

# 土地収用に関する一考察

—— 土地法序説(2) ——

松 村 晴 路

## Legal Problems on the Land(2)

Seiji Matsumura

In the preceding paragraph I noted about the proposal of freezing of the price of land and now I consider about these followings.

- 1) The land is no the merchandise but one part of the earth and the common property of human-beings.
- 2) Therefore, the land is not the object of the right of property in the modern society but the natural phenomenon in the previous modern society. It does not fall under "Right of property"-Article 29 of the Constitution of Japan.
- 3) The expropriation of land and several kinds of limited regulation are not against Article 29 of the Constitution of Japan, but lawful.
- 4) Supposing the above, the law of expropriation of land will be enlarged and strengthened in the future, and it must be enforced not on "Public Welfare" of the possessor of the right of expropriation of land but on "Public Welfare", "Participation" and "Opinion" of the non-possessor and inhabitants around there.

### 一、序

我が国の土地所有権の確立は、明治5年の太政官布告第50号による「地所永代売買ノ解禁」の布告によって確立されたと言える。(註1)そして、地租改正、旧民法の所有権の保障(旧民法30条)、明治憲法における所有権不可侵の原則(大日本帝国憲法27条)を経て、明治31年公布の民法(いわゆる明治民法)の中で、民法典論争を経て、土地所有権の絶対性が確立された。(註2)

その変革については、色々な見方が可能であろうし、欧米の近代化とは比較し得ない所の我が国特有の風土と背景もある。しかし、徳川時代→封建社会の身分、階級、藩主の全面支配の社会制度からの解放は、一方では、身分的解放であり、他方では、財産的解放であり、特に、土地所有権の解放こそが、近代社会成立の要件であり、人間の自由、平等の保障→近代社会←近代憲法の成立→近代民法の成立、その流れが、フランス革命の如き(フランス人権宣言→自由、所有権、安全、圧制への抵抗として、人々の有する自然権の獲得への闘争であった)を得る方法もであろうし、我が国の如く(明治維新後の諸改革も、第二次大戦後の諸改革も)、政府や官僚や占領軍の手を借りての近代化の方法(そ

こに、不充分さもあるし、恩恵的なものもあるし、権利意識の未熟さもある）もある。ともかく、土地所有権（農耕中心の我が国における財産の主要は土地であり、財産権とは土地所有権でもある）の保障が、契約の自由と過失責任の原則と並んで、近代社会における個人の解放での三原則として確立した。

しかしながら、土地所有権の絶対性という必要以上の尊重思想が、資本制経済秩序下における社会生活関係において、財産的強者と弱者（例、土地利用権者）の間に不平等を生み、更に、都市構造、農村構造の上には、正常な発展をゆがつつ、殊に、最近の土地（宅地）政策の上にも、現代社会における人々の生活権、生存権への侵害にもなって現われていると言えよう。

本稿において分析せんとする土地収用の諸手続の上にも、前述の諸要因が重なり合っている様である。ここでは、土地収用の序論を再確認して、土地収用の本質、土地所有権の本質、収用手続における基本的構えを試論して、土地収用法上の問題点を提起し、各論についての分析は他日に稿を改めたい。

（註1）大審院判大7・5・26民録24「明治5年太政官布告第五十号ヲ以テ地所ノ永代売買ノ禁ヲ解キ其売買所持ヲ許シタルハ土地ハ国ノ所有ニシテ人民ハ土地ノ所有権ヲ有セス唯其使用収益ヲ有スルニ過キサリシヲ改メ人民ニ土地ノ所有権ヲ附与シ従来有シタル其使用収益権ヲ以テ所有権ト為シタル旨趣ナリトス」と判示し、明治初年以前から土地所有権は存在していたのではない。確かに、現実の土地（山地、農地、田畑）の利用は存在していたか、または、管理していた実態はあった。しかし、近代社会、近代憲法、近代法上の権利としての確立は、明治5年の地券制度（大蔵省第25号通達―地所譲渡ニ付地券渡方規則―）、そして、登記制度へ移し（明治19年、旧登記法→明治32年、不動産登記法）、公示制度と言う法技術を完備して行く。

上記の変遷は、明治初期の近代化の過程と言う未分化社を背景にして行なわれた故に、第一には、登記簿上の地目、地積と実際上の形態に差異が多く見られた事（事例では、山林の場合、登記簿より実測は10倍～20倍のケース）、第二には、徳川時代までの利用、所有形態の未分化の状態を、ローマ法を継受したフランス民法の所有権概念で確立せしめて、私的土地所有権の絶対性を保障したこと、及び、その当時の「利用権、用益権」が弱く決められた点、更に、権利意識の高低の差が、地主的所有権を優遇し、山林の場合には、例えば、四国地方には、国有林（営林署）が大半を占め、奈良～三重県地方には、私的所有→山林地主が多く、または、区有、部落有、村有と言う共有林（国有林）か、その上に、共有地上権、入会権の地位が認められている点を比較して、明治初期の権利意識の強弱も、所有権取得への可否を示している。

その後、土地税の為、もう一度土地集中への変化が見られるが、何れにしても、上記の諸変遷と不充分さが、今日における土地政策の貧困と不充分さの遠因を為していると言えよう。

（註2）拙稿、土地に関する法律上の諸問題（前号）参照の事。

## 二、問題の所在

我が国の土地収用の歴史は、明治5年の地券渡方規則制定の際、同規則15条～40条を加えて「総テ人民所持ノ地所従来御用ノ節ハ地券ニ記セル代価ヲ以テ御買上可相成事。但家作等有之地所上地ノ儀ハ必ス持主承諾ノ上タルヘシ尤世上一般利益ノ為ニ御用相成候節ハ券面通りノ代金及ヒ其建物等ニ応シ相当ノ手当差遣シ上地可申付事」（20条）と規定し、次いで、明治8年大政官通達第132号で、公用土地買上規則を定め、上記の20条を廃止した。次に、明治22年の帝国憲法27条で、「日本臣民ハ其ノ所有権ヲ侵サル、コトナシ 公益ノ為ニ必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」と規定し、同年7月法律第19号で「土地収用法」を制定し、明治33年3月法律第29号で新土地収用法を制定し、今日の現行法は、昭和26年法の「土地収用法」を改正しつつ、今日に至った。（註1）

土地収用に基づく戦後の歴史は、①ダム建設（電力の再建）→②道路、鉄道の拡充（交通網の整備）→③都市計画に基づく開発事業等の流れは、日本の戦後の発展と流れと同一歩調を取っている事であり、④反面、それに伴う住民運動、生活権、環境権等の現代社会での公害の、いわゆるマイナス面も、土地収用の本質の中から再検討をせまられていると言えよう。そこには、土地収用と公共性、土地所有権の限界の有無、補償の内容、被収用者側の範囲の拡大化等の具体的問題、収用手続上の過程における所の土地収用法自身の手続面での再検討も出て来る。

殊に、収用者と被収用者との間の合意の在り方については、今後の最大の課題ともなる。被収用者及び周辺住民にとっては、公益上の必要性は理論上は存在しても、今までの生活上の基本的基礎または今後の生活上の不安定もあり、突然にして「収奪」「災難」とも言える？事実の発生でもある。

人類が、地球上に存在して、50万年乃至150万年以前から生活していて、狩猟、放畜、農耕の時代になっても、自然との関係においても一定のルール、慣行上の限界があったと考えられるし、ローマ法時代の古代都市においては、すでに土地所有関係では一定の調整が存在していた。

しかし、後述する如く、土地所有権としての権利の相互調節、権利制限は、いわゆる近代社会（近代憲法制定後の）における所の「所有権、財産権」の絶対性の確立以後において、社会共同生活全般の利益のため→即ち公共の福祉、公益上の理由から、私的利益の制約との関係において、いわゆる土地収用法の問題が提出されて来る訳である。

土地政策（殊に、産業革命後の都市への人口の移動は、一方では、都市計画上からの土地利用調整、他方では、農村の利用、所有の近代化からの立法化として）について、最も早いと言われた英国ですら、まだ50年の歴史しか有していない。1909年の住宅都市計画法（The Housing Town Planning and Act）で、都市における土地利用面での用途混在の防止、公共施設用地の指定等を決め、更に、1932年の都市・農村計画法（Town and Country Planning）へと拡張せしめた。そこには、近代社会成立後の社会共同生活の調和ある向上のためには、国や地方公共団体の行政面において、一定の都市計画権限（Planning power）を与えて、土地所有・利用面に一定の介入、収用、規整を加えた事である。（註2）

そして、その流れは、各国においても見られつつ、「総合的土地利用計画（部分的、断片的開発では、むしろ、混乱する）」の下に、あらゆる詳細な計画を必要とする訳であり、殊に、特定の公共事業はともかくとして、都市、農村、全体の計画に着手しはじめたのは、やっと10年来と言う日本の現状の中では、立法化もまだ不十分な面もある。

そこには、土地所有者、住民の生活様式の上に大きな変化、侵害が被収用者側には存在する。土地改造、利用計画（一方では、破壊行為の危険可能性もある）と言う、現代都市計画、農村計画が必要であっても、その為は何人も不当な不利益な侵害を受けてはならないし、また、その様な危険な側面もある。

その為には、計画案の公開、計画過程での住民意思の参加、住民自らの主体性の中に、土地収用をも含めて、利用計画の実施、新しい地域造りが為されなければ、もう、収用者側や、計画立案の行政側のみでは、不可能であるとも考えられる。これは、我が国の収用手続（後述）の中に、新しい課題

の提起ともなるであろう。

昭和50年2月17日付朝日新聞は、英国マンチェスター市の「住民参加の都市再開発」と題して、次の様に報じている。

「イングランド北西の主要都市マンチェスター（約54万人）を中心に広がる「大マンチェスター圏」10区域の百万家庭に、昨年暮れから今年にかけて配られた8ページの新聞である。いま、マンチェスター市役所はじめ周辺の役所には、住民たちの「都市再開発についての意見書」がどっと届けられている。

この新聞、市民運動の機関紙ではない。市役所の広報紙である。これから10年、20年先の都市再開発の計画をつくるのに、まず青写真づくりの段階から、大マンチェスター圏に住む約270万住民の知恵を求めたのである。「住民参加の都市再開発」であり、地方自治制度に長い歴史を持つ英国でも画期的なことなのだ。

都市計画事業への住民参加、実は英国では法律で義務づけられている。だが、その法律改正が実現したのが1971年の事。「環境保全、生活条件の向上のためには都市開発に住民参加が絶対必要」との「スケフントン報告」が69年に発表され、都市計画事業の肝心の段階では、必ず住民全員にその見解を発表する機会を与えることが、国にも地方自治体にも義務づけられた。

しかし、法律改正から4年たっても、英国全人口の1割が集中するロンドン首都圏のように、人口移動が激しく、交通事情、公害、スラム問題が複雑にからむ地域では、なかなか「住民参加」の先鞭がつけられない。そこで大都市のトップをきって、マンチェスターで壮大な住民参加の実践が始まったわけだ。

その段取りは、まず今春に住民からの意見をまとめた報告書が発表され、それをもとに年末に第一次都市再開発案ができる。その後、76年初めに希望者の中から選ばれた2,000人にインタビューを行ったあと、再び全家庭に意見を求める。そして同年末に最終的な住民の見解をまとめ、もう一度全家庭に知らせ、最終決定にこぎつける予定である。

この都市再開発計画は、住宅地域と工業地帯の割り振り、道路・鉄道の路線決定、公園用地の維持など都市機能の根幹を形づくる計画で「ストラクチャープラン」と呼ばれ、最終的には英政府環境省の認可を必要とする。しかし、政府も住民の意思を頭から否定はできないし、都市計画の大ワクが定まったあと、あの町、この町の、つまり「ローカル・プラン」については、政府は口を出さないで、完全に住民と地方自治体の協議にまかせることになっている。

英国は、議会制民主主義を世界で最も早く確立した国である。それが、いま欧州共同体(EC)加盟継続の是非をめぐって初の国民投票実施に踏み切った。そして同時に、都市再開発への住民参加を法律改正で義務づけ、マンチェスターを皮切りに全国に広がりつつある。静かな形をとりながら、着実にすすみつつある英国の、国民、住民の政策、計画決定への直接参加の動きは、この国に留学する西欧や米国などの研究家たちにとっても重要な分析の対象になってきている。

それは、土地収用において、事業認定時から裁決の期間に、嘗ての様にスムーズに短期間に行くと言う状態ではなく、むしろ、その一つ一つに慎重性と収用される側の充分の配慮と納得と実に住民

側の意思表示による参加と反映を必要として、地域全体の中においてその収用地の意義も考えつつ、且つ、早急に急激な変化、改造でなく、長い年月をかけて実施して行く事への方向を示唆している。

我が国においても、漸次、長期化しつつあるし、反対運動の意味も考えて行かなければ公用収用の方途には、一つの壁が存在している事を認識しなければならない（例えば、建設省総務課調べ。昭和44年は平均176日。昭和45年は平均421日→最長785日。昭和46年以後は発表なし）。

（註1） 渡辺宗太郎，土地収用法論，P. 3 以下。

（註2） 成田頼明 都市計画法，P. 16以下。

### 三、土地所有権の公共性

所有権（殊に、土地所有権）変遷の歴史は、将に、封建社会→近代社会→現代社会への変遷の歴史と共にあると言って良い。

封建社会の打破は、財産権（所有権）の保障の確立と自由の原則であり、近代社会から現代社会への変革は、私的所有権の「社会的所有権」としての思想の流れであり、土地所有権の社会性の理論の確立と宣言が、現代土地政策の基本的構えでなくてはならない。我が国における「公共の福祉」「権利濫用」論の台頭と「宇奈月温泉事件」や「信玄公旗掛松事件」等の中から、「権利行使には悪はない」と言う自由の制限と「公共の福祉」への積極性が意義づけられた（民法1条）。

#### 1）財産権と土地所有権の流れ

近代社会の定立は、近代憲法の制定をも意味する。明治憲法27条は「日本臣民ハ其ノ所有権ヲ侵サルルコトナシ。公益ノ為必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」と規定し、所有権不可侵の原則を宣言した事は疑いない。時代的には、ヴァージニア権利章典（1776年）、フランス人権宣言（1789年）と同じ様な形式を有しつつ、内容的には、地券交付、所有権の私的所有等の諸改革は、国民大衆の自由獲得の運動の成果ではなく（同じ事は、第二次大戦後の憲法を始め、農地改革等の諸改革も同じく）、我が国独得の行政主体側（または、明治維新の際のフランス民法等を始め、各国法典の移行によって。戦後は、マッカーサ元帥を通じての米国の諸制度の移行によって）の改革によって実行されたと言う現象がある。そこには、二つの問題点があった。

第一点は、所有権（財産権）の保障こそ、近代法の三原則の一つであり、個人の解放、自由の保障であるが、「上」からの改革は、同時に、旧法時代に見られた緊急命令、独立命等での制限と行政裁判所の独立での制限があり、今日までの、土地収用の方法においても、常に行政側の手中（職権主義）の中での認識にあったか、または、その流れがある。

第二点は、近代化の確立→明治社会の体制化が「上」からのものであったと言う事の反面には、国民全体の権利意識の未分化（むしろ、美俗として当然でもあったから）からの権利獲得への闘争や運動が全般的でなかった上での土地所有権の確立は、地主所有権の確立ともなり、土地利用権の地位の劣悪化ともなり、それと共に同時に、所有権絶対性の思想（明治憲法27条、日本国憲法29条、民法206条、207条）の定着もあって、二律背反的な矛盾にも似た二面意識がある。それが、今日まで、一方では、土地所有権を最高の財産としての所有、自由、利益を意図する考えと、土地収用時の利用

権保護への十分な配慮を示さなかった弱点として現われていると言えよう。

## 2) 憲法と土地所有権との関係

第一に、新旧両憲法の「所有権・財産権」に関する差異は、次の諸点にある。

①封建社会を打破して、個人の解放、人間の自由とは、今までの領主、藩主、または荘園体制の支配からの脱皮であり、大部分は、領主の附属物としての生産用具に過ぎなかった生活関係から、自己の自由になる物の所有の自由こそ、近代化への途でもあった故に、所有権（重要な財産権を言えば、所有権が全てとも言えるから）の「不可侵の原則」が、旧憲法27条で保障されたと言えよう。

②近代社会の形成と発展は、所有権以外にも、多くの重要な財産を生み出し、例えば、金銭債権、株券、工業所有権または無体財産権の如く、むしろ、金融、取引において、単なる静的所有権より重要な財産すら出現した時、旧法における所の、財産とは所有権なり、から→全ての財産的権利の保障として、29条の「財産権」となった。

共に不可侵性の原則を定めたものである。

③第Ⅰ項の不可侵性の原則に対して、第Ⅱ項は、公共のために私的所有権（または、私的財産権）の制限を定めている（13条参照）。共に、18Cから19Cにかけての各国の共通権の如く、権利宣言等の確立と共に、それはまた、公益のために積極的内容のものでなければならないとした。しかしながら、明治憲法の公益が、特定資本や緊急命令、独立命令等の公法上、行政上からの使用、制限、収用を第Ⅱ項に求めた反省もあるが、近代所有権思想の流れは、その絶対制の制限の形として、私権（所有権）の社会性、公共性の中にこそ、権利の実質性が存在するものとした。

④第Ⅲ項の正当補償→完全な補償、妥当な補償、相当な補償を、私有財産の代替として、その衡平性からの原則であり、明治憲法の補償、司法裁判所の救済での制限等の如く不十分であった所に（補償規定がなくても、第Ⅰ項からの反射的解釈から、補償をしないと言う意味ではないが、少なくとも、「国家は悪事を為さず」の思想の流れはあった）、両憲法上の差異は、国民側から見れば、救済への措置への強弱はあったと言える（後述）。

第二に、以上を前提にして、憲法29条と土地所有権との関係を考察して見たい。

憲法29条にも言う財産権の意味と範囲は、「法定財産」の意味である。

①私権の内容の一分類として、財産権と非財産権（例、人格権）とに通常は分けられ、財産権とは、物、動産と不動産と無体財産、物権と債権の如く、生活上での価値ある対象物を内容とする。

法定財産の意味は、封建社会を打破して、近代社会への転換以後において、「近代社会構造」の中において、一定の物に、精神的、技術的に加工し、創造し、創作した所の価値物であって、封建社会において、または、前近代社会において、そのまま存在した所の「自然物」とは異なる。前者を（近代社会における）「法定財産」と言い、後者を（前近代社会における）「自然財産」と言い、憲法29条に保障する所の財産権とは、前者の「法定財産」を意味している訳である。（註1）

②憲法とは、（国の根本法であり、法の法であると言う側面から言えば、封建社会においても、古代国家においても存在し得た）一般には、近代憲法としての要件（国民参政権、人権の保障、権力分立の三つの要件、→更には、現代憲法としての要件＝生存権の保障）を具備して、「憲法」としての認

識を有する訳である。

それ故に、近代憲法下において（我が国は、少なくとも明治以後には、不十分ながらも、近代社会会としての体制はあった訳であり）、保障する権利（私権）内容は、やはり、近代社会の中で堪え得る資格内容でなければならない。

それ故に、憲法29条における所の財産権の内容も、近代社会以後における「価値物」→少なくとも、意思表示、精神作用、技術作用等の加味された所の融合物、商品、加工物、精神物（権利）のみが、近代憲法の中で、近代社会を営む国民全般の中で、嘗ての封建社会における非所有と侵害に対しての反省として、保障された訳である。（註1）

逆に言うならば、憲法29条に言う所の財産権の保障には、「自然財産」の保障規定ではないことになる。

③自然財産とは、封建社会（または、前近代社会）において存在した財産または物体を言い、いわゆる近代社会以後に言う所の財産の範囲外、範囲以前の物である。自然状態のままの存在であり、精神作用、技術作用の網の目をくぐりぬけた所の「近代的財産」「商品」「権利」とは異なる。憲法が、近代憲法または現代憲法としての存在であるならば、その保障（義務）と規定の対象も、近代社会において産み出された「財産」のみが対象であり、封建社会下において認められ、存在し得た所の「権利」や「財産」や「所有」は、近代社会においては、「消滅」か「制限」の適用となる。

「自然財産」とは、物においては、土地と水と空気であり、近代化への諸制度（例、家族制度）の改革と共に、近代社会における「財産権」一般と区別して考察しなければならない。

それ故に、財産権の保障は、当然に土地所有権の保障をも含まないし、明治以後の土地対策が、地主所有権を特定資本、産業資本、国営に基づく所の産業発展と結合して存在せしめた点、その為の土地利用権者（小作人、借地人等の如く、現実の生存権者の地位の劣悪）の地位よりも、強大な地位と権限を有し、それ等の歴史的解明も区別もなされず、土地所有権をも含めて（むしろ、土地所有権こそ絶対の財産であると言う意識化の中で）、所有権、財産権の保障と不可侵の原則の中に、今日まで混同し、至ったと言っても過言ではない。

但し、土地も水も空気も、現代社会における重要課題の一つにはなる。それは、土地や水や空気を伝って、例えば悪臭、汚水、自然破壊の如き方法で、他方の生活権の侵害となる場合に、その行為に対して、差止請求権、損害賠償請求権としての発生となる。それは、今までの私権の内容を、①人格権、②身分権、③社員権、④財産権の上に更に、⑤生活権と分類されて来る。⑤生活権は、人間生活を営む上での精神的、物質的なものが有機的に融合、結合されて生活上の具体的権利となりたるものを言い、私権内容の拡大ともなり、憲法25条以下の社会権、生存権としての基本的人権の内容ともなり得て、憲法29条に言う財産権の内容の拡大として、且つ、その侵害として、とらえても良い。例えば、環境権、日照権の如く、空気、太陽、緑への人間の欲求、逆に公害、私害、心害等によって生活上への侵害に対する保護を生活権として認めて行くことである。従来の個々の固定的権利内容からの拡大と各部分一つ一つは小さくて問題化しない状態が結合して、それを生活権として、とらえて行く事によって、民法の今日的意義の一つでもある。例えば、排気ガス、臭気、騒音、情報、物価等に至

るまで、現代社会の中からの異常部分に対する生活権としての抵抗をも含める。(拙著、事例民法概説(上)、P.43以下)。

第三に、以上の点から、土地所有権は、前近代的体制の残滓であり、ましてや、土地所有権の絶対性(不可侵性、行使の自由性、利用権に対する優越性)の思想は、社会の近代化は勿論、現代化の中には、到底相容れる事の出来ない幻想である。今日までの土地政策の抜本的立法化が出来ない原因は、所有権思想が前近代的、封建的認識の中に、国民全体が落ちこんでいる点に、気がいつていないと言う点であり、私有財産制の保障の中に、土地所有権も、「近代的意味」としての財産、商品としての混同にあると言えよう。

①私的所有財産は、近代社会成立後に、産み出された物であるが故に、「近代憲法」の成立の中に、近代社会生活関係を支える基礎の一つとして是認される。前述した如く、人間の精神作用の中から産み出した所の著作権、特許権、実用新案権、意匠権、商標権、更には、企業生活関係における所の商号権、社員権、株主権、手形小切手上的の権利も更に一般生活関係上の一般動産、不動産、預貯金、債権等も全て、「近代社会」の中での労働や工夫や加工や技術の中から創り出された「財産権」であり、自然財産とは異なる。

それはまた、同時に、社会生活関係における「需要と供給」の原則の中に、人件費、原料費、新商品への欲望、便利性、生産過程の難易等から、価値の上下の変動もあり得るであろうし、契約、取引上の網の目をくぐって商品として提出される。

にも拘らず、土地自体は(水も空気も同じく、但し、土地造成、水道、きれいな空気に対する環境権としての独自の財産権的私権等は一応、近代社会の技術や価値をくぐっての物であり、今日的課題の一つとして、別の視点から考察はされる)、自然財産の一つであり、自然放置しておいても全く、人工的工夫を加えなくても、例えば、昭和48年度は、前年度30.9%、昭和49年度は、同じく32.4%の地価上昇を見ている事。また、今回の国土利用計画法における「消費物価」に対応しての10%の上昇許容を認めている事も(同法10条)、一般「物価」の変動要因と自然放置の土地物価との混同でもある。30%前後の上昇を放置した点への無策の原因もさる事ながら、そのブレーキとしての国土法には、一つの意義は存在するが、上昇10%の許容には、やはり疑問が残る、再検討の余地がある。土地は、一般物価とは、比較すべきではないし、商品(法定財産)ではなく、自然財産であり、地価の凍結、安定が原則でなければならない点は、前号で述べた。(註2)

②以上の点から、理論的には、土地の私的所有権を否定する事は可能であり、全ての土地を公有、国有化する事も理論上は許されるとなる。勿論、憲法29条の「財産権」の保障とは、並存可能であり(この場合の財産権は、前述した如く、近代的財産権→即ち、「法定財産」を指すものであり、土地は、自然財産であって、憲法29条に言う所の「財産権」ではない)、その意味での「近代的私的財産権または所有権」は、現行憲法で保障されており、その財産権も「公共の福祉」の中での限界と公的積極性を第II項で定め、用いられる訳である。

土地所有権は、封建的、前近代的財産であるから、理論上は否定することは可能であるとする私見の背景には、一つの提言がある。それは、土地所有権の強化、絶対性でなく、土地利用権、用益権の



強化をすれば、または、土地の現実の利用権者を保護して行けば、土地所有権否定についても、大した困乱は生じないし、資本や企業や地主等の優越的土地独占の傾向をなくし、国民一般の多数の人々の中に「土地」が存在することにもなるし、現代的意味での生活権、生存権の保障にもなる。

例えば、(1)自己の土地所有の上に、自ら家等の工作物を所有していたり、農耕等のために利用している場合には、その土地所有権の保護でなくて、その利用権を保護して行けば良いし、自己所有の土地を他人に使用、用益をさせている場合は、その利用権を保護し、土地所有権は、地代徴収権として債権で良く、且つ、地代額も「利息制限法」と同じ方法で、「地代家賃制限法」(預貯金等と同額、同率で統一する)に服せしめて良いし、(3)自己所有の土地をそのまま放置しているか、積極的に利用していない場合には、高率の保有税か、利用を欲し、必要とする者に設定権を与えるか、土地収用に基づいて強制買収(買収費は、固定資産評価額で良い)するを至当とする。

即ち、土地所有権絶対の保障でなくして、土地利用権中心の法構成を為すことであり、土地所有権を「財産」とか「商品」と見ない国民意識こそ、現代社会における。且つ、全ての物価の基礎としても必要であり、後述の土地収用上の諸問題の背景でもあろう。

③土地国有論は、以上から資本主義体制下でも可能であり、社会主義または共産主義体制下特有の法理ではない。現在の資本制経済秩序下においては、憲法29条に言う「財産権→近代的網の目を通した財産権、所有権」の保障の下に、一定の社会生活秩序を営んで居り、自然的財産とも言える所の土地の私的所有は理論的には区別され得る。

現実問題として、土地の国有化の是非、可否は、法理論上の問題でなく、経済政策上の問題である。法理論上は可能であっても、現実の政策の中で困乱が生じるならば、敢えて土地の国有化を実施しなくても、一定の目的は達し得る。即ち、土地の私的所有を認めても、その上に合理的規制を行なうことによって可能である。その主たる目的は、「地価安定」「高騰地価」を、平均サラリーマンの収入の可能範囲まで引き下げて宅地の取得を可能にすること、「その土地の供給」をも可能にすること、「土地利用権」こそ土地の上の最大の権利者であり、土地所有権の地位を従たる権利化にする事等が、現在の土地政策の主目的であり、中心課題であらう。

資本主義経済秩序下の中での社会化を実現する法理論として「制度的保障の理論」がある。

所有権制度は、身体的自由や思想の自由の保障の如き、自然法的保障(人間の目とか鼻との如く、身体の一部の如き人権は、持って生まれたものであり、人間固有の人権なりと考えて良い)とは異なり、憲法によって保障された制度であるとする。逆に言うと、法律による所有権の完全な制限は許されない。即ち、憲法を変えなければ私有財産制度の廃止は出来ないと言う理論である。わが国の憲法学者の多くは、憲法29条の前提に「制度的保障」理論に立っていると考えられる。(例、宮沢俊義、憲法Ⅱ、法律学全集4、P.391以下。清宮四郎、全訂憲法要論、P.122以下。橋本公亘、憲法原論(新版)、P.240以下。山下健次、所有権の保障と制度保障の理論、立命館法学41号)。

しかしながら、上記の理論は、基本的人権全般を12条、13条の「公共の福祉」で留保はしているが、財産権の29条の「公共の福祉」は、更に制約を認めているとは言え、財産権の保障規定ではある。

そして、私見は前述した如く、土地所有権は、本条に言う「財産権→近代社会において産み出され

た財産権→法定財産権」とは異なる所の、前近代的財産→自然財産であり、憲法29条の財産権とは異なるのではないかと試論して来た。それ故に、土地国有化も理論上は可能であるとした。

しかし、一方現実政策上で、土地国有の是非を検討して見ても良い。例えば、国有化した時の土地管理者として、国及び地方公共団体の窓口で充分の利用管理が可能か、非能率化しないか、個人所有時の時と同じ様に、細部まで目がとどくのか、利用、変動、用途の切り換え等を適正に出来得るのか、官僚方式、非能率、放置、無責任、現状無視等からの不合理、不便性も出て来る。

更に、自然財産であるから、憲法29条の正当補償にも該当しない故に、無償収用で可能であるが、土地の上に一定の加工、例えば造成、堤防、排水施設等の費用は、近代社会以後の「加工費」「買取請求権」等の評価、既成利用権との調整、土地取得費はどうするか等について、無償収用でも現実には困乱が生じるであろうし、一定の査定の下に収用しても、多大の資金（一方では、不労所得ともなり）を必要とし、不可能にも近い。

本稿は、土地収用上の問題点の前提として、前述の如く、土地所有権の性質を私なりに分析を試みた訳で、上述の土地の公有化論については、別に更に分析整理する必要があるが、私見は、土地の私的所有は認めて、地価を「固定資産税評価額」で凍結し（前号で記した如く）、土地利用権中心の法構成に再編成する方向を至当とする。

（註1） 川村泰啓，商品交換法の体系（上），P. 7以下。P. 39～P. 80。本書は、私的所有の概念を分析しつつ、現行の古典的民法典の財産権の構造を徹底的に批判し、もう一度、再検討への試みを展開している。それは、現代法としての民法の苦悩と今後への動向を示す一矢の様な気がしてはならない。土地とは何か、についての新しい土地法、不動産法の考察が必要であろう理由も同じ事が言える。

（註2） 拙稿，土地に関する法律上の諸問題（前号）。

## 四、土地収用上の問題点

### 1) 序

土地収用とは、公共の利益となる事業（3条に列举）に必要な土地及び一定の財産権（5条～7条）に対して、正当な補償を支払って、強制的に取り上げ、または強制的に使用する事であり、以って、公共の利益の増進と私有財産との調整を図り、国土の適正、且つ合理的な利用に寄与することを目的とする（1条，憲法29条）。土地収用法は、その要件・手続・効果・損失補償に関する法である（なお、公共用地の取得に関する特別措置法，公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱を参照の事）。

我が国における土地収用法は、明治22年の制定以来、国家による公的事業を中心に、鉄道、道路、ダム、軍事施設の拡大に、大規模な工事を可能ならしめて来たが、土地収用権の主体は常に国家にあって（通説，渡辺宗太郎，土地収用法論，P. 34以下），上から下へ降されて行く法体制が、いわゆる「公共性」の当然の行為でもあったと言える。今日における所の都市計画上の道路でも、治水、飲料水確保のためのダム建設一つを取り上げて見ても、必ず反対闘争、住民の抵抗が見られる。その理由解明への手掛りとして、「公共性」の意味と「手続上の反省」とを問題点として提出して見よう。

## 2) 土地収用における「公共性」

土地所有権を始めとして、封建社会を打破して、個人の解放、個人の尊厳、人間としての独立の方法を、私法においては、権利主体（民法1条の3、意思の絶対性→意思自由の原則）としての地位を保障する方法として、いわゆる近代法の三原則を打ち立てた。財産権、所有権の保障性、絶対性の確立も、具体的な社会共同生活を営んで行くための条件でもあった。

しかし、社会の発達、富の不平等、契約の自由でなくて不自由性、所有権の持たざる自由からの不自由性、経済的強者と弱者との関係における不自由性も出て来ると、そこにより具体的公平、平等への是正の法技術を必要として来る。今日の社会の一定の部分は、やはり依然として、私人間の意思自由や契約の自由や欲するか、欲しないかの選択の自由、分別の自由の余地は存在している。けれども、そのまま放任し得ない自由の行使、不公正、不平等に対して、国からの積極的介入の必要性や法思想の流れがある。

権利の濫用理論や公共の福祉理論の台頭はその現われであり、法の各領域、生活の各領域にわたって、具体的是正への理論として出て来る。そして、それが権利の社会性、公共性の意味でもあり、例えば、財産権、所有権の絶対性の制限理論の根拠でもあり、現代法の特質でもあるとする。

しかしながら、それ等の法理の理解、分析となると、単なる抽象的、形式的定義で以って、具体的各々の場合に適用して行く時、一つのズレや不理解や不分明性が出て来る訳で、一定の形式論理を各場合に依じての具体的基準を示す必要がある。例えば、権利の濫用理論が、契約法においては、「信賴の原則」、「正当事由（借地借家法における）」「受忍限度の理論」の如く、具体的各場合における判断基準として、より細分化した具体的法理として示されて来つつある。

土地収用法における「公共の福祉」理論も同様なことが言える。「公共の福祉」を一般的には、「社会生活全般の向上発展」のためであるとか、「便利性」「地域全体の生活水準のレベルアップ」「交通」「電力」「住宅地」等の拡大のためであるとか、「公益」のために「私的利益」との比較説をとって見ても、また、過半数以上の支持と承認があれば良いと言う多数決説をとって見ても、一面においては、確かにそれによって生活環境、交通の安全、災害の防止、生命、身体、財産権、生活権の安全等がみとめられても、他面において被収用者側においては、従来からの土地や生活権の侵害であり、収奪でもあるし、感情的には災難でもあるし、更に、今後への生活への不安、設計もある。他方の利益（公益）のために、当然に片方の利益（私益）が犠牲になって行く事、その「当然性」が「従来の公共の利益」の概念にあると考えられる。

英国のマンチェスターにおける都市計画の如く、「公共の福祉」の内容は、上からの流れの中で判断されるのではなくして、下からの流れと意思決定と参加の中に求められるべきであり、抽象的、形式的な「公共の福祉」から、具体的な地域住民、関係住民の参加と賛成が「公共の福祉」の概念でなければならない。

蜂の巣城紛争の立役者でもあった室原氏は「法にかない、理にかない、情にかなう」所に、即ち、そこに公共事業、土地収用の正義が存在すると言う意味であろうし、それが「公共の福祉」の概念でなければならない。

即ち、①法にかなうと言う事は、土地収用手続が、収用権者側の手中で終始進行するのではなく、収用計画案の公開、各委員会へ被収用者側の参加、補償の完全性であり、②理にかなうと言う事は、公用収用の必要性和適格性を、やはり、立案、認定手続の中で審議をすべきであり、客観的妥当性がなければならない事である。③情にかなうと言う事は、被収用者は、如何に寒村であり、一人であれ、そこには、従来からの生活があり、安定さや自然の美や過去から将来への思い出や感情があり、収用はそれ等への侵害または収奪であるから、納得の行く話し合いと妥協、調和が必要である。

例えば、成田空港の反対闘争は、①法にはかなっていても、②理にかなうもの不足があり（空港、殊に国際空港の場合は、例えば、房総半島の沖の如く、海上空港が常識であり、陸地空港の場合の騒音等を考えると、恐らく成田空港は将来、撤去か訴訟の対象ぐらいになるのではなかろうか）、③情にかなう点についても充分の説明とは言えないが、または、任意買収に応じた者と応じない者との反発等の如く困乱に落ち込んだ責任は大きい。

大阪空港訴訟事件も名古屋熱田地区の新幹線公害反対闘争も結局は同じ事が言えよう。一方では、新幹線の博多延長の場合、福岡市へ近づくと、車窓から100m、200mぐらい離れている丘陵地帯の団地に、ムシロや立看板による「新幹線公害反対」の活字を見るし、他方では、私の通勤している所の京都～岐阜羽島間では、例えば、野州川鉄橋を越えた辺りは、新幹線スレスレに団地の完成、売約、拡大の現象を見る。70ホン以下ならどうなるのか、80ホン以上なら客観的に如何なる被害が出るのかと言う前に、現実面にも矛盾がある。一方、京都市の中心、四条河原町の交差点の標示は、常に80～85～90ホンと言う音を示しているし、「音のない所」「静かな場所」を求め、且つ可能ならば、それに越したことはないし、山の中での別荘でも「滝の音」、浜辺での冬の海の波のすさまじい音も商店街にも雑踏の音はあるし、各場所、各状態、住民意識で異なる所に「公共の福祉」の困難さがある。

福岡市、北九州市の「新幹線公害反対」には、今までの生活権（例、眠れないとか、イライラするとか、家自体の被害とか）への侵害（具体的内容は、定かではないが）であり、その解決を先ず計る事であり、名古屋地区の場合でも同じく、スピードダウン、博多駅までの乗り入れの延期、そして、地域住民、関係住民の納得（情にかなうまで）、理にかなう方法（新幹線の両側の一定距離の間を道路、公園、樹木等で現在の買取り義務、但し、ロンドンで見られる如く、一定のニュータウン作り（日本での1～2万の団地）を先ずして、そこへ既成の移転の必要性のある人々を転住せしめ、従来より新住宅がより快適で文化的、健康的である条件をつけて、買収に着手する方法。我が国の団地計画には、住宅不足解消のみで終始すると、都市の単なる拡大化であって、既存地帯の不健康な住宅地の改良に寄与しない）等をしない限り、土地収用も一定の公共事業も為し得ないし、為すべきでないと言えよう。

土地収用における「公共の福祉」とは、以上の如く関係住民の意思の参加、全員の同意、完全補償の中で、「（感）情の一致」の原則にある。不満や反対や抵抗の中で、如何に「法にかなない」「理にかなって」いても、それは形式的、抽象的、学問的机上の「公共の福祉」であって、具体的妥当性を欠く。そして、「情にかなう一致」の原則に、より良く到達する方法、手段として、手続の公開・適正、理論的・科学的分析を行なう事が前提条件として考えられる訳で、即ち、「法にかなない」「理にもかな

い」→被収用者側，侵害を受ける側の中での「情にかなう」ものへの努力→「公共の福祉」の形成を行なう事である。それ故に，「公共の福祉」の形成が出来得ないならば，出来得る様に5年でも10年でも（都市改造でも，道路でも，公共事業でも，地形，自然の変更でもあり，30年ぐらいかかって良いと思う。2～3年の突貫工事，オリンピック道路，万博鉄道の如く，短期間での猛進型は，日本人特有のせっかちさであって，建設列島が反面，破壊列島化した事への反省も含めて），長い年月をかけて，地域住民の理解と同意と協力と参加の中に，「公共の福祉」を求めるべきであろう。

### 3）収用手続における問題点

以上の如く，土地収用等における「公共の福祉（公益）」は，被収用者側の「三要素」の条件具備の中に存在し，収用者側の中に存在するものではない。そして，それを前提にして，収用手続の適用を進めて行くべきであり，行政機関の反省が求められるべきであろう。

収用手続は，大きく分けて第一に，事業認定手続，第二に収用裁決手続，第三に補償の内容となる。

第一の「事業認定手続」（16条以下）においては，職権主義的色彩が濃く，事業認定に関しても，行政機関内で，その具体的事業や計画の適正，合理性を判断しているのが現状であり，戦前からの旧土地収用法と同じ方法であり，被収用者側の意見を聴くと言う事は，まずあり得ない（21条I項）。且つ，22条で学識経験者の意見を求める（～できる）と言った実例も無く，関係人以外の第三者的市民においては，全く関知も介入も出来得ないのが現状であり，事業の公共性，計画案の内容の初期における最も重要な段階において行政機関内部で終始している点に大きな問題がある。

更に，事業認定申請書が出された段階において，すでに大半の用地は，任意買収によって，一般の売買契約の範囲で行なわれている現状であり，取残された一部の人々にとっては，すでに是非の判断よりも孤立化してしまう状態での申請である。

事業認定申請書の縦覧期間（24条）に，利害関係人は意見書の提出が出来るが（25条），その取扱い，意見を述べる機会等については，十分な配慮は為されず，且つ，単なる掲示板での公告では，余程の偶然性の機会と特別の関心と知識を有していない限り，公示と内容に関して知り得る事は困難であろう。

事業の認定が為されて，始めて自己の財産や生活上の不安について知り得る訳で，現実には既成の事実の中で，補償額についての交渉に入っていくぐらいしか方法がない。

以上から，事業認定手続の順序と各段階の過程を土地収用法に規定された順序に返す事であり，職権主義的，行政機関内部だけの申請→受理→認定，閉鎖性を改めて被収用者側，利害関係人，一般第三者の地域全体の前に公開し，公聴会を得て，事業認定申請以前に行なわれる事実行為の一切を禁止，無効として，両サイドの合意の上に事業認定の効力発生要件とすべきであろう。

第二の「収用裁決手続」（35条以下，39条以下）においては，二つの側面があり，①は47条以下の，「収用又は使用の裁決」であって，権利取得裁決と明渡裁決があつて（47条の2，48条，49条），収用委員会が干与して，明白な場合は，47条の「却下の裁決」が可能ではあるが，事業認定手続に縦覧期間内に意見書を出しておいたとしても，現行法の仕組みにおいては，収用裁決機関には，実質上の審査権はなく，他の機関への介入は出来得ない訳であるから，収用委員会で争っても，補償問題ならとも

かくとして、事業認定そのものへの反論は限界があると言わなければならない。事業認定機関が、同一人格で、上下且つ自転し、起業者も申請者も事業認定者も異議申立者もその判断者も建設大臣（建設者）であると言う場合も考えられる訳であり、いわゆる職権主義、行政権内部での公益、事業判断であり、むしろ住民参加の収用委員会、裁決機関を独立、分離させて、事業計画案の時から、その独立の機関を通じて、収用手続が行なわれる事が望ましい。

それ故に、現行法上では、②として、「補償なければ収用なし」とする所の損失補償（68条以下）に関して、土地所有者や利害関係人の申し立った範囲、意見を第三者的立場に立っての収用委員会が決定する内容が、中心であり、事業認定手続と比較して、私益事項である故に、当事者主義的とも言える（48条Ⅱ・Ⅲ項）。

それでは、第三者として補償の内容についての問題点は、次の諸点が考えられる（68条以下、94条）。

①民法固有の問題としては、損害賠償は、不法行為とか債務不履行の場合に発生する訳であるが、土地収用法上の補償は、適法行為に対してのものであるが、財産等への侵害、損害と言う事実は同じであって、刑事責任においては、財産権への侵害と言う違法行為を、公益性を理由に違法阻却して、正当行為、適法行為ならしめただけであり、民事責任においては、（大企業の無過失責任と同様に）当然に発生する。更に、一般売買契約の如く、自らの自由意思に基づいての財産権と金銭の交換ではなく、欲せざる状態において、突然に、適法行為の名の下に、収奪される訳である故に、精神的損失についても、補償すべきであり、憲法29条に言う所の「財産権」のみではない。

②補償は、金銭補償が近代社会においては原則であっても、現物補償、生業補償、公共補償、更には、第三者補償をより完全化して、周辺居住者に対する間接的不安や影響への配慮を充分に考慮する必要がある。我が国における総工事費の中に占める補償費の割合は、西ドイツの70%と比較して、40%前後、10%以下と言う統計が出ている点を考えると、被収用者側に立っての意識より、如何に補償費を安く上げるかが、能力として評価されると言う方向に関心があると言えよう。

更には、一定の補償が行なわれたとは言え、それは「テン」における完全性であって、居住地や家を失って、全ての生活が代替地等へ移動した場合には、5年、10年（10年は、時効等における権利変動の一つの区切りとして適当な年限である）の「セン」の長さで、「事後補償」をも考慮する必要がある。

③補償は、完全なる補償であって、相当補償や受忍補償では不完全であり、その場合には公用収用の中止、中断請求の要件にすべきであり、「公共の福祉」該当の収用ではないとすべきである。

④今日における「地価高騰」は、現実においては、政府及び地方公共団体の公共事業への道を困難にしている事は事実である。私権絶対のエゴと土地所有権の金科玉条の神話と日本人特有のゴネ得に対しては、現代社会の在り方と公平の原則からも対処して行く必要はあるし、一方では、土地政策の重要課題でもあり、他方では、土地評価を前号で試論した如く「固定資産評価額」で統一し、固定化し、土地収用の補償の中心は、土地利用権者→用益権、借地借家、地上権、入会権、賃借権、居住権、生活権、農耕放畜権、地域全体の環境権、そして精神的苦痛への配慮、且つ、近代的財産権等へ移って行くべきであろう。

以上の如く本稿においては、土地収用上の問題点を提出したに過ぎない。手続面においては、まだ多くの分析を行なう必要があり、更に、後日に稿を改めたい。且つ、本稿においては、試論から暴論の部分もあり、今後も更に検討して行く必要がある。一応、まとめとしては、①現行土地収用手続を住民サイドの立場で公開、公聴会、意見の参加を求めて行く収用手続に改める必要がないだろうか。②収用上の「公共の福祉」を、被収用者側の地域全体の中にも、求めて行かねばならない事。③収用手続に対する独立の別個の判断機関を設ける必要がある事。④土地所有権と言う前近代的な自然財産より、土地利用権中心に、且つ、生活権、精神的損失をも含めて考慮し、且つ、「セン」の年月の中の「事後補償」をも考えて行く事。⑤そして、土地所有権をもう一度考え直すことであろう。

土地所有権の絶対性（不可侵性）の制限の一つとして、土地収用法が存在する事は、前号で述べた。そして、それは、近代社会から現代社会への移行と共に、且つ、今後とも土地収用法をも含めて、「公共の福祉、利益」の拡大の流れの中に、公用収用も拡大して行くであろう。静的で固定的であった民法も人々の生活も、我が国土の隅々まで生活の向上、健康で文化的生活が可能であるべき状態への「土地計画」や「交通」や「生存権の拡大・向上」のために、公共事業は更に拡大して行くと考えられる。それが、適正に、慎重に、住民参加の下に納得の行くものでなくてはならない。土地収用法もそれに仕える現代法としての重要な責任を背負っていると言えよう。