

# 「土地法」から「都市法」への展開と そのモメント

高橋 寿 一

## 概 要

わが国においては、戦前から、農村を中心として「土地法」ないし「土地法」研究が語られ、戦後の高度成長期以降は「土地法」ないし「土地法」研究は都市問題をも対象とするようになった。1980年以降「都市法」という用語が徐々に用いられるようになり、現在では「都市法」研究が盛んである。本稿は「土地法」が「都市法」に展開していった経緯とその論理を検討することによって、わが国では、「都市法」は「土地法」の一領域と捉えられることもあるが、「都市法」は、農村や森林をも含む国土全体を対象とし、地域資源の管理にも資する手法を提供することができる有用な概念足りうるものであることを論証することを目的とする。

## キーワード

土地法、土地の商品化、都市法、都市空間、公共的コントロール

## I. はじめに

「都市法研究会」が発足する以前から、東大社研は、わが国の土地法研究の卓越した研究拠点であった。私事にわたって恐縮であるが、筆者も、大学院生時代に1970年代の社研の土地法研究の集大成とも言うべき、渡辺洋三/稲本洋之助編『現代土地法の研究 上・下』（岩波書店、1982年）に触発されて、「土地法」研究をライフワークにしようと決心した一人である。もっとも、「土地法」という用語は学界においてはそれ以前から用いられており、古いところでは1960年に田中二郎が『土地法』（有斐閣）を出版しているし、日本土地法学会も1973年に発足している。

ところで、他方で、1980年ごろから、「都市法」という用語がしばしば用いられるようになってきた。その先駆は五十嵐敬喜であって、『現代都市法の形成』（三省堂、1980年）

や『現代都市法の状況』(三省堂, 1983年), そしてそれらを体系的に整理した『都市法』(ぎょうせい, 1987年)等の書物を精力的に世に送り出した。前述の「都市法研究会」も五十嵐をメンバーに迎え, 1987年に発足している。そして, この時期以降, 「都市法」ないし「都市法学」という用語が急速に広まることになる<sup>1)</sup>。

ところで, 上記の両者の登場は何を契機とし, 何を意味するのであろうか。この問いに対しては, いろいろな角度から解答を用意することができるであろうが, 本稿では, 「土地法」の概念と「都市法」の概念とはどのように異なるのか, なぜかような発展が生じたのかという点を中心に検討することを目的としている。すなわち, 一般的に言えば, 「土地法」の中の一つの分野が「都市法」であると考えられているのでないか。そもそも土地は, 農地, 林地, 原野や宅地から成り立っていることからすれば, 「土地」の一角を占める「宅地」ないし「都市」に関する法が「都市法」であるということになろう。たとえば, 「都市法」の最初の提唱者である五十嵐は, 「都市法」を「都市に特殊に適用される法」(傍点が高橋)であるとし<sup>2)</sup>, 「都市法」を農地や林地に及ぼすことは念頭に置かれていない。また, 同じく「都市法学」の確立を目指す磯部も, 「都市法」の中核的概念である都市計画を, 「都市に関するすべての情報と政策課題をおりこんだ包括的な「都市の総合計画」」(傍点が高橋)として捉えるべき旨を説いており, 農地や山林を都市法の適用から除外している<sup>3)</sup>。これに対して, 眼を西欧諸国の土地・都市法制に転じてみると, たとえば, ドイツでは, 都市建設に関する基本的手法を総合的に規定した建設法典においては, 市町村の都市計画(具体的には「Fプラン」と称される土地利用計画)は, 市町村の全域を対象として将来の土地利用の方向付けを行っている。フランスの「都市連帯再生法」で規定された広域総合スキーム(SCOT)やイギリスの「都市・農村計画法」における基本計画(strukturplan)においても同様である。すなわち, これらの国々では農山村も含めた国土全体に「都市法」が包括的に適用されており, わが国の「都市法」の捉え方と明らかに異なっている。かかる相違をいかに考えればよいか, これが本稿執筆の基本的な動機である。

以下, 本稿では, 戦後の「土地法」研究とそこでの「都市問題」の捉え方はいかなるものであったか(Ⅱ), 「土地法」の研究が, 何故「都市法」研究へと展開していったのか

1) 本文で検討するように, 「都市法」という用語とは別に, 磯部力は, 「都市法学」の確立を唱える。本稿も磯部の議論から大きな示唆を得た。この点に関する磯部の業績としては, 「「都市法学」への試み」成田頼明編『行政法の諸問題 下』(有斐閣, 1990年)3頁以下, 「都市の土地利用と「都市法」の役割」石田頼房編『大都市の土地問題と政策』(日本評論社, 1990年)199頁以下, 「都市の環境管理計画と行政法の現代的条件」兼子仁/宮崎良夫編『行政法学の現状分析』(勁草書房, 1991年)331頁以下, 「公物管理から環境管理へ」松田保彦ほか編『国際化時代の行政と法』(良書普及会, 1993年)27頁以下等を参照。

2) 五十嵐敬喜『都市法』(ぎょうせい, 1987年)1頁。

3) ただし, 都市郊外部は含めている。磯部・前掲「都市の土地利用と「都市法」の役割」202頁, 229頁。

(Ⅲ), その展開の結果, 「都市法」はいかなる意義ないし内容を有すると考えられるに至ったのか, 「土地法」とはいかなる関係に立つのか (Ⅳ), という点を中心に, わが国の土地・都市法研究の基礎的視角の一端を検討していきたい。

## Ⅱ. 「土地法」について

### 1. 土地所有権と「土地法」

土地所有権も, 商品所有権の一範疇とされている以上, 近代法の成立によって「所有権」が帯有する法的諸属性を土地所有権が帯びるのは当然である<sup>4)</sup>。その属性とは, (イ)土地は, それまで服していた様々な封建的拘束から解放され, 他の所有権と同様に私的所有権の客体となるという土地私法上の属性, および(ロ)土地所有権が政治的支配から解放された結果, 公権力による規制は, 警察的観点からの必要最小限度の規制に限られる, という土地公法上の属性である。ただ, これらの属性は, 土地所有権のみが有するものではなく, 商品所有権一般が有しうるものであったので, 「土地法」として論じられる際には, その契機は, 別のところにあった。それは, 土地所有権を他の商品所有権と比較した場合の顕著な特性であって, 具体的には, 土地は, (イ)有限であって, (ロ)人間の労働によっては原則としては作り出せない物(非労働生産物)であること, (ハ)位置と個性が特定していること(相隣関係規定の必然性), (ニ)人間の生存と生活にとって不可欠であること, (ホ)利用されて初めて価値を有すること, (ヘ)地表面のみならずその上下の空間も権利の客体となること, である<sup>5)</sup>。

これらの諸特性が土地を遊休化させ, 私的独占の対象とし, いわゆる〈土地所有権の商品化〉を促進することになる。ここでいう「商品化」とは, 土地がその具体的な利用からは切断され, 専ら交換価値支配に着目して商品交換市場に置かれることを指す。したがって, 都市計画法等による適切な土地利用規制が行われない場合, 土地供給には上記のように自ずと限界があることから, そこでの土地価格は, 場合によっては青天井に上昇することになる。それ故, 土地所有権には, 上記の特性に加えて, (ヘ)公的規制の必然性という特性がとりわけ強調されることになる。

4) 言うまでもなく, 戦後の「土地法」研究の出発点は, 川島武宜『所有権法の理論』(岩波書店, 1949年)である。

5) 上記については, たとえば, 稲本洋之助/真砂泰輔『土地法の基礎』(青林書院新社, 1978年)6頁(稲本執筆)もほぼ同じであるが, 同書では(ヘ)の要素が欠けている。この点は, 後述するように, 「都市法」を「土地法」と区別する重要な要素である。

総じて、土地所有権は、一方では近代以降の商品交換社会における一般の商品所有権の属性を帯有しつつも、他方では、土地に本来的に備わる諸特性故に他の商品所有権一般とは異なる特徴を有しており、それ故、公法や私法において独自の問題領域を形成することになる。これまでになされてきた「土地法」の定義も、「土地の所有と利用に関する公法と私法の総体」とするのが一般的であって、土地の所有と利用に関して、互いに他を前提として複合的に交錯する公法・私法の両者を含む総合的な法領域が、「土地法」という概念の下に括られたのであった<sup>6)</sup>。

## 2. 「近代土地法」から「現代土地法」へ

戦後の「土地法」研究は、農地改革とその成果を継承した農地法制を中心として始まった。農地改革によって、寄生地主的土地所有は解体せしめられたが、農村社会においてなお残存していた半封建的諸関係の克服等戦後においてもなお解決を要する諸課題が存在していた。それ故、戦後の「土地法」研究の中心は、農地法以外にも、入会権、農家相続、農業水利権など、農山村の土地や水の所有と利用、家族をめぐる法律関係の分析に主たる関心が寄せられていた<sup>7)</sup>。そして、その一つの特徴は、それらの法律関係を主として私法的観点から解明することにあった。

他方で、戦後復興およびその後の高度経済成長を通じて、都市問題が社会問題となっていく。すなわち、都市への人口集中に伴って、交通、住宅、土地利用、環境破壊等の都市問題が顕在化するようになり、「土地法」ないし「土地法」研究もこれらの都市問題を視野に入れ始めることになる。そこでは、罹災都市借地借家臨時処理法や借地法、借家法などの私人間の法律関係に対する国家による私法的介入を通じての私的当事者間の利害調整にとどまらず<sup>8)</sup>、土地所有権の自由に対する様々な公法上の介入がその視野に入れられるようになっていった。

また、「土地法」の制度面では、基本的には上記の二つの領域（農村土地法と都市土地法）に代表される各々の個別の法領域の内部で法律の整備がなされてきたが、経済の高度成長の進行に伴って農業的土地利用と都市的土地利用が矛盾・抵触する場面が目立つようにな

6) 稲本洋之助「比較土地法の視点」渡辺洋三/稲本編『現代土地法の研究 下』(岩波書店, 1982年) 10頁。

7) 数多くの業績があるが、先駆的なものとしては、戒能通孝『入会の研究』(日本評論社, 1943年)、渡辺洋三『農業水利権の研究』(東京大学出版会, 1954年)、日本私法学会による農家相続調査(中川善之助/加藤一郎/谷口知平/園田格「新法下における相続の実態」『私法』15号(1956年)2頁以下)、潮見俊隆ほか『日本の農村』(岩波書店, 1957年)等参照。

8) 数多くの業績があるが、先駆的なものとしては、渡辺洋三『土地・建物の法律制度(上)』(東京大学出版会, 1966年)、水本浩『借地借家法の基礎理論』(一粒社, 1966年)等参照。

り、双方の法領域の調整が政策課題とされるに至った。1960年代後半から1970年代前半にかけての、都市・農村の両サイドからの土地利用計画・規制立法（1968年都市計画法、1969年農業振興地域整備法）や国土利用計画法（1974年）の制定がその典型的な例である。

このような中で、双方の法領域の相互関係に関して重要な側面を指摘したのが渡辺洋三であった。渡辺によれば、近代当初からの上記の土地法を「近代土地法」とすれば、戦後の工業化・都市化の進展に伴う農業の地位の低下によって、土地問題が農業問題の枠を超え、商品としての土地所有の交換価値が、資本主義的地代法則から解放され、その寄生的性格が一層明確になると「現代土地法」の段階になるという。すなわち、国民経済にとって不可欠な土地利用の社会的性質と土地所有の私的性質の間にはそもそも根本的な矛盾があるのだが、「現代土地法」の段階においては、土地所有権の商品化の進行は、農地に関しては農業収益還元価格をはるかに超えた土地価格が形成されることによって、農地を資産ないし投機の対象とし、農業的土地利用を攪乱する。渡辺によれば、1970年の農地法改正は、賃借権保護（＝所有権規制）の緩和を通じて農地を流動化させようとするものであるが、かかる改正は賃借人の農業経営を不安定ならしめるものであって、本来の農業政策としては本末転倒である、とされる。そして、渡辺は、この問題（すなわち一方で農業経営の安定を図りつつ、他方で農地流動化を促進するという一見すると矛盾・抵触する問題）の根本的原因の一つを、農地制度内部の法構造の在り方にとどまらず、土地の所有と利用を市場原理による需給調整にのみ委ねるわが国の土地法制度の基本的構造の在り方そのものに求めたのである<sup>9)</sup>。

渡辺の研究の特色は、本稿の問題意識との関係では、それまでの「土地法」研究が、農村土地法と都市土地法等の各々の個別の法領域の中でいわば自己完結的になされていたのを転換し、農地法制と都市法制をトータルに把握し、両者を土地法制の全体的構造の中に位置づけようとした点にある。その際の重要な課題を、所有と利用の両面にわたる土地財産権の自由に対する公的コントロールの拡大・強化に求める。「現代土地法」の下での公的規制は、相隣関係等の共益的自己制約や建築規制等の警察的規制にとどまらず、公共的利益との調整による制限へと拡大・強化され、「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、限られた国土の土地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」（傍点は高橋）<sup>10)</sup>。多様な公的規制手法（国土利用計画とそれを踏まえた土地利用計画・土地利用規制、公的取得、開発利益の公共還元、土地税制等）は、このような論理の中から生まれてくる。

9) 以上につき、渡辺洋三『土地と財産権』（岩波書店、1977年）93-97頁、同「現代土地法総論」渡辺/稲本編・前掲『現代土地法の研究 上』19-21頁等。

10) 渡辺・前掲『土地と財産権』97頁。なお、稲本・前掲「比較土地法の視点」13頁も参照。

### Ⅲ. 「都市法」への展開

#### 1. 研究対象について

「土地法」研究が1970年代から1980年代初頭にかけて都市問題を対象として、上記のような成果を挙げた前後から、「都市法」に関する研究が徐々に広まっていった。その嚆矢となったのが、五十嵐敬喜の上記の一連の都市法研究である。その中でも最も体系的な著書『都市法』によると、「都市法」とは、「都市に特殊に適用される法を総称し、都市の空間価値と構造に関するルール」(傍点は高橋)であって、「都市法」研究はそのルールの解明を目的とする。「都市の空間価値」とは、「都市の安全、美、快適性、利便性等」を指し、個々の環境要素ではなく「それらを含む都市の構造全体を対象」にする<sup>11)</sup>。確かに、従来の「土地法」研究では、土地所有権の私的独占的性格をいかに減殺するか、という都市的土地利用秩序に関するいわばハードな側面に議論が集約されており、「美」、「快適性」、「利便性」等の都市の生活様式や環境に関するソフトな法の在り方は研究対象とはされてこなかった<sup>12)</sup>。かかるソフト面は、「土地法」に当然に含まれるとは必ずしも言えず、この点は、「都市法」の固有の対象たりえそうである。また、「住宅」に関する法制度も、土地と建物が別個の不動産とされるわが国の法制度の下においては、「土地法」には含まれないが、「都市の空間価値と構造」を対象とする「都市法」には当然に含まれることになる。

このように考えると、「都市法」には、「土地法」では捉えきれない対象が明らかに含まれており、その限りで「土地法」の一分野として位置づけることは正確ではない。ちなみに、欧米諸国では、建物も土地の構成部分と考えられているために、「土地法」(ドイツ語ではBodenrecht)という場合には、地表物に関する法制度も包含されることになる。しかし、ここでの「土地法」に含まれるものは、地表物に関する法制度に限られ、上記のようなソフト面に関するものは含まれない。

---

11) 五十嵐・前掲『都市法』1-4頁。

12) 磯部・前掲「『都市法学』への試み」25頁。本文で言う「ハード」と「ソフト」の使い方は、都市法研究者によって必ずしも同一ではない。たとえば、本文後述する原田純孝は、磯部の本文の使い方とは異なって、都市の理念や都市計画策定手続を都市法のソフト面に包含させている。

## 2. 「都市空間」の捉え方

次に、「都市空間」の捉え方であるが、ここに「都市法」研究の最大の意義が存在していると思われる。

「土地法」研究は、前述したように、その成立を必然ならしめた根源的契機を、土地所有権の私的性格と土地利用の社会的性格との矛盾対立に求めた。かかる矛盾を「都市法」に引きつけて換言すれば、土地が私的所有権の対象として所有者の個別的支配に服している一方で、その上に成立する都市空間は一定の公的ないしは共同的性格を帯有せざるを得ないという矛盾である<sup>13)</sup>。土地所有権の対象は、いうまでもなく個々の土地であって、地表面とその上下の空間ないし地中に及ぶ(民207条)。すなわち、土地所有権は、あくまでも個々の地片としての物理的土地を前提として、これらの個々の土地の上に成立する個々の空間を対象としている。これに対して、「都市法」は、このような個々の地片としての土地の上に成立する個々の空間を対象とするのではなく、市民が一定の目的のために創造・形成しようとしている(ないしはした)都市空間そのものを全体として対象とする。かかる理解は、〈都市空間が土地所有権の上に成立している〉からではなく、〈都市が市民の共同の生活・活動空間である〉が故に可能となる。「土地法」も「都市法」と同じく、都市空間の公共的ないし共同的性格を認識しているのであるが、「土地法」の視点からは、かかる共同の都市空間は、あくまで〈各地片に分断された土地所有権毎に成立する個々の空間の集積〉としてしか把握されえず、そこに生活や生存の基盤を置いている市民一般を空間価値の享有の主体として把握することはできない。

磯部力は、この点のある例(都市計画上の用途地域の見直しが行われ、これまで第一種住居専用地域に指定されてきた住宅地が、第二種住居専用地域に新たに指定されたため、従来住民Aが享受してきた日照利益が、住民Bが隣地に建てた中層マンションによって侵害された事例)を挙げて説明している。磯部によれば、この事例のAの利益の保護は、Aが土地所有者であるか否かとは関係ない。Aは借地人であろうが借家人であろうが、Aの具体的生活利益の保護の問題として等しく問題とされるべきである。すなわち、日照を享受していた空間が誰のものであるかは問題ではなく、都市住民の具体的生活利益が侵害されたこと自体が問題なのである。このことは換言すれば、当該空間をたまたま所有していた土地所有者のみが日照に関する法的利益を主張することが合理的ではないことを示している<sup>14)</sup>。また、

13) 原田純孝「比較都市法研究の視点」原田/広渡清吾/吉田克己/戒能通厚/渡辺俊一編『現代の都市法』(東京大学出版会, 1993年)7頁。

14) 磯部・前掲「都市の土地利用と「都市法」の役割」204頁および見上崇洋『地域空間をめぐる住民の利益

上記の例において、用途地域の指定替えでマンションを建設可能となったBの利益の法的性質であるが、土地所有権を起点に考えれば、かかる建物の建設は土地所有権に含まれる権能の行使の一形態に過ぎないと説明される。しかし、「都市法」の見地からすれば、都市の内部で建物を建てるということは、所有者の意思のみで決定できるものではなく、本質的には、都市全体の総合的計画的な土地利用秩序や周辺地域における集合的な住民生活秩序等との関連で決まってくるものである。それ故、都市計画によって付与される容積率などの建築可能な建物の容量は、土地所有権に内在する権能の顕在化ではなく、当該土地を都市的土地利用秩序の中に位置づけることを通じて所有者に付与される一つの客観的な利益ないし地位から具体化されるものに他ならない<sup>15)</sup>。

おそらく、磯部の上記の見解に対しては、「土地法」サイドからのみならず、「都市法」の側からも異論があるかもしれない<sup>16)</sup>。しかし、重要なことは、都市をそこに生活や生産の基盤をおいている者にとっての共同の空間として把握することによって、従来〈土地所有権とその上の空間〉という見地から捉えられてきた問題に対して、都市という「空間」そのものを対象とした分析の切り口が与えられるということなのであって、磯部の上記の例は、そのこと的一端をわかりやすくわれわれに提示している。

そこでの認識の基礎は、〈都市空間は、一定の公共的コントロールに服すべきである〉という認識であろう。都市空間は、デベロッパーや富裕層のためにのみ存在するのではなく、あらゆる階層の市民が共同で生活・労働・生産・消費を行うために不可欠な物質的基盤であるからである。おそらくこのことに異論を唱える者はいないであろう。そして、ここで言う「一定のコントロール」の典型的手法が、都市計画であることもまた異論はあるまい。しかし、それでは、〈都市空間は、一定の公共的コントロールに服すべきである〉という場合の内容ないし程度はいかなるものであるべきか、という問いに対しては、都市空間の形成において市場原理をどの程度重視するかによって見解の相違があろう。わが国の都市政策が、市場原理を極端に重視し、都市計画による土地利用規制に消極的であっ

---

と法』(有斐閣、2006年)32頁参照。

15) 磯部・前掲「都市の土地利用と「都市法」の役割」205頁。

16) 磯部の例示の内の後者は、〈都市においては、土地所有権から開発ないしは建築に関する権限が切り離され、基礎自治体が都市計画を通じて土地所有者に対してこれらの権限を配分する〉という見解である。かような見解は、ドイツにおいても、「処分=利用所有権」構想として、1970年代の社会民主党(SPD)政権下で主張されていたし、フランスでも法定上限密度(PLD)など、かような見解と共通する側面を有する制度が導入されていた。後者は、都市計画で定められる個別の容積率指定とは別にその限度以上の容積率を使用し建築する場合には公共負担金を支払うことを内容とする制度である。これらの制度の詳細は、前者につき、広渡清吾「総論—土地所有権の概念と法的規制」渡辺/稲本編・前掲『現代土地法の研究 上』412頁以下、後者につき、鎌田薫「土地占用係数COSと法定上限密度PLD」稲本洋之助/戒能厚厚/田山輝明/原田純孝編『ヨーロッパの土地法制』(東京大学出版会、1983年)31頁以下参照。



たことは、すでに多くの論者が指摘するところである。他方で、西欧諸国のように、都市空間の共同的性格を重視する場合には、磯部の上記の指摘に見られるように、都市計画によって付与される建築の権能は、都市計画によって所有者に配分されるものであるという結論が出てくることになる。

### 3. 「都市法」の特徴

以上のように都市空間そのものを全体として法的分析の対象とする手法は、従来の個々の土地所有権を中心とした法体系とは異なった特徴を「都市法」に付与することになる。この点を二人の論者の主張に即して具体的に見ていこう。

#### (a) 磯部説

磯部は、都市でも農村でも、人間の生産活動や生活は一定の地域的広がりをもつ「環境場」において日々営まれるのであって、その限りでは両者は共通であるが、農村では自然環境に依存しながら生産や生活をしているのに対して、都市での生産・生活環境は人為的に構築せざるを得ず、人為的に構築しえたからこそ、都市民は新しい自由と可能性を手に入れたとする<sup>17)</sup>。したがって、「都市法」が適用される「都市」であるための重要なメルクマールは、人口密度などの都市化の程度であって、都市化が「ある程度」を超えると、人々の生活や社会活動の相互影響・相互依存の程度が質的に転換して、「都市的土地利用に関わる秩序ないしルール」が生じ「都市法」が生成することになる<sup>18)</sup>。

磯部は、このように人々の集積に伴って自生的に生じる秩序を「都市法」と考えるので、「都市法」は、近代国家の成立以前から存在し、またその様相も多種多様である。近代法は、個人の自由な活動を可能とするために全国的な規模で国家法を制定したため、従前の自然発生的な都市的土地利用秩序は表舞台から消え去ったが、このことは他方で都市的土地利用秩序の混乱をもたらし、交通・公害・濫開発等の様々な都市問題を発生させた。西欧諸国で19世紀後半に誕生した都市計画法制度は、近代化の過程で見失われた「各都市単位の土地利用秩序法の復権」を意味していた<sup>19)</sup>。

磯部は、以上のような認識を前提として「都市法」の基本原則として下記の諸点を挙げる。

17) 磯部・前掲「都市的土地利用と「都市法」の役割」208頁。

18) 磯部・前掲「「都市法学」への試み」18-19頁。「ある程度」の具体的な基準としては、磯部は、自由な喫煙が許容される空間が、人々の密集によって制限の必要な空間に転換した場合を挙げている。たとえば、人口密度が低い都市では自由な喫煙が許されても、一定の密度を越えると受動喫煙の問題が生じるため、都市法において喫煙は禁止されることになる（磯部・前掲「「都市法学」への試み」18-19頁）。

19) 基礎的都市自治体が設ける秩序ないしルールは、それが、当該自治体の自生的な土地利用秩序である限り、必ずしも条例の形式をとる必要はなく、わが国で言う「要綱」や「協定」も含まれる。それらは、条例化さ

第一に、都市計画の策定主体は、基礎的都市自治体でなければならない。

第二に、都市計画の策定手続は、基礎的都市自治体固有の合意形成手続であるべきである。すなわち、都市自治体が工夫すべき余地を広く認めるべきであって、多層的な都市計画が存在しうる（下記、「第五」参照）。そして、そこでの都市計画は、全体として見た場合当該都市のあるべき土地利用秩序を示す「実質的総合性をもった土地利用計画」でなければならない。

第三に、国家法と都市法の関係は、「前者の後者に対する優位」ではなく、むしろ後者を重視しなければならない。すなわち、国家法が自治体に土地利用規制権限を授権している場合、その授権は規制の最高限度を定めるものではなく、全国共通の最低基準を定めたに過ぎず、これを上回る規制（上乘せ規制）や国家法にはない基準の追加（横出し規制）は、基礎的都市自治体に固有に備わる都市計画権限の行使の一形態として当然に許容される。

第四に、前述したように、建築行為は都市計画を通じて土地所有者に付与された自由の具体化なのであるから、かかる自由は、主観的権利としてではなく「都市法上保護されるべき都市住民の客観的地位ないし利益」としての法的地位を有する。この法的地位は、都市計画秩序の上で具体的に保障されるべきものであって、その侵害については、本質的に客観訴訟である（はずの）取消訴訟に載せていくことができるように、行政訴訟理論を整備していかなければならない<sup>20)</sup>。

第五に、上記の第二点とも関連するが、磯部は、都市計画を「多層的な構造を持ちつつかつ全体として統一的なあるべき土地利用秩序」と表現している<sup>21)</sup>。ここでは、都市自治体における多様なレベルでの土地利用秩序の調整の「場」の存在を前提とした上で、それらが都市計画として総合的統一的な土地利用秩序に昇華していくことが想定されている。それ故、多層的な「場」の意味が問題となるが、この点、磯部は、4段階の公共性論を主張している。これによれば、土地利用規制の公共性を考える場としては、いくつかのレベルが考えられ、具体的には、(イ)警察的公共：警察規制を中心とする必要最小限度の規制を正当化する公共性（例：建築基準法の単体規制）、(ロ)地域的小公共：地区レベルでの狭域的単位を基盤に形成される土地利用規制の公共性（例：地区計画、建築協定、開発指導要綱）、

---

れることが望ましいが、条例化されていないからと言って、秩序維持の判別基準としての法的意義を無視すべきではない。磯部・前掲「都市の土地利用と「都市法」の役割」210-213頁。

20) また、磯部によれば、都市における土地利用の自由は、これを完全に否定した上で都市計画によって配分されるのではなく、都市住民の生活基盤の確保に必要な空間は土地所有者の本質的自由に属するとし、それを越える空間の使用に対してはより強い公的規制が課され、計画による配分の対象となると構成するようである。磯部・前掲「都市法学」への試み」23頁。なお、磯部・前掲「都市の土地利用と「都市法」の役割」218-220頁も参照。

21) 磯部・前掲「都市の土地利用と「都市法」の役割」232頁。

(イ)広域的大公共：国や広域的なエリアを対象とした土地利用規制の公共性（例：広域的土地利用計画，大規模なインフラ整備事業），(ニ)中公共：(ロ)と(イ)の中間に存在する土地利用規制で，一定の行政上の目標を私人と行政との間ないしは私人間の契約や協定を通じて実現しようとするもの（例：行政上の目標達成に協力した（ないしは，しない）私人への容積率のアップ（ないしはダウン））である<sup>22)</sup>。したがって，これらの四つのレベルの「場」のそれぞれにおいて，公共性の形成ひいては土地利用秩序の形成が試みられる。これらの内，「中公共」と称される(ニ)に関しては，(ロ)と比較した場合，想定される地域的エリアの広狭というよりも，規制の実現手法の相違が主として想定されているようなので，「公共性」形成の圏域としては，三つのレベルが想定されているといえようか。そして，警察的規制の世界である(イ)は，すべての都市民がその順守を要請される。他方，市民の参加を通じて形成される公共性は，(ロ)（ないし(ニ)）と(イ)のレベルで存在する。この内，(イ)は，広域的な計画や事業以外に，(ロ)（ないし(ニ)）のレベルでの土地利用規制に顕現化する多様な公共性相互の調整機能をも内在させるであろう。問題は，このような調整がいかになされるべきかにあり，たとえば，上位の公共性の形成に際しては，下位の公共性の担い手の参加手続（その「参加」のレベルには，単なる出席権から決定への議決権等様々な内容が考えられる）が，最低限保障されるべきである。

#### (b)原田説

五十嵐，磯部に続いて，「都市法」論を展開したのは原田純孝である。原田は，都市法の形成について，都市法は，都市空間の形成を目的意識的にコントロールし始めた兩大戦間期に起動し1960年代に一応完成したと捉える。その機能面の目的は，日々形成される都市空間とその利用内容そのものを公共的＝パブリックにコントロールすることであるとし，そのコントロールの理論的構造を，「中長期的な国土整備計画や都市計画に従った具体的な土地利用計画と土地利用規制の策定から，各種の整備・開発プロジェクトの決定，直接的な公的土地介入（公的土地取得）を伴う個々の基盤整備事業の実施，整備された市街地の建築者への提供と建物の建設・供給，その後における土地・建物を含む市街地の利用内容のコントロールという一連のプロセスを，公的＝パブリックな主体の関与と責任のもとに総体的に制御しうるような，一定の構造的連関性をもった制度的システム」として捉える<sup>23)</sup>。

したがって，原田の意図する「公共的コントロール」の対象と内容は，「およそ上物の

22) 磯部力「土地利用秩序の分権化」藤田宙靖/磯部/小林重敬編『土地利用規制立法に見られる公共性』（財土地総合研究所，2002年）142-153頁。

23) 原田・前掲「比較都市法研究の視点」13頁，同「都市の発展と法の発展」岩村正彦ほか編『都市と法』（岩波書店，1997年）17-18頁。

開発にかかる計画策定から建物の完成，さらにはその後の土地・建物も含めた市街地の利用」にまで及ぶ時間的空間的に包括的な「都市開発行為」であることになる。このように，計画によって市場の自由を大きく制限する方向は，五十嵐，磯部と共通している。

それ故に，重要な点は，上述した都市法の機能面の具体的な法制度のあり方である。原田によれば，この点では，(イ)当該社会におけるあるべき都市の形成・創造に向けた実体的な理念・目的と，(ロ)市民の多様な要求を，その理念・目的に則して調整・規律することが重要である。(ロ)については，結局は土地・建物の所有と利用に対する規制措置を基底においた公的介入の制度的システムに具体化されていくが，かかる公的介入を正当化する根拠が，(イ)の理念・目的に伴う「公共性」であって，かつ，民主的な調整プロセスである<sup>24)</sup>。

ところで，上記の(イ)のレベルでは，あるべき都市の実体的な目標（＝具体的な都市像）の形成が主要な課題となる。そして，公共的コントロールが，主として都市計画を通じて具体化し実現するのだとすれば，上記の理念・目的の形成と実現にとって重要な要素が，(a)都市計画を誰が策定するかという策定主体の問題と，(b)いかなる手続で策定するかという策定手続の問題である。このように見た都市計画を，原田は，「都市空間の形成と利用に関するさまざまな諸要請の間に一つの“均衡点”を見出すための社会的調整の手段である」と評している<sup>25)</sup>。換言すれば，(a)における計画策定主体が，都市形成に関する多種多様な諸要請を比較衡量して，それらの間に軽重を付けながら一定の価値を選択していくことになるが，(b)では，かかる一定の価値選択に至るまでの調整過程をいかにプロセスとして整備・形成していくかが問われることになる。なお，ここでいう「都市空間」には，現実には市民の多様な生産・生活に応じて多元的・多層的なレベルのものが存在するのであって，利害の調整過程は，これらの個々の「場」ととどまらず，異なる「場」の相互間でも存在しなければならない<sup>26)</sup>。

また，このようなプロセスの整備と並んで重要な制度は，策定された都市計画が違法性を帯びる場合に事後的に当該計画の違法性を争うことができる手続すなわち異議申立てないしは訴訟手続に関する制度である。違法な計画を事後的に争う手続が整備されていなければ，計画策定プロセスがいかに民主的であっても，結局は手続参加者の意思が当該計画に反映されなくなってしまうからである<sup>27)</sup>。

最後に，原田は，このような「都市法」が一般化・恒常化・体系化するのに伴って，土

24) したがって，そこでは，①実体的な理念・目的が，②「公共性」の内実を規定し，③それを具体化するものとして公的介入の制度的システムを整備する，という一連の連関が形成される（原田・前掲「都市の発展と法の発展」19-20頁）。

25) 原田・前掲「都市の発展と法の発展」21頁。

26) 原田・前掲「都市の発展と法の発展」28頁。

27) 原田・前掲「都市の発展と法の発展」24頁。

地は、私的所有権の客体としての自由な土地商品たる性格を次第に減殺され、都市における人々の生活と諸活動にとって不可欠な共同の利用対象物としての性格を強く受け取るようになる、とされる。すなわち、ここに、「共同の都市空間の物理的基盤としての土地」という観念が形成され、都市空間を形成する権利は、個別の私的土地所有者に認められる権能とは別個のものとして、共同的な性格を帯びた権利として編成されうる<sup>28)</sup>。

以上、磯部と原田の都市法論を紹介してきた。磯部説は、従来の行政法学での問題の捉え方との違いを強調し、また、原田説は、先進諸国の法制度からあるべき都市法の構造を明らかにするという視点から出発し、両者は問題意識を必ずしも同じくするものではないが、二人の見解には共通するところも多い。

もっとも、両者の間には、明確に異なる点もいくつか存在する。本稿の問題関心との関連でいえば、磯部が、都市法を農地や林地には適用せず、人口密度等を基準に人の参集する地域（既成市街地ないしは市街化しつつある地域）にのみその適用を考えている点である。それ故磯部は明言してはいないものの、農地や林地については農地法や森林法などの別の法律で対処すれば足り、仮にこれらの法律を「土地法」と称するとすれば、「土地法」と「都市法」とは、並列的な関係に立つか、「都市法」を「土地法」の特別法として捉えることになる。これに対して、原田は、両者の関係を、「現代土地法が現代都市法の不可欠の一環をなす再重要な要素の一つとして位置づけられる」（傍点は筆者）<sup>29)</sup>と整理しており、「(現代)都市法」が「(現代)土地法」を包摂する上位概念であるとしている。かかる差異が生ずる理由は、両者の「都市法」に関する問題意識ないしは歴史的認識の相違とそれに基づく理論の立て方に求めることができよう。この点、わが国の法制度に慣れた者からすれば、磯部の捉え方の方がなじみやすい。そこで、以下では、〈「都市法」が「土地法」を包摂する〉という見解について検討していこう。

## IV. 「都市法」と「土地法」

### 1. 「都市法」と地域資源の管理

Ⅲで論じた「都市法」を、Ⅱで論じた「土地法」と関係づけて考えてみよう。「土地法」の中でたとえば農地や森林、自然環境に関する法を念頭に置くと、下記の点が重要である。

28) 原田・前掲「都市の発展と法の発展」27頁。

29) 原田・前掲「比較都市法研究の視点」8頁。

第一に、「都市法」が、磯部説にせよ原田説にせよⅢでのべたような構造を有する場合には、都市の周辺部に展開する農地や自然環境・景観等の地域資源の保全にも大きな影響を及ぼすということである。すなわち、(イ)市民の共同の討議を経て初めて都市空間の内容が開発計画の内容も含めて決まるから、都市開発が土地所有者の意向に従属した結果生ずる、わが国で典型的に見られるスプロール開発は回避される。もちろん、市民の共同の討議を経ればスプロール開発にはならないという保障はない。ただ、これまでのスプロール開発は、少なくとも地片毎に成立する土地所有権の使用・収益権(=建築権)の基本的に自由な行使の結果として顕現化したものであったことは明らかであって、市民の共同の討議がかかる可能性を多少とも低減するであろう。土地利用規制の脆弱性に伴って生じるスプロール開発や転用期待を抑制することは、結果的には都市周辺部の農地や自然環境・景観の無秩序な侵食を物理的な意味で抑制することが可能となることを意味する。さらに、(ロ)周辺部の土地(農地)価格に近い将来の転用を期待した投機的な価格で形成されることが妨げられることによって、土地(農地)価格が、農業収益を反映した価格水準で形成され、農業内部の論理で農地の所有・利用関係が展開する可能性が開けることを意味する<sup>30)</sup>。

第二に、都市空間の内容すなわち開発の在り方が、市民が参加する透明なプロセスの下で決定されることによって、デヴェロッパーはもはや投機的利益を恣意的に追及することができなくなり、都市内部の地価形成に大きな影響を及ぼす——すなわち、都市内部の土地の投機的な価格形成が妨げられる——であろう。このことは、都市内部で形成された高騰した土地価格が代替地取得を通じて周辺部の農地価格の上昇を招く、という〈代替地取得を通じた農地価格の上昇現象〉を一定程度抑制することに繋がる<sup>31)</sup>。

このように、「都市法」がⅢで述べたような構造を有することによって、都市以外の要素すなわち農地や自然環境・景観、森林等の保全にも資することになるならば、ここに、「都市法」と「土地法」との接点が生じることになる。かかる観点から「都市法」を改めて見た場合、農地や自然環境・景観、森林等の都市の外部空間についても、「都市法」の枠の中でその維持・保全・潰廃等の管理を公的にコントロールするための仕組みを内部化構造化することができないか、が問題となりうる。わが国では、都市の外部空間は、農地法制、自然・環境法制、森林法制等の個別の法領域の規律するところに委ねられてきた。これらの土地の転用(都市開発)についてもこれらの個別的な法領域毎の規定によって処理されてきた。しかし、「都市法」自体の中にその維持・保全・潰廃等の管理のための規定を内部化構造化することによって——すなわち、「都市法」を都市の外部空間にも適用

30) 自然環境・景観の維持との関係でも、土地所有権の取得が必要とされる場合(たとえば、ナショナル・トラスト運動等)には、土地価格水準は重要な問題となる。

31) 高橋寿一『農地転用論』(東京大学出版会、2001年)第1章参照。

することによって——，これらの地域資源をより実効性を持って維持し保全することができるのではないか。

## 2. 「都市法」の拡大

### (a)都市外の地域空間管理への市民の関与

「都市法」が都市空間のあり方を市民の共同的決定に委ねるということは，土地所有者の自発的意思を基礎として，都市空間のあり方を基本的には市場原理に基づいて形成してきた従来の法制度の原則を大きく転換することを意味する。すなわち，「都市法」の下では，既成市街地であれ新しく形成される市街地であれ，開発ないし建築行為は原則として禁止される。そして，すでに存在するか，新たに策定される都市計画の内容に予め合致した場合にのみ，当該開発ないし建築行為が可能とされることになる。このような法構造は，従来から「建築（開発）不自由の原則」と称されてきたが，「都市法」の下ではかかる原則の採用は必然的となる<sup>32)</sup>。

この場合の「建築（開発）不自由の原則」はもはや都市内部に適用範囲が限定されるのではなく，国土全体に適用されることとなるが，それによって，地域資源の管理がより実効的になされることは明らかであろう。そして，このことは地域資源の管理との関係で下記のように捉え直すこともできる。すなわち，「都市法」では「空間」の共同的把握が重要な要素であることに鑑みれば，たとえば，自然環境が豊かな空間については，単に，〈都市開発の対象として適切ではない地域として偶々残存した空間〉ないし〈市民が開発の対象として選択しなかった空間〉として消極的結果的に位置づけるのではなく，〈当該土地の上に成立する空間を自然環境保全のために開発の対象から除外し積極的な維持・保全の対象とする，という選択を都市（基礎自治体）の構成員が主体的に選択した結果として創出された空間〉と捉えれば，かかる自然環境が豊かな空間は正に「都市法」の適用領域に入ってくる。すなわち，「都市法」を人々の集積する地域内でのみ完結させるのではなく，〈当該自治体構成員の生活・生産に関わる空間の在り方を共同的討議に付するための法〉として広く捉えるのである。そこでいう「空間」はもはや磯部のいう「空間」とは異なることになるが，土地の上に存在する空間の在り方を市民の共同的討議を通じて決定するという手続自体は，これを人々の集積する「都市」に限定して考える必要は必ずしもないように思われる。上記のことは，農地や森林等の都市的土地利用以外の土地（および

32) ちなみに上述した「都市法」論者は，すべてこの立場に立脚する。たとえば，五十嵐・前掲『都市法』6頁，磯部・前掲「都市的土地利用と「都市法」の役割」233頁，原田・前掲「比較都市法研究の視点」21頁。

空間) 利用についても同様に考えることができるからである。

#### (b)都市の外部的要素との利害調整

上記のような「都市法」の理解が可能であるとすれば、ここからさらに、都市の外部的諸要素との利害調整を「都市法」のシステムとりわけ都市計画の策定の際の比較衡量手続の中で一元的に行うことも十分に可能であろう。すなわち、従来のわが国では農地や自然環境・景観等の都市の外の地域資源を開発の対象とする法規規定が、都市法制以外の各個別立法によって設けられてきており、このことが、都市開発法制の農業・環境法制への制度上事実上の優越的地位<sup>33)</sup>に対抗するためのささやかではあるがそれなりの防波堤的な機能を果たしてきた(たとえば、農地法4・5条や森林法10条の2の転用・開発規制等)。しかし、農地や自然環境に関する法制度が都市開発法制に対して従属的側面を有していたことは否定できず、他方で、いずれのサイドの法制度も適用されない白地地域を生じさせ、両者があいまって濫開発を惹起してきた重要な要因であったことも明らかである。

これに対して、Ⅲで述べたような「都市法」が整備されている場合には、都市空間の在り方は、都市の内部空間の在り方の決定にとどまらず都市空間を外部に及ぼす(=新たに都市空間を創造する)場合にも当然に問題となりうるのであるから、「都市法」そのものの中に、農地や林地、自然環境等との利害の調整のための基準ないし手続を用意することも考えられる。このことは、少なくとも下記の二つの内容からなる。

第一に、(a)で論じたように、都市として開発すべき区域と農地、森林、自然環境・景観等の維持・保全すべき区域とを都市計画策定手続を通して都市計画の中に定めることである。「都市」の在り方を決定することは、他面では保全すべき地域を決定することを意味するからである。

第二に、農地・森林・自然環境等の地域資源の保全を都市計画の中に位置づけることができるならば、これらの地域資源の潰廃についても、都市計画の枠組の中で判断することができるのではないか。上述のように、「都市法」において「建築(開発)不自由の原則」の採用が論理必然的であるならば、農地や自然・環境保全のために各個別法において設けられていた規制を「都市法」の中に包摂・統合して、都市計画策定手続の中の諸利害の比較衡量プロセスにおいて統合的包括的に判断することは論理的には十分に可能である。換言すれば、「都市法」で「建築(開発)不自由の原則」を採用しているが故に、農地や森林、自然環境サイドで各々設けられている都市開発をコントロールするための規制ないし

33) 農地転用については、わが国では、1959年の農地転用許可基準が都市開発法制の農地法制への優位を決定づけた契機となった。この点につき、高橋・前掲『農地転用論』第1章参照。



制度は、「都市法」自体の論理の中に位置づけられやすい、ということである。わが国の場合、都市計画法は、これまで土地利用規制法という側面よりも事業法という要素が強かったため、都市計画法の適用領域を拡大することは、都市開発を全国に拡散し、濫開発を生じさせうることを意味していたが、上記のように考えると、都市外部の個別領域毎の上記の規制を「都市法」の中に取り込むことは、かかる規制を国土の管理・利用に関する詳細な土地利用規制を伴った総合的体系的な土地利用計画制度の一環として構築・運用することを意味する。かかる特徴は、前述したわが国の状況とは極めて対照的である<sup>34)</sup>。

上記の2点とも、都市計画の策定手続の中で市民や第三者の十全の参加を通じて行われる。かかる意味では、Ⅲで述べたように「都市法」が本来的に備えるべき理念ないし目的の形成とそれを実現するための利害調整プロセスは、地域資源の管理を考える場合にも決定的に重要である。

### (c) 上位計画との関係

なお、上記の二つの方向での〈「都市法」の拡大〉を考える際には、それが地域資源管理に関わる事項であるとしても、とりわけ上位計画との関係にも十分な注意が払われなければならない。農地、森林、自然環境等の地域資源の領域は、基礎自治体の意向のみでその在り方を決定することは必ずしも適切ではない場合がある。すなわち、これらの領域は、一国の農業政策、林業政策、環境政策等と密接に関連するのであって、それら政策の在り方と密接な関係に立っている。たとえば、農地についていえば、国内での一定の農業生産の確保を前提とする場合には、〈どのような農地を、どの程度(量)、どこで〉確保するのかに関する基本的な方針を各自治体の自主的な決定に委ねることは必ずしも適切ではなく、国の責任で指針を示し、その遵守を基礎自治体に求めざるを得ないであろう。基礎自治体の上位に位置する公的機関のこのような指針ないし計画を、とりあえず「上位計画」と称するとすれば、基礎自治体の空間決定に関する権限は、たとえば、〈かかる上位計画において自治体の自主的形成が予め認容されている限りにおいて認められる〉とするなどの上位計画との擦り合わせが必要な場合があるであろう。

したがって、上位計画が下位の計画に対して法的拘束力を及ぼす場合には、上位計画の

34) ドイツについて検討したものとして、高橋寿一「ドイツにおける都市計画制度の動向—1990年代以降の潮流の背景と展望—」原田純孝/大村謙二郎編『現代都市法の新展開』(東京大学社会科学研究所, 2004年) 51-80頁, 同「都市法制の環境法制への応接に関する一断面—ドイツ建設法典と侵害規制(Eingriffsregelung)—」『横浜国際経済法学』16巻2号(2008年) 1-31頁, 同「自然・景観保全と農業的土地利用—ドイツにおける侵害規制を中心として—」戒能通厚/原田純孝/広渡清吾編『日本社会と法律学』(日本評論社, 2009年) 335-363頁参照。なお、農地についても「農村空間」に着目した土地利用計画を策定すべき旨を説くものとして、見上・前掲『地域空間をめぐる住民の利益と法』205頁以下参照。

策定に際しても、基礎自治体やその構成員等の参加手続が保障されていなければならない。空間の在り方を討議する「場」としては、地区レベル、基礎自治体レベル、上位計画レベルで、またそれぞれの内部においても複数の「場」がありうるが、これらの「場」での結論が異なった場合の調整の仕方や、そもそもかような結論の乖離を最小限度に止めるための「場」の相互関係の整理のための手法が必要である。後者の手法としては、上位計画策定に際しての基礎自治体の参加に関する手続的保障等が考えられよう。ここでの参加の形態は、前述のように単なる出席権から、意見陳述権、議決権等いくつかの形態のものが想定される。

#### (d) ドイツの場合

(i) 上記の点は、ドイツの都市建設立法である建設法典で定められている建設管理計画(Bauleitplan. 以下、「BLプラン」と称する)を構成する要素の中のFプランに典型的に表れている。Fプランは、基礎自治体が当該自治体のエリア全域を対象として、当該自治体の将来の(15~20年程度先を見込んだ)土地利用の方向付けを行う土地利用計画であって、様々な土地利用区域や公共施設の整備計画、再開発区域等の特別の事業区域等が総合的包括的に示される。このFプランには、農地や森林として保全すべき区域や自然環境・景観に優れた区域等の指定も含まれる。Fプラン自体は、行政機関内部での拘束力しか持たず市民を直接拘束するものではないが、その策定手続においては、開発すべき区域か保全すべき区域かを問わず、利害関係ないしは関心を有するすべての市民の参加が可能であって、かかる参加手続を経た後に自治体その他の要素をも踏まえた上で諸利益の比較衡量を行い、最終的に将来の土地利用の方向性を決定する。

そして、このFプランで開発の対象とされた地区について、具体的な開発計画を策定するために今度は地区詳細計画(Bプラン。BLプランを構成するもう一つの計画)が策定され、そこでは再び市民(および他部局等の第三者)の参加手続が用意され、これらの者の積極的な討議を経た上で、自治体の比較衡量手続において当該地区上の空間の具体的在り方が詳細に決定される。なお、Bプランは、都市化すべき区域にのみ用いられるのではなく(このようなBプランを侵害Bプラン(Eingriffs-Bebauungsplan)と称する)、自然環境・景観等を保全すべき場合にも保全すべき区域を対象としてBプランが策定される(このようなBプランを調整Bプラン(Ausgleichs-Bebauungsplan)と称する)。この点は、わが国ではBプランは宅地化の手段であると理解されることが多いが、地域資源の保全のための手段としても機能していることには注意したい<sup>35)</sup>。

35) 上記の点につき、高橋・前掲「都市法制の環境法制への応接に関する一断面」17頁参照。

ドイツの上記のFプランやBプランは、農地・森林や自然環境・景観の保全を目的とする区域指定をその要素に含みながらも、都市計画法制である建設法典の定める手法である。法制度上のかかる位置づけは、上述してきたように、偶然の結果では決してなく、前述したような「都市法」の論理が構築されつつあることのいわば論理的帰結であると考えべきであろう。

(ii) もっとも、基礎自治体が、その管轄区域について自由に土地利用の指定を行えるわけではない。ここではとりわけ国土整備計画との調整が必要となる。すなわち、BLプランの上位計画としては、連邦および州レベルにおいて、国土整備計画が策定されており、ドイツ全土、州全域、さらには州の行政管区毎の広域的観点からの土地利用計画が幾層かにわたって存在し、そこでは、都市、農地、森林等の土地の用途指定が行われている。そのような上位の土地利用計画がある場合、建設法典では、上位計画で定められる「目標」(Ziel)を基礎自治体が遵守する義務が定められており(1条4項)、基礎自治体はかかる「目標」に矛盾しない範囲で都市計画高権を行使することができるに過ぎない。州計画と行政管区レベルで策定される広域地方計画においては、行政機関によって遵守されるべき「目標」と行政機関による計画策定に際しての衡量要素の一つとなるに過ぎない「原則」(Grundsatz)とが定められる(国土整備法4条1項)。各々の計画の土地利用区域は、「目標」か「原則」のいずれかに区分され指定される。したがって、BLプランの策定に際しては既に存在する上位計画上の「目標」への適合義務が生じ、上位計画を変更しない限り「目標」に矛盾・抵触するFプラン(したがってBプラン)を策定することはできない。ドイツの基礎自治体の都市計画高権はわが国でも高く評価されているのであるが、実はこのような上位計画との調整手続を踏まえた上で初めて行使することができるのである<sup>36)</sup>。したがって、上位計画の策定に際しては、基礎自治体の参加手続が極めて重要となる。近年のドイツでは、州計画などの上位計画においても、基礎自治体はもとより市民の参加手続(上位計画についての教示、公告・縦覧、意見陳述の各手続)を周到に定める連邦国土整備法の改正が、2004年、2008年と相次いで行われた(10条)<sup>37)</sup>。

(iii) また、とりわけ1970年代以降、都市開発に際して農林地や自然環境の保全との調整を、農地や自然環境サイドの個別の法律群に委ねるのではなくて、建設法典の中で調節できるように、徐々に法制度を整備してきている点にも注意したい。具体的には、都市開発に伴う農地や自然環境の潰廃を規制する論理を従来の農地や自然環境法サイドの個別の

36) 以上の点の詳細につき、高橋・前掲『農地転用論』98頁以下参照。

37) ちなみに、ドイツでは、国土整備計画は、Raumordnungsplan、すなわち〈空間(Raum)を秩序づける(ordnen)ための計画(Plan)〉と称されている。正に、(土地利用を含めた)空間整備のための計画なのである。

法律群から建設法典の内部に移行し、それらを建設法典の論理の中に整合的に位置づけ直す方向——すなわち建設法典の比較衡量手続の中で各種の利害の調整を包括的統合的に行おうとする方向——が、度重なる法改正を通じてとられてきた<sup>38)</sup>。ここでの注意すべき前提は、包摂する側の「都市法」の基本的構造である。この点でいえば、建設法典は、一方では、都市開発やそれを通して形成される土地価格がスプロールや地価高騰等の現象として都市の外部に拡散しないような制度的な担保措置を多々用意すると同時に、他方で、計画策定過程に十全な市民参加手続を組み込み、さらには事後的な争訟制度も備えており<sup>39)</sup>、Ⅲで述べた「都市法」に近い体系を有していることに注意したい。

## V. むすびにかえて

さて、以上のように、「都市法」は、前記Ⅲ、Ⅳでの考察を前提とするならば、(イ)すべての基礎自治体の管轄地域すなわち国土全体に及ぼしうる可能性があり、(ロ)従来は地域資源の管理に関して各個別法に委ねられていた諸機能の内少なくとも都市的土地利用との調整機能が、「都市法」の〈諸利害の比較衡量プロセス〉の中に内部化構造化されうることになる。このことは、これまでのわが国の「都市法」の外縁なり構造を大きく踏み越えることになるものの、理論的には十分に成り立ちうるし、かつ、EU 諸国の中にはかような方向をすでに制度化している国も多い<sup>40)</sup>。

このように考えると、「都市法」は、上記の限りにおいてははあるが「土地法」が従来対象としてきた事項をも包摂することになる。もとより、「都市法」が各個別の法領域の固有の諸課題をすべて包摂しきることはできないであろう。たとえば、農地や林地の農業ないしは林業目的での取引に関する規制等は、それぞれの領域毎に存在する法律の規制に引き続き委ねられることになろう。しかし、「都市法」が上記の課題を中心として、従来各個別法に委ねられていた規制を自ら引き受けることによって、「都市法」はこれらの個別の法領域のいわば「外郭」を形成することになる<sup>41)</sup>。そして、「都市法」が各個別の法

38) 高橋・前掲「ドイツにおける都市計画制度の動向」51-80頁、および同・前掲「都市法制の環境法制への応接に関する一断面」1-31頁参照。

39) ドイツの争訟制度の一端につき、高橋寿一「計画保全規定」の意義と機能(1)(2)『横浜国際経済法学』14巻2号および3号(2005年、2006年)参照。

40) ドイツの他には、Iで示したようにフランスやイギリスでも基本的には共通する点が多いと思われる。なお、近時のフランスの動向については、原田純孝「フランスの都市計画制度改正と農地保全制度の新動向」『農政調査時報』552号(2004年)15頁以下参照。

41) かかる構造は、原田がすでに指摘しているところである。原田純孝「農地所有権論の現在と農地制度のゆくえ」戒能/原田/広渡編・前掲『日本社会と法律学』465-466頁。

領域の外郭にいわば一般法として位置することによって、それらの法領域内部の土地と空間の所有と利用を巡る法律関係の整理・調整は、かかる「外郭」が脆い現在のわが国の法制度の下におけるそれよりもはるかに円滑に進むであろう。

このような見方の萌芽は、Ⅱで前述したようにすでに渡辺洋三によって示唆されていたが、そこにⅢで述べたような「都市法」の論理を持ち込むことによって、各個別法と「土地法」ないし「都市法」等の概念の相互の関係をより明確にすることができ、それらのトータルな把握が可能となるものと思われる。

