

日本における所有権意識の

形成過程と近代法学の継受

宮川 澄

はしがき——問題の提起——

- 一 近代的所有権と法的意識との関係
- 二 近代的所有権規定と資本主義的生産（以上本号）

——以下次号——

はしがき——問題の提起——

近代的所有権は一つの法的概念によって構築されている。かかる法的概念は、近代の法学の所産であることはいうまでもない。近代法学の形而上学的・觀念的所産である近代的所有権は、国家的意志によって認証された近代法の原基的法規範としての地位を占め、現実の所有關係に具体的な法秩序 \parallel 資本主義的所有秩序を附与するという法的機能達成している。このことは近代的所有権が、たんなる觀念的な構築物ではないことを意味している。近代法上の法的概念は、当然に近代法自体を形成する具体的な社会・経済的諸条件——ここでは資本主義的生産關係の展開ということになるが——の存在を前提として近代法学によって觀念的に構築されている。そして、かかる社会・経済的諸

日本における所有権意識の形成過程と近代法学の継受

条件の法理論的反映であることによつて、社会的な正当性をもつことになる。このことは、近代的所有権が資本主義の生産関係の展開の基礎をなす生産手段所有制の、法制度的確認としての法的表現であることを意味している。もちろんここでは、本来の意味での資本主義的生産関係のすべてを、法的に反映しているのではない。それはただその基礎をなす一つの側面を反映しているに過ぎない。このため、支配Ⅱ被支配の関係である人Ⅱ人との社会関係や分配関係（商品交換の関係）が結びついている。

こうして近代的所有権は、資本主義社会における所有関係を法的に反映し、近代法学によつて觀念化され、一つの法的概念を構成する。そして近代法を構成しつつ、資本主義的生産の基礎となる所有関係を、具体的に実現させるといふ法的機能を達成することになる。ここから近代的所有権のもつ社会的機能は、社会的生産諸力と社会的生産のあいだの矛盾の結果として生じた資本主義的生産関係を、土台として構築されるのである。このため近代的所有権は、資本主義生産関係を可能ならしめる法的手段として、主要な生産手段に対する私的（資本主義的）所有を、社会において実現するためのものとであると指摘しうる。従つて近代的（資本主義的）所有権は私的（資本主義的）所有を、社会において状態とし、それを法律上の支配（*rechtlich Herrschaft*）に転化し、権利Ⅱ義務関係において把握するための、觀念的な法的構築物としての、一つの法的概念をなしている。従つてこの法的概念は、資本主義的経済関係の人々の頭脳への反映であるというる。このため、近代的所有権は事実的な所有関係を、觀念化される法的な所有関係に転化させる媒介環をなしている。ここでは近代的所有権という法的概念を媒介として、両者の間には相互移行がなされ、事実としての所有関係を法的な所有関係そのものとして、觀念化する役割を果すことになる。かつてGierkeは“*Deutsches Privatrecht*,” (II S. 348 Anm 2) のなかで“*Auch das Eigentum ist eine historische, keine logische Kategorie*,”

(所有権も亦歴史的範疇にして論理的範疇にあらず)となしたが、かかる関係を指摘したものである。たしかに近代法においては、近代的所有権は一つの法的概念を構築している。それは資本主義的生産関係を土台として成立した近代法によって根拠づけられている。こうして近代的所有権は、普遍的、一般的なものとして觀念化でき、このことによつて一切を経済的事実のもとに放任し、資本主義的生産の物質的基礎をなす生産手段に対する私的(資本主義的)所有を法制的に確立する。だから、近代的所有権は一つの歴史的所産として、すぐれて具体的な階級の意味・内容をもつことになる。

近代的所有権が近代法のもとで果している社会的機能は、なによりも直接生産者を生産手段から引きはなすことである。このことは一切の生産手段をブルジョアジーの手に集中することを可能にする。こうして近代的所有権は、資本主義的所有関係を法的に保障することによつて、ブルジョアジープロレタリアートとの階級関係を固定化するという社会的役割を果すことになる。こうしてブルジョアジーは、自己の階級の利益を、近代的所有権という抽象的な概念権成によつて、隠蔽することができるのである。この転化は、国家的意思を通過することによつて、社会的利益一般としての姿態をとることによつて実現させられる。K・マルクスは、『法律家社会主義』のなかで、つぎのように求べている。すなわち、

『ある階級の一般的利益からでてくる要求は、その階級が政治的権利を獲得することによつて、はじめて実現することができる。そのとき、その階級は自分の主張に法律的形式で一般的な効力をあたえる。』(邦訳大月書店版 マル||エン選集第二一巻五〇九ページ)と述べている。K・マルクスは近代法にもとづく近代的所有権が、ブルジョアジーの階級の利益を確保し、階級的支配を保持するための手段として、形成されていることを指摘している。ここでは近代的所有権自体のもつ階級的

性格が隠蔽され、抽象的な法的概念を利用することによって、ブルジョアの法イデオロギーが、法イデオロギー一般として社会的に固定化されることになる。こうして近代的所有権は、対象物に対する現実の支配（利用）関係から捨象された、たんなる支配一般についての法的機能として観念的に把握られ、近代法上の一つの法的権利とされる。日本民法（明治民法）にあつては、『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』（第二〇六条）という表現形式をとつてしめされている。こうした表現形式をとれば、所有者は近代法上で支配一般についての法的機能をもつことになる。だからこのことは、近代的所有権が対象物に対する現実の支配（利用）関係から捨象された、観念的な構築物であることの理解を容易にしてくれることになる。

論理的な法範疇として形成された近代的所有権は、法的概念自体がつねにその背後に、現実の社会的諸関係を内包しているように、当然に現実の社会的関係を内包している。だから、近代法学によって観念的に表現される近代的所有権の考察にあつては、それ自体のうちに内在する現実の社会的諸関係をめぐり出さなければならぬ。近代的所有権をこのように理解すると、日本においては、いつ、いかにして近代的所有権の形成がなされるに至つたのか。またそれはどのような社会関係の現実を投射していたのか。従つてそれはどのようなものとして存在しているのか。問題となる。少なくとも明治維新という政治的変革は——それがブルジョア的変革としての政治的意味をもつに過ぎないものであつても——前社会との間に異つた社会的構造をもつものとして区別される社会的現象とされうるのであつて、近代的所有権の形成に対して影響を与え、作用したことはたしかであるからである。こうした視点での理論的解明を、かつて『法の相対的独自性について』（立教経済学研究会第一五巻一号・三号（一九六三年（昭和三八年）六月、一二月））という論稿でなしたことがある。そこではマルクス主義法理論の基礎をなす経済的土台の上にそびえたつ上部構造と

しての法の理解が、なにゆえに必要であるかの理論的考察をなした。それと同時に、法がたんに経済的土台によって規定されるだけでなく、さらに法が経済的土台に反作用をなすこと、従って、そこから法の相対的独自性の問題が、マルクス主義法理論では導き出されることの理解をなした。このことによって、法を経済との相互作用において把握することによって、はじめて法の科学としての法律学も成立されうることを明らかにした。このため『法の相対的独自性について』という論稿においては、マルクス主義法理論についての基礎的文献——マルクス主義法理論の原典ともいえる——K・マルクス、F・エンゲルス、レーニン、スターリンなどの記述の多くを引用し、それを考察の素材とするという方法をとって取り扱った。K・マルクスは『経済学批判』（一五八一—一八五九年）のなかで、つぎのように述べている。すなわち、

『法的諸関係ならびに国家諸形態は、それ自体からも、またいわゆる人間精神の一般的発展からも理解されうるものではなく、むしろ物質的な諸生活関係に根ざしているものであって、これらの諸生活関係の総体をヘーゲルは一八世紀のイギリス人およびフランス人の先例にならって、「市民社会」という名のもとに総括しているのであるが、しかしこの市民社会の解剖学は経済学のうち求められなければならない。……私の研究にとって導きの糸だった一般の結論は簡単にいえば次のように定式化することができる』（邦訳大月書店版 マルⅡエン全集第一三巻六ページ）

となし、さらにつきのよう述べていることは周知のとおりである。すなわち、

『人間は、彼らの生活の社会的生産において、一定の、必然的な、彼らの意志から独立した諸関係に、すなわち、彼らの物質的生産諸力の一定の発展段階に対応する生産諸関係にはいる。これらの生産諸関係の総体は、社会の経済的構造を形成する。これが実在的土台であり、その上に一つの法律的および政治的上部構造がそびえ立ち、それに一定の社会的諸意識形態が対応する。物質的生活の生産様式が、社会的、政治的および精神的な生活過程一般を制約する。人間の意識が彼らの存在を規定するのはなく、彼らの社会的存在が彼らの意識を規定するのである。社会の物質的生産諸力は、その発展のある段階で、それらがそれ

までその内部で運動してきた既存の生産諸関係と、あるいはその法律的表现にすぎないものである所有関係と矛盾するようになる。これらの諸関係は、生産諸力の発展諸形態からその桎梏に一変する。そのときに社会革命の時期が始まる。経済的基礎の変化とともに、巨大な上部構造全体が、あるいは徐々に、あるいは急激にくつがえる。このような諸変革の考察にあたっては、経済的生産諸条件における物質的な自然科学的に正確に確認できる変革と、それで人間がこの衝突を意識するようになり、これとたたかって決着をつけるころの法律的な、政治的な、客観的な、芸術的または哲学的な諸形態、簡単にいえばイデオロギー諸形態とをつねに区別しなければならない。ある個人が自分自身をなんと考えているかによって判断しないと同様に、このような変革の時期をその時期の意識から判断することはできないのであって、むしろこの意識を物質的生活の諸矛盾から、社会的生産諸力と生産諸関係のあいだに現存する衝突から説明しなければならない』(邦訳大月書店版 マルⅡエン全集第一三巻六〇七ページ)

と述べ、生産諸関係の総体が社会の現実の土台を形成していること、そして法律的・政治的上部構造は、この土台の上にそびえ立っていること、そして、それに一定の社会的意識形態が対応していることを強調している。こうしてK・マルクスは法の存在根拠を深部までほり下げることによって、これまでブルジョア法学によって、一貫して主張されてきた法が、超階級的なものだとする神話を批判した。F・エンゲルスは『カール・マルクスの葬儀』(一八八三年三月二日)のなかで、つぎのように述べている。

『ダーウィンが生物界の発展法則を発見したように、マルクスは人間の歴史の発展法則を発見しました。これまでイデオロギーの茂みの下に隠されていた次の簡単な事実がそれです。つまり、人間はなによりもまず飲み、食い、住み、着なければならぬのであって、しかるのちに政治や科学や芸術や宗教等々にたずさわることができるようになるのだということ。ですから直接的な物質的生産手段の生産と、したがって一国民または一時代のそのときどきの経済的發展段階が基礎をなし、その人たちの国家制度や法思想や芸術、さらに宗教観念さえもがこの基礎から発展してきたのであって、だからこういうものもこの基礎から説明されなければならぬのであり——これまでやられてきたように、その逆であってはならないということ、です。』(邦訳大月書店版 マルⅡエン全集第一九巻三三一ページ)

と述べている。F・エンゲルスは、これまでブルジョア法学が主張してきたのとは逆に、法や法思想を、その経済的土台から考察することが、マルクス主義法理論において、第一義的意義をもつことを指摘している。もちろん、このことは、法や法思想が経済的土台にたいして、なんらの能動的な作用（積極的作用）を果さないということを中心として主張しているのではない。これはF・エンゲルスの『ウオルキウス（これまでシタウケンブルグとされていた）宛の手紙』（一八七四年一月二五日附）のなかで述べているつぎの主張をみれば明らかである。すなわち、

『政治的、法律的、哲学的、宗教的、文学的、美術的等々の発展は、経済的發展の基礎の上によっている。しかしこれらのものすべては、相互の間にも、また経済的土台の上にも反作用を及ぼす。そして経済的狀態が原因で、ただひとり能動的であり、他のすべての状態はただ受動的な作用であるというのではなく、その交互作用は究極に於て常に自己を貫徹して遂行するところの経済的必然の上に行なわれるのである。』（邦訳大月書店版 マル||エン全集第一五卷五三六―五三七ページ）

と述べている。また同様の主張は、F・エンゲルスの『シュミット宛への手紙』（一八九〇年八月五日附）のなかでもなしている。すなわち、

『物質的存在様式が原動力（Primum agens）であるとしても、そのことは、観念的な領域がさらに物質的存在様式にたいして一つの反作用を、ただし第二義的な作用（ein veegierende, aber sekundäre Einwirkung）をおよぼすのをさまたげはしないということを見していけないとすれば、彼は自分のかいている対象を理解できないのである。……新しい独自の力〔国家〕は、たしかに全体としては生産の運動にしたがわなければならないが、しかし、それ自身に内在する、すなわち、いったんこの力に移譲されて徐々にさらに發展した相対的独自性によって、さらに生産の条件および進行に反作用する（reagiert）。それは二つの不等な力の、すなわち、経済的運動と、できるかぎりの独自性を志向し、いったん定立されるやそれ自身の運動をも付与された新しい政治的権力の交互作用である。経済的運動は、全体として自己を貫徹するが、しかしまたそれは、この運動そのものによって定立され、相対的独自性を付与された政治的運動の、すなわち、一方で国家権力の運動、他方ではそれと同時にうみだされた反対派の運動の反作用（Rückwirkung）をもうけなければならない。法（Jus）についても同様である。すなわ

職業的法律家をつくりだす新しい分業が必要になるやいなや、また一つの新しい独自の領域がひらけてくるが、この領域は、生産と商業に一般的に依存しているにもかかわらず、やはりまたこれらの領域にたいして一つの特種の反作用をおよぼす能力 (Reaktionsfähigkeit) をもっている』(邦訳大月書店版 マルⅡエン選集第一五卷 五一七〜五八ページ)

となしている。さらにまた同様にF・エンゲルスは『プロットホへの手紙』(一八九〇年九月二日〜二日附)のなかでも、つぎのように述べている。すなわち、

『上部構造の諸々のモメントも歴史的な闘争の過程に影響を与え、多くの場合、主としてその形態を規定する。階級闘争の政治的諸形態とその結果としての、勝利した階級によって樹立される国家体制……法的諸形態、さらに参加者の頭脳へのこれらすべての現実の闘争の反映、あるいは政治的・法律的・哲学的諸理論さえもこうなのです。……これらすべてのモメントの相互作用が存在し、その中で必然的なものとしての経済的運動が無数の偶然性を通じて結局のところ自己の進路をきりひろくのです……経済的状态——これが土台です。だが、上部構造の諸々のモメントもまた同様に歴史的な闘争過程に影響を与え、多くの場合その形態をまず規定するのです。階級闘争の政治的形態ならびにその結果としての、勝利した階級によって樹立された国家体制……法的形態、さらに参加者の頭脳へのこれらすべての現実の闘争の反映、あるいは政治的・法律的・哲学的諸理論、宗教的信念およびそれらのドクマの体系への一層の発展さえもそうなのです』(邦訳大月書店版 マルⅡエン全集第二七卷 四六三〜四六四)

となしている。このようにF・エンゲルスの主張は、マルクス主義法理論にあつては、法および法思想と経済土台との相互作用を把握し、そこから法と法思想が経済的土台にたいし、なお相対的独自性をもつことの理解が導かれることを意味している。だから、法の相対的独自性というマルクス主義法理論の原基的課題を、法自体の果してきた現実の法的機能にたいする具体的把握によって論証しなければならないだろう。

この論稿は、なによりもまず、日本における所有権意識がどのような過程を経て形成されるに至ったのか。この場合、権利意識の存在しえなかつた明治維新以後において、近代法学の継受が、どのように所有権意識の形成に役立た

されてきたかを、具体的事実によって解明しようとなしている。こうした把握をなすには、当然に近代的所有権がどのような意味で近代法体系上で位置づけられているかを、問題となさざるをえなくする。そのためには近代的所有権を、日本資本主義の全体的構造と結びつけて把えなければならないことはいうまでもない。そうした研究と解明は、すでに『日本における近代的所有権の形成』（御茶の水書房 一九六九年二月）においてなしている。そのなかで土地所有権が、私的（資本主義的）所有権としての法的意味をもちえず、土地が財産の一部を構成するという事実認識にもとづいて、生産手段所有制としての近代的所有権制の反射的效果を認められ、あたかも土地所有権も、私的（資本主義的）所有権としての法的性格をもつかの如き假象をとっているに過ぎない点を指摘しておいた。そして結論として日本における近代的所有権はブルジョア法形式をとって表現されているにもかかわらず、言葉の正しい意味での近代的所有権としての法的性格を、その内容においてもたないことを指摘した。ここに日本における近代的所有権が特殊の意味をもつことを指摘した。いうまでもなく、これは日本資本主義の特殊な発展の結果であった。この論稿では、そのことを出発点として、日本における近代的所有権の法的概念が、どのような法的思惟をたどって、どのような意味で現実の社会生活のなかで形成され、定着したか。このために近代法学の継受が、どのような役割を果たしたか、つまり日本にとって近代法学の継受はなにを意味したかを、客観的事実にもとづいて把握しようとしている。明治維新の政治的変革によってなされた日本資本主義の発展を、封建的諸関係の利用によってなしとげた、いわば後進的な日本資本主義発展の特殊性を、法制的側面では、どのような法的意味をもつことになっている。従って、所有権規定におけるブルジョア法形式ブルジョア法的外被が、どのような法的意味をもつことによって、日本資本主義の発展を補強しえたかを明らかにしたい。この考察は、近代的所有権に対する特殊日本的な法的思惟が、日本資本主義の発展のなかで形成された

諸過程の分析によって、位置づけようとしている。もちろん、こうした願望を達成するには、諸資料の集積と科学的分析を必要とするだろう。ここでは、レーニンが『統計と社会学』のなかで、研究者の任務と行動様式について述べているつぎの主張に従って、若干の解明をなすに止まらざるをえない。レーニンは、そのなかで

『ここからでてくる結論は明らかである。すなわち争う余地のない正確な事実から、よりどころにできる土台の確定につとめなければならない。……それが真に土台であるためには、個々の事実ではなく、検討している問題の關係する事実を、一つの例外もなしに、これを総体として取り上げる必要がある。なぜなら、もしそうしないと事実を勝手にえらび、ひろいだしているのではないか、歴史的現象全体の連関と相互依存關係のかわりに、もしかすると、みにくいことを正当化するための「主観的な」材料を提供されるのではないかという疑惑、まったくもつともな疑惑が生まれるのは、避けがたいからである。こういうことは、……考えられている以上にしばしばある。』(レーニン全集四版二三卷、統計と社会学 二六六～二六七ページ)

となしている。たしかに法の科学をつらぬく方法論は、ただたんに観念的に方法論を論ずることであってはならないだろう。それは具体的な法的事実の科学的探究と、それらを素材とし、それを媒介として、法や法思想が経済的諸關係といかに結びつくかという分析の仕方の結果として導き出され、確立していくものである。こうした方法論自体にたいする反省にたつて、科学的方法論を自覚的に追求することを、つねに具体的な諸課題の研究によってなしとげることを、一步づつ前進させたいと考えている。これは近代的所有権がどのような歴史的過程を経て、明治民法の所有権規定として規定されたかの考察と結びつけて取り扱うことよってなされる。他の視角からみれば、日本における所有権規定の法的性格を解明することである。これまでの一連の研究は、そのためのものであつたし、この論稿もまたこの点で結びついているわけである。この場合、日本資本主義の経済的土台の分析と結びつけて、明確にしていこうという法的作業として果されるだろう。この作業の遂行のためには、土地所有権自体が法制的に構築された法史的過

程の解明によって、明確にすることというをなしとげなければならぬ。明治民法の所有権規定は、少くとも土地所有権については、法概念上の一貫性において貫徹されていないと指摘できるのである。だから、所有権規定の概念的内容は、その純粹性においては、かならずしも妥当していないわけである。これは現実の社会・経済的諸条件が、法的概念自体の内容を確定するという法的事実から引き起されるわけである。近代法学はこの法的概念の内容と現実との矛盾をどのように調和し、実際の社会生活に機能したかという、法の科学としての考察にとっても法の技術としても、どのような社会的役割をになつたかの認識が、研究課題の一つの内容をなすであらう。このため、マルクス主義法理論に立つて、なによりもまず経済的諸關係に生じた物質的变化が、法イデオロギー上の変化——ここでは近代的所有権意識の形成ということであるが——を引起し、やがてそれが法制上の変化を導くことになる諸過程についての把握を、中心として研究を進めていきたい。これが、この論稿で果そうとする課題をなしている。

一、近代的所有権と法意識との關係

明治維新という政治的変革によって、政治権力を手中におさめた明治政府は、一八九七年（慶応三年）一月二二日に『御沙汰』なる宣言の文書を公表した。この『御沙汰』には、つぎのように記述されている。すなわち、

『一 徳川内府宇内之形勢ヲ察シ政權ヲ奉歸候ニ付 朝廷ニ於テ万機 御裁決被遊候ニ付テハ博ク天下之公議ヲトリ偏党ノ私ナキヲ以テ衆心ト休威ヲ同フシ徳川祖先ノ制度美事良法ハ其儘被差置御変更無之候間列藩此 聖意ヲ体シ心附候儀ハ不憚忌諱極言高論シテ救繩補正ニ力ヲ尽シ上勸王之実効ヲ顯シ下民人ノ心ヲ失ハス 皇国ヲシテ一地球中ニ冠超セシムル様淬励可致旨 御沙汰候事

別紙之通被 仰出候ニ付其領内へ不洩様領主ヨリ篤ト可申渡候事』

日本における所有権意識の形成過程と近代法学の継受

とされている。この『御沙汰』は、直接には列藩領主にたいする指令であった。しかし列藩領主はさらに人民に趣旨を傳達しているのであるから、間接的であったにせよ、人民にたいする法的羈束力をもった法規範であるという法的性格をもつものであった。このことは一八九七年（慶応三年）一月二五日の京都市中への『制札』がなされたという法的事実によっても、知ることがができるであろう。この『制札』には、つぎのように記されていた。すなわち、

『徳川内府宇内之形勢ヲ察シ政權ヲ奉歸候ニ付、朝廷ニオイテ万機 御裁決被遊候ニ付テハ博ク天下之公議ヲ取り偏党之私ナキヲ以テ衆心ト休戚ヲ同フシ徳川祖先之制度美事良法ハ其儘御変更無之旨 仰出候間人々公明正大之聖意ヲ奉載シ各安心シテ家業ヲ営ミ候様可仕者也』

となっている。ここでは明治維新以後においても、『徳川祖先ノ制度美事良法ハ其儘被差置御変更無之』ものとされた。従って法形式においてみる限り、この時点においては、いまだ所有関係の法的表現を、近代的所有権に見出すことはできない。これは主要な生産手段にたいする私的（資本主義的）所有が、いまだ一般的・普遍的なものとしての法的承認を受けていないことを意味している。

だが当時の現実の生産関係にあつては、すでに商品交換関係の展開を基底とする、新しい社会関係が胎生していた。従つて、これを土台とする所有関係を法的に表現するため、従来の封建的法形式にもとづく所有関係の法的表現——領有や所持という法的表現をとつていた——に、なんらかの変更を加える必要があつたわけである。もちろん『徳川祖先ノ制度美事良法』の継受そのものがなされたとしても、実際の社会生活にとって、それがそのまま社会関係の強制的な尺度・基準となりえなかつたことは、当然のことであつた。このため『徳川祖先ノ制度美事良法』の具体的内容は、政治権力の側における価値判断にもとづき、望ましいと選択された判断に限つて、法的規範として認証

された。そして、それが実際の運用にあたって社会関係の強制的な尺度・基準とされ、それが法の内容をなし、強制力をもったに過ぎないという。明治初年の『御沙汰』・『制札』にもとづく法の変革は、政治権力の側の恣意的な価値判断を、法的規範に転化する役割を果たしたといえる。これまで封建的生産にとって、主要な生産手段とされていた土地は、一切の社会的生活にとって必要な社会的必要物の再生産のなされる場所であった。K・マルクスは『資本主義社会に先行する諸形態』のなかで、つぎのように述べている。すなわち、

『土地——そこは労働手段をも労働材料をも、また居住のための場所、集団の基地をも提供するところの大作業場である武器庫である』（邦訳青木文庫版 九ページ）

と述べている。封建社会にあつては、この土地関係にたいする法的規制によって、封建的生産関係が確保されていた。同じように資本主義的生産にとつても、生産手段にたいする私的（資本主義的）所有を、法制度として確認する必要があつた。この場合、近代法にあつては、近代的所有権という法的概念によって、私的（資本主義的）所有関係が法制度を構成し、社会一般の共通の利益を実現しているように構築している。ところが、明治維新という政治的変革の直後における日本の現実の社会関係にあつては、こうした権利Ⅱ義務概念の形成を可能とする一般的条件をもたなかつた。このため、かかる近代法的私有的原理的確認が、啓蒙期の自然法思想にもとづいて、理論的根拠を提供することになった。ここに近代法学の継受がなされることになった事由があつた。このため明治維新以後の土地立法を把える場合には、なによりも政治的要求の実現という法のもつ社会的役割について理解しておくことが必要となる。この理解は明治維新以後において、明治政府の強行した諸政策の根幹となる殖産興業政策——資本の本源の蓄積のため——によつて、資本主義的生産の一般的条件を作出するという、政治的・経済的目的に奉仕する法的外被として

の、社会的役割を果たしたという事実にもとづいて可能となる。

近代的所有権という法的規定は、日本にあっては耕作農民にたいする強圧的な収奪をなすという法的機能をもつことになった。そして近代的所有権を利用して、寄生的地主制が確立し、地主をして明治政府の政治的支柱たらしめることになった。もちろん、近代的所有権規定は、こうした政治的要求を実現するものであると同時に、法自体のもつ技術的要素を利用することによって補完する。近代的所有権規定は、社会秩序を円滑に維持する技術・秩序侵犯者を、有効かつ合目的に制裁しうる技術・商品取引を順調かつ迅速に行なわれるよう市場を規制する技術とされ、各人の自覚的な秩序行動によって、間接的に政治的支配を達成する。法自体のもつこの技術的要素は、その社会にとって合法であるという法的根拠づけを必要とする。これまで権利¹⁾義務関係についての法概念のまったく存在しえなかつた日本にあっては、近代法学の移入・継受に求められることになる。近代法学の継受は、所有権概念を社会生活の上に着させるに役立たしめられた。ところで、人々の法意識の形成は、現実の生活実体にもとづく諸経験の集約として形成される。従って、それは法意識の連続性においてはじめて変化させられる。このため近代法学の移入・継受がなされても、なお農業生産が労働力を投下することによって、土地に附加価値が生ずるといふ経験的事実から、所有権自体の内容認識を人々にさせることになる。これは、日本における所有権自体に、前近代的な所有意識にたいする一定の連続性をもたせることによって、近代的所有権意識に一定の影響を与えたであろうことは、容易に想像できるだろう。近代的所有権の形成過程にとつては、このこと(2)の分析が重要となる。もちろん、近代法で規定されている所有権は、資本主義的再生産をなしとげるために、生産手段にたいする私的(資本主義的)所有権を確立するという法的意味をもったものでなければならない。この意味において、近代法にあっては、所有権は私的(資本主義的)所有権で

なければならぬ。このため近代的所有権は、その概念構成にあたって、人々の法意識を容易ならしめる土地所有の絶対性についての法認識の、外延的な延長・拡大としての外見性をとることになるわけである。このため土地所有の絶対性が、近代的所有権の理論的原型とされることになった。ここでは土地所有権が近代法において普遍化され、資本主義的生産のための生産手段にたいする所有制の原理——近代的所有権の絶対性——として転化させられたのである。⁽³⁾

こうした所有関係についての法意識の変移を推進するため、封建的諸関係の基礎となっていた土地制度の変革——これは封建的諸権力の一掃と封建的拘束からの解放や旧制度の復活阻止という政治的要求とも合致するものであった——が、私的所有の絶対性という法的形態をとって表現されたのである。近代的所有権についてのかかる理解は、いふまでもなく(1)社会的諸現象はそれ自体の内的矛盾によって発展し、それは経済的過程に生ずる生産力と生産関係との矛盾・相克によるとする理解。(2)経済的過程⇨下部構造における変化は究極において政治的・法的イデオロギー⇨上部構造の変化を導き出すという理解。(3)政治的・法的イデオロギー⇨上部構造は現実の経済的過程⇨下部構造に対して一定の反作用をなし、ある条件のもとでは経済的過程の一層の発展に役立ち、また異った他の条件のもとでは阻止的要因となるという理解、つまりマルクス主義法理論の方法論の適用であるに過ぎない。明治初年においては明治政府のなした土地立法は、これまで封建的土地制度を改革するための法的手段であった。この土地立法を通じて土地関係にたいしても、権利⇨義務関係の概念的構成を導入し、近代的所有権形成のための法の思惟を一般化するために役立たされた。このため先資本主義諸国のブルジョア法学(近代法学)を移入・継受し、自然法思想にもとづいて、ブルジョア法制度の確立を企図したわけである。近代的所有権規定は、日本民法典のなかに位置づけられたのであるが、これは権利⇨義務という法的意識なしには、定着しえないことは明らかである。そしていったん日本

民法典上で所有権が規定されると、それは所有關係にたいする普遍的・一般的な法的秩序として独自の機能をもちことになる。明治政府の諸政策は、この所有権規定を媒介として実現され、同時に諸政策は一つの法規範に転化され、人々はそれによって法的に拘束されることになる。このことは国家的諸政策が国家権力にもとづく直接の強圧を、法規範のもつ法的羈束力を利用して、合法化されることを意味する。だが近代的所有権規定を支える権利義務という法的意識は、国家権力にもとづく強制——日本民法典で所有権を規定する——によって、定着させられるわけではない。それは、日本資本主義の発展にもとづく現実の社会生活についての經驗的事実と結びついて、はじめて社会關係のなかに定着させられることになる。F・エンゲルスは『ヨゼフ・クロツホ宛の手紙』（一八九〇年九月二日附）のなかで、つぎのように述べている。すなわち、

『唯物史観によれば、歴史における究極的決定要素は、現実的生命の生産及び再生産である。それ以上は、マルクスも私も嘗って主張したことはない。そこで、もしある人がこれを、経済的要素のみが唯一の決定要素だというように曲解するならば、彼は、この命題を無意味かつ抽象的な無稽なたわごとにかえてしまうものである。経済的狀態は土台である。しかし上層建築の種々の諸要素——階級闘争の政治形態とその諸結果——闘争に勝利した階級の規定する諸制度その他——法律諸形態、更にすべて、これ等現実的闘争の参加者の脳裡への反映、即ち政治的・法律的・哲學的諸理論、宗教的觀照、次いでその教義体系への發展というようなものも、亦、歴史的闘争の推移に対してその影響を及ぼす。そして多くの場合に、主としてその形態の決定には与つて力があるのである。経済的な動きは、すべてこのような諸要素の交互作用のなかで、一切の無数の偶然性（即ち、相互間的連繋が遠いため、又立証し得ぬことのために、存在しないものとして看過することができるもの及び事件）を通じて、必然性として、究極において、自己をつらぬいて遂行していく。この故に、この理論を、歴史のある一定時代に適用することとは、簡単な一次方程式を解くように、やさしいことではありえない』（邦訳大月書店版マルエン選集）

と述べている。ここから日本民法典上で所有権規定が置かれたという法的事実から、直ちに論理必然的に近代的所有

権概念が、人々に定着したとすることはなしえない。近代的所有権が社会的に定着するためには、法的思惟の経済的土台をなす日本資本主義の発展によって、人々が現に資本主義的生産関係に直接・間接に結びつき、社会生活をなしているという一般的条件の存在を必要とするのである。と同時に、近代法学の継受によって、かかる一般的条件を権利義務関係として、理論的に把握しうる思考をなしうることなしには、社会的に定着させることは困難である。

明治維新直後に日本民法典の制定を企図した江藤新平は、民法の制定によって国家を富強盛大ならしめようと考えていた。これは一八七〇年（明治三年）一〇月に太政大臣三条実美に提出した国会会議の議案中に、つぎのように記述していることによっても解るだろう。すなわち、

『一体各国とも政府と政府との交際は公法を以て相整へ、政府と其国民との交際は国法を以て相整へ、民と民との交際は民法を以て、相整へ候次第、各国之通議之様相成居、総て国家富強盛衰の根元も専ら国法民法施行の嚴否に關係致し候趣……』

となしている。この記述は、日本民法典の制定それ自体が、国家の富強をなしとげる政治的企図であつたことを示している。このため、民法典編纂の推進力となつたブルジョア自由主義派は、その構想する日本資本主義の発展に役立つ社会関係についての法秩序を、フランス民法のうちに求めたのである。ここでは近代的所有権規定の原型を、フランス民法の土地所有権のなかに求めた。しかし明治維新以後の日本資本主義の発展という現実の社会・経済的条件の推移は、現実の土地関係と結びついて、土地所有権に具体的内容を与え、それにもとづいて法的意味をもち、実際の法的機能を達成していった。このことは実際に近代的所有権概念を定着させる社会・経済的条件が、社会関係のうちに存在しなければ、たとえ日本民法典上に所有権が規定されたとしても、編纂者の思考した意味で、人々に定着し、法的機能を達成しえないことを示している。かかる視点から日本民法典の所有権規定を構築している所有権概念が、

どのようにして人々の法的意識のうえで、一般的に承認されるに至ったかを、社会・経済的条件の成熟過程と、近代法学の継受による権利義務という法的意識の浸透との相互関係について、検討してみなければならぬ。K・マルクス、F・エンゲルスは『ドイツ・イデオロギー』（一八四五～六年）のなかで、つぎのように述べている。すなわち、

『私的権利「私法」において現存の所有関係は、一般的意志の結果であると宣べられる。ユース・ウテンディ・エト・アプーテンディそのものが一面、私的所有が共同体からすっかり独立した事実を表明しているとともに、他面、あたかも私的所有そのものがたんなる私的意志、ものの自由勝手な処理に基礎をもつかのごとき幻想をあらわしている。実際においてはアプーティは私的所有者が彼の所有、したがってまた彼のユース・アプーテンディを他人の手に渡したくないと思う以上は、彼にとって非常に明確に経済的限界をもっている。けだし総じて物件というものは、それをたんにその所有者の意志と関係させてみるだけでは、およそ物件などというものではなく、ただ交通のなかでこそ、および権利から独立なあり方においてこそ、はじめて一つの物件、現実的な所有となるのだからである（哲学者たちが理念とよんでいる関係）。…権利をたんなる意志にもとづくものとするこの法的幻想は、所有関係がいつそう發展してゆくなかで必然的に、だれかが物件を現実にもつことなしに、その物件にたいする法的権原をもちうる方向へつうじてゆく。たとえば競争によって或る地所の地代がなくされても、たしかにその地所の所有者はユース・ウテンディ・エト・アプーテンディをふくめて、それにたいする法的権原をもつことはもっている。しかし自分の土地を耕すにたるだけの資本を別にもたない場合は、彼はその権原をどうしようもなく、彼は土地所有者としてはなにものをも所有しないわけである。また諸個人が相互関係にはいること、たとえば契約を結ぶといったようなことは法律家たちにとっても各法典にとってもおよそ偶然的なことであり、そしてどの法典もこれらの相互関係を、勝手に結ばれたり結ばれなかったり「しうる」ような関係とみなしており、その内容いかんはまったく契約者たちの個人的自由「意思」に「かか」っているかのようにみなしているのであるが、こういっただけのことと同じ法律家たちの幻想から明らかになる』（邦訳大月書店版 マル||エン全集三卷 五九一六〇ページ）

と述べている。ここでは現実の社会生活についての経験的事実が、法的概念を形成することを指摘している。ところが近代法学はこれを逆転させ、観念的になによりもまず法的概念が先行して、それが現実の社会生活にたいして行な

われるという幻想を導くことになる。この法的思考の転換が、明治維新以後の近代法学の移入・継受によってなしとげられてゆくのである。こうして明治維新以後の土地立法によって、政治権力の側において、新しい社会・経済的条件の変化にともなう、自己の政治的基盤を強固にするために志向した、経済的發展にたいする要求を、法の上に具体的に表現しようとした。そして法自体のもつ経済的土台にたいする反作用を利用して、この社会・経済的条件のいっそうの変化を助長したのである。近代法学の移入・継受は、人々の所有関係にたいする法意識を変化させるために、相対的独自の役割を果たしたのである。

(1) 福島正夫 法の継受と社会Ⅱ経済の近代化(一) 比較法学 早稲田大学比較法研究所 第四卷一号 九ページ

(2) 甲斐道太郎 土地所有権の近代化 有斐閣 一九六七年三月 四八ページ

(3) 高島平蔵 近代的物権制度の展開と構成 成文堂 一九六九年五月 五五ページ

二、近代的所有権規定と資本主義的生産

これまで封建的農奴生産を維持・助長してきた諸法律(封建法)は、明治維新以後の改革諸立法によって、除去されることになった。これらの改革諸立法は、一八六九年(明治二年)六月一七日の版籍奉還→一八七一年(明治四年)七月一四日の廃藩置県による藩領の天皇への接收→一八七三年(明治六年)の全国の徴税権の天皇への回収と、全国均一の税率適用のための土地税制の改正(地租改正)を、主軸としてなされたのである。これら一連の措置は、封建的諸勢力の政治的除去を目的とした、政治的変革と結びついていたことはいうまでもない。明治初年の諸立法は、封建法にもとづいて確立し、存続してきた諸制限の除去という形で、この封建的諸勢力の政治的除去という政治的目

的に役立てられたのである。一八七三年（明治六年）の地租改正は、もとより全国徴税権の新政府——天皇政府——のもとへ回収であった。⁽¹⁾この地租改正は、はからずも土地関係の在り方に影響を与えた。それは地租改正が、これまで收穫高を基準として取立ててきた年貢方式を、地価を基準とする税金方式に改正したため、これまでの封建的土地関係を解体し、近代的な土地関係に変更することを結果した。⁽²⁾このことは封建制度をささえてきたもつとも基礎的な封建的土地制度を解体し、近代化させることを意味している。こうして経済生活にとっては、法律上の平等・契約の自由・所有権の自由を要素とする私法を基準とする必要が生じた。⁽³⁾これらは近代法によって実現される。従って、近代法は資本主義的生産にとって必要な諸条件を確保する法的手段である。ことに所有権規定が近代法で法認される必要がある。この所有権の法認は、反射的效果をこれまでの土地所有のうえにも及ぼすことになる。もちろん、所有権法認による反射的效果の内容は、具体的な社会・経済的条件によって異った意味が与えられる。このため土地所有権を問題とするには、つねに社会・経済的条件との結びつきにおいて考察する必要がある。このことなしには観念的・形而上学的な理解にとどまるであろう。K・マルクスはブルードンの観念的・形而上学的な思考に批判を加え、『パウル・ヴァレヴィチ・アンネコフ（在バリー）への手紙』（一八四六年二月二八日）のなかで、つぎのように述べている。すなわち、

『最後に所有がブルードン氏の体系のなかで究極的カテゴリーをなしています。ところが実在の世界では、分業とか、その他ブルードン氏の全カテゴリーは社会的諸関係であって、その諸関係の総体が今日所有と呼ばれているのです。この諸関係のそとでは、ブルジョアの所有は、形而上学的あるいは法的幻想にほかなりません。他の時期の所有、封建的所有はまったく別な社会的諸関係のもとで発展しています。ブルードン氏が所有を独立した関係として述べるならば、彼が犯しているものは単なる方法の誤りにとどまりません。その場合彼は、すべてのブルジョア的生産形態を結びつけているきずなを理解せず、ある一定の時期

の生産諸形態の歴史的な性格をつかまなかったことを、はっきりと証拠立てています。われわれの社会制度が歴史の産物であることを気づかず、その起源もその発展も理解しないブルードン氏は、それにたいしてドクマ的批判しかおこなうことができません』(邦訳大月書店版 マルⅡエン全集第二七巻 三九三ページ)

となしている。こうした法的理解はいうまでもなく、資本主義的生産が所有権の絶対性・契約の自由性・過失責任主義を原基的形態となす法制度の確立が、人々の自由な経済的活動にとって、不可欠の法的条件をなすとする法認識にたつためであった。ここでは経済的諸活動の自由が、社会発展の原動力となるといふ認識にたなければならぬことをしめしている。近代法は経済的諸関係を法的関係として把握、自由な法的主体が自由な契約によって形成・改変され、それ故に人々の自覚的意思作用にもとづくとする法的概念を構築している⁽⁴⁾。従って、近代法上における所有権の法的概念は、物にたいする抽象的・一般的な人の支配権として観念的に構築されている。ところが、この近代法上の所有権の観念的な法的概念構成は、資本主義的生産関係にもとづく、商品所有者としての人と人との社会関係の一定の側面を、観念的に投影したものに過ぎない。だが近代法上の所有権は、物にたいする抽象的・一般的な人の支配権として観念的に構成されていること⁽⁵⁾によって、法規範的作用を媒介として、現実⁽⁶⁾に社会関係を規制するという法的機能を果すことになる。そして、この近代法のもつ法的機能は、資本主義社会が私的(資本主義的)所有の法認の基礎のうえにたつて、資本主義的生産・再生産を確保するにある。ここでは所有の絶対無制限や行為の自由が、資本主義的生産・再生産の円滑な維持・発展となる限り、公共の福祉という法的評価を受け法的保護をうけている⁽⁶⁾。

資本主義社会にあつては、近代的所有権にもとづいて、直接生産者を生産手段から引きはなし、一切の生産手段を資本の手中に集中する。このため自然的であり、労働の生産物でない土地にあつても、資本主義的関係の外にあるこ

とができない。土地もまた商品形態をうけとり、他の商品と同様に価格をもち、土地所有は身分的外被をはがれ自由となる。そのため私的（資本主義的）所有の近代法的原理が土地所有についてもつらぬかれ、これまでの土地にたいする封建的領有にとつてかわることになる。⁽⁷⁾しかし、K・マルクスが具体的な事実の分析にもとづいて述べているように、近代的所有権自体が、もっぱら私的意思・物の自由な処分に基礎を置くとする法的概念構成や法的見解は、法的幻想に過ぎない。近代的所有権は、それに照応する社会・経済的諸条件が存在する限りにおいて、現実的な意味をもつことになる。これはあたかも権利が、その実現のための社会・経済的諸条件を必要とし、それなしには実際には存在せず、たんなる法律上の呼称に過ぎないのと同様である。⁽⁸⁾だから、近代的所有権という法的概念によつて構築された法的理念が、資本主義社会における社会関係に実現されるには、一定の前提条件——一定の社会・経済的条件の存在という——を必要とするのである。日本民法典上において、所有権が規定されていても、それだけで所有関係の法的秩序としての現実的機能を、達成していることを意味しない。このため所有権規定が日本民法典におかれるに至つた社会・経済的諸条件と、それを土台とする政治的・文化的諸条件についての検討を必要とする。このことによつて、一定の前提条件が具体的に存在していたかどうか明らかにされる。これは結局のところ、明治維新以後の日本資本主義の発展の具体的段階についての認識、先進資本主義諸国との関係、日本資本主義の特殊性、その担い手の問題についての分析となるわけである。⁽⁹⁾

近代的所有権は、絶対性という法的概念にもとづいて構成されている。こうした法的概念は、明治維新直後になされた旧民法の編纂過程で、理解されることになったフランス民法第五四四条によつて、構成されることになった。フランス民法第五四四条は『所有ハ法律及命令ニ禁止スル用法ヲ為ササル限り最モ無制限ノ方法ニ依リ (de la manière

la plus absolue) 物ヲ使用、収益、処分スル権利ナリ』と規定している。ここではフランスにおいて、自生的に・順調に資本主義的生産が發展したという社会・経済的条件によって、農業も商品経済にまき込まれ、農奴的農民も次第に耕作権的收益所有権 (dominium utile) を、所有権 (Propriété) の一種にまで獲得しつつ、やがて上級所有権に優先させ、フランス大革命がこの勤劳農民の完全な所有権を法認したという、歴史的事情を存在根拠となしているわけである。⁽¹⁰⁾ このフランス民法の所有権規定は、ローマ法的構成をとっている。ローマ法における所有権は、一般的・総合的な円満なる物上支配権として觀念化されている。このためローマ法の所有権を、個人主義の結晶である無制限・義務なき権利として、いわゆる所有権の絶対性を、ローマ法思想の典型的なものとして理解したのである。⁽¹¹⁾ このため所有権は、所有者以外の他のすべての人にたいして、物についての干渉ないし侵害をしてはならないという、命令がなされている結果だというように考えるのである。この考え方によれば所有権は、所有者以外の者がすべて侵害禁止の命令に、服しているということから生ずるところの、『規範圏のまん中における大きな穴』 (Das grosse Loch im Zentrum des Normen kreises-Binding) であると觀念されることになる。⁽¹²⁾

かかる近代的所有権觀念にもとづいて、資本主義社会ではどのような社会的機能が達成されることになるのか。この社会的機能は、あくまでも資本主義的生産関係にたいして、どのような客觀的事実をもたらしたかの認識に従って、検証されたものでなければならぬ。そこでは資本主義社会の構造にもとづく基本的要求が、どのように部分的・個別的法制制度によって達成されたかという形態をとって、認識されるであろう。従って、そこでは資本主義社会の構造にもとづく基本的要求が、考察の尺度となる。だから、それをどのように評価し、把握するかによって、異った価値判断をうけるだろう。ここでは全体と部分との統一的理解にもとづいて、社会的機能を把握することが必要であ

(13) この場合、近代的所有権概念のもつ社会的機能は、絶対性という法形式をとって概念化されている。この法的構成における所有権の絶対性は、近代的所有権の普遍的・一般的性格として、承認されている。しかし、近代的所有権がつねに同じ強度で絶対性を承認されているのではない。これは資本主義的生産関係の発展による社会・経済的条件の変化に、存在根拠を置いているが故に、変移するものである。たとえばフランス民法とは異つて、かかる社会・経済的条件の存在しなかつたドイツにあつては、ドイツ民法第九〇三条で『物ノ所有者ハ法律若クハ第三者ノ權利ニ背反セサル限り其ノ欲スルトコロニ從ヒ (nach Belieben) 物ヲ管理シ且他人ノ各干渉ヲ排除スルコトヲ得』と規定し、かならずしも所有権の絶対性を明言してはいないのである。こうして旧民法の施行が無期延期され、明治民法の編纂がなされるに至つて、起草者たちは、旧民法の所有権規定のもつ所有権の絶対性にたいする法理念——フランス民法に示めされているような——にたいして、批判をなしたのである。『民法修正案理由書』によると、つぎのようになっている。すなわち、

『第二百八条 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

(理由) 本条ハ財産編第三十条ニ左ノ修正ヲ施コシタルモノナリ

一、定義ノ体裁ヲ捨テ規定ノ実体ヨリシテ所有権ノ何タルヲ知ラシム

二、原文第二項ニハ所有権ハ法律又ハ合意又ハ遺言ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ制限スルコトヲ得ストシテ恰モ所有権ハ本来無制限ノモノナルヲ法律又ハ合意等ヲ以テ特ニ之ヲ制限スルカ如キ意ヲ表セリ然レトモ元來權利ノ範圍ハ總テ法律ニ依リテ定マリ只法律ノ制限内ニ於テノミ存在スルコトヲ得ルモノニシテ所有権ト雖モ亦此性質ノモノニ外ナラス唯所有権ハ各種ノ權利中最モ広且大ナリトイフニ過キササル耳故ニ本案ニ於テハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ云々ト曰ヒ以テ此義ヲ明カニセリ

三、原文ニハ法律トアリタルヲ法令ト改メタルハ往々警察命令ノ如キヲ以テ所有権ノ作用ヲ制限スルノ必要アルヘキカ故ナリ或ハ單ニ法律ト曰フモ解釈ニ拠リテ其中ニ法律命令ノ二者ヲ包含セシムルヲ得レトモ既ニ憲法ニ於テ法律ナル語ニ一定ノ意義ヲ附

シタル以上ハ此二者ハ成ヘク明カニ之ヲ區別スルコトヲ要ス草案ニハ初メ法律 (loi) トノミ云ヒタリシカ民法發布後ニ改版シタルモノニハ法令 (la loi et les réglemens) ト改メオレリ

四、合意又ハ遺言ヲ省キタルハ他ナシ合意又ハ遺言ヲ以テ所有權ヲ制限スルニハ畢竟所有者カ其所有物ヲ使用、收益又ハ処分スルノ方法ニ過キサレハナリ

既成法典財産編第三十一条乃至第三十三条ノ規定ハ土地收用法其他ノ法令ニ由リテ自カラ明カナルヘキモノニシテ特ニ之ヲ民法ニ掲クルノ要ナク且之ヲ掲クルトキハ却テ他ニ不便ヲ醸スルノ虞アルヲ以テ此等ノ条文ハ總テ之ヲ削除セリ

同編第三十六条ノ規定ハ占有權及ヒ時効ニ関スル規定ニ因リ明カナルカ故ニ亦之ヲ削除セリ』(民法修正案理由書第三章所有權三〜四ページ)

となしている。この『民法修正案理由書』の指摘しているように、所有權はその対象物の具体的性格にもとづく利用關係からはなれて、抽象的な利用機能・一般的な支配機能という前提に立って理解されていることが解る。このため明治民法にあっては、その表現形式において旧民法と同じであつても、同一の強度で所有權の絶対性をもつものとして構成されていないのである。⁽¹⁴⁾ もちろん旧民法の編纂にあたつても、所有權の絶対性をめぐって論議され、その註釈書のうちにも、所有權の絶対性にたいする批判がなされていた。しかし明治民法では、これがいつそう明白となつた。しかし、それにもかかわらず、所有權の社会的機能は変化せず、明治民法のもとにおいても、用益權にたいする所有權優位の確立の方向で推進されたのである。ここでは所有權の絶対性にたいする批判と用益權にたいする所有權の優位——所有權の絶対性——の確立という二つの方向が併存していたのである。従つて、この矛盾する二つの方向を理論的に調和させて説明することは困難である。⁽¹⁵⁾ この場合、所有權を総括的支配權として構築し、そこから用益權(利用權)との質的な差異——他物權との——が強調され、弾力性の理論などが導かれ、*démembrement de la*

日本における所有權意識の形成過程と近代法学の継受

propriete の觀念が排除され、旧民法の所有権の絶対性を修正するという理論的構成をとって完成させられることになる。⁽¹⁶⁾ K・マルクスは『経済学批判への「序説」(一八五七年)のなかで、つぎのように述べている。すなわち、

『法律は、ある生産用具、たとえば土地を、ある家族の所有として永久化することができる。このような法律が経済的意義を持つのは、ただ、たとえばイギリスのように大土地所有が社会的生産と調和している場合だけである。フランスでは、大土地利用があったにもかかわらず、小規模農業が営まれていた。したがってまた大土地所有が革命によって細分されたわけである。しかし、たとえば法律によって土地細分が永久化される場合は、どうであろうか？ このような法律があつても、所有はふたたび集中される。法律が分配関係の維持に及ぼす影響、またそれによって生産にあたえる作用は、特別に規定されなければならない』(邦訳大月書店版 マルⅡエン全集第一三巻 六二五ページ)

と述べている。たしかに近代法上で所有権が絶対性をもつという意味は、土地を基礎とする諸財貨にたいする支配が、封建的な諸拘束から解放され、生産手段の自由な支配や財貨の自由な流通が実現されることが、国家的に尊重され、保障されることである。これは資本主義的生産が、所有権にもとづく法制度によって法秩序づけられ、保障されるということである。これが所有権の絶対性のもつ社会・経済的意味である。

明治維新以後の土地立法によって、土地に課せられていた封建的拘束としての、さまざまな負担が廃止され、分割所有権が解体され、共同体的抑制から解放され、そこに耕作の自由が確立された。それと同時に土地および生産物の流通も、所有者自身の自由な意思に委ねられることになった。こうした事態は、法的構成として所有権の絶対性を強調するフランスにおいてのみでなく、他のヨーロッパの資本主義的發展をとげた諸国においても、均しく歴史的な過程をたどって承認されている。⁽¹⁷⁾ 江藤新平が旧民法の編纂をフランス民法にもとづいてなしたのも、統一法典としての日本民法典の制定によって、彼のいだいた政治的企図——富国強兵という——を実現させるためであった。ところ

が、そのためには彼がくりかえし強調しているように『国民の位置を正す』、つまり人民の権利義務を明確にする必要があると思つたのである。そして人民の権利義務を明確化しないかぎり、日本社会の経済的發展はありえず、富強を期待することはできないとした。明治政府のとつた富国強兵の政策、それは資本主義的経済の強行的哺育にほかならなかつた。江藤新平はそのための前提条件として、法的な上部構造を確立する必要があると考へた。そして、そのうえに立つて、明確に権利義務を負い、契約の自由のもとに合理的かつ進歩的な経済活動を行う権利主体が生まれるとした。それが経済人 (homo economicus) であつたことはいうまでもない。⁽¹⁸⁾ 江藤新平の主張は、つぎのようであつた。

『元來各国と並立の叡慮を奉載し、臣不肖司法の長官を拜命し、部事の不熙を以て其責に可任云々の御委任を蒙り候に付、即ち夙夜考慮仕候処、並立の元は国の富強に在り。富強の元は、国民の安堵に在り、安堵の元は、国民の位置を正すに在り。夫尚国民の位置不正なれば安堵せず、安堵せざれば其業を勤めず、其恥を知らず、業を勤めず恥を知らず、何以富強ならんや。』

所謂国民の位置を正すとは何ぞや、婚姻、出産、死去の法、嚴にして相続贈遺の法定まり、動産、不動産、貸借、売買、共同の法、嚴にして、私有、仮有、共有の法定まり、而して聴訟始て敏正、加之国法精詳、治罪法公正にして、断獄、初て明白、是を国民の位置を正すと云ふなり。於是民心安堵、財産流通、民始て政府を信する深く、民始て其権利を保全し各永遠の目的を立、高大の事業を企つるに至る。当此時「収税の法、其中を得ば、民各業を励まん。各業を励みて民初て富む。税法、中を得て、税初めて豊なり。民富み税豊にして然る後海陸軍備も盛に興る可き也。工部の業も盛に可興なり。』

今や各民の位置不正に付、相続贈遺の出入、貸借、売買、私有、仮有の争ひ、紛々擾々、何以て民富まんや。何以て民安堵せんや。何を以て田野開けんや。何以て学問其外百工の業興らんや』(『的野半介 江藤南白伝下巻 六七ページ』)

となしている。しかし江藤新平による日本民法典編纂事業の進展は、当然に近代法にたいする理解の必要性を増大することになり、明治初年の近代法学 (西欧法学) の多量の紹介がなされるに至つた。このためフランス民法に規定さ

れた所有権概念の理解が深まり、土地関係についても一定の理解がなされた。そして地租改正にいたるまでの一連の土地立法によって、次第に基礎的条件を定着させることになった。フランス民法典に貫徹している法理念は、一七八九年のフランス大革命によって、暴力的に旧制度——既存の身分（等族）制的秩序の全体——を転覆した革命の基礎のうえに成立している。そこでは政治権力を暴力的に打倒する行動を正当化する思想——啓蒙期の自然法思想——に支えられていた。それは社会生活のあらゆる分野に、法の前にける市民的平等を、実現することを内容とするものであった。フランス革命によって生じた現実の社会関係は、農民の解放——自由な独立生産者の形成——↓産業資本主義の確立という過程を基礎過程となしている。⁽¹⁹⁾従って、ここでは『農民のデモクラシー』という法形式が経済的關係にあつても、なお経済的平等を達成することができた。このため法秩序全体が個々の点にわたり、敬蒙的自然法思想を基盤として改革された。これはナポレオンの制定したフランス民法典（Code civile, 1804.）のなかに表現されている。⁽²⁰⁾

江藤新平のなした日本民法典編纂にせめられる所有権規定も、フランス民法的な所有権概念に従つて、規定されている。ここでは私的所有権の創出が農民的な、独立生産者の創出のための法制という内容を、法形式的に表現したことになる。だが日本資本主義の発展の前提として、農民からの収奪による資本の本源の蓄積の強行、同時に農民の労働力を資本制的生産のための労働力（賃労働）に再編成するために、土地関係の實質の意味は、農民を土地から離脱させるといふ方向をとらざるをえなかった。日本民法典編纂による私的所有権規定は、この意味で農業生産そのものにとつては、近代化阻止の要因とならざるをえなかった。このことは、これまでの耕作農民を小商品生産者という方向に發展させるのではなく、明治政府のとつた財政政策——地租改正——にみられるように、土地にたいする私的所有権が、地主的所有の形成に役立たしめられるという結果を、導いたことによつても明らかにされる。ここでは農業

生産における地主＝小作人の隷屬關係を固定化するに役立たしめられた。このため日本民法典にしめされる所有權規定と、フランス民法にしめされる所有權規定とは、異つた意味をもち、日本においては、地主を私的所有權の担い手とする地主的所有の法認として、作用したのである。⁽²¹⁾ もちろん、こうした所有權規定の動向にたいして、異つた所有權規定の確定の方向がなかつたわけではない。たとえば領主的土地所有權の確立への企図が存在していた。これは明治維新以後廢藩置縣までの間に、諸藩のとつた土地改革の動向のなかに示されている。たとえば西南雄藩での『禄券法』、また弘前藩では、地主から土地を買上げ、士族へ給付することによって、士族をなしくずしに土地所有者に轉換させてゆく『帰田法』、土藩佐・長周藩などの禄高以上の収入ある支配地について、私的所有を認め、これをさらに禄高に見合う土地に切りかえて、その私有を確認し、『私有之不動産』として、売買を許す『家産法』などがこころみられている。これらは、いづれも地主的土地所有の形成に對して、領主權の一部を私的所有に轉換させようとするものであり、實質的に一種の分割所有權的な觀念に依拠した企図であつたといえる。⁽²²⁾ だが廢藩置縣以後、明治政府は一連の土地立法——『田畑勝手作許可』(一八七一年)、『土地永代売買ノ解禁』(一八七二年)、『地券交付』(一八七二年)、『禄券法や歸田法実施の中止令』(一八七三年)、『質入書入規則』(一八七三年)、『地租改正』(一八七三年)など——によつて、これまでなされていた領主權の私的所有權への移行のくわだてを、一挙に葬り去り、地主的土地所有權の確立を明らかにした。

明治維新直後には、土地売買の解禁がなされているが、この処置がなされるにいたつた理由について、『理財稽蹟』(集成第一卷)には、つぎのように記してある。すなわち、

『一タヒ港鎖ヲ解クノ以還ニ致ツテハ其事全ク之ニ反シ、吾國財海ノ倒瀾ハ貧富ノ不平均ヨリ起ラス、財産ノ不安固ヨリ起

日本における所有權意識の形成過程と近代法学の継受

ル。而シテ其財産ヲ安且固ナラシムルノ要ハ先ツ其典売ヲ自由ナラシムルニ在リ……民利將サニ隨テ蕃殖シ、民業將サニ隨テ勸進セントス。其然リ故ニ供需ノ氣脈ヲ一転シ以テ之ヲ外国貿易ニ連絡セサル可カラス』（理財稽蹟 集成一卷 一二〜一三ページ）

となしている。ここでは開港以降の外的条件によって促発された資本主義的發展のために、土地の自由な商品化への要請が根底にあるとなしている。そして作付制限の解除や穀物輸出入の解禁によって、海外市場との連結が生じ、国内経済が發展されるとしている。そして地券発行も資本主義生産の客觀的条件の整備と結合し、それを一般的な前提条件として提起しているのである。⁽²³⁾ こうした理解にたつて、旧民法の編纂がなされたのである。従つて、所有権という抽象的な規定が、法規範として具体的な社会關係を規律し、そこに法秩序を形成するという法認識が、民法典編纂者の側に存在していた。しかし、それが人々の一般的な法認識となるためには、社会關係にたいする經驗的事実の集積がなければならない。人々は社会關係にたいする經驗的事実を整理して、そこから法意識を形成し、それを判断基準として、法の目的や法の内容の意味確定をなすのである。⁽²⁴⁾ K・マルクスは『F・エンゲルス宛の手紙』（一八五八年四月二日附）のなかで、つぎのように述べている。すなわち

『資本から土地所有への移行は、同時に歴史的である。というのは、土地所有の近代的形態は、封建的等々の土地所有にたいする資本の作用の産物だからである。同様に土地所有の賃労働への移行も、弁証法的であるだけでなく、歴史的でもある。というのは近代的土地所有の最後の産物は賃労働の一般的措置であり、賃労働はその全構造の基礎として現われるからである。ところで（今日僕は書くのがむづかしい）』（邦訳大月書店版 マルエ全集）

となしている。従つて、近代的所有概念はかかる資本主義的生産關係が展開しているという社会的事実と結びつい

て、人々に定着することができ、また近代的所有権がいかなる法的性格をもつかを理解することが、はじめてできるのである。この理解はマルクス主義法理論における法的上部構造の経済的土台による規定性——経済的土台としての資本主義的生産関係が、人々の法的意識を規定し、この法的意識にささえられた近代法体系が組立てられるという——とする原基的理解から当然である。と同時に、マルクス主義法理論にあつては、法のもつ相対的独自性を承認する。ここでは国家によって志向された特定の政治的経済的企図にもついで、社会関係のなかに一定の関係を導入し、それを新しい社会的秩序となそうとこころみるのである。日本民法典の編纂は、社会関係にたいする法秩序を、法のもつ相対的独自性を利用して実現しようとする。この法秩序の総体は近代法体系の整備と、近代法のもつ法形式を利用して、政治権力の企図を実現するために運用されることになる。ここでは政治的経済的要求が法に化体されている。従つて、この二つの側面から、近代的所有権のもつ法的機能を把握する必要がある。第一の視点からは、現実の社会関係にたいして実現しようとする法秩序の内容から、所有権規定のもつ法的意味を理解することができ、第二の視点からは、現実の社会関係にたいして、志向された法理念が、どのようにして定着させられるかの理解がなされることになる。K・マルクスは『剰余価値学説史』のなかで、つぎのように述べている。すなわち、

『資本主義的生産は、労働条件が、一階級のものになり、労働能力の自由な処分だけが他の一階級のものとなる瞬間から始まる、ということである。労働条件からの労働のこの分離が資本主義的生産の前提を形成するものである』（邦訳大月書店版 マルエン全集第二六巻1 六一ページ）

となしている。であるから近代的所有権は、一切の生産手段にたいする私的（資本主義的）所有を法認し、労働条件からの労働の分離を、法制度的に確立するものである。これは近代法体系に位置づけられることによって容易とな

る。近代法の原理的構成は、一切の社会関係を権利Ⅱ義務関係としての法的関係として捉え、社会関係を統一された規範体系の構成部分となす点に、特徴的にしめされる。しかも、この権利Ⅱ義務関係に人がたつのは、自由意思にもとづくものとされるのである。

資本主義社会における現実の社会関係は、抽象化された市民（法的人格者）の間の、無数かつ多様な関係として存在し、しかも絶えず変動していくものとして存在している。近代法（市民法）にあつては、そうした社会関係の主体を『法の主体』として把握する。この法の主体は、近代法の制約のもとにたつ主体であり、法律関係の主体たるもの以外ならぬ⁽²⁵⁾。従つて、法律行為を媒介として、いろいろの権利範疇が展開することになる。所有もこうした法律行為を媒介とした一つの権利関係である⁽²⁶⁾。そのため権利概念の具体的内容は、人々の社会関係の現実的展開による人々の法律行為（契約）によつて変更されるのであつて、ここでは人々の自覚的な法意識によつて支えられているといえる⁽²⁷⁾。近代的所有権の原基的形態として登場した土地所有自体は、本来的に資本主義的生産と矛盾するものである。K・マルクスは『資本論』のなかでつぎのように指摘している。

『土地所有は、ある人々がいつさいの他人を排除して地球の一定の部分を彼らの個人的意志の専有領域として支配するという独占を前提する。これを前提すれば、問題は、資本主義的生産の基礎の上でのこの独占の経済的価値、すなわちその経済的実現を説明することである。地球のある部分を使用または乱用する、これら個人の法律上の力、というようなことを持ち出しても、それではなにごとく解決されない。この力の行使は、まったくだ、彼らの意志にかかわりのない経済的な諸条件だけにかかつてゐる。法律的観念そのものが意味しているのは、ただ、どの商品所有者でも自分の商品を自由に取り扱うことができるのと同じように、土地所有者は土地を自由に取り扱うことができる、ということではない。そしてこの観念——自由な私的土地所有という法律的観念——は、古代世界ではただ有機的な社会秩序の解体の時代のみ現われ、また近代世界ではただ資本主義的生産の発展につれてのみ現われる。アジアではこの観念はたゞところでヨーロッパ人によつて輸入されただけである。すで

に本源的蓄積に関する箇所（第一部第二章）で見たように、この生産様式は、一方では、直接生産者が単なる土地の附屬物（隷農や農奴や奴隷などの形での）という地位から解放されることを前提し、他方では、民衆の手から土地が収奪されることを前提とする。そのかぎりでは、土地独占は資本主義的生産様式の歴史的前提であつて、それは、なんらかの形で民衆の搾取にもとづいているすべての以前の生産様式の永続的な基礎であるように、資本主義的生産様式にとつてもやはりその永続的な基礎である。しかし、資本主義的生産様式が始まろうとするときに、それが当面する土地所有の形態は、この生産様式に対応してはいない。それに対応する形態は、資本への農業の従属によつてこの生産様式自身によつてはじめてつくりだされるのである。こゝうして封建的土地所有も氏族所有も、あるいはまたマルク共同体を伴う小さな農民所有も、たとえその法律上の形態はどんなに違つていようと、この生産様式に対応する経済的形態に転化させられるのである』（資本論第三卷 邦訳大月書店版 マルⅡ エン全集第二五卷b 七九五〜七九六ページ）

と述べている。こゝうして近代的所有権の法的意味は、つねに資本主義的生産の経済的形態に伴つて転化されていくのである。つぎに、明治維新以後における近代法学の継受が、近代的所有権という法的意識の形成に、どのように作用したかを考察することにした。

- (1) 中村吉三郎 大正法制史 清水弘文堂書店 一九七一年三月 九二ページ。
- (2) 中村吉三郎 明治法制史第三輯 清水弘文堂書店 一九六六年一月 四〇ページ。
- (3) H・コイニング 久保正幡・村上淳一訳 近代法への歩み 東京大学出版会 一九六七年一月 一三七ページ。
- (4) 恒藤恭 法の本質 岩波書店 一九六八年一月 一二六〜一二七ページ。
- (5) 藤田勇 法と経済の一般理論 現代法七 岩波書店 一九六六年五月 一八ページ。
- (6) 山中康雄 法学概論 法律文化社 一九七〇年五月 二八七ページ。
- (7) 大島清 資本と土地所有 青木書店 一九六二年七月 二九〜三〇ページ。
- (8) ウエ・エム・チヒクワアゼー編 中山研一訳 カール・マルクス 国家と法 成文堂 一九七一年五月 一〇九〜一一〇ページ。
- (9) 熊谷開作 婚姻法成立史序説 酒井書店 一九七〇年一月 一二〜一三ページ。

- (10) 平野義太郎 日本資本主義の機構と法律 明善書房 一九四八年四月 二〇五〜二〇六ページ。
- (11) 原田慶吉 民法典の史的素描 創文社 一九五四年六月 一〇三ページ。
- (12) 末川博 権利侵害と権利濫用 岩波書店 一九七〇年七月 四一〇ページ。
- (13) 上野雅和 明治前期の法律婚主義の評価をめぐって 星野通博士退職記念論集 法史学及び法学の諸問題 日本評論社 一九六六年四月 三二〜三三ページ。
- (14) 高島平蔵 近代的物権制度の展開と構成 成文堂 一九六九年五月 四九ページ。
- (15) 高島平蔵 近代的物権制度の展開と構成 成文堂 一九六九年五月 七四ページ。
- (16) 高島平蔵 日本の近代化におよぼした外国法の影響 比較法学 第二巻一号 早稲田大学比較法研究所 一九六六年一月 七五ページ。
- (17) 高島平蔵 近代的物権制度の展開と構成 成文堂 一九六九年五月 五〇ページ。
- (18) 福島正夫 明治初年における西欧法の継受と法及び法学 仁井田博士追悼論文集第三巻 日本とアジア 一二ページ。
- (19) 藤田勇 経済学と法律学——「渡辺・岡田論争」にかんする二、三の感想 社会科学の方法四巻六号 御茶の水書房 一九七一年六月 六ページ。
- (20) H・コイニング 久保正幡・村上淳一訳 近代法への歩み 東京大学出版会 一九六九年一月 一二九〜一三〇ページ。
- (21) 高島平蔵 近代的物権制度の展開と形成 成文堂 一九六九年六月 一〇六ページ。
- (22) 高島平蔵 近代的物権制度の展開と形成 成文堂 一九六九年六月 一一四ページ。
- (23) 有元正雄 地租改正と農民闘争 新生社 一九六八年一月 一五七ページ。
- (24) 末川博 権利侵害と権利濫用 岩波書店 一九七〇年七月 一五二ページ。
- (25) 恒藤恭 哲学と法学 岩波書店 一九六九年三月 二七五ページ。
- (26) 山中康雄 法学概論 法律文化社 一九七〇年五月 二六八ページ。
- (27) 恒藤恭 法の本質 岩波書店 一九六八年一月 一二七ページ。

〔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。〕

日本における所有権意識の形成過程と近代法学の継受