

目次

はじめに	2
1. 未耕作・非耕作農地について	3
(1) 統計データ	3
(2) 対策	3
2. 危険建物・非衛生建物についての措置	5
(1) 市町村の一般的警察権限 (police générale)	5
(2) 倒壊危険建物 (bâtiments menaçant ruine)	6
ア. 古典的対応	6
イ. 2005 年制度改革	7
ウ. 具体的措置	9
(3) 衛生危険建物 (bâtiments insalubres)	9
(4) 公用収用	10
(5) 明白放棄財産 (Les biens en état d'abandon manifeste)	10
3. 廃棄物処理についての問題	12
(1) 廃棄物の概念	12
(2) 廃棄物処理施設	12
(3) 都市計画との関連	13
(4) 廃棄物処理施設所有者不明	14
4. 歴史や憲法との関連	15
(1) 所有権規制の歴史的事情	15
ア. 地券	15
イ. 規制立法	15
ウ. 東京市区改正条例	15
エ. 森林法	16
オ. 土地収用法	17
カ. 耕地整理法	17
(2) 所有権規制の現況	18
ア. 財産権制限の法理	18
イ. 条例による財産権制限	19
ウ. 補償の必要な場合	20
エ. 損失補償と所有権の内在的制限	21

はじめに

倉橋教授から、筆者に報告依頼されたのは、

- 1) 日本の土地所有権はなぜ強いのか(法制史的に)
- 2) 空家空地についてどうすればよいのか
- 3) フランス法と比べてどうなのか

である。そこで、本稿は、土地管理において問題になった放棄農地、放棄住宅、放棄資材施設等に関して論ずる。現在の日本においては、人口減少と社会活力の低下により、こうした不動産の放棄に近い事態が相当例生じている。こうした事態についてフランス法はどう対応しているかを明らかにする。

本稿がフランス法を取り上げるには、筆者がそれを研究しているからである。しかし、フランス法は、イギリス法に比べると、大陸法として法規が相当に充実している点が特徴である。また、ドイツ法と比べると、フランスは連邦制を採用していないため、国—地方関係について日本と類似の関係を持つ。さらに、官僚制が相当に発達しており、そうした意味でも日本のモデルとなりうる。こうした点がフランス法を参考にするのに適する点である。

もっとも、異なる点にも注意が必要である。経済・社会的ファンダメンタルについていえば、フランスは、近年ベビーブームであり、人口も相当の勢いで増加している(2008年のフランスの出生率2.02人(欧州トップ)、2009年初頭の住民数は08年から36万6500人増え、6430万人。フランスの出生数は過去数年にわたり80万人を超え、最高を記録している。)。フランス農業部門は、耕作・利用放棄などの問題を抱えつつも強く、いわゆる食糧自給率も100%を超えている。社会的には移民問題・宗教問題を抱え、若年者の失業率は相当に高い。それ故、公務員等の早期退職は、若者に仕事を譲る措置として歓迎される。あえて乱暴な比喩をすれば、日本は初老の国であるのに対し、フランスは若者の国ということになる。都市計画のレベルでは、制度的な違いはもちろん重要であるが、所有権制限を相当にしているところが特徴である。これについて、都市計画学者からは歓迎すべき・見習うべきとの評価もあるかもしれない。しかし、「(フランスの)都市計画法について、それが所有権を侵害していると述べることは、今日、フランスの法律家にとっては当たり前のものになっている。」との指摘がフランス人法学者からなされている(ジャン=ピエール・フェラン、西海真樹訳「フランス都市計画法の現代的変遷」比較法雑誌(中央大学)第42巻第2号38頁、2007年)。また、フランス憲法では、一度成立した法律を事後的に違憲とする方策が非常に制限されている(2008年憲法改正までは、フランス法的にはおよそ不可能であった)。それ故に、日本であれば、違憲となりうるような法律が見られる。具体的には、「都市計画地役(都市計画制限のこと……小柳注)については、一切の補償に対する権利が否定され」ている点は、問題である(同論文40頁)。

以上の相違に注意しながらも、未耕作農地、荒廃建物、産業廃棄物処理施設の問題を見る。その後、日本法における所有権制限の問題を抽象的・歴史的に取り上げることにする。倉橋教授の依頼からみれば、3)から1)という逆順に論じていくことになる。

1. 未耕作・非耕作農地について

(1) 統計データ

日本の耕作放棄地については、経営耕地面積が360万ヘクタールであるのに対して、耕作放棄農地は、平成17年で38万5千ヘクタールで全体のおおよそ10%程度という統計がある¹。これに対して、フランスの場合には、非耕作農地等（territoire agricole non cultivé、この場合は、生産していない土地、荒地、非耕作地、放牧されていない土地、利用や耕作が永続的に放棄されている土地）は、フランスでも増大し続けているとされており、1980年は275万ヘクタール、1998年には294万ヘクタールであるとされる（Denis Rochard, « Exploitation agricole- Terres incultes et manifestement sous-exploitées », *JurisClasseur Rural, Aménagement du territoire et structures rurales*, Fasc. 40, 2000, n°6）。また、フランス統計院によれば、2007年で農業利用地（Surface agricole utilisée totale）が2941万ヘクタール、非利用農地（Territoire agricole non cultivé）が255万ヘクタールとしている²。先の引用の数字と少し異なるし、日本の耕作放棄農地・経営耕地と同じ概念かが問題になるが、フランスではおおよそ8%程度が非利用農地になるのであろうか。筆者は、統計の専門家ではないので今後の検討に委ねるが、やはりフランスでも相当にこの問題が存在していると考えてよい。

(2) 対策

未耕作農地・非耕作農地については、農事法典（Code rural）において規定がある（フランスでは、すべての国家法を60程度の法典にまとめる作業が進行中である。それ故、農事法典というの、農業についての法規集と考えればよい）。そして、農事法典には、非耕作地活用制度（Mise en valeur des terres incultes）が設けられている。非耕作農地活用制度の目的は、一方では利用できる農地を拡大することであるが、他方では、農村地域の保全という意味があるとされている（Véronique Barabé-Bouchard et Marc Héraïl, *Droit rural*, 2007, n°689）。非耕作農地活用制度には、私人開始の場合と行政職権による開始の場合がある。

私人開始による非耕作農地活用制度について、農事法典 L.125-1 条は、次のように規定する。

「農事法典 188-1 条から 188-10 条の規定による農地利用構造規制の適用を受けることがあるが、すべての自然人及び法人は、知事に対して、農地について農地利用許可（l'autorisation d'exploiter une parcelle）を求めることができる。この場合、当該農地は、農地又は放牧地としての活用が可能であり、非耕作又は明白に不十分な耕作状態であること（inculte ou manifestement sous-exploité depuis au moins trois ans）が少なくとも3年以上にわたったものである。未耕作や不十分耕作は、近隣の家族的経営の耕作による類似土地利用と比べることにより判断される。なお、不可抗力の場合はその限りではない。山岳地域では、この期間は3年でなく、2年となる。

県知事の申立てに基づき、県議会議長は、県整備委員会に申立てる。そして、県整備委

¹ <http://www.abc-japan.or.jp/kousaku/pdf/first/riritu.pdf>.

² http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=NATnon10206.

員会は、対審的手続を経て、土地が非耕作又は不十分耕作であること及びその土地を活用できることを確認する。この決定は、国家法制局のデクレにより公示される。」

非耕作地の土地所有者が明らかではない場合や共有者中に不明がある場合に、県知事の申立てにより、裁判所が代理人を選任できる(L125-2条)。非耕作又は不十分耕作が確認された場合には、県知事は、所有者に対して、土地活用をするように催告することを規定する。この催告の通知があつてから2ヶ月以内に土地所有者は、自らその土地を今後1年以内に活用するかそれともしないかを申し出る。返事がないときには、活用しないとの返事とみなされる。その土地に賃借権が設定されているときは、土地所有者は、自ら利用するか又は他の者に賃借権を設定するために、非耕作賃借権を解除して土地を取り戻すことができる。この解除は、現在の賃借人が通知を得てから1年以内に土地利用をしない場合に成立する(L.215-3条)。こうして土地利用がなされない場合には、請求者などに土地活用許可が与えられる(L.215-4条)。この場合には小作契約が強制締結される。なお、知事は、土地の強制的又は合意による取得も可能である(L.215-5条)。

以上は、私人開始による手続であるが、それ以外に、職権開始があるが、内容的にはあまり変化がないので省略する。

最後に、全体に、この手続は滅多に適用されないとの指摘がwikipediaにある³。全く例がないわけではないようである。この制度は、日本の1969(昭和44)年「農業振興地域の整備に関する法律」(「農振法」)に似ている。農振法は、自然的経済的社会的諸条件を考慮して総合的に農業の振興を図ることが必要であると認められる地域についてその地域の整備に関し必要な施策を計画的に推進するための措置を講ずることにより、農地の無秩序な潰廃を防止し、農業の振興を図ることを目的としている。具体的には、広く「農業振興地域」を定めて緩い規制をかけ、その地域内で将来にわたり農業的利用に供すべき地域を「農用地区域」と定めて厳格な規制を行うという仕組みを採用した⁴。農用地区域では、市町村長は、農用地区域内にある土地が農用地利用計画において指定された用途に供されていない場合において、農業振興地域整備計画の達成のため必要があるときは、その土地の所有者又はその土地について所有権以外の権原に基づ

³ http://fr.wikipedia.org/wiki/Mise_en_valeur_des_terres_incultes

⁴ **農業振興地域の整備に関する法律(昭和44年7月1日法律58号)第14条** 市町村長は、農用地区域内にある土地が農用地利用計画において指定された用途に供されていない場合において、農業振興地域整備計画の達成のため必要があるときは、その土地の所有者又はその土地について所有権以外の権原に基づき使用及び収益をする者に対し、その土地を当該農用地利用計画において指定した用途に供すべき旨を勧告することができる。

2 市町村長は、前項の規定による勧告をした場合において、その勧告を受けた者がこれに従わないとき、又は従う見込みがないと認めるときは、その者に対し、その土地を農用地利用計画において指定した用途に供するためその土地について所有権又は使用及び収益を目的とする権利を取得しようとする者で、市町村長の指定を受けたものとその土地についての所有権の移転又は使用及び収益を目的とする権利の設定若しくは移転に関し協議すべき旨を勧告することができる。

第17条 農林大臣及び都道府県知事は、農用地区域内にある農地法(昭和二十七年法律第二百二十九号)第二条第一項に規定する農地及び採草放牧地についての同法第四条第一項、第五条第一項及び第七十三条第一項の許可に関する処分を行なうに当たっては、これらの土地が農用地利用計画において指定された用途以外の用途に供されないようにしなければならない。

き使用及び収益をする者に対し、その土地を当該農用地利用計画において指定した用途に供すべき旨を勧告することができる。農振法のこの規定もあまり利用されていないようである。

2. 危険建物・非衛生建物についての措置

これについては、まず市町村長に一般警察権限があること、倒壊危険建物・非衛生建物、明白放棄財産の制度があることが重要である。この制度は、前の非耕作農地制度と異なり、実際にも相当の適用例がある。

(1) 市町村の一般的警察権限 (police générale)

これについては、市町村長の一般的警察 (police générale) 権限について知る必要がある。まず地方自治体一般法典 code général des collectivités territoriales L.2212-2 条は、次のように規定している。

「市町村警察の目的は、公のよき秩序、安心、安全、衛生を確保することである (La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques.)。市町村警察は、次の権限を有する。

1 道路、通路、公衆街路の通行の安全と快適に関わるすべてのこと。これには、清掃、照明、障害物の除去、崩壊の危険のある建築物や葬送施設の除却あるいは修理 (la démolition ou la réparation des édifices et monuments funéraires menaçant ruine)、窓や建物に落下により通行人に危険を生じたり、有害物質を放出する物を置くことの禁止…… 2 ~ 4 省略

5 適切な注意をすることで予防的措置を執り、または必要な援助をすることで以下のことが起きないようにすること。事故、災害、すべての種類の汚染、堤防決壊、土砂や岩の落下、雪崩などの自然事故、伝染病の発生、動物の病気、……。」

この市町村長の一般的警察権限は、「公の秩序の維持」を中心とするものである。「公の秩序」とは、「物理的の混乱を防ぐこと」とされているが、しかし、海辺で着替えることの禁止、不道德映画の禁止などに拡張されてきた。

適用が問題になったつい最近の例として、「小人投げゲーム」禁止事件がある (1995 年)。これは、クラブの余興として、小人症の人間に取っ手を付けて遠くに投げる小人投げゲームがなされていたところ、市長がこれは人間の品位を損なうものであるとして、先の条文を根拠に禁止命令を出したところ、当該小人自らこれは生き甲斐であったとして中止命令の取消しを求めた事例である。フランスの行政裁判の最高審級であるコンセイユ・デタ大法廷は、L.2212-2 条は市町村長に人間の尊厳を冒す演芸を禁止できる、小人投げゲームは、人間の尊厳を冒すものである、本人が報酬を得て自発的に参加していてもこのことは変わらないと判示した (小島慎司「名誉の放棄」上智法学論集 52 巻 1=2 号, 2008 年)。一般警察権限は、現在では相当に広範なものとなり得ていることを示している。一般警察権限というが、日本風になおせば、一般行政権限という意味として理解してもよいと思われる。

この一般警察権限は、以下に見る特別警察権限と重複する関係になる。これに関して、一般警察権限において崩壊建物、不衛生建物についての規定があり、それを特別警察が具体化していること、危険が極めて緊急かつ急迫している場合であって、市長は、一般警察権限に基づき適

宜の措置を執りうるとの判例が存在する（ については、コンセイユデータ 2005 年 10 月 10 日 *Lebon*, 425 ; *AJDA*, 2006.362 note Landais, *Code Dalloz : Code de la construction et de l'habitation*, 2008, art. L.511-1, A3 pouvoir de police générale et police spéciale des immeubles menaçant ruine ）。これは、実際には、天災等により危険建物が生じた場合に適用されるという説明もある。天災等起因の危険建物の場合には、一般的手続では、適切ではないからである。

（ 2 ） 倒壊危険建物（ bâtiments menaçant ruine ）⁵

ア．古典的対応

倒壊危険建物については、建築・住居法典 L511-1 条において具体的規定が存在する。この規定は、先の一般的警察権限との対比で特別警察権限（ police spéciale ）を構成するものとして理解されている。

倒壊危険建物制度の出発点は、フランス革命前の 1729 年の国王の手紙に由来する。これが 1898 年 6 月 21 日の法律となって、更に現在の制度につながった。また、先に述べた一般的警察との関係では、この制度は、具体的権限を与えた特別警察の制度として理解されている。歴史については、ここでは詳細を省略する（ C. Gaborde, « Édifices menaçant ruine », *Jurisclasseur, Administratif*, 1997, n°5）。この制度は、とりわけ、都市部の古い建物について必要性が高いと指摘されている（ n°6）。これについて、この措置を適切に執らない市町村長について、賠償責任が認められるとの指摘がある。それ故、この問題は、重要問題とされている。

「すべての市町村は、多かれ少なかれ、この危険建物の問題に直面している。危険建物は、公の安全を脅かし、また、居住者の安全も脅かす。市当局が適切な対応をとらなかったときには、また対応をとったけれども効果を上げなかったときには、当局は賠償責任を負う場合がある。この場合には、通常の過失で責任が適用されることになる（責任を負うには重過失が必要なわけではない）。」（ Fau-NOUGARET, « Consolidation de la législation sur les immeubles menaçant ruine », *JCP Administration*, 2007, 2114, n° 12 ）

最近の裁判例としては、2006 年 9 月 27 日コンセイユ・データ（フランス行政訴訟最高審級）判決（ CE,

⁵ 老朽建物の解体促進 足立区、危険解消に都内初の条例制定へ（サンケイ新聞サイトより）2011.9.13 20:56

東京都足立区は 13 日、9 月定例区議会（ 22 日開会 ）に「老朽家屋等の適正管理に関する条例案」を提案すると発表した。区が建物の危険性を指導しても費用面などを理由に放置する所有者が多かったためとしている。

同条例案は、危険と認められた建物の所有者に危険解消を勧告できる 区の指導・勧告に従えば解体費用の一部について助成が受けられる 危険性の解消ができない所有者の同意を得れば区が必要最低限の措置がとれる - などが特徴。制定されれば都内初で、11 月から施行予定。

建築物に倒壊の危険があると判断した場合、同条例に基づいて危険を解消しよう勧告する。所有者が従わなかった場合は、行政代執行も視野に入れて対処する。行政代執行をしたら、費用は所有者に請求。勧告に従えば、解体除去工事費の 2 分の 1（木造は 50 万円まで、非木造は 100 万円まで）を助成する。

所有者が自分で危険を解消できないと申し出た場合は、区が代わって緊急安全措置をとる。

区は勧告の前提として、弁護士や建築士らで構成する第三者機関「老朽家屋等審議会」に、危険な家屋のケースについて意見を求める考えだ。区が 5 月から実施している調査の中間結果（ 7 月末現在 ）によると、区内に老朽危険家屋は 1743 件。うち 57 件は倒壊などの危険があるという。

27 septembre 2006, n.284022m Juris-Data n.2006-070764) がある。これは、バーロン市長が、建築住居法典 L. 511-1 条に基づく建物除却命令を 1996 年 7 月 1 日に発出し、また、鑑定により「地籍番号 A308 の建物は、崩壊状態にあり、行政財産及び隣人に重大かつ急迫の危険があり、それ故、できる限り早く除却されなければならない」とされていたのに、その後特段の措置を執らず、その結果、隣人に損害が及んだ例である。コンセイユ・デタは、この点について市長に過失ありとした。判例評釈は、行政責任において重過失があるときのみ責任を負うという立場から通常の過失でも責任を負うという立場へ判例が変化しているが、この行政警察部門でも単純過失責任主義が適用されるようになったとしている (G. Pellissier, « Application d'un régime de responsabilité pour faute simple en matière de police des édifices menaçant ruine », *JCPA*, 2006,1305)。

この場合の危険とは、伝統的には、公道への危険、すなわち建物が道路上に倒壊する危険などを意味した (一般警察権限の規定参照)。しかし、1935 年からは、そうした公道への危険という要素は排除されるようになった。それ故、現在では、建物の道路との関係はここでの危険に関係しないとされている (C. Gaborde, « Édifices menaçant ruine », *Jurisclasseur, Administratif*, n° 29)。それ故、この場合の危険とは、「建物がその倒壊により安全を脅かしかねないこと、あるいは、建物が公衆の安全を確保するために必要な堅固さを有しないこと」である。なお、ここで建物と言ったが、いわゆる建物だけでなく、壁、記念碑などを包含する。

手続は、建築住居法典 L511-1 条以下に定めるところであるが、2005 年改正前では、建造物が倒壊のおそれがあり、公共の安全にとって危険であるときには、市町村長が期限を定めて当該建物の修理又は取壊しを命ずる決定 (危険決定 *arrête de péril*) を言渡し、当該決定を地方行政裁判所に転送した。危険決定の場合に、もしも市町村長命令に従えばそれで事件は終了する。所有者は、この命令の取消しを求めて行政裁判所に提訴することもできる。所有者が危険かどうか争う場合には、双方向的鑑定にゆだねられる。所有者が何もしない場合には、市町村長は、行政裁判所に提訴する前に一方的鑑定を行う。

の場合には、地方行政裁判所は、当該決定の内容に拘束されず、当該建物の状態に照らしてもっとも適切と考える工事を命ずることができ、又は、所有者の請求により修理に代えて取壊しを命ずることもできる (邦語文献としては、司法研修所編『フランスにおける行政裁判制度の研究』127 頁に紹介がある)。強制取壊し等の費用は、まず公共団体が支出し、それを直接税と同じかたちで所有者に求償する (日本の行政代執行のようなかたちになる)。この場合の訴訟は、通常取消し訴訟とは異なる類型になる (行為の単純な取消しだけでなく、当該行為の変更を求めるものだから (同上 125 頁))。

イ．2005 年制度改革

この手続は、長く採用されてきたが、その後 2005 年に手続が改革された。それによると、現在では、手続で行政裁判所が改めて審査するのは、無駄であるし、小さな村には負担が大きいということで簡素化され、市町村長が直接工事や除却を命令できることになった (M. Fau-NOUGARET, « Consolidation de la législation sur les immeubles menaçant ruine », *JCP Administration*, 2007, 2114)。

現在の建築・住宅法典 (Code de la construction et de l'habitation) L.521-1 条は、次のように規定する。

「壁であれ、建物であれ、建造物であれ、それが崩壊の危険があるとき、その崩壊により公共の危険がありうる時、又は一般的にそれが公の安全を維持するのに必要な堅固さを有しないときは、市町村長は、その修理又は破壊を、L511-2 条の規定に従って、命ずることができる。ただし、その状態が急迫した危険であるときには、L511-3 条に従い、市長は、危険を除去するための暫定措置を命ずることができる。

市町村長は、すべての壁であれ、建物であれ、建造物であれ、その堅固さを検査するために、必要と考える立入りをなすことができる。

建物が安全でないことを知ったすべての人は、このことを市長に連絡する義務を負う。」



写真は、フランス政府サイトからとったものである。



この制度改革をもたらしたのは、「人に相応しくない住宅 habitat indigne とたたかうための 2005 年 12 月 15 日オルドナンス（法律と考えてよい。）2005-1566 号」である。これは、法令の題名からも分かるように、政府がこの問題を重視していることを物語る。

同オルドナンスに関連して、住宅省には、「人に相応しくない住宅とたたかうためのサイト」（http://www.habitatindigne.logement.gouv.fr/index.php3?forcer_lang=true&lang=fr）があり、相当の情報が掲載されている。同サイトに掲載されている写真だけでも相当のものがある（上記参照）。

簡単に同サイトの重要ページをまとめると次のようになる。まず、同サイトのスタートページは、同サイトの目的を明らかにしている。人に相応しくない住宅と戦うための情報（最新情報、法律情報、政治情報、行政情報等）の提供、同情報関連の文書の提供、シンポジウム等の情報交換の機会の紹介にある。

重要なページとしては、人に相応しくないとは何か、その対策は何かを明らかにするページがある（http://www.habitatindigne.logement.gouv.fr/article.php3?id_article=13）。内容は次の通りである。

人に相応しくない住宅とは、「住宅に対する権利を否定し、人間の尊厳を損なう住宅（un déni au droit au logement et portent atteinte à la dignité humaine）」である。フランスでは、「住宅への権利」は、種々の点で実定法的な効果も与えられている。そして、近い将来に法律により定義が与えられ、その居住者の安全や健康にリスクを与えるすべての住居を含むものとされる。

具体的には、住宅、不潔な建物、水道が通っている建物、崩壊建物、危険な家具付きホテル、仮設住居などがこれに含まれる。そして、これに対する公権力の行使による除却や改良が必要に

なる。

これに対して、現在次のような手段がある。a 民法、借家法などの民事法律による手段（公権力の干渉なし）、b 行政警察権に属する手段（崩壊建物・非衛生建物……本問題に直接関係）、c 金融措置や誘導措置による手段、d 整備事業というメカニズムによる手段である。このうち、崩壊建物・危険建物制度は、bとして位置づけられることになる。

ウ．具体的措置

崩壊建物・非衛生建物の措置についてのホームページの説明は、次のとおりである。

http://www.habitatindigne.logement.gouv.fr/IMG/pdf/differents_modesaction_cle7cd671.pdf

この警察権限措置は、非常に古い歴史を持つものである。その目的は、公の安全と衛生を維持することにある。具体的には、崩壊建物・非衛生建物についての措置ということになる。（以下はこのレポートで前に述べたところと重複するが……）、危険建物決定、非衛生建物決定は、所有者に対してなされる。それは、所有者が自ら建物に居住するか賃貸人として建物を賃借するかを問わない。また、現に建物に居住者が居るか居ないかも関係がない。この危険建物決定、非衛生建物決定は、所有権に対する公益役権（servitudes d'utilité publique qui grèvent la propriété、所有権に対する物権的制限）としての効果を持つ。そして、賃借関係がある場合には、賃借権が停止され、賃料支払い義務の停止がある。賃借人は再賃借の権利が与えられる。この命令は、一定の対審的（双方参加的）手続の後に発出され、工事等が命ぜられる。工事は義務であり、職権により工事がなされ所有者に対して求償することもあり得る。なお、この命令の効果として、所有者が公共に対して買い取り請求することは認められていない。1997年にパリにおいて火事と建物崩壊の事故があり、その結果、国家としての対応の必要が理解されるようになり、住宅大臣がレポートを提出した。そのレポートを元に、2000年のSRU法（都市連帯再生法）、2005年12月15日デクレ（政令）、2007年1月11日デクレなどにより現在の措置が完成した。危険建物については、市町村長（基礎自治体の長）が既に述べたような措置を執る。

（3）衛生危険建物（bâtiments insalubres）

衛生危険建物についても、同様の措置がある。

建設・住宅法典L521-1（先の倒壊危険建物に続く章に規定されている。）本章の規定においては、利用者とは、使用のための物権を有する者、借家人、転借人、あるいは善意の占有者であって居住目的の不動産に居る者又は宿泊施設をその主たる住居としている者をいう。

所有者及び物権を有する者は、521-3-1条に従って、以下の場合に利用者の転居若しくは転住居を保障するか、又は本法典L521-3-1条に従ってその必要費用を負担する。

建物が衛生法典L1331-2, 1331-23, L.1331-24, L.1331-25, L.1331-26-1, L.1331-28に従い、不衛生決定の対象となったとき、催告を受けたとき、命令を受けたときであって、これらに一時的若しくは永続的な居住禁止命令があるとき又は衛生状態を改善するための工事命令があり、建物の居住が不可能なとき……」

http://www.habitatindigne.logement.gouv.fr/IMG/pdf/differents_modesaction_cle7cd671.pdfまた、衛生法典L1331-22等参照。

この制度は、崩壊危険建物より新しく、1850年4月13日法に遡るとされている。これは、産業革命後の労働者の非衛生状態居住が問題とした制度である。そして、所有権に対する制約であるだけに、相当の抵抗が存在した。現在の制度は、2000年のSRU法及び2005年デクレが重要な基礎になっている。倒壊危険建物と比べると、居住用に限定されていること、知事と市町村長とで権限が分化していることが異なる。

この場合の非衛生というのは、建物の状況が悪化して健康に悪影響を及ぼすことであり、立入りのより個別的に決定する。

http://www.habitatindigne.logement.gouv.fr/IMG/pdf/habitat_insalubre_cle29d1ea.pdf

具体例としてはひび割れた壁 (les murs fissurés), 防水性の欠如 (l'absence d'étanchéité), 通風の欠如 (l'absence de ventilation), 非常な湿気 (l'humidité importante), 衛生設備の欠如 (l'absence de système d'assainissement,) 等がある (通達DGS/DGUHC en date du 23 juin 2003)。

手続の流れは、倒壊危険建物と同じであるが、違いは、衛生危険建物の場合には、権限の分化があることである。市長は、衛生危険建物の場合には、一般警察権限を有する (先述の地方自治体一般法典 L.2212-2 条)。また、県の条例に基づいた権限を有する。

県知事は、公衆衛生についての特別警察権限を有する (衛生法典 code de la santé publique L.1331-26)。具体的には、県の衛生当局及び市町村衛生当局 (全フランスで 208) が通報又は職権又は市町村からの通知に基づき権限を行使する。これらの当局は、現地に立ち入り、調査を行い、報告書を作成して、最終的には知事に提出する。これに基づき、知事は、非衛生状態が 是正可能か 是正不可能かを判断する。是正可能と判断された場合には、一定期間内に改良をなすようにとの命令 (一定期間内の居住禁止措置付き) が発出される。是正不可能とされたときには、最終的居住禁止命令が出される。そして、居住不可能とされた場合には、公用収用措置が執られうる (次項参照)

(4) 明白放棄財産 (Les biens en état d'abandon manifeste)

以上の他に、明白放棄財産の制度もある。これは、倒壊危険建物、衛生危険建物とともに、公共権力が建物所有権に対する干渉をなし得る制度である。明白に放棄された建物土地等については、市町村長は収用を行うことができるとの規定がある (P. BILLET, « Expropriation : régimes spéciaux », Jurisclasseur, Administratif, 2005, n°1805, J.Cl., Environnement, Fasc.220, N.118)⁶。この点について <http://www.police.online.fr/concours/savoir/edifices.html>)。具体的には、地方自治体一般法典 code général des collectivités territoriales L. 2243-1 à L.2243-4 がこれについて規定している。

L2243-1条「市町村において、建物、建物の一部、私道であって公衆通行権が存在するもの、施設又は土地であって占有者が存在しないものが、明白に手入れがされていない場合には、市町村長は、市町村参事会の請求に基づき、明白放棄財産の宣言をするための手続を開始する。」

この制度の目的は、建物、建物の一部、又は土地について明白に放棄されているときに、市町

⁶ ゴミ屋敷の問題は、通常は近隣からの民事訴訟による解決が第一ではないかと考えられる。なお、衛生法典があり、それによれば、不動産所有者は衛生について配慮する義務を負うとされている。

村長が明白放棄財産宣言を行い、所有者にその状態を停止するように命令し、それでも反応がなければ、公用収用の手続で当該財産を取得するという制度である。この制度は、市町村が都市更新事業をより迅速に進めるために設けられた⁷。

具体的には、市町村長は、所有者、他物権を有する者、関係者などを探索した後、まず暫定調書を作成する。この暫定調書は、3ヵ月間市町村庁舎に公示される。そして、新聞にも公告される。そして、所有者等にも通知される。もしも、所有者等が特定できないときには、庁舎公示を行う（2243-2条）。

次いで、公示から6ヵ月経過しても反応がない場合には、市町村長は、財産放棄の確定調書を作成する。そして、その調書は、参事会に移送され、参事会が市町村のための公用徴収の手続をすすめる。具体的には、県長官に対して申立てを行い、県長官が公用の有無を判断し、補償額については、司法裁判所の判事が決定を行う（これがフランスの通常の公用収用手続）。公用収用で問

⁷ なお空き家について、日本では、建築基準法 10 条を除いて、明確な法律による規制が設けられていないようであり、条例としては、所沢市の「空き家の適性管理に関する条例」がある。これについて、次の説明がある。「空き家に関する条項についての協議では、空き家の定義をどうするか、管理不全な状態をどこまで含めるか、実態調査は敷地内に立ち入ることまで含めるのか、関係機関との連携にはどこまで含めるのか、といった論点を検討しました。

協議を重ねる中で、理念的な条文の「防犯のまちづくり推進条例」の中にペナルティを科すことができる空き家に関する条文がなじまないとの意見や、空き家については防犯上の問題以外にも生活環境保

全上や、火災予防上の問題もあるなどの理由を考慮した結果、単独の条例にすることになりました。

その後、条例案のパブリックコメントを実施し、いただいたご意見を踏まえ、市の政策会議や例規審査委員会等で意見聴取を行った上で、平成 22 年 6 月議会で議決され、7 月 1 日に制定、10 月 1 日に施行となりました。

4 条例制定において工夫した点

最初に、対象とする空き家についての条件の設定について防犯対策室を中心に関係部署及び関係機関で協議を行いました。

まず、「空き家等」の定義をどのようにするかという点で、一戸建だけをいうのか、倉庫やカーポートのようなものも含めるのか、時々帰ってくる場合を含めるのかといった議論の結果、「市内に所在する建物その他の工作物で、常時無人の状態にあるものをいう。」と決めました。

また、対象とする「管理不全な状態」をどのように定めるかという点では、なるべく具体的にしたほうが良いということで、さまざまな場合を想定し、「建物その他の工作物が、老朽化若しくは台風等の自然災害により倒壊するおそれがある状態若しくは建築材等の飛散による危険な状態又は不特定者の侵入による火災若しくは犯罪が誘発されるおそれのある状態をいう。」としました。

近隣住民から、これらの空き家に対する情報が提供された際には、市が敷地外から状況を観察及び写真撮影等により現状の調査を行い、法務局で所有者を調べるなどの実態調査ができることとしました。

その上で所有者等に対し、空き家の近隣住民が不安に感じていることや迷惑をこうむっていることについての改善を促すために、適正管理に必要な措置についての助言、指導、勧告等の行政指導を行うことができることとし、順を追ったこうした指導に従わない場合は、一定の期限を定めて改善について命令を行います。

それでも空き家の所有者等が命令に従わない場合は、所有者等へ弁明の機会を与えた上で、所有者等の住所、氏名等を公表できることとしました。公表の方法としては、市の施設の告示板への掲示や、当該空き家付近の公道などへ看板を設置するなどを考えています。」

更に別紙廃屋対策について参照。

題なのは、所有者不明の場合があり得ることである。とりわけ、フランス法では、収用法で事前の補償を要求している（人権宣言17条「所有権は、不可侵かつ神聖な権利であり何人も、法律上確認された公的な必要性が明らかに要求する場合で、かつ公正かつ事前の補償の取り決めのもとでなければ、これを奪われぬ。」）。この点が問題になるが、結局、不明者には適用できないことから、市庁舎での掲示と法務局への供託による。なお、公用収用により取得した土地・建物については、他に譲渡することも可能になっている。これは、不動産のリサイクルを容易にするための制度である（土地収用法典L21-1条）。

この手続は、所有者が放棄の状態を改めた場合には、進行しない。また、所有者が放棄の状態を改める工事をする旨の協約を市町村長と締結した場合も進行しないが、実際に工事が行われなければ、再び進行する。なお、所有者は、第三者が権原なく土地上に建物・施設を建築しているという理由で、放置してはならない。

（５）無主財産（：Les biens vacants et sans maître）

無主財産は、所有者がいない場合である。これについては、2004年に民法改正があり、無主財産は、国にではなく、市町村に帰属することになった（713条「無主の不動産は、その地の市町村に帰属する。しかし、もしも市町村がその所有権を放棄すれば、国に帰属する。」）。明白放棄財産と違って、補償なく、所有権が移転する。

無主財産は、明白放棄財産と混同しやすいが、明白放棄財産は、所有者が放棄したがやはり所有権を有する場合である。2004年改正以後、市町村長は、無主財産の制度の方が使い安いとされているが、しかし、明白放棄財産は、所有者が分かっているながら義務を果たしていない場合に、適用できる。

３．廃棄物処理についての問題

（１）廃棄物の概念

環境法典（Code de l'environnement）は、廃棄物・ゴミ（déchets）について次のように述べている（L.541-1条II）。

「すべての残留物であって、生産、変更、利用のプロセスから生じるものであり、すべての物質、材料、製造物である。より一般的には、所有者が放棄したか放棄すべきすべての動産」

ゴミとは、放棄動産であり、不動産は、排除される（Philippe Billet, «Droit des déchets -Notions générales. – Institutions», *JurisClasseur Environnement*, Fasc. 810, 2003, n° 18）。それ故、いわゆる残土を放棄した場合に、それが土地と一体化しているときには、動産性をなお残しているのかという問題がある。もっとも、これは、法学特有の細かな議論とも思われるが、一応疑問としておく。

（２）廃棄物処理施設

廃棄物処理について環境法典は、次のように規定している（Philippe Billet, «Installation d'élimination des déchets,--Régime générale», *JurisClasseur Environnement*, Fasc. 4280 2005, n° 2,なお、危険廃棄物については、別の規制があるので、ここでは取り上げない。）この定義から見ると、廃棄物の保存、処理の施設は、すべて廃棄物処理施設ということになる。

「収集、移送、貯蔵、分類をすること、又再利用可能な物質材料を取得するためやエネルギーを取得する

ため又固有の条件においては避けるべきすべての生産物を自然環境の中で保存し又廃棄すること（L541-1条2項）

フランス法は、廃棄物処理施設の設置・管理について、次のような制度を採用している（Philippe Billet, «Installation d'elimination des déchets,--Régime générale», points-clés）。

廃棄物処理施設は、環境を保全するために指定されている指定施設に該当する（勝手に設置はできない）。廃棄物処理施設を解説するためには、許可申請をしなければならないが、その際には、公的機関による調査があり、また、種々の機関の意見を聴取することとされる。その際には、インパクト調査（アセスメント）が実施される。その上で、許可が与えられる。開始許可は、都市計画を尊重しなければならない。また、都市計画に基づくゾーン（市街化区域等）による制約を受けている。建築許可も必要であり、また、土地所有権の取得も求められる。廃棄物処理施設の運営は、当初の許可申請の条件に従ってなされなければならない。とりわけ、どんな廃棄物を受け入れるかについての条件は遵守しなければならない。処理施設の周りに中間遅滞を設けなければならない。そうした条件を遵守しないときには、行政は、運営停止を命ずる。運営の終了は、行政の命令による場合もあり、また、自ら終了する場合もある。知事は、運営終了時には、原状回復措置を命ずる。これは、環境保護と公衆衛生のためである。原状回復義務を負うのは、施設運営者及びその承継人である。また、廃棄物の保持者も負うし、また土地所有者も負う。しかし、こうした原状回復義務が実施されない場合があることに注意が必要である。

（3）都市計画との関連

ここで問題になるのは、都市計画との関係であろう。フランスの区域制度としては、都市区域（zone urbaine）、都市化区域（zone à urbaniser）、農業区域（zone agricole）、自然及び森林区域（zone naturelle et forestière）が存在する。それでは、廃棄物処理施設とりわけ貯蔵場は、都市区域でのみ認められるであろうか？これについて、そうではないと考えるべきである。

大臣答弁「廃棄物貯蔵場は、地域都市計画プラン(Plan local d'urbanisme)における特定の区域に設置されるべきものとはされていない。非危険廃棄物については、その貯蔵は、都市区域、都市化区域、農業区域、自然区域のどこでも設置可能である（S'agissant de déchets non dangereux leur stockage peut indistinctement être envisagé en zone U (urbaine), AU (à urbaniser), A (agricole), ou N (naturelle).）」*»Les installations de stockage de déchets non dangereux», JCP Administrations, 2009,244*（答弁の主眼は、それゆえ、貯蔵施設は特に区域制限があるわけではないが、それでも都市区域や都市化区域では、都市のゴミを受け入れるのに適切だし、自然区域でも可能だが、再自然化が可能か問題だから、こうした点を PLU であらかじめ決めておけということ。……小柳注）。

地域都市計画プラン(Plan local d'urbanisme)において、施設の設置について特に定めていない場合には、原則設置不可となるのではなく、むしろ都市計画適合となるようになっている。「地域都市プランが何の指定施設について言及していない場合には、その施設開始許可に対抗できない」（Philippe Billet, «Installation d'elimination des déchets,--Régime générale», n° 54）。もっとも、実際には、農業地域には、都市ゴミ施設は適当でないとされているので、PLU で排除していると考えられる（Philippe Billet, «Installation d'elimination des déchets,--Régime générale», n° 55 は、それを示唆し

ている)。それ故、この問題についてアレコレ述べたことは、法律上の原則がどちらか、例外がどちらかという議論であり、無駄だったかもしれない(仮に法律上許可が原則でも、不許可のPLUが実際多ければ実際には不許可が通例になる)。農業地域には都市ゴミ施設は設置されていない方が多いのではないか?もっとも、この点は、実際の調査がないと不可能なので留保したい。

(4) 廃棄物処理施設所有者不明

廃棄物処理終了後は、原状回復が義務付けられている。しかし、実際、「孤児施設(sites orphelins, この言葉は、orphan contaminated site という英語に由来する。)」というものが存在し、原状回復義務を履行すべき者が行方不明になってしまう場合がある。原状回復は費用がかかり、利益にならないとすれば、処理業者はむしろ行方不明になる方が、経済合理性がある。フランス法では、そうした施設については、土地収用の対象とできる。なお、施設の転々売買の結果、こうした孤児施設が誕生する危険性があることから、こうした施設の売買について、市町村が先買権を有し、干渉することを認めている(Philippe Billet, «Installation d'élimination des déchets,--Régime générale», n° 160)。

以上の様に、フランス法においては、土地・建物所有権について一定の干渉が行われている。とりわけ、《都市計画制限については、損失補償のらち外にある》という伝統的な法理は、強烈である。そして、2008年に導入された事後的法令違憲審査制(Question prioritaire de Constitutionnalité, QPC⁸.....控訴院(高裁段階)で違憲の主張が当事者からなされた場合に、行政事件では CONSEIL D'ÉTAT・デタ、民刑事事件では破毀院がその主張が真剣な性格のものかを検討し(フィルター)、その後、憲法院の判断になる。ところが、2010年7月16日の CONSEIL D'ÉTAT・デタ判決が Conseil d'État N° 334665, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 16 juillet 2010, Lebon, Publié au recueil Lebon が、これについて、都市計画制限に関連して、真剣なものとの要件を欠くとして、憲法院判断の前にフィルターとして違憲主張を斥けた。(理由は、問題となっている条文 l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme は、一定の要件で、補償を容認していることである。)よってこの問題は、そのままにとどまる。

以上の様に、フランスでは、所有権制限が認められるが、他方、私人間では、所有権は強力な

⁸憲法 61 条の 1 (改正で追加された条文)「裁判所に係争中の訴訟において、法律の規定が憲法の保障する権利および自由を侵害していると主張された場合には、憲法院は、定められた期限内に決定をなす CONSEIL D'ÉTAT・デタまたは破毀院の移送によりこの問題の付託を受けることができる。」62 条 2 項 61-1 条により意見と判断された法律は、その判決の公表の日又は憲法院が定める日から廃止されたものとみなされる。」

日本との違いは、通常裁判所裁判官が憲法判断をするのではなく、憲法院(9人が原則)が判断をすることである。憲法院に憲法問題が移送されるのである。それ故、憲法判断については、その限りで一審にして終審ということになる。全ての違憲主張が憲法院に移送されるのではなく、破毀院、CONSEIL D'ÉTAT・デタが相当な理由ありと考えた事件が移送される。それ故、裁判において私人がこれは憲法違反であると主張しても、フィルターに該当する破毀院等が憲法違反の問題について重大な疑義はないと判断すると事前にその主張がブロックされてしまい、その限りで憲法判断ができなくなってしまう。違憲主張は、フランスでは控訴審でのみ可能である。違憲主張が憲法院でなされるには、問題となっている規定が訴訟で適用されていること、過去の憲法院判断が存在しないこと(事情変更があれば異なる)、違憲の主張が「nouvelle ou présente un caractère sérieux」新しい又は真剣な性格を有することが必要であるとされている。

ことも忘れてはならない。例えば、越境建築がその例である。土地の越境が証明されれば、裁判所は、わずか 0.5 センチの越境でもその除却を命ずる。フランスでは、建物を接近して建築するのでその危険は大である。土地所有者の除却請求には権利濫用法理は適用されない（確定した判例法理，小柳春一郎「日仏物権法セミナー・歴史的側面」法律時報 2011 年 7 月号）。

4 歴史や憲法との関連

（1）所有権規制の歴史的事情

ア 地券

日本法においては、土地所有権は、明治維新にさかのぼる。それより前については、所有権が存在していたかが微妙であり、一応、別個の論理によるとされている。具体的には、土地所有権は、地券制度により始まるとされている。地券制度は、1871（明治 4）年 12 月 27 日太政官布告 682 号が「東京府下従来武家地町地ノ称有之候処自今相廢シ一般地券発行地租上納被 仰付候条此旨可相心得事」と規定したものを全国に展開したものである。この太政官布告 682 号に従って 1872（明治 5）年に発行された壬申地券には、次のような文言が記載されていた。

「永代所持之証トシ此地券ヲ与ヘ左ノ条々ヲ示ス

第一 此地券ヲ所持スル後ハ其地御用ニ候共必ス持主承諾ノ上タルヘシ尤世上一般利益ノ為ニ御用ニ相成節ハ券面通之代金及ヒ其建物ニ応シ相当ノ手当差遣シ上地致サスヘシ

第二 此地所外国人ヘ対シ売渡シ並金銀取引ノ為地券等書入致シ候儀ハ決テ不相成候事

第三 地稅無相違相納ルニ於テハ空地ノ儘又ハ家屋ヲ建テ人ニ貸共持主ノ存意通りタルヘシ」

地券が土地所有を示す証券であること、公益のために必要な土地収用の場合には相当の補償がなされること、外国人に売却等の処分をしてはならないこと、土地利用の仕方は自由であることなどが記載されている。従来の伝統的なものと異なる所有権がここに創設された。

このような土地所有権の無制約性は、新しい制度であった。それ以前の江戸時代に於いては、慣習や地域により様々の規制が行われていたからである。所有権に対する制限は、大正時代において、都市計画法・市街地建築物法が大正 8 年に制定されてから本格化する。

イ 規制立法

不動産法の公法的分野においては、明治時代は豊富ではなく、土地の利用制限という規制法的側面では十分なものがない。事業関連法制については、近代都市整備のための制度として東京について制定された「東京市区改正条例」、土地収用のための基本法規である土地収用法、そして戦前において土地区画整理のための基本法規であった耕地整理法が制定された。例外的に森林法は、土地の利用のあり方に対する制限を中心的な制度として規定された。

ウ 東京市区改正条例

江戸時代以来の伝統的な都市は、火災、伝染病、交通という点に大きな問題があった。「火事と喧嘩は江戸の華」といわれた東京では、防火対策は、比較的早く着手された。明治時代にも、東京ではしばしば大火が起こり、銀座地区は、1872（明治 5）年 2 月に大火があった。政府は、焼け跡に「銀座煉瓦街計画」を実施し、広い街路とれんが造りの建物が並ぶ街区を整備した。煉瓦

街事業は、銀座が日本橋を抜いて東京一（日本一）の商業地になる基礎となった。

防火対策では、更に、東京府が、1881（明治 14）年に東京府布達甲 27 号「防火路線並に屋上制限規則」によって、都心地域について既存建物を含む総ての建物の屋根を瓦等の不燃材で^ふ葺くことを義務付け、更に幹線道路ぞいの建物の構造を石造、土蔵造等に限った。これによって、蔵造りが広まった。

政府は、より体系的な都市整備のために、1888（明治 21）年に東京市区改正条例を定めた⁹。市区改正とは、市街地の整備という意味であり、市区改正条例は、東京の市街地改造計画と毎年度において施行すべき事業を決定するために市区改正委員会を設置して内務大臣の監督下に置くこと、市区改正委員会で市街地改造設計を議定したときは内務大臣に具申し、内務大臣は内閣の認可を受けて東京府知事に付し公告させること、市街地改造の財源として地租や営業税について特別税を課することができ、公債を募集できることなどを規定した。

東京市区改正条例の特徴は、都市計画が内務省の管轄にあることである。実施された基盤整備の中心は、道路拡張であった。また、水道事業も衛生的観点から重視された。しかし、土地利用制限には手が付けられなかった。「東京市区改正事業が終息する 1916（大正 5）年までに曲がりなりにも達成された成果は、路面電車を敷設するための都心部の道路拡幅（受益者負担の観点から路面電車に事業費のかなりの部分を負担させて実施。）、上水道の整備（伝染病対策として実施）、日比谷公園の新設（官庁集中計画の遺産）の 3 点にしばられる。」と越沢明『東京の都市計画』（岩波書店、1991 年）は指摘している。

エ 森林法

土地私有制度は、森林に大きな影響を与えた。日本の河川は、急流が多く、平地を洪水等の自然災害から守るために森林の伐採規制が古くから実施され、江戸時代でも各藩において災害を防止するため、水源山、屏風山などの森林を独自に保護してきた。しかし、明治に入り、所有権自由の原則から民有林については伐木が自由となり、農業肥料等として森林が無秩序に採取され、森林荒廃による災害が多発した。これに対し、明治政府は、民有林について伐木停止林制度等を創設していたが、1896（明治 29）年の未曾有の大水害を受けて、森林法（明治 30 年法律 46 号）を制定した。

森林法は、従来の禁伐林（官林）、伐木停止林（民有林）等を統一して保安林制度を創設した。土砂の崩壊、流出、飛散、水源涵養、風水害等の防止のために必要な箇所は、地方森林会の答申を経て主務大臣が保安林に編入することができる。保安林では、皆伐、及び開墾をなすことができず、知事の許可なくしては土石採取、樹根採掘、牛馬放牧等ができないし、「主務大臣ハ必要アリト認ムルトキハ保安林ノ伐木ヲ禁止又ハ制限スルコトヲ得」る。保安林に編入されたために損

⁹ **第 1 条** 東京市区改正ノ設計及毎年度ニ於テ施行スヘキ事業ヲ議定スル為メ東京市区改正委員会ヲ置キ内務大臣ノ監督ニ屬セシム其組織権限ハ閣令ヲ以テ之ヲ定ム

東京市区改正委員会ノ費用ハ市区改正費ヲ以テ之ヲ支辨ス

第 2 条 東京市区改正委員会ニ於テ市区改正ノ設計ヲ議定シタルトキハ内務大臣ニ具申スヘシ内務大臣ハ審査ノ上内閣ノ認可ヲ受ケ東京府知事ニ付シ之ヲ公告セシムヘシ

害を被った森林所有者はその伐木を禁止された場合の直接の損害に限って補償を求めることができる。

森林法は、土地私有のもたらす問題への最初と言って良いほど体系的な対応であった。ここでは特定の土地所有権の特性に即してその制限を加え、それに基づく土地所有者の損害に対する補償を認めることにより所有権と公益の調和を図っている。森林法は、1907(明治40)年に全面的に改正されたが(明治40年法律43号)、保安林はやはりその中心的制度であり、「保安林ニ於テ八地方長官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ木竹ノ伐採、傷害、開墾、又ハ土石、切芝、樹根、草根、埋木ノ採取若ハ採掘ヲ為シ又ハ家畜ヲ放牧スルコトヲ得ス」と規定して、規制を強化した。

オ 土地収用法

公共の用に供するために、私人の土地を収用するための法規としては、明治8年の「公用土地買上規則」が最初のものである。これは、国や公共団体の利益のために地券に記載された地価で土地を買い上げることを規定した。しかし、地券価格は、実際の土地価格とは異なることが通常であったため、運用では買収は地券価格に縛られずになされた。

明治政府は、所有権保障を規定する明治憲法制定とも関連して、1889(明治22)年に「土地収用法」を定めて、「公用土地買上規則」を廃止した。公用収用では、誰(起業者)がいかなる手続でどのような権利を収用できるか及びその場合の補償のあり方が問題になる。明治22年「土地収用法」は、企業者について鉄道等の私人が収用の主体になりうることを認めた。収用手続としては、起業者が内閣に工事認定を求め、その後、知事等の地方長官を委員長とする土地収用審査委員会が、収用の区域、時期、補償金等を決定することにした。補償についても、地券価格の原則の代わりに「相当ノ価値」の補償をすることを定めた。土地所有者が補償に不服の場合が問題になるが、明治憲法下の行政訴訟制度においては「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」(行政裁判所法16条)との規定があったが、指定による民事事件として土地収用法による損失補償については司法裁判所で争うことが可能とされた。

カ 耕地整理法

1899(明治32)年の耕地整理法は、耕地整理について「耕地ノ利用ノ増進スル目的ヲ以テ其ノ所有者共同シテ土地ノ交換若ハ分合、区画形状ノ変更及道路畦畔若ハ溝渠ノ変更廃置」として定義した。耕地整理とは、農業目的の面的な基盤整備であり、減歩を伴った換地処分により、個々の区画が整然と整備されるのみならず、道路、溝渠などが整備される。耕地整理が行われる地区の土地所有者の3分の2以上の同意があること、同意者の土地面積が整理地区総面積の3分の2以上であること、同意者の土地の地価額が整理地区内の地価総額の3分の2以上であることという条件を満たすときに、発起人は、設計書及規約を作り地方長官を経由して農商務大臣に提出し、発起の認可を受ける。耕地整理に同意していない者にも「従前の土地の地目、面積、等位を標準とし換地を交付」する。例外的に、建物ある宅地又は鉄道用地は、その建物の所有者及び登記をなした第三権利者の同意がなければこれを耕地整理地区に編入することができない。換地は、従前の土地に関する物権又は債権の目的となる。耕地整理の費用は、参加土地所有者が負担するが、費用を完納しないときには市町村長が整理委員の請求により市町村税徴収の方法に準じてこれを

徴収することができる。以上のように、耕地整理法は、その強制的な性格が特徴であり、土地所有権の絶対性を修正している。

1909(明治42)年に新たに制定された耕地整理法は、耕地整理組合の設立要件を「区域内ノ土地所有者総数ノ2分ノ1以上ニシテ其ノ区域内ノ土地総面積及総地価ノ各3分ノ2以上ニ当タル土地所有者ノ同意」として緩和した¹⁰。明治42年耕地整理法は、明治32年耕地整理法と同様に、耕地整理の目的について土地の農業上利用の増進を規定したが、実際には宅地開発目的の土地地区画整理も耕地整理法に基づいて実施された。更に、1919(大正8)年の都市計画法が土地地区画整理を都市計画法制の中に位置づけた際に、土地地区画整理の実際の方式につき明治42年耕地整理法を準用した。土地地区画整理事業は、日本では都市基盤整備の代表的手法であり、「都市計画の母」という評価すらある。

こうしてみると、明治時代以来容易に土地所有権制限が存在していなかったことが分かる。この明治維新後の一種の規制緩和措置が所有権制限に消極的な1つの理由である。

(2) 所有権規制の現況

以上に加えて、現在では、日本国憲法29条についての解釈が重要である。

ア 財産権制限の法理

日本国憲法は、1946(昭和21)年11月3日に公布され、昭和22年5月3日より施行された。憲法は、財産権について29条1項において「財産権は、これを侵してはならない。」と規定し、2項において「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。」と規定した¹¹。

それでは、土地所有権に対する制限・規制も法律によればあらゆるものが許されるのであろうか。これについて著名なのは、森林法違憲判決であり、最高裁は、森林法が森林共有者に対して民法256条1項に反して共有森林分割を禁止していた条項について次のように違憲と判断した(最判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁)

「財産権に対して加えられる規制が憲法二九条二項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によつて制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して決すべきものであるが、裁判所としては、立法府がした右比較考量に基づく判断を尊重すべきものであるから、立法の規制目的が前示のような社会的理由ないし目的に出たとはいえないものとして公共の

¹⁰ 耕地整理法(明治42年法律30号)第45条 耕地整理組合設立ノ認可アリタルトキハ其ノ地区内ニ土地ヲ所有スル者ハ総テ之ヲ組合員トス但シ第十一条第一項ノ土地【……耕地整理の施行のため国有に属する道路などの全部又は一部が不要に帰したとして整理地区の所有者に公布した場合……】ニ関シテハ此ノ限ニ在ラス

第50条 耕地整理組合ヲ設立セムトスルトキハ組合ノ地区タルヘキ区域内ノ土地所有者総数ノ二分ノ一以上ニシテ其ノ区域内ノ土地総面積及総地価ノ各三分ノ二以上ニ当タル土地所有者ノ同意ヲ得テ設計書及ビ規約ヲ作り地方長官ノ認可ヲ受クヘシ

¹¹ 日本国憲法29条 財産権は、これを侵してはならない。

財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。

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。」

福祉に合致しないことが明らかであるか、又は規制目的が公共の福祉に合致するものであつても規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであつて、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り、当該規制立法が憲法二九条二項に違背するものとして、その効力を否定することができる……共有物分割請求権は、各共有者に近代市民社会における原則的所有形態である単独所有への移行を可能ならしめ、右のような公益的目的をも果たすものとして発展した権利であり、共有の本質的属性として、持分権の処分の自由とともに、民法において認められるに至つたものである。

したがつて、当該共有物がその性質上分割することのできないものでない限り、分割請求権を共有者に否定することは、憲法上、財産権の制限に該当し、かかる制限を設ける立法は、憲法 29 条 2 項にいう公共の福祉に適合することを要するものと解すべきところ、共有森林はその性質上分割することのできないものに該当しないから、共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を否定している森林法一八六条は、公共の福祉に適合するものといえないときは、違憲の規定として、その効力を有しないものというべきである。」

以上のように、憲法は、私有財産制度を保障しているのみでなく（29 条 1 項）、社会的経済的活動の基礎をなす国民の個々の財産権につきこれを基本的人権として保障し（29 条 1 項）、これとともに、社会全体の利益を考慮して財産権に対し制約を加える必要性が増大するに至つたため、立法府は公共の福祉に適合する限りで財産権について規制を加えることができるが、法律による規制もそれが公共の福祉に適合するものでなければならない。規制は、規制目的が公共の福祉に合致していること、また規制の手段が必要性・合理性を備えることが必要になる。なお、これについて裁判所が判断する場合には、立法府がした右比較考量に基づく判断を尊重すべきものであり、規制目的が公共の福祉に合致しないことが明らかである場合や規制手段が目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかで、立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り、その効力を否定することができる。森林法の共有分割禁止規定の場合には、こうした基準に従つてもなお違憲と判断されたのである。

イ 条例による財産権制限

法律によらない条例による財産権制限は可能であろうか。これについては、学説でも、「条例は地方公共団体の議会において民主的な手続によって制定される法であるから、とくに地方的な特殊な事情の下で定められる条例については、それによる財産権の規制を否定することは妥当ではない」と指摘されている（芦部信喜『憲法』岩波書店、1999 年）。奈良県ため池条例判決（最判昭和 38 年 6 月 26 日刑集 17 巻 5 号 521 頁）において、最高裁は、このため池条例により土地所有権の行使がきわめて困難になることを認めつつも、災害防止という社会生活上の必要があり、ため池所有者による土地所有権の自由な使用は憲法・民法の規定する財産権保障の埒外であるとして、次のように制限を認めている。

「ため池の堤とうを使用する財産上の権利を有する者は、本条例一条の示す目的のため、その財産権の行使を殆んど全面的に禁止されることになるが、それは災害を未然に防止するという社会生活上の已むを得ない必要から来ることであって、ため池の堤とうを使用する財産上の権利を有する者は何人も、公共の福祉のため、当然これを受忍しなければならない責務を負うというべきである。すなわち、ため池の破損、決かいの原因となるため池の堤とうの使用行為は、憲法でも、民法でも適法な財産権の行使として保障されていないものであって、憲法、民法の保障する財産権の行使の埒外にあるものというべく、従って、これらの行為を条例をもって禁止、処罰しても憲法および法律に抵触またはこれを逸脱するものとはいえないし、また右条項に規定するような事項を、既に規定していると認むべき法令は存在していないのであるから、これを条例で定めたからといって、違憲または違法の点は認められない。更に本条例九条は罰則を定めているが、それが憲法三一条に違反するものでないことは、当裁判所の判例（昭和三一年（あ）第四二八九号、同三七年五月三〇日大法廷判決、刑集一六巻五号五七七頁）の趣旨とするところである。」

ウ 補償の必要な場合

憲法 29 条 3 項は、損失補償について規定している。いかなる場合に損失補償が必要になるかという損失補償の要否が困難な問題になる。例えば、都市計画による建築規制が一定の不利益を土地所有者に与える場合があり（例えば、一定高さ以上の建物建築不可能）、これについてすべて損失補償が必要になるとすれば、土地利用規制を行うことが實際上不可能になる。かつては、憲法 29 条 2 項が財産権の内容について法律で定めると規定している以上、それによる制限については、損失補償は必要ないという考え方も存在した。しかし、それでは既存の財産権についてすべて法律で定めることにより、損失補償を免れることも可能になりかねない。最高裁は、補償の要否について「特別の犠牲」論を採用している（最判昭和 50 年 4 月 11 日訟務月報 21 巻 6 号 1294 頁）。

「公共のためにする財産権の制限が一般的に当然受忍すべきものとされる制限の範囲をこえ、特定の人に対し特別の犠牲を課したものである場合には、これについて損失補償を認めた規定がなくても、直接憲法二九条三項を根拠として補償請求をすることができないわけではなく、右損失補償に関する規定を欠くからといって、財産権の制限を定めた法規自体を直ちに違憲無効というべきでないことは、当裁判所大法廷判例（昭和三七年（あ）第二九二二号同四三年一月二七日判決・刑集二二巻一二号一四〇二頁¹²）の趣旨とするところである。」

¹² 河川附近地制限令 4 条二号により知事の許可を受けることなくしては砂利を採取することができなくなった事例についての判断であり、「財産上の犠牲は、公共のために必要な制限によるものとはいえず、単に一般的に当然に受忍すべきものとされる制限の範囲をこえ、特別の犠牲を課したものとみる余地が全くないわけではなく、憲法二九条三項の趣旨に照らし、さらに河川附近地制限令一条ないし三条および五条による規制について同令七条の定めるところにより損失補償をすべきものとしていることとの均衡からいって、本件被告人の被った現実の損失については、その補償を請求することができるものと解する余地がある。」と判示した。

一般には、特別の犠牲の判断については、侵害行為の特殊性、侵害行為の強度、侵害行為の目的等を総合的に判断することにより定まると考えられている。例えば、田中二郎博士は、次のように述べている（田中二郎『新版行政法 上』（1974（昭和49）年、弘文堂））。

「特別の犠牲とどういうかどうかの限界は、侵害行為の対象が一般的であるかどうか、いいかえれば広く一般人を対象としているか……（形式的基準）、及び侵害行為が財産権の本質的内容を侵すほどに強度のものであるかどうか、いいかえれば、社会通念に照らし、その侵害が財産権に内在する社会的制約として受任されなければならない程度のものであるかどうか（実質的基準）の両要素について客観的・合理的に判断して決するほかはない」。なお、この実質的要件に関して次のような指摘がある（芦部信喜『憲法』）。

「財産権の剥奪ないし当該財産権の本来の効用の発揮を妨げるような侵害については、権利者の側にこれを受忍すべき理由がある場合でないかぎり、当然に補償を要するが、その程度に至らない規制については、（i）当該財産に内在する社会的拘束の表われとして補償は不要（たとえば、建築基準法に基づく建築の制限）、（ii）他の特定の公益目的のため当該財産権の本来の社会的効用とは無関係に偶然に課せられるものである場合には補償が必要（たとえば、重要文化財の保全のための制限）、とされる。……最近では、土地の合理的・計画的な利用の必要性が高まり、それとともに土地利用の社会的規制が不可避となっており、土地利用規制については、内在的制約の表われとして補償不要とされることが多いことが注目されよう。」

とはいえ、相当強度の土地利用規制が行われる場合には、それが内在的規制かが明確ではない場合も多い。実際のところ、緑地・農地関連の保全立法では、広く規制可能区域を定め、その中で一層厳しい規制を行う特別地区を定め、しかも厳格な規制に伴う通常損失については損失補償を認める旨の規定を設けることが多い。

エ 損失補償と所有権の内在的制限

自然公園法35条（現52条）は、土地利用ができなかったことによる通常の損失を補償するとの規定を設けている¹³。しかし、この不許可補償が実際になされた事例は存在していない（旧国立公園法でも同様の規定があったが適用例は存在しなかった）。

例えば、東京地判平成2年9月18日行裁集41巻9号1471頁訟務月報37巻3号614頁は、富士箱根伊豆国立公園内の別荘建築につき、特別地域指定による不許可処分による利用制限が、国立公園内における優れた風致・景観を保護するために必要かつ合理的な範囲内の制限として社会生活上一般に受忍すべき財産権の内在的制約の範囲内にあるとして、同法に基づく損失補

¹³ 自然公園法(昭和32年6月1日法律第161号)第52条 国は国立公園について、都道府県は国定公園について、第十三条第三項、第十四条第三項若しくは第二十四条第三項の許可を得ることができないため、第二十五条の規定により許可に条件を付せられたため、又は第二十六条第二項の規定による処分を受けたため損失を受けた者に対して、通常生ずべき損失を補償する。

2 前項の規定による補償を受けようとする者は、国に係る当該補償については環境大臣に、都道府県に係る当該補償については都道府県知事にこれを請求しなければならない。

(以下略)

償請求を棄却して次のように述べている。

「私有財産を公共のために用いる場合には、正当な補償を要する旨定めている憲法二九条三項により補償を要するのは、公共の利益のための財産権の制限が社会生活上一般に受忍すべきものとされる限度、すなわち財産権の内在的制約を超えて、特定の者に特別の犠牲を強いる場合に限られるものであり、公共の福祉のため財産権に対し法律上規制が加えられ、これによりその権利主体が不利益を受けたとしても、それが財産権の内在的制約と認められる範囲内の制限であれば、補償を求めることはできないというべきである。

ところで、法は、……本件土地の存する特別地域においては、工作物の新築、改築又は増築その他の行為をするについて、環境庁長官の許可を受けることを要し、許可が得られなければ、当該利用行為が制限されることとなる（同法一七条三項）。そして、法三五条一項は、要許可行為について許可を得ることができないために損失を受けた者に対して通常生ずべき損失を補償する旨を規定しているが、この規定は、右のような法に定める利用行為の制限が、その態様いかんによっては、財産権の内在的制約を超え、特定の者に対して特別な犠牲を強いることとなる場合があることから、憲法二九条三項の趣旨に基づく損失補償を法律上具体化したものであると解すべきである。

したがって、原告は、本件不許可決定により受けた本件土地の利用行為の制限（本件建物の建築の制限）が財産権の内在的制約の範囲を超えて特別の犠牲に当たる場合でなければ、損失の補償を求めることができないというべきところ、本件不許可処分による制限が特別の犠牲に当たるか否かは、本件土地を含む周辺一帯の地域の風致・景観がどの程度保護すべきものであるか、また、本件建物が建築された場合に風致・景観にどのような影響を与えるか、さらに、本件不許可処分により本件土地を従前の用途に従って利用し、あるいは従前の状況から客観的に予想され得る用途に従って利用することが不可能ないし著しく困難となるか否か等の事情を総合勘案して判断すべきである。……本件不許可処分により、財産権がはく奪されたとか、あるいは実質的にこれと同視し得る不利益を被ったとは到底いえず、財産権の内在的制約にとどまるものであってこの制約は国民として受忍すべきものである。」

このように見れば、種々のかたちの所有権について、「財産権の内在的制約の範囲を超えて特別の犠牲に当たる場合でなければ、損失の補償を求めることができない」との法理により補償なく正当化することも可能と言うべきであろう。