

判例入会権法の研究序説

——(一)戦後のケースを中心として——

加藤 正 男

はしがき

一、戦後の入会判例について

二、区の法的性格について

あとがき

はしがき

わたくしは、前に、日本の農民生活における入会の重要性を指摘し、入会権論の小史を整理してみた(加藤ほか・林若干の問題・同)。この入会の研究については、わたくしたちは、すでに、末弘巖太郎、石田文次郎、戒能通孝氏等法四〇号の第一章)。また時としては、物権法教科書の中でさえも、わたくしたちは、入会権の々の輝かしい先駆者の成果をもっている。さらに、入会研究は、単に法律研究家だけのものではなく、それに隣接するすぐれた説明を見出すことができる。さらに、入会研究は、単に法律研究家だけのものではなく、それに隣接する社会諸科学の領域で、いわゆる「共同体」の問題として、ここ二、三年来わが国でさかんに論じられてきている。それ

は、社会学、農業経済学、歴史学、経済史学、地理学等々とひろく各分野にまたがっており、一種、「共同体」ブームとでもいふべき状況を示している。^(註)最近の法学、および法「社会学」の分野においても、入会に関する研究は、たとえば福島正夫氏を中心とする森林所有権研究会や、川島武宜氏を中心とする牧野研究会などが、主に詳細な実態調査の形態で、活発にこれをおこなっている。山岡亮一氏やわたくしたちの研究会等も、それぞれ、そうした諸研究のキビに附して、考察を続けている。しかし、そのような法学およびそれに隣接する社会諸科学の研究にもかかわらず、入会に関する判例や理論の研究は、最近では、少数の例外のほかには、まだほとんど公けにされていないのではなからうか。そこで、わたくしは、以下の論文では、戦後日本の入会に関する判例（わたくしの知るかぎりでは二つ）を整理・批判し、あわせて入会権の主体としての区の法的性格の問題を指摘したいと思っている。これはわたくしがいま志している入会の理論的ならびに実証的研究の、単なる一つの序説にすぎない。同学諸氏が、厳正など批判やお数えをくださることと、この問題に対し多大の関心をはらわれることを心から期待している。

(註) この一、二年来の「共同体」研究の主要著書をアト・ランダムにならべてみると、大塚久雄・共同体の基礎理論、中村吉治・日本の村落共同体、古島敏雄・日本林野制度の研究、星整惇・日本の農業構造の分析、などがある。雑誌論文などは、法學文献を含めて、ひじょうに多数である。

一 戦後の入会判例について

第一に農地改革下の二つの判例にあらわれた入会権を研究したい。まずその判決文の主な個所を紹介することからはじめよう。

〔一〕 新潟地・昭二六・一一・二二（下民二卷一十一号一三三四頁、原告）
M・I、被告G・I外一名

判例入会権法の研究序説（二）

『一、本件土地について、……(イ)柴山については、……非共有権者を除いては……共同して入山し、……(ロ)売り山については、立木……が生長した際、……共有権者が……入札方法により部落人に限り売却し、……(ハ)分け地というのは、……共有権者が相談して開墾に適した部分を権利者に分配するというような慣習……は、(被告の属する)取上部落ばかりでなく、隣接部落にも存在すること……を認めることができ、該土地には叙上内容の入会権が存在するものといわねばならない。……』

『二、柴山(および)「分け地」の部分が(被告から原告に対し)自由に譲渡されて……いたとするも、……本件土地に立入り、立木を伐採するは、……取上部落居住者(被告)のみなしうるところであつて、共有権者であつても、部落外に居住するもの(原告)は右の権利なきものといわねばならぬ。』

〔二〕 東京高・昭三〇・三・二八(下民六卷三号五八三頁、控訴人K・O外一四名、被控訴人Y・O外二名)

『本件山林は……明治十三年以降I部落民のみの入会山林として……きたもので、……明治四十三年当時の入会を一時停止し、自然林に補植をなし、相当年限育成した上、伐採して、入会権者全員平等に分配すべきことを定めて、現在に至つたものである。……入会権者たる部落民の総意によるかかる協定は、本来の慣習による入会権の内容そのものを変更したものでなく、単にその行使方法についての協定に過ぎないから、……この協定の実施により入会権の行使が一時停止せられても、慣習による入会権が廃絶したものということはできない。』

右に紹介した二つのケースは、ともにけっきよくは、一つの「共同体」の住民たちが、その部落有林野に入会する場合であつて、普通、「自村入会」・「村中入会」・「惣山」などとよばれるものである。もつとも、右(ハ)のケースにはいわゆる「他村持地入会」的なファクターをもたないわけではないが、他部落民に収益がないというのであるから、ひっきよう、それは、「自村入会」にはかならない。

ところで、わが民法では、入会権の解釈法学的種類としては、これを「共有」の性格をもつ入会と「地役権」の性

格をもつものに分けている（同二六三条、二九四条）。この二つを区分する標準は、通説（古くは富井政章、中島玉吉、三瀧信三氏法書）およびこれを無批判に踏襲する最近の判例（例、大判・大九・六・六、二六民二六輯九三二頁）によれば、入会権がその主体の共有の地盤を目的とするか、それとも他の所有地盤を目的とするかによって定まるのだ、という。しかし、わたくしは、この説に反対する（同旨、戒能通孝）。右の入会権の二区分は、私見によれば、入会権を物権の一種だとすることのほかには、ほとんど現実的な意義をもっていない。仮に百歩ゆずって二区分を認めるとしても、その区別の標準は、入会権の主体が、その客体を平等に利用しうるかどうかにあるのだ、と解さなければならぬ。このことは、第一に、歴史的にいて、明治初年の地券公布の手續の上では、入会権者の収益が平等な場合にだけ、共有名義の地券を出すようにしていたことから、肯定される。その意味では、以前の判例（大判・明三七・一二・二、六民一〇輯一六八二頁）が、右の二区分の標準を、「毛上ノミ入会権利者共有シテ共同収益スル」かどうか求めていたのは、右明治初年の地券公布手續に関する知識を、ある程度もっていたことを示している。最近の通説および判例は、その結果、明治初期に共同体の代表者として地券公布をうけた当時の村ボスや地主などに対して、不当に大きな利益を与えてしまっている。また、歴史的にだけでなく、理論的にいっても、入会権はすぐれて労働とむすびつく関係なのだから、労働行為自体と労働の道具（鎌、馬等）のほかには、共有の性格をもつ入会権とそうでない入会権とを区別することはできないのである。なお、共有・総有・合有などの意義については、別稿で書きたいと思う。

以上のような立場から、共有かどうかにつき、特に右の「一」の判例をしらべてみよう。そのいわゆる柴山・売り山および分け地の三グループについての入会権が、共有の性格をもつかどうかは、各グループによって違う。同判示の結論は、だいたい正しいと思われるが、その「理論構成」のように、どれも一律に共有の性質をもつと断定する必要はないだろう。なぜなら、柴山と売り山との入会権は、だいたい共有関係と考えてよかろうが、分け地について

は、判決で確定された事実から、これを私的所有権とみることもできるからである。

次に、いわゆる慣習法概念の問題を整理しよう。慣習性のとらえかたには、ずいぶん古くからいろいろのものがあつた。たとえば、慣習法は慣習 *Sitte* と法的確信 *Rechtsüberzeugung* との二要因によって成立するというような考えかた(例、ドイツの歴史法学派)、あるいはそれは国家権力ことに裁判所の強制による制裁をとまなう慣習だということ(特に *Savigny* など)な議論(例、英米の法実証主義、純粹法学)派、あるいは慣習法は事実としての慣習と区別されるというような解釈法理論等々。Ehrlich や M. Weber などの慣習法理論も、これらの考えかたから出発しているし、また、日本の法「社会学」的慣習法理論も、そうした議論の分析からはじまっている(註)。だが、そのような理論の検討や批判は別稿でおこないたい。ただここで、いまのわたくしの結論めいたことを一言だけしておくことにしよう。すなわち、慣習法とは、それが事実であれ規範であれ、あるいは意識であれ、また裁判規範であれ行為規範であれ、ある慣習に対する違反に対し、政治権力とくに組織化された政治機関が、物理的または心理的強制力の行使を前提している法だと考える。ところで、入会権は、すぐれて慣習法的色彩の強い法律関係である。なぜなら、入会権は、何よりもまず慣習上の権利だからである(民二六三条、二)。そしてわたくしとしては、最初、引用の二つの判例で認定された入会慣習を認めるはかはない。

(註) 日本法社会学の慣習法理論としては、たとえば、末弘巖太郎「法律と慣習」民法雑記帳所収、戒能通孝「法律社会学の諸問題」の随所、川島武宜「現象としての慣習法」法時二八卷七号等々。

次に、入会権の消滅には、二つの場合が分けられる。つまり、その権利が共同体としての部落自体のものである場合と、共同体とは一おう別な各個人としての部落民の権利である場合とが、これである。そのいずれの場合も、慣習で消滅することがある。そして、入会権が共同体自体の権利である場合には、いわゆる「部落民全体の意思」で消

滅させることができるし、また各個人の権利である場合には、彼が「住居を去る」ことによって消滅することができる（同旨、大判・明三三・六・三九民六輯六卷一六八頁）。だが、仮にそのような消滅を認めるとしても、右の「部落民全体の意思」が、現実には共同体内外の少数のボスの意思ではないかどうかということや、あるいはまたいわゆる「住居を去る」のにも、遠近の差などがあるのではないかといったふうなことについては、事実を詳しくしらべる必要があると思う。なお、入会権消滅にさいしての「意思」合致の有無の問題は、入会権が公権か私権かという基本問題にも関係してくることを、ここで一言しておきたい。その合意の有無は、町村合併のさいの入会に関する法的手続全体の問題にも関係している。それはとにかく、立法政策論的にいえば（たとえば、社会主義下の入会ないしは入会的なもの）、入会権には、多くの弊害があるかもしれない^{（註）}。しかし、少くとも現段階（独占資本主義段階）での法解釈論としては、この制度は、農民とくに所有地をもたない下層農民にとっては、多大の利害関係をもっているのだから、なるべくそれを消滅させないように解すべきである。

以上のような観点に立って、入会権の消滅につき、最初に引用した二判示をしらべよう。そのいづれの結論にも賛成する。まず、「一」の判例では、土地の一部が、被告から原告に対して、ある時期に譲渡された、という。しかし、そのことは、判例で確定された入会権と何ら矛盾するものではない。また、そのようなことだけで、入会権は消滅するものでは決してない。次に、「二」の判例では、その判決理由にもあるように、確定された部落民全体の総意によるという協定は、単なる入会権の行使方法に関する協定にすぎない。それは入会権の内容自体を変えるものではない。だから、その権利行使がある時期にやめられていたとしても、入会権そのものが消滅したとはいえないのである。

（註）最近、入会の法「社会学」的研究家として最も精力的に活躍している福島正夫・渡辺洋三氏は、その諸成果の結論の一部で

次のようにいう、『われわれは、現実の政治の世界における公権化過程を念頭においたうえで、入会権公権論の諸論拠をあらためて周到に検討しなす必要に迫られているように思われる。』(法時二八巻七号七八六頁)『要するに、共同体的所有は、一方において権力的公的所有から区別され、他方において近代的私的所有から区別されるところの封建的私的所有として存在する。だがそれは、絶えまない解体過程におかれているのであり、そこにおける広汎な持分の発生は、「総有に持分なし」といわれる入会理論の通説に再検討の要をうながしているように思われる。』(同前七八七頁)この理論は、解釈論および立法論の前提理論としては、いちおう正しいように思われる。だが、解釈論すくなくとも立法論そのものは、別に研究されるべきだろう。

二 区の法的性格について

次に、入会権には、多くの基本的な法律問題が含まれている。たとえば、入会権が公権か私権か、あるいはそれが総有権かどうか等々。そのような諸問題のうち、ここでは、さしあたり、部落有入会の主体としての、区の法的性格がどうかについて、その問題点を指摘してみよう。なぜなら、部落というものが、町村制のもとでは、区としての法的再編成をうけているからである。ところで、特に、この区の性格が公法人か私法人かの問題については、各裁判所(大審院および行政裁判所)の間でも、また同じ裁判所の内部でも、解釈のひじょうなくい違いがあったのである。

(イ) 第一に、大審院は、はじめ私法人説を採用していたが、後には公法人説に転ずるようになった、といわれている。この変化を整理すると次のとおりである。

(a) まず、古い大審院判例は、私法人説をとっていた(大判・明三八・五・一九民七三四頁、抄録五一六〇頁)。すなわち、

『一町村内において、更に小なる独立組織を存続することは、法律の欲せざる所なるも、特別の財産を有する部落については、

その享有する利益を全町村の為に傷害することあらんを恐れ、特別財産または營造物に関する独立の権利を存続せしむるに止まる

ことを知るべし。しかして、……特別財産または営造物の管理を町村長に委任したるに徴するときは、……区は私法人の一面のみを有するものと謂うべし。……区が私法人にして公法人にあらざる以上は、区有の財産は勿論、その設置せる営造物と雖も、民法の規定に従い、公益的事業のため設立せる社団法人におけると同じく、その物に関して区と他の者との間には私法的権利関係を生ずる。』

(b) ところが、最近の判例は、これに反し、区とひじょうによく似ているという学区について、公法人説をとるに至った、といわれている(大判・昭一三・二・一五(美濃部達吉・国家五二巻七号、森順次・民商八巻)民一七巻三三二一六頁、(一)号、戒能通孝・判民・昭和一三年の賛成判批)。すなわち、

『地方学事通則第一条に依り、市町村が教育事務の為分割したる学区は、小学校令第二条・第一条・第一四条・第五一条に依り、自ら小学校を設置し、その費用を負担するものなるを以て、……而かも地租法第二条・同法施行規則第一条に依れば、斯る学区を公共団体として規定せる律意を参酌すれば、所論学区は一種の公法人なりと解するを担当とす。』

(四) これに対して、行政裁判所は、基本的には、区を公法人と説明しつつも、時には、たとえば、部落有財産に対する地上権設定や、村に対する部落有財産の寄附などが、私法行為だと解している。

要するに、区の法的性格は、判例では、戦前でも、あきらかではなかった。しかし、仮りにその段階では、公法人説が採用されていたとしても、公法人・私法人の区別が、戦前とはまったく違った意味をもっている現行法制度のもとでは、区の性格は新たに再検討されなければならないことのひとつだろう。ところで、従来、公法人と私法人との区別の標準については、判例は(大審院でも行政裁判所でも)右往左往し、学説もまたひじょうに分れている。ただ、その論点の主なものとしては、(イ)その訴訟管轄は、司法裁判所か行政裁判所か、(ロ)その法人の構成員による不法行為は、民事責任を負うべきかどうか、(ハ)その構成員に対する会費等の請求は、民事訴訟法によるか税法によるか、(ニ)その構成員の瀆職は、公務員の瀆職罪を構成させるかどうか、(ホ)その構成員の文書偽造は、私文書偽造か公文書偽造

か、というようなことがあげられている。これらのうち、はじめの二論点は、第一に、戦後の日本国憲法で、行政裁判所が廢止されたこと、第二に公務員の不法行為についても、国または公共団体が損害賠償責任を負うに至ったことによつて、その重要性を失ってしまったが、その他の諸論点は、いまでも議論されている。この公法人・私法人の問題に対し、判例は、一般的に言えば、まず抽象的に法人の公私を論断し、その後で演繹的に現実の問題を解決しようとしている。^(註)しかし、この態度は、間違いである。なぜなら、前述の訴訟管轄その他の諸論点は、そのそれぞれの独自の理論によつて解決しなければならぬからである。もっとも、このことは公法人・私法人・社会法上の法人などの區別を否定するものでは決してない。そして、最近では、私法の社会化ないしは公法化、あるいは公法の私法化といったふうな傾向に即して、公法人と私法人とが、互いに歩みより、その區別が、現実にはきわめてむつかしいことが多いということもまた、もちろんである。

(註) ちなみに、戦前の判例が公法人と認めたものには、水利組合、農会などがあるが、戦後の今日では、それらは、水利組合(大判・大四・一二・四民一九九五頁)中の水害予防組合のほかは、すべて、変質または消滅してしまっている。

ところで、最近、部落の性格とその訴訟当事者能力に関する判決が公けにされた(大阪高・昭三〇・一〇・三)。^(一)それによると――

『元来市町村の一部たる部落(大字あるいは区など名称は問わない)は、通例永い歴史と慣習に従つて、一定の地域に居住する住民が、……その所屬する市町村の事業とは別に、部落独自……の諸事業を行い、これらに要する……財産を所有し、部落常会總寄合などの集会によつて、住民の意思決定をなし、一定の手續に従つて代表者その他の役員を選任し、部落の諸経費は一定の手續と基準によつて、住民に賦課するなど、一の統制ある共同体を構成しているのが実状であるから、かかる部落は、これを法律上民法の組合に類似する社団であると解するを担当とし、右に示すような内容を有する部落と認められる時は、民事訴訟法第四六条に

いわゆる法人に非ざる社団で、代表者の定めのあるものに該当するから、その名において訴訟をなし得る能力を有する。』

この判示の結論は、だいたい正しいように思われる。なぜなら、区は、民法上の組合とひじょうによく似た点をもっているからである。このことは、業務執行・損益分配などの点では、特にそうである。しかし、その構成員の意思決定、役員選任の方法その他の諸点では、区・組合間には、かなり大きな違いがある。しかも、組合にしても、区にしても、現実的には、それらは、千差万別である。その上、組合が債権契約の一種であることはいうまでもないが、区が債権契約だとはどうしても考えられない。この点だけをとってみても、区と組合とがまったく同じだとする議論は間違いである。さらに、区と組合との対比は、それぞれの所有する財産関係の観点からも、なされなければならぬ。すなわち、日本民法の「組合」財産は、形式的には「共有」と呼ばれている（六六八条）。いうまでもなく、共有（Miteigentum）は、共同所有の一形態であり、かつ典型的な私的・物権的共同関係である。人法的なものでは決してない。だから、わが民法のもとでは、各共有者は、「持分」という私的支配をなしうる（二五〇条）。しかし、組合の財産関係は、実質的には、そのような共有ではなく、「合有」または合手的所有（Eigentum zur gesamten Hand）として規定されている（六七六条、六七七条をみよ）。合有にも、「持分」があることは、もちろんだが、その持分は、合有関係の存続するかぎり、合手団体そのものの単なる物的反映にすぎない。だから、合有は、実は人法的な共同所有形態なのである。そこで、最近の学説でも、組合の財産関係は、合有関係と解釈すべきだと説かれている（石田文次郎・土地総有権史論、同・合有論・民法研究Ⅰ所収、来栖三郎・共同相続財産に就いて・法協五六巻、特にその六号など）。このような組合財産関係の整理の上になつて、区有財産なり区なりの法的性格の再検討がなされなければならないだろう。

あとがき

入会ないしは「共同体」の研究にとって、今後課せられた最も緊急な問題は、まず法学その他の社会諸科学それぞれの研究領域の成果の整理・総合であり、次に資料・実態調査および理論の分析と統一であるといわなければならない。それとともに、法の社会科学の分野では、そのような課題と関聯し、判例入会権法の整序と研究もまた、活発に発展させられねばならぬのではあるまいか。さしあたって、わたくしは、以上、農地改革過程にある入会判例を紹介・批判し、また入会権の主体としての区の性格に関する問題を提起することによって、わたくしの入会研究の一つの序説といたく考えたのである。