

三田用水事件における渡辺洋三氏の「鑑定書」

村田 彰

一 はじめに

徳川時代の「所有権」（所持権）と近代的「所有権」との関係が最高裁判所にまで争われた有名な事件の一つに、いわゆる「三田用水事件」というものがある。品川区立品川歴史館編『品川歴史館資料目録——三田用水普通水利組合文書』（一九九六年）によれば、徳川時代における三田用水については次のように説明されている。「三田用水は三田上水の後身であり、同上水は寛文四年（一六六四）十一月に開通した。江戸六上水（神田・玉川・亀有・青山・三田・千川の六上水）の第五番目に開削された上水である。三田上水は玉川上水を荏原郡世田谷嶺下北沢村地内（現在の世田谷区北沢）で分水し、三田・芝・金杉方面に給水していた。享保七年（一七二二）、神田上水と玉川上水を除く四上水が同時に廃止されたときに廃止されたが、三田上水は享保九年（一七二四）に三田用水と名を変え復活し、近年まで灌漑用水として利用されていた」。このように、徳川幕府

は、一六六四（寛文四）年に三田上水を開通させ、玉川上水から三田上水に引水していた。その後、徳川幕府は、一六九七（元禄一〇）年に築造した白金御殿に三田上水の水を引いていたが、江戸の大火による右御殿の焼失に伴って白金御殿に水を供給する必要がなくなったので、一七二二（享保七）年に通水を止めて廃止することにした。そこで、これまで三田上水の残水をもらい受けて田畑の灌漑用に使用してきた沿岸住民から徳川幕府に対して三田上水を使用することができるよう請願がなされたところ、右請願は容れられることになった。一七二四（享保九）年、田畑の灌漑を目的とし、当時の上目黒村、同村上知、中目黒村、下目黒村、中渋谷村、下渋谷村、白金村、今里村、三田村、代田村、上大崎村、下大崎村、谷山村^{やま}および北品川宿の十四ヶ村を構成区域、その農耕地主を構成員として水利組合（十四ヶ村組合）が設立された。その後、同組合は、一八九〇（明治二三）年法律第四六号水利組合条例の施行によつて、組合の目的、構成区域、構成員等の実体関係に変更がないまま、同条例にもとづく普通水利組合として成立して公法人となり、さらに、一九一〇（明治四三）年、法律第五〇号水利組合法の施行により、右の実体関係が同一のまま同法にもとづく公法人としての普通水利組合とみなされることになった。さらにその後、三田用水普通水利組合は、一九四九（昭和二四）年六月六日法律第一九六号土地改良法施行法の施行によつて一九五二（昭和二七）年八月三日に解散し、同水利組合が原告となった一九五二（昭和二七）年当時は清算中であつた。

この三田用水普通水利組合が原告となつて裁判をしたのが「三田用水事件」である。第一審（東京地判昭和三六年一〇月二四日〔昭和二七年（ワ）第五一三五号、土地所有権確認請求事件〕下民集一二卷一〇号二五一九頁・訟月八卷三号四一五頁・判時二七八号四頁、判タ一二三号一一二頁）において、同水利組合は、国および東京都に対して、第一次請求として、「三田用水」について水利権を有すること、および、「三田用水」の河川敷である本件土地について所有権のあること、をそれぞれ確認することを求めて裁判をしている。その際、原告である水

利組合は、本件土地について所有権を有していることの理由の一つとして、その前身である十四ヶ村組合が徳川幕府から本件土地の「所持」権を与えられてこれを取得していたことを挙げている。前掲第一審、第二審（東京高判昭和四二年七月二五日〔昭和三六年（ネ）第二五一九号・昭和三七年（ネ）第四六八号、土地所有権確認等請求控訴事件〕下民集一八巻七・八号八二二頁・訟月一三巻九号一〇五四頁）および最高裁（最判昭和四四年一月一八日〔昭和四二年（オ）第一二四七号、土地所有権確認等請求上告事件〕訟月一五巻二二号一四〇一頁）のいずれにおいても、三田用水普通水利組合は本件土地の所有権を有する、ということが確認されている（なお、水利権について、組合側は、最高裁〔最判昭和四四年一月一八日（昭和四二年（オ）第一二四六号、土地所有権確認等請求上告事件）訟月一五巻二二号一四二二頁〕まで争ったが、すべて敗訴している。以下では、水利権については割愛する）。

この一七年余りの長期間にわたる「三田用水事件」に際して、渡辺洋三氏は複数の鑑定書を裁判所に提出し、しかも、これらの鑑定書は裁判所の判断に決定的な影響を与えている。そうして、渡辺洋三氏がこれらの鑑定書を作成するのに費やした時間とエネルギーが相当なものであったことは、鑑定書を読めば直ちに理解することができる。また、渡辺洋三氏の鑑定書は、徳川時代における土地「所有権」（所持権）の内容および近代的土地「所有権」の成立に関する渡辺洋三氏の学説を理解する上で不可欠の資料である、と思われる。しかし、それにもかかわらず、これらの鑑定書の正確な内容は一般にあまり知られていないように思われる。そこで、渡辺洋三氏が「三田用水事件」に際して裁判所に提出した複数の鑑定書中、現在入手している二つの鑑定書の全文を以下に紹介することにする。一つは、「近代的所有権の成立」であり、もう一つは「徳川期の土地所有制度について」である。

以下では、まず、この二つの「鑑定書」の全文を紹介し、次いで、この「鑑定書」について簡単にコメントすることにする。なお、「三田用水路案内図」が下民集一二巻一〇号二五六六頁に載っているので、「鑑定書」

を紹介した後、この案内図をそのまま転載しておくことにする。

二 「近代的所有権の成立」

わたくしの手元にある「近代的所有権の成立」と題する「鑑定書」は謄写版で印刷されたものである。その表紙をみると、中央に「近代的所有権の成立」、その左下に、

「東京大学助教授

法学博士 渡辺洋三」

とそれぞれ記載されている。また、日付の記載は本「鑑定書」中にみあたらない。

以下において、「近代的所有権の成立」の全文を紹介する。

土地所有権とか水利権というものは、いうまでもなく、財産権である。そして資本主義国家において、財産制度の基礎は、これまたいうまでもないことであるが、私有財産制度であつて、国有とか公有とかいうものが例外であり、この点が、社会主義国家と異なるものであることは、周知のとおりである。人は、自分が資本を投下し、あるいは労働を投下して、つくりだし、あるいは維持保存している物の上に、私的な財産権をもつことを原則として保障される。もちろん、今日、いかなる私権も、公共の福祉によって制限されることは当然である。しかし、公共の福祉に反しない限りは、私有財産権を安心して享受しうるといふことが、封建国家とも社会主義国家とも異なる資本主義国家の特質である。それゆえ、資本主義国家

およびその法制度は、何よりも、私有財産権の保障にこそ最大の注意を払っている。

本件鑑定人としての私の立場および主張は、この、資本主義財産法制度の基本原則から出発しているものであり、その基本原則に最も忠実に、本件を眺めようとするものである。ところが、国の立場および考え方は、これと全く逆に、できるだけ私有財産を軽視し、国有ないし公有財産を重視しようとする考え方に根本的に立っているようにおもわれる。これでは、封建国家ないし社会主義国家の考え方と異なる考え方になってしまふであろう。私有財産の保障を任とするはずの国が、私有財産を侵害するのは、うなずけない。

近代国家は、封建国家ではないのである。そして、今日の国は、封建領主ではないのである。これは分りきったことのようにみえて、国には、分っていないらしい。国の主張は、要するに、徳川時代の封建領主がもっていた封建的権利を、近代になってからも、ひきつづき国がもっている、だから国のものだということにつきるのである。ここでは、封建国家と近代国家の区別、封建領主と今日の国との区別は、完全に無視されているといっても過言ではない。

徳川の封建時代には、もちろん、今日のような意味で私有財産権を尊重する観念はなかった。領主権力は、その領主権にもとづいて、人民の財産に強力な介入を加えることができたのであり、当時の領主と人民との関係は、明治以降の国と人民との関係とは、根本的にちがうのである。たとえば、徳川時代に、幕府が、係争土地にたいして、なにがしかの権利をもっていたにしろ、それにもとづいて、明治以降の国の権利を主張する根拠とはなしえない。

私有財産制度の尊重が確立された近代において、人民の支配する水路敷地に、国が権利を主張する根拠は、徳川時代と異なって、消滅した。前述のごとく、資本主義国家で、人民が支配している財産は私有財

産になるのが原則であり、人民が支配していない財産、あるいは公共の福祉ないし公益目的のために、とくに必要なもののみを例外的に国有財産ないし公有財産とするのである。本件水路敷のように、国が何ら事実上、支配も管理もしておらず、また、それを国有財産とすることについて、いかなる公益性も公共性も証明することのできない財産について、明治初期にたまたま地券が下付されなかつたことを唯一の理由に、これを国有と称して、国が取りあげるということは、私有財産尊重の資本主義的原則に根底から反するものである。この種の考え方は、若干の手續上の瑕疵を、ことさらに取りあげて、資本主義財産法の本来の趣旨を没却する本末てんとうの考えである、とおもわれる。

本件土地は、地券をうけず、積極的に民有であることを証明できない土地であると共に、他方において国有（当時の官有）に編入する積極的の意味も必要も公益もなかつた土地であり、したがって、官民いずれとも確定されないでこされた土地である。このような官民有区分未確定の土地について、これをどちらのものとして判断するかは、おそらく、考え方の相違によって異なるであろう。私有財産を尊重するという考え方に立てば民有と判断する余地が多く、逆に、私有財産を軽視し官憲尊重の立場に立てば、官有と判断する余地が大きい。そして、前者の立場の考え方が、資本主義財産法の根本趣旨に合致し、後者の考えは、官を重んじ民を軽んずる封建的な考えであることは、すでにのべたとおりである。

それのみでない。本件の土地所有権や水利権は、ことからの性質からいって、私有財産なのである。特定の農民集団がその生活利益のために支配してきた水路ないしその敷地であるという事物の性質に照らしても、これを官有としなければならぬ必然性は一つもなかつたのである。特定の人民の支配することのよくな土地を、そもそも官有にするどのような実益があつたのであろうか。事物の性質からみて、そのような実益は一つもなかつた。これを、官有とすることは、事物の性質上、無理である。

国は、地租改正当時の法令を、あちこち、断片的にひきぬいて、官有であったことを印象づけようとしているが、このような形式的な概念法学的方法をもってしては、当時の歴史的事実を正しくみることはできない。当時の法令は、今日のように、整備された完璧な法体系があったわけではなく、必要に応じて、部分的に単行法をつくるという不十分なやり方であったのであり、また、当時は、急に時代が変わったときで、政策にも、めまぐるしい変化があり、官有地の取り扱い方なども、時期によって異なっていたのである。したがって官有か民有かの区別を考えるに当たっても、このように不十分な法令や混乱した扱いにたよることはできないのであり、まさに事実を照らして、事物の性質を根拠として判断すべきである。

そういう観点からみれば、当時、国が、本件土地を、官有地として扱った事実、一つも見当らないのである。官有地として扱ったのなら、所有者としての国の規制が当然にあったはずであるが、本件土地について、そのような規制は、一つも存在しなかった。もし、当時、官有地になったのだとしたならば、原告組合は、そもそも、どのような権原にもとづいて、本件土地を使用しえたのであろうか。当時、官有地に編入された土地を人民が利用するには、期限付きで拝借願を出し、許可をうけることになっていた。本件土地について、このような事実が存在したであろうか。存在していなかった。事實は、原告組合が、まったく所有者とおなじように、自由に、本件土地を支配進退してきたのである。そして、国もまた、それになりたいして何らの規制も加えなかったのである。改租処分するときもそうであり、その後も、ずっと、そうであった。

こうして事実を正しく、そして素直に見るならば、国の所有者としての実質は零であり、原告組合の所有者としての実質は百であること、明らかであろう。国は、ただ抽象的に法令や地券の性質を論じて、国が所有権をもっていることを論証しようとしている。しかし、こういうやり方は、方法論とし

て、あやまつている。争われているのは、本件土地について、いつ、なぜ、国が所有権を取得したかという具体的事実なのであって、徳川時代の土地所有権の性質や明治初期の地券の性質についての一般学的、問的論争ではないであろう。

一定の事実が立証され、その事実^に法令を適用するのが正しいやり方であるのに、国は、本件土地や水利がどう扱われたのか、最もかんじんの具体的事実について何も論証せず、したがって、観念的な法文の解釈にとどまつている。その、事實は、論証できるはずがない。なぜなら、うたがいもなく、本件土地について、国の所有権者としての実質は零であり、原告組合の自由な使用収益処分^にまかせていたのだから。

一般論としていうなら、明治の改租処分当時、用水路敷地が、いかに扱われたかは、その用水路敷地の事物の性質と各担当官の認定のちがいに応じて、さまざまに異なっていたのである。民有地地券を下付されたものもあつた。積極的に、はっきりと官地に編入されたものもあつた。また本件土地のように、地券も下付されず、官地に編入もされない無籍の土地にのこされたものも沢山あつた。この一番最後のものについても、扱い方は、それぞれの土地によって異なつている。あるものについては、積極的に官有地と認定できる証拠があり、他のものについては、積極的に民有地と認定できる証拠がある、という具合である。したがつて、官民いずれとも、はっきりしない用水路敷地について、これをどちらに判断するかは、それぞれ、一つ一つの土地について事実を調べなければ、なんともいえないのである。だから、本件についても、本件土地に関する事実関係の認識の中から、結論を出す以外にないのである。私は、その認識にもとづいて、本件土地について国有とすべき何らの論証もされていないと結論を下したのである。国の方では、せめて、官地編入後、拝借を許していたとか、使用許可をあたえていたとか、ともかく国が本件土地について、所有者であることをすこしでも証明できるような最小限の材料を出すべきではあるまいか。拝

借とか使用許可の事実があったかどうかは、本件の判断のきめてであるが、かかる事実はなかった。

国の主張が、事実にもとづかないで、観念論である所以は、地券の問題にもあらわれている。たしかに、当時の法令のたてまえでは、地券は、民有の証拠として下付された。すべての民有地は、地券をうけるべきであるというのが法のたてまえであった。しかし、それはあくまで、たてまえにすぎず、現実の事実ではなかったのである。すなわち、「民有地は地券をうけるべきである」ということと、「現実に民有地は地券をうけたかどうか」ということは、別の問題である。国は、「民有地は地券をうけるべきである」という命題を、「民有地は地券をうけた」という事実にすりかえてしまったのである。

なるほど、たとえば農地や宅地については、このたてまえは、現実の事実と、まず一致していたといつてよい。しかし、入会地や水路敷地などの場合には、かならずしもそうでなかった。事実において、民有地とみとめられるべきものでも、地券をうけなかった例は、本件土地の場合とかぎらず珍しくなかったのである。そして、それには、それなりの理由があった。その理由は、地券制度の中にある。

そもそも地券は、何のために出されたか。それは、三つの意味をもっていた。一つは、租税制度の基礎として、だれが地租を負担するかという、納税義務者の確定という意味をもっていた。他の一つは、一物一権主義の原則にもとづいて、私的所有権制度を確立するという意味をもっていた。また第三に、それにもとづいて、土地の商品としての流通を担保するという意味をもっていた。そういう意味をもつ地券は、したがって、ボアソナードが感嘆したように、一枚の地券証の中に、納税義務の表示、土地所有権の証明および土地売買の法的手段という三重の機能を、あわせもっていたのである。もちろん、まだ、公私法未分化であったにせよ、近代的私的所有権確立の方向は、この中にすでにあらわれている。

地券制度のこのような意味に鑑み、右の三つの点が問題となるような土地については、地券の下付が、

どうしても必要であった。所有権を確定し、あるいは所有権を主張することの実際上の必要は、右の三つの点の中にあつたのであり、そういう必要のあるところでは、だれに地券をあたえるかが、もちろん問題となつた。税金をとる必要のある土地については、もちろん、この観点からも、土地所有者をきめなければならぬ。また、徳川時代から、一つの土地に権利者が数人いる場合（たとえば、地主と小作人、あるいは、質入主と質取主とがいる場合など）、そのいずれか一人を、土地所有者にきめなければならぬ。さらに、土地を商品として処分する必要がある土地については、所有権譲渡の方式を確立する意味でも、その前提として、土地所有者をきめておかなければならぬ。かくて、普通の土地（農地や宅地）については、以上の現実的必要にもとづき、土地所有権の確定がおこなわれ、また、それにもとづき、地券が与えられた。

ところが、本件土地のような水路敷については、以上の三つの必要性は、いずれも現実的には、存在しなかつた。

第一に、税金の問題はおこらなかつた。除税地でも民有地の場合には地券を発行するという政策を国がとつたことはあるが、地券の最大の目的の一つが租税徴収にあつた以上、租税に関係ないような土地について、官の方でも、民の方でも、地券について、たいした関心を払わなかつたとしても、ふしぎではないであらう。

第二に、地主と小作人、あるいは質取主と質入主との関係のような権利の重疊が問題にならなかつたことも、いうまでもない。ちなみに国は、徳川時代に所持権と支配進退権との分裂があり、しかも地租改正では、所持権をもつ者に所有権が与えられたという一般的事実をあげて、明治初期の国の所有権取得の論拠としているが、これも観念論である。国のいうような事実は、農地の地主小作人のような場合に主

として当てはまる事実だったのである。地主と小作人がいる場合、地主に地券を与えたのは、周知の事実である。その一般的事実を、本件土地に当てはめるのは、三重の意味で錯誤である。すなわち、農地と水路敷は、事物の性質が全然ちがうということ、国と一般の地主とは、これまた性質が全然ちがうということ（地主に地券を与えたのは、民有地と確定された土地の中で、地主を所有者とするか小作人を所有者とするかの問題であったのに対し、本件土地のような場合は、民有地とするか、官有地とするかの問題であり、問題の性質が、全然異なる）、また、一般農地の地主小作関係ないし質取主と質入主との関係のような関係は、本件土地についての領主と農民集団との関係とは全然性質がちがうということ、をとりあえず指摘しておけば十分であろう。なお、念のため、付言しておけば、その農地についてさえ、現実の占有者（小作人）に地券を与えず、地主に地券を与えたことが、政策的なあやまりであったことは、戦後の農地改革によって証明されているのである。

第三に、土地の商品としての流通性ということも、水路敷については、問題となりえなかった。水路敷という土地の事物の性質からみて、それを売買ないし担保に入れるなどということは、すくなくとも当時、だれも予想していなかったところであり、流通性を欠く土地については、地券の必要性も感じられなかったのである。

こうして、どこからみても、水路敷については、これを官有とするか民有とするかについて、官も民も、神経質な議論をしたり、あるいは地券をもらうかどうかということに重大な関心をしめすことがなかったとしても、ふしぎではないであろう。その実際上の必要性も意味もなかったのであるから。このため、水路敷については、本件土地とかぎらず、大量の脱落地が発生したのである。国は、この点でも、一般論を展開して、元老院会議の記録などを持ちだし、当時の民衆が地券にたいして無関心であったはずがないと

いうことを主張しているが、このような考え方も、地券制度についての観念的考え方にもとづくものである。現実の事実をはなれて、抽象的に本質論を展開するのではなく、事実即して、地券制度を考察するならば、地券が、どういう目的のために、どういう必要をみたすために出されたのか、そして、それは、現実においてどういう機能を果たすものであったのかという観点から考察しなければならぬ。そして、そういう観点からみれば、農地などについて地券の有無が重大な問題とされたのに反し、水路敷について、そういうことが問題とされなかつたということは、まことに当然のことだったのである。農地の場合に地券を必要とした現実的理由は、水路敷の場合には、存在しなかつたからである。

さらに、国の主張が観念的である所以は、所有権の帰属を、事実によつてきめないで、地券の有無によつてきめるといふ発想したいの中にある。地租改正は、封建的な土地所有制度を近代的土地所有制度に転換させたという意味では、たしかに、近代的土地所有権をつくりだしたものである。しかし、改租処分をたいして、だれに所有権を与えるかということの基準は、現実の支配の事実関係の中に求められたのである。すなわち、Aに所有権があたえられたのは、Aの側に、所有権に値するとおもわれる事実があることと認められたからであり、Bに所有権があたえられなかつたのは、それに値する事実がないと認められたからである。

もちろん、どういう事実が所有の基準とされたか、そしてその基準が合理的であつたか否かは問題である。しかし、さしあたり、ここでの問題は、所有権の有無は、このような所有権認定の基準となる事実の有無によつて定められたということを明らかにしておくことが重要である。なぜなら、国の主張は、この事実の有無を、地券の有無にすりかえてしまっているからである。

いいかえれば、地券なるものは、所有権を認定されたことの結果として与えられたものなのであつて、

所有権認定の基準ではなかつたのである。地券の有無で所有権がきまるのではなく、所有権の有無がきめられて、はじめて地券の下付がきまるのである。所有権の存否は、地券と無関係に定められたし、定められなければならない。それは、具体的支配の事実関係に基礎をおいていたのである。だから、所有の有無は、実質的に、どういう支配の事実があつたかを調べなければ、答えが出ない。所有に値する支配の事実があるのに地券が与えられないで、官有に編入されたり、逆に所有に値する支配の事実がないのに地券が与えられたとすれば、そのような措置は、明らかに誤つた措置として、取り消されなければならないのである。地券によつて、事実を動かすことはできないのだから、地券と事実との間にくいちがひがあるときには、地券の下付ないし下付されないことの方がまちがっているものとして訂正されなければならないのである。これは、自明なことではないであろうか。

かくて、改租処分当時の所有の有無は、所有に値する具体的支配の事実の有無のみが唯一の基準なのであり、したがつて、その支配の事実が、所有に値する事実といえるかどうかという点が最大の争点とならなければならないのである。地券の有無は問題にならない。私は、本件係争地が、所有の事実の実績に照らし、地券が与えられなかつたのがまちがっていると考えているのであるから、所有の事実の実績の有無を問わずして、ただ地券が与えられないから所有権がないというのでは、すこしも反証にならない。官有地ならば地券が与えられなかつたということはいえるが、地券が与えられなければ官有地であるということとは、いえないのである。

三 「徳川期の土地所有制度について」

わたくしの手元にある「徳川期の土地所有制度について」と題する「鑑定書」もまた、謄写版で印刷されたものである。その表紙をみると、右上に「副本」の印が押され、中央に「徳川期の土地所有制度について」、左下に「東京大学助教授

法学博士 渡辺洋三」

とそれぞれ記載されている。また、日付は「昭和三十九年一月二十日」となっている。その他には、「甲第4号証」（横書）、「甲第三十四号証」（縦書）の文字がある。

また、本「鑑定書」の末尾には、

「右のとおり鑑定する

昭和三十九年一月二十日

東京大学助教授

法学博士 渡辺洋三」

と書かれた文字があり、最後に「右正寫しました 辯護士 芦刈直巳」の印が押されている。以下において、「徳川期の土地所有制度について」の全文を紹介する。

徳川時代の所持権について私が前に鑑定でのべたことに対して、批判が出されているようなので、くりかえしになるが、もう一度、私見をのべることにする。

まず第一に、徳川時代の所持権と明治以降の所有権とが同じものでないことは、石井教授もみとめられているところで問題はないとおもう。もつとも石井教授のいわれるところは理解に苦しむ。すなわち冒頭に「江戸時代において、今日の土地所有権と同じものがあつたか否かといえ、それはなかつたというのが正しい」（鑑定書二頁——傍点引用者）とのべながら、つづいて「江戸時代には、今日の社会において、土地所有権と呼ばれるものに相当するものがあつたかといえ、それはあつたということが出来る」（同——傍点引用者）とのべておられる。そして、そのあと、徳川時代の資料を使いながら、徳川時代の所持権は現在の所有権に相当するものであつたということを論証しようとしておられる。

結局のところ、そのいわんとする趣旨は、徳川時代の所持権と明治以降の所有権とは非常に近いものであり、両者の間にはそうたいして差異はないということにつきるのであり、冒頭においてのべた「徳川時代には今日の土地所有権と同じものはなかつた」という教授自らの提言は、そのあとの論述では全然生かされていまいやうに見受けられる。私は、石井教授が、冒頭にのべた右の提言を正しく発展させて、徳川時代の所持権が、今日の所有権と、どのような意味で異なるのかを追求されていったら、私と結論がちがわなくなるであろうと信ずるのである。

さて、具体的論点に入るまえに、理論的問題について一言しておきたい。というのは、石井教授と私との見解のちがいは、個々の具体的資料のあれこれの中にあるのではなく、一定の事実に対する理論的認識のちがいの中にあるとおもわれるからである。

あらためていうまでもなく、所有制度は、全社会制度の基礎である。それぞれの歴史的社会は、それぞれの歴史的所有制度によって規定されている。封建的社会には封建的所有制度が、近代社会には近代的所

有制度が、社会主義社会には社会主義的所有制度が、それぞれ照応しているのである。それゆえ、徳川封建社会を支えていた所有制度と、明治以降の資本主義社会を支えている所有制度とが、根本的、本質的に異なるものであることは、あきらかであろう。封建社会の所有制度と、資本主義社会の所有制度とは、その構造が全然ちがうのである。社会の基礎を支える所有の構造が同じだというのは、明治以前も以降も本質的に同じ社会だということになってしまう。そうなれば、徳川時代を資本主義社会とするか、それとも明治以降を封建社会とするか、いずれかにしなければ説明できないというノンセンスなことになってしまうであろう。

私の認識の根底には、徳川社会と明治以降の近代社会の間には、社会制度として本質的な差異があり、したがって、両者の所有制度にも本質的な差異があるという前提がある。かくて封建的所有と近代的所有との差は、本質的、構造的なものなのである。そうでなかったら、明治維新になってから、地租改正を中心とする土地制度の变革を、あれほど苦勞してやる必要はなかったであろう。徳川時代の封建的土地制度の体系をぶちこわして、これを近代的土地制度（もちろん日本の場合、不十分ではあったが）を变えることが明治政府の最も重要な仕事だったのであり、それができたからこそ、そのうえに明治以降の資本主義が花開いたのである。

こうしてみれば、一定の事実を、部分的に且つ現象的に眺めるのではなく、全歴史過程を、全体として、且つ構造的に把握するという立場に立つならば、封建的所有権としての所持権と近代的所有権とは、あい似たものであるどころか、完全に相互に対立する所有の歴史的概念であることはうたがいをいれないであろう。概念とは、論理的にもともとそういうものなのである。封建的であれば近代的でなく、近代적であれば封建的でない、という具合に、封建と近代とは相互にあい入れない概念範ちゅうなのである。封建と

は非近代のことなのであるから、封建的であり且つ近代的であるという概念範ちゆうは成立する余地がない。徳川時代の所持権が封建的所有権である、ということは、それが近代的~~所有権でない~~ということと同意語である。

そこで、抽象的観念的包括的支配権としての近代的⁽¹⁾所有権に⁽¹⁾対立する概念として、具体的事實的支配すなわちゲヴェーレの体系としての封建的所有権があるのである。このことは、今日ではすでに多くの学者によって語りつくされたことで、あらためて説明するまでもない。この二つの所有の体系は、その根本的構造を異にする。その歴史的根拠は、封建的所有が土地の使用収益 \parallel 使用価値に対する支配権を中心とするのに対し、近代的所有は、土地の交換価値に対する独占的支配権（一物一権主義）を中心とする点に求められる。この点も、学界で周知のところであるから、ここで詳述する必要もないであろう。⁽²⁾

ところで、石井教授の鑑定書は、所持が、支配進退とはかならずしも一致しないということを強調することによって、所持 \parallel 支配進退と私がとらえたことをあやまりとしているので、この点について多少解説をしておこう。

まず、石井教授の立場からしても、そののべておられることは、何ら批判とはなっていないことを指摘しておかなければならない。石井教授もみとめられるとおり、徳川時代において「土地を所持している者は、これを支配進退しているのが普通」（同一〇頁）なのであり、所持と支配進退とが一致しないことは例外なのである。もちろん、徳川時代にも質入などがあったことは事実であり、それゆえ、そういう場合だけをつかまえて、所持と支配進退とが分離していたというのならば、私も別にそれを否定しない。しかし、そうした現象は、むしろ後述のごとく例外なのであって、原則はやはり所持 \parallel 支配進退にほかならなかった。けだし、例外のない原則は存在しない。もし、所持と支配進退とがむすびつかないということが

徳川時代の原則的たてまえであったというならば、それはあやまりである。

石井教授自身もいわれるとおり、所持と支配進退とがむすびつくことがふつうであり、それが封建的所
有の原則的構造である。例外として、それがむすびつかないことはあるとしても、その場合には、それだ
けの論証が必要なのであって、とくに確実な反証なきかぎり、所持と支配進退とが一致していたと解する
のがむしろ当然である。そして、本件三田用水の場合には、所持と支配進退とが一致していないという証
拠はなく、むしろ両者が一致していたことは、本件三田用水組合の歴史そのものが語っている。事実の観
察に忠実ならば、それは否定しえないであろう。

第二に、石井教授の鑑定書は、徳川時代の一部の資料をもって、徳川時代の基本構造を説明されている
ところに無理があるのではなからうか。土地制度の構造は複雑であり、且つ時代によって変化してゆくし、
対象となる土地の性質によっても差異がある。そうした差異を考慮しないで、徳川時代の原理的構造を説
明されるのは、方法論的に疑問がある。

すでに多くの土地制度史家ないし農業経済学者の業績が明らかにしたごとく、質入などをつうじて所持
と支配進退とが分裂してゆくのは、田畑における寄生地主的土地所有が出現したことによってである。徳
川封建社会のわくの中においてではあるが、徳川中期以降になつて、しかも農業の一部先進地域で質入な
どがおこなわれ、地主的土地所有が成長してくることによって、質入人と質取人との間の分裂が生じ、所
持と支配進退とが分裂してくる⁽³⁾。したがって、それは、早い資料においても、元禄・享保期以降のこと
であり、また幕府も、このころから質地政策を展開していったのである（元禄以前の生産力段階では、質入
はあっても寄生地主とならず手作地主となつた。幕府の質地に対する関心を示した最初の法令は、寛文六
年の「関東御領所下知状定」⁽⁴⁾第九条であろう。）

このことは、所持と支配進退との分裂が、封建社会の原理的構造であったことを意味するものでなく、逆に、封建社会の解体過程に生じたものであることを意味するものである。寄生地主制の展開したいが、徳川封建社会の封建的土地所有の構造にとって異質なものである。封建的所有の解体を準備するものなのであり、その意味では、まさしく封建から近代への過渡期を準備したものである。だから、徳川後期の地主的土地所有のもとでの所持と支配進退の分裂が、過渡期としての特徴をもっていたということならば、私も理解できるし、石井教授のあげておられる資料も、そのことを示している。しかし、それは、徳川期の土地所有の原理的構造が、一般的にそうであったということを決して意味しない。逆に、地主的土地所有が生長し、それに伴って所持と支配進退との分裂がかなり顕著に進行したのは、日本の全農村の中での一部にすぎなかつたのであり（このことは、明治維新のときの地主的土地所有の比重がまだ小さかつたことによつて裏づけされる）、しかも、それは徳川中期以降、とくに幕末にかけての段階のことである。そういう解体期の特殊現象をあげて、所持と支配進退との分裂が、徳川全期をつうじての一般的普遍的な現象であるかのごとく説明されるのは正しくない。

むしろ逆に、徳川封建社会の土地所有の原理的構造は、寛永二十年の田畑永代売買禁止令に典型的に見られるごとく、土地の自由な処分とそれに伴う私有化を抑える方向に作用したのであり、だからこそ、明治維新になつて、政府は、これらの諸制限を撤廃することによつて近代的地主所有権を確立しなければならなかつたのである。

第三に、所持と支配進退とが分裂した場合にあつてさえ、この所持と支配進退との関係は、近代法における所有権と用益権との関係と全く異なる性格のものであつたのである。すなわち、近代法においては、所有権がだれにあるかは、具体的支配力の強さとは全く無関係に、だれがタイトルをもっているかで絶対的

に、決定されるのである。これに対し、封建的ゲヴェーレの体系のもとでは、だれが所持権をもっているかは、その具体的支配力の強さにおいて、相対的に、だれが強い支配力をもっているかによって決定されたのである。この場合、具体的支配力とは、もちろん単に現在土地を利用している場合だけをいうのではなく、ある程度観念化されている。たとえば、一時他人に貸してやるという場合、貸している人は、すっかりその土地を手放したわけではないという意味で、土地に対する具体的支配力を確保しているのである。だから、かかる場合、貸主が地主であり所持権をもっているということは、決して、近代的所有権の効果のように、彼が所有権者であるというただそれだけの観念的理由すなわち権原があるという理由で、所持権をもっているのではなく、貸主の土地に対する具体的支配力が、借主のそれよりは相対的に強い支配力であると考えられたから所持権をもつとされたにすぎない。

それゆえ、現実に土地を利用していない者が所持権をもつということがあつたとしても、それは、所持権が近代所有権のような観念的権利であることの証明にならないどころか、逆に、具体的支配力の強さによって所持がきめられるという点で、所持権が具体的支配とむすびついた権利であることを、いっそう確実に証明するものなのである。したがってまた、その具体的支配力の強弱により、貸主が所持権をもつ場合もあり、逆に現実的土地利用者が所持権をもつ場合もあるとされたのである。⁽⁶⁾

第四に、所持 \parallel 支配進退という封建的土地所有の構造は、前述のごとく、その解体期において、地主的土地所有の生長につれてくずれていったが、それは、農地や宅地のように流通がおこなわれる土地について生じた現象なのであって、土地が流通 \parallel 取引の対象とならないような土地すなわち山林原野や水路敷地については、所持と支配進退との分裂は、農地や宅地以上にいっそう問題となりえなかつたのである。もちろん、ここでも全く例外のない原則はなかつたから、所持と支配進退との分裂という例が全然みられな

かったということはないけれども、その例外さは、農地や宅地の場合の例外さくらべても比較にならない。山林原野でも、宅地に近いところでは、農地と同じように私有化し処分の対象となつたけれども、たとえば入会地などは、ほとんど処分の対象とされず、村民が共同で支配進退する山が村持山すなわち村の所持する山であった。このことは、すでに戒能教授が詳細に論証されているところである。所持が、直接に支配進退とむすびついていたということは、かかる入会地について典型であった。支配進退の事実をはなれて、地盤に対する抽象的観念的支配権（それが近代的所有権である）が成立する余地は原則としてなかつた（この場合も例外がまつたくなかつたわけではない）。山を具体的に利用し、収益をあげていた者が山を所持していたのであり、それゆえ、何人も行かないような原始的な奥山については、その地盤所有権がだれにあるかを問うこと自体が問題となりえなかつたのである。

同様に、水路敷地についても、その土地を具体的に支配進退している水利権者と別個に、所持権者を考える余地は存在しなかつた。それは、ことがらの性質からみて当然であつた。農地や宅地ならば、土地の売買・質入などがおこなわれるのに応じて、ある程度観念的な所持権が発生することはありえたとしても、水路敷地については、入会林野と同じように、地上の水路施設物や毛上の利用をはなれて地盤だけを処分することは何ら意味をなさず、したがって、かかる事態は原則として起らなかつたのである。農地や宅地ならば、地主がみずからその所有地を利用しなくても、地代をとりたてることによつて所有者としての実益をもちえなければ、水路敷地については、水利権者以外の者がその土地を所持したとしても、何の実益もありえなかつたので、かかる事態は起らなかつたのである。私は、寡分にして、水路敷地が、水利権から独立して、売買、質入の対象になつたということを知らない。もし、かかる事態が一般的であつたというなら、論者が、それを立証すべきである。

石井教授は、判決が「水利権者の用水の支配には水利施設物および用水敷地の支配を伴うものである」としたことについて、何らの証明がないと批判されているけれども、一体、このようなことについて、いかなる証明が必要だと考えられているのであろうか。水利権者が用水を支配するのに、水利施設物やその敷地の支配を伴わないという場合を想像することはできない。敷地支配がなければ用水路支配はありえず、用水路支配がなければ水支配もありえないことは自明のことである。それゆえ、水利権があるということは、用水路敷地支配があることを前提としているのである。⁽⁸⁾

以上のべたことを整理し結論づけるならば次のとおりである。まず私は、石井教授のいわれるごとく、徳川時代に、所持と支配進退とがかならずしもつねに一致していなかったという事実を少しも否定していない。教授のいわんとするところが、所持して支配進退しない場合もあり、支配進退して所持しない場合もあるということだけならば、私も、全くそうだと答える以外にないであろう。しかし、そういう場合もあるというだけの論証では、少しも私に対する批判とはならないのである。単にそういう場合（所持と支配進退とが一致していない場合）があるということなら、そうでない場合（両者が一致する場合）もあるということだけで、少しも封建的所有の本質を法理的に説明したことにはならないのである。

問題はどこにあるのか。所持と支配進退とが一致していた場合もあり、一致していない場合もあるというとき、どのような場合に両者が一致し、どのような場合に一致しないのかを明らかにすること、そして一致する場合としない場合との、どちらの場合が、一体、封建社会において普遍的原則の場合であるかを明らかにすること、これが大切なのである。いいかえれば、徳川時代の所持権の態様は、決して今日の所有権のように法律で定めた画一的内容のものでなく、さまざまの内容のものであったのである。おなじ所持権といっても、一方では、たしかに石井教授のいわれるように、かなり観念的抽象的権利にまでたかめ

られたものもあり、他方で具体的支配進退ないし占有そのものにほかならないという場合もあったのである。かなり抽象的なものから、かなり具体的なものに至るまでさまざまなものがあつたということこそが、むしろ、近代所有権とちがう徳川時代の所持権の特徴なのである。そして、私が、問題にしてきたのは、このさまざまの内容のうち、どの内容が、最も基本的なもの、最も支配的なものであつたかという点なのである。

かかる観点からみると、所持と支配進退とが一致している場合が、封建的所有たる所持の原則的一般的構造であり、一致していない場合が、その解体過程にあらわれた例外的部分的現象であるということが出来る。すなわち、まず第一に、所持と支配進退との分裂は、徳川封建社会の中期以降、とくに後期から幕末にかけて農地や宅地について生じた。それは、解体期の特徴を示す現象である。

第二に、しかしながら、その農地についても、なお所持と支配進退とが一致している場合の方が一般的であり（このことは石井教授もみとめられているようである）、この両者が分裂している場合の方が部分的である。幕末の農業史が明らかにしているごとく、地主的土地所有は、日本全体の農村のうちでは生産力の比較的高い一部の先進的農村において展開しえたとどまり、徳川時代の基本的農業経営構造は、やはり所持Ⅱ支配進退のゲヴェーレ的体系のうえにあつた。

第三に、ましていわんや、山林原野や水路敷地などに至っては、所持と支配進退との分裂は、農地にくらべてはるかに例外的であつた。しかも、その土地が、本件土地のごとく、個人の所持でなく、一村ないし数ヶ村の入会地である場合には、所持は支配進退そのものにほかならなかつたのである。

第四に、かくて、徳川時代の封建的所持Ⅱゲヴェーレの体系は、土地の交換価値を一律に把握する近代的所有の体系とはちがひ、それぞれの土地の使用価値のちがひに依じて異なつた内容をもつところの複雑

な所持の体系であったのであり、明治維新後の土地改革は、かかる複雑な封建的物権関係を整理して、一律に、近代的私的所有権制度を新しく確立した点に歴史的意義をもっているのである。

要するに、石井教授の所説は、徳川封建社会の土地法構造を全体として考察せず、そのうちの一部にすぎない現象をとりだし、あたかもそれが、徳川封建社会の土地法の原則であり、全面的に通用するかのごとく論じている点に無理があるとおもわれる。そのため、一部の農地についてみられた現象をもって、それと全く性格を異にする入会地としての用水路敷地についても、同じような現象が一般的にあつたかのごとく説明される結果となつてしまつたのである。それのみでない。かりに一步をゆづつて、石井教授のいわれる所持と支配進退との分裂という現象を全面的にみとめると仮定しても、そのことは、所持が具体的支配と不可分にむすびついた権利であることを示す証拠とはならない。なぜならば、現実の土地利用者たちがう者が地主として所持している場合といえども、その所持権は、近代法のような観念的権原を意味するものではなく、まさに彼が具体的支配の可能性をもっている、あるいはこれを失わないという事実にもとづいて与えられた権利にほかならなかつた。それゆえ、徳川期の封建法の体系のもとでは、最も観念化しているようにみえる所持権であつてさえ、それは、結局において、現実的具体的支配の程度、ないしその可能性の有無および度合いによつて、相対的な意味できめられるよりほかなかつたのであり、決して、近代的所有権のごとく現実的具体的支配と全く無関係に、権原の帰属によつて絶対的にきめられるという性質のものではなかつたのである。かくて、所持権は、ついに現実的具体的支配の体系の中にその存在の根拠をもつていたといわねばならない。

(一) 近代所有権が抽象的観念的支配権 \parallel タイトルであるということは、今日学界の常識である。被告の準備書面は「近

代的所有権をもつて抽象的タイトルであるとか具体的収益と必ずしも結付かないというのは当を得ない」(一七頁)と
のべているが、これは、学界で常識となつていてことを否定するものである。論者は、おもうに、観念性、抽象性と
いうことの意味を全然理解しておらず、したがって、近代的所有権の近代性についての認識を全く欠いている。この
点については、川島武宣「所有権法の理論」とくに一〇二頁以下を参照せよ。

(2) この点について、川島「前掲」一〇五頁以下。この川島教授の説を否定したものは、今日までのところ、学界には
存在しない。念のため。

(3) 古島敏雄教授は、その著「日本農業史」において地主制の成立を、町人による新田地主と、そうでない一般地主に
分け、新田地主の成立期を元禄―享保期とし、地主制一般の成立は、それから百年以上おくれた文化・文政期より天
保期ごろとしている(二九四頁)。これに対する批判もあるが、古島説が通説である(たとえば、津田秀夫「地主制形
成期における小作騒動」(明治維新と地主制)所収)その他。
もつと早い時期とする者でも、享保期以前とする者はない。

(4) 「田畑永代に不可売買屋敷並田畑並質物等預申儀有之ハ名主五人組手形ニ加判仕双方より証文取かわし持可申候預
ケ申筈之屋敷、田畑名主五人組加判之事異議申ニおゐてハ可訴来勿論不申居預ケ候ハハ其者ハ不及申名主五人組曲事
たるへし又預ケ不申筈之田畑預ケたる由申候有之ハ名主五人組押置可申来事」(徳川禁令考)

(5) 明治初期の資料の示すところによれば、小作地率の高いところは、徳川時代から商品流通の展開した一部の商業
的農業の地帯に限られていた(古島「成初期寄生地主制の性格」明治維新と地主制八頁―九頁)。最高、富山県の
五一・二%から最低、福島県の一四・一%までの開きがある。

(6) この点について戒能教授は次のごとくのべておられる『徳川法上の所持権は……所持権行使の様式たる「支配」・
「進退」・「勝手次第に支配」・「永世進退」・「出所進退勝手」等々と結合した観念であるのみならず、実に「進退」・「支
配」そのものであると言ふことが出来るやうに思はれる。従つて徳川期に於ける所持権は、(単なる握有ではないこ
とは言ふまでもないが)その最も広い意味に於ては社会学的意味の占有、即ち目的物の現実的支配可能性を現したも
のであり……しかしながら徳川法上の「所持」又は「進退」が――前述のやうに――社会的占有であると言ふことは、

- 必しも常に現実の目的物使用者が其資格に於て当然所持者若くは進退権者たることを意味しない。何故ならば、如何なる時代に於ても所有と握有との全面的一致のない限り、現にそのものを保持する全ての人に所有権若くは占有権を認め得ざるは蓋し当然の現象であるからである。然らば徳川法上目的物の所持者と使用者とが分れた場合、何人に所持権を認めたのであるか。徳川期の民衆及び裁判官は権原の性質によって、之を類型的若くは一律に決定しなかつた。即ち彼等はより多く具体的に物と人との結びつきの方に着目し、其時代の一般的常識から社会的に占有する資格ありと認めたる者に「所持」権を与へて居るのである。従つて小作人と雖も小作人たるが故に所持者たり得ないのではなく、小作人を以て小作地の所持者たらしめざる根拠は、その具体的占有権が余りに弱いと言ふ事實に因つたに違ひなく、此事は或種の小作人——特に十年乃至二十年以上継続の小作人——に対し、法律上永小作的取扱を与へて居ることによつても明白である。換言すれば徳川時代に於ける所持権許否の標準は、目的物に対する其者の具体的把握力の強弱によつて定まるのであつて、最初当該の目的物につき使用又は収益を開始した権原の性質によつて定まるものではないのであり、且その結果当初は「所持」若くは「進退」の権原なかりし者が、後に至り「所持」者又は「進退」権者となることを得たのである』(戒能通孝「所持と所有」法社会学の諸問題所収二二六、二二七、二二五、二二六頁)。
- (7) 戒能通孝「入会の研究」は、その部厚い一冊の本の主力を、このことの論証に当てている。
- (8) 水利権と水利施設敷地所有権との関係については、渡辺「農業水利権の研究」一八五頁以下参照。

二

次に、徳川時代の所持権が分割所持権であつたかどうかについて、石井教授は、江戸時代において、領主的所持と農民的所持とがあつたという見解は事實に反しているとのべておられる。この点は、しかしながら、被告の準備書面でもほとんど取りあげられておらず、本件訴訟の争点には直接関係ないことなので、そうくわしくのべる必要はないであろう。以下、簡単にのべるにとどめる。

封建的土地所有の基本構造は、年貢収取権としての領主的土地所有と農民的土地所有の二重構造である。

この領主的土地所有権は、今日のことばでいえば私法上の財産権たる所有権と公法上の権能との両者をあわせふくむところの公私法未分化の領有権であったのである。年貢とは、その意味で、今日のことばでいえば地主が小作人から徴収する小作料（私法的義務）と、国家が国民から取り立てる税金（公法的義務）との両者をあわせふくむところのものであったのである。領主と農民との間の土地をめぐる法律関係は、かくて、公法的関係と私法的関係との不可分一体な法律関係として把握される。

石井教授は、領主の知行権と農民の所持権とを、それぞれ切りはなし、その一つ一つについて考察し、前者を公法的なもの、後者を私法的なものとしておられる。しかしながら、封建時代の土地所有を理解するには、土地をめぐる領主と農民との関係こそが問題となるのであって、この両者の関係を問題にしないで、二つをばらばらに規定したのでは社会科学の規定として不十分であるとおもわれる。私は、その関係を問題にしているのである。

その関係を問題にするなら、領主の土地支配権も、農民の土地支配権をぬきにして考察できず、逆に、農民の土地支配権も領主の土地支配権をぬきにして考察できない。土地に対して、領主も支配権をもち、農民も支配権をもつ。領主も農民の支配権を無視することはできないと同時に、農民も領主の支配権の規制のわく内で自己の支配権をもつにすぎない。かくて、土地の上に、領主の支配権と農民の支配権とが重畳するのである。

石井教授は、中世と近世との差異を強調され、近世すなわち徳川時代は、公的領有権から私的領有権への中間的過渡期であるとされる。近世が中世から近代にうつる中間の過渡期であることは何人も異論をみないであろうが、過渡期とは、封建でも近代でもないということの意味するものであろうか。そうではなく、徳川時代もまた、その社会構造の本質は封建社会であることはうたがいのないところであり、したがって、

中世と近世の相違は、封建社会の内部における相違にすぎず、近世と近代との相違が封建社会と資本主義社会との間の本質的相違であるのと同じに論ずることはできない。したがって、私も、徳川時代が中世とちがって一步近代の方に近づいたことを少しも否定はしないが、その差異にもかかわらず、両者ともに封建社会であることに伴う封建的土地所有の基本構造をもっていたことまでも否定することはできないとおもうのである。

基本的にいえば、徳川封建社会における土地所有の主体は領主にあった。領主に土地所有権があればこそ、農民の生活すらおびやかすような高率の封建地代（年貢）の収取が可能であったのである。そもそも封建社会というものは、そういう構造をもったものであり、農民に土地所有権があり、領主に土地所有権なくして、いかにして封建社会が存在しえたであろうか。徳川時代の土地所有制度は、領主的土地所有に農民に対する高率封建地代の収取を中心として考察しなければならぬ。そして、この高率地代を確保するため、土地売買その他処分の規制から、一定の作付強制に至るまでの強い規制をおこなったのである。もちろん近代国家権力も、一定の公益目的のために市民の土地所有に対して規制を加える。しかし近代国家権力のおこなう規制と、封建領主権力のおこなう規制とは、全く性質構造が異なるのである。領主の規制は、今日のような土地所有者でない国家がおこなう単なる公法的規制ではなく、土地所有者として地代確保のために行う規制にほかならなかったのである。これを、単に公法的権能とみることはあやまっている。そういう見方では、徳川時代の土地売買の規制と、現行農地法の農地売買の規制との本質的相違がなくなってしまうであろう。

他方、領主的所有がこのように封建的所有の基礎であるとしても、農民的所有が徳川時代には確立されていったことも無視することは許されない。中世とちがって、近世では、領主権力と直接生産者たる農民

との間にあった中間攝取者たる土豪的大地主らは原則としてなくなり、それら大地主に隷属していた農民は小農民として自立し、本百姓たる身分を与えられた。この過程は、すでに太閤検地以来進行していったのであるが、徳川時代になつてから、より積極的にすすめられた。かくて本百姓を中心とする農民的所有が成立したことが、中世と近世との大きな差異である（もつとも、本百姓になれない隷属農民も地方によつてのこされはしたが）。

しかし、もちろん、この農民的所有も、近代的私的所有ではありえない。前述のごとく領主的所有のもとの公私法未分化のさまざまな封建的規制をうけていたからである。その性格は、領主に地代を拂う用益収者としての地位に近かつたといえる。それにもかかわらず、農民的土地所有権は、農業生産力の発展に応じて、その私権的性格をつよめ、領主の側の規制をはねのけて、その中から新たに地主的土地所有をうみだしてくるのであり、それが領主的所有の弱体化をみちびき、封建社会の解体へと拍車をかけたのである。かくて、徳川封建制の土地法は、この二重の所有、すなわち領主的所有と農民的所有との対抗関係をつうじて、領主的所有の後退と農民的所有の前進という方向において発展し変化していったのである。この二重の所有の対抗関係を見ずしては、徳川期土地法の変化発展を説明することはできず、また明治維新とそれに伴う土地改革が、領主的土地所有を廃絶したことの巨大な意味を説明することもできないのではないかとおもわれる。

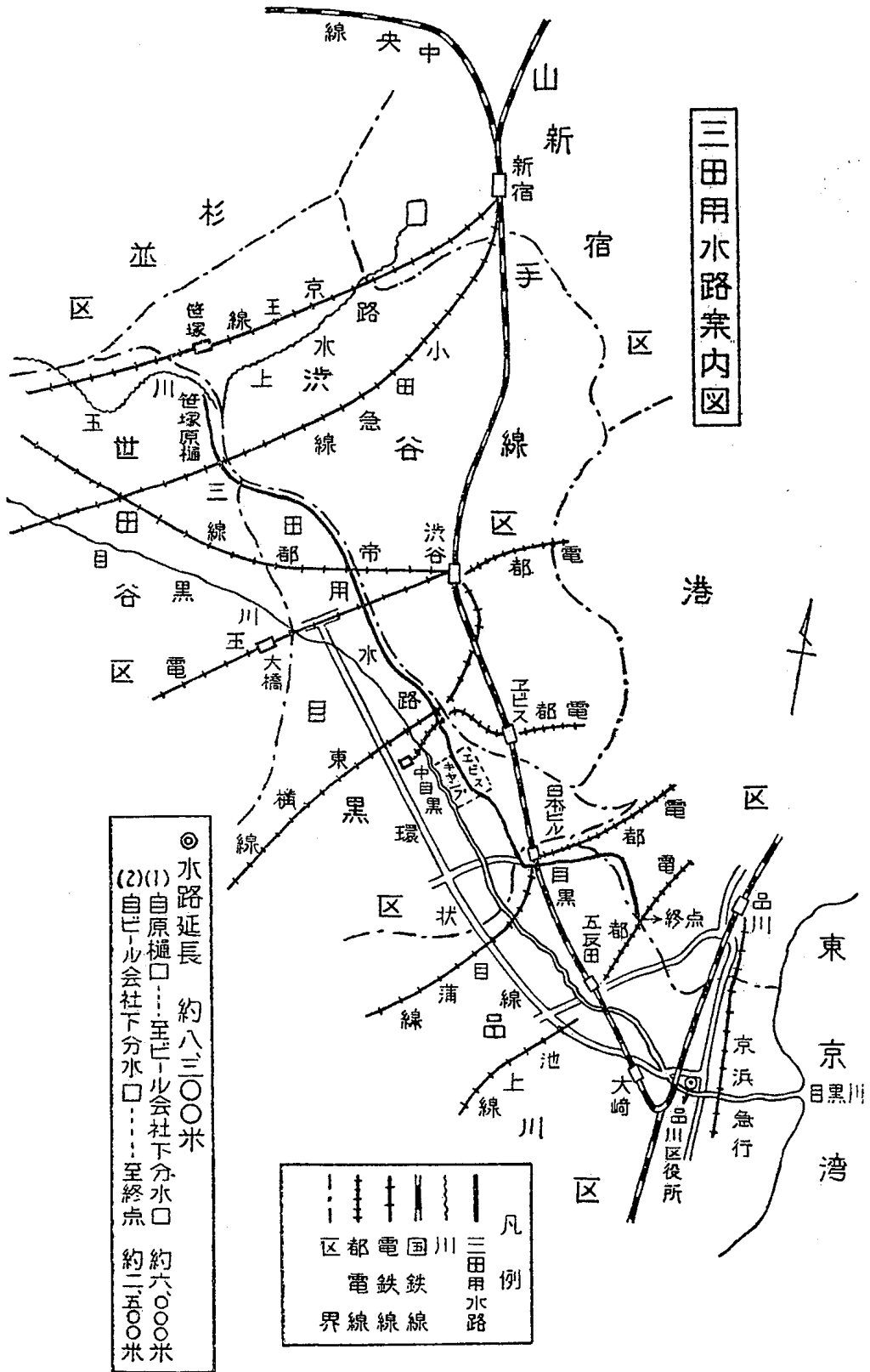
石井教授の所説は、ことばの史料的解釈にとらわれるあまり、徳川封建土地法の基本構造とその発展の全過程についての法則的説明を十分になしえない点で、私には納得できない。もちろん、私は、石井教授のような法制史の専門家ではないから、個々のことばづかいの点において不十分な点があつたことはみとめなければならぬし、たとえば、徳川期のことばとして領主の所有権を「所持権」と当時呼んでい

なかつたという事実を否定するつもりもない。私が「所持」とよんだのは、近代的所有と本質的構造的に對比される意味での封建的所有にゲヴェーレのことを指す意味でよんだにすぎないから、呼称のよび方は、私の理論的立場にとっては、どちらでもいいのである。

領主的土地支配権を所持権と呼んではいけないならば、土地所有権と呼んでもいいのであり、本稿では、誤解をさける意味で領主的土地所有権ということばで書いたが、ただ「所有権」と書くと、やはり近代的所有権を連想するので、本当は、適当でなかつたかもしれない。

その意味では、学問的用語として、具体的事実的支配の体系としての封建的所有の本質をあらわすのに最も適当なことばであるゲヴェーレを使い、領主的ゲヴェーレ、地主的ゲヴェーレ、農民的ゲヴェーレという二重ないし三重のゲヴェーレの重畳として徳川期土地制度を説明するのが、一番すっきりするかもしれない。ただこの場合、もちろん、独佛の近世法と日本の近世法との間には、封建社会としての、したがってまた封建法としての歴史的 성격にかなりちがう点があるので、その差異を無視して、すべての点で、ゲヴェーレとしての構造が同じであるかのごとき誤解を与えることは、やはり好ましくないことであろう。しかし、その基本構造としては、同じものをもっているのです、その基本構造を説明する便宜としてゲヴェーレということばを使うことは許されるとおもわれる。そして、これ以上、細かいことは余りに学問的になり、本件の鑑定には直接関係ないから、省略する。

三田用水事件における渡辺洋三氏の「鑑定書」



四 渡辺洋三氏の「鑑定書」について

1 「三田用水事件」については既に簡単に紹介したので、まず、この二つの「鑑定書」の関係を考えてみることにする。その際、一つの手がかりとなるのは、「徳川期の土地所有制度について」の冒頭において、「徳川時代の所持権について私が前に鑑定でのべたことに対して、批判が出されているようなので、くりかえしになるが、もう一度、私見をのべることにする」、と渡辺洋三氏自身が述べている箇所である。本件においては、本件第一審判決および「徳川期の土地所有制度について」から明らかのように、石井良助氏（一九〇七年一月一日〜一九九三年一月二二日。提出当時は東京大学教授）が国側の立場に立って「鑑定書」を提出している。このことから、渡辺洋三氏は、徳川時代の「所有権」（所持権）に関する「鑑定書」を提出し、その後、石井良助氏が「鑑定書」を提出して渡辺洋三氏のこの見解を「批判」したので、「徳川期の土地所有制度について」を提出した、ということが分かる。そうして、「徳川期の土地所有制度について」が裁判所に提出されたのは一九六四（昭和三九）年一月二〇日であるから、「徳川期の土地所有制度について」が第二審裁判所に提出されたことは明らかである。これに対して、「近代的所有権の成立」をみると、その日付は未記載であるが、提出当時の肩書きは東京大学助教授で法学博士となっている。渡辺洋三氏が助教授に昇任したのが一九五八（昭和三三）年であるから、「近代的所有権の成立」の提出先が第一審裁判所であるか第二審裁判所であるかは、これだけでは不明である。そこで、渡辺洋三氏の学位取得時期をみると、渡辺洋三氏が『農業水利権の研究』（東京大学出版会、一九五四年）を提出して法学博士（東京大学）となったのは一九六二（昭和三七）年である。そうして、本件第二審の開始が一九六一（昭和三六）年であるから、「近代的所有権の成立」の提出先は第二審裁判所である、ということになるように思われる。しかし、「近代的所有権の成立」と「徳川期の土地所有制度

について」とのいずれが先に提出されたかは、依然として不明である。

次に、両「鑑定書」の内容上の関係を考えてみる。既にみたように、「くりかえしになるが、もう一度、私見をのべることにする」との叙述があるが、両「鑑定書」の時間的關係が不明であるので、「徳川期の土地所有制度について」が「近代的所有権の成立」の「くりかえし」かどうかについても不明である。そこで、両「鑑定書」をみると、両「鑑定書」は、内容の点において矛盾するものではなく、むしろ、内容上一体のものとして捉えるべきであるように思われる。しかし、両者を区別して特定しておく必要があるもので、以下では、便宜上、「近代的所有権の成立」を「第一鑑定書」、「徳川期の土地所有制度について」を「第二鑑定書」とそれぞれ呼称することにする。

2 渡辺洋三氏の「鑑定書」の内容は、本件「用水路敷地」における所有権の帰属問題に関するものである。そうして、この問題は、具体的歴史的事実の認識に関するものであって、概念の認識に関するものではない、ということにまず留意すべきである。すなわち、徳川時代においては、近代社会が成立していないのだから、近代法の体系は存在せず、したがって、近代法上の私的「所有権」が存在する余地もない、というような主張は当たらない、と考えるべきである。あるいは、徳川時代には、「所有」という文言が用いられず、それ以外の文言——たとえば、「持」・「所持」など——が用いられているので、私的「所有権」は存在しない、という主張も同様である。幕藩体制下の文書において「所有」という文言が一般的に使用される例を見ないのであるから、「所有」という文言が文書に用いられたか否かで徳川時代における「所有」の有無を論議するのは誤りである。そこで、私的な土地「所有権」が徳川時代において既に存在していたか、という歴史的問題に関する最上級審判決例および学説をみることにする。

(1) この問題に関する最上級審判決例はそれほど多くない。まず、大審院（大判明治二三年一〇月五日大審院民事判決録第二五六号〔明治前期大審院民事判決録6三二九頁〕）は、「上告要旨第三條ニ舊政府時代ハ勿論明治五年第五十號布告以前ニ在テハ人民ニ土地ノ所有權アラサルカ故ニ寬永度裁許狀ニ『苧畑ハ久谷村へ遣シ』或ハ『申付』トアルモ其所有權ヲ與ヘラレタルモノト解釋スルヲ得ス然ラハ其所屬（即地元ヲ命）セラレタルモノト解釋スルノ他ナシト申立レトモ明治五年第五十號布告ハ人民カ會テ有スルコト能ハサリシ土地ノ所有權ヲ新ニ附與シタルノ主旨ニアラスシテ従前人民ニ土地ノ所有權アルモ特ニ其賣買ヲ禁シタリシヲ以テ其禁令ノミヲ解タルノ主旨ナリトス故ニ其以前ナルモ人民ニ土地ノ所有權ナシト謂フヘカラス舊政府時代ト雖モ亦然リ然則従前人民ニ土地ノ所有權ナキヲ以テ寬永度裁許狀ニ「件ノ畑ハ久谷村へ遣シ」或ハ『申付』トアルモ其所有權ヲ與ヘラレタルモノト解釋スルヲ得ストノ上告者ノ解釋ハ不適當ナリトス」として、「明治五年太政官第五〇号布告」以前にも土地（本件では苧畑）について私的所有權が認められていたが、その売買が禁止されていたので、同布告によりその制限が解かれたにすぎない、ということを示している。次に、大審院（大判明治三九（一九〇六）年一月二八日民録一二輯一五八六頁）は、「明治五年二月十五日第五十號布告ヲ以テ地所ノ永代賣買ヲ許シタルハ此時始メテ土地ノ所有權ヲ認メラレタルニ非スシテ舊幕府時代ヨリ引續キ或地種（田畑等）ニ付テハ其永代賣買ヲ禁止シアリシヨリ其禁止ヲ解除シタルニ止マリ其以前ニ於テモ制限ノ付セラレタル所有權認メラレタリ」として、徳川時代においては「地所永代売買禁止令」により田畑等の売買が制限された「所有權」が認められていたこと、この制限が「明治五年太政官布告第五〇号」により解除されたにすぎない、ということを示している。そうして、大審院（大正四（一九一五）年二月一七日民録一二輯一五六頁）は、「舊幕府時代ニ於テ個人ト雖モ土地ニ對シ總轄的支配ヲ爲シ當時ノ法律ハ其總轄的支配ノ事實ヲ保護シ来リタルモノニシテ此總轄的支配カ後日完全ナル土地所有權ニ推移シ同一土地ニ對シ設定シタル永小作權ト全然

別箇ノ觀念ヲ有シタルコトハ我國ノ法制史上明確ナル事實ニ屬スルノミナラス民法施行法第四十七條第三項ノ制定趣旨ニ徴スルモ之ヲ推知シ得ヘシ……而シテ明治五年第五十號布告ハ舊幕府時代ヨリ引續キ或地所ノ永代賣買ヲ禁止セルニ依リ之ヲ解除シタルニ過キスシテ同布告發布以前ニ於テモ法律ハ制限アル土地所有權ヲ認メタルモノナルコトハ夙ニ當院判例（明治三十九年（オ）第四〇二號）ノ是認スル所トス」と判示し、明治三十九年判決を踏襲するとともに、この制限ある土地所有者が土地に対して総轄的に支配していること、しかも当時の法律がその総轄的支配の事実を保護してきたこと、を明らかにした。

しかし、その後、大審院（大判大正七（一九一八）年五月二四日民録二四輯一〇一〇頁）は、「明治五年二月十四日太政官第五十號布告ヲ以テ地所ノ永代賣買ノ禁ヲ解キ其賣買所持ヲ許シタルハ是ヨリ以前土地ハ國ノ所有ニシテ人民ハ土地ノ所有權ヲ有セス唯其使用収益權ヲ有スルニ過キサリシヲ改メ人民ニ土地ノ所有權ヲ付与シ從來有シタル其使用収益權ヲ以テ所有權ト爲シタル趣旨ナリトス」と判示し、従來の判決例とは異なり、「明治五年太政官布告第五〇号」以前においては人民が土地の「所有權」を有していないとした。

(2) 次に、学説をみると、前掲大正七（一九一八）年判決に対して、中田薫氏は、「徳川時代ニ於ケル土地私有權」（法協三七卷六号八〇七頁以下（一九一九年）、同『法制史論集第二卷』（岩波書店、一九三八年）所収）において、「徳川時代に於ては、土地は永代賣買を禁止されたるが故に、私人の所有に屬せずとの説が、今日尚一部法曹家の間に行はるゝは、予の甚遺憾とする所なり」と冒頭で述べた後、「大審院が如何なる歴史的及法律的根據に基づきて此の如き斷案を下せるやは右判決の理由中に何等の記述無きが爲め之を詳にすること能はずと雖、恐らく從來一部法律家の間に屢々繰返されたるものと同じく、徳川時代には土地は永代賣買を許されざりしが故に、之が私有を認むること能はずとの、極めて簡單なる論理に基づくものならん」と述べている。そうして、徳川時代の土地「所有權」について史実に基づいて実例を挙げて詳細に論証している。

中田薫氏以前においても、民法起草委員の一人であつた梅謙次郎氏は、既に一九〇六（明治三九）年に「維新後ノ不動産法」（法協二四卷三号二六九頁）と題して次のごとく論じている。

「或者説ヲ作シテ曰ク我邦ニハ維新後ニ至ルマテ人民ノ土地所有權ナカリシカ明治五年ニ至リ始メテ之ヲ認メタリト是レ謬レリ舊幕時代ニ在リテモ普通ノ土地ハ所有權ノ目的タルコトヲ得シト雖唯之ニ制限ヲ附シ其永代賣ヲ禁シタリ（尚ホ例外トシテ之ヲ許セル場合アリキ）然ルニ明治五年二月十五日ニ至リ第五十號布告ヲ以テ左ノ如ク達シタリ

地所永代賣買ノ儀從來禁制ノ處自今四民共賣買至所持候儀被差許候事

右ノ法文ニ據ルモ決シテ新ニ所有權ヲ下與シタル跡ナク全ク從來所有ノ權利ヲ無制限ニ處分スルコトヲ許シタルニ過キス若シ夫レ無償讓與ノ制限ノ如キハ畢竟永代賣禁止ノ結果ニ過キサカ故ニ一朝永代賣ノ禁解ケテヨリハ無償讓與ノ制限獨リ存スヘキ理ナク別ニ明文ヲ發セスト雖モ自ラ此制限モ廢セラレタルナリ故ニ右ノ第五十號布告ノ結果トシテ發シタル大藏省第二十五號達（五年二月二十四日）ニハ

今般地所永代賣買被差許候ニ付今後賣買並讓渡ノ分地券渡方等別紙規則ノ通可相心得事

トアリ尚ホ其規則ノ表題モ『地所賣買讓渡ニ付地券渡方規則』トセリ。

このように、梅謙次郎氏は、「地所永代賣買禁止令」が土地の自由な売買を原則として禁止しただけにすぎず、これによって、田畑の「所有權」が私人に帰属することを禁止したものでなく、また、田畑を幕府ないしは領主の所有としたものでもないこと、したがって、徳川幕府によって農業政策上採用された「地所賣買禁止令」が土地「所有權」の帰属問題とかかわっていないこと、を明らかにしている。そうして、「明治五年太政官第五〇号布告」を受けて出された「地券渡方規則」（第二五号達）によれば、土地「所有權」の移動は、「地券」が人から人へと移動することによって成立するのではなく、「地券」上に新所有者の名前が一定の手續を

経て記載されることにより完了する。そうして、同「地券渡方規則」によれば、「地券」発行は土地の売買譲渡に限られているが、同「地券渡方規則」一三条によれば、「従来ノ持地」についても「地券」を交付することが約束されている。したがって、土地「所有権」を地券制度下で全国的に確立するということが既に地券発行の当初において明治政府の方針であった、ということは明白である（北條浩『明治初年地租改正の研究』二八三―二八四頁〔御茶の水書房、一九九二年〕参照）。

(3) 以上のとおり、私的な土地「所有権」が徳川時代において既に存在していたか否かに関して、最上級審裁判所の判断は分かれ、有力な学説はこれを肯定している。そうして、渡辺洋三氏もまた、「事實は、原告組合が、まったく所有者とおなじように、自由に、本件土地を支配進退してきた」（「第一鑑定書」）として、本件土地の「所有権」が既に徳川時代において水利組合（十四ヶ村組合）に帰属していたことを明らかにしている。そうして、本件最高裁もまた、「原判決（その引用する第一審判決を含む。以下同じ。）は、明治初年の頃、土地について近代的「所有権」が成立し、官有、民有の区分がなされた際、水路敷である本件土地に対し明らかに具体的支配権を有していたのは被上告人組合の前身である三田用水組合のみであり、原判決の官、民有区分の基準に照らせば、本件土地は、民有地すなわち三田用水組合の所有となつたものと認めるのが相当である旨判示しているが、原審の右認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らして首肯するに足りる」として、渡辺説を容れた第一審判決および第二審判決を支持している。

3 つぎに、本件では、「地券」が交付されていなかったことが問題となつていことから、「地券」の交付されなかった土地の所有の認定に対する取り扱いについてみることにする。

(1) まず、「地券」は何のために出されたかについては、渡辺洋三氏は、三つの意味があるとし、「一つは、

租税制度の基礎として、だれが地租を負担するかという、納税義務者の確定という意味をもっていた。他の一つは、一物一権主義の原則にもとづいて、私的所有権制度を確立するという意味をもっていた。また第三に、それにもとづいて、土地の商品としての流通を担保するという意味をもっていた（「第一鑑定書」、と述べる。そうして、土地「所有権」の帰属の問題について、「所有権の有無は、所有権認定の基準となる事実の有無によつて定められた」（「第一鑑定書」、とした上で、「地券なるものは、所有権を認定されたことの結果として与えられたものであつて、所有権認定の基準でなかつた」（「第一鑑定書」。傍点は渡辺氏）、と正當に指摘する。

しかし、現実においては、すべての土地について「地券」が交付されるわけではなく、特に小路敷地や池沼などでは、「地券」の交付をみないことや「所有権」が認定されることが多くみられた。このこともまた、渡辺洋三氏が指摘するとおりである。例えば、「租税寮改正局日報」明治七（一八七四）年八月達（地租改正資料刊行会〔我妻栄代表〕編『明治初年地租改正基礎資料上巻』四二四頁〔有斐閣、一九五三年〕）は、「池沼敷用悪水敷等利潤無之分ハ従前持主有之候共券狀相渡スニ不及大帳へ段別記載致シ置ヘキ旨及指令候向モ有之候處右ハ詮議之次第有之更ニ持主之請願ニ依リ無代價之券狀相渡不苦尤畊地一筆ノ内へ孕リ候瑣々タル分ハ本地段別内ニ調込券狀及ヒ大帳共段別之腹書ニ内何歩何々ト其譯記載シ置可申此旨相達候事……」、と定めている。このように、「池沼敷用悪水敷等」といった「利潤」を生じないものについては、持主がいても「地券」を発行しないで、その段別を「大帳」に記載するだけでよかつたが、持主が「地券」の下付を申請する場合には、「無代價之券狀」を交付してもよかつたのである。また、耕地一筆内の水利関係地が小さい場合には耕地一筆中に入れて、「地券」ならびに「大帳」とともにその内訳を記載すべきことになっていたのである。

(2) 次に、「地券」が交付されていない場合の所有の認定についての取り扱いについてみると、「地租改正

法」公布（明治六年七月二十八日）に先立つ明治六（一八七三）年三月二十五日に出された「地所名称區別」更正（太政官第一一四号布告）がこのことを明らかにしている。この太政官布告によれば、官有地として認定する要件は「無税ノ地ニシテ官簿ニ記載セル地」とされた。その後、明治七（一八七四）年一月七日に出された「太政官第一二〇号布告」をもつて、「地所名称區別」が「改定」され、「官民有地区別」が行なわれるようになったが、これによっても所有の認定に大きな変化はみられず、水利関係地についても、官（国）有地台帳に記載されない限り、現況において水路が利用されて他の者を排除している事実がある場合には、私有地であることが確認されたのである（北條・前掲『明治初年地租改正の研究』三〇七頁以下参照）。

(3) このように、田地用水路敷地については、所有の認定は後回しにされ、「地券」が交付されず、したがって、地租改正法が制定されてから相当に経過した後においても、「地券」が交付されずに旧慣のままに置かれていた。したがって、問題となっている水路敷について国が国有であることを主張しようとするならば、その水路敷が地租改正において官（国）有地に認定したことの証拠を示すか、あるいは、官（国）有地台帳上に記載されていることを明示すべきであったのである。しかも、後者については、地租改正後に官（国）有地に編入する場合には、法的利害関係をもつ者の同意と立合いを必要とする。たとえば、水利用地に例外なく存在する水利権者の同意を得なければならぬことになる。特に小河川については、水利権のみならず、敷地に対する「所有」ないしは支配の意識が存在するので、法的利害関係をもつ者の同意と立合いとは当然に必要である。このことから、「地券」を受けられなかった土地が官（国）有地であるということには必ずしもならないのである。

4 以上のとおり、渡辺洋三氏が「鑑定書」の中で示した内容は、具体的事実に即したものであり、しかも、当時の学説を踏まえていることから、十分に説得力あるものとなっている。そうして、このことは、裁判所が

渡辺洋三氏の意見を採用していることから窺える。しかし、渡辺洋三氏が「鑑定書」を提出してから既に四〇年以上も経過している。そこで、以下では、渡辺洋三氏の「鑑定書」を今日的視点から検討することにするが、ここでは二点ほど述べる。

(1) その一つは、「封建的土地所有の基礎構造は、年貢収取権としての領主的土地所有と農民的土地所有の二重構造である」(「第二鑑定書」)、と述べていることである。これは、当時の社会経済史学が到達した封建制度の概念規定であるゲヴェーレ (Geweire) 論に依拠して、封建的土地所有を重疊的所有と概念規定したものである。しかし、徳川時代の「所有」(所持)の歴史的に規定づけに際して、ゲヴェーレ論に依拠しない学説がこの当時に既に存在していたことに留意すべきである。

例えば、中田・前掲「徳川時代ニ於ケル土地私有権」(八二二頁以下)は、「徳川時代ニ於テ有名ナル土地永代賣買ノ禁令ハ田畑ニ就テ發布サレタルモノナレドモ總テノ田畑ニ適用アリシニアラズ」して、「高請有ル百姓所持ノ田畑」にのみ適用され、しかも、百姓地(高請地)といえども「絶対ニ讓渡ノ自由ヲ奪ハレタル土地ニアラズ」、すなわち、「單ニ讓渡ノ一方法タル永代賣買ガ禁止サレタルニ止マリ絶対ニ讓渡若クハ處分ノ自由ガ奪ハレタル土地ニアラザルコトヲ記臆スベシ」、と述べている。そうして、「百姓地ハ斯ノ如ク永代賣買ヲ禁止サレタル土地ナレドモ徳川時代ノ法源ニテハ沽券地ト同ジク持主地ニシテ百姓ハ其地主タリシナリ」、「百姓ノ田畑ハ幕府ヨリノ預リ地ニアラズ其所持地ナリ百姓ハ幕府ノ小作人ニアラズ自身ニ土地ヲ所持スル地主ナリ沽券地持領地ノ地主ト同ジク所持地ノ永代地主即其所有者ナリ」、と結論づけている。

これに対して、渡辺洋三氏は、徳川時代の「所有」(所持)の歴史的規定づけに際して、鑑定当時の社会経済史学が到達したゲヴェーレ論に依拠して、封建的土地所有を「領主的土地所有」と「農民的土地所有」との重疊的所有と概念規定し、その際、「領主的土地所有権は、今日のことばでいえば私法上の財産権たる所有権

と公法上の権能との両者をあわせふくむところの公私法未分化の領有権であった」（第二鑑定書）、と述べて、「領有権」ということばを使用している。しかし、「領有」が領土の農民「支配」という封建時代に特徴的な関係を基礎に置いていることから、「領主的土地所有」と表現すべきでないように思われる。なぜなら、領土は領土を領有するための強力なGewaltを用いて「年貢収取権」を行使するのだとするなら、領土は「領主的土地所有」ではなくて「領主的土地支配」に基づいて「年貢収取権」を行使しているものであり、したがって、「領主的土地所有」と「農民的土地所有」との所有が重疊的に存在するのではなくて、譲渡を制限された「農民的土地所有」のみが存在する、と構成することも十分に可能、と思われるからである。

このようにみると、徳川時代の「所有」（所持）を歴史的に規定づける際に、鑑定当時の社会経済史学が到達したゲヴェーレ論に依拠して封建的土地所有を「領主的土地所有」と「農民的土地所有」との重疊的所有と概念規定する必然性は必ずしも存在せず、むしろ、今日においては、前述の中田説や梅説をも踏まえて封建的土地所有の基礎構造を再検討する時期にきているように思われるのである。

(2) その二つは、ボアソナードに言及して、「一枚の地券証の中に、納税義務の表示、土地所有権の証明および土地売買の法的手段という三重の機能を、あわせもっていたのである」（第一鑑定書）、と述べていることである。確かに、「地券」にこれら三重の機能がみられることは明らかであり、この二つの「鑑定書」をよく読むと、「土地所有権の証明」という機能を正確に理解することができる。しかし、「土地所有権の証明」という機能が不当に強調されてしまうと、渡辺洋三氏の意味する機能とは異なり、官有地と認定されることに悪用されるおそれもあるように思われる。すなわち、本件のように「地券」が交付されていない土地については、私人に「所有権」が帰属してないことの証拠として用いられ、さらにまた、民有を否定する論拠に用いられる、ということに危惧するのである。

明治初期における土地「所有権」の絶対性は、地租改正の事業により交付された「地券」に付与される。「登記法」制定（一八八六〔明治一九〕年）まで、土地「所有権」の存在を示す原簿である土地台帳の存在をみないのであるから、「地券」は「所有権」そのものである。すなわち、既にみたように、土地の売買譲渡は、「地券」の売買譲渡にほかならず、「地券」所有名義の変更によって完了する。これに対して、水路敷等の水利関係地については、その多くの場合、「所有権」の帰属が決定されず、したがって、「地券」が交付されないことから、その「所有権」の帰属は現実的支配そのものによって決定づけられることになる。これを「未定地」として、誰の所有であるのか分からない土地と同一にすることはできない。仮に水路敷を田地にする場合には、「地券」の交付をみることになる。渡辺洋三氏が指摘しているように、地租という点において小路敷は意味をなさないから、地租と所有を体现させる「地券」の交付は地租を欠いては意味をなさないからである。

前述したように、幕末期において「所持」は私的な土地「所有権」へと発展するが、その帰属の問題は、それが文書・資料によつて表示されているか否かにかかわらず、支配の強度によつて決定される。したがって、地租改正における「所有権」の確認はこの事実に基づいて行われる。ここでは、個別的所有と関係的所有とがともに私的所有として「地券」が交付される。しかし、水路敷はなんらの「利潤」（利益）を生み出さない。所有についての紛争もないものについては現実的支配のままに置かれる。「所有権」の帰属に関して紛争が生じた場合において、これを国有とした例もある。そうして、この場合には国有であることが明示されるが、いずれにしても、国有にするためには関係者に対して明示され、更に、官（国）有地台帳に記載されるのである。したがって、事実関係に照らして民有地であることが証明できるにもかかわらず、「地券」がないという理由のみで水路敷が官（国）有とされるべきではないのである。

5 土地「所有権」について論じた文献は少なくないが、川島武宜『所有権法の理論』（岩波書店、一九四七年）は、「所有権」ないしは土地「所有権」に関する古典的名著であり、今日においてもなおこの問題に関する指針である。しかし、同書は、抽象的なレベルでの論述にとどまり、具体的な事件との関連で論じたものではない。これに対して、ここで紹介したのは鑑定書である。本来、鑑定書は、個別的な紛争に対する学術上の具体的な判断であり、また、紛争が裁判という形で当事者間で争われているときには、裁判官の判断に対して重大な影響を与えるものでなければならず、それ以上のものではないはずである。しかし、渡辺洋三氏のこの二つの「鑑定書」は、これまでみてきたことから明らかのように、「三田用水事件」の判決に決定的な影響を与えたというだけにとどまらず、川島氏の土地「所有権」論を基礎に置きつつ事実関係の具体的分析を通して土地「所有権」論を展開したものであり、学術的にも大いに価値あるものである。

以上

あとがき

この貴重な「鑑定書」をわたくしがここで紹介するに至った経緯をここに簡単に記しておくことにする。渡辺洋三先生が亡くなられた後、渡辺洋三先生の蔵書を北條浩教授（元帝京大学教授）と原田純孝教授（当時は東京大学教授、現在は中央大学法科大学院教授）のお二人が渡辺洋三先生の蔵書を整理しているときに、先生の蔵書の中から、この二つの「鑑定書」を偶然に「発見」したとのことである。北條浩教授によれば、渡辺洋三先生が「三田用水事件」に際して「鑑定書」を提出した後、徳川時代の「所有権」や「地券」の性質に関して渡辺先生と議論したことはかすかに記憶しているが、「三田用水事件」に関する「鑑定書」の存在も内容も今日

まで全く失念していた、とのことである。北條先生は、今度の「発見」を機にこの「鑑定書」を世に出すことが有意義であるとお考えになり、原田純孝教授とご相談され、渡辺華子夫人のご了解をえて、わたくしに託したという次第である。

最後に、渡辺洋三先生（一九二一年一月二日～二〇〇六年一月八日）のご略歴をここに簡単に紹介しておく。渡辺洋三先生は、旧制第一高等学校を出て、一九四七年に東京大学を卒業するまで、川島武宜法学部教授のゼミに参加し、後に同教授の下で特別研究生となり、民法と法社会学の研究に従事し、一九五八年に東京大学助教授、一九六六年に東京大学教授、一九八二年に東京大学を定年退官後、帝京大学教授（大学院と兼任）となり、一九九七年に帝京大学を退職。著書・論文等は膨大であるが、単著としては、『法社会学と法解釈学』（岩波書店、一九五九年）、『法社会学研究』（全七巻）（東京大学出版会、一九七二年）、『財産権論』（一粒社、一九八五年）、『日本社会と家族』（労働旬報社、一九九四年）、などがある。封建的土地「所有」については、前掲『法社会学研究』中の第三巻『農業と法』九三～一一五頁（一九七二年）〔初出は、「封建的土地所有についての若干の考察（二）」法社会学五号四六～六八頁（一九五四年）〕が詳しい。