

土地所有権論の再検討

——土地法学の原点に戻って——

大 西 泰 博

- I はじめに
- II 近代的土地所有権論と土地所有権の制限論
- III 計画による土地所有権の制限論
- IV むすび

I はじめに

土地法学を研究する中で、初期の頃の土地法学に関する書物を読むことが、今でもしばしばある。例えば、本稿において取りあげている渡辺洋三『土地と財産権』や篠塚昭次『土地所有権と現代』や水本浩『土地問題と所有権』や甲斐道太郎『不動産法の現代的課題』や遠藤博也『計画行政法』などである。いずれの研究者も、土地法学を創設し土地法学の形成に大きな力をふるった、そして大きな影響を与えた研究者たちであるが、何よりもこうした研究者たちが何を考え、どうしようとしていたかを理解し、そのことを引き継ぎ、できれば次につなげたいと考えているからである。

ところで、これらの書物は、手に取ってみればすぐにわかるように、本格的な研究書では決してない。しかしながら、私個人にとっては、土地法学における一種の法思想のような書物に思える。それまでの研究成果を基

礎に、土地問題・土地所有権・借地権等についてわかりやすく説いているのであるが、意外と自己の主張を表に出し、いわば本音で語っているような書物と私には映っているのである。つまり、まさに研究成果をもとに自己の法思想を語っているようにも思われるのである。したがって本格的な学術書ではなく、あえてこうした書物を検討対象にすることの意義は、この点にあると考えるからである。しかしながら、いずれの書物も、ある意味では相当実践的であることも否定できない。

本稿においては、いわば土地法学の原点に戻って、これらの書物を再度読み解き、特に土地所有権の制限論について考えてみたいと思っている。

Ⅱ 近代的土地所有権論と土地所有権の制限論

(1) 土地法学において、そもそも「近代的所有権」とは何かという問題は、きわめて複雑な問題の一つである。この近代的所有権につき、川島武宜『所有権法の理論』は、その特質として「私的性質」「絶対性」「観念性」を抽出し、その後も多くの研究者たちは、この分析にそって考察を進めてきた。

今日において、この近代的所有権の性質につき、ひとつの的確な説明として、原田純孝教授の見解がある⁽¹⁾。つまり、「近代社会における所有権は、一切の政治的・身分的・共同体的拘束から解放された、自由で包括的な物支配権となる(分割所有権はもはや認められなくなる)。それは動産・不動産を問わず成立する、物の経済的価値に対する純粹に私的な権利である(私的性質)。しかも物の経済的価値は、近代社会(=資本主義社会)ではすぐれて交換価値=商品としてとらえられたから、その権利の存立は現実の物支配の有無とは無関係に承認され(観念性)、その保護の在り方も物権的請求権に具現されるごとく、対世的かつ絶対的なものになる(誰に対し

(1) 淡路剛久=鎌田薫=原田純孝=生熊長幸『民法Ⅱ—物権(第3版補訂版)』(有斐閣)(2015年)129頁以下参照。

ても主張できるという意味での絶対性)。そしてさらに市民革命期の権利宣言のなかでは、所有権は国家によって絶対的に尊重されるべきことが、また強調されたのである（不可侵性という意味での絶対性）」との見解である。あえて言うならば、この近代的所有権についての性質は、確かに土地は特別な物だとしても、近代的土地所有権にも基本的には妥当する性質と考へてもよいようにも思われる。しかし土地賃借権との関係では、それでは問題だということ、議論が戦わされることになる。

ただこの見解においても、また後でのべることでもあるが、川島教授の著書においてでもそうであるが、所有権の「自由性」については、「絶対性」等と並んでは必ずしも登場していないのである。しかしながら原田教授の場合、先の説明の箇所、「自由で包括的な……」といった文言もあり、また後に出てくる他の説明箇所で、「自由な所有権」とのべているので、所有権の自由性は大前提になっているものと思われる。そしてついでにのべるならば、原田教授の次のような説明は、私にとってもきわめて重要な説明のように思われる。すなわち、「封建社会においては、特に土地の所有関係は物権重層的な構造をもっており、それが身分制による政治的な支配秩序と不可分に結びついていた。領主の上級所有権と農民の下級所有権の併存（分割所有権）は、その象徴である。また物的支配の権原は、ゲルマン法のゲヴェーレにおけるように、物の現実的＝事実に支配を伴ってはじめてその存在を認められる一方で、種々の共同体的拘束にも服していた。封建社会から近代社会への移行を画した市民革命がこうした状態を最終的に払拭し、そこに新しい「自由な所有権」の観念がローマ法に依拠しつつ創設されたのである」と説明しているのである。

そしてさらに付け加えるならば、村上淳一教授によれば、⁽²⁾中世においては本来私法的な支配権であると同時に、不可分の、完全な物権でもあったローマの所有権は、政治的な支配権としての性格を与えられたにとどまらず、「中世の重層的な支配関係に対応して分割された」のである。そして

(2) 村上淳一『近代法の形成』（岩波書店）（1979年）82頁。

近世に入っても、しばしば君主ないし国家が「最上級」の所有権者とされ、農民のうち良好な借地権（通常は世襲借地権）を持つものが最下級の所有権者としてとらえられ、このような分割所有権は、ドイツ・フランスでは18世紀末まで維持された、との指摘がなされている。

そして結果的にはこの分割所有権が消滅し、ドイツやフランスにおいては、いわゆる近代的所有権が出現することになるが、そうなると近代的所有権の成立のひとつのメルクマールは、分割所有権の消滅であり、以上のことはまさに土地に関する権利関係のことであるから、まずもって「近代的土地所有権」にも妥当することであり、そうしたことからするならば、原田教授が分割所有権を取り上げて記述していることは、重要な意味をもつものと思われるのである。ただし、基本的には、ドイツ民法典・フランス民法典における規定・条文上の話であるとの指摘は否定できないであろうが、しかし土地に関する歴史的な事実であることもまさにその通りであり、封建的身分制とのつながりを断つためには、土地について存在する分割所有権を消滅させることが求められたのであるから、民法典に統一的全なローマ法に基づく近代土地所有権を成立させることは必然的であった。もちろん法典と実態との照応関係・乖離を問題にすべきことは、重要なことであり、これまでの土地法学においても十分に意識され、多くの議論を生み出したことも私たちは忘れることはできない。

ところで、私もドイツにおける分割所有権に関心があり、若干論文を書いたことがあるが、そして面白いことに、ドイツ民法典成立後も幾度となく、分割所有権が論じられているのである。そして興味があることに、今から約30年前の現代ドイツにおいても、土地問題の解決のために、「利用所有権」・「処分所有権」という形のいわば分割所有権構想が登場したのである。私も検討したが、結局理論的には、憲法体系・私法体系・物権法体系⁽³⁾からみて問題が多すぎるので、実現しなかった。しかし、この法形式

(3) 大西泰博『土地法の基礎的研究 土地利用と借地権・土地所有権』（敬文堂）（2010年）187頁以下参照。

は、土地法学の視点からみれば、ある意味では「土地の公有化」につながる構想であって、土地問題を解決するためには、土地所有権にまで踏み込んだ解決方法であったので、大いに注目したわけである。現代的な分割所有権論が登場することの意味を考える必要はあるように思われるのである。分割所有権が繰り返し議論されることは、ドイツ特有のことではあろうが、あるいはゲヴェーレ的な考え方と深いところでつながっているようにも推測されるのである。

近代的所有権の性質論から、かなり離れてしまったが、以下においては再度性質論が登場させ、そのうえで近代的土地所有権の制限論を考えてみることにしよう。

(2) 川島教授は、その壮大な「仮設」「思想」を展開した著書『所有権法の理論』において、近代的所有権の特質として「私的性質」「絶対性」「観念性」の抽出をし、理論的展開を試み、その後の研究者に大きな影響を与えた。ところが、いわゆる「賃借権の物権化論」を主張する研究者のなかで、特に水本浩教授と渡辺洋三教授の理論的展開として、いわゆる「近代的土地所有権論」が主張されることになった。この理論の内容は、誤解をおそれずにきわめて単純化して言えば、土地利用権（土地賃借権）が土地所有権に優越することこそが、近代的土地所有権の真の姿であるというものであり、川島理論の修正を意図したものであった。ただし、この場合、水本理論の前提にあったのは、市民社会における三分割性であり、ここでの土地賃借権の担い手は資本家であり、土地所有権の担い手は地主であると考えていたことは、周知のことではあるが、確認しておく必要がある。そしてその後、この近代的土地所有権論や賃借権の物権化論をめぐって、戒能通厚教授・原田純孝教授と水本教授との間で論争があったことは記憶に新しいが、必ずしも決着があったとは言えず、いまだに難しい問題のように思える。

ところで、川島教授が考えていた特質の一つである「私的性質」という概念は、必ずしも私にとっては明確ではなく、この著書においては時折、

「私的性質・自由」と記されており、⁽⁴⁾ やや戸惑うのであり、なおかつ川島教授の別の著書では、「近代的所有権の私的性質は、条文の表現において、また学者の観念において「自由」としてあらわれる」とのべていたり、あるいは「所有権の私的性質すなわち「自由」は……」とのべているところから、川島教授の私的性質の意味を私たちはある程度理解できるのである。⁽⁵⁾ しかしながら、冒頭でも少しふれたが、説明としては、原田教授のように「動産・不動産を問わず成立する物の価値に対する純粹に私的な権利」との説明の方がわかりやすく、川島教授のそれを読み解くことは、なかなかむづかしい。

また、「絶対性」については、川島教授は、おそらく一つには近代的所有権の絶対的保護を考え、それゆえ具体的には物権的請求権を論じているが、水本教授はこの抽象的な「絶対性」は土地所有権についてはそのままでは妥当せず、「絶対的優越性」として考え、この絶対的優越性を後退させることが、近代的土地所有権のあり方だとして、いわゆる論者の言う「近代的土地所有権」が登場した理由の一つでもあろうと私は理解している。もちろんイギリスの賃貸借法の研究に基づく「賃借権の物権化論」から出てきた理論であることは、疑いのないところではあろう。しかしながら、つぎにみるように、土地所有権の制限論を論じる際に、水本教授はやはり絶対性の曖昧性を考え、絶対的優越性という形で、論じているのである。

水本教授によれば、「土地所有権の制限については、土地所有権の絶対性の制限と自由性の制限とを区別する必要がある。絶対性の制限は、私権相互の位置づけ、いいかえると私権体系における土地所有権の在り方の問題であり、土地所有権の近代性の実現（近代化の要請）である。これに反して、自由性の制限は、土地所有権の社会性ないし公共性にその根拠を有する」⁽⁶⁾ (135頁)としている。ここで近代的所有権の特徴たる絶対性が出て

(4) 川島武宜『所有権法の理論』(岩波書店) (1949年) 41頁。

(5) 川島武宜『民法 I 総論・物権』(有斐閣) (1970年) 94頁。

(6) 水本浩『土地問題と所有権』(有斐閣) (1973年)。以下引用の場合は、本文中

くるのは当然であろうが、特徴としては語られていない自由性が出てきているのは、やや唐突であるようにも思われる。しかし水本教授は、絶対性については、「絶対不可侵性」「絶対的自由」「絶対的優越性」の三つに分けて理解していたことは⁽⁷⁾、注意すべきであろう。あるいは私的性質が自由性となって明確になったともいえなくはない。さらに、「土地所有権の私法的制限と公法的制限は、実定法上の制限の区別であり、必ずしも絶対性の制限とパラレルな関係にあるものではない」とのべるとともに、「わが国では、近時、土地所有権の制限は漫然と土地所有権の社会性ないし公共性に求められがちであるが、議論の進展のためには、絶対性制限、自由性制限、および私法的制限、公法的制限の区別を明確に認識する必要がある」（136頁）と主張しているのである。この水本教授の制限論は、これまでの制限論よりはわずかではあるが、進展しているとみてよいであろう。

しかしながらよく読んでみると、水本教授は、自由性の制限は土地所有権の社会性と公共性に根拠を求めながら、そのあとで公共性や社会性に土地所有権の制限を求めてきたことを問題視しており、主張に矛盾が見られることも事実である。だが、「住宅・交通・公害などを始めとする都市化現象に限られた土地の合理的利用を必要としているのも事実であり、そのために、土地の私権の制限が要請されている事情に社会性や公共性が存在するのも首肯できることである」（133頁）としているので、土地問題・都市問題については、公共性・社会性が、避けては通れないとの認識をもっていたことが理解されるように思われる。いずれにしても公共性は、過去・現在・未来にわたる大きな問題である。また、自由性の制限については、基本的には、公法的制限のことだと考えており、土地利用計画にも若干ふれており、「土地利用計画と土地所有権の制限」という表題のもとで触れてはいるが、もっぱら計画の合理性の必要性が論じられているのみである

「・・・」で引用した後、（・頁）と示すことにする。

(7) 水本浩=内田勝一補訂『民法（全）新版』（有斐閣）（2000年）27頁。水本・前掲書4頁。

(156頁)。しかしながら、ここで示された方向性は、基本的にはやはり重要な方向性であろう。

絶対性については、繰り返しになるが、水本教授は特に絶対的優越性を問題とし、その制限を考えているが、その中身は、土地賃借権による土地所有権の制限となっている。しかしこれはやはり土地賃借権と土地所有権の対立の問題であり、土地所有権の制限の問題ではないように思われる。

最後に、私法的制限についてみておこう。なお、私法的制限のなかで、「借地権優越の法理による制限」が語られているが、これは絶対性の制限と重なるので、省くことにする。

そこで、まず「正当事由の法理による制限」についてみておくことにしよう。制限の一つには、近代市民法の立場に立てば、契約による存続期間が満了した時には、契約の目的を達しているのであるから、「土地所有権者が、更新請求を拒絶することも、更新請求に応じることも自由であってよいはずであり、更新拒絶の場合は相手方に建物買取請求権を認めておけばそれで足りるはず」(140頁)、だがそうではなくて正当事由がなければ、拒絶が認められないことにしたこと、そして他の一つには、判例理論は自己使用の場合でも、双方の事情を考慮して判断したことをあげ、これらは「社会法的制限原理」の適用だとしている。「社会法的制限原理」はなかなか難しい概念であり、今日ではあまり用いられない概念であるが、私のような世代では理解できるが、それはともかくとして、土地所有権の制限論としては、やはりこれも土地所有権者と土地賃借権者との対立関係の問題なので、制限論としては、問題があろう。

つぎに、「権利濫用の法理による制限」が登場している。水本教授は、権利濫用の法理をいかなる場合に適用するかは、具体的ケースではなかなか難しいとのべ、そして興味あることに「日照権は、土地所有権の自由な行使の制限に直接関係すると言えよう」と言いつつも、「土地の高度利用化(市街地の高層化)という社会的要請と健康な生活との利益衡量が問題となり、地域の具体性に依じて判断されていくものと思われる」とし、

「生活妨害の領域では、すでに権利濫用は受忍限度の法理に引き継がれている」（142頁）としている。この理解の仕方は、今日に至るまで判例がとっている理論であることは確かであろう。

そして、「相隣関係法理による制限」があげられている。結論から言えば、水本教授は、相隣関係における所有権行使の制限は、相隣者の「互助協力の法理」に求めるべきものとし、この「互助協力の法理」は、「特別法としては、下水道法や建築基準法に生かされて、土地の公法的制限の一つの領域を形成していくし、さらに近時は建物区分所有においても活用されるべき可能性を示している」（143頁）としている。建築基準法に「互助協力の法理」を持ち込むことは、今日においてもかなり困難なように思われる。

なお、「権利濫用による制限」と「相隣関係による制限」については、また後ほど少しふれてみたいと思う。そこで今度は、渡辺洋三教授の制限論をみることにしたいと思う。

（3） 渡辺洋三教授も、水本教授と同様に近代的土地所有権論の立場に立つわけだが、比較的早い時期に重要なことをのべている⁽⁸⁾。つまり「土地所有権についてももちろん「公共の福祉」のための私的所有権の自由性の制限ということは、今日ますます問題となりつつある。土地に対する public control の必要性は世界のどの国でもますます顕著な現象となっているからである。たとえば都市計画、住宅政策、道路行政、森林・海面および河川総合開発等の公行政の飛躍的展開は、土地所有権の自由に対する public control を基礎に行われつつある。日本においても例外ではない。……しかしこのような土地所有権の自由の制限は、もちろん、たとえば借地法における土地所有権の自由の制限と混同されてはならない。借地法における制限は、……土地所有者と対抗関係にある建物資本所有者の個別資本の自由を保障するためのものであって、「公共の福祉」のためのものではない」とのべているのである。すなわち、こうした記述からすれば、渡

（8） 渡辺洋三『土地・建物の法律制度（上）』（東大出版会）（1960年）6頁・7頁。

辺教授は、土地所有権の自由の制限は、公共の福祉のためになるという認識を持っていたと理解できるのである。通常は、私自身もそうであるが、土地所有権の自由性を制限するために、実定法で規定されている「公共の福祉」でもって制限すると考えるのであるが、そして、やはり条文はそれでもって権利を制限する内容になっているので、そうせざるを得ないところがあるが、渡辺教授の場合には、必ずしも制限理論としてのみ考えているわけではない。公共の福祉の確立のために、何をなすべきかという思考方法は、とても重要と思われる。そして、結局渡辺教授においては、土地所有権を制限する場合は、public control が重要であるとしているのである。

ところで、渡辺教授は、土地法に関する論文・書籍を数多く出しているが、ここでは特に『土地と財産権』をおもに検討対象としたいと思う。渡辺教授の土地財産権論は、周知のごとく、人権論に基づくものである。そして、財産権も二つに分類し、一つは生存権的財産権、他の一つは非生存権的財産権である。そして、「前者は人権としての財産権であるから、その自由の侵害には慎重な配慮を必要とする。これに対して後者は、人権ではないから、当然に国策によってその内容を規制されるのであり、したがって公共の福祉の制約をうける」としている⁽⁹⁾のである。渡辺教授も、結局は公共の福祉による制限に落ち着いていることがここで窺われるが、より実践的手段を選択したものと解される。ただし、この公共の福祉の内容については、渡辺教授は慎重に分析しかつ考えていることに注意すべきであろう⁽¹⁰⁾。それから、生存権的財産権と非生存権的財産権とを分けるとすれば、その作業はきわめて大変と思われるが、たとえば小土地所有の場合、生存権的財産権と考えてよいであろうが、周知のごとく今日ではこうした土地にも中高層のビルの建築は可能なので、問題は複雑化する。

さて、この著書で、渡辺教授はつぎのようにのべている。つまり、「土

(9) 渡辺洋三『土地と財産権』(岩波書店)(1977年)87頁。以下頁を示す。

(10) 渡辺洋三『財産権論』(一粒社)(1985年)141頁以下。

土地利用の公共性、すなわち土地が連続し、一つの土地が隣接する、あるいは周辺の他の土地利用に直ちに影響を与えるという意味での公共性もまた、土地の属性にもとづくものであるがゆえに、広く、どのような社会でも多かれ少なかれ問題になりうる余地がある」（95頁）としている。ややわかりにくい記述ではあるが、土地利用の公共性という概念は、重要と思われるのである。結局土地利用の自由性は認められない、土地利用の公共性から制限すべきだということにつながりそうであるが、そうなりとやはり公共性の内容が重要となろう。そしていかにすれば土地利用の公共性が実現できるか、も考える必要があるようにも思える。

ところで、この著書においては一つの方向性が、つまり土地法学が歩むべき一つの道がすでに示されていたものと思われる。すなわち、渡辺教授は、「都市計画、土地利用計画、土地開発計画などのように、国家や公共団体が積極的に計画行政を展開することによって、限られた国土の利用を全体として計画的に秩序づける方向が支配的となる。この場合、ある種の土地利用を規制し、あるいは禁止し、他の種の土地利用を助長し、奨励するためのさまざまな法的措置がとられることになる。」（97頁）とのべているのである。

（4）ところで、話はやや複雑になるが、以上の考察をとりあえず終えたうえで、若干まず民法学の視点から確認しておきたいことがある。たとえば、我妻栄教授によれば、所有権の性質として、まず「物資を全面的に支配する権能であることを特色とする」としたうえで、以下のような性質があると我妻教授は説明している。つまり、「所有権は、客体を一般的・全面的に支配する物権である」あるいは「所有権は、客体に対する種々の権能ではない。法令の制限内においてどのようにでも利用することのできる渾一な内容を有する」さらには地上権等の関係を前提に「その制限は必ず有限であり、所有権は一定の時期において当然に円満な状態に復帰する。これを所有権の弾力性という」そして「所有権は恒久性を有し、存続期間を予定して—一定の期間の後に当然消滅するものとして—成立す

ること(11)はできない」とのべている。これらのことを、川島理論と対比させると全くかみ合わないのである。そして、その後の議論は、川島理論の検討が中心になっているので、我妻教授の分析は、ほとんど登場しない。ただ、たとえば高島平蔵教授の論文集には、明確に我妻教授の分析したことが登場し論じられている(12)。民法学的な視点と法社会学的な視点とは、異なると言えるのか否かは、私にはよくわからないところである。この点については、今後また、考えてみたいと思う。

さて、土地所有権の制限論につき、水本教授の考え方と渡辺教授の考え方をいろいろとみてきたが、改めて制限論の組み立てはなかなか困難であることが、よくわかる。水本教授の場合、土地所有権の絶対性を制限することの一つの理論化として、賃借権の物権化論を持ち出し、利用権が所有権を優越することがまさに近代的土地所有権の姿であるとし、そのことが土地所有権の「絶対的優越性」の制限論という形で、主張されているが、やはり土地所有権の制限論としては、問題があるように思われる。基本的には、土地所有権と土地賃借権との対立関係の中で、どのようにして土地賃借権を保護すべきかの問題であり、かつわが国においては、少なくとも宅地賃借権は、物権であるべきものが、そうではなかったことから、物権化理論が必要となり、そのことは確かに土地所有権の制限にはなるが、そもそも当事者間の不公平をできるだけ解消し、そのため土地賃借権を優越させるということが基本的な意図であったと解される。しかしながら、私は、基本的には土地賃借権は、土地所有権と対等であればよいと考えており、優越する必要性はないと考えているが、さらにこうした土地利用権が所有権に付着すれば、土地所有権が制限されるのは必然的なことのようにも思われる。また、賃借権の物権化は、個々の中身をみると、契約自由の制限問題とも考えており、その意味では、いかにその契約の自由を制限するかが、重要なことだとも考えている。ただし、篠塚昭次教授のように、

(11) 我妻栄『物権法(民法講義Ⅱ)』(岩波書店)(1969年)164・165頁。

(12) 高島平蔵『近代的物権制度の展開と構成』(成文堂)(1969年)9頁。

「賃借権の物権化というのは、自由な契約というものをみとめない、契約を拘束している、そうしてその拘束の仕方が、強行法規によるものである⁽¹³⁾」とまで考えているわけではない。

ところで、水本教授は、権利濫用理論によって土地所有権が制限されるとのべているが、甲斐道太郎教授の、「私法上「権利濫用」の法理によって所有権が制限されるのは、その権利行使によって不当に損害をこうむった人から所有権者に対してなされた賠償請求を根拠づけたり（いわゆる「シカーネ」ドイツ民法226条）、所有権者から不法占拠者に対してなされた妨害排除請求権を根拠づけたり（宇奈月温泉事件）するためにであって、直接的に所有権の内容（所有権者の所有物に対する支配権）を制限するものではない⁽¹⁴⁾」との指摘は、重要であり、首肯できるものと考えられる。また、水本教授は、相隣関係による土地所有権の制限を考えているが、甲斐道太郎教授によれば、民法の相隣関係の規定（ここでは234条）は、「隣地所有者との関係であるから、これに違反した建築に対しては隣地所有者からの建築廃止・変更もしくは損害賠償の請求を生じしめる」が、これに対して建築基準法の規定（ここでは65条）は、「公法上の制限であるからこれに反した建築に対しては行政庁の施工停止命令などによる規制が加えられる」のであり、結局「公法上の制限は、土地所有権の内容をいわば直接的に制限するのに対して、私法上の制限は他人の権利を通じて間接的に働くにすぎない⁽¹⁵⁾」との指摘がなされており、この指摘もよく理解できるのである。

こうしてみると、当たり前の平凡な一つの見方として、私法における古典的民法理論による土地所有権の制限論は、やはり本来のあり方ではないようにも思われてくる。しかしながら、とりわけ土地法学者は、できるだけ土地所有権の本質・内容等にせまり、そこから、理論上、制限がどこま

(13) 篠塚昭次「賃借権の物権化」（『法学の潮流』所収）（早稲田大学法学会）（1963年）127頁。

(14) (15) 甲斐道太郎『不動産法の現代的課題』（法律文化社）（1986年）101頁・102頁。

で可能かということも常に考えているわけであり、そのための理論化は益々必要になるものと思われる。土地問題・都市問題における民法の役割を再度考える必要性もあろう。

ところで、先にみたように渡辺教授は、public control あるいは「計画行政」の重要性をいち早く指摘していたが、私もそのことは、重要であると認識しているが、とくに計画行政について法的観点から考えることも重要と思われる。したがって、このことも原点に戻って、当時の理論について、以下において検討してみたいと思う。

Ⅲ 計画による土地所有権の制限論

(1) 都市計画学についても、土地法研究の比較的早い時期からわりと関心があり、相当論文を読んだが、どれほど理解しているかといえば心もとない。その中で日笠端教授の二つの論文は、相当前に読んだ論文だが、大変わかりやすくかなり興味のあることを書いているので、ここにおいても序論的に取り上げたいと思う。二つの論文のタイトルは、「土地問題と都市計画」と「わが国の都市計画法の問題点—とくに土地利用計画に関して—」である。

まず、前者の論文から扱うことにするが、三つの指摘が重要であると思われる。⁽¹⁶⁾①土地の所有権をどう考えるかという基本的な問題があるが、現代の各国の都市計画制度を比較検討してみると、その根底には土地所有観念の相違があることは明らかで、この問題を避けて通ることはできないということ、②現代の各国の土地政策の中で、計画法による私権の制限問題があるが、土地を公有化せず、私有を認めながら土地所有権の制限を強化して計画を実現していく場合、公益の利益のために、どこまで制限が可能であり、合憲なのか、そして具体的な将来の姿を想定した土地利用計画の設定や地区整備計画の義務づけといった現在より強い私権の制限が可能で

(16) 日笠端編『土地問題と都市計画』（東大出版会）（1982年）17頁18頁。

あるか、その際補償が必要か否かということ、③開発利益の帰属と地価問題があり、地価高騰の原因の究明とこれを抑制するための有効な手段は何か、土地税制は地価を安定させたり宅地を供給するのにどのように有効であるのか、また土地利用計画と地区整備計画の運用はこれとどう関わりをもつのかということ、の三つである。特に②については、日笠教授は「憲法25条にいう国民生活の向上を図るために土地の合理的利用を実現し、生活環境施設の整備を進めるという面では、財産権の拘束はきわめて消極的である。そのため都市計画区域内では、広大な市街化区域内的の建築の自由は依然として放任に近い状態にあり、建築行為に対する規制は、この無秩序な市街化の動向を追認するにとどまっている。したがっていわゆるスプロールという散落状市街地が広範囲に形成され、日常生活に必要な公共施設の整備とは必ずしも整合せず、また市街地の宅地の細分化、中高層化による過密化が無秩序に進行しつつある⁽¹⁷⁾」とのべている。以上の記述は、いずれも今日からみれば、当たり前⁽¹⁷⁾の指摘ではあるが、これらの指摘についての回答が、土地法学において十分になされているかと言えば、まだ不十分だと言えなくもないように思われる。

それでは、つぎに後者の論文について、概観することにしよう。この論文では、「土地利用計画をめぐる今後の課題」として、いくつかの重要なことが書かれている。

まず、「地方都市の動向」に関してであるが、団地開発の行きづまりや、スプロール広域化が地方都市にもみられるようになってきたとのべたうえで、「都市計画の発想は、ヨーロッパ型のコンパクトな市街地づくりをめざすのがよいのか、あるいはアメリカが対応しているような方式がよいのか問題になる」(287頁)との指摘をしている。最近になってようやくコンパクトシティ論は大きな議論を生みつつあるが、拡大しきっているような都市の状況を考えると、かなり実現は困難かも知れず、また現状は公共工事の活性化のようにも思われる。

(17) 日笠同書9頁。以下においては、本文に（・頁）という形であらわす。

つぎに、「地区環境の横断的評価」について語られている。その内容は、「ミニ開発に関連して宅地の細分化をどこまで認めてよいのかは問題がある。マンションも同様の問題をかかえているが、何がよくて何がわるいのか、一貫した議論はまだつめられていないように思われる。最近ミニ開発を取り締まって宅地の最小限画地の制度をとり入れよとの議論がある。戸当たり敷地面積でみればマンションが最小であるし、木造アパートもこれに準ずる敷地である」と的確な指摘をしたうえで、「都市を形つくっているそれぞれの地区環境について、何がどうあるべきかという一貫性のある横断的な評価がなされなくてはならない。そして評価にあつては、「地域性」を考慮に入れる必要があるということと、評価について「合意」を得ることが必要である」(288・289頁)、と強調している。土地の細分化の問題は、私にとっても継続的な課題である。

そして、「地区計画の重要性」についてのべている。ここでは、「現行都市計画法、建築基準法を中心とする都市計画関係の諸制度を根本的に再検討して、全市レベルの計画と、地区レベルの計画を明確に位置づけ、都市の環境を総合的に管理しうる体制を作り出すことが必要である」(291頁)と主張しているのである。

こうしてみると、ここに書かれていることは、今日でも議論の余地があるテーマばかりであり、少しずつ解決がなされつつあると思われるが、土地問題はやはり都市計画学との関係でも、難しい問題を引きずって今日に至っていることがよくわかり、土地法学を研究をする私たちも、多くの点で、法的対応の必要性に迫られていることが、強く感じられる。都市計画学との連携は、重要であることがあらためて認識される。

それでは、以下において、計画と法について少し考えてみることにしたいと思う。

(2) 土地法学においては、比較的早い時期に、遠藤博也教授は、「計画行政法」という法分野を開拓し、また『計画行政法』という著書もあるので、それに基づき若干検討してみたいと考えている。この作業の大きな

意図は、一人の行政法学者がそして土地法学者が計画や土地所有権について、私法研究者である私にとって難しい作業になろうが、どのように考えていたかをいま一度再確認することにある。

第一に、計画そのものについてであるが、⁽¹⁸⁾「計画の最大の特徴は価値指向型であり、計画法の最大の特徴は、具体的内容をもった政策の手段である」(28頁)としている。つぎに、土地収用をはじめ権利自由の制限の根拠となる「公共性」については、ヘーベルレの「行政の実現すべき公益は、ここでは最早自明の既に与えられているものではない。むしろ手続において主張された関係者の関係者の複数の私的利益の助けをかりてはじめて構成されるものである」との見解を紹介し、「公益はむしろ創造的な活動を通じて形成される」としている。また「実現すべき公益の中味も具体的状況によって異なる。土地を強制的に収用してまで、住宅用地を造成するだけの公益性があるかどうかは住宅事情等の具体的状況による」(48・49頁)とみている。

そこでさらに、「権利自由を制約する根拠となる行政作用の公共性の内容が法律上は具体的に、また抽象的にも一義的には与えられていない場合には、これを担保するものは何かといえば、それは計画の合理性である」(50頁)とするのである。したがって、「公共性」を担保するためには、「計画の合理性」が必要であることになる。つまり、「動的な法規範ではなく動的プログラムが要求される分野における公共性とは計画によってはじめて与えられる」のであり「わが国の諸立法にみられる新しい公共性もまたはじめて与えられるものと言わなくてはならない」としており、したがって、いわゆる公共性を実現する計画については、「計画の合理性」が問われることになる。そして計画の合理性にとって重要なのは「手続」であるとする(以上51頁)。そして手続の要請は、「単なる決定過程の形式的な合理性にとどまらない、実質的な、すなわち公共性の内容そのものと

(18) 遠藤博也『計画行政法』(学陽書房)(1976年)。以下引用については、本文に(・頁)の形で示す

密接な関係があるのであり、さらに「計画および計画法には、問題の処理を当事者間の取り決めによって進めようとする側面がある」(52頁)としている。

ところで、「計画の留保の下に立つ権利」についての説明がある。つまり、「公共性の内容が計画の合理性によって置き換えられるにいたり、さらに計画策定にあたり広くわれわれの生活に関係のあるあらゆる複雑多岐にわたる諸利益・諸事情が考慮されるに及んで、権利自由とくに経済的諸権利が計画の留保の下におかれるがごとき状況が生じてくる……権利の制約原理である公共性が計画の中から生み出されてくるのと同様に権利もまた計画の中から生み出されてくる、あるいは権利の内容もまた計画によってはじめて具体的に定められる」(53頁)とのべているのである。

もう少し、遠藤教授の考えをみてみよう。第二に、土地所有権が対象となる。まず地域的拘束性（なお、現在は状況的拘束性と記すことが多くなっている）についてであるが、これは土地所有権と関連性が深く、以下のような指摘をしている。つまり、「土地利用が錯綜・高度化し、不断に流動的である今日においては、ある土地の地域的特性を語ることはきわめて困難となっている。にもかかわらず、あるいは正にそれゆえにこそ、計画は土地利用に秩序づけを与える目的をもって、それぞれの土地に地域的特性を付与するのである。この場合、現状においてある当該土地の特性ではなく、むしろ全体として合理性を持った計画の中においてあるべき当該土地の特性を基準として規制が行われることになる。ここにおいて地域的拘束性は、自然的・事実的なものではなく、極めて価値的・規範的要請の濃いものとなる」(211・212頁)と指摘する。

そして、「土地所有権に対する社会的拘束が強く認識されるにいたり、とくに都市の過密地域を中心とした土地所有権に対する計画的規制が拡大・周密の度を加えるとともに、土地所有権がほぼ計画の中に包摂されてしまって、問題が計画の合理性と計画による規制によって生ずる様々の(土地所有権の侵害もその一部にすぎない)損失に対する救済だと考えられる

にいたると、建築の利用権そのものが計画によってはじめて与えられると考えられるようになる」（221頁）（なおこれはシュミット・アースマンやメーセルの見解のようである）としている。

さて、遠藤教授には、「土地所有権の社会的拘束⁽¹⁹⁾」という論文がある。この論文によれば、都市の土地は自由ではなく、土地は計画的規制の下にあるとの前提にたつて、①空閑地税・未利用地税等の手段による利用の強制は許される、②未利用地をより効率的に、もしくは都市計画に従って利用する者の手に譲渡するために収用することも許される、③都市再開発の要件を緩和してよい、④細分化された土地利用を統合するための組合等を認めるべきである。現状の土地利用を前提として日照権問題等を論じても、現状維持時に終わる、といった具体的提案を行っているのである。

（3） 以上の確認作業から、いくつかのことが浮かび上がってくるが、それらにつき少し検討してみたいと思う。

まず、「計画法の最大の特色は、具体的内容をもった政策の手段である」について考えてみよう。たとえば、大橋洋一教授によれば、都市計画は、⁽²⁰⁾諸利益を衡量し、相互の調整を図ったうえで、計画主体の政策構想を示すものである。この点で都市計画は他の行政計画と同じように、利害調整を通じた統合化機能を有する、としているので、この点に関しては、おそらく行政法においては、ほぼ現在でも承認されているものと思われる。

ところが、「公益性」もまた計画によって担保される、あるいは「計画の留保の下に立つ権利」となると、慎重にならざるを得なくなるように思われる。この問題についての行政法学上の取り扱い、相当深いところに根があるようである。たとえば、藤田宙靖教授は、「現在わが国行政法の関心事の一つが、行政法理論に《法現象の動態的考察》乃至《行政法規の動態的把握》という視点を導入し、この見地から、多かれ少なかれ従来の行政法理論の思考枠組の転換を模索しようとするところにあることは疑い

(19) 遠藤博也『行政過程論・計画行政法』（信山社）（2011年）223・224頁。

(20) 大橋洋一『行政法① 現代行政過程論 [第2版]』（有斐閣）（2013年）158頁以下。

を容れぬところである。例えば“全体としての行政過程”を考察の出発点に据え、行政行為等の効力をめぐる諸理論は全てこの“行政過程”との関係においてのみ論じられるべきことを強調する、いわゆる“行政過程論”の立場は、その端的な例であるが、更に又、このような名をもって称されずとも、例えば土地所有権についての憲法上の財産権保障の内容を実体法的に確定することを放棄し、土地利用計画乃至総合的な計画による権利内容の創造を認め、これに対する手続的参加の権利を保障することを以て実体的財産権保障に代えようとする試みも、その一環として位置づけることが出来よう⁽²¹⁾と指摘しているのである。

私もまた、そして都市計画学者の日笠教授もそうであったが、なぜ土地利用計画が土地所有権という財産権を制限できるのかにつき、何らかの法的根拠があることの説明を聞きたいと思っているわけだが、遠藤教授の行政法学では、そのことが必ずしも明確にはなっていないようであり、とてもむづかしい問題のようでもある。なお、藤田教授によれば、“法現象の動態的考察”という要請は、一世紀も前からあるということであるから、そうとう難しい問題のように私は感じられる。

ただ、だからこそ遠藤教授は「計画の合理性」を強く主張するのであろうが、またそのこと自体は理解できないわけではない。計画が土地所有権をコントロールするとすれば、「計画の合理性」はどうしても必要になるであろう。そのためにも遠藤教授は、手続の重要性を強調しているものと思われる。計画の合理性という考え方は、もともと雄川一郎教授の考え方であるが、そして水本浩教授もこの雄川教授のとらえ方に与していたようであるが、藤田教授はこの雄川教授の考え方に対して、⁽²²⁾「民主的な立法であるからといってもそのことだけで常に合理性を有し有効なものとされるのではなく、憲法の基本権規定の制約に服するのと同時に、如何に民主的な手続による計画であろうとも、それによる権利規制が、基本的人権とし

(21) 藤田宙靖『行政法学の思考形式(増補版)』(木鐸社)(2003年)376頁。

(22) 水本浩『土地問題と所有権』(有斐閣)(1973年)158頁。

ての土地所有権を侵害し、或いは法律上保障された個人の権利を侵害するならば、合理的な規制とは言えなくなる筈であることを、確認しておかなければならないであろう。」とのべ、⁽²³⁾たいへんてきびしい内容となっているが、よく理解できるものである。

なお、ごく最近、亙理格教授は、「現行法の規定方法は、法律で詳細に定められた一般的規定を都市計画決定を通して国民個人に対する権利自由の制限に具体化する、ということの意味しており、法律の留保原則を適切に踏まえた規定方法を採用していたという評価が可能である。都市計画は、あたかも法律の委任を受けて地方自治体が定める委任命令であるかのような性格を帯びていたのである」と書いているが、一つの興味ある見解のように思われる。あるいは、条例として考えることも説得性があるものと思われる。⁽²⁴⁾

それでは今度は、土地所有権について考えることにしよう。遠藤教授の土地所有権に関する見解の中で、一つあげるとすれば、土地所有権の社会的拘束をのべている中で「細分化された土地利用を統合するための組合等を認めるべきである。現状の土地利用を前提として日照権問題等を論じても現状維持に終わるのではないか」という見解である。「現状の土地利用を前提として日照権問題等を論じても現状維持に終わるのではなかろうか」については、少々乱暴な見解であることは否めない。日照問題を契機に、都市のあり方が検討され、また建築基準法56条の2に日影規制が設けられたことは、やはり評価すべきものと思われる。「細分化された土地利用を統合するための組合等を認めるべきである」との見解は、とても興味深い。ただし遠藤教授の具体的な考えは分からない。

私も細分化問題に関心を持ち、ドイツにおける連邦建築法（現在のドイツ建設法典の前身）を一つの研究対象とする中で、地区詳細計画（これは条例として強い拘束力がある）の保全のため、いわゆる「敷地分割」をする場

(23) 藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』（創文社）（1988年）184頁。

(24) 亙理格『転換期を迎えた土地法制度』（土地総合研究所）（2015年）177頁。

合には行政庁の認可にかからしめる制度を検討したことがあるが、⁽²⁵⁾こうした制度の日本への持ち込みは、戦後特に小土地所有が拡大したことを考えれば無理だろうと考えそのままになってしまったが、重要な制度ではある。また土地利用制を含めた広義の土地公有化に関心が移ったことも事実であるが、土地利用の視点から土地利用を統合するための組合方式については、深くは研究してはいなかった。ただ、土地区画整理については、少々考え、実践にかかわったこともあり、土地区画整理法を研究したこともあるが、かなり問題のある法であることは事実である。

IV むすび

(1) 本稿では主に土地所有権の制限論について論じてきたが、もう一方で土地所有のあり方も重要であろう。まず、若干民法の視点から、やや初歩的な話にはなるが、土地所有についてみておこう。わが国の民法 206条は、「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分する権利を有する」と規定しているが、そしてこの規定は、所有権の内容であると考えられているが、その前提には不動産であれ動産であれ、物を「所有する」ことがあることは、言うまでもないであろう。そしてこれまた言うまでもないことではあるが、「所有することの自由(所有の自由)」がなくてはならない。そしてその場合、所有の対象たる目的物が、商品として存在しなくてはならない。これは資本主義経済にとってはきわめて重要なことである。したがって土地を商品化することがもくろまれ、今日においては価値のある商品として存在する。そして民法は不動産・動産についての諸規定をおき、所有権という概念を通じて様々な手当をしている。すなわち、所有権は、物の「帰属」をあらゆる機能を有していると説明し、その目的物の帰属主体を明確にし、かつ誰に帰属しているかを不動産登記という方法により公示し、結局は「取引の安全」を図る

(25) 大西・前掲書・249頁以下。

ために民法は、組み立てられていると考えてもよいであろう。もちろん民法の一面的なとらえ方にすぎないことは、そのとおりである。そしてさらに、細かく言えば、前提たる所有の自由だけでは、片手落ちになるので、所有した物について、「利用の自由」も必要であり、また一度所有したものを譲渡する「処分の自由」がないと商品としては意味がなくなるので、民法の規定は、まさに重要な規定として位置づけられる。

ただし、別の視点からすると、商品は、通常は生産・流通・消費と密接に関連するところの物なので、そうして生産・流通・消費を民法の諸規定が支えるとすれば、まさに商品に対応できる構造を民法は有していると考えられる。ところがよく考えてみると、土地は、生産できないのであり（ただし宅地造成は別）、使用・収益という消費はできるが、流通の面ではとくに投機が妥当するのである。このことは、土地を商品として考えるうえで、一つの問題であろう。

ところで、そうした非常に特殊な商品ではあるが、そうだとしても土地は、たとえば人間が住むための基盤であり、住むという利用行為のために「利用の自由」を認めることは、基本的には問題のないことではある。しかし実際には「利用の自由」を起点として、様々な土地問題・都市問題を今現在経験しているのである。そうであるがゆえに、土地法研究者たちは、土地所有権の制限について考えてきたわけである。そしてわが国においては、前提たる「所有の自由」そのものが過剰に機能し、結局「小土地所有」を生み出す、一つの要素となったと考えられる。もちろん、わが国においては、政治的・経済的な要因、特に端的には地価の高騰を考えると、小土地所有は必然的な現象とも考えられよう。しかし、客観的に見た場合、十分な計画もなく、その都度土地を細分化し、それを譲渡し、結果的には、都市形成にゆがみが生じていることは紛れもない事実である。もちろんここで言っていることは、周知のごとくドイツのような都市計画がなかったことに大きな原因があるということである。小土地所有を制限すること、つまりある意味では所有の自由を制限することは、かなり困難であ

り、わが国でも特別に農地についてはこれまで基本的に所有の自由を制限してきたのみである。しかし、一方でドイツ・フランスでは、一時的ではあれ、様々なことを考えて公的所有へ向けているいろいろな土地政策や立法化が行われたことは、記憶にあたらしいことである⁽²⁶⁾。ただし、ドイツは、個人の私的所有を前提に、すなわち所有関係に踏み込むことは回避しつつ、基本的には厳しい土地利用規制を実行しており、そのことによって「利用の平等化」ともいうべき方向で考えていることは、重要なことと思われるのである。

(2) さて、本稿でみてきたように土地法学の視点から、様々な形で土地所有権の制限論が展開され、そのことが徐々にではあるが実現されつつあることを知ると、もはや、現に存在する近代的土地所有権なるもの自体が、大きく変化した土地所有権になってしまっているようにも思われる。つまりある意味では民法典成立の当初とは異なったあたらしい土地所有権が登場してきているようにも思われるのである。そうした認識のもとに、篠塚昭次教授は、今からもう約40年も前であるが、「社会的土地所有権」という「近代的土地所有権」とは異なる土地所有権について論じている⁽²⁷⁾。以下においては、この社会的土地所有権について少し検討しておきたいと思う。

土地所有権には二つの型があり、一つはローマ法型の土地所有権であって、絶対的排他的な土地所有権である。そしてもう一つはゲルマン法型の土地所有権であり、この土地所有権は上下の関係を配慮した相対的な土地所有権だとする(23頁)。ただしここでのゲルマン法型の土地所有権を考えた場合、少なからず中世・近世のゲヴェーレのような「保有」形態を考えざるを得ないわけだが、抽象的に観念的にはそうしたゲヴェーレ的なことを考えつつも、一方で近代的土地所有権があり、他方で篠塚教授独特の

(26) 渡辺洋三＝稲本洋之助編『現代土地法の研究(下)』(岩波書店)(1982年)。

(27) 篠塚昭次『土地所有権と現代』(日本放送出版会)(1974年)。なお、以下において引用・要約のときは、本文に(・頁)と記すことにする。

社会的土地所有権なるものを対置して論じる場合の二分論的な説明の際のあくまでも「原型」としてのべていることに注意する必要があるものと思われる。つまり、当たり前のことではあるが、単純に社会的土地所有権＝ゲルマン法型土地所有（保有）権と考え、ゲルマン法型に戻れということではないことをあらかじめ確認しておいた方がよいであろう。

ただここで若干ふれておくならば、川島教授が研究し、結局途中で中止したことではあるが、⁽²⁸⁾ゲヴェーレ的な「重層的な」土地所有形態、厳密には土地保有形態のドイツ（ゲルマン）において、なぜローマ法的な所有権観念が受け入れられたのか、大事なのはそしてその結果、実際どのようにして重層的な保有形態であるゲヴェーレは消滅したのかは、実証するのはなかなかむづかしい問題ではあるが、研究する必要があるところである。

さて少し内容に入っていくことにしよう。特にドイツを対象に考えてみたいと思う。篠塚教授によれば、ヨーロッパの18世紀後半から19世紀にかけては、「自由な所有権」と「契約の自由」を基礎とする近代的土地所有権が存在し、土地を「資本」ないし「商品」として扱う法原理が形成されていたが、その後「土地公有論」や「土地改革同盟」の運動や「土地増価税論」などにより、「社会的土地所有権」なるものが形成され出したとしている（85頁以下）。

社会的土地所有権の形成に大きな影響をあたえた法律として、篠塚教授はワイマール憲法を考えており、特にワイマール憲法第153条3項の「所有権は義務づけられている」に社会的土地所有権の根拠をみているのである（124頁以下）。現代ドイツ社会においてもボン基本法第14条2項に規定されており、きわめて重要な意味をもつことは明らかである。

このワイマール憲法と並んで、1919年の地上権令についても論じている。そしてこの地上権も、社会的土地所有権と呼ぶにふさわしいとの考え方を展開している。と同時に、この地上権は中産階級者や労働者の生存権にもとづく「土地利用権」とも言っており（124頁）、矛盾を感じざるを得

(28) 甲斐道太郎『不動産法の現代的課題』（法律文化社）（1986年）198頁。

ない。そしてこの土地利用権＝地上権は、国や地方公共団体の直接または間接の権限によって与えられたものであり、そこに「共同体の規制」が残されているのであって、結局「社会的土地所有権」は、「共同体の規制」を受ける「所有権」と論じているのである。そこには幾分論理的飛躍があり、少々理解しがたい。しかしその後つづけて、この社会的土地所有権は、「ゲルマン法型の土地所有権であるといえる」としているので、推測にならざるを得ないが、土地所有権を土地保有権という具合に、ゲヴェーレ的な見方をし、地上権という現代私法体系では、土地利用権である権利を、土地保有権すなわち土地所有権と考えているように思われるのである。

このように考えることの一つの源は、Superficies に関する以下の叙述からも、読み取れるようにも思えるのである。つまり、「すくなくとも、ドイツ普通法における Superficies では人的債権関係というものが、法律的な実質的な意義をもたないで「準所有権」と考えられるようになっていたということが、できるのではないだろうか」「ドイツ民法を制定するさいにも、ドイツのどこかにこの法律関係がのこっていないともかぎらないから、念のために規定を置くという消極的理由で立法化されたといわれるのも、この事情を証明するものといえよう。要するに、理念型物権としての Superficies は、近代的な私的所有権法の体系のなかでは、ほとんど意味をもたない、いわば「準所有権」であり、ドイツ民法は、それを承知で 1012 条から 1017 条までに Erbbaurecht (地上権) の法文をおいたのだった。」と記して⁽²⁹⁾おり、そもそも地上権を準所有権としているところから、さらに発展させて地上権＝社会的土地所有権という概念に到達したものと推測される。また、篠塚教授は、細分化された土地における土地所有権のことを、利用に重点をおいて考えるならば、「利用所有権」という概念で律すべきことを論じて⁽³⁰⁾おり、所有権概念なるものが、かなり流動的な相対的な概念として、考えられているように思われるのである。

(29) 篠塚昭次『借地借家法の基本問題』(日本評論新社)(1962年)185頁。

(30) 日笠編・前掲書・97頁(篠塚昭次「土地所有権と計画法制」)。

戦後の1960年の連邦建築法に関しては、近代的土地所有権の保障に傾きすぎているとしてあまり評価はしていないが、たとえば、先買権によって市町村の公有に移した後、宅地として私人に分譲することを義務づけ、分譲を受けた私人は土地所有権を取得することになるが、その土地所有権には「共同体の規制」が加えられるから、「社会的土地所有権」としての性格を帯びてくるとしている（148頁）。また、1971年の都市建設促進法については、開発利益の私有化を認めていないところから、社会的土地所有権の形成に進みつつあるとしている（150頁）。

なお、もっとも簡単に、近代的土地所有権と社会的土地所有権とを表現するならば、やや極端ではあるが、近代的土地所有権は「土地投機」を保障し、社会的土地所有権は「生存権」を保障する、としている（7頁）。

篠塚教授が、社会的土地所有権を語る場合、近代民法が排除したはずの「ゲヴェーレ的観念」あるいは「分割所有権的観念」が、もちろん前近代的な概念そのものではないであろうが、見え隠れしているように私には思われる。そして、相対化した所有権が重なりあって存在するのとらえ方をしているようにも思われ、興味がある。また、しばしば「共同体による規制」を受けるとしているが、この共同体の概念がよくわからないところではあるが、「法による規制」とならんで、重要視しているようである。これまた興味があるところである。ただ、「社会的」という概念と、これらがどう結びつくかは、よくわからない。日本においてこれをどう展開するかは、大きな課題であろう。

（3） さて、以下に述べることは、法律論からかけ離れてしまい、社会学的な記述になるが、またドイツにおいてもかなり特殊であり、一般化できない事例であろうが、現に驚くことに中世以来続いていることなので、少しみておきたいと思う。

ドイツのアウグスブルクに、かつて私も訪れたことがあり、住民に話を聞いたことがあるが、フッグライという世界的に有名な小さな街が存在する。街といっても一街区にすぎないが、整然とした街並みが形成されてお

り、しかもその街並みは中世ルネッサンス以来約500年も続くものである。このフッゲライは、周知のようにヤーコブ・フッガーによって造られたものであるが、そのいきさつや概要について、いま一度、ここで確認しておきたいと思う⁽³¹⁾。建築用地は、買収により取得されたが、その面積は合計9914平方メートル(約3千坪)である。そして建物の建設工事が始まるが、工事完成が近づいたころ、ヤーコブは、「財団(Stiftung)」を設立し、フッゲライの維持と管理をこの財団に委ねることにしたのである。財団の基金のために、ヤーコブは不動産を購入し、その地代収益と入居者の支払う家賃とを維持・運営に充て、また財団運営については、フッガー家とそれ以外は学識者が行ったのである。その後もこのフッゲライ財団は存続し、第二次世界大戦によりフッゲライが損傷を受けたのちも、再建にあたり、1952年にはほぼ原型に復旧し、その後も少しずつ拡充につとめ、今日にいたっているのである。

基本的には、財団がこの不動産の維持・管理にあたり、そこに建てられた住宅に低家賃で居住するいわゆる借家人が存在する形をとっていることになるが、ヤーコブが始めた慈善事業が今日ではいわゆる福祉住宅として存在し、かつ財団が建築することによって美しい街並みが存続するのである。このことは言うまでもないことではあるが、財団が土地の細分化・譲渡をせず、一定の統制のとれた建物を建設することによって、結果的には美しい街並みを形成したことを物語っているのである。とりわけ旧西ドイツの戦後の都市復興の際に、フッゲライが細分化されていたならば、現在のような形での街並みは無理であったかも知れない。数百年にもわたる土地所有のありかたと不動産管理のありかたにつき、おおいに考えさせられる。法律をはなれたある種のドイツの思想を垣間みるような気がする。

(4) 土地問題・都市問題の解決のためには、あらゆる法理論を駆使し、土地所有権の本質を考えつつ、その制限論を考えることが、大切であ

(31) 以下の叙述は、諸田實『フッガー家の遺産』(有斐閣)(1989年)204頁以下による。

ろうことは、これまでの本稿の検討からもよくわかることであろう。そう
だとしても、市民の立場から考えれば、制限となると財産につながる問題
なので、そう簡単ではない。だからこそ、土地所有権の「制限」と「保
護」の境界を見極め、適切な方向に持っていく役割が土地法学には求めら
れるのである。しかしやはりきわめて困難なことも、再認識される。法理
論上の問題は、山積している。規制は避けられないとしても、現状を見た
場合、規制の仕方があまりにも一方的であり、またゆるいので、どうして
も市民の財産権は脅かされているように私には思われるのである。その意
味では、土地基本法を改正し、たとえば、同法第2条に、「ただし、市民
の土地所有権、借地権、借家権を十分に考慮するものとする」を追加し、
また同法第3条3項として、「前2項については、いかなる場合において
も、第2条ただし書きを準用するものとする」を追加したいとも考えてい
る。制限論からすれば、いささか問題であろうが、今日までの土地基本法
の成立以来の状況を考えると、そうせざるを得ないように思われるのであ
る。もちろん私自身も制限論については積極的であり、最近の論文でもそ
のことを強調したつもりである⁽³²⁾。本稿で検討したことを十分に生かしなが
ら、土地法学を実のあるものになりたいと考えている。

(32) 大西泰博「土地利用における土地所有権の規制論」（『民事法学の歴史と未来』
（田山輝明先生古希記念論文集）（成文堂）（2014年）221頁以下参照。