
論 説

明治期日本の民法典編纂における所有権概念

田 口 勉

目 次

はじめに

第一節 地租改正

- 1 はじめに
- 2 幕藩体制下における土地法制
- 3 地租改正による重層的所有関係の排除

第二節 ボワソナード民法典（旧民法典）の編纂

- 1 はじめに——明治初期の立法事業
- 2 『プロジェ初版』
- 3 『プロジェ第二版』
- 4 『プロジェ新版』
- 5 『会議部議案』
- 6 ボワソナード民法典および『エクスボゼ』
- 7 『民法理由書』
- 8 まとめ

第三節 法典論争

- 1 法典論争における所有権
- 2 自然法的所有権概念と日本の慣行

第四節 明治民法典の編纂

- 1 自然法的所有権概念への批判
- 2 分割所有権理論の継承
- 3 明治民法典の所有権概念

結びにかえて

はじめに

(1) 所有という観念は人類に共通する社会関係の基礎であり、その理解はどの時代においてもほぼ共通で、封建時代から今日に至るまで大きく変化することはなかった。そのため、たとえば封建時代の土地法制についての歴史学的研究が、所有という用語を現代とほぼ同様の意味で用いたとしても——たとえば「土地を所有する」あるいは「所有地」などと表記したとしても¹⁾——、特に違和感を生じない。

しかしながら、法概念としての所有すなわち「所有権」になると状況はまったく異なる。現在の所有権法制を定める明治 29 年 4 月 27 日法律第 89 号「民法」（以下では「明治民法」とよぶ。）上の所有権は、ドイツ民法及びフランス民法にその起源をもつ絶対的所有権であると理解されている²⁾。そしてこれがいわゆる近代的所有権であるといわれる³⁾。これに対して、幕藩体制下の封建的土地法制は、一つの土地の上に重層的な権利関係が認められる分割所有権制度であり⁴⁾、封建時代にはまだ今日のような近代的所有権は存在していなかった。したがって、封建時代の所有関係を今日の所有関係と同一視することはできないのである。

はたして近代的所有権がわが国においてとりわけ土地法制においてどのようにして確立したのであろうか。これは、法制史研究だけでなく、民法解釈学においても重要な課題の一つである。この点に関して、わが国が手

1) 渡辺尚志『江戸・明治 百姓たちの山争い裁判』（草思社文庫 2021 年）など。

2) 川島武宜『所有権法の理論』（岩波書店 1949 年）80 頁。ドイツ民法典の所有権概念については拙稿「『所有権概念』再考——20 世紀ドイツ私法学における論争を中心に」神奈川法学第 53 巻 1 号（2020 年）163 頁以下参照。

3) 『注釈民法（5）』§§ 180～294（有斐閣 2020 年）341 頁 [小粥太郎執筆]。

4) 福島正夫「地租改正」[『福島正夫著作集第三巻土地制度』（勁草書房 1993 年）所収] 46 頁。

本としたフランスおよびドイツが参考になろう。両国の所有権法制の変遷をおおざっぱにいえば、18 世紀までは分割所有権が支配的であったが、19 世紀にいたり絶対的所有権へと転換するという過程を経ている。上述のように、わが国の幕藩体制下の土地法制も重層的な権利関係を基礎とする封建的な分割所有権制度であったから、わが国の近代的所有権の成立過程も、フランスおよびドイツと類似した経過をたどったものと推測されるが、はたして実際はどうだったのであろうか。

(2) ところが、わが国における近代的所有権の成立時期については、地租改正が行われた明治 10 年頃とする見解⁵⁾と、農地改革が行われた第二次世界大戦後とする見解⁶⁾とが対立し、いまだに共通の理解が得られていない⁷⁾。

上記第一説（明治 10 年成立説）はすでに明治 10 年頃に抽象的所有権概念が認められていたことを前提とするけれども、明治 10 年頃はまだ民法典編纂が始まったばかりの時期であるから、その前提自体に無理があるように思われ、社会事象としての所有と法概念としての所有権とを混同しているとの批判を免れないであろう⁸⁾。

これに対し、上記第二説（第二次世界大戦後成立説）は、近代的所有権を民主主義的意義をもつものと理解する。これは農地改革によって大地主

5) 明治 10 年頃とする学説は以下のように主張する。「この布告〔田畑永代売買解禁の布告（引用者註）〕によって売買によって取得することになり、それはもはや事実上の占有ではなく、近代法上の絶対性をもつ所有権に転化する。いいかえるならば、この布告によって土地所有の自由が法的に保障され、土地が交換価値の体系のなかへ完全に組み入れられたことになる。」（熊谷開作『日本の近代化と土地法』（日本評論社 1988 年）6 頁。）

6) 第二次世界大戦後とする見解は次のように主張する。「わが国における近代的所有権の一般的成立は、ポツダム宣言の受諾、占領軍の民主化政策によって基本的に条件づけられ、具体的には、一九四七年五月三日の新憲法の成立による近代的民主主義國家の成立、及び農地改革（第一次、昭和二〇年（一九四五年）農地調整法改正。第二次、昭和二年（一九四六年）農地調整法改正および自作農創設特別措置法）によってはじめに一応制度的に完成する豫定となった。」（川島武宜『所有権法の理論』（岩波書店 1949 年）92 頁。）

7) 甲斐道太郎・稲本洋之助・戒能道厚・田山輝明『所有権思想の歴史』（有斐閣新書 1979 年）167 頁〔甲斐道太郎執筆〕。

制が解体され、多数の小作農が自作農へと転換したことをもって民主主義的とするものである。確かに誰が土地を所有するかという土地所有形態は重要な問題であるけれども、所有権概念自体の確立とは直接の関係はないと思われる。もっともドイツにおける所有権概念の変遷において、抽象的所有権概念が自由主義的思想と親和的であったから、まったく無関係とは言えないけれども。

このような対立が生じる原因の一つとして、何をもって「近代的」所有権とするかという、理解の違いが影響していると指摘され⁹⁾、その意味内容は明確でない。しかも「近代的」という用語は、大陸法系の所有権概念がおおむねローマ法を基礎としていることから意味がないといえよう。

(3) そこで本稿は、検討テーマを、「近代的所有権」の成立過程としてではなく、現在の通説といえる抽象的所有権概念の成立過程の検討とする。とりわけいわゆる旧民法典（本稿では、「ボワソナード民法典」とよぶ。）および明治民法典はいかなる所有権概念を採用したのか、という課題を中心に検討を進めたいと思う。その理由は、所有権概念の確立には法典編纂がきわめて重要な役割を果たすからである。ドイツにおける所有権概念の変遷を検討した拙稿¹⁰⁾において、法典編纂が重要な役割を果たしていたことから、このような推測は首肯されよう。上記の近代的所有権論争では、明治維新から明治30年までの二度の民法典編纂が全く注目され

8) 福島正夫博士によれば、地租改正は、明治維新による新政府が中央集権的政治権力を確立するためにとらざるをえなかった政策であった。新政府が行った廃藩置県からこれに至る一連の改革によって、領主の私有権、貢租の複雑な諸形態および地域的な不均衡な負担が清算されて、土地を一応自由に処分し、経営しうようになった。しかし、その土地所有は、自由なブルジョア的、私的土地所有というものではなく、封建的要素を含みつつ、新たなものに転化してゆく、過渡的性格のものであったとされる（福島正夫「地租改正と土地所有権—地租改正諸方案をめぐって—」〔福島正夫著作集第三巻土地制度（勁草書房 1993年）所収〕3頁。）。
9) 甲斐道太郎ほか『所有権思想の歴史』前掲註(7) 167頁〔甲斐道太郎執筆〕。

10) 前掲註(2)のほか、拙稿「ゲルマン法学における所有権概念——ゲールケの「ドイツ的所有権」の成立と展開」（神奈川法学第55巻1号（2022年）1頁以下、拙稿「近世私法における分割所有権の盛衰」（神奈川法学第56巻1号（2023年）1頁以下参照。

ていないが、それまで法学の基礎がなかったわが国においても、両民法典編纂が所有権概念の形成に重要な役割を果たしたであろう。

それでは、わが国における所有権概念の変遷の検討に移りたい。地租改正と所有権概念の関係を検討した後、ボワソナード民法典および明治民法典の編纂過程において所有権概念がどのように考えられか、検討する。

第一節 地租改正

1 はじめに

民法典編纂以前に行われた地租改正は、幕藩体制における土地法制が近代的な土地法制へと移行する契機であり、明治期における所有権概念の確立にとってきわめて重要な事件である¹¹⁾。そこで、地租改正によってどのように土地法制が変化したのか、近代的所有権の成立に対してどのような影響を与えたのかについて検討する。その前提として最初に幕藩体制下における土地法法制および税制について検討しておきたい。

11) 福島正夫博士によれば、明治初期の税制は土地法と密接な関係にあったとされる。農地から徴収されるいわゆる地租が、国の財政においてしめる地位はまさに圧倒的なもので、明治4年から7年までは総歳入の九割をしめ、同8年から10年までは八割台をしめた。国の財政の基本にかかわるものであった。地租改正は、新政権がその財政的基盤を強固にするために重大かつ急務の課題であった（福島正夫『日本近代法体制』概説）〔福島正夫著作集第一巻日本近代法史（勁草書房 1993年）所収〕48頁（註33）。

2 幕藩体制下における土地法制

幕藩体制下の土地制度は、領主が土地（田畑）を私有し、農民は領主の土地を耕作するという建前がとられ、農民の権利はあくまで作職（耕作権）に止まった。しかも封建的階層区分と関連した多くの制限があった。領主の私有権は貢租をとりたてただけの内容となって公法化が進み、農民の土地保有は単なる耕作権よりも強力なものとなり、次第に所有権に近づいた。しかし土地には複雑な権利関係が存在し、農民の土地保有はあくまで幕藩体制とその村を単位とする貢租制を前提として成立する前近代的権利であった。それゆえこれを所有権とよぶことはできず、「土地所持の権利」とよぶべきとされる¹²⁾。

幕藩体制下における土地上の権利関係は、単一ではなく二重ないしそれ以上の重層的な権利関係であった¹³⁾。とりわけ永小作関係における地主と永小作人の関係は、あたかもゲルマン法理論の分割所有権すなわち上級所有権・下級所有権との区分に類するとされる¹⁴⁾。

農民と地主の権利関係の概略は以下の通りである。農民は自ら耕地を所持する地主と小作人とに二分される。小作制度においては、農民の権利関係は、単一ではなく、二重ないしそれ以上の重層的な封建的権利関係となる。小作制度の主要類型は三つである。第一は富豪が自家経営以上の手余り地を小作人に貸し付ける場合（名田小作）、第二は質関係から生ずる小作（質小作）、第三は永小作である¹⁵⁾。それぞれ小作期間が異なる。質小作では質地の年期と合致した。名田小作は年期小作と一年卸（一年かぎり）と

12) 福島正夫「地租改正」前掲註（4）48頁。

13) 福島正夫博士は、日本の封建的土地制度について「日本はその土地所有に純封建的な組織とその発達した小農民経営とをもって、多くはブルジョア的偏見によって書かれたわれわれの歴史書よりもはるかに忠実なヨーロッパ中世の像を示す」（『資本論』第一巻、第二章）とマルクスが述べたことを紹介する（福島正夫「地租改正」前掲註（4）14頁）。

14) 福島正夫「地租改正」前掲註（4）46頁。

15) 福島正夫「地租改正」前掲註（4）44頁。

に分かれ、後者が通常である。永小作は期間が無期限に長いもので、二種類ある。一つは新田開発などの場合に小作人に永久の耕作権を認めるものである。他の一つは二十年にわたり小作を継続したときに永小作として認められるものである。

小作料（作徳・宛口米）は、貢租と同様に現物納である。年貢・諸掛物は、永小作人は直接に納めるが、名田小作・質小作では、地主から納める。二重所有権の性格をもつ永小作では、小作料が一般に低く、かつ年の豊凶に拘らず定額であった。そのため永小作人が又卸し（又小作）するものもあった。他の小作では、検見と同じく、作柄で増減し、凶作には小作人から減免を申請した。しかし、減免しない定（じょう）小作も存在する。

普通小作では、小作人は小作株の売買や又貸しができない。小作期間が明け契約更新をするにも地主の恩情にたよる。権利はしたがって非常に弱い。これに対し永小作では物権的といえるほど強力な権利が小作人にあった。開墾地の小作人は、地主から借りているというより、掟米（おきてまい）を払う義務をおってその土地をみずから支配・進退すると意識していた。普通小作の小作人が地主の田畑を預ると意識したのと非常にことなる。小作証書は一般に作成せず、地主の小作帳に小作を記載したに止まる¹⁶⁾。

永久の耕作権を認められる永小作人は強力な物権的権利を有した。普通小作の小作人が地主の田畑を預ると意識したのと異なり、永小作人は地主から借りているというより掟米（おきてまい）を払う義務を負ってみずから支配・進退すると意識していた。小作証は一般に作成せず、地主の小作帳に小作を記載したに止まる¹⁷⁾。永小作は権利の安定度が高く、地主は自由に土地引上げができず、もし小作料滞納で裁判になっても、その支払いの裁判があるのみで地主の土地返還を認めなかった。また開墾永小作の場合、小作人はその権利を売買することができた¹⁸⁾。

16) 福島正夫「地租改正」前掲註（4）45 頁。

17) 福島正夫「地租改正」前掲註（4）45 頁。

18) 福島正夫「地租改正」前掲註（4）44 頁以下。

永小作が認められる土地は、上土権（永小作人）と底土権（地主）とに分割されるが、上土権は強力な権利であり、実質的には所有権に近い。これと類似するゲルマン法上の分割所有権理論によれば、上土権が下級所有権に該当し、底土権が上級所有権に該当する¹⁹⁾。

3 地租改正による重層的所有関係の排除

明治維新政府は、經常歳入の八割を占める地租収入を確保するため、旧制を承継した。農民にとって新領主による搾取は何ら前と変わりなかったため、百姓一揆が頻発した²⁰⁾。そこで、幕藩体制における前近代的な複雑な土地関係を前提とする貢租制を解消して、安定した貢租制度を確立するため、地租改正が実施されることになる。

地租改正では、土地の重層的な権利関係が清算され、土地ごとに所有者が決められ、この者に納税義務が課された。貢租額は法定地価（土地の価格を基礎として当初は土地価格の5パーセント）によるものとされ、地券を有する所有者がこれを負担することとされた²¹⁾。

土地の所有者には地券が公布された。地券の交付を交付するにあたり、一つの土地に一人の所有者しか認めないという方針（一地一主の原則）がとられた。それまで土地上に存在した分割所有権的な二重の権利関係を排除しようとしたのである。そのため、上土権が所有権的性格を有したことから、地券を永小作人と地主のどちらに交付すべきかがという問題が生じた。永小作人と底地権者のどちらが土地所有者かをめぐり、農民と地主の間で激しい対立が生じたのである²²⁾。

問題となった代表的なものとしては筑後国（福岡県）有明海沿岸および

19) 福島正夫「地租改正」前掲註（4）46頁。

20) 福島正夫「地租改正」前掲註（4）51頁。

21) 福島正夫「地租改正」前掲註（4）67頁以下。

22) 福島正夫「地租改正」前掲註（4）79頁以下。

筑後川口の鋤先権があるが、「一田両主」という関係ならば、土佐・肥後・阿波・摂津その他全国各地に相当ひろくみられる²³⁾。また、永小作権をめぐる訴訟も明治 10 年以降に頻発した²⁴⁾。

この問題は、多くの場合、底地権者を所有者とすることに決着し、永小作人の権利は普通小作のレベルにまで弱体化した。ただし、永小作人に先買権が認められることがあったが、経済的な余裕のない永小作人はその権利を行使できなかった²⁵⁾。

以上のように地租改正は分割所有権的な土地所有関係を排除して、一地一主の原則を強制的に実現したが、これをもって土地私有制度が確立したとする見解がある²⁶⁾。確かに、地租改正は重層的な土地所有関係を一掃し、土地私有制度の確立を促進したけれども、それは主に租税負担者を決定するためであった。また田畑永代売買解禁の布告も、土地価格を基礎とする地租決定のために必要であったからである。これらはあくまで地租を安定的に徴収するための措置にすぎず、土地私有制度の確立を政策目的としたものではなかった。それゆえ、これをもって土地私有制度が確立したとすることはできないと思う。

23) 福島正夫「地租改正」前掲註 (4) 47 頁。

24) 熊谷『日本の近代化と土地法』前掲註 (5) 67 頁以下参照。

25) 熊谷『日本の近代化と土地法』前掲註 (5) 74 頁以下。

26) 「維新政府の地租法は、「貢租ハ其土地ヲ所有スル者ニ於テ負担スベキ」ものとした。それは、逆にいえば、貢租を負担する者を土地所有者とし、その代償として強力な所有権を保障するという土地私有制確立の方向を逆転して示したものということが出来る。」(熊谷『日本の近代化と土地法』前掲註 (5) 81 頁)。

第二節 ボワソナード民法典（旧民法典）の編纂

1 はじめに——明治初期の立法事業

明治初期のわが国の民法典編纂事業は江藤新平により精力的に推進されたが、彼が模範としたのはフランス法であった。その最初の事業として箕作麟祥にナポレオン五法典の翻訳を行わせたが、その全訳が明治2年（1869年）から同7年（1874年）までの5年間に完成する。フランス法に通暁したフランス法学者がいなかったなかでの翻訳作業であったため誤訳も多く、不完全なものであったが、多くの司法官がこれを金科玉条として裁判に利用したといわれている²⁷⁾。

明治8年（1875年）には司法卿大木喬任による法典編纂事業が開始され、翌年から刑法、治罪法（刑事訴訟法）、民法、商法および（民事）訴訟法の編纂が始められた²⁸⁾。

明治12年（1879年）には民法の起草がボワソナードに付託され、同年、彼は民法草案の起草を開始する²⁹⁾。その手続きはボワソナードが仏文で起草したもの（これは『プロジェ』として出版された。）を、民法編纂局がボワソナードから説明を受けて、これを審議するという形態がとられた。ただ審議とは言っても翻訳主任による講義をただ聞くような状態であったといわれている³⁰⁾。

仏文草案の『プロジェ』は改訂を重ね、本稿の主題である所有権の規定

27) 野田良之「フランス法」[伊藤正巳編『外国法と日本法 岩波講座現代法 14』（岩波書店 1966年）所収] 186頁以下。

28) 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）17頁以下。

29) 大久保・高橋『ボワソナード民法典の編纂』前掲註（28）23頁以下。

30) 大久保・高橋『ボワソナード民法典の編纂』前掲註（28）41頁以下。

が置かれた「財産編」には三種類のヴァージョンが存在する。すなわち、旧民法典の公布までの間に『プロジェ初版』と『プロジェ第二版』が出版され、そして公布と同時に『プロジェ新版』が出版された。『プロジェ新版』は実質的には第三版ということになる。また同時にこれらの翻訳書も相次いで出版された³¹⁾。

これを基礎に編纂され、明治 23 年（1890 年）4 月 21 日に公布された法律第二八号（財産編・財産取得編・債権担保編・証拠編）は、明治 23 年 10 月 7 日に公布された法律第九八号（財産取得編・人事編）とあわせて「旧民法典」と称されるのが一般的である。しかし、その起草者はボワソナードであり、その実質はボワソナードの民法典であった。そこで、本稿では「ボワソナード民法典」と表記する。

それでは、ボワソナード民法典の所有権概念がどのようなものであったか、主に三種類の『プロジェ』とその翻訳書から検討することにしたい。

2 『プロジェ初版』

ボワソナードが民法典草案の起草を開始するのはすでに述べたように 1879（明治 12）年であり、最終的に公布されるまで約 10 年を要したけれども³²⁾、財産編を含む最初の起草は早々に完成し、『プロジェ初版』の活版本として明治 13 年（1880 年）から同 15 年（1882 年）に刊行された³³⁾。

その翻訳書については、『ボワソナード氏起稿注釈民法草案財産編』（以下では『注釈民法草案』と表記する。）がこれまで上記『プロジェ初版』活

31) 大久保・高橋『ボワソナード民法典の編纂』前掲註（28）49 頁以下。

32) 大久保・高橋『ボワソナード民法典の編纂』前掲註（28）23 頁以下。

33) 大久保泰甫・七戸克彦「『プロジェ初版』について」〔PROJET DE CODE CIVIL POUR LE JAPON ACCOMPAGNÉ D'UN COMMENTAIRE par G. BOISSONADE [Première édition] Tomes 1-2 1880（1999 年 雄松堂復刻版：『ボワソナード民法典資料集成』前期 I 前史・民法編纂局 明治 12-19 年 所収）〕vi 頁以下。

版本の翻訳書であると理解されていた。しかし近時の研究により、これが『プロジェ初版』の翻訳書ではなく、『プロジェ初版』の活版本より時代的に先行するところの、未知のボワソナード草案の翻訳であることが明らかにされた³⁴⁾。しかし『プロジェ初版』と『注釈民法草案』の内容は概ね一致する。

法典編纂の過程を検証するには、『プロジェ初版』仏文の現代語訳を参照するだけでは不十分である。『注釈民法草案』の翻訳は当時の日本人が『プロジェ初版』をどのように理解したかを示すものであり、編纂過程の検討にとって大きな意味をもつ。そこで本稿は、『プロジェ初版』の現代語訳ではなく、この二つの資料に依拠してボワソナードによる初期の起草内容を検討することにしたい。

(1) 物権の性質および種類

『プロジェ初版』物権編第2条は、物権の性質を説明するばかりでなく、物権にどのような種類があるかを列挙する。左側が『プロジェ初版』の仏文³⁵⁾、右側は『注釈民法草案』による翻訳である³⁶⁾。

- | | |
|--|--|
| 2. Les droits réels s'exerçant directement sur les choses et opposables à tous, sont | 第二條 直接ニ物品上ニ行ヒ且ツ各人ニ向ヒ對抗ス可キ物権ニ主タル者アリ從タル者アリ |
| <i>principaux</i> ou <i>accessoires</i> . | |
| Les droits réels principaux sont: | 主タル物権トハ左ノ如シ |
| 1° La propriété, pleine ou démembrée; | 第一 完全又ハ支分ノ所有権 |
| 2° L'usufruit, l'usage et l'habitation; | 第二 入額所得権、使用権(コサージュ)及ヒ住居権(アビタツション) |

34) 七戸克彦『「註釈民法草案」について』『ボワソナード氏起稿注釈民法草案財産編 第1巻－第4巻(1－135)』[ボワソナード民法典資料集成前期I：雄松堂復刻版1999年] 解題 xxxii 頁。

35) PROJET [Première édition] 前掲註(33) 4頁。

36) 『注釈民法草案財産編』前掲註(34) 七丁(8頁)以下。

3° Les droits de bail, d'emphytéose et de superficie;	第三 賃借、長期賃借（アンフィテ ヨーズ）及ヒ土地ノ表面使用ノ権
4° Les servitudes foncières;	第四 土地ノ権
5° Le droit de possession. Ces droits sont l'objet 1re partie du présent Livre.	第五 保有ノ権利 是等ノ権利ハ本篇第一部ノ主眼トス
Les droits réels accessoires, ou garanties des créances sont:	従タル物権乃チ債主権ノ擔保ハ左ノ 如シ
1° Le gage;	第一 動産ノ質入
2° L' antichrèse;	第二 不動産ノ質入（アンチクレース）
3° Le droit de rétention;	第三 物品留置ノ権
4° Le privilège;	第四 先取特権
5° L' hypothèque. Ces droits sont l'objet du Livre IVe.	第五 書入質（イボテック） 是等ノ権利ハ第四篇ノ主眼トス

以上の『プロジェ初版』の仏文原文と『注釈民法草案』の翻訳は完全に一致する。なお括弧内の片仮名表記は、翻訳に付されたルビであり、該当する仏単語の日本語発音である。

『プロジェ初版』には条文の詳細な注釈が付されている。上記第 2 条の注釈は、物権の性質を詳細に解説する。それによれば、第一に直接性がある。物権は物に対する権利であり、この権利は直ちに行使することができ、そのため何人に訴求することも要しないとされる。第二は絶対性である。すなわち物権はすべての人に対抗することができる。物権が「完全ノ権利」（droit absolu）といわれる所以である、という³⁷⁾。

注目されるのは、第 2 条が所有権に「完全ノ所有権」（La propriété pleine）と「支分ノ所有権」（La propriété démembreée）の二種類があると

37) PROJET [Première édition] 前掲註 (33) 5 頁。『注釈民法草案財産編』前掲註 (34) 十丁 (10 頁) 以下。

規定する点である。所有権をこのように分類するのは自然法の所有権理論である。自然法では「完全ノ所有権」は分割されない所有権を意味する。したがって、『プロジェ初版』も自然法の所有権理論を採用したと推測される。この点は、後述する所有権定義に関する第 31 条において検討する。

さらに物権のいわゆる絶対性が「完全ノ権利」と関連するとされている点が注目される。absolu はここでは「絶対的」の意味で用いられている。しかし他方では、後述するように「無限定」（無制限）という意味で使われている。ボワソナードが absolu を絶対性と無制限と二つの意味で用いる点に注意が必要である。

(2) 所有権概念の定義

『プロジェ初版』物権編第 1 章第 31 条は所有権の定義規定である。『プロジェ初版』の仏文³⁸⁾と『注釈民法草案』による翻訳³⁹⁾を次に掲げる。

31. La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer d'une chose de la manière la plus étendue, sous [les limites et] conditions apportées par la loi ou par les conventions particulières.

第三十一條 所有権（プロプリエター）トハ法律又ハ別段ノ契約（コンワンション パルチキュリエー）ニテ定メタル條件（コンデション）（制限）ニ循ヒ一箇ノ物ヲ最モ自由ナル方法ニ（マニエールラプリユエタンジェ）使用（ユセイ）収益（ジュイール）シ及ヒ之レヲ處分スル權利（ドロワ）ヲ謂フ

上記の翻訳は、『プロジェ初版』仏文と一致する。また仏文の [les limites et] は翻訳では活字として欠落しており、手書きで挿入されている。

38) PROJET [Première édition] 前掲註 (33) Chapitre I^{er} 62 頁。

39) 『注釈民法草案財産編』前掲註 (34) 81 頁。

この所有権定義の特徴は、使用、収益および処分という所有権の権能から所有権を定義する点である。これは、所有権を使用、収益および処分という権能の集合（束）とする自然法の所有権理論と合致する。この点と先の「完全ノ所有権」という自然法の用語を用いることを考慮すると、ボワソナードの所有権理論が自然法の所有権理論に従うことはほぼ間違いのない。そこでこの理解が正当であることを確認するために、次に「完全ノ所有権」に関する注釈を検討しよう。

『プロジェ初版』物権編第 1 章第 31 条の注釈⁴⁰⁾および『注釈民法草案』による翻訳⁴¹⁾とを、次に併記する。

Ces trois droits: usage, jouissance, disposition, sont souvent réunis, mais ils peuvent aussi être séparés. La propriété est dite *pleine* quand ils sont réunis; elle est dite *démembrée* quand l'usage ou la jouissance sont séparés du droit de disposer; ces deux droits sont alors appelés *démembrements* de la propriété.

是等三箇ノ使用、収益處分ノ権利ハ屢々集合（レユニー）スルヲアリト雖モ又之レヲ分別（セパレー）スルヲ得ヘシ○右三箇ノ権利共ニ集合シタル時ハ之レヲ完全ノ（プレーヌ）所有権ト謂フ使用権若クハ収益権ヲ處分権ヨリ分チタル時ハ之レヲ分裂（セパレー）シタル所有権ト謂フ是等二個ノ権利ヲ名ケテ所有権ノ分裂権（デマンブルマン）ト謂フ

上記注釈は『プロジェ初版』の仏文を遂語訳したものである。

上記注釈の第一文は所有権は使用、収益および処分の三権の集合したものであり、分割され得るものであることを述べる。第二文は使用権、収益

40) PROJET [Première édition] 前掲註 (33) Chapitre I^{er} 63 頁。

41) 『注釈民法草案財産編』前掲註 (34) 82 頁。

権および処分権の三権がすべてそろった場合にこれを「完全ノ所有権」と呼ぶとする。そして第三文は、使用権若しくは収益権が分離された所有権を「分裂シタル所有権」というと説明する。第四文は、分割された二つの権利（使用権あるいは収益権）は「所有権ノ分裂権」と呼ばれるとする。

以上のように、『プロジェ初版』は、「完全ノ所有権」、「分裂シタル所有権」そして「所有権ノ分裂権」という三つの概念を用いて所有権を説明している。したがって、『プロジェ初版』の所有権理論を理解するためには、以上の三つの概念の検討が必要である。そこで以下ではそれぞれについて検討する。

(3) la propriété pleine (「完全ノ所有権」)

最初に「完全ノ所有権」を取り上げる。『プロジェ初版』は、「完全ノ所有権」が使用、収益および処分の三権が集合した所有権であるとし、所有権が分割されることを承認する。自然法によれば、所有権は使用権、収益権および処分権という権限の集合体（束）であり、各権限は所有権から分離され得るとされ、使用権、収益権および処分権の三つの権能がすべてそろった所有権を「完全ノ所有権」と呼ぶ。『プロジェ初版』の「完全ノ所有権」(la propriété pleine) は右の自然法の意味で用いられている。以上から、先の推測の通り、『プロジェ初版』の所有権概念は自然法の分割所有権理論に従ったものであることが確認される⁴²⁾。

さらに、上記第2条の「完全ノ所有権」について注釈は、すでに指摘したように、*absolu* を（「完全ノ所有権」に関連するものとして）物権の絶対性の意味で用いるが、他方では以下のように *absolu* を所有権の無制限性の意味で用いる場合もある。後者の意味で用いられる場合についての『プロジェ初版』 仏文⁴³⁾ および『注釈民法草案』の翻訳⁴⁴⁾ は以下のものである。

Le droit de propriété est *le plus étendu* de tous, mais il n'est pas *absolu* comme le dit par inadvertence le code français

所有權ハ諸多ノ權利中ノ最モ拡充ナルモノナリト雖モ無限定（アブソリニ）ノモノニ非ス仏蘭西成典ニ無限定ト記シタルハ蓋シ其誤ナリ

このように、*absolu* は、「絶対的」および「無制限（無限定）的」の二つの意味で用いられている。これも自然法の理論によるものである。ただし上記のように、ボワソナードは所有権を絶対的なものとしつつも、無制限性について否定的である。

(4) la propriété démembrée（「分裂シタル所有権」）

次に「分裂シタル所有権」と訳された la propriété démembrée を検討しよう。

まず確認しておきたいのは、これも自然法の分割所有権理論であること

42) 吉野教授はボワソナードの所有権理論が自然法的所有権であることをすでに解明されていた。吉野教授は、ボワソナードの所有権理論について次のように述べられる。

「……以上でみる限り、完全性と不完全性〔欠缺ある状態〕とは物権の属性であり、使用・収益・処分・排他性をすべて有する物権が「完全無欠」である。「完全無欠ナル物権」即ち所有権であるかにみえる。つまり、第二条の第一項「完全又ハ欠缺ノ所有権」という文辞とは違って、欠缺ある所有権は存在しないかにみえる（吉野悟「所有権の完全性と絶対性—ボワソナード民法から明治三十年頃まで 問題の所在—」日本法学第 62 巻 1 号（1996 年）54 頁以下。）。

しかし、「義解」は更に述べて言う。「所有権中含有スル効用」は数多であって（二三頁）、使用権、収益権あり、「之ヲ売却シ放棄シ毀滅スルハ処分権ナリ此他物ヲ賃貸シ質入シ抵当ト為ス等」の「此等ノ権ヲ？ク一人ノ手裏ニ合併スルトキハ之ヲ完全所有権ト云フ」（二四頁）。これに対して、「欠缺ノ所有権トハ例ヘハ我レノ所有権中ヨリ用益権、抵当権ノ類ヲ他人ニ与ヘタルトキノ如シ我ニ残存スル権利ハ完全ノ所有権ニ非シテ其幾分ヲ失ヘルモノナリ故ニ之ヲ欠缺権ト謂フ」（二四頁）。（吉野・同 59 頁。）

「所有権には「完全無欠の物権」としての「完全所有権」と、おそらく「完全無欠」とは呼ぶことをためらうであろう所の、所有権の「効用」[→内容]の一部分を他人に与えてなお「残存スル権利」としての「欠缺ノ所有権」とが在ることになる。〔完全無欠な物権としての所有権に対して「其他ノ物権」は「多少欠缺セサルコトナシ」。従って「其他ノ物権」は、欠缺の物権でもあるだろう。〕義解によれば、「而シテ〔これら物権の〕多クハ所有権ノ支分権ナリ」（二三頁）とされる。」（吉野・同 60 頁）。

43) PROJET [Première édition] 前掲註 (33) Chapitre I^{er} 63 頁。

44) 『注釈民法草案財産編』前掲註 (34) 82 頁以下。

である。ボワソナードが自然法の分割所有権理論に従っていることを、より明確に裏付ける箇所が「入額所得ノ権」にある。その箇所の『プロジェ初版』の仏文⁴⁵⁾と『注釈民法草案』の翻譯⁴⁶⁾は以下の通りである。

s'il ne manquait que l'usage, on dirait que la propriété est démembrée;

右ノ所有権ニ使用権ノミ欠クルトキハ所有権ハ支分セラレタリ（デマンプレ）ト云フ。

「支分セラレタリ」は *démembrée* という仏語の翻訳である。後に「分裂シタル所有権」は「支分ノ所有権」と呼ばれる。これは自然法でいうところの「不完全ノ所有権」に相当する。

それでは、次に「分裂シタル所有権」はいかなる性質を有するののかについて検討する。この点に関しては使用権および収益権を総合したものとして構想された *l'usufruit*（入額所得ノ権）が参考になる。

『プロジェ初版』は *l'usufruit* に関する規定を財産編第2章第46条以下に規定したが、その注釈によれば、これはフランス語の *usufruit* に該当するもので、使用と収益を合わせた総合的な権利をいい、この権利が所有権と異なるところは処分権がない点であるとする。そして所有権の権能のうち処分権は最も重要なものであり、所有権は使用権及び収益権が分離されてもなお所有権であることに変わりはないが、とくにこの場合の所有権を *nue - propriété*（虚有権）と呼ぶ、という⁴⁷⁾。

以上から、「分裂シタル所有権」とは、分割されて使用権あるいは収益権を欠くに至った所有権を意味し、使用権および収益権の二つの権能をとも

45) PROJET [Première édition] 前掲註 (33) Chapitre II 84 頁。

46) 『注釈民法草案財産編』前掲註 (34) 111 頁。

47) PROJET [Première édition] 前掲註 (33) Chapitre II 84 頁。『注釈民法草案財産編』前掲註 (34) 110 頁以下。

に欠く所有権をとくに虚有権という、ということになる。

処分権が所有権の本質的構成要素とされ、処分権能しかなくとも依然として所有権であり、これは特に虚有権と呼ばれる。したがって、所有権の本質が処分権能にあるとすることは明かであるが、これ以上の言及はない。

(5) démembrements de la propriété (「所有権ノ分裂権」)

次に『プロジェ初版』第 31 条の注解でいう démembrements de la propriété (「所有権ノ分裂権」)を検討する。一見したところ、la propriété démembrée (「分裂シタル所有権」)と同じ意味のように思われるけれども、実は異なるものである。自然法の分割所有権理論によれば、使用権とこれを失った所有権(虚有権)とに分割された場合、使用権は démembrements de la propriété と呼ばれ、虚有権と区別されるからである。そしてこれは必然的な帰結ではないけれども、自然法では使用権が所有権の権能の一部であることから、使用権が下級所有権と位置づけられることがある。しかし『プロジェ初版』の注解がはたしてこれを下級所有権として認めるかは不明である。

なお、『プロジェ初版』の基本構造は次の『プロジェ第二版』にそのまま継承されるが、後述する翻訳書は démembrements de la propriété を「所有権ノ分裂権」ではなく、「所有権ノ支分権」と翻訳している。

以上から『プロジェ初版』の所有権概念の基本構造は以下のように理解できるであろう。すなわち、所有権は「完全ノ所有権」と「分裂シタル所有権」とに分類される。「完全ノ所有権」は使用権、収益権および処分権がすべてそろった所有権である。所有権は分割され得るものであり、所有権は分割により「分裂シタル所有権」と「所有権ノ分裂権」とに分割される。「分裂シタル所有権」は使用権などを欠く所有権(虚有権)である。「所有権ノ分裂権」は所有権から分離された使用権などである。

「所有権ノ分裂権」に関してさらに問題となるのは、ボワソナードがこれを下級所有権として位置づけたのかである。しかしこの点は『プロジェ初

版』では明らかでない。『プロジェ第二版』の注釈は『プロジェ初版』よりも詳細になっており、これを判断する手掛かりが豊富である。そこで、*démembrements de la propriété* が「所有権ノ支分権」と翻訳されたことを確認することも含め、この点の検討は次の『プロジェ第二版』の検討に譲る。

3 『プロジェ第二版』

1882年に公開された『プロジェ第二版』⁴⁸⁾は、『プロジェ初版』の改訂版である。そしてその翻訳が『ボワソナード氏起稿再読民法草案財産編』⁴⁹⁾（以下では『再読民法草案』と呼ぶ。）である⁵⁰⁾。

(1) 物権の性質および種類

『プロジェ第二版』物権編第2条は物権の性質および種類について以下のように規定する⁵¹⁾。

2. Les droits réels, s'exerçant directement sur les choses et opposables à tous, sont *principaux* ou *accessoires*.

Les droits réels principaux sont:

- 1° La propriété, pleine ou démembrée;
- 2° L'usufruit, l'usage et l'habitation;

48) PROJET DE CODE CIVIL POUR LE JAPON ACCOMPAGNÉ D'UN COMMENTAIRE par Mr. Gve BOISSONADE [DEUXIÈME ÉDITION] TOME PREMIER DES DROIT RÉELS. TOKIO 1882 [神奈川大学旧法務研究科所蔵・請求番号 A324 1・B3]

49) ボワソナード氏起稿再読民法草案財産編第1巻(1-10) [ボワソナード民法典資料集成前期Ⅰ: 雄松堂復刻版 2000年]

50) 村上一博「プロジェ第二版第一・二巻(財産編)の翻訳書について」『再読民法草案』前掲註(49)所収Ⅷ頁。

51) PROJET [Deuxième édition] 前掲註(48)8頁以下。

3° Les droits de bail, d'emphytéose et de superficie;

4° Le droit de possession.

Ces droits sont l'objet 1re Partie du présent Livre.

Les servitudes foncières, accessoires du droit de propriété, sont aussi traitées dans le présent Livre.

Les droits réels accessoires, formant la garantie des créances sont:

1° Le gage:

2° L' antichrèse;

3° Le droit de rétention;

4° Le privilège;

5° L' hypothèque.

Ces droits sont l'objet du Livre IVe.

『再関民法草案』は第 2 条を以下のように翻訳する⁵²⁾。

第二條 物権ハ直チニ物上ニ行ヒ且ツ衆人ニ對抗ス得可キモノニシテ

主タルモノアリ従タルモノナリ

主タル物権トハ左ノ如シ

第一 完全（プレーヌ）若クハ支分ノ（デマンプレ）所有権

第二 入額所得、使用権及ヒ住居権

第三 賃借（パエーエ）、長期賃借（アンフヒラオーズ）及ヒ土地表面（シウベルフヒシ）使用権

第四 占有権

是等ノ権利ハ本篇第一部ノ目的トス

所有権ノ附従タル地役モ亦本編ニ於テ規定ス

従タル物権ハ債主権ノ擔保ヲ組成スルモノニシテ即チ左ノ如シ

第一 動産ノ質（ガージュ）

52) 『再関民法草案』前掲註（49）二十一丁（16 頁）以下。

- 第二 不動産ノ質入（アンチクレース）
- 第三 留置ノ権（ドロアー ドレタンション）
- 第四 先取特権（プリビレージュ）
- 第五 書入質（イボテツク）
- 是等ノ権利ハ第四篇ノ目的トス

『プロジェ第二版』による『プロジェ初版』の変更点は、『プロジェ初版』で主たる物権の第四に掲げられた *Les servitudes foncières* が削除されたことである。これは『註釈民法草案』では「土地の権」と訳され、主たる権利に位置づけられていたのに対し、『再閲民法草案』では「地役」と訳され、所有権の従たる権利とされる。したがって、この変更は、*Les servitudes foncières* の位置づけが主たる権利ではなく、従たる権利へと変更されたことによるためである。

また用語の訳が一部変更され、たとえば、「保有ノ権利」が「占有権」へ、「物品留置ノ権」が「留置ノ権」へ変更されている。

しかし、このほかの点とくに「完全ノ所有権」と「支分ノ所有権」の区別およびその意義などについては『プロジェ初版』との違いはほとんど見られない。したがって、第2条に関しては基本的な変更はない。

(2) 所有権概念の定義

『プロジェ第二版』物権編第31条は所有権を以下のように規定する⁵³⁾。

Art.31. La propriété est le droit naturel d'user, de jouir et de disposer d'une chose, de la manière la plus étendue, dans les limites et sous les conditions apportées par la loi ou par les conventions particulières.
[544]

Les règles et conditions d'après lesquelles le propriétaire d'une

53) PROJET [Deuxième édition] 前掲註 (48) 73 頁。

chose acquiert ce qui s'y incorpore ou s'y unit accessoirement, ou ce qui résulte de sa transformation complete, sont établies au Livre IIIe, [546.]

『再関民法草案』による上記仏文の翻訳⁵⁴⁾は以下のとおりである。

第三十一條 所有權ハ法律又ハ格段ノ合意（コンバンション）ニテ定メタル限度ト條件トニ循ヒ一箇ノ物ヲ最モ拡張シタル（マニエールラプリユエタンジェ）方法ニテ使用（ユセイ）シ、収益（ジュイール）シ及ヒ處分スル自然ノ權利ナリ [第五百四十四條]

物ノ所有者ガ其物ニ集合（アンコルボル）シ又ハ之ニ附従（アクセソワールマンコール）トシテ合スル所ノモノ又ハ其完全（コンプレート）ノ化成（トランスフォルマション）ヨリ生スル所ノモノヲ獲得スルノ規則（レーグル）及ヒ條件（コンデション）ハ第三編ニ設定セラルルモノトス [第五百四十六條]

上記翻訳は、『プロジェ第二版』物権編第 31 条の逐語翻である。同条第 1 項が所有権定義である。『プロジェ初版』との違いは、所有権が「自然ノ權利」（le droit naturel）であると明記された点である。しかし、もともと自然法の思想に従った所有権概念であったから、その追加はこの点を明白にしたに過ぎない。また所有権を使用、収益および処分する権利と捉える考え方はそのまま踏襲されている。

なお同条第 2 項は、附合等の規定を第三編に置くことを注意的に述べるもので、所有権概念とは関係がない。

(3) 所有権の本質——分割所有権理論

所有権の意義および所有権の分割について、『プロジェ第二版』の注釈も

54) 『再関民法草案』前掲註 (49) 124 頁。

『プロジェ初版』の注釈と同様に、所有権の権能である使用、収益および處分について具体例を示したうえで、これらと所有権の関係について、以下のように分割所有権理論を展開する⁵⁵⁾。

Ces trois droits: usage, jouissance, disposition, sont souvent réunis, mais ils peuvent aussi être séparés. La propriété est dite *pleine*, quand ils sont réunis; elle est dite *démembrée*, quand l'usage ou la jouissance sont séparés du droit de disposer; ces deux droits, envisagés isolément, sont alors appelés *démembrements* de la propriété.

『プロジェ第二版』は、語句の微細な修正があるものの、『プロジェ初版』の注釈をそのまま承継する。修正点は、第一に *pleine* と *démembrée* の次に「 , 」が補充され、文章の構造を明らかにしたこと、第二に最後の文章に *envisagés isolément* という文言が追加・補充されたことである。以上の修正は、文章の内容を修正したものではなく、あくまで意味を明らかにするための補充的なものに過ぎない。したがって、『プロジェ第二版』が『プロジェ初版』の基本的理解すなわち自然法の所有権理論をそのまま承継している。

『プロジェ第二版』の上記仏文を、『再閱民法草案』は以下のように翻訳する⁵⁶⁾。

是等三箇ノ權利即チ使用、収益、處分ノ三權利ハ屢々集テ存スルナリ然レトモ亦其權利ヲ分離スルヲ得ヘシ而シテ右三箇ノ權利ノ集テ存スルキハ之ヲ完全ノ（プレヌ）所有權ト謂ヒ、使用權若クハ収益權カ處分權ヨリ分離セラレテ存スルキハ之ヲ支分ノ（デマンプレー）所

55) PROJET [Deuxième édition] 前掲註（48）80 頁。

56) 『再閱民法草案』前掲註（49）134 頁。

有権ト謂フナリ而シテ右二箇ノ權利ノ单独ニ思考セラレタル片ハ之ヲ
所有權ノ支分權（デマンブルマン）ト名稱セラル、ナリ

以上から『プロジェ第二版』も自然法の分割所有権理論を採用したことが確認される。

使用権あるは収益権等が分離された所有権（先に「分裂シタル所有権」とされた）を「支分ノ（デマンプレー）所有権」と訳す。そのうえで「而シテ右二箇ノ權利ノ单独ニ思考セラレタル片ハ之ヲ所有權ノ支分權（デマンブルマン）ト名稱セラルルナリ」と注釈が翻訳されている。先に「所有権ノ分裂権」と訳された *démembrements de la propriété* が「所有権ノ支分權（デマンブルマン）」と翻訳されている。以上から、この仏語の訳語は変更されたものの、『プロジェ第二版』の所有権概念およびその基本構造が自然法のそれとまったく同じものであることが確認できる。

（4）*démembrements de la propriété*（「所有権ノ支分權」）は下級所有権か？

「所有権ノ支分權」が使用権あるいは収益権を指すものであることを確認したが、そこで問題となるのはその法的性質である。はたして『プロジェ第二版』は「所有権ノ支分權」である使用権を自然法の分割所有権理論に従って所有権の一種（いわゆる下級所有権）と捉えたのであろうか。

分割所有権理論によれば、確かに上級所有権および下級所有権という二種類の所有権を認めることが可能であるけれども、それは分割所有権理論のもたらす必然的な帰結ではない。下級所有権を承認するか否かは別問題である。分割所有権理論をとったからといって必然的にとくに下級所有権を承認することにはならないのである。

この点について、『プロジェ第二版』（の注釈）には直接の言及はみられない。しかし、『プロジェ第二版』（の注釈）には下級所有権を否定すると理解される説明がなされている。以下で、その箇所を指摘する。

第一は、所有権の性質及びその正当性についての説明があげられる。ボワソナードは、『プロジェ第二版』において所有権の性質及びその正当性に

ついでの説明を追加した。とくに所有権を「自然ノ権利」(le droit naturel)と明記した点について以下のように述べる。すなわち、ヨーロッパではこの問題が100年ほど前からもっぱら土地所有権について論争された。ある論者は、所有権が成文法によって設立されたもので、所有者は政府であり、各人は政府より借料を納めて定期収益権を付与されるに過ぎないという。社会主義者はこの理論を主張する。しかし、これは純理にすぎず、日本の封建時代においてもこの論理を見い出すことができない。日本においては土地の所有権は動産の所有権と同様に完全に各人に属すべきものである。法律が所有者の権利を創設するのではなく、法律はただこれを認知しかつこれを担保するに過ぎない。草案は、所有権を自然の権利であると宣言した、とする⁵⁷⁾。

上記のような、所有者は政府であり個人には定期収益権が付与されるという理論は、およそ100年後に西ドイツでフォークゲルによって主張された土地法の改革案と酷似する⁵⁸⁾。この改革案は、所有権を上級所有権と下級所有権とに分割することを承認するゲルマン法学の分割所有権理論を基礎としたものである。この理論をボワソナードが批判していることからすると、分割された使用权(「所有権ノ支分権」)を下級所有権とは考えていなかったと推測してよいであろう。

第二は、広範な用益権能を有し、仮に下級所有権を認めたとするとこれに該当するものとして第一に挙げられるのは「入額所得ノ権」である。しかし、ボワソナードをこれを所有権と同列なものとしてではなく、以下のような点でむしろ所有権に劣後する権利あるいは従たる権利であるとしている。

i) 入額所得ノ権が有期であること

『プロジェ第二版』第46条は「入額所得ハ他人カ所有権ヲ有スル物ノ用

57) PROJET [Deuxième édition] 前掲註(48)78頁。『再閱民法草案』前掲註(49)130頁以下。

58) 拙稿「ゲルマン法学における所有権概念—ギールケの「ドイツ的所有権」の成立と展開—」前掲註(10)46頁以下。

方ニ從ヒ及ヒ其性質又ハ其本質ヲ變スルコトナク有期ニテ善良ノ管理者ノ如ク其物ヲ使用シ及ヒ収益スルノ權利ナリ」と規定し、入額所得ノ權に有期という存続期間が定められた⁵⁹⁾。この点についての注解によれば、入額所得ノ權の重要な性質は有期の性質であり、入額所得ノ權は所有權のように永遠のものではないからである、とされる⁶⁰⁾。このような説明からは、入額所得ノ權が所有權と位置づけられていないことは明らかであろう。

ii) 處分權こそが所有權の重要な構成要素であること

上記第 46 条の注釈において、所有權の本質について次のように述べる。入額所得ノ權は物の使役權と収益權とを合成した「衆成ノ權利」であり、この權利が所有權と異なる点は處分する權限を欠くだけである。しかし處分權は大いに所有權設立の三箇の原素中その最も重要なものである。これが使用權と収益權を所有權より分割したときであってもなおその残りの權利を所有權と稱する所以である。しかしその所有權のその主たる所属即ち収益權より離れたるものであることを指示するために単にこれを「虛有權」と稱する。また使用權のみが欠けたときはその所有權は支分せられたものという⁶¹⁾。

以上の注釈は、『プロジェ初版』のそれと同じであるが、その説明は使用權と収益權は所有權でないことを前提としたものと理解できる。

iii) 入額所得權が虛有權へ吸収されること

ボワソナードは入額所得權が消滅する場合の効果について次のように説明する。すなわち、

「是レ等ノ權利ハ完全ノ所有權ヨリ分割セラレ即チ其「支分」權タルヲ以テ該權利カ基本主ノ方ニ就テ消滅スルトキハ再ヒ所有權ニ戻リ即チ

59) PROJET [Deuxième édition] 前掲註 (48) 108 頁。『再閱民法草案』前掲註 (49) 186 頁。

60) PROJET [Deuxième édition] 前掲註 (48) 109 頁。『再閱民法草案』前掲註 (49) 188 頁。

61) PROJET [Deuxième édition] 前掲註 (48) 108 頁。『再閱民法草案』前掲註 (49) 187 頁。

所有権ノ包含スル所トナリテ其入額所得権又ハ附従ノ物権タル固有ノ性質ヲ失フモノナレハナリ⁶²⁾」

ボワソナードは、入額所得権が消滅する場合、元の所有権（虚有権）に戻るとするが、このような理解は、入額所得権を下級所有権として承認した場合にも成立するから、これだけでは判断しかねる。しかし、分割が終了する場合に上級所有権と下級所有権のどちらが優位するのか、すなわちどちらに吸収されるのかは、理論的にも実際にも対立し、19世紀フランスおよびドイツの農民開放では下級所有権の優位が認められた。したがって、上級所有権にあたる所有権（虚有権）の優位を認める点からすれば、ボワソナードが下級所有権を認めていなかったという理解の一助になるように思われる。

以上から、『プロジェ第二版』の所有権概念は分割所有権理論を採用したけれども、「所有権ノ支分権」を下級所有権とは認めなかったと考えるのが妥当であろう。

4 『プロジェ新版』

『プロジェ新版』⁶³⁾は『プロジェ第二版』の改訂版であり、1890年から1891年に出版された。同時期の1890年にボワソナード民法典財産編が公布されている⁶⁴⁾。ボワソナード旧民法典正文を検討する前に、『プロジェ新版』を取り上げる。一連のプロジェをまとめて比較することが有益だか

62) PROJET [Deuxième édition] 前掲註(48) 103頁。『再閱民法草案』前掲註(49) 176頁以下。

63) PROJET DE CODE CIVIL POUR LE JAPON ACCOMPAGNÉ D'UN COMMENTAIRE par Mr. Gve BOISSONADE [Nouvelle édition] Tome 1 1890 - 1891 Livre II, Des biens: Des droits réels Art.1-313. [ボワソナード民法典資料集成後期Ⅳ 1998年 雄松堂出版]

64) 金山直樹「『プロジェ新版』について」[PROJET [Nouvelle édition] 前掲註(63)] 所収・解題vii頁。

らである。

『ボワソナード氏起稿再閣修正民法草案注釈第二編物権ノ部』⁶⁵⁾(以下では『再閣修正民法草案』と呼ぶ。)はこれまで『プロジェ第二版』の翻訳とされてきたが、近時の研究により『プロジェ新版』を基礎とした翻訳であったことが明らかにされ、立法上および裁判所の裁判に広く参照された、という独自の意義を有すると評価されている⁶⁶⁾。

『プロジェ新版』でも『プロジェ第二版』の所有権概念がそのまま維持されている。以下で、基本的な変更がないことを確認する。

(1) 物権の性質および種類

『プロジェ新版』物権編第 2 条は物権の性質および種類について以下のように規定する⁶⁷⁾。

2. Les droits réels, s'exerçant directement sur les choses et opposables à tous, sont *principaux* ou *accessoires*.

Les droits réels principaux sont:

- 1° La propriété, pleine ou démembrée;
- 2° L'usufruit, l'usage et l'habitation;
- 3° Les droits de bail, d'emphytéose et de superficie;
- 4° Le droit de possession.

Ces droits avec les servitudes foncières par lesquelles une propriété est démembrée pour l'utilité d'une autre, sont l'objet de la 1re Partie du présent Livre.

Les droits réels accessoires, formant la garantie des peronnels, sont:

- 1° Le gage:

65) 『ボワソナード氏起稿再閣修正民法草案注釈第二編物権ノ部』[ボワソナード民法典資料集成 後期 I-II 2000 年 雄松堂出版]

66) 池田真朗・七戸克彦『『再閣修正民法草案注解』について』[『再閣修正民法草案注解』前掲註(65)所収] 解題・vii 頁以下

67) PROJET [Nouvelle édition] 前掲註(63) 1 頁以下。

2° L' antichrèse;

3° Le droit de rétention;

4° Le privilège;

5° L' hypothèque.

Ces droits sont l'objet du Livre IVe, IIe Partie.

『再閲修正民法草案』は条文番号を変更し、財産編を 501 条から始める。従って、上記第 2 条は第 502 条となる。その翻訳は以下の通りである⁶⁸⁾。

第五百二條 物權ハ直チニ物上ニ行ヒ且ツ諸人ニ對抗ス得ヘキモノニシ

テ首タルアリ又従タルアリ

首タル物權ハ左ノ如シ

第一 完全又ハ支分ノ所有權

第二 用収權、使用權及ヒ住居權

第三 賃借權、永借權及ヒ地上權

第四 占有權

右權利ハ本篇ノ第一部ニ記載ス

所有權ノ従タル地役モ亦本編ニ記載ス

人權ノ擔保ヲ作ス従タル物權ハ左ノ如シ

第一 動産質

第二 不動産質

第三 留置權

第四 先取特權

第五 抵當

是等ノ權利ハ第四篇ノ目的トス

物權の種類について『プロジェ第二版』からの変更はない。また「完全

68) 『再閲修正民法草案』前掲註 (65) 13 頁以下。

ノ所有権」と「支分ノ所有権」との区別がそのまま維持されており、依然として分割所有権理論に従っている。

訳語では、「入額所得」が「用収権」へ、「長期賃借」が「永借権」へ、「土地表面使用权」が「地上権」へ、「書入質」が「抵當」へとそれぞれ変更された。変更された用語の多くは今日でも用いられている。

注解は、物権の性質として、直接性と排他性の二つを挙げる。「完全ノ権利」が、障碍を為す者に對抗し得ることに由来するという理解⁶⁹⁾も、『プロジェ第二版』と同様である。

(2) 所有権概念の定義

『プロジェ新版』は所有権を以下のように規定する⁷⁰⁾。

Art. 31. La propriété est le droit naturel d'user, de jouir et de disposer d'une chose, de la manière la plus étendue, dans les limites et sous les conditions apportées, soit par la Loi et les Règlements, soit par les conventions particulières ou par testament. [544]

Les règles et conditions d'après lesquelles le propriétaire d'une chose acquiert ce qui se y incorpore ou s'y unit accessoirement, sont établies au Livre IIIe, 1re Partie. [546, 551]

『再閣修正民法草案』は上記第 31 条を第 531 条に変更し、以下のように翻訳する⁷¹⁾。

第五百三十一條 所有權トハ最モ廣ク物ヲ使用シ収益シ及ヒ處置スル
自然ノ權利ヲ云フ但法律又ハ合意ヲ以テ定メタル制限及ヒ條件ニ

69) PROJET [Nouvelle édition] 前掲註 (63) 18 頁以下。『再閣修正民法草案』前掲註 (65) 14 頁。

70) PROJET [Nouvelle édition] 前掲註 (63) 74 頁。

71) 『再閣修正民法草案』前掲註 (65) 79 頁。

循フヘシ [第五百四十四條]

所有者其所有物ニ合體シ又ハ附添シタルモノヲ獲得シ又ハ其全
キ化成ヨリ生シタルモノヲ獲得スルノ規則及ヒ條件ハ第三編ニ之
ヲ定ム [第五百四十六條]

上記第1項に規定された所有権定義は『プロジェ第二版』と同じであり、
変更はない。今日の添付に相当する第二項の「合體又ハ附添」も変更はな
い。翻訳は、例えば「處分」が「處置」へ変更されるなど、細かい修正が
施されている。

(3) 所有権の本質——分割所有権

所有権の意義および所有権の分割について『プロジェ新版』の注釈も、
『プロジェ第二版』同様、所有権の権能である使用、収益および處置につい
て具体例を示したうえで、これらと所有権の関係について、以下のように
分割所有権理論を展開する⁷²⁾。

Ces trois droits: usage, jouissance, disposition, sont souvent réunis,
mais ils peuvent aussi être séparés. La propriété est dite *pleine*, quand
ils sont réunis; elle est dite *démembrée*, quand l'usage ou la jouissance
sont séparés du droit de disposer; ces deux droits, envisagés isolément,
sont alors appelés *démembrements* de la propriété.

『プロジェ新版』の上記仏文を、『再閱修正民法草案』は以下のように翻
訳する⁷³⁾。

此三箇ノ權利即チ使用、収益、處置ノ三權利ハ屢々集テ存スルナリ

72) PROJET [Nouvelle édition] 前掲註 (63) 82—83 頁。

73) 『再閱修正民法草案』前掲註 (65) 82 頁。

然レトモ亦其權利ヲ分有スルヲ得ヘシ而シテ右三箇ノ權利ノ集テ存スルハ之ヲ完全ノ（プレヌ）所有權ト謂ヒ、使用權若クハ収益權カ處置權ヨリ分離シタルハ之ヲ支分ノ所有權ト云フナリ而シテ右二箇ノ權利ヲ處置權ト分離シテ観定シタルハ之ヲ所有權ノ支分權トスルナリ

『プロジェ新版』も、所有權が三つの權利の束であり、それぞれが分離され得るという分割所有權理論を採用することに変更はない。使用、収益、處置の三權利が揃ったときは「完全ノ所有權」であること、處置權から分離された使用權と収益權が「所有權ノ支分權」とされることにも変更はない。

(4) 下級所有權の拒絶

『プロジェ新版』も『プロジェ第二版』の立場を引き継ぎ、「所有權ノ支分權」を下級所有權とはせず、下級所有權を認めないという理解が維持されている。なぜなら、下級所有權を認めないことの根拠として『プロジェ第二版』で引用した注釈が、煩雑になるので個々の引用は省略するけれども、『プロジェ新版』でもそのまま維持されているからである。

5 『會議部議案』

『會議部議案』は明治 22 年に元老院において民法草案財産編・財産取得編・債權担保編および民法証拠編が審議された際の資料である。仏文ではなく、日本語の文章である。これは物權の種類に関して財産編第 2 条に以下のような規定を置く⁷⁴⁾。

74) 『會議部議案 下付・返上 明治二十二年 民法草案財産編 財産取得編 債權担保編 民法証拠編』（ボワソナード民法資料集成第Ⅱ期第 3 回配本）〔雄松堂出版 2002 年〕23 頁。

財産編 総則 財産及ヒ物ノ區別

第二條 物權ハ直チニ物ノ上ニ行ハレ且ツ総テノ人ニ對抗スルヲ得

ヘキモノニシテ主タル有リ又従タル有リ

主タル物權ハ之ヲ左ニ掲ク

第一 完全又ハ虧缺ノ所有權

第二 用益權、使用權及ヒ住居權

第三 賃借權、永借權及ヒ地上權

第四 占有權

従タル物權ハ之ヲ左ニ掲ク

第一 地役權

第二 留置權

第三 動産質

第四 不動産質

第五 先取特權

第六 抵當權

右地役權ハ所有權ノ従タル物權ニシテ留置權以下ハ人權ノ擔保ヲ為ス従タル物權ナリ

注目されるのは、『プロジェ』でこれまで、「主タル物權 第一 完全又ハ支分ノ所有權」とされていた表記が、「完全又ハ虧缺ノ所有權」へと変更された点である。そして、当初、入額所得ノ權と訳された *L'usufruit* が、収用權からさらに用益權へと変更された。

所有權の定義について、『會議部議案』財産編第 30 条は次のように規定する⁷⁵⁾。

第一部 物權 第一章 所有權

第三十條 所有權トハ自由ニ物ノ使用、収益及ヒ処分ヲ為ス權利

75) 『會議部議案』前掲註(74) 39 頁。

ヲ謂フ

此權利ハ法律合意又ハ遺言ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ
制限スルヲ得ス

「又ハ遺言」の文言は手書きで挿入されている。

6 ボワソナード民法典および『エクスポゼ』

財産編・財産取得編・債権担保編・証拠編が、1890 年（明治 23 年）4 月 21 日に公布された（法律第二八号）。最終的に確定した条文（日本語）は以下の通りである⁷⁶⁾。

財産編 総則 財産及ヒ物ノ區別

第二條 物權ハ直チニ物上ニ行ハレ且ツ總テノ人ニ對抗スルコトヲ得
ヘキモノニシテ主タル有リ又従タル有リ

主タル物權ハ之ヲ左ニ掲ク

第一 完全又ハ虧缺ノ所有權

第二 用益權、使用權及ヒ住居權

第三 賃借權、永借權及ヒ地上權

第四 占有權

従タル物權ハ之ヲ左ニ掲ク

第一 地役權

第二 留置權

第三 動産質

第四 不動産質

第五 先取特權

76) 我妻栄編集代表『旧法令集』（有斐閣 1968 年）115 頁。

第六 抵當権

右地役権ハ所有権ノ従タル物権ニシテ留置権以下ハ人権ノ擔保ヲ為ス従タル物権ナリ

プロジェとの違いは、地役権が従たる権利の一つとして明記された点である。その他の変更はない。

1891 年（明治 24 年）に刊行された『エクスボゼ』は、ボワソナードが執筆したボワソナード民法典の仏文理由書である。この第 2 条は、次のような規定である⁷⁷⁾。

2. Les droits réels, s' exerçant directement sur une chose et opposables à tous, sont *principaux* ou *accessoires*.

Les droits réels principaux sont:

- 1° La propriété, pleine ou démembrée;
- 2° L'usufruit, l'usage et l'habitation;
- 3° Les droits de bail, d'emphytéose et de superficie;
- 4° Le droit de possession.

Les droits réels accessoires, sont:

- 1° Les servitudes foncières,
- 2° Le droit de rétention,
- 3° Le gage,
- 4° Le nantissement immobilier,
- 5° Le privilege,
- 6° L' hypothèque.

Lesdites servitudes sont. Les droits réels accessoires de la propriété; le droit de rétention et les autres droits réels accessoires formant la

77) CODE CIVIL POUR LE JAPON ACCOMPAGNÉ ACCOMPAGNÉ D'UN EXPOSÉ DES MOYIFS. TOME PREMIER TEXTE [仏文・日本民法草案（復刻版）（ボアソナード文献双書⑥）] [宗文館書店 1984 年] 2 頁。

garantie des droits personnels.

最終的に確定した第 30 条は、所有権を以下のように定義する。

第三十條 所有權トハ自由ニ物ノ使用、収益及ヒ処分ヲ為ス權利ヲ謂
フ

此權利ハ法律又ハ合意又ハ遺言ヲ以テスルニ非サレハ之
ヲ制限スルコトヲ得ス

『エクスポゼ』の同条は、次の通りである⁷⁸⁾。

Art. 30. La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer
librement d'une chose.

Ce droit ne peut être restreint que par la loi, la convention ou le
testament.

これを、これまでの『プロジェ初版』、『プロジェ第二版』および『プロ
ジェ新版』の所有権定義と比較すると、定義が簡素化された点が注目され
るが、所有権理論自体に変更がないことは明かである。

7 『民法理由書』

ボワソナードの執筆した『エクスポゼ』第二巻から第四巻までを日本語
に翻訳した、手書き資料『民法理由書』が残されている⁷⁹⁾。これによって、

78) EXPOSÉ DES MOYENS [仏文・日本民法草案（復刻版）] 前掲註（77）15 頁。

79) 前田達明・七戸克彦『『民法理由書』について』[『民法理由書第 1 巻－第 5 巻（財
産編物権部、財産編人権部、財産取得編、債権担保編、証憑編）』（ボワソナード民
法典資料集成）（雄松堂 2001 年）41 頁以下。

最終的なボワソナード民法典の所有権理論を確認したい。

(1) 第2条

第2条の注釈の概要は以下の通りである。すなわち、物権の性質について、物権はその性質上これを有する者が直ちに物の上に行うことができる。権利の収益を為す者は何人からの干渉も受けない。その効力から論ずると、物権は凡ての人に對抗し得る点において人権（債権）と異なる。物権は一個の物に付き同時に二人以上の人が同一の権利を有することを許さない⁸⁰⁾。

第2条の主たる目的は、物権の定義を下すことではなく、主たる権利と従たる権利の二種を区別して、これを列記することにある。主たる権利は他の権利に依存することなく独立して存在し得るものである⁸¹⁾。従たる権利には、人権（債権）の擔保でない物権である地役が含まれる⁸²⁾。

賃貸借より生ずる権利が物権か人権（債権）かが問題となっている。本邦においては古来より永借権及び地上権を認めた故に新法においても明らかにこれを規定した。賃借権については新法にその物権の性質を確認した⁸³⁾。

(2) 第30条

第30条の注釈の概要は以下の通りである。すなわち、封建時代に本邦の土地所有権がどのようなものだったかを理由書で述べることは妥当でないが、当時の法則は様々で一定ではなかった。維新以後この錯雑とした状態が解消された。今民法の規定はこれを確定するものであり、新制度を創設するものではない⁸⁴⁾。

80) 『民法理由書』前掲註(79) 10 頁以下。

81) 『民法理由書』前掲註(79) 11 頁以下。

82) 『民法理由書』前掲註(79) 12 頁。

83) 『民法理由書』前掲註(79) 12 頁。

84) 『民法理由書』前掲註(79) 81 頁。

所有権は自由完全にしてほとんど絶対の権利である。所有者は自由にその物を使用することができる。所有者はその物の収益を為すことができる。また所有者はその物を処分することができる。所有権は、以上のように最も広大にして自由なるものであるけれども、未だ全く絶対のものということはできない。なぜなら法律、合意および遺言によって多少の制限を受けることを免れることができないからである。所有権の制限中法律上の制限はその数が最も多く、概ね公益または相隣者相互の利益に起因するものである。合意又は遺言によって所有権に制限を加えるは、多くは一分の譲渡を為すことによる。用益権地役権抵当権等の設定のように他人の為に所有権を虧缺せしめるに在る⁸⁵⁾。

以上、『民法理由書』からボワソナード民法典の採用した所有権理論が、『プロジェ』によってボワソナードが展開してきた所有権理論であり、これが一貫して維持されていることを確認できる。

まず 2 条では物権が物の直接的支配権であり、凡ての人に対抗しうる権利であることが明らかにされている。

第 30 条では、自然法の所有権理論によることが明らかにされている。すなわち、所有権が使用収益処分の三つの権能を有する自由完全な権利であるけれども、全く絶対の権利とはいえない、なぜなら法律、合意又は遺言により制限を受けるからである。用益権などの設定するのは、所有権の権能の一部の譲渡により行われ、これによって所有権は虧缺せしめられる。すなわち、所有権は分割される。

前半は三つの権利をすべて備えた所有権を完全な所有権とする理論である。後半は、用益権等の設定は——三つ権能が分割可能であることを前提として——各権能は譲渡可能であるとし、一部が譲渡されたとき所有権は虧缺されるという理論である。これはすでに確認したように自然法の分割所有権理論である。

85) 『民法理由書』前掲註 (79) 81 頁以下。

8 まとめ

(1) 近代的所有権の確立

第1節で確認したように、明治初期の地租改正に伴う土地法の改革はあくまで租税の確保が主眼であった。これに対して、ボワソナード民法典は自然法に依拠した所有権概念を定め、さらに民法典として公布された。しかもボワソナードは当時の日本において西洋法を体現する絶対的存在であり、民法に関しても彼に比肩し得る人物はほとんどいなかった。このため、おそらく裁判官や弁護士など法曹関係者はもちろんのこと、法律にかかわる当時のほとんどすべての日本人が所有権をボワソナード民法典の所有権理論によって理解したことであろう。こうして明治の前半においてその所有権理論が広く定着したといえよう。したがって、「近代的」という言葉を西洋法の伝統に基く法理論の継受という意味で理解するならば、わが国において近代的な所有権概念が確立したのは、ボワソナード民法典の制定によってであったと評価してよいであろう。

(2) ボワソナード民法典の所有権概念

i) 自然法的所有権概念

これまで、ボワソナード民法典の所有権理論を、『プロジェ』『エクスボゼ』など当時の資料を基に検討してきた。その結果、ボワソナード民法典の所有権理論は一貫して自然法の所有権理論に依拠したものであることが明らかになった。

その概要を簡潔に述べると、まず第一に挙げられるべきは、所有権が自然法上の権利いわゆる自然権であり、国家以前に人間が有する自由権であるということである。そして、所有権は絶対的な権利であり、だれに対しても主張できるものである。ただし、ボワソナードは、所有権は制限されるものであり、無制限な権利ではないとし、絶対性の強調には反対する。

第二の特徴は、分割所有権理論の採用である。すなわち、所有権は使用、

収益及び処分という三つの権能の束であり、これら三つの権能がすべて集まった場合「完全ノ所有権」と呼ばれる。そして所有権は分割することができ、使用および収益権が分離譲渡された場合、処分権だけになるが、それでも所有権である（「虚有権」、「支分ノ所有権」又は「虧缺ノ所有権」）。他方、分離された使用权（「所有権ノ支分権」）は所有権でないとされる。ボワソナードは、上級所有権と下級所有権の並存を認めたそれ以前の自然法学説には従わず、下級所有権の存在を認めなかった。以上がその概要である。

ii) 所有権の絶対性への消極的評価

ボワソナード民法典の所有権理論は、「完全ノ所有権」は最も広範な効力を有しており、絶対的と言えるとしても、他方で所有権を絶対的な権利であるとしたフランス民法は誤りであり、所有権は法律、合意又は遺言によって制限される得るものであるとして、所有権の絶対性に対して消極的な評価を下している。これは所有権の絶対性をめぐる 19 世紀民法学の対立を反映したものである。

iii) ボワソナード民法典の所有権理論の所有権法史における位置づけ

以上のようなボワソナード民法典の所有権理論は、19 世紀初頭のドイツで活躍したティボーのそれと類似するといえよう。なぜなら、ティボーも上級所有権と下級所有権の区別を否定したが、依然として所有権を権利の束とする自然法の所有権理論を基礎にしていたからである。ティボーの理論は、自然法からその後ドイツで支配的となった抽象的所有権概念——権限を所有権の構成要素とせず、権限を所有権概念から排除する——への移行期のものと位置づけられるが、ボワソナード民法典の所有権理論の評価も同じように考えてよいであろう。

したがって、自然法の所有権理論に対する批判がそのままボワソナード民法典にも言える。それは、所有権を権利の束と理解することについて生じる疑問、すなわち所有権と言えるための本質が何かが明らかでないという批判である。所有権が個々の権能に分割されたとき、残された処分権が虚有権といわれるとしても、それがなぜ所有権なのか、所有権をして所有

権たらしめるものが何かが、権利の束理論では説明できないという批判である。確かにボワソナードは処分権が所有権の権限の中で最も重要であることをもって所有権であることの根拠とするけれども、それでは結局、処分権＝所有権ということになるのか、三つの権能に優劣があるのはなぜか、なぜ処分権があれば所有権なのか、その根拠が明らかではないという疑問が生じる。これは、権利の束理論の基本的な問題点であり、ボワソナード民法典の所有権理論もこの批判を免れない。

(3) 物権の種類について

ボワソナード民法典は多数の物権を認めた。主たる物権としては所有権以外に、

第二 用益権、使用権及ヒ住居権

第三 賃借権、永借権及ヒ地上権

が定められた。これらには同じような内容の権利が多数あり、実際には重複することが多いのではないか、という印象を受ける。

第二の物権のうち、用益権は審議の過程で問題となった物権である。用益権はきわめて広範な権能を有しており、農業や事業を行うための権利といえよう。日本人委員から、このような権利はわが国にこれまで存在しておらず、削除すべきであるという主張がしばしばなされたが、ボワソナードがその削除を認めなかった。私見では、わが国の上土権がこれに対応する権利と言えるのではないかと思われる。

第三の物権のうち、賃借権が物権とされたことが後に大きな問題とされたことは周知の通りである。

従たる物権は、留置権、動産質、不動産質、先取特権および抵当権であり、これらは担保物権である。その他に地役権が従たる権利とされている。

(4) ボワソナード民法典の所有権理論とわが国の当時の実情

ボワソナード民法典の所有権理論は当時のわが国の実情とどのような関

係にあったのであろうか。ボワソナードはこの民法典はすでに日本に存在している法制度を明文化したものであると述べているが、その通りに受け取ることはできないであろう。実際にその理論がわが国の当時の実状に適合していたのかは検証が必要である。これはいわゆる法典論争にもかかわる問題でもあり、後述する。

そもそもボワソナードによる民法典の編纂は西欧法の継受であるから、旧社会秩序を変革し、新しい社会秩序確立を目的とするものである。そのため、日本の実情が等閑視されても仕方がないという側面がある。しかし他方でボワソナードは日本の実情についてしばしば言及しており、一定の配慮をしている。そこではたして彼はその所有権理論および物権理論が日本の当時の実情に適合すると考えたのか、関心が持たれるところである。

その一例として、すでに上述した「用収権」存廃問題がある。「用収権」の原語は l'usufruit で、物の総合的な利用収益を内容とする権利である。これを『注解民法草案』および『再閲民法草案』は「入額所得権」と翻訳し、『再閲修正民法草案』は「用収権」に修正し、公布されたボワソナード民法典は「用益権」と表記する⁸⁶⁾。この「用収権」存廃問題が、法律取調委員会による明治 20 年 12 月から翌年 3 月までの審議において、大きな論争に発展した⁸⁷⁾。明治 20 年 12 月 12 日の委員会では報告委員がこれを「全廃」すべしと決めた旨を報告した。廃止すべき理由として、①日本にはこのような権利がないと断言できること、②実際にもこれには害があり、これを認めると実際上も裁判上も煩雑が生じること、③これがなくても賃貸借で補うことができること、を挙げる。そしてこの日の議論ではこれを削除すべしとする意見が大勢を占めたが、委員長はこの日はその存廃について結論を出さず、後に改めて検討することとした。それはこの点についてボワソナードに問い合わせるが必要と考えたためとされる。この問題は、同年同月 23 日の会議で一応これを削るということに決まったけれ

86) ボワソナード民法典第 44 条「用益権トハ所有権ノ他人ニ属スル物ニ付キ其用方ニ從ヒ其元質本体ヲ変スルコト無ク有期ニテ使用及ヒ収益ヲ為スノ權利ヲ謂フ」

87) 大久保・高橋『ボワソナード民法典の編纂』前掲註 (28) 175 頁以下。

ども、この削除の決定は翌明治 21 年 3 月 29 日に覆された。その理由はボワソナードから廃止に反対する意見書が出され、委員長がボワソナードの意見に従うとしたためであった⁸⁸⁾。この一件は法案審議に対するボワソナードの影響力の大きさを示すものである⁸⁹⁾。

それにしても、L'usufruit（用収権）がなぜこれほどまでに大きな問題となったのか、日本人委員が用収権に強硬に反対したのはなぜか、疑問が生じる。この問題に対するボワソナードからの回答があった後に開かれた明治 21 年 3 月 29 日の審議議事録が残されている⁹⁰⁾。そこで、委員の一人は、用収権が所有権と同じような権利であり、所有権が二つ存在することを認めることになるのではないかと発言している⁹¹⁾。それでは、用収権が実質的に二重の所有権を認めたことになるほどの強力な権利であることが、なぜ日本人委員にとって承認しがたいものであったのだろうか。

最初に審議の経過をみておこう。「ボアソナード氏ヨリ呈出シタル用収権ニ関スル意見及修正」によれば、反対者の理由として以下の 4 点が挙げられている。①用収権は日本の慣行に存在しないこと。②大修復が用収者の負担にも虚有者の負担にもならないのであれば、土地が荒蕪に帰すこと。③租税が用収者の負担に帰するというが、租税を納めないときは、用収権だけでなく虚有権も共に公売されるというのは所有権の侵害ではないか。④用収権は権利の濫用により訴訟の原因となること⁹²⁾。以上である。

88) 大久保・高橋『ボワソナード民法典の編纂』前掲註(28) 175 頁以下。

89) ボワソナードが大きな影響力を与えたのは、彼が当時の日本において西欧の民法を理解する唯一の存在であり、絶対的権威者であったことによることは疑いないが、その他に、法典編纂が不平等条約改正を目的としたものであったことも大きい。日本の法典編纂といっても、西欧諸国の法典と同一水準のものであると西欧諸国から承認される必要があった。日本独自の法典を編纂した場合、最大の目的である条約改正を果たせないおそれが生じる。そのため委員長はできる限りボワソナードの見解に従うという方針をとったとされる（大久保・高橋『ボワソナード民法典の編纂』前掲註(28) 109 頁以下、175 頁以下）。

90) 法務大臣官房司法法制調査部慣習「法律取調委員会 民法草案物権中用収権ノ議事筆記（日本近代立法資料叢書 11）」（商事法務研究会 1988 年）1 頁以下。

91) 鶴田委員の発言（「民法草案物権中用収権ノ議事筆記」前掲註(90) 3 頁）。

92) 「民法草案物権中用収権ノ議事筆記」前掲註(90) 5 頁以下。

ボワソナードは、以上の 4 つのうち多少意味があるのは①の理由であるとし、日本はそれまで存在していない西欧の諸制度（行政の制度、交通の方法など）を導入し運用しているではないか、それまでなかったことは理由にならない、と反論する。そして夫婦や親子などの様々な関係で、所有権と使用収益権を分離してそれぞれに帰属させることは日本でも行われており、それは用収権に他ならないとする。これが日本に知られていないというのは信じられない。②については条文を修正し、用収者が自ら修復を行うことができるとした。③については条文を修正し、用収者が租税を滞納した場合、官庁はすべての財産を公売することができ、代価の余剰については、資本については所有者に属し、収益すなわち利子については用収者に属すべしとした。④は理由にならないとする⁹³⁾。

これに対し、明治 21 年 3 月 29 日に行われた法律取調委員会の審議では、最初に委員長が、ボワソナードに問い合わせたことだし、用収権は害がなければ置く方が宜しいと思うと発言している⁹⁴⁾。

その後、議論は条文の修正に移るが、そこで疑問点として議論されているのは、用収者が租税を納めない場合に、財産全部したがって所有権ともに公売される点である。清岡委員は、用収者が義務を怠ったことで所有権まで公売されるという様な「馬鹿ナ用収権ハナイデアリマシヨウ」と批判している⁹⁵⁾。

しかし、委員長は、ヨーロッパにあって日本にないというのは不都合であるという理由および用収権を定めても害はないという理由から、強引に用収権の規定存続の方向で議事を進行し、存続が決められた⁹⁶⁾。

上記の「用収権」存廃の審議過程は、委員（すべて日本人）がこの権利に対して強く反対していたことを伝えている。反対の理由の一つが、日本にはこの権利がこれまで存在したことがなかったと認識していた点である。

93) 「民法草案物権中用収権ノ議事筆記」前掲註 (90) 6 頁以下。

94) 「民法草案物権中用収権ノ議事筆記」前掲註 (90) 1 頁。

95) 「民法草案物権中用収権ノ議事筆記」前掲註 (90) 2 頁。

96) 「民法草案物権中用収権ノ議事筆記」前掲註 (90) 3 頁以下。

ボワソナードもプロジェの註釈において入額所得権は日本において今日に至るまで未だ所有権の支分権として知られていない、と述べる⁹⁷⁾。しかしながら、日本における上土権こそが「用収権」に相当する権利ではないかと推測されるところであり、少なくとも日本人委員には上土権の存在は周知のことであったと思われる。それにも拘らず日本に用収権のような権利が存在していなかったと判断されたのは、不可解であると言わざるを得ない。あるいは慣行の調査が不十分であったためだったのか⁹⁸⁾。

以上のような推測が正しいとすれば、日本人委員が収用権に反対した理由が理解できよう。すでに前節で検討したように、日本の封建時代の土地法制は分割所有権的と評される。その根拠が上土権の存在である。上土権はきわめて強力な権利であり、この保有者は下級所有権に相当すると言ってよいほどの大きな権限を有する。「用収権」（入額所得ノ権）も同様に使用権および用益権を合わせ持った強力な権利であり、上土権に相当する強力な権利である。そのため、日本人委員には「用収権」が上土権の代替と思われたのではないか。用収権が上土権に相当すればこそ、その承認は地租改正の一地一主の原則に反することになり、反対が生じることは当然であろう。先の「所有権が二つ存在することを認めることになるのではないか」という発言はこれを裏付ける。強力な「用収権」を認めることは土地の分割的所有を復活させ、当時の地租改正の目指した土地政策を妨げるものと映ったのではないか。また、用収権を有する用収者が租税を滞納したときは、土地所有者から所有権を奪うことになり、土地所有者（すなわち地主）が圧迫される点も彼らの言う「害」だったのであろう。

97) PROJET [Première édition] 前掲註 (33) 86 頁。『注釈民法草案財産編』前掲註 (34) 113 頁。PROJET [Nouvelle édition] 前掲註 (63) 113 頁。『再閲民法草案財産編』前掲註 (65) 187 頁。

98) 福島博士は、ボワソナードが民法草案の講義のなかで日本の旧慣諸制度についてたえず深い関心をもち、しばしば学生にこれをたずねている例を紹介する（福島正夫「旧民法と慣行の問題」『福島正夫著作集第四巻民法（土地・登記）』（勁草書房 1993 年）所収 79 頁）。この点については、後掲註 (113) 参照。

(5) 自然法的所有権と民法典論争

ボワソナード民法典公布後ただちに同法典の施行が延期され、その改正が俎上にあがったことは周知の通りである。改正の理由の一つとしてドイツ民法第一草案のパンデクテン・システムを選択することにあつた、と言われている⁹⁹⁾。

次の課題としては、その後の法典論争およびボワソナード民法典改正の審議において、ボワソナード民法典の自然法的所有権概念はどのように評価されたのかである。そして明治 29 年 4 月 27 日公布の法律第 89 号（以下では「明治民法」と呼ぶ。）はどのような所有権概念を採用したのか、それは依然として自然法的所有権概念だったのか。

次の第三節では、この点を検討する。

第三節 法典論争

1 法典論争における所有権

(1) 法典論争の性格

公布されたボワソナード民法典は、いわゆる民法典論争により施行延期派と断行派が激しく対立し、ついにその施行が延期された。この論争は一般に学説ないし思想の闘争と捉えられているけれども¹⁰⁰⁾、それだけではなく、法学界を二分する二つの派閥、すなわちフランス法学派とイギリス

99) 穂積陳重『法窓夜話』[岩波文庫 1980 年版] 第 99 話、福島正夫編『穂積陳重立法関係文書の研究』(日本立法資料全集別巻第一、平成元年 信山社) 資料編「法典調査規定期理由書」[三起草委員作成案] 第一部甲類 2、第二条) 113 頁以下、吉野悟「所有権の完全性と絶対性—ボワソナード民法から明治三十年頃まで—問題の所在—」日本法学第 62 巻 1 号 (1996 年) 48 頁。

法学派の派閥的感情的対立という側面があり、さらにフランス法学と同じ基盤に立つ自由民権論者がフランス法学派に加担する一方で、保守的な国家主義者が延期派に合流することによって、イデオロギー的闘争の性格をも有することになった¹⁰¹⁾。

このような多面的性格をもつ民法典論争ではあるが、論争の中心となった視点は民法典が日本固有の慣行を反映していないという問題であった¹⁰²⁾。以下では民法典論争に関する当時のいくつかの論文を参照しながら、この問題を考える。とくにボワソナード民法典の定める自然法的所有権概念はどのように評価されたのであろうか。

(2) 物権編に関する論争

i) 論争の口火となった延期派の論文「法典編纂ニ関スル法学士会ノ意見」(明治22年5月)は、延期すべき主要な理由として民法典がわが国の慣行に反する点を挙げる。すなわち、欧州諸国の法典編纂はもっぱら既存の法制を編纂するに過ぎないものであり、たとえ改変するとしても旧慣古法を修正加除するにとどまるものである。これに対してわが国の法典編纂は欧州の制度を模範とするもので、旧慣古法の参酌はほとんど有名無実であり、大体は新規の制定である。したがって、強いてこれを施行すること

100) 穂積陳重「法典実施延期戦」[同『法窓夜話』(岩波文庫 1980年)所収]328頁以下。同書において穂積は、法典論争の本質は両派の根本思想の違いにあったとする。すなわち「延期戦は単に英仏両派の競争より生じたる学派争いの如く観えるかも知れぬが、この争議の原因は、素と両学派の執るところの根本学説の差異に存するのであって、その実自然法派と歴史派との論争に外ならぬのである。由来フランス法派は、自然法学説を信じ、法の原則は時と所とを超越するものなりとし、いずれの国、いずれに時においても、同一の根本原理に拠りて法典を編纂し得べきものとし、歴史派は、国民性、時代などに重きを置くをもって、自然法学説を基礎としたボアソナード案の法典に反対するようになったのは当然の事である。故にこの争議は、同世紀の初においてドイツに生じたる、サヴィニー、ティボーの法典争議とその性質において豪も異なる所はないのである。」(同書342頁以下。)

101) 福島正夫「旧民法と慣行の問題」[『福島正夫著作集第四巻民法(土地・登記)』(勁草書房 1993年)所収]69頁。星野通「旧民法典と民法典論争」[『星野通編著民法典論争資料集(復刻増補版)』(日本評論社 2013年)所収]5頁以下。

102) 福島正夫「旧民法と慣行の問題」前掲註(101)69頁以下。

は民俗に背馳し、人民を法律の煩雑により苦しめる惧れがある、という理由である¹⁰³⁾。

そのため、本稿の課題である所有権理論に関していえば、ボワソナード民法典の所有権理論が日本固有の慣行を反映しているのが焦点となり、延期派と断行派それぞれが、この点をどのように評価したかを検討する必要がある。

しかし、日本では封建制下に法学の伝統をもたず、法的思惟の根源が非常に薄弱であったこともあって、法典論争当時の日本法学会の知的水準に問題があった。しかも教養ある階級に属する者（法学者も含まれる）は農工商の庶民階級に強烈な侮蔑の念を持っており、人民間の婚姻・養子・相続・小作等の慣習法には全く興味を示さなかった。庶民間の法規範は、明治以後の法学でも徹底的に軽蔑され、学問上は無視された、という¹⁰⁴⁾。

このような事情により、論争の大半は観念的な感情論に終始し、とくに延期派には法律論とはいえない立論が多い。以下では、この種の論文を参照してこの点を確認したい。

ii) 延期派論文「民法草案財産編批評（江木 衷）」は、草案財産編の定める物権と人権（債権）の区別の理論が学理に反しており、「羅馬法並ニ仏国法ニ於ケル物権人権ノ區別ヲモ充分ニ研究シタルモノトハ思ハレス」としたうえで、最後に「民法草案財産篇ハ初メヨリ終リマデ殆ド一條一句モ満足ノ所ナシ。」と断じる¹⁰⁵⁾。

iii) 同じく延期派の論文「法理上ニ於ケル民法財産篇ノ欠点（法学新報社説）」も同様である。右論文は、法典の欠点として「第一 財産権ノ範圍ハ不確定ナリ」「第二 物ト權利トヲ混同セリ」「第三 動産不動産ノ區別ハ法理ト習慣トニ反セリ」などの点を指摘したうえで、「法典ノ実施ハ良民

103) 「法典編纂ニ関スル法学会ノ意見」[『星野通編著 民法典論争資料集（復刻増補版）』（前掲註（101）所収）14 頁以下。

104) 福島正夫「旧民法と慣行の問題」前掲註（101）74 頁以下。

105) 「民法草案財産編批評（江木 衷）」[『星野通編著 民法典論争資料集（復刻増補版）』（前掲註（101）所収）25 頁以下。

ノ不幸ニシテ詐欺師ノ幸ナル可シ、而シテ法典一ビ行ハル正邪其地ヲ変ヘ善惡其報ヲ異ニスルニ至ル可キナリ、豈ニ戒慎セザルベケンヤ」と断じ
る¹⁰⁶⁾。

以上の論文は条文の基本的な理解が不十分であり、感情論に終始している。

(3) 梅謙次郎「法典実施意見」における所有権観

これに対して断行派、梅謙次郎は、断行派論文「法典実施意見」において断行の理由を述べるが、後に明治民法編纂委員として活躍するだけあって、極めて理路整然とした立論を展開する。その中の何箇所かで、草案の所有権理論に言及しており、詳しくその部分を紹介する。

①裁判はわが国の慣習によるべきで、法典の必要性がないとの延期派の主張に対し、明治維新当時のわが国の慣習は封建国の慣習であって、真の慣習とみなすことはできず、今日の立憲国に適しないとし、法典を実施すれば人民の権利義務を明らかにすることができるメリットがある¹⁰⁷⁾。

②民法典の施行は条約改正のために必要である¹⁰⁸⁾。

③延期派によれば租税は動産の公用徴収の最たるものであるとされ、民法が憲法に抵触すると主張するが、これは全くの誤解である（これを聞いて悄然としたと告白する）。わが民法の公用徴収とは、一私人の権利を公益のために強いて国に譲り受けることをいう。公用徴収を規定するのは万国の通例である。明治憲法も第二七条でこれを定め、ボワソナード民法典においても財産編第一部物権第一章所有権の題下において「不動産ノ所有者ハ適法ニ認メ及ヒ宣言シタル公益ニ因由シ且公用徴収法ニ従ヒテ定メタル償金ノ払渡ヲ予メ受クルニ非サレハ其所有権ノ譲渡ヲ強要セラル、コト

106) 「法理上ニ於ケル民法財産篇ノ欠点（法学新報社説）」『星野通編著 民法典論争資料集（復刻増補版）』前掲註（101）所収 191 頁以下。

107) 「法典実施意見」（梅謙次郎）『星野通編著 民法典論争資料集（復刻増補版）』前掲註（101）所収 233 頁以下。

108) 「法典実施意見」（梅謙次郎）『星野通編著 民法典論争資料集（復刻増補版）』前掲註（101）所収 234 頁。

無シ」と定めた。この点で、民法が憲法に抵触するというのは全くの誤解にすぎない、と反論する¹⁰⁹⁾。

④延期論は民法が行政命令を束縛することを理由としてあげるが、これも誤解であるであると反論する。所有権の制限に関して、財産編第三十条は「法律、合意又ハ遺言ヲ以テスルニ非サレハ所有権ヲ制限スルコトヲ得ス」と規定するが、延期派は、これを以て警察権の行用を縮小し行政命令権を麻痺するものであるという。しかし憲法第二七条は「日本臣民ハ其ノ所有権ヲ侵サル、コトナシ公益ノ為心要（ママ）ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」と規定しているではないか。警察権の作用によって所有権が制限されることは、民法の規定を待たず既に憲法が認めている¹¹⁰⁾。

⑤延期論者は財産編六十五条「用益者は用益地ニ於テ狩猟及ビ捕漁ヲナス権利ヲ有ス」とあるが、職猟、遊猟の制は廃止すべきであるとしてこれを批判する。これは大なる見当違いである。本条は単に虚有者と用益者との権利の分界を示すに過ぎない。所有者が職猟及び遊猟の権利を有する範囲内において用益者は同一人の権利を有すべきことを規定したに過ぎない¹¹¹⁾。

以上のように、梅は、自然法の所有権理論に基づいて、延期派の理論的矛盾および曲解ともいえる誤解を手厳しく批判する。延期派の論文と比べて、その理論的な明晰さが際立つ。梅の立論を所有権理論との関係で分析すると、次のように言えるであろう。

上記③の梅の立論は、所有権は憲法上も不可侵の権利とされ、その公用徴収には公益のための必要性和補償とが必要であると論じる。梅は、所有権の不可侵性をすでに制定されていた明治憲法の観点から論じる。すでにボワソナードも不可侵性について言及しているが、とくに明治憲法が所有

109) 「法典実施意見」(梅謙次郎)『星野通編著 民法典論争資料集(復刻増補版)』前掲註(101)所収] 235 頁以下。

110) 「法典実施意見」(梅謙次郎)『星野通編著 民法典論争資料集(復刻増補版)』前掲註(101)所収] 237 頁以下。

111) 「法典実施意見」(梅謙次郎)『星野通編著 民法典論争資料集(復刻増補版)』前掲註(101)所収] 238 頁。

権理論に影響を与えていることが窺われる。明治憲法が民法典の所有権理論にどのような影響を与えたのか、という新たな視点が提供される。

上記④の梅の立論は、所有権が法律、合意及び遺言によって制限されることを述べる。所有権の制限は、所有権の絶対性との関係で論じられる問題であり、所有権の本質にかかわるけれども、梅は、ここでは所有権の絶対性についてはとくに言及していない。

上記⑤の梅の立論は、用益権と虚有権という所有権理論の核心部分について言及し、自然法の所有権理論に従うことを示す。

以上から明らかなことは、梅がボワソナード民法典の自然法的所有権理論にしたがった主張を展開し、これを擁護したことである。後に梅は、法典調査会で自然法的所有権を批判するので、この時点で自然法理論を支持していたことは注目される。しかしながら、自然法的所有権理論とはいっても、所有権の絶対性などの一般的な性質に関する言及に限られており、分割所有権理論などの法理的な問題については全く言及がない。

法典論争においては、感情的な批判に終始し、学理的問題はほとんど等閑視されている。しかもボワソナードはわが国において西洋法を体現する絶対的な存在であり、その学識において彼に比肩する人はほとんどいなかったであろうから、彼の所有権理論は当時の日本人には絶対的なものであり、そもそも議論の対象にならなかったと推測される。当時の日本人の学識が分割所有権理論の是非を論じるようなレベルではなかったであろうし、そのため、学理的問題にはまったく関心が持たれなかったといえよう。以上のように、法典論争では、所有権概念についての議論はほとんどなく、論争の対象にはならなかった。この時点では自然法的所有権概念すなわち分割所有権理論が唯一の所有権理論であり、通説であったといえよう。

(4) 法典論争と日本の慣行

ここで、民法草案を日本の慣行との関係という視点から見ると、梅の上記立論では、冒頭①で日本の慣習は封建国の慣習であって、真の慣習とみなすことはできないと断じている。そして、その後の個々の論点につい

て、これをもっぱら民法理論及び明治憲法との関係に基づいて理論的に論駁することに終始する。日本の慣行は一切考慮されていない。日本の慣行が真の慣行でないという梅の認識からすれば、これは当然の態度であったろう。しかし、これでは、日本の慣行に反するという延期派の主張とは平行線をたどるばかりで、議論がかみ合わない。

これまで法典論争においてとくに所有権に関する若干の論文を見てきたが、それらはボワソナード民法典の所有権概念を日本の慣行という観点から適切に評価するものではなかったといえよう。

2 自然法的所有権概念と日本の慣行

ボワソナードは日本の旧慣諸制度についてたえず深い関心をもち、民法草案の講義のなかで学生にこれをたずねることがしばしばであり、わが国の慣行に配慮して草案の起草を進めたとされる¹¹²⁾。その一例として、明治 16 年出版のボワソナードの講義録に、彼が長期賃借に関する日本の慣行について日本人に質問しても、誰も答えてくれないと嘆いている箇所が収録されている¹¹³⁾。

実際は日本の慣行をほとんど知らず、またその調査をしようとしなかった延期派から日本の慣行に反するとして批判された民法典を起草したボワソナードが、むしろわが国の慣行に最大限の配慮を払っていたとは、まことに皮肉としか言いようがない。

それでは、自然法的所有権概念がわが国の慣行に適合するものであったのか。そして、ボワソナードがこの点をどのように考えて民法典に取り入

112) 福島正夫「旧民法と慣行の問題」前掲註(101)79頁以下。

113) 『ボアソナード氏起稿民法草案財産篇講義 物権之部(明治十六年)』617頁。
「余ハ日本ニ於テハ長期賃借アリヤ否ヤヲ度々人ニ質疑センカ今日ニ至ル迄一人ノ之カ明答ヲ為ス者ナシ余按スルニ廃藩迄ハ農民ハ諸侯ヨリ永久土地ヲ賃借センモノ歟事實ニ覈カナルノ諸君ハ幸ニ余ニ教示セヨ且如此キ古事ハ從來之ヲ調査スルノ要アリ加之尚ホ数年間拋棄シ置クトキ益其調査ニ苦シムカ故ニ諸君之ヲ調査ス可シ。」

れたかについて、福島博士の論稿に基づいて見ておこう。

ボワソナードは、“Le anciennes coutumes du Japon et le nouveau code civil”（日本の旧慣行と新民法典）という論文を1893年9月にパリの精神、哲学科学アカデミーに報告し、翌1894年（明治27年）に日本仏文雑誌に連載した。この論文は、若い米国法学者ウィグモアと無名の英字新聞執筆者の研究（ジャパンメール論文）に依拠して執筆されたという。この論文は、彼がわが国の慣行をいかに配慮して民法を起草したかを示すものである、とされる¹¹⁴⁾。

ボワソナードは、この論文において反封建論者としての次のような発言をしている。すなわち、日本の「旧慣習は、一般的にいえば、この正義と理性との理念とは非常に離れている。さらに、これらの慣習は、必然的にはなはだ多種多様であり、また、とりわけ不完全であった。それは……〔今日では〕もはや十分ではありえない。」「この正義と理性との理念は自然法の理念であり、日本の今日および将来にわたり適用すべきものである。これに対して日本の旧慣が封建的な、たちおくれたものであるかぎりそれは日本の発展にさまたげをなすものとして、拒否される¹¹⁵⁾。」と。

しかしながら、ボワソナードは慣行を一律に排撃せず、取引の必要により人民間に自然的に形成され発展した慣行に対しては、かえって「衡平あるいは正義、共同の理性あるいは実際有用性に合致するものとして普遍的なしたがって自然的な法の適用として肯定する。その説明としていう。徳川時代の取引慣習は、将軍の指令で作られたものでなく、モンテスキューが各国民の民事法はこの人間理性の適用される特殊の場合にすぎぬというのに該当する¹¹⁶⁾。」

福島博士は、ボワソナード民法典の条文とウィグモアの調査による日本の旧慣行とを綿密に対比検討したジャパンメール論文が「民法典は、全体として日本の慣行によく適合したものである」という結論を下しているこ

114) 福島正夫「旧民法と慣行の問題」前掲註（101）72頁。

115) 福島正夫「旧民法と慣行の問題」前掲註（101）78頁以下。

116) 福島正夫「旧民法と慣行の問題」前掲註（101）79頁。

とを引用して、ボワソナードは、自然法論者としては非常に柔軟な、弾力性に富む立場をとっていたと評価される¹¹⁷⁾。

それでは、次にボワソナードによる個々の権利の評価に移ろう。

(1) 所有権

福島博士によれば、ボワソナードは日本における所有権の慣行について次のように評価したとされる。すなわち、

「所有権について。定義規定（財産編第一三〇条）（ママ）は決して国民的慣行を変更したものではないと、ボアソナードはいう。ジャパンメイル論文も、一般方式として地方慣行では所有権は不可侵とされており、犯罪または公用のほか徴収されることはなかったとのべている。とくにそこでは次の点を強調する。日本では人民に権利が欠如したということはなく、権利はチュードル王朝の人民以上にあり、商人も武士を相手どってその欲する時期に法院に出訴することができた。ところで、公用徴収のばあいその補償につき、旧慣が十分なものとはいえないが、このような仕方はアメリカの三つの州にも現にある。ボアソナードによれば、特別法は協定のつかぬ場合、台帳地価三倍の補償をみとめているのは、日本の鉄道建設期にとくに重要な意義をおびるものであろう¹¹⁸⁾。」

このように、ボワソナードは、所有権の絶対性を含む自然法的所有権概念が日本の慣行に適合すると評価していた。

(2) 用益権、地上権、永代小作権及び賃借権

用益権の制度は、山田司法卿の断固たる支持によって成立した。その実際の適用からいえば、フランスほど広い用途（配偶者間の遺贈、贈与など）はないが、彼は日本の慣行にも隠居地のあることを指摘する¹¹⁹⁾。

地上権の制度は、フランスから日本に輸入されたものではない。フラン

117) 福島正夫「旧民法と慣行の問題」前掲註（101）82 頁。

118) 福島正夫「旧民法と慣行の問題」前掲註（101）86 頁。

119) 福島正夫「旧民法と慣行の問題」前掲註（101）86 頁。

スではほとんど行なわれない。日本古来のものである。これは全く東京、大阪、長崎など地価の高いところでは普通である¹²⁰⁾。

永代小作権もまた日本では非常に古くかつしばしばみられるものである。しかし永代小作権はみとめなかった。これは、永代小作権を認めた場合、所有権がマヒ状態になるということ、小作料が長年月をへて不適当になること（人口増加・交通の発達・銀貨低落による物価上昇の傾向）を考慮したためである、とされる。

永代小作権の処理として、その買戻法が問題となるが、フランスにも一七九〇年の同種の法令があった。ウィグモアがあげた、永小作人が土地代金の四割を支払えば土地を請戻しできるとの地方慣習は注目に値する。これはローマ法およびフランスの多くの地の慣行と反対で、後者では、所有者が永小作権の売られるとき先買権をもっている¹²¹⁾。

賃借権について、ウィグモアは、詳細にわたって民法典と旧慣との一致を指摘している。地主と小作人のそれぞれの権利、なかんずく収穫の分損の場合の、比率的な小作料減少についての小作人の権利など¹²²⁾。

以上が、ボワソナードが、日本の慣行と法典との関係について、とくに所有権およびその他の物権に関して述べた部分である。所有権については、とくに所有権の不可侵性について、日本の慣行と一致することが指摘されている。以上のような、自然法的所有権概念が日本の慣行に合致するという評価は、その本来の姿を知る欧米人からのものだけに重みがある。ただその根拠となる資料がどのようなものであったか不明であるため、不可侵性がはたして封建時代にすでに認められていたのか、あるいは明治維新後に定着したのか明らかでない。仮にその定着が明治維新後例えば地租改正などによってであったならば、それは日本の慣行というよりも社会政策というべきことであろう。

120) 福島正夫「旧民法と慣行の問題」前掲註（101）86頁。

121) 福島正夫「旧民法と慣行の問題」前掲註（101）86頁以下。

122) 福島正夫「旧民法と慣行の問題」前掲註（101）87頁。

さらに、「完全ノ所有権」あるいは所有権の絶対性についてはとくに言及がない。これは日本の慣行の問題ではなく、自然法上の理論的問題のためであろうか。ボワソナード自身はすでに述べたように所有権の絶対性について批判的であった。また不可侵性が絶対性とどのような関係にあるのかも不明である。

所有権概念との関係で重要なのは、永代小作権の項目である。この永代小作権に対応する日本の慣行は、いわゆる上土権であろう。永代に存続する小作権は所有権をマヒさせるものであり、封建的な慣行であるとして排除される。永代小作権の排除は、地租改正による土地政策の方向性と一致するものであり、慣行を排除し、新たな土地政策のための立法であったといえよう。

永代小作権を排除する場合、その保有者の保護が課題となる。その手段としてフランスでは農民に買戻権が付与されたが、日本でも請戻しの慣行があったことが指摘されている。しかし、資力のない農民は請戻しができない場合が多く、ヨーロッパでは最終的に無償の請戻しが認められた。わが国はあくまで有償の請戻しであったから、不十分な農民保護であったと言わざるをえない。

これに対し、ボワソナードが賃借権を物権としたことは高く評価されるべきである。後の明治民法では、賃借権が債権とされたため、賃借人の地位がきわめて脆弱なものとなって社会問題化したことは周知の通りである。その結果、賃借人保護のため社会立法の必要性が生じ、実際に多数の社会立法がなされたことを想起するとき、この点に関するボワソナードの判断がいかに先見的なものであったか、感心せざるを得ない。

第四節 明治民法典の編纂

公布されたボワソナード民法典は、帝国議会の議決によってその施行が延期されたばかりでなく、改正されることになった。その改正作業は、新たに組織された法典調査會によって、明治 24 年から同 29 年にわたって行なわれた。

所有権の規定に関する審議は、明治 27 年 6 月 5 日開催の第 18 回法典調査會で行われた。

以下では、ボワソナード民法典の自然法的所有権概念がその審議においてどのように評価されたのか、検討する。

1 自然法的所有権概念への批判

(1) 所有権の絶対性・無制限性への批判

所有権の定義規定であったボワソナード民法典（法典調査會では「既成法典」と呼ばれた。）財産編第 30 条の修正案として、次のような条文案が法典調査會に提出され、審議された。

第二百九條 所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用、収益及ヒ處分ヲ為ス權利ヲ有ス

本条の起草者である梅謙次郎（ここから以下では「梅委員」と表記する。）は、本条が既成法典財産編第 30 条を修正したものであり、修正点は四つあるとして、その立法趣旨を次のように説明する。

第一点は、既成法典は所有権定義規定を置いたが、定義は必要でなく、

「所有者ハ斯ウ云フ權利ヲ持ツテ居ルト書イタ方ガ穩カデアロウ」と考え、このように書いた¹²³⁾。

第二点は、既成法典の立法者は「所有權ハ本来無制限ノモノデアル」として、法律を以て多少制限することは所有權の本来の性質に反するものであるという主義を取った。しかし、そもそも権利は総て法律の規定によって範囲が定まるものであって、所有權の範囲だけが法律によらず自然に定まるというわけではない。なるほど所有權の範囲は最も広く、最も大なるものであることには相違ないが、それは「必ず法律ノ規定ノ範囲ニ限ルモノデアリマス……「法令ノ制限内ニ於テ自由ニ」云々斯ウ始メカラ書キマシテ所有權ト云フモノハ本来無制限ノモノデナイ積リデ」このように書いた¹²⁴⁾。

第三点は、既成法典は所有權が「法律」によって制限されるとしたが、これを「法令」に改めた。それは所有權を制限するのは法律だけではなく、「警察令ノ如キモノハ往々ニシテ所有權ヲ狭バメルモノデアリマス」。したがって「法律」という文言では差し支えるので、「法令」と改めた¹²⁵⁾。

第四点は、「合意又ハ遺言ヲ以テスルニ非サレハ」とあるが、「合意又ハ遺言」という文字を省いた¹²⁶⁾。

(2) 所有權の自然法的自由權性の排除

修正の上記第二点は、ボワソナード民法典の所有權の自由權性を排除するための修正であったという点で重要である。自然法の所有權理論は、法律以前にすでに自由な所有權が存在すると捉えるのに対し、梅委員によれば、所有權は法律によって初めて与えられるものであって、その範囲も法律によって定められるというものであり、これは、学問的（法律学的）

123) 『法務大臣官房司法法制調査部監修 法典調査會 民法議事速記録一 第一回—第二十六回〔復刻版〕』（商事法務研究会 1983 年）743 頁。

124) 『法典調査會 民法議事速記録一』前掲註 (123) 743 頁。

125) 『法典調査會 民法議事速記録一』前掲註 (123) 743 頁。

126) 『法典調査會 民法議事速記録一』前掲註 (123) 743 頁以下。

実証主義の理論である（この点については後掲註（133）参照¹²⁷⁾）。

これに対し、議長の子園寺公望が、審議開始冒頭に「制限内ニ於テ」を「制限ナキニ於テハ」に修正するという修正案を提出する。その趣旨は、法律による制限がない以上、所有権は自由だからという主義によるものである、という¹²⁷⁾。この子園寺議長の修正案は、ボワソナード民法典の自然法的自由権としての所有権概念をそのまま維持すべきという反論であり、梅委員による起草趣旨とは真向から対立するものである¹²⁸⁾。

しかし、直後に尾崎三良委員（以下「尾崎委員」と表記する。）が行政官の命令で制限すべき性質とはどのようなものかと質問したため、審議は修正の第三点である所有権が「法令」によって制限されるという点に移る。梅委員は、法律に規定がなくても警察が衛生上の取締から所有権に干渉する場合などがあり、そのためにも「令」という文字があった方がよいと、答弁する。これに対し、尾崎委員は、警察上の衛生上の規則などは元は法律から出たものであるから「法律」で十分であると反論する。そして、子園寺議長の「制限ナキニ於テハ」への修正に賛成する。さらに、磯部四郎委員（以下「磯部委員」と表記する。）も「法令」への修正ではなく「法律」の維持を支持し、さらに「制限ナキニ於テハ」への修正に賛成する¹²⁹⁾。尾崎委員と磯部委員は自然法的所有権理論の支持者である。

審議が対立した核心は、所有権の制限というよりも、所有権をどのように理解するかにあった。梅委員は、自然法の所有権理論によれば、所有権は本来制限のないものであってやむを得ないときに限って法律によって制

127) 『法典調査會 民法議事速記録一』前掲註（123）744 頁。

128) 子園寺公望は、明治 39 年（1906 年）以来、内閣総理大臣を務めたほか、昭和前半には「最後の元老」として活躍し、明治から昭和前半までの日本政治に大きな足跡を残した政治家である。彼は、若いころフランスに約 10 年間留学し、パリ大学法学部で学び（入学は 1974 年）、法学得業士（法学部二学年終了資格）を取得した。その間、急進共和派の人々（アコラス、クレマンソーなど）とも交流した（以上につき、岩井忠熊『子園寺公望－最後の元老－』（岩波新書 2003 年）参照¹²⁹⁾）。彼の法学についての深い学識と、その自由主義的な思想が、このような修正案を提出させたと言える。

129) 『法典調査會 民法議事速記録一』前掲註（123）744 頁以下。

限を加えると考えから、「法律以外ニ所有権ノアルト云フ意味」になるけれども、そういうことはできないとして、これを否定するのである。そして「所有権ハ自然法ニ於テモ制限ガアル決シテ無制限ノモノデナイト私共ハ考ヘテ居リマス本来制限ノアルモノデアル¹³⁰⁾」と述べる。

以上の梅委員の発言については、確かに所有権が一定の制限を受けるとすることは自然法の立場と矛盾するものではなく、ボワソナードもそのように理解していた。しかし梅委員は、さらに一步を進めて、所有権は法律以外に存在するのではなく、その範囲も法律により規定・限定されるから、制限されるのは当然であると主張した。こうして、梅委員は自然法理論の特徴である所有権の自由権性を排除する。

そして次に、「自由ニ」という文言を削除する案が出される。法令の範囲内であれば自由に使用収益処分できるのは当然であるから、「自由ニ」という文言は不要であるという理由である。これに対し、梅委員は、「自由ニ」という文言は所有権が法律の許す限り使用収益処分について大いなる権利であることを示すために必要であると反論する¹³¹⁾。しかし、梅委員のいう「自由」は、もはや自然法の所有権理論の意味でのそれではない。しかし、梅委員自身も、条文から「自由ニ」を削除するという提案に反対したように、所有権の自由権性を完全には排除しなかった。このことは、梅委員も所有権の自由権性を所有権の基本的な要素であると考えていたことを示すものであろう。

その後も、「法令ノ制限内ニ於テ自由ニ」についての議論が延々と続けられた後、修正案の採決へと移った。まず①「法令ノ制限内ニ於テ」という文言を維持して「自由ニ」を削るという案が採決・否決され、②「法令」の令を律に改めるという案が採決・否決され、③「制限ナキニ於テハ」と改める案が採決・否決され、④二百九条全部削除案が採決・否決された。以上のように修正案がすべて否決された結果、梅委員の提出した原案が修正

130) 『法典調査會 民法議事速記録一』前掲註(123)746頁。

131) 『法典調査會 民法議事速記録一』前掲註(123)748頁以下。

されず、そのまま採用されることに決定した¹³²⁾。

以上の審議過程から、本修正案の起草趣旨が、ボワソナード民法典の所有権の自然法的自由権性を排除することにあったことは明らかである。

それでは、所有権の自由権性が拒絶された理由はどこにあるのか。梅委員の発言から浮かび上がるのは、所有権を国家以前に存在する、自然法上の自由な権利とする自然法への反発である。梅委員は所有権を自然法上の権利として特別視することに反対し、あくまでも国法によって認められる権利に過ぎないとする。このような自然法的理念に対する反発は、学問的（法律学的）実証主義に基づくものと言える。19世紀ドイツ法学は自然法学から学問的（法律学的）実証主義へと転換する¹³³⁾。明治民法典の起草においては、梅委員をはじめとする起草委員が審議においてドイツ民法草案を参照したことを度々発言しており、ドイツ法学から影響を受けたことが推測される。

さらに「自由ニ」という文言をめぐる議論では、自由に対する消極的な意見が出されたが、これは起草委員の保守的国家主義的思想の反映といえよう。法典断行派に合流した自由民権運動に対する反発も一因となったと推測される。もっとも梅委員は断行派であったから断定はできないけれども、いずれにせよ審議過程において、所有権の自然法的自由権性が拒絶され、そこには自由主義を積極的に推進しようとする意思はみられない。以上のような民法思想における自由主義の後退は、19世紀ドイツ法学の思想

132) 『法典調査會 民法議事速記録一』前掲註(123)758頁以下。

133) 「パンデクテン法学の基礎には、学問的実証主義 der wissenschaftliche Positivismus の法像が、換言すれば、すべての法規と判決とを法学的諸概念および諸命題から導出しようとする法の見方が、存したのである。しかもこの法の見方によれば、外法学的価値評価——たとえば、宗教的・社会倫理的（「自然法的」というのもそうである）ないし世界観的（たとえば社会主義的）価値評価——および経済的かつ社会学的合目的性には、法創造のないし法変更の力が認められなかったものであり、換言すれば、これらの世界観や合目的性が法律家のエトスのうちにはもちろん、その意識のうちにさえ、位置を占めるための余地は、与えられていなかったのである。」（F・ヴィーアッカー著 鈴木禄弥訳『近世私法史』（創文社 1961年）515頁。

傾向と類似する。

このようにして、明治民法典起草者は、ボワソナード民法典が規定した自然法に依拠する所有権の自由権性を拒絶したけれども、その他の自然法的所有権理論とりわけ分割所有権についてはどのように評価したのか。これをも排除したのであろうか。この点は、ボワソナード民法典の「所有権ノ支分権」理論がどのように評価されたのかを見る必要があるので、次の地上権の項において検討したい。

2 分割所有権理論の継承

(1) 「所有権ノ支分権」としての地上権

次に地上権を取り上げる。地上権の位置づけが所有権概念と密接な関係にあるからである。審議において、地上権は「所有権ノ支分権」とであると説明されており、自然法の分割所有権理論は継承されていると思われる。以下では、地上権の審議過程を検討し、この点を確認したい。

地上権の審議は、明治 27 年 9 月 28 日開催の第 32 回法典調査會で行われた¹³⁴⁾。

審議は、梅委員による「第四章 地上権」という表題の説明から始まった。梅委員は、地上権は既成法典財産編第一部第二節第二款に規定されており、これを次のように修正したとする。既成法典は地上権を建物及び竹木を所有する権利とするけれども、本案は、「他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル為其土地ヲ使用スル権利ヲ有ス」として、土地の使用を地上権の本体とした。既成法典では建物の所有者が建物が建っている地面を所有するとするけれども、実際には建物の廻りの地面もある程度必要となり、これを法律で定めるのは煩雑であるから、むしろ地上権の設定行為で

134) 『法務大臣官房司法法制調査部監修 法典調査會 民法議事速記録二 第二十七回一第五十五回〔復刻版〕』（商事法務研究会 1984 年）158 頁以下。

定めることが实际的である、という¹³⁵⁾。

冒頭、土方委員が地上権は賃貸借または永借権の中に入れてしまえばよく、あえて地上権という名前を独立して規定する必要はないのではないかと質問した¹³⁶⁾。これに対し、梅委員は、地上権は物権とするのに対し、賃借権は人権（債権）とすることにしたため、賃借権と一緒に規定することができないと答えている¹³⁷⁾。

次に、審議は第 265 条の審議に移る。

第二百六十五條 地上権者ハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル為其土地ヲ所有（ママ）スル権利ヲ有ス¹³⁸⁾」

梅委員は、既成法典が「地上権トハ他人ノ所有ニ属スル土地ノ上ニ於テ建物又ハ竹木ヲ完全ノ所有権ヲ以テ占有スル権利ヲ謂フ」とするが、それは建物を土地の一部とするフランスの考えに従ったものであるとする。そして、比較法の考察に移る。白耳義（ベルギー）民法草案では「地上権ハ所有権ノ支分権トシテ他人ノ土地ノ上ニ建物又ハ樹木ヲ有ス権利」となっていて、その目的物が狭いと批判した後、「此支分権トシテト云フ様ナコトハ少シ教科書メキモシマスシ又支分権ト云フト果シテドウ云フ支分権デアルカ其事ガー向分リマセヌ様殊ニドウモ其建物及ビ樹木ヲ所有権ノ支分権トシテ有スルト云フコトハ薩張り何ノコトカ分ラヌ」と述べている¹³⁹⁾。この発言は、「所有権ノ支分権」の用法に関する外国法を批判するものである。それはあくまで「所有権ノ支分権」を前提とした議論であって分割所

135) 『法典調査會 民法議事速記録二』前掲註 (134) 158 頁以下。

136) 『法典調査會 民法議事速記録二』前掲註 (134) 159 頁。

137) 『法典調査會 民法議事速記録二』前掲註 (134) 159 頁以下。

138) 『法典調査會 民法議事速記録二』前掲註 (134) 161 頁以下。なお条文には「其土地ヲ所有スル」とあるが、「所有」は「使用」の誤植であろう。会議資料として明治 27 年 9 月 24 日に配布された甲第十四號では「其土地ヲ使用スル」とある（『法務大臣官房司法法制調査部監修 民法第一議案〔復刻版〕』（商事法務研究会 1988 年）152 頁）。

139) 『法典調査會 民法議事速記録二』前掲註 (134) 162 頁。

有権理論自体を批判したものではない。以上は、明治民法典編纂においても分割所有権理論が所有権理論の基礎とされていたことを示す。

梅委員の発言を続けよう。地上権を新たに規定するため、慣習を参考にしようとしたが、田畑については調査があるけれども、宅地について調査されていない。そこで、外国法を参考にすることにした。外国法は様々で、地上権を認めない国もあり、認めても明文のない国もある。あるいはこれを所有権の一部であるとして所有権の規定を適用している国もある。地上権を認めている国のなかで、オーストリア民法は依然として封建時代の制度のままで、同じ土地の上に所有権が二つ存在し、地上権は完全なる所有権より力の弱い所有権とする。ドイツ民法草案は本案に最も近い主義であり、土地の上下に建設物を有する権利をいうとなっている。しかし樹木が入らない点は日本の慣習に適合しないとする¹⁴⁰⁾。

これに対して、和蘭（オランダ）民法及び白耳義現行法は「地上権ハ他人ノ土地ノ上ニ建物工作物又ハ樹木ヲ有スル権利」であると書いており、一番日本の慣習に近くて、理屈も分りやすいとする。日本では土地の所有者でなくても、土地の上にある建物及び竹木を得られることになっており、この考えを採用したと、説明する¹⁴¹⁾。

以上の梅委員の発言から、地上権の規定は、日本の慣行がある程度考慮されたとはいえ、主に参照されたのは比較法であったことが分かる。オーストリアの上級所有権および下級所有権も取り上げ、これを封建的制度としている。二つの所有権の並存を認めなかったことは明白である。しかし、わが国の借地に関する慣習の詳細が分からないまま、起草委員の理解するところのわが国の慣習に基づいて地上権が立法されたことは最大の問題点といえる。地上権と賃権とされた賃借権との併存は大きな問題を抱えていたことは、審議でも問題となった。

地上権と賃借権との関係の問題の一つとして、大都市で土地を借りて家

140) 『法典調査會 民法議事速記録二』前掲註 (134) 162 頁。

141) 『法典調査會 民法議事速記録二』前掲註 (134) 162 頁。

を建てる場合、それは地上権なのか賃借権なのか、が議論された。どういう場合に地上権になり、どういう場合に賃借権になるのか、という質問に、梅委員は、これは当事者が決めるべきことであり、契約の解釈によるけれども、「実際地上権ト見ル方が原則ト思ヒマス」と述べる¹⁴²⁾。その後も審議は地上権と賃借権および小作権との違いをめぐるべく続くけれども、所有権とは関係がないので、省略する。

(2) 地上権の永久性の否定

地上権の存続期間に関する規定第 268 条の審議において、梅委員は地上権が所有権より弱い権利であり、存続期間が制限されるべきことを地上権が「所有権ノ支分権」であることから説明する。

第二百六十八条 地上権ノ存続期間ハ五十年ヲ超ユルコトヲ得ス若シ之ヨリ長キ期間ヲ以テ地上権ヲ設定シタルトキハ其期間ハ之ヲ五十年ニ短縮ス

地上権ノ設定ハ之ヲ更新スルコトヲ得但其期間ハ更新ノ時ヨリ五十年ヲ超ユルコトヲ得ス

梅委員は、永久の地上権を認めない理由について、次のように発言する。外国では、永久の地上権が認められる例が見られる。ドイツ民法草案の理由書もそうであり、それは地上権が設定されることが少ないからとする。またオーストリアは地上権を所有権であるとみており、そのため所有権と同様に永久であるとする。しかし本案では地上権を無論所有権であるとは認めないとする。その理由として、地上権が「所有権ノ支分権」であることを挙げる。支分権というものがあまりに力が強くなって所有権と紛らわしくなってしまうと、これは経済上はなほだよろしくないことは言うまでもないからである。地上権がその実所有権とほとんど変わらないことになる

142) 『法典調査會 民法議事速記録二』前掲註(134) 165 頁。

と経済上不都合である。既成法典では永久は禁じているが、期限を 100 年でも 200 年でもよいとすると実際は永久とほとんど同じである。そこで、既成法典の永借権を参考にして五十年と極めた、と発言する¹⁴³⁾。

以上は、地上権の存続期間に関する梅委員の説明である。それによれば、地上権が有期であるべき理由として「所有権ノ支分権」であることが根拠とされている。したがって、ボワソナード民法典の分割所有権理論は、明治民法典の起草においても所有権理論の基礎であったといえる。

なお、審議では、第 268 条による期間制限が鉄道や道路については不都合であるとして本条の削除が提案され、採決の結果、賛成多数となり、本条は削除された¹⁴⁴⁾。

3 明治民法典の所有権概念

明治民法典起草委員とりわけ梅委員は、ボワソナード民法典の採用した自然法的所有権概念のもつ自由権性および絶対性を批判し、これを制限ないし排除するための修正を行った。これにより自然法的所有権概念の性格の一部が失われたことは否定できない。しかしこれ以外の点では、所有権の本質に関する理論である分割所有権理論を前提とした主張を展開する。この点は地上権を「所有権ノ支分権」とする発言から確認される。

そこで問題となるのは、明治民法典は、自然法的所有権概念を継承したのか、あるいはこれとは異なる所有権概念を採用したのかである。結論を先に述べると、基本的には自然法的所有権概念を承継したと考えられる。以下でその理由を述べる。

第一に、梅委員は、所有権の自由権性と絶対性を批判したけれども、これを完全には排除していないことである。例えば、梅委員が、「自由ニ」と

143) 『法典調査會 民法議事速記録二』前掲註 (134) 182 頁以下。

144) 『法典調査會 民法議事速記録二』前掲註 (134) 184 頁。

いう文言を条文から削除することに反対したことはすでに見た通りである。また所有権の絶対性・無制限性はいつの時代にも批判の対象となっており、ボワソナード民法典も所有権の制限を承認していた。したがって、明治民法典も、程度の差はあったとしても、基本的にはボワソナード民法典の所有権理論を承継したと考えてよいであろう。

第二に、自然法的所有権概念の一つの支柱である分割所有権理論がそのまま承継されていることを挙げることができる。

第三に、ドイツ民法典の影響が限定的であったことである。確かに、明治民法草案第209条（現行民法第206条）はドイツ民法典の影響を受けている。すなわち、ドイツ民法典は所有権の定義規定を置かず、所有権の内容に関して同第903条第1文が「物の所有者は法律又は第三者の権利によって制限を受けない限り、その物を自由に用い、かつ、他人による一切の干渉を排除することができる。」と規定するに過ぎない。これに対して、明治民法典の起草において、梅委委員が所有権の定義規定を不要とし、草案第209条を所有者がどのような権利を有するかというふうに規定したと発言していることから明らかなように、明治民法典草案第209条の規定はドイツ民法典第903条第1文を模した規定となっている。

しかしながら、ドイツ民法典からの影響は規定の体裁にとどまり、所有権概念の核心には及んでいない。ドイツ民法典が所有権の定義規定を置かなかった理由の一つとして、部分草案の起草者ヨーホウは、これまでの立法化において所有権の定義化が成功したとは言えないことを挙げる。この点についてデルンブルグは、これまで所有権定義が議論されてきたが、満足な成果は得られなかったことを指摘している¹⁴⁵⁾。すなわちドイツ民法典はパンデクテン法学の抽象的所有権概念——所有権を無制限かつ絶対的な物支配権とする——を採用したのであるが、これに対しては所有権は制限を受けるにもかかわらず、これを無制限と定義することは矛盾だという

145) 拙稿「所有権概念再考—20世紀ドイツ私法学における論争を中心に—」神奈川法学第53巻第1号169頁。

批判が強かった。このため、ドイツ民法典は所有権の定義規定を放棄し、所有権の内容を規定したにとどまった¹⁴⁶⁾。しかし、ドイツ民法典が抽象的所有権概念を採用したことは明かであり、これにより自然法的所有権概念は完全に排除された。

そこで、ドイツ民法典から影響を受けて所有権規定を起草した梅委員であるから、もし彼が自然法的所有権概念を排除しようとするならば、あくまで一つの可能性に過ぎないけれども、ドイツ民法典の抽象的所有権概念を採用することが考えられよう。そこで、梅委員はじめ明治民法典の起草者たちが抽象的所有権概念をどのように考えていたのかが問題となる。しかし、起草者たちはこの概念についてまったく言及しておらず、むしろ地上権等の審議過程から明らかなように分割所有権理論を前提とした議論に終始している。したがって、起草者たちは抽象的所有権理論の採用は考慮しなかったと考えられる。またこのことは、自然法の分割所有権理論がすでに法曹関係者に広く定着していたことを示している。

以上からすると、明治民法典の所有権規定は、体裁の上では、ドイツ民法典を模倣したけれども、ドイツ民法典の抽象的所有権概念を採用せず、ボワソナード民法典の自然法的所有権概念を基本的に承継したと考えるのが妥当であろう。

結びにかえて

(1) わが国における近代的所有権概念の成立

これまでの検討から明らかなように、わが国で西洋法的所有権概念の導入が本格的に試みられたのは、ボワソナード民法典においてであり、そこで導入されたのは自然法的所有権概念であった。その後の明治民法典の編纂においても、起草者たちはこの所有権概念を前提として所有権及びその

146) 拙稿・前掲註 (145) 170 頁以下。

他の諸物権の規定を起草したから、この概念が早い段階ですでに定着していたと評価されよう。

本稿は、わが国に西欧法の所有権概念が定着したことをもって、近代的所有権概念の成立と考える立場である。そうすると、わが国においてはじめて近代的所有権概念が成立したのは、ボワソナード民法典の成立によってであり、それは自然法的所有権概念であった。

ボワソナード民法典が採用した自然法的所有権概念の概要は、以下の通りである。すなわち、所有権は、国家以前に存在する自然権的自由権であり、絶対的権利であるされる。所有権は権利の束であり、使用権、収益権及び処分権からなり、これらの権利がすべて備わった所有権を「完全ノ所有権」という。所有権は分割可能であり（分割所有権理論）、使用権あるいは収益権が所有権から分割された場合、これを欠く所有権を「支分ノ所有権」（条文では「欠虧ノ所有権」とされる。）といい、使用権及び収益権の両方を欠く場合はとくに「虚有権」という。これに対し、所有権から分離された使用権などは「所有権ノ支分権」という。なお、自然法は使用権を下級所有権とし、「支分の所有権」「虚有権」を上級所有権と位置づけ、二重の所有権を承認したけれども、ボワソナード民法典は下級所有権の存在を認めない。

明治民法典の起草者は、所有権の自由権性や絶対性を批判しつつも、基本的にはボワソナード民法典の自然法的所有権概念を承継した。明治民法典の編纂について、ドイツ民法典の影響は限定的であった。ドイツ民法典は抽象的所有権概念を採用し、自然法的所有権概念を排除したけれども、明治民法典の起草者たちは、この点にまったく注目せず、すでに定着していた自然法的所有権概念を前提にした議論を展開しているに過ぎない。したがって、明治民法典も自然法的所有権概念を承継したことは明白である。

(2) 二つの民法典における自然法的所有権概念採用の評価

二つの民法典が編纂された時期は、自然法学の影響が強く残っていた。

とりわけボワソナード民法典にはその傾向が顕著である。その所有権概念が自然法的な所有権概念を採用したことも、このような時代状況からすると、これ以外の選択肢がなかったといえる。しかしながら、自然法的所有権概念は当時の最も優れた、世界水準の所有権理論であった。ドイツにおいてもティボーを挙げるまでもなく、19 世紀前半においては自然法的所有権概念が支配的であった。したがって、日本の二つの民法典が自然法的所有権概念を取り入れたことは、妥当であったと評価できよう。

(3) 物権法制における所有権の地位

ボワソナード民法典および明治民法典は共に自然法的所有権概念を採用し、どちらも所有権を物権においては最大の最も広範な権利であるとするけれども、それぞれの民法典における所有権の位置づけは、所有権以外の物権法制に相違があることから、かなり異なると思われる。

ボワソナード民法典は、所有権以外の物権として「入額所得ノ権」（後に名称が「用収権」へそして「用益権」へ変更される。）をはじめとして多数のかつ様々な物権法制を認めた。とくに「入額所得ノ権」は所有権に匹敵するほどの強力な権利であり、所有権が二つ存在することになるとして強い反対が出されたほどであった。これ以外にも、賃借権が物権とされるなど、とくに土地利用に関しては多様な利用形態を可能とするものである。資本主義が発展したフランスが手本であり、日本にもこのような発展が期待されたのであろうか。仮にボワソナード民法典が施行されて、これらの強力な物権が土地に多数設定されていたならば、土地所有権の地位ないし力は相対的に弱められ、後の社会問題の発生もある程度抑制されたのではないかと予想される。

これに対し、明治民法典は、一方で上述のボワソナード民法典の多様な物権法制を採用しなかったばかりでなく、賃借権を物権ではなく債権とした。他方で、地上権を認め、永小作権および入会権を復活させて新たな物権も認めている。このような明治民法典の態度は、日本の慣行を配慮したものと評価されるであろう。しかしながら、起草者は所有権の優越を根拠

に、地上権及び永小作権をきわめて限定的な権利として設計した。これは幕藩体制時の慣行を復活させたものに過ぎず、将来の資本主義の発展を見据えたものではない。したがって、明治民法典の物権法制の下では、とりわけ土地所有権の地位ないし力がボワソナード民法典に比べると、相対的に強められたと言えよう。

明治民法典の物権法制が、その後、小作問題や土地の賃借問題を生じさせたことを考えると、これが日本の資本主義の発展にとって適切な制度設計であったのか、疑念が生じよう。もちろん、資本主義の発展が何たるかを経験していない当時の日本人に資本主義に適した法制度の設計を求めることはできない。それだけに、せっかく先進資本主義の制度を取り入れたボワソナード民法典が作られたにも拘らず、その重要な部分を反故にしてしまったことは残念であったといわざるを得ない。

(4) 農民開放と物権法制

18世紀末から19世紀前半にかけて、ヨーロッパでは農民開放が行われた。農民開放は近代的な土地法制ときわめて密接な関係にあった。封建時代には所有権が上級所有権と下級所有権とに分割され、土地利用権を有する農民は下級所有者と呼ばれていた。市民革命によりこのような土地所有の分割が廃止され、下級所有者である農民に一元的な土地所有が認められた。これが農民開放といわれる。

わが国においても、近代的な所有権の確立において、誰が所有権者となるかは重大な問題の一つであった。それは地租改正からの問題であり、いわゆる一地主の原則がとられた。しかし、そこで行われたのは、農民の土地権を排除することであり、大土地所有者の出現であった¹⁴⁷⁾。したがって、わが国の近代的所有権の確立は、ヨーロッパとは全く異なる結果をもたらした。確かに農民開放がヨーロッパで近代的所有権概念の確立と密接

147) 以上について、熊谷『日本の近代化と土地法』前掲註(5)15頁以下、73頁以下参照。

な関係にあったからといって、わが国もそうであるとは言えないかもしれない。しかし、川島博士が、わが国の農民開放といえる「農地改革」をもって近代的所有権の確立と評価されたことを考えると¹⁴⁸⁾、まったく無関係とも言えないであろう。わが国の「農地改革」がフランスの農民解放に約 150 年、ドイツのそれに約 100 年遅れたことは、明治民法典の所有権概念を含む物権法制の展開に大きな影響を与えたであろうと推測される。

(5) その後の所有権概念の展開

明治民法典が承継した自然法的所有権概念は、その後どのように展開したのであろうか。現在の学説は、近代的所有権は物が商品として交換される関係を保障するものであり、所有権を物に対する支配権と構成し、排他性・観念性・絶対性をその特性であるとしている¹⁴⁹⁾。排他性および絶対性は自然法的所有権概念から承継されたものである。これに対し、観念性は自然法的所有権概念にはなく、ドイツ民法典の抽象的所有権概念の特性である。以上は現在の学説がドイツ民法からも一定の影響を受けていることを窺わせる。その契機となったのはどのような事情であろうか。自然法の所有権概念に対してどのような批判があったのであろうか。これらが今後の課題として残されている。

148) 川島『所有権法の理論』前掲註 (2) 92 頁。

149) 『新注釈民法 (5) 物権 (2)』前掲註 (3) 355 頁 [秋山靖浩・執筆]。