

## 過少利用時代からの入会権論再読

### —実証分析に向けた覚書—

立命館大学政策科学部教授 高村 学人  
たかむら がくと

#### 要旨

日本の法社会学は、入会権の生ける法研究から発展したが、今日、入会林野の多くは、過少利用の状態にあり、災害リスクを高めている。これまで過少利用の要因は、木材の輸入自由化、農山村のライフスタイルの変化といった外在的・社会経済的な要因から説明されてきた。これに対して本稿は、過少利用の要因を入会利用が活発な時代に形成された入会権学説に求めることを仮説として提示する。

まず制定から50年を迎えた入会林野近代化法が林業・農業の高度利用のために権利整理を行うというスキームであるため、かなり前から事業として終焉していたことを示す。次にコモンズ研究の理論サーベイから、第一に入会の持続的な資源管理には規約づくりによる法的制度化が不可欠なこと、第二に入会権学説の全員一致の法理は、資源利用をロックするアンチ・コモンズの悲劇を招く可能性があることを示す。

この視座から入会権学説を再読していくと、生ける法論は法存在のメルクマールを集団の激憤に求めたゆえに規約法という発想が生まれ得なかったこと、古典的利用形態の入会での慣習であった全員一致原則がその後の入会集団の変容にもかかわらず維持・強化されたこと、そのため入会権学説が最近の判例や立法の変化を捉えきれなくなったことが明らかとなる。

本稿は、入会集団に適用される意思決定ルールは、その規約内容や法的制度化の程度に委ねられるべきであり、規約づくりの支援こそがこれからの法律家の関与として重要となるという立場を提唱し、それを戒能通孝の実践やオーリウの制度論から基礎づける。また規約づくりの前提となる全入会権者による合意が不可能である場合、森林整備計画等の公的計画の下で全員一致原則を緩和することも併せて提言する。ただし、この提言が妥当性を持つためには、入会権の現状がアンチ・コモンズの悲劇を引き起こしているという仮説が実証的に検証される必要がある。どのような実証研究が可能かを最後に提示するが、その際、入会権研究の豊富な蓄積が貴重な資源として再活用できることが示される。

### 1. はじめに

日本の法社会学は、大正期に形成され、戦後に入って発展したが、他国の法社会学とは異なる特徴として、農山村の入会林野に対して村落共同体が総会的に支配するところの慣習上の権利である入会権の実態調査から出発し、発展したという歴史的特徴がある<sup>1</sup>。

入会林野とは、村落が、薪取り、草刈り、牛馬

の放牧、天然木の伐採、人工造林、山菜、キノコ取りなどを行うために村落が慣習的に共同で利用している林野のことである。明治期において日本の農山村のほとんどがこのような入会林野を有し、それによって村落生活が支えられていた。

明治民法もこの権利を2つの条文で認めたが、その後も政府は入会林野の公有地編入を推進し、権利を剥奪しようとした。よって民法・法社会学研究者は、農民の生存基盤を擁護するため、この慣習上の権利を「生ける法」と名付け、この権利の構造を調査から明らかにし、裁判活動にも関与することで「生ける法」を裁判規範として承認さ

<sup>1</sup> 末弘(1924)の実態把握から出発し、戒能(1943)による法社会学史研究、川島・潮見・渡辺編(1959, 1961, 1968)による組織的な調査と理論化が代表的な法社会学研究としてなされた。

せることに取り組んだ。この取組は成功し、入会権は判例でも認められ、生ける法の法社会学研究は、大きな成果を挙げた。

しかし、今日の農山村での生活は、入会林野に依存せずとも行えるため、入会林野は手入れもされずに荒廃し、生ける法も弛緩しつつある。しかしながら、林野は一旦、人の手が入るとその後も定期的に手入れされることでのみ良好な状態を保てるため、このような現状は望ましくない。

本稿は、この入会林野の過少利用とも言える現状に対して次のような仮説を有している。入会権学説は、農山村での入会利用が活発な時代において形成された。しかし、今日の過少利用の時代において必要な管理を入会林野に対して実施しようとする場合、そもそもの前提条件が大きく異なるため、従来の入会権学説が適切な管理実施の妨げとなる場面が生じているのではなかろうか。

そこで本稿は、過少利用時代の視点からこれまでの入会権学説を再読<sup>2</sup>し、日本の法社会学の比類なき豊富な研究蓄積を上手く活かしながら、どのような入会権研究をこれから展開すべきか、をスケッチすることを試みる。まずは、入会林野をめぐる状況の変化を説明し、施行から50年を迎える入会林野近代化法の機能と限界を論じた上で、学際的なコモンズ研究の視点を導入しながら、どのように入会権学説を読み直すことができるのか、どのような実証研究がこれから必要であるか、を示していくことにする。

## 2. 入会林野をめぐる状況の変化

### 2.1 森林荒廃への注目の高まり

近年、気候変動の影響もあり、我が国において集中豪雨の発生頻度が高まっている。集中豪雨は、洪水被害、土砂崩れ災害の発生ももたらすが、豪雨に併せて洪水・土砂災害が頻発し、その被害が深刻化している要因として指摘されているのが、

人工林の荒廃である(恩田編 2008)。

戦後から1960年代まで我が国では材木不足であったため、スギ、ヒノキを植林する人工林が増大した。今日、日本の総森林面積の約41%が人工林とされるが、本来は里山的に多様な植生を有した筈の入会林野<sup>3</sup>もその面積の37.1%が人工林となっている<sup>4</sup>。

人工林では、定期的に間伐を行わないと、木が密集状態となって十分な日光が森に差し込まないようになる。すると、木がやせ細り下層植生も消失するため、表土の流出が著しいものとなる。このような森林は、治水能力が低く、風雪に対して木も倒れ易く、集中豪雨があると土壌がえぐられ、流木災害をも引き起こす。

このように森林の荒廃が災害の要因となっている現状に鑑み、2011年の森林法改正<sup>5</sup>では、森林所有者が必要な間伐を実施しない場合、市町村長が所有者に対して間伐実施を勧告できるものとし、この勧告に従わない場合には、都道府県知事が間伐施業を行える第三者に対して立木の所有権の移転ないし土地使用権の設定・付与を裁定できる手段を導入した。併せてこの法改正では、所有者不明の森林が増えてきていることにも鑑み、公示期間を経た上で所有者不明の土地の上に知事の裁定により使用権を設定して間伐を第三者に実施させたり、路網整備を実施したりできるようにした。

従来の森林法の役割は、過剰伐採をコントロールすることにあつたが、今日では、森林の過少利

<sup>3</sup> 広葉樹を中心とした多様な植生を有した里山空間として入会林野を位置づけ直し、そのような空間の再生を目指す議論として、鈴木(2012)がある。また三俣編(2014)も従来の入会利用が持っていた物質循環機能を重視し、それを再生するための議論を展開している。本稿もそのような空間や機能の再生には、賛成である。ただどちらかと言うと本稿の焦点は、戦後の拡大造林政策で既に人工林化してしまった入会林野が多く、人為的・計画的な管理を要すること、この負の遺産をどうやって正の遺産に転換していくか、といった点に向けられている。

<sup>4</sup> 2000年農林業センサスにおいて「慣行共有」として分類された森林の人工林率を入会林野の人工林率とした。詳しくは、志賀(2002)を参照。

<sup>5</sup> 森林法改正の内容と背景の説明については、黒井(2011)を参照。

<sup>2</sup> 高村(2014)では、所有権論一般につきフランス近代の所有権法史を中心としながら過少利用時代の視点からの再読を試みた。本稿は、その続編という位置づけとなる。

用や所有者不明が問題となっている。災害の危険性が負の外部性として発生しており、森林の公益的機能の低下がフォーカスされ、適切に森林を管理できる者に利用を委ねていくことが森林法の新たな目的となった。

## 2.2 所有者不明土地問題の文脈での入会への注目

先の森林法改正は、入会権に関わる内容を直接持つものではなかったが、その後、入会林野が所有者不明土地問題の文脈で注目されるようになっていく<sup>6</sup>。国土交通省は、『所有者の所在の把握が難しい土地に関する探索・利活用のためのガイドライン』を2016年に策定し、事例集と併せてその成果を刊行したが、そのガイドラインや事例集において入会権に関わる事例が多く扱われている(所有者の所在の把握が難しい土地への対応方策に関する検討会 2016)。

2016年の森林法改正では、森林の所有者不明化を防ぐために林地台帳という仕組が導入された<sup>7</sup>。この目的は、森林に対して地籍調査や境界明確化事業の実施を推進することで各林地の所有者や境界を確定し、その情報を林地台帳に統合し、それへのアクセスを森林組合等に認めることで施業の集約化を進める条件を作り出すことにある。しかし、地籍調査や境界明確化事業を実務的に担う土地家屋調査士達によれば、山林の境界確定や所有者特定を行う上で入会林野は、大きなネックとなっているとされる<sup>8</sup>。その理由としては、慣習の存在が地元民においてもはっきりしないこと、地盤

所有者の登記名義が更新されていないこと、境界画定には入会権者全員の立ち会いを必要とする<sup>9</sup>ことが挙げられる。

入会林野整備事業を管轄する府県の林務課においても、入会集団と連絡を取ることは難しくなっており、「入会権の存在は地元の人に聞いてもわからなくなっている」、「そのため入会の方が私有林より管理されていないケースが多い」といった認識が持たれている<sup>10</sup>。5年毎に実施される農林業センサスでは、2000年までは林業事業体への調査票において、当該土地が入会慣習に由来する土地(=「慣行共有」)であるかをチェックしてもらう項目があったが、その判断が回答者にとって困難となってきたため、2005年以降の調査ではこの項目が削除されることとなった<sup>11</sup>。これにより入会林野の現状把握が一層困難となった。

## 2.3 望ましい森林利用の形

私有林も含めて森林の多くが過少利用にある現状を変革するために目指されているのが施業の集約化である。日本の森林所有は、入会林野も含めて小規模分散的であり、特に各所有地を繋ぐ路網整備が大きく立ち後れており、木の伐採・搬出に大きなコストがかかる構造となっている。

この構造を変革するには、意欲ある林業者や森林組合が中心となって様々な形で所有されている森林を取りまとめ、路網を整備し、作業受委託を通じて施業を一括して実施していく必要がある。施業集約化を進めるには、各林地の所有者と境界の確定は不可欠な条件であり、望ましい形で路網を整備し各林地に必要な施業が実施されるために

<sup>6</sup> 入会林野を研究してきたコモンズ研究者の山下(2016)も、このような所有者不明問題の文脈において入会権の地盤所有権登記での多数共有名義がもたらす問題に取り組む。

<sup>7</sup> 改正内容については、2017年1月30日に林野庁林政部経営課で入会林野整備事業担当の職員に実施したインタビューで説明を受けた。その際の提供資料である農林水産省「森林法等の一部を改正する法律案概要」2016年を参照。

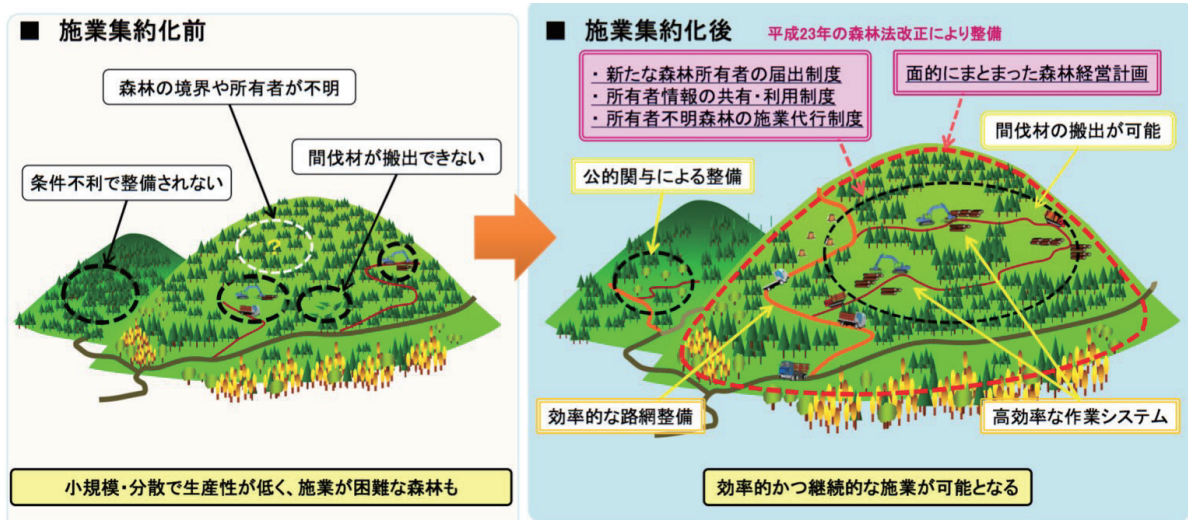
<sup>8</sup> 入会林野での地籍調査の方法に関しては、土地家屋調査士によるマニュアルである寶金・右近編(2016)を参照。このマニュアルの著者である右近一男から2017年1月20日に入会林野を地籍調査する上で伴う難問について直接ご教示も得た。

<sup>9</sup> 入会林野の境界画定において全入会権者による立ち会いが原則となっている点に関しては、2017年3月22日に国土交通省地籍整備課の職員に実施したインタビューに基づく。マンションも同様に管理組合ではなく全区分所有者による立ち会いを必要とし、境界画定が困難となる場面が多いとされる。

<sup>10</sup> 2016年10月5日に京都府で入会林野整備事業を管轄している林務課に対して行ったインタビュー調査での職員の発言である。

<sup>11</sup> 慣行共有の調査項目がなくなった経緯やその後の調査方法の検討に関しては、松下(2013)を参照。

図1 施業集約化による森林経営



出典 林野庁(2016)「森林・林業・木材産業の現状と課題」

は、入会林野もこの集約化の中に含めていく必要がある。入会林野は、日本の森林面積の約1割を占める<sup>12</sup>が、その多くは人里近くに位置している。一つの入会地の境界画定ができないとその入会地に隣接する全ての私有地の境界画定ができなくなり、それらの土地での路網整備や施業実施が不可能となる。

よって入会権の問題が解決できず、入会地を迂回する形で施業集約化をせざるを得なくなると、施業の効率が下がるだけでなく、利用と管理が不可能な森林が多く生み出されることになる<sup>13</sup>。

施業の集約化で目指されている新たな林業モデルは、時間軸の取り方においても大きな変更を求

めている<sup>14</sup>。戦後の材木不足を受けて植林された人工林においては、30、40年が経過して木が成長した際に皆伐して収益をあげ、その後、また植林するというサイクルが前提となっていた。しかし、これだと収益があがるのは一時期に集中し、皆伐後の木の育成において雑草刈りや獣被害対策などで大きなコストがかかるという問題があった。

これに代わる形で今日目指されているのは、100年以上のスパンで森林のライフ・サイクルを捉え、定期的な抜き伐りによって持続的に収益をあげ、管理コストも抑えるという林業モデルである。

入会の古典的な利用形態においては、その日その日の生活の糧を求め、入会権者が山に立ち入るといった時間の流れ方であったが、今日では、個人の生命よりも林業のサイクルは長いものとなった。

## 2.4 入会権学説の前提と前提の変化

農民達の生存の基盤を擁護するために形成された入会権学説は、古典的な利用形態をモデルとして構築された。国家がこの基盤を奪おうとしたため入会権の私権性が強調され、入会権者たる全ての農民にとって入会利用は不可欠であることを前提に入会集団の意思決定は、全員一致で行われる

<sup>12</sup> この割合は、1966年に制定された入会林野近代化法が制定当時に近代化の対象とすべき入会林野の面積として設定した数字に基づく(中村 1992)。ただしこの面積には国有地や公有地に対する入会権、財産区入会が含まれていない。また日本の森林のかなりの部分は、高標高地や離島など人間の利用が困難なところに存在している。これらに鑑みると入会林野が全森林面積に占める割合は、もっと大きなものとして理解されねばならない。

<sup>13</sup> この点は、2017年2月17日に実施した京都府の日吉町森林組合の湯浅勲副組合長へのインタビュー調査に基づく。日吉町森林組合は、入会林野も含めて日吉町内の87%程度の森林の施業を森林組合が集約的に担う形を作っており、今日の林業政策で推進されている施業の集約化において最も先進的な取組を行っている森林組合である。藤森(2016)も参照。

<sup>14</sup> 以下の新たな林業モデルについては、藤森(2016)を参照。

べきとする法理が唱えられた。

これに対して今日の入会林野は、過少利用の状態にある。森林の公益性に注目がなされ、間伐実施や路網整備への補助が充実しつつあるが、そのような作業実施に伴う権利の確定や合意形成には大きなコストが伴い、それを誰に担ってもらうのか、その負担をどのように配分していくかが問題となっている。単に村落共同体としての入会集団の機能が低下しただけでなく、農村部にミニニュータウンができて混住化が進んだり、村落に空き家が増加するものの空き家所有者は村落の行事や墓参りのためにたまに戻ってきたり<sup>15</sup>といったこともあるため、村落構成員のメンバーシップの同定、すなわち入会権者の確定が難しくなり、権利の曖昧化に拍車をかける傾向にある。

このような前提条件の変化、すなわち過少利用の時代から見た場合、これまでの入会権論は、どのように読み直すことができるだろうか。これが本稿の主題である。本題に入る前にちょうど50年前に制定された入会林野近代化法の内容と機能

につき一瞥しておこう<sup>16</sup>。

### 3. 入会林野近代化法50年の中間総括

#### 3.1 立法時の状況

入会林野近代化法が制定された当時の状況は今日と全く異なる。戦後の住宅建設ブームを受けて木材は不足・高騰し、1964年に制定された林業基本法は、高まる需要に応えるため林業の高度化を通じて林業総生産を増大することをその目的とした。

その当時、入会権という慣習上の権利が認められる入会林野の総面積は、203万haあるとされ、全森林面積の約1割を占めた(中村1992:23)。しかし、これらの土地は、当時の林学者から見ると、「利用が粗放化しつつある無立木地が多い」、「多くの集落において利用・管理が粗放化し、入会は自動的解体過程にある」と認識されていた(半田2010a:7, 10)。そこで入会権を近代的な権利へと整理して土地の高度利用を図る入会林野近代化法が制定されることとなる。

#### 3.2 入会林野近代化法の仕組

入会林野近代化法の役割は、慣習上の入会権を整理し、生産森林組合等の法人所有、個人有や民法上の共有といった近代的な権利に転換することにあった。権利が近代化されれば、土地に抵当権を設定して資金を調達することが可能となり、林業や農業の高度化が達成されると考えられた。

よって近代化法の対象となるのは、あくまで林業・農業の高度利用に資する入会林野整備計画が策定された場合のみであり、そのような計画が整った場合に近代化に伴う手続・費用を行政が支援するというスキームであった。

入会権研究者が求めていたのは、このような高度利用という政策目的に従属した法制度ではなく、入会権の登記を可能とする法改正<sup>17</sup>であり、近代

<sup>15</sup> 山下(2012)は、集落内の年齢構成からのみ集落の存続可能性を測る限界集落論を批判し、集落から離れて近隣の地方都市で仕事や居住を送りつつも、週末には親に会いに来て生活を手助けしたり、行事の際には集落に戻ってその運営を支えたりといったネットワーク的な関係の存在に注目し、このネットワークこそが集落持続・地方再生の鍵であるとしている。

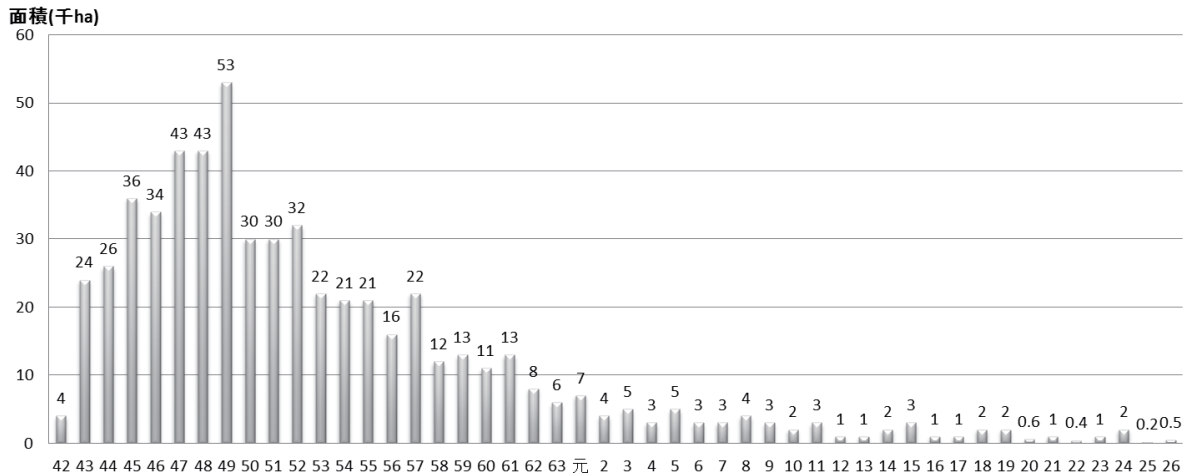
ところで尾崎(2016)は、高村(2012)で展開した都市コモンズ論に対して、都市での社会関係、特にマンション内での関係がネットワーク的であり、「農村／入会のように、所有権・支配権者と受益者がほぼ一致し、また異論や逸脱を抑制する内部的統制も(善し悪しは別として)行き届いている場と都市のコモンズは根本的に異なる」とし、都市コモンズの成立不可能性を指摘する。しかし、本稿は暫定的にはこれと反対の認識を有している。すなわち、区分所有法や管理組規約といった明確なルールが存在し、対象とする課題もマンション内の共用施設の維持管理といったどの区分所有者とも共通する利益を扱うマンションの方がコモンズの成立を展望しやすい。逆に今日の農村／入会の方が、生業が多様化し、混住化やネットワーク化も進んでおり、また内部関係を規律する入会規約を持たないことも多いため、コモンズの成立が困難になってきている。そのため国家法による支援が今日求められるようになってきている。

なお尾崎(2016)による高村(2012)への他の批判点については、高村(2017)でリプライを試みている。

<sup>16</sup> 入会林野近代化法の機能を考察にするに際しては、矢野(2006)を参照。

<sup>17</sup> 例えば、川島は、不動産登記法を改正して入会権を登記できる物権とすべきこと、地域集団たる部落名でも

図2 入会林野整備事業の実績推移(年間毎の整備面積)



出典 林野庁「入会林野等の整備状況等について」2015年入会林野コンサルタント中央会議資料

化法には批判的な見解が多かったが、この近代化法は、公有地入会や財産区入会であっても私権に転換することを認めるものとなっており、入会権私権論の立場から評価する見解もあった(川島他編 1968: ii)<sup>18</sup>。法が施行された後は、入会権研究者の多くは、各府県で入会権整理のための入会林野コンサルタントを務めていき、入会権の研究も細かい実務的な論点に向かっていった。

### 3.3 整備の状況

しかし、近代化法は、期待された成果を発揮できない。施行後7、8年間は、整備件数も増えていったが、1974年をピークに整備実績は減少の一途を辿る。特に平成に入ってから整備実績は乏しく、ここ10年間は、全国で毎年10件未満の整備実績となっている。2014年度までに整備済みとなった入会林野の総面積は、約57万9千haに留まり、1966年の時点で入会権に基づく入会林野として認定された総面積の4分の1程度に留まる。

今日、近代化法に基づく権利転換がなされるのは、公共事業等の関係で入会地を処分する必要が

出てきた場合ぐらいとなっている<sup>19</sup>。また各入会集団に整備意向を尋ねる調査が形式上、毎年実施された形となっているが、各府県の林務課においては入会集団と連絡を取る手段を持ち合わせていない場合が多く、調査自体が実際には不可能となっている<sup>20</sup>。事業としては終焉を迎えたと言って良い。

整備後の受け皿としては面積比率で見ると、生産森林組合等の法人として整備された比率が53.4%と最も多く、個人分割は41.1%、民法上の共有は5.5%となっている。しかし、生産森林組合となると法人住民税を毎年払う必要があり、その負担に相応する収益をあげることができない組合が多いため、生産森林組合の解散が相次いでおり、法人住民税がかからず、固定資産税も減免されることが多い認可地縁団体への移行が増えている。

入会集団や生産森林組合の認可地縁団体への移行は、事実上進んでいったものであり、森林法制ではそのような移行を予定してなかったが、2016年の森林組合法改正では、このような移行が増え続ける現状に鑑み、生産森林組合から認可地縁団

法的主体として登記できる所有名義として扱うべきことを主張していた(川島 1983[1968]:108)。

<sup>18</sup> 入会林野近代化法と法社会学研究者の関わりについては、矢野(2012)および武井・黒木・熊谷・中尾編(1989)を参照。

<sup>19</sup> 前掲の林野庁の入会林野整備事業担当の職員と京都府林務課の職員へのインタビュー調査に基づく。

<sup>20</sup> 前注と同様。

体への移行手続を森林組合法の中でも創設し、事実を追認することとなった<sup>21</sup>。

### 3.4 近代化法への評価

以上のように期待された成果を実現できなかった近代化法であるが、この法の制定や実施を推進した林学者の半田(2010a)は、粗放化していた入会林野に植林を行うことができ、林業高度化には一定の寄与ができたという評価を行っており、成果が期待通り実現できなかった要因を木材輸入の自由化に求めた。

入会権研究者からの評価としては、本来は近代化法に反対であった研究者も多いため、近代化法の成果が乏しいことが明らかになっていくと、近代化せずに旧慣のまま温存する方が自由に入会林野を使って良いとする旧慣温存論が広がりを見せていく(青嶋 2010)。日本のコモンズ研究者もこのような論調に共鳴的であり、仮に近代化法によって受け皿が生産森林組合等に変更しても入会慣行が実質的に継続していることが良き事柄として強調されてきた(池田 1987; 井上・宮内編 2001:29; 室田・三俣 2004:20)。

他方で認可地縁団体化への評価は、コモンズ研究者と入会権研究者とは異なったものとなっている。コモンズ研究者の山下(2011)は、低利用の入会林野の管理コストの捻出、管理における旧住民と新住民の融合という観点から認可地縁団体化を積極的に評価している。これに対して入会権研究者である武井(1993)、江淵(2013)は、所有の受け皿が認可地縁団体に移行した場合、旧住民の持つ入会権が地役的権利として存続するのかが不明瞭であり、権利を失ったり、木の切り出しによる収益の分配ができなくなったりする可能性もある

ため、移行には慎重な立場を示している。

### 3.5 ポスト近代化法に向けた論点

本稿の問題設定に関連して興味深いのは、入会権研究者は、今日でも常に入会利用への権利主張の存在を前提に議論を組み立てている点である。もちろん植林には入会権者による労力・資金の投入が伴うものであったゆえ、その権利を擁護することは法律学としての当然の責務である。

しかし過少利用にある入会林野が多い現状から鑑みれば、違う角度からの考察も近代化法以後の状況について必要ではなからうか。例えば、近代化法の枠組でカバーできるのは、全入会権者の発意により農林業の高度化という利用増進を目指す場合の権利変換である。これに対して今日、多く問題となっているのは、入会林野の利用が低迷し、将来の利用目処もないため、入会集団も弛緩して入会権が不明瞭化しているようなケースである。この場合、必要な森林管理の実施のために全員一致原則を緩和して新たな意思決定枠組を作ること、入会権を消滅させる手続を設けて公有林化することを施策として考え得るが、近代化法ではこのようなケースは扱えず、入会林野整備意向調査で実態の把握が困難となっている入会は取り残されたままとなっている。

他方で、2.3で触れたように、林地台帳の整備、地籍の確定、施業の集約化といった市町村単位での広域的な取組の文脈から入会権の明確化が求められる場面が今後、増えてくる。そうであれば、強い利用を前提とした従来の入会権学説ではなく、過少利用を前提とした新たな理論枠組が求められるのではなからうか。次に入会の過少利用や適切なガバナンスを考える上で参考となるコモンズ研究の理論を見ていくことにしよう。

## 4. コモンズ研究およびアンチ・コモンズ論から見た入会制度

### 4.1 コモンズ研究とは

コモンズ研究とは、Hardin(1968)が誰の所有かはっきりしない「共有地(=コモンズ)」において

<sup>21</sup> それ以外の改正点としては、生産森林組合間での作業受委託の解禁、生産森林組合を発展的に解散して株式会社に移行する手続の創設がある。後者の点は、住友林業など多くの森林を所有する大手会社からの要望に基づくものであり、この改正がどのような影響をもたらすかについて経験的調査が求められる。法改正の内容や経緯については、前掲の林野庁職員へのインタビュー調査に基づく。

は各人が資源を過剰利用してしまう「コモンズの悲劇」という社会的ジレンマが生じると論じたのに対して、地域コミュニティベースの共同所有・管理制度(Common Property Regime)でも資源を持続的に利用・管理できる可能性を展望する研究を指す。

その代表的研究者であるオストロムは、地域コミュニティでのインフォーマルな社会規範や信頼の存在が資源を自治的に管理する上で重要な役割を果たすことを理論的に解明し、世界的に大きな影響を与えた。日本でもこのオストロムの影響を受けて学際的なコモンズ研究が活発に展開され、入会制度の仕組が持続可能な資源管理制度として再評価されるようになった(井上・宮内編 2001; 室田・三俣 2004)。

#### 4.2 オストロムにおける「制度」の概念

オストロムは、コモンズを共同管理するコミュニティベースの組織を「制度(Institution)」として捉える。ここで言う制度とは、日本語的な意味での国家法制度ではなく、英語や仏語の各種書式で自らの所属機関(Institution)を記入すべきことを指し示す際に用いられる意味に対応するが、オストロムは、この制度を「機能している諸ルールの組み合わせ(sets of working rules)」と定義し、ルールに注目した概念構成を行う(Ostrom 1990:51)。

そこで組み合わさっているルールとは、三層の構造を有している<sup>22</sup>。第一は、「制度設立に関する基底ルール(Constitutional Rule)」であり、これは、コモンズの資源を利用できるメンバーシップを定めたり、各人が有する基底的な権利や組織内のルールの制定・改正・運用の方法を定めたり、コモンズをどのような理念のもとで保全・管理するかを定めたりするものであり、制度そのものの憲法的ルールとしての性質を持つ。

第二は、「制度(体)で決定された中期計画的ルール(Collective Choice Rule)」である。これは、

どのようにコモンズの資源が利用・管理されるべきかについての中期的な目標や計画を先の基底ルールに基づいてコミュニティ組織が決定した内容に対応するものであり、頻繁に変更されるものではなく、一定の計画性・持続性を持つ。

第三は、「直接作用するルール(Operational Rule)」である。これは、コミュニティ組織のメンバーがコモンズを利用・管理しようとする際に従わなければならない具体的な利用規則を定めたルールである。いつ、どこで、どのようにして資源を用いることができるか、を定め、ルール違反に対してはどのようなサンクションがなされるか、も定めたルールであるが、資源とコミュニティの状況に応じて修正は頻繁になされる。

そしてこれらのルールをコミュニティ組織が運営することの長所を、オストロムは、第一に資源やコミュニティの状況変化に応じてルールを柔軟に修正できること、第二にルール違反があった場合、資源利用者である住民達はすぐにそれを発見し制裁できるためモニタリングコストが低いこと、第三に住民達はそこで生活を送っているため相互に信頼が醸成されており、組織の運営に熱心に参加することに求めた。

以上のような複合構造を持つルールを自ら運用しているコミュニティ組織は、仮に資源利用をめぐる紛争が生じても自治的にそれを解決するメカニズムを備えている点をオストロムは評価しており、日本の入会制度もこのような自治的な紛争解決機能を備えていたものとして評価の対象となった(Ostrom 1990:65-)。

このように見えてくるとオストロムが念頭に置いていた入会制度とは、高度な自治的ルールを備えた法的制度体であることがわかる。

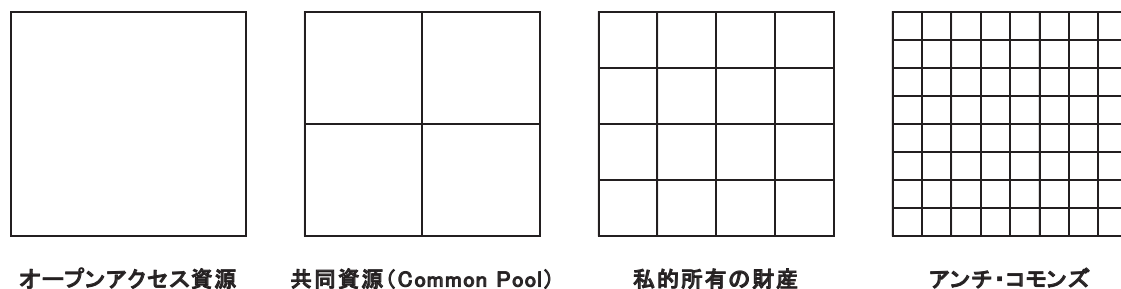
#### 4.3 入会権研究における法の概念

これに対して入会権研究の法社会学が依拠した法の概念は、「生ける法」の概念であった。生ける法とは、法社会学の創始者であるエールリッヒ(1984[1913])によって唱えられた概念であり、国家法が民衆の権利を十分に守るものでない場合、

<sup>22</sup> オストロムのルール概念については、高村(2012)および高村(2017)で詳しく論じた。



図3 ヘラーによる所有類型論



オープンアクセス資源

共同資源 (Common Pool)

私的所有の財産

アンチ・コモンズ

出典 国際コモンズ学会第14回世界大会(北富士大会)でのマイケル・ヘラーの基調講演時の資料

法社会学者は社会の中の「生ける法」を探求し、それを裁判規範へと昇華させることを通じて法の発展に寄与すべきことをエールリッヒは論じた。

しかし、この生ける法とそうでない社会諸規範とを区別するメルクマールをエールリッヒは十分に示さず、規範の違反行為に対して「集団の激憤感情」が起こった場合に生ける法は存在するとした。

この生ける法の概念に基づく入会権研究においても入会慣習が成立しているか否かの判定においては、入会集団が規約を備えていることは不要とし、入会林野への支配・管理の事実があれば良いとした。このようなメルクマールの設定は、実際に規約を備えていない入会集団も多く、そのような集団にも入会権を認めさせる実践的必要性があったことに基づくものであるが、このような立場は、入会集団に対して規約づくりを促し、権利関係を明確化し、紛争を自治的に解決する力を高めさせるといった方向での関与を生み出さなかった。

入会集団の意思決定ルールは、全員一致原則が常に妥当するとされ、仮に村落の総会で反対意見を述べる者があっても、「村の「オモダチ」「指導者」「有力者」が長い時間をかけて説得する」(川島 1983[1972]:219)、役員がその者の家に訪れて義理人情に基づき説得するような形の合意形成でも良いとされ(中尾 2003a:332)、村落のありのままの姿が肯定された<sup>23</sup>。よって生ける法論からは、

オストロムの制度論とは異なり、法的な自治的ルール形成を通じて各構成員の権利を保障し、村落の民主化を進めていくという展望が示されなかった。

#### 4.4 アンチ・コモンズの悲劇

オストロムに加えて入会林野の過少利用の要因を分析していく上で有益な理論となるのが、アメリカの所有法学者ヘラーが提唱したアンチ・コモンズ論である。ヘラーは、通常の所有の三類型、すなわち資源へのオープンアクセスが許されている「公的所有(Public Property)」、資源を共同で利用できる資格が一定のメンバーに限定されている「共同所有(Common Property)」、個人が排他的に資源利用できる「私的所有(Private Property)」に加えて、アンチ・コモンズという所有状態を新たな類型として提起している。

アンチ・コモンズの所有状態とは、所有権の分割化・細分化が進み過ぎた結果、望ましい資源の利用に必要な全員による合意形成が極めて困難になり、資源の過少利用が生まれる状態を指すものである。ヘラーは次のような定義を与える。

「アンチ・コモンズの所有状態とは、多数の所有者が、稀少な資源から他者を排除する権利を持

<sup>23</sup> 日本社会の前近代的な社会構造と法意識を問題にした川島において入会慣行のみがそのありのままの姿で

肯定されているのは、興味深い点である。川島自身が入会に関心を持ったきっかけは、戦時中に疎開した長野県下伊那の下久堅村で村役場に住民登録をしたにもかかわらず、村落の入会集団の仲間としてはまだ認められていなかったために食糧配給を受けることができなかったというショッキングな体験にあった(川島 1983:313)。

っており、誰一人として効率的な利用特権を有していない状態のことを指す。あまりにも多くの所有者が利用を拒絶する権利を持っている場合には、資源は、必然的に過少利用となる。これが、「アンチ・コモنزの悲劇なのである」(Heller 1998:624)

ここでヘラーが問題としているのは、一つの資源に対して非常に多くの権利者が発生し、その資源を望ましい形で利用しようとする場合、全権利者からの同意を必要とするため、取引コストが非常に高くなり、だれもそのコストを引き受けることができないため、資源の利用がロックされた状態に陥るといふ現象である。

このアンチ・コモنزの悲劇は、入会集団の全員一致原則にも当てはまる可能性がある。これまで、入会林野の過少利用の要因は、木材の輸入自由化、国産材の価格低迷、農山村の社会生活の変化といった外在的で社会経済的な要因から説明されていた。しかし、全員一致原則が入会集団での合意形成コストを極端に高めて土地取引や管理委託を事実上不可能としていることは、川島においても認識されていた事実であり<sup>24</sup>、過少利用の生み出す法的・所有権制度的な要因を実証分析していく上でアンチ・コモنز論の理論は魅力的な仮説を提供する。

全員一致原則は、拒否権を持つ権利者が多いこ

<sup>24</sup> 川島は次のように述べている。「一般に入会地——共有入会地であるか地役入会地であるかを問わず——の取引は、入会権者全員の同意を要するという点での困難を伴う、ということが常識化している。農山漁村で土地を買ったり借りたりしようとして、あの土地は『共有地』(共有入会地は『共有地』と呼ばれることが多い)だから、取引は難しい」とか、「買えません」と告げられた人は少なくない筈である。事実において、入会地の売買や賃借(地上権設定をも含めて)が問題になると、入会部落民全員の同意を得ることは大へんにむずかしい(川島 1983[1972]:219)。ただし、川島は、この全員一致原則の存在が入会地を資本的企業に売却されることをブロックする役割を果たしている点を評価している。これに対して本稿の問題関心は、森林組合等と作業委託契約を結んだり、路網整備のために入会地の一部を処分したりといった望ましい森林利用を実現していく場面で全員一致原則が過剰な取引コストを生み出し、利用をロックしているのではないか、という点にある。

とに伴う法的アンチ・コモنز状態と言えるが、広域・空間的な視点から見ると、権利関係が明確でないため路網整備が不可能な入会林野が山の中に散在することは、山全体の効率的な利用を難しくする空間的アンチ・コモنز状態として捉えることもできる。

ヘラー自身は、「アンチ・コモنزの悲劇」仮説に基づく実証分析を行っていないが、入会林野や森林全体の過少利用の原因が法的・所有権制度的な要因に基づくか否かを実証的なデータに基づき検証する研究は、法社会学というアプローチによって望ましい方法論となろう<sup>25</sup>。

#### 4.5 コモنز研究からの視座

コモنز研究から得られた視座をまとめておこう。オストロムのルールの複合構造=制度論からは、入会制度の適切なガバナンスを実現していく上では、規約づくりの支援といったシビル・ロー・エンジニアリング的な発想(大村 2005)が本来必要であったにも関わらず、どのような入会でも救済することが生ける法論の主眼に置かれたため、そのような発想が育たなかったという死角の存在を発見することができた。

<sup>25</sup> アンチ・コモنز論が法社会学の研究史に照らしても魅力があるのは、稲本(1966)による資本主義法の歴史的分析と結論は逆であるが対象において重なる所があるからである。稲本は、各国の現代法現象を比較分析するに際しては、「市民革命期から産業革命期までの、原始的蓄積の本格的・最終的過程における国家法」の体系・性格・役割を分析することが各国の法の類型を把握する上での出発点となるとし、フランス法に則しては、稲本(1968)でナポレオン民法典での均分相続制度と賃借権への保護が土地所有の細分化をもたらし資本制的借地農場経営者が土地集積を実現していく上での重要な基礎をなしたとした。資本制借地農場経営者が、土地集積の高い取引コストを引き受けたのかもしれないが、ヘラーの理論に照らすと、土地所有が細分化したり、一物一権が崩れたりといった現象は、土地の集積や一体的利用を妨げる条件として否定的な評価が導かれる。よって稲本とヘラーの見解の相違は、掘り下げてみる価値がある興味深い論点である。なお近年のフランス農業経済史研究の伊丹(2003)では、実際の農民の行動はもっとしたたかかつ多様であり、稲本が論じたのと反対に相続における農地の分割を回避する実践が取られていたことが明らかにされている。

ヘラーのアンチ・コモンズ論からは、入会の全員一致原則が取引コストを高め、路網整備や間伐委託等の望ましい土地利用を妨げ、そのような土地の存在が山全体の効率的な利用を低下させている可能性があるのではという仮説を導くことができた。

次にこれらのコモンズ研究から得られた視座から見てこれまでの入会権学説や近年の判例や立法の変化はどのように読み直すことができるのか、を検討していくこととしよう。

## 5. 入会権学説の再読と判例・立法の変化

### 5.1 入会問題の起源

遠回りとなったが、まずは、民法・法社会学の研究者がなぜ入会権の問題に取り組まねばならなかったのか、その前史を簡単に見ておこう。

入会慣行は、徳川時代に起源を持つ制度である。徳川時代の農業は、山から刈ってきた草を田畑に踏み込むことで肥料としていたので、林野利用は生存基盤そのものであった(戒能 1956:79)。よって領主は、入会林野の利用を農民達に対して認めていた。そこには、単独の村落が利用を認められた村中入会と複数の村落の共同利用を認めた数村入会の2種類が存在した(戒能 1943:32)。「入会(いりあい)」という言葉の起源は、後者の村と村とが一つの山を入り会って利用するという意味に由来する。

明治政府が成立して地租改正が実施され、地租の単位を確定するために地券交付が1872年(明治5年)に行われたが、この時点では、入会林野は、官有地でも民有地でもない第三のカテゴリーとしての公有地に分類された(戒能 1943:104-)。しかし、所有を官有か民有かのいずれかに区分させようとする1874年(明治7年)の官民有区分においては、公有地というカテゴリーは廃止され、入会林野の所有権は、官有か民有かいずれかに編入されることになる。

政府はできるだけ官有地として編入することを推進し、特に1889年(明治22年)の町村制施行に際しては、民有区分の一つとして旧村名、字、

組等の団体名義で地券を受けた入会地を新町村の公有財産に組み入れることを強力に進めた(戒能 1943:302-)。これへの農民の反発も強かったので妥協の仕組として財産区制度が創設された(渡辺編 1974)。

政府は官有地となった入会林野への村民の立ち入りを禁止したり、民有地となった入会林野でも登記簿での名義上の所有者が村民に林野の利用を禁じたりといった措置を取った<sup>26</sup>ため、全国各地で入会林野の利用をめぐる紛争や訴訟が相次いだ。

1898年(明治31年)に公布された明治民法は、農民にとって入会林野の利用が切実なものであることを背景に入会権を私権として2つの条文(地盤所有権のある入会権(263条)と地役的権利としての入会権(294条))において認め、その権利の内容は、「各地方の慣習に従う」とした。しかし、その翌年に公布・施行された不動産登記法では入会権は登記できる用益物権の一つとされず、村落は法人ではないことから登記名義の主体とはなれなかった。よって入会権は、不安定な権利のままとなった(川島 1983[1968]:103-)。

その後も政府は、地盤所有権が公有である場合の農民の入会林野に対する権利は、公権力が許す範囲で利用が認められる旧慣使用权に過ぎないとする入会権公権論の立場を固持し、市町村財源の確保と拡大造林のため入会林野を公有財産へと編入する部落有林野統一政策を推進し続けた<sup>27</sup>。

<sup>26</sup> その典型例が戒能(1964)がヴィヴィッドに描き出す小繋事件である。

<sup>27</sup> 部落有林野統一政策は、帝国主義国家へと伸長し、増大する木材需要に対する造林策がスタートした1910年に開始し、第二次世界大戦に突入した1939年まで続く。統一政策が終焉したのは、疲弊した農山村を更正する運動が部落を中心に進められるようになり、部落の基盤が戦争遂行において重要性を帯びるようになったからである。第二次世界大戦後のポツダム宣言に伴う命令により部落会の解散が命じられた際、入会財産の主体たる部落もこの解散にかかること解されたため、入会林野の登記名義上の所有主体を部落・字名から個人有、記名共有、市町村有に切り替えるということも行われた。部落有林野統一政策については、川口(1998)と山下(2011)を参照。

また戦後には大規模な町村合併を実施した町村合併促進法(1953年)で大合併前の旧町村の公有財産を旧町

## 5.2 入会権学説の地平

以上の歴史に見られたように、入会権を擁護しようとする法学者にとっての闘いは、その土地を公有地化したり、公有地上の入会利用を制限したりしようとする政府の政策に対抗し、私権としての入会権の性質を裁判所において承認させるということにあった。

その際、村落が行政団体である町村に編入されず、独自の人格として農民達の入会的共同利用を許す権利主体であることを論証するために法学者達が依拠したのが、ドイツのゲールケの法学者であるギールケの實在的総合人(reale Gesamtperson)＝総有権(Gesamteigentum)論であった。日本の民法・法社会学の特徴は、このギールケの法概念を読み解きながら、それを実態調査から明らかとなる入会集団の慣習の構造に結びつけながらそれぞれの法解釈論を提示・正当化した点にある。

それでは、各研究者が捉えたギールケの総有概念がどのようなものであったか、そしてその総有概念の理解を現実の入会慣習の構造にどのように結びつけたのか、を以下で見ていくことにしよう<sup>28</sup>。またその際、入会集団が入会林野の利用・管理を低下させるという現象が生じた場合、その現象を法的にどのように捉えるべき、と各自が論じていたかも、そのような記述が確認された場合に注目していくこととする。

### 5.2.1 中田薫——ギールケの法概念の導入

我が国で最初にギールケの實在的総合人の概念を導入し、その概念に基づき近世から続く日本の入会権の性質を説明したのは、法制史の中田薫である。中田は、入会権の主体たる村落の實在と、その實在が各村民と相対立するローマ法の法人のような抽象的人格ではなく、各村民の人格がその中において吸収されずに総体として村落の人格の一部として存在していることを説明するためにギ

ールケの實在的総合人の概念を用いた(中田1949)。

この視点は画期的なものであったが、他方で中田法制史学は、我が国の近代法の枠組を所与のものとして前近代の法関係を説明する傾向があり、例えばある村が他の村が地盤所有する入会林野を利用する法関係を債権的収益権としたり(中田1949:231)、1889年の町村制の施行後、村落は行政団体である町村の中に発展・解消したとする入会権公権論の源流となる立場<sup>29</sup>を唱えたりした(同上 279-)。よって中田の議論は、入会権の権利の基盤を弱めるものとなり、次の戒能によって批判されることとなる。

### 5.2.2 戒能通孝——支配的・占有的関係としての総有

中田が實在的総合人という法概念を用いながらも明治以降の入会権を近代法の枠の中に入れてその法的性質を理解しようとしたのに対し戒能通孝は、近世において農民に土地の「所有」という観念はなく、進退という利用が領主より許されている「所持」の観念があったに過ぎないとし、入会慣行が近代法にはまり込まない独自のものであることを強調した<sup>30</sup>(戒能 1943)。

民法に共有の性質を有する入会権とそうでない入会権という2つの条文が別個に存在することに対しても明治以前にそのような2種類の入会権が別々に存在したのではなく、官民有区分のために地盤所有権が村落に与えられた入会とそうでない入会とが生じてしまった結果に過ぎないものという理解を示し、2つの条文の差異を相対化した(戒能 1956:97)。ただし村落は、中田のように町村制

村の単位で管理するため新財産区制度が導入された。渡辺編(1974)を参照。

<sup>28</sup> 本稿が扱う入会権研究者の総有概念がどのようなものであったかについては、古積(2015)、古積(2016)が見通しのよい整理・分析を行っている。本稿の記述もそれに負うところが大きい。

<sup>29</sup> このような公有地化という帰結を前提とする中田においては、入会集団の管理低下に伴う所有権の帰属という問題は当然ながら念頭に置かれない。

<sup>30</sup> また所持を許した封建領主も所有権を持っていた訳でなく単に領有権があったに過ぎないことから戒能は、封建領主を引き継ぐ形で入会地を官有地編入した明治政府の施策の権原に正統性がないことを主張した。この戒能説に対して川島(1951)は、近世の封建領主に近代的な私的所有権がなかったことには同意しながらも、それが持った権利は単なる領有権ではなく、さまざまなグラディエーションがあったことを指摘する。

の中に解消したのではなく、行政単位としての側面は近代的な町村制の中に組み入れられても生活共同体としての村<sup>31</sup>の側面は町村制以後も独自のものとして存続しており、入会への権利は、そのようにして生活共同体としての機能を維持している村落、すなわち総体としての村落民に帰属すべきものとした(戒能 1943:302-)。

戒能においては、総有は、所有類型の一つと言うよりも、入会林野の利用が村落民全体でなされている事実状態を指す概念として用いられた<sup>32</sup>。よって登記することのできない入会権の対抗要件は、農民が鎌を持って林野に立ち入り、草を刈ってくるような入会的労働自体が誰の眼にもみえる形を取っていることに求められ、そのような利用がなされなくなり村落民が総体として林野への立ち入りを止めてしまうと入会権は対抗力のみならず権利自体をも失うものとされた(戒能 1956:97-)<sup>33</sup>。

この戒能の理論は、そのような農業的利用の必要を低下させつつある入会地への村落民の権利を

<sup>31</sup> ただし松沢(2013)および松沢(2016)は、近世の村落の共同性は、村請制という年貢徴収の単位が村落であったことに伴う連帯責任に基づくものであったため、行政村に対して村落自治的な自然村を対置させてきた法社会学者の村落理解に疑問を投げかけている。またコモンズ研究に対しては、明治期以降の官有入会地に対して農民は村落による共同利用を求めたのではなく、各自の耕作地として開墾を無断に行っていたこともあるため、地域コミュニティによる共同管理というコモンズ研究の物語とは異なる現実があったことも問題として提起している(松沢 2016)。

<sup>32</sup> ゲルマン法史に関する研究史を批判的に検討した上で戒能は、総有概念について「かくの如き支配関係の本体は、恰も所有的観念を仮設するの要がなく、極めて素直に支配的・占有的関係と言ってしまえば足るのである」と結論づけた(戒能 1943:22)。

<sup>33</sup> また戒能は、「入会権の放棄は、全員の同意もしくは全員が入会の必要を失ったときに発生する」、「入会権の放棄によって対価を受けた場合には、その対価が入会団体の構成員間に分配されるのは当然である」とも記し(戒能 1956:100)、入会権消滅の手続や消滅後の権利関係についても具体的に論じていた。また加藤(2007)も古典的利用形態の入会権の消滅を検討し、地盤入会権の消滅後は、その土地所有権は構成員の単純共有となるのを当然としている。民法学の論理からすれば、総有権解体後は共有となるという結論は確かに当然であろうが、実際においては共有権者となる構成員のメンバーシップや各自の持ち分の確定が難しいという現実もある。

危うくするものであるため批判を多く招くことになる(川島 1983[1968]:106)。ただし戒能の理論と実践において特筆されるべきなのは、このような入会慣行の弛緩を防ぐために入会集団に対して規約づくりを行うことを推奨し、その実践に自らも深く関与したことである。

戒能が規約づくりを支援した北富士の忍草入会組合の規約<sup>34</sup>では、入会組合の理念や入会権者のメンバーシップを最初に定めた上で、入会権者の全員一致が必要な事項と役員会によって決定できる事項とが明確かつ具体的に定義されており、規約を通じた事業理念や権利の明確化、入会集団の法的制度化がなされている。このような中身を伴う規約づくりの支援は、他の入会権研究者にはない戒能独自の実践であり、そのような実践の必要性を論じる本稿にとって戒能の入会理論<sup>35</sup>は、継

<sup>34</sup> 戒能の入会との関わりは、大学教授を辞して弁護活動に携わった小繫事件が有名であるが、自衛隊の演習場として入会地が接収されそうになったことに抗した北富士の忍草の入会集団の闘いを支援する活動を行ったことも戒能の入会理論を知る上では貴重なものとなる。双方の闘いを比較分析する畑(1963)は、入会権という法概念が両運動において果たした媒介・統合的機能を社会的に分析する。

北富士の他の多くの集落が入会地の農業的利用の継続を断念し、自衛隊と金銭補償の交渉に入ったのに対して忍草は、入会権に基づき演習場としての利用への反対運動を継続した。その際、忍草集落は、入会権を明確化するため規約に基づく忍草入会組合を結成した。その規約内容は、林野制度研究会(1969)で全文の掲載はないが詳しく紹介・検討がなされている。そこでは組合結成が入会地の保護管理をなして構成員の農業経営を維持するという理念に合意した全入会権者の総意に基づくものであり、これを解散するには全入会権者の全員一致の同意が必要としているものの、入会権者のメンバーシップを確定したり、入会地の整備、植林、開墾のために入会地を部分的に処分したり、入会財産の管理行為を行うといった事柄については、総会ではなく各組長が集まる総代会で決することができることとされている(林野制度研究会 1969:394)。この規約づくりによって、入会集団の事業理念を定位し、どの事項に全員一致が必要で、どの事項が役員会で決定できるかが明確化されているのは、本稿が展開する議論にとって示唆が大きい。

<sup>35</sup> 他方で前注の規約が一定の手懸かりとなるものの戒能が入会集団の意思決定原理を全員一致原則としていたのか、多数決原理を認めていたのか、定かではない。戒能(1956:99)では、「入会権の行使形態は、慣行または入会権利者総員の承認した規約によって定められる」と

承・発展させるべき魅力的な内容を持つ。

### 5.2.3 我妻栄——団体の統一性の重視

ところが通説・判例となったのは、入会の歴史研究と実態調査の双方を行い裁判にもコミットした戒能の理論ではなく、そのような活動をさほど行わなかった我妻栄の学説であった。

我妻は、石田(1927)の団体主義的な要素を強調するギールケ理解を媒介に管理・処分の権能は団体に帰属し、個々の村民は「雑草・秣草・薪炭用雑木等の採取」による収益権を個別に有するのみとする権能分属論を唱え、このように権能が団体と構成員に分属している権利関係を総有ないし実在的総合人とした<sup>36</sup>。

また我妻の定義では、権利能力なき社団の財産関係も総有と位置づけられるため(我妻1951:116)、社団と実在的総合人の相違が薄まることとなった。先に説明した中田によるギールケの実在的総合人の説明においては、各村民の人格が村落の中において吸収されずに総体として村落の人格の一部として存在しているという理解が示されていたが、権能分属論を唱える我妻においては管理・処分の権能は団体に属するため、各村民それぞれの存在性である構成員の複多性(Vielheit)は、団体の統一性(Einheit)の前に弱められることとなる<sup>37</sup>。

しながらも、通例では「寄合を開き、ほぼその全員に近い多数の支持」によって入会の利用ルールが議決されるので、「寄合における単純多数決は意味をなさない。けれど部落総体の三分の一、四分の一というような多数の人々が反対する提案は、実際上その効果を及ぼし得ない」としており、ルールが仮に多数決原理を認めていたとしても事実上は全員一致がなされている点を強調している。忍草入会組合の規約も総代会の決議に各種の事項が委ねられることが定められているが、その決議が多数決原理なのか全員一致原則なのかは規約上明確になっていない。

<sup>36</sup> 我妻は次のように入会権を定義する。「入会権は、一定の地域の住民が、一定の山林原野等において、共同して収益-主として雑草・秣草・薪炭用雑木等の採取-をする慣習上の権利である」、「入会権においては、目的地の管理処分の権能は、部落自身に帰属し、収益の権能は、部落民各個に帰属する。権利は質的に分属する」(我妻1952:294; 300)。この我妻の総有理解への石田の影響に関しては、古積(2016)を参照。

<sup>37</sup> 我妻が入会集団の意思決定ルールを多数決原理で良

### 5.2.4 川島武宜——構成員の複多性の重視

川島の入会権学説の主たるモチーフは、この我妻の権能分属論、すなわち管理・処分の権能が団体に帰属するとした点を批判することにあつた(川島1983[1968]:70)。

川島においても実在的総合人という概念が入会集団の団体的性質を説明するために用いられるものの、川島による説明では、村落それ自体が団体として実在しているという説明は避けられ、多数入会権者が「何村百姓一同」といった表現を持って集合している状態が実在的総合人であるとされ、入会集団が入会権者の総体とは別個の団体として存在するわけではないことが強調された(同上71)。

このように諸個人の並列状態として入会集団を捉える川島においては、管理と処分の権能も団体に帰属するのではなく、構成員全てに共同して帰属する<sup>38</sup>とされ、入会の利用方法や管理内容の変

いとしているのか、全員一致原則が妥当なものであるのかは、明確ではない。入会権の廃止に関しては、入会権者全部の同意を要するとしているが(我妻1952:304)、それ以外に関して記述はない。なお我妻に影響を与えた石田においては、入会集団の意思決定ルールとしては多数決原理が採用されるべきことが強調されている(石田1927:203-)。

<sup>38</sup> よって多くの入会権研究者が各入会権者に持ち分があることを観念することを否定したのに対し、川島ではそれが肯定された(川島1983[1968]:73-)。その現実的な根拠は、入会権者が離村する際にその入会権につき金銭の補償を受ける慣習を持つ入会集団も多いことに求められたが、実践的な意図としては仮に入会集団が弛緩してきた際に地盤の権利が公有地化されることを避け、私有財産として各入会権者に分配されるべきという考えがあった(同上74)。

しかし、川島が歴史の発展とともに入会権は解体・消滅し、個別的な私的所有権に転化すると考えていたかは、定かではない。川島(1949)での入会権に関する記述は、意外に少なく、それが豊富な加藤(2001)と対照をなす。その理由は、近代的所有権の成立を生産関係の変化からではなく、商品交換から基礎づける川島の方法に由来すると思われる。川島(1949:203)でも入会集団の総有関係が近代法体系において問題となってくるのは、それが法人でないため商品交換の客体たるに不適當である点に求められている。

この川島(1949)の方法に対して戒能(1952)は、ゲヴェーレに対して占有訴権が付与されたことで占有侵奪者としての大領主に対抗する国王裁判所の権力が強められて近代国家化が進んだという政治史、すなわち「絶対

更、権利の処分を行うには、構成員の全員一致が常に必要とする全員一致の法理が提唱される(同上 72, 101)。

他方で川島は、入会集団の実態の組織的な調査に基づき、入会林野の利用形態や集団と構成員との関係が社会の近代化に伴い大きく変化してきていることを発見し、入会の利用形態を以下の4つに分類した(同上 70-)。

第一は、古典的利用形態であり、そこでは入会地が個々の入会権者に割り当てられることはなく、皆が同じような形で入会林野に立ち入り、そこで採取した産物(小柴・下草・かや・用材・木材等)を各入会権者は自己の個人的所有とできる利用形態である。入会集団は、採取の時期、内容、手段を資源利用ルールとして決めるが、そのようなルールの定立や変更においては入会権者全員の同意を要した。これが入会権のもっとも普通の利用形態とされた。

これに対して第二の直轄利用の形態は、入会集団が団体としての直轄事業としてその統制のもとに植林・造林等を行う形態を取り、そこでは入会地の利用や産物の取得が入会権者個人の自由に委ねられておらず、個別利用の禁止ルールを団体として有した。このような直轄利用の形態は、明治以後の政府の植林政策の推進の結果、全国に広がっていくことになった。

他方で第三の分割利用の形態は、この直轄利用形態とは逆の方向に進んだ利用形態である。この利用形態は、通常、割山・割地と呼ばれ、入会地を分割して個々の入会権者に割り当てその個別利用(家畜用草地、植林、家を建てる)を許した。しかし、これは民法上の共有と異なり、分割請求ができず、入会権者の離村により当然に失権するため持ち分が観念されなかった。

最後の契約利用の形態とは、入会集団が入会権者もしくは入会権者でない者と契約を締結して入会地の利用を許す形態であり、利用料を対価として徴収する形を取った。この利用形態も農民が直

接入会林野から糧を取ってくる必要がなくなり、入会地の利用や管理を特定の者に委ねる傾向が強まるに連れ増えていくことになった。

そして川島は、このような利用形態の変化を「入会権の解体」と名付けた。ただし、ここで言われる「入会権の解体」とは、権利としての入会権が解体したという法学的な意味ではなく、入会の利用形態のかつてのものが解体し、大きく変化してきているという社会学的な概念として用いられている。

解体的な変化とは、複数村が入り会った数村入会が解体し、単独村落による村中入会が主流となっていくこと、古典的利用形態が分解していき団体直轄利用、分割利用、契約利用といった種々の個別権利形態を含むようになっていったこと、かつての入会紛争が村落と村落の間の境界確定や利用ルールに関する集団 vs 集団の争いが中心であったのに対して今日では集団内部の統制が低下したため集団内の紛争が自律的に解決されずに裁判に持ち込まれることが増えてきたこと等、様々な変化を総合的に指すものとして用いられた。このような巨視的な視点は、入会集団の変化を近代化という歴史的パースペクティブの中で科学的に分析しようとするものであり、学際的コモンズ研究においても類例のない貴重な理論と言える<sup>39</sup>。

しかし川島は、このように入会の利用形態が解体的に変化していったとしても入会の利用ルールを定めたり、管理内容を変更したり、土地を処分したりといった入会集団の意思決定は、古典的利用形態における慣習ルールと変わることなく全員一致原則が適用され続けるとし、利用形態の大きな変化という社会学的認識を入会権の解釈論という法的判断には結びつけなかった。

### 5.2.5 中尾英俊——全員一致法理の純化

この川島の全員一致の法理を継承し、この法理を入会地の開発を阻止するための少数入会権者による訴訟において活用することで入会権に環境保全的な機能があるという議論を展開したのが中尾

制と近代社会との間にあるつながり」が捨象されている点を問題にした。

<sup>39</sup> このような視点からの日本の法社会学の特徴づけとして、林・金澤(2014)を参照。

英俊である。

中尾は、入会権プロパーの研究者かつ弁護士として各地の入会権訴訟に携わりながら、入会権の判例集の編集(中尾編 2004; 中尾 2007)や解説書(中尾 2003a, 2009)の執筆も精力的に行い、川島理論を継承する入会権研究者として活躍した。

しかし、中尾の議論の組み立て方は、川島やこれまでの研究者と異なり、入会権の慣習から出発するのではなく、入会権の2つの条文から出発し、それらの条文が位置する共有や地役権についての一般規定を準用しながら入会権の内容を説明・正当化するという特徴を有した。

中尾においては、入会権が規約で入会地の管理内容の変更を総会による多数決に委ねるとしていた場合や入会権の慣習としてこれまで役員会で決めてきた慣習が仮にあったとしても共有の性質を有する入会権の条文には、民法の共有の節の規定、すなわち「各共有者は、他の共有者の同意を得られなければ、共有物に変更を加えることができない」とする251条が適用されるとの主張が展開され、多数決原理を定めた規約やそのような慣習は、この規定に反するゆえ無効とする結論が導かれる(中尾 2003a:328; 中尾 2009:212)。

このような主張を行う中尾の実践的な意図は、入会林野が産業廃棄物処理場等の迷惑施設の立地場所として狙われることが増え、村落の有力者達がそのような開発に賛同し、少数の住民の反対を抑え込みながら土地の賃貸や処分の決定に踏み切った場合にその決定の無効確認を少数の住民達でも裁判所に求めることができるようにすることにあった(中尾 2003b)。中尾は、訴訟で無効確認を可能とする全員一致の法理を入会権の環境保全機能として現代的な位置づけも与えた(中尾 2003b)。

しかし、規約で定めた内容や慣習を否定してまで入会権の内容の変更を全員一致を求める中尾の学説は、林学者から実際の森林経営の阻害要因となるとの批判を招いた<sup>40</sup>ように、規約に基づき入

会林野の管理運営を行っている入会権の組織基盤を不安定化させる。また今後の規約づくりの妨げともなり、適正に森林管理がなされるという意味での環境保全にはマイナスの効果をもたらしかねない<sup>41</sup>。

また先のような実践的な意図を持つ中尾においては、入会権の消滅は極めて限定な場合でのみ生じるものとされ、特に地盤所有権が入会権にある共有の性質を有する入会権については、入会権者が長期間、林野を利用しなくなり、外部から入会権者が管理しているかはっきりしなくなっても入会権者の全員の同意により入会地の消滅や処分の決議がなされない限りは、なくなる権利<sup>42</sup>であるとされた(中尾 2003a:329, 333, 348)。

川島が行った社会学的な観察と法的判断の切り離しは、中尾において一層強化され、入会権に適用される法的ルールは、慣習や規約ではなく実定民法の規定から導かれるべきものとされた。生ける法研究としてスタートした筈の入会権研究は、このようにして実定法学化し、生ける法の存在を逆説的に否定するまでに至った。

### 5.3 判例の変化

法学説が全員一致法理を入会権の本質として固

---

機応変に事業計画の策定や各種事業の実行に当たらねばならない。かかる「事業体」の運営に関する(入会地の管理に当たる)事項の決定は、入会権の総会に付議した場合でも、時間をかけて全員一致の結論を得る方式には馴染まない。そこで効率的運営という視点から、概ね多数決により処理することになる(半田 2010b:30)。この半田の書評においては、共有の節の規定を適用して入会権の全員一致法理を導く中尾の法的議論の立て方にも批判がなされており、本稿にとって参考になる点が多かった。

<sup>41</sup> 中尾においても入会権の内容を変更しない管理行為は、多数決でも可能とされている(中尾 2009:213)。ただし全員一致が必要な管理行為とそうでない管理行為を区別する基準が具体化されておらず、またその区別を規約に委ねることを否定する議論を中尾は立てているため、入会の管理運営を不安定化させる結果を導いている。

<sup>42</sup> 事実認定や法的判断の是非については留保がいるが、中尾(2008)が批判する後述の判決の事案では、入会地の使用収益が40年以上前からなされていないため入会権の時効消滅が一つの争点となった。

<sup>40</sup> 林学者である半田(2010b)は、中尾(2009)への書評として以下のように論じている。「入会権の代表者は、対内的な統制と対外的な信用の維持に配慮しながら、臨



定化する方向に向かって行ったのに対し、判例の方は、この間の入会集団の変化に対応する形で法理を変更させつつある。従来判例は、川島=中尾の法学説に沿う形で入会地の処分や管理内容の変更には、入会権者の全員一致が必要であるという立場を取ってきた。

しかし、近年では、入会集団は、実在的総合人ではなく権利能力なき社団であるという理解が判例で示されるようになってきており、このことに対応して入会集団がその規約で定めたルールに基づき行った意思決定を有効と判断するようになっている。

この変化が最も強く現れ、多くの研究者による論評<sup>43</sup>を伴ったのが、山口県の上関町での原発立地に伴う入会地処分の有効性を判断した平成 20 年 4 月 14 日の最高裁判決<sup>44</sup>である。この裁判は、原発用地のための入会地の処分が役員会の全会一致の決定に基づいてなされたことに対して原発立地に反対する原告である少数派住民がその処分につき全入会権者による同意を得ていないことを理由にそれが無効であることを主張したものである。

最高裁判決は、役員会の決議により入会地の処分をできるとしている規約やこれまでそのような手続で入会地の部分的処分を行ってきた慣習を有効なものとして認め、原告らの主張を退けた。よってこの判決には多くの批判もなされている。確かにこの判決には、事実認定の点で問題もあり、本稿も判決を是とするものではない。また原発立地という住民に取り返しのできない巨大なリスクを生じさせかねない案件に通常時の意思決定ルールを適用するのも妥当ではないと考える。

しかし、入会集団を実在的総合人ではなく、権利能力なき社団と位置づけ、全会一致原則ではなく規約に定めた意思決定ルールを優先させる判決は、これ以前から続いていた<sup>45</sup>。判例は、意思決

定ルールを明示した規約を備えて多数決原理による総会運営や役員会を中心とした運営を行っている入会集団に対しては、実在的総合人ではなく、権利能力なき社団との位置づけを与え、規約に基づく意思決定を有効とするようになっている。古積(2015)が分析するように近年の判例の変化は、入会集団の実質がこれまでの法学説が依拠したモデルである古典的利用形態から大きく変化しつつあることを捉えた「時代の流れによる入会集団の変質に依拠した判断」として理解する方が正しい認識であると思われる。

#### 5.4 立法の変化

また最近の立法も全会一致を追求することの不具合を修正し、社団的な枠組を入会の受け皿とすることで入会財産の保全を図ろうとしている。

先に生産森林組合からの認可地縁団体への移行が増えていること、最近の森林組合法の改正でもそれを後押しする内容となっていることを説明したが、2014年の地方自治法改正でも入会集団の認可地縁団体化の促進が図られた<sup>46</sup>。

地盤所有権のある入会権の登記上の名義は、村落の世帯主全てが記名共有された多数共有となっている場合が多い。死亡や転出が生じても名義変更がなされず、相続も何世代に渡って発生しているため名義と実際の権利者とは大きなズレが今日生じている。このような場合でもこれまでの入会権学説に基づけば、登記上の名義は nominal な名義に過ぎず、入会集団の決定こそが権利変動の要因となるとされていた(川島 1983[1968]:107; 中尾 2003a:196-)。

しかし、入会集団の統制が弱まる今日においては、集団の決定よりも登記からたどれる名義上の所有者の権利が人々の意識や実務において重みを

<sup>43</sup> 中尾(2008)、鈴木(2009)、矢野(2013)を参照。

<sup>44</sup> 最一小判平成 20 年 4 月 14 日民集 62 卷 5 号 909 頁。

<sup>45</sup> 最三小判平成 6 年 5 月 31 日民集 48 卷 4 号 1065 頁と最二小判平成 18 年 3 月 17 日民集 60 卷 3 号 773 頁。入会集団を権利能力なき社団とみなすか否かは、入会権に関わる訴訟においては全入会権者による訴訟提起を不

可欠の要件とする固有必要的共同訴訟論と密接に関わる論点であり、訴訟法と関連させた掘り下げた検討を要する。社団として見做されるならば、入会集団の代表者による訴訟でも原告適格を備えたものとして訴訟が受理される。判例の詳しい検討については他日を期すこととしたい。

<sup>46</sup> 改正の内容は、山野目・後藤(2016)を参照。

持つようになる。ところが全所有者を見つけ出し、合意を形成するのは容易なことではない。そこで地方自治法の改正は、このような多数共有者問題を解決するために全ての権利者の中で連絡がつかずに合意を得ることができなかつた者がいても市町村長による公告手続を経ることで認可地縁団体による不動産所有の登記を可能とする道を開いた。

アンチ・コモンズ論の視点からすると、全員一致が求められることによる過剰な取引コストを引き下げ、明確な規約を備えた認可地縁団体制度において入会地の利用方法を決定できるようにするこの法改正は、高く評価できると言える。しかし、これまでの入会権学説からすると多数決原理を採用し、法人所有となる認可地縁団体への移行は、入会権の本質とは異なる原理を持ち込むものと映ることとなろう<sup>47</sup>。

### 5.5 小括——学説・判例・立法の検討のまとめと本稿の立場

以上に検討してきた入会権学説の推移と判例・立法の最近の動向を小括しながら、本稿の立場を示すこととしたい。

明治・大正期における入会権は、農民の生存基盤を支える生ける法であり、それが法たるゆえんは、支配・利用という事実的行為の強さに求めることができた。それゆえ明治民法においてもどのようなルールが入会に妥当すべきかは、各地方の慣習に委ねられるとされ、入会権研究者は、生ける法の社会学的な調査を豊富に行い、そこで観察された生ける法に基づき入会権を擁護した。

その際、この生ける法たる入会権の性質を法的に説明し、権利の内容を強固なものとして正当化

するために用いられたのが、ギールケの総有と実在的総人という法概念であった。ただし、その内容は、論者によって異なっており、特に団体としての統一性を構成員に対してどの程度独立したものとして捉えるかにおいて違いがあった。

川島においては、この団体としての統一性は、構成員総体と独立して存在するものではないとされ、村落の実在性よりも村落民それぞれの複多性を重視する見解が総有論として提示された。その理由は、村落の実在性を強調すると入会財産が村落を吸収した町村のものとして公有扱いされかねないため、入会権の私権性を強調する必要があったからと分析できる。

この複多性を重視する学説は、入会集団の意思決定における全員一致法理を帰結することになる。ところが入会集団の運営が全員一致主義で営まれるというのは、全入会権者が同じように入会林野に立ち入って資源を採取していた古典的利用形態における慣習であり、そのような利用形態は、昭和に入り大きな変容を遂げていった。川島もその大きな変容を「入会権の解体」として掘み出し、理論的に説明した。

しかし、ここで言われる「入会権の解体」とはあくまで社会学的な観察であり、その変化が法的判断としての解釈論に連結されることはなかった。また法学説としての入会権学説は、各入会集団の実際の慣習に応じて法的性質をそれぞれ明らかにするというよりも入会集団一般に妥当する法理として入会権の本質を論じるという特徴があり、その傾向は、時代を経るに連れ強まっていった。そして最終的に中尾においては、入会集団の慣習や規約といった生ける法よりも実定民法の規定こそが入会権に適用される法的ルールとして優先するという学説が展開され、全員一致の法理がより強固な原理として提示される。入会権研究は、このような流れを辿って実定法学化し、ドグマと化した。

生ける法論や全員一致法理の立場を固持する場合、入会の利用方法という一次ルールと、その一次ルールをどのような意思決定方法で定めるかと

<sup>47</sup> 認可地縁団体への移行を容易にしたこの法改正への批判が入会権研究者によってなされているわけではないが、管見の限りでは、このようにして移行手続を支援する立法の必要性を論じてきた入会権研究者の論文が存在せず、入会権研究者の既存のパラダイムと今日求められる施策との間にずれがあるのではないかと、というのが本稿の問題提起である。

また認可地縁団体に移行すると、世帯単位ではなく個人単位の運営となるため、世帯単位に基づく入会権原理の変容も不可避とするであろう。

いう二次ルールとの双方のルールを備えた規約づくりを推奨するという発想は生じてこない。特に中尾の学説に立った場合、入会集団が合意に基づき規約づくりを進めてもそれが全員一致原則を取っていない限りは無効とされ、規約づくりの意義が否定される。規約を備えない入会集団に対しても入会権を承認させるという実践的必要があったことは、やむを得ない事情として理解もできるが、戒能を除いて規約づくりに関与する入会権研究者が生まれなかった点に生ける法論の死角を見出すことができよう。

他方で判例の方は、入会集団の変化に対応する形で入会集団の実質を権利能力なき社団とみなし、全員一致法理ではなく規約に基づく意思決定に効力を認めるように近年変化してきた。ただし、この判例の変化が、各入会集団の実質に対応した性質決定ではなく、あらゆる入会集団の性質を権利能力なき社団であるとするような本質論的な立場に基づくものであるとすれば、この変化も好ましいものとは言えない。入会集団の管理・処分の権能は、団体に直属するとした我妻の法学説は、このような本質論的な立場と重なる。また我妻の法学説では、総有＝権利能力なき社団とされ、総有と社団との差異を消失させる点でも問題がある。

本稿の立場は、至ってシンプルなものであり、入会権の内容は条文中で慣習に従うとなっているのであるから、入会集団の規約や慣習の内容に応じて意思決定ルールのあり方を認めていけば良いというものである<sup>48</sup>。そして規約や慣習の内容を正

しく解釈するための補充的な手段として当該入会集団の団体としての実質を把握する必要が出てくる。その際、理念型として団体の統一性の強弱を測るメジャーとして統一性が強い方に社団という法概念を置き、弱い方に組合という法概念を置いてこのメジャーに照らして各入会集団の法的制度化の強弱を測ってその強弱度合に応じて適用されるべき意思決定ルールを導けば良いというのが本稿の立場である。

ところで星野英一は、社団と組合の峻別を相対化する議論を展開し、その論文の中で「ほんものの社会学においては、団体をこのように区別することが行われていない」とした(星野 1967:23)。確かに社会学においては、そのような区別は行われておらず、いずれの概念も法学の長い歴史から生じたものである。しかし、法学は、団体の性質や権利関係をきめ細かに分類(classification)し、精緻に団体の法概念を組み立てようとする点にその長所がある。そうだとすれば、このような法概念を現実の集団の法的制度化の程度を測るための社会学的観察のルーペとして用いることも有益ではなかろうか<sup>49</sup>。これが本稿の考えである。

フランスで法人論を洗練させたオーリウは、「皮相的な社会学は、法学から遠ざかるが、深みのある社会学は法学に立ち戻ってくる」と述べ(Hauriou 1893:2)、法の概念作用に注目した社会学の可能性を展望した。そして「制度 institution」という概念を用いて社会学的な集団が規約法を備えて法的人格として承認されていくまでのプロセスを連続的に論じた<sup>50</sup>。オーリウが述べた制度と

<sup>48</sup> ただし、例えば先の原発立地のための土地処分のような事案においては、規約において入会地の一部土地の処分を役員会で決議できるとしていても規約創設時に念頭に置かれていた処分の内容が、入会地の利用を増進させるための農用地や林道の創設といったものであり、各自の生存に大きなリスクを与えるような内容が各自の念頭に置かれていなかった場合には、役員会への委任の範囲を超える内容なので処分決定を無効とすることもできると考える。重要であるのは、規約において入会地を持つことによって達成する事業の理念を明示したり、各事柄について採用される意思決定ルールを明確化したりすることである。先の忍草入会組合の例では、規約の最初の方に組合の理念および目的は、構成員の農業経営の維持のための入会地の保護管理としていた。こ

の理念実現を不可能とする入会地の処分であれば、採用されるべき意思決定ルールも慎重な扱いがあるため全員一致原則となるが、この理念実現に必要な処分であれば、規約で定めた多数決原理で進めることができるというのが本稿の立場である。

<sup>49</sup> 糊澤・名和田(1993)も川島の入会理論を再検討し、星野(1967)の社団と組合の区別の相対化を批判し、両概念を両極に理念型として措定して現実の地域中間集団を観察し、両者の間のスライディング・スケールとして位置づけるという構想を示している。本稿の視座もこの構想に続くものとなる。

<sup>50</sup> オーリウの制度論については、高村(2007)でその当時の文脈に即して説明し、高村(2012)でコモンズを管理

は、先述のオストロムと同様に規約に基づき自律的に紛争を解決し、持続的に組織運営していけるような組織体のことを指す。入会集団に対して規約づくりを通じて権利関係を明確化させ、集団の自治的運営を強化・持続させるというアプローチを取るならば、オーリウの制度理論はギールケ理論よりも魅力的なものとなる<sup>51</sup>。

規約づくりというアプローチの長所を具体例を用いて説明しよう。入会集団の意思決定において特に問題となるのは、離村した者の権利の扱いである。これまでの学説や判例では、入会権者たる資格は、村落民であることから発生するものであるから、離村と同時にその者の入会地に対する権利は失権するとされてきた(中尾 2009:43)。しかし、現実には、離村後も権利を有するという規約や慣習を持つところも多く<sup>52</sup>、離村失権しないことが増加している現象を上手く法学説は捉えきれなかった。しかし仮に離村後も権利を保持できることを学説上認めた場合、離村者全てが参加する集会でなければ入会集団は意思決定できなくなり、アンチ・コモنزの悲劇はより深刻なものとなる。他方で離村者と言っても実際には、村落内に祖先の墓や仏壇が置かれた空き家を有していて年に何度かは帰ってきて村落の行事に参加したり、定年後には戻って来たりということもあるため、村落との繋がりを消滅させてしまうことも望ましくない。

---

する組織の制度的法現象の正当性を法の世界で承認するための道具立てとして応用的に用いた。

<sup>51</sup> 高村(2007)で論じたように、集団の意思を社会有機体説に基づき実在化させ、法の源の社会の共同意識に求めるギールケにおいては、集団を法的に規律する規約法という発想は生じにくい。よって規約づくりという発想が法社会学者においては戒能を除いて生まれなかったのは、生ける法論だけの原因ではなく、ギールケの法理論に基づき入会集団を説明してきたことにも求められる。

<sup>52</sup> 2000年に行われた農林業センサスの調査では、入会に由来する慣行共有で森林を持っている事業体に対してムラからの転出時に権利を失うか否かを質問している。それによれば、権利を失わないとした回答が32.1%も占めている。また黒木・熊谷・中尾編(1975)による全国入会慣行調査でも14.2%の入会集団において離村失権しないというルールがあることが確認されている。

規約づくりを支援するというアプローチであれば、離村失権を認めるか否かというこれまでの二者択一を乗り越え、現在、村を離れている者は、入会集団の準会員という位置づけとし、管理行為の変更に関しては表決権のないオブザーバー的な資格とすることでアンチ・コモنزの悲劇を回避しながら村落との繋がりも継続できるという問題解決を導くことができる。

それでは、このような規約を備えず、それを全員一致によって新たに作り出すことが困難な入会集団にはどのようなアプローチが取られるべきか。このような場合には、多数共有者の全員一致を追求することによる資源のデッドロック状態、すなわちアンチ・コモنزの悲劇を避けるために全員一致主義を緩和した先の地方自治法改正の考え方が参考になるし、より具体的にはイギリスの2006年のコモنز法の仕組にも示唆を求めることができる<sup>53</sup>。

イギリスのコモنزも農業利用の低下のため、コモنزに対して慣習的な権利を持つコモナー(=入会権者)の全員が集まり、慣習通りに全員一致の原則に従い、必要な管理内容を決定・実施するのが今日困難となっている。しかし、コモنزの自然が適切な方法で保全されねば公益や将来世代の利益を大きく損ねることにもなる。そのためEUやイギリスの補助制度で自然保護、景観保全、遺産保護に資するコモنز管理への支援も準備されてきた。そこで2006年のコモنز法では、必要な保全を行っていくに際してコモナー全員を集めての全員一致方式でのマネジメントが困難である場合、自然保護や遺産保護を担当する機関からの支援を受ける形でコモナーや様々な利害関係者が参加するコモنز・カウンシルを環境食糧農林省(DEFRA)による行政命令を仰ぐ形で創設できる仕組を導入した。

このコモنز・カウンシルには、伝統的なコモナーに加え、土地所有者や自然保護や遺産保護に関わる個人や非営利団体が構成員となり得る。ま

---

<sup>53</sup> 2006年のイギリスのコモنز法の背景や内容については、Short(2008)を参照。その前史として平松(1995)。

た一つのコモンズではなく、複数のコモンズを管轄する形でもカウンスルを創設できる。カウンスルの意思決定ルールは、環境食糧農林省によってモデル定款が示している。そこでは多数決原理が中心となっているが、各事項につきどのようなルールで意思決定するかは、各カウンスルの創設手続に委ねられる。いずれにせよ明瞭なルールを備える形で創設がなされ、その後のコモンズ保全の主体となる。

日本の入会も間伐や路網整備の実施といった森林の保全や一体的利用にとって不可欠な利用方法の設定に関して入会集団が弛緩し、全員一致による決定が困難である場合には、コモンズ法のような仕組で意思決定のための枠組づくりを支援していくという考え方も取られて良いのではなかろうか<sup>54</sup>。これが本稿の暫定的結論である。

## 6. 仮説検証型の実証研究の可能性

### 6.1 法学説の社会科学的仮説への転換

しかし、この暫定的結論の正しさが認められるためには、入会権の全員一致法理が入会林野の過少利用の要因となっているという仮説が実証的に検証されねばならない。

そのためには、どのような実証研究が必要であり、可能であろうか。また既存の統計資料や研究でどこまでのことが明らかとなるか。簡単にスケッチしておきたい。

入会権の全員一致主義が過少利用の要因となっているか否かを実証的に検証するためには、第一仮説として次のようなものを立てることができる。

**第一仮説** 規約を持たない旧慣入会林野は、明瞭な規約を備えた入会林野、生産森林組合や認可地縁団体等の法人所有となった旧入会林野、意思

決定ルールが明確な財産区所有の入会林野<sup>55</sup>、林家によって個別的に私的所有の対象となっている森林と比較して間伐や下刈りなどの必要な管理が行われていない割合が高い。

また森林は路網整備を通じて一体的に利用できるようになることが以上の管理実施のための不可欠の条件となるため、第二仮説として次のものを立てることができる。

**第二仮説** 規約を持たない旧慣入会地は、全員一致の合意形成のコストが高いため、それ以外の所有類型と比べて路網整備の実施率が低い。

そして管理ができず、また望ましい利用に向けた合意形成ができない入会集団の特徴を内在的に分析するために、第三仮説として次のものを立てることができる。

**第三仮説** 第一仮説と第二仮説に当てはまる過少利用状態にある入会集団においては、寄り合い回数が低下しており、村外転出者も増加傾向にあったり、入会地の登記名義と実際に村落に残っている世帯との間にずれが生じていたりするため、入会地管理の自治的再生が不可能になっているものが多い。

それでは、既存の統計資料や調査史料からこれら仮説についてどこまで明らかにできるだろうか。次にその点を見ていくことにしたい。

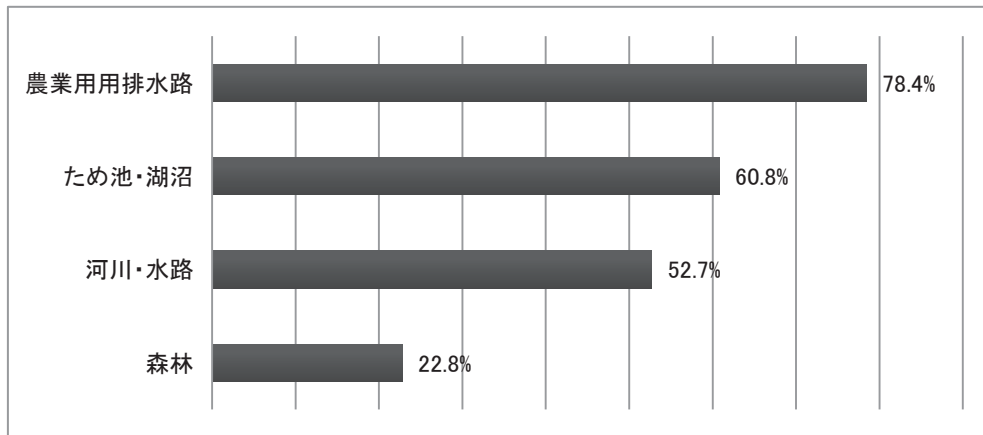
### 6.2 既存の統計資料からわかること

まずは、今日、森林がどの程度、集落によって管理されているのかを見ていこう。5年毎に実施される農林業センサスの調査では、農業集落毎の調査において集落の地域資源として森林、ため池、水路、農業用排水路が存在するか否か、存在す

<sup>54</sup> 現状の森林法でも適正な間伐を実施することが災害回避のために不可欠であり、その森林の所有者が不明である場合に知事の裁定により第三者に施業を実施させる仕組があるが、この仕組では外部の第三者に委ねる形となるため地域と森林との関係が弱まることにもなりうる。よって地域毎に意思決定の枠組を作っていくとするイギリスのコモンズ法のアプローチは、示唆に富む。

<sup>55</sup> 今日の財産区の悉皆調査として、泉・齋藤・浅井・山下(2011)。財産区のガバナンス構造の分析として、古谷(2013)。

図4 各地域資源を保全している農業集落の割合(全国)



出典 2015年農林業センサス

る場合にそれらを保全しているかを尋ねている。

ここで言う地域資源という意味が入会林野等の集落によって共同所有されている資源という意味で回答者に理解されているか、個別的な私的所有の対象となっている資源も含む形で回答されているかは定かではないが、森林管理の状況を知る手懸かりにはなる。

2015年調査の集計に基づけば、調査対象となった全国の138,256集落の内、地域資源としての森林が集落にあると回答した集落は、約76.1%の105,280にもなるが、その内、森林を保全している回答した集落は、約22.8%に留まり、約77.1%の集落が保全していないと回答している。森林が保全されている割合は、図4のように他のコモンズ(=共用資源)と比べると著しく低く、現状においては多くの地域において森林が放置されていることがわかる。

しかし、2015年農林業センサスでは、森林毎の所有類型、特に入会権に由来する森林なのか否かという調査はなされていない。よって第一仮説の妥当性を調べるためには、林家以外の林業事業者に対する調査において対象となる森林が慣行共有に由来する<sup>56</sup>ものであるか、を尋ねていた2000年

<sup>56</sup> 1960年以降の農林業センサスの調査票では、次の3条件のうちいずれか一つに該当する場合、その山林は慣行共有に分類されるとしている。①山林からの収入や林産物を、「ムラ」の費用や公共の事業に使うことがある、②その山林は、昔からのしきたりで持っている、または

までの農林業センサスに依拠するしかない。

そこで2000年の農林業センサスの集計<sup>57</sup>を見ると、表1のように農家が所有主体となっている農家林家による森林管理と比較して慣行共有においては、間伐の実施率はさほど農家林家と変わらないものの下刈り、植林、主伐の実施率は、低くなっている。また間伐実施率についても詳しく見てみると、入会林野近代化法等の整備手続を経て会社や生産森林組合の所有名義となった「会社名義」と「各種団体・組合」においては実施率が高いが、そのような整備がなされていない「共同名義(村落民の記名共有)」、「社寺名義」、「ムラ・旧市町村所有」となっている場合は、間伐や下刈りの実施率が低く、管理水準が低下していることがわかる。また財産区は、これらと比べるといずれの作業の実施率も高い数字となっている。

利用しているあるいは利用させている、③山林の権利者になる資格に、特定の「ムラ」に住んでいるものに限るという制限がある。

その上で慣行共有とされた山林の名義上の所有主体について、①会社、②社寺、③共同、④各種団体・組合、⑤財産区、⑥ムラ・旧市町村のいずれかであるかを回答させる形を取っている。④の各種団体・組合は、その多くは、入会林野近代化法による整備手続によって生産森林組合ないし農事組合法人による所有となったケースあるいは認可地縁団体による所有名義であると考えられる。

<sup>57</sup> 志賀(2002)が慣行共有の森林の現状について詳しく分析を行っており、本稿も参照した。

表1 森林の所有形態別の森林管理作業の実施率  
(全国 2000 年)

	植林	下刈り	間伐	主伐
<b>農家林家</b>	6.5%	37.4%	20.6%	2.1%
<b>慣行共有</b>	3.7%	27.5%	20.2%	1.4%
(会社名義)	4.7%	37.3%	37.2%	2.3%
(社寺名義)	2.8%	23.5%	15.2%	0.7%
(共同名義)	2.2%	17.7%	12.8%	1.3%
(各種団体・組合)	6.5%	39.9%	31.9%	2.2%
(財産区)	6.1%	35.8%	28.6%	1.8%
(ムラ・旧市区町村)	2.6%	25.5%	17.1%	1.0%

出典 2000 年農林業センサス

また農林業センサスでは、作業の実施の有無だけでなく、各種の作業を他者に委託して実施したかどうかの「委託・請け負わせ実施率」も尋ねている。この実施率を先と同様に所有形態別に比較してみると、表2のように個人で森林を所有する林家と比べて慣行共有の場合、いずれの作業においても委託実施率はかなり低い数字になっており、特にその所有名義が旧来のままになっている入会林野において委託実施率が顕著に低くなっている。他方で財産区は、先に引き続き委託実施率も高くなっており、興味深い結果となっている。

表2 森林の所有形態別の森林管理作業の委託・請け負わせの実施率(全国 2000 年)

	植林	下刈り	間伐	主伐
<b>林家</b>	28.5%	20.6%	28.5%	39.9%
<b>慣行共有</b>	1.8%	9.8%	8.5%	0.7%
(会社名義)	2.3%	16.3%	27.9%	0.0%
(社寺名義)	1.3%	9.4%	8.0%	0.6%
(共同名義)	1.0%	4.8%	4.5%	0.7%
(各種団体・組合)	3.1%	15.1%	12.9%	1.0%
(財産区)	3.6%	19.8%	17.8%	1.4%
(ムラ・旧市区町村)	1.2%	7.6%	6.2%	0.3%

出典 2000 年農林業センサス

センサスの調査では所有名義しか尋ねておらず、慣行共有の主体である入会集団において規約があるか否かまでは尋ねておらず、第一仮説で設定した規約のない入会集団とそれがあつた入会集団を比較するという作業は行えないが、それを除けば、

概ね第一仮説の内容は、センサスのデータによって支持されるものとなっている。適切に森林が管理されておらず、また必要な管理作業を委託することもあまりできていないのは、旧慣に基づく入会集団の意思決定能力が低下していることと関連してそうであり、起源は同じ入会である筈の財産区においては、管理作業や委託の実施率が高いのは、財産区条例を通じて意思決定の主体やルールが旧慣入会集団と比して明確であることと関連してそうである。よって今後、データ分析を精緻化<sup>58</sup>したり、質的な調査による事例研究を積み重ねていったりすることで、より厳密に第一仮説の検証を行っていくことは、有意義な作業と言える。

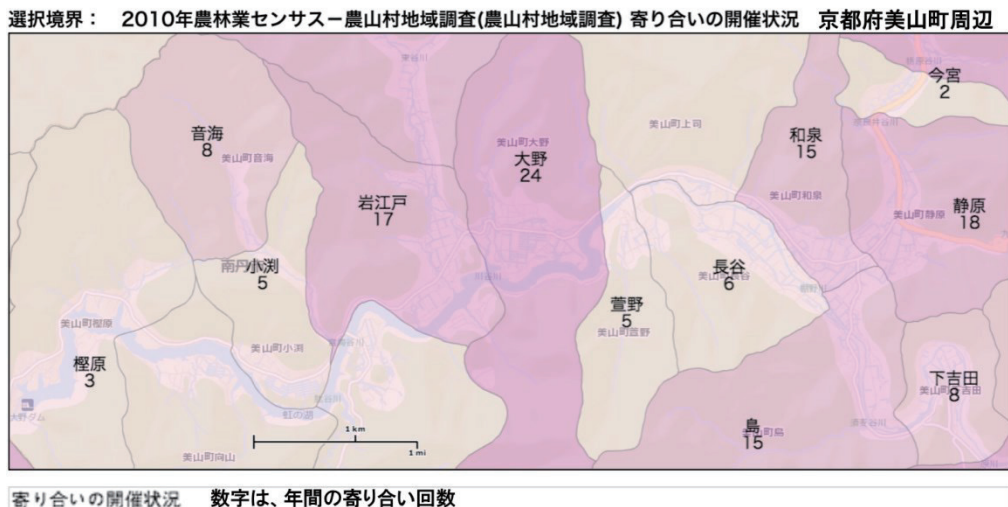
第二仮説の路網整備の実施に関しては、市町村単位で立てられる森林整備計画と森林所有者間で作られる森林経営計画の内容<sup>59</sup>を照合していくというアプローチが考えられる。一定規模の民有林が存在する市町村は、5年ないし10年毎に森林整備計画を策定せねばならず、その中で地域の森林整備の考え方やそれに基づくゾーニングを定める。そのゾーニングの中では、林業施業の共同化の促進のための路網整備に関しても定めることとなっており、どのようなルートで路網整備するのが最も望ましいかは、今日ではGISアプリから導くことができる。

<sup>58</sup> 2000年の農林業センサスの集計の提示だけでは、旧慣入会地での管理作業や作業委託の実施率が低いのは、入会集団の制度的要因に基づくものなのか、そもそもの入会地の地理的条件によるものなのか、がわからない。よって他の変数も統制変数として投入しながら重回帰分析したり、1960年以降のデータを全て入力して動学的なパネルデータ分析を行ったりすることで原因-結果の関係をより厳密に検証していく必要がある。

<sup>59</sup> 以下の森林整備計画と森林経営計画の内容と相互の関係は、前掲の京都府林務課と日吉町森林組合へのインタビューにてご教示頂いた。文献としては、森林計画研究会編(2016)を参照。ここでも入会権の権利関係の複雑さと意思決定ルールの不明確さが森林経営計画を策定していく上でネックとなる旨の記述がなされている(森林計画研究会編 2016:16)。

ただしどこまで詳しく森林整備計画の内容を定めるかは、市町村によって違いもあるため、ここでの研究方法が全ての計画に対して可能であるか、という点については、留保がある。

図5 GIS上での集落毎の寄り合い回数の出力例



出典 統計 GIS

しかし、森林整備計画で示された理想的な路網整備が実施に移されるためには、所有者間の合意がなければならない。そのために作られるのが森林経営計画である。この計画は、先の森林整備計画の内容に適合する形で森林所有者間において合計 30ha 以上の面積の森林の施業共同化に合意が形成された場合にその施業実施計画として策定されるものである。

森林整備計画においてはまだ所有者からの合意は必要条件ではないが、森林経営計画においてはそれが不可欠となる。よって森林整備計画で計画された路網整備が森林経営計画においてその通りに実現しているか、そうでない形で路網が迂回しながら実際に整備された場合、その迂回された森林やその隣接地の所有は入会権に基づくものなのかどうか、を確認していく作業を積み重ねていけば、第二仮説の内容を実証的に検証することが可能になろう。

またこの森林整備計画においては、間伐が適切に実施されず、そのまま放置されれば森林の諸機能に支障をきたり、災害等の危険を及ぼしたりする恐れがある森林の所有者に対して要間伐林として勧告を行うようになっている。先の農林業センサスでは、管理作業の実施率のみから適正な管理が行われているかを推定したが、こちらの要間

伐勧告の方が森林管理の適正度を正確に示していると言える。よって森林整備計画において要間伐林とされた森林の所有類型を分析していけば、第一仮説の検証を補強できることにもなる。

第三仮説の集落機能の低下に関しては、2000年以降の農林業センサスの集落調査で集落の寄り合いの回数や寄り合いの議題に関して質問している項目があるのでそのデータから分析できる。この集落調査は、個票データも DVD で販売され、総務省の統計 GIS (Geographic Information System : 地理情報システム) でもデータ分析ができる。

よって寄り合いの頻度なども図 5 に示すように地理的に示すことができ、そこに先の森林整備計画や森林経営計画の内容を重ねていくこともできる。村外転出者の増減や集落の人口動態については、統計 GIS 上で国勢調査のデータを重ねることで一体的な分析が可能となる。

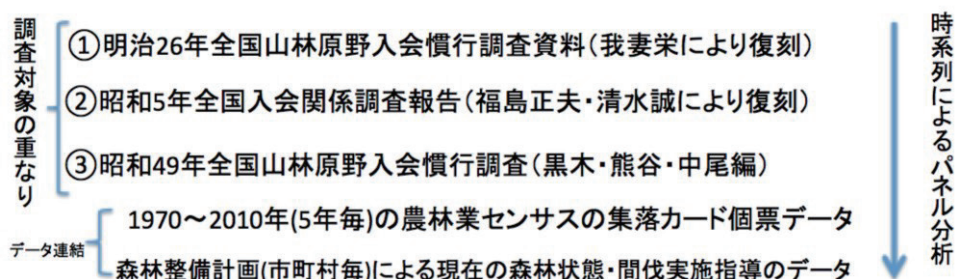
しかし、各種統計データから得ることができないのが、入会集団が規約を有しているか否か、それがどのような内容であるのか、土地の実際の所有名義はどうなっているのか、という制度面に関する情報である。

### 6.3 制度の情報としての入会権研究のストック

その際、入会集団の制度に関する情報として再



図6 入会権研究のストックとデータ連結のイメージ



活用できるのが、法社会学による入会権研究の部厚いストックである。法社会学者による調査に基づく内容であるから、どの事例の記述においても入会地の所有名義、入会集団の規約の内容と実際の運用といった制度に関わる事柄は、厚く記述されている。また個別の調査だけでなく、全国の入会慣行を対象とした大規模な調査も図6に示すように明治26年、昭和5年、昭和49年の3度に渡って実施されており、特に昭和49年の調査においては、先に実施された2つの調査で調査対象となった入会林野を継続して調査するというサンプリング方針が採られており、長いスパンでの変化の分析が可能となっている。

昭和49年の全国入会慣行調査は、1,440の入会林野の利用形態、所有名義、規約内容についての詳しいデータを収録している<sup>60</sup>。他方で、この調査では、入会林野の利用や管理の状況については、さほど詳しくは調べられていない。しかし、先述の農林業センサスでは、慣行共有となっている森林の管理作業の実施状況について1960年から5年間隔で継続的に調査されているので、農林業センサスの個票データとこの全国入会慣行調査のデータを連結することができる。そうすれば、入会集団の規約内容や所有名義が入会林野の利用や管理のあり方にどのような影響を与えているのかについての計量的・時系列的なパネルデータ分析<sup>61</sup>

が可能となる。またそのデータセットを森林整備計画や森林経営計画とGIS上で重ねることで立体的な分析や地理的条件を考慮したケーススタディも可能となろう。

オストロムは、コモンズのガバナンスが成功する条件を探るためにコモンズの管理に関して書かれた様々な分野の論文での事例研究をアーカイブとして集積し、各事例についての質的な記述をコード表に基づいて名義尺度や順序尺度に置き換えて数値データとし、各変数間の関係を多変量解析することでその理論を構築した(Ostrom 1990: XV)。しかし、そこで対象となったのは、様々な国々での漁場、灌漑施設、森林等のさまざまな資源であり、かつ質的な記述を順序尺度に置き換えるにあたっては、研究者の恣意性は排除できない。

他方、ヘラーは、アンチ・コモンズの悲劇という過少利用状態を説明する上で魅力的な理論を提示したものの、ヘラー自身は実定法学者であるため実証分析は行っておらず、また現状ではアンチ・コモンズ論に基づく実証分析はほとんど行われていない<sup>62</sup>。

よって日本での入会林野の管理という形で対象を明確に絞り込み、依拠するデータとしても統一的方法で実施された全国入会慣行調査や農林業センサスのデータを分析に用いてアンチ・コモンズの悲劇という仮説を実証することを提唱する本稿のアプローチは、これまでのコモンズ研究に対しても貴重な貢献となり得る。

<sup>60</sup> 既にこのデータや入会権調査史料に基づく歴史計量分析が数理社会学者の林雅秀、金沢悠介、吉良洋輔によって取り組まれている。これらの研究の概要としては、早坂(2015)。

<sup>61</sup> 農林業センサスと森林・林業統計要覧のデータに基づき都道府県を単位として入会林野整備状況に影響を

与えた要因をパネルデータ分析したものとして高橋・山元・松下(2014)があり、参考になる。

<sup>62</sup> 幾つかの研究例は、高村(2015)で検討した。

また近年の森林科学や防災研究では、森林の樹種や植生状況、発生した災害等の情報を森林 GIS 上において公表し、データ統合を推進している(若林・今井・瀬戸 2017)。それらの地理情報と入会集団の制度情報をデータ連結して分析していけば、社会科学のみならず自然を対象とする環境科学への貢献も可能なものとなろう。

森林の持つ公益性や多面的機能が認識され、今日の林学や森林科学の教科書では、そのような側面が強調されているが、不思議なことに所有権制度や入会権に関する記述がほとんどない<sup>63</sup>。森林の公益性や多面的機能を保全する施策を実施する上で、所有権制度との関係が重要とならない筈はない。これからの法社会学は、そのような問題提起を環境科学に対して行うことで自然科学との協働を回復していくことにも務めねばならないだろう。

## 7. 結語

最後に本稿の主張をまとめておこう。本稿の問題関心は、今日の森林の過少利用が洪水・土砂・流木災害のリスクを高めている中で一定の面積割合を持って人里近くに位置する入会林野についてもそれが過少利用となっている要因を法制度に内在して分析する必要があるのではないか、というものであった。

森林の一体的利用や管理委託を進める前提条件として地籍調査や境界明確化事業が推進されているが、入会地はこれら事業を推進するに当たってのネックとなっている現状が報告されている。また森林をネットワーク化する路網整備においても入会地は実施のための合意形成のコストが高いため迂回される可能性が高まっている。

入会林野近代化法は、複雑な慣習を近代的な権利へと整理してこのような障害を取り除くことを目指したものであったが、その事業目的が林業・農業の高度利用を前提としたものであったため、今日の入会林野の状況に当てはまらず、上記の問

題を解決する枠組とはなりえない。また近代化法への総括もこの法が不成功に終わったのは、木材輸入自由化による国産材低迷といった外在的な要因に求められてきたため、法制度内在的な反省がなされてこなかった。

しかし、昨今では、中国等の新興国での輸入木材需要が高まり、価格が上昇しており、国産材へのシフトが起こりつつある。このシフトを確実なものとする上でネックとなっているのが、これまで先送りされてきた路網整備の未実施である。路網が整備されていないことが木の伐採や搬出のコストを高め、利用と管理が不可能な森林を生み出し、森林荒廃を招いている。この改革を先送りすることはもはや許されない。

本稿は、入会林野の過少利用の要因を法制度内在的に分析するためにコモンズ研究の理論を参照した。オストロムの理論からは、入会の持続的な管理には規約づくりによる入会集団の法的制度化が必要となるという視座が導け、ヘラーの理論からは、入会権学説の全員一致法理が資源の利用をデッドロックするアンチ・コモンズの悲劇を招きうること、また入会地がネックとなって山全体に望ましい路網整備ができない状態を空間的アンチ・コモンズとして説明しうるという視座を導くことができた。

これらの視座から入会権学説を再読してみると、第一に日本の法社会学が依拠した生ける法論が法存在のメルクマールを集団の激憤感情に求めていたゆえに規約づくりという発想が生まれ得なかったこと、第二に全員が等しく林野に立ち入る古典的利用形態の入会での慣習であった筈の全員一致原則がその後の入会集団の大きな変容にも関わらず維持・強化され、社会学的観察と法解釈が徐々に切り離されていったこと、第三に入会権学説が最近の判例や立法の変化を捉えきれなくなったことを知見として獲得することができた。

本稿は、各地方の慣習に委ねるとした民法の条文に忠実に各入会集団に適用されるべき意思決定ルールは、各入会集団の規約内容や慣習に委ねられるべきと主張した。またその際、各入会集団の

<sup>63</sup> 藤森(2016)と永田(2015)を参照。

法的制度化の程度を社会的に測るメジャーとして社団と組合という法概念が理念型として有益であることを論じ、法社会学が社会を観察・分析する際に法解釈学による法概念の彫琢を活かしていくという新しい協働関係も展望した。

規約の内容に入会集団の意思決定ルールを委ねる場合、各入会集団の規約づくりを支援していくことが重要となる。本稿は、このような規約づくりの先駆者として戒能の忍草入会組合での実践を位置づけ、また規約法の法的効果や発展プロセスを分析するためには、ギールケの社会有機体説ではなく、オーリウの制度論からこの法現象を基礎づけていくことが必要であることを論じた。

また併せて、仮に規約づくりの前提となる全入会権者による合意が不可能である場合、本稿はイギリスの2006年コモンズ法を手懸かりに、森林整備計画等の公的計画の下で全員一致原則を緩和していくことも提言した。入会林野近代化法が全入会権者の合意によって林業を高度化して収益をもたらすことを事業目的としたのに対して、ここでの提言は、森林環境の保全という公益の実現が全員一致原則により妨げられている場合、その原則を公的な関与と計画への参加保障という条件下で緩和してはというものである。

しかし、ここでの提言は現状では暫定的なものに留まる。また本稿は入会という制度自体が問題であると主張するものでもない。本稿も自らの私有林は管理できなくても入会林だけはムラがムラとして先代から引き継いできた土地であるから丁寧に管理せねばというメンタリティのもと周辺の私有林よりも良く手入れされている入会林野があることを知っている<sup>64</sup>。

ただ本稿が主張するのは、このようなメンタリティや取組が維持されなくなった場合、入会利用が活発な時期に形成された法学説の考え方は、必要な管理を実施していく際に高いハードルとなり、決定が先送りとなる要因となっているのでは、と

いう考え方である。

この主張が妥当性を持つためには、入会権の現状がアンチ・コモンズの悲劇を引き起こしているという仮説が計量的に実証されねばならない。本稿は、その仮説を3つに分けた上で具体的な研究方法を説明した。重要なことは、いずれの研究手法においても我々は、入会権研究の豊富な蓄積を資源として再活用することができ、このことが学際的なコモンズ研究の文脈においても大きなアドバンテージとなるということである。今後の研究においてそのことを示していくことを宣言し、本稿の結びとしたい。

#### 参考文献一覧

- 青嶋敏(2010)「入会林野「近代化」と入会権研究の軌跡—中日本入会林野研究会の30年を振り返って」入会林野研究 30号 13-25頁
- 池田寛二(1987)「モラル・エコノミーとしての入会とその現代的意義—兵庫県下の生産森林組合の動向を中心にして」人文研究(千葉大学) 16号 25-72頁
- 石田文次郎(1927)『土地総有権史論』岩波書店
- 泉留維・齋藤暖生・浅井美香・山下詠子(2011)『コモンズと地方自治—財産区の過去・現在・未来』J-FIC
- 伊丹一浩(2003)『民法典相続法と農民の戦略—19世紀フランスを対象に』御茶の水書房
- 稲本洋之助(1966)「資本主義法の歴史的分析に関する覚書—現代における外国法研究の問題点」法律時報 38巻 12号 16-21頁
- 稲本洋之助(1968)『近代相続法の研究—フランスにおけるその歴史的展開』岩波書店
- 井上真・宮内泰介編(2001)『コモンズの社会学—森・川・海の資源共同管理を考える』新曜社
- 江溯武彦(2013)「島根県における生産森林組合の解散：2組合の解散を例として」山陰研究 6巻 23-38頁
- エールリッヒ、オイゲン(1984)『法社会学の基礎理論』(河上倫逸、M. フープリヒト共訳)みすず書房(Ehrlich, Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Ducker&Humblot, 1913)
- 大村敦志(2005)『生活のための制度を創る—シビル・ロー・エンジニアリングにむけて』有斐閣
- 尾崎一郎(2016)「「ネットワーク社会」における「都市コモンズ」について」吉田克己・角松生史編『都市空間のガバナンスと法』信山社 267-286頁
- 恩田裕一編(2008)『人工林荒廃と水・土砂流出の実態』

<sup>64</sup> 最近開始した大阪府茨木市北部の山間地である千提寺集落の住民への聞き取り調査(2017年4月4日実施)に基づく。

- 岩波書店  
戒能通孝(1943)『入会の研究』日本評論社  
戒能通孝(1952)「書評 川島武宜『所有権法の理論』」法社会学2号166-170頁  
戒能通孝(1956)『民法学概論』日本評論新社  
戒能通孝(1964)『小繫事件—三代に渡る入会権紛争』岩波新書  
加藤雅信(2001)『「所有権」の誕生』三省堂  
加藤雅信(2007)「戦後の判例にみる「入会権」の解体の法理・序説」平井宜雄古稀記念『民法学における法と政策』有斐閣197-220頁  
川口由彦(1998)『日本近代法制史』新世社  
川島武宜(1949)『所有権法の理論』岩波書店  
川島武宜(1951)「書評 戒能通孝『入会の研究』」法社会学1号181-190頁  
川島武宜(1983[1968])「入会権の基礎理論」川島武宜著作集第8巻岩波書店64-120頁  
川島武宜(1983[1972])「最近における入会紛争の特質—入会慣行における全員一致の原則に焦点を置いて」川島武宜著作集第8巻岩波書店212-230頁  
川島武宜(1983)「解題」川島武宜著作集第8巻岩波書店311-340頁  
川島武宜・潮見俊隆・渡辺洋三編(1959, 1961, 1968)『入会権の解体I, II, III』岩波書店  
榎澤能生・名和田是彦(1993)「地域中間集団の法社会学」『法における近代と現代』利谷信義他編、日本評論社405-454頁  
黒井哲也(2011)「法令解説 森林・林業の再生と森林法の一部改正」時の法令1887号25-41頁  
黒木三郎・熊谷開作・中尾英俊編(1975)『昭和49年 全国山林原野入会慣行調査』青甲社  
古積健三郎(2015)「入会権の変容について」法学新報122巻1・2号347-384頁  
古積健三郎(2016)「実在的総合人および総有の法的構造について」法学新報123巻5・6号275-314頁  
志賀和人(2002)「山林保有と森林経営—林業事業体調査の分析」餅田浩之編『日本林業の構造的変化と再編過程—2000年林業センサス分析』82-155頁  
所有者の所在の把握が難しい土地への対応方策に関する検討会(2016)『所有者の所在の把握が難しい土地に関する探索・利活用のためのガイドライン+事例集』大成出版会  
森林計画研究会編(2016)『森林経営計画ガイドブック—森林経営計画がわかる本』全林協  
末弘巖太郎(1924)『農村法律問題』改造社  
鈴木龍也(2009)「環境保全と入会訴訟—山口県上関町原発建設予定地入会訴訟を素材として」丸山徳次・宮浦富保編『里山学のまなざし』昭和堂157-178頁  
鈴木龍也(2012)「里山からみた「法と共同性」の現在」鈴木龍也・牛尾洋也編『里山のガバナンス—里山学のひらく地平』晃洋書房26-50頁  
高橋卓也・山元周吾・松下幸司(2014)「入会林野整備に影響を及ぼす要因は何か?—都道府県別の整備進捗経年データによる検討」入会林野研究34号64-71頁  
高村学人(2007)『アソシアシオンへの自由—共和国の論理』勁草書房  
高村学人(2012)『コモンズからの都市再生—地域共同管理と法の新たな役割』ミネルヴァ書房  
高村学人(2014)「過少利用時代からの土地所有権論史再読—フランス所有権法史を中心に」政策科学(立命館大学)21巻4号81-131頁  
高村学人(2015)「過少利用時代における所有権論・再考—土地・建物の過少利用が所有権論に投げかける問い」法社会学81号64-75頁  
高村学人(2017(近刊予定))「都市コモンズを支える制度(体)と法政策—エリノア・オストロムの法学へのインパクト」コミュニティ政策15号  
武井正臣(1993)「地縁団体(自治会等)と入会権」中日本入会林野研究会会報13号10-13頁  
武井正臣・黒木三郎・熊谷開作・中尾英俊編(1989)『林野入会権—その整備と課題』一粒社  
中尾英俊(2003a)『入会林野の法律問題 新装版』勁草書房  
中尾英俊(2003b)「入会権の存否と入会地の処分—入会権の環境保全機能」西南学院大学法学論集35巻3・4号、71-101頁  
中尾英俊(2007)『入会権の判例総合解説』信山社  
中尾英俊(2008)「入会裁判における恥知らずの判決」西南学院大学法学論集40巻3・4号125-161頁  
中尾英俊(2009)『入会権—その本質と現代的課題』勁草書房  
中尾英俊編(2004)『戦後入会判決集第1, 2, 3巻』信山社  
中田薫(1949)『村及び入会の研究』岩波書店  
中村忠(1992, 3)「入会林野の現状と入会林野整備上の問題点—群馬県昭和村生越の場合—上・下」産業研究28巻1号23-57頁、28巻2号18-38頁  
永田信(2015)『林政学講義』東京大学出版会  
畑穰(1963)「農村法律学の2つの型—岩手県小繫と山梨県忍草の入会問題を中心として」法律時報35巻8号33-37頁  
早坂啓造(2015)「小繫事件文庫: 20世紀日本, 岩手県に

- おける多数の入会裁判事件から大量比較分析に向か  
って」岩手大学人文社会科学部紀要 96 号 165-177 頁  
林雅秀・金澤悠介(2014)「コモンズ問題の現代の変容—  
社会的ジレンマ問題をこえて」理論と方法 29 卷 2 号  
241-259 頁  
半田良一(2010a)「入会林野近代化の源流—昭和 30 年代  
の農山村と林政」入会林野研究 30 号 6-12 頁  
半田良一(2010b)「書評 中尾英俊著, 入会権—その本質  
と現代的課題, 勁草書房」林業経済 63 卷 7 号 24-31  
頁  
平松紘(1995)『イギリス環境法の研究—コモンズの史的  
変容とオープンスペースの展開』敬文堂  
福島正夫・清水誠編(1956)『明治二十六年 全国山林原  
野入会慣行調査資料第 1~5 分冊』民法成立過程研究  
会  
藤森隆郎(2016)『林業がつくる日本の森林』築地書館  
古谷健司(2013)『財産区のカバナンス』J-FIC  
寶金敏明・右近一男編(2016)『山林の境界と所有—資料  
の読み方から境界判定の手法まで』日本加除出版株式  
会社  
星野英一(1967)「いわゆる『権利能力なき社団』につい  
て」法学協会雑誌 84 卷 9 号 1-86 頁  
松沢裕作(2013)『町村合併から生まれた日本近代』講談  
社  
松沢裕作(2016)「日本近代村落論の課題」三田学会雑誌  
108 卷 4 号 117-125 頁  
松下幸司(2013)「入会林野調査と所有名義に関する一考  
察—マイクロデータの有効利用の視点から」入会林野研  
究 33 卷 62-67 頁  
三俣学編(2016)『エコロジーとコモンズ—環境ガバナ  
ンスと地域自立の思想』晃洋書房  
室田武・三俣学(2004)『入会林野とコモンズ—持続可能  
な共有の森』日本評論社  
矢野達雄(2006)「入会権の現代的再生を」都市問題 97  
卷 11 号 63-71 頁  
矢野達雄(2012)「入会林野近代化法の 45 年と研究者—  
黒木三郎の法社会学と実践」牛尾洋也・鈴木龍也編『里  
山のガバナンス』晃洋書房 277-291 頁  
矢野達雄(2013)「入会権確認訴訟における最近の動向—  
「固有必要的共同訴訟論」見直し最高裁判決後におけ  
る」修道法学 36 卷 1 号 53-91 頁  
山下詠子(2011)『入会林野の変容と現代的意義』東京大  
学出版会  
山下詠子(2016)「多数共有地の現状と認可地縁団体制度  
—入会林野を例に」都市問題 107 号 81-90 頁  
山下祐介(2012)『限界集落の真実—過疎の村は消える  
か?』ちくま新書  
山野目章夫・後藤浩平(2016)『認可地縁団体・記名共有  
地をめぐる実務 Q&A—認可申請手続と不動産登記手  
続』日本加除出版株式会社  
林野制度研究会(1969)『富士山麓の入会に関する調査・  
研究資料』林野制度研究会  
若林芳樹・今井修・瀬戸寿一(2017)『参加型 GIS の理論  
と応用: みんなで作り・使う地理空間情報』古今書院  
我妻栄(1951)『民法総則(民法講義 I)』岩波書店  
我妻栄(1952)『物権法(民法講義 II)』岩波書店  
渡辺洋三編著(1974)『入会と財産区』勁草書房  
Hardin, Garrett (1968) "The Tragedy of the Commons",  
*Science*, No. 162, pp. 1243-1248 [京都生命倫理研究会  
訳『環境の倫理』下, 晃洋書房, 1993 年, 445-470 頁  
に訳出].  
Hauriou, Maurice (1893) "Les facultés de droit et la  
sociologie", *Revue générale du droit*, pp. 1-8.  
Heller, Michael (1998) "The Tragedy of the  
Anticommons: Property in the Transition from Marx  
to Markets" *Harvard Law Review*, Vol. 111, No. 3,  
pp. 621-688.  
Ostrom, Elinor (1990) *Governing the Commons*,  
Cambridge University Press.  
Short, Christopher (2008) "The traditional commons  
of England and Wales in the twenty-first century:  
meeting new and old challenges", *International  
Journal of the Commons*, Vol. 2, No 2, pp. 192-221.