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

Title	私的土地所有の個別性と共同性
Sub Title	A view on the individual and common holdings of land in Japan
Author	宮崎, 俊行(Miyazaki, Toshiyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1977
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.50, No.1 (1977. 1) ,p.109- 128
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	手塚豊教授退職記念論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19770115-0109

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.

私的土地所有の個別性と共同性

宮崎俊行

一　本稿の問題意識
二　私的土地「所有」の個別性・独立性
三　私的土地「所有」の共同性・連帯性
四　現代土地法（学）への提言

一　本稿の問題意識

私をして、このようなテーマで、本稿を執筆せしめた問題意識は、次の二つである。

(一)　現代的問題意識から近世へ

一つは、まさに、すぐれて現代的問題意識である。すなわち、近年しきりに、土地の私的所有権に対する制限（ジャーナリスティックには、土地に対する私権の制限とか、公益・公共優先とか、という）が、一種の流行のように叫ばれているが、これは、はたして深い考察・洞察があつてのことであろうか。世の風潮（のように見えるが）では、あたかも、いまや疑う余地のない「公

理」ででもあるかのようである。しかし、はたして、そうなのだろうか。ちょつと考えただけでも、まず、①制限の対象となる私的所有権について、その沿革・本質・機能などを、再確認しておく必要があるだろうし、また、②制限する側の、いわゆる公益とか、公共とか、公共の福祉とかといつた理念的なもの、およびその名の下に現実に制限の衝に当る国・地方自治体等の性格・現実について、各種の側面から（法哲学的、法社会学的、法史学的および実用法学的に）、再検討し、さらに、③右の①と②の検討を踏まえた上で、現実の問題として、私的土地所有権の、いわゆる公益・公共による制限が、いかなる効果を招来することになるのかについての学問的予測が、必要であろう。

もちろん、ことは、我々の日々の生活にかかわる重要事であり、急速を要するという側面がある。したがつて、学問的正確さの追及にだけ、こだわつていることはできない。しかし、少くとも土地法学に関心を有する研究者としては、世の風潮を「公理」の如く受け入れるのではなく、一定の許された時間内においてでも、とにかく、上述の点について慎重な検討を加えることが必要であろう。(1)

ところで、上述の点は、多岐にわたつているが、ここでは、とりあえず、わが国における私的土地所有についての沿革を回顧し、そうすることによつて、制限の対象である私的土地所有権の性格とか、それをめぐる国民の法意識とかを、より明確に把握しよう（少なくとも筆者自身にとつて）と企図したわけである。もつとも、法史学者ではなく、現行法学者にすぎない者が、かようなことを考えるのは、僭越の沙汰だともいえよう。とはいえ、法史学者とは、問題意識にいささか差があるのは当然のことだし、少なくとも筆者自身の研究にとつての必要性だけは否定されるわけではないだろうから、あえて試みたわけである。

(二)　近世と近代との連続性

そこで、次に、第二の問題意識に結びつく。第二の問題意識は、わが国の、いわゆる近代化について、その前の時代との連続性（面）にスポットをあてた場合、土地「所有」については、どうなつているのか、ということである。わが国の現在までの法学教育においては、通常、近代化の、その前の時代からの断絶性（面）が著しく強調されているように思われる（研究においても大同小異ではなかろうか）。実用法学ないし法解釈学が主流となつている法学教育においては、時間の関係もあつて、やむを得ない面もあるけれども、しかし、やや大袈裟にいえば、このような教育・研究の累積が、知らず知らずのうちに、わが国の大多数の知識層をして、対内的には、一面、伝統的文化遺産（広義の）軽視、他面、来たるべき時代の文化を創造する能力の欠如となり、対外的には、発展途上国関係で摩擦を生む、一原因ともなつているのではないだろうか。

近年、筆者は、一見奇異に感ぜられるかもしれないが、「日本存続原因論」とでもいうべきものが、多くの人によつて研究されることの必要性を感じている。有史以来、日本の危機はいく度か訪れたが、「幕末—明治」期が、重大な危機であつたことはいうまでもなかろう。これを、いわゆる近代化によつて乗り切つたわけだが、この場合の近代化は、具体的には資本主義化といつてよかろう。この資本主義化の重要な一環として、地租改正を中心とする私的土地所有権（より正確には商品所有権としての土地所有権——以下、商品的土地所有権と呼ぶ——というべきであろう）の公認・展開があつたわけであろう。

とすると、土地法（学）という側面から、「日本存続原因論」、その一部としての日本近代化論を考えた場合、明治初期における、私的土地所有権・商品的土地所有権の、公認・展開が、確実・急速になされ得たことの原因を検討することが中心となつてよさそうである。ところで、土地制度は、諸制度の中でも伝統との縁が極めて強いものであろうが、だとすると、明治初期における私的土地所有権・商品的土地所有権の公認・展開も、もし、それを受け入れ、定着させる伝統的基礎（社会・経済的事実面でも、法意識面でも）が無かったとすれば、いかに明治国家権力をもつてしても、確実・急速になされ得たとは考え難い。歴史的事実としては、それが、とにかく、かなり確実かつ急速になされ得たように思われるわけだが、[2] そうする

と、それを可能ならしめた伝統的基礎が、いかにして発生し、どのように成熟していたのかを知りたいところである。

かようにして、第二の問題意識が出て来たわけだが、これと、第一の問題意識とのかかわり合いは、既述のことのほかに、次のことが付加されてもよさそうである。すなわち、第二の問題点を検討することによつて、もし、ある土地「所有」体制の胎内において、次の時代の土地「所有」体制の萌芽が、おのずから発生・成熟して来ることについての、何等かの一般原則的なものが得られるならば（いわゆる「歴史の教訓」については、論議があるにしても）、それをもつて、現在の次の時代の土地「所有」体制の萌芽を発見する理論的手段を創造できるのではないか、ということである。ただし、本稿では、とうてい、ここまでは及び得ない。

㈢　仮説と叙述の順序

以上のような問題意識をもつてする検討の、手はじめの序説として、この小稿を書くことになつたわけである。本稿執筆のはじめに当つての、一応の仮説としては、(i)明治初期に、私的土地所有権・商品的土地所有権の公認・展開を、確実・急速に可能ならしめたような伝統的基盤として、私的な土地「所有」が、他人のそれと、かなりの程度において、独立性・個別性を有して、存在したのではないか、ということと、にもかかわらず（むしろ、それと両立して）、(ii)私的な土地「所有」は、他人のそれと共同性・連帯性を帯有していたのではないか、ということである。(iii)さらに付言すれば、(ii)の性質は、明治以降、国家の法の上からは、わずかの例外を除いて消滅したのではなかろうか。そして、このことが、今日の土地問題の極めて大きな原因となつているのではなかろうか、ということなのである。

したがつて、本稿の叙述のはこび方は、一応、右の(i)の点と、(ii)の点とを分けて述べた後、はじめに書いた第一の問題意識に及ぶことにする。

(四) 用語の定義

ここで、用語ないし概念について、若干の説明をしておく必要があろう。

本稿では、私的土地所有権という言葉は、近代市民法によつて認められた、国民の土地所有権の意味に用いようと思う。すなわち、明治初年以降、その公認・展開が進められ、法制的には、民法典の制定によつて、それが完成したところの、土地に対して国民が有する所有権である。これを、民法二〇六条に規定されている土地所有権といつてもよかろう。

これに対して、私的な土地「所有」という言葉は、私的土地所有権よりも広義の概念として使用しようと思う。すなわち、土地に対して有するところの、私人の権利（ないし社会的に承認された支配）のなかで、それぞれの時代において最も強力なるものを、意味するものとして、私的な土地「所有」ということにする。したがつて、明治初期以降、現在に至るまでの間の、私的な土地「所有」は、すなわち、私的土地所有権であることになる。

そこで、既述の問題意識を、この言葉で表現すれば、明治初期よりも古い時代——といつても、幕藩体制期、なかでも中期以降をとり上げるわけだが——における、私的な土地「所有」の状況は、どうであつたのか、とくに、ある人のそれと他人のそれとの間の、独立性・個別性と、共同性・連帯性は、どうであつたのか、ということになる。そして、この時期の、私的な土地「所有」の独立性・個別性に関しては、それが、次の時期の私的土地所有権を生成・展開させる契機を含んでいたものなのかどうかが、とくに問題となるわけである。

(1) 日本土地法学会の昭和五一年度春期大会において、「近代的土地所有権の基本問題」をめぐつてシンポシウムが行なわれたのも、このような観点からであつた。とくに同シンポジウムの司会者星野英一教授の問題意識（日本土地法学会編「近代的土地所有権・入浜権」〔昭和五一年・有斐閣〕二頁参照）は、そうであろう。

(2) 日本土地法学会昭和五一年度春期大会石井紫郎教授報告（日本土地法学会編・前掲書二〇頁）参照。

二　私的土地「所有」の個別性・独立性

㈠　「小農」の「所有」地の担保提供

一六世紀後半から一七世紀前半にかけての、約一〇〇年程度の時期は、用水土木技術のめざましい発達によつて、それまで、農耕にとつては未開の宝庫であつた大河川流域の沖積層地帯を、水田と化することが可能となり、この時期以来、沖積層地帯が、わが国農耕の中心地帯となつた。そして、この地帯に、小家族経営による農民・「小農」（平均家族四・五人～五人、標準的耕地面積一町歩・石高一〇石）が、定着することになつた。(1)

この小家族経営農民・「小農」は、元来、原則として自給自足体制による再生産を行うもの（年貢と自家消費のための生産）であつた。そして、初期幕藩制的領主権力は、彼等を立脚基盤とするものであつた。(2)

ところで、兵農分離による城下町の発達（さらに参覲交替制度の実施）は、商品経済を発達させる原因となつたが、商品経済の発展につれて、農産物の商品化も、幕府・諸侯による年貢米の商品化（蔵物の商品化）のみならず、農民自身による農産物の商品化（納屋物の商品化）が行なわれるようになつた。(3)

そうなると、小家族経営農民・「小農」の、生産目的に「販売」という要素が加わつたが、販売が可能となるためには、生産力の上昇によつて、剰余生産物が農民の手に残ることが必要である。この生産力の上昇は、いかにして可能であつたのか。この要因として、とくに重要なものは、農業技術の発達と家族労働による激しい勤労（を美徳とする価値観）であろう。ところが、土地生産力の上昇が、安定的に実現されるためには、地力維持のための格別の努力が必要となる。そこで、大量の肥料の投入が要請されることになる。元来、肥料としては、主に入会地などで収取される下草や落葉等の自給肥料を用いていたが、土地利用度の増大は、この種の肥料のみでは不足を来たし（採草地などの耕地化による減少もあつて）、干鰯・干鰊、

油粕・〆粕等を肥料として用いるようになつた。これらの肥料は、農民にとつて、商人を通じて入手する購入肥料（金肥）である。

購入肥料（金肥）の導入は、農民をして、土地を担保とする融資を必要とせしめるにいたる。農民は、収穫期より前に、肥料を購入しなければならないが、それに必要な資金を蓄積していることは困難であつたからである。あるいは、また、肥料購入資金獲得・負債返済のために、一段と商品となる農産物の生産を強化することもあつたであろう。とにかく、農地が、農民の債務のために担保に提供されるようになつたことは、まことに重大な変化である。(4)

(二) 「小農」の「所有」地における労働過程の個別性

では、小家族経営農民の労働のしかたは、どうであつたのだろうか。とくに、ある小家族経営農民の労働過程は、どこまで、他人のそれとの独立性・個別性を有していたのであろうか。これについて、加用信文教授の説くところを見ると、(5)おおよそ、次の通りである。

わが国においては、西欧の三圃式農法におけるように、作付循環が年次的な圃場転換としてではなく、個人の分散的な零細耕地の、それぞれの地片の上で孤立・分立的に営まれていたのであり、したがつて耕地利用の労働過程は、それぞれの自己保有地で独立的に営まれ（作付制限等の領主的規制はあつたにしても）、西欧的な農法的拘束としての共同体的制約＝耕地強制（Flurzwang）は、存在しなかつたとみてよい。もつとも、「草」および「水」については、入会地関係・水利慣行等による一種の共同体的規制はあつたといえるが（本稿でも、この点は後述）、それは主に資源不足にもとづく、利用配分上の制約としてであつて、耕地における私的利用、つまりその個別的労働過程そのものを規制するものではなかつた。したがつて、「その農民の耕地保有が西欧的（ゲルマン的）な共同体的規制によつて制約された土地保有としてでなく、一応自由な私的所有

――完全に近代的な自由な私的所有といえないまでも――として実現されていた」、といわれる（傍点は宮崎）。

右のように、小家族経営農民の、その保有耕地に対する労働過程が、独立性・個別性を（相対的なものにもせよ）有していたからこそ、激しい家族的勤労についての高い価値の付与も（新技術の採用、生産力の上昇も）、成り立ち得たことなのであろう。[6]

とにかく、以上のような諸状況（特定地片に対する、家族労働のインテンジブな投入、それによる生産力の上昇、所得の獲得）を、合わせ考えれば、小家族経営農民は、その保有地について、まず、少なくとも、それを使用・収益することについては、「自分のもの」・「わがイエのもの」意識を強く持つことは、自然の勢であり、この意識は、社会的な公認を得ても当然のことであつたであろう。

㈢　幕藩領主権力側の土地法の変遷

社会・経済ないし技術的な状況は、以上の通りであるが、では、幕藩領主権力ないしその側の法は、どうであつたのだろうか。

幕藩領主は、小家族経営農民・「小農」の耕作する土地に対して、いかなる権利を持つていたのであろうか。法制史学もしくは経済史学における、近年の研究成果によれば、どうも、幕藩領主をもつて、小家族経営農民・「小農」の耕作地に対する「所有」者とみなすことは、適当ではないようである。すなわち、幕藩領主は、特定の土地の「所有」者ではなく、幕藩体制の身分秩序の上で、一定の石高の年貢を、その石高（平均生産量）に相当するどこかの土地から（ある時点においては、特定の土地を対象とすることになるけれども）、徴収する権限を有するにすぎないものと考えるのが適当のようである。[7] 藩主といえども、幕藩体制の高級官僚という色彩が強く、その権力は、土地「所有」に基づかない政治権力とみなされるべきもののようである。[8]

幕藩領主権力が、右のような意味で、「土地から遊離した権力」であつたことの反面、小家族経営農民・「小農」の側に、私的な土地「所有」があつたものと認めてよいように思われる。(9)

幕藩領主の性格が、以上のようなものであるとすれば、彼らの、第一の関心事は、年貢の徴収・確保である。ところが、近世初期においては、小家族経営農民・「小農」が、そのような姿で維持されて行くことが、年貢の徴収・確保に、最も適するものであつた（少なくとも領主側には、そう思われた）のであろう。そこで、小家族経営農民・「小農」が、その私的「所有」地の売却をしはじめるようになると、小家族経営農民・「小農」を維持するために、田畑永代売買禁止令が出された（寛永二〇年・一六四三年）わけであろう。(10) しかし、永代売買の禁止にもかかわらず、田畑の担保提供（質入れないし本物返〔本銭返〕・年季売）は、禁止されなかつた（明らかに永代売買禁止に対する脱法的なものを除き）(11) し、また、既述のような社会経済的事情からして禁止し得なかつたであろう。そこで、問題は、当然、担保流れをどう取扱うかということになる。当初は、永代売買禁止との関連において、流地をも禁止していた。しかし、質入れの認容と流地禁止とが、長期にわたつて両立し難いことは、当然であろう。

この矛盾の解決を、現実に法を引き寄せる形で企図した最初のものが、元禄八年（一六九五年）に出された「質地取扱に関する一二ヶ条の覚」である。ここにおいて、一定の要件のある場合に限りではあるけれども、質流れが公認されたわけである。一定の要件とは、質入れに当つて、質入れ年季を限つており、年季明けのときに請返さなければ、質取人の勝手次第という意味の文言が、質地証文に記載されている場合である。ここで、とくに注目すべきことは、この期に至つて、一定の要件の具備されている場合に限るとはいえ、とにかく、質入→質流れのコースをたどつての、農地の私的な「所有」の移転が、幕府によつて公認されたこと、そして、その場合の法的理論として（流地を認める場合と認めない場合の区別の）、「双方相対を以相定置候上は……」という、現代の概念でいえば私法的自治の原則とでもいうべきものが導入されていることである。(12)

以降、一年四ヵ月の時代錯誤的逆コースの流地禁止令の有効期間（享保七年〔一七二二年〕四月から翌年八月までの間）を除いては、一貫して、一定の要件の具備による流地が公認され、かつ、その要件が緩和されるとともに、質地法制が詳細に整備されて行くのである。(13)

㈣　私的な土地「所有」の意識・観念

以上のような、質入れ→流地→処分の可能性、ということと、おそらく併行して（ないし、その前提として）、農民の、私的土地「所有」についての意識に、かなりの変化が（そして、幕藩領主側が、それを認容することによつて、この側の意識の変化も）生じたようである。

①　その第一は、農民の土地に対する、私的な「所有」（ないし社会的に承認された支配）をもつて、財産的価値として観念することであろう。すなわち、農民の土地に対する私的「所有」に関する紛争が生まれ、その解決のために領主側に対して、正確な測量・検地帳の記載の実体関係との符合等の要求が出され、検地帳が、領主にとつての Katastar であるばかりでなく、同時に農民のための Grundbuch としての役割をはたすようになつたことなどである。(14)

②　おそらく、右のこととの関連において、高請田畑についての、「所持」という言葉・概念が、現実的支配の有無と全く無関係に成立する、観念的・絶対的なもの、したがつて、不当な「所持」はあり得ないことになつたわけであろう。(15)

そして、このことが、地主―小作の分化を、法概念の面で、可能にしたことなのではなかろうか。

③　農民の私的土地「所有」が、質入れ→流地のコースをたどつて、譲渡されることが可能となり、また、地主―小作の分化が発生するようになると、その譲受人は、当該農地に対する年貢を納入した後に残る、収益または小作料を基準として（その額に対する資本還元方式で）、当該農地の評価をすることになるのは、自然の勢であろう。この評価をより確実にするた

めには、年貢の一定化＝定免化が必要となり、定免化の要求が提出された。[16] これは、現在の表現をもつてすれば、取引の予測可能性への要求といつてよいのではないだろうか。

④ 農民の土地に対する「所有」が、以上のように財産的価値として意識されるようになつたことに対応して、それを公収するに際しては、一定の補償が支払われるようになつた（幕府の場合、享保七年〔一七二二年〕から）。[17] 領主側の、法意識の明らかな変化といつてよかろう。

㈤ 近世における私的土地「所有」の歴史的意義

以上のことを要約してみると、幕藩体制下における、農民の私的な土地「所有」は、おおむね一八世紀以降について言えば、(i)使用・収益面において、他人のそれと、相当な程度における独立性・個別性が認められたのみならず、(ii)質入れ→流地のコースをとれば、譲渡が可能であり、(iii)他人への貸し付け・小作料徴収が可能であり、(iv)一定の（交換）価値的評価がなされる、財産的価値を持つものであつたわけである。もちろん、それは、私的土地所有権そのものではない。しかし、それは、それ程大きな断絶なしに、私的土地所有権に移行・転化することが可能なものであつたといつてよかろう。少なくとも、それ程の苦労なしに私的土地所有権を産み出し得るところの、私的な土地「所有」が、すでに存在していたものということができる。

わが国の近代化・資本主義化を、土地法の観点からみる限り、右のことこそ、それを、急速に可能ならしめた、伝統的基盤・歴史的条件であつたと思われる。そして、急速な、近代化・資本主義化の実現・定着が、当時、わが国を植民地化の危機から救つたものであろうが、[18] このことを、土地法の観点だけからいえば、右のような性質を持つた、私的な土地「所有」の存在こそ、植民地化をまぬがれしめた原因だつた、ということになるであろう。

（1）北島正元編「土地制度史Ⅱ」（昭和五〇年・山川出版社）第一編近世（大石慎三郎教授執筆）二四頁―三〇頁。
（2）大石・前掲書所収論文二九頁、三四頁。
（3）大内力著「農業史」（昭和三五年・東洋経済新報社）一八頁―二〇頁。
（4）速水融著「日本における経済社会の展開」（昭和四八年・慶応通信）九二頁―九五頁。
（5）加用信文著「日本農法論」（昭和四七年・御茶の水書房）七四頁―七五頁。
（6）なお、このことは、相対的なものにもせよ、農民に「経済的個人主義とでも言いうるもの」を享受せしめたし、また、「篤農」の出現、農書・農学の発生と密接に関連することであろう（速水・前掲書一〇六頁）。
（7）速水・前掲書七五頁。
（8）石井紫郎「幕藩体制社会における土地所有の研究」㈠～㈣国家学会雑誌七七巻三・四号～一一・一二号（昭和三八年～昭和三九年）、七・八号二二頁、三二頁、九・一〇号四五頁。もつとも、イデオロギー的には、窮局的には「天」より「預かつている」との思想があつた（九・一〇号四六頁）。
（9）もつとも、石井（紫）教授は、「強いて」土地所有者を求めれば、農民がそれである、といわれる（石井・国雑論文七・八号三二頁）。
（10）大石・前掲八一頁、八三頁参照。
（11）大石・前掲七八頁、藤原明久「質地小作の法的構造と地主制」神戸法学雑誌二二巻三・四号（昭和四八年）八頁。
（12）大石・前掲一〇五頁―一一二頁。
（13）質地法の変遷については、藤原・前掲一九頁以下に詳細な研究がある。
（14）石井（紫）・国雑論文一一・一二号一四頁―一六頁、四四頁。
（15）石井（紫）・国雑論文九・一〇号六四頁、七三頁、一一・一二号一五頁。
（16）大石・前掲一五二頁―一五四頁。
（17）大石・前掲一五五頁―一五八頁。
（18）大内・前掲書三二頁参照。

三　私的土地「所有」の共同性・連帯性

前節では、幕藩体制下の、農民の私的な土地「所有」の、個別性・独立性および譲渡可能性についてみた。本節では、右の性質にもかかわらず、それと両立する形で、私的な土地「所有」の共同性・連帯性の存在を検討しなければならない。

ところが、困つたことに、正直にいつて、とり急ぎその方面の文献をあさつたにすぎない、門外漢の筆者には、現在のところ、この点についての法史学上の文献は、殆んど見当らなかつた。そこで、やむを得ず、近代ないし現代の農村における状況についての農村社会学の成果（のごく一部のもの）を借用することになつた。伝統的なものであれば、近代ないし現代に存在するものが、近世（中期以降）にも存在したという常識的な類推が可能なのかどうか、自信はないが、とりあえず、ここでは、そうしておいて、他日の補正を期したいと思う。

(一)水田についての共同性・連帯性

水田稲作農業が成立するためには、潅排水施設（用排水路など）の整備が前提となる。近世初頭以来、大河川流域の沖積層地帯が大規模に水田化されたが、この地域における潅排水施設は、まず大河川の堤塘・取水施設、次いで幹線用排水路があり、さらにそこから毛細管的用排水路・溝が多数分岐することになる。農民が私的に「所有」する各農地に対して、直接に給水するものは、毛細管的用排水路・溝である。一つの毛細管的用排水路・溝には、数人以上の者の「所有」に属する、一〇ないしそれ以上の田圃が接続しているわけである。つまり、一つの溝には、そこから給水をうける、数ケないし十数ケの水田――溝かかり田――（数人以上の「所有」に属する）が、いわば団地状に附属しているわけである。(1)

ところで、潅排水施設の設置・維持・管理の責任者は、誰であつたのであろうか。大河川の堤塘と幹線用排水路については、幕藩領主がこれに当り、毛細管的用排水路・溝については、原則として、農民集団がこれに当つていたといわれている。(2)

さて、一人の「所有」者を基準としてみれば、彼の「所有」地が数本の溝かかりに分散しており、一本の溝を基準としてみれば、数人の「所有」に属する十数ケの溝かかり田が附属する、という状態は、どのような結果を招来することになるのであろうか。

第一に、各田圃へ水がくばられる順序ないし時期が、当然、一定のものになり、各田圃「所有」者の自由になるものではない（水がくばられている期間内に、どのような技術をもつて、その土地を利用するかは自由であるが）。このことは、ある田圃の「所有」者が、AからBに変つても、常につきまとう、いわば属地的制約である。

第二に、ある溝の溝かかり田を「所有」する者たちは、その溝の維持・管理について、共通の利害関係を有せざるを得ず、共同してその維持・管理に当ることになる。そして、そのための共同組織が成立する。かかる共同組織（のメンバーとなり協力すること）の必要性は、各田圃の「所有」者の変更があつても、常に継続する、属地的なものである。このような水利的共同組織の最少のものは、各溝単位であろうが、各農民は特定の数本の溝に分散して田圃を「所有」し、数本ないし十数本の溝が、幹線的用排水路を共通にしていることから、「むら」・村落単位での水利的共同組織が成立することになる。(3)

㈡　山林・原野についての共同性・連帯性

山林・原野については、入会地といわゆる私有地とあるわけだが、入会地は入会集団の共同「所有」であり、入会集団のメンバーによる共同組織が存在することは当然のことであるから、ここでは省略する。

私的に「所有」される林野についても、ある農民の「所有」地が、一ヶ所に集中していることは少ないようである。反面からいえば、ある「山」には、多数の農家の「所有」地が混在し、「山」は、私的「所有」林野の団地ともいうべき状況となつていることが多いようである。したがつて、ある農民が、自己の「所有」林野を利用するためには、出入・草木の運搬等にも、他人の「所有」地を使用しなければならない。そのほか、山火事等に対する防災、盗伐に対する防犯等を含めて、利用関係の調整・管理等についての、共同組織の成立が必要となる。(4) この共同組織も、特定林野の「所有」者の変更にもかかわらず、当然存続すべき属地的なものであろう。

(三) 近代国家法における共同性・連帯性の欠如

ある人の私的な土地「所有」が、他人のそれとの関係において、共同性・連帯性を有していたことについての叙述は、その個別性・独立性に対するものに比較して、いかにも簡単すぎるけれども、ここでは、以上の程度にとどめざるを得ない。したがつて、要約し結論的なことをいうのは不用意の感が深いが、一応、それをやつてみる。

右に、ある人の私的な土地「所有」と、他人のそれとの共同性・連帯性といつたけれども、それが、土地「所有」そのものの性格なのか、それとも土地「所有」者の性格なのか、なお疑問なしとしない。「水」なり「山」なりの、共同組織のメンバーは、土地「所有」者であり、共同組織によつて制約を受けるものも、土地「所有」者である。とはいえ、前述の通り、かかる共同組織の必要性は、特定の土地「所有」者たちの人的な要請（属人的要請）ではなく、土地が相互にそのような状態・関係に置かれているということから生じたところの、土地「所有」者の顔ぶれの変更にもかかわらず継続する要請（属地的要請）によるものである。この点に着目するとき、私的な土地「所有」の共同性・連帯性と表現することも許されるように思われる。

そして、注目すべきことは、私的な土地「所有」の共同性・連帯性、ないし右のような共同組織（による制約）が、幕藩領主権力の命令によつてではなく、「むら」・村落の農民たち、すなわち、私的な土地「所有」者集団、の独自の自律的な合意によつて、成り立つている（ように思われる）ことである。

要するに、わが国の、近世以来の伝統的土地法は――少なくとも田畑ないし農村の土地については――、一方において、私的な土地「所有」の独立性・個別性を認めながら、それと両立する形で、他方において、その私的な土地「所有」に共同性・連帯性を付与しており、そのことによつて、社会経済のバイタルな発展（使用・収益の労働過程の独自性、譲渡可能性の付与による）と、コミュニティの存続（「所有」者の変更にかかわらない共同組織による）とを、両立せしめていたといえるのではな

いだろうか。もちろん、この両面のどちらにスポットをあてるかによつて、うつし出されるイメージはかなり片寄るであろうし、この両面の両立がパーフェクトになされたというわけではないし、地域による差も大きかつたであろうが、極めて大づかみにみれば、以上のことが言えるのではないだろうか。

ところが、明治以降、国家法の面からは、私的土地「所有」の共同性・連帯性は、入会地等の例外を除いては、欠落してしまつたようである。[5] 少なくとも民事法の上からは、そうである。仮に、行政法の面では、この性格が残存したという考えが成り立ち得たとしても、ここでいう共同性・連帯性は、上述の通り、元来、「むら」の人々・土地「所有」者たちの自律的な合意によるものなのだから、単なる国家（地方自治体を含む）権力による「上から」の制限をもつて、かかる性格の残存・公認と認めることはできない。そして、明治以降の国家法は、私的土地所有権（の行使による弊害）に対しては、もつぱら国家権力による公法的な制限ないし収用だけを考えて、おおむね今日に及んでいる（宅地・農地の賃借権の物権化は進行したが、これは、ここでの論点とは、次元が異なることであろう）ように思われる。そして、このことが、まさに、現代の「土地問題」・「環境問題」を惹起するに至る一大原因だといえそうである。

（1）大石・前掲三五頁―三七頁。
（2）大石・前掲四一頁―四二頁。
（3）余田博通・松原治郎編「農村社会学」（昭和四三年・川島書店）三九頁―四一頁。
（4）余田・松原・前掲書四一頁。
（5）石井（紫）・前掲土地法学会報告（前掲書三八頁）も、地券以後の所有権について、これと軌を一にすることを指摘しているのではなかろうか。

四　現代土地法（学）への提言

さて、ここに至つて、最初に述べた問題意識の第一点に立帰つて、現代の土地法（学）に、一つの提言をしたいと思う。

すなわち、

① 私的な土地「所有」の個別性・独立性は、近世以来、二百数十年ないし三百数十年の伝統を有するものであり、その伝統は（少なくともこれまでは）、大局的には、むしろそのメリットが評価されて然るべきであろう。もつとも、明治以後の、私的土地所有権は、私的な土地「所有」が、元来、帯有していたその共同性・連帯性を切り捨てたものであつたが故に、そのデメリットが顕著になつた。そこで、私的土地所有権の制限が声を大にして叫ばれるようになつたのも当然だといえる。しかし、私的な土地「所有」の個別性・独立性が、二百数十年以上の伝統を有することから、そのことの観念は、国民の法意識の中にそれが当然のこととして、強力に定着しているから、それに対する制限には、強力な抵抗が起こるのは当然のことである。そして、この抵抗を排除しようとして、極めて強力な統制を加えた場合には、私的な土地「所有」の個別性・独立性によるメリットが失われる——私的土地「所有」の個別性・独立性と結合した、個人・「いえ」・擬制的「いえ」（たとえば会社）の創意と勤労による社会経済のバイタリティの喪失とか、「恒産」の喪失が「恒心」の喪失に連らなるとか、といつたことも含めて——危険があるのではなかろうか。

とくに、その強力な制限を実施する主体が、国家である場合（地方自治体が、国の委任を受ける場合を含めて）には、現実には多くの場合、官僚とくにいわゆる建設・国土・大蔵関係の官僚のイニシアティブによつて国家の意思が形成されることになろうから、右の心配のほかに、いわゆる「生存権的財産権」としての私的土地所有権が、侵害される危険がともないがちなことに、常に警戒をする必要がある。(1)

② 国家（その委任による地方自治体を含めて）による、私的土地所有権の制限には、極めて慎重であるべき反面、一団の私的土地所有権者（それに準ずる用益権者を含めて）による、私的土地所有権の制限に関する合意は、大いに推進されるべきであろう。いまや私的土地「所有」の共同性・連帯性の、現時の状態に対応する形での再生が、促進されなければならないと思

う。このための、私的土地所有権者集団における合意は、それが、属地的必要性に基づくものである限り（この場合が中心なのだが）、爾後において、対象土地の私的所有権を取得した者その他の第三者に対抗できる必要がある。もちろん、合意の（促進の）手続、合意の公示、対抗力等に関する法技術の開発が、一つの大きな問題となるけれども、本稿では、そこまでは及び得ない。

法技術論は、ともかく、私的土地所有権者相互間ないし集団的な、土地所有権の相互制限に関する合意の基本的性格を、どのようなものとして把握するかが、大きな問題であるが、あえて一つの提案をすれば、地役権（民法二八〇条以下）の法理を類推することが適当なのではないだろうか。現に、特別法上、地役権類似の制度が、ある程度存在することも一つの参考になろう。(2)

また、私的土地所有権者の相互間ないし集団的な合意は、本来は、全員一致によるべきものであろうが、しかし、いかに、属地的必要性に基づくとはいえ、従来の「むら」・村落とは異つて、農村においてさえ、土地所有権者の人的な等質性が稀薄となつている現在、現実には、全員一致の合意を得ることは極めて困難であろう。そこで、一定多数（これをどういう標準にするかも、むずかしい問題だが）の合意の存在を前提として、全員の合意に代り得る何等かのものを認めざるを得ないのではなかろうか。この何等かのものとして、行政庁の認可等をもつてくる方法もあるだろうが、むしろ、司法的ないし準司法的機能を付与するに足る委員会による承認の方が適当に思われる（この委員会の構成等が、また大問題だが）。

いずれにしても、このような、一定の地域単位での、所有権者集団による、属地的な、所有権の相互制限の合意は、いわば、土地利用についての自主的「線引き」である。(3)(4) このような自主的「線引き」の基盤の上に、それを前提として、もし必要ならば、国による「線引き」が行なわれる余地があるだろう。

もつとも、右のような、私的な土地「所有」の共同性・連帯性の、自律的再生は、短期間の間に、これが可能だとは、と

うてい思えない。明治初年以来、少なくとも国家法上では、約一〇〇年に及ぶブランクがあつたわけ[5]であり、このブランクをうめるには、相当な長期にわたる努力を要するのは、むしろ当然なことであろう。要はその努力をすることに、それに値いする価値ありとするかどうかである。

(1) 国家による、公共の福祉の名の下における、国民の財産権の制限にともなう危険性についての筆者の考えは、宮崎「土地法学の原点をたずねて」創価大学開学記念論文集（昭和四六年・創価大学）、宮崎「法理念的側面からみた国土利用計画法」農業と経済臨時増刊号（昭和四九年・富民協会）、宮崎「戦後農業法史からみた税法上の諸問題」月刊税理一八巻四号（昭和五〇年・ぎょうせい）、宮崎「戦後農地法史と農振法改正」ジュリスト五八八号（昭和五〇年・有斐閣）等を参照。

(2) これらについては、簡単な説明ではあるが、玉田弘毅他編「民法学2《物権の重要問題》」（昭和五〇年・有斐閣）19「民法および特別法上の役権」（宮崎執筆）参照。

(3) 筆者は、すでに、国・地方自治体の「計画高権」に対して、一定の土地に対して「共同的使用価値」を有する地権者集団の権利を対置させる構想を持つていたが（宮崎「わが国の土地制度と農業問題」長期金融五〇号（昭和五一年・農林漁業金融公庫）一一頁―一二頁――もつとも、ここで「総有的権利」という言葉を用いたが、これはあまり適切ではなかつたかもしれない）、所有者集団による属地的な所有権相互制限の合意―自主「線引き」は、このことの具体化としての意味を持つことにもなるであろう。

(4) 日本土地法学会昭和五一年度秋期大会において、三村浩史教授（京大・都市計画学）の報告の中で、コミュニティのレベルでの土地利用計画の必要性が説かれたが、この考え方も、おそらく、これと共通したもののように推察される。

(5) 国家法、少なくとも民事法の上では、そうだが、「生ける法」においては、少なくとも農村では、それほどのブランクはなかつたともいえそうである。たとえば、いま、筆者の手許にある資料だけでも、(i)私的土地所有権の個別性――各「いえ」相互間の競争――が一定限度以上に強くなると、「むら」の中で、おのずから共同性が強調されてバランスをとるとか（農林中央金庫研究センター部内調査資料No.6「農民層の土地問題と部落――庄内一農民の生活記録〔明治二七年～昭和一〇年〕をめぐつて――」）、(ii)茨城県N村のS地区では、現在、同地区の水田の所有者が機械化営農組合に水田の「登録」をしておくことによつて、所有者の変更にもかかわらず、その水田が、継続して同組合の管理に服している事例などがある。

× × ×

手塚豊先生から、私が、はじめて御指導をうけたのは、経済学部予科生の時代に、「法律学概論」の講義を拝聴した時である。当時の校舎は、三の橋の臨時校舎で、敗戦直後のことであるから、窓ガラスもわれ、教室の中を寒風が吹き抜ける状態であつた。その中での、手塚先生の講義は、まことに明解で、法律学とはかくも「おもしろいもの」か、との強い印象を受けた。それが原因で、学部進学に当つ

ては、経済学部から法学部に転じたのであつた。まことに、私の法律学への道は、手塚先生によつて導かれたわけである。爾来、早くも三〇年に近い歳月が経過したが、専攻は異なつても、なにかと、手塚先生に御相談し、御指導を受けることが、慣習のようになつて今日に及んだわけである。これだけの研究歴にもかかわらず、この論文集には、文字通りの拙稿しか書けない自分に、歯がゆさを感じないわけにはゆかない。それでも、手塚先生には、いつまでも、御壮健で、御研究にいそしまれるとともに、私のような不肖の弟子も相変らず御指導賜わるようお願い申し上げる次第である。

――一九七六年（昭和五一年）一一月二三日稿――