって、地域社会が構成されている。この型で居住者である非権利者の割

合（比率）が多いのは都市型である。このほかに、居住者全員が権利者である例もある。いずれの型でも「離村失権」——図に示した外円を離れた者は入会権利者の資格を失う——のルールがある。旧時代においては、この円のいずれについても、村落共同体とよび、権利者集団を中心とした部落社会を形成していた。

私的な権利である入会権の帰属は右にみたとおりであり、これにたいして第三者が自由に変更を加えることは許されない。しかし、地域社会や村落共同体という視点から入会財産をみると、入会財産は共同の利益の上に成り立っているということがわかる。例えば、居住地域の後背にある森林は、生態系を維持・保全し、水等を確保し、土石を堰き止めるとともに、気候風土を調和させている。また、権利者共同の林野（入会地）は、生業の変化に応じて有効に利用することができる。例えばエリノア・オストロムがフィールドワークとして紹介している山梨県富士山麓の村々のように、徳川時代から明治期にかけて馬による輸送（駄賃付）が盛んであったところでは、原野は牛馬の飼料の供給地（草地）として利用された。草地がなければ馬を飼育することができないから、運送の営業にとって草地の存在は不可欠である。全村的規模からみて、運送業を営んでいるのは半数以上であった。しかし、このことが村落生活を直接・間接に村落生活を支え、村落全体の経済を支えていたのである。歴史的にみると、この生業や林野とのかかわりは、一定不変のものではなく、外部との関係において柔軟に変化している。もう一つの例として、養蚕——あるいは製糸・織布——をあげることができる。養蚕はある時期において外部からの需要によって盛んになったことがあるが、その場合は養蚕に必要な材料等を雑木林から得ていた。製糸についても同様であり、煮繭に必要な燃料を雑木林から得いたのである。つまり、村落が生産手段・財貨等を所有するかぎり、社会的経済的変動にたいして対応することができるのである。ところで、この図を画いたのもう一つの問題を説明するためである。前述のとおり、外円で示したのは当該の村落といわれている地域社会であり、入会財産およびその権利行使の範囲であって、他の村落の者はその

権利範囲内に立ち入ることはできない。すなわち、村落と村落との境界が嚴重に分かれているので、他の村落が所有する林野等に立ち入ることはできない。単なる所有としてではなく、村民の再生産や環境保護・保全に重要なかわりがあるからにはかならない。ただし、数村入会の場合には、円と円との接点において、対象地域、対象物の利用が可能であり、その利用は村落（旧時代では村、明治期以降では部落）と村落との共同規範を媒介している。

明治に入ってからには、天領の御林をはじめ各藩の御林は官林に編入されるようになり、その後は入会が制限もしくは禁止されるようになる。地租改正（一八七三〔明治六〕年）においては、所有は官有と私有とに大別され、ここでも、村持地および大量の入会地は官林として編入された。<sup>17)</sup>村持地・入会地で所有を認められた林野等は、まず、明治初年の合村の際に部落有地となる。これと並行するようにして、明治政府は、富国強兵策を遂行するために特定樹種の伐採を禁止したり、富国強兵策に直接のかかわりをもつ植林政策を展開する。しかし、この植林政策は部落にとって受け入れるところとはならない。部落所有の林野ならびに入会地は部落民にとって不可欠の存在であり、富国強兵策にとって必要となる林木の植林は、この再生産を破壊するからである。したがって、政府が一貫して富国強兵策を遂行するにもかかわらず、部落は、この政策を消極的に受け入れても積極的に受け入れなかったのである。そこで、この政策を強行するために、農商務省山林局（現在の農林水産省）・内務省（現在の総務省）は、部落有林野の統一・公有林野の整理ということ、入会権を制限ないし廃止する政策を展開したのである。しかし、この政策は二律背反を伴うことになる。すなわち、植林政策が富国強兵策・戦争（準備）体制に直結するために特定樹種の植林を部落に強制するとともに、部落有林野・入会林野を部落有林野の統一・公有林野政策で強制的に公有林野に編入して植林を行なった結果、従来の生態系は破壊されることになる。そうして、従来から部落有林野・入会林野によって生活を維持し、生業を営んでい

た者は、生活の困窮をもたらした。農商務省（後に農林省）の内部においても、畜産局が植林政策に反対した。農耕用・輸送用の牛馬の飼料給源である草地の減少・消滅は、農林生活のみならず輸送手段を奪うのみならず、戦争を支える軍馬の飼育にも影響をあたえるからである。帝国議会においても、国家の基本である村落の破壊を防ぐために、部落有林野の統一・公有林野の整理政策の中止を求めるようになった<sup>18</sup>。しかし、それでも政府は、林学者・林政学者・地方官・教育者を動員して、富国強兵策から移行した戦争（準備）体制の一環である特定樹種の植林政策を遂行するためのキャンペーンを行なったのである。<sup>19</sup>

## 五

日本の村落は、たえず外部からの影響に対応するかたちで変化してきていたが、それはあくまで自律的な変化であった。しかし、国による強制にも対応せざるをえなかった。国の強権的な林野利用の例として、現在、自衛隊およびアメリカ軍の演習場となっている富士北麓の林野をあげることができる。<sup>20</sup>

国による村持地・入会地の収奪は、まず、一八六九（明治二年）の御林の官有地編入にはじまり、ついで、地租改正によって村持地・部落有地・入会地の収奪が行なわれる。前者は、幕府・藩所有であるという前提に立ち、後者は所有権の認定基準に適合しないという理由に基づいている。ついで、一八八八（明治二一年）に公布された町村制によって町村および財産区への編入が行なわれ、さらに、部落有林野・入会林野の荒廃を理由として部落有林野の統一・公有林野の整理事業が行なわれ、これにより、入会山林は町村へ編入され、入会権が制限され、もしくは廃止されるようになる。

官有地に編入されて国有林となった林野——および温泉・水等——は、一八八八（明治二一年）に天皇家の

御料地として編入された部分があるので、国有林と御料林に大別されることになる。このいずれにもは、入会権が存在していたが、一九一五（大正四）年の大審院判決によって国有地入会が否定される。<sup>21</sup>ここでは、御料地入会も、国有地より編入された林野等についても入会権は否定され、御料地が県有地（山梨県）等に編入された林野にも入会権は否定される。そして、国有地入会が肯定されるためには、その後の最高裁の判決を待たねばならなかった。国有地入会肯定の最高裁判決は二件あり、一つは一九七三（昭和四八）年判決<sup>22</sup>（青森県屏風山）であり、もう一つは一九八二（昭和五七）年判決<sup>23</sup>（山梨県山中浅間神社有地）である。いずれも、入会権の存在を地租改正（林野官民有区別）に遡って再構成したものである。

ところで、最高裁判所の国有地入会肯定の判決が出される前の一九六六（昭和四一）年に、前述した「入会林野近代化法」が制定されている。この法案の作成を企画したのは、旧農林省で部落有林野統一・公有林野政策に深くかかわった農林官僚の系譜を引く林野庁官僚である。ここでとられた政策の目的は入会林野の「近代化」ということであるが、その内容は部落有林野統一・公有林野整理と同工異曲であり、かつての入会地荒廃論を「近代化」論に切り換えたという斬新さがあった。これに民法学者を中心とした各道府県委員が選出される。いずれも、入会権は「近代化」されなければならないというのである。

なぜ入会林野は「近代化」されなければならないのであろうか。「入会林野近代化法」の推進者の一人である黒木三郎氏は、「入会権や旧慣使用权が前近代的慣習上の権利であるため旧来の慣習に制約されて農林業経営の健全な発展に支障を来しているため、権利関係の近代化が要請されている」<sup>24</sup>、と同法の目的を述べている。入会林野・入会権についてのこの認識は、法律の解釈・適用に携わる法学者・実務家のほぼ一致したものであろう。

「入会林野近代化」の背景には、部落有林野の統一・公有林野の整理という強行政策の中心的課題であった

特定樹種の植林政策の思想ないし発想が依然として存在する。この思想ないし発想は、入会を前「近代的」な遺制と捉えているといっても過言でないであろう。この一例を法案に沿ってみれば、「部落有林野は、もともと山村民がその個別私経済のために用益してきたものであり」<sup>(25)</sup>、「その利用状況は、極めて粗放であつて、当面の農林業生産の高度化の要請に十分には寄与することができない状況である。このような状況は、基本的には山村における零細な保有農林要地を基礎とする半自給経済的な農林業経営の停滞性に起因するものであり、このことが技術水準の低位とあいまって部落有林野の利用を粗放ならしめ、さらに利用をめぐって前近代的な部落共同体的拘束を伴う複雑かつ不明確な権利関係を残存せしめているのである」<sup>(26)</sup>、というのである。これを部落有林野の統一・公有林野の整理のスローガンと重ねると、全く同根であることがわかる。「入会権を撲滅する」ことについて、「入会林野近代化法」では、入会権という権利が「前近代的」であり、古い慣習にもとづく小柴・下草の採取という用益である、という不正確な知識のもとに入会権の解体を意図したのである。民法学者や実務家（とくに裁判官）が認識している入会権は、既述したように、前近代的なものであり、その慣習的権利は一般的には小柴・下草を採取する権利である、という不正確な前提に立っている。入会山にたいして、入会権を解体し、特定樹種の植林をすることが高度化というのである。まさに、木を見て森を見ない、という類である。入会の実態を不十分にしか知らないか、入会を前近代の遺制と誤って捉える民法学者をたくみに利用して、部落有林野の統一・公有林野の整理のイデオロギーと政策を再現したのである。

## 六

民法の研究者も「コモンズ」、とくに「ローカル・コモンズ」の研究者も、入会を研究対象としながらも、

後者は、自然と人間との関係のあり方を問題とし、入会を「コモンズ」と位置づけて自然環境や天然資源の保護・保全や管理という視点から論究している。入会地を単に経済的効率・国家利益の保護という目的のために「近代化」を図るなら、特定樹種の植林は、自然環境の保護・保全と対立することがあり、その一つは、既に述べたように、生態系の破壊である。しかし、入会権の内容を小柴・下草の採取に限定する民法解釈学者の正確な知識に惑わされることなく、入会林野の果たす役割をも視野に入れて入会林野をトータルなものとして捉えるなら、「コモンズ」論は自然環境の保護・保全や生態系の維持・保全に有効な役割を果たすように思われる。すなわち、部落有林野または部落有財産は、前に図示したように、白田が権利者集団であり、この権利者集団は外田という部落の地域社会に居住している。その財産（とくに山林）は、部落の生活に直接・間接に影響を与えている。そして、そのローカル性を外田の部落において共生というとき、それは、環境というかたちでの存在の共同性、つまり、共同的居住性を示すものであつて、共同の権利というものではないであろう。

これにたいして、権利者集団のもつ入会権の私権的性質を否定的に解して入会地の「公共性」に着目して「コモンズ」論を展開するなら、注意を要しよう。例えば、「コモンズ」論者による次のような記述がみられる。「『コモンズ』論者に見られるほぼ共通の論調は、市場メカニズムの限界を指摘し、市場メカニズムを重要な媒介として破壊されようとしてきた人間にとつての外部環境とりわけ自然環境を市場作用の前提条件となつている私的所有 (private ownership) あるいは私物化ないし私有化 (privatization) の制度的欠陥を指摘しようとする強い指向である。言い換えれば、『コモンズ』論は、従来法学をはじめ社会科学の世界で総有と呼び習わされ慣習によつて支えられてきた伝統的な共同体的所有様式を、『コモンズ』と表現し直すことによつて、これに伝統的社会制度を超えた現代的な意義を見出すとともに、近代における生産様式の政治制度的前提である私的所有の根本的矛盾により行き詰まった観のある自然と人間との関係を抜本的に見直す契機を見出すこと

によって未来を繋ぐとする制度論・政策論において中心的なあるいは重要な要素とする指向を有するのである<sup>27)</sup>。

「コモンズ」論の志向性がこのようなものだとして、「コモンズ」は私的財産権を内容とする入会とどのよう結びつくのであろうか。また、「私的所有の根本的矛盾により行き詰まった観のある自然と人間との関係を抜本的に見直す」というのは、資本主義的な経済・社会に生じた矛盾を止揚する理論を構築することを含意しているように思われるが、そのような理論を構築するに際して私的所有をどのように位置づけるのであろうか。更にまた、「行き詰まった」という表現は、かつて文学論で流行した『近代の超克』を彷彿させるものがあるが、ここでは入会を「コモンズ」と捉え直して新しい展開を意図している、と素直に解しておくことにする。その他にも、次のような記述がみられる。

「入会権は私権である。しかし、私権としての入会権には広義コモンズ論が展開するような意味で公共的な制約がかかっている。そして、入会財産が地域社会にとって強い公共性を有することを考えれば、一般の私有地よりも本来強い制約がかかってよいはずである。共有の性質を有する入会権も、一般の私有財産としての土地所有権と同様の公共的な制約の下に置かれるのに加えて、地域の公共的な財産の管理を信託されているというような意味での一層強い制約の下に置かれていると考えるべきである。したがって、たとえば土地の利用の範囲内におさまるような収穫物代金の分配という範囲を超えて、コモンズ財産としての土地自体を処分するという場合には、内容的にも手続的にも強い制約がかかると考えるべきである。また、入会地の利用においても、たとえば入会山の通行や一定限度内での山菜の採取というような入会財産の享受は入会権者外にも広く開かれており、そのような利用に対しては、環境の保全や資源の維持、あるいは入会構成員による生産的利用の確保等のための合理的な制約のみが許されるというように考えるべきであろう。さらに、入会集団が入会財産

に對して地域の公共財産たるにふさわしい管理をしていない場合には、例えば他の住民集団等からの代替的な管理を行うという提案を拒めない等の扱いがなされてよいのではないであろうか。入会権は『各地方の慣習に從う』（民法二六三条、二九四条）のであるが、その慣習はあくまでも『公の秩序又は善良の風俗に反せざる慣習』（法例二条）でなければならぬから、地域の公共的な財産としての入会財産の性格に著しく反するような入会慣行は入会権の内容として法的妥当性をもたないというべきであろう<sup>(28)</sup>。

ここでは、入会権のもつ私権的性格は、「地域の公共的な財産の管理を信託されている」というような意味での一層強い制約の下に置かれ<sup>(29)</sup>るべきことが提唱されているが、「地域の公共的な財産の管理を信託されている」というような意味<sup>(30)</sup>とはどのような意味であり、また、誰が「信託」するのか、という点を明らかにすべきであろう。また、「地域」ということばが用いられているが、法律学では「入会」を研究の対象にしている場合には、これを具体的かつ法律的に限定して論じている。「コモンズ」論もまた「地域」というものを明らかにした上で自説を展開する必要がある<sup>(31)</sup>。

むしろ、問題は、入会権の私権性にたいする制約である。入会地にたいして「公共」という概念を導入して入会権の私権性に制約をかけるときには、当然のことながら、入会権公権論に接近することになる<sup>(32)</sup>。そうだとすると、すでにみたように、旧農林省の部落有林野統一・公有林野政策や「入会林野近代化法」といった「近代化」への途の別のかたちでの再来となるのは明白であろう。「入会集団が入会財産に対して地域の公共財産たるにふさわしい管理をしていない場合には、例えば他の住民集団等からの代替的な管理を行うという提案を拒めない等の扱いがなされてよいのではないだろうか」と述べているが、これは、私権・私的財産を強制的に奪う論理ないし発想であり、しかも、「他の住民集団等」を偽装にして行なう強制的収奪にほかならない。また、法例二条（現行は、法の適用に関する通則法〔平成十八年六月二日法律七八号〕三条）を援用して自説を

補強しているが、入会の慣習が「公の秩序」に反してならないことはいうまでもないとしても、「地域の公的な財産としての入会財産の性格に著しく反するような入会慣行は入会権の内容として法的妥当性をもたないというべきであろう」とまで主張するようでは、旧農林省の部落有林野統一・公有林野政策や「入会林野近代化法」による政策が推進した「近代化」と軌を一にし、旧自治省官僚の発想と同根であろう。むしろ、「コモンズ論における『公ではなく共』という議論は、『公』有が実質的には『官』による私有の論理に転化している状況を批判するとともに、『公』を支えるべき公共性が、その内実を問われずに人々の具体的な利益や意思から離れて抽象化され、『公』による恣意的な権力的介入を支える論理に転化することへの意義申立てでもある<sup>③④</sup>」、と適切に述べているように、「公の秩序」の名の下でも、「官」による私有の論理に転化したり、「公」による恣意的な権力的介入を支える論理に転化するおそれが十分にある、ということ認識すべきである。そのためにも、入会の歴史を学ぶ必要があるが、入会を歴史の中に位置づけ、入会権公権論に翻弄されてきた入会権利者の苦悩の歴史を謙虚に学ぶことは、これからの入会のあり方を考える上でも必要な作業であろう。そして、こうした歴史認識作業を通して、問われるべきは入会権の「私」権的構成ではなくして「公」権的構成であり、批判されるべきは、この「公権論」にもとづく部落有林野の統一、公有林野の整理政策や「入会林野近代化法」による入会林野等整備事業で推し進めてきた「入会の近代化」という国家政策である。

「コモンズ」論が入会権のもつ私権性から出発し、入会権の帰属主体が「仲間の共同体」（入会権利者の集団）であることを承認し、その上で、地域社会にもたらす入会の現代的役割に着目するときはじめて、「コモンズ」論と入会権論とは接点をもって相互に有益な議論を交わすことができよう。

注

- (1) Elinor Ostrom, *Governing the Commons: the Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990.
- (2) 例えば、「三俣学」コモンズ論再訪——コモンズの源流とその流域への旅」井上真編『コモンズ論の挑戦』（新曜社、二〇〇八年）五〇頁以下参照。  
 なお、本稿で、「コモンズ」論に関して主として参照した邦語文献は、その他には次のとおりである。  
 鈴木龍也・富野暉一郎編『コモンズ論再考』（見洋書房、二〇〇六年）。  
 三俣学・菅豊・井上真編『ローカル・コモンズの可能性——自治と環境の新たな関係』（ミネルヴァ書房、二〇一〇年）。  
 科学研究費補助金・特定領域研究「持続可能な発展の重層的環境ガバナンス」ニュースレター『Local Commons』（二〇〇六年）。
- (3) 梅謙次郎『民法要義巻之二物権篇』一九五頁（和仏法律学校・明法堂、初版、一八九六年）。
- (4) 富井政章『民法原論第二巻物権上』二八四頁（有斐閣、一〇版、一九一七年）。
- (5) 富井・前掲注(4)『民法原論第二巻物権上』二八四～二八五頁。
- (6) 富井・前掲注(4)『民法原論第二巻物権上』二八六～二八七頁。
- (7) 富井・前掲注(4)『民法原論第二巻物権上』二八五頁。
- (8) 福島正夫・清水誠編『明治二十六年全国山林原野入会慣行調査資料』（全五冊）（民法成立過程研究会、一九五六年）、福島正夫・北條浩編『明治二十六年全国山林原野入会慣行調査資料』（全五冊）（森林所有権研究会、一九六四～一九六六年）。
- (9) 詳細は、福島正夫・清水誠「解説」前掲(8)『明治二十六年全国山林原野入会慣行調査資料 第一冊奈良県、福島正夫「第一部 序説」福島正夫・北條浩編『民法成立過程と入会権——明治二十六年全国山林原野入会慣行調査資料の総括分析』（森林所有権研究会、一九六八年）、北條浩「入会の法社会学（上）」三五七頁以下（御茶の水書房、二〇〇〇年）を参照されたい。
- (10) 川島武宜「民俗学と法社会学」民間伝承の会（後の日本民俗学会）『民間伝承』一三卷二号（一九四九年）〔川島武宜著作集第一巻〕一三八頁以下（岩波書店、一九八二年）にタイトルを「法社会学と民俗学」と改めて所収。

- (11) 川島武宜編『注釈民法(7)物権(2)』五〇九〜五一〇頁(有斐閣、一九六八年)〔川島武宜著作集第八卷〕六六〜六七頁所収。
- (12) 最判昭和四二年三月一七日民集二一巻二号三八八頁。
- (13) 川島武宜『<sup>2</sup>ゲルマン的共同体』における『形式的平等性』の原理について(川島武宜・松田智雄編『国民経済の諸類型』(大塚久雄教授還暦記念Ⅱ)(岩波書店、一九六八年)〔前掲「川島武宜著作集第一巻」所収)。
- (14) 明治初年の政府による「合村」については、北條浩『部落・部落有財産と近代化』一七頁以下参照(お茶の水書房、二〇〇二年)。その他にも、例えば、長野県下高井郡においても、一八七五(明治八年)年に沓野・湯田中・上條の三カ村が合併して平穂村となっている(下高井郡山ノ内町和合会編『和合会の歴史——社会史編資料』四八頁参照〔一九九三年)。
- (15) 前掲注(11)『注釈民法(7)物権(2)』五一四頁〔川島武宜著作集八巻〕七二頁所収)。
- (16) 北條浩・村田彰編・渡辺洋三『慣習的権利と所有権』三二一頁(御茶の水書房、二〇〇九年)。なお、川島武宜・川井健編『新版注釈民法(7)物権(2)』五二六頁(執筆担当者は中尾英俊)(有斐閣、二〇〇七年)は、入会地盤の所有名義を大別して、①個人名・数名名義・全員記名共有、②総代名義(肩書付)、③大字・区・郷・旧村・部落・組、④市町村・財産区、⑤共有(氏名の記載がないもの)、⑥神社・寺院、⑦協同組合・生産組合・農事実行組合、⑧会社・社団または財団法人をあげている。
- (17) 地租改正については、福島正夫『地租改正の研究』(有斐閣、一九六二年)、北條浩『明治初年地租改正の研究』(御茶の水書房、一九九二年)参照。
- (18) 例えば、青森県や秋田県などの東北地方において官有地に編入された山の状況が帝国議会において辛辣に報告され、公有林野の整理政策が批判されている(渡辺・前掲⑩『慣習的権利と所有権』一〇四頁以下参照)。
- (19) このことを象徴しているのは、一九四四(昭和一九)年に少国民文化協会から発表された少国民歌『お山の杉の子』(吉田テフ子作詞・サトウハチロー補作・佐々木すぐる作曲)であろう。以下では、終戦前の元の歌詞を紹介しておく。

一

昔 昔 その昔

椎の木の林の すぐそばに

小さなお山が あったとき あったとき

二

一、二、三、四、五、六、七

八日 九日 十日たち

によつきり芽が出る 山の上 山の上

丸々坊主の はげやまは  
いつでもみんなの 笑いもの  
これこれ杉の子 おきなさい  
お日さまにここにこ 声かけた 声かけた

三

こんなちび助 なんになる  
びつくり仰天 杉の子は  
思わずおくびを ひっこめた ひっこめた  
ひっこめながらも かんがえた  
なんの負けるか いまにみろ  
大きくなったら 国のため  
お役に立って 見せます 見せます

五

大きな杉は 何になる  
兵隊さんを 運ぶ船  
傷痍の勇士の 寝るお家 寝るお家  
本箱 お机 下駄 足駄(あしだ)  
おいしいおべんと 食べるはし  
鉛筆ふで入れ そのほかに  
たのしや まだまだ役に立つ 役に立つ

小さな杉の子 顔出して  
はいはいお日さま 今日こんにちは  
これを眺めた 椎の木は  
あつははの あつははと大笑い 大笑い

四

ラジオ体操 一二三  
子供は元気で 伸びていく  
昔々の はげ山は はげ山は  
今では立派な 杉山だ  
誉れの家の子の様に  
強く大きく たくましい  
椎の木見おろす 大杉だ 大杉だ

六

さあさあ負けるな 杉の木に  
勇士の遺児なら なお強い  
体を鍛え 頑張つて 頑張つて  
今に立派な 兵隊さん  
忠義孝行 ひとすじに  
お日様出る国 神の国  
この日本を 守りましょう 守りましょう

政府は、明治初年にはじまる富国強兵策のために、特定の樹種を指定して植林政策を展開したが、第二次大戦期における軍国主義と植林政策との結びつきは、この歌詞に端的に示されている。例えば、戦争に出征した兵士を持つ家の「名誉」ある子と杉とを同格に置き、村落の再生産を破壊してでも、戦争遂行のために杉の植林を奨励している。

- (20) 山梨県北富士演習場の沿革については、北條浩「入会の法社会学(下)」二一九頁以下参照(御茶の水書房二〇〇九年)。また、この地での入会の歴史(闘争史)を概観したものと、北條浩「山梨県入会闘争史」(御茶の水書房、一九九八年)がある。
- (21) 大判大正四年三月一六日民録二二輯三二八頁。同判決のもつ問題点については、渡辺・前掲注(6)「慣習的権利と所有権」七九頁以下参照。

- (22) 最判昭和四八年三月一三日民集二七卷二号二七一頁。

- (23) 最判昭和五七年七月一日民集三六卷六号八九一頁。

- (24) 武井正臣・熊谷開作・黒木三郎・中尾英俊編「林野入会権——その整備と課題」二頁(一粒社、一九八九年)。

- (25) 武井ほか編・前掲注(24)「林野入会権」五頁。

- (26) 武井ほか編・前掲注(24)「林野入会権」五頁。

- (27) 池田恒男「『コモンズ』論と所有権」鈴木ほか編・前掲注(2)「コモンズ論再考」四頁。

- (28) 鈴木龍也「コモンズとしての入会」鈴木ほか編・前掲注(2)「コモンズ論再考」二四九―二五〇頁。

- (29) 入会権の「公権論」・私権論」の内容および「公」権論的構成の問題点については、渡辺・前掲(6)「慣習的権利と所有権」二九九頁以下参照。

- (30) 鈴木・前掲注(28)「コモンズとしての入会」鈴木ほか編・前掲注(2)「コモンズ論再考」二四八頁。

(追記) 本稿作成後に、日本法社会学会編『コモンズと法』法社会学七三号(二〇一〇年)に接した。本稿では参照しえなかったが、入会との関連において重要な論文があるので、後日に論考する予定である。