

質的分属説再考

——漁業権にみる質的分属説の構造——

丸 井 清 泰

は じ め に

民際学やコモンズ研究でも入会論は注目されている。その入会の所有形態について我妻栄は質的分属説を唱え¹⁾、のちの法学者により踏襲されている。しかし、この質的分属説については批判する見解もみられる。この説に批判を唱えたのが、川島武宜である。一方で、この質的分属説の構成は、「入会権の系譜を持つ漁業権」と同じ構成であり、今後の入会研究の整理のためには検討を要する内容である。

そこで本稿では、この質的分属説を肯定、否定の両側面から検討し、質的分属説をめぐる議論と我妻自身の意図と両者の異同を明らかにしていきたい。

1. 質的分属説の概要

我妻は、総有における質的分属説をその理論の骨子とした。一方で、川島や中尾らはこれを批判（後述）している。この我妻による質的分属説に関する記述は、以下のとおりである。

「総有は、ゲルマンの村落共同体の所有形態にその典型を示すものである。ゲルマンの村落共同体は、村民がその『個』たる地位を失わずにそのまま『全一』として結合した団体、即ちいわゆる実在的綜合人（Genossenschaft）だといわれる。そして、その村落団体の所有においては、この団体的結合関係がそのまま反映し、管理権能は、専ら村落そのものに帰属し、村落共同生活を規律する社会規範によって規律され、収益権能だけが、各村落住民に分属した。従って、総有における各共同所有者の権利は、単なる収益権であって、近代法における所有権の実をもたない。しかも、その収益権能に対する部落の統制も非常に強く、各村落住民は、村落住民たる資格を取得することによって、当然に収益権能を取得し、その資格を失うことによって、当然収益権能を喪失する。そして、村落住民たる資格の得喪の要件は、もちろん村落共同生活を規律する規範によって定まる。従って、村落住民の収益権能は、村落

1) ただし、その萌芽や基本概念はドイツ団体法でみられる〔岡田 1995〕。また、中田薫や石田文次郎の学説でも、この概念の萌芽はみられる。

住民たる資格を離れて独立の財産権たる性質を持たない。要するに、総有においては、所有権に含められる管理権能と収益権能とは全く分離し、各共同所有者は、共有における持分権を持たない。最も団体的色彩の強い共同所有形態である」[我妻 1932:180-81;1952:210;1983:315-16]（傍点、引用者）。

同時に、「共有の性質を有せざる入会」においては、以下のように説明している。

「部落民各自は、持分権を有せず、また分割請求権もない。かえって、部落の共同生活を規律する規範に従って、部落民たる資格を得たり、失ったりすることによって、当然に入会権を取得したり、喪失したりする。そして、部落という団体を構成し、その一員として入会地の処分管理等に参与する。ただ、収益という面で各部落民は個人的な権利を有する。従って、その関係は正に一の総有である」[我妻 1932:283;1952:297;1983:438]（傍点、引用者）。

おなじく、舟橋[1960:374]も質的分属説を踏襲し、

「総有では、部落民各自が、それぞれ入会地に対し、慣行上定められた内容と範囲の収益をする権利を持っていると同時に、入会地の処分などは、部落民全体ないし入会団体（実在的総合人）の決定によることとなっている。したがって、入会地についての共同所有の権限は、所有者個人と団体に分属しているわけであって、これは近代的所有権が、全面的包括的支配を内容とするのと異なる。そして、この共同所有関係では、共有の持分に当るものがなく、部落民各自の収益権は、部落民たる資格を持っている限り認められるのであって、これを他人に譲渡したり、または、これを相続の目的とすることは出来ない」

と述べている。これは「団体が管理処分権能を、その構成員が使用収益権能を持つ」と理解しても良いだろう。我妻と同様、ここでも「共有の持分権がない」と表記している点から、構成員は共有における個別所有権を持たないと理解できよう。この質的分属説の特徴は、「管理・処分権能」は団体に、「収益・使用権能」は構成員に属する点にある²⁾。

2. 質的分属説への批判——川島総有論の哲学——

(1) 入会形態の変化

当初、川島[1949:203]は、総有における構成員は持分権を有しないと認識していた。しかし、その後に入会権の実態調査を行い、特に「共有の性質を有する入会」においては、地盤持分

2) ただし、この「管理・処分権能」については、判例においても援用されているが、必ずしも我妻の意図どおりに理解がなされているわけではない。判例によっては、「管理・処分権能は団体にあるので、処分に関する団体決議は有効であり、決議無効請求は認めない」とする場合もみられた。たとえば松江地裁1968.2.7判決（入会権確認請求事件）では、入会権を「入会権自体の管理処分権は個々の構成員の総体たる入会団体に帰属し、各構成員は入会権に基づく収益権を行使する権限を有するに過ぎない」と述べており、質的分属説を誤解した判決を下している。

権の譲渡が多くなったり、直轄利用形態において構成員各自が収益の配分にあずかったりと構成員の権利が持分的になっているのを目の当たりにした。

川島が見たものは、従来認識されていた共同利用形態³⁾ではなく、おおくは入会権が解体し、団体直轄利用形態⁴⁾、個人分割利用形態⁵⁾、契約利用形態⁶⁾へと変化した利用形態であった。この個人主義的・近代的な形態や市場経済と密接な関係のある形態は、もはや旧態依然の入会利用形態、すなわち共同利用形態でなくなっていることをあらわす。川島は、共同利用形態が変容しているこのような状況を、「入会の解体⁷⁾」と名付けた。その前提として、社会および人びとの生活様式の変容、経済構造の変容および地域性、生産物の商品性が指摘できよう。

(2) 川島の持分権認識と「全員一致の原則」

そののち、川島[1960:260-61]は、入会団体構成員の資格は特定個人のものであり、慣習上、処分できないことを原則としているが、共同的権利への参加権を持分と呼ぶのならば入会権にも持分はあり、特定個人的で処分ができないと説明すべきであると主張するようになる。

同時に、社会の変容とともに、入会権も変容し、割地⁸⁾上の個別的利用権、団体が取得する金銭的收入に対する分配請求権等の個人主義的権利に移行しており、入会団体構成員の持分の処分という現象が散見できるようになっていることも指摘する。そこで、質的分属説は日本の入会の実態にあてはまらない議論であり、ゲルマン的共同体の Allmenderecht についてもあてはまないと批判する[川島 1983:260-61]。

そもそも、入会権とは、入会団体の構成員が各自行使する慣習上の物権である[川島 1983:68]。入会においては、共同作業と共同収益の分配もしくは個別収益を伴っていた。川島は、この個別的な権利に注目したのであった。調査を行った長野県北山村では、個別収益が顕著にみられ、同時に旧来の共同利用形態のほか、団体直轄利用形態、個人分割利用形態、契約利用形態が存在していた[川島 1978:251-55]。

ここでは、団体としての規制は緩やかなものとなり、入会団体が直接に管理を行う団体直轄の利用形態になっていたり、入会利用が個人分割的な利用形態となっていたりしていた。すでに、古典的利用形態と呼ばれる共同利用形態があまり見られなくなりつつも、団体としての規制は、緩やかながらも存続していた。

そこで川島は、これを共同的権利への参加権であるとみなした。次にこれを前提として、この参加権は構成員各自に帰属する権利であるから持分と観念した。つまり、団体の規制および団体

3) 権利者住民が区域を決めずに利用。毛上産物は、個別権利者の排他的私的所有となる。古典的利用形態とも呼ばれる。

4) 入会権利者個人の自由な利用を禁止。団体が直轄して支配。

5) 各権利者ごとに一定の利用区域を策定。

6) 特定の個人が、団体との契約に基づき対象を利用。入会団体の地主的利用形態。

7) ただし、入会権の消滅ではないことに留意しなければならない。

8) 個人分割形態の対象地。

への帰属を担保に、個人の権利を顕在化させたのである。このことは、近代法における共有のコンテキストを利用しながらも、総有を近代法的に解釈したのである。それゆえ、川島は「構成員は持分権を有する」ことを主張し、構成員の権利の有無を明確化したのである。その際、民法251条⁹⁾を援用し、総有としての担保である団体の規制を持って「全員一致の原則」をその帰結とする論理を導出した。これは、入会権を総有ではなく、ほぼ共有の概念で捉えようとしている。すなわち、入会の概念を「ローマ法化」したのである。これを、私は「川島総有論の哲学」と呼ぶことにする。

(3) 総有の近代化

この「川島総有論の哲学」を踏まえ、中尾[1986:106]は質的分属説を以下のように批判している。

「総有とは、一定の（共同体的な）集団が有する権利を、その構成員がその権利の持分を、集団の統制下に各自所有し、かつこれを行行使することができる関係にあるものをいうのである。疑もなく総有は共同所有の一形態でありその構成員の持分が厳重な集団の統制下におかれている点がその特徴である。このように構成員の有する権利は集団が有する権利の持分であるから、その持分権は集団の有する権利と質的に異なることはない。つまり、かりに集団構成員の権利が単なる使用収益権にとどまるものならばその総和たる集団の権利も使用収益権にとどまり、管理処分権を有するはずがない。構成員が管理処分権をも使用収益権も有するが故にその総体たる集団は管理処分権も使用収益権をも有するのである」。

つまり、団体と構成員が分断されておらず、まさに「総」であるために質的分属説における権利の分断もありえないと述べているのである¹⁰⁾。

ただし、中尾が主張する「持分」であるが、これは共有の持分とは異なり、団体的拘束を受ける「持分」である。したがって、「持分」の存在は合有に近似しており、団体継続中でも内部規範などにより不完全ながら顕在化し、その処分については団体の規範に順ずるものであると解すべきであろう¹¹⁾。これは、団体が有する権利を構成員各自が分有するのではなく、構成員各自が団体の一部として有することを意味する。

川島が質的分属説を批判したのは、中尾が論じたように全員一致原則の存在が挙げられる。功利主義的な多数決であれば、自己と異なる意思が団体の意思となり得るため、団体と構成員は区別される。しかし、全員一致の場合は、自己の意思と異なることがないので、団体を分属して観

9) 共有物の変更に係る民法251条を想定している。

10) この批判は、川島[1983:54-59]や上谷[2003:186;2006:3-9]、高島[1986:135]によってもなされている。

11) 厳密に言えば、合有や共有の外に位置するような所有概念である。つまり、持分が合有ほど潜在化していないが、団体的拘束を受けるため共有ほど自由には処分できないと認識していたと理解するべきであろう。

念する必要がないためである。これは、共同性よりも個性性を重視したものである。

かりに、団体の規制・規範や団体としてのローカル・ルールよりも、個人の権利が優位であれば、団体の規範はほとんど意味をなさず、団体を入会団体として観念する必要性は低くなる。これは、「団体を観念しない」＝「個別私有性が強い」ということを意味する。川島自身は、社会変動を前提に入会権を近代化し、近代的な持分権として観念することが歴史的な不可避な事象として起こりうることを想定しているのである¹²⁾。それゆえ、川島は入会林野やその整備事業における入会権の近代化に積極的であったのである¹³⁾。

川島の入会認識は、中田らとは異なり、すでに共同利用形態（入会稼ぎ）ではない入会利用形態が存在することを、そのフィールド調査の成果を踏まえ、明らかにしていることは前述した。それゆえ、これほど高度に個人主義が発達し、なおかつ入会林野も近代化し、同時に生活様式もエネルギー源も大きく変動した現代社会を前提にするのであれば、川島の論理構成は現実的であるともいえよう。特に、入会林野のケースに当てはめれば、「川島総有論の哲学」は見事なまでに合致する。

3. 質的分属説の本質——我妻総有論の哲学——

川島、中尾らは構成員が持分権を有していると主張する立場にあるが、その反対に我妻、舟橋のほか、多くの法学者が持分権を有しないとしている。我妻らが総有において持分権の存在を認めなかったのは、それが個人ではなく世帯が単位であり、構成員により構成される団体の厳格なる規律、すなわちローカルルールにより、その利用も管理も資格も制限されていたためである。かりに各構成員の持分権を認めてしまえば、それは個別的的所有権まで成熟し、団体としての総有ではなくなり、前提となる団体の規制が瓦解する可能性を秘めていたからである。そうなるともはや総有ではなく、共有そのものになってしまう。

(1) 共同漁業権にみる質的分属説の構造¹⁴⁾

我妻は、漁業協同組合が2つの性格を有していることを指摘している¹⁵⁾ [我妻 1996:386-91]。

12) 鳥越[1997:12]は、この川島の近代化論は認の姿勢を批判している。

13) だからといって、入会権の解体を促進させたと批判するのは筋違いである。入会林野において、植林や整備には多大な費用が生じる。団体直轄利用となると、その生産物は市場経済を前提に行なわれる。すぐには換金できないような植林事業において、その費用を手当てする際には金融機関からの借り入れが必要となることは想像に難くない。だが、登記ができない入会権では、担保とすべき土地などに抵当権を設置できない。そこで川島は、人びとの生産活動を円滑に行なうために入会林野を近代化したのである。現在、かなりの林野事業体が破綻したり、縮小したりしているが、これはこの政策によるものではなく、むしろ生産物（ここでは、木材）の市場価格の低迷、国内材の需要の低迷と維持コスト・人件費の高騰によるものであると、市場経済のメカニズムで説明できるものである。

14) 漁業権については、条文を読むだけでは理解しえず、また法律の専門家でも漁業権に精通している研究者も多くはない。そこで、この入会権の権利としての漁業権に関しては、稿を改めたい。

15) 浜本[1996:58]は、漁業協同組合は漁民の経済連合体としての性格と、漁業権の管理団体としてのノ

そこで、漁業団体と共同漁業権の関係から、質的分属説の構造の理解を試みたい。

明治漁業法においては、「慣行専用漁業権」と「地先水面専用漁業権」の二つの専用漁業権が入会の系譜として挙げられる。

まず、「慣行専用漁業権」は、近代以前から続く自由漁業の性格を帯びており、漁業組合以外の団体および個人にも免許される。これは、継続して漁業行為がなされた場合に、権利と容認されるまでに成熟している前提の下に漁業権が付与される。通常、江戸期に殿様より認められた「お墨付き漁業権」ともいわれている。

「地先水面専用漁業権」は、免許を受ける主体は漁業組合である。そもそも、明治漁業法において、一漁村一漁業団体（権）を前提に構成されている。これは、封建制度下における「一村専用漁場」とする漁業慣行を背景としており、昔の人は「磯は地付き」と表現している。漁村は漁民により構成されていることを前提に、漁村がそのまま漁民集団となり、そこに免許されることとなる。つまり、漁業組合に漁業権が免許されることは漁村に免許されることに等しく、漁業組合そのものは入会団体の性格を有しているといえよう。したがって、この「地先水面専用漁業権」は総有の権利である。

また、この漁業組合は、法人としての性格も有している。「地先水面専用漁業権」以外に、その他の漁業（資本集約的漁業等）は、漁業団体により営まれている場合も少なくない。同時に経済活動等も、法人として行なうこともできる。当然、土地・建物の登記や売買も可能である。これら漁業組合と漁民の関係は、現在の組合管理漁業権（共同漁業権・特定区画漁業権・入漁権）に引き継がれている。

漁業権の主体は、前述より部落漁民集団（入会集団）を構成する構成員であるのは明らかであるが、その集団たる入会団体にローマ法で免許を与えることは不可能であった。そこで明治漁業法では、ゲルマン法的な総有の権利をローマ法的な近代法に読み替える工夫を施した[浜本 1996:23-24]。

- ① 漁村部落単位に部落漁民を持って構成する「漁業組合¹⁶⁾」の創設（一漁村一組合主義）
- ② 部落漁民を「漁業組合の組合員」と位置づけ
- ③ 一村専用漁場の漁業慣行は、「地先水面専用漁業権」という漁業権に構成
- ④ 地先水面専用漁業権は漁業組合だけに「免許」
- ⑤ 地先水面専用漁業権の「権利主体」は漁業組合
- ⑥ 漁業権の「管理」は漁業組合
- ⑦ 漁業組合の組合員たる部落漁民各自には、「漁業を行なう権利」（各自行使権）を認めて、漁業権から生み出される「収益」が帰属

そもそも地先水面専用漁業権は、入会と同様に総有の権利である。漁村において、その漁業行

ゝの性格を有していると指摘する。

16) 漁業組合と漁業協同組合は異なる。

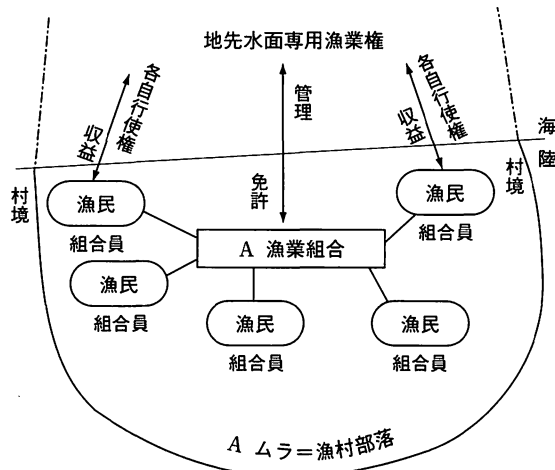


図1 一村専用漁場の法制化モデル

(出典) 浜本[1996:25].

為は漁民が各自行使することであり、漁村単位をその前提とされてきた。実態は、複数の者が漁場を占有し、経済活動を行なっているのである。この複数の者が一のもの所有する場合、この権利（漁業権）を近代法（ローマ法）においては共有として所有するか、もしくは法人を設立して法人が所有するかしか方法はない。

そこで漁業法では、漁業団体（法人）に漁業権を免許し、その構成員たる漁民が各自行使権を有する。これは、行使権者と名目上の漁業権者が同じであることを前提とする。なぜなら、漁業団体そのものが、共同漁業を営むことはないからである。この漁業団体を介在することでゲルマン法をローマ法で読み替え、近代法に合致するようにしたのである。「漁業法の神様」と呼ばれた浜本[1996:23-24]は、この法律的な工夫を「漁業法の哲学」と名付けている（図1参照）。この工夫により、漁業権は慣習法ではなく、近代法の体裁を整えることとなる。また、新漁業法立法担当者も、このゲルマン法の概念をローマの概念で規律した点を「明治の立法者もなかなか味なところを見せている」[水産庁経済課編 1950:304]と高く評価している。

これは、まさにゲルマン法たるゲヴェーレを、近代法（ローマ法）で読み替えた工夫である。この概念は、漁業法の研究者において基本的概念にもなっている[浜本 1996:23]。

前記より導き出し得るのは、入会の系譜を持つ共同漁業権においては、漁業協同組合は近代法における漁業権を付与されるエージェントの役割を有するに過ぎない点である。この概念の構成は、我妻の質的分属説とほぼ同じである。我妻は、入会団体を実質的には権能を有しているものとしてではなく、名目的な存在、すなわち調整機能を有する「エージェント（代理人）」として認識していたと考えられよう。

まず、団体が共同漁業権を形式的に保有する。ここでは、管理・処分の主体たる団体は、その団体として権利を有していることである。この団体は、構成員により形成されており、収益権は構成員各自が有している。しかし、その団体の実態は、構成員各自の分断しない形、つまり構成

員総体として構成される。これは、団体が管理・処分権能を有しているが、構成員全員が一同となって団体を形成していることをあらわしている。

（2）我妻の「全員一致の原則」

我妻[1932:31;1952:31;1983:34]は、入会権を山林原野に対する入会団体の構成員各自の共同収益を保護する目的を有していると定義する。これは、質的分属説でいう「管理・処分」とは、概ね構成員各自の収益権を守ることにあたる。この管理・処分する権能は、分有せず構成員が一同となって有する権利である[我妻 1952:68;1983:90]。つまり、構成員が各自入会権を有しているのではなく、団体構成員が一同として入会権を有しているのである。それゆえ、入会権の変動を必要とする場合は、構成員が一同となって決定しなければならないこととなる。

我妻[1932:291;1952:304;1983:449]は、入会権の内容の変更は慣習によるが、この慣習の変更は入会団体の構成員全員の一致があれば可能であると述べている。それゆえ、共同所有形態から直轄利用形態、契約利用形態への変更も全員一致によりなされる。

これは、構成員が「個」たる地位を失わずにそのまま「全一体」として結合している団体（＝実在的総合人）の関係の反射である。つまり、団体＝構成員総体そのものであり、それゆえ総体をひとつとみなして判断される。ただし、収益権の総和が入会権ではない。構成員各自は収益権能を有するだけではなく、構成員総体となった場合には管理処分権能を有するのである。つまり、団体と構成員の権利の態様は、相互規定の関係にある。

したがって、ここでの管理・運営も構成員によってなされることと等しくなる。当然、処分に關しても団体の構成員によりなされる。なぜなら入会権は財産権であり、分割しない形でそれぞれの構成員により構成される団体が、形式的な権利主体となるからである。同時に、構成員の意思と独立して、団体が勝手に処分することは出来ないのである。それゆえ、入会の対象となる土地や権利内容を処分、変更する場合は、入会団体は構成員による一の団体であるので、当然ながら構成員全員の同意が必要となる。そのため、「全員一致の原則」をその帰結とする。つまり、「管理・処分」権能の主体である団体は、「収益・使用」権能の主体である構成員の総体によって構成されているのである。この団体は、構成員各自の変動に拘わらず、一の団体を形成しているのである。これは、明治漁業法の工夫となら変わらない。

なぜなら、入会では団体と構成員は一の関係であるため、0.8でも0.9となることはないからである。かりに、0.8の権利が成立する関係であれば、それは総有ではなく、共有と呼ばざるを得ない。それゆえ、構成員の変動があろうとも、その権利の性格に変動はない。これは、団体の構成員と団体が不可分であることを意味する。前述したように、入会では団体と構成員の関係はまさに一であり、構成員各自が分有するわけではない¹⁷⁾。

17) 団体と構成員の関係では、法人と社員の関係も同様に認識しうるかもしれない。確かに、社員は法人に拘束される点では、入会団体と構成員の関係に類似している。しかし、社員が拘束される法人は、その目的を営利活動においている。社員の活動は法人としての営利活動であり、社員各人が収益権を有す

そのため、管理・処分を決定する場合は、構成員各自による「全員一致」とならなければ、入会権の処分・変更等の重大な決議は有効とはならない。これが、共有ではなく、総有たる所以である。この我妻の論理は、総有を総有たらしめるレトリックなのである。同時に、総有を共有と区別するレトリックでもある。したがって、ここでの団体の位置づけは、法人団体とは異なり、対外的、窓口的な役割を果たしているに過ぎない。端的に言えば、エージェントでしかないのである。

たとえば、開発等による入会の管理変更や処分に関して、その交渉相手と団体代表者により話し合いが行われる。ただし、団体代表者は、構成員の総意によってなされた決議に従わなければならない。その意味では、決定する主体は構成員の総体である。

この全員一致はどのようなプロセスで行われたのであろうか。著名な民俗学者である宮本常一は、名著『忘れられた日本人』のなかで、対馬の黒島西岸にある伊奈において、部落の重要決定事項に十分な時間をかけ、みんなの同意を得るプロセスを描写している。

「私にはこの寄りあいの情景が眼のそこにしみついた。この寄りあい方式は近頃はじまったものではない。村の申し合せ記録の古いものは二百年近い前のものもある。それは残っているものだけれどそれ以前からも寄りあいがあったはずである。(中略)夜になって話がきれないとその場へ寝る者もあり、おきて話して夜を明かすものもあり、結論がでるまでそれが続いたそうである。といっても三日でたいていの難しい話もかたがついたという。気の長い話だが、とにかく無理はしなかった。みんなが納得のいくまではなしあった。だから結論が出ると、それはキチンと守らねばならなかった。話しといっても理窟をいうのではない。一つの事柄について自分の知っているかぎりの関係ある事例をあげていくのである」[宮本 1984:16-17] (傍点、引用者)。

宮本の経験は、宮本自身が部落の古文書を借り受ける際に部落民の討議にかけられたものである。このような会合は、必ずしも総有の対象たる財産の変更・処分のみに行われたのではない。むしろ、全員が集まり、ひとつのことをさまざまな視点から討議することは、部落内の結束を固める作用もあり、部落に必要不可欠な事象であったことは想像に難くない。このことこそが全員一致を採用する本質であったのであろう。

以上が、質的分属説の具体的な内容である。この質的分属説は、民法上の入会権に限定されるのではなく、入会権の権利である漁業権でも説明が可能である。特にこの点は、川島総有論よりも我妻総有論のほうが現実的であり、漁業法の構成の点からも説得力のあるものである。

この質的分属説における団体の位置づけは、調整機能を有したエージェントまたは擬制的主体 (fictional actor) であり、管理・処分を決定するのは、収益・使用権能を有する構成員の総体であ

ゝしているわけではない。つまり、管理・処分権能と収益権能は法人が有することとなる。営利団体でない入会団体と構成員の関係と営利団体の法人と社員との関係で、両者で類似しているのは団体に拘束される点のみであり、その内容、意味合いはまったく異なっている。

り、すなわち構成員自身であることはいうまでもない。個性性も共同性も重視しているのである。

簡単にいえば、「ゲルマン法をローマ法で読み替えた」のが質的分属説である。つまり、ゲルマン法の概念をローマ法の概念に整合性を持たせたのである。これを、私は「我妻総有論の哲学」と呼ぶこととする。

4. 質的分属説批判の検討

(1) 我妻と川島の共通点と異同

我妻[1932:291;1952:304;1983:430]は、入会における管理要件の変更や得喪については構成員全員の同意が必要と記している。これは、入会の主体が団体の構成員であることにほかならない。

一方で川島[1983:72]は、我妻よりもはっきりと入会の主体は団体の構成員と記している。

この両者の見解は、入会の主体は団体の構成員として一致をしている。しかし、両者の異同については、川島[1983:74]は構成員の離村に際してその補償を受ける権利は少ないが、それは不当であると主張している。その根拠として、入会を下戻しした際に、私有財産的性質が強かったものに限られたことを挙げている。それゆえ、持分権が存在すると主張するのである。

(2) 持分権の譲渡ではなく、地位の譲渡

川島・中尾らは、持分権の譲渡の実態をもって、質的分属説を批判している。だが、前述のことを鑑みれば、この批判との論理的整合性を見出すことは困難である。彼らが質的分属説を批判している根拠である持分権の存在と譲渡に関しては、必ずしも妥当とはいえないからである。

かりに、総有の権利を構成員各自の持分権の集合体として観念すれば、それはもはや総有とは呼べず、共有以外何ものでもない。いくら団体の規範があるといえども、持分権の存在は共有を意味する。同時に、入会権が構成員の変動に左右されない性格を鑑みれば、各自が持分権を有することなどは論理構成上、不可能である。

中尾[1986:106;2007:509-10]は、「入会に持分権はない」と観念することを否定する。入会には持分権はあるが、共有のように自由な譲渡処分を制限するために民法263条の条項をおかれており、入会権は持分権の総体が入会団体として有する権利にほかならないと主張するのである。

中尾[2007:509;514]は、持分権にあたる「株」の存在や割地の存在を取り上げ、入会団体の構成員が離村する場合、餞別や見舞金の項目で一定の金員が支払われることを挙げ、持分権の存在を論証しようとする。しかしながら、一方で必ずしもそのような手当がなされるわけではないとも述べている。

入会団体を脱退する際に、必ず金員等の支払いがなされるのであれば、持分権の存在の妥当性もあるだろう。しかし、持分権の存在を主唱しながら、一方で存在しない場合もあるなどという論理構成は、入会の所有関係とはなんら関係がない。つまり、慣習の有無により、持分権の有無を決定づけるなどということは、全く論理的ではなく、感覚的といわざるを得ない。

むしろ、この離村することにより入会団体を脱会する場合に餞別や見舞金を渡すのは、脱会に対する補償という意味ではなく、むしろ餞別や見舞金を渡す慣習が共同体にあると認識すべきである。実在的総合人が存在する前提としては、その構成員間の関係性が深遠化していなくてはならない。つまり、仲間意識が強固かつ結びつきが強いことをあらわしている。それゆえ、これまで生活を共にした「仲間」への気持ちのあらわれであり、互酬的意味合いの強いものであると解すべきである。

かりに、確固たる持分権が顕在化しているのであれば、それは総有と共有がない交ぜになっている状態と解すべきである。論理的に、どちらか一方では足り得ない。この場合、むしろ入会団体は存続しているが、所有形態はもはや総有ではなく、共有と化していると解するほうが妥当であろう。

川島は、入会の所有形態を総有のみを想定していることを批判し、共有をも入会の所有形態として捉えようとしている。このことは「入会の解体」の概念が、もともと「総有入会の解体」を想定していることから明らかであろう[川島 1983:326-27]。

たとえば、構成員である部落民Aが、構成員でない同一部落の部落民Bにその構成員たる資格や地位を譲渡すると、地位を譲り受けた部落民Bが構成員となるだけである。当然ながら、この部落民Bは団体の規範の拘束を受けることとなる。部落民は団体の構成員たる資格において、入会の対象から利益を享受するのである。

これは、部落外出身である構成員に対しても、団体の規範は適用される。つまり、非構成員が構成員となることを意味しているだけである。この場合は、団体の共同作業等の義務懈怠を生じないように、必然的に近在の部落民となる可能性も高くなるであろう。

構成員たる部落民が、構成員ではない部落民に対して、団体の規範に則って譲渡することは、持分権の譲渡ではなく、むしろ入会権の構成員としての地位の譲渡に過ぎない。これは、構成員各自が持分権を有しているというのではなく、単に義務を伴う資格や地位を譲渡しているだけといえよう。したがって、総有の主体は形式＝団体、実質＝構成員である。

つまり、川島らが観念する持分権は、それ単体で独立しうるものではない。むしろ、構成員たる資格に付随するものであり、一見、持分権の譲渡のように可視化できても、現実には構成員たる資格の譲渡に過ぎないのである。

(3) 共有の持分を観念し得ない総有

中尾[1986:106]は、「川島総有論の哲学」を踏襲しており、同じく個別配分・個別収益を前提としている。かりに「川島総有論の哲学」でみられる構成員の各自行使権たる収益権を持分権と呼ぶのならば、団体直轄利用形態における収益を個別配分ではなく、学校や道路等の公共のために配分する場合をもって、論理的整合を持った持分とみなすのは困難であろう。この構成要件を軽視して個別の権利としての持分を認めてしまえば、それはもはや「総有」ではなくなる。

そもそも「持分権」とはなにかが明白でなければ、質的分属説の批判も成り立たない。そこで

川島[1960:136]は、総有における持分権を共同体構成員の地位の一側面であるとする。つまり、団体の構成員たる資格の下に所有関係と人的関係が未分化の状態の性格を有することである。簡単にいえば、質的分属説の収益権能を持分権とみなしているに過ぎない。

一方で、「持分権」とは、管理権能と収益権能が結合した一個の所有権であると定義されているのが一般的である[加藤 2003:308; 舟橋 1960:377; 我妻 1952:211; 1983:316]。つまり、持分権は所有権とみなされている。この点からみれば、川島の定義は所有権の実を持たない。むしろ、現実には持分権が顕在化しているのであれば、それは総有ではなくなっているとはっきりと指摘すべきであり、この場合は、団体は形骸化しており、総有の実を持たないといえよう。

我妻[1952:210; 1983:316]は、「近代法における所有権の実をもたない」と断りを入れているように、近代法における共有の持分権を観念していない。言い換えれば、ゲルマン法的な持分権、すなわち所有と収益が未分化なゲヴェーレ的な持分権については容認していると解することができるよう。

ここで明らかなのは、我妻の概念する総有の持分権と川島のそれとはあまり差異はないことである。同時に、入会の主体が構成員であることも両者とも共通している。それでも、川島は質的分属説の持分権がないことに拘りをみせ、批判をする。川島が我妻の意図を理解していないとは思えないが、「総有の持分権を限りなく共有として」というよりも共有の持分権として観念していたのであろう。そうでなければ、ゲルマン的所有原理と矛盾するからである。むしろ、総有の持分権を顕在化しようとするのが、川島の意図なのかもしれない。

団体における通常の議案については多数決で決定されるであろうが、団体の処分・変更等の重大な決議に関しては、全員の同意が必要となる。なぜなら、団体と構成員の関係はまさに一であり、構成員各自の収益権とムラの財産に大きな相関関係が存在するためである。これは、構成員各自の意思が統一されなければ、団体の意志とはみなされない。つまり、団体の結論は構成員の意思の総体であり、それ以外の存在としては成立し得ない。

また、構成員は「管理・処分に参与」ということは、総有の性格では、団体と構成員の関係は未分化（まさに一）であるため、構成員全員が参与することである[我妻 1932:283; 1952:297; 1983:438]。これは、対外的なことは団体の代表が団体の意思の総意として対応することであり、構成員各自はその意思に関して同意を示すこととなる。なぜなら、対外的なことに関して、構成員全員で対応するなどということは非現実であるためである。これは、対外的なことは団体が、具体的な利用は構成員各自が行うと解するべきである。それゆえ、入会の対象についての管理処分の権能は自然村たる「ムラ」、すなわち実在的総合人である入会団体に、収益の権能はムラ人、すなわち入会団体構成員各自に帰属することに帰結するのである[我妻 1932:285; 1952:210; 1983:442]。

以上の質的分属説の論理構造を鑑みれば、必ずしも川島・中尾らに批判されうる内容とは合致しないのは明白である。同時に、川島らは、我妻が「入会稼ぎ」を前提としていることを仮定したうえで質的分属説を批判しているが、それは論理的には批判の対象にならない。なぜなら、我

妻自身は総手の利用（入会稼ぎ）を前提としていないからである¹⁸⁾。質的分属説は、その入会の構造に主眼をおき、その主体である入会団体が調整機能を有したエージェントであるとの法的関係と総有の関係を表したものに過ぎない。つまり、質的分属説の最重要部分は、入会の性格というよりも、総有の所有関係である。

したがって、川島・中尾は現実に入会団体が持分権が譲渡・処分されるケースに遭遇したために、入会において持分権が存在するとしている。しかし、それは、構成員としての地位や資格の譲渡が可能となったために可視化できるようになった状態であり、持分権が顕在化しているわけではないと認識することが妥当であろう。逆に、本当に持分権が顕在化して譲渡が可能となっているのであれば、それはもはや総有ではなく、共有と化していると認識すべきであろう。無理に入会団体の存在と規範を取り上げたところで、実態としてはむしろそれらの方が形骸化しているのであり、はっきりと入会関係が消滅した状態と指摘すべきである。それゆえ、質的分属説への批判は的を射たものではないといえよう。

ただし、川島総有論の哲学の射程は、質的分属説批判にとどまらない。むしろ川島は、入会権の射程を総有だけではなく、共有までをも包含して観念しようとした。これこそが川島総有論の哲学の本質である。

5. 質的分属説の意義

(1) 質的分属説と入会の近代化

以上、質的分属説について考察を試みたが、その内容を整理すると以下のとおりである。

- ① 質的分属説は、総有の所有関係をあらわしたものである。
- ② 質的分属説は、総有の概念であるゲルマン法をローマ法で読み替えたレトリックである（我妻総有論の哲学）。
- ③ 総有団体の構成員は不変ではないが、団体そのものは不変である（ただし、変更・清算などは構成員全員の一致による）。
- ④ 質的分属説において、団体は、構成員と入会団体が不可分なため、ノミナルなエージェントかつ調整機能を持つエージェントである。
- ⑤ 川島は、構成員と入会団体が不可分なため、構成員が持分を有するとして潜在的権利を半顕在的権利として捉えた。
- ⑥ 川島は、入会の所有形態を総有のみではなく、共有まで拡大して認識しようとした。
- ⑦ 川島は、総有の概念であるゲルマン法をローマ法化するレトリックで、現実の諸問題に対応しようとした（川島総有論の哲学）。

18) 我妻が「入会稼ぎ」を前提としているのであれば、大阪地裁1977.6.3判決（預金債権共有確認請求事件）における鑑定書の論理構成は成立し得ない[我妻 1996]。

- ⑧ 我妻、川島ともに入会権の主体は入会団体構成員が主体と認識している。ただし、持分権の有無に異同がある。これは、総有と共有の認識の差異に起因する。
- ⑨ 両者において、管理・処分等についての重大なる変更は、構成員全員の同意が必要であるとした（民主的プロセスを経た決断）。なぜなら、生活や財産にかかわるためである。

本稿で明らかになったのは、我妻の質的分属説が入会の所有形態を説明したものではなく、分属することにより、総有と共有・合有との区別を行い、団体と構成員の関係をあらわしたものであることである。同時に、質的分属説の論理構造は、漁業権を近代法で読み替えた論理構造と同じであることも明らかにできた。

質的分属説では、団体とその構成員が不可分であることが重要となる。構成員の変化に関係なく、団体としての性格は変化せず、団体の位置づけは固定的である。この場合は、対外交渉等は団体が対応するが、結論に至るまでのプロセスは団体内で行なわれ、構成員各自の意思が反映される。

一方、川島らによる質的分属説の批判については、その妥当性は見出せなかった。川島は、入会の所有形態に総有のみならず共有をも包含して観念しようと努めたが、持分権の不存在との整合性を論理的に説明し得なかった。そもそも質的分属説は、持分権を観念するということに主眼は置いておらず、もっぱら総有の所有関係をあらわしたものである。したがって、川島らの批判は的を射たものではなかった。むしろ川島らは質的分属説批判をするよりも、入会の所有形態における共有の理論化を試みることの方が、彼らがみた現実に応えるものではないだろうか。

したがって、川島らに批判された質的分属説であるが、総有の性格を鑑みると、批判にさらされるというのではなく、総有が総有足りうるには質的分属説の方がはるかに論理的であり、適切であるといえよう。

（2）残された課題

以上では、質的分属説の構造と性格が理解できたであろう。しかし、下記の点については明らかにできなかったことを指摘しておきたい。

- ① 入会団体の性格。入会団体と実在的総合人と呼ばれるムラとの同義性が妥当か、また、権利能力なき社団との同義性が妥当か検討できなかった。
- ② 近代法で定義されている漁業法における漁業協同組合や生産森林組合、水利協同組合などの性格と入会団体との性格の異同を検討できなかった。

そのほかに、歴史性、文化性などの要素も入会を理解するには必要不可欠である。今後の入会研究を進めるにあたり、これらの点にも留意する必要がある。

参 考 文 献

岡田康夫

1995 「ドイツと日本における共同所有論史」『早稲田法学会誌』45.

上谷 均

2003 「入会権者全委員の同意がないとして賃貸借契約が無効とされ、一般廃棄物処理施設の建築工事禁止仮処分が認容された事例」『判例時報』1812号.

2006 「入会団体における団体意思——全員一致原則との関係を中心に——」『修道法学』28(2).

加藤雅信

2003 『物権法』有斐閣.

川島武宜

1949 『所有権法の理論』岩波書店.

1960 『民法Ⅰ』有斐閣.

1965 『民法総則』有斐閣.

1978 『ある法学者の軌跡』有斐閣.

1983 『慣習法上の権利Ⅰ 川島武宜著作集 第8巻』岩波書店.

水産庁経済課編

1950 『漁業制度の改革——新漁業法条文解説——』日本経済新聞社.

高島平蔵

1986 「共同所有理論と団体法思想」『早稲田法学』61(3Ⅱ).

中尾英俊

1986 「共同漁業権の帰属と権利主体」『法学論集』(西南学院大学), 19(1).

2007 「共有の性質を有する入会権」, 川島武宜・川井健編『新版 注釈民法(7) 物権(2)』有斐閣.

浜本幸生

1996 「浜本幸生の漁業権教室」, 浜本幸生監修, 熊本ほか『海の「守人」論』まな出版企画.

浜本幸生監修, 熊本一規・ショート, K.・水口憲哉

1996 『海の「守人」論』まな出版企画.

舟橋諄一

1960 『物権法(法律学全集18)』有斐閣.

宮本常一

1984 『忘れられた日本人』岩波書店.

我妻 榮

1932 『物権法(民法講義Ⅱ)』岩波書店.

1952 『物権法(民法講義Ⅱ)』岩波書店.

1983 『新訂 物権法(民法講義Ⅱ)』(補訂:有泉亨), 岩波書店.

1996 「鑑定書」, 浜本幸生監修, 熊本ほか『海の「守人」論』まな出版企画.

謝 辞

本稿を執筆するにあたり, 熊本一規氏(明治学院大学国際学部), 鈴木龍也氏(龍谷大学法学部)に有益なコメントをいただいた。厚く感謝したい。ただし, コメントに十分対応できなかった責めに帰する事由は, 私にあることを断っておきたい。

(受付 2009年2月12日)