

第3回 日本の展望委員会 個人と国家分科会 議事録

日時：2008年12月10日（水）13：00～15：00

場所：日本学術会議 5C（1）会議室

出席者：広渡清吾、井上達夫、小谷汪之、白澤政和、鈴木興太郎、水田祥代、濱田政則、
吉田克己

欠席者：油井大三郎、岡野八代、神野直彦、長谷川真理子

議題

1 前回議事要旨の確認

2 報告と議論

以下の2本の話題提供を受けて、議論を行った。話題提供の内容については別紙のレジюмеおよび資料を参照されたい。

（1）小谷汪之委員「公共材としての土地－国家的「公共性」と私的土地所有の「神聖」を超えて」（レジюме）

（2）吉田克己委員「民法学と公私問題・公共性問題」（レジюме）

3 次回開催日

次回分科会は、第4回を1月下旬～2月上旬に、第5回を2月下旬～3月上旬に開催し、第4回に水田委員、第5回に濱田委員に話題提供をしていただく。

公共財としての土地
国家的「公共性」と私的土地所有の「神聖」を超えて

小谷 汪之

はじめに：問題の所在

「公共事業」（ダム・道路・空港建設 etc.）反対運動の現代的「論理」

- 1) 「公共事業」の「公共性」と私的土地所有の「神聖」
- 2) 「公共事業」の「公共性」と私的土地所有の「神聖」に優越する公共性：
自然権としての環境権、自然享受権 etc.

榎澤能生編『環境問題と自然保護—ドイツと日本の比較』成文堂、1999 年

I 「自然の私物化」：日本における近代的地所有の創出と展開

1) 地租改正：「自然の私物化」の始点

明治 4 年（1871 年） 田畑勝手作の解禁
明治 5 年（1872 年） 田畑永代売買禁止令の廃止
明治 6 年（1873 年） 地租改正条例

（明治維新後のこれらの「土地改革」は）「かくして土地と一体的に結合した人的関係が土地から分離せられ、土地支配権をして單純に直接に物に對する權利に收縮せしめたのである」（川島武宜『所有權法の理論』岩波書店、1949 年、82 ページ）。

「地券ヲ發スルノ益」（大蔵省租税寮、明治 5 年）

「五ニ曰ク、舊藩制中年限ヲ定メ地所割替人民一定ノ持地ナキ舊習ヲ一洗ス。（中略）大略一村ノ耕地ハ一村ノ總稱ニシテ一人一己ノ持地ナク、十年或ハ二十年ノ年限ヲ定メ一村ノ耕地ヲ一村戸口ニ割合、年季中ノ請持ヲ定メ之ヲ耕耘シ、年季ニ至レハ再ヒ割賦シテ地所ヲ交換ス。是古者質朴ノ時人民互ニ其力ヲ相通シ相助テ以テ戸口耗減ヲ防キシ方法ナルヘシ。然リト雖トモ人ノ性各異ニシテ智力勤惰ノ相懸絶スル霄壤ノ如キアリ。今勤惰ヲ問ハス年限ヲ以テ交換スルトキハ、培養ニ力ヲ盡シ土地ヲ肥スモ他日何人カノ手ニ落ツルヲ知ラサレハ誰カ肯テ其力ヲ盡サンヤ。是令セスシテ人ヲ怠惰ニ陷キレ、國家モ亦地力ヲ盡サルノ弊ヲ受クヘシ。今地券ヲ渡シ持主ヲ確定セハ以上ノ舊習ヲ破ルヘシ。」（『明治前期財政經濟史料集成』、第 7 卷、319 ページ）

寄生地主制の展開（大正末・昭和初、全耕地の約 48%）

2) 農地改革とその後：土地所有と土地経営の一体化とその変容

昭和 21 年（1946 年） 農地調整法改正、自作農創設特別法

昭和 27 年（1952 年） 農地法

（小作地率：昭和 20 年 11 月、46%弱→昭和 25 年 8 月、10%弱）

農地法の「形骸化」（無許可農地転用、農地借地の自由化）

II 前近代日本における「土地と一体的に結合した人的関係」

割地制度

「凡村内ノ田畑宅地及雑地ニ至マテ、村内高持ノ者ノ共有ノ状ヲナシ、壺人一己ニテ之ヲ自由ニスルヲ得ス、而シテ年限ヲ以テ各自耕耘スル地ヲ割り替フル慣習ナリ凡二十年ゴトニ更替ス」（大蔵省編『府県地租改正紀要』石川県の部、明治 15 年）

土地の年季売り（1643 年 田畑永代売買禁止令）

質地請戻し慣行（1695 年 幕府流地法：10 年以上におよぶ質地（入質）を認めず、流地後 10 年経過した質地については請戻しの訴訟を認めない。在地慣行：無年季有合次第請戻し）

潰百姓賄（潰百姓の「株職＝株式」、すなわち「跡職」「遺跡」の保全慣行）

「高入に相成これ有り候田畑、永代売渡候儀御制禁の段は、古来度々御触れもこれ有り、（中略）高入田畑にては、退転百姓所持の分、村持に相成り居り候共、永代売は相成らず候」。（1810 年 「問合」に対する幕府からの「御付紙」）

村持・惣作、「後家」（後在家＝脇在家<本在家）

おわりに：テリトリー（縄張り）と土地所有

タキトゥス『ゲルマニア』の世界

「耕地はまず耕作するものの数に比例して、それぞれ一つのまとまりとしての村落に[その共有財として]占有され、次いで[各村落における]耕作者相互のあいだにおいて、各人の地位に従って配分される。配分の容易さは田野の広さが保証する。年々、彼らは作付け場所を取り換える。しかし、耕地はなお剩っているのである」。（泉井久之助訳註、岩波文庫、119 ページ）

民法学と公私問題・公共性問題

2008年12月10日

吉田克己（北海道大学）

1 はじめに

- ①民法における公共性 民法 90 条、民法 1 条 1 項
- ②民法外在的公共性から民法内在的公共性へ：公共性の再構成
- ③家族から個人へ？ 公私領域区分の再定位
- ④公共性の内容形成、公私区分の具体的決定：これをどのように行うか？

2 公私の緊張関係から連携関係へ：土地所有権法の展開

- （1）現実の土地所有権と公私の緊張
 - a）強大な土地所有権＝「私」の優先
緩やかな土地利用規制、適用除外の「活用」……
 - b）劣弱な土地所有権＝「公」の優先
板付基地訴訟等
 - c）統一的理解が可能か？→可能。経済主義的土地所有権、政治主義的土地所有権
「お上」の公共性の優位＝経済的利益、国家的利益の優先
- （2）あるべき土地所有権と公私の連携
 - a）生活世界の基盤としての土地所有権
→市民的利益の優位。そのような観点からの土地所有権の制御
 - b）公私の連携関係へ

3 公私の交錯と公私の協働：不法行為法の展開

- （1）被侵害利益の公共化
 - a）財貨秩序、人格秩序の外部にある「外郭秩序」における新たな法的問題
景観利益をめぐる法的問題、競争秩序をめぐる法的問題
 - b）外郭秩序における被侵害利益の二重構造：公私の交錯
私的利益侵害と同時に、公共的利益侵害の性格
- （2）被侵害利益の公共化と損害賠償論・差止論
 - a）損害賠償論
鶴岡灯油訴訟における損害論
差額説的損害論＝私的側面にのみ着目。被侵害利益の二重構造を把握しえない。
→公正競争を享受しうる利益侵害を損害と把握する方向に。
 - b）差止論
・国立景観訴訟における差止論：第一審。不法行為に基づく差止認容。控訴審、最

高裁における差止否定。

・もうひとつの法的構成の可能性。地域住民によって形成された土地利用秩序違反行為の差止め。公共的利益を私人が実現する。

4 公私の再定位：家族法の展開

(1) 近代家族のあり方の変容

a) 公序としての家族の揺らぎ

家族法における公序の後退＝家族の「私事」化。

家族モデルの多様化、法律婚の相対化。

b) 《市民社会－家族》という公私区分とその変容

ジェンダー視点からの公私区分への批判。→家族関係の「法化」＝「公化」。

c) 以上は矛盾するか？→矛盾しない。家族単位の社会から個人単位の社会という視角で統一的に把握しうる。

(2) 個人単位の社会と公私のあり方

a) 戦後家族法の意義と問題性

平等主義家族法の実現。

しかし、①形式的平等。②保護的公序と政治的公序の偏波構造。

b) 個人単位の社会における家族

・個人の任意の結合（＝契約）としての夫婦（→家族）。しかし、すべてを契約に解消することはできない。個人保護の観点からの公序の意義。

・家族の公共領域化。個人レベルのプライバシーの尊重。

・私的存在としての家族の公共的意義

5 公共性を誰がどのように決めるのか？

(1) 公共性とは何か？

a) 一般的定義。複数の対峙する価値・利益（公的利益、私的利益の双方を含む）の中から、またはその一定の組み合わせの中から、優先的に扱われるべきものとして選出されたもの。

b) 不可欠の属性：公開性・公衆の接近可能性。←→共同性。

(2) 公共性の内容形成

a) 近代モデル：法律による決定：議会制民主主義。抽象的国民による決定。→法律による法的判断・政策判断の統御。

b) 近代モデルの変容：①複数の価値の衡量。裁判官による決定。比例性原則が典型的判断様式。人格にかかわる基本権と他の価値との衡量という形を採ることが多い。法源の多様化、法源の階層化（憲法や人権関係の条約等）がその背景にある。

②プロセス正統化。一定の手続を経た公共的決定を正当なものと扱う。契約ないし契約的手法が重要な役割を果たすようになる。契約化社会……。