高崎経済大学論集　創立50周年記念号　2007　55頁～68頁

入会慣習と公序良俗違反についての一考察
―最高裁平成18年３月17日判決を介して―

中　村　　忠

A study of the custom of commons and violation of the public policy

Nakamura Tadashi

目次

一、はじめに
二、事案の概要と各判決の趣旨
三、入会慣習を「法源」（入会権）と規定した制度趣旨
四、公序良俗と「法源」としての入会慣習の効力
五、最高裁判決の妥当性の有無

一、はじめに

わが国の民法において用益物権である入会権については、二つの規定が設けられている。一つは、「共有ノ性質ヲ有スル入会ニ付イテハ各地方ノ慣習ニ従フ外本節ノ規定ヲ適用ス」（263条）と、もう一つは、「共有ノ性質ヲ有セサル入会権ニ付イテハ各地方ノ慣習ニ従フ外本章ノ規定ヲ準用ス」（294条）である。前者は、いわゆる共有的性質を有する入会権規定であり地盤所有権と利用権（毛上利用による使用収益権）が入会主体である入会団体に帰属する場合を意味し、後者は、地役的性質を有する入会権で、地盤所有権が個人所有ないし他村所有などに帰属し、ある一定地域の入会団体の構成員がその土地を毛上利用（使用収益）する場合である。(注１) しかし、何れも権利の内容は、「各地方の慣習」によるとされている。(注２) そこで、「各地方の慣習」に「法源性」が認められることについては、「法例２条」を以って、「公序良俗ニ反セサル慣習」で「法令ノ規定ニ依リテ認メタル（民法263条・294条）」ものと「法令ニ規定ナキ事項」に関するものに限って「法律ト同一ノ効力ヲ有スル」との規定に根拠が認められている。よって、「各地方の慣習」が「法源（性）」を有するのは、「法例２条」という国家法によるものであるが、それが「慣習法」として裁判所（裁判官）を拘束することになったものである。(注３) 結果、裁判官は、各地方の慣習によって裁判することを義務とされているのである。(注４) この意味において、入会権の存否や内容に付いては、各地方の慣習は重要であり、決定的であるとされる。

ところで、民法は、更に、慣習に関して「法令中ノ公ノ秩序ニ関セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ当事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ従フ」（民

法92条）と規定している。この規定の持つ意味やそこでの「慣習」の意味が「入会権」とどのように関係するのか、あるいは「法例２条」にいう「慣習法」とどのような関係があるのかについては議論のあるところである。一般に、「法例２条」の「慣習」を「慣習法」と捉え、「民法92条」の「慣習」を「事実たる慣習」と捉えて、二つの規定の持つ意味を区別して理解している。そして、前者は、ある社会において、「強い法的確信」に支えられるものであるから「慣習法」となるが、後者は、そこまでに至らない「弱い慣習」を意味し、契約当事者が、それによるとした場合に意味を有する「任意規定」として位置づけている。つまり、前者は、当事者の権利義務を定めたものであり強い拘束力を有するが、後者は法律行為解釈の規準に過ぎないものである解している。(注５)しかし、今日では、民法92条は、法例２条に対して特別法の関係にあると解して、両条項の持つ意味に一定の解決を見出そうとする傾向にある。(注６)

さて、入会権に関する上記の規定は、各地方の「入会慣習」が、民法92条（任意規定）や法例２条によって「第一順位の法源」であることを意義づけた。これは、あたかも債権・債務の発生に関する「約款契約」の内容が紛争解決の第一順位の法源（規範）となり、それに関する債権法（任意規定）が第二順位の法源（規範）と理解されるのと同じ扱いである。よって、われわれ入会権を研究する者にとっては、各地方における「入会慣習」の「掘り起し」や「その内容」の研究が最も重要となる。(注７)つまり、入会権にとっては、入会慣習が絶対的であり、そこでの権利の存在やその内容が「法源」そのものとなり、各権利者に影響を与えるのである。

時に、平成18・３・17日の最高裁判決は(注８)、入会権についての入会慣習に関するわれわれの認識に対して大きな一石を投ずるものとなった。それは、例え、各地方の慣習を「第一順位の法源」とする入会権にあっても、その存否やその内容が「社会の法的確信」（Opinio iuris）(注９)に支えられるだけの「合理的理由」（合理性）がなければ、民法90条にいう「公序良俗」に違反して、「法源＝法規範性」が認められず、その効力は否定されるとするものである。従来、ある法律行為が、民法90条に違反するか否か、どのような場合に違反するかについての紛争事例やその判決例は数限りなく存在する。最近では民法90条の規定の法的意義や制度の存在理由に関して体系的に見直すことを目的とした大変意義深い研究がなされ、それに関係する多数の研究成果が得られている。(注10)しかしながら、本件、最高裁判決のような、法例２条によって、「慣習法」とされた「入会慣習」が、「公序良俗」に違反するか否かが問われた裁判事例は全くといって存在しない。ただ、「慣習」が、「公序良俗」に反して無効か否かが問題になった事例については過去にもいくつか存在する。(注11)また、最近のものとしては、「子が父の家に入る旨の朝鮮慣習」が公序良俗に違反するか否かで問題となった事例（最高裁第一法廷判決平成10・３・12、民集52・２・342頁）や労働条件に関して定年年齢の男女不平等が問題になった事例（最高裁第三小法廷判決民集35巻２号300頁）、あるいは漁業権をめぐった事例（熊本地裁玉名支部平成３年１月29日判例時報1391号159頁）に若干見ることができる。しかし、上述の通り、本件のように、入会慣習を第一順位の「法源」と見る入会権に関して、「公序良俗違反」の有無が問題になった事例は大変に珍しい。そして、本件最高裁判決は、どのような場合に「入会慣習」が「公序良俗」に違反するかについはじめて「一定の判断基準」を示したものであり、入会慣習と公序良俗違反についてのリーデングケースにあたる判決であるといえるものである。この判決の持つ意義は、今日、時代の流れにより「村落共同体」（地域共同体）による入会慣習が「弛緩」し、場合によっては入会権そのものの存続が危ぶまれる状況にあって極めて重要な判決となったといえる。また、この判決は、入会権を主たる研究対象とし、入会慣習の掘り起こしにエネルギーを費やしかつ入会権の今日的意義を探求するものにとってはす

こぶる重要な判決事例であるといって過言ではない。ところで、本判決は、平成14年の沖縄地裁判決、それに対する平成15年の福岡高裁判決に対する上告審によるものである。平成15年の福岡高裁判決の妥当性の有無に付いては、小生が、「判例時報」（平成17・６・１日号参照）において若干の注釈を試みたところである。本件最高裁判決は、手前味噌ではあるが、小生の問題提起に極めて近いものとなったと実感している。

さて、本件判決では、原審において争点の一つとなっていた入会慣習に基づく入会会則規定の「入会資格を男子孫に限る」とした部分が、憲法14条の法の下の平等に違反し、民法90条にいう「公序良俗」に違反するか否かに付いては、原審通り、公序良俗に違反し無効であると判示したものである。但し、上告人甲野花子および戊山夏子らが入会権利者であるか否かについては、入会団体への入会資格に関する慣習がどのようなものであったかについての十分な立証がなされていないから、再度、高裁に差し戻した。また、入会権の権利主体は誰かについては、地域住民一人ひとりに存在するのか、それとも入会権は「家」を中心にその家の「世帯主」に帰属するか否かについて、従来の学説・判例の見解に基づいて、入会権の本質的性格上「世帯主」（世帯主主義）に帰属するとの見解を示した。（紙面を改めて扱いたい）さて、本事案は、今日の入会権の抱える問題点に深く係わるものであり、研究対象が多岐にわたる。

よって、本論稿において、再度、本件判決事案を手がかりに、これまで殆どといって良いほど論じられてこなかった「入会慣習と公序良俗」について若干の私見を述べて見たいと思う。なお、此の度の論点は、本来、土地の利用に関する用益物権である入会権が、何故に制定法でなく、「慣習」をもって「法源」すなわち「慣習法」としたのか、その理由はどこにあったのかについて考察することで、わが国市民法（民法）おける慣習（法）の制度的位置づけを明らかにしたいと思う。また、併せて自然法思想に基づく近代市民法の理念からかけ離れた旧い地域社会や各民族の規範としての慣習に対して、立法者らはどのような考え方に基づいて現行法化したのかの問題意識に基づいて、其の根拠と意味するところを考察し、本件判決の妥当性に触れてみたいと思う。

なお、本論稿では、まず、本件事案の概要とその争点について簡単に言及し、次に、入会慣習と入会権の関係について歴史的側面から考察し、最後に、入会慣習と公序良俗の関係について、規範体系上の観点から言及することとしたい。

二、事案の概要と各判決の趣旨

（１）事案の概要

本件は、入会権を有する部落住民などの子孫等によって設立されたＹ団体（被告人・控訴人・被上告人）が、その管理する入会地を軍用地として米軍に貸与し、賃貸料を得ていた。ところが、Ｙ団体の会員規則には、会員は原則として男子孫に限るとあることから、本件の原告・被控訴人・上告人である女子孫らＸは、会員資格が認められず賃貸収益金の分配を受けることが出来なかった。そこでＸらは、入会権者の資格を世帯主及び男子孫に限定する入会部落の入会慣習及び入会資格に関する会則は、もっぱら会員資格を男子孫に限るとしたことに原因があり、これは法の下の平等を規定した憲法14条の精神に反し、かつ民法90条にいう「公序良俗」に違反しているとして、入会慣習に基づく会員資格に関する会則の無効とＸらが会員たる資格・地位を有することの確認とそれに基づく保証金の支払いを求めたのが本件事案である。

なお、本件入会地に関する事実関係は、小生が先述の「判例時報」に詳細に説明しているので参

考にして貰いたいが、[注12] ここで簡単に要約すると次のような内容になる。本件入会部落の慣習及びこれに基づく会則（以下本件「慣習」という）によれば、入会権者の資格は、一家の代表者としての世帯主のみに認められ、又、原則として、払い下げ当時の部落民などの男子孫に限って認められ、部落民以外の男性と結婚した女子孫は離婚して旧姓に復しない限り入会権者の資格を認めないものとされていた。本件入会地の入会権は、当初本件入会地である林野に入って薪を採取し、材木を伐採するなどしたが、第二次大戦後、当該地を国が賃借し、米軍の軍隊の用に供するために使用され、その賃料は、被告・控訴人・被上告人である入会団体Ｙにより収受・管理されてきたものである。そして、その一部がＹ団体の構成員らに対し、補償金として分配されてきた。ただし、これによって本件入会地の入会権の性質が変容したものではなかった。なお、Ｘらは、払い下げ当時の部落民の女子孫であり、遅くとも平成４年以降現在に至るまで本件入会部落の地区内に住所を有し居住しているものである。しかし、このうち、Ｘ1及びＸ2は、部落以外の男性と結婚したが、その後夫が死亡したことにより、現在は戸籍筆頭者として記載され、世帯主として独立の生計を構えるに至っているが、その余のＸらは、戸籍筆頭者ではなく、世帯主であることの主張立証もなかった。

（２）各判決の趣旨

（イ）第一審の判決は、第一に、Ｙの会員資格を払い下げ当時の部落民の男子孫に限定するＹの規則は、女子孫に対し、合理的な理由が無く男子孫と異なった扱いをしたものであって、「専ら性別のみを理由にした不合理な差別を規定」したものとなっており、これは憲法14条１項及び民法２条の男女間の平等を定めた法の趣旨に反し、公序に違反するものであるから、強行法規である民法90条の「公序良俗」に違反し無効である。第二に、Ｙの会員たる地位が認められるためには、男性であるという要件を除けば、払い下げ当時の部落民の子孫であることという血縁的要件と現に本件入会部落の地区に居住しているという地縁的要件を充足すれば足りるのであって、Ｘらは、当然にＹ団体の会員資格を有している。よって、Ｘらの地位確認請求及び補償金支払い請求をいずれも容認した。

（ロ）第二審では（判例時報1870号39頁参照）、上記第一について、Ｘらが入会団体であるＹの構成員の地位を有するというためには、Ｘらが部落の慣習に基づいて入会権者の資格を取得したことが認められなければならないとして、本件慣習のうち、入会権者の資格要件を一家の代表者として世帯主に限定する部分（以下にこの要件を「世帯主要件」という）は、入会権の本質に合致するものであって、原告指摘の「公序良俗」に反して無効とはいえないと判示した。又、Ｘ1及びＸ2を除くＸらについては、世帯主であることの主張立証が無く、入会権を取得したとはいえないとした。更に、第二に付いては、本件慣習のうち、入会権者の資格を原則として男子孫に限り、当該部落民以外の男性と結婚した女子孫については、離婚して旧姓に復しない限り入会権者の資格を認めないとする部分（以下に、この資格要件を「男子孫要件」という）も、それなりの合理性があり、公序良俗に違反して無効であるということはできないとして、Ｘ1及びＸ2について、男子孫要件を満たしておらず、入会権を取得したといえないとして、第一審判決を取り消し、Ｘらの請求を棄却した。[注13]

（ハ）さて、上告審では、Ｘらは、「世帯主要件」及び「男子孫要件」をいずれも公序良俗に違反しないとした原審に対して、民法90条の解釈を誤ったものであると指摘し上告したが、本件最高裁判決は、第一に、入会権が慣習上の権利であり、入会部落の構成員全員の総有に属し、個々の構成員は持分権を有するものではなく、その管理処分については部落に一員として参与し得る資格を有するに過ぎないという入会権の内容、性質等や、入会権が家の代表ないし世帯主としての部落民に帰属する権利として当該入会権者からその後継承者に継承されてきたという歴史的沿革を有するもの

であることに鑑みると、各世帯の構成員の人数にかかわらず各世帯の代表者にのみ入会権者の地位を認めるという慣習は、入会団体としての統制の維持という点からも、入会権行使における各世帯間の平等と言う点からも、不合理ということはできず、現在においても、本件慣習のうち、世帯主要件を公序良俗に反するものということはできないとした。又、第二に、男子孫要件に付いては、入会団体の団体としての統制の維持という点からも、入会権の行使における各世帯間の平等という点からも、何ら合理性を有しないとして、専ら女子であることのみを理由として女子を男子と差別したものというべきであり、遅くとも本件で補償金の請求がされている平成４年以降においては、性別のみによる不合理な差別として民法90条の規定により無効であると解するのが相当であると判断し、世帯主要件を充足しているＸ1およびＸ2について、原審の判断に違法があるとして破棄差し戻しをしたものである。(注14)

三、入会慣習を「法源」（入会権）と規定した制度趣旨

入会慣習と入会権の関係については、先に、本学の紀要（45巻４号69頁以下参照、平成15年３月掲載）に同様な表題で論稿を進めておいた。小生の論稿では、今日、奥山や中山間地での少子高齢化ないし過疎化による人口減少によって村落共同体の入会慣習が弛緩し、とりわけ「入会稼ぎ」といわれた「毛上」の慣習が全国的に減少している中で、いわゆる「入会慣習の消滅」あるいは「入会権の解体化」傾向が進み、入会地が民法上の共有地（民法249条）なのか、いわゆる総有的性質を有する入会地（入会権）なのか判然としない事例が各地方で見られるようになった事に鑑み(注15)、果たして、「入会権」を決定付ける「入会慣習」とはどのようなものであって、それを決定する「メルクマール」ないし「法律要件」をどこに求めればよいのかとの視点に立って問題提起し、立法者の考え方や判例の動向あるいは学者の見解等を考察し、「一定程度の基準定立」を試みたところである。(注16) しかし、そこでは小生が期待したような成果を得ることは出来なかった。(注17) そこで、本稿では、視点を変え、わが国の民法典の物権規定中に、何ゆえ用益権である入会権を、旧い社会の慣習である入会慣習をもって「法源」（慣習法）として制度化しなければならなかったのか、そこにはどのような理由や歴史的経緯が存在するのかについて論ずることとした。さて、先述の如く、わが国の法制度上、入会権に関する法的根拠は、いうまでもなく民法263条と294条にある。しかし、ここでは、「各地方の慣習」をもって権利の内容（入会権）としただけであって、「入会権」すなわち「入会慣習」が、物権法中他の用益物権と同様に制定法に根拠を置くのではなく、「各地方の慣習」をもって、その内容とし、それをもって「法」と「容認」する、いわゆる「法源」（第一次規範）として制度化したものである。つまり、制定法（民法263条、294条）より入会慣習の方を優位と位置づけたものである。そして、その法的根拠となったのが、いうまでもなく「法例２条」である。このことから「法例２条」が入会慣習の「法源」すなわち「慣習法」であるというのが通説的見解であることについては、本稿の最初に述べたとおりである。（上記注３参照）

ところで、「法例２条」は、この点について次のように規定した。それは「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習」で、第一に、法律が「慣習ニ拠ル」と特に規定した事項（民法217条・219条・228条・236条・268条・278条・279条・294条等）と、第二に、法律に規定のない事項（流水利用権、農業水利権、流木権、温泉権等）については、慣習が、「法律ト同一ノ効力ヲ有ス」とした。つまり、これによって、「慣習」が裁判官に対して制定法と同一の拘束力をもつことになったのである。先述の通り、「入会慣習」が、法例２条によって「慣習法」とされたわけであるから、その

判定は裁判所の任務となったということになる。ところで、わが国の法制度では、どのような理由や経緯で入会権を慣習上の権利として、かつ第一順位の「法源」と規定したのであろうか。(注18)
次に、この点について、当該制度として成立するまでの経緯を、法典編纂委員会の審議を概観して、その趣旨を明らかにして見たい。承知の如く、わが国の近代的法典編纂は、明治４年の江藤新平(注19)の法律制度調局の設置に始まり、フランス民法学者のボアソナード（Boissonad, Gustave Emile）によって、(注20)自然法的思想に基づくフランス民法を模倣してはじめられた。(注21)しかしながら、当初、旧民法には今日の入会権に関する規定は想定されていなかった。その理由がどこにあるのかは一つの研究課題であるが、それはいうまでも無くボアソナードの自然法思想に機縁しているだろうことは、ヨーロッパにおける自然法学者と歴史法学者との法典論争を想定すると容易に想像できるところであるが(注22)、そのことは民法と商法についてボアソナードが、「二法典ノ基礎トスル所ノモノニ至リテハ自然法ヲ措テ又他ニ之レ有ル可カラズ、自然法ヲ除ヶバ即チ専断ノ外アラザルナリ」(注23)という発言や「能ク自然法ヲ明確ニ指示スル仏蘭西国法典ノ在ルアリ」(注24)との表現がそれをよく証明している。上記表現についてのボアソナード発言の趣旨は、明治維新以降、早期に、近代化を進めなければならなかった我が国の実状に鑑み、ボアソナードが自然法に基づくローマ法やフランス法のような近代的法体系を以ってしなければ、封建体制を打ち破って近代化・資本主義化を目指す日本社会の発展は存在しないという考えが、彼の思想的根底にあったからではないかと推測するものである。だが、モデルにしたフランス民法典においても、旧い社会や地域社会の慣習や法諺が存在しなかったわけではない。むしろ、関係する条文などは多数存在していたというのが事実である。(注25)しかし、それなのに何ゆえに旧民法においてボアソナードは、旧い社会の土地利用の慣習を法文の中に規定しなかったのであろうか。これに付いて、ボアソナードは、「諸君の旧慣習は、概括的に、この正義と理性との理念と相去る甚だ遠いものがある。然のみならず、これ等の慣習は、止む得ざることと言え、甚だ多種多様であり、又特に不完全であった。それは封建諸州が各自相異なる政府を有し、且つ相互間に殆ど交通もなかった時代に於いては、恐らくそれで充分であったろうが、然し、汽船、汽車、郵便及び電信に拠る東西南北の交通が日常茶飯事となった以降に於いては、最早充分ではあり得ないのである。」(注26)として、わが国おける慣習（法）の不完全性や不統一性が社会の発展の妨げになるということを理由としている。(注27)成るほど、確かに、わが国の封建社会における慣習は、ボアソナードの指摘を持つまでも無く、多種多様で不完全であったといえる。そして、そのことについて、ボアソナードをして、入会の旧慣が旧民法に一顧だにされなかったことは当然のことと推測されるとの指摘においても窺い知ることができる。(注28)
しかし、ボアソナードは、入会慣習について全く法文化を想定していなかったわけではない。旧民法に一般的規定として、極めて不完全であるが、次のような規定を設けていた。すなわち、「当事者カ合意ノ自然若クハ法律上ノ効力ノ一ヲ明言シ又ハ特別ノ場合ニ於ケル其適用ヲ明言シタルモ慣習若クハ法律ニ因リテ生スル他ノ効力又ハ適当ニ受ク可キ他ノ適用ヲ阻却セント浴シタルモノト推定セス」（財産編359条２項）というものである。(注29)しかしながら、わが国の旧慣である入会慣習に対するボアソナードの問題軽視の方向については、後に、ボアソナード民法典（旧民法典）についての法典延期派の強力な攻撃の対象となる。この件について、民法典延期派は、旧民法が入会権について「隻言一句」も設けていないと強調し、「新法典ハ社会ノ経済ヲ撹乱ス」（明治25年法学新報14号社説）と述べている。又、入会権の規定に関する審議に際しての磯部四郎委員の発言でも、この点が重要視され、彼をして入会権の規定が「既成法典ニナイト云フノカ殆ト延期ノ理由ノ一理由ニナッタ位」(注30)と言わしめている。そして、第三回帝国議会において、民法の施行延期と其

の修正が議決されるに及び、明治26年４月に法典調査会を設置し、穂積陳重、富井政章、梅健次郎の三起草委員は、入会権についての何らかの規定を置くことを企画し、明治26年５月26日の法典調査会第三回主査委員会に、「入会権ハ之ヲ地役トシ其ノ効力ハ慣習ニ依ルヘキモノト定ムルコト」(注31)として登場することとなった。さて、このようにして入会権を地役とする方向が採用されたが、委員の間でも入会権について充分な理解がなされていなかったようである。その辺の事情に付いては富井委員の次の発言によく表れている。「御承知ノ通リ我国ニハ余程前カラ入会権ト云フモノガアリマスル、併シ物権ト認メテ居ルヤウデアリマス、之ヲ今物権トシナイト云フコトハ甚ダ穏カデナカラウ、物権トスルニハ前ノ第一案ノ原則ニ依テ成分法ニ拠ラネバナラヌ、然ルニ何レモ這入リ悪クイ、一種ノ収益権ニ違イナイ、用益権ノ内ニ入レンカ用益権デモナイ然ウシテ用益権ト云フモノハ今度ノ案ニ於テハ認メナイモノニナッテ居ル、在ル場合ニ於テハ共有権ト見ルコトガ出来ヤウ、即一種ノ所有権、実際判決録杯ヲ見ルト然ウ見タ判決モアル」(注32)。富井委員は、特に、ボアソナード民法に入会権の規定の無いことを問題にし、其の必要性を主張したものであるが、その人を以ってしても入会権の何たるかを理解するには困難があったようである。その辺の理由に付いては、小生の先の論考で取り上げておいたが(注33)、何れにしても入会権の必要かつ重要性に付いては充分に認識していたようである。そこで、その後は、全国に存在する多様な入会の実態を認識するために、「入会慣行調査」(注34)の運びとなった。そして、最終的には、現行民法の規定に落ち着くことになるのである。さて、上記の経緯を経て民法典の制定を見るが、わが国が、近代的法体系を確立したのは、明治29年である。ところで、民法典中の物権に関しては、「物権は本法その他の法律に定むるものの外これを創設することを得ない」として、物権法定主義の原則（民法175条参照）を採用した。(注35) その趣旨は、物権という権利は、絶対的排他性と支配性をその本質としているので、それを実質化するには何が「物権という権利」であるのかが明白でなければならないということにある。この原則のもつ意義は、近代市民社会以前に一般的であった各地域の慣習に基づく不明瞭で不統一な封建的な土地支配や利用が近代市民法が基本原則とする所有権絶対の原則や私有財産制度の趣旨にそぐわないことが理由としてあげられる。それに近代市民社会の確立は、いわゆる古い社会体質を覆すというアンシャン・レジュウムが眼目であったことによって古い体質の「慣習」は、その役割を終え、むしろ否定される社会規範であったことによる。特に、近代市民社会、とりわけ維新以降の我が国の方向を資本主義的社会秩序の形成に求めたボアソナードにあっては、慣習という旧い社会の規範は取り除かれねばならない喫緊の課題であったことによる。しかしながら、その一方で「その他の法律」の中に慣習法が含まれるのかということが議論されている。つまり、慣習上の物権の存在を「法源」として認める意図があったのかに付いては、学説は混乱していたようである。(注36) 当初、学説は、否定的であった。しかもその根拠として、民法施行法35条との関係を重視し、慣習上の権利で民法施行前に発生し且つ民法施行以後法律に規定のないものは物権たる効力を有しない」(注37)と規定したことを理由としていた。しかし、上記民法の規定や「法例２条」では、慣習上の権利で制定法に規定のないものは「法律と同一の効力を有する」と規定したのである。この点について、中尾教授は、「民法は、人の物に対する諸々の封建的な権利関係を廃止して、単一的排他的な支配関係としてこれを近代的所有権として確立した。その所有権秩序の上に諸権利を構成したのであるから、近代所有権秩序に反する諸権能を権利として認めないのは当然である（民法施行法35条はこのことを意味する）。しかし民法は、民法施行前から存在した慣習上の権利をすべて否定したのではない。なぜなら、民法制定当時農業生産に不可欠な農業水利や入会利用の権利に物権的効力を否定すれば農業生産（当時は国民経済上もっとも重要な地位を占めていた）

が成り立たなかったことは明らかであり、民法はそのような農業生産方式を承認こそすれ、決して否定するものではなかったから、これらの権利を物権として承認せざるをえなかったのである。」と指摘している。(注38) しかしながら、近代的所有権制度の確立に際して、農業水利や入会利用のような封建的な権利をそのまま承認したのではなく、「近代的所有権秩序に反しない限度において、また近代的所有権法秩序の上に新たな法的構成をすることによって、それが物権的効力を有することを承認したものである。」(注39) と述べている。そして、入会権を物権法秩序の体系の中に構成した理由に付いては、「近代的排他的支配権である民法の所有権（とくに近代的土地所有権）の体系に組み入れられるものは民法上物権として構成し、（たとえば入会権、土地所有権中相隣関係の一部）、」(注40) そして、その体系に組み入れられ難い権利に付いてはこれを慣習にゆだねたのである（法例２条はこのことを示している）。「したがって法例２条と民法施行法35条との関連は、民法施行以前に発生した封建的諸関係にもとづく慣習上の権利で近代的所有権秩序に反するものはこれを否定し、一方、これに反しないものはそれを認める、という趣旨に解すべきである。」(注41) と指摘している。さて、以上の経緯と理由によって、我が国民法に慣習上の権利としての入会権が認められ、その「法源」として「入会慣習」が制定法によって容認されることとなった。なお、ここにいう「慣習」とは、決して旧慣のみを意味するものではなく、新たに発生する慣習も当然に対象になることは、いうまでもないことである。即ち、社会経済の進歩・発展に応じて、とりわけ「村落共同体」において「法的確信」や「規範性」を有するものとして成長する「慣習」はすべからく其の対象となるのである。

四、公序良俗と「法源」としての入会慣習の効力

さて、上記の考察の通り、慣習に関して、法例２条は、「慣習」が「法律」として効力を有するのは、①「法令ノ規定」による場合、及び②「法令ノ規定ナキ事項ニ関スル」場合である。前者の場合には、民法263条や294条が該当するが、そこでは「其の慣習ニ従フ」とされている。よって、法例２条の規定による当該慣習が、「法律ト同一ノ効力」を有する。いわゆる入会慣習が慣習法と言われる所以がここにある。ところで、法例２条によって、「慣習法」となる「慣習」とは、一体どのようなものであろうか。ある一定の地域社会に人々の間で生活慣習とされているものがある場合には、すべてここでいう慣習として「慣習法」になるのであろうか。つまり、およそ慣習であればなんでも規範性（法源）を有するかに付いては学者の意見が分かれるところであり、（前掲注３参照）ましてや法律は、この点について何ら具体的な指針を持ち合わせていない。旧来の学説は、慣習には、「単なる慣習」や「慣行」に過ぎないもの、すなわち「事実たる慣習」と社会において「法的確信」によって支持された慣習、いわゆる「法たるに値する慣習」、すなわち「慣習法」とを区別し、法例２条によって「慣習法」とされる「慣習」は、単なる「事実たる慣習」では足りず、「法たる確信に基づく慣習」で無ければならないと解してきた。そこで通説は、「事実たる慣習」を、民法92条にいう慣習とし、法律行為解釈の規準になるものと捉え、また、「法たる確信による慣習」である法例２条を「慣習法」として、両方を区別し解釈してきた。そして、当該入会権は、後者によって根拠付けられた「法源」であるというのが通説的理解とされてきた。（前掲注３・４参照）しかし、今日では、両者には相違がないというのが通説的見解である。ところで、「民法92条の慣習」と「法例２条の慣習」を区別するか否かは別として、「慣習」が「公の秩序」または「善良の風俗」に違反する場合、それが無効となることは法律の基本的な考え方である。ところで、「公ノ

秩序」といい「善良ノ風俗」というのは、どのような意味であり、かつ、また、どのような理由から制度化されたものであろうか。そこに入会慣習も当然に含まれるといえるのであろうか。(注42) 確かに、入会権に関する上記の制定法は、「公の秩序に反しない慣習」といっている。しかし、入会慣習は、入会権にとって決定的な存在意義を有するものであり、必ずしも他の慣習と同一視されるべきものでない特質を有している（後述）。

よって、以下にこの点ついて若干の考察をして置きたい。一般に、「公の秩序」という場合、それは国家社会の一般的利益を意味し、対して、「善良の風俗」とは、社会一般の道徳観念を意味すると解されてきた。(注43) しかし、今日では両者を一括して「公序良俗」と呼び、「行為の社会的妥当性」を有する意味と理解している。よって、ある行為が社会的妥当性を有さない場合には、望ましい社会秩序の維持発展という観点からみて「法律行為は無効」であるという法的に否定的な判断を受けることになる。ところで、本条の起草過程を垣間見てみると、民法90条は、富井委員が、法典審議会の主査会の冒頭で述べているように、直接的には旧民法財産編328条但書に習ったもので、これはボアソナード草案349条を介してフランス民法典の６条から来ているとされている。(注44) ところで、原案（草案95条）作成にあたった法典編纂委員の富井政章は、主査委員会での理由説明において、旧法例15条に関し、「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ関スル法律ニ抵触シ又ハ其適用ヲ免カレントスル合意又ハ行為ハ不成立トス」と規定してあることに関して、不法を目的とする行為は当然に無効であり、それを法律に規定することは柔軟性に欠けて不都合であるから必要ないと非難している。(注45) これに対して、梅謙次郎は、「公の秩序」に限定すべしとして修正案を提出し論争を展開している。そして、三度の審議会において、現行の民法90条が確定している。(注46) その設立の根拠は、法及び道徳の区別の必要性と裁判官による適用範囲の濫用を防ぐことにあり、其の特色は、今日と異なり個人の権利や自由の保護、あるいは契約当事者の経済的利益の調整のための意義づけもない、かなり適用範囲の狭い限定的な規定であったというのが実状である。(注47) よって、入会慣習は、公序良俗規定にとって適用想定外の制度であったのではないかと推測するものである。（この点に付いては、又紙面を改めて考察したい）

五、最高裁判決の妥当性の有無

さて、これまでにおいて本件最高裁判決の妥当性の有無を考察するために、わが国における入会慣習の「法源」性の由来や「公序良俗」との関係を概観してきた。最後に、これまでの考察の下に、本件最高裁判決の妥当性に触れて置きたいと思う。

本件判決では、まず、入会権の内容について触れ、「一般に、一定の地域の住民が山林原野等において共同して雑草、まぐさ、薪炭用雑木等の採取をする慣習上の権利であり（民法263条、294条）」、「この権利は、権利者である入会部落の構成員全員の総有に属し、個々の構成員は、共有におけるような持分権を有するものではなく・・・入会権其のものの管理処分については入会部落の一員として参与し得る資格を有するのみである（最高裁昭和51年（オ）第424号同57年７月１日第一小法廷判決・民集36巻６号891頁参照）」と判示した。そして、争点の一つである「入会権の主体」については、「入会権の内容、性質等や、原審も説示するとおり、本件入会権が、家の代表ないし世帯主としての部落民に帰属する権利」であると認定した。よって、「世帯主要件」が「公序良俗」に違反するか否かに付いては、「歴史的沿革・・・にかんがみると、各世帯の構成員の人数にかかわらず各世帯の代表者にのみ入会権者の地位を認めるという慣習は、入会団体の団体としての統制の

維持という点からも、入会権行使における各世帯間の平等という点からも、不合理ということはできず、現在においても、本件慣習のうち、世帯主要件を公序良俗に反するものということはできない。」と判示した。だが、最大の争点である入会資格を「男子孫要件」としていることについては、「本件慣習のうち、男子孫要件は、専ら女子であることのみを理由として女子を男子と差別したものであるというべきであり、遅くとも本件で補償金の請求がされている平成４年以降においては、性別のみによる不合理な差別として民法90条の規定により無効であると解するのが相当である。」と結論付けた。その理由については、①、「男子孫要件は、世帯主要件とは異なり、入会団体の団体としての統制の維持という点からも、入会権の行使における各世帯間の平等という点からも、何ら合理性を有しない」、②、会員資格の慣習が、男子孫に限定されていたか否かに付いては、「旧部落民会の会則においては、会員資格は男子孫に限定されていなかったことや、・・・他の入会団体では会員資格を男子孫に限定していないものもあること」などを挙げ否定した。更に、③、女子の入会権者の資格について一定の配慮をしている点に付いては、「これによって男子孫要件による女子孫に対する差別が合理性を有するものになったということはできない」として退け、よって、結論として、「男女の本質的平等を定める日本国憲法の基本的理念に照らし、入会権を別異に取り扱うべき合理的理由を見いだすことはできないから、・・・本件入会地の入会権の歴史的沿革等の事情を考慮しても、男子孫要件による女子孫に対する差別を正当化することはできない。」と結論づけたものである。

さて、本件最高裁判決は、先に指摘したとおり、入会権の主体が誰であるかに付いては、従来の通説に基づき「入会団体」＝「部落民会」に帰属するとした。そして、その構成員は、当該部落に居住することによって使用収益（権）できるとした。また、会則規定が、「専ら男子孫を要件」としていることに付いては、そのような「限定的な慣習」はないと否定し、「権利の主体」が、「世帯主要件」を前提にする限り「女子世帯」を排除する理由にならないから差別であると判断した。そもそも、本件入会会則が、男子孫と規定されるにいたった理由については、戦後、町村合併に伴って策定された「部落民会」の「管理規約」が「慣習に基づく」といいながらも男子孫に限定される方向に変化した可能性もあり(注48)、この点に付いては、先の高裁判決の注釈において当該入会の慣習や管理規約の改定の経緯などを充分に調査し、あらい直さなければならない旨の指摘をした。(注49) しかし、本件判決は、その点には触れず入会会則が入会慣習に基づくことを前提にしつつも、女子孫（世帯）に権利を与えない会則は、「公序良俗」に違反するとしたものである。入会権の主体に関しての入会権の本質的理解からの判断である限りにおいては妥当な判断であったと受け止めている。しかし、望むべくは、慣習に基づくとされる男女不平等を内容とした入会規則が、法の下に平等を規定した憲法14条の観点から「公序良俗」違反と受け止めるのでなく、「法源」としての「入会慣習」の制度的意義の観点から違反の有無を判断すべきであったと考えている。なぜなら、これまでの本論稿の考察において明らかな如く、第一に、そもそも、自然法思想に基づく近代民法典と歴史的役割や目的ないし規律の対象を異にする「慣習」が、制定法によって、「法源性」が容認されたからといって、同一の規範体系で扱ってよいのかである。第二に、「慣習」が、必ずしも市民法レベルでの「公序良俗」違反の価値判断の対象（適用範囲）と考えられていなかったこと等の問題があるからである。しかしながら、制定法によって慣習をもって、第一順位の「法源」とされた入会慣習（入会権）にあっても、それが「公序良俗」が、社会秩序違反の行為に対して「無効」と構成される限りにおいては、それが村落共同体という限定された地域社会の社会規範であっても同様に「無効」ということになる。もし、裁判官が、地域社会において「法的確信」が得られない

「不正義な慣習」に基づいてそれを「社会正義」として判断したとしたならば、それは「法の理念」に反することになる。それはまさに、「公序良俗」違反といってよい。そして、法例２条は、そのことを国家法の権威において明示したものといえる。しかし、問題は、「慣習」の何をもって「反社会性」＝「不正義」と判断するかであるが、今日、「入会慣習」が時代と共に変遷し、その様相を変えてきている状況においては、その判断には困難が伴うといわざるを得ない。よって、それだけに自由主義社会の経済行為を前提に、その不法性を念頭に於いて制定された「公序良俗」違反の「価値基準」とは必ずしも同一線上におくわけには行かない。なぜなら、入会権には、構成員の形式的平等性を原則としつつも、現状では多くの場合、慣習によって権利の内容に「差（差等入会）」を設けたり、同じ村落に住んでいても権利を放棄する人もおり、それが地方の入会慣習となっている場合が多いからである。よって、本件事案のように、慣習に基づいて制定された会員資格に関する規定が、男女間に差別があるからといってそれだけの理由で直ちに「公序良俗」違反であると判示するのは問題である。そして、それが、「社会の法的確信」に違反するというには、それだけの「不合理性」＝「合理的理由」の存在が無ければならないというべきである。例えば、慣習に基づくとされる会員規則が、その地方の慣習の実態に対する権利者間の共通認識を得ることなく、唯いたずらに特定の権利者の利益のみを考え恣意的に作成されたとするならば、それは慣習に法源性を認めた法例２条の要件を満たしていないことになり、それ自体、不法性を有することになるから「公序良俗」に反するといえる。あるいはまた、慣習上の権利である入会権については、「入会慣習」をもって「法源」と規定した制度的意義や「慣習法」本来の地域的社会規範的性格などから関連付けなければならない特質を有しているからである。(注50)

よって、本件事案についての最高裁の判断が妥当であるとしても、入会規則が、どのような慣習に基づいて規定されたものであり、かつ当該地の入会慣習の現況等の総合的観点から判断される必要があったと考えている。しかしながら、本件判決は、入会権の有無に関する入会規則が、たとえ「入会慣習」に基づくものであっても、「男女不平等を内容としている場合」には、民法90条の「公序良俗に違反する」との市民法的価値基準に基づいて判断された最初の判決となったわけであり、「入会慣習」と「公序良俗違反」に関するリーデングケースとなったといえる。そして、その理由としては、会則の「男女差別」については、「専ら女性であることを理由とした」ものであって、そこには社会の「法的確信」を認めるだけの「合理的理由」は見当たらないというものであった。入会慣習が、公序良俗に違反するか否かに付いては、先例がないだけに裁判所も苦慮するところではあっただろうと考えるが、これまでにおいて、雇用関係や昇給あるいは漁業権に関して「男女間に差別」ある場合には、「公序良俗」違反になるとの先例が大いに影響したのではないかと推測するものであるが、同時に、入会権に関する入会慣習が時代の変化で様相を異にしている現状に鑑み現実的判断が裁判官にも働いたのではと考えるものである。よって、本判決の意義は大きいというべきである。

（なかむら　ただし・本学経済学部教授）

「注釈」

（注１）共有の性質を有する入会権と共有の性質を有しない入会権を区別する基準は、入会権者の権利がその共有の地盤を目的とするか他人の所有に属する地盤を目的とするかに存する（大民連判大９・６・26民録26・933参照）。

（注２）入会権は、共有の性質を有するか否かを問わず各地方の慣習に従うべきことを本則とし、慣習にない事項に付いては、共有の性質を有する入会権については共有に関する規定を適用し、共有の性質を

有しない入会権に付いては地役権に関する規定を準用するものとされている（大判明治36・11・27民録９・1313参照）。

（注３）『注釈民法（７）』523頁、末弘厳太郎『民法雑記帳（上巻）』51頁以下参照。

（注４）「慣習」が「法例２条」によって、「国家法」と位置づけられ、裁判所はそのことによって「慣習」に関する裁判が義務化されると解されるが、末弘教授は、入会慣習は、「国家行為前から社会規範として社会上の法的効力をもっている以上、国家の裁判所もまたなるべくこれを認めて其の効力を支持するのが妥当であるからである。」として、必ずしも、国家法による承認があるから「法源」となるのではないと指摘している。『民法講話（上巻）』45頁以下参照。

（注５）我妻栄著『新訂民法総則』251頁以下参照。

（注６）来栖三郎「法の解釈における慣習の意義」兼子博士還暦記念『裁判所の諸問題（下）』620頁以下参照。

（注７）昭和41年の近代化法の制定に関して、設立された東日本・中日本・西日本・「入会林野研究会」のそれぞれの活躍とその功績は特に高く評価されるべきである。

（注８）「判例時報」1931号29頁以下掲載参照。

（注９）「法的確信」（Rechtsuberzeugung）とは、ある事柄が、まさにあるべき法の要求あるいは正義の要求に合致する、または合致しないという確信の意味である。そして、この考え方が、歴史法学者のプフタによって慣習法の妥当根拠とされ、それ以来慣習法理論の重要な概念となっている。このような「法的確信」の意味内容は、当初は、強い形而上学的な性格を有していたが、後に、心理学的な実証主義的なものとして用いられ、国民が、其の慣習に従わねばならないと一般に認める意義として考えられるに至ったものである。末川博編『前訂法学辞典』924頁参照。

（注10）大村敦志『公序良俗と契約正義』有斐閣出版、椿・伊藤編『公序良俗違反の研究』日本評論社出版等参照

（注11）東京高裁昭和50年６月30日判時790号63頁、京都地裁昭和27年８月８日下民集３巻８号1113頁、大阪地裁昭和47年８月４日判タ286号343頁その他等参照。

（注12）「判例時報」556号175頁に掲載の論文参照。

（注13）原審判決の妥当性に付いては、先に紹介した「判例時報」（556号・175頁）の小生の判例批評に於いて「男子孫要件」の誤りを指摘しておいた。

（注14）平成18年度・東日本入会林野研究会において菊間教授（山形大學）は、小生の判例批評を紹介しつつ慣習上の権利である入会権においても、入会権の権利主体を、その家の「世帯主」に限定する「世帯主要件」は、今日の時代にそぐわない非民主的な考えであり賛成できない。入会慣習の実態がどのようなものであってもそろそろ家の構成員全員に入会権を認めるのが民主主義であるから、我々、入会研究に係わる者はそのような努力をしていかなければならない旨の考えを示した。しかし、判決は、必ずしも男系を中心とした世帯主主義を前提にして判断を下していない。むしろ、入会権の本質や入会権の主旨に関する慣習から見ての判断であり、妥当な見解と理解しているのでその考えには必ずしも賛成できない。ましてや、小生が先の判例批評に於いても指摘しておいたように入会権の主体である「世帯主」は、必ずしも「男性」に限らず、「女子」である場合も「各地方の入会慣習」において事例を確認できているので「世帯主主義」から「世帯主義」に移行させなければならないとの考えは入会権を民法上共有財産と見て相続の対象とする危険が生じ入会慣習を法律要件とする入会権の内容を捻じ曲げてしまう恐れがあるので現時時点では賛成できない。「東入会林野研究会・会報」第27巻参照。

（注15）この点について、川島教授は、「民法が入会権の法源として承認しているところの『慣習』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る、と解すべきである。もしそう解しないとすると、全国の多くの村落が買入れや下戻し等によって取得した土地の上で入会的利用を行っているものを、すべて、民法の『共有』と解すべきことになるであろうが、そうすると、その村落共同体の地域に居住していることをその権利主体であることの要件としている慣行と矛盾し、また分割の自由を承認する（共有の規定により）結果となり、現実にその共同所有の主体となっている集団（構成員）の内部を支配する慣習規範に反し、権利関係に大きな混乱を生ずることとなることは明らかである。」としているが、現実に、全員一致の原則によって解散決議しないまでも、当該入会地に関して「総手的地域共同体としての存在」が実態的にも意識の上でも希薄化しあるい

は認識されていない状況においては、やはり、解散決議に拠らない実質的な解体・解消が見られる時、どのように判断するのか困難を極める場合が多いのも事実である。よって、何らかのメルクマール（ボーダライン）の必要性を感じるものである。川島武宜編『注釈民法（７）物権（２）』523頁参照。

（注16）高崎経済大學論集第45巻４号69頁以下参照

（注17）後日、小生と同様な問題意識で「入会権」を決定付ける「入会慣習」とはどのような「慣習」をいうのかについての北条浩教授の論稿に接した。「共同的『慣習』の一側面」『法社会学の現代的課題』83頁以下参照。

（注18）この問題については、小生の論考において、法典編纂委員会での審議会の内容を介して紹介しておいた。前掲高崎経済大學論集45巻４号参照。

（注19）江藤新平（1834年～1874年）は、肥前国佐賀郡八戸村で佐賀藩士江藤光の長男として生まれた。1867（慶応３）年の大政奉還により上京し、天皇政府に参加、東征大総督府軍監となり、江戸城開城に立ち会う。その後、東京遷都を提言し、上野の戦争を指揮し、鎮将府判事に任命されて江戸の民生行政に手腕を発揮した。その後、江藤は、太政官弁官の次長である中弁（法制局と総務庁）に任命され、太政官事務の中核を占めて、官制の整備に実力を発揮した。そして、1870（明治３）年に太政官に設けられた民法会議を主宰して精力的に民法典の編纂に勤め、1871（明治４）年に仏蘭西民法典を模範とした「民法決議」79か条をまとめた。然し、その後、1874（明治７）年板垣退助・後藤象二郎・副島種臣らとともに「民選議院設立建白」に署名し、自由民権運動の中核となったが佐賀藩の士族の乱に巻き込まれ、刑死した。今日、わが国の法典は、彼の努力なくして存在しないものであり、その意味で、「民法の父」と呼ばれている。前掲「日本近代法」31頁参照。

（注20）「ボアソナード」の著者、大久保泰甫氏によるとボアソナードは、日本の法制を「近代化」する使命を帯びてやってきた法律学者である。滞在期間は明治６年から28年までに及び、この期間中に彼がわが国にもたらしたものは、疑いも無く極めて大きいものであった。このフランス人は、明治の「創業期の忘れ難い偉大な恩人」であって、これは外交辞令でも誇張でもないと表現している。彼は、我が国の民法典の生みの親（「民法の母」）であることに間違いない人である。大久保泰甫著「ボアソナード」岩波新書42頁参照。

（注21）フランス民法典（ナポレオン法典）の最初の草案は、1800年に形成されているが、その草案の最初に「法と法律とについて」の編があり、その第一章第一条に「すべての実定諸法律の源たる、一つの普遍的で不動の法というものが存在する。それはすべての人間を支配するものとしての自然の理（la raison naturelle）にほかならない」と規定されており、仏蘭西の民法典は、実定法に先立って自然法の存在を信じ、これを前提としていた。そして、フランス法典がこのような哲学的前提を通して、具体的に法典化されたと記している。なお、ボアソナードが、司法省法学校における民法典の講義が「自然法の講義」とされていたが、それを井上操は、「性法講義」という書名で明治10年に出版しているが、ボアソナードは、「自然法講義開講の辞」で、「しかし、諸君はいうであろう。わが国の旧い法は消滅しようとしており、しかも新たな法はまだ発布されていないのであるから、われわれはいったいどのような法を教授されようとしているのか、と。――安心せよ。法文の外にあって法文以前に存在している法、立法者自身の法典であるところの法がある。すなわちそれは自然法である。各国で発布されている諸法律、いわゆる実定諸法律は、専ら、自然法を可能な限り明瞭に表現し、極めて明確かつ議論の余地を極力少なくして定式化したものでなくてはならない」と述べている。日本近代法制史研究会編「日本近代法」法律文化社53頁参照。

（注22）ヨーロッパにおける歴史法と自然法を代表するザヴィニーとティボーの法典論争は有名である。上山案敏『法社会史』205頁以下参照、笹倉・石部編『法の歴史と思想』放送文化協会教材112頁参照。

（注23）ボアソナード「新法典非難ノ批評」伊藤博文編・秘書類纂、法制関係資料（上）335頁参照。岩井萬亀著『入会契約の研究』46頁参照。

（注24）前掲「入会契約の研究」46頁参照。

（注25）フランス民法2279条「動産二関シテハ占有ハ権限ノ効力ヲ有スル」という規定がその反映であるとされている。前掲「入会契約の研究」47頁参照。

（注26）武藤智雄訳・ボアソナード「新法典に対する批評に答ふ」法曹会雑誌16巻65頁、前掲「入会契約の研究」47頁参照。

（注27）前掲「入会契約の研究」47頁参照。

（注28）前掲「入会契約の研究」48頁参照。
（注29）前掲「入会契約の研究」59頁参照。
（注30）前掲「入会契約の研究」58頁参照。
（注31）北条浩『入会の法社会学（上）』364頁参照。
（注32）前掲「入会契約の研究」59頁参照。
（注33）「高崎経済大學論集」45巻４号87頁参照。
（注34）「明治26年全国山林原野入会慣行調査資料」については、その復刻版が小林巳智次博士らにより刊行されている。第一巻から第六巻で構成されている。
（注35）民法その他の法律で定めるもの以外に物権（絶対的・排他的支配権）を創設できないという原則である。但し、慣習上の物権である入会権や流水利用権等は取引の安全を害しない限りにおいて認められた。
（注36）初期の学説では、「慣習ニ依リテモ異種ノ物権ヲ創設スルコトヲ得サルモノト解スヘシ」として慣習上の物権成立には否定的であったようである。中尾英俊「物権法定主義と慣習法」『民法講座２』星野英一編３頁以下参照。
（注37）前掲「物権法定主義と慣習法」３頁以下参照。
（注38）前掲「同じ」
（注39）前掲「同じ」
（注40）前掲「同じ」
（注41）前掲「同じ」
（注42）椿・伊藤編『公序良俗違反の研究』６頁参照、日本評論社。
（注43）川島・平井編『新版注釈民法（３）』90頁以下参照。
（注44）大村敦志著『公序良俗と契約正義』15頁参照。
（注45）前掲「同じ」11頁、前掲「注釈民法」90頁参照。
（注46）前掲「公序良俗と契約正義」16頁参照。
（注47）前掲「同じ」17頁参照。
（注48）北条教授は、『入会の法社会学（上）』（245頁）において、一村入会の規約は、かなり具体的に規定されているものあるが、また、大雑把に規定したところもあり、マチマチである。但し、持分地化された入会地については、詳細な規定が存在する。これはおそらく、持分地化による入会は複雑となり、たんなる口述と経験（慣習）による方法では管理できないという欠点があり、その欠点を補うための「規約」が必要になった。加えて、資本主義の発達による農村内部の変動が、「規約」による明確な規定を設けていないと、旧来の慣習＝規則もしくは新しい規制もいつの間にかうやむやになるとのおそれがあったことによる。いずれにしても、入会の新しい展開に対応するものとして「規約」は作成されなければならない。さらに、「規約」は決して絶対的なものではないといっている。
（注49）「判例時報」1888号175頁以下参照。「東日本入会林野研究会」（会報26号）においての小生の研究報告においてもこの点を指摘して置いた。
（注50）橋本文雄博士は、わが国の法制度上の慣習法の概念・効力は、本件法例２条や明治８年太政官布告第103号裁判事務心得第３条の「条理」等の諸規定によって決まるが、「予め注意すべきことは、わが国の法制度上特に制定法上の解釈によってきまる慣習法の概念は、それが直ちに、必ずしも一般に慣習法の本質として考えらるべきものと一致するべきものたるの保証の存するわけではないことである。解釈法学的な見地からする慣習法の概念は、ある国、より正確には特定の法律共同態（ママ）においてはそれと多少異なった内容のものを、そこにおける制度上の慣習法の概念として示すことあるべく、またそれは解釈法学的な見地をはなれて示さるべき社会学的見地からの諸見地よりする慣習法の概念は、互に相関連し・相制約する関係に立つことによって、均しく慣習法の概念たるの正確を保有し能う次第であるが、特に制定法が慣習法の何たるかを定むる場合においては、いわば生ける野生のままの慣習法をそのまま示す態度にいずることなく却って自己に添い易きものとして、いわばてなずけてこれを概念することの通例たるべきことを注意せらるることを要する。」と指摘している。『社会法と市民法』342頁参照、有斐閣社出版。

平成19年６月13日脱稿、以上