



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	いわゆる「土地所有権近代化論争」の批判的検討
Author(s)	東海林, 邦彦; SHOJI, Kunihiko
Citation	北大法学論集, 36(3), 343-390
Issue Date	1985-10-15
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16498
Type	departmental bulletin paper
File Information	36(3)_p343-390.pdf



いわゆる「土地所有権近代化論争」の批判的検討

東海林 邦彦

〔目次〕

- 一、はじめに——課題の限定・意義
- 二、「水本II渡辺理論」の概要
- 三、「水本II渡辺理論」批判の展開
——歴史認識の側面に限定して。
 - (1) 方法論レヴェルでの批判
 - (2) 歴史分析の内容そのもののレヴェルでの批判
- 四、若干の総括的検討

一、はじめに——課題の限定・意義

一、本稿の課題は、土地ないし不動産をめぐる所有と利用との間の法的対立の調整の、歴史的・社会的構造とその問題点を、最近の注目すべき一論争の批判的検討を通じて、明らかにすることにあり。ここで「論争」とは、水本浩・渡辺洋三氏らの所謂「土地所有権近代化論」(以下「水本」渡辺理論)ないし単に「本理論」と略称)と、それに対する椎名重明・戒能通厚・原田純孝氏らの・イギリス、フランス各土地法史に関する実証的研究を通じての批判の展開を指す。

ところでいうまでもなく、不動産の所有と利用の法的関係の基本構造を、歴史的ないし規範的理論の次元で如何に把握するかという問題については、わが国においてもこれまで、土地問題・住宅問題・農地と農業問題等の社会的現実を一般的背景とし、借地・借家保護特別法の制定・改正、農地小作をめぐる戦前・戦中における社会的政策的動向、ないし戦後の農地改革とその後の農地諸立法、などの一連の事件を具体的契機として、それらをめぐる立法・政策論ないし法解釈論に関連して、少なからぬ論議なり研究なりが積み重ねられてきたこともまた、周知の事実である(とくに借地・借家の基本的性格規定をめぐる戦後わが学界における

周知の論争は、注目すべきそのひとつの例といえよう。)そうして、このような基礎的研究の一定の蓄積の上に立つて、わが借地・借家法学は、少なくとも筆者の見るところ、戦後民事財産法学の中でもおそらく最も豊かな理論的蓄積を有している、といつても過言ではあるまい。而して、前記「水本」渡辺理論)及びそれをめぐる近時の批判・論争もまた、右のようなこれまでのわが学界における多くの基礎的研究・論議の中のひとつに過ぎない、ともいえる。しからば、今ここで特にこの論争をとりあげるのは何故か。——それを明らかにすることはまた同時に、本稿の意義・目的を明確にすることにもなる。

すなわち、それは第一に、この「水本」渡辺理論)と、それをめぐる近時の論争とが、——その質的レベルなり、方法的枠組なりについての評価はひとまず措くとしても——右の従来の研究、論議の中でも最も本格的なものであり、かつ理論的にも実際的にも(すぐ次にみるような)極めて内容豊富な問題性を包蔵していると考えられることである。加えてまた、本理論を目してわが民法学ないし法社会学の通説と称する論者も今日なおいるほどであり、その当否はともあれ、少くともそれがわが学界においてもった一定の影響力は否定しえない。従つてまた、わが借地借家法学史の全般的検討という作業にとつても、本理論・論争の検

討はその少なからず重要な一環を成するものであるといえよう（逆にまた、右の学説史全体の検討ののちにはじめて、その中での本理論・論争のヨリ正確かつ明確な位置づけ、ないしその理論的意義が明らかにされるはずであつて、そのような意味では、かかる学説史全体の検討を經ていない段階での本研究は、あくまでも全体的研究のための過程でのひとつの研究ノートにすぎないことを、ここにお断わりしておく）。

第二に、最近の借地・借家権ないし農地利用権をめぐる（政策論ないし判例・学説のレヴェルでの）新たな問題状況の展開は、あらためて、本理論に代表されるわが借地借家法学の基本的枠組じたいの根本的再検討を迫っているように思われる。その本格的分析は別稿にゆずるとして、今さしあたり要点だけを簡潔に記すと――

借家借地供給の拡大、農地の流動化ないし経営規模の拡大等々の、住宅・土地政策及び農地・農業政策上の現実的要請を前にして、今や従来の借地・借家法ないし農地改革諸立法の下での不動産利用権保護・強化の基本的枠組と右の政策的要請との矛盾が顕在化せざるをえなくなつてゐる。とりわけ、土地所有権による独占的権原価値の、土地利用権への乗り移り現象ともいふべき、借地権価格ないし耕作権価格の発生、一般化は、かかる矛盾の最も

大きな問題点として捉えられる。而してこれらの矛盾を打開する方途は、各方面において様々に模索され、一部はすでに政策的にも実務的にも具体化されつつあるが、そのうちわれわれの目からみて最も注目すべき動向は、要するに、右の借地権価格・耕作権価格（借家権価格の問題はここではひとまず措く）の発生を極力抑止するような政策的介入をはかりつつ、基本的には、不動産の所有・利用關係に最大限市場原理を導入し、その契約關係をば、市場メカニズムをヨリ有効に作動させる方向で合理化しようとする動きである。それは、法理論の側からみれば、不動産の所有・利用關係における古典的市民法理の見直し（ひいてまた、従来の借地・借家法（学）における「保護法理」の根本的見直し）を迫るものであるとともに、他方、従来の法律学においては私的權利義務關係というミクロの次元においてのみ捉えられがちであつた借地・借家法（私私權調整法としての借地・借家法（学））をば、よりマクロに、土地・住宅政策、農地・農業政策（ひいてまた――フランス商事貸借法制においてみられるような――競争政策）等々の政策的方向づけの下で、（かかる意味でまた）目的手段的方法的論理をもつてする資源配分政策（法）の一環として捉えなおすという、発想の根本的転換をも迫るものであるといえよう（ただし、借地・借家法をめぐる論議の現下の動向は、今日なお

流動的であり、しかもいうまでもなく各方面各界の主張・反応も多様であつて、單純な一面化は危険であるが、少なくとも現時点での筆者の問題関心からする捉え方という限定された意味においては、右のような総括も許されるように思われる。いづれにせよ、実用法学としての借地・借家法学は、これらの今日の現实的課題を避けて通ることはできないのであり、そのような意味で従来の、借地・借家権の保護・強化という基本的方向での理論化のひとつの典型とも目される本理論の問題性を、かかる今日の問題関心の下で検討しなおすことは、正にアクチュアルな意義をもちうるであらう。

第三にまた、本論争を通じて明らかになされたイギリス・フランスの不動産賃貸借法に関する歴史的研究の成果には、歴史認識の観点からも、実用決学的観点からも、注目すべき点が少なくないということである。そこには学界に対する重要な問題提起といえるものもみられる。若干の例を思いつくままあげれば、土地の商品化と借地権強化との歴史的論理的関連、費用償還請求権をはじめとする投下資本回収をめぐる諸制度とその機能の位置づけ・問題点、土地の所有・利用をめぐる対抗調整の法的解決にとつて契約の自由（と国家強行法）とが果たした歴史的役割・意義、物権・債権構成などの基本的法律構成の具体的内容とそれが利用

権保護にとつて有する意義（「賃貸権物権化論」の再検討もそのひとつの課題）など。そしてこれらの個々の論点の根底には、不動産の所有・利用関係をめぐる従来の伝統的借地借家法学の基本的枠組に対し、その歴史認識のレビューでも、又、実用法学上の法的構成等のレビューでも根本的問い直しを迫るところの、理論的問題性がひそんでるように思われる。

——以上の第二点と第三点とを総合していえることは要するに、不動産の所有・利用関係をめぐる、本理論に代表される伝統的理論の基本的枠組は、その規範政策論の次元においても、歴史認識の次元においても、根本的再検討を余儀なくされつつある、ということである。而してこのことはまたヨリ一般にわが民事財産法学における、所有権論と契約法理論の双方にとつても重要な理論的意義をもつ。それはさしあたり極く抽象的にいえば、次の通りである。

つまりまず所有権論との関わりについていえば、そもそもすでに指摘されているように、土地利用権の法的在り方が同時に土地所有権それ自体の歴史的性格ないし社会経済的構造を規定する重要な一要素であり、従つてまた「賃貸借の歴史は所有権法の歴史と表裏の關係にある」（星野英一）。それ故に利用権（法）の研究は、所有権論の重要な一部であり、両者は一体不可分の關係にあ

る。而してまた（本論争のそもその出発点がそうであつたように）本研究の出発点も（同時にまたその究極の問題関心も）——個々の借地借家法プロパーの論点もさることながら——ヨリ一般的な土地所有権論ないし現代所有権論というにあり、本論争はかゝる観点からも少なからず貴重な素材を提供しているように思われる。

他方また契約法理論という面では、前記第一点はとくに、不動産利用関係における市場原理・競争原理の規範政策理論レベルでの意義と限界、また第三点はとくに契約自由がもちえた歴史的意義と限界という基本的問題を考える上で、貴重な素材といえるように思われるのであり、とくに前者は、従来の理論枠組には欠落ないし不十分な観点であつたと思われるだけに、そうしてまたヨリ一般的には、市場原理・競争原理を最大限有効に作動させよう秩序枠組としての契約法の基礎理論を模索し続けている筆者にとつては、少なからず有益なケース・スタディとしての意義をもつ。

右のような意味において総じて、本研究は、何よりも、筆者年来のテーマである「現代私的自治論研究」の一環として、権利論（その一環としての所有権論）及び法律行為論（その一環としての契約法基礎理論）を求めて模索と彷徨を続ける過程で生まれた、ひ

とつのささやかな研究ノートとして位置づけられるべきものともいえる。

——なお最後に、本研究の第四の、ヨリ一般的な意義ないし目的としてあげなければならない点は、要するに法学方法論ないし基礎理論をめぐる注目すべき問題提起が本論争の過程で、いわばその副産物としてなされているということである。つまりそこでは、単に借地借家法の分野に止まらず、（ヨリ広く）近代法史研究という歴史研究のレヴェルでも、解釈法学のレヴェルでも、従来の方法論的枠組ないし基礎的概念（例。経済一元論的還元主義的方法論、〈近代化〉論、〈市民法〉概念等々）の再検討を迫るような根本的問題提起がなされており、とくに戦後のわが財産法学に大きな影響を与えた（そして本論争のいわば原点でもある）川島・所有権法の理論の根本的問いなおしを意味する重要な論点提起が提起されているということである。ひいてはまたそれはヨリ一般的に、わが民法学の伝統的な知的パラダイムの、少なくとも或る重要な部分の根本的再検討を迫るものであるように思われる。

なおまた、本理論をめぐることは、それ以外にも、（後述のように）星野一広中論争にみられるように、法学方法論の基本問題にかかわるような論点をめぐる論争も展開されており、そもそも（前記のように）借地借家法学が戦後民事財産法学全体の中で占める

重要な位置に鑑みても、後者の方法論的問題性は前者の中に最も特徴のないし典型的に現象しているとみられるのであって、このような方法論的レヴェルでも本理論・論争の提起した問題は、重要な意義を有するであろう。

いずれにせよ、総じてこれらの基礎的方法論的問題提起は、今日なお根本的には未だに問題提起の域に止まっているように思われるのであり、若干の論点につきわれわれが本稿において部分のおこなった検討もおひとつの試論の域を出るものではない。

二、ところで、右の「水本 \parallel 渡辺理論」は、単に、歴史研究ないしそこから得られた歴史発展についての「一般理論」という、歴史認識の次元に止まるものではなく、更にそれを越えて、政策・立法論ないし解釈論のための、かゝる意味でまた規範的な理論の「一般理論」としても、主張され、かつ、そのようなものとして学界においても受けとめられた。すなわち、すでに水本氏自身が述べるように、右の歴史研究はそもそも、わが借地・借家実定法にかんする立法論、解釈論のための「一般理論」の構築という、すぐれて実践的な目的をもって遂行されたものであり（基礎的理論における近代法の一般法則の提示およびわが国実定法の構造的特質の分析が、わが国実定法の近代法としての正しい展開を指向するのは容易であり、そしてその指向はわが国実定法の近代法

としての歪みを是正するに役立つであろう」（水本・六六〇五頁）、そして氏自身の解釈論および立法論を展開する（同・七一）の冒頭では、「直結的・無媒介的でなくとも、立法論と解釈論とは、大局的には、社会科学的認識論からひきだされる方向に合わせていくべきもの」（一頁）であるとして、両者の関係についての基本的態度が表明されている（なお、〔日本土地法学会・七六〕六七、七五頁の氏自身の発言参照）。のみならず実際にも、右の「水本 \parallel 渡辺理論」は、あるべき「近代的所有 \parallel 利用権法」の「一般理論 \parallel 原理論」という意味での規範的理論としても受けとめられ、借地・借家法にかんする立法論・解釈論の基礎理論として一定の影響をわが学界に及ぼしたことは否定できない。

而して同理論の有する、このような規範理論としての側面もまた（その歴史認識の側面と同様）厳しい批判・論争に曝されることとなった。それは具体的には、二つの異なるレヴェル、つまり一は方法論レヴェルで、他の一は内容的実質的レヴェルでなされている。

まず後者は、要するに、前述のような、借地・借家・農地利用権をめぐる新たな今日的状況の展開を背景にしての、本理論に代表される不動産利用権保護・強化論の基本的枠組の根本的問い直しという動向のことであり、それが同理論にとつて有する基本的

問題構造もすでに述べた通りである。しかし、この点の本格的検討は、現在進行中のこれらの動向を客観的かつ総合的に分析・検討し、いわば「新しい酒」を盛るべき「新しい革袋」、つまり従来からの伝統的枠組に代るべき新たな理論枠組の構築という（歴史認識のレヴェルの作業とは本来異質の）社会科学的政策科学的作業が要求されるのであり、従って稿を改めて取組むのが適当であらうとの判断から、全面的に別稿にゆずるほかない。

他方、前者の方法論レヴェルの批判・論争とは、要するに、歴史研究から得られた一定の認識を、政策・立法ないし解釈論のための規範的理論に、無媒介に直結させることが、可能ないし妥当か、という論点にかかわるものであって、もう少し具体的にいへば、或る一因（ここではイギリス）の或る一時期（産業革命期）の、或る分野（農地）における賃借権の法的現象形態を、宅地をふくめた土地の利用関係についての、わが国現代の、法的諸問題解決のための一般理論としての規範理論に直結させること、の、当否いかんということである。それは、典型的には星野一広中論争という形で展開されたものであり、そこには、ヨリ根本的に、実用法学にとって歴史研究の有する意義という法学方法論上の、また事実認識と当為規範命題との関係という法哲学上の、また（歴史から何を学べるか）という意味では歴史哲学上の、正

にそれぞれの分野でのアポリアがひそんでいるのであり、それはいずれも今日の筆者の能力をもってしては十分に納得のいく解答をひき出すことの困難な難問であって、将来ともに模索を続けるべき課題として留保せざるをえない。

——かくして本稿は、あくまでも、歴史認識としての側面に限定された意味での本理論・論争（以下「本理論・論争」というときは、とくに断わらない限りは、この意味で使用）の検討を目的とするにすぎず、従って又、前項にかかげた、本研究の意義・目的のうち、とくに第二点は、全面的に別稿の守備範囲としてゆずるほかないこともここで断わりしておきたい。

本稿はこのように限定されたレヴェル・範囲の研究ではあるが、そのような限定のもとでもなお、それを発表することには一定の意義があると考へる。それは前記の（第二点を除く）本理論・論争の検討に意義にかかわることであって、前述のように、それらの諸点は、借地借家法学ないし民法学にとって、基礎理論のレヴェルではいうまでもなく、実用法学の観点からも今日なお少なからず有益と考へられる。筆者の見るところ、本論争とその成果は（それが純粹に歴史研究の次元のものであったこともあつてか）わが民法学界全体の共有財産となつているとはいいがたい。のみならず、わが社会科学の通幣としての「高度成長体質」（内田義

彦「学問への散策」の下、基礎的歴史的研究の蓄積が十分になされないままに、ジャーナリスティックなトピックスへの、現象的把握と対症療法的思いつきの論議が横行する知的風土の中では、こうした歴史研究への応接にエネルギーを割くことを疑問視する向きも無いではない。しかし、そもそも学問が健全な論争を通じてのみ発展しうるものであること、論争から学びそれを批判的に継承発展させることの積み重ねのみが、(他のものでない)自らの伝統の蓄積を可能にするものであること、そうしてかかる地道な営為こそが、「思想が対決と蓄積の上に歴史的に構造化される」というわが学界の負の「伝統」(丸山真男「日本の思想」)を克服するための唯一の道であること、しかししてまた、基礎的歴史的研究こそが、一見迂遠にみえながら、われわれの法学を浅薄皮相な実用主義から救うひとつの道であること、——これらのことは今日なお真理であって、かかる一般の確信のもとに立ってわれわれは具体的にも、本論争を批判的主体的に検討し、その成果を学びとり、残された問題点を明きらかにすることの学問的意義を確信するものである。

ところで、このような確信に促されて、本稿で筆者は、その対象の性質上、いわばやむをえず、歴史学や、歴史哲学的問題にふみこまざるをえなかつたのであるが、実用法学をもって本来の守

備範囲とする筆者にとつてそれは所詮門外漢の分野に属するものである。専門外への越境がしばしば皮相な又は粗雑な pedanticism に墮する危険をはらむものであることは、筆者じしん重々承知しているつもりである。われわれが本稿をもってあくまでも「研究ノート」とし、今後の自らの研究と専門家の御叱正により修正を施すべきテンタティブな性質のものと位置づけるのも、その故である。

(1)以下、主要な著書、論文の引用は原則として、本稿末尾掲載の文献表に従い、〔著者、発表年(西暦・二桁)〕頁数、の形式でこれをおこなう。

二、「水本II渡辺理論」の概要

一、「水本・六六」は、「近代的」借地・借家の本質と構造についての「一般理論II原理論」(五頁)を構築することと、「その一般理論をもつてわが国借地・借家法の本質と構造とを分析すること(認識論)」(同)とをその究極的課題とする。そしてこの「一般理論」の析出のための歴史II具体的素材として、「資本主義発展の

最も古典的形態に照応して展開した」(同)イギリス不動産賃貸借法が選ばれる。つまり「イギリスにおいては、資本主義の展開は最も早くから行なわれ、その展開を可能ならしめるべき土地・建物の所有・利用関係は変化していったらうから、この変化の跡をトレースし、資本が土地所有を把えた時期の所有権と賃借権の対抗関係の内容を探り出せば、そこに賃貸借法の一つの近代的な歴史Ⅱ具体的内容を発見しようものといえるのではないか」(四頁)というわけである。ただし理論的には、マルクスの地代論が示すように「近代的土地所有とは、資本制地代に支えられている土地所有にはかならない」(水本・五七)二四頁)からであり、而して資本制地代の論理の貫徹は、典型的・先進的資本主義を表現せしめたイギリス不動産法の展開の中にこそ求められうるはずだからである。

このような仮設的構想の下に、主としてイギリス農地賃貸借法の歴史的展開過程の分析がなされた結果、次のことが明らかとなる——「産業資本主義段階における不動産所有Ⅱ利用関係の中に資本の価値法則が貫徹した歴史的事例、つまり、近代的土地所有が典型的に具象化した事例は、第二次エンクロージャーⅡ第二次農業革命経過後イギリスにおける農地の所有利用関係に求めることが妥当である。ここでは、利用権は、借地農業資本家(capital-

ist farmers)に担われた賃借権(leasehold)であり、それが地主の自由不動産権(freehold)——その典型的な estate in fee simple がわれわれの所謂「土地所有権」に該当すると見てよい——に對抗しているのであるが、この賃借権は、出現の当初は人的財産(Personal property)つまり、強いて近代大陸法の分類概念に当てはめると債権に相当する性質のものであったが、資本家的近代農業の成立を背景として、一七世紀から一八世紀にかけて、漸次、物的財産(real property)つまり、大陸法系の物権に相当するものへと転化したのであった。すなわち、この時期までに、賃借権は、対抗力はもとより、期間の安定性、譲渡、転賃性などの効力を具えるにいたった」(水本・六六)二三八頁)。そしてこのような「農地賃借権の強い性質は賃借権一般の性質となり、物権的構成をとる不動産賃貸借一般法が、コモン・ローの形式において、一九世紀に実質的に確立されたのである」(同二四二頁)その具体的な法的内容は、同一〇七頁以下参照)。「かくて、近代市民法的不動産賃貸借法の範型は、地主・借地農業資本家・労働者という三分割制度(tripartite division system)の關係における土地所有と借地農業資本の間の法として措定されうる」(同二三九頁)のであり、而して「借地・借家關係においても、資本の価値法則が貫徹したところの近代的形態を措定するなら、農地の近代的(資本主義的)

所有し利用関係において発現したと同様の三分制度、つまり、地主—借地借家営業資本(家)—借家人のシューマが成立することに
なる。したがって、借地関係としては、地主と借地借家営業資本
(家)の間に成立する法律関係(とくに、抵当権設立の自由、譲渡
性の確保が重要筆者)が、借家関係としては、借地借家営業
資本家と借家人の間に成立する法関係を、それぞれ、最も典型的
に近代的な権利・義務関係を内包することになる(同二四〇頁)。
(ただし、このシューマに即したイギリス借地借家法の形成過程
の具体し歴史の実証はほとんどなされていない。むしろ、特別法
としてのイギリス借家法は「零細な居住用借家人のみを対象とし、
家賃保護と存続保護とを内容とする」ところの、「社会法的純粋性」
(水本・七二)三七頁。——その歴史分析として(同六六)一七
八頁以下)を示すものであるとされる。又、小借地人保護の特別
法は地上工作物附合原則の結果、小借家人保護としての借家法に
包摂されることになる、とされる。「要するに、借地権については、
一般法の次元においてすでに財産権的性質が貫徹し、(居住用)
借家権については、特別法の次元において社会法的性質が貫徹し
ていることになる。」(水本・七二)三六頁)

右の賃借権強化の具体的法的形態として正に「物権化」がいわ
れるのであり(その具体的構成については後述)、而して、かか

る「物権化をはみ出た社会権化とでもいえる現象は物権化とは別
な法論理に支えられたものである」とする(同四三頁)。

ともあれ、以上のようなイギリス賃借法の発展過程から、土
地の賃借権し利用権が所有権と法的に対等、もしくはそれに優越
することこそ、近代的な土地利用権の、従ってまた土地所有権の、
歴史的存在構造であるとの帰結が導かれる。

これに対して、ローマ法的所有権絶対の法律構成を基本的にと
りいれているとりいれているところの「近代大陸法は、寄生地主
的段階の反映なのであり」、このことはまた「先進英国に対する
大陸諸国のずれを、いいかえれば近代化の不完全さを端的に物語
るものである」(水本・六六)一〇六頁)。

そしてこのような基本的視角から、わが国の借地・借家法の特
質が詳細に分析され(同三二頁以下)、その結果それは、イギ
リス型に対する、ドイツ型(上からの「近代化」し「物権化」
として類型づけられることになる(同・七一)三三頁以下)。(な
お、以上についての、水本氏自身の一般向け解説として、(同・
七三)二三頁以下。——ただし、水本氏の、とくに所有権論は、そ
の後微妙な変化・修正を示しているが、本稿ではあえてこれを
捨象した。)

二、「渡辺・(土)・六〇」は、右の水本氏の歴史認識に基本的に従いつつ、それをヨリ抽象化図式化した形で次のように定式化する。

「商品所有権としての自由な土地所有権の確立は、近代的土地所有権の基礎・起点であつて、その完成ではない。土地用益権との対立が問題になる側面においては、土地所有権はみずから用益権すなわち資本所有権に從属的形態におくことによつて、その近代性を完成させるのである。……かくて完成された形態においてみるとき、……近代的土地所有権は、その絶対性や自由を制限することをとおしてその特殊近代的性格を維持・保障しうるのである。……俗にいえば、土地所有権は、自己をできるだけ殺すことによつてのみ、資本主義社会で自己を生かすみちを見出した」(五―六頁)。そしてこの「土地所有権の自由の制限」は、経済的には「土地用益資本の自由と利益」の保障を意味し、その法的表現が「物権の構成」として捉えられる(八頁以下)。このような基本的枠組のもとで、わが国借地・借家特別法の析出過程についての詳細な実証的分析がなされることになる(同前および(同・中)六二)。農地については「潮見ほか・五七」第三部、「渡辺・七二」なお通史的解説として〔渡辺Ⅱ中尾・七五〕第二章)。そしてその過程は、要するに「日本型民法たる明治民法が、その後の

日本社会のブルジョアの發展の中で修正され、土地用益権と土地所有権との対抗関係において、国家権力の介入により土地所有権の自由が抑えられ、土地用益資本の自由が確立してゆく過程、つまり日本型民法に転化してゆく過程」(同・(土)・六〇)一―二頁)として総括される。

ところで以上のような基本的歴史理論を骨子とする「水本Ⅱ渡辺理論」は、とくに七〇年代以後きびしい批判にさらされることとなつた。以下では(前記のような事情から)とくにその歴史認識のレヴュエルでの「批判」に限定してその内容を検討しよう。

三、「水本Ⅱ渡辺理論」批判の展開——歴史認識の側面に限定して。

これは更に、方法論レヴュエルでのそれ(①)と、歴史分析の内容そのもののレヴュエルでのそれ(②)とに大別される。以下分説する。

(1)方法論レヴュエルでの批判

一、上述の要約的紹介からも容易に看取されうるように、本理

論は図式的には要するに、(イギリス)資本主義発展の典型性・先進性↓農業における資本制地代の成立(二三分割制)↓土地所有権の利用権への従属(物権的利用権の成立)↓「近代土地所有権」の成立」という、一連の論理展開に支えられており、このような・イギリスにおける土地所有権「近代化」の「典型性」を基準にして、「近代」大陸法に対しては、「土地利用権の債権的構成↓土地利用権の所有権への従属(土地所有権の「絶対性」)↓「寄生地主段階の反映」↓前近代性」との性格規定が与えられることになるわけである。

そして批判はまずもって正に右の理論図式の大前提たるイギリス典型論¹⁾、及び(それと表裏一体の関係にあるところの)非実証的方法(すなわち、資本制地代というすぐれて原理論的な経済的範疇の成立をもって無媒介かつ一義的に歴史の実体としての「近代的土地所有権」の成立に直結させる方法²⁾)とに対し向けられることとなった。

批判の端緒となったのは経済史学の側からであった。すなわち、「権名・七三(A)はいう——「近代的土地所有」について論じるとき、人はほとんど例外なしにまずイギリスのばあいからはじめる。しかしながらそのばあい、近代イギリスに特徴的な資本制農業⇨資本家的大借地経営と大土地所有との照応関係が非常に単純

化され、或いは地代論的に抽象化されているために、イギリスの大土地所有は実体のないものになってしまっているし、したがってまた、多かれ少なかれそれとの比較検討によって規定される各国の土地所有のばあいには、逆にその特殊性⇨歴史的性格が一面的に強調される結果になっている。」(二頁)。しかし、むしろ究明されるべきは「イギリス特有の——基本的には一七世紀のイギリス革命の性格に規定される——歴史的個性」(同上)でこそなければならぬ。にもかかわらず「従来……近代的土地所有権に関する法制史的研究は……論証ぬきに近代イギリスの土地所有を地代論的に規定される近代的土地所有の典型としてしまった」(二頁)。しかしながら「農業における資本主義的生産関係(資本質労働関係)の展開がただちに借地関係(地主・借地農関係)および土地所有関係(なかんずく不動産の譲渡とか相続等々にかかわる……:法律的关系)の近代化につながるものではない」(「権名・七三(B)二頁)のであり、「実際イギリスの土地所有は、資本制地代の成立からただちにその法律的形態すらもが近代的なものに転化するわけではなく……:イギリスにおける近代的土地所有の成立をいうためには、資本制農業の展開とそれともなう地主・借地農関係—或いは借地権—の近代化、および、これを媒介とする土地所有の法律的关系そのものの変化という、いわば三段がまえ

の分析」(同三頁)が必要であり、とくに第三の点については、「借地農が土地改良に投下した資本の保障」「テナント・ライト」の補償の制度的確立」と「地代滞納者に対する地主の優先権たる『自救的』動産差押え権」に関する法律(Law of distress)の修正」の問題が、また第三の点については、「『継承的不動産権法』(Settlement Act)——イギリスの大部分の大土地所有に関する現有権者の土地処分自由の確立」(同上)の問題が、それぞれ重要であるとして、それらについての具体的分析がおこなわれることになる(七三(A) 四七頁以下)。

他方、戒能氏は椎名氏のこの研究を、わが「法社会学の主流的傾向」(八〇—二六頁)に対する重要な問題提起としてうけとめ、端的に次のように問う——(イギリス資本主義の発展過程が、資本主義的發展の「典型」的形態を示すものとすれば、この生産様式を反映しかつ媒介するところの所有法関係なかならず土地所有法関係も、「典型」的形態を示すことになるか)と(同一頁)。そして正に「これを肯定的に答え、これを所与の前提とする」(水本・六六)は、「資本主義の先進性・後進性を法的現象形態に一義的に還元して理解するという」方法論的欠陥をもつものとされ(八〇—一四頁)、むしろ、貴族の大土地所有及び資本制的借地農業とその相互の歴史的対応関係の中に、資本と土地所有との関

係をめぐる特殊イギリス的構造を見出し、その歴史実体の「総体的構造的分析」(同四五頁)の重要性を強調する。つまり「市民革命の構造に由来する土地所有の法的媒介形態が、『原蓄』の過程を終了してもなお残存したということ、そしてそこに、……経済的実体としては資本主義的経営が土地所有のうえにのって展開するという構造ができあがっているにもかかわらず、資本に対しての土地所有の『敵対的』性格が、このレヴェルに現象してくることになったこと」(大阪市民法研究会・八一—七二四頁)を重視し、とくに、かかる「敵対的性格」を典型的に示すものとしての、貴族の大土地所有制のもとの「貴族の遺言相続主義」の歴史的展開過程の分析と、かかる特殊イギリス的土地所有制の構造を規定することになった。イギリス封建制の崩壊過程とイギリス市民革命の土地制度との関連からみた歴史的特質の析出とが、その課題として設定されることになる。

他方、フランスを分析の対象とする原田氏の場合には、いうまでもなく、このイギリス典型性論の問題性が自らの研究の出発点において批判・克服の対象とされることになる。すなわち、「水本」渡辺理論」の「問題点は、最も概括的な形では、まさに戒能氏が指摘されたような方法論的限界の故に、イギリス不動産賃貸借法の歴史的分析から得られた一応の帰結、つまりリースのもつ

「物権的」構成を「近代的土地所有権」の「原理論」的構成として過度に固定化・一般化したことにある（同・八〇（上）一―二頁）り、その結果、近代大陸法における債権的構成の有する固有の歴史的意義の不明確化と、その「物権化」の理論的構成における重大な欠陥（氏のいわゆる「内的構造」問題の等閑視——後述）を招来せしめたとされる（同・八〇）一―二頁、一―三頁以下）。むしろ「われわれは、……近代的土地所有の成立過程は封建制から資本主義への移行過程における各国の特殊性によって規定されざるをえず、それに応じて資本制生産様式と「近代的」土地所有（権）との照応関係のさまざまな形態が存在するという認識を、法の歴史的分析の基本的視座として設定せざるを得ない」（同一四頁）。かかる認識はとくに「産業資本の確立以前に、その「近代的」法制度としての原型が整備された大陸法諸国の土地所有権法の分析にとって不可欠」（同）であり、従ってここでは「土地所有権法の歴史的発展過程を産業資本の確立以前の資本の本源的蓄積の過程にまで遡って分析すること」（一五頁）が重要な課題となる、とされる（なお（同・八〇（下））一頁以下および〔前掲大阪市大研究会・八一〕七二―四頁以下参照）。

（一）なお、このイギリス典型論に対する意識的総括的批判とはい

えないにしても、そのコロラリーとしての大陸法の捉え方に対する批判的検討の必要性は、すでに〔甲斐・六七〕の中で提起されていた。すはわち氏は、とくにイギリスについての水本氏の研究をふまえて、大陸法系諸国における「近代的所有権」の法的構成の独自性を問題とされ、「大陸法諸国における近代的所有規定の成立事情を各国について具体的・歴史的に究明すること」（四四頁）の重要性を指摘していた。（ただし、本論争の中の、甲斐氏の業績の位置づけは、本稿では十分になしえなかった。将来の課題として留保したい。）

なおまた、とくに七〇年代以降わが国のイギリス研究家の間では、大塚史学ないしマルクス主義歴史学の強い影響下にあった従来のイギリス史研究を根本的に批判し、近代イギリス史の全面的再検討をめざす注目すべき動きがみられるようである——例えば、柴田三千雄・松浦高嶺編『近代イギリス史の再検討』一九七二年。そこでは本稿との関連でも地主制度研究の再検討をふくめ、「あるべき近代化の典型」から「あつた近代化、ないし近代の一事例」としての近代イギリス像への変転が語られ、ひいてまた近代史ないし西洋史の見方・考え方への自己反省なり歴史方法論の基本的再検討が語られるなど、大きな広がりをもった問題提起がなされている。ただし、このような研究動向全体の中で、本論争はどのように位置づけられるべきかは、（その重要性にもかかわらず）専門歴史家ならざる筆者の到底よくなしうることではないので、これ以上の論及は差し控えたい。なおまた、英・独・仏三国の「近代化」の類型的相違をば、〔従

来の(経済主義的還元論から排除されていた政治構造と精神構造)をとりこんだ、それぞれの社会の全体構造の発展という視角から分析しようとする村上淳一「ヨーロッパ近代法の諸類型」(平井宣雄編『社会科学への招待・法学』一九七九・四三頁)及び同「近代法の形成」一九七九年は以上のような観点からも注目される。

(2)この点に関連して、「水本」渡辺理論」におけるマルクス地代論理解の一面性を衝く(権名・七三(A))一三頁以下の指摘は重要であろう。現にマルクス自身が、地代論とは区別された意味での「独立の土地所有論」をその「経済学批判」のプランとして構想(『経済学批判要綱』)しつつ結局果たせなかったという、周知の事実がここで想起されてよいであろう。

二、方法論批判の第二点は、「水本」渡辺理論」が、「三分割制」農業資本主義の成立という特定の画期を捉えて、そこに固定的に土地所有権の「近代化」の完成をみる、という「一点特定近代化論」(稲本洋之助)をとったことに対しむけられる。

つまり、この「一点特定論」は、土地所有権の近代市民革命以降における史的展開の歴史実体的把握にとつて限界につきあたらざるをえない。すなわちまず第一に、右の「一点特定論」は、論理的にこれをつきつめれば、「産業資本主義段階の成立」↓(個別)資本の規定性の土地所有への貫徹↓土地所有権の近代化(土地

所有権の利用権への従属)土地所有権の近代化の完成)↓資本と土地所有(土地の私的独占)の間の矛盾(敵対的關係)の解消)というふうに図式化されるはずである(この点とくに前記二引用の渡辺氏の定式化参照)。しかしこのような「理論」のもとでは、例えば次のような重要な歴史的事実は、これを十分に整合的に説明しえないことは明らかである。すなわち――

(i)イギリスにおいては「テナント・ライト」補償問題が、「三分割制」成立後も、地主と借地農との間の社会的対立点として残されたこと、同様にフランスにおいても、これと同様の権利たる改良費償還請求権が国家法上の権利として確立されたのは第二次大戦後であること(これらの点については後述(2)三参照)、

(ii)イギリス十九世紀における支配的土地制度たる貴族的大土地所有とその下での特殊イギリス的相続慣行(「貴族の遺言相続主義」――戒能)は、土地の担保化、譲渡処分を制限する点で、少なくとも理論的には「資本の敵対物」であるはずであるが、この制限が法制上完全に撤廃されたのは、一九世紀末葉においてである。こと、

(iii)近時わが国において不動産利用権をめぐる新たな問題として実際的にも理論的にも重要性をもって登場するにいたった、宅地ないし農地における「価値権原化」ないし「亜所有権化」、同時

にフランスでの農地賃貸借ないし営業用借家における \wedge パ・ド・ポルト \vee 慣行にみられる同種の現象——それは、ある意味で「資本と土地所有の矛盾が、資本と土地利用権との矛盾として現象する」(吉田・七六)九二頁)に至ったところの、正に現代的现象ともいふべきものであつて、従つてそもそも「土地所有権近代化論」が本来予想しえなかつた事態の出現ともいえるが、ここには「矛盾」の消滅どころか、新たな段階における、異質の「矛盾」が発生・展開するに至っているわけである。

第二にこの理論は、その「典型」としての素材をイギリス法史の中に求め、しかもその「画期」を産業資本主義段階における農業の資本主義化の時点に求める故に、とくに、近代大陸法の、市民革命段階(ないし、それ以降産業資本主義段階までのいわゆる原始的蓄積段階)の「市民法」における、土地所有 \parallel 利用権法制と、それが現実の土地所有 \parallel 利用関係の中で有した特殊 \parallel 歴史的意义と機能の理論的解明のためには、すでに本来的に限界があるといわねばならない(この点とくに「原田・八〇」一〇頁以下参照)。むしろ、この理論の、後者についての説明によれば、絶対的所有権制度は、それが市民革命期社会ないしそれ以降の資本の原始蓄積過程の中で担つた歴史 \parallel 具体的意義(とくに農地においては、地主制 \parallel 借地農の展開との関連)は捨象されて、単に独立

小商品生産者の「自由と独立の砦」として、多少とも理念化され、抽象化されて捉えられるとともに、他面、利用権との関係については、その債権的構成は、前近代的寄生地主制の反映と規定され、而してその原因は、イギリスと比較しての「近代化」のおくれ \parallel 後進性、つまり「発展段階のズレ」に求められることになる。これが、大陸諸国における独自の歴史内在的理解としては、少なくとも問題があることは、すでに多くの論者の指摘する通りである。

——ともあれこのような「一点特定論」の限界を打破するために、それに対して唱えられたのが、所謂「プロセスとしての近代化」論であつて、それは「近代(化)」をば、「ある段階からある段階へと移るひとつの過程、すなわちひとつの過渡期」(稲本・六八・九)、なお同旨(甲斐・六八)、ヨリ具体的には「土地の商品化を出発点とし、用益権への従属を到達点とする複合的プロセス」(稲本。——同氏は近時、更に前記⁽¹⁾の現象を射程に入れて、「末償却資本回収の法的保障をプロセスの第三の画期」とすることを提案する——〔渡辺——稲本・八二〕九八頁)として捉える歴史理論である。そうしてその下での具体的作業においては、「市民革命を画期としてその産業革命期に至るまでの過渡的時期を原始的蓄積の最終的かつ本格的過程としてとくに重視し、その時期において資本蓄積を促進させた経済外的強制のさま

さまざまな手段のうち、とりわけ国家制定法が演ずる重要な役割を明らかにすること（稲本・六八）二一三頁）が、その基本的課題として設定されることになる。しかもその際の方法的態度としては（従来の理念的抽象的理論化を排し）「まさに過渡期であるが故に複雑な階級構成と利害対立をもった特定の歴史的社会において、近代的な諸形式を付与された土地所有権法が担った意義と機能を具体・歴史的に解明する」（原田・八〇（上）一六頁）という姿勢が堅持されることになる。

——ところで前記のような一点特定の〈近代化〉論に批判的な見解（従ってまた右のような「プロセス論」的近代化観の基本的承認）という点では椎名¹¹戒能氏と原田氏の立場は共通しているといふことはできるが、ヨリ仔細にみるとき両者の間には〈近代化〉の把握につき少なからざる基本的認識のちがひがあるようである。すなわち前者の場合には上述のところからすでに明らかのように、土地所有権〈近代化〉の基本的座標軸は資本範疇であり、従って土地所有（権）と資本との矛盾とその止揚の一連の過程そのものが〈近代化〉過程と等置されるのに対し、原田氏の場合には、（論旨必ずしも明快ではないが）いわば本論争の「原点」に位置するといふべき（川島・四九）における〈近代的所有権論〉の基本的枠組を継承し、市民革命による近代的法形式を与えられた

商品所有権としての土地所有権が、契約の自由を媒介として資本制的価値法制を貫徹する結果として、いわば所有権の自由の「発展形態」（川島）としての用益権によるその制限に至る過程を（近代化）と捉えるものようである（そのような意味では——氏は分析枠組としての両範疇の区別を否定するもののようなのであるが——やはり商品範疇がその端緒的範疇として設定されているといつてよいであろう）。このちがひは、単にコトバの問題である以上に、ヨリ根本的にその〈近代〉観のちがひにも帰着する問題性をもつものといえようが、ただこのちがひを規定した直接の原因は両氏の分析対象のちがひに求めうるように思われる（川島氏的な商品範疇を基軸とする〈近代的土地所有論〉ではイギリス土地法史はその理論化が困難であり、他方、資本範疇をもってしては市民革命を起点とするフランス土地法史はうまく説明できない？）。いずれにせよこの両者を統合しようとする分析枠組はむしろ今後の課題といえよう。³なお、この方法的なちがひはとくに後述(2)(iii)の「内的構造」問題の歴史的位置づけのちがひとして、具体的には現われてくるのでその箇所ですらに再説したい。

（1）ただし渡辺氏の場合には、水本氏の場合と異なり、明確にこうした「一点特定論」をとっているといえるかは疑問もあり、

契約自由を通じての土地所有権自由の制限の一連の過程を（近代化）と捉えているとも理解されなくはない（現に「原田・八〇（土）」一四頁はどのように解するもの如くである）が、ここでは便宜上両者を一括して論ずることとする。

(2) ちなみに帝國主義論を土地問題との関連において把握することの重要性、イギリス帝國主義下での土地問題に関する近時の研究状況の概観、帝國主義論と土地所有論との関連把握についての理論的枠組等につき、吉岡「帝國主義論と土地所有論」社会科学の方法一六四号、一九八三年、一〇頁以下の説くところは、小論ながら極めて示唆的である。

(3) ちなみにわが国の法史学ないし法社会学上、「近代法」ないし「市民法」概念については、それを「産業革命によって確立されるべき資本制的再生産構造の原理論的構造の規範的表現体系」と考えるのか、将又、市民革命において主権者たる「市民」の理念的権利の体系をして捉えるのか、（それは角度をかえてみれば、資本範疇で捉えるのか、商品範疇で捉えるのかのちがひでもある）という問題をはじめとして、とくにその歴史Ⅱ「実体的把握においては今日なお混乱ないし不明確さが存在する（この点、「稲本・六六」および笹倉秀夫『近代ドイツの国家と法学』一九七九年、四〇一頁以下等参照——なおまたちなみに、「近代」というコトバの意味の不明確性・多義性については、柳父章『翻訳語成立事情』四五頁以下参照。また周知のように歴史学・政治学・社会学等の社会諸科学の分野では、「近代化」概念、その理論的分析の視角・方法論ないしその評価などにつ

き多くの研究、論争が続けられており、その成果は法律学にとつても示唆に富むものが少なくないように思われる——さしあたり、例えば、武田清子編『比較近代化論』一九七三年、H・U・ヴェーラー著山口定他訳『近代化理論と歴史学』一九七七年、藪野祐三『近代化論の方法——現代政治学と歴史認識』一九八四年など参照。いずれにせよ「プロセス論」の指摘する如く）市民革命と産業革命との両面期の間の「過渡期」としての原著段階の分析は、近代「市民法」の歴史実体的理解のためにも、市民革命と産業革命とが近代法形成上有する歴史的意義の統一的理解のためにも、ひいては又、わが日本近代（化）史研究にとつても重要な意味を有するものと思われる。現に今回の戒能、原田両氏の実証的研究は、このような基礎理論的角度からも貴重な成果といえるし、又、最後の点はすでに日本地主制史研究の分野で両氏の研究の影響がはじけてもいる——私見の限り〔岩本・七八〕及び〔牧野・八二〕の二つ。

他方これらのことはまた、この「論争」の理論的出发点ないし原点にあった、「川島・四九」の、基礎的カテゴリー（とくにその「市民法」ないし「近代法」理解）と分析枠組じたいの問題性の根本的検討を迫っていることをも意味しているように思われる。この点なお後述参照。

(2) 歴史分析の内容そのもののレヴェルでの批判

「水本Ⅱ渡辺理論」においてその「一般理論」構築のための素材とされたイギリス農地利用権の歴史分析と、その「一般理論」を基準とする大陸近代法の所有—利用権法の歴史的性情規定とは、椎名Ⅱ戒能氏によるイギリス土地法史に関する、また原田氏によるフランス農地貸借法史に関する、それぞれの精密な歴史実証的研究を通じて、その具体的内容のレヴェルでも、厳しい批判にさらされることとなった。その批判の主要な内容は、筆者の整理によれば以下の三点に集約されよう。以下それぞれにつき分説する。

(ただし、いうまでもないことながら、椎名Ⅱ戒能Ⅱ原田氏らの一連の本格的歴史研究は、以下の本稿においては、あくまでも本論争全体のいわば論理的レヴェルでの整理・評価という目的ないし観点からのみ、かつそれに必要な限度・範囲でのみ検討の対象とされるにとどまり、個々の細部にわたる実証的歴史内在的検討は——歴史家ならざる筆者の能力を越えうるといふ事情もさることながら、何よりも以上のような意味で——本稿の対象外であることをあらかじめお断わりしておく。しかし、これまたいうまでもないことながら、右の限定された範囲でもまた本稿は、一箇の

歴史研究であることをまぬがれないのであり、そのような意味で、筆者の理解に誤りなきか、また、粗雑な単純化に陥っていないかをおそれる。専門歴史家の御叱正を待ちたい。)

(i) イギリスにおける貴族の大土地所有制度と資本制的借地農との関係

「水本Ⅱ渡辺理論」(以下前者)に対する椎名Ⅱ戒能氏(以下後者)の、前述のような方法論上の批判からも明らかのように、後者の基本的な問題関心ないしモチーフは、前者が、「資本主義的農業」(「三分割制」)の成立↓「近代的土地所有権」の成立」というように、地代論的カテゴリーをもって無媒介かつ一義的にイギリス土地所有権法の「近代化」を規定することを問題とし、むしろ土地所有をめぐる法制度的政治イデオロギー的諸契機をもつつみこんだ「総体的構造的分析」(戒能)をもってそれに対置させ、それを通じてイギリス近代土地法史の「歴史的個性」(椎名)を明らかにすることにあつたといえよう。そうしてその際、イギリス土地所有権の法制度的特殊性を端的に示すものとしてのとりだされたのが、貴族の大土地所有制と、それと一体不可分の関係にある「貴族的遺言相続主義」であつた。そしてこの最後のものは正に「土地の商品化」に直接関連し、それ故また究極的には土地所有に対する資本の規定性の貫徹の問題に帰着する問題性を内包

するものといえる。

しかし、まず注意すべきは、以上の、叙述からも明らかでないに、「土地所有権の近代化」という場合の、その〈近代化〉概念の把握が両者においては根本的にくいちがつているということである。すなわち、前者にあつては、利用と対立する局面での所有権の〈近代化〉が問題とされるのに対して、後者にあつては、「貴族の大土地所有の法的形態の、資本の規定に服する形態への推転」(戒能)すなわち「土地の商品化の完成」(それはイギリスにおいては周知のように一八八二年 *Settled Land Act* により完成される)ところの過程である。)こそが正に資本の規定性の最終的貫徹としての〈近代化〉と捉えられる。

従つて第二にこの両者の論争が直接かみ合い、後者の批判が前者に対する真に有効な批判たりうるためには、後者は、後者の意味での〈近代化〉が、前者の意味での〈近代化〉と、論理的ないし歴史実体的に密接不可分の関係にあることを論証しなければならぬ。すなわちそれは、ヨリ具体的には、いかにして後者の意味ではいわば前近代的といえる貴族の大土地所有制(イギリス市民革命における土地改革の特殊性)の下で三分割制農業とその下の借地権の一定の強化が可能であつたのか、土地所有—利用の法的社会的諸関係はかかる土地所有制の在りよう(社会的政治

的経済的構造・機能)によつて、いかなる意味いかなる程度において規定され特徴づけられていたのか(とくにこの両者の経済的矛盾の内実と、その法的止揚形態)、ということの実証的解明である。正にこのような意味で(水本氏の反論されるように)「問題は、貴族の大土地所有制と借地農業資本との関係であつて、両者の存立・形成過程における相互の影響、両者の対抗関係などの分析にあるといわねばならない」(水本・七三)四頁)。

このような点少なくとも筆者の見限り、「貴族の大土地所有制と資本家的大借地農経営の照応関係」(戒能)の歴史具体的分析は、椎名氏にあつても、戒能氏にあつても、ほとんどなされておらない(戒能・八〇)三九—四二頁にその「照応関係」についての一応の説明はあるものの、極めて抽象的一般的な分析に止まる。この著作の主要部分たる、貴族の大土地所有の成立・崩壊に関する詳細な歴史的分析も、直接右の論点に答えるものとはいえない。なお(椎名・七三A)三二〇頁以下も参照)。

むしろ歴史家によつては、イギリスにおいては、資本家的借地農制の成立と「自由な土地市場」の成立との「間には、必然的な関連はない」のであり、「貴族の大土地所有と資本家的借地農制とは決して矛盾するものではなく、むしろ、一定の条件のもとでは、後者は前者を産み、前者は後者を容易にするという相互依存

関係にある」との指摘をする専門家もいるほどである（浜林・八三）一五一—一六頁）。いずれにせよ現に一定の歴史社会において両制度は併存していたのであり、また一般的にも、土地所有制度の社会的政治的イデオロギーの在りようが、利用権の現実的法的構造・性格を強く規定すると考えられる（このことは、例えばフランス農地賃貸借規定についての〔原田・八〇〕が実証するところでもあり、またわが国戦前の農地小作をめぐる歴史過程を想起するならば、それは思い半ばに過ぐるものがある）以上、やはり問題は、（水本氏の反論が指摘するように）両制度の依存と対立のダイナミズム、とりわけ、その借地利用関係の法的レビューへの具体的反映を歴史的に明らかにすることではなければならぬと思われる。それに成功してはじめて、単に地代論範疇に無媒介に還元される如き「歴史」像に對置さるべき、真に「歴史的個性」をもったものとしてのイギリス近代農地賃借制度の現実的内容が描かれるように思われるのであり、而してそのためには、イギリス近（現）代における資本と土地所有との関係の国民経済全体の中での構造的位位置づけ、をもふくめた「全体的構造的分析」（そうして、その下での、「水本」渡辺理論）に對置さるべき、イギリス近代借地法史についての実証的研究）が不可欠であろうが、椎名・戒能両氏の研究成果は、このような意味ではなお、「水本

渡辺理論」の批判・克服には成功してない、と結論づけざるをえない。（むろんこのことは、椎名氏のとくに一連のテナント・ライト補償問題に關する実証的研究、及び戒能氏の貴族の大土地所有、とりわけその所謂「貴族的遺言相続主義」の成立・崩壊過程についての、土地ないし相続法史一般という角度からも極めて興味深いところの、綿密な研究、のそれぞれの歴史研究としての価値——その本格的評価は専門歴史家ならざる筆者のよくするところではないが——を損なうものではないこと、いうまでもない。）

いずれにせよ、土地の商品化とその所有・利用関係への資本の論理の貫徹との、このような跛行的展開という現象は、ヨリ一般の理論的には、イギリス近代農地法史に特有のものなのか、それとも、資本制社会における土地所有（権）制度の有する特殊な位置・存在構造に規定された、ヨリ普遍的な意味を有するものなのか、また両者の跛行的發展は、一の歴史社会の中でいかに整合的に説明されるのか（両者のそれぞれが、資本主義経済全体にとつてもつ意味の質的構造的差異）、そもそも資本ないし経営の論理に適合的な土地制度ないし所有・利用関係なるものが、単なる原理論的諸規定によつて抽象的には把握しえないところの、各国資本主義の段階論的特殊性、ないし政治的社会的イデオロギー的

な諸契機によつて規定された、多様な在りようを示すものだとすれば、例えば、イギリス近代における貴族的大土地所有制、プロイセンにおけるユンカー的經營、わが寄生地主制等の歴史的事象を、単純・一律に反資本主義的、前近代的と規定することは、果たして妥当なのか、市民革命ないし資本主義化の過程における地主制(等)の意義ないし位置づけは、かかる単純な規定を許さない、ヨリ多義的重層的なものではないのか(これは又、次にみる、フランス民法典農地賃借規定にかんする原田氏の研究の示唆するものでもあるように思われる)——本論争は、これらの、土地法史上きわめて重要かつ興味深い諸論点につき、今後なお明らかにされ深化さるべき課題を提起しているように思われるのである。

(ii) 近代大陸法における賃借権Ⅱ債権構成の歴史的意義

すでにみたように、「水本Ⅱ渡辺理論」においては、近代大陸法は、「典型」としてのイギリス近代法との対比において、「土地利用権の債権的構成Ⅱ土地利用権の所有権への従属Ⅱ寄生地主制段階の反映」という三位一体的規定を与えられている。従つて、例えば典型的近代大陸法たるフランス民法典(一八〇四年)に即していえば、右の「理論」に対する批判が十分に成功したというるためには、少なくとも論理的な可能性としては、(イ)フランス

民法典の賃借権Ⅱ債権構成は必ずしも賃借権の、所有権への従属を示すものとはいえないこと、(ロ) (仮に(イ)が論証しえないとしても) 右の債権構成は單純に「寄生地主制段階」の反映とはいえないところの独自の社会的意義を有するものであったこと、(ハ) 民法典制定後(とくに産業資本主義の段階において) 借地権をめぐる歴史的展開の下で——国家法又は「生ける法」のレヴェルで——賃借権の物権化ないし(實質的にそれと同視さるべき) 資本Ⅱ借地権の合理的經營にとつて適合的な賃借権の法的保護のための本質的メルクマールの具備(そしてその限りでの、所有権の利用権への従属) が正にフランスにおいてもみられたということ、のいずれかが、歴史的事実に即して実証的に明らかにされねばならないはずである。

フランス近代市民法の内在的実証的分析を通して、近代大陸法のかかる債権的構成の有した「固有の歴史的意義」を明らかにしようとする原田氏の意欲的な大著(原田・八〇)は、しからば果して、右の批判作業に成功したといえるであろうか。

この点まず(イ)の点に関連する原田氏の指摘を整理すれば、次のように要約しようであらう——そもそも建物所有目的の借地にあっては、建物の長期存続保障という要請から必然的に物権化への強い要請があり、現にフランスでもドイツでも土地所有権附合原

則を排除する敷地利用権原は物権として構成されている、という周知の事実を紹介し、これに対して農地にあつてはかかる要請は必ずしも直接現われることはなく、むしろナポレオン民法典における賃借権は、本来的に家屋および農地のそれを予想したものであつた。そしてそこでの法的保護は、すでに対抗力及び譲渡・転貸の原則的自由を与えられるものであつた反面、(ナポレオン法典全体を貫く所有権中心主義ないし所有権絶対性のひとつの現われとして)、(i)賃借人は「一時的所持」*titention precarie*としての機能しか認められず(従つて占有法上の保護は認められず、借地農の耕作は地主に対する義務であつて、耕作改良の自由は認められない)、(ii)改良償還請求権の意識的排除(むしろ改良は義務違反であり、改良の結果の除去すらも地主の意思に従う)、(iii)地主の小作料債権の強力な保護(強力な先取特権)等、要するに「借地農の用益権能の土地所有権への従属」(三七頁)を示す、いくつかの特徴を指摘できる、とする。これらの内容を全体としてどのように評価するか(氏のいう「内在的連関」は一箇の問題であるが、注目すべきことは、フランス民法典においては、賃借権は債権とされながらも、対抗力(これは更に法典制定後一層強化される)及び譲渡・転貸の原則的許容という二つの点です。一定の物権的な効力が与えられていたということであり、他面

とくに小作人の改良の自由、及びその結果たる投下資本回収の保障という点では「所有権への従属」が顕著にみられたことである。そして少なくとも後者にかんする限り、十九世紀イギリスの「三分割制」下の借地農業においても十分な保護を与えられぬまま十九世紀末葉にまで問題はもちこされたのであり、そうだとすれば、少なくともこの点にかんしてはイギリス法と比較してのフランス法の「後進性」を云為することはできない。むしろ前者を強調する限り、フランスにおいてはすでに市民革命の段階で賃借権には一定程度の保護が与えられていたというように評価できなくはない(そもそもそのような実質的内容をみる限り、「物権—債権」というコトバ的形式にとらわれるべきではなく、しかも理論的には——原田氏も正当に指摘するように——少くとも農地賃貸借にあつては、それを物権と構成することは、絶対的に必要だといふわけでもなければ、必然的なわけでもない)。ただ少なくとも、(原田氏のように)後者をふくめたものとして(かつそれを強調する形で)利用権優越ということを観念する限り、フランス民法典における賃借権保護は不十分な不透明なものとして規定せざるをえないことになる。この点、原田氏じしんの民法典農地賃貸法の総括的评价によれば、それは「一方においては、賃借人—土地所有権との関係における借地農の法的地位は、旧制下

における以上に制約され、土地所有権に対する顕著な従属性を示している」と同時に「他方においては、賃借権は一つの権利として確立され、農地賃借権の安定性が基本的には保障されている」とされるのであるが、しかし両者の「内在的連関」についての理論的説明は必ずしも明確に与えられてはいないように思われる。

しからば(四)の点はどうか。前記のような民法典農地賃借権規定の歴史的社会的背景をば、旧制末期の農地賃借関係の社会的実態とその法的構造、革命の過程での農地賃借をめぐる諸階層の動向、民法典農地賃借法の成立過程等の一連の歴史的プロセスの分析を通じて明らかにすることをその主たる内容とする原田氏の大著(原田・八〇)の眼目は、正にこの(四)の点に関わるものといえることができるが、この点につき原田氏がその綿密極まる実証的分析の結果到達しえた結論は、要するに、次の文章に集約されうるように思われる——曰く「一面ではまさに地主的土地所有に即応する法的特質を残しながらも、当時における借地経営の近代的发展(＝原蕃期における農民層分解の進行)にとつて不可欠であった二つの要請(土地所有権ならびに所有権一般の自由の確立と上層借地経営の法的基礎の強化)を、むしろその阻害要因となりうる農地賃借権の物権的強化の方向をとることなく同時に実現せしめたところに、……ナポレオン法典農地賃借法の

最も基本的な特質が見出される」と。また同様の趣旨は次のようにも述べられている——「農地賃借権の債権的構成は、一見『地主的』なその外観にもかかわらず、まさに当時の歴史的发展段階に即応した特殊・近代的意義をもっていた」(四八一—三頁)と。

キイ・ワードと考えられる、右に所謂「特殊・近代的意義」とは何かは、氏の説明においても必ずしも明確ではないが、全体のコンテキストから推測する限り、それは要するに、革命の土地改革を通じて確定的となつた封建的、共同体的諸規制からの土地所有権の解放↓農民的土地所有の確立(更にその下での農民層分解)というコースと、すでに北部借地農業地帯において先進的に展開しつつあつた借地農経営の、封建的共同体的制約からの解放と賃借権の一定の安定的保障とを媒介とする法的基礎の確立というコースとを、ともに国家法レベルで確認することにより、以後の原蕃期における借地農経営の自由で安定的な発展を法的に保障するといふ社会的意義、の謂であるといつて大過ないであろう。ただこのような「意義」が法典制定後のフランス借地農の現実の展開に対していかなる作用を果たしたのかの歴史的事実こそが(とくに前記(六)との関連では)問題であると考えられるところ、残念ながら原田氏の扱う時代の範囲はナポレオン法典の成立過程までに限られており、その後の展開は単に「展望」されるに止ま

っており、しかもその「展望」はつまるところ、右の賃借権規定が、その後の借地農経営の展開に促進的に作用しえたというに止まり、当然ながらその実証もなされていない。むしろ氏じしんも認めるように、借地農保護のために残された最大の条件は、その資本投下の自由とその回収の補償（氏のいわゆる「内的構造」の問題）をめぐってであつたはずであるが、一九世紀を通じてそれが実現されることはなく、結局二十世紀半ばに至つてはじめてその国家法レヴェルでの保護が実現をみることに、後述の通りである。——以上のような意味では少なくとも前記(ハ)の点は、氏の勞作によつては論証されなかつた、といつてよいであらう。

このように原田氏の勞作は、この点に関する限り全体として——その綿密な実証にも拘らず——本理論批判としては十分に成功してゐないと結論づけざるをえない。これはおそらく、第一に、前記(1)(2)のように原田氏のとる方法論的理論枠組（とくに商品範疇を基軸とする「近代化」論）が水本氏らのそれと範疇的に異なること、第二に、用語としての「物権（化）」概念の不明確性・多義性（論者によつて、そのメルクマールも、「利用権近代化」との関連づけも異なつてゐる）などの事情から、両者の論争が十分にかみあわなかつたためではないか、と推測される。とくに後者の点では、不動産利用権の法的保護にとつて（物権—債権）な

る基礎的概念ないし法律構成の有する（又は、有した）意義という、借地・借家法学にとつて最も基本的な問題に直接かかわる論点であつて、本論争を通じて、少なくとも、「債権的構成—利用権保護の弱さ」、「近代化」のおくれ、「物権的構成—保護の強さ」、「近代的」なる単純な図式は歴史的事実にも合わないこと、従つて賃借権物権化イコール強化というふうになんら等置できるものではないこと、更にそもそもわが借地借家法学説史の中での（物権—債権）概念の使用法には少なからぬ混乱ないし不明確性がみとめられること、などの諸点が改めて浮彫りにされる結果となつたといえよう。従つて、農地・宅地利用ないし借家のそれぞれにおいて、対抗力、存続保障ないし（費用償還請求権や譲渡・転貸許容などの）投下資本回収等の具体的諸制度が、実質的に意味する（した）ところのものを、明きらかにしつつ、そのことと旧民法—明治民法—諸特別法ないしそれらをめぐる論議・研究の中で用いられた（物権—債権）概念（等）の基本的法律構成との関連を明らかにすることが、今日あらためて必要となつたといえよう（それはとりもなおさず、不動産利用権をめぐる立法・学説史の中の基礎的問題としてその全体の系譜の中に位置づけられる必要がある。そしてそのためには、フランス法以外でも、とくにドイツ法に関する同種の歴史的・比較法的研究が有益かつ必須であるよう

に思われる。それはひいて、〈物権—債権〉なる基礎的概念ないし体系構成の理論的歴史的構造を或る重要な角度から照射することともなりうるのであり、従つてかかる根本的作業としての困難性を伴なうもののように思われる。

(1) なお、氏のこの研究が、従来のフランス史学における、絶対王制期地主制ないし革命期土地変革の性格規定をめぐる論争にとつていかなる意義を有するののかについては、遅塚忠躬氏の本書書評(同・八〇)参照、なおまた(戒能・八二)をも参照。

(2) この点を鋭く指摘するものとして、(広中・八二)

(iii) 「物権化」におけるいわゆる「内的構造」の問題

〔水本・六六〕は、イギリス不動産賃貸借について「現代の一般法」(とくに一九二五年財産法改革によって整序されたところのそれ)の具体的内容として次の七点をあげる——①賃借権の対抗力、②賃借権存続保障(とくに更新保護、解約制限)、③賃借権の譲渡・転貸の自由、④賃借人の投下資本回収の保障(定著物取去権と費用償還請求権)、⑤賃借料取立に対する賃借人の保護(延滞地代債権にもとづく地主の動産差押権 right of distress の制限)、⑥契約の要式化(これは①と並んで第三者保護として機能する)、⑦改良行為自由原則の確立。

——ところで氏は、かかる諸要素から成る「一般性」を、「近代古典法(産業資本段階)の帰結」であり「イギリス近代市民法の典型的な実定法的構築体」(二四七頁)である、と総括する。

とすれば、(氏の方法論的前提によれば)氏によつて「三分割制」下農地賃貸借の体系的総括と目されるこれらの諸メルクマールをもつて、氏のいわゆる近代的不動産賃貸借法の「一般理論」が導かれるべきはずのものであるが、さすがにそれはなされていない。そして或意味で当然ながら、他の箇所(水本・七一)四二頁)でわが借地・借家についての「物権化」のメルクマールとされているものは、前記のそれとは若干のちがいがあつた。とすれば結局、〈物権化〉概念じたい不明確であるのみならず、それについての「一般理論」は示されておらないことになる。

のみならずヨリ重要なことは、右の七つのメルクマールのうち、④中の改良費償還請求権(従つてまたその前提としての⑦)は、三分割制確立期の産物ではなく、むしろその後の地主—借地農間の社会的法的斗争の産物である故に、氏の「土地所有権近代化論」の本来の対象からははずれざるをえないものであり、現に氏の研究においても十分な論究はなされておらない。しかし正にこの点の本論争の中で指摘され、「水本—渡辺理論」批判の重要な一論拠となるに至つた。

すなわちまず、椎名氏は、正にこの改良費償還請求権たる tenant right¹、つまり、借地契約期間満了時に、借地農の改良行為（資本投下）の結果として借地に残された未償却の価値（unexhausted value of improvements）の補償の国家法的保護をもって、地主の「優先的差押え権」（right of distress）（上記⑤）の大中な制限¹、「継承的不動産権法」law of settlementの改正とならぶところの、一九世紀末イギリスにおける土地所有に対する資本の規定性の法的レヴェルにおける最終的貫徹として、その歴史的重要性を強調する（同・七三年（B））、（同・七三年（A））五九頁以下、二四六頁以下、二八二頁以下）。それは、三分割制成立後においても、慣習法・判例法のレヴェルで借地農と地主間の重要な争点として争われてきたのであるが、「農業大不況」を契機としてようやく一八八三年第二次農地借地法により強行法的保護をうけることになる。その過程は、基本的には、一方、資本投下の自由とその回収の確保を求める借地農の資本制的農業経営の論理と、他方、その容認が「二重所有権」dual ownership²化につながる危険（土地所有の危機）をもつものとして頑強に立法化を阻止しつづけるところの貴族的大土地所有の論理との、対立と調整の過程であり、契約自由の否定³公的介入による・その矛盾の止揚をもつて、ひとまず終息する過程（ちなみにこれらの過程はまた、契

約⁴所有権の自由が、借地農の上昇によって漸次、地方慣習法↓判例法↓任意法↓強行法というふう⁵に国家法的に制約されていく過程として、法源論的にも興味深い素材を提供しているように思われる）である。それ故に又「資本制農業の全般的展開と資本制地代範疇の成立をみたのちに、なお借地農業者の『資本の保障』の問題が残ったというところに、土地所有の特殊性と資本の敵対物たる側面があらわれる」（椎名・七三（B））五頁）ともいえる。のみならず、前記八三年法後も、この問題をめぐる地主と借地農間の利害の対立関係は続いたのであり、とくに補償の確立とともに今度は借地権の財産権化⁶第二所有権化が進行して、地主の農地からの引揚げ傾向が⁷つよまる中で、国家は、一定の農業政策上の方向づけの下でこの問題に積極的に介入するに至っている（戒能・七八）——なお以上につき（椎名・八〇）（同・八二）をも参照）。

他方、（原田・八〇）は、「経営活動⁸資本投下の自由とその内容にかかわる改良施行権と改良費償還請求権」をば、（対抗力、譲渡・転貸の自由、「他者の利用を排除する権利の存続期間」としての期間の存続保障のような一連の「対外的」側面に対比して）賃借権の「内的構造」と名づけ、而して、その保護の在り方如何は正に「投下資本の合法的運動を保障しうるような近代市民法

の賃借権」(二三頁) すなわち「賃借権物権化」の完成にとつて決定的なメルクマールとなるとする。ただし一般に、(i)賃借権の譲渡・転貸の可否及び対抗力付与の問題は、法典上ないし沿革上、「賃権」物権」構成とは直接関連性を有しないし、(ii)期間保障及び賃借権の譲渡・転貸自由の承認によつては、「改良の残存価値」の全面的回収は達成されえないが故に、最後の点の法的保障こそが「物権化」の決定的内容を構成するはずだからである。

そしてこのような問題構造と、前記(ii)のようなナポレオン法典農地賃貸借規定の内容からすれば、フランスにおいて「賃借権物権化」の主要な論点が正にこの「内的構造」に集約されてくるのは当然のなりゆきであつたといえよう。現にフランス十九世紀を通じて「地主借地農間の最大の争点の一つ」(原田・前掲四七八頁) は主としてこの点にかかわるものであつたといわれる。そしてとくに改良費償還請求権は一九四五—四六年の「小作関係規制」によるその国家法上の承認後も、一貫してその保護の強化(及びそれによる経営の自由の拡大とその安定性の確保)の方向が追求されている(原田・前掲三七—八頁、四八五頁以下、その他〔同・七二〕、〔七五〕、〔八一(c)〕、〔八二〕等の一連の論稿参照。——しかも注目すべきことは、これらの諸論稿によれば、その過程においては同時に一貫して、賃借権の譲渡禁止・Aバ・ド・ボ

ルトVの禁止を通じて、「耕作権価格の発生↓借地権の亜所有権化」の阻止がはかられていること、及び(前記イギリスの場合と同様)とくに近時この問題は、国家の農業構造改善政策の全体的な枠組の中に位置づけられるに至っていること、である)。

——ところで以上のような英・仏両国の歴史過程を理論的にどのように把握すべきかについては、(前述の「近代化」観の方法論的ちがいと密接に関連する形で)論者の間には見解の相違がみられる。すなわち、水本氏にあつては前述のように、この「内的構造」における法的保障の問題は三分割制の成立以降の問題としてその本来の研究対象とはなりえなかつたのに対し、椎名||戒能氏は前述のように正にこの点を問題とし、(資本制的借地農の成立(=||地代範疇の成立)↓用益権の優越性の完成(=||土地所有権の「近代化」)というふうに一義的直接的に両者を関連づける歴史把握の方法を批判し、それに対して、正にこの「内的構造」にみられる資本と土地所有の寄生性との対抗||矛盾の・資本による止揚の一連のプロセスをもつて「近代化」とする理解を対置するものといつてよいであろう。これに対し原田氏にあつては、土地所有権の自由、契約の自由の原則の確立をメルクマールとする「近代的」土地所有権の成立の後に、「資本に対する土地所有の『敵対性』がもはや契約自由によつてはカバーしえなくなつた」段階

で、すなわち独占資本主義段階以降（英・仏の場合いずれも「農業大不況」期以降）にはじまる「土地所有権に対する公的介入（↓土地所有の寄生的性格自体の制限）の一環としての性格」をもつものと捉えられる。（なお近時、稲本氏は、——前述のように——土地の商品化、用益権への従属にくわえ、「未償却資本回収の法的保障をプロセスの第三の画期」とする考え方を提示する——「渡辺⇨稲本・八二」九八頁——が、この三者の理論的関連は必ずしも明らかでない。）

ともあれこのような基本的性格規定の問題をふくめて、この「内の構造」の在り方が、土地所有権の社会的法的特質や借地農経営の経済的構造などどのように関連しあっていたのか、この問題をめぐるいかなる経済的社会的要因が契約自由の否定⇨強行法的規制を必然化したのか（この点の法的保護と、他の諸点のそれとの、英仏両国にみられる跛行的発展を規定した要因は何か）、そしてその結果は土地所有⇨利用の在り方にいかなる問題性を生ぜしめたのか、又、（前述のような〈物権⇨債権〉構成と投下資本回収の法的保護とは歴史のないし論理的にどのように関連しあっているのか、そもそも、農地・宅地利用ないし借家のそれぞれにおいて、投下資本回収のもつ経済的意義と、法的保護の形式とは、歴史的にいかなるものであったのか、等々の興味深い、かつ重要

な諸問題が、なお今後の課題として残されているように思われる。いずれにせよ、権名⇨戒能⇨原田氏らがいずれも強調するように、総じてこの問題は、土地所有権、従ってまた利用権の存在構造を規定する極めて本質的な契機の一つと考えられるのであり、にもかかわらず、従来の研究においてこの点の分析がほとんど等閑視されてきたことも事実であり、本論争を通じてこの点の歴史研究が一步前進したことは本論争の重要な収穫といえるだろう。なお政策論ないし解釈論のレヴェルでも、とくに農地賃借権をめぐって、今日、費用償還請求権の問題が中心的論点として論議されつつあることは、注目すべきである。）

しかしながら全体としてこれをみるならば、改良費償還請求権の法的保障の実現は、（その国家的レヴェルでの現実化が、歴史的にはイギリス・フランスいずれにおいてもかなりおくれたとはいえ）結局は土地利用権の保護・強化、従ってまた資本の論理的貫徹を意味するのであって、このような意味では、それは、（土地利用権の土地所有権に対する優越）⇨「資本主義社会における歴史的發展法則」というふうに、図式化され抽象化された限りの（「水本⇨渡辺理論」の命題の正しさを（従来欠落していた別の角度から）補強するものでこそあれ、それを否定するものではない）——改良費償還請求権の法的保障もふくめた、右の発展過

程を、(近代化)とよぶか(物権化)とよぶかは、この限りでは、ことばの問題である、ともいえなくもない)。少なくともこのような意味では、同理論の中核的部分は右の批判的歴史研究によつてはなお克服されていない、というふうな結論づけざるをえない。

(1)「内の構造」を問題とする本稿ではこの問題にはふれなかつたが、これまた「三分割制」後の「資本と土地所有の敵対的關係」を示すものであることは、「権名・同」三〇一頁の分析から明らかであつて、その性格を否定する〔水本・七三〕三頁の叙述は正当ではない。

(2)なお、この改良の自由に関連して、「権名・八〇」によれば、イギリスで借地農の作付自由、農産物販売の自由が国家法上十分に認められるのは一九〇八年になってからのことである。テナント・ライイト補償よりもおくれる理由もふくめて、資本と土地所有の問題を考える上で興味深い事例といえる。なおまた、これらの自由の原則の適用とテナント・ライイト補償に際しての、地主・借地農間の利害の調整準則として国家法上導入されるに至つた〔rule of good husbandry〕及び〔rule of good estate management〕の法的内容ないしその実際の機能もまた、土地所有と利用の關係についての興味深い素材を提供しているように思われる。この点につきさしあたり、権名・前掲のほか〔同・八一〕、「戒能・七八」二九五頁以下参照。

(3)なお農地のみならず、宅地の利用關係においても、費用償還請求権(及び収益権)が、英・独・仏のいずれにおいても社会的ないし立法論的に問題とされたことにつき、「(来栖・七四)三二一頁以下参照。本稿との関連で重要な指摘を摘記すると、(i)イギリスにおいては長い間、借地人(building lease)の建てた建物の土地所有者への無償帰属の原則が守られ、それが都市の借地建物の質的劣悪化を惹起したということ(借地人からの強制的買取請求が認められるのは一九六七年のThe Leasehold Reform Actにおいてである。なお、「戒能・八四」参照。)、(ii)ドイツにおいては右のイギリスの法理への批判の上に立つて一九一九年地上権令により原則として地主に補償義務を課したこと、(iii)フランスの一九六四年法は借地権設定のインセンティブを地主に与えるために逆に無償帰属が導入されたこと、などである。これらの比較法的事例をべつとしただけでも、借地人の投下資本回収の国家法的保護の在り方と、それを規定する契機とは、決して単純ではないことがうかがわれる。

(4)ちなみにマルクスの地代論の中で次のような有名な指摘がここで想起されてよい——借地農によつて「土地に合体された資本および諸改良が」土地所有者によつて無償で領得されることだが、「土地所有者たちの……賃料のたえざる膨脹の、および彼等の地所の貨幣価値増大の秘密の一つであり」、同時に「合理的農業の最大障害の一つである」と〔資本論〕第三卷(河出書房版一四五頁)。

(5)わが国の農地小作において——未弘『農村法律問題』一九二

四年二八五頁の先駆的指摘を例外として——歴史的にこの点が大きな法的イッシューとならなかつたのは、改良施策は地主が行うことが通例であつたためとの指摘もあり（渡辺・八一）四一—五頁。ただし、法制度的には、それはわが民法典の物権—債権構成の下での用益物権—賃借権の在り方に關わる。この点の詳細につき（原田・八〇）一—三頁以下）、そして今日わが農地小作についてもあらためて政策当局によつてこの問題がとりあげられているのも諸外国の場合とはかなり異なつた背景・文脈のもとにおいてであるように思われること（この点〔原田・八三〕四九頁以下、〔農業法学会、八三〕等参照）、わが国の「物権化論」でこれが欠落ないし等閑視されたのは、それがとくに宅地を念頭においた議論であり、而してわが借地法はすでに建物買取請求権の制度をもつていたことなど、の諸事情にかんがみるとき、少なくとも、英仏両国の農地貸借法の歴史分析から得られる認識から直ちに、わが国不動産利用権一般にかんし「物権化」における「内的構造」の普遍的要件化を規範理論として主張することには慎重でなければならぬ（この点につきなお、渡辺、前掲参照）。

四、若干の総括的検討

一、以上の検討のうち、まず、内容的レヴェルでの論争のわれわ

れの検討（三（一））の部分につき、その結論を極く簡単に要約すると、論点(i)については実証が不十分、また(ii)については論争が十分かみ合っていない、(iii)については、少なくとも本理論の核心的部分に対する批判とはなりえていない、ということにならう。総じて、「水本—渡辺理論」に対する権名—戒能—原田氏らの批判的研究は、少なくとも、その実証的内在的批判のレヴェルでは、全面的に成功したとはいえないように思われる。これが成功するためには、少なくとも例えば、前記(i)(ii)のそれぞれにおいて指摘した問題点などについての実証的研究をふくめ、イギリス、フランス以外の諸歴史社会（例えば、ドイツ）についても、しかも、農地貸借のみならず、宅地利用・借家のそれぞれの問題領域についても、なお、個別の歴史研究が積み重ねられる必要があるように思われる。ひいてまた、わが国のそれらの領域にかんする研究に關しても、なお従来の理論的図式なり枠組なりに捉われない実証的研究が必要のように思われる。¹⁾

このように本論争においても今後の課題として残された問題点は少なくとも、本理論の批判・克服という形で結着には未だ至っていない、と結論づけざるをえない。

しかしいうまでもなくこのことは、本論争が内容的に全く無意味であつたとか不毛であつたということを意味するものではない。

むしろ、本論争の過程で、とくに実証的研究を通じて、一定程度、明らかにされた点、及び、理論的にみて重要な問題提起ないし示唆とみられる点も少なくないのであり、それらの中には、単に歴史認識の次元に止まらず、実用法学的観点からも興味ある論点も少なからずふくまれている。(その多くは、なお今後の研究により一層の深化が必要ではあるが。)それらの主要な点についてはすでにそれぞれの箇所 (i)、(ii)、(iii) で言及した通りであり、くり返しはさける。

(一)この点、椎名¹¹戒能¹²原田氏らの実証的研究以外にも、(本稿では十分検討する余裕をもたなかったけれども)次のような歴史研究が本論争以後発表されており注目される。(i)フランス商事貸借法の歴史的分析に関する吉田克己氏の一連の研究(それは、営業用借家の法的特質ないし、それと商業分野での競争政策との関連を考える上で極めて示唆的である)、(ii)ドイツ近代における農地貸借法史についての若干の研究(高橋寿一「ドイツ民法史における農地貸借規定の歴史的意義」一橋論叢九〇巻五号一〇七頁、一九八三年藤井俊二「ドイツにおける農地貸借法の展開」早大法研編集一六号一八一頁、一九七七年、木崎安知「十九世紀プロイセンにおける農地貸借法(一)」熊本法学三五号一頁、一九八三年など。——本論争においてはイギリスとフランスのみがその視野に収められていたに止まり、

ヨーロッパ大陸法の中でも重要な位置を占めるドイツについては未だ本格的な研究は現われていないが、右の諸論稿はこの欠を埋めようとするものである。とくにいわゆる農業資本主義化の二つの道の一方の歴史的類型を代表するといわれるプロイセンについてのそれは重要な意義をもつものといえよう)、(iii)わが国明治諸法典における貸借権規定の特質を実証的に明らかにしようとする小柳春一郎氏の研究(「穂積陳重と貸借権——民法六〇九条を中心に——」山梨大学教育学部研究報告第三十三号一〇九頁、一九八二年、「ポアソナード民法草案における貸借権」同前、第三十五号五四頁、一九八四年。——氏のこれらの研究は、従来の日本近代法史研究にはない斬新な視点と綿密な実証に支えられた研究として注目される)。

二、他方、方法論のレヴェルでの本論争(前記三、(一))はどのように評価すべきであろうか。

この点の本格的検討のためには、例えば、本理論の基礎ないし背景にあると考えられるいわゆる講座派ないし大塚史学の歴史観・理論やマルクス地代論についての一定の理解など¹³についてまさかのほって根本的に批判的検討をくわえる必要があるであろうが、もとよりそれは本稿のよくするところではない。ただ、本論争をはじめとして、所有権と利用権との関係をめぐる戦後わが国の一連の研究ないし論争において、その理論的原点として最も

重要な位置を占めているのは、いうまでもなく(川島・四九)であらう。のみならず同書は、もともと(水本・六六)(甲斐・六七)など本論争の一方の諸研究において、その批判・克服の当の対象となつていたところのものである。従つて本理論ないし本論争の意義をヨリ深く理解するためには、同書の批判的検討が少なからず有益であるように思われる。もとより同書の考察対象は、単に土地所有権のみに限定されているわけではなく、ヨリ広く「近代的所有権法の歴史的 성격の分析」をめざすものであり、その与えた理論的影響も、不動産法の分野にとどまらず、民事財産法全体における基礎理論ないし実定法解釈論にも及ぶ大きなものであつたといえる。従つてその包括的、本格的検討は、不動産の、しかもその利用権の對抗関係における所有権の理論史という限定された課題を抜く本稿の範囲を超えるものであり、またなによりもそれは現在の筆者の能力を超えるものである。さしあたり以下では、本論争の批判的位置づけという、ここでのわれわれの本来の目的に必要な限度で(かつまた、限定された目的意識の下で)われわれなりの一応の検討をくわえてみたいと思う。

さて、同書の究極的課題として川島氏が意図したものは、氏自身の後年のことばをもつてすれば、「マルクスの最単純理論モデルを手がかりとして、近代市民法——条文化された「民法典」で

はなく、権利のシステムとしての市民法——そうして特に近代的私所有権ないしその「制度」についての、同様の性格をもつ理論」すなわち「一般理論(General theory)」を構築することにあり(川島・八一)四一八頁)、而してそこでとくに注意すべきことは、この「一般理論は、分析の道具としての理論であり、そこではその範疇や概念の間の関係は、分析のための合理性のみによつて決定されるべき」(同上・四二六頁)ものとされていることである。いうところの「一般理論」の意味内容は、必ずしも明確ではないが、上記の叙述及び他の所で氏自身がその着想をマルクスの『資本論』第一巻および『ドイツ・イデオロギー』第一部から得たと述べていること、また本書における理論展開の基礎的端緒的範疇として措置されているものが、「商品(所有権)」というカテゴリーであることから総合し、われわれ自身のことばでもつてそれをパラフレーズすれば、本書の基本的課題は、要するに、近代法とくに近代的所有権をめぐる実定的諸制度・理論・観念を論理的に一貫した整合的な形で説明しうる、一定の原理的理論を構築することにあり、而してその手がかりとしてとくに依拠されたものが、所謂「マルクスの最単純理論モデル」であつた。すなわち「資本制社会の富はすべて商品として現われ、且つ資本制社会の全構造は、究局においては、商品としての富に内在する社会的諸

關係を基礎・起点とする。したがって、近代的所有権の特殊な歴史的な性質・内容は、近代的所有権の経済的社会的実質の端初型的態たる商品そのものうちに含まれている」（四九—二四頁）。かくして、私的所有権—契約—人格という三つの基礎的カテゴリーからはじまって、私法—公法、財産法—家族法、物権法—債権法などの近代法体系における峻別構成、特殊近代の規範意識、近代的所有権の本質的属性としての観念性と絶対性（及びその具体的な制度的表現としての物権的請求権及び占有訴権制度）、一物一権主義、共同所有制度、物権公示制度ないし公信力制度等の物権法上の諸制度・観念、ひいてはまた信用制度、会社企業制度等々にいたるまでが、資本制社会における「商品」の本質規定、すなわちその私的モメントと社会的モメントとの矛盾の、動的弁証法的止揚の具体的現象形態として一貫して説明され、かつ一貫してかかる本質規定に還元して捉えられることとなる。その見事なまでに一貫した視角の下での分析の成果は、氏の前述の目的設定からみて、一応の成功を収めているように思われるのであり、少なくとも没歴史的でカズイスティッシュな「法教義学」の限界をつきぬけた一の本格的基礎理論が提示されるに至ったことは否定しえない。それが戦後一時期のわが学界に圧倒的といえる影響を与えたこともそれなりに肯ける。しかし今日的段階に立つてわ

れわれは、本書に対し次のような方法論的ないし基礎理論的問題性ないし限界を指摘せざるをえない。

第一に、前述した通り、本書の意図したものは、「分析の道具」としての「一般理論」であるとされながら、本書の具体的内容においてはそれは、単なる「分析道具」であることを越えて、「近代的所有権」そのものの本質的構造についての、実体的理論となっていると解される。すなわち「近代的所有権は特殊な資本制的所有権であり、したがって、その史的成立の過程は資本制経済の史的成立の過程と同一である」（七三頁）との表現に端的に示されているように、「商品」所有権の本質規定の弁証法的展開として示される「近代的所有権」の理論的構造は、単に法的歴史的事象の分析・整序のための道具的合目的理論であること以上に、資本主義的生産関係の下での所有権の原理的規範構造にかんする実体的理論そのものとして提示されるように思われる。そもそも、マルクスの『資本論』を、分析道具としての「一般理論」モデルにより捉えうるのかどうか、すでに一箇の大問題であるが、少なくとも本書の具体的分析のレヴェルにおいては、「分析道具」としての理論モデル構築という目的ないし方法は意識的には貫かれていないように思われるし、その後の学界においても、必ずしもそのようなものとしては受けとめられていないように思われ

る(むろん、本書をそのような角度から組みかえ再構成することも不可能ではないであろうが)。むしろそれは、宇野派経済学方法論にいうところの、近代的所有権にかんする「原理論」ともいふべきものの提示とみうるのではあるまいか。そうだとすれば、まずそもそも、一般に、法の歴史的存在構造についての独自の「原理論」なるものが可能かという疑問につきあたらざるをえないし、仮にそれが可能であるとしても、それは結局、経済学上の「原理論」の抽象的諸規定の法のおきかえの域を出るものではないのではないか、そしてそれは、果たして法の「一般理論」として妥当なものたりうるかとの第二の疑問を拭いえない。他方、本書の具体的分析においては、すぐれて抽象的なレベルでのその原理論的規定(「商品」の本質規定)が、「段階論」ないし「現状分析論」に固有の諸契機は十分に顧慮されることなく、いわば無媒介に近い形で「段階論」ないし「現状分析論」レヴェルの法的諸事象の説明・分析に直結せしめられている傾向が³つよいように思われる。ともあれ、本書がこのような方法的な不透明さを内在させていることは本書の具体的分析成果を評価・利用する際に十分に注意するべきことと思われる。

第二に、上述の諸引用からも明らかのように、本書における「近代的所有権」の本質的構造は、根本的には商品所有権ないし資本

主義的所有権の経済学的原理的諸規定によって一元的に貫徹され、かつ一義的にそれに還元されるところのものである。そこには、近代的所有権Ⅱ商品所有権Ⅱ資本主義所有権という三位一体的図式が貫ぬかれ、経済と法との一義的な対応関係が前提とされており、そのような意味においていわば経済一元論的還元主義的方法に立つものといえるのであるが、本書はそれ故そのようなものとしての一面性ないし限界を免れがたいように思われる。すなわちまずそもそも一般的にも、かかる一元的方法の下では、近代諸国の具体的歴史過程における所有(権)制度・観念の形成・展開をめぐる複雑多様な政治的思想的伝統的社会的諸契機のからまり合いのダイナミズムを十分にかつトータルに捉えることは困難である。(例えば本稿の対象たる土地の所有と利用をめぐる英独仏各国近代の制度ないし実体の発展構造のちがいを経済的諸要因からのみ説明することは不可能であろう。総じて右の「ダイナミズム」にあつては、所有(権)制度をめぐる、権力Ⅱ支配の構造、伝統的法学説・理論の独自の展開の論理とその規定的意義、思想的イデオロギー的制度的諸要素の規定的ないし媒介的作用、諸階層諸団体諸社会内部における諸利益の対抗とそこにおける近代と前近代との重層的構造等々の諸契機が複雑にからみ合いつつ、多様な歴史の内実を示すもののように思われる。)現に本書においても、例

えば、近代法上の諸々の⁴峻別の論理⁵、特殊近代的所有権規範意識、物権取引法における独・仏両主義のちがいなどを規定した諸契機の説明が果して十分に成功しているといえるかはかなり疑問の残るところである。いずれにせよ、本書は、あくまでも「商品」の本質規定という一の角度からする所有権法の分析ないし説明であつて、(それがそのような角度からする極めてすぐれた貴重な業績であることは否定しえないとしても)、そのような意味での観点の一面性ないし相対性という本質的限界を決して免れているわけではないことを、この際はつきりと確認しておきたい。

のみならず第三に本書は、(すでに若干の論者によって指摘されているように)かかる経済的観点からする分析としても次のような限界をもっている。すなわちそれは、商品所有権というすぐれて抽象的なカテゴリーが一切の分析の基礎・起点として指定された結果、商品所有権とは論理的にも歴史的にも区別されるべき資本所有権の構造分析ないし性格規定が不十分なものに終つたのみならず、資本制経済社会の歴史的発展の各段階における(資本の論理)の具体的発現形態ないし国家権力による(媒介関係)の具体的分析などは、ほとんど捨象されざるをえなかつたということである。それは、もともと論理的範疇としての性格のつよい商品範疇によつて規定された、従つてまたすぐれて原理論的抽象的

な定式が、すべての具体的分析の端緒としてアプリオリに指定され、しかもそれが無媒介に大陸法をモデルとする歴史的存在としての実定法諸制度・理論の説明に直結せしめられ、何よりも資本範疇によつて歴史・具体的に解明するべき(段階論)的構造はほとんど捨象されざるをえなかつたという方法論上の限界というふうにもいいかえうであらう。ひいてそれはまた、ヨリ一般的に川島理論における「近代法」ないし「市民法」についての概念ないし理論の有する一面性の限界というふうにもいいかえうであらう。

第四に、ヨリ具体的な内容上のレヴヰェルにおける問題点として本論争との関連でさしあたり指摘しておかなければならない点は、本書においては、土地所有権もまた基本的には他の動産等のそれと同様に商品所有権の一形態に位置づけられた結果、その具体的特殊性、とりわけ、資本 \parallel 利用とその矛盾 \parallel 對抗関係という理論的にも歴史的にも極めて重要な側面は少くとも分析の中心の枠組からは欠落せざるをえなかつたということである。そしてこのことは、本書における近代的所有権法の典型 \parallel モデルが、主としてフランス、ドイツのそれに求められ、資本 \parallel 利用との矛盾 \parallel 對抗関係が最も鋭く現象したと思われるイギリス土地法史のそれは、附随的周道的にのみ扱われ、しかも後者の理論的位置づけは

必ずしも十分に説得的な形でなされているとはいえないという事情とも相即する関係にある問題であると思われる。その結果例えば、(近代的所有権の本質的メルクマールのひとつとされる(絶対性)についても、その確立の歴史過程はもっぱら前近代における非(絶対性)の超克・廃棄の過程という角度から追求されるに止まるのであるが、しかしいうまでもなく(利用)と関係する局面において所有権の(絶対性)が示す具体的構造とその変容過程こそ、理論的にも歴史的にも近現代における所有権論の最も重要な問題局面であり、而してそれは少くとも商品交換の論理のみによつては十分に捉え切れない性質のものであることも明らかである。本書における不動産利用権との関連をめぐる所有権(近代化)の論述(とくに五二―五六頁)の不徹底性不透明性も、こうした方法論上の問題と無縁ではないように思われる。⁽¹⁾

最後にヨリ根本的な問題として、以上とはやや別の角度から指摘しておくなければならない点は、本書の根底にあると考えられる歴史観ないし歴史哲学についてである。それは要するに、一方では、法則史観Ⅱ段階的發展史観Ⅱ必然史観Ⅱ普遍史観とでも総称すべき歴史観であり、他方においては、単線型歴史観(近代化)論に関しては大陸ヨーロッパを唯一の歴史発展のモデルとする単線型近代化論と称すべき歴史観である。

まず前者に関しては、本書における近代資本主義社会の歴史的把握の方法論的根底には、それ以前の歴史的諸社会の把握をふくめて、社会の歴史には客観的普遍的に妥当する發展法則が存在するはずであり、かつそれは科学的方法により認識・分析しうるはずであるという確信が存することは疑いえない。そしてかかる歴史観の根底には更に(科学主義)的人間観社会観(社会科学における古典学的モデル)(村上泰亮)にみられるような、自然科学的存在論認識論の影響の下に形成された十九世紀的社会科学の見方)ないし(本質主義)(K・ポッパ)的存在論方法論が伏在しているように思われる。本書においては、それは何よりも、わが国社会科学における(そして本書もまた基本的にはそれを方法上の基軸にすえているところの)マルクス主義的社会科学の影響の大きさという知的風土・背景を抜きにしては語りえない特質であるといつてよいのであるが、而して今日、かかる歴史観(及びその根底にある社会観)ないし方法論は、根本的な批判にさらされつつあることは否定しえない事実であろう。⁽²⁾

他方、後者の単線型歴史観に関しては、本書における法の歴史的発展についての基本的見方がそのような歴史観に立脚していることは疑いえないところであり、そこでは所有権、ひいてまた他の諸制度の(近代化)は、「商品」所有権の本質規定の法的次元

での貫徹の度合によって一義的にはかられるという立場が貫徹されている。而してかかる歴史観もまた今日、社会発展の多系的複合的重層的把握とも称すべき歴史観とそれに基づく実証的研究によつてきびしい批判にさらされつつあることも事実である。いずれにせよこのような知的パラダイムが法的諸現象の歴史的認識に適用され、のみならず、そこから得られた一定の理論図式が無媒介かつ固定的に規範理論の体系的基軸にすえられるとき、その問題性は一層拡大再生産された形で現われるように思われる。それはつまり（極く一般的抽象的にいえば）法発展の主體的動的経験主義的契機が軽視ないし等閑視され（かかる意味でのいわば客観主義的ないし静観的なドグマティズムへの傾向性）、かつまた、法発展の多元的重層的把握が困難となる（かかる意味での一元論的傾向）、という二点の問題点である。

(1) この点近時の青木孝平「近代的土地所有権論と地代法則」早稲田法学会誌第三〇巻、一九七九年、一七一頁以下（同『資本論と法原理』一九八四年所収）は、水本理論におけるマルクス地代論理解の問題性を原理論的に明らかにしようとするもののようにであるが、筆者自身の能力の限界もあつて本稿中に活かすことはできなかった。

(2) 講座・日本近代法発達史第一巻附録〈座談会〉一三頁以下参

照。そこでは「近代私法の基本原理相互の内的関連↓所有権の問題↓資本主義社会における富の端初形態としての商品の問題」という一連の研究モチーフの展開が語られており、而してそのトーンは少くとも本文所掲（八一）のそれとはいささか異質にひびくことは否定しえない。

(3) この点、他の法学上の著作についてであるが、宇野理論の立場からする一の批判として、柴垣和夫「書評『渡辺洋三論・現代法と経済（岩波講座・近代法7）』」社会科学研究一八巻二号二一〇頁以下、一九六六年参照。

(4) 近時、同様の立場から、「川島・四九」及びそれ以降の、その圧倒的影響下に立つわが民法学の「認識学」の「経済還元主義」を指摘・批判するものとして、星野英一「戦後の民法解釈学方法論研究ノート」（加藤一郎編『民法学の歴史と課題』一九八二年五〇頁以下）八八頁。またやや異つた角度からであるが、「川村泰啓『商品交換法の体系・上』」にみられる、民法の諸制度・規定を商品交換関係から直接的無媒介的に演繹し、又はそれに無媒介に還元して捉える方法への批判として、山下末人「同上書書評」法律時報四〇巻一〇号一二〇頁以下（一九六八年）。

(5) 渡辺洋三「財産制度―その理論史的検討」（『マルクス主義法学講座第五巻・ブルジョア法の基礎理論』一九八〇年一〇一頁以下）。

(6) 「稲本・六八」二頁の次の指摘は川島法学における「市民法」論批判としても妥当するもののように思われる――「いわゆる

近代市民法の原理体系が本来産業革命を経て確立すべき自己完結的な資本制の再生産構造の規範的表現体系として論理構成されたということからは相対的に離れて、もっぱら近代市民法の諸原理が実定法規範に体系的にあらわれているか否かが問われたのであり、その結果、封建制の最終的廃棄による法原理上の封建的諸拘束の除去の論理的反映として出現した私法の抽象的原理体系が直ちに実定私法における近代市民法の成立のメルクマールとされ、かつそこにとどまったのである。」なお、同・法律時報三八卷一一号一九頁。

(7)この意味で〔甲斐・六七〕の批判的整理は適切である。

(8)ここではさしあたりとくにF・A・ハイエク著佐藤茂行訳『科学による反革命——理性の濫用』一九七九年及び堀米庸三『歴史を見る眼』一九六四年、沢田允茂『現代における哲学と論理』一九六四年一六三頁以下をあげておきたい。なおわが法学界における〈科学〉主義的志向と、そこにおける〈科学〉のイメージの問題性について、松浦好治『法学における「科学イメージの機能」』法哲学年報一九七八年、一四二頁以下参照。なおまた「わが民法学における強い科学主義」の傾向につき、星野・前掲参照。

(9)この点につき村上泰亮「社会発展論の生物学的アナロジー」社会科学の方法一一九号、一九七九年の指摘は簡単ながら極めて示唆的である。なお、村上泰亮、公文俊平、佐藤誠三郎「文明としてのイエ社会」一九七九年参照。

三、ところで、水本氏らの研究が、右に指摘した川島理論の基礎的問題性のうち、とくに第三点に関してそれを批判・克服しようとしたものであったことは明らかである（すなわち、商品所有権という抽象的範疇に代えるに資本範疇をもってし、それによってヨリ歴史具体的な所有・利用権法の一般理論の構築をめざしたということ。ちなみに戒能氏の研究はこの点では基礎的に水本氏のとそれとそそのモチーフを共有しつつ、なお更に資本制生産様式のもとにおける（資本所有ないし商品所有と対比しての）土地所有の特殊性とを、イギリス「近代化」の特殊性に即して明らかにすることを通じて、川島理論の前記第四点の問題性を批判・克服しようとするものであるといえよう）。而して水本氏らの右の所期した当初の意図がその具体的成果において果して成功したといえるかは、ここにひとまず措くとしても、そもそもその方法的基礎・前提において、右に指摘した川島理論の根本的問題性を（その第三点目とはともかくとして、他の諸点に関しては）基本的に免れていないように思われる。むしろそこには、後者の問題性が縮少再生産された形で投影されているように思われる。とりわけ本論争との関連で重要と思われるのは次の三点である。

すなわちまず、川島理論においてもみられた経済一元論的視角は、（その端緒的範疇として商品をおくか資本をおくかのちがいは、

はあつても) 本理論においても基本的に貫かれている。而してかかる方法論は基本的には、「土地所有権の地代収権化」資本主義的価値法則の貫徹に所者「利用関係の近代化」というように図式化できるところの、わが民法学ないし法社会学界の伝統的理解においても、多かれ少なかれ通底するところのものである。

しかし、そもそも、資本主義的生産関係の下ですら各国において多様な展開を見せるところの、不動産の所有「利用関係をめぐる法的現象形態のすべてを、(資本) 範疇なり(商品) 範疇なりの経済学的座標軸のみで過不足なく説明できるものであろうか? このような疑問は(思いつくままに例をあげただけでも) 例えば(i) (わが国戦前社会における) 小作条例草案における小作人の権利の一定の保護、他方における明治初期土地改革下での分割所有権的永小作慣行の「整理」、旧民法における不動産賃借権の物権的構成、明治民法におけるその債権的構成、小作人保護立法が戦後の農地改革まで成功しなかったこと等々の一連の事実、(ii) (ドイツ近代における) プロイセン一般ラント法典下での(Kauf bricht nicht Mieth) から普通法ないしドイツ民法第一草案の下での(Kauf bricht Mieth) 原則への転換、そして第二草案の下での再転換という一連の過程等を想起するだけでも思い半ばに過ぎるものがあるといえよう。この点は正に本論争においても、とくに

権名に戒能両氏の前記イギリス典型性論批判、ひいてまた稲本原田氏らのいわゆる「一点特定近代化論」批判の基本的モチーフとして(少なくとも客観的には) 捉えられうるものであり、(例えば(戒能・七二)一五頁、(大阪市大・八一)七六六頁等参照)、而して特に戒能氏の実作じたいが、政治権力構造、イデオロギー、伝統的法的形式等の経済外的諸要素と経済史的研究の結合のすぐれた成果となつてゐることにも明らかである。¹⁾

いずれにせよ、資本制社会以前の諸歴史社会をふくめて、一般に、一定の歴史社会の中で、不動産利用権保護の強さ・弱さ(例、古代ローマにおける*locatio conductio* に対する法的保護の劣弱さ、ドイツ中世都市における*Bodenleihe* の所有権化、ユンカー経営の下での賃借人の地位の低さ等々)を規定する諸要因にはいかなるものがあるか、又、その強さ・弱さは、具体的な形式としては、どのような形で現われるのか——本論争はあらためて、このような基本的問題点について、各歴史社会における不動産利用関係の歴史実証的な研究の一層の進化と、そのための新たな方法論ないし理論枠組の確立の必要性を示唆しているように思われる。

次に第二の問題点は、本理論が不動産利用権についてその普遍的發展法則の理論(「一般理論」「原理論」)を志向することに由来するところの問題点である。それはつまり、イギリス農地賃貸

借法の發展過程から抽象された一定の理論図式（賃借権の物権化）をもって、土地所有権「近代化」の典型とされた点であり、しかもそれは、歴史認識のための分析の道具ないし理論モデルであるに止まらず、実体的歴史理論として提示され、かつ普遍的理論として一般化された点である（しかもなおそれが無媒介に解釈論ないし政策論のための規範理論の基礎的枠組に直結せしめられたことの問題性については、——本稿冒頭でも述べたように——ここではひとまず措く）。このような方法的視座のもつ具体的問題性については、すでに「イギリス典型性論」批判として、権名Ⅱ戒能氏のイギリス土地法史、及び原田氏のフランス農地賃貸法史にそれぞれ即した指摘によって、ほぼあますところなく明らかにとされているように思われる。従ってここで更に付け加えるべきことはほとんどないが、ただ一点だけ付け加えるとすれば、それは、本理論が農地利用権の分析から得られた成果をもって土地ないし不動産利用権一般にまで妥当するものとする傾向があったことであり、その結果とくに、宅地利用権と農地利用権との構造的差異が不明確にされたことである。このことはひいてまた、イギリス農地賃貸借の史的分析から得られた座標軸をもって、わが借地借家法の性格・構造を分析、批判することの妥当性ないし問題性を示唆するものといえよう。又、宅地利用ないし農地小作

をめぐる法制的ないし構造的な面での彼我のちがいという問題もあろう。いずれにせよ今日の段階で求められているのは、農地・宅地・家屋の所有・利用関係のそれぞれに固有の構造的特質に即した歴史Ⅱ実証的分析とそのための理論枠組を明らかにすることにあるように思われる。

第三に、本理論が、川島理論における端緒的範疇たる商品範疇に代えて、資本範疇をもって、不動産所有・利用関係の原理論的運動法則を明らかにすることをもってその基本的モチーフとするものであったことは、すでにしばしば述べた通りであるが、その具体的成果としては要するに（資本主義的地代の成立Ⅱ資本主義的価値法則の土地所有への貫徹Ⅱ土地所有権の利用権への従属Ⅱ「賃借権の物権化」Ⅱ不動産利用法における「市民法」化の完成）というような、いささか図式的でかつ問題の多い単純化に陥り、その結果、歴史認識としても現状分析の理論枠組としても種々の厳しい批判にさらされることとなった（前記「一点特定近代化論」批判参照）。とりわけ実定法理論の立場からみて注目すべき点は（すでにしばしば指摘されているように）（i）右の理論枠組をもってしては、資本Ⅱ利用・土地所有の矛盾・敵対関係を示すものとしての、費用償還請求権をめぐる歴史的対抗関係、及び（正に現下の問題としての）借地権価格・耕作権価格（利用権の「亜所有

権化) 現象のそれぞれについての構造分析はこれを適切・有効にはなしえないこと(前述のように今日あらためて、これらの問題についての政策的対応という実践的目的の下に、新たな「利用」資本保護の目的にとって必要かつ十分な、所有—利用関係の法制度的枠組)——いわば「新しい革袋」——が模索されざるを得なくなっているのも、この間の事情を裏書きするものといえよう)、(ii)法理論的には、それが資本の論理だけで所有—利用関係を解析しようとした結果、市場における商品交換法たる「市民法の論理の正当な位置づけが明確になされず(資本主義的価値法則の貫徹)市民性近代化?)、ひいてまたそれは市民法の対抗的批判的概念としての「社会法」把握にも独特の歪みをもたらしたということ(この点は「市民法」—「社会法」という基本的概念に関わる大問題であって、その詳論は別稿にゆずるほかはないが、ここでは少なくとも、①地主—利用者間の市民法的契約(「市場を媒介にした競争秩序」の論理と強行法的借地権保護制度との関連づけにおける混乱ないし不明確性——そのことと論理的にも関連するところの——とくに農地賃貸借において債権的構成の有する市民法的意義の把握についての不在ないし混乱の二点を指摘しておくきたい)。

——本理論はその歴史認識の方法論的枠組という側面において、少なくともわれわれ自身の批判的観点に立った場合、差当たり以上のような問題性を包蔵しているように思われる。これらの方法的問題性の目的意識的な批判・克服という基本的視座に立った実証的研究が、(前述のような)具体的内容レヴェルでの課題の究明と並んで、論争の一層の発展・進化のために望まれるのであるが、ここで最後にとくに指摘しておきたいことは、本理論の時代背景・環境と、その主観的意図についてである。むしろいうまでもなくとくに前者を明らかにするためには厳密には、わが借地借家法學說史全体の中での本理論の位置づけという作業が前提されなければならないが、さしあたり次のことはここで確認することが許されよう——それはつまり、本理論が、戦前日本の寄生地主制の体制的支配、戦後すぐの住宅問題・土地問題の深刻化という社会的現実の中で、土地ないし不動産所有権の(日本独特の)重圧・支配から、可及的に「利用」(具体的内実においては、資本)経営と居住)生存という異質の価値・利益——その「異質」性が理論的帰結においてどのように明確に反映されていたか——の問題ではある)の利益・価値を保護・拡大しようとの実践的意図・動機(従ってそれは結論的スローガン的には、「所有中心から利用中心の法体系へ」ないし「所有に対する利用の優位」)

益権優越主義」の主張ということになる)に導かれ、また学説史的には、戦前から戦後にかけての利用権保護の圧倒的潮流の中で、それに解釈論・立法論のレヴェルで一定の「歴史科学的」基礎づけを与えようとの目的に出るものであったと考えられるということであって、このような本理論の時代的ないし主観的制約条件を確認しておくことは、その客観的評価のために少なからず有益であるように思われる。

(1)このような意味でも、村上淳一氏のドイツを中心とした一連の所有権法史研究(その基本的モチーフは要するに「政治的ヘルシャフトと結びついた土地所有権が経済的処分権を中心としたそれへと転化してゆく過程を近代的所有権の成立として捉える」(村上) ことにある)、及び石井紫郎氏の、日本およびドイツに関する所有権法研究(本稿との関連ではとくに最も初期の作品たる「石井・六六」の、「反映」史観や、法実証主義的歴史を排した上での、「それぞれの歴史社会に固有な構成原理の把握」という視座・課題の設定が注目される)はいずれも、「川島・四九」以来の所有権法理論とは根本的に異なった角度ないし方法論からする所有権法史研究をめざすものとして十分注目し得る。なお、土地法学会一九七六年のシムポジウムではこのような観点からも興味深い論点が種々提起されている。

——〔土地法学会・七六〕一頁以下参照。

〔追記〕本稿はもとも星野英一編『民法講座』(有斐閣)第二巻中の一項目として予定されていた「所有権」の原稿として着手されたものであるが、筆者の不手際からそのメ切に間に合わず、このような形で発表することになったものである。当初の構想では、現代日本においてわが民法学上「所有権論」としてその理論的究明を課されている諸課題(不動産の所有者利用権の関係をめぐる諸問題はその一部を成す)の整理・素描、及び不動産利用権をめぐる近時の動向の理論的検討(本稿の対象たる「土地所有権近代化論争」の、もうひとつの側面としての、規範的政策論的次元の論争の整理は、その一部を成す)にも言及する予定であった(そして、それらの作業は現在も一定程度進行中である)が、本稿では結局みられるように、借地・借家法史学説史の中の一コマともいふべき近時の一論争の、しかも歴史認識という次元での整理・検討に止まらざるをえなかった。

いずれにせよ、星野先生をはじめとして右の『講座』の編集担当の諸氏には多大の御迷惑をおかけしたことを、この場をかりて深くおわびしたい。なお本稿の作成にあたっては、水本浩、戒能通厚、原田純孝、鎌田薫、内田勝一の諸氏からの直接の口答での御教示、東北大学民法研究会のメンバーからの鋭い指摘に、有益な示唆をうけたことを記して、感謝の意を表したい。

なおここで最後に個人的感想が許されるなら書き留めておきたいことは次のことである——本論争の出発点となった、水本氏の著書〔水本・六六〕が公刊されたのは、筆者がその研究生活をスタートさせた正に前年であり、その重厚な基礎的研究に深い感銘を覚えたことを今も鮮明に記憶している。そしてそれが今日新進気鋭の研究者によって批判の対象とされ、しかもその論争の一の舞台となったのが、これまた筆者の研究生活の初期に発会し筆者もそこから少なからぬ影響を受けた社会科学方法論研究会、の会報〔社会科学の方法〕お茶の水書房発行〕であつたことにもいささかの感慨を禁じえない。いずれにせよ、本論争に接してあらためて、学問のきびしさに想いを到さざるをえないのは、果たして筆者だけであろうか。

(一九八五年六月四日脱稿)

文献目録 (本論争に関連する歴史研究の分野に限定して)

- | | | | |
|-------|--|-------|--|
| 石井 紫郎 | 『日本国制史研究Ⅰ』一九六六年 | | |
| 同 | 『西欧近代的所有権概念継受の一齣』(季刊・日本思想史、一号)一九七六年 | | |
| 同 | 『日本の土地所有概念』(土地住宅問題、三七号) | | |
| 同 | 『民法Ⅱ(物権)』一九八三年 | | |
| 岩本 純明 | 『近代的土地所有と寄生地主的土地所有』(農業経済研究、五〇卷三号)一九七八年 | | |
| 潮見 | 『渡辺』 | 石村 | 『大島』 |
| 中尾 | 『日本の農村』 | | 一九五七年 |
| 同 | 『土地の「私有」とは何か』(中央公論、九四号) | | 一九七九年 |
| 同 | 『財産と法』(岩波講座・基礎法学3・財産)所収) | | 一九八三年 |
| 同 | 『資本主義法の歴史的分析に関する覚書』(法律時報、三八卷一二号)一九六六年 | 稲本洋之助 | 『資本主義法の歴史的分析に関する覚書』(法律時報、三八卷一二号)一九六六年 |
| 同 | 『近代相続法の研究』一九六八年 | 同 | 『近代相続法の研究』一九六八年 |
| 同 | 『プロセスとしての近代(化)論の問題性』(比較法学(早大)、五卷一―二号)一九六九年 | 同 | 『プロセスとしての近代(化)論の問題性』(比較法学(早大)、五卷一―二号)一九六九年 |
| 同 | 『賃借権の物権化』について』(社会科学の方法、六三号)一九七四年 | 同 | 『賃借権の物権化』について』(社会科学の方法、六三号)一九七四年 |
| 同 | 『農用地確保、規模拡大と土地負担』に関する法学的検討』(土地と農業、九号)一九七六年 | 同 | 『農用地確保、規模拡大と土地負担』に関する法学的検討』(土地と農業、九号)一九七六年 |
| 同 | 『農用地利用増進事業の法学的検討』(農政調査委員会刊『農用地の利用増進』所収)一九七八年 | 同 | 『農用地利用増進事業の法学的検討』(農政調査委員会刊『農用地の利用増進』所収)一九七八年 |
| 同 | 『土地所有権と土地利用権』(渡辺洋三・稲本洋之助編『現代土地法の研究・上』所収)一九八二年(A) | 同 | 『土地所有権と土地利用権』(渡辺洋三・稲本洋之助編『現代土地法の研究・上』所収)一九八二年(A) |
| 同 | 『フランスにおける農地貸借の推進―その制度的側面』(土地と農業、一三号)一九八二年(B) | 同 | 『フランスにおける農地貸借の推進―その制度的側面』(土地と農業、一三号)一九八二年(B) |

- 内田 勝一「土地私法の形成過程」(比較法学(早大)、一一二) 一九七七年
- 宇野 弘藏「日本資本主義の特殊構造と農業問題」(同「宇野弘藏著作集・第八巻」所収) 一九五九年
- 大阪市立大学民事法研究会「共同研究・近代土地法研究の到達点と今後の課題」(民商法雑誌、八四巻五号) 一九七八年
- 甲斐道太郎「近代的土地所有権の特質とその矛盾」(ジュリスト、三三四号) 一九六五年
- 同 『土地所有権の近代化』 一九六七年
- 同 「近代的土地所有権の比較法的考察」(比較法学(早大)、四巻二号) 一九六八年
- 同 「土地所有権の制限」(ジュリスト、四一三号) 一九六九年
- 同 「土地問題と土地私有権」(柴田・榎田「土地問題講座第一巻・土地問題と土地政策」) 一九七二年
- 同 「戦後日本における近代的土地所有権論の展開(第一部前半期)」(磯村哲先生還暦記念論文集・市民法学の形成と展開・上)所収 一九七八年
- 甲斐川稲井戒能川田山「所有権思想の歴史」 一九七九年
- 戒能 通厚「イギリス所有権法の総体的把握―水本財産を手がかりに」(社会科学の方法、三九号) 一九七二年(A)
- 同 「近代的土地所有権をめぐるイギリス土地法研究のためノート」(季刊・現代法、七号) 一九七二年
- 同 年(B)
- 同 土地所有関係法の現代的展開―一九八〇年代以降のイギリスにおける展開―(椎名重明編著『土地公有の史的研究』) 一九七八年
- 同 「イギリス土地所有権法研究」 一九八〇年
- 同 「近代的土地所有権論の再論のために」(法の代学、一〇号) 一九八二年
- 同 「土地所有権と土地利用権」(創文、二四号) 一九八四年
- 戒能 通孝「著作集IV・所有権」 一九七七年
- 川島 武宜「所有権法の理論」 一九四九年
- 同 「解題『所有権法の理論』」(同「著作集」第巻) 一九八一年
- 川村 泰啓「日本における借家法の構造」(私法一三三号) 一九五五年
- 同 「解約「自由」の原則とその「制限」」(ジュリスト一八八号) 一九五六年
- 同 「物権化の、市民法の構造と社会法的構造」(民商法雑誌、三六巻三三三号) 一九五七年
- 同 「商品交換法の体系(上)」 一九六七年
- 木崎 安和「一九世紀プロイセンにおける農地貸借法(一)」(熊本法学、三五号) 一九八三年
- 来栖 三郎「契約法」 一九七四年
- 小倉 武一「土地立法の史的考察」 一九五一年

椎名 重明 『近代的土地所有』一九七三年(A)

同 『近代的土地所有論』(社会科学の方法、四九号) 一九七三年(B)

同 『アイルランドの借地慣行とイギリス土地法——とくに借地農の財産権の保障問題をめぐって』(岡田与好編 『近代革命の研究・下所収』 一九七三年(C))

同 『イギリス農業関係法における有益費について』(土地と農業、一三三号) 一九八二年

篠塚 昭次 『借地借家法の基本問題』一九六二年

同 『土地所有権と現代』一九七四年

司馬遼太郎 『対談集・土地と日本人』一九八〇年

鈴木 祿弥 『借地・借家法前史』(一)(二)(三)(四・完) (法学、二六卷二、三号、二七卷一、三号) 一九六二—三年

同 『借地借家法の本化論についての一疑問』(一)(二) (民商法雑誌、三三六卷三号) 一九五七年

同 『借地法(上)』一九七一年

同 『不動産賃借権の亜所有権化について』(社会科学の方法、八六号) 一九七六年

同 『居住権論』(新版) 一九八一年

高島 平蔵 『近代的物権制度の展開と構成』一九六九年

同 『近代的土地所有権の絶対性』(日本私法学会・私法、三三三号) 一九七一年

橋本 文雄 『社会法と市民法』一九三四年

浜林 正夫 『近代的土地所有をめぐる若干の問題』(社会科学の方法、五四号) 一九七三年

方法、五四号) 一九七三年

原田 純孝 『戦後フランスにおける農地賃貸借制度』(農業法研究、八号) 一九七二年

同 『フランスにおける農地賃貸借制度改革』(東大社研編 『戦後改革6、農地改革』) 一九七五年

同 『土地所有と土地利用——農業における現代土地所有権論の側面』(土地と農業、九号) 一九七六年

同 『賃借権の物権化』の現代的意義について』(不動産研究、二〇卷四号) 一九七八年

同 『土地所有権の制限とその法概念』(全国農地保有合理化協会 『農用地価値抑制と現代的土地所有権』) 一九七九年

同 『近代土地賃貸借法の研究』 一九八〇年

同 『近代的土地所有権論』の再構成をめぐって(上)(下) (社会科学の方法、一三七号、一四〇号) 一九八〇—一年

同 『土地の所有と利用——現代土地・農地制度の批判的考察のための一視角』(農業構造問題研究、一二九号) 一九八一年(A)

同 『農地三法』の制定と農地制度の現代的展開——農地賃貸借制度を中心にして』(東京経済大学経済学会誌、一二二号) 一九八一年(B)

同 『フランスにおける農地賃貸借と相続』(農業法研究、一五〇—一六号) 一九八一年(C)

同 『フランスにおける農地賃貸借と相続』(農業法研究、一五〇—一六号) 一九八一年(C)

いわゆる「土地所有権近代化論争」の批判的検討

同	「農地立法と立法学」(法律時報臨時増刊「民事立法学」所収)一九八一年(D)	水本	浩「近代イギリス法における借地権の性質」(法律時報、二九卷三号)一九五七年
同	「フランス農業関係法における有益費について」(土地と農業、一三号)一九八二年	同	「借地借家法の基礎理論」一九六六年
広中	俊雄「對抗要件は悪意の第三者に対しても必要か」(幾代 鈴木 広中「民法の基礎知識」一九六四年	同	「借地借家法の現代的課題」一九七一年
同	「認識・評価峻別論に関するおぼえがき」(岡田 広 中 樋口編「社会科学と諸思想の展開」世良教授還歴 記念(下)所収)一九七七年	同	「土地問題と所有権」土地の私権はどうあるべきか 一九七三年(A)
同	「物権法(下)」一九八一年	同	「所有権理論の進展」戒能通厚氏の批判に答えて」(社 会科学の方法、四四号)一九七三年(B)
同	「今月の言葉」(社会科学の方法、一五三号)一九八 二年	同	「土地政策と住宅政策」法理論からのアプローチ」一 九七七年
藤井	俊二「ドイツにおける農地賃貸借の展開」(早大大学院・ 法研論集、一六号)一九七七年	同	「よりよい住宅・土地政策へ向けて」(法と政策、六号) 一九八一年
藤田	勇「営業の自由」と所有権観念」(高柳 藤田編「資本 主義法の形成と展開」)一九七二年	同	「借地権の担保」(NBL、二六六号)一九八二年
星野	英一「書評・幾代 鈴木 広中「民法の基礎知識」」(同「民 法論集」第一卷所収)一九六五年	同	「借地権・借家権をめぐる現下の諸問題(上)(下)」(不 動産研究のしおり、六一号、六二号)一九八三年
同	「借地借家法」一九六九年	村	教三「不動産賃貸借史論」一九三七年
同	「不動産賃貸法の淵源」(同「民法論集第三卷」所収)	村上	淳一「中世農民の『自由』な借地について」ドイツ土地法 覚書」(法学協会雑誌、八二卷五号)一九六六年
同	一九七〇年	同	「近代的所有権概念の成立」(「我妻栄先生還暦記念文 集・私法学の新たな展開」)一九七五年
牧原	憲夫「近代的土地所有」概念の再検討」最近の西欧近代 地主制史研究を手がかりに」(歴史学研究、五〇二号) 一九八二年	同	「近代法体系の形成と「所有権」」(法学協会雑誌、 九三卷二号)一九七六年
		同	「近代法の形成」一九七九年
		同	「日本民法学における「イデオロギー」と「思想」」(法

哲学年報・法と強制」一九八二年

「農地改革」所収 一九七五年

吉田 克己「現代不動産賃貸借法制分析への一視角」フランスを

同 「土地と財産権」一九七七年

素材として」(社会科学研究、二八卷三号) 一九七六年

同 「近代土地法論覚書」(社会科学の方法、一四七号) 一九八一年

同 「フランスにおける商事賃貸借法制の形成と展開(一)

渡辺洋三「稲本洋之助編『現代土地法の研究・上』一九八二年

(一・完)」(社会科学研究、二九卷六号、三〇卷一号)

渡辺洋三「中尾英俊『日本の社会と法』一九六五年

一九七八年

米川 伸一「一九世紀後半における地主対借地農関係」(一橋論叢、

日本土地法学会「近代的土地所有権・入浜権」一九七六年

五一卷五号) 一九六四年

同 「土地所有権の比較的研究」一九七八年

同 「土地問題」the Land Question とイギリス議會一八

農業法学会シンポジウム「農地賃貸借と有益費問題」(農業法研究、

六八一―一九一一) (歴史学研究、三三七号) 一九六八

一八号) 一九八三年

我妻 栄「土地所有権」(法律学辞典) 所収 一九三六年

同 「物権法(民法講義Ⅱ)」一九五二年

同 「近代法における債権の優越的地位」一九五三年

同 「債権各論・中一(民法講義Ⅴ)」一九七五年(A)

同 「賃貸借法概説」(法律時報、二九卷三号) 一九五七年(B)

渡辺 洋三「近代的土地所有権の法的構造」(社会科学研究、一

二卷一号) 一九六〇年

同 「土地・建物と法律制度(上)(中)」一九七〇、一九六

二年

同 「農業と法」一九七二年

同 「農地改革と戦後農地法」(東大社研編「戦後改革6、

A study of the controversy on “The so-called modernization theory of land-ownership”

— A critical note

Kunihiko SHOJI*

[Contents]

- 1) A preface — some meanings and subjects of this study
- 2) The outline of the so-called “Mizumoto-Watanabe theory”
- 3) Criticism against this theory
 - (i) from the methodological point of view
 - (ii) based upon the historical studies
- 4) A few comments on this controversy

* Professor of Civil Law, Faculty of Law, University of Hokkaido