

# 土地収用手続における「公益」の観念

—1874年プロイセン土地収用法を素材として—

角 松 生 史

## I はじめに

### 1. 本稿の課題

本稿の課題は、「公共性」概念研究の一環として、1874年プロイセン土地収用法<sup>1)</sup>の定める収用手続及びそれをめぐる議論に示された「公益」の観念を分析することである。

筆者は先に、『『古典的収用』における『公共性』の法的構造(1)(2)』と題した論文<sup>2)</sup>において、1874年法の規定と立法過程及び解釈論を分析し、同法の「所有権」観を浮き彫りにすることを試みた。同論文においては本来、そのような「所有権」観にいかなる「公益」概念が対置されていたかも考察する予定であったのだが、筆者の責めによる紙数超過によって果たし得なかった。本稿は、そこで積み残した課題に答えるものであり、従って、前記論文の続編としての性格を有している。

ただし本稿で取り上げる「公益」の観念は、前記論文で取り上げた「所有権」観と密接な関連を有してはいるものの、ひとまず独立性を持った対象である。そこで筆者としては、本稿の枠内で一応の完結性を持った叙述とすべく努力したところであるが、それでも、「公共性」研究に関する筆者の基本

1) Das Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum vom 11.6.1874, *Gesetz-Sammlung für die königlichen Preußischen Staaten* 1874, S. 221.

2) 『社会科学研究』46巻6号1頁以下(1995)、47巻5号97頁以下(1996)。以下本稿で引用する際は、「前稿(1)」「前稿(2)」として引用する。

的問題意識<sup>3)</sup>を含むいくつかの点については、前記論文の参照を願わざるを得ない。

前記論文に引き続き、同法の成立過程においてなされた議論をたどることを重視し、主要な資料として議会議事録<sup>4)</sup>を用いる。同法の仕組みや概念の、同時代における位置測定をするために有益な作業だと考えるからである<sup>5)</sup>。

## 2 概 観

以下の論述の参考のため、ここで1874年法の手続的基本構造を、いわば骨組的諸点に関してのみ確認すれば、右図のように示すことができる。

3) 乞参照、前稿111頁以下。

4) 同法の成立過程は既に前稿(1), 22頁以下で略述したが、本稿の叙述に必要な限りのことをここで確認する。同法法案は議会で5回にわたり(1868年, 1869年, 1871年, 1872年, 1873年)提出され、最後の法案が審議修正の末最終的に成立した。本稿で検討の対象とするのは、これら法案及び、それ以前に司法省が作成して「司法省雑誌」に公表していた草案(1864年)と、それらに関する両院の委員会あるいは本会議における議事録である。

資料的典拠のみを以下に記す。

(i) 1864年草案 *Justiz-Ministerial-Blatt für die Preußische Gesetzgebung und Rechtspflege*, 2. 12. 1864 (以下“JMB 1864”と略す), S. 337-376。

(ii) 1868年法案 *Stenographische Berichte des Herrenhauses* (以下“SBHH”と略す) 1868/69, Aktenstück Nr. 10, S. 49. (法案及び理由書); SBHH 1868/69, Aktenstück Nr. 37, S. 214 (貴族院委員会); SBHH 1868/69, 6. Sitzung am 18. 12. 1868, S. 95 (貴族院本会議)

(iii) 1869年法案 SBHH 1869/70, Aktenstück Nr. 11, S. 18 (法案及び理由書); SBHH 1869/70, Aktenstück Nr. 34, S. 88 (貴族院委員会); SBHH 1869/70, 6. Sitzung am 19. 11. 1869, S. 81 (貴族院本会議); *Stenographische Berichte des Haus der Abgeordneten* (以下“SBHA”) Aktenstück Nr. 304, S. 1339 (衆議院委員会)

(iv) 1871年法案 SBHA 1871/72, Aktenstück Nr. 6, S. 36 (法案及び理由書); SBHA 1871/72, Aktenstück Nr. 223, S. 1202 (衆議院委員会)

(v) 1872年法案 SBHA 1872/73, Aktenstück Nr. 80, S. 404 (法案及び理由書)

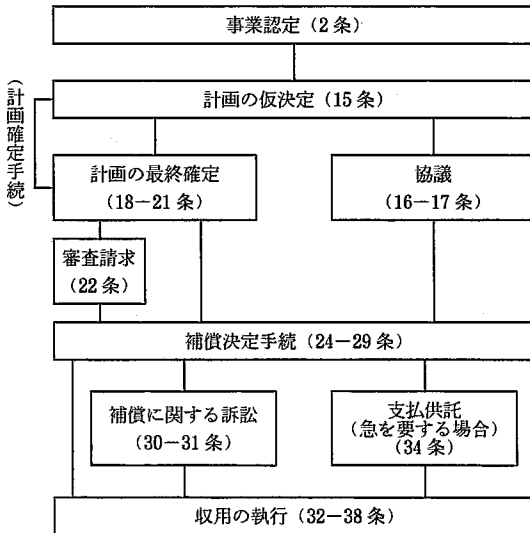
(vi) 1873年法案 SBHA 1873/74, Aktenstück Nr. 18, S. 189 (法案及び理由書); SBHA 1873/74, 10. Sitzung am 28. 11. 1873, S. 128 (衆議院第一読会); SBHA 1873/74, Aktenstück Nr. 149, S. 969 (衆議院委員会); SBHA 1873/74, 53-55. Sitzung am 27. 4. 1874, 28. 4. 1874, 30. 4. 1874, S. 1251-1341. (衆議院第二読会); SBHA 1873/74, 61. Sitzung am 7. 5. 1874, S. 1497. (衆議院第三読会); SBHH 1873/74, Aktenstück Nr. 108, S. 547 (貴族院委員会); SBHH 1873/74, 24. Sitzung am 18. 5. 1874, S. 376 (貴族院本会議)

簡略化のため、引用に際しては、例えば、“SBHH 1868/69, S. 49”のように、会期年と議事録の頁数のみを記すこととする。

5) 本稿でしばしば引用する文献に関しては、下記のような略称を用いる。

<註釈書>

“Eger I, II” (Georg Eger, *Das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum, Bd. I, Bd. II*, 3. Aufl., 1911.)



(i) まず事業認定(2条)により収用事業及びその起業者を確定する。現行日本土地収用法と異なり、事業認定は即地性を有しない。(ii) ついで収用対象物件の確定のため、起業者の申請により、いわゆる計画確定手続が発動される。計画確定手続は、計画の仮決定(15条)と最終確定(18条-22条)に分かれる。前者は必須であるが、後者は関係者との協議(16条-17条)が成立した場合は、原則として発動されない。(iii) 収用物件が確定した上で、補償決定手続(24条-29条)が開始される。補償額に関する行政庁の決定に対しては、通常裁判所への出訴が可能である(30条)。(iv) 原則として補償額

“Eger, HA” (Georg Eger, *Gesetz über Enteignung von Grundeigentum, Handausgabe mit Erläuterungen*, 2. Aufl. 1913)

“Koffka” (Emil Koffka, *Kommentar zum Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874*, 2. Aufl., 1913)

<モノグラフィ、教科書>

“Layer” (Max Layer, *Principien des Enteignungsrechtes*, 1902)

“Mayer II(1), II(2), II(3)” (Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II*, 1. Aufl., 1896; 2. Aufl., 1917; 3. Aufl., 1924)

<邦語文献>

“芝池(1)-(3)” (芝池義一「ドイツにおける公法学的公用収用法理論の確立(1)-(3)」『法学論叢』92巻1号62頁, 2号21頁, 93巻4号40頁(1972-1973))

“棟居(1)-(5)” (棟居快行「公用収用法の展開と発展可能性(1)-(5), 未完」『神戸法学雑誌』32巻2号367頁, 3号575頁, 4号833頁, 33巻1号53頁, 2号269頁(1982-1983))

の確定後に、収用宣告により所有権、占有権が起業者に移転する(32条, 44条)。緊急の場合は、行政庁決定額の補償の支払・供託を要件として、収用宣告が可能である(34条)。なお、本稿に言う「収用手続」とは事業認定も含む広義のそれであり、上記の(i)から(iii)までを対象とする<sup>6)</sup>。

## II 事業認定

1874年法2条1項は、収用が「当該所有地が用いられるところの起業者及び事業を表示した勅令(Königliche Verordnung)に基づいて(auf Grund)」なされるべきことを定めていた。以下では同条の立法過程の分析<sup>7)</sup>、なかんずく概括主義と列挙主義との論争を通じて、74年法が前提としていたところの「公益」観及び、同法が採用した勅令による事業認定という制度理解への接近を試みたい。

### 1 立法過程

2条の条文自体は、1864年草案に盛り込まれて以来、結果的にはまったく変更を加えられていない。しかし、修正案はしばしば提案され、激しい議論が繰り広げられてきた。

64年草案理由書は、まず草案全体の大原則(Axiom)として、1837年バイエルン法の列挙主義を退けいわゆる概括主義を採用することを確認している。その理由としては、(1)バイエルン法は4条に概括規定をおくことにより、列挙されていない事例へも適用されている、(2)「交通の進展」(der fortschreitende Verkehr)により、収用が可能な事例を予め全て規定することが不可能になったのであり、個別事例における判断が必要である(3)元首の同意を必要とすることで、差し迫った理由がなければ所有権が収用されないことがないことは十分に保障されているという3点が挙げられている<sup>8)</sup>。

6) 参照, Meyer/Thiel/Frohberg, *Enteignung von Grundeigentum. Kommentar*(1959), S. 106-107, 棟居(3), 834頁。「収用手続」概念に関する議論については、後述187頁以下参照。

7) もっとも、以下の分析の主たる主題となる概括主義と列挙主義の論争は、主として2条ではなく1条の修正案をめぐる議論という形で展開されている。

8) JMB 1864, S. 353-354.

その上で、2条では、勅令による事業認定を採用する理由は、(1)憲法9条は、公共の福祉が収用を要求していることの確認を要求している(2)一般ラント法(第1編第11章10条)等の現行法はその判断を元首(Oberhaupt des Staats)に委ねていることであるとされる。そして勅令には、「起業者及び事業」が明示されなければならないが、それは以下のように説明される。

「公共の福祉のために収用を要求する権利は、一般ラント法<sup>9)</sup>によれば国家の特権(Vorrecht)であるが、国家はそれを私人に譲渡(abtreten)することができる。……したがって、国家が常に起業者になるのではない。また、収用権が行使される範囲は事業の種類によって異なり、土地所有者にとっても、その補償請求権に関連して、また勅令を彼の地片に適用すること(Anwendung)(強調は引用者)へのありうべき異議にも関連して、起業者及び収用の目的を知ることが重要である。」<sup>10)</sup>

政府の基本的立場を示す、上のような説明は、最終段階まで全く変わることがない。68年法案理由書も、現行法令の説明を多少補充した他は、64年草案をそのまま踏襲しているし<sup>11)</sup>、69年法案・71年法案の理由書もまったく同文である<sup>12)</sup>。72年法案以降は理由書が簡単になるので、2条については触れられていない。

これに対し、両院の委員会及び本会議で、3つの相異なる方向での修正が提起された<sup>13)</sup>。第一に、概括主義にかえ、列挙主義の採用を主張する議論。第二に、逆に、事業認定を勅令に委ねることを批判し、むしろ分権化を主張する議論。そして第三に、勅令について司法大臣の副署など特別の手続的統

9) 理由書で挙げられているのは、一般ラント法序章74条、75条(国民の個別の権利益が公共善(gemeines Wohl)促進のための権利義務と衝突する場合前者が劣後することと、その場合の補償規定)、第1編第11章4条(強制売買)、第1編第8章29条(第三者または国家に与える損害を防止するか、多大な便益をもたらすための所有権制限)である。

10) JMB 1864, S. 358. ここで既に、以下で取り扱われるべき論点のいくつかが示されているが、まずはとりあえず先に進むこととする。

11) ただし68年法案では、64年草案では第4条に規定されていた勅令の官報による告示の規定が、2条2項として組み入れられている。この2項についての議論は以下省略する。

12) 但し、初めて衆議院に先に提出された71年法案の理由書は、当然ながら、「以上の原則は貴族院においても衆議院委員会においても受け入れられている」と付け加えている。

13) 叙述の便宜のため、ここでは時系列的にはなく論点ごとに再構成しながら紹介する。

制を要求する議論である。叙述の便宜上、第二の議論を先に検討することとする。

### (A) 分権化

68年法案貴族院委員会において、勅令による事業認定という2条の仕組みを「上級行政庁への不服申立を留保した上で、権限行政庁が決定する」ものに変更するのが妥当であるという主張がなされた。論者の挙げる理由は以下の通りである。(1)「原則的観点」。他の法律では地方官庁等が決定している「技術的問題」<sup>14)</sup>の決定を君主に委ねるのは妥当でない(2)「実際の観点」(i)一般ラント法の時代よりも王国の版図は拡大し、交通諸関係も国家活動全体も発達したため、取用はもはや例外事例ではなく日常的継続的行政の対象となった。しばしば憎しみを伴う所有をめぐる争いから王権を解放することが、王権自身の利益となる。(ii)君主の決定を準備すべき大臣に、非常に多数のしばしば些細な事例の処理が委ねられることになり、過剰負担となるとともに分権化(Decentralisation)の要請に反する(iii)実質的決定者は大臣であり、その結果関係者が適正手続により異議を主張する機会を奪われることになる。むしろ、他の行政事項に見られるように、決定は他の機関に委ねた上で最終的に国王の決断を求めることができるような仕組みが、関係者の保護のためにはより望ましい。

しかし論者が実際に提出した修正案は、いわば最低限の要求として、道路建設に関してのみ、一般的に所有者の譲渡義務を規定した上で管区区政府に決定を委ねるという内容にとどまった。これに対して委員会の多数は、(i)

14) 委員会報告における現行法分析を踏まえた上で論者が指摘するのは、以下の特別法の規定である。鉱山法(Berggesetz v. 24.6.1865 (GS S.705)), 暗渠法(Vorfluthsgesetz v. 15.11.1811 (GS S.352)), 堤防法(das Gesetz über das Deichwesen v. 28.1.1848 (GS S.54)), 1843年2月28日の法律の灌漑施設関係部分(GS S.41)。しかし、仔細に見てみると、それら法律は必ずしも事業認定と対象地確定手続とを区別するという1874年取用法の仕組み——この限りにおいて68年法案も同様である——を採用しているわけではない。このため、直ちに同列に比較することは困難である。(ただ1843年法のみが「農業構造改善上の利益」の有無の判断と事業の許容性・条件の判断を区別した上で、共に下位行政機関の判断に委ねている(32条, 42条)そもそも、特定の事業類型について取用の可能性を認める根拠法が存在する場合の判断権と、74年法のような一般法で、しかも概括主義をとった場合とでは、問題の位相が異なるともいえる。

収用権の賦与が君主によってなされるという仕組みに世論は価値を認めている(ii)その後制定された特別法は道路建設とは事柄の性質を異にするし、仮に将来道路に関する特別法が必要だとしても、この一般法でそれを規定する必要はないと反論し、この修正案は否決された<sup>15)</sup>。

## (B) 列挙主義

(1) 議論の当初は、個別法律主義と列挙主義との区別<sup>16)</sup>が明確に認識されていなかった。まず、68年法案貴族院本会議において、法案1条に「法律の定める場合」という語句を挿入するというヨーク(York)伯爵の修正案が提出された<sup>17)</sup>。この修正案の文言は個別法律主義の採用を主張したものととも理解できないことはない。しかし、後の議論の中で提案者は、同時に提出されていたベルヌト(Bernuth)議員の「その内部において剝奪制限が許されるところのカテゴリーは、法律で定める」という修正案<sup>18)</sup>の方が「内容的に一致し……より適切な表現」であると述べ、自らの案を撤回する<sup>19)</sup>。この議論を経て個別法律主義と列挙主義との相違に対する認識が深まり、69年法案衆議院委員会、71年法案衆議院委員会では両者が明確に区別されて論じ

15) 以上、SBHH 1868/69, S.216-217。ちなみに71年法案衆議院修正では、「公道の整備拡張」について地方政府に決定を委ねる条文(3条)が挿入され、さらに、73年法案衆議院第三読会に至り「私道の公道への変更」がこれに付け加えられる(SBHA 1873/74, S.1501-2)。本文で見た修正案は、結果的には一定の実現を見ることとなったのである。

16) 個別法律主義と列挙主義の区別については、参照、棟居(2), 600頁註(2)。ただし棟居はここで「議決主義」と表現しているが、本稿では、本文に挙げた委員会報告が“gesetz”による認定を想定していることから、やや形式的に「個別法律主義」という表現を選択した。とはいえ、ここでいう「法律」とは、おそらくいわゆる「形式的意味の法律」(芝池(3), 53頁註(27)——チールの学説についての評価)を意味せざるをえないであろう。たとえばグリュンフトの場合、そのような志向が明確である。彼は、個別事業法の制定や列挙主義を「収用目的の法律による特定」として退ける。収用には「柔軟性が必要」だから「事例ごとに国家権力の特定の機関に委ねる」しかない。しかし、その「国家権力の特定の機関」というのは原則的には立法権であるべきで、立法権が法律により事業を認定すべきだと彼は主張するのである。(Grünhut, *Das Enteignungsrecht*(1873), S.85-91。ただしグリュンフトは一定の事項については行政権の認定を認める。芝池によれば、学説史的にはむしろこの側面こそが重要である。芝池(3), 43頁, 53頁註(29))棟居の「議決主義」という用語は、このような意味で鋭い点を衝いている。

17) SBHH 1868/69, S.100。

18) SBHH 1868/69, S.101。

19) SBHH 1868/69, S.103。

られることになる。しかし、個別法律主義は、あるいは「重い負担であるのみならず、大きい弊害を招く」<sup>20)</sup>あるいは「実現不可能」<sup>21)</sup>と比較的あっさり退けられている。

(2) 他方、列挙主義は真剣な議論の対象となった。表現を様々に変えつつ<sup>22)</sup>修正案が繰り返し提案され、政府も、一種のリップサービスにせよ、列挙主義の可能性を「十分に検討した」<sup>23)</sup>ことを強調する。71年法案以降は、もはや具体的な修正案こそ提案されないが、委員会では列挙主義の主張が(結論的には否定されるものの)常に一定の支持を得ているし<sup>24)</sup>、最終的に成立した73年法案においてさえ、その衆議院本会議第一読会では、「やはり考慮に値する」(ベール議員)という主張がなされたりしているのである<sup>25)</sup>。さて、以下議論の内容に立ち入って検討するが、それは、憲法の解釈をめぐる議論と法政策的当否に関する議論とに分けることができる<sup>26)</sup>。

(3) まず前者である。1850年プロイセン憲法9条は、「法律の基準によって」(nach Maßgabe des Gesetzes)所有権が剝奪制限されうることを定めていたが、74年法はまさに同条を具体化すべきものとして理解されていた<sup>27)</sup>。

20) SBHA 1869/70, S. 1341. 同所では、グナイストを引照の上、イギリスの private bill の弊害が主張されている。

21) SBHA 1871/72, S. 1203.

22) 「カテゴリー」を強調する上記修正案の他に、「剝奪制限がそのために許されるところの事業の諸類型 (Gattungen) は、法律で定める」(69年法案貴族院委員会、ベール議員によるもの。SBHH 1869/70, S. 89, 参照, S. 85)「(収用が)許容される領域は、法律で定める」(69年法案衆議院委員会 SBHA 1869/70, S. 1342)

23) SBHA 1869/70, S. 1341.

24) 71年法案衆議院委員会, SBHA 1871/72, S. 1203, 73年法案衆議院委員会, SBHA 1873/74, S. 969.

25) SBHA 1873/74, S. 129. ただしベール議員は、委員会では再び列挙主義を主張したかもしれないが(この点は議事録では確認できない)、第二読会では委員会報告者という立場上、そのような発言は一切見られない。

26) なおブレットは、貴族院の審議で「真の反対論が唱えられたのではなく、憲法9条の該当性という問題のみが立ち入って審査された」(Joh. Victor Bredt, *Die Zonenenteignung und ihre Zulässigkeit in Preußen*, 1909, S. 85-86.)と述べるが、この評価が妥当でないことについて、参照、前稿(1), 29頁註(27)。

27) 参照、前稿(1), 22頁。



列挙主義の主唱者は、しばしば、それこそが憲法上の要求であると主張する。「(9条の「法律の基準」として)制定された法律が、自らを否定し(sich aufheben)、勅令をしてとって代わらしめる、そんなふうに(同条を)理解することはできない」(ヨーク議員)「もはや、法律の基準によってではなく、勅令の基準によることとなる」(ツァハリ=議員)<sup>28)</sup>などの発言が見られる。

一方概括主義の側は、法案によっても、根拠法を制定することそれ自体、あるいは収用が法律の定める手続によって行われることによって「法律の基準によって」という要件が充たされていると解釈する<sup>29)</sup>。この議論に対しては、列挙主義派も決定的な反論を提出することはできず、特に学者出身の議員は「文言において毀損されるわけではないが、実態において転回(umdrehen)することになる<sup>30)</sup>」「形式的には法律による収用であっても、実質的には勅令によるもの<sup>31)</sup>」など、いささか苦しい議論を立てる<sup>32)</sup>のである。

(4) 上の憲法解釈論に加え、法政策的当否も論じられる。まず第一に、列挙主義の立場から概括主義に対する批判として、概括主義の「危険」性が指摘される。例えばヨーク議員によれば、私的所有権の「重要な政治的意義」あるいは「公共の福祉上の利益」からして、それは立法に対してのみ譲ることができる。収用は「特権」でしかありえない<sup>33)</sup>。デルンブルク議員によれば、勅令による収用は「危険」であり、法律でカテゴリーを規定すること、

28) SBHH 1868/69, S. 96, 102 参照, SBHH 1869/70, S. 89.

29) Kröcher, SBHH 1868/69, S. 102. 参照, Kröcher, SBHH 1868/69, S. 100; SBHH 1869/70, S. 89.

30) Dernburg, SBHH 1868/69, S. 96.

31) Zachariä, SBHH 1868/69, S. 102.

32) その他解釈論的議論として、以下のようなものがあつた。(i)ヤコビ(Jacobi)政府委員によれば、1848年憲法第一草案の規定は「法律によって定められた形式」と定めていたのであり、つまり法律の内容については一切規定していなかつた。後の経緯からしても特にそれを否定する意図は読み取れない。(SBHH 1868/69, S. 83) (ii)69年法案の審議において、ベルスト議員は、憲法制定時の司法大臣の発言「(将来の)収用法において、収用が公益上行われるのはどのような場合であるか規定せねばならないであろう」(*Stenographische Berichte der 1. Kammer* 1849/50, Bd. II, S. 670. 参照, 前稿(1), 22頁)をとりあげて、列挙主義を正当化しようとする(SBHH 1869/70, S. 82)が、ヤコビ政府委員に「それが憲法上の要請だとは述べられていない」(S. 85)とあっさり退けられる。

33) SBHH 1868/69, S. 95-96.

過剰な収用に対して立法が課していた制限を手放さないことこそが重要である。彼の挙げる「危険な収用」の具体例は興味深い。「私有林を公有林に併合 (annektieren—ママ) することに行政は公益を見出すかもしれない。学校やその他のものに土地所有者の領地 (Territorium) を用いることが公共の福祉に有用だと、ベルリン市の再開発 (umbauen) が公益に即するものだとされるかもしれない。その結果、土地所有者が収用される。これら全てが可能になるのである<sup>34)</sup>」これらの例が「危険」だと論者は言うのである。

これに対して政府案支持派は、従来の法制と原案との一致を強調した上で<sup>35)</sup>、「最高機関に至るまでの審査と議論の公共性」とが軽率な適用を防止する。不服申立手続の整備により所有者の権利はより大きい保障を得る<sup>36)</sup>と論ずることになる。ここでは必ずしも具体的な制度的手続の根拠を示すことなく、「審査の慎重さと議論の公共性」が強調されている。この論拠は71年法案衆議院委員会でも今一度確認される<sup>37)</sup>。

ここで強調されるのは「最高機関による判断」である。「国王の内閣の提

34) SBHH 1868/69, S. 96.

35) この点についてヨーク議員は、一般ラント法が君主による収用権の付与を定めていたのは、「行政的行為ではなく、君主の立法権の行使だったのだ」と反論している (SBHH 1868/69, S. 98)。議事録上、この点に関する特段の再反論を見出すことはできない。同様の議論は、73年法案衆議院第三読会において、ヴィントホルスト議員によって繰り返される。彼は、1条の「公共の福祉」概念の不確かさ、曖昧さを強調した上で、2条の勅令による事業認定に疑問を呈する。「しかし皆さん、旧時代においては、勅令は立法権の行使に他ならなかったのです。当時唯一存在したところのこの立法機関に決定を委ねたことは私もよく理解できます。しかし、我々は絶対主義国家であることを止めたのです。勅令のみに決定を委ねるのは、私の見るところ、立憲主義的法治国の基本原則と矛盾するものなのです。」(SBHA 1873/74, S. 1500) 事業認定に立法的性格を見出すこの議論は、一見そう見えるほど無理な議論ではない。なるほど例えばブレットは、事業認定は「名称、場所、時間が特定された個別的事例の規律」だから、「勅令」といってもその実質は「個別行政行為」だとする (Bredt (註 26), S. 214)。おそらくは通説的な発想であろう。しかし例えば、高田/國宗は、1967年改正による土地細目の公告廃止以前の土地収用法の事業認定について、「行為の名宛人が不特定人であり、不特定人を拘束する抽象的法規範たる性質をもち、その意味において立法的行政処分であって、また起業者に対しては...創設処分...」(高田賢造/國宗正義『土地収用法』(1953) 81頁) と論じている。そして足立は、高田/國宗のこの見解も参照しつつ、「(山陽新幹線のように) 200キロにも及ぶ地域について『概括的に……広く網をかぶせる』ような事業の認定」の存在を指摘する。(足立忠夫『行政と平均的市民』(1975) 37頁。参照、平松弘光「土地収用事業における公共性の認定」『早稲田法学』64巻4号 228頁 (1989) 249頁以下)

36) SBHA 1869/70, S. 1340。但し、74年法では勅令に対する不服申立は認められていないから、最後に挙げられた点は、事業認定にはあてはまらない。

案により、我々の最高機関 (oberste Spitze) である国王が、収用が行われるか否かを決定するのである。これは最重要事項であるから、……収用を決定するのは国王でなければならない<sup>38)</sup>。」

かかる議論に対し、列挙主義派の議論はむしろ遠慮がちの印象を受ける。例えばヨーク議員は、「収用権が勅令によって賦与されるのであっても、法律によってと同様に私的所有権は完全に保障されると私は思っている」と断った上で、なお「形式的性質」の疑念があるのだと論じていた<sup>39)</sup>。デルンブルク議員の場合はさらに興味深い。「私も、ヨーク伯と同様、他のどの国家機関と比べても、我等が国王陛下を最も信頼している」と述べた上で彼は、国家の拡大によって国王自身が事案を吟味することは困難になり、実質的決定権が政府に移っていることを指摘する。さらにこの点についても発言者は、「現在の政府又は類似の政府」が所有者の利益を擁護するであろうことを疑ってはいない。彼が危惧するのは、「将来いつか、土地所有権に対してあまり好意的でない行政が支配する」可能性である。その可能性が否定できないからこそ、勅令に収用を委ねるのは危険だと彼は言うのである<sup>40)</sup>。この叙述から推測するに、列挙主義の採用を主張する彼が警戒していたのはどうも王権ではないらしい。それがどのような勢力だったかもある程度見えてくるだろう。

どうやら、68/69年の貴族院において、「最高機関である国王」の判断権を強調することは、いわば「反論封殺機能」を有していたようである。政府案を支持するハセルバッハ (Hasselbach) 議員は、次のように述べて列挙主義派を論難する。「みなさん、一つ考えてみてください、デルンブルク教授は全ての個別事例に法律を求める<sup>41)</sup>。つまり政府による提案と両議院の同意

37) SBHA 1871/72, S. 1203. 同委員会は、これまでの議論を踏まえ、勅令を要求する論拠を以下の3点に整理した。(1)権利の重要性(2)プロイセンの伝統(3)最高機関に至るまでの審査と、公共的議論が行政による侵害を抑止する。

38) Graf von Rittberg, SBHH 1869/70, S. 84. ヘーベルレによれば、このような発想は「特に重要な公益問題について、権限を『上に』移すこと」であり、「公共の福祉と権限との結合」の一例に位置づけられる。Häberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem* (1970), S. 473, S. 473 Fn. 16)

39) SBHH 1868/69, S. 95.

40) SBHH 1868/69, S. 96.

を要求する。それも、これをただ国王陛下のみに委ねては、陛下は誤った観念によって取用権を与えることになりうるからだというのです<sup>42)</sup>。」

(5) 逆に政府案の立場から列举主義に加えられる法政策的批判は、一般的列举の実際的可能性である。「交通の進展<sup>43)</sup>」や都市における取用の日常的必要性<sup>44)</sup>を理由として、また包括的列举の不可能性を根拠に<sup>45)</sup>、列举主義が現実的でないことが主張される。さらに、より差し迫った実務的問題として、修正案が同時に取用事例を列举していない以上、その可決は現在認められている取用ができなくなるという法の欠缺を生じせしめるのではないかという批判がなされる<sup>46)</sup>。69年法案に対し、委員会で列举主義的修正案を提出したベルスト議員はこの批判を認め、「そのような帰結をもたらさない」ため本会議ではもはや修正案を提出せず、政府案に反対を表明するにとどまることとなる<sup>47)</sup>。

### (C) 手続的統制

最後に検討されるのは、司法大臣の副署その他の手続的統制を要求する議論である。この議論は71年法案衆議院委員会において最初に提起された。当初委員会において、勅令に閣議(Gesamt=Staats=Ministerium)の副署を要求すべきことが「広い範囲から」(weittragend)主張されたが、実現不可能という政府委員の反対に会うと、「よりゆるやかな形態」として、「司法大臣及び所轄大臣」の副署を要求する修正案が提起される。勅令に所轄大臣の副署が必要なのは自明であるから<sup>48)</sup>この修正案の眼目は、司法大臣を手続に関与させることにある。所轄大臣は「一方的に、その所轄上の観点と必要か

41) デルンブルクは個別法律主義でなく列举主義を主張するのだからこの批判はもちろん不正確であり、本人が直ちに反論している。(ちなみにこれに対しハセルバッハは誤解をある程度認めた上で、責任をデルンブルクに転嫁している) SBHH 1868/69, S. 99.

42) SBHH 1868/69, S. 98.

43) Herzbruch 上級枢密院委員, SBHH 1868/69, S. 97.

44) Hasselbach 議員, SBHH 1868/69, S. 98.

45) Itzenplitz 商業大臣, Jacobi 政府委員, SBHH 1868/69, S. 82-83.

46) SBHH 1869/70, S. 89. 参照, Graf von Rittberg, SBHH 1868/69, S. 84.

47) SBHH 1869/70, S. 82.

48) Eger I, S. 36. プロイセン憲法 44 条.

ら、私権への許されざる侵害があるかどうかあまり考慮を払わないことがありうる。公益に対して私権を擁護することは本来的に司法大臣の任務であり、彼は所轄大臣が提供する資料を客観的に吟味する使命を負っている」というのが修正案の立場である<sup>49)</sup>。同様の修正案は73年法案衆議院委員会、同本会議（ベルガー（Berger）議員）、貴族院委員会において繰り返し提案されている。

この修正案に対しては、(1)責任の集中が重要であり、他の大臣による統制を介在させることはむしろ所轄大臣の責任意識を鈍くする<sup>50)</sup>。また、(2)収用権の賦与は法的性質よりむしろ実際の性質の問題である<sup>51)</sup>という反論がなされた。

後者について今少し敷衍しよう。73年法案衆議院委員会において政府委員は修正案に反対し、収用の許容性を抽象的に一事柄の一般的性質に従って一判断するのであれば、それは列挙主義と変わりない。他方、具体的に一個別事例の必要性の大小に応じて一判断することは実際には不可能であると主張した<sup>52)</sup>。ミケル議員によれば、事業認定の問題は、個別事例の専門的（sachkundig）調査に基づいた問題であって法的問題ではない。期待すべきはむしろ事例の蓄積による行政実務の確立であり、その意味でも共同責任体制は退けられるべきであるとされる<sup>53)</sup>。

以上が司法大臣の副署についての議論であるが、その他の手続的統制のための仕組みとしては、(i)将来設置されるべき行政裁判所の判断を求めると及び(ii)収用権が賦与された事例について、議会に年次報告を提出することが修正案として提案されていた<sup>54)</sup>。(i)は我々の関心を強く惹くところであるが、殆ど議論になっていない。ちなみに確定条文は、計画確定手続（従

49) SBHA 1871/72, S. 1204.

50) Achenbach 商業大臣, SBHA 1873/1874, S. 1255-56, Miquel 議員, S. 1256-57. ミケル議員は、概括主義よりも列挙主義の方がより良いという議論はありうると述べる一方、「いったんこの道（概括主義—引用者註）を歩んだ以上は、歩み通さねばならない」として責任の集中・個別化、共同責任の排除を主張する。

51) SBHA 1871/72, S. 1204.

52) SBHA 1873/74, S. 969. 参照, ベール議員, SBHA 1873/74, S. 1258.

53) SBHA 1873/74, S. 1257.

54) SBHA 1873/74, Ak. 149, S. 969.

って、補償に関する決定は含まれない)における管区行政府の決定に対しては、上級行政庁への審査請求を認める(22条)。審査請求裁決に対する出訴は、通常裁判所に対しても行政裁判所に対しても認められない<sup>55)</sup>。しかしこれは管区行政府の権限が対象であり、勅令による事業認定はそもそも問題になっていない<sup>56)</sup>。

(ii)の提案に対しては、事業認定には官報での公開義務がある(2条2項)ことを指摘し、必要性を否定する議論<sup>57)</sup>に加え、取用が「行政問題」であると主張し、議会の「細部にわたる干渉」は望ましくないと主張するミケル議員の議論<sup>58)</sup>が興味深い。同議員によれば、行政による議会報告は一般的には高い価値を持つものであるが、単に事例を列挙するだけでは、議会になしうることは個別事例の批判だけである。「公益が何であるかということについての議会の判断は、まったく不安定になる。事柄を継続的に取り扱う省庁にのみ事柄の安定的処理が期待できるのであり、議会には確固たる実務の形成は期待できない」前述したように、「行政実務の確立」を重視する同議員の立場からすれば、これは全く望ましくない帰結だということになる<sup>59)</sup>。

55) 74年法の制定後9年を経た1883年の「行政庁及び行政裁判所の権限に関する法律」(Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. 8. 1883, GS S. 237.) 150条では、土地取用については、従来の管区行政府(Bezirksregierung)の権限を管区評議会(Bezirksausschuß)に移すとともに、審査請求は(所轄大臣ではなく)公共事業大臣が一元的に担当することを明確にした。この管区評議会は行政裁判所としての性格と普通行政官庁としての性格をあわせもつものであった(南博方『行政裁判制度』(1960) 31頁)が、ここでは後者の側面が問題となることは言うまでもない。

56) 第二次大戦後においてすら、事業認定が行政行為として行政裁判の対象となるかどうか、争いがあった。(参照、Meyer/Thiel/Frohberg(註6), S. 65-66(肯定説一起業者に対しては行政行為); H. Joachim, Die Rechtsnatur der Enteignungsanordnung, DVBl 1959, S. 389-390(否定説)。

57) SBHA 1873/74, S. 469. Achenbach 商業大臣, SBHA 1873/1874, S. 1256, Bähr 議員, S. 1259.

58) SBHA 1873/74, S. 1257.

59) 興味深いことに、立法過程における手続的統制論の中に、所有者を事業認定の手続に参加させようという議論は見られない。(かかる必要性を説く学説としてGrünhut(註16) S. 202)おそらくこれは、事業認定段階では対象地及びその所有者は未確定だという制度の建前によるものであろう。(但し参照、後述 184 頁以下)

## 2 法治国の後退？

さて、本稿の問題意識の下で74年法の事業認定のシステムが持っている意味を考えるためには、問題を以下の3点にわけて考察すべきであろう。

(i)74年法が、事業認定を後行手續から独立させる仕組みをとったことの意味(ii)列挙主義が排され、概括主義が採用されたこと(iii)その上で、その判断が「勅令」に委ねられたこと<sup>60)</sup>。これら諸点は相互に密接な関連を有するものではあるが、少なくとも出発点においては区分けして論じられなければならない。(i)は、計画確定手續を検討した上で考察するので、以下では(ii)及び(iii)について述べることとなる。てがかりとなるのは、1で見た立法過程における諸議論である<sup>61)</sup>。

60) 「収用の要件としての公益」に関するフレンツェルの学位論文(Michael Frenzel, *Das öffentliche Interesse als Voraussetzung der Enteignung*, 1978)によれば、1874年法は、(i)列挙主義を退け概括主義を採用し、(ii)収用権の付与を君主に委ねた点において、「市民的自由主義的法治国の中心的要請の一つであるところの、所有権侵害を君主の恣意から奪いとり、立法者の決定の下におくことが果たされていない」とされる(S.35)。一見説得的に思えるこの主張であるが、筆者は無前提に同意することはできない。最大の問題は、論者の挙げる(i)と(ii)の論点十分に区分けされて論じられているわけでもなければ、逆に両者が構造的に接合されてもいないということである。(i)の点を重視し、列挙主義だけが「市民的自由主義的法治国」の要請に応えるものだとするならば、今日概括主義をとっている諸国では未だ法治国が実現されていないことになろう。そもそもプロイセン収用法自体、今日においてなお一部の地域で効力を有しているのである。逆に(ii)が専ら問題だとするならば、君主制の廃止と同時に問題自体が拭いさらわれてしまう。事業認定と法治国原理をめぐる議論は、今日の我々に何を与えてくれるものでもないことになる。棟居執行はフレンツェルに反論し、「事業認定を議会が行なう——場合だけが法治国的であるとするのは妥当でない。問題は事業認定を含む収用手続き全体がどこまで法治国的コントロールに服しているか、である」とする(棟居3, 839頁)。適切な指摘であり、事業認定の問題は、それを同法全体の文脈に置くことによって初めて明らかにすることができるだろう。もっともフレンツェルにしても、74年法の詳細な収用手續によって「法治国的欠陥は実際には緩和されている」と述べている(Frenzel・前掲, S.35-36。参照, Frenzel, *Herkunft und Entwicklung des rechtsstaatlichen Verfahrens-gedankens am Beispiel des Enteignungsrechts, Der Staat* 1979, S.592f.)のであり、その限りではさほど変わらない認識に立っているとも考えられる。

61) 本来ならこの点の考察は、(a)収用制度ないし当時の主要な収用対象事業(特に鉄道)をめぐる諸勢力諸階層の対抗関係及び(b)必ずしも議会審議に現れてこない、政治史的過程の把握をも踏まえてなされるべきであろうが、現在の筆者にはその用意はない。(但し、(a)の点については、未公表論文(「公共性の現代的変容・序説」(東京大学社会科学研究所助手応募論文(1991))の形で、きわめて不十分な検討を施したことがある。)本稿ではあくまで議事録に現れている限りの事柄の分析に限定する。

## 3 概括主義の意味

フレンツェルは、立法過程において列挙主義が退けられたことを、「19世紀の最後の1/3における市民的自由主義的潮流の後退」の徴候としてとらえる<sup>62)</sup>。しかし、少なくとも、列挙主義がもっとも議論になった68年法案・69年法案に関する貴族院の討論において当時現実に唱えられた主張に関して言えば、それに直ちに「市民的自由主義的潮流」として位置づけるには、若干の躊躇を覚えざるを得ない。

ヨーク議員の列挙主義的修正案が、私的所有権の「重要な政治的意義」あるいは「公共の福祉上の利益」を強調していたことは既に見た。その提案者が貴族の称号を有する人間であったことは、おそらく単なる偶然ではあるまい。これら列挙主義論者の関心は、必ずしも国王あるいは行政府と立法府との対立にはない。既に見たように、国王や勅令に対する「信頼」は彼らの度々口にするとところである。むしろ、デルンブルク議員に端的に現れているように、広い意味での社会主義的政策をとるような勢力の将来の権力掌握を警戒し、彼らに対して立法府が所有権擁護の砦になることを構想していたと考えられるのである。もちろん当時の「自由主義」にそのような側面も存することを十分に認識した上で、「市民的＝自由主義的潮流」というレッテルを貼るのであれば、それはそれで成り立ちうる一つの歴史認識ではあるのだが<sup>63)</sup>。

これに対して、73年法案に対する衆議院の議論は、かなり位置づけが異なりうるものだろう。議会に対する年次報告の提案などは、かなり明確に議会一行政の対抗関係を意識したものだと言える。また、先にも引いたヴィントホルスト議員の演説は、「立憲主義的法治国の基本原則」を前面に出して、勅令による専権的決定を批判している。「公共の福祉が取用を必要とするか」という問題について、そして国王陛下の決定の準備について、いかなる確固

62) Frenzel (註60), Das öffentliche Interesse..., S. 35

63) もっとも、国王との緊張関係を意識した議論が皆無であったというのではない。69年法案衆議院委員会報告において、「取用権の付与のような広範な権限を法律によって王権に認めること」は「自らの政治的立場」からして承認できず、法律が取用事例を明確に規律することが必要だという意見（問題の解決を後に制定される法律に委ねる列挙主義的修正案には反対）があったことが紹介されている。(SBHA 1869/70, S. 1342)



とした手続も、いかなる保障も本法律は欠いているのです。所轄大臣の簡単な報告書により国王が最終的にこの問題を決定するのです<sup>64)</sup>。」

先に示したような疑問をひとまず括弧にくくって考えれば、列挙主義及び手続的統制をめぐる議論は、確かに立法権と行政権との綱引きの側面を有してはいる。それが後者の決定的優位において決着したということ、これが概括主義採用の第一の意味であろう。事業認定にはいかなる手続的統制も課せられず、しかも、Ⅲで検討するようにその規律対象事項すら明確に規定されなかったのである。

しかし、概括主義の意義はそれだけにとどまるものではない。立法過程の議論において、列挙主義の否定は、収用対象事業を「カテゴリー化」あるいは「類型化」する可能性を否定することでもあった。ある事業が収用の対象となりうるものであるかどうか、すなわち「公益」性が存するかどうかは、事業単位にアドホックに判断される。公益判断の一般原則を定立することのみならず、それを類型化することまでが「抽象的判断」として退けられる。それは同時に、「公益」を何らかの一般化抽象化が可能な法原則とみなすことを退け、その個別具体性を主張することに他ならないであろう。司法大臣の署名を要求する提案が否定されたのも同じことを意味する。事業認定の可否、従って公益性の有無は、「法的性質よりむしろ実際の性質の問題<sup>65)</sup>」と観念されていたのである。これが第二の意味である<sup>66)</sup>。

そして第三に、概括主義論者の背後には、次のような現状認識があった。例えばハセルバッハ議員は、収用権の「日常化」を指摘して個別法律主義を批判する。「この原則に対して私は異議を唱えざるを得ません。それは、発展しつつあるこの国を全くの停滞に突き落とすものです。我々の都市に即して見てみましょう。かつての都市は、城壁と狹隘な道路をもって作られていた。今日では、交通の必要により、至る所で道路を開鑿し拡張すべく迫られ

64) SBHA 1873/74, S. 1500. 参照, 前註(35). この観点から、ヴィントホルストは、国王の決定の前に、何らかの機関(どうやら国事院(Staatsrat)の創設を構想しているらしい)への諮問を要求することを構想する。少なくとも、司法大臣の関与を主張するベルガー提案(既に第二読会で否決されていたが)や、さらには内閣全体の同意が「最低限の要求」であるとする。しかし既に第三読会であるから、修正案は提出せず反対すると彼は述べている。

65) 参照, 上述 160 頁。

ています。しばしば警察は、建築主が道路拡張用地を提供するという条件をつけて、建築同意を与えます。しかし、にもかかわらず、当該用地について自治体が所有者と合意できない事例も頻繁に起こっているのです。その場合、国王陛下のもとに収用権が願い出られ、補償手続が開始されます。これは殆ど毎日起きていることです<sup>67)</sup>。」

そして、既に上の発言にも示されているが、プロイセンの国家及び社会を「発展」の途上にあるものとして捉える自己認識が概括主義の論者には特徴的である。「我々の産業諸関係の発展は、そのために収用がなされるところの新たな対象を産み出すのです。(列挙主義を採用するならば)繰り返し繰り返し法律を改正し、新たな対象を...付け加えねばなりません<sup>68)</sup>。」「進展しつつある交通関係 (fortschreitender Verkehr) においては、私有財産が徴せられるべきあらゆる事例を前もって法律によって確定することは不可能であります<sup>69)</sup>。」また、「大国の国民の多様な経済活動<sup>70)</sup>」として「多様性」も繰り返し強調されているところである。

このように、「日常化」「発展」「多様性」という認識と修辞の下に、概括主義は正当化されていた。そこには、自らの国家・社会のありようを、旧来の社会と対比しつつ、前進しつつあるもの、動的なものとして観念する傾向

66) 但し、公益性の法的性質を否定することは、本来的には列挙主義を排斥する理由になるだけである。事業認定になんらかの手続的要件を課することへの反論、さらには個別法律主義に対する反論には、少なくとも理論的には、なりえないのである。棟居によれば、「公用収用の公益要件じたいは維持しつつも公益性の存否はひっきょう「見方の問題」に帰着するから法律上の列挙になじまない、とする概括性の建前よりすれば、個別具体的な公益性の認定をある国家機関に委任する仕組じたいは何ら異とするに足りない」(棟居(3), 838頁)とされる。しかし、例えばグリーンフトの理論構成(参照、前註16)に示されていたように、議会もまた個別具体的な公益を認定する「国家機関」となりうる可能性を本来的には「法律の一般性」などのドグマティックによる制約(参照、村上淳一「法律の『一般性』について」『概観ドイツ法』91頁以下(112頁)玉井克哉「法律の『一般性』について」芦部古稀『現代立憲主義の展開』(1993)(下)385頁以下は懐疑的)をひとまず考慮の外におけば一持っている。そのレベルの綱引きにも立法権が敗れたということ、それが先に述べた「第一の意味」に他ならない。

67) SBHH 1868/69, S. 98. 先にも触れたように、これはデルンプルク議員の議論を誤って理解した上での批判である。また、収用の「日常化」と理論構成における「国家緊急権からの脱却」(芝池(2), 21頁以下)は関連していたと推測できるだろう。

68) Rittberg 議員(伯爵), SBHH 1869/70, S. 84.

69) Herzbruch 政府委員, SBHH 1868/69, S. 97.

70) SBHA 1869/70, S. 1340; SBHA 1871/72, S. 1203.

を見出すことができる。自らの主導によるドイツ統一が完成を見つづけたこの時期のプロイセンの支配層にとって、かかる観念がきわめて高い説得力をもつものであったことは想像に難くないだろう。

#### 4 勅令による判断

その上で問題となる、判断を勅令に委ねたことの意義であるが、立法過程において、確かに一方ではランデスヘルに認定を委ねる「プロイセンの伝統<sup>71)</sup>」が理由として挙げられている。また、エガーの註釈書では、君主による「法律の非党派的かつ適正な運用」が強調され、フレンツェルはこれを「啓蒙専制君主」的観念と批判する<sup>72)</sup>。また、先にみたような、王権を持ち出すことによる「反論封殺機能」も見逃せない。それではこれは、「君主の自由な決断<sup>73)</sup>」への屈服であろうか？

しかし我々は、(所有権という)「権利の重要性」を理由に「最高機関に至るまでの審査」が必要だという理由付けも挙げられていることにも注目しなければならない。当時の国制を所与として考える限り、このような理由付けをアプリオリに批判するのは困難である。そもそも我々自身、「特に重要な公益問題について、権限を『上に』移す」というこのような発想<sup>74)</sup>から全面的に自由なわけではないだろう。例えば、立法過程で提起された分権化案と確定条文のどちらが法治国原理により忠実か、議論の余地があるところである。ここでもやはり、「収用手続全体」の中における事業認定の位置づけを踏まえた上で、事前及び事後統制の仕組みの有無もふまえた総合的な議論が必要であろう。

そして第二に、勅令の意味付けである。この点についてはプレットの議論が興味深い。彼によれば、プロイセン憲法が法補充的 (*praeter legem*) な勅令を認めるかどうかについては議論があるところであるが、少なくとも

71) SBHA 1871/72, S. 1203.

72) Frenzel (註60), *Der Staat* 1979, S. 599, S. 599 Fn. 41.

73) Frenzel (註60), *Das öffentliche Interesse*..., S. 35.

74) Häberle (註38), S. 473, S. 473 Fn. 16.

1874年取用法が定める勅令に関して言えば、同法が創設的に与えた権限であって、憲法以前に存在する独立命令権が復活したわけではない。確かにプロイセン王は憲法によって権限を与えられたのではなく固有の歴史的権利を有する。しかし、こと取用権に関して言えば、それは固有の権利から君主に与えられているのではない。プロイセン憲法9条は、取用権を君主の関与から奪い、法律に委ねている。その上で法律は、再び新たな権限を創出し、君主の権限としたのである。「立法過程の議論を思い起こしてみよう。決して最初から、取用が君主大権によらなければならないことが決まっていた訳ではない。決してほかの道がなかったわけではなく、単に最高機関をかかせる重要な問題ではもっとも適当とみなしたのだ。」個別法律主義や分権化についても議論した上で、結局君主に権限を与えることにした。だから憲法の改正あるいは君主の地位の変更がなくても、それを再び改正することは可能である。このことは、3条が管区評議会（制定時には管区行政政府）に権限を与えていることを考えれば自明であるとされる<sup>75)</sup>。

もちろんこのような議論自体のイデオロギー性には警戒が必要である<sup>76)</sup>。また、先に指摘した、君主権を持ち出すことの「反論封殺機能」などを考えれば、立法権による君主権限の創出を安易に語ることにはいささか問題があるかもしれない。しかし、いずれにせよ、本稿としては、勅令による事業認定という制度をアプリオリに、いわば封建制の残存と位置づけることには慎重でありたいと思う。74年法における勅令の役割について論じるためには、第二帝制期における法治主義の意義、君主制の意義などについて、論者なりの歴史認識を明確にすることが必要であろう。本稿としては、これ以上立ち入る用意はない。

75) Brecht (註26), S. 208-211.

76) 論者が地帯取用との関係で行政権に多くを期待していること、列挙主義的主張や君主制の手続的統制に対して「保守的な貴族院」(Brecht (註26) S. 85)「旧来の自由主義者」(S. 88)と極めて批判的なことに注意を払わねばならない。ブレットの所論ないしそれに類似の議論は、勅令を立憲的に「説明」しようというイデオロギーの言辭とも考えられるのである。「もとより君主制原理の下においては、君主権の内容は憲法の統治機構の規定などの組織法が(創設的に)与えるところではないから、結局は法治主義外的な君主の固有の正当性原理が公益認定の実質的正当性を支えているのである」という棟居の指摘(棟居③, 845頁)も、そのような言説に対するイデオロギー批判として読まれるべきであろう。

## 5 法的性質論

最後に考察するのは、事業認定の法的性質に関する議論である。ここで注目すべきは、事業認定を「賦与」(Verleihung)とする実務<sup>77)</sup>及びエガート、ライヤーの確認行為説との対立である<sup>78)</sup>。

ライヤーによれば、事業認定において問題となっているのは、「法律上それに権利が結び付けられているところの要件事実(Thatbestand)を確認し、規範の下に包摂することである。法律の効果は、自ずから、法律が定めた範囲全てについて生じる。ここではなにも『賦与』されるべきものはない。法律がそれに権利を結び付けているところの要件事実『賦与』されえないし、法効果も、法律上当然に(ipsa jure)生じるのだから、賦与される必要はない<sup>79)</sup>。」つまり、特定の事業に公益性が存する場合、起業者は収用権を当然に取得する<sup>80)</sup>が、ただしその行使には行政庁による事業認定という確認行為が必要だという論理である<sup>81)</sup>。

ライヤーの行論をここで詳細にたどることはできない。ここでは、彼の議論の背景となっていると思われる以下の2点を指摘するにとどめる。

第一に、ライヤーの制定法実証主義的方法である。収用の「法制度」としての性質を強調するライヤーは、法律から出発して制度を説明する。収用の法的根拠(Rechtstitel)となるのは実質的には公益であるが、形式的には法律である。権利侵害が特別の法律的規範によってのみなされるのは、立憲主義の下では、法治国の要請でもあるからである<sup>82)</sup>。この観点からライヤーは、

77) 官報による公示は「収用権の付与」という表題の下に行われていた。参照、Layer, S. 301.

78) この論争は、従来行政行為の類型論的側面から専ら紹介分析されてきた。(渡邊宗太郎『土地収用法論』(1929), 45頁以下; 美濃部達吉『公用収用法原理』(1936), 94頁以下; 柳瀬良幹『公用負担法(新版)』(1971), 198頁以下。行政行為の類型論に関しては参照、藤田宙靖『行政法学の思考形式』109頁以下; 遠藤博也『行政法スケッチ』139頁以下)この点で、棟居(3), 840頁以下は、「法治国的コントロール」の観点からの評価を示し、議論を大きく進めたものとして評価することができよう。

79) Layer, S. 305.

80) 但し起業者が私人の場合、公共事業の特許が必要である。だがこの特許と事業認定は、実際的には同時に行われることがありうるにせよ、概念的には区別されなければならない。Layer, S. 306.

81) Layer, S. 307. 権利を持ちながら一定の資格証明がなければそれを行使できないというのは、選挙権が選挙人リストに登録されなければ行使されないのと同様だとライヤーは述べる。

論述にあたり、抽象的ドグマティックよりもむしろ比較法的叙述を重視するのである。

これに対して、賦与説に立つエガーは、「国家」を出発点とする。彼によれば、「国家は、個人が公共の福祉上の理由からその所有権を引き渡すべく要求する権利を有している」という原則が現代国家では共通に認められている。しかし、この国家による侵害に際して「いかなる恣意も不正も排除するため」、取用手段と補償を定める法律的規範が所有権の保護のために必要であるとされる<sup>82)</sup>。ここでは、取用に関する国家の権能を所与の前提とし、それに法律で枠をはめるといふ観念が見られる。ライヤーとは基本的発想が異なっているのである。

第二に、ライヤーの「公益」観である。ライヤーにあって、「公益」は国家の独占物ではない。国家に限られない「利害共同体」(市町村などの公共団体、公法上の社団、さらには未組織の事実上の「利害共同体」もありうる)と個人との全体 $\longleftrightarrow$ 分枝関係こそが公益の本質であり、それ故に「公益」は常に相対的なものである。そして取用法は、国家的利益のみならず、広義の公益たる「社会的 (sozial) 利益」に奉仕するものなのだというのがライヤーの理解である<sup>84)</sup>。

法律の定めるところに従い、事業自体の公益的性質によって、起業者が当然に取用権を取得するというライヤーの構成は、上に見た2点と結びついてゐる。但し、実定法の定めを重視するライヤーは、例えばヘッセン法のように「賦与」が明言されている場合にはそれを認める。ただ、「賦与」的構成の側にいわば立証責任を課し、疑わしい場合は上記のように解釈しようというのがライヤーの主張なのである。

さてライヤーは、確認的構成と事業認定における行政裁量とは矛盾しない

82) Layer, S. 20-21.

83) Eger I, S. 1-2.

84) ただしこの「公益」が取用の法的根拠となるのは、「法秩序によってそうされた場合、それとして明示的に認められた場合」(Layer, S. 20)に限られる。言いかえれば、「国家は立法により、公益概念の適用を制限したり拡張したりして、特定の法秩序に関して公益の実定法概念を修正することができる」(S. 225)。例えば列挙主義は「制限」の例であるし、逆に鉱業法は、本来的に公益的性質を有しない利害を国家が「公的」と宣言している例であるとされる。(S. 225-226, S. 225 Fn. 1)

とする。その際彼が依拠するのが、行政による「決定」(Entscheidung)を「法を語る」(Rechtssprechung)ことだと理解した上で、行政の「技術的」裁量を説いた、ベルナチックのいわゆる要件裁量説である<sup>85)</sup>。従って彼は、自由裁量の手続的・実体的統制にさほど関心を払ってはいない。また、不確定概念に関して認識レベルでの裁量を認めることがかえって「法治国的疑念」を生ぜしめるという批判はありうるところであり、学説史的にも事実存在したところである<sup>86)</sup>。

仮にそれでも彼の議論を「収用手続全体を可及的に法治国的コントロールの下に服させようとするもの」と評価できるとすれば、それが自由裁量の根拠を君主大権に求めず「概括型公益要件という法の仕組み自体に求め<sup>87)</sup>」た、つまりいわば法の枠外の世界から、ともかくも法治主義の土俵の中にひきずりこんだ、という意義に求められるだろう。

この命題の妥当性を検証するには、論敵であるエガーの論旨を検討する必要がある。意外なことにエガーは、事業認定が「賦与」である所以を殆ど説明していない。おそらく、実務で確立していた点についてことさらに説明を加える必要を論者は感じなかったのであろう<sup>88)</sup>。この「賦与」の権限は、「君主大権」(Königliches Prärogativrecht)とされる。「君主大権」であるからそれは君主自身によって行使されねばならず、他の国家機関一閣議、大臣、議会、官庁一に委ねられてはならない。法律の適用は、君主が排他的に判断

85) Layer, S. 303, 参照, Edmund Bernatzik, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, 1886, S. 8-9, S. 46. もっともライヤーは、ベルナチックとは立場を同じくしないテッナー、ロイトホルトも肯定的に引用している (S. 303 Fn. 1) ため、この点の理解は容易でない。なお参照, 田村悦一『自由裁量とその限界』(1967) 20頁以下, 66頁以下, 藤田宙靖『公権力の行使と私的権利主張』(1978) 125頁以下。

86) Reuß, *Das Ermessen*, *DVBl* 1953, S. 585 (S. 589). 参照, 田村 (註 85), 95頁以下。

87) 棟居(3), 842頁。

88) そもそも「賦与」という構成は、確認行為説との対立などは念頭になく、むしろ収用権の「譲与」(cession)という構成との対抗を意識したもの(芝池(3), 54頁註(36), 棟居(3), 841頁)だったと考えられる。なお、エガーにあっては「国家の収用権」が「賦与」されるのではない。(美濃部の議論にはそういう傾向が見られた。「若し其の効果として発生する権利が本来国家に属する権利でない」とすれば、国家は自分の有しない権利を授与することは有り得ないことであるから、それは権利を授与する行為ではあり得ない。」美濃部(註 78), 97頁) 国家はその「収用高権」に基づいて、起業者に「収用権」(私の特権!)を賦与するのである。(「収用高権」と「収用権」の区別については、棟居(3), 842頁註(2); 柳瀬(註 78), 200頁; 美濃部(註 78), 102頁; 渡邊(註 78), 38頁)

する。但し議会は、憲法 106 条によって、大権行使の適法性に関して審査権を有している。しかし、公共の福祉がどの程度であり、いかなる事業がそれに合致するかを判断するのは「見方の問題」(Auffassungssache)であるから、結局のところその審査権は意味がない<sup>89)</sup>。

ここで君主判断の自由裁量性の根拠となっているのは、実はその「大権」としての性格ではない。ライヤーと同様、公益要件の不明確性こそが、結果的に自由裁量を基礎付けているのである。「大権」としての性質は、専ら他の国家機関による判断を排除するための根拠として用いられている。

なるほどここで排除される「他の国家機関」には裁判所も含まれる。ならば結局は、「大権」が自由裁量を正当化しているのではないか？ しかし、議会以外の他の国家機関の審査を排除する根拠になるのは、「大権」という性質づけではなく、勅令という形式それ自体である。さらにそれは、実定憲法によって明文化されている。おそらくこれはライヤーとて承認せざるを得ない—論者は特に発言していないが—実定法上の前提である。結局、この点に関するライヤーの議論に、裁量統制の問題に関する大きい意義を見出すことはできないと本稿は考える。

### Ⅲ 計 画 確 定 手 続

1874 年法第 3 章第 1 節は「計画の確定」(Feststellung des Planes)<sup>90)</sup>と題されているが、被取用地の確定をめざすこの手続は、ドイツ法に特徴的である「計画確定手続」(Planfeststellungsverfahren)<sup>91)</sup>の起源として位置づけられる

89) Eger I, S. 36-37. ちなみにこの“Auffassungssache”という表現は、プレットのほぼ同様の議論に由来する。(Bredt (註 26), S. 220)

90) 1874 年法に言う“Plan”の訳語に「計画」をあててよいかどうかは一つの問題たりうる。「計画」とはそもそも多義的な概念であり、「(i)計画図、計画案ないしプラン(plan), (ii)その作成行為(plan-making), (iii)その作成・運用をふくむ一連の行為・制度(planning)」を含むものと考えられる(渡辺俊一『比較都市計画序説—イギリス・アメリカの土地利用規制—』(1985年), 16頁註(6)が、同法の“Plan”は、(1)の意味がかなり強いと考えられるからである。おそらくこの点に配慮してであろう、芝池(3), 63頁は「プラン」の訳語をあてている。しかし本稿では、「計画確定手続」という訳語がかなり定着している状況に鑑み、「計画」と訳した。なお参照、芝池義一「行政計画」『現代行政法体系 2』(1984) 333頁以下、遠藤博也『計画行政法』(1976) 153頁。



ことのある<sup>92)</sup>極めて詳細な仕組みを定めている。以下では、まずは同法が定める手続を概観した上で、特に立法過程における変遷に留意しつつ、本稿の観点から興味深いいくつかの論点に即して分析を試みる。

## 1 概観<sup>93)</sup>

同法の特徴は、2段階の計画確定システムである。事業実施以前に、起業者は事業計画を策定し、これが収用官庁（法律が別段の定めをしない場合、管区行政庁（Bezirksregierung）<sup>94)</sup>が権限を有する）によって審査され、仮に決定（vorläufig feststellen）される<sup>95)</sup>（15条）。収用官庁による審査の形式・手続については、同法は何等規定していないから、これは行政庁の裁量に委ねられていると考えられる<sup>96)97)</sup>。

上記仮決定の存在を要件とし、またその範囲内で<sup>98)</sup>、関係人の協議により

91) 計画確定手続についてさしあたり参照、Willi Blümel, *Die Bauplanfeststellung*, 1. Teil, 1961; Michael Ronellenfisch, *Die Planfeststellung*, *Verwaltungsarchiv* 1989, S. 92f.; 成田頼明「行政手続の法典化の進展」田中二郎古稀『公法の理論（下I）』（1977）1647頁、1708頁以下；同「西ドイツの計画確定手続について」『土地政策と法』（1989），232頁以下；田村達久「行政計画と取消訴訟(1)-(4)」『早稲田大学大学院法研論集』55号69頁、56号27頁、57号61頁、58号137頁（1990-91）；山田洋『大規模施設設置の法構造—ドイツ行政手続論の現代的課題』（1995）

92) 成田（註91）『土地政策と法』233頁、山田（註91）、2, 33, 116, 180頁。なおBlümel（註91）、S. 28, 88は1874年土地収用法起源説（Groebe, *DÖV* 1958, S. 336）を退け、1838年鉄道事業法起源説をとる。それに対する反批判として参照、田村（註91）（2）、34-35頁。

93) 参照、芝池(3)、63頁以下、棟居(3)、850頁以下。

94) 前稿（1145頁他）では「地方政庁」と訳した。（参照、棟居(3)、850頁）

95) 「feststellen」は他の箇所では「確定」と訳しているが、「仮に」「確定」とは日本語として馴染まないので、「決定」と訳した。

96) Eger II, S. 15

97) 1967年改正以前は、プロイセン法の2段階システムは、日本土地収用法の採用するところでもあった。「収用物件の仮決定（vorläufige Planfeststellung）は事業の認定に依って指定せられた範囲内において具体的に収用すべき目的物を仮に決定する行為で、収用の目的物が土地である場合にはこれを土地細目の公告といい（土地収用法31条）、立木・建物その他土地の定着物である場合には物件細目の公告といい、土石砂礫である場合には土石砂礫細目の公告という（施行令7条2号3号）（柳瀬良幹『公用負担法（初版）』（1960）221頁。参照、渡邊宗太郎（註78）、68頁（「予備的決定」と訳している）美濃部達吉（註78）、157頁。周知のように、1967年改正で事業認定告示の時点を基準に補償額を算定することとした（71条）ため、「収用の目的物もその時に具体的に定まることが必要となり」（柳瀬（註78）、209頁註(17)）この制度は廃止され、事業認定が即地性を有することとなった。参照、小澤道一『逐条解説土地収用法（上）』（4版、1990）、11頁。

取用対象を確定し、占有又は所有権を引き渡すことができる(16条)(補償額については留保した上で、取用対象のみに関して合意することもできる)。協議の効力は、当然ながらそれに参加した者にしか及ばないが、起業者と所有者は、協議の結果を地片に関する第三者の(物権的)権利に対しても効力を有せしめるために、取用手続きを発動することができる(16条3文)。その結果、起業者はあらゆる私法的負担から解放された完全な所有権を取得する(45,46条)<sup>99)</sup>。

協議が成立しない場合、起業者は最終確定手続( definitives Planfeststellungsverfahren)の開始を申請することができる(18条1項)。官庁や被取用者には申請権はないが、監督処分または訴訟により起業者が申請をなすべきことを請求することは可能と解されているようである<sup>100)</sup>。確定手続の基礎とされるのは仮計画である。起業者は管区行政府に対して、全ての市町村・領主管区(Gutsbezirk)<sup>101)</sup>のために(für)、計画の抜粋(Auszug)及び付属資料(Beilagen)を提出しなければならない<sup>102)</sup>(18条2項)。計画及び付属資料は、当該市町村ないし領主管区において、14日間縦覧に供される。この期間中、関係人はその利害の範囲において異議を申し立てることができる。市町村又は領主管区も、事業の路線(Richtung)または起業者が危険防止のため設置を義務づけられる施設(14条)<sup>103)</sup>に関する異議を申し立てることができる(19条)。期間経過後、管区行政府が任命する委員(Kommissar)による審理(Termin)(20条)を経た上で、管区行政府は異議に対して理由を付した決定を下す(21条)。

98) Eger II, S. 34; Koffka, S. 197; Layer, S. 323. 但し、『当該地片が仮決定の範囲に入るのであろう』という内容の管区長官(Regierungspräsident)の証明があればよいという説もあるようである。参照、Koffka, S. 197.

99) Eger II, S. 53, 54; Koffka, S. 181. 参照、前稿(1)42頁以下。

100) Eger II, S. 71f.; Eger, HA, S. 228f.

101) なお、棟居(3), 850頁は「財産区」と訳している。

102) 「全ての市町村・領主管区のために」という表現はわかりにくいだが、要するに、事業の影響をうける全ての市町村・領主管区について、それぞれの該当部分毎に分割された、市町村等の数だけの抄本を提出しなければならないということである。Eger II, S. 85, 87.; Eger, HA S. 231-232. エガーは、それによって計画の概観性(Übersichtlichkeit)が促進されると解している。参照、Eger II, S. 87; Eger, HA, S. 232. なお、棟居(3), 850頁における同条の解釈は異なるが、筆者は本文のように解した。

103) 参照、後述 174頁以下。

## 2 計画策定・審問手續の義務化

(a)74年法15条は、「計画が……合目的基準により策定され、……官庁により審査され仮に決定されなければならない」として、計画策定義務を起業者に課している。これは例外なしの義務と解されている<sup>104)</sup>。

64年草案ではこの点は異なる。確かに草案15条は起業者が管区行政府に事業計画を提出すべきことを定めているが、その前提は、事業認定勅令が地片の個別具体的表示を含んでいないこと(14条2項)である。勅令がそれを定めているときには、当該地片に対して直接の効力が及び、後続の確定手續はそもそも不要となる(14条1項)<sup>105)</sup><sup>106)</sup>。この点、「計画及び、それが必要とされない場合には収用勅令は、……収用の対象及び補償確定の基礎をなす」(13条3項)と定める68年法案、69年法案においても同様である。

ところが、69年法案の衆議院委員会審議において、同条は「事業の実施以前に、……計画が、合理的基準により策定され、……官庁により審査され確定されなければならない」という形に改められ、これは計画の義務的性格が定められたものと解されている<sup>107)</sup>。委員会は、その理由を次のように示している。「政府案によれば、その上、計画が常に必要だとされてすらいな。ならば、彼(所有者等関係人—引用者註)は、その諸権利や諸要求を主張し、また、その申請(Anträge)や補償請求を十分に理由付けることがいかにして可能だろうか? ここで仮に、事業実施の予定を概観的(übersichtlich)に示す計画の策定を全ての場合に要求するとしたらどうだろう。所有者がそれを時間をかけて調べ、異議を申し立てる機会を与えることになり、その権利はよりよく、十分に保障されるのではないか?」<sup>108)</sup>この

104) Eger II, S. 18; Eger, HA, S. 203; Koffka, S. 95.

105) 64年草案理由書によれば、勅令は「通常は収用されるべき地片の個別的表示を含まないであろう。しかしそれが許されないわけではない」とされる。Justiz-Ministerial-Blatt 1864, S. 364.

106) 興味深いことに、64年草案14条1項は「所有者の聴聞(Anhörung)の後に発せられた勅令」によって対象地が個別的に表示され、その「公証を受けた謄本」が所有者に送達された場合について、当該地片に対する効力を認めている。手續的要件が定められているのである。確定条文が勅令の事前手續をなんら定めていないことに比して、草案のこの規定は興味深い。

107) Eger II, S. 14.

108) SBHA 1869/70, S. 1346. 同衆議院修正は、後述するように、計画確定手續と補償確定手續の分離を定めたものであるが、この修正もその関連において位置付けられるだろう。

修正は 71 年法案以降政府によっても受け入れられ、確定条文に至る。仮に勅令が個別地片を明示していた場合でも、やはり計画の策定及び審査・仮決定は必要と解されているのである<sup>109)</sup>。

(b)74 年法 20 条は、計画に対する異議の申述のため、管区区政府が任命する委員が「必要があれば現地で (an Ort und Stelle)」審問を行うことを定めている。審問には起業者・異議申立人・異議に関わる土地所有者・市町村または領主管区の代表<sup>110)</sup>が召喚され、意見陳述 (Erklärung) が行われる。必要があれば、委員は鑑定人を招致することができる。

同条は審問手続の開催を当然に予想しているが、これも 64 年草案の段階では、「異議や申請 (Antrag)<sup>111)</sup>の審査が、より詳細な審理 (Untersuchung) を必要とする場合には、管区区政府はそれ (審理) を命じなければならない」(19 条 2 項) と規定されていた。審問手続を行うかどうかは——「ねばならない」(müssen) 規定であるから羈束的判断と解することが可能であるにせよ——行政庁の第一次的判断に委ねられている。この点が確定条文と同様になったのは 68 年法案からであり、同法案 17 条は「管区区政府の決定には、関係人との審問手続が先行しなければならない」と明確に定めているのである。

### 3 複数当事者手続

74 年法の計画確定手続の一つの特徴は、同法が土地所有者だけでなく<sup>112)</sup>、時には相互に利害の相反する複数の利害関係者の存在を制度的に予定していることである。まさにそのような手続の性質が、同手続の基本構造が現在まで引き継がれている要因の一つともなっているとも考えられる。以下、いくつかの例に即して分析する。

(a)まず注目すべきは、14 条である。同条は、取用事業のため「隣地にと

109) Eger II, S. 14.

110) 棟居(3), 850 頁には「地方政庁の代表」とあるが、筆者は本文のように解した。

111) ここに言う「申請」は残地取用の請求に関する 64 年草案 9 条 (建物の一部の取用の場合に限定されていた) の規定に対応したものである。Justiz-Ministerial-Blatt 1864, S. 364.

112) もちろん一件の事業において極めて多数の土地所有者が登場することともなう問題もありうるが、ここではひとまずその側面は問題としない。

って、あるいは公益上 (im öffentlichen Interesse)、危険及び損害 (Nachteil) の防止のために必要となつた」一定の施設<sup>113)</sup>の建設を起業者に義務づけている。そして、仮決定の対象たる計画は「14条により起業者に課されている義務」を考慮しなければならない(15条)。最終確定手續において公示縦覧されるべき計画抄本の記載事項には、14条に基づいて建設されるべき施設も含まれる(18条2項, 19条1項)。市町村は、計画に対して、14条施設に関する異議を申し立てることができる(19条3項)<sup>114)</sup>

同条は1838年鉄道事業法<sup>115)</sup>14条に範をとつたものであるが、後者が「隣地所有者を……危険や損害から守る」ための施設に限定していたのを「公益上」危険損害防止に必要な施設にまで拡大している<sup>116)</sup>。つまりここでは、「事業により、被収用地所有者だけでなく、第三者にも(損害が)加えられることがありうる」(64年草案理由書)<sup>117)</sup>という認識に立つた上で、しかも隣地所有者の利害にとどまらない種々の利害が「公益」として総括され、計画確定手續における考慮事由とされるとともに、それら利害を代表すべき市町村等に異議申立権が与えられているのである。

立法に関与したバール/ランゲルハンスは、起業者のこの義務を「起業者は公益のため、収用権のような極めて侵害的な権利を与えられたのだから、この権利の行使にあたり、少なくとも、彼の事業が他の種類の公益(強調は引用者)を傷つけないための措置(Einrichtung)をとることを要求(ansinnen)することができるであろう<sup>118)</sup>」と説明している。おそらく「異種の公益相互間の適正な比較衡量<sup>119)</sup>」あるいは「公益条項の多元主義的類型<sup>120)</sup>」として位置づけ可能なこのような立法技術は、今日にまで引き継が

113) ここで念頭におかれているのは、例えば収用によって建設された鉄道が既存の道路と交差し、道路の拡幅や迂回などが必要となるといったような場合である。14条では「道路、運河、牧畜道、垣根、灌漑施設、暗渠」が例示されている。

114) 市町村の異議申立権は、69年法案衆議院修正で挿入されたものである。SBHA 1869/70, S. 1348.

115) Gesetz über die Eisenbahn=Unternehmungen vom 3. 11. 1838, Gesetz=Sammlung S. 505.

116) Eger II, S. 493; Bähr/Langerhans, S. 56.

117) Justiz-Ministerial-Blatt 1864, S. 363.

118) Bähr/Langerhans, S. 56.

119) 成田(註91)『土地政策と法』243頁。

れているものである<sup>121)</sup>が、それがこの時点で既に見出されることは興味深い。

さて、問題の「公益上」という語句は、71年法案衆議院修正で挿入されたもの<sup>122)</sup>である。その後も同条をめぐっては、特に施設管理(Unterhaltung)費用をめぐる大議論の末、数度の修正/再修正がなされた<sup>123)</sup>。この表現についても、73年法案政府案は、「公益のため」を「既存の公共交通の維持」と言い換えることとした<sup>124)</sup>が、衆議院委員会で「公益上」が再び復活している<sup>125)</sup>。

条文の体裁からしても、成立過程<sup>126)</sup>からしても、ここで言う「公益」が「危険及び損害の防止」、即ち「警察的利害」(polizeiliches Interesse)(71年法案衆議院委員会報告<sup>127)</sup>)に限定されることは言うまでもない。エガーによれば、「改善」は起業者に期待されるべきものではなく、公益の「現状」(status quo ante)を維持し改善するための措置のみが義務となるとされている<sup>128)</sup>。

しかしここでもう一つ注意せねばならないことは、同条の「公益」概念が、起業者義務の「公法的」性質を基礎付けるために援用されていることである。そして論者において、「公法的」性質は訴訟の不可能性と結び付けられている<sup>129)</sup>。そもそも実は、同概念が挿入された71年法案衆議院委員会報告にお

120) Häberle (註38), S. 54f.

121) 例えば連邦行政手続法74条2項第2文は、計画確定行政庁が「公益上(zum Wohl der Allgemeinheit)、または第三者の権利への不利益的影響を回避するために必要な予防措置(Vorkehrungen)ないし施設の設置および管理(Unterhaltung)」を起業者に義務づけることを定めている。参照、成田(註91)『公法の理論下I』1712頁、田村(註91)(4)、140頁

122) SBHA 1871/72, S. 1210.

123) SBHA 1873/74, S. 972 (衆議院委員会) S. 1279-80 (衆議院第二読会) S. 1504-1510 (同第三読会), SBHH 1873/74, Aktenstück Nr. 108, S. 548 (貴族院委員会) S. 377-381 (貴族院本会議) 貴族院本会議では採決がなんと可否同数となって委員会修正が否決される。結局衆議院通過案が採択され、確定条文となった。

124) その理由は、「本条は、第三土地所有者にも加えられる不利益の除去を目的とするに過ぎない」とされていた(SBHA 1873/74, S. 196.)が、これは実際の法案と平仄が合わない。

125) SBHA 1873/74, S. 972.

126) 71年法案衆議院修正が「危険及び損害の防止のため...公益上必要」と規定していたのを、73年法案衆議院委員会は、「公益上、危険及び損害の防止に必要」と語順を入れ替えている。これは、起業者の義務の範囲をあくまで危険損害防止に限定するためと説明されている。SBHA 1871/72, S. 972.

127) SBHA 1871/72, S. 1210.

128) Eger I, S. 470.

いて、挿入の理由は必ずしも明確ではなかった。むしろそこでは、起業者の義務に関する行政庁の決定に私法的効力を与え関係人の出訴を認めようとする一部の主張に対して、同条が「公法」であることを強調する反論が目をはきく<sup>130)</sup>。明示的に関連付けられている訳ではないが、「公益」概念挿入との関連を推測できなくもないのである。

(b)ついで、計画に対する異議申立権である。19条3項は、「全ての関係人(Beteiligten)」に対して、「その利害の範囲で」計画に対する異議申立権を認めていた。当然ながら、その範囲が問題となる。

補償手続との分離により<sup>131)</sup>計画確定手続の原型が確立した69年法案衆議院修正<sup>132)</sup>においては、「全ての土地所有者」が「事業の実施がその所有地の剝奪制限を必要としない」という内容の異議を申立てうると規定していた<sup>133)</sup>。しかし、71年法案衆議院修正において、「土地所有者だけでなく、全ての物上権利者(Realberechtigten)、なかんずく地役権者、賃借人、小作人について早期に権利を主張する機会を与える方がより望ましい」として、異議申立の主体が「全ての関係人」に改められ、それに伴って、異議の内容も「計画に対する」異議一般に拡張される<sup>134)</sup>。

以上の立法経緯から、「関係人」に物上権利者が含まれることは明らかであるが、エガーはそれ以外にも「事柄に利害関係を有する」者一般が含まれ

129) Eger I, S. 504, Eger, HA, S. 165; Koffka S. 173)同時に、この義務の「公法的」性質からして、起業者の「私法的」補償義務(参照、後述193頁以下。)(Eger I, S. 518)や隣地所有者の「私法的保護」(SBHA 1873/74, S. 972. 参照, Bähr/Langerhans, S. 56)が影響を受けないという主張がなされる。ただしこの点は「現物補償としての施設設置要求、あるいは道路等に関する妨害排除請求は排除される」という議論があり、微妙なところである。参照、Eger I, S. 523f. Koffka, S. 177f.

130) SBHA 1871/72, S. 1210.

131) 参照、後述188頁以下。

132) 補償手続と計画確定手続とを統一的に処理していた68年法案、69年法案政府案も「関係者」参加の審問手続を規定していたが、「異議」に関する明文の規定はない。さらに遡り64年草案は、18条に異議申立の規定をおくが、その主体は明示されていない。しかし、関連条文と理由書の記述から、同草案においても土地所有者のみの異議申立を予定していたと推測することができる。

133) なお、前述の自治体の異議申立権も同時に規定された。(前述175頁)

134) SBHA 1871/72, S. 1213. 委員会報告は、「借地製粉業者(Pachtmüller)が、計画施設により水を奪われる」という事例を挙げ、拡張を根拠付ける。また、世襲農地保有者の異議申立権を明確にする必要も主張する。参照、前稿(1)、54頁註(26)

るとする。その「利害関係」とは「必ず財産法的なものでなければならないのではなく、人身の安全（火災、水害、危険）の保護」に関するものであってよい。具体的には「計画の仮決定に定められた14条の（危険防止）施設によって影響を受ける者、またはその所有地への危険・損害防止のためにかかる施設の設置命令を願い出ようとする者」は「関係人」に該当するとするのである<sup>135)</sup>。

(c)最後に、公告縦覧についてである。19条1項は、計画及び付属資料が、14日間「全ての者（Jedermann）の閲覧」に供せられると規定している。エガーによれば、この閲覧権は、国籍、市町村への所属、成年、土地所有等の条件に一切よらしめられることなく、「いかなる限定もなく、権利能力を有する者全て」に与えられているものである<sup>136)</sup>。

既に64年草案において、計画の「公告」（Veröffentlichung）の必要性は意識されていた。草案16条は、管区行政府は、計画の仮決定（当時はそうは呼ばれないが）の後、「公告及び異議の受付のため」それを市町村に通知するものと定めている。しかし、68年法案はこれに対応する規定をおこなったので、貴族院委員会で、取用が行われる市町村において、(i)計画の8日間公告（zur öffentlichen Kenntnißnahme ausgelegt）(ii)公告初日から14日間の異議申立権を内容とする修正案が採択された<sup>137)</sup>。

69年法案は、この貴族院修正を受け入れない。再度提出された修正案も、今度は貴族院委員会で否決されることとなる<sup>138)</sup>。しかし、衆議院委員会で「公示」（Publikation）（委員会報告）制度は復活する。委員会修正は、計画を14日間（最初は8日間だったが、議論の過程で再度修正）「全ての者の閲覧に供

135) Eger II, S. 109-110. 「被取用者」の解釈についてエガーと対立するコフカ（参照、前稿(1)、42頁以下）も、少なくとも「隣地所有者」が含まれることについては同意見である。Koffka, S. 203.

136) Eger II, S. 103. 自然人、法人もまた問わないとされる。

137) 委員会では、(i)時間のロス(ii)計画変更は、後の手続でも可能(iii)手続の複雑化などの異論が出されたが、結局9対1で採択されている。SBHH 1868/69, Aktenstück Nr. 37, S. 219.

138) 修正案賛成派は、「早期に事業対象地を知り、適時に異議を提出することが重要であり、後の確定段階ではもはや考慮されなくなる可能性がある」と論じたが、既に前年の委員会で出ていた異論に加え、「計画は必須でなく、内容も一般的概略にとどまる」ことも指摘され、否決となった。



する」という、確定条文と同様の規定をおくのである<sup>139)</sup>。特段の説明はないものの、この委員会において計画の「公示」性が重視されていることは、次のような叙述からも窺える。「また、多くの事業はごく単純な性質のものであり、策定される計画も単純であるかもしれない。しかし、計画が全ての場合に策定されなければならないことが、公示の要請の帰結なのである<sup>140)</sup>」

しかしこの公告・縦覧はあくまで、19条3項による「関係人」——上述の通り一定の利害関係を要件とするが——の異議申立権を実効的に保障するために設けられた、いわば手段としての仕組みであることに留意しなければならない。「実際のところ、計画の閲覧権は広範に与えられなければならない。ある者が関係しているか、利害を有しているか、またそれがどの程度か、それゆえに異議を申し立てるかという判断は、多くの者にとって最初から与えられているものではなく、計画を閲覧することによって初めて可能になるものである。だから計画の閲覧権は、公告の目的を達するためには、公衆の全ての者に無制限に与えられなければならない<sup>141)</sup>。」というのが制度の基本目的なのである。

#### 4 計画確定手續の觀念

ここまで見てきたところから既に明らかのように、74年法の計画確定手續は、予め何らかの体系的理念に基づいて一挙的に導入されたというようなものではなく、立法過程における討論とさまざまな対抗関係の中で次第に形成されていったものだと考えることができる。

その過程で、計画という行為形式についての認識も徐々に深まっていった。68年法案貴族院委員会における、公告縦覧規定導入の理由付けを見てみよう。

「収用手續におけるどの行為に事柄の決定的重点 (der eigentliche Schwerpunkt) があるか、はつきり認識しなければならない。いささか混みあった政府案の仕組みにおいて、第一の行為は収用命令 (事業認定と同義—引用者註) である。……この命令は、一般的にもなされうが、個別事項に立ち入るこ

139) SBHA 1869/70, S. 1348.

140) SBHA 1869/70, S. 1347.

141) Eger II, S. 103. 同旨, Koffka, S. 203.

とが排除されているわけではない。その際、関係人の意見聴取（Zuziehung）は定められていない。第二の行為は、模範的に（vorgängig）定められた手続による、管区区政府の取用対象確定である。第一と第二の行為の間に、（官庁の裁量により）第三の行為をさしはさむことができる。これが計画であり、その確定（Feststellung）にも関係人の意見聴取は必要とされない。この第三の行為の重要性に鑑みて、計画をその確定前に関係人の了知のもとにおくべきであると、委員会の多数は考える<sup>142)</sup>。」

この記述は、政府案における意見聴取規定の不在、事業認定の規律範囲の曖昧さを的確に指摘しつつ、「計画」の重要性を強調している。やや曖昧な叙述ではあるが、「計画」に「事柄の決定的重点」があるという認識をここに読取ることができるだろう。このような認識が、次の69年法案衆議院修正における、計画の義務化につながっていく。既に触れたように、同修正においては「事業実施の予定を概観的に示す計画の策定<sup>143)</sup>」の重要性が正しく認識されていたのである。

ところで、上の引用部分を見ると、もう一つ気づかされることがある。ここでは「第二の行為」＝「取用対象の確定」と第三の行為＝「計画の確定」という対比が設定されていた。そもそも68年法案政府案の第三章は、「計画の確定、取用対象の確定……」という表題を付せられている。確定条文におけるように、「取用対象の確定」を計画の「最終確定手続」と捉える発想はそこには見られない。考えてみれば、計画が必ず策定される訳ではないのだから、これは当然のことである。

ところが、69年法案衆議院修正によって計画が義務化されても、すぐには表題は変更されない。この段階で既に計画を公告縦覧した上で、「計画に対する異議」（「事業の実施がその所有地の剝奪制限を必要としない」という異議ではなく）<sup>144)</sup>を提出するという仕組みがとられていたため、手続を「計画の最終確定」とみなす制度的基盤は整っていた。が、観念はなかなか変わらないのである。

71年法案衆議院修正においてようやく、69年法案衆議院修正15条の「取

142) SBHH 1868/69, S. 219.

143) 上述 173 頁.

144) 上述 177 頁.

用又は制限される地片の確定のための手続」という表現が、「計画の確定のための手続」(19条)と改められ、それに伴い表題も「計画の確定」とされ、さらに、第一段階の計画の決定に「仮の」(vorläufig)という形容句が付け加えられる。報告書によれば、この挿入句は「単に、19条以下で扱われる、最終的に確定される計画との相違を表現するだけ」のためのものとされる<sup>145)</sup>。ここに初めて、1874年プロイセン収用法を特徴づける2段階の計画確定手続が、観念としても成立することになるのである。

73年法案衆議院第一読会において、ベール議員は、同法がこれまで両院で幾度も審議されてきたこと、なかんずく自らが関与した71年法案衆議院修正を回顧しながら述べる。「この法律は、この作業を通じて形式的にも実質的にもより良いものとなって現れ出た、と言うことが許されると思います。政府が、この新しい法律案(71年法案)でも、委員会の作業に殆ど全て従っていることはその証拠だと言ってもよいでしょう。……本法案は、重要な前進を含んでいます。第一に挙げられるべきは、計画確定手続(強調原文)のため、この段階で関係人の意見を求める特別の手続を定めたことです。」彼は続ける。「もっとも多くの場合、この手続は形式的なものに終わるでありましょう。計画の最初の決定がそれ自身強力な(zwingend)必然性を有している時は、関係人の希望により変更が加えられるのは難しい。しかし、その他の場合には、関係人に手続のこの段階で十分意見を聞く(volles Gehör finden)ことは有益なのです。……<sup>146)</sup>」

## 5 三面構造

さて、74年法の二段階にわたる計画確定手続はどちらも、「起業者が計画を策定し、その申請を受けて収用官庁がそれを審査する」という仕組みにな

145) SBHA 1871/72, S. 1211.

146) SBHA 1873/74, S. 122. 特にベールは、確定条文14条の危険防止施設について意見表明ができること(前述174頁以下.)を重視している。そもそもこの14条それ自体も、「前進」として挙げられるべき点であるとされる。もっとも、計画確定手続にせよ、14条にせよ、実質的には71年法案衆議院委員会で大きな修正が加えられたわけではないのだが。(ちなみに、ベールが挙げるその他の「前進」は、(i)補償について客観説をとったこと(参照、前稿②)(ii)補償の真実の権利者についての職権調査義務を定めたことである)

っていた。既に見たように、収用官庁は、少なくとも直接的には、手続を發動することはできない。

このような構造を最も理論的に深化して捉えたのがO.マイヤーである。彼によれば、最近の収用立法は「フランス法を範型とした」特有の手続を定めている<sup>147)</sup>。収用という事実行為とその根拠法規との間に「当事者にとって何が法であるかを定める」行政行為をさしはさむことは法治国の要求するところである<sup>148)</sup>が、収用の場合はそれがさらに強められた(verschärft)形態<sup>149)</sup>をとる。即ち、収用を命ずるのは常に同一の「収用官庁」(Enteignungsbehörde)であり、収用に関する限りそこに権限が集中する。「公共事業の個別性は、そこでは何らの役割も演じない。全ての行政部門から発する収用は、この官庁に集中するのである<sup>150)</sup>。」

起業者と収用者とは、「役割分担による協働」(Zusammenwirken mit verteilten Rollen)<sup>151)</sup>というべき関係にある。公共事業の代表者としての起業者は収用の「申請者・推進者」としての役割<sup>152)</sup>を与えられ、またそれに限られる。収用を發動しようという決意(Entschluß)、その対象の選択は起業者の権限であり<sup>153)</sup>、収用官庁はその申請を受けて、それに基づいてしか活動できない<sup>154)</sup>。後者の権限は、限定的な事後審査に限られるのである<sup>155)</sup>。「起業者と収用官庁が共同で、収用のために必要な公権力の意思決定を生み出す<sup>156)</sup>」というのがマイヤーの理解である<sup>157)</sup>。

147) Mayer II(2), S.7; II(3), S.7. 参照, Mayer II(1), S.8 Fn.7. なお、以下に関するマイヤーの所説は、専ら『ドイツ行政法』第1版—第3版のみに依拠したが、仔細に見ると、第1版の記述と第2・3版のそれとは微妙にニュアンスが異なっている箇所もある。(例えば「収用者」概念をめぐって。Mayer II(1), S.9 (本文及びFn.8); II(2), S.10; II(3)Fn.16; II(3), S.6 Fn.14)しかし本稿では、本質的な相違は存しないとの判断の下に、特に区別せずに記述した。

148) Mayer II(2), S.6; II(3), S.3.

149) Mayer II(1), S.8. なお、このような表現は第一版のみである。

150) Mayer II(2), S.7; II(3), S.4.

151) Mayer II(2), S.7; II(3), S.4. 第一版では「(収用の)ために展開されるべき諸活動の分配」という表現になっている。Mayer II(1), S.8.

152) Mayer II(1), S.8; II(2), S.7; II(3), S.4-5.

153) Mayer II(1), S.8. 参照, Mayer II(2), S.10; II(3), S.6.

154) Mayer II(2), S.7; II(3), S.5.

155) Mayer II(1), S.8. このような事後審査性は司法に類似するが、マイヤーは同一視することを厳しく退ける。Mayer II(2), S.8; II(3), S.5.

彼によれば、収用官庁を起業者と被収用者の「間にいれる」(die Einsetzung)のは、被収用者の権利保護の手段である。「公共事業の直接的代表者の事業意欲(Tatendrang)」による判断ではなく、「より冷静なより非当事者的な判断」が下されなければならない、とされている<sup>159)</sup>。

つまり、マイヤーの理解によれば、収用法においては、あれこれの個別事業の論理とは距離をおきたいわば収用法固有の論理と言うべきものが存在し、収用官庁は専らその観点に従って判断を下すべきであるとされている。

しかし他方、それは法律問題ではない。マイヤーは、収用官庁の判断を「法律的許容性という法律問題のみならず、公益判断、つまりそれが臣民に対する侵害を正当化するほど強いものであるか」を含んでいるとする<sup>159)</sup>。また、三面構造は司法に一見類似しているが、その本質は異なる。収用官庁の判断は、当事者間における既存の法(was schon Rechtens ist)を確認する判決(Rechtsprechungsakt)ではない。収用官庁は、起業者の手續参加を許し<sup>160)</sup>、また、その事業が公益的観点から必要とするところのものを与える。その裁量的判断に起業者は服するのである<sup>161)</sup>。この意味において「収用法上の公益」をマイヤーは観念していたと言うことができる。

156) Mayer II(2), S.9; II(3), S.6. より具体的に言えば、起業者は「本来の事業的要素」、即ち、事業に着手すべきかどうか、費用に比して利益が十分大きいかどうか、資金が十分かなどを検討する。これに対して収用官庁は、そもそもこの場合収用が認められるか、私有財産への侵害を正当化するだけの便益が存するか、この観点から事業上の必要はどの程度認められるか、などを審査するとされる。Mayer II(2), S.10. 参照, Mayer II(3), S.6.

157) これは国家が起業者の場合に限定された議論ではない。マイヤーの理論においては、私人は特許を受けることによって「特別に... 公行政を遂行する」権限を与えられるのであり、そのような特許は事業認定と同時にも行われることもありうる。Mayer II(2), S.16; II(3), S.9.

158) Mayer II(2), S.9; II(3), S.6.

159) Mayer II(1), S.8.

160) これは事業認定の場合を意味すると思われる。後にも触れるが、マイヤーのこの部分の叙述は、狭義の収用手続のみならず、事業認定も射程に含めている。

161) Mayer II(2), S.7-8; II(3), S.5. 第一版はこの点に関し次のように述べる。「収用官庁がさしはさまれたのは、起業者に代わって、その事業から発する公法的権力を実現せしむるためである。これによって起業者は、所有者に対する『権利』を... 正式に剝奪されることになる」(Mayer II(1), S.9) 但し、法律によって司法形式をとることは可能であるし、また収用官庁の決定について行政訴訟を認めることも一判断が法律問題に限定される限り一可能である。Mayer II(2), S.8 Fn.13 & 14; II(3), S.5 Fn.12 & 13.

## 6 多段階行政手続？

以下では、(i)計画確定手続と事業認定との関係および(ii)仮決定と最終確定との関係を考察し、それを踏まえて(iii)74年法全体の構造における同手続の位置づけを考えることにする。

(a)事業認定と計画確定手続との関係は、前者が後者の与件となっているような関係として理解されている。第一に、計画の仮決定は、エガーによれば、「収用権の賦与によって条件付けられているし、既に収用権が賦与されていることを前提とするものである<sup>162)</sup>」。この観点から、仮決定の審査において「事業が公益性を有するかどうか」審査できるという見解は誤りであるとされる。公益性の審査は「2条の勅令による収用権の付与に先行するものであって、15条の仮の計画確定とは異なるものであり、そもそも収用法の対象ではない」というのが論者の理解である<sup>163)</sup>。

第二に、計画に対する利害関係人の異議は、「事業自体に対するものであってはならない」とされる。勅令等の内容に形式的に抵触する異議のみならず、「事業の本質的要素 (essentieller Bestand)」に対する異議も排除されている。事業の有用性一般、施設の態様 (運河なのか鉄道なのか)、勅令等に定められた事業の場所 (都市名等)・始点と終点などについては異議を申し立てることができない。例えば19条3項により認められる市町村等の代表による「路線」に対する異議も、始点・交差点・終点等を変更するような内容の異議は認められず、特定地域における細かい変更に関するもののみ認められるとされる<sup>164)</sup>。また、これに対応して、異議に対する審査 (21条)は、当該事業に収用権が与えられることが許されるかどうかという「実質的」問題には及ばず、「収用権が付与されたところの事業のため、認可されたプロジェクトの遂行のため当該地片が実際に必要かどうか」に限定されている<sup>165)</sup>。

162) Eger II, S. 10.

163) Eger II, S. 10. 同旨, Layer, S. 296 Fn. 1 ここでエガーが批判の対象としているのは Dalcke, *Das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874*, S. 79 であるが、同文献は参照し得なかった。

164) Eger II, S. 113. 参照, 棟居(3), 851頁。ただし、手続の合法性に対する異議は、事業認定の不存在ないしは告示規定違反の主張も含め、認められる。Eger II, S. 112.

165) Eger II, S. 137.

これは利害関係人の権利主張にとって、かなり重大な制約である。計画確定手続において「事業に対する異議」は認められないとなると、IIで確認したように、事業認定について意見を述べる場合は保障されていないから、そもそもかかる異議はいかなる場においても主張され得ないこととなる。また、事業認定は即地性を有しないのが原則であるが、事業の性質上当然に必要とされるような地片も存するであろう。そもそも事業認定の勅令の規律範囲に関しては特段の制約は課されていないから、勅令で必要な地片を明示することも可能である<sup>166)</sup>。それらの場合、当該地片の関係者にとって、計画確定手続の意義は実際には無に等しくなるのである。

(b)ついで、計画の仮決定と最終決定との関係である。エガーによれば、前者は「公的 (öffentlich)・国民福祉的 (landespolizeilich) 観点から、勅令においては一般的にしか示されていない事業の計画を審査」するものであるのに対し、後者は、前者に基づいて、「個別事項にわたる、関係者の私的個別的利害」を審査するものと位置づけている<sup>167)</sup>。

しかし、まず仮決定における「公的」観点であるが、それに事業自体の公益性が含まれないことは、上で確認したところである。

ついで、最終決定における「私的個別的利害」である。なるほど最終確定手続では、一連の過程の中で初めて、利害関係人の意見表明が制度的に保障されている。しかし、そこで表明された「私的個別的利害」がどのような意味で審査され衡量されるのか、必ずしも定かではない。

エガーによれば、「特定の地片の収用可能性に関する収用官庁の審査と決定は、収用権を与えられた事業にとって……当該地片が実際に必要であるか、必要だとすればどの程度かという問題に限定される<sup>168)</sup>」既に見たように、

166) 21条は、収用対象地その他について「勅令(2条)がこれらの点について定めていない限りにおいて」管区行政府が定めるとしている。また、上で見たように、64年草案理由は、勅令が個別地片を表示することは「許されないわけではない」と明言していた(JMB 1864, S. 364. 参照, 上述 173頁註(105))。確定条文も同様の前提に立っていると思われる。参照, Eger II, S. 1, S. 18, S. 50, S. 144.

167) Eger II, S. 69. なお、別の箇所では本文に引用した部分にさらに「一般的な」(allgemein)「特別な」(besonderes)という形容詞が加えられ、「一般的・公的・国民福祉的」と「特別な、私的な、個人的な」とが対比されている。Eger II, S. 1, S. 9. 参照, 棟居(3), 850頁.

168) Eger II, S. 137.

立法過程において当初「事業の実施がその所有地の剝奪制限を必要としない」という内容の異議が認められると定めていたことからしても、この解釈は説得力があるだろう。

仮にこの、「事業にとっての必要性」が、観念的には一義的に定まっているもの、言いかえれば、「計画の客観的合理性」に還元されるようなものであれば、「私的個別的利害」の主張には本来的には何の意味もないことになる。意義があるとすればせいぜい、収用官庁の再考を求める機能のみであろう<sup>169)</sup>。

「私的個別的利害」の主張が仮に意味を持つとすれば、例えば、事業自体の公益性の程度、事業にとっての当該地片の有用性の程度、利害関係人が当該地片に関して有する利害の程度などを比較衡量して、当該地片を計画から外す、などといった判断が可能でなければならない。具体的地片に関して、『当該土地...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、『当該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ないし公共の利益』とを比較衡量<sup>170)</sup>しうるものが前提でなければならないであろう。このような点に関する解釈論的工夫を、筆者は註釈書等に見出すことはできなかった。

事業認定と計画確定手続の関係、計画の仮決定と最終決定との関係についての立法者ないし解釈論のこのような考え方は、「公益と私益」の単純な区分論を前提として、それを手続理解に安易に持ち込んだもののような印象を受ける。事業認定で問題になるのは専ら事業の「公益」性なのだから、私的所有者にそれに関する発言権を認める必要はない。また、計画の仮決定と最終決定も、「私的利害」の考慮を認めるかどうかで、截然と区別される。まさにこのような思考が現実にはさまざまな困難を生ぜしめることを、上の論述は示しているのである。

(c)74年法は第3章の表題を「収用手続」とし、計画確定手続と補償決定

169) しかしこの場合でも、14条施設に関する異議は大きな意味を持ちうる。ベール議員も、上にも引用した(上述181頁註(146))発言において、この点を指摘していた。SBHA 1873/74, S. 129.

170) 小澤(註97), 259頁。参照、東京高裁1973(昭和48)年7月13日判決行裁例集24巻6・7号533頁。



手続を含むものとしていた。この用語法を前提とすれば、「収用手続」は計画の仮決定から始まるものであり、事業認定はその先行行為という位置づけが与えられることとなろう。学説の多くも概ねこのような理解を示していた<sup>171)</sup>。

これに対し、O.マイヤーの理解によれば、収用手続は「事前手続」としての事業認定と「主たる手続」としての収用物件の確定に区別される<sup>172)</sup>。マイヤーはここで両者に共通の上位概念として「収用手続」という言葉を用いている。4で見たような手続の構造理解も両者共通にあてはまるものと考えているのである。収用手続が上記両者に区別されることは「収用の本質から生ずるものではなく、純粹に合目的性の問題」であるから、上の学説のように「手続」を後者に限定することは「全体像を分断するもの」として批判される<sup>173)</sup>。

他方、計画の仮決定の段階においてはなお強制執行が問題とならないことを捉え、仮決定及び協議による引渡を収用手続の構成要素から除こうという見解も見られたが、エガーはこれに強く反論する。74年法第3章全体に「収用手続」という表題が付されているのを別にしても、協議及び補償額確定は、仮決定を前提として、収用権の「圧力の下で」進められるのだから、強制執行の有無のみに着目するのは妥当でないと言うのである<sup>174)</sup>。

おそらく1874年法における収用手続全体を理解するためには、同法が導入したさまざまな段階的区別—事業認定と計画確定、計画の仮確定と最終確

171) Eger I, S. 38; Koffka, S. 48; Gierke, *Deutsches Privatrecht* Bd. 2 (1905), S. 492; Georg Meyer, *Das Recht der Expropriation* (1868), S. 308. 第二次大戦後に至っても、例えばブリュームルはこのような理解を示している。Willi Blümel, *Ungereimtheiten beim Rechtsschutz gegen Planfeststellungen*, *DÖV* 1959, S. 665.

172) Mayer II(2), S. 10-11; II(3), S. 6-7. なお、第一版では未だ「手続」という語は用いられていない。参照、Mayer II(1), S. 9-10. ちなみに用語法に関する限り、グリュンフトも同様である。Grünhut (註16), S. 201. 第二次大戦後のコメントールでは、事業認定から収用の執行に至るまでを一連の「手続」として捉える視点が見出される。Meyer/Thiel/Frohberg (註6), S. 106-107.

173) Mayer II(2)参照、棟居(3), 836頁。ここでマイヤーは、註(171)のギールケを挙げている。なお、田村(註91)(4), 163頁及び165頁註(8)は、マイヤーの所説を計画の仮決定と最終確定との関係に関するものとして捉えているが、この理解は疑問である。

174) Eger II, S. 11-12.

定、計画確定と補償額決定手続一を理解すると同時に、それらを全体として一連の過程の中にあるものとして鳥瞰する視点が必要であろう。やや寸言的にではあるが、ライヤーは、「収用手続は、単一の行政行為から成るものではなく、多数の一連の行政行為からなるものである<sup>175)</sup>」と述べている。74年法には既に、行政過程の分節化と多段階行政手続というプロブレマティクの萌芽を見出すことができるのである。

#### IV 補 償 手 続

補償手続に関する1874年法の特徴は、(1)補償額に関する第一義的判断を行政庁に認め、所有者にはそれに対する出訴を認めるという仕組みをとったこと及び、(2)その上で収用対象の確定手続と補償手続とを同時進行させるのではなく、両手続を分離した2段階構成をとったことの2点に求められる。以下、上記両者を敷衍しつつ、そのような仕組みがとられるにいたった立法過程を見た上で、若干の考察を試みる。論理的にはやや問題があるが、叙述の便宜上後者から先に見ることとする。

##### 1 収用手続と補償手続の分離

64年草案は、第3章Aで収用対象手続を、同章Bで補償手続を規律して、原則として前者の終了を待って後者が進行するという分離型のしくみをとっていたのだが、68年法案は、次のような理由を挙げてこのような構成を否定する。

「これら二つの対象（収用対象地（確定）と補償額（決定）—引用者註）は互いに密接な関連にあるから、手続を統合することが、公益にとっても関係土地所有者・補償請求権者の私的利益にとっても合目的である。剝奪制限の対象確定に関しては専ら、事業の目的によって規定されるところの公的利益（das öffentliche Interesse, ……welches durch Zweck des Unternehmens bestimmt wird）が問題となり、したがって所轄は（ressortmäßig）行政官庁に置かれるべきである。ここで同時に補償を算定することが、事業実施の促進に資する。行政官庁の面前で（vor）なされる（補償についての）交渉は、関係者

175) Layer, S. 325. この記述は直接には、収用宣告の法的性質に関するものである。

間の合意を助成する。そして、訴訟による補償額確定の権利が所有者に留保されている限り、彼にとっての不利益は存しないのである<sup>176)</sup>。」

具体的に言えば、法案15条は、事業者の申請により、管区行政府が収用の対象及び補償（ないし供託金）額について決定すると定め、その後の具体的な手続においても常に両者を並行的に規定していた。このような「統合型」の仕組みは、エガーによれば<sup>177)</sup>、既に1838年鉄道事業法などの法律<sup>178)</sup>によっても採用されていたものである。

69年法案衆議院委員会は、分離型を再び採用すべきことを主張する。その理由としては、以下の二点が挙げられる。(1)所有者が自分の土地が事業の実施に不必要であるという異議を<sup>179)</sup>申し立てるためには、事業計画が適時に知らされることが必要である。政府案のように、その所有地の接収の態様が知られるときには既に補償が論じられているような状態では、異議を申し立てる所有者の権利は画餅に帰してしまう。(2)異議申立を処理した上でまず計画を最終的に確定してしまうことが、一般的合理性（*allgemeine sachliche Gründe*）の観点からも重要といえる。計画が確定して初めて補償の確実な対象が定まるのであり、あとは金銭的評価だけの問題になるから、むしろ迅速に手続が進行する<sup>180)</sup>。

委員会審議の過程で政府委員は事業遅延のおそれを主張して修正に反対したが、委員会は、補償を審査する過程で計画自体が変更となり手続をやり直すことになればかえって手続が遅延するとし、結局修正案を可決した<sup>181)</sup>。かくて修正された法案第3章は、第1節「計画及び収用対象（*abzutretende Gegenstand*）の確定」と第2節「補償の確定及び支払の手続及び事業者による占有権の取得」（*Einweisung des Unternehmers in den Besitz*）の両者に手続

176) SBHH 1868/69, S. 73. この理由書で目を引くのは、(1)「公的利益」を「事業によって規定される」ものとして捉えていること及び(2)行政庁に起業者と被収用者のいわば「仲裁者」的な役割が期待されていることである。

177) Eger II, S. 2.

178) Gesetz über Eisenbahn=Unternehmungen vom 3. 11. 1838, *Gesetz=Sammlung* S. 505. 但し同法は、8条で収用対象地その他の決定を、11条で鑑定人による補償額の決定を規定し、両者の順序については何も述べていない。なお参照、棟居(3), 848頁。

179) 前述184頁以下のように、事業それ自体についての異議は認められない。

180) SBHA 39 1869/70 S. 1346.

181) SBHA 1869/70, S. 1346-47.

を区分し、64年草案の構成にはほぼ復帰したのである。71年法案において政府はこの修正を受け入れ<sup>182)</sup>、以後確定法案に至るまでこの点は引き継がれる。棟居が指摘するように、計画確定手続と補償決定手続が時間的に前後関係に立つことについて明文の定めはないが、そのことは立法過程からして自明のことと考えられていたと思われる<sup>183)</sup>。

## 2 行政手続による補償額決定

行政庁による補償額決定の手続それ自体の基本構造は、64年草案から確定条文に至るまで、大きな変更は見られない。確定条文に従って瞥見する<sup>184)</sup>と、(i)起業者の申請により、管区行政府が補償額を決定する(24条)。(ii)決定以前に、対審手続による<sup>185)</sup>審理が行われる(25条)。(iii)専門家が召喚され<sup>186)</sup>、その鑑定について当事者が意見を述べた上で、管区行政府は補償その他に関して理由を付した決定を行う(27-29条)。

さて、64年草案理由書は、このような行政手続による補償決定について、次のように説明する。

「話し合いにより合意が得られない場合の補償額確定は、当初は……裁判所によってなされるものとされていた。後の立法は、訴訟の道を留保した上で、被収用地の収用者への占有移転(Einweisung des Exproprianten in den Besitz)を目的として、補償額の仮の決定を行政庁に委ねている」

もちろん同草案も、この「後の立法」と同様の趣旨に立つものである<sup>187)</sup>。ここに既に示されているように、行政庁による補償額の(仮)決定は、裁判によるその確定以前に占有権を収用者に移転する<sup>188)</sup>ことを趣旨とするもの

182) 71年法案衆議院委員会は、これを議会に対する「政府の重要な譲歩」であり「望ましい改善」と評している。SBHA 1871/72, S. 1203. Vgl. Eger II, S. 4)

183) 参照、棟居(3), 848頁。

184) 同法は第三権利者の保護についてかなり詳細な規定を設けている(参照、前稿(1), 42頁以下)が、以下の叙述では省略し、専ら所有者との関係での補償額の問題を扱う。

185) 参照、棟居(3), 853頁, Eger II, S. 221.

186) 専門家の人選に関しては、両当事者が一致した場合はそれによる。一致しないときは、64年草案では、「両当事者からそれぞれ1人、管区行政府が1人」という仕組みをとっていたが、69年法案とそれについての貴族院・衆議院の議論を経て、確定条文では管区行政府のみが任命するようになっていた。

187) JMB 1864, S. 365.

であった。事業の遅延防止という「实际的必要」<sup>189)</sup>がその背後にあることは言うまでもない。

ここで起草者としては、訴訟で確定される補償額が本来のものであって、行政手続による算定はあくまで「仮の」ものに過ぎないという認識を有していた。行政手続の後も出訴可能性が留保されていること、行政手続による算定額よりもヨリ高い額が裁判によって確定した場合、起業者は後者の額について占有移転の時点からの利子をも含めて支払わなければならないことを強調し、この手続の正当性を主張する理由書の記述<sup>190)</sup>は、その証左であると考えられる。

さて、1850年プロイセン憲法9条によれば、収用は「事前の、急を要する場合には少なくとも仮に (vorläufig) 決定される補償と引き換えに」なされなければならない。行政庁による補償額決定は、まさにこの「仮に決定される」補償だと考えられよう。このため、その後の立法過程において、同条との関係をめぐる試行錯誤が展開されるのである。

64年草案によれば、管区行政府は、補償額決定と同時に、「補償額の支払または供託と引き換えに起業者が被収用地の占有権を取得する」と命ずる(25条)。両当事者は、占有移転から3ヶ月の間、裁判所に出訴できるが、この期間を徒過すると補償額の決定は既判力を生じる(26条)。

しかしこれでは、「仮に決定される」補償による収用が常態化していることになる。おそらくこのことに配慮し<sup>191)</sup>、68年法案は、通常時と緊急時を区別する。管区行政府による補償額の決定ないし審査請求の裁決から90日間<sup>192)</sup>、両当事者は裁判所に出訴することができる(25条)。27条によれば、

188) 73年法案衆議院委員会は、「管区行政府が占有移転を命じ、その結果収用がなされるのではなく、管区行政府が収用を宣言し、その結果として占有が移転されるのである」という立場から、「占有移転」という語を「収用」へと変更した。SBHA 1873/74, S.973) しかしO.マイヤーによれば、通常手続(32条)を「収用」とするのは妥当であるが、緊急手続(34条)の場合は「占有移転」こそが相当だとされている。(Mayer II(2), S.59 Fn.42))

189) JMB 1864, S.365.

190) JMB 1864, S.355

191) 参照, SBHH 1868/69, S.76.

192) 確定条文では認められない行政庁の補償額決定に対する審査請求が、68年草案では認められている。これは被収用地確定手続と補償手続の統合によるものであろう。また、64年草案では「占有取得時から」3ヶ月となっていたのが、仕組みの変更に伴い当然改正されている。

占有権の移転は「委員の面前の契約によって、あるいは管区行政府の決定によって、あるいは裁判判決により」確定力 (Rechtskraft) をもって確定された額の支払いまたは供託」が示された場合、管区行政府がこれを宣言するとされている。以上が通常時であるが、「急を要する場合」(in dringlichen Fällen) には、(まだ確定力を有しない) 管区行政府決定額の支払または供託をもって占有権の移転を地方政庁が命ずることができる(28条)。「緊急の場合」であるかどうかは管区行政府が判断する<sup>193)</sup>。つまり、少なくとも法案の建前としては、補償に関する裁判手続が終了してから収用が執行されることが原則であって、行政的に決定された補償額の支払によって収用を執行するのは「緊急の場合」における例外であるということになる。

69年法案衆議院委員会で議論となったのは、90日の出訴期間が短すぎるのではないかという点であり、議論の末、これを3年間(!)とする修正案が可決された。これでも委員会によれば、「一般的な出訴時効をかなり短縮するもの」なのである<sup>194)</sup>。71年法案は上記修正をそのまま受け入れた(28条)が、衆議院委員会は、次のような立場から、再び90日の出訴期間を採用する。

「法案に従えば、『緊急でない事例』では、事業の実施はすべからく管区行政府の裁決から3年間停止されることになる。なんらかの重要性を有する事業であって、しかも3年間の猶予が可能だということはありません。したがって管区行政府としては、公益上、おそらくほとんど常に『緊急性』を宣言し、補償の仮決定に基づき占有を取得せざるを得ないであろう。このような不真正の手続は、憲法に定める例外を一般にしてしまうことであり、望ましくない<sup>195)</sup>。」

さらにこれが、73年法案衆議院委員会で「6ヶ月」に変更され、確定条文に至るのである。衆議院第二読会でヴィントホルスト議員は、再び「3年」とすることを提案した<sup>196)</sup>。報告者ベール議員は、出訴期間の短さに対する

193) SBHH 1868/69, S. 76. なお、「緊急手続」は64年草案においても定められていた(28条)が、それは、(i)補償手続と計画手続を同時進行させることを認める(ii)種々の異議申立期間を短縮するもので、内容を異にしている。

194) SBHA 1869/70, S. 1351.

195) SBHA 1871/72, S. 1217. ただし、事後的に判明した損害については例外的に3年間の出訴期間を認める。

196) SBHA 1873/74, S. 1307-8.

批判にある程度の理解を示しつつ、上記 71 年法案衆議院委員会で問題とされたような憲法上の問題を指摘している<sup>197)</sup>。興味深いのは、これを受けて、アヘンバッハ商業大臣が、裁判判決だけが補償額に関する「最終的決定」であるという憲法解釈は必ずしも絶対のものでないとの主張を試みていることである<sup>198)</sup>。

### 3 「私権性」と裁判的判断

以上の立法過程からさしあたり次のようなことを語りうるであろう。第一に、立法者は一貫して、補償に関する「最終的決定」を裁判所に留保することを前提とした上で、憲法 9 条の事前補償の要請と事業遅延防止の要請とのバランスを図って試行錯誤を繰り返してきた。しかし、上でアヘンバッハ大臣も疑問を呈しているように、少なくともその文言に即してみる限り、憲法 9 条は、補償の「最終的決定」を誰がなすべきか、特に語ってはいない。むしろ、上のような立法者の立場の背景にあるのは、「補償請求権は『私権』として被収用者に帰属するのであり、従って、その範囲を最終的に確定するのは裁判所の任務でしかありえない」という思考<sup>199)</sup>であろう。このような思考を押し進めれば、「仮の」ものとしての行政手続による補償額の決定は、いわば関係者サービスのために設けられた制度に過ぎない。そのため、「被収用者には、(補償に関する)行政手続に参加すべき義務はない。また、手続への参加は、例えば収用官庁の決定に対する訴訟追行の前提条件となるものではない。被収用者は、彼の利益のためにさしはさまれた手続への参加を放

197) SBHA 1873/74, S. 1308. もっとも第一読会において、当のベールも法案のこのような仕組みに対して懐疑的な意見を表明していた。緊急時に仮に補償を決定しなければならないことは理解できるが、「このような仮の補償決定もやはり裁判的性質を有するのであり、管区行政府がかかる裁判的活動を行うのに適した機関であるかどうか、疑問の余地がある」と彼は述べている。(SBHA 1873/74, S. 129) 収用補償が「裁判事項」であることは、ベールにとって、その著書『法治国』以来の動かすべからざる前提であった。(Bähr, *Der Rechtsstaat*, 1864, S. 166-167) この発想を一貫させるベールは、管区行政府の補償額決定に対して所有者のみに訴訟を認める(起業者には認めない)ようにするヴィントホルスト提案(S. 1208)に対しても、決定の「準司法的性質」を強調して反論する。(S. 1311. なお参照, SBHA 1873/74, S. 1497f.)

198) SBHA 1873/74, S. 1309-10.

199) かかる思考について参照, 斎藤誠「特許・確認・法政」『筑波法政』14号 349頁以下.

棄し、彼の請求権を直接訴訟によって主張することもできるのである」という解釈が示されることになる<sup>200)</sup>。

学説レベルでは、ヘーベルリンにこのような思考の端的な表現を見出すことができる。彼にとって収用とは、私的権利と公的利益の衝突から生じる法律制度に他ならない<sup>201)</sup>。所有者は、収用に際し、私的権利たるその所有権の発露として、補償を請求する権利を有する<sup>202)</sup>。これは、合目的性ないし必要性の問題ではなく、純然たる法律問題なのだから、裁判所でこそなされるべきである。補償手続は「司法事項 (Justizsache)」であり、裁判所の判決によって終了する<sup>203)</sup>。

このような議論は、おそらくは主流ではあったろうが、必ずしも学界のコンセンサスを得ていたとは言えない。たとえばトライヒラーは、補償算定が「司法事項」であることは承認しつつも、その算定を陪審 (Geschworene, Jury) に委ねるほうがベターだとする。補償請求訴訟では、「刑事裁判と同様、国家が直接に当事者となるため」、国家の官吏たる職業裁判官よりも、国民から選出される陪審の方が、国民 (特に被収用者) の信頼を得るというのである<sup>204)</sup>。これはある種技術的な問題とも言えるが、次に見る G. マイヤーは、もう一步進んでいる。

200) Eger II, S. 197. ただし、74 年法 30 条は「管区行政府の決定に対して」訴訟を認めているのだから、決定が出される以前に訴訟を提起することはできないとされる (S. 293)。ちなみにエガーによれば、30 条の訴訟は、同条の文言からして「行政的決定に対する取消訴訟」であるとされる (S. 290)。だとすれば、これを通常裁判所が担当するのは「尋常ではない」(Anomalie) というライヤーの指摘 (Layer, S. 481. 参照、棟居(3), 854 頁) も首肯できることになる。取消訴訟という性格付けは文言に忠実な解釈ではあろうが、エガーの制度理解全体ともやや不調和な印象がある。なお、日本土地収用法 133 条の訴えの性質をめぐる議論につき参照、小澤 (註 97) (下) 587 頁以下。

201) C. F. W. J. Häberlin, Die Lehre von der Zwangsenteignung oder Expropriation historisch-dogmatisch erörtert, 2. Theil, *Archiv für die Civilistische Praxis* (1856), S. 147f. S. 147-148.

202) Häberlin (註 201), S. 179.

203) Häberlin (註 201), S. 213-214. 強制売買論者のヘーベルリンにとって、裁判判決とは、売買価格ないし補償額に関する当事者の合意を代替すべき役割を有するものである (S. 203)。

204) J. J. Treichler, Ueber zwangsweise Abtretung von Eigenthum und anderen Rechten (Expropriation), *Zeitschrift für deutsches Recht* (1848), S. 123f. S. 163-164. なお、陪審制の採用は 71 年法案衆議院委員会でも論じられたが、退けられている。SBHA 1871/72, S. 1214.



マイヤーによれば、被収用者は物の価値に関して請求権を有しているものではない。彼の権利はむしろ、「第一に公益によってのみ、第二に完全補償と引き換えによってのみ、(所有権を)譲渡する必要がある」ということの内に存するのである。これを担保するのが収用手続であり、それは補償に関しては専門的中立的鑑定人による補償額確定を要請している。裁判所の任務は、補償を(直接—引用者註)規律することではなく、収用手続の形式の遵守を監視することにある。つまり、補償額確定は法律問題ではなく、「技術的問題」であり、専門家委員会にこそ委ねられねばならない<sup>205)</sup>。

さらに、既に74年法の制定後になるが、プラツァクやライヤーの議論は、補償の公法的性質を主張するものであった。前者によれば、「補償は、その本質上国家の行政活動」であり、「個人に対して全体の利益のために課されるべき犠牲の範囲を決定する官庁をして、それにより個人の財産に生じる損害をいかにして調整するかについても取り決めさせることこそが首尾一貫している」とされる<sup>206)</sup>。後者は、事前補償の原則から出発して補償を収用の効果ではなく適法要件とみなした上で、行政裁判所による補償確定が理論的には最も優れていると主張する<sup>207)208)</sup>。

このように学説が一枚岩ではなかった中で、74年法の立法者が、議論の前提として補償請求権の私権性と裁判所による最終的判断を認めていたことは興味深い。

#### 4 「公益性」と行政庁の判断

補償に関する最終決定権を裁判所に委ねたことのコロラリーとして、収用物件の確定過程はもっぱら行政庁に委ねられ、裁判所の関与は排除されるこ

205) G. Meyer, *Das Recht der Expropriation* (1868) S. 323-325. もっともマイヤーは、収用物件確定と補償額確定の相違は強く意識している。前者は彼によれば、「特定の財産的対象との関連で公益性を確認する」作業であり、「国家が個人の上に位置する」のに対して、後者の場合、「相互的財産的給付」が問題になるのであり、「国家は個人に対していかなる優先権も享受しない」とされる。(S. 324)

206) Georg Prazák, *Das Recht der Enteignung in Österreich* (1877), S. 202.

207) Layer, S. 477-481, S. 481 Fn. 1

208) 裁判所の管轄を否定するこれら異論は全て、補償を「私権」とみなすことを否定する議論に立脚していた。逆にいえば、「私権」性から裁判所による判断が導かれる(職業裁判官か陪審かは別として)という命題自体は、これら異論にあっては否定されてはいなかったのである。

となる。これは、64年草案の理由書以来、「大原則」として明記されている<sup>209)</sup>点であり、立法過程においても殆ど動揺は見られない<sup>210)</sup>。

68年法案の理由書が、そのことの理由として「公益」を持ち出してきたことは、1で既に見たところである。しかしこのような理由づけは、立法過程において必ずしも強調されてはいない。64年草案においては、取用物件の確定に際して考慮されるべき観点が「国法学的性質」のものであることがむしろ強調されている<sup>211)</sup>。その後の立法過程においては、必ずしも理由づけを示さぬまま結論のみが幾度も再確認されていくのである。

行政庁による判断の理由づけに「公益」を持ち出す論者として、再びヘーベルリンを挙げることができる。彼は、取用を「私的権利と公的利益の衝突」として捉えていたが、彼によれば、「私権は、単に法的原則によって判断され、争いが生じたときは裁判所の決定の下におかれるが、公益は、合目的性の原則に従い、行政官庁によって実現されるものである」。それ故に問題解決は困難であり、取用には特別の手続的規制が必要になると彼は論ずる<sup>212)</sup>。

もう少し彼の論理を追ってみよう。「公益を精確に規定することはできない。そう、それは法概念ではないからだ。特に、公益が何であるか、より正確に言えば、公共の福祉が何を要求しているかという問題に対して原則的な解答 (prinzipielle Beantwortung) を与えることは不可能なのである。ある物、ある建築物や施設が公益的であるか、公共の福祉によって要求されているかは、……むしろ、それぞれの個別事例において、政策原理 (Grundsätzen der Politik) によって決定される<sup>213)</sup>」

公益の法原理的性質を否定してその個別性、政策性を説くこの論理は一定

209) JMB 1864, S. 354.

210) 理由書は、計画確定に裁判所の関与を定めるライン地域の法制を紹介する。しかし、同法では裁判所の審査が(i)君主による取用命令の存在と(ii)行政庁による手続の遵守に限られていること、手続規定は定められていないことを確認した上で、「これは行政庁の監督に過ぎない。行政庁は、法律の定める手続形式を自ら審査する義務を負うのだから、そうすべき十分な理由はない」としてこれを退ける。(JMB 1864, S. 354)

211) JMB 1864, S. 364. 参照, Koffka, S. 180.

212) Häberlin (註 201), S. 149.

213) Häberlin (註 201), S. 148.

の説得力を有するものであるが、それは、ヘーベルリン自身の理論展開によって裏切られることになる。論者は、「手続（開始）命令」——事業認定にあたる——と収用物件の確定とが「きっぱりと分離されなければならない」と主張する。前者においては「企図された企業の公益性ないし必要性を確認した上で、事業自体が命ぜられる」のに対して、後者においては「当該事業に必要な手段が決定される」のである<sup>214)</sup>。この場合、「公益性」の判断は専ら前者の問題である。ヘーベルリンによれば、公益性を精確に規定することはできないのだから列挙主義をとることはできないし、また、行政は法律の適用を専らにし、一般的訓令に従って活動するのだから、これに公益の存否の判断を委ねることはできない<sup>215)</sup>。結局個別法律主義の採用を彼は主張するのだが、ここで注目すべきは、公益性の存否についての行政庁の判断権が明確に否定されていることである。

それでは収用物件の確定権限が行政庁に留保されているのはなぜか。ヘーベルリンにとって、これは地片その他の物件が事業にとって有する「必要性」(Notwendigkeit)の問題である。「しかし、これを示すことは法律的論証ではなく、技術的官庁によって示されるべきものである。従って、収用物件が何かという問題には、裁判所は何も関らない。この点についての技術または行政官庁の決定に対しては、出訴は認められないのである<sup>216)</sup>。」公益性の存否の判断権から判断の技術的専門的性質に焦点を切り替えた上で、ヘーベルリンは自らの結論を維持するのである<sup>217)</sup>。

このような論理はG.マイヤーにも共通している。彼もヘーベルリンと同様、収用物件の確定は「法律問題ではなく、合目的性の問題」として司法の関与を退ける<sup>218)</sup>。また、グリュンフトによれば、収用物件を確定する権利は行政のみに帰属する。「行政のみが、その活動に必要な諸要素を自らのう

214) Häberlin (註201), S. 209. 我々に馴染みのこの区別は、ヘーベルリンによれば、「従来の立法学説ではしかるべく区別されていない。」(S. 209)

215) Häberlin (註201), S. 168.

216) Häberlin (註201), S. 175.

217) もっとも先に引いた部分にも「合目的性の原則」という表現は既に見出される。むしろ引用部分の表現こそが舌足らずだったのかもしれない。

218) G. Meyer (註205), S. 310.

ちに持っているからである」。「収用が確かに一般的利益によって要請されているかどうか、計画に示されるあれこれの地片をそのまましておくべきかどうか……裁判所に審査する権利を与えることはできない。かかる審査は政治的行政的考慮と関連するが、それは明らかに裁判所の任務領域の外にあり、本質的に行政庁に帰属するのである<sup>219)</sup>」

このように、学説レベルでも行政庁の判断権の根拠づけとして「公益」が持ち出されることはあるが、それは吟味された議論とはなっていなかったと言える。但し、積極的概念規定としては必ずしも成果を挙げなかったが、当該判断の法的性質の否定を根拠づけ、裁判所の判断権を排除するための説明概念としては、「公益」はそれなりの役割を果たしているようにも思われる。しかしそこではなお「合目的性」「技術性」などの概念の助けが必要とされていたのである。

## V おわりに

本稿はここまで、1874年プロイセン土地収用法の手続規定に関し、その立法過程及び解釈論を分析することによって、そこに明示的默示的に現れている「公益」観を浮き彫りにすることを試みてきた。以下では、各章の叙述では必ずしも十分でなかった点の補充も含めて、いくつかの小見出しの下に、同法に見られる「公益」的諸観念をひとまず括り出すこととしたい。

### 1 「事業」単位の「公益」観

1874年法1条は「公共の福祉上の理由により、その実施が収用権の行使を要求するところの事業のため」の収用を規定していた。同条と密接な関連を有しつつ、O.マイヤーなどの「公共事業」概念が確立していったのは周知の所である。まさに1874年法における「公益」観は、この「事業」を中心に見ていくことができるのではないかと思われる。

219) Grünhut (註16), S. 212, 214. グリュンフトもまた、事業認定と収用物件の確定手続との区別を主張するのだが、本文で紹介した部分にも示されているように、その区別はあまり彼の議論に活かされていない。

『事業』単位の『公益』観」とは次のような含意を持つ。

(a) 所有権に対して外在的・動的

74年法1条に「事業」という概念が盛り込まれたのは、専らポリツァイ的制限や法律的制限を同法の射程から排除する目的によるものであったことは、既に前稿で検討したところである<sup>220)</sup>。ポリツァイ的制限や法律的制限を所有権との関係で内在的に理解するか外在的に捉えるか、両者の関係をどのように理解するかについては種々議論があったところであるが<sup>221)</sup>、いずれにせよ、収用法における「公益」はそれらとは異なり、所有権に対して外在的な存在と観念されていたのである。したがってこの外在性は、必ずしもいわゆる「絶対的所有権」の観念を前提とするものではない。

しかし一方、所有権保障の意味がその交換価値の保障に尽きるものではないことは、論者共通の前提であった。イーリングのような例外を別とすれば、ほとんどの学説において「収用」は所有権保障原則に対する例外的な現象と位置づけられ、その「侵害」性が前提とされていたのである<sup>222)</sup>。

そしてまた、収用法における「公益」は、例えば「規制」に比べればはるかに「動的」な含意を有する「事業」概念<sup>223)</sup>によって表象される。それは発展しつつあるプロイセン国家・社会のありようの反映でもあった<sup>224)</sup>。

(b) 個別「事業」単位・「法的」性質の否定

そして「公益」は専ら個別事業についてその有無が問題とされた。論者が事業認定を「公益性の宣言」と言い換えていることにこれはもっとも端的に現れている<sup>225)</sup>。事業認定の列挙主義が退けられたことに示されているよう

220) 前稿(1), 58頁以下。

221) 前稿(1), 62頁以下。

222) 前稿(2), 141頁以下。

223) 参照, 渡辺俊一『「都市計画」の誕生—国際比較からみた日本近代都市計画』(1993), 237-238頁。さらに参照, 渡辺『東京理科大学理工学部建築学科大学院特論 No.2 (「徹底的住民参加によるマスタープランづくり」) 講義録』第1回(96/4/23)(Nifty-Serve都市計画フォーラム (FCITY) Mes 18 #8)

224) 上述 164-165頁。

225) Layer, S. 271.

に、「公益の有無」はなんらかの「カテゴリー」あるいは「類型」に関して判断されるのではなく、個別事業単位にアドホックに判断される<sup>226)</sup>。逆に、事業認定は即地性を有しないのだから、個別地片に関する判断、たとえば「当該地片にとって最も有効適切な利用は何か」という観点は問題にされない。

そしてそれとも関連するが、「公益」判断の法的性質は否定され、「むしろ実際の性質の問題<sup>227)</sup>」とされる。列挙主義の否定のみならず、司法大臣の副署や裁判的統制などの「法的」統制はおよそことごとく退けられるのである。

### (c) 起業者と判断者の分離

ではあるが、少なくとも O.マイヤーの場合、三面的構成と単一の採用官庁への判断権の集中によって、あれこれの個別事業の論理そのものとは切り離された取用法固有の「公益」の観念が存在することが前提とされていた<sup>228)</sup>。全くのアドホックな判断ではなく、ある程度一般原理化された、しかし厳密な意味で法的性質の判断ではない、なんらかの判断基準の可能性がそこでは示唆されている。マイヤーが「公共事業」概念に盛り込んだ豊かな内容<sup>229)</sup>は、その意味での一般原理化の可能性として理解されるべきであろう。

### (d) 「公益」対「私益」——二元的対立

従って、このような公益観を前提とする土地採用は、事業によって規定される「公益」と土地所有者等の「私益」との二元的な対立を予定したシステムだということになる。このような考え方は、「公益」の所与性を否定し、例えば「手続による公益」を説くような考え方<sup>230)</sup>とは全く対蹠的である。

226) 参照、上述 163 頁。

227) 上述 159 頁。

228) 上述 183 頁。

229) さしあたり参照、棟居(2)、603 頁以下。

230) 参照、遠藤(註 91)、48 頁、Häberle(註 38) S. 252-253。

## 2 計画確定手続と「公益」

一方1874年法は、利害の対立する複数当事者の存在を当然に予定し、公告縦覧の制度・計画異議申立権<sup>231)</sup>・損失補償における配慮<sup>232)</sup>等で、利害関係人の手続参加に意を尽くしてきた。同法の定める計画確定手続は、裁判的救済が排除されていることを除けば、今日的観点から見ても決して遜色ないシステムである。

また、74年法14条による危険防止施設の建設が「公益」の問題として理解され、結果「公益条項の多元主義的類型」とも言うべき立法技術がそこでとられていることも、既に確認したところである<sup>233)</sup>。

ここで採られている仕組みから、例えば、「社会の多元的利害の表出と調整の中から生まれてくる公益」<sup>234)</sup>などといった見方が生まれても別に奇妙ではない。しかし実際はそうはなりえなかった。それはまさに、74年法における計画確定手続が1のような「公益」観に規定され、堅い枠をはめられていたからに他ならない。

計画確定手続は、まさに「事業」の公益性を所与とした上で実施されなければならなかった。行政庁も利害関係人も、その前提を問い直すことは認められない。

また、計画の仮決定と最終確定との関係の説明に際しても「公益」と「私益」の対比を見出すことができるが、手続の中で「私益」が果たすべき役割は、決して明らかにはなっていなかった<sup>235)</sup>。いわば、計画確定手続全体が、1のような「公益」－「私益」の二元的対立の下に位置づけられ、「事業」によって規定される「公益」の実現を目的とする従属的手段としてみなされていた。手続それ自体の「公共的」な意義は必ずしも重視されていなかったのである。

231) 上述177頁以下。

232) 前稿(1), 42頁以下。

233) 上述174頁以下。

234) 参照, Ernst Fraenkel, *Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie, Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages* (1964) Bd. II, Teil B, S. 8.

235) 上述185-186頁。

但しこれは、あくまで制度の「建前」である。計画確定手続の「実態」がどのようなものであったか、そこで利害関係人の異議がどれだけの重みをもったかは、本稿の枠内では考察し得なかった。現実の運用状況とその歴史的変遷によっては、手続の「実態」が公益の観念に反作用することも、少なくとも可能性としては、十分にありうるところなのである。その意味で、74年法が導入したこのシステムを、直ちに過小評価することはできない。

### 3 司法判断の否定

最後に「公益」は、司法判断を排除し行政庁による判断を排除するための説明概念として用いられることもあったが、この用例は必ずしも多くない。また、ヘーベルリンの学説分析によって明らかにしたように、論理的に一貫して展開されているわけでもない。ここで「公益」概念は、せいぜい「否定形」としての役割を果たすにとどまっているのである<sup>236)</sup>。

### 4 今後の課題

以上をもって、1874年プロイセン土地収用法に関する本稿の不十分な考察をひとまず終えることとする。所有権取得の問題など、考察し得なかった論点もあるが、同法における「公益」観の考察という本稿の限られた目的からすれば、必要最低限の論点はカバーできたのではないかと考えている。

そこで以下、筆者にとっての今後の課題と一定の見通しを示しておくこととしたい。

まず第一に、本稿は、1874年法という実定法制度の立法過程と解釈論を検討することに主眼をおき、収用一般に関するドグマティックについては、具体的論点との関係においてのみ簡単に触れるにとどまっていた。そもそも土地収用とはどういう制度であり、それはいかなる根拠で正当化されるのか、本稿では主題的考察とはされていない。「公益」ないし「公共性」の概念の考察を目指す筆者としては、この点に関する議論の整理が課題となる<sup>237)</sup>。

236) 上述198頁。



第二に、本稿はあくまで土地収用という一つの法制度の観点からの分析にとどまった。ここで得られた「公益」観についての分析を、同時代の他の法制度、特に建築線法に代表される都市計画関連諸法規と比較することが、今後の考察にとっては有益であろう。

最後に、当然ながら、通時的分析が今後の課題となる。あえてこの段階で仮説的見通しを示しておくとするれば、それは、上で見た1のような「事業」単位の公益観が動揺していく過程に他ならない。2でその萌芽を見たような公益に関する新たな観念が発展し、徐々に1を侵食しそれにとって替わっていく、そういった過程として今後の展開を描き出すことが可能ではないかと思われる<sup>238)</sup>。

もちろんそれは、単純な道筋ではありえない。特に、同時に進行する「所有権」概念の変容が議論の交通整理を困難にするだろう<sup>239)</sup>。さらに忘れてはならないことは、今日でもなお1のような「公益」観に、——少なくとも「公益」と「私益」の二元的対立という意味においては——一定の存在意義が認められていることである<sup>240)</sup>。例えば、比較的近年の連邦憲法裁判所の諸判決<sup>241)</sup>を見ると、「公益」概念を梃子に収用を厳格に統制していこうという志向を読み取ることができる。あまりに単純な物語を語ることには、我々は常に慎重でなければならないだろう。

237) 筆者はかつて、未公表論文で、この点に関する若干の考察を試みた。(角松(註61)同論文では焦点を「国家目的」論と「公衆の利益」論との対立においていたが、このシェーマに関しては全面的再検討の必要を感じている。

238) このような方向性をいちやく示したものとして、雄川一郎「公用負担法理の動向と土地利用計画」『公法研究』29号(1967)142頁以下。

239) その一端は、角松「憲法上の所有権? ——ドイツ連邦憲法裁判所の所有権観・砂利採取決定以後」『社会科学研究』45巻6号1頁以下(1994)で既に示した。

240) 参照、藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』(1988)175頁以下。

241) 「試走場判決」(BVerfGE 74,264.)、「ロープウェー判決」(BVerfGE 56.249)参照、角松(註239)、58頁。