

第 1 章 まちづくりと土地所有権の考え方

第1節 本論文の主題と土地所有権の公共性

この研究は、暮らしやすいまちづくりを行うための法について、英米法を比較参照しながら、立法論的考察を行うことを目的としている。その中で特に、まちづくりの過程において行われる土地利用計画の策定手続の在り方が重要であると考えている。ここで「まちづくり」という表記をしているのは、従来の行政組織としての「町」や相当程度の規模の集積を前提とする「街」とは異なり、地域住民の立場から暮らしやすい生活空間としての「まち」をつくるための法の在り方を研究したいと思っているからである⁽¹⁾。

現在、我が国のまちづくりに関する主要な決定は、都道府県知事によって行われている。しかし、地域住民にとって暮らしやすいまちづくりを行うためには、地域住民に最も近い地方自治体である市町村において、民主的な参加手続によって、まちづくりの計画が作られる必要がある。本研究で提案しているまちづくり法では、法律によって、市町村がまちづくりの理念を条例により作成することを義務づける。さらに、その理念を実際の土地利用計画として実現する権限を市町村に与え、まちづくりにかかわる紛争処理の手続を定めることを内容としている。

現実の我が国のまちづくりに関わる法制度は、私の考える理想とはかなり異なっている。地域住民の暮らしやすさへの配慮が少なく、特に、まちづくりに係わる計画の策定手続において、改善すべき点が多いと考えている。しかし、現在のまちづくり法の体系ができあがったことには、それなりの歴史的な理由があり、その現実を否定することはできない。そこで、本論文の第2章では我が国のまちづくりに係わる法体系を歴史的に跡づけ、第3章では現行の主な法制度を検討し、各々の法律が守ろうとしてきた法的利益を確認しておきたい。

第2章で説明する我が国のまちづくりにかかわる各種の法律は、明治維新以後の国策としての首都の整備、国土の開発を原点としており、中央政府の個々の政策目的を実現するための法であった。これらの法は、それぞれの政策目的を実現するために、多くが個別の土地利用計画を策定し、その計画により私人

を直接規制し、あるいは私人の活動の指針として、その活動に影響を与えることを目的としている(2)。また、これらの法に対する研究は、「開発」の概念を中心に展開されてきた(3)。

そして、政府の政策目的は、行政需要の増大とともに、特定地域の産業の振興、農林業の育成、社会資本の整備、自然環境の保全へと多様化した。このような状況は、一方で相互に重複する法領域の存在、各土地利用計画の重複を引き起こしている。他方でまた、いずれの法領域にも属さない重要な問題や、いずれの土地利用計画の対象ともならない、あるいは対象となっても土地利用規制のほとんど行われたい、いわゆる白地地域の問題を生じている。これらの問題は、土地利用における私人間の紛争もしくは私人による開発と公的主体による都市基盤整備の不整合に帰着し、地方自治体における実際のまちづくりを困難なものとしてきた。

これらの問題を解決しようとしたものの一つが、国土利用計画法である。国土利用計画法は、各種の土地利用法制に規定された土地利用にかかわる諸計画を体系化して、総合的な計画に基づくまちづくりを実現することを目指していた。この国土利用計画法の目的には、私の考え方に近いものがある。第3章で、この法律を詳しく説明したのは、このためである。もう一つが、地方自治体における条例、要綱に基づく独自のまちづくりの試みである(4)。

本稿では、これらの法の検討を通じて、「まちづくり」のための法のあるべき姿を研究する(5)。しかし、具体的には第3章で説明するが、現在は、どちらの法においても、住民にとって暮らしやすいまちづくりを行うという法的利益をどのように考えるか、また、まちづくりに係わる計画の策定過程において適正手続が欠けているという点において課題が残っている。さらに、現状では、計画における総合性の確保、開発と負担の関連づけも不十分である。

本研究では、英米におけるまちづくりのための法を参考としている。英米の社会は、地方自治を基礎として発展している。一方、我が国は、近代法が形成された明治維新以降、中央集権型の国家が築かれた。この点で、我が国と英米両国では、法が形成された背景が大きく異なっている。ところが、我が国の法律は、ドイツ法の影響も受けているが、少なくとも昭和43年に制定された新し

い都市計画法は、イギリス法をモデルとして作られている(6)。しかし、我が国の土地利用法制は、部分的な外国法の継受がなされたとはいえ、その目的を実現するための法の精神とも呼ぶべきもの、すなわち法律全体としてのシステムの運用の仕方には、ほとんど注目していない。

すなわち、後に述べるように英米法では、まちづくりの計画は、比較的法律の規定どおり実施されているのに対し、我が国では、かならずしも円滑に計画が実施されていない(7)。我が国の土地利用に関する法律は、土地利用の目標を計画として規定していても、それを実施するための合意形成の在り方を具体的に定めていない。比較法的に見ると、この原因は、我が国法制における私的所有権が英米法と比べて、ほとんど絶対的なものと考えられていたことにあるのではないか(8)。そして、それが所有権を制限するにあたっては、法律によるべきであるとの考え方として現れている(9)。

しかし、その反面、土地利用規制を行う地域の指定あるいは土地利用計画の策定過程が、適正な手続によるものかどうかについての検討がなされないまま、全国一律の法律によって規定されていた。このような歴史的な経緯が、地域の事情に即して公共性を重視した土地利用をすすめることを難しいものにしていくともいえる(10)。この適正手続を我が国のまちづくりに導入するにあたって参考となるものが、英米法の行政手続における自然的正義とデュー・プロセスの考え方である。我が国においてまちづくりのための法を形成するために、まちづくりの過程において適正手続を確保するための提言を第5章で行う。

ここで、本研究の進め方について、一言ことわっておきたい。この研究は、土地所有権の理解の仕方とも関係することを否定できないが、まちづくりの観点から考察を行う本稿では、土地利用の在り方を論じている。したがって、土地所有権の理論的研究も必要であることを十分認識しつつも、本稿では、この点については、川島武宜その他の先行研究を踏まえ、「まちづくり」のための土地利用計画の策定手続の在り方を論究する。

第2節 我が国の法律における土地所有権の考え方

前節では、本研究が土地所有権の理論的研究ではなく、「まちづくり」のための土地利用計画の策定手続の在り方を論究すると述べたが、土地所有権の理解の仕方が本稿の主題と深く関係することは事実である。川島武宜は、所有権について「商品は、個人の『意思』の支配に服するところの私的な存在（私的所有権）」と「その交換という社会的な過程は、私的な『意思』を媒介とする独立の過程（契約）として私的な所有に対立」することを明らかにした(11)。この川島理論をはじめとする我が国の近代法の所有権論は、戒能通厚及び甲斐道太郎が説明しているように、イギリスの所有権思想の歴史、特にジョン・ロックの理論に大きな影響を受けている(12)。ロックの理論によれば、人類共有のものから、どのように人が所有権を有するに至ったかは労働価値と結びつけられる。そして貨幣経済が発達する以前の時代においては、世界を生活の最大の利益と便益とに資するように利用すべきであるという理性の法により、土地の所有権についても、人が耕し、植え、改良し、開墾し、その産物を使用し得るだけの土地が彼の所有であり、各人は自分の利用し得るだけのものをもつべしという法則が所有権の限界を定めていたと説明している。

ところが、保存しても腐朽せず、有用なものとの交換が可能な貨幣の発明により、この法則以上の財産の蓄積を持続し拡大する機会が作られた。そして、人と家畜が増加し、貨幣の使用により土地が不足し、土地に一定の価値が生じたような世界のある地域では、いくつかの共同体は、まちをつくり、彼らの明確な領土の境界を決め、共同体の内部に通用する法により、彼らの社会における私人の所有権を規定し、契約と同意により労働と勤勉がつくった所有権を確定した(13)。このようなロックの理論からも、所有権の中でも土地所有権は特別なものとなっている。

地域住民にとって暮らしやすいまちづくりを行うことを妨げた原因として、我が国の民法が所有権を絶対的、排他的なものと規定していたことが考えられる。先にも述べたとおり、所有権には独自の研究があり、深く立ち入ることは

避けるが、川島武宜の研究を手がかりにした上で、若干触れておきたい。

我が国の近代法も、川島武宜が説明したような所有権の考え方にしたがってはいるが、土地に関する立法には、我が国に固有の歴史的経緯がみられる。そこでまず、その経緯を説明しておきたい。

我が国の土地利用に関する近代法は、明治5年の太政官布告によりはじまった。これにより、寛永20年（1643年）以来の田畑永代売買禁止令が解かれ、田畑の売買が自由となった。すなわち、江戸幕府は、田畑、屋敷を持ち租税負担の義務がある本百姓の経営を維持して、年貢の徴収高を確保することを財政的基礎としていた。田畑永代売買禁止令が出される背景には、当時の異常気象による凶作と飢饉により年貢を納めるための田畑の売買、身売り、逃散による小農の本百姓の没落と豪農との階層分化があった。

廃藩置県後も明治政府の主要な財源は旧幕府同様年貢（地租）であったが、列国に伍す近代統一国家構築のため、主要財源である地租による税収を確実なものとして安定化するため、一連の土地制度の改革が行われた。明治5年から発行された地券は、原則として従来の年貢負担者である地主、自作農に交付され、各土地の所有者が確定されることにより、従来の封建的領主制が解体された。

さらに、明治6年の地租改正条例により、土地の調査を行い、所有者を確定し、法定地価を決定して地券を交付し、地図・台帳を作成することが急速に進められた。また、これらの改革に伴い、地租が法定地価に対して100分の3の税率で金納されることとなった。これにより、江戸時代には藩ごとに異なっていた地租が、豊作凶作による収穫高の変動にかかわらず、貨幣で徴収されることになり、明治政府の財政の安定化が図られた。本来、法定地価は、農民による収穫高の申告を地方官が査定し、米の収穫見込み高、米価の変動と金利動向を基礎にした収益還元によって決められるべきであった。しかし、従来の年貢並みの収入を確保するとの方針の下で、税収確保に必要な収量を割り振っていく方式がとられた(14)。

このほか、入会地である農民が共同で利用していた山林や個人所有を立証できないものは官有地とされたこともあり、小農民の生活は苦しくなり各地で地

租改正反対一揆が起こった。また、地主は、小作人から従来通り物納により小作料を取り立てたが、米価が高騰すれば地主だけが利益を得るようになり、地主による小作料の引き上げとも相まって小作農の生活は困窮を極めた。

明治22年に公布された明治憲法は、「日本臣民ハ其ノ所有權ヲ侵サル、コトナシ」(第27条第1項)、「公益ノ為必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」(第27条第2項)と法律によらなければその所有権を奪われることがないという近代法の基本としての所有権の絶対性を規定している(15)。また、旧土地収用法も明治22年に制定された。

そして、その後明治29年に制定された我が国民法は、「私権ハ、公共ノ福祉ニ遵ウ」(第1条第1項)、「権利ノ行使及ビ義務ノ履行ハ信義ニ従ヒ誠実ニ之ヲ為スコトヲ要ス」(第1条第2項)と規定した。また、相隣関係に関する明文の規定をおいている(第209条ないし第238条)。相隣関係における所有権行使の制限は、相隣者間の互譲協力の法理に求められる(16)。

さらに、所有権の限界として「所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用、収益及ビ処分ヲ為ス権利ヲ有ス」(第206条)、「土地ノ所有權ハ法令ノ制限内ニ於テ其土地ノ上下ニ及フ」(第207条)と規定しており、法令による土地所有権の制限を予定していた。その後の判例により、土地所有権者の主張に対し、権利濫用の法理が適用され、昭和22年に「権利ノ濫用ハ之ヲ許サス」(第1条第3項)という一項が追加された(17)。

明治政府の下において、土地所有権については法律による制限を付されながらも明文の規定がおかれた。そして、投下資本回収の保護が図られながら、資本主義の発展に伴う土地の商品化が加速された。一方で、民法に相隣関係の規定があることからわかるように、ある土地の利用と周囲の土地の利用は相互に影響を与え合う。このように、土地は投資や売買の対象となる資本主義社会における商品としての性格と、ある土地の利用と他の土地の利用が関連する公共物としての特殊な性格を併せ持っている。このため多くの人々が都市に集まって住むようになると、土地の利用については、まず、衛生・防火の観点から規制が行われるようになり、その後、人々がより快適安全に暮らすための都市基盤整備として、例えば下水道、街路の整備が少しずつ行われ始めた。

そして、生活の質の向上とともにその規制も自然環境の保全、歴史的建造物、景観の保護を目的とするようになり多様化が見られる。このように都市化の進展の結果生じた様々な問題に対処するため、政策目的に対応して多様な土地利用に関する法制度が展開しはじめた。第2章及び第3章で考察する諸法は、地域指定が行われることによって、法律の定める規制が行われるという基本的構造を持つものが多い。さらに、土地所有権の制限が個別的でなく、ある程度の広がりをもって一体的かつ具体的であることが必要となり、計画による制限という法形式がとられるに至った(18)。このように多様な計画を規定したまちづくりに関わる法制の展開について、その計画策定主体、計画策定手続にも触れながら第2章及び第3章で考察する。

第1章注

(1)「街」は、市街ともよばれるように商店、事務所の建ち並んだにぎわいのある土地についていわれることが多い。ここでいう「暮らしやすい生活空間」とは、英米法のアメニティという概念に近いものである。

(2)西谷剛「行政計画の分類と体系について」自治研究53巻3号(1977)42～44頁は、私人の権利に直接的な影響を与える(狭義には、憲法第29条の財産権の制限を含む)拘束的計画とそうではない非拘束的計画との違いを、前者は計画策定手続において権利保護の観点からの手続が用意されているを挙げている。一方、両者を明確に二分することはやや困難であるとも述べている。土地利用計画の問題点については第3章で述べる。

(3)荒秀『開発行政法』(ぎょうせい、1975)12頁は、開発を「国民の健康で文化的な生活を積極的に保障・増進するために、国または地方公共団体等が資源の効率ある開拓・利用、文化・経済・産業・社会の発展、人間性尊重に基礎をおく生活環境の整備等を目的とした国土にかかわる一連の活動」と定義している。また、塩野宏「国土開発」山本草二＝塩野宏＝奥平康弘＝下山俊次編『未来社会と法』(筑摩書房、1976)121頁は、「国土開発」を土地(又は空間)を現状変更的に、いいかえれば積極的に利用する場合と、現状維持的に、いいかえれば消極的に利用するいわば保全の双方を含むものとして理解しながら、本稿では、個別の法制度の相互連関と法の機能を分析し探求することに主眼があるので、対象について、それ程厳密に概念規定する必要はないとも述べている。

さらに、成田頼明＝南博方＝園部逸夫『行政法講義(下巻)』(青林書院新社、1970)102～103頁では、「開発整備行政」という概念が提示され、「国民の人格の自由な発展の場としての地域社会の社会的・経済的・文化的発展の基盤となる基礎条件を整備し、国土の未利用資源や土地または生活空間を効率的に利用しうる状態におき、全体として国土および地域社会を積極的・計画的に将来にむかって形成する国および公共団体の行政活動を総括した概念である」と説明されている。

代表的な「開発」のための法律は、第2章 第2節 特定地域の産業の振興及び雇用の確保のための法 において説明する。

(4)平成元年に制定された土地基本法も土地に関する基本理念として、「土地は、適正かつ合理的な土地利用を図るため策定された土地利用に関する計画に従って利用されるものとする。」ことを規定している。(第3条第2項)

(5)坂和章平編著『まちづくり法実務体系』(新日本法規出版、1996)26～27頁は、「国土開発」という言葉は、上から・権力者側からの発想であるのに対し、「まちづくり」という言葉は、下から・住民側からの発想である点が異なっていると述べ、「まちづくり」というキーワードからみれば、私人の動的・積極的な側面が強いが、「国土開発」というキーワードからみれば、民事上の土地利用よりも公共事業のウェイトが大きくなるのが当然であろうと説明されている。私は、当初国土総合開発法の改正が目指されたのにもかかわらず、昭和49年に国土利用計画法が制定されたことは、我が国の土地利用の課題が中央政府が公共事業で主導する「開発」のための計画から、私人の土地利用を地域住民に最も近い基礎自治体が調整していく「まちづくり」のための計画に重点を移しつつあることの象徴ではないかと考えている。

(6)例えば、高橋進「『地区計画』新立法の概要」ジュリスト722号152頁(1980)によれば、昭和55年の都市計画法の改正で導入された地区計画は、ドイツのBプラン(Bebauungsplan)を参考にしている。ちなみに、このBプランは、あらかじめ、地区段階での詳細な計画を公共団体が策定しておいて、私人の開発行為はこれに適合しなければ許可しないという制度である。また、藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』(創文社、1988)8～9頁によれば、ドイツには建設管理計画(Bauleitplan)と呼ばれる2段階の計画がある。すなわち市町村は、その全領域について土地利用計画(Flächennutzungsplan:Fプラン)を策定し、次に、これに基づいて、個別的、部分的な街区につき、地区詳細計画(Bebauungsplan:Bプラン)を設定する。

(7)田中二郎「土地法」園部敏=田中二郎=金沢良雄『交通通信法 土地法水法』(有斐閣、1960)12～13頁は、都市計画事業として行われる道路の予定線とされ、その結果、土地の所有者に、実際上に、大きな制約が課された

まま、いつ実行されるか見通しもつかないような事例を挙げている。また、西谷剛「計画と地方自治」成田頼明編著『あすの地方自治をさぐる V 現代社会と自治制度の変革』（学陽書房、1974）238頁は、計画の実効性が計画作成手続と深くかかわっており、手続過程が十分であれば、計画はそれ以降の施策の指針としての実質的な効力を持つことになるという。

(8)例えば、原田尚彦「国総法案による土地利用基本計画と問題点」自治研究49巻7号（1973）181頁は、「わが国の在来の土地制度は、自由主義的経済体制に立脚するものであり、市民法上の土地所有権絶対の原理を基本として構成されてきた。土地についても、他の財産と等しく、所有者はこれを自由に使用、収益、処分することができる（民法206条）とされてきた」と述べている。

また、雄川一郎「公用負担法理の動向と土地利用計画」公法研究第29号（1967）155、160頁は、「土地利用計画の確立が社会的に要請されるとすれば、規制そのものについては財産権に内在する制約として補償を要しないと一応考えることが許されよう。」と述べ、「たまたまある時点において権利者であった者が、その土地について他の者に絶対的に優先する権利があると見るべきではなく、ただ、その土地に生活利益を有していたという意味において、いわば相対的な優先権をもつにすぎないと見るべきである。」と述べている。

(9)例えば、土地収用法は、法文に列挙された公益事業に限って収用の対象としている（第3条）。また、そのために必要な土地を必要な部分だけ収用することを基本としており、当該地域のまちづくり全体を考慮したものではない。

(10)土地所有権の公共性に関連する論文としてたとえば、水本浩「土地所有権制限の法理」ジュリスト372号（1967）40～46頁、鶴飼信成「土地所有権制限の法律問題」田中二郎編『公法学研究 上』（有斐閣、1974）107～130頁のほか、公用制限と損失補償に関する、杉村敏正『法の支配と行政法』（有斐閣、1970）311～325頁、荒秀「土地利用規制と補償」雄川一郎＝塩野宏＝園部逸夫編『現代行政法体系 第6巻 国家補償』（有斐閣、1983）257～296頁、成田頼明『土地政策と法』（弘文堂、1989）255～273頁、藤田宙靖『西

ドイツの土地法と日本の土地法』(創文社、1988) 129～157、252～282頁がある。

(11)川島武宜『新版所有権法の理論』(岩波書店、1987) 27頁。

(12)戒能通厚『イギリス土地所有権法研究』(岩波書店、1980) 255～262頁、
甲斐道太郎『不動産法の現代的展開』(法律文化社、1986) 196～221頁。

(13)JOHN LOCKE, THE SECOND TREATISE OF CIVIL GOVERNMENT 15-25 (Basil Blackwell 1948). なお、F. I. Michelman, *Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law*, 80 HARV. L. REV. 1165, 1204 (1967) は、今日の土地利用のもとでの所有権は、ロックの理論よりも相対的、条件的なものになっていると指摘している。

(14)田中彰「明治維新」児玉幸多＝井上光貞＝永原慶二編『日本の歴史 第24巻』(小学館、1976) 288～302頁。

(15)所有権は、人の物に対する排他的な支配をいう。フランス民法典(ナポレオン法典)第544条参照。

(16)水本・前掲注(10)44頁。

(17)宇奈月温泉事件(大判昭和10・10・5民集14巻1965頁)。

(18)利谷信義「土地利用計画の法的検討」渡辺洋三・稲本洋之助編『現代土地法の研究 上』(岩波書店、1982) 116～120頁。雄川・前掲注(8)157頁は、(土地利用)計画は一体としてのみその意義を有するものであると計画の一体性、不可分性を強調している。このほか、土地利用計画について述べた論文としてたとえば、荒秀「土地利用計画とゾーニング」建築基準法論(I)(ぎょうせい、1976) 1121～130頁、真砂泰輔「土地問題と行政法—都市開発関係法研究序説—」公法研究36号(1974) 113～116頁がある。