◆論　説◆

土地所有思想と公共思想について

── 土地の公共的性格をめぐる日独の相違に留意しつつ ──

早稲田大学法学部教授　　田　山　輝　明

はじめに

1．出発点としての土地基本法

土地所有と公共思想について考察するにあたっては、われわれの目の前に存在する最も適当な素材として土地基本法をとりあげるべきであろう。同法が土地に関する基本理念の宣言法であることは、公知の事実である。しかし、たとえそれが政策理念の宣言であれ、このような内容にまで到達したことの一定の意味は正当に認識すべきである。本稿では、絶対的土地所有理念を出発点とした近代土地所有制がここにまで至る過程を、日本とドイツを比較しつつその発展史を検討し、それを通じて土地所有権に対する制限原理、特に公共思想の発展について述べてみたい。

土地基本法の本質ないし性格を理解するためには、1963年6月に臨時行政改革審議会が提出した「地価等土地対策に関する答申」において示された「5原則」が重要である。その内容は次の通りである。

(1)　土地の所有には利用の責務が伴うこと（3条1項、4条）

(2)　土地の利用に当たっては公共の福祉が優先すること（2条）

(3)　土地の利用は計画的に行われなければならないこと（3条2項）

(4)　開発利益はその一部を社会に還元し、社会的公平を確保すべきこと（5条）

(5)　土地の利用と受益に応じて社会的な負担は公平に負うべきものであること（5条）

これらの5点は、これを受けて出された「総合土地対策要綱」（閣議決定）でも述べられ、土地基本法において上記のような各条文において実現されている。その上で土地基本法においては、その第6条において、国、地方公共団体、国民、事業者の、土地に関する基本理念を実現すべき責務が規定されている。

2．本稿の構成

土地所有権における公共思想について検討する場合に、まず、民法典においてどのような所有思想が定着しているかを検討することは重要なことである。しかし、そこでは、いずれにしてもローマ法的な、すなわち抽象的

で観念的な所有権が前提とされている。一般的に言って土地についてはその特性との関連において所有権に対する制限が常に問題となってきた。例えば、隣地の利用との調整は各国においてローマ法以来のテーマである。

しかし、近現代においては、土地の公共財としての性格を前提とした上での制限が問題とされている。本稿では、土地をめぐる法制度のうちで、農地整備（耕地整理）法と都市計画法の領域に限定して、日本とドイツを比較しながら、両国における土地所有思想における公共思想の相違について論じてみたい。ただし、日本に関する叙述は最小限度に圧縮し、ドイツについては歴史的な大きな流れがつかめる程度のものとすべく努力した。

近代以降において、日本とドイツとは文化的な面において相互に大きな影響を受けあっている。初期における程、日本の受ける影響が一方的に大きかったことは言うまでもないことである。近代的な法典、例えば、本稿のテーマと最も密接な関係のある民法典についても、フランスと並んでドイツの法典の強い影響のもとで成立している。しかし、影響は基本的法典に限られるわけではない。農地に関する法律制度についても多くの点で影響を受けている。

それにもかかわらず、現時点において、独・日の土地制度を比較すると極めて大きな相違が存在するのである。それが何故どのようにして生じたかについてはこれまでの研究では明らかにされていない。この点を明らかにするためには、ドイツと日本の土地制度の発展史をある程度パラレルに検討してみる必要がある。本稿はそれに相応しい構成になっている。

第一章　土地所有の私的性格と社会的性格
——歴史的過程の相違

日本での高地価の原因は、様々な立場から多面的に分析され、検討されなければならないが、その一つとして法学的な観点からの分析、検討を試みるのが本稿の目的の一つである。現代日本の土地所有意識においては、欧米諸国と違って、私的権利の側面が強調され過ぎており、それとは逆に利用（義務）の側面があまりに軽視されている。この点はもちろん多くの研究者によってすでに指摘されている。

では、何故そのようなことになったのであろうか。日本における近代的土地所有観念は、基本的には欧州の所有権思想を継受したにもかかわらず、そのような違いとなって現れてしまった点については、日本社会の有する特殊な条件との関連において分析されなければならない。

第Ⅰ節　農地における近代的所有権の成立
一．日本における近代的土地所有の成立と土地整理
1．日本における近代的土地所有の成立

幕藩体制下の土地所有を近代的所有の観点から分析するならば、使用・収益の点では年貢米の確保のために作付けにいたるまで厳しい規制があり、処分の点では田畑の売買が禁止されていた。明治政府の土地改革は、まず、前提としての田畑勝手作の許可と田畑永代売買の解禁から実施され、次いで、主として上級所有権をもって近代的土地所有権とする改革が実施された（地租改正・地券交付）。地租改正は、従来の石高制（年貢制）に代えて土地所有者に対して土地の価格に一定の割合を乗じた額の地租を貨幣で課することにしようとするものであった。地租改正は明治政府の財政的基礎を確立するためにはどうしても必要なものと考えられていた。というのは、当時の政府は、旧来の公家や武士階級に禄米を給付しており、これが大きな財政負担となっていたのである。これを有償で廃止する（秩禄処分）ための財政的裏付けを用意するためにも、地租を中心とした租税体系の改革が必要であった。地租を徴収するためには、全ての土地について所有者を確定することが必要であり、そのために実施されたのが、地券の交付であった。この場合に一つの土地に対して一人の納税義務者を確定する必要があったから、この改革は個人所有権の確立に大いに寄与した。

地券的所有権の確立は、土地所有と耕作（農民の職分）とを切り離し、金納地租を納入した者を誰でも所有者とすることを通じて、土地の現実の利用よりも観念的な所有（権原）を重視する結果をもたらした。

これに加えて明治15年以降に展開するいわゆる松方デフレーションが農村をも大不況に陥れた。農民の多くが莫大な負債を負って公租公課も支払えず土地を富農、高利貸、商人などに売り渡し、寄生地主制の確立をもたらした。寄生地主制のもとでは、土地所有権が直接的に利用と結合しなかったことはむしろ当然の帰結であった。このようにして西欧から近代的土地所有権の観念が移入されたときに、土地所有権の利用（義務）はこのような状況のもとでは殆ど無視され、所有権の絶対性と強く結合することになったのである。①

2．明治政府の官僚の思想――日本における耕地整理法の制定過程を素材として

日本社会における土地関係の近代化は、変革のための社会・経済的諸条件の成熟により生じたのではなく、明治政府のいわば上からの近代化政策によるところが大きい。その過程における官僚の果たした役割ないし進歩性についてここで論じる能力は筆者にはないし、それが要求されているわけでもない。そこで、当時の土地所有制度については極めて重要な意義を有していた耕地整理法の制定過程に限定して、日本の官僚の果たした役割等について簡潔に述べておこう。

ここでは、旧耕地整理法の制定過程における委員会審議等において政府委員として参加した酒匂常明を例とする。彼は明治22年に学

術研究のために（東京農林学校教授として）欧州に出発し、同24年に帰国している。彼自身は研究者であり、高級官僚であったにもかかわらず、大変不幸な人生の終りを迎えことになった人である。つまり欧州からの帰国後しばらくの間が彼の能力を最も発揮した期間であった。

まず、『土地整理論　全』（農商務省版、明治26年）を出版し、土地整理による「十大利益」を主張し、耕地整理事業を推奨した。耕地整理法案において、酒匂は、耕地整理の申請要件として地区内土地所有者の２分の１の賛成を原案としたが、委員会審議の過程で主として、土地所有権に対する配慮から３分の２に修正されてしまった（明治31年)。当時の欧州の諸法律においてはほぼ２分の１が一般化していたから、彼の主張はむしろ世界的な常識の線であったと言えよう。日本のこの時期における私的土地所有権をどのように評価するかは難しい点であるが、その尊重が殆ど唯一の理由となって前記の修正がなされたのである。彼は既に欧州、特にドイツの近代的な耕地整理の理論に従って、事業発起要件を含めて、土地所有権の相当程度の制限を考えていたことは確かなことであった。彼の土地整理理論は余りにヨーロッパ的であったため（例えば、水田に対する配慮が弱かったため)、10年後に大改正を受けることになるが、その点を除けば、耕地整理法は第二次大戦後にまで存続し、そして今日の土地改良法へと発展しているのである。②

①甲斐道太郎「日本における所有権思想の変遷」（『所有権思想の歴史』165頁以下所収)、稲本洋之助「現代日本社会の土地問題」（東京大学社会科学研究所編『現代日本社会６――問題の諸相』1992年、東大出版会、211頁以下所収、特に244頁以下）

②田山輝明「明治期における耕地整理法の生成」（乾編『土地法の理論的展開』253頁以下所収）

二．ドイツにおける近代的土地所有の成立と土地整理

１．フリードリッヒ大王の農政と一般ラント法

では、ドイツにおける近代的土地所有の成立過程はどのようなものであったのであろうか。近代ドイツの農地法制の展開は、1807年の「10月勅令」以降について検討することでよいと考えられるが、その前史として必要と思われる限度で、まず、フリードリッヒ大王以降の土地政策の展開について概観しておこう。

(1)　大王の土地政策

近代ドイツの農地政策を一定の制限のもとでトータルに語るには、何らかの基準による叙述の限定が必要である。本稿では、歴史的部分については、土地制度の変革に焦点を合わせて叙述する。19世紀以降のドイツでは、小作制度は発達せず、むしろ農民が自己の所有地を耕作することを前提とした政策（所有と経営の一致）が採られて

きたということができる。従って、耕地整理（農地整備）事業が農業分野における最も重要な土地整理事業であった。

(イ) 植民と開拓　フリードリッヒ大王は、即位以来、産業を興して国を発展させることを基本政策としていたことは、広く知られているところである。従って、当時の中心的産業であった農業に尽力したことは当然のことであった。国土面積に比べて人口が少ないことが国土の有効利用ができない原因であると考え、最初にとった具体的政策は、内地植民であった。内地植民に特別保護を加えることを広く各国に知らせた結果、ドイツ諸邦以外の外国からも多くの植民者が移住してきたという。

特別保護の内容は、旅費の支給から始まり、三世代の役務免除、一定の要件のもとで軍役・体役の免除、その他飲食物税の免除にいたる広範なものであった。移住民は農民には限らなかったが、保護は農民に最も厚かったという。すなわち開拓地を与えた上に、その資産に応じて三段階の補助金を与えた。このように開拓農民の待遇が良かったために、原住民との間の紛争まで生じたという。補助金の不正利用者を含む様々な不品行に対して王は、初志を貫徹し、原則として自ら決裁したと言われている。成果は、王の即位した1756年からの46年間に、新たに村落を形成したところ900箇所、移住人口約30万人（その3分の2が農民）とされている。

開拓は、主として湿地の干拓であった。先代の王の時代から開拓事業はなされていたが、そのなかでもオデル川流域における干拓事業は有名である。この事業によって得た耕地は、その上流で117,000モルゲン、下流で108,690モルゲンとされている（欧文参考文献①14頁以下，47頁）

(ロ) 耕地等の整理　大王は、既存の耕地についても様々な改革を行った。耕地等の整理はその典型である。プロイセンにおける耕地整理の歴史は、一般には、1821年の共同地分割令に始まるといわれているが、それには、前史があり、フリードリッヒ大王の農政は極めて重要な意味を持っている。

1752年にフーリドリッヒ大王が農民の地片と混在していた御料地の分離を要求した際の勅令がその先駆をなすものと解してよい。当時は各地に広大な共同地 Allgemeinheit が存在しており、しかも耕地は細分化して分散していた。そのために、耕耘、播種、収穫等の作業が同一人の所有耕地の場合であっても同時に実施することができず、これが農業の進歩を阻害していると考えられていた。

1763年と1765年には、大王は、御料地

でない土地についても共同地の分割を命じている。その際、共同地分割に対する農民の不安を除去するために、これは農民の利益のために実施するものであり、従ってこれを原因として新たな課税は行わないことをわざわざ告示している。

当時の耕地をめぐる法的諸事情のもとでは、共同地を整理しようとすれば、全権利者が共同して行わなければならなかったから、結局、誰も共同地を改良しようとは思わなくなり、自己の単独所有地のみを耕作するようになっていた。このような事情を打破しなければならないというところに、共同地分割の主要な理由があったようである。しかも、啓蒙君主の頭のなかには、既にイギリスのエンクロージャーの「成果」があったという点も興味あることである。

この当時の共同地分割の概要は、1766年の命令によって知ることができる。まず、測量師に命じて共同地の実測図を作成させ、そこに評価額を記入し、土地を良・中・悪の3等級に分けた。法律家が共同地に関する証拠書類に基づいて、各権利者に分割・配分すべき土地の部分（割合）を決定し、最後に、公正な農務官を選任して地味等に配慮しつつ土地の配分を実施させた。この場合には、土地の集団化と合わせて外住策（農家の集落外への移転）も実施された。

しかし、このような事業が命令ひとつで簡単に実施されたわけではない。右の命令が発せられると、農民のみならず、司法・行政等の各層からも反対の陳情がなされたという。そこで、王は、共同地分割の実益を説いたパンフレットを作成して各地方に配付するなどの啓蒙的努力をしながら、これによって実益を受けやすい地方（プロイセン、ポンメルン等）を選んで1769年に至ってようやく実施に踏み切った。

事業実施官庁に相当するものとして、法務官と農務官とからなる事業実施委員会を設け、農務委員には地方の老農を選任する等の配慮をした結果、1769年に分割が終了したもの230件、1771年までには382件に達したという。（欧文文献①83頁以下，94頁）。1770年代までの関連立法に含まれていた共同地分割に関する諸原則は、1794年には、その他の諸法令に散在していた諸規定と統合されて、プロイセン一般ラント法（第1部第17章75条以下「共有関係の廃止」ならびに第311条～第361条「共同地分割」）に承継された。

2．プロイセン一般ラント法における共同地分割

(1) 共有関係の廃止　　これについては、「共同所有権の分割は、法律、契約もしくは有効な第三者の命令に反しない限り、何

時にても実施される。」という原則が規定されており、これは後に1821年の共同地分割令によってさらに拡大されることになる。

(2) 共同地分割　これに関する節では6項目について規定している。〔1〕複数の農村住民または隣接の農場保有者によって、従来何らかの方法で共同で行使されていた土地の用役権は一般的農業基盤整備 Allgemeine Landeskultur のために、できる限り廃止されるべきものとされていた。〔2〕分割の申請をするためには、それが単に可能であるというだけでなく、社会全体にとって利益になるということが有識農民の鑑定書によって疎明されなければならず、これは、領主と村落との間の分割の場合も同様であった。〔3〕原則として、所有権者のみが単独で分割申請をすることができた。〔4〕分割手続きに際しては、利害関係人の間においてアンバランスが生じないような配慮と各経営の分割前後の状態に対する配慮もなされていた。土地の評価は地質、位置、耕作の状態など総合的な観点からなされ、原則として金銭による補償に応じる義務はないものとされていた。町村と領主との間で分割手続きを実施する場合には、双方にとって土地が連続するように配分されることになっていた。また、分割手続きの結果経営の形態を変えざるを得ないような場合には、その手続きに同意する義務はないものとされていた。〔5〕利害関係人は、原則として分割手続きによって分割対象地上の第三者の既得権を害することは出来ないものとされていたが、その廃止なしには、耕地改良の目的を達成することができない場合には、第三者は充分な補償を受けて地役権の制限または廃止を甘受する義務を負っていた。〔6〕共同地が分割されても、公租等の負担は、変更されないのを原則としていた。土地の交換がなされても、負担の点では新土地が従前地の代替物と解されていた。この点は、後に確立する換地の際の「代償物の理論」の萌芽であると考えてよい。

3．シュタイン・ハルデンベルクの改革と農村の近代化

(1) 農村近代化立法の制定

(イ) 農業と社会の状況　神聖ローマ帝国の崩壊によって体制的変革期を迎える19世紀初頭のドイツにおいては、経済の面においても重要な変革期を迎えていた。未だ農業が最も重要な産業であり、就業者の約80パーセントが農業従事者であったと言われている。しかし、農産物需要の急激な増加は、従来の農業生産方式である三圃制を桎梏に転化させた。農産物需要を増加させた原因は、農村に零細な土地持労働者が増加したこと、ベルリンやハンブルクなどの商工業都市の人工が増加したこと、さらにイギリス等へ穀物が輸出されたことなどであった。こうし

た状況にあって、旧来からの三圃制下の休耕地でじゃがいも等が作られるようになり、クローバーの導入によって家畜頭数も増大し始めた。

しかし、旧来からの封建的生産関係（特に、封建的地代・労働地代、分散耕圃制など）は、こうした農業の発展の阻害要因であった。もちろん、改革は、農業生産関係上の理由にのみ基づいて行われたわけではない。15・6世紀以来の体僕身分制 Leibeigenschaft 廃止の運動、フランスやイギリスからの啓蒙主義・合理主義の影響、ドイツ内部での自然法思想などより、精神的側面からも改革は準備されていたと言うべきであろう。

1806年のナポレオンに対する軍事的敗北は、改革の重要な契機を与えることになったが、ドイツでは市民階級や農民階級による革命は起こらず、自由主義派の貴族や国家官僚によって「農民解放 Bauernbefreiung」が実施されることとなったのである。

(ロ) 10月勅令　プロイセンにおける農業と農村のブルジョア的変革は、啓蒙的な二人の官僚の名によって表現されている「シュタイン＝ハルデンベルクの改革」によって開始された。その端緒となった立法が1807年10月9日付の「土地財産の所有の簡易化および自由な利用ならびに農村住民の人格的諸関係に関する勅令」（一般に「10月勅令」と呼ばれている）であった。これは、その名の示す通り、一般的に封建的身分規定の解体を宣言したうえで〔1〕土地売買の自由、〔2〕営業の自由、〔3〕所領隷民制の廃止等を宣言したものであった。このような「10月勅令」がプロイセンのブルジョア的変革にとって決定的に重要な意義を有していたことは、疑問の余地のないことであるが、この勅令自体は宣言法とでもいうべきものであり、これによって、社会の実体から封建的諸要素が除去されたわけではなかった。この宣言の内容を実現するためには、いわば「10月勅令」の施行法とでもいうべき法令とこれを実現する「政府」を必要としていたのである。フリードリッヒ・ヴィルヘルム三世と宰相フライヘル・フォム・シュタイン（ならびにその後継者ハルデンベルク）によって、この改革は実行に移されるが、そのために次のような法令が制定された。

(ハ) 農村基盤整備（Landeskultur）促進令と調整勅令　1811年には、農村と農業の変革に関する重要な法令が二つ制定されている。まず、農村基盤整備促進令は、旧来からの封建的土地所有のあらゆる制限を廃止し、土地に関する無制限の処分権を創出しようとした。これを受けて、領主農民関係の調整に関する勅令（以下、「調整勅令」という）は、隷役小

作関係を有する領主と農民関係の解体の様式を示した。この勅令の起草者は、著名な農学者であり、後述の共同地分割令をも起草したA・D・テーアであった。

「調整勅令」は、封建的農民土地所有の私的所有への転化と賦役の廃止とによって、領主農民関係を解体しようとした。ここでは二つの手法が用いられた。原則として土地割譲方式がとられたが、地代補償方式も認められていた。前者の場合には、農民保有地が世襲であった場合には、3分の1を、非世襲であった場合には、2分の1を領主に割譲した。後者の場合には、農民の領主に対する総負担が貨幣地代に転化されて土地抵当簿に記入されるか、これを資本還元して償却するか、何れかの方法がとられた（邦語文献①)。

(ニ) 償却規制令　1821年には、1811年の調整勅令の対象とされなかったが確定的な世襲的権利を有し保有地の処分権限を有する農民は、その土地負担を償却することができるようになった。すなわち、従来からの諸負担は貨幣負担に転化されるか、または貨幣評価されることによって年利4パーセントで資本還元され、償却されうるようになった。しかし、この改革は長期間を要し、関連法令はその後も何度か制定され、最終的に償却を完成させたのは、1850年の「土地負担の償却と領主・農民関係に関する法律」（プロイセン憲法40・42条に基づく）であった。

(ホ) 共同地分割令　1821年には、共同地分割令も制定されている。共同地Gemeinheitenとは、耕地の周辺に存在している草地、森林、湿地、荒地を意味し、これには旧来から様々な支配権や利用権（放牧権など）が付着していた。共同地分割事業は、既に述べたように、フリードリッヒ大王の時代から行われていたが、19世紀の事業はブルジョワ的変革の一環としてなされたという点において決定的に重要な意義を有している。同令は、このような共同地の利用は一般的農村基盤整備の発展のためにできる限り廃止すべきものとしていた。やむを得ず存続させる場合でも、出来るかぎり耕作の障害とならないように変更されるべきものとされていた。具体的には、耕作の障害となる役権の廃止、共同利用に服している土地の分割、分散・交叉圃場の集団化を内容としていた（邦語文献①)。

(2) 資本主義的農業法としての耕地整理法の生成

近代ドイツの農業構造は、少なくとも経営構造との関連においては、シュタイン＝ハルデンベルクの改革によって本質的に規定されたと考えてよい。すなわち、封建的な小作関係は原則として廃止（償却）され、自作農主義（耕作者が耕地を所有する主

義）が確立したのである。その後、資本主義の発展に伴って、農工間の不均等発展が生じる中で、農業経営の規模拡大が重要な課題となるが、その際に賃貸借の利用による方法は取らず、一貫して耕地整理の方法を取ることになったのは、ここに本質的な原因があったということができる。そのような意味において、ドイツ農業において耕地整理はもっとも重要な土地整理手段ということができる。

ドイツにおける耕地整理の淵源は、三つあるとされている。第一は、バイエルンのケンプテン司教区における散村型耕地整理 Vereinödung であり、これに関する最も古い文書は1550年のものであるとされている。ある農場が既存集落から抜き出され、新たに整理・集団化された耕地の中心に建設される。現在でも、南ドイツの農村においては、広いなだらかな耕地の中央に大きな農家 Einödshof が見られるが、このような耕地整理の名残である場合も少なくない。後に、この方法はドイツの他の地方でも実施されるようになったが、最大の難点は人手と費用が掛かるということであった。

第二は、最も北部に位置するシュレスヴィヒ・ホルシュタイン地方等における囲い込みである。この地方では、従来から、「何人も他人に対して自己との間での交換を強制することはできない。ただし、他人の善意に基づく場合はこのかぎりではない。」という原則が支配していた。しかし、17世紀の中頃からは、イギリスにおける囲い込み運動の影響がデンマークを経由して次第に強くなり、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン、ラウエンブルク（ラウエンブルク侯爵はイギリス王ジョージ一世）、ハノーファーにおいて囲い込み的耕地整理立法が制定されるようになった。ハノーファーでは、数人の農民がまず彼らの農地を共同地から分離し、相互に交換することによって、溝を巡らした囲い地の中に集団化した。これによって、この囲い地は、他の土地に比べて耕地としても草地としても最小限度3倍以上も収益性が高くなったという。

第三は、プロイセンにおける共同地分割事業である。すでに述べたような共同地分割事業は、各農民の既存の農地との関連を抜きにしては実施できないものであった。耕地等の所有形態をできる限り合理的なものにするには、耕地整理的事業を同時並行的に実施せざるを得なかったのである。その結果、共同地分割事業が実施された村ではその影響は絶大なものであり、それだけに1821年の共同地分割令のように事業発起を無制限なものとしたのではもはや事業の実施は困難となった。そこで、1838年には（実際には1828年から部分的に実施していた）関係土地保有者の4分の1の同意を事業実施の要件とするようになったのである。

三．近代的土地所有権の成立過程における特徴

日独両国の土地所有権の成立過程をみると、日本においては重層的土地所有権の解体は、上級所有権の優位のもとで実現されたのに対して、ドイツでは、土地利用権が十分に尊重されつつ近代的所有権へと転化したと解することができよう。

プロイセンに限って言うならば、土地所有の近代化の過程で土地整理のために耕地整理法が生成してきたのである。その意味では、農村に近代的な関係を創設することが当時における公共の福祉だったのであり、そのためには土地所有者の同意を要件としないで土地整理を実施することができたのである。しかし、それでは余りにも農村社会に大きな動揺を与えることになるので、次第に土地所有者の一定割合の同意を必要とするようになったが、社会変革を主たる目標としていたので、いまだ4分1という低い割合であった。

それが次第に改革立法というよりも純粋に耕地整理法になるに従って、むしろ要件は厳しいものとなっていくのである。

これに対して、日本の場合には、農村土地所有の近代化と耕地整理事業との直接的関連は存在しなかった。しかも、誕生の過程において旧来の土地利用権が正当な評価をされたとは思われない事情があり（土地所有権として処遇され、または一定割合の土地所有権として処遇されるべき物権的な利用権も存在したのではないか）、そのことが利用権と所有権との結合を弱めた一因ではなかったかと思われる。

第Ⅱ節　市街地における土地所有観念

一．日本における土地所有「制限」

1．土地と建物の分離

日本において土地所有と土地利用が論理必然的に結合しなかった制度的な理由の一つとして、土地と建物とが別個の不動産とされたことが挙げられている。確かに建物を原則として土地所有権の内容として観念するか否かは、土地の利用（義務）を意識するうえでは決定的に重要であった。両者の分離を前提とすれば、土地の所有者とその土地上の建物の所有者とは、土地の所有者と利用者として対立する立場に立つことになるからである。この場合の土地所有者は、所有者として利用（者）と対立するのであり、しかも土地「所有権」は地代徴収権能にすぎないのである。

土地と建物が分離された結果、土地はそれ自体として完成された商品と同等の地位を獲得し、地上に建物がある場合には、建物の存続や居住・営業が保護された結果（例えば、明治42年の建物保護法など）、建物の敷地となっている土地は利用権の制限を受けた土地所有権となったのである。

西欧においても地上権的な権利（制限物権）が存在しているから、地代徴収権化している土地所有権が存在しないわけではない。

しかし、建物の圧倒的多数は土地所有権の内容として存在しているのであり（地上権の例は少ない）、また、地上権が設定される場合にも、土地所有権の利用権的側面が物権としての地上権として設定され、その上に建物が建設されるとその建物は独自の所有権の対象とされるのではなく、地上権の内容と観念されるのである。つまり、この場合でも、建物は土地利用の具体化なのである。

建物を独立の不動産として把握するこのような近代国家において珍しい法制度が、土地所有者における利用に対する意識を弱いものとする一因であっと言うことが出来よう。①

2．都市計画「制限」の発展

日本における都市計画の発展の遅れも日本の土地所有思想を検討する上で重要な視点である。日本に都市計画法が制定されたのは、大正8（1919）年であり、土地整理手段の中心となるべき土地区画整理事業については、耕地整理法を全面的に準用する方法をとっていた。市街地が拡大していく場合に、何らかの土地整理手段が必要とされていたことは事実であるが、市街地の整理のための特別な手段は用意されず、従って土地利用に関する本格的な制限も前提としていなかったのである。

このことは、国土の開発について、法律が、従って国家・社会がどのような「哲学」に基づいていたか、という点にかかわる問題である。すなわち日本においては、現在に至るまで土地の開発は原則としてその所有者の自由である。つまり、農地を宅地にし、その土地の上にどのような建物を建てるかも、原則として土地所有者の自由である。特別法によって例えば、最近の法律を例とするならば，都市計画法や国立公園法等により開発・建築規制がなされている土地については、それに従わなければならないが、そうでなければ原則として土地の所有者の自由である。

この点では、法律がとくに規定していない限り、原則として開発は禁止されており、法律に基づいた計画が策定され、または許可をえた等の場合に限って開発・建築行為が許されているドイツの場合とは、原則と例外が逆転しているのである。

ドイツにおいても、次に述べるように、土地について私的所有権は成立しているが、それに対する制限原理として都市計画法による規制が発達し、その結果、国土の原則的開発・建築禁止にまで発展しているのである。

①稲本前掲論文247頁以下。

二．ドイツにおける土地所有制限——私的土地所有権に対する制限原理の思想

以下では、近代ドイツにおける都市の発達と建築の自由について概観してみよう。これは結局、ドイツにおいていわゆる外部地域制度 Außenbereich（計画によって開発・建築行為が認められている地域外——ここでは原則として開発・建築行為は禁止されてい

る）がどの様にして生成されてきたかを検討することになる。

1．プロイセン一般ラント法と建築の自由

建築の自由は、19世紀ドイツにおける都市建設の「関の声」となったと言われているが、その法的基礎はすでに18世紀末のプロイセン一般ラント法にあった。①同法の第1部8章65条②では、次のように規定していた。

「原則として、全ての所有者はその土地を建物付で保有し、その建物を改築する権限を有する。」

しかし、この規定には、同66条において次のような制限が定められていた。

「ただし、公共団体の損害もしくは不安定が生じ、または都市および公的場所の不健全な発展 Verunstalten となる場合には、建築および改築はなされてはならない。」

公共の福祉の優位は、同序章第74条③において立法者の原則的決断により、並びに同67条以下において包括的な同意義務により強調されていた。66条の規定も当時の実務は、危険防止の観点からのみ理解していたようであるし、警察はこれをもっぱら建築線 Fluchtlinie の確定のために利用していた。従って、この建築線を守っているかぎり、無条件の建築の自由が認められていたと解してよい。

しかし、これは産業革命により壊滅的な結果をもたらすことになる。すなわち、工場労働者は、作業所兼用の住居に住んでいる手工業者と違って、小住宅を必要としていた。これらの住宅は疑いもなく市街地の中心に作られた。つまり、中庭が潰され、納屋が仕切られて部屋として賃貸されたのであった。ドイツの都市は、無計画的無秩序へと姿を変えていったのである。これを人口の面からみると、1816年から1830年の間に5百万人増えて約3千万人になり、1850年には3千540万人になり、1870年には4千百万人弱になり、第一次大戦の勃発の頃（1914年）には、6千7百万人になっていたのである。④こうした人口の増加は、工業の発展を前提としていたから、人口は当然に大都市とその周辺部へと集中した。

1871年から1905年の間において、平地農村の人口は2千620万人から2千580万人に減少したにもかかわらず、人口10万人以上の大都市の人口は190万人から1千150万人へと増加したのであった。1971年のベルリンの住宅統計によれば、平均7.2人が居住していた台所と一部屋のいわゆる「過密小住宅」に16万2千人が住んでおり、平均4.2人が居住していた台所と一または二部屋の「小住宅」には58万5千人が住んでいたのである。⑤

市町村は、前世紀中頃における、補償に関する気前のいい判例、不十分な受益者負担義務および都市の急速な成長に鑑みて、――特に1870/71年戦争の後においては――もはや単独では財政的負担にたえられない状態となっていた。市町村は、土地の分譲を私的な

企業にまかせ、企業は建築用地をできるだけ儲かるように転売した。⑥

この点に関して注目に値するのは、ベルリンの状態であった。そこで建築計画が立てられた場合には、その計画はいつも近い将来の予定的需要のために策定され、しかも近い将来とは100年と解されていたのである。これは、結局、大きな外部地域が計画地域に入り、しかも実際には計画道路はついに実現しないということになったのである。このような計画によって、地区内の多くの土地がインフラ整備のなされた建築用地になるのではなく、単なる投機的取引の対象となってしまったのである。⑦

そこで、土地投機に対応し、そして市町村の経済的負担を軽減するために、ドイツの各邦では、域内計画や域内道路建設に基づいて市町村と関係私的所有者のために生じる権利・義務を含む、地域道路に関する特別権を法律によって定めるようになったのである。この法規制にとって特徴的な点は、土地に対する私的所有権制限の強化、公益のためのさまざまな建築制限と——地価上昇分を部分的であれ吸収するために——受益者負担義務を確定することであった。しかし、こうした発展はドイツの各地において様々であった。いくつかの邦では殆どすべて地域道に限定されていたし、また、他の邦では総体的な建築規制に向かっていたのである。

このような観点から、当時（世紀の変わり目）のドイツの各邦の法律を分類するならば、すなわち、道路や公共用地の整備を市町村の負担とするか否かにより分類するならば、それを建築主（土地所有者）の負担としていたバイエルン法と、原則的に市町村の責任としていたプロイセン、ヘッセン、バーデンおよびヴュルテンベルクの法とに分類することができ、その中間形態としてザクセン法をあげることができるとされている。⑧

このようにして見てくると、ドイツにおいても初めから国土の原則的開発禁止が実現していたわけではなく、150年前のドイツでは寧ろ現在の日本に類似した状況が存在していたのである。

① Becker, aaO., s. 21 f.; Ernst/Bonczek, Zur Reform des städtischen Bodenrechts, Hannover 1971, S.4 ; Hoenich, Anton, Grundeigentum und Baufreiheit, Tübingen 1952, S. 38

② Allgemeines Landrecht für die Preubischen Staaten von 1794 [Textausgabe], 1970 Alfred Metzner Verlag S.100.

③ ALR, aao., S. 53.

④ Lütge, Deutsche Sozial-und Wirtschaftsgeschichte, 2. Aufl. 1960, S.400

⑤ Ernst/Bonczek, aaO., S. 43

⑥ Becker, aaO., S. 24.

⑦ Becker, aaO., S. 24.

⑧ Ludwig, Georg, Die Baubeschränkung des Straßen-und Platzlandes, Diss., stuttgart 1907, S. 7

2．各邦における立法史

(1) ハンブルク

ハンブルクにおいて、こうした無秩序な発展の転換点となったのは、1842年5月5日夜の大火災であった。これにより、4千軒が焼失し、2万人が焼け出されたのであった。従来の地境を度外視して、極めて短期間で決定された建築計画に従って徹底した都市建設の新秩序が実現された。建築制限条項が、一方では収用された土地の売買契約の中に含まれており、他方では、「災害地区の建物の再築に際して従うべき建築警察および消防警察に関する命令」①によってハンブルクにとって初めて包括的な建築許可制度が導入されたのであった。ここでは、公共の福祉の重要性と実際的必要性とが明確に認識され、この計画を実現するために必要な法規定、すなわち土地収用、区画整理、建築等についての法規が整備された。②

これらの措置が大災害の後に初めて実施されえたということは、他の諸邦に比べて特筆すべき点である。他の諸邦が、強力になった建築自由の法原則を制限しようと決心するには、前述のように、さらに何十年もかかったのである。③しかも、都市建設上の必要性からではなく、市町村等の財政的必要性によるものであった。④

① Verordnung vom 29. Juli 1842, uber die baupolizeylichen Vorschriften, welche bei dem Wiederaufbau der Gebäude in dem abgebrannten Stadtteile zu befolgen sind.

② Ernst/Bonczek, aaO., S. 44 ;Becker, aaO., S. 23.

③ J. W. Hedemann, Die Fortschritt des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, Zweiter Teil 1. Hälfte S. 362.

④ Becker, aaO., S. 23.

(2) バーデン

(イ) 農地に関する法規制

ここでは、後に述べるプロイセンの場合と異なり、耕地整理が農村の改革立法として生成したわけではない。農地に関する法規制は、1852年から開始されるが、本格的な法律は、1856年法であると考えてよい。注目すべき内容は二つあり、一つは、必要に応じて付随的に農地の移動および交換分合を伴う農地整備手続きであり、もう一つは農業生産の向上を目的とする地片の集団化であった。地片集団化手続きを導入するための要件として、〔1〕関係地片所有者の3分の2以上の者が賛成すること（面積と地租額の双方について)、〔2〕邦の管轄官庁の許可が事業について与えられること、であった。すでに公的援助がなされていた。

1886年には、新しい法律が制定されたが、事業実施要件の基本的枠組みは同じであるが、要件の「3分の2」が過半数に変更されてた（面積と地租額とも)。

この要件は、1931年法になると、制度的には消滅し、職権により耕地整理の導入が可能となり、特に「3分の2」の者が異議を申立てた場合には手続きは中止されるものとされていた。1933年には、例外的中止手続きも無くなり、完全に職権主義に移行した。

土地所有権の自由に対する制限原理としては、耕地整理事業の開始要件が3分2の賛成から出発して約80年の間に、終には職権主義に至る発展過程に注目しておきたい。

(ロ) 市街地に関する法規制

ドイツ法の適用領域おいて地域道の特別権を初めて法律によって確認したのは、1868年2月20日の「地域道の施設、建築線の確認ならびに邦道および鉄道沿線の建築に関するバーデンの法律」①であった。この法律は、本質的には、市町村の道路建設義務、形式的な計画確定ならびに受益者負担給付について規制し、用地取得に対する補償義務を制限したものであった。

1890年6月26日の法律②により、計画に合致した地域道を建設すべき市町村の義務が正確に定められた。その後においては、既存の地域道の外側では原則として建物の建設は禁止され、建築者が建築と建物利用のためにまたは公益のために最寄りの公道への連絡道を自己の費用で建設する場合にのみ建築が許可された。既存の居住地域の外側と既存の地域建築計画の外側では、耕地－、公安－、風習－または消防警察上の利益が害されると思われる場合には、新築は原則として禁止された。地域建築計画の外側では、建築の実態により計画の適切な実施に障害が生じうる場合にも、同様に建築は禁止された。③

1896年7月6日の法律④は、上記の法律を改正して区画整理に関する規定を付加し、建築用地の整理措置を確保するために建築禁止を命じることができるようにした。この私的所有権の建築の自由に対して向けられた規定は、1908年10月15日の地域道法⑤によってさらに厳しいものとなった。

これによれば、既存の地域道の外側においては、原則として、建築主が地区施設整備の全体を自己の費用で実施する場合にのみ許可されるものとされていた。さらに、道路や計画の外側でのいわゆる「粗野な建築」は、建物の建築が前述の警察的、計画的利益を害しまたは秀でた地域景観が破壊されもしくは歴史的・芸術的に意義のある建築記念物の印象が害される場合には、一定の要件の基で地域警察上の規定によって一般的に禁止され、または個々の場合に建築警察によって許可が拒絶されるものとされていた（11条、

12条)。

この道路整備分担金を徴収するためには、まず道路竣工前における市町村の決議を必要とした。しかも、分担金を賦課しうるのは、道路の新設、既存道路の改修・拡幅、その他の変更の場合であってこれらの変更が隣接地に相当な利益をもたらす場合に限られていた（22条1～4項)。これは公法上の負担とされていた。

負担すべき費用は、用地買収物件の移転に要する費用、建設費、舗装費、排水口設置費、建設後5年間の維持費である（同条5項)。

こうした法的発展の終点は、1934年8月13日の法律⑥によって達成された。同法は、地域道と計画の外側と既存の集落の外側での建築を禁止し、前述の公益上の利益の遵守を前提として建築警察の裁量による例外を認めていた。これによって現在の外部地域における原則的な開発・建築禁止とほぼ同様の制度が確立したと考えてよい。

① Gesetz, die Anlage der Ortsstraben und die Feststellung der Baufluchten, sowie das Bauen längs der Landstraßen und Eisenbahnen betreffend, vom 20. 2. 1868 (RegBl., S. 286)

② Gsetz, die Änderung des Gesetzes vom 20. Februar 1868 über die Anlage der Ortsstraßen und die Feststellung der Baufluchten, sowie das Bauen längs der Landstraben und Eisenbahnen betreffend, 2. August 1890 (GVBl. S. 48).

③ Becker, aaO., S. 25.

④ Gesetz,d ie Ergänzung des Gesetzes vom 20. Februar 1868 über die Anlage der Ortsstraßen und die Feststellung der Baufluchten, sowie das Bauen längs der Landstraßen und Eisenbahnen betreffend,vom 28. Juli 1896 (GVBl. S. 207 u. 213).

⑤ Das Ortsstraßengesetzt vom 15. 10. 1908 (GVBl. S. 605)本法の第11条は、藤田前掲書に邦訳されている。

⑥ Gesetz über die Änderung des Ortsstrabengesetzes und des Polizeistrafgesetzbuchs vom 13. August 1934 (GVBl. S. 240).

(3) プロイセン

(イ) 耕地整理

耕地整理法制は、各地方で独自な発展を遂げるが、（詳細は、邦語参考文献①、⑤参照）ここではプロイセンを中心にして述べておきたい。プロイセンでは、本来は農村近代化のための立法において用いられた法技術がやがて耕地整理一般の場合に適用されていく過程を概観することになる。

プロイセンでは、1850年に共同地分割令の補充・変更令が制定され、分割可能な共同地の範囲が拡大されたが、耕地整理の観点からは大きな変更ではなかった。プロイセンにおいて本格的な耕地整理法制が展開し始めるのは、1872年の「共同

地分割令の非共同地への適用拡大法」からである。同令によって、その名の示すように、共同地分割令が共同地以外の農地に適用されるようになった。この時点では、もはや共同地分割の必要性は低くなってきており、むしろ非共同地を除いて耕地等を交換することが農村の発展にとって障害にさえなりつつあったのである。そこで同令に基づく耕地等の強制的交換の手法を耕地一般にも適用しようとしたのであった。もちろんこのような交換強制に対しては、土地所有権に対する侵害である等の批判があったが、この点については、次のような政府案の理由書を引用するだけで充分であろう。「このような地片の整理と結合された交換強制と、そこに潜在している自由の侵害に対する純粋に技術的観点からの疑問は、前述の地区〔カッセル行政区〕においては、集団化による大きな経済的利益と農村基盤整備の一般的利益の前に背後に退いてしまった。1821年の共同地分割令が適用されているすべての領域においても、農村基盤整備の促進と国民的福祉の向上のための、有用で望ましい対策を実施すべきでないという理由は、実際上見当たらないのである。」

同令により、プロイセンにおいては初めて本格的な耕地整理法が制定されたと考えてよい。これよりも前の立法は、本質的には共同地に関する改革立法であり、従って土地所有者の同意を基本的前提としない等の点で近代法の原則から外れたものであった。1872年法は、事業発起の要件として、耕地整理事業の手続きに服する土地所有者（地租台帳による）の過半数の賛成を要し、しかも台帳記載の収益価格の点でも過半数を越える賛成を要件としていた。

(ロ) 市街地に関する法規制

1875年7月2日のプロイセンの建築線法（正式には都市と農村集落における道路および広場の設置および変更に関する法律）①の規制対象も、狭い意味における地域道立法に限定されていた。

従来、警察署の任務とされていた建築線の確認権限は、1855年5月12日の省令により警察署の了解を得て実施するという前提で市町村に委譲された。建築の規制は引き続き警察の権限に止まったから、建築線法（市町村）と建築規制法（警察）との分離が顕著になり、それが建築線法によって固定された。このことは、都市建設上の発展にとっては、次の点でマイナスであった。建築線計画または建築計画が建築法規と無関係に準備されること、すなわち都市の輪郭がその設計図とは異なって、しかも違った場所に形成されることを、警察の建築線計画または

建築計画に関する同意によっては防止することができなかったのである。

建築規制に関する権限は警察に留保されたが、その権限の根拠は、プロイセン一般ラント法第2部17章10条「公共の静穏、安寧および秩序を保ち、公共と各公民を危険から守るための必要な措置を執るべきは、警察官署である。」②であった。これによれば、警察による建築規制は公共のために危険を回避する場合にのみ許されていたのである。この限界を越えて都市計画的観点からの規制が可能か否かという問題を提起したのが「クロイツベルク判決」③であった。

上級行政裁判所において主として審理されたのは、記念物のふもとから都市とその周辺への眺望、および記念物の風景を侵害から護るためにベルリンの警察所長が警察処分の方法によりクロイツベルクの周辺における建築禁止および建築制限を命ずることが許されるか、という点であった。同裁判所は、プロイセン一般ラント法の前掲の第10条が警察に国家的な強制手段を与えているのは、公共のための危険を防止するためであるから、公共的事業のためにこれを行使することは許されないとの判断を示した。つまり、前述のような目的のもとに建築禁止や制限をすることはできないと判示したのである。これは、一般に「危険回避の原則」とよばれている。④

次のような地方条例による建築禁止も存在していた。すなわち、接道していない建物または公道に通じないか建設未了の道路に接続している建物の建設は、これらの道路への出口を有していても、禁止することができた。これらの規定の基本思想は、1848年3月10日付けのベルリンの警察長官への内務大臣と大蔵大臣の通達に源を発している。そこでは、大臣達は警察長官に対して、舗装の実施または確保前に道路が交通の用に供されてはならないし、建築もなされてはならない、ということを厳重に守るよう指示していた。⑤

委員会審議の過程で一ヶ条が追加され、次のような重要な権限が市町村に付与された。すなわち、これによって市町村は、既存の建物から遠く離れたところでなされる違法建築のために――警察上の配慮から――本来不要な道路を建設せざるをえない、というような事態を条例によって防止することができるようになったのである。

しかし、実際には、住宅の建設は禁止されたのではなく、むしろ条件の履行と引換えに許可されたのである。建築禁止の導入は、市町村の意思に任された部分が多かったからである。すなわち、市町村は、条例によって単に一定の範囲にお

ける建築禁止を命じることができただけでなく、原則的禁止の例外をも許可することができたからである。そして例外としての同意には、通常、道路建設のための給付をするという条件が付せられていたのである。その結果、条例による建築禁止は、市町村が住民負担金 Anliegerbeitrag を確保し、または――建築線法第15条によれば不可能であったが――所有者からの事前給付を要求することに大いに役立ったのであった。このようにして、実務は法律の意図とは逆の方向へと進んだ。すなわち、未完成の道路に接した建築は制限されたのではなく、正に促進されたのである。市町村はこれによって計画実施前の道路建設を自らそそのかすような結果となったのである。

市町村の外部地域については、建築線法は、1876年8月25日の定住法⑥の規定によって補足されることとなった。同法の第13条によれば、連担市街地の外または建築線法によって確定された建築計画の境界の外において住宅を建設しようとする者または既存の建物を居住用に改築しようとする者は、すべて定住許可を取得しなければならないこととなった。この意味での定住は、プロイセンにおいてだけは法律による個別的規制の対象であった。その基本思想は、次に述べるように、もちろん何度も変遷を経たものであった。

1807年の10月勅令⑦と1811年のランデスクルトゥーア促進令⑧は、領主民関係の廃止の後いわゆる小市民に対して不動産所有権の取得を容易にし、それに従って所有者による新しい住宅の建設を自由にし、官庁への届出だけを要求した。しかし、1845年1月3日の法律⑨は、一転して新定住地の創設を著しく制限した。新定住者は、単に通常の公租や支払い義務を引き受けるだけでなく、彼らの参入によって市町村、教会、学校またはその他の連合体に特別な費用または支払い義務が生じる場合には、それを負担しなければならなかった。住宅が都市または農村地域内に建設される場合において、警察上の監督が特別に困難になるときは(札付きの無産者や悪評の高い人の場合については特に)、定住は他の理由によって禁止されることが可能であった。

これらの規定は、新定住地の創設には抑制的に作用したが、そのことは、当時としては危険なことであった。というのは、厳格な要件は、単に公共の福祉にとってマイナス効果をもたらしただけでなく、無害で有益な定住をも困難にすることがあったからである。

そこで、これらの規定は1867年11月1日の居住移転の自由に関する法律⑩と調和するか否かという疑問が生じた。同法

では、北ドイツ連邦の国民のために、連邦領域内において、居宅を設けることのできる場所に、何処でも滞在し、定住することができる権利を認めていたからである。

定住法の改正の必要性は、間もなく一般に認められ、前述の1876年8月25日の法律が公布された。これは、定住地の創設については1807年と1811年の勅令にルーツを有するものであった。これによれば、定住の権利が承認され、特に個人的な理由による制限から解放された。しかし、定住許可のための要件として、定住地は常に公開された道に接続していなければならいということが特に指示されなければならなかった。それ以外で定位申請が拒絶されたものは、定住が耕地、庭園、林業、狩猟または漁業に基づく隣接不動産の利用の保護を危うくするであろうということが、一定範囲の異議権利者の理由を付した異議により正当化される場合に限られていた。

定住許可の付与のための要件は、定住の際に問題となるすべての公的利益を守るためには不十分であることがこの法律のほぼ30年の適用期間において、明らかとなった。このことは、特に非経済的出費について妥当した。市町村がこれを回避することができたのは集団住宅団地の創設の場合のみであった。

1904年8月10日の改正文言⑪によっても、1876年の法律の基本思想は変更なく維持されたが、同法17条によれば、個別的定住の場合においても、既存の市町村、教会、または学校の関係の変更もしくは新秩序により生じる費用——今日では関連費用と呼ばれる——が外部地域において生じる限りにおいて、定住負担金を徴収することができることとなった。

引き続く数十年の間においても、度重なる試みにもかかわらず、ヴュルテンベルク王国、ヘッセン大公国、ザクセン王国において作られたような総合的な建築法の包括的規制には到達しなかったのである。それには1936年の建築規制令を待たなければならなかった。

① Gesetz, betreffend die Anlegung und Veränderung von Straben und Plätzen in Stadten und ländlichen Ortschaften von 2. 7. 1875 (Preußische Gesetzsammlung, 1875, S. 561)

② ALR, aao., S. 53.

③ Urteil vom 14. 6. 1882-u II. B. 23/82 - PrOVGE 9, 353 ff.

④ Ernst/Hoppe, Das öffentliche Bau-und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, 2. Aufl. S. 81

⑤ Becker, aao., S. 27.

⑥ Gesetz, betreffend die Verteilung der öffentlichen Lasten bei Grundstückstheilung und die Gründung neuer Ansiedlung in den Provinzen Preuben, Brandenburg, Pommern, Psen, Schlesien, Sachsen und Westfalen (GS, 1876, S. 405)

⑦ これは、シュタイン＝ハルデンベルクの改革の起点となった改革勅令である。その意義と内容について

は、田山輝明『西ドイツ農地整備法制の研究』』50頁以下参照。

⑧ この勅令についても、前掲拙著56頁以下参照。

⑨ Gesetz, betreffend die Zertheilung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedlung (GS S. 25).

⑩ Gesetz über die Freizügigkeit vom 1. 11. 1867 (GS S. 55)

⑪ GS S. 227.

(4) ヴュルテンベルク

(イ) 農地に関する法規制

ここでも、耕地整理法は農村近代化立法とは無関係に展開する。ヴュルテンベルクにおいて本格的な耕地整理法が展開し始めるのは、1862年である。事業開始の要件は、①土地所有者の過半数が賛成すること、②右の過半数が地租の3分の2を支払っていること、であり、これを満たす場合には、事業決定がなされたものと見做された。

1886年法では、前記②の要件が3分の2から過半数になった。また、過半数の者による中止発議に4分の3の者が賛成した場合には、事業は中止されるものとされていた。公簿の更正のための手数料等は市町村の負担であった。

1930年の法律では、参加者と土地面積の2分の1の賛成でよいものとされた。そして1934年には、頭数、面積とも3分の1となり、かつ特別法に基づく事業については職権主義が導入された。ここでも3分の2の土地所有者の賛成から職権主義の導入への展開が見られる。

(ロ) 市街地に関する法規制

ヴュルテンベルクの最初の建築法規は、1568年3月1日に公布され、1655年には重要な改正がなされ、その後もわずかな修正がなされたうえで①、包括的な建築法規②が新しくできたのは、1872年であった。

公益のために法律で定められた諸制限によって、私的建築の自由の原則的制限が個々の規定の前に置かれた。第1条では、建築権は私的所有権に由来するものであること、そしてこの権利は公的権力によって制限されるべきであるが、それは公共の利益を守るために要請される場合に限られる、と規定されていた。この点は、従来の法律が、建築権は主として警察権によってのみ制限されるものとしていたのが、公共の利益による制限が明示されたという点において大きな前進であったと評されている③。しかし、この場合に二つの大きな問題が生じたとされている。一つは、いかなる要件のもとで建築権の公法的制限が許されるかであり、二つめは、土地所有者に価値の減少が生じたときに補償がなされるのか、という点であった。第一の問題点については、本法は具体的な規定を置かなかった。第二の点については、一連の場合に補償は

なされないことを明記していた（6条2項）④。

1568年に導入され、1655年1月2日の第二建築法によって確認されたEtterの外部での従来からの建築禁止は、1872年法第32条により廃止されたがこれに代わって既成の居住地区または地域建築計画の外部における建築は、消防および安全警察上の理由から拒絶することができることとされた。申請者が建築を許された場合にも、農業的に利用されている隣接不動産のために、建築物は境界線から適当な距離を保たなければならなかった。

これらの規制は、1933年12月15日の建築法の改正⑤により著しく強化された。改正建築法1条a第3項によれば、地域建築計画の外部または既存の居住地域の外部における住宅の建設は、その建物が農業経営もしくは菜園経営の一部またはその地域と密接な関連をもった経営（水利施設、採石場施設、飛行場または類似のもの）の一部を成し、またはその経営の従属的一部含むべき場合にのみ、許されるとされていた。

① Becker, aaO., S. 32

② Neue allgemeine Bauordnung vom 6. 10. 1872 (Regierungsblatt für das Königreich Wurtemberg, S. 305)なお、藤田前掲書（101頁）には、1910年の改正文の65条の邦訳が紹介されている。

③ Ludwig, Georg, Die Baubeschränkung des Straben-und Platzlandes, Diss., stuttgart 1907, S. 1

④ Ludwig, Georg, aaO.S. 1 f.

⑤ Gesetz des Staatsministeriums über Änderungen der Bauordnung und der Landesgebuhrenordnung vom 15. 12 1933 (RegBl. S. 443)

(5) ヘッセン

(イ) 農地に関する法規制

ヘッセン＝カッセルにおいては、1834年の地片集団化法が最初のものであるが、これによれば、事業を実施するには、土地所有者全員の同意が必要であった。1867年の法律では、この点が改正され、地役権の償却に付随する場合ではあるが、所有者の4分1以上の賛成が必要であるとされた。

ヘッセン＝ナッサウにおいては、1829年の法律が最初のものであるが、事業実施要件は、過半数の面積をもって参加した所有者の3分の2が事業に賛成した場合には、村落耕地の全域について事業が実施されることになっていた。1852年にも法律改正はあったが、要件に変更が生じたのは1867年であった。3分の2の要件が過半数に変更され、しかも面積について充足されればよいことになった。

ヘッセン＝ダルムシュタットでは、1834年の法律が最初のものである。事業実施には参加者全員の賛成を要するものとされていた。しかし、1857年の法律で

は、頭数で過半数、面積で3分の2の賛成があり、これらの者が地租の過半を支払っていれば、事業を開始できることとなった。ついで、1871年の法律では、頭数、面積、地租ともに過半数でよいこととされた。1887年の法律では、土地所有者の5分の1の者の賛成でよいものとされた。1933年には、職権主義が導入された。

ここでは、各邦において異なるが、全員同意から4分の1の賛成への展開や、3分の2の賛成から職権主義への展開等が見られる。

(ロ) 市街地に関する法規制

ヘッセン大公国においても、1881年4月30日の一般建築法に関する法律①によれば、所有者がその土地の境界内においてその裁量に従って建築することのできる権限は、公的な利益のためにまたは法律またはこれに基づく諸法令により制限されうるものとされていた。それ以上に第18条によれば、地域建築計画の外部における建築は条例によって原則的に阻止することが可能であった。②

① Gesetz, die allgemeine Bauordnung betreffend (RegBl. S. 71)

② Becker, aaO., S.33

(6) バイエルン

(イ) 農地に関する法規制

1861年の法律が初めての本格的耕地整理法である。これによれば、①事業地域内の10人以上の土地所有者が申請することが必要であり、かつその者の10分の8以上が交換分合の方法について合意していることが必要とされていた。②事業地域内の土地所有者の5分の4以上（頭数と面積）の賛成が必要であり、③事業の必要性が立証され、賛成しない者に対する補償も考慮されていた。1886年には様々な反省の上に新法が制定されたが、それによれば、事業実施要件は、参加者数が20人未満の場合には5分の3以上、参加者数がそれ以上の場合には過半数（頭数と地租）の賛成でよいこととなった。農道規制だけの場合には、人数に関係なく過半数の賛成でよかった。1922年の法律では、参加者の3分の1（頭数）と2分の1（面積）の賛成でよいこととなり、1933年法では特別法に基づく事業の場合には職権主義が導入された。

ここでも、事業開始の要件は4分の3の賛成から3分の1ないし2分の1への展開が見られる。

(ロ) 市街地に関する法規制

バイエルンについては、建築法に関する限り、19世紀後半においても邦の各地方毎に規制されていたようであり①、従って発展史の統一的な概説はむづかしいが、前述のように、世紀の変わり目の

頃には、建築法（1901年②および1910年）が制定され、都市計画の権限は市町村に委譲された（ただし、ミュンヒェンだけは特別扱いされていた）③。これよって計画権限の分属ということは無くなったが、法規制の範囲はプロイセン法に対応していた。すなわち、建築自由の原則を前提としており、その制限は建築線の確定と危険の回避によってのみ可能であった。④

公道の用地確保、設置および維持が原則として建築主である土地所有者の負担とされていたことは確認されている⑤。まず、建築線が確定されており、建築主である土地所有者はこれに従うこと、および必要な道路用地を確保し、設置した場合にのみ、建築が許された。従って、実際には、立法者が土地所有者に制限を課したわけではないが、計画された道路と広場の用地については建築はできないものとされていたのである。

他の諸邦では、道路用地は市町村が取得すべきものとされていたが、バイエルンでは特に他の理由、例えば保健または保安上の理由がない場合には、道路用地の取得のための強制収用権は与えられていなかった（1937年の強制収用法）。その理由は、道路用地の取得は市町村の義務ではなく、建築主の義務だったからである。⑥

① Ludwig, Georg, aaO. S. 7

② Königlich Allerhöchste Verordnung vom 17. Februar 1901, die Bauordnung betreffend.

③ Jürgen Ulrich Gramke, Raumordnung in Deutschland in den Jahren 1871–1933, Diss, Dusseldorf 1972, S. 46

④ Ernst/Hoppe, aaO., S. 82

⑤ Ludwig, Georg, aaO. S. 9

⑥ Ludwig, Georg, aaO.S. 10

(7) ザクセン

(イ) 農地に関する法規制

耕地整理に関する初めての本格的法律は1834年法である。これによれば、共同放牧権の廃止に伴う土地整理事業の場合には、参加者の単純過半数でよいとされたが、一般の集団化事業の場合には、土地所有者の3分の2以上の賛成が必要であった。また、中止を求める異議申立も認められていた。1861年には、土地所有者の過半数（頭数と面積）の賛成で事業実施は可能となったが、1935年には、職権主義が導入された。ここでも事業開始要件について過半数ないし3分の2の賛成から職権主義への展開が見られる。

(ロ) 市街地に関する法規制

1900年7月1日付けのザクセン王国の一般建築法①は、他のドイツ諸邦の模範とされたものであった。外部地域においては、建物が森の近くに建てられるべき場合を除き、その土地が公的な車道に接

しているか、またはかかる公道に接続する建築主の所有になるもしくは法的に継続性を有する進入路を有していた場合のみ、建築は許されるものとされていた。

1932年7月20日の改正法②によって、既成市街地の外部における建築の詳細な規制が自由国家ザクセンの建築法の中に取り込まれた。同法の152条によれば、建築または建物の改築の許可は、次の場合には、拒絶されうるものとされていた。

〔1〕重要な公的利益または国民経済的利益を損ないもしくは危険に陥れかねない場合、

〔2〕内務大臣によって許可されまたは作成されている土地配分計画の実施がそれによって侵害されうる場合、

〔3〕単なる一時的な人の滞在のためではない建物が居住地域の警察または消防施設からの距離が遠いために水の供給を必要とする場合、または子供の健康と安全が通学路によって危険に曝されかねない場合、

〔4〕許可の実施のためには、市町村、学校の関係、とりわけ新しい市町村の施設の創設が必要とならざるをえない場合。

この場合には、建築主がそのための主要な費用を負担する場合には、許可が与えられうることとなっていた。③

ここではいわゆる外部地域での開発・建築の原則的禁止が確立しつつある点に注目しておきたい。

① Allgemeines Baugesetz für das Königreich Sachsen vom 1. 7. 1900 (Gesetz = und Verordnungsblatt für das Konigreich Sachsen, S. 117)

② Zwites Gesetz zur Änderung des Allgemeinen Baugesetzes vom 20. Juli 1932 (Sächsisches Gesetzblatt, S. 133) なお、藤田前掲書（102頁）には、152a条の邦訳がある。

③ Becker, aaO., S. 33

三．耕地整理と都市計画にみる土地所有権の制限——外部地域制度への発展

主要な各邦の立法史を概観して分かることは、農地においては農業生産のもつ公共的性格の故に、さらには農地の有効かつ合理的な利用のために、各所有者の耕地整理事業に参加しない自由は法律に基づいて制限され、終には事業実施自体は職権によるものとし、土地所有権に対する補償は現物（土地）による補償とそれを補う金銭補償に限定されることになる発展過程をドイツ連邦の制度史を通じて明らかにすることができたと思われる。

また、都市地域の外部における発展は、建築警察法規による規制から始まって、次第に計画のない地域（外部地域）における開発・建築行為の原則的禁止が確立していく発展過程を各邦のレベルで明らかにすることができた。これが1930年代に帝国レベルで「外部地域」として確立していくことになる。

第Ⅲ節　ローマ法的所有権と土地所有権

——独・日民法典における所有権規定——

一．民法典における所有権規定と相隣関係

1．ドイツにおけるローマ法的所有権

これを最も良く表しているのは、ドイツ民法903条の「物の所有者は、法律または第三者の権利に反しない限り、その物を自由に処分し、かつ他人をあらゆる干渉から排除することができる」という文言であろう。このようにオールマイティな権利としての所有権概念も、労働生産物について適用している限りは問題はないが、土地は有限な財であるため、その内在的制限が問題になり、土地を持つ者と持たない者との出現を前提として、小作問題や住宅問題が発生するに至った。さらには土地所有権の社会的制限のみならず、利用権者の法律による積極的保護も必要となる。

土地所有についての内在的制限は、いわば土地所有権（利用権）の相互の調整の問題である。土地所有権が他の所有権と線で接している以上、利用上の調整は不可欠であるから、既に民法典においてかならず、相隣関係規定として存在している。本稿でとりあげるのはそのような次元を越えた「制限」である。

2．日本民法典の所有権規定

日本民法第206条の「所有者は法令の範囲内に於いて自由に其物の使用、収益及び処分を為す権利を有す」もドイツ民法903条と基本的には同意義である。

土地の絶対的所有権に対する相隣関係的制限は、所有権の対象が土地であるということから生じる内在的制限である。これも一種の拘束ないし義務と解することはできるとしても、前述のようにそれは所有者（市民）相互間におけるものであって、土地所有権の社会や国家に対するものではない。

二．古典的所有権と社会的義務

1．ドイツにおける社会的義務論

(1)　イェーリングの思想

土地はその所有者が利用しなければ隣地との衝突は生じないが、実は土地が有限の財であることとの関係では土地を利用しないこと自体が問題なのである。限りある財の使用・収益・処分を任されていながら、それを意味あるものとして利用しないことは社会に対する義務違反ではないか、という主張が現れても不思議ではない。このような考えを主張した者の代表例として、ルドルフ・フォン・イェーリングを挙げておこう。彼はつぎのように述べている。「法律家も素人も所有権の本質は、所有者の物に対する無制限的支配力を意味するかのように思い、もしこれに制限を加えるなら、それは所有権の本質と両立しえないかのように考えてしまう。しかし、これは根本的に誤った考え方である。自己の利益のみならず、社会の利益に適合させるように権利を行使することによってのみ、所有権の本分は果たされる。この範囲においてのみ社

会は個人に干渉しない。もし耕作できる広漠たる原野が所有者の怠慢から未開墾のままに放置され、穀類の実る場に雑草が生い茂ったり、また単なる慰みのための狩猟地に委ねてあったとすれば、社会はこれについて安閑としておられるだろうか。だから耕せばよし、もし耕さなければ、社会はより有益に土地の利用をなす者に代わらせなければならない。所有権の理念は社会の理念と矛盾しては、とうてい存在しうるものではない。」これは、所有権の社会的ないし国家的義務について述べたものと理解されている。

(2) ギールケ

ローマ法は個人的法の思想体系である。したがって所有権についても個人的所有権がその中核である。特定の土地に対する個人の排他的権利として土地所有権を規定するならば、そこには純粋な権利的要素のみによって構成される土地所有権概念が成立する。しかし、この点でも土地の利用については個人的権利の側面だけでは不十分である。この点について論陣をはったのが、オットー・フォン・ギールケであった。彼は、中性ゲルマン社会の団体所有関係の研究に基づいて、ローマ法的所有権に対してづぎのように反論していた。「物権法といえども最終的には複数の人間の間の意思の関係であって、孤立した個別意思と意思なき対象（物）との関係ではない。人間と人間とが相互に対立している以上、どこにおいても今日のわれわれの法の理解にとって、義務のない支配というものは存在しない。」と、したうえで、所有権については、「所有権は、今日、即自的 an sich に制限された物権である。」と述べていた。彼の理論によれば、特に土地所有権については団体的規制が一定程度前提とされることになる。

2．日本における社会的義務論——平野義太郎『民法におけるローマ思想とゲルマン思想』（大正13年）

すでに述べたようなドイツの法思想、特にギールケの思想は、既に大正時代に日本に十分に紹介されていた。標記の平野の名著がまさにそれである。ギールケにおいては土地所有権が中心に論じられているわけではないが、ローマ法的な所有権概念を土地について適用した場合（ドイツ民法第一草案）の不当性をギールケは批判し、平野はそれを紹介している。第一草案は、単に「土地の所有権はその上下に及ぶ」と規定したが、後に修正され、但書がふされ、「所有者が利益を有せざる高さまたは深さにおいて生じる他人の関与を禁ずることはできない」こととなった。これは、ギールケの批判を受け入れたものであるとしている（同書76頁）。

平野は、日本民法の個人主義本位の物権法を根本的に改造する必要性を感じるとした上で、物と物との有機的結合を高調したギール

ケの諸説を考察し、団体的所有権の構成や物的保障を理想としたゲルマン法制に注目している。ここでは、平野が目次の見出しで「物権法の社会化」としている部分を紹介しておこう。「物権法に於ける個人主義は、物の観念、所有権の内容乃至其の行使、持分的共有等に最もよく現れている。しかも、経済理論が今や、生産と消費との妥当な調節に努力する如く、物権法も従来の商品思想から生活本位に還らねばならぬ。生活本位とは物権法を以て社会全般の需要を充たし、社会の幸福を増進せしめるに役立たせることを謂ふ。其の為には物権法を従来の個人本位から団体本位に転換させねばならぬ。」

このように日本においても、大正デモクラシーを背景として、有力な学説において、個人主義的物権法に対する反省がなされ、ある種の社会的義務が主張されていたのである。この場合の「社会」は社会主義的意味ではなく、ローマ法の抽象性に対する具体性であり、抽象的人の生活に替えて具体的人間、つまり労働者・農民の生活の重視ということであった。

第Ⅳ節　所有権と社会化

一．ドイツにおける土地所有権と社会化

20世紀に入るとギールケやイェーリングが述べた社会的義務とは別個の観点からの社会的義務が特に土地について問題にされるようになる。そこでは、資本主義の矛盾の現れと社会主義思想の影響が明確に見られる。しかし、実際に大きな力を持ったのは、社会主義に刺激を受けたそれとは別個の思想であった。

1．ワイマール期の農業法

(1)　耕地整理法　　20世紀に入ると、間もなくドイツは第一次世界大戦を契機とする革命的変革期を経験する。1919年にワイマール憲法〔特に、『土地の耕作および充分な利用は土地所有者の社会に対する義務である』（155条3項）は重要〕が制定された直後に、プロイセン耕地整理法が制定されたが、同法制定の背景としては、次の二点が重要である。第一に、敗戦による農業生産力の低下、すなわち戦争による農地の荒廃に加えて、難民、復員者等による人口の社会的増加によって深刻な食糧難が生じた。第二に、本法によって土地所有権が制限を受けることがあっても、特定の公共的目的のために所有権に対する社会的制限を受け入れるだけの法的状況が生まれていたということも無視できない点である。同令の提案理由においても、農業構造の改善と土地改良事業の重要性が強調されていた。

本法の特徴の第一は、プロイセン法の統一法となることによって耕地整理事業が邦の事業となった点である。耕地整理事業がそれだけドイツ社会にとって重要な事業となったことを意味しており、そのことが法制の面にも反映されている。すなわち、耕地整理を邦の政策として効果的に実施するためには、事業のイニシアティヴは邦が握っていることが望

ましい。そのために、事業開始に関する申請主義を止め、職権主義を導入した。これは、プロイセン内の耕地整理において初めてのことであった（手法としては、1905年のオーデル河中・上流の洪水・堤防・排水路関係規制法がモデルとされた)。

(2) 土地取引布告　1918年の3月に、迫りくる敗戦の危機の中で、土地取引に関する布告が発せられ、ドイツではこの時以来、農林業用地の取引は一定の制限に服している。当時とすれば止むを得ない措置であったとされているが、その後（ナチス期）の政治的発展もあって、自由な土地市場への回帰は困難な道となったのである。

(3) 小作法　1920年には、小作保護法が制定され、各州の最高の行政庁に小作調停所が設置され、2.5ヘクタール以下の小作地については、司法裁判所に出訴せずに、小作契約の更新・解約を審決し、小作料等を定めることができることになっていた。

(4) 内地植民法　1919年には、内地植民法 Siedlungsgesetz が制定された。これは、都市で過剰となった労働力や復員してきた労働力を農村に定着させ、食糧の増産に寄与しようとするものであった。内地植民会社が設立され、泥炭地または荒蕪地を収用する権利を与えられ、さらに25ヘクタール以上の土地に対しては同会社に先買権が与えられた（この時期については、邦語文献①参照)。なお、この時期に未だ如何に多く古い諸制度が残っていたかは、欧文文献③によって知ることができる。

2．ワイマール憲法における社会化思想

(1) A・ダマシュケの土地改革思想――開発利益の社会への吸収

資本主義の形成に伴って大都市が形成されると、住宅問題という形をとってその矛盾は顕在化した。20世紀への変わり目の時点で、住宅問題を土地所有権の制限によって解決しようとする主張がベルリンを中心としてなされ、土地改革運動と呼ばれた。その代表的な運動家としてアドルフ・ダマシュケを挙げることができる。ダマシュケは、1890年ごろには、まだアメリカ人ヘンリー・ジョージのながれを汲む農業社会主義の影響下にあったが、ヘンリー・ジョージの思想をそのままドイツにおいて実現することは困難であると信じていた。1898年にはダマシュケを議長としてドイツ土地改革者連盟が結成され、そのスローガンにおいて、私的土地所有の廃止ではなく、制限を掲げ、全ての地租の廃止ではなく、自然増加収益に対する課税が掲げられていた。

ダマシュケらの運動は、二、三の重要な立法を成立させ、またはその成立に影響を与えた。例えば、1909年の建築要求保護法や1911年の自然増加税法（1913年に廃止）などである。ドイツ土地改革連盟の綱領がワイマール憲法155条の中に実現されたのも理念的な成果であった。この憲法条項は、

もっぱら立法者にとっての指針を規定していたが、結局それは立法者によって実現されることはなかった。

しかし、他の個別的立法では一定の成果をあげた。地上権を活用しようとする努力は地上権令として結実した（1919年1月15日の地上権令）。ライヒ家産法も第一次世界大戦中にダマシュケによって主張され、1918年の敗戦によって挫折した戦時家産運動と関連を有している。このダマシュケの家産運動が今日のドイツでの持家運動（持家イデオロギー）に連なっている。「ドイツ国民家産事務所」は、ダマシュケの精神の相続人であり、彼のライフワークの完成者であることを自認している。

ダマシュケの思想を知るには、その著『土地改革――社会的困窮の認識と克服のための基本的なるものと歴史てきなるもの』が最適である。以下では同書の18版によってその思想を概観することにする。

ダマシュケは言う。現代社会においては、すべての民族の生きる道に社会問題という名のスフィンクスが待ち伏せしている。古代エジプトの伝説と同じように、スフィンクスの提起する難問を解決できない民族は滅びてしまうほかないのである。彼によれば、この問題を解決するのに三つの方法がある。第一は拝金主義であり、第二は共産主義であり、第三は土地改革である。彼は、拝金主義の代表例として、マルサスの人口論を批判し、さらに共産主義についてはマルクス経済学を批判した上で、土地改革の理論を提唱した。

その理論によれば、生産の不可欠の前提条件は土地と労働であり、発展した経済社会にあっては、これに資本が加わる。そして他人の土地の利用に対しては地代が、他人の労働の利用に対しては賃金が、他人の資本の利用に対しては利子が支払われるとする。

解決されるべき社会問題とは、国民経済の収益が地代、賃金および利子の間において自然かつ正当に配分されているかどうか、ということである。彼はこの点について次の例を出す。千年前のベルリンの街は、ほとんど価値のない単なる砂地であったが、1914年には、1平方マイル当たり約60億マルクの価値を有している。その価値の4パーセントが地代となるとすれば、この土地の1平方マイルに住んで労働している人々は、年々2億4千マルクの地代を支払わなければならない。これは各労働日毎に80マルクになる。ベルリン人の労働の総収益からこの地代が支払われた後に始めて、資本に対する利子も、労働に対する賃金もその配分に与かることができる。

ところで、ベルリンの地代は、今日主として大きな抵当銀行や土地会社の株主によって取得されている。しかし、この地代はこれらの者の活動の成果ではない。ベル

リンの市民達がすべてこの土地から立ち去ってしまったとしたら、これらの株主達は、それでも年々２億４千マルクの地代を取得するであろうか。土地改革理論によれば、この意味における地代はすべての者の総労働の成果であり、社会的所有に属する。すなわち、この地代は全体社会のために保留されるべきものである。地代を社会的所有にし、資本と労働は個人主義的なもしくは自由な社会活動のために確保することが、社会主義と個人主義との間の平和を意味することになる、と主張していた。

このような土地改革運動が、当時のベルリンでどのような意味を持っていたかを明らかにするために新聞記事を引用しておこう。

「ダマシュケと土地改革者連盟の仕事は、ある民族の土地に対する関係はその民族の発展と運命を決定する、という認識に基づいている。歴史と現実がそのことを教えている。民族は中・小農民層によって革新される。それゆえ内地植民が重要！国家は家族に基礎を置き、家族は健全で倫理的にも問題のない住宅に基づいてのみ健全に倫理的に生活し、教育されうるのである。それゆえ庭付きの一家族用家産地が重要！土地はすべての生活と労働の基礎である。それゆえ自由に土地を入手しうる権利の確保が必要。土地に関する権力は、たとえそれが土地自体に関するものであれ（大土地所有、建築用地）、土地埋蔵物（石炭、カリ、鉄）に関するものであれ、または地力（水）に関するものであれ、この土地でそして土地とともに生活し労働しなければならない人間に関する権力を意味している。それゆえあらゆる土地の濫用と土地の投機は防止されなければならない。我々に適用されているローマ法は土地を商品化することによって、このような濫用を許しているのだ。それゆえ古きドイツの土地法がそうであったと同様な、しかし新しいドイツの、社会的な、正義にかなった土地法を創造しなければならない。

これらの目的のための戦いのために、ダマシュケと土地改革者連盟は、建築職人の保護、地上権、買戻権、家産地法、内地植民法等を獲得し、さらに今日特別に正義にかなった地租と土地改革法とを獲得しようとしている。しかし、もしドイツ民族が、土地問題は全民族の基本的な問題であるということをますます充分に認識するならば、一人の男のたゆまぬ、動揺しない仕事に感謝しなければならない。それはドイツ土地改革運動の創始者であり指導者であるA.ダマシュケ博士である。」

この記事の主張はほとんどそのまま現代の日本、とくに東京に当てはまるのではないだろうか。

(2) ワイマール憲法の社会化条項の具体化

ライヒの立法による建築自由の制限は、

外部地域についてはまず軍事的観点からのみなされた。1871年の「区域」法（要塞周辺の土地所有権の制限に関する法律）①13条以下により、要塞の周辺における土地の建築利用は、対外的防衛線からの距離に応じて様々に制限された。この制限に対しては、ライヒは同法34条に従い原則として補償を給付した。

ワイマール憲法は、土地法に関するライヒの立法権限を同10条4号により、原則的立法に限定した。同憲法7条12号と12条により、土地の調達（収用法）のためにライヒに競合的立法権限が認められた。その結果、土地法上のプログラム（土地改革条項）を含むワイマール憲法155条の原則に応じて、1919年8月11日のライヒ内地植民法②、1920年5月10日のライヒ家産地法③が制定された。これらの法律は、本質的には、農業的植民ないし家産地のための土地調達法であった。住宅ないし経営家産地のための建築用地の調達を規制すべき建築用地法も、ワイマール憲法155条においてプログラム的には規定されていた。

地区施設整備と建築用地の調達に関する法律（建築地法）のための担当官の暫定草案が1930年に公表された。ここで言及に値することは、地区施設整備の概念が導入されたことと、この草案が見通し計画による土地の利用に関する規制をも含んでいたことである。この草案は改定された文言において1931年においてライヒ都市建設法の担当官草案としてあらたに公表された。④

同草案の第1章「用地の施設整備」においては、計画、区画整理および境界規制を定めていた。その各論においては、次のような提案を行っていた。

市町村は、経済計画または建築計画による必要性に応じて計画をなすべきものとする。経済計画は、様々な種類の土地利用を指示し、後に確定されるべき拘束力ある地区詳細計画の基礎を成す。市町村の既築区域外であって、都市拡大区域でなく、従って建築が期待されない地域（外部地域）では、地区詳細計画の確定は原則として必要ではない。以後、地区詳細計画が確定されない限り、如何なる要件のもとでこの地域における建築が許されるかは、州の法律が定める、とされていた。

以下の章では、建築警察法と地域住民負担法ならびに土地調達と補償に関する詳細な規定を含んでいた。

この草案に対しては、様々な州から、憲法上の疑念が主張された。それは、当時の効力を有していた州法が実際にも意味を有しており、ライヒは同法により憲法上保障された州の主権を侵害する、といったものであった。提案されているライヒ都市建設法では、さらにライヒに与えられた原則立法の制定権限の範囲を越えるであろうとも言われた。

諸州による不利な受け止めにもかかわらず、ライヒ議会の住宅委員会は、ライヒ都市建設法草案の検討を行い、それがライヒの政府によって提出される前に第二読会を実施した。しかし、ライヒ議会の解散のために、その提案（1932年）にもかかわらずその会期においてはもはや審議されることはなかった。⑤

① Gesetz, betreffend die Beschränkungen des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen vom 21. 12. 1871 (RGBl. S. 459)

② Reichssiedlungsgesetz vom 11. 8. 1919 (RGBl. S. 1429)

③ Reichsheimstättengesetz vom 10. 5. 1920 (RGBl. S. 962)

④ Becker, aaO., S. 35.

⑤ Becker, aaO., S. 36; Ernst/Bonczek, aaO., S. 48

二. 日本における大正デモクラシーと所有権の社会化

1．古典的所有権と社会的義務

日本では、日露戦争の講和反対を契機にして第一次護憲運動が起こり、政党政治をめざす方向が示された。その理論的支柱となったのが、吉野作造の民本主義、美濃部達吉の天皇機関説であり、より具体的に言えば、普通選挙の実施、婦人参政権の実現などであり、これらは人民の権利拡大の要求であった。1925（大正14）年には、普通選挙法が公布されたが、同時に治安維持法が制定され、大正デモクラシーの結実は同時にその終焉を前提としたものであった。

しかし、この間における土地関連立法には注目すべきものがある。まず第一には、1909（明治42）年の建物保護に関する法律をあげることができる。これは日露戦争後の都市の膨張・地価の上昇の際に地代値上げに応じない借地人に対して地主が土地を第三者に譲渡し、その第三者から土地の明け渡しを要求する事態（いわゆる地震売買）が生じたため、これを法的に防止するために借地上の建物について登記がなされていれば、以後敷地について権利を取得する者に対して借地権を対抗することができることとしたものである。これは民法制定者が不動産賃借権を債権としたことによる弊害を修正したものであるが、建物所有を目的とするものに限定したものではあれ、土地賃借権を物権に準じた権利にまで高めたものであり、画期的な立法であった。1921（大正10）年に制定される借地法、借家法とともに不動産所有権に対する制限を設定した立法として注目すべきものである。これらの法律の制定は、土地に資本を投下する側からすれば、投下資本の安定を要求するものであり、当然であると考えられるが、この時期までにそれが可能である程度に資本の力と社会運動の力とが強化されてきたものと解してよいであろう。

この時期にはすでに判例理論においても、所有権の濫用的行使が問題とされたが（信玄

公旗掛け松事件、大判大正8年3月3日民録25輯356頁、宇名月温泉事件、大判昭和10年10月5日民集14巻1965頁)、これは権利の社会性が重視されるようになった結果であると解してよいと思われる。

2．末弘厳太郎著『物権法』にみる社会化思想

末弘の土地所有権に関する認識は、標記の著書の次の部分に典型的に現れている。「18世紀の終わり以来欧州大陸を風靡した土地解放 affranchissement du sol の運動や、吾国維新に際して断行された封建的土地制より個人主義的土地制への変転に因って出来上がった近代の土地制は極端な絶対的排他的の土地所有権を各国に成立せしめた。之に因って農地の改良農業の発展を来し惹いては一般文化の進歩に資したる事極めて著大である。併し此傾向は同時に従来共同地乃至他人の所有地の上に或る種の権利を持って僅かに生計を立てて居た小農をして、生活の方法を失わしめた。又各個人が利己心のみに依って勝手に土地を利用する結果、産業・国民衛生・国土の美観・危険防止等各種の公益的要求と抵触すべき幾多の事件を発生せしむるに至った。折角一度は一般福祉を目標として土地解放を行ひ個人所有権の拡張を計ったのであるが、今や変じて其同じ一般福祉が反って土地所有権の制限を要求するに至った。それが大きく現れては土地国有の要求となり、小さく現れては公益上の理由に基づく各種の土地所有権制限となった。」(336頁)

このような思想の背景には、文明の向上が平等思想の発達をもたらしたこと、特に第一次大戦後においてはその傾向が顕著であることが指摘されている。個人主義本位の物権法ではこのような時代の変化によく対応することはできない。そのためには、私有財産の尊重と公共の福祉との調和を計るべき法律的方策を講じなければならないと述べている。これを次のように締めくくっている。「今までの絶対的排他的の個人所有観念に対し本来法が所有権制度を認めた社会的本義を参酌加味して其弊害を除き、以て社会の安寧秩序の増進維持を計り社会の全員をして等しく幸福に生活せしめむとする方法を称して、所有権の社会化 Socialisation, Sozialisierung と謂ふ。これが今後物権法の進むべき唯一の道である。」

このような末弘理論が、第一次大戦後の欧州、特にドイツでの変化に強い影響を受けていること明らかである。ドイツではこのような社会化の思想が部分的に実定法において実現されたが、わが国においては注目されはしたが、学説に留まってしまったのである。

第Ⅴ節　ファシズムと所有の「社会性」

一．ナチズムと土地法

1．ナチス期の農業法

(1)　耕地整理法　　耕地整理法制における次の転機は、1930年代に訪れた。ナチスは1936

年に第二次四カ年計画を提案したが、その中で耕地整理は、ドイツ民族の食糧自給の基礎を改善するためにぜひとも必要であるとの位置づけを行っていた。36年の耕地整理法は、帝国全体に適用されるいわゆる大綱法 Rahmengesetz であり、耕地整理令の制定権限を帝国農業大臣に授与し、かつ耕地整理法制の骨格を定めたものであった。これに基づいて、帝国耕地整理令が翌37年に制定された。

同令第1条は「散在している農村土地所有の耕地整理による集団化は、それによって複数の所有者の地片の経済的な経営管理を可能にする場合、または一般的農村基盤整備の促進を可能にしうる場合に実施することができる。」と定めていた。事業の目的として、私的な経営の合理化だけでなく、農業ないし農村の発展が掲げられている点が注目に値するところである。

手続の導入については、職権主義を採用したが、これは、一面においてプロイセン法等の承継という面を有すると同時に、他面において「公益は私益に優先する」というナチスイデオロギーの具体化であった。耕地整理官庁はプロイセンの総務委員会の伝統を受け継いだ耕地整理官庁に委ねられたが、最上級の官庁は帝国食糧農林大臣であった。

耕地整理区域は、一つもしくは複数の市町村または市町村の一部を含むこともできるものとされた。また、村落地域に限らず、集落地域も当然に含まれるものとされた。

事業関係者は、関与者（参加者と準参加者）と関与者になれない関係権利者とに分類されていた。参加者（換地を取得しうる者）となるのは、土地所有者であり、永小作人と地上権者はこれと同等の地位を有するものとされていた。右以外の者で耕地整理地区内の土地に一定の権利を有している者は準参加者として手続きに参加することになっていた。例えば、事業によって村道が作られる場合の村、この手続きによって消滅する地役権を有する者等である。この他の抵当債権者、定期金債権者、隠居分権利者等は、関与者には含まれず、これらの権利は換地の上に移行するものとされていた。

右の権利者のうち、参加者のみによって参加者組合を結成し、この組合は公法上の団体（法人）とされた。法人格は組合が融資を受けるためには不可欠のものであった。組合は、参加者の共同業務を行い、他方において組合員に対して負担金（公課として土地の負担であり、連帯債務）と労務奉仕を要求することができた。

参加者の土地は、1934年の耕地評価法によって評価され、換地の際の基礎データとされた。

耕地整理区域は、ナチス国家と公共の福祉、とりわけナチス的国土整備の要請、すなわち一般的農村基盤整備上の利益を守り、帝国と州の国土整備計画、自然保護、農民のクラインガルテン制度の新形成等の要請に従って新

たに形成されるべきものとされた。

開発目的の耕地整理制度が導入された点も特筆に値することである。アウトバーンやダム等の建設の際に広大な用地を必要とする場合には、その周辺地域において耕地整理を実施して、土地所有者に少なくとも経済的負担をかけない減歩方式を実施することが可能となった。すなわち、土地収用の要件を充足している事業であって、その計画が確定しているものについて大規模な農地が必要とされる場合には、補償額の決定と用地取得の実現が耕地整理手続きにおいて認められたのである。この場合には、土地に対する費用は開発事業者が負担することになっていた。

(2) 農業相続法　この時期における農業相続法は、帝国世襲農場法に代表される。この法律は、二つの目標を持っていたとされている。一つは、ドイツ農民の血を純粋にすることでああった。農民 Bauer でありたいと思う者は、1800年1月1日に「純粋」にゲルマン民族であったことの証明を特別裁判所の判決の形式で取得しなければならなかった。ドイツ農業からあらゆる非ドイツ的要素を排斥し、「古来」からのドイツの土地相続法思想を復活させ、純粋な農民層を維持するためにこの法律は制定された（人種的側面)。なお、この法律によれば、世襲的財産としての農場は、売却不可能なものとし、かつ抵当に供することもできないものとされた。

もう一つの目的は、農民を土地に対する義務の協同体に参加させ、「血と地 Blut und Boden」のためにドイツ農民を救うことであった。この法律によって、農民は、共同福祉のための義務を負担し、帝国食糧農業団体 Reichsnährstand の中央集権的指導と、農業特別裁判所の精巧な監督権のもとに置かれることになった。この法律によって特に保護の対象になったのは、健全な農民層の発展という観点から、一定の下限面積以上で125ヘクタール以下の農場であった。さらに、世襲農場に関する農民個人の処分権限は広範に制限されていた。すなわち、農場所有者は、彼の農場所有権を自由に譲渡することも、これに負担を設定することも、遺言により相続させることも農場一子相続裁判所の許可なしにはできないようになっていた。経営管理の面でも厳しい制限が設けられていた。世襲農場は、農業支配人（帝国食糧農業団体）によって、正常な経営管理がなされていないと判断されると、その農場所有者は、管理権および利用権を剝奪され、配偶者、一子相続人にまたは経営能力を有する者に農場を譲渡させることができることになっていた。

(3) 農地取引法　前述の1918年の「土地取引布告」が法律（1937年1月26日）によって改正され、認可 Genehmigung 制度が存続された。

(4) 農地賃貸借法　ドイツにおいても農地賃貸借法は小作保護法として捉えることができ、その発展史は1920年の小作保護法に始ま

り、1933年の小作人保護法を経由して、第二次大戦後の小作法（1953年）に至ると考えてよい（この時期については、欧文文献⑤〜⑧参照)。

2．ナチス期の都市建設立法

1933年後においては、ナチス国家は前述のライヒの都市建設法の草案をもはや二度と取り上げることはなかった。ナチスは、それに代えて、新国家観を配慮しつつ、計画、定住、公的建築法について、ライヒの一つの法律による規制を意図していた。しかし、この法典化の作業を直ちに行うには、各州における様々な建築法の発展と規制対象の大きさが障害となった。そこで、建築法は徐々にライヒの法秩序のなかに導かれた。とくに都市建設上の緊急問題は個別法によって暫定的に規制された①。その際、特筆すべきことは、これらの規定の基本思想は、通常の法的発展に由来するのであって、典型的なナチス的思想の表現ではなかったということである。

これに対して、ナチスの影響を受けた新しい見解が様々な裁判所の判決に現れていた。特徴的なものとしてザクセン上級行政裁判所の判決をあげることができる。その判決要旨においては、次のように、建築の自由に言及がなされている。

「建築法の最高の原則は、建築は国民共同体を害してはならないということである。」とか、「いわゆる実質的な建築の自由は従来の判例のいう広範な意味においてはもはや認められえない。たとえ建築企図が建築法規の個々の規定に合致していても、建築が建築法の一般的最高の原則に反するならば、許可は拒絶されるべきである。・・・・」といったものであった。②

このような法の創造は、しかし一般的には実現しなかった。建築の自由は、原則として、既存の規定の枠組みを遵守してその計画に従って建築する建築主の権利として、妥当していた。この枠組みはしかしながら、とくに外部地域における建築行為については著しく狭められた。1934年7月3日のドイツ定住制度の整備に関する臨時措置法③により、ライヒの経済大臣は、計画中の建設法典の制定までの間、ドイツの定住制度を監督し秩序づけるために必要な措置を取る権限を与えられた。この授権に基づいて、1936年2月15日の建築規制令④が制定され、初めて全ライヒの領域を適用領域とする、秩序ある建築行為のための統一的な法的基礎がもたらされたのであった。

建築規制令1条によれば、建築警察命令により、建築地域を指定し、建築利用の種類を規定することができた。建築規制令の3条に基づき、建築地域外の建築施設については、建築許可は拒否されるべきものとされた。地域指定がなされていない場合には、連担建築地域外の施設についても同様とされた。許可の実施が市町村のその地域の秩序ある発展または秩序ある建築と合致しない場合にも、許

可は拒絶された。これが適用されたのは、主として、その実施が道路その他の交通施設、供給施設、排水施設、学校施設、警察・消防上の保護もしくはその他の公的任務のための費用を必要とする建築施設、またはその利用が住民にとって特別な経済的困難を生じさせかねない建築施設であった。

当時は、都市の周辺の自然地域へとスプロール的に拡大していった乱暴で無計画な建築を実際に防止することができたのは、二、三の州においてのみであったから、このようなライヒの立法が必要だったのである。この規定の公布により、確かに建築行為には必ずしも正当化しえない制限が課せられ、特に農民的定住は不必要に阻害された。

当時、緊急に要請されていたのは、次の諸点であった。都市の外部地域と平地とを自然の状態に保全すること、制度に合致しない建築を防止すること並びに公的利益との対立の故に建築施設を禁止しまたは条件付でのみ許可すべき土地を明確にしその指定を尊重すること、であった。ここでは特に、交通量の多いことを想定した道路に接した土地が問題となった。このような道路には、既存の市街地外では建築は認められず、建築用地としての施設整備にも費用をかけてはならないものとされた。

1936年には、建築設計令⑤が制定され、これによってスプロール防止以上の規制が可能となった。というのは、建築物は整った建築態度と整然とした施行の表現でなければならず、周辺に順応するものでなければならない、という一般条項が設けられ、これが建築設計についての裁量・処理権限を建築監督官庁に与えたからである。

前述の授権に基づいて、他のものと並んで、地下資源の採取の確保のための建築制限令も公布された。これは、第二次大戦後においても、連邦建設法による廃止を免れ、基本法123条と125条によって連邦法としての効力を維持した。この命令は、地下資源の採取のために――主として露天堀――必要となる土地の、将来の利用目的に反する建築を防止しようとしている。農業的企図が問題とならない限り、第1条の命令が発せられた土地上の建築施設は、その企図によって鉱業上の施策が極めて困難になるであろう場合には、拒否されうるものとされていた。ライヒの法律による建築法の法典化は、実現されなかった。実は、ライヒの労働省に、1942年の初めに、計画法と建築法を総体的に規制したドイツ建設法典のための担当官草案が提出されたのであるが、戦時情勢との関連においてもはや公表されることはなかった。⑥

第三帝国の都市としての代表の必要性や、新しい交通上の必要性に鑑みて、1937年には、ドイツ都市の新形成に関する法律⑦が制定された。このナチス時代の建築法によって、原則として建築線の確定と危険の予防に奉仕する規制よってのみ制限されうる「自由主義的

な建築自由の原理」はついに終焉を迎えたのてあった。⑧

① Gesetz über die Aufschließung von Wohnsiedlungsgebieten vom 22. 9. 1933 (BGBl. I S. 659) : Gesetz über einstweilige Maßnahmen zur Ordnung des deutschen Siedlungswesens vom 3. 7. 1934 (RGBl. I S. 563)

② Becker, aaO., S. 37

③ Gesetz vom 3. 7. 1934, aaO.

④ Verordnung über die Regelung der Bebauung vom 15, 2, 1936 (RGBl. I S. 104)

⑤ Verordnung der Baugestaltung vom 10. 11. 1936 (RGBl. I S. 938)

⑥ Becker, aaO., S. 39 f.

⑦ Gesetz über die Neugestaltung deutscher Städte vom 4. 10. 1937 (RGBl. I S.1054)

⑧ Ernst/Hoppe, aaO., S. 83

二. 戦時体制下の日本の土地法

1．ファシズムの所有権思想

我が国においては、昭和初年の恐慌から1938（昭和13）年の国家総動員法の制定までの間にファシズム的法体系が確立されたとされている。そのような国内的事情を前提として、法律学における学問的影響について考察するならば、この時期においては一般的にドイツの法理論の影響が強かったことと、ドイツの法学界がナチス一色に塗りつぶされていたことにより、当然に日本の法学界もその影響を免れることはできなかった。所有権論の分野においてもその影響は色濃く現れていた。

2．石田理論と末弘理論の相違

甲斐教授も指摘されているように、この点は末弘教授と石田文次郎教授の所有権理論を比較することにより鮮明となる。石田教授も所有権は個人的権利であるが同時に社会的義務を含み且つ公共の福祉に従わなければならない、と主張していた。一見すると末弘理論と変わらないようにも見えるが、前提としての「社会」がまるで異なっているのである。末弘理論においては「労働者・農民の福祉」であった「社会」福祉は、石田理論にあっては、殆ど国家目的と同義語となっており、従って、所有者は国家管理の指導のもとに財貨を処分し使用し収益することができると解されていたのである。

3．戦時体制と不動産立法

1941（昭和16）年には、借地法と借家法にいわゆる「正当事由」の制度が導入された。これにより、建物所有を目的とする賃貸借と建物の賃貸借については、自己使用（貸主自身の使用）等の正当事由がなければ、明け渡しを請求することができないこととなったのである。居住法の領域において一般的に住生活の安定を求める要求が存在していたことも事実であるが、このような画期的な制度の導入を可能にした直接の契機は戦時体制下に於ける住生活の安定であり、いわば出征兵士の留守宅における居住の安定であった（一般的には戦時体制下における都市問題の鎮静化）。

三．ファシズム期の立法の評価——日独間の類似点と本質的相違点

1．ファシズム立法の否定的側面

本稿が主要な対象としている国がドイツと日本あり、両国においては共通して「市民革命」は上からの革命ないし改革としてなされたため、上からのイデオロギー的統一は実施しやすかったし、ファシズム的形態をとることも容易であったと言えよう。

大正期に芽生えたかに見えた日本的デモクラシーが成長しえなかった本質的原因もここにあると考えるべきであるが、そうした中にあっても歴史は進むのであり、この時期の社会全体に対する評価と個別的制度に関する評価とは厳密に区別して行わなければならない。その意味では、本質的にファシズムに奉仕するためになされた立法（例えば、国家総動員法）と関連してなされた立法のうち、本来必要とされていたが、それが大きな変革を意味するために実現可能な政治権力を欠いていたために、この時期に誕生したと思われるような立法（例えば、借地法、借家法への正当事由制度の導入）は区別して評価すべきである。

2．利用可能な技術的側面

(1) ドイツの場合

ファシズム期の理論や立法を全面的に否定する議論が見られないでもないが、第2次大戦後のドイツにおいてナチス理論の影響下の立法や法律の規定を失効させたのは有名なことであるが、その場合にも具体的な判断を行っている点を忘れてはならない。例えば、世襲農場法は全面的にナチスイデオロギーの具体化であるから法律自体を廃止するが、1937年に制定された帝国耕地整理令はそのナチス的規定は失効させたがそれ自体は失効させず、1953年に新法ができるまで存続させた。しかも、新法において旧法中の利用可能な法的制度については、若干の修正を加えて殆どそのまま発展的に承継しているのである。

(2) 日本の場合

基本的にはドイツの場合と同じように考えてよいが、借地法、借家法については極めて興味ある発展を遂げている。戦時体制下において誕生した「正当事由」の制度は、戦争という国家目的の遂行を直接的な目標としたものであったが、敗戦後、その目的を完全に喪失したにもかかわらず、制度としては廃止されず、こんどは一転して絶対的住宅難のもとにおける市民間の私的利益の調整規範（貸主と借主の間の利益調整規範）として機能することとなったのである。制度というものはその前提ないし背景である社会の変化に応じて如何に異なった機能を果しうるものであるかということを考える上での恰好な事例である。

法的に言えば、国家目的を背負わされて誕生した私法規範が、社会の大転換により私的利害の調整を目的とした規範に自動的に（立法的措置なしに）転化した事例であ

ると言えよう。

第二章　現代社会における土地所有思想と公共思想

第Ⅰ節　第二次大戦後の改革と立法

一．第二次世界大戦後のドイツ農業法制の発展

1．応急措置法の時代（不安定と困難の時代）

敗戦直後のドイツでは、引揚げ者や難民の流入による人口の急激な社会増、肥料不足と家畜の減少による収穫力の低下、領土分割後の農業構造の悪化（東部の大規模経営支配地域の割譲）、ナチス農業法制の失効（管理法令による）等により、極めて困難な条件のもとで食糧の増産に取り組まなければならなかった。

2．戦後農業法制確立期(1949～1960年)

1949年のボン基本法の制定、1950年の連邦食糧農林省の設置に始まり、小作人のための農業動産信用法（1951年）、農業債務整理処理法（1952年）、小作法（1952年）、農業移住法、農地整備法，農業事件裁判手続法（1953年）、農業（基本）法（1955年）水利経済法、農民年金法（1957年）が制定された。農林業用地取引法（1961年）もこの時期に含めてよい。

3．西ドイツ農業の欧州共同市場への編入期(1960年～1969年)

「完全雇用」の状態から初めての景気後退の時期とされている。ドイツ農業の国際的環境を反映して「ドイツ農業の共同市場編入促進法」が制定され、また「農業構造と沿岸保護・共通課題」法が制定された。後者は、農業構造改善等のための予算措置を伴う事業に法的根拠を与えるものであるため極めて重要な意義を有するものである。

4．戦後農業法制の再編期(1970年～1985年)

農地立法に関する再編期と言うべき時期である。1976年には農地整備法と北西ドイツ農場一子相続法の改正がなされ、1985年には小作法の大改正がなされ、小作契約等に関する実体法の部分は民法典に編入され、官庁統制の部分は小作地取引法として改正のうえで存続された。

5．1992年体制準備期

欧州共同体の構成国は、1992年に政治的にも統合される予定となったため、これを前提として農業法制も各構成国において再編成を余儀なくされることとなり、農産物の生産調整もECの統一基準によって実施されるに至っている（この時期については、邦語文献①のほか、欧文文献⑨～⑪参照)。

二．日本の農地改革とドイツの「シュタイン・ハルデンベルクの改革」の比較

日本においては、戦後改革の一環として農地改革が行われ、規制地主的土地所有は解体された。その際の理念は、耕作者に土地所有権を与えるべきであるとする自作農主義で

あった。

ドイツでは、約二世紀弱前に、シュタイン・ハルデンベルクの改革により「所有と経営の一致」を指導理念とした改革が開始され、半世紀をかけて実現された。第二次大戦後において、日本で農地改革が実施された時期に、ドイツでも農地改革ないし農業改革が実施されようとしたが、東方からの難民の受入れなど緊急を要する課題の解決が優先された結果となり、ソビエト占領地域を除いて、改革らしいものは実施されなかった。英・米・仏の三国の占領地域では、大土地所有者に対しては改革の代わりに東方等からの難民の受入れ（食糧増産に従事させること）を要求したのであった。ソビエト占領区域ではユンカー階級の解体を目的として土地所有の没収ないし収用にまで踏み込んだ徹底した改革が実施された。

したがって、旧西ドイツ地域について言えば、現在の農地所有の構造は、シュタイン・ハルデンベルクの改革によって規定されたものであり、その基本的構造は第二次大戦後にまで引き継がれている。それはドイツの賃貸借に関する政策にもっともよく現れていた。ドイツでは同改革の後は、少なくとも農地政策に関する限り、長い間にわたって賃貸借が重視されることはなかったのである。例えば、1960年代に入って、経営規模の拡大のために賃貸借を奨励しはじめた際にも、賃貸借経営を奨励したのではなく、少なくとも経営耕地の半分の面積を所有している者に対する追加的賃貸借の奨励に止まっていた。そのような制限が取り払われるのは、1970年代に入ってからであった。

戦後の日本における賃貸借は、農地改革の残存小作地として出発した。本来であれば、農地改革によって所有権の取得が可能であったが、地主の保留地の限度内にあるため、小作地として残存した土地の小作人がいたのである。そのため本来債権である賃借権が法律（後に農地法）によって強力に（所有権に準じて）保護されたのである。その程度は後に第二所有権とまで評される程であった。

この点では、旧西ドイツは異なっていた。所有と経営の一致は経営の零細化を意味しなかったのである。経営規模のばらつきは地域的に存在していたが（例えば、南ドイツは小農経営が多い）、それなりに所有と経営の一致は実現されていた。その上で農地の賃貸借が行われる場合でも、一定の保護、というより官庁統制は行われたが、賃借権自体が価格を有するような事態は招来されなかった。したがって離作補償という観念も生じなかったようである。むしろ短期の賃貸借については一定の更新保護はあるが、長期の賃貸借の場合には契約の更新の保護はないという考えに立っている。

日本の残存小作地の保護は、後に新規の賃貸借の発生にとって阻害要因となったが、ドイツではそのような事態は生じることなく、

前述のような賃貸借に関する政策の転換によって、農地の流動化を図ることができたのである。

第二次大戦後の時点で、日本と西ドイツとの農地法制を比較するには、150年近いズレを前提とせざるをえないが、「所有と経営の一致」という点では類似した到達点に達している、と考えることもできる。しかし、その間に、日本では土地に対する法的規制、特に私的土地所有権に対する制限原理としての都市計画的利用規制が極めて不十分にしか発達しなかったが、(西)ドイツにおいては約100年をかけて徐々に規制を強化し、すべての国土は原則として開発禁止とする制度（いわゆる外部地域の制度）を確立した点が決定的に異なっている。外部地域の制度は直接的には開発規制の観点から発達したものであるが、農地については法律によって農地が原則的に保全されることを意味しているのである。

三．ドイツにおける市街地の土地利用規制の継続的発展

1．連邦建設法の成立

新しい立法に際しては、市場の要求に合致した手段を伴う建築用地市場の秩序を導入することが目標とされた。この点について、連邦建設法の立法者は、次のような手段を考えていた。

(1) 州の法的規制のもとで、市町村高権 gemeindliche Hoheit による二段階の建設基本計画（土地利用計画と地区詳細計画）

(2) 取引価格を基礎とした建築用地価格に関する鑑定を行うための機関を自治体内に設置すること

(3) 建築成熟地（地区施設整備の終了した土地）のための一定限度額の地区施設整備分担金の支払い期限を早めること（原則として通知後一カ月）

(4) 地区施設整備が終了していながら建築的利用に供されていない土地については、特に高い地租、建築用地税を課すること

(5) 一連の土地整理施策を導入すること、すなわち、準備的措置として土地取引認可と先買権制度を、整理措置として境界整理、建築用地区画整理および土地収用制度を導入すること

こうした構想のもとに、連邦建設法は制定されたが、「外部地域」制度については、次のようにして承継された。①

2．建築規制令3条の承継

1945年以降は、外部地域における建築は、引き続き建築規制令3条に従ってなされていた。この規定は、ナチス的理念の表現ではないし、基本法14条の所有権保障に反するものでもなかったからである。この規定は、逆に、長年の経験から得た、現代的都市建設の観点を考慮に入れた上で、この認識を貫徹するために一般的に所有権の内在的制限を主張していたのである。

形式的には建築警察上の規定ではあるが、それはことがらの性質上都市計画に該当し、従って基本法74条の意味における土地法に属するので、建築規制令は引き続き基本法123条②と125条③により連邦法として効力を有すると解されていた。

規定の明確な文言に基づいて、外部地域での実施が市町村地域の秩序ある発展と秩序正しい発展に反しないであろう全ての建築企図を許可するよう求める権利が発生した。建築許可は、このような利益が計画中の企図によって侵害されるであろう場合にのみ拒否することができた。建築官庁には、確かに建築許可の拒絶に関する決定に際して裁量権が帰属していたが、それは「市町村の秩序ある発展」と「秩序正しい発展」という不確かな概念の解釈に関してではなかった。これらの概念の解釈にとって基準となるのは、まず法的に重要な計画確定であるとされていた。法的に重要な計画が存在しない場合には、市町村の境界を度外視して、全地域的状態が基準とされた。その際、建築規制令3条2項に例示されている公的利益、特に直接の周囲にある土地を越えてその地域の全景観に対する関係やその特別な性質への従属に関する観点が考慮されるべきものとされていた。従って、景観の本質上求められまたは景観の特質に適合するような建築企図は、通常阻止されることはなかった。ここで考えられてているのは、農林業用の土地利用またはその他の自然的土地利用であった。それ以外にも、その目的規定を理由としてまたはその環境への影響を理由として外部地域でのみ建設されうるような建築企図も許可されなければならなかった。

建築規制令は連邦建設法によって廃止された。しかし、建築規制令第3条の基本思想は連邦連邦行政裁判所の明確な判例によって連邦建設法35条④に承継された。

3．連邦建設法35条と基本法14条の所有権の保障

建築の制限とは、その内容に従えば、土地所有権が建築との関連において制限されるということである（土地と建物との不分離)。従ってそれが許されるか否かということは、第一次的には憲法上の問題である。すなわち、連邦建設法35条の制限が基本法の所有権保障と調和するか否かということである。

基本法は第14条1項1文において所有権を保障している。しかし、第2文によって立法者は所有権の内容と制限を定める権限を与えられている。この立法権限の憲法上の承認により次のことが明らかとなる。すなわち、基本法14条は新しい所有権概念から出発するのではなく、私的所有権はその内容の詳細を規定している数多くの公的利益に従属しているという、歴史的発展に刻印された概念を承継しているということが明らかとなるのである。すべての建築法上の制限は、従来から一般的であり、収用とは考えられない所有権の内容規定とみなされている。35条の建築制限は、

原則として歴史的発展の中において理解されるべきものである。外部地域での建築の禁止と制限は中世以降のものだからである。そして具体的規制については建築規制令3条に多くを負っているのである。

4．建設法典35条への承継

次の章で検討するように、1987年には連邦建設法と都市建設促進法とを統合し、他の若干の法令を統廃合し、一つの法典として編成することとなったが、連邦建設法35条は基本的に建設法典に承継された。

① Ernst/Bonczek, aaO., S. 53

② 123条1項　連邦議会集会以前の法は、この基本法に抵触しないかぎり、存続する。（2項略）

③ 125条　連邦の競合的立法事項に関する法は、左の場合には、その適用地域内において、連邦法となる。

1．その法が1または多数の占領地域内において、統一的に適用される場合

（2号略）

④ 連邦建設法については、基本的に建設法典35条に承継されているので、後掲の同条を参照。

四．日本における都市計画法制の発展

戦後日本における都市計画法の大改正は1968（昭和43）年になされた。同法は、都市計画区域を市街化区域と市街化調整区域とに分けた。市街化区域には既成市街地と市街化が進行している地域、10年間に優先的に市街化すべき地域が含まれている。市街化調整区域は、都市計画区域のうち、市街化区域を除いた部分であって、地形・交通等の点からみて市街化に不適当な土地、溢水などの災害の恐れのある地域、公害の著しい地域、自然の風景等を保存すべき土地であり、一応農業地帯とされるが、5年毎の農業基礎調査により市街化区域に編入されることもある。都市計画区域内の土地がいずれの区域に属するかは、国の機関としての都道府県知事が決定する（線引き）。

この線引きの制度が都市計画法に基づくものでありながら、開発資本に多くの例外的自由を与えており、線引き自体も都市計画的議論に基づいて厳密になされるものではなく、地域政治の強い影響のもとでなされるものであったため、土地利用の計画的発展を確保することはでなかった。これは、日本の都市計画法制が、開発、インフラ整備、建築をバラバラに捉えていることとも関係していると言えよう。例えば、開発許可を与えた場合に、その土地のインフラ整備は開発業者が行うのが原則であり、公的機関は行政指導の限度で関与できるだけである。建築にいたっては、建築基準法という別個の法律で既成されている。この点で都市建設は、基本的に建設法典に基づいて建設を含めて規制されているドイツとは基本的に異なっている。

第Ⅱ節　日・独における土地所有法制の相違点

一．農業法の体系と公共思想

第二次大戦後のドイツの農業法が、農業経

済や農業社会とは相対的に独自なものとしてどのような形で存在していたか、という点も土地所有と公共思想の関連を考える上で重要である。まず、最も新しい農業法の体系書⑪に従って、現行農業法の体系の概要を示しておこう。クレッシェルによれば、農業法は伝統的農業法 das traditionelle Landwirtschaftsrecht と現代的農業法 das moderne Agrarrecht（後述３）とに分けることができる。

１．伝統的農業法

(1) 農業土地所有権法

農地における所有権の自由と所有権の義務は、民法903条に規定されている所有権の自由と、ワイマール憲法からボン憲法に承継されている「所有権は義務づけられる」の思想とをそれぞれ前提としており、とくに後者との関連では、土地利用規制に服することが重要であるとされている。

土地取引法も1918年以来の伝統を有する法制度であるが、1961年法によれば、農地の取得には原則として官庁の許可を要するものとし、譲渡が(a)農地の不健全な分割を意味するとき、(b)非経済的な細分化となるとき、(c)譲渡価格と地価との間にアンバランスがあるときには、許可を拒絶することができることになっている（欧文文献⑮）。

(2) 農業相続法

一括配分手続法（連邦法）は前述の土地取引法に規定されている手続きであり、したがって連邦全体に適用される。ドイツ民法も均分相続の原理を前提としているから、農場所有者が死亡すれば、その農場は相続人達の間で分割されることになる。しかし、農林業用地取引法によれば、そのような分割を望まない相続人は、申立てにより、共同相続人の一人である自分に一括して農業資産を配分するように農業裁判所に申し立てることができることになっている。これが認められると、配分受領者は、他の共同相続人（譲歩相続人という）に対して金銭で補償することになるが、その額の算定にあたっては農地は収益価格で評価されることになっている。また、一定の期間内に承継者がその農地を宅地等として売却（厳しい都市計画的規制のもとでのみ可能）したときは、収益価格との差額につき譲歩相続人への追加補償の支払い義務が生じることになっている。

ドイツでは不分割的農場譲渡契約が普及している点も軽視出来ない。農業経営が相続によって分割されることが、農民にとっていかに不利であるかということは、農民自身が最もよく知っていた。農民の相続法制が確立していない時期にすでに農場譲渡契約は存在していたという（欧文参考文献⑩53頁）。現在においても、全農場の少なくとも60パーセント以上はこの方法によって承継されていると考えてよい。契約の当事者は、経営主（多くの場合その配偶者

も）と後継者である。子供が複数いる場合には、譲歩相続人となる子供も補償の部分に関する利害関係人として契約当事者となる。

この方法は、契約であり、経営主が生存中にその内容を実現するから、当然に法律の規定に優先する。相続法との関連で問題が生じるのは、譲歩相続人の遺留分との関連だけである。この点については、経営主（通常は父）が、譲歩相続人となる子供達に一定の生前贈与を行い、農場後継者との間の譲渡契約においてその点を確認し、譲歩相続人にも署名させるようにしている。これは、この契約において実質的に遺留分に対する配慮がなされていることの確認であると考えられている。父親が充分な手当てができなかった場合には、農場譲渡契約において後継者が譲歩相続人に対して定期金債務を負担することになる。

この契約のもう一つの要素は、引退する経営主夫婦に対する扶養の問題である。後継者は、この契約において、食・住の提供と月払の定期金債務（小遣）などを負担する。食事については、食卓を共にする場合と別にする場合（この場合には、具体的で詳細な取決めがなされる）があり、住居についも、同居（といっても階層単位）の場合と隠居屋を提供する場合とがある。

実際には州の農業相続法の果たす役割は重要である。旧西ドイツの11州のうち、ハンブルク州、ニーダーザクセン州、ノルトライン・ヴェストファーレン州、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州については、旧英国占領地域であったという沿革的理由から、統一の農場相続法が適用されている。これは法形式上は、4州にのみ適用される連邦法（部分連邦法という）である。その他にラインラント・プァルツ州、バーデン・ヴュルテンベルク州、ブレーメン州、ヘッセン州において農場の不分割相続のための法律が制定されている。各州の法律といっても、必ずしも全州に適用になるわけではなく、一子相続慣行のあった地域にのみ適用になるものもある。旧西ドイツにおいて州として何らの特別法を有していないのは、従って、バイエルン州と1957年に西ドイツに編入されたザールラント州だけである。西部ドイツはナポレオン法典の影響もあって現物分割慣行が強いとされているから、ザールラント州に一子相続法がないのは理解できる。しかし、バイエルン州については現物分割の慣行が普及しているわけではない。むしろ逆であり、前述の農場譲渡契約の慣行が全域的にに普及している結果、特別法を必要としていないと考えてよい（邦語文献③、欧文文献⑰）。

(3) 農業賃貸借法

ここでは民法上の土地賃貸借（用益賃貸借と小作に関する実体法規を含む）と小作地取引法（契約届け出義務や意義勧告制度

等を含む）の説明が主要なテーマである（邦語文献②、欧文文献⑯）。

(4) 農業〔事件〕手続法

農業に関する事件が訴訟になる場合には、通常の民事訴訟（小作権の存否等）のほかには、まず、農林業用地取引法や小作地取引法に基づく手続に関する訴訟があるが、これは農業裁判所の管轄になり、その基本的性格は非訟事件である。もう一つは、農地整備手続に不服がある場合に生じる訴訟であり、その性格は行政訴訟である。農業法としては、農業裁判所の手続を中心にして説くのが一般である（欧文文献⑱、邦語文献④453頁以下）。

2．現代的農業法

(1) 農業構造の改善関係法

ドイツにおける農地整備（耕地整理）事業の基本法は、農地整備法であるが、1969年9月3日の「農業構造と沿岸保護」という共同課題に関する法律に基づく農業構造改善事業が重要な意義を有している。この法律に基づく事業には連邦と州の予算が付くため、実際上も重要な意味を持っている。具体的な法律としては、第一に農地整備法（日本の土地改良法に相当するが、その事業の範囲は遙かに広い）である。第二は、内地植民法（土地保有改善・整備）である。内地植民会社は、現在の日本の制度に例えれば農地保有合理化法人に近い機能を果たしている。第三は、都市計画法（建設法典）である。この法律は、土地利用計画とその具体化としての地区詳細計画を有する地域および既成市街地（内部地域という）以外の地域（外部地域という）での開発・建築行為を原則として認めないため、農地の保全という意味において農民と農業にとっても重要な意義を有する法律である。

(2) 自然保護と景観育成関係法

この分野では、1935年の帝国自然保護法以来の伝統を有するが、その後の社会・経済の発展はこの分野に多くの課題を提出している。その意味で、1976年の連邦自然保護法制定の意義と背景が重要である。個別分野としては、景観計画、自然保護、景観育成および立入権（保養目的での林地・農地への立入権）等が問題となる。

(3) 農業協同化関係法

農業の合理化ないし農業構造の改善との関連において、農業の協同化が新しい課題となっている。協同化の法形式としては、民法上の社団、組合、会社（株式会社、有限会社）ならびに協同組合 Genossenschaft 等がある。具体的には、次のようなものがある。

第一に、機械組合または機械リングは、機械の共同所有組織ないし機械の能力の共同利用のための組織である。第二に、豚舎等の共同施設は、個々の農業経営の分業を前提として利用される。第三に協同組合的に結合された企業 Gemeinschaftsun-

ternehmen、第四に経営連鎖 Betriebs-ketten、第五に経営援助組合 Betrieb-shifsdienstenがある。

(4) 農業市場関係法

この分野では、契約農業、生産協同組合、農業カルテル法（カルテル禁止の原則のもとで農業については一定の例外を認めている)、市場構造法による生産組合、EC市場規則（ジャガイモ、アルコール等を例外としてすべての農産物はこの規則に服する）等が扱われる。

(5) 農業生産関係法

ここでは生産者が規制を受ける法律が問題となる。品種保護法、種苗取引法、家畜飼育法、植物保護法（消毒薬等の規制)、肥料規制法等である。

(6) 農業信用関係法

ここでは、いわゆる回転融資（種子や肥料のための融資)、経営融資、土地取得融資等のような経営融資、農地整備の場合のような農村基盤整備融資、内地植民・定住融資が対象となる。さらに、農業金融機関、農業信用のための特別な担保制度、農業資産の強制執行からの保護等について説かれる。

(7) 農業税法

一般税法の適用を前提とした上で例外規制がなされているため、この点についての説明が中心となる。土地の評価については収益価格の18倍を基本とする統一価格 Einheitswert が用いられている。平均率による所得調査（日本の青色申告に類似する）等についても説かれる。

(8) 農業労働法

1919年の農業労働者令が1969年の労働法令整理法によって廃止されて以降、農業労働者法は少年労働の保護等についての具体的規定を除いて存在していない。なお、家族労働をどう取り扱うかという問題は以前として存在している。

(9) 農業社会法

1881年の皇帝の告知を以て開始された賃労働者に対する社会保険制度は、1886年の法律によって農林業労働者にも適用されるようになった。1889年の疾病・老齢者保険令を経て1911年にこれらの法律が帝国保険令に統合された。

農業労働者ではなく、自営農民のための社会法は第二次大戦後に発展を遂げた。これは1957年の農民老齢年金法と1972年の農民疾病保険法の制定が画期であるが、その性格は1975年以降の社会法典（第一編、四編、十編）においても維持されている。

3.「1.」と「2.」とにおける制限原理の相違

伝統的農業法と現代的農業法における土地所有権への干渉の程度は明らかに異なったものがある。もっとも現代的農業法のなかには、直接土地には関係しないものもあるから（本来そのための分類ではないから当然である

が)、全体について土地所有に対する干渉の程度を基準として論ずることはできないが、土地関連の立法については段階的違いを認識することはできる。また、農業構造の改善関係法のようなものについては、それ自体の中に伝統的要素と現代的要素を含んでいるから単純な比較もできないが、機能に着眼して評価することは可能である。

伝統的農業法における土地所有への干渉は、個別の所有権（経営）の活動ないし行為への国家的干渉であり、干渉の前提として個々の所有者ないし経営者の行動の自由が存在している。土地の取引においても、賃貸借においても、基本的には当事者の自由であるが、一定の事由に該当するときは、認可されなかったり、先買権の行使がなされたりする。農業相続法の分野では、農場の不分割的承継のための契約（農場譲渡契約）の普及を前提として、それを補うために不分割的承継のための制度ないし手続きが用意されている。耕地整理法の分野でも、当事者の一定割合の同意が事業実施の要件とされていた場合には、当事者の意思に基礎をおいていたと考えられる。

これに対して現代的農業法の領域においては、個別経営ないし個別所有者の意思を超越した公益のために、法律に基づいた一定の利用規制に服している。農地整備法の場合においても、職権主義が導入されるに至った段階では（実際上の問題として当事者の意思が尊重されているかどうかは別として)、土地による補償とそれを補う金銭補償が如何に十分になされるかという点での法的保障はなされているが、個別当事者の意思は事業参加への自由のレベルでは尊重されることはもはやない。自然保護や景観の育成関係法においても、そのような公益的目的のために必要であれば、経営的には採算がとれない方法であっても一定の規制に服しなければならない。もちろん、それが個別的な特別な犠牲に該当する場合には、適切な補償がなされることになっている。

二. 農地整備法

すでに沿革的観点から見てきたように、日本の土地改良法（耕地整理法）とドイツの農地整備法とは同根の法律であると言うことが出来るが、現時点で土地所有思想の観点から見れば極めて大きな相違点が存在している。以下では、紙幅の関係と読者が日本の農地関係法については専門家であるということを考え、土地改良法については、関連の項目においてしかも土地所有思想に関係する点についてのみ言及することに留める。

1．農地整備手続の概要

(1) 事業の目的

(イ) 日本の土地改良法　農業基本法の趣旨に沿って農業生産の基盤の整備及び開発を図り、もって農業生産性の向上、農業総生産の増大、農業生産の選択的拡大及び農業構造の改善を図ることにある。同時に、土地改良事業は土地と水に関連

する事業であるから、他産業との調和の上に国土の総合的な開発及び保全を図るべきものとされており、また多額の公的資金を含む資本投下を必要とすることから、国民経済の発展に適合させるべきことが要請されている。

このように土地改良法は、極めて広範な目的を掲げているが、実際にはその具体化のための規定は限定されている。その結果日本の土地改良事業が前提としている農村は農業生産のための空間であり、多目的機能を持った空間としては捉えられていない。

(ロ) ドイツ農地整備法　農林業における生産および労働条件の改善のため、ならびに一般的農村基盤整備 Allgemeine Landeskultur および農村発展 Landentwicklung の促進のために、農村の土地所有を本法に従った施策により、新たに整備することができる（1条)。ここでの農村発展を考えるにあたっては、農村は単に農業生産の場ではなく、保養、レクレーション、エコロジー的調整空間等の多機能をもった空間として捉えられている。

(a) 通常の農地整備手続（1条、37条）

申請は不要であるが、事業が参加者の利益になることが要件である（4条)。

(b) 迅速集団化手続（92条以下）

複数の土地所有者または農業職能代表の申請に基づいて官庁が命令する。農林業における生産労働条件の改善が農地整備によって迅速に達成しうる場合、自然保護または景観保全にとって必要な施策を実現するため、休耕地が多い地域において、その農業への弊害を除去するために必要である場合に実施される。休耕地は散在していると弊害も大きいが、耕地と休耕地とをそれぞれ集団化すれば、農業生産に対する弊害が少なくなると同時に、休耕地自体が生態学的調整空間としての意味を持ちうるようになる（休耕地の積極的意義)。新たな道路網の施設や大規模な水利施策をさしあたって必要としない村落耕地において実施される。課題を限定した手続ではあるが、本質的には、通常手続と同じである。

(c) 簡易な農地整備手続（86条）

農地整備官庁によって命じられる（内容は後述参照)。

(d) 大規模公共事業のための農地整備手続（87条）

土地収用官庁の申立に基づいて実施される（87条)。土地収用に代えて実施される手続であるから、本質的には、農業生産のための制度ではない（後述、「公共用地の創出と地価への影響」参

照)。

(e) 任意の土地交換（広義）

以下の四種類の手続に分かれる。

（ⅰ)法103条ａ～103条ⅰに基づいて官庁によって実施される手続、（ⅱ)農地整備手続または迅速集団化手続と結合して実施される場合（103条ｊ，103条ｋ)、（ⅲ)私法上の契約に基づいた所有権の交換、（ⅳ)私法上の契約に基づいた小作地の交換。

後二者にも、一定の条件のもとで「共通課題」法にもとづく助成が可能である。

2．換地処分・交換分合・任意の土地交換の性質上の異同について

(1) 日本の場合

土地改良法の場合には、(イ)換地処分においては、換地は従前地とみなされ、権利関係は全く同一の物として換地に移るが、交換分合の場合には、所有権は移るが、その他の権利はすべて新たに設定されまたは消滅する。(ロ)換地処分はその公告によって発効し、交換分合は、認可公告によって、交換分合計画に定められた時期に発効する。(ハ)換地処分の場合にはその原因たる土地改良工事が前提となっているが、交換分合の場合には、工事を前提とせずに実施することができる。

(2) ドイツの場合

(イ) 基本的考え方

換地処分の法律的性質については、プロイセン法以来、一定の理解が確立している。換地は、従前地の代償物Surrogatであるから、換地処分によっては、観念的所有権の交換は生じないのであり、所有権の対象（現物としての土地）が交換されるだけである（68条参照)。従って、従前地の権利関係は原則として変化しない。溜池や水利組合の賦課金のように現物としての土地との場所的関係を切断できないものは、例外である。以上は、物権関係について妥当する。債権関係としての小作関係は賃料の点で特別な配慮が必要である。

(ロ) 工事との関係

道路＝河川計画なしの事業は存在するが、圃場の区画に全く手をつけない事業はないと思われる。単なる権利関係の変更に留まる場合には、簡易な農地整備としても実施することは出来ないと解されている。

(ハ) 任意の土地交換と日本の交換分合との比較

任意の土地交換は、関係者の申請と交換に関する合意の上に成り立っているので、その限りで手続きが簡略化されていると考えてよい。日本の交換分合のような特徴はなく、むしろ法的性質は、換地処分に似ている。すなわち、権利関係の変更等については、換地処分の場合と基

本的に同じと考えてよい。

3．簡易な農地整備事業について

(1) 立法経緯と意義

帝国耕地整理令74条を前身とする制度である。1937年に同令が制定された際に帝国アウトバーン法の関連規定が廃止されて同条が設けられたという経緯がある。農村における開発行為から生じる予想外の損失を除去するための制度であった。

(2) 法律における位置づけ

(イ) 通常手続との区別　この点については、次の判例が明確に述べている。「法86条1項の簡易な農地整備手続と1条と4条により実施される通常手続との区別は、単に実施の簡易化のみならず、とりわけその実質的な要件の点にある。86条1項は、官庁に対して、部分農地整備（これは一定の動機に基づいて導入され、特別な目的に奉仕するものである）を命令する権限をあたえている。・・・・・当該手続は〔通常手続にたいして〕まず、区域の新秩序の形成 Nueordnung に奉仕するものではなく、農地整備手続外で実施されその実施には農地整備法自体はなんら関与しない建設施策を容易に実施することに奉仕するものであるが故に、86条1項の存在意義があるのである。これらの場合には、農地整備手続は、農地整備外で実施される建設施策を促進するための単なる援助手段に過ぎない（連邦行政裁判所判決、1961年11月14日）。」

(ロ) 手続の内容と特徴

(a) 86条1項の手続の特徴　農地整備官庁によって命令される（通常手続の場合につき4条参照）。農地整備決定の重要な部分は、関与者への送付で十分であるが（通常の場合につき、6条2項参照）、大部分の関与者が理解している場合には、公示の方法でもよい。事業または施策の実施主体は、準参加者である。

景観保護のための随伴計画を有する道路＝河川計画を作成する必要はない。自然保護や景観保護に必要な施策を実施するために簡易の農地整備が実施される場合には、その施策は、農地整備計画のなかに含められる。

施行命令と実施規則（通常手続については62条1,3項参照）は、謄本の形で関与者に送付される。大部分の関与者が理解している場合には、公示の方法でもよい。

参加者組合の理事会を設置しなくてもよい旨の95条が、準用される。

(b) 内容の特徴　通常手続の目的・内容については、37条1項を参照。これに対して、簡易な農地整備手続の要件は、道路、鉄道等の工事によって圃場に対する人為的な干渉がなされもし

くはなされてしまっている場合、または土地改革＝内地植民手続または事業主体Unternehmerによるその他の建設施策が実施されるべき場合である。

事業は、前段の場合には、同項の施策によって生じたLandeskultur上の損失を除去するために実施され、後段の場合には、建設施策の実施を容易にするために実施される。

(c) 86条3項の簡易な手続　簡易の農地整備手続は、散村、比較的小規模の市町村、散居村形態の農場の存する地域並びに既に農地整備済〔古い法律に基づくものも含む〕であるがより強力な集団化が必要とされる市町村においても許される。この場合には、第1項の要件は必要とされない。ここでの農地整備手続は、農地整備手続外でなされるべき施策を促進するための単なる補助手段ではない。

(ハ) 施行区域

通常手続の場合の施行区域は、集落の周辺にまとまりを以て展開している農地全体であるが、簡易な手続の場合には、「損失」または「建設施策」に関連する農地のみである。

(3) 用地等

簡易な農地整備手続では、86条1項の範囲内で必要とされる用地は――87条の手続の場合と異なり――参加者の負担とはされず、事業主体によって調達される。その結果、単に、第三者の事業による非経済的効果が除去されるにすぎない。内地植民手続等の実施は、内地植民会社またはその他の促進施策の実施主体の分散地の集団化によって、適切な土地において事業実施が可能となる。

(4) 費用

当該施設の設置・変更・除去によって生じた損失に相応する実施費用（105条）は、事業主体の負担となる（86条2項)。ただし、この損失が他の法規による計画確定手続において考慮されず、かつ計画確定後に明らかになった場合に限られる。

4．農地整備手続と公共思想

第一章の耕地整理手続の沿革的説明の際にも述べたように、ドイツにおける耕地整理手続は基本的には農民の私的利益から出発したものと考えられる（制度の沿革としてはプロイセンのように改革立法である場合もあるが)。しかし、現在では、手続の構成から見ても、農地整備事業はもはや農地ないし農業のためにのみ存在しているとは考えられない。もちろん農業生産の場としての農村空間の整備のための手続（通常手続）が基本的には中心であるが、開発のための用地取得し手段としての農地整備手続がこれと並行して認められており、近年ますます後者の重要性が増しつつあるということができる。

農地整備事業を実施している地域またはそ

の近くで公共事業（道路建設等）が実施されている場合に、そのための用地取得を農地整備事業において配慮できるという程度ではなく、公共事業の用地を調達するために、農地整備事業を実施することができるという点がドイツ法と日本法との決定的相違点である。

その方向での言わば「究極の手続」とでも言うべきものが、後述の開発農地整備手続（87条）である。これらの場合には、農地の所有者は、公共的利益の促進を前提として、自己の経営的利益を考えなければならないこととなっている。

三．土地所有と開発

1．土地所有概念の歴史的背景

(1) ローマ法的純粋権利概念とゲルマン法的所有概念

現代日本に存在する私的土地所有権の絶対性の概念は、沿革的には、ドイツやフランスを経由したローマ法的概念であることは間違いない。しかし、土地が公共財であることとの関連における制限原理を伴わない、それが言い過ぎであれば極めて不十分にしか伴わない私的土地所有権の絶対性の概念として確立してしまっている点に日本的特徴があるということができるように思われる。①すなわち、ローマ法的権利概念が、近代市民革命を経て絶対的土地所有概念として確立するが（日本においてはこの過程がいつ、どのようにして成立したかについては争いのあるところであるが）、その後、私的土地所有権の絶対性の面だけが強調されて展開してくる場合（日本の場合）と、私的土地所有権の絶対性に対する制限原理（都市計画による実質的制限）を伴って展開してくる場合（西ドイツ等の場合）とがある。こうした有効な制限原理を伴わない私的所有権の絶対性が、狂乱的地価を生じさせる制度的要因の一つとなっているということができる。②

(2) 憲法上の所有権保障の意義

ボン基本法14条２項は、基本的にみて、ワイマール憲法153条２項の規定（「所有権は義務を伴う」）を承継している。この規定は、19世紀初頭において深刻な地価問題を抱えていたドイツの大都市、とくにベルリンにおいて展開されていた「土地改革運動」（A・ダマシュケ等による）の強い影響のもとで誕生したものと言われている。この運動の主要なスローガンは、前述のように、開発利益を土地増加税の方法で社会還元すべきであるとするものであった。③

日本の憲法（単に所有権の保障をうたっているのみ）や、土地基本法のように土地所有権の義務をうたうだけでは、現実の土地法秩序は形成されない。また、単にそのような法イデオロギーを振りまくことは、所有権の権利保障の側面を軽視することになるから、むしろ不適当である。都市計画法のような法律の形式をとって、土地所有

権の制限を法構造的に実質化（実定法化）しなければならない。

ワイマール憲法の場合にも、その規定自体は宣言法的性格を有するものであっだが、それと同時並行的に、厳密に言えば、それに先行して都市計画的規制が実定法秩序の中に定着しつつあったのである。④

① 土地所有権に対する借地権の優位が、日本的特殊事情（土地と建物を別個の不動産として構成する等）にもとづいて確立しているが、これは、私的権利相互の調整の問題であり、ここでいう制約原理とは異なる。

② イギリス法系の国においては、私的土地所有権の絶対性という概念は成立していない。むしろ、土地利用権の様々な在り方が問題となっている。

③ 稲本・甲斐・戒能・田山『所有権思想の歴史』139頁以下も参照。

④ ここでは、プロイセンの建築線法と、これを前提として土地所有権に対する公的規制を飛躍的に強化したアジケス法（Lexes Adikes）を例として挙げておく。

2．ドイツにおける国土の原則的開発禁止と国土利用

(1) はじめに

国土空間の開発および再開発の場合に、どの程度までの公的規制ないし介入を前提とするかによって、その地域の地価の変動は決定的な影響を受けることになる。すなわち、地価の形成は、本質的には経済的現象であるが、土地をめぐる法制度の違いによって大きな影響を受けることも確かなことである。ドイツにおいても、高地価は社会的・経済的問題となっているが、日本におけるような狂乱的地価問題は生じていない。都市計画制度等の充分な活用により美しい国土景観の形成に成功しており、日本が現に直面しているような、経済社会の崩壊への引き金にもなりかねないような地価の高騰を抑制することに成功している。

ドイツの国土整備法制が、日本の法制との比較において、どのような点について本質的に異なっているかについては、まさに学際的な観点からの総合的な検討が必要であるが、法制度の観点からは、その社会における私的所有権の絶対性の持つ意味の違いと、都市計画制度の内容の本質的違いを検討することが重要であると思われる。本項では、前者については、極く簡単に述べるにとどめ、主として後者について、都市計画制度を広義に捉えたうえで、地価形成との関連において論じてみたいと思う。

(2) 外部地域Aubenbereichと内部地域Innenbereich

ドイツにおける都市計画に関する基本的法律は、建設法典①である。同法は、国土空間を内部地域と外部地域とに分けている。内部地域とは、既成市街地、連担建築地域（建物が連続して建ち並んでいる市街地内の建築地）、地区詳細計画による建築地域を指す。これ以外の地域を外部地域と呼び、ここにおいては原則として開発・建築行為は許されない。外部地域においては、例外

的な場合にのみ建築行為が可能である（同法典35条）。すなわち、ドイツにおいては、すべての土地について「建築の不自由」が大原則として確立しているのである。ただし、「建設法典」の立法理由などをみると、この法典によって「建築の自由」が確保される、と述べている。その意味するところは、土地利用計画と地区詳細計画の制定によって、土地所有者はまさに「建築の自由」を獲得するからであろう。

(イ) 内部地域は、建築可能地域であるが、前述のように、そこに建築するには地区詳細計画に従わなければならない。また、建築可能であるということは、単にゾーニングの意味で建築可能となるのではなく、市町村がその責任において地区施設整備（インフラストラクチャー等）を完了しているということを意味しているのである。ただし、その費用は受益者である土地所有者が負担する。従って、地区施設が未整備である「宅地」（日本では決して珍しくない）は存在しないのである。

(ロ) 外部地域において建築行為が許されるのは、次の場合である（建設法典35条1項）。

(a) 農業もしくは林業経営の用に供されるものであり、かつこれらの経営用地の付帯的な部分と認められるもの。

(b) 農業者の居住の用に供されるものであり、かつ、この経営が後継者委譲の目的とされているもの（さらに幾つかの条件が定められている）。

(c) 農業労働者用家屋の用に供されるもの。

(d) 遠距離通信システム、電気、ガス、熱および水道の供給、排水処理または地域と結びついた営業の用に供されるもの。

(e) 市街地またはその近くでは公害等の理由により建築が不適当な施設・建築物など。

(f) 平和目的のための核エネルギーの研究、開発もしくは利用または放射性廃棄物の処理の用に供されるもの。

(ハ) その他の建築行為は、その実行または利用が公共の利益を害しない場合に、個別的に許可することができる。ただし、次の場合には、公共の利益に対する侵害となる（同法典35条2～3項）。

(a) 土地利用計画の表示に反する場合。

(b) 環境に有害な影響を惹起する可能性がある場合またはその影響に曝されている場合

(c) 道路その他の交通施設、公共供給施設、廃棄物処理および下水道処理ならびに安全・健康その他の課題のために不経済な支出を必要とするもの。

(d) 水利経済を危険に陥れる場合。

(e) 自然の保全・保護または記念物保

全に関する利益を害する場合。

(f) 景観の自然的特質または保養地域としての任務を害する場合。

(g) スプロール的開発の発生、固定化または拡大の恐れを生じさせる場合。

なお、例外を認めるにあたっては、農業構造改善のための措置については特に考慮しなければなはらないものとされている。

① 建設法典の条文についは、「不動産研究」29巻1号以下に、西ドイツ土地法制研究会の逐条訳が掲載されている（最近、同研究所からまとめて冊子として発行されている）。

①「建築用地への発展段階と地価」

発展段階	標記	地目	土地の状態	地価の割合	価格(例)
0	耕地、緑地	耕地・菜園地	−	10% 100%	4DM
I	建築期待地	耕地・菜園地	土地利用計画による指定	300% 30% 100%	12DM
II	建築可能地	耕地・菜園地	地区詳細計画による指定	167% 50% 100%	20DM (総価格)
IIIa	一部地区施設整備済地	建築用地	区画整理又は配分測量済(道路敷譲渡済)	130% 65% 100%	26DM (純価格)
IIIb	建築成熟地	建築用地	地区施設整備後(水路・道路建設済，整備分担金徴収済)	143% 100%	40DM
IV	既築地	屋敷地	建築後	−	−

〔上表の説明〕

表中の「発展段階」は、農地から既築地への発展段階を示している。

「標記」のうち、I、IIおよびIIIbは、公式な標記であるが、IIIaは従来公式には用いられていない。

「地目」は、地籍簿上の用途を意味している。

「土地の状態」は、個々の段階における状態を簡潔に示している。特に、I，IIおよびIIIbにおいては、基準値令Richtwert−Verordnungの法定定義と一致している。

「地価の割合」は、個々の段階における地価の割合を示している。「0」段階の10%～「IIIb」段階の100%は、建築成熟地を100とした場合の各段階における割合を示している。また、各段階を100とした場合の次段階の割合も示している。

「価格（例）」は、各段階の価格の例示である。

3．ドイツにおける計画利益と開発利益に関する考え方

(1) 新開発における地価の変化

(イ) ドイツにおいて、農地が建築可能な土地になる過程においてどの様な価格変化を遂げるかという点について、経済学的にというよりも、制度的に検討してみることとしよう。つまり、どの様な要因があればどの程度価格が上昇するか、という経済学の一般理論としてではなく、ドイツの国土整備ないし都市計画制度のもとにおいて、農地が宅地等に転換される際に、どのように価格上昇が生じるのか、という点について検討してみることにする。ここで用いる資料は、ドイツのノルト・ライン＝ヴェストファレン州にあるコースフェルト市において、区画整理委員会の説明資料として1980年代に事務当局によって用いられていたものである。従って、必ずしもドイツにおける一般的な理解とはいえない点もあるかもしれないが、ベルリンでもほぼ同様なものが利用されているので「開発と地価形成」の問題を考えるにあたっては客観的な意義を有していると思われる。資料入手の後、関連法令（連邦建設法と都市建設促進法等）が建設法典に吸収される等の法制度上の変化はあったが、内容的には、大きな変化はないので、ほぼ資料のまま紹介することとする。①

(ロ) 計画利得と受益者負担の関係

これを各段階毎にどのくらいの割合で価値が付加されるのか、という観点から見れば、次のようになる。

0　耕地・緑地

10%

Ⅰ　建築期待地

20%

Ⅱ　建築可能地

20%

Ⅲa　一部地区施設整備済地（区画整理等終了）　15%

Ⅲb　建築成熟地（地区施設整備終了，分担金の徴収も完了）

35%＝建築可能地

以上合計　100%

以上の価値上昇分のうち、0～Ⅱにおいて生じた価値は、計画利得と呼ばれている。②Ⅱ～Ⅲaにおいて生じた価値は、区画整理利得 Umlegungsvorteil と呼ばれている。これは、金銭または土地の形式で市町村に帰属する。土地による場合吸収方法の（減歩）は、初めての区画整理のときは30%、その他のときは10%を越えてはならない（同法典58条）。

(ハ) 新開発と費用負担・土地利用義務

トイツの新開発のやり方を簡潔にまとめれば、原則的に開発・建築が禁止されている土地について、一定の必要性に基づいて、土地利用計画とそれに基づく地区詳細計画が策定され、各市町村がその土地についてインフラストラクチャーの

整備を行う、という過程を経ることになる。

土地利用計画により「建築用地」とされただけでは、依然として建築区禁止地であるから、地価の上昇は僅か（10％）である。地区詳細計画が策定されて具体的な建築可能性が示されると、20％を加算する。市町村がインフラストラクチャーの整備を行えば建築が可能であるから、これも理解できる。この場合に、造成・整備事業は市町村の責任において公益企業に実施させる。土地の区画整理を実施し、下水道や道路の舗装等が完了すると、建築成熟地と呼ばれ、現実に建築が可能となる。しかし、ここまでに掛かった費用は原則して受益者負担であるから、立派に造成された「宅地等」を取得した所有者は、相当に高額の地区施設整備負担金を徴収される。

地区詳細計画で住宅地とされている土地を取得した所有者は、そこに住宅を建てる義務がある。税制による促進を前提として、最終的には市町村から建築命令が出されることもありうる。この場合において、経済的な理由で建築ができないときは、所有者は土地の買い取りを市町村に請求することになる（詳細は建築法典において規制されてる)。

(2) 再開発の場合の地価の変化と開発利益

都市再開発の場合にも、公的資金の投下を前提とする広義の開発利益は生じるが、この場合には、調整賦課金 Ausgleichsbetrag として、公的資金の投下による地価上昇分を吸収する制度が存在している。ただし、区画整理を伴う場合において、それによる利得が生じるときは、区画整理利得として処理されているからここでは度外視される。再開発によって生じる地価の上昇とは、再開発の企図も存在しない時点での地価と、再開発の終了後の地価との差額である（同法典154条２項)。開発利益がわずかであり、その特徴が費用倒れになるような場合は、市町村は徴収手続を行わないことができる。この事業に関連して、地区施設が再整備されても、分担金の徴収は行われない。

① Zusammenstellung von der Geschäftsstelle des Umlegungsausschusses fur die Mitglieder des Umlegungsausschusses, Stadt Coesfeld.

② 従って、調整賦課金は、地区施設整備分担金と共通の内容を有するが、その性質を異にしている。従って、①の新開発の場合においても、計画利得清算税のような形で開発利益をを徴収しうる余地があるものと思われる。

四．公共的用地の創出と地価への影響

公共的用地を創出する手法は、農地整備法に基づくものと建設法典に基づくものとに分かれる。西ドイツにおいても、公共用地を創出するためには、任意買収が行われるし、土

地収用も可能である（連邦の一般土地収用法は未だ存在せず、建設法典等の個別法に収用規定が含まれている）が、日本の場合とは、その意味がかなり異なっている点には注意しなければならない。すなわち、農地に公共用地を求める場合には農地整備法上の手続きが利用されることが多いし、既成市街地に求める場合には、区画整理の手法が用いられることが多い。そのことが地価高騰の抑制と密接な関連を有しているのである。

1．農地整備法に基づく方法

(1) 農地整備の通常手続①において公共的用地を創出する方法

公共的用地とは、ここでは、共同施設用地と公共施設用地とを意味するものとして用いるものとする。共同施設用地とは、農道のように、主として農地整備地区の参加者にとって共同の利用もしくは共同の利益になるような施設用地であり、農地整備の目的（同法1条）を達成するために必要なものである。公共用地とは、市道や州道のように、主として参加者以外の者の利益になるような施設用地である。これらのために必要な土地は、各参加者が従前地の全区域面積に対する割合に従って一定の条件のもとで提供しなければならない（47条1項)。

(イ) 共同施設用地

農道の新設・拡張や農業用河川の拡幅などのためには共同減歩が実施される(39条)。主として参加者のための用地調達であるから、原則として全参加者が一定割合（減歩率）に従って用地を提供する。共同施設は、原則として参加者組合が建設し、維持義務者への引渡まで維持・管理する。維持義務者は、農地整備計画によって参加者組合とされるのが原則であるが、市町村が同意する場合には、農地整備計画によってこれに配分することができる（42条)。

(ロ) 公共施設用地

公共交通のための施設（市町村道，州道）用地や防火用水，自然保護施設等のため用地を創出するためには、「比較的小範囲（例えば、1.5%）において共同減歩が実施される（40条)。一般公共用地については、事業参加者も利益を受けるが、それは一市民としてであるから、この場合の共同減歩は、一定の限度内において実施される。設置された公共施設の所有者は、農地整備計画によって決定される（40条)。公共施設が公共的利益と同時に参加者の利益にも役立つとは言えない場合には、施設の所有者は、その用地および発生した損失に対して適切な金額を参加者組合に支払わなければならない（同条3項)。この点が共同施設用地の場合との本質的な違いである。

(2) 大規模な公共用地を必要とする場合の制度（開発農地整備）②

(イ) アウト・バーン，連邦鉄道，連邦道等の建設

上記「1」に述べた場合には、農業のための農地整備が実施される際に公共的用地を創出する手法であるが、ここでは逆である。すなわち、上記のような大規模な公共用地が必要である場合に、それを創出するために農地整備事業を実施するのである（87条）。日本の法制度との関連でいえば、土地収用を背景にしつつ、任意買収によって用地を確保するであろう場合である。事業者（連邦、州等）は、その用地取得について土地収用の要件を具備すると、それに代えて農地整備官庁に対して農地整備の事業申請をすることができる。農地整備官庁は、農業職能代表（農業会議所など）と協議して、事業区域の規模等を決定する。必要な用地は、共同減歩によって創出するが、この場合は有償である。すなわち、事業者は、用地代を参加者組合に支払わなければならない。

実際には、必要な用地のすべてをこの方法で創出すると農地整備参加者の減歩率が高くなり、事業に対する反対者を多くする原因にもなるため、事業者が地方自治体であるときは、地区内の公有地について不換地の申立てをすることが多い。適切な公有地を有しない場合には、事業主体が一定程度の面積について先行取得をしておいて、不換地の申立てをする方法も行われる。

(ロ) 私的企業の用地調達のための利用可能性

通常の私的企業のための用地調達が土地収用の要件を充足しないことは、改めて述べるまでもないことである。しかし、州の国土整備計画や広域地方計画等の上位計画によって地域の振興が定められ、それを受けて、土地利用計画と地区詳細計画によって特定の私的企業が誘致されたというような場合には、それはもはや単なる私企業の誘致ではない。私的企業の誘致がいわば都市計画によって具体化されたのである。しかし、このような場合にも、都市計画の具体化のための用地取得だから、土地収用の要件である「公共性」を充足すると言えるのであろうか。

バーデン・ヴュルテンベルク州のシュトットガルト近郊のある町がダイムラー・ベンツ社の試走場 Test-Strecke を誘致しょうとした事件は、まさにこの典型例であった。③この地域は、いわゆる過疎地帯であり、産業の誘致等によって地域に就業の機会を作らなければならない必要に迫られていた。そこで、地元の二市町と企業との協定により、地元からの一定数の雇用の確保、農地の喪失を最小限度に止めること、環境の保全などについて配慮したうえで、試走場用地創出のた

めに、地元の農地整備官庁に事業申請をした。同官庁は、農地整備決定をおこなったが、地元の農民（Bundschuh－Genossenschaftの支持のもとで）が、決定取消の訴訟を提起して争った。この行政訴訟は、連邦行政裁判所において農民の敗訴となったため、反対農民はさらに憲法訴訟を提起して、私的企業のための用地取得は、土地収用の要件を充足しないとして争った。連邦憲法裁判所は、農民の主張を認め、本件事業の用地を農地整備法八七条の手続きによって創出することはできない旨判示した。

この事件は、農地整備手続きの違憲性の問題が争われたのではなく、その前提としての土地収用要件の充足の存否が争われたのであるが、連邦行政裁判所が、この程度の公共性があれば、土地収用を認めるとしたことの意義を考えてみなければならないだろう。私企業との暗い関係といった観点からではなく、600ヘクタールもの土地が公共的意義を持ちつつ必要とされるているときに、そこに農地整備事業を被せることによって地価の急上昇を避けながら用地を確保し、かつ地域の整備を行おうとする行政の積極的姿勢について考えてみる必要がありそうである。

憲法裁判所の判決においても、厳密に言えば、収用をまったく不可能としたのではなく、このような場合でも、州の特別法を制定して、それに基づいて収用するのであれば、憲法違反とならないと解する余地を残していたと言われている。

(ハ) 農地整備事業と市町村との協調

(a) 参加者組合連合会による先行取得（市町村の意を帯して）

西ドイツの農地整備参加者組合は、参加者組合連合会に結集し、連合会はさらに総連合会に結集している。その結果、これらの上部組織は、相当に広い地域を管轄することになる。その地域内で市町村道を新設ないし拡幅する必要がある場合には、予め、参加者組合連合会に用地の先行取得を依頼する方法が取られることがある。日本で用地の先行取得をするとすれば、正に道路となる敷地の所有権を取得することになるが、西ドイツの場合には農地整備事業を前提とするからその必要はない。農地整備区域内の土地であれば原則としてどこでもよい。もちろん、この場合の用地取得費用は最終的には市町村が負担する。このような方法は、バイエルン州で比較的多く行われている。④

(b) 農地整備事業と市街地の区画整理事業との協調

農地整備事業地区内に土地を有するAは兼業農家（日本でいえば第二種兼

業）であり、農地のために出費をする意思はなく、むしろ市街地に宅地を取得したいと考えている。一方では、区画整理事業地区内に土地を有するBは専業農家で耕地を減らしたくない。このような場合には、Aは区画整理事業から換地を取得し、Bは農地整備事業から換地を取得することができる。もちろん、そのためには、Aの属している農地整備事業の管轄官庁とBが属している区画整理事業の管轄官庁（市町村の区画整理部局）との間で連絡を取り合ったうえで、土地所有者の了解を得る必要がある。⑤

(c) 村落再整備による場合

村落再整備は、基本的には、農地整備法による事業と建設法典（旧都市建設促進法）による事業とがある。⑥

2．建設法典（区画整理事業）に基づく方法

(1) 区画整理Umlegungは、農地等を建築可能地にする場合Erschliebungsumlegungと、既成市街地の用途が地区詳細計画によって変更されている場合Neugestaltungsumlegungに、未建築地または既建築地をその位置、形態および規模に照らして建築利用またはその他の利用に合目的的な形態を有する土地とするために行われる。従前地の所有者は、一定の基準にしたがって換地を取得できるが、その際には、道路、広場等の用地、および公園、子供の遊び場を含む緑地施設、環境保護施設のための用地（建設法典55条2項）のために、減歩がなされる（57条、58条）。

(2) 区画整理事業を伴う市街地再開発事業Sanierungが実施されると、公共用地等が整備され、公的資金の投入によって地価が引き上げられることが多い。しかし、区画整理事業を伴わない場合には、公共用地の創出とは関係がない場合が多い。

3．減歩方式の有効性

我が国において、公共用地を創出する場合には、そこが農地であれ、市街地であれ、その土地を取得することになるから、どうしても売手市場となり、そこの地価は上昇することになる。任意買収に応じないときは、土地収用法によって収用することが可能であり、その際にはいわゆるゴネ得は出来ないように法的に配慮されてはいるが、収用自体がめったになされないこともあり、実際上は公共用地の創出により、周辺の地価を押し上げる結果となることが多い。

しかし、西ドイツにおいては、原則として、新開発の場合には農地整備法による減歩が実施され、再開発の場合には建設法典（区画整理）による減歩が実施される結果、その用地の任意買収による一般的な地価の上昇は生じない。大規模公共事業のための農地整備に先行して任意買収が行われることはあるが、その用地（例えば道路敷）を買収する必要はないから（後に換地を予定しているから、農地

整備区域内であればどこでもよい）売手市場にはならない。しかも、開発・建築可能地としての整備は、市町村が責任をもって行うから（作業は民間企業に委託することが多いが、非営利的事業である）インフラストラクチャー等の内容・質も保障されるし、地価も吊り上げられるようなことはない。

① 農地整備の通常手続きについては、田山輝明『西ドイツの農地整備法制の研究』513頁以下参照。
② 大規模な公共用地のための農地整備事業については、田山・前掲書518頁以下参照。
③ 詳しくは、田山・前掲書520頁以下参照。
④ 参加者組合連合会については、田山前掲書554頁以下参照。
⑤ 具体例については、田山前掲書569頁以下参照。
⑥ 具体例については、田山前掲書587頁以下参照。

五. 終りに

1．農民の土地に対する意識の変化

(1) 農地改革の影響

農地改革の全体としての評価をここですることは不可能であるし、適当な場でもない。土地所有に対する農民の意識に対してどのような影響を与えたのか、また現に与えているのか、という点について限定して述べておきたい。

自作農主義の実現とその成果の法制化を目的とする農地法がもたらした最も大きな構造上の問題は、利用権レベルにおける農地流動化の阻害要因であろう。経営規模の拡大や労働力不足による農地の流動化を推進する際に、最大の障害の一つは、いわゆる農地改革に対するアレルギーであった。一度貸したら実際に返還して貰うことは難しいと多くの者が考えたためである。そのために闇小作の発生やそれに対応するための農用地利用増進法の制定等がなされたのであった。

農地は有限な財として最も効率的に利用されるべきものであるが、みずから利用できない者が他人をして利用させることをも躊躇してしまうような状況がある以上、土地の利用を強調することは無意味であった。その意味で農用地利用増進法の果たすべき役割は大きいと思われるが、農地所有者の間でその意味が必ずしも十分に理解されているとは言いがたいようである。

土地問題を解決する際に、日本の土地所有者が農村においても零細であることが障害となる場合は決して珍しいことではない。平均的経営耕地面積を仮に1ヘクタールとすれば、40ヘクタールの用地を確保するには40人の所有者を相手にすることになる。このような状態も農地改革の理念である自作農主義の成果であると言えないこともない。ドイツで同様の面積の用地取得をする際に一人の地主を相手にしたにすぎないというような話を聞くと、土地問題ないし土地政策の難しさをつくづく感じさせられるのである。

(2) 地価の急上昇と資産的保有

農地をめぐる問題は、農民の意識のレベルの問題に留まっていたわけではない。農地改革の結果、多くの農民が土地の所有者になった。そのことは耕作者が所有者となったという限りでは生産の安定につながり、その限りで農村の発展をもたらすはずのものであった。しかし、日本社会全体の発展は、農村をそのような安定した状態に導いてはいかなかった。大都市を中心に生じた地価の暴騰は農村にも大きな影響を与えた。

地価急上昇は、土地の利用ではなく、最も有利な換価により売却することを目的とする土地所有の形態を生み出した。従来の地主は自己の利用の範囲を超えた土地を所有したままで他人に利用させることのみを考えていたのであり、その際の最大の関心事は最も有利な賃料であった。しかし、今や資産的保有を目的とする土地所有にとっては、賃料の大きさは第二次的要素なのであり、最大の関心事は最も有利なときに更地で（利用と分離した状態で――最も有利な状態で）売却できることなのである。このような事例は、大都市周辺の土地所有者、特に農地の所有者の一部に見られる。これは、大都市の中心部に於いて投機目的で土地転がしを行う不動産資本とは、区別されるべきものであり、資産的農地所有と呼ばれている。

(3) 高地価を媒介とする土地に対する意識の分化

こうした状態は、土地の本来の特性である利用価値を軽視し、銀行預金と同次元の利子産み資本と同様なものとして理解する態度を生み出す。このような意識の持ち主に対して在るべき土地の利用義務のみを抽象的に説いてみても何の意味もない。開発との関連にまで遡って、土地利用の在り方、すなわち土地所有の在り方を議論し、それを法規範として実現しなければならない。

2．土地基本法の位置づけと評価

土地基本法の基礎となっている「5原則」については本稿の冒頭で述べたが、それらが日本の土地法制の基本原則として、在るべき姿を示すものであることは、歴史的検討の結果としても明確に確認することができる。

日・独の比較研究をしてみた結果として明確になったことは、社会の一定の発展段階においては、ドイツにおいても現代日本の土地問題と類似した問題が存在していたが、約100年もの期間をかけてすこしづつ着実に解決してきたという点である。土地問題は社会の基底に深く根ざしているため、革命的状況を前提としない限り、一挙に解決することは不可能である。

さまざまな社会的・経済的要因により、国民の土地に対する意識が所有と利用とを分離して把握する方向へ向いてしまっている現状においては、国民的総意として所有と利用の

結合を確認し、有限な財としての土地における公共的利用を確認することは、たとえ宣言的意義であっても極めて重要であると言わなければならない。

土地基本法は単なる宣言的立法であり、これによって何かが具体的に前進するわけではないが、ドイツの立法史において100年以上もかけて獲得してきた成果に近いものが法律の形式を借りて宣言されているのであり、土地制度について発展の方向を誤って進んできてしまった国にとっては軌道修正の方向を示すものとしての意義は極めて大きいと言わなければならない。

今後は、いわば土地基本法の施行法的位置づけをもった法律が制定されなければならない。土地基本法の趣旨に反する立法をしないという意味での消極的立法に留まらず、積極的に土地基本法の趣旨を具体化する立法を検討すべき時期に来ている。その具体的内容はドイツの立法史の中にも見い出すことができる。

〈欧文参考文献〉

① Rudolph Stadelmann, PRUBENS KÖNIGE IN IHRER THÄTIGKEIT FÜR DIE LANDESCULTUR, 1882 LEIPZIG,

② Lujo Brentano, Über Anerbenrecht und Grundeigentum, 1895 Berlin

③ Conrad Bornhak,Grundriß des Deutschen Landwirtschaftsrechtes, 1921 Leipzig

④ Richard Haack, Grundriß des in Preußen geltenden Agrarrects, 1927 Berlin

⑤ Erich Molitor, Landwirtschaftsrecht, 1928 Berlin

⑥ Erich Molitor, Deutsches Bauern = und Agrarrecht, 1939 Leipzig

⑦ Heinrich Stoll,Deutsches Bauernrecht, 1942 Tübingen

⑧ Karl Haegele, Landwirtschaftlicher Grundbesitz, 1943 Leipzig

⑨ Oskar Klässel, Das Deutsche Agrarrecht und seine Reform, 1947 Hannover

⑩ Karl Kroeschell, Landwirtschaftsrecht,2. Aufl. 1966 C. HEYMANNS VERLAG KG

⑪ Karl Kroeschell, Deutsches Agrarrecht, 1983 C. HEYMANNS VERLAG KG

⑫ Götz/Kroeschell/Winkler, HANDWORTERBUCH DES AGRARRECHT, 1. u. 2. Bd., 1981 ERICH SCHMIDT VERLAG

⑬ Friedrich Quadflieg,Recht der Flurbereinigung, 1978 Kohlhammer

⑭ A.-W. Seehusen/T. C. Schwede, Flurbereinigungsgesetz, 3. Aufl., 1981 Aschendorff

⑮ Pikalo/Bendel, Grundstückverkehrsgesetz, 2. Aufl. 1964 J. Scheitzer Verlag

⑯ Lange/Wulff, Landpachtrecht, 2, Aufl., C. H. Beck 1955

⑰ Faßbender/Hätzel/Pikalo, Höfeordnung, Aschendorff 1978

⑱ Lange/Wulff, Gesetz über das Verfahren in Landwirtschaftssachen, C. H. Beck 1954

〔邦語参考文献〕

①田山輝明『西ドイツ農地整備法制の研究』(成文堂, 1988年)

②田山輝明『西ドイツの新用益賃貸借法制』(早稲田大

学比較法研究所、1986年）
③クレッシェル／ヴィンクラー・田山監訳『西ドイツの農家相続』（成文堂，1984年）
④稲本・戒能・田山・原田『ヨーロッパの土地法制』（東京大学出版会，1983年）
⑤H．ハウスホーファー／三好・祖田訳『近代ドイツ農業史』（未来社1973年）
⑥末弘厳太郎『物権法　上』（有斐閣、1921〔大正10〕年）
⑦平野義太郎『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想』（有斐閣、1924〔大正13〕年）
⑧国土庁土地局監修『逐条解説　土地基本法』（ぎょうせい、1990年）
⑨五十嵐敬喜『検証　土地基本法』（三省堂、1990年）