

日本の近代化におよぼした外国法の影響

—土地所有および利用関係を中心として—

高 島 平 蔵

一 序論

二 私的所有権の形成と外国法の影響

三 旧民法による土地所有権および土地利用権の構成と外国法の影響

1 総論

2 所有権の構成

3 永小作権の構成

4 賃借権の構成

四 明治民法による土地所有権および土地利用権の確立と外国法の影響

1 総論

2 所有権の構成

3 永小作権の構成

4 賃借権の構成

五 結論

日本の近代化におよぼした外国法の影響

一 序 論

ヨーロッパ諸国にあって、その近代化は、土地制度の変革を中軸として展開し、また土地制度変革の型が、その国の近代化の型を決定する要素でもあった。日本の近代化を論ずる場合にも、やはり、近代化の意味をどのように理解するにせよ、まず問題とされるのは、明治時代における土地制度の変革である。ところで民法という法律は、所有権・永小作権・賃借権などの諸制度をもって、まさしくこの土地制度を根本的に粹ずけ、規制するものであるから、民法の視点から日本の近代化をとらえ、これにおよぼした外国法の影響をたしかめようとする場合、そのひとつの方法は、民法による土地支配関係の規制についての検討をおこなうことでなければならない。もちろんこの場合、民法典の規定が作りだした土地制度について外国法の影響をみるのみでは充分でない。近代化において問題とされる土地制度は、民法典制定以前にすでに行政的措置によって形成されており、民法典の制定は、このようにしてまず確立された制度を、あるいは保証し、あるいはさらに強化し、あるいは制限し、修正するというように作用したものにほかならない。したがってここでは、土地制度の発展を大きくふたつの段階―第一、民法典制定前における土地制度の形成の段階、第二、民法典による土地制度確立の段階―とにわけ、その各々につき、外国法の影響を検討していくこととする。

第一の段階は、版籍奉還、秩禄処分から地租改正にいたる、いわば行政処分にもとづく土地制度変革の段階である。この段階において、日本の土地制度の近代化のための基礎工事が完成するが、同時に近代化の歪曲もまた、こ

に形成されるのである。この段階の特徴は、一言にしていえば、私的所有権の創出による、いわゆる地主的土地所有の形成にほかならない。私的所有権の形成は、たしかに近代化の方向を示すが、それが地主的土地所有という実質をもってあらわれてくるとき、日本の政治構造を決定しつつ、土地利用権の弱体化を媒介として、利用権者として小作権者との間に封建遺制を残存させ、近代化に対するマイナスの要素としても、同時に作用することになったのである。

このような基礎工事は、民法典というような、体系的な国家的保証の機構をとおして確立されることになる。これが第二の段階である。ただここに注意すべきは、民法典の編纂という事業は、全体的には、明治政府の根本的な施政の方向にそってつくりあげられたものではあるが、その事業の性格よりして、同じ明治政府のうちの、さらに異なった勢力の意図する方向を微妙に反映するものでもあった。したがって、民法典のうちにえがかれる社会関係のイメージは、必ずしも既存の、第一の段階において形成された土地制度とまったく合致し、当然にこれをそのまま保証するものとはならない。両者はときにくいいがい、また相対抗することもありうるのである。

日本の近代化におよぼした外国法の影響を、民法の視点からとりあげる場合、やはり右にみてきたふたつの段階のそれぞれについて、問題を考える必要がある。第一の段階においては、明治政府の行政的措置としての領主権の排除、私的所有権の形成、分割所有権関係の整理やこれに対する抵抗などが、どのように外国法の影響のもとにおこなわれたかがとりあげられねばならない。これはわが国の土地制度の変革の法的な特徴を、ヨーロッパ諸国のそれと対比するためにも意味があるとおもわれる。つぎに、民法典の編纂において、土地制度の近代化に対して、促進的ある

いは阻止的な作用をもつ諸制度が、どのような外国法の影響のもとに形成されたかが問題とされねばならない。それはまた、どのような改革の方向と、それを支持する勢力とが、どのような外国法諸制度を選択したかという問題でもある。そしてこの検討は、旧民法と明治民法の双方について、これらを対比しつつおこなわれることになる。^(一)

(一) 民法の視点からとらえた日本の近代化につき、牛山積「民法学（財産法学）の立場から見た日本の近代化」比較法学一巻一
号、福島正夫「財産法」（準備期）日本近代法発達史1、平野義太郎「日本資本主義の機構と法律」、宮川澄「旧民法と明治民法」など。

二 私的所有権の形成と外国法の影響

さきにも指摘したように、まず民法典の制定以前、民法的規制の基礎をなす土地制度が、実質的に形成されていった過程、すなわち版籍奉還、秩祿処分、地租改正など一連の過程をとりあげる。この過程において、明治政府による、私的所有権の形成がおこなわれたことはまえにのべた。

この私的所有権の形成は、とくにふたつの方向にむかっている。権力的作用によって実現するのであり、ここに日本における特異な近代化歪曲の基礎がうちたてられるのである。ふたつの方向の第一は、いうまでもなく、徳川期において、土地の現実的保有の上にのしかかってこれを拘束していた領主権を排除し、土地の、文字通り「私的な」支配を可能ならしめることであった。そして第二には、同一土地上に、小作料徴収権とともに併存する、直接耕作者の保有権を、一個の純粹な利用権にまで弱体化させ、小作料徴収権者としての保有者の、土地に対する、単独の支配を創

りだすことであつた。

このようなふたつの方向における処理のうち、第一のものの、また第二の關係にあつては、とくに私的所有權確立の障害たる永小作の整理は、ヨーロッパ流の法觀念を用いるならば、いずれも、あの分割所有權關係の解体に対応するものである。^(一) もっともここでは、領主權対保有權、小作料徴収權対直接耕作權という、二重の關係が、それぞれ分割所有關係として解体するものと考えられるところに、特徴があり、これらふたつの分割所有關係は、その性質において、必ずしも同一にとりあつかわれることを適當としなすともおもわれる。しかしいずれにせよ、両者における分割所有權關係の解体（さらに、その他のかたちでの利用權の弱体化）は、究極的にひとつの態度に発しており、あいまつてわが国における特殊な、地主的土地所有制を形成していくことになつたのである。

さて、領主權の排除や、耕作的保有權の弱体化の措置において、明治政府が用いた武器、その抛りどころとした法觀念は、「ローマ法的所有權觀念」であつたといわれている。^(二) このローマ法的所有權によつて構想されているのは、中世ゲルマン法的所有權觀念に対するものとしての、純粹に私的な性格、排他性、独占性などをみとめられる、所有權のひとつの理想像であつた。「一地一主」の觀念は、このような所有權像の歸結として与えられるものである。すなわちここに、はやくも、日本の土地制度の形成、したがつてまたこれとおして日本の近代化に影響をおよぼすべき外国法の問題があらわれるのである。

このローマ法的所有權の觀念は、当時すでにわが国に入つていたフランス法の所有權觀念などをおしてうけとられたものであらう。また、明治四年、西周の「性法略」（神田孝平訳）にも、オランダのフィセリング教授の講義内

容として、このような所有権の姿がえがかれている。(三)

しかしこのような所有権観念も、下からの革命においてもりあがる、自由民権的な性格をもつものとして用いられたわけではない。それはむしろ明治政府の土地政策の道具として役立てられたものであり、ここにその実質的限界をもつことに注意すべきである。この所有権の絶対性は、領主権による封建的な拘束への抵抗という点でとくに意味をもつが、対国家権力の関係において、市民的自由を確保するという性格を必ずしもあきらかにしていないのである。

(一) ただし徳川法上の所持権の重複は分割所有関係に類比を求むべきでないとする見解として、戒能通孝「法律社会学の諸問題」二二七頁。

(二) 小野武夫「明治前期土地制度史論」一四三頁。

(三) たとえばその第七編「物件上ノ権ヲ論ス」の中に这样的な記述がある。「第一条 物件上ノ権ノ最急最要ナル者ヲ私有ノ權トス」。「第二条 私有ノ權トハ某物ヲ採リ全ク己レカ私有トナシ、專權ヲ以テ或ハ処置シ或ハ消費シ他人ヲシテ之ニ関ラシメサルヲ云」(「明治文化全集」一三巻法律篇八頁)。

明治政府がおしすすめた土地制度変革の方向は、このように、私的所有権の確立であり、分割所有権関係の解体は、まさにその前提をなすものであった。そうすると、ここで問題となるのは、この過程において分割所有権理論そのものがどのような役割をもったか、ということであり、これについて外国法がどのように影響をおよぼしたか、ということである。

ヨーロッパにあっては、複数の土地支配権の解体、整理にさきだつて、まずこの関係を、いわゆる分割所有権 *geteiltes Eigentum* として、ともかくもローマ法的に、ひとつの私法理論として構成することがおこなわれた。こ

れに対して明治政府の土地制度変革においては、私的所有権の觀念は明白にうちだされてはいるが、ヨーロッパにおいてこの觀念を形成する前提となった分割所有権の理論は、「一地兩主」というような漠然たる表現にこれをうかがいうる程度で、結局、明白には学びとられ、使用されていないようにおもわれる。^(四)そこでは一足とびに、完成したローマ法的所有権をもって、強引に私的所有権の形成がすすめられたのである。そしてなんらかの形で分割所有権的な關係の強調は、むしろ明治政府の推進する土地制度に抵抗するふたつの力によって用いられた。一は、領主権の私的所有権へのなしくずしの転換を企図する領主的反動として。他は、耕作権の尊重を強く要求する、直接耕作者たる農民による抵抗として。

しかし、分割所有権理論は、本来明治政府によっても用いられる可能性をもち、また外国法の影響としても、なんらかの作用をなすべき可能性をもっていた。そもそも分割所有権の理論には、およそ三つの作用があったものとおもわれる。第一にこの理論は、中世における、公私未分離な土地支配についての法律關係のなから、純粹に私的な近代的所有権を、とりだすための媒体として、作用した。それは、領主権や耕作権などを、ともに所有権として、私法的理論をもって構成したがゆえに、この領主権の排除により、私的な所有権が、おのずから私法のうちに確立されていくことを準備したのであった。

第二に、この理論は、第一のものとは反対に、領主的土地支配を、私法の領域においても、所有権として承認するという、反動的な役割をもつことができた。

第三に、この理論は、中世的な下級所有権を、やはり所有権として強力に主張すること、いいかえれば單なる利用

権への下落に抵抗するための根拠を提供しうるものであった。少なくとも、近代的所有権が地代徴収権者のみについて承認されたとしても、それは、分割所有権の解体、下級所有権の所有権への下落をとおして創造されたものにすぎないこと、決して旧来の状態の単なる確認によって生じたものでないことをあきらかにする点で意義をもった。

(四) たとえば小野武夫氏はつぎのように指摘する。『地租改正当局者カ既ニ明治初年ニ於テ法學上興味深キ「一地兩主」ノ語―此ノ語ハ必スシモ分割所有權ノミニ与ヘラレタル稱呼ニハアラサリシ如クナルモ、少クトモ分割所有權ノ実態アルニ鑑ミテ与ヘラレタル名辭ニ相違ナシ―ヲ使用シ…』(同氏「永小作ニ關スル調査」其二、三五八頁)。

このようにみると、分割所有権の理論は、少なくとも右の第一の作用において、私的所有権の形成を意図する明治政府にとってさえも、ひとつの効用をもちうるものであった。またヨーロッパの分割所有権の理論は、日本に対しても影響をおよぼす可能性をもっていた。ヨーロッパにおいては、一般にこの理論が普及しており、^(五)わが国の立法にとつても、はやくから重大な影響をもったフランスの法理論においても、やはりこれが承認されている。^(六)しかし明治政府がとくにこの理論の影響をうけ、これを積極的に土地制度の変革に適用した形跡はみとめられないようである。

これはつぎのような事情によるものであろう。第一、明治政府がヨーロッパ法理に抛りどころを求めようとしたとき、焦眉の急として要求されたのは、目前の封建的領主権の排除そのものであり、そのために、ヨーロッパにおいて分割所有権関係の解体の結果つくりだされた、私的所有権そのもののみが、きりはなされて模範とされ、参照された。第二、外国法理のうちでも、ドイツなどと異なり、分割所有権をすでに充分に克服したフランス民法が参照され

た。もちろんフランスでも、さきにのべたように、分割所有権理論はあったが、プロシヤなどの場合に比べれば微力であり、日本の場合に似て、*domaine utile* はすでに私的所有権の実質を承認されており、*domaine direct* はむしろ一種の *servitude* として公的な色彩を濃くし、*propriétaire* とよばれたのはもっぱら *domaine utile* の帰属者であつたとされているのである。^(七) 第三、日本にあつては、フランスの場合に似て、領主権はむしろ公的な、政治的な権利としての性格をつよくしており、現実的土地保有者の権利は、私的所有権としての実質をかなり明白にしていた。^(八) そのため領主権を上級所有権として構成することは、かえってマイナスであつた。

大要以上のような理由から、明治政府においては、問題となりえた第一の機能もとくにその効用をもたず、むしろそれを拒否したものと見てよい。そしてこのことは、きわめて重要な意義をもつた。すなわち、これによって、一方では、つぎにのべる領主的反動の克服をもたらし、他方では直接の耕作権を弱体化し、地主的土地所有の形成を可能ならしめることになつたからである。

(五) プロシヤでは、これが民法上の制度として承認されており、しかもこの立法は、オースタリーやバーデンなどの法典編纂に對しつゝの影響をおよぼした。² Hedemann, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert*, 1930, Tl. 2, S. 4~5.

(六) フランスにおける分割所有権理論につき、Hedemann, a. a. O. S. 4. 当時のわが国の註釈書にもつぎのような表現がみられる。ヨーロッパの状況につき、「農夫ハ有益ナル所有權 (*domaine utile*) の直訳であらう……高島) ヲ有シ貴族ハ直接ナル所有權ヲ保存セシモノト云ヘリ」。また、わが国に関する説明として、「貴族並ニ寺院ハ多少明白ナル方法ニテ記憶スル能ハサル古代ヨリ農夫ニ依リ耕作セラレタル土地ノ直接所有者ノ如ク看做サレ而シテ農夫ハ……有益所有權ノ一種ノ如キモノヲ有セシ

モノト云ヘシ」。「然レトモ此有益所有者亦常ニ其受地一切ノ区域ヲ自カラ耕作スルヲ得サリシカ故又更ニ果実ニテ借貸ヲ扱ハシメテ永小作即チ永久ノ賃借ナル名称ヲ付シ一部ノ讓地ヲ為セリ但シ此新タナル受地人の權利ハ唯耕作スヘキ表面ニノミ止マリ従前ノ受地人ハ地底ヲ保持セリ」(ボアソナード再閱修正民法草案註釈第二編物權三七—三頁)。ここでもやはりふたつの關係をわけているが、後の場合について下級所有權の觀念を用いず、地表所有權の觀念を別個に用いている点は興味ふかい。

(七) Hedemann, a. a. O. S. 4.

(八) この点につき、小倉武一「土地立法の史的考察」一頁以下。

このように、分割所有權の觀念は、明治政府によって、積極的に用いられることはなかった。しかしこの考え方は、わが土地制度の変革期において、まったくなんらの機能をもたなかったわけではなく、さきにも指摘したように、むしろ明治政府の政策に対する抵抗のうちにその実現をみることとなったのである。

まず分割所有權の觀念は、領主的反動にむすびついてひとつの作用を示す。明治維新においても、いわば領主的土地改革の方向が存在した。たとえば、弘前藩などでみられたような、地主からの土地買上げ、士族への給付などにより、士族をなしくずしに土地所有者に転換せしめていくとする「帰田法」、土佐、長州などで、禄高以上の収入ある支配地について、私的所有をみとめ、これをさらに禄券にきりかえてその私有を確認し、「私有之不動産」として売買をも許す「家産法」などのころみがあった。これは、地主的土地所有の形成に対し、領主權の一部を私的所有に転換させようとするものであり、実質的に、一種の分割所有權的な觀念に依拠した企図であったといえる。^(九)そして、廢藩置県と、それにともなう、田畑勝手作許可、土地永代売買解禁、地券交付、禄券法や帰田法実施の中止令、

質入書入規則、地租改正などの一連の施策は、右の観点からいえば、領主権の私的所有権への移行のくわだてを、一挙に葬りさるものとしての意味をもっていた。⁽¹⁰⁾

このような領主的反動の企図は、地租改正の案としてふたたびあらわれる。旧貢租をそのままとして払下げ、これを私有財産化しようとする、南部彦蔵の分一税法案がこれを示す。この案は、地券制度を用いて、土地に分割所有権をみとめ、旧貢租権を「公有ノ実利」となずけて、上級所有権としてあつかい、旧作徳権を「私有ノ実利」となずけて下級所有権とする。そしてこれらを独自の地券に化体して流通させ、華士族がこれを取得することを可能にする、というものである。⁽¹¹⁾ ここではかなり明白に分割所有権観念そのものが用いられているが、どのようにしてこのアイデアがえられたか、どのようにヨーロッパの分割所有権理論がこれに影響をおよぼしたかはあきらかでない。外国の事例の参照として、南部は、帝政ロシアの農奴解放の事例をひき、農奴解放のきびしい条件からみるならば、わが国の農民の解放はきわめて寛大な条件でおこなわれたのだから、華士族は充分保護されてしかるべきだとしているのである。⁽¹²⁾

(九) 古島敏雄編「日本地主制史研究」二七九頁以下。

(一〇) 古島編、前掲二八四頁。

(一一) 福島正夫「地租改正の研究」一四四頁以下。

(一二) 福島、前掲一五一—一五二頁。

明治政府が、分割所有権的な観念を拒否し、端的に、既成の私的所有権の範型によって、強引に土地所有権を形成

していったことは、たしかに、領主的反動を抑えて近代化を推進するという方向に、有効に作用したものとおもわれる。だが、このことは同時に、対利用権関係、とくに、そこにみとめられる、もうひとつの分割所有権関係において、下級所有権者としての直接耕作者、小作料負担者たる農民の利用権を軽視または無視すること、ひいては一般に利用権者の地位の弱体化をもたらすという結果にみちびいたことも否定できない。この耕作権の弱体化と地主の権利の確保は、農村における封建遺制の温存をもたらし、近代化に対して、阻止的要因として作用することになる。つまりこの場合の「一地一主」の確立、分割所有権関係の解体は、直接耕作者の近代的所有権者への形成という方向を示すことなく、寄生地主を基準とする徴税上の手段とむすびついた、単一の所有権者の選択の手續を意味するにすぎなかったのである。このことは当然に、農民の側からの抵抗をひきおこすことになった。そしてその基盤、拠点は、やはり、とくに農民が従来もっていた権利を、一種の所有権として意識するところにもっとも明白にあらわれたといえよう。もちろんこの場合には、別に、ヨーロッパ流の分割所有権の觀念が影響を与えたわけではない。しかし實質的に、地租改正の措置などに直面して、利用所有権者たる農民は、自己の権利を自覺し、その保護を主張することになる。そしてこのことは、利用所有権者たる地位をもたない農民についても同様であった。しかしこの場合でも、私的所有権形成の前提としての分割所有権的な觀念を否定していく明治政府の態度は、右のような農民の主張を無視し、土地制度処理におけるきわめて重要な特徴をうちだしていく。そしてここでは、近代的所有権の形成における、国家的、権力的創出の過程が捨象され、近代的所有権は、元来旧幕以来、利用権と峻別されており、明治政府の施策は単に、それを確認したにすぎないものとする、独自の理解がうちたてられ、この処置が完成されていくのである。

(一三) 拙稿「近代的所有権の構成について」早稲田法学第三九卷二号、とくにその一一八頁以下。もちろん当時の施策のうち、「永小作の儀は元来地主と小作人との約定に候儀に付土地を小作人に買受候歟永小作の權利を地主に買受候歟双方熟議の上私有の分界可相立」(高知県令からの伺に対する指令)にあらわれたように、永小作者の權利を所有権に転化する企図がなかったわけではない。しかしこれはただちに、分割所有権関係における下級所有権の尊重を意味するものではなく、また近代的所有権の確認的理解を修正しようとするものであったとはいえない。この施策については、末弘厳太郎「農村法律問題」九五―六頁。

このような、私的所有権の形成における特質は、つぎの段階における土地法展開の前提となった。すなわち、第一段階における土地制度の特質は、領主権の排除と耕作権の弱体化とにより、地主的土地所有を、私的所有権の法的觀念のもとに形成したところにあった。つぎにきたるべきものは、これを、より安定した、体系的法規範つまり民法典によって、権力的に確定し、保証していくか、あるいはこれを修正していくことでなければならぬ。

民法典の編纂は、まさにこのような状態を前提としておこなわれることになったのである。したがってつぎに、私的所有権および土地利用権が、民法典によって、どのように規制されていくかをみていくことになる。

三 旧民法による土地所有権および土地利用権の構成と外国法の影響

1 総論

私的所有権は、右にみたように、明治政府の行政的措置によって形成されたのであったが、なおそれは、はたして

どれだけの法的保護をうけ、どのような範囲の効力をもつかが不明であり、小作権者などどのような関係にたつのかもあきらかでなかった。したがって、これらのことを法的に確定し、地租改正などのプロセスを経て形成された土地制度を、体系的な法規範によって明確に保障することが強く要望されることになったのである。ここに民法典による、土地制度の確立期をむかえることになる。この役割をはたすのは明治民法であったが、それ以前すでに、まず旧民法が、施行はされなかったにせよ、ともかくも公布された法律として、そこにひとつの土地制度のプランを展開したことはきわめて重要な意義をもっている。なぜなら、旧民法は、もちろん大筋において、明治政府のおしすすめた土地制度変革の方向を民法的に確認し、促進したのではあるが、そこにはなお、この段階で形成された土地制度を、変容させ、修正するという要素もみとめられる。したがって、明治民法は、このような旧民法の態度をふたたび修正することによって、地主的土地所有の確立を完成していくことになるのである。そこで、まず旧民法が構想した土地制度とこれに対しておよぼした外国法の影響を概観し、ついでこれがさらに明治民法によってふたたび修正されていく過程、そこに作用した外国法の影響をみていこうとするのである。

それでは、土地制度の展開において、旧民法はどのような意義をもち、明治政府のおこなった土地制度変革の方向とどのような関係にたっていたか。旧民法は、自由民権論者の徹底した自由主義的民法への志向と、法典争議における延期派の主張から、明治民法の制定につながる、国権主義的、国粹主義的な方向との中間に位する、妥協的改進の性格をもつものとされている。^(一)そして旧民法を推進したものと、これに対抗したものと、同じ立法権力の内における、資本主義的変革の構想を異にする、ふたつの勢力にほかならなかった。^(二)このような性格をもった旧民法が、第一

の段階において形成された土地制度に対して示した関係は、つぎのように解することができる。まず旧民法は、それが構想した資本主義的社会像において、明治政府の土地変革の方向と、根本的には異なっていない。しかしながら、この旧民法のえがいたブルジョア的社会像のイメージは、地租改正などにあらわれた土地変革の方向を修正する要素をふくみ、これにより、地主的土地所有の確立による、近代化の歪曲を阻止するという役割を担うことができたものといつてよい。この態度は、とくに、本来の意味における所有権の絶対性の強調、利用権の強化などのうちにあらわれる。ここに利用権強化といつても、旧民法は、農民保護の社会的な意図をもっていたわけではない。またとくに旧慣を尊重したわけでもない。むしろ旧慣排除のうちに近代化への意図を示したものといえよう。だから旧民法における入会権規定の欠除なども、別にその趣旨において、利用権強化の態度と矛盾するものではなかった。^(三) また旧民法のこのような態度は、決して、地主と利益権者間の近代的な対立関係の発生、したがってまたこれに対する将来の特別立法による規制の必要性を阻止するものではなかった。

ここにみてきたような旧民法の性格は、その範型となつたフランス民法の性格と密接にむすびつくものである。たとえばフランス民法のえがくイメージは、自然法的な所有権の絶対性の強調とともに、企業活動の保護の考慮よりする利用権強化の方向をうちだしたものであり、これらの点で、わが国においては、地主的土地保有の保護に抵抗する結果をもたらすことになる。しかし、全般的にフランス民法の影響が甚大であるとはいへ、個々の点では、編纂者のかなり自主的な、独自の判断にもとづく規制も多いものと考えられる。それゆへ、旧民法を推進する努力が、どのようにフランス法の影響とむすびつき、あるいはこれを拒否、修正しつつ、法典を起草していったかが問題となるので

ある。

このような勢力によって推進された旧民法の草案は、法律取調委員会や元老院などの審議の過程において、はやくも抵抗に遭遇し、変改を余儀なくされることになる。そこでほとんどに、人事編の進歩的な内容が修正された。^(四)しかし財産法の修正は、この段階ではまだ、それほど問題になっていない。^(五)

(一) 小倉、前掲一六五頁。

(二) 小倉氏は、民法典編纂を指導した明治政府のブルジョア自由主義派と、これに対抗する明治政府の地主層の利害の代弁者としての農商務省の官僚派の対立を指摘される。小倉、前掲二〇二頁。

(三) 旧民法が入会権についての規制を欠いたことにつき、小野、前掲「史論」三五三頁、小倉、前掲一七八頁。

(四) 石井良助編「明治文化史」法制編五一五頁。

(五) このことのひとつの理由としては、身分法ほどには、財産関係の規定の近代性の意味が容易に理解されなかったことが考えられるであろう。法典争議において専門家が攻撃に起上ったときでさえ、財産法の部分に対する非難は、無理解やこじつけによるものが多かったことも、これを物語っている。旧民法に対する反対論については、星野通「民法典論争史」一二九頁以下にあげられた法典延期および断行意見参照。

いまみてきたように、旧民法は、一般的に土地支配関係の規制において、地租改正などにあらわれた地主的土地所有の確立の方向、そこからうまれる近代化の歪曲に対する抵抗という作用をもちえた。そこで、旧民法における土地制度が、どのような外国法の影響にむすびついていたかを考えてみる必要がある。

まず旧民法は、圧倒的に外国法とくにフランス民法の影響をうけているといわれる。^(六) このことはもちろん根本的には正しい。そしてこれは、フランス民法が、旧民法の推進力たる起草者や、これを支持する勢力がえがいた、ブルジョア自由主義的な社会像に、もっともよく一致するためであった。しかし土地制度についての規制は、必ずしもフランス民法のまったくの模倣とはいえず、独自の判断にもとづくその修正もふくまれている。旧民法のとったこの独自性は、たとえばボアソナードのつぎのような言葉のうちにも示されている。「日本政府ノ外国法律ヲ参酌シテ新民法ヲ起草シ若クハ之ヲ調査シ之ヲ審議シタル諸官人ハ汲々乎トシテ外国法典中不完全ノ点ヲ補正セン事ヲ欲シ就中外国法典中之ヲ日本ニ採用スヘクシテ其法文ノ不明ヨリ生スル疑義アルモノ、如キハ最モ之ヲ詳明討求シ許多ノ紛議ノ生スルヲ拒キ……」。^(七) また、草案註釈も、「此民法タルヤ仏蘭西民法ノ大体ノ図画ハ勿論数多ノ条例及ヒ其字句ニ至ルマテ其儘採用シタ」ことをみとめながらも、なお、「亦深ク変更シ及ヒ屢々改良シタル事項モ亦鮮キニアラス」としてゐる。さらに、フランス民法以外に参照した外国法として、まず一八六六年の「伊太利新民法ヨリモ亦利益セシ所アリ」とするが、右のような事情から、「時トシテハ我草案モ亦伊太利民法ノ改正シタル所ニ従フ事アリ又時トシテハ草案ノ模範タル仏伊両国ノ民法ト方向ヲ異ニスル事モアルヘシ」とのべている。^(八) これらはある程度旧民法に対する、外国法の全面的模倣を理由とする攻撃を意識したものであったにせよ、個々の制度を検討した場合、これを承認せざるをえないのである。

(六) 小野、前掲三五四頁。

(七) 本野一郎・森順正・城数馬「日本民法義解」のボアソナードの序文。

日本の近代化におよぼした外国法の影響

(八) 「修正民法草案註釈」五頁。

つぎに土地制度に関する各権利のうち、とくに農村における土地制度の確立に密接な関係をもつ所有権、永小作権、賃借権を、農地所有、農地利用の観点からとりあげ、その各々の構成、処置についての外国法の影響を検討したいとおもう。

2 所有権の構成

旧民法草案は、自然法思想にもとづき、まず、所有権を、「最モ廣ク物ヲ使用シ収益シ及ヒ処置スル自然ノ權利」^(九)として構想した。しかしこれはのちになって修正され、自然権としての表示は削られた。また旧民法の解釈における所有権の構成は、必ずしも最初に構想されたような、自然法的なものとしてはおこなわれなかった。当時の註釈書の多くは、所有権の根拠をとりあげ、これについての諸学説の紹介と批判とを掲げているが、そこでは自然法説も、またベンタム流の法律説までもすでに不適当とされているのを見るのである。^(一〇)こうしてフランス民法における所有権の絶対性に対する批判もすでにあらわれていたのである。^(一一)

(九) 「修正民法草案註釈」九二頁。

(一〇) 本野・森・城、前掲一三頁、堀田正忠・森順正「民法精理」物上権ノ部五頁以下。

(一一) 本野・森・城、前掲はいう。「然リト雖モ万般ノ權利ト同シク所有權モ亦タ全ク制限セラルムコトナキ絶対ノ權利ニハラス……真ニ絶対ナランニハ必ス制限セラルム所ナキヲ要ス是ニ於テカ相互ノ權利時ニ衝突スルコトアルベク又個人ノ權利」

般ノ公益ト併行ス可カラサルニ至ラン是故ニ我民法ハ民法ノ所有權ヲ以テ絶対ノ權利トセルニ倣ハサリシナリ」(同書三〇—三一頁)。また、相隣関係を法定地役として構成したことも、別に所有權の絶対性の強調からくるものでないことを指摘する(同書三六—三七頁)。

本来フランス民法における所有權の絶対性という觀念は、對國家の關係において、所有權の尊重を要求する、自由主義的な主張に立脚するものであった。旧民法において構想された所有權も、このような意味での絶対性を予想されていたものといつてよいが、たとえこの絶対性が、註釈書において批判されたとしても、それは、のちにのべるような、現行民法における國家主義思想にもとづく絶対性の制約とは、異質のものであったということができよう。そして、このような所有權の國家に対する尊重要求という意味での絶対性は、資本家的經濟活動の基盤としての土地利用權の尊重、強化と、なんら矛盾するものではなかった。近代的所有權は、中世的な土地支配の整理のうちにうまれてたものであり、分割所有權的な性格の利用權には反撥するが、近代的利用權の強化そのものには必ずしも敵意を示すものではなかった。つまり所有權の絶対性は、しばしば指摘されるところとは異なり、對利用權における所有權の優位とは、元來無關係のものである。所有權の絶対性がともかくも強調された旧民法において、利用權強化が意図され、反對に、所有權の絶対性が強く批判された現行民法において、かえって利用權の弱体化が企図されたことは、この關係を示すものとして興味深い。そして外國法が、所有權の構成をとおして日本の近代化におよぼす影響を考える場合、とくに土地利用關係における封建遺制の克服という点に着眼するならば、抽象的な絶対性よりも、むしろ所有權の對利用權關係における構成こそが問題となるであらう。

ところで、対利用権関係における所有権の構成は、フランスにおいて、きわめて特殊な性格を示す。すなわちそこでは、所有権の絶対性は強調されるが、対利用権関係についての所有権の特殊性については、比較的無関心、無神経だといえることができる。^(二)これは例の、*démembrement de la propriété* の理論のうちにもあらわれる。この理論は、利用権、とくに用益権をもって、所有権の権能の分離したものとして把握する。^(三)したがって、ここでは、近代的用益物権の構成における理想像としての、所有権と用益物権との質的峻別、所有権をもって諸権能の単なる総和と考えることの否定、所有権の弾力性の強調などと抵触する所有権像がえがかれていることになる。しかもこの理論は、他の点については、フランス民法に必ずしも盲従していないわが国の学者によっても、ほとんど例外なく採用され、支分権の名のもとに展開せしめられている。^(四)してみると、このようなフランスの所有権構成は、さきにのべたような観点からして、わが国の近代化にとって、重要な影響をおよぼしたものと考えてよいとおもわれる。

(一二) 近代的所有権の諸特質の關係について、前掲拙稿。

(一三) Ripert, Boulangier, *Traité de Droit Civil*, 1957, t. 2, p. 738.

(一四) 「修正民法草案註釈」一三九頁。

3 永小作権の構成

旧民法は、永小作権についての規定を設けることなく、永借権という、より一般的な物権制度について規定している。ここでとくに、現行民法に対比して問題となるのは、永借権自身の規定よりも、これに関して提起されてくる、

旧来の永小作権の処理であつた。さきにも指摘したように、下級所有権としての性格をもつ永小作権をどのように処理するかは、地主的土地所有の形成にとって、きわめて重要な意義をもったからである。

旧民法は、永小作権の処理については、将来別個の特別立法に委ねようとする態度をとつた（旧民第一五条第五項）。このように、旧民法のうちには、永小作権の処理についての規定は存在していないが、少なくともここでは、下級所有権的な永小作権は普通の用益物権とはまったくちがった取扱いをするべきであきらかにされているのである。^(二五)そしてとくに注意すべき点は、旧民法についての理論のうちに、将来このような永小作権を、原則的に所有権者にしていくこうとする態度が示されることにおいて、地租改正においてあらわれた地主的土地所有の形成に抗する方向がうちだされているのを見るのである。このような態度は、やはりフランス法の影響によるものであつたとおもわれる。

「修正民法草案註釈」は、将来の永小作処理のプランについてつぎのようにのべている。「将来ノ立法官タル者買戻ノ方法ニ依テ永賃借ノ了終ヲ与フルノ処置ヲ取ル事ヲ要スルトキハ二名ノ有権者中其買戻ヲ許ス可キ者一名ヲ撰択スルニ敢テ狐疑スル所ナカル可シ。而シテ其代価ヲ払ヒ以テ永借ニ付シタル土地ノ關係ヲ免レシムル事ヲ得ル者ハ其土地ノ所有者ニアラス」。「毎歳ノ借料ニ数倍シタル元金ヲ以テ所有者の賃借地ヲ買戻シ其負担ヲ免除セシメ其免脱ヲ受クル事ヲ許ス可キ者ハ永借人タル可シ」とする。^(二六)そしてその理由としては、つぎのことを指摘している。「永借人ハ其真心ト利益トヲ以テ土地ニ付著スル事はレナリ実ニ永借人ハ幾ント其土地ヲ造出シ之ヲ培養シ其汗膏以テ之ヲ灌漑スル者ナリ然ルヲ強テ賠償ヲ以テ其土地ヲ剝奪スルハ是レ賃借人ノ頗ル其活潑ニシテ貴重且正当ナル感覺ヲ破却ス

ルモノナリ」。(一七)

これはもちろん民法の規制そのものではないが、民法の永小作権規制の背後によこたわる永小作権処理についての構想として、明治民法の場合のそれと比較するとき、両者の差異が明白となるであらう。

(一五) 本野・城・森、前掲六二三頁。

(一六) 「修正民法草案註釈」三七七頁。

(一七) 「修正民法草案註釈」三七八頁。なお註釈書にはつぎのように説明したものである。『仏国ニ於テハ第一革命ノ際永遠無期ナル「アンウイテオーズ」ヲ廢シ為メニ借貸所得權買戻ノ方法ヲ規定シタリ即チ賃借人ヲシテ其年々ノ借賃ニ數倍スル金額ヲ賃借人に払ハシメ而シテ完全ナル所有權ヲ賃借人ニ移スコトヲ為シタルモノ是レナリ我カ将来ノ立法者ニ於テ此例ヲ襲用スルニ至ルモ未ダ知ル可カラサルナリ』(亀山貞義・宮城浩蔵「民法正義」財産編卷部卷之式一九七頁)。

4 賃借権の構成

旧民法は、賃借権を物権として構成している。このことは、土地利用権強化の態度のひとつのあらわれとして理解することができよう。それは、形成された地主的土地所有権を前提とする、利用権強化の阻止、利用権者の不安定な地位を基盤とする人的隷従関係の温存などの方向に対し、重要な抵抗をおこなうところのものであった。そしてこの場合物権化の意味は、とくに賃借権に対する対抗力の承認、「売買は賃貸借を破る」ことの阻止にもとめることができる。なぜならここに債権としての賃借権の最大の弱点が宿りうるものであり、契約内容にかかわらず賃借権者

の地位を一挙にくつがえす危険を生じ、したがってこれを基盤とする隷従関係の維持をみちびくからである。^(一八)とすれば、賃借権の物権化によりこの弱点を除き、地主の変更によって影響をうけることのない小作権を法的に確立することは、小作関係の近代化を促進するためにきわめて重要な作用をもつものであった。

(一八) この点を強調するものとして、末弘、前掲一四七頁以下。

では、このように重要な意味をもつ賃借権の物権としての構成は、どのような外国法の影響のもとに成立したものであろうか。旧民法の主要なモデルであったフランス民法は、その第一七四三条において「売買は賃貸借を破らない」ことをみとめてはいるが、別段賃借権を物権としたことを明言しているわけではない。そこで、賃借権物権化についての根拠が問題とならざるをえなかったのである。

第一に、これをやはりフランス民法の直接の影響に帰することも考えられる。なるほどフランス民法典そのものは、賃借権を物権としてはいないが、そして解釈としても通説はその物権性を否定するが、なお物権説がないわけではなかった^(一九)ので、これらの説が影響をおよぼしたと考えることも不可能でない。またもし、売買によって破られないところに物権化の意義を求めたとすれば、それはフランス民法第一七四三条などの趣旨の展開ということにもなるだろう。^(二〇)

第二に、これは、旧民法独自の、外国法の影響を直接にうけない立法態度であったとも考えられる。この考え方のうちにも、その根源をもっぱらボアソナードの個人的見解に求めるものがある。^(二一)また、ボアソナード個人の見解というよりも、一般に、起草者の独自の社会的経済的判断にもとづくものとする見解もある。^(二二)

(一九) たとえば、本野・森・城、前掲書につきのような記述がある。「新法ト反対ノ思想ヲ抱ク者ハ曰ク賃借人ノ權利ハ唯人權ナルノミ物權ニ非ス新民法ノ母法タル仏国民法ノ如キ其何レニ屬スルヤ之ヲ明定セル法文ナク曾テトロロンガ物權説ヲ主張スルヤ一ノ學者之ニ唱和シタルモ今日ニ至テハ已ニ一般ノ排斥スル所トナリ物權ナラサルコト確定セルニ非スヤト実ニ然リ」(三八五頁)。また、「或學者ノ如キハ……賃借權ノ物權ナル旨ヲ主唱セリト雖トモ民法ノ沿革ニ徴スレハ此説ヲ是認スルハ頗ル困難ナルニ似タリ」というような説明もある(井上操「民法詳解」物權之部三〇七頁)。

(二〇) これに対し、賃借權の物權化は單に仏民法一七四三条の導入にとどまらないことを明言するものとして、龜山・宮城、前掲書は、物權的請求權の必要性などをも指摘し、債權としては、「此他種々ノ不便アルヲ免カレサルヤ必然ナリ」とする。そしてここからつぎのように結んでいる。「故ニ仏民法ノ例ニ倣ヒ一二ノ特例ヲ設クルモ到底賃借人ノ權利ヲ保護シ之ニ安心ヲ与フルニ足ラサルヤ言ヲ俟タサル所ナリトス」(同書八一九頁)。

(二一) 江木衷「日本民法財産篇物權之部」はいう、「我カ民法ハ起草者タルボアソナード氏ノ一個ノ新發明ニ依ル制度ヲ採用シ賃借權ヲ以テ物權中ニ列シタリ」。そしてこのような立法をおこなった立法官をかなり手酷く批判している(同書三九〇頁)。

(二二) たとえば井上、前掲書は、賃借權の物權化は、沿革によつたものではなく、「我法律ニ於テハ社会經濟上の理由ニ基キ賃借權ヲ以テ断然物權ナリト明記」したものと解している(同書三〇六―七頁)。また本野・森・城、前掲書はいう、「斯ノ如ク賃借人ノ權利ヲ以テ一個ノ物權トスルハ泰西ノ法律ニ於テ之カ模範ヲ求ムヘカラス新法ノ特色ニシテ為メニ其制定ニ当テヤ法律編纂ノ任ニ当レル者ノ間ニ於テスラ議論盛ナリシカ如シ」(同書三八四頁)。

以上の諸見解などを考慮すると、結局、フランス民法に直接模範を求めたというよりも、立法官独自の判断から、あえて先例に背いてこれを物權化したことが実情であつたようにおもわれる。そしてここでとくに注意すべきは、賃

借権を物権とすべしという独自の判断の根拠である。この点箕作麟祥の議會答弁などでは、なお漠然としているが、(二三)

当時の註釈書においては、賃借権を強化すべき社会経済的必要性が、かなり情熱的に強調されているのを見るのである。(三四)このような論者の頭脳のうちには、おそらく、一方に近代的所有権を前提としながら、他方に、資本家的企業の運営者としての賃借人の、経済活動の姿がえがかれていたものといえるだろう。そしてこのような社会像にもとづく規制は、おのずから利用権者の強化、前近代的社会関係の温存の阻止という効能をはたしうるものであったとおもわれる。

(二三) 「其が物権になっていることは賃借権を是迄より鞏固に確かなものにする方が宜しいと云うので斯うしたのである。所有権とは違ふけれども併しながら何時でも所有者の勝手次第にされるものでないから確実なものにするために物権としたと云うことです」(大日本帝國議會誌一卷一六〇八頁)。

(二四) 井上、前掲書はいう、「何カ故ニ賃借権ヲ以テ物権ト為ストキハ能ク社会経済ノ理ニ適スト為スカ曰ク凡ソ工業商業ヲシテ繁盛ナラシメ又農業ヲシテ宏大ナラシメントスルニハ須ラク先ツ家屋賃借人、土地賃借人ヲシテ安堵就業セシムルノ道ヲ講セサル可カラス若シ夫レ賃借人ニメ(?)何時第三取得者ノ為メニ奪却セラルムヤ知ルヘカラサルノ恐ヲ抱カシ乎寧ソ莫大ノ資本ヲ投シ広大ノ事業ヲ企ツル事アラシヤ然ラハ則チ商工振ハス農業盛ナラス人民ハ貧窮ニ社会ハ衰弱シ復タ回復ノ期ナキニ至ラン如此ハ決シテ公益ヲ図ルノ策ニアラサルナリ」(同書三〇六―七頁)。また、つぎのような説明もある。「若シ斯ノ如クニシテ何等ノ保護ヲ与フルナク賃借人ノ地位ヲシテ危険ノモノタラシメハ社会ニ於テ最も普通ニ且ツ最も必要ナル賃借契約ハ大ニ阻害セラレ為メニ一般経済上ノ害ヲ為ス豈鮮少ナランヤ而シテ之カ救済ノ策ハ唯物権タル性質ヲ付スルニ在リ然ラハ則チ新民法ノ精神ハ実ニ公益ノ為ニ必要ナル保護ヲ与フルニ在リ」(本野・森・城、前掲三九三頁)。また、「日本草案ハ仏蘭西

及其他諸國ニ於テ此權利ニ与ヘタルヨリハ一層堅牢ナル性質ヲ之ニ与ヘ以テ賃借人ノ權利ヲ固ウシ土地ノ賃借ニ於テハ農業ヲ益シ又家屋ノ賃借ニ於テハ商工ノ業ヲ益セリ」〔修正民法草案註釈〕二八一頁。

四 明治民法による土地所有権および土地利用権の確立と外国法の影響

1 総論

旧民法は、いままでみてきたように、明治政府の土地政策に対する抵抗の要素を包含し、それが施行されたとすれば、利用権の強化などをおして、地租改正によって形成された土地制度を修正し、その近代化を促進するという機能をもつべきものであった。これに対して明治民法は、明治政府の形成した、地主的土地所有を中核とする土地制度を法的に確立し、これによって実質的に、近代化に対するマイナスの機能をはたすことになったのである。^(一)この場合明治民法は、その成立において、旧民法に対する攻撃の姿勢をとり、そこに含まれた近代化にとつての促進的要素をふたたび修正していくという方向を示した。そうして、これを推進し、支持したのは、明治政府におけるブルジョア自由主義派に對立する、保守的、國家主義的、國粹主義的な勢力であり、その基盤をなす地主階級であった。^(二)したがって、とくに土地制度にあつては、明治民法による旧民法の克服は、自由主義派によって推進された旧民法の土地規制を不満とする地主階級の反撃をも意味したのである。^(三)

このような意味と作用をもつ明治民法は、どのような外国法の影響のもとに形成されたか。反旧民法の態度を基礎とした明治民法にあつては、当面フランス民法が批判の対象とされることになるが、むしろここでは、ある意味にお

いて、ヨーロッパ諸国の近代民法全体が、一律に批判の眼をもって眺められていたともいえる。このことは、土地制度の規制においていっそう顕著である。現に編纂の任に当たった学者のいうところによれば、物権法、とくに永小作権の部分では、わが国の慣習が充分に参酌され、外国法の影響はきわめて少なかったとされているのである。^(四) たしかに明治民法は、旧民法とは異なり、何回かの慣行調査をとおして、小作慣行などをあきらかにする努力の上に編纂された。すなわちここでは、とくに、自主的な判断によって外国法の模範の取捨選択がおこなわれ、わが国独自の土地制度の規制の態度が明白にうちだされた点が注意されるのである。

つぎに、所有権・永小作権・賃借権のおおの構成について、このような問題を考え、これらの制度が、日本の近代化に対してはたした役割と、これに対する外国法の影響を考えていくことにする。

(一) 牛山、前掲論文、とくに一三〇頁以下。

(二) たとえば法典実施延期意見(法学新報第一四号社説)はいう、「抑新法典ノ材料ヲ成ス歐洲民法ノ条項タルヤ、十八世紀以來仏国革命ノ余響ヲ受ケ徹頭徹尾個人主義ト民主主義トニ範ヲ取り、国家思想ニ闕ク所アルハ夙ニ學者ノ認ムル所ニシテ其之ヲ共和政治ニアラサル社会ニ適用スルノ得策ニアラザルハ更ニ疑ヲ容レザルナリ(傍点高島)」(星野、前掲一四七頁)。

(三) 小野、前掲三五四頁。

(四) 編纂者の一人富井博士は、その書簡でつぎのようにのべている。「大体の事を申さば、物権篇殊に土地に関する部分は各国の慣習及経済事情等によりて著しく法制を異にし、立法例区々に互り居候故に、此の部分起草するに当りては、彼の債権編などと異なりて、外国法を参考に供せる事少く、成るべく本邦従来の慣習に従い……」(小野、前掲三八三―四頁)。

2 所有権の構成

明治民法における所有権構成の特徴として、第一に、とくに国家主義的な立場から、所有権の絶対性の觀念が、かなりの程度ふりおとされたことを挙げるべきであろう。さらに第二には、対利用権の關係において、所有権の優位が、理論的に強調されるにいたったことを注意すべきである。そしてこのふたつの特徴において、明治民法は、旧民法との鋭い対立を示すことになる。ここでは、さきにも指摘したように、所有権の絶対性やその制限が、実は利用権の強化やその弱体化と、直接にむすびつくものでないことがあきらかに示されている。本稿では、明治民法における所有権構成の特徴を、とくに、フランス民法を学んだにもかかわらず旧民法の強い批判者であり、明治民法の編纂委員でもあった、富井政章博士の諸説を中心としてたしかめていきたいとおもう。^(五)

まず所有権の構成を検討するために、その前提をなす、旧民法に対する全般的批判からみていかなければならない。富井博士は、旧民法全般に対する批判の態度をその根底にもっている。すなわちその貴族院における旧民法延期案についての賛成演説で、旧民法が少数の外国法（仏・伊民法）を参照したにすぎないことを難じ、また一八〇四年に制定され、もはや時代おくれとなった古いフランス民法をとくに参酌したことの不適當な所以を論じている。^(六)さらに博士はそのなかで、旧民法の思想的基礎をなした自然法思想、天赋人權説を非難するのである。^(七)

(五) 同じ現行民法の編纂委員であるが、旧民法の実施に賛意を表明していた梅博士の諸説については、平野前掲二九頁以下。

(六) 「富井男爵追悼集」日仏会館一五七頁以下。

(七)

「それから此始終基礎となつて居る考が古い、昨日出ました自然法と云ふ考が……天賦人權と云ふ考が始終となつて居る此自然法といふ考は今日の学問の上から見れば全く歴史上……歴史上の遺物である、既に十八世紀の夢と消えた考である、例へば財産編の第三十条を読むに所有權と云ふものは自然法に依りて我々が有する權利であると云ふことは明に分る、三十条の第二項に所有權と云ふものは法律を以てするにあらざれば制限するを得ずとある、法律を以てするにあらざれば制限するを得ずと云へば、既に法律よりも前に我々の持つて居る權利であると云ふことを云つて居る」(前掲「追悼集」一五九—一六〇頁)。

このような基本的な態度の上に、富井博士は、民法系において強調された所有權の無制約性を批判する。そうして、所有權は広汎な支配を許されるものではあるが、あくまで法律に定めた範圍で存立するもので、決して無制約ではありえないことを指摘し、旧民法財産編第三十条などにあらわれた考え方、すなわち所有權は本来無制限であるが、公益上必要な場合にかぎり、国法をもつて制限しようとする態度を、「固ヨリ權利ノ基念ト相容レサル見解ニシテ立法史上ニモ根拠ヲ有スルモノニ非」ざるものと断ずるのである。かくて明治民法の所有權規定の意味につき、『我民法第二百六条ニ「所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ云云」トアルハ即チ此觀念ヲ排シタルモノト謂フヘシ』とするのである。^(八)

すでに旧民法の註釈においてさえ、所有權の無制約性に対する批判があり、純粹に理論的に考えるかぎり、これはその展開にすぎないものとも考えられる。しかし明治民法における無制約性批判は、いまみてきたように、フランス民法などが国家觀念を欠いているというような批判を背景としていることにおいて、明治政府の一種の絶対主義的性格の確立期に対応するものとしての特質をもつことにおいて、あきらかに旧民法におけるような自由主義的な所有權觀との対比を示すものといわねばならない。^(九)しかし同時に、この所有權構成は、警察命令によっても容易に制限しう

るといふような徹底した国家権力の優位に対しては、なお一線を画していることに注意すべきである。だとすればここにあらわれた所有権の絶対性の制限は、地主的土地所有そのものの存立を脅すものではありえなかった。元来、フランスなどにおける、所有権の特質としての絶対性は、その個々の内容に関するものというよりも、国家に対する所有権尊重の要求、市民的自由の主張、中世的拘束の復活への強い反対という要素をもち、実定法理というよりは、むしろ思想的、原理的なものの表明であつたといえる。そしてこのような思想的要素は、明治政府の保守的勢力にとつても、またこれを支持する地主階級にとつても、ひとたび領主権の排除によって私的所有をうちたてた以上、決して歓迎すべきものではなかつた。したがつて、このような性格をもつ所有権の絶対性の否定は、実定法的に、自らの所有権の作用に影響がないかぎりにおいて、なんら反対すべきものとはならなかつたであらう。この場合地主にとつてとくに問題となるのは、実際に影響のない原理的な所有権の絶対性の確保ではなく、利用権に対する所有権の優位の確立、旧民法におけるような、利用権尊重の態度の修正だったのである。かくして明治民法にあつては、所有権は一方においてその絶対性を否定されながら、他方利用権との関係においては、これに対する優位を確保していくことになる。そしてこの対利用権の関係における所有権の優位は少なくとも外形上、所有権対利用権の典型的に近代的な構成によつて支持されるのである。これを近代的所有権の構成という点からみれば、絶対性というような对国家関係における特殊性の強調と、弾力性のような、内容における特殊性のふたつの性格の強調のしかたが、ちょうどフランス民法の場合とは反対になつてくるのであり、そこではむしろドイツの場合に類似した傾向があらわれてきたものといえるだろう。

(八) 富井政章「民法原論」二卷九——二頁。なお「民法修正案理由書」にもほとんど同様の説明がある(同書一八二——三頁)。

この趣旨は他の註釈書にもみられる。亀山貞義「民法物権編講義」卷之一は、「所有權ハ人定ノ法律ニ基因スルモノト爲ス説」を近來最も有力な學說とし、「故ニ我修正民法ニ於テモ旧民法ノ主義ヲ改メ遂ニ此說ニ從ヒタル」ものとする(同書六一——七頁)。

(九) 小野、前掲書はこの点につきつぎのように指摘する。「旧民法と異り、絶対的な所有權から制限的な所有權へ移行行かんとする傾向が看取せられるのは私有權に対する國家の統制が示され、茲に独逸思想の影響が幾分なりと見られるのである」(傍点高島)(同書三六〇頁)。

(一〇) 所有權の特殊性の分類などにつき、前掲拙稿。

いまみてきたように、明治民法においては、所有權の絶対性に対する批判がなされた一方、少なくとも外形的に、近代的所有權と利用權との理想的な關係の像が、理論的に、はじめて明確な姿をとってあらわれてきたことが注目に値する。そこでは、總括的支配權としての所有權の、利用權との質的な差異が強調され、弾力性の理論などがみちびかれ、*démembrement de la propriété* の觀念が排除され、旧民法の所有權構成の修正が完成していくのである。

まず所有權が利益權によって制限されるという關係につき、富井博士はつぎのように説明する。「所有權ハ諸物權中ニ於テ總括的ニ支配ヲ為スコトヲ以テ其特質ト為スモノ」であるから、「仮令物ノ使用、收益等ノ權ヲ割キテ之ヲ他人ニ移スモ是所有權者に對スル制限ニ非シテ恰モ一般支配權タルコトニ基キ所有權ノ作用ニ制限ヲ加ヘタルモノニ過キサルナリ」とする。そして、「或ハ此制限相重ナリテ所有權ハ全ク其効用ヲ為ササルニ至ルコトナキニ非スト雖モ所有權ノ根本觀念ハ之力ヲ為メニ消失スルニ非シテ唯其活動力停止セラレタルノミ從テ其制限ヲ為セル他物權ニ

シテ消滅スルトキハ所有權ハ直ニ完全ナル狀態ニ復スルモノトス所謂所有權ノ弾力性又ハ反帰性トハ即チ之ヲ謂フナリ」^(一)。此で弾力性が、明瞭に法理のうちにうかび上つてくる。そしてこの態度は、おのずから、*demenbrement de la propriété* 理論の批判をみちびくことになる。「其虚有權ニ対スル制限物權ハ地上權、永小作權等ノ用益物權ニシテ民法系ニ於テハ之ヲ所有權ノ支分權ト称ス……但此支分權ナル語ハ其範圍明瞭ヲ缺クノミナラス所有權ノ分割ヲ意義シ其消滅ニ際シテ所有權ニ帰合スルニハ更ニ新ナル取得行為ヲ要スル如キ誤解ヲ来ス弊アルカ故ニ正確ナル觀念ト謂フコトヲ得サルナリ」^(二)。さらにこのような観点から、对所有權の關係における、用益物權の期間限定の問題が意識的にとりあげられてくることになる。^(三)

このような所有權の特殊性の構成は、本来ローマ法にみられるものであるが、たしかにフランス民法理論におけるよりも、ドイツ法理のうちに比較的明白に展開されたものであり、したがってここにドイツ法の影響を看取することは不可能でない。しかし所有權の対利用權の關係における近代的構成が、少なくとも外形上、独自の立場において、忠実に、かつ画一的におこなわれたことは興味ふかい。^(四)そしてこのような構成は、その實際の作用からみるならば、利用權に対する所有權の優位を理論的に確立し、地租改正において形成されていった地主的土地所有を保障し、近代化に対してマイナスの作用をもつこととなったのである。

(一一) 富井、前掲九〇—九一頁。

(一二) 富井、前掲九二—九三頁。

(一三) 富井、前掲九四—九五頁。

(一四) わが国におけるこのような構成の特殊性につき、拙稿「近代的所有物権の構成について」早稲田法学四〇巻二号。

3 永小作権の構成

明治民法においては、永借権の制度を廃し、耕作または牧畜を目的とする物権的所有権として、永小作権の制度を承認した。そしてこのことは、立法者により、主としてわが慣行を基礎とし、旧来の、また将来の永小作関係に、法的承認を与えようとするものとして理解されている。^(一五)つまりここでは、永小作権の制度は、従来から所有権とは別個の、用益権として存在していたものの確認であることが強調されているのである。しかし、はたしてこの制度が、どのように確認的な性格をもつにとどまったかは大いに問題である。むしろそこでは、賃借権の債権的構成とあいまって、旧民法における利用権強化の方向（あるいは、私的所有権の形成における耕作権尊重の方向）がふたたび修正され、地租改正においてうちだされた地主的土地所有の形成の方向が、ふたたび法的に推進され、完成されたとさえいえるのである。

永小作権についての規制を考える場合には、やはり下級所有権的な永小作権の処理と、一般的永小作権の通常的扱いのふたつにわけて問題をとりあげるのが適当であろう。

まず近代的所有権の形成のための、下級所有権の性質をもった永小作権の処理について。明治民法は、例外なく、下級所有権的な性格をもつ、民法施行前から永久に存続するような永小作権をもすべて一律に、有期の用益物権として構成するという態度をとった。地租改正における、小作料徴収権者を中心とする分割所有権関係の解体の過程は、

ここに確認され、法的に保障されることになる。すなわち下級所有権の実質をもつ永小作権も、これによって一律に、少なくとも外形上近代的利用権に変質せしめられる。そしてこの操作における、存続期間の画一的規制なども、右の永小作権の用益権化を決定的に実現するという意味をもつものであった。ここでは、旧民法の註釈書などにあらわれた利用権強化の主張にかわって、むしろ利用権抑制の公益性こそが強調されることになった。^(一六) もちろん旧民法としても、利用権の存続期間制限を知らないわけではない。^(一七) 問題はこの期間が、明治民法では、下級所有権的な永小作権（旧民法では特別立法による別個の処理に委ねられるべきものとされた）にもそのまま適用され、期間経過による当然の、しかも最初は無償の消滅が予定されたところにある。この処理は、農民のほげしい反対にあつて民法施行法第四七条第三項の追加によつて有償に変じたが、なおきわめて不徹底な、地主側に有利なその処置が問題とされてきたのである。このような処理が、地主的土地所有の確立に對してもつた意義をおもうべきである。

つぎに一般的な永小作の規制について。ここでは、個々の規定ももちろん問題となるが、より根本的な問題として、永小作権とならんで、後述するように、債権として構成された賃借権による小作關係をも承認し、しかも現実の小作關係が永小作権によるものか、賃借権によるものが不明とされており、究極的には裁判によつて決定されることが可能ならしめられ、結局實際上、賃貸借による小作關係を原則的形態たらしめたことが考慮されなければならない。^(一九) このことは、物権としての永小作権による利用關係の保障を、實質的に、将来にむかつて制限すると同様の結果をもたらし、永小作権の規定は、ただ過去の永小作關係の整理のための、経過規定的な性格をつよくしていくことになるのである。

(一五) 富井、前掲二二〇頁。

(一六) 「永小作権ノ最長期ヲ五十年トセル所以ハ蓋其期間永キニ過クルトキハ所有權ト殆ト相抗フコトナキ強力ナル物權ヲ認ムル結果ト爲リ之カ爲メニ財産ノ流通、改良ヲ妨ケ且当事者ノ地位又ハ一般ノ經濟事情等ニ変更ヲ生スルモ既定ノ条件ヲ改ムルコト能ハサル不便アリ」富井、前掲二二六頁。

(一七) この点につき、本野・森・城、前掲六二三頁。

(一八) 梅謙次郎「民法要義」卷之二物權編二二〇頁。

(一九) たとえば、大判大正十一年三月一六日新聞二〇一一号二二頁、同昭和十三年五月二七日新聞四二九一号一七頁など。

ではこのような永小作権の構成は、どのような外国法の影響のもとに成立したものであろうか。独・仏両民法は、ともにその民法典のうちに永小作権について規定することを拒否している。したがってわが国の永小作権承認とその規定は、これらの民法の影響をうけているとはいえない。結局、ヨーロッパ諸国の民法のうちで、このために参照されたものは、永小作権の規定を保持したイタリー民法であったといわれている。^(二〇)しかしイタリー民法の影響も、それほど重視することはできないものとおもわれる。たしかにイタリー民法の諸規定は、わが民法典が、独・仏両民法から消え去ったこの制度を、慣行にもとづいて、そしておそらくは分割所有権の特殊な解体措置の結果たる永小作権者の圧力によって、とりあげたとき、若干の規定のモデルとして用いられたであろう。そのなかには、地主对小作人の

関係として、旧民法を修正し、小作人に重大な不利益をもたらした小作料減免請求権を否定する規定もふくまれているのである。^(二一)しかしこれら諸規定の内容の多くは、すでに小作慣行として存在したものであったし、さらに、わが民法においてみとめられた永小作権は、なるほど個々の規定についてはイタリー民法をモデルとしてはいるが、根本的

には、イタリー民法における永小作権と、いちじるしく性質を異にするものだったといわねばならない。つまり両者は、利用権処理の構想において根本的な差異をもったのである。

本来イタリー民法の永小作権は、近代的用益権に徹しない、特異な性質の権利として、所有権の自由を侵害するという反対にあいながらも、開墾の必要性などを考慮して採用されたものであった。この制度においてとくに注意すべきは、その年限が別段制限されず、また一定の要件のもとに、永小作人の小作地買取の権利を常にみとめている点である（イ民一五六四条）。つまりイタリー民法にあつては、永小作権の設定は、用益物権の設定というよりも、小作料請求権を留保しての、利用所有権の移転として理解されるべきものであった。そしてこのような権利関係の発生を好まない近代法は、永小作権者に右の償却権をみとめることによって妥協したのである。⁽¹³⁾それゆえイタリー民法では、永小作権は、実は純粹な用益物権として構成されてはいなかった。それはかえって、所有権に變じうる、過渡的な存在であり、一種の分割所有権の承認にちかいものであった。したがってそれは、わが国におけるような、純粹な用益権として構成されたものとは性質を異にしているのである。

いずれにせよ、立法者がどの程度まで意識していたかは不明であるが、このような、永小作権の純粹な用益物権への変質、用益物権としての永小作権の弱体化による地主的土地所有の確立は、まさしく地租改正における行政的措置によって形成された土地制度を、民法的に確立するという結果をもたらした。そしてこの立法に対しては、外国法の直接の影響は、とくに微少であり、ここでは右の体制を確立するために、かなり明白に、自主的な、独自の判断にもとづく立法がおこなわれたことが注意されるのである。

(二〇) 原田慶吉「日本民法典の史的素描」一一三四頁。

(二一) 小作料減免請求權の否定については、平野、前掲六二頁以下。

(二二) 原田、前掲一一四頁。

(二三) M. Th. Huc, *Le Code Civil Italien et le Code Civil Napoléon*, 1868, vol. 1. pp. 276~278.

4 賃借權の構成

明治民法は、すでに旧民法において問題となったあの賃借權の物權としての構成を排し、これが債權であることをあきらかにした。その結果、小作關係は、物權としての永小作權によるもののほか、債權としての賃借權によるものと認められ、小作關係においては両方の型態の選択的採用が可能とされるにいたったのである。そしてこの債權としての賃借權は、對抗力において、譲渡、転貸において、また存続期間などにおいて、小作人の保護に欠け、地主にとって有利に作用するものであった。^(二四) しかも右のような永小作權と賃借權との選択的採用の可能性は、賃借權による小作關係を原則的なものにしていき、ここに地主保護の作用は拡大され、地主的土地所有の確立のために重要な機能を営むことになったのである。

賃借權のこのような債權的構成を、法典の編纂者や、民法の註釈に従事した学者は、どのように理解していたのか。またそこにはどのような外国法の影響がみとめられるであろうか。ここではとくに、賃借權の債權化のもっとも重要な点とみられる、賃借權の對抗力を中心としてこれをみていくことにする。

旧民法における賃借権の物権としての構成が、必ずしも特定の外国法の参酌によつたものでなく、むしろわが国独自の判断にもとづく立法であり、そしてその根拠として、賃借人保護の経済的必要性が強調されたことをまゝにみてきた。これに対して民法のつたこの独自の態度が批判されることになる。つまり諸外国の立法例をふたたび尊重して、これに背反する旧民法の賃借権の物権的構成をあらためるというところに、外国法の影響があらわれたわけである。^(二五)

この場合問題になつてくるのは、旧民法において、賃借権を物権として構成することの根拠となつた、賃借人保護の配慮が、賃借権の債権的構成に際してどのようにとりあつかわれたか、ということである。しかしこの点は、明治民法についての理論では、あまり問題とされてはいない。なぜなら、旧民法における賃借権の物権的構成のねらいが、賃借権の対抗力確保にあつたものと理解され、だとすれば、明治民法においては第六〇五条でこの対抗力をみとめているので、賃借人保護になんら支障がないものと考えられたからである。このことは梅博士のつぎのような説明にもあきらかに示されている。「唯不動産ニ付テハ之ヲ登記スルトキハ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ルモノトシ是ニ因リテ殆ト物権ニ均シキ効力ヲ生スルコトヲ得セシメタリ^(二六)」^(二六)。そのみではない。立法者はこのような対抗力付与をもつて、諸外国の立法例に比してさえ、賃借権の保護があつくなつてしていると判断したのであつた。^(二七)たしかに、もし物権化の主要なねらいが対抗力の付与にあつたとすれば、このように対抗力を承認した以上、物権化は不必要であるとの考えが成立する余地がある。しかし、このような構成は賃貸人の登記義務の否認をとおして、旧民法における物権的構成との間のきわめて重大な差異をもたらすことになつたのである。^(二八)そしてこれが農民の地位を弱体化した

ことを考えると、結局、右のような立法者の外国法参酌が、これに対して影響をおよぼしたものといわねばならないことになる。ただ、起草者が当時において、どの程度このような結果を自覚していたかは問題である。^(二九)賃貸人の登記義務の否定も、必ずしもはじめから自明のこととして考えられたわけではなかったようにおもわれる。もちろん明治民法の起草者が賃借権についてえがいた構想は、全体として、旧民法の場合とはかなりちがったものであり、賃借権を基盤とする農工商の發達に対する考慮と、その保護のもつ経済的な重要性の情熱的な強調は、明治民法についての理論からは、もはや姿を消しているのを見るのである。また債権的構成が、対抗力以外の、たとえば賃借権の処分の拘束となつて、賃借人の地位を弱化させていることは否定しえない。だが、もし賃貸人の登記義務否定による対抗力の実質的骨ぬきについての起草者の自覚が十分でなかったとするならば、起草者は、地主的土地所有からみちびかれ利用権弱化に対して、少なくとも多少の抵抗を示したことになる、だとすると彼等の参酌した外国法は、その意図をこえて、自主的に、明治民法における賃借権の弱体化、これにもとづく近代化阻止への方向を徹底せしめていったことになるのである。

(二四) 小野、前掲三六一頁以下。

(二五) 富井博士はいう、「是ニ最モ異例ト見ルヘキハ我旧民法ニ於テ賃借権ヲ物權ト為シタルコトナリ是古來ノ通念ニ反シ其必
要ヲ見サルコトナルカ故ニ新民法ハ之ヲ債權ニ復籍セシメ……」(富井、前掲四一頁)。その他、「新民法ニ於テハ外国多数
ノ例ニ倣ヒ敢テ物權ヲ生スルモノトセス」(梅、前掲六二五頁)。なお村上恭一・磯谷幸次郎「債權各論」(明治四五年講義
録)四九八―九頁など。

(二六) 梅、前掲六二五頁。村上・磯谷、前掲はいう、「物権説ノ有力ナル理由ハ賃借權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルノ効力ヲ認ムルニ在リ然レトモ賃借權ニ此効力を認ムルコトノ妥当ナルハ固ヨリ異論ナキモ今若シ賃借權ノ登記ヲ許ストキハ之ニ因リテ此効力ヲ認ムルコトヲ得ヘキカ故ニ單ニ此理由ノミニテハ未タ俄ニ物権説ニ首肯スルコトヲ得サルオリ」(同書四九九頁)。

(二七) 民法修正案理由書はつぎのようになっている。「仏国民法及ヒ白国民法草案ハ本案ト等シク不動産ノ賃貸借ヲ登記スルヲ許スモ仏ニアリテハ十八年白ニアリテハ九年ヲ越ユル賃貸借ニ限りテ登記シ得ルモノトセリ是レ非ナリ賃貸借ノ期間ニ因リテ此區別ヲ附スルハ穩当ニアラス尚或法律ニ於テハ之カ登記ヲ全ク認メス從テ賃貸借ヲ第三者ニ對抗スルヲ得サルモノトシ唯賃借物ノ買主其他ノ權利承継人ハ或期間前主ノ取結ヒシ賃貸借契約ヲ解除スルヲ得サルモノトセルノミ此制度モ亦決シテ十分ニ賃借人ノ權利ヲ保護スルニ足ラス」(同書五一九—五二〇頁)。

(二八) 賃借人の登記請求權否定は、大判大正一〇年七月一日(民録二七卷一三九〇頁)、同昭和六年九月二八日(新聞三三二一七頁)、同昭和十六年二月四日(新聞四六八一七頁)などによって確認されていた。なお、法曹会決議大正元年九月二八日(法記二二卷一二号四七頁)。

(二九) 小倉氏も、「あるいは立法当時起草者は賃貸人が登記義務を負うものと解したのかもしれない」とされる(小倉、前掲二二七頁)。

五 結 論

以上、所有權・永小作權・賃借權などをとりあげ、日本の土地制度の形成と、その民法典による確立の過程をふり

かえり、外国法がこれら諸制度に対し、またこれらをとおして日本の近代化に対して、どのような影響をおよぼしたかを概観してきた。ここでは、一見、外国法の圧倒的な影響下に成立したかにみえる諸制度が、意外に立法者の自主的な態度にもとづき、かえって外国法を道具としながら形成されてきたのを見るのである。つまり外国法は、必ずしも無選択的に導入され、それ独自の作用を日本の社会におよぼしたものとはいえない。それはむしろ、予め構想された社会規制の方向にむかつて、その実現のために選ばれたことが多かったのである。すなわち旧民法の推進力たるブルジョア自由主義派は、その構想する近代的社会関係の形成に適するものとして、とくにフランス民法に土地規制のモデルをもとめた。賃借権の構成におけるように、外国法のモデルから離れる場合も、それは近代化にとってさらにプラスとなるような方向を、より以上徹底せしめることが意図されていた。また地主層を基盤とする保守的な勢力によって推進された明治民法では、モデルとされた外国法は、逆に地主的土地所有の確立、利用権の弱化、社会関係の近代化の阻止の役割を担って登場してくる。そして外国法のモデルを離れた独自の立法態度は、やはり主として右の方向のいっそうの徹底を意味したのである。

もちろん、外国法の影響のしかたは、つねにこのような形をとるとはかぎらない。より強力に、全面的、統一的に、さらに自主的にある国の社会関係の形成に影響をおよぼすことも考えられる。ドイツにおけるローマ法の継受が、近代的な社会関係の形成に影響をおよぼしたことは、まさしくこのような場合に属すると考えてよいであろう。しかしそれとても、ドイツ社会の近代化への内的な要求に相對応したものであることに注意する必要がある。

日本において、民法をとおしての土地制度の確立におよぼした外国法の影響は、右の場合とは異なり、主として立

法者の意図した方向実現のための道具としての影響であり、この外国法をモデルとして形成された法規の運用をとおしての、間接的なかたちでの、日本社会に対する影響にほかならないのである。このゆえに、外国法の影響を論ずる場合、その外国法が、どのような社会規制の要求にむすびつき、どのような意図の実現のために活用したのか、どれだけ適切に作用したかが問われねばならないのである。

しかし、それにもかかわらず、外国法は、たとえ右のような目的に奉仕するものであったにしても、その自主的な作用をまったくもたないわけではない。それが単なる道具としての性格を脱し、立法者の意図をはなれて、独自に社会関係の形成に影響をおよぼすこともみとめなければならないであろう。さらに、外国法の、日本の「近代化」に対する影響を考える場合、近代化観念の把握において、またこれに対する影響の具体的な測定において、かなりの困難さを避けることができないものとおもわれる。たとえばローマ法的、近代的所有権制度の導入は、日本の資本主義化という観点からすれば、まさしく促進的作用を示すが、それが地主的土地所有を形成し、封建遺制を土地支配関係のうちに残存せしめることに役立ったという観点からすれば、日本の近代化にとってのマイナスの作用を担ったことともみとめなければならない。また、地主的土地所有の確立とあいまって、近代化にとってマイナスの作用をもったとされる諸利用権も、形式的ではあったにせよ、そのヨーロッパ的な、近代的な構成から、利用権者の市民的権利意識の形成、確立などをとおして、土地利用関係を近代化するための、プラスの作用をもったと考えることも不可能ではない。これらの関係をあきらかにして、外国法の影響度を総合的に判定するためには、さらに慎重な検討がつけられなければならない。

本稿においておこなってきた概観を、右のような問題の角度から、より精密に展開させるという仕事は、さらに別の機会をえて遂行したいと考えている。