

入会権の帰属主体とその法的構造についての 学説史的考察（その一）

中 村 忠

Theory historic consideration about the reversion subject
of the common and the legal structure

Nakamura Tadashi

目 次

1. 問題の視角
2. 入会権の法的性質に関する先駆者の理論的系譜
3. 末広巖太郎博士の入会理論とその特徴
4. 戒能通孝博士の入会権理論とその特徴
5. 若干のまとめ

1. 問題の視角

本論稿は、本学の論集（第50巻第3・4合併号）^(注1)に掲載した「入会権の主体と権利帰属の法的構造についての一考察」に連動するものである。

小生が、先の号において入会権の帰属主体は誰であるのかについて問題にしたのは、沖縄県金武村「杣山」部落の入会紛争の事案に遭遇したことにある^(注2)。本事案における裁判上の争点は^(注3)、本件部落の女子孫が不平等な会員規則によって入会集団の会員になれないのは、入会規則が如何に入会慣習に基づくものであっても、その内容が、憲法14条の法の下での平等と民法90条の公序良俗に違反した場合無効ではないか、というにあった^(注4)。しかし、その実質的な争点は、訴訟当事者の間における入会権の総有的性質の理解についての根本的な見解の相違にあったと認識している。とりわけ、入会権は、どのような条件（資格要件）の下で、誰にどのように帰属するものなのか（権利の帰属主体と其の態様）、についての根本的な見解の相違が紛争の根底に存在していると認識したことによるのである。今日、入会権を廻る環境の変化には極めて厳しいものがある^(注5)。そ

の理由としては、入会団体の母体であった部落^(注6)や村落共同体が中山間地や奥山の農林業家の経済的逼迫や少子高齢化による担い手不足等が起因して崩壊の状況にあること(限界集落の増大)、あるいは村落共同体内の地縁関係の欠如ないし入会団体としての規制の弛緩等が起因して入会権に対する権利意識が欠如しかつ入会権を十分に認識している承継者の不足と入会権に対する理解不足が、権利に対する見解の相違を生み、それが多くの紛争の多発に繋がっているといえることができる。

特に、本件沖縄の事案では^(注7)、原告は、入会権は部落(村落)の住民であれば誰にでも認められるものと認識して権利を主張しているのに対して(住民であることが即資格要件となるとの認識)、被告は、入会権は、部落の住民個人ではなく、例えば、徳川封建時代から一定の地域の構成員として帰属したことによって、入会団体への入会構成員(会員)とて慣習上(規則による場合もある)承認され、かつ権利帰属の主体である「家」ないし「世帯主」を単位として継承されてきているものであると主張し、当事者双方において入会の資格要件や権利の主体等に関して見解を異にしているといえることができる。もちろん、入会権は、民法92条や通則法3条^(注8)によって、其の地方の入会慣習を第一次規範として容認している以上、其の地方の入会慣習がどのような内容を有しているのかは重要である。よって、基本的には、其の慣習の内容に基づいて決せられるべきものである。しかし、同時に、入会権の帰属主体は誰であるのかについては、その地方の慣習上の入会権が、法律上、どのような性質を有しているものなのかに掛かっているのである。其の地方の入会権が、その地方に特有な特徴を有し、入会権についての一般的な理解で判断できない特異な性質のものであれば別であるが、そうでなければ、入会権とは、一般的には、法律上、総有権としての性質を有しているものと認識され、通説とされている^(注9)。

現に、本件事案の訴訟当事者は、本件入会権は、法律上、総有的性質を有しているものとの共通認識に立って、入会権の帰属の主体と其の帰属のあり方について異なった見解を示し、それが本件事案の争点に繋がっているのである^(注10)。ところで、入会権の争いについては、村落に係わっている入会関係者が一番事情を知っていることはいうまでも無いことであろう。しかしながら、実際は、訴訟当事者のそれぞれの言い分を受けて、法律の専門家であり訴訟代理人である弁護士が、当事者の意向を聞いて、其の意向に適った事実認定と法律要件に基づいて、裁判を仕切るものである。その場合、提出された事実に関する関係書類に基づいて、入会慣習の事実認定を行い、法律要件である入会権の内容に基づいて、権利主張をするというのが一般的である。そこにおいては、入会権についての正しい法律知識が求められ、かつ入会慣習を正しく精査(du delijensce)^(注11)し、それに基づいた法律判断が求められるが、現実には、入会権の何たるかを理解していない訴訟代理人が、単なる法律的解釈によって、訴訟代理人として係わっているケースが多々見られるのである^(注12)。本件沖縄の事案における裁判所の判断は、被告側の訴訟代理人の正しい入会権の理解に基づいて適切な判決が下されたといえる。しかし、本件事案に関する、判決内容を分析する限りでは、裁判官といえども判決文の作成には、其の裁判官が大学時代に教わった入会研究者の教材を参考にしたりして判決文の構成に当たっているのが現実であり、それはある面では入会慣習に関する資料の

綿密な分析や現地の入会慣習の実態調査に基づいた判決文ないし準備書面は少ないというのが実情であるとの印象をいだかざるを得ない。そこで、小生は、上記のような弊害を打ち破り、入会慣習の正しい認識と入会権についての正しい理解に基づいて訴訟や裁判が行われるためにも、入会権の先駆者の考えというものをきちんと整理し、捕捉して置くことは重要であるという認識を得たのである。

さて、小生は、先の論考において、以上の認識に基づいて、入会権研究の先学の方々の考えを参考にする必要性を感じ、それを実証的資料として、当該裁判の妥当性に迫ることが正しい認識であるとして、本件における実質的な争点である入会権の帰属主体の問題と其の法的構造への接近を試みたものである。そこでは、まず、第一に、これまでの先行裁判事例の紹介と分析、それと研究者の見解の紹介（学説）を試みた^(注13)。先例判決では、入会権が誰に帰属する権利なのかの入会権の主体に関して、住民個人との見解より、村落共同体である「村」やその構成単位である「家」ないし「世帯」と判断しているものが多数であることの紹介、第二に、学説に関しては、わが国において、徳川時代から明治21年までの町村合併までの純粹で古典的な入会権の法律的性質に関して、それが「総有的性質」を有するものであると最初に概念規定した^(注14)、中田薫博士の見解を介し、それとの関係で、本件事案の裁判所の判決の妥当性を明らかにした。

ところで、わが国において「入会権研究」の先学者は、中田薫博士を始め、多くの研究者がおられる。特に、入会権の研究は、明治維新後のわが国の土地所有制度の変革・確立の基礎的要因として重要な意義を有するが、とりわけ近代的土地制度確立にとっていかなる意義を有しているのかとしての制度論的意義や他方其の下で犠牲を強いられてきた農山村における村落共同体の構成員（農民）の権利に係わるものとしての戦後の民主主義のあり方等多様な要素を有している。そして、戦後、とりわけ明治21年の町村改正に単を發した「村落共同体」としての「村」の性格付けに関し、多くの研究者による研究がなされてきた^(注15)。もちろん、法律の分野においては、先の中田博士の研究発表をきっかけとして氏の研究を發展的に批判し研究を世に問うた戒能孝通博士や川島武宜博士等によって著しい研究の進展を見たといつてよい。そして、其のいずれの先達も今日我々入会研究にたずさわる者にとって避けて通れない先学者であることに代わりは無いのである。

よって、本稿では、先号に引き続き、わが国の入会研究の先学者の入会研究の分析を解して、課題とした入会権の主体に関する見解を学説史的に展望し、最後にギールケの『団体法理論』^(注16)の考察で閉めたいと考えている。

2. 入会権の法律的性質に関する先駆者の系譜

わが国の入会権研究の先駆者は、いうまでもなく法制史家中田薫博士である。博士は、徳川時代や明治初期の入会権に関して、其の主体である「村」の性格や法的構造に関して関連する史料や裁判所の判決の精密な分析と実証的研究を介して考察し、其の性格を、ドイツのオットー・ギールケ

の『ドイツ団体法論』において説明されているドイツの「村」に関する研究に基づいて、それは『日耳曼法系の Genossenschaft (Körperschaft) に全然一致しない迄も、最も之に近似して居る法人』であり、それは「一つの独立せる人格者」であって「実在的総合人 (reale Gesamtperson) である」と分析し、「総有 (Gesamteigentum)」並びに「実在的総合人 (reale Gesamtperson)」であると規定した^(注17)。

博士の研究の成果によると、徳川時代の「村」の特徴は、(1)「仮想的若しくは擬制的なものでは無く、実在的なものである。即其实態は『村役人総百姓の総体』(Gesamtheit) である」こと、また(2)その総体は、「単に法律上の利益若しくは権利を共同にする、多数人の結合と云う丈に止まるのでは無く、各村民に対して或程度の独立を示し、而も自ら権利義務の主体たる単一体 (Gesamteinheit) である。即村として公課を負担し、村として訴訟を為し、村として財産を所有し、村として法律行為を為し得る所の、独立の人格者である」こと、そして(3)その「単一体」は、「抽象的人格者ではなく、各村民の人格に依て(ママ)組織され、各村民の人格に依て(ママ)支持されて居る所の、総合人 (Gesamtperson) である」こと、(4)「各村民の人格は、村なる単一体の外に存立するのでは無く、村の単一体の中に存在するものである。然し其中に全然吸収され融化されきるにあらざりて、其人格の一部として、依然自己の存在を保存して居るのである。此の点から云うと村は、一の複多的全体 (Gesamtvielheit) である」。(5)「村の権利義務が、村民の共同負担であり、村の出入は同時に各村民の共同訴訟であり、村の持地は同時に各村民の共同利用地であり、村の債務は同時に各村民の共同債務である」と分析されている^(注18)。

更に、明治時代の「村」の特徴については、「明治21年法律第一号の公布依然に於ける我町村は、維新後の新立法に依て(ママ)、その外形や組織に多少の変更を受けたけれども、其本質に於いては徳川時代の町村そのままであって、或意味に於いては、その固有せる法人格の完成途上に在ったものとも云い得る」^(注19)と指摘した。

そして、その「村」財産の帰属のあり方については、「町村が実在的総合人たる本質と相順応して、町村と町村民との総有であり、又此意味に於いての町村共有であったのである」といっている^(注20)。

しかしながら、博士は、その後、町村制の改正以降の「村」に関しては、「此徳川時代より継続伝来せる町村共有物の概念を、一蹴し去って全然顧みず、総ての町村所属物を挙げて、町村自身に専属する町村有財産てふ(ママ)概念に、纏め上げてしまったのである」^(注21)。すなわち「町村が実在的総合人たる旧来の本質を変じて、純粹抽象的単一体たる法人に化したことを意味するものであって、言葉を換えて云えば、従来日耳曼法型の実在的総合人たりし我町村は、明治21年法律一号に依て(ママ)、に羅馬法的擬制人に改造されてしまったのである」^(注22)と述べるに至っているのである。つまり、博士は、徳川時代の「村」は、21年の町村合併後は行政村(法人)としての色彩の強い「村」に変化し、そこには共同体(Gemeinde)としての機能は無くなりつつあったと指摘するに至ったのである。

博士は、徳川時代や明治初期の入会権の主体である「村」の特徴を、上記のように理論構築を行

い、それに基づいてわが国の徳川時代ないし明治初期の「村」あるいは「入会集団」をドイツ・ゲルマン法にいうマルク・ゲノッセン・シャフトとしての性格に類似したもので「総有権」（Gesamteigentumsrecht）としての性格を有するものと概念規定した先駆者であることはいうまでもない。

博士の、このような分析と理論化は、西洋中世の「総有」並びに「実在的総合人」に関する正確な理論的な理解と実証研究から導かれたものであって極めて信憑性の高いものとの評価を得ていることはいまさら云うまでもなく^(注23)、その後のわが国の入会権研究の理論的構築に多大の貢献を果たした。そして、博士の研究以来その後のわが国の入会権の研究ないし村落の研究はあらゆる研究領域に影響を与え発展して行くことになったといえる^(注24)。しかしながら、わが国の入会権の研究は、博士の「総有」概念に呪縛され、入会利用が多様に現象し、あるいは「解体」が取りざたされている今日になっても、そこから脱却できないでいることも確かである。

ところで、わが国における入会権の研究は、博士の研究業績以来あらゆる学問領域の研究者に引き継がれることになるが、その流れと評価については藤田佳久氏や川島武宜博士ないし西川善介博士などの優れた分析が存在するが、今回はそれらの業績に依拠する余裕はない。しかし、因みに、川島博士の分析に基づいて研究者名のみを挙げて見ると以下のごとくなる。(イ) 法史学的研究では、石井良助博士・福島正夫博士等、(ロ) 農業史的・林業史的研究では、川瀬善太郎博士・植村恒三郎博士・佐藤百喜博士・古島敏雄博士・近藤康男博士等、(ハ) 民族学的・社会学的研究では、柳田國男氏・磯田進氏・住谷一彦氏等、(ニ) 林野入会の歴史的研究では、平沢清人氏・原田敏丸氏・西川善介氏・北条浩氏等が精力的な研究を行い、また、経済史学の立場からは共同体の研究を介して入会権の歴史的解明に多大な影響を与えた大塚久雄博士や中村吉治博士等多くの研究者が係わってきたことが伺い知れるところである^(注25)。

ところで、本稿の研究課題は、入会研究者の研究業績の評価にあるのではなく、入会権の主体は誰なのかが課題であるので、其の限りに関して、法律的側面からの研究者である諸先生方の系譜に従って客観的評価を試みようとするものである。よって、其の問題に限定して、主な研究者を取り上げざるを得ないことをお断りしておきたい。

さて、其の件に関して、我々に、多くの影響を与えた研究者の業績を跡付けるとするとまず、中田薫博士を基点として、次に、入会権の研究を判例研究の側面から分析した末広巖太郎博士の存在、そして、末広博士の影響を受けつつも中田博士の「総有論」を批判的に受け止め入会権の主体を「村落共同体としての村」ではなく、「生活共同体としての村」と評した戒能通孝博士^(注26)、更には、その影響を強く受け、我々に多大の影響を与えている川島武宜博士・渡辺洋三博士・中尾俊夫博士等の諸先生方の研究成果を拠り所とすることには批判の余地はないというべきであろう。そこで本稿では、以下に末広巖太郎博士・戒能通孝博士・石田文次郎博士・石井良助博士・川島武宜博士・我妻栄博士・渡辺洋三博士・中尾英俊博士等、そして更に今日入会権の法律的性質をギールケの団体法理論を詳細に分析することで再構成に尽力している上谷均教授を取り上げ、入会権の主体

に関しての見解を整理することとしたい。

3. 末広巖太郎博士の入会理論と其の特徴

末広博士は、わが国で最初の判例法研究の重要性を唱え、東京大学に判例研究会と其の方法論を唱えた学者である。この点に関して、川島博士は、「入会権に関する法律学的研究—特に判例の研究—は、その後ながい間ほとんどすべての法律学者から見離されてきたといつて言いすぎではない。1920年代に末広巖太郎博士は、オイゲン・エーアリッヒのいわゆる『生ける法』(Das Lebendes Recht)^(注27)という新しい理論的感心ないし興味に基づいて入会判例の研究に多くの努力を傾けて、画期的な研究を発表され、戒能博士や其の継承者に影響を与えたと評価している^(注28)。

また、博士の入会権研究の業績に関して、後継者の一人である渡辺洋三博士は、博士の入会権について「現行の入会権は徳川時代に於ける『村持』の林野がローマ法寺院法流の法人思想を輸入した為に生じた『村』と村民との分離、及び維新以来しきりに行われた町村の分合改廃の影響を受けて生じた、集産主義的所有制度と個人主義所有制度との間に介在する一種の変態的制度である」^(注29)と述べており(拙者)、「それゆえ、入会はやがては当然に亡び去るべき制度であるが、それなくして現実の農民の生活が成り立たない以上、個人主義的法律思想で事を裁き、農民の『生活』の根底を破壊せしめるが如きは『甚しき罪悪』であると、著者は断言している」と述べている^(注30)。そして、「本論文で展開されている入会研究は、その後、末広の弟子たちである平野義太郎・福島正夫・戒能通孝・川島武宜などに引きつがれ、第二次世界大戦の戦中から戦後にかけて飛躍的發展をとげ、本論文から50年たった今日、いちじるしく研究水準を高めている。しかし、国家や地主の入会権廃止・収奪政策に対して農民の入会権を守るという観点からその法律的構造を究明するという入会研究の基本的立脚点は、ほとんどそのまま今日に至るまで受けつがれている」^(注31)と評価し、かつ「また今日、われわれが問題にしているような学問上の諸論点も—この50年間に入会の実態が著しく変化したのに対応して細かい点では新しい論点がたくさん出ているとはいえ—基本的には、本論文で末広が指摘した論点の中にほとんど含まれているといつて過言でない。その意味で、本論文の先駆的意義あるいは入会研究にとっての古典的意義がいかに大きいかは明らかである」と高く評価しているのである^(注32)。

さて、上記のように高く評価される末広博士の入会研究は、博士の著書である「農村法律問題」や大正末期まで主流をなしていた条文中心のドイツ流注釈法学を批判し、社会生活の中に実際に存在する法を重視すべきであるとして、判例研究と其の方法論に基づいて著した名著「物権法」(下巻)に著されているが、博士の入会権の法律的性質に関しての見解は、中田博士のそれに近いものがあるといえる。

博士は、其の著書において、「徳川時代の『村』の法律的性質如何は一つの疑問である。けれども、それが—今日の地村自治団体の如く—法律上之を組織する村民とはかけ離れた独立の抽象的乃

至思想的の实在でなかったことだけで確かである。中田博士は之を説明して、我国の村は独逸中世の（Genossenschaft）に似たもので、村なる人格者は即ち村民の全体であって、村と村民とは相対立する観念ではなかった。従って村は村として訴訟を為し財産を有し法律行為を為し得ると同時に、村の負担する公課は村民全体の共同負担であり、村の債務は同時に村民全体の共同債務であり、村持の土地は同時に各村民の共同利用地であった、と謂って居られる」^{（注33）} ことを前提として、中田博士の理論に従っている。

そして、中田博士の理論に基づき、徳川時代の入会権の主体である「村」の法律的性質については、ドイツ中世のゲノッセンシャフトに類似したものと認め、其の結果として、村持の林野は、「村民全体の共同利用地、即ち其総有地—『総持』（Gesamteigentum）—なりしものと推論せざるを得ない」^{（注34）} とされている。

そして、そのような認識に基づいて、次に、入会権の主体については、それは「或る地区の住民である」^{（注35）}。しかし、「其地区は現在の自治団体たる『村』と一致することあり、或は其一部たる字、区等に止まることあり、又或数個村に亘ることもある。尚其地区の住民中或る資格を備へたもののみが権利者たる場合と然らざる場合とある」^{（注36）}。「けれども其地区各住民各個人が個人として入会権の主体たるのではなく、或は住民全体として入会権を総有し、或は其居住する部落を通して入会権を総有する」^{（注37）} ことになると捉えている。そして、「部落民が其共有又は部落有の林野に入会ふ場合は即ち前者の例に属する」^{（注38）} と指摘している。

だが、博士のこのような見解も、町村制以降の町村の所有地と村民全体の共同利用地の関係については必ずしも従来の見解を採用していないのである。そのことは、すなわち、「従来の『村』は之を構成する村民の全体より成れる一の総合的団体なりに反し、明治維新以来の『村』は当時輸入されたローマ法寺院法流の個人主義法人思想の影響を受けて村民と全然離れた別個独立の人格として考えられるに至った」^{（注39）} ことによるものである。その結果、「従来村民の村持林野上に有したる権利は一他の村民全体との合同的権利であったものの兎も角—自己の物の上に有する自己の権利であったのに反して、『村』が『村』と全然離れた抽象的实在として考えられるに至ってより此方、村民の村有地上に有する権利は急に化して『村』なる他人の所有地を目的とする一種の他物権になって仕舞った」^{（注40）} との認識に至るのである。このように官民有区分や町村合併によって、かつての部落有地が町村有地に囲込まれるに至って「入会所有地」の所有権は個人主義思想によって、町村有地化し、部落民有地でなくなるという考えが入会権の公権化を生み出す要因ともなったことは言うまでもないことである。

しかしながら、博士の特異な入会理論は、そのように「村」と「村民」が分離することになっても、入会林野に対する権利の性質に変化はないし、そのように区別する合理的根拠を欠いているとして入会権公権論を主張する公権論者へ警鐘を鳴らしたことは言うまでもないことであり、また、入会権公権論者への厳しい批判者であったことは有名である^{（注41）}。

そして、博士によると、現行の入会権は、「徳川時代に於ける『村持』の林野がローマ法寺院法

流の法人思想を輸入した為に生じた『村』と村民との分離、及び維新以来しきりに行われた町村の分合改廃の影響を受けて生じた、集産主義的所有権制度と個人主義的所有制度との間に介在する一種の変態的制度である」(注42)と揶揄しつつも、入会権の総有的性質に変化はなく、「行政上の村」と「村民の総体による村＝部落民」に権利は分属して帰属することに変わりはない。ただ、旧時代において、入会地所有権が、「百姓の総体による『村』」に帰属していたもので、町村合併等によって新しい「行政上の村」に帰属し、「共有的入会権」(民法236条)の根拠となる。村民には他物権としての利用権が帰属する、すなわち「地役的入会権」(民法294条)に分属し・変化したとの認識に特徴があるといえる。

4. 戒能博士通孝博士の入会権理論とその特徴

戒能博士の入会権論は、博士自身が言っているように多分に前述の末広博士の見解に依拠して入会権論を展開した日本を代表する研究者である(注43)。そして、博士の入会研究は、多分に、わが国の入会研究の先駆者である中田博士の入会権論には批判的であったといえる(注44)。しかしながら、実質的には、中田博士の入会理論は、上谷氏によると「明治初年の入会判決の分析をとおして中田博士の理論に対し新しい問題を提起した」(注45)研究者といえるのである。

因みに、博士自身も、博士の著書・「入会の研究」において、「私は、徳川時代の村が、それ自体としての人格を持ちながら、その実体は『村役人総百姓の総体』(『』拙者)であるところの、もし比較を求めれば、『日耳曼法系の Genossenschaft (körperschaft) に全然一致しない迄も、最もこれに近似している法人』であることについては、中田博士の論証に全面的に承服したいと思う」(注46)と言っていることから理解できる。そして、そのような認識を持って、仮に、「村の訴訟が結局村民総体の訴訟行為であることの論証にも、特にここに附加する必要はない」(注47)としている。だが、結果として、多少の補足を要するものが存在するとして、博士の入会権論が展開されている。

それでは末広理論に依拠しつつも、中田博士の入会理論を発展的に展開した戒能博士の入会理論とはいかなるものであろうか。以下に、其の点に若干の想いを馳せながらも、博士の入会権の主体の見解について整理してみたいと思う。いうまでもなく、本稿の目的は、先の福岡高裁における入会権主体論に関しての妥当性の有無が課題であるので、其の件に限定して、戒能博士の入会権論を考察することを断っておきたい。本論稿は決して、末広研究でもなく、また、戒能研究でもないのである。

ところで、戒能博士の入会権に関する法学的研究の目的がどこにあるかについては、「国家の近代化現象の進展とともに、旧時の村落的精神が、果たして全面的に解体し尽したであろうかということであり、又これとともに、もしくはこれに代わって新たなる団体的精神が、国家の外には殆ど成長しなかったであろうかということである。これがいわば、我々に与えられた日本団体法の課

題である]。「換言すれば私は右二つの問題中、第一の問題、即ち旧時代の村落結合精神が、いかに上部から解体せられ、同時に自らも解体したのであるかに合せて、いかに自己保存に努力したであろうか、そしてそれがいかなる程度まで可能であり、実現できたのであるかについて」^(注48) であるとして、其の最初の課題を「村民の実際に持っていた意識内容」^(注49) に置いた。そこで、博士は、ドイツに於ける総有学説史を概観し、A・ドプシュの理論に依拠して論じているが、其の前に戒能博士は、中田博士理論の何が問題で、何に対する分析素材として中田博士の理論に批判的であったのであろうかについて認識を深めるために、中田博士が分析した徳川時代や明治初期の入会主体である「村」の性格については、どのようなものとして認識していたかについて上谷教授の研究に基づいて簡単に見て置きたいと思う^(注50)。

中田博士によると徳川時代の「村」の人格は、第一に、独立した人格者であり、第二に、ローマ法寺院的法人のような擬制人ではなく、ゲルマン法の Genossenschaft のような実在的総合人であると説明した^(注51)。中田博士は、徳川時代の「村」の性格をそのようなものとして規定したわけであるが、しかし、中田博士は、其の前提として、独逸ゲルマン法の Genossenschaft には、Markgenossenschaft を典型とするものと、Körperschaft に区別されるとし、それぞれに特徴があると説明している^(注52)。

前者は、「総体」が、その組員（構成員）に対して独立した人格を有していない段階のものであって、「その総体は、組員によって組成されて支持される複合体」^(注53) としての特徴を有しており、其の下での共有財産は、独立の人格者であるマルク・ゲノッセンシャフトに属するのではなく、組員が総体として所有していたにすぎないと説明している。そして、組員の共有財産に対する処分権は、「単一的総体権（einheitliches Gesamtrecht）」^(注54) であり、組員は共有地に対して利用権を有していたが、それは「組員の総体権に対する持分」^(注55) に該当するものであり、そのような所有権を「組合的総有（genossenschaftliches Gesamteigentum）」^(注56) というと説明している。然し、それに対し、後者の körperschaft は、13世紀以降に、Genossenschaft の総体としての独立度が強まり法人格者（Personlichkeit）として認められたものをいう。ここでは、前者の特質である「単一性にして複多性」^(注57) の両面を有し、それぞれが一体としての関係を維持しており、そこでの財産は、総体と組員に分属して帰属しているのである。

そして、そのような所有形態を「団体的総有権（körperschaftliches Gesamteigenschaft）」^(注58) と呼ぶと説明し、其の考察に基づいて、徳川時代の「村役人総百姓の総体」としての「村」は、「実在的総合人」であると概念規定し、それが入会所有地に対して有する権利が「総有権」であると証したものである。

さて、話を先に戻すと、以上の博士の研究に対して、戒能博士は、先述のA・ドプシュの見解に依拠して^(注59) 中田博士の入会理論について次のような見解の相違を見せている。つまり、古代独逸ゲルマンの土地所有形態は、土地総有説と土地私有説に対立していたが、それによると「土地私有説の方が少なくとも合理的根拠を多分に持って」^(注60) 居り、「少なくとも後代独逸法上の村意識

の形成を、土地総有権に関係づけて理解せんとすることは、甚だ妥当性を欠^(注61) いていること、更に、入会地に対する共同収益関係について、「団体自体による所有関係として見るべきでなく、一の支配的・占有的状态としてこれを見るのが妥当である」^(注62)。そして、この関係は、「極めて素直に支配的・占有的关系といってしまうに足りるのであり、其の限り困難な前提を犯してまで、共同地に対する所有意思の先在を、論証するの要はない」^(注63)と指摘し、更に、戒能博士は、そのような理解に基づいて、「マルクゲノツセンシャフトの存在を古代ゲルマンに遡らせようとするドイツの総有学説を、資料的根拠を持たないものとして批判した」^(注64)のである。しかし、戒能博士のそのようなドイツ総有学説批判は、徳川時代の「村」の法的性質について「総有理論」をもって考察した点には必ずしも直結していないのである。むしろ、先述の通り、「中田博士の論証に全面的に承服」^(注65)しているのである。それでは戒能博士が、中田博士の総有理論を批判的に受け止める理由はどこにあったというべきであろうか。それは、明治21年の町村制の改正や官民有区分による部落入会地の官有地化による実在的総合人の消滅とそれに伴う入会権の変遷後の入会権の性格や権利主体については、徳川時代に純粹封建制の下での入会所有地の所有主体のあり方や其の下での入会権の法的性質について論理的整合性を克服する点にあったということになる。そして、戒能博士は、そのための有効な分析概念として、徳川時代の「村」の性格については、一つは、町村制後の性質を「行政単位としての村」と規定し、また、従来性格を持った「村」については、行政上の入会地に対してもまた旧来からの入会地に対しても入会権を有する存在としての「生活共同体としての村」と区別して、入会権の主体を理論的に整理し、其の性格と入会地への入会主体のあり方や関係者の権利の帰属構造を示したものと見える。それによると、前者は、漸次的に抽象的公法人化する要素を有するものであるのに対して、後者のそれは、依然、総合的実在人として機能を発揮し今日のような形態に発展し、解体変化し、消滅する運命をたどることになる。

そして、それら下での入会権の基本的あり方についていえば、「行政単位の村」入会権においては、入会地の地盤所有権は、国・町村有に帰属するので、それは近代法（民法）の共有性性質の入会権（236条）ということになり、それに「生活共同体としての村」の会員の係わりは、入会地に対する用益権的内容を有するものとなり、地役の入会権（民法294条）ということになる。ここでは地域住民は入会収益が権利の内容となり、仮に、「入会稼ぎ」が出来なくなると権利は消滅する運命をたどることになる。しかし、それは結果的に地域住民から入会権を奪うことになり、入会地の官有化が目指す国家＝林野庁の「エンクロージャー」^(注66)と類似の機能を果たすものとなり、極めて危険な論理であるといえる。現に、戒能博士が、入会権を上記の二つに区別することによって其の論理的帰結として、国有地入会権を否定した大審院大正4年3月16日判決（民録21輯328頁）の事案について^(注67)、入会住民の権利を積極的擁護し、入会権の存在の立証に積極的に係わった博士が、その後の昭和43年7月19日甲府地裁判決^(注68)に関しては、入会研究の大家であり、戒能博士の弟子達である川島武宜博士や渡辺洋三博士ないし法制史家の石井良助博士と対立し、原告側に立って、「入会権の専門的研究者の立場から山中部落の入会権を否定した」^(注69)ことは、一重に、

入会権を用益的性質の有するものとの認識に基づくことに起因しているものということが出来る。これは入会権が、其の地盤所有権の帰属が誰にあらうが、旧来の慣習に基づく入会権は、或る場合には「村落共同体」＝「共有村」・「部落民」に潜在的に帰属するものであって、其の権利が中田博士の説による総有的性質の権利であり、其の主体は、今日で言う「村落共同体」であり、其の権利の帰属形態は共同体と会員（組合員）に分属して帰属し、しかも全体と個別の関係に一体的に帰属するものである。それが入会権の法律的性質に関する「総有権」というものであるといえる。

5. 若干のまとめ

さて、最後に、以上述べてきた中田博士や末広博士そして戒能博士の入会理論の特質を、入会権の主体論に限定して簡単に要約し、ここまでの締めとしたい。中田博士は、わが国の入会は、徳川時代の遺制であり、其の主体は「村」である。「村」の性格は、「仲間の共同体（村落共同体）」すなわち実在的総合人である^(注70)。そして、実在的総合人の所有する権利の性質は、「総有」であると規定した。なお、この『村』とは、「村民の総体」であり、入会地に対する権利は、入会の主体である「村」と「村民」に分属すると理解した。この説に云う入会権の主体は、あくまでも「村民の総体」であり、「実在的総合人」となる。なお、その場合の主体は、具体的には、村民個人ではなく「家」というにある^(注71)。

但し、そのような関係は、明治21年の町村改正までであって、町村合併によって、村民の入会地が公有地化（公法人化）すると、そこには実在的総合人と別人格の自治組織が生まれるので、それ以降については入会権の主体が変容し、権利の帰属内容も一様ではなくなるだろうとしている。しかし、それ以降も入会権を「総有」説で捉えるのか否かは不明である^(注72)。

対して、末弘博士は、徳川時代の入会については、中田説に経ちつつも「公有化」によって、入会権の性質を土地に対する質的分割という構成によって説明しようとする中田説の困難性を克服しようとしている。博士は、入会権の法的構成について、中田博士の説に従い、ドイツ中世のゲノツセンシャフトに類似したものと解した。その結果、村持の林野は「村民全体の共同利用地、即ち其総有地—『総持』—なり」^(注73)と推論せざるを得ないと捉えた。そして、中田博士も疑義を抱いた、町村制以降の関係については、「最早町村の所有地は同時に村民全体の共同利用地だと謂ふやうな考えは維持出来ない」^(注74)と捉えた。よって、自治体というローマ法的法人概念の導入をもって、入会地所有権（地盤所有権）と入会権（利用権）を分離したが、しかし、「村民は全体として其上に入会権を有すると謂ふ関係を認めることは少しも変ではない。」^(注75)として、「而して其場合村民は全体として入会権を総有（Gesamteigentum）するので、無理に之を法人だと考える必要は少しもない」とした。次に、戒能博士は、中田博士説に若干の批判を交えつつも、中田説の全面的に依拠し、其の上で、中田博士が疑問とした町村有化後の入会権の性質を説明するために、其の主体を、之までの実在的総合人である「村落共同体」説に変えて「生活協同体としての村」^(注76)

とし、かつ町村編入に依って地盤の所有権が「公有権化」することの説明として「行政単位としての村」と認定し、区別した。ここではあくまでも入会権は利用権に分化する運命を辿ることになる。ここに戒能説の特徴があるということができよう^(注77)。

(なかむら ただし・本学経済学部教授)

- (注1) 高崎経済大学論集50巻第3・4合併号33頁参照。
- (注2) 福岡高裁平成19年9月7日「判例時報」1888号175頁参照。
- (注3) 上記経済大学論集34頁参照。
- (注4) 高崎経済大学論集50巻1・2合併号「入会慣習と公序良俗違反についての一考察」参照。
- (注5) 最近の入会事案としては当該部落が過疎化し高齢化し、いわゆる「入会稼ぎ」を行う実体がなく、入会地のある団体に貸与する契約入会利用の傾向、払い下げ当時「割り地」を行い、その一部を個人分割登記し個人分割利用してきた為に個人有地なのか入会地であったのかが不明となり、あるいは世代交代によって、入会権の正しい継承が行われなくなった等の現象が起因するものが多数見られるようになり、それが入会紛争の多発の要因となっているといえる。
- (注6) 西川善介著「林野所有の形成と村の構造」194頁参照、「部落」名が使用されるようになった理由や意義について説明している。
- (注7) 沖縄地方裁判所平14(ワ)1195号、福岡高裁沖縄支部平16(ネ)16号、最高裁判所第二法廷平18判決参照。
- (注8) 平成18年6月21(法78)制定、平成19年1月1日施行により、従来の法例2条を改め「法の適用に関する通則法」と改められた。一般に「通則法」として使用されている。
- (注9) 高崎経済大学論集第29巻2号242頁・「総有的入会権の法律的性質に関する一考察」において、徳川時代の「村」(入会権)の性格を中田薫博士は、ギールケの Genossenschaft に基づいて、総有権として性格規定したが、それは今日のわが国の入会実体から見て必ずしも妥当ではないのではないかと、むしろ、合有と規定したほうが妥当なのではないかとの提言を行ったことがある。参照してもらいたい。
- (注10) 小生が判例批評した「判例時報」平成17年6月1日号175頁の原告・被告双方の控訴理由を参照されたい。
- (注11) 判決の精査とは、事実認定のことであるが、英米法ではいかなる契約においても契約当事者の実状や契約内容などについて、十分な精査が弁護士や公認会計士によって行われるのが常識である。それを due diligence と呼んでいる。
- (注12) 例えば、福岡高裁判決文の中に、「注釈民法(7)物権(2)」川島武宜編集549頁以下の関連文章が多く見られる等である。
- (注13) 高崎経済大学論集50巻第3・4合併号33頁如何参照。
- (注14) 博士は、「徳川時代における村の人格」(大正9年)、「明治初年における村の人格」(昭和2年)等の論文において、徳川時代の「村」の人格をゲルマン法にいう「総有」(gesamteigentum)と概念規定した。そして、土地の総有的所有というのは、「ゲノッセンシャフト的団体の内部法秩序により、団体とその構成員とに共同に属するところの団体法的所有」であると述べている。中田薫著「法制史論集2巻」671頁参照、拙著「総有的入会権の法律的性質に関する一考察」高崎経済大学論集第29巻第2号234頁参照。
- (注15) 入会権の法律的性質や入会林野に関する研究者やその業績・特徴等に関する研究については、本文においても触れさせていただいたが、藤田佳久氏の研究(人文地理29巻1号・1977)や川島武宜博士(川島武宜著作集第8巻292頁)による紹介にその多くの研究者の存在を知ることが出来る。
- (注16) Otto von Gierke「Das deutsche Genossenschaft II」。
- (注17) 中田薫著「法制史論集2巻」所収、「徳川時代における村の人格」985頁参照。
- (注18) 中田薫・「徳川時代における村の人格」984頁以下参照、拙著・高崎経済大学論集50巻第3・4合併号8頁以下参照。

- (注19) 中田薫・「明治初年における村の人格」991頁参照。
(注20) 中田薫・「明治初年における村の人格」1103頁参照。
(注21) 中田薫・「明治初年における村の人格」1103頁参照。
(注22) 中田薫・「明治初年における村の人格」11お4頁参照。
(注23) 上谷均「共同体的所有の法的構成に関する一考察（1）」『民商法雑誌』90巻2号33頁参照、川島著作集・第8巻291頁参照。
(注24) 前掲・藤田論文参照。
(注25) 川島「前掲」論文292頁参照、西川善介著『林野所有の形成と村の構造』465頁以下参照。
(注26) 戒能通孝著『入会の研究』283頁以下参照。
(注27) 末広博士は、Eugen Ehrlich、「Grundlegung der Soziologie des Rechts」、に基づいて「生ける法」（Das Lebende Recht）という新しい理論的関心による「法社会学」研究やケースメソッドとしての判例法研究の発展に尽くした。博士の入会判例研究もオイゲン・エーアリッヒの「生ける法」という視点から研究されたものである。
(注28) 川島「前掲」論文291頁参照。
(注29) 末広著『農村法律問題』7頁参照。
(注30) 同・「前掲」論文7頁参照。
(注31) 同・「前掲」論文8頁参照。
(注32) 同・「前掲」論文8頁参照。
(注33) 末広『物権法下巻』第一分冊666頁、北条浩著『入会権学説集』87頁所収、同『農村法律問題』71頁参照。
(注34) 末広「前掲・物権法」679頁参照。
(注35) 末広「前掲」679頁参照。
(注36) 末広「前掲」679頁参照。
(注37) 末広「前掲」679頁参照。
(注38) 末広「前掲」679頁参照。
(注39) 末広『農村法律問題』72頁参照。
(注40) 末広「前掲」72頁参照。
(注41) 藤田「前掲」58頁参照。
(注42) 末広『農村法律問題』74頁参照。
(注43) 戒能「前掲」5頁参照。
(注44) 戒能「前掲」5頁参照、同「前掲」26頁において、博士は、「中田博士の前掲論文は、極めて厳密なる態度を以て入会の各種の類型について分析を試みられたのであって、それ自体完璧の労作であるが、私が同じ材料を読み返して得た感想を率直に述べるとするならば、実際には同博士摘示のそれぞれの類型の中間に動揺しつつあるところの、換言すれば同博士摘示のそれぞれの類型に属せざるところの入会慣行を見出し得るのではないかという疑問に逢着することこれである。」といっている。
(注45) 上谷「前掲」論文209頁参照。
(注46) 戒能「前掲」282頁参照。
(注47) 戒能「前掲」282頁参照。
(注48) 戒能「前掲」4頁参照。
(注49) 戒能「前掲」4頁参照。
(注50) 上谷「前掲」210頁参照。
(注51) 上谷「前掲」207頁参照。
(注52) 上谷「前掲」207頁参照。
(注53) 上谷「前掲」207頁参照。
(注54) 上谷「前掲」207頁参照。
(注55) 上谷「前掲」207頁参照。
(注56) 上谷「前掲」207頁参照。
(注57) 上谷「前掲」206頁参照。

- (注58) 上谷「前掲」206頁参照。
- (注59) 上谷「前掲」210頁参照。
- (注60) 上谷「前掲」210頁参照。
- (注61) 上谷「前掲」210頁参照。
- (注62) 上谷「前掲」210頁参照。
- (注63) 上谷「前掲」210頁参照。
- (注64) 戒能「前掲」23頁参照。
- (注65) 戒能「前掲」282頁参照。
- (注66) 中世末期以降のヨーロッパ、とりわけイギリスにおいて領主や地主が牧牛や集約農業を営むために共同放牧地などを囲い込み共有地の共同権を排除し、私有地化した場合と同様に、わが国の林野入会地を官民有区分政策や町村合併等を介して国有地化する歴史を歩んでいるが、それは当にヨーロッパのEnclosureと同じとしたいのである。
- (注67) 長野県小県郡東内村の国有地における入会権を否定した事案。
- (注68) 山梨県南都留郡忍野村忍草入会組合の北富士演習場返還訴訟において昭和46年1月13日東京地方裁判所判決では、先の大審院判決を覆し忍草入会組合の入会権を容認した件については、戒能博士は『入会権の研究』に依拠して、「旧版の説を改め」(295頁)官有地になっても入会権が存在するとの説を採用した。
- (注69) ところが、昭和43年7月19日甲府地方裁判所判決、浅間神社の事案では、戒能博士は、弟子の川島博士・渡辺博士等と対立した。戒能博士は、この件は、町村に払う下げられた入会地を神社有としたものであるが、戒能博士は、地盤所有権は村にあるから集団は訴訟の当事者になれないとして、集団の主張に反対したものである。詳細は、西川「前掲」468頁参照。
- (注70) 中田博士の学説については、小生の先の論文・高崎経済大学論集第50巻第3・4号33頁以下参照。
- (注71) 入会権の主体が、住民個人ではなく、「家」や家の継承者である家長にあることは「前掲」論文や「判例時報」(1888号)の小生の論考に指摘している。
- (注72) 上谷「前掲」208頁参照。
- (注73) 上谷「前掲」221頁参照。末弘「前掲・物権法」673頁参照。
- (注74) 末弘「前掲」679頁参照。
- (注75) 末弘「前掲」680頁参照。
- (注76) 戒能「前掲」284頁参照。
- (注77) 尚、最後に、拙者が入会権の主体論に関して論考を進めている途中で拙者と同様な問題意識で中田博士・戒能博士・川島博士の入会権主体論をまとめている清水和邦教授の論文に遭遇した。後日参考にしたいと考えていることを付記して置きたい。

平成20年11月19日・脱稿