

〔研究ノート〕

復興と土地法制についての覚書

窪 幸治

要 旨 本稿は、復興過程における土地の利用調整のための制度の今後の発展可能性を探るため、現行法制上の限界がどこにあるかを導き、立法上の指針を示すため、憲法上の制約、現行各法制とのバランス、東日本大震災における都市法制の刷新について概観した。

まず、憲法 29 条は公共の福祉への適合という制約の下、財産権の形成の自由を立法府に与え、それを具体化した土地基本法は、土地の特性を踏まえた適正・計画的利用、開発利益の社会還元や受益者負担を土地に関する原則として掲げており、未だ抽象的ではあるが、土地利用調整の可能性は相当広いものと言える。さらなる具体化には、従来の法制における規制の目的、程度、手続保障等との均衡をとる必要があり、各法制から今後の検討素材を抽出した。

都市法制の刷新としては、復興特区法により都市計画がない地域、農業利用が中心となる農業振興地域も含め、復興ニーズを起点とした復興整備計画の下、土地の計画的利用の途を開いた点が評価されよう。もっとも、復興まちづくりを住民主導で果たすための集団的な自己決定や、個人への直接的な支援をもたらすための生存権の論理（憲法 25 条）の強調など、残された課題が浮かび上がった。

キーワード 土地所有権、利用調整、公共の福祉、災害復興、都市法制

1. はじめに

震災復興において、破壊された生活・営業基盤たる建物の再建は急務であり、その実現のために土地の利用調整は非常に重要だといわれる。その前提として、私権である土地所有権が強すぎて復興まちづくりの障害となっている、所有者が不明の土地が多く手続的に困難がある、という理解があるようだ。

この点、前者に関しては現行法でも、土地収用法や都市計画法といった強制的な土地の利用調整を行うための法制度がいくつか用意されている。すなわち、法制上は憲法 29 条を筆頭に、土地基本法、各種都市計画法、民法において土地の公共性による制約が謳われているところである。もっとも、それは一種の可能性であり、立法の可能性を示すものにすぎず、現実の災害からの復興過程においては、当該制約・調整が法制化されていなければ使えないものである。

後者に関しても、確かに相続人確定の煩雑¹⁾は

あるが、不明の場合でも土地の利用が可能とするため、不在者財産管理制度（民法 25 条）、失踪宣告制度（同 30 条）、相続財産管理制度（同 952 条）が用意されている。

しかしながら、これら制度は一般に平時を念頭に置いているため、迅速かつ強力に復興を行うためには不十分な点が見られる²⁾。そのため、東日本大震災では、政府に対して岩手県により土地収用法の迅速化及び適用範囲拡大、不在者財産管理の容易化の要望³⁾がなされている。

そこで、本稿は必ずしも上記要望に応えるものではないが、復興過程における土地の利用調整のための制度が現行法制で不十分であるとの認識の下、今後土地法制の柔軟・簡素・集約化などの可能性がどこまでなのか、また所有者不明土地の処理の簡易化等について法的な留意点を見出したいと考えている。何らかの立法的解決が検討されるに当たって、現行法の課題という立法事実と、立法の限界を探っておくことは、今後の立法の助け

になるからである。

2. 憲法上の制約

土地所有権は財産権の代表例であり、所有者は自由に用いることができるのが原則であるが、他方で物理的な隣地との位置関係や、強すぎる権利ゆえに他人の権利との調整が必要であり、国土の狭い日本においては私有地の有効活用にも関心が払われる。

また地震、津波、洪水、土砂崩れ、地盤沈下など生活基盤たる土地の利用状況に変容をもたらす災害からの復興という場面では、災害防護の設備を建設したり、現地での原状復旧では安全性が保たれず居住移転等を行うことになるが、それは個人の自由に反してでも、土地に係る財産権を制約してでも行う必要がある。その際、当然ながら、憲法上保障される人権との調整を検討する必要がある。

(1) 財産権の内容と限界

憲法29条1項「財産権は、これを侵してはならない。」は、財産権不可侵という指導原則（核心としての私有財産制の保障）⁴⁾を定めつつ、2項「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。」とし、財産権の法定主義を認めている。

すなわち立法府に公共の福祉への適合という制約の下、財産権の形成の自由、一定の裁量を与えているといえることができる。

判例を見ると、その構造が明らかになる。共有森林の分割請求を制限する森林法の規定について問題となった森林法事件（最大判S62・4・22民集）では、財産権はその内在的制約⁵⁾に加え、「規制の目的、必要性、内容、その規制によっ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、裁判所は立法府の判断を尊重すべきであり、立法目的が「公共の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29条2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ものと解するのが相当」とし、経済的自由の規制に関する判決⁶⁾を引く。

いわゆる積極目的による規制について、立法裁量を認めるものであり、合理性審査で足りるとしている。

(2) 損失補償の要否

私人に割り当てられた（帰属する）財産権についても、公共の利益のために収用または制限できるとするのが、憲法29条3項「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。」である。すなわち、損失補償の下で公共の利益のための収用を認めている。

ただし、公共目的であっても誰もが受忍するような場合に補償は不要で、私人に特別の犠牲を強いている場合には必要となる⁷⁾他、目的と制限の程度が判断に加味される。消極的目的なら財産権の本質を奪うか、用法に根本的変更をもたらす場合であることが補償に必要とされる。

例えば、災害危険区域における条例による建築制限（建築基準法39条⁸⁾や、復興目的による良好な市街地形成のための建築制限（建基84条、被災市街地復興特措法7条1・3項⁹⁾）に関しては、補償は不要となろう。

実際には、補償規定が各法律で定められている（土地収用法71・72・82～86条、都市計画法52条の5・60条の3・74条、自然公園法35条1項、自然環境保全法33条1項、森林法35条、文化財保護法80条5項、景観法24条、都市公園法28条等）が、実際には用いられないもの¹⁰⁾もあり、他方で規定がなくとも29条3項を直接援用して損失補償を請求できるとされる¹¹⁾。

(3) 自己決定権の保障

さて、居住¹²⁾・建築制限等が課される場合（原子力災害対策特措法28条、災害対策基本法63条、

建基 39 条等)に、所有者の意思は反映されることなく、国(災害対策本部等)・地方自治体が父権的に決定することになり、自己決定権(憲法 13 条)の不在が指摘されることがある。

しかしながら、財としての土地は、基本的に流通可能なものであり、利用者が入れ替わることが予定され、危険性が存在しているにもかかわらず偶々ある時点で所有する者の自由に任せれば、時間の経過と共に予期せぬ被害をもたらしてしまう虞がある。個々の自由なる使用の集積が市街地、都市を形成してしまえばなおさらである。

また、自然的な形状に人工的な区画を引いたものであり、もとより連続性を有しており、たとえば土地の崩落、地盤の移動などによって他の者に対して被害を及ぼすことがある。他にも日照、景観等、他者の権利との密接な関連性が予定されており、土地利用は自由というわけにはいかない。

結局、現在の居住者の意思より、同人及び将来的に居住するかもしれない居住者の生命身体の安全を考慮する必要がある、まさしく内在的制約の範疇であると思われる。

他方で、自己決定権保障を問うならば、復興法制のわかりやすさの追求がなされるべきであろう。現在の民法(債権法)改正においては、「国民一般に分かりやすいものとする」ことが理由として掲げられている¹³⁾が、これは民法の利用者が国民であるという理解に基づくものである。

それでは平時の都市計画法制、復興法制の利用者は誰であろうか、現行法制はこの視座を著しく欠いているのではないだろうか。何にせよ、住民主導のまちづくりという場合、労働法学でされている集団的自己決定の考え方を取り入れるのも一案かもしれない。

(4) 手続保障

復興が迅速に行われる必要がある、東日本大震災においては、もとより人口減少地域であり、復興の遅れは地域の衰退、消滅をももたらしかねない。しかしながら、だからといって公共の利益のためとはいえ自己の財産権を制約される利害関係

人に対して、事前に告知や防禦の機会が与えられることが必要と言えよう。

この点、憲法 31 条は「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」とし、刑事手続における適正を定めている。

第三者所有物没収事件(最大判 S37・11・28 刑集 16・11・1593)では、第三者の所有物を没収する「関税法 118 条 1 項は、同項所定の犯罪に関係ある船舶、貨物等が被告人以外の第三者の所有に属する場合においてもこれを没収する旨規定しながら、その所有者たる第三者に対し、告知、弁解、防禦の機会を与えるべきことを定めておらず、また刑訴法その他の法令においても、何らかかる手続に関する規定を設けていないのである。従つて、前記関税法 118 条 1 項によつて第三者の所有物を没収することは、憲法 31 条、29 条に違反する」とした¹⁴⁾。

さらに同条は、刑事実体法および行政手続の適正、権利を制約する際の適正手続の保障を包含すると考えられている。後者につき、現在では行政手続法に結実している。

都市法制においては、利害関係人の意見反映手続が用意されている。例えば、都市計画決定に関して、案を作成しようとする際の公聴会開催(都市計画 16 条 1 項)、意見聴取(同 2 項)、作成された計画案の公告・縦覧(同 17 条)がある¹⁵⁾。その他原案の説明会や、インターネットによる意見公募手続による運用もありうるとされる¹⁶⁾。

土地区画整理事業施行に関して、土地区画整理組合設立、個人施行の場合等における施行地区内の所有者等の同意要件(土地区画整理法 7・17・18 条)、都道府県または市町村施行に係る事業計画の公衆縦覧、利害関係人の意見書提出(同 55 条)等がある。

(5) 小括

結局、巷間の理解と異なり、憲法 29 条は立法府に財産権の形成の自由を与えており、立法府を介して将来的に¹⁷⁾ 実体的な利用調整を行うハー

ドルは低いものとなっているのは確かである。むしろ障害は、立法過程における様々なコストにあるといえよう。もっとも、公共の福祉の中身についてさらに詳しく見てみる必要がある。

3. 土地と公共の福祉

(1) 土地基本法

バブル期の平成元年12月に制定された土地基本法¹⁸⁾は、土地政策に関する基本理念や施策の基本方針等の抽象度の高い事項を規定し、政策の重要性の明確化を行う宣言法としての性格及び施策の総合調整を図る意義を有するものとされる。

また、法形式において、基本法と個別法に上限関係はないが、実質的に他の個別法を指導し、必要に応じて国に改正する義務を課すものとされる。

土地基本法2条は、土地についての基本理念としての「公共の福祉優先」を掲げ、3条に土地利用について適正利用及び計画的利用、4条で土地取引について投機的取引の抑制、5条で土地保有について増価に伴う適切な負担を定めている¹⁹⁾。

ここでの「公共の福祉」は、土地の「国民のための限られた貴重な資源であること、その利用が他の土地の利用と密接な関係を有するものであること、その価値が主として人口及び産業の動向、土地利用の動向、社会資本の整備状況その他の社会経済的条件により変動するものであること等公共の利害に係る特性」(2条)に応じて考えるべきもので、その具体的説明として3~5条が示されている²⁰⁾とされる。

同法により、抽象的ではあるが、法文による土地利用に係る基本理念が明らかとなったが、各種計画法制(国土利用計画から都市計画)の整理は未だ不十分であり、体系性・総合性は不十分ということが課題として残る。

(2) 各法における「公共の福祉」

a) 土地収用法 同法は憲法29条3項を体现したものといえる。同法の目的(1条)は「公共の利益となる事業」に必要な土地等の収用・使用に関し、要件効果、損失補償、手続等を定め、「公

共の利益の増進と私有財産との調整を図り、もつて国土の適正且つ合理的な利用に寄与すること」であり、2条において「公共の利益となる事業の用に供する土地を必要とする場合において、その土地を当該事業の用に供することが土地の利用上適正且つ合理的であるとき」は同法に基づき収用又は使用できるとし、また土地に付着する権利、定着物についても同様とする(5・6条)。

そして3条で「公共の利益となる事業」を例示している。すなわち、道路、堤防、鉄道、港湾、送電設備、ガスタンク、水道施設、学校、図書館、廃棄物処理場等の社会資本の整備事業がそれにとり、その中には居住用住宅の整備も含まれる。

b) 土地区画整理法 同法の目的(1条)は「土地区画整理事業に関し、その施行者、施行方法、費用の負担等必要な事項を規定することにより、健全な市街地の造成を図り、もつて公共の福祉の増進に資すること」であり、同事業は「都市計画区域内の土地について、公共施設の整備改善及び宅地の利用の増進を図るため、この法律で定めるところに従って行われる土地の区画形質の変更及び公共施設の新設又は変更に関する事業」(2条)と定義される。

したがって、同法における「公共の福祉」の内容は、公共施設の整備及び宅地利用の増進による健全な市街地造成と言える。

なお、最一小判S56・3・19は、土地区画整理事業による換地処分により減歩がなされたときは、「直ちに減歩分の土地の価額に相当する損失が生ずるわけではなく、また、換地の結果補償されるべき損失が生じた」と認められる場合については土地区画整理法上その補償措置が講じられている」ので、憲法29条3項に違反しないとしたが、開発利益の還元や受益者負担の点から当然である。

c) 土地改良法 同法の目的(1条)は、農業用施設整備や区画整理により、農用地の改良・開発・保全及び集団化を行う土地改良事業に必要な事項を定め、「農業生産の基盤の整備及び開発を図り、もつて農業の生産性の向上、農業総生産の増大、農業生産の選択的拡大及び農業構造の改

善に資すること」とする。

また農業委員会は農地の交換分合計画を定めることができる（土地改良法 97・101 条）が、最大判 S35・12・21（民集 14・14・3157）は「現実の耕作者の農地の集団化をはかるべきは当然であつて、ために自作していない農地が、所有者から見て分散されることがあつても止むを得ないもの」とし、権利の交換分合につき「農業経営の合理化、農業生産力の発展を目的とし、公共の福祉のために行われるのであるから、そのためには、必要に応じ耕作権のみならず所有権の交換分合をも行い得るもの」であり憲法 29 条 3 項に違反しないとした。

すなわち農業経営合理化、生産力増加、ひいては日本の農業発展が「公共の福祉」の内容である。

d) 借地借家法 借地借家法は土地・建物所有者の負担の下、宅地・建物の需給等に起因し、構造的に弱い立場にならざるを得ない借地人、借家人の保護を更新擬制・拒絶の制限等（同法 5・6・26・28 条）により図っている。

例えば、最大判 S37・6・6（民集 16・7・1265）は旧借地法 4 条 1 項（借地借家法 4 条 1 項に同じ）の更新擬制につき、所有権者の有する所有権が本来の権能を回復する利益と借地権者が一度獲得した土地使用する権能を保持する利益との調整規定と解し、「宅地の不足が甚だしい現状において、借地権者を保護するため」「借地法 4 条 1 項の規定により、土地所有者の権能に制限を加えることは、公共の福祉の観点からは是認されるべき」とし、正当事由あれば更新拒絶できるのであり、憲法 29 条に反しないとした。

もっとも、バブル期には都市部で借地権価格が底地価格を上回る事態が生じ、所有権が有名無実化するに至ったとされ、借地法、借家法の規制が供給不足を生んでいるとの批判を受け、平成 3 年に借地借家法に一本化され、定期借地権（借地借家法 22 条）が創設され、その後平成 11 年改正で定期借家権（同 38 条）が導入された。

とはいえ、居住利益は金銭的なものだけでなく、人格的な利益にもかかわる部分があり、継続的契

約としての特質を加味した法的構成、また当事者間だけでなく「公共の利益」をどのように配慮していくか、そのためにも定期借地権や定期借家権による需給関係への影響などがどうなっているかを含め、十分検討していく必要がある²¹⁾。

e) 区分所有法 土地所有権に関して参考になるものとして、建物の区分所有に関する法律（区分所有法）がある。

区分所有法 70 条は、一つの団地内の数棟の建物全部の建替えについて、区分所有者及び議決権の 3 分の 2 で決議しうる（1 項）とし、1 棟の建替えにつき必要な 5 分の 4 より緩和し、他建物の区分所有者の意思が反映されるものとなっていることから、少数権利者に対する売渡し請求（4 項→63 条）につき憲法 29 条に反するとして争われた事案（最一小判 H21・4・23 判時 2045・116）がある。

最高裁は、区分所有法 70 条の「規制の目的、必要性、内容、その規制によっ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判断すれば、区分所有法 70 条は、憲法 29 条に違反するものではない」と述べた。

実質的には、共用部分や敷地利用権の共有を伴い、他の区分所有者に必然的に影響を与える区分所有権の性質や老朽化等により建替えの必要があつても少数者の反対で建替えができないとすると、良好かつ安全な住環境確保や敷地の有効活用の妨げになり、団地全体の有効利用の必要という点で緩和には理由がある、他方で売渡し請求権により時価での買取りがなされることなどが考慮されたものである。

物理的な一体性及び共用部分の共有状態などにより、法律上区分所有者による団体形成が要請されており、区分所有権相互の調整が必然となる。この点は、土地所有権についても参考になるように思われる。地盤の連続性という側面と、旧弊を排除した地域共同体が観念できるのならば、同様の配慮が必要になると思われる。

(3) 小括

多種多様な財産、その性質、規制の目的、必要性、内容等があり、不特定多数だけでなく、特定多数の利益も含み、場合によっては特定人の利益に重点が置かれているように見えるものもあり²²⁾、明確な基準は見えてこない。それぞれの財産及び主体の社会的機能に差異があるため、不可避ではあるが、類似性がある部分を詳細に検討し、均衡の取れた制度としていくしかない。

もっとも土地が限られた財産であり、個人の所有物でありながら社会との調整を強く要請されるのは確かである。また災害復興および、多数人にかかわるまちづくりという目的に関しては、公共の福祉を見出すことができる（否定できない）と言える²³⁾ だろうが、利害関係者間で調整される財産の性質等、慎重に検討する必要がある。逆に規模が一定以上必要か、という点も考える必要がある。

4. 都市法制の刷新

(1) 東日本大震災の特徴

復興に関する土地法制を検討するに当たって、東日本大震災の特徴は、その被災地に非都市部が広く存在する点である。

その状況を反映して被災地には、都市計画法が指定され都市化、市街地開発を是とする市街化区域と抑制する市街化調整区域の線引きがされた区域、当該区域区分がされていない非線引き区域（さらに用途地域が定められているもの、定められていない白地地域）、単純に都市計画が設定されていない地域、そして農業利用が相当とされる農業振興地域などが存在し、土地利用のあり方につき異なるコントロールがなされてきた。

(2) 従前の復興土地法制

面的整備を伴う、従前の復興土地法制は、都市計画を前提とした枠組みである。たとえば、阪神淡路大震災の復興のため制定された被災市街地復興特措法（H7・2・26 法律第14号）による被災市街地復興推進地域は、市街化調整区域を含める

ことが可能であり（5条1項柱書「都市計画区域内における市街地の土地の区域」、土地区画整理事業や市街地再開発事業の実施につなげる都市計画を作成することができる。

土地区画整理事業等においては、一定の広がりをもつ地域内での土地の利用調整制度（区画整理や権利転換による面的整備）を有しており、同等の土地・権利を割り当てる形での調整が可能である。

他方で、都市計画が設定されていない地域は、各種事業²⁴⁾ による誘導、公共施設整備に係る一般的な土地収用制度による収用・使用によることになり、土地に係る権利を消滅・制限し、損失補償を行うという形で行うことになる。

なお、前述の被災市街地復興特措法の復興推進地域の指定できる「市街地の土地の区域」に、農振法に基づく農用地域や森林法に基づく保安林・保安施設地区等、土地改良法に基づく区画整理中の地域等は入らないとされていた²⁵⁾。

(3) 東日本大震災復興特別区法

東日本大震災の被災地域は、都市計画区域に設定される区域（その中でも非線引き地域も多い）と農業的土地利用を主とする農業振興地域、いずれでもない白地地域があり、復興に当たっての土地再編手法が非統一で、限られるという問題が当初あった。

この点に関しては復興特区法により、復興整備計画の枠組みの中で、市街化調整区域における開発行為や農地転用の許可の特例が設けられたり、農振地域を含めた土地区画整理事業が容認されるなどして、解消された。

もっとも、復興協議会については法律で規定するまでもなく各機関で調整して一堂に会すればよく、整備計画の内容はいずれ都市計画にフィードバックすること²⁶⁾ を考えれば、運用改善でできたのではないかと、という疑問は呈したいところであるが、前例主義による障害を突破し、被災市町村のイニシアチブで被災地ニーズを起点とした復興整備計画を中心に復興が進められる点は、素直

に評価すべきであろう。

ただ、被災自治体が小規模で都市計画の経験も少なく、被災ダメージが大きい場合は、外部人材に頼らざるを得ないのが実際であり、課題として残るように思われる²⁷⁾。

(4) 受益者負担の欠如

開発利益が望めない地域であることが特徴であり、端的に金銭面でも、外部からの支援（国による財政支援や義援金等）に頼るという構造である一方、復興特区法による復興推進計画や交付金事業計画による規制緩和、各種事業の国庫補助引き上げや一括交付金により、過剰な公共投資を呼び込むこととなった²⁸⁾。

すなわち災害により壊れたものを元に戻すというだけで、その後の継続的なコミットメントを考えた上で、費用対効果を厳しく追求する主体はなく、被災自治体も一時的な復興のため少子高齢社会の進む自治体には過剰とも言える公共投資を最大限受け入れるべく行動し、残念ながら将来的に維持管理していけるかかという発想を封じ込めているように見える。しかし、将来的には維持管理費用が負担となることが予想され²⁹⁾、再考の機会が必要かもしれない³⁰⁾。

また、全国民で復興税という特別税を負担しながら、過度の公共投資を行うのは今後も同じような、非都市部での大規模災害が予測されるわが国において採るべき途ではありえない。

なお、土地基本法に掲げられた原則を思い起こすと、その一つに受益者負担がある³¹⁾。例えば、土地区画整理制度の根本には都市施設及び宅地整備による開発利益と費用の相殺の制度設計（「地価の増進」＝「減歩」）があり、本来は事業に当たって相当な減歩を行い、公共用地として提供したり保留地処分により事業費を賄うことになるのであり、安全性、将来性から地価上昇が見込めない地域では不向きなツールである³²⁾。

もちろん、被災者に負担を要求することは難しく、また妥当でもないため、土地区画整理事業でも、国庫補助を入れることになる。しかし、忘れ

てはならないのは、個人の居住建物等については被災者生活再建支援金、基金による補助を除き、支援はないということである。

確かに平等原則からすれば、私有財産の形成に国庫補助を出すのは難しい面があるが、憲法25条の生存権保障の論理でカバーできるように思われる。実際には災害救助法の枠内で、相当のことが行われており、その延長線として直接的な支援の拡充を目指すべきであろう。

他方で、そうすれば、財政上の制約を厳しく追求する必要があり、結果として事業のモニタリングも行われ、適正規模の公共投資に収まりつつ、個人が復興に乗れる可能性が大きくなり、ハードだけ整った、見た目はきれいだが閑散とした街となることを防げるのではないだろうか。

(5) 一体的計画の不備

震災後まもなく多くの被災自治体で復興計画、復興基本計画等が策定された。法制上は位置づけがはっきりしていないものである³³⁾。とはいえ、もちろん自治体として、早期に基本的方向性を示すことは必要である。

他方で、困難な状況下でも、住民の意思集約に向けた最大限の取組みがなされることは必要であり、特に避難者や仮設住宅入居者の意思を聴取する場が設けられたか、各世代の参加に配慮がされたか、また内容面でも住民意思が反映された（阪神淡路大震災の復興まちづくりでも、コンサル主導の計画につき形式的に聴取しただけ、といった批判も見られた³⁴⁾）か、を問うことは必要となる。

もともと、住民主導という理念は賛同するも、実際には平時でも困難を伴う住民参加を、大災害の被災者に求めるのは事実上不能なことが多い。また、被災者らの自己負担による立ち直りは期待できない場合、国・社会による支援が必要になるが、そこには政治による無用な混乱が障碍として作用することすらある。

そこで、日本の実情を踏まえた場合、義援金を原資とした公益信託を設定し、復興まちづくりの中心を被災地外の専門的力を結集させるスキーム

とし、その枠組みに住民が参加することをもって、制約されているとはいえ実質的な住民参加を実現することが望ましいのではないだろうか。

それは、現在の都市計画法制において、住民への説明会、縦覧等を行っているが、行政・コンサル主導であることが多いのは周知のところであり、それであればそれを前面に出しつつ、提案に対して真に意見を提出、変更権を確保していく方が、よほど本来の趣旨に即するのではないかとも考えられるからである。

なお、法律の観点からは、復興まちづくりのツールとしては被災地市街地復興特措法に基づく推進計画、復興特区法による復興整備計画等により強力・円滑に土地区画整理事業等を推進できるようになるが、復興推進計画における住民と事業の直接の影響を受ける地権者の間の対立が生じる余地があり、迅速化のために意見を聴取する対象ないしは優先度に差を設ける必要が考えられる。

5. おわりに

さて、民事法からの指摘も行う予定であった³⁵⁾が、紙幅の制約もあり一点のみ、不在者財産管理の容易化として市町村への管理処分権の移転について言及したい。

土地収用法の手續コストを避けるため、通常復興用地確保には当該土地の買上げ(任意買収)が行われることがあるが、その際所有者不明であると、前記の通り民事法制度を採らざるを得ない。しかし、復興においては当該制度の利用は迂遠であり、迅速な復興のため管理処分権を復興まちづくりの主体である市町村に任せてほしいというのが、要望の趣旨と思われる。

しかしながら、大きな復興ということで合意することができるにせよ、特定の土地の得喪でまさに利害が対立する関係に、不在者等と復興整備計画、土地区画整理計画を作成、施行する市町村は立つといえ、管理に止まるとしても双方代理(民法108条)として無効である³⁶⁾。

なお市町村の土地処分権の取得については、不在者財産管理制度では家庭裁判所の許可を得る必

要があり(民法28・103条)、そのような枠組みは適正手續保障の観点から不可能と言わざるを得ない。第三者性を確保し、所在不明者の権利の移転をもたらすには、民事制度か土地収用法によるしかないだろう。

なお、第183回国会衆法49号議案として「東日本大震災からの復興の推進のための復興整備事業の実施に必要な権利者による土地等の処分の迅速化に関する法律案」が提出され、2度の閉会中審査を経て、第186回国会で衆議院の東日本大震災特別委員会に付託されている³⁷⁾。

同法案では、遺産分割されていない土地等が復興の妨げになっているとの認識の下、市町村による財産管理人の利用促進を図るための人的、財政的支援(国による専門家以外の財産管理人受任者の人材養成、弁護士・司法書士の情報提供、家裁の人的体制整備、市町村の権利者等調査及び財産管理制度利用の費用負担に対する財政措置等)が定められているほか、財産管理人の特例を設けることを提案している³⁸⁾。

たとえば、復興整備事業実施に係る土地処分につき、複数の不在者がいる場合、弁護士・司法書士は、遺産分割事務に関して複数の不在者管財人を一括して受任すること(民法108条の特例)の容認、その際の公平義務、土地取得につき所在が明らかな共同相続人への配慮を提案している。

司法過疎の現状を前提として、専門職に限り複数の不在者を一括して代理できる提案は現実的なものであり、不在者と他の共同相続人の間での公平な利益調整ができればよく、家裁の許可(民法28・103条、法案6条3項)もあり、また所在不明である事実から土地の利用意思・能力に乏しいことをひとまず推認してよいであろうから、評価できる提案といえよう³⁹⁾。

最後に、今後の研究であるが、土地所有権、漁業権、知的財産権など物権的権利に関する横断的な構造分析、失権や権利変換を内包する倒産法制等を参考に必要な手續保障の検討を実施し、土地利用調整の法的枠組み、権利転換に係る手續水準を導きたいと考えている。

【付記】

本研究は、科学研究費（課題番号 24310114）の助成を受けた研究成果の一部である。

【注】

- 1) 相続登記がなされないまま放置された場合等、被相続人の戸籍を遡る必要があり、除籍・転籍前の戸籍を確認していく必要がある。
- 2) 仙台・福島・岩手の家庭裁判所で「震災復興事業における財産管理制度の利用に関するQ&A」を掲示している。また実際的な原因は、手続に係る人員不足に起因するところが大きく、その改善のために裁判所、地方自治体、（財産管理人候補の推薦といった）専門士業との連携が見られた（災害時協定締結の例が多く見られる）。
- 3) 岩手県「東日本大震災津波からの復興の加速化に向けた岩手県からの提案・要望書」（H25・6・26）の項目9「事業用地の円滑な確保に向けた特例措置」において、道路事業に関する土地収用に係る事業認定手続の迅速化（20条関係）、海岸保全施設整備のための緊急使用対象の拡大（122条関係）、所有者不明等が想定されることから緊急使用許可期間の更新を認めること（123条関係）、そして所有者不明土地の管理・処分権の市町村への付与などが提案されている。
- 4) 伊藤正巳「憲法 第3版」（弘文堂・H7年）368頁
- 5) 公衆衛生や社会安全に対する危険防止のための食品衛生法4条・4条の2、感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律29条、宅地造成等規制法16条、建築基準法の種々の建築制限などが挙げられる（伊藤前注370頁）。
- 6) 薬事法薬局距離制限事件判決（最大判S50・4・30民集29・4・572）は、憲法22条の職業選択の自由に関する「具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない。この場合、右のような検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務であり、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性和合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。しかし、右の合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであつて、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきものといわなければならない。」との論旨を参照している。
- 7) 最一小判S50・3・13（判時771・37）は「公共のためにする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をこえ、特定の人に対し特別の財産上の犠牲を強いるものである場合には、憲法29条3項によりこれに対し補償することを要」とした。
- 8) 逐条解説建築基準法編集委員会編「逐条解説 建築基準法」（ぎょうせい・H24年）260頁の39条の解説では、区域指定は災害防除が経済的に不能な場合に行われ、「建築制限に関しては、所有権等の行使の重大な

制限となるので建築物の安全の確保できる最低限のものでなければならない。したがって、技術的に対処することが困難な区域については、住居の用に供する建築物の禁止が認められるが、他の用に供するものについては、建築の禁止は行い得ない」とする。

- 9) 被災市街地復興特措法7条3項の被災市街地復興推進地域における建築制限等は、市街地再開発事業等の手法が講じられるまでの「必要最小限の制限を課すこと」が目的であり、都市計画決定等の公告等をもって解除されるものとする（都市計画法研究会編「被災市街地復興特別措置法の解説 増補版」（ぎょうせい・H7年）51頁）。なお、同法に基づく建築制限等は最大2年となる（同法5条2・3項）。
- 10) 宇賀克也「公用制限と損失補償(上)」ジュリ944・120
- 11) 河川附近地に指定された土地で砂利採取を行わせた起訴された被告人らが、河川附近地制限令4条2号の制限を憲法29条違反と主張した名取川事件（最大判S43・11・27刑集22・12・1402）は同号の制限は一般的なものとしつ、従前の事業を営めなくなることに對して「同条に損失補償に関する規定がないからといって、同条があらゆる場合について一切の損失補償を全く否定する趣旨とまでは解されず」「その損失を具体的に主張立証して、別途、直接憲法29条3項を根拠にして、補償請求をする余地が全くないわけではない」と判示し、また前記（7）の最一小判S50・3・13も「財産権の制限を定めた法律、命令その他の法規に損失補償に関する規定を欠くときは、直接憲法の右条項を根拠にして補償請求をすることができないわけではない」としている。
- 12) 憲法22条の居住移転の自由が問題になるが、経済的自由の一であり、財産権と同様の議論が適用される。
- 13) 法務大臣からの諮問第88号（H21・10・28法制審議会総会）は、「民事基本法典である民法のうち債権関係の規定について、同法制定以来の社会・経済の変化への対応を図り、国民一般に分かりやすいものとする等の観点から、国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定を中心に見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」とする。
- 14) その他、第三者への追徴処分に関して憲法31条違反とした最大判S40・4・28刑集19・3・203、非訟事件手続法による過料裁判につき違反なしとした最大決S41・12・27参照
- 15) 震災復興時においては、その不十分であったことが指摘されている（被災市街地復興特措法の運用に係る、岩見良太郎「震災復興と区画整理」法時67巻9号21頁、坂和章平「震災復興と再開発」法時67巻9号23頁等参照）。
- 16) 確井光明「都市行政法精義I」（信山社・H25年）
- 17) 当然のことながら、法律不遡及の原則があるので、新法を制定して規制を加えることは困難である。
- 18) 以下の記述は、江口洋一郎「土地基本法の概要」ジュリ952号34頁による。
- 19) 臨時行政改革推進審議会答申（S63・6・15）、総合土地対策要綱（S63・6・28）の5つの考え（利用の責務、公共の福祉優先、計画的利用、開発利益の社会還元、受益者負担）を若干変えた内容となっているが、実質は変わらないとされ、閣議決定に留めず法制化したのは容易に方針変更できないようにするためとされ

- る(江口前注34頁)。
- 20) 成田他「〈座談会〉土地基本法をめぐって」ジュリ952号20頁の藤田宙靖、成田頼朝両教授の発言
 - 21) 定期借地権・借家権終了に向けて、議論が始まっている(秋山靖浩「存続保障の今日的意義」(商事法務・H24年)53頁)。
 - 22) 破産免責規定につき、最大判S36・12・13(民集15・11・2803)は、誠実な債務者に対する特典と性格づけ、その目的は「破産終結後において破産債権を以て無限に責任の追求を認めるときは、破産者の経済的再起は甚だしく困難となり、引いては生活の破綻を招くおそれさえないとはいえないので、誠実な破産者を更生させるために、その障害となる債権者の追求を遮断する必要がある」としつつ、もっとも「もし免責を認めないとすれば、債務者は概して資産状態の悪化を隠し、最悪の事態にまで持ちこみ結果となつて、却つて債権者を害する場合が少くないから、免責は債権者にとつても最悪の事態をさけるゆえんである」ともい、これらから「公共の福祉のため憲法上許された必要かつ合理的な財産権の制限であると解するを相当」とした。なお、会社更生法の免責、権利変更、失権規定等に関して問題となった事例(最大決S45・12・16判タ257・149)では、同法の目的を「企業を破産により解体清算させることが、ひとり利害関係人の損失となるに止まらず、広く社会的、国民経済的損失をもたらすことにかんがみ、窮境にはあるが再建の見込みのある株式会社について、債権者、株主その他の利害を調整しつつ、その事業の維持更生を図ること」とい、更生担保権・債権者の財産権の制限につき「公共の福祉のため憲法上許された必要かつ合理的な制限」として憲法29条2項に違反しないとした。制度目的・対象の異同が、判示に現れている。
 - 23) 罹災都市借地借家臨時処理法(大規模な災害の被災地における借地借家に関する特別措置法(H25・6・28法律第61号)により廃止)につき、最大判S35・6・15(民集14・8・1376)は「多数の罹災都市の罹災者の保護、災害の速やかな復興を図るため」罹災地の借地借家関係を調整し、紛争、復興阻害等に対処することを公共の福祉に適合する内容としている。
 - 24) 災害復興という観点からは、防災集団移転促進事業や住宅・建築物安全ストック事業などがある。
 - 25) 都市計画法制研究会前記注(9)19頁
 - 26) 姥浦道生「復興特区法は何をもたらすか」都市問題2012年3月号46頁
 - 27) 各自治体間、士業、企業、非営利団体等との災害応援・協力協定等や国からの支援で対応する動きは著しい。
 - 28) 現実には、工事業者の確保が困難であり、平成26年度2月現在でも平成24年度予算を繰越して利用している事業が存在し、平成27年度までは復興予算が確保されているが、西日本地域の耐震工事、東京オリンピックを見越した東京再開発需要との競合の下、復興工事の進捗が思わしくない実情がある(科研費「三陸沿岸災害復興の総合政策学」研究成果シンポジウム、パネルディスカッションにおける被災自治体担当者による発言)。
 - 29) 姥浦前記注(26)48頁は「見放された土地」問題として、住居として不適の土地をどのように利活用するのかという課題を提示している。
 - 30) 東日本大震災そのものの風化は避けられず、平成26年4月からは消費税率も上がり、賃金も上がらないままで、今後も復興予算の確保を求めることは困難といえよう。
 - 31) 未然予防である事業、例えば急傾斜地崩壊防止工事においては、ただ乗り、高い地価の形成等の問題があるとして受益者負担強化のための制度改正を主張しつつ、被災地等における緊急工事に関する例外措置を許容する意見がある(宇賀克也「総合的土砂災害対策の充実へ向けて」高木光他編「行政法学の未来に向けて」(有斐閣・H24年)290頁)。
 - 32) 阪神淡路大震災の際には、神戸地区の再開発において受益者負担をすべきとの意見があった(阿部泰隆「震災復興都市計画における住民参加」法時67巻9号9頁)。続けて、納税者たる他地域住民の意見も反映すべきともされ、賛成したい。
 - 33) 被災自治体による復興計画作成が、防災基本計画の第3章「災害復旧・復興」に基づくものであり、後の土地利用計画との法制度上の連携がなく、二度手間や計画の齟齬が生じるなどの非効率の虞があり、一体的な計画制度を構想すべきである(岩手県立大学総合政策学部震災復興研究プロジェクト、中間報告講演会(2012年12月7日)、「今後の復興法制についての覚書」(窪発表)で指摘している)。
 - 34) 竹山清明「震災復興都市計画のあり方と現実」法時69巻12号26頁。
 - 35) さしあたり、土地所有権の限界(民法1・206条)としての「公共の福祉」、権利濫用法理(1条3項)、相隣関係(209~238条)、共有関係(249~264条)における公共の福祉、団体関係等の検討、危険情報の取扱い(説明義務、宅地建物取引業法35条の重要事項説明との関係、瑕疵担保責任(570条)の成否)、成年後見についての問題点など。
 - 36) 例えば、市町村は所有者不明の場合でも要間伐林の間伐木の所有権移転や間伐等の施業代行希望者に使用権設定裁決ができる(森林法10条の11の6。詳しくは[法令解説]「森林・林業の再生と森林法の一部改正」(時の法令1887号30頁)参照)とされ、市町村による管理処分が可能な規定に見えるが、これは森林利用の公益、具体的目的、計画が定められていることからできることといえよう。
 - 37) 衆議院HP議案情報(http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index_gian.htm)参照(平成26年3月14日)
 - 38) 認知症高齢者が280万人(サポートがあれば生活ができる日常生活自立支援度Ⅱ以上、平成22年度：厚生労働省「認知症高齢者数について」(平成24年8月24日)(<http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r9852000002iaul-att/2r9852000002iaivi.pdf>)という高齢社会にあって、また司法過疎(都市部の低所得者層を含む)の現状を考えれば、まさしく全国的に取り組むべき課題であって、復興のためにとどまらないことに注意が必要だろう。
 - 39) 法案7条は、不在者財人が分割協議において所在が明らかな相続人に土地取得を認めるような場合として、「当該土地等の使用の状況、不在者である共同相続人等の所在が将来明らかになる可能性等を勘案して適当と認めるとき」という基準を示している。