

入会権と入会慣習

中 村 忠

Reight of Common and Common's Custom

Tadashi NAKAMURA

目次

- 1．問題の所在
- 2．入会権と法典編纂
- 3．入会慣習と判例
- 4．入会慣習と学説
- 5．終わりに

1．問題の所在

民法は、入会権について二つの規定を設けている。一つは、民法263条にいう共有の性質を有する入会権と、もう一つは、民法294条にいう地役的性質を有する入会権である。これらは共に物権である。この両規定の相違は、地盤所有の帰属を基準とした区別である。一般に、前者は、地盤所有権と使用収益権が入会集団に帰属する場合をいい、後者は、地盤所有権が入会集団の一部ないし入会集団以外の他人（他村入会等）に帰属し、使用収益権のみが入会集団にある場合を予定したものと解されている（注1）。この権利の内容については、いづれも「地方の慣習」に拠るとして、法的根拠を「慣習」に求めている。よって「入会権の有無」ないし「その法的性質」については、その集団に関する地方の慣習の検討を待たなければならないことになる。

つまり、民法が規定し、その法的根拠とする入会権については、入会慣習がすべてであって、慣習の有無や権利の内容等は、その入会慣習のあり方によって規定されることになる。別な言い方をすれば、「入会慣習の存在するところに入会権があり、入会慣習の存在しないところには入会権はない」（「拙者」ということになる。

ところで、入会の歴史は古く、ある意味では我が国有史以来の歴史を有しているということがで

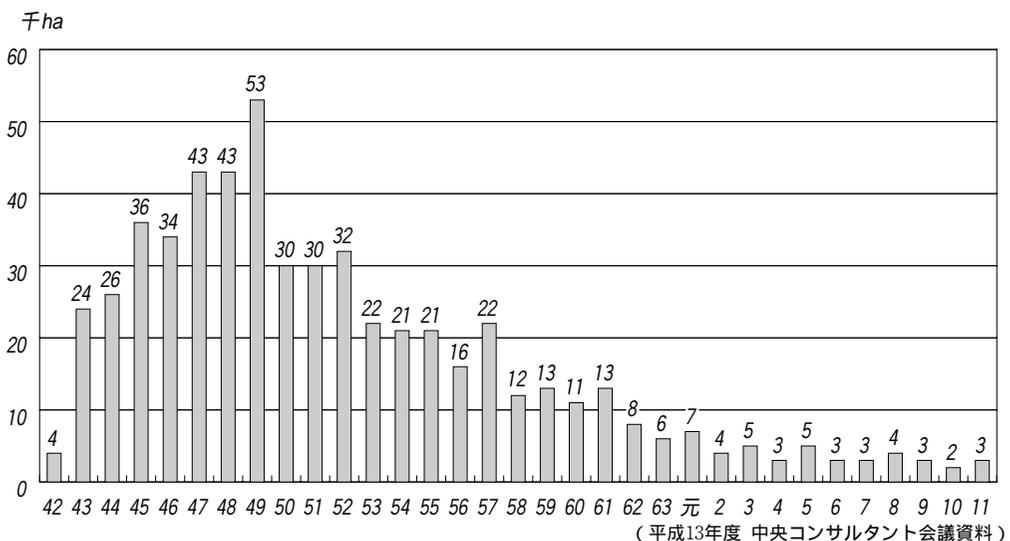
きるが（注2）古くは森林牧野に関する桓武天皇延暦三年の詔勅の中にその史跡を見出すことができる（注3）。しかし、今日的な意味での入会権が確立したのは、徳川時代中期であるといわれている（注4）。だが、入会慣習が、権利としての法的根拠を得たのは、言うまでもなく民法典の成立においてである。なかんずく民法典編纂委員の一人であったフランス法学者・富井政章の影響が大きかったとされている（注5）。

それはさておき、入会権は、明治に入って以来、幾多の変遷を遂げてきた。その道筋は、一重に国家による囲い込みと解体の歴史であったといえる。そして昭和41年に制定された「入会林野近代化法」の存在は、その趣旨は別として入会権解体の歴史を象徴するものとなった。（注6）

ところで、近代化法制定当時において、わが国の入会林野の存在は、全国約200万ヘクタールに達していた。その後、近代化の趣旨に基づき権利関係の近代化を図ってきた結果、今日では、約90万ヘクタールまでに減少しているとされている。近代化法の功罪は別にして、数字的にみれば、入会は確実に解体過程を辿っているのである。（下記図表参照）。

しかし昨今、その減少傾向にも陰りが見られ解体は殆ど進行していないのも実状である。その理由は、林野庁の調査にも現れているが（注7）一般的に、今日の農山村における環境変化が、林業への労働意欲を低下させ、結果として「入会慣習＝入会稼ぎ」を希薄のものにしているところにある。つまり、入会地が放置状態に置かれ、いわゆる「入会稼ぎ」が殆ど行われておらず、「入会慣習」の不存在が入会の自然消滅を生み出しているのが現状だといつてよい。ここにおいては、当該地が「入会地」なのか「共有地」なのか判然とせず、結果、近代化法による入会林野の近代化への意欲を低下させているということもできる。そして、それが入会林野の減少を低下させる数字ともなって現れているというのが実状である。

第1表 整備完了面積（年度別と事業別実績）



第2表 年度別実績

年度	市町村数	件数	面積 (ha)	1件当たり 面積(ha)
42	9	13	3,560	274
43	109	229	23,631	103
44	167	304	26,385	87
45	197	344	35,579	103
46	211	408	33,832	83
47	250	443	42,515	96
48	239	403	42,675	106
49	263	514	52,663	102
50	217	336	29,514	88
51	239	371	30,039	81
52	239	299	32,412	108
53	156	243	21,793	90
54	150	220	20,619	94
55	169	244	21,617	84
56	155	215	15,515	72
57	197	285	22,200	78
58	156	214	12,495	58
59	122	183	13,289	73
60	116	152	10,902	72
61	133	169	13,140	78
62	99	125	8,142	65
63	92	109	5,773	53
元	89	102	7,066	69
2	68	73	4,044	55
3	56	63	5,295	84
4	54	62	3,418	55
5	54	66	5,211	79
6	35	41	3,255	79
7	42	51	2,687	53
8	41	55	4,006	73
9	35	39	3,074	79
10	35	38	2,325	61
11	29	29	2,737	94
計	4,223	6,442	560,408	86

（平成13年度 中央コンサルタント会議資料）

しかしながら、今日、「入会慣習」の希薄化の中で、本当に入会地の自然解体が進行しているのか。実状は、決してそうではない。それは入会権の本質にも係わる問題でもあるが、入会権は、一般的に、村落共同体（仲間の共同体）の共同所有地（共有地）であり、その権利の性質は、「総有（Gesamteigentum）」であるとされていることから、その解体ないし解散には、「村落共同体＝仲間の共同体」の全員一致の賛成（全員一致の原則という）を得なければならぬのが原則である（注8）。よって、手続き上、権利者の全員一致の賛成がなければ解散できないことになる。これがある意味では、入会権が、他の共同所有権と相違し、特徴的なところであり、宿命といってよいであろう。

しかし、その原則はともかくとして、入会権の存在は、その根拠を「入会慣習」に求めていることから、「入会慣習の存在しないところには入会権は存在しない」（「拙者」と言うのも、逆説的な意味において、正しいといわねばならないであろう。そして、仮に、そう解することが可能であるとするならば、入会権を近代化することの当否は別として、何も、近代化法による

困難な近代化の為の手続きを要せずとも、入会地の近代化を図ることが容易となるといえるのではないだろうか（注9）。ましてや、今日、近代化法がその役目を終えようとし、かつ農山村における過疎化や高齢化現象の中で農林業が衰退の一途を辿り、放置や放棄の状態が生じようとしつつある時、その感を特につよとするものである。

そこで、本稿では、上記のような現状認識の下に、「入会権の存在」そのものを規定する（あるいは要素といってもよい）「入会慣習」とは、一体如何なるものなのか。「入会慣習」が有名無実化してもやはりそこには入会権が存在するといえるのかについて検討するものである。よって、本稿では、これらの問題に接近するため入会権の制定に決定的に影響を与えたとされる富井政章の見解や編纂委員会の審議録あるいは判決や学説の見解を介してその意義を明らかにしたいと考えている。そしてここで得た見解を介して、今後の、入会権の近代化の方向に一定の問題を提起できればと考えるものである。

尚、これまで入会の研究は、戦後の民主化の方向の中で重要な研究課題として取り上げられ、学際的に多くの研究成果が得られてきた。しかし、入会を「入会慣習そのもの」とのかかわりで研究された論文は殆どといってよいほど見当たらないのが現状である。そこで、条文にある通り入会権が慣習を法源として成り立ち、かつその慣習が崩壊しつつある現状においては、入会権の存在を規定する入会慣習とは如何なるものなのかを問うて見る意義はあるといえる。

2. 入会権と法典編纂

一、法典延期派と入会権

現行民法においては、入会権規定は、民法263条と294条の2カ条より成り立っている。前者は、「共有ノ性質ヲ有スル入会権」といい、後者は、「共有ノ性質ヲ有セサル入会権」という。そして、そのいづれもが「各地方ノ慣習」に拠るとしているのである。言うまでもなく、これらの規定は、入会慣習が、「法律ト同一ノ効力ヲ有ス」べきことを「法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ」(法例第二条)であることを意味する。よって入会権に関しては慣習が、「慣習法」として裁判所を拘束することになる。つまり、このことから分かる通り、法典編纂委員は、「各地方ノ慣習」をもって「第一順位の法源」と規定し、かつ共有入会権については、「民法中の共有に関する規定」、「地役入会権については民法中の地役権に関する規定」を「第二順位の法源」としたものであることを意味したものである(注10)。しかし、法典編纂委員会においては、慣習上の入会権について、如何なる理解の下にそのような規定を置いたのか、又入会権をどのような権利と理解して、現行規定に到達したのかはかならずしも明らかにされていない?。そこで、ここでは先ず、この点を編纂委員会の各委員の審議を通して考察してみたいと思う。なお、明治民法の制定過程における入会権の研究については、我妻栄教授を中心とした民法成立過程研究会、福島正夫教授の森林所有権研究会の優れた研究業績をみることができる(注11)。又最近では、いずれの研究会にも携わっていた北条浩教授の優れた研究がある(注12)。

よって本稿での考察は、尊敬する当該諸先生方の研究に依拠しつつ、主に、入会権を慣習上の権利として規定した編纂委員会の審議録を素材として、そこでの議論から「入会慣習と入会権」の関係を見てみたいと思う。

ところで入会権の編纂にあたった各委員は、当時、入会権についての知識を十分に持ち合わせていなかった節が見られる。しかし、それなのに何故入会権を民法典編纂にあたり問題にしたのか。それには当時の農山村における事情が大きく影響していたといえる。入会権の歴史がかなりふるいものであることは先に指摘した通りであるが、当時の農民や民法典起草委員にあってもその存在は知っていたし、それが慣習から機縁していることも周知の事実であった。その証拠に、当時、入会紛争(裁判紛争)がかなりの数に達しており(注13)、為政者にとって緊急の課題であったようである。又そのように重要な入会権であるにも係わらず、旧民法(ボアソナード民法)においては、規

定そのものが存在せずそれが編纂委員の一人であるフランス法学者・富井政章の危惧するところでもあった。かつ又それが旧民法典延期派の延期理由の一つともなっていた等が理由として挙げられていた。（注14）

さて、それでは各編纂委員は、入会権についてどのような認識をもち、そこでどのような議論が展開されていたのか。それを見ておきたいと思う。

この点について、明治25年の「法学新報」掲載の旧民法実施反対派の社説が参考になる。そこには以下の指摘がある。

古来農ヲ以テ建国ノ基本トセリ。実ニ土地ノ耕作ハ衣食ノ原資ナリ、村落ナル共同体相依リテ以テ其生計ヲ立ツ、市府ノ法ヲ以テ地方村落ニ適用セントスルハ素ヨリ其当ヲ得ベカラズ。・・・
（中略）

日本ハ水田国ニシテ水量常ニ乏シ、水ノ使用疎通ニ関スル僅々タル民法ノ規定ハ却テ紛擾ヲ醸生スルノ種子ト為ルベク、就中入会権ノ如キハ水田ノ肥料ノ採取其他農家ノ経済ト大関係アルベキヲ以テ詳密ノ規定ヲ要スベキニ、民法ノ嘗テ其言一句モ此事ニ及ブコトナキ欠点ノ甚シキモノト謂ハザルヲ得ザルナリ、（注15）

これは、わが国にとって農業は、国の根幹であり農民は共同体を形成して生計を維持してきた。またわが国は水田国でありながら、水量が少なく、紛争の元になっていた。このとき、入会権は農家にとっての重要な経済的基礎を有するものである。しかし、今回の民法典制定にあたっては、その重要な規定が存在せず、惟は重大な欠点を有するものであるとの指摘によるものである。

法典延期派が旧民法実施に強く反対した理由として、特に身分法において、余りにキリスト教に基づく個人主義的色彩が強く、我が国古来の慣習を無視した「醇風美俗」に反するものであるとするところにあった。そして、それが延期派の論客である穂積八束の「民法出テ忠孝亡フ」に象徴され、廃案の道を進むことになる。延期派の意図や法典論争のもつ意義は別にするとして（注16）、この事実が物語るようにわが国最初の民法典である旧民法では、かなりの部分古い慣習を取り除き近代的装いを有していたことは多くの研究において明らかな事実である。しかし、旧民法が近代市民法の確立を目指す限り古い社会秩序（アンシャン・レジーム）である慣習の解体は当然のことであり、避けて通れない問題であったというべきである。だが、それにしてもこの事は、当時の社会が法の理想（近代化）と如何にかけ離れたものであったかを物語るものであった。ましてや最も封建社会に近い生活様式を有していた農村社会においては、その乖離は当然のことであり、カルチャー・ショックや危機感は想像だにしえないところである。それだけに当時の農村において住民の生活にとって入会慣習が如何に重要なものであったかは、法典延期論者でなくともうなずけるところである。上記の反対論者の指摘は、正にそのことをいっているものであり、旧民法に、入会慣習の規定が存在しなかったことは重大な問題であったのである。その為に入会権に関する規定の不存

在は、法の不備と写り法典延期派の重要な反対理由の一つとされたのである。この結果、旧民法は改正を余儀なくされ、政府は、明治25年11月20日に民法商法施行延期法を公布することとなる。そして、翌明治26年3月25日に法典修正の為に「法典調査会規則」(勅令第2号)を制定し、もって政府部内に法典調査会が設置される運びとなるのである。

このように旧民法廃案の大きな理由の一つに入会権の存在があったことは事実であるが、そのことは慣習入会権の存在が如何に重要であったかをも物語るものであり、各編纂委員の次のような発言においても窺い知ることができるのである。

例えば、法典調査会における箕作麟祥の、「此入会権ノコトハ随分重大ナルコトデアツテ」や「前ノ法典ハ不完全ナルカラ、今度ハ西洋臭クナイ日本流儀ノモノヲ作ルト云フ御考ヘテアリ乍ラ、入会権ト云フモノカ只一寸顔ヲ出シタ丈ケテ地方ノ慣習ニ従フ、ト云フ丈テハ物足ラヌ様デアリマス」等の発言。あるいは磯部四郎の「入会権ノコトハ既成法典ニナイ、ト云フノカ殆ント延期ノ一理由ニナツタ位テ」と言う発言はその辺の事情をよく物語っていると言うことができる。(注17)。

二、法典審議と入会権

ところで、法典審議委員においても、当時まだ入会権に付いては十分な知識がなかったようである。そこ辺の事情について、北条浩教授は、「山村に生まれ・山村に育ったものであっても、小さい頃に親に連れられて草を刈ったり小枝を採取したり、牛馬を草地に連れて行ったことがあっても、それだけのことであり、規範について知るものではない。青年となっても同じことがいえる。一般の者にとっても、ただだんに指示されて動いているだけなのである。慣習を知り、規範を知り、運営をして行く者は部落の指導者というごく一部の者にかぎられている。少年時代にエリートとしての道を歩み、まして生まれ・育った土地を離れた者が入会について規範について、あるいはその構造について実態的に知るはずはなく、観念的にさえこれを捉えることが出来ないのは当然なことである。」(注18)と指摘している。そして、結果、法典調査会における入会の審議については、今日の水準から見れば幼稚なものであったと指摘している。その辺の事情を調査委員会の審議録から確かめてみたいと思う。

例えば、明治26年5月26日の法典調査会民法主査会において、梅謙次郎起草委員が提案した「入会権ハ之ヲ地役トシ其効力ハ慣習ニ依ルヘキモノト定ムルコト」(注19)とした事に対して、他の委員は、「吾々ハ、無論入会権ノ如キモノハ實際ニ就テ調ヘタ事モナイ、頗フル不案内ノコトデアリマスカラ、或ハ思ヒ違ヒガアルカモ知レマセヌガ、併シナカラ先ツ僅カナル知識ニ於テ是迄入会権ト言ツテ聞イテイル所ハ、歐羅巴デ云フ所ノ地役ニ違ヒナイ・・・(中略)若シ性質ガ之ヲ地役ト云フ性質デナク、例ヘバ共有権ノ性質デアルトカ、或ハ無主物トカ云フモノノ性質ノモノデアルト云フコトデアリマスレバ、更ニ考慮ヲ費ヤサナケレハナラヌガ」(注20)といていることから分かる通り入会権についての知識については必ずしも十分なものではなかったといえる。

しかし、入会権が、従来から「慣習」によって成り立っていたことについては、各委員十分に承知しているところであり、その事は、民法に規定する入会権の意味に関する富井政章委員への都筑馨六委員の質問に、「私ハ少シ伺ヒタイノデアリマスガ第一ニ此法律ニ入会権ト御名ヅケニナツタノハ従来各地デ言ツテ居ル入会権ヲ言フノデアリマスカ或ハ入会権ト云フ権利ヲ御認メニナツテ此処ニ置キマスルコトニナツタノデアリマスカ若シ後段ノ解釈ニ依テ御認メデ御入レニナツタナラバコノ入会権ト云フモノハドウ云フモノモ指スノデアリマスカト云フノガ第一問題夫レカラ第二ノ問題ハ私ノ考ヘル所デハ入会権ノ八九分迄ハ町村制ガ既ニ慣習ヲ認メテ居ル其町村制ニ設ケテアル慣習ノ規定ノ外ニマダドウ云フ入会権ガアラウト云フ此ニツノ問題デアリマス」（注21）といていることから明らかである。

ここでの質問は、町村制の下で従来から慣習上の入会権を認められているのに何故新たに民法で入会権を認める必要があるのか。あるとしたら町村制のもとでのそれとどう違うのかという質問に関するものである。このことから分る通り町村制の下での入会権（旧慣使用权）であっても、入会権についてはそれが慣習上の権利であることの理解は存在したといえることができる。ただ、富井政章委員への質問は、旧来の町村制の入会と同じなのかそれとも別なものを想定してのものなのかというものであった。これに対して、富井起草委員は、確かに質問の通り、此处でいう入会権とは、町村制の下で一村又は数村の者が山へ這い上りて稜や立木を伐採することを認める通常の入会権を言うが、それは行政法にも関係するから民法に「極メ憎イコト」（「」ママ）でであるといっている。しかし、ここでは「慣習に従って」、民法に関する規定を設けたと説明している。そして、これは旧来のものとは、別のものであると説明しているのである。だが、都筑委員は、それでも町村制で認めている入会権があるのだから敢えて民法上の入会権を認める必要はなく削除すべきであるとして次のように述べている。「私ハ此条項ハ削除セラレヌ（セラレルノ間違いか、拙者）コトヲ希望致シマス、ト申シマスノハ丁度只今起草委員カラ仰セノアリマシタ通り何処ノ村ノ村民力使用スル権或ハ共有スルノ権ト云フモノハ一定ノ行政区画内ニ居住スルト云フコトガ必要条件ニナツテ居ル即チてりどりい（…ママ）ト云フモノガ必要条件ニナツテ居ルト思フ夫レガ他ノ権利ト入会権ト違フ所デアリマス是ハ一定ノ区ニ居住シテ居ル為ニ持ツテ居ル権利デアルてりどりい（…ママ）デアル以上ハ町村制ノ方ノ範囲内デアツテ独り陸ノ方ノ規定ノミナラズ海ノ方モ公法ノ規定ニ依ツテ入会権ヲ持ツテ居リマスカラ是ハ寧ロ民法カラ削除セラレムコトヲ希望シマス」（注22）。

この意見については、わが国の慣習の必要性を強調し旧民法の実施に反対した穂積八束委員も、「私ハ只今ノ都筑君ノ削除説ニ賛成シテオリマス」（注23）として都筑委員の意見に賛成し民法への起草に反対している。しかし、これらの委員は、入会権に無知であって反対しているというのではなく、起草委員が提案している入会権が町村制で規定している入会権（旧慣使用权）と抵触し、無効になるのではとの危惧から民法にあらたに慣習を法源とする入会権を設けることに反対したといふべきであろう。

さて、「法典調査会」は、上記の経緯を経て設置されたわけであるが、そこで提案された原案は、

入会慣習についての理解不足を反映してか「入会八之ヲ地役トシ其効力ハ慣習ニ依ルヘキモノト定ムルコト」(明治26年5月26日、民法査会第3回)の一ヶ条を起草するのみであった(注24)。しかし、これについては、慣習による入会権は、地役的性質を有するものだけでなく、共有の性質を有するものもあるとして疑問が提起され、実態を反映した内容構成であるべきとの反対意見が出され、条文化の方向は一時延期ということになっている。そこで時期をいつにして、全国の入会慣行調査が実施され、各地方の裁判所や行政機関から意見の徴集を図っている。調査の中心は、いうまでもなく全国の慣習であり、その報告を逐次起草委員会にまとめて提出し、それをもって法案の起草にはいるつもりであったようであるが、思うようには行かなかったようである。

その辺の事情について、梅謙次郎起草委員は、「末松報告委員ヲ除クノ外ハ、マダ報告ガ出テ居リマセヌ、而して末松報告委員ノ報告モ目録位イデアツテ能ク分ラヌ、然ウカト言ツテ、各府県カラ出タモノヲ我々が調べルト云フコトニナルト肝腎ノ議案ノ起草ガ出来マセヌカラ、抛口ナク之ニ付テハ末松委員ノ報告ヲ以ッテモ間違ハヌモノト考ヘテ、之ニ依ッテ先ツ分ル丈ノコトヲ研究」(注25)したといっている。その後、幾度かの審議を経て、現行入会規定に落ち着くことになる。しかし、どのような理由によって、入会権が他の物権と異なり、「慣習に法源性」を求めたものとして定着することになったのであろうか。そこにはどのような理由・趣旨が含まれているのかを法典調査会の各委員の意見を交えて見ておきたいと思う。

三、慣習を法源とした理由

さて、上記の考察から明らかのように民法の規定に物権としての入会権を、慣習を法源として構成することについては、起草委員の間に若干の齟齬が見られた。しかし、これは各委員が入会権について全く知識を持ち合わせていなかったということではなく、慣習上の入会権の性質について理解を得るところまでに至っていなかったというに過ぎないものというべきである。そして、幾度かの審議の後、結果的には、現行民法の二か条の規定に落ち着くところとなったものである。そこで、ここではそれはどのような経緯において定着することになったものであるか。またどのような議論の結果今日の形態に落ち着くことになったのかを次に調査会における議論をもとに見ておくことにする。

ところで、法案の提案者である富井起草委員始め各委員は、入会慣習について必ずしも十分な知識をもっていなかったことは先の論議において明らかである。しかし、古い歴史をもつ慣習上の入会権を法規定として採用するには、やはり、その内容について知っていることが前提とならなければならない。しかし、入会権という「名」やそれが「慣習上の権利」であることについては、町村制との関係で知っていても其法律的性質までも知るところではなかった。そこで政府は、明治26年に全国山林原野入会慣行調査を実施しその報告を得ている。しかし、それでも慣習上の入会権の性質について十分な理解を得ることができなかったことは先に指摘した通りである。むしろ調査の結果では入会権の慣習は、全国「区々」として一定ではなく、ますます理解を困難にしたも

のようである。その辺の事情については、先に、末松報告委員の報告に対する梅謙次郎委員の感想によって明らかな通りであるが、全国の裁判所や行政府から提出される慣習の内容は、一様ではなく理解の苦しむものであり、これを詳細にし章や節に分け、条文化するには無理があったようである。又その時間もなかったようである。

そこで富井起草委員は、「一様ノ規定ヲ設ケルト云フコトハ危険」と考え、「各地方ノ慣習ニ従フ」（注26）とした方が無難として現行法の形態に落ち着いたようである。その辺の事情については、起草委員である富井政章の次のような発言から何うことができるのである。

富井曰く、「入会権ノコトニ付イテハ嘗テ各地方ノ裁判所竝ニ行政庁ニ慣習ヲ問合せタ所ガ追々回答ガ参リマシテ先達テ末松委員ノ手ニ於テ一応取調ベテ貰ヒマシタ其報告モ出マシタガ尚ホ其報告ノ外ニ少シク入会権ニ関スル書類ヲ見マシタドモ此入会権ト云フモノノ性質ハ一様デナクシテ多クノ場合ニ於テ共有ノ性質ヲ持ッテ居ルト思ワレマス夫故此前二掲ゲテアル所ノ規則ヲ加ヘル当嵌マラヌトナッテハ余程困ツタ結果ニナラウカト思フ・・・（中略）故ニ此特別ノ規定ガ必要ト考ヘマシタノデアリマス併シドモ本条ノ如ク『各地方ノ慣習ニ従フ』（『』拙者）ト書放シテ何モ規定ヲ設ケナイト物足ラヌト思ヒマシテ何カ規定ヲ設ケ様ト思ヒマシテ報告書ヲ杯ヲ調ベテ見マシタガドモ慣習ガ区々ニナッテ居ルシ極確カニ定マッテ居ラヌ所モアル様デアリマス夫レデー様ノ規定ヲ設ケルト云フ事ハ危険ニ思ツタ寧ロ斯ウ云フコトハ慣習ニ委ネテ置イタ方ガ宜シカロウト云フ考デ極マッテ此条文ヲ置クコトニナリマシタ・・・（中略）」（注27）というものである。

つまり、富井起草委員によれば、法案として提案した慣習上の入会権については、町村制との関係や慣習の性質から中々理解が得られなかったので、実態調査し、其れに基づいた権利構成をとろうとしたが、調査委員会に提出されたその内容は、一様でなく、理解が困難であり、条文化すると危険であるので「各地方の慣習に従う」とした。しかし、地方の慣習においても、入会権には、当初提案した「地役的性質の入会権」だけでなく「共有的性質の入会権」も存在するので二か条をもって構成したと説明したものである。この点について富井起草委員は、「一様ノ規定ヲ設ケルト云フコトハ危険ニ思ツタ」、「寧ロ斯ウコトハ慣習ニ委ネテ置イタ方ガ宜カラウト云フ考経ヘテ、送ニ極マッテ此条文ヲ置クコトニナリマシタ」（前掲参照）といっているのである。そして、このような方針については、各委員から賛成・反対の多様な意見が提示されたが、結局、富井起草委員の原案通り、慣習を法源とした入会権が制定されることになったのである。よって現行法が、入会権を地方の慣習の求めた理由は、此処にあったといえることができる。つまりは、入会慣習は、地方により多様であり、一様に決められなかったというのが真実であるというべきである。

さて、しかしながら入会慣習が地方によって一様でないとして、それでは、「慣習」そのものをどのように見ていたのであろうか。我々にとっては、その事の方が気がかりといわねばならない。そこで次に、その点について、いかなる議論が為されたのかを見ておきたいと思う。

四、各地方の慣習にいう慣習の意味

以上の考察において、入会権の法源をなぜ地方の慣習に求めているのか。はたまた何故二か条を持って構成されたのかの理由については、一定の理解を得ることが出来たといえるだろう。しかし、問題は、そこでいう「慣習」とは何をさしているのか。どのような状況をもって、そこに「慣習」があったといえるのであろうか。これは慣習の内容に関する問題であり、かつ慣習理論ともいべき問題といえることができよう。小生は、ここでこの問題に言及する前に、まず、入会権の法源である「各地方の慣習」という時の「各地方」とは、何を指しているのかについて触れておきたいと思う。条文に規定されている「各地方」について、法典調査会では、特に一定の枠組みをもって想定しているわけではない。しかし、これは入会権の内容について、町村制の下での入会との関係で、富井委員が、一村又は数村(村々)といていることから、それを対象としていることが一般のコンセンサスのようである。当時、町村制のもとでは、行政の対象となる行政村つまり町や村(通称部落といつてよい)を単位として考えていたことからそのような理解でよいものとする。しかし、それはあくまで町村制下の「各地方」であった、今日、一般的にいう入会集団＝部落とは趣旨が違うといべきである。だが、実際上は、両方を絡めて考える方が正しいといべきであろう。現に、明治26年の「全国山林原野入会慣行調査」(注28)では、部落集団、村、町、郡、県などを通して行われており、かならずしも特定の集団や行政団体のみを対象としたものではなかったようである。その結果、今日では、入会権の対象となる財産には、県や市町村有財産および財産区有財産(旧慣使用权)と私的な共有財産(入会権)が前提とされている。

次に、慣習の意味についてであるが、これについては、何をもち「慣習」というのかについては、残念ながら法典審議会の議論となっていない。つまり、入会規範を、「各地方の慣習」に従うとして、慣習に法源を求めながら、大事な慣習の中身については何も議論していないのである。これは賛成・反対のいずれの側においても同様であり、何ら問題にしている節は見当たらない。つまり、この問題を明確にしないまま「慣習」を法源としたということである。この問題については、地方の慣習の内容によって、十分に理解できると読んでのことなのか。それとも慣習理論を十分に持ち合わせていなかった為に問題にしなかったのかは、此処では理解することが出来ない。この意味では、小生が、序論で提起した問題、すなわち入会権が、慣習を法源としながら何をもちて慣習といい、入会慣習が存在しているといえるのかについては調査会の議論からは何らヒントを得ることは出来なかったといわねばならないであろう。それでは次に、入会慣習が何らかの紛争の種となって裁判問題になり、一定の判断が為されていなかったか否かを問題にして見たいと思う。

3. 入会慣習と判例

ところで、入会紛争に関する判決を、戦前と戦後を通して総合的に研究した唯一の研究者として中尾教授を挙げる事ができる。教授は、入会研究にとって、「各地方ノ慣習」の考察はいうに及

ばず「判例の研究」は、「法が判決を通じて具体的にいかなる形態で生きているか」を明らかにするものであるから不可欠のものであるとしてその重要性を指摘している（注29）。中尾教授の入会判例研究は、代表的な著書である「入会に関する最高裁判決」と「叢書・民法総合判例研究 1・入会権（1）」に凝縮されているが、ここでは民法典制定以来から今日までの判決の概ねを取り上げ、その変遷と動向を分析しており入会に関する判例のバイブルといってもよいものである。そこで、ここでも本論文の課題に接近するためにどうしても中尾教授の業績に依拠せざるをえないところである。

ところで、小生は、昭和57年度の東日本入会林野研究学会において、「戦後判例にみる入会紛争の動向と課題」として研究発表をさせていただいたが、その際に教授の先の文献を参考にさせていただき、昭和32年から53年までの判例を参考させていただいた。よって、ここではまず、小生のそこでの研究成果を踏まえ、その上で本課題に接近してみたいと考えている。

さて、小生の先の研究においては、戦後の入会紛争の特徴として、まず、第一に、訴訟当事者からみた紛争については、（1）入会集団と入会集団の入会権の有無に関するもの、（2）入会集団又はその構成員と公権力に関するもの、（3）入会集団又はその構成員と第三者との関係に関するもの、（4）入会集団とその構成員に関するもの、（5）入会集団構成員相互間に関するもの、（6）個人と公権力に関するもの、（7）個人と個人に関するもの等について多く見られ、かつ、第二に、紛争の典型的整理からみたものについては、（1）記名共有名義と入会権についても、（2）公租公課に関するもの、（3）当事者適格に関するもの、（4）公有財産との関係に関するもの等を挙げることができる（注30）。よって、この限りにおいては、ここで問題にしている「どのような状態をもって入会慣習の有無を認定するのか」（拙者）に関しての紛争は、該当するものが見当たらないことになる。そして、この傾向は、その後の判例の動向をみても変わるところがないといえる。そうすると判例からの本課題への接近は、先の審議録同様に困難ということになる。

最も、法典調査会において、入会権の内容を「各地方ノ慣習ニ従フ」として慣習に法源を求めたのは、その「慣習が甚だ区々で、而も明確でない」（「拙者」と言うことに理由があったわけであるから、その後、集団による共同財産の利用が、法源としての「入会慣習」そのもの内容（メルクマール）に該当するのか否かについて問題にするすべはないし、又その必要もなかったというのが正しいのかもしれない。民法制定以降、今日までの判例の何処をあたっても「慣習そのもの」を問題にしている事例に遭遇しないのもむべなるかなということになるだろう。しかし、それでも敢えて、直接ではないにしろ若干それらしい問題を含んでいるものを挙げてみることにしたい。

盛岡地判昭31・11・2 佐法15・22（注31）

< 事案 > 「係争地は甲部落住民の入会地で、土地台帳上203名の共有とされており、古くから甲部落住民の薪採採取に利用されてきたが昭和8年火災があつてのち、住民の申合せにより自由な入山を禁止し共同で植林をしてきた（ - 拙者）。この土地につき部落住民と203名中の転出者（又はそ

の承継人)の間で係争地につき紛争を生じたので、部落住民Xらが転出者Yらを相手として、係争地が入会地でYらが入会権にもとづく共同収益権を有しないことの確認を求める本訴を提起した。」
<判旨>「三、しからは本件各土地の利用関係はいつの頃か判然しないが、おそらく昭和8、9年頃の山火事の後、従来の部落民の生存権的要求に基く、自足経済的現物経済的利用形態から、貨幣経済的商品経済的利用形態に転化していることが明白であり、現に着々本件各土地の商品化を企画している実情にあるものといわねば、今日の入会の問題は係争山林原野が元来入会地かどうかの問題ではなく、従来の入会地がその後の時勢の変遷に伴いある程度の変化を来たしたが、それでもなお入会地といえるかどうか、そのような変化があれば早入会地といえないかどうかの問題である。(- 拙者)

本件各土地の利用形態にも前示認定のような変化があり昭和8、9年の山火事以降従来の生存権的性格を捨て、すなわち日常生活に必要な薪秣草などの自足経済的、現物経済的利用形態を捨て貨幣経済的商品経済的利用形態に一大転換をなし入会権を共有権から区別する特殊性を喪失してしまい、共有権関係となら異なるところがなくなってしまったといわなければならないのである。本件各土地に関する従来の入会権はおそくとも昭和8、9年の山火事以降共有権に変化してしまったものといわなければならない。」(本判旨確定)

これは入会権の有無が問題になったものであり、何を持って入会慣習というか否かを問題にしたものではない。しかし判決は、ある時点から入会利用の仕方が変化し、新しい利用方法に変わったときには、もはや従来の入会慣習は存在せず、共有権とかわらないものであるから入会権は消滅したというものである。この判決の当否は別としてこの手の判決は外にもあり、従来の慣習(入会利用)の変化をもって、入会慣習の有無のメルクマールと考えている節がある。

最判昭和32・6・11最集民26・881(注32)

<事案>「甲部落では明治43年頃当時の入会権者の総意で部落共有林の山入りを停止し、天然林を補植してその伐採収益を配分すべきことを決めた(- 拙者)。その後、部落内に一戸を構え一定の加盟金を納めて部落の承認を得れば入会権を取得させるという規約が定められた。昭和26年に旧戸(明治末期以来の入会権者)Yら18名が右天然木を伐採してその収益金を旧戸のみで配分したので、新戸12戸中Xら3名は自分らも入会権者であるから配分金を受ける権利を有するという理由でYらに対して配分請求の訴を提起した。」

「第一審は、XらもYらと同様に入会権者であるという理由でXらの配分請求金を認めたので、Yら控訴して、係争地はすでに入山停止を取りきめ植林しているからすでに入会権は消滅し、かつYらが正期係争地の分割を協議したから現在はYら18名の共有地となった。」と判示した。

「第二審は、入会権者の総意により、入会を一時停止し自然林に補植をなし、相当年限育成した上伐採して、入会権者全員平等に分配すべきことを定めて現在に至ったものであることを認定して

いるのであって、・・・（中略）かかる協定は、本来の慣習による入会権の内容そのものを変更したものでなく、単にその行使方法についての協定に過ぎないから、・・・（中略）かような総意による協定は少なくとも当事者間には有効として拘束力を有すべく、この協定の実施により入会権の行使が一時停止せられても、慣習による入会権が廃絶したものと謂うことはできない」と判示して、一番を覆し、入会権の存在を認めた。

<判旨>「原審認定の如き入会権行使一時停止の合意が、所論の如く直ちに入会権自体の存否に影響を及ぼすものとは考えられない。されば、原審が入会権の本質につき認定判断を省略したことを目して、所論違法ありとする本論旨はあたらない。」とし、原審を支持している。

これは、直接入会慣習を目的としたものではないが、入会慣習の一時停止をもって入会慣習が消滅したとはいえず、それが全員の総意による協定である限りそこに入会慣習が継続存在しているものであると判断したものである（ - 拙者）

入山停止が入会慣習の消滅になるかが争われたケースであるが、あくまでも入山の一時停止であって入会慣習を廃絶したものではないから入会権が消滅したとはいえないとしたものである。入会権の本質からいって当然の判決と言ってよいでしょう。

法律が制定して以来、裁判になった入会紛争は、これまで大審院判決で約800件、最高裁では、10件を超えるとされている。これが下級審を含めると膨大な数に上るものといえる。そして、その大半は、入会慣習に照らしてみても入会権が存在するか否かに尽きるといってよい。そして、一方では、それら判例の研究を介し、又一方では、地方の慣習の実態把握を介して、膨大な入会権の研究が為されてきた。その結果、区々とし、多様な形態を有する入会慣習の実態が把握され、入会慣習の一般的傾向が分析されたといえる。そして、それはある意味では、「入会慣習そのものの」考察であり、その内容あるいは判断規準の形成といってもよいわけである。しかし、やはり、何を持って「入会慣習」というのか、そのメルクマールを何処に求めるべきかについての判例は見当たらないといえる。それでは次に学説ではどうであろうか。

4．入会慣習と学説

入会権規定が現行の形態に止まり、かつ慣習を法源としたことにつきは、北条教授は次のように述べている。つまり、法典調査会における審議においては、「(1) さきにあげた二か条の入会権の規定と、それが、地盤所有と収益とが同一の団体に属する入会権と、地盤の所有権は第三者であっても、収益を行うことができる入会権であること、(2) そうして、入会権の法源は慣習であること、しかもこの慣習については一定の規定というものを設けなかったこと、(3) 入会権の主体は一定の集団であること、の三点が確認されたにすぎない」(注33)。そしてこのために、「民法の入

会権の規定と、町村制の旧慣使用権 法典調査会では入会権と呼称している との問題も、さらには国有地入会の問題も、なんらの解決をしないまま、すべて入会の現実、すなわち慣習に委ねたといえる。そして、その結果、「法典調査会における入会権の立法過程には、さきにあげた三つの内容がごく大雑把に確認されただけであって、法源としての慣習に一定の規定を設けなかったために（拙者）まさしく各地方の慣習そのものが入会権の内容であることになったのである。」（注34）と述べている。

入会権が、何故、他の物権同様な詳細な条文をもって権利規定が出来なかったのかについては、北条教授の指摘や先の調査会の内容において確認されたように、徳川時代以来の旧慣による入会慣習が複雑で、かつその内容も多岐に涉っていたと同時に、審議委員の入会権についての理解が不十分であった点に求められた。しかし、入会権について、法律により入会慣習が第一次の「法源」とされたからには、せめて「どのような状況を称して、そこに入会慣習が存在するというのか」（「拙者」）の目安を旧来の慣習から指摘しておくべきだったといえることができるだろう。勿論、これまでの考察においても明らかのように、法典編纂についての時間の問題や先に指摘した入会慣習の複雑さがそれを可能にしなかったという理由はあるにしても、その点の不備や怠慢は免れないところである。しかし、今日、法律がそのようなものとして制定し、機能させられている現状では致し方ないところであり、それ故に、今日まで入会の実態調査が全国的に展開され多くの研究成果が得られたことも確かである。だが、この問題は、入会権が、かつてのように住民の日常生活と密着しかつ農山村の重要な経済活動を支えていた段階では然程問題にならなかったといってもよいであろう。しかし、今日、農山村における過疎化や高齢化現象の中で、村落共同体が崩壊あるいは入会への依存が減少し、あまつさえ入会慣習を象徴してきた「入会稼ぎ」が「衰退ないし停滞あるいは放棄」の状況を迎えつつある時、入会権の有無に係わる「入会慣習」とは如何なるものなのかをある程度明確にしておく必要は否定できないのである。

そこで今度は、その点を教科書や論文等においてどのような取り上げられているのかをみることにしたいと思うが、しかし、残念なことに教科書や論文においては、「入会慣習」そのものを問題にして説明しているものは、先の判例と同様に皆無であるといわざるを得ない。

しかし、視点は異なるが何らかの形で、「法源」としての慣習を問題にしている二三の論考を対象にその意図するところを考察してみたいと思う。

（一）川島教授の慣習についての見解

川島教授は、小生が問題としている視点から「入会慣習」を取り上げ問題にはしていないが、しかし、第一順位の法源としての慣習については、一般に、民法の規定は、「特定の地盤に対する入会権について慣習が存在することが、入会権の前提条件となることを定めているのだ、と解されているようである」（注35）と指摘し、しかし、そうすると契約により成立する入会権を否定することになるから、正しくは、民法が入会権の法源として承認しているところの「慣習」とは、「特定

の土地についての入会の慣行の存在を内容とするものであることを要せず、入会主体 すなわち総有的法律関係の主体 としての適格を有する総手的地域共同体の存在を内容とするものであれば足り、と解すべきである。」（注36）として、入会慣習そのものを問題にはしていない。これは要するに、入会権の対象となる地盤に対する慣習を問題にするのではなく、主体がどのような掟や仕来りの慣習により成り立っているかを問題にすればよく、かつその内容が明確にされていればよいという考えに立って法源としての入会慣習を見ているということが出来る（ - 拙者）。そしてまた、これとの関係で、入会権が法律上承認されるには、法律が制定された後の地盤利用についても新たに入会慣行が発生するのかに触れ、この件に関しては法典審議の段階でも議論された問題であるが、承認されるとしている。

そして、川島教授は、更に、民法は入会権の法源を「各地方ノ慣習」によるという言葉で表現し、その慣習が全国一様でないことを予定しているが、しかし、起草者が推測したように「区々で統一性のないものではなく、種々の個別的差異にかかわらず多くの基本的な類似点が存在することは、入会権の内容について述べたとおりである。」（注37）と論じ、しかしながら、「入会権に関する紛争について裁判所がその法的規準を決定する際には、特に次の注意を払うよう、つよく希望する」（注38）として、「第一は、当該の入会集団の慣行を、法律学の教科書の多くに書かれているような既成の知識・観念・理論等にとらわれることなく、謙虚に究明することであり、第二は、入会権についての法的規準を、単に観念的に、既存の法理論から論理的に推論しないことである」（注39）と指摘している。このことの意味は、「いかにして慣習規範を認定すべきかということについて正しい理論的立場と方法とを失わぬよう努力しないと、慣習規範の認定を誤る、ということである。」（注40）というにある。さらにこの点については、「従来の学者の研究は甚だしくたちおけているのであり、学界における今後の研究をつよく希望される」（注41）と指摘しているが、これこそ正に、小生の認識の正しさを証明してくれるものといえるであろう。

（二）中尾教授の入会慣習についての見解（注42）

中尾教授も、川島教授同様に「入会慣習」そのものに焦点を置いて問題にしているものはないが、入会権の特殊な性格についての説明で次のように扱っている。すなわち民法は、入会権を「各地方ノ慣習」によると規定しているが、その意味するところは、「入会権についてもめごとを生じ、それについて裁判を行う場合に、裁判所はその地方における入会林野についての慣習にもとづいて裁判しなければならぬ」ということである。そして、ここでいう「慣習」とは、しきたり、おきて、きまり等を意味するといっている。つまり、「入会林野をどのように利用するか、どの範囲の者に入会林野を利用させるかなど、入会林野の管理利用については、ほとんどすべてそれぞれの地方や部落のしきたりやおきてなどで定められています」。よって、「民法の規定は、入会林野についての各部落の慣習すなわちしきたりやおきてにたいして法律上の権利、すなわち入会権として認める、ということの意味している」。よって、「入会権についての細かい規定や具体的な内容は法律の条文

によって決まるのではなく、各部落の入会林野についてのおきてやしきたりによって決められるわけです」といっている。そして、更に、入会林野についての「しきたり」や「おきて」については、それが文書にされているものもあれば、またそうでないこともある。「要はその地方、その部落において現に行われ、守られている事実、あるいはとりきめのこと」であると、それをはっきりさせることが大事であるといっている。しかし、小生が問題しようとしたものは、各地方毎あるいは各入会集団毎に入会慣習が明確であるものは問題ないとして、入会慣習が不明確であるもの、あるいは入会慣習が弛緩し、入会慣習の有無を定めがたい場合にどのような判断基準をもって、そこに入会慣習が存在するといえるのかにあるが、それについては両研究者含めその他の研究者においても皆無であるといわざるを得ない。

5 . 終わりに・課題

民法は、入会権について、一つは、「共有の性格を有するもの」、一つは「地役的性格の有するもの」の、二か条を設けて、そのいずれも「各地方ノ慣習」として、「入会慣習」を第一次的「法源」として規定した。しかし、「法源」である「入会慣習」の内容については一切言及しなかった為、ある「物件」が入会であるのか否かを定める時に、何を抛り所とし、かつどのような要素（判断基準）をもって入会慣習というのか困る場合がある。特に、昨今のように入会慣習が弛緩したり、あるいは入会活動が停滞した時に、それでもそこに入会慣習が継続され、そこに入会慣習が存在しているといえるのかという問題がある。小生がこのような問題意識をもったのは、たまたま群馬県のある集団の調査にあたった折りに、戦後、自作農創設特別措置法により国有地の払い下げを受け、開墾地として開拓したが一部林地を共同所有地として利用することになり、いわゆる入会利用を図ってきた。しかし、その後、何年にも涉り放置状態におかれるところとなったものの権利関係の判断を求められたことに基因する。当該物件は、かつては入会利用がなされてきたといえるが、しかし、それも特に関係権利者の間に、いわゆる入会慣習につながる「おきて」や「きまり」が規約となって存在するわけでもなく、かつそのことに詳しい長老も少なく、いたとしても明確に説明することが出来ない等の事情があって、入会権の有無の判断に苦慮せざるを得なかったものである。この時、そこに入会慣習が存在しているのか、あるとしてどのような状況をもってそうだといえるのかの判断規準（メルクマール＝指標）が存在すればどんなに合理的であり、かつ適切であったといえるのである。確かに、民法制定以来あるいはそれ以前においても入会慣習についての研究が積み重ねられ今日まで多くの成果を得ている。しかし、それは概ね、入会慣習が継続かつ明確であり、その上明示的なものが殆どであり、その判断に余り苦慮しなくてもよいケースが多かったといえなくもない。そして、入会慣習が、各地方毎に区々としてかつ特徴的であったとしても、これまでの成果において、共通の慣習規範を見出してきている。しかし、昨今の現象は、必ずしも従来の入会慣習規範では捉えきれない面があるといっても言い過ぎではないものが多い。そこで、小生は、入

会権の持つ今日の問題に対処するためにも入会慣習の一定の判断規準の必要性を問題提起したものである。そして、この問題に接近する為に、立法作業の段階で入会慣習についてどのような議論が展開されたのか。はたまた判例・学説ではこの問題をいかように扱ってきたのかを問題にする必要があったわけであるが、しかし、期待は裏切られたとあってよい。結局は、中尾教授が指摘するように、そこに入会慣習が存在すれば入会権が存在し、そのメルクマールはやはり入会慣習のそのものの中に求めざるを得ないということになるのであろうか？ しかし、その場合でもやはり、一定の判断規準が必要であるといわざるを得ない。

特に、新しく集団が形成され、それが共同で地盤所有権を得たが、共同使用について特に取り決めもしなかったが為、入会集団なのか民法上の共有団体なのか不明な場合がある。この場合、入会慣習が形成されたとして、何時の段階のどのような状態をもって慣習が形成されたといえるのか判断に苦慮する。あるいはまた、ある集団が、入会慣習らしい慣習の継続を経ないまま、又なんとなく活動を止めてしまった場合あるいは団体活動についての規約もなく、時間が経緯するうちにどのような団体だったのか不明となった場合等々においては、特に、何らかの判断基準が必要であるといえる。そこで提案であるが、これまでに確認された入会慣習のメルクマールを整理し、一定の判断基準を確立し一般的ルールの確立を図るのも有効であるといえるであろう。そこでこれまでの成果を整理すると、入会権消滅のメルクマールとしては、 持ち分権者の確定、 譲渡が全く自由、 他人に利用、 収益が個人分配、 権利が一世帯に限定されない等が挙げられ、一般化されつつあるといえる。又入会権の消滅原因として、 土地の消滅、 公用徴収、 収益不能、 規制の消滅、 権利放棄、 近代化による整理、 未墾地買収などが問題となっている。よって、これらの再検証を行い、それが一般的なルールに還元できないか否かを検討すると共にその他の問題についても新たな検証を試みるなどによって、一般化するルールの確認作業を試みることは、必ずしも無意味とはいえないというべきである。

さて、小生は、かような問題意識を念頭にし、入会慣習そのものに視点をおいて、審議案や判例・学説の動向を考察してきた。しかし、これまでの考察において明らかなように、上記の課題からは何らの成果も得ることができなかった。しかし、先に指摘した通り、今後の入会のあり方を考えた時、そろそろ、入会慣習一般に適用できる何らかの判断基準（メルクマール）を検討する段階に来ていることは確かである。よって、先の事例を参照にしつつ入会権の本質に抵触しない限りにおいての「入会慣習の判断基準」の確立は必要不可欠であるということの問題提起として、本論を終わりにしたい。なお、この問題は、小生の今後の課題としたいと考えている。

（なかむら ただし・本学経済学部教授）

注釈

注1) かつては、両者の区別は、地盤所有権が誰に属するかにかかわらず入会権者が共同収益しうるか否かによるとしていたが、後に判例は、地盤が入会権者の所有に属するか、それとも第三者の所有に属するかによるべしと解するようになった。（大連判大正9・6・26民録26輯933頁参照）

- 注2) 石田文次郎・昭和22 『土地総有権史論』439頁 岩波出版
- 注3) 石田文次郎・昭和22 『土地総有権史論』440頁 岩波出版
- 注4) 中田薫・昭和13 『法制史論集 第二巻』669頁 670頁 岩波書店
- 注5) 北条浩・2000年・『入会の法社会学(上)』147 御茶ノ水書房
- 注6) 拙稿・平成8年・「入会林野法制の変遷と今日的課題」高崎経済大学論集第38巻3号
- 注7) 林野庁は、昭和57年に入会整備促進の為の実態調査を行っており、その結果については、かつて、拙者の論稿である「入会林野の現状と入会林野整備上の問題点(上)」『産業研究』28巻1号に掲載しているのをそれを参照されたい。
- 注8) 入会研究の第一人者である川島教授は、入会権が全員一致の原則に基づくことについて、「それは伝統的な集団規制を伴う団体であり、その団体構成員の権利内容は『各地方ノ慣習』(民法第263条)によって伝統的に決定されているのみならず、その集団規制には多数決原則は妥当せず、全員一致による決定がその基本原則である。すなわち、入会集団においては、集団の統一性 Einheit と構成員の多数性(複数性) Vielheit とが分化しておらず、集団としての統一性は集団構成員の全員の意思決定そのものにほかならないのであり、このような特質 多数原理による団体の意思決定のゆえに団体の意思決定とその個々の構成員の意思決定とが分化対立し得るところの近代法的団体と、対立するところの特質 に着目して、学者は入会集団を『実在的総合人』と呼ぶのである。・・・(中略)ところで、実際の慣行においてはどうか。ほとんどすべての入会集団においては全員一致の原則が今日も不変の原則である。」といっている。川島武宣・1983 『川島武宣著作集 第八巻 慣習上の権利1』218-219参照
- 注9) 近代化法にもとづき入会林野の近代化(入会権の消滅)を図る為に、その受け皿として生産森林組合化を図ってきたが、今日では、その殆どの組合が赤字経営のため組合化が敬遠される傾向にある。また、近代化の為に手続きが複雑であり、それが入会林野の近代化を阻む要因ともなっていることは、先に指摘した林野庁の調査で明らかなることである。これについては、前掲(注7)の拙者の論文参照されたい。
- 注10) 川島教授は、民法の規定が、慣習を第一次規範とし、共有や地役権の規定を第二次規範と規定していることについて、「実際には、それぞれの法律関係はすべて慣行によって決せられるべきであり、たとえ当該の具体的な問題について慣行が存在しないとしても直ちに民法の共有または地役権の規定を機械的に適用すべきでなく、『仲間の地域共同体に帰属する総有的ないし準総有的権利』としての入会権の基本的性質にもっとも適するように問題を処理すべきであるからである。」といっている。川島「前掲」90頁参照
- 注11) 民法成立研究会・『明治26年全国山林原野入会慣行調査資料』5分冊、森林所有権研究会・『昭和5年全国山林原野入会慣行調査資料』6分冊
- 注12) 北条浩・「前掲(上)」・「前掲(下)」お茶の水書房
- 注13) 北条浩・「前掲(上)」362頁参照
- 注14) この点について、法典編纂委員である磯部四郎が「入会権ノコトハ既成法典ニナイト云フノガ殆ンド延期ノ一理由ニナツタ位デ」といっていることから明らかである。北条「前掲」147頁参照。
- 注15) 明治25年・『法学新報』第14号、星野通・昭和44年・『民法典論争資料集』・日本評論社、北条「前掲」360頁参照
- 注16) 民法典論争の意義については、拙稿・「民法典の形成とその歴史的論理構造について」高経論集30巻、同「わが国の土地所有権の近代化過程についての一素描」中央商科短期大学論集第14号参照。
- 注17) 北条・「前掲」361頁参照、
- 注18) 北条・「前掲」358頁参照
- 注19) 北条・「前掲」359頁参照
- 注20) 北条・「前掲」359頁参照
- 注21) 北条・昭和40年・「法典調査会議事速記録」・『入会権学説集 私法篇上』徳川林政史研究所、2頁参照
- 注22) 北条・「前掲」3頁参照
- 注23) 北条・「前掲」3頁参照
- 注24) 北条・「前掲」364頁参照
- 注25) 北条・「前掲」365頁参照

入会権と入会慣習（中村）

注26) 北条・「前掲」365頁参照

注27) 北条・昭和40年・「前掲」3頁参照

注28) 「明治26年全国山林原野入会慣行調査資料」の詳細については、北条・『入会の法社会学』153頁参照

注29) 中尾英俊・昭和57年・『叢書民法総合判例研究 1』一粒社・序文参照

注30) 拙稿・1982年・「戦後判例にみる入会紛争の動向と課題」『東日本入会林野研究会会報』2号 26頁以下参照

注31) 中尾・「前掲」25頁参照

注32) 中尾・「前掲」35頁参照

注33) 北条・「前掲」391頁参照

注34) 北条・「前掲」391頁参照

注35) 川島・「前掲」84頁参照

注36) 川島・「前掲」84 - 85頁参照

注37) 川島・「前掲」86頁参照

注38) 川島・「前掲」86頁参照

注39) 川島・「前掲」86頁参照

注40) 川島・「前掲」86頁参照

注41) 川島・「前掲」86頁参照

注42) 中尾英俊・1969年・『入会林野の法律問題』勁草書房60頁参照

なお、本稿は、来年退官なされる上岡教授のこれまでの学恩に捧げる意味でしたためたものであるが、運悪く、業績審査業務と重なり、小生の意図する十分な検討が出来なかったものとなってしまった。しかし、これも小生の非力の成せるところであり、お許しをいただきたい。最後に先生の今後の活躍と御健勝をお祈りし拙文とさせていただきます。また、学会長や理事の山田先生並びに事務局の金子さんには大変ご迷惑を掛けました臥してお詫び申し上げます。

又、本稿は、この夏、小生が、「払い下げ共有地と入会林野」というテーマで東日本入会林野研究学会（宇都宮会場）にて研究発表した研究報告に連動するものであり、かつ高崎経済大学学術研究助成の成果の一部として公表させていただいたものであることを付記しておきたい。重ねて御礼申し上げます。

2002年12月