

# 共同所有論における学説上の課題

江 渕 武 彦

まえがき

- 1 一般的な共有規定と特則
- 2 共有及び共有持分の本質
- 3 組合契約にもとづく共有
- 4 共有の性質を有する入会権
  - 〈1〉村落共同体の要としての共有財産<sup>かなめ</sup>
  - 〈2〉入会権の概要と入会慣習の内容
  - 〈3〉入会慣習の性格
  - 〈4〉法学者の説く総有概念
- 5 入会権研究者による入会持分権の考察
- 6 法人格なき社団への通説的総有理論転用
- 7 通説的総有概念の問題点
- 8 実定法解釈の原点に立つ文理解釈の必要性

まえがき

本稿は、日韓土地法学会第26回学術大会（2016年、神奈川大学）での日本の共同所有論に関する私の報告「日本民法学における共同所有論の学説上の課題」<sup>1)</sup>に加筆したものである。この学会は、1990年に創立され、両国の大

---

1) この学会報告にあたっては、鳥谷部茂教授（広島大学）から、報告のご推挙を受けた。また、吉田光碩教授（大阪大学）に司会を、李載鎮教授（全南道立大学）に指定討論者を務めていただいた。これらの方々にこの場を借りて御礼申し上げたい。

学で、毎年、交互に学術大会を開いている。両国とも、民法学者の参加が多い。

韓国民法は、日本同様のパンデクテン形式を採用。その内容は、日本民法と共通する部分が多いものの、相違点もある<sup>2)</sup>。この論稿は、日本民法学上の共同所有論に関する学説をテーマとするものであるが、韓国民法において、共同所有につき日本民法とは異なった特色を持つ。以下は、その骨子である<sup>3)</sup>。

- ① 韓国民法272条から274条にかけて、合有の語を用いる規定が置かれている。それは、組合契約による組合員の出資財産の所有形態を指している（704条）。
- ② 韓国民法275条から277条にかけて、総有の語を用いる規定が置かれている。275条1項は、「法人でない社団の社員が集合体として物を所有するときは、それを総有とする」と定める。このように、同条項の上では法人でない社団自体の権利能力を否定するがごとくであるが、それでも、韓国不動産登記法30条1項はその不動産資産の社団名義による登記を認めている。

日本民法には、合有・総有の語や、法人格なき社団に関する規定がない。ただ、韓国民法が制定された1958年以前より、日本の法学者による学説の中でこの合有・総有の語が用いられ、また、1926年に改正された民事訴訟法の46条に、「法人ニ非サル社団」に訴訟上の当事者能力（原被告となる資格）を認める手続的な規定が新たに置かれ、これ以降、法人格なき社団に関する実体法上の議論が行なわれるようになった。そのために、日本民法におけるこの学説上の概念が、韓国民法制定に影響を与えた可能性が強い。韓国民法

2) 高翔龍『韓国法〔第2版〕』（2007年、信山社）151頁以下参照。

3) 金旼妹「韓国の非法人社団に関する規律」（2015年、広島法学39巻2号121頁以下）にこの点が詳しく述べられている。

学界では、最近、法人格なき社団に関する法改正を踏まえた議論が活発で、この学術大会のテーマは、まさにそれであった。

日本の民法には、「入会<sup>いりあい</sup>」という、特殊な財産管理支配が規定されているが、これは村落共同体による財産の共同所有を基礎とする。その共同所有権（又は共同用益物権）を入会権という。これは日本の民法学者の間ではきわめてマイナーな分野の権利で（韓国民法にはその規定すら置かれていない）、日本における専門研究者は非常に少ない。入会権研究を専門にしない多くの民法学者は、この分野に対しては相当に冷淡で、いずれこの権利が解体・解消すると考えている。もとより、大正期から、当時の洋学至上主義法学の傾向に沿って実体と乖離した入会の解説が行なわれてきており、これが、現在の民法学者の定説となっている。ただその中で、戒能通孝、川島武宜、渡辺洋三、中尾英俊、熊谷開作、黒木三郎、武井正臣、浜田稔、小林三衛といった法社会学系の民法学者や法史学者が、実体調査にもとづく研究を重ね、学説上の問題点を指摘して正確な基礎理論を築き、ある程度は判例の構築に寄与した。これら碩学に及びもつかない私など、数少ないその塾生の一人であるものの、私の下の世代の入会権研究者は、この分野の研究に対する偏見が原因で大学に職を得ることが難しいこともあって、ほとんど育っていない。私の世代で、法学者によるこの分野の研究が途絶える危険性も否定できない。

ともあれ、上記碩学の正確な入会権理論に触れ、実体調査の場で碩学らに教えを受けた者として、入会権にもとづく財産の共同所有（総有）理論が日本の民法学における法人格なき社団の財産論に転用されていることから、日本におけるこの社団論から立法や学説に影響を受けたと思われる韓国民法の社団論に無関心ではできない。このような理由から、私は、本学術大会での報告を引き受けた。この報告が、韓国において、有意義な議論へとつながることを希望している。

## 1 一般的な共有規定と特則

日本民法典には、共有の語を有する規定が34か条設けられている。その中で、物権編たる民法第2編の第3章・所有権の章の中の第3節、249条から264条が、一部例外を除き、共有に関する一般原則規定（いわば共有の一般法）として位置付けられる。ここでは、これらの規定を「共有一般法」と呼びたい。

一部例外とは、263条（共有の性質を有する入会権——以下、原則的にはこれを共有入会権と略称）である。入会権規定は、前述のように、韓国民法には存在しない。この規定が共有一般法として扱えない理由は、後に詳しく述べたい。

それ以外に眼を引くのは、667条以下に置かれた組合契約に関する規定である。668条は、この契約による出資財産を組合員の共有と定めている。263条と668条は、前述の共有一般法の特則としての性格を有する。これらの規定がその特則であるゆえんを、以下、説明しよう。

## 2 共有及び共有持分の本質

共有一般法は、前述のように、所有権の章に置かれているから、206条の支配下にある。

この規定は、所有権の本質を端的に定める。近代法上の物権の中心たる所有権は、その権利主体の自由意思を大前提とする。そのために、所有権は自由譲渡性を基本とし、この法思想が176条所定の物権変動における意思主義へと繋がってゆく。

ついでながら、韓国民法186条以下は、物権変動における形式主義を定め、この点が日本民法と異なる。ここには、ドイツ民法への憧憬が原因で意思主義に支障を感じていた日本の民法学者の影響が想像される。明治民法典論争で排斥されたポアソナードラによるフランス法風の旧民法に取って替わった明治民法は、ドイツ式のパンデクテン方式を採用しながらも、176条に、フランス式の意味主義物権変動の規定を置き、177条・178条に、その制

度欠陥から生ずる対抗問題処理のための対抗要件制を規定した。それは、1886年に、旧民法施行を前提とした登記法が制定され、そこには、フランス式・書面による形式審査にもとづく不動産登記（及び船舶登記）制度が置かれていた。すなわち、旧民法制定を見据えたフランス式登記制度が採用され、ドイツ式形式主義・公信力制を導入するための登記申請書面公証を欠く登記実務がすでに出発していたのであった。ドイツ法への憧憬の深い鳩山秀夫（1884年生まれ）やその教えを受けた我妻榮（1897年生まれ）世代において、日本民法学は、ドイツ法流の解釈を強く志向し、おそらくは、その立場からは、物権変動における意思主義や、申請書面の公証を欠く登記申請に対する形式審査主義など、許しがたい制度であったろう。その立場が、韓国民法186条以下の立法化に影響を与えた可能性がある。おそらくは、公信力を欠く日本の不動産登記に対する怨嗟とこれを備えたドイツ土地登記に対する過剰な憧憬の源が、ここに認められる。もっとも、物権変動における形式主義を採用する韓国民法においても、その不動産登記に公信力は導入されていない。ここに、登記の公信力制導入が、日本の民法学者が思うほどに容易ではないことがうかがえる。

ドイツ法に対する日本の民法学者の過剰な憧憬にもかかわらず、日本民法176条の「意思表示のみによって」の強い文言は、近代法上の自由意思原則の強力さを表わしており、この法原理は、個人の自由意思を前提とした206条を通じて共有一般法にも働く。そのために本稿では、ここに定める共有を「個人的共有」と呼ぶこととする。

自由意思とともに重要な近代物権法原理は、一物一権の原則である。この原則が共有に働く以上、それは一個の物に成立する一個の所有権が複数人に分属した状態であって、この原則から、共有者に分属する1未満の所有権の総和はつねに1となる。この共有者各人に分属する数分の1の所有権を共有持分（以下、単に持分）と称する。この持分が所有権の実体を有する以上、持分譲渡も、その権利者個人の自由意思に委ねられなければならない。とすれば、ある共有者が自己の持分を他者（他の共有者又はそれ以外の者）に譲

渡することを阻止する道はない。これこそ、一般共有法が個人的共有規範であるゆえんである。

667条ないし688条の組合規定と、263条・294条所定の入会権規定に、持分自由譲渡を基本とする共有一般法の特則が設けられている。先ほど、263条・688条を共有一般法の特則と述べたが、それは、これらの規定が、共有一般法の本質たる持分自由譲渡性を修正する例外としての地位にあるからである。以下、この特則としての二つの制度について述べたい。なお、入会権規定と組合規定においては、後者の方が条文番号としては後であるが、後者がより前者より近代法原理に忠実であると思われることから、後者の方から論ずることとしたい。

### 3 組合契約にもとづく共有

組合は、日本民法では第3編・債権編に定められた契約であり、当事者による共同事業の営みの合意を要件とする。この契約の履行たる出資により、組合財産が形成される。668条は、前述のように、この財産が総組合員の共有に属することをうたう。裁判例では、たとえば、超過債務者に対する複数債権者の私的整理組織がこの組合として扱われている<sup>4)</sup>。

個人的共有が共有者間の組織を前提としないのに対し、組合財産の共有は共有者の組織を前提とする。そのため、ここでは、組合契約による共有を「組合的共有」としておこう。前述の特則は、以下の通りである。

- (1) 共有者（組合員）は、持分処分を組合及び組合と取引した第三者に対抗できない（676条1項）。
- (2) 組合は、脱退者に対して持分相当額を払戻さなければならないが（681条2項）、脱退者からの財産分割請求に対しては拒絶できる（676条

---

4) 最判1962年12月18日民集16巻12号2422頁（判決言渡年の表記については、わが国では元号を用いることが慣例であるが、報告した学術大会が国際的学会主催であることの性格上、報告文において年号は、判決言渡年を含め、すべて西暦で表記した。本稿もそれに倣うこととする）。

2項)。

このようにしてみると、第3編・668条以下の共有規定は、第2編・共有一般法の特則たる性格を有することがわかる。すなわち、民法典における諸規定を率直に解すれば、組合的共有は個人的共有と共通基盤を有するものの、共有者の組織的結合という特殊性から、民法は、676条及び681条に共有一般法・個人的共有とは別異の措置を定めたと解することができる。

より具体的に、組合的共有の特則としての性格について説明しよう。177条により、個人的共有不動産の共有持分における対抗要件は、登記となる。たとえば、不動産の個人的共有持分を持分権者が二重譲渡した場合、持分の二重譲受人は相互に177条所定の第三者となり、持分登記がその対抗要件となる。他の共有者は、この持分の譲受人でなければ、持分自由譲渡性の原則から、この譲渡の利害関係人ではないので、第三者としての地位に立たない。ところが、共有者の間に組合契約が存在する場合、この共有は特殊な共有（組合的共有＝いわゆる合有）としての性格を有し、他の共有者（組合員）は、持分登記を取得していなくても、非組合員たる持分登記取得者に対し、当該不動産資産が組合財産であるからその持分取得を組合に対抗できないと主張できることとなる。

このように、組合財産については、民法177条・178条における対抗要件制が働かない。その趣旨は組合保護にあり、まさに、近代法の中の特殊な概念と解すべきであろう。組合規定が、共有一般法における所有権法理の特則たるゆえんである。

ところで、組合的共有に関する日本の民法学者の解釈は、やや複雑である。たとえば我妻博士は、組合財産は組合員の固有財産から独立した（組合）独自のものであるという<sup>5)</sup>。

これは、民法その他の法律における法人の規定や、会社法制度を視野に入れた、いわば団体法的視点に立った民法上の組合規定の評価のように思え

5) 我妻榮・有泉亨・川井健『民法』（2003年・勁草書房）374頁以下。

る。この視点から、我妻博士は、組合的共有に「合有」の名を付し、単なる特則というより、個人的共有とは異質な概念としての意味において理解しようとする。

合有の語は、1896年制定の民法典の中にはない。ただし、1922年制定の信託法24条1項に「受託者数人アルトキハ信託財産ハ其ノ合有トス」と定められ、この語が実定法の中に姿を表わす。この規定は、現行信託法79条にそのまま引き継がれている。この規定の趣旨は次の通りである。

信託における受託者の地位は、委託者（または受託者）からの信頼にもとづく。そこで、受託者は、委託者らに対して、次のような責任ある立場に立つ。

- イ 受託者は、信託事務に関する善管注意義務を負い（旧信託法20条）、原則として、他人に信託事務をさせてはならず（同法26条1項）、信託財産の損失について過失責任を負う（同法27条）。
- ロ 受託者は、信託財産を受託者の固有財産と為すことはできず（同法22条）、また固有財産と信託財産の分別管理義務を負う（同法28条）。
- ハ 複数の受託者が受益者に対して負担する債務については、受託者らが連帯するものとされる（同法25条）。

このような受託者と委託者（または受益者）との関係からすれば、受託者が数人ある場合、信託法に明文の規定はないが、当然に、全員が協力して信託事務を遂行することとなる。旧信託法24条・現行79条は、このことを大前提として、信託財産の権利関係を定め、受託者らの組合関係を擬制したものである。

たとえば、A所有の不動産について、Aが委託者・受益者として、BCに管理信託した場合、この不動産は受託者たるBCの合有となる。ここで、Cが信託の本旨に反して、持分を部外者Dに譲渡した場合、BはCおよびDに対して、676条1項の趣旨にもとづき、当該譲渡はBCの構成する組合に対



抗できないと主張することができる。問題は、AとCDの関係だが、この不動産について信託登記がなされていること、かつ、Dに悪意または重過失があることを要件として、Aは、CD間の持分譲渡を取消することができる（旧信託法31条）。信託登記されていなければ、Aは（Cとの関係は別として）、Dに対して、当該不動産が信託財産であることを対抗できない（旧信託法3条）。

このことは、次のことを意味している。旧信託法24条が信託財産を受託者の合有であるとするのは、受託者間で明確に組合契約が締結されていなくても、組合の関係が成立することを意味する。それは、受託者の内部関係の規律という点において意義を有する。

すなわち、一部の受託者が恣意的に信託財産の持分を部外者に譲渡しても、他の受託者は自らの受益者に対する責任を全うするために、信託登記の有無に関わらず、当該譲渡が受託者の組合に対抗できないと争うことができるということである。旧信託法24条の本質的な意味は、ここにある。しかし、委託者・受益者は、受託者と比較して、いずれかの者に責任を負うべき地位にないから、信託財産が受託者の合有であることの利益を直接受けるものではない。

受託者は信託財産の財産権を取得するものの、以上の通り、その権利取得は信託目的達成を趣旨とするから、信託財産と受託者の固有財産との分別を要する。そのために、信託財産には、事実上、財団に似た効果が生まれる。とすると、受託者が複数名であるとき、一応、信託財産はこの受託者らの共有（又は準共有）というべきであるが、この受託者らの間を個人的共有関係として律する（たとえば持分自由譲渡性を認め、あるいは受託者間に信託財産分割請求権を認める）ことは信託目的に違背する危険性があるため、そこには、団体的制約が必要となる。旧信託法24条1項は、この趣旨にもとづく。

このような場合、実定法は、通常であれば、準用規定を置く。たとえば、信託法において、本来ならば、「受託者カ数人アルトキハ民法676条ノ規定ヲ

準用ス」と定めることが通例であるように思われる。それにもかかわらず、前述のように、旧信託法24条1項が「合有トス」というもっぱら学説で使用されてきた用語による観念的な規定を置いたことは不可解であり、合有の定義規定を欠く信託法の性格上、この立法の形式は不適切というべきである。おそらくこれは、当時の民法学者のドイツ法的解釈への志向がその原因であるように思われる。すなわち、明治民法制定時と異なり、大正期の民法学者の学説の中で、ドイツ団体法論の影響により、合有の語が、いわば最新のアカデミックな専門用語として珍重され、旧信託法上のこの規定や、組合的共有に合有の語を当てる後の我妻博士の姿勢に反映したものと思われる。

#### 4 共有の性質を有する入会権

##### 〈1〉村落共同体の要としての共有財産

民法263条は、共有入会権<sup>かなめ</sup>について、各地方の慣習を第一次的法源、この規定以外の共有規定を第二次的法源と定める。すなわち、263条は、206条原則以外のルールを共有入会権に許容しており、この意味において、特殊である。このような特殊な共有をここでは「入会的共有」と呼んでおこう。この規定と入会権の実体については、民法学者や法曹人にきわめて誤解が多いので注意を要する。この誤解については、後述する。

近代化以前の日本は、稲作農業を生産の中心とする農業社会であった。稲作農業は、大量の灌漑用水を必要とするために、用水の共同管理のため、村落共同体を必要とする。そのために古くから日本において、概ね、50戸ないし100戸から成る「村」が形成されてきた。

村落共同体は、農業生産と日常生活を共にするため、水利・農業従事のための資源・生活用資材確保などを目的とした共同の財産を必要とする。日本においては、上記の「村」が概ねこの村落共同体の単位であった。その財産の共同支配を、日本の歴史家（とりわけ法史学者）は「村持<sup>むらもち</sup>」と呼ぶ。このような私的な財産支配の側面を有すると同時に、この村は、農民統治の単位でもあった。

明治期に入ると、前述の村を被統治主体とする農民統治体制は変革される。その中心となる変革は、1889年・町村制の施行であった。地方行政の効率化のため、一部の地域を別として、全国およそ5か町村を合併させ、新しい町村が設けられた。ここでは、それ以前の村落共同体たる村を「旧村」と呼ぶが、旧村域は、新町村下の<sup>おおあざ</sup>大字となった。前述のように、旧村は生産や生活のための財産の共同管理支配という私的側面を中心としつつも、それ以外に統治を受ける行政的な単位としての性格を有していたが、町村制下の新町村はもっぱら行政機関たる公共団体であり、この仕組みは、原則として、1947年・地方自治法下の体制に引き継がれて現在に到っている。このように、旧村は、町村制の施行により、行政上の主体たる性格を失うものの、前述の財産に対する村持としての従前からの共同管理支配体制は、その後も続くことになる。これと前後して、民法制定の作業がボアソナードを中心に進められる。ただ、その草案の中に、旧村持財産を律する特別規定が設けられることはなかった。

1889年から始まった民法典論争を経て、ボアソナードらによる民法が1892年に施行無期延期となり、以後、この民法は、前述のように、旧民法と呼ばれ、同時に明治民法の編纂が始まる。その法案の中に、263条・共有入会権規定が置かれた。法典調査会における同規定案審議の場に、明治政府の中樞に籍を置く穂積八束（憲法学者・東大教授で当時は枢密院書記官兼務）や内務省土木局長・都筑馨六が出席し、これら2名は村持財産が町村制下の一種の公有財産であるとの理由（いわゆる入会公権論）で263条設置に反対する<sup>6)</sup>。しかし、富井政章などこの法案企画者らや、旧民法制定の中心人物の一人であった磯部四郎が同案に賛成することで、共有入会権規定は生き残った<sup>7)</sup>。いわば、政府内の保守派の意に反して明治民法に入会権規定が置かれたと解してよかろう。磯部にあつては、より詳細で親切な入会権規定を

6) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書2 法典調査会民法議事速記録二』132頁、133頁。

7) 註6) 文献156頁。

置くべきとの意見さえ述べている。磯部は、この会議の場で、旧民法の中に村持財産に関する規定が欠けていたことが旧民法排斥の原因の一つであったことを語っている<sup>8)</sup>。私は、ここに、十年の歳月に互る旧民法制定のための努力が徒労に帰した磯部の後悔の念を感じている。ポアソナードは、フランス民法の直輸入を避け、日本文化に合った民法制定を心がけていたらしいが、はたして当時の農民による村落での生活に思いを致すことはなかったのか、あるいは、粗雑な社会進化論にもとづき、彼の価値観からすれば「後進的な」村落の伝統たる慣習を民法典の中で扱うことは日本の近代化を阻害すると考えたのか、現在ではよくわからない。たた少なくとも磯部は、若くして洋学を志し、司法省官費留学生として渡仏して近代市民法原理を修得しつつ、1890年、ポアソナードが失意のもとに日本を去るにあたり、洋学至上主義の立場から村持という財産管理支配の伝統に無頓着であった自己の不覚を痛感していたものと、私は推測している。

ともあれ、村持という村落共同体による財産管理支配は、明治民法中263条において「入会」の名称のもと、これを共同所有権と位置づけ、共有の性質を有する入会権として、実体私法の中で、明確に私権として法認された。このようにして、民法の中に、入会的共有が誕生した。

## 〈2〉入会権の概要と入会慣習の内容

ここで、民法263条・294条所定の2つの入会権の概要と両者の違いを説明し、かつ、前述した多くの人々による誤解について述べておきたい。

- ① 263条所定の共有入会権は、同条が「共有の性質を有する」としているから、共有権の一種である。多くの民法の解説書は入会権を以って用益物権と説明しているが、共有入会権の説明としてはこの記述は誤っている。
- ② これに対して、294条所定の入会権は、同条が「共有の性質を有しない」としており、この規定が地役権の章の中に置かれていることから、

---

8) 註6) 文献146頁。

準共有権（共同の制限物権）の一種というべきである（以下、この入会権を「地役入会権」と呼ぶ）。

- ③ 両規定は、入会権の第一次的法源が各地方の慣習であることを明言している。この慣習の概念を誤解したある下級審判決は、慣習を以って「使用収益の事実」ととらえ、それが途絶すると入会権は消滅すると判断している<sup>9)</sup>。しかし、民法は、15か条に慣習の語を置いているところ、いずれも、一定の規範を意味するものとしてこの語を用いている。したがって、入会慣習も当該入会集団の自治規範として理解すべきである。
- ④ 全国的に共通する入会慣習は、入会権者の地域外転出による無償失権<sup>10)</sup>、入会財産の変更処分における全員一致原則、分割請求不許、入会権者の世代交替は相続法理ではなく入会権者世帯における世帯主交替の原理による、といったものである。入会持分の譲渡にあたっては、完全に禁止されている場合と、集団内に限って許される（ただし部外者への譲渡は禁止される）という場合に分かれる。
- ⑤ 一部慣習が存在しない場合などには、共有入会権においては共有の規定が（準用ではなく）適用され、また、地役入会権の場合には地役権の規定が準用される。このために、入会慣習に矛盾しない共有の節や、地役権の章の規定は入会権の第二次的法源となる。

ここで、入会権規定が、個人的共有規定の特則であることを説明したい。入会権規定の立法企画者は、263条を定める理由を次のように述べている<sup>11)</sup>。  
「入会権ヲ有スル村民ニシテ若自由ニ持分ヲ譲渡シ又ハ何時ニテモ分割ヲ請求スルコトヲ得ルモノトセハ多地方ノ慣習ニ背キ其弊害極メテ大ナルヘキ

9) 仙台高判2000年5月22日戦後入会判決集3巻277頁。

10) 無償であることが、脱退者を681条2項（金銭補償）で保護する組合的共有と異なる点である。

11) 廣中俊雄『民法修正案（前三編）』の理由書〔1987年、有斐閣〕276頁。引用文中の傍点は、江淵による。

ヲ以テ主トシテ各地方ノ慣習ニ従フヘキモノトナセリ」

すなわち立法者は、個人的共有における自由な持分譲渡や分割請求の法理を共有入会権から排除しようとしていた。もし立法者が入会持分不存在を前提にしていたら、このような理由を述べるはずはない。入会権において持分の存在を前提にしていたからこそ、その自由譲渡性を制約するための規定が必要だと、立法者は考えたのである。そのような持分拘束の必要性は、農林業生産の確保にあった。すなわち、もし入会権者の持分に対して自由譲渡性を保障すれば、これが部外者に流出する事態を生じ、農林業生産が阻害される恐れがある。共有権者または準共有権者たる入会権者は、旧村組織など村落共同体たる集団を形成しており、民法における個人的共有の法理をこの集団の中に導入すれば、旧来からの伝統的村持財産管理が阻害されて農業生産が成り立たなくなるのである。この事態を回避するために、村落共同体維持を目的として、旧村持財産につき一部の個人的共有法理が排除された。このようにしてみれば、民法上の入会権規定は、個人的共有法理を一般法とするところの特則としての地位にあることは明らかであろう。

### 〈3〉入会慣習の性格

上記④で述べた転出失権などの入会慣習は、近代市民法原理とは相容れない。およそ、民法に規定される財産権の中で、入会権のように、権利者資格要件として居住地域が問われる権利は存在しない。転出失権慣習は、他地域への転出者は転出元の地域における入会財産管理のための義務が履行できないことを理由とする。ここでは、一定の地域にとともに暮らし、助け合って働く仲間共同体の精神が前提となっている。このような精神は、近代市民法原理にとっては管轄外なのである。

263条・294条は、かかる精神にもとづく非近代市民法的・共同体的慣習による集団規律を当該地域における公序良俗として許容している。もし入会権規定が存在しなかったら、かような慣習は民法という国家法の原理に反し、法適用通則法3条の反対解釈により、法律と同一の効力を有するとはいえないこととなろう。入会権規定の存在により、各地の入会慣習には、法適用通

則法3条にもとづく法的な効力が認められるということである。

#### 〈4〉民法学者の説く総有概念

この論稿で私が使用している組合的共有・入会的共有という語は、民法学者はほとんど使用していない。一般には、合有・総有の語が使われている。これは、ドイツ団体法論からの影響であると思われる。そこには、この2種類の特種な共有をもって、その特殊性ゆえに、個人的共有とは異質な概念とする見方がある。このような立場から論を進めたのが石田文治郎博士であり<sup>12)</sup>、これが民法学の泰斗・我妻博士によって支持されたため<sup>13)</sup>、民法学者の支配的見解となる。その傾向が最も強く現れるのが、この論者の説く総有論である。支配的立場からの総有の説明は、以下の通りである<sup>14)</sup>。

「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…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…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、近代法における所有権の実をもたない」

総有は、ドイツ語Gesamteigentumの和訳である。この訳語を最初に使用し始めた法学者は、おそらく、日本法制史の中田薫博士であろう。中田博士は、1920年に、「徳川時代における村の人格」を著し、前近代における日本の村（前述の旧村）が、総有集団と位置づけられるゲルマン法下のGenossenschaftに近似するとしている。さらに博士は、1928年に「明治初年の入会権」の中で、「其入会権は村と村民とに共属する総有権の、一分派に他ならない」という<sup>15)</sup>。この理論が、民法学者の石田文治郎博士に引き継がれる。石田博士は、1927年に『土地総有権史論』を著し、総有に関する権威者としての地位を築いているが、この中で、博士は、日本の入会権がゲルマン法における総有権の形態に属すると説いている<sup>16)</sup>。

12) 石田文次郎「合有論」民法研究第1巻〔1934年、弘文堂書房〕85頁以下。

13) 我妻榮・有泉亨補訂『新訂物権法』〔1983年、岩波書店〕314頁以下。

14) 註8) 文献315頁以下。

15) これらの中田論文は、中田薫『法制史論集』第2巻〔1938年、岩波書店〕に収録されている。

16) 石田『土地総有権史論』〔1927年、岩波書店〕590頁。

組合的共有は、177条・178条の適用外という点で、一般共有法の特則であると前述した。この点、入会的共有もこれに近い性格を有する。ただ、組合的共有の場合、組合員による部外者への持分譲渡は、無効ではなく、組合に対抗できないという性格のものである。これに対して、入会的共有の場合には、そもそも、入会権者による部外者への持分譲渡は無効、すなわち効力を生じない。したがって、入会地における土地共有持分登記を部外者が取得しても、その基礎たる法律行為が無効原因があるため、(取得者が入会集団に対抗できないというのではなく)部外者が取得した持分登記が実体を伴わない虚偽登記ということになる。組合的共有と入会的共有の間にはこのような相違点があるが、組合や入会集団が持分移転登記の影響を受けないという点では同一であり、ここから、組合的共有や入会的共有の一般共有法に対する特則としての性格が導かれるのである。ただ、多くの民法学者は、そのような印象を、(とくに入会的共有には)有していないように、私には思える。先ほど、民法学者は組合的共有を個人的共有とは異質なものと扱っていると述べたが、入会的共有にあっては、民法学者は「異質」を乗り越えて、ゲルマン法という異次元の世界の概念だとの印象を与えている。

## 5 入会権研究者による入会持分権の考察

入会権に関する実体調査経験の豊富な川島武宜博士は、その経験的立場から、入会(総有)権における持分の存在を指摘している<sup>17)</sup>。川島博士は、調査や入会権訴訟判決の研究を通じ、多くの後輩を指導したが、その中でも同博士が「全国にわたって法律学的立場から現地調査を行なった専門家」と評価する<sup>18)</sup>中尾英俊博士も、調査の経験的立場から、この持分の存在を強く主張している<sup>19)</sup>。同様に調査を通じて入会権を熟知する渡辺洋三博士は、持分

17) 川島武宜「入会権の基礎理論」川島武宜著作集第8巻(1983年、岩波書店)73頁以下。

18) 叢書民法総合判例研究付録9「判例研究の葉」(1982年、一粒社)1頁。

19) 中尾英俊『入会権——その本質と現代的課題』(2009年、勁草書房)34頁以下。なお、このような経験的・実証的理由以外の法理的・解釈論的立場から入会(総有)持分の存在を説く立場として、江淵「社団財産総有説の功罪」(2005年、島大法学49巻2号1頁以下)33頁ないし38頁を参照。



を否定する通説的総有論に対し、「今日の事態に即応しないものとして根本的に再検討を余儀なくされる」と批判している<sup>20)</sup>。この批判は、1958年・私法学会における報告の中で述べられたものであるが、それからまもなく60年が経とうとしている今日、この批判は、入会権実体調査の経験に乏しい民法学者には未だに届いていない。これほどに、入会権に関する専門の見地からの指摘に耳を貸さない民法学者の対応は、不可解といわざるをえない。私は、その理由を以下のように推測している。

## 6 法人格なき社団への通説的総有理論転用

石田博士は、このような異次元世界の概念たる「総有」を入会権とは別の分野に転用した。それは、法人格なき社団の財産論（社団財産総有説）である。この説は、社団財産を社員の総有と解して社員総体が法主体性を有すると主張し、この解釈を道具として、法人でない社団の法主体性を認めないように仮装しつつも結果としてこれを認めたことと同じ結論に至ろうとする。これこそが、持分を否定する通説的総有概念の最大の効能である。

民法学者や法曹人に絶大な影響力を持つ我妻博士は、石田博士のこの著作を高く評価し、民法学の解釈論においてはマイナーな入会権の分野のみならず、法人格なき社団の財産というメジャーな分野におけるこの総有概念の上記効能に注目し、石田説を支持した。これにより、民法学の分野でかかる総有概念が受け入れられて通説として定着し、また、社団財産に関する裁判例において、この総有概念を道具として法人格なき社団に社団法人と同一の効果を認める最高裁判決が言い渡されることになる<sup>21)</sup>。ここに至れば、「権利能力なき社団には権利能力がない」との前提に立ち、かつ入会権に無頓着な民法学者や法曹人の立場からすれば、断じて総有から持分概念を排除しなければならない。

私は、社会に実体として存在する法人格なき社団の、法適用通則法3条に

20) 渡辺洋三『入会と法』（1972年、東京大学出版会）192頁。

21) 最判1957年11月14日民集11巻12号1943頁、最判1964年10月15日民集18巻8号1671頁。

もとづく慣習法的権利主体性から、この社団に「権利能力がない」とするドイツ民法54条直訳式の多数説に違和感を抱いており、かつ、入会権に無頓着な立場にはない。ただ、その私にも、法人格がない社団には権利能力がないという簡素な解釈が、法人でなくても権利主体性は認められるとの、やや複雑・難解な論理よりも耳になじみやすいという事情は理解できる。その上で、後世の民法学者や法曹人が、通説的総有理論が社団資産の合理的解釈に資するという功利主義的観点と合わせて、中田・石田・我妻という権威者が説くドイツ団体法論の持つアカデミズムに魅入られたとしても、無理ない面があったと思う。そのような面に思いを致せば、総有から持分概念を排除しなければならないとする通説的総有理論の事情も、理解できる。

ここで、入会権に熟知した民法学者は、社団財産総有説を避けている事実を指摘しておきたい。たとえば、川島博士は社団財産合有説に<sup>22)</sup>、中尾博士は社団財産単独所有説に依拠する<sup>23)</sup>。この2人は、前述のように、村落調査を通じて体得した村落共同体の要たる入会権の実体認識にもとづき、共有入会権には所有権の実体たる持分が存在し、そのような共同体による財産の共同所有こそが「総有」であるとの見地から、持分を否定する通説的総有理論を排除している。川島・中尾説は、入会権者の組織＝入会集団の本質が共同体であるとの前提から、法人格なき社団として裁判例に現われる近代的組織（労働組合、設立中の会社、集合店舗式マーケットの経営者組織、外国籍の人びとの組織など）とは実体が異なることを根拠として、社団財産総有説を誤りと考えるのである。

ついでながら、持分を前提とした合有理論を法人格なき社団の財産の説明に用いる川島説は、私には徹底していないように感じられる。ただ、川島博士とともに永く村落調査に従事した中尾博士は、30年以上も前、まだ駆け出しの私に対し、川島博士との共同調査における夜の宿舎での議論の際、中尾博士が川島博士に対して自らは社団財産単独所有説を正しいと考えるとの見

22) 川島『民法総則』（1965年、有斐閣）139頁。

23) 中尾『物権法』（1978年、青甲社）131頁。

解を示したとき、川島博士ははっとした表情を見せ、「若い人はもうそこまで考えているのか」と応えた、と私に語った。中尾博士のこの「証言」は何ら記録には遺されていないものの、いや、遺されていないからこそ、このことを、入会権研究の碩学らの歴史の一コマとして述べておきたい。私は、合有説の不徹底さを、川島博士自身が感じていたのではないかと、推測している。このことに触れることは、巨人・川島武宜博士の業績研究に寄与すると考え、あえてここで明らかにする次第である。

ただ川島博士は、入会権に関する解釈論として、個人的共有規定が入会権に対してはまったく適用がないとの立場を示している<sup>24)</sup>。おそらくこの見解は、入会（総有）持分が個人的共有持分とは異なった特性を示すことを強調する目的にもとづいているのであろう。しかし、この立場は、民法263条の「この節の規定を適用する」との文言に明確に反している。「この節」とは所有権の章の中の共有の節であり、前述のように、同条は共有一般法を以って、共有入会権を規律する第二次的法源として位置づけていることは疑いない。このような明文の規定に反する解釈をするにあたっては、それなりの合理的理由が必要である。それでは、入会権規定が共有一般法の特則であることを理由に、入会権の解釈の場で共有一般法を共有入会権の解釈から完全排除することに合理的理由を見出すことができるだろうか。

およそ、特別法が一般法に優先するのは、当該特別領域に限られ、かつそれは、特別法の趣旨を全うする限度においてでなければならない。たとえば、借地借家法が民法上の地上権規定や不動産賃借権規定の特則であるのは、主として借地権や建物賃借権の存続期間（借地借家法3条、4条、5条、26条、29条1項）、あるいは更新（同6条、28条）、対抗要件取得の簡易化（同10条、31条）の領域においてであり、借地権・建物賃借権の領域においては、民法の賃借権存続期間の制限に関する規定（604条）は完全に排除される。しかし、借地借家法であっても、不動産賃借権の譲渡性の制約（民法612条1項）とその対極にある地上権の自由譲渡性は前提となっているの

24) 川島・註17) 文献84頁及び87頁。

であり、この部分について一般法は排除されない。また、借地権や建物賃借権の対抗要件については、前記のような簡易な方法が採用されているとはいえ、対抗要件法理（民法177条）そのものはなお借地借家法の中に活着しているといわなければならない。

このような他の領域における一般法・特別法の関係を考えれば、共有一般法に対する特則（特別法）たる入会権規定が、入会権領域においては前者を完全排除すると考えるべきではない。たとえば、入会権者の持分につき差があるかどうかで訴訟を生じたとき、各人間に差が存在するという証拠が得られない場合、裁判所は、民法250条にもとづき平等と判断することが適切である。あるいは、持分に差がある場合には、民法253条1項により、入会財産の管理に必要な費用は、持分の差に応じて、各入会権者に一律でない負担をさせる必要がある。このように、個人的共有に関する規定であっても、入会慣習に矛盾しない事項については、それが自由譲渡性を保障された持分を前提にした規定とはいえ、かかる規定は持分の自由譲渡性とは無関係だから、入会的共有に対しても適用を認める必要がある。

このようにして、入会持分の存在を説く川島説も、この部分の妥当性は別として、この持分が個人的共有持分と異なる特性を示すことを以って共有一般法の完全排除を主張する点については行き過ぎというべきであろう<sup>25)</sup>。こ

25) 入会権において、慣習が第一次的法源、民法における共有・地役権の規定が第二次的法源であることは、次のような入会権規律の構造を示す。

入会集団において、入会財産処分を経験がない場合には、財産処分に関する第一次的法源としての慣習が存在しない。その場合には、第二次的法源としての民法251条が機能することとなる。この規定は、共有物変更にあたっては全共有者の同意が必要である旨をうたう。共有財産処分の場合には、この変更に従い、共有者の総意が必要となる。とすれば、結果としては、入会集団において財産処分の慣習がない場合も、民法263条の趣旨から入会権に関する第二次的法源により、その慣習が存在する場合と同様に、財産処分にあたっては、民法251条に従い、入会権者の総意が必要ということになる。

ただ、私が指導を受けた中尾博士は、入会財産処分の経験が無いことを以って「財産処分の慣習が存在しない」とする私の表現に対して、異議を持っていた。中尾博士は、明確にその著作の中で述べているわけではないものの、入会財産処分の経験が無い入会集団も、潜在的には、財産処分に総意が必要との自治規範を有する、と理解されていたようである。入会権に詳しい法史学者の矢野達雄教授も、同様の立場にあるように思われる。私は、そのような潜在的自治規範の存在を否定しないが、しかし、これを以って

のことは、正確な入会権法理を築く努力をした川島博士も、入会的共有が個人的共有とは異質であって入会はいずれ解体するとの概念法学に引きずられていたことをうかがわせる。

## 7 通説的総有概念の問題点

中田博士から始まった上記のような持分を否定する総有概念が正しいとすれば、共有物につき持分を前提とする民法の規定は、一切、入会財産については適用がないこととなる。しかし、この解釈は不適切である。むしろ、入会慣習に抵触する共有規定は入会財産については適用がない。たとえば、入会廃止の総意が成立していないにもかかわらず、入会権者が他の入会権者に対して、256条1項本文にもとづき入会財産の分割請求をすることは（慣習に反するから）できない。したがって、この規定は、入会権については適用がない。しかし、前述のように、持分を前提にした共有一般法としての250条や253条は、入会持分についても適用を認める必要がある。このように、個人的共有に関する規定であっても、入会慣習に矛盾しない事項については、それが持分を前提にした規定だとしても、入会的共有に対しても適用を認める必要がある。

入会権者たちは、自己の権利が法律上は入会権と呼ばれていることを知らず、その財産は自分たちの共有であると考えて、所有権実体たる持分の意識を有していることが多い。あるいは、明治期の裁判例の中によく見られるが、明らかに入会地と思われる土地が一定地域住民の共有地として争われる（入会権の主張がない）事例が認められる（たとえば大判1908年6月8日民録14輯593頁）。この場合、持分が請求原因となっていたら、裁判所は当然に、原告は係争地に持分を有しないとの理由でその請求を棄却することはで

---

「慣習」と呼ぶのは用語としては適切ではないと思う。ある規範を以って「慣習」と呼ぶには、最低1回の規範実行が必要であると思われるからである。この点は、村落環境研究会第6回シンポジウム（2009年、熊本県人吉市）における私の基調報告「地縁団体の法律問題及び近時の近時の法人法制度改定」の質疑に場において論争となった（「村落と環境」第6号〔2010年、村落環境研究会〕9頁参照）。

きないだろう。もとより、入会権者らが、入会財産について総意で入会廃止を決定したら、その瞬間に当該財産は個人的共有物に転化する。この時に、入会権者であった者らに突然に持分が発生するのか。そのような解釈は、あまりにも不自然であろう。

入会が入会権者の総意で廃止される典型的例を示そう。それは、1966年制定の「入会林野の近代化の助長に関する法律」にもとづく、入会廃止の合意である。この法律は、入会林野について、入会関係が解消すればそれが通常の共有へと変化することを前提とする。さらにその前提として、この法律は、入会権者らが所有権割合としての持分を有することを前提にしているふしがある。この法律の適用のもとに全入会権者らが入会関係解消の意思決定をした場合、都道府県知事の囑託にもとづいて共有登記が行なわれるからである。この段階において、かつての入会権者は、この財産については入会関係を解消した共有持分権者へと転換する。ここで、総有に持分がないとすれば、この段階の共有持分権はどこから生ずるのであろうか。入会関係の解消によって、旧入会権者らの権利について、突然、各人が有しなかった所有権実体としての性格の持分が発生するというのは不自然といわざるをえない。当該共有持分は、かつての総有持分に由来する、言い換えれば、各人の総有持分について共同体的拘束が消滅し、この持分が個人的共有持分へと転換するとの理解が自然であろう。

そもそも、入会集団の構成員に所有権実体としての持分がないとすれば、集団全体に一個の共同所有権が成立していることの説明がつかない。それがゲルマン法の原理だとの説明は、日本民法における解釈論としてはあまりにも杜撰といわざるをえない。

もとより、通説的総有論における財産処分の際の全員一致主義の根拠は、構成員各人には処分権能が帰属せず、それは総員に全体的に帰属するとして、総有財産たる社団財産や入会財産における処分にあつては総意が必要、ということにある。しかし、持分を前提とする個人的共有にあつても、共有財産の変更処分については、251条の規定から、全共有者の総意を必要す

るわけだから、総有においてそのような異質な概念を持ち込まなくても、財産処分の全員一致主義の結論に至ることができるわけである。

翻って考えると、総有に持分がない、という理論には、明確な根拠がない。それは、古い時代に入会の現場を知らない法学者が恣意的にドイツ団体法論を持ち込んで作り上げただけの机上の空論（異次元世界の空想）にすぎず、現世の法律でそのように定められ、また人々の入会財産管理実務の現場でそのように扱われているわけではないのである。

## 8 実定法解釈の原点に立つ文理解釈の必要性

組分的共有や入会的共有は、個人的共有規定を一般法とするところの特別法である。668条は、組合財産を共有と明言している。また263条は、入会地所有権にもとづく入会権をもって「共有の性質を有する」と明文で定め、この権利については各地方の慣習に従うほかは、共有の規定を「適用する」と明言している。これらの規定の文言に忠実に解釈すれば、組分的共有も、入会的共有も、いずれも一物一権主義という民法原理下にある点で、個人的共有と基礎を同じくしている。組分的共有と入会的共有の特殊性は、個人的共有とは異なり、共有者間に組織的つながりがあるという点だけなのであり、この組織維持のために、持分譲渡が制限されるところに、各規定の特別法としての意味が存する。

裁判官は、憲法76条3項により、法律に拘束される。したがって、入会権訴訟を担当する裁判官は、それが共有入会権であれば、263条に拘束される。この規定は、この入会権をもって「共有の性質を有する」と明言しているから、担当裁判官は、一物一権主義を基礎とした249条以下の共有一般法原理に拘束されることとなる。通説的総有論（持分否定説）は、この263条の文理解釈に反するものである。むしろ法解釈は、とりわけ私法の場合には文理解釈以外の解釈も許されるものの、文理解釈を避けるにあたってはそれなりの具体的・現実的な理由が必要なのである。ここに、ゲルマン法の総有原理においてはローマ法的共有における持分が存在しないことを理由に持分

否定説を持ち込むとすれば、国も時代も生産も異なるはずのゲルマン村落と現代日本の入会集団が同一の性格を有することを論証すべきである。

憲法76条3項が「裁判官は、〈略〉法律にのみ拘束される」というとき、ここでいう法律とは国会で成立した実定法をいう。それは決して、入会の現場を知らずして唱えられた、大正から昭和にかけての一部の法学者の学説ではないことを肝に銘ずべきである。

最後に、現在、加藤雅信教授を中心とした民法改正研究会で、民法総則及び物権についての改正案が検討されているが、その177条に置かれた共有入会権規定において、同条2項に、「総有については〈略〉持分は認められない」<sup>26)</sup>との案が設けられていることを付言しておきたい。

もとより、法人格なき社団をめぐる裁判例において、一部の例外<sup>27)</sup>を除き、概ね、裁判所は、社団財産総有説を道具として、社団に権利主体性を認めることと同様の結論に至り、訴訟を合理的に解決してきた。そのリーディングケースたる最高裁判決<sup>28)</sup>は、あくまで、社団の「現社員及び元社員は、〈略〉共有の持分権又は分割請求権を有するものではない」（傍点は江渕）との慎重な表現をしている。もとより総有持分には、個人的共有における譲渡自由な持分又はこれにもとづく分割請求権は存しないのであるから、総有に持分ありと解したとしても、この判決文の表現は正当である。すなわち、最高裁は、判決文言の上で、通説的総有理論（持分否定説）に賛成しているとまではいえないのである。

韓国民法275条以下における総有の規定は、日本民法学の通説におけると同様の持分否定を前提とした総有理論にもとづいていると思われる。しかしそれでも、韓国民法は、総有において「持分は認められない」とは規定していない。日本民法において、仮に、入会権において持分が存在しないとの上記研究会の177条案が国家法としての効力を有するに至った場合、各入会権

26) 判タ1281号75頁参照——2009年1月1日現在。

27) 最判1980年2月8日裁判集129号173頁・判時961号69頁。

28) 最判1957年11月14日民集11巻12号1943頁。



者の人格をどのように理解することになるのか。各人の人格が独立せず相互に融合して入会集団が成立し、集団全体に一個の入会地所有権が帰属している、とでも説明することになるのか。そもそもが、この177条案は、はたしていかなる効果を目的としているのだろうか。もとより、この案は、川島博士ら入会権の専門家による持分肯定説を認識した上で、あえてそれを排除する目的で作成されたのか。それとも、この説を認識していなかったのか。もしもこの説を知った上での案だとした場合、川島説排除の目的は何か。このような実定法規定が実現した場合、それは、自然人の人格に関する根本的な法理論や、一物一権の法原則を基礎とする法体系の中で整合性を保てるであろうか。疑問は尽きない。