

## 現代公共性の諸問題

——その一・土地（付・住宅問題）の公共性

小林直樹

まえがき

本稿は、「現代公共性の考察」というタイトルで、公法研究五一号（一九八九年）に発表した拙論（未完）の続稿である。その拙稿にも書いたことだが、それは一九八八年公法学会四〇周年記念に行った私の講演（公共性を考える）をもとにして、質量ともに書き加えたものであったが、中途半端なところで筆を止めたままになっている。公共性の意味と問題を問うた序説のあと、環境問題および情報関係の公共性を考察したところで、未完のまま今日に至ってしまったのである。私の怠慢の故というはかないが、間に手の抜けない種々の重要な仕事はさまたためもあるので、大方の宥恕を乞うのみである。今回本誌に若干の紙面をいただいて、続編の一部とすることにした。

ただ、右の論稿の続きとしては、二（章）の6（節）に「教育・文化の公共性」のテーマが予定されていたが、これは別な場所で発表することとして、ここにはその後の三（章）「私権と公権との交錯」に当る部分以後を扱うことにした。残念ながら本稿でも種々の理由で本章を完結することが出来ないで、とりあえず続稿の一部と

して「土地・住宅問題に関する部分だけをのせていただくことになった。重ねて不体裁をお詫びしておかねばならない。〔なお、この小稿は一応独立の論文なので、各節・項の数字は、前論とはむろん別建とする。——しかし、引用の雑誌名などについては、前論と同じく断りなしに略称を用いることにする。〕

## 1 土地の公共性観念——その実定法的発現

今日の日本の社会で、公共性の観念が最も一般化し、常識的な意味で広く承認されているのは、おそらく土地についてであろう。もともと土地は、人間がその上で生活を営む不可欠な空間であり、「限られた貴重な資源」(土地基本法2条)であるから、公共財と考えられることは当然である。とくに生産財としての土地が、不平等な所有によって社会的均衡を失わしめることに対し、種々の「公的」コントロールをしたのも、その公共の意味に人類が古くから気づいていたことを示すといえよう。唐の均田法やそれに倣った律令時代の日本の班田収授法なども、その端的な例である。近代社会発展の初期に早くもルソーが、土地所有の観念が市民社会と諸々の悪や禍害の発端であったことを確認し、「土地は誰のものでもない」(*la terre n'est à personne*)<sup>(1)</sup>といおうとしたのも、右の点の鋭い指摘であった。土地はつねに、私的に所有・使用されながら、たえず争奪や紛争の種となり、したがってまた、つねに公的な関心対象となってきた。その意味では、土地の公共性に関する意識は、歴史を古く遡るといい<sup>(2)</sup>。

しかし、現今の日本の土地問題で、公共性の観念が急速に一般化し、改めて法律の中に明記されるようになったのは、東京都を中心とする諸都市の地価高騰という特別な事情に基く。周知のとおり、六〇年代後半に始まる経済の高度成長と足並みを揃えて、わが国の地価は異常な上昇を始め、八〇年代には「狂乱」と呼ばれる状態に

なった。その理由としては、金融緩和と低金利のため投機的な土地取引がふえたこと、企業の節税対策としての土地買い、国・公有地の高価格での払い下げ、それらの前提ともなった「民活」と「都市集中」政策などがあげられるが、<sup>(3)</sup>何れにしてもその高騰は異常であった。「民活」という名で、有限財の土地が大小の資本の手で買い占められたり、「地上げ屋」たちに「ころがされ」たりした結果、諸個人の住生活を始め大都市の構造変化まで及ぶ、大きな社会・経済上の影響を生むに至った。大都会に土地を持つものと持たぬものとの格差は大きくなり、持たざる庶民は、ふつうの所得では手も足も出ない高額の土地の入手を断念するはかなくなった。持てる者も、地上げ屋に狙われたり、税の重圧に苦しめられたりして、都市地域から脱出するものが多く、都市化の中で都市住民が減少するという、逆説的な現象も生じてきた。そして大都市から出た人々は、周辺や地方の都市に居住地を求めて、——企業の土地あさりの動きとともに、——外の地域の地価押し上げの原因ともなる。このような過程の中で、「地価は上る」という土地神話が生まれ、それがまた見せかけの需要を刺激し、投機的投資を促して地価を上げる、という悪循環をつくることになった。

不幸なことに、保守党政府はこうした傾向に対処する適切な政策を講じないで、「土地無策」の批判を受けながら、基本的には「列島改造論」や新全総などによる都市集中の開発計画を進めることによって、むしろ地価狂乱を呼び起す原因者ともなってきた。<sup>(4)</sup>土地問題の深刻化は当然であったといわねばならない。——土地の公共性への認識は、このような状況の中で漸く本格的なものとなる。実のところ、「地価の早期安定を期する」姿勢と、「公共優先の見地」に立って「適正な土地利用」を図る必要は、原則論としては六〇年代階から明らかにされていた。<sup>(5)</sup>にもかかわらずその原則は、列島改造ブームの中で長い間棚上げにされ、具体的な土地政策として実行されることはなかった。産業優先政策の下で、——継子扱いにされた「環境」とともに——土地も利権屋たちの

「自由」に委ねられていたからである。しかし、地価高騰が大きな社会問題となるに至って、政府も保守党も世論に押されて、対策を講じざるをえなくなる。土地臨調を作つてその答申を受け、土地基本法を制定（八九年二月）したのは、こうした流れの結果であり、これらの中で「公共」理念がはっきりと前面に打ち出されるに至つたのである。

土地臨調は、その答申の冒頭「土地対策の基本的考え方」の中で、土地の特性として「量的に限りのある資源であり、その場所から動かすことができず、全く同一のものが無い」ことなどをあげ、その保有・利用を市場メカニズムに委ねておいては、経済・社会的な最適効果を得ることはできないから、とくに利用面で「公共的、社会的制約を受けざるを得ない」と指摘した。この意味で土地が、「公共性、社会性をもった財」であるという認識は、「土地対策の不可欠の前提である」。——ここから、土地対策の「基本的考え方」として、次の五点があげられる。「①土地の所有には利用の責務が伴うこと、②土地の利用に当っては公共の福祉が優先すること、③土地の利用は計画的に行われなければならないこと、④開発利益はその一部を社会に還元し、社会的公平を確保すべきこと、⑤土地の利用と受益に応じて社会的負担は公平に負うべきものであること」、の五つである。そしてこれを受けた土地基本法は、第二条から第五条まで「土地についての基本理念」を示し、土地に関する総合的な施策の指針とした。それを摘記すれば、「（土地が）公共の利害に関係する特性を有していることにかんがみ、土地については、公共の福祉を優先させる」こと（二条）、土地は「適正かつ合理的」な利用計画に従つて利用されるべきこと（三条）、「投機的取引の対象とされてはならない」こと（四条）、土地の権利者には「価値の増加に伴う利益に応じて適切な負担が求められること（五条）である。

こうした理念を掲げた土地基本法は、しかし、つよい拘束力を持つ実体的な規定を持たず、いわゆる宣言法に

とどまった。このためにどれだけ実際の意味があるかという批判も受けたが、土地対策の方向を明確にしたことと、国民のコンセンサスの形成にも資するという点では、「一歩前進」と評価してよいであろう。<sup>(7)</sup>政治・行政がどれだけ本格的な政策を行うか、それを「活かすも殺すも、これからの運営いかんだ」といわれたのも、宣言法として当然の見方といえる。しかし、ここでは同法の意義の検討や批判が問題ではないので、さし当りは右のような常識的な見方にとどめ、現代公共性の観念の一つの代表的な発現として、この理念の意味と問題性を探ってみることに集中する。

## 2 「公共性」観念の拡がりと問題

上に概観してきたような「土地についての基本理念」は、八〇年代の終りになって急に出てきたものではない。同様の考え方は、基本法より少くも二〇余年前にも跡づけることができる。その端的な例は、佐藤内閣の下で作られた物価問題懇談会（通称「物懇」）が、一九六六年に提出した「地価問題について」と題する報告に見出される。そこでは、「土地の公共性」を前提として、(i)土地行政の一元化と土地利用計画の確立、(ii)都市地域における土地の公的保有の推進、(iii)開発利益の吸収還元と地価の公示制、(iv)宅地の大量供給、(v)土地流通機構の改革整備、などについての具体的提言が行われていた。これを先の基本法の原則と対比してみると、都留重人がいったとおり、両者が「大同小異であることには、一驚を禁じえない」<sup>(9a)</sup>ほどである。もう一つの代表的な例として、一九六七年自治省の宮沢弘らを中心とする土地利用研究会がまとめた、「土地利用計画基本法要綱」である。その第二条には、「国土の開発、保全は、全国民的な立場に立ってなされるべきものであり、土地は公共の利益のために利用されなければならないものとする」と謳われ、「所有よりも公共のための利用が優先される」<sup>(10a)</sup>とい

う考え方が打ち出されていた。もし「それが生まれていれば、その後のわが国の土地・住宅事情は随分と変わった状況になっていたに違いない」<sup>(10)</sup>と一部では高く評価される「革新的」な法案であった。

こういう先駆的な勧告や法案が、すでに六〇年代に現われていたにも拘らず、「日本の政治家の時計の針は、二十数年間止まっていたかのごとく」<sup>(9)</sup>、現実には何ら有効な政策が行われないうまま、世紀末まで来てしまったのである。しかし、基本法が明示した理念は、その制定以前から政策担当者たちの間では常識になっていたはずである。遅ればせながらも、この段階では、土地政策における公共性優先の原則は、国民にも広く受け入れられてきたといつてよい。だからこそ、土地臨調が中間答申（八七年）を行ったのと同後して、与野党が種々の提案を行っているが、何れも異口同音に土地の公共性を強調し、その認識に基く「効果的な対策」の必要を説いていたのである。当時すでに「土地は公共財であるという認識においては、自民党から共産党まで共通していると言つていい」<sup>(11)</sup>状態であった。その限りでは、基本法が「宣言」するまでもなく、政治・行政のレベルでは右の共通認識は確立しており、後は具体策が待たれていただけといっても過言ではない。したがって現実問題としては、その共通の理念を具体化する実効的措置がなぜとれなかったか、それを阻碍してきた要因はどこにあったか、という原因の究明の方に重心が移ることになる。

ここではしかし、そのような社会・経済的な分析を要する問題が主題ではない。「土地無策」の最大の原因となったのは、おそらく投機的取引を許した放漫な経済優先主義であった、という基本仮説を認めておけば、さし当りは十分であろう。この「原因」は、環境政策の足を引っばってきた主要因と一致する。土地や環境の公共性が、観念的には分つていても、個別の資本や企業の利益追求が優先させられて、「常に対症療法的な対応策に終始してきた」<sup>(12)</sup>点でも、両者は共通しているといえる。——こうした経緯を念頭におくと、社会的矛盾が嵩じて

“無策”ではいられなくなった今日、土地基本法の理念を現実に生かす具体策がどのように行われるか、が注目される。そしてその点で問題になるのは、土地の公共性に対置せられる私的所有権との「調和」をどのように図るか、という——法学界では古典的な——課題である。ただし、これまで土地の公共性に立脚した施策がなされなかったのは、「一に政府が憲法第二十九条の解釈について及び腰できたからにはかならない」という見解がある。この見解は、政府の消極的態度の原因を——社会Ⅱ経済上の要因ぬきに——専ら政府の憲法解釈の仕方に戻している点で、分析としても批判としても不十分といわざるをえないけれども、法的側面に限定すれば当たっている。政権政党の出した提案で、「土地についての公共性と私有財産としての権利の調和」をどう図るか、明確にされていない状態をみれば、これまでと同じ対症療法的な施策にとどまり、「公共性」はノミナルな抽象概念として謳われるだけで、活かされないままになる惧れも少くないからである。

この問題に立ち入る前に、日本国憲法が、ほかならぬ財産権の保障をした第二十九条で、一定の方向づけをしていることに注目しておかなければならない。周知のとおり、同条第一項で財産権不可侵の宣明をしたあと、その二項には「財産権の内容は、公共の福祉に適合するように、法律でこれを定める」と述べられている。そこでいう「公共の福祉」云々の意味については、——とりわけ憲法一二・一三条との関係で——種々の解釈が加えられてきたが、土地に限らず財産権一般が社会Ⅱ公共の福祉に反しないよう、一定の制約を蒙ることが憲法上明らかにされたものといえよう。私的所有権に対するこのような社会的制約は、「所有権は義務づける」というワイマール憲法の有名な規定に端を発して、第二次大戦後の多くの諸憲法に共通にみられる、現代的な趨勢であって、むしろ今日の常識に属する。その限りでは、土地基本法の理念は、事新しいものではなく、憲法の中に内在していたことができる。ちなみに、これと関連して、わが国の制憲過程で決定的な役割を果たした、いわゆるマ

ッカーサー草案の中には、これと共に「土地及一切ノ天然資源ノ究極的所有権ハ人民ノ集团的代表者トシテ国家ニ帰属ス」(二八条)という、特異な条項があった。土地が本来は個人所有を越えた公共的なものだという思想が、そこに読みとられる。この条項は、日本政府側の要請で削られ、そのために現行の第二十九条には、やや自由権的性格がつよく残り、「十分に社会国家的思想を貫いたものとはいえない」<sup>(14)</sup>ようなものとなった。しかし、それにしても、大戦後の憲法変革時から、私的所有権に対する公共的制約が一応原理的に確立していたことは、ここではつきり再確認しておく必要がある。<sup>(15)</sup>

もっとも、土地をめぐる公権と私権との対立・競合・緊張の関係は、私的所有権が神聖視されていた近代史のなかにも跡づけられる。その調整を図る最も典型的な手法は、古い歴史をもつ公用収用の制度——とくに一九世紀ドイツで成立しそこから発達してきたそれ——である。「公共目的」のために、個人の所有に属する土地を「収用」する場合、どのような手続や補償を要するかは、異った社会条件の下で種々の要件の相違に応じて、きわめて多様な差異を生ずる困難な問題であった。この公用収用の制度やその解釈・適用の変遷については、数多くの研究や所論に委ね<sup>(16)</sup>、ここでは憲法二十九条から出発して、現代公共性の問題に焦点をしばってみる。

### 3 土地における私権と公共性の「調和」

憲法二十九条について先づ出てくる疑問は、同条第一項で「財産権は、これを侵してはならない」としながら、第二項が財産権の内容について「公共の福祉に適合するように」と制約を課したのは、首尾一貫するかということである。このふたつは、「同一平面上では論理的にそこを来たすように思われる」<sup>(17)</sup>からである。ただ一般には、右の二項は公用収用について定めた第三項と併せて、私有財産制度を認めて「資本主義をとり」<sup>(18)</sup>ながら、これを

「社会国家的見地から修正する」<sup>(19a)</sup>ものと解されてきた。経済体制としては、いわゆる修正資本主義の立場にほかならないが、そこで問題となるのは、私的所有の原則とそれを修正し制限する「公共」の理念との、調整の仕方である。——憲法二九条三項はこれについて、「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる」と定め、「正当な補償」を要件とすることで、公権と私権の調和を計った。この「補償」は、どのようにして有効な調和の媒介項となりうるだろうか。第二項の右の文言は一応、「公共のために特定の私有財産に加えられた損害を、衡平の見地から、金銭で補償する趣旨」<sup>(19b)</sup>だといえるが、何が「正当」かの基準については、憲法は何も語っていないから、問題は「正当な補償」の意味のとり方に移ってくる。

公法学界ではこれに対して、多くの議論を重ねてきたが、簡単に要約すれば、次の三つの立場に整理されよう。一つは、私的所有権の保護に重点を置く自由主義的な立場から、「完全な補償」をすべきだという見解。第二は、社会国家的見地から、公共の必要のために私的所有に制約が課せられる場合、前者よりも下まわる「相当な補償」で足りるという見解。<sup>(20)</sup>第三には、種々の見地から、例えば生存権の保障や「小さな財産」しかない社会的弱者の保護を要するものについては「完全保障」を、独占企業等の「大きな財産」については相当補償を、といった区分をする説がある。<sup>(21)</sup>この第三説のなかに、財産法秩序の枠内での「個別的な侵害行為」については「完全補償」を、農地改革などのような一定の「権利関係の变革を目的として行なわれる侵害行為」に対しては「相当補償」を、という図式で解決を図るべきだという見解がある。<sup>(22)</sup>最高裁の判例は、農地改革時の農地の買取対価については相当補償説に立ち、土地収用法における損失補償は「完全な補償」を要するとしたから、ほぼこの立場をとっているといつてよいだろう。土地収用における補償は、「当該土地の所有者等が被る特別な犠牲の回復をはかることを目的とする」から、完全補償が必要だという最高裁の判断(昭四八年一〇月一八日判決)は、財産権

の保障に重心を置いたものであり、従来の実務はおおむねこの線に沿ってきたといえよう。土地の公共性を強調する見地からみれば、これは再検討を要するはずである。

先に見てきたように、土地の公共性が一般の「常識」になりつつある今日、その名の下でドラスティックな土地政策が行われる可能性は、相当に高くなっているとみてよいだろう。投機的取引の抑制や遊休地の利用等のために、税制面で種々の構想が出されているが、<sup>(23)</sup>将来は土地所有権のありようそのものまで変革する政策も、十分に考えられるからである。新土地保有税の創設、譲渡所得課税の強化、あるいは固定資産税の見直し、さらには金融政策面での対策などが、地価上昇を或る程度まで抑制できたとしても、土地の有効利用を達成するより抜本的な改革なしには、土地問題の解決は望みえないであろう。先にあげた土地基本法の理念を真剣に追求すれば、総合的な土地対策は、税制や金融による価格等のコントロールのほか、積極的な利用計画と公有地拡大の政策が必要とされることになる。<sup>(24)</sup>この点になると、土地の私的所有権に対する「発想の転換」が求められ、「所有権より利用権」という考え方が、「土地政策においては、第一義のものでなければならぬ」と主張される。<sup>(25)</sup>その前提として、国民の生存権の公平な保障を眼目とするならば、土地の利用権に重心を置く公共政策は、広く支持されるものとなるろう。そしてそうなれば、旧来の財産権を本位とする公用収用の法理も、「公共性」重視の方向で大きな修正を余儀なくされることになると思われる。

憲法二九条に立ち戻ってみれば、「正当な補償」によって土地の公用収用と私的所有とのバランスをとるやり方も、「公共のため」の必要度が高まれば、その分だけ「補償」の程度が低くなるのも已むをえない、という読み方が可能であったはずである。現に旧自作農創設特別措置法による農地買収の対価をめぐる争いについて、最高裁は、農地所有権の内容が法律で制限された事情からみて、「合理的に算出された相当な額」で足りると判示

した(昭二八年二月三日)のである。そして「公共のため」という言葉は、一般に相当広く、「単なる個別的な利益を超えた公益に仕える目的のため」<sup>(26)</sup>とか、社会事業や教育・交通のような「公益のほか、社会全般の福祉を含む広い意味に」<sup>(26)</sup>解されてきた。したがって例えば、市街地の再開発等の都市計画のために、土地の公有部分を増加する必要が高いとされた場合、憲法の見地からいっても、土地の公共性の原則に立つ私的所有権の制限の強化は、当然認められることとなる。そして今日では、土地の有効な利用のために、「公共的施設用地および住宅用地に予定される地域については、公的機関に先買権を与えとともに、公的機関が一般的に収用し得る制度を設ける必要があるとされる」<sup>(28)</sup>のである。

右のような土地利用計画の推進の要請は、それを阻んできた複雑な私的権利関係を合理的に整理する方策を求めることとなる。このため先にも触れてきた「土地利用計画を確立」すると同時に「土地の公的保有の拡大」を図ることが要求され、例えば、一九六七年一二月に物価安定推進会議が出した「公共用地取得手続の迅速化」、「収用委員会の強化・拡充」、「先買権制度の改善・強化」等の提案がなされてきている。さらにはその延長線上で、野口悠紀雄の「土地証券化」<sup>(30)</sup>の構想や、都留重人の「特殊交付公債発行による土地買上げを試みる」といったドラスティックな案<sup>(31)</sup>が出されている。土地の公共性の認識が更に深まれば、このような形で公共用地の拡大は、恐らく不可避の成行きとなる。もちろんそれは、社会主義国家における土地の国有化とは異なり、資本主義の枠組の下での制約は当然蒙らざるをえない。とりわけ偶然的事情で「特別の犠牲」を受ける個人の権利については、全社会における衡平の確保および当該個人の生存権の保障という見地から、「相当の補償」がなされるべきことは、その基本条件の一つである。

しかし、右のような衡平と生存権の配慮を前提とすれば、土地の私的所有の原則に対する「公共性」の優越性

は、やはり現代社会の必然的な傾向といえよう。それは一見、他の分野において、国家的公共性が人権や市民的公共性によって制約されるべきだといわれてきたことに対する、一つの大きな例外であるようにみえる。しかし、土地の公共性がその私的所有権に優位するという現象は、市民の共同生活の向上と、ひいては一般市民の生活や環境の保護のために要請された条件にほかならない。すなわち、この面での「公共の福祉」は、市民的公共性と大幅に重なるといえるから、それによる土地所有関係の変化は、まさに現代公共性一般の流れの逆説的な表われとみるべきであろう。いいかえれば、今日における土地の「公共性」は、すべての国民の生存権を公平に保障するという、内在的な志向性を持った観念として存立するのであって、人権一般の上に優位するアブリオリな価値原則ではない。国の公共政策であれば、市民の人権を度外視して権力で強行できる、といった旧体制の「公益優先」のイデオロギーは、ここでははつきり絶縁されるべきである。——思想の系譜からすれば、それは恐らくJ・J・ルソーや宮崎民蔵の“人類の本源の平等”の人権の流れに遡るものといってもよいだろう。土地政策にそれが生かされる場面では、行政権力も国民もともに、つねに人権（とくに平等と生存権）の理念を念頭におかなければならない。

#### 4 住宅問題の公共性

「住宅問題は、同時に土地問題である」<sup>(33a)</sup>といわれる。日本の「住宅問題の最大のあい路が、政府の長年にわたる土地無策の結果による土地問題にあることは、誰の目にも明らかになっている」<sup>(33b)</sup>とも指摘される。また「土地問題は諸悪の根源」だともいわれるが、<sup>(34)</sup>そのあたりを最もよく受けるのも住宅問題である。「住宅問題と土地問題」<sup>(35)</sup>がしばしば、ワン・セットで議論されるのも、この意味では当然であろう。ここで、住宅問題を併せて考

察するゆえんである。

もっとも、これまでわが国では、一般に「持ち家志向」がつよく、政府の側でも「住宅保障を怠り、（私人の）自力にまかせ、……金を貸して家を買わせる持ち家政策に力を入れた」<sup>(36)</sup>ため、公共住宅は量質ともに低いままにとどまってきた。「家を持たなきゃ半人前」といった、「住宅取得を個人の甲斐性とする意識」<sup>(37)</sup>の上に乗って、本格的な住宅政策が行われなかったのである。別のいい方をすれば、住宅の問題は「私的自治」の分野の事柄であって、公共政策の問題ではないかのように考えられていた。——しかし近來、「人間にふさわしい住居」の確保は、憲法二五条の「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」に当る、という意識が拡がり、一九七六年国連人間環境会議（ハビタット）の「人間居住宣言」に共鳴する運動が生じてきた。そうした動きの代表として、八〇年代初期に形成された日本住宅会議が、「人間性を保障する住宅政策の確立」を求め、「住居の基盤である土地の所有と利用を公的に規制する必要がある」<sup>(38)</sup>、という宣言を発したことは、住宅問題の転機を示すものとして注目されよう。同会議は更に八四年の「アピール」で、「公有地の拡大と民間利用の規制」、「公有地利用計画の公開と住民参画」等を要求し、市民のための住居と環境の条件づくりを提案した。住宅問題はここで、市民的公共性の見地から、国や地方自治体の公的政策の対象たるべきことが、多数の研究者・運動家・一般市民によって求められるに至ったのである。

このように市民運動としての住居権の要求は、漸く八〇年代になって明確な形をとることになるが、都市における住宅・宅地等のための土地が「公用」収用の対象となる点では、法Ⅱ制度面でもかなり早くから「公共性」の拡がりが見られる。例えば、都市計画法（一九六八年）の定める一定の住宅団地経営事業等が、「公共の利益となる事業」（土地収用法三条三〇号）と認定されたり、更に包括的に都市計画事業一般について公用収用ができるよ

うにされたこと(都計法六九条)は、「公用」あるいは「公共のため」の概念の大幅な拡大を意味する。遠藤博也が適切に指摘したとおり、公用収用権が右のように「結局は私人の利用に帰する」住宅・宅地等の用地所得にまで拡張される現象は、「公共性の内容が変質し」<sup>(39a)</sup>たことにほかならないといえよう。そしてこうした現象は、今世紀の「世界的な傾向」であり、欧米の先進諸国では広く「公用収用における〈公用〉が〈公目的〉ないし一般的な〈公共性〉にとって代わられている」<sup>(39b)</sup>ともみられる。それらの「いづれの国においても、住宅建設は公共性の高いものとして、公共の責任において行うべきものであり、……このための助成措置は勿論、収用等の強制権限は当然認められるものと解される」<sup>(39c)</sup>。

右のような「世界的な傾向」は、遅ればせながらわが国にも、次第に顕著に現われつつある。上記の例のほか「都市環境の計画的整備」のため「公有地の拡大の推進に関する法律」(一九七二年)が作られ、「土地の先買い」制が定められるようになったこと等、公用地取得の方法にも幅が出てきた。住宅の供給、都市機能の増進等の必要に応ずるため、土地利用における公共性概念の拡大は、これからも不可避の傾向となり、公用収用権も前世紀の枠組を大きく越えるものとなる。その延長線上で、先に挙げた「土地証券化」の構想に基づくドラスティックな方法で、公有地の拡大が行われるようになれば、土地の「公共性」は、土地に対する私的所有権の概念と制度に質的な変化をもたらすであろう。その結果、有限な公共財としての土地については、私的所有の権利は揚棄され、利用権にとって代えられるかもしれない。——そうなるとそれは、社会主義国家における「国有化」になることを意味するだろうか。社会主義の退潮という今日の流れの中で、それは逆行でしかないのではないか。……という疑問も生ずるであろう。ここでは経験を超えた未来予測は、差し控えるほかないけれども、前にも述べたとおり、右のような所有権概念の変化が生じて、それは直ちに土地の「国有化」に結びつくものではあるま

い。土地はもともと個人のものでなく、その上に生きる諸個人の生存の基盤として、全ての人々の生存権のために利用されるべきものと考えられるだろうからである。その意味で、かつての「神聖不可侵」の土地所有権は変っても、私利利用権がそれに代る意義をもち、資本主義的経済体制を維持する役割を果たさうからである。

ベンが先に走りすぎたようである。ここで元に戻せば、現状では次のような結論になろう。第一に、住居が人間生活の基盤であり、良い住居環境は、個人にとって「人格を形成する場」であるのみならず、「健全な市民社会および国際社会の平和と発展に不可欠である」(前掲「住宅憲章」前文)以上、そのための政策は高度に公共的な意味をもつ。したがってそれは、市民の平等の生活権を保障する方向で、計画的に樹てられなければならない。第二に、「人権としての住居を実現するには、住居の基盤である土地の所有と利用を公的に規制する必要がある」(住宅会議八三年アピール)ことも、広く認められつつある。これに応じて、有限の公共的資源である土地が、「投機の対象とされてはならない」という倫理的原則も、法的に実現されるべきである。「公共性」は、断じて不当なディベロッパー達の口実にはならず、逆に開発利益の社会還元等の根拠として生かされよう。

第三にしかし、「公共性ないし公益性の概念」が用いられるために必要な、国民または地域住民の「コンセンサス」を成り立たせるようなメカニズムが現在わが国には欠けている<sup>(40)</sup>、と指摘される面があることも事実である。具体的な都市計画等について、何が公益かをめぐる争いや対立は、つねに生じうるだけに、それを確定する公正な手続を整備する必要は、これからますます大きくなる。これと関連して第四に、土地の「公共性」が、私権に対する国家・公共団体の一方的な統制の正当化理由にならないように、政策決定の過程に市民の参加を積極的に組み入れる、ソフトな仕組みを作る必要がある。住宅要求に現われた前述の市民の意識の高まりは、そうし

た参加を可能にする条件となつていゝと思われる。

(1) Cf. J.J. Rousseau, Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes, 1755, seconde partie; The political writings of J.J. R., vol. I. p. 169. ルソー『人間不平等起源論』本田喜代治訳、九二頁。「土地に餌いをして『これは俺のだ』と宣言することを思い付き、そしてそれをそのまま信ずるような、かなり単純な人々を見出した最初の者が、市民社会の眞の建設者であつた」、という有名な文でこの第二部が始まるが、それに続けてルソーは、皮肉をこめていゝ。「そんなベテン師のいうことに耳を傾けるな。土地は誰のものでもない、ことを忘れたら、お前は破滅するぞ」と同胞に叫ぶ者がいたら、どんなにか犯罪や戦争、悲惨や恐怖を省いてやれたのではないか、と。

(2) もっとも、そういう意識が、私有制批判に結びついたのは、かなり後のことである。わが国で最も明確な形で「土地平等享有」の思想を説いたものとして、宮崎民蔵の『人類の大権』、一九〇二年があるが、共產主義者を別にすれば、彼ほど徹底した「土地に対する人権」論は、今日までなかった。但し、彼は土地の国有に反対し、『最も自由かつ便利』に土地を平等に使用させる「土地享有法」の制定を説いている。「凡ての土地に、人力によりて増加せる生産力を量りて、法定価格を付し、而して人口と地面とを比較的均分して、一箇人分の享受地面額を算出し」、土地をもため者は過当分所有者に要求し、改良代価を払つて「応分の地面を受領する」云々といった案である。(明治文化全集第六巻、三一七頁以下をみよ)。今世紀始めに、多くの欠陥はあるとはいえ、これだけの土地政策論が出ていることは、注目値する。

(3) 地価高騰の原因についての所説は沢山あるが、差し当り分り易い解説として、次の三つを参照。早川和男『狂乱地価への提言』、渡辺洋三『地価はなぜ暴騰するか』ともに一九八七年(岩波ブックレット)。都留重人『地価を考える』、一九九〇年第一章。

(4) 従来の「土地利用計画」について、早川和男があげた二つの「特長(徴?)」は、その傾向性を示唆的に示している。すなわち、その「第一は、地域の発意に根ざすのではない他の、上からの意志によるいわば上意下達の(計画)に基づく」ものであつたこと。「第二は、工業中心、それも重化学工業を基軸にした土地の利用計画であつた」ことである(同「土地利用計画における土地・地価問題」、法律時報四七巻七号、一九七五年)。むろんこれだけで、過去の土地政策の特

徴がいくつかされるわけではないが、国による産業中心主義が土地問題にも反映している面が出ているといえる。——  
 なお、草山謙「戦後の土地政策」、ジュリスト総合特集三三四号『転換期の土地問題』、八四年も、批判的展望を与えている。ほかに土地政策を検討したものとして、ジュリ臨増『土地問題』、一九七一年の第二部、とくに柴田徳衛・加藤正男・深沢日出男等の諸論文を参照。

(5) 本間義人『土地問題総点検』、増補版一九九〇年、四八頁以下を参照せよ。そこに挙示されている六五年一月二日「閣議了承」以後の土地対策の中に、すでに「土地の公共的性格」、「公共優先の見地」、「適正な土地利用」、「投機的取引」の抑制などの言葉がふんだんに見られる。しかも本間によれば、「土地問題に関する」法制度は二〇年ほど前にほぼ整備しつくされている（五三頁）。そうだとすれば問題は、「土地政策の名に値する」有効な政策がとられなかったということになる。本間はその主たる原因を、「自由主義経済のもとでは土地所有権には公的制限を加えるべきでない」という思想が、わが国の政策当局や自民党を支配していた「結果だとみる（同上、六三―四頁）。現実的な政党や官僚に、法觀念や「思想」がそのように支配的影響をもつとみるのには、大きな疑問があるが、旧い所有権意識が働いていたことは一面の事実であろう。

(6) その経過は、ここでは触れない。本間・上掲、とくに二三頁以下、都留前掲、とくに二〇四頁以下、等を参照。

(7) 新行車審報告が出されたときの、大方の新聞論調は、物足りなさを指摘しながら、ほぼこのような評価を与えていた。もともと、本法に対する評価は、かなりまちまちである。上掲の都留は「なにがしかの前進」（一二二頁）を認め、「宣言法」にとどまったことに不満をもつ本間も、「希望がないわけではない」（前掲三二二頁）と消極的な見方をするのに対し、成田頼明のように「長期的にみますと……極めて有効なものになるだろう」（一六国会特別委員会公聴会）と高い評価を与えるものも少なくない。例えば、戒能通厚は、この法をたんなる「宣言法」ではないとして、これを「ふまえた新たな法と、それに新たな適用指針をおかれた現行法とが、ここに『土地基本法』体系とでもいえるべきものを形成し、それが全面的に動き始めたのだ、とみるべき」だとしている。同「都市政策と土地問題の新局面」、法時六二巻八号、一九九〇年、参照。

(8) 座談会「土地基本法をめぐって」、ジュリ九五二号、一九九〇年、において、成田頼明が、多くのメンバーの意見をまとめ、かつ自らも同意した言葉。ちなみに、成田じしんは(7)でも述べたとおり、「今後次々と手が打たれれば画期

的な立法になる」としている。

(9) a・b 都留・前掲、一八一頁。

(10) 本間・前掲、a——二九八頁以下参照。b——三〇二頁。

(11) 本間・前掲、二三四頁。

(12) 一九八八年四月二七日 of 四野党提案より。

(13) a・b——本間・前掲、二二六頁。

(14) 拙著『憲法講義』、一九八〇年、五二五頁。

(15) 土地所有権に対するこうした制約は、法学の分野では全くの常識になっているが、その思想や制度の歴史的な変遷については、ジュリ前掲『土地問題』第一部2、とくに水本浩と遠藤博也の論稿をみよ。

(16) 古いものとしては、美濃部達吉『公用収用法原理』や渡辺宗太郎『土地収用論』等があるが、本稿での新しい問題に触れたものとして、差し当り次の二つの論文を参照せよ。成田頼明「公用収用の法理とその新しい動向」、ジュリ臨増『土地問題』所収、棟居快行「公用収用法理の展開と発展可能性」、とくにその(一)、神戸法学雑誌三二巻、一九八二年。

(17) 棟居・上掲、三七二頁。

(18) 法協『註解日本国憲法』、一九五三年、五六—一二頁。本書は、第三項を「第一項の不可侵の原則に対する例外を定める」とみるが、第二九条については、近代の所有権絶対の考え方に、「社会公共の立場から」それを捉える「近時の考え方を加味し」た、「両者の中間を行くもの」としている。

(19) 宮沢俊義・声部補訂『日本国憲法』、一九七九年、a——二八七頁。b——二八八頁。

(20) 学界の大勢は、この相当補償説の側に傾いていると思われる(前掲・拙著、五三三頁以下参照)。尤も、佐藤功のようには、原則としては「完全な補償」を要するとし、「例外的には相当な補償で足りる場合もあるうる」として、この例外的な場合は「できるだけ限定的に解すべきである」(同『憲法』一九八三年、四九二頁)という、第一説に近い見解も少数ながら有力である。

(21) 財産の侵害について、「小さな財産」と「大きな財産」(高原賢治)、或いは「生存財産」と「独占財産」(宮本栄三)等を分け、前者には完全補償を、後者は相当補償でとする説は、生存権理念を媒介にした一つの合理的な判断枠を与えて

いるといつてよからう。北野弘久が、税法上も「生存権的財産である一定面積以内の住宅地と、生産的農業の継続が明確な農地等は非課税とすべきだ」(朝日論壇、九〇年十一月二日)として、その他の土地所有と区別すべきゆえんを述べたのも、同じ発想に立つ提言といえよう。もつともこれについては、どこで両者を分ける線を引くか明確でない、といった批判を免れないから、より精密な検討が必要である。さし当り、高原『財産権と損失補償』、一九七八年、宮本栄三『憲法二九条の解釈論上の再検討』、法時四四卷二号、七二年、およびこれらとも少しく異つた分類法を示したものとして、浦部法穂(大須賀等との共著)『憲法講義』2、二〇五頁以下、参照。さらに学説の整理として、樋口・佐藤・中村・浦部『注釈日本国憲法』一九八四年、六八頁以下をみよ。

(22) 今村成和『損失補償制度の研究』、一九六八年、とくに七四頁。上掲の樋口・佐藤らの注釈書は、この説を支持し、「区別の基準は明確であり、妥当な見解である」(六九〇頁)としている。

(23) 土地税制については、七〇年代から種々の提案や構想が出されてきた。例えばジュリ前掲『土地問題』第二部の、北野弘久・和田八束・宇田川璋仁らの論稿をみよ。土地基本法以後、最初に動き出したのは、「土地に関し、適正な税法上の措置を講ずる」と謳つたその一五条を受けての、土地税制改革である。本稿執筆の段階でも、新土地保有税を中心としたその議論が活潑に行われている。——なお、この問題に関しては、今日でも、かつて和田八束が次のように指摘していた点に注意が払われるべきであろう(同「土地政策と土地税制法」法時四七卷七号、一九七五年所収)。すなわち、従来は「土地政策に明確な方針がないままに、安易に土地税制に依存してきた」。「土地政策の目標は、国民の安定した住政策を保障することではなくてはならない」。これまで「土地税制を誤った土地政策の手段とすることによって、税の不公平をいちじるしくそこない、さらには不公平を拡大した」ことが、反省されるべきである。「土地政策としては、公共用地の確保を中心にし、それによって公共住宅の建設を進めるべきである。そして、土地税制は、公平と社会的正義を実現するように改めるべきである」と。

(24) 次に引く都留のほか、この二点を強調するものは多い。例えば、渡辺洋三も『土地所有権に対して、利用権が優先すべき』だ(前掲一五頁)とし、また「公的土地保有の拡大が重要」だとする(同四二頁)。前にも参照した、和田八束・早川和男らの論説(法時四七卷七号)も、同趣旨といつてよいだろう。一般的な原則としては、政府(例えば七三年一月二六日閣議了承の政策論をみよ)の中でさえも、類似の考え方が見られたから、これは高いコンセンサスの得られた政策

フレームだといえよう。

(25) 都留・前掲、一八五―一六頁。渡辺・上掲もみよ。

(26) 宮沢・前掲、二八九頁。佐藤功・前掲も、同じように「広く公共の利益の実現のため」と解する(四九七頁)。

(27) 法協・註解、五六八―九頁。

(28) 都留・前掲、九九頁。渡辺・前掲(四三頁)も同じく、「(地方自治体の)先買権を強化し、もっと公的保有を拡大する必要がある」と述べている。

(29) 一九七八年五月二七日、土地問題懇談会「提言」。

(30) 野口悠紀雄「証券化」で土地を資産利用から開放せよ、月刊 *Land* 一九九〇年七月号。

(31) 都留・前掲、一八八頁。

(32) 渡辺洋三が、「基本的に対立している二つの公共観」があるとして、「生存権を保障するための公共性」と「生存権をおびやかす公共性」を分けた(前掲二―四頁)のも、土地問題を考察するうえで分り易い「分類」といえよう。ただ、弱者に不当な犠牲を強いたり、「自然環境を破壊しても開発をすすめる」ことなどを「公共的」という「企業サイドからの公共観」は、ほんらい「公共性」を名乗ることができない虚偽的イデオロギーというべきではないか。本間・前掲が、「土地臨調答申の公共性」の考え方に二種類あって、「個人に対しては公共性・社会性のもとに建築の自由を制約し、デベロッパーなど法人に対しては建築の自由を拡大しようとしている」(二三九頁)ことは「バランスを欠いたもの」と批判しているが、後者の公共性はまさに虚偽的イデオロギーというべきだと思われる。

(33) a・bともに、日本住宅会議『住宅憲章』(岩波ブックレット)、一九八八年、五三頁。

(34) 田村明「現代都市と土地問題」ジュリ臨増『土地問題』所収(二五頁)。その理由として田村は、次の四点をあげる。第一に、「土地は人間環境の基盤である」こと、第二に、「土地の誤用は非可逆性をも」ち、なかなか元へ戻せないこと、第三に、公害など「問題連鎖の中核にある」こと、第四に、国民生活の基盤たる「住」が「もっとも土地問題にからんでいる」こと、であると。

(35) 例えば、渡辺房枝・同名論文、ジュリ総合特集三三号(ちなみに、その2の岩田規久男ほか数論文は、いづれも宅地問題を扱っている)。また、早川和男『土地と住まいの思想』、一九八八年(とくに一六頁)をみよ。

(36) 早川・上掲、二六―七頁。こうした「持ち家」政策批判は、これまでとくに西山卯三によって再々行われてきた。手近なものとしては、日本住宅会議編、八六年版『住宅白書』所収「ニセ持ち家層」(二〇九頁以下)、同会編『国際居住年と日本の住居』八七年、一七六頁以下等を見よ。

(37) 前掲『住宅憲章』五〇、五二頁。

(38) 一九八三年一月三日のアピール。前掲八六年版『住宅白書』二七〇頁参照。

(39) 遠藤「土地所有権の社会的制約」ジュリ臨増『土地問題』a——九六頁以下。b——九八頁。c——九九頁。

(40) 成田頼明「公用収用の法理とその新しい動向」ジュリ前掲一〇九頁。——異った視点からだが、戒能通厚・前掲(一頁)も、「住民の参加や自治の模索を通じて〈公共性〉を探し求めていった、市民社会を創り出し維持・再生産するものとしての〈公共性〉の觀念の成長や、〈計画〉の正当性を争う手続の定着は、いちじるしい遅れを示し」ている、と指摘している。

〔その一・終り〕