

コモンズ研究のための法概念の再定位

—社会諸科学との協働を志向して—

高 村 学 人

概 要

本稿は、「法」を社会学する学である法社会学が、いかにしたら「社会」そのものの認識に寄与する研究になり得るか、を探求することを目的とする。

第一に、「市民社会」の歴史社会的構造を規範の源泉とし、「市民社会」史研究と協働していた市民法論が、最近の歴史研究の進展によって「市民社会」の多様化・多層性・虚構性が明らかになるに連れ、「フィクションとしての法」そのものを価値の源泉とするようになり、社会科学としての貢献が不可能になったことを批判的に論じる。

第二に、法学と社会諸科学との協働を再生するためにコモンズ論を取り上げ、それを法学的観点から批判的に読み解きつつ、質の高い社会の分析を可能にするための新たな法の概念を提示する。その法の概念は、権利義務関係の法、組織内の法、政策的法という三つの層から構成される。

第三に、これらの法の概念を、児童公園というコモンズの性質を持つ財の分析に応用しながら、あるべきガバナンスの仕組みを提示する。

コモンズ論は、山野海川の慣習的権利に限られず、都市の共同の場での新たなルールづくりに活かされることでそのポテンシャルが最大限発揮され、法学と社会諸科学との新たな協働の可能性が拓かれるというのが本稿の主張である。

キーワード

コモンズ、法概念論、ガバナンス、児童公園、法社会学

I. はじめに 一孤高の法律学と協働の萌芽

1. 法の正当性の源泉としての市民社会論

日本の法律学は、法の正当性の源泉を、「市民社会」の価値規範に法が従っている、と

いうことに求めてきた。

法に人々が従う意識構造を分析した川島武宜は、近代法を支える人々の精神的構造として「法への無条件的 (kategorisch) な順守」を強調しながらも (川島 1946: 553, 川島 1982: 171), 法の内容的な正当性の源泉を, 法規範がその名宛人である各市民が構成する市民社会の所産であること, 法が市民社会の普遍的ロゴスを投影していることに求めた¹⁾。

周知の通り, 川島における「市民社会」は, 資本主義的経済社会として観念されていた (市民社会 α ²⁾). よって, 現代市民社会論のように「市民社会」を市場至上主義に対抗する市民の協働と連帯の空間と観念する用法 (市民社会 γ), あるいは, ギリシャ以来の西欧の伝統に従って「包括的な政治社会 *societas civilis*」として「市民社会」を観念する用法 (市民社会 β) とは異なっている。

しかし, いずれの「市民社会」の用法に立つ論者も, 法の正当性の源泉を各自の用法に対応する「市民社会」の普遍性とそこでの価値規範に求めていることは共通している。

それゆえ, 各自が主張する法の正当性の根拠は, 「市民社会」の歴史社会的構造を解明するという作業から調達された。よって, 法学研究は, 西欧市民社会史研究と協働しながら発展した。法学者による市民法の構造分析は市民社会の歴史理解に寄与し³⁾, また逆に, 市民社会の歴史社会のあり方は市民法論⁴⁾の規範の源泉となった。

2. 「市民社会」の動揺

ところが, 西欧市民社会史研究と法学研究とのこのような協働は, 西欧市民社会の多層性・多様性・虚構性が明らかになって行くに連れて困難になっていく。

村上淳一の『ドイツ市民法史』は, 市民社会の自律と各市民の倫理的自律のために前近代から連続する団体的秩序の果たした重要性を指摘した。この仕事により, 西欧市民社会の多層性・多様性がはっきりと示され, 近代法を支えた歴史社会的構造が複合的な要素を

1) 川島にとっての法の正当性の源泉たる市民社会の価値規範とは, 「順法精神」で論じられている通り, 各人が自らを何人にも従属しない固有の自己意識を持った独立存在者と捉え, このような人格の主体性につき相互に尊重し合うというものであった。

2) 「市民社会」概念の三類型 (α , β , γ) については, 吉田 (1999) および広渡 (2006) を参照。

3) 東京大学社会科学研究所で展開された西欧近代法の法社会学研究は, 歴史学での近代市民社会理解にも強い影響を与えた。稲本 (1968), 戒能 (1980), 原田 (1980) が代表的研究である。

4) ここで言う市民法論とは, 廣渡 (2006) および廣渡 (2008) の整理に従えば, 「市民」, 「市民社会」, 「市民法」といった言葉を希望に満ちた輝かしい理念として掲げ, この理念に基づきながら, 市民の人格を侵害するブルジョワ的な資本主義法, 国家の権威的秩序を批判し, あるべき法を運用しようとする法理論の立場のことであり, 法学者で言うところ, 戒能道孝, 渡辺洋三, 清水誠, 広中俊雄の系譜がそのような立場の代表的な論者になる。

持つことが解明された(村上 1985)。そのため、日本社会での独立した人格の確立には、西欧近代市民社会の追体験を、という法学的近代化論に立脚することがもはや不可能になった⁵⁾。

また西欧史学の分野でも、市民革命そのものが本当に前近代から近代へと時代を転換させた革命であったのか、という点に疑問が呈せられることになる。

イギリス革命史研究では、新たな独立自営者である「ヨーマン」が市民革命やその後の産業化の中心であったという説(大塚史学)は否定され、労働を行わない土地貴族、ジェントリ、高貴な専門職を中心とする「ジェントルマン」が支配体制を握り続けたことが強調され、イギリス革命を市民革命として位置づけない見方が通説になっている(村岡、川北 2003)。

フランス革命史研究でも、旧貴族に対する新興ブルジョワ層と民衆による市民革命としてフランス革命を捉える従来の見方(高橋史学)は後退し、貴族とブルジョワの融合性を指摘しながら、革命を17世紀から絶対主義王政によって開始された集権化の完成として捉える修正主義⁶⁾が有力になっている(フュレ 1989)。

覚醒した市民が旧権力への闘いを開始し、市民間での水平的な秩序である市民社会が成立し、闘いに勝利した市民社会の間で締結された社会契約こそが近代国家の根本規範となり、その国家が市民社会の理念を具現化する形で近代法を制定する。このような社会契約論を媒介にした近代国家と近代法の基礎づけが、近年の歴史学の成果を前にすれば、虚構としか映らなくなってくる。西欧市民社会史研究の進展は、逆説的に市民法論の拠って立つ基盤を掘り崩すことになったのである。

3. 法の自律化

しかし、このような事態に対する法学の対応は、市民社会論や市民法論の相対化ではなく⁷⁾、市民社会や近代法のフィクション性をあえて強調することでそれらの根本規範としての性格をより強化するという方向に進んだ⁸⁾。

5) この論点については、高村(2007a)でフランス近現代法史に即して詳しく論じた。

6) アンシャン・レジームの集権化とフランス革命との連続性を強調する見方は、トクヴィル(1989)によって提示されていた。

7) 法学外では、佐伯(1997)のように市民社会の虚構性を指摘した歴史研究に基づき、市民社会論や戦後民主主義を批判するという論陣も形成されたが、管見する限り、法学において市民社会の相対化に伴い、目指すべき法の理念をも相対化するという立場が影響力を持って展開することはなかった。

8) フィクション論に早くから注目し、この議論を市民法論の基礎づけとして編入しようとしてきたのが、廣渡清吾である。

そのような方向への舵取り役を果たしたのが、来栖三郎の『法とフィクション』の公刊であった（来栖 1999）。

来栖は、「フィクション」の位置づけについて次のように述べている。

「フィクションの要件は、第一に実在からの任意的な離反（遊離）であり、そしてそのことのはっきりした意識である。しかし、それが一定の目的に対する手段、換言すれば方便であることが必要である。…それ自体が実在であることを求めないから、実在として検証されんことを求める仮説と区別さるべきことは明らかである」（来栖 6）

そして、社会契約は、そのような実在性は確認できないが、有用であるフィクションの典型として本の最後で次のように位置づけられている。

「いずれにしても現実には社会契約は存在しなかったろう。…それにもかかわらず、社会契約が存在したとするのは、人民主権国家の原理または正義の諸原理を提唱して規範的現状を変更しようとする目的を達成する手段として、存在しないのに存在すると仮定するのであるのであるが、それは現実には根拠をもった理想としてであり、架空的なものと考えるべきではない。」（来栖 358）

市民社会も当然のことながら実在性が確認されるものではないが、それは有用なフィクションであり、その産物である「各人が平等である」、「各人が自由意志を持っている」とする近代法も、そのような原理の実在性は確認されないが、そうすることで法的関係が上手く整序できるという点において有用なフィクションである、と位置づけられるのである⁹⁾。

このような来栖のフィクション論の主張は、廣渡（2006, 2008）が整理するように、市民法論者である清水、原島（2002）の共鳴を呼ぶ。そして、そこでは、かつて西欧市民社会史と協働しながら市民社会の実在性に市民法の根本規範を求めるというやり方ではなく、法規範そのものが体现する価値にこそ法の正当化の根拠を求めるという立場を産み出していった。

「法の科学」とは、元来、法律学を諸々の異質な要素から解放し、法の認識のみに注意を傾け、法とは呼べない一切の事柄を認識対象から排除することによってその純粋性を保つものであるから（ケルゼン 1935: 12）、法学者が実在としての社会を認識対象から排除し、法規範の認識のみに取り組むことを宣言しても、その立場をことさら批判すべきではない¹⁰⁾。

この点を十分に確認した上で、あえて本稿では、このようにして法と社会との相互関係

9) この点については、村上淳一の「はしがき」（来栖 i-xiii）も参照。

10) ケルゼンも述べているように、規範的法律学と社会学的法律学とは、認識対象が全く異なるものであり、前者が対象とするのは、「一べしという言明 sollen」であり、後者は自然法則と同じタイプの「一あるという言明」である」（ケルゼン 1991: 267）、両者は本来的に異質な科学なのである。

を切断し、法の基礎付けを有用なフィクションであることに求める立場がもたらす研究上の難点を指摘することにした。

第一に、法そのものの有用性を法の正当性に求めた場合、実際の法の運用過程において何が有用で無用なのか、という価値判断が求められるが、フィクション論に立つことでより抽象度を高めた市民法論ではそのような価値判断基準を提供することが不可能になる¹¹⁾。

第二に、市民法論の基礎付けを歴史過程ではなく、フィクションであることに求めた結果、なにが市民法でなにがそうでないのか、ということの判別がより一層困難になり、市民法論の立場に立たない法学者、あるいは非法学者とのコミュニケーションが不可能になる¹²⁾。

第三に、法規範のみを認識対象とする科学を追究した場合、法規範の段階構造や相互関係といった法体系論¹³⁾は構築できるが、それはあくまで法学者内での議論に留まり、個々の法実践において困難さに直面する市民や法律家にとって参照可能な法理論とはならない¹⁴⁾。

第四に、法から異質なものを排除した法体系論は、法学者が法と認識する世界の中の秩序分析¹⁵⁾にしかならず、社会の分析へ向かうことが困難になる。よって、かつてのように

11) 市民法論が、結果の効用を価値基準においた利益衡量論に対して批判的な論陣を張ったことは周知の通りである。

12) 市民法論の一つの研究方法として、現代の立法動向を構造的に分析し、現代日本法を非市民法（＝ブルジョワ法）として批判し、真の市民法への転換を希求するというスタイルがある。すなわち、現状の法(sein)を批判し、あるべき法(sollen)を提示するというプログラムである。後註の市民間での利害調整や市民間での制度創造といったことが問題になる法実践と比べて、市民法と非市民法の二分法でわかりやすく世界を把握し、対抗戦略を提示するこのプログラムは成立しやすいように見えるが、外部から観察すれば、何が市民法なのか、ということが理解できないがゆえにその立場へ投企することの困難さがある。

13) 法体系論それ自体は必要な営為である。私法と公法の関係、人権と私法との関係を問うことは、社会の構成原理を明らかにしようとすることに繋がり、この構成原理を体現する法体系の把握こそが不可欠になろう。本稿が問題にするのは、このような法体系論において法のみが考察の対象となることで、法体系論を論じる者の価値観がかえって不透明な形で法理論に侵入すること、法体系論それ自体の決め手をどこに求めるのか不明であること、このような法体系論が後述の市民の法実践にどのように結びつくのかわからないこと、である。

14) この点については、ケルゼンの立場の難点を指摘した中山（2000）を参照。中山竜一は、法規範の認識のみに法学の使命を限定することの帰結を次のように批判する。「学者の純理論的な興味としての法学の自立性は出てくるかもしれないが、法実務の位置づけも含めて、社会的実践としての法それ自体に関する知見は何も出てこないのではないか。…ケルゼンの試みは本質的に学者的な法理論というべきであって、社会的実践としての法に対する一般市民や法実務家の関心とはあまりに距離が離れているといわざるを得ない」（中山 19）

15) フィクションとしての法が、裁判官の判断過程や判決の論拠付けといった場面、法学者による法解釈といった場面でどのような機能を果たしているのか、それ自体を観察し、社会学的に分析していくことの必要性を否定するものではない。また近年の法社会学（Sociology of Law's Society）の研究動向もそのような法的世界の内部秩序の社会学に関心が映っていると言える。例えば、棚瀬（2002）、船越（2001）を参照。本稿が再構築しようとするのは、法と社会の相互関係を分析することでよりよい社会の認識に寄与できる法と社会研究（Studies in Law and Society）のプログラムである。

法と社会との相互関連を分析することでよりよい社会認識に寄与するという法学の社会科学への貢献が不可能になる。

第五に、これらの帰結として、法は自律化・自閉化し、法学者のみが担う秩序¹⁶⁾へと変貌し、その法理論の内容的妥当性についての吟味を社会の側から受けることが不可能になってくる。

4. 本稿の立場 —コモンズ論への注目

市民法論には、以上のような難点が存在する。その難点は、とりわけ法の運用においてさまざまな他者と遭遇する場面において顕在化するのである。

これに対して、市民法論は、市民社会という普遍的世界を価値規範として掲げることでさまざまな他者を包摂し、難点を解決できると想定する。しかし、そのような普遍の掲揚は、ローカルに生じている現実を理解することの困難さをかえって引き起し、個々の法実践において有効な参照規範を提供することを不可能とする。

阿部も述べるように、なにが法であるか、は状況依存的なものであり、法の運用においてはさまざまなアクターが法を自分達の都合の良いように位置づけ、複雑な社会的相互作用が繰り広げられる。よって、顕現するのは、絶えずローカルな法秩序でしかない(阿部2002)。

しかし、本稿は、普遍に対してローカルを対峙させ、そのことでモダンな市民法論を相対化するということで満足するものではなく、個々の法実践を支える構想を示すを試みていく。

本稿が目指すのは、①具体的な法の運用過程において価値判断基準となるものを発見し、②それによって非法学者との対話回路を修復し、③個々の法実践において制度設計の指針となる法の理念を打ち出し、④社会の分析を深めることに寄与する法概念を示し、⑤これらの思考に批判を仰ぐことで内容的妥当性を吟味する、というものである。

具体的には、近年、台頭しているコモンズ論を吟味し、かつコモンズの法実践の事例分析により、設定した課題に対して内実を与えていく。

ここで言うコモンズ論¹⁷⁾とは、ハーディンの有名な論文「コモンズの悲劇」(Hardin 1968)で描かれた悲劇のシナリオに対抗し、地域社会が自然資源を持続的に管理する能力

16) 専門法律家の間で行われる玄人的な法的議論が「法」を非専門家から遠ざけ、法の圏域を自律させるという点については、Bourdieu (1986)を参照。

17) コモンズ論の広がりについての研究のサーベイとしては、室田・三俣 (2004)、三俣・森元・室田編 (2008)、管 (2008b)を参照。

を有していることをさまざまな事例から示し、国家や地方公共団体といった「公」でもなく、また一私人や営利会社といった「私」でもなく、地域住民達の「共」的管理の可能性や意義を積極的に論じる議論のことを指す。このようなコモンズの積極的な可能性や意義を説く論者のことをコモンズ論者と本稿では呼ぶことにする。

本稿が、コモンズ論に注目する理由は、次の五点にまとめられる。

第一に、入会権や総有論の法学的分析の蓄積の上に、近年、コモンズという社会システムを社会科学的に分析しようとするうねりが多分野において活発化しており、法学的分析と多分野との分析との間にかつて以上の協働の可能性¹⁸⁾があるからである。

第二に、コモンズ論は、具体的なフィールドでの経験や正しさから出発し、場の分析の積み重ねによって社会理論を示そうとしており、市民社会論のような超越性が見られないからである。

第三に、コモンズ論は、場に依存する理論とはいえ、地域社会の「持続可能な発展¹⁹⁾」という重要な理念を提示しており、この理念を手がかりに法実践の指針が模索できる可能性があるからである。

第四に、しかし、後述するようにコモンズ論は、法学的分析を捨象する傾向があるゆえに、かえって社会の分析を困難にしているという側面があり、捨象された部分に参画することで社会の理解に法学が寄与できる余地があるからである。

第五に、このような素材豊富なコモンズ論の検討を通じてこれまで検証してきた市民社会論・市民法論をより明確に位置づけることができるからである²⁰⁾。

18) 法学分野からのコモンズ論への応答としては、鈴木・富野編 (2006)。中でもとりわけ池田 (2006) がコモンズ論の法学的批判を徹底して行っている。本稿の位置づけは、コモンズ論の概念の非法学的性格を批判し、その不毛性を指摘するのではなく、どのようにしたらコモンズ概念を社会分析の道具として発展させることができるのか、そのためには法学とコモンズ論との協働をどのようにデザインできるのか、を探索することにある。

19) 「持続可能な発展 Sustainable Development」という概念そのものは、コモンズ論の隆盛以前から普及していた。そのきっかけとなったのが、1987年の国連の「環境と発展に関する世界委員会」でのブルントラント報告である (World Commission on Environment and Development 1987)。この報告を踏まえて今日では、「持続可能な発展」とは、「経済成長を持続しながら、環境との共存を目指し、社会的不均衡を産み出さないような発展」として理解されるようになっている (Jacquier 2008)。

コモンズ論が「持続可能な発展」を強調するようになったのは、入会林野の共同管理といった典型的なコモンズ管理が、地域経済を支えるだけでなく、管理対象となる自然資源の持続的発展をもたらし、かつ社会的弱者の救済機能を有していることが発見されたからである。この点については、高村 (2006) で論じた。

20) 本稿は、北尾 (2008) のように、コモンズの自治が市民によって担われるゆえに、コモンズ論=市民社会論という立場を取るものではない。実際のコモンズの維持・管理には、重層的ガバナンスが必要であり、市民社会の自治という側面だけで見ることがかえってコモンズ論の射程を狭めると考える。

また本稿は、コモンズの共同体的な性格を強調し、ゲゼルシャフト的な市民社会論に対抗し、コミュニティ的な価値を復興しようとするものでもない。コモンズを構成するメンバーの持続可能な互恵的利益関係を強調することで、個と共同体を対立させる思考方法から脱却することに本稿の狙いがある。

Ⅱ. コモンズ論の法学的分析 ―有意義な社会分析のために

1. コモンズとは何か ―分析のための法概念の提示

「コモンズ」とは何であるのか。まずはコモンズ論が活発に議論されるようになった経緯を描きながら、コモンズの用法を整理した後、本稿での定義を示すことにしたい。

コモンズという用語が広まるきっかけとなったのは、生物学者のハーディンが1968年に発表した「コモンズ（共有地）の悲劇」という論文である（Hardin 1968）。

この論文は、人口増大問題、国際平和といったグローバルな問題を解決する自生的秩序成立の不可能性を論じたものであったが、そのような秩序崩壊の具体例として牧草地の過剰利用が挙げられた。

すなわち、全ての人が使用できる共有牧草地では、各人が各々の利益の最大化を目指すし、放牧牛を増やすという行動に出るため、牧草地が根無しに荒れ果ててしまし、その結果、全ての人が滅亡するという悲劇が生じる。これを「コモンズ（共有地）の悲劇」とハーディンは呼んだのである。

ここでは、このハーディンの「コモンズ」の用法は、第一に、全ての人が利用できるという「オープン・アクセス」の資源であること、第二に、その資源の利用をどのように管理するかというルールが存在しないこと、が前提とされていたことを確認しておこう²¹⁾。

ハーディンは、このような種類の「コモンズ」の悲劇の解決策として、「コモンズ」を公有化し国家的強制によってコントロールを与えること、あるいは「コモンズ」を私的所有に分割化することを提案した。

コモンズ論が活性化したのは、このハーディン論文への反論としてコモンズが地域社会によって自治的・持続的に管理されていることを各フィールドでの事例から示し、公的でもなく、私的でもなく、コモンズという共的な管理システムこそが自然資源の持続的管理にとってふさわしいという論陣が台頭したからである。

このようなハーディン以降のコモンズ論の展開については、多くの良質な研究サーベイ²²⁾があるのでここで繰り返す必要はないが、ハーディンを批判する形でコモンズの共的管理の可能性を積極的に示したコモンズ論者の「コモンズ」の用法について整理しておきたい。

21) 井上の用語法に従えば、ハーディンの「コモンズ」論は、「グローバル・コモンズ」を対象としながら、「ルースなコモンズ」の問題点を指摘していたことになる（井上、宮内編 2001: 13）。

22) 室田・三俣（2004）、三俣・森元・室田編（2008）、管（2008b）を参照。

第一に、ハーディンが「オープン・アクセス」の資源を論じていたのに対し、具体的なフィールド調査からの知見に立脚したコモンズ論者は、資源の利用が地域のコミュニティの構成員に限定されている資源を対象として持続的管理システムの可能性を論じた。

第二に、このようなコモンズ論者は、コミュニティが資源の利用に関するルールを定め、上手く運用しているということに注目し、ハーディンのコモンズでのルールの存立不可能性を論難した。

よって、ハーディンとコモンズ論者の間には、そもそも「コモンズ」という言葉によってなにを示すか、という点で大きな相違があったと言える²³⁾。

ハーディンは、オープン・アクセス資源 (*res nullius*) の秩序成立の不可能性を原理的に論じたが、コモンズ論者は、コミュニーナルな資源 (*res communes*) が持続的に維持管理されている事実を示すことで「コモンズの悲劇」論に対抗したのである。

社会心理学的に考察すれば²⁴⁾、集団規模が大きくなればなるほど、相互のモニタリングが働かなくなるため、人々は集団的利益よりも個人的利益を重視する結果となり、社会的ジレンマが発生する。逆に集団規模が小さければ、相互の信頼関係（コミュニティの社会規範）が存在するため、短期的な利己的行動がもたらす囚人のジレンマは回避され、構成員全員にとって長期的に最適な選択がなされる可能性が高まる。

原理的には、コモンズ論の争点は、このように整理できる問題であった。

しかし、コモンズ論者は、よく維持管理されているコミュニーナルな資源にのみ「コモンズ」の概念を適用し、用法の範囲を狭めて明確化するという方向を取らず、「コモンズ」という概念の両義性にこそあえて積極的意義を見出すという戦略を取った。

例えば、今日のコモンズ論の代表的論者である井上真は、ハーディン流のオープン・アクセス資源を「グローバル・コモンズ」、コミュニーナルな資源を「ローカル・コモンズ」と分類した上で、コモンズ論は、後者にのみ研究対象を限定するべきではなく、「さまざまな議論をコモンズ論の土俵に上げたいと思っている。コモンズの狭い定義に執着して『それはコモンズではない』と議論から排除するよりも、生産的な議論への可能性が開ける」として（井上・宮内編 2001: 10）、「グローバル・コモンズ」、「ローカル・コモンズ」を分析のための理念型として維持すべき立場を宣言した。

この立場は性質の全く異なるものを共通のカテゴリーに置くことによって混乱を招いたという批判²⁵⁾もあるが、井上の意図を汲み取るならば、「コモンズ」概念の両義性の維持

23) このような「コモンズ」の用法の食い違いの整理は、浅子、國則（1994）を参照。また次のオープン・アクセス資源とコミュニーナルな資源という整理も同文献を参照。

24) 山岸（2000）を参照。

25) 池田（2006: 11）を参照。池田が同頁注 11）で指摘しているように、「グローバル・コモンズ」と「ローカ

は、各フィールドで実際に発見される地域共有資源の重層的な構造を分析するための道具立てを創るという実践的な戦略がそこにあるように読み取れる。

例えば、入会集団によってタイトに管理されている森林の場合、森林の伐採は入会集団の寄り合いという集団的決定をその都度経ないと自由に行えないが、山菜や薪など日常生活の糧は構成員なら集団的決定を経ないでも自家消費の範囲なら採取することができる、隣村の者は村同士の普段の貸し借り関係があるのでこのような糧も控え目であれば黙認される、都会のよそ者であってもこの森林の散歩道を通過し、よく管理された森林に浴することまでは妨げられない、といったことを想定できる。すなわちコモンズには利用者の重層的な広がりが存在する。

利益の広がりとしても、構成員が森林を伐採することで生計をたてるといった個人的次元、集落で森林を総出で切り出し小学校の建設にあてるといった小地域的次元、森林が適度に維持管理されることで通過者が素晴らしい森林景観を維持できるという広域的次元、森林が存在することで二酸化炭素が減少するというグローバルな次元、というように重層的な利益の構造が存在するのが実際である。

このような重層的構造を描き出すためには、「グローバル・コモンズ」、「ローカル・コモンズ」の概念を対象となる資源そのものの面的な大小を示すものではなく、利用と利益の関係の広がり方を示す道具的概念として用いることは有用であると思われる。

実際、世界各地のコモンズを訪ね歩き、コモンズが上手く維持管理されるための条件を理論的に抽出したオストロームは、上手くいく条件として、利用方法、管理方法、モニタリング、強制手段、紛争解決といったガバナンスが重層的なレベルにおいて入れ子状の(Nested Enterprise)に組織されていることを最後に挙げており(Ostrom 1990: 101)、コモンズの重層的ガバナンスの必要性を説いている。

日本のコモンズ論者も、コモンズの重層的ガバナンスの構造を分析するだけでなく、実践として奨励する傾向にある。

井上と並ぶコモンズ論の代表的論者である宮内泰介は、入会林野の管理が農家の生業との結びつきが薄くなってしまった今日、里山に関心を示す都市住民が林野管理に関わることにコモンズ再生の糸口を探ろうとしている(宮内 2001)。

井上も「かわり主義」という概念で、よそ者がコモンズ・エリアの自然保護に口を出す段階的権利を承認することの実践的意義を説いている(井上 2004: 142)。

ル・コモンズ」は、その所有のあり方が大きくことになっており、かつ両者に対立を孕むものであり、両概念を両立可能な調和的なものとして捉えることは正しくない、という立場に本稿も立つ。しかし、本稿は、コモンズの利用者や利益関係の重層的な構造を捉えるために両概念を理念型としてたてて道具的に利用することに有用性を認める。

このようにしてコモンズへの利害関係者を拡大していくことの是非については後ほど検討したいが、本稿でも、コモンズをローカル・コミュニティの構成員によるコミュニティな資源の管理方法のみを分析するものに限定しては、本来、コモンズという財の持つ重層的な広がりやを把握することができないという立場に立つ。

コモンズは、対象となる資源が占める地理的空間としての大小によって決めることはできず、その財の持つ性質に注目すべきである。

本稿では、コモンズを、「利益享受者の総てがルールを守った節度ある利用をするならば持続的に資源から各人が大きな利益を得ることができるが、少数の利用者が近視眼的な自己利益追求を行うならば容易に破壊される性質を有する財²⁶⁾」として定義する。またそのような「財の維持・管理の仕組み」のことを「コモンズのルール」と呼ぶ。

ここで言う利益享受者や維持管理の参加者は、重層的な広がりを持っており、小地域であるローカル・コミュニティ（入会集団）に限定されない。むしろ特定エリアの資源に関わる人々の重層的なガバナンスの構造を明らかにすること²⁷⁾こそ研究の目的が置かれるべきであると考えられる。

そのようなコモンズ研究の意義は、コモンズの悲劇に陥らないための資源の維持・管理の制度設計を事例研究と理論研究を通じて考案し、全ての人の持続的な発展を可能にすることにある。

しかし、このような重層的な構造を持つコモンズであっても、それを研究していく場合、法学的分析をより一層、必要とするというのが本稿の主張である。しかも、その法学的分析は、かつての入会権研究のような国家実定法と生ける法という二元的な法概念を道具として行われるのではなく、コモンズのこれからのガバナンスのあり方を構想するという現代の課題に対応して新たな「法」の概念が構築されねばならないというのが本稿の立場である。

新たな「法」の概念は、以下の三層からなるものとして再定位されなくてはならない、と本稿は考える。

第一の層は、実定法上で承認された権利・義務に関わる法であり、「権利義務関係の法」と呼ぶ。

第二の層は、コモンズの維持管理のルールという組織内の法であり、「組織内の法」と

26) よってコモンズの対象は、入会権やその他の慣習的権利がカバーした山野海川にのみ限定される必要はなく、都市景観といった全員がルールを守ることによって地域への愛着や不動産価値が上昇するといった財、都市公園といった維持管理活動に皆がよく関わることで快適な利用が約束され、コミュニティに良い循環が生まれるといった財にも当てはまる。都市景観をコモンズと位置づける見方については、伊藤（2003）を参照。

27) このような重層的なガバナンス構造への注目の必要性は、最近のコモンズ論においても「クロス・スケール・リンケージ」論という概念で指摘されている（菅 2008b: 11）。

呼ぶ。

第三の層は、「コモンズの悲劇」を防ぐために政策的に与えられるインセンティブのルールという意味での法であり、「政策的法」と呼ぶ。

なぜ、このような三層の「法」の概念に注目するアプローチが必要なのか、以下では、これまでのコモンズ論を批判的に検討しながら説明していく。

2. 「権利義務関係の法」の層

(1) 入会権の法理論

まずは、法学者による入会権研究を振り返っておく。周知の通り、日本における法社会学研究は、入会権のフィールド調査を組織的に行うことから出発した。入会権のフィールド調査を通じて農山村の社会構造を解明し、日本社会の特質を社会科学的に分析するという成果²⁸⁾もあがったが、それは副産物であり、法学者が入会権研究に取り組んだ主たる任務は、国家法が明確なガイドラインを与えずに「各地方ノ慣習ニ従フ」(民法 263 条, 294 条)とした入会権の構造を把握し、その権利義務関係を確定することにあった。

そのような背景には、第一に、この入会権を認めた民法の条文があるにも関わらず、明治以降の政府の入会林野への政策が、入会権に冷淡であり、これを否認し、官没するということを幾度と企てたため、国家による土地収奪に闘う法理論が必要であったこと²⁹⁾、第二に、登記簿上の名義的な所有者が入会地を囲い込み、入会権者との間で紛争を惹起³⁰⁾したため、登記なくして第三者に対抗できるという入会権の法理論の正しさを論証し、実質的な入会集団に有利な形で権利義務関係を確定する必要であったためである。

このような結果、入会権研究は、所有権に関する法理論として発展し、以下のような成果を獲得した。

第一に、入会権は、国や地方公共団体に属する公権ではなく、入会集団がこれら公共団体とは独立して私権として有するものであること(入会権の私権的性格)。

第二に、入会権は、土地が名義上、公有であっても成立すること(公有地入会)。

28) 末弘(1924)は、法学者のみならず、農村問題に関心を寄せる人々に広く読まれた著作である。戒能(1943)の第四章「村落生活と入会権」は、農山村の生活構造を社会史的にいち早く描き出したものとしての価値を持つ。川島の農山村研究は、川島(1948)として日本社会の構造原理を明らかにする著作へと結実した。

29) 中尾(1996)を参照。

30) 戒能道孝が大学の職を辞して弁護士活動に専念した小紫事件は、入会地の登記簿上の名義人が第三者に土地を譲渡したがために、実質的な入会権者である村落民と名義上の新しい土地所有者との間で生じた長年の紛争であった。小紫事件については、戒能(1964)、「基本的法概念のクリティック」研究会編(2007)を参照。

第三に、入会権は、登記なくして第三者に対抗でき、事実上の占有が登記上の所有に優位に立つ権利であること（ゲヴェーレ的権利）。

第四に、入会権の法源は、慣習に求められるべきであり、明治以前に入会集団に明示的に権利が存在したというような証明は不要であること（法源としての慣習）。

第五に、入会権は、入会権者の相互関係においては、「総有³¹⁾」として捉えられる権利であること（総有の法理論）。

これらの法理論は、講学上のものに留まらず、入会権研究者の裁判活動への積極的関与を通じて、裁判所で承認された法理論³²⁾となり、入会紛争の解決に大きく寄与した。

とりわけ、入会権の所有権の性質を、各地方の慣行の観察に基づきながら、「総有」という、民法に存在しない所有類型ではあるが、明確な形を持った法学的概念へと彫琢し、その内部関係の法的処理のあり方を規律する枠組みを提供した意義は大きい。

入会権の所有権論は、慣行の観察を通じて錬磨され、法学的に明確な定義が与えられることで裁判規範へと高まり、入会紛争を解決する「権利義務関係の法」になった。

このようなルールの確定という実践的任務を帯びていたがゆえに、法学者による入会権研究は、フィールド調査の記述・分析に厳密さが担保されていたとも言える。

しかし、他方で、法学者による入会林野の分析は、「権利義務関係の法」の確定を目的としていたがゆえに、入会林野の利用方法、維持管理のルール³³⁾についての研究がその後、進展せず、入会権をめぐる裁判紛争のケース研究に収斂していくことになった³⁴⁾。

法学者による入会権研究は、権利義務関係の確定による法の安定化に主たる目的があり、その目的は、裁判闘争で勝利することである程度、達成されるものであったことをここで確認しておこう。

このような整理の上で、「権利義務関係の法」の理解に関する近年のコモンズ論の問題

31) 「総有 Gesamteigentum」とは、ゲルマン社会の法現象を念頭におきながら 17 世紀以来、ゲルマニストが作り上げた法概念であり、「ゲノッセンシャフト的団体の内部法的秩序により、団体とその構成員とに共に属するところの団体法的所有である。…団体はそれ自体として独立的存在であり、一人一人の団体員の交替にもかかわらず団体そのものは同一性を保持しており、団体員の物的支配は、団体員としての彼の団体法的地位に基づいて、この独自的存在者たる団体の支配への参与である。したがって団体員は「持分」を有しないとされる」所有関係のことと定義される（川島 1949: 202-203）。

よって入会権者は、離村によって失権するものとして権利義務関係が処理された。

32) 裁判規範としての入会権については、中尾（1984）、中尾（2007）を参照。

33) 本稿で言う「法の第二の層」である「組織内の法」のこと。

34) 北條（2000, 2001）、中尾（2007）を参照。このような研究史の理由は、入会権研究者が各県の入会林野コンサルタントとして入会紛争への助言、入会権の抹消手続への助言に貢献せねばならなかった事情から説明できる。ただし、北條・宮平（2008）のように入会地を部落有林として擁護しようとした旧・藩士の英雄的行動に焦点をあてた社会史的研究も法学者によってなされていることもマークしておく。

しかし、いずれにせよ法社会学者による入会林野のフィールド調査が低調な中で、丹念なフィールドワークと法制度史の分析を行った室田・三俣（2004）の出現は、法学者にとっては、新鮮な驚きであった。

点を以下で二点指摘しながら、法学的分析と社会学的分析のあるべき協働を論じることにはしたい。

(2) 法学的概念と社会学的概念の異同

コモンズ論の第一の問題点は、法学的概念の脱法学的援用である。

法学者による入会権研究のピークの後に、入会権研究が産み出した「総有」の定義は、非法学者であるコモンズ論者に示唆を与え、コモンズ論者によっても「総有論」が積極的に展開されていくことになる。

例えば、環境社会学者の鳥越皓之は、村落においてはムラが、都市においては地域自治会が、当該地域において私的に個人が所有している土地や共有であるところの土地の利用のあり方について異議申し立てを行った場合、排他的な私的所有権を有した者に対して地域の判断を尊重させている例が多いという事実を、「総有権」ないしは「共同占有権」という概念で表現した(鳥越 1997: 66)³⁵⁾。

同様の発想から、このような地域社会の「発言力」やその「社会的認知・承認」のことを宮内は、コモンズをささえる「レジティマシー」と命名し、コモンズ論の射程を社会運動論にまで広げることを提唱した(宮内編 2006: 20)。

しかし、法学的概念としての「総有権」は、①入会集団の構成員のみを権者としたものであり、ムラや地域自治会の全て(総員)に関わるというものではなく、また②それは、団体的所有制度の一類型であって土地を共同で所有する構成員の間の法律関係を描いたものであり、所有権の有無とは離れて地域内の土地利用秩序に異議申し立てをする事実上の力関係とは異なるものである。

このような社会学的概念としての「総有権」ないし「コモンズ論」は、地域の土地利用秩序をめぐる紛争過程でのクレームを分析するフレームとしては意義があるが、法学的概念の所有権論とはあまりに異質である³⁶⁾。

また議論の生産性としても、事実上の力関係と実定法に基づく権利というものを峻別した上で問題を論じていないので、政策論へ展開しないという難点がある。

実際、この両者を峻別しないで、地域内の土地利用秩序への発言権の問題を、所有権論の土俵に引っ張り上げるのは、法学的に見れば、あまりにも負荷が大きすぎる。個別的な私的所有権の上にさまざまな単位の地域の諸権利を重疊的に構成していき、私的所有権へ

35) このような意味での「総有権」の用法は、鳥越の提唱以前からも農村社会学者の川村彰によって行われており、鳥越の提唱以後も環境社会学者の嘉田由紀子等の共鳴を呼んでいた。管(2008b)を参照。

36) 法学的「総有論」と社会学的「総有論」との異質性の指摘は、池田(2006)、管(2008b)によって詳しくなされているので、ここではこれ以上繰り返さず、議論の生産性のみを問題にすることにする。

の何重もの制限を法的制度としても導入するというのは、困難である³⁷⁾。

地域社会が土地利用秩序に対して異議申し立てをする権利を承認することは、法学においても重視している（原田編 6）。しかし、その方法は、所有権の重疊的再構成ではなく、土地利用秩序の決定プロセスへの住民参加手続の法的保障、土地利用をめぐる紛争での原告適格の拡大、住民団体への訴権付与、といった現行法制度とも融和が可能なものである（同上 499）。このような方向でなければ、所有権へのコントロール方法を制度化することができず、政策論への展望が開けないであろう。

運動プロセスでのフレームや事実上の力関係というものと、「権利義務関係の法」というものを明確に区別しながら、両者の相互作用を分析することこそが深みある社会の分析をもたらすものだと考えられる。

（3）所有類型論の喪失

コモンズ論の第二の問題点は、法学的な所有類型論を捨象した上で、コモンズの利用実態の側面のみに注目した分析・議論を展開している点にある。

井上真は、これまでの欧米でのコモンズ論が「所有」制度に基づく議論に傾斜しすぎていたこと、近代的な所有権は自己の欲するままに財産を使用・収益・処分する権利³⁸⁾であること、アジアの亜熱帯諸国では法的な所有権とは関係なく地域住民のコモンズへの重層的な利用が見られること、を理由として、「ローカル・コモンズの意義、を正確に把握し考察するためには、法的な所有よりも利用の実態に注目する方が都合がよい。…『管理』とは財産の保存・利用・改良を計ることであり、…管理は所有のあり方と独立している」とし、法的所有よりも利用・管理のあり方の実態にこそ注目しなければならない、「所有から利用・管理」への視点の転換という立場を鮮明に打ち出した（井上 2004: 55-58）。

この井上の視点の転換については、池田恒男が批判しているように、①「所有」概念が最狭義の実定法制度概念に押し込められていること、②「所有」と「利用」の対立は近代

37) このような重疊的な所有権の観念は、前近代社会のものである。もちろん、土地の持つ重層的な利益構造は、考慮に入れ、分析していく必要はあるが、それを制度設計という場面にのせていくには、所有権論の再構成ではなく、後述する第三の層の法である政策的法の次元でその重層性を受け止めるべきであるというのが、本稿の立場である。

なぜならば、所有権論の再構成という形で重層的な利益が土地所有権の上にかぶせた場合、所有者に還元されない利益の広がりに伴う負担を担うのが所有者の責務になってしまうという帰結を招くからである。土地所有権の公共性の強調は、公共収用や住民運動という形で、所有者の自由な権利行使を公共団体や周辺住民が制限していくには好都合である。しかし、それは、一時的な開発抑止になっても、持続可能な制度ではない、というのが本稿の主張である。

38) 近代的な所有権を無制約な利己的かつ絶対的な所有権と捉えるのは、間違った理解である。近代法の成立時において所有権は、法律と市町村の規制からなる公序の制約に服し、他人の権利を害しない限りでその権利を行使することができた。詳しくは、吉田（1990）を参照。

法こそが創り出したものであり、所有権法とは無関係に独立して「利用」を論じるというスタンスが人間存在の自然史的法則に反するものであること、といった問題が法学サイドからすれば存在する。

このように井上の概念規定が法学的に許容できる範疇のものではない、という論点に加えて、所有論にあえて踏み込まないとする³⁹⁾井上の立場では、所有類型のあり方が利用・管理の形態にどのような影響を与えているのか、といったコモンズの今後の制度設計にとって不可欠な点が全く分析できなくなるという欠落が生じる。

所有権とは、民衆から土地を収奪する国家（公的所有）や、利己的な動機で私的に土地を開発する個人（私的所有）にのみ限定されるものではない。入会林野の所有の受け皿としては、総有という古典的形態の他、財産区、生産森林組合、財団法人・社団法人、認可地縁団体、NPO 法人、公益信託といった法人有の多様な形態があり得る。

とりわけ近年の法人制度改革は、このような土地所有主体の種類の選択の幅を広げた⁴⁰⁾。そうであれば、所有類型のあり方やその根拠となる法制度のあり方がコモンズのルールである維持管理ルール（＝組織内の法）にどのような影響を与えているのか、そのような点の事例分析を重ねていく作業は急務である。

これまでのコモンズ論においても所有類型の変化を条件として維持管理ルールの実態やコモンズを支える人々のメンタリティを分析する研究がなかったわけではない。

しかし、それらの研究は、所有類型が近代的なものに変化しても入会の精神は存続しているという連続性を強調することに重きが置かれていたように見受けられる。

例えば、池田寛二は、生産森林組合という法人所有になっても、人々の観念や行動（モラル・エコノミー）においては、部落有時代と連続性があることを指摘した（池田 1987）。また三俣学も、特別地方公共団体である財産区として市町村の一部に入会財産が組み入れられた地域でも、従来の入会集団が財産区管理会を自治的に運営しており、国家や地方公共団体の「公」ではなく、地域社会の「共」のために林野が活用されていることを明らかにしている（室田・三俣 2004）。

これら研究は、入会林野近代化法以後の人々のモラル・エコノミーの持続性を描き、近代化＝市場社会化に対抗しうる農山村の伝統的世界を示すという大きな貢献があった。

しかし、ここからさらに一歩進めて、それぞれの所有類型・法人制度であるがゆえにコモンズの維持管理のルールが被らざるを得なかった影響、そのメリット、デメリットを分析⁴¹⁾していけば、時代の変化に対応しうる制度を構想していく可能性が広がるものと思わ

39) 池田の批判への反論である（井上編 2008: 198）を参照。

40) 多様な所有類型と近年の公益法人制度改革については、高村（2007b）で論じた。

41) 山下（2006）は、入会集団の認可地縁団体化（法人化）のケーススタディを行い、生産森林組合、入会集

れる。

所有類型論を等閑視するのではなく、選択された所有類型がコモンズの維持管理の向上にどのような影響を与えるのか、また逆にコモンズの維持管理の現状がどのような所有類型の選択を構成員に促すのか、といった「権利義務関係の法（第一の層）」と「組織内の法（第二の層）」の相互作用を分析することこそ政策論につながるコモンズ研究が展望できると考える。

3. 「組織内の法」の層

（1）「組織内の法」は「法」と言えるか

次に法の第二の層であるコモンズの維持管理のルールとしての「組織内の法」について論じていく。

コモンズが上手く維持管理されるためには、①資源の利用・用益に関するルール、②利用・用益のルールそれ自体を修正するための手続ルール、③利用者間での紛争解決のルールが備わっていることが不可欠となる⁴²⁾。

これらのルールを備えた場合、そこに「組織」が成立している、と言うことができる。「組織」は、これらのルールの複合物である。

では、組織内のこれらのルールは、「法」であるのか。これらのルールは、国家実定法ではないゆえ、狭義の意味での「法」ではない。しかし、法社会学は、社会学的探求の対象とすべき「法」を国家実定法のみに限定せず、「法」の概念を国家的強制から解放することでその探求対象を広げた学問である。

周知の通り、ハートは、『法の概念』で、「法」を主権者の命令と捉える法実証主義の見方を退け、「社会的ルールとしての法」という概念を打ち立てた（Hart 1961）。

社会的ルールには、道德、宗教、礼儀作法、会話などさまざまなルールが存在するが、「法」はいかなる意味で他のルールと異なるのか。「法」を他の社会規範を区別するメルクマールをどこに求めたら良いのか。

この問いにつき、ハートは、「法」を一次ルールと二次ルールの複合からなる規範と定

団（未整備）、認可地縁団体のメリット、デメリットを比較した上で、地縁法人化への移行を進めた要因、移行プロセスで生じた内部組織の変化を丹念に分析しており、注目される業績である。この論文の結論としては、認可地縁団体は森林経営が不活発な場合に選ばれるものであり、法人化は森林管理の活性化に結びつくものではない、となっており、維持管理の抜本的向上のための施策に結びつくものとなっていない。しかし、所有に伴うコストを最も軽減しながら、最低限の維持管理を行っていく際の所有類型の選択肢としては、地縁認可団体が良いという示唆がこの論文から導き出される。

42) この要件については、オストロームによるコモンズの長期的存立条件のまとめを参照（Ostrom 90）。

義することで回答を与えた (Hart Chapter 5).

一次ルールとは、一定の行為の禁止や違反行為に対する罰則の規定のことであり、義務付加的なルールである。

二次ルールとは、この一次ルールのメタルールであり、①一次ルールへの違反があった場合、どのような手続きで誰がルールを執行するか、という「裁決のルール」、②一次ルールを見直す必要が生じた場合、どのような手続きでルールを変更するか、という「変更のルール」、③どのようなルールが当該社会で妥当なものであるのかを承認する、という「承認のルール」の三つからなるものである。

ある社会がこの一次ルールと二次ルールを複合的に備えた場合に、そこに「法」が存在する、というのがハートの立場である。よって「法」の存在は、近代国家という大組織にのみ確認されるのではなく、部族社会、会社などの営利組織、住民団体などの非営利組織にも確認されることになる⁴³⁾。

また先のコモنزの維持管理のルールについて言えば、①の資源の利用・用益に関するルールが一次ルールであり、②、③のルール修正のルール、紛争解決のルールが二次ルールであるから、コモنزの維持管理ルールも、ハートの「法」概念に従えば、「法」である、とすることができる。

このハートの「法」の概念により、法社会学はその探求すべき「法」の現象を社会の中に求めていくことが可能になる。

「生ける法⁴⁴⁾」の探求とは、国家法ではなく、社会団体の中で妥当している法の探求である。入会権研究が法社会学で隆盛した理由のも、各地の入会集団の慣習調査こそがこの「生ける法」の探求の実践に他ならなかったからである。

入会集団が存在するとは、入会地の利用方法を定めた「一次ルール」と、この一次ルールを制定・執行・変更する入会地を管理する「組織」の存在という「二次ルール」の双方が存在するという事態に他ならなかった⁴⁵⁾。

43) 橋爪 (1985) の一次ルールと二次ルールからなる複合的な「言語ゲーム」として「法」を捉える理解に基づく。ただし、ハートそのものの分析対象は、イギリスの実定法秩序の構造にあり、法の多元主義化という方向へと向かわない。

44) 「生ける法」の提唱者は、エールリッヒである (エールリッヒ 1984)。エールリッヒにとって「生ける法」とは、社会の人々の実際の行為において従われている規範であり、「社会諸団体の組織規範」、「団体の内部秩序」であった。ただし、エールリッヒは、この「生ける法」とそれ以外の社会規範とを区別するメルクマールを「集団の憤激感情」が存するか、否かに求めており、「法」の概念規定としては、甚だ不十分なものであった。

45) 入会権が成立する要件は、仲間の地域共同体が慣習的土地利用を行っていること求められるが、それは、「集会 (多くの土地で「よりあい」と呼ばれる) において一つの現実的外形をとる」とされ (川島 1983: 71)、この集会こそが利用ルールの制定・執行・変更を行った。

この入会集団の意思決定方法は、全員一致を原則とした。全員一致を意思決定のルールとする場合、そこ

さらに、このような複合的ルールが存在は、単に社会的に観察すべき「法」が存在するということだけではなく、国家実定法（民法 263 条、294 条）を媒介にして、「権利義務関係の法」に転化するものとなった。

入会集団に「組織内の法」があることを発見し、これを「権利義務関係の法」へと媒介する役割を果たしたのが、法学者の入会権研究であった。

しかし、入会権闘争の時代においては、「組織内の法」を「権利義務関係の法」へと高めるという役割に意義があったが、コモンズの持続可能な発展の制度設計を行うに際しては、「組織内の法」へのアプローチそのものに転換が必要になる。

以下では、「組織内の紛争」と「組織外との紛争」という二つの側面を例に必要な法学的アプローチを説明していく。

（２）組織の法化

第一は、「組織内の紛争」は、「組織」が二次ルールを備えたシステムであるならば自律的に解決されるべきものであるが、必ずしもそうではない、という事実がある。

実際、入会をめぐる裁判事例の多くは、対国家や対エンクロージャーへの「権利のための闘争」ではなく、入会集団内部での争いであり、組織内で紛争解決を行おうとしたものの十分な役割が果たせず、国家の裁判所の前に裁定を求めに来たというものである⁴⁶⁾。

「組織」は、確かに紛争解決のルールを備えているが、自らだけでは十分に「法」を実現することができず、国家の法システムの力を必要とする⁴⁷⁾。「組織」のメンバーシップの確認、「組織」の決定が二次ルールの適正な運用に基づきなされたのかの確認、「組織内の法」への違反を不法行為法や契約法に基づきながら法的強制力を持って是正していくための権力の発動には、裁判所による司法審査⁴⁸⁾を不可避とするのである。

には、構成員の諸意思の並列しか存在せず、組織固有の意思＝団体の固有存在性が存在しない、という見方もある。実際、「権利能力なき社団」が、構成員の並列でしかない「組合」と区別されるメルクマールは、通説では多数決で意思決定することに求められた。

しかし、全員一致で意思決定をするという取り決めも一つのルールであり、その意思決定を行う過程でさまざまな利害調整がなされて「組織」としての方針が明確になっていくのだから、全員一致原則を採用する集団を「組織」ではない、とする必要はない。この見方については、棚澤・名和田（1993）を参照。

46) 中尾（2007）に掲載されている裁判例を参照。

47) 「組織」が、このように「法システム」の支えなければ、不確定性を縮減できないという点については、（佐藤 2008: 302-）の指摘を参照。

48) 団体の内部事項への司法審査については、団体が自律的な法規範を有する特殊な部分社会であるという立場（「部分社会の法理」）から否定的な見解もあるが、団体の自治が本来の形に回復されるためには、裁判所が団体の目的・性質・機能に即して紛争を審査することを肯定的に捉えるのが通説である（声部 1999: 309）。アメリカでは、コモンを有する住民組合法人への司法審査が州の憲法人権保障の条項を私人間にも適用しながら活発に行われている（マッケンジー 2002）。

コモンズに人権の私人間効力をより積極的に適用すべきかどうかという点については、本稿では、判断を

このような法的現実を前提にすれば、コモンズ論のあり方も変化せざるを得なくなる。

コモンズ論は、民衆から生存の基盤を奪った国家（＝公）、短期的なエゴイズムに走る個人（＝私）を批判しながら、共的管理システムの重要性を説いてきた。ハーディンが共的管理の不可能性を「コモンズの悲劇」と呼んだのに対抗して、コモンズ論者は、「コモンズの喜劇」という言葉で、共的管理が幸福な結末に終わると主張している（菅 2008b: 3）。

しかし、共的管理に常に幸福な結末が訪れるとするのは、牧歌的な想定であり、共的管理システムが国家の法システムの支えによって存続するという場面があることを前提としながら、そのような局面の事例の分析を進める必要がある。

さらに過度な国家の法システムへの依存を招かないためには、性善説的にコモンズを見るのではなく、紛争予防という観点から、「組織内の法」をできるだけ明確なものへと整備していくという実践⁴⁹⁾も必要になってくる。

組織のルール化（＝法化）は、コモンズの破壊ではなく、コモンズが持続的に発展するための不可欠な要素を創り出すのである。

（３）コモンズの重層的構造の法学的把握法

「組織内の法」について法学的分析が必要なもう一つの側面は、コモンズへ利益を持つ者の重層的広がりゆえに、コモンズを普段、維持管理している組織が組織外の者との間で紛争を惹起するという現象である。

今日のコモンズ論に共通しているのは、コモンズを「伝統的・地縁的な閉じたコモンズ」から「新しい・超地縁的な開かれたコモンズ」にしていこう、コモンズを開くという方向で持続可能性を確保していこうという主張である（井上・宮内編 213-；三俣・森元・室田編 201-）。

この背景には、エネルギー革命、肥料・木材の輸入化などの構造変化に伴い、入会林野の利用価値が低下し、ムラが弛緩し、手入れが行き届かないで荒廃する入会林野が全国で増大しており、このような状況を打開してくれるアクターとして、レクリエーションの場、アメニティの場として林野に関心を寄せる「都市住民」の活動にコモンズ論者が期待を寄

留保したい。

ところで、日本では、森林経営の安定を計るために共有地の分割請求権を排除した森林法の規定が違憲立法審査を受け、不合理に財産権を制約するため違憲とされたケースがある（最高裁・大法廷判決・昭和62年4月22日：民集41巻3号408頁）。このような反コモンズ的な司法審査ケースについて、憲法学上の論点を静態的に見るだけでなく、その後の森林経営にどのような影響を及ぼしたのか、という動態的・機能的な検証を行う必要がある。

49) 大村敦志のシビル・ロー・エンジニアリングは、人々のつながりを創り出すための法制度の設計であり、法の援用は、共同の実践を阻害するのではなく、促進するものであることをよく示してくれている（大村2005）。

せていることがある。

実際、コモンズという言葉の発祥の地であるイギリスでは、コモンズ法史の発展は、オープンスペース化への展開であり（平松 1995）、このような歴史的展開をコモンズの先進例としてコモンズ論者は紹介している（井上・宮内編 225; 三俣・森元・室田編 65）。

農山村との生業とコモンズとの結びつきが弱まる中で、今後のコモンズの保全の担い手を環境保全に関心の高い都市住民の参入に求めざるを得ない、という戦略に筆者も同意している（高村 2006）。

しかし、このような戦略を採用する場合、二つの点に留意する必要がある、と考える。

第一は、コモンズを開いたものにしていく、公衆へのアクセス権を認めていくと言った場合、新たにコモンズにアクセスしてくる者が、コモンズの果実を一時通過的に享受する権利を持ったフリーライダーなのか、あるいはコモンズの保全の維持管理の負担（＝義務）の新たな担い手なのか、これを明確にした上で議論しなければならないという点である。

平松も論じているように、イギリスでも「アクセス」と「保全」の間には深い葛藤が存在し、公衆のアクセス増加に伴い入会権者の維持管理業務の増大という現象が各地で確認されている（平松 351, 379-）。

コモンズ保全への新たな担い手確保のデザインを、「公衆へのアクセス権」という権利概念で論じることで、「アクセス」と「保全」の対立が見えにくくなり、大切な「保全」の側面が捨象されてしまうのではないか、という疑問がある⁵⁰⁾。

第二は、この新たな担い手にどこまでコモンズの処分に関する権利を認めるか、という問題である。

井上は、「かかわり主義」という概念で、よそ者も含めて「なるべく多様な関係者を地域森林『協治』の主体としたうえで、かかわりの深さに応じた発言権を認めよう」という提唱を行っている（井上 2004: 142）。

この「かかわり主義」は、「開かれた地元主義⁵¹⁾」とセットで提唱されており、地元の地域住民が「協治」の中心であることが示されているが、このよそ者の「発言権」というものが具体的にどういった権利であるのか、が明確にされねばならない。

近年の林野の開発をめぐる紛争では、林野を維持管理してきた旧住民よりも、それを一方的に享受する立場にあった周辺の新住民が開発反対運動の中心となるケースが多い。

50) 平松が詳しく論じたように、旧入会権者と新たなアクセス権者を上手く束ね、多様な利害を調整しながら、オープンスペースを上手く管理してきた「オープンスペース協会」のようなアソシエーションの組織原理に注目する方が生産的であるように思える（平松 317-）。

51) 「開かれた地元主義（open-minded localism）」とは、「地域住民が中心になりつつも、外部の人々と議論して合意を得た上で協働（コラボレーション）して森を利用し管理する」とこととして定義されている（井上 2004: 139）。

矢野達雄は、大阪の箕面市の小野原地区において里山が区画整理事業によって失われるという場面において、その土地が地区住民にとっては部落有地＝私権としての入会地であると観念されていたのに対し、開発に反対する周辺の新住民がその土地を財産区のもの＝公権であると主張し、裁判所で財産区有であると認められたため、開発が阻止されたという興味深い裁判事例を検討している（矢野 2005, 2006）。

この地区には、財産区議会や管理会といった財産区の実体は存在しなかったが、部落有財産管理委員会の規約の中に財産区という文言が入っていただけのために財産区＝公権に属するものとして土地が位置づけられた（矢野 2006: 114）。

開発を阻止するという意義にだけ注目するのなら、よそ者に発言権を認め、コモンズの私権性よりも公共性を強調するという戦略が有効となろう。

しかし、この里山の日々の維持管理の活動に新住民は加わっていなかったのであるから、このような戦略がコモンズの持続可能な発展を約束するということにはならないと思われる⁵²⁾。

持続可能な維持管理と開発を阻止するというのは、分けて論じられねばならない事柄である。この点に関連して言えば、「入会権の環境保全機能」に関する論法についても留意しなければならない。

（４）裁判理論と資源管理論との峻別

先の矢野自身が述べているように、「入会権は開発ストップの有力な手段」として機能してきた（矢野 2004 :71）。開発予定地に入会権の存在が確認された場合、その入会権者の中に一人でも反対者がいれば、土地の処分は不可能になる。入会地の処分には入会権者の全員一致を要件とするゆえであり、このような入会権の複雑な構造が開発抑止力になってきたのである。

矢野や中尾は、このような機能に入会権の現代的意義を見出しており（同上; 中尾 2003）、このような見解に依拠する形で、各地の紛争事例を扱うコモンズ研究者も現れている（三輪 2007）。

開発抑止は、自然環境を乱開発から守るという意義を有する。しかし、それだけでは、資源の持続可能性はない。

三輪も分類しているように、環境保全機能には、開発抑止機能だけではなく、資源管理機能、生態保全機能といった重要な側面が存在する（三輪 21）。

52) 矢野もこの判決が実現した環境保全という実践的価値を認めるものの、判決の法的構成には疑問を示している（矢野 2006）。

しかし、開発抑止機能が上手く発揮されれば、他の二つの機能も充足されるという順接的な関係にあるわけではない。少数者が全員一致原則に基づき拒否権を裁判で公使した場合（「権利義務関係の法」の援用）、その後、入会集団内に亀裂が生じ、「組織内の法」が余計に機能不全になるという懸念もある。

このように、裁判規範としての「権利義務関係の法」の層と、維持管理ルールとしての「組織内の法」の層とは区別して論じる必要がある。また、この二つの層だけではつかみきれないコモンズの持つ生態保全機能、資源管理機能といった広範囲の人々に利益をもたらす層については、第三の層である「政策的法」の次元でつかまえる必要がある。

4. 「政策的法」の層

すでに述べたように、コモンズという財がもたらす利益は、重層的な広がりを持っている。

里山を例にすれば、それが保全されることで、1) 生物資源保全機能、2) 国土保全・災害防止機能、3) アメニティ維持機能、4) 温暖化防止・CO₂削減機能といった機能が発揮されるが（関東弁護士会連合会 2005: 31）、これら諸機能の発揮は、維持管理者の利益に還元されるものではなく、広域的な人々への利益を発生させるものとなる。

であるならば、コモンズの持つこれらの利益の広がり、所有権論の再構成という方法でコモンズの土地の上に重層的に表現するだけでなく、利益の公益性をきちんと評価し、政策的に掴みだし、維持管理者・所有者が公益増進に貢献している部分を税制優遇や補助金といった形で支援していくことが望ましい。

「政策的法」とは、コモンズの保全によってもたらされる維持管理者・所有者の利益を超えた広域的な利益を政策的に増進するために行われる資源の再配分に関する方法・手続を定めた法⁵³⁾として定義される。

現行法ではどのような制度がこの「政策的法」に該当するのか。具体例としては、「緑」の持つ多面的価値、公益性に注目した都市緑地法の特別緑地保全地区制度や市民緑地制度がそれに近い機能を持っている（関東弁護士会連合会 149-）。

特別緑地保全地区制度は、ある程度以上の規模の緑地保全を実現するために都市計画として緑地保全のゾーニングをかけるものだが、土地所有者は、このゾーニングにより、開発の制約という義務が伴う反面、固定資産税・相続税の減免といった恩恵を受けることが

53) 現代における制定法が、権利義務関係を確定する法律から、一定の政策を達成するために必要な資源の調達・配分に関する計画・手続を定める法律に中心が移っていることについては、（平井 1995:7）。

でき、保有に伴うコスト⁵⁴⁾を削減できる⁵⁵⁾。

市民緑地制度は、緑地を市民に公開することを地権者が約束した場合、その土地の固定資産税・相続税を減免するだけではなく、普段の維持管理への行政的支援、公開のための施設整備が受けられる仕組みである。

コモンズを開いていくのであれば、それによって一般市民が享受できる利益を公益として掴みだし、「政策的法」を通じて市民税や特別税あるいは利用者賦課金⁵⁶⁾を財源としながら維持管理者・所有者が担っている負担を引き受け、彼らの取り組みを奨励していく⁵⁷⁾ことが合理的であろう⁵⁸⁾。

農林業を経営として成り立たせるのが厳しい今日においては、地域住民が普段、自らの利益（共益）のためにごく普通に行っている農林業の副次的効果として環境保全的な公益がもたらされることを期待するのは、やや理想的すぎる。

このような共益と公益の調和というメカニズムがかつて存在したことを示したのが、コモンズ論の貢献であったとすれば、むしろこれから求められるのは、共益と公益の関係を上手く再生するための政策的法である。

コモンズの公共性⁵⁹⁾を声高に称揚するだけではなく、コモンズの持つ利益の重層的構造を精緻に分析し、それをきちんと評価し、奨励する政策へ高める営みこそが持続可能な仕組みづくりになると考えられる。

54) 税の問題は、小さいように見えるが、入会林野近代化法によって生産森林組合という法人という外形を持った入会集団が、法人税・固定資産税の負担が土地によってもたらされる収益よりも大きく各地で苦しんでいるという実態に鑑みるならば、決して等閑視できない問題である。

55) ただし、特別緑地保全地区制度は、自治体への土地の買入請求権を土地所有者に認めているため、自治体が指定に踏み切れず、あまり使われていない。高村（2007b）で論じたように、条例や契約的手法により、柔軟な制度を各地で創っていくことが不可欠になる。

56) 例えば、沖縄県伊是名村では、2005年4月から入島者に法定外目的税である環境協力税の課税を義務づけ、この財源を島の環境保全に充てており、注目される事例である。

57) このような誘導的手法のヴァリエーションについては、（大塚 2006: 82-）に詳しい。

58) さらに「政策的法」による地区指定を経ることで、当該の土地をどのように維持管理するかの計画が策定され、その計画に基づき当該土地の変更行為が一定程度、規制される。このような緩やかではあるが拘束力を持った計画化には、「コモンズの悲劇」を防止する制度としての役割も期待できる。

59) 公共性とは、私人の私益から発し、これを共同で実現するための集まりが生まれることで共益が生じ、この共益の追求が結果としてパブリックな利益の実現にかなうことである（ハーバーマス 1994）。

Ⅲ. コモンズとしての児童公園の可能性

1. 事例分析のフレーム

次に前章でコモンズ論の批判的検討という形で素描した分析フレームを、児童公園という財の性質の分析へと適用することで、コモンズの法学的分析の具体的な展開例を描いていく。

日本のコモンズ論は、入会権などの慣習的権利が存在する山野海川に分析のフィールドを集中させてきた。

しかし、コモンズは、「利益享受者の総てがルールを守った節度ある利用をするならば持続的に資源から各人が大きな利益を得ることができるが、少数の利用者が近視眼的な自己利益追求を行うならば容易に破壊される性質を有する財」として定義できるので、山野海川にのみ分析のフィールドを限定する必要はない。

むしろ都市型社会においては、都市空間の場において、このような持続可能な発展の仕組みをいかに創りだしていくか、がこれからは重要になってくる。

そこで、本稿では、児童公園という都市の各ローカル・コミュニティ単位に必ず存在し、ローカル・コミュニティの住民にとっての共同の場であり、コミュニティ組織により管理されている財に注目することにした⁶⁰⁾。

その理由は、現在の児童公園がかつての入会林野のように上手く自治的に維持管理されており貴重な実践例を引き出せるからというのではない。むしろその維持管理の仕組みが近年の地域力低下の中で綻びが見え始めており、いかにしてその維持管理の仕組みを再生することができるか、ということが重要な政策課題になっており、その際、コモンズという概念でその財の性質を捉えることが維持管理の仕組みの再生にとって示唆的であると考えられるからである。

児童公園は、その利用者によってルールを守った利用がなされることが不可欠であり、また適切な維持管理が行われないと、雑草が生い茂り、ゴミで荒れ果て、危険物が放置されることになり、利用者が寄りつかなくなる。利用者がなくなれば、維持管理を担うこと

60) 以下での児童公園に関する知見の展開は、筆者が滋賀県草津市において実施した調査に基づくものである。調査は、草津市の公園緑地課との度重なる会議、草津市内で児童公園・遊園を管理している地域自治会の会長への全数アンケート調査、10程度の自治会長へのインタビュー調査と20程度の児童公園・遊園視察、2つの町の住民世帯へのアンケート調査という方法によって実施された。調査結果の詳しい紹介、分析は、ここでは紙幅が限られているため、別稿を準備することにして、本稿では、調査から得られた知見のエッセンスを紹介するに留める。

への動機づけが失われ、さらに荒れ果てるという悪循環が生じる。

児童公園が持続可能な形できちんと維持管理され、利用ルールが尊重されるならば、総ての者に利益が生じるのである。コモンズ概念でこの場の特質を分析し、持続可能な維持管理システムを考察する必要がある。

前章では、コモンズの分析に際しては、①権利義務関係の法、②組織内の法、③政策的法の三つの層から分析していく必要を論じた。

①の「権利義務関係の法」については、土地の所有権や所有主体の類型をはっきりと掴みだした上で、そのような所有類型論が維持管理のルールにどのような影響を与えるのか、を分析することの重要性を説いた。

②の「組織内の法」については、維持管理のルールが一次ルールと二次ルールという形で複合的な構造を持つことが自律的な組織を形成しているか否かのメルクマールであることを確認した。しかし、重要なのは、自律的な組織の構造を持っていたとしても、国家法の関与・支援を不可欠にすること、また組織の維持管理者と実際の利益享受者の範囲は合致しておらず、組織外との調整が不可欠になることであった。

③の「政策的法」では、実際の利益享受者の重層的広がりを評価し、維持管理者の負担を支援する資源再配分が重要になることを説いた。

以下の児童公園のコモンズとしての性質の分析においても、前章で析出した以上の分析フレームを用いていく。

2. 児童公園の性質の分析

まずは、①の側面である公園の所有類型に伴う権利義務関係、維持管理ルールへの影響を見ていく。

児童の公園には、大きく分けて二つの類型がある。一つは、都市公園法で街区公園と位置づけられ、法律上、「公の施設」である公園である。もう一つは、マンションやニュータウンの集合住宅の附属施設として設置されて、管理組合に所有・管理権が属しているタイプのものであり、「キッズ・ガーデン」等の名称で呼ばれているものである⁶¹⁾。

日本でも近年、後者のタイプのものが、セキュリティ意識の向上、住宅の付加価値向上のために増えつつある⁶²⁾が、その数や面積は、前者と比較すればごく僅かである。ここで

61) 正確に言うところ、後者の類型は、アクセスが制限されたプライベートガーデンであり、パブリックな公園ではない。

62) 集合住宅が緑地や集合施設をコモンとして所有し、維持管理することで住環境の向上に務めている事例については、斎藤・中城（2004）。

は、前者のタイプのものを主として検討し、必要に応じて後者のタイプと比較するという方法を取る。

現在の都市公園法では「街区公園」という名称を取っているが、これは1993年の都市公園法施行令の改正によってそのように改められたからであり、それ以前は、法律上も「児童公園」という名称を取った。法律上の名称が「児童公園」から「街区公園」へと改められたのは、利用者を児童に限定せず、街区のさまざまな住民にとって最も身近な公園として多様な機能を果たすべきという考えがあったからである⁶³⁾。ただし、現在も名称としては、従来の「児童公園」を使用しているところが多い⁶⁴⁾。

街区公園は、誘致距離を250m間隔、敷地面積を0.25haを標準としており、平成19年3月末の数字で全国に76,270箇所存在し、延べ面積で31,572haとなっている⁶⁵⁾。都市の各ローカル・コミュニティの身近なところに児童公園は存在するのである。

公園設置の手法としては、①都市計画事業として地方自治体が土地を取得し、公園整備する場合、②民間事業者が一定規模の開発を行うために開発許可を申請する際、その許可基準ないし指導要綱として開発面積の一定割合を街区公園として整備することを民間事業者に義務づける場合、③土地地区画整理事業の際に事業面積の一定割合を街区公園として区画整理事業組合に義務づける場合の三パターンが存在する。

しかし、いずれの場合でも、底地の所有者は、地方自治体となり、法律上は、街区公園の管理責任者は、地方公共団体になっている⁶⁶⁾。公園はパブリックなものであるから、パブリックな地方自治体が設置・管理責任者であるのである。

ところが、これは法律上の話であって、実際の児童公園の日常的な維持管理の多くは、地域自治会が担っているというのが実態である⁶⁷⁾。

筆者が研究する草津市では、公園の大規模修繕、住民からのクレーム対応は市の公園緑地課が行い、遊具などの不具合施設の修繕、薬剤散布、高木選定は市の外郭団体であるコミュニティ事業団が行っているが、日常的な草刈り、清掃、不具合施設の点検・通報は、地域自治会の役割となっている。

しかしながら、土地が公有地であり、公園がパブリックなものでありながら、その日常

63) 施行令の改正については、柳野(1993)。この改正により、児童公園に設置が義務づけられていた「ぶらんこ」、「すべり台」、「砂場」のいわゆる「三種の神器」の設置が街区公園には求められなくなった。

64) よって本稿でも、都市緑地法上の規定を論じる場合、「街区公園」という名称を使うが、それ以外の場合では、通称である「児童公園」の名称を用いる。

65) 国土交通省都市地域整備局公園緑地・景観課のホームページ(<http://www.mlit.go.jp/crd/city/park/index.html>)を参照(最終閲覧日2008年12月29日)。

66) 都市緑地法第二条の三、第十二条の二。

67) 維持管理を担う団体が公園愛護会という目的団体の名称を取ること多いが、その実態は地域自治会であることがほとんどである。公園緑地管理財団(2004: 232)を参照。

的な維持管理の負担がその公園に隣接する地域自治会に委ねられているということから「悲劇」も生じる。

公園を利用するのは、維持管理を行っている地域自治会のメンバーに限定されず、さまざまな人がやってくる。とりわけ、公園の規模が大きかったり、アクセスの良いところであれば、地域自治会の外部からの利用者が多くなる。

外部からの利用者は、ゴミを残していったり、手入れされた芝生や花壇を荒らしたり、周囲にとって危険なボール遊びをしたり、夜中に騒いだり、といった迷惑行動を起こすことも多いが、維持管理の活動に関わるということはない。

よって、維持管理組織である地域自治会は、このような外部のフリーライダーの行動に怒りを募らせており、日常的な維持管理を大きな負担と感じるようになる。これが組織と組織外との紛争であり、児童公園の第一の「悲劇」である。

第二の「悲劇」は、地域自治会内で生じる。児童公園の普段の維持管理活動は、実際、あまり公園を利用しない地域の高齢者や町内会の役員によって担われていることが通常である。地域自治会の各世帯の総出による草刈り、清掃が行われることもあるが、これは、年に1, 2回程度であり、参加しない世帯も多い。普段の公園の維持管理活動に、公園を最も利用する子育て世代の参加が乏しい。

すなわち、地域自治会内でも維持管理の負担者と公園の利用者との間に大きなずれが見られるのである。普段の維持管理の担い手は、名和田是彦の表現を借りれば、「地域の基底的な秩序を維持するのに必要な地味な（喜びは少なく労苦の多い）課題を、自然的な善意に基づいて義務意識が先行する形で遂行」しているのである（名和田 1998: 97）。

このような肅々と地域の課題を地味に取り組むことに生き甲斐を見出すメンタリティを持った人々が複数でもいれば、地域自治会内の利用者と負担者のずれという問題は、表面化しないが、このようなメンタリティを持った担い手は減少傾向にある⁶⁸⁾。

第二の悲劇は、特定の人物への心理的負担の集中という形で起こり、それは、組織内の摩擦・紛争という形で顕在化し、話し合いがもたれて解決するのではなく、担い手の突然の消失、公園の荒涼地化という形で突如、地域に表出する。

では、この二つの悲劇をどのように解決したら良いのだろうか。ここであり得る解決策を検討してみよう。

一つは、公的管理の強化であろう。すなわち、児童公園は、公園であるから法律上の設置者・管理者である地方自治体が日常的な維持管理活動も責任を持って担うようにして、

68) とりわけ、地域の歴史の層に厚みのなく、地域の基底的な秩序を担うことに喜びを感じる住民が乏しいニュータウンにおいてこのような問題が発生しやすい。

ローカル・コミュニティに負担を押しつけるのをやめて、自治体の構成員全体で薄く広く費用を負担し、専門家に委ねるという方法である。倉沢進の言葉を借りれば、「相互扶助システム」から「専門処理システム」への移行である（倉沢・鈴木・秋元編 1987）。

しかし、目下の自治体財政難の状況においてこの「専門処理システム」への移行は、極めて困難である。また、公園の日常的な維持管理は、公園に近接するところに住み、普段、公園をよく見ている人ではないと、細かな問題点に気づかないため、自治体の費用負担の論点とは別に、そもそも専門家に委ねることの難しさがある。

もう一つは、公園のプライベート化の強化であろう。これは、第一の悲劇に対応した解決策である。すなわち、不特定多数の外部の者が無秩序に侵入するゆえに問題が発生しており、その侵入を公園が市有地であるゆえに阻めないものであるから、公園の管轄を地域自治会に移管して公園の出入りを地域自治会の管理に委ねるという方法である。

実際、公園など地域の公共施設・集合施設の所有権の地域自治会への移管という発想は、国土交通省でも日本型の住民組合法人の創設として検討された⁶⁹⁾こともあり、アメリカの郊外住宅地では、公園は、住宅所有者の組合がコモンとして所有し、維持管理しているのが一般的である（マッケンジー 2002）。

しかし、このような民有化は、これから新しくニュータウンを開発するという場合なら検討しうるかもしれないが、既成市街地での既存の児童公園を対象に移管手続きを進めるのは、住民の負担ばかりが増えることになり、不可能であろう。

よって公的管理の強化、プライベート化の強化も実現が難しく、現状の自治体と地域自治会の基本的な役割分担を前提にしながら、地域自治会の維持管理の仕組みをどのように支援していったら良いのか、というレベルで議論しなければならない。

すなわち、②の「組織内の法」で維持管理ルールを、③の政策的法によってどのように支援していくか、ということが課題になる。以下、この側面を考察してみよう。

公園を民有化し、所有権を移転するのは、今さっき述べたように、難しい。しかし、それとは独立し、所有権が市にあるという限定下において、地域自治会の公園の運営管理権限を高めるという方向は模索できないだろうか。

69) 国土交通省の国土審議会では、地域の道路や公園など街並みの整備を住民ら民間に委ねる新たな仕組みとして「住民組合法人」制度の創設が検討された（2006年6月1日日本経済新聞朝刊）。地域内の公の施設を「住民組合法人」の所有へと移管し、所有に伴う税を免除するというのが「住民組合法人」の骨子である。ただし、これは審議会内部での議論に留まり、審議会の最終報告書の提案としては、時期尚早として盛り込まれなかった。しかし、この「住民組合法人」の推進者である研究者と国土交通省は、エリアマネジメント推進マニュアル検討会（2008）で、公園を中心とする公の施設の管理を住民がより活発に担っていくことを今後のエリアマネジメントの重要な要素として提唱しており、今後、このような方向で法制度が進展する可能性がなおも残されている。

「組織内の法」である維持管理ルールには、前章で整理したように、禁止行為を定める一次ルールと、そのルールを運用するルールである二次ルールが伴うことが組織の自律化＝領域での自治にとって不可欠である。

しかし、法律上の公園の設置者・管理者が自治体である以上、地域自治会が勝手に公園での禁止行為を定めたり、公園利用に伴う紛争を処理したり、違反者を罰したり、というのは、理論的に不可能である。

公園利用上の禁止行為を公示するには、地域自治会が公園設置者である市に依頼し、市の名前で禁止行為を看板で掲示するという手続きが必要となる。そのような形で一次ルールを持っている公園は少なくない。

内容としては、ゴミ捨ての禁止、球技の禁止、犬の禁止、バイク乗り入れの禁止など日常的なマナーに関するものばかりであるが、看板掲示によるルールの明確化への要望は、近年高まる傾向にある。このようなルールが存在すれば、マナー違反にも注意がしやすくなるからである。地域自治会としては、違反者のマナーが改善されればそれで十分であり、注意以上の制裁を求めるものではない。

迷惑行動への解決策としては、ルールづくりを地域自治会で活発化することを促し、それをルールとしてわかりやすい形で公示する役割を自治体が担い、トラブルの深刻化を未然に防ぐということがあり得る。地味な維持管理活動に加えて、運営管理機能を発揮していくには、このような身近なルール作りを進めることが大事なステップになってくる。

運営管理の機能としては、このような公園利用のルールづくりに加えて、児童公園をもっと積極的に活用するための企画・運営というものが挙げられる。具体的には、公園でのガーデニング・花壇づくり、園芸講習会、自然観察会、フリーマーケット、畑づくり、お盆祭り、餅つき大会、花見大会、ゲートボール・グランドゴルフ、防災訓練などの活動が挙げられる。

これらの活動が活発に運営されれば、児童公園は、法律上の名称どおり、児童利用だけではなく、街区の人々の多様なニーズに応えたコミュニティの共有財産になっていく。

実際、神戸市では、「市民花壇」制度により、花壇の運営に年間1万5千円の助成と花苗の配布を行っており、このことが地域住民の公園への関わりを重層的に活発にしており、この制度導入の効果を調べた研究⁷⁰⁾では、花壇のある公園の方がない公園よりも維持管理活動が活発になっており、運営管理機能の発揮は、維持管理機能を高めることが示されている。

筆者が草津市で実施したアンケート調査でも、先のようなイベントが行われている公園

70) 岩村・横張(2001)。

ほど、維持管理活動が活発であり、実際の管理状況も良好であることが示され、かつこのような活動を可能にする公園の再整備が実現すれば、維持管理活動にもっと積極的に関わっても良いという住民層の存在がはっきりと確認された。

このように公園で展開される活動を、子供の遊び場としてのものから、幅広い世代の人々のニーズに応じた多様なものにしていけば、公園利用者の層も広がり、第二の悲劇であった利用者と維持管理者のずれという問題も解消される可能性がある。

この解決策は、運営管理機能の活発化で地域自治会による維持管理の仕組みが存続し、自治体にとってのコストの負担が発生しなくて済むというだけではなく、公園の周辺住民にとって望ましい公園づくりが実現することになり、公園のコモンズとしての価値が高まることに繋がる。

このように街区公園を中心とした地域の繋がりが強固にできてくれば、それは、ソーシャル・キャピタルとしてさまざまな場面で地域の人々を助けることになる⁷¹⁾。

公園をプライベート化し、閉じて、過剰な維持管理コストを背負うよりも、このような活発な運営活動を行い、利用者層を拡大し、公園を地域の多様な人々が出会える場にした方が良いということになる。

よって「政策的法」の次元においては、公園でのイベント運営のきっかけづくりを補助金やアドバイザー派遣という形で支援していく必要がある。その場合、重要なのは、公園でのイベント活動を、単に公園の住民による維持管理活動の活発化に結びつき将来の行政コストを削減してくれる要素として評価するのではなく、さまざまなイベント活動の展開が、住民の生活満足度を高め、健康を増進し、地域の相互扶助や防災・防犯力を高めることになり、さまざまな公益がもたらされると評価し、そのような理由づけで資源配分を行うことである。

これにより、未だ発見されていなかった公園の価値が発見され、そのような価値実現の取り組みが開始され、児童公園のコモンズとしての可能性が各地で拓けることになる。

IV. まとめ 一法社会学が地域に取り組む固有の意義

最後に、本稿の思索の道筋を改めて振り返ることでまとめとしたい。

本稿を支える問題意識は、法社会学というディシプリンが、法の専門家が中心になる法

71) 筆者の実施したM町内会での世帯アンケート調査では、公園で他の利用者とよく会話している人ほど、生活満足度やまちへの愛着が高まるという結果が統計上も有意に出た。

的世界ではなく、市民が中心となっている社会そのものの分析に寄与することは、いかにして可能であるか、を考察することにあつた。

市民社会論と連携しながら発展した市民法論は、かつては、近代市民法の構造を分析することで西欧市民社会の構造の理解に仕え、社会科学一般に貢献した。しかし、近代化論の呪縛を解かれて市民社会史研究が進展すると、規範の源泉である「市民社会」そのものの多様性・重層性・虚構性が明らかになる。よって、規範学である法学は、他の社会科学との関係を切るという方向に進まざるを得なくなった。

そのような現状において、筆者が注目したのは、地域社会の慣習を法学的に分析した入会権研究が一つの資産となってインターディシプリナリーな研究を近年活発化させているコモنز研究である。

大きくまとめると、本稿では、コモنز論に三つの観点を付け加えることを試みた。

第一は、コモنزを、慣習的権利の存続との関連で山野海川といったフィールドに限定するのではなく、その財の性質に注目し、「利益享受者の総てがルールを守った節度ある利用をするならば持続的に資源から各人が大きな利益を得ることができるが、少数の利用者が近視眼的な自己利益追求を行うならば容易に破壊される性質を有する財」として定義し、コモنزの発想でアプローチできる対象を、都市で生起する日常的な現象、旧慣と関係ない新たな現象にまで拡大した点である。

その理由は、全員にとっての持続可能な発展をルールによって実現するというコモنزの理念が本来的にもっと幅広い拡張可能性を持つこと、またそのような射程の拡大をなす実践的必要があると考えたからである。

第二は、このような性質を持つコモنزという現象を社会科学的に分析するために法学的アプローチが不可欠になることを論じ、それが具体化するために三つの法概念を試論として提示した点である。非法学者によるコモنز論を法律学の尺度に当てはめて、概念の定義が非法学的であるとして対話の回路を閉ざすのではなく、具体的にどのようにすれば有用な社会分析を展望できるか、という実践的観点から法概念を組み立て直した。

その三つの法概念は、①権利義務関係の法、②組織内の法、③政策的法の三つから構成され、それぞれの層において必要な分析視角を、これまでのコモنز論の批判的に検討することでスケッチした。その結果、三つの法の層は、それぞれ独立に把握・分析されるものではなく、それら三つの相互関連を分析することの重要性が作業プログラムとして示した。

そのような分析を行うことの積極的理由は、各地で発見される良くガバナンスされたコモنزの事例を収集し、公私の二元的編成からなる近代へのオルタナティブが存在することを抵抗的に示すよりも、あまり上手く行っていないコモنزを要素に分けて法学的に分

析し、どのようにしたらコモンズが再創造できるかを政策論として構想する方が望ましいと考えたからである。

第三は、コモンズの持続可能性のために新たにルールを積極的に創っていくことの意義を明らかにした点である。コモンズ研究では、地域住民の暗黙知の中に隠れたエコノミーが存在することが強調され⁷²⁾、ルールを新たに創発していくことの意義が十分に論じられなかった。また入会権収奪の歴史から国家法の役割や地方自治体の関与を否定的に見るという論調が存在した。

しかし、本稿では、児童公園を事例にして地域社会が新たにルールを積極的に作り、そのことを地方自治体も支援することの必要性を示し、またコモンズの持つ多面的な価値、重層的な利益の広がり、国家法や自治体条例において積極的にその公益性を評価し、資源再配分を行うことでコモンズをのばす必要があることを説いた。

その意味で、現代のコモンズは、地域社会のまったく自治として成り立つのではなく、多様な次元での重層的ガバナンスが発揮されることで実現するものである。そのガバナンスのあり方を表出させていく上で道具的概念となるものが、本稿で示した法概念となろう。

「利益享受者の総てがルールを守った節度ある利用をするならば持続的に資源から各人が大きな利益を得ることができるが、少数の利用者が近視眼的な自己利益追求を行うならば容易に破壊される性質を有する財」というコモンズの定義で捉えられる財は、ハーディンの論文が地球環境、国際平和から牧草地の問題まで扱ったように非常に幅が広いものであり得る。

現代における法の役割は、このようなコモンズの性質を持つ財を前にして、各人が自己利益的な行動に走り、囚人のジレンマが発生するのを防ぐためのルールとしての役割が大きくなっていくというのが本稿の考えである。そこでの法のあり方としては、制裁的なものだけではなく、誘導的なものも含まれてくる。

そのようにしてあらゆる場面で求められる法実践、法制度設計を貫く理念となるものが、コモンズの「総ての者の持続的発展」という理念である。このことで「法」そのものを基礎づける理念が、各場面における「社会」の社会科学的分析から調達されることになる。

本稿が目指したのは、そのような「法」と「社会」が循環する研究プログラムの再生であり、地域社会にあえて「法」という側面からアプローチすることの固有の意義を明らかにすることであった。

本稿での思索の歩みは、まだ理論面の錬磨、実際の社会分析の面での適用においても甚

72) 人類学がベースの議論であるので、そのような論調になるのも理解できるが、井上（2004）におけるカリマントンの焼き畑農業に隠された暗黙知の強調などがその例である。

だ不十分なものであり、試論の域を出ない。容赦ない批判を仰ぐことでさらに議論を深めることができれば幸いである。

* 本稿の執筆のきっかけとなったのは、2008年11月にローカル・コモンズ研究会（代表・同志社大学教授室田武）において筆者が行った報告「都市で新たにコモンズを設定する」に対して、参加者からご指摘頂いたさまざまな刺激的なアドバイスであった。報告の機会を与えて頂いた関係の先生方、長時間の討論につきあってくれた若手研究者の方に感謝を記したい。

引用文献

- 浅子和美、國則守生 (1994)「コモンズの経済理論」『社会的共通資本』宇沢弘文、芝木愛一郎編、東京大学出版会、71-100 頁
- 芦部信喜 (1999)『憲法 新版』岩波書店
- 阿部昌樹 (2002)『ローカルな法秩序』勤草書房
- 池田寛二 (1987)「モラル・エコノミーとしての入会林野とその現代的課題」人文研究（千葉大学）16号、25-72 頁
- 池田恒男 (2006)「『コモンズ論』と所有論」『コモンズ論再考』鈴木龍也・富野暉一郎編、晃洋書房、3-57 頁
- 伊藤修一郎 (2003)「コモンズのルールとしての景観条例」『「性」と政治』日本政治学会編、229-244 頁
- 稲本洋之助 (1968)『近代相統法の研究』岩波書店
- 井上真 (2004)『コモンズの思想を求めて』岩波書店
- 井上真編 (2008)『コモンズ論の挑戦』新曜社
- 井上真・宮内泰介編 (2001)『コモンズの社会学』新曜社
- 岩村高治・横張真 (2001)「神戸市における地域住民による公園管理の実態とその展望」ランドスケープ研究 64 巻 5号、671-674 頁
- エリアマネジメント推進マニュアル検討会編 (2008)『「街を育てる」 エリアマネジメント推進マニュアル』国土交通省土地・水資源局土地政策課監修
- 大塚直 (2006)『環境法 第二版』有斐閣
- 大村敦志 (2006)『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向けて』有斐閣
- 戒能通厚 (1980)『イギリス土地所有権法研究』岩波書店
- 戒能道孝 (1943)『入会の研究』日本評論社
- (1964)『小繋事件』岩波書店
- 川島武宜 (1946)「遵法精神の精神のおよび社会的構造（一）（二）」法学協会雑誌 64 巻 7号 1~24 頁、64 巻 9号 1~29 頁
- (1948)『日本社会の家族的構成』学生書房
- (1949)『所有権法の理論』岩波書店
- (1982)「順法精神」『川島武宜著作集 第四巻』岩波書店、112-172 頁
- (1983)「入会権の基礎理論」『川島武宜著作集 第八巻』岩波書店、64-120 頁
- 北尾邦伸 (2008)「市民社会論としてのコモンズ論へ」『コモンズ論の挑戦』井上真編、新曜社、184-196 頁
- 「基本的法概念のクリティーク研究会」編 (2007)『コモンズ・所有・新しい社会システムの可能性 ―小繋事件が問いかけるもの』早稲田大学 21 世紀 COE 〈企業法制と法創造〉。
- 倉沢進・鈴木広・秋元律郎編 (1987)『都市化の社会学理論』ミネルヴァ書房
- 来栖三郎 (1999)『法とフィクション』東京大学出版会
- 棚澤能生・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

- 公園緑地管理財団 (2004)『公園管理ガイドブック』財団法人公園緑地管理財団
- 齋藤広子・中城康彦 (2004)『コモンでつくる住まい・まち・人』彰国社
- 佐藤俊樹 (2008)『意味とシステム —ルーマンをめぐる理論社会学的探求』勁草書房
- 佐伯啓思 (1997)『「市民」とは誰か』PHP 社
- 末弘厳太郎 (1924)『農村法律問題』改造社
- 管豊 (2008a)「総有論 —コモンズ論と法学的所有論との架橋」『社会的共通資本・コモンズの視角から市民社会・企業・所有を問う』早稲田大学 21 世紀 COE 〈企業法制と法創造〉総合研究所・基本的法概念のクリティーク研究会編, 56-93 頁.
- (2008b)「コモンズの喜劇」『コモンズ論の挑戦』井上真編, 新曜社, 2-19 頁
- 鈴木龍也・富野暉一郎編 (2006)『コモンズ論再考』晃洋書房
- 高村学人 (2006)「入会林野から里山コモンズへ」法と民主主義 413 号, 64-69 頁
- (2007a)『アソシエーションへの自由』勁草書房
- (2007b)「里山をコアに位置づけた住宅コミュニティづくり —コモンズ創出のための制度設計」都市住宅学 57 号, 37-41 頁
- 棚瀬孝雄 (2002)「法解釈の方法 —法科大学院における法社会学」法律時報 74 巻 3 号 64-69 頁
- 中尾英俊 (1984)『入会林野の法律問題 新版』勁草書房
- (1996)「国家権力による入会権の保護と解体」法社会学 48 号, 6-15 頁
- (2003)「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
- (2007)『入会権の判例総合解説』信山社
- 中山竜一 (2000)『二十世紀の法思想』岩波書店
- 棚野良明 (1993)「都市公園法施行令及び同施行規則の改正について」造園雑誌 57 巻 2 号 202-205 頁
- 橋爪大三郎 (1985)『言語ゲームと社会理論』勁草書房
- 三俣学, 森元早苗, 室田武 (2008)『コモンズ研究のフロンティア』東京大学出版会
- 宮内泰介 (2001)「コモンズの社会学」『講座 環境社会学第 3 巻』鳥越皓之編, 25-46 頁.
- 宮内泰介編 (2006)『コモンズをささえるしくみ —レジティマシーの環境社会学』新曜社
- 三輪大介 (2007)「入会慣行の環境保全機能」持続可能な発展の重層的環境ガバナンス Discussion Paper No.J07-03.
- 村岡健次, 川北稔(2003)『イギリス近代史 改訂版』ミネルヴァ書房
- 村上淳一 (1985)『ドイツ市民法史』東京大学出版会
- 室田武, 三俣学 (2004)『入会林野とコモンズ』日本評論社
- 原島重義 (2002)『法的判断とは何か』創文社
- 原田純孝 (1980)『近代土地賃貸借法の研究』東京大学出版会
- 原田純孝編 (2001)『日本の都市法Ⅱ』東京大学出版会
- 平井宜雄 (1995)『法政策学 第 2 版』有斐閣
- 平松紘 (1995)『イギリス環境法の基礎研究』敬文堂
- 廣渡清吾 (2001)「ナチズムと近代・近代法」『近代法の再定位』石井三記他編, 63-84 頁
- (2006)「市民社会論のルネサンスと市民法論」『法の生成と民法の体系』林信夫・佐藤岩夫編, 創文社, 249~294 頁
- (2008)「市民社会論の法学的意義」『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』戒能通厚・棚沢能生編, 日本評論社, 58-79 頁
- 船越資晶 (2001)「法的議論の社会学へ向かって」法社会学 55 号 175-191 頁
- 北條浩 (2000, 2001)『入会の法社会学 上・下』御茶の水書房
- 北條浩・宮平真弥 (2008)『部落有林野の形成と水利』御茶の水書房
- 矢野達雄 (2004)『法と地域と歴史と』創風社出版
- (2005, 2006)「住民運動と公権論の交錯 —大阪府箕面市小野原地区の財産区訴訟を中心に(1)(2)」愛媛法学会雑誌 31 巻 3・4 号 55-77 頁, 32 巻 3・4 号 85-118 頁
- 山岸俊男 (2000)『社会的ジレンマ』PHP 研究所

- 山下詠子 (2006) 「入会林野における認可地縁団体制度の意義」 林業経済 59 巻 8 号 17-32 頁
- 吉田 克己 (1990) 「フランス民法典五四四条と『絶対的所有権』」 『土地法の理論的展開』 乾 昭三編 (法律文化社), 192-219 頁
- エールリッヒ, オイゲン (1984) 『法社会学の基礎理論』 河上倫逸訳, みすず書房
- ケルゼン, ハンス (1935) 『純粹法学』 横田喜三郎訳, 岩波書店
- (1991) 『法と国家の一般理論』 尾吹喜人訳, 木鐸社
- トクヴィル, アレクシス (1989) 『旧体制と大革命』 小山勉訳, ちくま書房
- ハーバーマス, ユルゲン (1994) 『公共性の構造転換』 細谷貞雄・山田正行訳, 未来社
- フュレ, フランソワ (1989) 『フランス革命を考える』 大津真作訳, 岩波書店
- マッケンジー, エヴァン (2002) 『プライベート・ピア —集合住宅による私的政府の誕生』 竹井隆人訳, 世界思想社
- Bourdieu, Pierre (1986) "La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique", *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, pp. 3-19.
- Hardin, G (1968) « The Tragedy of Commons », *Science*, No. 162 [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]
- Hart, H.L.A (1961) *The Concept of Law*, Oxford University Press ハート『法の概念』矢崎光圀訳, みすず書房, 1976 年
- Jacquier, Claude (2008) The Pivotal Role of Local and Regional Authorities in the Regulation of Sustainable Urban Development, *Journal of Policy Science, Graduate School of Ritsumeikan University*, Vol. 3, pp. 37-53.
- Ostrom, Elinor (1990) *Governing the Commons*, Cambridge University Press
- World Commission on Environment and Development (1987) *Our Common Future*, Oxford University Press