

中国土地収用制度における公益性認定の比較法的分析

—日本土地収用法を参考として—

目次

はじめに

第一章 中国土地収用における公益性認定制度……………3

第一節 土地収用制度概観

第二節 収用事業の立法例と学説の状況

第三節 収用認定手続の現状と問題

第四節 土地収用認定に対する救済措置と司法審査

第五節 土地収用制度における公益性認定の問題点

第六節 収用における公益性認定に関する学説の状況

第七節 公益性認定に関する法制度の改善

小括

第二章 日本土地収用の公益性認定制度の考察……………46

第一節 収用事業に関する立法例と学説

第二節 土地収用における公益性認定手続

第三節 公益性認定に対する司法審査と学説の動向

第四節 公益性認定における問題点

小括

第三章 中日土地収用における公益性認定制度の比較分析……………83

第一節 収用公益性事業に関する立法例の比較

第二節 公益性認定手続についての比較

第三節 公益性認定に対する救済措置と司法審査の比較

第四節 日本の公益性認定法制度からの示唆

第五節 中国収用制度に関する特有な事情

小括

おわりに……………116

はじめに

中国は20年余りの計画経済体制の実行により、国民経済が危機的な状況に陥っていたことを受けて、70年代末期から、国が、経済発展を最重要課題として、力を入れて、取り組んできた。1990年代以降に、経済発展を最優先課題とする政策の下で、都市部においては、旧市街地の再開発又は企業を誘致する工業園区及び技術開発を促進するハイテクパーク等経済開発区に供用する大量な土地を獲得するために、国有土地の使用権に対する収用が行われている¹。一方で、農村部においては、都市化を推進するために、数多くの農村集団所有地が収用された。このように、急速な経済発展に伴い、都市部、農村部を問わず、土地収用が全国各地において、大規模に行われている。しかしながら、土地収用に関連する法制度が、極めて不備であるので、土地収用権の濫用が深刻化しつつあり、大きな社会問題の1つとなる。その故に、被収用者の土地財産権が十分に保護されていないのが現状である。

中国現行法の下では、土地収用が、必ずしも、公共利益を促進するために、行われるものではなく、経済発展の手段として、使われている場合が、少なからず存在する。この点に関して、公共利益のためにだけ行わなければならない、かつ、正当な補償を与えなければならないという原則が、日本とアメリカの収用法制度においては、すでに確立された²が、法治国家に移行しようとする中国では、いまだに、整備されていないように見える。

本論文は、中国の実情を踏まえつつ、比較法の立場から、日本土地収用法における公益認定の法制度を考察することを通じて、中国収用法制度に、与えられる示唆を明らかにしたいと考える。

本論文は五章から構成されており、その主な内容は次の通りである。

第一章では、中国の現行土地収用の公益性認定制度の現状、問題点と学説の状況等について、述べるものである。次いで、第二章では、主として、日本土地収用法における公益性認定制度を考察する。そして、第三章においては、収用の公益性認定制度をめぐって、収用事業の立法例、収用認定手続とその司法審査という三点か

¹ 徐善長（国家発展改革委員会総合改革司）「土地市場の二元構造と政府職能の転換」経済研究参考 2004年第68期 29-30頁を参照。

² 日本憲法第29条第3項、アメリカ連邦憲法修正第5条を参照。修正第5条は、複数の要素から成り立っており、「大陪審の保障」、「二重の処罰の禁止」、「デュープロセス」、そして「財産権の保障」という4つの重要な法的要素が混在しています。財産権保障に関する定めによれば、正当な補償なくして、私有財産を公共利用のために収用されてはならない（*nor shall private property be taken for public use without just compensation*）。本来、収用条項は連邦政府だけに適用されているが、連邦最高裁判所は1897年にChicago Burlington and Quincy R.R. v. City of Chicago判決において、編入原則（*the doctrine of incorporation*）に従って、収用条項は、連邦憲法修正第14条により、州や地方政府にも適用されると解釈した。

ら、中国と日本それぞれの収用制度を比較しながら、検討を加えるものである。最後に日中両国の収用公益性認定制度を比較・検討した結果に従い、本文の結論をまとめることとする。

第一章 中国土地収用における公益性認定制度

中国は、公有制、即ち、国有土地所有制と農村集団土地所有制という2つの所有制を持っているから、土地収用の認定制度も農村部と都市部と大きく異なっている。本章では、中国の土地収用制度の公益性認定をめぐって、公益性事業に関する立法例、収用の公益性認定及びそれ（収用許可）に対する救済措置と司法審査に関する法制度の現状、問題と関連学説の状況について、詳しく述べながら、検討を加えたいと考える。

第一節 土地収用制度概観

中国の土地収用は、大雑把に分けるならば、2種類が存在する。一つは、農村集団の所有地³に対する収用である⁴。農村集団土地収用は、主に憲法の収用条項（10条3項）と土地管理法に基づいて、行われることになる。これらの規定に基づいて、国が公共利益のために、農村集団所有地を収用し、それを国有土地⁵に変更することができる。もう一つは、都市部の国有土地使用権に対する収用である。公共利益のために、国有土地使用権⁶をその使用期限の前に収用することができる⁷としている。都市部の

³ 中国は土地の基本制度としては、公有制を採用しているため、私有土地が認められない。土地管理法によれば、公有制となる土地所有制は2種類が存在している。一つは農村部に採用している農村集団土地所有制であり、もう一つは、都市部では、国有土地所有制を取っている。土地管理法第8条2項によれば、農村と都市近郊の土地が法律に基づいて、国が所有権を持つ以外、農村集団所有である。

⁴ 現行憲法第10条第3項によれば、国家が、公共利益のために、法律規定に基づいて、土地を収用ないし徴用し、かつ、補償することができる。

⁵ 国有土地というのは、国が所有権をもつ土地であり、土地管理法8条1項によると、都市市街地の土地は国が所有している。

⁶ 1956年から1978年にかけて中国は市場経済を認めず、計画経済を実行していたため、国有土地使用権を有償で譲渡することは法律上厳しく制限されていたのである。この時期は国有土地の使用権は行政的に土地を必要とする国有企業、行政機関、学校などに無償で割り当てられたのであった。そのため、国有土地は財産としてその価値を踏まえて利用されるというよりはむしろ国家経済計画に基づいて無償かつ無期限に使用されていた。その結果、大量の土地の無駄使いという問題が深刻化していた。他方、国家は国有土地から財政収入を得られないだけでなく、土地使用に関する管理費用が財政負担になっていたのであった。1978年改革開放期後、中国は計画経済体制の改革を行う政策を打ち出した。1980年に中華人民共和国中央政府が香港に隣接する深セン経済特別区を設立し、深セン経済特別区政府に新しい経済政策の試行を授権した。そして、1987年9月9日に、中国で初めての経済特別区である深セン市政府が5321平方メートルの国有土地について、50年期限付の土地使用権を中国航空技術貿易会社深セン工業貿易センターに払い下げた。同年11月に上海市政府が「上海市土地使用権を有償で譲渡する規則」という条例を制定し、国有土地使用権有償譲渡の制度が地方条例において初めて確立した。さらに、1988年に憲法、土地管理法が相次いで改正され、国有土地使用権の有償譲渡制度が法律により、確立されたのであった。

土地について、国がそもそも所有権を持っているので、収用の対象となるのは、所有権ではなく、その使用权である。この使用权は、国有土地上に設定された財産権であり、物権法に認められた重要な用益物権の一つであるとされる⁸。従って、都市部で

(渠涛「中国における土地の所有と利用をめぐる法の変容」<http://www.iolaw.org.cn/showArticle.asp?id=209> を参照)。

国有土地使用权の有償譲渡制度の下では、国有土地がその所有権を私人、企業等に譲渡することができないが、その使用权が公益性事業の供用のために、無償で割り当てられ、企業等の営利性事業のために、有償で払い下げられ、又は賃借することが認められている。その詳しい手続を定めるのが「城鎮国有土地使用权払下げ・譲渡暫定条例」である。

⁷ 公共利益のために、使用期限内における国有土地使用权回収の性質については、学説においては次のように、2つの説に分かれているが、一つは、収用説であり、も一つは、非収用説である。

収用説について、梁慧星教授によれば、公益のために、使用期限内における土地使用权の回収は、国家による土地使用权の収用である。わが国の現行土地収用制度は、そもそも、農村集団所有土地の収用に適用するもので、且つ、それが国有土地使用权制度（有償譲渡制度）創設前に、すでに設けられたものであるが、創設後、土地使用权も国家収用の対象になりうる（梁慧星『中国民法典草案（建議稿・理由付）（物権編）』（法律出版社、2004）238頁）。又、わが国の国有土地使用权は、伝統的な大陸法系における土地使用权ではなく、一種独立的、且つ、新しい用益物権であることを鑑みると、公益のために、払下げられた国有土地使用权を強制に回収するのは、一種の収用行為であると見なすべきである（劉俊『中国土地法理論研究』（法律出版社、2006）358頁）。公共利益に基づいて、土地使用权に対する回収は、補償だけでなく、手続上においても、収用規則に準用すべきであり、これを通じて、収用機関（土地使用权払下者）の公共利益を口実とする随意的な回収行為の防止を図るわけである（高富平＝黄武双『房地產法学（第2版）』（高等教育出版社、2006）57頁）。

一方で、非収用説に立つものとして、崔建遠教授は、契約法の解除権理論に依拠しつつ、建設用地使用权の使用期限内における回収は、法律が土地所有者（国家）に、設定した一種の特別な契約解除権、又は、法定終止権である。又、その性質は、形成権であるので、国家が、土地所有者として、建設用地使用权を使用期限内に一方的に終止させることができる。従って、土地使用期限内の回収は、建設用地使用权を設定した契約の解除にとどまり、収用行為に当たらない（崔建遠『家屋立退法律問題研究』（北京大学出版社、2009）32頁）。又、全人代常務委員会法制工作委员会が、物権法が建設用地使用权の使用期限前の回収を収用と認めていない主な理由について、収用は、国家が、集団所有の土地及び企業と個人の不動産を国家財産に変えることであり、不動産所有権を変更する法律行為である。これに対して、都市の土地所有権を国が所有しており、建設用地使用者が持っているのは、土地の利用権だけである。国家が所有権をもつ建設用地を回収することは、不動産所有権を変更する土地収用に関する規定が適用しないと解釈している（胡康生『中華人民共和國物権法釈義』（法律出版社、2007）331頁）。更に、王利明教授は、収用の対象は、土地と家屋の所有権であるが、使用期限前における回収の対象は、建設用地使用权だけに限られると指摘する（王利明『物権法研究（補訂版）』（中国人民大學出版社、2007）181頁を参照）。

関連法律に基づいて、国有土地使用权を補償せずに回収することは、公共利益のため、補償を必要とする使用期限内の回収と比べて、両者は、性質上甚だしく異なっている。前者は、国が、土地の所有者として、土地の運営・管理を行うものであるのに対して、後者は、土地収用権の発動により、土地使用权者の財産権に対する侵害である。それに、前者は、回収する際に、被使用者の財産権に対する侵害がないので、補償が必要としないし、土地財産権収用の要件も満たされないので、回収といえるべきであるが、後者は、憲法第13条の財産権収用条項に当たるので、性質上は土地使用权の収用であると考えられる。

従って、両者は、性質上は異なるものであるので、本文においては、国有土地使用权収用を言及する場合は、もっぱら公共利益のため、使用期限前における回収を指し、土地使用权の無償回収が含まれないとする。

⁸ 国有土地使用权は、用益物権なのかそれとも賃借権であるかについて学説において、意見が分かっている。この点に関して、渠涛「社会主義市場經濟下の中国契約法」名城法学44巻4号2000年20頁は「物権的構成であれば、譲渡に関する国の同意が必要でないため流通性が非常に高まると考えられる。従って、土地使用权を永遠に国の管理の下に置くことを考えれば、債権的構成でよいが、国の管理から分離させることを考えるのであれば、物権的構成が必要となるであろう。」と指摘された。この見方は、国有土地使用权を国の管理から分離させるのであれば、それを物権として取り扱うべきであるとするのに対して、もしこの使用权を国の所有の下で国によって管理させるのであれば、賃貸借という債権として認めてよいだろうと主張しているのである。ただ、中国の土地公有制（国有土地所有制及び集団土地所有制）は中国の社会主義制度の重要な前提及び特徴の一つとして位置づけられているから、今のところ

は、土地収用の対象は、土地所有権であるので、財産権収用とも言えるだろう⁹。憲法第 13 条は、国家が国民の合法的な私有財産権とその承継権を保護するという大前提に立つ一方で、その例外として、公共利益のために、かつ、補償の下で、私有財産の収用が認められるとしている。国有土地所有権の収用は、憲法第 13 条 3 項と新たに制定された「国有土地上家屋収用及び補償条例」に基づいて、行われることになる。もっとも、「国有土地上家屋収用及び補償条例」が制定する前には、都市家屋立退条例に従って、国有土地所有権の収用が行われていたが、都市家屋立退条例が公益性事業を明確に列挙していないし、収用における公益性の認定手続も設けていない等様々な問題を抱えているので、それが廃止され、2011 年に「国有土地上家屋収用及び補償条例」を制定した¹⁰。そこで、都市部において、家屋立退制度から、新しい国有土地所有権の収用制度に切り替えた。

つまり、中国の土地収用は、農村部における集団土地の収用と都市部の国有土地所有権に対する収用とが並存する。この 2 種類の収用は、異なる根拠法と手続に基づいて行われることになるので、収用事業に関する立法例、収用の認定手続と救済措置等についても、大きく異なっている。これらの点に関して、本章第 2 節から、順次に述べることとする。

は国有土地の所有権を変更するような改革を行うことはきわめて難しいと考えられている。この点は国の全体の経済体制の改革（土地所有権改革を含める）及び再構築にかかわるものであるに違いない。だからこそ、現段階において国有土地所有権の性質に言及するときは、まず、国家所有という前提の下においてその性質を明らかにしなければならない。

一方で、中国物権法草案起草者の一人である梁彗星教授は国有土地所有権はその性質からみて、用益物権であると指摘した上で、それが土地賃借権との差異を詳しく纏めている（梁彗星『物権法』（法律出版社、1997）259 頁を参照）。この点に関しては、2007 年 3 月 16 に可決された物権法 135 条においては、国有土地所有権（建設用地使用権）が用益物権として取り扱われている。

⁹ 私有財産権に対する収用の根拠は、現行憲法第 13 条第 3 項に求めることができる。憲法第 13 条は「国民が持つ合法的な私有財産権を侵してはならない。国家が、法の規定に基づいて、国民の私有財産権とその承継権を保護する。国家が、公共の利益のために、法律の規定に基づいて、国民の私有財産権を収用しないし徴収し、かつ、補償をすることができる（第 3 項）」と定めている。本条第 3 項にいう財産収用は 2004 年憲法修正第 20 条により、新たに追加された内容である。

¹⁰ 2009 年 12 月頃に起こった国有地所有権の収用に関する一連の行政強制執行事件が国民の注目を集めていた。これらの強制執行事件をきっかけに、北京大学の法学者ら 5 人が全国人大常務委員会に対して、家屋立退管理条例を審査する建議書（沈岷ほか「都市家屋立退管理条例を審査する建議」人民网 2009 年 12 月 10 日（<http://news.sina.com.cn/c/2009-12-10/115019231469.shtml>））を提出したのであった。この建議書においては、法学者 5 人らは国务院が 2001 年 6 月 6 日に制定され、今に至っても適用されている「家屋立退管理条例」は、憲法、物権法及び不動産管理法に定める、国民の家屋及び他の不動産を保護するという旨の原則と条文に抵触しているから、都市発展と私有財産保護との関係が歪められることになる。従って、立法機関は、法律規定の一致と統一性原則に基づいて、この条例を審査し、家屋立退きに関する適法、公平と公正な法制度を整備すべきであるとする。その理由としては、次の 3 点が挙げられた。（1）憲法と法律の規定に基づいて、立退きに対する補償は、収用を適法かつ有効にするための一つの要件であり、補償は家屋立退きの前に行うべきであるのに、この条例に従えば、補償の問題を家屋立退きの段階までに遅らせている。（2）憲法と法律によれば、収用と補償の主体は国家であるべきであり、収用に関する法律関係は行政法律関係であるのに、条例によると、補償の義務人は起業者であり、家屋の立退と補償を民事関係としている。（3）憲法と法律に基づいて、企業と個人の家屋を立ち退く場合には法律に従い、あらかじめ収用を行うべきであるが、条例によれば、家屋を収用していなかったにしても、家屋立退管理部門に、起業者に対して、家屋立退許可を下すことが授權されている。

第二節 収用事業の立法例と学説の状況

本節では、収用事業の立法例について、都市部と農村部それぞれの立法例の現状と問題を踏まえつつ、関連学説を整理した上で、検討を加えることとする。

一 学説における立法例の分類

学説においては、諸外国の立法例を参照しながら、収用事業の立法例は、主として、列挙主義、概括主義と折衷主義とに分類されている¹¹。

(1) 列挙主義

列挙主義といのは、土地収用法において、土地収用の公益性事業を詳しく列挙する立法例である。日本土地収用法第3条は制限列挙主義を取っており、列挙主義の典型的な立法例である。

(2) 概括主義

概括主義というのは、列挙主義と異なる立法例であり、公共利益に関する事業を明確に定めることなく、公共利益に当たる事業等抽象的な言葉を用いて、定める立法例を指すものである。

(3) 折衷主義

公共利益に当たると見られる典型的な公益性事業を明確に列挙するとともに、その他の公益性事業等概括的な言葉又は条文を用いて、定める立法例は、折衷主義立法例であるとされる。折衷主義は、列挙主義と概括主義という両者の特徴を持っているように見える。

二 現行の土地収用事業における立法例

次では、「国有土地上家屋収用及び補償条例」と「土地管理法」に定める収用事業に関する立法例を紹介することとする。

(一) 都市国有土地所有権の収用における立法例

現行都市「国有土地上家屋収用及び補償条例」は、国有土地所有権を収用する主な根拠法となっている。その前法である都市家屋立退条例においては、立退の対象事業は、建設事業であるとしているが、憲法にいう公共利益にあたる適格事業が一切置かれていないのに比して、新たに制定した都市「国有土地上家屋収用及び補償条例」（以下は新法という）においては、土地収用が公益性事業に制限され、かつ、典型的な公共事業の類型を列挙することとなった。詳しく言えば、新条例第8条において、収用

¹¹ 収用事業に関する立法例の分類に関しては、学説においては、列挙主義と概括主義と2分類するものが存在するが、列挙主義、概括主義と折衷主義と3分類するものが多数であるように見える。

対象である公益事業を定めている¹²。その一方で、この条文によれば、列挙されていない事業であっても、収用機関が公共利益に当たると判断すれば、収用の対象になりうるので、厳格に言えば、折衷主義の立法例を採用していると言えよう。

(二) 農村集団土地収用に関する立法例

憲法第10条第3項、土地管理法第2条第4項と物権法第42条は、公共利益のために、集団所有の土地を収用することができる旨を定めているものの、具体的に、どのような事業が公共の利益にあたるかについて、上述の諸法律では、明確な定めが置かれていない。結局のところ、個々の収用事例において、収用ができるかどうかは、すべて収用行政機関の広範な裁量権に委ねられている。従って、農村集団土地の収用においては、収用事業に関する立法例は、列挙主義ではなく、概括主義を採っていることが明らかである。

三 立法例に関する学説の見解について

土地収用法における公益性事業に関する立法例は、上述のような三つの立法例のどれに取るべきかについては、学説においては、次のように、列挙主義を採る説と折衷主義を採る説とが並存しているが、折衷主義を取る説が比較的有力であるように見える。

(一) 列挙主義説

「わが国が、一人当たりの耕地面積が少ない国であるので、関連法においては、収用の適格事業が広く認められるならば、貴重な土地資源がよく保護できないだけでなく、土地収用権の濫用を招きかねない。従って、土地収用の目的の合法性を確保するために、立法例としては、概括主義でなく、列挙主義を取るべきである。これを通じて、収用権の行使が公共利益に当る事業に、厳しく制限されるべきである。」¹³

わが国が列挙主義立法例を取って、公共利益の内容を明確させるべきであると主張し¹⁴、その理由について、「わが国の現行の権力体制の下では、地方政府に、公共利益の解釈と定義に関する権限を与えていることに鑑みれば、もし、全国に適用される一般収用法を制定し、それにおいては、公共利益概念を明確に定めるでなければ、収用権を濫用する問題を根本から、解決することができないだけでなく、収用決定に対

¹² 条例第8条は「国家安全の保障、国民経済及び社会発展の促進等の公共利益のために、次の状況の一つであって、且つ、家屋収用の必要が生じた場合、市・県政府により、家屋収用の決定を行う。

(1) 国防と外交の需要 (2) 政府が実施するエネルギー、交通、水利等のインフラ整備事業 (3) 政府が実施する技術、教育、文化、衛生、体育、環境と資源保全、防災、文化財保護、社会福祉及び市政公用等の公共事業 (4) 政府が実施する低所得者向けの保障性住宅の建設事業 (5) 政府が都市・農村計画法に基づいて、危険住宅の密集区域又はインフラ未整備等区域に、実施する旧市街地の改造事業 (6) 法律、行政法規に定める他の公共性事業」と定めている。

¹³ 罗世荣=張倩「農村集団土地収用制度の法律研究」學術論壇 2005年第1期 56頁。

¹⁴ 唐忠民=温泽彬「公共利益を明確化する方法について」現代法学 2006年第5期 100頁。

する司法審査を通じて、それを是正するのができないわけである。又、このように法整備をしないと、憲法の収用条項に定める公共利益のためという収用の要件が、国民の財産権を保護できないのみならず、国家収用権に対する制限という機能も果たせないのである。」¹⁵と指摘されている。

「政府の収用権の恣意を抑止し、国家収用権の不当な行使により、国民の財産権に対する不当な侵犯を防止するために、収用関連法においては、公共利益という概念に対する明確な定義を置くべきであるとともに、実務における法の適用性を向上するために、収用法においては、発達している諸外国の法制度を参照し、列挙主義立法例を取るべきであろう。」¹⁶

(二) 折衷主義説

「列挙主義を取って、公共利益の典型的な類型を列挙するとともに公共利益について、概括的な規定も置いて、その開放性を保つべきである。何故ならば、公共利益そのものは、進化し続けている概念であって、その進化の趨勢からして、本来なら、公共利益のカテゴリーに入っていないものが社会状況の変化に伴い、新たに公共利益になってくることがありうる。公共利益概念が進化性という特徴が存在することに鑑みれば、公共利益の類型を列挙する場合に、収用事業の類型が制限されるべきでなく、開放的なものにすべきである。このように、公共利益の類型化に柔軟性が与えられ、社会の変化に適応しやすくなるわけである。もっとも、公共利益にあたる収用事業の類型は、次第に充実されるべきであるので、立法と司法が土地収用において、積み重ねられた経験を活かして、それが完璧なものになるように、改善しなければならない。」¹⁷

公共利益に関する立法例としては、折衷主義を取るべきであり、かつ、公共利益のカテゴリーに入るべきものとそうでないもの両方を定めることを通じて、私有財産権を保護する限界を明らかにし、土地収用権の行使と司法活動に従うルールを提供すべきである¹⁸と主張される。

折衷主義は、列挙主義の硬直化を克服し、法の柔軟性が保たれるだけでなく、概括主義の不確定が免れられ、収用権の恣意と司法権の独断を防止できるので、取るべき立法例であると思われる¹⁹。

¹⁵ 唐忠民＝温泽彬・前掲注 100 頁。

¹⁶ 郑传坤＝唐忠民「公益収用法律制度の改善についての検討」政法論壇 2005 年第 3 期 136 頁。

¹⁷ 王利明「収用制度における公共利益について」政法論壇 2009 年第 2 期 27 頁。

¹⁸ 石佑启「公共利益と私有財産権の保護について」法学論壇 2006 年第 6 期 80 頁。

¹⁹ 房紹坤＝王洪平「収用立法における公共利益の規範方式に関する議論」当代法学 2006 年第 1 期 70 頁。

立法例に関しては、梁慧星教授がその物権法建議草案と民法建議案において、収用における公共利益に関する定義からして、折衷主式立法例を取っていることが明らかである²⁰。

「公共利益は非常に抽象の概念であることに鑑みれば、折衷主義立法例を採用するのが相応しいと思われる。詳しく言えば、公共利益概念を定義した上で、公益性事業を列挙すると同時に、列挙していない事業は、公益性が認められれば、収用ができるという補充的な条文も追加すべきである。……このような立法例を取れば、公共利益概念の模糊性を解消しうるだけでなく、法文の柔軟性を維持できるので、公共利益を口実とする政府の収用権の濫用が防止できるだろう。」²¹

又、「公共利益概念が、極めて抽象であり、且つ、変わりやすい言葉であるので、その内容を明らかにするため、方法論からして、列挙主義と概括主義を合わせる立法例を採用するのが相応しいと思われる。そのメリットとしては、公共利益の範囲を広げるとともに公共利益概念が社会発展への適応性が高められる等があげられる。」²²

「立法機関が列挙主義、概括主義及び非公益性事業の排除等立法例に関する諸方式を総合的に応用して、公共利益の内容を具体化する必要がある。詳しく言えば、まず、公共利益概念を概括的に定義し、かつ、異論のない公益性事業を詳細に列挙した上で、排除式で、個人の利益、商業利益及び政府の利益等公共利益に当たらない事業が、公共利益事業から排除されるべきである。」²³

第三節 収用認定手続の現状と問題

中国は、土地収用制度に関しては、農村部と都市部の二元化という問題を抱えているので、収用制度も農村部と都市部が大きく異なっており、二元化という現象が見られる。これは、都市部と農村部の二元化現象から、生じたものであると言えよう。都市部と農村部の間に見られる二元化現象は、いたるところが存在している。

²⁰ 梁慧星『中国物権法草案建議案一条文、説明、理由と参考立法例』13頁（社会科学文献出版社、2000）『中国民法典草案建議案・理由』52頁（法律出版社、2004）では、「社会公共利益のために、法定の手続に基づいて、国家が自然人と法人の財産を収用することができる。公共利益といのは、公共道路交通、公共衛生、災害予防、科学及び文化教育事業、環境保護、文化財と史跡及び風景名所地域の保護、公共水源及び上下水事業、森林保護事業及び法定の他の公益性事業をいう」。

²¹ 陳伯礼＝徐信貴「公益収用に関する三つの論点」昆明理工大学学報・社科版（法学）2007年第5期49頁、同49頁は収用法においては、次のような条文の制定を提案している。

「公共利益というのは、公衆の需要を満たせ、かつ、公衆により受けられる、排他性の無い利益である。公共利益のために、国家は自然人と法人の財産を収用できる。収用の範囲は収用事業の必要に応じて、制限しなければならない。具体的に言えば、公共利益にあたる事業は、次の通りである。

(1) 国防事業 (2) 公共交通事業 (3) 公共衛生 (4) 災害予防 (5) 環境保護 (6) 公共水資源及び引水排水事業 (7) 教育學術及び慈善事業 (8) 森林保護事業 (9) 文化財と史跡及び風景名勝区域の保護 (10) 政府が行うその他の公益性事業。」

²² 陳召浄＝王坤「公共利益の概念、特徴及びその定義について」産業と科学論壇2008年第10期119頁。

²³ 高志宏「公共利益についての立法例に関する研究」江蘇社会科学2012年第6期125頁。

詳しく言えば、土地制度に関しては、農村部と都市部がそれぞれ異なる土地所有制を実行しており、農村部においては、土地が農村集団組織により、所有しているのに対して、都市部では、国が土地の所有権を持っているとされる。

従って、都市部と農村部においては、それぞれの収用法制度と手続に基づいて、土地収用を行うことになるが、都市部と農村部に適用できる一般的な土地収用法が存在していない。収用事業の認定手続に関しては、都市部においては、家屋の収用決定という認定手続を経て、収用が行われることになる。一方で、農村部では、収用を行うためには、収用認定手続として、2つの許可を経なければならないとしている。

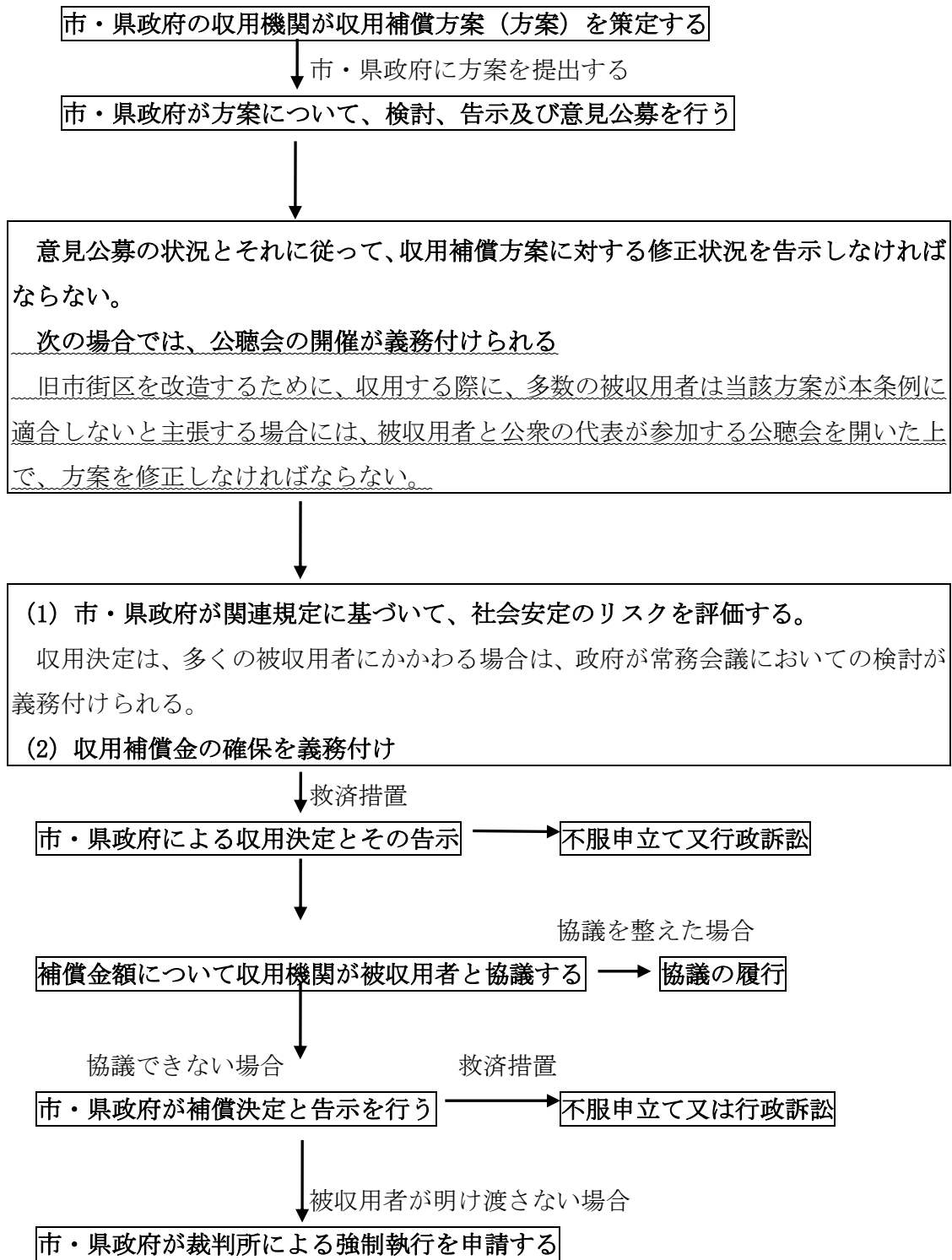
一 都市家屋収用における収用決定について

都市家屋収用においては、上述のように、新法に基づいて、個々の事例に応じて、収用ができるか否かは収用決定により、判断することになる。特定の収用事例において、収用決定を行うか否かは、かかわる収用事業の公益性の有無がその判断を左右する重要な事項である。言い換えれば、収用決定という手続の主な目的は、係る収用事業の公益性が存在するか否かを具体的に判断することになる。収用決定を行う際に、本条例第8条に定めている公益性事業に当たるかどうかは、その判断の重要な内容の1つである。それにとどまらず、土地収用においては、収用者と被収用者の間に、激しい利益の衝突を生じることが避けられないので、社会の不安定要素になる恐れがある。そこで、収用決定においては、収用事業の公益性のみならず、収用手続の進行により、社会秩序の不安定化を招くリスクを評価することも収用決定の考慮事項になっている。社会安定に重大な影響を与える大規模な収用事業は、より慎重に収用決定手続を行わなければならないという考え方によるものである。

国民の財産権を保護するために、収用決定手続をより慎重なものになるように、新法では、収用決定の事前手続として、情報公開と聴聞等の手続も設けるようになったが²⁴ことが評価に値するところではあるが、その内容がまだ不十分であると言わざるを得ない。

²⁴ 家屋収用部門が収用補償計画を市・県政府に提出し、市、県政府が関係行政庁とともに、当該計画を検討した上で、公布し、公衆の意見を募集しなければならない（条例第10条）。収用決定を行うに先立って、市・県政府が関連規定に基づいて、社会安定のリスクを評価しなければならず、収用決定は、多くの被収用者にかかわる場合には、政府の常務会議による検討を行わなければならない（条例第12条第1項）。さらに、収用決定を行う前に、十分な収用補償金を確保し、その流用をしてはならない（条例第12条第2項）。市・県政府は、収用決定を行った後、直ちに告示しなければならない。告示は、収用補償方案及び行政不服申立と行政訴訟等の事項を明確に記載しなければならない。（条例第13条）。

収用手続の流れは下の図の通りである。

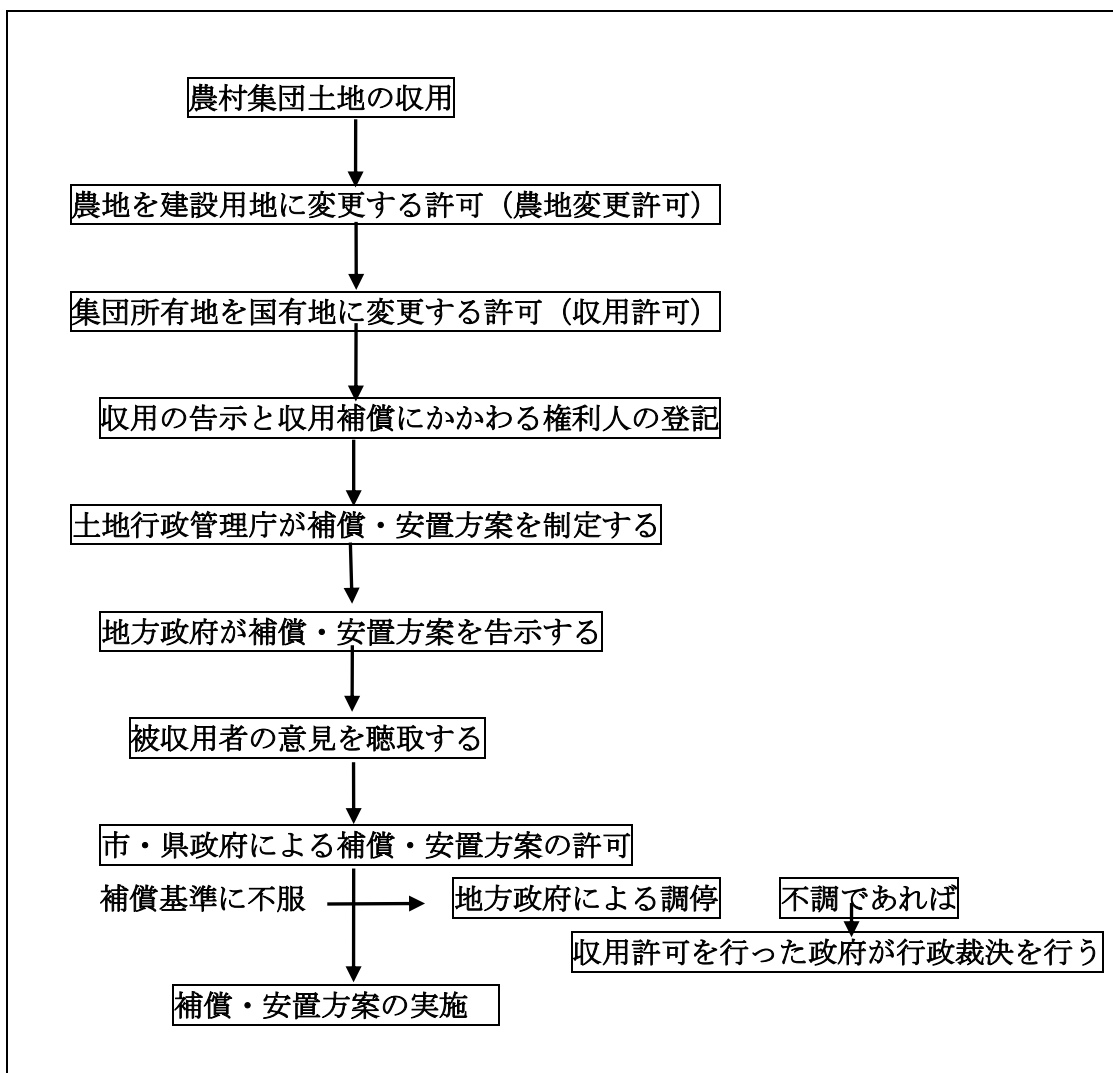


二 農村集団土地の収用認定手続

次は、農村部の土地収用認定手続について、詳しく紹介した上で、検討を加えたいと考える。

土地管理法によれば、農村集団土地の収用認定手続は、農地用途変更許可（土地管理法 44 条）と農地収用許可（同 45 条）という 2 つの許可手続を経て、行わなければならない。

農村集団土地の収用手続の流れは次の図のようになっている。



（一） 農地収用手続における 2 つの行政許可

農村集団土地の収用手続を定める土地管理法に基づいて、農村の集団組織が所有する土地を収用するには、2 つの許可、すなわち、農地用途変更許可と農地収用許可、を経なければならない。次では、これらの重要許可を詳しく述べることとする。

（1） 農地用途変更許可

土地管理法第 44 条第 1 項によれば、農村集団が所有する農業用地を建設用地に変更する場合は、農地用途変更許可を経なければならない。この許可は、農業用地の保

護を図って、農地用途の変更を慎重に行うために、設けられる許可手続である。農地から、建設用地に変更する場合は、収用事業の種類によっては、許可機関（国務院、省・直轄市・自治区と市・県）が変わることになる²⁵（土地管理法第44条2項、3項と4項）。その中で、市・県政府が収用機関となる場合に、収用機関が、土地利用者と緊密な関係を持っている、或いは、土地の使用者になるから、その農地用途変更許可権に対して、厳格な法定要件を設定する必要がある²⁶と指摘されている。

(2) 農地収用許可

農地収用許可というのは、集団所有土地を国家所有地に変更するために、行う許可であるので、農地の収用許可手続であると言える。農地収用許可が農地用途変更許可のように、許可機関が、収用事業の種類によっては、異なっている²⁷としている。

(3) 農地用途変更許可と農地収用許可との関係について

農村集団土地収用を行う際に、農地用途変更許可をあらかじめしなければならない。この許可を得てから、初めて、農地収用許可を申請できるわけである。言い換えれば、建設事業のために、農村集団所有地が農地として、直接に収用することができないから、収用許可を申請するに先立って、農地を建設用地に変更する許可を行わなければならない²⁸。

²⁵ 国務院の許可権限は土地管理法第44条第2項に定めている。土地管理法第44条第2項によれば、省、自治区と直轄市政府が許可した道路、パイプラインと大型なインフラ施設等の建設事業、又は、国務院が許可した建設事業の中で、農用地を建設用地に変更する必要がある場合は、国務院が農地用途変更許可を行うことになる。

また、市・県政府の許可権限に関しては、土地管理法第44条第3項によれば、「土地利用総体計画において、確定した都市、村と鎮の建設用地の範囲内において、当該計画を実施するため、農用地を建設用地に変更する際に、土地利用の年度計画に従って、土地利用総体計画を許可した機関により、許可することになる。許可された農地転用範囲内において、具体的な建設事業の用地についての許可は、市・県政府により、行うことができる。」言い換えれば、市・県政府の農地用途変更権を行使するには、2つの法定条件が満たさなければならない。一つは、法律に基づき、許可された土地利用の年度計画があることであり、もう一つは、具体的な建設事業が存在することである。

さらに、省・自治区・直轄市の許可権限は次のように定めている。

土地管理法第44条第4項は、本条第2項と第3項が規定する事業を除いて、その他の建設事業が農用地から、建設用地に変更する必要がある場合は、省、自治区と直轄市の政府により、許可すると定めている。即ち、土地管理法第44条第2項と第3項に規定していない農地用途変更許可の権限は、省、自治区と直轄市政府に属することになる。

²⁶ 章剣生「行政収用手続論」東方法学2009年第2期第23頁。

²⁷ 土地管理法第45条によれば、農地の収用許可は、国務院と省・自治区・直轄市政府の権限であり、市・県政府が収用許可権限を持っていない。その詳しい内容が次の通りである。

(1) 国務院の許可権限

土地管理法第45条第1項に基づいて、次の土地収用の許可権限は国務院に属する。

- 1) 基本農田の収用
- 2) 基本農田でない耕地の収用が35公顷を超えた場合
- 3) 70公顷を超えた他の土地を収用する場合

(2) 省、自治区と直轄市政府の許可権限

土地管理法第45条第2項によれば、本条第1項に規定している土地の以外の農地の収用許可権限は、省、自治区と直轄市政府に属し、かつ、許可を経た後、国務院へ報告して、その記録に載せる。

²⁸ 2つの許可の関係について、土地管理法第45条第3項において、詳しく定めている。それによると、

(二) 農地収用に係る2つの許可の問題点について

上述のように農地を収用するには、2つの許可が必要となるが、これらの許可が次のように問題点が存在している。

(1) 農地用途変更許可の問題

土地管理法が定めている収用手順においては、農地を建設用地に変更する農地用途変更許可が下されたことが農地収用許可を申請する前提となるとしている。農地用途変更許可が農地収用許可の前置手続であるので、農地収用の場合に、収用許可を申請するに先立って、農地用途変更許可を経なければならない。農地用途変更許可をすると、農業を営む農地が建設用地という用途に変更することになる。

農地が食料、農業と国民経済にとっては、きわめて貴重かつ再生不能な資源であるから、確実な必要がない限り、勝手に建設用地へと用途変更が許されるべきものではない。従って、農地の保護を図るために、厳しい行政許可を設けて、判断することになるわけである。

この許可においては、特定の建設事業を実施するために、その事業の予定地として、特定の農地を建設用地に変更するのが相応しいかを判断するものである。言い換えれば、特定の建設事業のために、特定の農地を建設用地に変える必要が存在するか否かを判断することは、農地用途変更許可の役割である。収用機関が、この許可の申請を審査する際に、農地保護と、経済促進を目的とする建設事業の新設の必要性との比較衡量が欠かせないし、様々な要素・利益を総合的に考えなければならない。土地管理法は、食糧の安定供給と国家安全の確保等を図るために、農地の保護と合理利用が、その目的の一つとして、位置づけられている。土地管理法において、農地用途変更という厳しい行政許可を設けることが、この目的を達成するために、講じられる重要な措置の一つであると言える。しかしながら、収用機関が、農地用途変更許可を行う際にして、許可の要件、考慮すべき要素及び判断基準といった内容が、土地管理法とその関連法においては、具体的に定めていない。結局のところ、個々事例においては、農地用途変更許可をするか否かは、権限をもつ国务院、省級政府と市・県政府の裁量判断事項になる。そこで、農地用途変更許可の多くが行われる地方政府、とりわけ、市・県政府が裁量権濫用の恐れがあるとの懸念が払拭できない。

農地を収用する際に、あらかじめ農地用途変更許可を行わなければならない。それに、国务院が、農地用途変更許可を行う場合は、合わせて、農地収用許可を行うことになる。又、省、自治区と直轄市政府が収用権限内において、農地用途変更許可を行う場合は、同時に収用許可をし、別途、収用許可を行う必要がない。ただし、収用許可権限を持っていない場合は、本条第1項の規定に基づいて、農地収用許可を行わなければならない。

(2) 農地収用許可の問題

前述のように、農地用途変更許可が下された後、初めて、農地収用許可を申請することが可能になる。農地収用許可は、集団所有の土地を国家所有地に変更するかどうかを判断する許可であるので、農地収用の認定手続であると言える。収用許可が行った場合は、効果としては、本来、農村集団に所有する土地が、国により、収用され、国家所有地に変更することになる。農地収用許可の申請を審査するにあたって、いかなる内容をどのようにして審査するか又は土地収用の重要要件である建設事業の公益性が審査事項になるかどうかは、憲法と土地収用法等法律においては、何らかの定めも置かれていない。このように、農地収用許可も農地用途変更のように、行政機関の広範な裁量権に委ねられているので、被収用者の財産権を侵す事態を招きかねない。

農地保護による食料安全の確保が国家の安定、安全という公共利益につながるものであると解釈するのが、まったく不可能ではないだろう。このように考えるならば、農地の収用は、食糧安全の需要により、制限され、かつ、それに従わなければならない²⁹。食糧の安全を図るために、農地を保護しなければならないという要請は、経済促進を目的とする農地収用と、激しく衝突している。この2つがお互いに対立し、矛盾しているが、如何にして、両者を調和するかが肝心な問題である。これが、正に土地収用における公益性審査を行う際にして、必ず考慮しなければならない問題であると思われる。

(三) まとめ

農地収用に関する2つの許可手続が土地管理法においては、その手続の発動の条件、順序と期限等の事項が、明確に定めていないので、これらの手続は、その性質からして、あくまでも、行政機関の内部手続であるにすぎない³⁰。土地管理法においては、収用許可を行う際に、許可するか否かの要件と審査の内容がまったく定めていないので、収用機関の極めて広範な裁量権に委ねており、その濫用を招きかねない。又、許可を行う際に、集団土地所有者と使用者が、状況をまったく知らないまま、国家が農地用途変更許可と農地収用許可を通じて、農村集団の所有地を国家所有地に変更することになるが、これが問題視されているところであり、改善すべきである³¹。この点に関しては、土地管理法を根拠法とする農村集団土地の収用が、都市家屋立退条例に定める国有土地使用権の収用のように、収用機関が土地収用の全過程をコントロールしているように思われる。農地収用許可手続は、立法機関の授権がどこに求めるべきかが示されていないし、財産権者と利害関係人に民主参加の権利を与えていないのみ

²⁹ 郑太福「農地収用法律制度の改善について」法学雑誌 2008 年第 1 期 149 頁。

³⁰ 章剣生・前掲注 (26) 27 頁。

³¹ 章剣生・前掲注 (26) 27 頁。

ならず、収用権の行使に対する司法審査も確保されていない³²と指摘している。「このような安易な収用手続の設定が、国家本位の観念によるものであり、それによれば、国家所有でない財産に対して、国家が需要さえあれば、財産所有者が無条件に従わなければならない、国家と交渉する余地がまったくないのである。」³³1998年土地管理法改正³⁴により、国家本位の観念が大幅に弱まったものの、今日に至っても、その影響が未だ残っている³⁵。確かに、長期計画経済時代が、集団や個人の利益が、国家利益に服従しなければならない考え方が、根強く残存しており、市場経済に移行した現在でも、収用法制度に大きな影響を与えている。

正当手続に従って、農地収用に係る2つの許可手続に、集団土地所有者と使用権者の参加手続を導入し、これらの権利者に意見の陳述権を与えるべきである³⁶。かようにして、不当な収用を事前に是正し、被収用者の財産権を保護すべきであると思われる。

第四節 土地収用認定に対する救済措置と司法審査

本節では、都市家屋収用と農地収用という二つの土地収用認定に対する司法救済と司法審査の現状と学説の状況を踏まえながら、検討を加えたい。

一 都市家屋の収用決定に対する司法救済と審査

収用決定は、主に被収用事業の公益性を認定する手続であるから、収用事業の公益性に対して、不服があれば、「国有土地上家屋収用及び補償条例」第14条³⁷に基づいて、司法救済を講じることができる。裁判所も収用機関が行った収用事業の公益性についての決定を審査することができるわけである。公益性に対する救済措置に関する条文（条例14条）が、「国有土地上家屋収用及び補償条例」の制定により、導入された新しい内容であり、旧法に対する大きな改正の一つでもある。もっとも、旧法である家屋立退条例においては、収用事業の公益性に関する救済措置を定めていないので、被収用者の財産権をよく保護していなかった。

³² 劉向民「中米収用制度の重要問題に関する比較」中国法学 2007年第6期 47頁。

³³ 章劍生・前掲注(26) 27頁。

³⁴ 1998年土地管理法が1986年土地管理法に対して、農地収用手続について、大きな改正を行い、収用に関する2つの許可制度を導入した。農地収用について、1986年土地管理法第23条第2項は、国家が建設事業のため、土地を収用する場合に、被収用単位が国家需要に従わなければならないと定めている。

³⁵ 章劍生・前掲注(26) 27頁。

³⁶ 章劍生・前掲注(35)。

³⁷ 収用決定に対する救済措置としては、国有土地上家屋収用及び補償条例第14条によれば、市・県政府が行った収用決定に不服があれば、法に基づいて、行政不服申立て又は行政訴訟を提起することができる。

二 農地収用許可に対する救済措置について

学説においては、農地収用許可の可訴性があるか否か及び可訴性があるとすれば、その根拠法がどこに求めるべきかについて、次のように争いが存在する。

(一) 収用許可の可訴性について

農地収用の手続を定める土地管理法とその実施条例においては、収用許可の救済措置に関する規定がまったく置かれていない。その故、収用許可についての可訴性の有無をめぐる、次のように鋭く対立している2つの考え方が存在する³⁸。

一つは、可訴性が存在していないと主張する考え方である。これによれば、収用関連法に基づいて、農地収用により生じた責任が、賠償責任でなく、補償責任であるので、収用行為そのものは、違法であっても、権利侵害の問題がそもそも存在していないわけである。このような考え方を取る裁判所が、収用許可に対する訴訟請求を受理しないので、司法救済を求めることができない。

もう一つは、収用許可の違法性と可訴性を肯定する。その理由が次のように挙げられる。

土地収用許可は、手続上の効果だけでなく、実体法上の効果も有しており、この許可がすると、土地所有権を変動する効力が生じられる。その故、違法の土地収用許可が農村集団の所有地を不法に剥奪するものであるので、著しい権利侵害であるから、収用許可の可訴性を肯定すべきである。

(二) 収用許可に対する救済の法の根拠

行政決定に対する救済が可能であれば、その法の根拠はどこに求めるかについて、意見が分かれている。

上述のように、土地収用関連法において、収用決定に対する救済措置が定めていないので、行政救済措置を定める一般根拠法である行政不服審査法と行政訴訟法に、救済を求めるにしかないのである。収用決定に関する紛争が生じた場合に、不服申立て又は行政訴訟に救済を求める際に、その法の根拠が、不服審査法の何条に求めるべきかについては、意見が分かれている。主として、次の2つの考え方が存在する。

(1) 行政不服審査法第14条³⁹と第30条第1項⁴⁰を根拠とする主張

³⁸ 王洪平＝房绍坤「収用における公共利益の検証標準と司法審査」法学論壇 2006年第5期44頁。

³⁹ 行政不服審査法第14条は「国務院の下に置かれている部門或いは、省・自治区と直轄市の政府が行った行政行為に対して、不服がある場合に、当該行政行為を行った機関に対して、不服申立てを行うことができる。不服申立てにより、行った決定に対して、不服があれば、裁判所に行政訴訟を提起する或いは、国務院の裁決を申請することができる。国務院が当該裁決の申請を受理した後、本法に基づいて、最終裁決を行うことになる」と定めている。

⁴⁰ 行政不服審査法第30条第1項は、「公民、法人と他の組織が自分らが法に基づいて、得られた土地、森林と草原等の自然資源の所有権、又は使用権が行政機関の行政行為により、侵されていると思った時、行政訴訟を提起するに先立って、行政不服申立てによる紛争の解決を申請しなければならない。

「土地管理法第 45 条により、土地収用決定を行う機関が、国務院と省・自治区・直轄市政府である。被収用者が、省・自治区・直轄市政府が行った収用決定に不服がある場合は、行政審査法第 30 条と第 14 条に基づいて、省・自治区・直轄市政府に行政不服申立又は、行政訴訟を提起し、救済を求めることができる。」⁴¹

又、土地収用決定に対する不服は、行政不服審査法第 30 条第 1 項にいう土地所有権又は使用権を確認する紛争であると広く解釈すれば、土地収用決定も本条 1 項の調整範囲に入っている⁴²。言い換えれば、土地収用決定に対する救済は、行政不服審査法第 30 条第 1 項に根拠を求めることができる。

(2) 行政不服審査法第 30 条第 2 項⁴³が救済の根拠であると主張する考え方

この考え方によると、収用決定の救済措置の根拠は、行政不服審査法第 30 条第 2 項にしか求めないと考える⁴⁴。

30 条 2 項でいう最終裁決というのは、この裁決が終局的な裁決であり、それに対して、不服があっても、行政訴訟を提起することができず、当該裁決に課されている義務を履行するしかない。

従って、この考え方の下では、農地収用においては、行政不服審査法第 30 条第 2 項に基づいて、収用決定に対する不服がある場合に、不服申立てによりしか争えないことになる。収用決定そのものに不服があるにしても、行政訴訟をもって、救済を求めることができないわけである。この定め（行政不服審査法第 30 条第 2 項）が収用権を濫用する温床となるのである⁴⁵と批判されている。

この考え方に従えば、被収用者は、収用決定に対して、異議があつたとしても、行政訴訟という司法救済の途が開かれていないので、行政不服申立てを通じて、紛争を解決するしかない。

この考え方に対する異議としては、次の理由が挙げられた。

「土地収用決定に対する不服申立の根拠は不服審査法 30 条 1 項に求めるべきである。というのが、行政不服審査法 30 条 2 項の内容からして、省レベルの政府が行政区画の勘定、調整又は土地収用決定に従って、土地所有権又はその使用権の帰属を確

不服申立てにより、行った不服申立決定に不服があれば、行政訴訟を提起することができる。」と定めている。

⁴¹ 邹爱华「被収用者に対する救済の困難と対策—国務院の土地収用決定権を視点に—」国家行政学院学报 2012 年第 1 期 101 頁。

⁴² 季金华＝徐駿「法による土地収用紛争解決の仕組み」金陵法律评论 2006 年第 2 期 103 頁。

⁴³ 行政不服審査法第 30 条第 2 項は「省・自治区・直轄市政府は、国務院と省・自治区・直轄市政府が行った、行政区画に関する勘定と調整及び土地収用決定に従い、土地、鉱物、水流と森林等の自然資源の所有権又はその使用権を確認するために、行った不服申立の決定は、最終裁決となる。」と定めている。

⁴⁴ 王太高『行政補償制度研究』（北京大学出版社、2004 年）232 頁。

⁴⁵ 曲相霏「農村集団土地の収用手段の改善についての検討」学習と探索 2012 年第 6 期 69 頁。

認する際に、適用するものであって、省レベルの政府が行った収用決定そのものに適用しえないわけである。」⁴⁶。

なお、国務院が行った行政収用決定に対して、行政不服審査法第 30 条が適用できないので、どうな救済措置を取るべきかが、未解決の難問である。

三 土地収用に対する司法審査の問題と学説の状況

次では、収用における公益性に対する救済措置と司法審査について、詳しく述べることにしたい。

(一) 公益性認定の司法審査の問題

公益性認定の司法審査は、土地収用制度にとっては、欠かせないものである。この審査を通じて、土地収用権の濫用を是正し、被収用者の財産権を保護しなければならない。このような機能を果たすために、公益性の司法審査に関する法の根拠、審査方法と基準を明らかにする必要があると考える。又、公益性に関する司法審査は、収用機関の行政裁量の余地及び立法、司法と行政の権限分配のあり方に関わる問題である。

土地収用認定たる収用決定（許可）に対する司法審査が次のように様々な問題が存在する。

(1) 司法審査の法の根拠の不足について

<1> 収用公益性に関する法の内容の抽象性と曖昧さ

公共利益概念を定める関連法が極めて抽象的で、曖昧であるので、司法審査にあたって、法の根拠がどこに求めるべきかが極めて難しい。

例えば、土地管理法第 58 条では、国有土地使用权を収用できる適格事業として、公共利益又は都市再開発のためにそれぞれの場合では、土地収用が行われると定めていることからして、公共利益と都市開発という 2 つの収用の事業が包含関係に置かれておらず、並列関係にあるとしている。にもかかわらず、都市「国有土地上家屋収用及び補償条例」第 8 条においては、都市再開発が、収用公益性事業の一つと位置づけていることに鑑みれば、この両者が包含関係にあるとしている。

要するに、都市再開発事業が公共利益に当たるかどうかについて、上述の 2 つの法律の規定が曖昧していることが明らかである。

又は、土地収用の公益性事業について、立退き制度から、家屋収用補償制度へと移行するに伴って、国有土地使用权の収用においては、公益性に当たる事業が、家屋収用補償条例第 8 条において明確に定めるとともに、公益性に対する救済措置も定めるようになったので、都市家屋収用の公益性に関する法制度が一段と改善されたように見える。

⁴⁶ 邹爱华・前掲注 (41) 102 頁。

一方で、農村土地収用においては、憲法第10条、土地管理法第2条と物権法第42条では、国家が公共の利益のために農村集団所有地を収用することができるという原則的なものしか定めていない。具体的に言えば、いったい何をもってしては、憲法にいう公共利益にあたるかが、関連法では、明確に定めてない。

〈2〉 収用法における収用手続の不備と救済措置の欠如について

都市「国有土地上家屋収用及び補償条例」の制定により、都市国有土地所有権の収用手続が一段と改善されたと評価できるが、農地収用手続が依然として、様々な問題を抱えている。

「公平、公正、透明、且つ、監督の可能な収用手続が、関連法においては、未だに整備されていないので、行政機関の収用行為に対する基本の手続的な制限が欠けている。従って、収用行政機関に、与えられる裁量権が大きすぎるにもかかわらず、それに対する司法審査の法の根拠さえ置かれていない。」⁴⁷例えば、農地収用許可の公益性認定に対する救済措置が講じられるか否かが、土地管理法においては、定めていないので、農地収用の公益性に対する司法審査においては、裁判所の審理が極めて難しい⁴⁸。

(2) 審査基準の問題

土地収用に関する行政訴訟事件の審査方法からして、定式化するような審査基準が存在していない⁴⁹。とりわけ、土地収用の公益性問題に対する審査の法の根拠が曖昧になっており、審査基準も定式化していない。土地収用に関わる多くの行政訴訟事件は、補償問題を中心とする紛争で、収用の公益性についての法の根拠の不明確、審査基準の欠陥及び訴訟を提起しても、勝算がない等の事情が存在するので、行政訴訟において、収用の公益性をめぐる争う事件があまり多くはない。

従って、収用の公益性に対する司法審査について、上述のように、様々な問題を抱えているので、裁判所の司法機能がよく果たしていないように見える。又、収用の公益性について、典型的な裁判例も未だに存在していないのである。

(二) 収用における公益性認定の審査基準に関して

公共利益そのものは、不確定概念であり、その内容及び受益者が、極めて不確定である。従って、公共利益という概念を解釈することで、収用権の規制を図ることは不可能である。公共利益原則が収用権を規制する役割を果たせるために、それを具体化

⁴⁷ 江蘇省高級人民法院行政事件審判法廷・前掲注(47)10頁。

⁴⁸ 江蘇省高級人民法院行政事件審判法廷「農村土地収用に関する行政事件審理の難題に関する研究」法律適用2010年第6期10頁。

⁴⁹ 江蘇省高級人民法院行政事件審判法廷・前掲注(47)10頁。

する標準を設けることが大事であり、これを通じて、収用事件における公共利益要件の充足性に対する裁判所の司法審査の機能を強化すべきである⁵⁰。

司法審査のあり方について、学説においては、通説が存在していないが、様々の議論が行われている。次では、その主な内容を紹介することとする。

公益性認定の司法審査については、次の要素を考えなければならない⁵¹と指摘されている。

(1) 利益性

公共利益の概念は、一定の主観性を持っており、人によっては、それに対する理解が違ってくるが、公共利益は、客観かつ真実な利益であるだけでなく、一定の価値を持つべきである。近いうちに、実現可能な利益は勿論、将来に生じうる利益も公共利益のカテゴリーに入れるとされる。

(2) 不特定多数の人々により享有すべきである

公共利益は、特定の私人ではなく、不特定な多数の人々により、享有し、かつ、その需要を満たさなければならない。受益者が特定の少数人である場合は、一般的に、当該利益が公共利益だと認められないだろう。例えば、花園を作るために、その土地にある家屋の立退を行うのが、周辺居民の公共利益になるのに対して、都市では、污水处理工場を建設するのが、当該都市、又は、汚水が処理された河川が流れている地域の公共利益を増進することになる。

尚、すべての公共利益は、市場経済のメカニズムからは、達成できないということに留意しなければならない。

(3) 比例原則

いわゆる比例原則といのは、目的を達成するための手段が相応しいものでなければならないのである。比例原則は、公法上の基本原則の一つであり、収用権を制限・規範するために、適用することができる。その理由としては、次の通りである。

土地収用は、私人の財産権を侵す権力行使であり、比例原則に従えば、収用が確実な必要性がない限り、行えないものであり、かつ、やむ得ない時に選ばれた最後の手段でなければならない⁵²。若し、私人財産の収用を免れる代替案又は他の方法が存在するならば、収用により、公共利益という目的を達成する正当性が無くなったわけである。

一方で、収用がやむ得ない手段であったとしても、収用権限の行使が比例原則に従わなければならない、かつ、できる限りに財産の侵害を最小限に減らさなければならない。言い換えれば、収用の目的達成とそれにより、もたらした損失と総合的に比較衡

⁵⁰ 王洪平＝房绍坤・前掲注（70）40頁。

⁵¹ 王利明・前掲注（14）32頁。

⁵² 陳新民『ドイツ公法学基礎理論（下）』（山東人民出版社、2001年）426頁。

量をしなければならず、収用が被収用者に過大の損失を与えてはならない。収用により、得られた公共利益と公民の財産権に与えられた損失が、比例原則に適合するか否かをよく考量しなければならない。財産権に対する軽微な侵害をもって、公共利益の目的を達成できるならば、当該方法を採択し、財産権の損害をできるだけ最小限に減らし、財産権の保護を図るべきである。

(4) 収用手続きの正当性

公共利益のために、行った収用手続きは、私人の財産権を侵す行為であるので、正当な手続きに従って、行わなければならない。そこで、収用手続きは、公開、かつ、透明であるとともに法に基づいて、被収用者の知る権利、聴聞権、陳述権、弁明権及び参与権を保障しなければならない⁵³。収用手続きの正当性こそ、収用行為の合法・有効性を確保することになる。

又、多くの学者が収用権の規制を図るため、公共利益概念を明らかにする方法を探ってみた。しかしながら、公共利益概念がその利益の内容と受益の対象からして、極めて不確定であるので、それを定義するにしても、収用権をコントロールする目的を達成できるわけではない⁵⁴。従って、公共利益原則が持っている、収用権濫用を抑止する機能を果たすために、公共利益原則の判定標準を示して、これに対する裁判所の司法審査を強化しなければならない⁵⁵。

又、アメリカ裁判法理に参照しながら、収用における公益性の司法審査の基準⁵⁶として、下記のもものが提示されている。

(1) 受益者の不特定性と多数性標準

受益者が特定か否か及びその多寡が公益性を判断するに当たって、考慮すべき重要な要素の一つである。

(2) 収用目的の実現の必要性標準

この必要標準によれば、ある特定の財産に対する収用が特定の公共利益を実現するには、必要不可欠でなければならない。この特定の財産の収用が行わなければ、達成しようとする公共利益が実現できないならば、当該財産の収用が必要性標準に満たされているとされる。

(3) 収用前後における被収用財産の利用効率性標準

利用効率性標準によれば、被収用財産は、収用が行った後の利用効率がその前と比べて、高く向上されるでなければならない。換言すれば、収用の後、被収用財産の効率を明らかに低下させるとすれば、如何にしても、当該収用の正当性が

⁵³ 莫于川「公共利益の判断に関する六つの基準」『法制日報』2004年5月27日。

⁵⁴ 王洪平＝房绍坤・前掲注(70)40頁。

⁵⁵ 王洪平＝房绍坤・前掲注(70)40頁。

⁵⁶ 王洪平＝房绍坤・前掲注(70)41-44頁。

存在していないと言わざるを得ない。なぜならば、被収用財産を低効率に利用することが、公共利益を促進するはずがないことが言うまでもない。かえって、公共の利益に損害を被らせることになるだけである。

(4) 公衆の直接受益性と実質受益性標準

直接受益性標準によれば、公衆が直接且つ実質的に収用から、もたらされた利益とメリットを享受しなければならない。これに対して、もし、僅かながら利益しか間接又付帯的に得られないであれば、収用における公益性という原則に適合していないことになるわけである。

実質受益標準は、政府による収用権の濫用を防止することを主眼となっている。この基準は、商業利益と経済発展等の非公共利益のために、行う収用を禁止するのが本来の目的であるが、公共利益を口実に行おうとする収用を阻止することに役に立つと考えられる。

(5) 被収用財産の場所依拠性又は独占性標準

場所依拠性又は独占標準に従えば、計画中にある収用事業を実施するには、被収用財産が定着している土地を欠いてはならず、収用事業が被収用地に強く依拠していることが要求されている。言い換えれば、この基準は被収用財産が収用事業の予定用地として代替性のない財産であるか否かを判定するものである。

(6) 収用における公益性実現の確定性標準

収用の確定性標準というのは、計画した収用事業の実施を通じて、実現しようとする公共利益が、将来においては、確実に実現できるか否かを判断する基準である。完全に事業計画通りに実現できないであっても、高い確率で、相当程度の実現が求められることになる。

第五節 土地収用における公益性認定の問題点について

中国の土地収用制度は、次のように様々な問題点が存在する。

一 土地収用における公益性認定制度の二元化⁵⁷

中国では、本章第一節で述べたように、土地収用制度は都市部と農村部ではそれぞれ異なる土地制度を取っているため、これに応じて、土地収用制度においても、都市

⁵⁷ 農村部と都市部との収用認定制度の二元化は土地管理法において、定める農村部と都市部の土地制度の二元化により、生じたものである。さらに、農地は食料生産を確保する貴重な生産資源として、最低限の農地を確保するのが国の安全と国民の生活にかかわる重要問題と国の重要戦略と位置づけられており、農地用途変更許可を設ける重要な目的であるとしている。従って、農村集団土地の収用においては、収用許可を設けるとともに、農地用途変更許可も置かれたわけである。一方で、このような制度が様々な問題を抱えている。農村集団所有土地の自由売買が認められないので、自由市場が存在しておらず、農地の供給市場が国（実は多くの場合が地方各政府）により、独占しているため、土地財政と収用権の濫用等の問題を引き起こしたわけである。

部と農村部では、収用の根拠法と手続が、異なっている。詳しく言えば、都市部では、本章第三節で述べたように現行土地収用は主として、憲法と「国有土地上家屋収用及び補償条例」に基づいて行われることになる。収用事業の公益性認定については、財産権収用を定める憲法第 13 条第 3 項に基づいて、「国有土地上家屋収用及び補償条例」は、その第 8 条では、家屋と都市国有土地収用の適格事業を詳しく定めているのみならず、収用決定という新しい制度も設けられた。

これに対して、農村部においては、農地収用が公共利益のために制限する憲法第 10 条第 3 項を法の根拠としているが、抽象的に定められたものにとどまり、いったいどのような事業が公共利益にあたるかは、明確に示していない。それに、土地収用の公益性事業に関しては、土地管理法は、何らかの規定も置かれていない。さらに、農村部における集団土地収用は、2 つの許可、即ち、農地用途変更許可と土地収用許可によりしか行えないとしている。都市部の収用制度に比べて、農村集団土地収用が法整備が大きく遅れていることが事実である。都市部と農村部との間では、多様の分野において、格差が有しており、土地収用制度もその表れの 1 つとも言えるだろう。

二 土地収用法における公益性事業の立法例について

都市部では、国有土地収用を収用するための公益性事業が、新たに制定した「国有土地上家屋収用及び補償条例」第 8 条により、詳しく列挙するとともに本条により、列挙していない事業については、収用機関が公共性事業であると認めた場合は、収用ができるという概括の条文も置かれている⁵⁸。言い換えれば、都市部においては、土地収用の収用にあたって、収用事業に関する立法例は、列挙主義と概括主義を併用しているように見える。このような立法例は、中国の学説においては、折衷主義と呼ばれており⁵⁹、それが制限列挙主義より、一定の柔軟性を持っているとは言え、収用機関が持っている収用権の濫用に対する抑止力は、制限列挙主義立法例のそれと比して、甚だしく弱いと言わざるを得ない。結局のところ、公益性事業に関する折衷主義立法例は、行政収用権の濫用を防止し、国民の財産権を保護する役割を果たすことが期待できず、概括主義立法例と同じような法効果になりかねない。

一方で、農村部においては、農地収用に関しては、どのような事業が憲法にいう公共利益に当るかは、一切定めていないので、概括主義立法例を取っているように見える⁶⁰。そこで、具体的な事例に対して、公益性事業であるかどうかについては、土地収用機関の裁量判断に委ねられることになる。このような立法の下では、農地収用が

⁵⁸ 条例 8 条の内容について、前掲注 (12) を参照。

⁵⁹ 立法例の分類について、前掲注 (11) を参照。

⁶⁰ 農村集団土地収用の手続を定める土地管理法においては、農地の収用が公益のために、行われることに制限されているとは言え、収用の公益性事業を明確に列挙していない。

公共利益のためだけでなく、都市化と商業開発等のためであっても、行われることがありうる⁶¹。実は、このような例が少なくならず全国にわたって存在する。

三 公益性認定の要件の欠如と認定手続の不十分

収用関連法においては、土地収用は、原則的に公益性事業に制限されているが、土地収用公益性の有無を具体的に判断する要件は、設けられていない。その故に、都市国有土地所有権の収用であれ、農村の集団所有地の収用であれ、特定の収用事業が公益性が存在しているか否かは、公益性要件に従って、判断するのではなく、収用機関の広範な裁量権に委ねられていることにしかない。

又、都市部では、被収用財産権者の保護と行政収用権の濫用の防止を図るために、国務院が 2011 年に制定した「国有土地上家屋収用及び補償条例」においては、国有土地所有権の収用に関しては、典型的な公益性事業を明確に列挙した。これに対して、農村部では、集団所有土地の収用について、収用の公益性を判断する要件が置かれていないのみならず、収用を行える公益性事業も定めていない⁶²。従って、農村部では、土地収用を行う際にして、収用事業の公益性が存在するか及び収用が行うか否かについての収用機関の裁量権がより大きいので、被収用者の財産権を侵害する恐れがある。

それに、都市部の国有土地所有権の収用においては、「国有土地上家屋収用及び補償条例」の制定により、収用決定の事前手続として、収用と補償方案に対する意見公募手続と条件付きの公聴会の開催という住民参加手続⁶³が導入されたとは言え、収用決定の公正性を確保するために、これらの手続だけでは、極めて不十分であると思われる。

更に、農村集団土地を収用する場合、現行土地管理法では、収用に関する許可手続を行う際に、聴聞と情報公開等の事前手続が一切定めていない⁶⁴ので、農地の収用が、収用機関の一方的な独断により、行われることになる。このような収用許可手続がブラックボックスに包まれ、透明性が全くない状態となっているから、農地収用の公正性と行政運営の適正化を担保するのが難しいだけでなく、被収用者の財産権を侵す事態を招きかねない。このような手続が、正当手続原則の要請からして、極めて不適切であると思わざるを得ない。

⁶¹ 農地収用では、被収用土地の補償金額がその市場価額ではなく、農産物の生産価値により、算定するので、補償額が比較的に低いという傾向が見られる。一方で、地方政府が低価額で収用された農地を高い金額で払い下げるので、多大な利益を得ている。土地収用により、得られた収入が地方政府の重要な財源となり、いわゆる土地財政の問題を生じたわけである。このような背景の下では、土地収用、とりわけ農地の収用が地方経済の活性化及び地方政府の財政収入の確保等のために、行われる場合が少なくないので、収用の公益性要件がその機能をよく果たしていないのが実情である。

⁶² 農地収用の根拠法としての土地管理法が収用事業と要件を定めていない。

⁶³ 収用決定の適正化を図るために、国有土地上家屋収用及び補償条例 10 条 2 項は収用方案に関する意見公募手続を、同 11 条 2 項はそれについての聴聞手続（公聴会）を新たに設けた。

⁶⁴ 土地管理法においては、農地収用についての情報公開と参加手続を定めていない。

四 公益性認定に対する救済措置と司法審査に関して

土地収用制度の二元化により、公益性認定に対する救済措置と司法審査が、国有土地使用权の収用と農村集団土地収用とが大きく異なっている。詳しく言えば、都市部においては、国有土地使用权の収用に関しては、「国有土地上家屋収用及び補償条例」に基づいて、行政不服申立又は行政訴訟を提起し、収用事業の公益性認定に対する救済を求めることができる⁶⁵。

一方で、農村部の集団土地収用では、収用事業の公益性認定に関して、救済措置を行えるかどうかについては、収用関連法においては、明確に定めていない⁶⁶ので、収用事業の公益性についての訴えを受理する裁判所が存在すれば、このような紛争は行政訴訟をもって争う法の根拠がないことを理由に受理しない裁判所も存在する。又、裁判所が収用事業の公益性認定についての紛争を受理する場合に、この審査に対して、普遍に受け入れられる妥当な審査基準は、存在していないので、裁判所によっては、司法審査の方法も異なっている。

要するに、収用事業の公益性認定に対する救済措置に関しては、農村部では、救済の途が開かれていないように見える。一方で、都市部においては、「国有土地上家屋収用及び補償条例」に基づいて、不服申立又は、行政訴訟という救済措置を取ることができるが、その審理を行う際にして、必要かつ妥当な審査基準が存在していないので、司法による救済の機能がよく果たされていないように見える。

まとめ

上述のように、まず、中国の土地制度については、農村部と都市部とは異なっている。農村部の土地は、主として、農村集団組織が所有しているが、国家による収用を除いて、所有権の譲渡は原則的に認められない。ただ、その使用权としての農地の請負経営権が、個々の農民家庭に設定することができる⁶⁷。これに対して、都市部の土地は、原則的に国が所有しているが、一定的な期限を付けて、その使用权の譲渡又は賃借ができるとしている。このように土地制度が都市部と農村部とが大きく異なっていることが明らかである。

都市部と農村部における土地制度が異なっていることに応じて、土地収用制度も大きな相違が存在する。詳しく言えば、都市部では、土地の使用权に対する収用であるに対して、農村部では、土地の所有権に対する収用である。又は、収用の可否とその

⁶⁵救済措置を定める「国有土地上家屋収用及び補償条例」第14条の内容について、前掲注(37)を参照。

⁶⁶土地管理法では、農地収用の公益性に対する救済措置を定めていない。

⁶⁷農村土地請負法に基づいて、集団所有土地の経営権を農村集団に所属する農民らに設定し、その農地を使用することになる。この経営権が農地の請負経営権と呼ばれている。

公益性認定に関しては、都市部では、2011年「国有土地上家屋収用及び補償条例」の制定により、旧家屋立退条例に定める家屋立退許可制度が廃止され、市・県政府による収用決定という制度が新たに設けられた⁶⁸。この条例においては、収用の公益性事業を列挙しているが、列挙していない事業についても、行政収用機関の裁量により、収用ができるとしているので、実際に行政収用権の濫用に対する抑止力がごく限られていると思わざるを得ない。それに、収用要件についても詳しく定めていない。これに対して、農村部においては、農地用途変更許可と収用許可という2つの許可手続を通じて、土地収用を行うことになる。この2つの許可に関しては、土地管理法等関連法においては、収用の公益性事業だけでなく、収用の公益性が審査内容となるかどうか、及びそれに対する救済措置を講じることができるかどうかについても、一切定めていない。

従って、都市部と農村部の土地収用関連法の未整備により、土地収用の濫用が深刻化しつつある。とりわけ、農村土地の収用においては、収用機関に大きな収用裁量権を与えたにも関わらず、それに対する司法審査が極めて不十分であるので、被収用者の財産権がよく保護されておらず、財産権に対する著しい侵害を招きかねない。従って、行政収用権の濫用を抑止し、人権の一部と見られる国民の大事な財産権を守るために、どのようにして、収用における公益性に関する法制度を改善すべきかがよく考えなければならないと思われる。

第六節 収用における公益性認定に関する学説の状況

公共利益という概念が極めて抽象的であるので、その内容がどのようにして明確化されるかが、学説においては、関心の高い論点である。

学説では、収用事業の公益性に関する研究が大雑把に言えば、主に、2つのアプローチが存在している。

一つは、公共利益の実体的な内容に目を向けており、収用における公共利益概念を明らかにするために、この概念を理論的に定義する、又は、解釈する試みが存在すれば、公共利益の判定基準を提示する、或いは、公共事業に関する立法例のあり方について、議論するというものも存在する⁶⁹。

もう一つは、公共利益という概念の実体的な内容に焦点を当てて、研究を進めるのではなく、収用事業の公共性認定をめぐる手続の整備に重点を置いて、研究が行われ

⁶⁸ 「国有土地上家屋収用及び補償条例」8条では、公益性事業を行うために、市・県政府の収用決定により、土地を収用するとの旨を定めている。

⁶⁹ 参照：胡鴻高「法律における公共利益の定義について」中国法学2008年第4期、黄学賢「公共利益の定義の基本要素と応用に関して」、法学2004年第10期。

ている。詳しく言えば、公共利益にあたるか否かを判定する認定機関のあり方、認定手続と聴聞等の参加手続の整備及び司法審査手続の改善等を視野に入れて、研究を進めている⁷⁰。

要するに、学説においては、公益性認定に関する収用法の改善方法についての議論が主として、二つのアプローチが存在する。

一つは、主として、実体における公共利益概念を定義・解釈する又は公益性事業を類型化（列举）する試みである。もう一つは、収用手続の整備に重点を置き、意見陳述、聴聞、公聴会等の参加手続を改善し、収用事業の公益性認定の適正化を担保すべきであると説いている。

又は、公共利益の内容を決定する権限の分配、即ち、立法、行政、司法のどの機関により、公共利益の具体的な内容を定義・解釈すべきかについて、議論するものも見られる。

次では、収用における公益性認定に関する諸学説の状況を詳しく述べることとする。

一 土地収用における公共利益の定義と解釈について

現行収用関連法においては、公共利益という概念が用いられるが、それに対する明確な定義が定められていないので、公益性事業に対する解释权及び公共利益の合理的な限度についての判断権は、実際に収用権を担う各地方政府に委ねられることになる。このような法制度の下では、収用権が膨張し、収用の公益性事業が、より広く解釈する傾向が見られる。

学説においては、土地収用における公共利益の確定に関しては、収用実体法において、公共利益概念を明確に定義すべきであると主張するものが存在する。一方で、この概念は極めて広い意味をもつ言葉で、人によっては、それに対する理解が違ってだけでなく、社会の発展に伴い、その意味も変わってくるということを理由に、この概念についての定義が不可能であるので、類型化すべきであると主張する説も存在している。

又は、実体的にすべての公益性事業を定義・解釈する又は類型化するのは不可能であるので、手続の整備という観点からして、公益性認定の過程において、情報公開、意見陳述と聴聞等の手続を整備することを通じて、被収用者の保護と収用権濫用の抑止を図るべきであると主張するものも存在する。

土地収用における公共利益概念の定義と解釈が土地収用権の制限と裁量濫用の防止にとって、欠かせないものであるから、収用関連法においては、公共利益の内容を

⁷⁰ 参照：房绍坤「収用における公共利益認定の手続のメカニズム」法学家 2010 年第 6 期；杨寅「公共利益に関する手続の考量」法学 2004 年第 10 期、張千帆「公共利益解釈の困難と対策—アメリカ収用条項に対する解釈と中国への示唆」中国法学 2005 年第 5 期。

明らかにする必要があるということが、多くの学説により、主張されており、共通の認識でもある。

問題となるのは、如何にして、その内容を明らかにするかののである。というのは、土地収用の必要条件たる公共利益という概念は、極めて抽象的な不確定概念であり、それに対する相応しい定義と解釈は、決して容易ではない。

公共利益の内容を判明するに際して、それを定義し、若しくはその枠組みを示すにとどまるのではなく、具体的収用事例において、如何にして、公共利益と非公共利益を区別するのが肝心である⁷¹。そして、公共利益と非公共利益とを区別するには、次のような基準が考えられる⁷²。

(ア) 公共利益が公衆により、享有するという性質からして、特定な対象の利益のために、収用行為が禁止されなければならない。

(イ) 直接に商業利益を追求する経済活動のために、収用が行われてはならない。

(ウ) 公共利益を実現するにあたって、間接に生じられる、付属の非公共利益の取得が禁止しない。

土地収用の際にして、収用権の濫用を防止するために、公共利益という概念に、必要な制限を加えなければならない。「それに対する制限の方法は三つがあると考えられる。(1) 公共利益の判断標準と範囲を確定し、いったい何をもってしては公共利益に当るかを明らかにしなければならない。(2) 公共利益概念を判定する方法と手続を確定し、どの機関により、どのようにして、それを判断・認定するかを明確にしなければならない。(3) 公共利益と私人利益との関係を適正に調整する準則を確定し、どのような条件の下で、公共利益が私人利益に優越し、私人の利益を制限又は損害できる及びどの程度の制限又は損害が加えられるかを明らかにしなければならない。」⁷³

「公共利益という概念が極めて広くて、定義しにくいものであるので、個々の事例に応じて、判断する際にして、普遍に受け入れられる明確な判断基準が存在していない。肝心なのは、制度の問題である。詳しく言えば、いったい誰(どの機関)によっては、公共利益を代表し、且つ、その内容を確定すべきであるかということである。この問題に関しては、アメリカの経験(制度)に照らして、国民の代表こそが、最も信頼できる公共利益の保護者である。従って、公共利益の決定者は、裁判官又は行政官でなく、人民の代表により、決定すべきである。」⁷⁴そこで、若し、全国又は地方の人民代表大会又はその常務委員会が土地収用と補償に関する決定過程において、実

⁷¹ 钱天国「公共使用と公共利益についての法律解説—アメリカニューロンドン判決を素材に」浙江社会科学 2006年第6期 82頁。

⁷² 钱天国・前掲注 82頁-83頁。

⁷³ 姜明安「公共利益とその優先の制限」中国發展觀察 2006年第10期 62頁。

⁷⁴ 張千帆・前掲注(70) 45頁。

質的な機能を果たすならば、中国社会に直面している深刻な収用問題が根本から解決できるのみならず、それを起因とする社会問題と利益の衝突もある程度解消できるに違いない⁷⁵。

公共利益というものは不確定概念であり、かつ、変わりやすいものであるので、財産権の保護と収用制度の適正化を図るために、関連法律においては、その内容を厳格に定義することが不可能である⁷⁶。

従って、公共利益その内容の定義・解釈に重点を置くより、被収用者（農民）による収用決定の参加手続を整備するのが大事である⁷⁷。

要するに、中国では、土地収用の合法性、とりわけ、収用の公益性について、学説において、良く議論するところである。都市部においては、2011年に「国有土地上家屋収用及び補償条例」の制定前に、土地収用の公益性について、憲法をはじめとする収用関連法は、抽象的、且つ、原則的な規定しか置かれていないだけでなく、収用における公益性に対する司法審査も充分ではないので、収用権の濫用が顕著化となり、様々な社会問題が引起された。第一章で見られたように収用に関する公益性要件と収用事業及びそれに対する救済措置等の重要事項をまったく定めていない家屋立退条例を廃止した後、公益性事業と収用決定に対する救済措置を明確に定める「国有土地上家屋収用及び補償条例」を制定し、都市国有土地使用権の収用法制度が一段と改善されたと評価できる。「国有土地上家屋収用及び補償条例」第8条においては、公共利益に当る事業を列挙すると同時に、収用における公益性を判断する収用決定を新たに設定する他、それに対する救済措置も保障されることとなった。これに対して、都市の収用法制度に大きな遅れを取っている農地土地収用法制度においては、土地収用の公共性について、極めて抽象的な規定しか置かれていないばかりか、農地収用の公益性事業についての内容も一切置かれていない。

財産権者の保護と収用権濫用の防止を図るために、国有土地使用権と農村の集団所有地に対する収用は、公共利益のためにしか行われなければならないという条件に制限し、かつ、実効性のあるものにさせなければならないと思われる。

二 公共利益概念の特徴

王利民教授は2004年憲法修正第22条⁷⁸（憲法第13条第3項）が、収用における公共利益の憲法精神に従い、物権法第42条において公共利益という概念を用いて定めることは、私人の財産権の保護と行政収用権の規制にとって、重大な意義を持つと指

⁷⁵ 張千帆・前掲注（70）44頁。

⁷⁶ 楊世建「土地収用と農民権利の憲法保護問題に対する研究」雲南行政学院学報2011年第4期117頁。

⁷⁷ 楊世建・前掲注（76）118頁。

⁷⁸ 国家が公共利益のため、法に基づいて、私有財産を収用又は徴用し、且つ、補償を与えることができると定める。

摘した上で、私人の財産権を制限する前提としての公共利益概念は、次の通りに幾つの特徴を有していると指摘されている⁷⁹。

(1) 不確定性

公共利益が不確定概念として、極めて高い不確定性を持っており、明確に定義するのは難しいので、特定の収用事業の公益性が存在するか否かが、個々事例に応じて、具体的に判断するしかない。というのは、いかなる定義又は概念であっても、柔軟性が欠けており、硬直という欠陥を存在しているので、具体的事例にあてはめるのは難しい。詳しく言えば、公共利益概念の不確定性は、公共利益概念に含まれる公共と利益という2つの言葉の不確定に起因するものである。この概念にいう公共が沢山の人の集合であるという意味だが、それが、何人により構成すれば、公共にあたるかが、確定するのは、難しいである。それに公共利益でいう利益そのものの判断は、価値の判断が必要となり、その客観性が欠けているので、人によっては、違ってくる。例えば、商業区を建設するため、特定の家屋の収用は、公共利益に当たらないとの見方があれば、居民の生活と居住条件の改善に役に立つので、公共利益にあたると見られる観点も存在する。

更に、公共利益の受益対象が、不確定である。一般的に言えば、公共利益の受益対象が不特定な多数人でなければならない。この点については、注意しなければならないのは、必ずしも、社会の全体構成員を意味するのではないが、一定の社会階層であっても差し支えないのである。例えば、ある開発区域においては、学校と病院等の建設が主に当該地域の不特定な居民に教育と医療サービスを提供するにしても、一定程度の公共利益があると見られることも可能である。

(2) 発展性と開放性

公共利益概念の内容が、常に発展・変化しつつある。社会の発展と時間の経過に伴って、その内容が一定の変化が生じるわけである⁸⁰。今日では、公共利益にあたるものが、将来、そうでないものになりうることも想像できる。例えば、過去、商業開発が公共利益にあたるのでなく、私人利益であると看做しているが、社会経済の発展につれて、商業開発は旧市街地の改造、投資環境の改善に役に立てるので、公共の利益に当たると考えても差し支えない。

公共利益概念についての定めが詳しすぎるならば、その開放性を失わせて、発展し続ける社会の需要に満たさなくなる。

(3) 公共利益の広範性

⁷⁹ 王利明・前掲注(14) 23-24頁。

⁸⁰ 王軼「物権法における公共利益について」北京规划建设2008年第1期14頁。

公共利益の発展性と開放性から、公共利益の広範性を導いたわけである。公共利益の内容が非常に広範であり、経済利益だけでなく、教育、衛生と環境等の非経済性の利益も含まれる。従って、法律では、すべての公共性事業を列挙することが不可能である。

又、公共利益は、常に非公共利益と、一定程度に重なり合っているだけでなく、時にはお互いに転化することもありうる。例えば、公共利益と商業利益と一定程度に重ねており、商業利益と見られるものが、公共利益に役に立つ可能性が存在するのである。

(4) 抽象性と模糊性

利益そのものが、価値というカテゴリーに属しているから、抽象性と模糊性を有している⁸¹。公共利益が複雑錯綜な現実社会から、概括された抽象な概念であり、具体的な利益形態に対する概括であるので、様々な公共福祉に関わる利益が含まれている。

その上に、公共利益は一定程度の価値観念を表しており、社会の正義の要求に適合する必要がある。また、それが一種の高い共同認識をもつ価値判断と傾向を反映するものである。この概念が高い抽象性と不確定性があるから、そのすべての内容を列挙することができないし、その内容を確定することも極めて難しいのである。具体的事例において、その内容も変わってくるので、その模糊性の表れである。このような特徴がそれに対する解釈にあたって、一定の余地と空間が残されたわけである。

又は、公共利益概念は、次のように2つの特徴があるとされる。

「公共利益が2つの特徴を持っている。一つは、公共性であり、それが少数且つ特定の個人又は集団にとって、得られる利益を指すのではなく、不特定の個人又は集団にとって、得られる利益を意味するものである。もう一つは、必要性である。このような必要性は公衆利益と社会発展のために、生じる必要性でなければならず、けして、少数且つ特定の個人又は集団の利益のために生じる必要性ではない。言い換えれば、公共利益というものは、満たされるべき、又は、恵まれるべきなのは不特定公衆の需要であり、かつ、公衆により、享受しなければならない。」⁸²

三 公共利益の類型化（公益性事業の列挙）

(一) 類型化の意義

公共利益を定義するのは、難しいので、収用事業の公益性を具体化するため、その類型化が考えられる。ここでは、類型化というのは、収用関連法により、公益性のあ

⁸¹ 郭富青「社会公共経済利益の法的形式とその実現の方法」北京大学法律情報 (http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=43610)。

⁸² 郑传坤＝唐忠民・前掲注 (21) 135 頁。

る典型的な収用事業を明確に列挙することを指す。公共利益が非常に抽象な概念であるため、収用関連法にいう公共利益を実現するには、公共利益の具体化、即ち、その類型化をしなければならない⁸³。公共利益の類型化は、この概念に対する解釈の主観性という欠陥を克服できるだけでなく、収用における公共性の認定と司法審査等に一定の基準を与えることができると思う。又、あらゆる公共性事業を含める類型化は、不可能であるため、理論と実践においては、広く認められる公益性事業だけを類型化するしかない。

公共利益の類型化は、次のように積極的な意義を持っているとされる⁸⁴。

① 公共利益の限定とその保護に役に立つ。公共利益の類型化により、その内容を明確かつ具体的に示すことができるので、司法審査においては、その適用がしやすくなる。

② 公共利益の保護を図るとともに、その濫用により、個人と企業等の合法の權益を侵害することを防ぐ⁸⁵。公共利益の類型化により、公共利益と私人の利益の限界をより明らかにし、収用による公共利益の実現と私人利益の保護を両立させるわけである。

③ 収用権を制限ないし規範する根拠を提供できる。抽象な公共利益という概念の類型化により、収用権の濫用を防止するとともに、収用行為に対する法の規制を強化し、被収用者の財産権利を保護する。

(二) 類型化の内容について

公共利益の類型化、即ち、公共事業として、列挙すべき内容が学者によっては異なっているが、公共利益の類型化について、王利民教授は、学理においては、大雑把に、次のように分類することができると指摘している⁸⁶。

(1) 社会全員に直接に関わる共同利益である。一例を挙げると、戦時において、国家主権を守るために、行う収用は、これにあたる。

(2) 不特定な人々の経済、文化と教育等の利益。受け取る利益の形と関係ないが、受益の対象は、不特定でなければ、公共利益になりえないわけである。

(3) 基本法律の価値に関わる個人の生命、健康と自由の利益。換言すれば、公衆の生命安全と健康は、公共利益にあたるのである。

(4) 環境利益等他の利益。同じく公共利益であっても、その重要性について、線引きしなければならない。例えば、国防安全の利益と市政建設の利益が同じレベルにあ

⁸³ 王利民・前掲注(14) 25頁。

⁸⁴ 王利民・前掲注(14) 25頁。

⁸⁵ 王景斌=張劍平「立法による公共利益の確定について」社会科学戦線 2008年第3期 213頁。

⁸⁶ 王利民・前掲注(14) 26頁。

るものではないので、それらの利益に対する保護は、当然、差別が出てくることになる。又は、財政収入の増加が公共利益にあたるかどうかについては争いがあるところである。

四 商業発展を目的とする収用の可否について

土地収用が公共利益のために行われることが重要な制限要件となっているが、商業発展による収用が認めるか、それとも否認するかについて、学説においては、次のように意見が分かれている。

(一) 商業発展による収用の認容説

「わが国の商業開発は、一般的に、公共利益に当たらないが、特殊な状況においては、公共利益の要素が入っている或いは、公共利益が含まれていると言える。

具体的に言えば、第一に、商業開発が旧市街地を改造し又はインフラを整備するために、行われることができる。旧市街地の再開発は、公共衛生の改善につながると思われる。

第二に、商業開発は、居民の居住と生活条件を改善できる。古い危険住宅を取り除いて、ホテル、オフィスビル又は緑地と公園等を建設することで、都市の環境を大いに改善できるわけである。

第三に、商業開発により、作られた付属施設が、公共の利益になりうる。例えば、商業開発事業の付属施設としての病院、幼稚園と学校等が公共の利益にあたるからである。

第四に、商業開発は、電気と水の供給施設及び道路等のインフラ施設を建設・改修できるから、公共の利益になりうる。

第五に、商業開発により、危険住宅を改造できる。これにより、居民の居住条件を大いに改善し、居民の権益を保護できる。

要するに商業開発は、都市をよりよいに変貌させて、そのイメージを向上するのみならず、都市においての投資を促進し、経済発展と環境改善に役に立つのである。その故に、すべての商業開発が勝手に公益性事業のカテゴリーに分類されるべきでないが、それが公益性事業から、完全に排除されることも望ましくない。商業開発は、公共利益になるかどうかは、個々の事業において、具体的に判断しなければならない。」

87

「商業事業が、土地収用事業から完全に排除するのは、不可能である。というのは、一部の収用は、私益性を持つとともに公益性を有しているという特徴が存在するので、法により、このような収用を完全に禁止するのが、かえって、公共利益の増進にとつ

⁸⁷ 王利明・前掲注(14)29頁。

ては、不利になる。又は、わが国が国土の面積が広いとは言え、総人口も多いから、一人当たりの土地面積がけして多くはないということが、国の実情であり、事実でもある。従って、総人口に比べると、国の土地面積が実は、相対的に少ないという事情が存在する一方で、経済高度成長期にあるので、商工業の発展と人口の増加等を原因とする土地の需要が高くなりつつある。このような事情の下で、若し、法により、商業発展を目的とする収用が、全面的に禁止されるならば、経済発展を中心とする国の基本政策と豊かな国になるという公共利益に合致しえなくなる。

商業収用を禁止しないとは言え、それを野放しにしてはならない。商業収用は、公益収用より、厳格な制限をかけなければならない。収用関連法において、地方政府は、経済発展が公共利益であるという口実をつけて、土地収用権を濫用するないし私人の財産権をひどく侵す等の行為を防止しなければならない。

一方で、商業発展による収用そのものは、一定の副作用をもたらすので、法により、それを矯正しなければならない。その理由は、次の通りである。

第一に、商業収用は、常に経済発展を促進するメリットを持つわけではない。とりわけ、一定の経済発展は、社会全体の公益にとっては、必ずしも、相応しいとは言えない。この点に関しては、30年にわたったわが国の経済発展を一例として、説明すると、経済発展が商業収用と共に進んできたものである。極言すれば、正に商業収用の拡張こそ、経済の高度成長を導いたからである。しかしながら、このような発展モデルは、土地資源の無断使い、環境の悪化、社会貧富格差の拡大及び経済持続発展の不可能等の様々な副作用をもたらしたことに留意しなければならない。従って、商業収用を制限することで、経済と社会発展のマクロコントロールの機能を果たせることになる。

第二に、商業開発による収用は、市場取引の自由売買規則を破る恐れがある。わが国の商業開発過程において、開発業者は、一般に自由市場における自由売買という方式で、事業開発用地を獲得することが望ましくない。何故ならば、自由売買では、取引のコストが高いだけでなく、より多額な土地補償金を払わなければならない。従って、大量な商業収用は、国民の私有財産権を損ねる事態を招きかねない。その上に、わが国の市場経済が著しい発展しているものの、それが未だに未成熟な状態にあるので、行政主導の下で、生じた商業収用の濫用は、市場経済体制を改善するに当たっての支障となる。そこで、商業収用に対する厳しい制限は、市場経済体制を改善する機能を果たせるために、必要かつ不可欠である。」⁸⁸

(二) 商業発展による収用の否認説

⁸⁸ 房紹坤＝王洪平・前掲注(16)71頁。

「公共利益の非商業性に従えば、商業開発のために、収用権を発動してはならない。詳しく言えば、法律は商業開発そのものを禁止するわけではないが、商業開発のために、必要となる土地が、国家収用権により、強制的に取得されるべきでないと思われる。このような商業開発用地は、自由売買を通じて、取得すべきである。」⁸⁹

（三）商業収用と公益収用の区分に関して

ある収用事業が「公共利益に適合するか、それとも商業利益にあたるかを判断する際に、直接目的という原則に従わなければならない。詳しく言えば、若し、土地収用の直接の目的は、国防建設、環境保護、公共衛生と公共交通等の公共利益であれば、収用行為が付帯の商業利益を生じるかどうかを問わずに、収用の公共利益要件が満たされる。一方で、もし、収用の直接目的が商業性の住宅開発等商業建設であるが、間接的に公共利益を一定程度に促進させるであっても、このような収用が、公共利益のために行われるものと認められないことになる。」⁹⁰

「特定の収用が公共利益に適合するか否かを判断する際にして、収用の目的は、次のような内容が含まれるかどうか考査しなければならない。

（1）収用事業が営利性を有しているかどうか

被収用財産の利用の直接の目的が営利性であるか否かを具体的に判断しなければならない。このような性質が存在すれば、公益性収用に当らないことになる。

（2）政府の財政収入を増加するために行おうとする収用であるかどうか

市場経済を実施する国家においては、国家（政府）の利益が公共の利益に等しいと認められない。政府でも、自らの利益を有しており、利己性の特性を持っている。従って、特定の経済関係の中では、政府が一つの利益実体として、自身利益の最大化を追求する場合が存在する。時には、政府が公衆の社会福利を増進するのではなく、財政危機問題を解決する、若しくは、財政収入を増加するために、収用が行われる。政府の財政収入を確保するのが一定の公益性を有しているとは言え、それがあくまでも、政府の利益又は国家利益の表れであるに過ぎないので、これを目的とする収用が公共利益に合致するものではないと思われる。」⁹¹

五 土地収用における公共利益の決定権限

公共利益に当るか否かの判断が、国民の利益を代表しうる、且つ、公益性を判断させるのが、最も相応しい機関に委ねられることが望ましいと思われる。

⁸⁹ 钱天国・前掲注（71）82頁。

⁹⁰ 高志宏「公共利益の非営利性に関する研究—公共利益と商業利益の関係を視点にして」法治研究2012年第4期第76頁。

⁹¹ 高志宏・前掲注（90）76頁。

土地収用における公益性を判断する権限は立法、行政及び司法のどの機関により行使すべきかが学説においては、次のように意見が分かれている。

(一) 立法機関による公益性決定

この観点によれば、全人代と地方に設置される地方人代及びその常務委員会は収用の公益性内容を確定すべきである。もし、民意を代表する国家の権力機関としての全人代と地方各級人代が、収用決定の際にして、実質的な役割を果たすならば、中国社会に直面している収用問題が根本から解決するはずである。収用制度の不備により引き起こされた社会の矛盾と利益の衝突がある程度緩和できるだろう。公共利益の意味を如何にして、明らかにするかが、依然として、難しいことであるが、それが学者又は裁判官等の“傍観者”により決められるものではなく、民主代議制度を通じて決めるべきものである⁹²

「究極をいえば、直面しているのは制度の問題である。詳しく言えば、いったい、どの機関を信頼して、収用における公共利益の内容を決定するだろうか。収用における公共利益の解釈・判定が、裁判官又は、行政官により、行うものではない。むしろ、国民の利益の代表者（立法機関）がこの権限を行使すべきであることが、アメリカ収用法制度からの示唆である。」⁹³

(二) 行政機関による決定

この観点によれば、「政府（行政機関）が収用の公益性を決めるべきである。社会公衆の授権により、政府がその形式においては、公共利益の代表者という資格が得られた、言い換えれば、政府の形式の合法性が法定手続を通じて、実現された。それが、一部の公共財の最適な提供者として、専門的な知見を持っているので、公共利益を実現するために、有効な措置を講じることができる。その故に、立法機関は、法律においては、政府が公共利益の認定者と保護者として、最も相応しいと仮定しているわけである。一方で、政府も、当然、何を持ってしては、収用にいう公共利益にあたるかを認定する責任を持っているのである。」⁹⁴

確かに、行政府は、公共利益の認定機関として、利便性を持っているのみならず、収用等の具体的の事情を熟知しているので、個々の収用事例が置かれる具体の事情に応じて、公共利益の要求が満たされるかどうかを認定するのが相応しいであるとされる。

(三) 司法機関が公益性判断の主体とする考え方

⁹² 張千帆「公共利益は何であるか？—社会功利主義による定義及び憲法における欠陥」法学論壇 2005 年第 1 期第 30 頁。

⁹³ 張千帆・前掲注（70）45 頁。

⁹⁴ 褚江麗「憲法における公共利益原則の実現方法についての分析」河北法学 2008 年第 1 期 51 頁。

この観点によると、「まず、政府は土地収用の実施機関であるので、裁判官のように、自ら行った収用決定の妥当性を判断するわけにはいかないし、公共利益を認定する主体としても、相応しくない。そもそも、人民代表大会（以下では人代という）はその主な権限とは、立法権の行使、重大事項の決定権及び監督権である。従って、人代が個々事例においては、収用事業が公共利益に当るか否かを判断させるならば、人代という立法機関が裁判所の代わりに収用事件（行政訴訟）を審理するような結果を招くだろう。これが憲法に定める人代の権限に適合しえないだけでなく、国家機関の間での権力分配と協調の原則も反している。

従って、司法機関は収用事業の公共性を認定する機関とすべきである。その理由としては、次の通りである。

(1) 公共利益に当るかどうかにあつての判定権限は、司法機関の職権事項であること。(2) 公共利益という概念が不確定概念であるため、裁判官による価値判断を行う必要があること。(3) 個々の収用事件においては、公共利益についての判断を行う際にして、諸利益の衡量が欠かせないので、裁判官が、個々事例が持つ特殊の事情に応じて、具体的に考慮しなければならない。(4) 諸外国法の関連制度からみて、収用事業の公益性を具体的に判断するのが裁判所である。」⁹⁵

(四) 立法、行政と司法が役割分担して、認定を行うべき考え方

公益性についての判断権限の帰属が、憲法分権に関わる問題であり、立法機関、行政機関と司法機関が協力しながら、解決していくべきである⁹⁶。「公益性の認定を行う際にして、立法機関、行政機関と司法機関が、それぞれ、一定の職能を担っているが、立法、行政と司法という公益性の認定機関が公益性認定にあたって、協力関係にあることを見失って、対立関係にあるという考え方が妥当でないだろう。又は、これらの機関が公益性認定の過程では、異なる役割を分担し、異なる職能を果たすべきであると思われる。」⁹⁷ 公共利益が不確定性、発展性、開放性、広汎性、抽象性及び模糊性等の特徴を有しているので、法律では、それを明確に定義することが不可能である⁹⁸。この故に、「立法機関が公共利益概念を定義する権限を持っているとは言え、概括的な定めにとどまるだけで、この概念の内包と外延を明らかにされていない。従って、公共利益に当るかどうかの判断は主として、行政機関と司法機関により、行われるべきである。収用における公益性の認定が行政機関に委ねられる目的は、収用権発動の公益性とその正当性を確保することである。司法機関により、公益性を判断する目的は、収用権の濫用を防止するのである。

⁹⁵ 王利明・前掲注(14) 30-31頁。

⁹⁶ 郑贤君「公共利益の判定が一つの憲法分権の問題—土地収用の主権属性の立場からして」法学論壇 2005年第1期 21頁。

⁹⁷ 房绍坤・前掲注(70) 49頁。

⁹⁸ 王利明・前掲注(14) 23頁以下。

又は、収用における公益性の認定過程では、立法機関、行政機関と司法機関が役割分担をして、行うことになる。詳しく言えば、立法機関は、行政機関と司法機関の公益性認定に、法の根拠を提供するために、公益性認定に関する原則的な指針と枠組みを示すことになる。公益性に関しては、行政機関の認定は事前の認定であるが、司法機関の判断は事後の審査である。又、認定についての法律適用の統一性に関しては、行政機関と司法機関が法律の原則的な規定を反してはならないのみならず、この2つの機関が原則的に同じ認定標準に従わなければならない。ただ、司法は社会公正を最終的に保障する機能を持つので、収用の公益性について、行政機関が行った認定が裁判所の司法審査に対して、拘束力を持つべきでない。一方で、司法機関が自ら確立した標準と原則に従って、行政機関が行った認定の合法性を審査することができると思われる。」⁹⁹

六 公益性認定における手続の統制について

土地収用における公益性認定について、その定義、公益性事業の列挙と認定要件等実体法による規制が大事であることが言うまでもないが、民主主義と権利保護の立場から、手続法の統制も欠かせないものである。

(一) 公益性認定手続に関して

都市家屋収用においては、「国有土地上家屋収用及び補償条例」第8条が公益性事業を列挙しているとともに、収用決定という認定手続も設けられた。

特定の建設事業が公益性事業に当たるか否かは、条例第8条に列挙している公益性事業に属しているかどうか、及び当該収用が公益を実現するために、必要性が存在するか否かは、収用決定（認定手続）を通じて、具体的に判断しなければならない。しかしながら、「国有土地上家屋収用及び補償条例」は、日本の事業認定のような独立した公益性認定制度が設けられていない。「従って、家屋収用制度では、独立的な公益性認定手続を新たに設けるべきであると考え。公益性認定手続を新設するならば、家屋収用の範囲を縮小し、収用権の恣意を防止できるのみならず、収用決定の正当性を確保する前提が与えられるのである。」¹⁰⁰

これに対して、農地収用について、農地用途変更許可と農地収用許可に従って、行われることになる。農地収用については、収用許可を行う際に、収用事業の公益性を審査するかどうか、農地収用手続を定める土地管理法においては、何らかの規定も置かれていない。ただ、憲法第10条によれば、土地収用が公共利益のためにしか行えないが、この条文は、あくまでも抽象的な定めにとどまる。

⁹⁹ 房紹坤・前掲注(70)49頁。

¹⁰⁰ 房紹坤「国有土地における家屋収用の法律問題とその対策について」中国法学2012年第1期60頁。

このように、中国の現行収用関連法では、公共利益の決定過程における認定手続の透明性が欠けているから、特定な収用は、公共利益という要件を満たすかどうかは、すべて収用機関の裁量行為に委ねられることになる。収用機関に広い裁量権が与えられているものの、それに対する法の制限があまりないような状況になっている¹⁰¹。

土地収用関連法においては、収用決定が行う前に収用事業に対する公共利益目的の調査と審査手続が存在していない。このような収用手続の設計は、土地収用が公益性目的に制限できない要因の一つである。従って、私有財産権を保護するために、収用関連法においては、収用決定を行うに先立って、収用事業の公益性調査と審査手続（フランス法のように）を導入し、それを独立的、かつ、収用決定の前置手続として認めるべきであると思われる¹⁰²。

「政府が、私人の利益を犠牲にして、公共利益を実現するか否かについての判断を行うにあたって、まず、比例原則に従って、実現しようとする公共利益と失われる私人の利益の大小を比較すべきである。そして、達成しようとする公共利益が、私人の利益に与えられる可能な損害より、多いかどうかを判断した上で、収用の可否を行わなければならない。」¹⁰³収用事業の公益性に関する判断は、比例原則を従うべきである。公共利益の実現は、その必要性和合理性が存在しなければならない¹⁰⁴。

（二）被収用者の参加手続について

具体的な収用事例において、行う公益性の認定は、公共利益に適合するか否かを決定する過程であり、決定結果の科学性、民主制と正確性を確保するために、決定にいたるまでの過程を公開し、かつ、被収用者の知る権利、参加権と意見陳述権等の権利を保障しなければならない¹⁰⁵。「公益性の認定は、民主主義原則を反映しなければならないと考えられるが、特定の収用事例においては、被収用者による民主投票を通じて、収用の公益性を認定することを意味するわけではない。というのは、特定の収用事業の受益者の範囲を確定するのが、難しいので、投票の参加者を容易に確定するものではない。従って、投票者の範囲が、適当でない限り、投票を行ったとしても、その結果として、被収用者の真の意思が反映されたものではないわけである。又、公益性の認定は、すべて、被収用者に委ねられるとすれば、土地収用が公権力を行使する行為であるという性質に反している事態を生じるに違いない。」¹⁰⁶

¹⁰¹ 李軒「中仏土地収用制度に関する比較研究」行政法学研究 1999 年第 2 期 33 頁。

¹⁰² 房紹坤・前掲注（70）50 頁。

¹⁰³ 王景斌「公共利益の定義について」法制と社会発展 2005 年第 1 期 135 頁。

¹⁰⁴ 王景斌・前掲注（103）134 頁。

¹⁰⁵ 房紹坤＝王洪平・前掲注（16）72 頁。

¹⁰⁶ 王利明・前掲注（14）30 頁。

収用手続において、民主主義原理に従って、被収用者の意思を反映しなければならないと思われる。

「収用の決定と執行に関するすべての過程を公開し、透明性を確保するとともに、行政相手の知る権利、聴聞権、陳述権、弁明権又は決定の参与権等の手続権利と民主権利を保障しなければならない。このように、収用手続を整備してこそ、参与型（被収用者による参与）という商談性行政の発展を有効に促進できると思われる。けだし、これらの権利の保障は、有効的にコントロールされている収用手続においてしか行われないのである。」¹⁰⁷

収用においては、法に基づいて、被収用者等の参加権の確保、意見の聴聞及び収用に関する情報の公開等の手続を行うことで、利害関係人の相互理解と信頼を深め、収用紛争を減少し、収用手続の効率性を向上するだけでなく、その円滑化を促進できると思われる。

現行収用手続は、被収用者及び社会公衆に対して、特定の収用が公共利益に合致するかどうかについての情報を知る機会を提供していない。又、公共利益に関する解釈はすべて政府により行われ、権力を濫用する温床になっているので、特定の集団又は個人の利益のためであるにもかかわらず、公共利益を口実に、収用が行われたような事態が生じた¹⁰⁸。従って、「収用関連法は、収用における公益性の認定過程において、被収用権者の知る権利の保障、異議提起の手続と聴聞手続を確保し、被収用権者の参与権を保障しなければならない。このように、収用手続を公開・透明の下で、行うことで、公共利益を口実とする収用を阻止し、収用の濫用を防ぐことに期待できよう」と考える。¹⁰⁹

第七節 公益性認定に関する法制度の改善

本章第五節では、中国の土地収用における公益性認定に関する法制度が存在する主な問題点を取り上げてみた。それに本章第六節では、これらの問題をめぐって、学説において、注目され、かつ、よく議論されるものを紹介した。

本節では、上述の第五節と第六節で述べた内容に沿って、主として、中国土地収用における公益性認定に関する法制度を改善する方法とあり方について、検討を試みたいと考える。

一 公共利益についての解釈と収用事業の立法例に関して

¹⁰⁷ 許中縁「公共利益についての手続の統制—フランス不動産収用と比較に—」環球法律評論 2008 年第 3 期 24 頁。

¹⁰⁸ 季金华＝徐駿・前掲注（42）101 頁。

¹⁰⁹ 季金华＝徐駿・前掲注（42）101 頁。

憲法第10条と第13条においては、土地収用を公共利益にあたる事業に制限されているが、その内容が極めて抽象的であるので、地方各級の政府（土地収用権をもつ）が個々の収用事例において、どのように適用するのが極めて難しい。一方で、このような立法の欠陥と不備により、地方各級政府に非常に大きな裁量権が委ねられているので、収用権の濫用を招きかねない。

又、経済発展を最優先課題とする国の方針と政策の下で、各地方政府が土地収用で、得られた利益が、その財政収入の欠かせない収入源となってしまった。このような事情の下で、地方政府が巨額な利益を得るために、大きな収用裁量権を不当に行使し、公共利益という概念を広く解釈する傾向が見られる。公益性がまったく存在しない事業であっても、公共利益を口実に、土地収用が行われる場合が少なからず存在する。このように、土地収用が、公共利益のために、使われるものではなく、地方政府の財政収入を増加する或いは経済発展を促進する手段として、行われる場合が少なくない。このような収用制度の下では、土地収用権の濫用が深刻化しつつあり、様々な社会問題を引起している。

学説においては、収用における公共利益に関する立法の不備により、引起された収用権の濫用を起因とする私有財産権に対する著しい侵害をどのようにして防止するかについては、よく議論される場所である。公共利益という不確定概念を如何に明確し、それによる問題を解決するかが、学説では、2つのアプローチが存在する¹¹⁰。

一つは、収用における公共利益という概念を明確に定義する試みが存在すれば、公共利益の特徴と公共利益に当るかどうかを判定する基準を提示するものも見られる。本章第6節で見られたように、学説においては、公共利益の定義、内容及びその特徴をめぐって、様々の議論がなされているものの、通説というものが存在していない。学説において、提示されている公共利益の受益対象の不特定、非営利性及び財政収入による収用の不当と禁止等の基準が特定の収用における公益性の有無を判断する際にして、一定の意味を持つとは言え、これらの基準は、あくまでも学説により、唱えたものに過ぎないので、法的な拘束力を持っていない。それに、これらの基準の内容は、学者によっては、大きく異なっているので、普遍に受け入れられる、且つ、定式化した客観的なものが未だに存在していない。又は、公共利益概念についての定義と判断基準だけを持ってしても、複雑な利益関係が絡む個々の収用事例における公益性の存否を判断するには極めて難しいと言わざるを得ない。

もう一つのアプローチとなるのは、収用事業の立法例の選択である。収用における公益性事業の立法例が概ね、概括主義、列举主義と折衷主義とが存在しているとされる。

¹¹⁰ 詳しい内容について、本章第六節を参照。

概括主義が公益性に関する抽象的の規定しか置かれていないため、公益性の有無についての判断がすべて収用機関に委ねられることになるので、財産権の侵害と収用権の濫用を招きかねない。又、国民の大事の財産権を剥奪する（収用）にあたって、収用事業の公益性の有無についての判断を行う際に、概括主義立法例を取って、土地財政等深い利害関係を有する収用機関に、大きな裁量権を与えることが、民主主義と法治主義の立場からして、果たして相応しいのだろうか甚だしく疑いところである。

これに対して、列举主義立法例、とりわけ制限列举主義立法例が公益性事業を詳しく列举する立法例であるので、収用権の濫用に、強い抑制力を有している一方、このような立法例が、柔軟性が欠けているので、社会変化への対応が遅らせる欠陥を持っていることに留意する必要がある。詳しく言えば、公益性事業であっても、収用関連法において列举されない限り、法治主義の原理からして、収用が許されないことになる。このような事態を解消するには、収用法の改正により、社会の発展に伴い、新たに生じた公益性事業を追加する以外は方法が無い。その反面、収用関連法は公益性事業として認められ、かつ、列举される事業とは言え、必ずしも公益性事業であるとは限らない。

尚、制限列举主義立法例の下では、国民を代表する立法府が、憲法収用条項にいう公共利益に対する解釈・判断を行うことになるように見える。このように考えれば、行政府ではなく、国民を代表する権力機関である立法府が、法の制定を通じて、憲法にいう公共利益にあたる事業を列举する、すなわち、憲法にいう公共利益を具体的に判断するのが正当性があると思われる。

最後に折衷主義立法例は、公益性事業が列举するとともに概括主義のように、概括的な条文も置かれているので、依然として、収用機関に大きな裁量権が与えられている。この点からすれば、折衷主義立法例が極端に言えば、概括主義立法例とあまり変りがないように思われる。

中国の現行立法例から見ると、新たに制定した「国有土地上家屋収用及び補償条例」が折衷主義立法例を取っているのに対して、農村集団土地収用が概括主義立法例を採用していることが明らかである。

又、本章第六節で述べたように収用事業の立法例に関する学説からして、多くの学者は折衷主義立法例が中国土地収用法が取るべき立法例であると唱えている。しかしながら、前述のように折衷主義立法例が概括主義立法例と同じような法効果を持っているだけでなく、この立法例の下では、国民を代表する立法府（人民代表大会）ではなく、土地収用で、莫大の利益を手に入れる地方政府が、憲法の収用事項にいう公共利益を解釈・判断することになるので、民主主義と法治主義の立場からして、相応しくないと思わざるを得ない。

従って、地方政府による土地収用権濫用の深刻化と国民財産権への保護の不十分という中国の実情を踏まえながら、概括主義、列挙主義と折衷主義という三つの立法例の優劣を比較した結果、中国が制限列挙主義立法例を取るべきだろうと思われる。

二 公益性認定要件の導入とその事前手続の整備

土地収用は、本章第三節と第四節で、すでに述べたように都市部と農村部では、それぞれ異なる収用手続に従って行われることになる。

都市部では、「国有土地上家屋収用及び補償条例」に基づき、各地方の市・県政府が収用決定を行うことになる。詳しく言えば、各地方政府が収用関連部門、専門家及び被収用権者の意見を聴聞した上で、収用決定を行うと定めているが、収用事業の公益性が審査の対象になるかどうかは一切言及していない。ただ、当該条例第8条は、公益性事業が列挙していることに鑑みれば、少なくとも、地方政府が収用決定を行う前に、関わる収用事業が条例第8条に定められている公益性事業であるかどうかを審査する義務があるように思われる。言い換えれば、新たに制定された「国有土地上家屋収用及び補償条例」がその旧法である家屋立退条例と比べて、被収用事業の公益性を認定する手続を新たに導入したと言えるだろう。この点がよりよい評価に値するところではあるが、被収用事業の公益性を認定する際に大事である認定要件が、当該条例においては、未だに定めていない。この故に、収用権を持つ地方政府に、依然として、大きな裁量権が委ねられている。

これに対して農村部では、土地管理法が集団土地収用の主な根拠法として、収用事業をまったく列挙していないし、収用許可を行う際にして、被収用事業の公益性が審査内容になるか否かも一切定めていない。ただ、収用が公共利益のために行うことを条件としているにとどまる。従って、農村集団土地の収用法制度は、都市家屋収用制度と比して、公益性の認定に関する法制度が極めて不備であるので、集団土地収用権の濫用がより深刻化になっている。

要するに、土地収用に関しては、家屋収用関連法においては、公益性事業だけでなく、公益性認定の要件を明確に定めることが、行政収用権の適正化と国民財産権の保護からの要請であるように思われる。それに、農村部では、集団土地収用制度に公益性認定とその要件を法により、導入することが家屋収用制度よりも、切迫、かつ、強く要請される場所であると考えられる。

さらに、民主主義と国民主権の立場からして、収用手続が収用機関の一方的な専権的なものにならないように、被収用者と利害関係人による参加手続と情報公開手続を整備するのが極めて大事であるように思われる。

三 収用における公益性認定の司法審査の強化について

都市部と農村部では、収用における立法例と公益性認定だけでなく、公益性認定に対する救済措置と司法審査に関する法制度も都市部と農村部それぞれ大きく異なっている。

都市部では、収用の公益性に対して、「国有土地上家屋収用及び補償条例」に基づいて、不服申立又は行政訴訟に、救済を求めることができるようになったので、被収用権者に司法救済の権利がある程度保障されると言える¹¹¹。しかし、収用の公益性認定に対して、不服があることを理由に、行政訴訟を提起する場合に、審査方法が裁判所によっては異なっているだけでなく、審査基準も定式化されていない。学説においては、審査基準が提示されているものが存在しているが、通説と見られるものが存在していない。

これに対して、農村集団土地収用に関しては、その根拠法としての土地管理法が土地収用の公益性について、司法審査の対象になるかどうか言及していない。この点については、本章第四節で見られたように、学説では、主張が分かれている。このような法制度の下では、農地集団土地収用の公益性に対する救済措置が十分に保障されていないように見える。多くの農民が土地収用そのものに不服があったとしても、救済の道が開いていないため、裁判所に司法審査を求めることができない¹¹²。これは、法治主義の原理にそぐわないと言わざるを得ない。

そこで、都市部であれ、農村部であれ、土地収用における公益性の存否についての紛争が、司法審査の対象にすべきことが、民主主義と法治主義の原理からの要請であるのみならず、人権の一部と見られる財産権の保護と救済権利の保障という見地からして、相応しいものであると思われる。又、法による行政、収用権の適正化とその濫用の抑止という観点からしても、収用公益性に対する司法審査が必要かつ不可欠である。さらに、司法審査の際に、どのような審査基準が適用されるべきかについては、審判実務における裁判例の蓄積と学説での更なる研究が必要であるように思われる。

小括

本章では、まず、中国の土地収用の法制度、即ち、都市国有土地使用権収用と農村集団土地収用を紹介した上で、収用制度の現状とその問題点について、詳しく述べた。そして、収用制度が現に存在している問題点を踏まえつつ、関連学説の主な内容を整

¹¹¹ 救済措置について、前掲注(37)を参照。

¹¹² 土地収用において、土地又は家屋が失われる一部の農民が司法に救済を求めることができないので、陳情等司法以外のルートで、紛争を解決するしかない事態になる。土地収用による司法の機能不全により、様々な社会問題を引き起こしたわけである。

理した。最後に、収用制度の問題点に対する改善方法及びそのあり方について、検討を加えた。

そして、次章と第三章では、中国土地収用における公益性認定についての法制度を改善する方法を探るために、公益性認定に関して、優れた制度を持つ日本法を考察した上で、比較・検討を行うこととしたい。

第二章 日本土地収用の公益性認定制度の考察

本章では、日本土地収用における公益性認定制度を考察し、それが中国の土地収用制度の改善にとって、示唆するところは一体何であろうかを明らかにしていきたいと考える。

第一節 公益性事業に関する立法例

本節においては、土地収用の公益性事業に関する立法例について、考察することとしたい。

一 収用事業に関する立法例の分類と学説の状況

土地収用事業に関する立法例としては、学説においては、主として、概括主義と列举主義とに分類されている。又、この2つの立法例が、次のように、メリットが存在すれば、デメリットもある。

竹村忠明氏によれば、「収用適格事業の定め方には、個別立法主義、制限列举主義及び包括主義がある。個別立法主義では、行政権に判断の余地を与えることなく、個々の事業が土地を収用し、または使用するに値する公共性を有するか否かを、個別的に審査し立法する。また、制限列举主義は、法律上で収用対象事業の範囲を限定し、その範囲内において事業の収用適格性の有無を行政権に判断させる。そして包括主義では、収用対象事業につき、法律でその範囲を限定することなく、これを包括的に行政権に委譲し、具体的な事業につき収用の要否を行政権に判断させる。

個別立法では、包括主義と逆の意味での特色をもつ。つまり、権利者の保護に資する一方で、社会の技術発展に即応し、弾力的に事業に着手し、促進を図るという側面で問題を生ずる。これに対して包括主義は、収用の要否の判断権を行政権に全面的に委ねる点で、権利者保護の側面で問題がある。他方、社会の技術発展に即応して、弾力的に事業の促進を可能にするという視点からは利点を認めうる。そこで、それぞれがもつ長短を考慮し、土地収用法は、制限列举主義を採用することとしている。」¹¹³

¹¹³ 竹村忠明『土地収用法と補償』（清文社、1992）65頁以下、又は新たに生じた公益性事業に関しては、同65頁以下では、「新たな公益事業が生じたときには、本条（土地収用法第3条）の改正または

又は、小澤道一氏は「およそ、立法上の主義としては、収用対象事業の範囲を限定することなく包括的に行政権に委任し、具体の事業について収用の要否を行政権に判断させるもの（包括主義）と、本法のように、その範囲を法律上限定し、その範囲内においてのみ行政権に判断の余地を与えるもの（制限列記主義）とがありうる。包括主義は、社会の変化に弾力的に対応しようという利点がある反面、行政権の裁量の幅を極めて大きくし、行政権の濫用を予め防ぎえないという問題がある。他方、制限列記主義は、行政権の裁量の幅を制限し、国民の権利の保護には適するが、社会の変化に弾力的に対応しえず、新たな種類の公益事業が生じたときには、一々法律の改正を必要とするというわずらわしさがある。わが国においては、公用土地買上規則は、前者の立法例に即するが、現行法は、明治22年法以来の伝統にならい、後者の主義をとっている。ただし、現行法の収用適格事業に関する規定の仕方は、明治22年法及び明治33年法に比べてはるかに精緻なものになっている。」¹¹⁴としている

さらに、高田賢造博士は諸外国の立法例と比較しながら、この点を論及している¹¹⁵。

なお、個々の収用事例において、収用における公益性が存在しているかどうかを判断する権限が、立法、行政と司法のどの機関に帰すべきなのかは、立法例によっては異なっていると思われる。

二 収用事業の立法例についての検討

上述のように学説においては、概括主義と制限列挙主義とに分類されているが、両者が様々な点では、異なっているし、メリットがあるとともにデメリットも有している。詳しく言えば、概括主義立法例は、憲法29条3項にいう公共利益に当る事業が何であろうかについての判断権は、立法機関ではなく、すべて行政機関の判断に委ねることになるので、行政収用権の濫用を招きやすいものである。一方で、この立法例

追加修正の手続を必要とする。その側面で個別立法主義と同質性を有するが、他方、収用適格事業を、あらかじめ網羅的に規定することにより、個別の（改正・追加・修正）立法手続を回避または、その機会をできるだけ少なくすることが可能である。収用適格事業に関する現行法に定める制限列挙主義の規定（土地収用法3条）は、明治22年法以来の伝統に従ったものであるが（ただし、明治8年の公用土地買上規則は包括主義をとっていた）、その内容は精細かつ緻密で、新たな公益事業が生じても、これを包含することが、ある程度可能なものとなっている。」としている。

¹¹⁴ 小澤道一『土地収用法（逐条解説）（第二次改訂版（上））』（ぎょうせい、2003年）73頁。

¹¹⁵ 高田賢造『土地収用法（第2版）』（日本評論社、1968年）56頁以下は「公共の利益の何たるやについては、本条（土地収用法第3条）の如く、本法（土地収用法）は、概括主義によらず、制限列挙主義により、公益事業の類型を法定する主義を取っているが、立法例についてみると、イギリスにおいては、個別立法主義とも言うべく、議会内の委員会の審査を経て、立法によって個々の事業が土地を収用しようとする公益性ありや否やを決するのが建前である。もっとも、近時これに対しては、特別法による特例が広く行われている。アメリカにおいては、州により若干の相違があるが、ニューヨーク州等代表的な州では、何が公益事業なりやは、行政府でも立法府でもなく、裁判所の訴訟手続に準じて裁判所が決定する。フランスにおいては、大統領令による概括主義が取られている。わが法は、詳しくいえば、制限列挙主義をとって、まず法律に定め、その具体の事案に対する適用を行政府に任せる主義を取るもの」とされる。

は、柔軟性を持っているので、迅速に変化する社会に適応しやすいものであるというメリットが存在する。

これに対して、制限列举主義立法例は、どのような事業が公共利益にあたるかが、立法機関により、判断した上で、土地収用法において、明確に定めておくことにする。それで、個々の事例における公益性の判断が、あくまでも、立法機関が判断した公共事業の範囲内において、行政機関が判断するにとどまるという仕組みになっている。従って、この立法例の下では、行政機関が、自ら、憲法にいう公共利益に当る事業が何であろうかを判断することができないので、行政収用機関の収用権が厳しく制限されるのが、その最大の特徴であると思われる。しかしながら、制限列举主義立法例が、優れたメリットを持つとともに、デメリットも存在することに留意しなければならない。というのは、この立法例を採用して、適格事業を詳しく定めるにしても、これらの事業が必ずしも公益性に適合する事業であるとは言い切れない。公共利益という概念が極めて抽象的のものであるだけでなく、迅速な社会発展に伴い、変化しやすいものである。一方で、列举されていない事業であっても、公共利益に適合する公益性事業になることもありうる。しかし、制限列举主義の立法例の下で、この場合は、収用権の発動が許されないことになる。従って、列举されていない事業が、公益性があると認められても、土地収用を行うことができないわけである。又は、立法の不備により、漏れた事業、或いは、社会経済の発展に伴い、新たに生じた公益性事業があれば、土地収用法を改正し、該当事業を追加するしかない。

上述のように包括主義と制限列举主義の優劣を比較した結果、制限列举主義の法が、法治主義の原理からして、もっとも相応しいものではないかと思われる。

要するに、土地収用法第3条における公益性事業の定め方からして、日本は、制限列举主義立法例を取っていることが明らかである。学説においては、上述のように制限列举主義立法例が、包括主義と比べて、収用権の濫用をよりよいに防止できるという見地から、優れたものであるとされている。その故に、日本は、明治22年土地収用法から、制限列举主義立法例を採用してきた。その上に、日本の公益性事業に関する現行土地収用法は、諸国と比して、極めて緻密かつ詳細なものであり、制限列举主義立法例として、典型的な例の一つとも言えるだろう。

第二節 土地収用における公益性認定

土地収用制度は、大きく二つの段階に分けることができる。一つは、収用事業の公益性を判断する事業認定であり、もう一つは、損失補償額を確定する収用裁決である。次は、事業認定における公益性認定について詳しく述べることにする。

一 事業認定制度の趣旨

収用又は使用に至る手続は大きく二分することができる。即ち、収用・使用の要件には憲法第 29 条第 3 項に定める通りに、収用・使用に必要な「公共のための必要」ということの存在と、補償の支払という基本的に重要な 2 つの要素がある。そこでまず、国家機関は、事業の公益性を決定し、また収用・使用に伴う損失の補償の決定を行うこととなるわけである。前者は事業認定の役割であって、事業認定は公益判断を中心にして、いったん事業の公益性が肯定されるときは、その結果としては、起業者に一種特別の地位ないし権能を与える結果となる¹¹⁶。ある特定の起業者が、果たしてその起業者に土地収用請求権¹¹⁷を取得せしむるだけの公共性を具備するか否か、を決定する国家の作用を、土地収用法における事業の認定という¹¹⁸。

収用制度が私人の権利を強制的に取り上げる制度である以上は、その国家権力の発動に当たって慎重な配慮が必要であることは言うまでもないである。収用権は行政権の発動によるのが、日本の実情に即するものとして、日本の土地収用法は、この主義を採用しているのであるが、行政権の発動によるとしても、その発動の形式は、財産権の剥奪ということに相応するような適正な手続が必要であると考えられる¹¹⁹。

二 事業認定の性格

土地収用事業が、土地収用法第 3 条各号の一に掲げる事業に該当するからといって、直ちに土地を収用し、又は、使用しうるものではない。土地収用法に定める収用又は使用の手続を経ることによって初めてこれを収用し、又は使用することができる。事業認定は、公益性を判定する重要な収用手続であり、次のような性格をもっている。

(一) 事業認定の法的性質

事業認定は、その性質が、いわゆる確認処分か、設権処分か、確認かつ形成処分なのか、旧法時代から種々論議の種となっていた¹²⁰。現行法の事業認定制度は、その本質的部分は、旧法を踏襲しているものとみられるから、この点の議論は、現行法の下でも行われることと思われる¹²¹。

(1) 確認処分説

¹¹⁶ 高田賢造・前掲注 (115) 119 頁を参照。

¹¹⁷ 渡辺宗太郎『土地収用法論』(清水弘文堂書房、昭和 42 年) 44 頁。

¹¹⁸ 渡辺宗太郎・前掲注 (117) 45 頁、同旨のものとして、高田賢造・前掲注 (115) 118 頁は事業の認定とは個々・具体的場合において、特定の事業が法の認めるところの土地等を収用又は使用することのできる事業であることを決定する、国家の作用であるということができるとされる。

¹¹⁹ 高田賢造・前掲注 (115) 118 頁。

¹²⁰ 高田賢造・前掲注 (115) 120 頁。

¹²¹ 高田賢造・前掲注 (115) 120 頁。

確認処分によれば、そもそも、特定の事業又は、特定の事業又は権利もしくは法律関係の存否を確認する行為は確認処分と呼ばれるが、事業の認定は、特定の事業が土地を収用しうる事業たることを確認する行政処分であるとする¹²²。この説は、国家収用権説にたち、収用を行うのは国なのであるから、収用権の設定ということを考える必要がなく、従って、事業認定は、特定の事業が土地を収用することのできる事業に該当することを確認し、宣言する行為であると考え。そして、事業認定により起業者が一定の法的地位を得ることについて、この説は、それは法の規定により当然に発生するものであって、事業認定という行為によって付与されるものではないと説明する¹²³。

(2) 設権処分説

この説は、事業認定により、起業者に対し、法的地位、収用権又は収用請求権が設定されるとする考え方に立っているが、事業認定により、設定された権利が何かについて見解が分かれる。即ち、①起業者に対して一種特別の停止条件付権利の内容をもつ法的地位が設定されると解する見解¹²⁴、②特定の事業のために公用収用が必要であることを認定し、起業者が法定の手続を経ることを条件に内容未確定の収用権が設定されると解する見解¹²⁵、③起業者に対して、法定の手続を履践し法定の要件を充たすときに、国に対して公用収用を請求しうる地位である収用請求権が設定されると解する見解¹²⁶がある。

設権処分説は、事業の認定は、国家が起業者のために収用権を設定する行為であり、その効果として起業者は、国家的公権の性質を有する収用権を取得するのであるとする¹²⁷。

美濃部博士は、事業の認定を以って、特定事業の為に公用徴収を為すの必要あることを確定することに依り、起業者をして条件付に公用徴収権を得しむる設権行為であるとされる。博士のいう公用徴収権は、公益事業の主体がその事業の必要のために相当の補償金を支払って特定の財産権を権利者の意志に拘らず取得し得べき公法上の物権である。従ってそれは土地収用にあつては事業の認定と収用審査会の裁決とによって設定されるのである¹²⁸。

¹²² 高田賢造・前掲注(115)120頁。

¹²³ 田中好『土木行政』(常磐書房、大正15年)586頁。

¹²⁴ 高田賢造=国宗正義『土地収用法』(日本評論新社、昭和28年)81頁。

¹²⁵ 美濃部達吉『公用収用法原理』(有斐閣、昭和11年)97頁、柳瀬良幹『公用負担法〔新版〕』(有斐閣、昭和46年)200頁。

¹²⁶ 渡辺宗太郎・前掲注(117)64頁。

¹²⁷ 高田賢造・前掲注(115)120頁、美濃部達吉94頁以下は本来国家の有する権利を、当該権利の管理権を有する官庁が、その行政行為の効果として、起業者に授与するという効果意思をもって、収用権を設定するという意味において、設権処分なりとする。

¹²⁸ 美濃部達吉『行政法撮要下巻』(有斐閣、昭和3年)261~272頁。

(3) 確認かつ形成処分説

佐々木博士は、事業認定の性質を二方面より観察し、事業の認定は、一面においては国家が特定の事業が一般に土地収用を為し得る種類に属することを宣言するものであって、この方面においてはそれは法律事実の存在することを定める確認処分であるが、他面において国家は事業の認定によって国家が該事業のために現実に土地収用を為し得ると定むるのであって、この方面においてそれは一定の法上の状態を設定する創設処分である。即ち事業の認定は確認処分であって且つ形成処分である。しかもそれは唯事業そのものの品質を定むるのみであって、起業者に何等の権利義務も設定するものではないとされる¹²⁹。

昭和 42 年法改正により土地細目の公告が事業認定に吸収された結果、事業認定の段階で起業地を即地的に確定し、一方において起業者に土地の収用についての権利を与え、他方において被収用者に土地の形質変更禁止の義務を課すなど具体的な法律関係が作り出されるのであるから、確認行為説をとる余儀はなく、設権行為説によるべきであるものと思われる¹³⁰。

(二) 事業認定の裁量性の有無について

事業認定の法的性質に関する議論について、高田賢造博士は、以下のように説明されている。

「公益判断が、多分に、言葉の正しい意味における政治的判断を要したり、高度の特異の技術的判断に依存する場合もあろう。ここに言う事業認定行為の如きはそれであって、法律は、事業認定行為をもって裁量処分なりとしている。したがって、行政庁が或る事業認定をなさないことを違法なりとして、訴えを提起することはできないものといわねばならない。しかし、すでになされた事業認定行為が違法なりとして、訴えを提起することは、訴えの利益を生じた限り、もとより差し支えなく、裁判所は、違法な事業認定なりや否やを判断することが可能である。」¹³¹

¹²⁹ 佐々木惣一『日本行政法論各論』（有斐閣、大正 11 年）31—32 頁。

¹³⁰ 小高剛『土地収用法（特別法コンメンタール）』（第一法規出版株式会社、昭和 55 年）126 頁、小澤道一・前掲注（114）268 頁は事業認定によって起業者に対し、各条項に定める権利義務を発生させる効果を与えているのであり、これを確認行為とみるか設権行為とみるかによって何らの差異も生じず、従って、事業認定が確認行為か、設権行為かについて、実益のある議論ではないと指摘した。

¹³¹ 高田賢造・前掲注（115）122—123 頁、同 123 頁は、「事業認定処分に関する要件のうち、事業が法律の列挙する事業に該当することについての要件の認定は羈束せられた行為であるが、事業のために土地を収用する公益上の必要があるかどうかの要件の認定については裁量の余地があるにとどまると説明する見解があるが、単一の行政処分についてある部分が羈束行為であり、他の部分が裁量行為であるとする表現、つまり一つの行政処分に二つの行為があるとする見方に疑問があるのみならず、公益上の必要の存否の判断については、一切裁判所の判断を排除するものとする前提の下に、後者を前者と区別して考え、前者には違法の問題があるが、後者には違法の問題がないかの如くに考えることにも疑問がある。公益上の必要の存否の判断といえども、いったん処分がなされた後においては、事業が法律の列挙する事業に該当するかどうかの判断と同様に、法の適用の正否として裁判所の判断の対象となるはずの

また、認定権者は、一号から四号までの要件の充足を認めた上で、なお認定を拒否する裁量権を有するかについて、「法律が（できる）と言う表現で行政庁に授權している場合には、一般的には、処分をするかしないかの裁量を与える趣旨である、と一応いうことができよう。」¹³²これに対して、一般論として、杉村敏正教授は、行政行為の要件が行政の終局目的を示す公益概念をもって定められている場合には、「できる」という文言が用いられていても、理論上、行政庁がその要件を認定しながら当該行政行為を行わないということはありません、要件を認定した以上、羈束されるとする¹³³。

（三） 処分性（可争性）

行政事件訴訟法3条2項によれば、取消訴訟の対象は、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為でなければならない。「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」とは、行政庁が公権力の主体たる国又は公共団体が法令の規定に基づき行う行為のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することが法律上認められているものを言う¹³⁴。このように、通常抗告訴訟の対象となる行政処分というためには、その処分が国民の法律上の地位ないし権利関係に対し、直接に何らかの影響を及ぼすものであることが必要とされる。

昭和42年土地収用法改正前においては、事業認定は、起業者に対し、土地を収用し、又は使用することができるという地位を付与するのみであり、被収用地の特定や土地の形質変更の禁止等は、土地細目公告の効果とされていた。従って、昭和42年改正前の土地収用法では、事業認定によって起業者に対して、具体的な権利を与え、又は義務を課するという効果を伴うものではなかった。

学説においては、事業認定は、抗告訴訟をもって争うことができる行政処分であるか否かについて、争いがあった。

ものである。事業認定が裁量処分なりといわれるゆえんは、行政機関が事業認定をすべきものでないことについて、裁判所側から、事業認定をなすべきであるとする判断を強制しないことに、制度上の意味があると考えられる。このように考えると、事業認定行為の一部のみを捉えて裁量行為なりとする趣旨は、明らかでないといわざるを得ない。」とされる。又、同140頁は「事業認定をなすか否かの判断をするに当たっては、場合によっては特別な技術的・専門的知識を要したり、一般世論の動向をみて、事業の遂行の当否及びその時期につき慎重な考慮を要する。このような行政上の公益判断を必要とする事業認定行為は、いわゆる羈束処分にあらずして、裁量処分であると解するのが正当である。」としている。

¹³² 小澤道一・前掲注(114)328頁、高田賢造=国宗正義・前掲注(124)93頁同旨、このような見解にたつ判例として、松原下笠ダム事件東京地判昭和38年9月17日行政事件裁判例集14巻9号1575頁は「法第20条は「……できる」と規定しているところからみて事業が各号の要件をすべて具備していても当該事業につき認定をすと否とは被告の自由な裁量に委ねられていることは文理上疑う余地がない。」としている。

¹³³ 杉村敏正『法の支配と行政法』（有斐閣、1970年）98頁。

¹³⁴ 最高裁昭和30・2・24民集9巻2号217頁、最高裁昭和39・10・29民集18巻8号1809頁。

これに関しては、高田博士は、具体的な義務賦課という効果の生ずる土地細目公告後でなければ事業認定を訴訟で争えないとしていた。その他、事業認定は、少なくとも土地細目の公告があった後には、公告訴訟の対象となる処分性があると主張する説¹³⁵も見られる。これに対して、小池康雄・ジュリ収用百選 23 は、細目公告をまたずとも事業認定を訴訟で争うことができるとされていた。

現行法下においては、事業認定に処分性が認められ、これを抗告訴訟をもって争うことが可能であることに疑義はなく、学説・判例に異論はみられない¹³⁶。ただ、改正事業認定制度の下であたかも土地細目公告同等の実効を考慮することができるとしても、土地に対する特定性は、土地細目公告の場合と同様にあくまで仮の決定（又は特定）に過ぎず、終局的にその特定が確定するのは、権利取得裁決においてであり、収用・使用の相手方、対象たる権利の特定についても、仮の特定たるにとどまるものと解すべきであると思う¹³⁷。

従来、裁判例の多くは、事業認定が抗告訴訟の対象となる行政処分であることを認めていた¹³⁸。

三 土地収用における公益性認定

収用事業の公益性を判断する事業認定は、土地収用法 20 条に定める要件に従って、行われることになる。ただし、事業認定の例外として、みなす事業認定というものが存在する。みなす事業には、二つのものがある。1つは、公共用地の取得に関する特別措置法 7 条に基づく「特定公共事業の認定」がなされた場合には、それをもって土地収用法第 20 条の規定による国土交通大臣の事業の認定とみなされる（公共用地の取得に関する特別措置法 12 条）。もう 1つは、都市計画事業については、土地収用法による事業認定を行わず、都市計画法 59 条に基づく都市計画事業の認可又は承認をもって事業認定に代えるものとされている（都市計画法 70 条）。

事業認定の要件は、昭和 26 年法により、導入されたものであり、「旧法と現行法とで実質的に異なるものであるとはいえない。現行法はこれを法文上より明確に表現したのである。」と指摘している¹³⁹。

¹³⁵ 柳瀬良幹・前掲注（125）200 頁、菊井康郎『土地収用・税金（改訂版）（不動産法大系）』（昭和 51 年、青林書院新社）110 頁、荒秀・同書 295 頁。

¹³⁶ 小澤道一・前掲注（114）265 頁は「昭和 42 年改正により、土地細目公告の効果（例えば、関係人制限、土地保全義務、損失補償の制限）が事業認定の効果として吸収されるとともに、土地価格固定制の導入に伴って、新たに、裁決申請請求権や補償金支払請求権が被収用者に付与される等、事業認定により具体的な権利義務関係が形成されることとなったので、改正前の疑義は、一掃されたと考えられる。」と指摘した。

¹³⁷ 高田賢造・前掲注（115）125 頁。

¹³⁸ 東京地裁昭和 38・9・17 判時 352 号 12 頁、宇都宮地裁昭和 44・4・9 判時 556 号 23 頁、名古屋地裁昭和 46・4・30 訴月 17 卷 8 号 1300 頁、東京高裁昭和 48・7・13 判時 710 号 23 頁、名古屋高裁昭和 48・1・30 訴月 19 卷 7 号 93 頁など。なお、東京高裁昭和 31・7・18 行集 7 卷 7 号 1881 頁は、事業認定は少なくとも土地細目の公告があった後には抗告訴訟の対象になるとしていた。

事業認定の要件は、主に収用権者の資格を認定するもの、収用事業の公益性を認定するもの（1号）とその必要性を認定するもの（3と4号）とが存在すると考える。

（一）事業認定の要件について

土地収用法第20条に定める四つの要件からして、収用事業の公益性の認定は1号、3号と4号要件に従って、行われることになる。

1号要件は、特定の収用事業が、土地収用法第2条に列挙される公益性事業であるか否かを認定するものである。日本憲法第29条第3項に基づいて、収用権が公共利益のためにしか発動できないとしているが、それが抽象的な定めにとどまる。そして、土地収用法第3条では、公共利益に寄与できる公益性事業を詳しく列挙しているわけである。これらの事業は、国会が憲法29条第3項に基づいて、収用における公益性事業はといった、如何なる事業であろうかについて、具体的に定めたものであると思われる。言い換えれば、土地収用法第3に定められた公益性事業が、どの国家機関よりも国民の利益を忠実に代表しうる国会が、憲法にいう公共利益に合致する事業を一般的に判断した上で、収用法により、示したものであるように思われる。このように考えるならば、1号要件は、特定の収用事業が国会が行った公益性事業についての判断に当るかどうかを認定するものである。というのは、憲法にいう公共利益に適合する具体的収用事業（収用法3条に定める事業）は何であろうかについては、立法機関である国会によりしか判断できないわけであるが、事業認定庁がこのように判断する権限を持っていないだろう。ただ、事業認定庁が、国会が判断した公益性事業の範囲内において、個々の収用事例に置かれている具体的な状況と特殊な事情等を総合的に考慮しながら、特定の公益性事業が公共利益の実現にとっては、その必要性が存在するか否かを具体的に認定する権限をもつにとどまるであると考えられる。具体的に言えば、収用事業が公益上の必要性が存在するか否かの認定は、主として、3号と4号要件により、行われることになるように思われる。

要するに3号と4号要件は、土地収用法第3条に列挙する公益性事業に対して、特定の事例においては、それが公益上の必要性が存在するかどうかを認定するものであると言えよう。

（二）1号要件の認定について

（1）公益性事業について

1号要件に従って、事業認定庁は土地収用に関する事業は土地収用法第3条各号の一に掲げる事業に関するものに該当するかどうかについては具体的に判断することになる。

¹³⁹ 小澤道一・前掲注（114）326頁。

「憲法にいう（公共のため）の何たるやはすこぶる困難な問題であるので、本法（土地収用法）は、第3条において、この観念（公共の利益となる事業）にあたり得る事業を列挙する主義をとっている。もっとも、厳密に言えば、事業は、この列挙に該当するだけでは、いまだ公共の利益ありとは言えず、各個具体の事案について、当該事業が全体として公共の利益があるか否か審査されるものであることに注意を要する。」¹⁴⁰

(2) 1号要件認定の裁量性について

1号要件に係る判断は、裁量の余地があるかどうかについては、意見が分かれている。当該要件が羈束され、裁量の余地がないとされている説¹⁴¹と法3条各号の規定の仕方、さらには同条各号で引用されている他の法律の規定の仕方によっては、一定の範囲において事業認定機関の裁量ないし判断の余地が認められる場合もあるとする説¹⁴²とが存在している。1号要件の認定をする際に、事業認定庁の行為が羈束され、裁量の余地を認めないと主張する説が有力であるように見える。1号要件の適合性の認定に関する判例の多くはこのような考え方に立っている¹⁴³。

(三) 3号要件の認定に関して

(1) 判断基準

3号要件の判断基準について、日光太郎杉事件に係る東京高裁昭和48年7月13日判決¹⁴⁴において、判示している。本判決は、土地収用法は「公共の利益の増進と私有財産の調整をはかり、もって国土の適正且つ合理的な利用」を目的とする（土地収用法1条）ものであるが、この法の目的に照らして考えると、同法20条3項所定の「事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること」という要件は、その土地がその事業の用に供されることによって、得られるべき公共の利益と、その土地がその事業の用に供されることによって失われる私的利益ないし公共の利益とを比較衡量した結果、前者が後者に優越すると認められる場合に存在すると判示した。

事業認定庁は、事業認定に関する処分を行うに当たっては、「公共の利益」の大きさ・程度について判断をしなければならないのであるが、その判断の過程において、収用を認めるとすればそれによって失われることになる諸々の利益を考慮しないわ

¹⁴⁰ 高田賢造・前掲注（115）40頁。

¹⁴¹ 柳瀬良幹・前掲注（125）203頁、菊井康郎・前掲注（135）105頁、小高剛・前掲注（130）156頁。

¹⁴² 小澤道一『逐条解説土地収用法（上）（改訂版）』（ぎょうせい、平成7年）266頁。

¹⁴³ 東京地裁昭和59・7・6判時1125号25頁、水戸地裁平成3・9・17判例自治93号86頁、福岡地裁平成10・3・27判例自治191号72頁。

¹⁴⁴ 東京高裁日光太郎杉事件昭和48年7月13日判決・判時710号23頁。

けにはいかないから、結局、事業認定庁としては「公共の利益」と「失われる利益」との双方を比較衡量した上で、収用を認めるべきか否かを決定するという判断過程を取るの自然の成行きであると思われる¹⁴⁵。

これらの利益の比較衡量に加えて、事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与することという文言からしては、起業地の範囲は必要最小限であるということが導き出されることができると思われる。即ち、起業地の範囲、大きさは必要で、且つ最小限であるものにしなければならない。そうでなければ、必要のない土地を起業地として認定するのが土地の適正且つ合理的な利用とは言えないだろうと思うからである。

(2) 3号要件適合の判断の裁量性

3号要件の適合性に関する判断について、学説は、羈束行為とする見解¹⁴⁶と、裁量行為とする見解¹⁴⁷とがある。羈束行為とする見解が根拠とするのは、事業認定が、国民の財産権を剥奪するという性質のものであることを理由とするのに対して、裁量行為とする見解は、3号要件の適合性の判断は、政策的、専門技術的な判断が伴うことを根拠としている¹⁴⁸。

この点に関して、「日光太郎杉判決は、何故法20条3号の要件について建設大臣の裁量の余地が認められるかに関しては、特別に言及していない。推測の域を出ないが、裁判所は、恐らく、そこにおける専門技術的判断の必要性を前提としているものと思われる」¹⁴⁹

これに対して、「自動車道の開発か、自然環境の保全かの選択は、端的言えば当該地域に関する政策選択の問題であり、その決定は、政治過程、行政過程を通じ民主的に決められるべきものとみるべきであろう。この点からいうと、収用法20条3号の要件の認定は、今日では、羈束裁量というよりも、政策選定の問題としてむしろある範囲で行政の自由裁量と解し、政治的批判の対象とするのが妥当である。」¹⁵⁰

裁判例では、〈1〉羈束されており裁量の余地はないとするもの¹⁵¹、〈2〉裁量の余地を含んではいるが羈束されるとするもの¹⁵²に分かれている。

(四) 4号要件の認定について

¹⁴⁵ 小澤道一・前掲注(114)335頁。

¹⁴⁶ 柳瀬良幹・前掲注(125)204頁、菊井康郎・前掲注(135)105頁、青木康「事業認定の要件に対する考察」法律のひろば26巻3号59頁。

¹⁴⁷ 小高剛・前掲注(130)157頁、塩野宏・判例評論178号21頁、原田尚彦判タ301号75頁。

¹⁴⁸ 羈束行為とする見解に立つ裁判例としては、大津地裁昭和58・11・28判決(判時1119号50頁)がある。一方で、裁量行為とする見解を示しているのが東京高裁日光太郎杉判決が考えられる。

¹⁴⁹ 塩野宏「日光太郎杉事件控訴審判決(評釈)」判例時報718号138頁(1973年)。

¹⁵⁰ 原田尚彦「土地収用法20条3号の判断における建設大臣の裁量権と司法審査の方法(日光太郎杉事件控訴審判決)」判例タイムズ301号77頁。

¹⁵¹ 名古屋地裁昭和46・4・30訴月17巻8号1300頁、大津地裁昭和58・11・28判時1119号50頁。

¹⁵² 東京地裁昭和38・9・17行集14巻9号1575頁。

四号においては、一号から三号までの要件の判断において考慮される事項以外の事項について、広く、(1) 収用・使用という取得手続を取ることの必要性が認められるかどうか、(2) その必要性が公益目的に合致しているかどうかの観点から判断を加えるべきことを意味していると解すべきである¹⁵³。

第三節 公益性認定に対する司法審査

本節では、日本の土地収用における公益性認定に対する司法審査を考察することとしたい。

一 土地収用における公益性認定に対する司法審査の方法

事業認定の各要件の存否の判断について、裁判所はどのように審査すべきかが肝心な問題である。

審査方法は、主として、実体的判断代置方式、裁量濫用方式と判断過程統制方式とがある¹⁵⁴。

従来、3号要件の有無に関する判断は、羈束された判断で裁量の余地はないとして、全面的に司法審査が及ぶと解されていたが、3号要件の性質上、事業認定庁の政策的、専門技術的裁量判断であるとして、その裁量性を認めるのが近時の裁判例の傾向である¹⁵⁵。

3号要件の適合性に係る司法審査の方法については、上述のように主として、三つが存在する。裁判例としては、実体的判断代置方式で行った判決¹⁵⁶、裁量権濫用方式による裁判例¹⁵⁷及び判断過程統制方式¹⁵⁸をとる判決とがある。判断過程統制方式の典型判例としては、東京高裁日光太郎杉判決が挙げられる。判断過程の統制という方式が、実体的判断代置方式と裁量権濫用方式との中間的な審理方法であるとの説もある¹⁵⁹。

二 公益性認定の司法審査に関する重要判例

¹⁵³ 小澤道一・前掲注(114)354頁、高田賢造・前掲注(115)141頁は「4号要件に(収用し、又は使用する公益上の必要)というのは、本条第1号から第3号まで具体的基準のほか、さらに広く公益的見地から、あらゆる諸条件を検討して収用又は使用する必要の有無を考慮すべきことを示す趣旨であって、その諸条件を検討し審査した結果は憲法29条3項にいう(公共のため)及び土地収用法第二条の(公共の利益となる事業のための必要)の観念に合致しなければならないわけである。」

¹⁵⁴ 阿部泰隆『行政の法システム(下)〔新版〕』(有斐閣、1997年)653頁。

¹⁵⁵ 行政事件訴訟実務研究会『土地収用法(判例概説)』(ぎょうせい、平成12年)168頁。

¹⁵⁶ 宇都宮地裁昭和44・4・9判時556号23頁、大津地裁昭和58・11・28判時1119号50頁、金沢地裁昭和61・12・12判例自治29号65頁、東京地裁平成2・4・13判例自治74号63頁、東京地裁平成5・11・29判例自治125号65頁、福岡地裁平成10・3・27判例自治191号72頁。

¹⁵⁷ 東京地裁昭和59・7・6行集35巻7号846頁、名古屋地裁平成2・10・31判時1381号37頁、秋田地裁平成8・8・9判例自治164号76頁、水戸地裁平成3・9・17判例自治93号86頁。

¹⁵⁸ 塩野宏『行政法I(第5版)』(有斐閣、2009)136頁は判断過程の統制の方式が最高裁判所の判例に定着しつつあるのは注目すべきであるとしている。

¹⁵⁹ 阿部泰隆・前掲注(154)654頁。

事業認定における公益性認定に関しては、重要な裁判例として、日光太郎杉事件控訴審判決と圏央道あきる野控訴審判決とが挙げられる。

(一) 日光太郎杉控訴審判決¹⁶⁰

本判決における審査方式についての学説の見解を整理すると、次の通りである。

(1) 本件審査の手法とその評価について

この判決は、事業認定庁の判断についてその過程のみならず実質的内容の面からも審査を行った上で結論を出しているのであってそこで採用されている審査の方式は、一般的に用いられている「実体的判断代置方式」に近い内容とも言われている¹⁶¹。

芝池教授は本件判決における審理方法について、次の二点を指摘されている。

「第一に、第一審判決においてもそうであったが、比例原則の適用により一定の原則が立てられた上で、それに対する違背の挙証として他事考慮、考慮事項の不足、過重評価が挙げられていることである。

第二には判決が起業者ないし事業認定庁によって考えられていた代替案、さらに原告・被控訴人によって主張されたそれに言及していることの意味である。裁判所がこのことによって起業者による事業計画策定過程をも自己の審理の対象とすることになっているかの如くであることを指摘しておきたい。おそらくこのことは、裁判所が本件事業計画については公共性のみならず必要性をも要求することの結果でもあるう。」¹⁶²

また、塩野教授は「かかる審査方法を裁判所がなしうるのは、行政庁としては、いかなる情報に基づいていかなる見地に立って、判断したかを説明する責任がある、という政府の説明責任の原則からの根拠付けも可能である」とし、「いずれにせよ要考慮事項（逆に不可考慮事項）が何であるかは法の解釈を通じて導き出されるものであるし、さらに考慮事項相互の比較衡量も一定の幅はあるにせよ、法の基準があるので、裁判所の審査密度は大きく向上することになる」としている¹⁶³。

日光太郎杉控訴審判決において、示された判断過程の統制方式は「いかにも有効な方式に見えるが、この事件では実はかなり見かけだけのものと思われる。即ち、この判決のかなりの部分は実体的判断代置方式によっているとも思われ、わずかに代替案の審査の部分にのみ、要考慮事項を考慮しなかった（バイパスを建設しても現道の拡幅が必要なのかを検討していない）という判断過程の統制方式が採用されているにすぎない」¹⁶⁴としている。

¹⁶⁰ 東高判昭 48 年 7 月 13 日判決。

¹⁶¹ 行政事件訴訟実務研究会・前掲注（155）169 頁。

¹⁶² 芝池・田村「日光太郎杉事件控訴審判決（判例研究）」立命館法学 111 号 573—574 頁（1974 年）。

¹⁶³ 塩野宏・前掲注（158）136 頁。

¹⁶⁴ 阿部泰隆『行政裁量と行政救済』（三省堂、1987 年）129 頁、宮田三郎『行政裁量とその統制密度（増

(2) 本件司法審査の意義

本件における裁量権行使の統制の手法の内容からみる限りは、言い換えれば、行政過程論（それと結合する司法過程）には、群馬中央バス事件¹⁶⁵等にみられる程には、新たな観点が導入されているわけではない。その意味では、本件判決の意義は、むしろ、土地収用法 20 条 3 項の認定要件の中に、文化的諸価値ないし環境の保全という事項を含ませ、かつ、これを重要視したことにある¹⁶⁶。

又は、本判決は、かかる事項につき新しい審理方式を大胆に取り入れたことは、行政裁量の司法統制の今後のあり方に示唆するところが大きいであろうと指摘している¹⁶⁷。

(3) 本件審査方式の限界

本件審査方式の限界は次のように、指摘されている。

「裁量統制の手法として、抽象的には上記のような基準を示すことができるとしても、考慮すべき要素と考慮されてはならない要素の位置付けが法律上明らかであればよいが、判定者の価値判断に左右される部分が大きいとすると、司法判断の基準としては困難や問題を生ずるであろう。」¹⁶⁸。

「比較衡量の統制」という手法は、「判断過程の統制」の一種ではあるが、「日光太郎杉判決」は、裁判所の価値判断を行政庁の価値判断より優先させることになりがちであるという欠点を構造的に有している¹⁶⁹。

(二) 圏央道あきる野控訴審判決¹⁷⁰

(1) 審査方法について

補版)』(信山社、2012年)45頁は「この判決に従えば、裁量判断の適法性は、それに先行する裁量判断過程を引き入れて判断されなくてはなりません。しかし、裁量判断の結果とそれに至る過程とは密接不可分の関係にあるので、両者を分離することは理論上は可能でも実際上は極めて困難であるように思われます。」とする。

¹⁶⁵ 東京地判昭和 38 年 12 月 25 日判決 (行裁例集 14 卷 12 号 2255 頁)。

¹⁶⁶ 塩野宏・前掲注 (149) 139 頁。

¹⁶⁷ 原田尚彦「土地収用法 20 条 3 項にいう土地の適正利用と文化的自然環境の保護 (日光太郎杉事件解説)」ジュリ臨増 565 号 44 頁。

¹⁶⁸ 川神裕「裁量処分と司法審査 (判例を中心として)」判例時報 1932 号 15 頁 (2006 年)、同 15 頁は「実定法の趣旨及び普遍的に受け入れられていることが明らかな諸価値から、考慮すべき要素及び優先順位が明確に認められる場合には、上記のような判断基準によって裁量権の逸脱濫用に当ると判定されることもあろうが、それが明確でない場合には、裁判官が政策的判断の結果について責任を負う制度的担保がない以上、行政庁の政策的な裁量判断を尊重せざるを得ない場面もあるのではないかと思われる。」と指摘した。

¹⁶⁹ 高木光「行政処分における考慮事項」法曹時報 62 卷 8 号 23 頁 (2010 年)。

¹⁷⁰ 東京高裁平成 18・2・23 判決。

本件控訴審判決は「……本件事業により失われる利益を考慮しても、本件事業により得られる公共の利益は、本件土地が本件事業の用に供されることによって失われる私的な利益及び公共の利益に優越すると認められるから、事業認定庁が法 20 条 3 号の要件を充たすと判断したことに、裁量権の逸脱、濫用であると認めることはできない。」と判示した。この判断からして、本件控訴判決は日光太郎事件に示された判断過程の統制という審査方法に従って行われたものであると思われる。

(2) 本件控訴審と一審判決¹⁷¹の異同について

〈1〉土地収用法 20 条 3 号要件充足性の判断の裁量性に関して

控訴判決は、事業認定庁の裁量を専門技術的、政策的裁量とするが、第一審判決は政策的裁量とされている¹⁷²。

又、本件控訴判決と一審判決の異同について、「本件控訴判決は、「本件事業により得られる公共の利益は、本件土地が本件事業の用に供されることによって失われる私的な利益と公共の利益に優越すると認められる」から法 20 条 3 号の要件を充たすとしており、従来と同様の判断枠組みを採用している（東京高判 1973・7・13 行集 24 巻 6・7 号 533 頁）。ただ、原判決は、法 20 条 3 号に関する裁量の根拠は「専門的技術的知識に由来するものではない」とした上で、事業認定庁の判断における具体的根拠を詳細に検討し、その判断過程欠落があったとしたが、本判決は、事業認定庁の「専門技術的、政策的」な裁量を認め、本件環境影響評価と本件再評価を前提に事業認定の適法性を導いた点で原判決と異なっている。」¹⁷³

「控訴判決は、原判決の理由をすべて否定した。原判決は「理論的で丁寧な判断枠組みを構築し、事実認定と事実の法的評価の点で、其の判断枠組みをきちんと適用」したとする評価（見上崇洋・法時 76 巻 10 号 3 頁）からすると、控訴判決は訴訟における裁量の壁が依然として高いことを感じさせるものであろう。」¹⁷⁴

〈2〉代替案に関して

代替案について控訴審判決は、「事業認定庁に代替案との比較を義務付ける法令上の根拠はないから、起業者の提示した資料等から明らかに他の案が優れていると認められるような特別の事情がない限り、代替案との比較衡量をしないことが直ちに事業認定を違法とするものではない。」としたのに対し、本件一審判決は、「代替案の検討を何ら行わずに事業認定をすることは、不十分な審査態度といわざるを得ず、本来考慮すべき要素を不当に軽視することによって、その結果が判断を左右している可能

¹⁷¹ 東京地判平成 16・4・22 訟月 51 巻 3 号 593 頁。

¹⁷² 由喜門真治「巻央道あきる野 IC 事業認定事件—土地収用法 20 条 3 号該当性」別冊ジュリスト 206 号 105 頁。

¹⁷³ 木原正雄「圏央道土地収用訴訟控訴審判決—最新判例演習室」法学セミナー 630 号 113 頁。

¹⁷⁴ 由喜門真治・前掲注 (172) 105 頁。

性がある」と判断した。「代替案の検討は、事業の社会的利益の増大に資するから、これを重視する原判決のほうが妥当であろう。ただし、代替案の検討は、法 20 条 3 号の判断要素とするより、同条 4 号の「土地を収用する公益上の必要」の要件の問題とすべきだと思われる。」¹⁷⁵

〈3〉 審査方法の異同

一審判決は「行政庁が事業認定の要件に該当すると判断をした（20 条 3 号該当）理由付けを審査し、その理由付けは、その判断を根拠づけるものではないとしているのである。（本来考慮すべきでない要素を不当に軽視し）、その結果行政庁の（判断が左右されたものと認められる）か否かの観点から、日光太郎杉控訴審判決が行ったような審査をしているとは見えない。端的にその判断が理由によって根拠付けられるか否かを審理している。」¹⁷⁶と指摘した。

三 判断過程統制審査についての検討

次では、土地収用における公益性認定の裁量統制について検討を加えることとした。

（一）古典裁量理論の変容 — 羈束裁量と自由裁量の相対化

古典裁量論においては、司法審査との関係で、行政行為が羈束裁量行為と自由裁量行為とに分けている。このような古典的裁量学説は、戦後の裁量理論において重大な変容を余儀なくされた¹⁷⁷。

そして、判例法理においては、裁量権の限界踰越と濫用法理によりカバーすべき領域が大幅に拡大し、裁量権の踰越・濫用型の司法審査手法が一般原則化するという事態が招来されてきた¹⁷⁸。

¹⁷⁵ 木原正雄・前掲注（173）113 頁。

¹⁷⁶ 大貫裕之「圏央道あきる野 IC 事業認定・収用裁決取消訴訟一審判決—最新判例批評」判時 1900 号 201 頁、同 201 頁は「このように、判決が述べた審査のあり方についての総論と実際に行っている審査のあり方には齟齬がある。この齟齬は、いわゆる判断過程のコントロールとは、必ずしも、考慮要素の脱落、考慮要素の過大評価、考量要素の軽視などに着目した審査のみを行うものではないということを示している。本判決の行ったコントロールも考慮要素に着目したコントロールも、いずれも要件該当性判断を根拠づける理由付けをコントロールしているという意味では共通である。そして、前述のように、理由が要件の当てはめの際の判断のプロセスを示すものであることからすれば、理由付けをコントロールすることは要件の当てはめの際の判断の過程をコントロールすることを意味する。いずれも言葉の普通の意味で「判断過程のコントロール」と呼んでよいのである。」とする。

¹⁷⁷ 亙理格『公益と行政裁量』（弘文堂、平成 14 年）325 頁は、その一つの要因としては、戦後における行政作用の領域拡張及び実質的変貌に伴い、行政機関の技術的・専門的裁量及び政策的裁量の余地を尊重すべきであるとの考え方が強調されるようになったという事情を、挙げなければならないであろう。」とされる。

羈束裁量行為と自由裁量行為との区別は相対化し、裁判所は、従来の古典的裁量諸学説により分類されてきた行為類型間の差異に関わりなく、多かれ少なかれ自由裁量権の余地を承認した上で、その行使の限界踰越や濫用の存否を審査するという方向へ、司法審査の重点を移動させてきた（これについては、宮田三郎・前掲注（164）32 頁以下、藤田宙靖『行政法 I（総論）第三版』112 頁（青林書院、2000 年）、塩野宏・前掲注（158）133 頁を参照）。

¹⁷⁸ 亙理格・前掲注（177）327 頁。

「近時の最高裁判決に見られる判断過程統制手法は、古典的な判断法の枠組みとの関連性を保ちつつ、行政決定過程での考慮要素の抽出と、それらが適正・合理的に考慮されたかという観点から、多様なかたちで審査密度向上をもたらしつつある。決定に係る事実の基礎の欠如と社会通念に照らした妥当性の欠如という裁量統制基準は、その一般的性格と、裁量権行使のあり方の統制規範としての事物本質的適合性により、判例法全体を規定する枠組みであり続けている。」¹⁷⁹

裁量論の変容を受けて、土地収用における公益性認定、すなわち、土地収用法20条に定める事業認定の要件の充足性を判断するにあたって、係る要件の裁量性有無及びそれに対する司法審査のあり方に大きな影響を与えた。詳しく言えば、土地収用法20条3号要件の裁量性の判断は、従来、それが法律問題（いわゆる羈束裁量）であるか、それとも行政庁に裁量権の認められる裁量問題（いわゆる自由裁量としての要件裁量）であるかが議論されており、とりわけ日光太郎杉事件の一審判決の以前には、これを法律問題とする見解が有力であったように見える¹⁸⁰。本件控訴判決の後の学説は、日光太郎一審判決を、従来の見解に従って行政庁の裁量権を否定し、裁判所の判断を代置することによって本件事業認定を違法としたものと理解した上で、裁量を認める本件控訴判決の判示をこれに対置し、且つ、後者に賛成するものが多い¹⁸¹。

日光太郎杉事件一審判決（宇都宮地判昭和44・4・9）と大津地裁昭和58年11月28日判決¹⁸²は効果裁量説に従って、3号要件の認定が羈束裁量行為であると捉えて、判示したものであると言える。

これに対して、日光太郎杉控訴判決は、3号要件の裁量性を認めるが、その理由は、明確に示していない。少なくとも、この判決における3号要件の裁量性の承認は、古典裁量論における効果裁量説に沿って、判断したものではない。近時の裁判例183においては、事業認定の判断は、性質上は政策的、専門的な判断が伴うものであると捉えた上で、事業認定庁による裁量の余地を認める傾向が見られる。この点に関する学説においては、本章第二節三（三）（2）で見られたとおりに、事業認定3号要件の判断は、政策的、専門的な裁量が必要となるということを理由に、事業認定庁に裁量の余地を認めるという考え方が有力であるように見える。しかしながら、事業認定の3号要件に関する判断が政策的又は、専門技術的なものに伴う性質を有しているから、事業認定庁に裁量の余地を認めるという考え方が必ずしも正当性があるとは限らない。

¹⁷⁹ 橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、平成21年）173頁。

¹⁸⁰ 小早川光郎「事業認定と土地収用法20条3号の要件―日光太郎杉事件」別冊ジュリスト103号（街づくり・国づくり判例百選）120頁（1989年）。

¹⁸¹ 小早川光郎・前掲注（180）120頁。

¹⁸² 行裁例集34巻11号2002頁。

¹⁸³ これに関しては、東京地裁平成16・4・22判時1856号32頁、東京高裁平成18・2・23判時1950号27頁、水戸地裁平成3・9・17判例自治93号86頁、東京高裁平成4・10・23判時1440号46頁、名古屋地裁平成7・12・15判例自治152号101頁等。

というのは、事業認定庁にこのような裁量の余地又は専権を認めるには、それが様々な公共事業における公益性認定について、高い専門的な知見を持っている機関であるという条件が満たさなければならない。さもなければ事業認定庁に収用公益性に関する専門的・技術的な裁量を認める正当性が成り立たないだろう。少なくとも、上述の学説と多くの判例においては、事業認定庁が専門的な知見を持つ機関であるという仮定に立っている又は、これを暗黙的に承認するということが推測できないわけではないが、事業認定庁に係る専門知見を持っている機関であるという理由が明確に示されていない。又は、事業認定庁は、事業の認定に関する処分を行おうとする場合において、必要があると認めるときは、申請に係る事業の事業計画について専門的学識及び経験を有するものの意見を求めることができることとされている（土地収用法第22条）ことに鑑みれば、事業認定庁の専門的な知見又は経験をある程度補うことになるが、この聴聞手続を確実に行ったとしても、事業認定庁が専門的な知見を備える機関になるということを担保することが難しいと言わざるを得ない。しかも、この聴聞手続は、あくまでも、事業認定庁の裁量事項であるから、その実効性があるか否かについても疑問が残されていないわけではない。更に、事業認定庁が常に専門的な技術を持っている機関であるかについては、圏央道あきる野IC事業認定・収用裁決取消訴訟・第一審（東京地裁平成16・4・22判決）においては、否定的な見方を示している。

要するに、土地収用における公益性認定について、土地収用公益性認定の裁量性とそれに対する司法審査のあり方は、古典裁量論の変容に伴い、大きく変貌したことが明らかである。詳しく言えば、（1）事業認定の政策的、専門技術的な性質、（2）事業認定庁が専門的な知見を持つ機関であると政策的判断の適合性という仮定（3）裁判所が政策的、専門技術的な判断を行う能力が欠けており、主として、適法性判断を行う、という3点を理由に、土地収用における公益性判断、とりわけ、事業認定の3号要件の充足性の判断をするに当たって、裁量的の余地を認めるという傾向が学説と判例において見られる。

公益性認定に対する司法審査はその認定内容の適法性及び判断過程統制等様々な手法により、展開することで、裁量統制の強化を図ろうとしている。このように、古典裁量論の変容が、土地収用における公益性認定に大きな影響を及ぼし、かつ、その進化を推し進めたということが明らかである。これに伴い、事業認定の裁量性を是認する正当性についての理由付け及びそれに対する司法審査のあり方等についての新たな課題が与えられたわけである。

（二）裁量統制の分類

上述のように、伝統裁量統制理論の変容に伴い、裁判例において裁量統制の手段が、多様・複雑に展開している。これらの統制手段を分類した上で、その審査の範囲、審査基準及び密度等から、考察するのが大事であると思われる。

次では、裁量統制の密度とその手法を基準に、裁量統制方法を分類しながら、検討を加えたい。

(1) 審査密度を基準とする分類

裁量統制の方法としては、その審査密度からして、学説上においては、2分類があると主張する説があれば、3分類と考えるものも存在する。

2分類説は判断代置審査と裁量濫用審査の2つに分類しているもの¹⁸⁴がある。

3分類説によれば、羈束裁量に対する実体的代置審査（最大限審査）、裁量濫用審査、さらに、その中間にあるものとして、判断過程審査があげられる¹⁸⁵。つまり、判断代置審査に加え、裁量濫用審査と判断過程審査を並列に並べる三分類説が多いことになる¹⁸⁶。又は、最小限審査（社会観念審査）、中程度審査と最大限審査（判断代置審査）という分類¹⁸⁷も見られる。

上述のように、裁量の審査密度と審査方法を基準に、分類される裁量の審査方法は、2分類説であれ、3分類説であれ、実体的な判断代置審査が裁量審査の方法の一つとして、位置付けられているように見える。この点に関しては、伝統行政法における「羈束裁量行為」という概念は「自由裁量行為」と対置されたものであり、前者は、現在の用語ではそもそも「裁量処分」ではなく、「実体的判断代置方式」による審査がなされる¹⁸⁸と捉えている。このように考えるならば、ここでいう実体的判断代置方式は、厳格的に言えば、行政裁量の審査方法の一つではないだろう。というのは、羈束裁量行為は、実体的判断代置方式による審査が及ぶとすれば、羈束裁量行為に対しては、裁量の余地が与えていないだろうと思われる。この点については、審査密度の観点からみると、裁量統制が少なくとも2段階、すなわち、中程度の審査と最小限審査とがあることは確かであるが、そのような類型化における中程度審査には、様々なものが含まれる（最小限審査においても微妙な相違が認められる。）と指摘されている¹⁸⁹。

社会観念審査は最小限審査であるのが、学説において、概ね意見の一致が見られるところである¹⁹⁰。著名な神戸税関判決¹⁹¹において、行われた、決定が全く事実上の根

¹⁸⁴ 市橋克哉ほか『アクチュアル行政法』（法律文化社、2010年）107-109頁。

¹⁸⁵ 大浜啓吉『行政法総論（第三版）』（岩波書店、2012年）268-276頁。

¹⁸⁶ 榊原秀訓「行政裁量の「社会観念審査」の審査密度と透明性の向上」室井力先生追悼文集『行政法の原理と展開』（法律文化社、2012年）119頁。

¹⁸⁷ 森英明「小田急平成18年最判解説」法曹時報60巻10号3269頁（2008年）。

¹⁸⁸ 高木光・前掲注（169）16頁、榊原秀訓・前掲注（186）118頁。

¹⁸⁹ 高木光・前掲注（169）7頁。

¹⁹⁰ 小早川光郎『行政法講義下II』（有斐閣、2005年）195頁は「社会観念上著しく妥当性を欠く」を審査基準とする社会観念審査は、審査密度が低いものであるという共通理解があり、それは、最低限の

抛を欠くと社会通念審査は、現在に至る判例法の裁量統制基準（裁量権の逸脱・濫用審査）の大枠を形成するものと見る事ができる¹⁹²。

中程度審査の典型例として、よく挙げられるのが、本章第三節で取り上げられた判断過程統制手法¹⁹³を用いた日光太郎杉控訴判決である。

中程度審査という概念には、結論的に裁量権の逸脱・濫用を認めた（認めることが容易と評される）場合をそのように観念する趣旨と、解釈方法論的に判断代置・最小限審査の双方と異なるものをそのように概念という趣旨との混濁が生じやすく、そのような概念設定を安易に使用すること自体、理論的な精度という点で問題がある¹⁹⁴。この問題は、裁量統制の分類の基準の相違により、生じるものであると思われる。中程度審査の典型例としての判断過程統制は、一般的に裁量権の逸脱・濫用の法理に含まれていないが、裁量権の逸脱・濫用審査の一種である社会観念審査又は、裁量権の逸脱・濫用審査そのものと結合して、裁量統制の密度を図ろうとする審査方法が存在するように見える。これについて、次の〈3〉混合型統制において、詳しく述べることにする。

（2）裁量統制手法による分類

裁量統制の手法からして、概ね次のように分類することができると思われる。

〈1〉裁量権の逸脱・濫用の統制

「日本国憲法の下で、裁量領域の拡大がとりわけ要件裁量の容認という形で登場し、さらに裁量行為と羈束行為の相対化が生じてくると、裁判所は、一方において行政行為における判断過程のそれぞれについて行政庁の一定限度の裁量を認めると同時に、その統制をなんらかの方法で図ろうとするのである。そのときに用いられる一般的方式が、裁量の逸脱・濫用の統制である。」¹⁹⁵

このように、伝統的な裁量統制の変容¹⁹⁶により、行政行為における判断過程においては、行政機関に与える裁量権をより広く認めるとともに、それに対する統制としては、裁量の逸脱・濫用法理が一般化し、裁量統制の根幹をなす審査方法として、位置付けられているということが明らかである。

審査を行うものとして、「最小限審査」であるということが出来る。

¹⁹¹ 最判昭和52・12・20民集31巻7号1101頁。

¹⁹² 橋本博之・前掲注（179）156頁。

¹⁹³ 阿部泰隆・前掲注（164）129頁は判断過程統制は羈束裁量—判断対置方式、自由裁量—裁量濫用の統制の中間方式であるから、もともと羈束裁量の要素も自由裁量の要素にも使えるのである。

¹⁹⁴ 橋本博之・前掲注（179）154頁。

¹⁹⁵ 塩野宏・前掲注（158）133頁。

¹⁹⁶ 宮田三郎・前掲注（164）32頁は昭和30年代以降、判例は、自由裁量・羈束裁量の区別相対化し、不確定概念について行政庁の政策的・専門技術的裁量を認め、効果裁量のみならず要件裁量をも承認して、行政裁量をいたるところに拡散させました。

塩野説と芝池説において、提示されている裁量の逸脱・濫用の基準は、異なるところが存在するとは言え、大きな相違がないように見える¹⁹⁷。

〈2〉判断過程の統制

判断過程統制については、広義的に言えば、上述の裁量の逸脱・濫用法理のように、行政処分の実体的な内容ではなく、それに至るまでの過程に着目して、裁量統制を行う方法であるとしている。このように考えるならば、すなわち、広義的に言えば、この統制方法においては、正当手続原則に従う事前手続の統制いわゆる手続的コントロールが含まれるものである。狭義的に言えば、この概念が行政処分の考慮事項・考慮程度に関わる司法審査において、用いられる審査方法である。このような場合には、日光太郎杉控訴判決が判示される判断過程統制の方法が挙げられる。この判決について、次の(三)日光太郎杉控訴判決の判断枠組みにおいて、詳しく述べることとする。

〈3〉混合型統制

混合型統制とは、社会通念審査、考慮事項という判断過程審査、比例原則審査と事実誤認等の審査方法を結合して裁量を統制する方法と考えられる。裁量の濫用・逸脱統制としての社会観念審査は、その審査密度からして、最小限審査にとどまる。このような場合に、社会観念審査の枠組みを維持しつつ、判断過程統制等の他の審査方法を導入して、裁量統制の密度の向上を図ろうとする傾向が最高裁判例法理において見られる。例えば、最判平成8年3月8日剣道実技拒否事件判決（民集59巻3号469頁）が単に裁量の逸脱濫用法理に従って判断したものではなく、当該処分を行う際の考慮事項も審査の対象となるということに鑑みれば、本判決は裁量の逸脱濫用の枠組みを維持しながら、判断過程統制の方法を取り入れて、行われた裁量統制であると思われる。この審査方法は、社会観念審査の典型例としての最高裁神戸税関判決と比して、裁量過程の統制方法、すなわち、考慮事項の統制を取り入れたことが大きな違いであることに留意しなければならない。このような審査方法は、近時最高裁判決においてよく見られるものである。

近時のものとしては、最高裁平成18年11月2日小田急判決（民集60巻9号3249頁）が挙げられる。最判小田急判決には、日光太郎杉事件高裁判決の論理を基礎とし

¹⁹⁷裁量の逸脱・濫用の基準に関して、塩野説と芝池説を参照、塩野宏・前掲注（158）133-134頁、芝池義一『行政法読本（第2版）』（有斐閣、平成22年）73-76頁。
両説は社会観念審査に関して、次のように異なっているところが見受けられる。
両説は、社会通念審査を、裁量の逸脱・濫用統制法理に含まれる審査基準の一として、扱っているということが共通点であるが、塩野説によれば、社会通念審査が比例原則基準により、行われるものであり、比例原則違反審査の一つの類型と捉えられているように見えるのに対して、芝池説に従えば、社会観念審査は、比例原則違反審査と並ぶ、裁量の逸脱・濫用審査の一つの基準であると位置づけている。

つつ、従来の裁量権の逸脱濫用の枠組みの中で裁量審査を行っているものである¹⁹⁸と指摘している。

また、「エホバ証人」判決は、考慮要素審査を社会観念審査の枠内として扱い、事実評価の合理性欠如に係る明白性、社会観念審査に係る著しさという、裁量審査基準の厳格性の要素を維持したまま判断過程統制手法による審査密度向上を図っているのであり、この部分では、判断過程統制手法の特殊性は一般的判断基準の中に溶け込ませられている¹⁹⁹。

このように、裁量権の踰越・濫用型審査の枠組みを維持しながらも行政判断過程の適正確保の要請を重視する見地から、審査基準の設定並びにその適正運用、要考慮事項の考慮義務、他事考慮の禁止等の主張により適法性審査の枠を徐々に拡げようとする考え方が、あり得よう²⁰⁰と、このような混合型の裁量統制に肯定的な見方を示した。

しかしながら、包含の方向（諸種の審査方式の包含・統合）に向かうのであれば、実際の裁判での審査密度が、従来、中程度と位置付けられていた日光太郎杉事件判決に近いものになるのか、あるいは表面的な文言とは裏腹に社会観念審査に近いものになるのか、そのどちらでもなく小+中とでもいうべき中間形態となるのかについて、判例は未だ確定的な方向性を示していないように思える²⁰¹。最も、社会観念審査という最小限審査の審査密度を向上するために、判断過程統制の方法を取り入れる場合が多いのに対して、日光太郎杉控訴判決において、判断過程統制という審査方法を導入した理由が、土地収用法 20 条 3 号要件の充足性についての事業認定庁の判断に対する司法審査の密度を高めるためではなく、それを薄めるために導入したわけである²⁰²。

又は、混合型の裁量統制手法は、日光太郎杉判決にいう判断過程統制という判断枠組みそのものをそのまま導入したわけではなく、あくまでもこの判決に提示される考慮事項についての審査方法を混入したに過ぎない。なぜならば、これらの最高裁判決では、日光太郎杉控訴判決において、判示している判断過程統制にいう考慮事項の有無に対する審査等極一部の内容しか取り入れられなかったと思われる。

高木教授は、判例が多用しつつある「判断過程の統制」は、一種の「汎用理論」であり、万能ナイフのように用いられると、「裁量権は合理的に行使されなければならない」という一般論を根拠に、裁判官の常識からみて不合理な裁量権の行使には「社

¹⁹⁸ 塩野宏・前掲注（158）136頁。

¹⁹⁹ 橋本博之・前掲注（179）164頁。

²⁰⁰ 亘理格・前掲注（177）5頁。

²⁰¹ 正木宏長「判断過程の統制について一日光太郎事件判決再読」水野武夫先生古稀記念論文集『行政と国民の権利』（法律文化社、2011年）193頁。

²⁰² 本来土地収用法 20 条 3 号要件の認定が羈束裁量としていたので、司法審査においては、審査密度の高い判断前置審査が適用されるのが建前である。しかし、20 条 3 号要件認定の裁量性についての学説の変容を受けて、東京高裁日光太郎杉控訴判決においては、中程度の審査としての判断過程統制審査が行われたわけである。

会通念上著しく妥当を欠く」というラベルをはり、やり直しを命じることができる、という命題を導出することに帰着しかねない。その意味で、変容した形の社会観念審査は、「概念の濫用」であるというべきではないかと思われると指摘している²⁰³。

(三) 日光太郎杉控訴判決の判断枠組みについて

(1) 本判決の判断枠組み

本判決の内容を詳しく分解すると、土地収用法 20 条 3 号要件についての事業認定庁の裁量判断の方法なしその過程に誤りがあるものとして、違法となるものと解するには、次のように、三つの条件を満たさなければならないと思われる。

〈1〉判断過程の限定

ここでいう裁量判断の方法なしその過程というのは判断基準²⁰⁴に従って、土地収用に係る諸利益を比較衡量し、当該要件の充足性が存在するかどうかを判断する過程なしその方法を意味するものであると言える。すなわち、裁量判断の実態的な内容ではなく、判断決定にいたるまでの過程なし方法を重点を置いて審査するのが最大な特徴であると思われる。

従って、判断過程統制の審査対象は、このような過程なし方法に限定しなければならない。

〈2〉次のいずれかの事情の存在

事業認定庁は収用に係る諸利益を考慮する際に、裁量の濫用が認めるためには、次のような四つの事情のいずれかが存在することが必要となる²⁰⁵。

(ア) 考慮不尽 (イ) 他事考慮 (ウ) 不当に軽視 (エ) 過大評価

〈3〉上述の〈2〉に挙げられる事情の何れかの存在が事業認定庁の判断に重大の影響を与えること。

詳しく言えば、〈2〉に挙げられる事情のいずれか又は複数の存在により、事業認定庁のこの点に関する判断が左右されるほどの重大な影響が生じるものと認められる場合が初めて、裁量の違法があるとしている。すなわち、事業認定庁の裁量の違法

²⁰³ 高木光「社会観念審査の変容—イギリス裁量論からの示唆—」自治研究 90 卷 2 号 28 頁 (2014)

²⁰⁴ 判例においては、3 号要件充足性についての判断基準は次の通りである。

その土地がその事業の用に供されることによって得られるべき公共の利益と、その土地がその事業の用に供されることによって失われる利益（この利益は私的なもののみならず、時としては公共の利益をも含むものである。）とを比較衡量した結果前者が後者に優越すると認められる場合に存在するものであると解するのが相当である。

²⁰⁵ 日光太郎杉控訴判決は「この点の判断が前認定のような諸要素、諸価値の比較考量に基づき行わべきものである以上、同控訴人がこの点の判断をするにあたり、本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽くすべき考慮を尽くさずまたは本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れもしくは本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価し、……」と判示した内容からして、このような判断の仕組みが読み取れると思われる。

を認めるために、事業認定の判断に係る考慮事項に関する違法の重大性が必要となるから、一定の程度に達しないと、違法としないわけである。

(2) 公益適合判断の論理について

亙理格教授は日光太郎杉控訴審が公益適合判断の論理として、次のように三つの媒介的な基準²⁰⁶を提示した上で、他の審査基準と比して、これらの基準の特徴については、「重要なのは、これらの行為規範が、あくまでも、土地収用法 20 条 3 号の規定内容の具体化、つまり、この規定の趣旨に即した法規解釈の帰結として導き出された媒介的基準に外ならない、ということである」²⁰⁷と説明し、「この判示部分（第三基準）は、法規外的社会的諸価値に照らしての妥当性とか社会通念上の妥当性等から導かれるものとは異質の基準を提示するものである、と解すべきであろう。」²⁰⁸と指摘した。ここでは、おそらく、日光太郎杉控訴判決で用いられた判断過程審査と社会通念審査等の裁量の踰越・濫用審査との比較を意識しながら、判断過程審査の審査基準が法の趣旨に従う解釈から、導かれるものであるという審査基準の独自性を強調したものように見える。

日光太郎杉判決は、土地収用法の事業認定に係る違法性判断という点で、爾後の裁判例に大きな影響を与えているが、他方、同判決の解釈論的思考枠組みには、最高裁の判例・裁判例が用いてきた判断過程統制手法とは理論的に同一視できない部分がある²⁰⁹。

²⁰⁶ 亙理格・前掲注（177）264－267 頁は次の三つの媒介的な基準が提示されている。

第一基準は土地収用法 3 号要件が、その土地がその事業の用に供されることによって得られるべき公共の利益と、その土地がその事業の用に供されることによって失われる利益（この利益は私的なもののみならず、時としては公共の利益をも含むものである。）とを比較衡量した結果前者が後者に優越すると認められる場合に満たされるということである。ここでは、係争の事業計画に関わる諸要素・諸価値の比較衡量に基づく総合判断が要求されている。

この第一基準を示した本判決の説示のみによっては、かかる判断過程で考慮されるべき価値や利益、各々の価値・利益の優劣を判断するための指標は明らかにされていないのである。そこで、第二基準を提示したわけである。

第二基準は、かけがえのない景観的、風致的、歴史的、文化的環境価値を犠牲にしてもなお当該事業計画を実施しなければならない特別の必要性があることを要するという基準である。しかし、第二基準の説示により、二つの対立する利益・価値が対置されたことのみによっては、第一基準に示された総合的な利益衡量の結論が直ちに導かれるわけではない。従って、第三基準が提示された。

第三基準は、裁量判断の方法ないしその過程に誤りがあるものとして違法となる場合に当たるか否かは、事業認定庁は、その判断にあたって、「本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽くすべき考慮を尽くさずまたは本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れもしくは本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価し、これらのことにより同控訴人のこの点に関するもの判断が左右されたものと認められる場合」に当たるか否かを基準にして判断すべきであるという基準である。

又は、亙理格教授は、前述の三つの基準の相互関係については「考慮すべき価値・利益と考慮・重視すべきでない価値・利益が、第二基準を介してすでにそれぞれ特定化されたことを前提に、この第三基準の適用においては、第一基準により示されていた一般的な適正比較衡量義務を一層具体化されるレベルにおいて果たすことを、事業認定庁の行為規範として要求したものと見えよう。」と説いている。

²⁰⁷ 亙理格・前掲注（177）267 頁。

²⁰⁸ 亙理格・前掲注（177）267 頁。

²⁰⁹ 橋本博之・前掲注（179）151－155 頁では、日光太郎杉判決のロジックとの対比という形で、判例法における判断過程統制手法の理論的な定位に係る分析視覚を指摘した。

四 事業認定の違法性の承継

行政行為の取消訴訟において、当該行為自体に違法ではなく、それに先行する行政行為の違法を主張することで、争うことができるか否かは、違法性の承継の問題である。「原則としては、違法性の承継は認めるべきではない。これが、行政行為の基本的な見方である。」²¹⁰ しかし、この原則の例外として、一定の基準が満たされた場合は、違法性の承継が認められることがある。例えば、先行行為と後行行為が連続した一連の手続を構成し一定の法律の効果の発生を目指しているような場合は、違法性の承継を容認し、先行処分が違法ならば後行処分も違法となるとされてきた。これを理由に、事業認定の違法性の承継が認められる。

(一) 違法性承継の一般論について

違法性の承継をめぐる伝統的な学説として、美濃部説²¹¹、田中説²¹²と遠藤説²¹³とがある。これらの学説は、違法性承継の基礎理論を提示し、その内容を充実したものであり、今日の違法性に関する理論の原点となるものであると言える。

また、近時の学説の動向として、次のようなものが存在する。

²¹⁰ 原田尚彦『行政法要論（全訂第6版）』（学陽書房、2005年）183頁。

²¹¹ 美濃部達吉博士は、違法性の承継を認める判定基準に関しては、「それ等の行為が或は単一な法効果を目指して行はる連続した行為であり、其の双方の結合によって或は法律上の効果を完成する場合であれば、行為の違法性は当然後の行為にも承継せられ、従って、前の行為が違法であることを理由として、後の行為に対して行政訴訟を提起することができる。」とされる。留意しなければならないのが、この学説が提示された当時は、明治憲法61条により、司法裁判所ではなく、行政裁判所により、行政事件を審理し、かつ、その審査権限がごく限られていた（美濃部達吉『公法判例体系（上巻）』（有斐閣、1929年）630頁を参照）。

²¹² 田中二郎教授は「処分がそのに先行する処分の違法性を承継するかどうかの問題がある。すなわち、後行処分自体には違法が存しない場合に、先行処分が違法であることを理由として、後行処分の取消しの訴えを提起することができるかが問題となるが、場合を分けて考える必要がある。先行処分と後行処分とが相結合して一つの効果の実現をめざし、これを完成するものである場合には、原則として（先行処分について、別に、違法性の承継を中断する趣旨の規定があるときは例外）、積極的に解すべきであり、先行処分と後行処分とが相互に関連を有するとはいえ、それぞれ、別個の効果を目的とするものである場合は、消極に解すべきであろう。」とされる（田中二郎『新版行政法（上巻）（全訂第2版）』（弘文堂、昭和49年）327-328頁を参照）。

²¹³ 遠藤教授は、違法性承継の問題については、実体法的側面と手続法的側面とに分けて分析された。

まず、違法性の承継の問題を「本案請求との関係において、具体的違法事由がどのような意味をもっているか、という先決性の判断」の問題であるとされ、実体法上の先決関係が「最終的行為を以て完成される法律的效果の方より考察して、まず、之を違法ならしめる諸事由を探索することによって一定事由に至り、ついで、それが先行行為の違法を構成するものである場合、あるいは、「先行行為の具体的違法の事由が本案請求の成否にとって決定的なもの」である場合に認められる。

そして、手続法的側面として、「前段階の処分に対する争訟の手段が不十分なきには、最終段階の処分を争うときに前段階の処分の違法を主張させる必要が強い。そればかりでなく、前段階の処分に対する争訟の手段が十分なきときであっても、最終処分による法効果実現に向けて行われる一連の手続過程の一環であるため切実さの乏しい初期段階で争訟手段を尽くすべきだとして、最終段階での主張を全面的排除すべき必然性がとうぜん認められない場合があるとしている。遠藤博也「違法性の承継」行政判例百選Ⅰ226頁、同『行政行為の無効と取消』（東京大学出版会、昭和43年）336、345頁、同『実定行政法』（有斐閣、1989）114-115頁を参照。

山本隆司教授は、「行政訴訟補遺最判平成 20・9・10 裁時 1467 号 1 頁」において、「違法性の承継の可否を判断するための重要な基準の一つは先行行為の違法を是正するする手続をとることが、先行行為・後行行為を通じた行政過程ないし行政手続の全体に著しい混乱をもたらすか否か、という基準である。……先行行為の段階で、後の管理利益侵害の程度に見合うだけの手続保障がなされ、先行行為をその段階で争うことを関係者に強い得るほど十分に実効的な権利保護手続が整備されているか否か、という基準である。」としている。

また、大沼洋一教授は、違法性の承継について、いかなる場合に違法性の承継が認められるかについて、従来議論されてきたことをもとに、積極的基準と消極的基準とを提示した²¹⁴。

なお、違法性の承継に関して、海道俊明氏は、違法性承継の具体的基準として、従来の学説により、提示されたものを整理した上で、総合考慮型基準と仕組み解釈から導かれる基準とを提示した²¹⁵。

(二) 事業認定の違法性の承継の可否と関連判例

(1) 学説の状況

事業認定の違法性の承継を認めるべきか否かについては、学説と判例の多くは、前述(一)で述べた違法性承継論の通説の考え方に立って、これを肯定する。これに対して、事業認定の違法性の承継を否定する見解は少ないけれども、存在する。

この問題に関して、公用負担関係事件執務資料によれば、事業認定の瑕疵が土地収用裁決に承継されるかについて肯定説と否定説とが存在する²¹⁶。

²¹⁴大沼洋一教授は、違法性の承継について、次のような考え方を示している。

「後行処分は先行行為が有効に存在することを前提としており、後行処分は先行行為があつて初めてこれをなし得るという関係にある場合(例えば、先行行為によって後行処分をなす権限が生じるという関係にある場合)、先行行為の違法は、後行処分の違法をもたらすことになる。」とし、これに対して、「後行処分は先行行為があつて初めてこれをなし得るという関係にない場合には、先行行為が違法であるとしても、それにより後行処分が直ちに違法となるとはいえない。」とされる。

また、教授は、このような考え方に立って、いかなる場合に違法性の承継が認められるかについて、従来議論されてきたことを踏まえて、積極的基準と消極的基準が提示された。積極的基準としては、(1)先行行為が後行行為をなす前提となる行政過程であること、(2)違法性の承継を認めることにより後行処分の段階で先行行為の違法性を主張させる必要性が高いこと、という二つの基準があげられた。一方で、消極的基準としては、(3)先行行為と後行処分の趣旨・目的が異なり、両者が独立した異なる制度であること。(4)先行行為の早期安定化の必要性があること、というものが提示された(大沼洋一「違法性の承継をめぐる最近の動向と若干の検討」駿河台法学 26 卷 2 号 179 頁(2013)を参照)。

²¹⁵海道俊明「違法性の承継の再考(三)」自治研究第 90 卷第 5 号(2014)。

²¹⁶肯定説は、事業認定と土地の収用・使用の裁決は、結合して土地の収用・使用という法律効果を発生させる一連の行為であるとして、違法性の承継を肯定している。

否定説のあげる理由は、(1)事業認定に単に取消事由があるに過ぎない場合にも違法性の承継を認めると、実質的には先行処分について出訴期間を否定することになること、(2)両処分について判断の矛盾を生ずる可能性があること、(3)元来土地収用法は、いわゆる公益の判断機関と補償の決定機関を分離しており、収用委員会のした裁決の適合の判断に対する関係で、これとは別の機関が行った事業認定の適否を審査することは不相当であること、(4)事業認定については公告がなされるので、

阿部教授は、事業認定の違法性の承継の可否に関しては、次のように肯定的な見解を示している。

「権利者に、事業認定の取消訴訟を提起しなかったから、収用の段階になって事業認定の違法を主張することはできないというのは酷です。要するに、この場合には、事業認定については、取消訴訟を提起できるが、提起しなくとも失権はしないというべきである。失権させるならその旨明確な警告規定が必要であると考えます。」²¹⁷

仲野教授は、建築基準法に限らず、先行・後行処分が順不同的な関係にあり、かつ、後行処分がされるまで事実状態に変動のない類型の行政過程全般についても、恐らく結論として承継が肯定されることとなるのであろうとしている²¹⁸。このように考えるならば、土地収用では、先行・後行処分は前後順位があり、収用裁決がなされるまでは、土地収用の法効果が実質的に生じないということに鑑みれば、事業認定の違法性は、その後の収用裁決により、承継されるとの結論が導かれるだろう。

福井教授は、事業認定の違法性の承継について、次のように、否定的な見解を示している。

「事業認定は必ずしも裁決に至ることを必然的に予定した手続ではあり得ず、むしろ、事業認定段階で収用手続が完結し、円満な合意によって用地取得がなされることが期待されていることが、法令からも実務運用からも明らかであると思われる。

従って、田中説的なメルクマールによったとしても、以上のような事情を総合的に勘案するならば、事業認定と収用委員会の裁決とは、関連を有する一連の手続ではあるが、それぞれの目的とする効果が異なり、かつ、手続も通常の場合事業認定の段階で終了することが予定されていると解し得ることとなり、事業認定の違法性の承継は消極に解するのがむしろ自然な帰結ということになる。」²¹⁹

また、法の解釈からして、事業認定の違法性の承継が原則的に否認すべきである一方で、例外として、国民の権利救済のために、正当な理由がある場合に、それを認める余地が残されているとされる考え方も存在する²²⁰。

(2) 検討

取消訴訟を提起する機会が十分認められていること等である（最高裁判所事務総局編「公用負担関係事件執務資料」（法曹会、昭和60年）326頁以下を参照）。

²¹⁷ 阿部泰隆「収用と補償の諸問題（上）」自治研究第62巻第11号20-21頁（1986年）。

²¹⁸ 仲野武志「建築確認の取消訴訟において東京都建築安全条例四条三項に基づく安全認定の違法を主張することの可否（行政判例研究）」自治研究第87巻第1号157頁（平成23年）。

²¹⁹ 福井秀夫「土地収用法による事業認定の違法性の承継」西谷剛他編『政策実現と行政法』（平成10年）254-255頁。これに対して、大沼洋一教授は自ら提示した違法性承継可否に関する判断基準をもとに、事業認定の違法性の承継を認めるべきと主張し、福井教授の見解（事業認定の違法性の承継を否定する）には賛成できないと明言した。大沼洋一・前掲注（214）184頁を参照。

²²⁰ 行政事件訴訟実務研究会・前掲注（155）287頁。

上述のように、事業認定の違法性の承継については、学説上において様々な議論をなされているが、肯定説と否定説とが鋭く対立している状況になっている。事業認定の違法性の承継のあり方は、違法性承継の一般論により、影響されるものであるが、事業認定の特殊性に適応しなければならない。事業認定の違法性の承継という問題は事業認定の取消訴訟の出訴期間が過ぎた場合に、生じることが多いが、あえて、法的秩序の安定を目的とされる不可争力を克服して、被収用者の権利救済を図るべきなのか否かの問題である。最終的な権利義務関係の形成消滅に至るまでに複数の行為が介在する場合、法が明示的に違法性の承継について定める場合は別として、違法性の承継の許否の判断は、法的安定の要請と権利保護の要請との狭間にあつて、先行行為が不可争力を生じて確定した事情を、個別的に考慮して、行わなければならない²²¹。事業認定の一般、すなわち、すべての事業認定について、その違法性の承継を認めるか否かを論じるのではなく、個々の収用事例に置かれる特殊な事情に沿って、当該収用において、事業認定の違法性の承継を是認することが正当であるか否かを具体的・総合的に判断しなければならないと思われる。その際に、事業認定と収用裁決との関係、法的な安定と権利救済との衡量及び事業認定の取消訴訟等の救済措置を取らなかつた被収用者の落ち度の有無等の事情を考慮に入れて、判断すべきである。後行行為の取消しの訴えにおいて、先決関係にある不可争力が生じて確定した先行行為の違法の主張をなしえないのは、それに対する整備された救済制度が存するが故の政策的選択の結果ではなくて、それを前提として権利の侵害に直面してその整備された救済制度を利用せず、ただ漫然として出訴期間を徒過した責任の故に、個別的に、その者に対して違法性の承継が遮断されるものである²²²。

(3) 関連判例について

裁判例には、事業認定の違法性を肯定するものが多い²²³が、それを否定するものもある²²⁴。事業認定の違法性は収用裁決により、承継されるのが裁判例の帰趨である。

第五節 公益性認定における問題点について

土地の強制収用が、慎重の上にも慎重であるべきであるとの原則的な問題は、現在もなお大方の承認を得られるであろうが、その上さらに、見直すべきであるとの批判を引き起こした問題の背後に存在するものを明らかにするには、単に現行制度の手続きが煩雑に過ぎ用地取得の効率がどうこうというような能率優先的な次元からでは

²²¹岡田春男「行政行為における違法性の承継」大阪学院大学法学研究 10 巻 1・2 号 229 頁 (1985)。

²²²岡田春男・前掲注 (221) 229 頁。

²²³東京地裁平成 16・4・22 判時 1856 号 32 頁、名古屋地裁平成 2・10・31 判時 1381 号 37 頁、札幌地裁平成 9・3・27 判時 1598 号 33 頁、福岡地裁平成 10・3・27 判例自治 191 号 72 頁、名古屋地裁平成 7・12・15 判例自治 152 号 101 頁、東京地裁昭和 63・6・28 訴月 35 卷 2 号 25 頁及びその控訴審東京高裁平成 5・8・30 訴月 40 卷 8 号 1899 頁、名古屋高裁平成 9・4・30 判タ 950 号 125 頁等。

²²⁴千葉地裁昭和 63・6・6 訴月 35 卷 2 号 210 頁、福岡高裁平成 6・10・27。

なく、公共事業の有する社会的利益の増進と私有財産の尊重とのバランスをとることはもちろん、被収用者の生存権保障との係わり、さらに、当該事業のあるいはその計画の公共性を明らかにすることこそ重要な問題であるという視点から土地収用制度を検討しなければならないであろう²²⁵。

土地収用における公益性認定は、次のように、様々な問題が存在している。

一 事業認定の位置付けについて

土地収用法は、土地所有者の権利の尊重という見地からして、土地を強制的に取り上げることも自らもさることながら、それが何のために行われるのかということを慎重に判断する必要がある、という考え方に立って、現行法のように、裁決手続とは区別された事業認定という特別の手続を置き、全体としていけば、二段構えの手続をもって、収用を行うこととしているのである²²⁶。それに、この2つの手続は土地収用法において同じような地位を持っているわけではない。詳しく言えば、「現行法上で言えば、収用委員会による収用裁決の制度であって、これこそが、我国現行土地収用法制度の根幹を成しているのである。言葉を換えて言えば、収用委員会の収用裁決以外の諸制度は、基本的に言って、（事業認定という制度も含めて）収用についての準備的ないし付随的な法制度であるに過ぎない、ということになる。」²²⁷

要するに事業認定という手続は、あくまでも、本来の収用（裁決手続）のための、準備的ないし付随的な手続としての位置づけしか与えていない。そこでは、事業認定という制度の法的位置づけが、甚だ中途半端なままにされて来たのであって、その結果従来、理論的に、収用委員会は、裁決を行う際に、事業認定庁（国土交通大臣又は都道府県知事）が行った事業認定の結果を否定することができるかという問題がある²²⁸。

従って、収用裁決が主要的な、且つ、根幹を成す手続であるとしていることに鑑みれば、収用裁決では、収用事業の公益性について、判断させても不適切ではないだろう²²⁹。しかし、従来通説・判例は、収用委員会に事業認定庁の判断を覆す権限は無く、主として、損失補償の額の算定を主務となる。それに、事業認定庁が行った公益性についての判断に対して、不服があれば、不服申立、若しくは行政訴訟をもって、争うことが可能であるという仕組みになっている。

²²⁵ 平松弘光「土地収用事業における公共性の認定」早法六四巻四号 230 頁（1989 年）。

²²⁶ 藤田宙靖「改正土地収用法をめぐる若干の考察」『行政法の基礎理論（下巻）』（有斐閣、2005）347 頁。

²²⁷ 藤田宙靖・前掲注（226）346 頁。

²²⁸ 藤田宙靖・前掲注（226）347 頁。

²²⁹ 藤田宙靖・前掲注（226）347 頁は「収用裁決というのは、最終的に収用の効果を発せさせる行政行為なのであり、収用委員会は、最終的にこういった効果を発生させてもよいという判断をする権限を与えられているのであるから、仮にその固有の判断によって、事業認定庁が間違っていると考えられるならば、当然そのような判断をしてもよいように思われる。」とされる。

二 公益性認定における考慮事項と第三者の利益について

実際、現行土地収用法は、その制定に際し、もともと、事業の公益性判断に際して、例えば周辺第三者の利益とか、地域環境の保護といったことを十分に考慮するようなことを考えてはいなかった、とすることができる²³⁰。そしてそれは何よりも、この法律が制定された昭和26年当時においては、事業の公益性の認定につき、こういったことを考慮に入れなければならないということ自体、そもそも想定されてはいなかったこと、それ故にまた、収用手続きというのは、本来、土地所有者に対して、最終的な権利の剥奪（つまり、旧来の意味での「収用」）に対する（損失補償を含む）法的な保障をすれば、済むことなのであって、法治主義の要請は、それによって既に充たされている、という考え方が一般になされているからだ、とすることができよう²³¹。

二 公益性認定要件の適合性の判断基準について

日光太郎杉控訴審判決において、事業認定に関する土地収用法第20条3号要件の判断基準として、利益の比較衡量という方法を判示した。にもかかわらず、「この利益の比較衡量という方法は、判断基準としては非常に抽象的なものです。失われる利益、出てくる利益といってもこれをどう計測するのか、数量的に一方は100億、他方は120億というように計算できるのかという問題になりますと、具体的な計算は難しいです。この比較衡量論は、考え方の基本を示したというだけであって、具体的なあてはめをどうするのが問題になるわけです。」²³²

3号要件の充足性について、上述の日光太郎杉控訴判決において、判示している判断基準は、3号要件の内容をより明確にさせるので、この要件の充足性に対する事業認定庁の認定とそれに対する司法審査に、明確な基準を示したことが重要な意義を持っているとは言え、それが依然として、極めて抽象的なものであるため、具体的な事例に適用するのは、なお更、難しい課題が残されていると思われる。詳しく言えば、特定の事業認定事件に置かれている複雑に錯綜する利益関係を考慮する際に、公共利益の最大化と諸利益損失の最小限とをどのように調和するかが、この判定基準をもってしては、解決しえない問題であるだろう。それに、考慮を行う際に、どのような利益を考慮するか或いはどのように比較するか、即ち、得られた利益は何であるか、失われる利益は何であるか、さらに得られる利益と失われる利益がどのようにして、比較するか、同質でない諸利益ならば、比較が可能なのか等様々な疑問が残されている

²³⁰ 藤田宙靖・前掲注（226）349頁。

²³¹ 藤田宙靖・前掲注

²³² 小澤道一「土地収用法の過去・現在・未来（その4）（土地収用法施行50周年記念講演会記録）」用地ジャーナル2002年12月号第4頁。

が、これらの難問に対しては、この判断基準をもって、答えられるものではないだろう。

要するに、3号要件の充足性について日光太郎事件について提示される判断基準は、理論上においては、確かに美しいように見えるとは言え、事業認定庁は、利益関係が極めて複雑である個々の事例に、この基準を当てはめるのは、かなり難しいし、この判断基準に対する未解決の難題がまた残されていることが否定できない。

三 認定機関の中立性と公正性について

事業認定制度については、行政権が事業認定を行うというシステムになっている。外国の例を見ると、議会が収用権を付与するとか、あるいは裁判所が付与する例もあるようですが、日本では行政権による収用権付与の事業認定制度が採用されたわけで、これは明治22年土地収用法の決断であった²³³。ところが、事業認定の公正性を確保するために、事業認定庁の中立性もとより、その専門性も求められるところである。この点に関して、土地収用では、次の通りに事業認定庁の中立性が確保していないように思われる。特に国道交通大臣が起業者となる場合は、自分と密接な利益関係をもつ事業認定を行う際にして、如何にして、中立性を保ちながら、公正に事業認定を行うのが甚だしく疑われるところである。

国又は都道府県が起業者である事業や広域的に利害を及ぼす法定の事業の場合は国土交通大臣を事業認定庁とし、それ以外の事業の場合は都道府県知事が事業認定庁とされている²³⁴。国が起業者となった時に、国土交通大臣は、当該事業の実施政策の決定者であり、事業計画の決定者であり、事業の実施者でもあるような事態が生じられる²³⁵。

事業認定庁の中立性からして、国土交通大臣が起業者である場合²³⁶とそうでない場合²³⁷にも、実質的にはあまり変わりがないような状況になっている。国土交通大臣は、その事業の公共性を認めているからこそ政策決定し、計画し、予算措置し、実施したにすぎないといえようが、(用地買収に失敗したので)事業認定を申請し、申請者と同名義で認定したというのでは、その事業認定は、既成の判断を追認するための儀式

²³³ 小澤道一「土地収用法の過去・現在・未来(その2)(土地収用法施行50周年記念講演会記録)」用地ジャーナル2002年10月号18頁。

²³⁴ 土地収用法第17条。

²³⁵ 足立忠夫『土地収用制度の問題点—行政学から法律学へ—』(日本評論社、1991年)47頁は「建設大臣(現在の国土交通大臣)は、自分の掲げた政策を実現するために事業計画を決定し、その事業を遂行しようとするのであるから、公共性(さらに適正性、合理性)などに関して紛争のある自らの事業に対して、公共性の確認と強制的取得権の付与に関する判断において、自分の先入観が必ずはあるのではなかろうか。……建設大臣の認定は、例外的な場合を除いては、ほとんど申請どおりになるであろうことは想像に難しくないし、また事実そうになっていると指摘されている。

²³⁶ 足立忠夫・前掲注(235)48頁。

²³⁷ 足立忠夫・前掲注(235)48-49頁。

でしかないのではないかという疑問を惹起することも当然であろう²³⁸。

又、特定事業の公益性の認定機関に関して、昭和36年、「公共用地の取得に関する特別措置法」の制定に際して、田中二郎、加藤一郎等の各氏の座談会²³⁹において、事業認定庁の独立性について、議論したが、事業認定庁の中立性を向上するには単に建設省のみならず、他の各省を含めた国の行政機構全体の改革にかかわる重大な問題である等の理由で、実質的な改革が成し遂げなかったわけである²⁴⁰。

四 事業認定の事前手続について

事業の公益性の認定をめぐる事前手続としては、収用事業に関する情報の公開手続と収用に関わる被収用者及び周辺住民等の利害関係者の参加手続とがあげられる。これらの事前手続は、事業認定庁が行う公益性判断を慎重なものになるようにある程度担保できるばかりでなく、収用手続を効率よく、且つ、円滑に進めさせるためにも、極めて重要な意義を持っている。又、事業認定における事前手続の適正化は憲法にいう正当手続原則からの要請であるにもかかわらず、現行土地収用法においては、事業認定の事前手続が形式において、整備されただけで、その実効性に限界があることが否めない。

²³⁸ 平松弘光・前掲注(225)240頁。

²³⁹ この座談会においては、田中二郎は、「この問題につきましては、私は、一種の行政委員会的な制度を設けてこれに当たらせることにしてはどうか。起業者の立場に立っているように見られがちな建設省みずからがこれに当るよりは行政委員会がむしろ公正な第三者としての立場で事業認定を行うようにした方がいいんじゃないかという意見を述べてきました。この考え方に賛成する委員もあつたのですが、この点については、建設省は終始一貫、建設省が主体となり、その諮問機関としての審議会を設け、その意見に基づいて建設省が認定するようにしたいという考え方をあくまで固執されてきました。私は今でも私の意見の方が正しいと思っていますが、ただ、この法案を早く成立させなければならないという事情にあり、行政委員会を新たに設けるためには、各省との折衝問題、予算問題その他いろいろな問題が出てきましようし、そういうことのために法案全体が流れてしまうというようなことになってもまずいと思ひまして、譲歩した次第です。」と述べている。また、加藤一郎は、田中の主張に賛成して、「第三者的な行政委員会が当るのが適当だと思ったのですが、行政機構を改めるとなると大問題になるようですので、いちおう諦めた形です」と述べた上で、「この問題は現在の土地収用法で建設大臣が単独で事業認定をするという点にも関連します。……そして、私としては土地収用法も特別措置法も特別の行政委員会に扱わせるのがいいと思っております」と主張している。我妻栄ほか「公共用地取得制度について」(座談会)ジュリスト226号6頁(1961年)を参照。

²⁴⁰ この点に関して、足立忠夫教授は、「とにかく、建設大臣という一人の人格を、計画者としての大臣、起業者としての大臣、事業認定申請者としての大臣、事業認定権者としての大臣、事業認定に対する異議申立としての大臣、異議申立に対する決定者としての大臣というように観念的に区別し、その観念的区別に基づいて建設大臣が事業の認定を行い、それによって公共性を獲得したがゆえに個人の財産を強制的に取得する根拠が確立したというのは、たとえ法律学の上で認められたとしても、普通一般の市民の常識と一致しないことだけは、はっきり言えるであろう。このような国民の常識と一致しない手続が、政府にかなりの影響力をもつ学究の反対にもかかわらず、今日までなぜ存続しているのだろうか。それは言うまでもない。やはりさきの田中や加藤の発言が示すように、これを改めることは、単に建設省のみならず、他の各省を含めたわが国の行政機構全体の改革、いや、それにとどまらず予算をはじめとする行政運営の方式の全体の改革、私の理解によれば、究極的には、行政と交渉する政治家、行政官、国民のことごとく意識の根本的な変革を伴わなければならない、大問題に発展するからである。」と指摘された(足立忠夫・前掲注(235)51頁を参照)。

昭和42年の改正以来34年ぶりの、土地収用法についての大改正²⁴¹とされる平成13年法改正²⁴²では、事業認定に関する事前手続が見直された。具体的に言えば、事前説明会の開催、公聴会の開催、第三者機関からの意見聴取及び事業認定理由の公表について義務付けられることとなった。この改正について、「手続の透明化を図る狙いでこういう改正がされているのですが、注意をすべきなのは、これで手続が遅延してしまうということになると問題なわけですし、やはり手続の透明化の要請と、公益を早期に実現する必要性、この辺をうまく見極めた運用が求められると思うのです。」²⁴³と指摘された。

平成13年改正において、事業認定をめぐる手続を一段と充実させたとは言え、それが完備なものになったわけではない。憲法にいう正当手続の原則からして、公益性認定の事前手続というものは、土地収用法では、その形式において、保障されなければならない勿論、その実効性が確保しなければならないように思われる。ここでは実効性といのは、この手続の整備が、形式において存在するであれば、足りるものではなく、事業認定の透明性と公正性を確実に向上しなければならないと思われる。言い換えれば、事前手続は、終極の目的となるのが、国民の財産権等の利益を保護することにあり、そのような役割を確実に果たさなければならない。

この点に関しては、杉村教授は土地収用が伝統的な意味における公用負担の典型であり、手続の問題が公用負担についての三つの基本的問題の一つである²⁴⁴と主張した上で、土地収用の手続問題について、次のように述べている。

「どのような機関が公用負担を課するに公正な機関か、利害関係者に自己の主張を述べ、反対者の主張を反駁する手続上の保障が与えられているか、また、形式上は適正手続が保障されていても、それが現実には有効に機能しているかの問題である。もっとも、この点については、一面では、事前手続の適正化は、それ自身、司法審査などの事後救済によって覆いえない価値をもち、その必要性は、行政裁量の増大に伴い生じるとされる司法審査の限界との関係のみで承認されるべきものではないこと、他面では、それはあくまで手続上の規制にとどまって、公用負担の要件、効果、損失補償についての実体的規定に関せず、そこに手続的規制の機能の限界があることに留意すべきである。」²⁴⁵

²⁴¹ 藤田宙靖・前掲注(226)344頁。

²⁴² 土地収用法令研究会『改正土地収用法の解説(平成13年改正完全対応版)(補訂版)』(大成出版社、2005年)第83頁。

²⁴³ 小澤道一・前掲注(233)20-21頁。

²⁴⁴ 杉村敏正「公用負担」公法研究29号128頁(1967年)。

²⁴⁵ 杉村敏正・前掲注(244)128-129頁。

このように考えるならば、事業認定の事前手続は依然として、不十分ではないだろうと思われる。詳しく言えば、現行事業認定の事前手続は、次のように様々な問題を存在していると考えられる。

(1) 専門的学識及び経験を有する者の意見の聴取について

収用事業の公益性についての認定、とりわけ、事業計画の合理性についての判断が専門的な知識が必要となる。そこで、収用法第 22 条は、事業認定庁は専門的学識又は経験を有する者の意見を求めることができると定める。この聴聞手続の趣旨は、事業認定庁の専門的な知見の不足を補完し、事業認定の専門性を向上するとされている。しかし、同条に定めたように、こういう意見の聴取は、あくまでも、事業認定庁が必要があると認める場合に限って、行うものなので、結局のところ、意見を聴取するか否かは、すべて事業認定庁の裁量判断に委ねられることになる²⁴⁶。従って、学識経験者の意見を求める必要がないとした事業認定庁の判断は、裁量権の範囲を超え、又は、裁量権の濫用がない限り、違法となるものではない²⁴⁷。ところが、事業計画の公益性、即ち、特定の計画事業が土地収用法 3 条にいう土地の利用上適切且つ合理的であるか、及び同法 4 条にいう特別の必要が存在するかどうか、さらに土地収用法 20 条に定める事業認定の要件に適合するかどうかに関する判断は、常に高い専門的な知見と経験が必要となるにもかかわらず、こういう大事な手続を行うか否かを事業認定庁の裁量事項に帰することが一体適切であろうかと疑問を感じざるを得ない。さらに進めていけば、この手続を通じて、専門家と経験者から集められた貴重な意見をどのように取り扱うのかについて、土地収用法においては、何らかの定めも置かれていない。従って、この意見聴取の手続を行ったとしても、それが事業認定における公益性判断の適正化を担保することが極めて難しいと思わざるを得ない。そこで、この手続はその実効性からして、憲法にいう正当手続の原則に適合するものとは言えないだろう。

(2) 公聴会の開催について

土地収用法 23 条によれば、収用事業に関して、利害関係者の請求があつたときその他必要があると認めるときは、公聴会を開いて一般の意見を求めなければならない²⁴⁸。公聴会の開催は、事業認定庁の裁量事項とした旧法制度を見直し、それが義務付けられるようになったわけである。手続の適正化の見地からして、大きな前進と評価できると思われるが、事業認定庁が公聴会から、収集した意見はどのように処理する

²⁴⁶ 東京地裁判決昭和 38 年 9 月 17 日判決（行集 14 卷 9 号 1575 頁）。

²⁴⁷ 小澤道一『要説土地収用法』（ぎょうせい、平成 17 年）47 頁。

²⁴⁸ 本条は平成 13 年土地収用法改正により、改正されたものである。

かについて土地収用法が定めていない。これについて、事業認定庁は、事業の認定に関する処分を行うに当って、公聴会における意見を参考とすべきであるが、これに拘束されることはない²⁴⁹と解釈している。このような解釈を取るならば、公聴会開催の手續がその実効性を担保できないので、形骸化になりかねない。換言すれば、形式上において、存在するものの、中身のない手續になりがちなので、事業認定の透明化と公正性を確保できないもとより、正当手續の要請も適合していないと言えるだろう。

(3) 利害関係人の意見書の提出手續について

土地収用法第 25 条第 1 項では、利害関係人による意見書の提出手續を定めている。

事業認定申請に対して、利害関係人が提出した意見書に記載される意見は、事業認定庁がどのように取り扱うかが肝心である。といのは、この意見書の提出手續は、形式上において、行ったにしても、事業認定庁が事業認定を行うに当って、収集した意見を妥当に処理したか否かが意見提出手續の実効性に関わる大きな問題である。この点に関しては、現行土地収用において一切言及していないので、結局のところ、利害関係人の意見書をどのように処理するかはすべて事業認定庁の裁量権に委ねられることになる。そうだとすると、ここでいう意見書の提出手續は、形式において存在するものにとどまって、実質的に、その機能を果たすことが期待できないので、前述の公聴会開催という手續のように形骸化になりかねない²⁵⁰。

(4) 第三者機関の意見の聴取²⁵¹について

25 条の 2 に定める第三者機関の意見聴取手續は平成 13 年土地収用法改正により、新たに設けられたものである。事業認定における事業の公益性判断の適正性を担保するために、事業認定庁が得ている心証、即ち、一次判断を第三者機関がチェックすることが適当である²⁵²。

²⁴⁹ 小澤道一・前掲注 (247) 49 頁。

²⁵⁰ 足立忠夫・前掲注 (235) 46 頁は「この手續の問題については、「私が事業の認定に関して注目すべき問題として提起するのは、事業計画の実質的審査の過程において、利害関係人は、その不満等を意見書によって表明できるけれども、認定機関のそれに対する見解 (回答) を知ることもできない、したがって、当然、その見解に対してさらに意見を述べる (反論する) こともできない。」と指摘された。

²⁵¹ 土地収用法第 25 条第 2 項によると、事業認定庁は、事業の認定に関する処分を行おうとする場合に、あらかじめ第三者機関の意見を聞き、その意見を尊重しなければならない。

²⁵² 土地収用法令研究会・前掲注 (242) 100 頁、同 100 頁は「土地収用法第 22 条に専門的学識又は経験を有する者の意見の聴取が置かれているが、これは事業認定庁の知見を補充を主眼として特定分野の専門的学識経験者の意見を聴取するものであり、本条は、事業認定庁の行った事業の公益性に関する様々な考慮要素の総合的な比較衡量の結果の適正性を第三者機関がチェックすることを主眼として、複数の関係分野の専門的学識経験者のディスカッションの結果を聴取するということに大きな差異が存在するのである。」とされる。

又は、第三者から聴取された意見の法の効果としては、事業認定庁が第三者の意見を尊重する義務を負う²⁵³とされている。従って、その意見が明らかに不合理であると判断される場合を除き、これに従わなければならない²⁵⁴。

国土交通大臣が事業認定を行う際に、いわゆる第三者機関とは、国土交通省に設置されている社会資本整備審議会であるとされているが、問題となるのは、国道交通省と密接な関係をもつ社会資本整備審議会がどのようにして、独立性と中立性を保つかというものであると思われる。この点について、改正法につき衆参両院の国土交通委員会の付帯決議において、第三者機関からの意見聴取の運用についての事項が示されている²⁵⁵。

しかしながら、社会資本整備審議会は、国土交通省に設置された機関として、人事と予算等の面で、完全に独立することができない勿論、むしろ、国土交通省に付属する機関であるから、ある程度それに依存しているのではないかという懸念が払拭できないと思われる。とりわけ、国土交通省が起業者とする場合は、第三者機関の中立性に疑問を感じざるを得ない。そもそも、いわゆる第三者機関の意見聴取手続の趣旨は、価値判断が必要となる難しい公益性判断を行う事業認定の適正化を図るものである。このような機関の資質としては、その中立性と独立性の確保が何よりも重要であるだろう。

又は、土地収用法第 25 条の 2 に基づいて、事業認定庁は、第三者機関から聴取された意見を尊重しなければならない。このように、本条に定める第三者機関の意見に対する取り扱い方が優れているところであると思われる。とは言え、この第三者機関は既に述べたようにその中立性が保ちにくいので、特定の事業認定に当って、客観、且つ、公正的な判断意見を出せるか否かが甚だしく疑いところである。

以上では、事業認定における事前手続が存在する問題を取り上げた。平成 13 年土地収用法改正では、事業認定の事前手続の実効性を担保するために、重要な改正を行ったが、土地収用の事前手続が、その形式において、整備するだけでは、遥かに足りないものであり、実質的にその実効性を確保しなければならない。この見地からして、

²⁵³ 土地収用法第 25 条の 2 第 1 項、同第 2 項。

²⁵⁴ 小澤道一・前掲注 (247) 50 頁。

²⁵⁵ 改正法につき衆参両院の国土交通委員会の付帯決議において、第三者機関からの意見聴取の運用について、次の事項が示されている。

「政府は、本法律の施行に当っては、次の事項に留意し、その運用に遺憾なきを期すべきである。

(1) 社会資本整備審議会のうち、事業認定の審議に携わる委員については、法学界、法曹界、都市計画、環境、マスコミ、経済界等の分野からバランスよく人選するとともに、事業推進の立場にある中央省庁の OB の任命は原則として行わないこととし、事業認定の中立性、公正性当の確保に努めること。

(2) 事業認定の審議に当っては、当該事業に利害関係を有する委員は当該審議に関与しないようにするなど厳格な運用を行い、事業の中立性、公正性当の確保に努めること。」

「土地収用法の一部を改正する法律案に対する付帯決議抜粋」(平成 13 年 6 月 15 日衆議院国土交通委員会決議)を参照。

事業認定の事前手続は、前述のように不十分なところは、依然として、存在すると思われる。

五 事業計画の確定手続の適正化について

土地収用における公益性認定について、取り上げた前述の四つの問題点は、あくまでも、土地収用法制度の枠組みに限定した場合において、生じる問題である。ところが、土地収用事業の公益性問題は、事業認定に当って、初めて生じる問題ではなく、実は事業立案と計画の時点では、すでに存在するものである。事業計画の確定手続、とりわけ、住民の参加手続が、現行法においては、よく整備されていないことが、事業認定の適正化に関わる一つの大きいな問題である。

土地収用における事業認定は、土地収用が運命付けられる最終段階の制度であるので、事業認定をめぐる手続だけを整備するにしても、公益性認定の公正性と収用手続の円滑化を確保するのは難しい²⁵⁶。従って、ミクロの視点で、土地収用公益性認定手続の問題を発見し、それを解決していくだけでは、足りない。そして、マクロの視点から、事業計画の確定手続に着目し、その適正化を図ることが必要不可欠なのであると思われる。というのは、住民等の利害関係人の理解を得て、収用手続をより透明、適正、且つ、円滑なものをさせるために、公共事業計画を確定する時点から、事業に関する情報の公開及び住民の意見の聴聞等の手続を各法制度により、整備することが大事である。にもかかわらず、現行法制度において、このように整備されたとは言えない²⁵⁷。

又は、公共事業の計画手続の整備については、「収用のための利益調整に先立ち、本来、公共事業の計画立案に際しての利益調整、そして実施計画に際しての利益調整、という問題がある筈なのであって、わが国の場合、こういった段階での調整が十分になされないままに、突如収用という話となり、そこに全ての利益調整が持ち込まれることが、問題の根源となってきたのである。従って、今後必要なのは、公共事業の立案計画手続の整備であり、公共事業実施計画手続の整備であって、そのペースとなるのが、総合的な国土計画手続であり、総合的な土地利用計画手続である筈である。」²⁵⁸と指摘した。

²⁵⁶ 足立忠夫・前掲注(235)16頁は、この問題について、「古くは昭和30年代の下笠・松原ダムをめぐる長期の大紛争や近くでは成田空港をめぐる長期且つ過激な紛争が示すように、”公共事業紛争”又は、”行政紛争”は、根源をたどってゆけば、個々の公共事業の計画決定そのものの是非の問題にまで到達し、……収用される所有権者等の運命は計画決定の段階においてすでに致命的な段階に立たされているのが一般的である。」と指摘した。

²⁵⁷ この点に関しては、事業認定の負担軽減のためには、他の事業法の中でも都市計画事業に類するような手続規定を設けて、カッチリとやるような法制度ができてくれば、収用法の事業認定は、ある程度それを前提にしたスムーズな認定手続が可能になってくると思うのです。しかし、現実は今のところそこまでいっていないのです。小澤道一・前掲注(232)8頁を参照。

²⁵⁸ 藤田宙靖・前掲注(226)357頁、また、この点に関して、村上武則「行政改革の中における土地収

小括

本章では日本土地収用制度における公益性認定をめぐって、収用事業の立法例、認定要件及び司法審査等主な制度を考察した。

まず、立法例に関しては、日本は、上述のように土地収用法第3条では、収用事業を詳しく列挙し、かつ、収用がこれらの事業に厳しく制限されているので、制限列挙主義立法例を採用していることが明らかである。この立法例は、旧法明治22年法から導入された立法例であるが、現行法がその立法の伝統を受け継いだものである。ただ、現行法は、公益事業についての内容がより精細かつ緻密になっているわけである。

それに、行政収用権の濫用を防止するため、昭和26年法20条において、事業認定の要件を明確に定めるようになった。すでに述べたように、収用の公益性に関しては、事業認定庁は、土地収用法20条に定める三つの要件の充足性を判断した上で、事業認定をするか否かを定めることになる。更に、司法審査の方法としては、とりわけ、3号要件の審査について、主として、裁量統制審査方式により、行われることになる。この審査方法の下では、裁判所は、事業認定庁が、収用事業にかかる諸利益を比較衡量する際に、利益考慮の有無と考慮の程度を審査した上で、違法か否かを判断することになる。

最後に、日本土地収用制度における事業認定が現に存在している問題を取り上げながら、検討を加えた。

第三章 中日土地収用における公益性認定制度の比較分析

土地収用は公益性事業に制限されることは、収用制度の重要な内容である。公益性認定制度は行政収用権の濫用を抑止する機能を持っているのみならず、国民の土地財産権を保護するためにも、欠かせないものである。肝心なのは、一体、どのようにして、収用事業の公益性を判断するかということである。この問題は収用制度と関わる立法、行政と司法の権限分配の問題であるので、極めて重要である。そして、日本の土地収用における公益性の認定制度は、中国と比べて、優れた制度であると言えるが、中国土地収用の法制度とその実効性から見れば、現行収用制度は、2004年憲法改正以降、改善しつつあるとは言え、本文第一章で既に述べたように、依然として、様々な問題を抱えており、よく整備されていないように思われる。

用法改正と収用委員会」阪大法学 52 卷第 3・4 号 562 頁（2002）は「従来は、事業認定になって初めて利害関係人に意見書を提出する機会が与えられていたにすぎないが、これではあまりにも遅すぎのであり、紛争の重要な原因の一つになっていた。このような「川下」においてようやく情報公開するのではなく、いわば「川上」の段階から広く協働しながら計画を定めようとするのが今後のあり方とされてきた。」と指摘された。

本章では、日中両国の公益性認定に関する法制度を比較・検討しながら、中国土地収用の公益性認定制度を改善するために、日本法からの示唆は一体何であろうかを明らかにしたいと考える。

まず、第一節では、中国と日本の土地収用事業に関する立法例を比較することにする。次いで、第二節では、土地収用における公益性の認定手続を比較・考察する。最後に、公益性認定の司法審査について、比較しながら分析することとしたい。

第一節 土地収用公益性に関する立法例の比較

本節では中国と日本の公益性事業に関する立法例について比較することとする。

一 立法例に関する学説上の分類について

土地収用の公益性事業に関する立法例としては、既に述べたように、中国の学説においては、諸外国の立法例を参照し、一般に概括主義、列挙主義と折衷主義という3分類説を採っている²⁵⁹。概括主義立法例というのは、土地収用関連法において、公共利益、公共の目的又は公共の福祉等ための事業という抽象の言葉を用いて、収用の公益性要件を概括的に定める立法例のことを指している。一方で、列挙主義立法例とは、公益性にあたる事業を法により詳しく列挙する立法例をいう。

これに加えて、収用事業に関する立法において、適格事業を列挙すると同時に、他の公益性事業等の概括的な条文も置かれているので、現に列挙していない事業であっても、収用機関が公益性事業であると認めるならば、収用は可能であるという立法例もあるとされる。このような立法例は、前述の概括主義と列挙主義という2つの立法例の特徴を持っているので、中国の学説においては、折衷主義立法例と呼ばれている。これと比しては、日本の学説において、概括主義と列挙主義があると分類するのが異論のないところである²⁶⁰。すなわち、立法例の分類に関しては、中国3分類説を採用しているのに対して日本は2分類説を採っているように見える。

更に、公共事業について個別法によりその収用の目的、収用権者を明確に定めて、授権する立法例も存在している。このような立法例はアメリカの州立法²⁶¹においてよく見られる。

²⁵⁹ 立法例に関する学説の状況について本文第1章第2節を参照。

²⁶⁰ 本文第2章第一節を参照。

²⁶¹ 例えば、カリフォルニア法律改正委員会は1974年に、アメリカ連邦の他の州の改正意見と収用立法（NEW YORK STATE COMMISSION ON EMINENT DOMAIN, REPORT (1971, 1972); VIRGINIA ADVISORY LEGISLATIVE COUNCIL, LAWS RELATING TO EMINENT DOMAIN (1972); IOWA EMINENT DOMAIN STUDY COMMITTEE, FINAL REPORT (1971); LAW REFORM COMMISSION OF BRITISH COLUMBIA, REPORT ON EXPROPRIATION (1971).) を参照し、カリフォルニア州の土地収用法の改正意見を提出した。これを受けて、1975年にカリフォルニア州収用法を制定したわけである。カリフォルニア州の土地収用立法例は1975年に一般法による列挙主義から、個別立法主義へと移行した。

カリフォルニア州民法（California Civil Code）旧第1001条は、どうな者でも、立法部の更なる授権がないとしても、カリフォルニア州民事訴訟法（California Code of Civil Procedure）旧第1238条に詳しく列挙されている公共事業のためであれば、私人の土地を収用することができると定めてい

これらの立法例の長所があれば、短所も存在することが言うまでもない。どのような立法例が特定の国にとって、相応しいかが一概に言い切れないので、各国の実情に応じて具体的に検証する必要がある。次では、財産権保護と収用権濫用の防止及び収用における公益性判断権の分配のあり方という2つの視点から、中国と日本の立法例を比較しながら、検討を加えることとしたい。

二 財産権保護と収用権濫用の防止の視点からして

公益性事業に関する立法例からして、上述のように、主として、概括主義、列挙主義と折衷主義又は個別立法主義とが存在している。

中国では、公益性認定に関する立法例は、すでに第一章で述べたように、土地収用制度の二元化問題が存在しているので、農村集団土地収用における立法例と都市国有土地収用における立法例と大きく異なっている。詳しく言えば、2011年家屋収用補償条例を制定する前に、農村集団土地の収用と都市国有土地収用の収用は、同じく概括主義立法例を取っていたが、新たに制定された「国有土地上家屋収用及び補償条例」第8条において、公益性事業を列挙するとともに、列挙していない事業であっても、収用機関が収用の公益性があると認めるならば、収用が可能であるとされているので、折衷主義立法例を採っていることが明らかである。言い換えれば、国有土地収用の

た。

1872年に制定したカリフォルニア州民事訴訟法第1238条では、数多くの使用を公共使用として列挙しており、そして公共使用項目を追加するため、何回も改正された。第1238条に対して数回にわたる改正が行ったとは言え、公共使用にあたる認められる多くの使用がこの条項に列挙されていなかった一方で、それに列挙されたものであっても、必ず公共の使用であることを保証することができない。というのは、特定の使用が公共使用であるか否かについては、常に司法審査の対象となっているわけである。

立法部が通常に、民法第1001条と民事訴訟法第1238条に基づいて確立した土地収用の授権の仕組みを重視していなかったため、数多くの公共使用事業を列挙した民事訴訟法第1238条は余分なものとなってしまった。その代わりに立法部は、特定な公共使用を目的とする収用を授権するため、その他の法典化した、又は法典化していない収用についての条文を制定した。実は、特定な公共目的と特定の人に収用権を授与するため、数多くの個別法を制定した。

旧収用法についてのカリフォルニア法律改正委員会の改正意見においては、カリフォルニア法律改正委員会 (California Law Revision Commission) は、民法1001条と民事訴訟法1238条に確立された現行土地収用権の授与システムの代わりに個別法に基づいて公共団体、公共企業等に明確な収用権を授与するために法制度を改正すべきであると勧めていた。又は、ある制定法により、特定な目的のため、収用権を特定な主体に授与したのであれば、このような使用(目的)は、立法的な承認を受けた公共使用であると看做すべきである。このような使用が公共使用であるという余分な規定が収用制定法に追加する必要はない。このアプローチを採用すれば、一般土地収用法において特別に公共使用事業を列挙する需要がなくなる。その結果、個別制定法により、新たに授権された公共事業が公共事業を列挙する一般土地収用法の該当条文を頻繁に追加する需要もなくなる。それに、このような立法例は、すでに存在している特定な事業に関して、私人による収用権の行使が可能か否かについての不確定性を無くすとともに制定法が土地収用を特定私人らにしか授権しないと解釈するように確保する。又は、一般土地収用方法を定める民事訴訟法第1238条において、公共使用事業を詳しく列挙しているにもかかわらず、このアプローチの目的となるのは、長期間にわたる個別法による土地収用の授権という立法の実践を確認することにあるとされる (*Recommendation Proposing the Eminent Domain Law*, 12 CAL. L. REVISION COMM'N REPORTS 1601 (1974); *Tentative Recommendation Relating to Condemnation Law and Procedure: Conforming Changes in Special District Statutes*, 12 CAL. L. REVISION COMM'N REPORTS 1101 (1974))。

収用においては、収用事業の立法例が概括主義から、折衷主義へと移行した。これに対して、農村集団土地の収用は、未だに概括主義立法例のままである。

要するに、中国の公益性事業に関する立法例は、農村集団土地の収用においては、概括主義を、都市国有土地使用権を収用する場合は、折衷主義を取っているので、概括主義立法例と折衷主義立法例とが並存しているように見える。

中国の土地収用公益性事業についての立法例と比して、日本土地収用法第3条からして、日本は、列举主義の立法例を、厳格に言えば、制限列举主義を採用していることが明らかである²⁶²。現行法である昭和26年法は制限列举主義の立法伝統をそのまま受け継いだ²⁶³。現行法について、「新たな公益事業が生じて、これを包含することが、ある程度可能なものとなっている。」²⁶⁴と高く評価された。土地認定庁の認定行為の恣意と濫用を防ぐために、土地収用法第3条では土地収用の適格事業を明確に列举しているわけである。この制限列举主義立法例の下では、公共事業であっても、土地収用法第3条に列举している事業でない限り、原則的に土地収用権を発動することができないので、収用権の行使が厳しく制限されることになる。

要するに、日本土地収用法第3条が公共の利益となる事業に関する規定について、制限列举主義を取っているので、行政認定庁の裁量の濫用や恣意を防ぐことが期待できる。この点は制限列举主義立法例の優れているところである。一方で、その柔軟性が欠けているので、社会の変化に伴い、新たに生じた公共事業に対する土地収用の必要性があった場合にしても、事業認定庁は収用権限の行使ができないが、土地収用法の改正により、土地収用法第3条に列举する事業の内容を充実・補完するには現実に多少遅れが生じるにしても、ある程度可能である。もっとも、土地収用法第3条に列举している事業が極めて詳細であるので、それに含めていない事業が社会の発展に伴い、新たに生じることが予測できるが、それが多くはないと思われる。

上述のように中国と日本は公益性事業の立法例に関しては、それぞれに違った立法例を取っていることが明らかである。特定の国にとっては、上述の立法例のいずれが相応しいかが、この国における立法権と行政権の関係や行政権濫用に対する制限の必要性の程度、法制度と他の社会事情等の要素を考慮した上で、総合的に判断しなければならないと考える²⁶⁵。これらの立法例が異なる特徴を持っており、いずれの立法例を取っても、次のようにメリットがあれば、デメリットも存在している。

²⁶² 日本は明治8年(1875年)公用土地買上規則では公益性事業の立法例として、概括主義を取っていたが、その後制定した明治22年法は制限列举主義立法例へと移行したという経緯がある。又、明治33年法は、その前法である明治22年法と同じく制限列举主義立法例を取っていた。

²⁶³ 小澤道一・前掲注(114)73頁は「現行法は、明治22年法以来の伝統にならい、制限列举主義を取っている。ただし、現行法の収用適格事業に関する規定の仕方は、明治22年法及び明治33年法に比べてはるかに精緻なものになっている。」と述べた。

²⁶⁴ 竹村忠明・前掲注(113)65頁以下。

²⁶⁵ この点に関しては、美濃部達吉博士は「包括主義と列举主義のどちらが立法上適当であるかは、主として具体的収用の場合を決定する手続如何の問題と相関連する。若し具体的決定に付き十分に慎重な

概括主義立法例は、柔軟性が備えており、社会状況の変化に対応しやすい利点を持つ一方で、土地収用の公益性を認定ないし判断する機関に大きな裁量権が与えられているので、収用権と裁量の濫用を招くリスクが高くなり、それに対する司法審査の強化がいつそう強く求められている。

これに対して、列挙主義は、とりわけ、制限列挙主義は、収用権の濫用を抑止することで、国民の財産権を保護できる等の点が評価される場所であるが、法の柔軟性の不足というデメリットが存在するので、急速な社会変化への対応が遅れる恐れがある。

最後に、折衷主義立法例は、すでに述べたように、収用権の濫用に対する抑止力が極限られており、結局のところ、概括主義立法例とほぼ同じ法効果を持つものなので、国民の財産権保護の見地からして、相応しくないとわがざるを得ない。

収用事業の立法例について、中国の学説において、折衷主義を取るべきであると主張している学者が圧倒的に多い。その理由としては、収用関連法において、公益性事業を詳しく列挙することで、行政収用権の濫用を防ぐとともに公共利益のため等の概括的な条文を定めることを通じて、列挙主義立法例が有している柔軟性の欠如という欠陥を克服できるとされている。

しかしながら、折衷主義立法例を採用するならば、列挙される公益性事業は勿論、そうでない事業にしても、収用機関がその裁量により、公益性があると認めるならば、収用の対象になりうるから、結局のところ、概括主義立法例と同じような法効果になりかねない。制限列挙主義のように行政収用権の濫用を抑止する機能を果たすのが難

手続を取り、其の決定を濫りにすることの虞が無いならば、包括的に広く公益上の必要のために収用を為し得べきものと定めても、権力濫用の弊を生ずることも無く、却って能く事情の変遷に応じて公益上の需要を充たし得る利益が有り、新に収用を必要とする事業を生じて一々法律を改正する必要を生じないのであるが、具体的な場合の決定を行政官庁の専断に任かすやうな制度の下に於いては、さういふ包括的な定めは権力乱用の虞が無しとせず、随って収用を為し得べき事業の種類を限定列記する必要を生ずるのである。

併し法律により収用を為し得る事業の種類が列記限定せられたとしても、それだけで完全に権力乱用の弊を防ぐには足らぬ。却って反対に其の列記せられた事業に該当すれば、それだけで既に当然に公益上の必要ある場合であると推定する傾きが有り、法律の要求する所は、単に其の列記せられた事業に該当するを要するのみならず、尚現実に其の事業の為に収用を為す公益上の必要ある場合であることを要するのであるが、此の後の要件はこれを軽視するの虞が無いとしない。」と指摘された（美濃部・前掲注（125）66頁）。

また、武井群嗣『土木行政要義』（良書普及会、昭和4年）556頁以下では、収用事業の立法例に関しては、「土地を収用又は使用することを得る事業を定むる立法例には相異なる二主義を存し、一は挙げて之を主務官庁の認定に一任せんとするに反し、他は各具体的の事業に付特に法律を制定せんとするのである。而して後者は主として欧米諸国の採用する所であって、私有財産権保護の為には好都合であるが、社会文化の進展頻りなる現代の趨勢に伴はざる虞がある。反之前者に依れば法に弾力性あるを以て能く後者の缺点を除き得るけれども所有権徴収の如き重大なる結果を招来する事件を行政官庁の自由認定に委ぬるが如きは動もすれば職権濫用の弊に陥ることなきを保し難い。斯の如く両主義共に一利一害あるを免れざるが故に、我が土地収用法においては土地を収用又は使用することを得る場合は公共の利益と為るべき事業の為に必要なるときに限ることとし、且つ其の事業は法第2条に列挙せるものの一に該当することを要するものと定めた。蓋前記の両主義を折衷したものであって、實際上最も適當なる制度である。」とされる。

」

しいに違いない。国民の財産権を保護しなければならないという憲法の要請からして、収用権の濫用を有効に防止するのが強く求められるところであるが、この点に関しては、私人の財産権に対する保護が極めて不十分で、且つ、土地収用権の濫用が深刻化しつつある中国にとっては、法治主義に従い、収用権の濫用を制限する要請がいっそう強くなるわけである。このような収用権限の濫用を抑止する機能をよく果たすことが期待できるのが、立法例としては、概括主義でも、折衷主義でもそぐわないが、制限列举主義を取るに他ならない²⁶⁶。

従って、上述の三つの立法例の優劣に関する検討の結果と土地収用における中国の実情を踏まえつつ、概括主義から、制限列举主義立法例に移行された日本収用法制度を参照し、中国は公共事業の立法例としては、概括主義でも、折衷主義でも、取るべきではないが、行政収用権の濫用に対して、最も抑止力の強い立法例である制限列举主義を取るべきであろうと思われる。

三 公益性の有無に対する判断権の帰属の側面からみて

収用公益性に関する立法例は、形式からみて、収用事業についての法律の定め方に過ぎないとは言え、実質に収用における公益性の判断権が立法、行政と司法のいずれかに帰すべきなのかの問題であると考えられる。即ち、憲法にいう公共利益にあたる事業に対する解釈権は立法、行政と司法という三つの国家機関のどれに分配すべきかの問題であると言えるだろう。

具体的に言えば、概括主義立法例では、具体的な事例において、公益性事業であるか否かを判断する権限がすべて行政権に委ねられ、その恣意と独断により、決めることになるので、収用機関に極めて大きな裁量権を与えおり、その濫用を防止するのがかなり難しいにとどまらず、この立法例の下では、行政機関により、行った違法ないし不当な公益性認定を審査する明確な法的な根拠もないので、それらを是正し、国民の財産権を保護するために、裁判所が司法救済と司法審査を行うのが極めて難しいだろう。これに対して、制限列举主義立法例の下では、憲法にいう公共利益に当たる事業に対する解釈と判断は、立法部の権限としており、立法機関が憲法にいう公共利益にあたる事業を解釈する権限を留保し、収用関連法において、公益性事業を明確に定める（公共事業の列举）ことになる。このように、国民の代表である立法機関こそ、国民の財産権を侵害する収用権の行使要件としての収用事業の公益性を解釈・判断す

²⁶⁶ 田中好・前掲注（123）532頁は、列举主義立法例について「列举主義が立法上適当なりや否やは議論の存する所にして、社会の文化が日に新たなる現代に於いて事業を列举するは時代の趨勢に伴はざる虞あるを以て寧ろ内閣の認定に一任し法の弾力性を有せしむるを適當とするが如しと雖、欧米諸国に於いて採用するが如く具体的の事業に付特に法律を制定するの制度に対照するときは、内閣自由認定制度の許に所有権を強制徴収するが如き重大なる事件の決定を任めるは行政権濫用の弊を生ずること無きを保し難きが故に現行法の採用する列举主義は適當なる制度と言はざるべからず。」と指摘した。

るのが民主主義の原理に合致しているので、その正当性があると思われる²⁶⁷。そして、収用行政機関（事業認定庁等）はあくまでも、前述の立法機関が行った判断（公共事業の列挙）の範囲において、特定の事例において、収用の公益性が存在するかどうかを判断する権限を持つに過ぎないので、その収用権が厳しく制限されているわけである。国民の財産権を著しく侵害する収用権を制限することは法による行政という法治主義原理からの要請である。制限主義立法例こそ、この要請に答える立法例であるように思われる。それに、この立法例の下では、収用権の行使に対する裁判所の司法審査に、法的の根拠を提供できるだろう。更に、折衷主義立法例では、収用法において明確に列挙される公益性事業については、列挙主義立法例のように、立法機関が収用立法を通じて、収用の公益性を判断するのであるが、他の公共利益のため等の概括的な条文に基づいて、収用権を行使する場合は、概括主義と同じく、公益性を判断する権限がすべて行政収用機関に委ねられることになる。即ち、折衷主義立法例の下では、列挙されていない事業の公益性の有無についての判断権が、概括主義立法例のように、立法機関でなく、収用機関の判断権に帰属するわけである。このように、折衷主義立法例は、概括主義立法例と比して、収用権の濫用に対する抑止力からして、両者の法効果は、ほぼ、変わらないように見える。

日本土地収用法が、制限列挙主義立法例を取っていることに鑑みると、公益性に関する判断は、即ち、何ををもってしては憲法にいう公共利益に当るかについての判断は、立法機関である国会の権限としていることが明らかである。詳しく言えば、制限列挙主義立法例の下で、国会が、憲法第 29 条第 3 項に定める公益利益に適合する事業が、具体的にいえば、どのような事業であるかを土地収用法第 3 条により、定めることで、判断することになるわけである。この立法例の下では、事業認定庁は国会のような判断権を持っていないが、あくまでも、国会が行った判断の範囲においては、個々の事例における公益性の有無を判断するにとどまるのである。このような立法例の下では、収用権が厳しく制限されており、具体的な収用事例においては、事業認定庁が、国会がなされる公益性判断、即ち、土地収用法第 3 条に列挙される事業に当るか否かを判断する権限を持つにすぎない。

このように、日本は、土地収用を行う際にして、収用事業の性質、用途及び機能そのものからして、憲法第 29 条第 3 項にいう公共利益に当るかどうかを判断する権限が行政機関でなく、国家の権力機関である立法機関（国会）に帰することになるので、収用権の濫用を確実に防止できるのみならず、民主主義と法治主義の見地からしても、その正当性を有していると思われる。何故ならば、立法機関（国会）が国の権力機関であると同時に国民により、選ばれた意思決定機関である。従って、国会が国民を代

²⁶⁷ 張千帆・前掲注（70）45 頁。

表する意思決定機関として、収用立法により、どのような事業が公共の利益を実現するために、相応しいかを定めることは、民主主義の精神に合致しているだけでなく、人権と見なれる国民の財産権の保護と法治主義の見地からも望ましいだろう²⁶⁸と思われる。

これに対して、中国では、第一章で見られたように、農村集団土地収用については、概括主義立法例を採用している。一方で、都市国有土地使用権に対する収用においては、折衷主義立法例を取っているので、上述のようにその法効果が実際に概括主義立法例とあまり変わらないのである。又は、都市国有土地使用権を収用する際の根拠法とする「国有土地上家屋収用及び補償条例」は、その名称の通りに、国民により選ばれた立法機関たる全人代が制定した法律でなく、最高行政機関たる国務院が制定した条例である。即ち、その条例第8条に列挙された公益性事業は、立法機関（全人代）でなく、最高行政機関により、判断したものであることが明らかである。これと比べてみると、日本土地収用法は国会により制定した法律であるので、その第3条に列挙している公益性事業が行政機関ではなく、立法機関（国会）が判断したものである。立法機関が公益性事業についての判断を行うのが、民主主義と国民主権の原則からの要請であり、正当性があるが、土地収用権を持つ地方の各行政機関を指揮・監督する最高行政機関に公益性判断の権限が与えられるのが、その正当性がどこに求められるかは、甚だしく疑われるところである。この点に関しては、立法法第7条6項は非国有財産に対する収用に関する事項は法律により、定めなければならないとの規定が置かれているにもかかわらず、国有土地使用権の収用に関しては、旧法はもとより、新たに制定した「国有土地上家屋収用及び補償条例」も法律ではなく、国務院が制定した条例である。

従って、民主主義と法治主義の要請からして、憲法にいう公共利益に当たる事業に対する解釈と判断する権限が立法機関により、行われることがもっとも相応しいもの

²⁶⁸ この点に関しては、アメリカにおいては、土地収用権が行政部にあるのではなく、立法部の下に置かれている。これは、国民の代表である立法部の信頼と行政権への不信によって、創設した権力の配分である。この点については、アメリカの憲法制定に当って、議論されていた。共和主義の喜びに包まれるアメリカ国民の多くは、国民によって、選挙された政府は、人々を圧迫するような危険がほとんど存在していない。州の立法部は、国民の代弁者となって、公共の福祉を判断させ、それに個人の財産権の限界を定義させることに信じられている。従って、アメリカ憲法を制定するに当って、立法部の権力制限よりは、多くの州政府が、行政権力の制限に重点を置かれた。共和主義者は、イギリスで起きた腐敗問題は、大きすぎる個人権力により、もたらしたものと見ており、この問題について慎重に熟考した結果、イギリスと類似するような権力濫用が新しい国（アメリカ）で、起きないように多くの州憲法では、行政部の権力を厳しく制限した。従って、最初の収用条項は、行政権力への制限に重点を置いたと思われるが、さらに公共の利益のために行われる収用権限は、行政部の特権でなく、立法部の権限であるという原則を明らかにした (Matthew P. Harrington, "Public Use" and the Original Understanding of the So-Called "Takings" Clause, 53 *Hastings Law Journal*. 1245, 1277 (2002) ; William Michael Treanor, Note, *The Original Significance of the Just Compensation Clause of the Fifth Amendment*, 94 *Yale L.J.* 694, 701 (1985)).

であると考え。収用事業の立法例のあり方と併せて考えれば、制限列举主義立法例を取るべき結論が導かれるだろうと思われる。

第二節 公益性認定手続についての比較

本節では公益性認定手続について比較することとする。土地収用における公益性認定手続は、主として、認定の審査内容、公益性の認定要件及び公益性認定の事前手続とが存在すると考える。そして、本節では、上述の三点に着目して比較しながら、検討を加えたい。

一 公益性認定手続の構造と審査内容についての比較

中国では、土地収用における公益性認定手続は、日本の事業認定のような一般的な公益性認定制度が存在していない。というのは、第一章で述べたように都市部と農村部とは、それぞれ異なった土地制度を採っており、いわゆる土地制度の二元化という問題が存在しているわけで、土地収用制度もこれに応じて、次のように都市部と農村部は、全く異なった収用制度を採用しているわけである。

都市部においては、「国有土地上家屋収用及び補償条例」に従って、公共事業を実施する際に、市又は県政府が収用決定手続を行なうことになる。又は、この収用決定手続においては、国有土地使用权を必要とする事業の公益性が存在するか否か、及び収用が適当であるかどうかを判断する手続となるので、国有土地使用权を収用する際に、行わなければならない公益性認定手続であると言える。

一方で、農村部では、集団所有地に対する収用は、都市部の国有土地使用权の収用と全く異なる収用認定手続を取っている。この点について本文第一章第三節で述べたように、集団土地収用では、2つの連続し、かつ、独立した許可手続、即ち、農地用途変更許可と農地収用許可とを通じて、個々事例に応じて、収用が適当であるか否かを判断することになる。前者である農地用途変更許可というのは、主として、農業を営む農村集団土地が建設事業の用地に変更できるかを審査する手続である²⁶⁹。この手続が農地収用手続を申請するに先立って、行わなければならない手続となっているので、農地収用許可の前置手続であると言える。言い換えれば、農地用途変更許可が得

²⁶⁹ 農地が食糧等農産物を生産する貴重な資源であるので、国の食糧安全を確保する最低限の農地を維持しなければならないとされる。このような考え方が土地管理法の重要原則としている。例えば、土地管理法第3条（土地を大事に、かつ、合理的に利用するとともに、確実に耕地を保護することがわが国の基本国策である。各人民政府は、土地の利用を全面的に計画し、土地資源を厳格的に管理・保護・開発しなければならない。土地の不法占用を禁止しなければならない。）と第4条（国家が土地用途の管制制度を実行する。国家が土地利用の総体計画を編成し、土地の用途を策定する。土地が農用地、建設用地と未利用地に分類する。農用地が建設用地への転用を厳格的に制限し、建設用地の総量をコントロールするとともに、耕地を十分に保護する。）がこれについて、詳しく定めている。基本農地を確保するために、土地管理法は農地用途変更許可を設けたわけである。

られない限り、農地収用申請を申請することができないわけである。後者である農地収用許可とは、個々の収用事例に置かれている特殊な事情を総合的に斟酌して、農地収用ができるか否かを認定する手続となる。換言すれば、農村集団土地収用の可否に関する認定手続は、農地用途変更許可と農地収用許可という2つの関連する手続から構成されている²⁷⁰。

次では、中国と日本の公益性認定手続の構造とその審査内容について比較することとしたい。

(一) 収用手続の構造について

上述のように中国では、収用手続の構造からして、収用の可否を判断する手続として、都市国有土地使用権の収用では、収用決定を通じて、収用事業の公益性を審査することになる一方で、農村集団所有地を収用する際に、上述の2つの許可をもって判断する、という仕組みになっている。その中で、農地用途変更許可は農地から、建設用地に変更できるか否かを審査するものであり、その主要な目的は食料安全と農産物を生産する農地を保護することになる。詳しく言えば、食料生産の安全を確保するために、最低限の農地を維持しなければならない²⁷¹。一方で、経済発展に伴い、都市の拡大と工業用地の需要が増え続けている。そして、農業生産の安全を確保するほどの農地の維持と、経済発展の促進に伴う土地収用の需要と、どのようにして、調和するのが農地用途変更許可を行う際に、考慮しなければならない事項である。従って、収用事業の公益性がその審査外にあるとされている。それに、農地収用許可においては、農地から、建設用地に変更した土地を収用できるか否かを具体的に判断する手続である。その審査内容が土地管理法において、明確に定めていないので、収用機関の裁量判断に委ねられている²⁷²。

又は、収用の損失補償については、国有土地使用権を収用する場合は、補償決定という手続き²⁷³をもって算定する。これに対して、農村集団所有地に対する収用においては、収用許可が下されたとすれば、補償・安置方案の決定手続²⁷⁴を通じて、補償額を決めることになる。

²⁷⁰ 第一章第三節の二を参照。

²⁷¹ 土地用途の管制制度の（主に農地用途変更許可）主な目的は耕地を保護し、それを不法に占有する行為を制止するにある。この目的を達成するために、厳しい農地用途変更許可を設けたわけである（鄭太福・前掲注（29）149頁を参照）。

²⁷² この点に関しては、公共利益とは言え、その重要性が公共利益の種類と性質によって異なっている。法律によれば、耕地は社会の公共利益を満たせるとされている。というのは、耕地が国家の食糧安全、農村の生活保障と農村の安定と団結にとっては、欠かせない大事な資源である。従って、農地を収用するために、その収用事業が達成しようとする公共の利益が耕地が現に提供する公共利益より、重要性がもっと高いということが必要であるにもかかわらず、収用関連法においては、これについて明確に定めていないと指摘した（鄭太福・前掲注（29）150頁を参照）。

²⁷³ 「国有土地上家屋収用及び補償条例」26条。

²⁷⁴ 土地管理法47条。

これに比して、日本は、事業認定は主として収用対象事業の公益性を認定することになる。この認定制度はもとより存在しているものではなく、明治22年土地収用法から導入されたものである²⁷⁵。これを受けて、日本土地収用手続が公益性判断を担う事業認定と補償金額を算定する収用裁決とに二分化されているわけである²⁷⁶。

(二) 認定手続の位置付け、審査内容とその審査基準に関して

収用認定手続の位置付けとその主な審査内容が次のように異なっている。

(1) 認定手続の位置付け

中国の土地収用制度においては、既に述べたように、都市部の国有土地使用権に対する収用では、収用決定手続により、公益性判断を行うことになる。収用手続そのものは、収用決定と補償決定という2つの手続から、構成しているから、この収用決定は、土地収用手続との関係で、予備的ないし付随的な手続ではなく、正式的な収用手続の一部であると位置づけられている。従って、この手続は、国有土地使用権を収用する法効果が生じるわけである。一方で、農村集団所有地の収用においては、農地用途変更許可と農地収用許可という2つの許可手続を経て、農地の収用を行うことになるが、前者の許可は、関わる土地の用途を農業用地から建設用地へと変更する手続なので、土地収用の法効果が生じない。後者である農地収用許可は、用途が変更された土地の所有権が、集団所有から、国の所有へと所有権の変動が生じるので、土地収用の正式手続であると言える。その上に、前者が上述のように土地収用の法効果を持っていないので、あくまでも、正式収用手続の予備的ないし付随的な手続であるに過ぎないとは言え、前者が後者を申請する先決条件となっている。

²⁷⁵ 詳しく言えば、明治22年法から、土地収用手続は、事業の公益性認定を主眼とする事業認定手続と、主として補償金額の算定を担う裁決手続とを分離し、それぞれ別の機関がこれを担当するという仕組みを採用してきた。その趣旨は、収用手続における公正・公平性を確保し、その目的を実現するために必要とされる権力の集中を排除しようとするところにあると考えられる。竹村忠明・前掲注(113)154頁を参照。

²⁷⁶ 二分化の合理的な理由について、高田賢造＝国宗正義・前掲注(124)79-80頁は「収用・使用の要件には、憲法第29条もいうとおり、収用・使用に必要な(公共のための必要)ということの存在と、補償の支払という根本的に重要な二大要素がある。そこで、まず、国家機関は、公共のための必要ということを決し、又は収用・使用に伴う損失の補償を幾何とするかの決定を行うこととなるわけである。ところが、前者は、公益判断で、この公益判断は、専ら、行政的判断に属し、行政機関の本来の機能に属するところであるが、損失補償の補償ということは、必ずしもこれと同様の行政的判断とは言えず、財産上の問題で具体の金額の算定が主内容となる。即ち、前者の公益性の決定ということは、もとより法に照らして公正に決定せらるべきはも勿論なのだが、これが一旦肯定せられるときは、その結果としては、起業者に一種特別の地位乃至権能を興うる結果となり、起業者側に軍配をあげることを意味するわけである。他方、後者は、公益性判断が中心ではなく、補償を主として、起業者・土地所有者・関係人等に対して公正・平等の立場に立つ判断である。かくの如く、この両者は、性質も内容も特異なるものがあるのみならず、補償算定の中立・公正を保つという趣旨を貫徹するならば、補償決定に当っては、公益性判定になされた調査やその他の前提観念に一切とらわれないことが望ましい。これ、公益性決定機関と、補償決定機関の両者を分離し、おのおのを独立ならしめる所以である。このことは、わが法のみならず、英米独佛の収用制度のいずれもが採用するところであり、比較法的に興味があるともいえる。」と言及されている。

これに対して、日本の事業認定が、既に本文第二章第四節の一において述べた通りに、現行法において、本質的には、本来の収用手続のための準備的ないし付随的な手続に過ぎないと位置付けられている。従って、事業認定が行ったとしても、被収用地の権利変更等の実質的な法効果を生じないわけである。ただ、事業認定をしたであれば、収用の正式手続である収用裁決を申請する前提条件が満たされることになる。被収用地の権利変動等の法効果は、収用手続の正式手続、いわゆる収用裁決によりしか生じないわけである。

(2) 審査内容についての比較

中国では、まず、都市部において、2011年「国有土地上家屋収用及び補償条例」の制定を分水嶺に国有土地使用権の収用制度が大きく変わった。詳しく言えば、現行「国有土地上家屋収用及び補償条例」が制定する前に、都市部では、都市家屋立退条例(旧法)に基づいて、国有土地使用権の収用を行っていた。既に第一章で述べたようにこの条例が厳格に言えば、土地収用法理に従って、制定した収用法ではないが、経済発展を促進するために、建設事業の用地を取得するのが、その主な目的としている。又は、認定手続の審査内容に関しては、前述の旧法の下では、収用の対象の範囲が非常に広くて、建設事業であれば、収用の適格事業になりうる。詳しく言えば、立退許可においては、主として、収用事業が土地利用計画と建設事業計画に適合するか否か及び収用の対象となる事業の予定地の使用権が法定の手続に基づいて、得られるかどうか等を審査するものであって、収用事業が公益性事業に当るか否かが審査する内容でないで、商業事業であっても、収用が行われうる。そして、新法である「国有土地上家屋収用及び補償条例」の制定をきっかけに、正式な収用制度が導入されたと言える。この新条例に従って、収用決定手続が新たに設けられ、収用事業の公益性がその主たる審査内容となる。これに対して、農村部においては、2つの許可手続の審査内容としては、まず、農地用途変更許可は、その主眼となるのは、食糧安全の確保、或いは、食糧を生産する農地の保護を図ることである。言い換えれば、国の安全と国民の生活に関わる、国の宝とみられる食糧を十分に生産させるために、現に農業生産に供用される農地をできるだけ、建設用地等の非農業用地へと流用しないように厳しく審査する手続である。農地用途変更手続の趣旨からして、当然、公益性審査がそれに含まれないのである。次に、農地収用許可は、農地収用が公益性事業に制限する憲法の収用条項や土地管理法等法律の趣旨からして、収用事業の公益性審査が当然その対象になる。しかしながら、農地収用の根拠法としての土地管理法の不備を原因に、農地収用許可が公益性審査という機能をよく果たしていないように思われる。詳しく言えば、憲法と土地管理法は、農村集団所有地の収用は、公共利益のためにしか行われ

ないものであると定めている。しかし、農地収用の主な根拠法としての土地管理法は、どのような事業が公益性事業にあたるかが、まったく列挙していないし、収用許可申請に対する審査内容が、建設事業の公益性の審査が含まれるかどうか、及びそうであれば、どのような基準と方法に従って、判断するかは、一切定めていないが、極めて抽象的な規定しか置かれていないに過ぎない。

又は、土地管理法第43条²⁷⁷に基づいて、企業又は個人は、建設事業のために、土地の使用が必要となる時に、法に基づいて、国有地²⁷⁸を申請しなければならない。これに従って、企業又は個人は、農村部において、建設事業を行うために、農村集団が所有している土地の収用を申請しなければならない。又は、本条の規定を受けて、農村集団の所有地が直接に収用の対象になりえないので、前述の農地用途変更許可を経て、国有地に変更してから、初めて収用の対象になるわけである。また、農村集団所有地は企業や個人に自由売買することも認められないとしている。この43条に従って、国が農地収用の唯一の売り手として、独占的な地位を得ていると言える。このような仕組みのもとでは、土地財政等様々な問題を生じたわけである。

もっとも、ここでいう建設事業が、文字通りに解釈すれば、公共事業が勿論、私営事業も含まれると解しても、差し支えがないだろう。従って、本条に従って、農地の収用が公共事業だけでなく、非公共事業であっても収用権の行使が可能である。これは、農地収用の公益性を定めた土地管理法第2条第4項の規定に反しているだけでなく、憲法第10条に定める収用条項も違反していることが明らかである。更に、農地収用を定める関連法律が、農地収用の必要があるかどうかの判断は、すべて行政庁の裁量に委ねられている。収用機関に、大きな土地収用権が与えられ、権力の膨張で、裁量の濫用と踰越が農地収用の分野において、目立っているように見える。このように、土地管理法に定める農地収用の目的の矛盾（公益性事業と建設事業の両方が収用が可能という矛盾）と曖昧のせいで、収用権を濫用する事態を招きかねない。その故に、農村集団の土地所有権を十分に保護しておらず、農民個人の合法的な権益がすさまじく侵される深刻な事態を引起した²⁷⁹。近年、全国各地で、相次いで起きた土地収用の不祥事が事態の深刻さを象徴したものである。

²⁷⁷ 土地管理法第43条は「企業又は個人は、建設事業のために、土地の使用が必要となる時、法に基づいて、国有地を申請しなければならない；但し、郷・鎮（農村地域に県の下に置かれたの行政庁）が所有している企業の設立及び村民の住宅建設、もしくは、郷・鎮・村の公共施設と公益事業を建設するために、法に基づいて、農村集団が持っている土地の使用が許可された場合には、この限りではない。前項にいう国有地は、そもそも国が所有している土地及び農村集団から、収用された土地をいう。」と定めている。

²⁷⁸ ここでいう国有地というのは、土地管理法第43条第2項によれば、そもそも国が所有している土地及び国が農村集団から、収用した土地をいう。

²⁷⁹ 周符波＝陈云良「農村土地収用過程における政府役割の転換」『湖南大学学报』2009年9月第5期66頁。

これに対して、日本の事業認定は、第二章で述べた通りに、主として、収用事業の公益性を認定する手続である。農地収用であれ、市街地の収用であれ、同じ認定手続で、公益性審査を行うことになる。詳しく言えば、土地収用法第 20 条に定める、三つの認定要件に従って、個々の事例に沿って、公益性の有無を判断することになる。経済を促進するために、土地収用が認められないとしている。

(3) 公共利益の判断基準について

公共利益となる事業を列挙することが大事であるが、問題となるのは、どのような事業が憲法にいう公共の利益に当たる事業に合致するか。公益性の判断基準は、収用立法、収用認定及びそれに対する司法審査においては、欠かせないものであると思われる。

この点に関して、中国は、土地収用事業が公益性があるか否かについて学説において、様々な基準を提示した²⁸⁰。

日本の学説においては、「この観念（公共の利益となる事業）は、収用・使用の要件のなかで最も重要な要件を構成する。（公共の利益となる）という概念について説明すると、この公共の利益とは、なるべく多数の人々を裨益するものでなければならず、公共の利益にとって、有用であり、実益があり、かつ正当なものであることを意味する。事業が、直接に公益のためになるのではなく、国民経済に貢献し、それがひいて間接に公共のためになるだけでは、必ずしも十分とはいえない。公共の利益にとって便宜的なものや付属的なものであってはならない。この観念は、憲法第 29 条第 3 項の（公共のため）の文言に由来するもので、この観念に反して収用することは、たとえ立法による場合といえども、憲法第 98 条第 1 項及び同第 81 条の規定との関係で無効となる理である。」²⁸¹

収用事業の公益性に関して、アメリカにおいては、過去から、よく議論されるところである。連邦憲法修正第 5 条は収用条項として公共使用（public use）という抽象的な言葉を用いているが、その意味について、裁判例と学説において、次のように、様々な解釈を行っているが、一貫した内容がないように見える。

「公共の利用は、何を意味するかについて、常に一致した解釈が存在していないようである。ある時は、それが狭く、ある時は広く解釈され、そして今はそれを殆ど重視していないのである。しかし、公共使用という文言は、憲法修正案に定められた内容であり、連邦最高裁判所は、それについて、数多くの解釈を行ったが、一貫したものではないことを理由に、多くの学者は、今の最高裁判所が収用条項にいう公共使用概念を見過ごしており、無責任であるとしている。言い換えれば、最高裁判所は、この文言に対する解釈は、憲法から離れているとされる。公共使用という言葉は、狭義

²⁸⁰ 本文第一章第六節を参照。

²⁸¹ 高田賢造・前掲注（115）40 頁。

上、公衆による使用 (use by the public) と解釈される。一方で、広義上は、公共の利益 (public benefit) を意味していると解する。」²⁸²

「連邦最高裁判所は、連邦各州の収用事件の公共使用要件についての適用と同じように、狭義解釈である公衆による使用というテストを取るか、それとも、広義な公共利益理論を選択するかが必ずしも明確ではなかった。早期の連邦収用は、公園と国家の記念碑等の公共事業に限られ、公衆による使用という厳しいテストを取っていたようであるが、これが、必要なものではないとしていた。しかし、その後、連邦収用は、公衆による使用というテストを適用することなく、公共の利益、又は公共に有利 (beneficial or advantageous to the public) であれば、公共使用に合致するとする。」²⁸³

連邦憲法修正第5条にいう公共使用の解釈と判断基準に関しては、連邦最高裁が判示した三つの典型的な裁判例が存在する。詳しく言えば、荒廃地域を除去するための収用に関する *Berman v. Parker*²⁸⁴ 判決、地域経済の促進を目的とする *Kelo v. City of New London*²⁸⁵ 判決と土地所有権独占の解体についての *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*²⁸⁶ 判決とがあげられる。

公共の使用に関する現代の解釈に関しては、先駆となる判決として、都市再開発事件に関する *Berman* 判決である。この判決の重要性となるのは、公共使用という要件が広く解釈されることにある²⁸⁷。又は、近時、経済の促進を目的とする収用が収用事項にいう公共使用に合致するとの判断を下したのが上述の著名な *Kelo v. City of New London* 判決であり、この判決はアメリカ社会に大きな波紋を起こした。このように、今日のアメリカ連邦最高裁判決では、公共収用となる事業に対する解釈と判断基準はかなり広くて、経済発展の促進を目的とする収用であっても、連邦憲法収用条項にいう公益性要件に適合すると判断している。この点に関しては、中国においては、収用の多くは経済収用を目的とする収用であり、*kelo* 事件のような収用は、実は中国において、よく行われるものであると思われる。このような収用の理由としては、*kelo* 判

²⁸² George skouras, *Takings law and the supreme court*, P.44, Peter lang publishing, inc, NEWYORK 1998.

²⁸³ Comment, "The Public Use Limitation on Eminent Domain": An Advance Requiem, (1949), p.610. See also, Sachman, "The Right to Condemn," 29 Albany law Review 177 (1965), p.182. Sachman claims that the word "use" is susceptible to two different meanings: employment and advantage. Under the narrow reading "use" is read as "used by the public" literally. (p.182) Sachman claims that under a broad reading, "public use" means "public advantage" such as "enlarge the resources, increase the industrial energies, and promote the productive power of any considerable number of inhabitants of a section of the state." (p.182) See also, Hoff, "Development of the Concept of Eminent Domain" (1942), pp.598-599.

²⁸⁴ 348 U.S. 26 (1954).

²⁸⁵ 545 U.S. 469 (2005).

²⁸⁶ 467 U.S. 229 (1984).

²⁸⁷ Sachman "The Right to Condemn," 29 Albany law Review 177 (1965), p.183; see also, Paul, Ellen F, "Public use: A Vanishing Limitation on Government Takings," p.360.

決の立場と大きな差がなく、経済発展を目的とする収用が公共の利益にあたりとされている。これに対して、日本土地収用法第3条からして、経済発展を促進することを理由に土地収用権の行使が許されないとされる。というのは、経済発展の促進という目的が憲法にいう公共利益に合致していないとされるようである。

二 公益性認定の要件とその事前手続について

公益性認定の公正性を確保し、それが認定機関の一方的な恣意により、行われるものでないよう、公益性認定の要件とその事前手続の整備が非常に重要な意義を持っている。

次では、事業認定の要件、情報公開及び住民参加手続という2つの点に着目して、中国と日本の関連制度を比較することとしたい。

(一) 公益性認定の要件について

中国では、まず、都市国有土地収用権の収用手続を定める「国有土地上家屋収用及び補償条例」においては、既に述べたように、収用決定という収用の公益性認定手続を新たに設けたが、この手続においては、収用決定を行う際に、どのような要件に従って行うかは、一切定めていない²⁸⁸。結局のところ、国有土地収用権を収用する場合には、収用機関に大きな裁量権が与えられているので、すべてその裁量判断に委ねられることになる。一方で、農村集団土地収用においては、その根拠法とする土地管理法では、収用許可を行う要件が、都市国有土地収用権の収用のように一切定めていない。

要するに、中国においては、都市国有土地収用権の収用であれ、農村の集団所有地の収用であれ、収用関連法では、公益性認定の要件をまったく定めていない。そこで、収用事業が公益性があるかどうかを審査する際に、行政収用機関に大きな裁量権を与えている。これが、収用事業に関する立法例の不備とあいまって、収用権の濫用を招きかねない。

これに対しては、日本土地収用法20条では、土地収用における公益性の判断要件、即ち、事業認定の要件をきめ細かく定めている²⁸⁹。

²⁸⁸ 同条例は、明確な審査要件を定めていないが、その8条において、典型的な公益性事業が列挙されている。これを受けて、収用機関の裁量濫用をある程度抑止できるとは言え、これだけでは、極めて不十分であると考えられる。

²⁸⁹ この20条は、そもそも、存在するものではなく、事業認定庁の収用権の濫用を防ぐために、昭和26年法改正により、新たに創設した条文である。

美濃部博士は、認定を与えるか否かを決するには、〈1〉「其の申請に係る収用の目的が法律に依り土地収用法を適用し得べきものと定められ居る事業に該当するや否や」、〈2〉「其の収用の目的が公益に適するや否や」及び〈3〉「其の目的のために特定の起業地に於いて収用を許可することが公益上適当であるや否や」を審査しなければならないとしていた（美濃部・前掲注（126）150頁）。ここで、「美濃部博士のあげる〈1〉は本条1号に、〈2〉は4号に、〈3〉は3号にほぼ相当するものと考えてもよい。このようにみると、事業認定の要件は、旧法と現行法とで実質的に異なるものではない。現行法はこれを法文上より明確に表現したのである。」と指摘した（小澤道一・前掲注（115）

その目的としては、国民財産権の保護と行政収用権の濫用の防止にあるとされている。日本では、収用事業の公益性認定は、既に述べたように三つの認定要件に従って、行われることになる。

その中、1号要件の認定は、事業認定庁は、具体的の事例に関して、特定の収用事業が国会が収用法により、判断した公共利益（土地法3条に定める事業）に適合する事業であるかどうかを認定するにとどまる。土地収用法3条又は個別法に定めていない収用事業に対しては、事業認定庁が自ら公益性があると認めたとしても、収用権の行使ができない。というのは、個々の収用事業が公共利益に適合している事業か否かについての判断は国民の財産権に関わる重要な問題であるので、行政収用権の抑止を図るために国民利益の代表としての立法機関が土地収用法により、公益性事業（立法機関が公益性についての判断と看做せるものである。）を詳しく定めておくことが憲法にいう国民主権と財産保護の原則からの要請であると考えられる。すでに述べたように、事業の公益性の有無に対する判断は、立法機関の権限に属するものというべきであるので、その判断に委ねられるべきであると思われるからである。

又は本条第3号及び第4号要件認定については、事業認定庁は、立法機関が土地収用法第3条に判断している公益性事業が、具体的の事例において、それが公益上の必要性があるかどうかについての判断であると思われる。1号要件を満たすにしても、直ちに公益性事業に当たるという結論が導かれない。というのは、収用法3条に定める公益性事業であっても、特定の事例が置かれている特殊な状況からして、その事業が確実に必要であるか否かが更なる判断が必要である。例えば、道路、空港等の事業の性質そのものからして、疑いなく公益性事業にあたる。しかしながら、具体的事例においては、このような事業が必ずしも公益性の実現にとっては、確実に必要性があるとは言えない。この場合には、事業用地の合理利用、事業の場所、事業の規模と建設費用等様々な要素と利益衡量が必要となる。そして、3号要件と4号要件は、収用事業の公益上の必要性を細分化し、定めた内容であると思われる。具体的にいえば、3号要件は、事業計画について判断し、それが公益上の必要性があるかどうかを判断するものであるが、4号要件は「1号から3号までの要件で考慮された事項以外の事項について広く公益上の見地から判断を加えることを意味しており、この判断事項には公用収用という取得手段の難易という事業も含まれるから、例えば、他に国公有地を活用することができる代替案が無いかなど取得手段の観点からする代替案との比較検討は4号要件の問題」²⁹⁰としている。

3号要件の充足性についての判断は、第二章でみられたように、土地収用事業にか

326頁)。又、同旨のものとして、竹村・前掲注(114)166頁を参照。

²⁹⁰ 小澤道一「事業認定と土地収用法20条3号・4号の要件(大津地裁昭和58年11月28日三井寺事件判決)」別冊ジュリスト103号124頁(街づくり・国づくり判例百選)。

かる諸利益の比較衡量が行われることになる。即ち、東京高裁日光太郎判決で、示されたように収用事業により得られた公共の利益と失われた公共の利益と私的な利益と比較衡量して、前者が後者に優越すると認められる場合は、この要件が満たされるとしている。3号要件に関するこの判定基準は学説と判例においては既に定式化したようにみえる。

要するに日本の公益性認定（事業認定）は、土地収用法20条に定める3要件に従って、判断することになる。1号要件は、収用目的事業そのものは土地収用法第3条に定める公益性事業に当るか、即ち、国会により授権した公共事業であるかどうかを判断するものであるが、事業認定庁が、自ら憲法にいう公共利益に当る事業が何であろうかについて、判断する権限がないわけである。それに、本条3号要件と4号要件は、特定の収用事業が、土地収用法3条に列挙される事業と認められた場合に、すなわち、1号要件が充足した場合に、当該事業を実施することは、公益上の必要性が存在するかどうかを判断するものであると思われる。その中で、3号要件の判断について、周知のように東京高裁日光太郎判決において判示している判断基準は、この要件の充足性を判断する方法として、定式化したものの、すでに述べたように、なお更、様々な課題が残されていると思われる。

（二）公益性認定の事前手続について

公益性認定の事前手続は、主として、収用事業についての説明又は周知措置等の情報公開手続と意見聴取、意見書の提出等の参加手続及び公益性認定の理由提示等が挙げられる。これらの手続が憲法にいう正当手続からの要請であるとされている。公益性の認定という意思決定を行う際に、収用事業に関する様々な正確な情報が得られるかどうかは公益性認定の適法性と適正性につながるものである。

そこで、このような情報を得るために、事業認定の事前手続を収用法により、よく整備しなければならない。それに、収用認定過程において、それらの手続に従うのみならず、その実効性を確保しなければならないと考える。

事前手続に関しては、中国では、都市部と農村部によって、大きく異なっている。まず、都市部では、旧法である家屋立退条例の下では、立退許可を行うに当って、建設事業についての情報公開と聴聞等の手続が殆ど整備されていなかった。このような法の不備から、収用権の濫用が深刻化しつつある。被収用者等の関係人が立退活動に対する不満を理由に、抵抗が全国各地で、少なくとも引起こしている。従って、2011年に制定した「国有土地上家屋収用及び補償条例」では、正当手続の原則に従って、収用決定を行う際に、聴聞等の事前手続が新たに導入したわけである²⁹¹。この点に関

²⁹¹ 詳しく言えば、新法第3条は、家屋収用とその補償を行う際に、民主的な意思決定、正当手続及び結

しては、旧法と比べて、大きな前進であり、大きな意味を持っていると思われる。一方で、農地収用の手続を定める土地管理法においては、農地を収用する際に、農地用途変更許可と農地収用許可という2つの許可を行うに当たっては、聴聞と情報公開等の事前手続を全く定めていない²⁹²。このように、農地収用においては、収用許可の事前手続が未だに整備されていないので、特定の事例において、農地の収用ができるか否かは、行政機関の恣意と一方的な独断により、行われることになるので、農地収用決定の適正性を確保できるかが懸念するところである。

中国と比して、日本は、既に昭和26年土地収用法改正においては、できるだけ公正な事業認定、或いは官憲的に一方的に事業認定を行わないよう²⁹³に、その事前手続が整備されてきた。その後、平成13年土地収用法の大改正を経て、より充実されたものになったわけである²⁹⁴。このようにして、正当手続の原則に従って、事業認定を慎重的に行うように事業認定の事前手続を整備したわけである。この点に関して、前述のように中国土地収用制度においては、このような手続が未だに整備されていないのに対して、日本収用法においては、事業認定の事前手続をよく整備することは、優れたところであると思われる。

第三節 公益性認定に対する救済措置と司法審査について

本節では中国と日本の公益性認定に対する救済措置及び司法審査について、比較しながら、検討を加えることとしたい。

一 収用決定（事業認定）に対する救済措置について

中国では、土地収用の公益性に対する司法審査に関しては、収用制度そのものが農村部と都市部とは相違があるので、司法救済についても異なっている。具体的に言えば、国有土地所有権の使用においては、第一章で述べたように2011年に制定した「国有土地上家屋収用及び補償条例」に基づいて、市・県政府の収用決定に対して、不服

果の公開との3原則に従わなければならないと定めている。又は、聴聞手続に関しては、新法10条は、収用と補償方案についての意見公募手続を定めるとともに、その第11条第2項においては、旧市街地を再開発する場合は、収用補償方案に不服があれば、公聴会の開催が義務付けられる。さらに、収用決定に関する情報公開手続としては、前述の意見公募手続と関連する情報の公開が義務付けられている。新法第11条は、市・県レベルの政府は、意見公募を行う場合に、収用補償方案についての意見公募の状況とそれに従って、収用補償方案に対する修正の状況を告示しなければならないと定めている。

²⁹² 応松年＝王静「土地収用紛争の解決手続の問題とその改善」甘肅行政学院学報2008年第2期5頁はこの点に関しては、「収用手続が不備であり、その透明性と公正性が欠けているので、土地が収用される農民らは収用手続において、収用者と平等に協商する権利と知る権利が保護されていない。」と指摘した。

²⁹³ 昭和二六年五月二五日第一〇回衆議院建設委員会議録第二五号20頁を参照。

²⁹⁴ 具体的に言えば、現行日本収用法においては、事業認定庁が事業認定をするに先立ち、土地の管理者及び関係行政機関の意見の聴取（21条）、専門的学識及び経験を有する者の意見の聴取（22条）、公聴会の開催（23条）、利害関係人による意見書の提出（25条）、第三者機関からの意見の聴取（25条の1）及び事業認定の理由の公表（26）等の事前手続を設けている。

があれば、行政不服申立、或いは、行政訴訟等の救済措置を取って、争うことができるとしている²⁹⁵ので、旧法に定める立退制度よりは、救済制度が一段と改善されたとと言える。一方で、農村部においては、集団土地の収用許可に対して、救済措置をとることができるか否かに関しては、農地収用の根拠法としての土地管理法では、一切定めていない。又は、学説においては農地収用の公益性の存否については、上述のように行政訴訟等の救済措置を取るかどうか、及び、若し、救済措置を取ることが可能であれば、その法の根拠はどこに求められるかについては、第一章第四節で述べたように意見が分かれている。農地収用制度の現状からして、農地収用許可について救済の途が開かれていないと思わざるを得ない。

この点に関しては、日本土地収用制度においては、事業認定に対する救済措置として、不服申立と取消訴訟が用意されている²⁹⁶。これを通じて、被収用者の財産権利の保護を図るとともに、事業認定庁による収用権の濫用を防止するわけである。日本と比べて、中国土地管理法において、農地収用許可に対する救済措置を定めていないことにより、被収用者の財産権をよく保護していないので、法治主義の原理にそぐわないだろう。

二 収用決定に対する司法審査に関して

中国では、土地収用の公益性に対する司法審査については、裁判所により普遍に受け入れられる審査基準は裁判例において示されていない。この点に関して、既に述べたように、学説では、公益性審査について様々な基準が提示されたとは言え、学説乱立の状態になっているに過ぎない、通説と見られるものが未だに存在していないように見える²⁹⁷。このように中国の土地収用の公益性に対する司法審査が定式化した基準が存在していないので、土地収用訴訟事件において、裁判所が国民の大事な財産権を保護する機能をよく果たすのが極めて難しい。従って、財産権の保護と行政収用権の濫用を防止するために、収用事業の公益性に対する司法審査の強化と適正化がいっそう強く求められることになる。

これに対して、日本の事業認定の適法性に対する司法審査に関して、多くの裁判例が蓄積されている。とりわけ、収用事業計画に関わる土地収用法 20 条 3 号要件の充足性の審査については、著名な日光太郎杉控訴判決において、判断過程統制方法を判

²⁹⁵ 前掲注 (37) を参照。

²⁹⁶ 事業認定に関する処分についての不服申立てには、事業認定に関する処分（事業認定及び事業認定の拒否）を不服とするものと、事業認定の申請に対する不作為を不服とするものがある。土地収用法 132 条 1 項によれば、都道府県知事が行う事業認定の拒否については、不服申立てをすることはできない。同法 27 条 1 項に基づいて、起業者は、国土交通大臣に対して事業認定の申請をすることができるとされている。又は、事業認定についての抗告訴訟に関しては、土地収用法に特別の規定はなく、すべて行政事件訴訟法により処理される（小澤道一・前掲注 (247) 281 頁を参照）。

²⁹⁷ 本文第 2 章第 4 節の三を参照。

示した。この審査方法に対しては、学説においては、賛否両論となっている²⁹⁸。判断過程統制においては、裁判所は実体的代置審査方法でなく、事業認定庁にある程度判断の余地を与えて、事業認定にいたるまでの判断過程に着目し、その判断の際に、考慮事項の過多、不足及び考慮程度の軽重等の過誤があるか否かを詳しく審査することになる。事業認定は、専門的技術的の裁量が必要という前提に立つ一方で、事業認定庁が、専門的技術的な知見を持っているから、許す限り、それに裁量判断の余地を与えることが重要な意義を有していると思われる。しかしながら、この審査方法を当てはめる際に、個々の事例に従って、錯綜複雑な利益を比較衡量する必要があるけれど、どの事項が考慮すべきなのか及びどの程度の考慮をなすべきかについては、収用事例によっては、大きく異なる。結局、裁判所の司法審査が、個々の事件や裁判官の価値観により、左右するものとなりがちなので、考慮事項の多寡又は考慮程度の軽重についての客観的な基準を提示できるかどうか甚だしく疑われるところである。若し、説得力のある基準が提示できない限り、考慮事項の多寡又は程度の軽重という判断が納得できないだろう。

上述のように、日本は収用事業の公益性認定たる事業認定についての判断は専門的技術的な裁量が必要とし、これに対する司法審査は、判断の内容ではなく、その過程に目を向けて、行われることになる。この判断過程統制という審査方法が日光太郎杉控訴審判決により、判示され、且つ、定式化しつつある。

さらに、アメリカでは、裁判所は、憲法にいう公共使用という要件について立法部が行った判断に対して、原則に尊重するという立場を取っている²⁹⁹。というのは、収用の公益性についての判断はそもそも司法の権限ではなく、立法の権限であるという考え方に従って、導かれた司法審査の原則である。「憲法の制限を受けるとは言え、立法部が公共利益についての判断は殆ど終局的なものとなる。例えば、国会がコロンビア区に関する立法であれ、州が地方事務についての立法であれ、司法部でなく、立法部が社会立法を通じて、公共利益を守る守護者となる。」³⁰⁰収用権が公共の目的のために行使されるか否かについての裁判所の審査権限は、極めて限られるものである

³⁰¹。

²⁹⁸ 本文第3章第3節二の(一)を参照。

²⁹⁹ 裁判所は、契約の自由をめぐる、1930年代から政府の他の部門との闘いを続けてきた。裁判所が行った公共使用原則に関する解釈論が立法部の決定を尊重する一つの典型的な事例である。裁判所は、多数代表制(立法機関)による私人の財産の侵害に対して、権利章典の特別な保護を適用するのではなく、民主過程を経て得られた立法機関の決定を尊重することになる(George skouras, *Takings law and the supreme court*, Peter lang publishing, inc, NEWYORK 1998, p.46.)

³⁰⁰ 348 U.S. at 32.

³⁰¹ 348 U.S. at 32 ; See *Old Dominion Co. v. United States*, 269 U.S.55, 66; *United States ex rel. T. V. A. v. Welch* 327 U.S.546, 552.

上述のような収用の公益性を審査の際の尊重原則を採用する理由としては、「わが国の政治制度からして、何をもってしては、土地収用権の発動要件である公共目的に当るかについては、立法部がより良い判断ができるわけである。」³⁰²

「もしかして、裁判所は、契約の自由をめぐって、1930年代から政府の他の部門と、闘いを続けてきた。裁判所が行った公共使用に関する解釈理論が立法部の決定権限に対する尊重の一つの典型的な事例である。裁判所は、多数代表制を通じて、私人の財産に対する侵害に関しては、権利章典の特別な保護を適用するのではなく、民主過程を経て、得られた決定を尊重するとする。」³⁰³

我々の裁判法理としては、社会の需要が、環境の変化に伴い、変化し、しかも、地域によっては、まちまちである³⁰⁴。我々の早期の判決では、とりわけ、州の公共需要に関する判断においては、州の立法部と州の裁判所が行った判断に対して、最大の尊重を強調したという強い連邦主義の思想を示していた³⁰⁵。従って、1世紀余りに渡り、我々の公共使用に関する法理は、硬い定式による審査と過度的な審査を賢明に避けるとともに、いかなる需要が収用権の行使を正当化させるかについて、立法部の判断に、広い裁量権が与えられる傾向が見られる³⁰⁶。

そこで、若し、国会又は州立法部は、収用権の行使に関して、実質の理由（公共使用である）が存在すると判断すれば、裁判所は、それを尊重しなければならない³⁰⁷。

要するに、何をもってしては公共使用要件に当るかについて立法部の判断が合理的の根拠が存在しないことが明らかであることを除いて、裁判所は、その判断に自らの判断を代置することはしないということが明らかにしたところである³⁰⁸。

最終的に司法部は、公共利益が存在するか否かを判断するとは言え、司法部が公益性の有無についての判断を行う際に、立法部が行った、それに関する判断を最大限に尊重すべきであることは、*Berman v. Parker* 判決の以前、半世紀にわたった判決先例が確立したものである³⁰⁹。土地収用の公益性に関する重要な判決である *Berman* 判決、

³⁰² 467 U.S., at 244.

³⁰³ Georgeskouras, *Takings law and the supreme court*, Peter lang publishing, inc, NEWYORK1998, p.46.

³⁰⁴ 545 U.S., at 482.

³⁰⁵ See *Hairston v. Danville & Western R. Co.*, 208 U.S. 598, 606-607, 52 L. Ed. 637, 28 S. Ct. 331 (1908) (noting that these needs were likely to vary depending on a State's "resources, the capacity of the soil, the relative importance of industries to the general public welfare, and the long-established methods and habits of the people"). See also *Clark*, 198 U.S., at 367-368, 49 L. Ed. 1085, 25 S. Ct. 676; *Strickley v. Highland Boy Gold Mining Co.*, 200 U.S. 527, 531, 50 L. Ed. 581, 26 S. Ct. 301 (1906).

³⁰⁶ 545 U.S., at 483.

³⁰⁷ 467 U.S., at 244.

³⁰⁸ *United States v. Gettysburg Electric R. Co.*, 160 U.S. 668, 680 (1896).

³⁰⁹ See *U.S. ex rel. Tennessee Valley Auth. v. Welch*, 327 U.S. 546 (1946); *City of Cincinnati v. Vester*, 281 U.S. 439 (1930); *Old Dominion Land Co. v. U.S.*, 269 U.S. 55 (1925); *Rindge Co.*, 262 U.S. 700 (1923); *Madisonville Traction Co. v. Saint Bernard Mining Co.*, 196 U.S. 239 (1905).

Midkiff 判決³¹⁰と Kelo 判決³¹¹においては、最高裁判所が上述の判例法理で、示された審査方法を踏襲しているように見える。

日本の裁判法理における判断過程統制方法は、事業認定庁の判断過程に対する審査であるのに対して、アメリカの公益性審査は、立法部の著しい裁量濫用と恣意、或は、悪意が存在するか否かに対する審査である。前者（判断過程統制審査）が中程度審査であるが、後者は審査密度の低い審査であるように思われる。すなわち、アメリカでは、立法部が行った収用事業の公益性と必要性についての判断が悪意がある、又はその裁量において、著しい恣意若しくは濫用がない限り、裁判所は、その判断を尊重するという審査方法に従って、審査を行うことになる。立法部の判断を尊重する（消極的な）審査方法を正当化する理由としては、収用事業の公益性と必要性についての判断権限はそもそも立法の問題であるが、司法の問題ではないことがあげられる。裁判所は立法部の判断を尊重する原則はこのような考え方により導かれたものであるだろうと思われる。

三 まとめ

上述のように中国と日本の収用における公益性に対する司法審査を考察したが、司法審査について中国では土地収用救済と司法審査に関する法の不備により、様々な問題を生じた。とりわけ、農村集団土地の収用について、司法に課される財産権の保護と収用権濫用の抑止という機能がよく果たされていないことが明らかである。従って、農地の収用においては、財産が失われた被収用者を救済する途が開いていないように見える。

又は、公益性審査に関する審査基準については、裁判例により、提示した普遍に受け入れられるような審査基準が存在していない。学説においては、一部の学者により、審査基準が提示されているとは言え、通説が見られない。このように、裁判所の司法審査がどのような基準に従って、行うべきであるかは、非常に大事であるものの、未だに定式化したものが存在していない。

日本の収用公益性に対する審査方法及び審査基準が中国の司法審査のあり方を探るに当り、参照に値するところが少なくないように思われる。収用の公益性認定における司法審査については、日本から、判断過程統制方式による比較衡量の方法が一つのアプローチとして、示唆されているが、中国は収用の公益性認定に関して、どのようにして、司法審査を行うかは、学説において、更なる議論と裁判実務における裁判例の蓄積が必要ではないかと思われる。

³¹⁰ 467 U.S. 229.

³¹¹ 545 U.S. 469.

第四節 日本の公益性認定法制度からの示唆

本文第一章と第二章では、中国現行法に定めている公益性認定制度が存在する問題を踏まえながら、日本土地収用制度における公益性認定制度を考察した。そして、本章第1節、第2節と第3節においては、立法例、認定要件と手続及び司法審査という三点から、中国と日本の公益性認定制度を比較・検討した。その結果、中国土地収用における公益性認定制度を改善するために、日本法から、次の諸点が、示唆されていると考える。

一 公益性認定に関する立法思想と精神に関して

収用制度の立法思想と精神は、収用制度のあり方に大きな影響を与えることになる。現行日本土地収用法は、「その全内容を要約し、且つ、その運用の基本精神を明らかにするため、第1条の規定を置くこととなった。即ち、本法の、重要部分は、収用に関する実体的要件と手続法的規定よりなる。しかし本法は、公益事業推進と私益保護の二目的に奉仕し、従ってその両目的の調整を期するのは当然であるが、併せて、国土の適正・合理的利用という積極目的にも合致すべきことを明らかにした。」³¹²

又は、美濃部達吉博士は、「公用収用制度の法律的根拠をなしている思想には凡そ三種の要素を分かちことができる。第一は、私有財産不可侵の思想であり、第二は国家の権力が公共の福利を図るがために発動することを正当とする思想であり、第三は法治主義の思想である。」³¹³と指摘した。その中で、収用における法治主義の思想について、「それは立法権と行政権との分立を認め、収用を行政権の専断に任さず、立法権の行為としての一般的法律に依り、収用の行われべき場合と条件とを限定し、行政権に依っては唯法律に従ってのみこれを為し得るものと為すこと是れである。」³¹⁴と述べている。

上述のように、日本土地収用法制度は、公益性の増進と私益の保護という2つの対立する利益の調整、国土の適正且つ合理的な利用に寄与する等土地収用法の趣旨と目的が中国収用法制度を改善するために、重要な意義を持つと思われる。

土地収用においては、収用事業の公益性が収用の条件であるとともに収用権に課されている制限でもある。それに、公益性のない事業、若しくは、個人又は団体の利益のために、収用権を行使することは、憲法にいう法治主義の原理に反しているから、けして許されるものではない。

³¹² 高田賢造＝国宗正義・前掲注（124）第11頁。

³¹³ 美濃部達吉・前掲注（125）第48頁。

³¹⁴ 美濃部達吉・前掲注（125）第55頁。

これに加えて、日本土地収用法を貫く私有財産権の保護と公益の促進との調和の思想と、収用権濫用の防止と法治主義思想が、中国収用関連法を改善する際に、参照に値するところであると思われる。これらの思想を参照した上で、収用関連法の指針として、その諸制度を貫かなければならないと思われる。

二 収用事業の立法例に関して

日本が収用事業に関する立法例は、明治 22 年から、制限列举主義を採用してきた。この立法例は、既に述べたように、次の 2 点からして、概括主義立法例より、遥かに優れていると思われる。

第一に、どのような事業が、憲法の収用条項（29 条）にいう公共利益に合致するかの判断は、法治主義と国民主権の原則からして、国民の代表である国会（立法機関）により、行うのが正当性がある。言い換えれば、国会が土地収用法において、憲法にいう公共利益に適合する事業を詳しく列举することが国民主権と法治主義の要請である。制限列举主義立法例は、法治主義と国民主権原則に適合していると思われる。

第二に、私有財産権を保護するために、収用権を厳しく制限できる立法例を採用するのが望ましい。制限列举主義立法例がその機能からして、収用権の濫用に対する抑止力が、概括主義立法例よりは、遥かに強いので、相応しいだろう。だからこそ、立法機関が収用関法において、公益性事業を明確に定めることで、憲法にいう公共利益のためという抽象的な概念を明らかにして、行政収用権の濫用を抑止すると同時に行政運営の適正化を図るべきである。中国では、土地収用権の濫用が深刻化になりつつあり、国民の財産権をよく保護していないので、様々な社会問題も引き起こされている。

従って、中国の実情を踏まえながら、上述のように考えるならば、中国は収用事業の立法例として、概括主義ではなく、日本土地収用法のように制限列举主義を取るべきではないかと思われる。

三 公益性認定の要件とその事前手続について

（一）認定の要件

前述のように日本は収用権の濫用を防止するため、特定の事業を収用する際にして、事業認定の要件を土地収用法 20 条により詳しく定めている。これを通じて、土地の資源の合理利用と国民財産権の保護を資するわけである。

一方、日本と比して、中国の収用制度においては、農村部の収用であれ、都市部の収用であれ、事業の公益性を判断する要件がまったく定めていない状況になっているので、個々の事例においては、収用ができるかどうかについて、すべて収用行政機関

の裁量に委ねられることになるので、土地収用権の濫用の一つの要因となることが否定できない。

日本が収用権の濫用を防止するために、土地収用法においては、公益性認定の要件を明確に定めることは、重要な意義を持っており、中国収用法制度に示唆される場所であると思われる。国民の財産権の保護と収用権の濫用の防止を資するため、中国収用法は、収用公益性要件を詳しく定めるべきであろうと思われる。

(二) 事前手続について

上述のように、公益性認定の適正化と公正性を担保するためには、実体法において、公共事業と認定の要件を明確に定めるだけでは、十分であると考えられるわけにはいかない。というのは、土地収用法は、実体において、関連制度を定めることが重要であることが言うまでもないが、それだけでは、足りない。なぜならば、収用認定における事前手続の適正化が必要不可欠であると思われる。

日本の公益性認定の事前手続が、行政手続の一種としては、その根拠が憲法に求めることができる。憲法第31条にいう「自由」とは、財産権を含むと解すべきであるから、土地収用に関しては、同条の規定の適用があり、収用は、正当な手続によってなされるべきである³¹⁵。ところが、行政手続適正化の憲法上の根拠に関しては、学説において、意見が分かれている。詳しく言えば、憲法上の根拠としては、科刑の法定手続を定める憲法31条に求める見解³¹⁶があれば、国政における個人の権利の最大の尊重を定める憲法第13条に求める説³¹⁷も存在するが、その中で、31条説が有力である。更に、「手続的法治国」の原理、或いは「法の支配」を根拠とする説³¹⁸も唱えている。それにしても、手続の適正化又は正当手続の要請が憲法からの要請であることが疑いのないところである。

又は、芝池教授が行政手続の機能について、詳しく述べている³¹⁹。

これらの機能が行政手続一般に適用されるものであるが、事業認定の事前手続が、行政手続の一種であるので、当然、これらの重要な機能を持っていると思われる。

³¹⁵ 高田賢造＝国宗正義・前掲注（124）第4頁。

³¹⁶ 兼子仁『行政法総論』（筑摩書房、1983年）73頁以下。

³¹⁷ 杉村敏正＝兼子仁『行政手続・行政争訟法』96－97頁（筑摩書房、1973年）、小早川光郎『行政法講義（下I）』52頁（弘文堂、2002年）。

³¹⁸ 塩野宏・前掲注（158）276頁、大浜啓吉『行政法総論』（岩波書店、1999年）183頁。

³¹⁹ 芝池教授は「第一に、行政決定の民主的正当性の確保に資するであろう。……行政決定への民意の反映は、民主主義国家における行政の一つの課題であるが、行政手続はそのための手段である。第二に、行政決定にあたっての行政機関の慎重さを確保する意味がある。第三に、行政手続によって行政機関が単独で判断するよりもより適切な決定が得られる可能性が与えられる。上述の機能を持つ行政手続が事前に行われることは、違法な行政活動による権利侵害の未然防止、既成事実の発生の予防の意味がある。」と指摘された（芝池義一『行政法総論講義（第4版補訂版）』（有斐閣、2007）280頁を参照）。

日本土地収用法においては、公益性の認定をするに当たっては、必ずしも、事業認定庁の単独の判断で一方的にこれを行うことで済む、と考えるわけではない³²⁰。そして、土地収用法は、事業認定をするに先立ち、収用事業の説明、土地の管理者及び関係行政機関の意見の聴取、専門的学識及び経験を有する者の意見の聴取、公聴会の開催、意見書の提出、第三者機関からの意見の聴取及び事業認定理由の公表等の手続を行い得ることが定められている。これらの事前手続を整備し、事業認定の公正性を図ることが、日本法から、示唆される場所であると思われる。

四 公益性認定に対する司法審査について

公益性認定に対する司法審査については、次のような示唆が得られる。

(一) 公益性認定に対する救済措置

日本土地収用における公益性認定、即ち、事業認定が適法かどうかについて、不服申立、又は、取消訴訟に救済を求めることができることとされている。土地収用における公益性認定に対して、救済の途を開いていることが、法治主義原理から、導かれているものであると思われる。中国の土地収用認定手続、とりわけ、農地の収用許可手続に対して、被収用者は不服があっても、不服申立、若しくは、行政訴訟により、争うことができないので、被収用者の財産権をよく保護していない。このことは、憲法にいう財産保護の原則に反しているだけでなく、法治主義の原理も適合していないので、極めて不適切であると言わざるを得ない。

従って、公益性認定における事前手続の適正化はもとより、行政収用権の恣意を防止し、私有財産権を保護するという立場からして、公益性認定に対する事後的な救済措置を確保しなければならないのみならず、その救済機能が果たさなければならないということが、日本法からの示唆であると考えられる。

(二) 司法審査の基準と考慮事項について

日本においては、公益性に対する司法審査は、既に第二章第三節で述べたように、土地収用第20条に定める三つの要件（1号、3号と4号）の充足性を審査することになる。1号要件は、収用事業が、土地収用法第3条に列挙している事業であるか否かを判断するものであるが、学説と裁判例の多くは、その判断が羈束され、裁量の余地がないとされている³²¹。又は、3号と4号要件は、収用事業が、公共利益を実現するために、特別な必要が存在するか否かを判断するものであって、裁量が必要となる。そ

³²⁰ 藤田宙靖・前掲注（226）349頁。

³²¹ 前掲注（143）を参照。

の中で、3号要件の充足性についての判断は、専門技術的な判断であるので、裁量が必要となる説が有力である³²²。

それに、3号要件に対する司法審査としては、著名な日光太郎杉控訴審判決において、裁量過程統制という審査方法を判示し、それが定式化した。この審査において、裁判所は、事業認定庁が、「公共の利益」と「失われる利益」との双方を比較衡量する際に、考慮事項の多少と考慮程度の軽重を審査することになる。この裁量統制の審査方法が中国の司法審査のあり方を検討する際に、参照に値するところであると思われる。

又は、この審査方法に従って、比較衡量を行う際に、どのような利益を考慮するか、どの程度の考慮が必要となるかが極めて難しい。この点に関しては、日光太郎杉控訴判決においては、文化的な価値ないし環境保護を考慮し、且つ、それを重視することが重要な意義を持っている³²³と思われる。

又は、芝池教授は公害防止・環境保全が、行政決定の際に、普遍的考慮事項とする根拠付けとしては、次の諸点が指摘された。

「一つは、今日の環境の荒廃は深刻であり、（地球的規模ではとくに自然環境。我国の場合、居住環境も劣悪に近い、）加えて、環境の保全・形成が一朝一夕には行うことのできない長期的な課題であることを顧慮すると、それは、喫緊の課題であり、あらゆる行政決定において少なくとも考慮すべき事柄であると感じられる。……

第二に、この意味での根拠づけと考えられるのは、個々の行政決定の法的取扱いないし法的性質である。すなわち、個々の行政決定を検討することによって、環境保全が考慮事項であることの一つの根拠を求めることができる場合があるように思われる。……土地収用法上の事業認定におけるその考慮は、すで日光太郎杉事件控訴審判決が認めるところであるが、このことは事業認定の法的性質から導かれるところであろう。」³²⁴

収用事業が通常に自然環境に与える悪影響が大きいのが言うまでもない。その実施により、人々の生活に深刻な影響を与える環境汚染と公害等の問題が引起される場合が多い。近年、中国では、環境汚染の問題が深刻化しつつあり、人々の生活と健康が脅かされる事態が生じたと言っても、過言ではない。それに、文化財に関しては、日光太郎杉事件一審判決においては、文化財が一度に毀損されたら、復元させるのが極

³²² 前掲注（148）を参照。

³²³ 塩野教授は日光太郎杉控訴判決の意義は、土地収用法20条3項の認定要件の中に、文化的諸価値ないし環境の保全という事項を含ましめ、かつ、これを重要視したことにありとされる（塩野宏・前掲注（149）139頁を参照）。

³²⁴ 芝池義一「行政決定における考慮事項」法学論叢 116 巻 1 - 6 号 599 - 600 頁（1985 年）。

めて難しいことに鑑みると、それを大事に保存しなければならないとの趣旨を判示した³²⁵。

そもそも、文化財というものが、計りきれない文化価値を持つ財産なので、よりよいに保護をすべきであるのに、中国は、経済発展を最優先課題として、促進するために、土地収用により、数多くの貴重な文化財が失われてしまった。

日本においては、裁判所は、土事業認定庁が行った土地収用における公益性判断の妥当性を審査するにあたって、環境保護及び重要な文化財に関わる収用の場合は、環境と文化財の保護を考慮事項として、かつ、重要視するという審査手法が、中国の司法審査のあり方に与えられる重要な示唆であると思われる。

第五節 中国の土地収用制度に関する特有の事情

土地収用における公益性認定を適正化するために、公益性認定をめぐる実体法と手続法を整備することが大事であることが言うまでもない。しかしながら、公益性認定を含む収用制度だけを整備するにしても、土地収用の問題を根本的に解決するのが、極めて難しい。というのは、土地収用制度のあり方と法制度の実効性に大きな影響を与える中国の特有な事情が存在するのである。だから、これらの事情を妥当に解決しない限り、土地収用の法制度をよく整備したとしても、その機能を果たすことができないわけである。

これらの事情は、主として、次のようなことが挙げられると考える。

一 土地収用に対する司法救済の機能不全

土地収用権に対する救済と司法審査が、収用制度にとっては必要かつ、不可欠なものである。収用における司法のチェック機能として、主として、挙げられるのは、一つは、私有財産権の保護である。もう一つは、行政収用権の濫用の抑止である。この両者の関係を言うと、財産権の保護が、もっとも重要なものであり、収用権の濫用を抑止する目的は、正に財産権の保護であるということである。詳しく言えば、収用の公益性に関しては、裁判所は、行政権の濫用を抑止し、私有財産権を保護するために、個々事例において、特定の収用が憲法にいう公共利益のためという収用の基本要件が充たされるかどうかを審査することが、土地収用制度にとって、非常に重要なもので

³²⁵ この判決は「本件土地の有する文化的価値は貴重なものであり、これは代替性がなく、一度び失われればいかに高額の費用をかけても人間の創造力のみによってはこれを復元させることは困難であるのに対し、本件事業計画の意図する道路事業には代替性があり、従って、このような道路拡中事業のために本件土地を収用し、その有する文化的価値を毀損することは、土地収用法第2条・第20条第3号にいう（土地の適正かつ合理的な利用に寄与するもの）とはどうい解し難い。」と判示した。

ある。その反面、裁判所は、もし、収用における公益性に対する司法審査の機能が良く果たさないならば、収用権の濫用を招き、私有財産権が侵される事態が生じるだろう。中国では、憲法第 126 条によれば、裁判所が法律に基づいて、独立的に審判権を行使し、行政機関、社会团体と個人からの干渉を受けない。この条文からして、裁判所の独立審判が憲法において、認められているが、実際に司法審査、とりわけ、行政審査では、行政権からの干渉が強くて、独立的な審判が行われるのが難しいのである。

土地収用における司法救済の機能不全は、その主な理由となったのは、裁判所は、財政と人事等の面において、地方政府に強く依頼しているからである³²⁶。このような状況の下では、裁判所が独立審判を行うのは、難しいのである。言い換えれば、裁判所が独立審判を行うために、関連制度を整えていないので、土地収用に対する司法救済の機能がよく果たしていない³²⁷。

詳しく言えば、全国の地方裁判所の運営経費が、地方政府の予算から、支出されるのみならず、裁判所の重要な人事任命についても地方政府が一定の権限を持っている³²⁸。このような制度の下で、裁判所は、憲法に従えば、独立審判権が与えられるにもかかわらず、その権限を行使することができず、司法のあるべき機能を果たすことができないわけである³²⁹。

二 土地収用制度の二元化

本文第一章第三・五節において、述べたように、中国の土地収用制度は、二元化という問題が存在している。収用制度の二元化というのは、農村部と都市部においては、それぞれ異なる収用制度を採っているということである。これは、農村部と都市部の土地制度の二元化から、生じたものである。詳しく言えば、農村部の土地は農村集団

³²⁶ 法が司法独立審判の原則的な規定が置かれているが、司法経費の確保制度と司法職務の保障制度等を定めていないので、司法機関が人事、財政等重要事項においては、地方政府からの制限を受けているので、独立審判を行うのが難しい。詳しく言えば、司法実務においては、本地域または上級党政機関、幹部及び司法機関の人事、財政及び物に一定の権限を持つ職能部門等から、直接または間接的に司法審査を干渉しているにもかかわらず、それらと抗争する力がないので、法律規定に基づいて、審判するのが極めて難しいのみならず、不当判決等司法腐敗の問題も引き起こしうる。万春「中国特色のある司法独立制度の構築について」法学家 2002 年 3 期 75 頁を参照。

³²⁷ 「法治社会においては、司法機関が行政権力を十分に尊重するとともに、勇気を持って、法に対する理解と行政権力の合法性についての判断を行うべきである。地方の各裁判所は近年の司法実践において、司法独立と司法公正のイメージを国民に与えようとしているにもかかわらず、司法機関が違法の行政行為に対する司法審査が数多くの空白がまだ残されている。その中で、土地収用事件が憲法により、保障される財産権と土地資源に関連しているのみならず、土地収用紛争の性質からして、それが司法審査の対象としては、相応しいので、各裁判所は土地収用紛争を司法審査の対象にし、司法救済を与えるならば、公衆による司法正義に対する認識を向上し、司法改革を促進するに役に立つだろうと思われる。」と指摘した（程洁「土地収用紛争の司法審査権」法学研究 2004 年第 2 期 56 頁を参照）。

³²⁸ これについて、前掲注（326）を参照。

³²⁹ 現行憲法 126 条は裁判所が法律の規定に基づいて、独立的に審判権を行使し、行政機関、社会团体又は個人からの干渉を受けないと定めている。又、裁判所組織法 4 条、刑事訴訟法 5 条、民事訴訟法 6 条と行政訴訟法 3 条において、司法による独立審判の原則を定めている。従って、司法による独立審判の法の根拠が存在するが、裁判所の人事と予算等の制度が整えていないので、審判実務においては独立審判が確保できない状況になっている。

が所有しているが、農村集団に所属する農民は、農地に対する請負経営権及び自分の住宅に対する宅地使用权をもっているのに対して、都市とその近郊にある土地が、例外を除いて、国が所有しているが、その使用权だけが個人、企業等に無償割り当てる又は有償に譲渡している³³⁰。このような土地制度の下で、農村部では、土地収用は、農村集団所有の農地が建設用地に変更して国の所有地となるので、土地の所有権に対する収用である³³¹。一方で、都市部では、収用の対象となるのは、国有土地使用权とその上にある家屋と他の財産権であるが、土地の所有権に対する収用ではない³³²。というのは、前述のように都市のすべての土地が国が所有しているによるのである。

要するに、収用制度に関しては、農村部と都市部それぞれが、異なった収用手続きを設けており、農村部では、収用の対象は、土地の所有権であるのに対して、都市部においては、土地の使用权に対する収用である。その上に、収用に対する補償については、農地に対する補償は、農産物の年生産価値の倍数（地方によっては違う）をもって補償することになり、即ち、農地として補償する³³³のに対して、都市部の国有土地使用权の補償では、農地より、はるかに高い建設用地の市場価額をもって補償することになる³³⁴。言い換えれば、土地収用を行うかどうかについての許可手続だけでなく、土地補償についても農村部と都市部において大きな差異が存在している³³⁵。

上述のような現象と問題は、中国では収用制度の二元化問題と呼ばれている。このような問題の下で、農村集団土地の収用と都市の国有土地の使用权に対する収用と比して、農村集団土地の収用に関する法整備が遅れを取っているので、農村集団の土地財産権がよく保護されていない。これは、憲法にいう平等原則に反しているのではないかと思われる。

³³⁰ 前掲注(6)を参照。

³³¹ 土地管理法第44条と45条によれば、農地の収用手続きは、農地から建設用地に変更する農地用途変更許可と土地収用許可という2つの許可を経るようになる。又、これらの許可は、国务院、省・自治区・直轄市政府、場合によっては市・県政府により行うものとしている。この点に関する詳しい内容は、本文第2章第3節を参照。

³³² 都市においては、危険又は老朽化する住宅の改造、都市の再開発を目的とする旧家屋立退制度を廃止し、2011年に新たに制定した「国有土地上家屋収用及び補償条例」に確立した家屋収用制度に移行した。家屋収用条例第8条は、初めて収用事業について列挙するとともに市・県政府による収用許可制度を新たに設けた。

³³³ 土地管理法47条を参照。

³³⁴ 国有土地上家屋収用及び補償条例19条。

³³⁵ 憲法及び土地管理法に定める土地の所有、使用とその管理に関する規定がわが国の都市部と農村部の二元制度の基本構造を形成したわけである。詳しく言えば、土地所有制度の二元化を元に、土地の二元使用制度と二元収用制度を主なる内容としている。その特色としては、政府による土地の独占を特徴とし、二元の土地取引市場と二元の土地価額に伴う。このような二元化現象が、様々な領域において、都市部と農村部に重大な影響を及ぼす、かつ、中国社会の特有な二元構造の土地制度を構成した。劉昭「都市と農村の一体化のプロセスにおける土地制度について」湖北文理学院学報第33巻第7期(2012)を参照。また、都市と農村の二元化による弊害を指摘し、その一体化を主張するものとして、王修軒「都市と農村の一体化土地制度の構築について」法制と社会2012年1月(下)を参照。

三 経済発展の優先と私有財産権に対する保護の不十分

周知のように中国は、20世紀70年代の末期に、長期計画経済の実行により、国民経済の不振に陥って、多くの国民が貧しい生活を強いられた。この難局から脱却するために、経済発展を国の最優先課題として、力を入れて推進してきた。このような政策の下で、国民経済が大きく発展させ、国が大きく変わったことが評価に値するところである。しかしながら、経済発展だけを強調する政策の下で、様々な問題が生じたことが看過できない。というのは、この政策が国全体に大きな影響を及ぼすものであり、土地収用制度も重大な影響を与えているのである。詳しく言えば、経済発展が何よりも先行とする政策の下で、地域経済の活性化を促進するために、土地収用が、経済発展の手段として使われている場合が少なくない³³⁶。経済促進、税収の増加及び就職の創出等を理由に、経済の促進を目的とする収用が正当化され、よく行われている。このような収用が、私人の財産権に対する大きな侵害であるので、憲法にいう財産保護の原則³³⁷に反していることが明らかである。このような事態を生じたのは、その直接の原因となるのは収用法制度の不備があげられると思われる。とりわけ、土地収用ができるかどうか及び必要があるかどうかについての判断を行う際に、収用事業の公益性に関する根拠法の内容が極めて抽象的であるので、何をもってしては、憲法にいう公共の利益に当るかについて、すべて行政の判断に委ねられることになる。行政機能を担う各地方政府（中央政府以外の省、市と県政府を指す）が地方の財政収入の増加、就職の促進及び地方経済の促進と政治業績を向上するために、土地収用関連法における公益性認定の不備を利用して、商業利益であっても、公共利益を口実に土地収用を行っている。又、収用された財産に対して、正当な補償を必ずしも与えるとは言えない。このような収用制度のもとで、国民の財産権がよく保護されていない。さらに進んでいえば、何故が国民の財産権の保護にかかわる、非常に重要である収用関連法が、これほど不備であるか。おそらく立法政策の問題と収用関連法の整備についての研究が、不十分であることがあげられるが、最も重要なのは、立法政策が、経済発展を先優先とする政策に従った結果であるだろうと思われる。詳しく言えば、経済発展を最優先とする政策の下では、土地収用は欠かせない経済促進の手段となっているので、収用法の整備が必ず収用権の抑制となり、収用の規模を大きく減らすことになるので、経済発展に大きな影響を及ぼすに違いない。

現行収用制度に関する重要な根拠法からして、農村収用について、土地管理法では、抽象的かつおおざっぱの内容しか置かれていない。一方で、収用関連法は、国民の大事な財産権を剥奪する重要な内容を定めるものであることに鑑みれば、法治主義の要

³³⁶ 土地収用における公益性の認定制度が不備なので、経済発展を促進するために、地方政府が土地収用を通じて、商業開発や企業誘致を行うだけでなく、農村の都市化を推進している。

³³⁷ 前掲注(9)を参照。

請からして、それが、最高権力機関たる立法機関である全人代により制定すべきであるのに、旧立退き条例はもとより、新たに制定した「国有土地上家屋収用及び補償条例」もその名称の通りに立法院たる全人代により、制定した法律ではなく、行政府たる國務院が制定した条例である。このように、土地収用の主役となる行政府が、土地収用において、莫大な利益を得ているにもかかわらず、それが収用の根拠法を制定することが、果たして、正当性があるのかが甚だしく疑問するところである。

四 土地財政問題³³⁸について

土地財政というのは地方政府が土地収用から、得られた収入がその財政収入の重要部分となり、欠かせない財源となることをいう。「一部の地方政府は土地収用により、得られた土地譲渡金で、地方財政の支出を維持する。この収入は予算外収入であり、第2の財政とも呼ばれている。中国大陸に実行している都市経営と土地財政は、香港から導入したものである。しかし、香港は土地私有制となるので、政府が私有土地を買った後、一定の開発を行ってから、譲渡することになる。これに対して中国大陸では、土地が国有制を取っているから、行政権に頼って、低価額で、収用した後、高価で、譲渡することにより、莫大な利益を得ている。」³³⁹

中国指数研究院が全国70の大中都市の2013年上半年(1月から6月まで)の土地取引のデータについて、行った分析によれば、「今年の上半年において、土地譲渡金の収入が百億元を超える都市が19都市に及び、その中で、上海、北京及び杭州の三都市それぞれの土地譲渡の収入は、600億元を超えた。上海の土地譲渡収入は最も高いのであり、769.48億元に達しており、北京と杭州は、それぞれ、664.24億元と600.36億元に及ぶ。」³⁴⁰

さらに調査結果によると、昆明(雲南省の省都)、武漢(湖南省の省都)、杭州(浙江省の省都)南充及び湛江の5都市では、今年上半年の土地譲渡の収入は、すでに公共財政の予算収入を上回ったという³⁴¹。

上述のように、土地財政問題は、全国各都市において、存在する深刻な問題である³⁴²。土地財政の下で、地方政府の財政収入が土地収用に高く依頼するので、土地収用

³³⁸ 土地財政問題について深い研究を行ったものとして、財政部財政科学研究所=北京大学リンカーン研究センター「中国土地財政研究」経済研究参考2014年第34期を参照。

³³⁹ 土地財政について百度百科 <http://baike.baidu.com/view/2104332.htm>。

³⁴⁰ 「58の都市における土地財政の調査：5の都市では、土地の払下収入が一般財政収入を超える。」
网易財經 2013年9月10日 (<http://money.163.com/13/0910/07/98D4PM6400254VCV.html>)。

³⁴¹ 「58の都市における土地財政の調査：5の都市では、土地の払下収入が一般財政収入を超える」
网易財經 2013年9月10日 (<http://money.163.com/13/0910/07/98D4PM6400254VCV.html>)。

³⁴² 土地財政問題の本質については、都市の土地が政府の資産としているが、一体どのラベルの政府の資産に帰属するかについては、法律が明確に定めていない。憲法と土地管理法に基づいて、土地の所有者は地方政府ではなく、國務院であるとされる。しかしながら、地方各政府が事実上、土地の所有者となっているように見える。これこそが土地財政問題を生じる根源であると指摘した。劉尚希(財政部財政科学研究所副所長)「土地財政問題の根源について」新世紀週刊2014年15期8頁を参照。又は、土地

は、公共利益という目的から、かけ離れていることが明らかである。この問題を解決しない限り、土地収用制度が、根本から見直すことが不可能のではないかと思わざるを得ない。

小括

本章では、主として、土地収用における公益性認定をめぐる立法例、認定手続とそれに対する司法審査という3点に着目しながら、中国と日本の諸制度を比較・検討した。その結果、次の諸点が日本土地収用法制度から、示唆されていると思われる。

収用における公益性認定の適正化を図るために、収用事業に関する立法例は、概括主義ではなく、制限列举主義を採用すべきであるとともに、収用認定の要件とその事前手続を明確に定めておくことが大事である。その上に、収用決定に対する救済措置を確保し、司法審査を強化することが収用公益性の認定法制度を改善するには、欠かせないものであるように思われる。

また、土地収用における公益性認定制度の改善が、大事であることが言うまでもないが、中国土地収用法制度の実効性を担保するためには、収用制度の枠内に限定し、公益性認定等の諸制度を改善するだけでは、十分とは言えない。なぜならば、収用制度のあり方と実効性が中国社会に抱える土地財政問題及び経済発展を過度に重視する国の戦略等により、左右するものである。さらに、進んで言えば、収用制度では、財産権の保護と法治主義等の原理を徹底的に貫かなければならない。

そこで、土地収用制度を改善するとともに、中国が現に存在する土地財政、経済発展を最優先とする発展戦略及び私有財産権保護の不十分等の問題を見直しておかなければならないと考える。

おわりに

本文は、土地収用における公益性の認定に関する比較研究を行ったものである。

まず、序言では、中国の土地収用法制度の現状、現に存在する問題及びそれを改善する必要性と緊迫性等を述べた上で、本文の趣旨と研究方法を明らかにした。すなわち、比較法の立場から、日本土地収用における公益性認定制度を照らして、中国土地収用の公益性認定に関する法制度の諸問題を分析・検討しながら、その解決策を見出すことを試みると考える。詳しく言えば、中国収用法制度より、優れている日本収用制度を比較しながら、研究を進めることで、中国土地収用における公益性の法制度の

財政の弊害を詳しく述べるものとして、陳偉「中国土地財政の弊害について」中国科技博覧 2013 年第 34 期を参照。

あり方を探ってみることが本文の研究目的であることを明らかにした。そして、比較検討を行うために中国と日本、それぞれの収用法制度の構造、現状、問題点及び学説上の状況を明らかにしなければならないと思うので、本文第一章では、中国土地収用の公益性認定制度が存在する問題及び関連学説の状況を詳しく述べたものである。それに、第二章では、日本土地収用における公益性認定の法制度を考察した内容である。その後、本文第三章においては、収用の公益性認定について、中国と日本のそれぞれの法制度を比較しながら、検討を加えた。詳しく言えば、土地収用の公益性認定をめぐる、公益性事業を定める収用関連法の立法例、公益性の認定手続及びそれに対する司法審査という3点に着目し、比較・検討し、中国土地収用制度が抱える問題点の解決策を試みた。

最後に、本文は、中国と日本の収用公益性の認定法制度を比較検討した結果に沿って、結論を纏めた。

行政権限濫用の防止と私有財産権の保護が現代法治国家における憲法の要請であり、権力分立主義原則を正当化する理由の一つでもいうべきものであると思われる。土地収用の公益性認定は、立法権、行政権と司法権に関わる問題であるため、立法部、行政部と司法部は、収用の公益性をめぐる、それぞれの権限を正当に行使してからこそ、はじめて、土地収用の公益性要件が持つ収用権濫用の制限と国民財産権の保護という役割を果たせるわけである。日本とアメリカの収用制度からして、立法と司法から、国家権力の一部と見られる収用権を厳しく制限し、権力分立の原理を徹底的に貫いているように見える。これに対して、中国土地収用における公益性認定においては、行政収用権に対して、立法と司法がその役割をよく果たしていないために、収用権の濫用が深刻化しつつある。従って、中国の土地収用の公益性認定制度の問題に鑑みれば、立法、行政と司法に応じて、土地収用事業の立法例、公益性認定の手続と救済措置及び司法審査という点から、関連制度を改善しなければならないと思われる。

まず、公益性の立法例に関しては、既に本文第一章で見られたように、中国の土地収用制度は二元化問題を持っているので、農村部と都市部それぞれが異なる立法例を取っている。詳しく言えば、都市部では折衷主義立法例を、農村部においては、概括主義立法例を、それぞれ採用している。すでに述べたように、折衷主義立法例は、結局のところは、その法効果（行政収用権濫用の抑止）からして、概括主義立法例と余り変わらない³⁴³ように見える。とりわけ、農村集団土地収用においては、公益性事業に関しては、概括主義立法例を取っているため、何をもってしては公益性事業に当るかについては、明確な定めが置かれていない。結局のところ、特定の収用事業が憲法にいう公益性事業に当たるか否かについての判断がすべて行政機関の裁量に委ね

³⁴³ 本文第三章第一節の二を参照。

られることになる。しかしながら、土地収用権の行使は、国民が持つ大事な財産権を剥奪する強力的なものであり、財産権に対する著しい侵害であるので、収用手続きが慎重的なものにするのが極めて望ましい。また、収用権の行使が公共利益に制限するために、公益性事業に当たるか否かの判断は、国民主権と法治主義の原理からして、国民の意思を代表する立法機関により行うのが正当性があると思われる。言い換えれば、収用の公益性事業については、立法機関が法律により、詳しく定めるべきであると考えられる。これが日本土地収用法の法理から、中国の収用事業立法例に示唆されたところであると思われる。収用権が国民の大事な財産権への侵害であり、どのような事業に対して、収用が行いするのが国民を代表する立法部により、定めるべきものである。収用権の濫用を防止し、国民財産権の保護を資するため、現行日本土地収用法は制限列举主義立法例を採用し、公益性事業を詳しく定めたわけである。

従って、中国は、土地収用権の濫用を抑止し、私有財産権を保護するために、日本のように土地収用一般法において、制限列举主義立法例を取るべきである³⁴⁴と思われる。

次いでは、土地収用における公益性認定手続に関しては、中国では、都市国有土地使用権の収用だけでなく、農村集団土地の収用についても、行政機関が収用決定を行うにあたって、どのような要件に従って判断するかは、収用関連法においては、定めていないので、農地の収用については、公共利益のためという抽象的な原則的な法規定に従い、都市国有土地使用権の収用では、国有土地上家屋収用及び補償条例に定める公益性事業に基づいて、行うことになる。結局のところ、行政機関が前述のように、収用の際にどのような事業が憲法にいう公共利益に当るかだけでなく、更に公共事業と見られる事業が具体の収用事例においては、公益を達成するには、その必要性があるか否か及びかかる土地の合理的な利用に寄与できるか等の土地収用における公益上の必要性についての判断もすべて行政収用機関の裁量に委ねられることになる。このように、収用関連法により、収用の公益性要件、とりわけ、収用に関する公益上の必要性要件を定めていないので、収用決定を行う際にして、行政収用権の恣意と濫用を招きかねない。この点に関しては、日本土地収用第20条においては、土地収用の公益性、とりわけ、公益上の必要性について厳しい要件を定めて、事業認定庁による収用権の濫用を抑止することを図っている。

日本土地収用法は収用事業に関しては、制限列举主義を採っている所以、事業認定庁の公益性認定に、厳しい制限が課せられているとは言え、公益性認定を行う際に、事業認定庁に、依然として、広い裁量の余地を保留している。そして、収用権の運営の適正化及び収用権の濫用と恣意を防ぐために、日本土地収用法第20条においては、

³⁴⁴ 制限列举主義の優れているところは、収用権濫用の抑止と私有財産権の保護にあるとされる。この点について、田中好・前掲注(266)を参照。

公益性に関する要件としては、収用の公益性要件及び公益上の必要性要件が設けたわけである。これらの要件が土地収用の適正化と国民財産権の保護にとっては、極めて重要であると思われる。

一方で、土地収用の意思決定過程が土地収用機関の一方的、専権的かつ独断的な手続になりがちなので、収用機関が収用の公益性認定を行う際に、収用事業についての情報収集と公開手続及び被収用者を含む利害関係人の意見聴聞等の参加手続が欠かせないものであり、収用機関が行った公益性認定の実効性を担保するために、大いに役に立つと思われる。その故に、日本土地収用法が昭和 26 年の改正においては事業認定の事前手続を一段と充実したわけである³⁴⁵。その後、平成 13 年土地収用法改正においても、事業認定の事前手続について大きな改正が行われ、より充実した手続となった³⁴⁶。

この点に関しては、実体法を重視し、手続法の整備を軽視する傾向が見られる中国では、土地収用関連法においては、実体法の整備よりは、事前手続の整備が大幅に遅れているのが事実である。

従って、中国の土地収用について、農地の収用だけでなく、国有土地使用权の収用についても、収用権濫用の抑止と国民財産権の保護に資するために、収用の公益性と必要性要件を収用関連法により明確に定めるとともに、収用決定の事前手続を整備すべきであると思われる。

又、具体的の収用についての必要性の有無を判断するにあたっては、比例原則からして、特定の公共利益を達成するために、被収用財産が必要最小限に限定されるべきであるだけでなく、被収用財産者又は収用の利害関係者に与えようとする損害ができる限り、小さく抑えられるべきであると考えられる。

一方で、収用により、達成しようとする公共の利益が許す限り、最大化させるべきものであるように思われる。又は、収用事業の計画の合理性、土地の合理利用、代替案

³⁴⁵ 昭和 26 年の土地収用法は、明治 33 年法の基本構造をそっくりそのまま踏襲している（土地収用法の過去・現在・未来（その 2）（土地収用法施行 50 周年記念講演会記録）「用地ジャーナル 2002 年 10 月号 19 頁）。しかしながら、明治 33 年土地収用法は、旧憲法下の法制度として官権的色彩が濃厚な法律であったことは否めず、また、個々の規定内容も新しい社会の実情に即応しなくなったために、行政の現実においても同法の施行上の行き詰まりが生じるに至っていた（小高剛・前掲注（130）2 頁）。日本国憲法が昭和 22 年 5 月 3 日に施行され、これに伴い、官権的色彩の強い旧時代における土地収用法を、民主的かつ現代的なものに改める必要が生じたため、その改正が企図され、その法案が昭和 26 年 6 月 1 日に国会で可決・成立し、同月 9 日法律 219 号土地収用法として、公布され、同年 12 月 1 日に施行された。

この改正の特徴を要約すると、次のようにいえるであろう。第一に、憲法 29 条の精神から、私権保護の徹底を図ったことである。第二に、収用の認められる公共事業の内容を詳細に列記して、私権の保護をはかり、行政庁による権限の濫用を防ぐこととしている。第三に、損失補償の規定が一段と整備、拡充されたことである。第四に、収用手続が整備されたことであり、例えば、事業の認定手続をより慎重なものにし、収用委員会による審理の公開の原則を採用したなどがその例である（小高剛・前掲注（130）2 頁）。

³⁴⁶ 平成 13 年改正の詳細内容について、土地収用法令研究会『改正土地収用法の解説（平成 13 年改正完全対応版）（補訂版）』（大成出版社、2005 年）を参照。

の有無と優劣等も収用の必要性を判断する際に、考慮すべき要素である。さらに、自由売買等収用以外の手段で、公共利益の達成が可能かどうかも具体的収用事例の必要性を判断する際に考慮する要素となるべきであると思われる。

なお、収用手続きが収用機関の一方的、専権的なもの、もしくは、実のない形式的なものにならないように、収用決定の事前手続として、情報公開と利害関係人の参加手続の整備が重要であり、急務でもあるように思われる。

最後に、収用の公益性認定に対する司法審査に関しては、中国では、都市国有土地使用権の収用では、新たに制定した2011「国有土地上家屋収用及び補償条例」において、収用事業の公益性がないことを理由に、収用決定に対して、行政不服申立、又は、行政訴訟等の救済措置を講じることができるとしている一方で、農村集団土地に対する収用においては、その根拠法としての土地管理法では、収用の公益性問題について、救済措置を取るか否かは一切定めていない。その故、この問題について前述のように裁判所が通常、受理しないとし、学説ではこの点に関して、意見が分けている³⁴⁷。これらの原因により、収用決定により、決められた収用事業の公益性に対する審査は、定式化する審査基準も、典型的な裁判例も存在していない。ただ、学説においては、収用事業の公益性に対する司法審査の審査基準を提示するものが存在するが、その内容が学者によっては、様々であり、定着しているものが存在していないようである³⁴⁸。

これに対して、日本では、公益性の司法審査に関しては、20条3号要件の充足性の有無を判断する際には、判断過程統制方式という審査方法が裁判において定式化されているが、それに対して、学説では賛否両論となっている。この審査方法においては、事業認定にいたるまでの判断過程に目を向けて、考慮事項の多少及び程度の軽重等要素を考慮に入れて、審査することになる。その際に、事業認定庁の専門的技術的な裁量が必要であると認め、その判断の余地が与えられている。裁判所は、実体的な判断代替審査で、事業認定庁が行った実体的判断の内容に立ち入って、審査するのではなく、その判断過程に着目し、審査するものである。諸利益の比較衡量がこの審査方法の大きな特徴であるが、事業認定庁の考慮事項の多少とその程度の軽重についての判断は、客観的の基準が欠けており、具体的収用事例に置かれている利益関係が複雑に錯綜しているだけではなく、すでに指摘されたように、裁判官の価値判断により、左右するもの³⁴⁹なので、この審査方法が適用しにくい面もあるように思われる。

³⁴⁷ 本文第一章四節の二を参照。

³⁴⁸ 本文第一章四節の三を参照。

³⁴⁹ 高木光・前掲注(169)23頁。

収用における公益性認定に対する司法審査については、日本とアメリカはそれぞれ異なるアプローチが示されているが、どれが公益性審査にとって最も相応しいものであるかが言い切れない³⁵⁰。

中国の実情を踏まえて、収用公益性に対する司法審査について、次のように改善すべきであろうと思われる。

農村集団土地収用においては、農民らの大事な財産権を保護し、収用権限の濫用を防ぐために、収用関連法により、収用事業の公益性に対する救済措置を保障した上で、収用事業の公益性に対する司法審査を強化すべきである。又、公益性認定に対する司法審査の審査基準とあり方については、学説において、更なる議論が勿論、司法実務において、裁判例の蓄積が必要であると考えられる。なお、地域経済の活性化を目的とする収用として、アメリカ社会に大きな波紋を引き起こした *Kelo* 判決³⁵¹が挙げられる。このような収用が、実際に中国ではよく行われるのであるが、アメリカでは、このような収用に対して、学説では厳しく非難する学者が少なくない。また、アメリカ連邦の州の多くは、州立法又は法改正により、経済促進を目的とする収用が禁止されるようになった³⁵²。経済発展による収用、言い換えれば、土地収用を経済発展の手段とする経済発展モデルが私有財産権を著しく侵害するまたは、社会の貧富格差等の問題を引き起こす虞があるように思われる。これらの点に鑑みれば、中国では、経済発展を目的とする収用を禁止すべきであると考えられる。これは、日本の収用法制度から、示唆しているところである。しかしながら、中国では、土地収用で、得られた収入が各地方政府の重要財源となり、地方経済の促進と都市化を推進する重要な手段となっている。従って、経済発展を目的とする収用の禁止が収用制度の改善だけでは、解決できる問題ではないと思う。中国に存在する土地財政、土地制度の二元化及び経済発

³⁵⁰ これについて、日本法は事業認定庁が事業認定を行う際の裁量行為が踰越・濫用等の違法行為が存在するか否か、若しくは、事業認定にいたるまでの判断過程の欠落、過誤があるか否かを審査することになる。

審査の密度としては、日本の事業認定に用いられる判断過程統制方式は中程度の審査としているが、アメリカの連邦裁判法理では、裁判所は、立法部の公益性についての判断だけでなく、具体的収用事業の必要性の判断に関しても、原則に尊重するとしているので、極めて消極的であるように見える。その故に、収用事業の公益性の審査の密度としては、極めて限られたものである(*Berman v. Parker*, 348 U.S. 26 (1954), at 32.) とし、最小限審査に当るものであるとは言え、日本とアメリカの審査密度の設定は、必ずしも一致ではないので、ここでいうアメリカの最小限審査は日本の最小限審査と比べて、その密度からして、必ず同じではないし、審査の内容も違い、それが日本の判断過程統制にいう中程度審査に比べるのは難しいことに注意する必要がある。尚、アメリカでは、収用の公益性についての審査においては、特定の収用事業は収用権を授与される制定法に定める事業であるか否かを審査するだけでなく、収用を授与される制定法そのものが憲法の収用条項に適合するか否か(違憲審査)も審査の対象になる。これに対して、日本土地収用の司法審査では、収用事業が土地収用法に定める公益性事業であるか否かを審査するが、土地収用法3条に定める事業の公益性そのものがその審査の対象にならない。

³⁵¹ *Kelo v. City of New London* (545 U.S. 469 (2005)).

³⁵² これについて、Ilya Somin. 2008. "The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo" Available at: http://works.bepress.com/ilya_somin/2.

展モデル等の関連問題³⁵³を早急に見直しておかなければ、土地収用を経済発展の手段として、完全に排除するのが極めて難しいと言わざるを得ない。

上述のように中国収用の公益性の法制度の改善について、国民の財産権保護と行政収用権の濫用の抑止を図るために、立法例としては、制限列举主義を取るべきであるとともに、土地収用の公益性と必要性についての要件を収用関連法により明確に定めるべきであると考ええる。又は、収用の可否及びその公益性についての判断の適正性を確保するために、収用決定の要件と事前手続を関連収用法において、明確に定めるとともに、収用機関の独立性と専門性を確保すべきであるように思われる。これに加えて、収用公益性に対する司法審査の救済措置を法により確保し、且つ、司法審査の基準を定式化し、司法審査の強化を図るべきであろう。

さらに、中国社会が現に抱える特有な事情と社会問題が土地収用制度の実効性に大きな影響を与えるものである。独立審判権の確保、土地財政問題の解決及び経済発展を最優先とする国の発展戦略の見直し等が土地収用法の整備とその実効性の担保にとっては、欠かせないものであるので、これらの問題を早急に解決しなければならないと考える。

³⁵³ 本文第三章五節を参照。

参考文献

- 行政事件訴訟実務研究会『土地収用法（判例概説）』（ぎょうせい、平成12年）。
土地収用法令研究会『改正土地収用法の解説（平成13年改正完全対応版）（補訂版）』（大成出版社、2005年）。
- 小澤道一『逐条解説土地収用法（上、下）』第2次改訂版（ぎょうせい、2003）。
- 小澤道一『要説土地収用法』（ぎょうせい、2005）。
- 高木 光『行政訴訟論』（有斐閣、2005）。
- 足立忠夫『土地収用制度の問題点—行政学から法律学へ—』（日本評論社、1991年）
- 竹村忠明『土地収用法と補償』（清文社、1992）。
- 小早川光郎＝高橋滋『行政法と法の支配：南博方先生古稀記念』（有斐閣、1999）
- 小早川光郎『行政法講義下Ⅱ』（有斐閣、2005年）。
- 小高剛『アジア太平洋諸国の収用と補償』（成文堂、2006）。
- 小高剛『土地収用法（特別法コンメンタール）』（第一法規出版、昭和55年）。
- 橋本博之『行政判例と市組み解釈』（弘文堂、2009）。
- 宮田三郎『行政裁量とその統制密度（増補版）』（信山社、2012）。
- 国宗正義『土地法立法原理：収用と補償に関するドイツ法と日本法の立法進展比較研究』（清林書院新社、1980）。
- 高田賢造『土地収用法（新コンメンタール）』（日本評論社、1968）。
- 高田賢造＝国宗正義『土地収用法』（日本評論新社、昭和28年）。
- 藤田宙靖『行政法の基礎理論（下巻）』（有斐閣、2005）。
- 渡辺宗太郎『土地収用法論』（清水弘文堂書房、昭和42年）。
- 田中好『土木行政』（常磐書房、大正15年）。
- 美濃部達吉『公用収用法原理』（有斐閣、昭和11年）。
- 美濃部達吉『行政法撮要下巻』（有斐閣、昭和3年）。
- 美濃部達吉『公法判例体系（上巻）』（有斐閣、1929年）。
- 柳瀬良幹『公用負担法〔新版〕』（有斐閣、昭和46年）。
- 佐々木惣一『日本行政法論各論』（有斐閣、大正11年）。
- 杉村敏正『法の支配と行政法』（有斐閣、1970年）。
- 菊井康郎『土地収用・税金（改訂版）（不動産法大系）』（昭和51年、青林書院新社）。
- 阿部泰隆『行政の法システム（下）〔新版〕』（有斐閣、1997年）。
- 阿部泰隆『行政裁量と行政救済』（三省堂、1987年）。
- 塩野宏『行政法Ⅰ（第5版）』（有斐閣、2009）。
- 亘理格『公益と行政裁量』（弘文堂、平成14年）。
- 橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、平成21年）。
- 市橋克哉ほか『アクチュアル行政法』（法律文化社、2010年）。
- 大浜啓吉『行政法総論（第三版）』（岩波書店、2012年）。
- 榊原秀訓「行政裁量の「社会観念審査」の審査密度と透明性の向上」室井力先生追悼文集『行政法の原理と展開』（法律文化社、2012年）。
- 芝池義一『行政法総論講義（第4版補訂版）』（有斐閣、2007）。
- 芝池義一『行政法読本（第2版）』（有斐閣、平成22年）。
- 原田尚彦『行政法要論（全訂第6版）』（学陽書房、2005年）。
- 田中二郎『新版行政法（上巻）（全訂第2版）』（弘文堂、昭和49年）。

遠藤博也『行政行為の無効と取消』（東京大学出版会、昭和43年）。

遠藤博也『実定行政法』（有斐閣、1989）。

武井群嗣『土木行政要義』（良書普及会、昭和4年）。

兼子仁『行政法総論』（筑摩書房、1983年）。

田村悦一＝芝池義一「日光太郎杉事件控訴審判決（判例研究）」立命館法学111・112号566頁（1973）。

高木 光「行政処分における考慮事項」法曹時報62巻8号1頁（2010年）。

芝池「行政決定における考慮事項」法学論叢116巻1-6号571頁以下（1985年）。

高橋滋「行政裁量論に関する若干の検討」『行政法と法の支配：南博方先生古稀記念』321頁。

深澤龍一郎「裁量統制の法理の展開」法律時報82巻8号32頁（2010）。

深澤龍一郎「行政裁量論に関する覚書」法学論叢166巻6号149-190頁（2010）。

原田尚彦「土地収用法20条3号にいう土地の適正利用と文化的自然環境の保護」ジュリ臨増565号41頁。

原田尚彦「土地収用法20条3号の判断における建設大臣の裁量権と司法審査の方法—日光太郎杉土地収用事件控訴審判決」判例タイムズ301号75頁。

山本隆司「日本における裁量論の変容」判例時報1933号11頁。

常岡孝好「行政裁量の判断過程の統制」法学教室383号14頁（2012年）。

塩野 宏「土地収用法による建設大臣の事業認定を同法20条3号の要件を満たしていない違法があると判定した事例—日光太郎杉事件控訴審判決」判例時報718号135頁。

山村恒年「日光太郎杉事件—土地の適正利用と文化的自然環境の保護」ジュリ別冊126号184頁（公害・環境判例百選）。

小澤道一「事業認定と土地収用法20条3号・4号の要件—三井寺事件」街づくり・国づくり判例百選103号122頁。

川神 裕「裁量処分と司法審査」判例時報1932号11頁。

大貫 裕之「認定及び収用裁決が取り消された事例—圏央道あきるのIC事業認定・収用裁決取消訴訟第一審判決」判例時報1900号193頁。

平松弘光「土地収用事業における公益性の認定」早稲田法学64巻4号（1989）。

平松弘光「日本との比較でみる中国の土地収用・損失補償制度の概要」用地ジャーナル2005年3月号9頁。

北村喜宣「新東京国際空港事業認定等取消請求事件」街づくり・国づくり判例百選103号126頁。

大浜啓吉「新国際空港事業認定等の取消請求事件」判例時報1888号164頁。

小早川光郎「事業認定と土地収用法20条3号の要件」ジュリ別冊103号118頁（街づくり・国づくり判例百選）。

由喜門眞治「圏央道あきる野IC事業認定・収用裁決事件—土地収用法20条3号該当性」ジュリ別冊206号104頁（環境法判例百選第2版）。

由喜門眞治「圏央道事業認定及び収用裁決取消訴訟事件」判例自治23号55頁。

木原正雄「圏央道土地収用訴訟控訴審判決—最新判例演習室」法学セミナー630号。

小澤道一「土地収用法の過去・現在・未来」用地ジャーナル2002年9月号。

小澤道一「土地収用法の過去・現在・未来（その4）（土地収用法施行50周年記念講演会記録）」用地ジャーナル2002年12月号第4頁。

小澤道一「土地収用法の過去・現在・未来（その2）（土地収用法施行50周年記念講演会記録）」用地ジャーナル2002年10月号18頁。

小澤道一「事業認定と土地収用法 20 条 3 号・4 号の要件（大津地裁昭和 58 年 11 月 28 日三井寺事件判決）」別冊ジュリスト 103 号 124 頁（街づくり・国づくり判例百選）。
見上 崇洋「土地収用における公益性判断の裁量統制」政策科学 33 号 165 頁（2006）。
青木康「事業認定の要件に対する考察」法律のひろば 26 卷 3 号 59 頁。
森英明「小田急平成 18 年最判解説」法曹時報 60 卷 10 号 3269 頁（2008 年）。
正木宏長「判断過程の統制について一日光太郎事件判決再読」水野武夫先生古稀記念
論文集『行政と国民の権利』（法律文化社、2011 年）193 頁。
高木光「社会観念審査の変容—イギリス裁量論からの示唆—」自治研究 90 卷 2 号 28
頁（2014）。
遠藤博也「違法性の承継」行政判例百選 I 226 頁。
大沼洋一「違法性の承継をめぐる最近の動向と若干の検討」駿河台法学 26 卷 2 号 179
頁（2013）。
海道俊明「違法性の承継の再考（三）」自治研究第 90 卷第 5 号（2014）。
最高裁判所事務総局編「公用負担関係事件執務資料」（法曹会、昭和 60 年）326 頁。
阿部泰隆「収用と補償の諸問題（上）」自治研究第 62 卷第 11 号 20—21 頁（1986 年）。
仲野武志「建築確認の取消訴訟において東京都建築安全条例四条三項に基づく安全認
定の違法を主張することの可否（行政判例研究）」自治研究第 87 卷第 1 号 157 頁（平
成 23 年）。
福井秀夫「土地収用法による事業認定の違法性の承継」西谷 剛他編『政策実現と行
政法』（平成 10 年）254—255 頁。
岡田春男「行政行為における違法性の承継」大阪学院大学法学研究 10 卷 1・2 号 229
頁（1985）。
我妻栄ほか「公共用地取得制度について」（座談会）ジュリスト 226 号 6 頁（1961
年）。
杉村敏正「公用負担」公法研究 29 号 128 頁（1967 年）。

王家福『中国の土地法』（成文堂、1996）。
王小莉『土地法』（法律出版社、2003）。
王衛国『中国土地権利研究』（中国政法大学出版社、2003 年）。
渠涛「中国における土地の所有と利用をめぐる法の変容」
(<http://www.iolaw.org.cn/showArticle.asp?id=209>)。
渠涛「社会主義市場経済下の中国契約法」名城法学 44 卷 4 号（2000 年）。
梁慧星『物権法』（法律出版社、1997）。
罗豪才『行政法学』（中国政法大学出版社、1989）。
王利民『民商法研究』（法律出版社、2001）。
梁慧星『中国民法典草案（建議稿・理由付）（物権編）』（法律出版社、2004）。
劉俊『中国土地法理論研究』（法律出版社、2006）。
高富平＝黄武双『房地產法学（第 2 版）』（高等教育出版社、2006）。
陳新民『ドイツ公法学基礎理論（下）』（山東人民出版社、2001 年）。
梁慧星『中国物権法草案建議案一条文、説明、理由と参考立法例』（社会科学文献出
版社、2000）。
梁慧星『中国民法典草案建議案・理由』（法律出版社、2004）。
崔建遠『家屋立退法律問題研究』（北京大学出版社、2009）。
胡康生『中華人民共和國物権法積義』（法律出版社、2007）。
王利明『物権法研究（補訂版）』（中国人民大學出版社、2007）。
王太高『行政補償制度研究』（北京大学出版社、2004）。

張先貴＝金俭「公益のために国有土地使用権回収の補償制度」社会科学輯刊 2012 年第 3 期。

応松年「都市家屋立退き制度の改革と整備」行政管理改革 2010 年第 9 期。

楊建順「家屋立退における政府の職能に関する検討」『法律適用』第 230 期（2005 年）。

張杰英＝王超「強制立退立法の再考」民主 2010 年第 11 期（2010 年）。

章劍生「行政収用手続論」東方法学 2009 年第 2 期。

銭天国「公共使用と公共利益についての法律解説—アメリカニューロンドン判決を素材に」浙江社会科学 2006 年第 6 期。

張千帆「公共利益解釈の困難と対策—アメリカ収用条項に対する解釈と中国への示唆」中国法学 2005 年第 5 期。

楊世建「土地収用と農民権利の憲法保護問題に対する研究」雲南行政学院学報 2011 年第 4 期。

鄭傳坤＝唐忠民「公益収用法律制度の改善についての検討」政法論壇 2005 年第 3 期。

王利明「収用制度における公共利益について」政法論壇 2009 年第 2 期。

王景斌＝張劍平「立法による公共利益について」社会科学戦線 2008 年第 3 期。

房紹坤＝王洪平「収用立法における公共利益の規範方式に関する議論」当代法学 2006 年第 1 期。

高志宏「公共利益の非営利性に関する研究—公共利益と商業利益の関係を視点にして」法治研究 2012 年第 4 期。

羅世榮・張 倩「農村集団土地収用制度の法律研究」學術論壇 2005 年第 1 期。

石佑啟「公共利益と私有財産権の保護について」法学論壇 2006 年第 6 期。

陳伯禮＝徐信貴「公益収用に関する三つの論点」昆明理工大学学報・社科版 2007 年第 5 期。

褚江麗「憲法における公共利益原則の実現方法についての分析」河北法学 2008 年第 1 期。

鄭賢君「公共利益の判定が一つの憲法分権の問題—土地収用の主権属性の立場からして」法学論壇 2005 年第 1 期。

房紹坤「収用における公共利益認定の手続のメカニズム」法学家 2010 年第 6 期。

江蘇省高級人民法院行政事件審判法廷「農村土地収用に関する行政事件審理の難題に関する研究」法律適用 2010 年第 6 期。

王洪平・房紹坤「収用における公共利益の検証標準と司法審査」法学論壇 2006 年第 5 期。

姜聰「比例原則積義学の結構の構築と再考」西北政法大學学報 2008 年第 5 期。

莫于川「公共利益の判断に関する六つの基準」法制日報 2004 年 5 月 27 日。

周符波＝陳云良「農村土地収用過程における政府役割の轉換」湖南大學学報 2009 年 9 月第 5 期。

鄭太福「農地収用法律制度の改善について」法学雜誌 2008 年第 1 期。

劉向民「中米収用制度の重要問題に関する比較」中国法学 2007 年第 6 期。

王軼「物権法における公共利益について」判解研究 2007 年第 2 期。

郭富青「社会公共經濟利益の法的形式とその実現の方法」北京大學法律情報ウェブサイト http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=43610。

李軒「中仏土地収用制度に関する比較研究」行政法學研究 1999 年第 2 期。

許中緣「公共利益の手続の統制について」環球法律評論 2008 年第 3 期。

季金華＝徐駿「法による土地収用紛争解決の仕組み」金陵法律评论 2006 年第 2 期。

邹爱华「土地収用における被収用者救済の困難と対策」国家行政学院学報 2012 年第 1 期。

財政部財政科学研究所＝北京大学リンカーン研究センター「中国土地財政研究」経済研究参考 2014 年第 34 期。

曲相霏「農村集団土地収用手続改善の検討」学習と探索 2012 年第 6 期。

周符波＝陈云良「農村土地収用過程における政府役割の転換」湖南大学学報 2009 年 9 月第 5 期。

応松年＝王静「土地収用紛争の解決手続の問題とその改善」甘肅行政学院学報 2008 年第 2 期。

万春「中国特色のある司法独立制度の構築について」法学家 2002 年 3 期。

程洁「土地収用紛争の司法審査権」法学研究 2004 年第 2 期。

劉昭「都市と農村の一体化のプロセスにおける土地制度について」湖北文理学院学報 第 33 卷第 7 期 (2012)。

王修軒「都市と農村の一体化土地制度の構築について」法制と社会 2012 年 1 月 (下)。

Recommendation Proposing the Eminent Domain Law, 12 CAL.L. REVISION COMM'N REPORTS1601(1974).

Tentative Recommendation Relating to Condemnation Law and Procedure: Conforming Changes in Special District Statutes, 12 CAL. L.' REVISION COMM'N REPORTS 1101 (1974).

MatthewP.Harrington,"Public Use"and the Original Understanding of the So-Called "Takings"Clause, 53HastingsLaw Journal.1245,1277(2002).

William Michael Treanor, Note, The Original Significance of the Just Compensation Clause of the Fifth Amendment, 94 Yale L.J. 694, 701(1985).

Georgeskouras,Takingslaw and the supreme court, P.44,Peter lang publishing,inc,NEWYORK 1998.

Sachman, "The Right to Condemn," 29 Albany law Review177(1965).