

日本における所有権意識の形成過程と

近代法学の継受 (完)

宮 川 澄

はしがき——問題の提起——

- 一 近代的所有権と法意識との関係
- 二 近代的所有権規定と資本主義的生産(以上第二五卷第三号)
- 三 江藤新平による民法典編纂と近代法学の継受
- 四 民法典編纂と自然法思想の展開
- 五 お雇い外国人法学者による近代法学の継受(以上第二六卷第一号)
- 六 法学教育にもとづく近代法学の継受
- 七 大木喬任による民法典編纂と近代法学の継受
- 八 明治初年の近代法学継受のもつ法的意味(以上第二六卷第二号)
- 九 山田顕義による旧民法典編纂の完了
- 一〇 所有権意識の法理論的根拠と近代法学の継受(以上第二六卷第四号)
- 一一 所有権意識の展開と農民の抵抗
- 一二 近代的所有権にたいする法理論的批判
- 一三 判例理論による農民の抵抗の阻止(以上第二七卷第一号)
- 一四 旧民法の所有権規定と日本民法典論争

日本における所有権意識の形成過程と近代法学の継受(完)

日本における所有権意識の形成過程と近代法学の継受(完)

一五二

- 一五 明治民法起草者の旧民法にたいする見解と所有権規定の修正
 - 一六 明治民法制定の社会・経済的条件(以上第二七卷第二号)
 - 一七 ドイツ解釈法学による日本民法学の形成(以下本号)
 - 一八 近代的所有権に関する法学説の展開
- むすび

一七 ドイツ解釈法学による日本民法学の形成

前項(一六 明治民法制定の社会・経済的条件)の考察によって、明治民法は明治維新以後、政治権力によって事実上作出された土地関係にたいする所有関係を基礎として、生産手段所有制を法典上でも確立するものであったことと理解をなした。そしてその具体的内容は、当時の社会・経済的条件を反映し、政治権力の内部関係における変化を背景に、ブルジョアジーの利益に奉仕するものであった。明治民法が旧民法の所有権にたいする本質的規定をなしているのに、それを法的作用という法形式によって所有権のもつ社会的機能という点から規定したのも、ブルジョアジーの階級的利益を、所有権規定のなかに持込めるように、抽象的な表現形式をとるためであった。だから明治民法の所有権規定の抽象的表現形式は、直接にはブルジョアジーの社会的要求を充足するものであったが、これが地主の社会的要求にも合致するものだとする外見性を、とることができたのである。

明治維新までの封建的領有制にもとづく農民にたいする支配体制は、明治維新という政治的変革によって樹立された政治権力によって、否定されることになる。これは封建的領有制を否定し、資本主義の発展を経済的土台として、自己の政治権力をうち固めるためであった。ここではなによりもまず資本の自由な活動・自由な賃労働の発展の障害

をとり除く必要があり、同時に農業における資本主義的發展に適合した土地革命を実現することが必要であった。この資本の本源的蓄積の進行にとっては、その底流において土地革命を必要としたのである。こうした土地革命の要求は、農民の手による領主・地主を含めたあらゆる封建的土地関係を、革命的に一掃する要求であった。明治初年の『地租改正』の遂行を前にしてなされた土地均分化・土地国有化を内容とする諸要求も、こうした社会的意味をもつものとして理解される。この土地均分化・土地国有化の要求は、農民にとっては封建的土地関係の徹底的廢止を意味し、資本にとっては資本の負担を軽減し、資本の自由な移動を確保し、自由な労働力の獲得と商品市場を醸成するものであった。この二つの理由によって、明治初年の土地均分化・土地国有化の要求は、資本の側と農民の側のいずれからも主張されたのである。しかし、明治政府の『地租改正』事業の進展による『一地一主』制の事実上の創出は、ブルジョア革命期において、もっとも革命的な要求として土地国有化の要求を提出したブルジョアジーも、土地という主要な生産手段の国有化が、やがて全生産手段の国有化(社会的所有)を誘発する危険をはらんでいることに気づいた。このため、ブルジョアジー自身の手によって撤回され、この要求は、自由民権運動左派の主張として引きつがれたわけである。こうした背景のもとで、政治権力は土地均分化・土地国有化の農民的要求を否定した。ここでは土地均分化・土地国有化の要求自体が自己の政治権力の支柱をなす地主層の利益をそこなうこと。政治権力にあっては、土地関係における半封建的諸関係を温存し、地主の土地支配を所有権にまで高め、寄生地主制の自由な發展を計ることによって、資本の本源的蓄積を強行しようとする政治権力の企図をみる⁽¹⁾ことができる。こうした事由によって、ブルジョアジーと地主との共通の利益から、明治民法が一八九八年(明治三二年)七月一六日から施行されることになったのである。だから、明治民法の所有権規定によって保障された生産手段所有制は、いうまでもなく生産手段にたい

する私的(資本主義的)所有を内容とするものであった。このばあいドイツ解釈法学の法理論的構成にもとづいて、その正当性を根拠づけることがなされたのである。ここに日本民法学がドイツ解釈法学によって構築され、それによつてはじめて公認のものとなる法的根拠があった。

いったい明治初年以降、急速にフランス法学によつて形成されつつあった日本民法学が、どうしてドイツ解釈法学による日本民法学の完成となったのだろうか。日本法学がフランス法学を主軸として、近代法学の継受という法形式で進行してきたことは、すでに考察した。ところが一八八三年(明治一六年)になると、東京大学における法学教育にも変化が生じ、学科課程も、つぎのように変更されている。すなわち、

『本部ハ本邦ノ法律ヲ教フルヲ本旨トシ、傍ラ英吉利、仏蘭西、独乙ノ法律ノ大綱ヲ授クルモノトス』(東京帝国大学五〇年史 五八二ページ)

とされた。この学科課程の変更によつて、これまでのイギリス法、フランス法とならんで、ドイツ法にもとづく法学教育が公的に実施されることになったのである。そして、この時以後ドイツ法にもとづく法学教育の比重が次第に増大し、イギリス法、フランス法による法学教育をしのぐようになった。明治政府は一八八五年(明治一八年)九月二八日になると、『東京法学校』を東京大学に合併し、そこで統一的な法学教育——法曹・官僚の養成を目的とする——を実施した。この間の事情については、穂積陳重が『独逸法学の日本に及ぼせる影響』(穂積陳重遺文集第三冊 岩波書店 一九三四年一月)のなかで、つぎのように記述していることによつて知ることができる。

『余は明治一四年に帰朝し、東京大学法学部に教鞭を執ることとなり、其翌年より法学部長を兼ねることとなりたり。時の大学総理は前に述べたる本邦における独逸法学の先駆者とも称すべき加藤弘之先生なりしを以て、余が予て希望したる独逸法学輸入

の事は着々実現せられ、独逸国より「ラートーゲン」博士を聘して国法学を講述せしめ、また末岡精一、穂積八束の両氏を公法研究の爲、宮崎道三郎氏を羅馬法研究の爲め、斯波淳六郎氏を私法研究の爲めに独逸に留学せしむることとなり、明治一七年に司法省の法律学校を大学に移して仏蘭西法学部を設けると同時に独逸法学科を新設し、爾來「ルードルフ」、「バイベルト」、「レインホルム」等の諸氏相踵いで聘せられ、また其後は法律学、経済学、政治学の留学生は主として独逸国に送らるることとなり、而して是等の留学生は、帰朝の後東西両大学及び各私立法律大学の教授となりて、本邦に独逸法学の思想を傳播せり」（同上六一九、六二〇ページ）。

となしている。これまでドイツ法学の紹介は加藤弘之によってなされてきた。しかし、明治民法の起草委員の一人であつた穂積陳重は、イギリス留学にをなし、一八七九年（明治十二年）に *Barrister of the Middle Temple* となつた後、ひきつづき一八七九年（明治十二年）四月から一八八一年（明治十四年）六月帰朝するまでベルリン大学に入学し、そこでドイツ法学に共鳴したため、ドイツ法学の流入に努力した。⁽²⁾ 穂積陳重はドイツ法学の流入の必要性について、『独逸法学の日本に及ぼせる影響』（穂積陳重遺文集第三冊 岩波書店 一九三四年一月）のなかで、つぎのように述べている。

『余が独逸国留学中に特に感じたること二つあり、其一是独逸における法学教育の進歩が他の文明諸國に冠絶し、大学の數、法学大家の數、法律書の數、欧米諸國中一として之に比肩すべきものなきことなり。故に英法、仏法各其長所の採るべきあるは言を竣たずと雖も、將來独逸法学を本邦に輸入するに非らざれば本邦は世界の法学の進歩に伴うこと能はざるべしと感じたり。其第二は当時独逸帝國設立の後年を終ること未だ久しからず、連邦法律統一の必要上、憲法は言を竣たず、商法、刑法、民刑訴訟法等の法典新に成り、帝国民法編纂の挙あるの際にして、而も諸法典は從來本邦において模範とせられたる仏國の諸法典に比し新しき法理に基きて編纂せられたるものなるを以て、本邦における將來の立法の進歩のためにも、独逸法学を輸入する必要があるべきを感じたり』（同上六一九ページ）

となしている。もつとも明治民法の起草委員がドイツ法学者であつたわけではない。これは明治初年以降の日本法学

がフランス法やイギリス法にもとづく近代法学の継受としてなされた事実から導かれる。起草委員のうち穂積陳重はイギリス法学、梅謙次郎・富井政章はフランス法学の出身者であることは周知のこととされている。従って、明治民法の法典継受の外形的諸事情——これはドイツ民法第一草案にもとづく編纂という——にもかかわらず、法典構成自体にも、かなりフランス法の影響がみられるわけである。⁽³⁾

だが、政治権力が絶対主義的天皇制の強力な担い手として官僚・裁判官の育成を企図した一八八七年(明治二〇年)代以降にあっては、ドイツ法学にもとづく法学教育が精力的になされることになったわけである。ことに絶対主義的天皇制の法的表現である大日本帝国憲法(明治憲法)の制定は、ドイツ法学にたいして決定的意味を与えることになった。ドイツ法学は国家権力によって公認のものとされた。これはドイツ法学にみられる国権主義的官僚法学としての法的性格に、自己の政治的支配の強化をはかる武器として利用できるとする、政治権力の法認識にもとづいていることとはいうまでもない。日本民法典論争にみられる諸主張のなかには、ドイツ民法学が国家権力によって公認され、それが日本民法学の主流を形成するという方向を確定的にする主張がみられるわけである。ことに明治民法の起草にあたって、編纂委員が参照した、民法典は、主としてドイツ民法第一草案であったことは、日本民法学をウィンンドシャイド(Windscheid, 1817~1892)の『パンデクテン教科書』→『ドイツ民法第一草案』→『明治民法』という系譜によって、ドイツ解釈法学が日本民法学に定着することが予定されることになる。ドイツにおける一九世紀後半のパンデクテン法学は、ウィンンドシャイドによって完成させられたといえる。ウィンンドシャイドの『パンデクテン教科書』は、それまでの普通法理論の集大成として、ドイツの法学界および実務界に絶大な権威をもち、ドイツ民法学を支配しただけではなく、現実にドイツ民法典(BGB)にも、その影響を強く与えることになった。ウィンンドシャイド

自身も一八八〇年(明治一三年)から一八八三年(明治一六年)のあいだ、ドイツ民法第一草案の起草委員の一人として活動している。そして、第一草案にたいするウインドシャイドの影響があまりにも強かったので、ドイツ民法第一草案は『小ウインドシャイド』と評されるほどであった。このドイツ民法第一草案にたいしては、ゲルマニステン法学派の側から、とくにオット・フォン・ギールケの強い反対をうけた。この結果ドイツ民法第二草案では、著るしい修正がなされたのである。このドイツ民法第二草案は、一八九五年(明治一八年)一〇月三〇日に、全体として連邦参議院(Bundesrat)に提出された。そして印刷になったのは一八九八年(明治三一年)である。したがって、それが公表されたのは明治民法の前三編が編纂された後であることになる。もっとも一八九五年(明治一八年)にドイツ民法第二草案が完結する以前にも、個別的に部分草案(Teilentwürfe)として公表されていた。穂積陳重は前記『独逸法学の日本に及ぼせる影響』(穂積陳重遺文集第三冊 岩波書店 一九三四月)のなかで、つぎのように述べている。

『独逸法律思想の立法部より本邦に入りし概況を云えば、伊藤公が命を奉じて憲法の取調を為すに当り、「スタイン」「グナイスト」其他の学者に諮詢する所ありたるは人の知る所なり。次に我商法の最初の草案は、政府の法律顧問たりし「レースレル」博士の立案せるものなり。この「レースレル」氏立案の商法は竟に実施せられるに至らず、然れども新商法修正の起草者たりし岡野、梅、田部の三博士は皆独逸に留学したる人にして、其後再び修正せられたるときは起草者岡野、斎藤、富谷の三博士も亦独逸に留学したる人なり。殊に此第二次商法修正の際には、独逸帝国の新商法案は起草者諸氏に最も有益なる資料を供したるもの如し。民法法典は始め「ポアソナード」博士等の手に成りたるも其実施は延期せられ、新に富井、梅の両博士及び余の三人にて立案し、法典調査会に於て議定せられたるが、此新民法は三十余箇国の民法を参照したるものなるも、当時独逸に於ても民法編纂中にて、第一草案は既に公刊せられ、第二草案も我民法起草中に発布せられたるを以て、此二草案が我民法の起草に貴重なる参考となりたるは言を竣たず。』(同上六二〇〜六二二ページ)。

となしている。しかし、ドイツ民法第二草案が、明治民法の編纂にたいしてどの程度の影響を与えたかについては、

考証されていない。⁽⁴⁾

この政治権力によるドイツ法学の公認は、当然に明治民法にたいするドイツ解釈法学にもとづく法理的根拠づけのころみを生じさせた。こうして一八九六年(明治二十九年)以後には、明治民法の編纂事業に関係した人たちの手によって、明治民法のドイツ解釈法学にもとづく註釈・解説のころみがなされるに至ったのである。たとえばフランス法の出身であった富井政章も、ドイツ解釈法学によって明治民法の解釈を展開した。富井政章は、一九〇三年(明治三六年)より『民法原理』(有斐閣書店)を著わし、明治民法の註釈をなしたのである。さらに梅謙次郎も一八九六年(明治二十九年)から一九〇〇年(明治三十三年)にかけて、『民法要義(巻之一・巻之五)』(有斐閣書店)を著わし、明治民法前三編(総則・物権・債権)の註釈をなしている。また岡松参太郎も明治民法前三編の詳細な註釈書を、ドイツ解釈法学にもとづいて執筆している。そして一八九六年(明治二十九年)から一八九七年(明治三〇年)にかけて『民法理由(上・中・下巻)』(有斐閣書店)を完成した。これらはいづれも、その事例である。

こうした法的作業は、一九〇七年(明治四〇年)以後には一層進展させられた。そして横田秀雄の『物権法大意』(清水書店 明治三六年六月)、川名兼四郎の『日法民法総論』、石坂音四郎の『日本民法債権総論(上・中・下巻)』、岡田修の『改正民法積義』(三書店 一九〇八年〈明治四十一年〉一〇月)、杉一郎の『民法提要』(日進堂書店一九一一年〈明治四十四年〉一二月)、杉山直治郎・木下哲三の『民法物権編講義』(明大出版部 明治三八年頃)、薩隆正邦・宮田四八の『民法講義(物権之部)』(日本同盟出版部)、羽生顯親の『物権法』(東京法学院)、亀山貞義・高木豊三の『民法講義(物権編)』(講法会)、鈴木喜三郎『民法要論』、中島玉吉『民法積義(巻の一・巻之三)』(金刺芳流堂)、鳩山秀夫『債権総論』、末弘殿太郎『債権総論』などが発行されている。これらの諸著作は、いずれもドイツ解釈法学の方法論にもとづき、

より精密な法概念と法理論的構成をとって、解釈法学を展開したものであった。こうしてドイツ解釈法学にもとづく日本民法学の完成は、ほぼ一九二一年(大正一〇年)頃には完成されたといわれている。⁽⁵⁾しかも、この時期にもっとも多く読まれたドイツ法律書は、ウインドシャイドの『パンデクテン教科書』、デルンブルグの『パンデクテン』であったことはいうまでもない。ドイツにあっては一九〇〇年(明治三三年)にドイツ民法(BGB)が施行されたので、新しいドイツ民法典の註釈を中心とした解釈法学が、ドイツ民法学の主流を形成していった。『パンデクテン教科書』の著者たちの手になる民法教科書について、やがて新しくエントマンの『大コンメンタール(総則・債権法)』、シタウデインガーの『大コンメンタール』、エンネチェルス(総則・債権法)・ウォルフ(物権法)・キップ(親族・相続法)の教科書があらわれたのである。⁽⁶⁾

日本の民法学は、こうしたドイツの民法学者たちによるドイツ民法典(BGB)の解釈論を、そのまま日本民法の解釈論としてとり入れ、展開することによって確立していくことになる。こうした傾向を一般的ならしめたのは、いうまでもなく明治民法がドイツ民法第一草案によったという法典継受上の事由によるが、それはドイツ法学が、明治国家権力によって公認されるという政治的理由にもとづくことはいうまでもない。ところが、こうした政治的理由は(1)ドイツ民法がフランス民法より新しくかつ優れていると一般に信ぜられたこと。(2)明治民法とドイツ民法との体系上の近似性から、ドイツ民法の解釈論の方が、日本民法の解釈論として導入しやすかったこと。(3)法典の論理的・体系的の一貫性を貫ぬこうとする志向が、ドイツ法とフランス法の理論の折衷的採用を拒否し、ドイツ解釈法学を全面的に採用することを是としたからだとする、法学上の根拠をもっている指摘することによって、陰蔽されることになる。こうしてドイツ解釈法学にもとづく日本法学は、岡松参太郎→石坂音四郎→鳩山秀夫という系譜を

たどり、より一層発展させられ、日本民法学の主流としての法的地位を確立したのであった。⁽⁷⁾ こうした事情について末弘厳太郎博士は、つぎのように述べられている。

『第一次世界大戦が始まるまでというのは、今の若い人々には想像もつかないくらい、ドイツ法学が圧倒的に日本の法律学界を支配していた。』(日本評論新社編集局編 日本の法学 日本評論新社 一九五〇年五月 八一ページ)。

とされている。このことによっても当時の日本民法学にたいして、いかにドイツ解釈法学の影響が多であったかを知らることができると思う。

- (1) 依田憲家 日本近代国家の成立と革命情勢 八木書店 一九七一年五月 四五二ページ。
- (2) 北川善太郎 日本法学の歴史と理論 日本評論社 一九六八年七月 一三二ページ。
- (3) 北川善太郎 日本法学の歴史と理論 日本評論社 一九六八年七月 二七ページ。
- (4) 奥田昌道 日本における外国法の摂取——ドイツ法——現代法一四(外国法と日本法) 岩波書店 一九六六年三月 二三三〇ページ。
- (5) 奥田昌道 日本における外国法の摂取——ドイツ法——現代法一四(外国法と日本法) 岩波書店 一九六六年三月 二二九一—二三〇ページ。
- (6) 奥田昌道 日本における外国法の摂取——ドイツ法——現代法一四(外国法と日本) 岩波書店 一九六六年三月 二三七ページ。
- (7) 日本評論新社編集局編 日本の法学 日本評論新社 一九五〇年五月 四六ページ。

一八 近代的所有権に関する法学説の展開

こうした日本法学の一般的傾向——ドイツ解釈法学にもとづく日本民法学の体系化への志向——のもとで、明治民

法の規定している所有権規定を、どのように位置づけていくか。またその法理論的根拠をどこに求めているのか。この点についての具体的な考察をなさなければならぬ。これは、政治権力が所有権に特定の内容を与える法的根拠を、ドイツ解釈法学にもとづく所有権規定にたいする法学説上の主張を利用して、定着させていく過程でもあった。この時期において土地関係にたいする所有権にたいする実際上の取扱は、裁判所によって、つぎのようなものとして取扱われていた。

○大審院判決（大正三年（オ）第七五八号 大正四年二月一七日判決）

『按スルニ旧幕府時代ニ於テ個人ト雖モ土地ニ対シ総括的支配ヲ為シ當時ノ法律ハ其総括的支配ノ事実ヲ保護シ来リタルモノニシテ此総括的支配カ後日完全ナル土地所有権ニ推移シ同一土地ニ対シ設定シタル永小作権ト全然別箇ノ觀念ヲ有シタルコトハ我國ノ法制史上明確ナル事実ニ属スルノミナラス民法施行法第四十七条第三項ノ制定趣旨ニ徴スルモ之ヲ推知シ得ヘシ何トナレハ同条第三項ハ民法施行前ニ於ケル土地所有権ト永久ニ存続スヘキモノトシテ設定シタル永小作権トノ關係ヲ規定シタルモノニシテ其所謂永小作権ハ我国古来ノ慣習ニ依リテ設定セラレタル永代小作権ヲ意味スルコトハ毫モ疑ヲ容レサルヲ以テ旧制度ノ下ニ於テ設定セラレタル永小作権ハ維新後ニ於テモ尚ホ永小作権トシテ其効力ヲ有スルニ止マリ完全所有権ニ変セザリシコトヲ知ルヲ得ヘク却テ維新前ニ於テモ土地ノ総括的支配権ト永小作権トハ相併立シ総括的支配権ヲ有スル者ニ於テ終ニ完全所有権ヲ有スルニ至リタルモノナルコト窺フニ足ルヲ以テナリ而シテ明治五年第五十号布告ハ旧幕府時代ヨリ引続キ或地所ノ永代売買ヲ禁止セルニ依リ之ヲ解除シタルニ過キスシテ同布告發布以前ニ於テモ法律ハ制限アル土地所有権ヲ認メタルモノナルコトハ夙ニ当院判例（明治三十九年（オ）第四百二号同年十一月二十八日判決）ノ是認スル所トス本件ニ於テ原院カ旧幕府時代ニ於テモ土地ニ対スル所有ナル觀念ト永小作ナル觀念トカ別箇ニ存立セシモノトシ僧坊村ニ存シタル本訴土地ノ所有権カ転讓シテ被告上告人ノ有ニ帰シタルコトヲ認定シタルハ相当也』（半田鍵次郎 大審院民事棄却判例集〈大正四年〉判例調査所 一九二三年八月 一八四ページ）

となしていた。従って、所有権に関する法学説上の主張についての具体的な考察は、政治権力の必要と要求とによつ

て、いかに特定の法学説が日本民法学の定説とされ、公認されていくかの諸過程の理解をなすために役立つことになるだろう。

日本民法典編纂史上のいわゆる『日本民法論争』における財産法上の一つの論点は、旧民法の所有権規定にたいする法的見解の差異にあったといえる。これは所有権規定が生産手段所有制の法的表現としての原基の意味をもっていたからである。旧民法の所有権規定にたいする『法典実施延期派』の主張が大日本帝国憲法(明治憲法)の規定との背離をつねに問題として提起されたのも、所有権自体に私的(資本主義的)所有権としての内容を盛り込みうるための法的構成をとる可能性をもちうる法的表現を必要としたからである。ここでは旧民法の所有権規定のとる本質的規定性を、その法的機能からする法的表現に変えることが、要求されていた。これは、所有権の制限を明記することによって、土地関係にたいするブルジョアジーの利益実現に役立たしめるための、法認識にたっていた。だから明治民法にあっては、旧民法の所有権規定のとっている本質的規定としての法的構成を、所有権の法的機能(法的作用)から法的構成し、そこから所有権自体が制限されるものだとする法的構成に変更しているわけである。いわゆる『日本民法論争』において、旧民法の所有権規定が無制限的なものと指摘し、これが大日本帝国憲法(明治憲法)の規定と矛盾していると批判されたのも、こうした理由からであった。

日本民法学をドイツ解釈法学によって確立した岡松参太郎は、こうした視点から、旧民法にたいする批判をなしている。この批判の要点を『註釈民法理由』(有斐閣書店 一八九七年(明治三〇年)八月)のなかでまとめているが、それによるとつぎのように指摘している。

『旧法典ハ各編独立シ公ニ其順序ヲ定ムルコトナカリシヲ以テ其編別上ノ主義ヲ知ル能ハスト雖ドモ盖シ第一人事編、第二財産

編、第三財産取得編、第四債權担保編、第五証拠編ノ順序ニ依ルカ如シ今其当否ヲ案スルニ左ノ数点ニ於テ穩當ヲ欠クモノアリ
(イ) 旧法典ハ五編分類法ヲ採ルト雖トモ其精神ニ於テハ明ニ羅馬式ニ依リタルモノナリ。抑モ法律ハ社会ノ反響ナルカ故ニ其順序体裁ノ如キモ亦社会ノ趨勢ニ随伴セサル可カラズ。之ヲ法律沿革ノ原理ニ考フルニ社会ハ家族制ヨリ箇人制ニ進ムモノノ如シ今羅馬式ハ人ヲ以テ基礎トス是レ家族制ノ時代ニ適応スル編纂法ヲ羅馬ノ法典カ此方法ヲ採用シタルハ正ニ其所ヲ得タリ。独逸式ハ權利ヲ基礎ト為ス是レ箇人制ノ時代ニ適応セル編纂法ヲ獨逸民法草案カ此方法ヲ採用シタルハ之カ為ナリ。之ヲ我國ノ状態ニ徴スルニ從來家族制熾ニ行ハレタリト雖トモ封建制ノ廃止セラレ泰西ノ文物輸入セラルルニ遇ヒテ漸ク衰微シ將ニ箇人制ニ遷移セントス而シテ現今ノ状況ハ尚家族制ヨリ生シタル慣習汎ク行ハレ概言セハ家族制ノ勢力ハ箇人制ヲ凌駕ス可シト雖トモ其進歩ノ傾向ヲ案スレハ必スヤ家族制ニ復帰スルニ非ス益進シテ箇人制ニ至ル可シ。然ラハ今日ニ於テ法典ヲ編纂スルニ到リテハ寧ろ独逸式ニ依ルヲ適當トセサルヲ得ス況ンヤ羅馬式編纂法ハ歐洲諸國ニ於テモ己ニ諸學者ノ排斥スル所ニ係ルニ於テヤ
(ロ) 旧法典ニハ民法全編ニ通ス可キ総則ノ設ナシ。凡ソ法典ハ条項簡潔ニシテ旨意周到ナルヲ要ス而シテ其此ニ至ルヲ得ルハ法則ノ包容ヲ大ニシ規定ノ重複ヲ拒クニ在リ故ニ民法中総般ノ權利關係ニ共通ナル総則ハ之ヲ網羅包括シ総則ヲ定ムルコト最モ緊要ニシテ近世ノ法典ニハ皆其設アラサルハナシ。旧法典ハ各編ニ総則ヲ置クト雖トモ全編ニ通ス可キ総則ヲ定メス從テ条項頗ル浩瀚ニ渉ルニ至レリ是レ編纂ノ當ヲ得タルモノト云フ可カラズ。

(ハ) 旧法典ハ人事編ヲ其首部ニ列ス是レ実ニ羅馬式編纂ノ特性タリ。抑モ家族制ノ時代に於テハ權利義務ハ人ノ身分ニ依リテ定マリ財産所有ノ能力契約締結ノ能力ノ如キ皆家長タル身分ニ屬シ財産ハ家産タリ相統ハ家長權ノ相統タリ故ニ當時ニ在リテハ法律ノ全部ハ殆ント人事編ノ一部ニ過キス從テ此時代ノ法典ニ於テハ羅馬ノ法典ノ如ク人事編ヲ首部ニ措クコト素ヨリ適當ナリトス。然レトモ既ニ社会ノ事情遷移セル今日ニ於テ尚ホ羅馬ノ遺習ヲ襲ヒ人事ヲ先ニシ財産ヲ後ニスルハ適當ニ非ルナリ況ンヤ我人事編ニ於テハ國民分限ノ得喪、身分証書ニ関スル規定ノ如キ其性質民法ニ屬ス可カラサルモノヲ包含スルニ於テヤ、

(ニ) 旧法典ハ債權担保編ヲ以テ獨立ノ一編トセリ。是レ從來ノ羅馬式ニ比シ新機軸ヲ出セル者ニシテ惟フニ債權担保ノ諸權利タル獨立ノ權利ニ非ス從タル權利ナルカ故ニ之ヲ分チテ一編ト為セシモノナル可シト雖トモ果シテ然ラハ何故ニ從タル權利タル地役權ハ之ヲ財産編中ニ規定シタルカ。依是觀之債權担保編ヲ獨立ノ一編ト為シタルハ便宜ニ出タリト云フ外学理上ノ根拠ナシ。

(ホ) 旧法典ハ証拠編ヲ以テ又獨立ノ一編ト為ス。是レ亦從來ノ羅馬式ニ比シ一機軸ヲ出シタルモノナリト雖トモ証拠法ハ公法

且ツ助法タリ之ヲ私法且ツ主法タル民法中ニ入ル可キニ非ルノミナラス又証拠編ノ規定ハ民事訴訟法第二編ノ規定ト重複スルモノ少カラス。何レノ点ヨリ見ルモ此排列法ヲ以テ正鵠ヲ得タルモノト云フ可カラス。』(同上九一〇ページ)

となしている。そしてさらに岡松参太郎は、明治民法がローマ式編纂の方法——フランス民法典の——を採用せず、ドイツ民法の編纂方法であるパンデクテン式編別を採用したのは、つぎの諸点にあつたと指摘している。

『本法ハ即チ社会ノ趨勢ト学理ノ進歩トニ徴シ凡テ独逸式編纂法ニ依リ全編ヲ分チテ第一編総則、第二編物権、第三編債権、第四編親族、第五編相続ノ五編ト為ス。而シテ此排列法ヲ採リタル理由ハ正ニ左ノ如クナル可シト信ス。

(イ) 法典ハ条項簡ニシテ浩瀚ニ流レズ原則ヲ示シテ枝葉ニ渉ラサルコトヲ要ス適用ノ便運用ノ妙ハ実ニ茲ニ存ス。故ニ民法中ノ諸權利ニ共通ナル規則ハ須ラク統括シテ之ヲ其首部ニ散逸セシム可カラス。是レ新法典ノ排列ニ於テ総則ヲ第一ニ置ク所以ナリ。

(ロ) 総則ニ次クニ各種ノ權利ノ規定ヲ以テセサル可カラス。今吾人最先ノ必要ハ生存ニ在リ生存ヲ遂ケントセハ衣食住ノ需要アリ此需要ヲ充タスカ為ニハ自然界ノ物体ヲ吾人ノ勢力ニ服從セシムルコトヲ要ス吾人ノ勢力ニ服從シタル自然界ノ部分ヲ物ト称ス吾人カ直接ニ物ノ上ニ有スル權力ニシテ法律ノ之ヲ保護スルモノハ即チ物権トス。是レ物権法ヲ各種ノ權利ニ関スル法律ニ先トシメ之ヲ第二ニ置ク所以ナリ。

(ハ) 然ルニ吾人ニ必要ナル物ノ分量ハ甚タ夥多ナルヲ以テヤ吾人ハ一人ノ力ヲ以テ悉ク其需用ヲ充タス能ハス之カ為メニ他人ノ助力ヲ求メザルヲ得ス於此乎吾人ハ相互ニ努力ヲ交換スルノ必要ヲ生シ則チ吾人ハ他人ト關係ヲ結ハサル可カラス如斯ニシテ一人カ他人ノ利益ノ為ニ或行為ヲ為ス可キノ關係ハ即チ債權債務ノ關係ナリ。是レ物権法ニ次クニ債權法ヲ以テシ之ヲ第三ニ置ク所以ナリ。

(ニ) 然ルニ人類ハ尚ホ畜ニ債權ノ關係ニ依リ他人ノ助力ヲ求ムルノミニ依リテ其生存ヲ全フスルコト能ハス必スヤ有機体ノ一員トナリ或種類ノ永久的關係ヲ作りテ以テ他人ノ助力ヲ定メサル可カラス。婚姻ハ即チ此永久的關係ノ基礎タリ婚姻一旦成ルトキハ茲ニ又種々新ナル關係ヲ生ズ親屬、姻屬、親子、養子、後見等ノ關係是ナリ如斯クシテ人類カ有機体ノ一員トシテ有スル關係ハ即チ親族ノ關係ナリ。是レ債權法ニ次クニ親族法ヲ以テシ之ヲ第四ニ置ク所以ナリ。

(ホ) 吾人カ生存ヲ終リテ死亡スルトキハ最早財産ノ所有者タルコト能ハス其財産ハ消滅離散スルノ患アリ又其死亡者ニシテ家

長タルニ於テハ一家ノ統率ヲ欠キ國家ノ治安ヲ害スルノ虞アリ故ニ法律ハ之ニ對シテ或方法ヲ設ケサルヲ得ス而シテ此方法ハ即チ家督又ハ財産ノ相統是ナリ。是レ相統法ヲ以テ法典ノ末位ニ置ク所以ナリ。』(同上九一—一〇一頁)

となしている。このように岡松參太郎は、明治民法自体が旧民法よりもはるかに学理的にみてすぐれていると主張している。明治民法の規定した所有権に関する法学説は、まさにこうした基本的認識にたつて展開しているわけである。こうした基本的認識こそ、この時期における政治権力を担う階級の内部的諸変化を背景として、それを法学説上に反映したものだとなしうる。もちろん農民の側にあつても、自己を代表した自由民権運動の左派理論家の提起した、所有権についての法理的根拠——土地均分化——土地国有化の正当性の主張にみられる——をよりどころとして、所有権の具体的内容を把握する。そこでは土地所有権にたいする独自の法イデオロギーを形成し、それを武器として政治権力と対決し闘った。だが明治民法の所有権規定は、ドイツ解釈法学にもとづく日本民法学の根拠づけと、それにもとづく裁判所における実際の運用——これは判例による拘束力として法化された——によって、確定された。土地関係にたいする所有関係については、『地租改正』のために交付された地券の法的性質を、裁判所はつぎのように判示している。

○ 大審院判決(大正七年(オ)第三九四号 大正七年五月二四日判決)

『明治五年二月十四日太政官第五十号布告ヲ以テ地所ノ永代売買ノ禁ヲ解キ其売買所持ヲ許シタルハ是ヨリ以前土地ハ國ノ所有ニシテ人民ハ土地ノ所有權ヲ有セス唯其使用收益權ヲ有スルニ過キサリシヲ改メ人民ニ土地ノ所有權ヲ付与シ從來有シタル其使用收益權ヲ以テ所有權ト為シタル趣旨ナリトス原院ノ認定シタル事実ニ依レハ僧侶玄齊ノ三世玄念ハ寛永三年自費ヲ投シテ上告寺ノ現今ノ境内地ヲ買入レ同寺ノ住職ヲ世襲スル同人ノ子孫ヲシテ之ヲ繼承セシメ第十一世珠漢事玄耀ノ代ニ至リ明治維新トナリ私人ニ土地所有權ヲ認メラレタルモノトス故ニ玄念ノ右ノ土地ヲ買入レタル當時ハ私人ノ土地所有權ヲ認ラレザリシヲ以テ単ニ其使用收益權ヲ有スルニ過キスシテ其後裔タル玄耀ハ其權利ヲ承継シタリシカ前示布告ノ施行セラレタル結果其權利ハ所有權

トナリタルモノト又明治五年二月二十四日大蔵省第二十五号達同年七月四日大蔵省第八十三号達ヲ以テ地券交付ノ規則ヲ定メ土地ノ所有權ヲ有スル私人ニ對シ地券ヲ交付シタルモ其地券ハ所有權ヲ証明スル書面ニシテ上告人所論ノ如キ設權証券ニアラス唯売買讓渡ヲ為スニハ地券ヲ書替フルヲ必要條件ト為シタルノミ(明治八年太政官第百六号布告参照)故ニ縱令一旦地券下付セラルルモ之ヲ受ケタル者真正ノ所有者ニアラサルトキハ真正ノ所有者ハ其誤謬ヲ証明シテ地券ノ更正ヲ請求スルコトヲ得ヘク之ヲ下付シタル官庁ハ其誤謬ナリシコトヲ發見シタルトキハ何時ニテモ更正シ真正ナル所有者ニ對シ地券ヲ下付スルコトヲ得ヘキモノトス本件ニ於テ原院ノ認メタル事實ニ依レハ大阪府知事ハ上告寺ニ對シ一旦地券ヲ下付シタルモ變更願ニヨリ其誤謬ナリシコトヲ發見シ明治十四年六月二十二日更正地券ヲ珠溪事玄耀ニ下付セラレタルモノニシテ其理由ハ前ニ説明シタル原因ニヨリ玄耀力係争地ノ所有權ヲ取得シタルカ為メナルコト原判決ノ説明ニ照シ明カナルヲ以テ其更正ハ有効ナリ(半田健次郎編 大審院民事棄却判例集(大正七年)判例調査所 大正一二年八月 六五四~六五五ページ)

となしてゐる。この判決でみられるように、これまでの土地關係にみられる土地の使用・収益という事實にたいして所有權の存在をみとめ、そこに所有權者としての地位を公認してゐるとなしてゐる。ここでは地主の土地關係にたいする地位を法的に保障してゐることが知られるわけである。ところが、所有權に関する法学説は、こうした所有權者の正当性の根拠づけを社会的事實によつてなすといふのではなく、たんに所有權自体の法的性質——これは国家權力によつて確定されることになる——を定義づけ、そこから逆に正当性を根拠づけるといふ法論的操作(法的技術)によつてなして行く。ここでは法理論が農民の抵抗をうちくたく法学説としての社会的役割を果してしたのである。だから所有權に関する法学説は、法イデオロギー(法的意識形態)上の階級闘争を有利に導くために役立たしめられることが理解される。なぜならば、階級的利益の差異にもとづいて異つたものとして形成される法イデオロギーが、他の階級の法イデオロギーを否定し、社会における唯一のものとして法規範または法秩序としての承認をうるためには、どうしても他の階級を暴力的に抑圧しうる自からの国家權力を、樹立しなければ実現されえない。こうして政治

権力の側にあつては、公認した法学説上の主張を根拠として、所有権規定に特定の内容を附与し、正当化する。従つて、個々の所有権に関する法学説が、政治権力の要求によつて、その要求を充足するものとして確定していく過程を、具体的な法学説上の主張を素材として、取扱うことによつて検証できることになる。この点について、K・マルクスは『ケルン陪審法廷』のなかで、つぎのように一般化して指摘している。

『社会は法律の上に成り立つものではありえない。そういうのは単に一派の法律学説上の幻想に止まる。むしろ法律は逆に社会にもとづかなければならぬ。……ここにナポレオン法典をたずさえているが、この法典が決して近代市民社会を創造したたのではない。むしろ一八世紀にはじまり一九世紀に発達した市民社会がこの法典のなかに法律的表現をもつたといふべきであらう』となしている。こうした理由から、明治民法の起草者たちが、所有権についてどのような法的見解をもっていたかを明らかにしておくことからはじめよう。

(1) 梅謙次郎の法的見解 明治民法の起草者の一人であつた梅謙次郎は、一八八四年(明治一七年)に司法省法学校を卒業した。そして一八八六年(明治一九年)にリヨン大学の博士コースに入学し、三年で法学博士の学位を得た後ベルリン大学で一年間聴講して帰朝した。⁽¹⁾ 梅謙次郎の法学説上の立場は、ブルジョア的自然法学説に立脚し、それを個々の法的課題に適用することによつて、自己の法学説を展開したのである。⁽²⁾ 梅謙次郎は明治民法の解説書として、『民法要義(全)』(有斐閣書店 一八九六―一九〇〇年)を完成しているが、このなかで展開している法解釈論は、かならずしもドイツ解釈法学にもとづくものではなかつた。これは梅謙次郎自身が明治民法について、ドイツ民法の直輸入ではないと主張していることによつて知ることができる。この点について梅謙次郎は、『開会ノ辞及ヒ仏国民法編纂ノ沿革』(仏蘭西民法百年記念論集 一九〇五年(明治三八年))のなかで、つぎのように述べている。

日本における所有権意識の形成過程と近代法学の継受(完)

『形式ニ於テ独逸民法ニ類シテ居ル所カラ世間テ往々誤ツテ是ハ専ラ独逸法ニ則ツタモノデアルトイフ人モアルヤウデアリマスケレドモ、實際決シテサウデナイ、矢張り独逸法ト尠クモ同ジイ位ノ程度ニ於テハ仏蘭西民法又ハ其仏蘭西民法カラ出デタル所ノ他ノ法典及ヒ之ニ関スル学説、裁判例トイフモノガ参考ニナツテ出来タモノ』(同上三〇四ページ)

となしている。⁽³⁾このように梅謙次郎はブルジョアの自然法学説の立場から、不変なものとは自然法だけであり、個々の成文法は可変なものであるとなしている。従つて成文法自体は社会的諸事情の変化によつて、適用・解釈が推移しなければならぬとしている。これは梅謙次郎の『民法要義(巻之二物権編)』(有斐閣書店 一八九六年八月)のなかの、所有権に関するつぎの説明によつても、理解できる。

『第二百六条 所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用、収益及ヒ処分ヲ為ス權利ヲ有ス(財三〇乃至三三)』

本条ハ所有権ノ定義ヲ下シタルモノナリ而シテ此定義ハ從來最モ多ク行ハルル所ノモノニシテ旧民法ノ定義ト殆ト異ナルコトナシ但シ一層精確ナル定義ヲ下サント欲セハ所有権トハ法律又ハ他人ノ權利ニ抵触セサル範圍内ニ於テ最モ自由ニ物ヲ処置スル權利ヲ謂フト為スヘキカ

本条ノ定義ニ拠レハ所有権ナルモノハ三ノ構成分ヨリ成レリ一ニ曰ク使用権(jus utendi)即チ物ヲ毀損セスシテ之ヲ自己ノ用ニ供スルヲ謂フ二ニ曰ク収益権(jus fructu)即チ物ノ果実ヲ取ルヲ謂フ例ヘハ田畑ヨリ米穀ヲ取り又ハ之ヲ他人ニ貸シテ借賃ヲ取ルノ類是ナリ三ニ曰ク処分権(jus abutendi)即チ物ヲ毀損シ其他其性質ヲ變更スルヲ謂フ例ヘハ家屋ヲ崩壊シ又ハ田畑ヲ變シテ池ト為スノ類是ナリ而シテ所有者ハ往々其使用権及ヒ収益権ヲ他人ニ与フルコトアリ此場合ニ於テハ所有者ハ処分権ノミヲ存有スル者ト謂フヘシ故ニ所有権ノ特質ハ寧ロ処分権ニ在リト云フモ可ナリ但厳正ニ之ヲ言ヘハ所有権ニ完全ナルモノアリ不完全ナルモノアリ其ノ完全ナルモノハ使用、収益、処分ノ三ヲ併セタルモノニシテ其不完全ナルモノハ使用、収益ノ全部又ハ一部ヲ除キタルモノナリ而シテ其使用、収益ハ或ハ地上権者ニ属シ或ハ永小作人ニ属シ或ハ地役権者ニ属ス名ケテ之ヲ支分権(démembrements de la propriété)ト謂フ(留置権、先取特権、質権及ヒ抵当権ハ支分権ニ非ス不動産質ハ物ノ使用、収益ヲ為ス權利ヲ質権者ニ与フルカ故ニ(三五六)支分権ト称スルモ可ナルカ如シト雖モ其主タル効力ヨリ言ヘハ之ヲ支分権ト称スルコトヲ得ス此等ノ權利ハ寧ロ所有権ノ上ニ存スルト視ルヘキコトハ後ニ論スヘキ所ナリ)之ヲ要スルニ物権ノ最モ完全ナルモ

ノ及ヒ他ノ物權ヲ除キタル残余ノ全權利之ヲ所有權ト謂フ。

世人往々処分ナル文字ノ意義ヲ誤解シ權利ヲ讓渡シ若クハ之ヲ拋棄スルヲ以テ処分ナリトセリ一般ニ之ヲ言フトキハ敢テ當ラスト謂フコトヲ得ス然リト雖モ所有權ノ構成分ナル処分權ハ此意義ヲ有スルモノニ非ス抑々処分トハ意ノ如ク処置スルヲ謂フ故ニ「物ヲ処分ス」ト云ヘハ物ヲ意ノ如ク処置スルノ謂ニシテ即チ之ヲ毀損シ又ハ其性質ヲ變更スル等はナリ「權利ヲ処分ス」ト云ヘハ權利ヲ意ノ如ク処置スルノ謂ニシテ即チ其全部又ハ一部ヲ讓渡シ若クハ之ヲ拋棄スル等はナリ今所有權ハ物權ニシテ即チ有体物ノ上ニ存スル權利ナル以上ハ「所有者カ物ノ処分ヲ為ス權利ヲ有ス」ト云ヘハ物ヲ意ノ如ク処置スルノ謂ナルコト蓋シ疑ヲ容レス然ラスンハ財産權ハ大抵皆処分權ヲ以テ其構成分ト為スモノト謂ハスンハアルヘカラス蓋シ之ヲ讓渡シ若クハ之ヲ拋棄スルコトヲ得レハナリ故ニ本条ニ処分ト云フハ權利ヲ讓渡シ若クハ之ヲ拋棄スルノ意味ヲ有セサルコトヲ知ルヘシ

以上論スル所ニ拠レハ所有權ハ物權ノ最モ完全ナルモノナルコト明カナリト雖モ是レ敢テ無制限ナルノ謂ニ非ス蓋シ權利ハ總テ法律ノ規定ニ依リ其範圍ノ定マルモノニシテ何程強力ナル權利ト雖モ敢テ法律以外ニ之ヲ行フコトヲ得ス故ニ所有權ト雖モ亦法律ノ制限ヲ受クルハ固ヨリ当然ナル所ナリ例ヘハ土地收用法(三十三年六月一日法八四号四、同日勅二五三号)行政執行法施行令(三十三年三月六日法二九号、尚ホ財三一乃至三三、憲二七、二項參觀)徵發令(十五年八月十二日告四三三号)、行政執行法(三十三年六月一日法八四号四、同日勅二五三号)行政執行法施行令二、三、三十七年九月二十日内務省一四号)等ノ如キ是ナリ尚ホ所有權ハ怡モ物權ノ最モ完全ナルモノニシテ且最モ普通ナルモノナルカ故ニ警察其他行政上之ニ多少ノ制限ヲ附スルモノ必要多キコト固ヨリ論ヲ竣タス前記ノ法令中行政執行法ノ如キハ最モ概括的ノ規定ヲ存スルカ故ニ殆ト一切ノ場合ヲ包容セルモノト謂フモ可ナリト雖モ或ハ未タ足ラサルモノナキヲ保セス故ニ本条ニ於テ所有權ノ制限ハ必スシモ法律ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ要セス場合ニ因リテハ命令ヲ以テモ亦之ヲ制限スルコトアルヘキコトヲ認メタリ(民法制定ノ當時ハ未タ行政執行法ノ制定アラサリシカ故ニ一層此必要アリシナリ)而シテ此命令ハ憲法第九條ニ所謂「公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル為ニ必要ナル命令」ナルヲ可ナリ蓋シ本条ノ規定アルカ為此命令ハ法律ヲ變更スルモノト視ルヘカラサレハナリ又慣習法モ本条ニ所謂法令中ニ包含セルモノニシテ例ヘハ地方ニ依リ竹木ヲ植ウルニ疆界線ヨリ若干ノ距離ヲ存スルモノトシ物干ヲ設クルニ多少ノ条件ヲ要スルモノトスル等ノ類是ナリ是レ法例第二條ニ於テ「法令ニ規定ナキ事項ニ關スル」慣習ハ「法律ト同一ノ効力ヲ有ス」ヘキコトヲ定ムルニ因リ明カナリ(同上二〇二—一〇六ページ)となしてゐる。

(2) 富井政章の法的見解 明治民法のいま一人の起草者であった富井政章は、東京外国語学校仏語第一等科在学中、一八七七年(明治一〇年)に一九歳でフランスに私費留学した。そしてリヨン大学法学部を一八八三年(明治一六年)に卒業し、二年半後には同大学法学博士の学位を得ている。富井政章は、明治民法の解説書として、『民法原論(第一巻総論・第二巻物権)』(明治三六年〜大正三年)を著わしている。この著書では富井政章が梅謙次郎と同じく、ブルジョア的自然法学説にもとづく基本的見解に立っていることが理解される。富井政章は、明治民法がドイツ民法を母法としているが、そこには普遍的な法思想——自然法思想——が貫徹しているとしている。このことは、富井政章の『民法原理(第一巻)』(有斐閣 明治三六年二月)のなかで、法の解釈をなすばあいの留意点として、つぎのような諸点をあげていることでも理解できる。

『夫れ現行法を解釈するにも其淵源に遡りて母法の原則を究明するは極めて肝要なることを信ずるが故に我旧民法は勿論として其の模範とせる仏国民法の如きは仏法系に属する国(和蘭、白耳義、伊太利、瑞西の一部、西班牙、葡萄牙)の立法例を代表するものとして之を引照せり又独逸民法の如きは著名なる学者が積年攻究したる最新の法理を宣表し近世法典中の完璧とも称すべきものにして其草案は我民法制定の際にも最も多く参照せられたるものなるか故に日耳曼法学国(普漏西、素遜、伊太利、バヴアリヤ、ツューリヒ、グラウビュンデン)の模範法として之を示すこととせり而して右両法統に属する他国の法典の規定は特別の理由あるものを除く外之を掲げざる方針を取れり英国法系には成文法少なきが故に或問題に關して裁判例及び学説を引照することあるべし』(同上序)

となしている。この『民法原理』にあつては、ドイツ解釈法学にもとづく概説をこころみているのでないことを、主張している。⁽⁴⁾

これらの検討から、明治民法の起草者の手になる民法註釈書や解説書についてみるかぎり、そこではドイツ解釈法

学にもとづく概念・体系形成は、まだ希薄であったことが指摘できる。このことはドイツ解釈法学を受け入れた後、それによってなされた民法註釈書や解説書——たとえば法典調査会起草委員補助であった仁井田益太郎・仁保亀松らの手になる『民法正解』（松波仁一郎との合著 明治三〇年頃刊行）や、岡松参太郎の『民法理由』（上・中・下巻）（初版は明治二九年、明治三〇年）、さらに長谷川喬・岸本辰雄共著の『民法講義（債権編）』など——と比較してみると、体系構成上において、基本的な差異がみられることによっても解るであろう。⁽⁵⁾ 日本民法学がドイツ解釈法学によって構築されたのは、一八七九年（明治三〇年）以降であった。そして大正中期には、これが支配的地位を確立するにいたった。

この日本民法学は明治民法の諸規定を現実の社会関係から切り離し、法論理的構造において把握し、整理するという歴史的役割を果たした。ここでは政治権力によって予定された社会関係にたいする法的秩序が、明治民法の諸規定の法論理的形式を媒介として強制されている。だからドイツ解釈法学にもとづく日本民法学は、市民法的権利の確立という近代法学自体のもつ本来的機能を実現せることができなかつた。ここでは絶対主義的天皇制の政治的支配と抑圧に奉仕するという役割を、客観的に果たしたのである。⁽⁶⁾ ではない、これら明治民法の起草者たちの法解釈論は、その後どのように発展させられていったのであろうか。これを検討しておきたい。

(3) 岡松参太郎の法見解 岡松参太郎はドイツ解釈法学によって、明治民法の体系化を企図したとされている。これは『註釈民法理由（上・中・下巻）』（有斐閣書店 明治三〇年）を著していることでも理解される。この『註釈民法理由（中巻）』のなかで、所有権規定（第二〇六条）を、つぎのように説明し、理論化している。

『第二〇六条 所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用、収益及ヒ処分ヲ為ス権利ヲ有ス

一 理由 本条ハ所有権ノ意義ヲ結果ヨリ觀察シテ具体的ニ定メタルモノナリ蓋シ所有権ハ法令ノ範圍内ニ於テ物ヲ総轄的ニ

日本における所有権意識の形成過程と近代法学の継受（完）

支配スルノ権ナリ(所有権ノ定義參照)此意義ヲ正面的ニ法定シタルモノハ近世ノ立法ニ於テハ独り独乙民法草案アルノミ(第一読会第八八条第二読会第八一八条)此ノ如ク所有権ノ定義ヲ法定シ定ムルハ一面ニ於テハ所有権ノ意義ヲ明亮ニシ疑義ヲ避クルノ便アリト雖一面ニ於テハ所有権ノ意義ハ學者間ノ難問タルヲ以テ若シ其規定ヲ誤マルトキハ所有権ノ性質ヲ害スルノ虞アリ之ヲ以テ本法ハ断然之ヲ学说ニ委任スルノ途ヲ採レリ然リト雖全ク之ニ関スル規定ヲ設ケサルトキハ亦所有権ノ意義ヲ不明ナラシムル嫌アルヲ以テ所有権ノ結果トシテ所有者カ有スル権能ヲ具体的ニ明確ニシ以テ所有権ノ意義ヲ間接ニ定メントセリ是レ本条ヲ設ケタル所以ナリ所有権ノ定義ニ付テハ古來学说区々一定セサルモアリト雖所有権ノ結果ニ付テハ學者ノ見解殆んど一致セリ蓋シ所有権ハ物ニ於ケル全權ナリトノ觀念ヨリ發スルヲ以テ所有権ノ結果ハ此觀念ヨリ演繹スルコトヲ得ヘシト雖實際所有権ノ結果トシテ学说カ均ク一致スル所ヲ舉レハ其結果ニ消極的ト積極的ノ二種アリ而シテ積極的結果ヲ舉レハ即チ三アリ(一)使用権(二)收益権(三)処分権是ナリ使用権トハ物ヲ用法ニ從テ自己ノ用ニ供シ吾人ノ欠乏ヲ満足セシムルコトヲ謂フ收益権トハ物ヨリ生スル天然又ハ法定ノ果実ヲ自己ノ有ニスルヲ云フ処分権トハ事實上物ノ実体ヲ變更シ消費シ若クハ破壊スルコト及ヒ法律上物ニ関スル權利ヲ第三者ニ移轉シ若クハ物ニ関スル負担ヨリ設定スルヲ云フ(或學者ハ処分権ハ事實上ノ物ノ処分ニノミ限ルト云フト雖是レ大誤謬ナリ法律上物ニ負担ヲ加フルハ事實上物ニ制限ヲ加フルトハ共々処分ニシテ法理上之ヲ區別スル理由無シウ、イ、ン、ト、シ、ヤ、イ、ト、第一卷第五一九頁テル、ン、フ、ル、ヒ、第一卷第四四頁)。

以上三箇ノ權利ハ所有者カ所有権ノ積極的結果トシテ有スル權利ニシテ此權利ハ遂ニ所有権ノ用ニシテ体ニ非ラス從テ之ヲ以テ所有権ノ構成要素ト見ルヘカラス(若シ所有権ノ構成要素トランニハ其一ハ即チ所有権ハ成立セスト謂ハサルヘカラス豈此理アラヤ)之ヲ以テ物ノ使用收益及処分ヲ為スノ三権ニシテ同時ニ現存セサルモ所有権タルコトヲ妨ケス又右三権カ泰ク皆現存セサルトキモ尚ホ所有権タルコトヲ妨ケス從テ所有物ニ期限ヲ定メ他人ニ使用收益処分ノ權ヲ与フトアルモノニ因リテ所有権ヲ喪失スルモノト云フヘカラス是レ近世學者ノ定論ナリ(テル、ン、ブ、リ、ヒ、普国私法論第一卷第四一六頁ウ、イ、ン、ト、シ、ヤ、イ、ト、第一卷第五一九頁)而シテ所有権ノ消極的結果ヲ舉レハ即チ一アリ使用收益処分ノ三権ノ行使ハ法令ノ範圍内ニ於テセサルヘカサルコト是ナリ蓋シ所有権其モノカ法令ノ範圍内ニ制限セラルコトハ已ニ所有権ノ定義ニ述ヘタル如シ故ニ其結果タル此三権ノ行使モ亦法令ノ制限内ニ在ルハ当然ノ結果ニシテ弁明ヲ要セサルナリ。

以上ノ理由ニ因リ本条ハ所有権ノ結果ニ付キ消極的積極的ノ二方面ヨリ觀察シ之ヲ具体的ニ規定シタリ。

二 本条ノ規定「所有者」——所有権ヲ有スルモノヲ云フ「法令ノ制限内ニ於テ」——法令トハ法律及命令ヲ總稱ス法律トハ憲

法第四條第六條ニ從ヒ帝國議會ノ協賛ヲ經テ制定發布セラルル法規ヲ云フ命令トハ憲法第九條ニ因リ法律ヲ執行シ又ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル為帝國議會ノ協賛ヲ經シテ發セラレタル又ハ發セシメタル命令ヲ云フ警察法ニ因ル制限ハ總シテ此命令ニ因ル所有權ノ制限ハ憲法第二七條第二項ノ規定ニ依テ法律ニ依テ定ムルヲ以テ原則トスルカ故ニ所有權ノ制限ハ法律又ハ法律ノ委任ニ因ル命令ニ限リ之ヲ為スコトヲ得ト云フモノアリト雖是レ正當ノ見解ト云フ能ハス何トナレハ憲法第二七條ノ規定ハ法律ニ定メタル所有權其モノノ制限ヲ為スニ付テノ規定ナレハナリ而シテ所有權モ亦法律ノ定ニ因ルモノナルヲ以テ其範圍ハ法律ニ依リテ定マル故ニ法律力法令ノ範圍内ニ於テ享有スヘキモノト定メタルトキハ所有權ノ限界ハ即チ法律又ハ命令ニ依テ之ヲ定ムルコトハ當然ノコトニシテ素ヨリ憲法ノ規定ニ因ル論結ニ非ラス「自由ニ」——完全ノ義ナリ或ハ亦無制限ト解スルコトヲ得茲ニ所謂完全又ハ無制限トハ所有者力其自己ノ意思ヲ行使スルニ付キ他人ヲ排斥シテ之ヲ為スコトヲ云フ「所有物ノ使用」——所有物トハ所有權ノ目的物ヲ云フ所有權ノ目的物ハ有体物ニ限ル或ハ動産アリ或ハ不動産アリ茲ニ所謂所有物ハ其兩者ヲ含ム——「普國民法又ハ旧民法ニ於テハ權利モ亦所有權ノ目的タルコトヲ得トスルノ見解ヲ採リタリト雖（普國民法第一編第八章第一條第二條旧民法財第三條第三〇條）是レ通俗ノ觀念ニシテ所謂債權ヲ所有シ又ハ質權ヲ所有スト云フハ之レ或ル權利ノ所屬ヲ示スニ止マルモノニシテ法理觀念トシテハ權利ニ付テ所有權ヲ有スト謂フコト能ハスヘウイントシヤイト第一卷第五二一頁）——使用トハ物ノ用法ニ從ヒテ自己ノ用ニ供シ吾人ノ欠乏ヲ満足セシムルコトヲ謂フ（例之衣服ヲ着用シ家屋ニ住居スル如シ）「收益及処分ヲ為ス權」——收益權、処分權——收益權トハ物ノ法律上果主及天然ノ果実ヲ自己ノ有ニスルノ權ヲ云フ（例之樹木ノ果実ヲ取得シ又ハ貸金ノ利子ヲ収ムル如シ）処分權トハ物ノ實質ヲ變更消費シ若クハ破壊シ或ハ物ニ関スル權利ヲ移轉シ若クハ之ニ負擔ヲ設定スルノ權ヲ云フ（例之物ヲ費消シ又ハ讓渡シ或ハ質權ヲ設定スル如キヲ云フ）。（同上二四四～二四八ページ）

となしている。

(4) 中島玉吉の法的見解 岡松參太郎にはじまるドイツ解釈法学にもとづく日本民法の体系化は、中島玉吉によつていっそう進展させられた。中島玉吉は『民法釈義（卷之一）卷之三』（金刺芳流堂）を著わしているが、その、『民法釈義（卷之二上・物權篇上）』（金刺芳流堂 大正三年三月）のなかで、所有權をつぎのように説明している。

日本における所有權意識の形成過程と近代法学の継受（元）

『(一)所有権ノ觀念』ニ就テニ大思想ノ存スル在リ、一ハ日耳曼法ノ思想ニシテ他ハ羅馬法ノ思想ナリ、欧州中世ノ法律及ヒ十八世紀ノ終ニ出来タル諸法典ニ於テハ日耳曼思想ノ行ハレタルモノ多カリシカ、十九世紀ノ中葉以來羅馬法思想次第ニ勢力ヲ得テ遂ニ今日ノ通説トナリ、我民法モ亦之ヲ承継シタルモノニ外ナラサルカ故ニ左ニ大要ヲ述フ可シ、

(イ)日耳曼法ノ思想ニコレハ所有権ハ物上ニ存在シ得ル支配權ノ總合ナリ、故ニ目的物ノ性質ノ異ルニ從ヒテ所有權ト不動産所有權ハ其内容ニ於テ同シカラス、又所有權ハ其内容ノ異ナルニ從ヒ種々ノ階級ニ分タレタリ、物上ニ行ハレ得ル凡テノ權能ヲ具備スルモノハ完全所有權ニシテ主要ナル權能ヲ欠クモノハ不完全所有權ナリシ、蓋シ當時ハ所有權ヲ以テ抽象的現在の權能ニ對ス觀念トナス術ヲ知ラザリシカ故ニ、他人ノ為メニ物權ヲ設定スル時ハ權能ノ一部ヲ奪ハルル結果トナリ其弾力性ヲ認ムルニ由ナカリシカ故ナリ、又所有權ハ公權ト結合シ純然タル私法上ノ財産權ニ非サリシモノノ如シ(Vergl. D.P.R. II S.247. 360).

(ロ)羅馬法ノ所有權ノ思想ハ右ト異リ物上ノ完全支配力(又ハ凡テノ關係ニ於ケル支配力)ヲ以テ所有權トナセリ、即チ所有權ハ各權能ノ集合ニ非スシテ一個成一ノ權利ナリシナリ(Windscheid Pand § 167, Randa Eigenhum I S. 7. 其他)

以上ノ二說中實際ニ便利ナルモノハ後者ナリトス、我國ノ學者ハ大抵之ニ從フ余モ亦之レヲ採ラントス(明治三七、三四、大審院判決、富井博士民法論二卷九〇、横田博士物權論一九四、三瀨學士註釈民法全書第四卷一〇等同論)、而シテ所有權ハ完全支配力ナリト云フハ抽象的ノ意義ニ於テ之ヲ云フモノニシテ實在的又ハ個々の所有權ヲ探テ之ヲ比較スレハ其内容ハ其目的物ノ性質ニ從テ一ナラサルハ勿論ナリ、故ニ独逸學者ハ此意義ヲ示サンカ為メニ所有權ハ本體上(Ansich)又ハ觀念上(Ger Idee nach)完全支配力ナリト云フ、其義ハ其作用又ハ効力ハ之ヲ制限シ得ルヲ意味シ又之ヲ制限スルモノ其本體ハ損セラレサルヲ意味スルモノナリ(Windscheid Pand 1 167. ann. 5 引用參考書 Gierke D.P.R. II S. 348. 引用參考書参照)第二百六條ノ規定ハ所有權ノ本體ヲ示シタルモノニ非スシテ其主タル權能ヲ上ケタルモノト解スルヲ得、然ラハ我民法上ノ論トシテモ所有權ハ物ヲ完全ニ支配スル權利ナリト云フコトヲ得ン、

所有權ハ其支配力完全ナリ、之レ所有權カ他ノ物權ト區別セララル所以ナリ、然レトモ之ヲ以テ其差ハ単ニ支配範圍ノ分量ニ存スト云フ勿レ、前者ノ支配力ハト素制限アルニ非ス故ニ之ヲ制限セラレタルモノト数量的ニ比較スルヲ得ス、二者ノ差ハ分量的ノ差別ニ非スシテ性質上ノ差別ナリ(反對意見、Stobbe Privatrecht Sanf II § 94; Hartmann Rechte an der eigenen Sache S. 73; Thon, Rnorm S. 161)。

(二) 所有權ノ制限 所有權ノ本体ハ完全支配力ナリ、是レ民法カ不言ノ間ニ前提トシテ認ムル所ナリ、法律ヲ以テ之ヲ制限スル能ハサルニ非サルモ此本体ヲ動スナラハ之レ所有權ヲ破滅スルモノト云ハサル可ラス、然レトモ所有權ハ前述ノ如ク抽象的觀念ナルカ故ニ其本体ヲ變更スルコトナクシテ其個々の作用ヲ制限スルコトヲ得、通常所有權ノ一制限ト称スルハ真ノ所有權ノ制限ニハ非スシテ其作用ノ制限ナリ、

所有權ノ作用ノ制限ノ意義ハ通常所有權ノ作用ノ一部ヲ奪ヒ去ルモノト解セラルルモ正シカラス、若シ此ノ如キモノナリトセハ其制限撤廢セラルルトセハ所有權ニハ虧欠ヲ生シ、之ヲ完全ナラシムル為メニハ新ナル取得行為ヲ要ス可シ所有權ノ作用ノ制限ハ一時所有權ノ作用ヲ外部ヨリ抑圧シ發動スルヲ得サラシムルニ止マリ之ヲ其根底ヨリ除去スルニ非ス所有權ノ内容ハ之ニヨリ減殺セラルルニ非ス、其外的圧力ニシテ除去セラルルトキハ所有權ハ其本然ノ力ニヨリ自動的ニ旧來ノ状態ニ復ス、形容スレハ指頭ヲ以テ護謨球ヲ圧スルノ状ノ如シ、所有權ノ此潜在的ノ力ヲ称シテ弾力性 (Elasticität, expansionskraft, Kondensirbarkeit. od. Konsolidation) ト称ス、所有權ノ弾力性ハ所有權ノ本体ヲ抽象的ノ力ト認ムルニヨリテ理解セラル可シ、所有權ノ制限ハ之ヲ分ツテ三種トナス、

(イ) 法令に依ル制限 之レ第二百六条ノ認ムル所ナリ、詳細ハ同条ニ於テ説ク可シ、只茲ニ一言ス可キハ法令ニ依ル制限ノ性質ナリ、多数説ニ於テハ所有權ハ法令ノ制限内ニ於テノミ存スト説ク (富井博士民法原論二卷九二、横田博士物權法一九六)、是レ誤解ニ非サルモ誤解ヲ招キ易シ、法令ニハ所有權ノ本体ヲ定ムルモノト其作用ヲ定ムルモノノ二種アル可シ、所有權ハ前者ノ制限内ニ於テノミ存ス可キハ疑ナキモ後者ノ性質ヲ有スル法令ハ一時所有權者ノ權能ノ發動ヲ抑圧スル効力アルモ其本体ヲ減殺スルノ作用ナシ、第二百六条ニ「法令ノ制限内ニ於テ」云々トアルハ後ノ種類ノ法令ヲ指スモノナリ、一例ヲ上ケレハ古社寺保存法ニヨリ特別保護建造物又ハ国宝ト認定セラレタル物ハ之ヲ処分スルヲ得ス (同法四、五)、又保安林ニ編入セラレタル森林ハ皆伐及開墾ヲナスヲ得ス (森林法一九)、是等ハ皆所有權ノ作用ヲ抑圧スルモ其本体又ハ内容ヲ減殺スルモノニ非ス、故ニ是等ノ法律カ一朝廢止セラルルトキハ所有權ハ其弾力性ニヨリテ完全支配權ニ復ス可シ、若シモ所有權ノ内容カ是等ノ法律ノ範圍内ニ限ラルルモノト解セハ其廢止ノ場合ニ如何ニシテ当然其処分權ヲ回復ス可キカヲ説明スル能ハサル可シ、此種ノ法令ノ制限ハ他物權ノ制限ト其性質ヲ異ニセサルモノト云ヘシ、

(ロ) 慣習法ニ依ル制限 慣習法ハ法令 (成文法) ト同一ノ効力ヲ有ス (本書一巻一六以下)、故ニ慣習法ヲ以テ所有權ノ作用ヲ制限スルコトヲ得サル可ラス (同論 Randa, Eigentum S. II. 梅博士民法要義二卷九二頁)、其制限ノ意義ハ (イ) ニ同シ、

日本における所有權意識の形成過程と近代法学の継受 (完)

而シテ其慣習法ハ多く不動産ノ所有權ニ関スルカ故ニ第二百七条ノ下ニ之ヲ述フ可シ、

(ハ) 他物權ニ依ル制限 所有者ノ意思ニ基因スル他物權ノ設定ハ所有權ノ作用ヲ抑圧スル力アリ、然シナカラ其性質ハ一個ノ所有權ノ一部ヲ割テ他人ニ讓渡スルモノト解スルヲ得ス(反對墾民三三五)、若シモ所有權ノ本質ハ使用權收益權処分權等ノ集合ニシテ他物權ノ設定ハ之等權能ノ一部ヲ他人ニ讓渡スルモノト解スルトキハ理論上其他物權消滅スト雖モ所有權ハ当然完全支配權ニ復スルヲ得ス、之カ為メニハ別ニ其虧欠ヲ顛補スルニ必要ナル取得行為ヲ必要トス可シ、然レトモ之レ事実ニ非ス、(Vergl. Randa, *Eigentum* S. 17)、故ニ他物權ノ設定行為ハ新ニ強力ナル權利ヲ創設シ之ヲ所有權ノ側ニ置クモノニシテ之レカ為メ所有權ハ其作用ヲ一時圧迫セララルモノト解ス可シ、如斯セハ他物權消滅スルトキハ所有權ハ其弾力性ニヨリ当然其本然ノ狀態ニ復スルノ理ヲ了解スルヲ得ン、故ニ我民法上ハ所謂支配權 (*Geheißrecht*) 即チ所有權ノ包含スル權能ノ一部ヲ以テ所有權ノ一種トナスノ觀念ナク、所謂支配權ナルモノハ他物權ニ外ナラス又、所有權ニ完全所有權不完全所有權ノ別ナシ、墾太利民法ノ如キハ物ノ實質 (*Sachhalt*) ニ對スル權利ト之ヲ使用スル權利トカ同一人ニ屬スルトキハ之ヲ完全所有權トナシ、實質ニ對スル權利カ一人ニ屬シ使用權カ他ノ一人ニ屬スルトキハ兩者共ニ不完全所有權トナリ、前者ハ優等所有權ニシテ後者ハ使用所有權ナリトナス(墾民三五七)、此ノ如キ觀念ハ我民法ノ認メサル所ナリ、所有權ハ如何ナル場合ニ於テモ其本質上完全支配權ナリ、羅馬法ニ於テハ所有權カ他物權ノ為メニ制限セラレ使用收益ノ權能ヲ欠クトキハ之ヲ裸體ノ所有權(虛有權) (*Nudum proprietas*) ト稱シ以テ使用收益權アル所有權(通常完全所有權ト稱ス) ト對セシム、之レ又不必要ナル分類ナリ、蓋シ他物權ノ制限ヲ受クル所有權モ亦其本質ハ完全支配權ニシテ使用收益權ヲ有スルモノト異ル所ナケレハナリ、物ノ支配ヲ目的トスル債權ハ經濟上ノ意義ニ於テハ所有權ノ制限ト看ル可キ場合ナキニ非サルモ法律上ハ所有權ノ制限トナルコトナシ、何トナレハ債權ノ目的ハ常ニ債務者ノ行為ニ在ルカ故ニ債權ハ直接ニ所有權者ノ物ノ支配ヲ妨クルモノニ非サレハナリ、債權カ仮登記ヲ経タル場合ニハ第三者ニ對抗スルコトヲ得、然レトモ債權ハ仮登記ニヨリテ性質ヲ變セズ依然トシテ其讓渡消滅等ニ関シ債權法ノ支配ヲ受ケ、其内容ハ債務者ニ對スル請求ニシテ物上ノ支配ニ非サルカ故ニ此ノ場合ニ於テモ直接ニ所有權ヲ制限スルノ作用ナシ』(同上二七五〜二八一ページ)

となしている。

こうして一八九七年(明治三〇年)以降における日本民法学は、ドイツ解釈法学に傾倒し、それにもとづく法理論的

根拠づけによって、体系化することになった。このことは明治民法が制定当時において、抽象的な内容表現をなしていた法規範構造の内容自体を、日本資本主義の発展にもとづく政治権力の内的変化と要求にもとづいて、具体化することを意味している。法学説自体はもともと階級の利益を法理論上で表現するものである。政治権力によって公認される法学説は、自己の階級的役割を、ドイツ解釈法学に学問的に依拠するという扮飾によって、あたかも超階級的な正当性をもつものとして根拠つけた。⁽⁷⁾ もちろん、このドイツ解釈法学にもとづく日本民法学にたいする批判は、ほぼ一九二一年(大正一〇年)頃に主張されることになった。だがこれらの主張は、政治権力によって公認された日本民法学のもつ階級の性格の暴露という学問的方向ではなく、たんに法社会学や判例研究方法の提唱という法形式で主張されたに過ぎなかった。だからこうした提唱自体は、現実の社会関係からの背離が表面化してきた、これまでの日本民法学に、切実に感じられうけとめられたのである。しかしこうした動向にもかかわらず、ドイツ解釈法学にもとづく日本民法学は、絶対主義的官僚法学としての法的性格を変質させることはなしえなかった。

- (1) 平野義太郎 日本資本主義社会と法律 理論社 一九五五年二月 九一ページ。
- (2) 北川善太郎 日本法学の歴史と理論 日本評論社 一九六八年七月 一三二ページ。
- (3) 星野英一 日本民法典に与えたフランス民法の影響(一) 日仏法学三号 一九六五年。
- (4) 北川善太郎 日本法学の歴史と理論 日本評論社 一九六八年七月 一三三ページ。
- (5) 北川善太郎 日本法学の歴史と理論 日本評論社 一九六八年七月 一三三〜一三四ページ。
- (6) 渡辺洋三 法社会学と法解釈学 岩波書店 一九五九年五月 三三二〜三三五ページ。
- (7) 北川善太郎 日本法学の歴史と理論 日本評論社 一九六八年七月 三八七ページ。

むすび

以上の検討によって、日本の所有権意識がどのようにして形成されるに至ったか。そして所有権意識の具体的内容が、どのようなものとして定着させられていったかの諸過程を明らかにしようとした。ここでは明治維新以降の経済的土台に生じた資本の本源の蓄積と、日本資本主義の発展という経済的諸過程が、どのように人々の法意識を変質させたかの考察を中心にする。こうした検証にあたっては、できるだけ多くの具体的な諸資料を整理し、それを素材にして、実証的に検討してみようという方法に従っている。このことは第一に、支配的な法意識が法規範に転化し、法規範が国家の強制的作用をもちつつ、能動的に経済的諸関係に反作用するが故に、政治権力が自己の法意識を法意識一般として社会に強制する諸過程の検討を可能にする。こうした検討はマルクス主義法理論の理解のもっとも原基的な研究課題をなしていることはいままでもない。第二に、法と経済との関係を科学的に把握するマルクス主義法理論にあつては、経済的發展の法則——歴史社会の発生・発展・変化・消滅の一連の發展過程を貫く法則——についての理解にもとづく歴史的研究を基礎として必要とする。ここでは経済と法との相互作用が追求されなければならない。このばあいマルクス主義法理論にあつては、なによりも具体的な法的事実を素材として法認識し、それによって法理論を検証し、発展させることが必要となる。この点について、レーニンは『統計と社会学』(レーニン全集第二三巻)のなかで、つぎのように述べている。

『正確な事実、争う余地のない事実、これこそ、しばしば故意に紛糾させられている複雑で困難な問題をまじめに究明しようとおもうなら、とくに必要である。しかし、どうやって事実をあつめるのか？ どうやってその連関や相互依存関係を確定するの

か？……すべてのことは、個々の出来事の歴史的、具体的な状況のなかにある。事實は、もしこれらを、それらの全体、これらの関連のなかで取り上げるならば、単に「動かしえぬ」物ではなく、無条件に証拠となる物となる。小さな事實はこれらを全体の外で、関連の外で取り上げるならば、これが断片的、恣意的なものであるならば、まさに、単なるおもちゃか、それ以上に悪いものである……』(同上二六六～二六七ページ)

となしている。

これまで日本のマルクス主義法学によって主張されてきたものは、マルクス・エンゲルス・レーニンの法にたいする理論的主張を教条的に引用し、それらの理論的主張自体が、現実の歴史的な法的事実によって検証されるものであるとする論証をなしていなかったようである。このことはマルクス主義法理論を観念的に把握するという欠陥を身にもたうことになる。こうして日本のマルクス主義法学においては修正主義・教条主義に陥り、観念論とされるという現実を生み出すことになった。こうして日本のマルクス主義法学として主張されている多くは、人民の諸利益から遊離し、真に社会変革の理論であるという実践的意味を喪失し、結局はブルジョアジーの諸利益に奉仕する観念論的ブルジョア法学に転落する結果を招くことになった。こんにちマルクス主義法学を自から僭称している、日本の法学上の諸主張は、マルクス主義法理論をさまざまに歪曲し、とくに修正主義・観念論によってマルクス主義法理論の真価を否定している。このことは正しいマルクス主義法理論への接近を困難ならしめている。こうした事態の発生は、法そのものを歴史的な法的事実にもとづいて検証するという、もつとも困難な骨の折れる法的作業をなしていくという努力を回避するということから発生していると考えられる。どんなに時間のかかる困難な法的作業であっても、そのことなしには、マルクス主義法理論をして観念論に陥ることを防ぎとめることはできないだろう。マルクス主義法理論の正しい前進のためには、法的事実によって検証する必要がある、このことによって始めて誤った修正主義に陥

った『マルクス主義法学』の非科学的な理論を明確になしうることになる。『マルクス主義法学』の修正主義への転落は、とどのつまりブルジョア法学への転落であり、主観的企図がどこにあっても、客観的にはブルジョアに奉仕するものとなる。こうした『マルクス主義法学』のブルジョア法学への転落は、現代の正しいマルクス主義理論——これは中国における実践的経験の集約によって論証された正しいマルクス主義理論の発展によって把握された——によって再検討され、抑止されることができよう。

これは社会主義社会のもとでも、なおイデオロギー上の階級闘争の存在についての実証的論証にもとづく認識によって解決される。法と経済との相互関係を媒介する副次的な要因のうちの1は政治である。ここから政治によって表現される階級闘争が法に反映し、経済と法との相互作用がいつそう複雑な形態をとって展開することをみてとることができる。だから経済的土台を維持し、強化する法制度である生産手段所有制——ここでは私的(資本主義的)所有権として法規範化されることになる——が確立されるためには、まづなによりもそれを正当化するところの所有権意識の形成が先行されなければならない。政治権力の利益実現のためのものに過ぎない法秩序・法規範を正当化する法意識が階級的意識であるが故に、それに対立する抑圧される階級の利益を表現する法意識が形成されることになる。抑圧される階級は、自己の階級の利益が支配的な法イデオロギーによってたえず抑圧されていることを明らかにし、たえず衝突することになる。だから所有権意識の形成過程にあつては、法イデオロギー上の階級闘争を導くことになる。明治初年以降の所有権意識の形成にたいする考察は、この法イデオロギー上の階級闘争の具体的存在と様相を実証している。そして特定の所有権意識が法規範に昇格し、法規範はさらに所有権意識の内容を強化する。だから日本における所有権意識の形成過程という法的課題は、法と経済との一般的法則を正しく理解すると同時に、特殊的には

明治維新以後の日本における経済的諸関係の変化と階級関係の変化を明らかにし、それらと法との相互関連性について明確になす。だからこれらの分析にもとづく、正しい理解がなければ解決されえない。これがこの論稿の第三の論点である。そして、この論稿の企図したこれらの諸点の論証には、どうしても日本における生産手段所有制の確立をめぐる階級闘争——これは政治的諸関係として現象化されている——の具体的内容と、この階級闘争に勝利するために提供される法理論的武器としての法学説上の諸主張の、具体的内容と、このため第四に、所有権に関する法学説が、どのように展開されていったかの諸過程を問題とせざるをえない。もちろん法学説の差異は、たんに法学説上の見解・意見の差異としてではなく、法イデオロギー上の階級闘争という法学的意味をもつものだとするマルクス主義法理論の、法認識にたたなければならぬ。この法的理解は当然に、法学説がなによりも自己の階級的利益を一般化するたもめのものであり、それがあたかも社会に普遍的な法意識としてのみ存在するとして、社会に強制するためのものだとする理解を導くことを可能とする。これまでの考察によっても、明治維新までの土地関係の現実とは、『一地両主』の関係——封建的領有制——のもとにおかれていた。こうした現実にたつて明治維新という政治的変革によって、資本主義発展が志向されるかぎり、それにふさわしい所有制の確立が必要とされ、近代法学の継受がなされたのもそのためであり、また政治権力の側が、現実の土地関係に『一地一主』制の関係を創設したのもそのためであった。明治維新直後に地租改正をなしたのも、『一地一主』制の確立のためであった。所有権意識の形成過程にあつては、これまでの土地関係を反映して、これまで通りの『一地両主』制にもとづく法的意識が現実的存在となり、これが近代的所有権意識の形成と確定を抑制する要因をなしていたことでも、明らかであろう。

この四つの法学上の課題を内包しつつ、この論稿は、日本民法典に定められた所有権規定が、どのような必要と要

求とに導かれて出現したのか、そして日本資本主義経済の発展と結びついて、どのようなものとして社会生活のなかに定着させられていったか、さらにこの定着にたいし法学説が、どのような社会的役割を果たしたかを明確にするという当然の要求を満たそうとこころみたわけである。論者が、これまでの一連の研究によって主張し検証してきた法の相対的独自性についての、マルクス主義法理論の真の理解のために、マルクス自身が主張しているように、経済が唯一の要因・決定的要求だとする、なんらの根拠のない非難と誤ったマルクス主義法理論を、明確にするという作業としての意味をもつものである。この論稿はなお多くの資料上の不足と、それにもとづく法理論上の欠陥をもっているといえるが、マルクス主義法理論の深化のための問題提起として、この論稿がいささかでも役立つならばと念願している。そして、この論稿のもつ欠陥を克服する作業をさらに押し進めてみたいと考えている。

(おわり)

〔この研究は昭和四四年度文部省科学研究費補助金(一般研究C)および昭和四五年度文部省科学研究費補助金(一般研究C)にもとづいてなされた研究成果の一部であることを附記しておく。〕