

近代的所有権の構成と形成 (二)

——日本民法における所有権の法的性格をめぐって——

宮 川 澄

はしがき——問題の提起——

- 一 明治維新の土地改革と土地所有権の法的確認
- 二 封建的土地所有権の展開(以上第一九卷二号)
- 三 近代的所有権解明の一つの立場
- 四 近代市民法における所有権概念の定式
- 五 旧民法における所有権規定(以上本号)

三 近代的所有権解明の一つの立場

これまで明治維新以後の一連の土地立法による土地改革にもとづいて、土地所有権が法的に確認されるに至った法史的過程を概観してきた。それに対する法史的過程の概観は、徳川封建制のもとの土地関係が、経済的諸関係の発展にもなつて、土地関係に変化を生じさせ、それにもとづいて土地所有権の法的確認に対する理論的根拠をあたえる事実上の条件を、提供してきたことを知ることができた。ところが明治維新以後の一連の土地立法にもとづく土地

所有権は、近代的所有権としての法的性格を身にまとい、従って近代的土地所有権としての法的性格を規定してよいかが問題となる。これは法学上の重要な課題をなしている。この法的解明のための出発点として、近代的所有権は近代法のもとで、どのような法的構成と法的論理をもって規定されているかを、検討しておかなければならなくなる。このためには、法学において近代的所有権をどうという視角で把握していく必要があるかという、法学方法論の吟味から考察したい。

こんにち明治維新以後の一連の土地立法にもとづいて、法的に確認されることになった土地所有権の法的性格をめぐって、二つの相対立する立場が存在している。その一つは、この土地所有権をあくまでも近代的所有権であるとし、そうした法的評価をあたえている法学的立場である。そしていま一つは、この土地所有権を近代的土地所有権とみず、たんに私的土地所有権であるとし、そうした法的評価をあたえている法学的立場である。この明治維新以後の一連の土地立法にもとづく土地所有権に対する二つの対立する法学的立場は、旧民法や明治民法の規定する所有権自体を、近代的所有権として理解しうるかどうかという法学的課題に対する独自の見解にもとづいて導かれているわけである。従って、この対立する二つの法学的立場のいづれが、明治維新以後の一連の土地立法から、法的に確定された土地所有権の法的性格の、事実的な把握となりうるかを明らかにする必要がある。土地所有権の法的確認は、明治政府の『地租改正』という財政政策の準備過程においてなされた、地券交付という法史的事実によって、事実的に確認されることになった。この地券交付は、地券所持有者に土地所有権を帰属せしめ、これまでの『一地両主』にしめされた分割所有権を法制度的に否定した。従って法制度上においては、これまでの封建的土地関係が解体し、すべての土地を特定の所有権者（地券所持人）に帰属させたわけである。このことは近代的所有権を一物一権主義の法理に立

つものとして、近代法が規定するとしている限り、この明治維新以後の一連の土地立法によって作出された土地所有権が、近代的所有権の範疇に包括されるとする法的評価がなされることになる。すなわち、土地関係における分割土地所有権は廃止され、一物一権主義の法理にもとづく土地に対する権利関係が、法的に確定されたからである。明治維新以後の一連の土地立法による土地所有権に対する第一の法学的立場は、これに従っているわけである。ところがマルクス主義法理論の法一般についての理解は、法を経済的土台のうえにそびえ立つ法的上部構造として把握している。すなわち、法は経済的土台と離れて独立して存在することはできず、そのため一定の社会・経済制度のもとでは、それに照応したところの一定の法的上部構造が樹立されると理解している。従って、法の発生・本質・特徴ならびに作用およびその発展・変化は、究極において、この経済的土台によって規定されるものだとして把握している。

K・マルクスは『法律関係』——その形式は、法律的に発達していてもいなくても契約であるが——そのうちに経済的關係が反映している一の意思関係である。この法的關係また意思關係の内容は、經濟的關係そのものによって与えられて、いとなしている。K・マルクスは法律關係を、抽象的な・人間精神の普遍的な發展過程から理解するのではなく、物質的な・現実の生活關係から理解しなければならぬとしている。ここから近代的所有権が資本主義的生產關係を維持していくために、基礎的な社會關係としての所有關係に、近代的秩序をあたえるために、法的に承認されるものとして登場したことが解る。従って、近代的所有権を把握する場合、あくまでも一定の經濟的土台——資本主義的生產關係という——の上に樹立された法的上部構造として理解している。それは近代的所有権を歴史の範疇として理解するからである。ここで歴史の範疇として把握するということは、近代的所有権が現実的な社會關係のうち存在していること、すなわち人と物との關係にしめされる人と人との關係において、はじめて存在するという理解

にたつて出發させられている。これはマルクス主義法理論の一般的前提である。だから近代的所有権概念把握においても、当然かかる視点からなされなければならない。従つて、明治維新以後の一連の土地立法にもとづく土地所有権が、近代的土地所有権として法的評価ができるかどうかは、まず近代的所有権の法的構造を明らかにし、この法的尺度をもちいて法的評価をあたえるべきである。このことは第二の法学的立場の立っている法理的根拠に対する検討という法的意味をもっている。

明治維新以後の一連の土地立法によって、これまでの土地關係が新しい社会に適合するものとして、変質させられたことはまちがいない。しかし現実の土地關係・経済的な土地關係の實質的内容においては、これまでの年貢(地代)が封建領主の手中に帰属してきたものを、地租という法的形態をとつて、明治政府が自からの手中に帰属させたに過ぎなかった。ここではたんに年貢に対する收受の主体が変更されたに過ぎなかった。従つて、経済的にみる限り、土地關係にあつては、これまでの封建的諸關係は、地主||小作人という關係で残存し、除去されはしなかった。これが明治維新以後の一連の土地立法の法的意味であつた。一八七三年(明治六年)の『地租改正』は、このことを実現した。そして財政政策にもとづく租稅負擔者の確定のために、地券を交付することによって、租稅負擔者に対する土地の独占が確認されたわけである。ここでは年貢の收受に対する主体の変更と租稅負擔者の確定という明治政府の財政的政策に、社会的意味を見出すことになる。従つて明治政府の土地改革に対する財政政策から把握する限り、明治維新以後の一連の土地立法が、近代的土地所有権を確立するという社会的意味をもつていたとする法理的根拠は見せない。だから、明治維新以後の一連の土地立法による土地改革によつては、眞の意味での近代的土地所有権の確立は、果されなかった。しかし、そうした土地所有権の確立は、独自の機能を果し、土地の自由な流通に対する人々

の經驗的認識を集積することになった。ここからやがて近代的所有権の概念構成に対して、法理的根拠を提供する道をひらくことになった。このことは近代的所有権の作出のため前提条件を整備するという意味で、法的評価をあたえることができる。こうして明治維新以後の一連の土地立法にもとづく土地所有権の法的性格を明確にすることが、日本民法典によって規定されている所有権が、どのような法的性格をもったものであるかを解明するための手がかりを提供していることが解かる。このことは近代的所有権の研究という法学的課題の解明にとって、重要な法学的意味をもつことをしめしていることができると思う。

近代的所有権の研究にとつて、すぐれた法学的教示をしめされた川島武宣教授は、『所有権法の理論』（岩波書店一九四九年二月）のなかで、つぎのように述べられている。『日本の非近代的諸関係、非近代的社會規範と對蹠的な近代的所有権の典型を描きだし分析することが、本書の当面の課題をなしている』⁽²⁾とされ、一つの法学的立場に立つて、理論的究明を展開されている。川島武宣教授の近代的所有権についての発想法は、人と物との関係を人と人との関係の特殊な歴史的関係の発現形態として理解していること、従つて物の支配における人と人との関係の法的構造を明確にしていくという点にある。すなわち、『近代社会と法』（岩波書店 一九五九年一月）のなかで、つぎのように述べられている。すなわち、

『所有（ひろい意味での）の法的構成においては——特に近代的所有のそれにおいては——人と物との関係が前面にあらわれる。しかし、それらの支配は同時に必然的に社会の中におかれている。社会関係では 権利や法はあり得ない（絶海の孤島にただ一人生きているロビンソン・クルーソーについては権利や法を語り得ない）。物に対する人の現実的支配や觀念的支配は、実は、この社会関係、人と人との特殊な歴史的関係の、人と物との関係での現象形態であり、また觀念的世界における現象形態にすぎない。近代所有権の歴史的社会的な実体はかような物支配における人と人との関係、社会関係の構造そのものにあると認め

られなければならない』(同上二四一ページ)

とされている。そして近代的所有権は現実的な物に対する支配を意味しているのではなく、すぐれて観念的な物に対する支配というように理解されている。この近代的所有権の観念的理解から、人と人との関係として把握しなければならぬといわれているわけである。だから川島武宣教授は、それについて、

『所有(ひろい意味での)の現実性と観念性との実体をなすところの事実、その「社会関係」は抽象的にはつぎのようなものと認められる。一体、所有は社会的事実としての物の支配である。ところで、その支配が所有の主体者のみによって維持されている場合には、その現実的な支配事実そのものをこえる他の関係は存在しないのであり、所有は全く現実のものとして存在する。しかし、物支配が主体者のみによってではなく、その主体者をこえるところの社会的な承認、社会的な保障をうけ維持されている場合には、その主体者の支配は、かれのなす現実の支配をこえる他の関係としても存在するわけであり、そうして、この社会的な関係は、現実的な主体者の支配の背後にしりぞき、一応、目にもえないものになる。これが観念的支配の実体をなす現実の社会関係にはかならない。だから所有の観念性の歴史的成立のためには、つぎのごとき条件がなければならないことになる。すなわち、一方においては、所有関係において所有主体と、これをこえたひろがりをもつところの社会と、の分化が必要である。他方においては、そのような社会がその所有主体の支配を「社会的に」維持し保障する必然性かつ可能性を有すること、が必要である。』(同上二四二ページ)

とされている。こうして川島武宣教授は近代的所有権法の成立する前提条件を、つぎのように把握されている。すなわち第一に、近代的所有権の主体をすべての人(市民)に認めていること。第二に、商品交換の自由の法的表現である契約の自由が、近代的所有権の自由と結合していること。この二つの前提条件に立ってはじめて近代的所有権法はその社会的機能を果しうるとしている。これは『近代的所有権の個性は交換価値(貨幣価値)の単なる量的差異にのみ存する。所有者にとっては、物はすべて質的に均等のものとして抽象的代替的のものとして存在する』³⁾からである点

に、法理論的根拠づけを求められている。

いうまでもなく近代的所有権法をどのように定式化するかは問題である。所有権については法史的に指摘されているように、ローマ法以来つねに問題にされてきたことによっても、このことは解かると思う。これは、それぞれの歴史社会の発展段階に照応した主要な生産手段にたいする所有関係——支配関係——をどのように法制度的に規定するかが問題となったためである。主要な生産手段に対する所有関係（支配関係）の法的確定によって、はじめて社会的生産関係の展開が維持されることになる。従って近代的所有権は資本主義的生産関係の展開が、前提とされているわけである。従って近代的所有権は主要な生産手段に対する私的（個人的）所有によって、自己の労働生産物を、私的（個人的）所有でできることの法的な承認であるという、法的意味をもっていなければならない。それと同時に主要な生産手段に対する私的（個人的）所有によって、さらに他人の労働生産物をも私的（個人的）所有でできることの法的な承認として、対する私的（個人的）所有の意味をもったものでなければならない。従って、近代的所有権は私的（資本主義的）所有とすることを、法的性格となしなくてはならないのである。これが私的（資本主義的）所有の法的承認である。F・エンゲルスは、このことをつぎのように指摘している。すなわち、

『ところが今や、労働手段の所有者は、生産物もはや自分、自分の生産物ではなくて、もっぱら他人の労働の生産物であるにもかかわらず、依然としてこれを取得失続けた。こうして今では生産物は社会的に生産されるようになったのに、それを取得するものは、生産手段を實際に動かす生産物を實際につくりだす人々ではなく、資本家となった。生産手段と生産とは、本質的には社会的なものとなった。ところがそれらは、個々の私的生産——ここでは各人が自分自身の生産物を所有しそれを市場にもちだす——を前提とする取得形態に従わされている』（宮川実訳 空想から科学へ 青木文庫 一九六三年一〇月 九〇ページ）

となしている。この私的（個人的）所有に対する私的（資本主義的）所有による駆逐は、私的所有権から近代的所有権

への概念的転換によってなしとげられる。このことは、近代的土地所有権を把えるばあいにも、資本主義的生産関係のもとでの土地所有についての法的規制として、理解されなければならないことになる。これは資本の支配および影響によって、転化・成立したところの土地に対する所有形態についての法的規制としての法的性格をもっているといふことを意味している。これは土地に対する近代的所有権が、資本制生産による農業を支配し、農民からの土地の収奪、および農業を利潤追求のためにのみ経営する農業資本家のもとに、農業労働者が隷属していることを前提となしているからである。こうして近代的所有権の法的概念には、この私的(資本主義的)所有にもとづいて、主要な生産手段——いうまでもなく資本ということであるが——に対する非所有者を作出し、そのことによって生産手段の非所有者(労働者)の生産手段からの解放ということが、前提とされているわけである。⁽⁴⁾ここでは近代法の自由な法的人格・自由な契約関係によって構築された法的概念を承継していることになる。F・エンゲルスが資本主義社会の基本的矛盾を『社会的生産と資本主義的領有』⁽⁵⁾に求めているのも、近代的所有権の私的(資本主義的)所有という法的意味においてであることは明らかである。ここから近代的所有権を人と人との関係において把える必要が導かれてくる。近代的所有権は私的所有という抽象的な条文的表現をとって表示されている。しかし、それにもかかわらず、近代的所有権によって実現されるのは、自己の労働生産物に対する支配だけではなく、他人の労働生産物に対する支配である。ところが支配の対象物が自己の労働生産物であるか、あるいは他人の労働生産物であるかは、まったく異った法的意味を与えることになる。ここでは近代的所有権の抽象的法形態が、具体的に私的(個人的)所有の法的承認か、私的(資本主義的)所有の法的承認かということの規定することになる。

土地所有権の対象は土地そのものであることはいうまでもない。しかし、土地所有権の対象物たる土地を、どのよ

うに把握するかが問題となる。資本主義社会における生産物の一切は、商品という姿態をとってあらわれ機能する。ここから土地もまた商品であるとして、論理必然的に理解されている。近代的所有権の一つの対象物たる土地を、このように商品一般として理解することが、近代的所有権を研究する場合——いわゆるマルクス主義法理論に立つ場合においても——なされている。もちろん、近代的所有権の対象物としての土地をこうした観点にたつて把握することは、土地が財産一般の構成部分として扱えられるかぎり、妥当するであろう。この財産一般として抽象化した法的理解は、主要な生産物に対する所有関係を、近代的所有権が規定しているという、近代法（資本主義法）の階級的性格を見失わしめることになる。土地を財産一般として理解することは、決してマルクス主義法理論にもとづく法的理解ではない。それにもかかわらず、こうした法的理解が、マルクス主義法理論にもとづいたものだと思われているのである。従って、こうした法的理解にたつて、近代的所有権や近代的土地所有権の法的構造を把握しても、そこには正しい解明はなされえないだろう。近代的所有権の法的理解のためには、それによって実現されることになる支配が、自己の労働生産物に対する支配であるか、あるいは他人の労働生産物に対する支配であるかの区別を、明確にしておかなければならない。この区別は法的には私的（個人的）所有と私的（資本主義的）所有との区別となつてあらわれる。私的（資本主義的）所有は、生産手段からの分離を通じて、一方の側に富の集中を結果することを法的に保障している。だが、この事実関係は抽象化された近代的所有権の法的概念のなかにはあらわれない。一切の事実関係は抽象化され、この社会のもつ階級関係を法制的に固定化するという社会的役割は、近代的所有権の抽象化された概念構成にもとづいて実現されている。だから近代的所有権は、あくまでも所有一般に対する権利関係を表現しているのではない。それは歴史社会としての資本主義社会における生産関係の、法的反映として規定されたものである。ここに近

代的所有権が、歴史的範疇だとされている法的意味を見出すことができる。

近代的所有権が一個の歴史的範疇であることを比較的容易に理解することができるのは、土地関係に対する近代的所有権——近代的所有権——に対する法制的な形成についての考察である。これは土地に対する所有関係の法的規制としての土地所有関係が、いかに近代的所有権概念の法的構成に役立たされたかを、理解できるからである。歴史的範疇としての近代的所有権の法的概念の構成と論理は、近代的所有権についての法的認識によって支えられている。なぜならば資本主義的生産関係の展開の経済史的考察は、土地資本を産業資本に転化するという経済的要求に従って、それを表現するという形で近代的所有権が形成されたからである。このためにはまずもって土地関係に対する近代法的規制を必要とする。ここから近代的所有権概念が、かかる歴史的な経済的要求を充足させるものとして、確立されることになった。このため法的に考察するかぎり、かかる経済的諸関係を法的に反映して、近代的所有権概念の確立に先行して、近代的所有権の論理と構造が確定したとなしうることになる。もちろん近代的所有権は近代的所有権が確立し、その法的概念構成によって規定されたものである。しかし、ここでは近代的所有権を法形式的な条文的表現に従って用いることにする。それは、これまでの主要な生産手段であった土地(農地)に対する所有関係についての法的形態上の諸変化は、これを支えてきた生産諸関係に生じた変化を反映しているからである。しかし資本主義社会における農業生産——資本主義的農業の発展——のたちおくれは、資本に対する私的(資本主義的)所有によって構成される近代的所有権の論理構造が、逆に私的所有権についても適応され、従って近代的所有権は、近代的所有権の構造と論理によって組立てられていることが、理解されることになる。従って近代的所有権は、近代的所有権の存立によってはじめて成立するものであるという法的構造をとっている。

ところが歴史的範疇として近代的所有権を把えるならば、こうした法的理解とはまったく逆に私的土地所有権の法的形成が、歴史的に先行していることが指摘できる。これは分割土地所有権から私的土地所有権への移行の歴史的過程に対する法史的的理解にもとづいてなされることになる。従って、この説明が近代的所有権の説明の出発点をなしているわけである。資本そのものに対する法的規制としての近代的所有権は、これまでの主要な生産手段をなしてきた土地そのものに対する法的規制——私的土地所有権の法的確認——によって導き出されることになった。従って私的土地所有権の法的説明は、近代的所有権の説明に対する一つの法学的課題をなしていることはまちがいない。資本主義社会における生産関係を維持し、擁護する使命をもっている近代法（近代市民法）においては、生産手段に対する所有関係をまずもって法的に規定しておく必要がある。この場合の法的表現が近代的所有権である。従ってこの近代的所有権を純化した形で把えるならば、K・マルクスの指摘したように私的所有は廃止され、そこに自由な資本の活動が許されるものでなければならぬ。分割土地所有権の廃棄によって導かれた私的土地所有権にあっても、資本の自由な活動が許容されることが許されなければならないのであって、これは私的土地所有権から近代的土地所有権への法的性格の変化によって、実現されることになる。K・マルクスはつぎのように指摘している。すなわち、

『資本制的生産様式のもとでの前提はつまりこのである——現実的耕作者は賃労働者であり、資本家たる借地農業者によって就業させられるのであって、この借地農業者は、資本の一特殊の搾取場面・一特殊の生産部面における自己の資本の投下・としてのみ営むのである。この借地農業者は土地所有者にたいし、自分が利用する土地の所有者にたいして、一定の期限ごとに、たとえば年々自分の資本をこの特殊の生産場面で充足することの許可の代償として、約定の貨幣額を（あたかも貨幣資本の借手が一定の利子を支払うのと同じように）支払う』（長谷部文雄訳 資本論¹² 青木文庫版 一九五三年六月 八七一ページ）

となしている。このことは近代的土地所有権が農業における資本主義的生産がなされているという経済的条件のもと

で、はじめて成立することを意味している。従って法的概念としては、近代的土地所有権は近代的所有権の存在を前提条件としているという意味になる。それは近代的所有権が純然たる事実上の社会関係——これは権力関係というところである——を固定化するという法的使命をになっていることにもとづいている。K・マルクスは近代的土地所有権が、土地に対する独占を法的形態として固定化していること。そしてさらに土地に対する利用権を土地に対する所有権と対置し、しかも土地に対する利用権の優位性において固定化されたものであることを指摘している。すなわち、

『資本制的生産様式は土地所有を、一方では、支配^{II}および隷属諸関係からすっきり解き放し、他方では労働条件としての土地を土地所有および土地所有者——彼にとっては、土地はもはや、彼が土地所有の独占に媒介されて産業資本家たる借地農業者から徴収する一定の貨幣税以外には何も表示しない——から全く分離するのであって、この関連の解き放しの程度は、土地所有者が、その土地所有はスコットランドにあるのにコンスタンチノーブルでその全生涯をおくりうるほどであること。かくして土地所有は、その従来の上べての政治的および社会的な枠づけや混合物を脱却することにより、要するにかのすべての伝統的な附加物——産業資本家たち自身により、また彼等の理論的代弁者たちにより、吾々のちに見るであろうに、土地所有との斗争に激昂して無用かつ馬鹿々々しい贅物だと非難される附加物——を脱却することによって、その純経済的形態を受けとる』(長谷部文雄訳 資本論12 青木文庫 一九五三年六月 八六八ページ)

となしている。このように農業における資本主義的生産を前提となしている限り、資本家たる農業者(借地農業者)と土地所有者とが相互に対立しあうことになる。この場合には土地に対する利用が土地に対する所有に優先していなければならない。こうした土地に対する利用権が土地所有権に優位するという法的関係の法律的表现は、この近代的土地所有権のもつ特徴をなしている。⁽⁶⁾従って近代的土地所有権と私的土地所有権は、同一の法律的表现をとって規定されていても、その存立の社会・経済的条件が異っているのである。もちろん私的土地所有は、封建社会ないしそれ以前の社会においても存在していた。それは私的財産制度が許容されていたことと結びついているからである。そのた

め近代的所有権はそれを前提として、ただその形態を資本主義的生産關係に適合するものに、転形させたに過ぎない。K・マルクスは土地所有について言及し、つぎのように述べている。すなわち、

『土地所有は、特定の諸人物がその私的意志の排他的領域として地球の一定部分を——すべての他人を排除して——自由にすると、特定諸人物の独占を前提とする。このことを前提とすれば、問題となるのは、資本制的生産の基礎の上での、独占の経済的価値すなわち増殖的利用を展開することである。地球上の諸部分を使用または濫用するという、これら人物の法律的機能だけでは何も片づかない。この部分の使用は、彼等の意思に係わりのない経済的諸条件に完全に依存する。法律的表象そのものは、土地所有者が土地を処置しうるのは、各商品所有者が自分の商品を処置しうるのと同じだということ以外には何も意味しない。そしてこの表象——自由な私的土地所有という法律的表象——が生ずるのは、古代世界では有機的社會秩序が分解する時代のみ、近代世界では資本制的生産の發展につれてのみである』（長谷部文雄訳 資本論12 青木文庫版 一九五三年六月 八六七ページ）

となし、これについて私的土地所有が近代的土地所有の前提をなしつつも、農業の資本主義的生産にとつてはもはや適合した土地所有形態とはなりえず、従つてその法的意味を変えていくことを指摘している。すなわち、

『土地の独占は、資本制的生産様式の——また、何等かの形態での大衆の擄取に基づくすべての従来の生産様式の——歴史的前提であり、またその恒常的基礎である。だが当初の資本制的生産様式が見だす土地所有の形態は、資本制的生産様式には照応しない。資本制的生産様式に照応する土地所有形態は、やつと資本の支配への農業の従属により、資本制的生産様式そのものによつて創造される。かようにして、封建的土地所有、氏族所有、またはマルク共同体をともなう小さな農民的所有もまた、それらの法律的諸形態がいかに相違しようとも、資本制的生産様式に照応する経済的形態に転化される』（長谷部文雄訳 資本論12 青木文庫版 一九五三年六月 八六七〜八六八ページ）

となしている。これらの主張は分割土地所有権——↓私的土地所有権——↓近代的土地所有権への法的概念の転換が、生産諸關係のいつその發展にともなつて達成されたことをしめすことになる。

明治維新によって成立した明治政府は、自己の政治権力を鞏固にするために、これまでの封建的諸関係の打破を必要とする。明治維新以後の諸立法は、このための法的手段であった。と同時に明治政府の殖産興業政策にみられる資本主義的生産の導入のためには、自由な商品流通を確保する必要があった。こうした法的形態は、近代的所有権の前提をなす私的所有権を打ちたてることであつた。ことに封建社会における土地関係にあつては、明治政府の財政政策と結合して私的土地所有権の法制的確立ということになつたのである。このことは私的土地所有権の確立をみた『地租改正』の地券交付という法的事実によって明らかにされる。この地租改正にもなつて、土地所有者に交付せられた地券状の裏書にも『日本人民ノ此券状ヲ有スルモノハ、其土地ヲ適意ニ所用シ、又ハ土地ヲ所有シ得ヘキ權利アルモノニ売買讓渡質入書入スルコトヲ得ヘシ』と明記してあつた。この記載は土地所有権が私的土地所有権であるといふことを意味しているといえる。ここで土地の自由な流通を法的に承認するという点が重視されている。この私的土地所有権は、その旧民法の制定によつて、その中にくみこまれることになるわけである。この場合、法史学において明らかにされているように、日本民法典論争をまき起し、旧民法の施行が延期されることになつたわけである。この日本民法典論争においては、旧民法の身分法的部分の反淳風美俗性が問題とされたわけであるが、同時に、財産法的部分にとつても問題とされたわけである。この場合旧民法の近代的所有権と近代的土地所有権の条文的表現が、現実的な社会・経済的条件のもとで、どういう法的意味をもつことになるかが一つの論争点となつたわけである。この問題についてはあとでとりあげたい。

- (2) 川島武宣 所有權法の理論 岩波書店 一九四九年二月 二ページ。
- (3) 川島武宣 所有權法の理論 岩波書店 一九四九年二月 一七三〜一七四ページ。
- (4) 長谷部文雄訳 資本論4 青木文庫版 一一五八ページ。
- (5) エンゲルス 宮川実訳 空想から科学へ 青木文庫版 一九六三年一〇月 九二ページ。
- (6) 小倉武一 土地立法の史的考察 農林省農業綜合研究所 一九五一年三月 六〇ページ。
- (7) 地租改正例規沿革提要 第一三八条 明治八年一月二〇日

四 近代市民法における所有權概念の定式

前項において近代的所有權概念の形成のための前提として、私的土地所有權の法的確定がなされたことを明らかにした。これは封建社会における主要な生産手段であった土地に対する支配關係が、分割所有權という法的形態をとっていたこと。この分割所有權の解体が資本主義的生産の前提条件をなしていること。そしてこの法的形態はいうまでもなく、私的土地所有權としてあらわされることを明らかにした。そして近代的土地所有權への転形のためには、その媒介契機として、近代的所有權の法的概念の形成が必要となることを明らかにした。そこで近代法（近代市民法）では近代的所有權概念を、どのように定式化しているかを問題にしてみた。いうまでもなく日本民法（明治民法）においては、所有權を『所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其ノ所有物ヲ使用、收益及ヒ処分ヲ為ス權利ヲ有ス』（第二〇六条）と規定している。この規定はどういう法的意味をもっているのだろうか。ここでは近代的所有權が特定の關係において、またわ特定の方法で所有物を支配しうる權利ではなく、すべての關係において、またわすべての方法で、包括的に所有物を支配しうる權利であるとなしている。すなわち近代的所有權には、所有物に対する総括的支配權と

いう法的意味があたえられている。近代的所有権概念をこのように把握することは、そのことが近代社会の正義の要求に合致し、従って近代法における正義の特殊の・具体的な法的表現として理解されたからである。

こうした近代的所有権についての理解は、すでに明らかにしたように、ギールケによっても指摘されている。この場合ギールケは、ローマ法の継受によって成立することになった近代市民法上の所有権のもつ特質から、近代的所有権を理解したに過ぎないのであって、近代的所有権自体の構造を、法理論的に把握しようとするものではなかつた。⁽¹⁾ またプーフェンドルフの所有権理論によると、所有権は自由な人格から、そのコローリーとして引き出されることになる。現実の土地関係は一つの物に多様な所有のヒエラルヒーが社会的に承認されていた時期においては、所有権は質的に分割されると理解——いわゆる分割所有権という法的形態をとって——されていた。そしてこうした多様な土地所有関係を合法的なものとするためには、所有および所有権は自然法によって定められるとなしたのである。そして、これはいづれも明示的・默示的な人々の合意ないしは慣習によって認められる人々の作為——自由な人格の発現として——に導かれるとなしたのである。⁽²⁾ このように所有権を所有権者の個人的利益の発現という意味で認めるならば、この所有権概念——所有に特有な性格——を個人主義的見地に立って、個人に特有な性格の発現であるというように、概念構成することになる。こうした所有権に対する概念構成をなしているのを、所有権人格説 (Persönlichkeitslehre des Eigentums) といっている。ラードブルフはこの所有権人格説にもどづく近代的所有権概念に批判を加えている。⁽³⁾ この所有権人格説によると、近代的所有権を人格の延長・人格の表現として理解する。すなわち近代的所有権を人格の投影となしている。従って、この立場からは近代的所有権概念が、対物的支配としてではなく、人と物との関係として把握していることになる。このことは同時に物を媒介として形成される人と人との関係に

よって、把握することになる。ラードブルフはこうした所有権人格説に対して、つぎの二点から批判をくわえたのである。⁽⁴⁾まず第一に、社会的生産物のすべてが商品として生産されている近代社会（資本主義社会）においては、所有権（Eigentum）の対象物は、もはや人格に固有なもの（Eigentümlichkeit）としての意味をもってはいない。そうした意味を失って、それは貨幣に代えらるべきものとしてあらわれる。それ故に所有権の対象物は財産（Vermögen）としての、貨幣によって測定されるようになっていく。ここでは所有権の対象物は、たんに目的関係におかれては過ぎないと考えられる。ここから——所有権の対象物が財産一般となることによって——所有権は『その性質を変更する。財産とは貨幣価値を有するもの、否、貨幣そのものである。しかるに貨幣はもはや物ではなく、物に対する請求権すなわち債権である。かくして、現代の経済組織の下においては、物、貨幣、債権が一連の統一的な概念と化し、それは所有権の概念とは完全に相蓋ふことなく、単に交錯するに過ぎないものとなつていく』⁽⁵⁾となすのである。こうしてラードブルフは近代社会（資本主義社会）においては、所有権の対象物が財産一般と化し、人格に固有なものでなくなっていると指摘する。これが批判の第一点である。批判の第二点は所有権人格説の主張している排他性についてである。ラードブルフは、この点に対してつぎのように主張している。すなわち、

『資本としての所有権は、他の人間を、単に一定の所有物から排除するにとどまらず、所有権一般から排除してしまう。すなわち、資本はその相関物としてプロレタリアートをもつ。換言すれば資本の形態における所有権は、所有権をもたざる人間（*gentunsmosen Menschen*)を生産する。かくして所有権において人格を發展せしめることは、若干の少数者においてのみ可能となり、しかも、それは無数の多数者に対して人格の發展を全然不可能ならしめることによって実現せられるのである』
(Radbruch: Rechtsphilosophie, 1932, S. 137)

となしている。ここでは所有権人格説がとっている人格の発現としての所有権が、大多数の人格の喪失という社会的

事態を引き起していることの矛盾を指摘している。これが批判の第二点である。こうして個人主義的所有権理論に對置するものとして、所有権の社会的理論、すなわち、所有の権利 (das Recht des Eigentums) の代りに、所有を請求する権利 (das Recht auf Eigentum) ——労働請求権——が認められるとする社会的理論を導くのである。⁽⁶⁾

さて、資本主義的財産法の説明についての先駆的業績として高く評価されているものに、我妻栄教授の『近代法における債権の優越的地位』(有斐閣 一九四八年)がある。これはすぐれて具体的内容に富んだものとされている。このなかで我妻栄教授は、所有権そのものは人に対する支配力としてあらわれ、この支配力(支配的作用)は、近代法上では債権という法的形態をとって実現されることを論証されている。こうして近代的所有権の重要なモメントが支配そのものにあるとされている。⁽⁷⁾ こうした理解は先きにみたラードブルフにおいても、近代的所有権を労働請求権として扱っているもの一般的な抽象化ともいえるのであるが、この場合、近代的所有権の対象物を財産一般とし、それに対する支配としての法的意味をもつとなしている。従って、ここでは近代法の特質をなすすべてを、抽象的・觀念的に把え概念構成していくという法学的方法をとられているわけである。いうまでもなく財産一般に対する支配(独占)という共通的性格が、このこと——近代的所有権のモメントを債権として把える——によって附与されることになる。しかしこの財産一般に対する支配(独占)という理解は、近代的所有権がすでに私的(個人的)所有権から私的(資本主義的)所有権へと、質的転換をとげてしまったという法的事実に対する認識自体を、困難なものにする。そして近代的所有権に對する概念構成を抽象化し、觀念化してしまうことになる。ここでは私的(個人的)所有と私的(資本主義的)所有の法的概念における質的差異を陰蔽する。近代的所有権概念の成立の先駆的な所有権概念は、私的土地所有権の確立であつた。これは資本主義的生産關係における決定的な生産条件——重要な生産手段に對する所有関

係という——として、土地そのものに対する独占を法的に承認する必要があったからである。従って、資本主義的生産関係にとっては、土地に対する所有関係の改変という歴史的過程を経由しなければならなかった。そのため新しい生産諸関係の所有関係を、法的に確認したものであるとしての近代的所有権は、まずもって土地に対する私的(個人的)所有として、社会的に確認されることになった。こうして近代的所有権を私的(個人的)所有の法的表現として把えるならば、資本主義的生産の諸条件を整備するという法的意味をもつだけになる。これでは資本主義的生産そのものが、社会的に展開していることを前提となしている特殊¹¹近代法的な法的概念とはいえず、これ以前の社会においても、具体的に存在していたわけである。

私的土地所有権に対するかかる法的理解は、封建社会における生産諸力の発展に導かれる新しい生産諸関係の展開という経済的变化によって、分割所有権から近代的所有権への法的思惟の移行を、自然法思想によって容易ならしめることになる。これは土地関係における個人的所有の法的保障という法的形態をとって、主要な生産手段に対する私的(資本主義的)所有を合法化することになる。ここでは私的(個人的)所有は私的(資本主義的)所有と同意義に理解させることになる。従って、この前提にたつて近代的所有権の法的性格を、つぎの二点に要約することができる⁽⁸⁾。すなわち、

- (1) 所有権は絶対的な権利であるといえる。所有権者はその対象物である財産一般を行使するにあたって、法令による制限内においては、まったくの自由であつて、何人もこれに対して制限を加えることはできないものである。
- (2) 所有権は排他的な権利であるといえる。所有権者はその対象物に対して他人が利益を収めることを許さなない。すなわち所有権者はその対象物に対する唯一の・独立の主休として、他人のなすすべての干渉を排除して、対象

物の利益を独占することができる。

(3) 所有権は恒久的な権利であるといえる。所有権はその対象物が滅失しない限り、あるいわ所有権者の意思によって、これを滅失させない限りは、永久に存続するものである。

このように近代的所有権の法的性格が把握されている。こうした近代的所有権のもつ特質は、財産一般に拡大され、従って資本主義的生産関係における主要な生産手段に対する関係において、私的所有が法制的に承認されたとき、はじめてそれは近代的所有権としての法的意味を獲得できることになる。従って土地所有権の私的(個人的)所有の法的承認は、かかる近代的所有権概念の法的構成への先駆的意義をもち、近代的土地所有権の形成は、この近代的所有権概念の土地所有への適用として、従って近代的所有権の形成によって、はじめて形成されることになるわけである。しかも現実には近代的土地所有権が、その本来の法的機能を發揮することができるときには、なお土地関係における一定の経済的条件を必要となしている。このことは近代的土地所有権という法的概念と、たんなる私的土地所有権という法的概念とを混同してはならないことを意味している。もちろん近代的土地所有権の概念構成は、近代的所有権の法的概念の外延的なひろがりにおいて把握されるわけであるが、歴史的な把握においては、私的土地所有権

↓近代的所有権 ↓近代的土地所有権という図式において、展開させられたわけである。このため私的土地所有権に対する研究が、近代的所有権そのものの研究と、不可分に結びついたものであることが理解される。これは私的土地所有権における土地に対する独占が、法論理構成において、ローマ法的な私的(個人的)所有の法制的確認と一致しているからである。ところが近代的所有権は財産一般に対する私的(個人的)所有の概念構成のもとで、実際は私的(資本主義的)所有を法的に確認しているわけである。

だが、この二つの所有関係を、法的構造において区別することは困難である。しかし近代的所有権を一つの歴史的範疇として把握するという近代法（資本主義法）においては、近代的所有権が私的（資本主義的）所有の法的確認という点において、まさに法学的意味をもっているわけである。従って、土地に対する私的（個人的）所有に根差している私的土地所有権の絶対性は、質的転換をとげ、近代的所有権——私的（資本主義的）所有の法的確認——として、概念構成されているわけである。これは人々の経験的事実——ここでは封建的土地所有権についての——にもとづいて、はじめて私的土地所有権の法的概念が構成されているからである。従って私的土地所有権の法的概念のもつ近代的所有権の概念構成に対する先駆的な意味は、ここから指摘することができる。こうした意味で近代的所有権の概念構成にとつては、まずもって私的土地所有権についての概念構成がなされたことを必要とする。そして、この私的土地所有権に対する概念が克服され、土地に対する特定の対象物から、財産一般に対する抽象的な対象物への概念の拡大がなしとげられたという過程を経なければ、近代的所有権の概念構成はなされえない。そこでこうした私的土地所有権から近代的所有権への概念構成の転換が、どうした過程を経てなしとげられたかの検討が、必要とされることになる。このように私的土地所有権が法的に確認されたという意味は、私的（個人的）所有——土地に対する独占——の法的承認が近代的所有権の成立の前提としての法的意味をもつということである。K、マルクスは、この点について『資本論』のなかで、つぎのように述べている。すなわち、

『土地所有の独占は、資本制的生産様式の——また、何らかの形態での大衆の搾取に基づくすべての従来の生産様式の——歴史的前提であり、またその恒常的基礎である。だが当初の資本制的生産様式が見だす土地所有の形態は、資本制生産様式には照応しない。資本制的生産様式に照応する土地所有形態は、やっとな資本の支配下への農業の従属により、資本制的生産様式そのものによって創造される。』（長谷部文雄訳 資本論12 青木文庫版 八六七～八六八ページ）

と述べている。このように近代的土地所有権の確立は『資本の支配下への農業の従属』によって、はじめて生ずることになる。こうした理解は、土地所有に対する法理的構成についての考察からみても、当然なことである。渡辺洋三助教授も近代的土地所有権が、資本の私的所有権——近代的所有権という法的形態をとっている——として認められる反射であると指摘し、つぎのように述べられている。すなわち『近代的土地所有権の法的構造』（社会科学研究12巻1号 一九六〇年一月）という論文のなかで

『土地所有が資本制社会において価値をもつように現象するのは、資本所有が所有一般としてあらわれることの反射であり、土地所有権が、独立の財産権としての法的保障をうけるのは、これまた資本の私的所有権が私的所有権一般として法的構成されることの反射にすぎない。本質的には、土地所有は資本所有の法則に服してのみ、そのわく内でのみ、存在をみとめられる』（近代的土地所有権の法的構造 五三ページ）

とされている。ここでは資本主義的生産関係の展開——賃労働による搾取の実現される——の前提として、土地からの解放を出現させる土地に対する私的（個人的）所有の法的確認ではなく、さらに土地所有者の土地に対する直接利用を排除する私的所有——私的（資本主義的）所有——であることを必要としている。つまり資本主義的生産関係が開示することができるためには、これまでの土地関係における身分的な主従関係から人々を解放し、同時に労働条件としての土地を土地所有権および土地所有権者から分離して、直接的な生産過程へ参加させ、資本家Ⅱ労働者の関係を導くことではなければならない。⁽⁹⁾

資本主義的生産の歴史的的前提となる土地に対する私的（個人的）所有、すなわち土地に対する所有の独占は、『資本制生産方法それ自身が農業を資本の下に隷属せしめ』⁽¹⁰⁾ることによって成熟する。ここに近代的土地所有権——土地所有者の生産過程への直接的排除を表現できる近代的所有権——が成立するのである。近代的土地所有権は封建的土地

所有権を廢棄することによって實現される。だが、封建的土地所有権の克服は、近代的土地所有権の形成を意味してはいない。それは私的土地所有権の確立という意味をもつものに過ぎない。資本主義的生産にあっては、資本投下者の經濟的利益を實現しなければならぬ。このためには、土地に対する資本投下者の土地に対する利益が、法的に保障されていなければならぬ。このことは土地に対する利益が土地に対する所有に對して、法的に保障されているということになる。従つて、資本主義的生産にとっては、私的土地所有権は克服されねばならないものである。⁽¹¹⁾私的土地所有権の克服は、近代的土地所有権の確立という形態をとつて、實現されることになる。それは、このことなしには農業における資本主義的生産は、實現されないという經濟的構造をとっているからである。だから近代的土地所有権が打ち立てられるのは、ブルジョア革命によって資本主義社会が打ち立てられ、資本主義社会における所有關係の法的表現としての近代的所有権の樹立によって、はじめて封建的土地所有権が近代的所有権に移行する条件を獲得する。そして農業における資本主義的生産が實現されることによって、近代的所有権は近代的所有権と同一の法的性格を身にまとうことになる。封建的土地所有権からの近代的所有権の移行は、土地改革によって實現される。従つてこの土地改革は具体的な經濟条件によつてなされることになる。資本主義における農業の發達にしたがつて、またそれを通じての社會經濟の進展は、土地改革のなされかたを決定する。⁽¹²⁾従つて、近代的所有権をかかざる經濟的条件において把握するかぎり、私的土地所有権の内容たる土地に対する独占の法的形態として把握できることになる。この場合、土地に対する独占は、土地に対する利益を内包しているものとして理解される。近代的所有権の法的作用、すなわち、土地に対する所持と土地に対する利益との關係が、どのような法的關係として近代的所有権において理解されているかが問題を明確にしてくれる。

資本主義的農業を前提として成り立つ近代的土地所有権においては、土地に対する所有と土地に対する用益とが、対等なものとし法的に取扱われていなければならない。このことは、農業における資本の投下者の土地に対してもつ用益関係が、土地に対する所有と対等に保障されていることを意味している。しかも近代的所有権のもとでは、土地に対する所有は、土地に対する用益に従属するという関係において、存立させられている。⁽¹³⁾ここから近代的土地所有権はたんなる私的土地所有権とは区別され、資本に対する私的所有——近代的所有権——としての法的な概念構成をとっていることが理解される。⁽¹⁴⁾ここでは封建的土地所有権→私的土地所有権→近代的土地所有権という、法的概念の発展を理解させてくれる。封建的土地所有権にあっては、土地に対する所有と土地に対する用益とはまったく分離され、しかも併存されていた。これが近代的所有権と区別される点である。ところが私的土地所有権にあっては、土地に対する所有から土地に対する用益が派生することになる。しかもこの土地に対する用益権は、近代的土地所有権における原理的構造と異って、土地に対する所有と対等な関係において対立するのではなく、土地に対する所有に從属することになる。ここでは近代的土地所有権における土地に対する所有と土地に対する用益の関係が、転倒されているわけである。これは近代的土地所有権が、近代的所有権の特殊な法的形態として理解されている論理必然的な帰結であるとして指摘できる。すなわち、近代的所有権は資本主義的生産関係を法制的に維持し、擁護するという客観的事実と、それに対する法的認識にもとづいて支えられている。ここでは近代法上において財産、一般という姿態をとりつつ、主要な生産手段に対する所有関係を規定する、法的形態として承認されるものである。

では、こうした私的土地所有権から近代的土地所有権への転換の媒介契機を、なにに求めることができるのであろうか。これが問題となる。近代的土地所有権は、土地関係における近代的性格が現実に認められなければ、たとえ法

形式においてそれが規定され表現されているとしても、予定された機能を果すことはできない。このことから、私的
土地所有権から近代的土地所有権への転換の媒介契機が、いうまでもなく農業における資本主義的生産の展開とい
う、経済的条件であると指摘できることになる。近代的土地所有権にあっては、近代的所有権におけると同様に、そ
の存立の基盤である農業における資本主義的生産関係の展開の実現なしには、存立することはできない。たとえ法形
式において近代的所有権としての条文的表現をとって規定されていても、そこでは私的（個人的）所有から私的（資本
主義的）所有への、質的転換はなしとげられてはいない。それは土地に対する独占を法的に表現している私的（個人
的）所有権として、存立しているに過ぎないのである。このことは、日本民法における土地所有権規定についての考
察によって明らかにされるのであろう。

- (1) 戒能通孝 法律社会学の諸問題 日本評論社 一九四三年一月 二六ページ。
- (2) 矢崎光園 近世ドイツの自然法思想（尾高朝雄、峯村光郎、加藤新平編 法哲学講座3 有斐閣 一九五六年一〇月）
九一ページ。
- (3) Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932, S. 134.
- (4) 木村亀二 法哲学 角川書店 一九五〇年 二七八～二八一ページ。
- (5) Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932, S. 139.
- (6) Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932, S. 137.
- (7) 富山康吉 商品所有権と資本所有権（法律時報三七卷一〇号 一九六五年九月）九〇ページ
- (8) 佐々穆 民法の社会化 弘文堂書店 一九二七年二月 一四一～一四二ページ。
- (9) 小倉武一 土地立法の史的考察 農林省農業総合研究所 一九五一年三月 二七八～二七九ページ。
- (10) K・マルクス 長谷部文雄訳 資本論12 青木文庫版 一九五三年六月 八六八ページ。
- (11) 渡辺洋三 近代的土地所有権の法的構造 社会科学研究12卷1号 一九七〇年一月 五二～五三ページ。

近代的所有権の構成と形成 (二)

- (12) 小倉武一 土地立法の史的考察 農林省農業綜合研究所 一九五一年三月 九七ページ。
 (13) 渡辺洋三 近代的所有権の法的構造 社会科学研究所12卷1号 一九六〇年一月 五三ページ。
 (14) 小倉武一 土地立法の史的考察 農林省農業綜合研究所 一九五一年三月 五九ページ。

五 旧民法における所有権規定

明治維新以後の土地関係についての諸立法によって、私的土地所有権が法的に確定されることになった。これまでの土地関係は近代法的に言えば、公法関係は分離されていなかった。租税(年貢)の徴収関係においてもいろいろの形態があり、排作権者は直接・間接に租税関係にたちあらわれていた。ところが『地租改正』によって、この租税負担者が土地所有権者(地主)に一元化されることになった。このことは、これまでの耕作権者はたんなる用益権者として租税を含んだ小作料を、地主に負担するに過ぎないという法的形態をとり、徴税関係における公法関係から離脱させられたことを意味している。こうして土地関係における所有と用益とは分離させられてしまった。ここでは土地に對する用益を、土地に對する所有に從属させるということによつて、土地に對する独占が法的に承認されることになった。こうして私的土地所有権は形成されたわけである。従つて、この私的土地所有権は、土地に對する私的(個人的)所有権として概念構成されたに過ぎないものであった。もちろん旧民法における私的土地所有権は、一八七〇年(明治三年)以降江藤新平などによつてなされた日本民法典(旧民法)の編纂過程がしめしているように、フランス民法的な近代的所有権の一つの具体的な法的規定としてしめされている。従つて条文的表現形式をみる限り、そこでは旧民法のしめす近代的所有権として、規定されたという指摘もできるわけである。すなわち旧民法においては、所有権を『自由ニ物ノ使用、收益及ヒ処分ヲ為ス權利ヲ謂フ』(財産編第三〇条一項)と規定している。このことから旧民

法においては、この所有権規定をもって物を全面的に支配できる権利となしていることが明らかにされる。このことはいうまでもなく、地上権・永小作権等と異り、また上級所有権や下級所有権などの分割所有権とも異って、土地の独占が認められることをしめしている。そのため『所有者其ノ物ノ占有ヲ妨ケラレ又ハ奪ハレタルトキハ所持者ニ対シテ本権訴権ヲ行フコトヲ得』(同上第三六条)となしたわけである。そしてさらに『此ノ権利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』(同上第三〇条二項)となし、『不動産ノ所有者ハ適法ニ認め及ヒ宣言シタル公益ニ因由シ且ツ公用徴収法ニ從ヒテ定メタル償金ノ払渡ヲ豫メ受クルニ非サレハ其所有権ノ讓渡ヲ強要セラルルコト無シ』(同上第三二条一項)とし、不動産の強制譲渡について、厳格な法律手続を必要とする旨を規定している。もっともこれに対しては『国又ハ官庁ニ属スル先買権及ヒ徴発令ヲ以テ定メタル物ノ徴収又ハ凶災ノ時ニ行フ物ノ徴求ニ付テハ本条ノ例ヲ用ヒス』(同上第三一条二項)とし、『所有者ハ償金ヲ得ルニ於テハ公益工事ノ便利ノ為メ所有物ノ一時ノ占拠ヲ強要セラルコト』(同上第三二条)となしている。そして土地の所有権は土地の完全な利用を保障するものであり、『其地上ニ一切ノ築造、栽植ヲ為シ又ハ之ヲ廢スルコトヲ得又其地下ニ一切ノ開鑿及ヒ採掘ヲ為スコトヲ得』(第三四条一項)とし、『公益ノ為行政法ヲ以テ定メタル規則及ヒ制限ニ從フコトヲ要スル』(第三四条二項)と規定している。

これらの諸規定は、旧民法の編纂過程が明らかにしているように、ローマ法主義にたつフランス民法の直訳的表現にもとづいており、従って所有権に対する絶対性という、近代法的原理にもとづく条文的表現であることはいうまでもない。しかし、このフランス民法の直訳的表現としての旧民法の所有権規定ないし土地所有権規定が、近代的所有権ないし近代的地土地所有権であるとするには、なお多くの点の分析を必要としている。旧民法の土地所有権について

の条文的理解から、これまでの土地関係における分割所有権は否定され、所有権の不可分の原理に立っていることを理解することができる。すなわち、これまでの土地関係における上級所有権と下級所有権の関係——下級所有権に土地の利用関係が認められ、上級所有権に年貢(小作料)の徴収が認められるという一地両主の関係——が否定されたことになる。明治維新以後の土地に関する諸立法は、下級所有権者の法的地位をたんなる永小作人・賃借人(小作人)に転化させ、上級所有権者の法的地位を所有権者となしたわけである。⁽¹⁾ここでは当時の現実の土地関係において認められてきた事実上の社会関係は転倒され、明治政府の諸政策による企図的立場から、それぞれの法的地位を占めることになっている。ここでは所持と用益に対する分離という法的形態をとって、土地所有権が確立させられた。明治維新以後の諸立法によって樹立された土地所有権は、こうして『一地両主』の所有関係を廃絶し、『一地一主』の所有関係を法制化したことは明らかである。こうした土地関係に対する法的確認は、明治政府の『地租改正』によって定められた財政政策にもとづいて、租税負担者の法的確定のためであった。ここではローマ法的な土地所有権は、私的(個人的)所有、つまり個人主義的・排他的な土地に対する独占が、実現されればよかったわけである。⁽²⁾しかもこの場合、これまでの土地の直接耕作者の保有してきた耕作権を強化し、それに対する法的保障をなすという方向ではなく、これを廃絶するという方向で確定した。ここでは明らかに土地所有に対する土地利益の従属性を規定したわけである。このことは、用益権としてもっとも強力であった開墾永小作——これは分割所有権という法的地位をもっていたといえる——は、他物権としての永小作権(永借権)という法的形態で規定されたことによっても、いかに土地所有に対する土地利益の従属がはかられたかを認めうるであらう。

土地に対する独占の法的承認は、土地所有の絶対性という原理的主張となってあらわれざるをえない。これは土地

に対する永久の耕作権（用益権）をみとめることが、この原理と相容れないものであることを意味している。これは開墾永小作に対する法的規制という形であられることになった。そのため一八七三年（明治八年）には、内務卿木戸孝允、大藏卿大隅重信などによって、この開墾永小作に対するつぎのような法的措置がとられることになった。⁽³⁾すなわち、

『小作人ノ儀ハ、作株ヲ地主ニ買取ラスカ、又ハ地株ヲ小作人へ譲渡サスルトモ、可成丈、一地両主ノ姿ニ不成様処分スヘシ。万一、熟談ニ不至向ハ申立ノ通り、原主へ券状ヲ渡シ原主小作人ノ間ノ証書取替サセ、後日ノ紛乱ナキ様注意スヘシ』（明治八年四月 敦賀県伺ニ対スル内務省指令）

とし、地主をして永小作権を買取らせるか、又は永小作人に所有権を買取らしめるか、もし当事者双方の協議不調のときには『原主』すなわち、外形上の地主に所有権をみとめ、地券を交付することにした。⁽⁴⁾だが、この法的措置の実際の適用は、地主に地券を交付するという結果を導いただけである。平野義太郎氏は『日本資本主義の機構と法律』（明善書房 一九四八年四月）のなかで、つぎのような例をとり説明されている。すなわち、

『高知県令は、一反歩の田畑につき「五畝ヲ以テ地主ノ所有トシ、五畝ヲ以テ永小作人ノ所有ト致シ候時ハ、前条ノ難渋無之訊ニ候」（何）という妥協的な按分的分配の処分方法をも提案したのであるが「地主ニ於テハ所務米ノ多寡ニ不拘、従来、其地ヲ所有シ候、名儀有之ヲ以テ不承服」（同前）のほど地主勢力は強かったのであったから、買取りの申込をするはずもなく、他方、永小作人の方も實際上の耕作権だけを維持すれば足りるのであって、それ以上地株を買取る必要もなく、また買取る金の余裕もなかったから、自然買取の代金について当事者は「熟談」協議のままとまる筈もなかった。それ故、すべての場合は「熟談ニ不至」して「原主へ券状ヲ渡」す県の高等方針どほりに、名儀地主が完全な所有権を領得して地券を取得してしまつた』（同上二〇七ページ）

とされている。これらの事例はいづれも、これまで分割所有権として極めて明白であつたといひうる開墾永小作――

これは永代無期にわたって小作人の耕作(用益)が保障されていた——の廢絶がはかられたことを理解することができる。こうした努力は旧民法においては、永小作権(永借権)を五〇年の有限他物権となし、土地所有権の絶対性を具体化している。

周知のようにこの永小作人の権利——これは一種の所有権(分割所有権)として、耕作上の土地保有をなしうる権利であった——は、民法施行の日より起算して五〇年の期限を経過することによって、なんらの補償なしに消滅させられる有限他物権として転落させられることになった。すなわち明治民法の起草者の一人であった富井政章博士は『民法原論第二卷』(有斐閣書房 一九〇八年一月)のなかで、つぎのように述べられている。すなわち、

『其ノ期限永キニ過グルトキハ所有權ト殆ド相拮ブコトナキ強力ナル物權ヲ認ムル結果ト為リ之ガ為メ財産ノ流通改良ヲ妨ゲ且当事者ノ地位又ハ一般ノ經濟事情等ニ變更ヲ生ズルモ既定ノ条件ヲ改ムルコト能ハザル不便アリ』(同上二六二ページ)

となしている。また同じく明治民法の起草者であった梅謙次郎博士も『民法要義・卷の二』(有斐閣書房 一八九六年八月)のなかで同様の見地からつぎのように述べられている。すなわち、

『五十年ヲ超ユルヲ得サルモノトシタルハ他ナシ其期間長キニ失スルトキハ竟ニ所有權ト扱ハサルニ至ルノ虞アリ是レ土地ノ制度ニ関シ往往混雜ヲ生スルノ虞アルノミナラス地主ハ僅少ノ小作料ヲ受クルノ外土地ヨリ如何ナル利益ヲモ取メルカ故ニ之ヲ改良スルノ念ナク永小作人モ亦元來他人ノ土地ナルカ故ニ自己ノ所有地ノ如ク充分ニ之ヲ改良スルコトヲ望ムヘカラス且ヤ永小作權ノ存続期間内ハ所有者ハ其土地ヲ使用スルコト能ハサルカ故ニ之ヲ讓受クル者稀ニシテ其取引ヲ妨グルノ虞アリ殊ニ土地ノ價格及ヒ其生産力ハ世ノ進歩スルニ從ヒ増進スルト共ニ金錢ノ價格ハ次第ニ低下スルヲ常トスルカ故ニ永小作權設定ノ時ヨリ五十年ヲ経過セハ其ノ小作料ハ大抵殆ト有名無実ノ小額ト為ルコト多カルヘシ……』(同上二五九—二六〇ページ)

となしている。このことは後に問題とするように、明治民法の土地所有権においてもなお土地に対する所有が土地に対する利用に優位し、従って私的土地所有権として把握されていたことをしめすことになる。そしてこの見地に立っ

て、存続期間のながい永小作権を認めることが土地所有権を弱めることになるとなしていたわけである。⁽⁵⁾この明治民法の起草者の法的思惟によって、旧民法の所有権規定が私的**所有権**としての法的性格をもつという法的理解がなされる。すくなくとも法形式においては、フランス民法の**とつたローマ法的な所有権の絶対性**が、**条文的表現をとつてあらわされている**。だが私的（個人的）**所有の法的承認は、土地所有権に対して、土地所有権の絶対性という形態をとつてしめされる**。このため私的（個人的）**所有**と**私的（資本主義的）所有**となされるためには、**所有権の絶対性が主要な生産手段に対する関係において、認められなければならない**。これは旧民法の**所有権規定**、とくに**土地所有権**についての法規を、さらに検討してみる必要があることをしめしている。

旧民法における土地所有権は、土地に対する私的（個人的）**所有**を法的に確認したものであることは明らかである。これは土地に対する独占の法的保障の法的表現であるという意味において当然であった。旧民法は土地所有権の一つの内容をなしている使用権について『土地ノ所有者ハ其ノ地上ニ一切ノ築造、栽植ヲ為シ、又ハ之ヲ廃スルコトヲ得、又其ノ地下ニ一切ノ開鑿及ヒ採掘ヲ為スコトヲ得』（財産編第三四条）と規定している。ここでは土地所有権の**絶対性**が、土地利用関係に対しても法的承認をえていることを理解することができる。しかも、この土地所有権は『不動産ノ所有者ハ適法ニ認メ及ヒ宣言シタル公益ニ因申シ、公用徴収法ニ從ヒテ定メタル償金ノ払渡ヲ豫メ受クルニ非ラサレハ、公用徴収ノ為メ其ノ所有権ノ讓渡ヲ強要セラルルコトナシ』（財産編第三一条一項）と規定し、**正当な補償なくしては、土地所有権に対する公用徴収——公権力——からの保障が規定されている**。ところが川島武宜教授は、旧民法や明治民法に規定されている**所有権**を、『フランス民法典やドイツ民法典にならって、近代**的な自由な所有権**の制度を規定していることは周知のごとくである』⁽⁶⁾とされている。ここでは旧民法の**所有権規定**が、近代**的所有権**と

して規定されていると理解されているようである。こうした法的理解の根拠は、主として土地所有権に対する旧民法の規定の土地独占の法的承認にあるとされているようである。すなわち、ここでは土地独占 \parallel 近代的所有権の絶対性という公式的な理解にもとづいていると考えられる。だが土地独占 \parallel 近代的所有権の絶対性という公式的理解が成立するためには、さらに一定の条件を必要とすることはすでに検討した。そこで旧民法の起草者は所有権に対して、どのように法的理解をなしていたかを検討しておきたい。

- (1) 小野武夫 明治前期土地制度史論 有斐閣 一九四八年七月 三六〇～三六一ページ。
- (2) 花島得二 小作権 松山書房 一九四一年三月 二八～二九ページ。
- (3) 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 二〇六ページ。
- (4) 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 二〇六ページ。小野武夫 永小作論 一九二四年五月 五三ページ。
- (5) 末弘厳太郎 農村法律問題 改造社 一九二四年一月 九九～一〇〇ページ。
- (6) 川島武宣 所有権法の理論 岩波書店 一九四九年二月 八〇ページ。

未完

「この研究は昭和四〇年度文部省科学研究費補助金(各個研究)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。」