

選挙活動の自由と財産所有

中 島 徹

- 一 思想の「自由市場」と経済の「自由市場」
- 二 選挙権の拡大と個人の尊厳——1925年と2015年の間
- 三 財産所有と選挙権
- 四 土地所有権の近代性と前近代性
- 五 土地所有権、人格権、選挙権

一 思想の「自由市場」と経済の「自由市場」

1 選挙の公正をめぐる立法裁量論の根拠

本稿の目的は、なぜ政治的自由に属する選挙活動が大幅な立法裁量に服するとされてきたのかについて再検討することにある。この論じ尽くされた感がある主題について屋上屋を重ねる検討を加えるのは、今日なお公職選挙法に基づき戸別訪問をはじめとする選挙活動が規制され、それに対する根強い違憲論にもかかわらず、最高裁は合憲論に与したままだからである。憲法学説の多くは、選挙活動が表現の自由に属することを前提に、やむにやまれぬ政府利益が認められない限り、公職選挙法上の諸規制は違憲であると論じてきた。これに対し最高裁は、選挙活動規制を表現の自由の制限の問題と捉えたうえで選挙活動規制を正当化してきたわけではないので、議論はすれ違ったままである。

以下では、いささか迂遠な議論であることを承知の上で、まずは「自由市場」のメタファーをもとに、最高裁判決の分析を行う。そのうえで、その含意を選挙運動規制が初めて検討された明治期にさかのぼって検証し、その論拠を確認する。ただし、本稿は紙幅の都合から、選挙活動の自由を土地所有権を中心とする財産所有との関係において検討するにとどめ、制限論へと展開していく過程の分析は、別稿で行っていることをあらかじめお断りしておきたい。

今日、経済の「自由市場」をめぐる考え方は、大雑把に言えば、それを幻想にすぎないとして市場における自由を実質化するためには政府規制が必要だと説く立場と、政府介入こそが市場を歪める諸悪の根源であるから政府規制の緩和を徹底すべきだとする立場に二分され、どちらかといえば後者が優勢であることは、周知の通りである。

他方、憲法学説においては、憲法が保障する権利のうち精神的自由権と経済的自由権については、前者が厳格に保障されていれば後者の制限は必要に応じて修正できるという民主制のプロセス論を背景とした二重の基準論を前提とする立場が少なくない。これはしかし、思想について「自由市場」のメタファーを用いて自由を強調しながら、経済の「自由市場」に関しては制限を自明視する点で一日本国憲法29条2項の文言に適合的である点はさておき—「自由市場」について一貫性に欠ける態度ともいえる。もっとも、最近ではなぜ経済的自由が精神的自由に比して劣位におかれるのかという二重の基準論に対する懐疑論⁽²⁾とともに、市場の自由や政府規制の緩和に親和的な見解が憲法学説においても増えつつある⁽³⁾。

(1) この点は、山田省三先生古稀記念『現代雇用社会における自由と平等』（信山社、2019年）所収の拙稿「政治的自由と人格の平等」で検討している。

(2) 井上達夫『法という企て』（東京大学出版会、2003年）182-187頁。

(3) 例えば、棟居快行「規制緩和の憲法論」法律時報68巻6号（1996年）137頁以下。ジェレミー・ウォルドロンは、これを本来の立憲主義から逸脱したレッセフェール立憲主義と批判する。Jeremy Waldron, *Constitutionalism: A Skeptical View*, pp16-20. <http://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/4>

それとは対照的に、選挙運動の自由については大日本帝国憲法の下で制度化されて以来規制の対象とされ（戸別訪問禁止や法定外文書頒布禁止等）、今なお緩和される気配はない。これは、二重の基準論からすると逆転ともいべき状況で、一連の規制を批判する憲法学説は少なくないが、最高裁は一貫して合憲との立場をとってきている⁽⁴⁾。ちなみに、最高裁が現在採用する論拠は、かつてのような単純な公共の福祉論ではなく、制度化当初から説かれていた買収の温床等々の論拠を前提に、「選挙の公正」を保つための選挙運動規制をどのように行うかは立法府の判断に委ねられているとする、憲法47条を念頭に置いての立法裁量論である⁽⁵⁾。

法廷意見は、次のように述べる。

「戸別訪問の禁止は、意見表明そのものの制約を目的とするものではなく、意見表明の手段方法のもたらす弊害、すなわち、戸別訪問が買収、利害誘導等の温床になり易く、選挙人の生活の平穩を害するほか、これが放任されれば、候補者側も訪問回数等を競う煩に耐えられなくなるうえに多額の出費を余儀なくされ、投票も情実に支配され易くなるなどの弊害を防止し、もつて選挙の自由と公正を確保することを目的としているところ、……右の目的は

(4) 最高裁は、小売市場判決（1972（昭47）年11月22日刑集26巻9号586頁）で二重の基準論風の議論を展開し、泉佐野事件（1995（平7）年3月7日民集49巻3号687頁）で、集会の自由の制限について「単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要である」と一見すると厳格な制約基準を語るなど、あたかも二重の基準論を採用したかのごとき表現をすることがあるが、後者は、それを表現の自由の制限を肯定する文脈で用いるなど、具体的事案においては精神的自由権の制限を比較的容易に認める傾向にある。

(5) 公職選挙法の戸別訪問禁止規定に関し、最高裁は1950年9月27日の大法廷判決（刑集4巻9号1799頁）で規制が公共の福祉に適合すると述べ、1969年4月23日の大法廷判決（刑集23巻4号235頁）でそれを「変更する必要は認められない」としたが、その後も下級審で違憲判決が見られたため（松山地西条支判1978年3月30日判時915号135頁、広島高松江支判1980年4月28日刑集35巻4号205頁等）、最判1981年6月15日刑集35巻4号205頁）で、本文で検討するように公共の福祉論から一歩踏み出し、個別訪問禁止の理由を具体的に示すに至った。

正当であり、それらの弊害を総体としてみる際には、戸別訪問を一律に禁止することと禁止目的との間に合理的な関連性があるということが出来る。そして、戸別訪問の禁止によつて失われる利益は、それにより戸別訪問という手段方法による意見表明の自由が制約されることではあるが、それは、もとより戸別訪問以外の手段方法による意見表明の自由を制約するものではなく、単に手段方法の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約にすぎない反面、禁止により得られる利益は、戸別訪問という手段方法のもたらす弊害を防止することによる選挙の自由と公正の確保であるから、得られる利益は失われる利益に比してはるかに大きいということが出来る。以上によれば、戸別訪問を一律に禁止している公職選挙法一三八条一項の規定は、合理的で必要やむをえない限度を超えるものとは認められず、憲法二一条に違反するものではない。したがつて、戸別訪問を一律に禁止するかどうかは、専ら選挙の自由と公正を確保する見地からする立法政策の問題であつて、国会がその裁量の範囲内で決定した政策は尊重されなければならないのである。⁽⁶⁾」(下線部は、筆者による)

ここにみられる間接的・付随的規制論は、一見して明らかなように猿払⁽⁷⁾判決のそれを転用したものである。上記判決は、猿払判決が公務員の政治的自由の制限について広範な立法裁量を認めたのと同様に、戸別訪問禁止を「選挙の自由と公正を確保する見地からする立法政策の問題」としたわけである。この論理は、単に戸別訪問禁止にとどまるものではなく、広く選挙運動の自由一般に及ぶことはいうまでもない。

立法裁量は、国会が「国の唯一の立法機関である」(憲法41条)ことからすれば、当然の帰結であるかのようにみえる。しかし、立法権限の有無と立法内容の自由度は、少なくとも日本国憲法が採用する違憲審査制の下では、別次元の問題である。加えて、一票の格差問題に示されるように、選挙制度の設計について広範な立法裁量を認めれば、議会内多数派が既得

(6) 最判1981(昭56)年6月15日刑集35卷4号205頁。

(7) 最大判1974(昭49)11月6日刑集28卷9号393頁。

権益を維持すべく利用する蓋然性が高い。⁽⁸⁾ そのことを端的に示すのが、立法裁量を認める論拠のひとつとされる規制目的二分論（以下、二分論）である。

2 立法裁量論と規制目的二分論

憲法上の権利や自由に対する規制を、害悪発生の防止・除去のための消極目的規制と、「社会公共の便宜の促進」⁽⁹⁾のために特定の行為を禁止する積極目的規制に二分するこの議論は、一般的には経済的自由の規制基準として知られる。戸別訪問禁止との関係でこれを明示的に用いたのは香城敏磨だが、伊藤正巳も戸別訪問禁止に関する最高裁判決の補足意見で「競争を公平に行わせることに独自の価値があり、そのためにある行為を禁止するというルールを定立する場合と、ルールの定立ということ自体には意味がなく、単にある行為を無価値なものとして禁止する場合とを対比してみると明らかなように、前者のルール設定については、国会の裁量権の幅は広く、その立法政策に委ねられているところが大きい」と論じ、⁽¹⁰⁾ 実質的には二分論を認めていた。

その背景には、戸別訪問禁止の根拠に挙げられてきた買収の温床等の弊害論、すなわち二分論にいう消極目的規制の観点からの理由づけが説得力を失い、禁止を正当化する別の論拠が必要とされたという事情がある。それに応えたのが、伊藤のゲームのルール論であった。伊藤によれば、「下級審の裁判官に会ったときに比較的私の補足意見を評価する人が多かつた⁽¹¹⁾」という。実際、補足意見の後、戸別訪問禁止を違憲とする判断は裁判所から消えた。

(8) Carles Boix, *Setting the Rules of the Game: The Choice of Electoral Systems in Advanced Democracies*. *The American Political Science Review* Vol.93, No.3 (1999) p.610.

(9) 最大判1987(昭62)4.22民集41巻3号408頁(森林法判決)。

(10) 最一小判1984(昭59).2.21刑集38巻3号387頁。

(11) 伊藤正巳『裁判官と学者の間』(有斐閣、1993年)263頁。

だが、小売市場判決⁽¹²⁾に端を発する経済的自由に関する二分論の方は、その後学説の支持を失い、判例上も言及される機会が減った。それには、規制目的に応じて違憲審査基準を機械的に振り分けることへの疑問という理論上の難点から、現実の経済運営における政治イデオロギーの変遷まで、さまざまな要因があるだろう。その点はさておき、今日、経済的自由権が広範な立法裁量に服するという議論の通用力は、裁判所だけでなく学説においても著しく低下し、経済市場では政府主導で規制緩和が進行している。それに対し、選挙運動の規制は緩和されず、広範な立法裁量に委ねられたままである。

選挙運動の自由と経済的自由。憲法学上、二重の基準論を背景に、権利保障のあり方が異なると理解されることが一般的であった二つの「自由」を結びつけるために持ち出されたのは、「競争の公正」という目的である。その前提には、二つの自由に共通する「自由市場」という観念上の想定があった。選挙運動の自由と関連づけて論じられることが多い表現の自由の基礎づけ論のひとつに思想の自由市場論があるが、これが自由放任主義の経済思想の読み替えであることは、改めて説明する要もないであろう。選挙も市場も、自由競争の場であり、「公正」の担保は、前者では公職選挙法⁽¹⁴⁾、後者は独占禁止法というわけである。

(12) 最大判1972(昭47)11.22刑集26巻9号586頁。「憲法は、全体として、福祉国家的理想のもとに……国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定している……。社会経済の分野において、法的規制措置を講ずる必要があるかどうか、その必要があるとしても、どのような対象……手段・態様の規制措置が適切妥当であるか……を判断するにあたっては、……相互に関連する諸条件についての適正な評価と判断が必要であって、このような評価と判断の機能は、まさに立法府の使命とするところで……ある。……裁判所は、……立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限って、これを違憲として、その効力を否定することができる」。

(13) 二分論を取り巻く判例・学説の状況について、中島徹「経済的自由権」(辻村みよ子編『ニューアングル憲法』(法律文化社、2012年)166頁以下参照。

(14) もっとも、周知のように独占禁止法と市場の自由との関係については、営業の自由論争以来、論争的であり続けているが、ここで論じる余裕はない。

しかし、そもそも選挙における「競争」は、市場におけるそれと同質なのか。これを異質とみれば、二分論を選挙と経済的自由の両分野に共通する法理として安易に用いることはできない。この点に関わって、奥平康弘は「経済活動あるいは人間生活の物質的側面への国家的関与の領域では、あるいは二分法もある種の意味を持つかもしれない……現代福祉国家においては、……複合的な要素を長期的な展望をもって専門的に分析し判断しつつ、多少の試行錯誤も覚悟して漸次的に実行してゆくという手順がとられてしかるべきである。……ところが、現代国家の「福祉国家」性をいくら強調しても、ひとの精神活動・政治活動に対して国家が積極的、政策的な見地から介入してくることは、そう簡単に容認できない⁽¹⁵⁾」と指摘していたが、これは選挙と市場の異質性を念頭に置いての指摘である。

だが、「ひとの精神活動・政治活動」という表現に集約される個人主義の一その意味で立憲主義的な一視点は、実は伊藤のゲームのルール論と交わるところがない。伊藤は「競争を公平に行わせる」こと、すなわち、市場であれ選挙であれ、そこに参加する者全てが服すべきルールを語るだけである。そこでは、個人は誰にでも等しく適用されるという意味での中立的なルールを適用される客体でしかない。個人の尊重を基本理念とする日本国憲法の下で、奥平⁽¹⁶⁾だけでなく、憲法学説の多くが伊藤の立法裁量論に批判的であったのは当然であった。

3 間接的・付随的規制論とゲームのルール論

とはいえ、伊藤は憲法及び英米法の研究者で、しかも表現の自由を主要な研究テーマのひとつに据えていたから、日本の選挙法制の問題点を熟知していたはずである。それにもかかわらず、なぜ選挙運動の自由は広範な立法裁量に服すると論じたのか。ありうる一つの説明は、「私もまた判例

(15) 奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』（東京大学出版会、1988年）185頁。

(16) 吉田善明「戸別訪問の禁止」憲法判例百選第4版（2000年）348頁以下、野中俊彦『選挙法の研究』（信山社、2001年）231頁以下等参照。

の権威を尊重し、それに従うことが常で……あるが、判例の示す論理に疑問を抱いた⁽¹⁷⁾」というものだが、仮にこれが理由であれば、判例の結論は維持するが、説明を変えたというだけのことで、殊更に検討するまでもない。

これとは異なる観点からの説明によれば、香城が主張した間接的・付随的(内容中立)規制論が表現の自由一般、ひいては精神的自由全般に適用されることをけん制するためだという。伊藤は明示的に香城の議論を名指ししたわけではないが、「以上に挙げたような(内容中立規制を含む一引用者注)理由のみでもって戸別訪問禁止が憲法上許容されるとすると、その考え方は広く適用され、憲法21条による表現の自由の保障を著しく弱めることになる」と指摘して、間接的・付随的規制論を表現の自由の領域に持ち込むことに反対していた。

その背景には、猿払事件最高裁判決の内容中立規制論を戸別訪問禁止に⁽¹⁸⁾応用した最初の最高裁判決⁽¹⁹⁾がある。伊藤はその1か月後に間接的・付随的規制論に異を唱えつつ補足意見を書くわけだが、上記最二小判が採用した論理は、実はそれ以前に香城が関与した大阪高裁判決⁽²⁰⁾で採用されたものと同質であった。その点で、伊藤の補足意見にはそれを批判する意図があったとみる余地は十分にある。

阪口正二郎は、これを「香城の手によって、戸別訪問禁止の領域を足掛かりとして表現の自由の領域一般に拡大される可能性を警戒して、あえて選挙運動の規制を表現の自由の規制一般から隔離するために自覚的に展開されたもの⁽²¹⁾」と指摘する。ここでその当否を論じる余裕はないが、二点だ

(17) 伊藤、注(11)書62-63頁。

(18) 最大判1974(昭49)11.6刑集28巻9号393頁。

(19) 最二小判1981(昭56)6.15刑集35巻4号205頁。

(20) 大阪高判1980(昭55)3.4判タ416号177頁。

(21) 阪口正二郎「憲法上の権利の制約類型を考える必要性について」高橋滋=只野雅人編『東アジアにおける公法の過去、現在、そして未来』(国際書院、2012年)270頁。伊藤自身、「選挙運動のルールの考え方には、この問題が表現の自由そのも

け指摘しておきたい。

第一に、阪口の議論を前提にすると、伊藤は選挙運動の自由を表現の自由から切り離して理解し、両者を性質が異なる権利と理解していたことになる。とすれば、表現の自由保障の観点から戸別訪問禁止をいくら批判しても、伊藤は何ら痛痒を感じないだろう。第二に、阪口は、伊藤補足意見から1年後に香城が関わった東京高裁判決における「選挙運動についての……規制の中には、買収、利害誘導の処罰のように……選挙に対してもたらず直接の弊害を除去するという消極的・警察的見地から」の規制と「選挙運動の期間、方法の規制のように、選挙運動として尊重すべき価値を内包しているが、他方において選挙の公正を損なう弊害を伴うことが予想される行為……を規制する方が全体としての選挙の公正を確保するうえで望ましいとの……積極的、政策的見地に立って規制を行っているもの」があり、「後者……は、すべての候補者等に平等に適用される選挙のルールとしての性格⁽²²⁾」をもつとのくだりに関し、「伊藤が展開した選挙のルール論を、正当化を抜きにして『積極規制論』として飲み込んでいる⁽²³⁾」と指摘する。

しかし、前述のように伊藤自身もゲームのルール論と「積極規制論」を接続させていたとみる余地がある。たしかに、伊藤は表現の自由との関係で間接的・付随的規制論に批判的だが、「選挙の公正」という積極目的を中立的に適用することで広範な立法裁量を導くゲームのルール論と間接的・付随的規制論との間の距離は、特定の個人や表現内容等に着眼せず万人に等しく適用される結果として権利制限が生じても深刻な問題を引き起こさない⁽²⁴⁾と論じる点において、実はそれほど遠く隔たっているわけではな

のにかかわると考えることを避けたいという気持ちが働いている」と述べている。

注11書275頁。

(22) 東京高判1982（昭57）年4月15日判タ471号226頁。

(23) 阪口、注（21）論文272頁。阪口は、「伊藤が予想すらしなかった」「香城のしたたかさ」を指摘するが、予想の有無はともかく、伊藤のルール論自体が「選挙の公正」＝積極目的を前提にしている。

い。そして、この点にこそ伊藤の選挙権と選挙運動の自由に対する観方が集約的に示されているともいえる。

この点に関連して、伊藤のルール論を選挙権公務説の反映とみるのは、辻村みよ子⁽²⁴⁾である。その指摘に異論はないが、本稿は選挙権の法的性質を論じることを目的としていないので、権利説と公務説の対立について深入りすることは避ける。問題は、伊藤自らが「民主制をとる国のうち特異なもの⁽²⁵⁾」と呼ぶ戸別訪問禁止規定の存在理由と、選挙権を権利であり公務であると理解することとの関係である。

二 選挙権の拡大と個人の尊厳——1925年と2015年の間

2015年の公職選挙法改正により、2016年の選挙から選挙権年齢が18歳に引き下げられた。これは、1945年に20歳以上の男女に選挙権が認められて以来、日本国憲法下で初の選挙権拡大である。それに先立つ1925年、納税要件を撤廃し25歳以上の男子に選挙権を認めたのが日本における「普通」選挙制度の始まりとされるが、これは大日本帝国憲法下の「拡大」であった。主権原理を異にするふたつの憲法の下で、1925—1945—2015年の選挙権拡大のほぼ全期間を通じて存在したのが、それに先立つ制限選挙制下では行われていなかった戸別訪問禁止である。

それが1925年に創設された際の立法理由は、「戸別訪問ノ如ク情実ニ基

(24) 「一般的に憲法規定が法律に委任しているからと言って、立法府の裁量に制約がなくなるわけではないため、憲法47条から直接に広い立法裁量を導くことはできないといえる。ただ、伊藤裁判官がこの点を理解していないとは考えられないため、やはりその背景には、選挙という公務の本質に根差した理解が存在すると考えざるをえない」。辻村みよ子『選挙権と国民主権』（日本評論社、2015年）208頁。なお、選挙権の法的性格をめぐって、加藤一彦『議会政治の憲法学』（日本評論社、2009年）43頁以下。

(25) 伊藤正巳『憲法』（弘文堂、1982年）122頁。大韓民国憲法41条3項も同旨で、法律により戸別訪問が禁止されている。本項の検討課題は、この禁止の日本における存在理由の淵源を探ることにある。

キ感情ニ依ツテ当選ヲ左右セムトスルカ如キハ之ヲ議員候補者ノ側ヨリ見ルモ其ノ品位ヲ傷ケ又選挙人ノ側ヨリ見ルモ公事ヲ私情ニ依ツテ行フノ風ヲ訓致スヘク今ニシテ之ヲ矯正スルニ非サレハ選挙ノ公正ハ遂ニ失ハルルニ至ルベシ⁽²⁶⁾（傍点、筆者）というものであった。地盤維持という政権党側の思惑が伏在していたにせよ、この一文が直接的に説いているのは、愚民観を背景とした道徳的教化の必要性に他ならない。これを、普通選挙制と治安維持法の抱き合わせと同じく、「選挙市場」に新規参入する無産階級対策とみるのが、政治学や歴史学における通説的理解であった⁽²⁸⁾。

しかし、戸別訪問は不正行為の温床であるとか、情実や感情に訴える選挙といった「弊害」は、1925年を契機に突如として予測されたものではなく、すでに制限選挙制下でたびたび指摘される問題のひとつであった⁽²⁹⁾。有産階級に属する者といえども有徳の市民とは限らないため、選挙は「政策や指導力への支持を広げていくという形のものになりにくく、選挙民の情に訴えて、当選を嘆願する形のものになりやすかった⁽³⁰⁾」と考えられていたのである。

その原因の一端は、大日本帝国憲法下の衆議院が、内閣や貴族院、枢密院、それらに対し圧倒的な影響力を持つ官僚、それを統括する天皇の統治大権との対比において権限が小さく、「民主」政治の担い手といえる存在でなかったことにある。実現の見込みが薄い政策を訴えて支持を求めるよりも、「暴力的圧力、情実の起用、勧誘・依頼、買収、権力の利用等々の

(26) 内務省「衆議院議員選挙法改正理由書」（中央報徳会、警察協会、1925年）206頁。なお、『日本立法資料全集別巻845』（信山社、2014年）に収められている。

(27) これら選挙取締規定の導入に積極的であったのは内務省ではなく、憲政会、革新倶楽部、立憲政友会を与党とし、憲政会総裁加藤高明を内閣総理大臣とする護憲三派内閣で、地盤維持が目的であったといわれる。松尾尊兌『普通選挙制度成立史の研究』（岩波書店、1989年）308頁。

(28) 同327頁以下参照。

(29) 戸別訪問禁止が腐敗一掃を掲げて衆議院に議案として初めて提出されたのは、1909（明42）年であった（審議未了）。

(30) 柚正夫『日本選挙制度史』（九州大学出版会、1986年）53頁。

手段に訴える」方が有効であったのである。⁽³¹⁾

この点で、1925年の選挙権拡大時における現実⁽³²⁾は、蟻川恒正が説く『尊厳』の普遍化仮説、すなわち、「憲法上の権利のなかの主要なものはかつての高い身分に随伴した名誉を自覚的に守る生き方としての『尊厳』の尊重に由来し、それが高い身分なき者にまで『拡張』されたところに成立する権利」であり、「高い身分の普遍化としての個人の憲法上の権利は、新たにその権利主体となろうとする者に対し、立憲主義の『法システム』の期待する行為を行う意思と能力を有していることの一般的証明を要求している⁽³²⁾」との命題を充足する状況にはなかったのである。そして、いまだ「一般的証明」をなしえないことの代償が、戸別訪問の禁止であったと考える余地がある。

戸別訪問禁止違憲論を先導した奥平は、戦前から続く戸別訪問禁止について「憲法体系の転換、すなわち、一方における国民主権の原理と、他方における基本的人権の保障原則の採用により、新しく吟味再検討されるべきもの」であり、「戦前からの制限制度の生き残りの一つであるという意味で、戦後の制限諸規定の性格を照らし出す鏡でありうる⁽³³⁾」と指摘する。しかし、憲法体系の転換は、権利主体の側がそれを受け止め充填できなければ、外皮の転換にとどまる。日本国憲法の下で、われわれは「一般的証明」の求めに⁽³⁴⁾応じてきたのか。以下では、まず憲法体系の転換以前の選挙

(31) 同上。

(32) 蟻川恒正「尊厳と身分」石川健治編『学問/政治/憲法—連環と緊張』(岩波書店、2014年) 263頁。

(33) 奥平康弘『表現の自由 III』(有斐閣、1984年) 224-5頁(初出は1968年)。なお、奥平はこれを「戦前以来の歴史に由来する特殊日本的なもの」(奥平、『なぜ「表現の自由」か』(東京大学出版会、1988年) 172頁)と性格づけるが、その「特殊性」こそがここでの関心事のひとつである。

(34) もとより、蟻川のいう尊厳の普遍化仮説が想定する「近代立憲主義」は、女性の権利だけをとっても、大日本帝国憲法の下では実現されていないことがわかる。しかし、そうであれば、そもそも日本における近代立憲主義の源流を自由民権運動やその理論的指導者とされる植木枝盛に見出すこともまた再検討の必要があるかも

権拡大と選挙運動規制における歴史を検証することを通じて、この点を考えてみたい。ちなみに、ここでの「歴史」は「普通選挙制度」と抱き合わせに治安維持法が施行された1925年ではなく、それに先立つ時代をさしている。選挙運動の規制それ自体は、必ずしもしばしば指摘されるような無産者対策としてだけでなく、それ以前の有産者への選挙権拡大の時期から検討されていた。そして、選挙権が拡大された有産者は納税要件を満たした者であったが、選挙権拡大当初の租税は地租だけであったから、実は選挙権の拡大とそれに伴う規制は、明治期における土地所有権の確立と密接に関連していたのである。

三 財産所有と選挙権

1 納税要件と選挙運動規制

地券発行と地租改正は、明治維新後の土地制度に大変動をもたらした。財源としての地租は、「四民平等」に集約される旧来の身分秩序の否定と再編を通じての国民国家の形成という当時の課題の下で、土地制度だけではなく身分秩序にも大きな影響を与えたのである。地租は、開国に伴い必要となった海上防衛等の統治コストを賄う役割を担い、実際、当時の歳入の8割を占める国家財政上の主要財源として、国民国家形成の一翼を担うことが期待—⁽³⁵⁾—現実にそのように機能したかどうかはともかくとして—⁽³⁵⁾—されていた。地租を地代とみれば、土地所有権ないしそれを包含する—土地所有権と未分化の—統治権は、地租負担者以外の何者かに属するはずである。この場合、いわゆる近代的土地所有権が確立されたとみることが困難

しれない。自由民権運動には、労働者＝無産者の人権保障という視点はないからである。この点は、別稿で検討を予定している。なお、植木に関しては、例えば家永三郎『植木枝盛研究』（岩波書店、1975年）参照。

(35) 奥田晴樹『地租改正と割地慣行』（岩田書院、2012年）23頁。

であることはいうまでもない。

他方、それを租税とみれば、その根拠や使途が問われることになる。実際、植木枝盛は早くから「地券ノ発行アリト雖ドモ、租税ノ徴収ハ政府ノ専裁ニ出デ⁽³⁶⁾」
「租税ヲ処置スルニハ政府一己ニシテ之ヲ為スコキ義アルコト無く、必ズヤ全国人民ト協議セザルヲ得ザル可ク、而シテ租税ヲ全国民ト協議スルニハ国会ヲ開設セザルヲ得ザル可ケレバ也⁽³⁷⁾」と主張していた。租税負担は、自由民権運動の国会開設要求の根拠のひとつであったわけである⁽³⁸⁾。

とはいえ、自由民権運動においては、人一般への選挙権の拡大が主張されていたわけではなかった。選挙権の拡大は、実際には、納税者という「身分」と結びつけて主張されていたにすぎない。女性参政権への視点を欠いている点もあわせて考えると、自由民権運動が立憲主義思想の源流といえるかどうかは再検討の余地もある⁽³⁹⁾。その点はさておき、上に述べたように、地券発行・地租改正と選挙権の拡大の間にある隠れた関連性を確認することが本稿第二の課題である。

その点に関連して、公職選挙法上の選挙運動規制は、納税要件を撤廃し

(36) 植木枝盛「国会開設ノ願望致スニ付四方ノ衆人ニ告グルノ書」(1870(明12)年11月)『植木枝盛集第6巻』(岩波書店、1991年)49頁。

(37) 同「国会ヲ開設スル尤可ヲ上願スルノ書」(1871(明13)年4月8日)同59頁。

(38) 家永三郎『植木枝盛研究』(岩波書店、1960年)184頁以下参照。もっとも、板垣退助らによる「民撰議院設立建白書」は、一方で、納税者には「政府ノ事ヲ与知可否スルノ権理」があるとの認識を示しながら、他方で「政府ノ強キ者何ヲ以テ之ヲ致ヤ、天下人民皆同心ナレバナリ」、「政府人民ノ間、情実融通、而相共ニ合テ一体トナリ、国始メテ以テ強カルベク、政府始メテ以テ強カルベキナリ」と述べて、「強い国家へのあこがれと国家権力との一体化」(大木基子「自由と民権の思想」、江村栄一編『自由民権と憲法』吉川弘文館、1995年、24頁)が語られており、実際には納税者の権利の視点は希薄であった。

(39) 当初の「民権自由」から「自由民権」に定着していくのは、『民権』(国政参加権)をアピールしなかったため(江村栄一「自由民権を考える」注38書15頁)で、「士族出身の民権派知識人は、『平民は卑屈で知識も元気もない』などと内心では思いつつも、理論としては、身分や財産を問わない『人民一般』の政治参加を要求するほかなかったのである」(牧原憲夫「有司専制と国会開設運動」同39頁)。

た1925年の「普通」一男性限定一選挙制度導入以前の、地租改正後の時点ですでに検討されていたことにも留意する必要がある。今日まで続く戸別訪問禁止等の選挙運動規制は、上記「普通」選挙制度と引き換えに導入されたと説明されてきた。もとより、それ自体は事実である。しかし、地租改正（1873年）後の1889（明治22）年時点における衆議院議員選挙法制定時の納税要件は、直接国税15円以上で、それにより新たに選挙権を獲得したのは約45万人、当時の日本の人口は4000万人であったから、納税要件を充足した者は1%強にすぎなかった。当時の直接国税は地租だけであったから、地租と選挙権の拡大は少なくとも無関係ではない。この時点ですでに検討されていた選挙運動規制の意義は、実際に導入された時期に同定されたそれとは異なり、無産者対策にとどまるものではなかった可能性がある。

「代表なくして課税なし」という近代租税原則は、いうまでもなく私有財産制を前提とする。日本の場合、地券発行と地租改正が近代的土地所有権の確立を促したとすれば、それはこれまで述べてきたように、土地の再配分だけでなく、選挙権を有していなかった者の一部に対し選挙権を付与する契機ともなっていたことを意味する。財産所有と選挙権の結びつき自体はとりたてて目新しい論点ではないが、日本の場合、「近代」の理解については第二次大戦以前の政治社会を絶対主義の時代と描き出す一講座派の一理解が、少なくとも憲法学では一般的である。それは、いまだ近代的土地所有権が未確立であることを暗黙のうちに含意していた。この場合、地租と土地所有権と選挙権（ならびにその規制）は、いずれも「権利」性が未確立であるという点で、相互の連環は断ち切られる。それはまた、大日本帝国憲法における財産権をはじめとする諸権利の意味、ひいては日本国憲法の下での「近代」と「前近代」理解のずれにも影を投げかけるであろう。この財産所有と選挙権の連環ないし非連環は、憲法学にとっていかなる意味をもつのか。

2 選挙権と土地所有権

地券発行と地租改正に「近代的土地所有権」確立の画期を見出す見解と裏腹に、明治政府は版籍奉還を天皇への領主権の返還とみて日本の国土の土地所有権も天皇にあり、地租は天皇に対する地代の支払いと解する立場を採用していた。これは、国会開設要求の根拠のひとつとして近代租税原則を掲げて、代表なくして課税なしの原理が実現されていないことは私有財産権の侵害であると主張する自由民権運動への牽制としての意味をもっていた。天皇が土地所有権を有するという、いわゆる王土論⁽⁴⁰⁾によれば、地租を地代と説明することができるから、私有財産権の侵害との主張を退けることができる。これが、本節冒頭で指摘した「近代」理解をめぐるずれを引き起こす要因のひとつ、すなわち大日本帝国憲法（以下、明治憲法）下の体制を天皇制絶対主義と規定したうえで、その意味における「前近代」を解体することが、近代立憲主義憲法としての日本国憲法成立の前提条件であると論じることにつながることは、容易に看取できるであろう。

もっとも、王土論だけでは、地租が天皇の統治権に基づくものなのか、それとも土地所有権に基づくものかは、必ずしも明らかではない。加えて、不平等「条約改正とそれに伴う内地雑居を実現する上で、在日外国人を含む、私的所有権の不可侵原則を打ち立てることは必須⁽⁴²⁾の要件」であっ

(40) 「国会を開設するの充可を上願する書」（片岡健吉・河野広中代表、『自由党史上』（岩波書店、1957年）282-306頁。地租改正に関する主張は、第六項目にある。その内容や評価をめぐっては、服部之総『明治の革命』（理論社、1967年）、後藤靖『自由民権思想』（青木書店、1968年）内藤正中『自由民権運動の研究』（青木書店、1964年）、大石嘉一郎『日本地方財行政史序説』（お茶の水書房、1978年）、大江志乃夫『明治国家の成立』（ミネルヴァ書房、1998年）等参照。

(41) 「皇統一系万世無窮、普天率土其有ニ非ザルハナク其臣ニ非ザルハナシ」（東京大学資料編纂所編『明治維新史料選集（下）明治篇』、東京大学出版会、1972年、148頁）。これは、より正確に言えば王土王民論、すなわち「国体」論に他ならない。

(42) 奥田、注（35）書23頁。

たとすれば、個人の土地所有権を認めない王土論ではこれを充足することもできない。そのため、政府は王土論の下で土地所有権を法的には承認しつつ、地租を地代と理解することで選挙権の拡大要求を拒否するというアクロバティックな法的構成を考案する必要に迫られた。

明治憲法は、この課題にどのように答えたか。条文上は「日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ納税ノ義務ヲ有ス」(21条)、「日本臣民ハ其ノ所有権ヲ侵サルコトナシ 公益ノ為必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」(27条)と定めるだけで、財産権の制限を法律事項としている点では日本国憲法と大きな違いはなく、曲芸の痕跡を見出すことは困難である。もとよりこれは、明治憲法のいわゆる外見的立憲主義を日本国憲法が継受しているとか、逆に明治憲法は外見的立憲主義の憲法ではなかったなどと主張するものではない。検討すべきは、上記課題とこれらの規定がいかなる関係にあるかということである。

果たして、王土と近代的土地所有権という両立しがたい観念は、明治憲法へと至る道でどのように論じられ、上記憲法規定へと結実していったのか。本稿が、明治期における近代的土地所有権確立の有無に注目するのは、それが一方で選挙権の拡大と連動していた可能性があること、他方でしかし、戦後農地改革の対象とされた明治憲法下の土地制度が絶対主義のそれとして、「近代」理解をめぐるずれの原因の一端でもあるからである。

四 土地所有権の近代性と前近代性

1 農地改革と近代的土地所有権

戦後農地改革（以下、農地改革）により地主から小作人へと移転された農地所有権が、旧地主のそれと同じ性格のものであれば、農地改革は小作農民を解放したかもしれないが、同時にそれは自作農という新たな地主を作り出した⁽⁴³⁾だけでもいえる。そうであれば農地改革は、「近代」資本主義

に適合的な財産権の保障と同義であるにすぎない⁽⁴⁴⁾と解する余地があることになろう。もちろん、これを「自由な諸個人」を支える権利保障と理解し、あとは憲法29条の枠組みの下で権利の保障と制限を論じれば、憲法論としては完結するともいえる⁽⁴⁴⁾。

しかし、そのように解すると、農地改革により地主の土地所有権が農民の土地所有権へと転換されたことの正当性を説明できなくなるはずである。なぜなら、前述のように明治憲法下の土地所有権を近代的性格のもの⁽⁴⁵⁾と解するのであれば、一反について「鮭三尾」程度ともいわれた「相当補償」しかなされないままでの所有権の移転を合理的に説明することは困難だからである。それが正当であるためには、たとえば農地改革を寄生地主制、すなわち支配従属関係の解体ととらえ、それを「日本国憲法存立の前提」と把握することで、法外の、その意味で一種の「革命」であると説明する必要がある⁽⁴⁶⁾。

しかし、自作農創設ないし小作人の保護はすでに戦前から国内政治の課題であったし、また、GHQ 側に「土地持ちの穏健な社会的安定層を形成する」意図はあったにせよ、「土地国有化や耕作権の強化といった道筋は考慮外であった⁽⁴⁷⁾」とすると、そのような説明は農地改革の実態とはかけ離

(43) 渡辺洋三は、「旧地主を追い払って、その代わりに新地主をつくり出した農地改革方式そのものに根本的に限界があった」と指摘する（『農地改革と戦後農地法』東京大学社会科学研究所編『戦後改革6 農地改革』東京大学出版会、1975年、104頁）。

(44) 愛敬浩二『近代立憲主義思想の原像—ジョン・ロックの政治思想と現代憲法学』（法律文化社、2003年）、中島徹『財産権の領分—経済的自由権の憲法理論』（日本評論社、2007年）第3章参照。

(45) 一反は300坪＝約1000㎡で、その買取対価は鮭三尾分（2円50銭）といわれた。

(46) 山田盛太郎「農地改革の意義」（『山田盛太郎著作集第3巻』岩波書店、1984年）235頁。

(47) 島本富夫「戦後農地制度の改正経緯とその効果・影響」原田純孝編著『地域農業の再生と農地制度 日本社会の礎＝むらと農地を守るために』（農山漁村文化協会、2011年）10頁）。なお、大内力『日本資本主義の農業問題 改定版』（東京大学出版会、1952年）299頁。

れていたといわなければならない。

加えて、仮に農地改革の意義を寄生地主制の解体に見出し、それを「革命」と捉えるならば、農村における「自由な諸個人」は、抽象的な土地所有者ではなく、農地所有者という特殊なカテゴリーにおいて把握すべきこととなる。⁽⁴⁸⁾ だがそのような理解は、人権の普遍性という「近代的」⁽⁴⁹⁾ 観念との関係において疑問の余地があるだけでなく、農地所有者の自由ということの具体的な意味も問われる必要があるだろう。なぜなら、戦後農地改革によって、「前近代」が一扫されたと考える以上、ここで近代的土地所有権が確立されたことになり、それが戦後の土地所有制度を形作る基本となるからである。

果たして農地改革は、寄生地主制という「前近代」の解体と、土地所有権ないし利用権の保障という「近代」の、いずれで理解すべきであったのか。⁽⁵⁰⁾ 2009年の農地法改正における農地耕作者主義の放棄は、農地改革を「前近代」の解体＝農地耕作者主義の確立という前者の文脈で論じる限り、日本国憲法的前提を掘り崩すものとなる可能性を秘めている。他方、後者の下に位置づければ、日本国憲法の枠内での権利の保障と制限の問題として考えれば足りることになるだろう。それはしかし、農地改革を「前近代」を清算し日本国憲法成立の前提と理解する憲法学説と整合的でありうるだろうか。

(48) 実際、そのように論じる見解もある（大澤正俊『農地所有権の理論と展開』（成文堂、2005年、394頁）が、そのような義務は「自由な諸個人」という観念と相容れない疑いがある。なお、農地法2条の2は、所有者等に「農地の農業上の適正かつ効率的な利用を確保するようにしなければならない」と規定するが、これは義務ではなく責務規定と解されている。

(49) 樋口陽一「批判的普遍主義の擁護—文化の多元性に対面する人権概念」（比較法研究59巻（1997年）3頁以下）参照。

(50) これは、近代法の下で土地所有権と利用権の関係を検討する土地所有権の近代化論との関係で問題を一層複雑にする論点であるが、後述する。

2 地租改正と王土論

土地の私有を原理的に否定する王土論は、「法」的観点からは律令制下の公地公民制が明治期まで存続していたとの主張や、徳川時代の田畑永代売買禁止令など、歴史の各時点におけるさまざまな制度に根拠が求められてきた。しかし、いずれも牽強付会な説明で所詮は王土論を正当化するためのパッチワークでしかないように思われる。もとより、歴史学上の知見には、墾田永年私財法が実は公地公民制を維持する役割を果たすものであった等々、土地制度論として興味が尽きない議論は少なくない。だが、本稿の当面の目的との関係では、古代までさかのぼって王土論の法律学的構成を検証する必要はないであろう。

本稿で確認しておくべきは、王土論をめぐって当時いかなる主張がなされていたか、それと対抗関係にある近代的土地所有権の確立がどの程度に意識されていたかどうかである。王土論を、土地所有権、近代租税原則、議会開設のいずれをも拒否する根拠として唱えていたのは、王政復古の実現に尽力し、「国体」を「地球上絶無稀有⁽⁵¹⁾」と唱えた岩倉具視であった。岩倉は「國土ハ則チ皇室ノ國土臣民ハ則チ皇室ノ臣民⁽⁵²⁾」と説いて、国家と皇室、国土と臣民を一体のものとして論じた。その上で、社会契約論的発想を妄説と退け、地券の交付は所有権を与えたものではなく、天皇の所有する土地を利用する対価として、租税という名の実質的には地代であると説く⁽⁵⁴⁾。岩倉の意図は、主として国会開設要求を原理的に否定することと、そ

(51) 多田好問編『岩倉公実記（下巻）』（原書房、1968年）982頁（1883（明16）年3月。日付の記載はない。以下、日付記載がない限り同じ）。

(52) 同844頁（1882（明15）年7月）。

(53) 皇室國家ト謂ヘハ吾皇室國土及臣民ヲ合稱シ國政ハ即チ皇室ノ公務政府ハ即チ之ヲ舉行スル所ノ府ニシテ……土地ニ官有民有ノ區別アリ皇室ト政府ハ別物タリ百官有司ハ他ノ臣民ノ使役者タリ主權ハ君民ノ間ニ在リト云フノ理アラシヤ」同上。

(54) 「吾カ皇國ノ國體ニシテ世界萬國ニ冠絶スル所以ナリ然ルニ近來……天約民約等ノ妄説ヲ信シ國土ハ本來人間ノ共有ニシテ……租税ハ人民ノ給スル所之ヲ以テ官吏ヲ養ヒ政務ヲ託ス故ニ官吏ハ人民ノ傭使ノミト……爲サントスルハ蒙昧杜撰尤甚

れが回避できない場合の皇室財産の設定にあつた。⁽⁵⁵⁾ここでの議論は、明治14年政変後のものであるが、この時点では既に国会開設を不可避とみたらからこそ王土論を強調することで、皇室財産設定への道筋をつけたのであ⁽⁵⁶⁾る。その意味で、調整型のリーダーとして現実主義者であった岩倉の真意は、財政基盤確立のために必要とされた地券交付・地租改正と、明治維新の基本原則である王土王民論＝「国体」との間に生じた矛盾を糊塗することにあつたといえよう。

3 王土論をめぐる同床異夢

岩倉の王土論に影響を与えた可能性があるといわれるのが、岩倉と関係が深く、ほぼ同じ時期に意見書として元田永孚に提出された副島種臣の王⁽⁵⁷⁾

シト謂フ可シ」（同845頁）、「地券ヲ興フル者ハ土地ヨリ生スル所ノ収穫利益ヲ賣買使用スルノ權ヲ興フルノ趣意ニシテ土壤ヲ舉テ所有スルノ權ヲ興フルニ非ス」（同846頁）、「田畑山林鑛山等一切土地ヨリ徴収スル所ノ税ハ之ヲ國租ト謂フ國租ハ即吾カ皇上ノ所有スル國土ヨリ徴収セラルハモノナルヲ以テ臣民ヲシテ必ス貢納スヘキノ義務アルヲ知ラシメ國會固ヨリ擅ニ議シテ之ヲ廢興スルヲ得サラシムルナリ之ヲ徴収シ之ヲ使用スルハ皇上ノ聖裁ニ出テ人臣之ヲ專擅スルコト能ハサルヲ昭示シ以テ國土所有主權ノ所在ヲ明瞭ニス可キナリ」（同848頁）、「抑此國土ハ吾カ皇室ノ所有ニシテ租税徴収ノ權ハ天祖ノ授ケ賜フ所ナリ」（855頁）。

(55) 岩倉は、「天子ト雖モ國會ニ左右セラレ」（同上821頁、同年2月）と危惧していたが、実際には、1881（明14）年10月の国会開設勅諭を受けて、「皇室財産設定の議一日も惣諸に付すべからず……官有財産を調査せしめ、土地の品目を定めて皇有・国有・民有とし、以て皇有地を設定せん」と論じ、翌年2月には「皇室財産設定に関する意見書」を内閣に提出していた。宮内庁編『明治天皇紀』第五（吉川弘文館、1971年）645頁。皇室財産設定が本稿主題と密接にかかわる点に関して、鈴木正幸「皇室財産論考（上）（下）」（『新しい歴史学のために』200・201号、1990年、各1頁以下、川田敬一『近代日本の国家形成と皇室財産』（原書房、2001年）とりわけ第1章4節参照。

(56) 「岩倉は早くから立憲制の導入が不可避であることを認識していたが、他方で万世一系の天皇を政治体制の中軸に据えるという構想においては、いかなる妥協も拒否した。」米原謙『国体論はなぜ生まれたか』（ミネルヴァ書房、2015年）122頁。

(57) ちなみに、天皇親政論者として王土論を主張しても不思議ではない元田ですら、「土地の人民私有たるべきは天下の公理」（宮内庁編『明治天皇紀 第六』、吉川弘文館、1971年、373頁）と述べていた。

土論であった。それをみると、岩倉のそれは上記のように実利的観点からものであったが、⁽⁵⁸⁾副島は「国家社会主義者」⁽⁵⁹⁾と評されたことに示されるように、①公務の削減と減税、②小作人の保護と、その前提ともいべき③土地の共有論、納税額に応じての制限選挙制ではなく④人頭税に基づく普通選挙制や⑤一院制論⁽⁶⁰⁾などの点で、岩倉のそれとはかなり趣を異にしている。副島の主張の特徴は、地券の交付を「失錯ノ大ナル者」、皇室財産の設定を「祖宗開闢ノ土地ヲ自ラ棄テ」ることになること、「他日外国人売買差支ナキノ条約改正ノ日ニハ悉ク其ノ所有トナルハ予メ見ルヘキト」

(58) 「皇室ノ財産ヲ富贍ニシテ陸海軍ノ経費等ハ悉皆皇室財産ノ歳入ヲ以テ支弁スルに足ル可ラシムルヘシ」注51書821頁。

(59) 柳田泉『副島正臣伝』の一章—その国家社会主義的思想 我観社編『我観』(我観社、1936年) 127-137頁。

(60) ①「凡租税ハ物成什が一を過す可らず、元来自由の主義に差支ある工農商文部等の諸省及衆多の冗官冗員等ハ総て之を廃止し、尚も陸軍ハ民兵にて事足るを以て、悉皆之を廃せざる可らず、斯の如くする時ハ政府の費用は概ね半額を減じ、而して却て大に百般の事業を長進すべし」、②「我日本国の如きハ人民什中の七八ハ小作人にして、是れ等は年中辛苦艱難して僅かの物成を作出すも、多くは皆地主の手に徴収せられ……而して是れ等の人民に限り県会並に郡村会等の設けあるも、進んで選挙の權だに之を有するを得ず、……憐れと云ふも亦愚かなる次第なり、願ふハ地主達の宥恕は勿論、政府に於ても至当の保護ありたき事と想へる」③「国の頼て以て立つ所のもの、皆土地なり、此の土地たる、日本全力を以て保有する所にして、則ち社会の共有なり、決して一人一家の私有にあらず、……今の地主も亦是れ借地人たることを、人の地を借て人の国を泯絶し、人の民を憔悴す、……国家之を正すの法なくして可ならんや……」(以上、副嶋君意見(前々号の続)、1882(明15)年8月15日、日本立憲政党新聞130号8月17日)、④「凡そ租税なるものハ、何らの名義を以てするも、實際我々人民が国家の為に分担する労力の為換なれば、即ち此の租税なるものハ人民銘々の名前、所謂の分頭税を以て国人の第一と定むることこそ至当なれ……国会開設の日に当り、我々人民に取りて最も利害の重大なるものあり、他なし選挙被選挙の權是なり、抑も此の権理なるものハ人権中最も貴重なるものにして、……一般人民むろん此の選挙被選挙の兩權を有す可きこと肝要なり、……」(副嶋君意見(去一七日の続)同133号8月20日)、⑤「我々が民権より希望の点は、只一国会議院にして事足るべし……ほかの貴族院とか上院とかの一院は我々人民は之を要するの事なし……」(副嶋君意見(前々号の続)同135号8月23日)。いずれも、齋藤洋子『副島種臣と明治国家』(慧文社、2010年) 253頁以下に全文が掲載されている。

など、もっぱら原理的観点から王土論を主張した点にあり、岩倉の皇室財産設定論には批判的だったことにある⁽⁶¹⁾。その点で、同じ王土論でも、両者は実は土地と租税、選挙の相互関係においては正反対の主張といえなくもない。岩倉の王土論が一見すると剛直な「国体」論に見えるのは、仮にそれが副島の王土論を参考にしたものであれば、それを表面的に利用したにとどまるからであろう。

ちなみに本稿主題からは若干逸れるが、副島の主張で興味深いのは、③の土地共有論が土地公有論と見紛うばかりの内容を有していたことである。というのも、「資本制生産様式における歴史的前提であるところの土地所有は、それにもかかわらずその歴史的前提」であり、「土地『所有』はその『利用』と結合することによってのみ、資本主義的でありうる」とすれば、「土地国有化と資本主義との関係は多くの問題を含むが……それが産業資本主義段階ですでに『進歩的なブルジョワ的的要求』（レーニン）として提出されていたことを忘れて、土地国有化をただちに社会主義にむすびつけることをしてはならない」⁽⁶²⁾（傍点原文）からである。土地の所有ではなく共有（観念の下での利用）を重視する副島の王土論は、産業資本主義段階における土地国有論としてみれば、岩倉のそれとは異なり、逆説的に「近代的」と評する余地もある⁽⁶³⁾。

副島の主張と相通じる面をもちつつも、王土論を「無稽ノ妄語」として⁽⁶⁴⁾

(61) 元田永孚「公有地ヲ定メ諸功臣ヲ調和スルノ議見聞ノ次第言上案」（国立国会図書館憲政資料室所蔵『元田永孚関係文書』）。齋藤同上書、258頁以下。なお、齋藤によれば、元田の天皇への奏上案は副島が岩倉に建言した内容に基づいているという（同書155頁）。

(62) 王土論を土地公有論として理解すれば、地代という理解は近代的土地所有権論と接続する可能性もある。戒能通厚『土地法のパラドックス—イギリス法研究、歴史と展開』（日本評論社、2010年）437頁以下。

(63) 樋口陽一「正当な補償—農地買収に対する不服申立事件」憲法判例研究会編『日本の憲法判例：その科学的検討』（敬文堂、1969年）140頁。なお、椎名重明『土地公有の史的研究』（御茶ノ水書房、1978年）参照。

(64) この点に関しては、中島「財産権保障における『近代』と『前近代』3」法律時報83巻3号（2012年）参照。

退け、①人民を保護する政府の義務を語りつつ、②地券の交付による私的所有権の確立をほぼ留保なしに論じたのは、⁽⁶⁶⁾「国体」論者の問いに答えるという形式で書かれた児島彰二編「民権問答」(1877(明10)年)であった。他方、それに先立つ1873(明6)年12月15日付岩倉宛の書簡で、政権内部にあった木戸孝允は大久保利通が創設しようとしていた家禄税に士族保護の観点から反対すべく、家禄は家産でないにもかかわらず課税するのであれば、それを華士族の所有物と認めたことを意味すると批判していた。⁽⁶⁷⁾その前提には、課税対象は所有権の対象であるという認識がある。これは地租改正後の書簡であるから、地券交付により土地所有権が認められたことを念頭に置いていたはずだが、それを秩禄処分批判に転用することで岩倉の痛いところを突いたわけである。地券交付と地租改正による財政基盤の確立と秩禄処分による財政の維持という土地所有権観念にとっては正反対ともいうべきベクトルをもつふたつの政策は、岩倉流王土論であれば難なく正当化できるとしても、現実には実施された地券交付の前では、のちに見るように、それを押し通すには相当な力技が必要であった。

(65) 児島彰二編輯『民権問答』初編上(1877年)21頁。

(66) ①「政府ハ素ヨリ人民ヲ保護スルノ義務アルカ為メニ随テ其權利ヲ得人民ハ保護セラルノ權利アルカ為メニ又随テ其義務ヲ生シ即政府ハ義務ヲ先キニシテ權利ヲ後ニシ人民ハ權利ヲ先キニシテ義務ヲ後ニスル者ナリ」、②「國土人民豈盡ク天皇ノ所有ナランヤ如レ人民ナクンハ政府何ヲカ為サン國土何ヲカ為サン天祖ノ皇孫ヲ其土ニ降スハ斯ノ人民ヲ保護勸道セレノ各自天賦ノ自由ヲ満足セシメンカ為メニシテ威力ヲ以テ之ヲ壓服シ私心ヲ以テ之ヲ虐使セヨト云フニアラス……國土ハ君主ノ私有ニアラサルノ理ハ維新諸侯ノ奉還以來既ニ政府ニ於テ之ヲ辨明シ人々ノ私有地ヲ認許シ之ヲ證スルニ地券ヲ以テシ而シテ之ヲ保護スルノ方法ヲ定メタリ是レ即チ田園山林ヲ問ハス人民ノ所有地ハ敢テ君主ノ私有ニ非レハナリ」以上、初編下5-10頁。

(67) 「元より禄税は被課候道理決して無之一旦又禄税を被課候い上は餘禄は固より士族之所有物に相成再其禄を被削候道理決して有之間布と奉存候」妻木忠太『木戸孝允文書 第五』(日本史籍協会、1930年)147頁。なお、背景をなす秩禄処分に關して、落合弘樹『秩禄処分 明治維新と武家の解体』(講談社、2015年)第3章。落合弘樹「帝國議會における秩禄処分問題—家禄賞典禄処分法制定をめぐる—」京都大学人文学報73号(1994年)177頁以下等参照。

そのことを端的に示していたのが、明治新政府の法制度整備に尽力し、啓蒙思想家でもあった津田真道⁽⁶⁸⁾が明六雑誌16号（1874（明7）年9月22日）に寄稿した「政論五」である。津田は、「地券は人民土地を私有することの明確なる証券なり⁽⁶⁹⁾」と明言する。「大日本帝国従前の制……大八州の土地みな天皇陛下一人の御有にして、絶て人民私有の土地あることなし……明治維新の際、わが今上天皇陛下、千古未曾有の英断を以て、人民に土地売買の自由を許し、地券を与えて各人その土地を私有するの確証として永くこれを保護し、……わが帝国の人民、地券ありて以来、はじめて自由の権利を全うすることを得たり」と論じたのである。津田の議論の特徴は、王土論を前提に地券交付でそれが否定され、「帝国神代以来固着の束縛を解き、皇統連続たる掛巻もかしこむべき天皇陛下の、またわが大日本帝国の土地を私有したまわざること」と、王土に対する私的所有権の成立を強調した点にある。これはしかし、「天皇の英断」の結果であるから、何らかの留保をつける余地が残されている。

津田自身は、その点に関して何ら言及していないが、その点を推測させる主張を行っていたのが、加藤弘之であった。加藤は、津田と同じく明六社の社員で、のちに自由民権論者から社会的ダーウィニズム論⁽⁷⁰⁾に転向し、天賦人権思想を否定した政治学者で官僚、のちに東京大学総長になった経歴を持つ。加藤は、民権論者時代に執筆した『國體新論』⁽⁷¹⁾で、西欧社会で⁽⁷²⁾は土地に対する所有は先取や開拓によって成立するものとされており、日

(68) 金子幸子「明治期啓蒙の課題—津田真道を中心に」（教育哲学研究45号、1982年）大久保利謙編『津田真道 研究と伝記』（みすず書房、1997年）、前田勉「津田真道の初期思想」愛知教育大学人文・社会科学56号（2007年）49頁以下等参照。

(69) 山室信一・中野目徹『明六雑誌（中）』（岩波書店、2008年）77頁。

(70) 加藤弘之に関し、さしあたり田畑忍『加藤弘之』（吉川弘文館、1986年）、「転向」に関しては、戸田文明「加藤弘之の『転向』」（四天王寺国際佛教大学紀要44号（2007年）15頁以下）。

(71) 1875（明8）年、稻田佐兵衛。

(72) 『國體新論』に先立つ『真政大意』（山城屋佐兵衛、1870（明3）年）では、欧米各国の事情を紹介しながら、天賦人権論の立場を採用すると述べている。

本でも地券制度によって同様の「良政」が実施されていると論じ、もはや天皇の「御有」という観念は成り立たないと説いて王土論を否定した。ここまでは、津田と大きな違いはない。加藤の土地所有論の特色は、「所有ノ權ハ地主ニアリテ管轄ノ權ハ君主政府ニ在ル」として、土地を私有權と管轄權に区別して論じた点にある。論理的には後者によって王土論を紛れ込ませたとみる余地もあるが、加藤は「人民私有ノ地ト雖モ……國家ノ為メニ……政府嚴命ヲ以テ之ヲ買ヒ上クル權アリ但シ相當ノ價ヲ償フハ固ヨリ當然」と説いて、明治憲法には明文規定がなかった損失補償を「當然」と論じているので、王土論とみるべきではないだろう。⁽⁷⁴⁾

しかし、加藤は元來が筋金入りの自由民権論者というわけではなく、⁽⁷⁵⁾

(73) 「凡ソ土地山川ノ如キハ……始テ其處ニ占居シ其處ヲ開拓セシ者ノ之ヲ己レカ所有トスルハ當然ノニシテ……西洋各國ニテハ夙ニ所有ノ真理ヲ悟リシヨリ政府人々ノ私有地ヲ認許シテ敢テ天下ノ全土ヲ一君主ノ所有トナスコトナキニ至レリ本邦ニテモ先年ヨリ此理に従テ人々ノ私有地ヲ認許シ玉ヒ殊ニ地券ノ制ヲ設ケテ私有ヲ保護スルノ道ヲ確定シ玉ヒシハ實ニ良政ト稱スヘシ……天下ノ土田山林ニハ各之ヲ私有スル者アルコト明ラカニシテ決シテ悉皆 天皇ノ御有トハ云フ可ラサルナリ……土地ニ憲法ヲ施行シ民衆ヲ管轄スルコトノ如キハ固ヨリ君主政府ノ職掌ナレハ土地ノ所有主ハ謹テ土地ニ關セル憲法ヲ遵守シ且ツ其土地ニ借住スル他人ト共ニ君主政府ノ管轄ヲ受クサル可ラサルハ固ヨリ論ナシ是故ニ土地ヲ私有スル權利ト土地ヲ管轄スル權利トハ全く異ナル者ニシテ所有ノ權ハ地主ニアリテ管轄ノ權ハ君主政府ニ在アルノ理ヲ知ラサル可ラス……人民私有ノ地ト雖モ若シ國家ノ為ニ必要ナルコト生スルトキハ政府嚴命ヲ以テ之ヲ買ヒ上クル權アリ但シ相當ノ價ヲ償フハ固ヨリ當然ノコトナリ」(注71書11-13頁)。ここで、「憲法」という場合、「土地に関する憲法」という表現から推測するに、それは本稿が念頭に置く「憲法」ではなく、民法等の個別法をさすものと考えられる。これを文字通り「憲法」と理解すると、「土地ヲ管轄スル權利」を語ることは、のちに検討する井上毅の議論に近づく。

(74) この点は、後述の井上毅の議論と共通するが、これは両者がいずれもブルンチュリの『国権汎論』(イ、カ、ブルンチュリ(加藤弘之譯)『国法汎論』、文部省、1872(明5)年)に依拠しての立論であることによる。なお、同書に関しては、文献解題(村上淳一)(加藤周一 丸山真男編『翻訳の思想』、岩波書店、1991年)43頁以下参照。

(75) 同書19-20頁には、「人民ハ國家ノ主眼ニシテ君主政府ハ特ニ人民ノ為メニ存在スル者ナレハ人民ハ唯君主政府ノ保護ヲ受ケテ其安全ヲ得ルカ故ニ敢テ其保護ヲ求ムルノ權利ヲ有ス……人民ハ必ス君主政府ノ權利ヲ認許メ其命令ト處分トニ謹テ恭

「政府ノ職掌ハ……人民ヲ保護シテ其生命ト權利ト及ヒ所有ヲ安全ナラシメ及ヒ此人民ヲ勸導シテ其風俗ト知識ト及ヒ諸業ノ開明の補益スル……ノ外一事モアルヲナシ」と述べていることに示されるように、政府の「勸導」を土地所有権に対して認めている。天賦人権を論じながら、実際には政府や天皇に由来する人権を論じているわけである。こうした思考が、のちに検討する選挙権ならびにその制限にも影響を与える可能性があることはいうまでもない。

もともと、こうした思考は、立憲改進黨の法学者小野梓にもみられる。⁽⁷⁶⁾ 小野は『國憲汎論』で、①王土は古來の慣行だが正当の道理ではないこと、②土地永代売買の禁止は富める者が貧者の財産を獲得できないようにすることを目的としていたが、平等の実現には役立たなかったこと、③地券交付による土地の私的所有こそが理にかなうもので、それが民権の發達を促したと論じた。⁽⁷⁷⁾ 王土論の根拠のひとつでもあった土地永代売買の禁止を経済的平等の観点から説明する点は独特だが、それは功を奏せず、土地の私有を認めたことで民権、即ち人民が政治に参加する権利が促進されたという論理には、加藤と同様に、政府や天皇由来の権利という観点が含ま

順スルノ義務ヲ負ハサル可ラス」との天賦人権論と相反する記述がある。

(76) 小野梓の法思想に関しては、さしあたり吉井蒼生夫『近代日本の国家形成と法』（日本評論社、1996年）第2部、沢大洋『小野梓の政法思想の総合的研究』（東海大学出版会、2005年）、小池正行「小野梓の生涯とその法思想の軌跡（上）（中）（下）」岐阜大学人文科学46巻2号（1998年）249頁以下、47巻2号（1999年）320頁以下、48巻2号（2000年）126頁以下等参照。

(77) ①「率土ノ濱、王土ニ非ラサルハナク民能ク得テ之ヲ私有セサルハ古來慣行ノ典例ニシテ人敢テ之ヲ疑フコトナシト雖モ詳カニ其及フ所ノ利害ヲ考フレハ必スシモ之ヲ以テ正當ノ道理ナリト爲スヘカラス」②「且ツ土地ノ永代賣買ヲ禁シタルハ富者ヲシテ貧者ノ財産ヲ兼併セシメサルノ意ニ出テ其由來甚ク古シト雖モ全体ノ利害ヨリシテ之ヲ云ヘハコノ人爲ニ出ルノ平等必スシモ民人ニ益アリト爲スヘカサルナリ」③「故ニ明治壬申二月詔シテ土地ヲ賣買スルノ禁ヲ解キ更ニ地券ヲ發シテ之ヲ海内ニ頒チ以テ民人私有ノ權利ヲ鞏クシ始メテ日本民人ヲシテ土地ヲ所有スルノ權利ヲ全有セシム蓋シ又タ改進黨ノ治理ニ随フモノニシテ民権ノ係ル所甚タ著大ナルヲ知ル」（東洋館書店、1885年）193-4頁。

れている。

これと対照的なのは、直接には地価修正と地租減税に反対するために福沢諭吉が書いた「地租論」であった。彼は、そこでロック流ともいえる①「労働に基づく所有」論を展開して、②地主の存在を「正理」ではないと批判し、③本来であれば土地私有の廃止を求めるべきだが急変を避けるため、地税を重くすべきである、④地租改正で官有地の私有を認め、売買を自由化し、しかも減租したために地主に土地が集積した点で、地租改正は明治政府の一大失策⁽⁷⁸⁾であると地租改正に手厳しい批判を加えた。福沢の土地公有論は、副島のそれと同じく産業資本主義段階のそれであって、社会主義的観点⁽⁷⁹⁾からのものではない。そのことは、「私有権は労力より起こり

(78) ①「私有権は労力より起こり労力のほかに私有なし……世の中の人は皆おのずから弄して作り得たる物品を所有するの権ありて他より其権利を犯す可からずとすれば彼の土地私有なるものは大に正理に反したる所業なり」、②「凡そ人間社会の富と名来るものゝ本を糺せば皆土地ヨリ出てざるはなく土地ありてこそ始めて人の労力も化して富となることを得るなれば今少数の人が私に土地を専有して漫に他人の之を使用するを許さざるときは不幸にして自から土地を所有せざるものは仮令ひ如何に労働するも之に相当したる報酬を得ること能わず其身体を勞してせつかく作り出したる物も多くは地主の為に奪はれて労働者の手に帰することなければなり」、③「吾々の宿論は速に土地私有の事を廢し都て之を政府に没入して国民一般の共有に帰せんと欲するものなれども凡そ事は成る丈け急変を避くるを宜とするが故に……其代わりとしてさらに地税を重くし凡そ小作料として地主の手に入る可きものを残らず政府に取り上ぐるは目下の上策なる可し」 dcollections.lib.keio.ac.jp/ja/fukuzawa/a47/111 (2019年8月15日現在一原文は1982(明25)年「時事新報」掲載)

(79) 自由民権運動急進派で社会改良主義者を自認する大井憲太郎は、「時事要論」(板倉中、1876(明19)年、87-88頁)で「毎戸平均ニ耕地ヲ保有セシメ、典賣ヲ禁ジテ永世ノ資産ト爲サシメ、以テ困苦ニ沈淪セシメザルノ堤防ト爲スヲ良策トス」と論じて、土地を国民に均分することを主張していた。しかし、「帝国新報」1900(明42)年5月では、土地国有論と王土論を同視しつつ、それを「万国に比類なき美制なり」と説いて、「明治5年に土地国有制を廢して、民有制に変更したるは、太だ惜む可き事に属す。此を以て、吾人は此旧制再興して先づ国有にし永代小作地となして、再び農民に貸与せんことを欲す」(資料日本社会運動思想史編纂委員会編『大井憲太郎と初期社会問題 明治社会主義史論』(青木書店、1968年97頁)と述べていたので、主眼は王土論の再興ではなく地主批判にあったとみてよいだろう

という表現からも明らかである。彼の地租改正批判は、近代的土地所有権の法認が地主への土地集積を生んだ当時の状況に向けられており、王土論の復権を目指すものではなく、それを土地公有論と同視することで、自らの主張の論拠とすることに主眼があったものと思われる。

以上の議論を「土地制度の現状認識において、『王土』論が実質的には貫徹している⁽⁸⁰⁾」とみる見解があるが、そうだろうか。以上みてきた限りでは、王土論を前提に、地券交付と地租改正により近代的土地所有権が確立されたとみる立場と、それが地主への土地集積を促進させたとみて近代的土地所有権に批判的な立場に分かれるものの、王土論を土地公有論と読み替える議論を別にすれば、王土論の再制度化を唱える者は皆無に近い。王土論の強調は、逆説的に土地の私有が成立している現実の反映ともいえる。

そもそも、王土論は王政復古に版籍奉還、それに続く廃藩置県の暗黙の前提であると同時に、それらから導き出された論理的帰結として主張（強調）されたものであった。加えて、地券交付と地租改正は、王土論のような口実を必要としていた。1643（寛永20）年に出された田畑永代売買の禁止にもかかわらず、事実において土地の売買が行われ土地の私有が進行していたとすれば、それを無効化するほどのドラスティックな「改革」を正当化する根拠が必要である。⁽⁸¹⁾とすれば、この時代の土地制度のあり方を論

う。

(80) 奥田晴樹『地租改正と割地慣行』（岩田書院、2012年）30頁。

(81) 「近世土地所有における百姓的土地所持権……は、農業経営を基礎とするために近世権力によって恣意的な取り上げができないほどの強さをもっていた」後藤正人『土地所有と身分』（法律文化社、1995年）287頁。なお、土地の移動（売買）は、16～7世紀を通じて、即座に永代売りするのではなく、質入れして取り戻しの可能性を留保しつつ行われるのが原則であった。これは、百姓の「家」が一般的に成立し、土地は代々子孫に守り伝えていくべきで容易に手放してはならないものだという観念を内面化したことによるといわれる。もっとも、18世紀以降、公然と「売買」の語がつかわれた証文も多くみられるという（渡辺尚志「近世的土地所有の特質」、渡辺尚志・五味文彦編『土地所有史』、山川出版社、2002年、247頁）。なお、「家」の成立に関して、水林彪「封建制の再編と日本の社会の確立」（山川出版

じようとした者たちは、それが「いかに『非常識』なものに見えるにして⁽⁸²⁾も」、支配的イデオロギーであった王政—王土論に言及しないですませるわけにはいかなかったであろう。それゆえ、これを王土論の「貫徹」とみることには疑問の余地がある。それに加えて、王土論は、以下にみるように、天皇制を基軸とする統治体制にとって両刃の剣でもあった。

五 土地所有権、人格権、選挙権

1 井上毅の国法・私法二分論と王土論

もとより、その当時「王土思想と私有権思想が、それぞれの現実的基盤を以て対立⁽⁸³⁾」していたこと自体は否定できない。前節でみたように、土地公有制は近代的土地所有権観念に親和的でありえたにもかかわらず、それを王土論に包摂することによって正当化しようとすることで、逆説的に近代的土地所有権批判論となった大井や副島の議論に示されるように、両者の「対立」は、混乱ないし混同一意図的かそうでないかはともかく—に起因する部分があった。また、仮に自覚的に王土論や土地公有論を唱えていたとしても、その主張が当時の体制選択にとっていかなる意味を持っているかについての検討を行っていたかどうかは定かではない。それとは対照的に、この点を自覚しつつ当時の土地所有論に一応の理論的決着をつけたのは、大日本国憲法の制定など明治政府の基本構想に深くかかわった井上⁽⁸⁴⁾毅であった。

社、1987年)、大藤修『近世農民と家・村・国家』(吉川弘文館、1996年)参照。

(82) 奥田、注80書30頁。

(83) 原口清『日本近代国家の成立』岩田書院、2008年) 237頁。

(84) 井上毅「土地所有考」井上毅傳記編纂委員会編『井上毅傳 資料篇第一』(國學院大學圖書館、1966年) 348-352頁は、「①明治。六年ニ至リ地租改正ヲ布告シ嗣テ。地券ノ^ヲ發行シ^シ券面ニ所有ノ明文ヲ記載シ又地所名稱區別ヲ交付シタルヲ以テ日本人民ハ全ク土地私有権ノ名實共ニ之ヲ得ルニ至レリ②然ルニ近來議者ノ説ニ曰

井上は、①地券発行と地租改正により日本人民は土地私有権を得たこと、②王土論は誤りであること、③天皇には私的所有権ではなくブルンチュリ⁽⁸⁵⁾の説くように国土管領大権があること、④所有は私法上の観念で、国事上の性質を有しないこと、⑤王土管領大権は、臣民の所有権の上に存在する最上権⁽⁸⁶⁾で公権である、と説いて王土論を一蹴した。井上は、明治14年政変で岩倉や伊藤らとともに政権中枢側にいた人物であったにもかかわらず、なぜ王土論を拒否したのか。その理由は、一言でいえば、井上は国法と私法の役割の区別することで、天皇の政治権力が明治政府において公

ク日本ノ國土ハ天皇ノ御所有ナレバ人民ニ土地私有権ヲ與フ可ラス人民ニ土地私有権ヲ與フル時ハ皇室ノ日本國土ヲ管領シ玉フノ大権ヲ損スルナリト其言固ヨリ愛國忠義ノ至情ニ出レハ其意ハ深ク嘉スヘシト雖ドモ是其一ヲ知テ未タ其二ヲ知ラス所謂國土ノ義ニ暗キノ説ナリ③抑人民ニ土地所有権ヲ與フルカタメニ天皇ノ國土ヲ管領シ玉フ大権ニ於テ毫モ損スル所ナキハ……決シテ争フ可ラザルノ叟タリ……ブルンチュリ氏著國法汎論第二十四款販圖管領ノ權即チ國家所有権ノ條目中ニ曰ク世人或ハ其販圖ヲ管領スル權利ヲ稱シテ即チ國家ノ所有権ト云フ……然レドモ方今ノ國家ノ眞理ニハ[決シテ]適當セサルナリ④凡ソ所有ナル者ハ全ク私法上ノ性質[ヲ具スル]者ニシテ[決シテ]國事上ノ性質ヲ具スル者ニ非ス……此權（筆者注、国土管領大権）ハ實ニ國法上ノ權ナレバ[決シテ]私法ニ屬スル者ニ非ス……蓋シ最上所有権トハ即チ臣民ノ所有権ノ上ニ立ツ所ノ最上権ニシテ此最上所有権ハ現在政府ニ屬スルー公権タリ……國土ヲ以テ人民ノ私有トナスラ非トスルノ説ハ全ク田産ト國土トヲ混同シ普通所有権ノ外ニ管轄權アリテ其理相悖ラサルヲ知ラサルニ原因スルモノトス故ニ我國ニ於テ人民ニ土地所有権ヲ與ヘタルハ理ニ於テ不可ナルヲナク又決シテ是カ爲ニ天皇陛下ノ國土ヲ管領シ玉フ大主權ニ損スル所ナシ」と説く。

(85) 注74書参照。

(86) ロエスレルは、1883（明16）年3月15日の「土地最上所有権ニ關スルロエスレル答議」で、「所有権ノ眞体ハ、原ト一物上ニ就キ無限ノ權力ヲ與フル一私權タルニ在リ。……後終ニ之ニ參スルニ。國カ其土地上ニ有スル權利ノ如キ公權ニ係ルノ事項ヲ以シ、且ツ之ヲ所有権ノ傍ニ國ノ最上所有権（ドミニオム、エミ子ンス）ノ意思ヲ生シタルモノ蓋シ之ニ由ルナリ。所有権ノ此ノ如キ區分（ドミニオム、ヂヴィヅム）ハ封建ノ時代ニ淵源シタルモノニシテ、其際君主ノ權ヲ認メテ最上所有権（ドミニオム、ヂレクトーム）ト爲シ、臣屬ノ權ヲ認メテ享受所有権（ドミニオム、ユチーレ）ト爲シタルニ由リ、遂ニ其成立ヲ。土人民ノ所有権即チ田野ノ所有権ニ及ホスニ至[]ルナリ。」（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』、東京大學出版會、1977年、129-130頁）と回答している。

的性格を獲得したことを明確にしようとしたからである。とはいえ、井上の国法と私法の二分論は、今日の公法・私法区別論とは異質の独特なものであった。

地租改正の翌年に書かれた井上の「對清意見案」⁽⁸⁷⁾(1864(明7)年)では、この区別に関連して「俗ハ私ナリ律ハ公ナリ律無ケレハ是レ國ナキナリ」と指摘している。また、その前年5月22日には司法省上司であった楠田英世に宛てた書簡で、民法の細則は各地の習慣(上記引用文における「俗」)に従うことで民心は安定すると述べて、ドイツ(歴史)法学を念頭においたと思われる「局法(droit local)」に言及している⁽⁸⁸⁾。これらの点からすると、井上は、民法の内容を各地の慣習によって定められるべきだと考えていたといえる。もとよりこれは、直接的には民法典制定を急ごうとする政府を牽制しようとしての主張ではあるが、民法を民の好み(=意思?)⁽⁸⁹⁾に従わせることを主張することで、一方で王土論と相いれない私的
土地所有権の成立をあえて「俗」(=慣習)として是認しつつ、律(=法)⁽⁹⁰⁾を国法に限定することで、私法を国法から排除することで、両者を区別し

(87) 注84書26頁。

(88) 「獨乙人ノ論ニ据れハ刑法は國法ニ属するを以て、固ヨリ全國一律なるべからず、民法に至ては、獨り其ノ大則數條一律を表掲スベシといえども、其ノ細目に至ては、各所各邑皆ナ其ノ習慣ニ從ヒ、民心自ラ安するの舊貫あり、即チ名ケテ局法とす、若し其ノ局法を消滅して是を一律ニ約せんとするにおひては、……人民を束縛として其ノ自然の好ミを奪ヒ、正ニ殘刻を施スに過キざる而已」國學院大學圖書館編『井上毅傳 資料篇四』(國學院大學図書館、1971年)387頁。

(89) 「外邦の法を以て内邦に施行し、甲の習慣を以て乙に強ゆるに至ては、猶ホ農民に船を與へて水に業せしめ、漁夫に鋤を與へて陸に事せしむるが如し……獨乙近世の一家「ワンジヤント」氏の語ニ曰、『羅馬ノ法を學ヘヨ、汝ノ法ニ從テ生活セヨ』言心は羅馬法を以て目的として、其の日用施行する所は獨乙の舊法に依るべしとなり……一朝にして施行せず、強制なく逼迫なく、徐々にして進みを以て旨トス……民法は民の好ミに從ふべきを以てなり」。ちなみに、「井上の用語法から推測するに、彼のいう「好み」とは他ならぬ『意思』の訳語」との指摘がある(坂井雄吉『井上毅と明治国家』東京大学出版会、1983年、73頁)。

(90) 井上が「国法」の典型として掲げるのは刑法、治罪法で「治罪法、刑法ナシ、是、國ナキナリ」と論じる。興味深いのは、そこにある種の適正手続観念が垣間見

たのである。だが、なぜこのように複雑な構成を井上は採用したのか。

2 土地所有権に対する国家権力の優越性

この点、以下のように井上の近代的所有権理解の特殊性を説明する見解⁽⁹¹⁾がある。それによれば、日本の伝統的所有観念は、「旧領主層の領地支配権の廃棄の問題が、基本的にはもっぱら政治権力の集中、すなわち統一国家の形成の次元で意識され、……それが所有の問題として意識されてこなかったこと」、町人の所持地の場合は「それまでとは異なった性質の土地所有を創り出すとかいうような自覚なしに」土地の諸改革が積み重ねられて、「所有の本質にかかわる画期的改革という意識なしに新しい税制に即応したものに変わっただけ」だというのである。

他方、プロイセンでは「貴族のグルントヘルシャフトに基づく諸権利も、当時一般の観念によれば疑いもなく私権（dominium directum）の一種で……当然補償を必要とすると誰もが考え」ていたが、日本では「廃藩で大名の支配権が全く補償の観念なしに止揚され」たことに示されるように、「私領は、ヨーロッパの私有地とはかなり性格を異にするものであった」。こうした「人間の人格的自由の流出物として承認され、国家ないし全体社会に対して一しばしば絶対的と称せられる一自由を保障された所有権の観念」（111頁上）が、明治憲法の起草を担った井上毅において「わが国の伝統的所有観念」といかに「出遭」うことになったかと問いつつ、次のように答える。

地券交付や地租改正により譲渡自由の「近代的所有権」を認めたことの意義は、明治政府が地租徴収の確実性を手に入れたこと、すなわち、土地所有関係における国家権力の優越性を確立したことにあつたというのであ

えることである。詳しくは、「治罪法備攷」（國學院大學圖書館編『井上毅傳 資料篇三』（國學院大學圖書館、1969年）111頁以下参照。

(91) 石井紫郎「西欧近代的所有権概念継受の一齣」季刊日本思想史1号（1976年）109頁以下。これに対して、熊谷開作の書評（法制史研究27号（1977年）290頁以下）参照。

る。実際、明治憲法27条は、前述のように1項で「臣民ノ所有權ノ不可侵」を規定しながら、2項で「公益ノ為必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」と定め、日本国憲法29条3項のような正当補償条項を欠いていたから、法認された近代的所有權は、「西歐近代所有權」とは性質を異にしていたと解する—そのように主張されているわけではないが—ことにも一理ある。実際、井上がブルンチュリに依拠して「國法上ノ權」に属する「國土管領大權」を語っていたことは、すでに⁽⁹²⁾みた。

だが、第一に国家權力の優越性を説くことや正当補償条項の欠如を説明するためなら、土地所有權を慣習によって正当化する必要も、私法を国法から排除する必然性もない。それだけのためであれば、ブルンチュリの議論をコピーすれば足りるし、井上は実際にそうしていた。検討すべきは、井上がなぜ國土管領大權を語ったのか、である。第二に、正当補償条項を欠いているのは、日本人の所有意識が希薄だったからではない。詳しく紹介する紙幅の余裕はないが、近時の歴史学研究によれば、田畑永代売買の禁止は「従来から有していた土地所有を否定するものではなく、これを基礎として成り立っている中・小農民経営の安定をはかるものであり、……幕末期に事実上において田畑の売買は行われており、形式上（も）法的な効力を有するかたちで行われ……、幕府・藩においても田畑の所有權を法認するようになる」⁽⁹³⁾のであって、「土地の国有説から出たものではない」

(92) 井上は、これを「國家ニ於テ。ハ一般所有權ノ外ニ「エミネント。ドメイン」……公益ノ爲ニ私有財産ヲ取上ルノ權ヲ云フ即チ主權中ニ存スル財産上ノ最上權ニシテ或ル場合ニ於テ所有主ノ情願ニ拘ハラズ公益ノ爲ニ私有財産ヲ取上ケ又ハ其使用ヲ管理スルヲ得ル所ノモノヲ云フ」（注84書350-351頁）と論じている。Eminent Domain は、周知のように公用収用（権）と訳されるが、通常それには損失補償が伴う。しかし、井上はここではそれに言及していない。ただし、1875（明8）年の『王國建國法』（注84書所収）の第9條では「私有ヲ沒收スル事ハ、法ニ循ヒ証驗シタル公益ノ故ニ因リ、及其價直ヲ前給シ、若シ緊急ナル時ハ、亦必ズ價直ヲ前定スルニ非サレバ、之ヲ行フヲ得ズ」（426頁）として損失補償の必要性を明言しているので、明治憲法27条にそれがいないことは、井上の構想ではなく、岩倉・伊藤のそれである可能性もある。

(93) 以上、北条浩『日本近代化の構造的特質』（御茶の水書房、2008年）63頁。

との指摘にみられるように、『家』制度に基づく『村』社会における地主小作関係や土地の所有利用関係は、同時に独特の土地所有意識を農民に付与した。……この土地所有……に対する特別な意識は、近代になっても『家』制度とともに根強く残った。この『家産』的土地所有意識（傍点、⁽⁹⁴⁾中島）は、近世から強く存在していたというのである。井上は、そのことを熟知していたからこそ、これを慣習として位置づけつつ、「国法」から排除したのではなかったか。

3 政治体制近代化と国会開設要求拒否を両立させる論理

もちろん、近世以来の家産的土地所有意識が存在するというだけでは、井上が明治憲法制定以前に國土管領大権を論じていたことの説明としては不十分である。また、井上が岩倉具視・伊藤博文らと共に天皇親政を支持しながらも、王土論を排斥し、皇室（私有）財産設定論議にも反対を唱えていたことは、一見すると矛盾した行動であるようにも思える。しかし、井上は「私有」を公権力の領域から徹底的に排除した点で、実は一貫していた。王土論は、煎じ詰めれば國土は皇室のもの、すなわち私有地であることを説くものだが、土地所有権を統治権の根拠とすることは、ヨーロッパの絶対王政のような国王の直轄領土からの収入で政府を維持する家産國家⁽⁹⁶⁾であることを意味する。これでは、私的所有の神聖不可侵を前提に、そ

(94) 板根嘉弘「近代的土地所有の外観と特質」（渡辺尚志・五味文彦編『土地所有史』山川出版、2002年）413頁。なお、近世の土地所有に関し後藤正人『土地所有と身分』（法律文化社、1995年）および注81参照。

(95) 皇室財産設定論とは、国会開設後の皇室の自立という観点から、地券発行・地租改正により土地の私有を人民に認めた以上、皇室も私有地を持たなければならないと主張するものである。明治14年政変により10年後に国会開設を行うことが決定された翌年に提出された「皇室財産ヲ定ムルノ議」（参事院議員官安場保和提出、1882（明15）9月）は、「国家大権ノ帰スル皇室ニシテ僅カニ国税ノ一部ヲ以テ其費途ニ備ヘラレ、他ニ確定ノ御財産一箇モ之ヲ存セサルニ至リテハ実ニ一大欠典ト云ハサル可ラス」（宮内庁編『明治天皇紀 第五』注55、737頁）と主張していた。

(96) 岩倉は、当初「憲法ノカヲ保ツカ爲メニハ、其實質即チ皇室ノ財産ヲ富贍ニ

れから独立した公共性を担う統治権力を正当化する近代国家の論理とは整合しない。その結果、天皇制を前提としての近代的政府の樹立という明治維新の目的を達成できなくなる。井上は、この点に自覚的であったがゆえに、今になって官有地とは別に皇有地を設けるとすれば、既存の官有地は誰のものであったのか、官とは国民公共の別名なのか、官と皇とは区別すべきなのか、仮にそうであるならば。皇室と政府は一体ではなく、わが国固有の政体と矛盾する、と論じたのであった。⁽⁹⁷⁾

ここには、二つの意味が込められている。一方で、すでに述べたように、天皇制を近代的な公権力と位置づけるのであれば、官有地の他に私有地を設ける必要はないという皇室財産設定に対する反対論、すなわち岩倉や伊藤の家産国家論ないしそのヴァリエーションを拒否しながら、他方で、仮に皇有地を設けるのであれば、それは官有地と区別することを意味するから、「官トハ國民公共ノ異名」すなわち、政府と国民を一体のものとみる社会契約説に基づいた国家構想を認めることになると指摘して、国会開設要求を拒否できる論理を貫いていたのである。そのための道具立てが、国法と私法を区別し、後者は慣習と同視されて国法から排除されるという論理であった。

加えて、現実問題として、地券発行と地租改正により私的所有権が認め

シテ、陸海軍ノ經費等ハ悉皆皇室財産ノ歳入ヲ以テ支弁スルニ足ル可ラシムヘシ」(『岩倉公実記 下巻』注51書822-3頁)と論じていたが、井上からの指摘を踏まえて家産国家の側面が天皇制の正当性を損なう可能性があることに気がついたためか、1982年7月三条実美に提出した地所名称変更等に関する「意見書」では、「地券ヲ與フル者ハ土地ヨリ生スル所ノ収穫利益ヲ売買使用スルノ權ヲ與フルノ趣意ニシテ土壤ヲ舉テ所有スルノ權ヲ與フルニ非ス」(同846頁)と地代徴収権を前面に出している。しかし、これでも本質的に家産国家であることを否定することはできないであろう。

(97) 「今コトサラニ官有地ノ外ニ別ニ皇有地域ハ御有地ノ名義ヲ設クル時ハ従前ノ官有地ハ何人ノ所有トナル哉官トハ國民公共ノ異名ナル哉皇ト官トハ判然区別スヘキモノトスル哉土地ニ於テ既ニ皇ト官トニ分スルトキハ政體ニ於テモ亦帝室ト政府ヲ區別シ判然兩体トナサハルコトヲ得サルベシ事此ニ至ラハ我固有ノ政体ニ矛盾ス」(注84書321頁)。

られた以上、それ以前からの所有「意識」の存在も含めて、人民の土地所有権を今さら否定することはできない。そうであれば、逆にそれを国法の外に放逐し、国土管領大権の存在を語ることで、私的所有権を全面的に天皇制に服させる論理を構築することが必要となる。その点で、政治権力の近代化を図りつつ、同時に国会開設要求の理論的基礎を掘り崩すための論理としては、王土論に比べればはるかに考え抜かれたものとはいえるだろう。もっともそれは、近代化を意図しながら、のちに絶対主義と評価される結果となる逆説をはらむものであったことは、歴史の皮肉というほかない。

明治憲法27条（①日本臣民ハ其ノ所有権ヲ侵サルルコトナシ②公益ノ爲必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル）が、井上の意図を体現していたといえるかどうかを確認する術はないが、伊藤博文は『憲法義解』で、同条に関し「所有権は國家公権の下に存立する者なり。故に所有権は國權に服屬し法律の制限を受けざるべからず⁽⁹⁸⁾」と論じていたから、その意図が相応には反映されていたとみる余地もある。この憲法の下で、いわゆる明治民法が制定された。その財産法部分の多く、とりわけ「近代的所有権」に関する諸規定が現行民法に引き継がれていることは、周知の通りである。それはしかし、最高裁が森林法判決で前提にした「近代市民社会における原則的⁽⁹⁹⁾所有形態」、ひいては日本国憲法下の憲法学が念頭に置く「近代的⁽¹⁰⁰⁾所有権」であったのであろうか。このような所有観は、果たして選挙権や選挙活動

(98) 伊藤博文（宮沢俊義校注）『憲法義解』（岩波書店、1940年）56-57頁。

(99) 王土論や皇室財産設定論議と森林法判決（1987（昭62）4月22日民集41卷3号408頁）における「近代市民社会における原則的⁽⁹⁹⁾所有形態である単独所有の原則」との言い回しの関係は、本稿における「近代的⁽¹⁰⁰⁾所有権」観念を検討する上で無視できない問題をはらんでいるが、紙幅の関係で論じることができない。森林法判決についての私の問題意識に関しては、中島『財産権の領分』（日本評論社、2007年）参照。

(100) 本稿は、文部科学省科学研究費2015年基盤研究（c）課題番号15K03122（持続可能な共有型経済と憲法上の「近代市民社会における原則的⁽⁹⁹⁾所有形態」）の研究結果の一部である。

の自由の制限と無関係であったのだろうか。この点は、本稿冒頭で言及した別稿（注 1 参照）で検討する。