HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	地租改正と地主的土地所有の歴史的性格 ： 経済史と法制史・民法的観点から (2)
Author(s)	平井, 廣一; 足立, 清人
Citation	經濟學研究, 68(2), 17-47
Issue Date	2018-12-13
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/72191
Type	departmental bulletin paper
File Information	05ES_68(2)_017.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

経 済 学 研 究　*68－2*
北 海 道 大 学　2018.12

地租改正と地主的土地所有の歴史的性格
――経済史と法制史・民法的観点から――（２）

平　井　廣　一　・　足　立　清　人

目次

(1)
問題の所在
Ⅰ　石井説と三和説
Ⅱ　「近代的土地所有権」とはどのような学説か
Ⅲ　民法における賃借権
(2)
Ⅳ　「近代的土地所有権」批判の諸学説
Ⅴ　地主小作関係に関する判例
Ⅵ　地租改正期の土地所有権の歴史的性格
まとめ

Ⅳ　「近代的土地所有権」批判の諸学説

石井は，地租改正期の土地所有権を「半封建的土地所有」と性格づけるにあたり，水本浩と渡辺洋三が主張した「近代的土地所有権」論（「水本・渡辺説」）をその論拠にした。

「水本・渡辺説」は，近代賃貸借法の研究者である小柳春一郎によれば，「基本的には，戦前の土地所有の在り方を（寄生）地主的土地所有と理解し，日本民法における賃貸借法の在り方がこれに対応すると理解するもの」であった。その際に重視されたのが，「賃借権の債権的構成，物権的構成の問題」で，「明治民法が賃借権の債権的構成を採用し，物権的構成を採用しなかったことを前近代的なものと評価した。」「従来の研究成果をやや図式化して述べれば，明治民法の債権的構成は，賃借人の不安定な地位に対応し，更に半封建的な寄生地主制度の法的基礎となり，それゆえ，明治民法は半封建的な賃貸借法である。[25]」

すなわち，土地賃借権が土地所有権に対して優越した地位をもつ，すなわち，土地賃借権が物権として構成されるか，土地賃借権に物権としての効果が与えられる「賃借権の物権化」が達成されてこそ「近代的土地所有権」が成立した，と考える立場である。したがって「近代的土地所有権」論は，土地「賃借権物権化」論ともよばれる。

しかし，この「水本・渡辺説」は，その後，民法学・法社会学の分野から再検討を迫られることになる[26]。まず，稲本洋之助と甲斐道太郎

25）小柳春一郎『近代不動産賃貸借法の研究－賃借権・物権・ボワソナード－』（信山社，2001 年），1-2 頁。

26）「近代的土地所有権」論＝土地「賃借権物権化」論に関する学説史については，東海林邦彦「いわゆる『土地所有権近代化論争』の批判的検討」（『北大法学論集』36 巻 3 号，1985 年），池田恒男「戦後近代的土地所有権論の到達点と問題点（一）（二）－その原点に立ち返って－」（『法学雑誌』35 巻 3･4 号，1989 年，同 36 巻 2 号，1989 年）（未完），森田修「戦後民法学における『近代』－『近代的土地所有権』論史斜断－」『社会科学研究』48 巻 4 号（1997 年）（なぜか戒能通厚を取り上げていない），吉田邦彦「（学説紹介）川島武宜『所有権法の理論』」（加藤雅信代表編『日本民法施行 100 年記念 民法学説百年史』三省堂，1999 年），田山輝明「（学説紹介）甲斐道太郎『土地所有権

が，その方法論と歴史認識に批判を加えた。

近代フランス相続法を主たる研究対象とする稲本は，「資本主義法の歴史的分析に関する覚書－現代における外国法研究の問題点」（『法律時報』38 巻 12 号，1996 年）と題する論稿で，西ヨーロッパ資本主義法の実証的な歴史研究の課題として，「市民革命期から産業革命期までの，原始的蓄積の本格的・最終的過程における国家法（判例法を含む…）の体系，性格および役割りの分析」が必要であり，「従来の研究では，市民革命期から産業革命期の法を『市民法』体系[27]の典型としてとらえ，この二つの時点によって画される時期については，ほとんど触れられなかった」として，19 世紀イギリス農地賃貸借法を資本主義法のモデルとする「水本・渡辺説」の歴史的方法論（近代イギリス典型論）を批判した。

そして，「原蓄期の最終的過程」から「国家独占資本主義段階」に至る国家法の歴史的実証作業，すなわち，「社会体制の交替による法の断絶と継承の問題，総じて移行の問題への手がかり」をひきだすことに集中しなければならないとした[28]。

このような稲本の資本主義法の歴史的研究の方法論に関する問題提起を受けて，主に近代イギリス土地所有権法を研究対象とした甲斐は，「近代的土地所有権の比較法的考察－イギリスとフランスを中心として－」（『比較法学』4 巻 2 号，1968 年）で，大内力（『地代と土地所有』1958 年）や宇野弘蔵（『経済原論』1979 年）といった経済学研究者の業績では，「近代的土地所有」という用語と「資本家的土地所有」という用語とが区別されて使われており，「近代的土地所有」は，「封建的負担の排除，したがって，土地所有の自由化」が認められた法的状態として捉えられ，「資本家的土地所有」は，「農業が資本主義的に経営される段階」と解されていることを指摘する。

経済学分野でのそのような区別を参考に，甲斐は，「近代的土地所有」とは，「ほぼ土地の商品化と考えることができる」として，「土地が商品として変動しうるような，そしてそれを保護するような法的な諸制度が実現した場合，これを所有権の近代化といえる」のであって，「所有権がそういう方向に向かっていくプロセス，つまり，封建的な負担が排除されていくようなプロセス自体が近代化ということ」ができると

の近代化」・渡辺洋三『土地・建物の法律制度 上』」（加藤編『民法学説百年史』），広渡清吾「（学説紹介）原田純孝『近代土地賃貸借法の研究－フランス農地賃貸借法の構造と史的展開』」（加藤編『民法学説百年史』），小柳『近代不動産賃貸借法の研究』を参照。

1960 年代から 80 年代前半にかけて，多くの学者によって「近代的土地所有権」のあり方とその問題提起が議論されたが，議論に参加した学者の問題意識が変化したこともあるのか，まとまりが付かないまま議論が終息したように見える。森田「戦後民法学における『近代』」130-132 頁も参照。「近代的土地所有権」論が提起した問題意識は，青木孝平や大野武により受け継がれている。

ところで，現在，「所有者不明土地問題」や土地所有権の放棄問題など，土地・土地所有権のあり方が社会的に問題となっている。土地所有権の強力さがそれらの問題の原因である，という主張も見られる。だからこそ，「近代的土地所有権」論をも含めた，日本における土地・土地所有権のあり方をめぐる研究史を振り返ることに意義があり，必要であると考えている。

27）「市民法」とは何かは難しい問題であるが，さしあたっては，①個人が平等で独立した法人格の主体であり，②その個人が自らの自由な意思で，契約などによって自分の権利を処分することができ（私的（意思）自治の原則），③観念的，絶対的，排他的な所有権が保障されている法構造をもつ法体系であると考えられる。

28）同論文，21 頁。なお，稲本の主張については，『近代相続法の研究－フランスにおけるその歴史的展開－』（岩波書店，1968 年），「法の歴史的分析－現代法の歴史的な理解のために」（『法学セミナー』162 号，1969 年），「現代法研究の方法上の諸問題」（『社会科学研究』23 巻 1 号，1971 年），「『賃借権の物権化』について」（『社会科学の方法』63 号，1974 年）も参照。

主張した。

稲本はさらに，宇野や大内といった経済学者の説と「水本･渡辺説」を対比して，宇野らは，地租改正あるいは地券交付の段階で，近代的土地所有権の成立があったと主張するが，「水本･渡辺説」は，「所有権が用益権の侍女化すること」，すなわち，利用権の確立が近代的土地所有権のメルクマール（「近代的土地所有権」論＝土地「賃借権物権化」論）としており，「水本･渡辺説」が現在の法律学では支配的だとする。

「近代的土地所有権」論では，「所有権だけが問題になっているのではなくて，現実の土地を資本が利用する場合の経済的な諸関係，これを全面的，包括的に表現する法的な諸制度の成立，これが近代的土地所有権の成立，完成であるといわれている」とするのである[29]。

稲本は，「『プロセスとしての近代（化）』論の問題性－甲斐道太郎教授の若干の指摘と関連して－」（『比較法学』5 巻 1･2 号，1969 年）で，甲斐の問題提起と分析を「プロセスとしての近代（化）」論と称して高く評価する[30]。すなわち，「甲斐教授は，あらためて，市民革命の時期に相応する近代的土地所有と，産業革命を経た後での産業資本主義確立期における資本家的土地所有の二つの段階の間を，単に二つの時点の中間期というふうには考えずに，一つのプロセスとして，内容の豊かなプロセスとして考えられておられる」とする。

さらに，「プロセスとしての近代（化）」という考え方が有効な理由として，「段階を追って歴史的に変容をとげていく法現象を一つの過程として，内容のある過程〔「歴史的変化をとげる過渡期」（－足立）〕としてとらえることが必要であるから」であるとする。

「プロセスとしての近代（化）」論は，「資本の原始的蓄積の段階，産業資本主義の確立の段階，大不況期を経て独占資本主義が形成されていく過程，その確立する段階，そして，国家独占資本主義的な形態をとる独占資本主義の現段階というものをそのうちのどの段階が近代化ということをいわずに，その発展のベクトルそのものを近代，または，近代化と考えていくということ」であり，「プロセス」論の「ダイナミック」さが強調される。すなわち，「プロセスとしての近代（化）」論は，近代法（近代的土地所有権）を，「水本・渡辺説」のように，ある特定の時点での特定の形態の法を取り上げて強調するのではなく，発展の方向性・ベクトルとして動的に捉えるべきであるとするのである。

こうして，稲本と甲斐は，19 世紀イギリスの農地賃貸借にける法構造をモデルに「近代的土地所有権」論＝土地「賃借権の物権化」論を展開した「水本・渡辺説」を，方法論と歴史認識の観点から批判し，その近代イギリス典型論を相対化した。

こうした稲本の問題提起を受けて，戒能通厚と原田純孝が，近代イギリスの法と経済に関する実証的な歴史研究を展開した。

水本・渡辺と同じくイギリス土地法（土地所有権法，土地賃貸借法）を研究対象とする戒能は，『イギリス土地所有権法研究』（岩波書店，1980 年）で，「水本・渡辺説」，とくに水本の主張を方法論的および歴史実証的に批判した[31]。

29）同論文，159-160 頁。甲斐の主張は，「近代的土地所有権の特質とその矛盾」（『ジュリスト』334 号，1965 年），『土地所有権の近代化』（有斐閣，1967 年）も参照。

30）甲斐の「プロセスとしての近代（化）」論は，後続の研究者にも影響を与え，評価される。戒能通厚『イギリス土地所有権法の研究』（岩波書店，1980 年），原田純孝『近代土地賃貸借法の研究－フランス農地賃貸借法の構造と史的展開－』（東大出版会，1980 年）を参照。

31）戒能の主張については，「イギリス土地所有権法の総体的把握－水本理論をてがかりに－」（『社会科学の方法』39 号，1972 年），「近代的土地所有権をめぐって－イギリス土地法研究のためのノート－」（『季刊　現代法』7 号，1972 年），「（書評）水本浩『土地問題と所有権－土地の私権はどうあるべきか－』」（『民商法雑誌』69 巻 2 号，1973 年），「イギリス土地法の方法論的一考察－『近代的土

戒能は，「近代的土地所有権」のモデルを19世紀イギリスの農地賃貸借に求めた水本の研究を，川島武宜の「『所有権法の理論』を克服して，理念型的な『近代社会論』から，資本制社会の矛盾的構造を土地所有の側面から」分析した点と，「資本範疇を基軸にして『近代的土地所有権』論の提唱」を行った点で高く評価する。

しかし，水本が，「近代的土地所有権」についてのイギリス的実態＝特殊イギリス的な法構造を，「イギリスにおける資本主義の典型的展開と直結させて『近代的土地所有』の一般的な成立形態であるように解し」，「川島理論における『近代的所有権』の諸特質を法典上に反映させている－と同〔水本〕氏が考えられた－諸国＝大陸法国の構成を，あまりに一般的に『寄生地主的段階の反映』」と規定した歴史認識を批判して，ここに，「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，方法論上の一定の問題が含まれている」とした[32]。

戒能は，さらに，椎名重明が『近代的土地所有－その歴史と理論－』（東京大学出版会，1982年）で示した実証分析の成果[33]を法社会学・民法学の分野でも受けとめることが必要であり，「慣習法的な法の諸形態を含めて，各国において，土地所有が資本制生産様式に照応するということの歴史実体的な分析が，いいかえればそのさまざまな諸類型が，比較法的ないし比較経済史的に抽出される必要」が要請されるとして，近代イギリス典型論を批判した[34]。

そのうえで，戒能は，水本に対する歴史実証的な批判として，19世紀のイギリスの土地所有が「貴族的大土地所有」であり，「地主のディストレス権確保およびテナント・ライト非保障のいずれもが，地主の『土地所有権』の不可分の構成要素をなし，したがって『借地契約』を通じて借地農が，このような土地所有権の現実的内容を承認せしめられていたという」問題状況を重視すべきであるとする。

この点こそ，土地所有権の「『継承財産設定』の関係をも含めたその現実的内容が，地主＝借地農の人と人との関係を通じて利用権に投影されるということであり，それゆえここでは地主＝借地農の一体的関係が，『所有権』の現実的構造を支える関係を認めることができる」のである。

戒能によれば，イギリスにおける「近代的土地所有」の確立は，「貴族的大土地所有に照応する『所有権』の特異な構造」をもち，独自の作用を演じたと考えられるべきである[35]。

すなわち，貴族的大土地所有形態においては，地主の「土地所有権」を保護するために，借地上の動産を差押えて地代を回収することができるディストレス権（distress，「自救的動産差押権」）が認められているのに対して，借地農には，借地に対して投下した資本（投下資本）の償還を，地主に求めるテナント・ライト（tenant right，「改良費償還請求権」）が保障されていなかった。

借地契約のこうした形態は，将来に向けて継続的に土地所有権がその親族に承継されていくことが保障された「継承財産設定」（settelement）を通じて，地主と借地農の借地関係を固定化し，それが「特異な構造」をもつ特殊イギリス的な「近代的土地所有権」の確立に与ったのである。

結論として，このような近代イギリスの土地所有権の法構造は，「水本・渡辺説」が主張する，資本の動きに規定された土地所有権・土地賃借権には転化していなかった，と戒能は批判するのである。しかも，その貴族的大土地所有こそ

地所有権』をめぐって」（『法律時報』46巻5号，1974年），「『近代的土地所有権論』の再論のために－原田純孝『近代土地賃貸借法の研究』の書評にかえて－」（『法の科学』10号，1982年）がある。

32）同上書，14頁。

33）椎名の主張は，同書のほかに，「近代的土地所有論」（『社会科学の方法』49号，1973年）も参照。

34）同上書，15頁。

35）同上書，41-42頁。

が，資本の原始的蓄積を促し，資本主義（法）の発展に大きな影響を与えたと主張した。

水本は，近代大陸法の「近代的土地所有権」の法構造と，近代イギリスにおけるそれとを比較して，ローマ法的な所有権絶対の構成がとられる前者は，「近代法としては，さかだちしたもの」であるとする[36]。これに対して，戒能は，近代大陸法と近代イギリス法の法形態の相違にもかかわらず，近代法としての典型形態の有無を論じるのは「一面的」に過ぎると批判を加える。

国家法としての「近代的土地所有権」制度を考えると，水本が「『寄生地主制の反映』と断じられた所有権の絶対性ないしは優越性」が，フランスやドイツのような大陸法系諸国の原蓄過程では重要な役割を果たし，「その絶対性の構造すなわち法文上明示的なその定立に含まれる土地所有の独占の保障の契機が，資本の『恒常的基礎』となったという認識」は不可欠であるとする。

したがって，水本が「フランスをも含めた大陸法系の近代諸法典に現れた『近代的所有権』の絶対性を，一律に『寄生地主制の反映』と断定される点は，近代大陸法のこのような構成にもかかわらず，現実には『自由』なる契約，借地関係の債権的構成を通じて，資本家的借地経営の安定化がはかられたということも考えられるとすれば，不正確な一般化といわざるをえない」と批判するのである[37]。

戒能は，自らの主張と水本の主張の相違点が，「『近代的土地所有権』とは何か」についての理解の相違にあるが，「より具体的には土地所有の独占が，資本制生産様式の『恒常的基礎』たりうるという規定についての理解のちがいにも原因するようにも思われる」として，「資本の原蓄過程における土地所有の独占は，たとえそれが利用関係と結びついていなくとも，所有権原の独占が保障され，このようにして非所有者を排除する限り，それは資本制生産様式の『恒常的基礎』たりえ，資本の蓄積の促進要因となる」と主張した[38]。

こうして，戒能は，「近代的土地所有権」論＝土地「賃借権物権化」論，とくに水本のそれを，方法論的にも歴史実証的にも批判する。戒能は，近代イギリスに見られた貴族的大土地所有こそが，資本主義（法）の成立と発展に与ったとするのである[39]。

イギリス土地法の実証研究を踏まえて水本・渡辺説を批判する戒能に対して，近代フランスの農地賃貸借法を研究の対象とした原田純孝は，『近代土地賃貸借法の研究－フランス農地賃貸借法の構造と史的展開－』（東京大学出版会，1980 年）で，近代的土地所有権＝賃借権の物権化論を法理論的に批判した[40]。

原田は，まず，土地所有権と土地賃借権との法的関係のあり方をめぐって展開された「近代的土地所有権」論＝土地「賃借権物権化」論を次のようにまとめる。すなわち，「19 世紀半ばのイギリスにおける農地『賃借権・リース lease』の法構造を一の歴史的範型としながら，明治民法が定めたような近代的所有権＝自由な商品所有権としての土地所有権の確立（および，それに対応する土地賃借権の『債権的構成』）は，それ自体としては『土地所有権の近代化』の出発点でしかなく，近代市民社会における『近代的土地所有権』はその自由ないし『絶対性』が

36）水本浩『借地借家法の基礎理論』（一粒社，1966 年）105・106 頁。

37）戒能，前掲書，44-45 頁。

38）同上書，30 頁。

39）もっとも，水本と戒能ともに，お互いの思考と主張がかみ合っていないとしている。水本浩「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』44 号，1973 年），戒能「イギリス土地法の方法論的一考察」（『法律時報』46 巻 5 号，1974 年）を参照。

40）原田の主張については，「『賃借権の物権化』の現代的意義について」（『不動産研究』20 巻 4 号，1978 年），「『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』13 巻 11 号，1980 年，14 巻 2 号，1981 年）を参照。

土地利用権・土地賃借権によって制限されること－土地賃借権が大陸法にいう『物権的構成』をとること（土地賃借権の『物権化』）－によって完成された姿態となる」。

また，土地「賃借権の物権化」論の法的メルクマールは，「一般的には，大陸法の用益物権の属性にならって，(ⅰ)賃借権の第三者対抗力，(ⅱ) 譲渡･転貸の自由，(ⅲ) 存続期間の安定性･長期性が指摘され，場合によって，(ⅳ) 収益権と改良費償還請求権がこれに付加される」とする[41]。

すなわち，「近代的土地所有権」論は，土地賃借人の資本所有権の保障を実現する法構造，つまり，土地賃借権が土地所有権を制限する法構造＝土地「賃借権物権化」こそが，資本主義社会における土地所有権のあり方であると考えるのである[42]。

原田は，「近代的土地所有権」論＝土地「賃借権物権化」論のメルクマールの内容を，次のように分析する。まず，土地「賃借権物権化」論は，その「外的構造」である第三者対抗力，賃借権の譲渡・転貸，賃借権の存続期間の長さの問題と，「内的構造」である賃借人の資本投下の自由とその回収に関わる改良施行権と改良費償還請求の問題とに分けることが必要であるが，これまでの「近代的土地所有権」論＝土地「賃借権物権化」論は，その「外的構造」のみを取り上げて近代大陸法の土地所有権・土地賃借権との対比を行っているのみで，「内的構造」の問題を考慮に入れず，土地賃借権の「物権的構成」の枠外に置いていた。

しかし，この「内的構造」こそが「借地農の資本活動を媒介する中心的契機であること，そして，この局面における借地経営と土地所有との矛盾・対抗の諸契機が，一般に土地所有権の『自由』または『絶対性』の制限として表現される『外的構造』の局面でのそれとは異なるものであることを考えるならば，従来『物権化論』が強調してきた『物権的』諸契機にかえて…むしろ資本投下の自由とその回収の保障という点」に着目して，土地所有権と土地賃借権との関係，とりわけ，賃借権の債権的構成を採る近代大陸法（および日本民法）について再検討することが必要である。

原田は，このような分析に基づいて，「近代的土地所有権」論＝土地「賃借権物権化」論を検討し，賃借権「『物権化論』において投下資本の回収が『物権的構成』それ自体の要素として主張されるのは，もっぱら賃借権の譲渡・転貸の側面」においてであって，「土地賃借権の強化が『債権的利用権の強化，安定化』となるか，それとも用益物権に類比されうるような『物権化』へ向かうかを決めるのは，まさにこの点，すなわち，投下資本の回収が地主に対する改良費償還請求権を中心として構成されるか，それとも，長期的にその存続を保障された賃借権と合わせた，改良の価値の譲渡・転貸を通じる回収としても認められるかという点に，大きくか

41）原田『近代土地賃借法の研究』2 頁。各研究者による「近代的土地所有権」論の解説を繰り返し挙げているが，お互いにその理解が微妙に異なり，しかも時代を経るごとに，その論旨が精緻になっていると考えられるので，その解説を敢えて繰り返し挙げている。

42）原田によれば，「近代的土地所有権」論者の間でも，土地所有権と土地賃借権との対応関係について，理解の相違があるとされる。すなわち，一方では，「もっぱら『物権的』土地利用権による土地所有権の『絶対性』の制限を問題として，このような制限がない土地法制度（＝近代大陸法の土地・不動産賃貸借法）は『近代法としてはさかだち』したもので『寄生地主制の反映である』…とする見解」があり，他方では，「土地所有権の『自由』とそれに対応する契約自由の原則はそれ自体としては近代的な性格のものであって，土地用益資本の経済的力が強い場合にはこの土地所有権の『自由』の制限＝土地用益資本の資本価値の保障はまさに契約自由を梃杆として契約を通じて実現される－それがむしろ近代市民法の原則であり，このような近代的土地法制度の課題が国家権力による契約自由への介入を通じてはじめて確保されたところに，わが国不動産・土地所有権法の特殊・日本的な特徴が見される－ということを認める見解」が存在している，と。原田は，前者が，水本の立場であり，後者が，渡辺の立場であるとする（6-7 頁）。

かわっている」のである。

たとえば日本民法が定める「賃借権の譲渡・転貸の自由の制限（612 条）は，基本的には賃貸不動産の物的および価値的保全という所有者の利益を基礎として形成された，賃借人の人的要素を重視する賃貸借に関する特殊な法観念に由来するものであって，賃借権の債権的性格に基づくものではない。

したがって，債権的構成のもとで，譲渡・転貸の原則的自由を認める－故に一定の価値権原性＝財産性を認める－ことは何ら矛盾はなく（例えばフランス民法典 1717 条），他方，その制限に関しては，慣行または伝統に由来する異なった法観念がありうるのである。

同様に,『物権化』のいまひとつのメルクマールとされる『第三者対抗力』も，債権的構成のもとでのその付与が可能であること－賃借権の第三者『対抗力』の承認が賃借権の債権的性格を失わせるものではないこと（フランス民法典 1743 条，ドイツ民法 571 条，また日本民法 605 条）は，つとに指摘されていることである」とされる。

日本民法においては，「『約定期間』を強行的に少なくとも建物の存続期間（＝『改良の価値』ないしその『残存価値』の存続期間）に同一化せしめること－またはそれが実現されない場合には，建物買取請求権によって『改良の価値』ないしその『残存価値』の回収を保障することを通じて，土地利用権者の投下資本回収の方法は実現されていること」にも注意が必要である，とする [43]。

原田は，近代フランス農地賃貸借法の歴史的かつ実証的研究の成果として，法理論的に次のような論点が確認できるとする。すなわち，第一に，「ナポレオン法典における農地賃借権の債権的構成が，封建制の廃棄を課題とした市民革命の所産としての近代民法という同法典の歴史的性格そのものによって，いわば歴史的かつ論理的に規定されていたこと」，第二に，「その結果必然化された旧法制度の広汎な承継という外観にもかかわらず, その法の内容においては，新たな発展が明確に認められること」，すなわち，土地所有権ならびに所有権一般の法律的かつ経済的自由を前提とする借地経営者と私的土地所有者との私的契約関係の成立や，賃借権の長期化や安定化の可能性のような借地経営の法的基礎の確立がはかられた，と。第三に，債権的構成を採る「農地賃貸借法が，…その法構造の故に特殊な現実的機能を担うものとなりえたこと」，すなわち，農民の土地所有を封建的諸負担・諸拘束から解き放ち，富裕農民層の借地経営の形成・発展による農民層の両極分解を追認し，その一層の深化・加速化の新たな基礎を創出した [44]。

ナポレオン法典の「農地賃貸借の債権的構成（近代的土地所有権として規定される自由な土地所有権と債権的賃借権との対応関係）を，一概に『前近代的』もしくは『寄生地主的』なものとして評価することができないこと」は言うまでもなく，むしろ反対に，「まさに過渡期であるが故に複雑な階級構成をもつ社会において土地所有権・農地賃貸借法が有する特殊な歴史的意義と機能に着目し，それを革命の土地変革の背後に隠れて存在していた土地所有とその経営をめぐる諸矛盾の展開に即して考察するならば，近代的な法形式を付与されたこの農地賃貸借の債権的構成は，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発展段階に即応した特殊・近代的意義をもっていたのである。その意味で，われわれは，それを一の近代土地賃貸借法として把握することができる」とした [45]。

原田は，ナポレオン法典における農地賃借権の債権的構成の分析から，近代市民法における土地賃借権の法的構成のあり方について，次の

43）原田，前掲書，23-26 頁。

44）原田，同上書，471 頁。

45）同上書，482-483 頁。

ような指摘をおこなう。すなわち，第一に，「土地賃借権の債権的構成を必然ならしめた土地所有権（ならびに所有権一般）の自由と契約自由の原則がもつ近代的性格」が挙げられる。これらの原則は，「市民革命後の資本の本源的蓄積の本格的かつ最終的過程の起点を確立するための不可欠の通過点」であり，「そのこと自体はけっしてその後の農業における資本主義の発展の直接的な阻害要因ではなかった（むしろそれを基礎として資本制的借地経営が成立した）という点で，農業賃借権の近代化という側面から問題を考察する場合においてもなお，近代市民法の基本原則たりえた」とする。

第二に，「『債権的構成』のもとにおいても，土地賃借権が近代的借地経営成立の法的基礎となりうるような一定の法構造を提示しうる」とする。ナポレオン法典において，土地賃借権の「外的構造」の側面，たとえば，第三者対抗力や賃貸借契約の長さについては，当事者の合意（契約自由の原則）に委ねられるとはいえ，「この側面での農地賃借権の強化は，法律的にはすでに基本的に成就されており，その後の社会経済的な過程においても，もはや地主借地農間の決定的な争点となることはなかった」。したがって，土地「賃借権の『外的構造』における強化がなんらかの意味での『物権化』を意味するものではなかった」と結論づけられる。

第三に，土地賃借権の「内的構造」の側面，耕作・改良のための資本投下の自由とその回収の保障，とりわけ改良費償還保障の問題については，ナポレオン法典の制定過程では，賃借権の「外的構造」の側面での一定の強化とは反対に，「土地所有権への従属性の強化として極めて顕著に現象した」とされる。すなわち，ナポレオン法典の農地賃貸借法では，農地賃借権の「内的構造」の側面の問題は解決されなかったのである。しかし，「まさにこのことこそが，排他的かつ包括的な土地所有権の自由が農地賃貸者関係で有した最大の意義であり，まさにそれゆえに，法典の制定後に残された地主借地農間の最大の争点となった」とされる[46]。

原田は，「水本・渡辺説」が主張する「近代的土地所有権」論の内容を具体的に分析して，その「外的構造」の問題を解決するために，土地「賃借権物権化」は必ずしも必要なわけではなく，ナポレオン法典に見られるように，賃借権を債権として構成したとしても，充分に解決可能であることを立証した。それは，とりもなおさず「近代的土地所有権」の確立のためには，土地「賃借権物権化」が必要であるとする「水本・渡辺説」の主張を正面から批判することになる。

結局，土地所有権と土地賃借権との関係（土地所有権・土地賃借権の資本規定性）を考察するためには，「近代的土地所有権」論＝土地「賃借権物権化」論の「内的構造」に着目することが重要であり，「内的構造」の問題は，ナポレオン法典でも解決されなかったと結論づけた。こうして，原田は，「近代的土地所有権」論＝土地「賃借権物権化」論の「近代的土地所有権」成立のためのメルクマールの有効性を批判した。

以上，稲本・甲斐・戒能・原田の研究によって，「水本・渡辺説」が主張した「近代的土地所有権」論＝土地「賃借権物権化」論は，方法論・法理論的にも，歴史実証的にも厳しい批判を突きつけられたといえるのではないか[47]。

46）同上書，482-483 頁。原田が，土地賃借権の債権的構成こそが近代的土地賃借権（近代的土地所有権の法構造）である，と主張しているわけではないことは，注意しなければならない（原田「近代土地賃貸借法の研究」483 頁）。森田「戦後民法学における『近代』」121・122 頁も参照。

47）森田「戦後民法学における『近代』」122･123 頁，130 － 132 頁も参照。
これらの批判に対しての水本・渡辺の反批判は，水本「所有権理論の進展」（『社会科学の方法』147 号，1973 年）。渡辺洋三「近代土地法論覚書」（『社会科学の方法』147 号，1981 年），同「戒能通厚『イギリス土地所有権法』読後感」（『法の科学』9 号（1981 年）。水本・渡辺ともに，戒能・原田の実証研究を評価しつつも，戒能・原田からの批判に対

もっとも「近代的土地所有権」論＝土地「賃借権物権化」論が構築された背景には，水本が指摘するように[48]，水本・渡辺が研究者として生きた時代における土地問題や借地借家問題に対する一般理論の構築をめざそうとする社会的背景が存在していた。

すなわち，「近代的土地所有権」論＝土地「賃借権物権化」論は，当時の日本の土地問題・借地借家問題を解決するために，19 世紀イギリスの土地所有権・土地賃借権のあり方をモデルにして，主張されたものであった。

「近代的土地所有権」論という歴史認識が，土地「賃借権物権化」論という規範認識を根拠付けるために援用されたのである[49]。したがって，「水本・渡辺説」は，極めて現実的な問題関心に基づく理論であったと考えられる。そのインパクトが，土地所有権・土地賃借権をめぐる議論の着火剤となり，1966（昭和 41）年の借地借家法の改正をもたらした。「水本・渡辺説」の問題意識と現状打破の突破力は評価されるべきである[50]。

したがって，石井が，地租改正期の所有権の性格を「半封建的土地所有権」と評価する際に論拠とした「水本・渡辺説」による「近代的土地所有権」論は，所有権の性格を判断するためのメルクマールとしては，その有効性を失っていると考えられる。

本章の最後に，地租改正期の所有権の性格を日本法制史研究の分野から概観しておこう[51]。

地租改正については，日本法制史学の大家である福島正夫が『地租改正の研究〔増補版〕』（有斐閣，1970 年）を著している。

もっとも，本書は，地租改正事業の全体過程を整理するものであり，地租改正と土地所有権との問題を考察するものではない（けれども，福島の最終的な目的は，この問題を解明することにあった）[52]。本問題について，福島は，「地租改正と土地所有権－とくに比較史的に－」（『我妻榮先生追悼論文集 私法学の新たな展開』（有斐閣，1975 年））246・247 頁で，「土地所有

して反論を試みている。しかし，その批判に対して，「近代的土地所有権」論＝土地「賃借権物権化」論を説得的に根拠づけるまでには至っていないように思われる。

水本・渡辺ともに，その主張の根底には，彼らが生きた時代に対しての問題意識と問題解決の模索があり，土地所有権・土地賃借権をめぐる問題に対しての対応や，資本主義社会における近代的土地所有権理論の一般的・積極的確立を目的にしていない戒能・原田の主張・批判とは，研究の方向が違っている。

48）水本浩「現代社会と所有権」（『土地問題と所有権－土地の私権はどうあるべきか』（有斐閣，1973 年所収）1 頁以下，特に 68 頁以下，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』44 号（1973 年）2-3 頁，6 頁を参照。

49）歴史認識と規範認識の援用（「連結」）については，森田「戦後民法学における『近代』」社会科学研究 48 巻 4 号を参照。

50）借地借家法制による賃借権保護強化の結果，近年，土地（宅地・農地）賃借権の「価値権原化」＝「財産権化」－賃借権の「現代的物権化現象」と呼ばれる－が問題となっている。原田『近代土地賃貸借法の研究』19 頁以下，鈴木禄弥「不動産賃借権の亜所有権化について」社会科学の方法 86 号（1976 年）1 頁以下，戒能通厚「イギリス土地所有権法研究」41 頁を参照。

51）西洋法制史分野でも，「近代的土地所有権」の成立が，ドイツ法，近世・近代ドイツ法制史を研究対象とする村上淳一によって論じられている。村上は，「政治社会」から「市民社会」が成立する過程で，身分性社会の政治的支配（ヘルシャフト Herrschaft）から解放された，自由な人格が取得した経済的・私法的な所有権をもって，「近代的（土地）所有権」（「物の実体の処分権を中心とする全面的な経済的支配権としての近代的所有権概念」）の成立と論じている（村上淳一「近代的土地所有権概念の成立」（『我妻榮追悼記念論文集 私法学の新たな展開』（有斐閣，1975 年））209 頁以下，同『近代法の形成』（岩波全書，1979 年）96 頁以下を参照。ただ，西洋法制史学者である村上の言う「近代的（土地）所有権」と，民法学・法社会学・日本法制史学・（日本）経済史学の言う「近代的土地所有権」とでは，その内容が異なるように思われる。

52）本問題を本格的に究明しようとした石井良助「地租改正と土地所有権の近代化（一）」法協 85 巻 3 号 301 頁以下は，本問題の究明までには至らずに，未完に終わった。

権の近代化の問題は，要するに封建制の一掃，『農民の肩から封建の重荷をとりのぞいてやる』ことがなされたか否かの問題である」とする。そして，地租改正期に明治政府がとった政策は，農民を，貢祖の誅求からも，土地自体からも，基本的には解放せず，地主層に高率小作料徴収の保障を与えるものであったと評価する。したがって，明治政府のこのような政策によって認められた地券的所有権は，封建制の一掃による近代的土地所有権と言うことはできないと結論づけた[53]。

また，水林彪は，「日本近代土地法制の成立－土地所有の財政法的媒介諸形態と所有法的媒介諸形態との統一的視角から－」『法学協会雑誌』89巻11号，1972年）1527頁で，従来の日本近代土地法史研究が，土地所有の所有法的媒介形態の分析に偏重していたか，それに留まっていたことを批判して，地租改正期における土地法制の分析にあたっては，「土地所有の財政法的媒介諸形態と，その所有法的媒介諸形態との統一的分析」が必要であると主張して，財政法的観点および所有法的観点から，所有法・財政法（租税法）の立法史の考察を展開した。

考察の結果，水本は，「戦前日本資本主義の全機構において位置づけられたところの高率小作料及び高額土地税，その国家支出，資本への転化，この過程を媒介する土地法制は，明治二十年代初頭に，ひとまず成立するに至った」が，「明治二十年代の土地法制は，日本近代土地法制の確立過程における過渡的形態であった」と結論づける[54]。

地租改正期の土地所有権の性格づけについては，その評価を慎重に回避しているように思われるが，同時期の所有法をめぐる議論が，賃借権者に対する土地所有権者の優位を主張し，「明治二十年代初頭における寄生地主制の成立に相適合する内容」のものであり，「地主的土地所有の所有法的媒介形態の成立をみることができる」とした[55]。

地租改正期の土地所有権の性格について，福島は，近代的所有権とは言うことができないと述べ，水本は，寄生地主制に相適合する法構造であるというだけで，どちらもその性格を断定することに禁欲的である[56]。

地租改正期の土地所有権の性格を，実証的に考察していくためには，日本法制史の研究成果を批判的に受容すると同時に，当時の土地所有権と土地賃借権の法構造が，「寄生地主制」という地主・小作人の経済構造に適合するものだったのかどうか，また，それを保障するのだったのかを実証的に検討していく必要があるといえよう。

Ⅴ　地主小作関係に関する判例

Ⅱで述べたように，水本・渡辺説においては，近代的土地所有権が確立するには，民法上，(1) 賃借人の土地利用権に第三者対抗力があること，(2) 土地利用権に転貸・譲渡の自由があること，(3) 長期間の土地利用権が保障されていること，の3点が必要であり，これらの要件を満たした場合，賃借権は債権ではなく物権となる。そして石井がこの水本・渡辺説を援用して「半封建的土地所有論」を展開する場合も，賃借権を物権としていたホアソナード民法を否定して明治民法が成立したと説いている。

53）地券的所有権が付与された地主層については，封建制の拘束のない，法律的にも経済的にも，近代的な所有権が付与された，と言うことはできないだろうか。

54）同上書，1578-1579頁。

55）同上書，1546頁。

56）近年出版された日本法制史の教科書，たとえば，川口由彦『日本近代法制史 第2版』（新世社，2014年），高谷知佳・小石川祐介編著『日本法史から何がみえるか 法と秩序の歴史を学ぶ』（有斐閣，2018年），出口雄一・神野潔・十川陽一・山本英貴編著『概説 日本法制史』（弘文堂，2018年）でも，地租改正期の土地所有権の性格について，詳細に述べられているものは見当たらない。

それでは，明治民法が施行されて以降，裁判所とくに大審院は，上記の賃借人の第三者対抗力や土地利用の転貸や譲渡，期間などをめぐる裁判で，どのような判決を出していたのかを，農林省農務局が1929年に編纂した『小作に関する判例集』を手がかりに検討しよう。なお，以下では，土地だけではなく家屋の所有権についても判例が挙げられているが，おそらく農林省は土地と家屋に関する判例を比較して，小作権の今後のあり方を考慮するための参考にしたのであろう。

1. 賃貸借の性質に関する判例

（1）家屋明渡請求の件　大判大9・10・4[57]

債権の第三者に対する効力−賃貸借目的物の譲渡と，賃借人が新所有者に対し賃借権を主張しえる場合（このタイトルは編纂者がつけたもの−以下同じ）

（判決要旨）

民法は，賃貸借を契約の一種として債権編に規定し，その第601条及び第606条において，賃貸人は賃借人の対し物の使用及び収益をなさしめ，これに必要なる修繕をなす義務を負い，賃借人はこれにその賃金を支払う義務を負ふ旨を規定し，かつ第605条において特に不動産の賃貸借につき登記の効力を規定したるにより，これを観れば，賃借権をもって債権となし，物を支配する物権となしたるにあらざること明らかなりとす。（中略）

ゆえに，賃貸人が，賃借権の目的物を第三者に売買その他の法律行為によって譲渡した時は，賃借人はその第三者に対して賃借権を主張することを得ず。ただ，不動産の賃貸借を登記したる場合においてのみ民法第605条により例外として第三者に対してこれを主張することを得るものとす。

このように，大審院は第601条を賃借権の債権構成を前提に，家屋の賃借においてもその登記がない以上は第三者に対する対抗力も存在せず，賃借人に家屋を明け渡しを命じている。

（2）家屋明渡請求事件　大判大13・3・12[58]

〔賃借権は〕一身専属権にあらざるが故にその継承は可能

（判決要旨）

1. 賃借権は賃貸人の承諾を得るにおいては他人に譲渡し得べきものにして，これをもって賃借人の一身に専属する権利ということを得ず。

2. したがって賃借人の死亡により，その有する賃貸借上の権利義務は，家督相続人または遺産相続人において継承すべきものとす。

この判決は，家屋の賃借権が一代で終わるのではなく，相続人に継承されることを示し，当然借地権である小作権にもこの判例が当てはまる。

（3）小作米請求の件　大判大7・5・17[59]

目的物の所有権を有しない者が為したる賃貸借の効力

（判決理由）

賃貸人は，仮令目的物を所有せざるも，賃借人に対し使用収益をなさしむる義務を負担し，賃借人は賃貸人に対し賃金を支払うべき義務を負担するものとす。その目的物を所有せざる者が自己の名義をもって賃貸人となるは所有者より授与せられたる権利または権限に基づくこと通常なる可しといえども，かくのごとき権利または権限の有無は，所有者と賃貸人との間に属する問題にして，賃貸借を契約したる者がその契約の当事者たるの関係に影響を及ぼすものに非ず。

通常土地の賃貸借は，所有者である地主と賃借人である小作人との契約で成立するが，この裁判では，地主の小作料徴収権を委任された差配人に対して，小作人が小作料を支払う義務があるかどうかが争われたとみられる。これに対して大審院は，契約はあくまでも当事者同士が行なうものであり，小作料を支払う相手は土地の所有者でなくても契約は成立すると断じている。

また，これと同様の判決が，大審院で1906（明

57）『小作に関する判例集』1−2頁。

58）同上書，9頁。

59）同上書，13−15頁。

治 39）年 5 月 17 日に「賃料請求の件」で出されている。すなわち，民法第 601 条によって，賃貸人がその物（例えば土地）に対し所有権またはその他の権利を有すると否とは契約成立の要件に何らの消長を及ぼさず，としている。

(4) 家屋明渡請求の件　大判大 9・7・10 [60]
賃貸借の成立－（家屋の）賃貸人が第三者に目的物の所有権を移転するとき賃貸借は終了するか
(判決理由)
賃貸人は所有権を第三者に譲渡したとしても，賃借人に対し依然としてこれが使用収益をなさしむべき義務を負担するにより，目的物の譲渡があったとしても直ちに賃貸借は当然その効力を失い，若くは解除ありたるものという可からず。

すなわち，家屋の所有権が第三者に移転しても，賃借権が自動的に消滅，解除されることにはならないとしている。

(5) 東京地裁判決　明治 41・6・19 [61]
賃貸借の成立－第三者のためにする契約 [62] をもって賃貸権を成立せしめ得るか
賃貸借契約は，当事者双方の合意により成立するものにして，一方の意思表示のみにより成立するものに非ざることは謂ふを待たざるところなるをもって，被告の受益の意思表示のみによってはいまだ本件当事者間に賃貸借契約成立したりと謂ふを得ざるのみならず，当事者間の契約により第三者に義務を負担せしむることを得ざるは勿論にして（中略），故に，当事者の一方が相手方に対し一定の賃料をとりて第三者に地所を使用せしむることの契約をなし，第三者がこれに対し受益の意思表示をなすも，第三者と債務者間には右契約は効力を生ずるものに非ず。

この判決で，裁判所は民法上の契約はあくまでも当事者双方の合意により成立するものであり，第三者のためにするものではないことを強調している。この当事者双方の合意という点は次の判決（5），（6）でも現れている。

(6) 契約廃棄の件　大判明 29.2.7 [63]
同一地所に対する 2 個の小作契約　詐害行為として廃罷を請求できるか
(判決要旨)
同一地所を甲乙二者に小作させる契約をなしたるものが，さらにこれを甲者のみに小作せしむる契約をなし，その目的乙を詐害するの意に出ずるも乙者は詐害行為として廃罷を訴求するの必要なし。

(7) 同一地所に対し数個の小作契約は成立するか　東京控訴院　明 44・6・23 [64]
小作契約は賃貸借契約の一種にして，いわゆる諾成契約なれば，小作地の引渡を要せずして成立する。故に 1 個の土地に付 2 個の小作契約が成立し，前小作権利者が現に小作するため，後の小作権利者が小作すること能はざる場合と雖も，小作契約は法律上当然無効なりということを得ず。

常識では，同一土地に対して，2 人の小作人に小作させることは，一種の詐欺であると思われるが，(6) の判決がいうように，小作契約は諾成契約であるので，どちらか不利益をこうむったとしても小作契約は有効であるとしている。さらに，賃貸借契約を行なうに際しては，賃金（家賃や小作料）の取り決めがない場合は契約が成立しないとした東京地裁による下記 (8) のような判決がある。

60）同上書，18-19 頁。
61）同上書，19-20 頁。
62）「第三者のためにする契約」とは，民法第 537 条で，1 項「契約ニ依リ当事者ノ一方カ第三者ニ対シテ或給付ヲ為スヘキコトヲ約シタルトキハ其第三者ハ債務者ニ対シテ直接ニ其給付ヲ請求スル権利ヲ有ス」，2 項「前項ノ場合ニ於テ第三者ノ権利ハ其第三者カ債務者ニ対シテ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時ニ発生ス」と規定されている。要約者と諾約者の合意により，契約外の第三者にその効果（受益）を及ぼすものである。
63）同上書，22-23 頁。
64）同上書，25-26 頁。

（8）賃貸借の成立　賃金の取極めなきも賃貸借は成立するか　東京地裁　明 33（レ）329 号[65]

当事者は賃金の取極めをなさざる間は，賃貸借関係の約束をうける意思がない場合が普通であり，賃金の取極めがない間は，当事者において約束を受けようとする意志が明確ではないものと言わざるを得ず，以て契約の成立は無いものとする。

小作料の金額に関しては，以下の（9）～（12）の判決が参考になる。

（9）借賃－小作料免除の契約に及ぼす影響　大判大 5・6・5[66]

原判決に，いわゆる小作料の免除とは，すでに支払義務の発生したる小作料の免除をさすものなので，その免除契約は，何ら小作契約自体を消滅せしむる結果を生ずるものに非ず。

（10）賃貸借の成立－賃料を一定にするの要ありや　明治 45 （ハ）165 号　神戸区

賃貸借契約において，借主の支払うべき賃料は，必ずしも一定の額をもって明定しあることを要せず。ただこれを算定し得べき関係の定まりたる以上は，右契約の存立に妨げなきものなり。

（11）賃貸借の成立－異常に低廉なる賃料においても契約は成立するや　大判大 14・2・26[67]

（係争地である神戸市の区域内における宅地における工作物については）かかる低廉なる賃料をもって賃貸借するに至りたる特別なる事情の存することを確定するに非れば，当事者に賃貸借契約の成立したるものと認むるを得ず。

（12）賃貸借における借賃は常に金銭たるを要するや－他人の土地を耕作しその対価として玄米を支払うべき契約と永小作権なりや賃貸借なりやの判定　大判大 11・.3・16

（判決理由）

民法第 601 条は，賃金を支払うことを約すとあるを以て普通の場合を規定したるに止まり，賃貸借における借賃は，必ず金銭たることを要する趣旨に非ずして，米穀その他の物をもって借り賃と定む事を妨げず。而して，永小作権は，物権して長期の存続期間を有するものなれば，他人の土地を耕作の目的をもって借受け，借賃として玄米を支払うべき契約は，永小作権設定の特別の意思表示なき限り普通の小作契約すなわち賃貸借と解すべきをもって，原判決は相当（である）。

（8）は，小作料の免除は，小作人の支払うべき小作料の免除を定めたものであって，免除が適用されたからといって小作契約が解除されたことにならないとし，（9）は，賃貸借においては，賃料（小作料）は必ずしも一定である必要はないとする。また（11）は，宅地における工作物で相場をはるかに下回る賃貸料は，特別な時情がない場合は，賃貸借契約としては成立しないとしている。この判例は，契約における当事者との合意を前提に，相場とかけ離れて低廉な地代で借地契約が行なわれた場合は，特別な事情，例えば賃借人が賃貸人の親族であるなどの事情が必要というものである。言い換えれば，裁判所は賃料の下限を意識した判決であるといえる。

（12）は，物権である永小作と債権である普通小作は，小作料の物納か金納かに無関係であるとした判決である。つまり，永小作は特別な意思表示のある場合にのみ成立し，その他は通常の賃貸借契約である普通小作であるとする。

2. 賃貸借の効力に関する判決

旧所有者が新所有者に賃貸物を売り渡した場合，賃借人が新所有者に対して賃借権を主張できる場合として次の 2 判例がある。

（1）地所明渡賃料損害金請求の件　大判大 6・12・19[68]

65）同上書，33 頁。
66）同上書，32-33 頁。
67）同上書，34 頁。
68）同上書，135-136 頁。

賃貸借目的物の譲渡－賃借人が新所有者に対し賃借権を主張し得る場合

土地の所有権を賃貸人である所有者から取得した者は，当然賃貸人の地位に〔は〕代わるを得ずといえども，賃貸人と土地取得者の間に土地取得者をもって賃貸人の地位に代わらしむべき合意ありて賃借人がその更替を承認したる時は，従来の賃貸借関係は土地取得者と賃借人の賃貸借契約となるべきものとす。

(2) 賃貸借目的物の譲渡　賃借人が新所有者に対し賃借権を主張し得る場合[69]

(a) 賃貸借の目的たる不動産の所有権を賃貸人たる所有者より取得したる者と賃貸人との間において，取得者が賃貸人の地位を承継すべき旨の特約ある時は，賃借人は該承継を承認し，以て賃借権を取得者に対して主張することを得るものとす。大審院判決　大9・9・4

(b) 賃貸借の目的物となる家屋を買い受けた場合は，反対の立証なき限り売渡人買受人及び賃借人は何れも買受人においてその賃借を承継するの合意を為したるものと認定するを穏当とする。　東京地方裁判所　大正13・2・2

(c) 賃貸借の目的となる地所の所有権が他に移転した場合は，当事者の合意により地所の新所有者がその借地権を承継したときはその結果としてこの債権債務を借地権者との間に従来の法律関係を持続することとなるものにして，この場合は契約自由の原則に従い法律上有効なりとす。大判　明44・6・9

(d) 賃貸借の目的たる土地の所有者に移動ありたる場合において，借地人がその事実を知りながらそのまま土地を占有利用し，新所有者に地代を提供したる事実のある場合は，特に反証なきに限り借地人は借地関係を地主との間に承継したものとす。　東京地方　大正5・5・2

(e) 登記せざる地所の賃貸借は，爾後該地所に付所有権を取得したるものに対抗し得ざるをもって，借地人は新所有者に対し爾後その地所を使用する権利無きものとす。　東京控訴院　明治40・1・22

以上の5例は，いずれも土地の譲渡に際して，新所有者が賃貸人の地位を継承するという特約を有する場合，あるいは新旧所有者の合意がある場合は，借地人と新所有者との間で貸借関係が継続するとしている。

3. 賃貸借の効力，特に第三者対抗力に関する判決

1. と2. と同様に賃貸借の効力に関する判決であるが，とくに小作契約の第三者対抗力の有無という点では以下のような判決がある。

(1) 田畑耕作及び山林手入れ妨害故障解除の件　大判明29・10・9[70]

小作契約の土地付従の慣習－小作地の占有と第三者に対する対抗力

1. 小作契約は地所に付従せる一種の権義なるにより，地所買受人にその所有権の移転とともにこれを承継するを以て古来の慣例となす。
2. 小作契約の効力は，小作人において実際小作地の占有を得たる後にあらざれば，第三者に対しこれを主張するを得ざるものとす。

(判決理由)

小作契約は，地所に付随したる一種の権義にして，地所所有権の移転に随いこれを承継するべきものと為し来たれることは我国古来の慣例なり。然りと雖も，右の慣例たる小作人が地所の所有者より小作地の引渡を得て実際占有したる場合に適用すべきものにして，地所の受けざる場合にまで及ぼすべきものに非ず。

(2) 畑地小作契約承認の件　大判明30・3・5[71]

小作契約の土地付従の慣習－小作地の占有と第三者に対する対抗力

(判決理由)

小作契約は，地所の所有権の移転に伴い承継されるのは古来の慣習であるが，小作人が地所所有者より小作地の引渡を得て実際に占有したる場合に適用すべきものにして，地所の引渡を受けざる場合にまで及ぼすべ

69) 以下，(a)～(e) は，同上書，138-139 頁。

70) 同上書，139-140 頁。

71) 同上書，143-144 頁。

きものに非ず。

（3）賃貸借契約請求の件　大判明 30・5・7[72]
小作契約の土地付従の慣習－小作地の占有と第三者に対する対抗力

（判決理由）

地所の賃貸借契約は，法律上物権の性質を有するものにあらざることは上告人（地主）の申し立ての通りであるといえども，該契約は一種の権利として地所の所有者に追随することは我邦古来の慣習なるを以て，殊に慣習に相違するの申し立てを為さざるにおいては，裁判所は普通賃貸借と看做し判決を与えるのは当然なるべく（以下略）。

上記 3 例は，いずれも小作地の占有と第三者に対抗力という副題を持ち，（1）と（2）において，小作契約は地所に付随した一種の権利であり，したがって当該小作地が新所有者に移転したとしても，小作契約は新所有者との間で継承されるというのが日本古来の慣習であるとする。したがって（3）のように，当該小作契約は物権である永小作ではなく債権としての普通小作の場合であっても小作権は継承されうるとしているのである。

農林省がこれら 3 つの大審院判決を収集し，『小作に関する判例集』を編纂した際に，大審院が根拠としたであろうと推測し，各判決副題の脇に記載されている民法第 92 条の条文と最近のコンメンタールの叙述は以下のとおりである[73]。

第 92 条　法令中の公の秩序に関しない規定と異なる慣習がある場合において，法律行為の当事者がその慣習に意思を有しているものと認められるときは，その慣習に従う。

（解説　本条の意義）

法律上の任意規定と異なる慣習がある場合は，当事者がその慣習に従う意思を有していたと認められる場合は，慣習がこの任意規定に優先して適用されると解する。判例によれば，当事者がとくに反対の意思を表示していない限り，慣習による意思があったと認めてよいとする（大判大 3・10・27）。

ここでいう法律用語としての任意規定とは，当事者間の特約が優先し，当事者が当該規定と異なる意思を表示しない場合に適用されるものをいう。したがって，慣習は任意規定に優先するのであり，当該小作契約は，債権であるにもかかわらず第三者に対して対抗力をもつとされている。

この民法第 92 条は第 1 編総則第 5 章法律行為に配置されているが，第 1 編総則・第 2 編物権・第 3 編債権が公布されたのは明治 29 年 4 月であるから，大審院は当然この第 92 条（第 1 編第 5 章　法律行為）を根拠法令として，これら 3 例の判決を出したものと想定できる。

4. 民法第605条における賃借人の登記に関する判決

（1）土地賃借権登記抹消請求の件　大判大 10・7・11[74]
登記－不動産の賃借人は登記請求権を有するか

不動産の賃借人は，賃貸借の登記をなすことの特約が存在しない場合は，特別の規定なき限り，賃貸人に対して賃貸借の本登記請求権はもちろんその仮登記をなす権利も有しないものと解するを相当とす。

（2）登記－不動産の賃借人は登記請求権を有するか　朝鮮高等法院　大正 14 年 11 月 22 日判決[75]

不動産の賃貸借における登記（は），物権のそれと異なり，本来は当事者の債権関係に過ぎざるものに対し，登記によりあたかも物権のごとく第三者に対抗できる効力を付与するものなるが故に，登記義務は賃貸借契約自体に当然包含せらるるものに非ずして，これを登

72）同上書，145 頁。
73）松岡久和・中田邦博編『新・コンメンタール民法（財産法）』87 頁。
74）同上書，152 頁。
75）同上書，153 頁。

記することについては特約の存在することを要し，従ってその特約の存在に付争いある時は，登記義務の存在を主張し，その履行を求める原告において立証せざるべからず。賃貸借の目的物が土地なるの故をもって特約の存在を確定し，立証責任を転換すべき理由なしという論旨は失当なりとす。

(3) 民法第 605 条にいわゆる登記には仮登記を包含するや[76]

（積極説） 本登記であろうが仮登記であるかを問わずいやしくも不動産の賃貸借を登記した以上は爾後の不動産に付物権を取得したる者に対し対抗力を得るものとす。大阪地裁判決　明治 36.1.19

（消極説） 不動産賃貸借権の請求保全のために仮登記を為すも，爾後その不動産に付物権を取得したる者に対し賃借権の取得をもって対抗する能はざるものなり。東京地裁 M39（ロ）644 号判決

(4) 民法第 605 条にいわゆる物権を取得したる者の意義　大判大 7・2・10 決定[77]

民法第 605 条は，不動産の賃借権は登記をなすに非れはこれを否認するに付，正当の利益を有する第三者に対抗することを得ざる法意に出でたるものにして，その第三者の物権者たるとまた強制執行をなす権利を有する一般の債権者たることを問わない。

(5) 登記－不動産売主の登記義務　　大判明 44・11・14

不動産の売主は，買主に対してその要求あるにおいては登記官吏に対して登記を申請せざる可からずの義務を負う。これいわゆる登記義務にして，その民法上の債務たるや論を待たず。

(6) 登記した賃貸借の目的物取得者の地位

民法第 605 条によれば，不動産の賃貸借を登記すれば所有権を取得したるものに対してはその効力を有するが，その場合，不動産の（新）所有者は旧所有者の地位を法律上当然承継すべきものなれば，新所有者は賃借人に対し従来の賃貸借関係に基づき賃料の支払いを請求し得べきものとす。

(1) と (2) は，民法第 605 条にいう，不動産の賃貸借はこれを登記すれば不動産の物権を所有するものに対抗できるという規定における，賃借人の登記請求権に対する判例である。結局，両判決とも賃貸借人の間に特約がある場合にのみ請求権を認め，存在しない場合は認めていない。さらに (2) の判決は，地主による登記義務は賃貸借契約それ自体には含まれず，さらに登記の特約について争論がある場合は，賃借人がその存在を証明する義務があるとして，地主側に有利な解釈を行なっている。(4) は，対抗できる第三者は，物権者であろうと一般の債権者であろうと変わりはないとしている。

この民法第 605 条の制定については，当時の立法者は，賃借人は賃借権を当然登記するものと認識していたことは前稿で述べたが，このような判決をみると，やはり賃借権の登記行為は極めてまれで，結果的にではあれ立法者の判断は甘かったといわざるを得ない。賃借権の登記は，この点で (5) の不動産の売買の場合とは全く異なる。

また (6) のように，賃借権が登記されている場合は，賃貸借関係は新所有者との間で締結されることになる。所有者に対する対抗要件としての登記の種類に関しては，(3) によれば，本登記のみとする説と，仮登記を含む説の両説を挙げている。

5. 民法第609条にいう「収益」の法律的意味を示した判例，及びこれに関連して賃料の増減の性質に言及した判例

地租改正時の地価算定において，収益を資本還元するという方法にもかかわる論点であるが，民法第 609 条は不可抗力による収益の減少と賃料の引下げに関して次のように規定している。

収益を目的とする土地の賃借人が，不可抗力により

76）同上書，154-155 頁。
77）同上書，155 頁。

借賃より少なき収益を得たるときはその収益の額にいたるまで借賃の減額を請求することを得。但し，宅地の賃貸借については，この限りに非ず。

すなわち，天候異変等の不可抗力によって凶作となった場合の賃料引き下げ規定であるが，この収益は実際の判例では以下のように規定されている。

（1）小作米請求事件　大阪区判昭 2・10・28[78]
民法第 609 条の法意　収益の意義
（判決要旨）
1. 収益を目的とする土地の賃借人は，他人の土地を借受け，これを使用し自ら企業を為すものなるを以て作の豊凶に関せず約定の賃料を支払うべきものにかかわらず，民法第 609 条が不可抗力により借賃より少なき収益を得たる年に限り減額の請求を認めたるは賃借人保護の目的に出たるや明なりとす。
2. 民法第 609 条にいわゆる収益とは，（必要経費を控除した）純収入を意味するものにあらずして，総収穫を意味するものと解するを正当とする。
（判決理由）
もし，本条にいわゆる収益とは施肥耕作刈取等の諸費用を控除したる残額を指称するものと解せんか，企業者たる賃借人は，豪も凶作の実害を被ることなくかえって企業に関係なき賃貸人独り凶作の減収に苦しむ結果を来し，本条制定の基礎たる公平概念に添わざるに至る可し。

この判決では，民法第 609 条にいう「収益」を，必要経費を控除した所得ではなく総収穫としている。さらに裁判所はその論拠として地主と小作人との間の経済的な「公平」概念を持ち出して説明している。つまり裁判所は，凶作時には地主と小作人の双方が不利益を蒙ることが「公平」であると判断しているのである。

（2）小作料減額請求の件　大判大 5・2・28[79]
（1）借賃減額請求の性質

78）同上書，199 頁。
79）同上書，204-205 頁。

（2）借賃減額請求の相手方
1. 借賃減額請求の性質―民法第 609 条の減額請求は，たとえ賃料債権の譲渡せられたる場合と雖も，賃借人より賃貸人に対してこれを為すべきものとする。
2. 借賃減額請求の相手方－借賃減額の請求は，権利者たる賃借人の一方的意思表示によって為すべく，相手方たる賃貸人の承諾を要求すべきものに非ず。

この判例は，小作料減額の請求については，必ず賃借人より行ない，また賃借人は減額請求の意思表示は地主との合意なく一方的に行なっても構わないとする。さらに小作料の減免に関しては，広島控訴院の以下のような判決がある。

（3）不動産仮処分異議申し立て事件　広島控訴院　大正 14（ヨ）423 号[80]
凶作の場合における小作料減免の慣行とその内容
（判決理由）
本件賃貸借契約は，被控訴人（地主）の主張のごとく解除せられたるものというべく，控訴代理人（小作人の弁護士）において，大正 13 年度は虫害干害のため凶作にして，従来斯くのごとき場合は，賃料の協定を遂げ，その協定に基づき支払いを為し来りたる永年の慣行存在し居るを以て，控訴人（小作人）等は，右慣行に従い被控訴人（地主）等にその協定を申し込みたるも，被控訴人等はその協定に先立ち契約解除の意思表示を為したるものなれば，右契約解除は無効なりと主張すれども，左のごとき慣行の存在すること並に本件当事者が右慣行に従いて本件契約を為したりとの事実は未だ疎明せられざるを以て，該主張を排斥すべく，従って控訴人等は，本件土地を不法に占有し居るものと認む。（以下略）
控訴人等は，本件仮処分（耕作禁止・耕作地への立入禁止等）を受けたるため，生活苦痛に陥り居るを以て，仮処分を許さるべきに非ずと主張すれども，仮に本件仮処分により控訴人等の生活を困難ならしむるものとするも，これが為め被控訴人等の生活の根拠たる財産権の保護を不完全ならしめ得べき謂れなきを以て，右

80）同上書，208 頁。

のごとき主張は採用するに由なし。

この判決では，小作人が，凶作の場合は小作料の減免協定によって決めるという慣行に従うように地主に求めようとしたが，地主はその慣行を考慮せずに，一方的に小作契約を解除したのは無効であると主張した。裁判所は，慣行それ自体を確認できず，当然小作人の主張は退けられている。

また小作料不払いの場合の地主の行なう耕作禁止の仮処分によって小作人の蒙る生活困窮という事態に対しても，裁判所は地主の財産権を保護するために，地主にも小作料収入による生活が保障されるべきであると判断している。

以上は小作料の減免に関する判決であるが，以下は地代（小作料）増額に関する判例である。

（4）地料増額の件　大判明 40・3・6[81]

地料増額の慣習―地料増額の請求を為しえる場合

（判決理由）

土地所有者・地上権者間において，地料を定めたる以上は，互いにこれを遵守すべきは当然にして，容易にこれを増減変更し得べきものに非ず。然れども土地の公租公課増加したる場合においてもなおこれが変更を許さざるにおいては，独り所有者のみ損失を蒙るべき理なり。その不公平を救済するため，公租公課の増加したる場合においては，地料も増加せしむる慣例を生じたる所以なり。

公租公課増加するも，地料米（小作米）の価格騰貴する等の理由により所有者において損失を蒙らざる場合においては，地料を増加せしむべき理由なきのみならず，豪もその必要あるなし。

（5）地代増額請求の件　大判大 4・6・8

地代値上の請求を為しえる場合

（判決理由）

土地の繁栄，公租公課の増加，地価の騰貴，比近隣地地代の増加等の事由の生じたる場合に地主が借地人に対し地代の相当なる増額を請求しえるは，東京市に於ける慣習なれども，此のごとき事由の生じたる場合における客観的地代が，従前約定の地代と相匹敵するにおいては，もとより地代の増額を請求するを得ず。

何となれば，右慣習たる地主の経済上の利益を保護する公平の観念に基づくものにして，如上の場合においては，従前の地代の増額せざるも地主は相当なる地代を収ることを得て経済上不利益を受くる所なければなり。

これらの判決は，いずれも小作料や借地料の増減における慣習が重視されていることを示す。また，（3）の広島控訴院の判決のように，凶作の場合の小作料引下げの際に当該地域の慣習を取り上げ，その慣習の存在とそれに従うことが確認できない以上は小作料の引下げは認められないとしている。

賃料増額の場合でも，公租公課の増徴は小作料引上げの理由になるが，その場合，米価が騰貴して地主が小作米を有利に販売できる場合は小作料の引上げを認めないとして地主と小作人の経済的「公平」を強調する。またこの「公平」概念は，（1）の判決要旨にも示される。すなわち，民法第 609 条にいう「収益」は，あくまでも「総収穫」であって，必要経費を控除した所得ではない。したがって，小作料は所得の一部であるという考え方は否定されている。裁判所のいう地主と小作人の経済的「公平」観念は，このような判断基準から生み出されていた。

6. 賃借権譲渡契約の効力に関する判決

（1）地所明渡請求の件　大判明 43・12・9[82]

（判決理由）

他人の所有物を賃借せる者が，その賃借権を他に譲渡する場合は，他人の権利をもって売買の目的となす契約（民法第 560 条）が有効なるがごとく，また有効にして，その譲渡主が譲渡に付賃貸主より承諾を得たると否とは賃貸借成立の要件に関するものにあらず。

然るに，上告人が被上告人に対して有効なる契約に付

81）同上書，233 頁。

82）同上書，341 頁。

履行すべき義務（譲渡に付貸主の承諾を得ること）を履行せず，これを原因として契約の解除を請求するものにしてこのごときは許すべきものにあらざれば，本論旨は採用するを得ず。

（2）地所明渡請求の件　　大判大 7・9・30[83]
賃貸借の譲渡－賃借人が賃貸人の承諾を得ざりし場合に於ける賃貸人に対する対抗力
（判決理由）
賃借人は賃貸人の承諾あるに非れは，その権利を譲渡しまたは賃借物を転貸するを得ざることは民法第 612 条に規定する所なれば，賃借人が賃貸人の承諾を得ずしてその権利を他人に譲渡したる場合は，たとえ当事者間に該譲渡が有効なるにせよ，これをもって賃貸人に対抗するを得ず。

（3）地所明渡竝損害賠償請求の件　　大判明 44・3・15[84]
賃借権の譲渡―賃借人が賃貸人の承諾を得ざりし場合における賃貸人に対する対抗力
民法第 612 条第 1 項により，賃貸人の承諾なき賃借権の譲渡はこれをもって賃貸人に対抗するを得ざることを以て（以下略）

（4）建物取払地所明渡請求の件　　大判明 33・12・17[85]
（判決要旨）
賃借人は賃貸人の承諾を経ざればその賃借権を第三者に譲渡しまたは転貸することを得ず。

（5）民法第 612 条制定の趣旨　東京控訴院　大 1・11・28[86]
賃貸借の場合において，賃借物の使用収益を為すにより，注意の程度を異にし，その結果，賃借物の滅失毀損等に重大なる影響あるをもって，賃借人の一身に着眼しこれと契約を為すものす。すなわち，賃貸借契約は，特定の人を当事者となすことを目的とするものという可し。故に賃借人は自由に他人をして自己に代わりて賃借物の使用収益をなさしむることを得るものに非ず

これら 3 例はいずれも民法第 612 条を適用して，賃貸人の承諾を得ない賃借権の譲渡は無効であるとしている。特に（5）の判決では，賃借人が賃借物によって使用収益を得る場合，賃貸物の適切な使用や保存に重大な責任を負うことになるため，賃借人が自由に賃借物を譲渡・転貸ができないのである。

以上，きわめて少ない事例ではあるが，賃貸借の性質や効力，第三者対抗力，賃貸借の登記，転貸・譲渡に関する主として大審院の判例を検討した。

民法は，小作契約を含む賃貸借契約に対して，当事者主義を採用する。あくまでも賃貸人と賃借人の合意によって契約が行なわれ。小作人の家計を赤字に追い込むような高率高額小作料も，地主が経済外的な（身分的な）強制力を行使して締結させたのではない。またこの合意は，賃貸人が所有者でなくてもよいとされた。この当事者主義は，同一地所に対する複数の小作契約においても有効とされている。さらに，賃貸人が目的物を第三者に売却した場合，賃貸人と購入者に特約がある場合は賃借人の立場は継承される。

小作契約においては，民法第 92 条に基づいて，小作地譲渡の場合でも慣例にもとづいて小作契約が新所有者との間で継承され，第三者に対する対抗力が認められるという判例がある。

賃借人の登記請求権は存在せず，ここでも当事者の合意なくしては賃貸人の賃借権登記は不可能であった。従って地主が登記に合意しない以上第 605 条は空文化した。

小作料の水準に関しては，裁判所は地主と小作人の「公平」に言及している。すなわち，民法のいう収益とは総収穫高のことであり，必要経費を差し引いた所得ではない。凶作の不利益は所有者たる地主と経営者たる小作人の双方が

83）同上書，343-344 頁。
84）同上書，344 頁。
85）同上書，344-345 頁。
86）同上書，346 頁。

「公平」に蒙るべきとされる。

一方，公租公課の上昇による地主の不利益は小作料に転化しても構わないという慣習を認めながらも，米価上昇による小作料の実質増額の際には，小作料の値上げは認めないとする。

総じて，裁判所は当事者主義と慣例重視によって高率高額小作料を追認あるいは放任していた。しかしそのことは，民法それ自体がバックアップして成立した現象ではなく，あくまでも後発資本主義的経済構造の一環として作り出されたと見るべきであろう。

Ⅵ　地租改正期の所有権の歴史的性格

本章では，ます地租改正事業の経緯を「所有法」という性格に着目しながら概観し，次に，地租改正によって近代的土地所有が創設されたのか（「創設説」），あるいは江戸時代に事実上の近代的土地所有が形成されており，地租改正はそれを確認したにすぎないのか（「確認説」）という点に関する判決を考察する。

地租改正事業を「所有法」という側面に着目して概観しておこう[87]。

明治政府は，土地の所有者を確定するために，1871（明治 4）年 12 月 27 日の太政官布告 682 号によって，すべての土地（私有地）に地券を交付し，所有権の公証を行なうことにした。こうして，1872（明治 5 年），全国に「壬申地券」が発行された。福島によれば，地券発行の意義は「土地私有意識を確立する作用があった」とする[88]。地券には，土地の基本情報として，①地番の付与，地目の確定，地積の測量，②土地の所有者の確定，③地価の算定，それに基づく地租が記載された[89]。一筆ごとの土地に，地券が交付されることから，その前提として，地籍調査が実施された。調査は，検地帳などの公簿を基礎として行われ，地図「地引絵図」が作成され，これに基づいて地券台帳が作成された[90]。誰を所有者（地券名請人）として認定するか（所有者の確定）については，土地の所持人を所有者として，その者に地券が交付された。たとえば，小作地では，小作人ではなく，地主が所持人とされ，地主に地券が交付された。

もっとも，永年にわたって耕作を続けてきた小作人も，独立した土地の利用権者と認識されており，1 人の所有者（地券名請人）を確定する作業は容易ではなかったようである[91]。しかし，地券の交付によって，一つの土地に複数の権利者が重畳的に存在する「一地両主」のような法構造は払拭され，個人に排他的に帰属する私的土地所有権が確立された（排他性）。

地券の交付による私的土地所有権の確立とともに，1872（明治 5）年 2 月 15 日の太政官布告 50 号で，これまで禁止されていた土地の永代売買が解禁された。土地の自由な売買が可能

87）地租改正に対しての本格的な研究は，現在でも，福島正夫『地租改正の研究 増補版』（有斐閣，1970 年）を参照。本章の叙述に当たっては，石井寛治『日本経済史 第 2 版』（東京大学出版会，1991 年），三和良一『概説 日本経済史 近現代』（東京大学出版会，2002 年），川口由彦『日本近代法制史 第 2 版』（新世社，2014 年），稲本洋之助・小柳春一郎・周藤利一著『日本の土地法 歴史と現状［第 3 版］』（成文堂，2016 年），出口雄一・神野潔・十川陽一・山本英貴『概説 日本法制史』（弘文堂，2018 年）ほかを参照した。

88）福島『地租改正の研究』207 頁以下，とくに 210 頁。

89）稲本・小柳・周藤『日本の土地法 歴史と現状［第 3 版］』（成文堂，2016 年）7 頁によれば，「壬申地券」には，土地収用の場合は，相当の補償がなされるべきこと，外国人に対して土地の売却や質入を行ってはならないこと，土地の使い方は自由であることなどが記載されていた。なお，外国人に対しての土地の売却が質入れが禁止されていた点は，土地の売却・担保化が全く自由な現在の法状況から考えると，興味深い。

90）土地所有権の確定に当たっては，土地の物理的なアウトライン－境界を確定することが重要である。公法上の境界（筆界）と私法上の境界（所有権界）との関係も問題となる。土地所有権の考察に当たっては，境界の取扱いについても着目されて良い。

91）とくに，川口『日本近代法制史』160-162 頁を参照。

になったのである。土地の売買は地券の授受（裏書き）で行われた。こうして，土地所有権の観念性と土地の処分の自由が保障された。

明治政府は，その財政基盤の確立と安定を目的にして，1873（明治 6）年 7 月 28 日の太政官 272 号布告で，「地租改正条例」を制定した。土地の所有者に「地券」を発行して，地価を査定し，地租算定の基礎として（地価の 3%），土地所有者が毎年，地租を金納することとされた。1884（明治 17）年 3 月 15 日の太政官布告 7 号で，地租改正における地租制度を体系的にまとめた「地租条例」が制定された。地租条例では，地租は，地券の名義人に課税され，質権が設定されている土地については，質権者に課税すると規定された。また，地租改正時の地図が不明確だったことから，再び土地調査（「地押丈領」[92]）が行われ，地券と地図の連絡が図られた。「地押丈領」で作成された地図が，土地台帳附属地図に受け継がれ，現在の登記所の公図（「地図に準ずる図面」（不動産登記法第 14 条 4 項））となっている。

地租改正に伴って行われた土地の官民有区分処分（1874（明治 7）年 11 月 7 日太政官布告「地所名称区別」改正法令に基づく）では，土地を「官有地」と「民有地」に分けて，「民有地」にのみ地租が課された。土地の私有の明確な証拠がない限り，その土地は官有地（国有地）に編入された[93]。その後，本来，私有地であった土地が不当に官有地に編入されたとする払下げの請求が裁判所に多く持ち出された。それに対処するために，1899（明治 32）年，「国有土地森林原野下戻法」が制定された。同法によれば，地租改正または社寺上地処分によって官有（国有）に編入された土地・森林・原野・立木について，処分の当時，私有の事実を証明することができれば，主務大臣に下戻しの申請をすることができた。私有の事実を証明するためには，公簿または公証により所有または分収の事実を証明するか，地租支払いの証拠を示すか，売買譲渡下付などの私有の事実を示す証拠を挙げるか，私費で木竹を植え付けたことなどを証明しなければならない。

明治政府は，その本来の目的が財政基盤の確立と安定を目的にあったにせよ，一連の地租改正事業での行政処分を通じて，封建的な負担を負わない，土地の経済的価値のみを把握する私的土地所有権を確立した。

次に，地租改正事業による所有権の確定の法的性格を検討する。

一連の地租改正事業，とくに官民有区分処分による土地所有権の確定（行政処分）の法的性格について確認しておきたい。地租改正期の土地所有権の性格をめぐる従来の議論－半封建的土地所有権か，近代的土地所有権か－ではあまり論じられることがなかった問題だが，地租改正期の土地所有権の確定では，どのようなことが争われ，その争いについて裁判所がどのように判断を下していたのかを確認することは，地租改正期の土地所有権がどのような性格のものだったかを総合的に考察するためにも必要であると考えるからである。

地租改正事業による所有権の確定については，所有権「創設説」と所有権「確認説」の対立があった[94]。

所有権「創設説」では，「官民有区分処分は，土地所有権の帰属を創設的に決定し，官有地と民有地の所有権の帰属を確定する行政処分である」と解される。近世において，近代の土地所有権と同一視できる権利は存在せず，土地所有権は，明治政府の立法施策として創設されたも

92）「地押丈量」については，差し当たり，福島『地租改正の研究』330 頁以下を参照。

93）官民有区分処分の具体的な認定の仕方については，後述（13），（14）の判旨を参照。

94）稲本・小柳・周藤『日本の土地法』7 頁以下（小柳担当部分），橋本誠一「地租改正と土地所有権」（牛尾洋也・居石正和・橋本誠一・三阪佳弘・矢野達男著『近代日本における社会変動と法』（晃洋書房，2006 年）77 頁以下を参照。

のであり，したがって，明治政府による行政処分（官民有区分処分，下戻処分など）は，近代的な土地所有権創設のための形式的効力を有する処分であったと解する説である。

「創設説」によれば，従前，土地を所持していた者も，官民有区分処分の結果，土地が官有とされたら，その土地の所持を失い土地は国有とされる。

これに対して，所有権「確認説」は，地租改正作業による土地所有権の確定は，「所有権を単に確認する効果にすぎない」とするものである。つまり，近世において既に所有権類似の土地支配権が実体的に存在しており，明治政府による行政処分は，それを確認したものであったと解する訳である。この立場をとる場合，たとえ地券を交付されていなかったとしても，真正の所有者は土地の所有権を失うことはなかった。

橋本誠一「地租改正と土地所有権」（牛尾洋也・居石正和・橋本誠一・三阪佳弘・矢野達男著『近代日本における社会変動と法』（晃洋書房，2006 年）92 頁以下に掲載の表を参考に，この問題に関わる判例・裁判例を確認する[95]。地租改正事業による土地所有権の確立の性格を確認することを目的とするので，具体的な事実関係には触れず，判旨にのみ着目する。

（1）大判明治 37・1・22 民録 10 輯 22 頁（山林所有権回収訴訟ノ件）

「本訴係争山林ハ明治四年社寺上地處分ノ爲メ官有地ニ編入セラレ爾後國有ニ属シタル事實ハ上告第一點ノ論旨ニ對シ説明スル如ク既ニ原判決ノ認ムル所ナリ而シテ同法第一條ニハ地租改正又ハ社寺上地處分ニ依リ官有ニ編入セラレ現ニ國有ニ属スル土地森林原野若クハ立木竹ハ其處分ノ當時之ニ付キ分収ノ事實アリタル者ハ此法律ニ依リ云云主務大臣ニ下戻ノ申請ヲ爲スコトヲ得トアリテ其所有又ハ分収ノ事實アリタル者ニ付テハ別ニ制限ナクシテ係争山林ハ社寺上地處分ニ依リ官有ニ編入セラレ現ニ國有ニ属スルモノアル上ハ此法律ニ依リ支配スヘキモノト解釋セサルヲ得ス」。

国有土地森林原野下戻法の解釈に関わる事件で，明治 4 年の「社寺上地処分」によって官有地に編入された土地について，その当時，本件土地について分収の事実あった者は，国有土地森林原野下戻法により，その下戻しの申請をすることができると判示された。

（2）大判明治 37・4・20 民録 10 輯 485 頁（山林原野共有権確認請求ノ件）

「下戻ヲ受ケタル者ハ其ノ下戻ニ因リテ新ニ所有又ハ分収ノ権利ヲ取得スルモノニシテ国有以前ニ遡リテ所有者又ハ分収者ノ権利ヲ認ムルモノニアラス」。また，地租改正に際して，民有地が官有地に編入された場合に，法的手続きを踏まずに，「官有編入ノ儘確定シタルトキハ法律上個人ノ権利ハ認メラルヽコトナク国有ニ帰シタルモノト謂ハサル可カラス」。

国有土地森林原野下戻法の解釈に関わる事件で，国有土地森林原野下戻法により下戻しを受けた者は，下戻しによって所有または分収の権利を回復するのではなくて，新たにその権利を取得すると判示された。

（3）大判明治 37・5・13 民録 10 輯 676 頁（秣場入會件確認請求ノ件）

「國有土地森林原野下戻法第一條第四條ニ依レハ地租改正ニ際シ官有ニ編入セラレ現ニ國有ニ属スル土地ニ付キ右ノ下戻法ニ循ニ下戻ヲ受ケタル者ハ其下戻ニ因リテ所有又ハ分収ノ権利ヲ取得スルノモニシテ國有以前ニ溯リテ所有又ハ分収ノ権利ヲ回復スルモノニアラス」。

国有土地森林原野下戻法の解釈に関わる事件で，（2）と同旨である。

95）大判明治・36・12・9 民録 9 輯 1367 頁，大判明治 39・11・28 民録 12 輯 1586 頁，大判明治 42・11・2 刑録 15 輯 1519 頁，大判明治 43・5・16 日民録 16 輯 385 頁，大判明治 44・12・23 民録 17 輯 886 頁，大判大正 4･2･27 民録 21 輯 198 頁，大判大正 6・10・12 民録 23 輯 1395 頁，大阪控判正 7・2・20 新聞 1398 号 23 頁，大判大正 12・4・14 民集 2 巻 237 頁，東京控判昭和 7・8・31 新聞 3488 号 9 頁は，本問題に関わりがないと判断したので，本稿では取り上げなかった。

（4）大判明治 38・2・27 民録 11 輯 208 頁（土地所有権名義更正請求ノ件）

「本件ノ如キ官有地民有引直シ出願ニ依リ之カ許可ヲ得テ正シク其所有權ヲ獲得シタル場合ニ於テハ往昔其入會權ノ如何ナル状態ニアリシヲ問ハス現ニ其許可ヲ得テ之ヲ獲得セル者ヲ以テ眞正ノ所有者ト爲スヲ相當トス」。

山林所有権が争われた事件で，官有地民有引直しを出願することで所有権を取得した者は，従前の入会権の状態にかかわらず，真正な所有者とされた。

（5）大判明治 40・7・6 民録 13 輯 765 頁（地所引渡請求ノ件）

「抑國有土地森林原野下戻法ニ依ル下戻處分ハ公法上ノ行爲ナルコト固ヨリ言ヲ待タスト雖モ一旦主務大臣ノ聞届アルヤ下戻處分ハ茲ニ完了スルモノト謂ハサルヲ得ス何トナレハ申請人カ下戻ニ因リテ取得スヘキ目的物ノ内容ハ聞届ノ指令ニ因リテ一定シ其權利ハ同一指令ニ因リテ確定シ其指令ヲ執行スヘキ官憲カ申請人ノ取得シタル權利及ヒ目的物ノ内容ヲ増減變更スルコトヲ得サレハナリ」。

国有土地森林原野下戻法による下戻しが私法関係の事項に属するかどうかが争われた事件で，下戻しによって取得される権利は，行政処分によって確定されるものであると判示された。

（6）大判明治 42・4・23 民録 15 輯 377 頁（共有物分割請求ノ件）

「明治三十二年四月法律第九十九號国有土地森林原野下戻法第一條第四條等ニ依レハ現二國有ニ属スル山林立木等ニ付所有又ハ分取ノ事実アリタル者ヨリ其下戻ヲ申請シ下戻ヲ受ケタル者ハ之ニ因リテ所有又ハ分収ノ権利ヲ取得スヘキ此等ノ権利ヲ取得スルヤ創設的ニシテ國ノ権利ヲ承継スルモノニ非サル」。

国有土地森林原野下戻法によって，下戻しを受けた者は，所有または分収の権利を「創設的に」取得することが確認された。

（7）大判大正 1・12・19 民録 18 輯 1062 頁（水利妨害排除請求ノ件）

「官ニ属スル公有地ハ公衆ノ妨害トナラサル限リハ公用ニ供シタル儘之ヲ私人ニ使用セシムルコトアルハ官有地取扱規則第十一条但書ニ照シテ明カナレハ公有財産ト雖モ必スシモ私権ノ目的タルコトナシト断言スヘキニ非ス又明治七年太政官布告第百二十号ハ地所ノ名称区別ヲ改定シ租税ヲ賦課スルト否トヲ示シタル迄ニシテ其地所ニ関スル私権ノ得喪変更ヲ規定シタルモノニ非サルヲ以テ仮令私権ノ目的タル地所カ同布告ニ所謂官有地ノ或種ニ編入セラレタルニセヨ他ニ事由ナキ限リハ編入其事ニ因リ当然私権ノ消滅ヲ来スヘキニ非ス」。

官有地編入により水利権が消滅するかどうかが争われた事件で，明治 7 年の太政官布告「地所名称区別改正」は，地所の名称区別を定め租税の賦課を決定するもので，地所上に存する私権の得喪変更を規定したものではないと判示された。

（8）大判大正 2・3・31 刑録 19 輯 430 頁（文書偽造行使詐欺並附帯私訴ノ件）

「明治三十二年法律第九十九號國有土地森林原野下戻法ニ依リ行政裁判所ノ爲シタル國有林下戻ノ判決ハ所有權創設ノ效力ヲ生スルニ止マリ毫モ判決前ニ於テ國カ所有者タルコトヲ否定スルモノニアラス」。

文書偽造が争われた刑事事件だが，国有土地森林原野下戻法による下戻しは，「所有権創設ノ効力」を有することが確認された。

（9）大判大正 2・10・6 民録 19 輯 799 頁（山林引渡請求ノ件）

「行政裁判所カ行政廳ニ對シ係争山林ヲ下戻申請者ニ下戻スヘキ旨ノ判決ヲ與ヘタル場合ニ於テ其判決以外別ニ下戻處分ヲ要セスシテ其判決ニ因リ下戻申請者ハ右山林ノ所有權ヲ取得スルモノト解釋スルヲ相當トス何トナレハ行政裁判所ノ判決カ關係ノ行政各廳ヲ覊束スルコトハ前點ニ對スル説明ノ如クニシテ行政訴訟ノ被告タル行政廳ハ下級官廳ニ對シ引渡ヲ爲スヘキ旨ノ指令ヲ爲スヲ以テ足リ判決ニ於テ行政廳ノ處分ヲ變更

シ更ニ下戻ノ裁判ヲ爲シタルモノニシテ新ニ下戻處分ヲ爲スノ要ナケレハナリ」。

国有土地森林原野下戻法の解釈が争われた事件で，下戻申請の判決が下された場合，下戻申請者は，その判決で，山林の所有権を取得することが確認された。

（10）大判大正 3・3・7 民録 20 輯 195 頁（仮差押異議申立ノ件）

「明治三十二年法律第九十九号国有土地森林原野下戻法ニ依リ行政裁判所ノ為シタル国有林下戻ノ判決ハ所有権創設ノ効力ヲ生スルニ止マリ毫モ判決前ニ於テ国カ所有者タルコトヲ否定スルモノニ非ス」

国有土地森林原野下戻法による行政裁判所の国有林下戻しの判決が，「所有権創設ノ効力」をもつことが確認された。

（11）大判大正 3・12・19 民録 20 輯 1121 頁（土地返還請求ノ件）

「地租改正処分ハ明治六年太政官布告第二七二号其他ノ法規ニ基キ行政機関カ為シタル公法上ノ行為ナレハ地租改正処分ニ依リ或土地カ官有ニ編入セラレタルトキハ縦令行政機関カ自由裁量ヲ誤リ官有ニ編入スヘカラサル私人所有ノ土地ヲ官有ニ編入シタル場合ト雖モ其処分ハ行政処分タルノ効力ヲ生シ私人ノ所有権ハ消滅シテ国カ原始的ニ所有権ヲ取得スヘキモノナリ此事タルヤ国有土地森林原野下戻法第一条第四条ノ解釈ニ関スル当院明治三十七年オ第七八号同年四月二十日ノ判決明治三十七年オ第二〇五号同年五月十三日ノ判決ノ趣旨ニ於テモ是認セラルル所ナリ」。

地租改正処分により私人の土地が官有に編入された場合，私人の所有権は消滅し，国が「原始的に所有権を取得」することが確認された。

（12）大判大正 4・2・17 民録 21 輯 156 頁（所有権確認並地所明渡請求ノ件）

「旧幕府時代ニ於テ個人ト雖モ土地ニ対シ総轄的支配ヲ為シ当時ノ法律ハ其総轄的支配ノ事実ヲ保護シ来リタルモノニシテ此総轄的支配カ後日完全ナル土地所有権ニ推移シ同一土地ニ対シ設定シタル永小作権ト全然別箇ノ観念ヲ有シタルコトハ我国ノ法制史上明確ナル事実ニ属スルノミナラス民法施行法第四十七条第三項ノ制定趣旨ニ徴スルモ之ヲ推知シ得ヘシ何トナレハ同条第三項ハ民法施行前ニ於ケル土地所有権ト永久ニ存続スヘキモノトシテ設定シタル永小作権トノ関係ヲ規定シタルモノニシテ其所謂永小作権ハ我国古来ノ慣習ニ依リテ設定セラレタル永代小作権ヲ意味スルコトハ毫モ疑ヲ容レサルヲ以テ旧制度ノ下ニ於テ設定セラレタル永小作権ハ維新後ニ於テモ尚ホ永小作権トシテ其効力ヲ有スルニ止マリ完全所有権ニ変セサリシコトヲ知ルヲ得ヘク却テ維新前ニ於テモ土地ノ総轄的支配権ト永小作権トハ相併立シ総轄的支配権ヲ有スル者ニ於テ終ニ完全所有権ヲ有スルニ至リタルモノナルコトヲ窺フニ足ルヲ以テナリ」。

土地の所有権の確認が争われた事件で，旧幕府時代にも，土地に対しての「総轄的支配権」が存在し，地租改正処分により，「完全ナル土地所有権」に推移し，これは，同土地上の永小作権と併存しうることが確認された。

（13）大判大正 4・3・16 民録 21 輯 328 頁（入会権確認請求ノ件）

「明治七年乃至九年ノ地租改正処分ニ関スル諸法令ニ依レハ其改租処分ニ於テハ一般ノ土地ヲ官有ト民有トニ区分シ其区分ヲ実行スル為メ従前人民カ土地ニ付テ入会利用進退シ来リタル状況ヲ考査シ其状況ニ依リ民有ニ帰属セシムルヲ相当ト認ムルニ足ル可キ実跡アルモノハ総テ之ヲ民有地ニ編入シ然ラサルモノハ慣行上村民ノ入会利用シ来リタル土地ト雖モ皆之ヲ官有地ニ編入シ官有地ニ編入シタルモノニ付テハ従前之ニ対シ慣行上村民ノ入会利用シ来リタル関係ハ編入ト同時ニ当然廃止セシメ斯ノ如キ私権関係ノ存続ヲ全然認許セサル趣旨ヲ以テ改租処分ノ行ハレタルコト明白ニシテ其官有地編入処分ニ関スル法意ノ存スル所亦之ニ外ナラス殊ニ明治八年六月地租改正事務局乙第三号達ニハ従来数村入会又ハ一村持等積年ノ慣行存在スル地所ハ仮令簿冊ニ明記ナキモ其慣行ヲ以テ民有ノ証ト認メ之ヲ民有地ニ編入スヘキ旨ヲ規定シ明治九年一月地租改正事務局議定山林原野等官民所有区分処分方法第一条ニハ口碑ト雖何村持ト唱ヘ樹木草茅等其村ニテ自由ニ

シ来リタルカ如キ山野ノ類ハ旧慣ニ依リ其村持ト定メ民有地ニ編入スヘキ旨規定シ同第二条ニハ従来村山村林ト唱ヘ樹木植付或ハ焼払等其村所有地ノ如ク進退シ他ノ普通其地ヲ利用シテ天生ノ草木等伐刈シ来リタルモノト異ル類ハ従前租税ノ有無ト簿冊ノ記否トニ拘ラス前顕ノ成蹟ヲ視認シ民有地ト定ムヘシ云云同第三条ニハ従前秣永山永下草銭冥加永等ヲ納ムルモ曾テ培養ノ労費ナク全ク自然生ノ草木ヲ採伐シ来リタルノミナルモノハ云云官有地ト定ムヘシ但其伐採ヲ止ムルトキハ忽チ支吾ヲ生スヘキ分ヲ払下或ハ拝借地等ニナスハ内務省ノ管掌ニ付キ地方官ノ意見ニ任スヘシトアリ此等ノ規定ニ徴スルニ従来村民入会利用ノ慣行アリタル土地モ亦総テ之ヲ官民有ニ区分シ其慣行ノ証跡ニ照シテ実質上之ヲ村ノ所有地ト同視スルニ足ルモノ又ハ村民カ之ニ付テ樹木等ヲ自由ニスルコト土地ノ所有者ト異ナラサルカ如キ重キ関係ヲ有シタルモノハ悉ク之ヲ民有地ト定メ村民カ之ニ付テ単ニ天生草木等ノ伐採ノミヲ為スカ如キ軽キ関係ヲ有シタルモノハ皆之ヲ官有地ト定メ既ニ之ヲ官有地ト定メテ編入シタルトキハ従前其土地ニ於テ慣行上村民カ草木等ヲ伐採シ来リタル関係ハ当然廃止セラルルヲ以テ之カ為メ其村民ニ忽チ支吾ヲ生シ損害ヲ及ホスヘキコトヲ慮リ特ニ其村民ニ地所払下又ハ貸渡等ヲ許ス趣旨ヲ以テ改租処分ノ行ハレタルコトヲ知ルヘク其法意ノ存スル所ヲ推尋スレハ官有ニ編入シタル土地ニ対シ従前慣行ニ依リ村民ノ入会利用シ来リタル関係ハ入会権ナルト否トヲ問ハス改租処分ニ依リ編入ト同時ニ当地消滅セシメ一切斯ノ如キ私権関係ノ存続ヲ認メサルモノト解セサルヲ得ス且官有地ニ編入シタル土地ニ付テハ爾後其払下貸渡等ニ関シ従前其土地ニ於テ草木伐採等入会ノ慣行アリタル村民ヲ眷顧シ殊ニ国有林野法第八条第四号及同法施行規則第七条第四号ヲ以テ府県設置以前入会ノ慣行アリタル林野ニ在リテハ其入会ヲ為シタル者ヲ縁故者トシ其者ニ国有林野ノ売払ヲ許シタル趣旨等ニ照シ之ヲ考フレハ改租処分ニ於テ官有ニ編入シタル土地ニ対シ如上私権関係ノ存続ヲ認許セサリシ法意ヲ推知スルコトヲ得ヘシ故ニ地租改正処分ニ於テ官有地ニ編入セラレタル土地ニ対シ従前慣行ニ依リ村民ノ有シタル入会権ノ如キ私権関係ハ改租処分ニ依リ官有地編入ト同時ニ当然消滅ニ帰シタルモノニシテ斯ノ如キ私権関係ノ存続ハ法律上全然認許セラレサルモノトス」。

入会権の確認が求められた事件で，（7）と異なり，官有地への編入と同時に，その土地上の入会権も当然に消滅することが確認された。

（14）東京控判大正 4・5・13 新聞 1025 号 22 頁

「地租改正ノ際官有地ニ編入セラレタル土地ニ付テハ爾後全ク入会権ヲ認メサルモノト為スヲ其当時ニ於ケル法ノ精神ナリト解セサルヘカラス蓋シ地租改正処分ハ専ラ地租ノ整理ト其ノ画一トヲ目的トシ之レカ為メ先ツ土地所有権ノ帰属ヲ明確ニシ以テ課税ノ基礎ヲ定メントシ形式上ノ理論ニ拘泥セス努メテ実質上ノ事実ヲ精査シ検地帳水帳名寄帳等ノ簿冊ニ民有ノ明記ナキモノト雖モ数村入会又ハ一村持某々数人持ノ慣行アルモノ樹木植付或ハ焼払等其村所有地ノ如ク進退シ来リタル者ノ如キ関係深キ分ハ総テ之レヲ民有トシ培養ノ労費ヲ尽クサス単ニ自然生ノ草木ヲ伐採シ来リタルニ過キサルカ如キ関係浅キ分ハ之レヲ官有トシ以テ官民有ノ区別ヲ確定シ土地所有権ノ帰属ヲ確定スルノ効力アルモノト認ムヘキカ故ニ当然土地所有ヲ目的トスル他物権ノ運命ヲモ左右スルノ効力アルモノト解スヘク其当然ノ結果トシテ改租処分ニ依リ官有地ニ編入セラレタルモノニ付テハ其編入ニ絶対的効力ヲ賦与シ従来其土地ノ上ニ存セシ他物権ハ総テ消滅ニ帰セシメタルモノト解スヘキ」。

入会権の確認が認められた事件で，地租改正処分は，「地租ノ整理ト其ノ画一トヲ目的トシ」，そのために，まず「土地所有権ノ帰属ヲ明確ニシ以テ課税ノ基礎ヲ定メン」としたものであり，その帰属を定めるに当たっては，「形式上ノ理論ニ拘泥セス努メテ実質上ノ事実ヲ精査シ」て行われたとする。したがって，官民有区分処分も，民有地か官有地かの「所有権ノ帰属ヲ確定スル効力アルモノ」であり，（13）と同じく，官有地に編入された土地については，その編入に「絶対的効力」が付与され，その土地上の他物権は全て消滅することが確認された。地租改正の際，官有地に編入された土地については，入会権を認めないことが，当時の「法ノ精神」であったと解されていたとする。

(15) 大判大正 5・12・2 民録 22 輯 2346 頁（仮処分決定ニ対スル異議ノ件）

「国有土地森林原野下戻法ニヨリ下戻ヲ受ケタル者ハ同法第四条ニ規定スルカ如ク其下戻ニヨリテ所有又ハ分収ノ権利ヲ取得スヘク国有以前ニ遡リテ所有又ハ分収ノ権利ヲ回復スルモノニ非サルハ既ニ当院ノ判例（明治三十七年（オ）二十五号同年五月十三日判決）トスル」。

被相続人の下戻し申請が，相続後に実現した場合の効力が争われた事件だが，下戻しによって，所有または分収の権利を回復するのではなく，その権利を取得することが確認された。

(16) 大判大正 7・5・24 民録 24 輯 1010 頁（不動産所有権確認並保存登記及抵当権設定登記抹消請求ノ件）

「明治五年二月十四日太政官第五十号布告ヲ以テ地所ノ永代売買ノ禁ヲ解キ其売買所持ヲ許シタルハ是ヨリ以前土地ハ国ノ所有ニシテ人民ハ土地ノ所有権ヲ有セス唯其使用収益権ヲ有スルニ過キサリシヲ改メ人民ニ土地ノ所有権ヲ付与シ従来有シタル其使用収益権ヲ以テ所有権ト為シタル趣旨ナリトス」。

また「明治五年二月二十四日大蔵省第二十五号達同年七月四日大蔵省第八十三号達ヲ以テ地券交付ノ規則ヲ定メ土地ノ所有権ヲ有スル私人ニ対シ地券ヲ交付シタルモ其地券ハ所有権ヲ証明スル書面ニシテ上告人所論ノ如キ設権証券ニアラス唯売買譲渡ヲ為スニハ地券ヲ書替フルヲ必要条件ト為シタルノミ（明治八年太政官第百六号布告参照）故ニ縦令一旦地券下付セラルルモ之ヲ受ケタル者真正ノ所有者ニアラサルトキハ真正ノ所有者ハ其誤謬ヲ証明シテ地券ノ更正ヲ請求スルコトヲ得ヘク之ヲ下付シタル官庁ハ其誤謬ナリシコトヲ発見シタルトキハ何時ニテモ之ヲ更正シ真正ナル所有者ニ対シ地券ヲ下付スルコトヲ得ヘキモノトス」。

地所永代売買禁止の解除以前は，土地は国有であって，人民は，所有権ではなく，土地の「使用収益権」を持っていたいに過ぎないが，その解除により，その「使用収益権」をもって「所有権」とした。地券は，「所有権ヲ証明スル証書」で，「設権証券」ではないことが確認された。したがって，地券の交付を受けた者が真正の所有者でない場合には，真正の所有者は地券の更正を求めることができた。

(17) 東京控判昭和 3・2・9 新聞 2839 号 10 頁

「何人カ所有者ナリヤハ土地所有権ヲ表現スル各種ノ事実ヲ審究シテ之ヲ定メサルヘカラス」。

明治 9 年 1 月 29 日の地租改正事務局議定出張官員心得書第四条但書，明治 7 年乃至明治 9 年の地租改正処分に関する諸法令により共有権を取得したことは認められないから，誰が所有者かを確認するためには，「土地所有権ヲ表現スル各種ノ事実」を審究しなければならないと判示された。所有者の確認は，土地所有権を表す事実を考慮してなされた。

(18) 大判昭和 12・5・12 民集 16 巻 585 頁（所有権確認等請求事件）

「徳川幕府即旧幕時代乃至明治四年正月五日太政官布告第四号ノ布告セラレタル当時ニ於テモ民法施行以来ノ土地所有者カ其ノ土地ニ対シテ有スルト同様ノ総括的支配権ヲ土地ニ対シテ有シタル者アルコトハ疑ナキ所ニシテ民法施行法第三十六条ノ規定ニ依レハ斯ル支配権ヲ有シテ民法施行ノ日ニ及ヒタル者ハ即其ノ土地ニ対シテ民法ニ所謂所有権ヲ有スルニ至リタルモノト解スルヲ相当トス」。

(12) と同じく，昭和 4 年 1 月 5 日の太政官布告以前にも，土地に対しての「総轄的支配権」が認められており，その「総轄的支配権」を有する者は，民法施行により，民法の「所有権」を有するに至ることが確認された。

(19) 最判昭和 44・12・18 訟月 15 巻 12 号 1401 頁（土地所有権確認等請求上告事件）

「明治初年の頃，土地について近代的所有権が成立し，官有，民有の区分がなされた際，水路敷である本件土地に対し明らかに具体的支配権を有していたのは被上告人組合の前身である三田用水組合のみであり，原判決の官，民有区分の基準に照らせば，本件土地は，民有地すなわち三田用水組合の所有となったものと認める

のが相当である」とした原判決を容認した。

本件土地に対しての「具体的支配権」が，明治初年の頃に，「近代的所有権」に転化したことが確認された。

（20）最判平成 10・1・22 訟月 45 巻 2 号 267 頁（土地所有権確認請求上告事件）

「本件土地は，地租改正に伴って官有地に編入されたことにより被上告人の所有に帰したものというべきであるから（大審院明治三七年（オ）第七八号同年四月二〇日判決・民録一〇輯四八五頁参照），これと同旨の原審の判断は，正当として是認することができる」。

原判決・仙台高判平成 9・6・18 訟月 45 巻 2 号 278 頁によれば，「『明治初期における所有権』なるものの意味について考察しておくと，江戸時代においては，一個の土地に対し，領主の支配権と農民の『支配進退』または『所持』と呼ばれる支配権とが重畳的に存在し，農民の支配進退または所持には近代法上の所有権に比しうるような強固なものから利用権ともいうべきもの，さらには単なる事実支配的なものまで強弱さまざまな支配形態が存在していたのであり，明治政府は，地租改正事業を行うに当たり，明治六年三月二五日太政官布告第一一四号『地券発行ニ付キ地所ノ名称区別共更正』，次いで明治七年一一月七日同布告第一二〇号『改正地所名称区別』を発布し〈証拠略〉，全国の土地を『官有地』と『民有地』に区分する作業を進めたのであり，この過程を経て近代的所有権制度が確立していった。ことに山林原野についていえば，江戸時代においては，近代的所有権制度の下におけるような抽象的，絶対的かつ包括的な内容をもつ支配権は確立されておらず，山林原野に対し支配関係を有するとしても，その実態は強弱様々であったから，近代的所有権制度の下において，誰を所有者とするかは当然には定まらなかったのであり，したがって，地租改正を進めるに当たって，個々の山林原野の所有権を確定するには，国の公権力の作用として，一定の基準に基づき『民有地』『官有地』を区分する必要があったのである。これが官民有区分であって，そうだとすれば，山林原野の所有権の帰属は，官民有区分によって創設的に決定されたのであり，これに何らかの瑕疵があって，民有地に区分されるべきものが官有地に区分されたとしても，旧訴願法（明治二三年法律第一〇五号）一条一項五号の官民有区分に関する事件として訴願を申し立て，さらに行政裁判所に出訴することなく確定した以上は，その所有権は国有に帰したものと解するのが相当である（大審院明治三七年四月二〇日判決・民録一〇輯四八五頁参照）」とされた。

江戸時代においては，「強弱さまざまな支配形態」が存在していたが，明治政府は一連の地租改正作業を通じて，「創設的に」，「近代的所有権制度」を確立していった。

一連の地租改正事業による所有権取得の法的性格を扱ったものが，(4)，(7)，(11)，(12)，(13)，(14)，(16)，((17)，)（18)，(19)，(20）の 10（11）個，国有土地森林原野下戻法での下戻しによる所有権確定の法的性格を扱った判例･裁判例が，(1)，(2)，(3)，(5)，(6)，(8)，(9)，(10)，(15）の 9 個である[96]。

20 個の判例･裁判例のうち，所有権「創設説」に立つと考えられるものは，(2)，(3)，(4)，(5)，(6)，(8)，(9)，(10)，(11)，(13)，(14)，(15)，(20）の 13 個，他方で，所有権「確認説」に立つと考えられるものは，(1)，(7)，(12)，(16)，(18)，(19）の 6 個である（(17）は，所有権の確認の仕方について判示したものである）。伯仲とまではいかないが，「創設説」の立場に立つ判例･裁判例が有力である（地租改正事業を扱ったものに限定すると，「創設説」に立つと考えられるのが，(4)，(11)，(13)，(14)，(20）の 5 個，「確認説」に立つと考えられるのが，(7)，(12)，(16)，(18)，(19)の 5 個と伯仲している。ただし，(18)

96）橋本「地租改正と土地所有権」84・85 頁を参照。

は，民法施行により「所有権」を有するという）。学説も，「創設説」が通説であるとする[97]。

「創設説」に立つ（6），（8），（10），（11），（20）では，所有権が「創設的に」設定されたと明示され，（14）では，それに「絶対的効力」が付与され，土地上の他物権は消滅することが確認された（（13）も同旨）。「確認説」に立つ（12），（18）では，江戸時代にも，土地に対しての「総轄的支配権」が存在し，地租改正処分によって，それが「完全なる所有権」に推移したとされる。（19）では，「具体的支配権」という表現が用いられている。「総轄的支配権」，「具体的支配権」が，どのような意味内容をもつのかは明らかではない[98]が，同じく確認説に立つ（16）では，江戸時代には，土地は国有であり，人民は土地に対しての「使用収益権」を持っていたに過ぎないとされている。なお，（16）では，地券は「設権証券」ではなかったと明示されている。

一連の地租改正事業での土地所有権の確定について，裁判所は，所有権「創設説」的立場を採っていたと解することができる。もっとも，所有権「確認説」を採ったとしても，江戸時代の土地所有（所持）の性格がいかなるものであったにせよ，土地所有権の成立が確認された。挙げられた判例・裁判例の判旨の確認からも，地租改正事業での土地所有権の確定は，土地所有を通じての支配や，封建的負担を負わない，経済的な価値支配権としての私的土地所有権を確定したのである。

続いて，明治民法の「所有権」の評価を概観する。

明治政府は，パリ大学法学部助教授ボアソナードを招聘して，1879（明治 12）年，民法草案の作成を依頼した。ボアソナードが，フランス民法と当時のフランス民法学を参考にして作成した草案（ボアソナード草案）を邦訳し，検討して，旧民法が，1890（明治 23）年 4 月に公布された。これは，1893（明治 26）年 1 月 1 日に施行される予定だった[99]。

しかし，一部の法学者から（旧）民法の施行に批判が加えられ，断行派と延期派との間で，「法典論争」が生じ，帝国議会により，その施行延期が決定された。1893（明治 26）年，「法典調査会」が設置され，東京帝国大学教授であった穂積棟重，富井政章，梅謙次郎を中心に，旧民法の検討，修正がなされて，1898（明治 31）年 7 月 16 日，明治民法が施行された。明治民法では，私的（意思）自治の原則（契約自由の原則），所有権絶対の原則，過失責任主義（こ

97）稲本・小柳・周藤『日本の土地法』9 頁以下（小柳担当部分）。もっとも，橋本，「地租改正と土地所有権」82-84 頁によれば，（13）と（14）を挙げて，具体的な事情によっては入会権の存続が認められたことからから，「当時の裁判所は，官民有区分は従前における実体的な土地支配権（所有権類似の土地支配権）の存否を確認する行政行為であると理解していたと考えてよいのではないか」とするが，判断を留保している。
なお，（13），（14）の判旨の入会権の存続の事実認定の仕方は，興味深いものである。（13）では，慣行上，入会地として利用されてきた土地について，「村ノ所有地ト同視スルニ足ルモノ」，また，「村民カ之ニ付テ樹木等ヲ自由ニスルコト土地ノ所有者ト異ナラサルカ如キ重キ関係ヲ有シタルモノ」は，民有地とし，他方，村民が「単ニ天生草木等ノ伐採ノミヲ為スカ如キ軽キ関係ヲ有シタルモノ」は，官有地に編入したとする。（14）では，土地所有権の帰属が，「形式上ノ理論ニ拘泥セス努メテ実質上ノ事実ヲ精査シ」て確定されたとして，「検地帳水帳名寄帳等ノ簿冊ニ民有ノ明記ナキモノト雖モ数村入会又ハ一村持某々数人持ノ慣行アルモノ樹木植付或ハ焼払等其村所有地ノ如ク進退シ来リタル者ノ如キ関係深キ」土地は，民有地とされ，「培養ノ労費ヲ尽クサス単ニ自然生ノ草木ヲ伐採シ来リタルニ過キサルカ如キ関係浅キ」土地は，官有地とされた。入会騒擾については，川口『日本近代法制史』237・238 頁，350-352 頁を参照。

98）橋本「地租改正と土地所有権」90 頁によれば，「総轄的支配権」という表現は，「所有権概念の本質部分を示す用語として明治期から使用されていた」。大判明治 33・2・26 民録 6 輯 2 巻 90 頁が挙げられている。

99）ボワソナード草案から旧民法に至るまでの過程や，その間の議論について詳しくは，大久保泰甫・高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』（雄松堂出版，1999 年），小柳春一郎『近代不動産賃貸借法－賃借権・物権・ボワソナード－』（信山社，2001 年），池田真朗『ボワソナードとその民法』（慶應義塾大学出版会，2011 年）を参照。

の三つは，「近代市民法原理」と呼ばれることもある）が，財産法を貫く大原則として取り入れられた。

その所有法では，第 206 条で「所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用，収益及ヒ処分ヲ為ス権利ヲ有スル」と規定されて，近代的な意味での「所有権」が規定された。すなわち，現実の所持を要件とせず（観念性・抽象性），一つの物に対しての重畳的な所有権の成立を認めず（排他性），万人に対して自己の所有権を主張することができ（絶対性），所有権の侵害が生じた場合，たとえ侵害者が国家であったとしても，その侵害を排除，予防することができる（不可侵性）性質を備えた所有権が認められたのである。この所有権の性質は，当然に，土地所有権にも認められる。

また，明治民法では，土地，とくに農地の賃貸借について，永小作権（第 270 条「永小作人ハ小作料ヲ払ヒテ他人ノ土地ニ耕作又ハ牧畜ヲ為ス権利ヲ有ス」）と賃貸借（第 601 条「賃貸借ハ当事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用及ヒ収益ヲ為サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ其賃金ヲ払フコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス」）の二つの制度を用意し，どちらを採用するかは当事者の選択に委ねられた。

周知のごとく，土地賃貸借においても，農地賃貸借においても，賃貸借が用いられた。賃貸借契約の内容については，「私的（意思）自治の原則」に基づく「契約自由の原則」[100] が貫徹され，その相手方の選択・締結・内容は，自由な個人による合意に任された。

このような法構造から，土地・農地の所有権をもつ賃貸人が，その有利な立場から，賃貸借契約の内容を有利に展開し，賃借人が弱い立場におかれることもあった。小作人については劣悪な地位におかれることもあった [101]。「水本・渡辺説」は，このような法構造が寄生地主制を促進・確立したと評価して，19 世紀イギリスの農地賃貸借をモデルに，賃借権を保護しなければならない。すなわち，賃借権を物権化するか，または物権的効力を与えなければならない，と主張した（「近代的土地所有権」論＝土地「賃借権物権化」論）。

先述のように，「水本・渡辺説」は，自分たちが生きた時代の法状況に対しての問題提起・解決を求めて，「近代的土地所有権」論を主張した点に注意しなければならない。

ところで，賃貸借契約をめぐる法構造は，借地借家法などの特別法により法構造の是正がなされているとはいえ，現代においても当てはまるものである（現行民法においても，改正民法（2020 年 4 月 1 日施行予定）においても，この法構造は変わらない）[102]。しかしながら，現代の法構造を根拠に「近代的土地所有権」が成立していないと主張する研究者はいない。

明治民法では，法律上は，近代的な意味での所有権（土地所有権），契約関係（契約自由の原則）が認められ，固定化された。このような法制度や法概念が，現実の土地賃貸借関係で，法律上どのように運用され，経済的にどのように機能していったのかは，一連の地租改正事業期以降の地主と土地賃借人，小作人との法的な関係－裁判例や判例など－を検討していかなければならない [103]。

100）「契約相手方選択の自由」，「契約締結の自由」，「契約内容の自由」，「方式（契約書作成）の自由」の四つが含まれる。

101）明治民法施行以降の，地主・小作人間の法的関係については，小作立法史を丹念にフォローした川口由彦『近代日本の土地法観念』（東京大学出版会，1990 年）を参照。

102）現代では，戦前とは反対に，強すぎる賃借権（「現代的物権化現象」）がさまざまな問題を引き起こしている。

103）明治前期大審院判決録刊行会編『明治前期大審院民事判決録』」第 1 巻～第 13 巻に掲載されている，本問題に関わる判例・裁判例を網羅的に検討していくことが必要だが，今は，それに取りかかる物理的・時間的余裕がなかった。地租改正期以降の判例・裁判例を具体的，実証的に検討していくことが，次の課題である。

地租改正期の土地所有権の性格を総合的に明らかにしていくためには，Ⅳ章で挙げた水林の所有法的・財政法的分析に加えて，土地所有権と明治政府との関係（国家論），そして，土地所有・土地賃貸借の経済的・経営的な分析，さらには，地主層・借地人・小作人層の法社会学的な分析がいっそう求められる。

まとめ

近代的土地所有とは，単に私的土地所有が法認されただけではなく，「近代的土地所有権」が確立して成立する。したがって，地租改正によって土地の私有は認められたが，「近代的土地所有権」が確立していない日本の土地制度，特に地主的土地所有は近代的土地所有ではなく，半封建的土地所有である－これが石井の主張である。

近代的土地所有権とは，借地・借家法の研究者である水本浩と渡辺洋三によって主唱された学説で（水本・渡辺説），法律上，土地の賃借権が債権ではなく，物権として扱われている状態をいう。日本の民法では，賃借権は物権ではなく債権であり，そのため第三者対抗力がなく，転貸譲渡の自由も制限されており，存続期間も短期にとどまっている。

民法上のこうした制約がある限りは，土地の賃借人，すなわち小作人は安定的な経営は保障されず，土地所有者である地主に従属せざるを得ない。まさに民法が「半封建的土地所有」をバックアップしていることになり，このような法体系を転換するためには，債権である賃借権を物権化することが不可欠である（「賃借権の物権化」）。

石井が援用する「近代的土地所有権」論は，2つの側面から批判された。一つは，近代的土地所有権を確立したとする近代イギリスの土地法を典型的な資本主義法とする見解に対する批判である。すなわち，近代的土地所有権を確立したイギリスでは賃借人である農業経営者によって資本家的農業経営が営まれ，一方で賃借権を債権とした大陸諸国や戦前期の日本では，寄生地主的土地所有が広範に展開するという，イギリス典型論が方法論的に批判された。

加えて，イギリスの土地法制は，借地農に対して地主が優位に立つ構造を持っており，水本・渡辺がいうように，借地農による資本家的農業経営を発展させるような法的構造に転化していなかったことも指摘された。

もう一つは，「近代的土地所有権」が確立するための3つの指標（賃借権の第三者対抗力・譲渡転貸の自由・長期契約）に関する批判である。つまり，これらの3つの指標は，近代的土地所有権における「外的構造」であり，別な指標として「資本投下の自由とその回収の保障」すなわち借地人による「土地改良施工権と土地改良費償還請求権」の付与という「内的構造」が不可欠である。

またこれらの3指標は，法的に賃借権が債権構成にあっても可能である。例えば日本民法第612条の賃借権の譲渡・転貸の制限は賃借権の債権構成に基づくものではないし，賃借人の第三者対抗力も，同様に賃借権の債権構成の下でも備えることが可能である，とするのである。

総じて，土地所有の近代的性格とは，封建制度の廃止と土地所有者と借地経営者との自由な契約関係によって規定され，賃借権の債権構成が法的に確立していても，かえってそのことが資本主義の発展を保障する機能を持つことになる。

このように，「近代的土地所有権」論は，法理論面からも歴史的実証面からもほぼ克服されたと評価できよう。したがって，この指標を用いた近代的土地所有権を適用した「半封建的土地所有論」論は成立しない。

次に，地主的土地所有は明治民法によって保障されていたかという議論の妥当性についてである。第1次大戦後に小作争議が激発し，政府や農林官僚は対応に追われ，小作立法が審議されるが，地主の反対で法制化には及ばなかった

が，小作調停法は1924年に公布，施行される。

小作争議の係争点は，なによりもまず小作料の引下げであるが，争点となっている高率高額小作料は地主が決定したものであるとか，凶作の場合の減免は地主の恩恵であるという主張は正しくない。なぜなら，大審院が民法第601条をもとに繰り返し判決を出しているように，小作契約も賃貸借契約の一種であり，それは当事者の合意によってのみ成立するからである。また凶作時の減免に対しても，その地方の慣習を重視（民法第92条）した判決を出しているからである。ただ，第605条の賃借権の登記については，所有者である地主が協力しなければ，賃借人は登記を備えることができなかった。この点で裁判所は，賃貸人の登記協力義務を認めることに消極的であった[104]。

このように，民法が直接地主制をバックアップしているとは断言できない。第1次大戦以降の小作争議の激発という社会問題は，民法上の賃貸借規定はそのままに，建物保護法（1909年），借地法及び借家法（1921年），小作調停法（1924年），農地調整法（1938年），そして戦後の農地法（1952年）などの特別法[105]によってその解決が模索されていくのである。

地租改正期以降の土地所有の性格に関する判例を検討すると，幕藩体制期で事実上の近代的土地所有が成立しており，地租改正事業はそれを追認したに過ぎないとする「確認説」と，地租改正によって近代的土地所有が新たに創設されたとする「創設説」の2説があるが，判例数においては「創設説」が勝っている。地租改正事業による土地所有権の確立は，土地所有を通じての人格的支配や封建的公租を伴わない経済的な価値支配権としての私的土地所有権，すなわち「近代的土地所有制度」を確立したのである。

【謝辞】

本研究は，2016年度・2017年度北星学園大学特定共同研究費の助成を受けたものである。

104）V 4（1）大判大10･7･11を参照。本判決によれば，「不動産ノ賃貸借ニ付キテ登記ヲ為スコトハ民法第六百五条ノ認許スル所ナレトモ賃借人ハ登記ニ関スル特約ヲ為サスシテ唯賃貸借契約ノミニ依リ当然登記請求権ヲ有スルヤ否ヤニ至リテハ直接ニ之ヲ規定シタル注文ナシ然レトモ不動産ノ賃貸借ト雖モ其性質ニ於テハ当事者間ニ債権関係ヲ発生スルニ止マリ唯其登記ヲ為シタル場合ニ於テ爾後其不動産ニ付キ物権ヲ取得シタルモノニ対シテモ契約上ノ効力ヲ生スルニ過キサレハ賃貸借ノ登記ナルモノハ法律カ契約本来ノ効力ニ付キ一種ノ変態的拡張ヲ認ムルノ要件ナリト謂ウヘク其要件ヲ履践スルト否トハ賃貸借本来ノ効力範囲ニ属セスシテ当事者カ任意ニ処分シ得ヘキ事項ナレハ賃借人ハ賃貸借ノ登記ヲ為スコトノ特約存セサル場合ニ於テハ特別ノ規定ナキ限リ賃貸人ニ対シテ賃貸借ノ本登記請求権ハ勿論其仮登記ヲ為ス権利ヲモ有セサルモノト解スルヲ相当トス」とされる。

ただし，借地･借家については，借地法や借家法（建物保護法）などの特別法により単独で第三者対抗力を備えることが可能となった。

105）借地法と借家法は1991年に借地借家法に統合され，同時に建物保護法は廃止された。