慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	日本における土地所有権の成立：開発法学の観点から
Sub Title	□The formation of land ownership in Japan : from the law and development perspective on the institutional change
Author	松尾, 弘(Matsuo, Hiroshi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2018
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.41 (2018. 11) ,p.93- 145
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20181130-0093

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

日本における土地所有権の成立

――開発法学の観点から――

松　尾　　弘

1. はじめに――土地所有権問題への開発法学からのアプローチ
2. 明治維新以前における土地所有制度の変遷
3. 明治維新期における土地所有制度の変更
4. おわりに――日本における土地所有権の成立と特色

1. はじめに――土地所有権問題への開発法学からのアプローチ

(1) 土地所有権問題とは何か

日本において土地所有権の制度および概念はいつ、どのようにして、そして、どのようなものとして成立したのであろうか。この問題を今あえて問う意味は、私たちが直面する土地所有権をめぐる様々な問題の原因とその解決に向けた手がかりを探ることにある。

1990 年代以降、土地バブル期の地価高騰、バブル崩壊後の地価下落に伴う不良債権処理を経て、日本社会は現在、土地所有権をめぐる様々な問題に直面している。すなわち、①少子高齢化の進行・人口の減少・経済の低迷に伴う空地・空家（敷地を伴う）の増加、②相続未登記土地の増加等に伴う所有者不明土地の増加等が問題になっている[1)]。③特定の都市部では高層マンションが林立し、通勤ラッシュ等、インフラが逼迫する一方で[2)]、④地方では過疎化が進行し、限界集落・崩壊集落も増加している。⑤国や地方公共団体による公有地

等の土地管理に関しても、問題が頻発している[3)]。⑥国土調査法（昭和 26 年法律 180 号）・国土調査促進特別措置法（昭和 37 年法律 143 号）に基づく地籍調査の進捗状況も、平成 28 年度末で約 52％（人口集中地区では約 24％）にとどまっ

1）所有者不明土地問題の概観として、吉原 2017 参照。なお、本稿では、「所有者不明土地」とは、①所有者が誰であるかは分かっていてもその**所在が不明**な土地、および②所有者が**誰であるかが容易に判明しない**土地を意味するものとして用いている。というのも、日本法上は所有者のない土地は国庫に帰属するから（民法 239 条 2 項）、法理論上は所有者がない土地は存在しないからである。ちなみに、（ⅰ）所有者の所在の把握が難しい土地への対応方策に関する検討会『所有者の所在の把握が難しい土地に関する探索・利活用のためのガイドライン（第 2 版）』（平成 29 年 3 月）は、「所有者の所在の把握が難しい土地」として、「不動産登記簿等の所有者台帳により、所有者が直ちに判明しない、又は判明しても所有者に連絡がつかない土地」をいうとし、具体的には、①所有者の探索を行う者の利用できる台帳が更新されていない、台帳間の情報が異なるなどの理由により、所有者（登記名義人が死亡している場合は、その相続人も含む。以下同じ。）の特定を直ちに行うことが難しい土地、②所有者を特定できたとしても、転出先・転居先が追えないなどの理由により、その所在が不明である土地、③登記名義人が死亡しており、その相続人を特定できたとしても、相続人が多数となっている土地、④所有者の探索を行う者の利用できる台帳に、全ての共有者が記載されていない共有地などを挙げている。また、（ⅱ）所有者不明土地問題研究会『中間整理～所有者不明土地はどれだけ存在し、何が問題なのか　議論の前提となる実態把握からのアプローチ～』（平成 29 年 6 月）は、「所有者不明土地」を「不動産登記簿等の所有者台帳により、所有者が直ちに判明しない、又は判明しても所有者に連絡がつかない土地」と定義し、具体例として、①所有者の探索を行う者の利用できる台帳が更新されていない、台帳間の情報が異なるなどの理由により、所有者（登記名義人が死亡している場合は、その相続人も含む。）の特定を直ちに行うことが難しい土地、②所有者を特定できたとしても、転出先・転居先が追えないなどの理由により、その所在が不明である土地、③登記名義人が死亡しており、その相続人を特定できたとしても、相続人が多数となっている土地、④所有者の探索を行う者の利用できる台帳に、全ての共有者が記載されていない共有地を挙げている。そして、**所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法**（平成 30 年 6 月 13 日法律 49 号）は「所有者不明土地」を「相当な努力が払われたと認められるものとして政令で定める方法により探索を行ってもなおその所有者の全部又は一部を確知することができない一筆の土地」と定義した（2 条 1 項）。

2）東京一極集中の功罪につき、中川 2018、山鹿 2018、高橋 2018。

3）例えば、国有地売却をめぐってはルールを遵守した適正な管理のシステムが問題視されている。これは国家の統治（ガバナンス）不全の問題に通じている。日本経済新聞 2018 年 6 月 5 日 3 頁参照。また、後掲注 10）も参照。

ており[4)]、境界・その他土地の基本情報の整備をめぐる問題も残されている。また、⑦災害の復旧・予防の対策、その他のプライオリティーの高い公益を増大させるための公共事業をめぐり、土地所有者による立退き拒絶など、土地所有権の行使の自由と公共の福祉による制約との調整が紛糾し、国家による過度な所有権制限であるとの評価と所有者による権利濫用であるとの評価とが同時に主張されるような事態も生じている。さらに、⑧土地所有権の放棄の可否も議論されている。

これらの土地所有権問題は、相互に複雑に関連し合い、また、新たな派生問題も生み出している。例えば、④過疎化の進行は①空地・空家（の敷地）問題の一因に、①空地・空家敷地は②相続未登記の一因になり、所有者不明土地を増加させ、⑧土地所有権の放棄の可否の問題にも通じている。②所有者不明土地の増加は⑥地籍調査の進捗を妨げ、⑥地籍整備の未完成は土地の取引費用を増加させ、民間の土地取引およびそれに関わる経済活動の阻害要因ともなるのみならず、⑤国や地方公共団体による効率的な土地管理にも影響を及ぼしている[5)]。③過密や④過疎に対する土地政策の実施は、⑦所有権の自由に対する公共的制約のあり方の問題を繰り返し惹起する。こうした一連の問題を、本稿では「土地所有権問題」と呼ぶことにする。

このように複雑に絡み合った土地所有権問題の解決は容易でない。しかし、問題解決に向けた手がかりを得るためには、日本における「土地所有」制度のプロセスの一環として、少なくとも明治維新期に遡る「土地所有権」制度の形成プロセスを検証し、土地所有権問題の原因と考えられる様々な事実を改めて探求することが不可欠である。なぜなら、土地所有権問題には、明治維新期に急造された「土地所有権」制度が、土地を商品化し、その活発な取引を通じて急速な経済成長を促すという多大な成果と表裏一体をなす形で、土地神話に象徴される地価の継続的上昇をもたらし、それを前提にして形成されてきた不動

4）国土交通省ホームページ（http://www.chiseki.go.jp/situation/status/index.html）参照。

5）例えば、所有者不明土地の増加は、特定行政庁による建築基準法 42 条 2 項道路の指定等も影響を受ける等、政府による土地ガバナンスの阻害要因となっている。

産の売買、賃貸、担保取引等の仕組みが、バブル経済とその崩壊、少子高齢化、人口減少、長引く不況によって機能不全を起こし、商品所有権を中核とする土地所有権制度が一種の制度疲労を起こしている状況も見出されるからである[6)]。明治維新から150年を経た今日、明治維新期に始まった土地所有権制度の創設と変容、その成果と副作用を総括し、さらなる発展に向けて制度改革の方向性を再考する時期に至っているように思われる。本稿は、土地所有権制度が形成された明治維新期の法制度改革に焦点を当て、今日の土地所有権問題に通じる諸要因を探求することを目的とする。

(2) 開発法学の視点からの土地所有権制度の形成プロセスの分析

本稿では、日本における土地所有権制度の形成プロセスを、開発法学の視点から分析する。開発法学は、①制度の変化が既存の制度を足場にしてその部分的変更としてのみ生じうるという経路依存性（path dependence）をもつことおよびその必然的帰結としての制度の連続性を承認し[7)]、かつ②制度変化がその制

6）松尾2018参照。このことは、次に述べる制度変化の連続性を踏まえた、開発法学の視点からの土地所有権制度の分析に通じるものである。

なお、いうまでもまく日本の「土地所有」制度は、明治維新期以前に遡る長い歴史をもっている。本稿は、この中で、明治維新期に生じた土地所有制度の変更として「土地所有権」制度の形成プロセス（の一端）を探求しようとするものである。もちろん、土地所有権制度自体、それ以前の土地所有制度と連続性をもっている。

7）制度変化の経路依存性および連続性は、非形式的ルールと形式的ルールの結合物としての制度が、社会の構成員が相互に不確実性を削減するために暗黙の了解によって自から進化させるルールとしての非形式的ルールの存在ゆえに容易に変化しない性質をもつものの、社会構成員の意識や行動の漸次的変化や、形式的ルールの変更に伴う変更主体の働きかけにより、既存の非形式的ルールを含む制度が漸次的に変化することに起因すると考えられる。したがって、新たな制度の成立・生成・形成もまた厳密には既存の制度の変更として説明されうる。こうして、現在の制度は過去の制度の変化の帰結であり、将来の制度は現在の制度を足場にしたその変化の帰結以外のものではありえない。開発法学は、法形式の変化として法規が予定する「法改正」という形式をとる場合であれ、「革命」という超法規的な形式をとる場合であれ、非形式的な制度を含む制度変化の不可避的な連続性を無視できないものとみている。制度変化の経路依存性に関しては、松尾2012：128-129頁参照。

度の下で行為する主体の意図的な働きかけの帰結としても生じる可能性があることを肯定して、制度変化の原因・主体・プロセスを分析するものである[8)]。すなわち、①制度の連続性および②人為的制度変化の可能性の承認ということができる。このうち、②人為的制度変化の可能性に関して、開発法学は、制度変化の主体として、一定の開発目標（経済成長、民主化等）を達成するために既存の制度の改善を企図する政府の役割とそれに起因する制度変化のプロセスに特に着目する[9)]。こうした開発法学の視点からみた場合、明治維新期の土地制度改革は、それ以前に存在した土地制度を不可避的な初期条件としながら、政府の主導によって推進されるとともに、現在の土地所有権問題を生み出すに至った前提条件を形づくった。

土地制度の相違、とりわけ国家において形成される土地関連法を含む土地制度の相違は、各国における土地の有り様・効用・外観から、土地を用いて行われる人間の様々な活動に到るまで、各国における土地の相違を決定的に規定する[10)]。例えば、土地がどの程度効率的に用いられているかどうかは、国家の土地所有権の制度に大いに依存すると考えられている。デ・ソトは、土地を効率的に利用できるか否かは、どの国にも存在する土地という資産（assets）を、利潤を生み出す資本（capital）に変換することを可能にするような土地制度が存在するかどうかにかかっていると考えている[11)]。

しかし、土地（所有権）制度の相違は、土地の効率的利用だけにとどまらず、凡そ土地に対する人間の関わり方、それによって土地に対して加えられる様々

8）制度変化を、当該制度の下で行為する主体の意図的なプロセス（deliberate process）と捉えうるか否かについての議論に関しては、松尾 2012：132-133 頁参照。

9）と同時に、開発法学は、制度変化の主体として、政府と相互作用する市場・企業や市民社会の役割との関係、制度変化の主体の民主化についても探求する。松尾 2012：71-115 頁参照。

10）開発法学にとって土地所有権制度の問題は国家統治の問題として捉えられる。「所有権と国内統治は、相互におおいに依存する。所有権の保存と占有の不平等が、最初にそれ〔国内統治〕を形成したのだし、所有権の状態はつねに、統治の形態とともにかわったに違いない」（スミス／水田訳 2005：31 頁）。

11）De Soto 2000: pp. 5-8, 40, 46-62.

な作用、および土地から引き出される様々な成果の相違をももたらしている。そして、そうした土地への働きかけおよび土地からのフィードバックを通じて、人間のあり方自体も大きな影響を受けている。いわゆる「風土」というものがそれである。風土とは、一般に、「ある土地の気候、気象、地質、地味、地形、景観などの総称」であるが、たんなる自然現象であるにとどまらず、土地への人間の働きかけによっても様々な影響を受けて形成される自然と人為の融合物である。「我々はすべていずれかの土地に住んでいる」のであり、「我々は『風土』において我々自身を、間柄としての我々自身を、見いだす」ものといえる[12)]。このように風土は土地と人間との密接かつ深い相互作用の関係を象徴的に表すものである。各国の風土は各国における「人間存在の自己了解の型」、すなわち、「人間の、すなわち個人的・社会的なる二重性格を持つ人間の、自己了解」を形成するものである[13)]。そして、土地と人間との関わりとしての風土は、抽象的・一般的に存在するものではなく、各国土および各時代に特有のものとして存在することに留意する必要がある。その結果、風土は「国家を形成するというごとき実践的活動をするものとしての我々」を取り巻き、影響を与え、密接不可分な繋りを形成している[14)]。

このように土地所有権制度は、各々の国家の各々の時代に固有の風土を形づくる重要な要因であるということができる。それゆえに、土地所有権制度に対する開発法学のアプローチは、風土を形づくる制度的要因を探求する試みでもある。それは、風土そのものが、良かれ悪しかれ、国家における土地と人間の関係、そして、国土の可視的および不可視的な特徴を形成するものであり、現

12）和辻 1979：9-10 頁、15 頁。

13）こうして風土は「人間存在の根本構造」に関わるといえる。和辻は「風土もまた人間の肉体であったのである。「風土の問題の担っているこの重要な意義は、人間存在の構造を分析する試みに対して一つの決定的な指針を与える」。「主体的な人間存在が己れを客体化する契機はちょうどこの風土に存するのである。「風土の型はやがて自己了解の型とならざるを得ないであろう」とする（和辻 1979：20 頁、25-26 頁、31 頁）。

14）なぜなら、「風土の型が人間の自己了解の型である」としても、「具体的な人間存在」は「必ずある国土ある時代に特有な仕方においてある」からである（和辻 1979：31-32 頁）。

在の土地所有権問題もまたその一側面とみることができるからである。

2. 明治維新以前における土地所有制度の変遷

(1) 古代・中世の土地支配

日本における土地の所有は、農耕に伴う定住生活の進行に応じ、土地に対する国家の政治的支配と不可分の形で形成された。それが公地公民制度（大化2〔646〕年、孝徳天皇の改新之詔1条に遡りうる）を採用した天皇政権による土地に対する公的支配を示す**「知」る**であり、それと同時に土地に対する私的支配を表す**「占」む**が用いられた[15)]。「占」むは「しめなは」の「しめ」に通じ、土地への不可侵性を意味したが、次第に「知」るが私的支配の意味にも用いられて一般化し、中世以降の「領知」、「知行」に通じた[16)]。なお、耕作地である口分田、墾田、職田、位田、功田、賜田等の**「私田」**[17)]を私的に支配する者は、「田主」、「地主」といわれたが[18)]、公地公民制の下ではこれらの土地の売買は許されなかった[19)]。もっとも、天平15（743）年の墾田永年私財法は、開墾地である「墾田」を**「私財」**とし、永年没収しないこととした[20)]。それに対しては「私田」より進んで相続性を承認し、売買等も認めた。

15）牧＝藤原編 1993：27-28頁（中澤巷一）、30-31頁（林紀昭）、石井良助 1989：44-47頁。

16）石井良助 1989：45-47頁。なお、石井良助 1952：16-27頁、牧＝藤原編 1993：27-28頁（中澤）参照。

17）「口分田墾田等謂之私田也」、「職田位田功田賜田等、為私田」（『令集解』巻第12・田令・荒廃条＝国書刊行会 1912：398頁、399頁）。

18）中田 1938：1-9頁、石井良助 1989：48-50頁。

19）ただし、口分田であっても田地が交錯している場合には、本部官司から田簿の除附を受けることによって交換することができた（「凡田有交錯、両主求換者、経本部判聴除附」（『令集解』巻第12・田令・交錯条＝国書刊行会 1912：395頁）、石井良助 1976：170頁））。なお、今日いわゆる贈与は「和与」と呼ばれたが、これに関しては、石井良助 1976：171頁参照。

20）『新日本古典文学体系13・続日本紀二』（岩波書店、1990）424頁以下、石井良助 1989：57頁参照。

律令体制が崩壊し、公地公民制および班田収受法が衰退した中世では、国衙領と荘園の何れにおいても**「私領」**が認められ、売買等の処分が行われた[21)]。支配の対象となる土地は「所領」（「所知」、「所帯」、「所職」）、これに対する支配は――用益の事実に着目して――**「知行」**（「領掌」、「領知」）、または――処分権能に着目して――**「進退」**（「進止」）と呼ばれ、その主体は「領主」または**「地主」**と呼ばれた[22)]。「知行」にはその権原である「由緒」が必要であり、「相伝」（譲与、相続等）、「質券」（質流）、「買得」があった[23)]。また、「進退」には、①売買・質入・寄進等の処分権、②所職の補任・改易、土地の宛行い・没収、③それらの土地における裁判権が含まれた。①・②の権限しかもたない地主は**名主**、その土地は名田、その支配は名主職と呼ばれた[24)]。もっとも、貞永元（1232）年の御成敗式目48条は、「一　売買所領事」として「私領」の「沽却」は認めたが、「御恩」の地（恩領）の売買は「停止」した[25)]。また、名主職は本所（領主のうち、裁判権、行政権を含む荘園の実効的支配権をもった者）に知らせずに権門に寄付することが禁じられ（御成敗式目47条）、名主・百姓等は地頭に知らせずに田地を売買することが禁じられた（弘長元〔1261〕年の幕府法令）[26)]。

21）石井良助 1989：61-90 頁参照。

22）石井良助 1976：302-312 頁、石井良助 1989：99-101 頁、石井良助 1952：173 頁、180 頁。

23）中田 1943：1104-1106 頁。また、「相伝」は広義には「買得」を含む意味でも用いられた（同上）。なお、新田 1992：144 頁以下参照。

24）石井良助 1989：102-104 頁。

25）さらに、延応 2（1240）年には御家人役を負担しえない者への売却を危惧して、私領であっても売却が禁止され（新編追加 35 条）、文永 4（1267）年には恩領・私領を問わずに売買・質入が禁止されたが、文永 7 年に解禁された。その後、「御恩之地」の沽却等は再び制限され（弘安 9〔1286〕年 5 月 9 日・貞応弘安式目）、室町幕府の文安元（1444）年になって、年季売および入質に限って認められた（流質は禁止）（石井良助 1976：264 頁、石井良助 1989：84-90 頁）。なお、今日いわゆる贈与（当時の「和与」）に関しては、石井良助 1976：324-325 頁参照。

26）これらは同時に売買等を公示する意味をもちえた。また、所職の補任または譲渡に際しては、これを庄内で披露する慣習もあった（石井良助 1976：322-324 頁）。

(2) 検地による土地の公法的支配と私法的支配の分離の促進

「知行」は中世末期に荘園が崩壊するに従って次第に公法的租税徴収権能に転化し[27]、豊臣秀吉が天正 10（1582）年以来行った全国検地（太閤検地）により、土地の私法的支配と公法的支配の分離が一段と進んだ。太閤検地は高請地（年貢を賦課されるものとして検地帳に登録された土地）の**「名請人」**（貢租負担者）を確定し、村全体の石高（村高）を算出し、土地公簿を編成し、地籍の整理を行った[28]。それはまた、**「村」**（惣、郷）そのものの範囲を確定し、石高制を実現した[29]。一方で、検地帳に名請人として記載された者は作職を保持する者とされ、その者による田畑の支配は「抱」、「控」、**「所持」**等と呼ばれた。他方で、村高自体を宛て行われた大名が土地を支配することは「領地」・「知行」と呼ばれた[30]。

(3) 近世における土地の所持

(i) 土地「所持」の相対性

江戸時代になると名請人の土地支配を表す言葉として「所持」が一般化し、この者自身は「田主」、「地主」と呼ばれた[31]。もっとも、土地が質入や小作に出されると、質取主も小作人も質地や小作地を「所持」するとされた。したがって、「所持」は異なるレベルないし内容の土地支配を意味しうる相対的概念であったと考えられる[32]。

27）石井良助 1976：311 頁、510-514 頁。

28）石井良助 1976：446-450 頁、福島 1993：331 頁以下。なお、村役人は検地帳に基づいて、その記載を名請人別に転載して名寄帳をも作成し、検地帳が滅失した場合に年貢や地所の問題を処理した（石井良助 1989：251 頁、265-288 頁）。

29）速水 2009：9 頁、14-18 頁。

30）石井良助 1989：160 頁。もっとも、「所持」の概念はすでに鎌倉時代初期に現れ、南北朝時代には「田畠」、「名田」にも用いられていた（中田 1943：1103-1104 頁）。

31）中田 1938：507 頁、石井良助 1989：198-202 頁。なお、石井紫郎 1966 参照。

32）石井良助 1989：223 頁。なお、中田 1938：794-802 頁参照。

（ii）土地の「所持」と譲渡権能

寛永 18（1641）年の大凶作を機に、土地売却による農民の没落・土地兼併による農民間の階層分化を防止し、農民を土地に緊縛する目的で田畑永代売買が禁止され、寛永 20（1643）年に田畑永代売買の禁止令が下された。その対象は、幕府直轄の百姓持の高請地たる年貢負担のある田畑に限定されたが[33]、多くの藩もこれに倣った。もっとも、水戸藩、延岡藩等はそうしなかった。また、田畑の売買代金を名義上借入金として田畑を質入れし、定められた期間内にあえて請け戻さずに流質とすること等により、実際には永代売買が行われた。また、親族間の「譲渡」は禁止されず[34]、土地の交換である相対替（替合）も行われた[35]。こうして田畑永代売買禁止令下でも、農民の土地支配権は相当程度流通していたとみられる[36]。

（iii）土地「所持」の共同体的性質

しかし、土地の流通には様々な制約が付いていたことも看過することができない。石高制＝村請制の下では、農民による土地の「所持」は共同体的性格をもっており、土地はいわば村の土地であり、それゆえに、年貢の「未進ハ勿論、不納にても田畑を払ニハ致サ」ないのが幕府の「定法」であった[37]。そして、村内の土地には、①高請地（田畑および屋敷地）のほか、②入会、藪、秣場、芝地、荒地等、③社寺地、④溜池、⑤墓地等があり、これらの土地は村落共同体内において有機的に結合していた。

33）中田 1938：505 頁。

34）石井良助 1993：318-319 頁。なお、石井良助：1989：353-380 頁参照。

35）中田 1938：505 頁。

36）福島 1993：332 頁。なお、禁令違反に対する制裁としては、寛永時代には、売主は追放のうえ所払、買主ならびに証人には過怠牢、さらに買主には田畑没収の刑が科せられたが、延享元（1744）年には、売主には過料、加判の名主は役儀取上、証人は叱り、買主は田畑取上へと緩和された（石井良助 1976：448 頁）。

37）『地方凡例録』（寛政 6〔1794〕年。大石慎三郎校訂、東京堂出版、1995）。丹羽 1989：42-48 頁参照。

また、日本海地方、四国地方では、土地割換制の慣行も形成された。割換の管理は生活共同体である村落によって行われた。これもまた、近世貢租制と村落制の確立に基づくものと解される[38)]。

さらに、質地請戻慣行も存在した。これは、ある村の土地が流地、売買等によって他村の者の手に移った場合に、当該村の有力者等が関与して質地を実質的に村内に請け戻し、土地支配を継続した「田地支配慣行」である。例えば、A村のPが所持した土地αが質物流（しちもつながれ）によってB村のQの手に渡った場合、土地αの名義をQに切り替えることをせず、A村内のRを「結親」に立て、土地αの高と名義をRのものとする一方、Qに対しては土地αの取得についてRとQの証文において土地αの高よりも少ない高を譲渡したものとし、この証文にA村の村方（村役人）である庄屋・年寄・頭百姓が奥印をして保証した。Rは土地αの小作人Zから取り立てた小作米の中から、土地αの年貢・諸掛り（年貢以外の付加税）として上納すべき分を差し引き、残余である徳米をQに支払った。その際、年貢・諸掛りとして控除すべき分（「定取」といわれた）はA村の一般の高請地の年貢・諸掛りよりも多額の定額とされ、凶作による減免があった年も「定取」の額は変わらなかったことから、Qの年貢・諸掛りの負担はA村の者のそれよりも重くなり、その分だけA村の高請人たちの年貢・諸掛りは軽くなった[39)]。これは、質流等によってA村の土地が他村の所持者に流出してしまった場合に、結親Rを置くことによって流出地の年貢・諸掛りの収納を継続することにより、土地支配を実質的に継続したもの（と同時にRによる地主的土地集積の手段でもあったもの）とみることができる。このこともまた、近世農民が所持する土地は「私のものであるとともに村のもの」と観念されていたことを示唆している[40)]。

38）丹羽 1989：49–57 頁。

39）竹安 1966、丹羽 1989：70–76 頁。

40）丹羽 1989：56 頁。その際、Pも田地を買い戻すことは困難であった（同前：75 頁）。

(iv) 土地「所持」観念の分裂

以上のように、土地の所持は、伝統的に共同体的拘束を受ける土地支配である一方で、譲渡権能を包含する傾向も示すようになり、幕末にはそれが顕著になった。もっとも、幕末においても、土地、とりわけ田地は、先祖代々のものであって「我物」ではなく、一子相伝すべきものである[41)]、といった記録もある。しかし、それは「所持」の譲渡性が事実上進行していることを前提にした記述であると読むことができる。このように、伝統的で保守的な所持の観念と、譲渡性を強めつつある所持の観念とが分裂する中で、土地所持の私的性質は深化していった[42)]。これは、私的土地所有の進行への幕府の抑制に対する反動として、地主的土地所有が進展していったプロセスとみることもできる。こうした田地支配慣行等を通じて、村内一部上層農民への田地の所持が集中し、地主化が進行した。それは小作人との対立を深めてゆくことになった[43)]。

3. 明治維新期における土地所有制度の変更

(1) 私的土地所有権制度の形成プロセスにおける領主的支配権の処理

近世封建制の土地支配は、①領地を当て行う権限を保持する将軍の権威に基づき、②村高自体を宛て行われた大名・領主の「領地」・「知行」の下で、③貢租義務を負った名請人の「所持」が行われるという、一種の相対的所有秩序（その意味での分割所有秩序）であったとみることができる。それは、①将軍の大名・領主に対する、②大名・領主の名請人に対する、そして、③名請人の小作人に対する人的支配秩序と不可分に結合したものであった。日本における土地の私的所有権制度の導入は、こうした階層的な分割所有秩序の改変による単

41）羽後・山田村・石川理紀之助『八東穂』（慶應 4〔1868〕年 1 月の序文）。丹羽 1989：60-64 頁。

42）例えば、田地は人に疎まれ、苦労しながら蓄えてきた私的財産である、との記述もある。美濃・方県郡洞村・松井八澄『降符怪話』（明治 3〔1870〕年）における庄屋・戸長格による寄合の記録。丹羽 1989：64-65 頁。

43）丹羽 1989：76 頁以下。

一の主体への土地の絶対的帰属の承認にほかならない。その際には、土地に対する、①将軍の権限および②大名・領主の権限の処理が必要であった。それはたんなる政治権力の再編（明治天皇政府を中核とする政治権力の中央集権化）の問題にとどまらず、土地所有制度の変更（いわゆる近代的土地所有権の形成）の一環であったことに留意する必要がある。

(2) 明治維新初期における「普天王土」思想に基づく土地政策

慶應 3（1867）年 10 月 14 日、将軍徳川慶喜は**大政奉還**を願い出て、翌 15 日にひとまず勅許された。これは、①幕府の直轄領に対する土地支配権および大名・領主に対する人的支配権を含む将軍レベルの権力の奉還による処分を意味する。その後、明治天皇政権政府は、慶應 3（1867）年 12 月 9 日、改めて**王政復古**の告諭を出し、より徹底した幕府権力の解体と天皇政権を中核とする中央集権化を進めていった。

慶應 4（1868）年正月 10 日、「日本国天皇」は、「将軍徳川慶喜」が「政権」を天皇に復帰させる旨を請うたことを「各国帝王及其臣人嚮者」に告知する一方[44]、国内の「農商」宛てに、「徳川慶喜」が「大政」を「返上」して「将軍職辞退」を願い出たにもかかわらず、「大政返上」というのみで、「土地人民返上ノ実効」がなく、これまで徳川が支配してきた地所を「天領」と称しているのは「言語道断之儀」である。「往古」のごとくすべて「天朝ノ御料」に復し、「真ノ天領」になったと心得るべきであると布告した[45]。これは、大政奉還・王政復古後も、土地支配権の返上はにわかに実効性がなかったことを示唆している。そこで、新政府は太政官の名で「宮公卿」、「諸侯」、「神社寺院」等に対し、これまでに幕府から「受封」された「判物」（将軍が花押を加えて所領の宛行・安堵などを行った下達文書）を「急々御用」のため「内国事務局」へ差し出すように命じた[46]。明治維新政府はこの頃、国家の基本構造を構築する途上でもあった[47]。もっとも、それは①将軍－②大名・領主－③名請人からなる

44）慶應 4 年正月 10 日第 17。

45）慶應 4 年正月 10 日第 21（布）。

統治の基本構造のうち、まずは①・②の変更を企図するものであり、③の租税の貢納義務者については、明治維新政府は徳川時代の制度を基本的に承継することを確認した。すなわち、租税負担のない土地である「拝領地並ビニ社寺等除地」を除き、①「村々ノ地面」（農村の土地）は従来どおりすべて「百姓持ノ地」であり、それを所持する名請人が租税を負担し、「身分違ノ面々ニテ買取候節ハ、必ズ名代差出シ、村内ノ諸役、支エ無ク、相勤メサセ申スベキ事」とした。他方、②「町分之地面」（町地）は、今後はすべて「町人名前之券状タルベシ」とし、「身分違ヒノ面々ニテ買取候節ハ、必ズ名代差出シ、町内之諸役、支エ無ク相勤サセ申スベキ事」とした[48]。そしてまた、この時点では、田畑永代売買の禁令も承継していた。

将軍から天皇への大政奉還に続き、明治2（1869）年6月、藩主から天皇への**版籍奉還**（藩主が「版」＝封土と「籍」＝領民を天皇に返上すること）が進められた。版籍奉還を願い出た藩に対しては、「政令帰一之思食」をもって、その申出どおりに聞き届けられた[49]。一方、版籍奉還を願い出なかった藩に対しては、「封土版籍返上」が命じられた[50]。そして、版籍奉還と引き換えに、「知藩事」には「現石十分之一」をもって「家禄」と定め、「一門以下平士ニ至ル迄」すべて「士族」と称するものとした[51]。こうして版籍奉還の結果、藩政と知藩事家政の経済が分離された[52]。

大政奉還から版籍奉還を経たこの段階においては、明治政府の官吏の間では、日本の土地はかつての律令制度の下におけるように王土に復帰し、すべて官有

46）慶應4年4月19日第318（太政官）。なお、同日第317（布）「逆徒等様々之造言ヲ流布シ……天子之御保全可被為遊王土ヲ掠メ王民ヲ苦シメ……」も参照。

47）慶應4年4月21日第331（太政官）は、「政体」につき、①「天下ノ権力」は「総テコレヲ太政官ニ帰ス」ものとし、「太政官ノ権力」を分けて「立法行政司法ノ三権」とした。また、②地方の官職は「府」「藩」「県」に区分した。

48）明治元年12月18日第1096（布）（行政官）。

49）明治2年6月17日第543。

50）明治2年6月17日第544。

51）明治2年6月25日第576（達）（行政官）。このうち、家禄は天皇から改めて付与される形をとったものと解される。

になったものと認識された。それゆえに、政府が土地を必要とする事態が生じたときは、一方的な命令で地主等の土地の所持者から土地を取り上げることができるものと理解されていたと考えられる[53)]。

(3) 王土主義から私的土地所有権への制度変更

(i) 制度変更の契機とイニシャティブ

(A) 神田孝平の土地制度改革デザイン　明治政府による土地制度の変更は、明治2(1869)年6月の版籍奉還(前述(2))から、明治4(1871)年10月頃に地券発行の方針が固まる(後述(B))までの間、一瞬小康状態を示す。しかし、まさにこの時に、王土主義から土地私有への制度変更が準備されていたものとみられる。その1つの重要な契機は、神田孝平の**「税法改革ノ議」**(明治2〔1869〕年4月。公議所で提議)および**「田租改革議」**(明治3〔1870〕年6月。集議判官・集議院副議長として建議)における私的土地所有権制度の導入と地価税金納への税制の転換の提言、およびその政府指導層(例えば、井上馨、大限重信、松方正義、大蔵省・地租改正の担当官員等)への浸透であったと考えられる[54)]。特に神田の「田税改革議」は、後の地券発行および地租改正に通じる制度改革提案の中で、最も早く発表され、かつ地租改正への貢献が最も大きかったとされている[55)]。

しかし、さらに注目すべきは、神田の土地制度改革構想の背景には、その基盤となる経済思想と政策構想が存在したことである。それは明治維新前、文久

---

52) なお、明治2年7月8日第620(達)(行政官)により、「官位」を改正して、従来の「百官」および「受領」は廃止された。また、明治2年7月8日第622「職員令」により、神祇官・太政官・民部省・大蔵省等の中央政府の組織と、府・藩・県の地方政府が定められた。そして、明治2年7月17日、東京・京都・大阪を府とし、残りの政府直轄地を県とし、その他の藩はそのままとされた。

53)「一旦政府之〔本邦の田地〕を要とするに及んでは片紙の命下る毎に奔走これを奉ず、地主の権あることなし」(『田税新法駁議』明治7年)。丹羽1989:20頁参照。

54) 丹羽1989:22頁。

55) 工藤1949:104-105頁。

元（1861）年 12 月に記された**「農商弁」**で明らかにされていた商業立国論である。これは「商ヲ以テ国ヲ立ツレバ、其ノ国常ニ富ミ、農ヲ以テ国ヲ立レバ其ノ国常ニ貧シ」の言から始まる。もっとも、それは商業を盛んにして農業を廃れさせてよいという趣旨ではなく、むしろ、農業生産物に対する租税を次第に軽くして農民を疲弊から救い出そうとするものであった。その理由は、東方諸国には農税が重く、人々が疲弊し、人心が散逸し、武備が整わないために、西洋諸国に負けて服属させられる（植民地化される）場合が多いことを危惧したからである。それは後に明治政府の中枢政策となる富国強兵・政府主導による殖産興業の基盤となるものであった。神田は「商ヲ以テ国ヲ立ツル」、すなわち、商業立国を図る利点を 3 つあげる。それは、①農産物や工業製品から得られる利益（収益率）よりも、これらを運送し、貿易することによって得られる利益（収益率）の方が大きいこと、②同じ物でも 2 度・3 度と貿易すれば、商業から上がる利益には際限がないこと、③商業から上がる利益に課税し、農産物からの租税を減らせば、農業の利潤を多くし、山野が開発され、産物は増し、その価格は下落し、それによって工業・商業も盛んになり、農工商が発展し、国家が栄えることである。反対に、農業立国の弱点は、①余程肥沃の地でなければ農業から上がる利潤はその勤労に比して少ないこと、②地力には限界があり、農産物から得られる利益は限られていて、それに課税しても収入は僅かであること、③農業に固執すれば「国家ノ経済」が次第に「窮蹙」し、海陸の武備が次第に「弛廃」することを挙げている。要するに神田は、「交易ノ利ハ限ナク、農業ノ利ハ限アル者ナリ」とみて、「農税」を次第に省き、「工商」を次第に盛んにし、「貿易」を四方に向かって行い、「商法」によって国を立てることにより、国の収入も倍増し、今や急務となった武備を整えることもできることを強調したのである[56)]。次にみる神田による沽券税法の説（地券発行論）の背景に、こうした商業立国としての国家デザインが存在したことは、神田の土地制度改革構想およびそれを契機とする日本の土地制度改革を的確に評

56）神田 1860 ／本庄 1973 所収：77-84 頁。

価するために欠くことのできない視点である。

農税改革に向けた神田の具体的建議は、明治2（1869）年4月の**「税法改革ノ議」**に始まる。それは「田地売買」を許し、その際に形成される「沽券」の値段に応じて租税を金納させる提案である。すなわち、沽券の所持者（地主）にその土地の値段を付けさせて役所の割印を押し、税を減らすために沽券の値段を安くつけることを防ぐために、その値段よりも高価で買うという者があればその者に売らなければならず、それを断るためにはその申し出価格の通りに値段を改め、かつ申し出者にその価格の5分を支払わなければならないとするものである。これは、可能な限り土地価格を高くつける方向へのインセンティブになりうる。それは、従来の検地に基づく石盛（検地によって決定された土地1反当たりの地種（田・畑・屋敷地）および等級（上・中・下・下々）に応じて平均収穫量＝斗代を査定すること。これに土地の面積を乗じてその土地の見積り生産量である石高を算出した）および検見（作物の出来具合を検分し、その年の収穫量に応じて年貢高を修正し、貢租量を決めること）によって収税する煩わしさを省くことができるとする。その具体的メリットは、①農民が米で納税する煩労を省き、②米を運送する費用を節約し、③運送途中の破船・虫喰・鼠喰等のリスクを回避し、④石盛・検見等における収税吏の違法行為を無くすこと等により、「民ヨリ出テシタケ悉ク官ニ収マリ」、そして、⑤政府の収入に大増減がなくなり、「国政ノ要件」である予算を立てることができるようになることである[57]。

沽券税法の構想は、**「田税改革議」**（明治3〔1870〕年6月）においてさらに詳細に展開された[58]。府県下に5〜10村を管轄する役所を置き、沽券と割印をした沽券合帳を備え、価格の変動を書き替え、納税の際に金額の適正を確認し、誰にでも閲覧を許し、写しを請う者には料金をとって官印を付して交付することにより、取引を自由にして価格の適正を担保する。税率は沽券値段の100分

57）神田1869／本庄1973所収：151頁。

58）神田1869／本庄1973所収：152-156頁。なお、ここでは、沽券の値段での買取を申し出た者に対し、沽券の所持者が申し出を拒絶するために支払うべき金額は、申し出価格の1割とする。

の 5〜7 とする。これにより、費用がかかり、賄賂の温床ともなる検地・検見の必要がなくなり、租税の統一と納税の平等が図られ、農民が米を食べることも容易になるとした。加えて、沽券税法の制度は土地の兼併を生じさせ、貧富の差を拡大するとの批判に対しては、人の性格には「智愚」・「勤惰」・「倹奢」があり、「智勤倹ヲ兼ヌル者ハ漸ク富ミ」、「愚惰奢ヲ兼ヌル者ハ、漸ク貧シキ」は「当然ノ理」であると断じた。神田は、富者から奪って貧者に与えることは智勤倹を抑えて愚惰奢を勧めることになり、かえって民を窮苦の中に陥れることになるという、自由尊重主義的な色彩の強い思想を標榜しているとみることができる[59]。これに関連して興味深いのは、田地の売買は「戦国以来」自由であったところを、徳川幕府の中葉以来売買禁止の令が下されたのは「元来不当ノコト」であり、売買を禁止するならば、いったん官が悉く買い上げ、改めて民に渡した後でなければ、「条理」に適わないと論じている点である[60]。ここには、律令制国家の王土思想に基づく土地支配とその崩壊、および鎌倉・室町幕府による土地支配とその崩壊を経た戦国時代の土地支配に、自由主義的な土地制度を読み込むという独自の制度解釈が見出される。

このような神田の沽券税法は、イギリスのロバート・トレンズ卿［Sir Robert Torrens, 1814-1884］が考案し、文政 5（1858）年、南オーストラリアの不動産法（Real Property Act 1858）に採用され、当時のイギリス植民地であったオーストラリア、シンガポール、ペナン、マラッカ、セイロン島（スリランカ）、アメリカ各州で行われていたトレンズ・システムを研究して提案されたものであると推測されている[61]。

神田は沽券税法のほか、様々な国政改革提案をしている。それらはイギリスの政治経済学の影響を受けた自由主義経済思想に基づいている。その端緒と考

59）もっとも、神田は「民ニ貧富ノ差アルハ善キコトニハ非ス」とみる。しかし、それを是正するための方法は「民ノ愚惰奢」をとどめることにあるとする。神田 1869 ／本庄 1973 所収：156 頁。

60）神田 1869 ／本庄 1973 所収：156 頁。

61）清瀬 1917a：142 頁。

えられるのが、**「経済小学」**（慶應3〔1867〕年4月）[62] および**「経済小学上編・下編」**（慶應4〔1868〕3月）[63] である。これは、William Ellis［1800-1881］, *Outlines of Social Economy*, 1846のオランダ語訳からの重訳である[64]。そこに示された私有財産制度・自由競争論に基づく国政論は、神田の諸建議の思想的・理論的基盤になったものと考えられる。神田は「わが国の経済学史上、西洋経済学を学問的な立場から紹介した最初の人である」とも評されている[65]。もっとも、維新前後の日本における経済論の多くは、日本の実情とかけ離れた「翻訳的な傾向」が強く、イギリス流の自由主義的な財政制度等の国政論も、日本における既存の制度下での「当面の事情」を理由に「歪曲」せざるをなかったとする見方もある[66]。西洋経済学の安易な輸入に基づく土地制度改革の提案およびその実施に対しても、後に批判的評価が加えられることになる[67]。

（B）制度化への道程　神田の沽券税法の説は、明治4（1871）年には、大蔵卿・大久保利通、大蔵大輔・井上馨による「地所売買放禁処分一収税法施設之儀正院伺」（明治4年9月）および「三府下地券発行之儀正院伺」（明治4年10月）に見られるように、大蔵省官僚を動かし[68]、法令へと形式化され、その実施を通じて具体化されていった。

こうして地券発行の方針が固まったが、問題は地券に記載すべき地価の決定方法であった。神田の沽券税法のいうように持主に自由に決定させる方式は、土地市場がまだ形成されていない中では現実的でなかった。そうした中、明治5（1872）年4月、当時神奈川県令であった陸奥宗光は**「田租改革建議」**を太政官に上申し、その中で地租金納の前提となる田畑の実価をその土地の良否肥瘠の度合によって規定することを提案した[69]。これは従前の地租制度におけ

62）神田1869／本庄1973所収：85-86頁。
63）神田1869／本庄1973所収：87-112頁、113-156頁。
64）上宮2009：18頁注66。
65）住谷1950：22頁。
66）工藤1949：114頁、116頁註2。
67）例えば、福沢1892などである。後述4（3）参照。
68）北條1992：6頁以下。

る土地評価方法を足場として利用しつつ、金納への漸次的制度変更を企図したものとみることができる。同年 6 月 18 日、陸奥は大蔵大輔・井上馨によって大蔵省・租税頭に抜擢され、同権頭・松方正義とともに地租改正法案の策定に携わり、明治 6（1873）年の大蔵省地方官会同等を通じ、地租改正事業の準備を進めた。

なお、地券を発行し、それを受けた土地の持主個人に税を負担させ、村請制を廃止するという制度改革構想は、明治初年の大蔵省官僚が、Raffles 1817 を通じ、イギリス東インド会社のジャワ知事に任命されたトマス・S・ラッフルズがイギリス支配下の時期にジャワに導入した地税制度であるライーヤトワーリー制度（ライーヤト・ワール地税取決め［ryot-war settlement］）から知識を得ていたという分析もある[70]。

（ii）私的土地所有権制度の導入手段としての廃藩置県および秩禄処分

それにやや先立ち、明治 4（1871）年 7 月 14 日、**廃藩置県**の証書が発出され、「藩ヲ廃シ県ト為ス」ものとされた[71]。当日は在京の知藩事を御前に招集し、免官の御達が下された。在藩の知事に対しては、翌 7 月 15 日に在京の参事を名代として招集し、免官の御達が下された。この時点では 3 府 302 県であったが、同年 11 月には 3 府 72 県となった。その後、明治 21 年には 3 府 43 県となった。廃藩置県の最大の意義は、版籍奉還と（次に述べる）禄制改革によっ

69）福島 1970：100 頁。「従来ノ石高、反別、石盛、免、検地、検見等一切ノ旧法ヲ廃除シ現在田畑ノ実価ニ従ヒ其幾分ヲ課シ年期ヲ定メ地租ニ充テントス。其例仮令田地原価ノ百分ノ五ヲ地租ト仮定スヘシ」。もっとも、それは農民にとって極めて重い負担であった従来の封建的貢租と変わらない負担を課すことでもあった。なお、すでに陸奥は摂津県知事であった明治 2（1869）2 月、租税制度改革の建白書を政府に提出し、土地等級制に基づく金納による地租統一を主張していた。

70）小谷 2012：6 頁、104 頁。ライーヤトワーリー制度は、土地が元々埋め込まれていた共同体的関係から土地を切り離して自由に売買できる単なるモノとし、単純な近代的物権としての近代的私的土地所有を強制的に創出する制度であったと理解されている（同前 32-33 頁）。

71）明治 4（1871）年 7 月 14 日太政官第 350。

て開始された封建的土地支配（領地）の完全な処分、土地の公法的支配と私法的支配の完全な分離にあった[72]。

明治2（1869）年の版籍奉還とともに始まっていた**禄制改革**は[73]、廃藩置県に伴っていったん中止命令が出され、その後は、廃藩置県の事務処理としての**秩禄処分**が進行した。これは明治5（1872）年11月（新暦12月）の徴兵の詔、明治6（1873）年1月（新暦）の徴兵令布告により、明治政府が軍備増強のために多くの資金を要するようになったことによる。まず、明治6（1873）年12月、華士族に対する家禄税が創設、賦課された[74]。そして、「士族以下家禄賞典禄百石未満ノ者」に対して「家禄奉還ノ者へ資金被下方規則」が定められ、永世禄は6年分、終身禄は4年分を一時に下賜するものとした[75]。この処分は、明治7（1874）年11月からは百石以上の者にも適用された[76]。そして、明治8（1875）年9月には、家禄・賞典禄は金禄支給となり[77]、明治9（1876）年8月には、金禄公債となった[78]。こうして禄制も廃止され、近世封建制下における大名・領主の土地支配権（領知、知行）が最終的に消滅した[79]。

72）廃藩置県は、これを主導した薩長両藩による政変に近いとみられる。廃藩置県の背景には、藩主の家または人格に対する忠誠心の低下、藩財政の悪化、廃藩の申し出などがあったが、その中心目的は、政府内部の集権化、欧化、財政基盤拡大に関する急進化政策（大隈重信、伊藤博文）であったとみられる。このような廃藩置県の性格は、明治3年から4年にかけての動き。

73）明治2年6月25日第576（達）（行政官）。知藩事に現石の10分の1を家禄として付与した。

74）明治6年12月27日太政官423号（布）「即今内外国事多端費用モ夥多ノ折ニ付陸海軍資ノ為メ明治七年以後当分ノ所別冊ノ通賞典禄ヲ除クノ外家禄税被設候條……」。明治6年12月27日太政官424号（達）「華士族禄税則」。

75）明治6年12月27日太政官425号（布）。また、「産業資本ノ為メ官林荒蕪地払下規則」により、相当代価ノ半価ヲ以相渡ス」べきものとした。明治6年12月27日太政官426号（達）。

76）明治7年11月5日太政官118号、119号。

77）明治8年9月7日太政官布告138号。なお、明治8年11月10日太政官達193号「金禄支給仮規則」参照。

78）明治9年8月5日太政官布告108号（金禄公債証書発行条例）。

（iii）私的土地所有権の確立過程

その結果、土地に対する支配権は、後に憲法起草過程において復活する土地に対する君主（天皇）の原有権（original property、supereminens dominium）論（後述（vii)(C)）を除けば、かつての名請人が保持した「所持」のみが残ることになった。それに至るプロセスは、以下のとおりである。まず、①明治 4（1871）年 9 月、土地の耕作制限が解除され、**土地利用の自由**が許された[80)]。ついで、②明治 5（1872）年 2 月、田畑永代売買禁止が解除され、「地所永代売買」は従来禁制であったところであるが、今後は**「四民」**とも**「売買」**し**「所持」**することを許される旨が布告された[81)]。この「四民」誰でも可能とされた土地の「所持」は「一地一主」の原則を承認したものであるとされるが[82)]、それは将軍および大名・領主が所有主体から排除されたもので、土地は大政奉還、版籍奉還、廃藩置県および秩禄処分によって官有になったという理解と併存していたものと解される。そのような意味の「所持」は、さらにその後の制度変化により、次第に私的土地所有権へと変容してゆくことになる。それゆえにまた、田畑永代売買解禁によって私的土地所有権がにわかに創設されたとみるべきではないであろう[83)]。この時すでに土地の耕作および売買の自由の承認による地価の形成、地券の発行による地租改正の準備が進められており、土地耕作制限令の解除および田畑永代売買禁止の解除は、地租の金納許可に向けた前提条件の整備であったとみることができる[84)]。

79）大名・領主層の土地支配権の廃棄につき、石井紫郎 1976：127 頁は、「日本の場合は幸か不幸か dominium directum〔上級所有権――引用者補充〕に類するような領主層の支配権は存在しなかった」ために、廃藩置県では「大名の支配権が全く補償の観念なしに止揚され」、秩禄処分でも家禄が「正当な補償という観念によってでなく、……実質的にわずか数年分の額を公債という形で置きかえられたにすぎない」と特徴づけている。

80）明治 4 年 9 月 7 日大蔵省 47 号。

81）明治 5 年 2 月 15 日太政官布告 50 号。

82）福島 1995：19 頁。

(iv) 身分制度から人格平等主義への制度変更

興味深いことに、土地の私的所有の承認への動きは、「四民」・「平民」平等への制度変更と密接に連動していた。すでに、明治 3（1870）年 9 月には、「自今平民苗氏被差許候事」として、農民・町人も姓（苗字）を名乗ることが許された[85]。また、明治 4（1871）年 4 月には、平民の乗馬が許された[86]。同年 8 月には、華族から平民に至るまで相互に婚姻の自由が許され、何ら願い出る必要はなく、戸長への届出のみでよいものとされた[87]。同月、「穢多非人」等の呼び方も廃止され、今からは「身分職業」ともに「平民同様タルヘキ」こととされ、一般民籍に編入された[88]。同年 12 月、職業の自由も認められた[89]。

一方、既述のように大政奉還、版籍奉還、廃藩置県および秩禄処分を経て（前述（2）、(3)(ii)）、明治 4 年までには土地に対する将軍および大名・領主の支配権が廃され、天皇の土地を貢納負担者の名請人が「所持」するに至った段階を経て、土地は、明治 5 年の段階では誰でも売買等によって「所持」できる

83）清瀬 1917a：136-138 頁は、律令体制の公地公民制度の下でも、奉還義務のあった口分田のほか、奉還されずに家での維持が認められた永業田が存在したこと、田畑永代売買禁止令は百姓間の土地兼併による格差拡大の弊害を防止するための社会政策立法であり、百姓でない侍・浪人の田畑や田畑でない宅地等は自由に売買されていたこと、徳川時代にも身代限（いわゆる破産）の場合における債務者の財産処分として、家蔵・屋敷・家財と並んで田畑も取り上げられたこと、徳川時代でも私人による土地の実質的支配権が認められていたことを指摘し、田畑永代売買解禁が初めて人民に土地の私的所有権を認許したものとみることは誤りであるとする。

84）石井紫郎 1976・112 頁。

85）明治 3 年 9 月 19 日第 608。なお、明治 8 年 2 月 13 日太政官 22 号参照。

86）明治 4 年 4 月 18 日太政官第 190（布）「自今平民乗馬被差許候事」。

87）明治 4 年 8 月 23 日太政官第 437（布）「華族ヨリ平民二至ル迄互婚姻被差許候條双方願ニ不及其時々戸長へ可届出事……」。

88）明治 4 年 8 月 28 日太政官第 448（布）「穢多非人等ノ称被廃候條自今身分職業共平民同様タルヘキ事」、第 449（布）「一般民籍ニ編入」。

89）明治 4 年 12 月 18 日太政官 654（布）「華士族卒在官ノ外自今農工商ノ職業相営候儀被差別許候事……」。前掲注 75）・明治 6 年 12 月 27 日太政官 425 号（布）（秩禄処分）参照。なお、公卿・藩主を華族、武士を士族、農工商を平民とする呼称に改め、居住の自由も承認された。

ものとなった。土地は官有であるものの、誰でも土地の唯一の「所持」者になりうること（所持主体の平等）自体が、人格の平等の観念と相互規定的な関係を形成するに至ったものと考えることができる。

（v）土地の私的「所有」権の導入

（A）地券発行　明治4（1871）年9月7日の土地利用制限令解除後、明治政府は同年12月27日、東京府下に**「一般地券」**を発行し、従来無税であった市街地の持主に地租上納を命じた[90]。

年が明けてすぐに大蔵省は、明治5（1872）年1月、東京府に対して「東京府下地券発行地租上納規則」を発令し、地券の発行・書替等の方法を指示した[91]。東京府はこれを実施するために、同年2月10日、「地券申請地租納方規則」を定め、府下6大区の正副区長に布達した[92]。そして、明治5年2月15日の地所永代売買解禁に続き、同年2月24日に大蔵省は「地所売買譲渡ニ付地券渡方規則」[93]を定め、郡村地にも地券を発行した。そこには、地所の所在地・石高・代金額・**「持主」**・「買請人」が記載された。「地券」は「地所持主タル確證」であるから「大切ニ可致所持」とされ、万一水火盗難によって地券を紛失したときは、2人以上の証人を立て、村役人の連印をもって書替を願い出るべきものとした[94]。そして、地券申受のためには、名主・組頭の署名・捺印のある書面が必要であるとし、地券受給者を原則として検地帳名請人とするという方針をとった[95]。それは地券発行・地租改正以前の土地制度とそれ以後の土地制度との連続面の存在を証するものといえる。

そして、政府は翌明治6（1873）年7月28日に「地租改正条例」を発布し[96]、

90）明治4年12月27日太政官布告682号。
91）『法令全書』第7冊416頁以下。
92）北條1992：6頁以下、94頁注7。
93）明治5年2月24日大蔵省25号。
94）地所売買譲渡ニ付地券渡方規則・第6。
95）石井紫郎1976：112頁。
96）明治6年7月23日太政官布告272号。

全国的な土地調査に基づいて地価に課税する金納地租体制の確立を図った。地券の授受の効力に関しては、明治7（1874）年10月発布の布告で、「地券申受ケサレハ買主ニ其地所**所有ノ権**無之候條」（下線および強調は引用者）とし、地券によらない売買が発覚したときは罰金（証印税の1倍）を科した[97]。明治8（1875）年6月には地券によらない売買は**「所有ノ権無之」**とされるにとどまり、地券の交付・書替はもっぱら私法上の所有権取得要件とされた。一方、農民から内務省に宛てられた明治9（1876）年の嘆願書にも、政府が地券を発行したうえは、土地は官有以外はすべて人民の「私有物」に帰し、各自がその**「所有ノ権」**をもつのは明白な理ではないかとあるように[98]、民衆の側にも「所有ノ権」が一般化していった。なお明治6年から発行された地券（**壬申地券**）は、地券の発行を受けた者がその土地の**「持主」**であるとし、その裏書には、地券は地所を**「所有」**する証しであることが明記された。

こうして「所持」から「所有」への移行は、土地に対する私的支配の公的支配からの完全な分離を表象するものと解される。もっとも、地券発行の意義については、(a)唯一の土地所有者である天皇から、農民はそれを分け与えられたもの（王土論）か、(b)事実上すでに成立している人民の土地所有を政府が確証したものにすぎない（近代的所有権論）のか、政府部内でも理解の相違があったことに留意する必要がある[99]。

（B）官林払下げ　明治政府は、軍備増強資金調達等の必要から、同年6月、従来「官林」と唱えて伐木を差し止めていた山林をすべて入札によって払い下げ、「公物」を**「私有物」**に改めることにした[100]。ただし、この措置は翌明治6年に中止された[101]。

（C）総有等の旧慣の廃棄　明治政府は、旧慣に基づく地所付与等を「私

97）明治7年10月3日太政官布告104号。

98）福島1993：188頁に引用された新聞記事。

99）その詳細については、丹羽1989：16頁、25頁参照。

100）明治5年6月15日大蔵省76号。「是迄官林ト唱伐木差留有之候山林都テ御払下ニ可取計……全ク公物ヲ私有物ニ相改候趣意……／入札雛形……」。

101）明治6年太政官257号。

法」として禁止した。そうした禁止対象の中には、旧慣に基づく土地割替制度等が含まれていた[102]。土地割替制度に対しては、土地が一村の総有であり、1人ひとりの所有が存在しない土地での農業は、人を怠惰にさせ、生産力は発展しないと考えられた[103]。それゆえに、明治政府は、一地一主の土地制度への変更を実現するために、土地割替制度の廃絶を強く意図した。にもかかわらず、地券発行後も土地割替制度が強固に存在した地域が少なからず存在したことが看過できない[104]。それは土地の割替を必要とする事情（洪水、その他の潜在的リスクの高い土地等、条件の異なる土地が存在する場合のリスク分配、公平の確保等）、および割替を実施する主体としての村落（村、部落、集落）の存続と密接不可分のものであった。

（D）土地の官民有区分　明治政府は、①明治6（1873）年3月、土地を「皇宮地」、「神地」、「官庁地」、「官用地」、「官有地」、「公有地」、「私有地」、「除税地」に8区分したが[105]、「公有地」には官有地か私有地か曖昧な部分が残った。そこで、②翌明治7（1874）年11月、政府はこの地所名称区別を改正し、「官有地」と「民有地」の2元体系に整理した[106]。官有地は、第1種「皇宮地・神地」、第2種「皇族賜邸・官用地」、第3種「山岳丘陵林藪原野河海湖沼池沢溝渠堤塘道路田畑屋敷等其他民有地ニアラサルモノ」、第4種「寺院大中小学校説教場」に小区分された。一方、**「民有地」**は、第1種「人民各自所有ノ確証アル耕地宅地山林等」、第2種「人民数人或ハ一村或数村所有ノ確証アル学校病院郷倉牧場秣場社寺等官有地ニアラサル土地」、第3種「官有ニアラサル郷村社地及ヒ墳墓地等／民有ノ用悪水路溜池敷堤敷及井溝敷地／公

102）明治5年8月31日大蔵省達118号。「従前土地ノ風俗ニ因リ旧慣ヲ私法トナシ候類間々有之……家抱……水呑……堅ク可令禁止事／不定地年季ヲ定メ割替致シ来候向ハ向後持主相定可申立事」

103）「地券ヲ発スルノ益」（明治6年4月地方官会議提出）。丹羽 1989：25頁。

104）ブラウン 1996、丹羽 1989：49-57頁参照。

105）明治6年3月25日太政官114号（布）。「今般地券発行ニ附地所ノ名称区別共左ノ通更正候條……」。

106）明治7年11月7日太政官120号。

衆ノ用ニ供スル道路」に小区分された（下線は引用者）。そして、かつての「私有地」は「民有地」第1種に、「村請公有地ノ内所有ノ確証有之モノ」は「民有地」第2種に編入した。そして、官民の所有を分かち難きものは、別紙雛形によって内務省に伺い出るべきものとされた[107]。また、1村または数村が積極的に管理してきた土地で、村持ち・村山・村林等と唱えてきたものは、納税の有無、公募の記載にかかわらず民有地とすべきものとされた[108]。

しかし、実際の官民有区分事業における地種決定には支障を来す場合が多く、地租改正事務局や租税寮には夥しい伺いが殺到した。そうした中で、結果的に多くの土地が官有地に編入された[109]。特に村落共同体の入会地や入会山林は「持主不明」として官有地に編入され、利用が禁止された場合もあり、これに対して入会部落民が抵抗するといった事態も生じた[110]。

そこで、**国有土地森林原野下戻法**により[111]、いったん官有地に編入された土地についても、後述する所定の要件を満たした添付書面を付して、明治33（1900）年6月30日までに主務大臣に下戻申請をすることができるものとされた（1条1項）。その期限を経過したもの、または裁判所の判決を受けたものは、下戻の申請をすることができない（1条2項）とされた。これは、「未定地」および「脱落地」にも準用された（1条3項）。下戻申請に必要な添付書面は、①公簿もしくは公書によって所有または分収の事実を証するもの、②高受または正租を納めた証あるもの、③払下・下付・売買・譲与・質入・書入・寄附等による所有または分収の事実を証すべきもの等であった（2条）。下戻しの効果として、下戻を受けた者は「所有又ハ分収ノ権利」を取得した（4条本文）。ただ

107）明治7年11月7日太政官達143号（公有地官民有区分）。なお、明治8年7月2日太政官布告114号、同年10月9日同布告改正参照。

108）明治8年7月8日地所処分仮規則、明治8年6月22日地租改正事務局達乙3号、明治9年1月29日地租改正事務局別報11号達・同局出張官員心得書。

109）牧1981：60頁。

110）林業発達史調査会1956。明治14（1881）年の群馬県入会地騒擾では、入会地の官有地編入に対し、約3万人が抗議して実力行使に及んだ。

111）明治32年4月18日法律99号。

し、取得者は「第三者ニ対スル国ノ権利義務」を承継するものとされた（4条ただし書）。

これら地所名称区別ならびにその改正および国有土地森林原野下戻法[112]による土地の官民有区分の確定は、近代的土地所有権を形式的に付与する行政処分であり、地券発行規則、地租改正条例等の地券制度に関する法令とともに、土地の私的所有制度を構成する形式的ルールの体系の一環をなすものとして重要な部分である。

（vi）土地に対する民の「所有」＋「権利」＝私的土地「所有権」概念の定着

もっとも、日本においては元々「権利」の概念は存在しなかった。したがって、「所有」＋「権利」＝「所有ノ権」（前述（ｖ）(A）参照）ないし「所有権」という概念の成立は、権利概念の成立とも密接に関わっている。元来日本では「権」の語・概念は、政府の人民に対する「権力」の意味で用いられるのが一般的であった。これを示すエピソードとして著名なものが、穂積陳重が伝える箕作麟祥の経験談である。

「其の時分〔明治3年に太政官の制度局で始まった民法編纂会が開かれていた時〕ドロワ・シビル［droit civil］と云う字を私が民権と訳しました所が民に権が有ると云うのは何の事だと云うような議論がありまして私が一生懸命に弁護しましたが中々激しい議論が有りました。幸に会長江藤〔新平〕氏が弁明してくれてヤット済んだ位で有りました」[113]。

これは「権」といえば政治権力（政権）であるという理解が一般的であった中で、「民権」という言葉を用いたときの違和感をよく伝えている。なお、「権利」という言葉は、すでに明治維新以前に、Henry Wheaton, *Elements of International Law*, 1836における“right”の訳語として、同書の中国語訳『万国公法』（丁韙良［William Martin］ほか、1864）に基づき、その和訳本（慶應元

112）同法に基づく下戻しは、官有編入処分の取消しではなく、あくまでも新たな行政処分としての民有化であったと解される。牧 1981：221頁参照。

113）箕作麟祥『一代記』（明治20年）。穂積 1980：62頁（「民権の意義を解せず」）。

〔1865〕年、江戸、開成所）において用いられたが、それも国際法上の国家の「権利」を意味するものであった[114]。また、フィッセリング／津田真道訳『泰西国法論』（1866年訳了、1868年刊行）でも「権利」の語が用いられている。しかし、「権利」の原義は利己的な利益追求の合意をもっており[115]、ただちにそれが今日の「権利」の意味で通用するには至らなかった。

むしろ、幕末から明治維新期には、“right”の訳語として、「通義」（福沢諭吉『西洋事情』）、「求むべき理」（同前）、「権理」（西村茂樹「権理解」明六雑誌42号、福沢『時事大勢論』）、「権理通義」・「権義」（福沢『学問のすゝめ』）、「権」・「義」・「道理」（ルソー／中江兆民訳『民約訳解』におけるdroitの訳）等が併存しており、すぐには確定しなかったこと自体、いかにそれが馴染みのない輸入物であったかを想像させて余りある[116]。しかし、その後「大体1880年代後半において、この訳語〔「権利」〕に安定して行く傾向」がみられた[117]。このこと自体が、日本における“right”=「権利」概念の特色を示唆していて興味深い。

ちなみに、ヨーロッパ諸国では、権利（ius）の概念は所有（dominium）および正義（iustitia）の概念と密接不可分の関係をもって形成されてきた[118]。これに対し、日本においてはそのような権利＝所有＝正義の概念的・内在的な結び付きがない中で、「所有」と「権利」が結合して「所有権」の概念が創出され、定着した。日本では、前述したように、「権利」の用語・概念は元来「政権」を意味した。したがって、droit civilの訳語として創出された「民権」は、政治的意味をもつ文脈において、とりわけ民主主義（democracy）を求める自由民

114）石田1976：94頁。

115）荀子は『前漢書』で「賤権利上篤厚」と述べ、「権利に遠ざかれと、是れ常人の知る所なり」（室鳩巣）といわれるように、「権利」はネガティブな含意をもつ言葉であった。

116）なお、堀達之助ほか編『改訂増補・英和対訳袖珍辞書』（1866年）では、rightの訳として「道理」、「権」を用いていた。

117）石田1976：96頁。野田1979：10頁も、明治初年には「権理」と訳す例も少なくなかったが、大勢は明治10年頃に「権利」に落ち着き、公文書でも「権利」を一般的に用いるようになり、明治20年代に至ると他の語は姿を消すことになったとみる。

118）ヴィノグラドフ／末延＝伊藤訳1972：24頁、56頁、Matsuo 1997: pp. 72–78.

権運動のコンテクストにおいて用いられた[119]。福沢諭吉は、真の「民権」には「参政権」と「私権」の両方が含まれており、しかも私権の問題こそが政権の問題に先行しなければならないのに、政権ばかりが喧しく議論され、「私権の思想」が未成熟であることに警告を発している。すなわち、「私権未だ固からずして之を犯す者も犯さるゝも平気なるが如き漠然たる社会に、唯熱して政権のみの事を講ずるは、或は事の前後緩急を倒にするの謗」を免れず、「文明歴史の正則」に反するものである。「今の日本国人は政権の事を喋々して参政云々の論に熱するよりも、近く一身の私権を衛るの工風こそ肝要なる可し」と危惧した[120]。ここで「私権」の典型例として用いられているのが、家屋や土地を「私有」する「権」としての所有権である。いわく「抑も人生の私有は生命栄誉と共に貴重なるものにして、其得失は身の一大事たるにも拘はらず、彼の家屋を取払ひ、軒先を切り、又私有地等を云々するに付き、其事の滑に行はれて故障の少なきは何ぞや。一方より見れば人心の従重愛す可きに似たれども、若しも人民に私権の思想あらんには、其時に際して多少の困難苦情に逢ふの常なる可し。我輩は其苦情多きを悦ぶにあらず、一個人が謂はれもなき事に不平を鳴らして公共の便利を妨げるが如きは甚だ悪む所なれども、多年の事跡より全体の気風を視察すれば、我日本人民は私権の得失に穎敏なる者と云ふ可らざるが如し」。「私権論の立案は素と官尊民卑の宿弊を憂るに出たるものにして、官辺の漫に高くして人民の謂れもなく低きは、日本社会維持の為めに宜しからず」とする[121]。ここには、政府および人民の双方が私的所有権を尊重することの社会的意義が強調されている。これは、日本に継受された当初の「権利」概念には、その核である「私権」の要素が稀薄であったことを示唆するものとみることがでる。

先にみたように、地券の交付または書替によらない売買の買主には**「所有ノ**

119）それゆえにまた、自由民権運動の衰退に伴って「権利」のもつ政治的意味も小さくなった。石田 1976：96-97 頁、99 頁。

120）福沢 1887：386 頁。

121）福沢 1887：380 頁、382 頁。前述（vi）末尾参照。

権」がないとした明治 7（1874）年 1 の布告（前述（v）(A）参照）に続き、塑像法令上「**所有権**」の語を用いたものとしては、明治 13（1880）年土地売買譲渡規則 4 条、明治 19（1886）年旧登記法 16 条・19 条、その附属法規である登記法取扱規則等がある。そして、明治維新における制度改革の集大成として、立憲君主制の確立を象徴する明治 22（1889）年 2 月 11 日の大日本帝国憲法は、「日本臣民ハ其ノ所有権ヲ侵サル、コトナシ公益ノ為必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」（27 条）として、「**所有権**」の語を用いたのである[122]。その後、明治 23（1890）年民法（いわゆる旧民法）財産編 2 条 2 項第 1、30 条 1 項、明治 29（1896）年民法 206 条等においても「**所有権**」の語が用られ、用語として定着した。

（vii）私的土地所有権の導入に対する反響

（A）士族および農民の不平　土地に対する私的所有権の成立プロセスでは混乱も生じた。明治 8（1875）年から明治 10（1877）年にかけて、各地で地租改正反対一揆が相次いだ。地租改正の準備段階で進められた大名・領主および士族の土地支配権の償却に対しても不満が高まった。とりわけ、明治 9（1876）年 3 月の廃刀令、同年 8 月の金禄公債証書発行条例（前述（ii）注 78）参照）は士族の不満を高め、同年 10 月末から連続して起こった神風連の乱（熊本）、秋月の乱（福岡）、萩の乱（山口）でも地租改正反対の運動が生じた。同年 11 月には真壁一揆（茨城）が、同年 12 月には伊勢暴動（三重から愛知、岐阜、堺に拡大）も勃発し、士族のみならず、相変わらず重い貢納負担に苦しむ農民の地租改正反対も顕在化した。これに対し、明治政府は明治 10（1877）年 1 月、地租を 3% から 2.5% に引き下げることを決定した[123]。しかし、同年 2

122）もっとも、起草者である井上毅は、公用収用の根拠づけとして、この「所有権」自体が君主の国土に対する「最高所有権」＝「原有権」（オリジナルプロパチー）に基づくとみる王土思想を捨て切れずにいた。後述（vii）（C）参照。

123）明治 10 年 1 月 4 日太政官布告 1 号「今般地租ノ儀別紙詔書ノ通被仰出候ニ付テハ明治十年ヨリ地価百分ノ二分五厘ト被定候条此旨布告候事」（法令全書 12 冊 1 頁）。

月には不平士族の大規模な反乱である西南戦争が勃発し、地租改正事業自体がいったん中止した[124]。同年10月、福沢諭吉が西南戦争の直後に記した「丁丑公論」で論じたように、「地租の改正、禄制の変革を以て、士族はますます窮し農民は至極の難渋に陥り」、「不平憤懣はすでに極度に達したるもの」で、「鬱積極まって破裂に至」ったものであるとの分析が、西南戦争の実質を突いている[125]。

このように西南戦争に至る一連の不平士族・不平農民の反乱もまた、日本における私的土地所有権成立の一道程であり、日本の私的土地所有権の概念史ないし「履歴書」（後述5（4）参照）にはそうした士族・農民の鬱屈も書き込まれていることを看過すべきではない。

（B）民権意識の発達――政権論の昂揚と私権論の低迷　もっとも、地券発行を含む土地制度改革プロセスにおいて徐々に進行した私的土地所有権に対する意識は、民権意識の昂揚に通じ、やがてそれは民権論の成長を通じて、自由民権運動へと展開していった。その積極面として、「民会論」・「民会の説」が展開されるようになり、人々の「発論の自由」を許し、「ついには彼の頑士族の頑をも砕て不識不知の際にこれを平和に導くべき」ことを構想する「立憲の民政に赴く」ことが時代の「大勢」であるといわれるようになったことがある[126]。他方、消極面として、権利主張が士族の不平のはけ口になったこともあり、権利といえば「政権」（参政権）が偏重され、庶民にとって最も重要な権利であるはずの土地所有権をはじめとする「私権」の意識が稀薄かつ低調なままであり、政府によっても時に蔑ろにされるというアンバランスを生じたことである[127]。

124）丹羽 1989：34頁。

125）福沢 1877（1901）：35頁、42頁。

126）福沢 1877（1901）：19頁、44頁。もっとも、この時点（明治10年）において福沢が感じ取ったとおりに「立憲の民政」が「大勢」としてその後も発展し、定着したかは議論の余地がある。しかし、この記述は、明治維新期の政治家や啓蒙思想家が、権利意識が普及する中で、将来をどのように展望していたかを窺わせて、それ自体が興味深い。

127）福沢 1887：384-390頁。前述（vi）参照。

（C）王土思想の復活と跛行的所有権観念の醸成　そうした私権論の低迷の中で、王土思想が復活の兆しを見せたことは、注目に値する。すなわち、廃藩置県から地租改正条例の公布に至るプロセスで一旦背景に退いた王土思想は、地租改正事業が一段落した明治 14～15（1881～1882）年頃、皇室財産の設定をめぐり、岩倉具視らの政府指導者層を中心に復活した。その中には、地所売買の解禁・地券交付によって臣民に付与されたのは**「土地ヨリ生ズル所ノ収穫利益ヲ売買使用スルノ権」**であり、**「土壌ヲ挙テ所有スルノ権」**を与えたものではないとする意見書も表れた[128]。

また、明治憲法・皇室典範の起草者である井上毅も、前述した明治憲法 27 条の起草過程において、公用収用を根拠づけるに際し、臣民の「所有権」は君主ないし国家が国土に対してもつ原所有権、すなわち**「原有権／オリヂナルプロパチー」**に基づくものであると解釈する、「王土ノ主義」を支持していた[129]。それは、井上が起草し、伊藤博文の名前で明治 22（1889）年に公刊された同条の解説においても、「所有権は**国家公権**の下に存立する者なり。故に所有権は国権に服属し法律の制限を受けざるべからず」（強調は引用者による）ということの根拠として、「各個人の所有は各個の身体と同く国権に服属の義務を負ふ者なること」（傍点は引用者による）としており、王土王民思想を表白していることにも表れている[130]。ここで君主が国土に対してもつ「原有権」の根拠として井上は、グロティウス（Hugo Grotius, 1583-1645）の『万国公法』〔『戦争と平和の法』〕（De jure belli ac pacis, 1625）を引用して**「最高所有権」**（supereminens domimnium, eminens dominium）を挙げている。もっとも、同時に、国土に対する君主の「最高所有権」を、近時の国法学者は**「国土主権」**の語に置き換えていることにも言及し、「所有権は私法上の権利にして全国統治の最高権の専ら公法に属する者と抵触する所あるに非ざるなり」と説明を加えている[131]。この

128）岩倉具視「地所名称ノ更定等ニ関スル意見書」（明治 15 年 7 月、太政大臣・三条実美宛て）。丹羽 1989：15-19 頁参照。

129）石井紫郎 1976：123-126 頁参照。

130）伊藤／宮沢校注 1940：56-58 頁。

ことは、君主の原有権論（王土主義）と、統治権（公法）・所有権（私法）峻別論とが、明治憲法の発布後においてすらも「混在」していたことを示している[132)]。

王土思想が復活する一方で、臣民に認められた私的な土地「所有権」は、明治維新以前の領主による領知的支配や村落による慣行的規制を取り払われ、自由に売買・使用できる「権利」として定着した。かつての大名・領主による領知（的土地所有）が天皇に奉還され、いわば真ん中が中空になった結果、天皇の王土と市民の無制約の自由という両極の所有権観念が併存し、こうしたいわば**跛行的所有権観念**を背景にした「所有権」が、憲法および民法に規定されて法秩序の根幹に置かれ、それを前提に公法・私法の整備が進み、日本に特有の所有権概念が形成されていった。例えば、道路・河川・橋梁・鉄道等の都市インフラの整備のために、東京市区改正条例（明治 21〔1888〕年 8 月 17 日勅令 62 号）、東京市区改正土地建物処分規則（明治 22〔1889〕年 1 月 29 日勅令 5 号）は用地買収や建築制限について定めたが、同法令の適用区域外は都市の基盤整備等の計画的開発がないままに無規制の状態が放置され、使うも使わないも、何を建てるも建てないも、壊すも壊さないも所有者の自由という土地所有観が醸成された。その結果として、無秩序な都市景観が形成されてゆくことになる[133)]。日清戦争（1894～1895 年）、日露戦争（1904～1905 年）を経て、産業資本の発達に伴う都市への人口集中により、乱雑な宅地化等、無秩序な開発の問題が深刻になるに至ってようやく、大正 8（1919）年 4 月 5 日に都市計画法（旧都市計画法。大正 8 年法律 36 号）および市街地建築物法（大正 8 年法律 37 号）が制定された。しかし、それは一旦生成された、法令の規制がなければ建築・開発自由が原則という観念を修正するものではなかった。また、都市計画事業も国家（中央政府）によるトップ・ダウン方式のみが制度化され、地域コミュティ等のレベルからのボトム・アップによる計画の制度は形成されなかった[134)]。こ

131）伊藤／宮沢校注 1940：57-58 頁。なお、伊藤博文は、皇室も土地等の財産を私有すべきであるとの考えに基づき、皇室地の設定を進めようとした。丹羽 1989：16 頁。

132）石井紫郎 1976：126 頁。

133）原田 2001：13-23 頁。

うして醸成された跛行的所有権観念は、日本の土地を誰がどのように所有し、管理するか、特に「国家公権」が窮極においてどのような管理権限をもつかについて曖昧な部分を残したままであった。そのこと自体が、日本に特有の私的土地所有権概念を形づくる核になったものと解される[135)]。

4. おわりに――日本における土地所有権の成立と特色

(1) 日本における私的土地所有権制度の成立経緯――漸次的形成論

以上の考察から確認されたように、日本における私的土地所有権は、特定の法令の制定により、既存の制度を廃して、特定の時点ないし期間に新規に創設されたものということはできない。むしろ、それはつぎのような諸段階を経て形成された。すなわち、①王土思想に基づく国家の土地制度としての公地公民制が、②荘園領主の私的領有に起因する「領知」の形成に伴って衰退する一方で、土地と人民に対する将軍・大名・領主という階級構造をもつ武家による階層的支配が次第に優勢になった。そうした武家による政治的支配権に基づき、検地によって高請人の「所持」と村の貢納義務を確立した高請制との連続性を保ちつつ、③大政奉還、王政復古令、版籍奉還、廃藩置県、秩禄処分によって将軍・大名・領主の政治的支配権をいったん国家（天皇、官）に吸収し、処分したうえで、④土地の「所持」者による利用・売買の自由の法認を皮切りに私的な権限を抽出し、それに対して地券を発行し、地租改正が行われた。これに

134）原田 2001：23-61 頁。

135）日本的土地所有権の特色として、国家の原有権の内容と市民の私的所有権の内容、その境界が、いわく曖昧なままの状態が続いてきたという点を看過することができない。

国家の国土管理権限を強化し、所有者不明の未利用不動産に対し、一定の利用目的をもった申請があった場合に、いったん国有地に編入したうえで、申請者が利用する民有不動産に転換するシステムとしての、現代版の「山林原野等官民所有再区分」を導入する法制度改革を提唱する見解もある。加藤 2015：304-339 頁、340-348 頁（立法提案）参照。

土地所有権の放棄を認めるか（制度化すべきか）という問題もこの《国家原有権－私的所有権関係》の問題に帰着すると考えられる。

加え、官林払下げ、土地官民有区分等を経て、土地の唯一の「所有」者を確定し、その者にその土地を帰属させるという形式的な制度変更が行われた。そして、それを契機にして、⑤士族と農民の各層による地租改正反対運動、官有地に編入された民有地の返還請求等の人々の様々な反応、⑥それに対する地租軽減や国有土地森林原野下戻法等による調整を経て、⑦土地に対する「所有権」についての意識の生成、とりわけ、王土思想の復活と「所有権」＝自由（法令がない所では無制約）の観念の形成との同時存在という跛行的土地所有権観が醸成された。日本における私的土地所有権の制度は、以上のような経緯を経て、漸次的に形成されたものとみることができる。このような認識は、制度変化の経路依存性を踏まえた開発法学による制度変化の連続性の理解に合致する[136]。これを私的土地所有権制度の成立に関する漸次的形成論と呼ぶことにする。

この経緯の中で特に確認すべき重要な点は、第1に、公地公民制において宣明された土地に対する国家の権限（その究極的権威は王権に由来する）は、武家政権の強大化に伴って衰退したものの消滅はせず、明治維新期に王土思想として再興した後も、地券所持者に「恵与」された所有権との関係を曖昧にしたまま、継続してきたことである（もっとも、国土全体を測量し、掌握・管理することはいまだかつて完遂されておらず、国家の権限といえどもノミナルな宣言の性質のものであったことを拭きれない）。

他方、第2に、土地の「所持」者による利用・売買の自由、地券発行による土地の「所有ノ権」・「所有権」の導入および地租改正による地価税の課税という形式的な制度の変更をもたらした主体として、神田孝平の商業立国論およびこれに呼応した大蔵省官僚らの政策判断が影響力をもち、それに基づく法令は、土地利用を規制し、再配分システムを整備する前に、土地取引を容易にし、土地価格を上昇させ、土地を経済成長のための主要な資金調達手段とする土地本位制の形成を促した。それは国家的規制からの私的土地所有権の自由を強く要請した（もっとも、地券受給者を旧制度下の検地帳名請人とする方針により、地主

136）前述1（2）参照。

による土地支配が維持・拡大され、市民の自由な土地所有権の導入という形式的制度の変更にもかかわらず、地主による土地支配の面では旧制度との連続性が維持された)。

その結果、第3に、土地に対する国家の権限と所有者が享受すべき自由との関係について、以上の経緯を反映した曖昧さを引き摺りながら、土地は国家のものであるような私人のものであるような所有権制度が出来上がった。こうして成立した日本の私的土地所有権の基本的性格は、土地所有権問題（前述1(1)）に対処する際にも、念頭に置く必要がある。

ちなみに、私的土地所有権制度の成立問題を大前提にして、特定の土地に対する個々の私的土地所有権の帰属者が誰であるかをめぐる問題も顕在化した[137]。これについては、(a)土地の私的所有権は、明治4（1871）年以降の地券発行に始まり、明治32（1899）年の国有土地森林原野下戻法による土地の官民有区分の最終的確定（明治33〔1900〕年6月30日を申出期限とするもの）に至る、政府の処分行為によって確定・創設されたとみる「処分決定説」がある[138]。しかし、これに対しては、①地券は私的土地所有権を創設する効力をもつものではなく、土地所有者であることを確認する機能をもちうるにすぎないゆえに、地券があっても所有権の存在を保障するものではないし、地券がなくても私的土

137）例えば、①寺の敷地の一部（5筆）の所有権が個人（登記名義人であった住職が抵当権を設定し、その実行によって競落した者）に属するか、寺に属するかが争われた事件（大判昭和12年5月12日民集16巻585頁）、②用水敷地の所有権が水利組合にあるか、国にあるかが争われた三田用水事件（最判昭和44年12月18日訟月15巻12号1401頁）、③河川敷地の所有権が個人にあるか、国にあるかが争われた道頓堀訴訟（大阪地判昭和51年10月19日判時829号13頁〔確定〕）等々の裁判例がある。

138）前掲注137）における②三田用水事件（最判昭和44年12月18日訟月15巻12号1401頁）および③道頓堀訴訟（大阪地判昭和51年10月19日判時829号13頁〔確定〕）における国（法務省）の考え方である。裁判例にも処分決定説に立つものがある（東京地判昭和47年4月13日訟月18巻7号45頁）。処分決定説に立つ場合、国有土地森林原野下戻法の法的性質は、地所名称区別およびその改正による官有編入処分の取消しではなく、新たな下戻処分であると解されている（大判明治40年2月1日法律新聞408号11頁、東京高判昭和40年12月16日訟月11巻12号71頁）。宝金1977：140頁参照。

地所有権の成立が認定されることはありうるという反論がある[139]。また、②実質的に私的土地所有権に相当する土地の総括的支配が存在していた以上は、国有土地森林原野下戻法に基づいて下戻申請をしなかったという一事のみによって所有権の主張ができなくなるとはいえないという反論もある[140]。

そこで、(b)私的土地所有権は、明治維新の前後を通じて、土地に対して実質的に最も強い支配力（「総括的支配」）を認められていた者に対して承認されてきたとみる見解がある。三田用水事件最高裁判決のほか、裁判例にはこの立場に立つものが多い[141]。この見解は「所有者自然決定説」と呼ばれている[142]。しかし、同最高裁判決後にも処分決定説に立つ裁判例があり[143]、処分決定説と自然決定説の争いは続いているとの見方もある[144]。

この点につき、前述した私的土地所有権制度に関する漸次的形成論の立場からは、両説の架橋と調整が可能であるように思われる。すなわち、特定の土地に対する個々の私的土地所有権の帰属者決定に際しても、私的土地所有権の帰属決定に関する政府の法令に基づく処分は尊重されるべきであるが、既存の制度との連続性を切断することについて、正当性を欠く処分が行われ、それに対する社会的承認が得られない事情があったとすれば、当該処分によっては私的土地所有権の帰属は決まらないというべきであろう。例えば、私的土地所有権の帰属者の確定が容易でない土地所持の関係が存在したような場合、三田用水事件、道頓堀裁判等で問題になった脱落地の所有者の確定は、既存の土地支配の経緯と現状を顧みることなしに、形式的な処分の有無に従って行うことはで

139）例えば、前掲注 137）に引用した②三田用水事件の第 1 審判決（東京地判昭和 36 年 10 月 24 日下民 12 巻 10 号 2519 頁・判時 278 号 4 頁）参照。

140）例えば、前掲注 137）に引用した②三田用水事件上告審判決（最判昭和 44 年 12 月 18 日訟月 15 巻 12 号 1401 頁）参照。

141）例えば、前掲注 137）に引用した①・②（三田用水事件上告審判決）・③（道頓堀訴訟判決）がある。

142）宝金 1977：141 頁。

143）東京地判昭和 47 年 4 月 13 日訟月 18 巻 7 号 45 頁。

144）宝金 1977：142 頁。

きないであろう。同様の問題は、開墾永小作地の場合において、実際には開墾永小作人ではなく、地主に地券が交付されたこと[145]、質地小作に対しては、従来の質地小作慣行が否定され、3年以内に債務を弁済しなければ、質置主は所有権を失うとされたこと等[146]、これらの処分による私的土地所有権の帰属確定に対しては、既存の土地支配の経緯と現状をも考慮して、再検討する余地があるであろう。

(2) 土地の商品化と土地本位制の形成

明治維新の土地改革を契機に、土地取引が自由かつ容易になると、地主や会社への土地集中が進む一方で、土地の投機的取引が進行し、土地は特別の財産として取り扱われるようになった[147]。日本の土地価格は上昇し続け、土地神話が形成された。会社や個人事業者は土地を担保に金融機関から事業資金を調達した。こうして企業が土地担保金融を主要な資金調達手段とする「土地本位制」が形成され、土地は高額な交換価値をもつ資産として商品化した。その結果、土地所有権の絶対性が強調され、土地利用規制は財産権保障との緊張の度を高めた。そして、地価高騰とその対応策、バブル崩壊後の少子高齢化の進行

145）明治8年7月24日太政官指令。水林1972：1530頁以下参照。ちなみに、認定永小作の慣行は廃止され、普通小作に解消されたが、普通小作については「地主ニ於テ適宜ニ小作株ヲ与奪スルノ権アル」ものとされた。

146）明治6年1月17日太政官布告18号「地所質入書入規則」4条。水林1972：1533頁。さらに、差配小作地に対する所有者の決定方法につき、大判明治12年1月23日明治前期大審院民事判決録4・23頁以下（小作証文催促一件）参照。

147）丹羽1989：302頁は、「現在、住家が建っている土地は、サラ地よりも値段が安いというのが常識になっている。……このようなことが『常識』になっている今のわが国の社会は異常である。……宅地は、そこに家を建てて住むという土地利用とは切断された、たんに売買し、投機の対象となる『物件』にすぎない。このような土地所有のあり方は、明治政府が先頭に立って、明治以来育ててきたものであった。……そもそもこの投機性は、わが国近代の土地所有がはじめから持っている属性なのであった」と指摘する。

そして、この土地の投機性は、反対に地価が下落し、その維持・管理コストが上昇し、投機対象としての価値を失うに連れ、土地の維持・管理の放棄、空地（・空家）問題の発生、その状態が長引くことによる所有者不明地の増加の一因にもなっているとみられる。

による地価下落、空家・空地問題の深刻化、地方の過疎等の問題に対しても、基本的に土地の需給論に則ったコンパクトシティ化、誘導居住水準の設定等、経済の論理に従った政策が繰り返されている[148)]。そのこと自体は極めて合理的な対応として評価できるが、土地所有問題の抜本的な解決にはなかなか近づくことができないことも感じ取られている。ここでは問題の根源から目を逸らすことはできない。それはまさに明治維新期の私的土地所有制度の形成プロセスに見出すことができる。

田畑永代売買の解禁、地券発行、地租改正等、明治維新期の一連の土地所有制度改革により、土地の流動性は高められ、土地は商品化し、後に土地本位制を支えることになる。その契機となった地租改正に対し、福沢は明治25（1892）年4～5月の『時事新報』に発表した「地租論」おいて、当時議論になった地租軽減論を契機に、地租改正自体にまで踏み込んで、以下のように評している。

「先年の地租改正は文明流行の熱狂中に断行したることにして、之を改正して百年の得失如何を考へたるに非ず、国有の性質を具へたる土地を改めて人民の私有に帰するの大事を思ふたるに非ず、地租を低くして其利益は到底何者に帰す可きやを究めたるに非ず、其実は当時在朝の儒流書生輩が少しく翻訳の書を読み又西洋人の説など聞き、宿昔斯民休養の儒魂に投ずるに西洋商国の新説を以てし、一時心酔の余りに匆々着手したる政策にして、今日より之を思へば其策の完全ならざるのみか、寧ろ明治政府の一大失策として計ふ可き程のものなれば、其改正の本体に於て既に非難を免かれず、況んや当時改正と共に政府の人が公示したる地価百分の一にまで云々の一言に於てをや」（下線は引用者）[149)]。

こうして福沢は比較的強い口調で、地租改正および当時議論になっていた地租軽減論を批判している。もっとも福沢は、「地券を発行して土地の所有権を固くしたるのみならず、古来国有の性質を備へたる一切の田畑山林を人民の私有に改め、其私有地の売買を自由にし便利にしたるは日本開闢以来の一大改

148）松尾 2018：142-143 頁、146-147 頁。

149）福沢 1892：128 頁。

革」（下線は引用者）であるとし、「種々様々の利益も少なからず又弊害も少なからざる」と公平に観察している。にもかかわらず、その「弊害の甚だしきもの」として、地租改正により、小農民が容易に土地を失い、都市の商人を含む富豪がこれを容易に兼併して大地主となり、年々格差が拡大し、小作人が困窮する中、地租軽減は富豪大地主をますます有利にし、大地主と小作人の中間にある自作農民までもが土地を失う傾向に拍車をかけたことを強調している[150)]。商人・地主の中には、田舎で土地を買う際に、直ちには買わずに、「持主の身元不如意なる者を撰び」、土地を抵当に金銭を貸し付け、返済期限に支払えなければ利息を元金に組み入れて証文を書き替え、これを何度か繰り返し、利子を膨張させて、抵当地を直流れとすることにより、土地を半値で取得する手法も顕著になっていた。「地主の経済法は一家の私を目的として左右を顧みず、其緻密なること水も漏らさぬ有様」で、「経済社会の惨状」を呈した[151)]。

このような弊害をもたらした地租改正につき、福沢はそれが「何人の発意にや、西洋諸国は商を以て国を立て日本は農を以て国を立つ」ことが「田舎風にして、与に文明の事を語るに足らず」とした議論から生じたことを示し[152)]、暗に神田の「農商弁」（前述 3（3）（i）（A））を批判している。それは、福沢が「翻訳の書」を通じた「西洋人の説」、「西洋商国の新説」とみた自由主義経済学の理論を、神田がその前提状況の異なる日本に拙速に導入しようとしたことに対する福沢の批判でもある[153)]。

150）福沢 1892：121-122 頁、122-123 頁。当時、府県会議員の選挙権は地租 5 円以上を納付する者であったが、その数は次第に減少していた。その原因は、紙幣の濫発によって穀物価格と地価が高騰し、好景気になった後、緊縮財政と不況により、税負担に堪えず、困窮して土地を手放す農民が増えたことにある（同前 123-124 頁）。

151）福沢 1892：134 頁。もっとも、福沢は「私権論」では、道路拡幅事業のために土地の明渡しを求める政府に対し、土地利用者がさしたる抵抗もなしに唯諾々と応じておきながら、事業が実施されないのを見て再び利用し始め、いつの間にやら旧状に復してしまうという事象にみられる私権意識の稀薄さを嘆いていた（前述（3）（vi）参照）。しかし、このことと「地租論」における土地の公共性の側面の重視、土地の商品化に対する批判的洞察とは、けっして矛盾するものではないと考える。

152）福沢 1892：122 頁。

ちなみに、福沢は日本の土地が古来「国有」の性質をもっていたことを再三強調しており[154]、また、「地租論」の冒頭で紹介されているもう1つの「輓近の西洋経済論」は、先に言及した自由主義的な「西洋人の説」とはまた別の、「土地国有」論であることにも留意する必要がある[155]。さらに、当時「経済社会の上流」者の間で流行し始めた地租軽減論は、元々「外国の学者先生が、田舎地方を巡回して事情を視察し」、田地の収穫に比して日本の地租が重いと断じた「外国人の皮相論」に依拠し、また、政党が国民の歓心を買うために用いられていたことにも注意を喚起している[156]。

地券制度の導入によって土地売買が従来よりも遥かに容易になり、土地の利用規制が進まない間に土地の兼併が進んだことは、土地を商品化して市場の原理に乗せ、土地の資産価値を主要な担保手段とする金融制度を発達させ、土地本位制を形成することに寄与した。それは、日本における私的土地所有権の基本的な機能と特色を規定し、様々な土地所有問題に対する政策も基本的に市場原理に則った需給調整を中心手法とすることに通じた。例えば、空家・空地問題、地方の過疎化や都市のスポンジ化等に対処するための立地適正化計画に基づくコンパクトシティづくりの試み等がある[157]。しかし、市場原理に則った需給調整論のみによって土地所有問題に対処することが可能かどうかは疑問であり、そのほかに政府や地域コミュニティが公共の福祉との調和を可能にする

153）福沢 1892：128 頁。神田は「農商弁」に続き、イリスの政治経済学に基づく「経済小学」も記している。前述 3（3）（ｉ）（A）末尾参照。

154）福沢 1892：119 頁、122 頁、128 頁、129 頁。

155）福沢 1892：115-119 頁。ちなみに、『資本論』の第 1 部（マルクス）は 1867 年、第 2 部と第 3 部（マルクスの遺稿に基づきエンゲルスが編集）は各々 1885 年と 1894 年に刊行されている。その第Ⅰ巻の英訳が、1887 年 1 月に出版されている（translated by Samuel Moore and Edward Aveling, edited by Frederick Engels, *Capital*, *A Critique of Political Economy, Volume I, Book One: The Process of Production of Capital*, Progress Publishers, Moscow, USSR）。

156）福沢 1892：139-140 頁。

157）松尾 2018：142-143 頁、147-148 頁。

ためにより積極的な調整を図ることの必要性と手法も探る余地がある。

(3) 私的土地所有権の自由と公共の福祉との調整

本稿冒頭の土地所有権問題において確認したように、私的土地所有権の自由と公共の福祉による制約との調整は、1980年代後半の地価高騰と1989年の土地基本法の制定を契機に改めて顕在化した。しかし、その原因は、土地の私的所有権制度の成立経緯（前述（1）参照）に遡ることに注意すべきである。

日本における土地の私的所有権の形成プロセスの特色として、将軍・大名・領主の土地に対する領知（的土地支配）が、戊辰戦争や西南戦争を除き、全国的な武力闘争にもよらず、対価的意味をもつ償却にもよらず、「各藩の推譲」によって「容易ニ一般ノ統治ニ帰シ」[158] たことが挙げられる。こうしていわば従来の土地支配構造の真ん中が中空になった結果、天皇の王土と（法令がない限り）所有者の無制約の自由という両極の間で揺れ動く跛行的土地所有権観念を醸成した。すなわち、明治憲法が日本臣民に「安全ヲ保明」した「所有権」は**「小民ニ恵賜」**されたものと解説され、しかもそれは「実ニ史籍アリテ以来、各国ニ其ノ例ヲ見サル所ニシテ、中興新政ノ紀念タル者ナリ」と積極的に評価されたのである[159]。しかし、こうして「容易ニ」もたらされた所有権観念については、「国家の下での私的所有権とは何かという根源的な問い」をめぐる議論を経ることがほとんどなく、政府は「当初から少なくとも明治憲法制定の時に至るまで一貫して土地問題を租税制度の角度から把えて来た」一方で、所有者側も「基本的にこのような移行を甘受していた」とみられる経緯は[160]、必ずしも手放しで評価することはできないであろう[161]。

なぜなら、かつての高請地の土地の「所持」が武家による階層的な土地支配秩序から解放されて一人歩きするようになった一方で、新たに「国家公権ノ下ニ存立スル」とされたことによって形成された跛行的土地所有権観念において

158）伊藤 1889：50頁／宮沢校注58頁。
159）伊藤 1889：50頁／宮沢校注58頁。
160）石井紫郎 1976：115-116頁。

は、まず、①所有権の制限は「国家公権」によるものと観念された[162]。それは「公共」の福祉による制限とは似て非なるものであり、いわば上位者としての中央政府の権力行使による下位者としての臣民の自由の制限として捉えられるものである。それはまた、国家公権＝「お上」による規制のない所では所有は自由＝無制約という意識を醸成することにもなったと考えられる。また、②「小民ニ恵賜」された土地所有権を放棄すること、それによって土地を国家公権＝「お上」に返上することができるのかについても特に問題意識がもたれることもなく曖昧なままであった。これらのことは、中央政府の権力が天皇主権から国民主権に移行した現在でも、国民の意識の上では一定の連続性をもっていると考えられる。なぜなら、都市計画１つとっても、地域コミュティのレベルで共同の利益を確認しながら、ボトム・アップの方向で「公共」の利益を形成したり、放置された土地や放棄希望のある土地を活用する制度は、いまだ一般化していないからである。これらは、先に確認したように、日本の私的土地所有権の形成プロセスに起因する特色であり、その文化的・社会的背景も考慮に入れながら[163]、制度改革の内容と方法を検討する必要がある。

161）私的土地所有権は「小民」に「恵賜」されたものであるから、国家権力が必要に応じて土地所有権を制限するのは当然だと考えるがゆえに、国民の側ではいつ襲ってくるか分からない制限から所有物を死守することに躍起となり、延いてはゴネ得すら求め、そのことが土地の公共的利用を妨げるという悪循環を生じさせてしまった感もある。このことは、反対に、人口が減少し、高齢化等で土地利用が減退し、財産価値が下がった土地については、所有者が土地の管理を放棄し、時に所有権放棄による国庫帰属を主張することにも通じているように思われる。これらは表裏一体のものとみることができる。一方、土地からの徴税に主たる関心をもっていた国家の側も、土地を臣民に「恵賜」した際、所有権放棄の可否や条件について定めることにまで関心をもっていなかったように見受けられる。

162）伊藤 1889：48 頁／宮沢校注 56 頁。

163）明治憲法が日本臣民に安全を「保明」する所有権が、「国家公権ノ下ニ存立スル」と解説する井上毅の思想は、所有権の制限を上位者の下位者に対する監督・後見義務の履行として捉える「職分」論の伝統を引くものであると解する見方もある（石井紫郎 1976：123 頁）。それは所有権の制限を共同体としての社会の自律の問題として把握するヨーロッパの所有権観とは異質のものである。

(4) 私的土地所有権の担い手としての地域コミュニティの再評価

土地所有権の自由と公共性との調整に関わる問題として、地券発行・土地官民有区分に際し、入会地の管理主体であった地域コミュニティ――近世の生活共同体であり、村請制の単位であり、入会地を管理した**「村」**（近世村落）[164]――に対し、必ずしも独立した私的土地所有権の主体たる法的地位（法人格）を与えなかったことがある[165]。地域コミュニティは土地利用計画の策定等、所有の自由を制約するボトムアップ型の公共性の第1次的形成主体として重要な役割が期待される存在である。それは私的所有権制度の問題であるとともに、地方公共団体の組織化の問題でもあり、両側面からの考察を要する。

明治政府は、廃藩置県（前述3（3）（ii））に先立ち、①明治4（1871）年4月4日戸籍法により、各地方に区を置き、区長・副区長を置くことを各藩に命じた。その後、②明治5（1872）年4月9日太政官布告117号により、旧来の村役人（庄屋、名主、年寄等）を廃止し、戸長・副戸長と改称する旨を命じた。そして、③同年10月10日大蔵省布達146号により、区（大区）に区長、それを区分した小区に副区長を置き、従来の村役人をこれに当てることを府県に命じた。この大区小区制の下で、旧来の**「村」**（近世村落）の取扱いは各府県によって様々であったが、小区の中に「組」として位置づけられ、組総代を置き、旧来の五人組に基づく伍長を置く地方が少なくなかった[166]。④明治7（1874）年3月8日太政官達28号は、区長・戸長を官吏に準じる身分とした。こうして、旧来の「村」は明治政府の官僚機構の下部組織に組み込むことが企図され、

164）その内部組織は、一般に、各家（の家長）が五人組に組織され、村方三役といわれる名主（庄屋）・組頭（年寄）・百姓代によって統治された。大島1994：75頁。

165）その結果、入会地は、いわば適切な受け皿を与えられず、個人名義の民有地か官有地に編入されることになった。

166）大島1994：77-88頁。その際、かつての「村」の入会地、その他の土地につき、「組」の名義で登記が認められた例もあり、注目される。例えば、筆者が調査したN県U市のS部落（区。権利能力のない社団の実質を備えるものと判断される）は17筆の土地を所有しているが、そのうちの9筆が「Pほか○名」といういわゆる記名共有地、4筆が市（合併前においては町）との協定によって市の名義で登記されており、残りの4筆は「組」名義で登記されている。

地租改正も「村」単位で遂行された。しかし、明治初年の世直し一揆、農民騒擾等が「村」単位の結束によって惹起・拡大された経緯にも鑑みて、「村」に法人格を付与する等、共同体的団結やそれによる政治活動を促すような措置に対し、政府は消極的であった[167]。

大区小区制は、④明治 11（1878）年 7 月 22 日の新三法、すなわち、郡区町村編制法（太政官布告 17 号）・府県会規則（太政官布告 18 号）・地方税規則（太政官布告 19 号）によって改変され、大区・小区に代えて郡・町村が置かれ、かつ府県と町村には議会の設置が認められた。そして、町村制の基本方針は、従来の**「村」＝「組」＝部落（集落）**を超えた、複数の「村」を統合した新たな町村秩序の創出であり、中小地主を中心とする村落体制の再編であって、そのために複数の「村」＝部落（集落）有財産を統一化することが勧奨された。なぜなら、各部落（集落）がそれぞれ共有する山林原野は各部落（集落）が独自の利害を主張してバラバラになり、町村行政の円滑を欠き、共同事業の遂行に支障を来すと考えられたからである。しかし、近世以来の生活単位であり、日常的に団結してきた「村」＝部落（集落）および部落（集落）有財産を上から統合することは、必ずしも実効的ではなかったし、土木事業や小学校等の経費分担をめぐって部落（集落）間の対立も頻発した[168]。

こうした経緯に鑑みると、新たな町村を地方自治の中核として統治体制を再編する試みは、共同事業や民主主義の担い手の育成という観点からは、やや規模が大きすぎ、実際的ではなかったように思われる。むしろ、お互いの顔が見える範囲の、生活環境利益を共有する、近世以来の伝統的な「村」＝部落（集落）の単位に改めて法人格を与え、部落（集落）の名で不動産登記等ができるようにすることを検討すべきであるように思われる[169]。

(5) 土地所有制度の「履歴書」としての土地所有権概念

本稿では、日本の土地所有権制度の形成プロセスと、その中で醸成されてき

167）大島 1994：88 頁。

168）大島 1994：202-203 頁、坂口 2014：60-61 頁参照。

た私的土地所有権概念の特色を確認した。土地所有権の概念は、歴史的・地理的に各国に固有のものであり、民法、その他の形式的ルールにおける土地や所有権の定義規定の類似性にもかかわらず、非形式的ルールも含む制度の中では、同じ土地所有権は2つと存在しないといってよい。すなわち、同じ国家においても、歴史を通じて妥当する不変的な土地所有権概念は存在しないし、同じ時代においても国家を超えて妥当する普遍的な土地所有権概念も存在しない。土地所有権制度の違いが各国の各時代に特有の「風土」を形づくるゆえんである[170]。

こうしてみると、土地所有権の概念は各国の土地所有制度の「履歴書」ともいうべきものである。なぜなら、それは土地や所有権に関する民法や土地法の抽象的で形式化された条文によっては単純に表現することのできない、歴史的に形成された複雑なルールの蓄積だからである。例えば、土地所有権の内容は、最も自由に土地の使用・収益・処分・占有ができるものであるとしても、土地に成立する他の種類の権利の内容、それらと土地所有権との効力関係によって多様でありうる。また、「公共の福祉」による土地所有権の制限という同一または類似の文言を用いていても、その具体的中味は、土地支配をめぐる国家と国民との相互作用の歴史の蓄積により、各国において意味内容が異なり、それもまた土地所有権の実質的内容を異なったものにする。それは土地の支配をめ

169）ちなみに、川島1968：108頁は、不動産登記法を改正して「入会権」の登記を認め、その主体としての部落（集落）名義での不動産登記を認めるべきであることを提案していた。もっとも、慣習法によって内容の多様な入会権を、不動産登記法を改正して登記可能な権利として追加することをしなくとも、部落（集落）を土地の所有権（あるいは地役権、賃借権）の主体＝登記名義人として認めることにより、十分に対応できるのではなかろうか。そのための実体的要件として、例えば、明治維新以前から存在する部落（集落）に典型的に見られるように、定款を備え、代表者、総会、財産管理についての定めが確定し、固定資産税等の納税主体として認定され、手続的要件として、部落からの申請があった場合には、市町村長の認証により、法人格を付与するもの（いわば特例認証地縁団体法人）とすることが妥当であろう。一方、団地造成等によって新たに形成された団地の自治会等の場合は、原則として、認可地縁団体法人（地方自治法260条の2）としての法人格取得の手続をとることが考えられる。

170）前述1（2）末尾および前掲注12)-14）および該当本文参照。

ぐって過去に形成されてきたルールが幾重にも重なった「地層」のような存在でもある。そして、「履歴書」にせよ「地層」にせよ、その最新の時点における記載または層によって示されている現在の土地所有制度は、それまでの蓄積の上にのみ存在するのであり、そのことは現在の土地所有制度と過去のそれとの連続性を否定することができないことの理由を説明するものでもある。

冒頭に提示した土地所有権問題に対処するために、日本の土地所有制度をどのように改革してゆくべきかを考える際には、そうした土地所有制度の「履歴書」がたえず熟読されるべきである[171)]。本稿がそうした「履歴書」づくりへの小さな一歩になることを願うばかりである。

171）例えば、土地所有権問題の中で、現在最も懸案になっている土地所有権の放棄の可否、放棄が可能な場合の法律構成と要件についても、その根本問題は、日本における私的土地所有権の実体的内容が、国家との関係で、いったいどのような性質のものであるのかに帰着する。その理解次第では、土地所有権の放棄が、(a)最高所有権者である国家に所有権をいわばお返しする行為なのか（その場合、放棄を否定することはできないが、立法により、一定の費用負担を求めることは可能である）、(b)いったんは完全に私有された所有権を国家に改めて引き取ってもらう行為なのか（一方的な放棄は原則として不可能で、国家が同意すれば、その提示した条件の下で所有権の移転が可能になる）、(c)所有者が管理意思を失ったと判断された土地を、廃棄物を回収するように、公共の福祉の観点から回収・管理する行為なのか（放棄は可能であるが、費用を実費請求しうる）、基本的な考え方が分かれるであろう（土地所有権の放棄に関しては、田處 2017、吉田 2017 参照）。

しかし、さらに考慮を要するのは、日本の場合、国家（政府）が人民の土地利用にどこまで管理介入してきたかという点である。律令国家の王土主義および公地公民制度といえども、それがカバーしていた土地の範囲には限定があったし、明治維新における大政奉還・王政復古令・版籍奉還・廃藩置県・秩禄処分も、日本全土を王土として具体的に掌握したものではない。土地に対する国家の管理の度合いを測る試金石として登記制度がある。日本では、所有権の保存、移転等の権利の登記については対抗要件にとどめている（民法 177 条）。また、土地の境界について、不動産登記法上の 1 筆の土地の一部を区画して売却によって所有権を移転することを認めている（ただし、筆界自体は当事者が合意で定めるものではない。山野目 2009：251 頁）。このように土地の管理を相当程度当事者に委ねていることも、日本の登記制度およびそれを含む私的土地所有権制度の特色の 1 つであると考えられる。

【参考文献】

石井紫郎（1966）『権力と土地所有』（東京大学出版会）
———（1976）「西欧近代的所有権概念継受の一齣——明治憲法第二七条成立過程を中心として——」季刊・日本思想史 1 号 109-133 頁
石井良助（1952）『日本不動産占有論——中世における知行の研究』（創文社）
———（1976）『日本法制史概説（改版）』（創文社）
———（1989）『江戸時代土地法の生成と体系』（創文社）
———（1993）『日本の歴史を読み解く』（明石書店）
石田雄（1976）『日本近代思想史における法と政治』（岩波書店）
伊藤博文（1889）／宮沢俊義校注（1940）『大日本帝国憲法義解・皇室典範義解』（国家学会／岩波書店）
上宮正一郎（2009）「Social Economy とエリス」国民経済雑誌 200 巻 3 号 1-18 頁。
ヴィノグラドフ、P・G ／末延三次＝伊藤正己訳（1972）『法における常識』（岩波文庫）
遠藤研一郎（2016）「不動産所有権に関するいくつかの今日的な課題」比較法雑誌 50 巻 2 号 61-75 頁
大島美津子（1994）『明治国家と地域社会』（岩波書店）
小野武夫（1948）『明治前期・土地制度史論』（有斐閣）
加藤雅信（2001）『「所有権」の誕生』（三省堂）
———（2015）「急増する所有者不明の土地と、国土の有効利用——立法提案『国土有効利用の促進に関する法律』——」高翔龍ほか編『日本民法学の新たな時代』（有斐閣）297-348 頁
神田孝平（1860）「農商弁」本庄編著 1973 所収 77-84 頁
———（1869）「税法改革ノ議」本庄編著 1973 所収 151 頁
———（1870）「田税改革議」本庄編著 1973 所収 152-156 頁
清瀬一郎（1917a、1917b）「維新以後ノ土地制度概略（一）・（二、完）」京都法学雑誌 12 巻 4 号 135-145 頁、12 巻 5 号 132-150 頁
工藤英一（1949）「神田孝平の地租改正意見について」明治学院論叢 15 号 103-116 頁

熊谷開作（1988）『日本の近代化と土地法』（日本評論社）
国書刊行会編（1912）『校訂　令集解　第一』（国書刊行会）
小谷汪之（2012）「土地と自由――『土地神話』を超えて」小谷汪之＝山本真鳥＝藤田進『土地と人間――現代土地問題への歴史的接近』（有志社）
小柳春一郎（2018）「日本の土地法の歴史と現状について」不動産政策研究会編『不動産政策研究総論・不動産政策概論』（東洋経済新報社）13-24 頁
―――（1995）『福島正夫著作集・第 6 巻　比較法』（勁草書房）
坂口正彦（2014）『近現代日本の村と政策――長野県下伊那地方 1910～60 年代』（日本経済評論社）
佐藤康行（2010）「割地制度とコモンズ――新潟県西蒲原郡の事例――」村落社会研究 17 巻 1 号 23-35 頁
佐藤義人（2007）「地租改正事業の展開過程と登記法の起源」<http://nihontoukikikou.la.coocan.jp/tokihokigen01.html>
所有者の所在の把握が難しい土地への対応方策に関する検討会（2017）『所有者の所在の把握が難しい土地に関する探索・利活用のためのガイドライン（第 2 版）』（平成 29 年 3 月）
スミス、アダム／水田洋訳（2005）『法学講義』（岩波文庫）
住谷悦治（1950）「幕末明治西洋経済学移入系譜研究（二）――イリス自由主義経済学と神田孝平の地租改正論――」松山商大論集 1 巻 3 号 21-38 頁
関順也（1967）『明治維新と地租改正』（ミネルヴァ書房）
高橋泰（2018）「東京一極集中の功罪（下）――本格的な介護危機間近に　高齢者の高齢化　最も深刻」日本経済新聞 2018 年 6 月 8 日 25 頁
高村学人（2017）「過少利用時代からの入会権再読――実証分析に向けた覚書――」土地総合研究 2017 春号 40-68 頁
竹安繁治（1966）『近世封建制の土地構造』（御茶の水書房）
田處博之（2017）「土地所有権の放棄――所有者不明化の抑止に向けて――」112-129 頁
辻義教（2005）「歴史的所有権論――近代的所有権の創成と神田孝平――」阪南論集社会科学編 41 巻 1 号 1-16 頁

戸石七生（2017）『むらと家を守った江戸時代の人びと――人口減少地域の養子制度と百姓株式』（農山漁村文化協会）
中川雅之（2018）「東京一極集中の功罪（上）――生産性に与える影響　重視を『閉じた都心の形成』避けよ」日本経済新聞 2018 年 6 月 6 日 26 頁
中田薫（1938）『法制史論集・第 2 巻』（岩波書店）
―――（1943）『法制史論集・第 3 巻下』（岩波書店）
新田一郎（1992）「『相伝』――中世的『権利』の一断面」笠松宏至編『中世を考える・法と訴訟』（吉川弘文館）
丹羽邦男（1962）『明治維新の土地変革』（御茶の水書房）
―――（1964）『形成期の明治地主制』（塙書房）
―――（1989）『土地問題の起源――村と自然と明治維新』（平凡社）
―――（1995）『地租改正法の起源――開明官僚の形成』（ミネルヴァ書房）
野田良之（1979）「権利という言葉について」学習院大学法学部研究年報 14 号 1-30 頁
速水融（2009）『近世初期の検地と農民』（知泉書館）
原田純孝（2001）「『日本型』都市法の形成」同編『日本の都市法Ⅰ 構造と展開』（東京大学出版会）13-70 頁
福沢諭吉（1877〔1901〕）「丁丑公論」『明治十年丁丑公論・瘠我慢の説』（講談社学術文庫、1985）
―――（1887）「私権論」（時事新報明治 20 年 10 月 8 日・11～12 日）慶應義塾『福沢諭吉全集　第 11 巻』（岩波書店、1960）375-390 頁
―――（1892）「地租論」（時事新報明治 25 年 4 月 29 日～5 月 8 日）慶應義塾『福沢諭吉論集　第 6 巻』（岩波書店、1959）115-142 頁
福島正夫（1970）『地租改正の研究（増訂版）』
―――（1993）『福島正夫著作集・第 3 巻　土地制度』（勁草書房）
ブラウン、フィリップ（1996）「割地制度の新しい視点へ」日本文化研究所紀要（京都産業大学）2 号 169-178 頁
宝金敏明（1977）「道頓堀訴訟における法律問題」都市問題研究 29 巻 5 号 131-146 頁

北條浩（1992）『明治初年地租改正の研究』（御茶の水書房）
———（2002）『部落・部落有財産と近代化』（御茶の水書房）
保立道久（2014）『中世の国土高権と天皇・武家』（板倉書房）
穂積陳重（1980）『法窓夜話』（岩波文庫）
本庄榮治郎編著（1973）『神田孝平——研究と資料』（経済史研究会）
牧英正（1981）『道頓堀裁判』（岩波書店）
牧英正＝藤原明久編（1993）『日本法制史』（青林書院）
松尾弘（1994a、1995a、1995b）「不動産譲渡法の形成過程における固有法と継受法の混交（1）、（2）、（3・完）——所有権譲渡理論における『意思主義』の歴史的および体系的理解に向けて（Ⅱ）——」横浜国際経済法学 3 巻 1 号 1-41 頁、3 巻 2 号 33-70 頁、4 巻 1 号 103-165 頁
———（2012）『開発法学の基礎理論——良い統治のための法律学』（勁草書房）
———（2018）「法律学から見た不動産政策研究の展望と期待」不動産政策研究会編『不動産政策研究総論——不動産政策概論』（東洋経済新報社）138-151 頁
松沢裕作（2013）「壬申地券と村請制」社会経済史学 78 巻 4 号 69-88 頁
水林彪（1972）「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 1526-1580 頁
南森茂太（2012）「神田孝平の兵庫県政——『民會』の開設とその構想について——」経済学論究 65 巻 4 号 145-174 頁
———（2016）「神田孝平における『人民』」経済学史研究 57 巻 2 号 46-66 頁
山鹿久木（2018）「東京一極集中の功罪（中）——人口の新陳代謝　競争力に低コストで移住しやすく」日本経済新聞 2018 年 6 月 7 日 25 頁
山野目章夫（2009）『不動産登記法』（商事法務）
山野目章夫＝後藤浩平（2016）『認可地縁団体・記名共有地をめぐる実務 Q ＆ A——認可申請手続と不動産登記手続』（日本加除出版）
吉田克己（1990）「現行法のパラダイムと土地基本法」本間義人＝五十嵐敬喜＝原田純孝編『土地基本法を読む——都市・土地・住宅問題のゆくえ』（日本

経済評論社）48 頁
———（2017）「土地所有権の放棄は可能か」土地総合研究 2017 年春号 98-111 頁
吉原祥子（2017）『人口減少時代の土地問題——「所有者不明化」と相続、空き家、制度のゆくえ』（中公新書）
林業発達史調査会（1956）『土地官民有区分事業の展開と國有土地森林原野下戻法の成立過程』（林業発達史資料 56 号）
和辻哲郎（1979）『風土——人間学的考察』（岩波書店）

De Soto, Hernando（2000）, *The Mystery of Capital*, Basic Books.
Matsuo, Hiroshi（1997）, "Historical and Theoretical Intimacy between the Concepts of Rights and Property," in: *ARSP-Beiheft 67, Rights*, Franz Steiner Verlag, pp. 72-80.

【追記】
本稿の準備中、加藤雅信先生、瀬川信久先生、吉田克己先生の古稀記念論文集に寄稿させていただく機会を賜りながら、筆者の力不足により、果たすことができなかった。あまりに拙いものであるが、本小論をもって、先生方からいただいた数多くのご教示に対し、深く感謝申し上げる次第である。