

戸水寛人の民法学

——土地利用権に関する研究に焦点を当てて——

深 谷 格

はじめに

一 『吉野山林』について

二 『阿蘇ノ永小作』について

三 「永代借地権、永小作権、地上権」について

おわりに

はじめに

戸水寛人^{とみずひろんど}といえは、東大七博士事件及び戸水事件の中心人物として知られている。東大七博士事件とは、戸水寛人を
はじめとする東京帝国大学の教授らがロシアとの開戦を主張して、建白書を提出した事件であり、戸水事件とは、その

後日露戦争の前後を通じて極右的な言動を繰り返した戸水寛人が休職処分を受け、東京帝国大学、京都帝国大学の教授陣が休職処分に対する批判的な論陣を張った事件である。⁽²⁾

ところで、私は、二〇〇四年一月に行われた西南学院大学(当時の筆者の勤務校)の公開講座「都市を歩く―日本編」において、「金沢―百万石のアンビヴァレント」と題する講演を行った。この公開講座は複数の都市を取り上げ、その都市に関係のある教員がさまざまな角度から当該都市を分析・紹介するもので、私は出身地である金沢を対象とする講演を担当することになったのである。前述の戸水寛人は、一八六一年(文久元年)に金沢藩士・戸水信義の長男として生まれたので、その講演において、私は戸水寛人にも言及した。講演では時間の関係で東大七博士事件及び戸水事件の中心人物としての側面を中心とした紹介に留めざるを得なかったが、この二つの事件自体が、極右的、国家主義的な言動を繰り返した戸水寛人という人物が国家によって弾圧されるというアンビヴァレントな性格を帯びている。

また、東大七博士事件に登場する東京帝国大学の教授陣の中には、民法典の起草委員の一人である富井政章が含まれているが、富井がむしろ民法学者・民法典起草委員として知られているのに対し、戸水寛人に民法学者としての側面があったことはあまり知られていない。彼は前述の休職事件後、ほどなくして政界に転じたため、学者として活動した期間自体も短期間であり、しかも彼が勤務した東京帝国大学では、ローマ法、法理学の講座を主に担当していたため、民法学者としての業績が多くないからである。⁽⁴⁾彼の民法学を紹介・検討した文献もほとんどない。⁽⁵⁾しかし、明治民法の制定直後に、彼が慣習等を調査し、農林業に従事する人々の立場から、明治民法を批判的に解釈・検討する論文を著したことは、前述の二事件における国家主義的言動と対照的であり、戸水寛人という人物に、ここでもアンビヴァレントな色合いを与えている。

ちなみに、加藤雅信編修代表『民法学説百年史』の巻末に資料として掲げられている「民法教科書・体系書刊行史」

によって、明治時代に刊行された民法の体系書の著者を挙げてみると、そこに登場する民法学者は、例えば、民法典起草委員でもあった梅謙次郎・富井政章であり、岡松参太郎、奥田義人、横田秀雄、鳩山秀夫、石坂晋四郎、中島玉吉、川名兼四郎らであるのだが、戸水寛人の名は登場せず、前掲『民法学説百年史』の本文中でも紹介されていない。⁷⁾ また、水本浩・平井一雄編『日本民法学史・通史』の序論の末尾に掲げられている「代表的民法学者の年表（一八九七年以前に出生した民法学者のうち物故者）」にも戸水寛人の名は記載されていない。⁸⁾

そこで、私は、戸水寛人の民法学者としての側面に光を当てて、彼の民法学上の業績を紹介・検討しようと思う。この作業には埋もれた民法学者の発掘という意味もあるう。

戸水寛人の民法学上の業績としては、次のようなものがある。すなわち、私が知りえた範囲では、「過失及ヒ不注意ヲ論ズ」法学協会雑誌一四号、一六号、一八号（一八八五年）、『過失論』（有斐閣、一八九九年）、『手附』（有斐閣、一八九九年）、『吉野山林』（有斐閣、一八九九年）、『物權ト債權』（有斐閣、一九〇〇年）、『阿蘇ノ永小作』（有斐閣、一九〇一年）、『永代借地權、永小作權、地上權』法学協会雑誌一九卷一十一号（一九〇一年）である。本稿では、これらのうち、連作をなしている土地利用権に関する三本の論文を公表時期の順に検討の対象とする。

一 『吉野山林』について

まず、戸水寛人が明治三三年に公刊した『吉野山林』⁹⁾の内容を紹介しよう。

吉野の杉や檜の人造林はこの著書の執筆当時から三、四百年以前に形成された。戸水は吉野の各地の材木売上高を明治三〇年の奈良県統計書によって表にして示した後、吉野の各郡の林業の特色を説明し、その次に土地の権利関係に関

する叙述に入っていく。

戸水によれば、吉野の川上郷においても小川郷においても土地の所有権と山林（立木）の所有権とは別人に属していることが多い。すなわち、川上や小川において、多くの土地は大字（村落共同体）の共有であり、戸水はこれを「村邑共産制」と呼ぶ。他方、山林（立木）の所有権は私人に属するものが多く、それゆえ、土地の所有者は地租を官に納め、山林の所有者は地代を土地所有者に支払っている。山林の所有者（山持）は土地所有者に対し地代（借地料）を支払い、山守（山の監守人）に対して監守料を支払わなければならない。土地所有者に支払うべき借地料は、山役金、歩一金、歩口金ともいわれる。この歩口金は立木を伐採する時に支払うことになっている。山守に対して支払うべき監守料も、立木を伐採する時に支払うことになる。

戸水によれば、山守は山林（立木）の旧所有者で、自己所有の山林を売るにあたってその山守となった者が少なくない。山を見回る費用は山守が自ら負担するが、雪害などで山林に損害が生じたときにこれを修繕する費用は山持（山林の所有者）が負担する。

吉野の材木生産地においては、さらに開産金という特別税を支払わなければならない。これは旧幕時代の口約銀に由来する。すなわち、旧幕時代において吉野川筋を経て下流の紀ノ川に材木を流したため、紀州沿岸の堤防を破壊し、田圃に損害を与えるおそれがあったので、紀州侯（旧和歌山藩主）は口約銀（通過税）を徴収した。この口約銀は明治二一年に廃止されたが、奈良県はこれを開産金と称して、明治二七年八月一日から特別税として徴収している。

戸水によれば、吉野の川上郷や小川郷において、土地の売買は少ない。その理由として、戸水は次のようなものを挙げる。すなわち、土地を共有する大字（村落共同体）はその土地を売却することを欲しない。また、一人が土地を所有する場合であっても容易にその土地を売却することができない。というのは、山持（立木所有者）が土地の所有権を

も獲得すると、その勢力が大きくなるおそれがあるので、村の庄屋等は容易に土地を売らなかつたからであり、また、山持にとつても土地を所有することには格別の利益がなく、むしろその土地を土地の住民に帰属させておいたほうが便利であつたからである。というのは、山持はその山から遠隔の地に居住するゆえに、山の実情を知ることが容易でなく、盗伐等を防ぐために山守を設けても、火災等を防ぐことは山守一人では不可能であり、火災の時にはその山の近傍に住する村民の助力を得なければならぬことがたびたびあつたからである。それゆえ、山持はその土地を買い取るよりも、むしろ村民の所有としておいたほうが便利である。村民は木材伐採の時に歩口金（山役金）を受領しうるので、山林の栄枯盛衰に大きな利害關係を有し、一致協力して火災を鎮圧し、その他できるだけ山林を保護する方法をとるであらう。川上郷や小川郷では山持が土地所有権を併有しないので、その山林は単に山守の保護を受けるのみならず、村民の保護をも受けるゆえ、豊かになつてゐるが、西奥黒瀧では土地と山林とを他郡村の住民に売却したために、その地方に居住する土地所有者が減少し、住民と森林との關係が薄くなり、西奥黒瀧の山林は次第に衰微してゐる。このように、山林（立木）の所有者が土地の所有権を併有しないことがかえつて林業の發達に資する。

ここで、「土地を共有する大字」として論じられてゐることは、入会権を有する村落共同体と入会権の実態を指しているであらう。

さて、明治初期においては、立木のみを登記ができなかつたので、立木のみを所有する者は登記法の保護を受けることができなかったが、明治二三年一月二〇日、立木のみを売買質入書入を登記しうる旨の訓令が出された。

戸水によれば、植林のために土地の貸借をするのに次の二つの方法があるとされる。一つは年期付であり、もう一つは立木一代限である。年期付とは、一定の長期の年限を定めて山地を貸借するものであり、立木一代限とは、年限を定めず、立木を伐採するまで山地を貸借するものである。

戸水は、年期付と立木一代限とを比較し、立木一代限のほうがはるかに年期付よりも便利であるとする。というのは、年期付は確定期限だから、その年限に達すると、木材の市場価額が下落していたとしても伐採しなければならぬ。これに対して、立木一代限の場合には、このような不都合はない。立木を長く伐採しないでおくと、大木となるので、その価額は高くなり、土地所有者に支払うべき歩口金（山役金）の額は巨額となり、土地所有者にとって利益は大きく、また、立木の所有者は好きなきときに伐採できる。したがって、吉野林業者の話では、土地賃借の契約について、百のうち九九は立木一代限の契約を結ぶという。

戸水は、これらの賃借には、民法の地上権に関する規定が適用されるとする。しかし、新民法の規定は妥当でなく、立法論としては、旧民法にない、永借権の規定を設けて上記の賃借をその中に含ませるか、学理に基づいてほかに分類方法を設けて諸種の賃借制度を配置しなければならないという。旧民法には永借権の規定があり、永借権はローマ法の *empti tenus* にあたる。永借権の規定は植林のために永年土地を賃借する場合を規律するものである。そうであれば、（戸水によれば）日本における植林に関する年期付及び立木一代限の土地賃借には、永借権の規定が適用されるべきであると思われる。旧民法と新民法における地上権はローマ法の *superficies* に由来する。しかし、ローマ法の *superficies*（地上権）の規定は、ローマ特有の規定であり、日本の慣習と大いに異なる。ローマにおいては土地の所有権と家屋の所有権とが相分離せず、土地、すなわち主物の所有者は必ず家屋、すなわち従物の所有権を併有し、他人の土地を借りて家屋を建てた場合もまたこの原則に従ったので、その家屋を建築した者を保護するために、家屋建築者に *superficies*（地上権）を付与した。戸水は、日本の慣習はこれと大いに異なるので、地上権の規定ではなく、わかりやすい永借権の語を用いるべきであったのではないかと主張する。

ところで、戸水は民法上の賃借借の規定の適用可能性を論じていないが、仮に論及していたとすれば、賃借借の規定

の適用には否定的であつたのではないかと推測される。なぜなら、民法上の賃貸借は、存続期間が短く（民法六〇四条一項によれば、二〇年を超えることができない）、立木を伐採して十分な収益を上げるに足りる期間とはいえず、林業のために土地を利用する者の保護の見地からは、適切な土地利用手段とはいえないからである。

（二〇〇四年に現代語化改正がなされる前の）民法二六八条一項は「設定行為ヲ以テ地上権ノ存続期間ヲ定メサリシ場合ニ於テ別段ノ慣習ナキトキハ地上権者ハ何時ニテモ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得但地代ヲ払フヘキトキハ一年前ニ予告ヲ為シ又は未タ期限ノ至ラサル一年分ノ地代ヲ払フコトヲ要ス」と規定し、同二項は「地上権者カ前項ノ規定ニ依リテ其權利ヲ放棄セサルトキハ裁判所ハ当事者ノ請求ニ因リ二十年以上五十年以下ノ範圍内ニ於テ工作物又ハ竹木ノ種類及ヒ狀況其他地上権設定ノ当時ノ事情ヲ斟酌シテ其存続期間ヲ定ム」と規定していたが、戸水によれば、吉野における立木一代限の慣習に關し、この条項の解釈はさまざまに分かれている。

第一説は、立木一代限を、設定行為をもつて地上権の存続期間を定めたものとする。すなわち、伐採期に至るまでを地上権の存続期間とし、契約によつて地上権の存続期間を定めたものであつて、民法二六八条の規定の適用を受けるべきものではない。伐採すべきか否かは、当事者双方の協議をもつて定めるべきであり、伐採に關して当事者間に争論を生ずるときは、裁判所が、樹木の種類その他一般の状況を斟酌してその伐採の時を定めることを要するとする。

しかし、戸水は、この説に疑問を投じる。すなわち、立木一代限の場合、吉野の慣習によれば、立木の所有者は、伐採すべき時期の選択に關して土地所有者の意見を聞くべき義務はなく、立木を伐採すべきか否かは、立木所有者一人の意思をもつて決定しうるとする。

第二説も、立木一代限の場合、設定行為をもつて地上権の存続期間を定めたものとする。存続期間について確定期限を定めなくても、立木が一通り發達すれば、伐採期に達したものとして扱う。例えば、吉野において杉苗を植えてから

七〇年以上一五〇年以下の間に木を伐採するものとすれば、最短期、すなわち七〇年目に伐採期に達したことになる、それまでは土地所有者は伐採を請求することができないが、七〇年目を過ぎると、いつでも伐採を請求することができる。すなわち、七〇年目を経過すると、土地所有者は地上権の継続を停止する権利を有する、とする。

第二説は第一説とよく似ている。しかし、第一説と異なり、伐採最短期を過ぎると、土地所有者一人の意思をもって、伐採の時を定めることができるとする。これに対し、戸水は、この説も吉野の慣習に反するとして、反対している。

第三説は、立木一代限の場合、当事者は予め設定行為をもって地上権の存続期間を定めないゆえに、地上権者（立木所有者）が民法二六八条一項の規定に従い、その権利を放棄しないときは、裁判所は同条二項に従い、当事者の一方である土地所有者の請求により、二〇年以上五〇年以下の範囲内において、その存続期間を定めるべきであるとする。あるいは、ある者は、立木一代限は吉野郡の慣習であり、この慣習がある以上は、民法二六八条二項の「二十年以上五十年以下云々」の規定を適用すべきではないと説く。

戸水は、この後者の説は非常におかしいとする。というのは、民法二六八条一項に「別段ノ慣習云々」とあるが、これはただ権利の放棄のみに適用すべき条項であつて、地上権者（立木所有者）が権利を放棄しない場合に適用すべき条項ではないからである。権利を放棄しない場合は第二項に規定されている。第二項には「別段ノ慣習云々」の文言がないので、別段の慣習があると否とにかかわらず、土地所有者は裁判所に請求し、立木一代限を五〇年以内の年期付貸借として扱うことができる。換言すれば、第一項は地上権を放棄する場合を規定し、第二項はこれを放棄しない場合を規定している。立法者が、もし慣習を重視し、第二項の場合にもなお慣習を採用しようとするならば、第二項の中に別段の慣習云々の明文を記載すべきである。しかし、第一項に「別段の慣習」と記しながら、第二項にことさらにこれを記載していないことから、立法者の意思を察知することができる。すなわち、立法者には第二項の場合に別段の慣習を

重視する意思は全くない。のみならず、仮に立法者に別段の慣習を重視する意図があるとしても、慣習の存在を認定するのは裁判官であるから、植林のために立木一代限の契約を結ぶのは得策ではない。

戸水は、吉野で、林業者某氏がこの解釈を聞いて立腹して言うのを聞いたとする。すなわち、この解釈のとおりだとすると、吉野の山林はたちまち衰えてしまう。吉野の杉は少なくとも七、八〇年以上、あるいは百年、一二〇〜一三〇年、時として一四〇〜一五〇年を経過しなければ伐採期に至らない。概して言えば、最後の伐採までに何度か間伐を行い、五〇年ばかり経てば、わずかに元金（植え付けのための費用）を回収することができるのであるから、民法の規定に基づき、もしも立木一代限を五〇年以内に短縮されると、山林業によって十分な収益を得ることができないことになるというのである。

戸水が紹介する第四説は次のとおりである。民法を解釈する方法として、まず第一に法典全体の精神に着目し、次に一編の精神に着目し、次に一章の精神を重視し、それによつて節款章の精神を解釈しなければならない。地上権を規定する民法第二編第四章全文の精神を考えると、立法者は特別の慣習を重視し、なるべくこれに従わせようとしている。例えば、そのことは、二六八条一項や二六九条二項に「別段の慣習」云々という文言があることに現れている。元来、地上権のようなものは、全国一律の規則で律することはできない。このように、立法者は慣習を重視しているのであるから、二六八条二項にたとひ慣習云々の文言がなくても、その文言があるかのように解釈するのが法典の精神にかなう。立木一代限の慣習の存在を証明することは容易であろう。

この第四説は、法の体系を重んじる論理解釈ないし目的論的解釈によるものであり、解釈方法としても注目すべきであると思われる。

さらに、戸水は、第四説を補うものとして第五説を挙げる。すなわち、立木一代限の場合においては、当事者は設定

行為をもって地上権の存続期間を定めたものであるから、民法二六八条の規定の適用を受けるべきものではないとする見解である。そもそも植林のために土地を貸借する方法には次の三つがある。第一は期限付貸借、第二は立木一代限の貸借、第三は無期限の貸借である。第三の無期限の貸借は民法二六八条一項、二項の規定の適用を受けるが、第一の期限付貸借、第二の立木一代限の貸借は二六八条の規定の適用を受けるべきものではない。立木一代限の場合とは、不確定の期限を付したものである。吉野の慣習によれば、立木所有者は自ら伐採の時期を選ぶ権利を有する。その時期の選択について他人の容喙を許すことを要しない。いよいよこれを伐採するときは、その土地はたちまち土地所有者のもとに復帰する。したがって、立木の所有者は不確定の期限までの間、その土地を借用するのである。民法二六八条の設定行為をもって地上権の存続期間を定めない場合とは、無期限の場合であって、立木一代限はこの中に包含されない。立木一代限の契約を結ぶときは、不確定の期限ではあるが、設定行為をもって地上権の存続期間を定めたのであるから、民法二六八条の規定の適用を受けるべきものではない。

戸水は、不確定期限 (Dies incertus) には次の二種があるとする。すなわち、Dies incertus quando 及び Dies incertus an⁽¹⁵⁾である。前者は事実の生ずべきことは確かに知ることができるが、いつ生ずべきかは確かに知ることができない場合である。例えば、何某死去の日というような場合である。後者の場合においては、事実が果たして生ずべきか否か、予めこれを確知することができない。例えば、何某成年に達する時、又は、何某結婚の時というような場合である。Dies incertus an には二種あって、甲を Dies incertus an certus quando 及び乙を Dies incertus an incertus quando とする⁽¹⁶⁾。右の成年の例は甲者に属し、右の結婚の例は乙者に属する。

立木一代限の場合においては、木を伐採する時も不確定であり、これを伐採すべきか否かもまた不確定であるので、一見すれば Dies incertus an incertus quando の内に含まれるべきであるように思われるが、その実は Dies incertus

quantoの内に含まれるべきものである。というのは、樹木もまた生物であつて、永久無限に存立しうべきものではなく、朽腐しないということがないからである。このようなものは、もとより無期限と異なり、その期限の到達は、たとい不確定であるとしても期限のあるものである。地上権は、立木伐採の時まで存し、伐採の時に至つてたちまち消滅する。この点から見ると、立木一代限の契約は民法二六八条の規定の適用を受けるべきものではない。そうであるならば、立木一代限の契約を規律すべき特別の条項はない。ゆえに、民法全体の精神、及び、特別の慣習に従つて、その契約に効力を与えるべきか否かを決しなければならぬ。立木一代限に関する吉野における特別の慣習は、公安（公序）に背馳するものではなく、また、民法全体の精神に反するものでもない。したがつて、もし、立木一代限の契約を結ぶ者があれば、その慣習に従つてこれを保護しなければならない（契約の自由）。

戸水は第四説と第五説を支持している。戸水は、この両説は相抵触するものではなく、互いにあいまつて民法の精神を明らかにするものであるとする。すなわち、立木一代限の契約を結ぶときは、設定行為をもつて地上権の存続期間を定めたものであるから、二六八条の規定の適用を受けるべきものではない。一步譲つてその適用を受けるべきものとしても、民法第二編第四章地上権に関する規定全体の精神を見ると、立法者は特別の慣習を重視しているから、吉野の慣習に従つた立木一代限の貸借は、これを五〇年に短縮すべきものではない。二六八条二項は特別の慣習の存する場合に適用すべき条文ではない。

しかし、戸水によれば、民法二六八条二項を誤解する者が多いのは、条文の文言が必ずしも明瞭ではないからである。戸水の聞くところによると、立木一代限の登記をするにあつては、立木一代限として登記するのではなく、これを無年期又は伐採無期限として登記するという。すなわち、もし、契約当事者間の証書に単に立木一代限とのみ記入して、無年期又は伐採無期限と記入しないときは、登記官吏は立木一代限の趣旨を記入することはないという。しかし、立木

一代限の慣習は特別の慣習であつて、この語はもとより特別の意義を有し、單純に無年期又は伐採無期限の意味ではない。したがつて、戸水は、立木一代限は立木一代限として登記すべきであると主張する。

民法施行法四四條一項は、「民法施行前ニ設定シタル地上権ニシテ存続期間ノ定メナキモノニ付キ当事者カ民法第二百六十八條第二項ノ請求ヲ為シタルトキハ裁判所ハ設定ノ時ヨリ二十年以上民法施行ノ日ヨリ五十年以下ノ範圍内ニ於テ其存続期間ヲ定ム（民法施行前に設定した地上権であつて存続期間の定めのないものにつき、当事者が民法二六八條二項の請求をしたときは、裁判所は設定の時より二〇年以上、民法施行の日より五〇年以下の範圍内においてその存続期間を定める）」と規定する。

しかし、戸水は、立木一代限の場合においては、いわゆる地上権の存続期間を設定行為において定めたものであるから、右規定の適用を受けず、かつ、吉野における立木一代限の慣習のようなものは、その地方における特別の慣習であるために、右のような一般的規定の適用を受けるに及ばないことは論を待たないと述べる。また、民法施行法四四條二項には、「地上権者カ民法施行前ヨリ有シタル建物又ハ竹木アルトキハ地上権ハ其建物ノ朽廢又ハ其竹木ノ伐採期ニ至ルマテ存続ス（地上権者が民法施行前より有していた建物または竹木があるときは、地上権はその建物の朽廢またはその竹木の伐採期に至るまで存続する）」と規定されている。

ある学説は、伐採期の認定は裁判官の胸のうちであり、立木一代限の場合に、その伐採期に関し、当事者間に争いがあるときは、裁判官は一定の時期を定めてその伐採を命ずべきであるとする。

しかし、戸水は、民法二六八條二項もまた存続期間の定めのない地上権の場合に適用すべきものであつて、不確定期限を付した立木一代限の場合に適用すべき条項ではないとする。そして、立木一代限の慣習は既にこれを特別の慣習として定める以上は、どこまでもこれを特別の慣習として取り扱わなければならないとする。吉野郡川上、小川等の慣習

によれば、立木一代限の場合においては、伐採期を選ぶのは第一に山持、すなわち立木所有者の権利であつて、土地所有者は全くこれに容喙する権利はない。もし、土地所有者が伐採を希望するときは、立木所有者と協議の上、その目的を遂げることが往々にしてある。しかし、これは、土地所有者に伐採期を選択する権利があるのではなく、単に立木所有者と協議をした結果であることに他ならない。立木一代限の場合において、もし伐採期に關し、当事者間に争いがあるときは、立木所有者の主張を認めないわけにはいかない。吉野深山の杉檜のような木は、その植え付けをしてから七〇年以上一五〇年以下の間に伐採することを常とし、いわゆる伐採期がこのように長期間にまたがるので、その伐採期の認定を裁判官に一任するのは決して穩当ではない。もし、強いて認定をするときは、林業者の貧富はたちまちこれによつて左右されるおそれがある。そこで、立木一代限の場合においては、在來の慣習に従い、伐採期の選定の権利を立木所有者に与えなければならぬ。既に特別の慣習が存在する以上は、どこまでもこれを特別慣習として取り扱わなければならぬ。民法施行法四四條二項は全國に適用すべき一般的规定に過ぎず、これをもつて特別の慣習を律すべきということはできない。

以上は、戸水が川上郷、小川郷等の慣習の概要について述べたものである。

戸水は、川上郷、小川郷の慣習について述べた後、それ以外の吉野地方の慣習について聞き取り調査をした結果を述べている。以下においてそれを紹介しよう。

十津川の人、福井清重氏によれば、十津川においても、土地の所有權と立木の所有權とが相分離し、おの他の別人に屬する場所が往々にしてある。そのような場所では、その慣習は川上、小川のそれに非常に似ている。

上市の北村宗四郎氏によれば、二歩八山、七三山というものがある。この慣習は川上村大字大瀧及び大字西河にもある。二歩八山の場合、土地は大字の所有であり、その村の人が植え付けをするときは、植主、すなわち立木所有者がそ

の立木を伐採するにあたって、木の代価百円につき二〇円をその大字(村落共同体)に支払わなければならない。七三山の場合、百円につき三〇円をその大字に支払わなければならない。しかし、初めて植え付けをするに際しては、大字に対してなら金円を支払う必要はない。これは、通常の立木一代限、又は年期の約束をして他人の土地を借りる場合と相異なる点である。尋常一般の貸借の場合においては、土地を借りて、植え付けをするには一万本につき五、六円ないし一〇円を土地の所有者に支払わなければならないとしても、二歩八山及び七三山の場合において、これを支払う必要はない。

戸水が南葛城郡吐田郷村の中野利右衛門氏から聞いたところによれば、吉野郡旧小川郷四郷村大字麦谷において、土地所有者といえども、自ら地租を支払わずに、村総代すなわち区長が代わってこれを支払う場合がないではないところである。この場合において、村総代は木材伐採の時に歩口金を取って、これを村の費用とし、その余は区の住民で分割する。土地所有者といえども自己所有の木を伐採するときは歩口金を支払わなければならない。歩口金は通常の木の代金百円につき八円だが、所有者はただ三円を支払うのみである。そうであれば、所有者であることの利点は唯一つ、自己の支払うべき歩口金が安価だということである。これは最も古い制度である。

戸水によれば、大台原山から三里ばかり隔たったところに入之波と称する場所がある。これは、川上村の一部であつてその南端にある。この場所に部山と称する慣習がある。これは、私人二名以上が山を共有し、分割すべき利益の割合を異にするものをいう。例えば、五人共有で山を持ち、そのうち一人は利益の五分を有し、一人は利益の三分を有し、他の三人はその残余を有するものと仮定すると、これすなわち、部山があるということである。この部山に生ずる木は雑立木である。雑立木という語は吉野においては特別の意義を有し、杉・檜・松・榎を除き、その他の樹木を総称する。例えば、櫟、楠の類は皆雑立木である。部山の場合においては、土地も立木もみな共に共有者に属するので、そ

の共有の雑立木を伐るには、何らの歩口金も要しない。ただ、その利益を当初の契約に従って各共有者に分割するに過ぎない。利益の分割を最も多く受けるべき人を部頭と称する。木の売買は部頭がこれを司り、他の共有者は部頭の意見に黙従すべき義務を負う。ゆえに、地券の名義人は部頭であつて、土地台帳には部頭某何人と記す。これを登記したものは、おそらくはいまだかつてないであろう。こうして樹木を伐採した後、共有者のうち、いかなる人であつても、その明地に杉檜を植えつけることができる。植えつけたときは、杉檜の伐採の時に歩口金を他の共有者に支払うことを要する。この部山というものも、昔から行われた慣習である。

戸水によれば、川上村大字神谷にある雑立木の山の貸借年限は、たいていは三百年以上である。というのは、雑立木の成長はすこぶる遅く、その伐採期に至るまでに非常の長期を要するからである。この場合においては、立木の所有者とは、すなわち大字（村落共同体）をいう。

戸水によれば、天川村大字洞川においては、土地は大字（村落共同体）の共有であり、立木は主に他郡村の人に属し、その立木を伐採する時は、大字の住民中いかなる人であつても、まず札を立てて、その明地に木を植えつける権利を獲得することができる。札を立てるのはすこぶる簡単であり、この明地に何某植え付けるとの趣意を札に書いて、これをその場所に立てるに過ぎない。これを立てるときは、これを抜き去る者があるのではないかとの懸念が生ずるかもしれないが、これらの地方において、風俗はすこぶる朴野であり、その人民は概して正直であるゆえ、あえてこの札を抜き去る者はいない。札を立てた者が予告に基づいていよいよ木を植えつけるときは、さらにこれを他郡村の人に売るのが通常である。この地方では歩口金という語を用いることが少なく、通常はこれを歩一金と称する。というのは、木の代価の一割をもつて歩一金とするからである。一割のうち五分は村方に支払い、五分は監守料として、これを山守に支払う。

戸水によれば、西奥郷及び黒瀧郷においては、土地も立木も皆私人に属し、その私人は地租を支払う。土地所有者と立木所有者は別人ではなく、同一人である。木を伐採するときは歩一金を支払い、その額は一割であり、五分は監守人に支払い、五分は大字（村落共同体）に支払う。

戸水によれば、有名な大台原山は、その広さ五五〇〇町歩ばかりであり、近年に至り大道がここに開通し、人がこの山に登ることは難しくなくなった。しかし、その嶺西方に向かい、寒風凜冽骨に徹するという。大台原山の西南に北山郷があり、今は別れて上北山、下北山の両村となっている。大台原は実に上北山村の西原、小椽、東川の三大字に属する。東ローマ帝国がトルコのために亡ぼされた頃は、日本では足利義政の時代であつて、当時、南朝は大いに衰え、第九代尊秀王は小椽に遷られたという。およそこれらの地方は人家も稀少であり、千古の興亡を知る者は少ない。ただ悲風哀禽が幽谷に響くだけである。戸水が上市にいた時、北村宗四郎氏に北山の慣習を問うと、北村氏は、その土地と立木とは所有者が同じであると答えたそうである。この慣習は隣村川上と異なっている。

戸水によれば、吉野郡に官林はない。大淀村大字馬佐に神社がある。その隣地は多少官有であるらしい。果たしてそうであるか否かは知らない。いずれにせよ、いわゆる官林なるものはない。

しかし、川上村大字碓に郡有林がある。戸水は、昨年（明治三十一年）初めてこれを聞いたが、本春（明治三十二年）初めて植え付けに着手したという。聞くところによれば、毎年一〇万本の杉を植え、一〇年間に百万本を植える予定だという。

以上が、戸水寛人『吉野山林』の概要である。本書の大半は、吉野郡川上郷、小川郷の山林利用権に関する慣習の叙述に費やされ、本書後半で吉野のその他の地域の慣習が紹介されている。しかし、やはり、中心は吉野郡川上郷、小川郷の山林利用権に関する慣習、とりわけ、立木一代限の慣習の叙述にある。戸水は、この慣習と民法の地上権の規定、

特に民法二六八条との關係を検討し、立木一代限の慣習は、民法二六八条の適用を受けない、不確定期限付きの地上権設定契約だと解釈している。地上権は、「他人の土地において工作物又は竹木を所有するため、その土地を使用する権利」(民法二六五条)であり、「竹木」は植林目的の樹木を意味し、農耕目的の果樹・茶等は含まれない(これらは永小作権の対象となりうる)。また、前述のように、吉野の杉は少なくとも七、八〇年以上、あるいは百年、一一〇〇〜一三〇〇年、時として一四〇〜一五〇年を経過しなければ伐採期に至らない。五〇年ほどでようやく元金(植え付けのための費用)を回収することができるということであるから、当事者の意思として、民法上の賃貸借契約(長期二〇年。六〇四条)を結んだとも考えられない。それゆえ、吉野における立木一代限の慣習を、民法二六八条の適用を受けない、不確定期限付きの地上権設定契約だと解する戸水の解釈は妥当であろう。なお、渡辺洋三は、「立木所有のための借地権について一言すれば、民法典制定以前においても、たとえば奈良県吉野林業地帯等のように借地林業が展開していたところもあり、……林業のための借地は、建物所有のための借地と同様、投下資本の回収に長期間を要するので、安定した借地権の保障を必要とするが、この点でも、地上権を設定するのは、資本家的借地林業のみである」と述べている。¹⁸⁾

また、民法施行前に設定された地上権については、民法施行法四四条一項と二項の適用が問題となる。同条一項は「民法施行前ニ設定シタル地上権ニシテ存続期間ノ定ナキモノニ付キ当事者カ民法第二百六十八条第二項ノ請求ヲ為シタルトキハ裁判所ハ設定ノ時ヨリ二十年以上民法施行ノ日ヨリ五十年以下ノ範囲内ニ於テ其存続期間ヲ定ム」と規定するが、戸水は、立木一代限の慣習による地上権を「存続期間ノ定ナキモノ」ではなく、不確定期限付きのものだと解して、同項の適用を認めない。他方、同条二項は「地上権者カ民法施行前ヨリ有シタル建物又ハ竹木アルトキハ地上権ハ其建物ノ朽廃又ハ其竹木ノ伐採期ニ至ルマテ存続ス」と規定する。そこで、この「伐採期」の解釈・認定が問題となるが、戸水によれば、吉野郡川上、小川等の慣習では、立木一代限の場合においては、伐採期を選ぶのは第一に山持、すなわ

ち立木所有者の権利であり、伐採期の認定を裁判官に一任すべきではないとする。

二 『阿蘇ノ永小作』について

次に、戸水寛人が明治三四年に公刊した『阿蘇ノ永小作』¹⁹の内容を紹介しよう。

戸水によれば、肥後の阿蘇谷には永小作の慣習がある。戸水はこの慣習について以下のように説明した後、これに関する意見を述べている。

戸水によれば、阿蘇の開墾地に関する土地台帳を見図帳という。この見図帳には次の三種がある。すなわち、旧地の台帳、新地の台帳、諸開（野開、御赦免開、畝物、一毛畝物）の台帳である。野開とは山野を開いたもの、畝物はやや耕すのに適した土地、一毛畝物は下等の田地であつて毎年耕すことなく一年おきに休地の必要のある土地である。戸水が『阿蘇ノ永小作』で対象とするのは、これらではなく、御赦免開であり、永小作に関するものである。

戸水によれば、細川家が肥後に来て後、丹後、豊前から肥後に移住した者は少なくない。しかし、移住のとき既に知行割がなされた後だったので、細川家は彼らに遠方の荒蕪地を与えた。彼らは、諸処より来た無宿無頼の徒を駆り集め、その開墾に従事させた。この開墾費用は主として藩庁から与えられた。このように遊手浮食の徒を集めてその開墾を指揮した者の中に、阿蘇に住んでいた、いわゆる阿蘇組というものがあつた。阿蘇組は地主となり、実際に開墾に従事した者は永小作人となつた。阿蘇組は、一方ではその開墾地に関して租税赦免の恩沢をこうむり、他方では熊本の特士とほとんど同一の待遇を受けた。詳しく述べると、細川家はこれらの土地に対しては普通一般の土地に課すべき租税を免じたことにより、後述の御赦免開と同様に御赦免開と称したが、阿蘇組は後年、細川家に願つて開墾地を知行に改めさ

せたので、そのときから御赦免開と称されず、他の知行地と同様に御給知と称されるようになった。その禄高の多いものは五〇〇石、三〇〇石、あるいは一五〇石で、少ないものといつても五〇石に達していた。阿蘇組はもともと郷士であつたが、肥後に来た後中小姓の取り扱いを受け、文政弘化年中²⁰に至つて、ほとんど熊本侍士と同一の待遇を受けた。阿蘇組の任務とは、二人ずつ交代して坂梨関所の番頭となり、その下に足軽四人がこれに付属してその関所を守るといふものであつた。維新になつて一般士族が公債証書を受けた際に、阿蘇組もまた知行相当の公債を受けたにかかわらず、なお依然としてこれまで支配してきた土地を支配し、明治一二、三年頃、その永小作料を引き上げようとしたので、その土地の百姓と衝突を来たし、ついに法廷闘争となつた。百姓は、「阿蘇組は藩士と同様に公債を受けたのだから、その土地は普通一般の土地と同じく百姓の所有に帰すべきものである」と弁論した。しかし、長崎の裁判所はこの弁論を採用せず、百姓を敗訴とした。

戸水によれば、阿蘇においては、阿蘇組のほかに郷士すなわち御家人なるものがある。これには二種あつて、一つを一領一匹と称し、もう一つを地士という。一領とは甲冑一領のことで、一匹とは馬一頭のことである。一領一匹は出師準備の義務、地士は諸国準備すなわち国民軍に従事する義務を負担していたものであつて、細川家はこの義務に対して荒蕪地を与えたので、これら郷士もまた浮浪無宿人を駆り集めてその土地に居住させ、開墾させた。細川家はこれら開墾地に対しては普通一般の土地に課すべき租税を免除したことにより、これを御赦免開と称し、維新の時に至るまでこれを御赦免地と称してきた。郷士の中には他国から移住してきたものも少なくなく、以前は加藤家、小西家に属していた浪人で、やはり土着して郷士となつたものもあり、これらの者は農業に従事して御赦免地を受けた。

戸水によれば、御赦免開は当初租税を免除されたが、宝暦年中²²の改正により、これを耕した百姓（一助）は、大縄反別一反につき一升八合の割合で反掛米なるものを細川家に対して納めなければならぬこととなつた。戸水によれば、

大縄反別の由来を述べると、かつて縄を張って各百姓の開墾すべき土地を区画したことによって、これを大縄反別と称したのである。大縄反別の一反は一町歩ほどあって、その区画は甚だ広い。このような土地を耕した一助（百姓）はすなわち永小作をしたものであって、これを鉞先受持という。鉞先とは槍先に対する語であって、当時細川家の家臣、すなわち武士は槍先によって禄を得たものとされたことにより、土地を耕して永小作権を得た百姓は鉞先受持と称された。

戸水によれば、永小作人たる一助は、一方では細川家に対して反掛米を納め、他方では地主に対して徳米すなわち小作米若干を納めていた。徳米の割合は概算して収穫の十分の三であった。

戸水によれば、土地の地主はたいてい、いわゆる御家人である。細川家は御家人に対し、扶持すなわち禄を与える代わりに、御家人を地主とし、その租税を免除した。

元来このような土地は一助（永小作人）らが子孫のためにこれを開いたものであるから、その土地の上に有する権利の期間は永代にまたがり、地主は勝手にこれを奪うことができなかった。これらの永小作人は自らその権利を他人に売却することができただけでなく、これを他人に質入抵当として差し入れることができた。そこで、永小作人がその権利を売却し、または質入抵当としたときにあたって、地主はその証書に口印すなわち認印及び裏書をし、地主がもし近くに住んでいないときは、地主の支配人である帳元が地主に代わって口印裏書をし、それによって売買質入抵当の効力を発生させた。その時代の慣習によれば、永小作人はその権利を他人に売却譲与することができたのみならず、地主もまた地主の権利を他人に売却譲与することができた。売買の価額は、永小作人の収入額の多寡によって定まった。

戸水によれば、永小作人もし、地主の権利を買うときは、両者の権利を合併して有することになるから、自らこれを耕そうが、他人に耕させようが、何ら徳米を他人に対して支払う必要はなく、ただ、前述の割合をもって一升八合の

反掛米を細川家に納めれば足りる。

戸水によれば、永小作人が地主の権利を買い取り、これを合併するにあたっては、庄屋はその証書に奥書をなし、それによって効力を生ぜしめるゆえに、何ら不都合を生ずることはなかった。但し、維新までは地主の権利は御家人以上の人でなければ買収することができなかった。

戸水によれば、以上に述べたように、永小作人の権利と地主の権利とは別種の権利であつて、地主は細川家に対して何らの租税をも納めなかったが、永小作人はかえつて細川家に対して反掛米と称する一種の租税を納めていた。しかし、明治六年、地租改正の頃に至つて、両者の権利に関して変更が生じた。すなわち、これまで大縄反別一反につき米一升八合の割合で納めてきた反掛米は全く廃止され、大縄反別は改めて普通の反別とされ、これまで御赦免地と称されたものはことごとく普通一般の土地である旧地と同一視された。このときにあたつて、土地台帳はかつての見図帳と異なり、台帳の内にはただ地主の名を記載するだけで、地主と永小作人との関係は少しも土地台帳に記載されなかった。この点について、戸水は次のような意見を述べている。すなわち、これは甚だ永小作人の権利を軽視する行為であつて、その当時の官吏に全く悪意がなかったことではあるが、今日の観点から見ると、甚だしい暴政というほかはない。旧幕時代においては、細川家は大いに永小作人の権利を重んじ、これを地主の蹂躪に一任しなかったが、地租改正の時に至つて、土地台帳を改めてその中に地主の姓名のみを記載し、それによつて地主に永小作人の権利を蹂躪させるもをつくつたのは遺憾である、と。

戸水によれば、地租改正のときにおいて、阿蘇の戸長は永小作人がまさにその権利を蹂躪されようとするのを座視するにしのびず、永小作人、すなわち一助の名を土地の台帳に記載すべきと論じたが、当時維新の改革は疾風地を掃う勢いをもつて進行し、戸長の主張は聞き入れられなかった。

戸水はまた、次のように述べる。御赦免地に存した永小作のほか、なお他の種類の永小作がないではない。すなわち、肥後においては、尋常一般の小作人が約束の上永小作人となったものがある。このような永小作はその数が御赦免地の永小作より少ないことは論を待たないが、永小作は必ずしも御赦免地に限って存在したものではないことを知るべきである、と。

戸水によれば、尋常一般の小作においては、その小作米、すなわち徳米はその年の豊作凶作いかんによって、その額が異なる。凶作のときは小作米を減じ、豊作のときは小作米を増すことができる。しかし、豊作だという理由のみだりに小作米を増すと、誰もみな耕すことを好まない。そこで、小作米の増額は比較的行いにくい、凶作の年は大きな率で小作米の額を減ずることが通例であった。

戸水によれば、このように、尋常一般の小作においては、その年の豊作凶作いかんによって、小作米が増減されるが、永小作の場合においては、小作米、すなわち徳米は年の豊作凶作によって増減されない。世の中には尋常一般の小作を好む者もあり、好まない者もいる。これは人によって異なるし、時と場合によって異なる。そこで、尋常一般の小作を好まない者は時によって約束の上、その小作の性質を改めて永小作とする者がいないではない。

戸水によれば、宅地にもまた永小作がある。宅地はもともと耕すべき性質のものではないゆえ、これを永小作と称するのは名実相齟齬するようであるが、その権利の性質から言うと、甚だ耕地の永小作に似ているので、宅地に関してもまた永小作の名称を用いたものであろう。

戸水によれば、要するに、阿蘇付近に行われた永小作には次の四種がある。すなわち、第一は阿蘇組関係の永小作であり、第二は御赦免地の永小作であり、第三は尋常一般の小作が変形して永小作となったものであり、第四は宅地に関する永小作である。

これらのうち、第二の御赦免地の永小作の数が甚だ多いという理由で、戸水はこれについてさらに次のような考察を加えている。

新民法二七八条一項は、「永小作権ノ存続期間ハ二十年以上五十年以下トス若シ五十年ヨリ長キ期間ヲ以テ永小作権ヲ設定シタルトキハ其期間ハ之ヲ五十年ニ短縮ス」と規定する。また、民法施行法四七条一項は、「民法施行前ニ設定シタル永小作権ハ其存続期間ガ五十年ヨリ長キトキト雖モ其効力ヲ存ス但其期間ガ民法施行ノ日ヨリ起算シテ五十年ヲ超ユルトキハ其日ヨリ起算シテ之ヲ五十年ニ短縮ス」と規定する。

阿蘇の永小作権は二、三百年以前に設定されたもので、永小作権者がその権利を享有していたのはこのように長期間であったにもかかわらず、右の新民法の条文及び民法施行法の条文は、一朝にしてこれを短縮し、民法施行の日、すなわち、明治三十一年七月一六日より起算して五〇年と定めた。戸水は、これについて、一片の条文をもって人民が二、三百年間無事平穩に享受していた権利を抹殺した行為であり、文明国において行われるべきでない不穩当の行為というべきであると批判している。

すなわち、戸水は次のように批判する。そもそも、阿蘇のいわゆる御赦免地を初めて開いたのは、皆これ永小作人となった百姓の力によるものではなかったか。これらの百姓（一助）は、子々孫々のために額に汗してこれらの土地を開き、永小作権を取得したものである。さればこそ、宝暦年中に規則を改正するに当たっても、いわゆる大縄反別一反につき一升八合の割合をもって細川家に納めるべき反掛米は、地主すなわち御家人等より納めず、永小作人よりこれを納めたのではなかったか。武士の禄は封建制度に直接関係があるので、封建制度が倒れると共に武士はその禄を失うのは必然の結果であるとしても、永小作人の権利は直接に封建制度に関係がないゆえに、道理より言えば、封建制度が倒れたといつても、その権利がこれとともに奪われるべきものではない。しかるに、永小作人の権利が、一朝にして簡単な

条文のためにその期間を著しく短縮されてしまったのは何事であろうか。その結果として、このために利益を受ける者は、かつてこれらの土地を開墾することに尽力したことのない地主、すなわち御家人等の子孫及びその子孫から地主の権利を譲り受けた者である。御家人等は、もともと禄すなわち扶持の代わりとしてこれらの土地を得たものであって、開墾に尽力したゆえにこれらの土地を得たものではない。封建制度が倒れた際に、武士がその禄を失う以上は、その当時右御家人等は、御赦免地の地主の権利を奪われたとしても不平を唱えることができないのに、今や新民法及びその施行法が、このような地主の権利を拡張して、鋏先をもって得た永小作人の権利を短縮するのは、権衡を失すること甚だしいのではないか。

新民法の規定を弁護する者が言うには、永小作権の期間が長すぎると、所有権とほとんど区別ができない。そこで、永小作権の期間は短縮されなければならないとのことである。

これに対して、戸水は、次のように反論する。上述の見地から見ると、阿蘇の御赦免地に存する永小作権はその性質上幾分所有権に似たものであって、たとい所有権に似ているとしても、何らの害悪を生ずるものではない。しかるに、一片の法令をもって永小作権の期間を短縮するのは、みだりに在来の権利を蹂躪する行為というほかはない、と。

民法の規定を是認する者が言うには、永小作権の期間が長すぎるときは、地主は僅少の小作料を受けるほか、土地より利益を受けることができないので、地主はその土地を改良しようと思わず、また、永小作人も他人の所有地を改良しようと思わないとのことである。

これに対して、戸水は、次のように反論する。阿蘇の御赦免地においては、永小作人が地主に対して支払った徳米は甚だ多く、地主は決して僅少の利益を得たというべきではない。もし、永小作人を助けてその土地の改良を図るならば、その収益がいよいよ増加するであろうことは論を待たない。かつ、その永小作人はほとんど自己の所有物のようにその

土地を使用してきたものであって、昔から今日に至るまで、堤防・水利・風水害等に関し、一切の費用をまかない、そうして年々その土地の改良を計ってきたことは事実に徴して明らかである。もし、さらにその永小作の期限に遡るならば、これら御赦免地は悉く永小作人が開いたものではないか、と。

新民法の弁護士が言うには、土地の価額及び生産力は世の進歩するに従い、次第に増加するものであるから、今日において適切だとされた小作料は、五〇年後には必ず不適當に低廉な額となるであろうとのことである。

これに対して、戸水は次のように反論する。これは、小作料の真相を知らない者が言う主張である。日本古来の慣習を見ると、いずれの土地においても、永小作の場合においては、小作料を定めるのには、収益の何割ということを決めて小作料を取り立てている。阿蘇の御赦免地においても、前述のように、永小作人は収益の十分の七を自己のものとし、十分の三を地主に与えている。すなわち、一石の収入があるとすると、そのうち三斗を徳米として地主に与えている。このように、収益の何割ということを決めて小作料の額を定めた場合においては、わずか五〇年しかもちろんのこと、何年を経過しても小作料の額が不適當に低廉となるおそれがないことは、まことに火を見るよりも明らかである。現に、阿蘇の御赦免地の小作料は既に幾百年を経過しているが、いまだ低廉であるとのそしりを受けていない。これは、実に参考に供すべき価値があるのではないか。もし、一反歩につき金幾円ということを決めて小作料の額を定めるものと仮定すれば、今日約束によって定めた小作料は五〇年を待たずに数年後にたちまち不適當に低廉となることであろう。しかし、永小作権に関する小作料がこれまでこのような方法によって定められた実例は、稀有絶無である。阿蘇の御赦免地において小作料は決してこのような方法によって定められたものではない。それゆえ、上記の弁護者の議論は、阿蘇の永小作に適用することができないのみならず、たいていの地方における永小作に適用することができないであろう、と。

新民法の弁護士が言うには、わが新民法はもともと日本全国の利益を図って制定したものであつて、阿蘇地方のみの利益を図って制定したものではない。ゆえに、これを阿蘇地方に適用して不都合を生ずることがあるとしても、決して心配することはないとのである。

これに対して、戸水は次のように反論する。この弁護士は極めておかしい。およそ法律を制定するには、全国いずれの場所に適用しても差し支えないように制定することを要する。ゆえに、もし全国において画一の法律を設けることができなるときには、たとひ幾多の原則を示すとしても、またこれに例外を設けて不都合な結果を生じないように注意しなければならぬ。土地に関して、わが日本の制度は全国画一のものとすることができないことは、論を待たないがゆえに、たとい、これに関して原則を設けることがあるとしても、この原則によつて無害の慣習を破ろうとするのは立法者の行為としてむしろ拙劣であるといわなければならない。永小作権のみについて言うならば、封建時代に全国共通の画一の制度を設けたわけではないのだが、その慣習は東西似た点がないではない。しかし、今日の新民法を永小作権の実例に適用すれば、いずれの例に適用しても不都合の結果を生ずることになるであらう。その期間を五〇年に短縮する規則は特にそうである。私（戸水）は、ただ阿蘇一地方の慣例を挙げて、民法適用より生ずる不都合の結果の一斑を示したにすぎない。もし、東西に散在する多くの場所の永小作権を巨細に見れば、新民法の制定が今日の事情に適さないことがますます明瞭になるであらう。社会改造に心ある人物は試みに処々の永小作権を調査してはどうか。

戸水は、以上述べたところより、永小作権に関して新民法の弁護者の主張は一つとして採用しようものではなく、したがつて、わが立法者は永小作についてわが日本の慣習及びその歴史を知らずに新民法を制定したと感ぜざるを得ないと痛罵している。

戸水は、続けて次のように述べる。地租改正のときに際して当時の官吏が永小作の何たるかを知らずに永小作人の権

利を蹂躪した行為は、甚だよくないとしても、もともとその官吏に別段の悪意があつたのではなく、無経験によるものである。今の新民法が日本の現状に適していない点については、軽々に看過すべきではない。これを改正することに尽力すべきである。わが新民法の編纂に従事した学者は、学識に富む人物であつて、世人の畏敬する人物であるとしても、わずかの歳月で沢山の法律規則を制定した故に、十分に慣習を調査する時間がなかつたことは事実である。私（戸水）は、これらの学者が前非を悔いて規則の改正に同意を表することを望む。永小作に関する規則の中で特にその期間を五〇年に短縮する規則は、実に有害無益の規則である、と。

ある人が私（戸水）に言うには、明治三三年三月法律第七一号⁵⁶によつて、民法施行法が次のように改正されたこととである。すなわち、第四七条二項に次の一項が加えられた。「民法施行前ニ永久存続スヘキモノトシテ設定シタル永小作権ハ民法施行ノ日ヨリ五十年ヲ経過シタル後一年内ニ所有者ニ於テ相当ノ償金ヲ払ヒテ其消滅ヲ請求スルコトヲ得若シ所有者ガ此権利ヲ放棄シ又ハ一年内ニ此権利ヲ行使セサルトキハ爾後一年内ニ永小作人ニ於テ相当ノ代価ヲ払ヒテ所有権ヲ買取ルコトヲ要ス。」

その人によれば、すでにこの規則ができた以上は、永小作人の権利は十分に保護されているから、新民法の規定は何ら不都合の結果を生ずることはないであろうというのである。

しかし、私見（戸水の見解）では、民法施行の日より五〇年を経過した後、一年以内に所有者が相当の償金を払つて永小作権の消滅を請求するということは、言うは易く行ふは難きことである。なぜかといふと、相当の償金といふのは、もともと確定の金額ではないゆえに、その支払いをするにはまずその金額を確定させなければならぬ。しかし、誰がこの金額を確定させる権利を有するのか。法律の正面からいへば、所有者はこれを確定させる権利を有するものである。しかし、所有者が相当とするところのものは、必ずしも永小作人が相当とするところのものと同じではない。永小

作人が相当とするところのものは、必ずしも所有者が相当とするところのものと同じではない。したがって、いわゆる相当の金額については、当事者間に必ず多少の紛議を生ずるであろうことは今から予想できる。紛議の生ずるたびに一々裁判所の決定を仰ぐのはすこぶる困難である。それだけでなく、元来このような規定は新民法二七八条の精神と相いれない。新民法の規定によれば、五〇年より長い期間をもって永小作権を設定したとき、その期間は五〇年に短縮されるゆえに、五〇年を経過するや否や永小作権は直ちに消滅すべきものとするのは妥当な解釈であるといわなければならない。立法者もまたこのような考えをもつて右の条文を制定したようで、民法施行法四七条一項にその期間が民法施行の日より起算して五〇年を超えるときは、その日より起算してこれを五〇年に短縮すると記し、五〇年を経過するときは永小作権は当然消滅するとの意味を暗示したのではないか。しかし、明治三三年三月法律七一号をみると、民法施行前に永久に存続すべきものとして設定された永小作権は、民法施行の日より五〇年を経過しても当然直ちに消滅せず、所有者がさらに一層の手續を尽くして永小作権の消滅を請求することができるものとしたのである。この見地から見ると、明治三三年三月法律七一号の精神は、明らかに新民法二七八条の精神と相いれず、明治三三年三月法律七一号はもとより初めより、新民法の精神を変更することを目的としたものであろうとしても、元来新民法は主たる法律であり、民法施行法及び明治三三年三月法律七一号は、皆従たる法律であるから、この従たる法律をもって主たる民法の精神を蹂躪するのは、文明時代の法律としては暴挙であるにほかならない。新民法の規定で既に日本の国情に適しないものがあれば、大胆に新民法そのものの規定を改正してよい。民法施行法に姑息な変更を加えたのは遺憾千万と言わなければならない。

かつまた、明治三三年三月法律七一号には、「若シ所有者ガ永小作権消滅請求ノ権利ヲ放棄シ又ハ一年内ニ此権利ヲ行使セサルトキハ爾後一年内ニ永小作人ニ於テ相当ノ代価ヲ払ヒテ所有権ヲ買取ルコトヲ要ス」と規定されているが、

このような改定は拙劣である。この規定中にもまた、相当の代価という語が使用されているが、前述のように、いわゆる相当の金額については、当事者間に争論を生ずるであろうことはまことに見やすい道理であるのみならず、「相当ノ代価ヲ払ヒテ所有権ヲ買取ルコトヲ要ス」と規定したのは、あたかも所有権買取の義務を負担させたものようである。永小作権者が悉く富裕であるとはいえない。永小作権者に所有権買取の義務を負担させたのは、何らの理由なくしてみだりに難を人に負わせるものであり、奇怪な立法例であるというほかはない。もし、また永小作権者であつて、このような義務を負担するのではないとするならば、「要ス」の二字は不穩当の文字である。かつ、永小作権者がもしも一年内に所有権を買い取らないときは、その結果ははたしてどういふことになるか。これを買取る権利を永遠に失うものとすれば、この法律はいたずらに所有者のみを保護する法律であるといふべきである。もし、また五〇年継続の永小作をさらに発生させるものとすれば、この法律は新民法二七八条の精神と再び相背馳する恐れがないとは言えない。

戸水は最後にこう述べる。要するに、明治三三年三月法律七一号は新民法の規定を改正する上において、いまだ人を満足させる効果を生ずることができないものではない。土佐地方の永小作は、私（戸水）ははまだ研究していないが、これを阿蘇の永小作に適用すれば、いたずらに紛擾を来す手段となるであろうことは、私（戸水）が断言してはばからないところである。しかるに、なぜ右のような拙劣な改定法律を發布するに至つたかという点、この發布を望んだ人はこれをもちつて充分な改定と考へたのではないであらうが、当時は、新民法そのものの改正をしようと欲したができなかった。到底右の法律七一号以上の改正をすることができなかったため、其の不十分なことを知りつつ、懽然として涙をのんでこれにて満足したものであらう。今や永小作権者は、必ずしも法律に精通しているものではないといつても、必ずしも悉く愚かではない。これら永小作権者は自己の権利が新民法の規定のために蹂躪されたことがこのようにはなほだしいことを知るや否や、規則の改正を促すであらう。かつて、カントは権利を蹂躪されながら、首をたれて屈する

者を卑しめ、これを虫に比べ、蛆に譬えた。カントに笑われてはならない、と。

以上のように、この論文『阿蘇ノ永小作』において、戸水は、阿蘇地方の永小作権に関する慣習を調査し、かつて農民が荒蕪地の開墾によって獲得した永小作権が、明治民法及び民法施行法によって弱体化されたことを痛烈に批判し、民法の改正を訴えている。特に、末尾でカントを引用している件は、イエーリングの『権利のための闘争』を想起させる。また、この論文で興味深いのは、(前掲『吉野山林』でもその傾向が見られたが) 戸水の主張に対して想定される反論を挙げたうえで、それらを順次、論破していく方法が採られていて、裁判における弁論を思わせる点である。英国でバリスタの資格を取り、さらに、東京始審裁判所の裁判官を務めた彼の経歴の影響もあるであろうが、単にそのことに留まるものではないであろう。明治前期、東京大学を中心とする組織であった法学協会（戸水寛人も所属していた）は、法典論争における延期派の中心であった。法学協会では、特定の論題について相対立する立場に立つ者による討論が行われ、さらにこれに賛成する者や反対する者による議論がなされ、最後に出席者の多数決により法理が決定され、法学協会雑誌にその討論の記録が掲載されていた。戸水が参加した討論（利息制限法の制限を超過した利息の元本充当に関する問題）も掲載されている。²⁶ これらの経験が論文『阿蘇ノ永小作』に生かされているのではないだろうか。

三 「永代借地権、永小作権、地上権」について

最後に、戸水寛人が明治三四年に公刊した「永代借地権、永小作権、地上権」²⁷の内容を紹介しよう。

まず、戸水は制定された民法全体について、次のように述べる。

すなわち、新民法（明治民法）の規定は往々にしてみだりに欧州の法律を踏襲し、必ずしもわが国情に適するもので

はない。新民法が發布されたとき、それがドイツ新民法に酷似するのをみて、これを熱罵冷笑をもって迎え、翻訳法律では東洋君子国の人民を治めることができなるとした者がいるが、わが国の事物は、汲々として欧州の事物を翻訳したものがすこぶる多く、このような事情の下においては、多少翻訳法律をもつてするのでなければ、到底我が国を治めることはできない。

顧みると、条約改正を別にしてもわが国において早晚民法を編纂する必要があつた。これを編纂するに当たり、いきおい、欧州の法律に則ることを要し、当時の状況の下では、いかなる人に編纂させたとしても、新民法以上の法典を公にすることは困難であつたであろう。しかし、新民法の規定を通観すると、その編纂者が欧州法律の弱点までも金科玉条として採用した跡を指摘することができ、また、欧州法律を誤解し、その誤解に基づいて、わが国情に不適當な規則を捏造した跡もないことはない。速やかにこれら不適當な規則を削除し、さらに適當な規則を設け、わが同胞の福利を図るのでなければならぬ。

右のように、戸水は、民法がヨーロッパ各国の法律をモデルにして制定されたことを指摘し、そのような法典編纂の方針自体を批判してはいないが、改正すべき点（わが国情に不適當な規則）は速やかに改正すべきだと訴えている。

次に、戸水は、土地利用権に関する法規範の検討に入っていく。

すなわち、永代借地権二関スル法律²⁸以前においてこれを非難する学者は時として論文により、沈痛な攻撃を加えた。しかし、永代借地権二関スル法律を發布したのはやむをえないことであり、發布したことは發布した者の過失ではない。むしろ、これと密接な関係を有する永小作権、地上権に関する民法の規定こそわが国情に不適當であるものであるというほかはない、と彼は評価する。

永代借地権二関スル法律は、日本に居住する外国人及び外国法人のために制定された法律で、これを非難する学者は、

この法律が外国人に一定の保護を与えている点に不快感をもったのであろうと思われる。この法律については、後ほど詳しく検討されるが、以下にこの法律を掲げておこう。

永代借地権ニ関スル法律

第一条 政府ノ永代借地券ヲ以テ外国人又ハ外国法人ノ為ニ設定シタル永代借地権ハ之ヲ物權トシ民法中所有權ニ関スル規定ヲ準用ス

永代借地権ハ民法ノ規定ニ從ヒ他ノ權利ノ目的タルコトヲ得
地券、条約又ハ法令ニ別段ノ定メアル場合ニハ前二項ノ規定ヲ準用セス

第二条 永代借地権ノ移轉アリタルトキハ其ノ土地ノ所在地ヲ管轄スル地方庁ニ於テ地券ニ其ノ旨ヲ記載スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

第三条 永代借地権又ハ之ヲ目的トスル權利ニ関スル登記ニ付テハ登録税ヲ課セス

第四条 永代借地権又ハ之ヲ目的トスル權利ニ関スル登記及永代借地ノ上ニ存スル建物ニ関スル登記ニ付テハ勅令ヲ以テ別段ノ規定ヲ設クルコトヲ得

附則

第五条 本法ハ發布ノ日ヨリ之ヲ施行ス

第六条 民法施行法第四十五条ノ規定は本法施行ノ日ヨリ之ヲ廢止ス

第七条 永代借地権又ハ之ヲ目的トスル權利ヲ本法施行前ニ地上權又ハ之ヲ目的トスル權利トシテ登記セラレタルモノハ永代借地権又ハ之ヲ目的トスル權利トシテ登記セラレタルモノト同一ノ効力ヲ有ス

さて、戸水は次に地上権に関する規定の検討に移っていく。

私（戸水）はかつて吉野山林について次のように述べた。

旧民法並びに新民法の地上権の語はラテン語 *Superficies*（ママ）²⁰に由来する。しかし、ローマ法の *Superficies*、すなわち地上権の規定は、もとよりローマに特別の規定であり、わが国の慣習と大いに異なる。ローマにおいては土地の所有権と家屋の所有権と相分離せず、土地、すなわち主物の所有者は必ず家屋、すなわち従物の所有権を併有し、他人の土地を借りて家屋を建てた場合にもまたこの原則に従ったので、その家屋を建設した者を保護し、この者に *Superficies*、すなわち地上権を与えた。わが日本の慣習は大いにこれと異なるがゆえに、民法においては初めから地上権の規定を設ける必要がなかった。新民法において、衆人に解りやすい永借権の語を用いず、ことさらに理解しがたい地上権の語を用いたことは疑問である。新民法を制定するにあたってこのような不穏当な用語を選んだのは、民法の編纂者が十分に *Superficies* の何たるかに留意しなかったことに起因するものであろうと思われる。

戸水は、地上権に関する新民法の規定は、はたしてわが国情に適當なものか、疑問であるとする。すなわち、民法二六八条によれば、地上権の存続期間は二〇年以上五〇年以下とされる。ただ、これはもとよりわが国の慣習に基づいたものではないゆえに、これを実地に適用するときは、不都合の結果を生ずることになるであろう。特にこれを五〇年以下に限ったことは、窮屈な規定というほかはない、と戸水は批判する。

明治三三年三月二六日法律七二号（地上権ニ関スル法律）²⁰は次のように規定する。

第一条 本法施行前他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル為其ノ土地ヲ使用スル者ハ地上権者ト推定ス

第二条 第一条ノ地上権者ハ本法施行ノ日ヨリ一箇年内ニ登記ヲ為スニ非ザレバ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルヲ得ズ

前項ノ規定ハ本法施行前ニ善意ニテ取得シタル第三者ノ権利ヲ害スルコトナシ

戸水は、この法律もまた、不都合な結果を生じたことはよく知られている、と述べる。家屋の所有者であつて、この法律に従い登記を経た者は比較的新知識に富んでいるとはいへ、一方では狡猾なものが多く、温良謙讓で古人の教えに従おうとする者の多くはこの法律に従わなかつた。そうであれば、狡猾な者はこの法律によつて利益を得、温良な者はこの法律によつて利益を失ひ、誠に面白くない結果を生じたのではなかつたか。法律を設けて温良の人物を助けるのはよいことだが、法律を設けて狡猾な人物を助けるのはすこぶる悪い、と戸水は批判する。

戸水は、永小作に関する規定もまた、多少の改正を要すると述べる。すなわち、民法二七八条の「永小作権ノ存続期間ハ二十年以上五十年以下トス若シ五十年ヨリ長キ期間ヲ以テ永小作権ヲ設定シタルトキハ其期間ハ之ヲ五十年ニ短縮ス」という規定は最も改正を要する点である、とする。

私（戸水）はかつて『阿蘇ノ永小作』において、肥後の阿蘇谷における永小作の慣習を叙述し、同所の永小作権者は二、三百年間その権利を享有していたことを述べ、かつ、新民法の条文及び民法施行法の条文が一朝にしてこれを短縮し、民法施行の日より起算して五十年と定めたことの非を論じた。

すなわち、永小作に関する規定の中で、特にその期間を五十年に短縮する規定は実に有害無益の規定であり、これをそのままに存続させて改正を加えないときは、今より五十年後にはこれより生ずる弊害が大きく国の東西に起こることは断然予言できる。なぜならば、五十年を経過したときには、地主は永小作人に迫つてその土地の返還を求めらるゝうし、これより貧富の不均衡がますます生じ、農民と地主の間に紛争が生じ、国内の紛擾をもたらすことになるのは卓見明哲の人でなくても想像に難くないであらう。この予言が当たるであらうことを私（戸水）は確信する。

永小作は単に阿蘇のみに存するものではなく土佐にも東北にも、また他の場所にも存する。民法二七八条はこれら永小作権者が父祖の代から享有してきた権利を蹂躪するものである、と戸水は批判する。

次に、戸水は、永代借地権に関して以下のように私見を述べている。

戸水は、内国人の有する永小作権はみだりに新民法をもって蹂躪すべきではないと同時に、居留地において外国人が有する永代借地権もまたみだりに新民法をもって蹂躪すべきではないことは論を待たない、として、そもそも永代借地権なるものがいかにして生じたかを次のように叙述する。

旧幕時代において、初めて外国人と交流したときにあたつて、日本に滞在していた外国人は土地の所有権を獲得することを欲していたであろうが、当時の事情はこれを許さず、政府はただ永代借地権を外国人に与えたのみであつた。維新以後も、政府は法令を發して土地の所有権を外国人に讓渡することを禁止した。例えば、明治五年四月一四日第一二四号布告に「御国内一般地所ノ儀銘々所持ノ分タリ共外国人へ対シ売渡候儀ハ勿論金銀取引ノ為地所又ハ地券等書入致シ候儀ハ決テ不相成候云々³¹⁾」と記し、明治六年一月一七日第一八号布告第一一条には「地所ハ勿論地券ノミタリトモ外国人へ売買質入書入等致シ金子請取又ハ借受候儀一切不相成候事」とあり、明治七年八月第八五号布告には「外国人へ家屋地所等貸渡ノ節約束上輕忽疎漏ヨリ竟ニ内外人民ノ間不都合ヲ生シ候テハ自然交際ニモ差響候條自今学校其他ノタメ傭入レ居留地外へ住居スヘキ外国人及公使館附属書記官等へ貸家貸地ノ節ハ先ツ約定草案相添其管轄庁へ伺出許可ノ上結約可致此旨布告候事 但建物取毀売払ノ分ハ幾日以内取払ノ約定取結可売渡尤売渡ノ上ハ其巨管轄庁へ可届出事」と記し、外国人に対する土地の売渡しを禁止したのみならず、小心翼翼として土地の貸渡しにも干渉した。しかし、これまで外国人が享有した永代借地権は充分に尊重し、かえつて外国人の横恣すら招いたこともあつた。後に、条約改正のときに、永代借地権をどこまでも保護すべきであるということが、日本と諸外国との間に締結された条約によつて確認されたので、日本政府は右の条約に基づいて適切な処置をなすべき義務を負うことになつた。

例えば、明治二七年七月の日英条約³²⁾一八条は次のように規定する。

「大不列顛国政府ハ同政府ニ関スル限ハ左ノ取極ニ同意スヘシ

日本国ニ在ル各外国人居留地ハ全ク其所在ノ日本国市区ニ編入シ爾後日本国地方組織ノ一部トナルヘシ

然ル上ハ日本国当該官吏ハ之ニ関シテ其地方施政上ノ責任義務ヲ悉皆負担スヘシ又之ト同時ニ右外国人居留地ニ属スル共有資金若ハ財産アルトキハ之ヲ右日本国官吏ヘ引渡スヘキモノトス

尤前記外国人居留地ヲ日本国市区ニ編入ノ場合ニハ該居留地内ニテ現ニ因テ以テ財産ヲ所持スル所ノ現在永代借地券ハ有効ノモノト確認セラルヘシ而シテ右財産ニ対シテハ右借地券ニ載セタル条件ノ外ハ別ニ何等ノ条件ヲモ附セサルヘシ但シ借地券中ニ領事官トアルハ総テ日本国当該官吏ヲ以テ之ニ代ユヘキコトト知ルヘシ」

明治二九年四月の日独条約一八条にもまた右と大同小異の事項が挿入されている。

明治二九年八月の日仏条約二二条にもまた、これと似た文言が記載されている。すなわち左のようなものである。

「仏蘭西共和国政府ハ同政府ニ関スル限ハ左ノ取極ニ同意スヘシ

日本国ニ在ル各外国人居留地ハ夫々其所在ノ日本国市区ニ編入シ爾後日本国市区組織ノ一部トナルヘシ

然ル上ハ日本国当該官吏ハ右新組織ヨリ生スル地方施政上ノ責任、義務ヲ悉皆負担スヘシ又右外国人居留地ニ属スル共有資金及財産アルトキハ当然之ヲ右日本国官吏ヘ引渡スヘキモノトス

前記ノ変更ヲ終リタルトキハ該居留地内ニテ外国人カ現ニ因テ以テ不動産ヲ所持スル所ノ永代借地契約書ハ有効ノモノト確認セラルヘシ而シテ右ノ如キ性質ノ不動産ニ対シテハ特ニ右借地契約書ニ規定シタルモノノ外ハ何等ノ条件ヲモ附セス又何等ノ租税、賦課金、取立金ヲモ徴収セサルヘシ但シ右借地契約書中ニ領事官トアルハ日本国官吏ヲ以テ之ニ代フヘキコトト知ルヘシ」

以上、日英条約と日仏条約とはその用語が互いに相異なるところがないわけではないが、その趣意に至っては、すな

わち大同にして日本と他の諸外国との条約も大体同様のものである。

以上の点からすると、外国人居留地における永代借地権は十分に尊重すべきであり、いかなる法律をもってそれを蹂躪するべきではない。もし、強いてこれを蹂躪するときは、条約違反であり、日本政府においてその条約を破棄すべき相当の理由があるのではない以上は、条約違反に対して責任を負わなければならないことは論を待たない、と戸水は述べる。

その後新民法を制定するにあたって、物権を規定する箇所において、最も明瞭に永代借地権に関する規定を掲げるべきであるはずなのに、民法の編纂者が右の条約に何ら気づくことがなかったのか、そもそもまたほかにしかるべき原因があったのか、新民法においては永代借地権を充分に保護するに足りるほどの規定を少しも掲げることがなかった。そのため、条約の実施以後において、横浜居留地に存する一永代借地権の移転の登記が請求された際に、横浜区裁判所は永代借地権を登記することを拒んだが、外国人が運動を起こしたため、日本政府は周章狼狽し、明治三十二年一月二八日勅令四五八号⁽³⁷⁾において、地上権（永代借地権）と記し、永代借地権を新民法に従い五十年以上に及ぼすことができない地上権と同一視し、これと同様の方法に従って登記を受けさせようとした。しかし、これは実に藪蛇を出し、一方においては帝国議会において質問の種となり、政府は右の勅令をもって何等不都合のないものと答え、ますます識者に嘲笑され、他の一方においては不平満々の外国人はますます咆哮して政府を攻撃し、政府は議会においてこそ勝手な答弁をなしたものの、外国人に対しては適当な答弁をすることができず、翻然として外国人の請求をいれ、ついに明治三四年九月二〇日法律三九号永代借地権ニ関スル法律⁽³⁸⁾を発し、これによって充分に外国人の永代借地権を保護することとした。

内国人にすら与えない永代借地権を外国人に与えるのは不権衡の甚だしいものだと言者が主張し、大いに政府を攻撃

したのは、高潔な愛国心に基づいたものであろうが、私（戸水）はこの議論に賛同を表することができない。私見（戸水の見解）によれば、明治三四年九月二〇日法律三九号は、大体において誠に善良な法律であり、外国人の有していた永代借地権は条約に基づいて充分に保護すべきものである。そして、これを保護すべきとの条約もまた決して非難すべきものではない。なぜならば、永代借地権というものは、もともと通商に便宜を図るため、特に外国人に付与したものであって、その存在はすなわち正当の事由に基づいたものであるから、今日、条約によってこれを廃棄することは到底できないことである。たとい、日本よりこれを提議したとしても、このような私権を蹂躪する行動には、いかなる政府であつてもおそらく同意することができないであろう。要するに、その永代借地権は沿革上相当の理由があつて設定されたものであつて、かつまた、適当な条約によつて保障されたものであるから、日本政府はその権利の存する限り、充分にこれを保護する責任を有し、右三九号の法律はこの責任を尽くすために発布したものであるから、私（戸水）はこの法律を善良の法律とすることを躊躇しない。ただ、忌憚なく私（戸水）の信ずるところを述べると、もしも、外国人がわが政府に対して不平を述べるならば、政府の官吏は親切にその不平の由来を察し、汲々としてその不平を根底的に除去することを図るが、日本臣民が不平を述べるにあつて、政府の官吏は何か方法を設けて糊塗し、親切にその不平の由来を察するようなことをしない。外国人が有していた永代借地権を保護する法律は既に発布されたにもかかわらず、わが国の永小作人がいかに悪法の下に呻吟していても、政府の官吏をはじめとして、世の法律家は多くは些細な同情をも表わすことがなく、拱手傍観しているのは誠に慨嘆に堪えない。そこで、あえて私（戸水）の希望を世人に向かつて告げよう。永代借地権、永小作権、地上権、以上三者に関する法律規則を再検討し、もしも改正を要するならば、断然これを改正し、もしも整理を要するならば決然これを整理すべきである。そのためにかかるわずかな時間の労を惜しんで百年の大患を遺すことがないように願う。

以上のように、戸水は、日本に居住する外国人のために制定された永代借地権ニ関スル法律を評価しつつ、日本人を対象とした民法上の永小作権や地上権に関する諸規定が、権利者保護のために十分なものであることを批判し、土地利用権に関する諸規定の再検討を求めている。不平等条約を撤廃する方向を目指すのではなく、日本人を対象とした法律も同様の趣旨で見直すべきであるとしている点は、対露政策において彼が見せた国家主義的・国粹主義的傾向からすると意外な印象を与えるものであり、日本政府がいわゆる外圧に弱いという趣旨の指摘も興味深いものである。本論文においては、外国人を対象とする永代借地権ニ関スル法律に関する論述部分を除いては、既に発表された論文『吉野山林』と『阿蘇ノ永小作』で論じられた見解が繰り返し提示されている。

おわりに

戸水寛人は、帝国大学法科大学教授に就任する前に、東京始審裁判所の裁判官を務めている⁽³⁹⁾。国際日本文化研究センターの民事判決原本データベースによれば、彼が裁判官として判決を下した最初の判決は、明治十九年（一八八六年）一月一五日の「売品代価請求ノ訴訟」⁽⁴⁰⁾であり、最後の判決は、明治三二年（一八八九年）一月二二日の「不当執行願取消請求ノ事件 控訴」⁽⁴¹⁾であった。戸水の裁判官としての経歴は短い⁽⁴²⁾が、その間に（私が検索しえた限りでは）少なくとも一三七九件の裁判に関与し、そのうち、圧倒的に多いのが「貸金催促ノ訴訟」（六一七件）である。その次が「地所明渡請求事件」（八三件）であり、以下、「地代請求」（三三二件）、「家賃請求」（二六六件）、「家屋明渡請求」（二三件）、「預金取戻、預金請求」（一九件）、「約束手形金請求」（一七件）と続いていく。

彼は、本稿で取り上げた土地利用権に関する論文において、慣習法を取り上げて、それと抵触する民法典の諸規定を

批判的に検討しているが、この姿勢は、民法典制定以前に、上記のような裁判実務に携わった経験（ここでは慣習法や条理に依拠した裁判がなされたことであろう）⁽⁴³⁾や、英国に留学してパリスタの資格を取得したこと⁽⁴⁴⁾と関係があるのではなからうか。

本稿の冒頭、注（４）で述べたように、戸水寛人の業績は多方面の領域に渡っており、彼は、東大七博士事件や戸水事件の当事者として捉えるだけでなく、民法学、ローマ法学、法理学、法制史学等の視角から掘り起こされるべき法学者であると思われる。本稿では取り上げなかった戸水の民法学に関する他の論文においても、同様の研究方法がとられているかどうか未検討の課題である。本稿では、彼の民法学の一端を紹介したに過ぎず、さらなる検討については他日を期したい。

(1) 東大七博士事件とは、七人の博士（東京帝国大学教授小野塚喜平次・金井延・高橋作衛・寺尾亨・戸水寛人・富井政章、学習院教授中村進午）らが、対露強硬策、満州保全を主張する建議書を、明治三六年（一九〇三年）六月一日、桂太郎首相・山県有朋・松方正義・小村寿太郎外相・山本権兵衛海相・寺内正毅陸相へ持参あるいは郵送した事件。国史大辞典編集委員会編『国史大辞典第六巻』（吉川弘文館、一九八五年）八六三頁、戸水寛人『回顧録』（清水書店、明治三七年）、立花隆『天皇と東大 上』（文藝春秋、二〇〇五年）二二二―二二三頁参照。

(2) 戸水事件については、国史大辞典編集委員会編『国史大辞典第一〇巻』（吉川弘文館、一九八九年）四一八―四一九頁、戸水寛人『続回顧録』（有斐閣、明治三九年）、立花・前掲注（１）二二五―二二七頁参照。

(3) 富井政章（一八五八年―一九三五年）は、京都に生まれ、京都府官立仏語学校、東京外国語学校仏語普通科を経て、明治一〇年（一八七七年）フランス・リヨン大学に入学し、一八八三年、リヨン大学より法学博士号を取得し、同年帰国。帰国後明治一八年（一八八五年）東京大学法学部教授に就任。翌年、法科大学教授となる。法学博士（明治二二年）。民法第一講座担任（明治二六年）。同年、法典調査会が設置されると、穂積陳重・梅謙次郎らとともに民法典起草委員となる。貴族院議員（明治二四年―大正七年）、法科大学長（明治二八年―三〇年）、和弘法律学校長（明治三三年―三五年）、立命館大学長（明治三七年―昭和二年）、帝国学士院会員（明治三九年就任）、枢密顧問官（大正七

年、昭和一〇年)、常設仲裁裁判所裁判官(大正七年)等を歴任(秦 郁彦編『日本近現代人物履歴事典』(東京大学出版会、二〇〇二年)三五四頁参照)。

(4) 戸水寛人(一八六一年〜一九三五年)の略歴をここで述べておこう。前述のように彼は金沢藩士の家に生まれ、明治十九年、帝国大学法科大学法律学科(英法)卒業。判事試験補(東京始審裁判所詰)(明治十九年)、判事(明治二〇年)を経て英国ミドル・テンブル(Middle Temple)。ロンドンに四校あるInns of Court(インズ・オブ・コート。法曹学院)の一つでパリスタの自治組織であるとともにパリスタの養成機関でもある)に留学し(ちなみに、明治前期にイギリスに留学した日本人の多くがこのミドル・テンブルに留学しているが、それはこの学校に留学する外国人が多かったためであろうといわれている。この点及び当時のインズ・オブ・コートの様子を伝える文献として、土方寧「英国法学院ノ話」法学協会雑誌九卷六号四〇〜六〇頁参照)、パリスタ(法廷弁論の仕事を行うイギリスの弁護士)の資格を取得(明治二六年)。帰国後、法科大学教授・羅馬法講座担任(明治二七年)、法学博士(明治三二年)。いわゆる戸水事件で文官分限令一条により休職を命ぜられる(明治三八年)が、翌年復職した。明治四二年、依願免官し、弁護士登録をし、さらに衆議院議員を務めた(明治四一年〜大正三年、大正五年〜六年、大正六年〜九年、大正九年〜一三年。当選五回)(秦・前掲注(3)三五四頁参照)。帝国大学法科大学教授時代には、富井政章が法典調査会委員として多忙の際に民法講座を兼担し、穂積陳重が海外出張の際に法理学講座を担任したこともあったようである(『新馬劍禪』(東西両京の大学)講談社、一九八八年(明治三三六年刊行の復刻版)二一〇〜二一一頁参照)。

戸水の研究者としての活動期間は短かったが、多方面にわたり、多くの業績を発表している。主要な業績として、ローマ法学に関しては、『羅馬法』(東京法学院大学、出版年不明)、『すといつく哲学と羅馬法』(有斐閣、英米法に関しては、『英国衡平法』(京橋活版社、一八八八年)、中国法制史に関しては、『堯舜時代の制度』(有斐閣、一九〇五年)、『周代五家の組合』(有斐閣、一八九八年)、『春秋時代楚國相続法』(有斐閣、一八九八年)、民法学に関しては、『過失論』(有斐閣、一八九九年)、『手附』(有斐閣、一八九九年)、『物權ト債權』(有斐閣、一九〇〇年)、『吉野山林』(有斐閣、一八九九年)、『阿蘇ノ永小作』(有斐閣、一九〇一年、東大七博士事件及び戸水事件に関して、『回顧録 正・統』(有斐閣、一九〇五〜一九〇六年)、その他法哲学に関する多くの論文、紀行文、評論、随想等がある。

(5) 筆者の目に留まったところでは、中川善之助『民法風土記』(日本評論社、一九六五年。但し、引用は講談社学術文庫版、二〇〇一年による)の「第三章 阿蘇谷の今昔―阿蘇の永小作―」特に五〇〜五二頁で、中川は『阿蘇ノ永小作』を「これは戸水寛人博士が、阿蘇谷の農民に同情し、明治三四年に公刊された名文の書」と高く評価している)及び「第四章 南国土佐―野中兼山の事蹟―」特に六〇〜六二頁、あるいは妻栄(有泉亭補訂)『新訂物權法(民法講義Ⅱ)』(岩波書店、一九八三年)三九三頁(戸水寛人『阿蘇ノ永小作』を引用している)、及び

- 小柳春一郎「明治前期の民法学——法学協会における設例討論を素材として——」水本浩・平井一雄編『日本民法学史・通史』(信山社、一九九七年)一一～四九頁(特に三二～三三頁)があるにとどまる。なお、民法学に関するものではないが、戦後間もない頃、末弘厳太郎は戸水寛人のローマ法の講義がおもしろかったと回想している(末弘厳太郎講義「法律社会学」(一九四九年)(小佐井良太校注、六本佳平・吉田勇監修)六本佳平・吉田勇編『末弘厳太郎と日本の法社会学』(東京大学出版会、二〇〇七年)九一～一〇頁)。
- (6) 明治二九年四月二七日法律八九号。これは平成一六年(二〇〇四年)法律一四七号により現代語化されるとともに、内容的にもいくつか重要な改正がなされた。
- (7) 加藤雅信編修代表『民法学説百年史』(三省堂、一九九九年)七三八～七四〇頁(田高寛貞執筆)及び同書本文参照。
- (8) 水本浩「序論」水本浩・平井一雄編『日本民法学史・通史』(信山社、一九九七年)一〇頁。
- (9) 戸水寛人『吉野山林』(有斐閣書房、明治三三年(一八九九年))。
- (10) 借主(立木の所有者)から貸主への担保目的物たる立木の占有移転を伴う担保が質入であり、占有移転を伴わない担保が書入である。つまり書入は一種の抵当権とみてよいであろう(深谷 格「明治前期の熊本裁判所における条理裁判とフランス民法——契約法に関する裁判例を素材として——」西南学院大学法学論集三八巻三、四号一〇七頁参照)。
- (11) 旧民法財産編一五五条～一七〇条に規定されている。
- (12) *emptio fenus*とは、荒蕪地を僅少な対価で売却すると共に、これを開拓しかつ毎年特定額の地代を売主に支払う義務を課す方法、または単に土地を長期に及んで貸して毎年特定額の地代を支払わせる方法で、土地を利用しうる権利である。永借権者は対物訴訟によって保護され、所有者保護のための諸種の訴訟に準ずる訴訟を提起しうる。永借権は相続および譲渡可能の権利である(船田亨二『ローマ法 第二巻』(岩波書店、一九六九年)五八九～五九一頁、原田慶吉『ローマ法』(有斐閣、一九五五年)一三四～一三五頁参照)。
- (13) *superficies* (地上権)とは、他人の土地に建物を建築して、地代を支払って永久または特定の期間、他人の土地を使用する権利である。物権と考えられている(船田・前掲注(12)五八四～五八五頁、原田・前掲注(12)二二二～二三四頁参照)。
- (14) *Dies incertus quando*とは、いつ到来するかが不確定である期限をいう(柴田光蔵『法律ラテン語辞典』(日本評論社、一九八五年)一〇二頁)。
- (15) *Dies incertus an*とは、到来するかどうか不確定な日をいう(柴田・前掲注(14)一〇二頁)。
- (16) *Dies incertus an certus quando*とは、発生するか否かは不確定であるけれども発生の際は確実な場合であり、船田・前掲注(12)二五七頁はこれを確定条件とよぶ。

- (17) Dies incertus an incertus quando とは、発生するか否か及び発生の時が不確実な場合であり、船田・前掲注(12)二五七頁はこれを不確定条件とよぶ。柴田・前掲注(14)は、「到来する」かどうかが不確実でそしていつ「到来する」かが不確実な日。不確定期限」と訳している。
- (18) 川島武官編『注釈民法(7)物権(2)占有権・所有権・用益物権』(有斐閣、一九六八年)四二頁(渡辺洋三執筆)。
- (19) 戸水寛人『阿蘇ノ永小作』(有斐閣書房、明治三四年(一九〇一年))。
- (20) 文政は一八一八年四月二日〜一八三〇年二月一〇日、弘化は一八四四年二月二日〜一八四八年二月二八日。
- (21) 明治九年(一八七六年)八月五日、太政官布告二〇八号「金禄公債証書発行条例」により、華族・士族に給付されていた家禄・賞典禄が廃止され、金禄公債を発行することとなった(内閣官報局編『法令全書第九卷一』(原書房、一九七五年復刻。原本は明治二三年(一八九〇年)刊行)一四七〜一五一頁)。
- (22) 宝暦は一七五一年一〇月二七日〜一七六四年六月二日。
- (23) 混同(民法一七九条)のことか。
- (24) 明治初期、町村制施行以前に町村に置いて戸籍事務や町村の行政事務、公証事務を司らせた吏員。
- (25) 民法施行法中改正法律(内閣官報局編『法令全書第三三卷一』(原書房、一九八三年復刻)一九一〜一九二頁)。現行民法施行法四七条三項。
- (26) 法学協会雑誌二二号、二二号(明治一九年(一八八六年))参照。なお、このような法協での討論について、小柳春一郎「明治前期の民法学―法学協会における設例討論を素材として―」水本浩・平井一雄編『日本民法学史・通史』(信山社、一九九七年)一一〜四九頁参照。
- (27) 戸水寛人「永代借地権、永小作権、地上権」法協一九卷二一号八五一頁〜八六四頁(明治三四年(一九〇一年))。
- (28) 明治三四年(一九〇一年)九月二日法律三九号(永代借地権二関スル法律)(内閣官報局編『法令全書第三四卷一』(原書房、一九八四年復刻)七七〜七八頁)。
- (29) Superficiesの誤植と思われる。これについては前掲注(13)参照。以下、本文では訂正してSuperficiesと記述する。
- (30) 内閣官報局編・前掲注(25)一九二〜一九三頁。
- (31) 明治五年四月一四日太政官布告二二四号(内閣官報局編『法令全書第五卷一』(原書房、一九七四年復刻。原本は明治二二年(一八八九年)刊行)九一頁)。
- (32) 明治六年一月一七日太政官布告一八号(地所質入書入規則)(内閣官報局編『法令全書第六卷一』(原書房、一九七四年復刻。原本は明治

- 一三二年(一八八九年)刊行)一三〇一七頁)。
- (33) 明治七年八月二日太政官布告八五号(内閣官報局編『法令全書第七卷一』(原書房、一九七五年復刻。原本は明治三二年(一八八九年)刊行)八六頁)。
- (34) これは明治二七年七月一六日にロンドンにおいて調印された通商航海条約であり、それを批准し勅令として公布されたものが、明治二七年八月二七日勅令無号(通商航海条約)である(内閣官報局編『法令全書第二七卷一』(原書房、一九七九年復刻)三二五〜三三五頁)。
- (35) これは明治二九年四月四日にベルリンにおいて調印された通商航海条約であり、それを批准し勅令として公布されたものが、明治二九年一月一九日勅令無号(通商航海条約)である(内閣官報局編『法令全書第二九卷一四』(原書房、一九八〇年復刻)七〇一〜七一頁)。
- (36) これは明治二九年八月四日にパリにおいて調印された通商航海条約であり、それを批准し勅令として公布されたものが、明治三二年三月三〇日勅令無号(通商航海条約)である(内閣官報局編『法令全書第三二卷一二』(原書房、一九八一年復刻)八〇〜九二頁)。
- (37) 明治三二年二月二七日勅令四五八号(内閣官報局編『法令全書第三二卷一四』(原書房、一九八二年復刻)七七七〜七七九頁)。
- (38) 前掲注(28)参照。
- (39) 前掲注(4)参照。
- (40) 国際日本文化研究センターの民事判決原本データベースによれば、簿冊番号一〇一〇〇〇九一、簿冊内番号〇二四〇、事件番号一八八六年第六二三号民第六二三号。
- (41) 国際日本文化研究センターの民事判決原本データベースによれば、簿冊番号一〇一〇〇〇一八二、簿冊内番号〇二二一、事件番号一八八九年控第三四号民第三四号。
- (42) 国際日本文化研究センターの民事判決原本データベースによる。
- (43) 民法典制定以前の明治前期において、条理に基づいて判決を下した裁判がいくつか実在したことを、筆者はすでに検証している(深谷格「明治前期の広島裁判所における条理裁判とフランス民法——囲繞地通行権に関する裁判例を素材として——」西南学院大学法学論集三七巻一号〜五四頁及び深谷・前掲注(10))。戸水寛人が裁判官を務めた時期は、前掲注(4)において示したように、民法典制定前の時期であり、彼が条理や慣習法に基づいた裁判を行っていた可能性は否定できない。
- (44) 前掲注(4)参照。

〔付記〕

本稿執筆にあたり、国際日本文化研究センターの民事判決原本データベースを使用したことをここに付記する。