

「コモンズ」論と入会権論との接合

——入会権論の検討をとおして——

村田 彰
北條 浩

一

日本では、「コモンズ」(Commons)論は、『*Governing the Commons: the Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge University Press, 1990)』を著したアメリカのエリノア・オストロム (Elinor Ostrom) 氏が二〇〇九年にノーベル経済学賞を受賞したことを契機として脚光をあびている。海外では、「コモンズ国際学会」(International Association for the Study of the Commons)を中心に長い間にわたる「コモンズ」研究の蓄積があるので、「コモンズ」論はオストロム氏の業績を契機に突如として脚光を浴びたということでもないであろう。オストロム氏の右著書の初版は一九九〇年であり、それから多くの「コモンズ」研究の業績が発表されていることからすると、オストロム氏のノーベル経済学賞受賞は、数多くの「コモンズ」研

究の蓄積の上に成り立っているといえよう。

日本国内でも、二〇一〇年九月末、日本法社会学会は、編集委員会が企画した特集『「コモンズ」と法』（特集二）および学術大会企画関連シンポジウムの一つである「コモンズ論の射程拡大と法社会学の課題」（特集二）を機関誌（法社会学七三号）に掲載して発行している。^①ここで論議されている「コモンズ」論は、主として海外の「コモンズ」研究の業績の上に立っているように思われる。それはともかくとして、日本法社会学会は、「コモンズ」研究を特集として企画することにはそれなりの意義や問題があると考えたからこそ、このような特集を企画したのである。

そこで、『「コモンズ」と法』（特集二）の「企画趣旨説明」をみると、樫澤秀木氏は、その中で、「日本には世界的に貴重なコモンズの制度として『入会』制度が存続^②」している、と述べている。日本の入会制度を「世界的に貴重な」ものと認識するのはいったいどのような根拠に基づいているのか、という疑問はここでは置いて、「今日、『入会』制度の構造と機能をコモンズ論に対応させて分析する作業はあまり行われていない。実際、コモンズ論について、法学者の発言はまだ少ないようである」との指摘は注目すべきである。法学者と一般的にいわれている法解釈学者・実務家にとつては、入会の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から、入会権論あるいは「コモンズ」論という学術的分析は必要とされず、むしろ不要とすらみなされてきたからである。^④このようにみると、法律学から「コモンズ」論を検討する場合には、法社会学からのアプローチのみが可能であろうから、日本法社会学会が「コモンズ」研究を特集としたこと自体については首肯しうる。しかし、樫沢氏が「法社会学は今日、コモンズ論にどのような関わりができるであろうか」と問うているように、「コモンズ」論と法社会学とでは研究の立論や方法論等が大きく異なるので、^⑤はたして両者の間に接点があるのか、接点をもちうるとしても、どのようにして両者を接合させるのか、という重要な問題がある

ように思われる。

そこで、われわれは、前稿の「入会権論と『コモンズ』論の接点⁽⁶⁾」において、「コモンズ」論と法社会学の入会権論とでは入会にたいする理解をそもそも異にしている側面があるのではないかとの問題意識のもとに、入会の「近代化」という視点から、「コモンズ」論が入会権論と接点をもちうるためには、入会権が私権であること（入会権の私権的性格）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（入会権の団体的性格）、を承認した上で、地域社会にもたらす入会の現代的役割に着目することが重要である、と指摘した。しかし、法社会学からの入会権論もさまざまであることから、本稿では、入会にたいする政府の「近代化」政策を振り返った後、法社会学の入会権論を検討し、その上で、「コモンズ」論と入会権論との接合のあり方を考えてみることにする。

一一

民法は、物権編において入会権について二か条の規定（共有の性質を有する入会権（二六三条）・共有の性質を有しない入会権（二九四条））を置き、入会権を物権の一種として位置づけている。しかし、登記簿において入会権を公示する方法は認められていない。このことは、民法上の欠陥というよりも登記法上の欠陥である。そこで、入会権は登記なくして第三者に対抗できる、とする旨の大審院の判決⁽⁷⁾が出され、最高裁判所も学説もこれを踏襲している⁽⁸⁾。また、入会地の所有権を入会集団の所有（総有）として登記する方法もない。これも、登記法上の欠陥である。したがって、土地所有権の登記には様々の方法がとられてきた⁽⁹⁾。そこで、登記簿の実質的内容を調査しなければならないことになる。また、入会地には、国有地などの公有地と私有地とがある

が、特に問題となるのは公有地に存在する入会である。この公有地入会は、私有地に存在する入会（私有地入会）と比較してその数は少ないが、法形式として、固有・地方自治体有・財産区有・一部事務組合有などがある。公有地入会は、確かに所有形式をみる限り、公有地上の入会である。しかし、公有地入会の中には、本来は私有地入会であり、土地所有権が本来的に入会集団に帰属する、というべきものがある。それが公有地として編入されるに至ったのは、当時の内務省の方針によるものであり、さらに、内務省・農商務省の部落有林野の統一・公有林野の整理政策が重なり、第二次世界大戦後の自治省・農林省に受け継がれたからにはかならない。したがって、公有林野上の入会を調査・研究する場合には、経済的効率・国家利益の保護を図るために強行した「入会の近代化」政策を正確かつ十分に理解しておく必要がある。また、その政策の基本にあった——内務省・農商務省の——入会に対する政策的認識がそのまま今日まで法律学者に引き継がれているという点は決して見過ごすべきではないように思われる。そこで、まず、入会に対する政府の政策をここで確認しておくことにする。

部落有財産の統一・公有林野の整理を強力に展開したのは内務省・農商務省である。例えば、東京帝国大学農科大学教授・川瀬善太郎氏は、農商務省山林局の依頼で山梨県甲府市で『公有林野の整理』という講演を行なったことがある（農商務省山林局編、明治四五年）。その中で、大審院¹⁰が町村の所有地に入会権を認めたことを批判して「勝手に、這入って株等を取るのも入会権であると斯う云ふのです」（五九頁。傍点は引用者）といい、「村民の有する物権として保護されたとは思へぬ。只村山を使用収益させて置いたに過ぎぬと考へらる」（五九頁）といっている。入会を「どうしても整理しなければならぬ」（四二頁）という前提には、「部落有林野と云ふものの荒れ方が一番ひどい」（四一頁）、「どうしても荒れなければならぬ性質を持つて居る」（四一頁）、と述べている。

川瀬氏は、「勝手に這入って」とか「村山を使用収益させて置いたに過ぎぬ」、あるいは、「部落有林野」は「荒れ方が一番ひどい」、また、部落有林野は「どうしても荒れなければならぬ性質を持って居る」と述べているが、入会が具体的にどのような状態であるのかを明らかにしていない。ただ、ことばのうえでいつているのにすぎないのであるが、東京帝国大学農科大学教授の言であるから、これを信じた者もいたであろう。この講演は、山梨県で行なわれたが、それには理由がある。すなわち、山梨県では、一九一一年（明治四四）年に金山におよぶといわれたほど広大な林野が山梨県へ「御下賜」になる。その表現上の文言はともかくとして、村持地と入会地が官有地に編入されて以来、全村的規模で返還のための抗争や訴訟がくりかえし行なわれてきた結果、山梨県有地として編入されることになったのである。そこで、編入された御料地を公有林として施業するために、旧御料地上の入会権を除去する必要があるため、農商務省山林局長・上山満之進氏と山梨県知事・熊谷喜一郎氏とで東京帝国大学の林政学の権威を招いたのである。そして、川瀬氏は、講演の中で、公有地入会なるものが法律上存在せず、入会地は粗放経営であるばかりでなく、荒れ果てている、ということを描したのである。

林学者・林政学者が国の富国強兵策に従って入会地を公有地に編入させるための部落有林野の統一・公有地整理（入会権の排除）に協力する、というのは、特定樹種の植林を入会地の村民（権利者）に強要することにはかならない。しかし、入会地の場合には、入会権利者の生活や生業の維持が重要であり、水源地等を確保したり、土石をせき止めることも必要であるから、むやみに特定樹種の植林を強行するわけにはいかないのである。したがって、国家政策に適合する特定樹種の植林をしないから荒れ地だというのは、国家政策の一方的な押しつけにはかならない。内務省は、この政策を強行するために、部落有林野を市・町・村へ編入して公有地における入会権を制限ないしは廃止する政策¹¹を断行し、農商務省山林局・内務省は部落有林野の統一・公有林

野を整理しようとした。植林は、ただ木を植えるというのではなくして、特定の樹種でなければならぬ。すなわち、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一方的に位置づけ、入会地を公有財産として再編し、入会権の解体・消滅を企図したのである。

しかし、入会権者側からすると、土地は荒廃しているとも粗放経営であるとも思っていない。山林の手入れもしているし、乱伐ということもない、また、入会権者に必要な樹種の植林もしている。荒地といわれている原野は、採草地であり、放牧地である。これに対して、政府側は、これらの土地に国家が必要とする特定樹種の植林をしないことをもって荒地地というのである。また、焼畑というかたちでしか生産を行なうことができない劣悪な土地条件などでは、いったん収穫を終えると、四年から一〇年も放置することがある。これも植林を怠っている荒地とみられる。しかし、現実の入会山林では、天然更新も含めて植林がなされ、林木の伐採は厳重な規範の下で行なわれているのである。

かつて生糸や絹織物が「本邦輸出の太宗」¹²といわれた時代においては、その生産過程の基礎を支える養蚕業にとつて桑木の存在は絶対不可欠の前提であった。林野に桑を植付けたり、原野を開墾して桑を植付けるのは、特定樹種の植林政策を強要する農商務省山林局の政策に反することになる。さらに、家内手工業によつて展開される養蚕・製糸・製織の一般的過程においては、上簇——蚕を集めて簇に移すこと——や煮繭のための燃料等にとつて雑木林が必要であつたために、農商務省山林局のいう特定樹種の植林を受け入れることはできないのである。

以上のとおり、入会林野では、部落にとつて必要とされる樹種が優先的に植林されているか植林されるので、その場合には国家政策を受け入れることはできない。にもかかわらず、政府は、入会地において部落民の生活

を保障している再生産構造を考慮することなく、一方的に「入会の近代化」政策を強行してきたのである。

二二

次に、法社会学者は入会とコモンズとを接合させるためにどのような主張をしているのか、をみることにする。ここでは、さしあたり、日本法社会学会の学術大会企画関連シンポジウム「コモンズ論の射程拡大と法社会学の課題」(特集二)中にある榊澤能生氏の論文「持続的生産活動を通じた自然資源の維持管理——ローカルコモンズ論への法社会学からの応答」¹³⁾を取り上げることにする。

榊澤氏は、同論文において、入会を権利の側面よりも使用収益の側面から捉えている。その際、入会論の原点に末広厳太郎氏を置き、これに戒能通孝氏を接続させて、自説を末広Ⅱ戒能入会論の系譜に位置づけている。榊澤氏は次のように述べる。

「末広・戒能が取り組んだのは、農民の生産活動を保障する生産的所有権の確立という課題に他ならなかった。入会権もまた生産的所有権の一つとして位置付けられていたのであり、それによって保障される自然資源の生産的利用の実現こそが、まずもって取り組まれるべき課題とされた。コモンズによる資源の維持管理という視角から改めて入会権論から学ぼうとするなら、入会権を近代的持ち分権の近傍にあるものとして捉え、やがては持ち分として分割されるべき権利と理解する理論系譜からよりも、具体的生産活動と一体的に考察された入会理論の系譜からこそ重要な示唆を得ることができると私は考える」¹⁴⁾、と。

榊澤氏が入会権を「やがては持ち分として分割されるべき権利と理解」すべきでないと主張すること自体には、首肯することができる。しかし、続いて、「具体的生産活動と一体的に考察された入会理論の系譜からこ

そ重要な示唆を得ることができるといふとき、この「具体的生産活動と一体的に考察された入会理論」(傍点は引用者)とはどのようなものであろうか。また、「生産的所有権」とはどのような所有権であらうか。

榎澤氏は、自己の学説の理論的系譜として、「寄生所有権に対する農民的生産所有権の社会的形成の課題に取り組んだ」⁽¹⁵⁾研究者として戒能通孝氏をあげ、次のように述べている。すなわち、榎澤氏は、「入会地上での自然の恵みの採取、これを戒能は『拾い屋』と表現し、農民は拾い屋から生産者にならなければ、結局において裁判には勝てない」(傍点は引用者)、として「生産者」論に賛同する。この「拾い屋」という表現の是非はここではひとまず措き、戒能氏によれば、農民が「拾い屋から生産者に成長」⁽¹⁷⁾することによって、入会権は持続される、ということになる。そして、戒能氏は、小繫部落での「山林原野の酪農の利用」⁽¹⁸⁾をそのテストケースとして位置づけようとしたとされる。今日の小繫において酪農経営が全面的に展開されているのかは知らないが、かつて「入会地上での自然の恵みの採取」が養蚕業・製糸業と直結していた地域が確かに現実に存在したことがある、ということも忘れてはならない。しかし、この歴史的事実は措いて、酪農と入会の生産的利用とを結びつけることが戒能氏の入会理論の基本的立場であらう。

そこで、戒能氏の入会理論を少しく詳細にみるために、「山梨県山中浅間神社事件」をみることにする。この事件は、東京在住の原告が山梨県山中湖村に位置する山中浅間神社所有の本件土地(二四万四六〇〇坪)を氏子総代との間で地上権設定契約を設定し、浅間神社を相手にその履行を求めたというものである。本件の争点の一つは、山中部落住民は入会集団として本件土地に入会権を有するか否かであった。第一番⁽¹⁹⁾において、戒能氏は、原告の依頼によって、一九六六(昭和四一)年五月一日付の『準備書面』を作成するとともに、一九六六(昭和四二)年四月一〇日に証人として出廷している。そして、戒能氏は、山中浅間神社の所有する土地には山中部落民に入会権がないとの立場から、次のように述べている。すなわち、

「入会というものは、現実の収益行為をめざすものであって」（『証人調査』一五頁。以下、頁数のみ示す）、「山にはいつて木をきるとか、薪炭用材をきるとか、草を刈るといふことを必要としないような、草の必要でない人」（二二四～二五頁）には入会権がない、入会権というものは、「本来から申しますと、農村的、権利、権限、農民的権利であります。農民が入会権をもつというのが原則です」（五八頁）、「慣習による入会権と申しますのは農民が入会権を持つということでございますんで、徳川時代からずっと農民たちだけが、入会権を持っているわけがあります」（五八頁）、「農民以外には、農業というものを離れると入会の必要がございませんから」（五九頁）、と述べている。また、戒能氏が作成に関与した右の『準備書面』においても、「けだし入会の参加者は常に現地に住所を有し、入会地に依存して生活する自然人たる農民でなければならぬからである」とも記述している。

以上のとおり、戒能氏は、入会権が自然人たる農民固有の現実的権利であり、「徳川時代からずっと農民たちだけが、入会権を持っている」といつているのであるから、現実に農民として草を刈ったり薪炭材を切るこゝとが入会の内容であると理解していることになる。しかし、仮にそうだとしても、草を刈るといふ現実的行為が入会として認められるためには、なぜ酪農しかないのであろうか。牛に草を与えるために草を刈るといふのが入会の現実的行為であるとすれば、駄賃稼ぎのために馬を飼育して草を刈って食べさせるのも入会ということにならう。こうしたことは、係争地の部落で一般的かつ現実に富士山麓の村々に多く見られた現象である。三〇〇頭の乳牛もしくは肉牛を飼うのに必要な入会地を数か所は求めることができても、入会地に酪農に適する条件の土地をいたるところに見出すことは非常に困難であらう。⁽²¹⁾

ところで、さきに戒能氏が入会権を農民に固有の権利であると規定したことは、裁判での証言においても、戒能氏自身が関与した山梨県の入会組合の規約においても、また、榎澤氏が理解する戒能入会権においても、

確認することができる。しかし、戒能氏が農民を具体的にどのように理解していたのか、また、農林業と農民
 そうして入会とを具体的に関連させてどのように理解していたのかについては、明らかではない。

このことは、「日本農業の展望を入会林野の生産的利用を通じて切り開こう」という構想を持つにいたつたとされる戒能入会論の限界を示すものである。戒能氏は、入会権を団体的所有権として把握していなかったからであろう。仮に団体的所有権であるとみたとしても、それは、入会地を農業Ⅱ農民の直接的な共同（ないし協同）による生産的利用という限定的な権利として観念していたのであろう。したがって、戒能氏によれば、入会権は、入会にたいする農民の直接的利用が行なわれなくなれば、消滅することになるのであろう。同じことが下草についてもいえるであろうから、下草等の林産物が利用されなくなれば、入会権も消滅することになるのであろう。

このようにみても、戒能入会権論からは、自然環境や天然資源の保護・保全や管理のあり方を考察の対象とする「コモンズ」論と入会権とを接合させる余地はない、ということになるのではなからうか。

四

入会研究については、法社会学の立場から、戒能入会権論のほかにもさまざまな形でこれまで研究がなされてきたが、なかでも特に注目されるべき研究は川島入会権論である。川島武宜氏の研究は、第二次世界大戦中に疎開した長野県下における入会の衝撃的体験を起点とする²³。その後、第二次世界大戦後の一九五〇年代になされた農地改革・牧野の調査・研究を基点として、入会に関する共同調査・研究が本格的に行なわれた。その調査・研究成果として、『牧野の法社会学的研究』（一九五五―五七年）、『私有牧野における共同放牧』（一九五八

年)、『牧野の社会経済学的研究』(一九五八年)、『牧野の法社会学的研究報告書』(一九五八年)等があり、編著書として、『入会権の解体Ⅰ・Ⅱ・Ⅲ』(岩波書店、一九五九〜六八年)、『温泉権の研究』(勁草書房、一九六四年)、『続温泉権の研究』(勁草書房、一九八〇年)、『注釈民法(7)物権(2)』(有斐閣、六刷、一九七三年)等があり、その他にも多くの入会権・温泉権についての論文ならびに鑑定書・意見書・判決例の評釈等がある。このことから明らかのように、川島入会権論は、豊富な実証と研究に基づいた成果であり、他の研究者の追隨を許さない。それゆえに、法社会学者・入会研究者はもとより、「ローカル・コモンズ」研究者もまた、入会と「コモンズ」とを重ねて研究する限り、川島入会権論——これに、渡辺洋三氏の研究業績を接続させるなら、川島・渡辺入会権論といってもよいであろう——を出発点としなければならないことになる。

ところで、前述の「山梨県山中浅間神社裁判」において、裁判所は、入会権存在の有無についての民法的側面について川島・渡辺の両氏にたいして鑑定を命じている。そこで、川島・渡辺氏は、実証的調査にもとづいて入会権の存在を主張して『鑑定報告書』⁽²⁴⁾を裁判所に提出している。

この事件では、同一の事件について入会権の解釈がわかれたが、甲府地方裁判所は、この『鑑定報告書』を採用して戒能氏の『準備書面』と『証言』を斥け、山中浅間神社に入会権の存在を認める判決を下した。そうして、控訴審である東京高等裁判所も上告審である最高裁判所も入会権の存在を認めた。⁽²⁵⁾

川島武宜氏は、『鑑定報告書』において、従来の入会権判決にたいし、「従来一般に民法学者が入会権について説明するところは、幕末ならびに明治初年の入会権に関するものを一般化したものであって、明治以後に広汎且つ深刻な変化の過程を経てきている今日の入会権の説明としては適切でなく、また入会権の性質に関する理論的研究も、特にこれらとの変化との関連で十分に明らかにされているとは言いがたい」⁽²⁷⁾と指摘し、さらに、「従来、入会権は、入会的利用に焦点を置いて説明され、その結果『入会権』はいわゆる『入会』的利用

(……)を不可欠の内容とする権利であるかのごとく説明される傾向がある(28) (傍点は原文、と述べている。その理由は、「入会権に関する民事上の訴訟事件の多くが明治年間(特に明治初年)に起ったものであり、そのほとんどすべてが入会の利用権能に関するものであったこと」と、⁽²⁹⁾ というように、「入会」権能すなわち使用・収益の有無、ないしはその範囲および量的な争いが訴訟の内容であったことによるのである。したがって、こうした内容の訴訟の判決からのみ入会権について解釈するならば、使用・収益が権利というかたちにならざるをえないであろう。ここには、歴史学特に農業史・林政史の学問的成果の入る余地がないのは当然である。ここに、解釈学の一つの限界をみることができよう。これに対して、川島氏は、法社会学の視点から実態調査を基礎におきつつ、入会権の構造的な特質——すなわち、村落共同体——から入会権の内容を明らかにしたのである。そうして、「今日においては、明治初年の判例にあらわれたような利用形態(私のいわゆる古典的利用形態)を中心とする入会権は、もはや決して支配的ではない。したがって、今日、入会権を法律上問題とする場合には、利用形態のこのような歴史的变化に留意する必要がある、その際には、明治初年の諸判決において典型的に見られるような古典的利用形態をもつ権利のみを、『入会権』だと解する誤りにおちいることのないよう、注意する必要がある」、と述べている。このことはまさに、戒能入会権論の欠陥とその限界を鋭く指摘したものである。

それでは、川島氏の入会権論とはどのようなものであろうか。川島氏は、入会権の諸要素について次のように述べている。⁽³¹⁾

(1) 権利主体が、一定の地域集団たる『共同体Gemeinde』(……)であること。徳川時代以来、ほとんどすべての入会主体は、村またはその部分集団たる『集落』^(註)もしくは『集落』の結合体であった。

(註一) 私がここで「すべての」と言わないで「ほとんどすべての」と言うのは、阿蘇小国村の草地に見られるような・いくつかの「部落」のそれぞれの中に在る小さな隣保的集団が構成する共同体が、一つの入会権の主体である場合もあるからである。この場合には、この主体は一つの地域にまともって共同体を構成しているのではないという点で、これを「部落」と呼ぶことは従来の用語慣習に反し適当でないと考えられるからである。また、このような入会主体を構成しているところの・それぞれの部落の中の数家族（全部ではない）は、かならずしも一つの地域にまともって集団をなしているわけではないのであるから、その数家族の集団もまた「部落」と称せられるに適していない——すなわち、この入会主体による入会は、「数村入会」ともその構造を異にしている——のである。しかし、このような入会主体は全く例外的であり、「ほとんどすべての」入会は、「部落」を主体とする入会なのである。

(註二) ここで「集落」というのは、ひとつのまともった地域に居住する者によって構成される隣保集団たる「共同体」を指すものとする。隣保集団という概念については Max Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1. Bd., 3. Aufl., S. 215 f. (§2 Nachbargemeinschaft, Wirtschaftsgemeinschaft und Gemeinde) および大塚久雄『ブックス・ヴェーバーのアジア社会観——とくに彼の共同体理論について——』東京大学経済学部日本産業経済研究施設研究報告17一九六七年二頁以下を参照されたい。

(2) 入会主体が一定の地域、または水域を共同して支配していること。ここに私が『共同支配』ということばで意味するところは、次のことである。すなわち、それは、地域集団の構成員が——一種の近代法たる(旧)町村制や(現行)地方自治法における町や村のごとき・その構成員とは別の独立の存在 entity であるところの地域集団の構成員とは異り——、各個人独立してではなく総員一致して——その結果、集団構成員が同時に集团的統一体として——、権利内容たる行為(権能)を行なうことを意味するのである。権利のこ

の、よ、う、な、共、同、的、帰、属、は、オ、ット、ー、ギ、ール、ケ、の、概、念、スキームによると、彼のいわゆる Gesamthand の一場合である。すなわち、入会においては、一定の地域または水域に対し一定の地域集団の構成員が、その構成員たる資格——その資格が何であるかが、まさに問題であり、それぞれの時代や場所によって差異があるが、しかも一定の共通点を含んでいる——にもとづいて、客体に対する支配の権能を有するのであり、特に注目すべき特色は、その地域集団構成員がその地域から転出して他の地域に移住したときは入会権者としての資格を失う——しかも通常は何らの補償を受けることなしに——という点である（このような・地域集団の Gesamthand 的支配を、私は総手制とよぶことにしたい）。

(3) 入会主体が入会客体の上に及ぼす支配の権能は、前述したように、かならずしも利用にかぎらない。有体物の上に使用・収益・処分等の支配を全面的包括的に及ぼし得ることを内容とする近代的私所有権制度が成立する以前の社会においては——明治の近代的私所有権制度導入以前、特に徳川時代においては——、外界の有体物、特に不動産に対する支配は、その現実の利用形態にもとづいて觀念され規制されたから、入会ももっぱらその利用の形態を中心として觀念されていたが、それにもかかわらず、その管理や処分の権利関係も問題となっていた。すなわち、入会地上に定着する産出物（毛上）に対する総手的支配のみならず、毛上の定着する地盤そのものに対する総手的支配も存在していたのである。

以上のことは、係争地の入会権について具体的に「鑑定」するための入会権の理論的前提条件であるが、それはまた、川島入会権論の基本でもある。

このようにみると、入会権利者を農民と据え、農業と関連させて、その使用・収益と直結させる戒能入会権論と川島入会権論とは大きく異なっていることが理解できるであろう。しかし、ここでは詳論しないが、川

島・戒能氏の入会権論は、例えば入会権を徳川時代に特徴的な封建的権利関係に直結させて理解している点において共通しているが、この点については検討を加える必要があるように思われる。⁽³²⁾

五

かつての村落共同体ないし入会集団においては、その生活やそこでの生産が入会地の自然的条件に直接・間接に規定されていたので、村民（入会集団）が山林・原野（草地）を所有してその自然的状態を維持することは重要なことであった。そのため、これらの自然的状態を容易に変えることはなかった。また、この自然状態が村民（入会集団）の社会的環境と密接に関係したから、山林の維持管理については、成文・不文をとわず、厳格な掟（規範）が存在した。したがって、入会を理解するには、入会の実態を調査することは必要な作業である。もちろん、入会についての实地調査を数多く行なったからといって、入会についての確な理論を構築することができるというものではなく、また、研究会を数多く開いたり、入会に関する研究書、判決、資料を読んだからといって、ただちに入会権について精通するということにはならないであろう。しかし、それにもかかわらず、入会に関する原資料、実証的研究や理論的研究、更には入会に関する判決や資料を数多く読みこなさなければ、入会の現実や理論を明らかにすることができないことも確かであろう。「ローカル・コモンズ」研究者が入会を研究対象とするときにも、その専攻いかにかわらず、こうした作業は不可欠であろう。

しかし、われわれが参照した「コモンズ」論をみるかぎり、「コモンズ」論の特徴の一つとして、入会権抜きの入会論——論理的にも法律的にも矛盾するが——であることを挙げるができるように思われる。確かに、「コモンズ」論と法社会学とは研究の立論、方法論や視点を異にするから、「コモンズ」論者は、法社会

学の入会研究に立脚したり、入会の権利関係を理解した上で、「コモンズ」論を展開する必要がないであろう。しかし、「コモンズ」論者が「共有地の管理」とか「共有資源の管理」、あるいは「共同性」とか「総有」というものについて入会と重ねて論ずるかぎり、たとえ専門の分野が異なっているとしても、入会権の私権的性格および団体的性格を無視してよいということにはならないであろう。また、コモンズ論者は、入会権が存在しないと明確に指摘しようところでは自然環境論、開発論、地域社会論を自由に展開してもよいが、入会集団の存在が明らかなどころでは、入会権の歴史や入会集団の基本的性格と構造とを明らかにすべきであろう。そして、このことは、法社会学についてもあてはまるであろう。しかも、今日では、法社会学じたいが概念法学的研究に向かう傾向にあるので、法社会学からの「コモンズ」研究とりわけ「ローカル・コモンズ」研究は、入会についてのフィールドワークを基礎においた実証と分析を十分に踏まえなければならないであろう。コモンズ論者が入会権ならびに入会集団を無視して自説を主張するならば、そのような「コモンズ」論は入会集団にとって有害なものとなるろう。

明治維新以来、政府は、「近代化」の美名のもとで富国強兵策・戦争（準備）体制を遂行するために、入会地（林野）において村民の再生産構造を考慮することなく、一方的に「近代化」政策を強行してきたが、「ローカル・コモンズ」論者や法社会学者が入会地で現実に行なわれていることを十分に顧慮することなく、入会地に自らの政策を一方的に押しつけようとするならば、このような態度は、政府の一方的な強行政策と同工異曲であろう。「ローカル・コモンズ」論者も法社会学者も、入会地・入会権が明治初年以來の政府の一方的で強行的な政策によって収奪と否定の論理にさらされてきた、という歴史的事実を具体的に認識し、「近代化」ということばをそのまま鵜呑みにせず、入会権の私権的性格およびその団体的性格を正しく理解した上で、自らの主張を展開すべきである。

注

- (1) 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)。
- (2) 榎澤秀木「『コモンズと法』企画趣旨説明」前掲注(1)法社会学七三号一頁。
- (3) 榎澤・前掲注(2)法社会学七三号一頁。
- (4) 村田彰・北條浩「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」流経法学一〇巻二号二三頁以下(二〇一一年)。
- (5) 榎澤・前掲注(2)法社会学七三号二頁。
- (6) 村田・北條・前掲注(4)参照。
- (7) 大判大正一〇(一九二二)年一月二八日民録二七輯二〇四五頁。
- (8) 判例として、例えば、後掲注(26)に掲げた最判昭和五七(一九八三)年七月一日を挙げることができる。学説については、川島武宜編『注釈民法(7)物権(2)』五八五頁以下〔執筆担当者は潮見俊隆〕(有斐閣、一九六八年)参照。
- (9) 中尾英俊教授は、入会地盤の所有名義の例として、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共同組合・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(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)。
- (10) 大判明治三九(一九〇六)年二月五日民録一二輯一六五頁。
- (11) 内務省の政策については、北條浩「日本近代林政史の研究」(御茶の水書房、一九九四年)、同「部落・部落有財産と近代化」(御茶の水書房、二〇〇二年)、同「日本近代化の構造的特質」(御茶の水書房、二〇〇八年)などを参照されたい。
- (12) 山田盛太郎「日本資本主義分析」三三頁(岩波書店、五版、一九二九年)。
- (13) 榎澤能生「持続的生産活動を通じた自然資源の維持管理——ローカルコモンズ論への法社会学からの応答」前掲(注1)「コモンズと法」二〇四頁以下。
- (14) 榎澤・前掲注(13)二二一頁。
- (15) 榎澤・前掲注(13)二〇九頁。

- (16) 棚澤・前掲注(13)二〇九頁。
- (17) 棚澤・前掲注(13)二一〇頁。
- (18) 棚澤・前掲注(13)二一〇頁。
- (19) 甲府地判昭和四三(一九六八)年七月一九日(地上権確認等請求事件)民集三六卷六号九一九頁、下民集一九卷七・八号四一九頁、訟月一四卷八号八八三頁、判時五四号九頁、判夕二二四号九六頁。
- (20) 本文で挙げた『準備書面』および戒能氏の『証人調書』(原本番号昭和四二年民第八号の一)については、山中浅間神社有地入会管理組合(高村不二義組合長)において閲覧することができる。
- なお、戒能氏は、右の『準備書面』において、「大正四年三月一六日大審院判決(民録二二輯三二八頁)に従えば、旧時代の入会地であるうとも、明治初年の山林原野官民所有区別にあたり、官有地に編入された分については、官有地編入と同時に入会権は消滅したというのであるから、仮に本件係争地を含む旧山中村山林原野に旧時代中入会権があったとしても、その山林原野の入会権は、明治九年の官有地編入処分と同時に消滅しているとみななければならない」と主張している。しかし、右の『証人調書』では山梨県下で官有地編入が行なわれることについて、「この官有地の中には入会地も相当大量にはいつていたと考えなければならぬと存じます。それが官有地になった結果、当然入会権がなくなってしまうというふうに見えることは、はなはだ不当な結果をきたすわけでありませう」(四一五頁)、と述べている。この矛盾した表現は、前者が訴訟の代理人として、後者が学者として、というように立場をわけているからであろうか。
- (21) 北條浩編『北富士の入会慣行―山梨県・富士北麓の入会慣行座談会』(徳川林政史研究所内林野制度研究会、一九七三年)において、高村不二義氏(当時は山中湖村議会議長・氏子総代)は、馬「一頭がひと冬越すには三十駄は必要」(四頁)、と述べている。
- (22) 棚澤・前掲注(13)二一〇頁。
- (23) 川島武宜『ある法学者の軌跡』一三七頁以下(有斐閣、一九七八年)。
- (24) この「鑑定報告書」は、その後、「山梨県山中部落の入会権」法学協会雑誌八六卷一号(一九六九年)と改題されて出されたほか、『川島武宜著作集第九巻』(岩波書店、一九八六年)にも収められている。以下では、『川島武宜著作集第九巻』で引用頁を示すことにする。

- (25) 東京高判昭和五〇(一九七五)年二月二六日民集三六卷六号九五三頁、訟月二二卷一号一頁。
- (26) 最判昭和五七(一九八三)年七月一日民集三六卷六号八九一頁。
- (27) 前掲注(24)八頁。
- (28) 前掲注(24)八頁。
- (29) 前掲注(24)九頁。
- (30) 前掲注(24)九頁。
- (31) 前掲注(24)一〇～一二頁。
- (32) その他にも、ゲヴェーレ(Gewere)論を適用して入会権を構成することにも検討を加えるべきである。ゲヴェーレを近代的土地所有権と対立する封建的な「所有」と捉え、入会権をゲヴェーレと規定するならば、入会権は前近代的な権利と位置づけられるので、解体されるべきことになるからである。詳細については、北條浩「入会権解体の行政的要因——部落有林野統一政策と入会近代化法政策」戒能通厚・原田純孝・広渡清吾編『渡辺洋三先生追悼論集日本社会と法律学——歴史、現代、展望』(日本評論社、二〇〇九年)四七一頁以下を参照されたい。また、このように考えると、そもそも徳川時代の「所有」(所持)の基礎構造を規定する際に、ゲヴェーレ論に依拠して封建的土地所有を「領主的所有」と「農民的所有」の重畳的所有と概念構成してきたこと自体にも検討を加える必要があるように思われるのである(村田彰「三田用水事件における渡辺洋三氏の『鑑定書』」流経法学八巻一号五五頁〔二〇〇八年〕参照)。