

資 料

日＝ロ 憲法・民法・土地法の現況をめぐって ——第4回早大比研・モスクワ大学法学部共同 シンポジウムより——

直 川 誠 蔵

第4回早大比研・モスクワ大学法学部共同シンポジウムは、1995年12月12日—13日早稲田大学において実施された。

第一日には、『土地法と経済』を主要テーマとしてオソーキン、篠塚両教授の報告と参加者による質疑および討論が行われた。（司会：宮坂教授）

第2日には、午前の部で『所有権の私有化』を主要テーマとしてスハーノフ、田山両教授の報告と参加者による質疑および討論が行われた（司会：直川教授）。午後の部においては、『法の支配』を主要テーマとしてマルチェンコ、首藤両教授の報告と、参加者による質疑および討論が行われた（司会：早川教授）。

なお、オソーキン教授は直前になって来日が不可能になったことが判明したので、あらかじめ送られて来ていた報告原稿にもとづき、司会の宮坂富之助教授により詳細な内容紹介がおこなわれた。

また、前回モスクワにおける共同シンポジウムで、急病により報告ができなくなった V. V. ペトローフ教授はその後おなくなりになった由である。現行のロシア自然保護法の生みの親であられた故教授にこの場をかりて、謹んで哀悼の意を表させていただきたい。（本誌27巻1号参照）

ロシア文の翻訳については有志の協力を得たが、訳文に関する最終的責任は直川に帰するものである。またシンポジウム会場における通訳としてはモスクワでの前回にひきつづき今回も K. セミョーノフ氏にお願いすることができた。

以下、各主要テーマごとにそれぞれの報告を当日の順序に従って記録にとどめたい。

1) 『土地法と経済』の部：

計画＝規制経済から市場経済への過渡期における
ロシアの土地関係 N. N. オソーキン教授

土地の所有と利用
—経済・社会転成の要因— 篠塚昭次教授

2) 『所有権の私有化』の部：

現代ロシアにおける所有権 E. A. スハーノフ教授

所有権の私有化 田山輝明教授

3) 『法の支配』の部：

法律の至高性と法治国家 M. N. マルチェンコ教授

日本における“法律の優位”の現代的問題 首藤重幸教授

計画＝規制経済から市場経済への過渡期 におけるロシアの土地関係

N. N.オソーキン

土地関係はロシアの運命において常に決定的なものであった。これは、自然的＝気候的な要因と社会的要因という二つの要因によって説明される。ロシアの全土地資源は17億980万ヘクタールであるが、その半分は森林とツンドラである。農業目的に利用しうる土地は全体で6億6770万ヘクタールであり、しかもそのうち農地は27.9%の1億8660万ヘクタール、耕地面積は18.4%の1億2290万ヘクタールである。自然＝気候条件や土壌を考慮すれば、住民に食料を供給するためには、人口一人あたり1ヘクタールの農地、あるいは1トンの穀物の生産が必要とされる。この指標は維持されていない。様々な要因による農地減少が観察されているが、その結果現在、人口一人当たりの耕地は0.75～0.80ヘクタールとなっている。

ロシア社会の社会構造については次のようになっている。ロシアにおいては20世紀30年代半ばまでは農民人口が優勢であった。現在でも農村部には人口の約半数が居住しているが、都市住民のかなりの部分も農民の第2・3世代であり、しかも農村と強い結びつきを有している。

それゆえ、1990年に始まった土地制度改革は、社会の全ての層の利害に関わっている。誰が土地の主人となるのか、土地で働くものか、それとも土地投機で資本をもうけたいというものか、あるいは新しい地主になりたいと望むものか、という問題が今世紀の初頭と同様に、緊迫した問題となっている。

改革は、この70年間の間存在してきた土地の国家独占の転換、私的所有を含む多様な土地所有形態の確立、土地に対する経営管理の主要な形態の一つとしての農場主経営の開発を企図している。現在の改革が行われている状況の特殊性は、この改革が社会および国家機構の全体的な意味付け直し、イデオロギー、経済関係、政治そして法意識の転換を背景として行われているということ

にある。

これは、20世紀の間で3番目の土地改革に当たることを指摘しておくべきであろう。それは困難で、平坦でない道を進み、社会や国家・政治構造上の複雑で時には完全に対立する見解や評価を引き起こしている。このような状態の原因を理解するためには、たとえ簡単であれ、ロシアにおける土地関係の発達史を明らかにしておく必要がある。

周知のごとく、土地とは最も複雑で内容豊かな概念の一つである。古来より、人類は土地と自己の宗教的、哲学的、経済的表象とを結びつけてきた。人間と土地、自然環境との紐帯は人間の世界観、心性を形成する。

文明社会は土地に関して大きく二つのタイプ、「現代的」と「伝統的」タイプに区分されるという考えがある。現代的タイプ——これは、基本的にプロテスタント文化を有する西欧諸国である——においては、土地問題は経済にのみ還元されている。ここでは土地はありきたりの生産手段や商品に転化しており、不動産として民事取引に組み込まれているのである。このような社会には既に農民というものは存在しない。農場主（ファーマー）と雇用労働者とが存在するだけである。ここではあらゆる共同体の結合が解体され、市民社会が出現している。

いわゆる伝統的社会の諸民族においては、土地は生活様式であり宇宙との神秘的な結合である。ここでは土地の表象は、人々を産み彼らに力を与える崇高なる身体を有した、社会の礎としての女性——母のイメージと結びついている。一度この社会の礎を失ってしまえば、土地の神秘性の破壊、土地に市場価値をつけるという方法による土地への冒瀆が始まるであろう。値段の付いたものはすべてもはや神秘性を持たないのは周知のことだろう。神自身が聖書で次のように警告している。「地は永代には売ってはならない。地はわたしのものだからである。あなたがたはわたしと共にいる寄留者、また旅人である」（旧約聖書、レビ記25章23行／訳は日本聖書協会1995年版による）。

ロシアは典型的な「伝統的」社会であり、農民的思考の基本的特徴が維持されている。ここでは何世紀にもわたり社会のほとんど全ての土地が共同体の所有に属するもので私的所有に属するものではなかった。このような状態は歴史的には12～13世紀における南スラブ人の北部および北東部への、ほとんど森に覆われた土地への移住過程において成立した。土地を開墾するためには集团的協力が必要であり、その結果、生活および労働の独特な手段としての農村共同体（オープシチナ）が発生したのである。自然環境によって条件づけられた集

团的植民・労働の傾向はさらに正教によって精神的に基礎づけられた。世界観に従って集団主義的農民のタイプが形成されたのである。

共同体的土地保有の本質は、森から開墾された農地が各農民家族の保有ではなく、村（ロシア語でいえば「オープシチナ [共同体]」、「ミール」）の住民全ての所有に属し、共同体の農地が定期的に共同体の農民の間で再分割されたことにあった。私的土地所有と違って、ロシアの農村共同体は、農民がルンペンになるのを防ぐため、農民に土地を保障するという点で非常に柔軟性を発揮した。共同体の成員は、国家的義務の遂行における連帯責任によって結びつけられていた。共同体は孤児や病人、老人のケアをした。このように、共同体は単に土地保有の形態であつたばかりではなく、地主や選挙制村長を頭とする国家的管理の形態でもあつたのである。

こうした条件下においてはロシア農民にとっての土地が売買の対象となり得ないのは当然である。農民は自分のあらゆる財産を売り払うことができたが、土地は売り払うことができなかった。土地は共同体のものなのだ。

20世紀初頭、ストルイピン首相に率いられたツァーリ政府によって企てられた、農村共同体を解体し、分与地に対する私的所有とその分与地における住宅および作業小屋の設備とを伴う農場主経営（フートル）を創出するという試みは成功しなかった。政府のかなりの財政的・物的援助にもかかわらず、1906年から1916年にかけて共同体から分離独立したのは、ヨーロッパ・ロシアの主に西部諸県の1230万の農家の内、たった240万の家長のみであつた。しかも、分離独立したもののうち半数はすぐに自分の分与地を売り払い都市に行ってしまうか、アメリカに移民してしまつた。1917年6月11日付けロシア臨時政府決定によってストルイピン農業改革は廃止された。

第2の改革は1917年10月25日、ソビエト政府の土地に関する布告によって開始された。これは、最初の革命政府に入閣していた社会革命党の綱領に従い土地の社会化を宣言したものであつた。242の農民訓令に基づいて編まれたこの綱領の基本的スローガンは「土地は誰のものでもない、土地は神のものだ」であつた。土地を耕すもののみが土地を保有するのではなければならないのだ。このため、地主や修道院の土地、官有地は没収され、農民の間で需要や労働を基準として分配された。土地の私的所有や売買は永久に廃止された。

このような土地問題の解決はロシア農民の世界観に対応するものであつた。ロシア農民は、1922年土地法典により実施された土地の国有化をも穏やかに受け入れた。このようにして唯一の土地所有者となつた国家は、土地を農民や法

人に、無料・無償の利用を認めて、譲り渡したのである。このような土地制度形態はロシアの農民を満足させるものであった。新経済政策（ネップ期）の5年間にわが国の農業が文字どおり復興し、戦争前の生産水準に達したという事実がそれを証明している。

この問題に対するスターリン主義的理解に基いた、20年代末から30年代初頭におけるわが国経済の農業部門の社会主義様式への再編を、当初、農民たちは共同体的土地保有への復帰として受け入れた。しかし、まもなく農民たちには全くそうではないことが分かった。だが、まんざら国家的強制を伴わなかったわけでもないけれども、集団化が行われ、コルホーズやソフホーズ形態の集団的経営が、彼らに「永久に」帰属する国有地における農業生産の基本形態となったのである。今やコルホーズ員や国有農業企業（ソフホーズ）の雇用労働者となった農民には、二次的就業の基調に立った副業を行うためのあまり広くない土地が、個人的な使用のために無償で提供された。コルホーズやソフホーズは農村のあらゆる社会分野の保障を引き受けた。住宅建設や文化建設、日常サービスの充足、部分的には保健や教育などである。経営の利潤からは、コルホーズ員が年齢や健康状態により年金生活に入る際に、国家年金への追加分がコルホーズ員に支払われた。

現在、集団的経営の今後の運命に関する問題は緊迫した議論の対象となっている。土地に対する国家的所有に基づいた集団的農業に反対するものは、自分自身の土地での農民の個人経営に比べ集団的経営が非効率であるというテーゼを立てている。効率的なものの例として頻繁にアメリカや西欧の農業組織モデルが引き合いに出されている。

残念ながら、批判は経済的性格のものというより、政治的性格を帯びたものである。ソビエト時代の経済構造が政治的要因の圧力によって歪められたということ、つまり、資本主義的すなわち敵対的な包囲、第2次世界大戦と破壊された経済の復興、「冷戦」期の軍拡競争という状況下において、社会主義社会の経済計画・配分組織が形成されたことは周知のことである。それゆえ、農業の工業的支援は、農村に各種機械・装置を保障するという点においても、農業生産物の加工という点においても貧弱であった。これは、かなりの大規模な生産物の損失を招来した（各種の生産物は40%もの損失を被った）。農業生産の技術は高度なわけでもなかった。コルホーズとソフホーズは、経済活動の選択、生産物の処分をめぐる問題における行政と党の厳しい圧力のもとに置かれていた。それらは、既述の社会インフラ整備の費用を負担したし、負担し続け

ているのである。アメリカや西欧の農場主（ファーマー）には、全くこうした経験はない。

ロシアにおける農業がきわめて不安定な気候条件の下、北方の肥沃でない土地で行われていることも考慮しなければならない。（サント・ペテルブルクはアラスカと同じ緯度、モスクワは周知のように何物も栽培され得ないラブラドルと同じ緯度にある。）わが国では平均して10年に1年だけ豊作の年があり、3年だけまあまあの収穫が得られる年があるだけである。それゆえ、効果的な比較を行うなら、南ロシアの集団経営を挙げねばならない。すなわち、タンボフ州、ベルゴロド州、ロストフ州、クラスノダール地方、スタヴロポリ地方などだが、そこでは1ヘクタールあたり3300～3600kg か4000kg の穀物が安定的に収穫される。そうすると、1ヘクタールあたり2200kg 収穫するというアメリカの農場主の成功もささやかなものに見えよう。

集団経営は、それがまさに非市場の本質をもつがゆえに、そしてまた、集団経営が大きな計画的＝規制的経済システムに埋め込まれていたがゆえに、国内における経済政策によってその中にほうりこまれた複雑な条件に適合したということを描きねばならない。このことは集団経営が国家からの財政、特典的信用、返還の必要のない貸付金といった援助を受けることを保障した。実際、コルホーズやソフホーズに対して、無償で少なからぬ援助が、工業企業の支援や、最も緊迫した時期（播種や収穫などの農繁期）に、農作業への住民（学生や兵隊）の引き入れという形で行われた。

客観性を保つために、市場経済の賛同者が集団経営は非効率的だと主張していることが根拠のないことだ、と言っておく必要がある。経済学者は便覧を引用し、1990年にはコルホーズとソフホーズの収益性（黒字）の平均水準は36%であったというデータを挙げている。ソ連全土には2万9千のコルホーズがあったが、そのうち赤字のコルホーズは500, 1.7%であった。ちなみにロシアでは2万5千5百のうち2千5百, 10%であった。人口一人当たりの小麦生産は、ソ連邦では303kg, 米国では233kg, ジャガイモ生産はソ連261に対して米国68, ミルク生産はソ連374に対して米国263といった具合である。しかもソ連の人口の方が多かったのだ。このテーマに関する最近の文献から一つ引用しよう。有名な経済学者、セルゲイ・カラ＝マルザは「農村生活」紙（1995年11月4日付け）上で次のように記している。「ヤーコブレフ（スターリン政府の農相）構想による破壊的な集団化、ヒットラーという『文明』の来襲以後の1948年からわが国の農業は穏やかに発展してきた。かくして、わが国の農村は、半

世紀の間に基本生産物の生産を一番よかった1913年に比べ3倍に拡大したのである。(牛乳は4.5倍、卵は9倍以上)他方、就農人口は2分の1に減少している。これを考えれば、農民の労働効率は6倍に増えているということになる。このように急激な発展は史上他にはみられないことである」。

所有権に基づいて保有者に帰属するものではない土地における集団的経営と個人的経営形態のどちらが優越性を持つのかという問題にどのような態度をとるにせよ、一つ疑いないことは60～70年代にきわめて顕著であったロシアの土地状態の悪化、土壌の肥沃さの減退そして非農業目的のために農地を収用した結果の農業用地の減少は、客観的に土地制度の変革を不可避とした。その変革は自律的なものではあり得なかったが、この変革は80年代末からのロシアにおける社会経済改革の一つとしての農業改革の主要部分となるものなのである。

政府の諸法令においては、土地改革の目的は、多様な経営形態の平等な発展条件の整備と多経済体制形成のため、農民自身の裁量によりその利益となるように土地を再分配することであると定められていた。ロシアにおける改革は、既に独立宣言(1990年6月)以前に、1990年2月付け土地に関するソ連邦および連邦構成共和国立法の基本原則の採択により始まった。これらの法令は、土地の脱国家化、連邦国家による土地独占の廃止、連邦構成共和国・自治共和国・自治州および管区が自己の土地に対する所有権を有することを宣言し、土地賃貸を認めまた従来の形態(恒久的=無期限使用および臨時的使用)とともに独立した土地保有形態としての相続可能な終身的保有を許可し、土地保有および土地使用の有償原理を導入した。

ソ連邦の「土地に関する立法の基本原則」に基づいて、1990年12月にロシア連邦人民代議員最高会議は「土地改革に関する」法律(1990年11月23日、同年12月27日一部改正)、農民・農場主経営に関する法律(1990年11月23日、同年12月28日一部改正)、ロシア連邦共和国所有法(1990年12月24日)を制定し、さらにロシア連邦共和国土地法典(1991年4月25日づけ)を採択した。これらの法令により、ロシアには3つの形態の土地所有——国家(連邦や共和国の)所有、私的所有および共同的所有(共有および合有)が確立された。

「土地改革に関する」ロシア共和国法および「共和国土地改革実施プログラム」(1991年1月18日付けロシア政府決定により承認)は改革の2段階を定めた。第1段階には、市民、企業、組織、施設の土地に対する需要の明確化、その後の再分配のための特別土地フォンドの形成、土地税の税率や標準地価の設定が想定された。第2段階には、制定された諸法律に従った市民・企業・組

織・施設にたいする土地の譲渡や土地の所有，占有および使用（アрендаを含む）への固定が想定された。

集団的経営内の土地関係改革の具体的数値も想定されていた。とりわけ，1991—1995年に全面積550万～650万ヘクタールの土地を分与して8～10万の農民（農場主）経営を創出すること，個人副業経営地を300万ヘクタール増加させること，その同時期に園芸・野菜栽培用地として全面積250万ヘクタールを分与することなどである。上記の改革は農業生産物の量を1.5～1.8倍に拡大することが想定されていた。

上記諸法令と同時に「農村の社会的発展に関する」ロシア連邦共和国法（1990年12月21日）が制定されたが，その第2条は次のように定めている。農村住民の経済活動は以下の諸原則に基づいて行われる。国家的的所有，コルホーズ＝協同組合的所有，私的所有，集団＝持分的所有（共有）などの所有諸形態の多様性と平等。コルホーズ，ソフホーズ，農民（農場主）経営，それらの協同組合や連合体などのあらゆる経営形態の発展。土地改革の遂行。生産基金の労働集団への購入権や賃貸権および譲渡権の付与。農民（農場主）経営を創設するため分与地および照応するファンドを受け取る権利とともにコルホーズおよびソフホーズから従業員が自由に離脱できること。以上である。あらゆる形態の経営が生産，自己の生産物の占有や収益の分配の組織化に対して同権を有することが強調された。農工コンプレクスの発展のために1991年から毎年ロシア共和国の国民所得の15%以上を割り当てることにより，農工コンプレクスに対する国家的財政支援システムが確立された。

しかし，1991年末に既にロシア経済の農業部門における改革の方向性は急激に変更された。主にコルホーズやソフホーズを再編しその土地を私有化するという方法で農民＝農場主経営の創設を促進する路線が採用されたのである。経営改革手続きは，個人的な財産および土地の持分を定め，コルホーズ員やソフホーズ従業員にその所有権を譲渡することを定めている。これにより，土地の持分は，労働出資や労働経歴とは無関係に設定され，現物または金銭というかたちで定められ，そして無償で付与される。ただし，その面積が1992年3月2日付けロシア連邦大統領令に従って定められた土地の地区平均基準を超える場合はその限りではない。土地の持分に対しては土地所有権を証明する証書が与えられる。1993年10月27日付け大統領令「ロシアにおける土地関係の規制と農業改革の発展について」によれば，土地持分の所有者は，他の共同所有者の同意なしに，農民＝農場主経営を行ったり，抵当に入れたり，賃貸をしたり，個

人副業経営や住居用に使用している土地を定められた基準まで土地を拡大したりするために他の共同所有者の同意なしに土地の現物を分与したり、持分を相続させたり、財産持分と交換したり、土地の合有権または共有権に基づき集団に帰属する土地を買い戻す場合に土地の持分相当金額を受け取ったり、また逸失利益を含む損害賠償を受け取ったりする権利を有する。

土地持分の所有者は他の共同所有者の同意なしに自己の持分を共同所有集団の他の成員、そして農産物生産を目的とする他の市民および法人に売却する権利を有する。この際、共同所有集団の成員は、他の買い手に対して土地購入上の優先権を有する。現物による土地持分の分与は、領域の合理的組織化とコンパクトな土地利用の要請を考慮して行われる。農民（農場主）経営を組織するため集団経営から離脱する者は、現物で財産の持分を与えられるか、またはその相当金額の補償を受ける。

コルホーズ員やソフホーズ従業員でない市民には、要求者の選択により所有、相続可能な終身保有またはアレンダの形で、予備地から農民（農場主）経営のための地所が与えられる。しかも、地区平均基準の範囲内では無償で供与される。

農民（農場主）経営のための土地の分与手続きに関わらず、用地面積は連邦構成主体の様々な代表制権力機関によって定められた基準の限度を超えてはならない。例えば、モスクワ州では、所有権に基づく農場主経営のための土地面積は40ヘクタールを超えてはならず、賃借権に基づく場合には100ヘクタールを超えてはならない。また農場主の用地の最小面積も2ヘクタールと定められている。

1995年初頭には農民（農場主）経営の数は28万、面積は1190万ヘクタールに達した。しかし、最近、この過程はブレーキがかけられ、さらには逆戻りの傾向すらある。その主要な原因は、経済規制の市場的方法への移行期におけるロシア経済の危機的状況を考慮に入れた国家からの農場経営に対する必須な財政的その他の物的な援助が欠けていることである。農業の（独立）農場主経営化の過程にブレーキをかける一定の役割を、前述のロシア農民の心性が果たしている。農場主は、農村で敵意を以て遇されたり、最悪の土地を分与されたり、生産物の販売を妨害されたり、蒔いた種や植樹を毀損されたりする場合も希ではなく、財産を破壊されたりすることもある。

農産物生産全体のなかで農民（農場主）経営が占める割合は5%を超えていない。1990年から1994年にかけての機関のコルホーズおよびソフホーズ再編に

において、家畜の総数が3分の1以上減少し、家禽は31%減少した。無機肥料の供給は1994年には、1986～1990年に比べ、9分の1に減少している。全ての改革の結果、農業の総生産量は4分の1だけ減少した。農業経済学者の評価によれば、1991年に採用された農場主経営の躍進路線は不適切なものであったことが判明した。政策の基本目的であり続けなければならないのは、農業に対する融資、農産物価格規制、農民（農場主）経営を含むあらゆる形態の経営のための補償金の直接的支払いなどの柔軟なシステムの整備による大規模土地保有である。

1992年12月23日付けロシア連邦法によれば、個人副業経営、園芸や別荘での農作業、個人の住宅建設用にまた都市や市町村における個人住宅用に農業指定地が、定められた基準の範囲内で無償でロシア連邦の市民の所有に譲渡される。これらの目的で以前に供与された土地面積が基準限度を超える場合には、その占有者は相続権付きの終身占有権または使用権を以てその過剰分を維持する。この際、市民には該当土地区画に対する権利を地方行政機関において契約価格で分与される。

前述の土地区画は、契約価格による土地区画の提供基準の範囲内で、売却された土地に対する所有権の取得期日に関わらず、所有者により他のロシア市民に売却されることも可能である。唯一の売却条件は、土地使用目的の指定の遵守である。農業生産に使用されている土地の使用目的指示の変更を伴う売却は、ロシア連邦構成主体の執行権力機関の決定に従って行われる。

私有化された企業の所有者に対する土地の売却は1992年6月14日付大統領令631号によって承認された手続きによって行われる。この手続きによれば私有化された国有企業・自治体企業の所有者は、当該企業の敷地の所有権を取得する権利または所有権取得権付きで賃借する権利を有する。外国企業や外国人、国籍を持たない者も含め、あらゆる法人および自然人が買い主となることができる。売り主となるのは国家または自治体の全権機関である。地価については標準価格が設定されている。（1995年から一筆の土地に対する土地税の10倍の額。）

1993年12月12日の国民投票によってロシア連邦憲法が採択された。憲法9条によれば、土地およびその他の天然資源は、当該領域に居住する人民の生活および活動の基礎としてロシア連邦内で使用されかつ維持される。土地所有の諸形態には、国有、自治体有、私的所有その他の形態がある。

憲法36条1項に従い、市民およびその結合体は土地を私的に所有する権利を

有する。土地の占有、使用および処分は所有者によって自由に行われる。ただし、自然環境を毀損し他者の権利や法的利益を侵害する場合はこの限りではない（同条 2 項）。36 条 3 項は、土地の使用条件は連邦法に基づいて定められる、と規定している。

憲法の制定に伴い、1993 年 12 月 24 日付けロシア連邦大統領令によりロシア共和国土地改革法の全部、ロシア共和国土地法典のかかなりの条文、ロシア共和国農民（農場主）経営法の一部の条文およびその他の法令の失効が確認された。これらの諸条項と土地改革法は廃れ、土地に対する私的所有の導入や土地市場の出現に伴って生じつつある土地関係の変容を反映していないのである。

現在、新しいロシア連邦土地法典の起草が進められている。新土地法典草案は、1995 年 7 月 14 日、連邦議会国家会議（ロシア連邦国会下院）の第 1 読会において採択され、議会規則に従い連邦各構成主体およびその他の国家機関に対しその承認を受けるべく差し向けられている。寄せられた意見を考慮して、法案は国家会議での第 2、第 3 読会における審議に持ち込まれることになろう。法典が国家会議で採択された場合には連邦会議で採決に付され、連邦会議がこれを採択した場合には、ロシア大統領が署名し公布する。連邦法の制定手続きはこのようになっている。

〔笹沼弘志（静岡大学助教授）訳〕

土地の所有と利用 ——経済・社会転成の要因——

篠塚 昭 次

序 説

- I 土地所有権に於ける自由の機能
- II 経済の成長と土地所有権

序 説

1 土地が基本的生産手段であることは、いかなる経済理論や政治的イデオロギーに立脚しても、否定することのできない共通の認識であろう。

2 農業に利用する場合、土地の生産手段としての特性は最も鮮明なものとなる。しかし、羊の群れを追う遊牧民の例を挙げるまでもなく、その特性は多様な個性化を示している。農耕の歴史は土地の所有と利用そのものの歴史であった。

3 工業に利用する場合、臨海部に集約された地域が選定される傾向が強い。とくに原材料の輸入や製品の輸出率が高い日本では、港湾部周辺に工場立地が企画されている。日本の場合、臨海部は国有地が多く、土地の所有と利用に関する私法的混乱は少ない。

4 住宅に利用する場合、土地の所有と利用は最も深刻な分配の対象となっている。歴史的に借地借家の多い日本では、土地所有権の特権的存在が、行政や市民生活を左右している。

5 環境の保全を考えた場合、土地の所有と利用は新しい原理・哲学に移行しなければならない。その時期は目前に迫っている。

I 土地所有権に於ける自由の機能

1 土地の法学的概念の基本は所有権だが、経済学的概念の基本は地価である。ここで、法と経済の一般的関連性が認められる。すなわち、法的概念としての土地所有権の強弱が経済的概念としての地価の高低に影響するであろうか、という問題である。古典ローマ法の時代、土地所有権は絶対的的家長権たる *dominus* から転化した *dominium* という語にまとめられ、絶対的所有権の時代と考えられた。当時、古代資本主義ともいわれた経済成長の時代であり、土地からの高収益が記録されている。

2 近代にいたり産業革命とともに、地価は高騰した。その時期、フランス革命にみられるような市民革命は、所有権の保障を掲げて成功した。ヨーロッパにはじまる近代の資本主義は、土地所有権の法的保障を伴っている。1804年のフランス・ナポレオン民法、1888年のドイツ民法第一草案にそれが象徴される。しかし、ここで注意すべきことがある。それは、産業革命のパイオニアたるイギリスでは、フランスやドイツにみられる *dominium* の立法がみられなかったことである。イギリスでは、形式的にリースとよばれる借地方式を維持しながら、実質的に判例で強化していたといわれる。

3 近代の市民革命は、人間の自由の確立を目指した。所有権の自由は人格の自由の外形として理解された。経済活動の自由と、一体のものとして理解された。それ故、*dominium* と自由経済は近代社会の基本的構造と説明された。法と経済の間に矛盾は無かった。

4 法と経済の間に矛盾が生じたのは、それから間もなくである。限りなく広がる経済活動には、益々広い土地が必要になる。当時の経済は、羊毛とワインが中心であった。いずれも、原料生産のための広大な土地が必要になる。その結果、土地そのものの価値が上昇しはじめる。土地への投資から投機へと発展してゆく。ある意味では自然の経過である。しかし、この流れは直線的ではない。アジア・アフリカ地域における植民地の取得である。自国内で限界に達した土地の取得は、植民地に活路を見出したのである。同時に低賃金労働力も入手できた。まさに一石二鳥と考えられた。こうして、植民地獲得競争に成功した国家においては、生産自体のための土地はそれほど多くを必要としなくなって行ったであろう。代わって、労働者のための住宅用地が必要となってきた。しかし、それは賃金の問題であり、労働問題なのである。

5 住宅問題は、19世紀の後半、しだいに社会問題としての性格を強めた。そのための土地改革運動がドイツ・イギリスなど産業革命の急進展した国家において発生した。その運動は19世紀末には結実しはじめたが、第一次世界大戦後にヨーロッパで完成したその内容は、土地所有権よりも土地利用権や建物利用権、さらには農地利用権を保護、強化したものである。当然、土地所有権は相対的に弱められ、賃料請求権と言う債権に実質的に転化した。日本も、ほぼ同時期に、ほぼ同一目標の立法すなわち借地法・借家法の制定を行ったが、その内容は不徹底なものであった。ただ、同法は、住宅のみならず、工場・事務所・学校などの事業用建物の敷地・建造物にも無差別に適用されたため、市民の居住の安定のみならず、事業経営の安定をもたらしめている。

6 18世紀は、封建制からの解放を求めて「自由」が合言葉となり、その中心に「土地所有権」が置かれた。日本の場合、約1世紀おくれて1868年徳川封建制が解体され、1873年土地売買解禁令、1897年その民法典が制定された。そして、1921年（大正10年）、上記の借地法・借家法が制定されたが、厳密には1945年（昭和20年）の第二次大戦後はじめて本格的な利用権優越＝所有権抑制の時代が到来したといえる。

7 しかし、経済は法をやぶる。1960年代、「戦後復興」から「高度経済成長」の時代に変わった日本では、余裕のある豊かな住宅を求めて、市民は私的投資に走った。このため、住宅地の地価は急騰し、1965年には1㎡350円であった東京近郊の土地は、1970年には100倍の35,000円、1973年にはさらに10倍の350,000円に上昇した。この時期、日本経済の成長率は年30%を持続した。当時、ミドル・クラス労働者の年収は約6,000,000円であったが、200㎡の宅地を入手するためには10年以上の労働の対価を必要とした。1973年（昭和48年）、いわゆる石油ショックにより、地価は停止し、不動産業は少なからず倒産した。この時の教訓は、次の点に在る。

a 土地所有権抑制 年収の10年分を超える土地取得費用（地価）は、勤労者から住宅購入の夢を奪い、勤労意欲を低下させた。1974年（昭和49年）、日本では国土利用計画法という法律が制定された。地価を規制する目的の立法であった。

b 税制の活用 土地については、保有税と取引税がある。土地市場を活発にし、土地の流動化を促そうとするときは、保有税を重くし、取引税を軽減する。反対に、地価を抑制するために土地の流動化にブレーキを掛けたいときには、保有税を軽減し、取引税を重くする。しかし、実際には、利益団体の政治

的压力により、あるいは社会的ひずみにより、理論どおりの政策はとれなかった。そのため、地価はいつでも上昇できる状況の中に放置された。それを正当化する法理論として「土地所有権の自由」という18世紀の哲学が政府の影の口実として利用された。住宅問題は未解決のままで、次第に変則的な方向にむかいはじめた。高層化・集合化への道である。

8 日本人は、伝統的にマイホームへの願望が強い。建築時棟木をささえる短い柱や屋根の縁どりを示す「うだつ」が上がる（成功者）・上がらない（失敗者）の表現が日常会話でよく耳にする。家族制社会の残映であり、地縁制社会を支えてきた耕作地固定の稲作農業の慣性であるともいわれる。そのため、土地と建物すなわち家屋敷を最高の個人資産と意識する社会通念は老若男女・小児にいたるまでの信念となっている。いわゆる持家主義の伝統である。伝統的な家族が解体し、核家族化がすすんだ今日でも、この信念はミニ化されながらも、つづいている。借家は、便利さの故に利用されるのではなく、経済力の低さの故に利用されている、との社会通念が存在している。持家によって人間の自由が確保されとの認識である。偏見と笑えない面がある。地価高騰の根といえよう。

II 経済の成長と土地所有権

1 一般論として言えば、経済と土地の関係は強い。日本で投資といえば土地か株である。株に較べてリスクのない投資として土地は歓迎されてきた。税制は株より厳しかったが、値上がりが続き、実質的に定期預金より有利とみられてきた。

2 ひとくちに経済といっても、一次産業（農業）・二次産業（工業）・三次産業（サービス業）などにより、それぞれに立地と面積に大きな相違がみられる。地価の高い日本では、土地への投資を節約することが経営の要といわれる。

3 農業の場合、最も広い土地を必要とするように思われがちだが、必ずしもそうではない。日本の場合、大都市近郊の農業は健闘しており、1ヘクタールあたり年収5,000,000円乃至8,000,000円も珍しくない。農業は機械化・化学化により、高度の情報産業に変わりつつある。遠隔地の水稻農業も同様の経過をたどっており、農業機械への投資つまり機械購入費に20,000,000円～30,000,000円充てる例もみられる。この場合、土地は世襲による承継が多く、取得費

を負担していない。ところで、農地については農地法があり、農業者以外への譲渡や宅地への転用には許可制がとられている。土地所有権の「自由」が本質的に制限されている。理由は食糧の確保と家族労働の維持および自然環境の保全である。しかし、今日、これらの理由相互の矛盾が表面化しており、農業の転機あるいは危機が叫ばれている。因みに、家族の中に後継者を確保している農業者は約30%に止まっている。後継者の確保出来ない農地は宅地化が間接的に強制されている。経済（政策）の圧力が、土地所有権という法的概念を変形させている好例である。

4 宅地の場合、都市計画への協力が義務づけられている。建物の高さ、容積などに法定限度が設定されている。違反した場合には除去命令もなされるが、そのようなきびしい処分は稀である。ともあれ、宅地の場合にも、所有権の自由はますます制約されつつある。

5 借地・借家の場合、一応賃料の規制はあるものの、「地価」を基準としているため、「地価」の投機性が賃料に反映しやすい。ヨーロッパにみられる家賃補助金は採用されていない。住宅についての人権性が改めて求められている状況である。とくに、高齢者は借家を見つけることが至難であり、東京都内に20,000人～50,000人の準ホームレスがいるとの推測もある（家主に高齢を理由に追い立てられている人たち）。公営住宅も不足しており、入居は困難とされている。

6 土地の投機は、経済の成長・変化を先取りして1986年強まったが、高騰しすぎて暴落に到った。現在、土地の取引も事実上止まっている。「自由」のゆきすぎに対する実例となっている。しかし、だからといって、土地所有権が近代的意味における人格の自由の保全に果たしている機能は不要になったわけではない。何よりも、権力を制御する重責を失っていない。とくに、都市計画への発言権が住民参加という名称で登場するときそこに所有権が支えとなっている。しかし、一見パラドキシカルだが、借地権・借家権などの所有権と対立する土地利用権も、大都市住民の75%を占めている日本の現状においては、所有権と同様、対等に、都市計画に参加しつつある。その意味では、むしろ、土地利用権のほうが、所有権より一層強く住民参加を求める立場に在るといえる。こう考えてみると、日本における土地の所有と利用にかんする法の構造は「自由」を内包した「社会化」に向かっていると見えようか。

現代ロシアにおける所有権

E. A.スハーノフ

1. 現在のロシア経済は、市場経済の形成と関連した過渡期的性格をもつ多経済体制〔多ウクラード制〕によって特徴づけられる。国家によって積極的に発展させられ支えられている私的セクターとともに、かなりの国家的セクターや、集団労働に基づくもの（とりわけ協同組合、特に農業部門の協同組合）を含む多様な混合的・過渡的経営形態が維持されており、また将来にわたって維持されるであろう。

これら全ての多数かつ多様な経済関係は明確かつ統一的な法的規制を必要としている。かつて効力を有していた各所有法ではこれらの諸経済関係を直接法的に保証することが試みられたが、それは法的規制や法適用そして社会意識に混乱をもたらすのみであった。この点において典型的となったのは、「所有形態」の多様制と平等、「集团的」とか称される所有（あるいは「労働集団所有」）の優越性とか、国有企業の自己に割り当てられた財産に対する「所有」などといった観念であった。全てこうした観念は、法学的には無内容でしかも矛盾した政治経済学的宣言に基づくものであった。それでも所有の経済的関係の法的定式化は、政治経済学的観点からのものに比べれば、はるかに多様で複雑かつ明確である。

政治経済学的宣言および命題からの離脱は新ロシア民法の重要な発展傾向の一つとなった。ところで、「所有形態」という概念は、法学的カテゴリーではなく、経済学的なカテゴリーであって、民法上の意味を持つものではない。多様な「所有形態」が存在すれば、不可避免的に多様な「所有権」が現れることになる。（財産が「社会主義的」所有に属するかあるいは「個人的」所有に属するかということが本質的に異種の法的レジームを意味した以前にはそのようなことがあったのである。）法学的意味における「所有形態の平等」など不可能なのだ。なぜなら、次のような違いがあるからだ。例えば国家的所有には、民

間の取引から排除されているものも含め、あらゆる財産が帰属しうるし、国家は市民や法人には与えられていない手段（租税、手数料、収用、没収、国有化）によって財産を自己の所有とすることができる。また、法人は自己の全財産を以て債務に責任を負うのに対して、市民は法に定められた除外部分が認められているなどといった違いがあるからである。

実際に問題となっているのは、市民や法人、国家組織体といった様々な主体に、所有権に基づいて、ある財産がまったく同じ程度の権限を伴い帰属することなのだ。従って、私的所有権というものは、市民所有およびあらゆる法人所有にとって共通の概念なのであり、その意味において国家や自治体の（公法的）組織体の公的所有と対立するものなのである。ロシア新民法典212条において、この問題はまさにそのように解決されている。「集団所有」は法学的には法人（例えば、協同組合または株式会社）の所有または各市民個人の所有（共有も含め）のいずれかに見える。が、いずれの場合も私的所有のことなのである。（あくまでも法学的意味においてであって、政治経済学的意味においてではない。）

こうしたアプローチは、法的規制を滞らせている「土地に対する私的所有」の是認の可否をめぐる論争においても整理を可能とする。法学的には、土地に対する私的所有は、現行憲法において認められているだけでなく、市民（農場経営者、住宅や別荘の所有者など）や法人（協同組合を含め）による土地所有権の形でだいぶ前から存在しているのである。私的土地占有の規模の制限や、私的土地利用の限界の設定（エコロジー的およびそれに類したその他の要請や禁止の順守）に話は進められるべきなのであり、これについては、実際、誰も異論をはさむものはいないであろう。

2. 所有権は、ロシア法においては最も広範な内容を持つ物権として理解されるものであり、その所有者にかつ所有者にのみ自己の財産使用の目的と内容を決定する可能性を与えるものである。物権として所有権は絶対的性格を有し、任意の第三者のあらゆる干渉から財産を護ることを可能とするものである。

ロシア法における所有権は、その内容上、三つの権限、すなわち占有、使用および処分から成り立つ。所有者にはこれら三つの権限全てが同時に集中するのである。しかし、これらの権限が別々に、ときには全部ひとまとめに所有者以外のもの、他の適法な占有者にも、例えば賃借人にも帰属することがある。つまり、これら三つの権限自体のみでは、所有者の権利を性格づけるにはなお

不十分なのである。

その上さらに、権限の「三要素」による所有権の性格付けはロシア法にのみ特有のもので、その伝統は古く、その起源がロシア帝国法律大全〔1833年〕にあることはよく知られている。ヨーロッパの法律においては所有権は異なる性格付けを有する。ドイツ民法典903条は所有者の一つの権限、自己の裁量により物を処分すること、のみを定めており、フランス民法典544条は二つの権限について定めている。アメリカ法においては、所有者の権限は10から12にものばり、同時にさまざまな人にさまざまな組み合わせで帰属させられうる。つまり、問題は、権限の数や名前などにあるのではなく、法が所有者に付与しかつ保証している現実の法的権限の程度にあるのである。

それゆえ、ロシア民法において所有者の権限を特徴づける最も重要なものは、自己の裁量によってそれらの権限を行使する可能性（民法典209条2項）、すなわち所有者が、自分自身の利害に従い、自己に属する財産を用いて何を行うかを決定する可能性に他ならないのである。所有者の権限は、所有者の同意なしに所有者に帰属する財産に対し、あらゆる他者が何らかの影響をあたえることを排除するのである。他の法的占有者の権限は、当該財産に対する所有者自身の権利を排除しないのみならず、通常所有者自身の意思によって生じ、かつ所有者によってその範囲を定められるものなのである。

所有者の権限の大きさと性格が法律によって定められている以上、法律はその一定の限界をも定めることができる。そこで土地所有者の権限は、環境に害を与えず、他者の権利や法的利益を侵害しない限りにおいて、自由に行使されるのである（民法典209条3項）。それゆえ、私的土地使用は厳密に合目的性格を有し、土地立法によって規定された公法的制限に従うのである。住宅所有権は、あらかじめこれらの部屋〔ないし建物〕を非住居用に転換することなく、企業や団体に割り当ててを禁じられたり、部屋〔ないし建物〕は所有者の個人的居住用にするかまたは他人に居住用として賃貸する目的で使用しなければならないと条件づけられたりすることによって制限されている（民法典288条2項および3項）。しかしながら、このような目的に関する制限は上に挙げた所有権の二つの対象のみに限られている。

所有関係には二つの側面が緊密にからみあっている。すなわち、財産の保有およびその使用による収入の受領という「利益」と、経費、費用およびリスクに関わる「負担」である。この意味において所有は占有者に対し注意深い主人や儉約的な商人であるよう実際に義務づけるのであり、リスクや損失の負担を

欠く場合（これは例えば国有その他の企業の「労働集団」に特有のものである）、占有者は決して本当の意味での主人とはならないであろう。それゆえ、民法典210条は、財産維持のための負担（保全、修理等）を、その「負担」またはその一部が法律または契約によって他のものに負わされていない限り、所有者自身が負う必要があることを特に強調しているのである。また、所有者は自己の財産の偶然的滅失または損壊のリスク（民法典211条）を負うのであるが、これは實際上、上記の「負担」の一部なしである。

所有者は自己の権限またはその一部を、自分自身所有者でありながら、他者に譲渡することができる。これに基づき、民法典209条4項は、自己の財産を他者の委託管理（*доверительное управление*）の下に移す可能性を定めた。この委託管理とは所有者の権限の行使方法の一つであり、新たな所有権の設定や従来の所有権の「分割」といったものではない。ロシア法は、大陸法の条件に適合しない「信託」（トラスト）という英米法の仕組みを拒否したのである。上述の所有権理解は、所有権の排他的性格に基づくものであり、かつ英米法において許容されている複数の者への「分割」可能性を否定するものなのである。委託管理は、物権法的関係ではなく、債権法的関係を生じさせる契約として、法に定められているのである。その法的性質上、この委託管理契約は、委任、取次、請負その他の有名契約の諸要素を含む混合物なのである。

3. 現在の現状において、きわめて興味深いものは所有権の客体に関する問題である。伝統的にロシア法は、所有権の客体は物、または財産という語によって含意される物の総体のみであるという立場をとってきた。創造的活動の成果（発明、意匠、著作権の客体）、取引参加者の個別性表示手段（商号、商標など）、保護可能な形態を有する情報（ノウハウ）などの無体物は、無条件に所有権の客体から排除される。上に列挙した客体は、「知的所有権」という条件付きの語が適用されているにも関わらず、物権ではなく独占権（*исключительное право*）の客体なのである（民法典138条）。これに対しては所有権に関する規定が概して適用されない。

しかし、他の主観的権利または義務を所有権（またはその他の物権）の客体として使用する可能性についてはなお議論の余地がある。たとえば、そこには建物、施設や設備その他の物だけでなく権利（例えば、土地使用権、取引の相手方に対する請求権）や義務（債務）も含まれている財産の複合体たる企業も所有権の客体とみなされる。財産的複合体全体に対する所有権を、例えばその私有化の結果、移転する場合には、取得者には財産複合体の構成要素である

(貸借対照表に含まれる) 権利と義務も移転するのである。こうしたことから、このような権利義務自体も所有権の客体であると結論されることがしばしばある。

その後、このような法律関係に、物(財産)の取引規制を目的とする規範を適用することが試みられている。例えば、賃借権やその他の使用権はオークションにおける売買(競売)の対象となりうると考えられている。株式会社の株式の発行や「紙に書かれたものでない」(「非文書的」)形態でのその他の何らかの有価証券[いわゆる「不完全有価証券」]の発行は、個別的に特定された物の返還請求を目指す所有物返還請求の訴えにより、権限のない取得者からそれらの有価証券の返還を請求する可能性を基礎づける試みを帰結する。

実際のところ、これらの場合には物権的法律関係ではなく債権的法律関係を問題とすべきなのだ。ロシア法における権利主体の変更は、他の大陸法システムにおけるのと同様に、請求権の譲渡(цессия: cessio)や債務の移転に関する規定を含む、権利移転に関する規範によって遂行されるのである。このことは「非文書的有価証券」(今日民法典149条に規定された権利の特別な定式化手段にすぎない)にも、「賃借権の売買」,「権利の贈与」およびその他類似の関係にも関わることである。物ではなく権利を財産譲渡取引の客体とみなすことは、周知のように財産権を物権と債権とに分離すること自体を否定している英米法に特有のものである。わが国の下位法令では頻繁に見あたるものだが、それぞれ別種の仕組みを併用するという素人的試みは拒否すべきである。

それとともに、伝統的にロシア法は権利質の可能性を認めてきた。(1922年民法典においても、新民法典そして当面効力を有している1992年担保法においても。)民法理論上は、質権者の権利が物権的な性格のものであることに疑いが差し挟まれることはなかった。現在の実務上は、賃借権の質入れは、銀行信用返済の担保の効果的手段の一つとしてかなり広範に普及している。それゆえ、質権をめぐって形成される関係はさきに記した諸見解に一定の基盤を与えるものとなっているがしかし、それらも「非文書的有価証券」の質入れの際にきわめて明瞭に現れるこの関係の債権的性格に関する一般的帰結を動揺させることはないであろう。

4. ロシアの新しい民事法は、所有権とともに、広範な制限物権システムを定めている。他人の財産に対するかような権利はその財産の所有者以外の者に属するのだが、それにも関わらず、この者は、あれこれの(制限的)関係において、他人の財産を所有者の介在なしに、時には所有者の意思にかかわりな

く、自分の利害に基づき利用する可能性を有するのである。制限物権は他のヨーロッパ大陸諸国，とりわけゲルマン系諸国の法体系においても知られている。

所有権と同様に，制限物権は絶対的性格を有している。制限物権は，自己の権利実現のために，その者が他者の介在（これは，逆に債権の特徴であるが）を必要としないという意味において人の物への関係を形成するものである。制限物権は財産の所有者がかわった場合にも維持される（民法典216条3項）。それはあたかも制限物権が財産にとりついた重石になっているかのような具合であって，制限物権は所有者ではなく財産に従うのである。物権は，所有者が自身からのものを含め侵害から物権的手段により保護される（民法典305条）。このように制限物権が存在するということは，当該財産に対する所有者自身の権利が一定程度制限されるということなのである。

新ロシア民法典はいくつかのグループの制限物権を定めている。第1に，これは，土地の公有が支配的である条件下で他人の土地の一区画を使用する権利である。（市民の終身相続的占有や法人の恒久的（無期限の）使用およびさまざまな地役制度。）残念ながら，これらは，新土地法典が制定されるまで発効しない民法典17章に定められている〔民法第1部施行法13条〕。第2に，これは，所有者でない法人（国有・公有企業やさまざまな所有者に帰属する非営利施設）の権利である。第3に，住宅所有者の家族の権利（民法典292条）や抵当権設定者の権利がこれに含まれる。これは法律の本質から帰結されることである。

土地使用に関する制限物権は，一方では土地使用者（とりわけ，公有地の）の利益を護るものであり，他方では古の昔から知れ渡っている相隣地の所有者の間に不可避免的に生ずる相互関係を規制する使命をおびるものである（地役権）。所有者の財産の経営管理に関する法人の権利は物権の特別のカテゴリーであり，発達した法秩序には知られていないものである。それは，所有者でない法人が民法的関係に独立して参加するための財産的基礎となるものであり，それは通常の，古典的な財産流通においてはありえないものである。

「経営管理権」（国有生産企業の）や「業務的管理権」（非営利施設の）といった特殊な権利が現れたのは，国家化された経済システムが長期にわたって存在してきたことの結果である。国家化された経済の主なアクターは，形式的には自立的組織ではあるが，その財産の所有者とは認められないまさにそのような種類のものではあった。これらの権利が現在の条件において維持されていると

いうこの事態は、一時的にかつ修正されたかたちで旧経済体制の一定の要素を保持している過渡期の現実によって引き起されているものなのである。

これらの権利は、所有者とりわけ国家に対し、その財産的活動に対してきわめて厳重なコントロールを維持しながら独立した組織を意のままにする可能性を与える。これらの権利の主体は、財産の処分権を著しく制約されるか（国有・公有企業は、その不動産を所有者あるいはその権限を有する機関の同意なく処分できない）、あるいはその可能性を全般的に制限される（施設〔国公立学校などの非営利法人〕）。「経営管理権」を有する企業は自己の全財産によって債務に対し独立して責任を負う。「業務的管理権」の主体としての施設は金銭によってのみ責任を負い、それが不足する場合には、不足部分につき設立者＝所有者が自己の財産をもって責任を負う。

全体的に、制限物権カテゴリーは、きわめて綿密にかつ実際の必要に対応しつつ所有の経済的関係を規制する可能性をもたらし。それは、市場経済形成の状況下でいちじるしく発達し豊かなものになりつつある民法装置の大きな可能性を示すものである。ロシア民法典における所有関係の新しい規制もまたその証拠である。

〔笹沼弘志（前出）訳〕

所有権の私有化

田 山 輝 明

- | | |
|--------------------------------|---|
| 1 テーマについて | 5 私的所有権の内容—ドイツ連邦共 |
| 2 スパーノフ報告における「所有権
の3要素」について | 和国憲法との関連 |
| 3 所有権、特に土地所有権に対する
制限 | 6 日本における近代的所有権の成立
—特に土地所有権を念頭において
終りに |
| 4 所有権の対象 | |

1 テーマについて

その社会において最も重要な所有権のあり方が私的所有権であるような社会に構造転換させることを想定して、ここでは「所有権の私有化」という。例えば、旧ドイツ民主主義共和国（DDR）においては、農業生産手段の所有形態は、人民所有 Volkseigentum の形態（人民所有農場の場合）と社会主義的利用権（農業生産協同組合の場合）であったが、少なくとも、後者の場合には、その背後において公式には私的所有権は存続していた（従って、土地登記簿も通常は存在していた）。しかし、その実態はもはや所有権ではなく、「虚有権」とでもいうべきものであった。東西ドイツの統一後においては、前者を含めて、一定の手續と段階を経て、「虚有権」の私的所有権化が実現されることとなった。民法の領域について言えば、1970年代に制定された市民法典が廃止され、ドイツ民法典 BGB が適用されることとなった。

「現代ロシアにおける所有権」が抱えている問題が、上に述べた東ドイツの場合と同じであるとは考えないが、類似した要素を含んでいるものと考ええる。

2 スハーノフ報告における「所有権の3要素」について

占有、使用および処分に関する権限を所有権の内容とするのは、必ずしもロシア法のみににおける特徴ではない。もちろんロシア法においてそうであることについて疑問はないが、日本法やドイツ法においても基本的には同様である。

(1) 日本法との比較

日本民法（206条⁽¹⁾）においても、表現はやや異なるが、本質的には同じである。例えば、使用、収益、処分（日本法）という場合には、恐らく意味の上では相違はないと考えられる。この点で、翻訳の問題にも関連するが、ロシア法における占有は使用を想定していないのか、使用と訳している言葉は収益（すなわち他人に使用させること）は意味しないか、等の問題もある。なぜなら、所有権者が占有する場合に使用を前提としない、単なる占有は意味がないからであり、また所有者である以上他人にその目的物を賃貸することができないとは考えられないからである。仮に翻訳としてはそのように訳さなければならぬとしても、そのいずれかの概念の解釈として、使用・収益・処分が可能であると思われる。

(2) ドイツ法との比較

次に、ドイツ民法903条⁽²⁾について「所有者の一つの権限、自己の裁量により物を処分すること、のみを定めて」いるとのスハーノフ教授の記述も、その文言通りに理解するとすれば、誤解である。確かに同条は「物の所有者は、法

-
- (1) 「206条 所有者は法令の期限内において自由に其所有物の使用、収益及び処分を為す権利を有す」

§206 Der Eigentümer ist berechtigt, in den durch Gesezte und Verordnungen gezogenen Grenzen frei die Sache zu gebrauchen, zu nutzen und über sie zu verfügen.

- (2) ドイツ民法903条 物の所有者は法律又は第三者の権利に反せざる範囲内において自由に物を処分し及び物に対する他人のすべての干渉を排除することを得」

§903 Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.…… |

律又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。」と定めている。しかし、その意味は、日本法の場合とほぼ同じであると解されている。

ドイツ民法典の産みの親ともいべきヴィントシャイト Windscheid の所有権理論は二つの方向をもっていたのである。その一つは、所有者はその思う通りにその物を処分することができるということであり、その二は、他人は所有者の意思を無視してその物を処分することは許されない、ということである。ヴィントシャイトは、所有権に基づいて所有者に与えられている権能として次のものを挙げている。

①その物を使用・収益する権能、②第三者がその物に影響を与えることを完全に排除する権能、③あらゆる第三占有者に対してその物の返還を請求する権能、④その物の法的運命を決定する権能（処分権能）、である。

その上で、所有権とは、これらの個々の権能の単なる総体でもなければ、単なるその結合体でもなく、その物についての権利の豊穡 Fülle であると、述べている。

所有権はこのように無制限なものであるが、所有者の意思に基づいて、一時的な制限に服することはあり得る。例えば、制限物権の設定は、その例である。しかし、この制限は有限なものであり、それが消滅した場合には、所有権はもとの円満な形に復帰するのである。

(3) 「所有権の 3 要素」に関する印象的結論

以上述べたところから、新ロシア民法の所有権に関する規定は、ドイツ法やその影響下に成立した日本民法の所有権規定とも基本的に類似したものであるといえることができる。

3 所有権、特に土地所有権に対する制限

(1) 土地所有権に対する制限

土地所有に対する最も重要な制限は、都市計画的制限である。スハーノフ報告における環境に対する配慮も広義の都市計画的制限により実現することができる。理論的には、特に土地については、私的・絶対的所有権に対する制限原理として都市計画を位置づけ、法律を通じて、土地所有権に対する制限を実現

すべきである（後述 6, (2)〔4〕(b)参照）。

(2) 住宅所有権について

ロシアにおいて住宅所有権を認めている点は、極めて特徴的である。ヨーロッパ法でも、ドイツ、フランス等においては建物は土地の構成部分と解されており、地上権の設定の場合にのみ土地の所有権から分離する。（ただし、旧東ドイツにおいては住宅所有権が認められていた）（後述、6, (2)〔4〕(a)）。

しかし、住宅はその敷地利用権なしでは存続しえないものであるから、国民の居住権を保護するためには、敷地利用権の法的保護を必要とするようになる。特に大都市において地価の高い場所においてはその必要性は高いといえよう。従って、土地と建物の分離（権利の対象としての分離）は、必ず近い将来において困難な問題を生み出すことになろう。従って、このような制度をロシアにおいて今後一般的に発展させていくべきか否かについては慎重な検討が必要であろう。

4 所有権の対象

(1) ロシアにおける知的所有権の位置づけ

無体財産権を知的財産権とか、知的所有権と呼ぶのは、それが物権的に保護に値するからであり、所有権に関する規定を準用するためではない。ロシア法において民法の規定が準用されないことは理解できる。

(2) 所有権の対象としての物

所有権の対象を原則として物とする点は、日本法と共通である。ただし、日本においては、集合物概念を承認し、それに物権が成立することを認めている。企業に属する財産は、主として担保物権の設定対象として、一種の有機的集合体として把握されている。スハーノフ教授は、ロシア法においても財産的複合体として所有権の対象となると述べておられるが、所有権を初めとする物権の対象となりうると解してよいのではないか。

日本においては、企業財産全体を担保にして融資を受けることができるようにするために多くの特別法が制定されている。

5 私的所有権の内容——ドイツ連邦共和国憲法との関連

所有権、特に土地所有権をいかなる内容において理解すべきかについては、ドイツの議論が参考になる。なぜならば、つい最近まで社会主義国の法体系に服していたドイツ民主共和国における経験に基づいて、資本主義国側の法律家によって議論がなされているからである。

(1) 憲法上の一般的基礎——土地所有権の任務と意義

ドイツ連邦共和国、すなわち自由な、民主的なそして社会的な法治国家の法秩序は、基本法（憲法）2条の一般的自由権と同14条の所有権の保障の関係によって特徴付けられている。

憲法第2条〔一般的自由権〕

- (1) 各人は他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序または道徳に違反しないかぎり、その人格の自由な発展を目的とする権利を有する。
- (2) 各人は、生命、身体を害されない権利を有する。人身の自由は、不可侵である。これらの権利は、法律の根拠に基づいてのみ、これを侵害することが許される。

憲法第14条〔所有権、相続権および収用〕

- (1) 所有権および相続権は、保障される。その内容と限界は、法律でこれを定める。
- (2) 公用徴収は、公共の福祉のためにのみ許される。公用徴収は、補償の方法および程度を規律する法律により、または法律の根拠に基づいてのみ、これを行うことが許される。補償は、公益および関係者の利益を正當に衡量して、これを定めなければならない。補償の額については、争いあるときは、通常裁判所に出訴する道が開かれる。

(2) 最上級裁判所の判例

連邦通常裁判所は、すでに1952年6月10日の判決において所有権関係について、次のように述べている。国家を構成する各個人は自分と対等な者との間において人間として、すなわち自由にかつ自己責任を負って生活することができるために、そして圧倒的な国家権力の単なる対象にならないために、つまり、その自由と尊厳のために、法的に厳密に保護されたその所有の領域を必要とす

る、と。これは、国家権力に対する対抗手段として、私的所有権を認識していると解してよい。

連邦通常裁判所は、さらに、1968年12月18日の判決で、次のように述べている。所有権は、人格的自由権と内的関連を有する根源的な基本権である。所有権には、その全体的な構造において、基本権の担手には財産的領域における自由の余地が確保され、かつその担手がそれによって生活を自己責任により形成することを可能にしようとする任務が課されている。法的制度としての所有権の保障は、このような基本権の確保に奉仕しているのである。

このことから、農地整備法や都市計画法上の土地整理施策を受託している行政と、個々人としての市民の土地所有権の接点が生じ、その際に〔土地が〕有限財であるが故に土地に課せられる任務（都市計画などによる制限）の基本的意義が明らかになる。

(3) 比例原則

この原則は、私的な権利に対して国家権力により規制をする場合には、その規制の必要性の度合いに応じて適切な方法が選択されるべきであるという考え方である。つまり強い干渉手段は強い公的必要性がなければ用いてはならないのである。具体的に言うならば、次のようになろう。

計画の実現手段としての土地整備のすべての施策には、国家行為の比例原則が妥当する。従って、土地整備のような施策は、求められている諸目的が適切な条件のもとで土地の売買または交換ならびに民法上のそれに関する諸契約（私的土地整備）によっては達成されえない場合に限り、特別な公法的手段（高権的土地整備）を伴った職権により、実施することができる（補充性の原則）。つまり、土地整備手続や建設法典による諸施策や収用のような強力な方法は、それを適用しないと公共の福祉を侵害または正当な私的利益を侵害することとなる場合にのみ、適用できると解されているのである。

すでに挙げた高権的な様々な土地整備手段の導入の順序は、農村または都市の諸領域のために列挙されている順序（権利侵害の少ない順序）にできるだけ従うべきである。従って、農村領域における土地収用を事実上可能にする開発農地整備手続および都市領域における純粹の土地収用は、それぞれの場合において、客観的および主観的な種々の利用上の利益の衝突を克服するための最終的な手段である。

6 日本における近代的所有権の成立——特に土地所有権を念頭において

(1) 日本における近代的（土地）所有権の理解

日本では一般に、近代的（土地）所有権の基本的性格は、以下のように理解されている。

〔1〕 所有権の自由と円満性

近代的所有権は土地に関する封建的諸拘束を廃棄しつつ、自由なる所有権、すなわち目的物を自由に使用・収益・処分できるオールマイティーな権利としてとして成立し、それに対する制限は必ず一時的なものでなければならぬものとされている。

〔2〕 所有権の私的性格

所有権は私的な権利として確立し、それは憲法によって保障され、国家権力といえども、法律に基づく場合を除いて、侵害することはできない。その意義については、前述のドイツの連邦通常裁判所の判決の述べている通りである。

〔3〕 所有権の社会的義務づけ

所有権は、社会的義務との関連で理解されなければならないがそれがストレートに現れない場合がある。日本においては、戦前の社会においてそうであったように、その絶対性の現れ方が重要である。日本における近代的土地所有概念は、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、次の(2)に述べるような違いとなって現れてしまった。この点については、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。

(2) 日本における近代的土地所有の成立

〔1〕 幕藩体制下の土地所有

幕藩体制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（土地取引の自由）、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。このような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、地祖を中心とした租税体系の改革が必要であった。地祖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。この場合には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、金納地租さえ納入すれば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（1882）年以降に展開するいわゆる松方デフレーション（大蔵大臣松方による政策）が農村をも大不況に陥れた。農民の多くが莫大な負債を背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にもかかわらず、土地所有権の利用（義務）は殆ど無視され、所有権の絶対制と強く結合することになったのである。

〔2〕 明治政府の官僚の思想

日本社会における土地関係の近代化は、変化を求める社会・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。ここでは、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明治32年の耕地整理法の制定過程において日本の官僚の果たした役割等の分析を通じて、これを確認することを指摘するに留める。

〔3〕 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。

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。

〔4〕 市街地における土地所有観念——日本における土地所有「制限」

(a) 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。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、近代国家において珍しいこのような法律制度が、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たと言うことができよう。

(b) 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、大正八（1919）年であり、土地整理手段の中心となるべき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都市計画の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国家・社会が、従って法律がどのような「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立てるかも、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、農地法による転用規制を受けている土地のほかにも、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は、それらの規制に従わなければならないが、そうでなければその開発・利用は原則として土地所有者の自由である。

この点では、ドイツの法制とは対照的である。つまりドイツでは全国土について法律がとくに例外を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のである（原則と例外の逆転）。

ドイツにおいても、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、国土の開発・建築の原則的禁止にまで発展しているのである。

この点は、ロシアにおける土地法典の制定に際しても、極めて重要な意義を有するものと思われる。

終わりに

(1) 今後の課題

ロシア社会に自由市場原理が導入され、社会がそれに応じて大きく変動しつつあることが、今回のスハーノフ教授の報告によりかなり理解できた。新しい社会が新しい法を創造するということは当然のことである。新しい社会を正しい方向に導くために法が一定の役割を果たしうるといことも、また正しい。そのような意味において、今後とも、日本とロシアおよびヨーロッパ法との間において、具体的テーマに関する比較研究がますます重要になると思われる。

（2）土地政策の推進手段について

なお、篠塚教授の報告との関連において、若干の意見を追加しておきたい。同教授が御報告の中で、土地政策の推進手段として税制の活用に言及された。確かに、これは重要な手段である。ただ、土地政策の推進手段としては、これと並んで都市計画的手段が重要であることを強調しておきたい。篠塚教授のお話はこの点を前提にしていると理解すべきものと思う。

二つの手段の特徴をいうならば、税制は極めて即効的な手段であるのに対して、都市計画的手段は即効的ではないが、社会の公共財としての土地のあり方を国民的レベルで議論しながら進めることになるので、土地利用に関する国民的合意の形成を前提としつつ土地政策をすすめることが可能となる点で優れている制度なのである。

一般論としては、両手段とも重要であるが、即効性ある税制的手段にのみ頼ることは土地政策の失敗を招く危険があるので注意が必要である。これらの点についても、日本における失敗例をも参考にしつつ、今後議論を深めて行くべき重要な点であると思われる。

〔後記〕 私の報告は、二国間のシンポジウムが双方から一方的に言い合うことのみに終わらないで、実質的な意見交換の場となるために、スハーノフ教授の報告内容に対応するような形で日本側の報告としてまとめさせていただいたのである。そのために独立の報告としては、形式・内容ともに異例なものとなっているが、御了承いただきたい。

法律の至高性と法治国家

M. N. マルチェンコ

1. ここ数年、我が国および諸外国の学術文献において、法治国家——その本質、内容、他の政治的制度との相互関係の特徴、その基本的指標と特性——についてかなり多くの討論と論争がなされている⁽¹⁾。法治国家の特徴の中には、通常、次のようなものが挙げられる。すなわち、市民の権利と自由との保障の存在、市民に対する国家の、国家に対する市民の相互責任、市民社会の権力分立原則の実践、その他である⁽²⁾。この目録において常に特別の注意が払われていたのは、直接的効力原則〔**принцип прямого действия**〕および法律の至高性原則〔**принцип верховенства закона**〕という憲法的諸原則であった。

2. 「法律の至高性」は、その我が国における解釈においては、アングロサクソンの法体系に伝統的な憲法的原則である「法の支配〔**господство права**〕」(Rule of law) 原則および「議会の至高性」の理論と大変密接な連関がある。とは言うものの若干の相違もある。それらのうちの一つは特に以下の点にある。すなわち、イギリスにおいてすでに17世紀に最終的に確立された「法の支配」の原則は、元来「慣習」および「伝統」といった現象と概念に関係したのであったのに反し、「法律の至高性」の原則は決して慣習もしくは伝統に訴えかけるものではなかった、ということである。

言い換えれば、「法の支配」の下においては、例えばあれこれの法令〔**акт**〕の合憲性もしくは違憲性についての問題の決定に際し、「違憲性とはもっぱら伝統に反することを意味していた」⁽³⁾のに反して、「法律の至高性」の原則の下においては、例えその完全な実現の下においてさえも、同様な合憲性・違憲性の問題の決定に際して、慣習もしくは伝統に対する矛盾をとりざたすることはいかなるものであれ、許されないのである。

法律の至高性とは、国家権力の最高位の代表機関あるいは人民の直接的意思表示によって採択された最も重要な社会的諸関係を規制する所与の規範的法令

〔**акт**〕が、すべてのその他の規範的法令に対して無条件に優越・優先するというのである。

それらのその他の規範的法令に対して、法律〔**закон**〕は最高位の法的効力〔**юридические силы**〕を有する。このことは第一に、法律を發布した機関を除くいかなる他の国家機関もその法律を廃止もしくは改変することはできないということの意味する。第二に、それは法律の助けによつてのみ、他の法律に対して改正もしくは追加をなすことができることを意味する。第三に、あらゆる国家機関の諸法令〔**акт**〕は法律に適合しなければならず、法律に立脚し、また法律の実施のために發布される、すなわち法律従属的法令でなくてはならないということを、それは意味している。第四にそれは、法律に矛盾して發布された規範的法令はいかなるものであれ無効であると認識されなければならないことを意味する。

むろん法律の至高性およびその最高位の法的効力について語る時、所与の規範的＝法的アクト〔**нормативно-правовые акты**〕、すなわち憲法的法律および通常的法律のすべての形態について検討しなければならない⁽⁴⁾。しかしこれに関しては、特に憲法的法律〔**конституционный закон**〕を際立たせなければならぬ。以後、これらの憲法的な規範的＝法的アクトに注意を集中することにする。

3. 1985年の「ペレストロイカ」の始まり以来、ソビエト時代の法学文献において、またその後、ポストソビエト時代の法学文献においてもまた、法〔**право**〕および法律〔**закон**〕の概念と相関関係についての議論が新たに強力に展開された。このことに関連して、何を法治国家の指標としてみなすべきか——「法の至高性」か、それとも、「法律の至高性」か——という問題も起こった。これに対する答えは様々であり、時折それらは、はなはだくい違っている。

法とは「立法的アクトの形態をとって国家によって制定されたか、もしくはサンクションを受けた、行為の法的規則〔**юридическое правило**〕の体系である」⁽⁵⁾という見解をもつ論者は、「法の至高性」も「法律の至高性」も同様に法治国家の指標とみなし得ると考えている。彼らの視点からみれば前者と後者の本質的差異はない。ただ用語上の違いがあるだけである。その場合、法は完全に法律と同一視されているとみてさしつかえない。

特に「法とは規範的に定着された正義〔**справедливость**〕である」⁽⁶⁾ということから発し、法を法律と同一視することを許容しない論者は、「法律の至

高性」ではなく「法の至高性」を法治国家の指標とみなすべきだと考えている。

問題のそのような設定には、疑いもなくそれなりの根拠がある。なぜなら法と法律を同一視することは、いうならば全体主義体制の状況下では明らかに否定的結果を招くからである。そのような場合の任意の法律あるいは任意のその他の規範的アクトは、それが例え社会の利益に矛盾し、基本的な正義をふみにじるものであったとしても、法源としてみなされるべきであろうし、法的アクト〔правовой акт〕として認識されるべきであろう。

しかし、いかにして実際に「法的」法律〔“правовой” акт〕と「非法的」法律との間の境界を設けるべきであろうか。「法律の至高性」と「法の至高性」の区別の基準はいかなるものであるのか。これらの問題およびそれに類似した問題は長い時代を通じて議論されている。しかしそれらの問題に満足する回答は今のところまだない。

4. ソビエト時代およびポストソビエト時代のロシアの法的実践は、基本的に法と法律との相関関係の第一モデルを指向している。通例、これらの概念・現象は同一視されている。さらに法律はしばしば「固有に法的」な〔“собственно юридический”〕意味においてだけでなく、「広範な」社会的意味においても解釈されている。この意味において法律は、「すべての規範的＝法的アクトの総体、国家によって制定されたすべての一般的義務的な規則」⁽⁷⁾として了解される。

現代ロシアの法理論においてまさに着手されている試み、すなわち法と法律の相関関係、またそれに関連して「法の至高性」と「法律の至高性」との相関関係についての支配的見解を変更しようとする個別の試みは立法的および法的実践には全く反映されていない。

いま述べたことの正しさは特に以下のことによって確認される。すなわち、1993年のロシア新憲法には、以前のすべてのロシア憲法と同じように、憲法を基礎にして、また憲法を発展させて採択される任意の法律は、間違いなく法的〔правовой〕なものであるということから発する、法と法律とを同一視した規定がふくまれているのである。例えば、市民、公務員および国家機関に対して厳格に「ロシア連邦の憲法および法律を遵守する」(第15条第2項)義務を課する憲法規定や、すべての者の法律の下での平等(第19条第1項)を宣言する憲法規定やその他の憲法規定は、そのことを証明している。

法がまるごとそっくり法律と同一視され、また「法の至高性」が「法律の至

高性」と同列におかれるそのような問題設定においては、もしもロシアおよびその他の諸国の哀しむべき歴史的経験がそのような経験の誤りを証明しなかったとすれば、何も異常なことはなかった筈である。

このことについて納得するためには、「ロシア連邦における段階的憲法改革について」と名付けられた1993年9月21日付けのかの悲しくも有名なロシア大統領令（第1400号）を思いおこせば十分である。当時効力を有していた1978年憲法を犯したこの大統領令によって、(1)「ロシア連邦人民代議員大会およびロシア連邦最高会議による立法的、命令的および統制的機能の実現が中断せしめられ」（第1項）；(2)憲法裁判所の活動が停止せしめられ（第10項）；また(3)憲法および通常法は「本大統領令に矛盾しない」部分についてのみ効力を有し続けることが可能とされた（第1項）以上、この大統領令は憲法より上に位置付けられたのであった。

この大統領令が憲法裁判所の判決によって「違憲」とされ、その大統領令の発布と実施の行為それ自体が新聞紙上で「国家転覆（クーデター）」として評価されたのであったがそれにもかかわらず、所与の規範的アクト（大統領令）は公式筋の観点からして法的〔правовой〕であると表明されていた。大統領令が實際上破壊したロシア1978年憲法それ自体は、我が国の新しいイデオログ達によって後になって本質的に「違法」〔неправовой〕であると表明された。

そのような反立憲的歩みの結果は、予期した通り最も悲劇的なものになった。ますます社会における対立が尖鋭化した。1993年の10月3～4日には何百人もの罪なきモスクワの住民の血が流された。

このようにして、法と法律との相関関係ならびに法および法律の至高性に関する問題は理論的のみならず、実践的にもはなはだ重要な問題なのである。

5. 「法律の至高性」原則の次元においてもまた、法の形態あるいは源泉である諸アクトの階層秩序（ヒエラルヒー）の厳格な決定は、劣らず重要であると思われる。諸国の法のピラミッドの頂点には必ず憲法的アクトがあるというのは疑いのないことである。

もしその憲法的アクトが、より正確にはその至高性が、1933年のドイツで起こったように、任意の他の国内的アクト、つまりその至高性によって、たとえば大統領令や政府決定の至高性によってすり替えられるならば、その場合、多くの諸国の歴史的経験が証明しているように、しばしば権威主義あるいは全体主義の出現を引き起こす法的カオスが生じる。

このことを回避するために、大多数の現代国家の憲法では憲法的アクトがすべての他の法的アクトに対してゆるぎない優位性あるいは至高性を有していなければならないということが特に強調されている。

例えば1947年に制定された日本国憲法では、「この憲法は、国の最高法規であって、その条項に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」(第98条)⁽⁸⁾。ロシアの1993年憲法では、憲法が「至高の法的効力を有し」、また「ロシア連邦において採択される法律およびその他の法令はロシア連邦憲法に反してはならない」(第15条第1項)⁽⁹⁾と定められている。

もちろん、すべてこのことは単に憲法的法律の至高性原則の形式的=法理学的〔*формально-юридическое*〕固定であり憲法理論にすぎない。現実の動き、憲法的実践に関していえば、それは全く別物であるといえる。ロシアおよび日本の経験はこのテーゼを裏付けている。

1993年憲法が採択され、このアクト〔すなわち憲法〕の至高性原則の直接的固定〔すなわち憲法の条文において規定が置かれたこと〕の後でさえも、ロシアにおいては従来の通り、憲法に明らかに矛盾し、法的優位性を要求する大統領令および決定が採択され続けている。

日本国憲法について言うならば、その若干の条文の内容において、戦後の採択の瞬間⁽¹⁰⁾から今日にいたるまで、いくつかの国際法条規、特にポツダム宣言や日米安全保障条約の影響があらわれている⁽¹¹⁾。それらはかなりの程度〔特に第9条⁽¹²⁾および第98条〕において日本の主権的権力を制限し、日本国の領土において効力を有するすべてのその他のアクトに対するこの国の憲法的アクトの至高性原則の現実性を疑わしいものになっている。

日本の著名な憲法学者である佐藤幸治は、理論上および実践上の日本国憲法の至高性の関係の間の若干の乖離を強調しつつ、「憲法は国際条約に対する優位性をもたなければならないと語ることと、裁判所は、条約が憲法のあれこれの条文を侵害しているかどうかという問題に判決を下す権利を有し、またこのことをもとにして国内でこの条約を適用すべきかどうかという問題を判断する権利を保有すると主張することは全く別の事柄である」⁽¹³⁾と全く正当にも述べている。

日本国憲法および通常法に対する国際法規の影響の性格および程度について議論もしくは同意するにせよ、しないにせよ、国家の真の主権が必然的にその国の憲法の真の至高性を要求するということは依然として疑いない。事の本質

は、まさにこのことに存するのである。

〈原注〉

- (1) Tuori K. Models of the Rechtsstaat.—Öffentliche oder private Moral? W. Krawietz und Y. Wright (Hrsg). Berlin, 1992, p. p. 451-464.
- (2) Алексеев С. С. Правовое государство—судьба социализма. М., 1988.
- (3) Wade E. Bradeley A. Constitutional law. L., 1968, p. 60.
- (4) 参照：Тихомиров Ю. А. Теория закона. М., 1982；Спасов Б. Закон и его толкование. М., 1986.
- (5) Учебник теории государства и права. Отв. ред. Марченко М. Н., М., 1987. с. 63.
- (6) Социалистическое правовое государство : проблемы и суждения. М., 1989, с. 91.
- (7) Юридический энциклопедический словарь. М., 1984, с. 100.
- (8) Конституция буржуазных государств. М., 1982, с. 262.
- (9) Конституция Российской Федерации. М. ст. 15, 1993, п. 1.
- (10) Tanaka H. (ed.), Smith M. (Assist). The Japanese Legal System. Univ. of Toyko Press. 1984, p.p. 653-658.
- (11) 参照：Kodansha Encyclopedia of Japan. Tokyo, 1983, vol. 7.
- (12) Urata K. Essays on the Peace Constitution.—Waseda Bulletin of Comparative Law. 1992, vol. 11, p.p. 2-21.
- (13) Sato K. The Pursuit of the Principle of international Cooperation in the Constitution of Japan.—The Japanese Annual of international Law. 1993, No. 36, p. 44.

〔渋谷謙次郎（東大法研院生）訳〕

日本における“法律の優位”の現代的問題

首 藤 重 幸

- | | |
|------------------------|----------------|
| はじめに | III 委任命令と法律の優位 |
| I 立憲主義・法治国原理・法治主義・法の支配 | IV 行政規則と法律の優位 |
| II 法律の優位の内容と機能 | V 法律の優位とその回避 |

はじめに

マルチェンコ教授からの手紙によれば、ソビエト時代とその後のロシアでの「法の優位」の原理の実際を、この原理の遵守の重要性を確認しながら分析したいとのことである。マルチェンコ教授の具体的な分析を把握した後で、それと対話が成立しうるレベルでの報告を準備すべきであるが、いまだマルチェンコ教授のレポート内容を聞いていない段階で、私のレポートを準備せざるをえなかった。また、私はロシア公法（学）に対する基礎知識を欠いていることから、研究会において概念的混乱を生じさせることを恐れている。

そこで、私のレポートでは、法の優位の上位概念である法治主義や法の支配をはじめとする、行政法の諸概念を確認しながら、法の優位の原理に関連するであろうと考えられる問題について簡単に言及する（通常は、法の優位の原理とは関連させないで説明される問題も含めている）。

I 立憲主義・法治国原理・法治主義・法の支配

「立憲主義」、「法治国原理」、「法治主義」、「法の支配」の諸概念は、その概念が成立してきた歴史や地域を異にする。行政法学の観点から見ると、次のような側面から区別をすることも有益である。

「立憲主義」は、ドイツにおいて成立する概念であり、特にその後期立憲主義の重要な概念は、国家が国民の財産と自由を制限するためには議会の法律を根拠にしなければならないとするものである。

これに対して、「法治国原理」の概念は、立憲主義の概念を前提としながら、そのうえに裁判所による権利救済制度の設置・完成を強く要請するドイツの概念であったと整理できる。なお、ドイツには「法治主義」という概念は歴史的には存在しない。

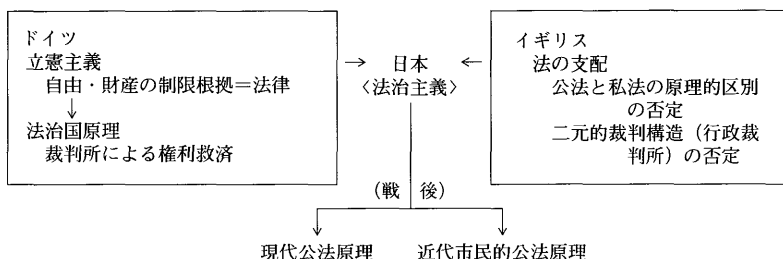
「法治主義」という表現は、日本で成立したものであり、ドイツの立憲主義と法治主義の概念を同時に継受しながら、どちらかといえば立憲主義的内容の方に力点が置かれたものであると考えることが可能である。

「法の支配」の概念は周知のようにイギリスで発展したものであり、法治主義の対極に置かれるものである。とくに、行政活動をコントロールする法律原理や管轄裁判所と、私人の活動に関する法律原理や管轄裁判所を原理的に区別しない点に、法治主義との著しい差異がある。

我が国の戦後行政法学は、「法治主義から法の支配へ!」という目標を共有した。それはまた「行政国家から司法国家へ!」という表現も与えられた。ここでは、周知のように戦前日本における行政権に優越性を認める行政法体系と裁判制度を、戦後の民主主義的憲法に適合する内容をもったものにえてゆくことが目指されたのである。しかし、戦後行政法学は、目指す変化のなかに、戦前の絶対主義的行政法システムを近代市民公法システムにえてゆく課題と、その近代市民公法（行政法）システムの修正としての現代公法（行政法）システムの実現という、部分的には矛盾さえする二つの課題を同時に含まざるを得なかったのである。

近代市民公法（行政法）の課題は、形式的側面からいえば公法原理と私法原理の厳格な峻別を否定し、行政の行為を普通裁判所で再審査しえるシステムの完成ということである。それを実質的側面からいえば、近代市民法常識からして予測可能性を有し得る、そして、人権保障のメカニズムが十分に配慮され組み込まれた行政法の体系や権利救済システムの完成と概括することができよう。

しかし、現代の行政活動においてますます重要性を増している「計画行政」（例：国土開発や都市開発の領域における）、巨大科学施設や先端高度技術の安全性確保のための行政による「安全審査行政」（例：原子力発電所やバイオ・テクノロジーの領域における）などでは、従来の近代市民公法の課題とは



逆に、そこでの行政法の特殊性が確認され、それに相応した特殊現代公法原理と司法審査原理を検討すべきことが要請されている。

さて、現在の我が国の行政活動に対する法律的コントロールの理論は、上記のような複数の外国法思想を継受していることから、現在では法治主義や法の支配という形で表現せず、「法律による行政の原理」という表現を与えられ、そのなかに立憲主義、法治国原理、法治主義、そして法の支配の理論的財産が取り入れられるという構成になっていると考えられる。

II 法律の優位の内容と機能

現在の我が国の行政法テキストは例外なく、「法律による行政の原理」を構成する内容の一つとして、今回、マルチェンコ教授が注目される、「法律の優位」があると指摘している。

法律の優位とは、現在では、行政機関は法律に違反してはならないとの、当然の内容をもつものとして説明される。周知のように、オット・マイヤーは「法律は、法律によるのでなければ廃止されえず、逆に、みずからと抵触するすべてのものを廃止し、あるいはそもそも有効たらしめない」原理として、法律の優位を定義していた。

この、法律の優位は、議会の法律による委任なくして、議会が制定する法律と同じ効力をもつ規範を行政が制定することができた戦前においては重要な意義を有していた。すなわち、この行政が独立に作りうる規範（独立命令）が、議会の法律と矛盾する場合には、議会の法律が優位することを法律の優位の原則は結論付けることになるからである（戦前の我が国の憲法も、この原理を9条但書で認めていた）。議会の法律の委任により行政が作る規範（委任命令）

が、委任の範囲を超えて策定された場合には、その超える部分は無効となるとの結論も、この法律の優位の原理から導くことも可能であろう。

以下では、行政権による規律作業（委任命令のような実質的には法律としての性質を持つものもあれば、行政規則のように法律としての性質を持たないものもある）と法律の優位の関連を検討してゆく。

III 委任命令と法律の優位

行政権が、国民の権利・自由を制限する規範を制定することができるのは、議会の制定する法律の委任がある場合のみである。この国民の権利・自由を制限する行政権により制定される規範は、実質的には法律としての性質を有するが、周知のように議会の制定する法律と区別するために、行政権の制定するような規範は「法規命令」とよばれる。

(1) 委任命令の一般的問題

この法規命令の一種であり、戦後はこの種類の命令しか憲法的に許容されない委任命令をめぐっては、これまでの議論の中心にあったのは以下の点である。

- ①具体的な委任命令が法律の授權の範囲内にあるのか。また、委任命令が授權の範囲を超えないように、法律は授權の目的と範囲をどの程度まで明確にしておく必要があるのか（これが不明確な場合は、授權は無効）。
- ②その委任命令により、再委任の許容性が法律に明示されていなくとも、さらに再委任ができるのか。

(2) 委任命令の現代的問題

しかし、現代においては、委任命令の制定につき、以下のような点が検討課題として指摘されている。

- ③議会法律による授權を受けて作成された委任命令が、議会の同意が再度なければ効力を生じ得ないとすべき行政法領域があるのではないか。
- ④委任命令の策定手続についての一般的な手続法律が必要ではないか。一般的でなくとも、法律による個別の授權規定のなかで、特定のグループへのヒアリングなどを義務付けるべき場合があるのではないか。

以上のような③と④の問題は、採用すべき法政策についての国民の意見対立

が激しく、しかも国民の生命・安全に重大な影響のある行政法領域で議論されているものである。たとえば、ドイツでは、環境法の領域における行政権による立法（委任命令）につき、上記の議会の同意や関係団体のヒアリングを義務付ける法律が存在している。

IV 行政規則と法律の優位

(1) 行政規則と高度の科学的専門判断

税理士が納税の代理行為を行う場合、税務通達以外の定めを見ることはほとんどないし、また、税務通達を見ることなしには、この代理行為を適切に実行することはできない。この税務通達は行政規則とよばれ、租税法律の適用に対する全国の税務職員の取扱いを統一するために作成する行政内部的なものであり、これ自体は国民の権利・自由になんら影響を与えるものでない。もちろん、これらは委任命令ではありえない。

法律は多義的な文言を使用しており、また特に法律により裁量権が行政に賦与されている場合、法律の平等な統一的運用を確保するためには、それらの統一的運用基準を行政内部で作成しておくことが不可欠である。もし、この内部基準が法律規定の解釈として誤っていた場合、この過誤は最終的には裁判所による正しい解釈によって是正されることが予定されている。

しかし、最近、行政が作成した内部基準たる行政規則に対する、裁判所の違法性審査を制限しようとする傾向が存在する。たしかに、法律に定められている行政庁の許可要件の解釈について裁量の範囲が広くあり、高度の科学的専門的判断が要求される場合、この行政庁の許可事務の統一的運用のために作成された内部基準の違法性を、裁判官が行政庁と同等の立場で審査することは容易ではない。しかも、科学研究の進歩は早く、許可要件を議会での固定的（静態的）な規律のもとに置くことが、そのときどきでの科学の最新の研究成果によって許可の運用がなされるべきことが要請される領域では、不適切な場合もある。このようなときには、科学の進歩に積極的（動態的）に対応するべく、許可要件の具体的な基準の作成を行政にまかせることも不合理ではない。しかし、行政にまかせるためには、二、三の前提問題を検討しておく必要がある。

（2）行政権固有の規制権限

現在、たとえば高度の科学技術的専門知識を必要とする許可に必要な、具体的な基準の作成権限は、行政権に固有の規律権限であるとの議論が有力に展開されている。この議論は、直接的には、この行政に固有な規律権限領域で作成された内部基準は、原則として司法統制にのもに置かれなとの結論を導くための前提として機能している。すなわち、この領域では、行政権と司法権は対等であり、行政の活動が前提なく裁判所の審査のもに置かれるのではないとするのである。この議論は、自らの主張の正当根拠として、憲法において立法権と行政権と司法権がそれぞれ独立したものとして認められており、しかも、行政権のトップは選挙による選出という民主的正当性を与えられている、とのことを強調する。

しかし、この行政権の民主的正当性が、ある行政法領域での許可につき大きな裁量権を行政に付与し、その許可事務に不可欠な内部基準を裁判所による審査の対象にしないという結論を直接に導くことはできない。このことが安易に認められるならば、それは我が国の戦後行政法学が目指してきた公法（行政法）の近代市民法化の努力を否定するものになりかねない。裁量権の付与や裁判所による審査権の制限は、まず、その基本的容認が議会の法律で明示されなければならない。行政権の憲法構造論的正当性が強調される場合にも、立法権の優位が絶対の前提とされなければならない。この立法権の優位こそは、憲法構造論においても最も上位に位置する統治機構原理である。

原子力発電所の安全審査につき、法律レベルでの規律密度を緩和し、裁判所による審査も制限するという意味で、その安全審査権限を行政権に分配するのが合目的であるとしても、その権限分配の合目的性が議会（法律）により確認されなければならない（この確認の証拠として、裁量規定の存在のみで良いとするのは妥当でないであろう）。

以上のような観点からは、委任命令と同じく、行政規則の規定内容についても議会の同意が必要な領域があるものと思われる。

（3）行政規則の作成手続

許可につき高度の専門知識が必要とされるような領域で、許可申請人自身や許可により影響を受ける国民にとって、その許可に対しての行政内部での実施基準がどのように作成されるかが極めて重要である。この内部基準たる行政規

則は、行政事務の平等で統一的な運用を確保するために公務員に対してのみ内部的に作成されたものと説明されるが、実際には国民の権利・自由の範囲に直接的影響を与えるものである。しかも、この行政規則が原則として裁判所の審査対象にならないとされる領域においては、まさしく国民の権利・自由の限界付けにとって決定的な存在となるものである。

それゆえ、法律を施行するために必要な内部基準作成を行政に任せ、しかも裁判所による内部基準の違法審査を制限するとのシステムが許容されるためには、次のような手続的前提が不可欠であろう（巨大科学技術施設の設置に関する安全確保のための許可手続に必要な内部的審査基準を例にする）。

- ①安全審査行政庁の独立（施設建設推進官庁からの分離）
- ②安全審査行政庁のなかに、内部的審査基準案の作成のために専門家によって構成される助言機関の設置
- ③助言機関の基準案の答申と公表
- ④公表された基準案への意見・批判を踏まえた安全審査行政庁による内部的審査基準の決定と公表
- ⑤助言機関の組織・運営の公平性の確保

例：構成メンバーの所属組織の割合、代理出席の禁止、許可申請者との接触禁止、定期的な基準の見直し義務など

以上のような手続的前提のもとで作成される内部的基準たる行政規則であれば、その基準作成権限を行政に付与し、しかも裁判所に統制の制限が語られる最低限の資格が与えられることになろう。

我が国の現状は、このような議論の前提ぬきで、高度科学技術施設の設置許可における許可基準に対して、裁判所の審査権の制限を主張する判例や学説が増大しつつある。

V 法律の優位とその回避

つぎのような現象は、行政は法律に違反してはならないとする法律の優位の原理を回避するものとしての位置付けも可能であると思われる。

納税者の申告・納付した税額が法律に違反して少ない場合の対応としては、納税者自らの申告額修正（修正申告）と税務行政庁による強制的申告額は正（更正）の二つの方法を法律は規定している。後者の行政権限の発動については、法律は厳格な手続を要求しているし、税額をめぐる裁判になれば税務行

政庁が強制的に是正した証拠を示さなければならない。このような手続上や裁判上の困難を回避するために、明確な証拠を発見できないが申告税額が少ないと考える税務行政庁は、指導に応じなければ徹底した税務調査をするとのポーズを示しながら、納税者自らの申告額修正を強力に要請・指導（＝行政指導）する場合がある。強い指導があったとはいえ、結局は納税者が指導に合意したことから、その後に自らのした申告額の修正の取消は困難である。

このような現象における行政の行為は法律に違反していないとはいえ、法律が予定している行為形式の発動を適法に実施できない恐れの高い場合、もしくは、発動については行政庁にとって負担となる事前手続や行政調査が必要である場合に、その危険性や負担を回避しながらも当初の行政目的を達成している点で、法律の優位の原則を回避するものとの評価も可能である。この点から、行政指導による、いわば法律の優位の回避ともいふべき現象に対しては、その回避を制約する立法的対応が必要である（この立法的対応の一つとして、行政手続法は大きな機能を発揮すると思われる）。